

저은 것이다. 마땅히, 두派的의 共有에 屬하고, 그 共有持分이 各派에 總有的으로 歸屬한다는 構成을 取해야 할 것이다.

金 曾 漢

〈筆者——本大學副教授〉

(二) 正當防衛

檀紀四二八九年 十月十二日 大法院 刑事部判決

〔主文〕 原判決을 破棄한다. 被告人은 無罪.

〔理由〕 被告人의 辯護人, 辯護士 金泰東의 上告理由는 萬一 被告人에 對한 原審判決의 認定事實은 「金永根이 가다 시 木棒을 携帶하고 被告人家에 來到하여 房門을 四、五次 두드리면서 「이놈 주겨라」고 高喊을 지름으로 被告人은 자다가 일어나서 着衣하고 房門을 열고 마루에 나오자 同人은 마루에서 「오늘 너도 죽고 나도 죽자」하면서 被告人을 들로 끌어 내려 발로 차는等 暴行을 加함으로 激憤한 나머지 自家마루 위에 놓여있든 食刀一挺을 들고 同食刀로써 사람의 胸部 腹部等을 찌르면 人命을 害할 것을 認識함에도 不拘하고 同人의 左側胸部를 一斷하고 이어서 左側腹部를 一刺하고 다시 右內側腿部와 右側耳殼部를 各各 한 번씩 찌러서 同人으로 하여금 同所로부터 約四十米可量절어 가다가 右示胸部及 腹部等의 傷害로 말미암아 絶命케 하여서 此를 殺害한 것으로 보이는 一件記錄을 檢討하여 보면 原審公判調査中 「同被告人이 끌려 나갈 때 칼을 찌른 것을 記憶하는가? 答 그때는 精神이 없어 칼인지 무엇인지 모르고 急한 김에 내들렀읍니다. 問 「칼로 金永根의 胸部나 腹部를 찌른 것은 記憶하는가」 答 「急한 김에 精神없이 내들은 것만 認定(記憶)합니다.」 問 「萬若에 내들은 것이 칼이고 칼로 찌르면 죽는 것이라는 것을 생각 했는가」 答 「네」라는 問答(記錄第二四〇丁裏面以下)以外에 이를 認定할만한 何等の 證據資料가 없는바 當時 平素 中風症으로 因하여 半身不隨인 被告人은 被害者 金永根으로 부터 房內에서 마당으로 끌려내어 無數 亂打를 당함에 不自由한 病身인 被告人은 何等 反抗도 하지 못하고 仰臥하여 손을 左右로 내어 져다가 被告人이 끌려나오는데 힘줄러 마루에서 마당으로 떨어진 野菜用食刀(證第一號)를 偶然히 집

게되자 被告人은 이것을 金永根에게 提示하며 「칼 보아라 칼 보아라」라고 威脅하여 同人的 注意를喚起시켜 보았으나 同被害者는 이에 屈치 않고 繼續亂打하며 甚至於是 목을 눌러 呼吸이 잘 통하지 못하게까지 이르자 被告人은 이를 勘耐할 수 없어 食刀를 虛空으로 휘둘러다가 結局 本件 刺傷을 입게 하였음이 事實이고(第一 審公判調書 檢證調書) 第一 審判決當時 被告人은 손에 찢힌 食刀를 내어둘러 被害者의 急所에 찌르면 죽을런지도 모른다는 생각을 하고 時間的 精神的 餘裕가 없었던 것을 容易하게 推測할 수 있음에도 불구하고 原審公判에서의 前記三個問答으로써 特히 萬若 내뿜은 것이 같이고 그 칼로 찌르면 죽는 것이라는 것을 생각하는가 라는 犯行當時의 心理狀態를 묻는 것이 아니고 公判廷에서 當時 正常한 精神狀態下에서의 結論을 물음에야 何人이든지 「네」라고 對答치 않을 수 없는 陳述로써 被告人의 殺害에 對한 未必의 殺意를 認定함은 審理不盡 또는 理由不備의 不法이 有하다 할 것임. 第二、原審의 判決은 「人命을 害할 것을 認定함에도 불구하고 左側胸部를 一刺하고 이어서 左側腹部를 一刺하고 다시 右內側腿部和 右側耳殼部를 各各 한 번씩 찌러서」云云하였으나 如斯한 順序로써 被告人이 被害者를 刺傷하였다는 何等の 證據提示도 없이 이를 認定하여 前記 原審公判에서 問答內容과 綜合하여 未必의 故意를 補強認定하려 함은 理由不備의 不法이 有하다 할 것임. 第三、設使 原審判決에서 認定한 바와 如한 未必의 故意가 있다 하더라도 被告人의 前記行爲는 被害者 金永根의 不當한 現在의 侵害로 부터 自身の 生命을 防衛하기爲하여 不得已 取하여진 行爲로써 그 程度가 防衛行爲를 超過하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라 當時는 夜深한 子正頃에 被害者의 不意의 襲擊으로 因하여 唐慌한 나머지 取하여진 行爲로써 此는 正當防衛行爲라 할 것임에도 불구하고 이를 認定치 않음은 事實의 誤認과 正當한 法適用을 그릇친 違法이 있다 할 것임. 第四、또 辯護人의 同主張에 對한 何等の 判斷이 없음은 判斷을 遺脫한 것이 아니라 할 수 없음. 第四、또 原審判決이 認定한 事實에 關하여 被告人에게 懲役十年의 言渡를 하였음은 刑의 量定이 甚히 不當한 것임. 即 被告人은 被害者를 殺害할 計劃이 있었던 것도 아니고 前記와 如히 中風症으로 半身不隨者이며 何等の 反抗도 하지 못하고 同人에 對한 挑戰의 行爲에 起因한 突發的 事項임에 想到할 時그 情狀이 參酌되어야 할 것임」이라는 데 있다.

審按하니 本件記錄과 原判決을 精査하면 本院의 後顯認定과 달라 原判決에는 重大한 事實의 誤認이 있어 本院判決結果에 影響을 미쳤다고 認定됨. 結局 上告理由에 있어 原判決은 破棄한바 記錄과 原審 및 第一 審法院이 調査한 證據에 依하여 判決하기에 充分하다고 認定함으로 刑事訴訟法 第三百九十條 第三百九十六條에 依하여 本院이 다음과 같이 直接判決한다. 被告人은 檀紀三二八年十一月十七日 午後十一時三十分 自宅에서 平素 情誼가 좋지 못하던 居里 異腹弟 金永根 當五十七歲가 酒醉하여 木棒을 携帶하고 來家하여 就寢中인 房門을 破損하며 추진다고 暴言을 한 끝에 中風으로 半身

不隨에 빠져 있는 被告人을 前庭으로 強引하여 無條件 足蹴毆打함에 激憤한 나머지 同人을 殺害할 目的으로 野菜切斷用食刀(證第一號)로 同人의 胸部四個所를 亂刺하여 同人으로 하여금 同部位刺傷으로 因하여 即死케한 것이다 라는 點에 있음으로 審按컨대 被告人이 右 金永根을 殺害한 事實은 此를 認定할 수 있으나 被告人의 當公廷에서의 陳述、當院受命判事의 檢證調書의 記載內容에 同上의 證人 李善永、同 宋建成、同 金凡洙、同 足川清子에 對한 各證人 訊問調書의 記載內容을 綜合하면 被告人과 被害者 金永根과는 異腹兄弟之問으로 平素情誼가 좋지 못하여 彼此 往來가 杜絶되고 있는 中 檀紀四二八八年十一月十七日 金永根이 夜深한 午後十一時三十分頃 突然 被告人家에 無斷侵入하여 携帶하고 있는 木棒(證第二號)으로 被告人家 房門을 損壞한 後 平素 中風으로 因한 半身不隨의 몸으로 熟眠中인 被告人을 房에서 마당으로 끌어내어 無數亂打함에 不自由한 病身인 被告人은 何等 反抗도 하지 못하고 仰臥하여 「손을 左右로 내어 저다가 끌려가고 마루에서 마당으로 떨어진 野菜切斷用食刀(證第一〇號)를 偶然히 잡게되자 被告人은 이것을 金永根에게 提示하며 「칼 보아라 칼 보아라」라고 威脅하며 同人의 注意를 喚起시켜 보았으나 同人은 此에 屈치 않고 繼續亂打함에 被告人은 此를 勘耐할 수 없어 及其他 食刀를 虛空으로 휘둘르다가 畢竟 公訴事實提示部位에 刺傷을 加하게된 事實을 認定함에 足하고 他에 右認定은 翻覆할 資料가 없으나 그렇다면 本件公訴事實은 被告人이 被害者 金永根의 不當한 現在の 侵害로 부터 自身の 生命權을 防衛하기 爲하여 不得已 取하여진 行爲로서 그 程度가 防衛行爲를 超過하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라 當時는 夜深한 子正으로서 金永根의 不意의 襲擊으로 因하여 唐慌한 나머지 取하여진 行爲로써 此는 正當防衛行爲라 할 것인즉 結局 犯罪가 되지 아니함에 歸着됨으로 刑事訴訟法第三百二十五條에 依하여 無罪의 言渡를 한다.

〔評釋〕 本判決은 正當하다.

그러나 먼저 判決理由의 作成에 있어서 그用語가 固陋하고 難解함은 생각할 餘地없는 問題라 하겠다.

이는 勿論 本判例에 限한 問題가 아니고 判例全體에 關係되는 重大한 一般的인 問題라 하겠다. 생각컨대 民主國家의 民主裁判은 먼저 民衆이 容易하게 納得할 수 있는 裁判이어야 할 것이다. 따라서 그裁判의 內容은 勿論이거니와 그表現에 있어서도 平明簡易하며 누구든지 容易하게 理解할 수 있는 文章으로 判決理由를 作成하여야 함은 두말할 나위 없다.

이러한 根本精神에 立脚하여 本判決理由를 보면 그러한 努力과 反省의 痕跡이 全然 없고 다만 官僚獨裁의 日帝時代의 判決理由作成을 그대로 蹈襲하고 있다고 볼 수 있다. 그實例로는 「有하다」 「足蹴」 「想到한다」 「此를」 「審按컨대」 등을 들을 수 있다. 즉 이러한 用語는 우리가 日常用語에서는 보기 드문 過去日帝時代의 法律用語에 不過한 것이라 하겠다. 따라서 이러한 固陋한 用語를 平易한 우리말로 代置한은 하나도 困難한 일 아니고 또는 裁判의 權威를 貶低하는 것도 아니고 오히려 新鮮한 民主裁判의 香氣를 감들게 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 用語를 그대로 使用한은 어떠한 意味가 있는지 理解하기 困難하다. 이미 日本에서는 그러한 過去의 文語體의 判決文을 버리고 새로운 口語體의 文章으로 變容지 오래다. 이는 우리 韓國의 裁判書作成에 關한 全體의 問題의 하나이다.

다음에 本判決이 原審判決의 認定事實인 夜半(午後十一時二十分頃)에 木棒을 들고 半身不隨인 被告人의 家宅內에 侵入하여 被告人을 撲로 끌어 내리면서 「니 죽고 나 죽자」 하면서 被告人을 無數히 毆打한 被害者 金永根을 食刀로 刺殺한 行爲를 그 客觀的 事情을 嚴密히 參酌함이 없이 이를 다만 正常的인 狀態下에서 被害者 金永根의 主觀을 認識하고 被害者를 殺害한 行爲로 認定하여 被告人에게 殺人的 未必의 故意가 있었다고 判定한 高等法院의 判決을 破棄한 點 正當한 見解라 하겠다.

생각컨대 이 高等法院의 原審判決은 過去의 國家絕對主義的思想을 背景으로 하는 正當防衛理念을 根據로 하여 이를 될 수 있는 限 좁게 認定할려는 態度에서 原審判決의 認定事實을 하나의 싸움과 같이 생각하여 이러한 싸움의 境遇에 正當防衛를 認定하지 않는 傳統的인 立場에서 被告人의 正當防衛를 否認한 것이라 하겠다. 그러나 이러한 國家絕對主義思想은 勿論 過去의 理念이다. 國家가 事實上 保護할 수 없는 緊急事態에 있어서 不當한 攻擊을 防衛한者는 社會에 奉仕한者이고 이러한 防衛行爲는 社會的으로 有用한 것이다. 이

는 本人의 權利行使일 뿐만 아니라 義務遂行이라고 볼 수 있다. 이러한 意味에서 正當防衛는 過去의 觀念과 는 달리 좀더 幅을 넓히 認定하여야 함이 現代的解釋이라 하겠다. 따라서 싸움인 境遇라 할지라도 具體的 事情에 依하여서는 正當防衛를 認定함이 妥當하다. 이러한 正當防衛에 對한 思想的變遷過程은 舊刑法 正當防衛規程(舊刑法 三六條)과 新刑法의 그것(新刑法 二二條)의 變化에 明示되어 있다. 즉 舊刑法의 正當防衛要件은 「急迫不正의 侵害에 對하여 自己 또는 他人의 權利를 防衛하기 爲하여 不得已한데서 나온 行爲는 罰하지 아니 한다」이고 이에 對하여 新刑法은 「自己 또는 他人의 法益에 對한 現在의 不當한 侵害를 防衛하기 爲한 行爲는 相當한 理由가 있는 때에는 罰하지 아니 한다」로 規定하여 前者의 不得已한 境遇를 相當한 理由가 있는 境遇로 代置하고 있고, 또 前者의 「急迫不正의 侵害」를 「現在의 不當한 侵害로」代置하고 있다. 이는 그 意味에 있어서 後者가 前者보다는 正當防衛의 範圍를 넓게 規定하고 있다는 것을 明示하고 있다. 뿐만 아니라 新刑法은 同二十一條 第三項에 「過剩防衛의 境遇에 그 行爲가 夜間 其他 不安스러운 狀態下에서 恐怖 驚愕 興奮 또는 唐慌으로 因한 때에는 罰하지 아니 한다」는 規定으로서 過剩防衛로 認定되는 境遇에도 客觀的 事情에 따라서는 罰하지 아니 한다고, 또 正當防衛의 範圍를 넓히고 있는 것이다.

이렇게 생각하면 前述한 바와 같이 原審의 有罪判決을 破棄하고 無罪判決한 本判決은 妥當하다 할 수 있다. 그런데 判決理由에서 正當防衛行爲임을 認定함에 있어서 不得已한 것임을 再次 強調하고 있음은 正當防衛의 成立要件의 하나로 不得已한 境遇를 넣고 있는 것 같다. 同時에 防衛行爲를 超過한 過剩防衛가 아니라는 點을 強調하고 있다.

이 兩點을 보면 本判決이 正當防衛를 認定하는데 있어서 舊刑法을 適用하고 있음이 明白하다. 그러나 新刑法에 依하면 正當防衛成立要件에 相當한 理由가 있는 境遇로 規定되어 있으니 比較的 簡單히 論할 수

있고 또 萬一 原審認定事實이 지나친 防衛行爲라 할지라도 二十一條 三項을 適用하면 當然히 無罪가 되
는 것이다. 따라서 判決理由에 前述한 바와 같은 根本問題에 言及하여 주었으면 좋겠다.

金 箕 斗
〈筆者——本大學副教授〉

(三) 法律 第二百二十號에 對한 憲法委員會의 決定 批評

〔事實〕 原告는 檀紀 四二七八年 七月一日 當時의 所有者인 日本人 藤井伊助로부터 同人所有 不動產을 買受하였으나
그 所有權移轉登記를 完了치 못한채 八、一五解放을 맞이하여 美軍政이 實施되자(一) 本件 不動產은 軍政法令에 依하여 敵
產으로 認定되었음으로(二)(三) 原告는 美軍政當局에 訴請하여 檀紀 四二八一年 九月九日에 所有權의 確認을 받고 그 登
記節次까지 完了한바 있음에도(四) 不拘하고 被告(國)는 檀紀 四二八三年 四月八日에 法律 第二百二十號「簡易節次에 依한
歸屬解除決定의 確認에 關한 法律」(以下 法律 第二百二十號라 略稱한다)를 制定公布하고 原告의 右 不動產에 對한 所有
權을 否認함으로 原告는 被告를 相對로 所有權의 確認判決을 일기爲하여 本訴에 이르렀다.

1 戰勝國이 戰敗國의 領土全部 또는 領土一部를 占領할 때, 그 軍政을 實施함에 있어, 被占領國의 主權을 그대로認
定하면서 軍政을 實施하다가, 媾和條約에 따라 軍政의 終了됨과 同時 被占領國의 主權이 原狀대로 復歸될 때(이를 第
一形式의 軍政이라 假稱한다)와 被占領國의 主權을 公然剝奪하는 前提下에 軍政을 實施하다가, 軍政地域의 歸屬을
媾和條約에서 規定할 때(이를 第二形式의 軍政이라 假稱한다)가 있다. 第二形式의 軍政에 있어서는 當該地域의 實情
에 따라 그 軍政은 相當한 時口을 要하는 때도 있으며 當該地域을 占領國의 領土로 編入시킬 境遇도 있고 新國家의
獨立을 許容하는 때도 있다. 第一形式의 軍政에 있어서는 被占領國의 主權은 一時的制限을 받음에 不過하다. 第二
形式의 軍政에 있어서는 主權의 更迭을 招來하는 것으로서 戰勝國과 戰敗國과의 媾和條約과 占領國과 新生國家와의
協定 등으로써 規律되는 것이나(國家相續의 問題).

2 軍政法令 第二號는 美國이 軍政을 實施하기爲하여 一九四五年 八月九日現在 日本人名義의 모든 財產權을 一切凍