

정당방위에 있어서의 도발행위

황호원*

I 문제제기

II 정당방위의 정당화 및 제한원리 검토

III 도발행위의 형태들

IV 정당방위의 도발행위에 있어서의 교정수단으로서의 귀속설

V 도발시 제한해결책의 합법성

VI 맺는말

I. 문제제기

이 논제는 우선 방어자가 공격자에게 "현재의 부당한 침해"를 도발하여 정당방위로 나아간 경우를 다루는 것으로 이는 우리 형법 제 21조 1항의 규정과 독일 형법 제 32조 2항¹⁾이 공히 정당방위상황이 발생하게 된 원인을 다루지 않음으로 생겨난 법률의 흠결 문제로써, 방위상황 이전의 도발행위가 정당방위 인정여부에 어떠한 영향을 끼치는가는 현재 전적으로 학설에 맡겨져 있다. 만일 정당방위가 발생하게 된 원인을 고려하지 않기로 한다면 어떤 경우라도 그 도발행위가 정당방위의 성립에는 아무런 영향을 끼치지 않으나²⁾, 이를 고려한다면 그 근거는 무엇이며 또한 그 범위는 어디

* 한국항공대학교 / 법학박사

1) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwaertigen rechtswidrigen Angriff von sich oder anderen abzuwenden (정당방위는 자기 또는 타인에 대한 현재의 위법한 공격을 회피하기 위하여 필요한 방위이다.)

2) 정성근, 자초방위, 성균관법학 제 5호, 1994, 136참조. 현행 형법규정에 따르면 정당방위 요건에 현재의 부당한 침해가 어떤 원인에 기여하여 야기되었는가, 침해를 도발한 자에게 침해의 인식이나 그 가능성이 있었는가 등은 고려하지 않고 있으므로, 이는 정당방위의 성립

까지 인정해야 하는가 등의 해결책이 제시되어야 할 것이다

정당방위를 일으키는 "공격의 도발행위"를 어떻게 다루어야 하는가에 대한 연구는 최근까지 활발하게 논의되었던 "정당방위의 사회 윤리적 제한"의 한 부분으로서 많은 학자들에 의하여 중점적으로 다뤄진 정당방위 발전의 극치로서 이에 대한 많은 연구³⁾가 이미 진행되어 정당방위 인정여부와 이에 대한 근거모색은 충분하게 다뤄졌으므로, 여기서는 특히 도발행위에 초점을 맞추어 이를 도발행위를 위법성의 정도에 따라서 여러 형태로 구분하기도 하고 또한 주관적 측면에서 그 도발행위의 의도/고의/과실 등의 차원에서도 주의 깊게 살펴보기도 하였다. 그러나 무엇보다도 가장 중점을 둔 사항은 도발행위와 공격 그리고 방어의 시간적 흐름에 따른 다양한 형태를 조사하는 것이었다 즉, 도발행위를 개별적인 독립된 행위로 파악하는 것이 아니라 도발행위와 이로 인한 공격행위 그리고 정당방위행위의 연관성 있는 전체적인 맥락에서 조명하려는 시도를 하려한다 또한 정당방위의 도발자의 주관적인 행위측면을 상세히 살펴보고, 아울러 도발행위의 정당방위 제한의 근거로 문제시되고 있는 여러 이론 가운데 특히 원인에 있어서 위법한 행위(*actio illicita in causa*)와 현재 다수설인 소위 제한이론 모델의 입장을 살펴보기로 하겠다.

II. 정당방위의 정당화 및 제한원리 검토

지나치게 넓은 정당방위 권리의 인정이 사회에 또 다른 불법을 가져올 수 있다는 역사적 경험은 정당화 원리에 대한 이해에 있어서 정당방위의 성립뿐 만 아니라 그 사회 윤리적 제한도 함께 고려해야 한다는 결론에 도달하게 된다

1. 상당성의 반성

상당성은 규범적 개념으로서 그 판단에는 사회 통념, 특정 사회의 윤리관, 특정 국가의 법문화가 크게 작용 한다⁴⁾. 상당성의 판단은 행위당시의 구체적 사정을 고려한

과는 아무런 직접적인 관련이 없고 나아가 도발의사와 방위의사와의 전혀 관계가 없으므로 이를 논의함은 부당하게 확대하는 것이기에 타당하지 않다고 하는 의견도 있음

3) 양화식, 도발된 침해에 대한 정당방위, 법조 통권 501, 1998 6 112~141 원형식, 유발된 침해에 대한 정당방위, 건국대대학원 학술논문집 통권 46호, 1998 3 167~190 배종대, 도발의 정당방위의 제한에 관한 연구, 고려대 관례 연구 통권 제 5호, 1991 12 97~112 정용기, 자초방위와 자초긴급구조, 성균관법학 1999 12 335~349

객관적 판단이다 그러나 우리 법원은 상당성에 관하여 뚜렷하고 논리적인 판단기준을 제시하지 못하고 단지 상당성 여부의 결정에만 급급한 현실이므로, 수궁할만한 보다 객관성 있고 타당한 이론을 수립하여야 할 필요성을 절감하지 않을 수 없다. 더욱이 정당방위를 개인의 권리 측면보다는 사회 윤리 측면에서 이해하려는 경향이 점차 강해지는 우리 현실에서 법원은 오히려 위법한 침해에 대한 피공격자의 윤리적 도덕적 책임을 묻는 등 사회통념에 비추어 침해를 방위하기에 필요한 행위라도 용인할 만한 정도이어야 한다고 하여 상당성의 판단에 있어서 사회통념 즉 사회의 윤리적 도덕적 가치관이 고려되어야 한다고 한다 즉 사회윤리라는 테두리 안에서 모든 기준을 해결하려는 발상은 자칫 위험 할 수 있기에 이에 대한 조치가 시급하여 법 해석에 있어서 명확함이 제시되어야 할 것이다.

상당성의 해석에 있어서 우리 학계에서는 독일 형법상의 정당방위의 성립요건인 필요성(Erforderlichkeit, 독일형법 제 32조 제 2항)⁵⁾과 요구성(Gebotenheit, 독일형법 제 32조 제 1항)⁶⁾을 차용하고 있다. 이에 대하여 이는 우리 형법상의 상당성 요건을 혼탁하게 만들 뿐 만 아니라 독일형법학에 대한 무분별한 맹종의 소치라는 비판⁷⁾과 더불어 이는 독일형법에 나타난 필요성과 요구성⁸⁾이란 두 개념은 근본적으로 동일한 의미로서 단순한 반복을 피하기 위한 데 지나지 않다는 독일의 다수설 의견⁹⁾에 동조

4) 정당방위의 범문화를 개인주의 자유주의의 전통 하에 정당방위의 폭 넓은 허용을 보이는 적극적 정당방위문화권과 동양처럼 단체주의와 유교적 전통 하에 정당방위의 인정이 협소한 소극적 정당방위문화권으로 나누어 볼 수도 있다 참조 김성천, 형사법연구 제 6호, 1993, 96면 이하.

5) 손혜록, 형법총론, 법문사, 1996, 454면 이재상, 형법총론, 박영사, 1997, 204면. 진계호, 형법총론, 대왕사, 1996, 353면

6) 상당성의 요건을 필요성과 요구성의 두 요건으로 설명하는 견해로는 김일수, 형법총론, 박영사, 1996, 271면 이하 박상기, 형법총론, 박영사, 1997, 176면

7) 임웅, 정당방위의 “상당성”요건과 정당방위의 제한, 형사법연구 제 10호, 1998, 1면.

8) Geboten이란 용어의 해석을 “요구”란 표현은 항상 요구하는 주체가 있을 것을 연상시키기에 정당방위의 요건으로서 부적절하다하며 더욱이 dringend erfordern(긴급하게 필요로 하다)라는 동사의 뜻이므로 “요급성”이라는 번역이 보다 타당하다는 의견이 있다 임웅, 전제서, 3면

9) Paul Bockelmann, “Notwehr gegen verschuldete Angriffe”, Hoing-Festschrift, 1970, S. 24. Jescheck, a a O S 309 Lenckner, “Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr”, GA 1968, S 1 Eberhard Schmidhaeuser, “Ueber die Wertstruktur der Notwehr”,

하여 구체적인 판단기준을 제시해 주지 않는 공공식(空公式/Leerformel)에 불과하여 오히려 정당방위의 한계를 불명확하게 한다는 비판적 견해가 있다.¹⁰⁾

2. 정당화 원리

정당방위의 근본이념인 자기보호의 원리는 자기 보존의 본능에 기초를 둔 개인적 차원의 자연권으로서 정당방위 권리로 관념 되고 있으며, 법질서수호의 원리는 불법에 대하여 법을 수호하고 불의를 타파하여 정의를 세운다는 사회적 차원의 이념에 기여한다¹¹⁾ 그러므로 일부 견해에 의하면 정당방위를 자기보호의 원리(Individualschutz) 내용에 법질서 수호(Rechtswahrung)가 더해지는 특색이 있는 긴급피난의 특별한 형태라는 주장도 있듯이¹²⁾ 정당방위 규정들도 결국 긴급피난처럼 침해법익과 보존이익과의 개별이해들의 충돌을 출발점으로 삼는다. 그러므로 그에게 도주하여야 하거나 또는 외부의 도움을 요청하는 것이 요구되지 않는다. 나아가 방어수단을 선택할 때 위험들을 감수할 필요도 없다(Risikofreiheit). 그는 공격을 즉시(sofort), 효력 있게(endguelig) 방어할 수 있는 권리를 갖고 있다. 정당방위는 긴급피난 등 다른 위법성 조각과 달리 이익의 교량을 요구받지 않기 때문이다.

그러나 점차 방어자는 그 공격자가 가능한 한 적게 부상당하도록 자기의 방어를 행하여야만 하는 요구가 커졌고, 급기야 1931년에 Reinhard Frank로부터 "세상물정에 어두운 이해"로 묘사되었던 일반 예방 원칙인 "정의는 부정을 피할 필요가 없다." 라는 이론은 큰 영향력을 얻었고¹³⁾, 비로소 정당방위는 자기보호원리(Individualschutz)에 법질서수호의 원리(Generalpraevention)를 추가하여 두 기둥으로 성립하게 되었다¹⁴⁾.

Hong-Festschrift, 1970, S. 189. Spindel, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl 1982, S. 256.

10) 임웅, 전거서, 4면

11) 임웅, 정당방위의 상당성 요건과 정당방위의 제한, 형사법연구 제 10호, 1998, 12면.

12) Roxin, AT, § 14, Rn. 47.

13) Frank, Kommentar, 18. Aufl., 1931, Anm I, 2a, zu53 (S 161 f)

14) 한편 소수의견은 나아가 법질서의 수호가 개개인의 법익들의 보호를 단지 반사효과로만 다다른 정당방위의 우세하는 원칙이라고까지 주장 한다 특별히 Schmidhaeuser, AT, S. 340 ff.: Vgl. Schmidhaeuser, GA 1991, 115 ff 비판적인 의견은 Hirsch, in Dreher-FS, S 218 ff.

이 원칙들은 두개의 다른 분야에서 적용 한다. 즉, 자기보호의 원리는 법익의 객관대상의 기초가 되는 침해이익(Eingriffsgut)과 보존이익(Erhaltungsgut)의 균형 쪽으로 구체화되고, 법질서수호의 원리(Generalpraevention)는 항상 추상적인 선도원칙으로 머문다

3. 정당방위의 사회윤리적 제한의 근거모색

19세기에 이르러 신분사회로부터 자유주의사회로의 전환이라는 사회적 변화는 정당방위에도 그 영향을 끼쳐 급기야 현재의 부당한 공격이 존재하기만 하면 극단적인 방어행위가 허용되는 매우 경직된 정당방위 이론을 주장하기에 이르렀다.

그러나 20세기에 들어오면서 개인주의에서 사회전체를 보는 시각이 발전함에 따라 법치국가의 틀 안에서 사회화(sozialisiert)과정을 겪게 되었고 이로써 정당방위도 제한적이며 완화된 형태로 변화를 하게 되었다. 일례로 판례 역시 아무런 법조항의 변화가 없음에도 불구하고 차츰 사회 윤리적으로 제한하는 방향으로 변화함을 알 수 있다. 이런 경우 정당방위 권리는 무제한적으로 인정되지 않고 어느 정도의 인내의무(Duldungspflicht)가 요구되기도 한다. 서구에 비하여 우리의 현실은 정당방위를 오히려 주저하는 경향에 있었기에 이런 풍토에서 독일의 제한이론을 주장하기보다는 차라리 우리의 상당성 개념의 축소해석 내지는 제한 해석을 통하여 그 적당한 모습을 찾는 것이 보다 현실적이지 않나 싶다.

일반예방의 법칙의 도입은 비로소 법질서의 보호 상징으로서 그 동안 개인의 보호 차원에서만 다뤄져서 제한이 불가능하였던 정당방위 권리(Notwehrrecht)를 필요한 경우에 따라서는 제한할 수 있는 가능성을 제공하기에 이르렀다. 다시 말해서 정당방위 권리의 견고함의 이익이 다른 기초적인 의무와 대립되거나 또는 다른 차원에서 새로운 고려가 필요한 때, 즉 예를 들어 그 무엇보다도 방어자가 권리의 방어자 역할에서 의심스러워질 때 난공불락이던 정당방위 권리가 비로소 제한을 받게 되는 것이다. 여기서 논하고자 하는 경우처럼 방어자가 자기의 어떤 행위로 말미암아 공격을 스스로 유발시키게 했을 때 법질서가 이 위법한 공격에 대하여 방어자의 방어를 인정해주지 않을 경우에 정당방위의 일반예방 법칙 상 정당방위 권리의 제한이 요청되는 것이다¹⁵⁾. 이런 이론적 배경에서 정당방위 권리를 소멸하거나 제한하기 때문에 이미 법

15) Welzel, Strafrecht, S. 98; Jescheck/Weigend, AT, S. 346; SK-Samson, 32 Rn. 27; Kuehl,

적으로 정당방위자의 강한 입장의 기초가 된 일반 예방 원칙은 중요한 교정(korrektiv)의 기준이 된다

최근 도발행위를 통한 정당방위의 제한에 있어서 중요한 논쟁의 결론은 “제한모델(Einschraenkungsmodell)”이라는 이론으로 대부분 일치하고 있다. 즉 방어자가 우선 위험을 감수해야 하고 더 나아가 약간의 부상을 당해도 그는 도주의 가능성을 무시하여서는 안 되며, 또 자제하면서 자신을 방어할 것을 요구한다(Schutzwehr). 지속되거나 또는 힘에 겨운 공격인 경우에 한하여서만 비로소 방어자는 다시 완전한 정당방위권(Trutzwehr)을 갖는다

III. 도발행위의 형태들

도발개념을 선행행위와 공격인의 반응에서 형성하려 할 때 전체맥락을 무시하고 도발개념을 확정한다는 것은 무리이다 도발과 공격 그리고 방어의 연관성을 살펴볼 때 다양한 형태가 있음을 알 수 있다. 그러나 이들의 공통적인 점은 사전행위가 정당방위 과정에 있어서 등가-인과 관계적(Aequivalent-kausal)일 때만 도발로서 고려된다는 사실이다. 성공하지 못한 도발은 정당방위와는 아무런 상관이 없다 즉 상대방이 도발 때문에 공격하는 것이 아니라 다른 이유로 공격을 감행한다면 정당방위는 아무런 제한도 받지 않는다. 도발과 공격의 맥락에서 중요시할 다른 요건은 위법한 공격은 항상 스스로 책임져야 하는 자율적인 행위여야 한다는 점이다.

여기서는 다양한 도발의 개념과 현상형태가 다뤄지게 될 것이다. 즉, 도발행위 자체에 국한하지 않고 무엇보다도 도발행위와 공격행위와 이에 따른 방어행위 상호간의 체계적인 관계에 중점을 두어 시간적, 공간적 그리고 동기 유발적인 관계를 살펴보겠다.

1. 정당방위권리의 남용으로서의 의도적 도발행위

방어자가 공격자를 단지 정당방위라는 명분 하에 그를 부상시키거나 살해하기 위해서 공격을 도발한 의도적 도발행위(Absichtsprovokation)에 있어서 산발적인 의견을 제외하고는 대부분 학자는 이런 경우에 정당성을 부인한다.

의도적 도발의 경우는 방위자가 정당방위를 구실로 하여 침해자를 해치고자 의도적

으로 침해행위를 도발한 경우에 그 방위 행위에서는 아무런 법질서수호의 이익을 찾아볼 수가 없기 때문에 원칙적으로 정당방위가 성립하지 않는다.

그러나 항상 그런 것은 아니고 도발된 침해가 자신에게 다소간의 손해를 끼친다 해도 이를 수인 하거나 회피할 의무를 발생시킨다는 것이지 상대방이 예상외의 과도한 침해행위로 나온다면 정당방위를 허용할 여지도 있다

2. 도발행위로서의 선행행위 (위법성으로 구분/객관적)

여기서 문제되는 사항을 시간적인 연속성이라는 관점에서 알아보면 우선 첫째로 도발행위가 있고 둘째로 도발된 공격행위 그리고 셋째로 거기에 도발자의 공격에 대한 방어행위로 구성이 된다. 그렇다고 이 셋의 관계를 바로 인과관계로 이해하려 것은 위험한 일이다 즉, 도발개념을 독립된 앞선 행동으로 보는 것이 아니라 그 다음 단계인 공격과 연이은 방어와의 전체적인 맥락에서 찾아야 한다.

모든 선행행위를 위법성의 관점아래에서 분류하면 우선 법적으로 요구되는 것인가? 아니면 법적으로 허락될 수도 있는가? 또 사회적으로 위법하기는 하나 금지되지는 않는 것인가? 법적으로 위법하나 처벌받지는 않는가? 심지어 단지 단순히 질서위반일 수도 있고 처벌받을 수도 있다. 이런 분류를 통하여 다음의 표로 정리하였다.

주관적 기준	내 용	사 례
파할 수 없는 운명적인 것	도발적인 내용은 고의도 없고 또한 인식할 수 없다	외국인 X와의 대화 도중 A는 일반적 인 통용어를 사용하는데 X는 이것을 심한 모욕으로 여긴다
인식없는 과실	도발적인 내용은 고의없이 행해졌지 만 인식할 수 있다	A는 깊이 숙고하면 X가 그 단어를 모 욕으로 오해할 수도 있음을 알 수 있 었을 것이다
인식있는 과실	범인은 자기의 행동의 도발적인 내 용을 가능하다고는 여기나 그것이 감지되지 않으리라 믿는다	A는 모욕적인 부수적 의미를 생각하 지만 X가 그것을 알지 않기를 원한다
미필적 고의	범인은 자기 행동이 도발할 수도 있 을 것이라고 감수한다	A는 그의 도발적으로 생각하지 않은 표현이 도발로 이해될 수 있을 것을 감수한다
직접적인 고의	범인은 그의 표현이 도발을 해야만 하는 것을 인식하지만 그에개는 하 지만 그것이 중요하지 않다.	A는 X를 질도행위로 의심하면서 "네 가 나한테 훔친 것을 도로 달라" 고 말한다.
의 도	행동은 오로지 또는 주로 도발을 하 려 한다	"너 도둑이지"

3. 도발행동의 주관적인 행위측면

도발행동의 주관적인 행위를 다룸에 있어서 두 가지 측면을 고려하여야 할 것이다. 즉 우선 행동의 도발적인 내용이 의식적(wissentlich)이었는가 아니면 의지적(willentlich)이었던가의 측면에서 검토하여야만 한다. 또한 도발의 행위가 과실로 발생했는가, 고의로 일으켰는가 아니면 의도적이었는가를 확인하여야하고 그리고 난 후, 즉 도발자가 자기의 행동으로 공격을 야기하려 했는지는 그 다음에 검토해야 한다. 즉 이 둘을 기준으로 혼합하여 그 경우를 표로 나타내면 다음과 같다.

위법성 정도	사 례
법적으로 요구된 행동 (rechtlich geboten)	집달관을 통한 압류, 경찰관을 통한 체포와 구금 등
법적으로 허락된 행동 (rechtlich erlaubt)	자기 집을 찾는 것, 일반적으로 통행할 수 있는 공간에 발 들여놓기(역, 음식점, 학교 등 출입), 채권의 자금 회수
사회적으로 비난받으나 법적으로는 금지되지 않은 행동 (sozial missbilligtes rechtlich aber nicht verboten)	사랑하는 남녀를 부담스럽게 주목하는 것, 끈질긴 회파람불기, 추운 바람이 부는데 창문을 열기
금지된(위법한) 행동이나 처벌받지는 않는 행동 (rechtswidrig aber nicht strafbewaert)	소유를 빼앗아 감, 타인의 사적 도로권의 침해
질서위반의 행동 (ordnungswidrig)	거리교통에 있어서의 우선권 위반(교통질서 위반)
처벌받을 행동(strafbar)	범죄, 경범죄

4. 도발행위, 공격 그리고 방어사이의 연관성

도발에 의하여 정당방위가 행해진 경우 공격과 방어 사이는 일반적으로 많이 다루
 어졌던 정당방위의 문제이기에 여기서는 일단 다루지 않아도 될 것 같아 특히 도발과
 공격사이의 연관성을 살펴보겠다. 여기서는 단순히 선행행위가 위법성 여부만을
 기준으로 경솔하게 판단하여 추후 정당방위의 인정여부를 결정하는 기존의 시각에서
 벗어나 선행행위와 공격과 방어의 연관성아래의 전체적인 맥락에서 판단해야 함을 강
 조하겠다.

예를 들어 범인이 매우 긴장된 싸움 후에 일단 그 장소를 떠났다가 다시 무장을 하
 거나 도움을 청해서 그와 함께 다시 돌아온 경우 이때 범인은 새로 기대되는 공격에
 대한 주도권을 상대방에게 양도한다. 즉, 이 경우 범인은 단지 그 장소로 돌아오기만
 하는 행동이 사회적 측면에서 볼 때 위법하지 않은 단순히 거부되는 비난받는 행동을
 위법한 행동과 엄격하게 구분 지어 정당방위의 제한의 범주에서 제외시키는 실수를
 준엄하게 경고하려 한다. 즉, 이는 단순히 그 행동만을 보는 것이 아니라 전후 맥
 락을 살펴보아서 판단하여야 함이 요구되는 것이다. 다시 말하여 선행행위만이 고유

하고 독립적으로 다뤄지는 것이 아니라 전체의 맥락에서 도발로 판단되어야 한다는 것이다. 그러나 여기에도 명확한 예외가 있는데 이는 도발행위가 법적으로 허락되든지 아니면 법적으로 요구되었을 때이다. 그것은 그 자체로도 충분히 확정적이다. 즉, 법적으로 인정된 행위는 일단 보호를 받아야 함은 당연한 것이다.

(1) 도발과 공격이 갑자기 연달아 일어나는 경우

이런 상태는 가장 단순하고 빈번한 연결 관계의 상태로서 다음과 같은 최근 독일 판례에서 찾아볼 수 있다

G는 A를 주먹으로 때려눕히려고 손을 쳐든다. A는 그를 필요한 방어행위로 땅에 쓰러뜨린다. 공격에 화가 난 G는 A를 죽이기 위해서 몽둥이를 꺼내지만 A가 지금까지 숨겨놓았던 총포로 살해당한다¹⁶⁾.

도발과 공격의 관계에 있어서 이렇게 즉흥적인 관계는 가장 기초적인 형태이다. 도발과 방어행위는 공격의 쉼(Zaesus)을 통하여 분명한 개별단락으로 나뉘어 있어야만 한다. 즉 이런 경우 우리의 경우는 싸움으로 취급하여 일단 정당방위가 성립이 되지 않는 것으로 처리하고 있다. 통상적인 싸움은 엄밀히 말해서 싸우는 자들이 비의도적으로 침해를 상호 유발한 경우에 해당하는데 우리나라 대법원은 싸움에서 서로 방위 의사가 아니라 공격 의사를 가지고 있고 방어행위와 침해행위가 교차되기 때문에 정당방위가 인정될 수 없다 한다.

싸움에서는 양당사자 모두가 공격과 방어행위를 동시에 하기 때문에 어느 한쪽의 행위는 정당하고 다른 한쪽의 행위는 부당하다는 식으로 나눌 수 없다. 따라서 싸움에서는 정당방위라는 위법성조각의 문제가 발생할 가능성이 없으며 이는 우리 판례의 일관된 입장이기도 하다¹⁷⁾. 도발이 폭행으로 나타나면, 자기의 폭행을 끝까지 수행하기 위해서 범인이 억제한 다른 사람에 대한 공격은 도발-공격-방어의 단계로 나뉘지 않는 하나의 통일된 싸움인 것이다. 다른 예를 들어보면;

16) BGH JZ 2001, 664. m Anm Roxin: dazu Englaender, Vorwurfbare Notwehrprovokation. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung aufgrund rechtswidrigen Vorverhaltens trotz gerechtfertigten Handelns, Jura 2001, 534

17) 대판 1996 9.6. 95 도2945 (공 1996 3075) 대판 1986 12 23. 86도1491(공 1986, 271) 대판 1984.6.26 83도3090(공 1984, 1328) 대판 1969 9 23 69도124(요지집 53).

A와 X가 싸운다. 잠시 동안의 휴전동안에 제 3자가 A를 싸움장소를 떠날 것을 요구하는데 효과가 없었다. 잠시 후 X가 다시 A를 공격할 때 A는 칼을 빼서 X를 찔러 쓰러뜨린다.

오늘날 제한모델의 입장에서 보면 첫 번째 싸움을 쌍방에의 도발로 보고, X의 새로운 공격을 위법한 공격으로 그리고 칼로 찔른 것을 방어로 파악하게 된다. 이 경우 앞서 행해진 첫 번째 싸움이 도발이 되어 A가 도주를 하던지 또는 어쨌든 칼을 사용하는 것은 포기했어야 하지 않나 하는 의문점이 든다. 즉, 이 경우는 싸움으로 취급하여 정당방위의 검토 없이 해결하였다. 다시 말하여 범인은 방어의지가 없었고 그 싸움을 방어의지가 아닌 공격의지 즉 명예심에서 계속 싸웠으므로 정당방위의 보호는 받지 못하였다.

또 다른 예로 도발 이후 벌어진 공격과 방어를 통하여 이미 시작된 싸움의 단계적인 확대 발생하여 급기야 생명의 위협까지 도달한 사건도 있을 수 있다. 즉, 악의 없는 소박한 주먹싸움에서 A는 갑자기 몽둥이를 꺼내고, 급기야 B는 칼을 꺼낸다. 그리고 연이어 이에 대하여 A는 다시 권총을 꺼냈다. 여기에는 도발과 공격 그리고 방어의 제한결과가 응용될 수 있다. 이때 행해진 싸움의 행위는 점점 과도하게 확대되는 도발에 대한 방어가 되어 제한모델을 인정한다 할 경우에 정당방위의 실행과 그 범위를 검토하여야 하겠다. 그러므로 공격은 도발을 통하여 야기되고 또 다른 한편으로는 도발이 다른 이의 독립적인 결정에 기인하는 행위로서 공격을 야기할 수밖에 없다. 위법적인 공격의 독립성은 귀속을 방해하는 순간이 아니라, 도발-공격-방어의 관계와 관련짓기 위해서 강요적으로 필요한 것이다.

또 다른 특이한 사항은 위법적인 공격 때는 공격인의 입장에서 도발에 관한 인식(Wissen) 존재해야 한다. 그 위법적인 공격은 범죄 구성요건 없이 과실로 일어날 수 있다. 그것은 단지 위법적이거나 논쟁의 여지는 있지만 법적인 의미에서 위반일 수 있다. 물론 도발의 경우에도 공격이 결과에서는 계획적이지 않았던 것으로 드러날 수 있지만 도발적인 행동에 대한 알지 못하는 돌발 반응은 도발의 제한 과정에 있어서 제외 된다 적어도 시작단계에서 도발에 따르는 공격은 계획적으로 전개되어야만 한다.

(2) 도발과 공격사이의 시간적-공간적 쉼

도발과 공격사이에 중단된 경우는 훨씬 문제가 더 어렵다. 범인이 상대방과 도발로 인식될만한 다툼에 처해 있었다가 일단 헤어진 후에 다시 만났고 이때 공격과 방어가 발생되었다 즉,

술 취한 A는 음식점 싸움에 휘말리게 되었고 그 뒤에 자기 집에 갔다. 싸움 때는 그 자리에 없었던 음식점 주인은 그를 찾아와서 해명을 요구했고 다시 떠났다 A는 분노의 상태에 이르렀고 칼을 들고 이미 주인이 문을 닫은 음식점 앞으로 갔다 그는 이전 싸움 상대였던 H는 창문 밖으로 뛰쳐나왔고 그를 심하게 공격했다. A는 칼로 찔려서 H의 생명에 지장 있는 위태한 부상을 가했다

이 경우 과연 A가 다시 음식점 앞에 나타난 것이 물론 부수적으로 도주 또는 위험이 따르기는 하지만 수인 할만한 방어의 가능성이 있었는지는 따로 다루겠지만 도발된 정당방위상황을 승인하게 되느냐 아니냐를 생각해 볼만하다. 다시 음식점 앞에 나타난 것은 위협이나 욕설 또는 칼을 제시하는 것과는 연결되지 않는다 그것은 단지 그 전 싸움의 장소를 찾은 것에 불과하다. 이것 자체가 도발로써 관찰 될 수 있는 행동이기는 하지만 그러나 사건들 사이에는 현저한 시간적 간격과 장소의 바꿈이 있었다. 여기서 나름대로의 정리를 하자면 우선 어느 행동이 정당방위행위로부터 시간적 공간적인 간격으로 분리되었다 하더라도 이것은 도발로써 근본적으로 유효하다고 하겠다. 또한 이런 경우 정당방위의 도발은 동일한 사람에게만 생길 필요도 없다 위의 경우에 그전에 다투던 H가 아니라 설사 음식점 주인이 공격을 했다 하더라도 이를 도발행위로 평가하여야 한다.

도발에 의한 공격의 경우에 정당방위를 제한하기 위해서는 도발행위와 위법한 공격 사이에는 근접한 시간적 연속성이 있어야 하며 동시에 그 공격은 피공격자의 선행행위의 상당한 결과인 것을 요한다¹⁸⁾. 극단적인 예로 모욕을 받은 자가 몇 주 후에 모욕자를 만나서 전의 모욕으로 인하여 폭행을 한 경우에는 피공격자의 시간적 연속성이 결여되어있기 때문에 정당방위는 제한 받지 않는다.

18) Sch/Sch/Lenckner §32 Rn. 59 Schumann, JuS 1979, S. 565. Jescheck, AT BGHST 27, 336

(3) 도발과 공격 사이의 관계에 있어서의 상당성 문제

도발과 정당방위사건 사이에 일정한 상당성이 존재해야 하는 것은 틀림없는 사실이다¹⁹⁾ 지금까지 통용되던 관찰방법에 따르면 결과가 모든 생활양식의 경험밖에 특별히 있지 않다면 상당성은 인정되는 방향이었다. 즉 선행 행동이 우선 도발로 묘사되면 거기에 부응하는 결과가 놓이는데, 이로써 보통 "모든 삶의 경험밖에 놓여있지 않는" 요구에 만족될 수 있겠다.

이제 개연성은 상당성의 척도에서 측량할 수 있다 모든 삶 경험밖에 놓여있지 않는 계수는 상당성 이론의 인과관계에서 확실히 모험적인 경과 형태들을 걸러내는 기능과 연관된다. 다른 문제에 있어서는 규범적인 이유들에서의 연관성 문제가 더 좁게 세워질 수 있고 하나의 더 높은 개연성 등급을 필요로 한다 여기서는 도발자와 공격과 방어의 사건들 사이에서의 다양한 관계를 알아보겠다 참고로 계속되는 단계들에서 의지(Willensmoment)와 의식(Wissensmoment)이 매우 중요하다.

가. 도발자는 다른 이의 공격을 예상하고 그것을 또한 원하기도 한다 그는 또한 공격의 종류와 방법에 대해서도 계산하고 그가 참작하는 공격의 위법성도 안다 바로 정당방위행위의 내용에서도 방어의 종류를 그는 계획했다.

예· A는 B가 "너 멍청이" 라고 말하였을 때 주먹으로 공격할 것을 계산하고 이미 계획한 것처럼 몽둥이로 그를 바닥에 때려눕힌다. 그는 자신에게 더 유연한 수단이 없음을 알고 내심으로 자신을 정당방위 상황으로 조종했다.

객관적으로 뿐만 아니라 주관적으로 의도적 도발이다.

나. 범인 A는 자기의 도발이 공격을 야기할 것을 알고 또한 상대방을 해치기 위해서 그것을 원한다. 그는 그에게 효과 있는 방어를 위해서 몽둥이로 치는 것 이외에는 다른 수단이 없음을 안다. 주먹으로 하는 공격의 위법성과 방어의 허락성에 대해서는 그는 생각하지 않는다. 여기에도 역시 하나의 의도도발이 놓여있다: 범인은 보통 피할 수 있는 금지착오에서 행동한다.

다. 범인 A는 자기의 도발이 공격인 예에 허락되지 않은 종류와 방법의 공격을 야기할 것을 안다 자기 소유의 방어행동을 그는

19) Vgl. nur Jescheck-Weigend, 32, III, 3 a, S. 347.

① 확고한 사상들과 연관 시킨다. 그 계획은 도발로부터 정당방위의 중간단계를 거쳐서 방어의 결과로 나타나는 피해까지 이른다

② "나는 나를 지켜야"는 불분명한 생각과 연관 시킨다

계획은 단지 공격에 대해서만

③ 그는 이전에는 아직 방어를 생각하지 않는다. 도발과 공격 그리고 방어사이의 계획관계는 부재 한다.

라. 범인A는 확실히 공격을 예상하지만 그러나 그에게 그것은 별로 중요하지 않다 왜냐하면 그는 다른 목적을 찾기 때문이다.

예) 강도 A는 자기에게 아주 폭력적으로 알려진 옆집사람으로부터 자기가 발견될 경우에 확실히 생명에 위험이 따르는 싸움을 하게 될 것과 생명을 구할 유일한 방어를 예상한다. 그에게는 탈취물이 목적이고 옆집사람을 죽이는 것은 아니다

마. 범인 A는 공격을 가능하게 여긴다. 그는 그것을 감수 한다. 조건적인 고의

바. 범인A는 공격을 가능하게 여기지만 상대방이 그 도발을 진지하게 받아들이지 않고 폭력을 사용하지 않을 것으로 믿는다. 의식적인 과실

사. 범인 A는 상대방이 자기의 도발에 대해서 공격할 것이라고 주의하지 않았다. 무의식적인 과실

여기서 행동을 도발한 자가 범인에게 자기의 방어 형성 전에 의식에 이르게 한다면 이것이 도발과 제한모델의 의미 안에서 서로 고려하는 의무가 있는 것에 의식형태의 약화가 아무 것도 바꿀 수 없음을 고수한다. 비난의 중점을 도발 행동자체에서 찾을 때는 하지만 다르다. 도발 계획이 공격과 방어 그리고 피해를 직접적 또는 조건적인 계획의 형태 안에서 꺼안지 않는 모든 의식 형태들은 단지 하나의 과실 책임만 허락할 뿐이다.

공격은 그 태양이나 강도에 있어서도 도발행위의 상당한 결과일 것을 요한다 따라서 타인에게 가벼운 모욕을 한 경우에 맨주먹의 공격을 받는 것은 상당한 결과이지만 무기로써 심한 공격을 한 경우는 상당성이 결여하여 정당방위의 제한이 되지 않는다 할 것이다

IV. 정당방위의 도발행위에 있어서의 교정수단으로서의 귀속설 (특히 *actio illicita in causa*)

원인에 있어서 위법한 행위이론(*actio illicita in causa*)이 도발된 정당방위상황을 다루기 위해서 전개되었을 때²⁰⁾ 이것은 문헌에서 큰 반응 얻었으나²¹⁾ 그에 따른 비판도 만만치 않았고, 더욱이 독일 판례는 지금까지도 그 해결책을 거부하고 있다²²⁾

제한모델이론이 단지 도피의 불가능과 성취 또는 지속되는 방어가 불가능할 때 비로소 결정적인 일시적인 정당성의 판단에 도달하는 반면에 a.i.c. 이론은 그 정당성 판단을 최종적으로 확인하는데, 객관적인 귀속설의 기준에 따라 도발의 선행책임 잘못에 대한 관계를 얻는다

1. 의 의

Baumann이 토론에 붙이고 Schmithäuser가 이론적으로 학문적 근거를 마련한 원인에 있어서 위법한 행위이론은 책임영역에서의 원인에 있어서 자유로운 행위이론을 전형으로 하여 이를 불법 영역에서도 도발된 정당방위 상황 문제의 해결을 위해 독자적으로 이론을 구성한 것이다. 이는 간략하게 말하면 도발한 정당방위에 있어서 그 처벌 근거를 적법한 정당방위자체가 아니라 원인이 되는 도발적 선행행위에서 찾으려는 이론이다. 즉, 도발행위에 의하여 정당방위상황이 유발되고 이에 기인한 방위행위로 공격자를 침해한 경우에 방위행위 그 자체는 정당방위요건을 구비하고 있어 정당

20) Baumann, MDR 1962, 349 f.; ders. AT, 8 Aufl., 21, I, 3 b, S 304 ff., kritisch besonders Roxin, ZStW 75, 545 ff.; gegen die a.i.c. Baumann-Weber, AT, 9 Aufl., 21, I, 3 b, II 1 b, in der neue Bearbeitung von Mitsch ist die Behandlung der a.i.c. auf das Stichworteregister reduziert worden (S. 137. Im uebrigen beschaenkt sich die Eroerterung der Provokation auf eine kurze Behandlung der Absichtsprovokation, die mit einigen Wort abgelehnt wird (Baumann- Weber- Mitsch, 10. Aufl, 17, Rn 37). Ausfhrlich gegen die a.i.c. Constadinidis, Die 'Actio illicita in causa', S. 46 ff, 131 f.

21) Vgl Bertel, ZStW 84, 1 ff., Schmidhaeuser AT, S 357 ff; in dieser Richtung aber schon Lenckner, GA 1961, 299 ff.

22) Besonders deutlich BGH NJW 1983, 262, BGH NSZ 1988, 451; BGH JZ 2001, 664, lehnt die a.i.c. ausdrcklich ab, geht aber inhaltlich enen Schritt in dieser Richtung.

화되어, 방위행위에 선행하는 도발행위가 법익침해와 인과관계가 인정된다면 도발행위에서 그 형사책임의 근거를 찾자는 것이다 이 설을 향한 가장 큰 비판은 원인행위에서 그 위법성을 근거 지을 수 없다는 것이다²³⁾ Lenckner는 이러한 난점을 극복하기 위하여 도발 자체의 위법성을 긍정하면서 도발의 공격성을 부정하였다²⁴⁾ 그러나 그렇게 되면 어떤 행위에 대하여 한편으로는 가벌 행위를 인정하면서 다른 한편으로는 그 행위의 공격성을 부정하게 되는 모순에 빠지게 된다 뿐만 아니라 위법하지 않은 도발행위와 정당화되는 방위행위가 고의범 또는 과실범의 범죄행위가 되어야 하므로 방위행위의 정당화를 설명할 수 없어 모순이며, 도발자의 정범성과 이에 관련한 공범을 인정할 수 없게 된다 또한 실행의 착수를 인정하는데 불합리하다는 비판이 있다

a.i.c 이론도 도발자의 현재의 위법한 공격에 대한 방어가 필요성과 방어의지의 정도 안에서 행해졌고, 이 관점 하에서 법적이었음을 주장 할 수 있는 것을 전제 한다. 도발행위의 경우에 있어서 더 엄격한 조건들 예를 들어 도주 의무 등을 엄밀하게 다루는 제한모델이론과는 정반대로 이 경우는 도발행위는 처음에 정당화 검토로부터 차차 사라져가고 대신 방어행위는 적법하고 명확하게 인정된다.

Baumann 과 그 추종자들은 a.i.c. 정당성에 관해 만일 객관적이고 주관적인 귀속의 원칙이 허락된다면 구성요건상 침해행위의 결과는 결과범의 위법한 행위가 되는 도발행위와 연결시키는 수정을 시도하였다.

그러므로 도발행위는 관찰의 중심이 된다. 물론 이 경우도 객관적 귀속의 조건은 충족되어야 한다. 도발행위는 따라서 동가-원인 구성요건적 결과를 위하여 상당성 인과관계가 있어야만 한다. 다시 말해서 사건경과는 모든 삶의 가능성을 벗어나지 않아야 한다 다수의 올바른 견해에 의하면 이런 가능성의 관계는 본질적으로 행동과 결과사이의 여기서는 특별히 공격과 방어의 가능성 중간단계를 포함하고 있다²⁵⁾

만약 행위자가 그 경과를 원했거나 또는 가볍게 감수했다면 주관적으로 보았을 때

23) Roxin, ZStW, 75, S. 546.

24) Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA, 1961, S. 303, Anm. 16

25) Vgl. Jescheck-Weigend, AT, 28, IV, S. 287, 55, II, 3, S. 586 f.

직접적인 상해행위의 정당성에도 불구하고 고의적인 상해범죄가 발생했다고 한다. 과실로 인한 상해행위는 범죄자가 사건경과를 예측했으나 상대방의 공격이 없을 것이라고, 예를 들어 상대방의 공격이 행해지지 않을 것을 기대를 했든지 (인식 있는 과실) 또는 도발 당시 그것을 예측할 수 있었지만 공격의 방어와 구성요건에 해당하는 결과에 대해서 아직 생각을 하지 않았다면 (인식 없는 과실) 과실범의 구성요건이 존재하는 가정 하에서 발생 한다²⁶⁾.

침해행위는 허용되었다(actus licita). 그러나 이는 위법적인 원인규정을 통해 일어났다 (causa illicita). 이 위법적인 원인규정 자체는 이 정당방위경과의 중간원인을 거쳐서 구성요건에 해당하는 성취와 함께 주관적인 행위측면에 따라서 의도적인 또는 과실의 범행으로 결합하는 행위이다. 정당방위에 있어서 정당성은 전체사건과정의 우세한 위법가치에 의하여 평가된 부분의 과정이면 족하다 즉 모든 부분의 단계가 정당성에 있어서의 귀속된 전체 사건이 모두 명확하게 위법일 필요는 없다.

aiic 이론은 정당한 행동부분을 원인이 되는 위험한 선동적인 행동으로 귀속시킨다. 즉 사건연쇄의 사건경과에서 가치와 비가치 차이를 원인과 개연성이라는 라는 관점 하에서 고르게 해준다. 방어행위의 정당성은 외관상으로는 인정받지만, 실제로는 그렇지 않다 왜냐하면 도발행위와 결과행동이 서로 귀속된다 했을 때 방어행위의 정당성을 형법상 책임에서 보호해주지 못하기 때문이다.

제한모델에서는 구성요건에 해당하는 행위인 방어행위의 의식의 형태가 도발행위의 조건적인 제한으로 인해 정당성이 없을 때 그 행위가 의도적이었나 또는 과실이었나를 확정적으로 결정하는데 반하여, aiic. 이론에서는 방어행위나 또는 침입행위의 확고한 정당성으로 인해 그 의도나 과실은 중립되고 따라서 두드러지지 않는다.

귀속의 형태에 있어서 다양한 조합들이 가능하다: 방어행위는 예를 들어 고의의 신체손상의 형태로 일어난다 도발자는 도발행위 시 이미 후의 공격, 방어 그리고 방어에 의한 결과를 깊이 생각한다 그가 자기의 고의적인 공격의 방어를 하기 전에 공격과 그와 함께 공격자를 부상시키는 방어의 필요성을 생각하지 않았다면 그는 과실로 행하는 것이다.

여기에서 Baumann의 바로 뒤를 이어 진술된 aiic.의 설은 가장 효과적인 틀을

26) Vgl. Schmidhaeuser AT, 9/110, S. 358 ff

Lenckner를 통해서 경험하게 되는데²⁷⁾, 이것은 하지만 주로 제한설이다²⁸⁾. Lenckner 역시 다수설과 같이 정당성을 인정하기 전에 선동자로부터 도망 또는 피함 아니면 위험이 따른 방어를 요구한다. 그러나 Lenckner는 피하는 것과 위험한 방어가 하지만 가능하지 않았을 때 또는 놓쳤을 때 제한해결과는 달리 정당성을 인정하는 것이 아니라 계속되는 수정을 위해 a.l.c.를 동원한다. 범인이 도주할 수 없었기 때문에, 공격행동의 정당성이 도발행위에도 불구하고 그것 자체만을 봤을 때 긍정해야 될 것이면, 귀속설의 척도에 따라서 그 범인이 정당방위때 부상을 예측할 수 있었는지 아니면 더 나아가서 예측했었는지를 추가적으로 검토한다. 이 경우 범인은 과실범 또는 고의적인 행위로 인해 책임진다. Lenckner의 학설은 핵심에서 결국 제한설에 따른다. a.l.c.는 단지 하나의 날카롭게 하는 책임부속물을 묘사할 뿐이다.

2. a.l.c.의 구성의 허용성

a.l.c.의 구조는 대부분 문헌에서 Roxin²⁹⁾의 오래 전의 광범위한 비판이후 주로 거절당했었다³⁰⁾. 비판의 요지는 불법중점을 정당방위를 초래한 공격을 도발한 선행행위로 앞당겨 끌어온 것이다. 논쟁의 초점은 구성요건상 위법적인 행위가 방어의 정당화에도 불구하고 야기된 행위의 원상 회복 하에 구성되어질 수 있느냐는 것이다: 사건전체에 대한 위법한 판결을 공격, 방어의 부분사건에 대한 적법한 판결과 연결시키는 것은 모순으로써 해결되어질 수 없다고 한다: 도발은 반드시 위법적일 필요는 없는가. 위법적이지 않은 사전행위는 정당한 침해행위와 함께 전체적으로 위법적인 행위가 될 수 없다고 한다 (actio "illicita"). 그러나 만일 선동행위 자체가 이미 위법적이라면, 도발은 어쨌든 공격과 부상이 예측 되었을 때, 상대방인 피도발자는 위법적인 공격이 아니라 원칙상 허용된 정당방위를 하게 되는 것이다³¹⁾ 무엇보다도 a.l.c. 학설은 구성요건적 방어행위의 결과를 고려했을 때 모순적이라고 한다.

27) Vgl. Lenckner, G 1961, 299 ff., SS/Lenckner-Perron, 32, Rn. 61

28) Vgl. auch Schmidhäuser, AT, 9/ 110, Fn. 53, S. 35

29) Meist jedoch ohne neuer Argumente. Von einem bloßen "Trick" zur Begründung einer erweiterten strafrechtlichen Haftung spricht Constatundis, a a O S. 3, was der mindestens von Schmidhäuser und Lenckner sorgfältig entwickelten Lehre sicher nicht gerecht wird

30) Roxin, ZStW 75, 545 ff

31) Roxin, a a O S. 54

3. 정 리

a.i.l.c. 이론에 대한 논리적인 이의들은 설득할 수 없었다 그러나 이 학설이 법 과정의 형성화를 위한 몇몇 장점을 제공하는 것을 부인할 수도 없다 도발로 되돌리는 것은, 나중의 정당방위 상황의 예측 불허할 때, 다수설이 제공하는, 대안인 고의책임과 무죄의 선택에 대해서 종종 더 적절한 해결책일 수 있는, 과실 책임을 관여하게 내버려두는 것을 허락한다.

그럼에도 불구하고 a.i.l.c.는 전체해결책으로는 대표되기는 힘들다. 왜냐하면 그것이 중심점을 공격행위와 방어행위로부터 도발로 옮기기 때문인데, 그러나 이것은 단독적으로 봐서 구성요건적인 침해의 평가에 있어서 단지 하나의 비독립적이고 종속된 부분이기 때문이다. 그러나 a.i.c.를 제공한 귀속의 기술적인 분석들이 제한해결책의 테두리 안에서 평가할 때 유의하게 고려되어질 수 있을 것이다. 마지막으로 a.i.c.가 도발과 방어 행동시 형성하는 우세관계의 전환이 의도적인 도발의 핵심 경우일 때 정당성을 갖지 않게 되지는 않을까 숙고해야 할 것이다

V. 도발시 제한해결책의 합법성

1. 제한모델의 요약적인 설명

정당방위의 제한은 방어자가 조문에 나와 있는 것처럼 정당방위의 특징에 정당해야 한다는 것을 전제로 한다. 방어자는 즉 다시 말해서 방어으로써 가장 안전한 수단을 택했어야 하는 반면 자신의 위험부담 없이, 즉시 가장 효력 있는 방법으로 공격을 막았어야 했다. (sofort, endgueltig und ohne eigenes Risiko)

공격인에게 정신적 결함이 있는 상황의 경우라든지, 방어자와 공격자간이 친밀한 관계일 때, 그리고 무엇보다도 공격의 유발 시에는 이런 정당성이 불분명케 되고 제한조건하에 있게 된다. 판례의 태도는 이런 경우 다른 정당방위 경우 때보다 방어할 때 더 많은 자제를 요구하여왔다.

요구되어지는 것은 도주 또는 위험부담을 인수하고 약간의 부상도 감수하는 수동적

인(hinhaltend)방어이다

방어자가 이런 조건을 만족시키지 못할 때 정당방위 권리를 소유하지 못하고 따라서 이미 행해진 사실구성요소적인 위법행위로 인해 처벌되어야 한다. 도주와 수동적인 방어수단이 불가능할 경우에 비로소 방어자에게 정규의 정당방위 권리가 허용된다. 즉 방어자가 적당한 시간동안 아무런 성과 없이 수동적인 방어를 했든지 도주시도가 실패했을 때 방어자에게 정규의 정당방위권리가 다시 증가된다.

2 a.II.C.-해결책과의 비교 대조

위에서 알아본 a.II.C. 해결은 도발의 경우 제한모델보다 훨씬 더 신축성 있는 해결을 제시한다는데 주의를 환기시켰다. 만일 도발이 의도적이 아니거나 정당행위와 고의적 연관성이 없이 일어났을 때는 만일 방어자에게 과실이 있다면 비로소 단지 과실 책임만 고려될 뿐이다. 그러나 제한 모델인 경우는 이 경우 보다 엄격하다. 즉 고의적인 방어 행위를 했을 때 도발자는 고의행위에 대한 책임을 져야 한다. 즉 도발이 의도적이지만 않았다면 고의이었거나 과실이었는지는 문제가 되지 않는다.

방어행위인 구성요건상의 결과가 의무에 어긋나는 도발에 귀속시켜지는 것이 형법 책임으로 연결되면 a.II.C.의 해결책이 제한모델보다 훨씬 더 엄격하게 된다. 이 경우 제한모델인 경우는 단지 도주가능성이나 수동적인 방어가가능성이 없다면, 아무리 과격한 도발이라 하더라도 무죄 판결해야 하는 반면에 a.II.C.는 고의의 책임을 져야 하기 때문이다. 즉 제한모델은 도발의 책임정도를 그 해결하는데 활용하는 여지가 a.II.C.에 비하여 제한된다는 말이다. 즉 도발의 여부만이 문제되지 구체적으로 그 강도나 범위는 고려대상에서 제외되었다는 뜻이다.

그러나 정당한가 아니면 위법한가의 양자택일의 문제를 답하기 전에는 즉 다시 말하여 정당성의 전제 조건을 검토하는 데는 어쩌면 제한모델이 a.II.C.을 능가하는 당연히 커다란 활동여지가 있어 우월하긴 하다.

수동적인 방어를 위해서 바로 끝낼 수 있는 효과 있는 방어를 기꺼이 포기하게 되면, 중단이 오로지 죽음으로만 가능하지 않고 어느 정도 지속되는 폭력싸움이 상대방을 죽이지 않고 또 자기 자신의 생명위험도 없이 제압할 수 있으면, 이럴 때는 단순

한 보호방어의 기간이 조금 더 길어질 수 있다.

나아가 간접적인 이익형량도 영향을 끼칠 수 있음은 말할 나위도 없다. 하지만 이때 공격의 종류와 강도도 역시 관여될 수 있음은 물론이다. 상대방이 몽둥이로 오랜 시간 동안 공격을 가해오면 방어자는 도발에 따른 제한 범위 내에서도 신속하고 강력하게 대항할 수 있는데 이 경우 상대방의 몽둥이에 대응하여 칼을 사용해도 된다. 물론 이 경우도 방어자는 공격적이고 최종적인 공격의 끝냄으로 인해 야기되는 피해 정도를 생각해서 이를 미룸으로 인해 상대방의 기가 꺾인다든지 또는 외부의 도움을 기다릴 수 있게 되면 공격적이고 최종적인 끝냄을 미루어야함은 당연하다

3. 도발의 경우에서 정당방위에 있어서 시간적인 구조

a.i.l.c. 학설이 예측적으로 발생된 의무확정을 실행해야만 하는 반면에 제한모델이론은 의무적인 방어에 대해서 제한하는 판결을 시간적으로 더 발전된 사실상황을 근거로 한다. 그러므로 일련의 ex-ante-판결들은 무엇이 과연 도주의 실행의 측면이나 수동적인 방어에 있어서 위협의 분담 등에 관한 의무에 적합한 방어의 한계인가에 대한 확정에 있어서 연결이 자유롭다 도발침해자 의 의무에 위반되는 행위를 a.i.l.c. 이론에 의해서 가정적인 대안행동과 서로 비교해보면 도발 실상에서 빼놓고 생각해야만 한다 이 삭제는 다시 말해서 도발 행위의 시점과 연관돼있다. 거기에 비해서 제한 모델해결에서는 의무적인 대안을 공격 후 시점에 비로소 연결하고 도주 또는 수동적으로 감수한 방어의 성취된 책임대안 들이라 칭한다.

VI. 맺는말

이 연구는 마침내 도발된 공격으로부터 파생된 정당방위의 문제 해결을 위한 최선책은 정당방위의 본질의 이해로부터 찾을 수 있다는 결론에 이르렀다. 즉, 법질서수호의 원칙과 자기보호의 원칙에 의한 2 차원적인 정당방위의 제한은 충분히 근거가 있고 다른 어떤 이론보다도 우월하다 다수설이 주장하는 제한모델은 법 효과상에서도 역시 적절한 것으로 증명되었다. 즉, 이 제한모델은 도발에도 불구하고 정당방위권리의 유지, 우선적인 도주와 위협한 수동적 방어의 의무 부담, 그러나 또한 지속되거나 아주 위협한 공격으로 말미암아 더욱 더 강해진 정당방위에서의 공격방어로 특

정 지을 수 있다 그러나 의도적도발의 범인은 실제상황에 있어서 방어자의가 다시 생겨날 때조차도 정당방위권리를 취소할 수 없게 상실된다.

여기서는 그 동안 도발행위의 해결이론에 비하여 상대적으로 소홀했던 도발자체의 개념을 보다 상세하게 관찰하려는 노력을 시도해보았다. 그리고 이 과정에서 선행행위를 범죄의 범주로 분류하려는 것은 한계가 있음을 알았다. 선행행위가 정당하거나 책임이 없는 모든 경우는 언제나 비록 공격인에게 자극적인 작용을 하는 경우라 하더라도 도발로서는 제외된다. 그와는 달리 위법적이고 형법구성요건에 해당하는 행동에 대한 제한은 찬성 될 수 없었다. 도발의 존재는 선행행위만으로 해명되어질 수 없기 때문이다. 오히려 결정적인 것은 오히려 방어자의 선행행위와 공격자의 행동사이의 상호 작용적인 관계이다. 이 관계는 인과 관계적인 상당성(Äquivalenz)과 규범적인 적합성(Adäquanz)의 기초를 필요로 하는데, 이것은 무엇보다도 선행행위와 정당방위 사건 사이의 시간적인 중단에 있어서 문제들을 제기했었다. 도발의 개념에 대한 조사들을 계속해서 모든 고의의 형태와 과실의 형태가 범인에게 있어서 도발행위로서 고려되었다는 것을 표명했다. 공격인은 대신 그 사건을 도발적으로 파악하고 이해했어야만 하고 연이어 그 공격을 시작했어야 한다.

인식함(Wissensmoment)과 원함(Willensmoment)의 순간은 도발의 수신인쪽에 놓여있다. 따라서 이것은 단지 의도적인 공격의 시작 때만 생각되어진다.

범인의 의무행위가 평가되는 기초가 되는 사태는 a.i.l.c. 이론에 의하면 바로 도발 뒤에 그리고 공격과 방어의 시점 전에 이미 안전하게 존재한다. 그러나 다수설인 제한모델이론에서는 범인을 위한 의무가 그가 공격을 만난 뒤에야 비로소 시작된다. 방어의 체계를 위해서 그는 단지 그 방어만을 위해서 스스로 잘못된 것은 함께 고려해야만 한다. 공격인이 어떻게 선행행위에 대해서 반응하는지는 a.i.l.c. 이론에서는 귀속한 예측의 대상이다. 다수설에 있어서 자유로운 행위는 만일 방어자의 의무상황이 평가되어야 할 때 이미 객관화한, 이미 과거에 놓여있는 개인적인 표현이다. 공격에 대한 결정에서 자유로운 행위는 귀속의 관계를 중단한다는 이의는 a.i.l.c. 이론에서는 겨우 반박할 정도로 드러나지만, 만일 사람이 제한모델이론에 입각하여 과거의(ex post)입장을 얻고 이미 내린 결정을 범인으로부터 평가되어야 하는 사실적인 실제행동영역에서 발견하게 될 때는 없어져 버린다. 그러나 다수설은 도발개념에 대한 해석의 수고를 허비하는 대신에 도발과 공격 그리고 방어의 관계를 조사의 중점에

다 두었어야만 했는데, 이것은 단지 부착물 식으로만 행해졌다

그러므로 귀속설의 체계는 a.i.l.c. 이론이 선행행위와 공격 사이에서 제시하는 커다란 수확이다. 설령 선행행위와 공격 사이의 상당한 관계가 사전전의 입장에서 평가되지 않고 사전후의 입장에서 평가되어야 할 지라도, 그것은 여전히 더 나아가서 안전함까지 얻는, 똑같은 객관적인 귀속의 기초규정에 따른다. 즉, 범인에게 공격 후에야 비로소 그가 방어를 할 수 있는지 그리고 어떤 조건하에서 방어할 수 있는지에 대한 결정을 할 수 있는 허락상황이 비로소 생성된다. 거기에서 그에게는 이전 사건의 진상이 그 자신으로부터 스스로 정해진 함께 야기함과 함께 놓여있다.

그러나 거기에는 선행행위가 사려있는 판단에 의하면 그와 같은 공격을 당연한 일로 여기는 그런 종류가 아니라는 대안도 포함된다. 상당한 관계는 제한모델의 예외성격에 적용시켜져야 한다. 개연성의 한계에 놓여있는 모든 각각의 관계가 아니라, 선행행위에 있어서 이것은 이 개연성의 정도에 근거하여서야 비로소 그 선행행위를 회고적으로 정당방위를 제한하는 도발자로 만든 요구된 상당성을 위한 오로지 공격의 높은 개연성으로 충분하다. 방법론적으로는 이 상당성의 상승은 상당성의 타입의 형성에 있어서 훨씬 더 진보적이나 부분적으로는 또한 다른 방법의 길을 가기도 한 결과를 요구하는 범죄에 있어서 선행행위에 상응한다.

의도적 도발행위는 제한 모델의 영향권에 있지 않다.

주관적으로 정당성과 도발의 행위측면을 다룬 연구에서 이미 밝혔듯이 의도적인 도발인 경우에 있어서 정당방위의 모든 요소는 침해의 목적을 위한 수단으로써 좁게 이해되는 의도적인 관계에 있어서 중단되고 위장을 위해서 도구화된다. 의도적인 도발인 경우는 정당방위의 구성요건의 남용이나 상실에 있어서 비로소 정당성을 앗아가거나, 더 나아가서 다른 제한해결책의 도발행위인 경우에 부속시키는 것이 아니라, 독립된 의도적인 구성요건의 실현으로서 정당방위를 넘어서 관찰해야 할 이유들이 인용된다. 다시 말하여 결론적으로 정당방위이론의 시각에서 의도적인 도발행위에 있어서 정당화의 의식은 부인되었다는 의견에 찬동한다.

제한모델의 원칙적인 내용과 그 법적 근거는 논란거리이기는 하다. 도발사태의 위법적인 공격 때는 법질서의 방어필요성이 도발의 모든 현상들에게 줄어들지 않고 유지된다. 하지만 행위자 자기의 도발로 인해 권리 법질서의 대표와 보증인으로서 권리

를 상실한다 그는 이 상황에서는 권리보호를 상실함으로써 제한된 정당방위의 개인 보호 테두리에서 제한된다 정당방위권리의 원칙들이 특징을 구체화하는 해석을 위한 근거로 파악하는 것을 허락할 때만 정당방위규정의 제한의 합법성은 법조문으로부터 파생된다. 체계적인 해석도 또한 그와 같은 제한가능성을 일치시키고 변호한다 그것은 정당성이유의 구조에서 하나의 충돌조정규정으로 보여졌는데, 이것은 적정성의 유보가능성을 포함했다 도발자와 공격자 사이에서의 최소 연대와 위법적인 공격에서 함께 야기된 사회적인 방해의 조정을 위한 고려의무들의 설정을 위해서는 현재 문맥 안에서의 해석을 동의할 수 있다 도발행위로 인한 공격의 정당방위에서 제한모델 해결책은 판례와 문헌에 의한 뚜렷한 성과로서 현재의 정당방위권리에 있어서 대한 중요한 공헌으로 보여진다고 할 수 있다고 결론을 맺을 수 있겠다.



● 황호원

정당방위 도발행위 *actio illicita in causa*

[Zusammenfassung]

Die Provokation bei Notwehr

Hwang, Ho-won

Die Untersuchungen dieser Arbeit haben ergeben, dass die Loesung des Problems der provozierten Notwehrlage am besten von einem Notwehrverstaendnis bewaeltigt werden kann, wie es der h.L. entspricht. Die zweidimensionale Interpretation der Notwehr nach dem Prinzip der Rechtsbewaehrung und des Individualschutzes hat sich als haltbar und vorzugswuerdig erwiesen. Das Einschraenkungsmodell der Rechtsprechung erwies sich auch im Rechtsfolgesystem als zutreffend. Die Aufrechterhaltung des Notwehrrechts trotz Provokation, seine Pflichtbelastung mit Flucht und riskanter Verteidigung, aber auch sein Wiedererstarken nach andauerndem oder hochgefaehrlichen Angriff.

Das Vorliegen einer Provokation kann naemlich nicht aus dem Vorverhalten allein geklaert werden; entscheidend ist vielmehr der Zusammenhang zwischen Vorverhalten des Verteidigers und dem Verhalten des Angreifers, also ein interaktionales Moment. Dieser Zusammenhang bedarf der Grundlage der kausalen Aequivalenz und der normativen Adaequanz, was vor allem bei zeitlichen Unterbrechungen zwischen dem Vorverhalten und dem Notwehrgeschehen Probleme aufwarf. Die Untersuchungen zum Provokationsbegriff ergaben weiterhin, dass alle Vorsatz- und Fahrlaessigkeitsformen als Provokationsverhalten beim Taeter in Betracht kamen.

Bis heute wichtig ist die Erkenntnis, dass Vorverhalten und Angriff oft ineinander verflochten sind und sich als Provokations- und Angriffsphase nicht mehr voneinander trennen lassen.

Die Rechtsprechung verwirft mit Recht die Vorverschuldensloesung nach dem Modell der actio illicita in causa, das aber indirekt einen wich wichtigen Beitrag zum Verstaendnis der Provokationsthematik liefert. Hier naemlich ist der Ort fuer Zurechnungsregeln zwischen Provokation, Angriff und

Verteidigung, die das Modell der h.L. weitgehend dem Einzelfall überlassen hat.

Die h.L. hätte nun allerdings, statt die Muehen der Interpretation auf den Provokationsbegriff zu verschwenden, den Zusammenhang von Provokation, Angriff und Verteidigung in den Mittelpunkt der Untersuchung stellen sollen, was aber nur ansatzweise geschieht.

Die Adaequanz-Beziehung ist dem Ausnahmecharakter des Einschränkungsmodells anzupassen: Nicht jeder Zusammenhang, der noch an den Untergrenzen der Wahrscheinlichkeit liegt, sondern nur die hohe Wahrscheinlichkeit des Angriffs beim so beschaffenen Vorverhalten reichen für die zu fordernde qualifizierte Adaequanz aus, die erst aufgrund dieser Wahrscheinlichkeitsdichte das Vorverhalten rückblickend zur notwehreinschränkenden Provokateur macht. Methodisch entspricht diese Steigerung der Adaequanz dem Vorgehen beim erfolgsqualifizierten Delikt, das aber in der Ausbildung von Adaequanztypen weiter fortgeschritten ist, teilweise aber auch andere Wege geht.

Die Absichtsprovokation gehört nicht in das EinschränkungsmodeLL. Es werden Gründe dafür angeführt, der Absichtsprovokation nicht erst über den Missbrauch bzw. das Fehlen einer Gebotenheit der Notwehr die Rechtfertigung zu nehmen oder sie sogar mit den anderen Provokationsfällen der Einschränkungslösung zuzuordnen, sondern sie ist als selbständige absichtliche Tatbestandsverwirklichung außerhalb der Notwehr zu betrachten. Der prinzipielle Gehalt und die Legitimationsbasis des EinschränkungsmodeLLs sind umstritten.

Im Ergebnis hat sich die Einschränkungslösung bei der Notwehr unter Provokation als eine schlüssige Behandlung des Problems erwiesen, die als bedeutender Beitrag von Rechtsprechung und Literatur zu einem modernen Notwehrrecht angesehen werden darf.