

‘침해의 현재성’에 대한 규범적 판단\*  
- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결 -

최민준\*\*

< 목 차 >

[대상판결]

1. 사실관계
2. 원심판결 요지
3. 대상판결 요지

[평석]

- I. 서론
- II. ‘부당한 침해’의 개념
- III. ‘현재’의 개념
- IV. 대상판결 검토
- V. 결론

[대상판결]

1. 사실관계

A는 이 사건 회사의 대표이사이고, 피고인은 위 회사의 소속 근로자이다. A가 매출 감소 등을 이유로 피고인을 비롯한 포장부 소속 근로자들을 영업부로 전환배치하고 포장 업무를 외주화하자, 근로자들은 고용보장을 침해하는 부당

\* 이 연구는 2024년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 조교수.

노동행위라고 반발하여 노사갈등이 격화되었다.

공소사실 기재 일시에 20여 명의 근로자들이 본사 사무실에 나와 자신들의 요구조건에 대한 회사측의 답변을 요구하자, A는 ‘근무의사가 없으면 집으로 돌아가라.’는 취지로 말하면서 사무실 밖으로 나가려고 하였다.

사무실 곳곳에는 근로자들이 앉거나 서 있고, 공소의 2가 피고인 등과 함께 회사 측의 조속한 답변을 요구하며 A의 진행방향 앞쪽에 서 있다가 양팔을 벌려 이동하는 A을 막으려고 하였으며, 특히 출입구로 나가는 좁은 길목 바닥에 공소의 1을 비롯한 근로자 3명이 다리를 모으지 않은 채 앉아 있어, A가 근로자들을 지나쳐 빠져나가는 것이 쉽지 않았다.

A는 공소의 2 등을 피해 사무실 출입구로 걸어가면서 출입구 앞에 앉아 있던 공소의 1의 옆구리를 1회 걷어차고, 오른쪽 허벅지를 1회 밟은 뒤, 공소의 2의 어깨를 손으로 밀었다. 그 과정에서 공소의 2가 넘어지고 A도 뒤엎겨 뒤로 넘어지면서 공소의 2를 깔고 앉게 되었다. 피고인을 비롯한 다수의 근로자들이 그 주변으로 몰려들었고, 공소의 2는 고통을 호소하며 비명을 질렀다.

그 직후 A가 그 자리에서 바로 일어나지 못하고 ‘내 몸에 손대지 마.’라고 소리를 지르는 상황에서, 피고인은 공소의 2를 깔고 앉아 있는 A의 어깨 쪽 옷을 잡았고 다른 남성 근로자가 A를 일으켜 세우자 힘을 주어 A의 옷을 잡고 흔들었다.

## 2. 원심판결 요지<sup>1)</sup>

원심은 “피고인이 양손으로 피해자 A의 어깨를 흔들 당시 피해자의 공소의 1 등에 대한 가해행위가 이미 종료된 상태였던 사실이 인정된다. 그렇다면 피고인의 위 행위는 소극적인 저항행위를 넘어서는 적극적인 공격행위로 봄이 상당하므로 이를 두고 위법성이 조각되는 정당방위로 볼 수 없다.”라고 판시하여, 피고인의 정당방위를 인정하지 않았다.

## 3. 대상판결 요지

대상판결은 정당방위에 있어 ‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기

---

1) 서울중앙지방법원 2020. 5. 14. 선고 2019노2316 판결.

수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.

또한, 정당방위의 성립 요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되고, 다만 정당방위로 인정되기 위해서는 자기 또는 타인의 법익침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다고 판시하였다.

대상판결은 결론적으로, 이 사건의 경우 원심이 위 법리에 따라 정당방위의 현재성, 상당성 등에 관한 심리를 더 하여 정당방위에 해당하는지를 판단하였어야 한다고 판시하였다. 원심 판시 내용을 구체적으로 논박한 내용은 아래와 같다.

1) 원심은 정당방위를 부정하면서 그 이유로 'A의 가해행위가 이미 종료되었다.'고 보았다. 그러나 앞서 본 바와 같이 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우라면 그중 일부 행위가 외형상 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다. 원심이 판단한 바와 같이 A가 이미 넘어진 후 피고인이 A의 옷을 잡았고 자리에서 일어난 이후에도 A의 어깨를 흔들었으므로 원심과 같이 가해행위가 이미 종료되었다고 볼 여지도 없는 것은 아니다. 그러나 당시 A는 근로자들과 장기간 노사갈등으로 마찰이 격화된 상태에서 사무실 밖으로 나가기 위하여 좁은 공간에서 다수의 근로자들을 헤치거나 피하면서 앞으로 움직이던 중 출입구 직전에서 공소외 2와 엉켜 넘어졌으므로 근로자들 중 일부인 공소외 1에 대한 가해행위만을 두고 침해상황의 종료를 판단하는 데에는 한계가 있다.

2) 원심은 '가해행위 종료 이후의 행위라면 적극적인 공격행위'라고 보았다. 그러나 앞서 본 바와 같이 정당방위에서 방위행위의 상당성은 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정을 참작하여 종합적으로 판단하여야 한다. 피고인은 좁은 공간으로 사람들이 몰려드는 어수선한 상황에서 바닥에 깔려 있는 공소외 2를 구하기 위해 A를 일으켜 세울 필요가 있어 '내 몸에 손대지 마.'라고 소리를 지르며 신체 접촉에 강하게 거부감을 보이는 A를 직접 일으켜 세우는 대신 손이 닿는 대로 어깨 쪽 옷을 잡아 올림으로써 무게를 덜고 A가 일어하도록 한 것으로 볼 여지가 있다. 원심은 위 법리에 따라 양쪽의 사정들을 좀 더 심리한 다음, 정당방위에 해당하는지를 판단하였어야 한다.

[평석]

## I. 서론

우리 형법은 제21조 제1항에서 정당방위를 위법성조각사유로 규정하고 있다. “현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 별하지 아니한다.”라는 규정이다. 문언상 그 요건으로 ‘현재의 부당한 침해’ 및 ‘상당한 이유’가 요구된다. 정당방위는 범죄구성요건에 해당하는 행위의 위법성을 예외적으로 조각하는 사유라는 점에 비추어, 그 요건들에 대해 정확한 해석이 필요하다.<sup>2)</sup>

대상판결의 경우, 특히 쟁점이 되는 부분은 피고인이 양손으로 피해자 A의 어깨를 흔들 당시 A의 ‘현재의 부당한 침해’가 있었는지 여부이다.

당시 상황은 A가 공소외 1과 공소외 2를 폭행한 후 공소외 2를 깔고 앉았다가 일으켜 세워진 이후이다. 원심은 이와 같이 A의 공소외 1, 2에 대한 개별, 구체적인 폭행행위는 이미 종료되었음에 착안하여, “피고인이 양손으로 피해자 A의 어깨를 흔들 당시 피해자의 공소외 1 등<sup>3)</sup>에 대한 가해행위가 이미 종료된 상태였던 사실이 인정된다.”라고 판시하였다.

그러나 대상판결은 이를 반박하면서, “A가 자리에서 일어난 이후에도 A의 어깨를 흔들었으므로 원심과 같이 가해행위가 이미 종료되었다고 볼 여지도 없는 것은 아니다. 그러나 당시 A는 근로자들과 장기간 노사갈등으로 마찰이 격화된 상태에서 사무실 밖으로 나가기 위하여 좁은 공간에서 다수의 근로자들을 헤치거나 피하면서 앞쪽으로 움직이던 중 출입구 직전에서 공소외 2와 엉켜 넘어졌으므로 근로자들 중 일부인 공소외 1에 대한 가해행위만을 두고 침해상황의 종료를 판단하는 데에는 한계가 있다.”라고 판시하였다.

즉, 대상판결의 논리에 의하면 공소외 1과 공소외 2를 폭행하고 공소외 2를 깔고 앉았다가 일으켜 세워진 이후, 즉 개별, 구체적인 폭행행위는 이미 종료된 이후라 하더라도, 당시 상황이 ‘근로자들과 장기간 노사갈등으로 마찰이 격화된 상태에서 사무실 밖으로 나가기 위하여 좁은 공간에서 다수의 근로자들을 헤치

2) 신정훈, “정당방위상황에 있어서 ‘현재성’에 관한 연구”, 『비교형사법연구』 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 2면.

3) 공소외 2도 포함하는 것으로 해석된다.

거나 피하면서 앞으로 움직이던 중’이라는 점을 고려하면 침해상황이 종료되지 않았다고 볼 여지가 있다는 것이다.

그렇다면 위와 같은 상황을 ‘현재의 부당한 침해’로 인정하는 데 판례가 어떠한 기준을 언급하였는지가 중요할 것이다. 본 평석에서는 부당한 침해, 현재성의 개념을 확인하고, 현재성 판단은 위법성 판단의 측면에서 규범적, 종합적인 판단이 필요하다는 점을 논하고자 한다. 그리고 대상판결이 어떤 기준을 제시하고 있는지, 대상판결의 결론이 결국은 현재성의 규범적 판단으로 귀결될 수 있음을 살펴보고자 한다. 나아가 이러한 논의가 상습적인 가해행위가 반복되는 이른바 ‘계속적 침해 상황’ 및 가스라이팅 범죄에서의 정당방위 판단에 어떤 영향을 미칠지도 검토해보고자 한다.

## II. ‘부당한 침해’의 개념

‘침해’란 법질서에 의하여 보호되는 법익에 대한 사람에 의한 공격 또는 그 위협을 의미하고, ‘부당’이라 함은 위법을 의미한다는 것이 일반적 견해이며, 객관적으로 법질서를 침해하는 모든 행위는 위법하다고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

여기의 위법은 형법상의 불법 개념뿐만 아니라 법질서 전체에 반하는 실질적, 객관적 위법을 말한다. 침해행위의 위법, 부당은 그 행위가 개별 구성요건에 해당하는지, 형벌의 대상이 되는지 여부가 아니라 그 행위가 우리 법질서의 허용규범에 포섭될 수 있는지 여부에 따라 결정된다.<sup>5)</sup> 법질서 전체의 측면에서 규범적으로 이해하자면, 타인의 법적 지위의 경시로서 범효력 침해로 정의된다는 견해도 있다.<sup>6)</sup> 즉, ‘부당한 침해’ 개념은 특정 피해자에 대한 특정 구성요건적 행위로 한정할 필요가 없다. 법질서에 의하여 보호되는 법익에 대한 공격 또는 그 위협으로 해석된다.

무엇보다, 정당방위는 가해자의 행위에 대한 구성요건 단계의 판단이 아니라 피해자의 행위에 대한 위법성 단계의 판단이다. 따라서 정당방위의 ‘침해’ 개념

4) 신정훈, 앞의 논문, 4면.

5) 박상기, “범행단계로서의 종료이론”, 『형사법연구』 창간호, 한국형사법학회, 1988, 184면.

6) 이상문, “정당방위의 침해의 현재성 요건의 구체적 의미”, 『경찰법연구』 제7권 제1호, 한국경찰법학회, 2009, 218면.

은 가해자의 행위가 구성요건에 해당하는 침해인지 여부가 아니라, 피해자의 입장에서 그에 대항하는 것이 위법하지 않은 침해인지 여부로 판단되어야 한다.

대상판결의 경우에도 실제 충돌이 발생한 A와 공소의 1 사이, 공소의 2 사이에 현실적으로 발생한 폭행만을 부당한 침해로 한정하지는 않은 것으로 보인다. 당시 A는 근로자들과 마찰이 격화된 상태에서 흥분한 채 좁은 공간을 다수의 근로자들을 헤쳐나가며 움직이던 상황이었는데, 이러한 상황에서의 부당한 침해는 다수 근로자들에 대한 신체의 범익에 대한 공격 또는 그 위협으로 파악될 여지가 충분하다는 것이다. 이와 같이 ‘부당한 침해’를 파악할 때 현재성의 판단에도 유연한 해석의 여지가 생길 수 있다.

### Ⅲ. ‘현재’의 개념

#### 1. ‘현재’ 개념의 필요성

‘침해의 현재성’을 정당방위의 요건으로 규정하고 있는 이유는, 침해의 시간적 범위를 제한하여 방위가 가능한 범위를 한정하고 정당한 방어와 부당한 복수를 구분하기 위함이다.<sup>7)</sup> 정당방위가 적정한 시간적 한계 없이 허용되면, 예방적 내지 사후적 방위의 남용이 우려된다.

침해의 현재성이 인정되지 않는 경우, 즉 침해행위가 종료되었거나 아직 개시되지 않은 경우에는 정당방위가 허용되지 않는다. 이런 경우에는 국가의 사법기관이 정해진 절차에 따라 형벌권을 실현하거나 경찰력을 동원하면 되기 때문이다.<sup>8)</sup>

#### 2. ‘현재’ 개념에 대한 학설의 주류적 태도

정당방위에서 현재의 침해란 일반적으로 범익에 대한 침해행위가 직접 임박

---

7) 조준현, “정당방위와 긴급피난의 법리에 관한 사례연구”, 『형사판례연구』 제6호, 한국형사판례연구회, 1998, 95면; 신동일·김나경, “정당방위의 요건에 대한 비판적 이해”, 『법학연구』 제28권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2017, 459면.

8) 신동운, 『형법총론』 제14판, 법문사, 2022, 271면.

하거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 경우를 말한다.<sup>9)</sup>

시기와 관련해서는, 침해행위가 반드시 실행에 착수에 이르러 미수의 단계에 진입함을 요하는 것은 아니고, 가해자가 실행의 착수에 이르지 않았어도 방어가 늦어지면 방어가 사실상 어렵게 되는 경우에는 침해의 현재성이 있다고 볼 것이다.<sup>10)</sup>

종기와 관련해서는, 형식적으로는 범죄가 이미 기수에 이르렀다고 하더라도 범익침해가 지속되는 상황이라면 침해의 현재성이 인정될 수 있다. 계속범의 경우에는 위법한 상태가 지속되는 이상 침해도 지속되는 것이고, 절도의 현행 범인을 추격하여 피해품을 탈환하는 경우에도 범익침해가 지속되는 상황으로서 정당방위가 가능하다고 보는 것이 일반적인 견해이다.<sup>11)</sup>

### 3. ‘현재’ 개념에 대한 규범적 판단의 필요성

위와 같은 학설의 주류적 태도는 현재성을 표현 그대로 시간적인 측면에서 정의하는 견해라 볼 수 있다. 그러나 현재성 판단을 위해서는 단지 시간적인 측면만이 아니라 규범적인 측면에서의 고려가 필요하다.

정당방위란 결국 가해행위에 대한 자력 방어의 적법성을 인정할 것인가의 문제이고, 그 정당방위의 요건으로 가해행위는 현재의 침해일 것을 요구하고 있다. 그 ‘현재’ 여부를 판단할 때 해당 가해행위에 대한 방어를 적법한 것으로 인정할 것인가가 고려되어야 하고, 이것이 곧 현재 개념에 대한 규범적 판단이다. 또 다른 측면에서, 현재성 판단은 결과적으로 정당방위 인정 여부, 방어행위의 적법 여부 판단을 위한 도구로서 구체적 타당성을 제공할 수 있어야 한다. 개별 사안에 따른 ‘현재’ 기준의 구체화가 그 역할을 할 수 있을 것이다.

앞서 침해 개념을 살펴볼 때 논한 바와 같이, 정당방위 판단은 가해자가 아니라 피해자, 방어자를 기준으로 이루어져야 한다. 현재성 판단 또한 물론 마찬가지이다. 즉, 가해자의 행위가 구성요건에 해당하고 현재의 행위인지 여부를 기준으로 하기보다, 피해자의 입장에서 피해자가 현재의 침해에 대응하는 행위

9) 이용식, “정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건”, 『현대 형법이론 I』, 박영사, 2008, 419면.  
 10) 박상기, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2012, 165면; 하태훈, “형법 제21조의 정당방위상황”, 『차용석 교수 화갑기념논문집』, 1994, 189면.  
 11) 이재상, 『형법총론』 제11판, 박영사, 2022, 245면; 신동운, 앞의 책, 274면; 박상기, 앞의 책, 168면.

로 방어행위를 하였는지, 규범적으로 피해자의 방어행위에 대한 허용이 가능할 것인지가 기준이 되어야 한다.

피해자의 방어행위를 기준으로, 그 적법 여부의 판단을 위한 도구로서의 기능을 고려한다면, 현재성 개념을 시간적인 측면만 고려해서는 안 된다. 애초에 정당방위 판단은 구성요건해당성 단계의 판단이 아니라 위법성 단계의 판단이기도 하다. 따라서 규범적, 종합적 측면에서의 고려가 반드시 필요하다.

실제로 정당방위가 문제되는 상황은 보통 급작스러운 일방의 가해행위 하나가 단발적으로 존재하고 그에 대한 피해자의 방어행위가 있는 상황이 아니다. 대부분 상호 시비가 있는 상황에서 일방의 가해행위가 있고 그에 대한 상대방의 방어행위가 있는 상황이 문제된다. 또한 급작스러운 단발적 가해행위보다는 일련의 행위로 연결되는 가해행위, 나아가 계속적인 침해가 발생하는 상황에서의 가해행위가 문제되는 경우가 많다.

이런 상황일수록 현재성 판단에 단지 시간적 측면만 고려할 수는 없다. 문제되는 쌍방의 관계, 문제되는 방어행위 이전, 이후의 사정을 모두 고려하여 당사가 정당방위 상황이었는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 결국 규범적인 측면을 고려하여 종합적으로 판단해야 한다.

## IV. 대상판결 검토

### 1. 대상판결의 기준 및 태도

대상판결은 “‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다.”라고 판시하였다. 요약하면, ‘일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’는 침해의 현재성이 있는 것으로 본다.

우선, 대상판결은 현재성 개념의 정의에 대해서는 일반적인 주류 학설의 태도와 마찬가지로 시간적인 측면에서 정의하였다. 이는 원심의 정의와도 동일하다. 실제로 원심은 시간적인 측면에서만 현재성 개념을 정의하고 이에 따라 판단하여, 즉시의 가해행위가 완료된 이상 현재성을 인정할 수 없다고 보아 정당방위 성립을 부정하였다. 반면 대상판결은 새로운 판단 기준, 일련의 연속되는 행위로 인한 침해상황에서 침해의 현재성을 인정하는 기준을 제시하면서 현재성 범위를 다소 넓혀 해당 사안에서 정당방위 성립을 긍정하였다.

대상판결이 다소 구체적인, 새로운 기준을 제시하였다고는 하나, 개별 사안에 이에 어떻게 포섭할지, 어느 정도를 ‘일시 중단’되더라도 ‘추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는’ 것으로 볼 지는 여전히 어려운 문제이다.

적어도 대상판결의 사실관계에서는 A가 근로자들과의 장기간 노사갈등으로 마찰이 격화된 상태, 흥분 상태에서 사무실 밖으로 나가기 위하여 좁은 공간에서 다수의 근로자들을 밀치며 나가며 폭행을 행하는 일련의 연속되는 행위 도중, 개별, 구체적인 폭행은 일시 중단되었다 하더라도, 좁은 공간에서 다수의 근로자들을 밀치며 나가려는 상황이 그대로인 이상 다른 근로자들에 대한 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우라고 일응 판단된다. 일련의 연속되는 행위 정황상 침해의 현재성을 인정하게 되는 것이다.

다른 한편으로, 대상판결의 현재성 개념 확대가 근본적으로는 어떤 개념적 기초에서 비롯되었는지를 추측해보자면, 결국은 대상판결도 규범적 측면에서의 고려를 한 것이라고 볼 수 있다. 즉, 현재성 여부를 단순히 시간적 측면에서만 이 아니라 규범적, 종합적으로 판단한 것이다. 대상판결이 기준으로 들고 있는 ‘일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’라는 개념 자체가 규범적인 고려를 포함하고 있다. 이는 단지 가해자의 행위 측면에서 침해가 현재하는지 여부를 살피는 것이 아니라, 피해자의 방어행위 적법성 측면에서 추가 침해에 급박하게 대응할 필요가 있는지 여부를 살피는 것이다.

이런 점에서 보자면 대상판결은 현재성 개념의 정의에 대해서는 기존 입장대로 시간적인 측면에서의 설시를 반복했지만, 실제 현재성 여부의 판단은 규범적, 종합적으로 한 것으로 이해할 수 있다.

## 2. 대상판결 기준의 의의 - 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우

침해의 현재성에 관하여 대상판결에서 논하는 ‘추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’라는 기준은, 이를 시간적인 측면에서만 보자면 기존 학설에서 논의해온 ‘법익에 대한 침해행위가 직접 임박한 경우’와 비교하였을 때 특별히 다른 기준이라고 하기는 어려워 보인다. 그러나 규범적인 측면에서의 고려를 포함하는 기준으로 이해한다면, 개별 사안에서 구체적 타당성을 확보하는 유용한 기준이 될 것으로 기대된다.

‘일련의 연속되는 행위로 인한 침해상황’이라는 점에서, 그 이전에 이미 발생한 침해 및 당시의 상황 등을 규범적, 종합적으로 고려하여 ‘추가 침해가 곧바로 발생할, 침해가 임박한 경우’임이 좀 더 폭넓게 인정될 여지가 있을 것이다. 즉, 일련의 연속되는 행위 상황에서 일시 중단이 발생한 경우 중단 상황에서의 방위행위에 대한 정당방위 여부가 문제될 것인데, 일반적인 경우보다는 일련의 연속되는 행위 상황이라는 점이 방위자에게 유리하게 적용될 가능성이 있다.

나아가 반드시 대상판결의 사안과 동일한 유형의 경우가 아니더라도, 대상판결이 사실상 취하고 있다고 보이는 ‘현재성의 규범적, 종합적 판단’ 논지는 정당방위 일반의 경우에 보다 적절한 판단 도구로 기능할 수 있다. 앞서 살펴 본 바와 같이, 실제로 정당방위가 문제되는 상황은 대부분 상호 시비가 있는 상황에서 일방의 일련의 가해행위가 있고 그에 대한 상대방의 방어행위가 있는 상황일 것이다. 이 경우 그 방어행위에 대해 이를 ‘현재의 침해’에 대한 방어가 아닌 이른바 ‘싸움’으로 보아 정당방위 적용을 배제할 것인지, 아니면 일방의 ‘현재의 침해’에 대한 방어로 보아 정당방위를 인정할 것인지를 판단함에 있어, 구체적 타당성 있는 결론을 위해서는 대상판결과 같이 규범적인 측면에서의 고려가 필수적이라 하겠다.

## 3. 대상판결 기준의 확장 - 계속적 침해 상황 및 가스라이팅 범죄에서의 현재성 문제

대상판결에서 언급한 ‘추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’에서 논의를 확장하여, 이른바 ‘계속적 침해 상황’에서 현재성을 어떻게 판단

할 것인가도 새롭게 살펴볼 수 있다. 상습적으로 가정폭력 등 가해행위가 반복되는 ‘계속적 침해 상황에서의 정당방위’ 문제는 침해의 현재성 관련하여 기존에 많이 논의되어 온 바 있다. 또한 최근 이슈가 되고 있는 가스라이팅 범죄의 경우도 피해자에 대한 심리적 지배, 조종을 전제로 하면서 상습적인 의사의 자유 침해, 신체의 자유 침해가 병행된다는 점에서 계속적 침해 상황의 일종이라 볼 수 있다.

계속적 침해 상황 중이지만 구체적인 침해 행위가 직접 개시되지 않는 상황에서 피해자의 정당방위가 가능할 것인가가 문제되는데, 앞서 살펴본 현재성 개념에 대한 규범적 판단은 이 경우에도 적용되어 개별 사안에서의 정당방위 인정 가능성을 확장할 수 있을 것으로 생각된다.

#### 가. 계속적 침해 상황에 대한 대표 판례 : 대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결

피고인 D가 약 12살 때부터 의붓아버지인 피해자의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 이 사건 범행무렵까지 피해자와의 성관계를 강요받아 왔고, 그 밖에 피해자로부터 행동의 자유를 간섭받아 왔으며, 또한 그러한 침해행위가 그 후에도 반복하여 계속될 염려가 있었다면, 피고인들의 이 사건 범행 당시 피고인 D의 신체나 자유 등에 대한 현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나, 그렇다고 하여도 판시와 같은 경위로 이루어진 피고인들의 이 사건 살인행위가 형법 제21조 소정의 정당방위나 과잉방위에 해당한다고 하기는 어렵다. 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이었다고 인정할 수 있는 것이어야 할 것인데, 피고인들이 사전에 판시와 같은 경위로 공모하여 범행을 준비하고, 술에 취하여 잠들어 있는 피해자의 양팔을 눌러 꼼짝 못하게 한 후 피해자를 깨워 피해자가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 피해자의 심장을 찔러 살해한다는 것은, 당시의 상황에 비추어도 사회통념상 상당성을 인정하기가 어렵다고 하지 않을 수 없고 (후략)

대법원은 “당시 피고인 D의 신체나 자유 등에 대한 현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나”라고 하여 침해의 현재성에 대한 판단은 유보하고, “당시의 상황에 비추어도 사회통념상 상당성을 인정하기가 어렵다”라고 하여 정당방위를 부정하였다.

이 판례에서부터도 대법원은 현재성 판단에 시간적 측면만 고려했다고 보기는 어렵다. 가해자가 자고 있는 상황을 두고 시간적 측면에서 침해의 현재성이 있다고 보기는 무리이기 때문이다.

## 나. 종래 학설의 견해 및 검토

계속적 침해 상황에서의 정당방위 인정 여부에 대한 종래 학설의 견해로는, 정당방위의 경우 적극적인 방위행위까지도 가능하므로 침해의 현재성 요건을 계속적 침해 상황에까지 확대하여 인정할 수는 없다는 견해(1설)<sup>12)</sup>, 매맞는 여성 증후군과 같이 피해 여성의 예외적 심리상태를 고려하여 합리적인 피해자 기준에 따라 침해의 현재성을 폭넓게 인정해야 한다는 견해(2설)<sup>13)</sup>, 장래의 침해라도 그것이 국가 공권력에 의한 침해 배제가 불가능한 시점에 발생하는 것이라면 침해의 현재성을 인정해야 한다는 견해(3설)<sup>14)</sup>, 상습적인 가정폭력 피해자에 대한 부당한 침해를 반드시 생명과 신체에 대한 것으로 제한하지 않고, 심리적 내지 정신적 압박을 가하여 피해자의 행동의 자유를 전체적으로 속박하는 것, 즉 협박에 의한 의사자유의 침해, 성적 학대에 의한 성적 자유와 신체에 대한 침해, 기타 언동에 의한 정신적 고통 등 여러 가지 인권침해의 혼합으로 파악하여, 계속적 침해 상황에서 침해의 현재성을 인정할 수 있다는 견해(4설)<sup>15)</sup> 등이 존재한다.

1설을 제외한 나머지 견해는 논리 구성과 근거를 달리하고 있지만 결론에 있어서는 침해가 현재하고 있다는 개념의 범위를 확대하여 정당방위 가능성을 긍정하고 있다. 2설의 경우 피해자 여성의 심리상태를 고려하여 합리적인 피해자 기준에 따라 판단한다는 점, 3설의 경우 피해자 입장에서 지금 대응하지 않으면 침해배제가 불가능한 시점부터 현재성 개념에 포섭한다는 점, 4설의 경우 피해자에 대한 의사 등 자유의 침해가 현존하고 있음을 고려한다는 점이 주된 근거로 판단된다. 이들은 모두 피해자의 입장에서 방어행위의 적법성을 규범적 측면에서 판단하는 취지로 이해된다.

12) 김성돈, 「형법총론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022, 272면.

13) 이유정, “여성 폭력과 사법”, 「저스티스」 제146-3호, 한국법학원, 2015, 606면.

14) 김호기, “비대면상황에서의 피학대자의 학대자 살해행위와 정당방위의 성립가능성”, 「경찰법연구」 제9권 제2호, 한국경찰법학회, 2011, 167면.

15) 이용식, “피학대여성과 정당방위 - 잠자는 가정폭력 남편의 살해를 중심으로 - 침해의 현재성 요건에 있어서 계속범적 이론구성-”, 「과실범과 위법성조각사유」, 박영사, 2020, 163-164면.

## 다. 대상판결의 적용 - 계속적 침해 상황에서의 정당방위 여부에 대한 규범적 판단

계속적 침해 상황 중이지만 구체적인 침해 행위가 직접 개시되지는 않고 중단된 상황에는 여러 가지 경우가 있을 수 있다. 92도2540 판결의 경우처럼 가해자가 잠을 자고 있는 경우도 가능하고, 상습적인 가정폭력 도중에 가해자가 담배를 핀다는 명목으로 폭력을 잠시 중단하고 있는 경우도 가능하다.

대상판결의 기준, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에 침해의 현재성이 있다는 기준을 그대로 적용한다면, 이제 후자의 경우, 가해자가 담배를 핀다는 명목으로 폭력을 잠시 중단하고 있는 경우에는 침해의 현재성이 있어 정당방위가 인정될 가능성이 크다고 본다.

그런데 전자의 경우, 92도2540 판결의 경우라면 어떤 결론에 이를지 문제된다. 이 경우 대상판결의 기준에 의하더라도 가해자가 잠을 자고 있는 등의 상태라면 일시 중단으로 곧 추가 침해가 발생할 상황은 아니니 침해의 현재성을 인정할 수 없을 것이라는 견해가 있고, 일응 타당해 보인다.<sup>16)</sup>

그러나 대상판결이 실시한 기준의 개념적 기초는 현재성 판단을 규범적인 측면에서 해야 한다는 것이고, 기준을 적용함에 있어 이를 고려할 필요가 있다. 이에 따라 피해자의 방어행위 적법성 측면에서 현재성 여부를 규범적, 종합적으로 판단해야 한다는 입장에 의한다면, 방어행위 시점 이전, 이후의 상황을 모두 고려할 필요가 있고, 이를 통해 후자의 경우에도 침해의 현재성을 인정할 여지가 생긴다.

나아가 위 4설과 같이 계속적 침해 상황에서 침해되고 있는 법익이 무엇인지에 대해 규범적 측면에서 그 법익 침해 개념을 보다 넓게 본다면 더욱 그러하다. 92도2540 판결의 경우 침해되는 법익을 피해자의 성적 자기결정권, 신체의 자유만이 아니라 전인격적인 인권침해의 혼합으로 파악한다면, 대상판결의 기준에 의해 ‘일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나, 적어도 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경

16) 김환권, “정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고 - 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결을 중심으로-”, 『외법논집』 제47권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2023, 84면.

우'로 포섭될 가능성이 있다.

물론 가해자가 잠을 자고 있는 등의 경우라면 일반적으로는 규범적 판단을 하더라도 방위행위의 적법성이 인정되는 사례는 극히 드물 것이다. 그러나 규범적 판단, 즉 현재성 개념은 가해자의 가해행위의 시간적 측면에 초점을 두기보다 피해자의 입장에서 피해자의 방어행위가 그 시점에 허용될 것인가, 현재의 부당한 침해에 대한 방어로써 적법하다고 인정될 것인가에 초점을 두어 판단한다는 입장에서는, 현재성을 인정할 여지가 분명 존재하게 된다. 이는 현재성을 가해자를 기준으로 시간적인 측면에서만 정의하는 경우 아예 인정 여지가 없게 되는 것과 구별되는 점이다.

#### 라. 가스라이팅 범죄에서의 정당방위 가능성

최근 사회적으로 문제가 되고 있는 이른바 가스라이팅(타인의 심리나 상황을 교묘하게 조작해 자주성을 무너뜨리고 타인에 대한 지배력을 강화하는 행위) 범죄 또한 계속적 침해 상황의 한 유형이라고 할 수 있다. 장기간 가스라이팅을 통해 피해자의 의사결정의 자유를 빼앗고 이를 이용하여 각종 강요, 가혹행위 등을 저지르기 때문이다.

가스라이팅 자체가 범죄로 규정된 것은 아니지만, 최근 가스라이팅을 이용해 범죄를 저지른 사건에 대한 공소사실 내용, 판결문의 범죄사실 내용을 살펴보면 가스라이팅 부분이 모두사실로 상당히 자세하게 기재되고 있다. 이는 해당 부분이 가해자의 범의침해 행위에 있어 필수불가결한 것임을 드러낸다.

가스라이팅 범죄로 다수 언론에 보도되었던 대표적인 사례로 속칭 '악마부부' 사건이 있다. 직장동료였던 피해자를 장기간에 걸친 가스라이팅으로 심리적으로 지배한 후 3년간 약 2,500회 성매매를 강요하고 그 대금을 착복하면서 가혹행위를 한 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매강요등) 등 사건<sup>17)</sup>이다. 해당 사건의 판결문 범죄사실 및 공소사실 중 모두사실 부분은 아래와 같다.

---

17) 대구지방법원 2023. 9. 1. 선고 2023고합58, 2023고합104 판결(1심), 대구고등법원 2023. 12. 6. 선고 2023노460 판결(2심), 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023도18840 판결(3심).

[사건의 배경]

피고인은 2011. 3.경부터 약 3년간 피해자 강○○(여, 37세)와 함께 사설 유아기관에서 교사로 근무하던 중, 피해자가 아무에게도 말하지 못한 고민거리였던 사촌 오빠와의 부적절한 동거생활에 대한 문제를 듣고 조언해준 것을 시작으로 생활 전반에 대해 조언하며 개입하였고 피해자는 자신의 비밀을 알고 있는 피고인을 가족보다 신뢰하고 의지하게 되었다.

피고인과 피해자는 2014년경 위 직장을 그만두고 각자 결혼과 출산을 한 이후에도 경북 경산시에 거주하면서 연락을 주고받았고, 피고인은 피해자가 2015. 9.경 전남편인 송○호를 만나 동거를 하다가 혼전임신을 하여 2017년경 혼인하여 구체적인 결혼생활에 대해 얘기하자 이에 대해 적극적으로 간섭하기 시작하였다. 피고인은 송○호가 피해자와 결혼할 무렵 피해자의 전 남자친구로 인해 생긴 빚 4,000만 원을 갚아준 사실을 알게 되자 '남자가 돈을 갚아 주는 데는 이유가 있다. 송○호는 네 빛을 갚아주었으니 자기가 하고 싶은 대로 할 것이고, 네 딸은 엄마의 삶을 보면서 여자는 저렇게 사는 것이라고 무의식적으로 생각할 것이다. 내가 애초에 애를 지우라고 하지 않았느냐. 내 말 안 들으면 이렇게 된다.'라고 끊임없이 세뇌하여 송○호에 대한 부정적인 인식과 피해의식을 심어주었고 피해자의 시부모가 경산시와 가까운 대구 수성구 시지에 살고 있으니 간섭을 받지 않으려면 벗어나야 한다고 하면서 피해자에게 대구 북구에 있는 피고인의 모친 손○애 소유인 '새동네아파트'에 보증금 600만 원, 월세 60만 원을 내는 조건으로 들어오게 하여 당시 전업주부였던 피해자로 하여금 별다른 이유도 없이 남편과 떨어져 주말 부부로 지내게 하였다. 이러한 피고인의 간섭으로 피해자와 송○호 사이에 갈등이 생겨 부부싸움이 잦아졌고, 2018. 4.경 피해자가 피고인의 조언에 따라 송○호에게 이혼을 요구한 뒤 이를 받아들이지 못한 송○호가 칼을 들고 자해를 시도하고 이혼을 반대하는 친정 및 시댁 식구들과의 갈등이 격화되자, 피고인은 송○호와 즉시 이혼하여 그 삶을 벗어나야 한다고 지시하여 결국 피해자는 2018. 7. 12. 송○호와 이혼하게 되었다.

피고인은 피해자가 이혼한 후 '친정 가족들이 모두 너를 버렸다. 친정식구들이 널 찾으면 정신병원에 감금시킬 것이다.'라고 하면서 모든 식구들과 연락을 끊고 자신의 말만 따라야 한다고 지시하고, 2018. 10.경에는 피해자에게 남편의 직장 후배인 김○성을 소개해주면서 '세상에 과거 있는 여자를 만나는 사람이 어디 있겠느냐. 김○성은 너를 이용하려고 하는 사람들로부터 방패막이가 되어 주고 너의 나쁜 기운을 막아줄 사람이다. 너의 인생의 마지막은 김○성이 되어야 한다.'라고 하면서 김○성과 결혼할 것을 종용하였다. 피해자는 피고인의 조언에 따라 김○성을 만나자마자 교제를 시작하여 2019년 초부터 김○성과 동거생활을 하고 같은 해 8.경 가족들에게 알리지 않은 채 피고인과 피고인의 남편 최○호를 혼주로 내세워 결혼식을 올렸으며 2020. 9. 8. 혼인신고를 하여 김○성과 법률혼 관계를 맺게 되었다.

(피고인은 이처럼 피해자가 가족들에게 말하지 못한 치부를 유일하게 알게 된 시점부터 피해자의 의존적 성향을 이용하여 피고인만을 유일하게 신뢰하고 의지하게 유도하고, 피고인이 세뇌하는대로 생각하도록 심리적으로 지배함으로써(일명 '가스라이팅') 피해자가 자신의 지시를 어떠한 의문도 없이 맹목적으로 따르도록 조종하게 되었다.)<sup>18)</sup>

위의 예시처럼, 가스라이팅 범죄의 경우 가스라이팅을 당하고 있는 장기간에 걸쳐 피해자에 대한 의사의 자유에 대한 침해가 발생하고 있다. 만약 그렇게 보지 않는다면 위 사건의 경우 가스라이팅 상태에서의 성매매 요구를 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매강요등)죄로 인정하기가 어려워진다. 직접 성매매를 요구하는 시점만 따로 떼놓고 보자면 강요가 인정되지 않는 경우가

18) () 부분은 공소사실에는 있으나 판결문 범죄사실에는 누락된 부분이다. 현재까지 법원은 '가스라이팅'을 판결문에서 직접 인정하는 것에는 소극적으로 보인다. 이는 속칭 '계곡살인' 사건에서도 마찬가지다.

많기 때문이다. 가스라이팅 범죄의 경우 개별, 구체적인 행위만을 전통적인 협박, 강요 개념으로 포섭하자면 포섭되지 않는 경우가 많다. 그럼에도 가스라이팅 상태임을 입증하여 위 행위를 범죄 행위로 처벌할 수 있게 된다.

만약 그와 같은 가스라이팅 상태에서 피해자가 이를 벗어나기 위한 방어행위를 한다면, 이를 정당방위로 볼 수 있을 것인가, 침해의 현재성을 인정할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다.

앞서 본 바와 같이, 침해의 현재성은 규범적, 종합적으로 판단해야 하고 이를 위해 방어행위 이전, 이후의 상황이 모두 고려되어야 한다. 가스라이팅 사안의 경우 특히 피해자가 방어행위 이전에 지속적으로 의사의 자유가 침해되어 온 가스라이팅 상태라는 점이 반드시 고려되어야 할 것이다. 이를 전제로 한 대상판결의 ‘일련의 연속되는 침해 행위에 대한 현재성 판단 기준’ 적용과 범칙 침해 개념의 규범적 확대를 통해 정당방위 인정 가능성을 확보할 수 있다.

상습적인 가정폭력(상당부분 가스라이팅 상황을 동반한다) 또는 기타 가스라이팅 범죄에서 개별, 구체적인 폭행, 협박, 강요, 성범죄 행위 등이 발생하지 않고 있는 상황이라 할지라도, 규범적으로 피해자의 범익 침해가 없다고 볼 수 없다. 오히려 가스라이팅을 하고 있는 상황, 구체적인 범죄 실행의 전단계가 가해자가 가장 공을 들이는 부분이고, 범익 침해의 핵심이 있다고 볼 수도 있다. 그 상황에서의 피해자의 방어행위에 대해 적법한 행위로서 허용될 여지가 분명히 있어야 한다.

또 하나의 유의할 점은, 가스라이팅 범죄의 경우 보통 가스라이팅 상태에서 개별, 구체적인 폭행, 협박, 강요, 성범죄 행위 등이 지속, 반복된다는 점이다. 그 경우 개별 범행이 이루어지고 있는 당시가 아닌, 개별 범행 사이 사이의 상황, 여전히 가스라이팅 상태는 지속되거나 심화되고 있는 상황에서의 침해의 현재성을 어떻게 볼 것인가도 중요하다. 적어도 개별 범행이 반복되고 있는 사이의 시점에 피해자의 방어행위가 있는 경우는 개별 범행이 발생하기 전에 피해자의 방어행위가 있는 경우보다 침해의 현재성을 더 적극적으로 인정해야 할 것이다.

최근에는 스토킹 범죄에서도 개별 부분행위(스토킹 행위)가 완전히 종료된 후 다음 개별 부분행위(스토킹 행위)가 있기 전에 이루어진 정당방위에 대해 그 성립 여부가 논해지고 있다.<sup>19)</sup> 이에 대해서는 개별 스토킹행위가 종료된 후 다음 개별 스토킹행위 전에도 의사결정·의사활동의 자유에 대한 공격의 현재성이 인

정될 수 있어야 한다는 견해<sup>20)</sup>, 개별 스토킹행위가 종료되었다더라도 스토킹이 지속 중인 것으로 보아야 한다는 견해<sup>21)</sup> 등이 주장되고 있다.

가스라이팅 범죄의 경우도 같은 취지에서 논의될 수 있다. 가스라이팅 상태에서의 개별 범행 사이에 시간적 중단이 있으나, 그 상황에서도 가스라이팅으로 인해 피해자의 의사결정·의사활동의 자유는 침해되고 있고, 개별 범행의 구성요건 달성 여부도 가스라이팅 상태임을 무시하고서는 판단될 수 없다. 일반적인 상황에서는 강요죄가 되지 않을 사실이 가스라이팅 상태에서는 강요죄가 될 수 있기 때문이다. 그리고 그 개별 범행의 반복이 가스라이팅 상태를 점진적으로 더 강화하기도 한다.

가스라이팅 범죄가 진행되고 있는 상황이라면, 심리적 내지 정신적 압박을 가하여 피해자의 의사 행동의 자유를 전체적으로 속박하는 것을 부당한 침해로 볼 수 있다. 한편 그 상태에서는 그 이전, 이후의 상황을 모두 고려하는 규범적 판단을 통해 침해의 현재성 또한 인정할 여지가 생긴다. 대상판결의 기준으로 는 개별, 구체적인 추가 범의 침해가 곧바로 발생할 상황으로 보는 것이다. 이러한 규범적 판단을 통해, 개별 사안에서 ‘현재의 부당한 침해’가 있음을 인정하여 구체적 타당성을 도모할 수 있을 것이다.

## V. 결론

대상판결은 정당방위가 문제되는 상황에서 그 상황을 충분히 고려하여 ‘부당한 침해’ 개념을 넓게 보았고, 일련의 연속되는 행위로 인한 침해 상황의 경우 그 침해상황 자체가 중단되지 아니하거나 일시 중단되었다도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있으면 ‘현재’ 개념에 포섭하였다. 대상판결이 명시적으로 밝히지는 않았으나, 이는 정당방위의 ‘현재의 부당한 침해’ 여부를 판단함에 있어 규범적 측면을 충분히 고려한 취지로 이해된다. 즉 대상판결의 결론

19) 이러한 문제 제기는, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (778 f.); 고명수, “스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구 - 독일형법 제238조와의 비교를 중심으로-”, 『법제』 통권 제696권, 법제처, 2022, 28면에서 재인용.

20) 고명수, 앞의 논문, 28면.

21) 김정혜, “스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점”, 『제21차 젠더와 입법포럼, ‘스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 제정안 “이의 있습니다”』, 2018. 7. 3., 23-24면.

은, 피해자의 방어행위가 적법한지 여부를 따지기 위해 방어행위 이전, 이후의 상황을 모두 고려하여 규범적, 종합적 판단을 한 결과라 하겠다.

실제로 정당방위가 문제되는 상황 중 많은 경우가 시비가 계속되는 상황, 일련의 연속되는 가해행위 상황일 수 있다. 대상판결은 그 상황에 대한 일응의 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 대상판결의 기준은 앞으로 정당방위 일반에서 그 요건 판단에 규범적 고려를 확장해나가는 단초를 제공할 수 있고, 나아가 상습적인 가정폭력 등 가해행위가 반복되는 계속적 침해 상황, 피해자에 대한 심리적 지배 및 조종을 전제로 하는 가스라이팅 범죄 상황, 스토킹 범죄 등의 경우에도 구체적 타당성을 확보하는 유용한 도구로 기능할 수 있을 것이다.

투고일 : 2025.11.30. / 심사완료일 : 2025.12.12. / 게재확정일 : 2025.12.16.

[참고문헌]

- 김성돈, 「형법총론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022.
- 김정혜, “스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점”, 「제21차 젠더와 입법포럼, ‘스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 제정안 “이의 있습니다”」, 2018.
- 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012.
- 신동운, 「형법총론」 제14판, 법문사, 2022.
- 이재상, 「형법총론」 제11판, 박영사, 2022.
- 
- 고명수, “스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구 - 독일형법 제238조와의 비교를 중심으로-”, 「법제」 통권 제696권, 법제처, 2022.
- 김호기, “비대면상황에서의 피학대자의 학대자 살해행위와 정당방위의 성립가능성”, 「경찰법연구」 제9권 제2호, 한국경찰법학회, 2011.
- 김환권, “정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고 - 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결을 중심으로 -”, 「외법논집」 제47권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2023.
- 박상기, “범행단계로서의 종료이론”, 「형사법연구」 창간호, 한국형사법학회, 1988.
- 신동일·김나경, “정당방위의 요건에 대한 비판적 이해”, 「법학연구」 제28권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2017.
- 신정훈, “정당방위상황에 있어서 ‘현재성’에 관한 연구”, 「비교형사법연구」 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 이상문, “정당방위의 침해의 현재성 요건의 구체적 의미”, 「경찰법연구」 제7권 제1호, 한국경찰법학회, 2009.
- 이용식, “정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건”, 「현대 형법이론 I」, 박영사, 2008.
- \_\_\_\_\_, “피학대여성과 정당방위 - 잠자는 가정폭력 남편의 살해를 중심으로 - - 침해의 현재성 요건에 있어서 계속범적 이론구성 -”, 「과실범과 위법성조각사유」, 박영사, 2020.
- 이유정, “여성 폭력과 사법”, 「저스티스」 제146-3호, 한국법학원, 2015.
- 조준현, “정당방위와 긴급피난의 범리에 관한 사례연구”, 「형사판례연구」 제6호, 한국형사판례연구회, 1998.
- 하태훈, “형법 제21조의 정당방위상황”, 「차용석 교수 화갑기념논문집」, 1994.

[국문초록]

## ‘침해의 현재성’에 대한 규범적 판단 - 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결 -

최민준

정당방위는 ‘현재의 부당한 침해’를 요건으로 한다. 이를 판단할 때, 가해자의 행위가 구성요건에 해당하고 현재의 행위인지 여부를 기준으로 하기보다, 피해자의 입장에서 피해자가 현재의 침해에 대응하는 행위로 방어행위를 하였는지, 규범적으로 이에 대한 허용이 가능할 것인지가 기준이 되어야 한다.

대상판결은 정당방위에 있어 ‘일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’는 침해의 현재성을 인정하여, 구체적인 상황에 따라 현재성 범위를 다소 넓히는 태도를 취하였다. 대상판결이 명시적으로 밝히지는 않았으나, 이는 ‘현재의 부당한 침해’ 여부를 판단함에 있어 규범적 측면을 충분히 고려한 취지로 이해된다. 피해자의 방어행위가 적법한지 여부를 따지기 위해 방어행위 이전, 이후의 상황을 모두 고려하여 규범적, 종합적 판단을 한 결과라 하겠다.

대상판결의 논지는 앞으로 상습적인 가정폭력 등 가해행위가 반복되는 계속적 침해 상황, 피해자에 대한 심리적 지배 및 조종을 전제로 하는 가스라이팅 범죄 상황, 스토킹 범죄의 경우에 있어서도 정당방위 인정 가능성을 확장하는 이론적 근거가 될 수 있을 것이다.

주제어 : 정당방위, 일련의 연속되는 행위로 인한 침해, 침해의 현재성, 규범적 판단, 가스라이팅 범죄

[Abstract]

## Normative judgement of the current infringement

- Supreme Court 2023. 4. 27. Sentence 2020도6874 Judgement -

Choi, Minjun\*

Self-defence requires the existence of an “unjustified current infringement”. In making this determination, the focus should not be on whether the perpetrator’s actions meet the elements of a crime or whether they constitute a present act. Whether the victim engaged in defensive conduct in response to the current infringement, and whether this can be normatively permitted, should serve as the standard.

The subject judgment recognised self-defence against the current infringement where “infringement arising from a series of consecutive acts is not halted, or even if temporarily halted, there are objective grounds for further infringement to occur immediately”. Although the subject judgment did not explicitly state this, it is understood to have been intended to give due consideration to the normative aspect when determining whether an “unjustified infringement currently exists”. The subject judgment assessed whether the victim’s defensive actions were lawful by considering both the circumstances before and after the defensive actions, applying a normative and comprehensive standard.

The reasoning of the subject judgment may serve as a theoretical basis for recognising self-defence more broadly in the following circumstances. Situations of persistent abuse involving repeated perpetrator actions such as habitual domestic violence; situations of gaslighting crimes premised on psychological domination and manipulation of the victim; situations of stalking crimes.

---

\* Assistant Professor, School of Law, Yeungnam University.

Key words : Self-defence, infringement arising from a series of consecutive acts,  
current infringement, normative judgement, gaslighting crime