

형법상 자구행위에 관한 고찰*

김 중 구**

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 자구행위의 연혁과 입법례
- III. 자구행위의 성격
- IV. 자구행위의 요건
- V. 대법원 판례
- VI. 입법론
- VII. 맺음말

I. 머리말

한국형법은 제23조에 위법성조각사유의 하나로 자구행위를 규정하고 있다. 법정절차에 의한 청구권보전이 불가능한 경우, 청구권의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위가 자구행위이다. 개인의 권리구제는 국가구제가 원칙이며, 사력구제 또는 자력구제는 예외적으로 허용된다. 한국형법 제23조는 국가구제 원칙의 예외로 청구권 보전을 위한 자력구제를 허용하고 있다. 청구권자인 사인이 긴급상태에서 청구권 보전을 위해 국가권력 또는 공권력을 대위 행사할 수 있도록 한 것이다.

한국형법 입법 당시 자구행위는 독일이나 일본에서 이론상으로만 인정되고 있었으나, 일본개정형법가안의 영향으로 한국형법에 입법되었다. 자구행위를 형법에 명문으로 규정한 외국의 입법례가 거의 없다는 점에서, 한국형법상 자구

* 이 논문은 2018학년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

** 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사.

행위 조항은 독특한 입법례의 하나이다. 그러나, 대법원 판례 중 자구행위 조항을 적용하여 위법성조각을 인정한 사례가 없어 실제 실무에서 자구행위 규정은 거의 사문화되었으며, 문제되는 사례들은 정당행위 조항 등을 적용하여 해결할 수 있다는 점에서, 자구행위를 과연 존치할 필요가 있는가에 대하여 논란이 있다. 일본이나 독일처럼 자구행위에 관한 명문의 규정을 두지 않고, 초범규적 위법성조각사유로 이해하는 것이 타당하다는 주장도 제기된다.¹⁾

자구행위의 성격과 규정의 해석에 관해서도 다양한 논란이 있다.²⁾ 다수설은 자구행위가 청구권에 대한 부당한 침해로 전제하는 것으로 보며, 정당방위나 긴급피난과 대비하여 사후적 긴급행위로 이해하나, 여기에도 의문이 제기되고 있다. 그리고 해석상 보전대상인 청구권을 재산상 청구권이나 원상회복이 가능한 청구권으로 제한해야 하는지, 자기의 청구권만을 보전 대상으로 해석해야 하는지도 논란이 되고 있다. 법질서 통일이라는 관점에서 민법상 자력구제와 형법상 자구행위의 관계를 어떻게 이해해야 할 것인가도 생각해볼아야 한다.

이하에서는 한국형법상 자구행위의 규정의 연혁과 자구행위 규정과 관련한 해석상 문제점을 검토하고, 입법론상 자구행위 규정의 존치 필요성과 민법상 자구행위와 관계에 대하여 검토하고자 한다.

Ⅱ. 자구행위의 연혁과 입법례

1. 연혁

국가체제가 확립된 이후 자력구제 또는 자력구제는 원칙적으로 허용되지 않았다. 근대에 이르러 사범영역에서 자력구제가 인정되었고, 독일민법, 스위스민법, 한국민법은 자력구제 조항을 두고 있다. 민법의 영향으로 형법 영역에서 자구행위이론이 19세기 말부터 독일에서 전개되기 시작했다. 독일형법전에는 자구행위 조항이 없으나, 학설과 판례가 민법의 규정을 근거로 자구행위를 인정하고 있다. 일본형법전에도 자구행위 조항이 없으나, 학설은 자구행위를 정당행

1) 이러한 논의에 대해서는 이형국, 「형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안」, 형사정책연구원연구총서, 2006, 106면 이하 참조.

2) 전지연, “자구행위의 해석상 몇가지 문제점”, 「영남법학」 제28호, 2009, 54면 이하 참조.

위에 포함시키거나 초법규적 위법성조각사유로 인정한다.

한국의 경우 형법 제정시 법전편찬위원회의 형법초안에 자구행위 조항이 입안되었고, 현행 한국형법 제23조는 청구권보전을 위한 자구행위를 규정하고 있다. 한국형법상 자구행위 조항은 일본개정형법가안 제20조의 자구행위 조항의 영향을 받은 것으로 이해된다. 한국형법상 자구행위 조항이 일본개정형법가안을 참고한 것이나, 한국 입법자들이 무비판적으로 일본개정형법가안의 내용을 수용한 것은 아니다.³⁾ “현행 형법에는 이에 대한 규정이 없으므로 정당방위제도를 넓게 해석하여서 이 입법상의 흠결을 모면하려 하였으나 그 역시 충분하지 못함으로 본조를 신설하였다.”⁴⁾ 1953년 한국형법의 입안자들은 실무상 필요하지만 형법에 명문의 규정이 없기 때문에 학설상 논란이 되는 쟁점들을 입법적으로 해결하려고 했고 자구행위 조항도 그 중 하나였다. 한국형법 제23조의 자구행위 조항은 일반적 위법성조각사유를 규정한 제20조의 ‘사회상규에 위배하지 않는 행위’와 함께 한국형법의 독자성을 보여주는 예로도 설명된다.

한국 형법초안 작성에 중요한 역할을 했던 엄상섭의원은 자구행위의 입법취지를 다음과 같이 예를 들어 설명하고 있다. “예를 들면, 자기한테 상당한 다액의 채무를 진 사람이 저 부산부두에 멀리 여행의 길을 떠나가지고 언제 돌아올지 모르는 그런 사람을 보았을 적에 내 빚을 갚고 가라고 붙잡았다면 그 때 그 규정이 없으면 불법체포나 불법감금에 걸릴 것입니다. 그러나 그러한 규정이 있다면 내 빚을 갚고 가야지 빚 안 갚고 갈 수 있느냐 했다 하더라도 이것은 불법체포나 불법감금에 걸리지 않는다. 이러한 의미입니다. 도저히 법률적으로 재판할 하고 어디 경찰관에게 고발을 하고 그렇게 기다릴 여유가 없을 적에 직접 가서 행동을 하더라도 소정 범죄행위에 걸리지 않는다. 이런 것입니다.”⁵⁾ 즉, 자구행위를 개인의 청구권 보전을 위한 긴급행위로서 위법성조각사유의 하나로 이해한 것이다.

3) 자구행위의 입법연혁에 관한 자세한 것은 신동운, “형법 제23조 자구행위규정의 성립경위”, 『한국형법학의 새로운 지평』(심당 김일수교수 화갑기념논문집), 2006, 41면 이하; 송진경, “형법 제23조 자구행위에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 2009, 11면 이하.

4) 법전편찬위원회, 엄상섭, “형법초안 이유 설명에 가름하여”, 신동운(편), 『형사법령제정자료집(Ⅰ)』, 한국형사정책연구원, 1990, 88면.

5) 엄상섭, 앞의 논문, 103-107면.

2. 입법례

과거 스위스의 개별 칸톤(Canton) 형법에 자구행위 규정이 있었다고 하나, 현대 형법에 명문으로 자구행위를 규정하고 있는 나라는 한국 이외에는 찾아보기 어렵다. 대다수 국가에서 자구행위를 형법에 두고 있지 않다는 점에서 한국 형법은 예외적인 입법례에 속한다.

독일에서는 민법의 영향으로 19세기 말부터 자구행위(Selbsthilfe)에 관한 이론이 전개되었으나, 독일형법에는 자구행위에 관한 규정이 없다. 그러나, 통설과 판례가 독일민법의 자력구제 규정을 근거로 자구행위를 초법규적 위법성조각사유로 인정하고 있다. 그리고 이러한 논의의 기초에는 법질서 통일이론(Einheit der Rechtsordnung)이 있으며, 독일에서는 민법상 정당화사유의 형법에의 적용가능성(Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht)의 문제로 자구행위가 논의되고 있다.⁶⁾

일본개정형법가안 제20조는 자구행위를 명문으로 인정하고 있었으나, 현행 일본형법에는 자구행위에 관한 명문규정이 없다. 그러나, 일본형법학계의 통설은 자구행위를 위법성조각사유로 인정하고 있으며, 이론적 근거로는 정당행위설과 초법규적 위법성조각사유설이 대립하고 있다. 다만, 일본판례는 자구행위를 제한적으로 인정하고 있다.

미국 모범형법전(Model Penal Code)은 자구행위 또는 자력구제에 해당하는 내용을 “재산보호를 위해 정당화될 수 있는 유형력의 행사”(use of force justifiable for protection of property)라는 표제어와 함께 정당화(justification)사유의 하나로 자세히 규정하고 있다.⁷⁾ 이 조항에 따르면, 부동산이나 동산의 점유자가 점유침해를 배제하기 위해서 유형력을 행사할 수 있다. 또한 부동산의 탈환(re-entry upon land)이나 동산의 탈환(retake tangible property)을 위해 유형력을 행사할 수 있다.⁸⁾ 그러나, 이 경우 유형력 행사는 점유침탈 후 즉시(immediately) 또는 계속적 추적(fresh pursuit) 후 이루어져야 한다. 과거 영미에서도 원칙적으로 자력구제(self-help)는 허용되지 않았으나⁹⁾, 현재는 일정한

6) Kristian Kühl, Strafrecht AT(8판), Vahlen, 2017, 305면 이하; Fritjof Haft, Strafrecht AT(8판), C.H.Beck, 1998, 118면 이하.

7) Model Penal Code Article 3(General Principle of Justification) 3.06(Use of Force for Protection of Property) (1) (Use of Force Justifiable for Protection of Property).

8) 1040 Model Penal Code-Miscellaneous 1985, 51면 이하 참조.

요건을 갖추면, 부동산이나 동산에 대한 점유침탈을 배제하거나, 침탈된 부동산이나 동산의 탈환을 위한 유형력 행사가 정당화 사유의 하나로 인정되고 있다.¹⁰⁾ 이들 요건을 보면, 즉시성이나 계속 추적을 요건으로 하고 있으므로 한국 민법 제209조 제2항과 유사한 내용을 담고 있으므로, 침해가 종료된 후 이루어지는 사후적 구제수단인 한국형법상 자구행위 내용과는 다르다.

중국형법은 위법성조각사유로 제20조에 정당방위를 그리고 제21조에 긴급피난을 규정하고 있으나, 자구행위에 관한 명문규정은 없다.

Ⅲ. 자구행위의 성격

다수설에 따르면, 자구행위는 정당방위와 마찬가지로 부정(不正) 대 정(正)의 관계로 이해되며, 정당방위나 긴급피난과 달리 사후적 긴급행위라 한다.¹¹⁾ 그러나, 청구권에 대한 부당한 침해가 없더라도 자구행위가 인정된다는 견해가 있으며, 정당방위나 긴급피난과 마찬가지로 자구행위를 사전적 긴급행위로 이해하기도 한다.¹²⁾ 예를 들어, 재무자의 해외도피를 제지하려는 행위는 과거의 침해에 대한 사후적 구제행위가 아니므로 자구행위의 본질이 사후적 구제행위라는 통설에 대해서는 의문이 제기되며, 여관의 숙식비를 지불하지 않고 도망가는 손님을 붙드는 행위도 사후적 구제행위로 보기 어렵다는 지적이 있다.¹³⁾

도품탈환 행위에 관하여도, 다수설은 자신의 범익이 이미 침해된 상태에서 이를 회복한다는 의미로 사후적이라고 판단하나, 형법상 자구행위는 범익침해 여부와 관계없이 법정절차에 의한 청구권보전이 불가능한 상황이 존재하기만

9) 14세기의 영국 불법침입법(Statute of Forcible Entry)은 부동산 점유권자가 유형력을 행사하여 침탈된 부동산의 점유를 회복한 경우 범죄로 처벌하였다(5 Rich. 2, ch. 8 (1381)). 과거 미국의 대다수 주가 이러한 입법을 하고 있었다(Joshua Dressler, Criminal Law(5판), LexisNexis, 2009, 266면, 각주 10번).

10) 자세한 것은 Joshua Dressler, 앞의 책, 263-266면; Wayne R. LaFave Criminal Law(4판), West, 2003, 553-558면 참조.

11) 김성돈, 「형법총론(5판)」, SKKUP, 2017, 303면; 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 「형법총론(2판)」, 피앤씨미디어, 2019, 178면; 배종대, 「형법총론(11판)」, 홍문사, 2014, 399면; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론(9판)」, 박영사, 2017, 266면; 임웅, 「형법총론(7판)」, 법문사, 2015, 262면; 정성근/박광민, 「형법총론(전정2판)」, 성균관대출판부, 2015, 277면; 정영일, 「형법총론(3판)」, 박영사, 2010, 241면.

12) 오영근, 「형법총론(3판)」, 박영사, 2014, 216면; 전지연, 앞의 논문, 57면 이하 참조.

13) 백형구, “자구행위-몇가지 문제의 제기-”, 「고시계」, 1989. 9, 18면.

하면 되는 것이므로, 법익침해를 전제로 한 사후적 구제수단이라 할 필요가 없다는 것이다. 채무를 변제하지 않고 외국으로 출국하는 채무자를 붙잡은 사례에서도, 침해된 법익이 존재하고 이에 대한 사후구제책으로 자구행위가 이루어지는 것으로 보기는 어렵다. 청구권의 보전이 불능한 상황이면 되는 것이지, 해당 청구권이 이미 침해되었는지 여부는 자구행위의 성립에 직접적으로 관련이 없으며, 청구권의 침해여부와 관계없이 채권자는 자구행위를 할 수 있다고 보아야 하므로, 이러한 경우는 오히려 청구권과 관련한 침해는 사후적이 아니라 사전적이며 사전적 자구행위라 할 수 있다는 것이다.¹⁴⁾ 따라서 자구행위를 사후적 긴급행위라고 표현하는 것은 적절하지 않다고 한다.

그러나, 현대사회에서 개인의 권리구제는 국가구제가 원칙이며 사력구제 또는 자력구제는 예외적으로 허용된다는 점에 비추어, 청구권의 침해가 발생한 후에 자구행위가 가능한 것으로 해석하는 것이 타당하다. 즉, 자구행위는 사후적 구제수단으로 이해해야 한다. 예컨대, 아직 채무이행기가 도래하지 않은 채무자가 장기 해외여행을 떠난다고 하여 이를 제지하는 것이 자구행위라 할 수는 없다. 사전적 자구행위를 인정하게 되면 자구행위의 인정범위가 지나치게 넓어질 수 있고, 자력구제는 예외적으로 허용된다는 원칙에도 반하게 될 것이다. 따라서, 한국형법상 자구행위는 사후적 긴급행위로 이해하는 것이 타당할 것이며, 이렇게 이해할 때 정당방위나 긴급피난과의 구별도 명확해 질 것이다. 따라서, 절도범을 계속 추적하여 도품을 탈환한 경우는 침해의 현재성을 전제로 정당방위가 되며, 물건을 절취당한 후 수일이 지난 후 절도범을 우연히 마주쳐 도품을 탈환한 경우는 자구행위가 된다.¹⁵⁾

IV. 자구행위의 요건

1. 법정절차에 의한 청구권보전의 불능

1) 청구권

14) 이러한 내용에 대해서는 전지연, 앞의 논문, 58면 이하 참조.

15) 김성돈, 앞의 책, 299면.

자구행위의 보전 대상은 청구권이다. 청구권은 상대방에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있는 사법상의 권리이다. 자구행위는 청구권을 보전하는 행위이며, 모든 권리에 대하여 인정되는 것이 아니라 청구권에 한하여 인정되는 것이다. 정당방위와 긴급피난이 청구권 이외의 권리 보호를 위해서도 방위행위나 피난행위를 할 수 있는 것과 차이가 있다.

가. 재산상 청구권

다수설은 자구행위의 보전대상인 청구권은 채권뿐 아니라 물권적 청구권, 무체재산권, 친족권, 상속권 등에서도 발생할 수 있다고 본다.¹⁶⁾ 반면, 자구행위의 보전대상인 청구권은 재산상 청구권에 제한된다는 견해도 있다. 예를 들어, 소구하여 직접 강제할 수 없는 상속권이나 친족권에 기한 청구권은 자구행위의 대상이 아니라는 것이다.¹⁷⁾ 이에 대해서는, 자구행위의 대상인 청구권을 재산상의 청구권으로 축소 해석하는 것은 피고인에게 불리한 해석이며, 합목적적 근거가 없다는 지적도 있다.

자구행위에서는 대개 재산상 청구권이 문제될 것이나, 자구행위의 청구권을 재산상 청구권으로 제한할 이유는 없는 것으로 보이며, 상속권이나 인지청구권의 경우 권리 행사에 중요한 증거를 없애려는 자에 대해 긴급권을 인정할 필요도 있으므로 자구행위의 대상 청구권을 재산상 청구권으로 제한할 필요는 없다.¹⁸⁾ 다만, 가족법상 청구권 중에서도 그 성질상 청구하여 강제할 수 없는 경우는 자구행위의 대상에서 제외되는 것으로 해석해야 할 것이다.

예를 들어, 인지청구권은 소구하여 강제할 수 있는 권리이다. 따라서, 인지청구권은 재산상 청구권은 아니지만 자구행위의 대상이 될 수 있다. 그러나, 동거청구권은 소구하여 강제할 수 있는 성질의 것이 아니다. 예를 들어, 부부의 동거의무는 당사자의 인격권과 관련을 갖기 때문에, 동거의무를 불이행한 경우 동거의무의 성질상 동거의무를 직접 또는 간접으로 강제할 수는 없다. 동거의무의 불이행은 손해배상청구의 대상이 되거나 이혼사유에 해당될 것이다. 따라서, 동거청구권처럼 처음부터 청구권의 내용대로 실현 불가능한 청구권인 경우

16) 김성돈, 앞의 책, 303면; 배종대, 앞의 책, 400면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 267면; 정성근/박광민, 앞의 책, 276면; 정영일, 앞의 책, 240면.

17) 오영근, 앞의 책, 217면.

18) 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012, 177면.

에는 ‘청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위’의 대상이 될 수 없어서 자구행위의 대상이 아닌 것으로 해석해야 할 것이다.¹⁹⁾ 즉, 동거 청구권이 재산상 청구권이 아니기 때문에 자구행위의 대상에서 제외되는 것이 아니라, 자구행위의 대상이 될 수 없기 때문에 동거청구권을 기초로 자구행위를 인정할 수 없는 것이다. 따라서, 재산상 권리가 아니라도 소구하여 강제할 수 있는 권리는 자구행위의 대상이 되고, 그렇지 않은 경우는 자구행위의 대상이 아니라고 해석하면 되리라 판단된다. 따라서, 일률적으로 재산상 청구권만이 자구행위의 대상이라고 하거나, 상속권이나 가족법상 권리도 모두 자구행위의 대상이라고 설명하는 것은 타당하지 않다.

나. 원상회복이 불가능한 권리

다수설은 원상회복이 불가능한 권리는 자구행위의 대상이 아니라고 한다. 따라서 생명, 신체, 자유, 정조, 명예 등 한번 침해되면 회복이 불가능한 권리는 자구행위의 대상이 아니다.²⁰⁾ 자신의 전과사실을 폭로한 피해자를 구타한 사례에서도 자구행위가 부정되고 있다. 명예와 같은 인격권의 침해에 대해서는 정당방위나 긴급피난의 성립이 가능할 뿐이라는 것이다.

여기에 대하여, 자구행위의 성립에 중요한 것은 ‘원상회복이 가능한’ 권리의 침해여부가 아니라, 행위자에게 청구권이 존재하였는지 여부라고 하여, 예를 들어, 신체의 자기결정권, 명예권, 성적 자기결정권 등은 원상회복되는 것이 불가능하여 자구행위가 부정되는 것이 아니라, 해당 권리가 자구행위의 보호대상인 청구권에 해당되지 않아 자구행위가 부정된다는 견해가 있다.²¹⁾ 그러나, 원상회복이 불가능하기 때문에 자구행위의 대상인 청구권에 해당하지 않는 것으로 이해한다면, 원상회복이 불가능한 권리는 자구행위의 대상이 아니라고 해석하는 것이 타당하다.

다. 자기의 청구권

자구행위 대상인 청구권은 자기의 청구권으로 제한된다는 것이 통설의 입장이다.²²⁾ 다만, 청구권자의 위임이 있다면, 제3자에 의한 자구행위가 가능하다

19) 전지연, 앞의 논문, 62면.

20) 배종대, 앞의 책, 403면; 정성근/박광민, 앞의 책, 264면.

21) 전지연, 앞의 논문, 61면.

그러나, 입법자의 의도는 청구권자를 자기의 청구권으로 국한한 것이 아니라, 타인의 청구권도 포함하는 것으로 해석할 여지를 남겨두기 위해 자구행위에서 명문의 표현을 포기한 것으로 해석하는 견해도 있다. 따라서 이러한 입법자의 의도를 고려하면 여기의 청구권을 자기의 청구권으로 제한할 필요는 없으며, 명문의 규정이 없는 한 타인을 위한 청구권의 보전이 불가능한 상황에서도 자구행위를 할 수 있다고 판단된다는 것이다.²³⁾ 타인을 위한 정당방위나 긴급피난이 긴급구조행위로 허용되는 것처럼 타인을 위한 자구행위도 긴급구조행위로 허용되어야 한다는 것이다.²⁴⁾

그러나, 자구행위는 예외적인 국가권력의 대위행사라는 점에서 자신의 권리에 대한 자력구제를 인정하려는 것이므로, 명문의 규정이 없는 한 제3자를 위한 자력구제는 인정할 수 없다. 다만, 본인으로부터 자구행위를 위임 받은 제3자는 본인을 위한 자구행위가 가능하다.

2) 침해

청구권보전을 위한 자구행위가 성립하기 위해서는 청구권에 대한 위법한 침해가 있어야 한다는 것이 다수설이다. 반면, 자구행위의 성립에 청구권의 침해는 요건이 아니라는 견해도 있다.²⁵⁾ 형법상 자구행위는 법익침해 여부와 관계없이 법정절차에 의한 청구권보전이 불가능한 상황이 존재하기만 하면 된다는 것이다. 그러나, 앞에서 살펴본 바와 같이 사후적 긴급행위로서 자구행위는 위법한 침해가 전제되는 것으로 해석해야 할 것이다.

부작위에 의한 침해에도 자구행위가 가능한지 논란이 되고 있다. 그러나, 침해가 부작위인 경우 그에 대한 긴급행위는 현재의 침해에 대한 것으로 보아야 하므로, 부작위에 의한 침해에 대해서는 정당방위나 긴급행위가 가능하다고 해야 한다.²⁶⁾ 예를 들어, 퇴거불응자에 대한 강제퇴거조치는 자구행위가 아니라 정당방위로 보아야 할 것이다.

22) 정영일, 앞의 책, 241면; 배종대, 앞의 책, 403면.

23) 전지연, 앞의 논문, 68면.

24) 이정원, 앞의 책, 177면.

25) 오영근, 앞의 책, 217면.

26) 정영일, 앞의 책, 242면.

3) 법정절차

자구행위는 법정절차에 의한 청구권 보전이 불가능한 경우 보충적으로 인정되는 것이다. 법정절차란 민사소송법상 가압류, 가처분 등 보전절차를 포함하는 개념이다. 소송절차에 의한 것이 아니라도 공권력에 의한 모든 절차가 포함되므로, 경찰이나 기타 국가기관에 의한 구제절차도 여기의 법정절차에 포함된다.

2. 청구권의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위

자구행위는 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위이다. 즉, 자구행위는 청구권 보전을 위한 행위이다. 청구권보전의 방법은 청구권의 내용, 자구행위의 상황에 따라 달라진다. 재물의 탈환, 채무자의 체포·감금, 폭행·협박, 주거침입 등이 자구행위의 일반적 방법이다. 자구행위의 전형적인 예로 거론되는 것이 절도품 탈환 사례이다.²⁷⁾ 절도죄의 피해자가 도난 후 수시간 또는 수일 후에 절도품을 소지한 절도범을 우연히 발견하고 그 절도범으로부터 도난품을 자력으로 탈환하는 행위가 자구행위에 해당한다. 도품 탈환 사례에서 탈환행위 자체뿐 아니라 도품 탈환과정에서 부수적으로 수반되는 폭행, 협박이나 체포 등의 행위도 자구행위로서 위법성이 조각된다.

자구행위는 청구권 보전을 위하여 필요한 행위이므로, 청구권을 실현하는 행위는 원칙적으로 자구행위에 해당하지 않는다. 자구행위는 보전수단이지 이행수단은 아니다.²⁸⁾

27) 도품탈환 사례에 관한 자세한 것은 이용식, “소유자의 절도범으로부터의 자기 소유물 탈환과 자구행위”, 『법학논총』(전남대) 제30권 1호, 2010, 73면 이하.

28) 신동운, 「형법총론(8판보정판)」, 법문사, 2015, 314면. 대법원은 “피고인이 피해자에게 16만원 상당의 석고를 납품한 후 대금을 받지 못하고 있던 차에, 피해자가 화랑을 폐쇄하고 도주하자, 야간에 폐쇄된 화랑의 베니어문을 미리 준비한 드라이버로 뜯어내고 피해자의 물건을 몰래 가지고 나온 사례”에서 자구행위의 성립을 부정했다(대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2582, 84감도397 판결). 또한 대법원은 “피고인들이 물품대금 채권을 다른 채권자들보다 우선 확보할 목적으로, 피해자가 부도를 낸 다음날 새벽에 피해자 소유 가구점의 시정장치를 쇠톱으로 절단하고 침입하여 시가 1600만원 상당의 가구들을 화물차에 싣고 가 다른 장소에 옮겨 놓은 사례”에서도 자구행위의 성립을 부정하고 있다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결).

3. 상당한 이유

자구행위가 인정되기 위해서는 상당한 이유가 있어야 한다. 상당한 이유의 유무 판단은 행위시의 제반 상황을 기초로 사회상규상 허용될 수 있는가를 기준으로 한다.²⁹⁾ 자구행위는 청구권보전을 위하여 필요한 범위 내에서 행사되어야 하며, 행위시의 구체적 사정 하에서 가장 피해가 적은 방법을 선택해야 하며, 청구권의 보전이익보다 큰 손해를 야기하는 심한 불균형은 허용되지 않는다. 또한, 청구권보전 수단이 사회윤리적으로 용인될 수 있는 것이어야 한다. 청구권 보전을 위해 상당하다고 인정되는 경우 폭행, 협박, 체포, 감금 등의 행위도 허용된다.

V. 입법론

1. 형법상 자구행위의 존치 문제

일본개정형법가안에는 자구행위에 관한 규정이 있었으나, 실제 현행 일본형법에는 자구행위가 규정되지 않았다. 그 이유는 자구행위의 범위 설정에 난점이 있어서 지나치게 그 범위가 넓거나 좁아질 수 있고, 법치국가원리에 반하여 자구행위가 남용될 위험이 있다는 점을 우려했기 때문이다.³⁰⁾ 한국형법에는 자구행위가 규정되어 있지만, 자구행위 규정은 입법론상 재검토가 요청된다는 비판도 있다.³¹⁾ 형법 제23조가 일본개정형법가안 제20조를 무비판적으로 계수하여 자구행위의 요건을 청구권의 보전에만 한정함으로써 그 적용범위를 지나치게 제한하게 되었다는 견해도 있다. 독일이나 일본처럼 자구행위를 입법하지 않고 학설에 위임하여 초범규적 긴급행위로서 자구행위를 정당방위나 긴급피난의 관

29) 대법원은 “피고인 소유의 도로가 주민들에 의해 그 주변의 농경지나 임야에 통행하는 데 이용되어 사실상 일반 공중의 왕래에 공용되는 육상의 통로에 해당되는데, 피고인이 육상 통로인 이 도로에 깊이 1m 정도의 구덩이를 파는 등 방법으로 도로의 통행을 방해한 사례” 상당성의 결여를 이유로 자구행위 성립을 부정했다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도 9418 판결).

30) 김종원, “형법총칙의 해석론적 입법론적 재검토”, 『형법개정의 제논점』, 형사법개정특별위원회, 1985, 91면.

31) 유기천, 『개정 형법학(총론강의)』, 일조각, 1980, 202면.

념을 확장하여 인정하는 것이 타당하다는 주장도 한다.³²⁾

자구행위로 인하여 보전되는 것은 청구권인데 형법이 청구권만의 보전을 위해서 위법성조각사유를 규정해야 하는가에 대해서도 의문이 제기된다. 또한, 사법상의 청구권도 많은 경우 정당방위나 긴급피난 규정에 따라 보전될 수 있고, 사회상규에 반하지 않는 정당행위로 위법성이 조각될 수 있는 경우도 있다. 따라서 형법상 자구행위 규정은 위법성조각사유로서 실효성이 거의 없으며³³⁾, 실제 대법원 판례 중 자구행위 성립을 인정한 예도 없다는 지적이 있다.

따라서, 자구행위는 그 범위설정과 관련하여 조문화하기도 어렵고 입법의 필요성도 크지 않다는 입법론상 난점이 지적되고 있다. 일본형법이 자구행위 규정을 두지 않은 것도 이러한 입법상의 난점 때문이다. 그렇지만 한국형법에 이미 자구행위가 명문화되어 있고 이를 토대로 한 이론이 전개되고 있으며, 비록 자구행위 성립이 부정되었으나 자구행위의 성립여부가 문제된 판례들도 있다는 점에 비추어 자구행위 규정을 폐기하는 것보다는 가능한 한 보완해 나아가는 것이 바람직할 것이다.³⁴⁾ 이러한 관점에서 청구권자의 위임을 받은 자의 행위에 관한 규정 및 상당한 이유의 판단척도를 보완하고 형법 제21조(정당방위) 제3항이 과잉자구행위에도 준용되도록 현행 규정을 보완한 입법론이 제시되기도 한다.³⁵⁾

자구행위는 사후적 구제수단이며, 침해나 위난의 현재성을 요건으로 하는 정당방위나 긴급피난과 구별된다. 또한 자구행위 사례 중 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 정당행위로 볼 수 있는 경우도 있겠지만, 일반적인 위법성조각사유로서 정당행위의 적용범위를 넓히는 것은 바람직하지 않다. 자구행위를 초법규적 위법성조각사유로 인정할 수도 있겠지만, 이론상 자구행위를 위법성조각사유의 일유형으로 인정하는 것이 일반화되어 있으므로, 형법에 구체적인 내용을 담아내는 것도 필요하다. 따라서, 구체적인 위법성조각사유로서 자구행위를 형법에 규정하는 것도 의미를 갖는다.³⁶⁾ 그리고, 대법원 판례가 자구행위 성

32) 진계호, “자구행위”, 『고시연구』, 1992. 10, 62면 참조.

33) 이형국, 앞의 책, 107면 참조.

34) 이형국, 앞의 책, 109면.

35) 제23조(자구행위) ① 법정 절차에 따라 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 구제행위의 수단, 구제행위로 보전되는 청구권과 침해되는 이익의 비중, 기타 제반 정황에 비추어 상당한 이유가 있는 때에는 위법하지 아니하다. 이 규정은 청구권자의 위임을 받은 자의 행위에도 준용한다. ② 제21조(정당방위)의 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다.

립을 인정한 사례는 없지만, 판례에서 자구행위 성립이 이론상 논의되고 있으므로 자구행위 규정은 존재 의미가 있다. 다만, 위법한 침해를 전제로 하는 사후적 구제수단이라는 점과 제3자를 위한 자구행위도 허용된다는 점을 입법적으로 보완하여 규정할 필요는 있는 것으로 판단된다. 따라서 자구행위 규정의 폐지보다는 다른 위법성조각사유와 차별화하면서 그 적용범위를 구체화해 가는 것이 바람직 할 것이다.

2. 형법상 자구행위와 민법상 자력구제의 법체계상 조화 문제

형법 제23조의 자구행위와 민법 제209조의 자력구제는 법질서 전체에 비추어 위법하지 않은 평가를 받는 행위를 규정한 것으로서 공통점이 있다. 민법 제209조의 자력구제 조항이 형법 외적인 규정이지만 위법성조각사유로서 기능하는 데는 문제가 없다. 그렇다면, 왜 형법과 민법에서 이중으로 불필요한 중복 입법을 하고 있는가의 문제 제기가 있을 수 있다. 또, 형법상 자구행위는 사법상의 청구권에 대한 긴급구제 수단으로 규정되어 있는데, 자구행위가 본질적으로 사법상의 권리구제가 주목적이라면 법체계상 민법에 규정하는 것이 타당하다는 지적도 있다.³⁷⁾

대법원 판례는 민법 제209조의 자력구제에 해당하지 않는 경우 유죄라고 하는데, 자력구제에 해당한다면 위법성이 조각되어 범죄성립을 부정하게 될 것이다.³⁸⁾ 구체적으로는, 민법 제209조 제2항의 자력구제가 인정된다면, 정당행위 중 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되어 범죄성립이 부정될 것이다. 따라서, 민법상 자력구제 조항도 형법상 자구행위 조항과 마찬가지로 위법성조각사유로 기능할 수 있다. 문제는 민법 제209조 제2항의 자력구제는 현장성 또는 계속 추적을 요건으로 하므로, 과거의 침해에 대한 구제수단이 될 수 없다는 점에서 자구행위가 문제되는 모든 사례에 민법상 자력구제 조항을 적용할 수는

36) 과거 구형법에는 자구행위 규정이 없었으며, 정당방위를 넓게 해석하여 문제되는 사례에 대처했으나, 우리 형법 입안자들은 이러한 방식이 충분치 않다고 보고 형법 제23조에 자구행위에 관한 명문 규정을 둔 것으로 이해된다(신동운, 앞의 책, 313면 참조).

37) 이러한 문제 제기에 대해서는 이정원, 앞의 책, 175-176면 참조.

38) 대법원은 재물손괴죄와 건조물침입죄가 문제된 사례에서, 민법 제209조 제2항의 자력구제에 해당하지 않는 경우 유죄라고 하는데, 자력구제가 인정되었다면, 법령에 의한 행위로써 위법성이 조각되어 범죄성립이 부정되었을 것이다(대법원 2017. 9. 7. 선고 2017도9999 판결 참조).

없다는 것이다.³⁹⁾

예를 들어, 도품탈환 사례에서 피해자가 절도범을 계속 추적하여 절취품을 탈환했다면 민법 제209조 제2항을 근거로 위법성이 조각될 수 있다. 그러나, 수일 후 절도범을 우연히 마주쳐 절취품을 탈환했다면 민법 제209조 제2항은 적용될 수 없고 형법 제23조 자구행위 조항을 적용하여 해결해야 한다. 민법 제209조 제2항은 “점유물이 침탈되었을 경우에 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있다”고 규정하기 때문이다. 즉, 민법 제209조 제2항은 과거의 침해에 대한 구제수단으로서 자력구제는 인정하지 않고 있다. 이렇게 보면 마치 형법상 자구행위는 민법상 자력구제 조항의 적용범위 밖에 있는 사례를 해결하기 위한 조항처럼 보인다.⁴⁰⁾ 이러한 법체계상의 문제점을 고려한다면, 입법론상 형법상 자구행위 규정은 폐지하고 민법상 자력구제 조항을 보완하여 사후적 구제수단으로서의 자력구제도 민법상 인정될 수 있도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 다만, 민법상 자력구제는 점유권의 보호에 국한되어 있고 ‘직시성’이나 ‘현재성’ 등을 요건으로 하여 적용범위가 제한되어 있다는 점에서, 사후구제 수단으로서 자구행위의 내용을 함께 민법에 담아내는 입법은 쉽지 않은 작업일 것으로 보인다. 또한, 이러한 논의는 자구행위 규정이 형법에 없는 독일에서 법질서 통일이론을 기초로 문제를 해결하려는 입장과 맥을 같이 한다. 그러나 민법상 정당화 사유의 형법에의 적용가능성의 논의는 형법의 문제를 형법으로 해결하지 않고 형법 외적 규범을 동원하여 해결하려 한다는 점이 지적될 수 있다. 이러한 논의는 형법에 자구행위를 입법하지 않은 독일에서 자구행위와 관련된 사례를 해결하기 위한 이론으로 등장한 것이므로, 형법에 명문의 규정을 둔 우리 법체계와 조화되기 어려운 점도 있다.

39) 민법상 자력구제란 점유가 침탈당했을 때 점유자가 자력으로 점유를 방위하거나, 점유물이 침탈당했을 때 자력으로 탈환하는 것을 의미한다. 민법상의 자력구제는 점유나 점유물에 대한 침해가 종료되기 전에 인정되는 것이며, 침해가 종료된 후에는 점유보호청구권이 문제된다(송덕수, 「신민법입문(9판)」, 박영사, 2018, 207면).

40) 민법의 불비를 형법이 해결해 주고 있다는 것은 법체계적으로 타당하지 않다는 비판이 있다(이정원, 앞의 책, 176면 참조).

VI. 맺음말

한국형법상 자구행위 조항은 비교법적으로 독특한 입법례의 하나이다. 민법상 자력구제 조항의 영향으로 형법이론상 위법성조각사유의 하나로 자구행위가 거론되기 시작했지만, 독일이나 일본에서 입법에 이르지 못했던 점에 비추어 형법상 자구행위 조항의 입법 타당성에 의문이 제기되기도 한다. 자구행위가 문제되는 사례는 정당방위나 정당행위 등 다른 위법성조각사유를 적용하여 해결하거나, 자구행위를 초범규적 위법성조각사유의 하나로 인정하면 족하다는 견해도 의미를 갖는다. 실제 대법원 판례에서도 자구행위 조항이 적용되어 위법성을 조각한 사례를 찾을 수 없다. 이러한 이유로 자구행위 조항의 폐지가 거론되기도 한다.

그러나, 정당방위나 긴급피난은 침해 또는 위난의 현재성을 요건으로 하므로 모든 자구행위 사례를 포괄할 수 없다는 점에서 문제 해결에 난점이 있다. 형법상 정당행위 중 사회상규에 반하지 않는 행위로 이해하면 된다는 견해도 있지만, 문제되는 사례를 모두 일반조항으로 해결하려 해서는 안 될 것이다. 따라서 구체적인 위법성조각사유로서 자구행위를 형법에 규정하는 것은 의미를 갖는다. 또한, 형법 제23조를 적용하여 자구행위의 성립을 인정한 판례는 없지만, 실제 자구행위의 성립이 판례에서 법리적으로 검토되고 있으므로 자구행위 규정은 존치할 필요가 있다.

다만, 자구행위는 침해의 현재성이나 직시성이 결여된 과거의 침해에 대한 사후적 구제수단이라는 점에서 위법성조각의 전제가 되는 긴급상황이라는 요건이 약화되어 있으므로, 자구행위 조항의 해석과 운용에는 신중을 기할 필요가 있다. 또한, 독일에서 형법상 자구행위이론이 민법상 자력구제 조항에서 영향을 받았다는 점을 고려하면, 형법상 자구행위 조항의 해석에 민법상 자력구제 조항을 참고할 필요가 있다. 한국민법 제209조 제2항의 자력구제 조항이 침해의 현장성과 계속 추적을 요건으로 하고 있다는 점에서 보면, 사후적 구제수단을 위법성조각사유로 인정한 형법상 자구행위 조항은 위법성이 조각되는 긴급행위의 범위를 예외적으로 확대한 것이므로 이 점에서도 그 범위설정에 관해서는 신중한 해석이 필요하다.

입법론상으로 자구행위 조항은 일응 존치의 필요성이 있는 것으로 판단되나, 동일한 관점의 위법성조각사유가 민법과 형법에 이중으로 규정되어 있다는 지

적도 유념할 필요가 있다. 민법 제209조 제2항은 과거의 침해에 대한 구제수단으로서 자력구제는 인정하지 않고 있는데, 이렇게 보면 마치 형법상 자구행위는 민법상 자력구제 조항의 적용범위 밖에 있는 사례를 해결하기 위한 조항처럼 보인다. 이러한 법체계상의 문제점을 고려한다면, 입법론상 형법상 자구행위 규정은 폐지하고 민법상 자력구제 조항을 보완하여 사후적 구제수단으로서의 자력구제도 민법상 인정될 수 있도록 하는 입법방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 다만, 이러한 논의의 기초인 법질서 통일이론은 형법에 자구행위를 입법하지 않은 독일에서 자구행위와 관련된 사례를 해결하기 위한 이론으로 등장한 것이므로, 형법에 명문의 규정을 둔 한국 법체계와의 조화에는 난점이 있다.

투고일 : 2019.11.29. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

[참고문헌]

- 김성돈, 「형법총론(5판)」, SKKUP, 2017.
- 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 「형법총론(2판)」, 피앤씨미디어, 2019.
- 배종대, 「형법총론(11판)」, 홍문사, 2014.
- 오영근, 「형법총론(3판)」, 박영사, 2014.
- 유기천, 「개정 형법학(총론강의)」, 일조각, 1980.
- 이재상/장영민/강동범, 「형법총론(9판)」, 박영사, 2017.
- 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012.
- 임 용, 「형법총론(7판)」, 법문사, 2015.
- 정성근/박광민, 「형법총론(전정2판)」, 성균관대출판부, 2015.
- 정영일, 「형법총론(3판)」, 박영사, 2010.
- 이형국, 「형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안」, 형사정책연구원연구총서, 2006.
- 송진경, “형법 제23조 자구행위에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 2009.
- 김종원, “형법총칙의 해석론적 입법론적 재검토”, 「형법개정의 제논점」, 형사법 개정특별위원회, 1985.
- 백형구, “자구행위-몇 가지 문제의 제기-”, 「고시계」, 1989. 9.
- 신동운, “형법 제23조 자구행위규정의 성립경위”, 「한국형법학의 새로운 지평」(심당 김일수교수 화갑기념논문집), 2006.
- 엄상섭, “긴급행위에 관한 시론”, 「효당 엄상섭 형법논집」(허일태/신동운 편), 서울대출판부, 2003.
- 이용식, “소유자의 절도범으로부터의 자기 소유물 탈환과 자구행위”, 「법학논총」(전남대) 제30권 1호, 2010.
- 전지연, “자구행위의 해석상 몇가지 문제점”, 「영남법학」제28호, 2009.
- 진계호, “자구행위”, 「고시연구」, 1992. 10.

Joshua Dressler, Criminal Law(5판), LexisNexis, 2009.

Wayne R. LaFave Criminal Law(4판), West, 2003.

Fritjof Haft, Strafrecht AT(8판), C.H.Beck, 1998.

Kristian Kühl, Strafrecht AT(8판), Vahlen, 2017.

[국문초록]

형법상 자구행위에 관한 고찰

김 중 구*

한국형법은 제23조에 위법성조각사유의 하나로 자구행위를 규정하고 있다. 법정절차에 의한 청구권보전이 불가능한 경우, 청구권의 실행불능이나 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위가 자구행위이다. 개인의 권리구제는 국가구제가 원칙이며, 사력구제 또는 자력구제는 예외적으로 허용된다. 한국형법 제23조는 국가구제 원칙의 예외로 청구권 보전을 위한 자력구제를 허용하고 있다.

한국형법 입법 당시 자구행위는 독일이나 일본에서 이론상으로만 인정되고 있었으나, 한국형법에 명문으로 자구행위 규정이 입법되었다. 자구행위를 형법에 명문으로 규정한 외국의 입법례가 거의 없다는 점에서, 한국형법상 자구행위 조항은 독특한 입법례의 하나이다. 그러나, 대법원 판례 중 자구행위 조항을 적용하여 위법성조각을 인정한 사례가 없어 실제 실무에서 자구행위 규정은 거의 사문화되었으며, 문제되는 사례들은 정당행위 조항 등을 적용하여 해결할 수 있다는 점에서, 자구행위를 과연 존치할 필요가 있는가에 대하여 논란이 있다.

자구행위의 성격과 규정의 해석에 관해서도 다양한 논란이 있으며, 해석상 보전대상인 청구권을 재산상 청구권이나 원상회복이 가능한 청구권으로 제한해야 하는지, 자기의 청구권만을 보전 대상으로 해석해야 하는지도 논란이 되고 있다.

본 논문에서는 한국형법상 자구행위의 규정의 연혁과 자구행위 규정과 관련한 해석상 문제점을 검토하고, 입법론상 자구행위 규정의 존치 필요성과 민법상 자구행위와 관계에 대하여 고찰하였다.

주제어 : 자구행위, 사력구제, 위법성조각사유, 법질서통일이론, 정당행위

* 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사.

[Abstract]

A Study on the Self-Help in Korean Criminal Law*

Kim, Jong-Goo**

Under Article 23 of Korean Criminal Law, “when it is impossible to preserve a claim by legal procedure, the action taken in order to avoid the impossibility or significant difficulties of its execution shall not be punishable when there are reasonable grounds.” Article 23 of Korean Criminal Law allows self-help to preserve claims as an exception to the principle of the preservation of individual rights via resort to legal writ. In the event that a person finds it significantly difficult to preserve their right to a claim through court proceedings, a considerable act of self-rescue may be acceptable to avoid the impractical or significant difficulty of ultimately securing that claim. Individuals sometimes resort to self-help when they retrieve property found under the unauthorized control of another person. The legal systems places varying degrees of limitation on self-help, and laws among the national jurisdictions vary widely.

Self-help was only theoretically recognized in Germany and Japan at the time of the enactment of Korean Criminal Law, but the self-help clause was still enacted therein. Given that there are few foreign legislative cases that define self-help as a justification in criminal laws, the self-help clause in Korean Criminal Law is a unique legislative case.

There are various controversies regarding the nature of self-help, the interpretation of the self-help clause, and whether related claims for compensation should be restricted to property claims. In this paper, the author reviews the problems of interpretation related to the self-help clause under Korean Criminal Law and the legislative policy for the revision of the

* This study was supported by research fund from Chosun University, 2018.

** Professor of Law, Chosun University College of Law.

self-help clause based on its legislative history in comparison with the self-help clause in Korean Civil Law.

Key words : Self-Help, Self-Rescue, Justifications, Unity of Legal Order,
Justifiable Act

