

특수상해죄와 관련된 해석상 쟁점 검토

- 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결을 소재로 -

이 승 준*

〈국문초록〉

헌법재판소의 위헌결정이 있는 후 특수상해죄가 형법에 편입됨으로써 폭행죄와 상해죄의 기존 체계에 충돌을 가져왔다. 폭행치상죄는 물론 상해죄의 경우에도 행위방법 내지 행위태양의 위험성과 더불어 결과의 경중에 따른 구성요건이 차등화되어야 하는가라는 과제에 봉착하게 된 것이다. 비단 논란의 상황은 여기에 그치지 않는다. 행위방법의 위험성을 가중하면서도 그 법정형을 중상해죄의 법정형과 동일하게 규정하였기 때문이다.

첫 번째 문제상황인 특수폭행을 가하여 상해에 이르게 한 경우 형법 제262조에 따라 제258조의 예인 특수상해죄의 처벌에 의하는 것이 타당하다고 생각한다. 특수상해죄의 신설은 신체에 대한 침해에서 행위방법의 위험성을 새롭게 고려할 필요가 있다는 것이고, 제262조에서 제258조의2를 제외하지 않은 것은 특수폭행치상의 경우 기존과 달리 무겁게 처벌하겠다는 사회적 상황 내지 사회적 합의의 변화라고 할 수 있기 때문이다.

두 번째 문제상황으로 특수상해의 고의로 상해를 가하였는데 상해를 넘어 중상해가 발생한 경우, 행위불법과 결과불법 모두 제대로 된 평가를 하여야 한다는 점에서 중상해죄의 가중유형인 특수중상해죄(제258조의2 제2항)를 인정하는 것이 타당하다.

특수상해죄를 둘러싼 해석상의 논란은 이처럼 정리할 수 있으나, 다양한 입법론도 제시되고 있다. 생각건대 기존 폭행과 상해죄의 체계혼란을 최소화하고 해석상의 논란을 해소하기 위해서는 입법적 정비가 수반되어야 하는데, 가장 간명한 방법은 ‘단순상해<특수상해<중상해<특수중상해’순으로 가중하고 그들 각각에 대해 존속상해를 가중하는 방법이라고 하겠다.

주제어 : 상해죄, 특수상해죄, 폭행치상죄, 중상해죄, 행위불법, 결과불법

• 투고일 : 2023.06.30. / 심사일 : 2023.07.24. / 게재확정일 : 2023.07.24.

* 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 문제의 제기

주지하다시피 헌법재판소는 2015년 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 등의 위헌소원 및 위헌제청사건에서 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여’ 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 자에 대한 가중처벌 규정은 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이라며 위헌임을 선언하였다.¹⁾

이 결정으로 인해 폭력행위처벌법 제3조 제1항이 삭제되었고 ‘특수’를 이유로 가중하던 일부 유형이 형법에 편입되었다. 특수상해죄는 비록 합헌결정을 받았지만 처벌의 공백을 방지하면서 형벌체계상의 정당성과 균형을 추구한다는 이유로 형법전에 편입되었다.

그러나 특수상해죄가 형법에 편입됨으로써 폭행죄와 상해죄의 기존 체계에 적지 않은 충동을 가져왔다. 폭행치상죄는 물론 상해죄의 경우에도 행위방법 내지 행위태양의 위험성과 더불어 결과의 경중에 따른 구성요건이 차등화되어야 하는가라는 과제에 봉착하게 된 것이다. 예컨대 특수폭행의 고의로 상해에 이르게 한 경우 특수상해의 예에 따라 처벌하여야 하는지는 물론, 특수상해의 고의로 상해를 가하였으나 그 결과 중상해가 발생한 경우, 존속에 대하여 특수상해를 가하였으나 중상해에 이른 경우 등에 있어 그 의율이 문제된 것이다. 비단 논란의 상황은 여기에 그치지 않는다. 행위방법의 위험성을 가중하면서도 그 법정형을 결과의 경중을 기준으로 한 중상해죄의 법정형과 동일하게 규정하였기 때문이다.

이하에서는 특수상해죄의 도입으로 기존 체계가 혼란스러워지면서 발생하는 해석상의 문제점을 살펴보고(Ⅱ), 쟁점에 따라 적절한 해석방법을 검토하며(Ⅲ), 이와 더불어 입법론적 개선방안도 간략히 모색해보고자 한다(Ⅳ).

헌법재판소는 향후에도 형사특별법의 구성요건 중 가중적 표지가 명확하지 않은 경우에는 형벌체계상의 정당성과 균형성의 관점에서 위헌이나 헌법불합치 판결을 할 개연성이 커 보인다. 그리고 이러한 상황이 도래할 경우 또다시 특수상해죄와 같은 방식으로 형법개정이 이뤄진다면 기존 구성요건의 체계충돌과 해석상의 논란이 재현될 수 있기 때문에, 위와 같은 작업은 유의미한 시도라고 하겠다.

1) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154·398, 2015헌가3·9·14·18·20·21·25(병합) 결정.

II. 형법 개정의 경과와 문제점

1. 개정경과

헌법재판소는 2015년 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 등(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것)의 위헌소원 및 위헌제청사건에서 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여’ 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 자에 대한 가중처벌 규정이 형법 제261조(특수폭행), 제284조(특수협박), 제369조(특수손괴)의 ‘위험한 물건’과 비교하여 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하므로, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 평등원칙에 위배된다고 결정하였다.²⁾ 그 이유는 다음과 같았다.

심판대상 조항은 형법 조항들과 동일한 내용의 구성요건을 규정하면서도 징역형의 하한을 1년으로 올리고 벌금형을 제외하고 있었다. 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범하는 경우, 검사는 폭력행위 처벌법을 적용하여 기소하는 것이 특별법 우선의 법리에 부합하나, 형법조항들을 적용하여 기소할 수도 있는데 죄명과 적용법조에 따라 피고인에게 벌금형이 선고될 수 있는지 여부가 달라지고, 징역형의 하한을 기준으로 최대 6배에 이르는 심각한 형의 불균형이 발생하게 된다. 즉 가중적 구성요건의 표지가 전혀 없이 법적용을 오로지 검사의 기소재량에만 맡기고 있으므로 법집행기관 스스로도 법적용에 대한 혼란을 겪을 수 있고, 이는 결과적으로 국민의 불이익으로 돌아올 수밖에 없으며, 법집행기관이 이러한 사정을 피의자나 피고인의 자백을 유도하거나 상소를 포기하도록 하는 수단으로 악용할 소지가 있다는 것이었다.

이와 달리 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상 상해죄를 범한 사람을 가중처벌하는 구 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항에 대해 헌법재판소는 책임과 형벌의 비례원칙에 위배되지 않으며, 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되지도 않는다고 결정하였다.³⁾

위와 같은 헌법재판소의 위헌결정에 따라 특수폭행죄 가중처벌 조문 등을

2) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154·398, 2015헌가3·9·14·18·20·21·25(병합) 결정.

3) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌가1, 2014헌바173(병합) 결정.

전부 삭제하면서 합헌결정을 받은 특수상해죄 가중처벌 부분도 함께 정비되었다. 다수의견에 대한 보충의견이 형법으로의 통합을 제안한 데다, 폭력행위등 처벌에 관한 법률 일부 규정을 정비하고 동시에 특수공갈 등 일부 범죄를 형법에 편입하여 처벌의 공백을 방지하면서 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖추도록 하였는데, 특수상해죄도 이러한 취지를 구현할 필요가 있었으므로 형법전에 함께 도입되었다.⁴⁾

특수상해죄의 법정형은 본래 구 폭력행위처벌법상에서는 3년 이상의 유기징역이었으나, 법정형의 균형을 지직한 헌법재판소의 보충의견의 지적에 따라 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’으로 결정되었다. 동일한 차원에서 중준속상해죄의 법정형도 ‘2년 이상의 유기징역’에서 ‘2년 이상 15년 이하의 징역’으로 변경되었다. 이와 더불어 특수중상해의 경우 ‘2년 이상 20년 이하의 징역’으로 규정되었다. 특수상해죄에는 미수범 처벌 규정이 신설되었다.

이러한 형법개정에 대해서는 독일형법 제223조의a의 입법 형식을 본받아 규정된 것으로, 동법 제223조의a의 입법 형식은 제정형법에 2중으로 반영되었다는 평가가 있다.⁵⁾ 동법은 형법 제258조 제1항의 ‘생명에 대한 위험’이라는 요건에 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 형법 제258조의2에도 반영되어 있기 때문이라고 한다.

2. 문제점

제정형법은 독일⁶⁾과 일본⁷⁾의 영향을 받으면서도 사람의 신체에 대한 유형력의 행사에 대해 우리만의 독자적 구분체계를 구축하였다. 즉 폭행죄-상해죄-살인죄로 이어지는 결과의 가중화를 반영함과 동시에, 행위방법과 결과불법의 중대성에 비추어 단순폭행-특수폭행, 단순상해-중상해, 결과적 가중범으로

4) 2016. 1. 6. 일부개정 법률 제13719호(시행 2016. 1. 6.) 제정·개정 이유.

5) 조인현, “상해 및 폭행의 죄 입법 체계- ‘대법원 2018도5475 전원합의체 판결’과 관련하여”, 『사법』 통권 제58호, 2021, 402면.

6) 독일은 상해죄와 폭행죄를 구분하지 않고 신체적 학대와 건강침해를 양태로 하는 상해죄(제223조)를 기본구성요건으로 하여 무기 또는 기타 위험한 도구를 수단으로 하는 위험한 상해죄(제224조)와 중상해(제226조)를 두고 있다. 즉 ‘단순상해-위험한 상해-중상해’의 체계로 되어 있다.

7) 우리와 달리 일본의 경우 상해죄와 폭행죄의 구성요건이 복잡하지 않다. 일본의 경우 중상해죄와 특수상해죄 조문이 없으며, 특수폭행죄와 폭행치사상죄 조문도 존재하지 않는다. 그러나 현장조세죄(제206조)와 흉기준비집합 및 결집죄(제208조의2)가 우리와 달리 규정되어 있다. 현장조세(現場助勢)죄는 선동죄로 번역되기도 한다.

서 폭행치상을 규정한 것이다.

형법은 신체의 건재를 침해하는 폭행죄의 경우에는 행위방법의 위험성에 따라 단순폭행과 특수폭행을 구분 짓고, 결과범으로서 신체의 건강을 침해하는 상해죄의 경우에는 결과의 경중에 따라 단순상해와 중상해를 구분하고 있었다. 이러한 구분은 폭행죄는 거동범으로 결과의 가중이 문제될 수 없는 반면 행위태양의 경중에 따라 처벌을 차등화하는 것이 합리적이라고 판단했던 것이고, 상해죄는 결과범이기 때문에 행위태양보다는 결과의 경중이 더 큰 의미를 갖는 것으로 판단했기 때문이었다.⁸⁾ 그런데 특수상해죄가 형법전에 편입됨으로써 이러한 체계에 충돌을 가져왔다. 상해죄의 경우에도 이제 행위방법 내지 행위태양의 위험성과 더불어 결과의 경중에 따라 구성요건이 차등화되어야만 하는 체계가 된 것이다.

그러나 이로 인해서 적지 않은 문제점이 발생하였다. 우선 폭행치상죄와의 관계가 문제되는데 특수폭행을 가하여 상해에 이르게 한 경우 종래 규정에 의하여 상해죄의 예에 따라 의율하여야 하는지, 특수상해죄의 예에 따라 의율하여야 하는지 문제된다.

그리고 특수상해의 고의로 상해를 가하였으나 그 결과 중상해가 발생한 경우 특수상해로 의율하여야 하는지 아니면 중상해로 의율하여야 하는지도 다툼의 여지가 있다. 특수상해죄 내에서도 특수상해죄와 특수중상해죄가 구분되어 입법되었기 때문이다.

다음으로 존속에 대하여 특수상해를 가하였으나 중상해에 이른 경우 특수존속상해에 그치는지 특수중상해로 의율하여야 하는지도 문제된다.

이러한 문제들은 기본적으로 종래에는 “상해죄<존속상해<중상해<중존속상해죄”의 순으로 법정형이 규정되어 있었으나, 법개정 이후 “상해죄<존속상해<중상해=특수상해(특수상해, 특수존속상해)<중존속상해<특수중상해죄=특수중존속상해”의 순이 되어 가중요소의 고려에 혼돈이 발생하였기 때문이다.⁹⁾ 또한 이러한 법정형 체계는 살인-존속살해, 폭행-존속폭행, 상해-존속상해와 같이 상해죄에서도 객체가 존속인 경우 그 패륜성으로 인한 비난가능성을 고려하여 법정형을 더 중하게 하였음에도 특수상해의 경우 특수상해-특수존속상해, 특수중상해-특수중존속상해의 체계를 포기하여 존속대상범죄에 대한 가중을 포기한 결과를 낳았다.¹⁰⁾

8) 문채규, “형법 제258조의2(특수상해)에 대한 입법론적 검토”, 『형사법연구』 제33권 제4호, 2021, 213면.

9) 이러한 점을 지적하고 있는 문헌으로는 문채규, 앞의 논문, 215면.

<표 1 형법 개정 전후 구성요건 체계 변화>

	체계	법정형
개정 전	<ul style="list-style-type: none"> - 단순폭행/특수폭행 - 단순상해/중상해 폭행치상 	상해죄<존속상해<중상해<중존속상해죄
개정 후	<ul style="list-style-type: none"> - 단순폭행/특수폭행 - 단순상해/특수상해·중상해 폭행치상 	상해죄<존속상해<중상해=특수상해<중존속상해<특수중상해죄=특수중존속상해

결국 특수상해죄의 신규도입은 기존에 폭행죄와 상해죄를 각각 행위태양의 경중과 결과의 경중이라는 편제로 이해되던 체계에 혼란을 가져 왔으며, 특수상해를 중상해와 동일한 위치에 편입시킴으로써 존속상해보다 가중하면서도 특수중상해보다 경한 것으로 위치설정은 하였으나 상해죄가 지나치게 세분화됨으로써 형법 제262조가 적용되는 폭행치상죄의 경우 해석상 복잡다기한 논의가 유발될 수밖에 없는 상황을 초래하였다.

이러한 개정에 대해 대법원은 형법 제258조의2 제1항과 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항과의 관계에 대해 법정형을 경하게 변경한 것으로 구법에 대한 반성적 조치라고 이해한다.¹⁰⁾

이하에서는 이상의 쟁점별로 바람직한 해석론이 무엇인가를 형법해석의 방법에 기초하여 살펴보고자 한다.

III. 해석상 쟁점과 해결방법

1. 특수폭행의 고의로 상해의 결과가 발생한 경우

신체에 대한 직접적 유형력의 행사가 있는 경우 폭행과 상해를 구별하는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 최근 하급심이 특수상해죄를 적극 활용하는 것으로 보이지만,¹²⁾ 특수상해죄의 도입으로 우선 직접적으로 문제가 발생하는 영역은

10) 문채규, 앞의 논문, 216면도 이 점을 지적하고 있다.

11) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17907 판결.

12) 예컨대 지하철에서 휴대폰으로 60대 남성을 가격한 20대 여성이 특수상해 혐의로 구속되는 등 휴대폰으로 타인의 얼굴과 머리를 가격한 경우 특수상해죄로 의율하는 등(서울중앙지법 2020. 3. 25. 선고 2019고단2430 판결) 판례가 늘고 있다.

특수폭행을 가하여 상해 또는 중상해에 이르게 한 경우 준용규정과 그 죄책이다. 형법 제262조는 폭행치사상죄를 두고, 폭행, 존속폭행, 특수폭행의 죄를 지어 사람을 사망이나 상해에 이르게 한 경우에는 제257조부터 제259조까지의 예, 즉 상해, 존속상해, 중상해, 존속중상해, 상해치사의 예에 따른다고 규정하고 있기 때문이다.

본래 형법 제262조가 도입된 것은 의용형법 시기에 폭행죄를 “폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 아니한 때”로 규정하면서 폭행치사상죄의 규정은 두지 않았기 때문에 폭행치사상의 경우 해석을 통해 상해죄 또는 상해치사죄로 처벌하는데 어려움이 있었으므로 이를 해소하기 위한 것이었다.¹³⁾ 폭행치상죄 규정의 부재로 인해 상해죄가 고의범인가에 대한 복잡한 견해 대립이 있었고 상해의 고의 없이 상해의 결과가 발생하면 과실상해죄로 경하게 처벌되는 모순이 있었기 때문이었다. 이러한 연유로 도입된 제262조에 의하여 특수폭행치상이나 특수폭행중상해의 경우 전자는 상해죄의 예에 의하여, 후자는 중상해죄의 예에 의하여 처벌되는 것으로 제262조를 해석하는 데에 큰 이견이 없었다.¹⁴⁾ 그런데 제258조의2가 신설되면서 제262조의 해석을 종전대로 상해죄 또는 중상해죄의 예로 해석할 것인지 아니면 특수상해죄 또는 특수중상해죄의 예에 의하여 처벌할 것인지 논란이 된 것이다. 특히 이러한 상황이 문제되는 것은 피고인의 입장에서는 특수상해 내지 특수중상해의 예에 따라 처벌될 경우 벌금형이 아예 선택될 수 없는 중대한 차이가 발생하기 때문이다.

대법원은 이에 대해 “특수폭행치상죄의 해당규정인 형법 제262조, 제261조는 형법 제정 당시부터 존재하였는데, 형법 제258조의2 특수상해죄의 신설 이전에는 … 특수폭행치상죄의 경우 법정형은 형법 제257조 제1항에 의하여 ‘7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금’이었다. 그런데 2016. 1. 6. 형법 개정으로 특수상해죄가 형법 제258조의2로 신설됨에 따라 문언상으로 형법 제262조의 ‘제257조 내지 제259조의 예에 의한다’는 규정에 형법 제258조의2가 포함되어 특수폭행치상의 경우 특수상해인 형법 제258조의2 제1항의 예에 의하여 처벌하여야 하는 것으로 해석될 여지가 생기게 되었다. 이러한 해석을 따를 경우 특수폭행치상죄의 법정형이 형법 제258조의2 제1항이 정한 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’이 되어 종래와 같이 형법 제257조 제1항의 예에 의하는 것보다 상향되는 결과가 발생하게 된다. 그러나 형벌규정 해석에 관한 법리와 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 개정 경과 및 형법 제258조

13) 김일수, 「한국형법Ⅲ」, 박영사, 1997, 189면.

14) 문채규, 앞의 논문, 218면; 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1991, 53면.

의2의 신설 경위와 내용, 그 목적, 형법 제262조의 연혁, 문언과 체계 등을 고려할 때, 특수폭행치상의 경우 형법 제258조의2의 신설에도 불구하고 종전과 같이 형법 제257조 제1항의 예에 의하여 처벌하는 것으로 해석함이 타당하다”고 판시하였다.¹⁵⁾

① 종래에 벌금형을 선택할 수 있었던 경미한 사안에 대하여도 일률적으로 징역형을 선고해야 하므로 형벌체계상의 정당성과 균형을 갖추기 위함이라는 법률개정의 취지와 목적에 맞지 않고, ② 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 한다는 형사법의 책임원칙에 반할 우려가 있으며, ③ 법원이 해석으로 특수폭행치상에 대한 가중규정을 신설한 것과 같은 결과가 되어 죄형법정주의원칙에도 반하는 결과가 되므로, 특수폭행치상을 특수상해죄에 따라 처벌하여서는 안 된다고 판시한 것이다.¹⁶⁾

1심 법원¹⁷⁾ 또한 형법규정의 문언과 체계, 형법 제258조의2 규정이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 및 형법의 개정으로 인하여 2016. 1. 6. 신설된 연혁 등에 비추어 보면 제258조의2 제1항이 아닌 제257조 제1항을 적용함이 타당하다면서 벌금형을 선고하였다. 반면 항소심¹⁸⁾은 제262조에서 특별히 제258조의2의 적용을 배제하고 있지는 않은 점, 특수폭행치상죄에 대하여 제258조의2의 예에 따라 처벌하더라도 형벌체계상의 부당함이나 불균형이 있다고 보이지 않는 점 등에 비추어 보면 제257조 제1항을 적용하여 처벌할 수는 없다고 봄이 상당하다는 이유로 징역형을 선고하였다.

헌법재판소는 대법원 판결이 있은 이틀 뒤 형법 제262조 등 위헌소원 사건에서 대법원과 정반대 입장을 밝혔다.¹⁹⁾ 그 결정의 이유는 다음과 같았다. 심판대상조항은 신체의 완전성 내지 신체의 불가침성을 보호하기 위한 것으로서 위험한 물건을 휴대하고 폭행죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 이미 그 행위 자체에 내재되어 있는 불법의 정도가 크고 중대한 법익 침해를 야기할 가능성이 높아서, 그 구체적인 행위의 결과가 어떠하든지 간에 이미 그 책임이 무겁다. 특수폭행치상에서 상해의 결과는 폭행 과정에서 우연히 발생한 결과가 아니라 폭행행위에 내재되어 있는 전형적인 위험성이 실현된 것이므로, 비록 상해 자체에 대한 고의는 없다 하더라도 이를 상해의 고의가 있는 경우

15) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결.

16) 정승환, “2018년 형법 중요판례평석, 「인권과 정의」 제480호, 대한변호사협회, 2019, 88면.

17) 서울동부지방법원 2017. 10. 16. 선고 2017고단1891 판결.

18) 서울동부지법 2018. 1. 26. 선고 2017노1618 판결.

19) 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2018헌바5 결정.

에 준하여 무겁게 처벌할 필요가 있다. 심판대상조항에 의할 경우 비록 벌금형을 선택할 수는 없으나, 법정형의 하한이 징역 1년으로 그다지 높지 않고, 작량감경을 하지 않더라도 집행유예 결정사유가 없는 한 징역형의 선고유예나 집행유예를 선고할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정되며, 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 않는다는 것이었다.

특수폭행치상의 처벌에 대해 판례의 대립만큼 학설도 다양하게 대립하고 있는데, 크게 대법원의 입장에 찬성하는 견해와 그에 반대하는 견해로 대별된다.

우선 대법원의 판단이 합리적이라며 찬성하는 견해가 있다.²⁰⁾ 이 견해는 특수상해의 예로 처벌하게 되면 특수폭행으로 인한 상해 발생의 경우 언제나 특수상해에 정한 형으로 처벌해야 되는지, 아니면 경우에 따라 상해, 중상해, 특수상해에 정한 형으로 구별되어 처벌되어야 하는지의 문제가 다시 발생하고, 제262조의 입법 당시 ‘제257조 내지 제259조의 예’에 제258조의2는 들어있지 않았으므로 이를 포함하는 별도의 규정이 추가되지 않는 한 제258조의2는 배제하는 해석이 죄형법정주의에 충실한 해석이라고 한다²¹⁾. 제258조의2의 신설로 특수폭행치상행위의 불법성이 다른 사유 없이 중해졌다고 보기 어려우며 죄형법정주의 원칙상 행위자에게 불리하게 해석할 필요는 없다는 것이다.²²⁾ 이와 달리 목적론적 해석의 관점에서 대법원의 해석에 반대하는 견해가 있다.²³⁾ 이 견해는 제258조의2 신설 이후에는 종전과 달리 상해죄도 그 행위태양의 경중에 따라서 단순상해와 특수상해로 구별되었고 그렇다면 폭행치상의 처벌에 준용할 상해죄의 유형을 선택할 때에는 행위태양의 유사성을 고려하는 것이 논리적·체계적 해석이며, 제258조의2 신설의 입법취지 및 배경에 착안하여 종전과 같이 해석해야 한다는 대법원의 주관적·역사적 해석은 설득력이 약하다고 한다. 이 견해는 특수폭행치상은 특수상해죄의 예에, 특수폭행중상해는 특수중상해죄의 예에 의하여 처벌하여야 하며 이것이 불법의 차이와 형벌 정도를 고려한 구체적 타당성에 근거한 객관적·목적론적 해석이라고 한다. 대법원의 해석을 반대하는 주장으로 목적론적 해석과 행위시법주의의 관점에서 제262조의 ‘제257조 내지 제259조의 예’에는 제258조의2의 예도 포함되는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.²⁴⁾ 이 견해는 제258조의2가 신설됨으로써 이제

20) 이형국/김혜경, 「형법각론(제3판)」, 법문사, 2023, 89면; 정승환, 앞의 논문, 88면.

21) 정승환교수는 이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 폭행치상죄에 대한 독자적 법정형의 입법이 필요하다고 본다(정승환, 앞의 논문, 88면).

22) 이형국/김혜경, 앞의 책, 89면. 결론에 동의하는 입장으로는 오영근, 「형법각론(제8판)」, 박영사, 2023, 70면.

23) 문채규, 앞의 논문, 224면 이하.

는 행위의 결과뿐만 아니라 행위의 방법·수단도 처벌례 판단에 있어서 고려되어야 하며, 이것이 당연한 문리해석의 귀결이라고 한다. 또한 중상해죄와 특수상해죄의 법정형이 같은 것을 보면 입법자는 행위방법의 불법을 중하게 평가하고 있음을 알 수 있다면서 대법원 판결의 결론은 기본적인 문리해석을 도외시한 채 목적론에 지나치게 치우친 주관적 해석이라고 한다. 아울러 이 견해는 형법의 신설규정은 종전의 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’보다 법정형을 가볍게 하여 ‘형벌체계의 정당성과 균형’을 구현하고 있으므로 비록 종전 형법 규정의 해석에서보다 형을 가중하는 결과가 된 입법이라고 할 수 있더라도 입법자의 선택에는 무리가 없다고 한다. 관련규정의 신설 내지 개정으로 인하여 기존의 특정 규정의 의미에 변화가 야기되었다면 설사 기존 규정의 문언에 아무런 변화가 없더라도 기존 규정도 함께 개정된 것으로 이해하여야 하며, 따라서 제258조의2가 신설되면서 제262조도 함께 개정된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

생각건대 입법자의 입법자유에도 불법과 책임의 비례원칙을 준수하여야 하는 한계가 존재한다. 형법은 상해죄와 폭행죄를 분리하였고 특수폭행과 폭행치상을 두고 있으나, 특수폭행치상은 두고 있지 않다. 폭행치상죄는 처벌은 동일하지만 상해죄의 결과적 가중범이 아니다. 이러한 상황에서 상해죄에 대한 새로운 구성요건이 신설될 경우 기존 체계의 다른 구성요건들과의 행위불법과 결과불법의 차이가 고려되어야 하며, 그 결과는 법정형으로도 반영되어야 한다. 특수폭행치상죄는 위험한 물건을 휴대하고 범행을 하였다는 점에서 그렇지 않은 단순폭행치상죄보다 행위불법성이 크다. 특수상해죄의 도입으로 비록 벌금형의 선고가 불가능하지만 1년 이상 10년 이하 징역형을 규정한 것은 형벌체계상의 정당성과 균형성을 고려한 입법자의 입법 정책적 결단으로 존중될 필요가 있다.²⁴⁾ 형법개정 과정에서 행위방법의 위험성과 그로 인한 중한 결과 발생의 가능성을 평가하여 특수폭행죄 등 특수유형을 형법에 편입시키고 아울러 특수상해죄의 미수범 규정을 둔 것은 폭행과 상해의 죄에서 행위불법을 제대로 평가해 법정형을 상향시켜야 할 사회적 상황의 변경이라고 보아야 한다. 특수폭행으로 상해가 발생했는데 벌금형만을 부과하는 것이 형사법상의 책임원칙에 부합한다고 보는 것은 오히려 다른 구성요건들과 비교할 때 형벌체계

24) 정영일, “특수폭행치상죄의 처벌례 - 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 -”, 2020. 12. 14.자 법률신문 판례평석(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=166435>).

25) 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2018헌바5 결정 참조.

의 균형을 상실한 것이다.²⁶⁾

그렇다면 형법 제258조의2 제1항 특수상해죄의 신설로 제262조의 적용을 통해 특수폭행치상죄를 단순폭행치상죄보다 무겁게 처벌하도록 하는 것은 행위 불법에 상응하는 처벌을 할 수 있도록 하였다는 점에서 합리적인 입법개선으로 볼 수 있다.²⁷⁾ 제정형법은 당시 논의되던 일본 개정형법가안이나 독일형법 초안²⁸⁾과 달리 상해죄로부터 폭행죄를 분리하였고, 상해죄에 미수범 처벌 규정이 도입하였다. 그러나 위험한 도구를 휴대하여 폭행의 결과를 실현하는 행위태양을 규정한 독일 형법 제261조에도 영향을 받았다.²⁹⁾ 결국 제258조의2는 ‘형벌체계의 정당성과 균형’을 구현하려고 한 뚜렷한 목표의식 하에 제정형법 당시부터 고민하던 입법의 방향을 회복한 것으로 입법자의 결단으로 이해될 수 있다. 법원이 제258조의2를 포함시키는 것은 해석으로 특수폭행치상에 대한 가중규정을 신설하는 것이 아니라 제257조부터 제259조까지의 조문에 제258조의2를 포함시키는 문리해석에 기초한 해석론을 펼치는 것이며, 이렇게 해석하는 것이 법원 역시 우리 형법의 독자성을 존중하는 바람직한 해석을 시도하는 것이다. 벌금형으로 처벌하여서는 특수폭행치상죄를 예방하고 척결하기에 미흡하다는 형사정책적 고려 또한 문언의 의미 범위 내에서 목적론적 해석을 통해 불가능한 것이 아니다.³⁰⁾ 특수상해죄의 신설은 신체에 대한 침해에서 행위방법의 위험성을 새롭게 고려할 필요가 있다는 것이고, 제262조에서 제258조의2를 제외하지 않은 것은 비록 벌금형의 선고가 불가능하더라도 선고유예나 집행유예를 통한 형벌의 구체적 타당성이나 적정성을 도모하면서도 특수폭행치상의 경우에도 기존과 달리 무겁게 처벌할 필요가 있다는 사회적 상황 내지 사회적 합의라고 할 수 있다.³¹⁾ 비록 새로운 해석으로 인해 벌금형의 선고가

26) 형법상 폭행을 구성요건으로 하거나 폭행의 죄로 분류할 수 있는 구성요건들 중 행위방법의 위험성을 기준으로 하는 가중적 구성요건 중 벌금형이 없는 경우는 특수공무방해(제144조), 특수주거침입(제320조), 특수강도(제334조 제2항), 특수공갈(제350조의2)이다. 이러한 구성요건들의 법정형에 비해 보면 특수폭행치상행위를 반드시 벌금형으로 의율하여야 책임원칙에 부합하는 것은 아니다.

27) 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2018헌바5 결정 참조.

28) 1925년 개정초안과 1930년 초안, 1933년의 형법개정초안이 있는데, 1933년 초안에는 제정형법과 유사한 규정이 많이 있다.

29) 제정형법에 적지 않은 영향을 준 일본개정형법가안은 독일형법초안에 영향을 받았다. 일본개정형법가안의 상해죄 부분에 대한 상세한 논의는 改正刑法仮案研究會(編), “改正刑法仮案立案資料(二)”, 『香川法學』 35卷 4号, 2016, 132면 이하 및 조인현, 앞의 논문, 399면 이하 참조.

30) 이정원/류석준, 「형법각론」, 법영사, 2019, 71면은 경미한 특수상해죄에 대해서도 벌금형을 선택할 수 없도록 한 것이 입법자의 의도라고 한다.

불가능하여 피고인에게 불리한 결과가 되지만 법문의 통상적인 의미를 벗어나 유추해석하거나 지나치게 확장해석한 것이 아니다. 오히려 특수상해죄의 예에 따라 처벌할 수 없다는 대법원의 해석은 ‘법문에 반하는 법형성’으로 법률수정적 법형성이며, 이는 법문의 가능한 의미의 한계 밖에서 해당 법문의 법률효과를 귀속시키려 사법권의 한계를 일탈하는 것이다. 법의 정향성(Orientierungsgewißheit)은 현행법의 엄격한 준수에 기초하는데, 이 같은 해석은 현행법을 뛰어넘는, 권력분립의 원칙에 반하는 법관의 법적용행위라고 하지 않을 수 없다. 종래 대법원은 법률문언의 통상적인 의미를 ‘벗어나지 않는 한’ 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 가능하다고 보았으며,³²⁾ 체계적·논리적 해석방법을 사용할 수 있으나 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다고 보았다.³³⁾ 복잡한 해석의 카논을 끌어들이지 않더라도 이러한 대법원의 해석 원칙에 따르면 특수폭행치상의 경우에도 목적론적 해석보다는 형법 제262조의 문언에 충실한 해석이 우선시 되어야만 하는 것이다.³⁴⁾

결론적으로 특수폭행을 가하여 상해에 이르게 한 경우 형법 제262조에 따라 제258조2의 예인 특수상해죄의 처벌에 의하는 것이 타당하다.

한편 이 같은 문제는 이는 특수폭행으로 중상해의 결과를 발생시킨 경우에도 동일하게 나타난다. 종래에는 폭행치사상죄가 명문으로 중상해죄도 포함시킨 이상 폭행의 고의를 가진 경우에도 동일한 원리를 적용해야 한다는 소수설도 있었으나,³⁵⁾ 중상해죄의 성립에는 상해의 고의가 요구되며 제262조에 따라 특수폭행중상해의 경우 중상해죄의 예에 의하여 처벌되는 것으로 제262조를 해석하는 데에 큰 이견이 없었다.³⁶⁾ 그러나 특수상해죄의 도입은 이러한 종전

31) 같은 취지로 문채규, 앞의 논문, 224면.

32) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도4049 판결.

33) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결.

34) 해석자든 입법자든 모두가 동의하는 해석카논을 찾기로 불가능에 가깝다(해석카논의 우선순위 문제는 해석자의 선이해에 따라 각기 다르게 결정되며 대부분의 해석관련자들이 합의할 수 있는 해석카논의 메타이론이 없는 이상 그러한 해석결정에 관한 합리적인 정당화도 이루어지기 어려워 그러한 메타이론이 등장할 수 없다는 견해로 변종필, “형법해석에서 법정책적 논거원용의 타당성문제 - 객관적·목적론적 해석카논의 사용과 관련하여-”, 『형사법연구』 제26호 특집호, 2006, 513면 참조). 그러나 대법원이 제시한 확고한 원칙, 법률문언의 통상적인 의미에 충실한 엄격한 문리해석이 기초라는 입장도 카논의 하나이며, 이렇게 공표된 카논을 따르지 않는 것은 자기모순이라고 하지 않을 수 없다.

35) 유기천, 「각론강의 상」 일조각, 1982, 52면. 고의로 중상해를 초래한 경우에 대해 적용을 긍정하는 견해로는 손동권/김재윤, 「형법각론(제2판)」, 율곡출판사, 2022, 43면.

36) 문채규, 앞의 논문, 218면; 이정원, “중상해죄의 구조와 개선방안”, 『형사정책』 제17권 제2호,

의 주류적 해석에 의문이 제기될 수밖에 없는 상황을 초래하였다.

우선 여기서 특수폭행으로 중상해가 발생한 경우 중상해의 예로 처벌하기 보다는 특수중상해의 예로 처벌함이 타당하다는 견해가 주장된다.³⁷⁾ 폭행치상의 처벌에 준용할 상해죄의 유형 선택에는 행위태양의 유사성을 고려하는 것이 논리적이고 체계적이며 이러한 해석이 종전의 해석태도와도 일치한다는 것이다.³⁸⁾ 생각건대 목적론적 해석의 타당한 결과는 특수중상해로 귀결되어야 하나, 고의론의 기초 또한 무시될 수 없다. 따라서 현재의 준용방식에 따를 경우에는 불가피하게 중상해죄는 상해의 고의가 존재해야 하며, 이 경우 폭행치상죄가 성립하나 특수중상해의 예로 처벌함이 타당하다고 생각한다. 포괄적 준용방식의 체계 하에서는 범죄의 성립과 처벌은 구별될 수 있으며, 구체적 타당성을 위해 특수상해라는 새로운 가중적 표지의 불법의 차이와 형벌정도를 고려한 객관적·목적론적 해석이라고 하겠다.

2. 특수상해의 고의로 상해를 가하였으나 그 결과 중상해가 발생한 경우

특수상해죄의 도입으로 문제되는 또 다른 경우는 특수상해의 고의로 상해를 가하였는데 상해를 넘어 중상해가 발생한 경우이다. 예컨대 교통사고 시비가 발단이 되어 급속너클을 끼고 피해자의 눈 부위를 가격하여 실명 위기에 빠뜨리거나,³⁹⁾ 유리병으로 머리 부위를 가격하여 뇌에 심각한 부상을 입혀 불구로 만드는 경우 등이다. 양자의 범정형이 동일하므로 이러한 경우 특수상해죄로 의율하여야 하는지 아니면 중상해 내지 가중유형으로 의율하여야 하는지 논란의 여지가 있다. 특수상해의 고의로 중상해가 발생하거나 중존속상해죄가 발생한 경우 새로운 체계에 부합하는 해석이 문제 되는 것은 기존에는 형법이 ‘상해죄<존속상해<중상해<중존속상해’의 가중체계는 물론 ‘상해죄<중상해<특수중상해’의 가중체계를 지니고 있었기 때문이다.

이들 유형에 대한 해석은 기본적으로 중상해죄의 법적 성격과 연결되어 있는 문제이다. 종래 중상해죄의 적용범위와 관련하여 폭행의 고의로 중상해의

2005, 197면.

37) 문채규, 앞의 논문, 222면.

38) 문채규, 앞의 논문, 222~223면.

39) 연합뉴스 2023. 5. 29.자 “‘너클’ 낀 주먹으로 교통사고 피해자 폭행한 10대 정역 1년 8개월” 기사 참조(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20230526085500061?input=1195m>, 접속일자 2023. 6. 1).

결과를 발생시킨 경우에 대해 중상해죄를 인정하여야 한다는 견해와⁴⁰⁾ 중상해죄는 상해의 고의가 있는 경우에만 성립하므로 폭행치상죄가 성립한다는 견해가 있었으나,⁴¹⁾ 통설은 폭행치상죄의 성립을 인정하였다. 중상해죄는 성질상 폭행의 고의에 의해서는 성립할 수 없으므로 처벌만 제262조에 의해 중상해죄로 처벌이 된다고 본 것이다.⁴²⁾ 이에 대해 제258조는 범죄성립의 문제가 아니라 양형의 문제이므로 제262조가 폭행치상을 상해죄의 예에 의하도록 한 이상 중상해의 결과에 대해서는 중상해죄의 양형이 부과됨은 당연하다는 견해도 있었다.⁴³⁾

여기서 논의의 전제가 되는 중상해죄의 성격에 대해 고의범설, 양형규정설, 부진정 결과적 가중범설이 대립한다. 우선 고의범설은 중한 결과로 형이 가중되지만 중상해 역시 상해의 개념에 포함되며 가중결과에 대해 처음부터 고의가 있는 경우에는 결과적 가중범이 아니라 애당초 고의범이 성립할 뿐이라고 한다.⁴⁴⁾ 이와 달리 양형규정설은 중상해죄는 일반상해죄와 질적으로 다른 불법내용을 규정한 것이 아니라 상해결과의 양적 차이를 양형에서 고려하도록 법관에게 의무를 부과한 단순한 양형규정, 즉 비독자적 변형구성요건인 특별양형규정으로 파악한다.⁴⁵⁾ 이 견해는 본래 형법에서 결과적 가중범이라는 형상은 진정결과적 가중범을 구축하는 과정에서 중한 결과에 대한 고의가 인정되는 경우에 형벌의 불균형이 나타나는 경우를 해결하기 위한 예외적 형상이므로, 중한 결과에 대한 고의가 기본범죄의 고의를 완전히 포괄하는 경우는 인정할 수 없으며 ‘상해중상해’라는 범죄현상을 인정하는 것은 아주 왜곡된 범죄형상으로, 중상해죄는 상해고의에 의하여 성립하며 중상해에 대한 고의·과실은 문제되지 않는다고 한다.⁴⁶⁾ 그러나 통설은 중상해죄를 결과적 가중범으로 이해한다. 단순히 상해의 고의가 있어도 중상해죄가 성립한다고 볼 경우 결과책임을 인정하는 것이 되므로 중상해죄는 결과적 가중범이지만 고의⁴⁷⁾에 의한

40) 유기천, 앞의 책, 52면.

41) 김종원, 「형법각론(상)」, 법문사, 1971, 62면.

42) 김일수/서보학, 「형법각론(제8판 증보판)」, 박영사, 2016, 71면, 박상기/전지연, 「형법학(제4판)」, 집현재, 2018, 418면; 배종대, 앞의 책, 61면; 오영근, 앞의 책, 53면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 54면; 이형국/김혜경, 앞의 책, 67면; 임웅, 앞의 책, 69면.

43) 이정원, 앞의 논문, 197면.

44) 백형구, 「형법각론(개정판)」, 청림출판, 2002, 49면; 정성근, 앞의 책, 51면.

45) 이정원, 앞의 논문, 198면. 이 견해에 따르면 중상해죄는 비독자적 변형구성요건이므로 추가된 특정한 표지는 행위반가치의 내용을 전혀 변형시키지 못하므로 추가된 표지에 대한 인식은 고의의 내용에 포함되지 않는다고 한다.

46) 이정원, 앞의 논문, 197면, 201면; 정성근/박광민, 앞의 책, 50면.

47) 자신의 상해행위로 인하여 중한 결과의 발생이 확실하다는 인식이 있는 경우(박상기/전지

중한 결과의 발생도 인정하는 부진정 결과적 가중범이라고 본다(부진정 결과적 가중범설).⁴⁸⁾ 그렇지 않으면 중한 결과에 대해 고의가 있는 경우를 처벌할 수 없기 때문이라고 한다. 부진정 결과적 가중범으로 이해할 경우 상해의 고의가 있고 중상해에 대해서는 고의 또는 과실이 있으면 중상해죄는 성립할 수 있다.⁴⁹⁾ 물론 단순상해의 진정 결과적 가중범이라는 견해가 주장되기도 하였다.⁵⁰⁾

생각건대 제정형법이 독일형법 등 당시 선진 제국의 입법례와 달리,⁵¹⁾ 폭행죄와 상해죄를 구분하고 중상해죄라는 별도의 가중적 구성요건⁵²⁾을 둔 취지를 고려할 때⁵³⁾ 중상해죄를 단순한 고의범 내지 양형규정으로 이해할 수는 없다. 그리고 독일이나 오스트리아 형법과 달리 중한 결과에 대한 고의를 가진 구성요건을 별도로 두지 않았다고 하여 중한 결과에 대한 고의가 있었던 경우를 제외하는 것은 상당한 형의 불균형을 초래한다. 따라서 제정형법이 미수규정을 두지 않고 결과발생에 주목하여 상해죄-중상해죄-상해치사죄를 규정한 취지를 고려하면서⁵⁴⁾ 결과책임의 확산을 방지하기 위해서는 중상해죄는 부진정 결과적 가중범으로 이해할 수밖에 없다고 하겠다. 물론 이 경우 단순 중상해고의범이 부정되는 것은 아니다.⁵⁵⁾

여기서 우선 특수상해의 고의로 상해를 가하였는데 중상해가 발생한 경우, 중상해죄가 행위반가치 측면에서 하나의 상해행위로 단일성(Tateinheit)을 인

연, 앞의 책, 417면) 또는 중한 결과를 의욕한 경우라고 하겠다.

48) 김성돈, 「형법각론(제6판)」, SKKUP, 2020, 88면; 배종대, 「형법각론(제10전정판)」, 홍문사, 2018, 60면; 오영근, 앞의 책, 52면. 다만 김일수/서보학, 앞의 책, 68면은 통설의 입장에 찬성하면서 부진정 결과적 가중범에 대해 중상해의 고의로 중상해의 결과를 발생시킨 고의범의 성격도 인정된다고 한다(이를 중합설이라고 부르기도 한다).

49) 오영근, 앞의 책, 53면.

50) 유기천, 앞의 책, 51면. 신동운, 「형법각론(2판)」, 법문사, 2018, 581면. 신동운교수는 제258조 제2항에 대해서는 결과적 가중범성만 인정하고 어느 유형인지는 명확히 밝히고 있지 않다.

51) 독일은 물론 오스트리아, 프랑스 등이 폭행과 상해를 구분하고 있지 않다.

52) 의용형법에는 중상해죄의 규정이 없었으며, 일본개정형법가안에는 제344조에 제정형법과 유사한 형태의 중상해죄 규정이 있었다.

53) 제정형법의 독자적 의의와 의미를 상술하고 있는 문헌으로 신동운, “제정형법의 성립경위”, 「형사법연구」 제20호, 2003, 49면 및 오병두/김영중/이진수, 「한국형법학의 초기형성사 연구」, 법문사, 2019, 96면 이하 참조.

54) 신동운, 앞의 책, 580면. 신동운교수는 상해 자체의 태양에 주목한 가중처벌유형인 특수상해죄의 신설을 통해 중상해죄가 결과적 가중범이라는 점이 더욱 뚜렷해졌다고 하며, 고의범설로 파악할 필요성은 그만큼 줄어들었다고 한다(같은 책, 580~581면).

55) 예컨대 실명시킬 고의로 안와부를 가격하여 실명케 한 경우이다. 이러한 입장으로는 김일수/서보학, 앞의 책, 68면; 손동권/김재윤, 앞의 책, 42면.

정할 수 있으며 범죄 피해의 양적 측면에서도 동일한 형이 부과된다는 점에서 특수상해의 고의 역시 상해의 고의로서 중상해죄의 상해에 대한 고의로 인정할 수 있고 중한 결과가 발생하였으므로 행위자에게 유리한 중상해죄가 성립한다는 주장과, 특수상해와 중상해의 법정형이 동일하더라도 특수상해의 고의에는 행위방법의 위험성에 대한 인식이 있으므로 행위방법의 가중성을 온전하게 평가하면 특수중상해죄가 성립한다는 주장이 가능할 수 있다.

실무적으로는 후자의 입장을 취하는 것으로 보인다.⁵⁶⁾ 특수상해행위 당시 생명에 대한 위험이라는 중한 결과가 발생할 수 있다는 점을 충분히 인식할 수 있었다는 점을 고려하는 것으로 보인다.

이들 주장 사이에는 고의의 정확한 평가와 형의 불균형 방지라는 목표를 위한 방법론의 고민이 자리잡고 있다. 독일의 주류적 견해들이 위험한 상해죄(Gefährliche Körperverletzung)와 중상해죄(Schwere Körperverletzung)의 관계를 판결주문의 명시기능에도 불구하고 법조경합을 인정하여 중상해죄만 성립한다고 보는 것⁵⁷⁾은 중상해죄가 보다 중형으로 규정되어 있는 법정형의 차이가 반영된 해석이다. 그러나 우리의 경우 중상해죄는 결과불법에 대한 가중적 구성요건으로 특수상해죄와 달리 미수규정이 없고 중상해치사규정이 없다. 특수상해죄는 행위방법에 대한 가중적 구성요건으로 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한다는 점이 가중적 표지이므로 이에 대한 인식이 있어야 한다. 생각건대 형법해석은 입법과 유추의 한계 내에서 작동하여야 하며, 정치·사회에 선행하는 형법의 중심 목적으로서의 헌법적 가치 내에서 형벌의 정당화에 기여하여야 한다.⁵⁸⁾ 가중체계에 다소간의 혼란이 발생하기는 하였으나, 특수상해죄가 새롭게 도입된 이상 고의 또한 상해 방법의 위험성에 대한 인식이 포함되어야 행위불법에 대한 정확한 평가라고 할 수 있다. 독일에서도 행위방법의 위험성으로 인한 위험한 상해가 중상해로 배제될 수는 없다는 주장이 설득력을 얻는데, 이는 위험한 물건을 사용한 행위불법이 적절하게 반영될 필요가 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 이 점에서 특수상해를 중상해처럼 상해죄의

56) 대법원이 야구 방망이로 여성을 마구잡이로 폭행하여 갈비뼈 9개가 부러지고 급성 중증 호흡곤란 및 저산소증(산소포화도 30%) 소견으로 병원에 내원한 사건에 대해 특수중상해를 인정한 항소심의 결론을 그대로 인용한 사례가 있다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도 2235 판결). 하급심도 대법원과 동일한 입장에서 주로 판시하고 있다(광주지방법원 2018. 11. 9 선고 2018고합248, 257, 258, 287 판결; 대구고등법원 2022. 8. 17. 선고 2022노160 판결 등).

57) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Nomos Kommentar*, Bd 2, 5. Aufl., 2017, §226 Rn. 61,

58) 이승준, “형법해석을 둘러싼 의문에 관한 小考”, 『법학연구』 제26권 제2호, 2015, 442면.

59) BGH, Beschl. v.9.2.2021 - 3 StR 382/20; BGH, Beschl. v.14.3.2017-4 StR 646/16;

비독자적 변형구성요건으로 이해하여 추가된 특정표지에 대한 인식은 고의의 내용에 포함될 수 없고 발생한 중한 결과에 대한 중상해죄가 인정된다는 식의 주장에는 동의할 수 없다.

중상해죄와 특수상해죄는 법정형이 동일하다. 입법자의 의사는 행위방법의 불법을 중하게 평가하여 상해죄보다 특수상해죄가 가중적 구성요건임을 인정하면서도 결과불법에 있어 특수상해와 중상해를 동일하게 평가한 것으로 추단할 수 있다. 형법의 신설규정은 종전의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률보다 법정형을 가볍게 하여 ‘형벌체계의 정당성과 균형’을 구현하려고 한 뚜렷한 목표의식이 있었으므로 특수상해죄를 중상해죄와 동일한 체계적 위상을 가지도록 한 것은 입법자의 선택이라고 할 수 있다. 최근 형법 개정⁶⁰⁾ 시에도 조문의 변화가 없다는 점은 이를 방증하는 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 법정형이 동일한 특수상해의 고의로 중상해죄가 발생한 경우를 중상해로 처벌하거나 특수상해죄로 처벌하는 것은 발생한 결과에 대한 행위불법과 결과불법을 제대로 평가한 것이라고 볼 수 없다. 이 경우 특수중상해죄로 의율하는 것이 타당하다. 중상해죄의 고의는 ‘상해의 고의’로 족하나 그렇다고 하더라도 특수상해의 행위방법의 위험성 또한 평가되어야만 하기 때문이다. 특수상해의 고의로 중상해죄가 발생한 경우는 폭행치상의 논의와 차원을 달리하는 것으로 취급되어야 하며,⁶¹⁾ 행위불법과 결과불법 모두 제대로 된 평가를 하여야 한다는 점에서 중상해죄의 가중유형인 특수중상해죄(제258조의2 제2항)를 인정하는 것이 타당하다.

상술(上述)한 논의는 존속에 대하여 특수상해를 가하였으나 중상해에 이른 경우에도 동일하게 적용될 수 있다. 존속에 대하여 특수상해를 가하였으나 중상해에 이른 경우 중존속상해⁶²⁾에 그치는지 특수중상해 내지 특수중존속상해로 의율하여야 하는지 문제된다. 이러한 문제는 특수상해의 경우 ‘특수상해-특수존속상해’의 가중체계가 사라지면서 존속대상범죄에 대한 가중을 포기한 결과가 되었기 때문이다. ‘상해죄<존속상해<중상해=특수상해<중존속상해<특수중상해죄=특수중존속상해’의 법정형 체계는 기존의 ‘상해죄<존속상해죄’, ‘중상

Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck, 2019, §224 Rn. 16; Fischer, *StGB*, 70. Aufl., C.H.Beck, 2023, §224 Rn. 35은 상상적 경합이 가능하다고 한다 (물론 이 경우 중한 중상해죄로 처벌된다).

60) 2020. 12. 8. 일부개정 법률 제17571호(시행 2021. 12. 9.).

61) 제262조를 둘러싼 해석 카논의 문제가 아니라는 의미이다.

62) 제258조에는 존속중상해로 명시되어 있으나 공소장 및 불기소장에 기재할 죄명에 관한 예규에 따라 중존속상해로 표기한다.

해죄<중존속상해죄>의 체계는 유지하였으나, ‘특수상해죄<특수존속상해죄>’의 체계를 포기한 것이다.

여기서 중존속상해에 그치는지 특수중상해 내지 특수중존속상해로 의율하여야 하는지에 대해서는, 행위방법의 불법성도 중요하지만 중상해의 기본 고의에는 특수상해의 고의도 포함되며 존속이 객체에 대한 가중표지이며 비난의 중점임을 고려할 때 중존속상해를 인정하면 족하다는 주장과 특수상해의 행위불법과 그에 대한 고의를 제대로 반영함과 동시에 중상해라는 결과의 중함을 평가하기 위해 행위자에게 불리하더라도 특수중존속상해죄로 처벌하는 것이 타당하다는 주장이 있을 수 있다. 물론 형법이 특수상해죄 입법시 존속에 대한 가중체계를 포기한 점에 초점을 맞춰 특수중상해죄가 성립한다는 주장도 가능하다.

생각건대 중존속상해와 특수중상해 내지 특수중존속상해 사이에는 사이에는 법정형과 구성요건체계에 상당한 차이가 존재한다. 앞의 논리의 연장선상에서 살펴보면, 이 경우에도 특수상해죄 도입취지인 행위반가치와 중상해죄의 결과의 경중을 반영하는 것이 타당하다고 하겠다. 아울러 가중적 구성요건의 객체에 대한 인식이 있다면 가중적 표지에 대한 불법을 반영하지 않을 수 없고 결과의 경중 또한 반영되어야 한다. 제258조의2 제2항은 명문으로 제258조 제3항 또한 적용되는 것으로 규정하고 있다. 따라서 이 경우 특수중존속상해죄를 인정하는 것이 타당하다고 하겠다. 이러한 해석은 종전에도 직계존속에 대한 폭행치상의 경우 단순상해죄가 아니라 존속상해죄의 예에 의해 처벌한다는 주류적 해석⁶³⁾에도 부합하는 것이다. 즉 비속이라는 신분으로 인한 강한 책임비난이 상해죄의 처벌에서도 기준점으로 작동하였음을 의미하는바, 특수상해죄의 도입 이후에는 이에 더해 행위불법의 경중 또한 고려됨이 타당한 것이다.

IV. 입법론적 개선방안 - 결론에 갈음하여

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 등의 위헌소원 및 위헌제청사건에 대한 헌법재판소 결정의 취지를 본다면 헌법재판소는 향후에도 형사특별법의 조문 중 가중적 표지가 명확하지 않은 경우 형벌체계상의 정당성과 균형성의 관점에서 위헌이나 헌법불합치 판결을 할 개연성이 농후할 것으로 예상된

63) 예컨대 김성돈, 앞의 책, 108면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 69면.

다. 그리고 이 경우 형법개정을 하면서 특수상해죄와 같은 방식으로 구성요건을 개편하는 것은 체계충돌과 해석상의 논란을 언제든 촉발시킬 수 있다. 폭행으로 인한 상해가 발생하는 경우 실무에서는 거의 폭행치상죄가 적용되지 아니하고 상해죄가 적용된다. 이는 상해죄 의율 근거가 객관적으로 분명하여 다툼의 여지를 줄일 수 있고 상해죄와 폭행치상죄의 형의 범위도 동일하기 때문인 것으로 보여진다.⁶⁴⁾ 그러나 특수상해죄 규정이 하급심에서 점점 적용이 늘고 위력을 발휘하게 된다면 특수상해죄를 둘러싼 해석의 문제는 더욱 또렷해질 것이며, 그렇게 된다면 해석과 입법 간의 한계 설정에 대한 논쟁은 더욱 거세질 것이다.

이러한 상황에서 특수상해죄의 형벌체계의 혼란 초래와 해석상의 논란을 정리하기 위해서는 형법 제258조의2를 폐지하는 것이 최선이라는 주장이 제기되고 있다.⁶⁵⁾ 가중구성요건으로 특수상해죄를 신설해야 할 사회적·형사정책적 이유를 찾기 어렵다고 한다. 이 견해는 다만 차선택으로 형법 제262조의 규정을 존치한다는 전제에서 상해죄 부분이나 제262조의 정비를 주장한다. 후자의 경우 구체적 방안으로서 제1의 방법은 「단순상해→특수상해→중상해」순으로 가중하고 그들 각각에 대해 존속상해를 가중하는 것으로 하는 방법이며, 제2의 방법으로는 현행 조문체계를 유지하되 제262조를 개정하여 ‘제257조, 제258조, 제259조의 예에 의한다’로 규정함으로써 제258조의2를 제외시키는 방법이라고 한다.⁶⁶⁾

이에 대해 애초 폭행치상죄의 법정형을 상해죄와 다르게 했어야 한다는 견해⁶⁷⁾도 있다. 상해죄가 폭행죄의 결과적 가중범이 아님에도 불구하고 폭행의 결과적 가중범이 상해와 같이 처벌되는 결과가 되기 때문이라고 한다. 또한 이 견해는 단순폭행이든 특수폭행이든 동일한 형이 부과되어 특수폭행을 중하게 처벌하는 형법상의 체계와 맞지 않는다고 한다.⁶⁸⁾

생각건대 우리 형법상 상해 및 폭행의 죄 입법형식은 상해죄를 폭행죄의 결과적 가중범 형태로 처리해 오던 일본의 입법형식과 다르며, 독일, 프랑스 등의 유럽 제국과도 다른 형태로 제정되었다. 폭행치상상죄를 규정하면서 포괄적

64) 조인현, 앞의 논문, 403면.

65) 문채규, 앞의 논문, 231면.

66) 문채규, 앞의 논문, 231면~232면. 제1의 방법은 제257조와 제258조는 현행대로 유지하고 제258조의2는 폐지하고 특수상해를 제257조의2로 신설하면서 특수상해를 중상해보다 법정형을 약간 하향조정하면 된다고 한다.

67) 김성돈, 앞의 책, 108면; 김일수, 앞의 책, 191면; 김일수/서보학, 앞의 책, 72면.

68) 김일수, 앞의 책, 191면.

준용방식으로 상해의 죄의 예에 따라 처벌하도록 한 것은 전후 신생국가로 다시 출발하려는 급박함 속에서도 각종 특별형법을 형법전에 해소하여 국민의 자유를 최대한 보장하려는 실질적 죄형법정주의의 정신을 구현하려는 나름의 노력의 산물이라고 할 수 있다.⁶⁹⁾

이러한 관점에서 제정형법의 입법자들의 의사를 반영한다면 권위주의시대에 양산된 특별형법의 일종인 폭력행위처벌법의 점진적 폐지와 형법전으로의 편입은 바람직하다고 하겠다. 그러나 우리 사회에 만연해 있는 폭력범죄의 감소라는 형사정책적 목표 달성⁷⁰⁾을 위해서는 행위방법의 위험성으로 인해 중한 결과가 초래될 개연성이 큰 특수상해에 대해서는 제262조의 문언대로 엄격하게 처벌하는 것 또한 불가피하다. 다만 기존 폭행과 상해의 죄의 체계 혼란을 최소화하고 해석상의 불필요한 논란을 해소하기 위해서는 입법적 정비가 수반되어야 하는바,⁷¹⁾ 가장 간명한 방법은 ‘단순상해<특수상해<중상해<특수중상해’순으로 가중하고 그들 각각에 대해 존속상해를 가중하는 방법이라고 할 수 있다.⁷²⁾

행위방법의 위험성을 기준으로 단순상해와 특수상해, 중상해와 특수중상해를 구분하고, 결과의 경중을 기준으로 단순상해와 중상해를 구분하는 것이다. 이때 특수상해죄는 제257조의2로 이동하고 법정형은 특수상해를 중상해보다 낮게 설정함으로써 양형실무를 반영함과 동시에⁷³⁾ 행위방법의 위험성으로 인한 가중과 결과의 중함을 기준으로 한 가중에 차등을 두어 복잡한 해석상의 논란을 피해야 할 것이다. 이때 벌금형을 선택형으로 도입할 것인지가 문제될 수 있으며 이를 긍정하는 주장⁷⁴⁾도 있으나, 헌법재판소의 위헌결정 이후 도입된 특수강요의 경우 벌금형을 규정하였으나 특수공갈의 경우에는 행위방법의

69) 같은 취지로 신동운, 앞의 논문, 50면.

70) 연간 폭행죄는 119,515건, 상해죄는 30,862건으로 전체 형법범의 16.4%에 달한다(2021년 기준). 2016년 172,071건, 55,761건으로 치솟았다가 점차 감소 추세이다(법무연수원, 범죄백서 2022, 64면, 82면).

71) 필자의 사건은 우선 현행법의 해석론의 통해서 쟁점 사안을 해결할 수는 있겠으나, 보다 근본적으로는 다양한 해석론을 수렴해 체계정합적인 개정안을 마련하는 것이 바람직하다는 입장이다.

72) 독일형법은 ‘Körperverletzung(§223)-Gefährliche Körperverletzung(§224)-Schwere Körperverletzung(§226)’으로 구성되어 있는바, ‘단순상해-위험한 상해-중상해’의 체계로 되어 있다.

73) 결의법(casuistry)적 결론일 수도 있으나, 현행 양형기준(기본유형)을 기준으로 살펴보면 일반상해가 4월~1년 6월, 특수상해가 6월~2년, 중상해가 1년~2년, 특수중상해가 1년 6월~3년 6월로 결정되어 있다. 개정시 법정형의 경우 선고유예가 가능한 징역 1년이 기준점이 되어야 할 것이다.

74) 문채규, 앞의 논문, 232면.

위험성으로 인해 벌금형을 별도로 두지 않았다. 특수상해의 경우 특수공갈보다 법익침해의 정도가 경하다고 볼 수 없으며, 행위방법의 위험성으로 인한 생명, 신체의 침해 가능성에 비춰보면 형벌의 하한이 벌금형이라는 것이 적정한 형벌인지도 의문이다. 결국 이는 입법정책적 결단이라고 할 수 있는데,⁷⁵⁾ 공무원의 당면퇴직 등 벌금형의 부재로 인해 신분상 불이익을 받는 경우가 예상될 수 있으나 이는 선고유예 등을 통해 구체적 타당성을 기해야 할 것으로 생각한다.

75) 형법상 행위방법의 위험성을 기준으로 하는 가중적 구성요건 중 벌금형이 없는 경우는 특수공무방해(제144조), 특수주거침입(제320조), 특수절도(제331조 제2항), 특수강도(제334조 제2항), 특수공갈(제350조의2)이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

<단행본 및 논문>

- 김성돈, 「형법각론(제6판)」, SKKUP, 2020
- 김일수/서보학, 「형법각론(제8판 증보판)」, 박영사, 2016
- 김일수, 「한국형법Ⅲ」, 박영사, 1997
- 김종원, 「형법각론(상)」, 법문사, 1971
- 박상기/전지연, 「형법학(제4판)」, 집현재, 2018
- 배종대, 「형법각론(제10전정판)」, 홍문사, 2018
- 백형구, 「형법각론(개정판)」, 청림출판, 2002
- 손동권/김재윤, 「형법각론(제2판)」, 율곡출판사, 2022
- 신동운, 「형법각론(2판)」, 법문사, 2018
- 오병두/김영중/이진수, 「한국형법학의 초기형성사 연구」, 법문사, 2019
- 오영근, 「형법각론(제8판)」, 박영사, 2023
- 유기천, 「각론강의 상」, 일조각 1982
- 이정원/류석준, 「형법각론」, 법영사, 2019
- 이형국/김혜경, 「형법각론(제3판)」, 법문사, 2023
- 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1991.
- 문채규, “형법 제258조의2(특수상해)에 대한 입법론적 검토”, 「형사법연구」 제33권 제4호, 2021
- 변종필, “형법해석에서 법정책적 논거원용의 타당성문제 - 객관적·목적론적 해석 카논의 사용과 관련하여-”, 「형사법연구」 제26호 특집호, 2006
- 이승준, “형법해석을 둘러싼 의문에 관한 小考”, 「법학연구」 제26권 제2호, 2015
- 이정원, “중상해죄의 구조와 개선방안 -독일 형법 제226조 중신체침해죄와의 비교를 중심으로-”, 「형사정책」 제17권 제2호, 2005
- 정승환, “2018년 형법 중요판례평석, 「인권과 정의」 제480호, 대한변호사협회, 2019
- 조인현, “상해 및 폭행의 죄 입법 체계- ‘대법원 2018도5475 전원합의체 판결’과 관련하여”, 「사법」 통권 제58호, 2021

<기타>

- 정영일, “특수폭행치상죄의 처벌례 - 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결 -”,

2020. 12. 14. 법률신문 판례평석

2. 국외문헌

Adolf Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., C.H.Beck, 2019

Thomas Fischer, StGB, 70. Aufl., C.H.Beck, 2023

Urs Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar, Bd 2, 5. Aufl., Nomos, 2017

改正刑法仮案研究會(編), “改正刑法仮案立案資料(一), (二)”, 『香川法學』 35卷 4号, 2016

[Abstract]

A Review of interpretive issues related
to the Special Bodily Injury statute

- Based on the Supreme Court's decision in 2018Do13696 -

Lee, Seungjun*

As a result of the Constitutional Court's decision, Article 3(1) of the Punishment of Violences Act was deleted. Additionally, the crime of Special Bodily Injury was included in the Criminal Code to prevent gaps in punishment and ensure justice and balance in the punishment system. However, the inclusion of Special Bodily Injury crimes created a conflict with the existing system of violence and injury crimes. This raises the question of whether the elements of the crime should be differentiated based on the severity of the consequences and the danger of the method. The controversy doesn't end there.

Regarding the first problematic situation, we believe it is appropriate to punish the offense of special assault resulting in injury under Article 262 of the Criminal Code, as an example of Article 258. The creation of the crime of Special Bodily Injury stems from the need to reconsider the danger of the method of behavior. The reason for not subtracting Article 258(2) from Article 262 is that it can be said to be a change in the social situation and consensus. Concerning the second problematic situation, it is appropriate to recognize special Aggravated Bodily Injury as an aggravated type of injury, where both the Handlungsunwert and the Erfolgswert are properly evaluated.

The interpretive controversies surrounding the crime of Special Bodily Injury can be summarized as mentioned above, but various legislative theories have also been proposed. In my opinion, to minimize confusion in the existing assault and battery system, the simplest solution is to escalate the severity in the order of 'simple injury < Special Bodily Injury < Aggravated Bodily Injury < special Aggravated Bodily Injury' and intensify the penalties for each category.

* Professor at Yonsei University Law School

Keywords : Inflicting Bodily Injury, Special Bodily Injury, Injury Resulting from Violence, Aggravated Bodily Injury, Handlungsunwert, Erfolgsunwert

