

상해죄의 동시범 특례규정의 올바른 해석과 입법론*

Interpretation and de Lege Ferenda of the Special Regulations of the Concurrent Crimes of the Infliction of Injury Pursuant

신 이 철**
Shin, Yi-Chul

목 차

- | | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| I. 서설 | III. 현행법상 상해죄 동시범 특례규정의 올바른 해석방향 |
| II. 형사소송법상 거증책임전환규정으로 볼 수 있는지 여부 | IV. 결론 |

상해죄의 동시범 특례규정은 검사의 증명부담을 경감하면서 상해결과에 기수책임을 묻어 집단적으로 이루어지는 상해의 동시범을 예방하고자 하는 형사정책적인 입법취지에 제정된 것으로 알려져 있다. 그러나 실체법적으로 결과를 발생시키지 않은 행위에 대해서도 기수로 처벌이 이루어지고 있으며 소송법적으로도 무죄추정의 원리와도 조화된다고 보기는 어렵다. 따라서 입법자에 의해 규정이 삭제되거나 헌법재판소로부터 위헌판결이 이루어지기 전까지는 적용에 있어서 매우 엄격하게 할 필요가 있게 된다. 예컨대 독립행위도 동시 또는 적어도 근시(近時)로 엄격히 해석하면서, ‘상해’의 결과에서도 중상해나 사망의 결과가 발생한 경우는 제외하는 것이 타당하다고 생각된다.

입법론적으로는 현행 형법 제19조과 제263조의 기존 규정을 삭제하고, 별도로 ‘독립행위가 경합하여 (중)상해 또는 사망을 초래한 경우에 원인행위가 판명되지 않은 때에는 가담한 행위로 인하여 각자를 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.’는 정도

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사의회일 : 2016. 1. 26. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 이 논문은 2015년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨.

This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2015.

** 원광디지털대학교 경찰학과 조교수, 법학박사

Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University

로 형법전에 도입될 수는 있을 것으로 본다.

[주제어] 상해죄, 동시범 특례규정, 무죄 추정, 거증책임, 형법 제263조

I. 서 설

형사절차의 본질적 과제는 실체형법에서 요구하는 국가형벌권을 구체적으로 실현하는 일이다. 이를 위한 기본적 전제는 사실에 관한 객관적 진실을 발견하여 사안의 진상을 명백히 하는 것인데, 이를 ‘실체적 진실주의’라고 한다. 형사소송에서는 실체진실주의가 비록 유일한 이념은 아니지만, 최고의 이념으로 자리 잡고 있다. 이러한 실체진실주의에는 적극적 실체진실주의(유죄자 필벌)와 소극적 실체진실주의(무죄자 필벌)의 양면을 가지고 있지만, 통설은 소극적 실체진실주의를 강조하고 있다. 이러한 소극적 실체진실주의는 유죄판결에 보다 엄격한 심사를 가할 것을 요구하고 있으며, 진범인이 형사처벌을 면하는 일이 있더라도 무고한 사람이 처벌되어서는 안된다는 범공동체의 기본적 가치결단에서 나오는 요청으로 ‘무죄추정의 권리’도 이와 밀접한 관련을 맺게 된다. 이러한 무죄추정의 원칙에 의하여 피고인에게 유죄판결을 하기 위하여 법관은 합리적 의심 없는 증명 또는 확신을 가져야 하며, 증거평가의 결과 법관이 유죄의 확신을 가질 수 없는 때에는 ‘피고인의 이익으로’ 판단하여 무죄를 선고해야 한다. 또한 입증단계에서는 무죄추정의 원칙이 거증책임을 정하는 기준이 되어 범죄의 성립과 형벌권의 발생에 영향을 미치는 모든 사실에 대한 거증책임은 ‘검사’가 져야 한다. 여기서 요증사실의 존부에 대하여 증거가 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자의 법적지위를 (실질적)거증책임이라고 하는데,¹⁾ 문제는 거증책임이 전환되는 경우이다. 현재 거증책임의 전환이 이루어진 것인지에 대하여 논란이 되는 규정으로는 보통 상해죄의 동시범 특례(형법 제263조)와 명예훼손죄의 위법성조각사유(형법 제310조) 등이 거론되고 있다. 그러나 본 논문에서는 형법 제263조에 규정을 두고 있는 상해죄의 동시범 특례규정에 국한하여 살펴보기로 한다.

현행 형법상 상해죄의 동시범의 특례규정이 과연 헌법과 형사소송법에 규정되어 있는

1) 대법원은 ‘현행 형사소송법 체계에서는 공소범죄사실의 증거가 없거나 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자는 바로 검사이므로 공소범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있고, 증거가 없거나 불충분하여 의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로 판단하여야 한다’고 판시하고 있다(대법원 1984. 6. 12. 선고 84도796 판결).

무죄추정이라는 측면에서 과연 거증책임 전환규정으로 볼 수 있는지를 검토(Ⅱ)를 한 뒤에, 그에 따른 상해죄의 경우 동시범 특례 규정의 적용범위에 대해 논란이 있으므로 이를 포함한 규정의 올바른 해석방법을 마련해 제시해 보고(Ⅲ), 필요한 경우 이와 관련된 입법적 개선 부분도 지적하면서 결론(Ⅳ)을 맺을 것이다.

Ⅱ. 형사소송법상 거증책임전환규정으로 볼 수 있는지 여부

1. 형법 제263조의 규정취지

원래 동시범은 2인 이상의 의사연락 없이 개별적으로 동시에 죄를 범한 경우를 말하는데,²⁾ 동시범은 범인들 사이에 의사연락이 없으므로 공동정범과는 달리 일부실행·전부책임의 원리가 지배하지 않고 각자 자신의 행위와 그에 의해 초래된 결과에 대해서만 책임을 지는 개별책임의 원리를 따르게 되므로 각 행위자와 결과에 대한 인과관계를 개별적으로 논하게 된다.

결국, 동시범의 경우 결과발생의 원인행위가 판명된 경우에는 인과관계와 개인책임원칙에 따라 각자의 형사책임을 정하면 되므로 그 결과를 발생시킨 자는 기수범, 나머지는 미수범이 되는데, 각자는 자기의 행위에 의하여 발생한 결과에 대하여만 책임을 지면 충분하게 된다는 의미이다.

그러나 결과발생의 원인행위가 판명되지 아니한 경우 즉, 인과관계의 준부가 밝혀지지 않는 경우에 각 행위자를 어떻게 처벌할 것인가가 문제된다. 원칙적으로 검사가 인과관계의 존재뿐만 아니라 범죄사실에 대한 입증책임은 지고 있는데 이를 입증하지 못하면 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’의 원칙에 의해 인과관계도 부정되어야 한다. 이러한 점을 고려하여 형법 제19조는 ‘동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.’라고 하는 규정을 두고 있다.³⁾ 결국 형법 제19조(독립행위의 경합)에 의하여 미수범으로

2) 이는 단독정범의 병렬관계에 있는 것으로서 의사연락이 없다. 따라서 다수인의 실행행위를 요한다는 점에서 단독정범과 구별되며, 공동의 범행결의가 없다는 점에서 공동정범과도 구별된다. 그리고 다른 행위자를 도구로 이용한 것이 아니라는 점에서 간접정범과도 구별된다. 여기서 독립행위 경합의 경우에는 각각의 독립행위별로 발생된 결과와의 인과관계를 검토해야 하지만, 공동정범의 경우에는 관여자들의 전체 범행과 결과 발생 사이의 인과관계를 검토하는 것과 구별된다고 할 것이다.

처벌되는 것이 원칙이다.

그러나 예외적으로 ‘상해’의 결과가 발생한 경우만큼은 제263조의 예외규정을 두고 있다. 즉, 형법 제263조는 상해죄에 관하여 동시범의 특례를 인정하여 ‘독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.’고 규정함으로써 형법 제19조의 예외를 인정하고 있다. 이와 같은 형법이 상해죄의 동시범에 대해 특례규정을 둔 입법취지는 상해의 결과가 일상생활에서 빈번하게 발생할 뿐만 아니라 집단적으로 행해지고 그 결과 또한 중대함에도 불구하고, 자주 발생하는 모든 집단적인 상해결과에 대한 원인된 행위를 모두 입증하는 것은 사실상 곤란한 경우가 적지 않기 때문에 검사의 입증곤란으로부터 이를 구제할 필요성이 있다고 판단되어 상해결과에 대해 기수책임을 부담함으로써 일반 예방적 효과를 마련할 정책적 필요성이 제기되어 예외를 인정하는 특별한 규정을 마련한 것으로 알려져 있다.⁴⁾ 일본도 우리나라와 마찬가지로 형법 제207조에서 동시상해의 특례규정을 두고 있다.⁵⁾

그럼에도 불구하고 무죄추정의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 결과책임을 인정하는 전근대적 규정으로 형벌권을 확장하는 의심스러운 입법형식이라는 비판이 적지 않다.

2. 현행법상 거증책임 전환을 인정할 수 있는지 여부

형사소송법상 거증책임의 전환이 법적으로 인정될 수 있는가에 대하여, 형사재판의 실체에 있어서 입증곤란의 문제를 해결하기 위하여 특별히 거증책임의 전환을 규정할 법률조항을 위헌이라고 단정할 수 없다는 입장에서⁶⁾ 전환을 인정하는 명문의 규정과

3) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 각 행위를 미수범으로 논하는 것은 그 결과발생의 원인행위가 판명되지 아니한 때에 한한다(대법원 1961. 1. 20. 선고 4293형상671 판결).

4) 임웅, 형법각론 제3정판, 법문사, 2011, 66쪽.

5) 第二百七条(同時傷害の特例) 二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の輕重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による(동시상해의 특례 - 2인 이상으로 폭행을 가하여 사람을 상해한 경우에 각자의 폭행에 의한 상해의 경중을 알 수 없거나 그 상해를 일으킨 자를 알 수 없는 때에는 공동하여 실행한 자가 아니라도 공범의 예에 의한다).

그 외에도 상해 또는 상해치사의 결과에 이른 싸움현장에서 현장 조세를 처벌하는 규정을 두고 있다. 第二百六条(現場助勢) 前二条の犯罪が行われるに当たり、現場において勢いを助けた者は、自ら人を傷害しなくても、一年以下の懲役又は十万円以下の罰金若しくは科料に処する。(제206조 현장조세<助勢> 전 2조의 범죄가 행하여진 경우에 현장에서 가세한 자는 스스로 사람을 상해하지 아니하여도 1년 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금이나 과료에 처한다).

6) 임동규, 형사소송법 제7판, 법문사, 2011, 465쪽.

이를 뒷받침할 합리적 근거만 있다면 거증책임의 전환을 인정할 수 있다는 긍정설과,⁷⁾ 거증책임의 전환은 헌법상의 무죄추정의 원칙에 반할 뿐만 아니라 거증책임의 예외를 뒷받침할 만한 합리적 근거는 어디에서도 찾을 수 없으므로 거증책임의 전환을 법적으로 허용되어서는 안 된다는 부정설⁸⁾의 대립이 있다. 생각건대 거증책임의 전환은 헌법상 무죄추정의 원칙에 반할 수 있는 규정으로 위헌의 소지가 충분히 있다고 판단되므로 거증책임의 전환을 법적으로 불허함이 바람직할 것으로 생각된다.

3. 현행 형법 제263조가 거증책임전환규정인지 여부

3.1 학설의 논의

형법 제263조는 ‘독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.’고 규정하고 있다. 이것을 형법 제19조 독립행위의 경합에 대한 예외라는 점에서 ‘상해죄의 동시범 특례’라고 한다.

이러한 조문의 법적 성질에 대해 (i) 형법 제263조의 명문의 규정과 2인 이상이 동일인에게 폭행한 때에는 검사가 인과관계를 입증하는 것이 매우 곤란할 뿐만 아니라 폭행에 의하여 상해결과가 발생하는 것이 일반적이라는 점을 근거로 상해죄의 동시범의 경우에는 행위자가 자신의 행위에 의하여 상해결과가 발생하지 않았다는 것(즉, 상해의 결과에 대한 인과관계 없음)을 증명해야 할 거증책임을 부담하고, 만일 그러한 증명을 하지 못하면 공동정범의 예에 따라 기수범으로 처벌된다고 보아 결국은 거증책임이 검사로부터 행위자에게 전환된다고 보는 거증책임전환 긍정설(다수설)⁹⁾과 (ii) 실질적

7) 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2013, 471쪽; 이재상/조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015, 546쪽; 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015, 616쪽; 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009, 723쪽(무죄추정에 비추어 예외에 대한 합리적 근거가 없는 한 이를 허용하지 않는 것이 타당하다고 한다).

8) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2011, 555쪽.

9) 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2007, 75쪽; 박상기, 앞의 책, 59쪽; 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002, 81쪽; 이정원, 형법각론, 법지사, 2000, 90쪽; 임웅, 앞의 책, 66쪽; 정영일, 형법각론, 박영사, 2008, 43쪽; 김신규, 형법각론, 청목출판사, 2015, 79쪽; 노명선/이완규, 앞의 책, 471쪽; 이재상/조균석, 앞의 책, 546쪽; 백형구, 형법각론, 정림출판, 1999, 627쪽; 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2012, 956쪽; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 325쪽; 신양균 형사소송법, 화산미디어, 2000, 634쪽. 형법 제263조의 법적성질을 소송법적으로는 거증책임전환규정인 동시에 실체법적으로는 공동정범의 범위를 확장시키는 일종의 의제라고 보는 이원설(신동운, 앞의 책, 579쪽)도 여기에 속하는 견해라고 할 수 있다. 참고로 거증책임전환

거증책임의 전환을 예외적으로라도 전혀 인정할 수 없다는 입장에서 피고인에게 불리하게 작용하는 해석은 무죄추정의 원리에 의하여 최대한 자제되어야 하므로 피고인이 다투지 않는 경우에 한정하여 인과관계의 인정만을 사실상 추정하거나(사실상 추정설),¹⁰⁾ 또는 형법 제263조가 검사의 입증곤란을 구제하기 위해 공동정범에 관한 책임을 법률상 추정하는 것을 허용한 것으로 보거나(법률상책임 추정설),¹¹⁾ 피고인에게 단순히 증거제출책임을 인정한 것이라고 보는¹²⁾ 등의 거증책임전환 부정설의 대립이 있다.

3.2 비판 및 검토

먼저 형법 제263조에 상해죄의 동시범 특례규정을 둔 것은 아마도 상해결과가 누구의 행위에 의하여 발생한 것인지를 입증하는 것 자체가 현실적으로 매우 어려울 뿐만 아니라, 상해결과가 발생한 것이 분명한 사실임에도 불구하고 입증이 곤란하다는 이유 때문에 미수범으로 처벌하는 것 또한 부당하다는 점을 고려하여 판단한 것으로 보인다. 결국 이러한 규정은 형법의 보호적 기능을 한층 강조하면서 상해죄의 처벌범위를 확대하는 기능을 수행하고 있는 것은 틀림없다.

그러나 이렇게 되면 행위자 측면의 보장적 기능이 약화되거나 위축되는 것은 물론, 동시범은 원래 단독정범에 불과하기 때문에 각자가 자기행위로 발생된 결과에 대해서만 책임을 지면 충분하므로 형법의 책임원칙이라고 할 수 있는 개인책임원리를 무너뜨리고 훼손하는 것이 된다.¹³⁾ 그리고 입증은 원래부터 검사가 부담해야 하는 것이며, ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익을 위하여’ (in dubio pro reo)판단하는 것은 형사소송법의

공정설에 의하면 인과관계의 부존재를 증명할 수 있을 때에는 제263조의 적용이 배제될 것이다.

- 10) 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2004, 539쪽. 그 외에도 상해나 폭행의 동시범은 형법 제19조를 적용하여 미수범으로 처리하고, 과실상해의 동시범에 한정해서만 제한적으로 사실상 인과관계를 추정한다는 의미로 제한적 사실상의 추정설을 제안하고 있는 입장으로는 김신규, “상해죄의 동시범 특례규정에 대한 검토”, 형사법연구 제22호 특별호, 한국형사법학회, 2004, 649쪽.
- 11) 강구진, 형법강의 각론, 박영사, 1983, 70쪽. 그러나 추정은 증명절차를 거치지 않고 사실을 인정하는 것이라는 점에서 사실의 인정에 증명을 수반하는 거증책임의 전환과 구별되는 것일 뿐만 아니라 법률상 추정을 인정하는 것은 자유심증주의와 실체진실주의에 반한다는 비판이 있다. 그 뿐만 아니라 형법 제263조가 동시범을 공동정범으로 법률상 추정하고 있으나 여부는 실체법적 문제이지 거증책임의 부담에 관한 문제가 아니므로 형법 제263조에 관한 법률상 추정설은 거증책임의 부담에 관한 학설에 해당하지 아니 한다는 지적이 있다(백형구, 앞의 책, 593쪽).
- 12) 차용석/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008, 463쪽; 오영근, 앞의 책, 74쪽.
- 13) 배종대, “상해죄의 동시범 특례”, 고시연구 제21권 제6호, 고시연구사, 1994, 157쪽.

대원칙이라고 해야 한다. 결국 형법 제19조는 법치국가원칙에 충실하게 규정되어 있는 반면에, 형법 제263조는 그러하지 못하다. 이에 대하여 형법 제263조에 대하여 피고인을 유죄로 추정하는 규정이 아니기 때문에 위헌 규정은 아니지만, 삭제하는 것이 입법론상 타당하다는 입장도 보인다.¹⁴⁾ 그러나 상해죄의 경우만 인과관계의 증명 없이 공동정범의 예에 따라 처벌할 만한 정책적 이유가 있는지도 의문일 뿐만 아니라, 적어도 인과관계 입증에 대해서는 *in dubio pro reo* 원칙을 폐기한 규정이라고 할 수 있다.

가사 다수설처럼 전환을 인정하는 명문의 규정과 합리적 근거를 기초로 거증책임 전환을 긍정할 수 있다는 입장을 취한다고 하더라도 그러한 근거가 과연 합리적 근거가 있다고 볼 수 있을지에 대해서는 상당한 의문이 있다. 왜냐하면 법률전문가라고 할 수 있는 검사마저도 입증이 어려워서 하지 못하는 것이라면 법에 있어서 전혀 문외한이라고도 볼 수 있는 행위자 입장에서는 쉽지 않고 더욱 더 증명하기가 어려울 것으로 생각된다. 그럼에도 불구하고 그 증명 부담을 일방적으로 행위자에게 떠넘기고 있는 것이 타당한 것인지에 대해서는 재고해야 할 문제이다. 오히려 법률전문가인 검사 측에서 증명책임을 지는 것이야말로 통상적인 사리에도 맞고 또한 형사소송법의 이념에도 부합하지 않을까 생각된다. 따라서 형법 제263조는 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위반되어 위헌적인 법률이라고 볼 여지가 충분히 있다.¹⁵⁾ 다만 법률상 추정이나 간주를 하는 것은 비록 거증책임전환을 인정하는 것은 아니지만 증명절차를 거치지 아니하고 사실을 인정하게 되므로 형사소송법상 기본원칙이라고 할 수 있는 실체진실주의와 자유심증주의에 반하기 때문에 타당하지 않다고 해야 한다. 결국 거증책임전환 긍정설은 피고인에게 부당하게 거증책임을 지우는 것이므로 쉽게 받아들여지는 어렵다고 생각된다. 따라서 제263조는 피고인이 다투는 경우에는 원칙적으로 검사가 거증책임을 지는 것으로 이해되어야 할 것이다.

III. 현행법상 상해죄 동시범 특례규정의 올바른 해석방향과 입법론

일단 입법부가 의결한 법률은 그 위헌성이 명백한 것으로 판명될 때까지는 일단 그 유효성을 추정하여야 한다.¹⁶⁾ 따라서 헌법재판소에 의하여 위헌결정이 있을 때까지는

14) 백형구, 앞의 책, 593쪽.

15) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 556쪽; 신양균, 앞의 책, 723쪽.

상해죄의 동시범 특례규정의 요건 등을 축소해석을 함으로써 위헌적 요소를 최소화할 필요성이 제기된다.

1. 특례의 적용요건

형법 제263조에는 ‘독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 …’고 규정되어 있다. 따라서 상해죄의 동시범 특례규정이 적용되기 위해서는 먼저 독립행위의 경합, 상해의 결과발생, 원인의 불판명 등의 요건이 순서적으로 충족되어야 한다.

1.1 독립행위의 경합

특례적용 요건 중에서 ‘독립행위가 경합한다.’ 함은 두 개 이상의 행위가 서로 의사의 연락 없이 독립적으로 같은 객체에 대하여 행하여지는 것을 말한다. 여기서 수개의 행위는 각기 다른 사람에 의하여 행해졌어야 하는데, 아무리 수개의 행위가 경합한 경우라도 동일한 행위자에 의한 경우에는 독립행위라고 할 수 없음은 물론, 경합자체를 논의할 필요도 없이 발생결과에 따라 기수책임을 물으면 충분하다. 그리고 독립행위가 동일한 객체에 대하여 결과를 야기해야 한다. 따라서 수개의 행위가 각기 다른 객체에 대한 결과를 야기한 경우에는 각기 별개의 책임을 논하면 충분하게 된다. 왜냐하면 하나의 행위가 하나의 결과를 야기한 경우와 다르지 않기 때문이다. 그 외에도 경합하고 있는 독립행위는 결과발생에 이르기 위해서는 적어도 실행의 착수가 있어야 하므로 예비행위에는 당연히 적용될 여지가 없다고 해야 한다.

(i) 먼저 제263조는 수인의 행위가 ‘독립행위’이어야 하기 때문에 서로 별개로 이루어져야 하며, 그 독립행위의 경합을 전제로 하므로 공동가공의 의사가 있는 공동정범에는 아예 동시범이 적용될 여지가 없게 된다. 따라서 공범관계에서 결과발생의 원인된 행위가 불명한 경우에는 제263조가 적용되지 않게 된다. 대법원도 ‘공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 이에는 도시 동시범 등의 문제는 제기될 수 없는 것이다’¹⁶⁾라거나,¹⁷⁾

16) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2003, 26쪽.

17) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결.

‘상호의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다’고 판시¹⁸⁾하고 있다. 공동정범은 일부실행·전부책임의 원리에 따라 각자의 행위가 결과야기에 대한 인과적인가 여부와 관계없이 모두 기수범의 책임을 지게 된다. 한편으로 본 규정은 ‘독립행위’의 ‘경합’을 전제로 하기 때문에 독립행위 자체가 불분명한 경우이거나 독립행위 ‘경합’여부가 의심스러운 경우, 즉 가해행위 내지 폭행을 한 것 자체가 분명하지 않은 경우에는 특례규정이 적용될 여지가 없게 된다.¹⁹⁾

(ii) 경합하는 독립행위는 시간적·장소적 밀접성이 어느 정도여야 하는가와 관련하여 논의가 있다. 우선 시간적 밀접성과 관련하여 동시 또는 이시의 독립행위의 경합을 명시적으로 규정한 형법 제19조와는 달리 형법 제263조는 이에 대한 명문의 규정이 없기 때문에 논란이 있다. 이에 대하여 학설은 형법 제19조와 제263조의 입법취지에 비추어 동시 또는 이시를 불문하고 본조가 적용된다는 다수설과,²⁰⁾ 경합한 독립행위는 적어도 동일한 시간 내지 근접한 시간에 걸쳐서 행하여질 것을 요한다는 견해²¹⁾의 대립이 있다. 이에 대법원은 2시간 남짓²²⁾ 또는 3시간 가량²³⁾의 시간적 차이가 있는 독립된

18) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결. 2인 이상이 상호의사의 연락이 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나, 그 결과발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로, 상호의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다.

19) 대법원 1984. 5. 15. 선고 84도488 판결. 술에 취하여 몸을 가누지 못할 정도인 사람이 다른 사람의 가해행위에 가세하여 자신을 부축한 사람을 폭행한 사안에서 “두사람 이상이 가해행위를 하여 상해의 결과를 가져온 경우에 …(중략)… 가해행위를 한 것 자체가 분명치 않은 사람에 대하여는 동시범으로 다스릴 수 없다”고 판시하고 있다.

20) 김신규, 앞의 책, 80쪽; 김성천/김형준, 형법각론(제2판), 동현출판사, 2006, 108쪽; 김일수/서보환, 앞의 책, 77쪽; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2015, 107쪽; 백형구, 앞의 책, 53쪽; 손동권, 앞의 책, 43쪽; 오영근, 앞의 책, 74쪽; 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013, 56쪽; 이정원, 앞의 책, 90쪽; 이형국, 앞의 책, 79쪽; 정영일, 앞의 책, 387쪽; 조준현, 형법각론, 법원사, 2012, 57쪽.

21) 강구진, 앞의 책, 72쪽; 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1971, 63쪽; 박상기, 앞의 책, 60쪽; 임웅, 앞의 책, 66쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 58쪽.

22) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2466 판결(폭행치사). 피고인은 이미 2시간 전쯤 첫번째 가해자의 가해행위에 의해서 부상을 당하여 의자에 누워있던 피해자를 밀어 땅바닥에 떨어지게 하였는데, 그 후 피해자가 사망하였으나 그 사망의 원인이 첫 번째 가해자의 가해행위 때문인지 아니면 피고인의 가해행위 때문인지 밝혀지지 않은 사건이었다.

23) 대법원 1981. 3. 10. 선고 80도3321 판결. 갑(甲)은 술에 취한 피해자 병(丙)의 어깨를 주먹으로 1회 때리고 쇠스랑 자루로 머리를 2회 강타하고 가슴을 1회 밀어 땅에 넘어뜨렸다. 그 후 3시간가량 지나서 을(乙)은 피해자의 목살을 잡아 평상에 얹혀 놓고 피해자의 얼굴을 2회 때리고 손으로 2~3회 피해자의 가슴을 밀어 땅에 넘어뜨린 다음 나일론 슬리퍼로 피해자의 얼굴을 수회 때렸다. 피해자는 그로부터 6일 후 뇌출혈을 일으켜 사망한 사건이었다.

상해행위나 폭행행위가 경합한 경우에도 상해죄의 동시범특례 규정을 적용하고 있는데,²⁴⁾ 다수설과 입장을 같이하고 있는 것으로 판단된다. 생각건대 제263조는 제19조의 특례규정이므로 제19조가 동시뿐만 아니라 이시의 독립행위 경합도 동시범으로 하고 있기 때문에 이시의 독립행위가 경합한 경우를 제외할 이유가 없다는 점에서 보면 다수설도 설득력이 없지 않다. 그러나 앞서 지적한 것처럼 위헌의 소지가 있는 규정을 그렇게 넓게 해석하기는 곤란하다고 생각된다. 따라서 경합하는 독립행위의 시간적 밀접성은 동시에 한하거나 아니면, 적어도 근시에 한하여 적용할 수 있다고 축소해석 할 필요성이 강하고 또 그렇게 해석하는 것이 위헌적 요소를 조금이라도 해소할 수 있는 방법이라고 생각한다.

그리고 동일한 시간에 행해질 필요는 없지만 적어도 근접한 시간에 행해져야 한다는 입장에서는 다시 장소적 밀접성과 관련해서 논의가 이어진다. 예컨대 장소만큼은 반드시 근접한 장소가 아니라도 무방하다는 견해²⁵⁾와 장소 또한 근접한 장소로 제한되어야 한다는 견해²⁶⁾의 대립이 있으나, 제263조가 제19조의 특별규정인 입법취지상 엄격하게 제한해석을 해야 한다는 점을 고려해 보면 시간뿐만 아니라 장소 또한 동일 또는 근접한 장소에 상해결과가 발생한 경우에 국한시키는 것이 타당하다고 생각된다. 실제로도 제 263조가 적용되기 위해서는 원인행위가 판명되지 않아야 하므로 사실상 시간적·장소적 접근성이 있는 경우가 대부분일 것으로 판단된다.

(iii) 경합된 독립행위의 고의는 본 특례가 ‘상해와 폭행의 죄’의 장에 규정되어 있음에 비추어 상해 또는 폭행의 고의이어야 한다. 따라서 형법 제263조의 상해죄의 특례는 ‘상해나 폭행의 고의’로 상해의 결과가 발생한 경우에 적용되는 것이므로, ‘살해의 고의’로 상해의 결과가 발생한 경우에는 형법 제263조의 상해죄의 동시범 특례규정이 적용될 수 없으며, 결국 형법 제19조가 적용되어 살인미수가 성립하게 된다. 그리고 후술하겠지만 상해 또는 폭행치상의 요소를 포함하더라도 보호법익을 달리하는 다른 고의(예 : 강간·강도·체포감금 등)에는 적용되지 않으며(예 : 강간치상죄·강도치상죄·체포감금치상죄 등), 또한 고의 없는 과실의 독립행위가 경합한 경우(예 : 과실치사상죄 등)에도 적용될 수 없다고 해야 하는 이유가 여기에 있다.

24) 대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2118 판결.

25) 강구진, 앞의 책, 72쪽; 김종원, 앞의 책, 63쪽; 임웅, 앞의 책, 67쪽. 이시의 독립행위의 경합도 제263조가 적용된다고 보면서, 행위 장소가 다르더라도 상관없다는 견해로는 배종대, 상해죄와 동시범 특례, 고시연구, 1994.6, 160쪽.

26) 정성근/박광민, 앞의 책, 58쪽.

1.2 상해의 결과

상해 또는 폭행의 고의 있는 독립행위가 경합하여 ‘상해’의 결과가 발생하여야 한다. 따라서 독립행위가 경합하더라도 상해의 결과가 발생하지 않거나²⁷⁾ 다른 결과가 발생한 경우에는 - 제263조가 적용되지 않고 - 형법 제19조가 적용되어 발생한 결과의 미수범으로 처벌받게 된다. 그러나 인과관계의 입증이 이루어진다면 자기행위로 인한 결과에 대해서만 개별책임을 질 따름이다.

여기서 상해의 결과발생은 상해행위에 의한 것이건 폭행행위에 의한 것이건 묻지 않는다. 따라서 상해죄의 동시범특례 규정이 상해죄는 물론, 폭행치상죄의 경우에도 폭행으로 인하여 상해의 결과가 발생한 범죄이므로 당연히 상해죄의 동시범 특례규정이 적용된다. 그러나 그 보호법익을 완전히 달리하는 강간치상죄나 강도치상죄에까지 적용한다면 유추해석을 인정하는 결과가 되기 때문에 적용되지 않는다는 점에 견해가 일치하고 있다. 판례 또한 강간치상죄의 경우에 상해죄의 동시범특례규정의 적용을 부정하고 있어²⁸⁾ 같은 입장을 보이고 있다. 결국은 상해의 결과가 비록 발생했다고 하더라도 어디까지나 형법 제263조가 폭행과 상해죄의 동시범에 관한 특별규정이기 때문에 통설과 판례의 입장이 타당한 것은 물론이다. 예컨대 함께 놀러간 갑(甲)이 병녀(丙女)를 강간하였고, 이시에 을(乙)도 병녀(丙女)를 강간 하였는바, 이러한 과정에서 회음부찰과상을 입었으나 누구의 행위로 인한 것인지 판명되지 않은 경우에 갑(甲)과 을(乙)은 상호연락이 없었으므로 동시범(단독정범)이 성립할 뿐이다. 형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄의 특별규정이므로 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용되지 않는다고 함이 통설과 판례의 입장이기 때문에 갑(甲)과 을(乙)에게 제19조가 적용될 수 있을 뿐이다. 따라서 강간치상죄는 미수범 처벌규정이 없으므로 양자 모두 강간죄만 성립한다. 결국 상해의 결과가 갑(甲) 또는 을(乙)의 행위에 의한 것임이 각각 인과관계가 밝혀지지 않는 한, 갑(甲)과 을(乙)에게 상해부분에 대해 책임을 지을 수 없게 된다.

그 외에도 상해죄의 동시범특례규정의 적용범위와 관련하여 논란이 되고 있는 상해(폭행)치상죄와 중상해 및 과실치사상죄의 경우인데 아래서 자세히 검토해 보기로 한다.

27) 따라서 폭행에 그쳤을 때에도 특례규정이 당연히 적용되지 않는다.

28) 대법원 1984. 4. 24. 선고 84도372 판결.

1.2.1 상해치사죄 · 폭행치사죄

상해가 아닌 상해의 결과를 넘어서 사망의 결과가 발생한 경우 예컨대 폭행치사, 상해치사의 경우까지도 상해죄의 동시범 특례규정이 적용될 수 있는지에 대하여 논란이 있다. 이에 대하여 학설은 상해결과가 발생한 경우 동시범 특례 규정을 둔 것은 상해보다 중한 결과가 발생한 경우에 당연히 그 적용을 전제한다고 하거나, 혹은 사망의 결과가 발생한 경우는 당연히 상해의 결과발생을 전제로 하므로 이미 상해의 결과가 발생한 이상 결과가 사망에 이르렀다 하더라도 -결과적 가중범의 요건을 충족한다면- 특례규정을 적용할 수 있다는 긍정설²⁹⁾ 사망의 결과가 발생한 경우에 동시범 특례 규정을 적용하는 것은 유추적용금지의 원칙에 반하므로 적용할 수 없다는 부정설(다수설),³⁰⁾ 상해치사죄의 경우는 본조를 적용할 수 있지만, 폭행치사죄의 경우에는 상해의 결과가 발생한 경우가 아니라는 이유로 본조를 적용할 수 없다는 제한적 긍정설(이분설)³¹⁾의 견해가 제기되어 있다. 대법원 판례는 폭행치사죄³²⁾와 상해치사죄³³⁾의 경우는 물론, 폭행행위와 상해행위가 경합하여 사망의 결과를 발생한 경우에도 형법 제263조의 적용을 인정하여³⁴⁾ 긍정설의 입장을 취하고 있다. 즉 독립한 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에도 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이라고 한다.

생각건대 긍정설은 상해행위에는 피해자의 사망을 야기 시키는 고도의 위험성이 내포되어 있기 때문에 상해죄의 법정형과 상해치사죄의 법정형을 비교할 때 상해치사죄의

29) 정성근/박광민, 앞의 책, 491쪽; 진계호, 형법각론, 대왕사, 2003, 521쪽; 유기천, 형법학, 법문사, 2012, 61쪽; 황산덕, 형법각론, 방문사, 1992, 183쪽.

30) 김일수/서보화, 앞의 책, 77쪽; 배종대, 앞의 책, 108쪽; 이형국, 형법각론 연구, 법문사, 1997, 79쪽; 박상기, 형법각론, 박영사, 2004, 60쪽; 김성천/김형준, 형법각론, 동현출판사, 2006, 100쪽; 백형구, 앞의 책, 54쪽; 임웅, 앞의 책, 65쪽; 오영근, 앞의 책, 76쪽; 손동권, 앞의 책, 53쪽.

31) 이재상, 앞의 책, 58쪽.

32) 대법원 1970. 6. 30. 선고 70도991 판결.

33) 대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2118 판결. 동시범의 특례를 규정한 형법 제263조가 상해치사죄에도 적용되는 관계상 피해자의 사망이 피고인의 범행에 인한 것인지, 상피고인의 범행에 인한 것인지가 판명되지 아니하는 때에 예외적으로 공동정범의 예에 의할 수 있을 것이다.

34) 갑(甲)으로부터 폭행을 당해 쇼파에 누워있었던 바, 2시간 후에 을(乙)이 쇼파로부터 밀어 떨어뜨려 뇌출혈로 사망했으나 사망의 원인이 밝혀지지 않은 경우 폭행치사죄의 기수로 처벌되었고(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2466 판결), 갑(甲)은 술에 취해 있는 자의 어깨를 주먹으로 때리고 쇠스랑 자루로 머리를 강타하고 가슴을 밀어 땅에 넘어 뜨렸는 바, 그 후 3시간이 지나서 을(乙)이 다시 먹살을 잡아 평상에 앉혀 놓고 얼굴을 때리고 손으로 가슴을 밀어 땅에 넘어뜨린 후 슬리퍼로 얼굴을 수회 때렸는데 그 후 6일후에 뇌출혈로 사망한 경우에도 특례를 적용하여 상해치사죄의 기수로 처벌하였다(대법원 1981. 3. 10. 선고 80도3321 판결).

경우에도 형법 제263조의 적용을 확대하는 것이 불가능하지는 않다는 점과, 단순상해로부터 상해치사에 이르는 연속성을 중시하여 판단을 하고 있다는 점 등을 고려해 보면 나름대로의 이유는 충분히 있어 보인다. 그러나 명문으로 ‘상해’의 결과라고 규정을 두고 있음에도 불구하고 그 적용범위를 확대하여 사망의 결과까지 포함하여 해석하는 것은 ‘상해’라는 문언의 의미를 벗어난 유추해석이 되며, 특히 특례규정이 책임원칙에 어긋난다는 점과 무죄추정의 원칙에 반한다는 비판을 받고 있다는 점을 보태어 판단해 보면 적용범위를 가급적 엄격하게 제한하는 것이 타당하다. 그리고 긍정설은 인과관계가 인정되지 않음에 불구하고 가벌성을 확대하는 해석이라는 점에서도 쉬이 받아들이기 어려운 점이 있다고 생각된다. 따라서 제263조는 제19조와는 달리 개인책임의 원칙에 대한 중대한 예외를 두어 공동정범의 예에 따라서 기수범으로 처벌하도록 되어 있기 때문에 상해치사죄나 폭행치사죄의 경우에는 본 특례규정이 적용될 수 없다고 엄격하게 해석하는 부정설이 타당하다고 할 것이므로 결과적 가중범인 상해치사죄 등에는 형법 제263조를 적용할 수 없다고 해야 한다.

1.2.2 중상해와 과실치사상죄

상해죄의 동시범 특례규정이 단순상해죄(형법 제257조 제1항)와 존속상해죄(제257조 제2항)에 적용된다는 점에는 의문이 없지만, 중상해의 경우에도 적용되는가에 대하여서는 중상해죄(형법 제258조)와 존속중상해죄(제258조 제3항)에도 적용된다는 견해와 중상해의 결과에는 적용되지 않는다는 견해³⁵⁾가 있다. 생각건대 법문에도 ‘상해’의 결과라고만 규정하고 있다는 점과 상해와 중상해의 입증에 있어서는 분명히 차이가 있다고 보아야 하므로 중상해의 경우에는 적용대상에서 제외하는 것이 입법의 취지에도 부합된다고 생각된다.

한편, 상해죄의 동시범 특례규정이 과실치(사)상죄의 경우에도 적용되는가에 대하여 논의가 있다. 학설은 상해의 결과는 반드시 상해의 고의행위에 의할 필요가 없다는 점을 근거로 한 긍정설³⁶⁾과, 집단상해나 집단폭행을 방지하고자 하는 본조의 취지에 어긋나는 해석이라는 점을 들어 부정설³⁷⁾ 그리고 과실치상죄에 대해서는 제263조가, 과실치사죄에 대해서는 제19조가 적용된다는 이분설³⁸⁾이 대립되고 있다. 생각건대 과실치상죄의

35) 김신규, 앞의 논문, 652쪽.

36) 정성근/박광민, 앞의 책, 57쪽.

37) 임웅, 앞의 책, 68쪽; 백형구, 앞의 책, 54쪽; 손동권, 앞의 책, 433쪽.

38) 오영근, 앞의 책, 632쪽.

경우도 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생한 경우이므로 적용될 여지가 없지 않지만, 근본적으로 제263조의 적용범위를 엄격하게 제한해서 해석해야 한다는 점을 고려하면 부정설이 더욱 타당하다고 본다. 그렇다면 결국 과실범의 동시범이 되어 인과관계가 입증되지 않는 한 과실범의 미수의 되어 처벌이 불가능하게 되는데 결국 과실치사상죄 자체가 성립하지 않게 된다. 비록 하급심판례이기는 하지만, “이시의 독립행위가 경합하여 치사의 결과가 발생하였는데 그 결과발생의 원인행위가 판명되지 아니한 경우 업무상과실치사죄에는 미수범의 처벌규정이 없기 때문에 형법 제19조를 적용할 수 없고, 범죄의 증명이 없는 것으로 보아 무죄를 선고하여야 한다.”고 판시³⁹⁾한 것이 보인다.

1.3 원인된 행위의 불판명

상해 결과의 원인행위가 판명되지 않아야 한다. 이와 달리 만약에 원인된 행위가 판명된 동시범의 경우에는 각자가 자기의 행위로부터 발생한 결과에 대하여 책임(각자기수 또는 미수)을 지게 될 뿐이다. 예컨대 갑(甲)과 을(乙)의 폭행으로 인하여 상해의 결과가 발생했는데 갑(甲)의 행위만이 상해결과의 원인이 된 경우 갑(甲)은 상해죄 혹은 폭행치상죄, 을(乙)의 행위는 원인된 행위가 아닌 경우에는 을(乙)은 폭행죄만 성립하게 된다.

이와 관련하여 동시범의 독립행위가 누적되어 결과가 발생한 경우이다. 예컨대 누적적 인과관계의 문제로서 각각으로는 설사할 수 없는 적은 양이지만 갑(甲)과 을(乙)이 동시에 설사약을 탄 음료수를 병(丙)에게 주어 이를 먹고 설사해 등산을 못한 경우 등이다. 이때에는 인과관계는 판명된 경우이므로 제263조는 적용되지 않는다.⁴⁰⁾ 다만 객관적 귀속이 부정되어 각 행위자는 미수의 책임을 질 수 있을 뿐이라고 해야 한다.⁴¹⁾

39) 광주고등법원 1961. 2. 20. 선고 4293형공817 판결.

40) 판례도 마찬가지로 “피고인들의 제작시공 및 감독상의 과실과 서울시 유지 및 관리담당 공무원들의 유지 관리의 잘못이 모두 합쳐져서 발생한 것이므로 결과발생의 원인이 된 행위가 판명되지 아니한 경우에 해당한다고 볼 수도 없다”고 판시한 바 있다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결).

41) 피고인이 1심 상피고인과 함께 술집에서 같이 자다가 깨어 옆에서 잠든 접대부를 강간하려다가 피해자의 반항으로 목적을 이루지 못하고 포기한 뒤, 뒤이어 잠을 깬 1심 상피고인이 피해자를 강간코자 하였으나 역시 피해자의 반항으로 목적을 이루지 못하고 피해자를 구타하는 것을 적극 만류한 사실이 인정된다면, 피고인에 대하여는 1심 상피고인의 강간치상행위에 대한 공모 공동정범의 죄책을 물을 수 없다(대법원 1983. 9. 27. 선고 83도1787 판결(강간치상)). 피고인과 상피고인의 공모관계가 인정되지 않는다는 취지이다. 따라서 양자는 강간범죄의 동시범에 해당하고 치상의 원인은 상피고인의 행위로 인한 것이지 피고인의 행위로 인한 것은 아니므로 피고인은 단지 그 자신의 강간미수행위에 대해서만 죄책을 지면된다.

그런데 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에 있어서 누가 거증책임을 지는가에 대하여 논의가 있다. 이에 학설은 피고인에게 자기행위가 결과발생의 원인인 아니라는 점을 입증할 거증책임이 있다는 견해(다수설)⁴²⁾와 검사가 거증책임을 지는 것이 타당하다는 견해의 대립이 있지만, 거증책임을 전환을 인정할 만한 명백한 문구가 없을 뿐만 아니라, 무죄추정의 취지상 -물론 피고인이 입증부담은 지겠지만- 거증책임까지 피고인에게 전환하는 것은 다소 이해하기 어렵다고 본다.

2. 특례의 적용효과

형법 제263조에서 규정한 ‘공동정범의 예에 의한다.’라는 의미를 놓고 학설은 공동정범으로 의제한다거나 공동정범이 성립하는 규정이라는 견해⁴³⁾와, 처벌만 공동정범의 예에 의할 뿐이며 성격은 동시범이라는 견해⁴⁴⁾가 나뉘어져 있다.

이에 대하여 과거 대법원 판례는 “상해죄에 있어서의 동시범은 두 사람 이상이 가해행위를 하여 상해의 결과를 가져온 경우에 그 상해가 어느 사람의 가해행위로 말미암은 것인지 분명치 않다면 가해자 모두를 공동정범으로 보자는 것이므로 가해행위를 한 것 자체가 분명하지 않은 사람에 대하여 동시범으로 다스릴 수 없음은 더 말할 것도 없다”고 판시⁴⁵⁾한 것을 보면 한때는 공동정범으로 보던 때도 있었던 것으로 평가된다.

그러나 그 뒤에 판시된 대법원판례는 과거와 달리 “2인 이상이 상호의사의 연락 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하나 그 결과 발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌하고(독립행위의 경합), 이 독립행위가 경합하여 특히 상해의 결과를 발생하게 하고 그 결과발생의 원인이 된 행위가 밝혀지지 아니한 경우에는 공동정범의 예에 따라 처단(동시범)하는 것이므로 공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 이에는 도시 동시범 등의 문제는 제기될 여지가 없다”고 판시⁴⁶⁾하고 있다. 최근 판례에서도 마찬가지로 “독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이므로

42) 이재상, 앞의 책, 57쪽; 임웅, 앞의 책, 67쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 59쪽.

43) 김성돈, 형법각론, SKKUP, 2013, 67쪽.

44) 김일수/서보하, 앞의 책, 75쪽; 임웅, 형법각론, 법문사, 2003, 65쪽.

45) 대법원 1984. 5. 15. 선고 84도488 판결.

46) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결.

피고인을 폭행치사죄의 동시범으로 처벌한 원심판단은 옳고 거기에 동시범의 법리나 상당인과 관계에 관한 법리를 오해한 위법도 없다”고 판시하여⁴⁷⁾ 공동정범으로 보던 과거의 입장과는 달리 이를 극복하고 동시범임을 분명히 하고 있다.

생각건대 전자의 견해는 의사연락이 있는 공동정범과 의사연락이 없는 동시범의 경우는 서로 양립할 수 없는 것으로 그 실체가 엄연히 다른 것임에도 불구하고 소송법적으로 원인행위가 불분명하다는 이유만으로 그 실체가 동시범인 것이 갑자기 공동정범과 같아질 수는 없다고 본다. 결국 이러한 견해는 공동정범의 일반이론과 불일치할 뿐만 아니라, 법문이 공동정범의 처벌 예, 즉 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다는 지시를 본질상 공동정범이라는 의미로 오해하고 있다는 점에서도 전혀 타당하지 않다. 따라서 형법 제263조의 규정은 상해죄의 공동정범이 성립한다는 의미가 아니라, 동시범이지만 공동정범의 예에 의하여 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다는 의미로 보아야 하므로 후설이 타당하다고 본다. 이에 의하면 형법 제263조 소정의 “공동정범의 예에 의한다.”는 것은 공동정범과 마찬가지로 경합한 독립행위를 전체적으로 보아 결과 사이의 인과관계 판단을 하게 되어 각 행위자가 발생한 결과에 대하여 기수로 처벌된다는 의미이지, 의사연락 없는 동시범이 원인된 행위가 판명되지 않았다 하여 가담자들이 공동정범이 되는 것은 결코 아니라고 보아야 한다.

3. 입법론

앞서 살펴본 바대로 형법 제263조의 존재 근거는 매우 박약할 뿐만 아니라, 발생된 결과의 고의기수범으로 처벌하는 것은 형법의 기본적인 원칙과도 조화될 수 없기 때문에 오히려 폐지하는 것이 바람직할 것이다. 다만 입법자에 의하여 규정이 삭제되거나 헌법재판소로부터 위헌판결이 이루어지기 전까지는 적용에 있어서 매우 엄격하게 제한해서 적용할 필요성이 제기되는 것이다. 따라서 상해죄의 동시범 특례규정에 대한 해석에 있어서 독립행위도 ‘동시 또는 적어도 근시’로 엄격히 해석하면서, ‘상해’의 결과에서 ‘중상해나 사망’의 결과가 발생한 경우를 제외하려는 이유가 바로 여기에 있는 것이다. 장래에 형법 제263조가 삭제되거나 위헌이 이루어지면 상해죄의 동시범은 물론 형법 제19조에 의하여 상해미수죄로 처벌될 것이다.

그러나 한편으로는 그러한 중요한 법익침해 결과의 원인일 수 있는 위험한 행위를

47) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000도2466 판결.

가벌성 측면에서 보면 형사정책적으로 문제의 소지가 있다는 지적도 있을 수 있다. 이러한 관점에서 제263조 상해죄의 동시범 특례규정의 폐지와 관련하여 -단순폐지가 아닌- 대체입법을 주장하는 입장에서는 독일 형법 제231조⁴⁸⁾와 같은 범죄유형을 신설할 것을 제안하고 있다.⁴⁹⁾ 중상해나 사망의 결과를 야기한 원인행위인 싸움에 참가한 것 자체를 처벌하는 규정을 두고 있는 것은 원인행위를 그 결과발생과 연결시키지 않고 -즉, 발생된 결과를 근거로 하지 않고- 처벌한다는 점에서 결과책임을 묻는 입법례보다는 다소 진일보한 것임에 틀림없고 그 대안이 될 수 있다고 생각된다.

생각건대 독일의 경우 싸움 또는 수인이 행한 공격에 참가한 자는, 싸움 또는 공격에 의하여 사람이 사망하거나 중상해를 야기한 경우에, 그 가담행위를 이유로 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 우리나라에도 이와 같은 규정을 그대로 도입할 경우 폭행죄에는 타당할지는 몰라도 적어도 상해죄의 경우에는 상해미수보다 더 가볍게 벌하는 모순이 발생할 수도 있다. 이는 독일형법의 경우 폭행죄와 상해죄를 구별하지 않기 때문에 이러한 규정이 타당할 수 있겠지만, 우리 형법은 폭행과 상해를 엄격히 구별하고 있기 때문에 당연히 상해미수죄로 처벌되어야 할 독립행위가 상해의 결과가 발생한 경우에는 형벌이 감경되는 문제점이 발생할 수 있다. 이러한 모든 점을 고려해 볼 때 현행 형법 제263조의 기존 규정을 삭제하면서, 별도로 ‘독립행위가 경합하여 (중)상해 또는 사망을 초래한 경우에 원인행위가 판명되지 않은 때에는 가담한 행위로 인하여 각자를 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.’는 정도로 형법전에 도입을 검토해 볼 수 있다고 본다.

48) Wer sich an einer Schlägerei oder an einem mehreren vertübten Angriff beteiligt, wird schon wegen dieser Beteiligung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn durch die Schlägerei oder den Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§226) verursacht worden ist(싸움 또는 수인이 행한 공격에 참가한 자는, 싸움 또는 공격에 의하여 사람이 사망하거나 중상해를 야기한 경우에, 그 가담행위를 이유로 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다). 본 조항은 독일의 제6차 형법개혁법(Reformgesetz)에 의하여 종래의 형법 제227조에서 제231조로 변경되었고, 자구수정 외에 내용적인 측면에서는 별다른 변화가 있었던 것은 아니다.

49) 김신규, 앞의 논문, 662쪽; 김성룡, “상해죄의 동시범의 대안으로서 ‘싸움에 참가한 죄’의 도입 필요성”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008, 118쪽 이하.

V. 결 론

상해죄의 동시범 특례규정은 상해죄에 있어서 보호법익인 신체의 완전성의 중요성과 아울러 폭행과 상해로부터 보호해야 할 필요성이 크다는 점과 상해결과가 누구에 의하여 발생한 것인지를 사후에 증명하는 하는 것이 매우 어려운 범죄특성 때문에 검사의 증명 부담을 경감해야 한다는 점과 아울러, 상해결과에 기수책임을 물어 집단적으로 이루어지는 상해의 동시범을 예방하고자 하는 형사정책적인 입법취지하에 제정된 것으로 알려져 있다. 그럼에도 불구하고 실제법적으로 결과를 발생시키지 않은 행위에 대해서도 기수로 처벌이 이루어지고 있으며 소송법적으로도 무죄추정의 원리와의 조화된다고 보기는 어렵다. 그리고 검사의 입증상의 어려움을 구제하기 위한 규정이라고 하지만, 그 타당성을 가질 수 있는지는 더욱더 의문이다. 왜냐하면 검사는 입증하기 쉬운 것만 골라서 입증을 하고 그 입증이 어려운 것은 반대당사자인 피고인에게 전환시킬 수 있다는 것은 어떤 이유로도 쉽게 납득하기가 어렵다. 가사 상해죄의 동시범 특례규정의 취지를 이해한다고하더라도 그 범위가 상해죄의 경우만 유독 입증이 곤란하여 특례규정이 과연 필요한 것인가를 생각해 본다면, 상해죄에서와 같은 입증곤란은 형법의 모든 영역에서도 요청된다는 점을 고려하면 더욱 납득하기가 어렵다. 사정이 이러하다면 형법 제263조의 존재 근거는 매우 박약하며 오히려 폐지하는 것이 바람직하며, 다만 입법자에 의하여 규정이 삭제되거나 헌법재판소로부터 위헌판결이 이루어지기 전까지는 적용에 있어서 매우 엄격하게 제한해서 적용할 필요가 있게 된다. 따라서 앞서 살펴본 대로 독립행위도 동시 또는 적어도 근시로 엄격히 해석하면서, ‘상해’의 결과에서 중상해나 사망의 결과가 발생한 경우를 제외하려는 이유가 바로 여기에 있는 것이다.

장래에 형법 제263조가 삭제되거나 위헌이 이루어지면 상해죄의 동시범은 형법 제19조에 의하여 상해미수죄로 처벌될 것이다. 여기서 하나 더 언급되어야 할 것은 과연 형법 제19조라는 규정이 없으면 결론이 달라지는 것인가에 대해 의문이 있다. 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 당연히 기수로 처벌할 수는 없고 결국 미수로 처벌 될 수밖에 없다. 또한 인과관계가 밝혀지지 않아도 ‘의심스러운 때에는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 각 행위자를 미수범으로 처벌할 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 제19조 또한 너무나 당연한 규정일 수밖에 없고 삭제한다고 해서 별다른 무리는 없을 것으로 생각된다. 독일이나 일본의 형법에서 우리나라의 형법 제19조(동시범)을 규정을 찾아보기 힘든 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다고 본다.

이러한 관점에서 형법 제19조(동시범)와 제263조(상해죄의 동시범 특례규정)의 폐지와 관련하여 -단순폐지가 아닌- 대체입법으로 독일처럼 중상해나 사망의 결과를 야기한 원인행위인 싸움에 참가한 것 자체를 처벌하는 규정을 두고 각자를 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다는 정도로 형법전에 도입을 긍정적으로 검토해 볼직하다.

참고문헌

1. 단행본

- 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983.
- 김성돈, 형법각론, SKKUP, 2013.
- 김성천/김형준, 형법각론, 동헌출판사, 2006.
- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004.
- 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1971.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2004.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2015.
- 백형구, 형법각론, 정림출판, 1999.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2004.
- 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002.
- 유기천, 형법학, 법문사, 2012.
- 이정원, 형법각론, 법지사, 2000.
- 이형국, 형법각론 연구 I, 법문사, 1997.
- 임웅, 형법각론 제3정판, 법문사, 2011.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2008.
- 조준현, 형법각론, 법원사, 2012.
- 진계호, 형법각론, 대왕사, 2003.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1992.
- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2013.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2011.
- 백형구 등, 주석 형사소송법 III 제4판, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사II, 2008.
- 사법연수원, 형사변호실무, 2011.
- 손동권/신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2013.

- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2012.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이완규, 형사소송법 연구 II, 법문사, 2011.
- 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015.
- 이재상/조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015.
- 임동규, 형사소송법 제7판, 법문사, 2011.
- 정웅석/백승민, 형사소송법 전정 제4판, 대명출판사, 2011.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석/백형구, 주석 형사소송법 I권(제3판), 한국사법행정학회, 1999.
- 차용성/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- 히라라키 토키오/조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012.
- 三井誠/酒卷匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.

2. 학술지

- 김신규, “상해죄의 동시범 특례규정에 대한 검토”, 형사법연구 제22호 특별호, 한국형사법학회, 2004, 642-663쪽.
- 김성룡, “상해죄의 동시범의 대안으로서 ‘싸움에 참가한 죄’의 도입 필요성”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008, 101-122쪽.
- 배종대, “상해죄와 동시범 특례”, 고시연구 제21권 제6호, 고시연구사, 1994, 149-161쪽.

[Abstract]

Interpretation and de Lege Ferenda of the Special Regulations of the Concurrent Crimes of the Infliction of Injury Pursuant

Shin, Yi-Chul*

The special regulations of the concurrent crimes of the infliction of injury are known to have been revised with the intention of legislating the criminal policy of preventing the concurrent crime of inflicting injury as a group by burdening a flag bearer with full responsibility with the result of the injury, which lightens the load of evidence for the prosecutor. However, with respect to substantive law, penalty is applied to the flag bearer even on acts that did not ultimately achieve the result, and with respect to legal proceedings, it is difficult to conclude that it would form harmony with the principle of the presumption of innocence. Accordingly, until such regulation is deleted based on the legislator or an unconstitutional judgment is ruled by the Constitutional Court, it is necessary to apply strict rules. For instance, it would be just to strictly interpret independent acts as simultaneous or at least around the same time, to exclude the result of a serious injury or death from the infliction of injury.

With respect to legislation, it would be desirable to delete the current regulations of Articles 19 and 263 of the Criminal Act and introducing a penal code, such as “when an independent act contends to cause an injury or death and the cause of the act is undetermined, the act is deemed as an accessory to crime, and each act is subject to less than 5 years of imprisonment or less than 10,000,000 won in fine.”

[Key Words] The Infliction of Injury, Special Regulations of the Concurrent Crimes, presumption of innocence, the burden of proof, Article 263 of the Criminal Act

* Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University