

## 살인·살인미수

[대법원 1955. 2. 22. 4285형상115]



### 【판시사항】

공비토벌 작전에 참가하여 그 임무수행중 좌익 악질분자를 총살한 행위의죄책

### 【판결요지】

6.25 사변중 경찰전투대원으로 공비토벌 작전에 참가하여 그 임무수행중좌익 악질분자를 총살한 행위의 죄책은 당시의 작전상황과 피해자의 반역행위를 명확히 규명하여 판단하여야 한다.

### 【참조조문】

형법 제20조

### 【전문】

【상고인, 피고인】 피고인

【원심판결】 제1심 전주지방법원, 제2심 대구고등법원

【주문】

】

원판결을 파기한다.

본건을 대구고등법원에 환송한다.

【이유】

】 피고인 상고취의는 피고인은 살인 동 미수죄로 형법 제199조에 해당한다하여 단기 4284년 7월3일 전주지방법원 제1심을 완료하고 단기 4285년 7월 5일 대구고등법원 제2심에서 사형언도를 받았으나 피고인은 차와 여한 범죄사실이 전연 없음으로 다시금 제3심 상고를 바라는 바이올시다.

피고인은 범죄피고 내용에 대한 상고취의 내용을 별지첨부 기재와 여히 상달하오니 신중 고찰하시와 현명하신 대법관 각위께옵서는 공정한 판결을 내려주시옵기 복망하나이다.

(가)피고인의 약력의 개기 단기 4253년 12월 6일 본적지에서 출생하여 중류가정에서 엄숙한 가정교육으로부터 보통학교를 졸업하고 다시 정읍공립농업학교를 졸업한 후 청주전매국 서기로서 재직중 당시 일재의 강제모병으로 인하여 지원병훈련소를 우수한 성적으로 졸업하고 함흥 제43부대에 배속 단기 4277년 12월에 육군오장으로 만기제대 다시금 평양 제44부대에 재소집 근무중 유능선발에 합격되어 평양 병사부 사령부에 전속 내무에 담당 익년 해방으로 인하여 일제군대에서 이탈 귀가하였음. 단기 4279년 진주 미군정하에서 군산경찰서 기동대장으로 근무당시 유명한 군산해운 노조사건 남로당 조책 이단하 사건및 남선일보사 사건을 위시하여 관외 제주도 폭동사건을 자신으로써 극단의 활동을 자임하였으며 차에 대한 표상현공도 없지 아니하였읍니다 (나)일시 경찰을 사퇴하고 단기 4282년 전라북도 전주병사부사령부 병무과에 근무 제1차 징병검사를 완료하고 동직을 사퇴 단기 4283년 3월에 육군보병학

교 간부후보생으로 입교 수업도중 6.25사변에 봉착 피고인 자신이 일 무명의 초생으로 무슨 용기와 장지가 있으니 요마는 국난을 당하는 군관의 자격만은 충분히 발휘할 용기로 쾌활히 전지에 출진하였습니다.

연전연패의 아군은 수도 서울을 반전도 불급하여 포기하고 후퇴를 계속중 피고인이 담당한 경기도 과천(금랑장리)전투에서 소대장의 임무를 군신할 각오로 아방에 백배의 출혈을 목격하면서 고수불퇴할 때에 우락하는 적탄중에 피고인은 좌흉부에 맹관총상을 받아 속신 못하는 자태로 대전육군병원에 수용 다시 전주육군병원에 전송 이때 마침 전주 적수중에 함락되어 상처를 부등키고 심야에 탈출전전 야행하여 대구에 도착 초미에 급한 적의 공격은 전역에 석권할 우려가 농후하여 피고인은 과거경찰출신급 군문출신 동지자 수백명들과 호응하여 구국유격대 편성에 불면 불휴 노력하면서 대통령관저에 문을 두드리고 정부에 건의서를 제출하여 애걸복걸 수신회에 겨우 취의가 용인되어 6백명의 유격대편성을 완료하였습니다.

(다)그때에 급히 편성한 유격대는 경제적인 악조건과 공수로 나서는 대원들의 무기공급등 단시일에 선한 조치에 만란을 극복하고 대오를 정리한 후 피고인은 작전교육관의 중임을 맡고 불철주야 훈련 수개월에 출전명령에 의한 동부전선출동에 60여회 전투는 적을 제압 섬멸하여 38선 이북까지 천수백리 지역을 적의 유격대 3개여단을 상대로 사살 6백여 생포 백여노획 무기수백정의 전과로 적의 공세를 좌절시킴과 동시에 전군출동에 대한전위성공에 역할을 하였습니다.

그러자 엄동을 당하여 제2군단 전면후퇴와 아울러 피고인은 동상검 배수골타박으로 인하여 부산 제5육군병원에 이송되고 가료 2개월여에 현역군문을 떠나 예비역이 되었습니다.

(라)군문에서 병약자체는 고향인 전주를 가서 사변중 가족의 생존여부를 탐문한즉 가족들은 본적지에 있다는 것을 알고 다행타 생각하고 있을지음에 피고인의 건강상태는 차차 회복되어 다시금 위국진중에 양심이 분발되어 사기가 왕성한 전북경찰전투 제18대대장 초빙을 받아 동대대 제3중대장으로 특별임명을 받았습니다.

그리하여 목적수행에 기본행동이 잔적소탕과 치안확보 임무로 작전명령에 의한 전투행위가 지구별로 생기게 되었는데 피고인이 담당한 지구는 피고인 출생지인 고창군관하로 지정되어(고향인 관계상 지리적으로나 작전조건에서 예비적 식견이 있다하여)제3중대 작전이 실현되게 되었습니다.

1,피고인에 범죄를 지적하는 내재적 사정급 전투경과 1.단기 4284년 5월 6일 제8사단장 작명에 의하여 아경찰대대는 각 중대로 분산배치되어 도피하는 적을 포착섬멸코저 피고인 지휘하 제3중대도 전라남도 장성군 소재 백양사근방의 지구를 담당하고 태산심곡에 불철주야 작전을 단행튼중 단기 4284년 5월 7일 야간에 전라남도 당작전부사령을 사살하고 무기,탄약 중요문건 다수를 노획하는등 대대한 전과를 거두고 단기 4284년 5월 9일 궤주하는 적을 추격하여 제8사단은 전북 부안군 소재 변산반도를 아대대는 동일오후6시 전북정읍군 입암에 집결하여 동7시 사단운송차량으로 동11시 전북 고창군 아산면 지서 소재지에 도착 숙소에 대원을 배정한 후 피고인은 단기 4284년 5월 9일 오후 12시 대대본부에 지하여 부대대장으로부터 제8사단장에 작전명령(호수불명)과 사단으로부터 배정된 작전요도와 대대임무를 제시함과 동시에 각 중대에 대한 전투명령을 우와 여히 받았습니다.

작전명령 1, 제8사단은 부안군 소재 변산반도의 적을 소탕한다.

경찰전투 제18대대장은 휘하부대로 하여금 변산반도에 대안인 전북 고창군 아산면과 해리, 심원, 부안, 무장등 각 방면에 선한 선운사근방과 해안선에 가까운 일대에 적을 섬멸하고 변산으로부터 도주하는 적을 해변에 잠복코 있다가 체포섬멸하라. 1)제3중대장(피고인)은 일개소대를 대대본부에 착출하라 2)제3중대장(피고인)은 대대 최좌익작명도시 제3선을 소탕 특히 선운사를 중심한 인접지역을 철저색적 섬멸코 해안에 도착하여 잠복하라 3)제3중대에 중화

기 1개소대를 배속한다.

4)대대본부는 제2선인 중앙후방(제2중대)를 추진하겠다.

5)적상황은 지금까지의 정보에 의하면(대대정보원 및 각 지서에 종합정보) 선운사를 중심한 인접지역에 무장150과 비무장70 계220이 출몰하고 기중 무장면은 토비의 발호가 극심하다.

특히 제3중대장은 본적지인만치 지리 인물등 상세할 것임으로 무장면을 통과 해리후산을 경유 심원면 해안에 도달하다

6)출결전투개시 시간은 추후 지시한다.

단기 4284년 5월 9일 어아산면 지서명령관 경찰전투 제18대대장 대리 부대대장수령관 각 중대장 귀하 3.피고인 제3중대장은 이상의 작명을 받은 후 휘하대원에게 지시한 다음 만반 준비를 완료 단기 4284년 5월 10일 오전5시 대대본부를 출발 전투행동개시 동일 오전7시 30분경 피고인의 본적지인 고창군 무장면 월림리를 통과케 되었는데 이때 피고인은 산개한 중대 중앙에 중대본부원들과 같이 있었습니다.

1,피해자등이 숙청대상으로 된 원인급 관계 이때에 부락으로부터 9백미터 가량 상이한 곳에서 사변전부터 남로당원으로써 가진 만행을 감행한 공소외 1이 숙부 공소외 2(입공당시자위대원)를 만났는데 공소외 2가 피고인을 보자 도주하기에 바짝 대들어 하고로 도주하는가 고문하면서 빨찌산에 누구 누구갔으며 현재는 있나 없나 바른대로 말하라고 하였더니 빨찌산에는 여럿이 갔으며 어제밤(단기4284년5월 9일 야중)에 산에서 연락은 공소외 3의 장녀가 있고 또 여럿이 있습니다.

죄를 저서 죽어서 마땅하나 한번만 살려주오. 공소외 4와 부락사람 전부가 다 한 것인데 1,우익 요인암살과 반동 숙청을 한다하면서 부락민들이 구덩이를 파놓고 2,죽창곤봉 특히 죽림부락에는 소총이 수정있고 3, 공소외 5란 자에 집후편 죽림밑에 아지트를 구축하고 죽림부락후산급 골짜기 골짜기와 요소에 아지트를 만들어 놓고 아동을 시켜 탄피를 모집하고 양말을 운반 저장등 또 인민군과 중공군이 수원까지 왔으니 여기도 곧 온다.

인공국이 수립토록 준비하자. 만약 이런 사실을 누설하면 사업방해자로 숙청한다 함으로 4,부락열성자들이 적극활동하고 있습니다라고 하기에 피고인은 휘하 각소대장을 불러 이상의 신정보를 하달하고 상대방에 무기등이 많은 모양이니 조심하라 주의를 주는 동시 중대를 4대로 나누어 근방 일대부락을 기습포단케 하고 철저수색토록 하였습니다. 부대가 행동을 취하였을지음 총성이 나고 대원이 저격을 받았읍니다.

피고인은 대원이 발포한 것으로 알았더니 후에 알고보니 발포한 사실이 없었습니다.

전투를 속행하여 부락부근급기일대를 색적하여 중대본부위치 인 전투선 중앙에 집결된 부역 토비 약 150명중 아동들은 전부를 들쳐 보내라 명령하고 있을지음 대원이 공소외 4(입공당시 자위대장 남로당원)를 다리고 있음으로 피고인이 대략 물어본 결과 전기 공소외 2의 말과 여히 학살은 물론 대한민국을 음으로 양으로 전복할 계획이 추진되고 있음을 자백함으로 공소외 4를 시켜 그가 지목하는 빨찌산을 위시한 지방토비를 선별 약 2킬로미터 상거하는 곳에서 사살케 하여 임무를 완수하였습니다.

이때에 무기는 노획치 못하였으나 후일 무장 지서원과 잔비와의 격렬한 교전 끝에 사살9 생포2 소총2정급 동탄환 수백 발 수류탄 인공기 주요문건 양말다수 기타 각종물품 다다수 노획등 성과를 올렸다는 사실도 유합니다.

1,개인복수를 하기 위한 단독적 행위가 아님을 다음에 열거하겠습니다.

1,개인복수를 하기 위하여서는 상대방을 명확히 알아야 할 것임에도 불구하고 상대방의 개인개인을 전연 몰랐다는 것과 죽은줄 알았던 피고인의 숙부(정읍에 거주함)가족과 제와 같이 종제의 사체를 가지고 매장하러 온 것을 당일 본

적지에서 사변이후 처음으로 만났다는 것입니다.

2,부대를 전투대형으로 산개시켰는데 거리가 너무나 떨어져 있어서 부대지휘에 곤란할 뿐 부시라 이내 역도들의 행렬로 인하여 아방의 행동이 폭로되어 탄 적으로부터 예기치 않은 기습을 면키 위하여 전투수행상 불가피한 사정에서 중대본부 수사소대에 명하여 사살조치를 취한 것입니다.

3,전기와 여히 사살조치를 취하는 동시에 피고인은 본대본부 부대대장에게 부역토비 사살조치에 대한 보고를 즉시 완료하고 부대대장으로 부터 다시 잔재 부락토비숙청의 명령을 받고 전투를 속행하여 미발견 토비 색제와 동시에 포착한 부락토비를 제2차로 사살조치에 취한 바 입니다.

그리하여 제1장소와 제2장소의 구별로 피해자들이 숙청대상으로 사살된 것입니다.

4,부대대장은 피고인에 인솔중대가 취한 전향 조치에 대하여 신속과민함을 상찬하고 동 전투지구에서 제1요새인 심원면 월산리 남방해안봉쇄의 임무를 주기에 전대원 총동원하에 지시장소로 급거하는 도중 대원이 공소외 2를 다리고와서 말하기를 (전투행동상 포착토비 동행은 지장이 있으니 사살조치에 처함이 여하하냐고)묻기에 적당히 처치할 것을 명령하였읍니다.

5,전기 부락토비 사살조치가 있는 후 계속 전투를 선운사지구급 해안지구에서 대대전원에 수범중대로 만3일간을 완료한 차제에 치안은 확보에 가근할 때 돌연 대대장의 본부소환이라 하여 대대본부에 이르니 전주지방검찰청 구속명령이라고 하기에 구속이유도 모르고 전주지검으로 송치되었읍니다.

1,총괄적인 견지에서 공과 사의 구분국가에 간성으로 인정되는 군인이 국난을 당하여 적을 상대로 승패를 결할 때 군율에 정당한 지시으로써 취한 행동이 군의 서순이라할 것인데 피고인에 작전임무에서 취한 행동도 역시 군율에 의거한 법적질서라고 많이 할 수 없습니다.

그리고 전투행위에 나아가서 지구별로 생기는 치안상태에 다각적인 현상이 군의 행동을 방해하며 적과 더불어 부항반역하는 지원 주민이 있다면 그를 적과 동일시 아니할 수 없는 경위이며 더욱히 사상적으로 조직을 통하여 적의 전위역할을 하는 지원주민이라면 이것은 토착비적으로 규정 아니할 수 없습니다.

그렇다면 동사건에 대하여 기 피해자들이 과거 지원주민체제에서 적의 사상에 공조하는 조직이 없었으며 적에 실전행동을 부동조장하는 반역행위가 없었으며 아군전투지역에서 적과 내정을 통모하여 아군의 작전동작을 방해하는 일이 없느냐 하면 이것은 기부락민의 사위전체라고 할만치 행동들이 일치되어 적을 봉조하고 있었으며 각양의 시설급보급을 전투면에까지 운행하고 있었으니 피해자들이 숙청대상에 합리적조건을 구비하였다고 보는 동시에 절대한 공의 행동에서 차를 조치하였으며 추호도 사행위가 없었음을 피고인은 당시 중대장의 임무에서 주장합니다.

1,제1심 제2심에서 판결된 법리적 해석과 피고인의 인식 1.제1심공판이 개정되기까지의 경위는 검찰관 기소서류에서 피고인의 전투행위 전체를 개인범죄행위로 인정하고 개적범죄에서 적용되는 형법급 사형조치법을 적용한 판결이 사형언도에 지하였으나 그것은 군의 집단적인 행위에서 성립된 작전사실을 무시하고 피고인을 기 작전면에서 분립시켜 개인범죄로 단위구성을 취함은 실증적인 현존정황을 완전 몰각하고 단지 피해자등에 다수동정을 주관으로 하는 관념적 법의에서 판정한 언도라고 인정하여 군작전행동이 기본이 되어 상대 적방을 말살할 의의에서 부대되는 사실이였음을 무시하는 협의적인 오판에서 형법 제199조와 사형조치법이 적용되었다고 인정하여 피고인은 제2심 공소를 한 바입니다.

2.제2심 공판당시에는 피고인의 공소의의를 확인하고 피고인의 이익을 위하여 구체적인 사건분해에서 미발견된 증거수사와 기 당시의 전투요령 작전요의등에 상세한 탐구를 기본으로 피해자등의 사건 연관성이 기존유무를 조사하여

현지실태 그대로에 재조사가 있는 후에 좀더 공정을 기하는 판결이 있으리라고 믿었으니 제1심 공판 그대로에 의거하여 서류판정에 지나지 않는 제2심 판결연도는 어디까지든지 실제사정 규명을 필요로 하는 피고인에 있어서 불복항의 하는 바이옵니다.

1.참고로 피고인 공술요점을 좌와 여히 진술합니다.

1.피고인이 단독 복수행위를 취하려면 좀더 피해대상의 선택과 군의 작전면을 피해서 획기적인 감정처리를 하는 것이 통례로 볼 수 있거던 공연히 피해당한 피고인의 가족과 하등관련을 가질 수 없는 적어도 국가대의에서 편성된 전투대대가 피고 일개인 복수행위를 성공시키기 위하여 피해자등이 거주하는 지역을 전투지역으로 정할 리가 만무요 또한 제8사단장의 작전지시가 피고 1개인에 복수결과를 목적으로 한 명령이 아닐 것은 재언을 할 필요가 없는 이상 작전지구의 지휘관의 일원으로 피고인이 취한 전투방식이기 전면작전과 분리되어 개인범죄의 구성운운은 도저히 있을 수 없는 사실입니다.

2.개인복수의의가 피해자등을 상대로 끝까지 없었다함은 피고인의 변명보다도 제1심 제2심 당시에 피해자중 생잔자급 기타 유가족등의 제출된 진정서가 철두철미 피고인의 정당성을 지적하고 또한 대대장 이하대대전원의 진정서는 공의 결정대로 피고인의 사행위가 아님을 충분히 입증할수 있는 이 재판에 임하신 재판관은 광의적심판을 나리시여야 되리라고 믿습니다.

그와 동시에 지방주민등의 진정도 있다하니 기 당시 피고인의 행동이사적이 아니며공적이고 또는 공서양속을 무시한 사실이 없음을 충분히 증명할 수있습니다.

3.피해자등을 사살조치에 처할 시에 일반대원의 요청에 의하여 피고인은 지휘관의 지위에서 차를 승락한 것이 명령화 하였으며 사살대상자의 선택과 장소지정 사살실행자는 대원중 수십명의 행동임을 명확히 지적합니다.

4.제1심 제2심 당시에 피고인에 대한 질의문답에 있어서 피고인의언질에 다소 사건범주를 벗어난 것이 있다하드래도 이것은 어운의 표시가 부족함인지 어의에서 상이됨은 아니오니 설사 피고인이 말할때에 공을 본의한 것이 재판관이 듣기에는 사행위로 인정 할 수 있을 장면이 있으리라고 믿습니다.

다시 말하면 '복수운운이'공에서 나온 작전상 선택된 대상이 과거 피고인의가족을 멸살한 가해자들이라 하면 기의 조치는 공으로써 될 것이요 피고인의 사적 복수는 자연법칙에서 성취된 것임으로 이것을 통략적으로 말할때에 「복수라고 할 것입니다」 이상과 여한 취의에서 제3심 상고에 대한 공술을 약술하나이다라 함에 있고

피고인 변호인 김영상 상고취의 제1심 제2심에서는 공히 피고인의 범위 구성에 대한 상밀한 심리가 부족하였고 따라 피고인의 위법성 조각사유의 인식하에 감행된 본건 행위에 대하여 범의구성 요건인 위법성의 유무를 불문하고 단순한 범의계속하에 행하여진 범행이라 판정함은 법의 운용을 그릇한 위법의 판결이라 아니할 수 없다.

원래 본피고인의 행적을 안컨대 다수인을 살해한 그 근본동기가 자기의 가족에 대한 복수지념이 크게 동하였음은 은폐치 못할 사실이다.

그러하나 동시에 피고인은 자기의 직책상 일선지구에서 이적행위자 빨찌산등을 만나며는 즉석에서 즉결 살해하여 후 원념을 없게 하는 것이 또한 자기의 직권인 동시에 직무라고 인식하고 행하여진 본건행동은 그 '직권직무하에 행한다'라는 위법성을 조각하는 사유의 인식하에 감행된 행동인 만큼 그 행위전체의 위법성은 조각되지 않을 수 없다.

피고인 자신의 여사한 인식 즉 자기의 직권처럼 혹은 직무처럼 인식한 그 점이 설혹 피고인 자신의 오인에서 출한 것이라 할지라도 그 형사상 범의 구성론에 있어서는 행위전체는 객관적 위법성은 행위자 자신의 주관적 인식으로 인하여 그 범의 구성을 조해할 것이다.

피고인이 제1, 제2심 공판에서 진술한 바를 인용하면은 1,그네들(피해자등)을 그대로 두며는 잔존우익을 마저 죽일 것이고 빨찌산과도 또 연결할 것이라고 생각도 되고 또 그러한 사실이 실지에 있었기 때문에 살해한 것이다.

2,복수감도 있었으나 부역행위자이기 때문에 살해한 것이다.

3,그네들(피해자등)은 작전지역에서 체포된 이적행위자 즉, 포로등이다.

포로들을 죽이라는 법은 없으나 전사상에는 포로를 병자하여 피해를 주는 경우가 많음으로 분대장이상에는 즉 결권이 부여되어 있다.

이상과 여한 피고인의 진술을 보면은 피고인의 금번행위 자기자신의 직권직무의 일발로로서 행하는 것이라는 인식하에 감행됨을 능히 알 수 있음에도 불구하고 원판결은 이에 대한 하등심리와 판시가 무함으로 원판결은 차를 파기치 않을 수 없다고 사료함이라고 하였다.

심안컨대 기록에 의하면 피고인은 단기 4283년 1월경 경기도 신흥소재 보병학교에 입교하여 이래 대한민국 군인으로 써 복무중 소위 6.25사변이 발생하자경기지구에서 종군하여 동년7월경 부상 입원치료하다가 동년 8월경 다시 종군하여 강원도 지구에서 전투중 다시 부상으로 인하여 단기 4284년 2월 18일 당시 육군대위로서 퇴역한 후 동년 4월초에 전라북도 경위에 피명됨과 동시에 동경찰 동제18전투대대제3중대장으로서 공비토벌작전에 종사하든 자인 바 동년 5월 초순경 제8사단과 피고인의 전시 대대와외의 군경합동 공비토벌에 참가하여 기 임무수행중 피고인의 소속 중대가 동월 10일 고창군 무장면을 경유하여 동군 해리면 방면으로 진출하게 되자 동일 오전 10시경 대원 공소외 6 외 5명을 인솔하고 우 경로에서 약간 상거한 피고인의 본적지인 월림리에 거주하는 공소외 2, 공소외 4로부터 괴뢰군이 피고인의 본적지 침점기간중 피고인의 일가족 친척 50여명이 우 월림리 거주 천씨 황씨등 동민으로부터 참살당한 상세한 상황을 문지하고 다시 동인등의 안내로 동리에 임하여 기 가족들이 살해당한 현장에 갔던 바 14대 이래 거주하던 피고인 가에는 부지 타인이 거주하고 있을 뿐 아니라 그 피살현장에는 고승목 봉죽창 등이 산재하고 있음을 목격하자 빨찌산의 행동과 동일한 것으로 인정하고 토벌작전의 완수를 기하기 위하여 악질분자인 피해자를 총살한 것은 반드시 피고인의 복수적행위라고 단정할 것이 아니고 도리혀 작전상 필요에 의한 처치라도 간취할 수 없는 바도 아님으로 피해자 전원에 대한 살해행위를 피고인에 대한 살인죄로 인정함은 정곡을 얻었다고 논하기 어려움으로 그 당시의 작전상황과 피해자의 반역행위를 명확히 함이 아니면 피고인에 대한 죄형의 한도를 정하지 못할 것이다.

이러한 고찰은 판결에 중대한 영향을 끼칠 것임에 불구하고 원심이 이를 간과한 것은 사실의 심리를 다하지 아니한 것으로 원판결은 파취를 면하지 못할 것이요 상고는 이유있음으로 형사소송법 부칙 제1조, 구 형사소송법 제447조, 동 제448조의 2에 의하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 김병로(재판장) 김두일 김세완 김갑수 허진