

## 강간죄에 있어서의 정당방위 Rape and the Legal Defense of Self-Defense

이 보 영\* · 이 무 선\*\*  
Lee, Bo-Young · Lee, Mu-Seon

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 강간죄에 대한 사회인식
- III. 강간죄에 있어서 정당방위의 한계
- IV. 강간죄와 정당방위 관련 판례
- V. 최근 부각된 사회문제(쟁점)의 검토
- VI. 입법론적 검토 및 결론

### 국문초록

최근 대법원에서는 성폭행을 피하려다가 가해자인 남자를 사망에 이르게 한 사건에서 여자에게 상해 치사죄를 인정했다. 이 여자는 성폭행 위협을 피하기 위해 남자를 차에 매단 채 달아나다가 남자를 숨지게 했다. 법원에서는 피해자를 승용차에 매단 상태에서 차를 몰고 간 사실에 비추어 여자에게는 확정적 고의는 없었지만 피해자가 위험에 처하게 될 것이라는 사실을 예견할 수 있었던 만큼 상해치사죄가 인정되며 피해자에 대한 대응방법이 정도를 초과했다고 판단했다.

논문접수일 : 2012.06.26

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

\* 법학박사 · 호서대학교 법학과 교수

\*\* 고려대학교 법학박사 수료

물론 정당방위에 있어서 침해에 대한 방위는 사회상규에 비추어 상당한 정도를 초과하지 않아야 인정된다. 그러나 정당방위는 개인의 법익에 대한 보호를 위해 인정되는 것이므로 성폭행을 고의적으로 감행하는 강간범에 대해 방위하는 여성의 입장에서 방위 수단의 선택이 적정했느냐 하는 판단은 구체적인 행위상황에 비추어 특별히 상당성을 초과했다고 보여지지 않는 한 가급적 폭넓게 인정해 주는 것이 바람직하다고 생각한다. 그것은 일대 일의 관계에서 남자로부터 강간을 당하는 상황은 그야말로 매우 위험하며 특수하기 때문이다.

이하에서는 강간죄와 관련한 규정이 어떻게 형성되었고, 현재의 모습은 어떠한지, 혹시 강간죄에 대한 그릇된 사회인식으로 이것이 왜곡되고 있지는 않은지를 먼저 살펴보고, 이후 형법 제 21조 즉 정당방위에 대하여 해석을 통해 정당방위의 상황과 한계 문제를 짚어 본 뒤, 관련 판례를 소개 및 분석해 보면서, 최근 강간죄와 관련하여 부각되고 있는 사회 문제 중 몇 가지 쟁점(매 맞는 여성증후군, 부부강간, 정당방위와 과잉방위의 한계)을 집중적으로 조망해 본 뒤 끝으로 주로 강간죄와 정당방위에 관한 입법론적인 검토와 그 대안을 제시해 보기로 한다.

주제어 : 강간죄, 정당방위, 부부강간, 과잉방위, 상당한 이유

## 1. 문제의 제기

성폭행은 매우 야만적인 범죄이며 죄질 또한 나쁘다. 개인의 성적 자유를 침해하는 강간죄는 인간의 심성을 왜곡시키고 피해자에게 중대한 정신적 고통을 초래하게 된다. 폭행에 의해 성관계를 당하는 피해자는 성적도구로의 전락을 의미하며, 가해자의 범죄는 동물적 행위로서 대단히 비인간적인 성격을 가지고 있다.

형법은 강간죄를 3년 이상의 유기징역에 처하고 있다. 더욱이 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(이하 '성폭력 특별법'이라 함)과 청소년의 성보호에 관한 법률에서는 일정한 형태의 강간행위를 가중처벌하고 있다. 이

와 같은 엄격한 처벌규정에도 불구하고 강간 등 성폭력범죄는 줄어들지 않고 있다. 아직도 많은 성폭력형사범이 피해자가 신고하지 않음으로써 암장되는 경우가 많고,<sup>1)</sup> 처벌을 받고 나온 다음 또 재범에 이르는 경우가 많다.<sup>2)</sup>

성폭행을 당하는 피해자인 여자 입장에서는 정조를 상실하게 되고, 성적자기 결정권을 침해당하는 것이기 때문에 가해자에 대한 강력한 대응을 하게 된다. 성폭행은 갑자기 행해지기 때문에 피해자는 가해자의 공격행위에 대해 본능적인 방어행위를 하게 된다. 그 방어행위는 단 둘이 있는 상황에서 행해지기 때문에 방어의 범위를 벗어날 수도 있다. 신체적으로 연약한 여자가 상대적으로 강력한 남자의 성폭행을 당하지 않고 벗어나려다 보면 칼과 같은 위험한 물건을 사용할 수 있고, 상대방을 완전히 제압하기 위해 살해하는 수도 있다.

최근 경남에서 자신의 딸을 상습성폭행한 친동생을 둔기로 때려 숨지게 한 45세 남성 A씨에 대하여 국민참여재판이 열렸으며, 배심원들은 모두 유죄를 인정했고, 재판부는 판결문에서 A씨가 순간적으로 살인할 고의가 있었다고 판단되지만 A씨가 전과가 없는데다 피해자인 친동생이 유발한 범행이라는 점이 인정되어 징역 3년을 선고한다고 밝혔다. 이 재판의 쟁점은 A씨가 동생을 살해하려는 의도가 있었는지와 맞춰지면서 뜨거운 감자가 되었다. 그렇다면 성폭행에 대한 정당방위는 어느 정도 인정되는 것인가?<sup>3)</sup> 이러한 경우 성폭행 피해자의 행위는 어디까지나 허용되는 정당방위인가? 그와 같은 정당방위의 범위와 한계는 무엇인지의 검토가 필요하다.

강간죄는 여자를 폭행하거나 협박하여 반항을 제압하고 강제로 성교를 하는 것이다.<sup>4)</sup> 때로는 여자를 납치, 감금해 놓고 성관계를 하기도 한다. 여자의 입장에서는 자신의 힘으로는 가해자인 남자를 제압하거나 폭행·협박을 피할

1) 이른바 암수범죄(unreported Crime)라고 한다. 배종대/정승환, 「행형학」, 홍문사, 2010, 35면 이하.

2) 경인일보, “제2의 김길태 나올라? 수사 안하는 성범죄자 200명 거리 활보”, 2010. 3. 7.일자 기사 내용 참고 →성폭행 범죄를 저지르고도 경찰의 추적을 피해(기소증지 등) 거리를 활보하는 피의자가 200명에 이르는 것으로 나타나 충격을 주고 있다.

3) 노컷뉴스, “딸 상습성폭행한 친동생 살해 40대, 어떤 처벌 받나”, 2010년 4월 21일자.

4) 이 강간죄는 정조라기 보다는 구체적인 사안에서 성적 자기 결정권을 보호법익으로 하며 여기서 말하는 폭행·협박은 상대방의 반항을 억압할 정도를 요한다고 할 것이다(김일수/서보학, 「새로쓴 형법각론(6판)」, 박영사, 2009, 158-159면).

수 없기 때문에 일단 성교에 대해 몸부림치거나 거부하는 형태로 반항을 한다. 경우에 따라서 도망을 하거나, 잘못하면 호텔에서 떨어져 사망하거나 치명적인 상해를 입기도 한다. 달리는 차에서 밖으로 뛰어 내리다가 사고를 당하기도 한다. 이와 같은 소극적인 방어에 그치지 않고, 보다 적극적으로 가해자를 공격하기도 한다. 가해남성의 혀를 절단하기도 하고, 칼로 찌르거나 야구방망이로 사망에 이르게 하기도 하고 중상을 입히기도 한다.

형법은 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 않는다고 제 21조 제 1항에서 규정하고 있다. 이것이 바로 정당방위이다. 상대방이 부당한 침해를 할 때 이를 방위하기 위한 행위는 상당성이 있는 경우에는 위법성을 조각하여 처벌하지 않는다는 취지이다. 자신을 살해하려고 권총을 겨냥한 상대방을 먼저 총으로 쏘서 살해하는 경우 등과 같은 것이 그것이며 이때 정당방위에 해당하게 되면 그 행위는 범죄가 성립하지 않는다.

자신을 강간하려는 성폭행범에 대해 그와 같은 부당한 범죄로부터 자신을 보호하기 위하여 상대방을 공격하는 행위는 일명 정당방위에 해당한다고 할 수 있다. 정당방위의 요건인 현재의 부당한 침해가 인정되고, 자기의 법익을 지키기 위한 행위이기 때문이다. 만일 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감경하거나 면제 할 수 있도록 되어있다(제 21조 2항). 만일 정도를 지나친 방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인한 때에는 아예 처벌하지 않는다(제 21조 3항).

최근 대법원에서는 성폭행을 피하려다가 가해자인 남자를 사망에 이르게 한 사건에서 여자에게 상해 치사죄를 인정했다.<sup>5)</sup> 이 여자는 성폭행 위협을 피하기 위해 남자를 차에 매단 채 달아나다가 남자를 숨지게 했다. 법원에서는 피해자를 승용차에 매단 상태에서 차를 몰고 간 사실에 비추어 여자에게는 확정적 고의는 없었지만 피해자가 위협에 처하게 될 것이라는 사실을 예견할 수 있었던 만큼 상해치사죄가 인정되며 피해자에 대한 대응방법이 정도를 초과했다고 판단했다.

5) 대법원 2007. 9. 21 선고 2007도3000 판결.

물론 정당방위에 있어서 침해에 대한 방위는 사회상규에 비추어 상당한 정도를 초과하지 않아야 인정된다. 그러나 정당방위는 개인의 법익에 대한 보호를 위해 인정되는 것이므로 성폭행을 고의적으로 감행하는 강간범에 대해 방위하는 여성의 입장에서 방위 수단의 선택이 적정했느냐 하는 판단은 구체적인 행위상황에 비추어 특별히 상당성을 초과했다고 보여지지 않는 한 가급적 폭넓게 인정해 주는 것이 바람직하다고 생각한다. 그것은 일대 일의 관계에서 남자로부터 강간을 당하는 상황은 그야말로 매우 위험하며 특수하기 때문이다.

이하에서는 강간죄와 관련한 규정이 어떻게 형성되었고, 현재의 모습은 어떠한지, 혹시 강간죄에 대한 그릇된 사회인식<sup>6)</sup>으로 이것이 왜곡되고 있지는 않은지를 먼저 살펴보고, 이후 형법 제 21조 즉 정당방위에 대하여 해석을 통해 정당방위의 상황과 한계 문제를 짚어 본 뒤, 관련 판례를 소개 및 분석해 보면서, 최근 강간죄와 관련하여 부각되고 있는 사회 문제 중 몇 가지 쟁점(매 맞는 여성증후군, 부부강간, 정당방위와 과잉방위의 한계)을 집중적으로 조명해 본 뒤 끝으로 주로 강간죄와 정당방위에 관한 입법론적인 검토와 그 대안을 제시해 보기로 한다.

## II. 강간죄에 대한 사회 인식

### 1. 강간죄 규정의 형성

성폭행 범죄는 폭행·협박 또는 위계·위력 등의 방법으로 타인의 성적의사결정의 자유를 침해하는 행위를 의미한다. 여기서 성적 의사결정의 자유란 언제, 어디서, 누구와 성관계를 가질 것인지를 자유로이 결정할 수 있는 개인의 자유를 뜻한다. 다만 원하는 사람과 반드시 성관계를 가질 수 있다는 의미의 적극적인 권리가 아니라 원치 않는 성관계로부터 자유로울 수 있다는 소극적인 자유를 의미할 뿐이다. 인간 누구에게나 자유 의사에 기초한 성생활은 매우 중요한 삶의 가치 가운데 하나이다. 따라서 원치 않는 성관계를 거부할 수 있

6) 한인섭, "성폭력특별법과 피해자 보호: 그 문제와 개선점", 『피해자학 연구』 제3호, 1994, 34면.

는 자유를 국가가 보장해 주는 것은 인간의 존엄과 가치를 확인하고 보장하는 국가의 의무에 대한 헌법상의 요구(헌법 제10조)로부터 나오는 것이다.<sup>7)</sup>

## 2. 강간죄 규정의 모습

### 가. 형법상의 성범죄 규정

형법상 성범죄에 관한 규정으로는 '강간(제 297조)', '강제추행(제297조)', '준강간·준강제추행(제299조)', '강간 등 상해·치상(제301조)', '강간 등 살인·치사(제301조의2)', '미성년자 등에 대한 간음(제302조)', '업무상 위력 등에 의한 간음'(제303조)', '혼인빙자 등에 의한 간음(제304조)', '미성년자에 대한 간음, 추행(제305조)' 등이 있다. 이 가운데 '강간 등 상해·치상(제301조)', '강간 등 살인·치사(제301조의 2)'의 죄를 뺀 나머지는 모두 친고죄이다(형법 제306조).

### 나. “성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률”의 성범죄 규정

여성계의 강력한 요구로 1994년에 제정된 “성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률”(이하 성폭력특별법)은 새로운 형태의 성폭력 범죄 신설, 성폭력 범죄에 대한 가중처벌, 피해자 보호를 위한 형사소송상의 특례 규정 그리고 의료보호와 성폭력 상담소 및 보호 시설의 설치 운영에 관한 행정적 규정이 혼합된 형태를 띠고 있다.

우선 성폭력특별법은 기존 특정범죄가중처벌법에 규정되어 있었던 특수강도강간 등의 죄와 특수강간 등의 죄를 편입하고 친족에 의한 강간 등을 명문

7) 형법상의 성범죄 규정이 여성의 정조(貞操)를 보호한다고 보기도 한다. 그러나 우리 사회에서 정조는 여성의 깨끗한 정절(貞節)이나 성적 순결을 의미하는 것으로 받아들여지고 있어 이는 여성들이 여성답기 위해서는 반드시 정조를 지켜야한다는 여성비하적인 사회적 의미를 담고 있을 뿐만 아니라, 성범죄 규정이 보호하는 범익을 여성의 정조라고 보게되면 이미 정조를 잃은 여성들 - 예컨대 윤락 사업에 종사하는 여성들 - 은 강간을 당해도 형법의 보호를 받지 못한다는 부당한 결과를 낳게 된다. 따라서 현재는 성범죄 규정이 여성의 성적 의사결정의 자유를 보호하고 있다는 데 의견의 일치를 보이고 있다.

화하여 동법의 주요 성폭력 범죄로서 '특수강도강간 등'(제5조), '특수강간 등'(제6조), '친족관계에 의한 강간'(제7조), '장애인에 대한 강간 등'(제8조), '강간 등 상해·치상'(제9조), '강간 등 살인·치사'(제10조) 등을 규정해 놓고 있다. 나아가 '업무상 위력 등에 의한 추행'(제11조), '공중밀집장소에서의 추행'(제13조), '통신매체이용음란죄'(제14조) '카메라 등 이용 촬영'(제14조의 2) 등의 새로운 성폭력 범죄를 신설하였다. 나아가 성폭력특별법은 성폭력 범죄에 대해 상당히 중한 형벌을 규정하고 있다. 예컨대 '특수강도강간'(제5조), '강간살인'(제10조 1항)에는 사형이 선택형으로 규정되어 있고, '특수강간 및 (장애인 여성) 특수준강간'(제6조 1, 3, 4항), '특수강간·친족관계강간·장애인 준강간 상해 및 치상'(제9조), '강간살인'(제10조 1항)·'특수강간치사'(제10조 2항)·친족강간 또는 장애인 준강간치사'(제10조 3항) 등에 대하여 무기징역형이 선택형으로 규정되어 있다. 그밖에 13세미만의 미성년자에 대한 강간 및 강제추행(형법 제 305조)의 죄를 가중처벌하고 있다(제8조의2). 그밖에 성폭력특별법은 '특수강도강간'(제5조), '특수강간 등'(제6조), '친족관계 강간'(제7조), '장애인 준강간 등'(제8조), '강간 등 상해·치상'(제9조), '강간 살인·치사'(제10조), '13세 미만의 미성년자에 대한 강간 및 강제추행'(제8조의2) 등의 죄를 비친고죄화하여 비친고죄의 범위를 확대하는 한편, 동법상 아직 친고죄로 남아 있는 범죄('업무상 위력 등에 의한 추행'(제11조), 공중밀집장소에서의 추행(제13조), 통신매체이용음란죄(제14조)에 대해서는 직계존속에 대한 고소제한 규정(형사소송법 제224조)을 배제하고(제18조), 고소기간도 범인을 알게 된 날로부터 6개월(형사소송법 제230조 1항)에서 1년으로 연장시킴으로써(제19조) 성폭력 범죄에 대하여 국가형벌권이 발동될 수 있는 여지를 확대시켰다.

### 3. 강간죄에 대한 그릇된 사회인식

#### 가. 위험 수위에 도달한 성폭력 범죄

우리 사회에서 한해에 발생하는 성폭력 범죄는 어느 정도나 될까? 검찰측의

공식 통계를 보면 2001년 10,446건이었던 강간범죄는 2010년 19,939건으로 배가 증가하였다.<sup>8)</sup> 그러나 이러한 공식통계는 실제 발생한 강간사건 중에서 검·경에 인지된 사건만 통계에 잡힌 것이다. 그렇다면 공식 통계에 잡히지 않은 실제 강간사건의 규모는 얼마나 될까? 한국형사정책연구원이 지난 1988년에 2,270명의 성인여성을 대상으로 숨은 성폭력의 실태연구조사한 바에 따르면 단순 강간의 경우 여성 인구 10만명당 485.9명으로 나타나 공식 통계인 10.9보다 무려 40배나 더 많은 수치를 보이고 있다(이를 여성 인구 2,200만명으로 환산하면 연간 강간 건수는 약 10만 6천 건이 넘는다).<sup>9)</sup> 여기에 강도강간과 각종추행 범죄까지 포함하게 되면 전체 성폭력 범죄외연은 더욱더 커지게 된다. 이는 공식적으로 사법처리의 대상이 되는 성폭력 범죄의 수가 통계에 잡히지 않는 암수(暗數)에 비해 빙산의 일각에 불과한 수준임을 말해주는 것이다. 이러한 추정치가 대략적으로라도 신빙성이 있다고 가정할 때 우리사회에서 성폭력 범죄는 매우 광범위하고 고착적인 사회 현상으로 자리잡았음을 알 수 있다. 이는 우리 사회의 어느 여성도 성폭력 범죄로부터 안전하다고 자신할 수 없게 되었음을 말해주는 것이다. 우리 사회의 성폭력 현실은 이미 위험수위에 도달해 있는 것이다.

#### 나. 성폭력 범죄에 대한 그릇된 사회 인식

그러나 우리 사회에서 성폭력 범죄가 던지는 문제의 심각성은 단순히 발생 건수가 심각한 수준에 도달해 있다는 것에 그치지 않는다. 우리 사회 내에 존재하는 성폭력 범죄에 대한 그릇된 인식이 문제의 해결을 더욱 어렵게 만들고 피해자들이 설자리를 좁게 만들고 있는 것이다. 대개 성폭력 범죄는 피해 여성들에게 쉽게 치유할 수 없는 깊은 정신적·신체적 피해와 심각한 사회적 부적응 및 성기능 장애 등의 후유증을 남긴다.<sup>10)</sup> 그럼에도 불구하고 성폭력

8) 법무연수원, 「범죄백서」, 2011, 59-62면 참조.

9) 심영희, "성폭력의 실태에 관한 연구," 「형사정책연구」 1권 1호(1990년 봄), 160면 표5-1.

10) 성폭력의 피해에 대해 자세한 것은 정 경자, "성폭력 피해 현황과 그 대책," 「피해자학연구」, 2호, 1993, 73면.



범죄에 있어서는 가해자가 비난받기보다는 오히려 피해자가 비난받는 본말 전도 현상이 발견되기도 한다. 이는 어느 사회에서건 보수적 성윤리관, 남성주의적 성이해와 성규범이 지배하고 있는 남성중심의 사회에서 일반적으로 발견되고 있는 현상이다. 이런 사회에서 성폭력이란 '피해자의 잘못이나 유혹으로 자극된 성욕을 남자이기 때문에 억제하지 못하고 저지른 충동적인 범죄'라는 식으로 이해되어 가해자인 남성에게 대한 비난은 약화되는 반면, 책임의 상당 부분이 피해자인 여성의 '부주의하고 정숙하지 못한 행실' 쪽으로 돌아가게 된다.<sup>11)</sup> 더구나 우리 사회에서는 - 서구의 사회와는 달리 - 강간 피해가 곧 여성으로서의 핵심 가치인 순결(정조)의 상실로 받아들여지는 경향이 강하다. 따라서 강간피해여성이 더 이상 정상적인 여성으로 대접받지 못하고 여성으로서의 가치를 상실한 2류 인간으로 취급받는 현실은 대다수 피해 여성들의 설 곳을 앗아가 버리고 만다. 이러한 사회 분위기 속에서 가해자인 남성에게 의한 성폭력은 계속 조장되는 경향이 있고, 반면 피해 여성들은 대부분 피해를 숨기고 홀로 상처를 감싸권 채 고통과 슬픔의 나날을 보낼 수밖에 없게 되는 것이다. 이것은 성범죄에 대하여 왜곡된 현실을 여실히 보여주는 것이다.

#### 다. 여성 운동과 입법투쟁

그렇다면 위와 같은 왜곡된 현실에 대해 여성계에서는 어떻게 대처하고 있는가?

여성의 전화·한국성폭력상담소 등의 운영을 통해 성폭력의 실상과 피해 여성들의 아픔을 누구보다도 잘 알고 있는 여성계는 입법투쟁을 통해 성폭력 범죄의 추방과 피해 여성의 권익 보호에 적극 나서고 있다. 그리고 이미 1994년 성폭력특별법의 제정과 1997년 개정 운동을 통해 상당한 가시적인 성과를 거둔 바 있다. 성폭력특별법의 제정은 지난 1950년 이후 혼인과 가족제도에

11) 성폭력 피해자에 대한 비난은 대체로 다음의 세가지로 요약된다. ① 피해자의 부주의(밤늦게 술마시고 혼자 다니거나 낯선 남자와 어울리는 행동 등), ② 피해자의 성폭력 유발(노출이 심한 옷을 입거나 음담패설 등의 언행으로 자유분방한 성의식의 노출), ③ 피해자의 충분하지 않은 저항(몸에 큰 상처가 없거나 주변인에게 도움을 요청하지 않은 것으로 볼 때), 정경자, 전계 논문, 72면.

있어서 양성의 평등을 지향하며 즐기치게 지속되어온 민법·가족법의 개정 운동, 근로 기회 및 근로 조건에 있어서 양성의 평등과 여성에 대한 특별보호를 지향하는 「남녀고용평등법」(1987년)·「여성발전기본법」(1995년)의 제정 등과 궤를 같이하는 여성주의 입법 운동의 한 일환으로 이해할 수 있다. 그리고 최근에 이러한 운동은 가정에서 매맞는 아내의 보호에도 눈을 돌려 이미 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 제정, 시행 되고 있다. 이러한 여성계의 입법 투쟁은 현대 법치 국가의 모든 국가 권력 작용은 법의 형식을 빌어 이루어질 수밖에 없다는 점을 고려하면 그 당위성을 인정할 수 있고 나아가 법의 제정 과정에서 공청회 개최와 언론 홍보 그리고 활발한 토론·논쟁의 과정을 통해 문제점과 입법의 필요성을 부각하여 사회의 관심을 여성들의 문제로 돌릴 수 있는 장점도 가지고 있는 것이다.

### Ⅲ. 강간죄에 있어서의 정당방위의 한계

#### 1. 정당방위의 의의

정당방위<sup>12)</sup>는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 행위(제21조 제1항)를 말하며, 이러한 행위가 위법성을 조각하는 근거에 관하여, ① 긴급한 사태하에서 인간은 자기 보호의 자연적 권리를 가진다는 설(자기보호의 원리), ② 자기방위가 동시에 법질서를 파괴하려는 행위로부터 법질서를 수호한다는 설(법수호의 원리)이 그 근거인바<sup>13)</sup>, 이 두 가지가 다 정당방위의 근거라 할 수 있다.<sup>14)</sup> 정당방위는 긴급피난과는 달

12) 정당방위는 긴급피난, 자구행위와 함께 긴급행위에 의한 정당화 사유로서 인정되고 있으며, 형법은 위법성 조각사유의 하나로 규정하고 있다. 정당방위의 개념은 법사상자에 있어서나 법제사에 있어서 오래전부터 인정되어 왔다. 그러나 오늘날에 와서는 이론상 비교적 엄격한 범위에서만 인정 될 뿐이다(손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996년, 442면 재인용).

13) 법확증의 원리라고 하는 견해도 있다. 김일수/서보학, 「형법총론(새로쓴 5판)」, 박영사, 2005, 292면.

리 「不正 대 正」(Recht gegen Unrecht)의 관계라고 볼 수 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 정당방위의 성립요건

### 가. 정당방위 상황

#### (1) 현재의 부당한 침해가 있을 것

(가) '현재'의 침해가 있어야 한다(침해의 현재성). '현재'란 법익의 침해가 목전에 급박하거나 현재 진행중임을 말한다. 따라서 과거의 침해나 장래 예상되는 침해에 대해서는 정당방위가 성립할 수 없다. 장래의 예상되는 침해에 대한 준비행위(예 : 강도방지를 위해 담 안쪽으로 깊은 도랑을 파 놓은 행위)라도 그의 효과가 침해발생시에 나타난다면, 현재의 침해에 대한 방위행위로서 정당방위에 해당하게 된다. 그러나 수일 후에 재물을 탈환하는 경우는 정당방위가 아니다. 장래에 있을 침해에 대한 예견이 충분히 가능하더라도 그 침해의 현재성이 결여된 이상 이에 대한 예방조치는 정당화 될 수 없다. 즉, 예방적 정당방위는 인정되지 않는다.<sup>16)</sup>

(나) '부당'한 침해이어야 한다(침해의 부당성). '부당'한 침해란 위법한, 즉 객관적으로 법질서에 위반함을 의미한다. 문제가 되는 것은 싸움의 경우인바, 싸움은 서로 상대방에 대하여 방어행위인 동시에 공격행위이므로 어느 일방의 행위만을 방어행위라고 할 수 없으나(따라서, 상호 정당방위 불성립)<sup>17)</sup>, 어느 일방이 통상의 수단을 넘어서서 흉기를 사용하는 경우에는 부당한 침해라 아니할 수 없고 따라서 정당방위가 가능하다(판례). 동물에 의한 침해에 대하여 정당방위가 가능한가의 문제(대물방위)가 있다. 이에 대하여 동물의 침해는 자

14) Roxin, "Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts", ZSTW, 93, S. 70.

15) 법은 불법에 양보할 필요 없다(Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)는 명제가 기본사상을 이루고 있다. Sch/Sch/Lenckner/Perron § 32Rn. 1 (이재상, 형법총론(제5판) 219면에서 재인용)

16) 김일수/서보화, 294면: 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2009, 223면.

17) 대법원 2000. 3. 27 선고 2000도228 판결.

연현상과 같이 위법 여부를 판단할 수 없으므로 원칙적으로 긴급피난만이 가능하지만, 그 침해가 사육주의 고의(使曠 등)·과실에 기인할 때에는 역시 위법하므로 이러한 경우에는 정당방위가 가능하다고 할 것이다(통설).

(다) '침해'가 있어야 한다. '침해'란 법익에 대한 공격 또는 그 위태화를 말한다. 그러한 침해는 고의·과실에 의한 것은 물론 유아·정신병자와 같은 책임 무능력자의 침해를 포함한다.

#### (2) 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위일 것

자기는 방위자 자신을 말하고, 타인은 방위자 이외의 자연인은 물론 법인이거나 단체 등을 포함하며, 법익은 법에 의하여 보호되는 모든 이익으로서 생명·신체·명예·재산·자유·비밀은 물론 형법에 의하여 보호되지 않는 법익<sup>18)</sup>도 포함된다. 이러한 법익에 국가적 법익이나 사회적 법익도 포함되느냐에 대하여 견해의 대립이 있다. 원칙적으로 이러한 법익의 보호는 국가의 사명이지 개인의 정당방위에 의하여 방위할 성질이 아니지만,<sup>19)</sup> 예외적으로 국가가 그 보호조치를 취할 여유가 없는 급박한 경우에는 정당방위가 허용된다고 보아야 한다.

### 나. 방위행위

방위행위란 침해 그 자체를 배제하기 위한 반격행위를 말한다. 이에선 보호방어와 반격행위가 있다. 방위행위는 침해자나 그 도구에 대하여 행하여야 하며, 이와 무관한 제3자에게 행하여질 수는 없다. 방위자는 방위의사를 갖고 있어야 한다. 증오·분노·복수와 같은 다른 동기가 함께 작용 할 때에도 방위의사가 주된 기능을 하는 한 정당방위의 성립에는 영향이 없다.<sup>20)</sup> 이러한 방

18) 여기에 민법상의 점유, 자녀에 대한 부양권, 가족관계(대법원 1974. 5. 14. 선고 73도2401 판결), 직업상의 능력도 포함한다.

19) BGHst. 5, 245, 피고인이 '죄 많은 여인'이라는 음란한 영화 상영을 막기 위하여 영화관에 질식탄을 터트리려 약15분간 영화를 상영하지 못하게 한 사건에 관하여 BGH는 「공공의 질서나 도덕과 같은 일반의 법익에는 정당방위가 있을 수 없다」고 판시하였다.

20) 이재상, 전제서, 225면.

위의사는 정당방위에 있어서의 주관적 정당화요소가 된다. 방위의사가 없는 경우에는 고의범이 성립한다고 본다.

#### 다. 상당한 이유가 있을 것 (상당성)

상당한 이유가 있다고 함은 방위행위가 사회상규에 비추어 보아 당연히 되는 것을 말한다.<sup>21)</sup> 상당한 이유가 있는가의 여부는 침해의 강도와 수단을 고려하여 객관적 기준에 따라 구체적으로 결정되어야 하는바, 필요성·균형성·보충성의 원칙이 하나의 기준이 될 수 있다. 다만, 긴급피난의 경우와는 달리 이들 원칙에 엄격하게 구속되지는 않는다. 그리고 정당방위의 제한과 관련하여 사회윤리적 제한이 문제된다(필요성은 상당성의 제1요소이다).<sup>22)</sup>

### 3. 정당방위의 한계

#### 가. 의의

범수호의 원리에 의하여 제시되는 것이 바로 정당방위의 제한이다.

정당방위의 제한이 문제되면서 이에 관한 논쟁은 가장 중요한 형법학의 문제점이 되었다. 여기서 정당방위의 사회윤리적 제한은 정당방위의 핵심적인 논점이 되었고, 정당방위의 역사는 사회윤리적 근거에 입각한 정당방위 제한의 역사라고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

21) 상당성의 내용에 대하여 견해가 나뉜다.

① 상당성을 정당방위의 필요성과 사회윤리적 제한을 포함하는 견해(박상기, 「형법총론」, 법문사, 2009, 74면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2009, 260면; 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2009, 180면; 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2009, 374면; 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2008, 231면)

② 상당성을 필요성으로 해석하고 사회윤리적 제한을 상당성과 구별되는 개념으로 보는 견해(김일수/서보화, 317면; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2009, 283면; 손해목, 「형법총론」, 법문사, 2003, 458면; 이재상, 227면)

22) 상당성의 개념이 모호하므로 이를 보충하는 의미에서 필요성, 균형성, 적합성을 보조적 판단기준으로 하는 견해도 있다. 박상기, 177면; 대법원 1966. 3. 5 선고 66도63 판결.

### 나. 사회윤리적 제한의 유형

(1) 먼저 법의간에 극단적 불균형이 있는 경우에는 상당성이 인정되기 곤란하다. (요컨대, 사과 하나를 훔치려는 자에 대하여 이를 총으로 살해하는 행위는 과잉방위도 아니다 : 비례성의 원칙)

(2) 책임없는 자 또는 책임이 현저히 감소된 상태에서의 침해, 즉 책임무능력자나 착오나 과실에 의한 침해 등에 대해서는 먼저 피할 것이 요구되고 막다른 상황에서만 정당방위가 허용되며, 그것도 攻撃防衛(Trutzwehr)가 아닌 保護防衛(Schutzwehr)일 것이 요청된다.

(3) 도발된 침해에 대한 방위(책임있는 도발)

의도적 도발은 아니지만 침해에 대하여 방위자에게 책임이 있는 경우에도 정당방위가 허용되는지가 문제가 된다. 먼저 도발행위가 적법하거나 사회윤리적으로 정당화되는 행위는 이로 인하여 침해가 유발되더라도 정당방위는 제한되지 않는다.<sup>24)</sup> (예를 들면 여자가 심야에 외진 곳으로 남자를 따라감으로써 강간을 유발한 경우)

둘째, 도발행위가 위법한 경우로 스스로 위법한 행위를 한 자는 법수호의 원리를 원용할 수 없고 자기 보호의 원리만 원용이 가능하다. 따라서 가능한 공격을 피하여야 하고, 침해를 피할 수 없거나 다른 방법이 없는 경우에 한하여 보호방위가 허용된다.<sup>25)</sup> 그러나 경미한 피해는 감수하여야 한다.<sup>26)</sup>

셋째, 도발행위가 사회윤리적 반가치인 경우인데 예를들면 상대방을 무시하는 손가락질을 들 수 있다. 이 경우에는 사회윤리적 가치위반이라는 모호한 개념으로 정당방위를 제한한다는 것은 부당하므로 정당방위가 허용된다고 할

23) 이재상, 전제서, 228면; Hassemer, "Über die Zukunft des Notwehrrechts", *Bockelmann FS*, S. 228.

24) 이재상, 227면; 임웅, 208면; 오영근, 361면; 안동준, 110면; 손동권, 159면.

25) 김일수(Ⅱ), 545면; 이재상, 226면; 박상기 제5판 181면; 오영근, 362면; 임웅, 205면; 정성근/박광민, 227면.

26) 손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2005, 159면; 박상기, 181면.

것이다.<sup>27)28)</sup>

(4) 보호관계 있는 자간에서의 침해 : 부부나 가족과 같은 긴밀한 인적관계에 있는 사람 사이에서도 정당방위는 제한되어야 한다.<sup>29)</sup> 따라서 부부 사이에 술 취한 남편의 폭행을 막기 위하여 우산으로 남편을 찔러 살해한 처는 그것이 공격을 방어하기 위한 확실한 수단인 때에도 정당방위가 되지 않는다.<sup>30)</sup>

#### 4. 정당방위의 효과

##### 가. 정당방위의 효과

이상의 요건을 구비한 경우에는 비록 방위행위가 타인의 법익을 침해하더라도 범죄가 성립되지 아니하고 따라서 처벌되지 않는다(제21조 제1항). 정당방위에 가담한 행위도 처벌되지 않는다. 다만, 가해자도 방위의사가 있어야 한다.

##### 나. 과잉방위

과잉방위(Notwehrexzess)란 정당방위에 있어서 방위행위가 상당한 정도를 초과한 경우를 말한다.<sup>31)</sup> 과잉방위는 정당방위가 아니며, 따라서 위법하여 범죄가 성립한다. 책임이 감경되는 데 불과하다(통설 ; 책임감소·소멸설)<sup>32)</sup>. 과잉방위는 刑을 감경 또는 면제할 수 있다(제21조 제2항). 그러나 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다(동조 제3항). 이 경우에는 책임이 조각된다. 그 이유는 정상참작이나 기대불가능성에 의하여 책임이 감소·소멸된다고 보겠다.

27) 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2009, 205면; 손동권, 159면; 오영근, 362면.

28) 대법원 1968. 11. 12 선고 68도912 판결.

29) 김일수/서보화, 302면 이하.

30) BGH. NJW, 69, 802; 이재상, 230면.

31) 과잉방위의 법적 성질에 관하여는 정현미, "과잉방위의 효과와 적용범위", 「한국형사법학의 신전개」, 이재상교수정년 기념 논문집, 2008. 8. 209-227면 참조.

32) 김일수/서보화, 305면; 오영근, 19-65면; 이형국, 180면; 임웅, 227면.

대법원은 「피고인과 말다툼 하다가 건조더미에 있던 낫을 들고 반항하는 피해자로부터 낫을 빼앗아 그 낫으로 피해자의 가슴, 배, 등, 뒤통수, 목, 왼쪽 허벅지 부위 등을 10여 차례 찔러 피해자로 하여금 다발성 자상에 의한 기흉 등으로 사망하게 하였다면, 피해자가 피고인에게 한 가해의 수단 및 정도, 그에 비교되는 피고인의 행위의 수단, 방법과 행위의 결과 등 제반사정에 비추어 피고인의 이 사건 범죄행위가 피해자의 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 또 피고인의 이 사건 범죄행위는 범죄행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수 없어 정당방위 및 과잉방위 그 어떠한 것에도 해당하지 않는다」고 판시하였다.<sup>33)</sup>

## 5. 강간죄에 있어서 정당방위의 한계

강간죄는 개인의 성적 자기 결정권을 침해하는 범죄로서 인간의 심성을 왜곡시키고 피해자에게 중대한 정신적 고통을 초래하며, 피해자를 성적 도구로 전락시키는 야만적인 행위이다. 그러나 갑자기 행해지는 성폭행에 대해서 피해자도 가해자에 대해 본능적인 방어행위를 하게 되고, 그 행위가 방어의 범위를 벗어나는 경우가 있다. 정당방위는 침해행위에 대해 사회상규상 상당한 정도를 초과하지 않아야 인정된다. 그러나 남녀간 일대일의 관계에서 남자로부터 강간을 당하는 상황에서 피해자의 정당방위는 어느 정도 허용되어야 하는 것일까?

지금까지 정당방위의 성립요건과 한계, 과잉방위를 중심으로 살펴보았다.

정당방위는 무제한 허용되는 것은 아니다. 개인의 자기 보전과 법질서의 확충이라는 사회적 요구를 충족시키기 위해 원칙적인 금지에 대해 예외적으로 허용하는 것이지<sup>34)</sup> 정당방위가 당연히 나서서 꼭 실현해야 할 권리라고는 말

33) 대법원 2007. 4. 26 선고 2007도1794 판결.

34) 이는 정당방위는 개인의 법익을 보호하기 위해서만이 아니라 국가사회의 법질서를 유지하



할 수 없다. 그러므로 과격한 정당방위에도 그 내재적인 한계가 있다.

먼저 방어 행위는 사실상 방어의 필요성을 갖춘 것이어야 한다. 방어자는 위법한 공격에 대해 불안정한 방어 수단만을 사용할 필요는 없다. 주먹으로 방어해도 될 일에 무기를 사용했다 해서 언제나 정당방위가 성립하지 않는다고 말할 수는 없다. 그러나 방어자는 공격을 확실하고 위협 없이 막기 위하여 많은 수단을 선택할 수 있다면 그 중 가장 경미한 것으로도 중한 것과 동일한 효과를 낼 수 있는 수단을 선택해야 한다.

더 나아가 방어 행위는 규범적으로 요구된 행위여야 한다. 법 질서 전체의 입장에서 요구되지 않은 방어 행위는 정당 방위가 아니라 권리 남용에 해당한다. 요구된 행위이기 위해서는 목적과 수단의 상당성이 있어야 한다. 방어 행위에 의해 야기된 손해가 공격 위협에 비해 극단적인 불균형을 이룰 때 정당방위의 자기 보전 근거가 탈락된다. 만약 이 같은 극단적 불균형이 존재함에도 방어 행위를 실행한다면 그것은 권리남용일 뿐 정당방위는 아니다.

그렇다면 강간죄에 있어서 정당방위는 어느정도까지 인정되는 것인가를 판례를 중심으로 검토해 보기로 한다. 여기서는 사회윤리적 제한과 관련된 판례를 소개하기로 하고, 강간죄와 정당방위 관련 판례는 절을 바꾸어 검토하기로 한다.

대법원은 「피해자가 술에 만취하여 누나와 말다툼을 하다가 누나의 머리채를 잡고 때리자, 당시 그의 남편이었던 피고인이 이를 목격하고 화가 나서 피해자와 싸우게 되었는데, 그 과정에서 몸무게가 85kg 이상이나 되는 피해자가 62kg의 피고인을 침대 위에 넘어뜨리고 피고인의 가슴 위에 올라타 목 부분을 누르자 호흡이 곤란하게 된 피고인이 안간 힘을 쓰면서 허둥대다가 그 곳 침대 위에 놓여 있던 과도로 피해자에게 상해를 가하였다면, 이와 같은 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다」고 판시하였다. 책임 있는 자초도발의 경우에 사람을 살해하는 공격방어는 인정되지 않는다고 본다.<sup>35)</sup>

는 입장에서 인정되어야 한다(Maurach/Zipf: *strafrecht*, AT, Bd. I, 7. Aufl., 1987, S. 335).  
35) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결.

## Ⅳ. 강간죄와 정당방위 관련 판례

### 1. 의붓아버지 살해사건(대법원 1992. 12. 22 선고, 92도2540 판결을 대상으로)

#### 가. 사건개요

사건 당시 대학생이었던 피고인이 약 12살 때부터 의붓아버지인 피해자의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 피해자와의 성관계를 강요 받아 오다가 공동피고인인 남자친구와 함께 술에 취해 잠들어 있는 피해자를 식칼로 찔러 살해한 사건이다.

#### 나. 판결 이유

피고인이 피해자로부터 부당한 침해가 반복하여 계속되었으므로 침해의 현재성을 인정 할 여지가 없는 것은 아니지만 그렇다고 하여도 피고인들의 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다.

#### 다. 판례평석

반복적인 성폭행을 견디지 못해 자신의 의붓아버지를 살해한 사건에서 판례는 상당성이 결여되었다는 이유로 정당방위를 부정하긴 했지만 이는 상당성 이전에 침해의 현재성이 부정되어야 할 사안이다.

대법원이 '계속적 침해의 위협'을 '현재의 침해'로 보는 것은 무리한 해석이 아닐 수 없다. 정당방위는 현재의 부당한 침해가 있는 긴급상태에서 예외적으로 자기 법을 허용하는 것에 불과하므로 침해의 현재성은 엄격하게 해석하여야 하는데 계속적 침해의 위협의 경우는 침해행위가 개시되었거나 아니면 목전에 임박하였거나 하는 상태가 아니라 단지 침해가 반복하여 계속 될 위험만이 있을 뿐이기 때문이다. 이른바 이 문제에 대해 '예방적 정당방위이론'을

고려하면서 설명하고 있는 견해가 있는데 전술한 바와 같이 장애의 위험은 현재의 침해가 될 수 없으므로 예방의 정당방위는 인정되지 않는다는 것이 타당하다고 본다.

비록 잠을 자고 있는 상태에서 식칼로 찔러 살해하였다 하더라도 그 간의 정황으로 보았을 때 상당한 이유가 있는 것이다. 다만 현재성이 없는 것이라고 판단한다.<sup>36)</sup>

## 2. 허절단 사건 판례(대법원 1989. 8. 8 선고, 89도358 판결을 대상으로)

### 가. 사건개요

갑(남성, 당시 무직)과 을(남성, 당시 대학생)은 서로 공모하여 인적이 드문 심야에 귀가하던 병에게 달려들어 갑은 그녀의 오른팔을 잡고 을은 왼팔을 잡아 어두운 골목으로 끌고 들어갔다. 갑은 병을 쓰러뜨리고 그녀의 음부를 만지며, 반항하는 병의 옆구리를 차고 강제로 키스를 하였다. 이에 병은 자신을 방어하기 위해 엉겁결에 갑의 혀를 깨물었으며 갑의 혀의 일부가 절단되었다.

### 나. 판결요지

갑은 병이 혀를 절단하였다는 이유로 고소하였으며 검찰은 과잉방어라는 이유로 1년을 구형하였다. 갑은 을과 함께 다른 친구의 집에서 술을 마시고 놀다가 귀가하던 도중 길바닥에 앉아 있던 병이 갑에게 매달려 어떤 식당으로 데려다 달라고 부탁하여 그녀를 부축하여 골목기로 들어갔다고 진술하였으며, 부축하면서 몸이 밀착하여 술김에 호기심으로 그녀에게 키스하였다고 주장하였다. 을은 땅바닥에 앉아 있는 병을 보고 그냥 지나가자고 하였으나 갑이 그녀를 부축하여 골목길로 들어 갔고 자신은 2, 3미터 정도 떨어져 걸어

36) 신동운, 「판례백선 형법총론」, 1997, 경세원, 197-199면.

갔다고 주장하였다. 제1심 재판부인 대구지방법원 안동지원은 갑과 을의 주장을 인정하여 병에게 징역 6개월 집행유예 1년을 선고하였다.

그러나 항소심 재판부인 대구고등법원은 갑과 을의 주장이 일관되지 않고 모순이 있다고 인정하지 않고 병의 주장을 인정하여 원심을 파기하고 갑과 을에게 징역 2년 6월 집행유예 4년을 선고하였다. 대법원도 병의 정당방위를 인정하여 검사와 을의 상고를 기각하였다.

#### 다. 판례평석

이 사안은 병이 갑의 허를 절단한 행위가 정당방위에 해당되는지가 논점이다. 병의 행위는 자신의 성적자유와 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있다. 즉, 적합성과 필요성원칙을 충족하고 있다. 따라서 병의 행위는 정당방위에 해당하므로 무죄이다. 원심과 대법원도 병의 행위가 정당방위에 해당한다고 보았다. 허절단 행위는 정당방위가 아니라 과잉방위가 아닌가? 라는 의문에 대하여 법익에 대한 현재의 급박한 침해를 벗어나기 위한 정당방위는 보호법익과 침해법익 사이의 엄격한 균형성을 요구하지 않는다. 이것은 정당방위 상황이 갖는 특수성이다. 그러므로 병의 행위는 과잉방위가 아니라 정당방위이다.<sup>37)</sup>

### 3. 부부강간 사건(대법원 2001. 3. 15 선고, 2001도1089 판결을 대상으로)

#### 가. 사실관계

甲女는 乙과 혼인하여 두 자녀를 두었으나, 乙은 평소 노동에 종사하여 돈을 잘 벌지 못하면서도 낭비와 도박의 습벽이 있고, 사소한 이유로 평소 甲女에게 자주 폭행, 협박을 하였으며, 변태적인 성행위를 강요하는 등의 사유로 결혼생활이 파탄되었으므로 갑女는 乙에 대한 이혼소송을 제기하고 별거중이

37) 신동운, 「판례백선 형법총론」, 경세원, 1997, 192면.

었다. 어느 날 10:40경 乙이 월세방으로 찾아오자 甲女는 乙이 행패를 부릴 것을 염려하여 부엌에 있던 부엌칼을 방의 침대 밑에 숨기고 문을 열어 주었다. 방에 들어온 乙은 도망가는 甲女를 붙잡아 방안으로 데려온 후 부엌에 있던 가위를 가지고 와 甲女의 오른쪽 무릎 아래 부분을 긋고 甲女의 목에 겨누면서 이혼하면 죽여버리겠다고 협박하고, 계속하여 甲女의 옷을 강제로 벗기고 자신도 옷을 벗은 다음 甲女에게 변태적 성행위를 하게 한 후, 침대에 누워 甲女에게 성교를 요구하였으나 甲女가 이에 응하지 않자 손바닥으로 뺨을 2~3회 때리고, 재차 甲女에게 침대 위로 올라와 성교할 것을 요구하며 “너 말을 듣지 않으면 죽여버린다.”고 소리치면서 침대 위에서 상체를 일으키는 순간, 계속되는 乙의 요구와 폭력에 격분한 甲女는 침대 밑에 숨겨두었던 칼을 꺼내 들고 상해의 의사로 乙의 복부 명치 부분을 1회 힘껏 찔러 이로 인하여 乙로 하여금 그 자리에서 사망에 이르게 하였다.

#### 나. 판결요지

이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없으므로 정당방위나 과잉방위에 해당하지 않는다.(상해치사죄 해당)

\* 긴밀한 인적관계에 있는 자 상호간에는 방위자의 침해자에 대한 특수한 보호의무 때문에 법질서수호의 이익이 약화된다. 따라서 이 경우에는 회피가능성이 있는 경우에는 피하거나, 피할 수 없는 막다른 상황에서도 보호방위에 그쳐야 한다. 특히 생명을 침해하는 방위행위는 자신의 생명에 위협을 느낄 경우 최후의 수단으로서만 허용된다.

#### 다. 판례평석

남편의 장기간에 걸친 폭행 협박과 변태적인 성행위의 강요 및 그로 인한 별거와 이혼소송의 제기로 인하여 처와 남편 사이에는 부부 사이의 정당방위

의 제한근거인 보호 연대관계는 이미 해체되었다고 보아야 하므로 사회윤리적 관점에 따른 정당방위의 제한은 문제되지 않아, 처의 행위에 대하여 정당방위를 인정하는 것이 타당하다. 그러므로 긴밀한 인척관계에서 정당방위가 사회윤리적으로 제한된다는 입장에 따르더라도 대상 판례에서는 피고인과 피해자의 결혼생활이 파탄되어 별거상태에 이르렀을 뿐만 아니라 이혼소송이 계속 중이었기 때문에 사회윤리적 관점에 따른 정당방위의 제한은 문제되지 않는다. 행위의 구체적 사정을 고려한다면 피고인의 행위에 대해 최소한 형법 제21조 제2항을 적용하여 형벌을 감경하는 것은 지극히 당연하고 제3항에 의한 필요적 면제사유로 볼 수 있는 충분한 여지가 있으며, 궁극적으로 제1항에 의한 정당방위를 인정할 여지도 보인다.<sup>38)</sup>

## V. 최근 부각된 사회문제(쟁점)의 검토

### 1. 때 맞는 여성증후군 정당방위

남편에게 상습적으로 맞아 오다가 남편을 살해한 여성에 대해 법원이 최근 '외상 후 스트레스 장애'로 인한 심신 미약 상태를 인정, 감형한 첫 판결이 학계와 법조계·여성계의 관심을 모으고 있다.

이번 판결로 우리나라 법원도 미국이나 캐나다 법원처럼 '때맞는 여성 증후군'을 적극 감안, '때맞는 여성'의 남편을 살해한 행위를 정당방위나 긴급피난, 적극적 면책사유로 인정할 수 있으리라는 기대가 일각에서 나오고 있다. 이른바 '때맞는 여성'의 남편살해 사건이 수없이 형사재판에 회부되지만 '사람의 목숨을 해친 행위는 쉽게 면책되거나 정당화될 수 없다'는 논리가 '여성들의 피학대 경험'보다 우선해 중형이 선고되는 게 법적 현실이기 때문이다.

그러나 반대론자들은 법적 안정성을 위해 정당방위나 긴급피난, 면책요건은

38) 최석윤, "정당방위의 사회윤리적 제한", 「형사판례의 연구 I」, 이재상 교수 화갑기념 논문, 박영사, 2003. 1. 303면 이하; 김태명, "가정폭력에 의한 사회윤리적 제한", 같은 책, 321면 이하.

엄격히 해석할 수밖에 없다는 지적을 하고 있다.

매 맞는 여성증후군 감안한 판례가 없다는 것을 지적하고 싶다. 여성의 '외상 후 스트레스 장애'가 인정된 판례는 9살 때 자신을 성폭행한 남자를 21년 만에 살해한 김모씨 사건 이후 최근 서울고법이 내린 판결이 거의 전부다. 우리 법원은 '남편도 평소 가정폭력의 가해자였다'는 점을 감안하긴 하지만 심신미약 주장이나 정당방위 주장은 쉽게 받아들이지 않고 있다. 심신미약의 경우 재판부가 형량을 최대 절반까지 줄여야 하고, 정당방위가 인정되면 무죄가 선고되지만 감형 사유로만 인정되며 형량은 '재판부의 자비심'에 맡겨지게 된다.

폭력 남편이 술에 취해 자신과 아들을 데리고 딸을 추행하다 잠들자 태권도복 띠로 목 졸라 살해한 이모(42·여)씨도 정당방위 주장과 심신미약 주장이 기각돼 최근 서울중앙지법에서 징역 3년의 실형이 선고됐다. 재판부는 "인간의 생명은 어떤 가치보다 소중하고 존엄하므로 피고인이 이혼을 요구하거나 친척이나 수사기관의 도움을 받지 않고 어린 자녀가 보는 앞에서 남편을 살해한 이상 중형에 처하지 않을 수 없다"고 밝혔다.

서울지법 서부지원이 2009년 1월 술 취해 가족들에게 흥기를 휘두르던 남편을 살해한 혐의로 징역 12년이 구형된 노모(46·여)씨에게 징역 3년에 집행유예 5년을 선고한 판결은 매우 이례적인 경우다.

그렇다면 다른 나라의 판례는 어떤가? 영국 법원은 1992년 남편을 죽인 알투왈리아(Ahluwalia)란 여성에 대해 '매 맞는 여성 증후군'으로 고통 받고 있다는 주장은 기각했지만 남편의 학대로 자기통제 능력을 상실했다는 주장은 인정했다.

미국에서는 20년간 알코올 중독자 남편에게 맞아온 노먼(Norman)이란 여성이 술취한 남편에게 "개처럼 짚어보라"는 등 모욕을 당하고 두들겨 맞자 권총으로 잠자는 남편을 쏘죽인 사건에서 항소법원이 정당방위를 인정한 판례가 있다.

하지만 주(州)최고법원은 "남편이 자고 있는 시점에는 급박한 위협이 없었고, 정당방위 주장을 확장하면 학대 남편을 살해하는 행위의 판단기준이 아내의 주관적 추측에 따라 달라질 수 있다"며 판결을 파기했다.

## 2. 부부강간

### 가. 부부강간의 의의와 논의 및 판례

우리나라에서 본격적인 부부강간 논쟁이 불붙기 시작한 것은 1997년 서울고등법원의 하급심 판결에서 동거하는 남녀 사이에도 강간죄가 성립할 수 있다고 판시한 이후이다. 이때 논거로 “두 사람이 법률상 부부였다 하더라도 한쪽이 강제로 관계를 하였다면 강간죄에 해당한다.”라고 실시한 것에 주목<sup>39)</sup> 할 필요가 있다.

2001년에도 부부강간죄를 도입하려는 시도가 있었으나 여론의 반대에 의해 좌절되었다. 하지만 부부 강간을 범죄로 규정하기 위한 논의는 끝없이 이어졌고, 2004년 8월 8일 서울중앙지법 형사22부는 성관계를 거부하는 아내에게 폭력을 쓰며 성행위를 강요한 남편에게 ‘강제추행치상죄’를 적용해 징역 2년 6월에 집행유예 3년을 선고<sup>40)</sup>하며 부부간 강제추행을 인정했다.

이 사건 이후 부부강간에 대한 관심이 높아졌고, 최근 한국여성개발원 주최로 열린 ‘여성폭력 방지 종합대책 시안 공청회’ 후에는 폭발적인 관심을 받았다. 이후 ‘남편과 아내 사이에 강간죄가 성립할 수 있는가’라는 문제제기가 법적으로 제기되었고, 일반인들 사이에서는 남녀의 의견이 대립구도를 보이며 격렬한 의견 차이를 보이고 있다. 하지만 2004년 12월 가정폭력특별법에 부부강간죄는 도입되지 않았고<sup>41)</sup> 다시 2005년에 들어 부부강간을 가정폭력법의 처벌 등에 관한 특별법(이하 “가정폭력특별법”이라 함)에 포함시키려는 움직임이 보이고 있다.

2005년 6월 4일 한 국회의원은 가정폭력의 범주에 ‘배우자의 강제에 의한 성관계’ (부부강간)를 포함시키는 내용의 가정폭력방지법 개정안을 국회에 제출했다. 개정안은 가정폭력의 정의에 ‘성적위해’라는 문구를 새로 넣고, 가정폭

39) 조국, 「형사법의 성 편향」, 박영사, 2001, 31면.

40) 매일경제, “아내 성추행 유죄 첫 판결”, 2004. 8. 20 일자.

41) 경향신문, “부부강간죄 도입 않는다”, 2004. 12. 1 일자.



력 범죄의 범주에 '강간과 강제추행, 준강간' 조항을 포함시켜 이른바 '부부강간'에 대한 처벌이 가능하도록 했다.

여기서 한 예를 들어보자.

A(35)씨는 지난 4월 의사인 남편을 성폭력특별법상 강간 혐의로 경찰에 고소했다. 남편은 별거 중인 아내를 힘으로 눌러가며 2~3차례나 성관계를 강제한 것이다. 남자는 심지어 아이가 보는 앞에서 아내의 옷을 찢어 벗긴 뒤 성관계를 강요했다. A씨는 남편과 현재 이혼 소송을 진행하고 있다. 수치심과 모멸감을 견디다 못한 A씨는 남편이 형사처벌을 받아야 한다는 뜻을 굳히게 됐다.<sup>42)</sup>

여기서 부부강간이 논점인데, 가정폭력 방지법 개정안에도 명시되어 있듯이 "배우자의 강제에 의한 성관계"를 말하는 것이다. 이때의 강제란 암묵적으로 '폭력을 동반한 물리력'을 의미한다. 부부강간에 대한 정확한 정의는 아직 내려지지 않은 상태이기 때문에 경우에 따라 그 정의가 달라질 수 있으나 최협의의 경우 '혼인 생활을 지속할 의사가 없는 부부 사이에 둘 중 한 사람이 나머지 사람에게 물리력을 동반한 성관계를 강제한 경우'라고 볼 수 있을 것이다.

그간에 '처'는 형법상 강간죄의 '부녀'에 해당하지 않는다고 판시(대법원 1970. 3. 10 선고, 70도29 판결) 하였으나 최근 처에 대한 성폭력사건에 대하여 부부강간죄를 인정한 판결이 나와 주목을 끈다.

가해자는 2008. 7. 26. 11시경 필리핀 국적의 처가 생리중임을 이유로 성관계를 거부하자 가스 분사기와 과도로 협박하여 처의 반항을 억압한 후 성폭력을 가했다. 이에 부산지방법원은 성폭력특별법상 특수강간죄로 유죄 판결을 내렸다.<sup>43)</sup>

부부는 혼인과 동시에 동거의무를 부담하는 관계상, 특별한 사정이 없는 한 처는 남편의 성적 요구에 응할 의무가 있다. 그러나 이 경우에 처가 자신의 성적 자기결정권을 포기하거나 이론상으로도 같은 권리를 상실한 것으로 볼 것

42) 한겨레 21, "국민 81.3% 부부강간을 처벌하라", 2005. 6. 10 일자.

43) 유진승, "형법상 '부녀'의 의미 및 강간죄 성립 범위에 대한 검토", 「형사법의 신동향」 제25호, 대검찰청, 2010. 277-298면.

은 아니다. 왜냐하면 성적 자기결정권은 그 권리의 성격상 특정인에 대하여 이를 포괄적으로 행사하는 것이 아니라 구체적인 경우에 매번 이를 개별적으로 행사하는 것이기 때문이다. 처는 혼인으로 인하여 남편에게 성적 자기결정권의 행사를 일단 유보하거나 완화된 것에 불과하다. 이는 상대가 자신의 의사와 인격을 존중하리라는 기대와 신뢰가 그 바탕에 자리하고 있기 때문이다.<sup>44)</sup>

그러나 대법원에서는 “혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로 성교행위를 한 경우 강간죄가 성립하는지 여부는 별론으로 한다”고 판시하여 명확한 입장을 밝히지 못하고 있다.<sup>45)</sup>

선진국의 경우 부부간의 강간이나 강제추행을 대부분 인정하고 있다.

미국은 부부 강간을 범죄로 다루고 있고 피해자는 민사소송도 낼 수 있다. 프랑스와 영국도 각각 1984년과 1991년 부부 강간을 인정했다. 독일은 1997년 형법 개정 과정에서 강간죄의 대상에서 ‘혼인 외 관계’ 조항을 삭제해 강간죄의 피해 대상에 아내를 포함시켰다.

#### 나. 부부강간에 대한 부정론과 잘못된 이해

##### (1) 부부강간 부정론

부부강간을 부정하는 논거로는 ① 민법 제86조 제1항에 의거 부부간에는 동거의 의무가 있다. 자신의 처에 대한 강간이 있을 수 없다. ② 혼인의 프라이버시의 권리는 그 내부에서 일어나는 행위에 대하여 법체계가 간섭할 수 없다. ③ 강간 발생의 증거가 어렵다. ④ 현행법으로 처리할 수 있고(강요죄 등) 발생이 미약하다. 등을 들 수 있다.

##### (2) 잘못된 이해

첫째, 부부강간에 대하여 잘못된 정보 습득이나 가부장적 인식론의 영향으로 무조건적으로 ‘부부 강간 범죄화’를 반대하는 경우가 있고, 범죄구성요건에

44) 부산지법 2009. 1. 16 선고, 2008고합808 판결.

45) 대법원 2009. 2. 12 선고, 2008도8601 판결.

대한 오해를 들 수 있다. 즉 그 대표적인 예로 부부강간의 구성요건을 '비동의'로 오해하는 것이다. 계속해서 합의에 의해 성관계를 맺어 온 부부간의 강간을 얘기할 때 단순 '비동의'를 기준으로 삼을 수 없다.

둘째, 강간 피해자로서의 남성이 문제이다. 남자가 당했을 때는 법적 보호가 미약하다고 주장하는데, '성적위해'를 정의할 때 '강제추행'과 '준강간'을 모두 포함하며, 가해자와 피해자를 모두 '배우자'라고 서술하고 있다. 이는 남성이 부인에게 성적 위해를 입었을 때도 법의 보호를 받을 수 있음을 뜻한다. 또한 이 '배우자'라는 정의는 국내에서 아직 부부 관계로 인정되고 있지 않지만 언젠가 동성 커플이 법적으로 인정받을 때 동성 커플의 부부 관계 양쪽 모두 법의 보호를 받을 수 있게 한다. 현행법으로 원하지 않는 성관계를 강제당한 남성은 '강제추행'에 기대어 보호받을 수밖에 없지만 강간죄의 객체가 '부녀'에서 '타인'으로 변화하여 남성의 성적 자기결정권도 강간으로부터 보호받을 수 있기를 기대한다.

#### 다. 소결

이상으로 부부간의 '성적행위'를 포함하는 가정폭력특례법 개정안에 포함된 '부부강간'에 대해 검토해 보았다. 현재 부부강간에 대한 정의는 내려져 있지 않기 때문에 이 법이 국회에서 통과가 된다고 해도 어떤 식으로 현실에 적용이 될지는 미지수이다. 현재 가정한 "폭행, 협박을 통한 강제적 성관계"라는 정의가 혼인 지속 의사와 관계없이 받아들여지기를 바란다. 부부 강간을 당한 배우자가 혼인은 지속하고 싶되 가해자 배우자의 행동을 수정하고 싶다면 이는 엄연히 가정폭력특례법 속에서 부부강간으로 처리되고 가해자 배우자의 행동은 교화되어야 할 것이다. 혼인을 지속하겠다는 의사는 강간을 수용하겠다는 의사와 다르다.

가부장적 사고방식이 팽배한 한국 현실에서 아무렇지도 않게 자행되고 있는 억압적이고 강제적인 성관계들이 조금씩 종식되어 나가기를 바라고, 유엔 인권위원회에서도 부부강간이 범죄로 규정되지 않은 한국현실을 우려했던 바, 사회 전반의 양성 평등에 관한 교육과 의식개혁이 필요하다.

아울러 폭행과 협박의 범위확대 및 저항요건의 완화를 통해, 부부강간뿐만 아니라 형법상의 강간죄 자체에 대한 변화와 반성이 필요하겠고, '부녀'라는 단어의 수정을 통해 남성, 트랜스젠더를 포함한 모든 사람이 성적피해를 입을 수 있는 강간의 객체로 규정되어야 한다.<sup>46)</sup>

### 3. 정당방위와 과잉방어의 경계선

성폭행하려는 남자에 대해 자신을 보호하려는 여성의 정당방위와 과잉방어의 경계선은 어디까지일까.

최근 서울고등법원에서는 자신을 성폭행하려는 남자를 흉기로 찔러 살해한 혐의로 1심에서 징역 2년6월의 실형을 선고받은 홍모씨(43.여)에 대해 1심을 깨고 무죄를 선고했다. 홍씨의 범죄사실은 지난 94년 10월 홍씨가 서울 마포구 공덕동 공덕시장내 식당에서 알고 지내던 趙씨와 함께 저녁을 먹고 귀가하다 趙씨 제의로 인근 건축공사현장 숙소로 함께 갔다가 趙씨가 자신을 강제로 성폭행하려고 덤벼들자 당황한 나머지 식칼로 어깨를 찔러 숨지게 했다는 것이다.<sup>47)</sup>

이에 대해 서울지법 서부지원 형사1부는 '아이를 출산한 경험이 있고 별거중인 홍씨가 성폭행 가해자인 趙모씨(52)와 저녁식사를 같이 함으로써 오판을 하도록 했으며 단지 성관계를 요구한 것을 두고 생명의 위협이 없는 팔, 다리가 아닌 다른 부위를 찌른 것은 잘못'이라며 과잉방어를 인정, 유죄를 선고했다.

반면 서울고법은 '홍씨가 자신을 강간하려던 남자의 어깨를 흉기로 찔러 과다출혈로 숨지게 한 것을 정당방위로 볼 수는 없으나 야산에 자신을 성폭행하려는 거구의 남자를 상대로 자신을 방어하는 과정에서 우발적으로 범행을 저지른 만큼 비록 과잉방어에 해당한다해도 처벌할 수는 없다'고 판결했다. 즉 서울고법은 홍씨의 행위가 정당방위는 될 수 없고 오히려 과잉방어에 해당한다고 인정하면서도 '자기 또는 타인의 법익에 대한 부당한 침해를 방어하기 위한 행위가 야간, 기타 불안스런 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로

46) 형법개정 연구회, 「형법각칙 개정안」, 한국형사정책 연구원, 2009. 12, 121-122면.

47) 연합뉴스, "성폭행 정당방위와 과잉방위의 경계선", 1996. 3. 26 일자.

인한 것인 경우 처벌하지 않는다'는 형법 21조(정당방위) 규정을 이례적으로 인용, 무죄를 선고했다.

일반적인 법감정은 洪씨 사건과 같은 유형의 사건에 대해 '유죄가 선고될 경우 과잉방어, 무죄가 선고될 경우 정당방위'라는 식의 이분법적인 평가를 내리고 있다.

이와 달리 서울고법의 이날 판결은 洪씨가 趙씨를 찔러 살해한 행위는 처벌을 받아야 하지만 당시 상황으로 볼 때 洪씨가 趙씨에게 경미한 부상을 입게 할 정도의 행위만을 할 것을 기대하기는 어려웠다는 것으로 책임조각 사유에 해당한다는 것. 책임조각 사유의 대표적인 예로는 미성년자 또는 정신병자가 흥기로 사람을 살해한 경우, 즉 사람을 죽여서는 안 된다는 점에 비춰볼 때 살해행위는 마땅히 처벌받아야 하나 미성년자나 정신병자에게 사람을 죽이면 안 된다는 책임능력을 요구할 수는 없다는 것이다.

따라서 이 판결이 성폭행에 대한 여성의 방어권을 보다 적극적으로 인정한 것이긴 하지만 성폭행에 대한 여성의 정당방위의 범주를 확대, 적용한 것이라고 판단하기엔 다소 선부른 감이 있다.

## Ⅵ. 입법론적 검토 및 결론

### 1. 입법론적 검토

정당방위 관련규정에 대하여 재검토 해보기로 한다.

#### 가. 지속적 위난 사례의 정당범위 규정의 편입 여부

통설은 '지속적 위난' 사례가 정당방위의 '현재의 침해'에 해당하지 않는다고 보며 이는 방어적 긴급피난의 문제로 해결해야 한다고 한다. 이에 반해 이는 입법적으로 해결하는 것이 좋다는 견해가 제기되었다.

하지만, 지속적 위난은 정당행위의 행위성 요건의 엄격한 해석에 부합하지

않으며, 이를 정당방위에 포함시킬 경우 자칫 정당방위가 남용될 염려가 있고, 지속적위난은 면책적 긴급피난으로 해결하는 것이 바람직하다는 점을 고려하여 지속적 위난의 사례를 정당방위 규정에 편입시키지 않는 것이 타당하다고 하겠다.<sup>48)</sup>

#### 나. '상당한 이유'의 구체화 문제

제21조 1항의 '상당한 이유'는 그 자체가 모호하고 추상적이기 때문에 이 점에서 '상당한 이유'를 구체화시킬 것인가의 문제가 남는다.

1992년 법무부(안)에서는 상당한 이유를 그대로 두면서 그 구체적인 적용원칙은 해석에 맡겨 둔 반면, 최근에 필요성의 원칙을 명문화하고 나머지 원칙들은 해석에 맡기는 것이 타당하다는 의견을 내놓는 학자도 있다.<sup>49)</sup>

그러나 이러한 기준을 세분화하여 조문화하는 것은 사실상 거의 불가능하며 이를 세분화해도 그에 대한 논란을 불식시킬 수 없기 때문에 '상당한 이유'를 그대로 나누는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>50)</sup>

## 2. 결론

대법원은 남자 두 사람이 인적이 드문 심야에 혼자 귀가중인 피해자 여자에게 뒤에서 느닷없이 달려들어 양팔을 붙잡고 어두운 골목길을 끌고 들어가 담벽에 쓰러뜨린 후 한 남자가 음부를 만지며 반항하는 옆구리를 무릎으로 차고 억지로 키스를 하므로 여자가 정조와 신체를 지키려는 일념에서 엉겁결에 갑의 혀를 깨물어 설절단상을 입혔다면 위법성이 결여된 행위라고 보았다. 그러나 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 그의 남자친구와 공모하여 범행을 준비하고 의붓아버지가 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 사

48) 전지연/이호중/이진국, "위법성 분야 개정방안", 「형사법연구」 제21권 제1호, 2009, 59-60면.

49) 이형국, 「형법상 위법성 관련 조문과 그 체계적 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2006, 71면.

50) 전지연/이호중/이진국, 전제논문, 60면.

회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다고 판단하였다. 또한 이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는데 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우에는 그 행위가 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없으므로 정당방위나 과잉방위에 해당하지 않는다고 보았다.

최근에 서울고등법원에서는 성폭행을 피하려다가 가해자인 남자를 사망에 이르게 한 사건에서 여자에게 상해치사죄를 인정했다. 이 여자는 위협을 피하기 위해 남자를 차에 매단 채 달아나다가 남자를 숨지게 했다. 법원에서는 피해자를 승용차에 매단 상태에서 차를 몰고 간 사실에 비추어 여자에게는 확정적인 고의는 없었지만 피해자가 위협에 처하게 될 것이라는 사실을 예견할 수 있었던 만큼 상해치사죄가 인정되며 피해자에 대한 대응방법이 정도를 초과했다고 판단했다.

물론 정당방위에 있어서 침해에 대한 방위는 사회상규에 비추어 상당한 정도를 넘지 않아야 인정될 수 있다. 그러나 정당방위는 개인의 법익에 대한 보호를 위해 인정되는 것이므로 성폭행을 고의적으로 감행하는 강간범에 대해 방위하는 여성의 입장에서 방위수단의 선택이 적정했느냐 하는 판단은 구체적인 행위상황에 비추어 특별히 상당성을 초과했다고 보여지지 않는 한 가급적 폭넓게 인정해 주어야 할 것이라고 생각한다. 일 대 일의 관계에서 남자로부터 강간을 당하는 상황은 그야말로 매우 위험하며 특수하기 때문이다. 그리고 부연할 것은 강간죄의 객체에 '부녀'가 아닌 '사람'으로 개정하여 앞으로 있을지도 모르는 현상에 대비해야 하겠다. 즉 부부강간, 남성 트랜스젠더를 포함한 모든 사람이 성적 피해를 입을 수 있는 강간죄의 객체가 되어야 한다.<sup>51)</sup>

그래야만 이러한 과정에서 일어나는 정당방위 문제도 폭넓게 검토해야 하기 때문이다.

51) 현재의 학설과 판례의 동향

- ① 처도 강간죄의 행위 객체가 될 수 있는가? 부부관계의 특수성을 고려하여 이를 부인하는 것이 다수설과 판례임
- ② 성전환 여성이 강간죄의 객체가 될 수 있는가?에 관해 판례는 부인하고 있다.

## 참고문헌

- 김일수/서보화, 「새로 쓴 형법각론(6판)」, 박영사, 2009.
- 김태영, “가정폭력에 의한 사회 윤리적 제한”, 「형사 판례의 연구」, 1997.
- 박상기, 「형법총론」, 법문사, 2009.
- 배종대/정승환, 「행형학」, 홍문사, 2011.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2009.
- 손동권, 「형법총론」, 을곡 출판사, 2005.
- 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996.
- 신동운, 판례백선, 「형법총론」, 경세원, 1997.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2009.
- 심영희, “성폭력의 실태에 관한 연구”, 「형사정책 연구」 1권 1호, 1990년 봄.
- 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2009.
- 이재상, 「형법총론」, 제5판, 박영사, 2011.
- 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2009.
- 전지연/이호중/이진국, “위법성 분야 개정방안”, 「형사법연구」, 2009년 봄.
- 정경자, “성폭력 피해 현황과 그 대책”, 「피해자학 연구」 2호, 1993.
- 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2008.
- 정현미, “과잉방위의 효과와 적용범위”, 「한국형사법학회의 신전개」, 이재상  
정년 기념 논문집, 2008.
- 조국, 「형사법의 성 편향」, 박영사, 2001.
- 최석윤, “정당방위의 사회 윤리적 제한”, 「형사판례의 연구 I」, 1997.
- 한인섭, “성폭력특별법과 피해자 보호: 그 문제와 개선점”, 「피해자학 연구」  
제5호, 1994.

Maurach/zipf, *strafrecht*, AT, BD,1.7, Aufl 1987.

Roxin, Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts, *Zstw.* 93. 70.



법무연수원, 「범죄백서」, 2011.

형법개정 연구회, 형법각칙 개정안, 한국 형사 정책 연구원, 2009년 12월.

[Abstract]

## Rape and the Legal Defense of Self-Defense

Lee, Bo-Young

*Professor, Hoseo Univ.*

Lee, Mu-Seon

*Completion of doctorate, Korea Univ.*

Recently the Supreme Court acknowledged a man killed by a woman trying to avoid sexual assault as death resulting from bodily injury. The woman drove off with the man hanging from the car to avoid the threat of sexual assault which resulted in his death. Although driving off with a man hanging on the car does not show conclusive intent, the Supreme Court decided that because the victim's life-threatening situation was foreseeable the reaction to the aggressor was excessive and the crime of death resulting from bodily injury is acknowledged.

This issue frequently arises between rape and self-defense cases. The article discusses the crime of rape and how related laws are developed, what they currently look like, and whether or not the crime of rape has been distorted by social recognition. Furthermore, after taking a closer look into the circumstances and limitations of self-defense, the article discusses issues such as battered woman syndrome, spousal rape, and the limits of self-defense and excessive self-defense, by introducing and analyzing related

cases of recent rape crimes. Finally, the article suggests a review of rape and self-defense related legislative points and tries to put forth an alternative measure.

**Key words** : Rape, Self-defense, Spousal rape, Excessive self-defense, Probable cause