

형법 제263조의 적용범위 및 결과적 가중범에 대한 공범의 성립과 죄책여하

숙명여자대학교 법대 교수

이 경 렬

【설 문】

甲은 저녁 8시경에 丙과 丁에게 자기와 사업관계로 다툼이 있었던 A를 혼내 주되, “이 일을 평생 후회하면서 살도록 허벅지나 종아리를 찔러 병신을 만들어라”라는 취지로 말하면서 범행에 사용할 차량과 칼 구입비 명목으로 현금 90만 원 정도를 주었다.

한편 乙은, 같은 날 저녁 6시경에 甲의 부탁을 받고 丙과 丁에게 8시에 시내 모처로 모이라고 연락을 하였고, 甲이 위와 같이 丙과 丁에게 범행을 지시할 때 그 옆에서 “너희들이 甲을 좀 도와주어라” 등의 말을 하였다. 이에 丙과 丁은 밤늦게 귀가하고 있는 A를 붙잡아 A의 종아리 부위를 3회 칼로 찌르고 차를 타고 달아났다.

다른 한편으로 乙의 소개로 丙과 丁을 시내 모처에서 만나 위와 같은 범행을 지시하였지만, 甲은 그들이 이 일을 잘 처리할 수 있을 것이라는 믿음이 가지 않았다. 그래서 그들과 헤어진 같은 날 저녁 10시 경에 甲은 평소 사업차 알고 지내던 戊에게 전화를 걸어 “A가 자기와 다툼 것을 평생 후회하면서 살도록 허벅지나 종아리를 찔러 병신이 될 정도로 혼내주라”는 취지로 말하면서 사례금으로 100만원을 약속하였다.

이에 戊는 늦은 밤 丙과 丁의 공격을 받고서 도움을 요청하기 위하여 취한 듯 비틀거리며 간신히 걸어오고 있는 A를 보고서 그의 허벅지 부위를 2회 칼로 찔렀다.

허벅지와 종아리에 여러 차례 칼 공격을 받은 A는 범행 장소인 어두운 뒷골목에서 과다실혈로 인하여 다음 날 죽은 채로 발견되었다.

이 경우 甲, 乙, 丙, 丁, 戊의 죄책을 논하시오(50점).

출제의도

먼저 정범자인 丙·丁과 戊의 죄책과 관련하여, 상해치사죄(제259조)에도 상해죄에 대한 동시범의 특례(제263조)가 적용되는지를 묻고자 하였다. 대법원판례의 입장을 상해치사죄(제259조)에 대하여 동시범의 특례가 적용되는 것으로 판독하는 것은 오히려 상해치사라는 결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립을 인정한 판시를 오독한 것은 아닐까라는 의문이 있기 때문이다.

일반적인 이해와 달리 대법원판례의 진의가 후자의 입장이라면, 위 사안의 경우에 있어서는 丙·丁과 戊에게 상해치사죄의 공동정범의 성립을 인정할 수 있는지를 논의해야 할 것이다. 이는 결과적 가중범에 대한 공동정범을 인정하기 위한 요건이 무엇인지가 문제되고, 이와 관련해서는 일부실행·전부책임의 공동정범의 법리와 중한 결과에 대한 책임주의와의 조화 문제를 고려해야 한다. 대법원 판례의 태도는 이 경우 중한 결과의 발생을 예견할 수 없는 때가 아닌 한 결과적 가중범의 죄책을 면할 수 없다고 판시하고 있다.

다음으로 甲과 乙의 각 죄책과 관련하여, 피교사자가 교사자의 교사내용을 초과하여 실행한 경우에 교사자의 형사책임은 어디까지 부담해야 하는지를 묻고자 하였다. 그리고 위 사안과 같이 그 초과실행이 결과적 가중범의 유형에 해당되는 경우라면, 결과적 가중범에 대한 교사범으로서의 죄책을 인정할 수 있는 요건은 무엇인지도 문제된다. 더 나아가 교사범의 성립에 공동교사 내지 간접교사도 인정되는지, 교사의 방조와 교사의 공동의 구분도 생각해 볼 문제이다.

차 례

I. 논점의 정리

II. 丙과 丁, 戊의 죄책과 관련하여 - 상해치사죄의 공동정범의 성립여부

1. 상해치사죄의 의의와 문제의 소재
2. 상해치사죄에 대한 상해죄의 동시범 특례규정 적용여부
 - (1) 형법 제263조의 적용범위
 - (2) 판례의 입장에 대한 분석과 “공동정범의 예에 의한다.”의 의미
3. 중한 결과발생에 대한 과실 및 형법상의 인과관계 인정여부
 - (1) 기본행위와 중한 결과 사이의 인과관계 문제
 - (2) 중한 결과에 대한 예견가능성(과실)
4. 소결 - 丙·丁 및 戊의 죄책

III. 甲과 乙의 죄책에 대하여

1. 甲의 죄책 - 결과적 가중범의 교사범 인정여부
2. 乙의 죄책 - 공동의 교사와 방조의 구별 문제

IV. 결 - 사안의 해결

I. 논점의 정리

(1) 위 사안에서 검토를 요하는 형법상의 행위를 시간적인 순서로 정리하면, ① 甲이 乙에게 부탁하여 자기의 범죄계획을 실행에 옮길 행위자를 물색하게 하고, 이에 乙이 丙과 丁을 모집하여 소개한 행위, ② 甲이 丙과 丁에게 A에 대한 중상해(형법 제258조 제2항)를 교사하고, 그 때 乙이 옆에서 가담한 행위, ③ 甲이 단독으로 戊에게 A에 대한 중상해를 교사한 행위, ④ 丙과 丁이 공동하여 A의 종아리 부위를 칼로 3회 찌른 행위, ⑤ 戊가 A의 허벅지 부위를 칼로 2회 찌른 행위이다. 이와 같은 범행의 결과로는 A의 과다실혈로 인한 사망이다.

(2) 정범자인 丙·丁과 戊의 죄책과 관련하여, 丙·丁은 공동하여 A의 종아리 부위에 3회 칼로 찌르고 달아났고(위 ④의 행위) 또 戊는 A의 허벅지 부위에 2회 칼로 찔렀으며(위 ⑤의 행위), 그 결과 A는 과다실혈로 인하여 사망하였다. 그 결과 정범자에게 의율가능한 죄책으로는 살인죄, 상해치사죄 또는 중상해죄 등이다.

이 사안에서 丙과 丁, 戊에게 중상해의 고의가 인정됨에는 이견이 없지만, 종아리나 허벅지부위를 찌른 행위에 비추어 볼 때, A에 대한 살인의 고의까지 인정할 수 있는지는 의문이다.¹⁾ 따라서 중상해에 의하여 A의 사망이라는 중한 결과가 발생한 결과적 가중범, 즉 상해치사죄(제259조)의 성립여부를 검토한다.

행위자에게 상해치사의 죄책을 묻기 위해서는 특히 중한 결과의 발생에 대한 예견가능성이 인정되는지의 여부가 검토되어야 한다. 형법 제15조 제2항에서 정하고 있는 중한 결과의 발생에 대한 예견가능의 의미에 대하여 결과발생에 관한 과실 및 형법상의 인과관계 문제가 논의되고 있기 때문이다.

그리고 A의 ‘치사’라는 중한 결과에 대한 죄책부여와 관련하여, 형법은 丙·丁과 戊의 독립행위가 경합하여 결과를 발생시킨 경우에 그 원인행위가 판명되지 않은 때에는 각자를 미수범으로 처벌하며(제19조), 다만 상해죄의 경우에

1) 위 사안에서는 행위자에게 살인의 고의를 인정해야 할 만한 특별한 사유가 없기 때문에 살인의 고의가 부정되어야 할 것이다. 만일 살인의 고의를 인정하는 경우에는 사망의 결과를 누구에게 귀속시킬 것인가가 논점이 될 것이며, 이는 누적적 인과관계(경우에 따라서는 이중적 인과관계)가 있는 때에 형법상의(제17조에서 의미하는) 인과관계가 인정되는지를 검토하여야 할 것이다.

는 특례를 정하여 공동정범의 예에 의하여 처벌하고 있다(제263조). 따라서 위 사안에서는 과다실혈로 인한 A의 사망이 丙·丁의 행위의 결과인지 아니면 戊의 행위의 결과인지에 대하여 그 원인행위의 여하와 인과관계의 문제가 고려되어야 한다. 그 이유는 원인행위가 판명되지 않는다면 丙·丁, 戊는 각각 제19조의 규정에 따라 중상해죄(제258조 제2항)의 기수범으로 처벌될 것인데, 상해치사죄의 경우에도 제263조의 적용이 긍정된다면 그들에게 상해치사죄의 공동정범의 성립을 인정할 수 있기 때문이다. 여기서 상해치사죄(제259조)에 제263조가 적용될 수 있는지가 검토된다.

그런데 위 문제에 대해 대법원판례가 상해치사의 경우에도 상해죄 동시범의 특례를 적용하고 있다고 분석한다. 이러한 일반적 이해와는 달리 대법원판례가 상해치사죄의 죄책을 인정하는 것은 여기에 동시범의 특례가 적용된 것이 아니라, 이는 대법원이 결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립을 긍정하는 귀결이라고 분석하는 견해도 있다. 후자의 입장이라면, 위 사안의 경우에 丙·丁과 戊에게 상해치사죄의 공동정범의 성립을 인정할 수 있는지가 문제될 것이고, 그 해결은 결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립을 인정하기 위한 요건이 무엇인가에 달려 있다. 이 경우에는 특히, 치사결과의 귀속(·귀책)문제가 중요하다.

(3) 가담자인 甲의 죄책과 관련하여, 사안에서 甲은 丙과 丁 및 戊에게 각각 A를 중상해할 것을 교사하였고(위 ②와 ③의 행위), A는 丙·丁 및 戊의 행위에 의하여 사망하고 말았다. 이와 같이 피교사자가 교사자의 교사내용을 초과하여 실행한 경우 교사자에게 어디까지 형사책임을 부담시킬 것인가가 문제이다. 특히 위 사안과 같이 피교사자의 초과실행이 결과적 가중범에 해당하는 경우 결과적 가중범에 대한 교사범의 성립도 인정할 수 있는지, 그렇다면 그 요건은 무엇인가가 문제이다. 나아가 甲이 乙에게 범행자의 물색을 부탁한 행위(위 ①의 행위)와 A의 중상해를 丙·丁과 戊에게 차례대로 각각 교사한 행위들의 관계에 대한 검토도 필요하다.

그리고 乙의 죄책과 관련해서는 甲의 부탁을 받고 丙·丁을 甲에게 소개시킨 행위(위 ①의 행위)와 甲이 그들에게 범행을 교사할 때 옆에서 “너희들이 甲을 좀 도와주어라”고 가담한 행위(위 ②의 행위)가 ‘교사의 방조’에 해당하는지 아니면 교사의 공동, 즉 ‘공동교사’에 해당하는지를 검토해야 한다.

II. 丙과 丁, 戊의 죄책과 관련하여 - 상해치사죄의 공동정범의 성립 여부

1. 상해치사죄의 의의와 문제의 소재

상해치사죄는 사람의 신체를 상해하여 사망에 이르게 함으로써 성립하는 범죄로서 상해죄의 결과적 가중범에 해당한다. 따라서 ① 고의에 기한 기본범죄행위가 있을 것, ② 중한 결과가 발생하였을 것, ③ 기본범죄행위와 중한 결과 사이에 형법상의 인과관계가 인정될 것, ④ 중한 결과의 발생에 대한 예견 가능성이 있을 것이라는 결과적 가중범의 성립요건이 충족되어야 한다. 위 사안과 관련해서는 특히, 행위자들에게 A의 사망에 대한 죄책을 부담시키기 위해서는 그 원인행위가 丙·丁의 행위인지, 戊의 행위인지 아니면 양자행위의 결과인지를 판명하여야 한다. A의 사망은 상해‘행위’에 의하여 발생한 사망이라는 중한 상해‘결과’임에는 틀림이 없지만, 독립행위가 경합하여 결과를 발생시킨 경우 형법은 그 원인행위가 판명되지 않은 때에는 각자를 미수범으로 처벌하고(제19조), 예외적으로 상해죄의 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌하고 있기 때문이다(제263조). 즉, A의 사망에 대한 원인행위가 판명되지 않는 때에는 丙·丁, 戊는 각각 형법 제19조의 규정에 따라 중상해죄(제258조 제2항)의 기수범으로 처벌될 것이지만, 예외적으로 상해치사죄에도 상해죄 동시범의 특례규정이 적용된다면 각자는 상해치사죄의 공동정범의 예에 따라 처벌될 수 있다. 따라서 먼저 상해치사죄(제259조)에도 제263조가 적용될 수 있는지를 검토한다.

2. 상해치사죄에 대한 상해죄의 동시범 특례규정 적용여부

(1) 형법 제263조의 적용범위

형법 제263조가 “상해의 결과를 발생하게 한 경우”라고 명시하고 있으므로 상해죄와 폭행치상죄에 대해 이 규정이 적용된다는 데는 이견이 없다. 그러나 “상해의 결과를 발생하게 한 경우”이더라도 강간치상이나 강도치상의 경우에는 상해의 죄(제2편 제25장)와 그 보호법익을 달리하기 때문에 상해죄의 특례규정인 제263조는 적용되지 않는다고 한다.²⁾

2) 대법원 1984.4.24. 선고 84도372 판결: 형법 제263조의 동시범은 상해와 폭행죄에 관한 특별규정으로서 동 규정은 그 보호법익을 달리하는 강간치상죄에는 적용할 수

그런데 ‘상해와 폭행에 관한 죄’에 해당하는 상해치사죄에 제263조가 적용되는지에 관해서는 견해가 대립한다. 상해의 결과를 발생하게 한 이상 그 상해의 범위를 넘어 사망한 경우에도 제263조가 적용된다고 하는 견해도 있지만, 폭행치사죄와 상해치사죄는 최종적으로 상해의 결과가 발생한 경우가 아니기 때문에 여기까지 제263조를 적용하면 피고인에게 불리한 유추적용이 되므로 이를 적용할 수 없다고 해야 한다.³⁾

(2) 판례의 입장에 대한 분석과 “공동정범의 예에 의한다.”의 의미

대법원판례는 상해치사죄뿐만 아니라 폭행행위가 경합하여 사망의 결과를 발생하게 한 경우에도 공동정범의 예에 의한다고 함으로써 폭행치사죄에 대해서도 긍정설의 입장을 취하고 있다고 한다.⁴⁾

그러나 대법원판례의 “동시범의 특례를 규정한 형법 제263조는 상해치사죄에도 적용된다.”고 하는 명시적 판시에도 불구하고, - 그 판결이유에서 나타난 것처럼 - 행위자들에게 상해치사죄의 죄책을 인정하기 위해서는 개별행위자의 상해와 피해자의 사망 사이에 형법상의 인과관계가 판명되지 않더라도 상해의 공동(제263조의 적용에 의한 상해의 공동정범의 인정되는 경우도 포함)이 있고 그 공동의 상해와 사망사이에 형법상의 인과관계가 인정되며 사망에 대해 각자의 예견가능성이 인정되는 경우에 한하여 치사에 대한 책임을 묻은 것으로 볼 수 있다. 즉, 사안과 같은 경우에 형법 제263조를 단순히 적용만하여 행위자에게 상해치사죄의 죄책을 부과할 것이 아니라 결과적 가중범의 공동정범의 법리에 따라 상해치사죄의 공동정범이 되는지를 심리해야 한다는 것이다.⁵⁾

없다.

3) 학계에서는 후자의 부정설이 다수이고, 긍정하는 견해는 소수의 입장이다.

4) 상해치사죄의 경우 대법원 1985.5.14. 선고 84도2118 판결: 동시범의 특례를 규정한 형법 제263조는 상해치사죄에도 적용된다.

폭행치사죄의 경우 대법원 2000.7.28. 선고 2000도2466 판결: 시간적 차이가 있는 독립된 상해행위나 폭행행위가 경합하여 사망의 결과가 일어나고 그 사망의 원인된 행위가 판명되지 않은 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌할 것이다.

5) 대법원 1985.5.14. 선고 84도2118 판결: “과연 피고인의 범행과 피해자의 사망사이에 인과관계가 존재하며 가해자가 범행당시 피해자의 사망을 예견할 수 있었던 것 인지의 여부를 심리하여 인과관계의 존재와 결과의 예견가능성이 인정되는 경우에 한하여 피고인에게 치사에 대한 책임을 물을 수 있는 것”이며, 그 상해과정에서 개별행위자 “사이에 암묵적으로라도 공동실행의 의사가 형성된 것으로 보기도 어려우니, 그 판시내용과 같은 범죄사실을 인정하여 피고인을 상해치사죄의 공동정범으로

2. 상해치사죄에 대한 공동정범의 성립 인정여부

결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립을 인정할 수 있는지의 문제에 관하여 학계에서는 과실범의 공동정범을 부정하는 입장에서 기본범죄에 대한 공동정범이 성립은 인정하지만 중한 결과에 대해 과실이 인정되는 각 가담자를 결과적 가중범의 공동정범이 아니라 동시범으로 인정하는 견해, 과실범의 공동정범을 인정하면서도 공동정범자 각자에게 중한 결과에 대한 예견가능성이 존재하는 한 결과적 가중범의 공동정범이 인정되는데 문제가 없다고 하는 견해 등이 있다.

과실범의 공동정범을 인정하는 대법원판례는 이에 대해 기본범죄행위에 대한 고의가 인정되면 중한 결과발생에 관여하지 않은 다른 공모자도 그 결과발생에 대해 예견할 수 있었던 때에는 결과적 가중범의 공동정범이 된다는 태도를 취하고 있다.⁶⁾ 즉, 결과적 가중범의 공동정범의 성립에는 기본범죄행위를 공동으로 할 의사가 있으면 충분하고 중한 결과를 공동으로 할 의사까지 필요한 것은 아니라고 한다.

그러나 여기서는 먼저 결과적 가중범은 고의의 기본범죄라는 독자적 행위불법을 갖추고 있는 범죄이기에 결과적 가중범의 공동정범의 인정문제와 과실범의 공동정범의 인정여부는 별개의 문제라고 생각한다. 또 결과불법적인 특징도 기본범죄행위의 전형적인 위험에 내포되어 있는 중한 결과가 발생된 것에서 찾을 수 있다. 결론적으로 개별가담자에게 기본범죄의 고의와 중한 결과에 대한 예견가능성(과실)이 있고, 특히 기본범죄행위에 대한 ‘공동의 의사’가 있으면, 단순한 동시범과는 달리 공동정범의 주관적 요건을 충족시킨 경우이므로 결과적 가중범의 공동정범은 인정될 수 있다.

위 사안에서 丙과 丁 및 戊 사이에는 기본범죄행위인 상해에 대한 공동의 의사가 없지만, 형법 제260조 특례규정에 의하여 공동정범의 예에 의하므로 각자에게 중한 결과발생에 대한 예견가능성이 있다면, 상해치사죄의 죄책을 인정할 수 있을 것이다. 여기서 주의해야 할 것은 중상해죄의 공동정범이 성

본 원심판단에는 공동정범의 법리를 오해하여 법률적용을 잘못된 위법이 있다고 할 것이다.”

- 6) 대법원 2000.5.12. 선고 2000도745 판결: 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.

립하고 각자의 예견가능성의 범위 안에서 상해치사죄의 죄책을 부담한다는 의미⁷⁾인지, 아니면 상해치사죄의 공동정범이 성립하고 죄책도 이와 같이 부담해야 한다는 의미⁸⁾인지를 분명히 해야 한다.

결과적 가중범에 대한 공동정범의 성립과 그 죄책의 문제에 관해서는 기본 범죄에 대한 공동정범의 성립을 인정하고, 초과실행된 중한 결과에 대해서는 공동자 각자의 과실여부를 검토하여 중한 결과에 대한 예견가능성이 있는 자에게만 개별적으로 결과적 가중범의 죄책을 부담시키는 전자의 입장이 책임주의원칙과 일치하기 때문에 타당하다.

3. 중한 결과발생에 대한 과실 및 형법상의 인과관계 인정여부

(1) 기본행위와 중한 결과 사이의 인과관계 문제

중한 결과는 결과적 가중범의 본질적인 불법내용을 구성하는 요소이므로 기본범죄행위에 내포된 전형적인 위험이 실현된 것이어야 한다. 이는 기본범

7) 대법원 2000.5.12. 선고 2000도745 판결: 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다.

대법원 1991.5.14. 선고 91도580 판결: 피고인이 공범들과 공동하여 피해자의 신체를 상해하거나 폭행을 가하는 기회에 공범 중 1인이 고의로 피해자를 살해한 경우, 피고인이 살인행위를 공모하거나 공범의 살인행위에 관여하지 아니하였기 때문에 살인죄의 죄책은 지지 아니한다고 하더라도 상해나 폭행행위에 관하여는 서로 인식이 있었고 예견이 가능한 공범의 가해행위로 사망의 결과가 초래된 이상, 상해치사죄의 죄책은 면할 수 없다.<강조는 필자>

8) 결과적 가중죄의 공동정범의 법리에 대한 대법원 1978.1.17. 선고 77도2193 판결: 결과적가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다 할 것이므로 패싸움 중 한사람이 칼로 찔려 상대방을 죽게 한 경우에 다른 공범자가 그 결과 인식이 없다 하여 상해치사죄의 책임이 없다고 할 수 없다. 대법원 1990.12.26. 선고 90도2362 판결: 강도의 공범자 중의 한 사람이 강도의 기회에 피해자에게 폭행을 가하여 상해를 입힌 경우 다른 공범자도 제물강취의 수단으로 폭행을 가할 것이라는 점에 관하여 상호의사의 연락이 있었던 것이므로 구체적으로 상해에 관하여는 공모하지 않았다고 하더라도 폭행으로 생긴 결과에 대한 공범으로서 강도상해 및 강도치사의 책임을 진다. 대법원 1984.10.5. 선고 84도1544 판결: 수인이 가벼운 상해 또는 폭행 등의 범의로 범행 중 1인의 소위로 살인의 결과를 발생케 한 경우, 그 나머지 자들은 상해 또는 폭행죄 등과 결과적 가중범의 관계에 있는 상해치사 또는 폭행치사 등의 죄책은 면할 수 없다고 하더라도 위 살인등 소위는 전연 예기치 못하였다고 할 것이므로 그들에게 살인죄의 책임을 물을 수는 없다 할 것이다.<강조는 필자>

죄행위와 중한 결과 사이에 형법상의 인과관계가 인정되어야 한다는 의미이다.

결과적 가중범에서의 인과관계 문제도 일반 고의범의 경우와 마찬가지로 판단한다. 대법원판례는 상당인과관계설의 입장에 서 있지만, 학계는 합법칙적 조건설과 객관적 귀속을 결합한 객관적 귀속론이 다수의 입장이다. 그런데 결과적 가중범의 경우에는 형법상의 인과관계를 긍정하기 위하여 객관적 귀속의 특유한 척도로서 직접성의 원칙을 필요로 하고 있다. 즉, 결과적 가중범의 중한 결과는 기본범죄에 내포된 전형적인 위험의 실현이므로 중한 결과는 중간원인의 매개 없이 기본범죄행위와 결합된 전형적인 위험으로부터 직접 발생해야 객관적으로 귀속될 수 있다는 것이다. 상당인과관계설을 취하는 입장에서는 이 문제를 규범적 성격을 띤 상당성의 판단에서 고려하고 있다.⁹⁾

위 사안과 같이 행위와 결과 사이에 제3자의 행위가 개입한 경우에 대해서는 논란의 여지가 있다. 이러한 경우에도 선행행위에 의해 설정된 위험이 방해받지 않고 결과로 실현된 때에는 직접성을 인정할 수 있지만, 결과가 후행 행위자의 고의 또는 중과실로 창출된 추가적인 위험이 실현되어 발생한 때에는 직접성을 인정할 수 없을 것이다. 이런 경우는 비유형적 인과관계의 귀속 판단기준인 객관적 예견가능성의 척도가 구체적으로 적용된 것이다. 행위와 중한 결과 사이에 피해자 또는 제3자의 과실이 개입할 것은 예견할 수 있겠지만, 제3자의 고의 또는 중대한 과실이 개입하여 결과가 발생할 것까지 행위자에게 객관적으로 예견할 것을 요구하여 중한 결과책임을 물을 수는 없기 때문이다.

그 결과 피해자가 기본범죄행위 또는 그 수단인 행위를 회피하는 과정에서 중한 결과를 발생시킨 경우에도 그 회피행위가 객관적으로 예견가능한 범위

9) 그러나 중한 결과의 직접성의 판단기준에 대해서는, 기본행위 자체의 위험성이 중한 결과로 직접 연결되어야 한다는 행위기준설, 기본범죄의 결과와의 사이에서 인정되어야 한다는 결과기준설과 행위와 결과 양자를 모두 직접성의 표지로 고려하는 절충설의 입장이 나뉘고 있다. 그러나 행위기준설은 기본행위와 중한 결과 사이에 중간행위가 개입하는 것을 설명하기 어렵다는 점에서, 또 결과기준설은 결과가 행위의 산물임에도 불구하고 행위의 전형적인 위험을 고려하지 않는 점에서 특히 상해치사죄의 경우에 기본행위인 상해가 기수에 이르고 나아가 치명상을 요함으로써 결과적 가중범의 성립을 지나치게 축소한다는 점에서 부당하다고 생각한다. 따라서 절충설의 입장이 타당하다. 절충설에 따르면, 중한 결과가 기본범죄행위 자체에서 발생한 경우, 기본범죄의 행위수단으로부터 발생한 경우, 기본범죄의 결과에서 발생한 경우에 직접성을 인정하는데 무리가 없다.

안에 있는 때에는 직접성이 인정된다고 본다.¹⁰⁾ 나아가 수인이 공동하여 상해의 고의로 범행 중 1인이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 비록 피고인이 중한 상해 또는 치사의 결과에 관여하지 않았다고 하더라도 상해에 대한 공동이 있고 중한 결과발생을 예견할 수 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 부담한다.¹¹⁾

(2) 중한 결과에 대한 예견가능성(과실)

중한 결과에 대한 예견가능성은 과실과 동일한 의미로 이해한다. 일반적으로 과실은 결과예견의무와 결과회피의무를 그 내용으로 하지만, 결과적 가중범에 있어서는 행위자가 기본범죄행위를 하는 때에 이미 결과회피의무를 위반한 것이고, 중한 결과에 대한 과실은 결과예견의무만을 그 내용으로 한다. 예견의무는 예견가능성을 전제로 하므로 이 예견가능성은 (주관적) 과실을 의미하게 된다. 중한 결과에 대한 죄책을 부담시키기 위한 예견가능성의 판단은 구체적인 행위자가 주관적으로 예견할 수 있었는가라는 책임판단의 대상이 된다. 이러한 과실, 즉 예견가능성은 행위와 책임의 동시존재의 원칙에 따라 기본범죄의 실행행위시에 존재하여야 한다. 따라서 행위시에 중한 결과에 대한 과실이 없는 경우에는 기본범죄만 성립한다.

4. 소결 - 丙·丁 및 戊의 죄책

위 사안에서 정범자의 죄책으로서 상해치사죄의 성립여부가 문제이다. 위 사안은 丙·丁의 상해행위 및 戊의 상해행위가 독립하여 경합하는 경우로서 ‘치사의 결과’에 대한 원인행위가 丙·丁의 상해행위인지, 戊의 상해행위인지를 위의 사안만으로는 판명할 수 없다. 이러한 경우 형법 제19조는 각자를 미수범으로 처벌하고 있다. 위 사안은 결과적 가중범이 문제되는 경우로서 기본범죄의 기수, 즉 행위자들에게 중상해죄의 죄책을 물을 수 있다. 다만, 예외적으로 형법은 제19조(독립행위의 경합)에 대한 특례규정으로서 제263조에서 상해죄의 경우에는 공동정범의 예에 의하여 처벌하고 있어 여기서는 상해치사죄에도 제263조가 적용되는지의 여부를 검토하였다. 상해치사죄에 제263조가

10) 상당인과관계설에 의하는 대법원판례의 입장도 이와 동일하다. 대법원 1995.5.12. 선고 95도425 판결: 폭행이나 협박을 가하여 간음을 하려는 행위와 이에 극도의 흥분을 느끼고 공포심에 사로잡혀 이를 피하려다 사상에 이르게 된 사실과는 이른바 상당인과관계가 있어 강간치사상죄로 다스릴 수 있다.

11) 대법원 1991.5.14. 선고 91도580 판결.

적용되면, 丙·丁 및 戊는 공동정범의 예에 따라 상해치사죄로 처벌할 수 있기 때문이다.

그렇지만 대법원판례의 ‘형법 제263조는 상해치사죄에도 적용된다.’는 명시적 판시에도 불구하고 그 판례의 진의는, 판결이유에서 나타난 것처럼 피고인에게 상해치사죄의 죄책을 부과한 것이 제263조의 적용결과가 아니라 결과적 가중범의 공동정범의 법리에 따른 심리의 결과다. 나아가 결과적 가중범의 공동정범의 성립에는 일부실행·전부책임이라는 공동정범의 법리에 따라 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 족하고 그 중한 결과까지 공동으로 할 의사가 필요한 것은 아니지만, 행위자에게 중한 결과에 대한 죄책을 부과하기 위해서는 각자에게 중한 결과발생에 대한 예견가능성이 있어야 한다는 것이다.

위 사안에서는 丙·丁 및 戊 사이에 기본행위인 상해에 대한 공동의사가 없더라도 제260조 특례규정에 의하여 공동정범의 예에 의하여 처벌되므로 각자에게 중한 결과발생에 대한 예견가능성이 긍정되는 한 상해치사죄의 죄책을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 여기서는 그들에게 중한 결과의 발생에 대한 예견가능성을 긍정할 만한 특별한 사정이 존재한다고 인정할 수 없어 상해치사죄의 죄책을 부담시킬 수 없다.

결국, 丙·丁 및 戊는 각각 중상해죄의 죄책을 부담해야 한다.

III. 甲과 乙의 죄책에 대하여

1. 甲의 죄책 - 결과적 가중범의 교사범 인정여부

(1) 위 사안에서는 먼저 甲이 A에 대한 중상해를 실현하기 위하여 행한 일련의 행위들, 즉 乙에게 범행자의 물색을 부탁한 행위, 丙·丁과 戊에게 각각 차례대로 중상해를 교사한 행위에 대해 두 개 교사범의 실체적 경합범으로 처벌할 것인지, 아니면 하나의 범죄를 실현하기 위한 일련의 과정으로 보아 포괄하여 한 개의 교사범으로 판단할 것인지가 문제된다.¹²⁾

대법원판례의 죄수판별기준인 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 판단하면 하나의 교사범으로 인정될 수 있다.¹³⁾ 甲의 행위는 단일한 범의 하에

12) 상해의 죄에 대해서는 예비·음모의 처벌규정이 없다.

13) 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결: 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는

시간적으로도 2시간 정도 접속하여 행해진 동일한 범익을 침해하는 일련의 접속된 행위로 볼 수 있기 때문이다.¹⁴⁾

(2) 나아가 甲은 A에 대한 중상해를 교사하였으나 발생한 결과는 A의 사망이다. 이와 같이 피교사자가 교사자의 교사내용을 초과하여 실행한 경우에도 사실의 착오에 관한 법정적 부합설의 입장과 공범중속성설의 제한중속형식에 따르는 한, 실행된 범죄가 교사된 범죄와 공통의 요소를 지닌 양적 초과인 경우에는 원칙적으로 교사자는 정범자가 초과실행한 부분에 대하여 책임이 없고 자기가 교사한 범행의 교사범으로서만 처벌된다. 다만 위 사안과 같이 피교사자가 초과실행한 부분이 교사자가 교사한 범행의 결과적 가중범에 해당되는 경우, 교사자에게 결과적 가중범의 교사범으로서의 죄책을 부담시킬 수 있는지에 관해서는 논란이 있다.

결과적 가중범의 교사범의 성립여부에 대하여, 학계에는 교사자가 실제로 중한 결과의 발생을 인식하지 못하였더라도 그에 대한 예견가능성이 있다고 판단되면 결과적 가중범의 교사범을 인정하는 견해와, 이러한 내용의 결과적 가중범에 관한 총칙상의 규정(제15조 제2항)은 정범에 관한 규정인데 이를 공범인 교사범에게 적용하는 것은 피고인에게 불리한 유추적용이 되기 때문에 교사자는 기본범죄에 대한 책임을 지며 결과적 가중범의 죄책을 부담하지 않는다고 하는 견해도 있다.¹⁵⁾ 이에 관해 대법원판례는 교사자가 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있을 것을 요건으로 하여 결과적 가중범의 교사범의 성립을 인정하고 결과적 가중범의 죄책을 지을 수 있다고 한다.¹⁶⁾

구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.

14) 대법원 1960.3.9. 선고 4292형상573 판결: 단일범의하에 수회의 접속된 행위로써 동일범익을 침해한 경우에 있어서는 포괄적으로 평가하여 이를 1개의 범죄행위로 보는 것이 타당하다.

15) 다만, 이 견해에서도 예외적으로 교사자에게 중한 결과에 대한 예견가능성이 인정되는 때에는 교사자도 과실범의 죄책을 지므로 이 때에는 기본범죄에 대한 교사범과 중한 결과에 대한 과실범의 상상적 경합을 인정한다.

16) 대법원 1993.10.8. 선고 93도1873 판결: 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 교사범이 되지만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다.

대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결: 교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이지만 이 경우에 교

문제는 위의 사안은 정범자인 丙·丁 및 戊가 甲이 교사한 중상해를 초과하여 고의에 의한 살인을 실행한 것이 아니라 각자의 독립된 상해행위가 경합하여 치사의 결과를 발생하게 한 경우라는 것이다. 이 경우에도 甲에게 A의 사망이라는 중한 결과발생에 대한 예견가능성이 인정될 수 있는지를 (앞에서 甲의 일련의 행위를 하나의 교사행위로 판단한 관점에서) 검토해야 한다. 사안에서 甲이 丙·丁과 戊에게 각각 교사한 중상해의 고의내용은 “신체를 상해하여 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나, 불구 또는 불치·난치의 질병에 이르게 한”다는 것이다. 위 사안의 甲에 대해서는 A의 사망이라는 중한 결과의 발생을 예견할 수 있었다고 판단할 수 있다.

(3) 결론적으로 甲의 교사를 초과하는 중한 결과인 A의 사망은 결과적 가중범의 기본상해행위에 내포되어 있는 전형적인 위험이 실현된 것이고, 甲에게는 중한 결과의 발생에 대한 예견가능성이 인정되는 것으로 판단되므로 상해치사죄에 대한 교사범의 죄책을 물을 수 있다.

2. 乙의 죄책 - 공동의 교사와 방조의 구별 문제

(1) 위 사안에서는 乙이 甲의 부탁을 받고서 丙과 丁을 단지 소개한데 그치지 않고 甲이 그들에게 범행을 교사할 때 옆에서 적극적으로 가담하였기 때문에 乙의 행위가 ‘교사의 방조’에 불과한 것인지 아니면 ‘교사의 공동’에 해당할 수 있는지가 문제이다.

(2) 형법상 교사행위는 범죄의 의사가 없는 피교사자에게 범행의 결의를 가지게 하는 일체의 행위를 말하고, 방조행위는 정범이 범행을 한다는 사정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리킨다. 여기서 문제되는 ‘교사의 방조’는 교사범에 대하여 방조행위를 하는 것을 말한다. 이러한 경우에는 교사의 방조가 정범의 실행행위에 직접 영향을 미친 경우에만 방조범의 성립을 인정할 수 있다고 해야 한다. 그렇지 않고 단지 교사범에 대한 방조에 그친 경우에도 방조범으로 처벌한다면, 공범의 구성요건적 정형성을 무시하고 ‘공범에 대한 공범’을 인정하는 부당한 결과가 되기 때문이다.

위 사안에서 乙이 교사범인 甲의 부탁을 받고 丙·丁을 소개한 행위는 교사범을 방조하는 소위로 교사의 방조에 해당한다. 이 경우 乙을 방조범으로 처

사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지을 수 있다.<강조는 필자>

별하기 위해서는 정범의 실행에 영향을 미쳐야 한다. 乙의 소개행위는 정범을 교사자에게 소개하는 방법으로 방조한 경우이므로 정범의 실행행위 자체에 영향을 미친 것으로는 볼 수 없다. 하지만 乙의 행위는 여기에 그치지 않고 ‘甲을 도와주어라’고 적극적으로 가담하였기 때문에 정범의 실행행위에 영향을 미친 것으로 방조범의 성립을 긍정할 수 있다.¹⁷⁾

(3) 그러나 위와 같은 乙의 행위가 교사범의 교사행위로 볼 수 있는지도 검토해야 한다. 교사행위의 수단·방법에는 제한이 없고 명시적·직접적 방법뿐만 아니라 묵시적·간접적인 방법에 의해서도 가능하며 2인 이상이 공동으로 교사하는 공동의 교사, 즉 교사공동도 가능하기 때문이다. 그렇지만 이와 같은 검토에서는 피교사자가 이미 범행의 결의를 하고 있는 경우 교사자의 행위를 교사행위라고 할 수 없고, 또한 교사자의 행위가 범의를 유발하거나 또는 범의의 충동을 일으킬 수 있는 상황을 만든 것에 불과하여 범행의 결의를 가지게 할 정도에 이르지 못한 경우에는 교사행위로 인정할 수 없고, 교사자는 방조범이 성립될 뿐이라는 점에는 주의해야 한다.

이러한 측면에서 위의 사안을 판단하면, 乙의 가담행위는 일단 정범의 범의를 유발하거나 또는 범의의 충동을 일으킬 수 있는 상황을 만든 것에 불과한 경우에 그치지 않고 甲의 교사행위에 가담하여 범행을 결의하게 하고 또 수행하게 한 경우에 해당한다고 볼 수 있다.

그런데 문제는 乙이 가담행위를 하는 때에 이미 丙과 丁이 甲의 교사행위에 의해 범행의 결의를 가지고 있었다고 판단할 수 있는가이다. 이러한 사실이 위 사안에서 명확하게 나타나 있지는 않다.¹⁸⁾ 그러나 乙의 교사가 정범이 범행결의를 하게 된 유일한 조건일 필요는 없으며, 교사행위에 의하여 정범이 범행을 결의하고 이를 실행한 경우에는 교사범의 성립에 지장이 없다고 할 것이다. 따라서 乙은 甲과 공동하여 교사행위를 한 것으로 판단할 수 있다.

(4) 결론적으로 乙에게는 중상해죄에 대한 교사범으로서의 죄책을 물을 수

17) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 판결: 종범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다.

18) 이를 근거로 교사범의 성립을 부정할 수 있다. 참고로 대법원판례는 “막연히 ‘범좌를 하라’거나 ‘절도를 하라’고 하는 등의 행위만으로는 교사행위가 되기에 부족하다”고 판시한다(대법원 1991.5.14. 선고 91도542 판결).

있다. 乙의 경우에는 교사내용을 초과하는 중한 결과인 A의 사망에 대한 예견 가능성을 인정해야할 특별한 사정이 위 사안에 나타나 있는 것으로 판단할 수 없기 때문이다.

IV. 결 - 사안의 해결

위 사안에서 정범인 丙과 丁의 행위는 중상해죄의 공동정범으로 처벌된다. 이와 독립하여 경합하는 戊의 행위는 중상해죄에 해당한다. 상해죄의 동시범의 특례를 규정하고 있는 제263조는 대법원판례의 명시적 판시에도 불구하고 상해치사죄에는 적용되지 않으며, 위에서 검토한 것처럼 丙·丁 및 戊에게 중한 결과의 발생에 대한 예견가능성을 인정할 특별한 사정도 존재하지 않는 것으로 판단하였기 때문이다.

한편 공범인 甲의 행위에 대해서는 甲에게 A의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 경우이므로 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다.¹⁹⁾ 甲의 교사에 적극 가담한 乙의 행위는 중상해죄의 교사범에 해당하고 乙은 중상해죄에 대한 교사범으로서 죄책을 부담해야 한다.

19) 정범의 죄책이 중상해죄인데 교사범의 처벌을 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 부담시키는 문제점과 관련해서는 책임개별화의 원칙과 공범종속성설의 종속의 정도에 관한 제한종속형식에 따른 판단임을 유의해야 한다. 나아가 공범종속성설은 정범에 대한 공범의 성립상의 종속을 의미하는 것인지 처벌상의 종속을 의미하는 것은 아니다. 위의 각주 16)에서 강조된 바와 같이 대법원판례는 결과적 가중범에 있어서 교사자가 중한 결과에 대하여 예견가능성이 있을 것을 요건으로 하여 결과적 가중범의 교사범의 성립을 인정하고 결과적 가중범의 죄책을 부담시키고 있다.