

〈判例研究〉

爭鬪(싸움)와 正當防衛

成 時 鐸*

1968年 5月 7日 大法院 第一部 判決(68도 370 殺人) 破棄選送※

〔事 實〕 原審이 認定한 事實에 의하면 「피고인은 (피고인은 상범이다) 소속대의 경비병으로 복무를 하고 있는 자로서 1967년 7월 28일 오후 10시부터 동일 오후 12시까지 소속연대장숙소 부근에서 초소근무를 하라는 명령을 받고 근무중, 그 이튿날인 1967년 7월 29일 오전 1시 30분경 동소에서 다음번 초소로 근무를 하여야 할 상범 B와 교대시간이 늦었다는 이유로 연쟁을 하다가 피고인이 동인을 구타하자 위 B(22세)는 소지하고 있던 카빙소총을 피고인의 등뒤에 겨누며 실탄을 장전하는 등 발사할 듯이 위협을 하자 피고인은 당황하여 먼저 동인을 사살치 않으면 위험하다고 느낀 피고인은 뒤로 돌아서면서 소지하고 있던 카빙소총을 동인의 복부를 향하여 발사함으로써 동인을 사망케 하였다는 것」이다.

〔判決理由〕 「싸움을 함에 있어서의 격투자의 행위는 서로 상대방에게 대하여 공격을 할과 동시에 방위를 하는 것이므로 그중 일방 당사자의 행위만을 부당한 침해라 하고, 다른 당사자의 행위만을 정당방위에 해당하는 행위라고는 할 수 없을 것이나, 격투를 하는 자 중의 한 사람의 공격이 그 격투에서 당연히 예상을 할 수 있는 정도를 초과하여 살인의 흉기 등을 사용하여 온 경우에는 이는 역시 부당한 침해라고 아니할 수 없으므로 이에 대하여는 정당방위를 허용하여야 한다고 해석하여야 할 것이다.」

「피고인과 위의 B의 사이에 연쟁을 하고, 피고인이 동인을 구타하는 등의 싸움을 하였나 하여도, 다른 특별한 사정이 없는 한, 구타를 하였음에 불과한 피고인으로서의 위의 B가 실탄이 장전되어 있는 (초소 근무인만큼 실탄이 장전되어 있다) 카빙소총을 피고인의 등뒤에 겨누며 발사할 것 같이 위협하는 방위행위는 위와 같은 싸움에서 피고인이 당연히 예상하였던 상대방의 방위행위라고는 인정할 수 없으므로 이는 부당한 침해라고 아니할 수 없고, 원심이 인정한 바와 같이 피고인이 동인을 먼저 사살하지 않으면 피고인의 생명이 위험하다고 느낀 나머지 뒤로 돌아서면서 소지중인 카빙총을 발사하였다는 행위는 현재의 급박하고도 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 행위라고 아니할 수 없고, 만일 위의 B가 피고인의 등뒤에서 카빙총의 실탄을 발사하였다면, 이미 그 침해행위는 종료되고 따라서 피고인의 정당방위는 있을 수 없을 것임에도 불구하고, 원심이 위와 같은 사실을 인정하면서 피고인이 발사를 할 때까지는 위 B가 발사를 하지 아니한 점으로 보아, 동인에게 피고인을 살해할 의사가 있다고 볼 수 없으므로 피고인의 생명에 대한 현재의 위험이 있다고는 볼 수

* 建國大學校 講師・法學博士

※ 法院公報 제 357 호 附錄 刑事 1面以下

없다는 취지로 판시함으로써, 위와 같은 피고인의 행위를 정당방위가 아니라는 취지로 판시하였음은 정당방위에 관한 법의를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없을 뿐 아니라, 가사 피해자인 B에게 피고인을 살해할 의사가 없고 객관적으로 급박하고 부당한 침해가 없었다고 가정하더라도 원심이 일정한 사실 자체로 보아도 피고인으로서의 현재의 급박하고도 부당한 침해가 있는 것으로 오인하는데 더한 정당한 사유가 있는 경우(기록에 의하면 위 B는 술에 취하여 초소를 교대하여야 할 시간보다 한 시간 반 늦게 왔었고, 피고인의 구타로 동인은 코피를 흘렸다는 것이며, 동인은 코피를 닦으며 흥분하여 월남에서는 사람 하나 죽인 것은 파리를 죽인 것이나 같았다. 너 하나 못죽일 줄 아느냐"라고 하면서 피고인의 등뒤에 카빙총을 겨누었다고 한다)에 해당된다고 아니할 수 없음에도 불구하고, 원심이 위와 같은 이유로서 피고인의[정당방위의 주장을 배척하였음은 역시 오상방위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.]

〔參照條文〕 刑法 제 21 조

〔評 釋〕

本件判例는 爭鬭의 경우도 正當防衛 또는 誤想防衛를 許容한 最初の 것으로서 注目된다고 할 수 있다.

一. 正當防衛는 周知하는 바와 같이 違法阻却事由이며 刑法 제 21 조에 「自己 또는 他人의 法益에 대한 現在의 不當한 侵害를 防衛하기 위한 行爲는 相當한 理由가 있는 때에는 罰하지 아니한다」고 規定하고 있다.

爭鬭의 경우에도 正當防衛의 規定을 適用할 수 있는가 라는 問題는 오래전부터 論議되어 왔는데 從來의 判例는 後述하는 바와 같이 이를 許容하지 않았으나 學說도 반드시 意見이 一致된다고는 할 수 없는 것 같다.

牧野博士는 爭鬭의 경우에 正當防衛가 許容되지 않는다는 理由로서 「急迫」이라는 要件이 缺如되어 있다고 한다. 즉 爭鬭의 경우에는 相對方의 攻撃을 豫期하고 있다고 생각하지 않으면 안되기 때문에 「그 攻撃을 期待하고 自己의 行爲에 나오는 點에 急迫한 侵害가 있었다고 할 수 없기 때문이다」라고 하고 있으며,¹⁾ 鄭教授는 「싸움行爲는 싸움하는 者 相互間에 不正을 行하는 것이므로 不正 對 正의 關係를 前提로 하는 正當防衛成立의 餘地가 없다고 할 것이다」라고 하여 爭鬭의 경우는 雙方이 不正을 行함으로 正當防衛가 許容되지 않는다고 한다.²⁾ 그런데 小野博士의 경우는 「急迫 不正의 侵害와 不得已한 防衛와는 相對的인 것이며 侵害의 急迫과 不正과도 相對的인 것이다. 急迫 不正의 侵害라는 것은 不得已한 防衛를 許容하는 것과 같은 것이 아니면 안된다」고 하고 「喧嘩鬭爭(싸움…筆者註)은 本來鬭爭者가 서로 急迫 不正의 侵害를 加하는 것임에도 不拘하고 더욱이 그것은 通常刑法 제 35 조(우리刑法 제 21 조에 該當함…筆者註)의 『急迫 不正의 侵害』라는 것에 該當하지 않는다고 解하여야 할 것이라고 생각한다. 즉 私見은 急迫이라든가 不正이라는 어느 一點에 限

1) 牧野英一, 「刑法研究」 5 面以下

2) 鄭榮錫, 「刑法總論」 第二全訂版 126 面

定되어질 것이 아니고 全體的으로 觀察하여 喧嘩鬭爭은 正當防衛의 前提條件으로서 觀念된 事態에 包含되지 않는 것이라고 보는 데 있다」³⁾고 하고 있으며, 康教授는 「싸움·鬭爭은 當事者 相互間에 危險을 豫想하고 攻擊하는 경우이며 그 全體가 違法이라고 評價되므로 正當防衛는 成立되지 아니한다」⁴⁾고 했다. 즉 爭鬭의 경우에는 一般的으로 正當防衛의 前提條件이 缺如된다는가 全體的으로 觀察하면 違法이라고 評價되므로 正當防衛는 成立되지 아니한다고 하는 것이다.

그러나 이러한 見解는 一般的으로 爭鬭의 경우에는 正當防衛가 許容되지 않는다는 것이지 具體的인 事情의 如何에 따라서는 爭鬭의 경우라 할지라도 正當防衛가 許容될 수 있다는 생각이 內包되어 있으며 結局은 草野教授가 「한 말로 喧嘩鬭爭이라고 하여도 事情如何에 따서는 正當防衛라고 解하여야 할 경우도 있을 수 있지 않는가 라는 疑問을 갖는다」⁵⁾라고 한 것이나 劉博士가 「具體的인 경우를 보아 不得已한 事情이 있다고 볼 때에는 格鬭者間에도 正當防衛를 適用할 可能性이 전혀 없지는 않다」⁶⁾고 한 것과 같은 趣旨라고 생각된다.

그런데 以上の 見解와는 달리 莊子教授는 正當防衛의 成立 與否를 論하는 限 具體的 事實을 素材로 하여 正當防衛에 관한 刑法規定의 各 要件과 對照하여 그 成立 與否를 判斷하여야 할 것인데 刑法規定의 要件과 關係없이 爭鬭인 以上 正當防衛는 許容되지 않는다고는 할 수 없다고 하면서 日本刑法 제 36 조를 解釋함에 있어서 法理를 正當하게 發展시킬려면 正面으로부터 刑法 제 36 조의 如何한 要件이 缺如되기 때문에 正當防衛가 成立되지 않은가를 具體的으로 檢討하여 決定하여야 한다고 主張하고 있다.⁷⁾

여하튼 以上の 두 가지 見解는 結局에 있어서는 爭鬭의 경우라 할지라도 正當防衛를 許容할 수 있을 때가 있다는 點에 있어서는 一致된다고 생각된다. 다만 前者는 爭鬭의 경우이면 攻擊防禦가 違法하다든가 正當防衛의 前提條件이 缺如된다는 것이 一般的이라고 解釋하고 (勿論 이때도 論者는 爭鬭者의 同時에 行하는 急迫 不正의 侵害行爲의 問題와 防衛行爲의 問題를 潜在的으로 意識하고 있으면서도 爭鬭의 경우 正當防衛의 要件을 明確하게 밝히는 것이 困難하기 때문에 取해진 것인지는 모르겠지만) 特히 不得已한 事情이 있을 때에는 그때는 正當防衛를 許容한다는 見解라고 할 수 있으며, 後者는 爭鬭의 경우에도 다른 경우와 마찬가지로 正當防衛의 要件만 具備되면 이를 適用하여야 하며 刑法의 正當防衛의 要件과 關係없이 超越的인 判斷을 하여서는 아니된다고 하는 見解라 할 수 있다.

생각건대 正當防衛를 問題로 삼는다면 爭鬭의 경우라 할지라도 刑法 제 21 조의 各 要件이

3) 小野清一郎, 「刑事判例評釋集」第六卷 91 面以下

4) 康政哲, 「刑法總論」255 面

5) 草野豹一郎, 「刑事判例研究」第一卷 20 面

6) 劉基天, 「刑法學」總論講義 28 面

7) 莊子邦雄, 總合判例研究叢書(刑法 1) 203 面

具備되어 있는가의 與否에 의하며 그 成立與否가 決定되어야 할 것인데 爭鬭의 경우에는 全體的으로 觀察하면 違法하다고 評價하는 것은 全體法秩序의 立場에서 刑法 제 21 조의 正當防衛의 要件의 具備與否를 檢討하여 내려지는 것이지 刑法 제 21 조의 各要件과 關係없이 違法하다는 評價가 내려지는 것이 아니라는 것을 認識하지 못한 것으로서 妥當한 見解라고 생각할 수 없다고 할 것이다. 따라서 學說의 傾向도 爭鬭와 正當防衛라는 抽象的인 形態로서 一律的으로 論斷하지 않고 어디까지나 具體的인 事案에 관하여 爭鬭의 原因이나 그 具體的인 攻撃防禦의 態樣에 따른 正當防衛의 各要件이 具備되는가에 따라서 正當防衛의 許容與否를 決定하여야 한다고 한다. 換言하면 爭鬭와 正當防衛의 問題도 結局에는 刑法 제 21 조의 解釋問題에 지나지 않는다고 하며 또한 그러한 見解가 妥當하다고 아니할 수 없다. 그러므로 例를 들면 爭鬭者의 一方이 처음부터 豫期하고 있는 程度의 侵害를 받았을 때는 벌써 「現在의 不當한 侵害」라고 할 수 없으며, 또는 一方이 爭鬭를 豫期하고 攻撃하였을 때는 가령 現在의 不當한 侵害라고 認定될 程度라고 할지라도 防禦의 意思가 없기 때문에 正當防衛가 許容되지 않으나 그러나 爭鬭者 雙方이 처음에는 單純히 毆打하고 있는 中 갑자기 一方이 殺人的 兇器를 使用하여온 경우에는 말할 것도 없지만 爭鬭者中的 一方이 極히 弱하고 相對方이 強한 者일 경우에 弱者가 어느 時點에 있어서 生命에 危險을 느낄 程度로 瀕死의 狀態에 빠져 있는데도 不拘하고 繼續하여 強한 者가 攻撃을 加하여 올 때 (이때에는 벌써 現在의 不當한 侵害에 達하였다고 생각되므로) 行하여진 反擊은 正當防衛가 許容된다고 할 것이며, 또한 一方이 爭鬭의 中止를 決意하고 또한 中止의 意思를 相對方에게 認識시켰는데도 不拘하고 相對方이 여전히 侵略하여 왔을 때는 正當防衛가 許容된다고 할 것이다.⁸⁾

그러므로 爭鬭의 경우에는 一般的으로 正當防衛가 成立되지 않을 경우가 많다고 하겠으나 爭鬭의 경우라고 해서 正當防衛가 許容되지 않는다고 하는 것은 妥當하다고 할 수 없으며 어디까지나 爭鬭의 具體的인 경우에 있어서 爭鬭의 原因이나 具體的인 攻撃이나 防禦의 樣態에 따라서 合理的으로 判斷하여야 할 것이며 刑法 제 21 조의 要件과 關係없이 正當防衛를 否認하는 態度는 妥當하다고는 할 수 없다.⁹⁾

우리 나라의 判例와 密接한 關係가 있는 日本의 判例를 爲先 살펴보면 大審院의 判例는 判例法으로서 確立되어 있다고 할 수 있을 程度로 爭鬭의 경우에는 正當防衛를 許容하지 않았었다. 例를 들면 爭鬭者의 한 사람이 危險에 빠진 自己便을 救하기 위하여 反擊을 한 行爲에 대하여 「爭鬭의 行爲는 全部가 防衛上의 必要에서 나온 것이 아니다」(大判 大正 14 年 6 月 3 日 刑集 4 卷 354 面)고 하였으며, 또 「爭鬭의 目的으로 呼出에 應하여 武器를 攜帶하여 爭鬭의

8) 同趣旨 本村龜二, 「刑法總論」 257 面 註 2; 小野清一郎 前掲 93 面; 廉政哲 前掲; 牧野英一, 「刑法總論」 431 面, 吉川經夫 「喧嘩と正當防衛」 判例演習[刑法總論] 付錄 90 面

9) 同趣旨 莊子邦雄 前掲; 吉川經夫 前掲

現場에 臨한 以上 假令 相對方이 先手를 썼다 해도 이 때문에 相對方에 대한 加害行爲를 正當防衛라고 할 수 없다」(大判 昭和 5 年 2 月 28 日 刑集 9 卷 115 面)고 하였으며 그리고 또한 「被告人的 鬭爭行爲를 全部 防衛의 必要에서 나온 것이 아니고 相對方에 暴行을 加하기 위한 것이면 鬭爭의 中途에 있어서 自己가 危險에 빠지는 일이 있어도 또한 當然하며 이것을 가지고 急迫不正의 侵害라고는 할 수 없다」(大判 昭和 5 年 9 月 27 日 刑集 9 卷 69 面)고 하였으며, 그 中에서는 特히 大判 昭和 7 年 1 月 25 日 刑集 11 卷 1 面 「所謂 喧嘩를 하는 鬭爭者의 鬭爭行爲는 서로가 相對方에 대하여 同時に 攻撃과 防禦를 하는 性質을 가지는 것으로서 그 一方의 行爲만은 不正의 侵害라고 하고 他의 一方의 行爲만을 防禦를 위하여 하는 것이라고 解하여야 할 것은 아니다. 따라서 喧嘩中에 있어서 鬭爭者 雙方의 行爲에 대하여서는 刑法 제 36 조의 正當防衛의 觀念을 許容할 餘地가 없는 것이라고 본다. 我國에 있어서는 古來로 『喧嘩兩成敗』라는 格言이 있어 喧嘩의 鬭爭者 雙方의 行爲는 서로가 違法性을 阻却하여야 할 性質을 가지는 것이 아니라고 하여 같이 이를 處罰하여야 할 것이라고 한 理由 亦是 여기에 있다고 할 수 있다」고 하여 일단 格鬭라고 認定되면 「喧嘩兩成敗」¹⁰⁾라는 法理를 適用하여 刑法 제 36 조의 要件의 具備與否를 具體的으로 檢討할 必要도 없이 正當防衛의 適用을 排除하는 所謂 超越的인 判斷을 하고 있는 것이다. 그러나 最高裁判所의 判例는 「爭鬭의 目的으로서 兇器를 携帶하여 爭鬭를 開始하여 相對方이 傷害를 加한 行爲는 自己便의 一人이 相對方의 攻撃을 받고 危險에 빠지기 때문에 이를 反擊하려고 하여 行하여진 것일 지라도 自己 또는 他人의 生命 身體 등을 防衛하기 위하여 不得已하여 한 것이라고 할 수 없으므로 正當防衛가 될 수 없다」(最判 昭和 23 年 5 月 1 日 刑集 2 卷 5 號 431 面)고 하여 爭鬭의 경우에는 正當防衛를 許容하지 않는다는 것도 있기는 하지만 그 後에는 態度를 달리하여 「相互 暴行하는 所謂 喧嘩는 鬭爭者 雙方이 攻撃 및 防禦를 反覆하는 一團의 連續的 鬭爭行爲이기 때문에 鬭爭의 어느 瞬間에 있어서는 鬭爭者의 一方이 全적으로 防禦에만 그치고 正當防衛를 한 것 같이 보여질지라도 鬭爭의 全般에서 보아 그 行爲가 法律秩序에 反하는 限 刑法 제 36 조의 正當防衛의 觀念을 許容할 餘地가 없다고 하지 않으면 안된다」(最判 昭和 23 年 6 月 22 日 刑集 2 卷 7 號 694 面)고 하여 「喧嘩兩成敗」라는 法理 代身에 「法律秩序에 反하는 限」이라는 留保가 붙어 法律秩序에 反하지 않는 限은 爭鬭의 경우라도 正當防衛를 許容할 수 있는 可能性을 示唆하였고 그 後에는 「鬭爭의 全般에 보아서는 刑法 제 36 조의 正當防衛의 觀念을 許容할 餘地가 없을 경우도 있다」(最判 昭和 23 年 7 月 7 日 刑集 2 卷 8 號 79 面, 最判 昭和 24 年 2 月 22 日 刑集 3 卷 2 號 216 面)고 하여 消極的인기는 하지만 鬭爭의 경우에도 正當防衛가 成立할 餘地

10) 小野博士는 「喧嘩兩成敗」의 法理를 爭鬭者雙方을 制裁함으로써 喧嘩鬭爭이 盛行한 當時에 있어서 喧嘩自體를 그 絶對的으로 否認하여 治安을 維持하려는 日本武家時代에 發展된 法律思想이라고 하고 있다(同「前掲書」92 面 參照).

가 있다는 것을 認定하였으며 그리고 다시 이 留保를 說明하여 「위선 喧嘩鬭爭은 이를 全般적으로 觀察할 것을 要하고 鬭爭行爲中の 瞬間的인 部分의 攻撃의 態樣에 따라서 事案을 判斷하여서는 안된다는 것과 喧嘩鬭爭에 있어서도 역시 正當防衛가 成立할 경우도 있을 수 있다는 兩面을 包含한다고 解할 수가 있다」(最判 昭和 32年 1月 22日 刑集 11卷 1號 31面)고 하여 처음으로 爭鬭의 경우에도 正當防衛가 成立될 수 있다고 積極적으로 判示하였던 것이다.

그런데 우리 나라 從來의 判例는 「相互 暴行을 加하는 爭鬭는 鬭爭者의 雙方이 攻撃防禦를 反覆하는 一團의 連續的 爭鬭行爲이고 이에는 正當防衛의 觀念을 容納할 餘地가 없다」(大法院 1960年 2月 17日 刑事判例集 2卷 92面)고 하여 爭鬭라고 認定되기만 하면 正當防衛를 許容하지 않는다는 態度를 取하고 있었으며, 또한 「서로 相對方의 攻撃과 防禦行爲를 誘發하는 싸움에 있어서는 一方의 攻撃은 正當하고 他方의 防禦는 不當하다고 할 수 없는 것이므로 正當防衛는 成立하지 아니한다」(徐壹教編 刑事判例要旨集 93面에서 引用)고 하여 爭鬭의 경우에는 一貫하여 正當防衛를 許容하지 않고 있었다.

그러나 本件判例는 從來의 判例와 달리 爭鬭의 경우에도 正當防衛를 許容한 것으로서 劃期的인 것이라고 할 수 있으며 더욱이 刑法 제 21조의 要件과의 關係를 具體적으로 檢討하여서 이를 許容하였다는 것은 오늘날의 學說의 傾向에도 符合되는 것으로서 妥當한 態度라고 아니할 수 없다.

二. 誤想防衛는 容觀적으로는 正當防衛의 要件인 現在의 不當한 侵害가 없는데도 不拘하고 主觀적으로 이것이 있다고 誤認하여 防衛行爲를 하는 것을 말한다.

誤想防衛는 學說上 이것이 構成要件의 錯誤(事實의 錯誤)이나 禁止의 錯誤(法律의 錯誤)이나 하는데 관하여서는 對立이 있다.¹¹⁾

獨逸이나 日本 그리고 우리 나라의 通說은 이것은 故意를 阻却하는 事實의 錯誤라고 하고 있는 것 같다.

鄭教授도 「誤想防衛는 正當防衛가 아니므로 違法성이 阻却되지 아니하나 違法의 事實을 認識하지 못한 경우, 즉 事實의 錯誤이므로 故意는 成立하지 아니한다」 「誤想防衛는 事實을 誤想한 경우」라고 하고 있다.¹²⁾ 그러나 이 問題에 대하여서는 일찌기 草野教授가 違法阻却事由를 罪가 되는 事實이라 理解해야 할 것인가, 즉 違法阻却事由가 없는데도 不拘하고 이것이 있다고 誤想했을 경우를 罪가 되는 事實의 錯誤와 同一視해도 無妨한가라는 問題를 提起하면서 結局 「事實의 錯誤의 理由로서 故意를 阻却한다고 할 때의 그 事實이란 犯罪構成要件에 該當하는 事實이 아니면 안된다」고 했으며 그는 錯誤를 犯罪構成要件에 該當하는 事實에 관한 錯誤와 行爲의 違法성에 관한 錯誤라고 했던 것이다.¹³⁾ 그러나 團藤教授는 故意의

11) 이 問題의 詳細한 것은 福田 平 「違法性の錯誤」 218面以下 參照

12) 鄭榮錫, 「前掲書」 130面.

13) 草野豹一郎, 前掲書 21面 以下, 同 「刑事法學의 諸問題」 第一卷 122面 以下, 174面以下

要件으로서 犯罪事實의 表象, 認容이 必要하다고 하고 이 犯罪事實을 「構成要件에 該當하는 事實」과 「그 以外の 違法性的의 內容이 되는 事實」로 나누고 故意에는 이 두 事實의 表象, 認容이 必要하다고 하여, 特히 後者の 事實에 관해서는 「構成要件에 該當하는 事實以外에 違法性的의 基礎가 되는 事實의 表象도 消極的인 形態로서 故意의 成立要件이 된다. 즉 行爲者가 違法阻却原因인 事實을 表象하면 故意의 成立은 阻却되게 된다」고 하여 이것을 事實의 錯誤라고 하고 있다.¹⁴⁾

그러나 誤想防禦를 事實의 錯誤라고 하는 見解는 違法阻却事由를 消極的 構成要件要素라고 解하는 所謂 消極的 構成要件要素의 理論을 基礎로 하고 있다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 즉 이 理論은 違法阻却事由가 存在할 경우에는 構成要件該當性이 阻却된다는 것이다. 그러나 違法阻却事由는 違法性を 排除하는 事實이며 構成要件該當性を 排除하는 事實이 아니다. 木村博士가 指摘하는 바와 같이 이 理論은 「構成要件과 違法性的의 區別을 混同한 것이며, 가령 錯誤로서 違法阻却事由가 存在하지 않는데도 不拘하고 그것이 存在한다고 믿었다고 할지라도 客觀的으로는 違法阻却事由가 없으므로 行爲는 違法한니까 그 錯誤에 관하여 重要的 것은 錯誤에 의하여 客觀的으로 行爲가 違法한데도 不拘하고 그것을 認識하지 않고 許容되었다고 誤解한 點에 있다고 볼 수 있다. 그렇게 생각하면 違法性에 관한 事實의 錯誤는 事實의 錯誤가 아니고 違法性的의 錯誤 즉, 禁止錯誤라고 解하는 것이 妥當한 것이다」고 하고 있으며¹⁶⁾ 오늘날에는 目的的行爲論의 立場에서는 이 見解에 따르는 者가 많다고 본다.¹⁷⁾ 여하튼 誤想防禦를 事實의 錯誤로 보느냐 法律의 錯誤로 보느냐하는 問題는 重要的 問題이기는 하나 여기에서는 詳論할 것은 그만두고 다만 違法阻却事由는 構成要件에 該當하는 事實과는 다르며 故意의 對象인 事實은 構成要件에 該當하는 事實이고 違法阻却事由는 構成要件을 阻却하는 事由가 아니며 違法性を 阻却하는 事實이므로 筆者는 이것을 禁止의 錯誤라고 解하고 있다는 것만을 밝혀두기로 한다.

그런데 錯誤論과의 關係에서 본다면 嚴格的故意說의 立場에서는 誤想防禦가 事實의 錯誤이든 禁止의 錯誤이든 故意를 阻却하므로 區別의 實益은 없다고 볼 수 있으며 制限的故意說의 立場에서는 誤想防禦가 事實의 錯誤일 것 같으면 故意는 阻却되고 萬一에 過失이 있으면 過失犯의 成立이 問題되며 그것이 禁止의 錯誤일 것 같으면 誤想에 正當한 事由가 없으면 故意犯이 成立되고 正當한 事由가 있으면 故意가 阻却된다고 볼 수 있다. 그리고 責任說의 立場에서는 誤想防禦가 事實의 錯誤이면 故意가 阻却되지만 禁止의 錯誤일 경우에는 故意가 成立되며 誤認에 正當한 事由가 있을 때는 責任이 阻却된다고 할 것이다. 여하튼 本件判例

14) 團藤重光, 「刑法綱要」(總論) 213面, 225面

15) 福田平, 「前掲書」 230面 參照

16) 本村龜二, 「犯罪論の新構造」(上) 278面以下

17) 福田平, 「前掲書」 218面以下; 黃山德, 「刑法總論」 163面

에서는 誤想防衛가 構成要件의錯誤인가 禁止의 錯誤인가에 관하여서는 言及하지 않고 있으나 被告人에게 現在の 急迫하고도 不當한 侵害가 있는 것으로 誤認하는데 대한 正當한 事由가 있다고 하고 있으므로 故意說을 取하든 責任說을 取하든 간에 犯罪가 成立되지 않는 것만은 事實이다.

三. 本件의 경우와 같이 爭鬭하는 者中の 한 사람의 攻撃이 그 爭鬭에서 當然히 豫想할 수 있는 程度를 超過하여 殺人的 兇器 등을 使用하여온 경우에는 正當防衛를 許容할 수 있다고 하는 것은 學說이 거의 一致되고 있는 바이며 다만 本件判例는 B가 被告人의 등뒤에서「카빙」銃의 實彈을 發射하였다면 이미 그 侵害行爲는 終了되어 이에는 正當防衛가 있을 수 없다고 하고 있으나 가령 B가 實彈을 發射하였다 해도 第二彈, 第三彈의 發射가 豫想되면 이에 대하여도 正當防衛가 될 수 있다고 생각되며 또한 原審에서 B가 實彈을 發射하지 아니한 點으로 보아 被告人을 殺害할 意思가 없다고 볼 수 있으므로 正當防衛가 成立되지 않는다고 한 點은「現在の 侵害」라는 것은 侵害가 切迫한 것을 말하며 危險에 處하여 있는 者는 加害者가 現實적으로 被害를 加할때 까지 正當防衛를 할 것을 기다리라고 하는 道理는 없으므로 正當防衛가 可能하다고 생각되므로¹⁸⁾ 正當防衛를 許容한 判例의 態度는 妥當하며 또한 判例가 認定하고 있는 바와 같이 가령 B에게 被告人을 殺害할 意思가 없고 客觀적으로 急迫하고 不當한 侵害가 없었다고 假定하더라도 被告人에게 現在の 急迫하고도 不當한 侵害가 있는 것으로 誤認하는데 正當한 理由가 있는 경우라 할 것 같으면 (本件은 이에 該當한다고 할 수 있다) 誤想防衛로서 犯罪가 成立되지 않는다고 할 수 있으므로 判例의 態度는 妥當하다고 본다.

18) 柏本千秋, 「正當防衛」(刑法基本問題 37 講收錄) 106 面