

4. 범죄와 정당방위의 성립 요건 (수능 특강 p.129)

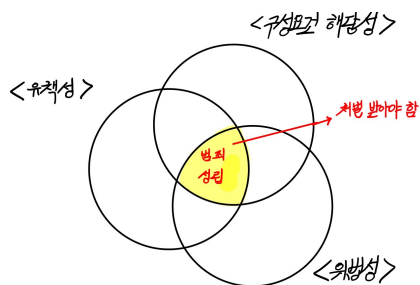
단락 분석

(1단락)

①어떠한 행위가 범죄인지 아닌지 판단하기 힘든 경우가 종종 있는데, 이를 판단하기 위해서는 범죄의 성립 요건을 따져 보아야 한다. ②형법상으로 범죄가 성립되기 위해서는 특정 행위가 구성 요건 해당성, 위법성, 유책성의 요건을 모두 갖추어야 한다. ③구성 요건이란 형법상 금지 또는 요구되는 행위를 기술한 것인데, 특정행위가 구성 요건에 해당한다면 그 행위는 구성 요건 해당성을 가진다고 할 수 있다. ④예를 들어 형법에서는 다른 사람의 신체에 폭행을 가한 자를 폭행죄로 처벌한다고 규정하고 있으므로 타인에 대한 폭력 행위는 그 구성 요건에 해당한다고 할 수 있다. ⑤위법성은 법질서에 위배되는 성질로서 특정 행위가 객관적인 법질서 전체의 관점에서 부정적인 것으로 판단되는 경우 위법성이 있다고 본다. ⑥위법성을 판단하기 위해서는 특정 행위가 사회상규에 위배되는지 고려해야 한다. ⑦공동 사회의 질서를 침해하는 행위는 위법한 것으로 보는 것이다. ⑧구성 요건에 해당하면 일반적으로 위법성이 있다고 추정된다. ⑨유책성은 행위자의 행위에 대한 비난 가능성을 말한다. ⑩비난 가능성은 행위자가 적법한 행위를 할 것이라는 기대 가능성을 전제로 한다. ⑪예를 들어 행위자가 너무 어리거나 심신상실*의 상태인 경우 그가 적법한 행위를 할 것이라고 기대하기 힘들기 때문에 그의 행위에는 유책성이 없다. ⑫이 세 가지 성질 중 하나라도 충족하지 못하면 범죄가 성립되지 않아 처벌받지 않는다.

*심신상실: 마음이나 정신의 장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는 상태.

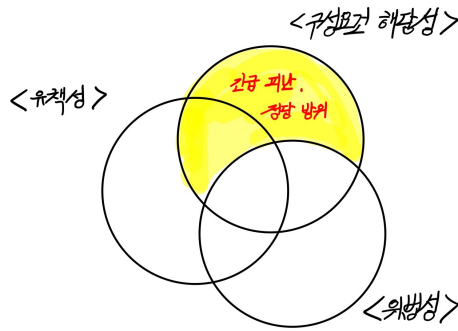
- ① 엄청 중요한 1단락! 어떤 행위가 범죄인지 아닌지 판단하기 위한 **범죄의 성립 요건(조건)**에 대해 설명을 시작하고 있어.
- ② **구성 요건 해당성, 위법성, 유책성**의 세 가지 세부 조건으로 나누어 설명할 건가봐.
- ③ 먼저 구성 요건이 무엇인지부터 설명하네. **법으로 금지 또는 요구되는 행위**래. 어떤 행위가 법으로 금지된 구성요건에 해당하면 구성 요건 해당성을 가진다고 표현하나봐.
- ④ 친절하게 예시까지 들어주고 있어. **폭력 행위**는 구성 요건이래. 폭력을 행한 사람은 법으로 금지된 행위를 했으니 구성 요건 해당성이라는 첫 번째 조건을 충족할 거야.
- ⑤ 이번에는 두 번째 조건인 위법성에 대해 설명해주고 있어. 법질서에 위배되는(법률, 명령, 약속 따위가 지켜지지 않고 어겨지는) 성질, 어떤 행위가 객관적인 **법질서 전체의 관점에서 부정적인** 것으로 판단되면 위법성이 있는 거래. 앞뒤말듯 까다로운 문장이야. 이런 문장이 나올 때 꼭 **주의**를 기울여야 해. 글을 계속 읽어내려가다보면 이 문장과 연결지어야 이해가 되는 문장이 등장할 확률이 높거든. (나는 이런 문장이 등장하면 옆에 꼭 물음표(?) 표시를 해놓는 편이야.)
- ⑥ 위법성을 판단하려면 특정 행위가 **사회 상규**에 위배되는지 고려해야 한다. '위배되는'이라는 표현이 위 문장에도 있어. '법질서에 위배되는'이라고 했으니 사회 상규와 법질서가 비슷한 맥락인가?하고 생각해야해.
- ⑦ 사회 상규라는 말을 우리 독자들이 어려워 할 수 있으니 부연설명(~는 것이다) 해주고 있어. **공동 사회의 질서**가 사회 상규, 법질서와 비슷한 맥락이라고 생각하면 될 것 같아.
- ⑧ **구성 요건에 해당하면 일반적으로 위법성이 있다고 추정**된다. 문장을 읽을 때는 항상 흐름을 생각해야 하는 거 알지? 글쓴이는 갑자기 이 문장을 왜 썼을까? 사실 위에 위법성을 설명하는 문장을 읽으면서 '구성 요건이랑 위법성이랑 비슷한 말 아닌가? 무슨 기준으로 나눈 거지?'라는 생각을 했어야 해. 그래서 글쓴이도 '그래 구성요건에 해당하는 행위를 했다면 일반적으로는 위법한 행위도 한 거야~'라고 설명을 붙인 거지. 그리고 법지문 읽을 때 꼭 확인해야하는 표현이 **'일반적으로, 원칙적으로'**야. '일반적으로'라는 표현이 있으면 매우 높은 확률로 이후에 **예외적인 상황**에 대해서도 설명을 해줄 거고, 문제로 물어볼 거야. 법 지문에서 '일반적으로'라는 표현을 보면 예외상황을 제시한 후 문제로 물어볼 수 있겠다고 짐작하면서 글을 읽도록 하자!
- ⑨ 세 번째로 유책성에 대해 설명하고 있어. **비난 가능성**이래.
- ⑩ 비난 가능성의 전제에 대해 이어서 설명하고 있어. 행위자가 적법한 행위를 할 것이라는 기대 가능성? 예시가 필요해.
- ⑪ 다행히 예시를 들고 있어. 행위자가 너무 어리거나 심신상실인 경우 적법한 행위를 할 것이라 기대하기 힘들어서 유책성이 없는 거래. 유책성은 다른 말로 **책임성**이라고도 해. **행위에 대한 책임을 질 수 있는가**. 이전에 했던 뇌과학과 법 지문이 떠오르네.
- ⑫ 위 세가지 요건이 모두 충족되어야만 범죄가 성립되어 처벌할 수 있대. 벤 다이어그램으로 그려보자.



(2단락)

① 구성 요건에 해당하는 행위임에도 불구하고 위법하지 않은 경우도 있다. ② 예를 들어 갑자기 자신에게 달려 드는 맹견을 피하기 위해 다른 사람의 집에 들어가더라도 주거 침입죄로 처벌되지 않는다. ③ 이 행위는 위난을 피하기 위한 어쩔 수 없는 행위였기 때문이다. ④ 이러한 행위를 긴급 피난이라 한다. ⑤ 이처럼 구성 요건에 해당하는 행위지만, 예외적으로 그 행위의 위법성을 조각, 즉 부정할 수 있게 해주는 사유를 '위법성 조각 사유'라고 하는데, 대표적인 위법성 조각 사유로 긴급 피난과 함께 정당방위가 있다.

- ① 구성 요건인데 위법하지 않은 경우? 바로 아까 ⑧문장을 떠올려야 해. 일반적으로 구성 요건이면 위법이라고 했었지? 이제는 **예외 상황**에 대해 알려줄 건가봐.
- ② 예시 상황을 주고 있어. 다른 사람의 집에 허락 없이 들어가는 행위는 형법상 금지 되었나봐. 그래서 지금 구성 요건에 해당하는 주거 침입 행위를 했는데 위난을 피하기 위해서 어쩔 수 없었으니 위법하지 않다고 하고 있어.
- ③ 위난을 피하기 위한 어쩔 수 없는 행위는 **공동 사회의 질서를 침해한다고 볼 수 없**나봐. 자꾸 **1단락과 연결** 지어서 생각 하자. 실전에서 시간이 신경쓰여도 계속 1단락과 붙여 읽어야지 결국 문제를 수월하게 풀 수 있어.
- ④ 위 예시의 행위를 **긴급 피난**이라고 한대.
- ⑤ 긴급 피난과 **정당방위**는 대표적인 '**위법성 조각(방해하거나 물리침) 사유**'라고 설명하네. 정당방위에 대해서도 설명해 주려나? 일단 2단락의 내용도 벤 다이어그램으로 표현해볼게.



(3단락)

① 급박하고 부당한 침해를 막기 위하여 침해자에게 어쩔 수 없이 취하는 행위를 정당방위라고 한다. ② 하지만 침해에 대한 방위 행위가 모두 정당방위로 인정되는 것은 아니다. ③ 그렇다면 정당방위가 성립되기 위한 요건은 무엇일까? ④ 첫째, 정당방위 상황이 있어야 한다. ⑤ 정당방위 상황이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 있을 때를 말하며 이를 객관적 정당화 요소라고 한다. ⑥ 예를 들어 타인이 흉기로 누군가를 가격하려는 상황은 현재의 부당한 침해 상황이라고 볼 수 있다. ⑦ 하지만 그가 마음이 바뀌어 흉기를 버리고 돌아서는 상황은 현재의 부당한 침해 상황이라고 보기 힘들다. ⑧ 왜냐하면 침해의 현재성이 인정되지 않기 때문이다. ⑨ 둘째, 방위를 하는 행위자가 방위 행위를 실현한다는 의사가 있어야 한다. ⑩ 이러한 방위 행위자의 인식과 의사를 주관적 정당화 요소라고 한다. ⑪ 예를 들어 갑은 자신에게 다가오는 을의 눈빛이 마음에 들지 않아 폭행하였다. ⑫ 그런데 조사 결과 을이 갑에게 상해를 입히기 위해 다가오고 있었다는 사실이 밝혀졌다. ⑬ 이 경우 정당방위 상황이지만, 갑의 행위가 그 상황을 인지하고 방위하기 위한 것이 아니기 때문에 정당한 방위 행위라고 인정 받을 수 없다. ⑭ 방위 행위는 주먹을 막는 것과 같이 방어만을 하는 보호 방위와 적극적 반격의 형태로 행해지는 공격 방위로 나눌 수 있는데, 이들은 모두 자신이나 타인을 지키기 위해 방위 행위를 행한다는 방위 행위자의 명확한 인식하에 이루어져야 한다. ⑮ 셋째, 행위에 상당성이 있어야 한다. ⑯ 법률에서는 방위 행위가 사회 상규에 비추어 상당한 정도를 넘지 않는 것을 상당성이 있다고 하는데, 방위 행위에 상당성이 있는지 판단하기 위해서는 방위의 필요성과 요구성을 고려해야 한다. ⑰ 방위의 필요성이 인정되기 위해서는 방위 행위가 위험을 효과적으로 제거하는데 적합한 수단을 쓴 것이어야 하고, 여러 수단 중 행위자가 선택한 수단이 침해자에게 최소한의 손실을 입히는 수단이어야 한다. ⑱ 요구성은 방위 행위가 법질서 전체의 입장에서 요구 및 허용된 것이어야 한다는 의미이다. ⑳ 따라서 사회·윤리적으로 제한된 행위는 요구성이 없으므로 정당방위로 인정되지 않는다. ㉑ 예를 들어 어린아이나 심신상실자처럼 법률적으로 비난 가능성이 없는 자가 자신을 침해하려고 할 때는, 가능한 한 피난을 해야 하고 불가피한 경우 방어 행위만 해야 한다.

- ① 정당방위를 정의하고 있어. 정당방위(정당한 방어 행위)가 뭔지는 이미 잘 알고 있잖아?
- ② 아...이변엔 침해에 대한 방위 행위 중 정당하지 않은 방위 행위에 대해 소개하려나봐.
- ③ '글이 범죄 성립 요건으로 시작해서 **정당 방위 성립 요건**으로 흘러가고 있구나.' 하고 흐름 파악하자.
- ④ **정당방위 상황**이 뭘까?

[Legal Mind] EBS analysis

- ⑤ 정의 해주고 있어. **부당한 침해**가 있을 때, **객관적 정당화 요소**라고도 한대.
- ⑥ 예시를 들고 있어. 이해하기 어렵지 않을 거야.
- ⑦ 법 지문에서는 예외 상황이 많이 나올 수밖에 없어. 부당한 침해가 있었으나 현재에 이어지지 않으면 부당한 침해라고 볼 수는 없나봐.
- ⑧ **현재성**이라는 키워드를 줬어. 문제로 물어볼 거야. 문제에 나오는 상황이 정당방위 상황인 거 같으면, 현재성을 띠고 있는지 꼭 확인해야겠어.
- ⑨ 두 번째 정당방위 성립요건을 제시하네. **방위 하려는 의사**가 있어야 한대.
- ⑩ 방위하는 사람의 의사를 **주관적 정당화 요소**라고 한대. 정당 방위 상황은 객관적. 정당 방위 의사는 주관적. 이해되지?
- ⑪ 예시 상황을 또 제시하고 있어. 갑이 을을 좋지 못한 의도로 폭행했네.
- ⑫ 그런데 을이 갑에게 상해를 입히려고 접근하고 있었다. 반전이네.
- ⑬ 이러면 첫 번째 조건인 정당 방위 상황은 성립해. 하지만 정당 방위 의사가 없었기에 결과적으로 정당 방위로 인정 받지 못해.
- ⑭ 방위는 **보호 방위**와 **공격 방위**으로 나뉘네. 모두 방위 의사가 명확해야 정당 방위가 성립한대. 약간 뜬금없는 문장 같지 않아? 평가원 지문에서 글의 흐름상 굳이 없어도 무방할 것 같은데 들어가 있으면 둘 중 하나야. 아래 단락 이해할 때 꼭 필요한 문장이 되거나, 아니면 문제에서 함정 선지로 등장! 글의 통일성을 완전히 해치는 문장도 아냐. 적극적 반격을 했다고 할지라도 방위 의사로 일어난 행위라면 정당하다고 인정받을 수 있다고 이해하면 돼.
- ⑮ 세 번째, **상당성**이라는 정당 방위 성립 요건을 제시하고 있어.
- ⑯ 방위 행위가 사회 상규(아까 공동 사회의 질서라고 했었지?)에 비추어 봤을 때 **선을 넘지 않아야** 한대. 방위하려고 취한 행위가 선을 넘는지 안넘는지 판단하려면 **필요성**과 **요구성**을 또 고려해야 한대. 아까 정당 방위 상황 판단할 때는 현재성을 추가로 판단해야한다고 했던 거 기억나지? 아마도 문제에서 필요성과 요구성을 고려해서 상당성을 판단시킬 거 같아!
- ⑰ 필요성 따지는 방법부터 알려주고 있어. 방위자가 취할 수 있는 여러 방위 행위 수단 중 방위자가 선택한 수단이 부당한 침해를 막는 데에 **적합**해야하고, 침해자에게 **최소한**의 손실을 입히는 수단이어야 한대. 더 쉽게 말하면 남의 공격을 막기 위해 취한 행동이 꼭 필요한 행동이었는지 따져야한다는 거야. 공격을 막기 위해 공격자를 죽였다면 공격자에게 너무 큰 손실을 입힌(목숨이 제일 중하니까...) 불필요한 행동이 된다는 거지.(물론 또 예외가 있을 수 있어)
- ⑱ 이번엔 요구성을 설명하고 있어. 방위 행위가 법질서(아까 1단락에서 위법성 설명할 때 법질서가 사회 상규, 공동 사회의 질서와 비슷한 맥락이라고 정리했었지?)의 입장에서 요구 및 허용된 행위이어야 한대. 아직 좀 추상적인 내용.
- ⑲ 좀 더 설명하고 있어. **사회, 윤리적으로 제한된 행위**는 요구성이 없는 거래. 위법한 행위 = 법질서에서 허용되지 않는 행위 = 사회, 윤리적으로 제한된 행위라고 보충해주고 있는 거야.
- ⑳ 예시도 들고 있어. 1단락에서 말했던 어린아이나 심신상실자처럼 **유책성**이 없는 사람이 공격한다면, 최대한 피난 = 도망가래. 어쩔 수 없는 경우만 방위하고...살짝 억울할 수도 있겠다. 만약 심신상실인지 모르고 선불리 방위했다면 요구성을 못 지키는 거잖아...

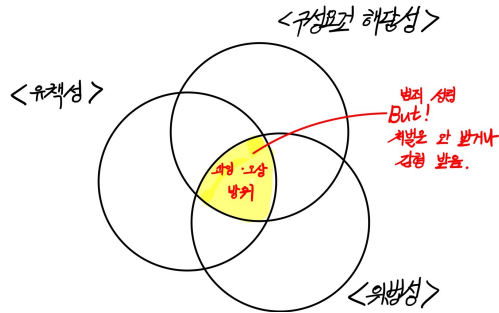
(4단락)

①정당방위 상황에서 방위를 실현하기 위해 한 것이라도 방위 행위가 그 정도를 초과한 경우를 '과잉 방위'라고 한다. ②예를 들어 자신을 공격하려는 상대를 다치지 않게 제압할 수 있음에도 불구하고 상대를 심하게 다치게 했다면 이 행위는 과잉 방위이다. ③즉 과잉 방위는 방위의 필요성을 갖추지 못한 행위이므로 정당 방위로 인정받지 못하는 것이다. ④과잉 방위는 정당방위가 아니므로 죄가 성립되지만 행위가 밤중에 일어나거나, 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 것이었다면 처벌되지 않는다. ⑤한편, 자신이나 타인에 대한 부당한 침해가 없음에도 불구하고, 그러한 침해가 있다고 믿고 방위를 행한 경우를 '오상 방위'라고 한다. ⑥현재의 부당한 침해 상황이 갖추어지지 않았음에도 침해 상황이 있다고 오해하고 저지른 행위인 것이다. ⑦이는 행위자의 착오로 인한 행위이므로 정당방위가 아니지만, 행위자가 자신의 행위가 위법임을 모르고 행했기 때문에 과실임을 참작하여 형을 감경받거나 정당한 사유가 있는 경우 처벌을 받지 않는다. ⑧정당방위의 성립 요건을 이해함으로써 부당한 침해 상황에서 자신이 입을 피해를 최소화할 수 있다.

- ① 드디어 마지막 단락...지문이 너무 길다 πππ 마지막 단락은 3단락만 제대로 이해했다면 전혀 어렵지 않아. 3단락에서 말한 정당 방위의 세 가지 조건 중 첫 번째인 '정당 방위 상황'이 성립되어도, 방위 행위가 선을 넘었다면 '**과잉 방위**'.
- ② 예시를 들고 있어. 아까 내가 든 예시와 비슷하네.
- ③ 역시, 과잉 방위는 **필요성을 인정받지 못하는 선넘는 행동**이라 정당 방위 성립 조건 중 **상당성이 성립되지 않아**. 정당 방위로 인정받을 수 없지. 3단락과 계속 붙여서 읽자. 그래야 문제 쉽게 풀어~
- ④ 이번에도 또 예외를 말하고 있어. '**예외 = 함정 선지**' 기억하자. 과잉 방위 = 범죄 성립!(구성 요건 해당성, 위법성, 유책성 모두 성립하는 상황이라면) 그러나 과잉 대응할만한 상황이 있었다면 죄는 성립되지만 처벌은 받지 않나봐. 이게 지문이 조금 불친절...해. 1단락에서 범죄가 성립되면 처벌받는다고 했지만, 예외적으로 **범죄가 성립되어도 처벌받지 않는 경우도** 있어. 이 지문 말고 다른 지문에서는 그런 경우에 대해서 따로 다루기도 하지.
- ⑤ 이번에는 **오상 방위**에 대해 설명하고 있어. 오해해서(오) 일어난 잘못된 생각(상)으로 취한 방위 행위야.
- ⑥ 오상 방위는 세 가지 정당 방위 성립 조건 중 첫 번째로 소개한 **정당 방위 상황(객관적 정당화 요소)**이 **성립하지 않는다**.

[Legal Mind] EBS analysis

- ⑦ 그러니까 정당 방위가 아니겠지? 대신 과실(실수)임을 참작해(이리저리 비추어 보아서 알맞게 고려해서) 형을 줄이거나 오해할 수밖에 없는 정당한 사유가 있다면 처벌을 받지 않기도 한대.
- ⑧ 정당 방위 성립 요건 잘 알아두자! 이제 끝! 끝까지 같이 읽느라 정말 고생 많았어~ 4단락도 벤 다이어그램으로 정리해줄게!



구조도 정리

범죄 성립 요건 - 세 가지 조건이 모두 충족되어야 함		정당 방위(방어행위) 성립 요건 - 세 가지 조건이 모두 충족되어야 함	
1) 구성 요건 해당성	특정 행위가 법으로 금지된 행위에 해당하면 성립	1) 정당 방위 상황	객관적 정당화 요소 부당한 침해가 현재에도 계속 있는 상황
2) 위법성	법질서에 위배되면 성립 관습법, 사회 상규, 공동 사회의 질서 등 넓은 의미의 법질서를 의미	2) 방위 의사	주관적 정당화 요소 방위하려는 의사가 아닌 다른 의사로 행위를 했으면 성립하지 않음 공격 방위도 방위 의사가 있다면 성립
3) 유책성 (책임성)	비난 가능성 행위자가 적법한 행위를 할 것이라는 기대가 가능하면 성립	3) 상당성	① 필요성- 방위하는데 적합하면서 공격자에게 최소한 피해만 주는 수단을 썼으면 성립 ② 요구성- 방위 행위가 위법한 행위가 아니어야 성립
위법성 조각 사유- 긴급 피난, 정당 방위 구성 요건 해당성은 충족하나, 위법성은 조각되어 충족되지 않음		과잉 방위- 상당성(필요성)이 성립되지 않아 정당 방위가 성립되지 않음. 그러나 범죄가 성립되어도 처벌은 면할 수 있음 오상 방위- 정당 방위 상황이 성립되지 않아 정당 방위가 성립되지 않음. 그러나 범죄가 성립되어도 감형받거나 처벌을 면할 수 있음	

배경지식 더하기

위법성 조각 사유 - 긴급 피난, 정당 방위, 자구 행위

지문에는 제시되어 있지 않지만 위법성 조각사유에는 자구 행위도 있어. 자구 행위란 스스로(자) 자신의 권리를 지키거나 찾는 (구) 행위를 말해. 예시로 채권자가 도주하는 채무자를 법적 절차를 따르지 않고 스스로 체포하는 경우를 들 수 있어.

과잉 방위 - 고의의 과잉 방위, 과실의 과잉 방위

과잉 방위도 두 가지 경우로 분류할 수 있어. 먼저 고의의 과잉 방위는 방위자 스스로 자신의 방위 행위가 상당성을 어기는(선을 넘는) 행위임을 알면서도 그 행위를 취했을 경우를 뜻해. 과실의 과잉 방위는 방위자가 부주의로 인해 자신의 행위가 상당성을 어기는 행위라는 것을 미처 인식하지 못한 경우야.