

일반인의 정당방위 판단: 한국, 일본, 미국 법문화의 영향

성 유 리¹⁾ 若林 宏輔²⁾ JongHan Kim³⁾
Cynthia Meyersburg³⁾ 박 광 배^{1)†}

¹⁾충북대학교 심리학과

²⁾College of Comprehensive Psychology, Ritsumeikan University

³⁾Department of Psychology, Coastal Carolina University

법의 질서를 침해하였는가에 대한 위법성 고려는 법이 존재하는 이유와 목적을 반영한다. 한국과 일본은 사회의 질서안정과 개인의 권리보장을 법의 주목적으로 하는 반면, 미국의 법은 개인의 인권과 자유를 보장하는데 집중한다. 법의 기능과 목적은 역사 및 문화와 결합되어 법문화가 되고, 국민은 각 문화에서 더 가치 있게 여기는 법의 기능을 암묵적으로 학습하였을 가능성이 있다. 본 연구에서는 배심원이 문화에 따라 다른 법기능을 중심으로 피고인의 유무죄를 판단할 것이라 예측하였다. 본 연구는 일반인이 정당방위를 주장하는 사건을 판단할 때 법의 기능에 따른 법문화의 영향을 확인하고자 한국인 202명, 일본인 64명, 미국인 190명을 대상으로 진행되었다. 실험 결과, 미국인이 한국인과 일본인에 비해 정당방위를 유의하게 높은 비율로 인정하였고, 한국인과 일본인 간에 차이는 없었다. 이러한 결과는 동양의 한국과 일본, 서양의 미국 간에 서로 다른 법문화가 존재하며, 법문화에 따라 일반인의 정당방위 판단이 달라질 수 있음을 시사한다.

주요어 : 법문화, 법기능, 정당방위

† 교신저자 : 박광배, 충북대학교 사회과학대 심리학과, (28644) 충북 청주시 서원구 충대로 1
Tel : 043-261-2195 / E-mail : kwangbai@chungbuk.ac.kr

모든 나라에서 법이 존재하는 이유는 국민의 권리를 보호하고 사회를 안정시키기 위함이다. 그러나 각기 다른 역사적 배경을 가지고 발전해온 각 나라에서 법은 두 가지 기능 중 한 가지를 더 우선시할 수 있으며, 때때로 법정에서는 법의 두 기능에 동일한 가치를 부여할 수 없는 사건들이 존재한다. 예를 들어, 피해자를 살해한 행위가 자신을 보호하기 위한 정당방위였음을 주장하는 피고인의 경우, 피고인의 권리를 고려한다면 자신을 방어하기 위한 행위이므로 무죄가 될 것이고, 사회의 안정을 고려한다면 피해자가 사망에 이르게 하였으므로 유죄가 될 것이다. 법의 두 기능이 충돌하는 상황에서 판사 혹은 배심원은 가치를 더 부여할 기능을 선택해야 한다. 법문화는 판사 혹은 배심원의 법적 판단에 영향을 미칠 가능성이 있다. 법문화는 각 나라에서 중시하는 법의 기능이 역사 및 문화와 결합되어 만들어지며, 일반인이 생각하는 법에 대한 상식이나 신념에 영향을 미친다고 이해할 수 있다.

법의 기능(function of law)과 법문화

법문화는 법적으로 지향되는 사회적 행동과 태도의 안정적인 형태로 설명하며, 법의 역할과 기능이 사회 및 국가에 따라 다른 점을 이해하기 위해 발전해왔다(Nelken, 2004). 따라서 각 나라에서 법이 발전한 역사와 각국의 형법 조항을 들여다보는 것으로 법문화와 각 나라에서 우선시하는 법의 기능을 유추할 수 있다. 동아시아의 법제도는 Rex Lex(왕이 법이다)로 특징되는 로마법을 계승한 대륙의 시민법(civil law)을 근간으로 한다(Rutherford, 2000). 시민법이 유입되기 이전에는 효와 충을

중시하는 유교사상으로 백성을 다스렸다. 따라서 유교전통과 시민법 전통에서는 덕망있는 지도자에 의해 계급과 사회가 평온하게 안정되고, 전체 사회의 질서를 완벽하게 예측하고 유지할 수 있는 것으로 이해되어 왔다(Chu, Diamond, Nathan, & Chin, 2008). 유교적 법개념은 한국의 형법에도 남아있다. 예를 들어, 직계 가족을 살해한 경우, 자식이 부모를 살해하면 존속살해(대한민국 형법 제250조)로 일반 살인보다 가중 처벌되지만 부모가 갓난 자식을 살해하면 영아살해(대한민국 형법 제251조)로 일반 살인보다 감경 처벌된다. 일본의 형사소송법 1조 1항에서는 형사사건에 대한 형사소송법의 목적은 사회복지를 유지하고 개인의 기본적인 인권을 보장하면서 사건의 진상을 밝히고, 형법과 조례를 신속하고 적절하게 인지 및 적용하기 위함(刑事訴訟法 第一編 總則 第一條. この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用實現することを目的とする。)이라고 형사법의 목적을 명시한다. 한국의 경우에는 형사소송법에 입법목적이 명시되어있지 않지만, 입법 배경을 통해 유추할 수 있다. 한국의 형사소송법의 근간은 일제강점기 때 개정된 의용형사소송법에서 찾을 수 있으며, 이 후 개정되는 과정에서도 일본 형사법학의 영향을 받았으므로(최종고, 1980; 김혜경, 2014), 한국의 형사소송법이 일본의 형사소송법 입법목적과 내용이 다르지 않을 것이라 추론할 수 있다. 정리하면, 한국과 일본의 법문화에서는 기존 사회의 안정과 질서유지, 집단의 존속이 개인의 자유와 권리만큼 중요한 가치로 인식된다.

미국은 영국과 더불어 대표적인 보통법

(common law) 국가이다. 보통법 제도는 왕의 절대 권력을 제한하고 인권을 보장하기 위한 혁명의 결과인 대헌장(Magna Carta)과 권리장전(English Bill of Right)에서 비롯된 만큼 보통법 국가에서 개인의 자유와 권리의 보장은 중요한 이념이다. 미국의 형사소송법 목적도 보통법 역사에서 중시하는 사상과 일치한다. 수정헌법 제5조(5th Amendment)는 미국 권리 장전의 일부로 연방정부를 규율하며 형사사건에서 지켜져야 할 몇 가지 원칙을 포함한다. 그 중 한 가지는, 적법절차 없이 생명, 자유 또는 재산을 박탈해서는 안 된다(No person ... shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law)는 내용이다. 각 주에서 시민의 권리를 규정한 수정헌법 제14조 제1절에서도 동일한 내용을 포함하고 있다(Section 1, 14th Amendment to the United States Constitution). 어떤 주도 적법절차 없이 개인의 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없다(No State ... shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law)는 것이다. 미국 헌법의 적법절차 조항을 살펴보면 국가와 주, 타인으로부터 개인의 권리를 보호해야 한다는 내용만 포함되어 있고, 일본과 한국에서 강조하는 사회의 안정과 질서유지는 언급되지 않는다. 미국의 수정 헌법 전문에도 사회의 질서나 국가의 공익을 위한 원칙은 규정되어 있지 않다. 오히려 공익을 위해 정당한 보상 없이 개인의 사유재산을 취해서는 안 된다는 내용(5th Amendment) 등이 포함되어 있을 뿐이다. 즉, 한국과 일본의 형사법이 추구하는 궁극적 목적이 사회질서의 유지와 개인의 권리를 동시에 보호/보장하는 것이라면, 미국의 법은 개인의 자유와 자율을 포함하는 기본권을 최우선으로 보호할 목적을

가질 가능성이 높다.

정당방위

범죄구성요건이 모두 충족되더라도 위법성이 부인되는 상황이 있다. 위법성 조각사유라 불리는 이 상황에는 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙 등이 포함된다(형법 제20조-제24조). 그중 정당방위는 잘 알려진 대표적인 위법성 조각사유다. 상해나 살인 등 보편적으로는 위법에 해당되는 행위가 있었음에도 처벌받지 않는 정당방위 적용은 위법행위를 처벌한다는 형법의 목적에 반한다고 볼 수도 있다. 그러나 이러한 정당방위를 인정하는 이유 역시 법의 목적 중 하나이다. 개인의 자유와 인권을 보장하는 것이다. 대한민국 헌법 제10조에서도 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가지고 있다고 명시한다. 정당방위 법은 본인이나 타인의 법익을 보호하기 위해 최소한의 방어를 했음에도 불구하고 발생한 불법적인 결과의 정당성을 인정해주는 것이다.

각 나라에서 중시하는 법의 기능과 법문화는 위법성 조각을 대하는 배심원의 태도에 영향을 미칠 수 있다. 일본의 형법 36조에서는 급박부정(不正)한 침해로부터 자기 또는 타인의 권리를 방위하기 위하여 부득이하게 행한 행위를 별하지 아니한다고 정당방위를 정의하였다(법무부, 2007). 한국과 미국의 정당방위도 사용한 언어만 다를 뿐, 그 의미는 동일하다. 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다(형법 제 21조 제 1항). 타인의 불법적이고 즉각적인 폭력의

명백한 위협으로부터 자신을 방어하기 위해 합리적인 수준에서 필수적인 힘을 사용할 권리가 있다(Brody & Acker, 2014). 여러 나라에서 정당방위는 급박한 상황에서 부당한 침해가 있을 때, 이를 방위하는데 사용된 (살인이나 상해 등과 같은) 불법 행위가 합리적이라면 처벌하지 않는다고 정의한다. 여기서 벌하지 않는다는 것은 단순히 정상을 참작한다는 의미가 아닌, 행위를 위법하지 않고 정당하며 자신 혹은 타인을 방어할 권리로 인정한다는 것을 의미한다(Baron, 2005; Malone, 2009).

정당방위 법을 다시 살펴보면, 정당방위 인정을 위한 요건들은 모두 피고인 행위의 상황적인 사유를 묻는다. 정당방위에서는 피고인에게 범죄의도가 있었는가를 묻지 않는다. 당시 피고인의 입장에서 방위된 법익이 정당한 것인가, 외적 침해가 실제로 부당하였는가, 부당한 침해가 객관적으로 위급하고 긴박한가, 보편적인 관점에서 보았을 때 침해를 벗어나거나 막기 위한 방위의 수단과 정도가 객관적으로 인정될 수 있는가(방위 정도의 상당성)를 판단한다(이용식, 1995; 손해목, 1996; Greenwald, Tomkins, Kenning, & Zavodny, 1990; Grumer, 2004).

정당방위 인정을 위해서는 상황적인 요소만을 고려함에도 한국에서 정당방위가 인정되는 판례는 매우 드물다. 정당방위 인정이 되지 않은 가장 많은 이유는 상당성이 충족되지 못했기 때문이다. 정당방위 법은 여러 방위수단 가운데 가장 경미한 수단을 사용하여 가장 경미한 방법을 사용하여 방위할 것을 요구한다(최석운, 2002). 예를 들어, 한국에서 이혼소송 중인 남편이 아내를 찾아와 가위로 폭행하고 변태적인 성행위를 강요하자, 아내가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망케 하였는데 법원은

방위행위가 그 정도를 초과한다는 이유로 정당방위를 기각하였다(대법원 2001.5.15. 선고 2001도1089). 한국과 같은 시민법 전통이 있는 독일의 경우, 남편의 폭행을 피하기 위해 우산으로 아내가 남편의 머리를 찔러 사망케 한 사건에서 독일연방법원은 상당성을 초과하였다는 이유로 정당방위를 인정하지 않았다(BGH NJW 1969, 802).

상당성의 인정에도 시민법과 보통법 국가 간에 차이가 있다. 미국의 주 형법 중 하나인 캐슬 독트린(Castle doctrine)은 자신의 집에 침입한 제삼자에게 물리적 행사를 허용한다. 캐슬 독트린의 적용은 정당방위와 마찬가지로 매우 엄격하지만 정당방위보다 상당성의 범위가 넓다. 1970년도 콜로라도 주에서 집에 들어온 10대 강도가 집밖으로 도망 나가자 69세 노인이 총으로 쏘 사망에 이르게 한 사건이 있었는데 주 정부는 노인을 살인 혐의로 기소하지 않았다. 한국에서 집에 들어온 절도범이 도망가려하자 이를 저지하며 폭행하는 가운데 뇌사에 이르게 한 사건이 있었다. 대법원은 도망가려는 피해자(정당방위 성립요건 중 긴박성 부재)가 이미 쓰러졌는데도 연달아 때린 행위(상당성 초과)는 정당방위나 과잉방위로 인정할 수 없다고 원심의 유죄판결을 확정하였다(대법원 2016.5.12. 선고 2016도2794). 미국의 모든 주에서 캐슬 독트린을 허용하는 것은 아니지만, 일부 주에서 상당성을 인정하는 범위가 한국에 비해 넓다고 유추할 수 있다.

배심원의 판단

대한민국의 배심원은 법정에서 제시되는 증거들을 기반으로 사실관계를 판단하고, 피고인의 유죄 혹은 무죄를 평결하며, 피고인이

유죄일 경우 죄에 상응하는 양형을 제시해야 한다. 일본의 재판원제도에서는 일반인(재판원) 6인과 판사 3명이 함께 피고인의 유죄·무죄와 양형을 결정한다. 미국의 배심원은 양형 절차에 참여하지 않을 뿐, 한국의 배심원과 동일한 법적 판단을 한다.

판단결정이론은 배심원이 여러 증거와 판사의 설시, 검사의 논고와 변호사의 변호를 토대로 피고인의 범죄사실을 판단하기까지 일어나는 인지과정을 설명한다. 대표적인 이론은 이야기모형(Story model; Pennington & Hastie, 1991, 1992, 1993)으로 배심원들은 사건 발생 순서대로 사건을 이야기(story)로 구성하면서 재판절차에서 제시된 증거들의 가치를 결정한다. 이야기를 형성하는 과정에서 배심원은 사전 지식과 신념을 기반으로 증거를 추론하고, 시·공간 상 떨어져 있는 증거 간의 비어있는 틈을 채워 넣어 하나의 이야기를 원활하게 만든다(Devine, 2012). 사회인지모형(Social Cognitive Models)에서는 배심원이 삶의 경험을 통해 많은 법적 개념을 직관적으로 이해하게 되는데, 이렇게 습득한 상식적인 법이 실제 법과 일치한다는 상식적인 공정성(Commonsense Justice: Finkel, 2000, 2001; Finkel & Groscup, 1997)과 사건 및 피고인과 관련된 고정관념은 법을 뛰어넘어 배심원의 판단에 영향을 미친다는 포괄적인 편견(Generic Prejudice: Vidmar, 1997, 2002, 2003)이라는 두 이론적 틀로 배심원의 판단을 이해한다. 다시 말해, 배심원은 특정 범주의 사람과 사건과 관련하여 편견이나 신념을 가지고 개인의 경험 및 사전 지식으로 재판에서 주어지는 정보를 판단하게 된다(Devine, 2012).

판단결정이론은 배심원의 신념과 지식, 경험 등이 피고인의 유무죄 판단에 영향을 미친

다고 설명한다. 법의 기능이 법문화가 되어 배심원의 신념, 지식, 경험 등에 녹아있다면, 동아시아의 배심원은 법이 개인의 권리를 보장할 뿐만 아니라, 사회의 질서를 유지해야 한다고 생각할 수 있다. 미국의 배심원은 법의 최우선 기능은 개인의 권리를 보장하고 지키는 것이라 생각할 수 있다. 성유리, 김종환, Meyersburg, 박광배(2013)의 연구에서는 한국인과 미국인이 정당방위 사건을 판단할 때 법문화 혹은 사회심리학에서 널리 알려진 문화간 귀인양식에 영향을 받는지 알아보았다. 동양인에 비해 서양인은 타인의 행위에 대해 명백한 상황적 요인이 존재하더라도 내적 요인에 귀인하여 행위의 이유를 판단하는 근본귀인오류(Fundamental attribution error: Ross, 1977)를 범하는 경향이 강한 것으로 알려져 있다(Choi & Nisbett, 1998; Hung, Chiu, & Kung, 1997; Ji, Peng, & Nisbett, 2000; Masuda & Kitayama, 2004; Markus & Kitayama, 1991a, b; Morris, 1993; Morris, Nisbett, & Peng, 1995; Morris & Peng, 1994; Zebrowitz, 1990). 귀인양식에 따르면 미국인들은 한국인들보다 정당방위 인정율 덜 했어야 하지만, 피고인에게 상당한 정당방위 상황이 없었음에도 90%가 넘는 미국인이 피고인의 정당방위 주장을 받아들였다. 반면, 한국인은 피고인의 정당방위 주장이 타당할 정도로 상당한 상황적 요인이 있었음에도 약 50%가 피고인에게 살인죄가 적용된다고 판단했다. 미국인의 정당방위 인정률이 높은 이유는 법적 판단시에는 귀인양식의 차이보다 국가간 법문화의 차이가 더 강력한 영향을 미치기 때문으로 해석할 수 있다(성유리 외, 2013). 보통법 제도가 발달한 미국에 사는 사람들은 정당한 방위가 성립하기 위한 상황적 요건이 부재하는 상황에서도 법의 일차적 기능이 개

인의 자유와 권리를 보호하는 것으로 생각하여 정당방위를 상대적으로 쉽게 인정했을 가능성이 높다(성유리, 2013). 그러나 한국인과 미국인을 대상으로 실험한 하나의 결과를 가지고 법문화 전체를 정의하기에는 무리가 있다. 따라서 본 연구에서는 시민법에 근간을 둔 다른 동아시아 국가인 일본인을 대상으로 정당방위를 주장하는 피고인의 유죄 혹은 무죄를 평결할 것이다. 성유리 외(2013)에서 시사된 것처럼, 일본인의 정당방위 판단이 동일한 시민법 법문화를 공유하는 한국인의 판단과는 차이가 없고, 보통법 법문화를 지닌 미국인의 판단과는 차이가 있는지를 비교한다. 세 나라의 정당방위 인정비율을 통해 각 나라의 법 기능이 일반인들의 상식적인 법 신념과 상응한다는 것을 검증하는 것이 본 연구의 목적이다.

방 법

참가자

한국, 일본, 미국에서 본 연구에 참여한 전체 456명의 실험참가자 중 남성은 208명, 여성은 243명이었고, 5명은 성별을 밝히지 않았다. 한국 참가자는 충북대학교에서 심리학 관련 교양 및 전공과목을 수강하는 학생으로 연구윤리위원회(IRB) 심의를 거쳐 학내 참가자 모집 홈페이지를 통해 모집되었다. 참가자의 평균 연령은 만 22.11세(범위 19~32)였고, 남자 103명, 여자 99명으로 총 202명이 실험에 참여하였다. 미국 참가자는 190명(남자 73명, 여자 112명, 성별 무응답 5명)이었고, 평균연령은 20.42세(범위 16~43)였으며, 미국에 위치

한 Coastal Carolina University에서 심리학 관련 교양 및 전공과목을 수강하였다. 미국 참가자 전원은 미국에서 태어나 성장하였다. 일본 참가자는 64명(남자 32명, 여자 32명)으로, 평균 연령 21세(범위 18~58)였고, 일본의 Ritsumeikan University에서 심리학 관련 과목을 수강하였다. 본 연구는 배심원을 수행하게 될 일반인의 법적 판단을 확인하려는 목적을 가지므로 법학, 경찰학 등 법 관련 전공생은 연구 모집단계에서 제외되었다.

실험조건

본 연구의 독립변인은 총 세 가지이다: 국가, 사건종류, 현재성 유무. 국가는 동서양의 법문화적 특성이 정당방위 인정에 영향을 미치는지 알아보기 위한 것으로 한국, 미국, 일본 삼 개국에서 참가자를 모집하였다. 사건종류는 살인사건과 상해사건으로, 범죄의 강도에 따라 정당방위 인정에 차이가 있는지 알아보기 위해 조작하였다. 마지막으로 현재성 유무는 선행연구에서와 같이 정당방위 성립 요소에 해당하는 현재성 요소를 조작하였다(성유리, 박광배, 2012; 성유리 외, 2013). 현재성은 정당방위가 성립되는 상황적 요소 중 하나로, 피고인의 방위 행위가 피해자로부터 침해가 지속되고 있는 순간에 행해졌는지를 판단한다. 상황이 긴박하였는가, 피고인이 선택한 방위 행위 외에 다른 방법은 없었는가 등과 같이 법적으로 고려해야 하는 다른 상황적 요소에 비해 현재성은 존재여부를 판단하는 기준이 명확하므로 정당방위 성립이 되는 상황과 그렇지 않은 상황을 조작하기에 적합하다. 본 연구에서는 피해자로부터의 침해가 지속되고 있었는지 여부로 현재성이 존재하는 조건(유)

과 부재하는 조건(무)으로 조작하였다.

시나리오

성유리 외(2013)가 사용하였던 사건 시나리오 중 영문 시나리오를 일본어로 번역한 후 일본어 시나리오를 다시 한국어로 번안하는 절차를 걸쳐 내용이 동일한 한국어, 일본어, 영어 시나리오를 제작하였다. 시나리오에 사용된 살인사건과 상해사건은 모두 실제 대한민국에서 피고인이 정당방위 혹은 과잉방위를 주장했던 사건을 재구성 하였다(청주지방법원 2009고합145; 대판 1986.10.14, 86도1091). 살인사건의 경우, 정당방위 현재성이 있는 조건에서는 피고인이 오래된 여자친구와 그녀의 내연남과 우연히 대면한 상황에서 내연남이 다른 남자친구가 있다는 사실에 분노하여 여자를 살해하려 하자 피고인이 주변에 있던 의자를 들어 일회 가격하였고, 그 자리에서 피해자가 즉사하였다. 현재성 부재 조건에서는 피해자가 분노하여 여자와 피고인을 구타한 후에 방을 나서자 피고인이 의자를 들고 따라나가 일회 가격하여 살해하였다. 현재성이 존재하는 상해사건에서는 피고인의 아버지에게 트럭을 몰고 운전하는 피해자를 멈추기 위해 피해자를 삼회 가격하여 상해를 입혔으며, 현재성이 부재하는 조건에서는 피해자가 트럭운전을 멈춘 후에 피고인이 피해자를 삼회 가격하였다.

실험절차 및 분석

실험은 한국, 미국, 일본의 각 대학의 실험실, 연구실, 혹은 강의실에서 오프라인으로 진행되었다. 참가자는 연구의 목적을 먼저 읽은

후, 네 종류의 시나리오 중 하나를 무작위로 읽었다. 그 후, 종속변인이 되는 피고인의 유죄 혹은 무죄 여부를 판단하였으며 설문에 응답하는 동안 재판 시나리오를 다시 읽을 수 있었다. 실험에는 약 15분의 시간이 소요되었으며 실험 전반에 걸쳐 연구자의 피드백을 제한하였다.

분석에 앞서 정당방위 인정에 개인 특성(성별, 연령)의 영향을 확인하기 위해 국가를 통제한 뒤, 네 개의 실험 조건(살인+현재성 유, 살인+현재성 무, 상해+현재성 유, 상해+현재성 무)에서 성별과 연령에 따라 정당방위 인정에 차이가 있는지 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. 살인 및 현재성 무 조건에서는 성별에 따라 정당방위 인정률에 차이가 있었고(Wald $\chi^2 = .215$, $p = .016$), 상해 및 현재성 유 조건에서는 연령에 따라 정당방위 인정률에 차이가 있었다(Wald $\chi^2 = .271$, $p = .002$). 살인사건이며 현재성에 성립되는 현재성 유 조건과 상해사건이며 현재성이 성립되지 않는 현재성 무 조건에서는 성별과 연령에 따른 유의한 차이가 나타나지 않았다. 성별과 연령에 따른 정당방위 인정 차이가 일정한 방향성이 없으므로 인구통계학적 특성을 통제한 뒤 Mplus 프로그램을 사용하여 분석을 진행하였다.

결 과

한미일의 정당방위 인정

각 실험조건에서 피고인의 정당방위 주장을 인정한 참가자의 비율이 표 1에 제시되었다. 표 1의 비율들에서 가장 두드러진 특징은 미국인의 판단이다. 모든 조건에서 미국인의 정

표 1. 정당방위 인정 비율(%)

국가	사건종류	현재성	N	정당방위 인정 (%)
미국	살인	유	48	93.8
		무	50	82.0
	상해	유	50	94.0
		무	42	64.3
한국	살인	유	51	54.9
		무	51	27.5
	상해	유	50	66.0
		무	50	42.0
일본	살인	유	16	50.0
		무	17	47.1
	상해	유	16	56.3
		무	15	20.0

정당방위 인정비율이 한국인과 일본인의 정당방위 인정비율에 비해 현저하게 높았다. 또 다른 특징은 한국인은 살인사건에서 현재성 존재 유무에 따라 정당방위 인정비율에 차이가 나타나는 것과 달리, 미국인과 일본인의 정당방위 인정비율은 현재성이 존재하는 조건과 부재하는 조건 간에 차이가 거의 없었다(미국: 93.8% v. 82%, 일본: 50% v. 47.1%).

정당방위 판단에 대한 국가, 사건종류, 현재성의 효과

정당방위 판단에 대한 사건종류, 현재성, 국가의 효과를 산출하기 위해 중다로지스틱분석(Multiple logistic analysis)을 하였다. 현재성 변인은 현재성이 존재하는 경우 0으로 부재하는 경우는 1으로 코딩하였다. 국가 독립변인은 세 범주변인으로 구성되어 있으므로(한국, 일

본, 미국), 회귀분석을 위해 2개의 직교적 대비변인(contrast variable)으로 코딩하였다. 대비변인 1(dummy 1)은 서양과 동양을 비교하는 변인으로 미국을 -2로 한국과 일본을 각각 1로 코딩하였다. 대비변인 2(dummy 2)는 동양의 두 국가 간에 차이가 있는지를 비교하는 변인으로 미국을 0, 한국을 -1, 일본을 1로 코딩하였다. 반응변인(response variable)인 정당방위 판단은 정당방위를 인정한 경우 0, 인정하지 않은 경우 1로 코딩하였다.

로지스틱 회귀분석 결과(표 2), 정당방위 판단에 대한 국가(서양 v. 동양)의 주효과(Wald $\chi^2=2.90$, $p=.004$)와 현재성(유 v. 무)의 주효과(Wald $\chi^2=3.56$, $p<.001$)가 유의미하였다. 동양인이 서양인보다 피고인의 정당방위 주장을 받아들일 오즈비(odds ratio)가 두 배 낮았고[OR 2.05, 95% CI 1.26-3.32, $p=.004$], 정당방위 성립요건인 현재성이 존재할 때, 부재할 때보다

표 2. 정당방위 판단에 대한 국가, 사건종류, 현재성의 효과

효과	B	SE	Wald χ^2	p	Odds ratio	95% CI for OR
사건종류	0.03	0.39	0.07	.941	1.03	0.48-2.21
현재성	1.39	0.39	3.56	.000	4.02	1.87-8.64
Dummy 1	0.72	0.25	2.90	.004	2.05	1.26-3.32
Dummy 2	0.41	0.28	1.47	.141	1.50	0.87-2.59
사건종류×현재성	-0.39	0.48	-0.80	.426	0.68	0.26-1.76
사건종류×Dummy 1	0.21	0.19	1.11	.266	1.24	0.85-1.80
사건종류×Dummy 2	-0.50	0.33	-1.54	.122	0.61	0.32-1.15
현재성×Dummy 1	-0.26	0.27	-0.95	.340	0.78	0.46-1.31
현재성×Dummy 2	-0.13	0.32	-0.42	.676	0.87	0.47-1.64

주. 모형 우도비 카이자승(likelihood ratio χ^2)=123.59, $p < .001$

일반인이 정당방위를 인정할 오즈비가 네 배 높았다[OR 4.02, 95% CI 1.87-8.64, $p < .001$]. 사건종류 따른 정당방위를 인정하는 비율에는 차이가 없었고(Wald $\chi^2 = 0.07$, $p = .941$), 한국인과 일본인의 정당방위 인정에도 차이가 없었다(Wald $\chi^2 = 1.47$, $p = .141$). 동서양과 현재성 존재 여부 상호작용은 유의하지 않았고(Wald $\chi^2 = -0.95$, $p = .340$), 동양국가 간과 현재성 여부에 대한 상호작용도 유의하지 않았다(Wald $\chi^2 = -0.42$, $p = .676$).

논 의

본 연구에서는 피고인이 정당방위를 주장하는 사건에서 한국, 일본 및 미국의 일반인들의 판단을 비교하여 배심원의 정당방위 판단에 법문화가 영향을 미치는지 검증하였다. 일반인은 정당방위 성립요건이 충분한 조건에서 그렇지 않은 조건에 비해 정당방위를 더 높은

비율로 인정하였고, 미국인이 한국인과 일본인에 비해 정당방위를 더 높은 비율로 인정하였다. 한국인과 일본인 사이에는 전반적인 정당방위 인정, 사건종류에 따른 차이, 현재성 여부에 따른 차이도 나타나지 않았다.

미국인이 한국인과 일본인에 비해 정당방위 인정을 더 많이 한다는 결과는 성유리 외(2013)에서 보통법을 근간으로 하는 법전통을 지닌 미국인이 시민법 근간의 법전통을 지닌 한국인에 비해 정당방위를 월등히 인정한다는 결과와 일맥상통한다. 모든 조건에서 미국인이 한국인과 일본인에 비해 정당방위를 월등히 많이 인정했고, 정당방위의 현재성이 존재하여 정당방위 인정이 합리적인 상황에서도 한국인과 일본인의 절반가량만이 정당방위를 인정한 반면, 대부분의 미국인은 정당방위를 인정했다. 군주의 절대 권력을 제한한 대헌장과 국가로부터 개인의 권리를 천명한 권리장전(Bill of Right)에서 비롯된 보통법은 미국의 법제도의 근간이다. 따라서 미국에 사는 사람

들은 법의 최우선 기능이 개인의 자유와 권리를 보장하는 것으로 판단하여 정당방위 성립요건 중 하나인 현재성이 부재한 상황에서도 피고인의 정당방위 주장을 유효히 인정했을 가능성이 높다. 한국과 일본의 법제도는 시민법을 근간으로 하며, 위계질서를 유지하고 사회의 안정과 질서유지를 우선하는 유교사상이 혼재되어있으므로 한국인과 일본인이 정당방위를 엄격하게 인정하는 양상은 사회질서 유지를 개인의 권리만큼 중시하는 시민법의 목적과 일치한다고 해석할 수 있다.

생명의 존엄성을 평가하는 차이를 통해서도 한국, 일본의 일반인이 판단한 정당방위 인정비율이 미국의 일반인에 비해 매우 낮은 현상을 설명할 수 있다. 예를 들어, 자기 또는 타인의 법익을 향한 위난을 피하기 위해 관련 없는 제삼자에게 손해를 입히게 되는 긴급피난(형법 제 22조)을 판단할 때, 시민법은 생명을 수량화하고 계산하는 것을 허용하지 않는다(이상돈, 홍승희, 2010). 시민법 전통을 대표적으로 따르는 독일의 형법 제34조에서도 많은 사람들의 생명일지라도 단 한 사람의 생명보다 더 많은 비중을 두어서는 안 된다고 명시한다(인간생명에 대한 계산금지원칙). 보통법에서도 생명을 계산하는 것을 회의적으로 보는 것이 지배적이지만 대체적으로 인간생명의 계산을 단언적으로 거부하지는 않는다(Katz, 1987). 법학자들의 주장은 긴급피난에 국한되어 논의되었지만, 생명의 존엄성을 바라보는 시민법과 보통법 간에 차이가 정당방위 상황에도 적용된다고 추론할 수 있다. 시민법 전통의 한국인과 일본인은 모두의 생명은 존엄하며 각 개인의 생명 존엄성을 계산할 수 없는 가치로 여겨 어떤 상황에서도 타인의 생명에 위해를 가해서는 안 된다고 인식하기

때문에 정당방위를 엄격하게 인정한 것으로 생각된다.

로지스틱 회귀분석에서는 사건종류와 현재성 유무에 따른 동서양(Dummy1)의 정당방위 인정비율 차이와 한국인과 일본인 간(Dummy2)에 정당방위 인정비율 차이가 유의하지 않은 것으로 나타났으나 표1에 제시된 수치를 보았을 때 정당방위 인정비율 차이에 해석의 여지가 있다. 미국인과 일본인의 경우, 사건이 중한 살인사건에서 현재성의 존재유무와 상관없이 비슷한 정당방위 인정비율을 보인 반면(미국인: 93.8 v. 82.0, 일본인: 50.0 v. 47.1), 가벼운 상해를 입힌 상해사건에서는 현재성이 부재할 때 눈에 띄게 낮은 정당방위 인정비율을 보였다(미국인: 94.0 v. 64.3, 일본인: 56.3 v. 20.0). 한국인은 살인사건과 상해사건 모두에서 현재성이 부재할 때 정당방위 인정비율이 더 낮았는데, 살인사건에서 현재성 유무에 따른 정당방위 인정비율의 차이가 더 컸다(54.9 v. 27.5). 성유리 외(2013)에서는 사건의 경중한 정도에 따라 한국인과 미국인이 정당방위를 인정하는 비율에 차이가 있는 결과를 사회질서를 지키는 것이 법의 주된 기능이라고 믿는 한국인은 중한 사건의 피고인을 잠재적으로 사회질서에 위협이 된다고 판단하여 정당방위 현재성이 존재하는 경우에 피고인의 정당방위 주장에 더 배타적인 입장을 취한 것이라 추론하였다. 반면에 개인의 권리를 지키는 것이 법의 주된 기능이라고 믿는 미국인은 중한 범죄 혐의일수록 잘못된 유죄판결은 피고인의 자유와 권리를 침해할 우려가 크다고 판단하여 현재성이 부재하는 경우에도 정당방위를 더 쉽게 인정한 것으로 해석하였다(성유리 외, 2013). 선행연구의 해석을 적용하면 일본인은 현재성이 존재하는 살인사건에서 동일한 조건

에 응답한 한국인과 비슷한 정당방위 인정비율을 보였으므로, 일본인은 살인과 같은 중한 사건에서 사회질서를 유지하기 위해 피고인의 정당방위 주장을 엄격하게 인정한 것으로 여겨진다. 동시에 일본인은 미국인처럼 현재성이 부재하는 살인사건에서도 현재성이 존재하는 사건과 비슷한 수준의 정당방위 인정비율을 보였는데, 이 결과는 일본인이 그릇된 유죄판결로 피고인의 자유와 권리를 침해하게 될 것을 염려하는 것으로 추론된다. 즉, 일본인은 법의 주된 기능으로 사회의 질서를 유지하기 위함을 추구하며 동시에 개인의 권리와 자유를 수호하는 것도 사회질서유지만큼 중요한 기능으로 인식할 가능성이 있다. 그러나 본 연구에서 일본인 참가자의 수가 적으므로 일본인은 두 가지 법의 기능을 동시에 고려한다고 단정하기에는 무리가 있다.

본 연구에서 한국인들의 정당방위 인정률이 낮았던 결과와는 달리, 정당방위의 제한적인 적용에 관하여 국민들의 부정적 인식이 있다. 집주인이 집안에 침입한 도둑을 때려 제압하였고, 결국 도둑은 뇌사로 사망한 사건에서 법원은 집주인의 폭행에 도망가려는 절도범을 집주인인 피고인이 잡아 다시 폭행한 점 등이 재산을 보호하기 위한 방위의 수준을 넘을 뿐 아니라 과잉방위의 수준도 넘으므로 정당방위 성립요건 중 상당성에 어긋난다는 이유로 정당방위를 인정하지 않았다(대법원 2016.5.12. 선고 2016도2794). 여기에서 방위의 수준이란 법적으로 인정 가능한 한도를 의미하며, 방위의 수준을 넘어섰다는 것은 인정할 수 있는 한도를 초과하는 과한 방위 혹은 폭행이었음을 의미한다. 국민들은 현재까지도 해당 사건과 정당방위 인정 범위에 대한 갑론을박을 이어가고 있으며, 국내의 정당방위 인정이 편협

하고 현실성이 떨어진다고 주장하고 있다. 그럼에도 불구하고 본 연구에서 한국인 참가자의 정당방위 인정비율이 미국인에 비해 현저히 낮은 결과는 법적 판단 시 여론의 영향이나 개인의 권리를 강화해야 한다는 개개인의 가치관보다 사회의 질서와 안정을 유지하는 것이 중요하다는 범문화적 사고가 강하게 작용했을 가능성을 시사한다. 법정의 배심원은 법지식이 없으므로 판사의 법적 실시(법규, 법원칙, 판단규칙 등에 대한 설명)가 제시되는데, 배심원은 사회적으로 학습했던 자료와 문화적으로 내제된 성향 등을 사용하여 판사의 법적 실시를 해석하고 판단한다(Smith, 1991b; Wilson, Centerbar, & Brekke, 2002; Robinson & Darley, 1996). 성유리(2012)에서는 동일한 정당방위 사건을 읽은 후, 한 집단에는 판사의 법적 실시 제공하고 다른 한 집단에는 법적 실시를 제공하지 않았는데, 법적 실시를 읽은 집단에서 정당방위를 덜 인정하였다. 판사의 실시가 실험 참가자에게 범문화적 사고를 유발하여 실시가 없는 집단에 비해 정당방위를 덜 인정하고 피고인에게 유죄를 선고하였을 가능성이 있다. 일반적으로 판사의 실시가 제공되면 배심원의 유죄인정률이 줄어드는 연구들과 반대되는 결과이다(성유리, 박광배, 2015; Goldberg, 1981; Elwork, Sales, & Alfini, 1977; Smith, 1991a; Kassin, & Wrightsman, 1979; ForsterLee & Horowitz, 2003; Simon, 2004).

성유리 외(2013)에서 제안했던 것처럼, 본 연구에서는 한국과 유사한 범문화를 가진 일본과 동일한 연구를 실행하여 한국, 일본, 미국의 일반인이 피고인의 정당방위 주장을 인정하는 비율의 차이가 범문화의 영향임을 구체화하였다. 그러나 범문화는 한 가지 차원으로 정의하기에 복잡한 개념이다. 일련의 연구

를 통해 법의 역사적 기원과 법의 기능을 근간으로 일반인의 법적판단을 실험함으로써 법문화의 영향력을 간접적으로 측정하였으나, 후속 연구에서는 법문화를 보다 직접적으로 측정하려는 노력이 필요할 것이다. 예를 들어, 법의 기능이 무엇이라 생각하는지, 법을 평가하는 배심원의 태도, 법적 딜레마 상황에서 사회적 질서유지와 개인의 권리 중 무엇을 우선시하는 지 등을 측정하여 각 문화의 배심원이 지닌 법적 신념을 수치화할 필요가 있다. 더불어 본 연구에서는 각 문화에 사는 사람들의 지닌 법문화가 동일할 것을 기본 가정으로 한다. 그러나 개인적인 특성에 따라 공유하는 법문화의 정도와 인식하는 법의 기능이 다를 수 있다. 최근, 동양과 서양의 문화차이로 설명되던 이론들이 사회계층에 따라서도 나타난다는 연구들이 있다. 예를 들어, 서양인은 타인의 행동을 평가할 때 행동의 원인이 외부에 있을 가능성이 있더라도 행위자의 내적요인에 귀인하는 근본귀인오류를 동양인에 비해 더 많이 범하는 경향이 있다고 알려졌으나(Gilbert & Jones, 1986; Snyder & Jones, 1974), 미국의 노동자 계급에 속한 사람은 근본귀인오류를 덜 범한다는 연구결과도 있다(Kraus, Piff, & Keltner, 2009). 따라서 후속 연구에서는 앞서 제안한 법적신념 척도 개발과 동시에 동일한 문화권에서 비슷한 수준의 법문화를 공유하는 지 확인할 필요가 있다.

참고문헌

김혜경 (2014). 실제적 진실발견은 형사소송법의 목적인가?. 형사법연구, 26, 161-192.
법무부 (2007). 일본형법.

성유리 (2012). 일반인의 정당방위판단에 대한 법적 지침의 효과. 석사학위논문, 충북대학교 대학원
성유리, 박광배. (2012). 일반인의 정당방위 판단: 개인/집단주의 가치관의 효과. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 26(3), 1-12.
성유리, 김종한, Meyersburg, 박광배 (2013). 일반인의 정당방위 판단에 대한 법문화의 영향. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 27(2), 69-83.
손해목 (1996). 형법총론. 법문사.
이상돈, 홍승희 (2010). 형법의 세계화와 전문화. 박영사.
이용식 (1995). 정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건. 형사판례연구, 3, 89.
최석운 (2001). 정당방위의 성립요건. 비교형사법연구, 3(1), 381-406.
최종고 (1980). 법사와 법사상. 박영사.
Baron, M. (2005). Justifications and excuses. Ohio State Journal of Criminal Law, 2, 387-406.
Brody, D. C., & Acker, J. R. (2014). Criminal Law. Jones & Bartlett Learning.
Choi, I., Nisbett, R. E., & Norenzayan, A. (1999). Causal attribution across cultures: variation and universality. Psychological Bulletin, 125, 47-63.
Chu, Y., Diamond, L., Nathan, A. J., & Shin, D. C. (2008). Introduction: A comparative perspectives on democratic legitimacy in East Asia. In Y. Chu, L. Diamond, A. J. Nathan, & D. C. Shin (Eds.), How East Asians View Democracy. New York: Columbia University Press.
Devine, D. J. (2012). Jury decision making. New York University Press.

- Elwork, A., Sales, B. D., & Alfini, J. J. (1977). Juridic decisions: In ignorance of the law or in light of it?. *Law and Human Behavior*, 1(2), 163.
- Finkel, N. J. (2000). But it's not fair! Commonsense notions of unfairness. *Psychology, Public Policy, and Law*, 6(4), 898-952.
- Finkel, N. J. (2001). *Commonsense justice: Jurors' notions of the law*. Harvard University Press.
- Finkel, N. J., & Groscup, J. L. (1997). Crime prototypes, objective versus subjective culpability, and a commonsense balance. *Law and Human Behavior*, 21(2), 209-230.
- ForsterLee, L., Horowitz, I. A., & Bourgeois, M. J. (1993). Juror competence in civil trials: Effects of preinstruction and evidence technicality. *Journal of Applied Psychology*, 78(1), 14.
- Gilbert, D. T. & Jones, E. E. (1986). Perceiver-induced constraint: Interpretations of self-generated reality. *Journal of Personality and Social Psychology*, 50, 269-280.
- Goldberg, J. C. (1981). Memory, Magic, and Myth: The Timing of Jury Instructions. *Oregon Law Review*, 59(4), 451-454.
- Greenewald, J. P., Tomkins, A. J., Kenning, M. K., & Zavodny, D. (1990). Psychological self-defense jury instruction: Influence on verdicts for battered woman defendants. *Behavioral Sciences and the Law*, 8, 171-180.
- Grumer, J. (2004). IX. Self-Defense. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 36, 1575-1595.
- Hung, Y., Chiu, C., & Kung, T. M. (1997). Bringing culture out in front: Effects of cultural meaning system activation on social cognition. In K. Leung, Y. Kashima, U. Kim, & S. Yamaguchi (Eds.), *Progress in Asian social psychology* (Vol. 1, pp.135-146). Singapore: Wiley.
- Ji, L., Peng, K., & Nisbett, R. E. (2000). Culture, Control, and Perception of Relationships in the Environment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 78, 943-955.
- Kassin, S. M., & Wrightsman, L. S. (1979). On the requirements of proof: The timing of judicial instruction and mock juror verdicts. *Journal of Personality and Social Psychology*, 37(10), 1877.
- Katz, L. (1987). *Bad acts and guilty minds: Conundrums of the criminal law*. University of Chicago Press.
- Kraus, M. W., Piff, P. K., & Keltner, D. (2009). Social class, sense of control, and social explanation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 97, 992-1004.
- Nelken, D. (2004). Using the concept of legal culture. *Australian Journal of Legal philosophy*, 29(1), 1-26.
- Malone, L. A. (2009). Is there really a difference between justification and excuse, or did we academics make it up? *Texas Tech Law Review*, 42, 321-325.
- Markus, H. R., & Kitayama, S. (1991a). Culture and the self: Implications for cognition, emotion, and motivation. *Psychological Review*, 98, 224-253.
- Markus, H. R., & Kitayama, S. (1991b). Culture variation in the self-concept. In J. Strauss & G. R. Goethals(Eds.), *The self: Interdisciplinary approaches*. New York: Spring-Verlag.
- Masuda, T., & Kitayama, S. (2004). Perceiver-

- induced constraint and attitude attribution in Japan and the US: A case for the cultural dependence of the correspondence bias. *Journal of Experimental Social Psychology*, 40, 409-416.
- Morris, M. W. (1993). Culture and case: American and Chinese understandings of physical and social causality. Unpublished doctoral dissertation, University of Michigan.
- Morris, M. W., Nisbett, R. E., & Peng, K. (1995). Causal understanding across domains and cultures. In D. Sperber, D. Premack, & A.J. Premack (Eds.), *Causal cognition: A multidisciplinary debate* (pp.577-612). Oxford, England: Oxford University Press.
- Morris, M. W., & Peng, K. (1994). Culture and cause: American and Chinese attributions for social and physical events. *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 949-971.
- Pennington, N. & Hastie, R. (1991). A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model. *Cardozo Law Review*, 13, 519-557
- Pennington, N., & Hastie, R. (1992). Explaining the evidence: Tests of the story model for juror decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 189-206.
- Pennington, N., & Hastie, R. (1993). The story model for juror decision making. In R. Hastie (Ed.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making* (pp. 192-221). New York: Cambridge University Press.
- Robinson, P. H., & Darley, J. M. (1996). Utility of desert. *Northwestern University Law Review*, 91, 453.
- Ross, L. (1977). The intuitive psychologist and his shortcomings: Distortions in the attribution process. *Advances in experimental social psychology*, 10, 174-228.
- Rutherford, S. (2000). *Lex, Rex, or the law and the prince*. Portage Publications.
- Simon, D. (2004). A third view of the black box: Cognitive coherence in legal decision making. *The University of Chicago Law Review*, 511-586.
- Snyder, M., & Jones, E. E. (1974). Attitude attribution when behavior is constrained. *Journal of Experimental Social Psychology*, 10, 585-600.
- Smith, V. L. (1991a). Impact of pretrial instruction on jurors' information processing and decision making. *Journal of Applied Psychology*, 76(2), 220-228.
- Smith, V. L. (1991b). Prototypes in the courtroom: Lay representations of legal concepts. *Journal of Personality and Social Psychology*, 61, 857-872.
- Vidmar, N. (1997). Generic prejudice and the presumption of guilt in sex abuse trials. *Law and Human Behavior*, 21(1), 5-25.
- Vidmar, N. (2002). Case studies of pre-and midtrial prejudice in criminal and civil litigation. *Law and Human Behavior*, 26(1), 73-105.
- Vidmar, N. (2003). When All of Us Are Victims: Juror Prejudice and Terrorist Trials. *Chicago-Kent Law Review*, 78, 1143-1178.
- Wilson, T., Centerbar, D., & Brekke, N. (2002). Mental contamination and the debiasing problem. In T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zebrowitz, L. A. (1990). *Social perception*. Pacific

성유리 등 / 일반인의 정당방위 판단: 한국, 일본, 미국 법문화의 영향

Grove, CA: Brooks/Cole.

1 차원고접수 : 2018. 02. 07.

심사통과접수 : 2018. 03. 14.

최종원고접수 : 2018. 06. 25.

