

## 특수상해죄에서 ‘위험한 물건을 휴대하여’의 의미

노수환\*

### 【목 차】

I. 들어가며	III. ‘휴대하여’의 의미
II. ‘위험한 물건’의 의미	1. 대법원의 선언
1. ‘흉기’와 ‘위험한 물건’	2. 문언의 가능한 의미, 판례 변경의 필요성
2. 대법원의 태도와 문제점	3. 휴대하여에 대한 제한적 해석
3. 위험한 물건의 판단기준	IV. 나오며

### 【국 문 요 약】

특수상해죄는 법정형이 매우 무겁기 때문에 그 해석·적용에 있어 더 엄격함이 요청된다. 하지만 대법원은 종래 거의 ‘모든 물건’이 위험한 물건에 해당될 수 있게 확장하여 해석하였다. 또 ‘휴대하여’의 개념에 ‘널리 이용’한다는 의미를 포함시킴에 따라, 위 ‘휴대하여’의 요건 또한 죄형법정주의에 위반되는 해석을 하였다. 그 결과 하급심 실무에서는 ‘휴대전화’로 가격한 경우에도 특수상해죄로 기소·처단되고 있는 실정이다.

이러한 상황에서 이 글은 ‘위험한 물건의 휴대’의 타당한 해석론을 전개하고자 하였다. 그 해석에 있어 핵심은 먼저 문리해석과 함께 바로 특수상해죄의 가중이유를 고려하는 것이다. 특수상해죄의 가중이유는 피해 결과가 아니라, 그 수단 내지 방법이 가지는 위험성에 있다. 따라서 위험한 물건은 그 물건의 객관적 성질과 사용 방법에 따라 몸을 ‘크게 다치게 하거나’ 숨지게 할 수 있는 물건이라고 보아야 한다. 하급심과 대법원

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

이 논문은 ‘죄형법정원칙과 법원’에 발표한 글을 토대로 제목과 내용을 수정·보완한 것임.

의 실무례는 잘못되었으므로 변경되어야 한다.

다음, 대법원이 휴대에는 널리 이용한다는 뜻도 포함된다고 판시하여 자동차도 그 대상으로 삼는 해석은 형벌법규 문언의 의미를 넘은 확장해석 내지 유추해석으로 죄형법정주의에 정면으로 반하는 것이다. ‘자동차 운전’과 관련하여 특수상해죄의 문언을 개정하는 등의 입법론적 조치가 수반되지 않는 한 휴대개념은 이처럼 이용에까지 무단히 확장되어서는 안 된다. 휴대하여는 ‘소지하고 사용하여’라는 두가지 내용을 모두 포함하는 것으로 제한적으로 해석하여야 한다.

## I. 들어가며

벌써 20년도 더 지난, 판사로 재직하던 시절을 회상해 본다. 폭력행위 등처벌에관한법률(이하 ‘폭처법’이라고 함) 제3조 제1항이 위헌결정을 받고 폐지되기 훨씬 이전이니, 야간에 위험한 물건을 휴대하여 폭력범죄(상해, 폭행, 체포, 감금, 협박, 주거침입, 권리행사방해, 공갈, 손괴)를 저지른 사람에 대해서는 5년 이상(주간이라면 3년 이상)의 징역형에 처해야 했다.<sup>1)</sup> “집단적 또는 상습적으로 폭력행위 등을 자행하여 사회질서를 문란케 하고 사회적 불안을 조성하는 자등을 처벌”한다(1961년 폭처법 제정이유), 내지 “조직폭력 사범”을 엄벌하여 민생치안확립에 이바지한다(1990년 폭처법 개정이유)는 문구에서 보듯이, 폭처법은 기본적으로 조직폭력에 대처하고자 만들어진 법률이다. 그리고 이처럼 폭처법이 만들어진 지 60여 년이 지난 지금까지 폭처법 제3조의 해석과 관련하여 법원이 조직폭력을 일망타진하는데 혁혁한 공을 세웠는지도 모른다.

법원의 혁혁한 공(功)은 크게 3가지의 점에서 확인할 수 있다. 첫째, 수십 년간 폭처법 제3조 제1항은 위헌이 아님을 전제로 법률적용을 해왔다. 둘째, ‘위험한 물건’을 사실상 모든 물건으로 그 범위를 확대하였

1) 제정 당시 폭처법은 위험한 물건을 휴대하여 폭행, 상해 등을 한 경우 2년 이상, 야간일 경우 3년 이상의 징역형에 처하는 것으로 하였으나, 1990년 개정법은 “조직폭력사범, 상습폭력사범, 집단폭력사범 및 흉기사용폭력사범을 엄벌하여 민생치안확립에 이바지”한다는 이유를 들어 법정형을 각 3년 이상, 5년 이상으로 대폭 높였고, 2006년 법개정에서 구체적 행위태양(폭행이나 상해나 등)에 따라 법정형이 분기되었으나 위험한 물건을 휴대하여 상해를 가한 경우에는 과거의 3년 이상의 유기징역형이 그대로 유지되었다.

다. 셋째, 물건의 ‘휴대’의 의미에 대해 물건을 ‘널리 이용’하는 것이라고 천명하였다. 관례의 ‘위험한 물건의 휴대’에 관한 이러한 광범위한 인정 태도로 인하여 폭처법이 위헌결정을 받기 이전의 시절은 검사가 공소장의 죄명과 적용법조에 폭처법 제3조를 기재하느냐 기재하지 않느냐의 여부에 따라 피고인에게 선고되는 형량이 결정되는 셈이나 마찬가지로 피고인에 대한 생사여탈권이 검사에게 있다고 농담하던 시절이었다.<sup>2)</sup>

첫 번째 공(功)은 헌법재판소의 위헌결정<sup>3)</sup>으로 해결되었지만 두 번째와 세 번째의 공(功)은 여전히 현재 진행형이다. 위의 위헌결정으로 폭처법의 적용에는 제동이 걸렸지만, 형법에는 특수폭행(제261조)이나 특수상해(제258조의2) 등과 같이 ‘위험한 물건을 휴대’하여 폭행, 상해 등을 가하는 경우의 가중처벌규정이 남아있기 때문이다. ‘위험한 물건’, 그리고 ‘휴대’. 고등학생이면 누구든지 그 의미를 이해할 수 있다고 보이는 이 두 개의 단어에 대하여 전국의 법관 중 어느 누구도 수십 년 동안 이어져 내려온 요지부동의 대법원 판결에 대하여 이의를 제기하지 않고 있다. 이러한 법원의 판단은 바로, 법조문에 규정된 법정형을 가볍게 여긴 채, 가중적 구성요건 사실을 쉽게 인정하더라도, 당해 사건의 구체적 타당성 있는 결론은 법관의 적절한 양형을 통해서 도출될 수 있다고 생각하는, 안이한 사고가 그 원인 중의 하나가 아닐까 짐작해 본다. 하지만 구 폭처법 중 ‘상해죄’ 부분의 경우 법정형에 대한 약간의 하향조정만을 거친 채 형법전으로 그대로 편입되었기 때문에 단순히 양형으로 해결할 수 없는 부분이 있다. 즉 형법 제258조의2는 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 경우 일반 중상해죄와 동일한 형인 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’에 처하고, 중상해죄를 범한 경우에는 일반 중상해죄의 법정형보

2) 구 폭처법 시절에도, ‘위험한 물건을 휴대’한 것은 형량을 높이는 “에스컬레이터” 역할을 하고, 피의자와 검사 사이의 유죄협상(즉, 자백해주면 특수상해가 아니라 상해로 기소하는 것)의 실마리로 둔갑한다는 점이 지적되었다. 이상돈, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석에서 법정폭의 지평”, 고려대학교 관례연구 제6집, 고려대학교 법학연구소(1994), 212-213면.

3) 헌법재판소 2015. 9. 24. 2015헌가17 전원재판부 결정, 구 폭처법상 폭행죄가 “형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백”하다는 등의 이유를 들어 위헌결정을 하였는데, 주된 이유는 형법도 “위험한 물건을 휴대”하여 폭행을 한 경우 가중처벌하는 규정(제261조)을 두고 있었기에, 구 폭처법상 폭행죄 조항은 형법 제261조에 비해 가중적 구성요건의 표지가 전혀 없이 법적용을 오직 검사의 기소재량에만 맡기게 되어 불합리하다는 점이었다.

다 더 가중한 ‘2년 이상 20년 이하의 징역’에 처하도록 되어 있고 선택 형으로 벌금형은 없다.<sup>4)</sup> 결국, 현행법상 특수상해죄를 둘러싸고 검찰은 구 폭처법이 문제되던 시절과 마찬가지로 ‘위험한 물건을 휴대’하였다는 요소를 덧붙여 특수상해죄로 기소할 것인지 아니면 이를 배제하고 단순상해죄로 기소할 것인지에 대하여 사실상 아주 큰 재량을 가지게 된다.

그런데 법원은 ‘위험한 물건을 휴대하여’의 엄중함을 제대로 고민하지 못하고 있는 것 같다. 특히 휴대폰을 이용하여 피해자에게 상해를 입힌 행위가 특수상해죄로 기소·처벌되고 있는 최근 하급심 실무의 경향을 보면,<sup>5)</sup> 비판의 화살은 오히려 법원을 향해야만 하는 상황이라고 생각된다. 법발견자로서 피고인 행위의 가벌성과 책임에 합당한 형벌법규를 적용할 헌법상 책무를 지니는 법원이 ‘위험한 물건을 휴대하여’가 가지는 무게를 간과하고 개별사안에서 위험한 물건에의 해당 여부를 엄격하게 해석·적용하는 것을 뒤로 한 채 특수상해죄로 의율하고 마는 것은 매우 심각한 문제가 아닐 수 없다.

이러한 상황에서 이 글은 형법상 특수상해죄에서 가중처벌의 표지로 규정하고 있는 ‘위험한 물건을 휴대하여’라는 요소에 천착하여, 특수상해죄의 정당한 해석·적용을 위한 실마리를 찾는 것을 목적으로 삼는다.<sup>6)</sup> 아래에서는 ‘위험한 물건’ 및 ‘휴대하여’의 의미에 관하여 판례와 기존 학계의 논의를 분석한 후 그 정당한 의미를 찾아내고(아래 II.항 및 III.항), 죄형법정주의에 걸맞는 타당한 결론을 내 보기로 한다.

- 
- 4) 이에 반하여 형법 제261조 소정의 특수폭행죄는 “5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”에 처하도록 되어 있어, 특수상해죄에 비해 징역형이 훨씬 경한데다가 벌금형으로 처벌할 수도 있어 실무상 위험한 물건에의 해당 여부는 별로 중요하지 않은 문제이다.
- 5) 대구지방법원 2023. 2. 8. 선고 2022고단4581-1(분리) 판결; 부산지방법원 2022. 11. 9. 선고 2022고단17 판결; 부산지방법원 서부지원 2022. 8. 31. 선고 2022고단1150 판결(삼성 갤럭시 S20 휴대전화의 모서리부분을 특정하고 있음); 구 폭처법상 상습특수상해를 인정한 광주지방법원 2022. 5. 13. 선고 2021고합546 판결(LG Q52 휴대전화의 모서리부분을 특정하고 있음); 수원지방법원 2021. 9. 10. 선고 2021고단336 판결; 수원지방법원 2018. 10. 26. 선고 2018고합407 판결 등 다수의 판결.
- 6) 문채규, “형법 제258조의2(특수상해)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제33권 제4호, 한국형사법학회(2021), 231면과 같이 특수상해죄가 형법전으로 편입된 이후 해당 규정이 형법 제262조와의 관계에서 폭행치상죄에 관한 해석을 어렵게 만들었다는 점 등을 들어, 형법상 특수상해죄를 폐지해야 한다는 입법론이 주장되기도 한다.

## II. ‘위험한 물건’의 의미

### 1. ‘흉기’와 ‘위험한 물건’

구 폭처법(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것)은 “흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대”하여 폭행 등의 범죄를 범한 경우 가중 처벌하였다(제3조 제1항). 이에 폭행이나 상해 등과 관련하여 ‘흉기나 기타 위험한 물건의 휴대’가 문제될 경우 구 폭처법의 가중구성요건을 고려해야 했다. 하지만 헌법재판소는 앞에서 본 바와 같은 내용의 위헌결정을 하였고,<sup>7)</sup> 2016. 1. 6. 개정으로 구 폭처법상 제3조 제1항은 삭제되기에 이른다.<sup>8)9)</sup> 그에 따라 현재 성폭력범죄, 군형법상 상관폭행·협박, 노인복지법상 특수상해 등 일부 경우를 제외<sup>10)</sup>하고는 위험한 물건 등을 휴대하였음을 이유로 형을 가중할 경우 기본적으로 ‘형법’상 가중구성요건이 문제된다.

7) 헌법재판소 2015. 9. 24. 2015헌가17 전원재판부 결정

8) 이러한 법개정에도 불구하고 현행 폭처법 제1조는 여전히 “이 법은 집단적 또는 상습적으로 폭력행위 등을 범하거나 흉기 또는 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 폭력행위 등을 범한 사람 등을 처벌함을 목적”으로 한다고 하는데, 본문에서 보듯이 흉기 기타 위험한 물건을 휴대한 경우의 가중처벌 규정이 삭제되었으므로 이러한 폭처법의 목적이 과연 타당한 것인지는 의문은 있다.

9) 이러한 입법적 변화에 대해서는 형벌체계상의 위헌성 문제를 해소하는데 큰 의미를 가진다는 평가로는 박경규, “법정형의 적정성 판단기준의 상세화 및 입법환경의 개선을 통한 고강도형벌정책 경향의 감소방안”, 형사정책 제31권 제1호, 한국형사정책학회(2019), 194-195면.

10) “흉기나 그밖의 위험한 물건을 지닌 채” 행한 강간, 강제추행, 준강간·강제추행과 관련해서는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제4조의 가중구성요건이 남아 있는데 형법상 특수강간 등의 구성요건이 별도로 존재하지 않는 점에서 구 폭처법상 폭행죄 조항에서 발견되는 위헌성 문제(즉, 특별법상 구성요건이 형법상 구성요건에 비해 아무런 가중적 구성요건의 표시 없이 형벌만 상향조정해두어 발생하는 문제)는 없다고 판단된다; 다른 한편, “위험한 물건을 휴대”하고 상해를 범한 경우 가중처벌하는 개별 벌칙규정(노인복지법 제55조의3 제3항)이 아직 남아있고, “흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대”하고 상관에 대한 폭행·협박 등을 한 경우 가중처벌하는 벌칙규정(군형법 제50조 이하)도 있다. 양자는 형법상 특수상해 내지 특수폭행 등에 비해 다른 가중적 구성요건 표시(범행객체에 있어 전자는 “노인보호전문기관의 직원”일 것을 요하고, 후자는 “상관”일 것을 요함)를 두고 있다는 점에서 구 폭처법상 폭행죄 조항에서 발견되는 위헌성 문제는 없다고 판단된다.

흉기 내지 위험한 물건과 관련한 형법의 규정방식은 크게 2가지로 나누어볼 수 있다. 하나는 “흉기를 휴대”한 경우 가중하는 규정이고,<sup>11)</sup> 다른 하나는 “위험한 물건을 휴대”한 경우 가중하는 규정이다.<sup>12)13)</sup> 흉기와 위험한 물건의 사전적 의미를 살펴보면 양자의 관계를 쉽게 알 수 있다. 우리말샘<sup>14)</sup> 사전에 의하면, 흉기는 “사람을 죽이거나 ‘해치는데’ 쓰는 도구”라고 정의되고, 위험한 물건은 “제조한 목적과 상관없이 그 물건의 객관적 성질과 사용 방법에 따라 몸을 ‘크게 다치게 하거나’ 숨지게 할 수 있는 물건”이라고 정의되어 있다. 즉 흉기 내지 위험한 물건과 관련한 입법론은 별론으로 하고,<sup>15)</sup> 위험한 물건 중에서 사람을 죽이거나 해치는데 쓰는 도구 예컨대 총, 칼, 도끼 등과 같은 물건을 흉기라고 할 수 있겠다. 판례도 흉기는 ‘본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것이거나 이에 준할 정도의 위험성을 가진 것’으로 해석하되, “사회통념에 따라 객관적으로 판단”하고 있다.<sup>16)</sup> 예컨대, 제331조 제2항(흉기휴대죄)의 취지에

- 
- 11) 특수강도죄(제334조 제2항), 특수절도죄(제331조 제2항)를 들 수 있다.
  - 12) 특수공무방해죄(제144조), 특수상해·중상해죄(제258조의2), 특수폭행죄(제261조), 특수강요죄(제324조 제2항), 특수공갈죄(제350조의2), 특수체포·감금죄(제278조), 특수협박(제284조), 특수주거침입죄(제320조), 특수손괴죄(제369조)를 들 수 있다.
  - 13) 형법전은 ‘흉기-위험한 물건’에 관하여 어느 하나만을 택일적으로 규정하고 있으나, 다른 특별법 규정에서는 여전히 ‘흉기-위험한 물건’을 병렬적으로 규정하고 있다. 경비업법 제29조, 군형법 제50조 이하, 스토킹처벌법 제18조 제2항 등 참조
  - 14) 일반 사용자가 어휘를 등록하고 편집할 수 있는 사용자 참여형 온라인 국어사전. 국립국어원에서 2016. 10. 5.에 개통하여 시범운영 중이다. 보통은 표준국어대사전을 인용하는데 위험한 물건은 한 단어가 아니어서 표준국어대사전에 나오지 않는다.
  - 15) ‘위험한 물건’이라고만 규정하면 족하다는 취지로, 박찬걸, “‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여’의 개정방안”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원(2010), 295면
  - 16) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도4175 판결, “형법은 흉기와 위험한 물건을 분명하게 구분하여 규정하고 있는바, 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 아니 된다. 그리고 형법 제331조 제2항에서 ‘흉기를 휴대하여 타인의 재물을 절취한’ 행위를 특수절도죄로 가중하여 처벌하는 것은 흉기의 휴대로 인하여 피해자 등에 대한 위해의 위험이 커진다는 점 등을 고려한 것으로 볼 수 있다. 이에 비추어 위 형법 조항에서 규정한 흉기는 본래 살상용·파괴용으로 만들어진 것이거나 이에 준할 정도의 위험성을 가진 것으로 봄이 상당하고, 그러한 위험성을 가진 물건에 해당하는지 여부는 그 물건의 본래의 용도, 크기와 모양, 개조 여부, 구체적 범행 과정에서 그 물건을 사용한 방법 등 제반 사정에 비추어 사회통념에 따라 객관적으로 판단할 것이다.”

비추어 살펴보면, “피고인이 사용한 이 사건 드라이버는 일반적인 드라이버와 동일한 것으로 특별히 개조된 바는 없는 것으로 보이고, 그 크기와 모양 등 제반 사정에 비추어 보더라도 이 사건 범행이 흉기를 휴대하여 절취한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다”는 것이다.<sup>17)</sup> 결국 형법에 의하면, 동산인 물건은 위험한 물건과 그렇지 않은 물건으로 나눌 수 있고, 위험한 물건은 흉기와 그 밖의 위험한 물건으로 구성되어 있다고 하겠다.

## 2. 대법원의 태도와 문제점

대법원은 위험한 물건을 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 “위험한 물건이라 함은 흉기는 아니라고 하더라도 널리 사람의 생명·신체에 ‘해’를 가하는데 사용할 수 있는 일체의 물건을 포함한다. 본래 살상용·과피용으로 만들어진 것 뿐만 아니라 다른 목적으로 만들어진 칼·가위·유리병·각종 공구·자동차등은 물론, 화학약품 또는 사주된 동물등도 그것이 사람의 생명·신체에 ‘해를 가하는데 사용되었다면’ 본조의 위험한 물건이라 할 것”이라고 한다.<sup>18)</sup> 그리고 이러한 판시는 지금까지 약 40년 동안 반복되고 있다. 요컨대, “위험한 물건이란 널리 사람의 생명·신체에 해를 가하는데 사용할 수 있는 일체의 물건”이라고 한다.<sup>19)</sup>

대법원은 “위험한 물건의 위험성 여부는 구체적인 사안에 따라서 ‘사

17) 위 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도4175 판결.

18) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84도2001 판결(형법 제144조의 특수공무방해죄에 대한 판결).

19) 판례가 위험한 물건이라고 판단한 사례들은 아래와 같다. 과리약 유리병(대판 4293형상896), 난동 부리는 사람들을 만류하려고 휘두른 양복지 재단용 칼(대판 80도1958), 옷소매 속에 숨긴 길이 30cm의 드라이버(대판 83도3165), 등을 2회 찌른 쪽가위(대판 83도2900), 깨진 마요네즈병(대판 84도647), 협박에 사용된 쌀가마 운반용 갈퀴(대판 86도960), 곡괭이자루(대판 89도2245), 세멘벽돌(대판 89도2273), 부러뜨린 걸레자루(대판 90도859), 머리를 가격한 직경 10cm의 돌(대판 95도2282), 머리를 한차례 구타하는 데 사용된 깨지지 않은 빈 맥주병(대판 91도2527), 머리를 내리쳐 타박상을 입힌 빈 양주병(대판 96도3411), 폭행에 사용된 의자와 당구큐대(대판 96도3346), 쇠파이프, 각목, 마이크(대판 97도3421), 이마를 1회 내리치는데 사용된 야전삽(대판 2001도5268), 농약을 먹이려하고 폭행하는데 사용된 당구큐대(대판 2002도2812), 실탄이 장전되지 아니한 공기총(대판 2002도4586), 눈을 찌르는 데 사용된 쇠젓가락(대판 2007도3710), 협박에 이용된 칼날길이 10cm, 너비 2cm의 과도(대판 2012도6612), 최루분말 비산형 최루탄(대판 2014도1894) 등

회통념에 비추어' 그 물건을 사용하면 그 '상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있'으리라고 인정되는 물건인가의 여부에 따라 이를 판단하여야 할 것"이라고 한다. 예컨대, "피해자가 먼저 식칼을 들고 나와 피고인을 찌르려다가 피고인이 이를 저지하기 위하여 그 칼을 뺏은 다음 피해자를 혼계하면서 위 칼의 칼자루 부분으로 피해자의 머리를 가볍게 쳤을 뿐이라면 피해자가 위험성을 느꼈으리라고는 할 수 없으니" 위험한 물건에 해당하지 않는다고 하여 일부 위험한 물건의 범위를 제한하려고는 한다.<sup>20)</sup>

하급심 판결은 대법원의 이러한 판시에 따라 결과적으로 매우 광범위하게, 그리하여 사실상 거의 모든 물건에 대해 위험한 물건이라고 인정하고 있다.<sup>21)</sup> 최근 하급심 판결례에서 자주 등장하는 위험한 물건은 바로 휴대폰이다. 위에서 언급한 바와 같이 많은 하급심 사건들에서, 휴대폰을 이용하여 상해를 가한 경우에 휴대폰을 위험한 물건으로 인정하여 특수상해죄의 구성요건을 충족하는 것으로 판시하고 있다.<sup>22)</sup> 더 나아가, '물이 절반 정도 찬 페트병'<sup>23)</sup>, '물이 가득 찬 500ml 생수병'<sup>24)</sup>의 경우에도 위험한 물건이라고 판시하고 있다. 일상생활의 필수품인 휴대폰이나 작은 물병마저도 위험한 물건으로 인정하는 하급심 실무는 위와 같은 대법원의 일반, 추상적인 판시를 따르고 있는 것으로 보인다.

어떤 물건을 이용하여 저지른 범죄가 상해죄라면, 그 물건으로 신체에 상해의 위험을 발생시켜 실제로 상해의 결과까지 야기하였다는 이유로, 곧바로 위험한 물건에 해당한다고 할 것인가? 위험한 물건으로 상해를 가한 것과 어떤 물건으로 신체에 위험을 발생시켜 상해를 가한 것은 같은 의미인가? 만일 그것이 위험한 물건에 해당한다면, 위험한 물건의 휴대를 통한 폭력범죄의 가중적 구성요건에서는 모두 동일하게 위험한 물건에 해당한다고 보아야 할 것인데, 특수상해죄가 아닌 특수협박이나 특

20) 대법원 1989. 12. 22. 선고 89도1570 판결.

21) 위험한 물건을 위험성이 없게 사용하면 위험함 물건의 아니라고 하면서도, 반면에 위험하지 않은 물건도 구체적인 사건에서 그 사용으로 신체에 위험을 발생시켰으면 위험한 물건이라고 하게 되니, 위험한 물건의 인정범위가 넓어지게 되는 것이다.

22) 앞의 각주 5 참조

23) 특수폭행이 인정된 부산지방법원 2022. 7. 22. 선고 2022고합110, 2022고합160(병합) 판결.

24) 특수공무집행방해치상이 인정된 울산지방법원 2022. 2. 11. 선고 2021고합300 판결.



수강요, 특수주거침입 등의 경우에는, 신체에 해를 가할 수 있는 물건이라도 위험한 물건으로 보이지 않는 경우가 허다하게 발견되고 있는 것은 아닌가? 그리하여 예컨대, '피고인은 위험한 물건인 플라스틱 컵(또는 그릇, 리모컨)을 던져(들여) 피해자를 폭행(협박)하였다.'는 공소사실은 과연 고개가 끄덕여지는 공소사실이라고 할 수 있는가?

위험한 물건에 관한 대법원 판결의 문제점은, 논증의 방법론 차원은 물론 구체적 해석의 결과 차원에서도 모두 문제가 있다고 보인다.

우선, 대법원이 노정하고 있는 논증의 방법론 차원의 문제는 매우 간명하다. "구체적 사안에서 사회통념에 비추어" 판단한다고 하는 일반론의 설지만 있을 뿐, 개별 사안에서 위험한 물건인지 여부에 대한 결론을 내림에 있어 자세한 논증을 완전히 생략 내지 축소하는 경우가 대부분이라는 점이다.<sup>25)</sup> 실제로 대법원은 개별 사안에서 쇠파이프로 머리를 구타당하자 이에 대항하기 위하여 도구로 사용한 길이 1미터 직경 5센티미터의 각목은 위험한 물건이 아니다<sup>26)</sup>, 혹은 깨지지 않은 상태의 빈 맥주병은 위험한 물건이다<sup>27)</sup>라는 결론만을 제시하고 있을 뿐이다.

다음으로 대법원 해석의 구체적 결과도 만족스럽지 못함은 마찬가지다. 가장 큰 문제점은 위에서 간단히 지적한 것처럼 위험한 물건의 외연이 너무 넓다는 것이다. 대법원은 '물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는가'라고 하여, 가설적 사용개념을 위험한 물건 여부의 판단에 적극 활용하고 있다.<sup>28)</sup> 하지만 그 물건의 사용에 따라 생명 또는 신체에 대한 위험을 느낄 가능성이 있는가라고 하는 가설적 판단을 하게 되면, 지구상에 존재하는 물건 중 위험성이 없다고 볼 물건은 없다. 세상의 모든 물건(動産) 중에서 "널리 사람의 신체에 해를 가하는데 사용할 수 '없는' 물건"이 무엇이 있단 말인가. 필자가 보기에는 '널리 사람의 신체에 해를 가하는데 사용할 수 없는' 물건은 1만

25) 같은 취지의 비판으로, 이상돈, 앞의 논문, 213-214면.

26) 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도1046 판결.

27) 대법원 1991. 12. 27. 선고 91도2527 판결.

28) 이상돈, 앞의 논문, 216면도 대법원이 물건의 위험성 판단에 있어서는 '가설적' 사용개념을, 휴대하여의 판단에 있어서는 '실제적' 사용개념을 활용한다고 하면서, 그 결과 위험한 물건의 외연이 무한대로 넓어진다는 비판을 가하고 있다.

가지 물건 가운데 단 10가지도 생각해 내기 어렵다.

○ ‘초등학교 국어책 또는 은행통장’ - 책 또는 통장을 등글게 말아 모서리 부위로 사람의 얼굴을 세계 때리는 방법으로 사람의 신체에 해를 가할 수 있다.

○ ‘베개 또는 화장지’ - 이 경우 역시 잠자고 있는 사람의 얼굴을 베개 또는 물에 적신 화장지로 세계 눌러 질식시켜 사람의 생명에 해를 가할 수 있다.

○ ‘플라스틱 컵이나 그릇, 리모컨’ - 이 경우에도 컵, 그릇, 리모컨의 모서리 부분으로 눈이나 입 부위를 반복하여 세계 때리는 방법으로 신체에 위험을 발생시킬 수 있다.

이러한 대법원의 태도에 조응하여, 하급심 실무 역시 휴대전화가 ‘위험한 물건’이라고 판단하는 것에 거리낌이 없어 보이는 것이다. 요컨대, 대법원의 판시는 무엇인가 그럴듯하게 위험한 물건에 관하여 정의를 하고 있는 것처럼 보이지만, 실상은 세상의 모든 물건을 위험한 물건으로 정의하고 있는 것과 다를 바 없다. 그리고 대법원의 이러한 판시는 형법상 가중적 구성요건의 표지로 삼고 있는 위험한 물건의 휴대를 무의미한 문구로 만들고 있다.

대법원 판결 중에서는 모순점도 일부 발견된다. 예컨대 대법원은 “피고인은 사무실 안에서도 위 직원들 5~6명이 있는 상태에서 소화기들을 던지며 소란을 피웠는데 특정인을 겨냥하여 던진 것으로는 보이지 아니하는 점, 피해자들이 상해를 입지 않은 점 등의 여러 사정을 종합”하면 피고인이 위 소화기들을 던진 행위로 인하여 사회통념상 피해자들이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느꼈던 것으로는 보기 어렵다고 한 원심을 그대로 인용하면서 원심의 판단이 정당하다고 판시하고 있다.<sup>29)</sup> 대법원은 ‘위험한 물건’인지 여부를 판단하면서도, 소화기의 실제적인 사용법이 무엇이었느냐라는 점을 주요한 기준으로 대고 있는 것이다. 하지만 앞서 보듯이 대법원은 ‘가설’적 판단에 따라 사회통념상 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부를 위험한 물건의 기준으로 삼으면서도, 여기에 갑자기 ‘실제’ 사용도가 무엇이었느냐를 위험한 물건의 기준으로

29) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도930 판결.

놓고 있는 것은 그 자체로 모순적이라고 할 수 있다. 더 나아가 위 소화기 사건에서 대법원은 ‘피해자들이 상해를 입지 않은 점’과 같은 구체적 결과도 위험한 물건의 판단기준으로 삼고 있는 것처럼 보이는데, 이러한 구체적 결과는 양형단계에서 활용할 수 있는 요소일지는 모르겠으나, 특수범죄<sup>30)</sup>의 가중된 불법요소인 ‘위험한 물건’을 판단하는 요소로 활용될 수 있을지는 의문이다. 이러한 법원의 해석은 특수폭행죄, 특수상해죄 등 특수범죄 전반에 있어 나타나고 있는데, 이러한 태도는 특히 특수상해죄와 같이 법정형의 하한 자체도 매우 중한데다가 벌금형을 선택할 수 없도록 설정되어 있는 가중구성요건의 해석론으로는 도저히 받아들이기 어렵다.

아래에서는 이와 같은 문제의식을 바탕으로 특수상해죄의 구성요건에 대한 타당한 해석론이 무엇인지 살펴보기로 한다.

### 3. 위험한 물건의 판단 기준

#### 가. 위험한 물건 개념의 외연을 좁히려는 종래의 시도 및 검토

앞서 보듯이 대법원은 위험한 물건의 외연을 지나치게 넓힘에 따라 위험한 물건이라는 요소를 무의미한 개념으로 전락시키고 있다. 그런데 이미 우리 학계에서도 이와 같은 대법원 태도의 문제점을 극복하고자 하는 논의가 있어왔다.<sup>31)</sup>

#### 1) 물건의 객관적 성격에 초점을 맞추는 견해

우선, 문제되는 물건이 가지는 객관적인 ‘물리적 구조’ 자체에 초점을 맞추어, 그 ‘물리적 구조자체에서 나올 수 있는 증폭된 법익침해의 일반적인 위험’에 따라 위험한 물건을 해석해야 한다는 견해다.<sup>32)</sup>

30) 이 글에서 ‘특수범죄’란, 특수폭행, 특수상해죄와 같이 위험한 물건의 휴대를 가중요소로 삼고 있는 범죄를 지칭한다.

31) 학계에서는 종래 ‘흉기’와 ‘위험한 물건’의 관계가 무엇인지에 대해서도 주목해왔는데, 이는 구 폭처법 제3조 제1항은 흉기와 위험한 물건을 함께 규정하고 있었기 때문이라고 이해된다. 현행법을 보더라도 예컨대 경비업법 제29조, 군형법 제50조 등에서 흉기와 위험한 물건을 모두 규정하고 있는 범죄구성요건이 잔존하나, 형법상 특수상해죄는 위험한 물건만 규정하고 있을 뿐이므로 위험한 물건 그 자체에 관한 논의에만 초점을 맞춘다.

32) 이상돈, 앞의 논문, 221면.

이 견해는 특수범죄 가중처벌의 정당성은, 물건의 ‘구조적 위험성’은 물론 그 물건의 ‘실제사용방법’을 종합한 증폭된 법익침해의 위험성에 있다고 한다.<sup>33)</sup> 위 견해는 이러한 증폭된 법익침해의 위험성을 판단하고자 우선 물건의 ‘구조적 위험성’을 제1유형(제작목적이 살상 또는 손괴용인 물건, 즉 흉기), 제2유형(흉기와 구조기능적으로 매우 유사한 물건), 제3유형(위험방지를 위해 취급상 약간의 주의가 요구되는 물건), 제4유형(취급상 거의 주의가 요구되지 않는 물건)으로 나눈다. 다음으로 ‘실제사용방법’도 제1유형(머리와 같은 약한 신체부위에 공격도구로 사용), 제2유형(그밖의 신체부위에 공격도구로 사용), 제3유형(상대방이 두려움을 느끼도록 물건을 드러내 보임), 제4유형(상대방이 인지하지 못한 상태에서 몸속에 소지)으로 나눈다.<sup>34)</sup>

그리고 각 유형은 모두 제1유형에 가까울수록 높은 위험성의 수치를 부여하고(제1유형은 4점, 제2유형은 3점, 제3유형은 2점, 제4유형은 1점), ‘구조적위험성×실제사용방법’의 산식에 따라 도출되는 구조적 점수를 토대로 ‘위험한 물건을 휴대하여’ 여부를 결정해야 한다고 설명한다.<sup>35)</sup> 그에 따라 예컨대 구조적 위험성에서 제1유형이고 실제사용방법상 제4유형인 경우 구조적 점수는 4점×1점이 되어, 총 4점이라고 하는 것이다.

## 2) 행위자의 주관적 의도에 초점을 맞추는 견해

다음으로, 물체의 객관적 성격보다는 행위자의 주관적 의도에 초점을 맞추어, 행위자가 물건의 위험성을 고려하고 그 위험성을 이용하여 적극적으로 이를 사용할 의도가 있었는지 여부가 기준이 되어야 한다고 주장하는 견해가 있다.<sup>36)</sup> 위 견해는 핸드폰모서리, 열쇠, 접착테이프 등도 행위자의 사용의도에 따라 얼마든지 위험한 물건으로 둔갑할 수 있는 상황인바, 물건의 위험성은 결코 물건의 객관적 속성에 따라 결정될 것이 아니고, 오히려 행위자가 그 물건을 임의적으로 위험하게 사용하는가의 여

33) 이상돈, 앞의 논문, 223면.

34) 이상돈, 앞의 논문, 223-224면.

35) 이상돈, 앞의 논문, 224-225면.

36) 송문호, “형법상 ‘위험한 물건’”, 법학연구 제42집, 전북대학교 법학연구소(2014), 71면.

부에 따라 결정되어야 한다고 설명한다.<sup>37)</sup> 그리고 위 견해는 대법원이 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자”란 범행현장에서 그 범행에 사용하려는 의도아래 흉기를 소지하거나 몸에 지니는 경우를 가리키는 것이지 그 범행과는 전혀 무관하게 우연히 이를 소지하게 된 경우까지를 포함하는 것은 아니다.”라고 판시한 것을 두고,<sup>38)</sup> 대법원 역시 위험한 물건에 관하여 주관적 요건에 주목하고 있다는 취지로 평가한다.<sup>39)</sup>

더 나아가 위 견해는, 위험한 물건을 이용한 특수범죄의 구성요건의 불명확성, 예측곤란성 등을 극복하고 현실적인 판례의 판단기준을 감안한다면, 위험한 물건을 사용한 특수상해죄의 경우 “상해의 목적으로 위험한 물건을 사용하여”라는 문장구조로 구성요건의 형태를 전반적으로 개정하는 것이 바람직하다는 주장도 개진하고 있다.<sup>40)</sup>

### 3) 제압가능성에 초점을 맞추는 견해

마지막으로 피해자의 저항을 제압하거나 제압할 만한 현저한 가능성이 있는가를 척도로 위험한 물건인지 여부를 가려야 한다는 견해가 있다.<sup>41)</sup>

이 견해는 특수범죄의 경우 가중처벌의 근거에 초점을 맞추어, 그 가중처벌의 근거는 피해의 양적 증대 가능성에 있지 않다고 한다. 오히려 피해의 결과의 양과 같은 것은 양형에서 고려될 사유일 뿐이라는 것이다.<sup>42)</sup> 특히 특수범죄는 피해의 양적 증대가능성과는 관계없는 ‘단체 또는 다중의 위력을 보여’라고 하는 요소도 담고 있는 경우가 많으므로, 구성요건의 체계적 관련성을 고려하면 위험한 물건을 휴대한 경우에도 그것이 피해의 양적 증대가능성이라기 보다는 다른 이유에 그 가중처벌의 이유가 있다고 설명한다.<sup>43)</sup>

37) 송문호, 앞의 논문, 73면.

38) 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도401 판결.

39) 송문호, 앞의 논문, 69면.

40) 송문호, 앞의 논문, 75면.

41) 류부곤, “특수폭행죄의 해석에 있어 ‘위험한 물건’의 의미”, 형사판례연구[25], 박영사(2017), 249면.

42) 류부곤, 앞의 논문, 244면.

43) 류부곤, 앞의 논문, 245면.

그리고 위 견해는 특수범죄의 가중처벌 이유로 범죄의 성공가능성을 들고, 위 범죄의 보호법익 역시 범죄피해자로부터 벗어나고자 하는 피해자의 선택의 자유나 의사실현의 자유라고 주장한다. 그리고 그 논리적 귀결로서, 위험한 물건인지 여부도 ‘피해자 제압의 가능성’의 차원에서 피해자의 저항을 제압하거나 제압할 만한 현저한 가능성이 있는가를 척도로 삼아야 한다고 하는 것이다.<sup>44)</sup> 그리하여 그러한 물건을 범행상황에서 휴대하였을 때 통상적으로 행위자는 피해자에 대한 힘의 절대적 우위를, 피해자는 방어적 의사실현의 곤란함을 충분히 인식할 만하다는 사회일반적인 평가가 가능한 물건이 특수범죄에서의 위험한 물건이라고 할 수 있고, 이러한 기준에 의하면 사후적으로 보았을 때 피해자에 대한 객관적 침해력이 없는 물건도 이것이 가해자가 피해자의 의사를 제압하고 자신의 행동을 실행에 옮김에 현저한 기여를 한 것이라면 위험한 물건이라고 평가할 여지가 있다고 한다.<sup>45)</sup>

#### 4) 각 학설에 대한 검토

우선, 물건의 객관적 속성 내지 물리적 구조를 기준으로 삼는 견해는 물건의 객관적 속성을 가장 중요한 판단근거로 삼아야 한다는 점에 있어서는 그 타당성이 있으나, 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 위 견해의 주장자 스스로도 인정하고 있듯이 위험한 물건의 유형을 물리적 구조를 토대로 보아 왜 그러한 4가지 유형으로만 인정되어야 하는지, 또 유형화할 때 점수부여를 왜 1점 내지 4점으로 해야 하는지에 대한 적절한 대답이 불가하다는 점이다.<sup>46)</sup> 둘째, 아무리 물리적 구조를 기반으로 한다고 해도 유형화 자체에 논란은 있을 수밖에 없다는 점이다. 위 견해는 예컨대 ‘각목’의 경우 ‘취급상 거의 주의가 요구되지 않는 것’으로 제4유형으로 분류하는 한편, ‘쪽가위’는 ‘위험방지를 위해 취급상 약간의 주의가 요구되는 것’으로 제3유형으로 분류하고 있는데,<sup>47)</sup> 과연 물건의 물리적 속성을 기준으로 할 때 이러한 유형화가 누구에게나 수긍가능한 결론

44) 류부곤, 앞의 논문, 249면.

45) 류부곤, 앞의 논문, 250면.

46) 이상돈, 앞의 논문, 225면.

47) 이상돈, 앞의 논문, 223면.

인지는 의문이다.<sup>48)</sup>

다음으로, 행위자의 주관적 의도를 기준으로 삼는 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 대법원이 90도401 판결에서 범행과는 전혀 무관하게 우연히 이를 소지한 것에 대해 '흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여' 범행을 한 것이 아니라고 본 이유는, 그 물건이 객관적으로 위험한 물건이 아니라고 보았기 때문이 아니라 오히려 후술하듯이 위험한 물건을 위험한 용도로 사용할 고의가 없었기 때문이라고 보아야 한다. 위 대법원 90도401 판결에서 문제되는 물건은 버섯을 채취하러 산에 가면서 들고 간 '칼'인데, 구 폭처법에서 규정하는 '흉기'의 속성에 가까운 '칼'이 단지 행위자의 의도 때문에 객관적으로 위험한 물건조차 아니라고 보는 것은 타당한 해석이라 보기 어렵다. 둘째, 주관적 의도를 기준으로 삼는 견해는, 위험한 물건의 '외연을 부당하게 확장시켜서는 안 된다'라고 하는 해석론적 과제에서 벗어나 오히려 위험한 물건 개념 자체를 무용하게 만들고 만다. 기존의 논문에서 적절히 지적했듯이 주관적 요건을 강조하게 되면 결국 '위험한 물건'이라는 개념은 뒤로 물러나고 오히려 '물건을 위험하게 사용'하였는가를 판단할 수밖에 없는 것이다.<sup>49)</sup> 결국 이는 가중적 구성요건의 취지에 맞추어 위험한 물건을 제한적으로 엄격하게 해석하려는 의도와 다르게 위험한 물건의 대상을 무한정으로 확대하여 놓고 주관적 의도에 따라서만 위험한 물건 여부를 판단하는 결과를 초래한다. 그리고 위험한 물건에 해당하는 경우에도 그 물건을 위험한 용도(방법)로 사용할 의사(고의)가 없었다면 이는 당연히 가중적 구성요건에서 제외하는 것이 마땅하다. 즉 가중적 구성요건에 해당하려면 위험한 물건에 해당하면서도 위험한 용도로 사용할 고의가 있어야 하는 것인데 위험한 용도로 사용할 고의만을 따질 뿐 위험한 물건에 해당하는지에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 못한다.

다음으로 특수범죄의 보호법익에 따른 위험성을 구체화하여 피해자의 저항을 제압하거나 제압할 만한 현저한 가능성이라는 척도를 물건의 위험성을 판단하는 척도로 사용해야 한다는 견해는 위험한 물건이 피해자

48) 같은 취지로, 류부곤, 앞의 논문, 247면.

49) 류부곤, 앞의 논문, 249면.

의 저항을 제압하거나 제압할 가능성이 있는 정도의 물건이어야 한다는 점에서는 그 타당성이 있다. 그러나 이 견해는 위험한 물건에서의 위험성과 보호법익의 침해가능성으로서의 위험성의 개념을 일부 혼동하고 있다. 또한 어떤 물건이 피해자의 저항을 제압하거나 제압할 만한 현저한 가능성이 있는 것인지에 관한 구체적인 기준이나 내용이 부족하다.

## 나. 소결론

### 1) 문리해석; 위험한 물건의 사전적 의미

위험한 물건의 의미에 관하여는 우선 사전적인 문리해석에 충실하면 그것으로 충분하다. 즉, 앞에서 본 바와 같이 “우리말샘 사전의 정의 규정을 그대로 따르기만 하면 된다.” 우리말샘 사전에 따르면, 위험한 물건은 “제조한 목적과 상관없이 그 물건의 객관적 성질과 사용 방법에 따라 몸을 ‘크게 다치게 하거나’ 숨지게 할 수 있는 물건”이다. 여기서 위험한 물건 여부는 흥기의 경우와는 달리 제조한 목적과 상관 없이, 그 물건의 객관적 성질과 사용 방법에 따라 결정된다는 것이지만, 가장 핵심되는 ‘위험한’의 사전적 의미는 물건의 ‘단순한 신체침해의 가능성’이 아니라 숨지게 하거나 ‘크게 다치게 할 가능성’ 즉 ‘큰 신체침해의 가능성’을 뜻한다는 것이다. 위험성이 크다는 것은 단순히 ‘결과발생 자체의 확률이 높거나 크다’는 것이 아니라 ‘발생가능한 결과의 심각성에 중점이 있다’는 것이고, 이는 곧 ‘양적 또는 질적으로 중한 결과발생의 가능성’, 즉 ‘중한 신체피해의 가능성’을 의미하는 것임을 쉽게 알 수 있다는 점이다. 환언하면, 판례의 표현처럼 “널리 사람의 신체에 (단순히) ‘해’를 가하는 데 사용할 수 있는 일체의 물건”이 아니라, “사람의 신체에 ‘중한 신체피해’(크게 다치게 하는 피해)를 가하는 데 사용할 수 있는 물건”이라고 해야 한다는 것이다. 이러한 물건이라면 적어도 합리적인 사고를 하는 통상인의 기준에서는 다소간의 두려움이나 적지 않은 경계심이 아니라 ‘충분한 두려움’이나 ‘충분한 경계심’을 갖도록 하는 물건이라고 될 것이다. 판례는 간혹 “사회통념에 비추어 상대방이나 제3자로 하여금 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있도록 하기에 ‘충분한’ 물건”<sup>50)</sup>이라고 하여 ‘충분한’이

50) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014도1894 판결.



라는 표현을 사용하고 있는데, 이는 바로 위험한 물건의 요체가 ‘단순한 피해가능성’이 아니라 ‘중대한 피해가능성’임을 암묵적으로 의식하고 이를 간접적으로나마 시사한 것이라고 볼 여지가 있다.

따라서 예컨대, 쇠파이프, 벽돌, 야구방망이, 송곳, 깨어진 소주병, 각종 칼, 쇠파이프, 낫, 전기충격기 등은 위험한 물건이라고 할 수 있으나, 하급심에서 위험한 물건으로 인정한 휴대폰, 페트병, 생수병이나, 스크래퍼(검등을 제거하는 납작한 칼모양의 것), 손거울<sup>51)</sup>, 볼펜<sup>52)</sup>, 깨지지 않은 유리컵<sup>53)</sup>, 고무망치, 의자<sup>54)</sup> 등은 위험한 물건이라고 볼 수 없다.

물론, 위험한 물건인지 여부에 관하여 경계선상에 있는 물건이 상당수 있어 그 판정이 쉽지 않은 경우들도 있을 것이다. 그러나 적어도 지금까지 법원이 위험한 물건을 구체적인 상황에서 위험성을 발생시킨 물건으로 확대해석하게 두어서는 안 된다. 이 경우 필자는 다음과 같은 기자의 리포팅 문구에 대입해서 판단해 볼 것을 제안한다. “경찰은 위험한 물건인 ○○○을 들고 대치하던 범인을 검거하였습니다.” 이 리포팅 문구가 수긍할 수 있다면 위험한 물건이고, 수긍할 수 없다면 위험한 물건이 아니다.

예컨대, “위험한 물건인 500ml 페트병을 들고 대치하던 범인을 검거하였습니다.”와 “위험한 물건인 슬레지 해머를 들고 대치하던 범인을 검거하였습니다.” 판례의 기준보다 훨씬 이해하기 쉽지 않은가. 나아가 이제 휴대폰을 들고 상해를 가한 행위가 더 이상 특수상해죄로 법정형 1년 이상의 징역형에 처해야 하는 범죄가 아님을 더욱 쉽게 알 수 있지 않은가.

## 2) 위험한 물건의 형법이론적 의미

위험한 물건을 휴대한 경우 성립하는 특수범죄 유형은 그 기본범죄 내

51) 반면에 하급심 실무는 특수상해를 긍정했다(부산지방법원 2023. 2. 13. 선고 2022고합462 판결).

52) 반면에 하급심 실무는 특수무집행방해 내지 특수상해를 긍정했다(울산지방법원 2021. 7. 9. 선고 2021고단690, 1304(병합) 판결).

53) 반면에 하급심 실무는 특수상해를 긍정했다(서울북부지방법원 2016. 10. 6. 선고 2016고단3342 판결).

54) 특수상해가 인정된 대구지방법원 2021. 8. 13. 선고 2020노3171 판결

지 단순범죄 유형을 막론하고 일률적으로 기본범죄에 비하여 법정형이 상당히 가중되어 있다. 특히 특수상해죄의 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역형으로만 처벌할 수 있도록 되어 있어 중상해죄의 법정형과 같다. 이는 위험한 물건의 휴대라는 구성요건표지가 불법의 측면에서 상당한 의미를 갖고 있으며, 형법해석의 관점에서 그 의미에 대한 구체성과 명확성이 요구된다는 것을 의미한다.

위험한 물건의 휴대는 이에 수반된 범죄행위의 불법성을 특별하게 가중시키는 불법가중사유이며,<sup>55)</sup> 이는 수단과 방법에 있어 위험성이 더 크기 때문이다.<sup>56)57)</sup> 즉, 특수범죄에서 위험한 물건의 휴대라는 특수성은 단순히 기본범죄의 불법에 대한 부수적, 보조적 개념이 아니라, 단순범죄의 불법과는 분리되고 독립된 독자성이 있는 개념으로, 단순범죄의 불법과 대등하고 그와 별도로 일체화된 독자적인 불법을 표상하는 가중구성요건 표지라는 것이다. 따라서 해당 물건의 위험성은 신체에 대한 그 위해적 성격이 통상적인 피해가능성의 정도를 넘어 크게 다치게 할 가능성 내지 큰 피해가능성, 즉 양적 또는 질적으로 중대한 피해를 초래할 수 있는 정도에 이르러야 하며, 이는 가중구성요건 표지의 독자성에 비추어 당연한 논리적 귀결이다. 즉, 위험한 물건에서의 위험성은 단순히 법익침해에 대한 통계적 차원의 가능성이 아님은 물론, 평균적 일반인의 관점에서 ‘통상적으로 다치게 할 가능성’을 넘어 ‘크게 다치게 할 가능성’을 의미한다는 것이다. 과거 독일 제국법원이 “위험한 물건이란 그 물건의 객관적 성질과 그 이용방법에 따라 현저한 신체침해를 하기에 적합한 물건이다.”<sup>58)</sup>라고 한 것 역시 이러한 고려가 있었지 않을까 생각된다.

그러나 다양한 생활용품이나 일상 생활환경에서 흔히 접할 수 있는 ‘통상적인 신체침해 가능성의 정도’에 불과한 모든 물건을 광범위하게 위험한 물건이라고 인정하는 것은, 불법가중사유인 ‘위험한 물건을 휴대하

55) 대표적인 글로 류부곤, 앞의 논문, 233면.

56) ‘행위방법의 위험성’이라고 표현하기도 한다. 이승준, “특수상해죄와 관련된 해석상 쟁점 검토 - 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결을 소재로-”, 법학논고 제82집, 경북대학교 법학연구원(2023), 200면.

57) 류부곤, 앞의 논문, 243-244면.

58) RGSt4, 397; 번역문은 이상돈, 앞의 논문, 219면 참조.

여'라는 가중구성요건표지를 그 문언에 맞게 양적 또는 질적으로 큰 피해가능성의 정도 여부를 불문하고, 사실상 '물건을 단순히 위험하게 사용'한 모든 경우로 바꾸어 읽는 것이 되어, 형법해석의 기본인 문리적 해석에 반하게 된다. 더구나 행위자의 사용의도 또는 실제로 행하여진 행위의 결과만을 중시하여 판단하는 것은, 주관적 인식의 객관화 관점에서 타당하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 행위자의 사용의도만을 중시하는 것은 객관적 위험성이 해석의 영역에서 완전히 배제되어 '위험한 물건'이라는 객관적 구성요건요소에 대한 해석이 공허해지는 한편, 법관의 자의적 평가작용에 의존하는 결과가 되기 때문이다. 또한 행위의 결과만을 중시하여 판단하는 것은, 위험한 물건에서의 위험성인 '크게 다치게 할 가능성'이 어디까지나 위험 자체에 대한 객관적인 평가 사항이고, 특히 여기서는 물건의 위험성 자체가 문제되는 것이지 물건의 위험한 사용이 문제되는 것은 아니기 때문이다.

그렇다면 통상적인 피해가능성을 넘어 크게 다치게 할 가능성 내지 큰 피해가능성은 어느 정도를 말하는 것일까. 필자는 상해죄와 특수상해죄의 법정형에서 그 실마리를 찾을 수 있다고 생각한다. 특수상해죄의 법정형은 중상해죄의 법정형과 같고,<sup>59)</sup> 특수중상해죄의 법정형은 중상해죄의 법정형과 상해치사죄의 법정형의 중간 정도에 해당한다.<sup>60)</sup> 그런데 중상해죄는 부진정결과적 가중범으로 중상해의 고의를 가지고 중상해의 결과를 발생시킨 경우 뿐 아니라 상해의 고의로 중상해의 결과를 발생시킨 경우에도 적용되는 반면에 중상해의 고의로 상해의 결과만 발생한 경우에는 상해죄로만 처벌된다. 즉 우리 형법상 상해죄는 상해, 중상해, 상해치사 등 발생한 결과의 중한 정도에 따라서 법정형을 가중하여 처벌하고 있는데, 유독 특수상해죄의 경우에는 상해의 결과가 발생하였을 뿐인데도 중상해죄와 같은 법정형으로 처벌하고 있는 것이다. 그렇다면 위험한 물건을 휴대하여 일반 상해죄를 범한 경우에도 중상해죄와 동일한 법정형으로 처벌하겠다는 것은 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 경우에는 처음부터 그 위험한 물건으로 인하여 중상해의 결과를 초래할 가능

59) 1년 이상 10년 이하

60) 2년 이상 20년 이하, 상해치사죄의 법정형은 3년 이상 30년 이하이다.

성이 충분하였으므로 실제로 중상해의 결과가 발생하지 않았더라도 중상해죄의 법정형과 동일하게 처벌하겠다는 입법자의 의사가 들어가 있다고 볼 수 있다.<sup>61)</sup> 따라서 특수상해죄에서의 위험한 물건이란 그 물건을 이용하여 한두 차례의 가격을 하는 것만으로도 신체를 상해하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 할 정도의 피해를 일으킬 수 있는 물건이라고 정의할 수 있겠다. 이와 같은 물건이 피해자의 저항을 제압하거나 제압할 만한 현저한 가능성이 있는 물건임은 두말할 나위가 없다. 결국 이에 이르지 못하는 휴대폰, 빈병, 페트병, 물병, 의자 등은 위험한 물건이라고 볼 수 없음이 더욱 명확해진다. 생각해보라. 중상해의 고의라도 상해의 결과만 발생시킨 경우에는 상해죄의 법정형으로만 처벌되는데 일상생활에서 흔히 사용되는 휴대폰으로 가격하여 상해의 결과를 발생시켰음에 그쳤는데도 중상해죄의 법정형으로 처벌한다면 일반 시민을 납득시킬 수 있겠는가.

### 3) 위험한 용도로 사용할 의사; 객관적 성질에 부합하는 이용방법

한편, 위와 같이 물건의 객관적 성질에 따라 이용한 결과 한두 차례의 가격만으로도 상대방을 죽게 하거나 크게 다치게 할 가능성이 있는 물건이라고 하더라도 구체적인 상황에서 실제로 행위자가 그 물건을 위험한 용도로 사용할 의사가 없었다면 이는 위험한 물건에 해당하지 않는다고 할 수 있다.<sup>62)</sup> 대법원은 “위험한 물건의 위험성 여부는 구체적인 사안에 따라서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 그 상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있으리라고 인정되는 물건인가의 여부에 따라 이를 판단하여야 할 것”이라면서 “피해자가 먼저 식칼을 들고 나와 피고인을 찌르려다가 피고인이 이를 저지하기 위하여 그 칼을 뺏은 다음 피해자를 훈계하면서 위 칼의 칼자루 부분으로 피해자의 머리를 가볍게 쳤을 뿐이라면 피해자가 위험성을 느꼈으리라고는 할 수 없으니” 위험한 물건에 해당하지 않는다는 취지로 판시하였는데,<sup>63)</sup> 이는 이러한 점에서 그 타당성을 인정할 수 있다.<sup>64)</sup>

61) 다만 예컨대, 살인과는 달리 결과의 양태가 천차만별인 상해죄에 있어서 결과상의 차이가 아니라 행위태양의 경중에 따라 특수상해-상해죄로 나누는 우리의 입법은 부적절하다고 하는 입법론 차원의 반론은 경청할만 하다. 이에 대해서는, 문채규, 앞의 논문, 214면.

62) 이 부분은 위험한 물건의 개념이 아니라 휴대하여의 개념에 포함시켜 논할 수도 있겠다.

### III. ‘휴대하여’의 의미

#### 1. 대법원의 선언

대법원은 승용차로 사람을 충격한 행위가 위험한 물건을 ‘휴대’한 경우에 해당한다고 판시한다. 그 이유로는 ‘휴대’하여는 “소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함”한다고 선언하고 있다.<sup>65)</sup> 승용차가 위험한 물건인가라고 하는 점에 대해서도 논쟁이 될 수 있겠지만, 대상판결에서 가장 문제되는 부분은 바로 이 ‘휴대’의 해석 부분이다.

대법원은 많은 형사사건에서 “형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다”라고 판시해왔다.<sup>66)</sup> 사전적 의미를 보면 휴대란, ‘손에 들거나 몸에 지니고 다닌다’는 것을 의미한다(위 우리말샘 국어사전 참조). 그런데 이와 같이 ‘들거나 지니고 다닌다’는 의미를 가진 휴대에 왜 갑자기 ‘널리 이용’한다는 것까지 포함된다고 보는 것인지, 대법원의 판결에서는 아무런 단서도 찾아볼 수 없다. 어떠한 논증도 없이 ‘선언’하고 있을 뿐이다. 그러나 위에서 본, 대법원이 즐겨 사용하고 있는 형벌법규의 ‘엄격한’ 해석원칙을 구태여 거론하지 않더라도, 지니고 다닌다는 의미를 가진 휴대에 널리 이용한다는 의미가 당연히 포함된다고 해석하는 것은, 지나친 확장해석이거나 유추해석이어서 형사재판 뿐 아니라 민사나 행정사건의 재판에서도 허용될 수 없는 해석이다.

63) 대법원 1989. 12. 22. 선고 89도1570 판결.

64) ‘소화기’(대판 2010도930), ‘당구공’(대판 2007도9624), ‘당구큐대’(대판 2004도176) 등의 판결이 그러한 경우라고 할 수 있다.; 기존 대법원 판결에 대한 자세한 소개는, 김성환, “특수상해죄의 위험한 물건개념”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004, 266면; 박찬걸, 앞의 논문, 288면

65) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84도2001, 84감도319 판결부터 시작된 이 문구는 대법원 및 하급심 실무가 아무런 의문없이 받아들이는 것이 되어 있다.

66) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결; 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6535 판결; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결; 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결; 대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결; 대법원 2023. 1. 12. 선고 2019도16782 판결 등 다수.

법관이 헌법이 부여한 사법권을 올바르게, 즉 법률에 ‘의하여’ 행사한다고 하기 위해서는, 판결문에 자신이 수행한 ‘법발견’ 작업이 무엇이었는지 정치하게 녹아 들어 있어야 한다. 다시 말해 법을 해석하고 적용하는 법원으로서, 자의적인 판결에 이르러서는 안 된다. 법원에 의해 작성되는 “형사판결은 종이 위가 아니라 사람의 살갓에 쓰이는 것”(Gustav Radbruch)<sup>67)</sup>이기 때문에 더욱 그러하다. 그러므로 법원이 이러한 자의적 판단에 이르지 않기 위해서는, 학계는 물론이거니와 유사 사건을 접하게 된 다른 법관들이 비판적 검증활동을 할 수 있도록 자신이 그러한 결론에 이르게 된 과정을 판결문에 최대한 담을 것이 요구된다.<sup>68)</sup> 하지만 위험한 물건의 ‘휴대’에 관한 한, 대법원은 자신의 결론에 이르게 된 경위 등에 대하여 일언반구도 없다.<sup>69)</sup>

그러나 위험한 물건의 ‘휴대’에 관한 대법원의 태도는 형벌법규의 ‘문언’을 문언 그대로 보았을 때 도저히 도출되기 어려운 결론임은 자명하다.<sup>70)</sup>

아마도 대법원은, 차량이 비록 살상의 목적으로 제작된 것은 아니지만, 기계적 동력을 사용하는 자동차의 객관적 성질과 사용방법에 따라서는 사람을 크게 다치게 하거나 숨지게 할 수 있는 위험한 물건이고, 또한 과학기술의 발달과 더불어 새로이 출현한 다양한 위험물들이 범행의 수단으로 사용되고 그것이 피고인이 “휴대하여” 범한 위험물이 아닌 경우에도 위험성이 더 크게 증대하여 가중처벌할 형사정책적 필요성이 충분하며, “휴대하여”를 문언 그대로 해석할 경우에는 처벌의 공백이 발생하므로 그 입법적 흠결을 보완하기 위하여 위와 같이 선언한 것이 아닐까

67) 박은정 편역, 라드부르흐의 법철학, 문학과 지성사, 1989, 33-34면.

68) 법실무에 있어서도 1) 합리적으로 근거지워진 확립된 지식에 기반해야 하고, 2) 학문공동체에서 승인된 방법에 따라야 하며, 3) 비판적 검증이 가능하여야 하고, 4) 진리(객관성)가 추구되어야 한다. 김성돈, “법이해, 법발견 방법, 그리고 직권남용죄”, 형사법연구 제33권 제4호(2021), 146면.

69) 제시할 수 있는 어떠한 논거도 없었기 때문에 아무런 설명이나 논거 제시도 없이 그냥 선언적으로 적고 말았던 것은 아닐까?: 대법원이 논거제시 없이 단정적 결론에 이르렀다는 점에 대한 비판으로, 장영민, “유추금지과 목적론적 축소해석”, 형사판례연구(7), 박영사(1999), 4면 이하.

70) 같은 취지의 평가로, 신양균, “죄형법정주의에 관한 한국판례의 동향”, 동북아법연구 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2009), 444면; 최준혁, “위험한 물건을 휴대하여의 해석”, 경찰법연구 제8권 제1호, 한국경찰법학회(2010), 188면.

미루어 짐작해본다. 또한 독일형법의 제223조 a(위험한 상해)도 ‘위험한 도구’를 ‘사용하여’ 범한 경우를 가중처벌하고 있고, 독일의 학설과 판례가 자동차도 여기의 위험한 도구에 포함된다고 해석하고 있으므로, 우리법의 해석에 있어서도 독일법의 해석을 참조하여 자동차를 이용한 범죄를 가중처벌하는 것이 적절하다고 판단한 것은 아닐까 짐작해본다.<sup>71)</sup>

그러나 법발견자인 법원으로서의 처벌 필요성의 목소리가 크더라도, ‘법’에 의하여 판단했어야 한다. 비교법적인 해석론을 참고하더라도 독일 법률의 문언을 정확히 따져보았어야 한다(‘휴대하여’가 아닌 ‘사용하여’).<sup>72)</sup> 하지만 대법원은 이러한 법발견자로서의 기본적인 자세를 경시한 채 ‘휴대는 널리 이용하는 개념을 포함한다’라고 하는, 납득하기 어려운 결론에 이르고 말았다.

학계에서도 대법원의 태도를 긍정적으로 평가하는 입장이 없었던 것은 아니다. 예컨대 사회변화에 따라 ‘위험한 물건을 휴대하여’가 재정의된 사건으로 구체적 타당성을 갖춘 태도라는 평가도 있다.<sup>73)</sup> 하지만 어떤 법문과 관련하여, 현실과 규범의 공백을 메꾸기 위해 아무리 구체적 타당성을 추구한다고 하더라도, 법문이 설정하고 있는 테두리를 송두리째 무너뜨릴 수는 없다. 형벌법규의 해석에 있어서 이러한 테두리는 이른바 ‘문언의 가능한 의미’라고 표현되어 왔다. 그리고 여기서 휴대를 ‘널리 이용’하는 것으로 해석하는 것은 휴대가 가지는 문언의 가능한 의미를 한참을 초월한 것이다.

## 2. 문언의 가능한 의미, 판례 변경의 필요성

대법원은 다수 사건에서 해석의 한계로서 “가능한 문언의 의미 내”일 것을 요구해왔다.<sup>74)</sup> 여기서 가능한 문언의 ‘의미’란, 기본적으로 범문언

71) 같은 취지의 평가로, 강용현, “자동차를 이용한 폭행과 「위험한 물건의 휴대」”, 형사판례연구(7), 박영사(1999), 249면.

72) 독일형법 제223조 a 제1항은 ‘사용하여’라고 규정하고 있어 ‘휴대하여’라는 단어를 사용하고 있지 않다.

73) 한상훈, “쿤(T. Kuhn)의 과학적 방법론이 법학 방법론에 주는 의미-사회변화와 법적 삼단논법의 재구성”, 법철학연구 제22권 제1호, 한국법철학회(2019), 258면.

74) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2162 판결; 대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도10122 판결; 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결; 대법원 2023. 5. 18. 선고 2022도10961 판결 등 다수.

이 가진 통상적 의미, 특히 법문외한들도 알 수 있는 ‘일상적’ 의미를 말한다. 그리고 법관으로서는 단순히 자신이 살아온 삶의 경험에 반추하는 것을 넘어, 객관적으로 검증된 사전, 용례집과 같은 자료를 통해 법 문언의 일상적 의미가 무엇인지 진지하게 고찰할 필요가 있다.

그런데 ‘휴대’의 일상적 의미를 돌아보았을 때 과연 널리 이용한다고 하는 뜻이 들어갈 수 있을까?

과거 우리의 문헌 중 하나에서 지적<sup>75)</sup>한 것처럼 ‘사용-이용-휴대-소지’의 각 사전적 의미는 다음과 같이 구분된다.

- 사용(使用) : 일정한 목적이나 기능에 맞게 씀
- 이용(利用) : 대상을 필요에 따라 이롭게 씀
- 휴대(携帶) : 손에 들거나 몸에 지니고 다님
- 소지(所持) : 물건을 지니고 있는 일

위와 같이 국어사전만 찾아보더라도 휴대란 이용 개념과는 확연히 다름을 알 수 있다. 결국 휴대란 그 일상적 언어의 용법상 손에 들거나 몸에 지니고 다닐 수 있음을 의미하고, 또 그 객체는 ‘손에 들거나 몸에 지닐 수 있는’ 동산(動産)에 국한되어야 함을 알 수 있다. 대법원의 태도는 휴대가 가진 가능한 문언의 의미를 한참 벗어난 해석으로, 해석의 기본인 문리해석에 위배된다. “범인이 20톤 트럭을 휴대하고 피해자에게 상해를 가하였습니다.”라는 문장을 상식 있는 시민이 제대로 된 문장이라고 이해해 주기를 바랄 수는 없는 일이다. 휴대에는 널리 이용한다는 개념도 포함한다고 보는 대법원의 태도는 ‘독자적인 주장으로서 받아들일 수 없다.’

법원은 자신의 사명감만을 강조한 채, 삼권분립의 이념을 넘어, ‘입법부를 자처하는 법원’ 내지 ‘행정부를 자처하는 법원’으로 탈바꿈하는 경우가 있다. 그러나 법원은 법률에 대한 정당한 법발견 작업을 통해 얻어진 규범의 내용을 그 구체적 사안에 적용함으로써 심판해야 한다. 형사판결에서 법관의 법률구속성 원칙은 헌법상 요청이다. 그러므로 어떤 사명감 때문에 법에 ‘의하지 않은’ 채 피고인에게 불이익한 판결을 하는 것은 결코 허용될 수 없다. 만약 현행법에 의할 때 처단형의 범위가 만족

75) 최준혁, 앞의 논문, 179면.



스럽지 않거나 무죄판결을 하는 것이 꺼림칙하게 느껴지더라도, 그러한 문제는 입법자가 새로운 범죄구성요건을 창설할 것인가라고 하는 입법론으로 해결해야 하는 것일 뿐 법원의 무리한 해석론으로 해결할 문제는 아닌 것이다.

현행법상 규정된 휴대 개념에 대해 ‘널리 이용’한다는 의미를 포함하는 대법원의 기존 태도는, 법발견자로서의 법원, 특히나 최종적 해석권한을 가진 대법원의 태도를 통해 변경되어야 마땅하다. 대법원이 다수의 형사 사건에서 반복해서 보이고 있는 판시인, “형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다”<sup>76)</sup>는 부분이 단순한 기계적·형식적인 표현에 그치지 않기 위해서, 또 더 나아가 법규범의 해석이 아닌 ‘창설’에 이르러 사법부의 권한을 넘어버리는 우를 범하지 않기 위해서, 자동차와 결부된 여러 사건들에서 반복되고 있는 ‘휴대’개념에 대한 해석을 지금이라도 바꿀 필요가 있다.<sup>77)</sup>

### 3. 휴대하여에 대한 제한적 해석

필자는 ‘휴대하여’는 입법자가 가중적 구성요건을 엄격하고 제한적인 상황에서만 적용하기 위하여 추가한 문구라고 생각한다. 구체적인 상황에서 어떤 물건을 이용하여 상해를 가한 경우에는 그 결과발생의 정도에 따라서 상해죄나 중상해죄로, 치사의 결과가 발생한 경우에는 상해치사죄로 가중처벌하는 규정이 적용됨으로써 충분하다고 볼 수 있다. 그런데 입법자는 한두 차례의 가격만으로도 상대방에게 중상해나 치사의 결과발

76) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6535 판결; 대법원 2006. 10. 19. 선고 2004도7773 전원 합의체 판결 등 다수의 판결.

77) 입법론적으로는 독일형법 제177조와 같이 위험한 물건을 ‘지닌’ 경우(bei sich führt)와 ‘사용’(verwendet)한 경우를 나누고 있는 것을 참고할 수 있다. 또한 수십년 동안 반복되어 온 대법원 판결로 인하여 자동차를 이용한 폭력행위를 가중처벌하는 것으로 사실상 입법을 한 것과 마찬가지로 결과가 되었지만 지금이라도 판례를 변경하는 것은 그 자체로 큰 의미가 있다고 생각한다. 다만 반성적 고려로 이 부분 대법원 판결을 변경하되 동시에 자동차 부분에 대한 법률 개정을 통한 입법적인 해결을 같이 도모할 필요성이 검토되어야 할 것이다.

생이 가능할 정도의 흥기나 위험한 물건을 휴대하고 다니다가 이를 이용하여 범죄를 저지르는 행위의 행위반가치를 중시하여 이를 일반적인 행위로 인한 결과보다 중하게 처벌함으로써 그러한 행위를 예방, 억제하려는 의도로 특수상해죄의 가중적 구성요건을 규정한 것이라고 본다. 위험한 물건을 ‘이용한’ 모든 행위를 가중처벌하고자 한 것이 아니라는 말이다. 따라서 위험한 물건을 ‘사용하거나 휴대하여’로 개정해야 한다는 견해<sup>78)</sup>나 형법개정연구회가 2009년에 제시한 형법개정시안 중 형법상 ‘특수’가 붙은 구성요건에서 기존에 ‘휴대하여’로 되어 있던 구성요건을 ‘이용하여’로 변경하여 ‘흥기 기타 위험한 물건을 이용하여’로 모두 개정하는 것이 바람직하다는 의견은<sup>79)</sup> 위와 같은 입법자의 입법의도를 이해하지 못하고 만연히 가중처벌의 대상을 확대하는 것이어서 부당하다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 ‘휴대하여’는 판례의 해석처럼 ‘소지하거나(or) 널리 이용하여’가 아니라 ‘소지하고(and) 이를 사용하여’라는 의미로 해석하여야 한다.<sup>80)</sup> 휴대할 수 없는 물건<sup>81)</sup>은 위험성이 아무리 크다고 하더라도 특수상해죄의 구성요건에 해당하지 않고 이는 상해 결과의 중대성에 따라서 처벌하는 것으로 족하다. 또한 가중적 구성요건에 해당하기 위해서는 그 구성요건에 적시된 물건을 사용하여야 하는 것이지 단지 소지하고 있었다는 점만으로 가중적 구성요건을 충족한다고 해석할 것은 아니다.<sup>82)</sup>

78) 강용현, 앞의 논문, 255면

79) 형법개정연구회, 「형사법개정연구(IV); 형법각칙 개정안」, 한국형사정책연구원(2009), 633-673면

80) 특수범죄의 근본취지는 단순한 휴대 그 자체가 아니라 범행에 그 물건을 ‘이용’한다는 데 있다고 하는 지적으로, 이형국, “特殊暴行罪”, 고시계 제39권 제12호, 고시계사(1994), 157면.

81) 부동산이거나 고정되어 있는 동산 등이 그 예가 되겠다.

82) 위험한 물건을 사용할 의사가 있었으나 이를 사용하지 않았다면 이는 마치 당해 구성요건적 행위의 일부를 실행하지 아니하고 예비한 것에 불과하다고 이야기할 수 있을 것이다. 다만 위험한 물건을 상해행위에 직접 사용한 것이 아니더라도 위험한 물건을 피해자가 인식할 수 있는 상태로 두는 것만으로도 피해자의 저항을 제압할 가능성이 있는 것이므로 이는 위험한 물건을 사용한 것이라고 볼 수 있다.

#### IV. 나오며

지금까지 형법상 가중구성요건인 특수상해죄에서의 위험한 물건을 중심으로 크게 2가지의 쟁점을 살펴보았다.

우선, 대법원은 위험한 물건의 적용범위를 물건을 위험하게 사용하는 경우까지 확장하고 있는데 이러한 대법원의 해석방식은 문언에도 맞지 않을뿐만 아니라 가벌성을 부당하게 확장하는 매우 '위험한' 해석론이다. 특수상해죄에 있어서의 위험한 물건이란 그 물건을 이용하여 한두 차례의 가격을 하는 것만으로도 신체를 상해하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 할 정도의 피해를 일으킬 수 있는 물건이라고 보아야 한다. 이는 국어사전적 의미에서 보듯이 “그 물건의 객관적 성질과 사용 방법에 따라 몸을 ‘크게 다치게 하거나’ 숨지게 할 수 있는 물건”이라고도 할 수 있다. 그런데 현재 하급심 판결에서 위험한 물건으로 인정되고 있는 것 중 상당수는, ‘크게 다치게 할 가능성’이 아니라 ‘단순한 피해가능성’이나 ‘구체적인 사안에서 상해라는 위험성을 발생시킨 물건’에 불과하여 특수상해죄의 가중적 구성요건 요소인 ‘위험한 물건’으로 볼 수 없는 경우에 해당한다. 하급심과 대법원의 실무례는 잘못되었으므로 마땅히 변경되어야 한다.

다음, 대법원은 휴대에는 널리 이용한다는 뜻도 포함된다고 판시하여 자동차도 그 대상으로 삼음으로써 그 개념을 매우 넓게 확장시키고 있다. 그러나 이러한 해석은 형벌법규 문언의 의미를 넘은 확장해석 또는 유추해석으로 죄형법정주의에 정면으로 반하는 것이다. 이러한 판시는 대법원이 행한 자의적 해석을 은폐하려는 시도에 다름없다. 따라서 ‘자동차 운전’과 관련하여 특수상해죄의 문언을 개정하는 등의 입법론적 조치가 수반되지 않는 한 휴대개념은 이처럼 이용에까지 무단히 확장되어서는 안 된다. 휴대하여는 ‘소지하고 사용하여’라는 두가지 내용을 모두 포함하는 것으로 제한적으로 해석하는 것이 입법자의 입법의도에 부합하는 해석이다.

대법원의 입장에서는 이미 벌여놓은 판이 너무 크고 확고해서 이제와서 해석의 방향을 바꾸는 것은 심한 자기부정이자, 스스로 권위를 실추

시키는 것이어서 소위 '퇴로가 없는' 상황이라고 인식할 수도 있을 것 같다.<sup>83)</sup> 그러나 하급심 법원은 잘못된 대법원의 관례를 그대로 답습할 것이 아니라 이를 변경하기 위한 끊임없는 연구와 노력을 기울여야 한다. 법률문언은 해석의 한계로서 항상 존중되어야 하기 때문이다.<sup>84)</sup> 입법의 흠결이 있다고 여겨져 필요하다면 법률을 개정해야 할 일이다.<sup>85)</sup>

(논문투고일: 2023.12.4., 심사개시일: 2023.12.6., 게재확정일: 2023.12.27.)



### ▶ 노 수 환

위험한 물건, 휴대, 특수상해, 법해석, 죄형법정주의

83) 이 문장은 본 논문에 대한 심사평의 일부를 그대로 옮겨 적은 것이다. 춘철살인의 심사평을 작성해 주신 익명의 심사자분께 감사드린다.

84) 최준혁, 앞의 논문, 188면.

85) 예컨대 최근에 시행되고 있는 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률 제18조에서는 흉기 기타 위험한 물건을 '휴대하거나 이용하여' 스토킹범죄를 저지른 사람을 가중처벌하는 규정을 두고 있다.

### 【참 고 문 헌】

- 강용현, “자동차를 이용한 폭행과 「위험한 물건의 휴대」”, 형사판례연구(7), 박영사(1999).
- 김성돈, “법이해, 법발견 방법, 그리고 직권남용죄”, 형사법연구 제33권 제4호(2021).
- 김성환, “특수상해죄의 위험한 물건개념”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회(2004).
- 류부곤, “특수폭행죄의 해석에 있어 ‘위험한 물건’의 의미”, 형사판례연구[25], 박영사(2017).
- 문채규, “형법 제258조의2(특수상해)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제33권 제4호, 한국형사법학회(2021).
- 박경규, “법정형의 적정성 판단기준의 상세화 및 입법환경의 개선을 통한 고강도형벌정책 경향의 감소방안”, 형사정책 제31권 제1호, 한국형사정책학회(2019).
- 박찬걸, “‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여’의 개정방안”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원(2010).
- 송문호, “형법상 ‘위험한 물건’”, 법학연구 제42집, 전북대학교 법학연구소(2014).
- 신양균, “죄형법정주의에 관한 한국판례의 동향”, 동북아법연구 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2009).
- 이상돈, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석에서 법정책의 지평”, 고려대학교 판례연구 제6집, 고려대학교 법학연구소(1994).
- 이승준, “특수상해죄와 관련된 해석상 쟁점 검토 - 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결을 소재로-”, 법학논고 제82집, 경북대학교 법학연구원(2023).
- 이형국, “特殊暴行罪”, 고시계 제39권 제12호, 고시계사(1994).
- 장영민, “유추금지와 목적론적 축소해석”, 형사판례연구(7), 박영사(1999).
- 최준혁, “‘위험한 물건을 휴대하여’의 해석”, 경찰법연구 제8권 제1호, 한국경찰법학회(2010).

한상훈, “쿤(T. Kuhn)의 과학적 방법론이 법학 방법론에 주는 의미- 사회변화와 법적 삼단논법의 재구성”, 법철학연구 제22권 제1호, 한국법철학회(2019).

형법개정연구회, 「형사법개정연구(IV);형법각칙 개정안」, 한국형사정책연구원(2009).

---

**Abstract**

---

## The Meaning of Carrying a Dangerous Thing

Su Hwan, Roh

Since the statutory punishment for special bodily injury is very severe, more stringency is required in its interpretation and application. However, the Supreme Court has previously expanded the interpretation so that almost 'all items' can be dangerous things. In addition, as the concept of 'widely used' was included the concept of 'carrying', the above requirement of 'carrying' was also interpreted as violating the principle of legality. As a result, in the practice of the lower court, even cases of striking with a 'mobile phone' are being indicted and punished for special bodily injury. In this situation, this article sought to develop a valid interpretation of 'carrying dangerous thing'.

The key to its interpretation is to consider the reason for the aggravation of the crime of special bodily injury along with literary interpretation. The reason for the aggravation of the crime of special bodily injury is not the result of the damage, but the risk of the means or method. Therefore, a dangerous thing should be viewed as an thing that can 'significantly injure' or kill depending on its nature and method of use. The practice of the lower court and the Supreme Court is wrong and should be changed.

And the Supreme Court ruled that carrying includes the meaning of widespread use, so driving a car is also included here. This interpretation is an expanded interpretation or analogical interpretation that goes beyond the literal meaning of the text of the penal law, and is directly contrary to the principle of legality. Unless legislative measures are taken, such as revising the text of special bodily injury in relation to 'driving a car', the concept

of carrying should not be extended to such widespread use. Carrying should be interpreted in a limited way as including both contents of ‘possession and use’.



---

**Su Hwan, Roh**

Dangerous Thing, Carrying, Special Bodily Injury, Legal Interpretation, The Principle of Legality