

정당방위의 근본사상에 관한 연구

최 석 윤*

국 | 문 | 조 | 록

이 논문은 정당방위의 근본사상에 관한 기존이론의 내용과 한계에 대해 살펴보고, 기존이론의 한계를 극복할 수 있는 새로운 대안에 대해 검토한 것이다. 이 논문의 요지를 간략히 정리하면 다음과 같다.

첫째, 자기보호원칙에 기초한 개인권적 일원론은 정당방위를 국가이전의 자연적 자기방위권으로 이해하기 때문에 법적으로 구성된 공동체로서의 법치국가와 조화될 수 없다는 문제점을 안고 있다. 그리고 개인권적 일원론은 타인의 법익에 대한 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위를 의미하는 '긴급구조'를 논증하기 어려울 뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한에 대한 설명에서도 문제점을 안고 있다.

둘째, 법수호원칙 내지 법확증원칙에 기초한 사회권적 일원론은 긴급구조를 설명하기 위해 물리적 강제력을 행사할 수 있는 국가의 독점적 권한을 사인에게 위임한 것으로 설명하지만 정당방위는 처음부터 국가적 권력독점의 관할영역에 속하지 않기 때문에 이론적 전제에 문제가 있다. 그리고 사회권적 일원론은 법수호원칙에 기초하여 한편으로는 이익형량이 불필요하고 회피의무도 없다고 하여 정당방위의 과단성을 정당화하고 다른 한편으로는 정당방위의 제한을 정당화함으로써 스스로 모순에 빠지는 문제점을 안고 있다. 더 나아가 사회권적 일원론은 정당방위를 형벌에 준하는 것으로 취급하는 문제점이 있다.

셋째, 이원론은 이론적 전제와 내용의 면에서 문제점을 지닌 개인권적 일원론과 사회권적 일원론을 고유한 핵심내용도 없이 단순히 첨가하는 방식으로 절충한 것이라는 한계가 있다. 따라서 이원론은 충돌사태에 대한 평가기준을 확보하지 못하고 있을 뿐만 아니라 고유한 핵심주장에 대해서는 무관심하고 형법해석과 형사정책의 구별을 희석시키는 문제점을 안고 있다.

넷째, 정당방위의 근본사상에 관한 새로운 대안으로서 상호주관적 승인이론을 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 상호주관적 승인이론은 기존이론과 달리 개인적 권리 내지 개인적 이익의 상호주관성을 통해 정당방위의 근거와 한계를 적절히 설명할 수 있기 때문이다. 상호주관적 승인이론에 따르면 정당방위상황에서는 법질서의 효력이 문제되는 것이 아니라 구체적 상황에 처한 구체적 인간의 개인적 이익의 효력이 문제된다.

❖ 주제어 : 정당방위, 긴급구조, 자기보호, 법수호, 상호주관성

* 한국해양대학교 해양경찰학과 교수, 법학박사

I. 시작하는 말

형법 제21조 제1항은 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.”고 규정하여 정당방위를 위법성조각사유 가운데 하나로 인정하고 있다. 이와 같은 정당방위는 우리나라의 형법뿐만 아니라 동서고금을 막론하고 대다수 국가의 형법에서 인정되는 법적 제도이며, 심지어 자연법적 권리의 성격을 갖는 것으로 설명되기도 한다.

그런데 우리나라에서는 정당방위와 관련된 종래의 논의들이 주로 정당방위의 성립요건이나 정당방위의 제한에 국한되어 있으며, 정당방위의 근본사상에 관한 깊이 있는 연구결과를 찾아보기 힘든 실정이다. 그러나 정당방위의 근거가 되는 근본사상은 정당방위의 성립범위 및 정당방위의 한계 내지 제한과 직접적인 관련이 있기 때문에 우선 정당방위의 근본사상에 대한 철저한 검토가 필요하다고 볼 수 있다. 정당방위는 “타인의 위법한 침해에 대해서는 단호히 대처해야 한다.”는 일반적 확신에 근거하고 있는 것으로 설명되고 있다. 그리고 이러한 확신은 “누구도 자신에 대한 침해를 방관할 필요가 없다.”는 명제와 “법은 불법에 양보할 필요가 없다.”는 명제로 표현될 수 있다. 여기서 전자는 자기보호원칙이라 하여 정당방위의 개인권적 근거로 파악되는 반면, 후자는 법수호원칙 내지 법확증원칙(Rechtsbewährungsprinzip)이라 하여 정당방위의 사회권적 근거로 파악된다.¹⁾ 이와 관련하여 우리나라의 대다수 형법학자들은 이원론의 입장에서 자기보호원칙과 법수호원칙 내지 법확증원칙을 정당방위의 근거로 제시하고 있지만,²⁾ 이에 대한 자세한 논증은 찾아보기 어렵

1) 이와 관련하여 법수호는 국가권력의 전유물이기 때문에 개인은 권리실현을 통하여 법을 확증할 수는 있어도 감히 법을 수호하지 못할 뿐만 아니라 원어의 의미도 법의 수호(Bewahrung)가 아니라 확증(Bewährung)이라는 논거를 들어 법수호원칙이라는 표현은 적절하지 않다는 견해도 있으며(김일수/서보학, 형법총론, 2002, 321면), 이에 대해 용어의 사전적 의미대로 직역하는 것보다 정당방위의 본질에 비추어 ‘법질서의 수호’ 또는 ‘법질서의 방위’라고 번역하는 것이 더 정확하다는 견해도 있다. 자세한 내용은 예컨대 김태명, 정당방위의 요건으로서 상당성에 관한 연구, 서울대학교박사학위논문, 2000, 10면 이하 참조.

2) 예컨대 김성천/김형준, 형법총론, 2005, 318면; 김일수/서보학, 앞의 책, 320면 이하; 박상기, 형법총론, 2004, 166면; 배종대, 형법총론, 2009, 337면 이하; 손동권, 형법총칙론, 2001, 145면 이하; 신동운, 형법총론, 2001, 250면; 오영근, 형법총론, 2005, 317면; 이재상, 형법총론, 2005, 220면; 이정원, 형법총론, 1999, 153면; 임웅, 형법총론, 2002, 212면; 정성근/박광민, 형법총론, 2006, 219

다.³⁾ 그에 반해 예컨대 독일에서는 정당방위의 본질 내지 근거에 관해 이원론의 입장이 압도적으로 우세하지만, 개인권적 근거 또는 사회권적 근거에만 의존하는 일원론의 입장이 있을 뿐만 아니라 전통적 일원론과 이원론을 비판하고 새로운 논증을 시도하는 입장도 있다.⁴⁾ 따라서 자기보호원칙에만 의존하는 개인권적 일원론과 범수호원칙 내지 범확증원칙에만 의존하는 사회권적 일원론뿐만 아니라 이원론도 일정한 한계를 지니고 있는 것으로 보이며, 정당방위의 근거와 한계를 온전하게 제시할 수 있는 새로운 관점에 대해 검토할 필요가 있는 것으로 보인다.

이러한 맥락에서 이하에서는 정당방위의 근본사상에 관한 기존이론의 내용과 한계(Ⅱ)를 살펴보고, 기존이론의 한계를 극복할 수 있는 새로운 대안(Ⅲ)에 대해 검토하고자 한다.

II. 기존이론의 내용과 한계

정당방위의 근본사상에 관한 기존이론은 자기보호원칙에만 의존하는 개인권적 일원론, 범수호원칙 내지 범확증원칙에만 의존하는 사회권적 일원론, 그리고 양자를 동시에 고려하여야만 정당방위의 근거와 한계를 제시할 수 있다는 이원론으로 분류할 수 있다.

그런데 현행법에 따르면 정당방위는 ‘자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위’로서 ‘상당한 이유가 있는 때’에 성립한다. 따라서 정당방위의 근본사상에 관한 이론은 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위를 의미하는 ‘자기방위’뿐만 아니라 타인의 법익에 대한 현재

면; 정영일, 형법총론, 2005, 153면 참조.

3) 앞에서 언급한 바와 같이 우리나라에서는 정당방위의 근본사상 내지 본질에 관한 깊이 있는 연구결과를 찾아보기 어려운 실정이지만, 독일의 논의를 토대로 정당방위의 근본사상 내지 본질에 관해 비교적 상세히 검토한 논문으로는 예컨대 김정환, “정당방위의 기본사상으로서 범질서수호원리?”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, 1면 이하; 김태명, “정당방위의 본질에 관한 고찰”, 가톨릭법학 창간호, 2002, 103면 이하 참조.

4) 자세한 내용은 예컨대 Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 1998, 38면 이하 참조.

의 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위를 의미하는 ‘긴급구조’도 설명할 수 있어야 한다. 그리고 오늘날 극히 경미한 침해에 대한 방위, 책임 없는 자 또는 책임이 현저히 감소된 자의 침해에 대한 방위, 긴밀한 인적 관계에 있는 자의 침해에 대한 방위, 도발된 침해에 대한 방위 등에서는 정당방위가 제한된다는 것이 일반적인 견해이기 때문에 정당방위의 근본사상에 관한 이론은 정당방위의 근거뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한도 설명할 수 있어야 한다.

여기서는 이러한 맥락에서 정당방위의 근본사상에 관한 기존이론의 내용과 한계에 대해 간략히 살펴보고자 한다.

1. 개인권적 일원론

정당방위의 근본사상에 관한 개인권적 일원론은 자기보호원칙에 기초하고 있으며, 자기보호원칙은 역사적으로 로마의 철학자와 근대 자연법론자의 사상에 기초하여 Kant와 Fichte의 철학에 의해 발전되었다고 볼 수 있다.⁵⁾ 이러한 견해에 따르면 정당방위권은 개인이 자기의 자연적 자위권을 국가가 개인을 보호해 준다는 전제하에 국가에 위탁한 것인데, 만일 국가가 개인을 보호할 수 없는 경우에는 다시 개인에게 원초적 자기방위권이 귀속된다는 것이다. 이러한 견해의 핵심은 초개인적 이익, 즉 추상적 법질서수호의 관점은 정당방위의 논증에서 불필요하다는 것이다.⁶⁾ 이에 따르면 정당방위를 단지 피침해자와 침해자 사이에서 발생하는 개인 상호간의 분쟁의 문제로 파악하게 된다.⁷⁾ 그런데 정당방위의 근본사상에 관한 개인권적 일원론은 정당방위를 국가이전의 자연적 자기방위권으로 이해하기 때문에 법적으로 구성된 공동체로서의 법치국가와 조화될 수 없다는 문제점을 안고 있다. 그리고 개인권적 일원론은 타인의 법익에 대한 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위를 의미하는 ‘긴급구조’를 논증하기 어려울 뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한에 대한 설명에서도 문제점을 안고 있다.

5) 자세한 내용은 예컨대 김태명, 앞의 논문, 106면 이하 참조.

6) 예컨대 김정환, 앞의 논문, 20면 이하 참조.

7) 자기보호원칙에 의존하고 있는 개인권적 일원론은 피침해자의 특수성을 강조하는 견해와 침해자의 특수성을 강조하는 견해로 나누어진다. 자세한 내용은 예컨대 김정환, 앞의 논문, 14면 이하 참조.

첫째, 자기보호원칙에 기초한 개인권적 일원론에 따르면 국가가 사회구성원들로부터 위임받은 강제권을 행사할 수 없는 경우에 시민은 자연상태의 시원적 자기방위권을 다시 보유하게 된다는 것이다. 그러나 법적으로 구성된 공동체로서의 법치국가에서는 정당방위권도 법적으로 구성된 질서의 예외일 수가 없다.⁸⁾ 왜냐하면 국가이전의 자연상태에서는 어떠한 법적 강제도 존재하지 않기 때문이다. 오히려 법치국가에서 정당방위권은 법의 개념 그 자체로부터 나온다고 보아야 한다. 즉 시민은 자신의 이익을 법규범을 통하여 보호받고 규범을 준수할 의무를 부여받은 권리의 주체이며, 법규범에 대한 침해는 저지하는 것도 시민의 권리이다. 이러한 의미에서 Kant는 “자유의 행사 그 자체가 일반법칙에 따른 자유에 방해가 될 경우에는 그것에 대립되는 강제는 자유를 방해하는 것에 대한 저지로서 일반법칙에 따른 자유와 일치하는 것으로서 정당하다.”라고 하였다.⁹⁾ 그리고 Maihofer는 정당방위는 인격의 자유로운 발현권이라는 헌법상의 기본권으로부터 도출되는 것이라고 하였다.¹⁰⁾ 따라서 정당방위라는 법적 강제는 논리적으로 볼 때 개인의 자유로운 실존의 불가양성에 근거를 두고 있는 법의 개념으로부터 나온다.

둘째, 정당방위는 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 경우뿐만 아니라 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 경우에도 인정되는데, 전자의 자기방위는 자기보호원칙에 의해 논증될 수 있지만 후자의 긴급구조는 자기보호원칙에 의해 논증되기 어렵다.¹¹⁾ 왜냐하면 개인권적 일원론을 지지하는 견해는 긴급구조를 기껏해야 타인(피침해자)을 도와주는 것으로 설명할 수 있을 뿐인데,¹²⁾ 타인을 도와주는 것과 자기보호원칙은 무관한 것으로 보이기 때문이다.

셋째, 자기보호원칙에 의존하는 개인권적 일원론은 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 경우에는 정당방위를 무제한 허용할 수밖에 없다.¹³⁾

8) Kargl, 앞의 논문, 49면.

9) Kant, *Metaphysik der Sitten*, hrsg. von Vorländer, 1965, 36면.

10) Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, 104면 이하.

11) Kargl, 앞의 논문, 43면.

12) 예컨대 김정환, 앞의 논문, 19면.

13) Kargl, 앞의 논문, 42면 이하.

개인권적 일원론에 따르면 정당방위상황에서 공격받는 사람은 자신의 실질적 법익 뿐만 아니라 그의 개인적 행위자유도 방위하게 된다. 예컨대 물건의 소유자는 그 물건을 자기 뜻대로 처분할 수 있기 때문에 소유권에 대한 침해는 당연히 처분의 자유에 대한 침해도 내포하게 된다. 따라서 실질적으로 경미한 가치를 지닌 법익에 대한 침해의 경우에도 공격받는 사람의 곤궁상황은 매우 심각할 수 있기 때문에 개인권적 관점에서 위협받은 행위자유를 회복시키기 위해 정당방위가 제한 없이 허용되어야 한다고 주장하게 된다.¹⁴⁾ 이와 같은 문제점을 해결하기 위해 이익형량원칙이나 권리남용금지원칙을 정당방위의 제한원리로 끌어들이기도 한다.¹⁵⁾ 그러나 이것은 자기보호원칙에 입각한 개인권적 일원론의 입장에 충실하지 못한 것일 뿐만 아니라 자신의 대상을 외부의 조종에 맡기는 결과가 된다. 요컨대 개인권적 일원론은 자신의 이론적 범위 내에서 정당방위의 제한 내지 한계를 설명할 수 있어야 하는데, 자기보호원칙은 정당방위의 한계를 설정하지 못한다는 문제점을 안고 있다.

2. 사회권적 일원론

정당방위의 근본사상에 관한 사회권적 일원론은 법수호원칙 내지 법확증원칙에 기초하고 있으며, 이러한 원칙은 Hegel과 Hegel학파의 철학에 의해 발전되었다고 볼 수 있다.¹⁶⁾ 사회권적 일원론은 정당방위를 법질서의 경험적 효력 또는 규범적 효력을 방위하기 위한 것으로 파악하며, ‘위법한 침해’라는 요소에 초점을 맞추고 있다. 이러한 입장에서는 공격자가 피공격자의 이익뿐만 아니라 사회적 평화, 법의 이념, 기본적 질서원칙, 체계의 안정성도 침해하는 것으로 이해하기 때문에 방위자에게는 우선적으로 법질서를 보호해야 할 임무가 부여된다.¹⁷⁾ 공격이 정당방위에 의해 제압된다는 것을 통해 잠재적 공격자들에게 법체계에 대한 공격에는 반드시

14) Wagner, Individualistische und überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, 85면.

15) 예컨대 김정환, 앞의 논문, 19면.

16) 자세한 내용은 김정환, 앞의 논문, 3면 이하; 김태명, 앞의 논문, 116면 이하; Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, 113면 이하 참조.

17) Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, FS für Bockelmann, 1979, 240면; Marxen, Die soziaethischen Grenzen der Notwehr, 1979, 31면.

위험이 따른다는 것을 보여주게 된다는 것이다. 이와 같은 일반예방적 취지는 사회권적 일원론의 핵심명제가 “법은 불법에 양보할 필요가 없다.”는 명제로 표현되는 것에서 드러난다.¹⁸⁾

사회권적 일원론을 주장하는 대표자로 Schmidhäuser와 Bitzilekis를 들 수 있다. 우선 Schmidhäuser는 정당방위의 근거를 법질서의 경험적 효력에 대한 침해에서 찾는다.¹⁹⁾ 법질서는 국가에 의해서 창설된 것이 아니라 그 사회에 살아있는 질서를 의미하며, 이러한 법질서는 개개인이 그 사회의 공동생활에서 기본이 되는 가치를 공유함으로써 존재하게 된다는 것이다. 그리고 공격에 의하여 침해되는 것은 단지 개인의 법익이 아니라 법공동체 구성원의 의식 속에 살아 있는 법질서라고 주장한다. 다만 이러한 법질서의 경험적 효력을 침해할 수 있기 위해서는 공격자가 그 사회의 기본이 되는 가치를 공유할 것을 전제로 하기 때문에 이와 같은 전제가 결여된 아동, 정신병자 또는 명정자에 의한 행위에 의해서는 법질서의 경험적 효력이 침해되지 않고, 정당방위가 제한된다고 한다. 그에 반해서 Bitzilekis는 정당방위의 근거를 법질서의 규범적 효력에 대한 침해에서 찾는다.²⁰⁾ 즉 공격자의 위법한 침해행위에 의하여 침해되는 것은 법공동체 구성원의 의식 속에 존재하는 주관적인 법질서나 순전히 사실적 법질서가 아니라 객관적이면서도 규범적인 법질서라는 것이다. 그리고 이러한 법질서는 곧 보호할 가치가 있는 법익이 법적으로 정리된 상태이기 때문에 이러한 법익이 위법하게 침해되는 때에는 동시에 법질서가 침해된다고 한다. 이러한 견해에 따르면 법주체로서의 공격자는 위법한 침해행위를 통하여 법익의 현 상태를 부정하고 동시에 법질서를 파괴하게 되는데, 방위자는 공격자의 위법한 침해행위에 대하여 방위행위를 함으로써 자기의 법익을 보호함과 동시에 법질서도 함께 수호하게 된다. 이와 같은 사회권적 일원론은 개인권적 일원론과 달리 자기방위뿐만 아니라 긴급구조도 설명할 수 있는 장점을 가지고 있지만, 이론적 전제와 정당방위의 한계 내지 제한에 대한 설명에서 문제점을 안고 있다.

첫째, 사회권적 일원론은 긴급구조에 해당하는 타인을 위한 정당방위를 설명하기

18) Kratzsch, Grenden der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, 81면.

19) Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1975, 340면 이하.

20) Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, 55면 이하.

위해 물리적 강제력을 행사할 수 있는 국가의 독점적 권한을 사인에게 위임한 것으로 이해한다.²¹⁾ 그러나 국가권력의 단일성으로 인하여 독점적 권한은 양도할 수 없는 것으로 선언되어 있다고 보는 것이 더 설득력이 있을 뿐만 아니라²²⁾ 설사 국가권력을 위임할 수 있다고 하더라도 정당방위는 국가의 권력독점이 인정되는 사회적 행위영역에 해당하지 않는다는 문제점이 있다.²³⁾ 특히 사회권적 일원론은 국가의 독점적 권력이 시민에게 위임될 수 있다는 것을 설명하기 위해 정당방위와 현행범체포를 동일하게 취급하기도 하는데,²⁴⁾ 이러한 견해는 법수행(Rechtsverfolgung)과 법방위(Rechtsverteidigung) 사이의 중대한 차이점을 간과한 것이라고 할 수 있다. 법수행이라는 개념에는 법률에 규정된 법적 효과의 실현이 내포되어 있다. 이 경우 개별적 범죄인에 대한 예방이 문제되는 것이 아니라 국가적 제재를 관철하기 위한 반작용이 문제되며, 국가적 권력독점의 고유한 영역에 해당한다. 국가의 독점적 권력이 실제로 행사될 수 없는 경우에 보충적 개입을 허용하지 않는다면 그러한 처사가 도무지 이해될 수 없는 한에서만 누구나 국가기관을 대신하여 잠재적으로 권력을 행사할 수 있다. 현행범체포가 바로 그러한 예가 될 수 있다. 따라서 현행범체포는 법적 효과의 실현에 기여하며, 독점적 국가권력의 위임과 관련될 수 있다. 그에 반해 정당방위에서는 법적 효과를 집행함으로써 파괴된 법적 평화가 회복되는 것이 아니라 현재의 침해상황에서 개인이 아직 완성되지 않은 법파괴를 종식시키는 것이기 때문에 법방위가 문제된다. 따라서 정당방위상황은 법적 효과의 관철이라는 법수행의 영역이 아니기 때문에 처음부터 국가적 권력독점의 관할영역에 속하지 않는다.

둘째, 사회권적 일원론은 법확증원칙 내지 법수호원칙에 기초하여 한편으로는 방위자의 입장에서 이익형량이 불필요하고 회피의무도 없다고 하여 정당방위의 과단성과 확장을 정당화하고 다른 한편으로는 정당방위의 제한을 정당화함으로써 스스로 모순에 빠지는 문제점을 안고 있다.²⁵⁾ 즉 사회권적 일원론이 법익의 방위가 아니

21) 예컨대 배종대, 앞의 책, 338면.

22) Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1966, 879면.

23) Kargl, 앞의 논문, 48면.

24) Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 139면.

25) Kargl, 앞의 논문, 40면.

라 법질서의 방위를 전면에 내세울 경우에는 정당방위권의 남용을 제한하기 어려운 반면에 정당방위를 법질서를 수호하기 위한 국가권한을 개인이 보충적으로 대리 행사하는 것으로 이해할 경우에는 국가권력행사의 기본원칙인 비례성원칙에 따를 수밖에 없다는 것이다.²⁶⁾

셋째, 사회권적 일원론은 정당방위자를 국가의 위임을 받은 사람으로 해석함으로써 정당방위자가 공동체의 이익을 보호하고 법적 평화에 기여하는 것으로 파악한다. 이와 같은 사회권적 일원론에 따르면 정당방위자는 법질서의 침해에 대해 반응하는 것으로 이해된다. 그렇게 되면 형벌과 정당방위 사이에 존재하는 시간적 차이점이 사라지고, 정당방위는 형벌에 준하는 특성을 가지게 된다.²⁷⁾ 즉 행위에 대한 능동적 반작용으로서 정당방위는 형벌과 마찬가지로 일종의 응보와 진압을 의미하게 된다. 따라서 정당방위에 관한 논의가 혼란스러운 형벌목적론과 운명을 같이하게 되고, 사회권적 일원론을 고수할 경우에는 그러한 논의가 일반예방적 형벌목적의 그늘 속으로 휩쓸려 들어가고 사회보호라는 목적설정에 종속되는 결과를 초래하게 된다.

3. 이원론

앞에서 언급한 바와 같이 독일과 마찬가지로 우리나라에서도 대다수의 학자들은 정당방위의 본질을 자기보호원칙뿐만 아니라 범수호원칙 양자에 의해서 설명하는 이원론의 입장에 따르고 있다. 이러한 이원론은 정당방위의 근본사상에 관한 이론은 단지 추상적으로 정당방위의 본질만을 말하는 데 그치는 것이 아니라 정당방위의 개별적 요건을 설명할 수 있는 구체적 내용을 가짐으로써 실정법상 정당방위규정의 해석에도 적합하여야 한다는 취지에서 자기보호원칙과 범수호원칙을 절충한 것이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 이와 같은 이원론에 따르면 정당방위는 한편으로는 개인이 자신의 법익을 침해당하는 절박한 상황에서 스스로 자신의 법익을 보호할 수 있는 개인적 권리이고, 다른 한편으로는 단순한 개인적 법익보호행위에 그치는 것이 아

26) 김정환, 앞의 논문, 6면 이하 참조.

27) 자세한 내용은 Kargl, 앞의 논문, 53면 이하.

28) 자세한 내용은 예컨대 김정환, 앞의 논문, 7면 이하; 김태명, 앞의 논문, 126면 이하 참조.

나라 방위행위를 통해 공격자의 위법행위를 저지함으로써 범질서를 수호하는 사회적 권리라고 한다. 따라서 정당방위의 개인권적 측면 또는 사회권적 측면의 어느 하나 만에 근거하여 정당방위의 본질을 설명하는 견해는 정당방위의 어느 한 측면을 간과하고 있다는 점에서 설득력이 부족하다는 것이다. 이와 같은 이원론은 자기보호원칙과 범수호원칙의 상호관계에서 전자를 후자보다 강조하는 견해, 양자를 동등하게 고려하는 견해, 그리고 후자를 전자보다 강조하는 견해로 나누어진다.²⁹⁾ 이원론은 일원론과 달리 자기방위와 긴급구조뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한에 대해서도 적절한 설명을 제공할 수 있는 장점을 지니고 있는 것으로 평가받고 있다.³⁰⁾ 그러나 이원론은 충돌사태에 대한 평가기준을 확보하지 못하고 있을 뿐만 아니라 고유한 핵심주장에 대해서는 무관심하고 형법해석과 형사정책의 구별을 희석시키는 문제점을 안고 있다.³¹⁾

첫째, 이원론은 자기보호원칙에 따른 결과와 범수호원칙에 따른 결과가 충돌할 경우에는 해결방안을 제시할 수 없다. 예컨대 타인의 범익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 경우에 범수호원칙을 강조하면 피침해자의 의사를 무시하고 긴급구조를 할 수 있는 반면에 자기보호원칙을 강조하면 피침해자의 의사를 고려하여 긴급구조를 할 수 있을 뿐이다. 따라서 긴급구조의 경우 개인권적 일원론에 따른 결론과 사회권적 일원론에 따른 결론 가운데 양자택일만 가능하고 다른 절충안을 제시할 수 없기 때문에 이원론은 충돌상황에 대한 해결책을 제시하기 곤란하다는 문제점을 안고 있다.

둘째, 이원론은 이질적인 자기보호원칙과 범수호원칙을 단순히 첨가하는 방식으로 절충한 것이기 때문에 고유한 핵심내용이 없으며, 개인권적 일원론이나 사회권적 일원론이 정당방위의 한계 내지 제한을 적절히 설명할 수 없는 것과 마찬가지로 문제점을 안고 있다.³²⁾

셋째, 이원론은 형법해석과 형사정책의 구별을 희석시키는 문제점을 안고 있다. 즉 이원론은 사회권적 일원론과 마찬가지로 범수호원칙에 기초하여 개인에게 부여

29) 자세한 내용은 예컨대 김정환, 앞의 논문, 9면 이하; 김태명, 앞의 논문, 131면 이하 참조.

30) 예컨대 김태명, 앞의 논문, 127면.

31) Kargl, 앞의 논문, 44면.

32) Kargl, 앞의 논문, 43면 이하 참조.

된 단호한 정당방위권에 의해 발생하는 형사정책적 효과를 지나치게 강조할 경우에는 공격자가 형사정책적 목적을 위한 수단으로 전략할 위험이 있을 뿐만 아니라 정당방위에 관한 논의를 혼란스러운 형벌목적론과 같은 운명에 처하게 만든다.

Ⅲ. 새로운 대안에 대한 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 정당방위의 근본사상에 관한 기존이론들은 일정한 한계를 지니고 있기 때문에 자기보호사상과 법보호사상이라는 정당방위권의 두 가지 착안점을 포기하지 않으면서도 양자의 대립을 극복할 수 있는 새로운 대안이 필요하다. 기존이론의 한계를 극복할 수 있는 새로운 대안으로 상호주관적 승인이론이 주목할 만한 가치가 있는 것으로 보인다. 상호주관적 승인이론에 따르면 개인적 권리 내지 개인적 이익의 상호주관성(Intersubjektivität)에 의해 정당방위의 근거와 한계가 설명될 수 있으며, 정당방위상황에서는 법질서의 효력이 문제되는 것이 아니라 구체적 상황에 처한 구체적 인간의 개인적 이익의 효력이 문제된다.³³⁾ 요컨대 상호주관적 승인이론에 따르면 정당방위는 개인적 권리의 효력갈등으로 파악될 수 있다는 것이다.

이하에서는 기존이론의 한계를 극복할 수 있는 새로운 대안의 내용을 파악하기 위해 우선 상호주관적 승인이론에 대해 간략히 살펴보고, 이러한 이론에 기초한 정당방위의 근거와 정당방위의 한계에 대해 검토하고자 한다.

1. 상호주관적 승인이론

정당방위의 근본사상에 관한 새로운 대안으로서 상호주관적 승인이론은 개인들의 상호 승인과 수용은 개인의 정체성형성과 자기실현을 위해 불가피하다는 전제에서 출발하고 있으며, 인간자아의 핵심을 상호주관적인 것으로 파악한다.³⁴⁾ 이러한

33) 자세한 내용은 예컨대 Kargl, 앞의 논문, 57면 이하 참조.

34) 예컨대 Schöblier, Anerkennung und Beleidigung, 1997, 29면 이하 참조.

관점에 따르면 개인은 타인을 매개로 해서만 자주성과 자유를 경험할 수 있고 자신의 인격성을 전개할 수 있다. 그럼에도 불구하고 개별적 주체가 되기 위해서는 타인과의 동일성과 동시에 타인과의 차별성도 요구된다. 이와 같은 자아정체성의 모순적 관계는 상호주관성에 내재되어 있다. 즉 주체들이 동등한 대화당사자로서 승인되는 한 그들은 이러한 자격의 관점에서 동일한 것으로 간주되어야 한다. 그러나 그와 동시에 주체가 된다는 것은 차별성에 대한 요청을 포함하기 때문에 상호적인 승인관계는 특정인과 다른 사람의 차별성도 요구한다.³⁵⁾ 이처럼 개인의 자율성과 상호주관성은 서로 배척하는 관계가 아니라 서로 조건관계라고 볼 수 있다.

이러한 관점에서는 Rawls의 정의이론,³⁶⁾ Apel³⁷⁾과 Habermas³⁸⁾의 의사소통이론 내지 논의이론, Honnet의 승인이론 등과 같은 매우 상이한 사회이론들이 일치한다.³⁹⁾ 이처럼 다양한 사회이론에서 상호적인 승인관계가 근본전제로 되는 이유는 Mead의 관점교환모델에 의해 설명될 수 있다.⁴⁰⁾ 관점교환모델에 따르면 개인은 행위기대의 상호관계를 통해서 그의 정체성을 형성할 수 있다는 것이다. 즉 의사소통에 참여하는 사람들은 그때그때마다 기대되는 타인의 행위를 예측하고 그것에 숙달할 수 있는 능력이 있어야 하고, 주체들의 상호적인 승인은 이와 같은 기대의 상호적인 반영에 기초하고 있다는 것이다. 주체들은 서로 동일한 것으로 간주하여야 하고, 자신과 그때그때마다의 타인을 동일한 범주에 포섭하기 위해 타인의 처지가 되어 생각할 수 있다는 것이다. 따라서 정체성의 근거가 될 뿐만 아니라 정체성을 통하여 행위자들의 귀속능력에 대한 근거가 되는 것은 타인을 매개로 하여 형성되는 반사적 자아관계라고 할 수 있다.

35) Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 1982, 115면 이하.

36) Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979.

37) Apel, *Diskurs und Verantwortung*, 1988.

38) Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 24면 이하.

39) 이러한 사회이론의 내용은 범이론 내지 범철학분야에서는 익히 알려진 것이지만, 형법이론분야에서는 다소 생소하게 느껴질 수도 있을 것이다. 따라서 보충설명이 필요할 수도 있을 것이다. 그러나 그러한 내용은 대다수 형법학자들에게는 선지식에 해당할 뿐만 아니라 지면관계상의 이유로 여기서는 그것에 대한 상세한 설명을 생략하고자 한다. 자세한 내용은 예컨대 변종필, *형사소송의 진실개념*, 1999; 이상돈, “법관의 말행위와 올바른 법”, *저스티스* 제25권 제2호, 한국법학원, 1992 참조.

40) Mead, *Geist, Identität und Gesellschaft*, 1973, 273면 이하.

2. 정당방위의 근거

상호주관적 승인이론에 따르면 개인적 이익 내지 개인적 권리의 규범적 맥락은 자기 자신 속에 타인이 현존하고 있다는 것에 근거하고 있다.⁴¹⁾ 따라서 주체들의 상호 승인이 없으면 의사소통이 불가능하고, 의사소통이 없으면 인격성이 형성될 수 없기 때문에 개인적 법익과 그것에 대한 침해의 의미도 상호 승인하는 주체들의 상호주관성으로부터 설명될 수 있다. 예컨대 Honneth는 인격적 법익침해를 무엇보다 승인의 거부로 인해 야기된 정체성요구의 상실 내지 자기신뢰의 상실과 세계에 대한 신뢰의 상실이라고 하였다.⁴²⁾ 이처럼 모든 인간의 규범적 자아상이 상호 승인을 바탕으로 하는 상호주관성에 기초하고 있는 한 침해의 경험은 당사자의 자아관계에 영향을 미친다. 무방비상태라는 느낌과 사회적 수치심은 극단적인 경우에 Honneth가 ‘심리적 죽음’ 내지 ‘사회적 죽음’이라고 하였던 상태에 이르게 된다.⁴³⁾

이러한 관점에 따르면 정당방위는 공격자의 공격으로부터 공격받는 사람의 인격 실현가능성을 보호하려는 시도이다. 그러므로 개인적 법익에 대한 침해의 반가치내용이 상호주관적 승인에 대한 침해라면 그러한 침해를 방위하지 않고 회피하는 것은 아무 것도 시정할 수 없다는 사실을 곧바로 인식할 수 있다. 즉 경우에 따라 침해에 대해 방위하는 것보다 회피하는 것이 법익을 더 잘 보호할 수 있을지라도 상호주관적 승인에 대한 침해를 저지하지 않고 침해를 회피하는 것은 결코 바람직스럽지 않다. 이러한 관점에 의해 정당방위상황에서는 언제나 공격자에 비해 방위행위자에게 윤리적인 우위가 인정되며, 방위행위자는 공격을 회피할 필요가 없고 자기 보호를 위해 필요한 경우에는 공격자의 법익을 침해할 수 있다.

41) Kargl, 앞의 논문, 60면.

42) Honneth, Levithan 1994, 86면.

43) Honneth, Kampf um Anerkennung, 1994, 212면 이하; Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der basis der kognativen Handlungstheorie, 1993, 75면 이하.

3. 정당방위의 한계

상호주관적 승인이론은 정당방위의 근거를 제시할 뿐만 아니라 동시에 정당방위의 한계를 설정해 주기도 한다.⁴⁴⁾ 이러한 관점에 따르면 정당방위에 대한 제한은 개인적 법익에 대한 공격에 의해 발생하는 ‘도덕적 분개’(moralische Empörung)라는 보편화가능한 요소에 의해 설명된다. 정당방위의 관련점이 될 수 있는 도덕적 분개는 ‘규범적 존중기대에 대한 실망과 무관한 사실상의 분개’가 아니라 ‘모든 사람이 이성적으로 타인의 행위관점과 기대관점으로 감정이입하는 것을 통해 체험할 수 있는 가설적 분개’를 의미한다.⁴⁵⁾ 이와 같은 도덕적 분개는 침해되는 이익이 법규범에 의해 보호되고 그 법규범의 도덕적 효력이 모든 수범자에 의해 승인될 경우에만 인정될 수 있다.⁴⁶⁾ 구체적으로 어떠한 법익들이 그러한 경우에 해당하는 것인지에 대해 상세히 열거할 필요는 없지만, 침해되는 이익이 인격실현의 핵심영역으로부터 멀어질수록 정당방위가 인정될 수 있는 규범에 대한 일반적 동의가능성과 도덕적 분개가 그만큼 줄어든다고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 그리고 방위행위가 승인침해에 의해 발생하는 도덕적 분개와 일치하지 않는 경우에는 방위자에 의해서도 승인관계가 침해될 수 있다.⁴⁸⁾ 이와 같은 도덕적 분개는 예컨대 사람의 생명을 침해하는 범죄의 경우에 가장 크고, 직접적으로 자유나 신체적 완전성 또는 소유권을 침해하는 범죄의 경우에는 초상권이나 명예 또는 사생활의 평온을 침해하는 범죄의 경우보다 크다고 할 수 있다. 그리고 개인적 법익이 침해되는 구체적 상황에 따라 도덕적 분개의 정도가 달라질 수 있다. 예컨대 고의에 의한 법익침해의 경우에는 과실에 의한 법익침해의 경우보다 도덕적 분개의 정도가 크다고 할 수 있고, 일반적인 경우에 비해 책임 없는 자 또는 책임이 현저히 감소된 자의 침해에 대한 방위, 긴밀한 인적 관계에 있는 자의 침해행위에 대한 방위, 도발된 침해에 대한 방위 등의 경우에는

44) Kargl, 앞의 논문, 61면.

45) Habermas, in: Edelstein/Nunner-Winkler (Hsrg.), Zur Bestimmung der Moral, 1986, 308면; Klaus Güter, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hsrg.), Recht und Moral, 1991, 210면 이하.

46) 예컨대 변종필, 앞의 책, 145면 이하 참조.

47) Schöblier, 앞의 책, 223면.

48) Haas, 앞의 책, 253면.

도덕적 분개의 정도가 작다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때 이익보호 그 자체에 기초하여 방위권의 차등화가 가능하며, 인격실현에 대한 규범의 의미가 경미할수록 그러한 법익을 보호하기 위한 방위권은 그만큼 더 많은 제한을 받는다고 할 수 있다. 이처럼 상호주관적 승인이론은 경미한 법익에 대한 침해의 경우에 정당방위를 제한할 수 있는 근거를 제시할 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 “정당방위는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류, 정도 등 ‘일체의 구체적 사정’을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이었다고 인정할 수 있는 것이어야 한다.”⁴⁹⁾는 입장을 취하고 있다. 이러한 대법원판례는 방위행위의 상당성을 판단할 때 법익균형성원칙을 고려하는 것으로 이해되고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 대법원판례에서 보호법익과 침해법익에 대해 언급한 것은 “정당방위의 상당성을 판단할 때 반드시 법익균형성원칙을 고려하여야 한다.”는 의미보다는 “정당방위의 상당성은 ‘일체의 구체적 사정’에 따라 판단하여야 한다.”는 의미로 이해할 수 있다. 이러한 관점에서는 본다면 보호법익과 침해법익을 언급한 것은 구체적 사정을 예시한 것에 지나지 않는다. 따라서 대법원판례도 “정당방위의 상당성을 판단할 때 원칙적으로 법익균형성원칙을 고려할 필요는 없지만 ‘극히 경미한 침해에 대한 방위’의 경우에는 ‘구체적 사정에 따라’ 예외적으로 법익균형성원칙도 고려할 수 있다.”는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그리고 책임 없는 자 또는 책임이 현저히 감소된 자의 침해에 대한 방위, 긴밀한 인적 관계에 있는 자의 침해행위에 대한 방위, 도발된 침해에 대한 방위 등에서도 방위권이 전혀 인정되지 않는 것은 아니지만, 그러한 경우에는 평화로운 공존에 대한 경미한 장애로 인하여 승인침해에 의한 가설적 분개가 무제한적 방위를 요구하지는 않기 때문에 정당방위가 일정한 제한을 받는다.

이와 같이 상호주관적 승인이론에 따라 개인적 권리를 정당한 상호주관적 존중기대로 정의할 수 있다면 정당방위를 제한하기 위한 논의에 ‘사회윤리적 요소’를 끌어들이는 필요가 없으며, 정당방위의 제한문제는 구체적 행위상황을 고려하여 상당성을

49) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고 84도683판결.

50) 예컨대 김정환, 앞의 논문, 24면; 이용식, “정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건”, 형사판례연구 [3], 1995, 88면.

판단하는 것으로 충분한 것으로 보인다.⁵¹⁾

4. 긴급구조와 방위의사

앞에서 살펴본 바와 같이 개인권적 일원론의 관점에서는 긴급구조를 논증하기 어렵고, 사회권적 일원론의 입장에서는 긴급구조를 형벌권화할 뿐만 아니라 피공격자의 의사와 무관한 독자적 권리로 파악하는 문제점이 있다.⁵²⁾ 그에 반해서 상호주관적 승인이론은 긴급구조에 대한 설명에서도 상호적인 승인에 대한 침해에 의해 야기되는 피공격자의 도덕적 분개에서 출발한다.⁵³⁾ 그러한 도덕적 분개가 일반화가능한 한 피공격자에게 고유한 방위권이 부여된다. 그러나 인간의 자율성보호에 초점을 맞추고 있는 민주국가의 법질서에서 방위의사는 주관적 정당화요건으로서 포기할 수 없는 것이며, 공격자에게 굴복하기를 원하는 사람에게 법률은 결코 자기방위를 강요할 수 없다.

이와 같은 관점에서 볼 때 자유적 민주국가에서는 피공격자의 결정권을 존중하여야 하기 때문에 긴급구조는 피공격자로부터 파생된 권리로 이해될 수밖에 없다. 이미 개념적으로 볼 때 구조는 항상 구조대상자의 의사에 종속되는 것을 의미한다. 상호주관적 승인이론에 따라 가설적 분개에서 출발하더라도 피공격자의 의사에 반하여 그를 보호해야 할 아무런 이유가 없다. ‘보편화된 제3자’의 관점에서 볼 때 구체적 인간에게 가해진 공격은 동시에 모든 사람의 승인을 받은 규범에 대한 침해를 의미한다. 그러한 범위에서 가설적 분개는 우선 구체적으로 공격을 받은 사람의 방위권만 정당화할 수 있다. 그리고 피공격자가 자신의 방위권을 행사할 의사가 있을 뿐만 아니라 제3자의 구조를 양해하는 경우에 한하여 그의 방위권은 동시에 긴급구조자의 권한을 정당화할 수 있다. 긴급구조의 경우에 피공격자가 공격자의 침해를

51) 예컨대 최석운, “정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 424면 이하 참조.

52) 긴급구조를 독자적 권리로 파악하는 것은 권위적·가부장적 국가관과 타율적 인간상에 기초하고 있기 때문에 헌법에 명시된 자유적·사회적 민주국가뿐만 아니라 그 기초가 되고 있는 자율적 인간상과 조화될 수 없으며, 현실적으로도 긴급구조자가 항상 무엇이 피공격자에 대한 선인지를 피공격자보다 더 잘 알고 있다는 전제에서만 가능하다.

53) Kargl, 앞의 논문, 63면.

양해하거나 동의한 때에는 ‘침해’ 또는 ‘위법한 침해’가 인정될 수 없기 때문에 이미 정당방위상황이 존재하지 않는다고 보아야 한다. 이처럼 긴급구조는 대리적 분개에 의해 정당화되는 것이 아니라 가설적 분개에 의해 정당화되는 피공격자의 방위 의사에 종속된다.⁵⁴⁾ 따라서 긴급구조는 자기의 법익에 대한 정당방위와 마찬가지로 상호주관적 승인이론에 의해 설명될 수 있으며, 상호주관적 승인이론에 기초한 자기방위의 제한에 관한 내용은 긴급구조에도 적용된다.

IV. 맺는 말

지금까지 정당방위의 근본사상에 관한 기존이론의 내용과 한계에 대해 살펴보고, 기존이론의 한계를 극복할 수 있는 새로운 대안에 대해 검토하였다. 정당방위의 근본사상에 관한 이론은 자기방위와 긴급구조를 설명할 수 있어야 할 뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한도 적절히 설명할 수 있어야 한다는 것을 전제로 앞에서 살펴본 내용을 요약하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 자기보호원칙에 기초한 개인권적 일원론은 정당방위를 국가이전의 자연적 자기방위권으로 이해하기 때문에 법적으로 구성된 공동체로서의 법치국가와 조화될 수 없다는 문제점을 안고 있다. 그리고 개인권적 일원론은 타인의 법익에 대한 부당한 침해를 방위하기 위한 정당방위를 의미하는 ‘긴급구조’를 논증하기 어려울 뿐만 아니라 정당방위의 한계 내지 제한에 대한 설명에서도 문제점을 안고 있다.

둘째, 법수호원칙 내지 법확증원칙에 기초한 사회권적 일원론은 긴급구조를 설명하기 위해 물리적 강제력을 행사할 수 있는 국가의 독점적 권한을 사인에게 위임한 것으로 설명하지만 정당방위는 처음부터 국가적 권력독점의 관할영역에 속하지 않기 때문에 이론적 전제에 문제가 있다. 그리고 사회권적 일원론은 법수호원칙에 기

54) 이것은 피공격자가 명시적으로 긴급구조를 거부할 경우에는 타인을 위한 정당방위가 성립할 수 없다는 것을 의미한다. 그러나 피공격자의 의사를 확인하기 어려울 때에는 추정적 승낙에 의해 일반적으로 긴급구조가 허용된다고 볼 수 있다. 그리고 법익주체의 처분권이 인정되지 않는 생명에 대한 침해의 경우, 타인에게 통찰능력이 결여된 경우, 타인이 착오에 빠져 긴급구조를 거부하는 경우 등에서는 피공격자의 명시적 거부 의사에도 불구하고 타인을 위한 정당방위가 성립할 수 있다.

초하여 한편으로는 이익형량이 불필요하고 회피의무도 없다고 하여 정당방위의 과단성을 정당화하고 다른 한편으로는 정당방위의 제한을 정당화함으로써 스스로 모순에 빠지는 문제점을 안고 있다. 더 나아가 사회권적 일원론은 정당방위를 형벌에 준하는 것으로 취급하는 문제점이 있다.

셋째, 이원론은 이론적 전제와 내용의 면에서 문제점을 지닌 개인권적 일원론과 사회권적 일원론을 고유한 핵심내용도 없이 단순히 첨가하는 방식으로 절충한 것이라는 한계가 있다. 따라서 이원론은 충돌사태에 대한 평가기준을 확보하지 못하고 있을 뿐만 아니라 고유한 핵심주장에 대해서는 무관심하고 형법해석과 형사정책의 구별을 희석시키는 문제점을 안고 있다.

넷째, 정당방위의 근본사상에 관한 새로운 대안으로서 상호주관적 승인이론을 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 상호주관적 승인이론은 기존이론과 달리 개인적 권리 내지 개인적 이익의 상호주관성을 통해 정당방위의 근거와 한계를 적절히 설명할 수 있기 때문이다. 상호주관적 승인이론에 따르면 정당방위상황에서는 법질서의 효력이 문제되는 것이 아니라 구체적 상황에 처한 구체적 인간의 개인적 이익의 효력이 문제된다.

결론적으로 상호주관적 승인이론은 개인적 권리 내지 개인적 이익의 상호주관성을 통하여 정당방위의 근거와 한계를 적절히 설명할 수 있기 때문에 정당방위의 근본사상에 관한 새로운 대안이 될 수 있는 것으로 보인다. 그런데 상호주관적 승인이론에 따르면 개인적 권리의 상호주관성으로 인하여 개인적 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 있는 경우 정당방위가 인정될 수 있지만, 개인적 법익이 인격실현의 핵심영역으로부터 멀어질수록 정당방위가 제한될 가능성이 크다고 설명하고 있을 뿐이다. 따라서 구체적으로 어떠한 법익이 인격실현의 핵심영역에 해당하고 어떠한 법익이 핵심영역에서 벗어난 것인지에 대한 규명이 필요하고, 구체적 사례에서 어떠한 경우에 정당방위가 인정되고 어떠한 경우에 정당방위가 제한되는 것인지에 대한 규명도 필요하다. 그러나 이러한 문제는 구체적 사례에 대해 상호주관적 승인이론의 관점에서 현행법을 해석하여 적용하는 판례평석을 통해 해결되어야 할 것으로 보인다.

참고문헌

- 김성천/김형준, 형법총론, 2005
- 김일수/서보학, 형법총론, 2002
- 김정환, “정당방위의 기본사상으로서 법질서수호원리?”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006
- 김태명, “정당방위의 본질에 관한 고찰”, 가톨릭법학 창간호, 2002
- 김태명, 정당방위의 요건으로서 상당성에 관한 연구, 서울대학교박사학위논문, 2000
- 박상기, 형법총론, 2004
- 변종필, 형사소송의 진실개념, 1999
- 배종대, 형법총론, 2009
- 손동권, 형법총칙론, 2001
- 신동운, 형법총론, 2001
- 오영근, 형법총론, 2005
- 이상돈, “법관의 말행위와 올바른 법”, 저스티스 제25권 제2호, 한국법학원, 1992
- 이용식, “정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건”, 형사판례연구 [3], 1995
- 이재상, 형법총론, 2005
- 이정원, 형법총론, 1999
- 임웅, 형법총론, 2002
- 정성근/박광민, 형법총론, 2006
- 정영일, 형법총론, 2005
- 최석운, “정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002
- Apel, Diskurs und Verantwortung, 1988
- Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984
- Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978
- Habermas, Faktizität und Geltung, 1992
- Habermas, in: Edelstein/Nunner-Winkler (Hsrg.), Zur Bestimmung der Moral, 1986

- Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1982
- Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts,
FS für Bockelmann, 1979
- Honneth, Kampf um Anerkennung, 1994
- Honneth, Levithan 1994
- Kant, Metaphysik der Sitten, hrsg. von Vorländer, 1965
- Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der basis der kognativen Handlungstheorie,
1993
- Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 1998
- Klaus Güter, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hsrg.), Recht und Moral, 1991
- Kratzsch, Grenden der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968
- Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1966
- Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968
- Marxen, Die soziaethischen Grenzen der Notwehr, 1979
- Mead, Geist, Identität und Gesellschaft, 1973
- Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979
- Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1975
- Schöblier, Anerkennung und Beleidigung, 1997
- Wagner, Individualistische und überindividualistische Notwehrbegründung, 1984

Die Grundgedanken der Notwehr

Choi, Suk-Yoon*

Die vorliegende Arbeit handelt sich über die individualistische Notwehrbegründung, die überindividualistische Notwehrbegründung, die dualistische Notwehrbegründung, und die intersubjektive Notwehrbegründung in Zusammenhang mit den Grundgedanken der Notwehr.

Die individualistische Notwehrbegründung verstehen die Notwehr als eine Form der erlaubten Selbsthilfe, durch die der Verteidiger das angegriffene Rechtsgutsobjekt schützt. Aber begründet diese individualistische Notwehrbegründung eher die Schärfe als die begrenzung des Notwehrrechts. Zudem ist die Interpretation der Notwehr als eine Konflikt privater Interessen außerstande, die Nothilfe zu erklären. Soweit der Staat die ihm von den Gesellschaftsmitgliedern übertragene Zwangsbefugnis nicht wahrnimmt, behält der Bürger sein ursprüngliches Selbstverteidigungsrecht nach den individualistischen Notwehrbegründung. Als Recht zu zwingen kann die Notwehrbefugnis nicht außerhalb einer rechtlich verfaßten Ordnung stehen. Denn im Naturzustand gibt es keinen Rechtszwang.

Die überindividualistische Notwehrbegründung erklärt die Notwehrbefugnis aus dem Merkmal des rechtswidrigen Angriffs. Der Angreifer verletzt nicht nur die Interessen seines Opfers, sondern auch den sozialen Frieden, die Idee des Rechts, die elementaren Ordnungsprinzipien oder die Stabilität des System. In der Konsequenz dieser Auffassung kommt dann dem Verteidiger vorrangig die Aufgabe zu, die Rechtsordnung zu schützen. Aber kollidiert die überindividualistische Notwehrbegründung, die das Notwehrrecht in den Grenzen wechselseitiger Rücksichtnahme halten will, vor allem dann mit dem Rechtsbewährungsgrundsatz, wenn aus ihm die besondere Schneidigkeit des Notwehrrechts

* professor, Korea Maritime University

abgeleitet wird.

Die dualistische Notwehrbegründung ist eine Addition der Grundgedanken über die Notwehr. Aber erhält die dualistische Notwehrbegründung keine Wertungen für den Konfliktfall. Sie verhalten sich gegenüber den eigenen Kernaussagen eher gleichgültig und begünstigen ein Interpretationsmuster, das die Trennung der Strafrechtsdogmatik von der Kriminalpolitik aufhebt.

Schließlich geht das Konzept der intersubjektive Notwehrbegründung, das das Notwehrrecht aus der Intersubjektivität der Individualrechte erklärt, jedoch über seine für die Notwehr unerläßliche Rechtfertigungsfunktion hinaus. Es formuliert zugleich die Grenzen des Notwehrrechts aus dem verallgemeinerbaren Moment der moralischen Empörung, die durch den Angriff ausgelöst wird.

❖ Key words : Notwehr, Nothilfe, Selbstschutz, Rechtsbewährung,
Intersubjektivität