



제428회 국회(임시회)
제1차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안 검 토 보 고

〈“휴대”의 의미 명확화〉

■ 한준호의원 대표발의(의안번호 제2207112호)

2025. 8.

법 제 사 법 위 원 회
수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	2

I. 제안경위

1. 발 의 자: 한준호의원 등 14인
2. 발 의 일: 2024. 12. 30.
3. 회 부 일: 2024. 12. 31.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법은 위험한 물건 또는 흉기를 ‘휴대’하여 폭행이나 상해를 한 사람에 대하여 가중처벌을 하도록 규정하고 있음.

그런데 ‘휴대’의 의미에 대하여 판례는 ‘소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함한다’고 판시하고 있으나, 법 문헌상 명확하지 않은 측면이 있고, 학설도 나뉘고 있어 가중처벌의 요건이 되는 ‘휴대’의 의미에 대하여 현행법에서 명확하게 규정할 필요가 있다는 의견이 제기되고 있음.

이에 ‘휴대’가 소지 또는 널리 이용하는 것을 포함함을 명시하여 국민의 법 이해도를 제고하고, 명확성을 강화하려는 것임(안 제258조의2제1항).

Ⅲ. 검토의견

개정안은 특수상해죄 등에 있어 위험한 물건을 “휴대”한다는 의미에 “소지 또는 널리 이용하는 것”을 포함하려는 내용임(안 제258조의2).

현행	개정안
제258조의2(특수상해) ① 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 <u>휴대</u> 하여 제257조 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.	제258조의2(특수상해) ① ----- ----- ----- <u>휴대(소지 또는 널리 이용하는 것을 포함한다. 이하 같다)</u> ----- ----- -----.
② · ③ (생략)	② · ③ (현행과 같음)

현행 형법 제258조의2(특수상해)는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 사람의 신체를 상해한 자에 대하여 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하고 있음.

이 때 “휴대하여”라는 구성요건은 특수상해뿐만 아니라 특수공무방해(제144조), 특수폭행(제261조), 특수체포·감금(제278조), 특수협박(제284조) 등에도 포함되고 있는바, 휴대한다는 것은 일반적으로 몸 또는 몸 가까이 에 소지하는 것으로 이해되고 있음.¹⁾

1) 대법원 1985. 10. 8. 85도1851, 대법원 1990. 11. 13. 선고 90도2170 판결 등.

그런데, 이와 관련하여 “자동차의 이용 또는 사용”도 위험한 물건을 “휴대하여” 폭행 또는 상해한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 학계의 견해 대립이 있어 왔음.

부정설은 문리적 해석에 충실하게 “휴대하여”의 의미를 소지, 즉 몸에 지니는 것을 의미한다고 제한적으로 해석하여, 사회통념상 휴대할 수 있는 물건으로 볼 수 없는 자동차의 이용·사용행위를 휴대로 보는 것은 유추해석이나 확장해석에 해당한다는 입장이고, 긍정설은 행위방법의 위험성으로 인하여 불법이 가중되는 법규정의 객관적 의미와 목적, 특별한 보호기능을 종합적으로 고려하여야 하므로 자동차의 조작행위도 위험한 물건의 휴대행위로 볼 수 있다고 해석함.²⁾

판례는 긍정설의 입장에서, 위험한 물건을 “휴대하여”라는 말은 “소지 뿐만 아니라 널리 이용”한다는 뜻도 포함하고 있다고 해석하여 자동차를 급회전하여 매달린 단속 경찰관을 떨어지게 한 경우,³⁾ 자동차 견인료 납부를 요구하면서 피고인 운전의 자동차 앞을 가로막는 피해자를 들이 받아 넘어지게 한 경우,⁴⁾ 피고인이 피해자와 운전 중 발생한 시비로

이와 달리 형법이 소지(제198조, 제205조, 제244조)와 휴대(제261조, 제278조, 제284조, 제331조)를 구별하여 사용하고 있으므로 양자를 같은 개념으로 볼 수 없고, 소지보다 휴대가 좁은 개념이라는 견해(김성돈, 배종대, 정성근/박광민)도 있음(노태악, “주석 형법 각칙(제6판)”, 한국사법행정학회, 2024 .8., p.276)

2) 노태악, “주석 형법 각칙(제6판)”, 한국사법행정학회, 2024 .8., p.277

3) [대법원 1984. 10. 23. 선고 84도2001,84감도319 판결] 형법 제144조 특수공무방해죄에 있어서의 “위험한 물건”이라 함은 흉기는 아니라고 하더라도 널리 사람의 생명·신체에 해를 가하는데 사용할 수 있는 일체의 물건을 포함한다고 풀이할 것이므로 본래 살상용·파괴용으로 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 물건”이라 할 것이며, 한편, 이러한 물건을 “휴대하여”라는 말은 소지 뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함하고 있다.

4) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도597 판결

다툼이 벌어진 직후 피해자가 계속하여 뒤따라온다고 보고 피해자에게 겁을 주기 위하여 자동차를 정차한 후 4~5m 후진하여 피해자의 자동차와 충돌한 경우⁵⁾등을 위험한 물건을 휴대하여 이루어진 범죄라고 보았음.

이에 개정안은 휴대의 의미를 소지뿐만 아니라 널리 이용하는 것을 포함한다고 명시하고 있는바, 위험한 물건의 휴대는 기본범죄보다 더욱 중하게 처벌되는 특수범죄의 구성요건이라는 점에서, 이를 명확하게 규정하려는 입법취지가 인정됨.

다만, 헌법재판소는 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제3조제1항⁶⁾ 중 “기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제257조 제1항(상해)의 죄를 범한 자”에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 문제된 사안에서, “휴대하여”라는 구성요건은 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 보았음.

그 사유로 대법원이 구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」의 해석에 있어 “자동차”를 이용한 범죄행위가 “휴대하여”의 구성요건에 해당한다고 보고 있을 뿐, 실제 구체적 사례에 있어서 “휴대하여”가 “널리 이용하여”와 동일한 개념이거나 이를 포괄하는 개념으로 보고 있다고 이해할 만큼 사례를 형성한 것은 아니라는 점을 들고 있음.⁷⁾

5) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결

6) 현행 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제3조제1항은 헌법재판소의 단순위헌 결정(2014헌바154, 2015. 9. 24.) 이후 삭제되었음(2016. 1. 6.).

구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(법률 제12896호) 제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중(多衆)의 위력(威力)으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조제1항 각 호에 규정된 죄를 범한 사람 또는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 사람은 제2조제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다.

② ~ ④ (생략)

7) [전원재판부 2005헌바14, 2006. 4. 27.] 청구인은 구 폭처법상 상해죄부분 중 ‘휴대하여’라는 구성요

이러한 점을 고려할 때, 개정안과 같이 “휴대하여”의 의미에 “널리 이용하는 것”을 포함하여 모든 경우에 적용할 경우, “자동차가 아닌 위험한 물건”을 이용하여 상해·폭행 등을 가한 경우도 모두 특수상해·특수폭행죄 등으로 의율될 것임.

따라서, 개정안에 따르면 특수상해·특수폭행죄 등의 처벌대상이 현재 보다 크게 확대될 수 있다는 점을 감안하여 논의할 필요가 있을 것임.

한편, 개정안은 제258조의2(특수상해)에서 “휴대”를 “휴대(소지 또는 널리 이용하는 것을 포함한다. 이하 같다)”로 개정하여, 제258조의2 이하에서 “휴대”를 구성요건으로 하고 있는 모든 범죄가 이에 해당하게 되는바, 개정안의 내용을 입법에 반영할 경우, 제144조⁸⁾에 규정된 특수공무방해죄 역시 “휴대”를 구성요건으로 하고 있다는 점, 판례가 특수공무방해죄 사안에서도 “휴대하여”의 의미를 밝힌 점⁹⁾ 등을 고려할 때,

건의 의미가 ‘소지’를 넘어서 ‘널리 이용하는’ 경우도 포함되는 것으로 해석되는 한도 내에서는 위헌이라고 주장한다. 그러나, 대법원은 구 폭처법의 해석에 있어 ‘자동차’를 이용한 범죄행위에 대하여 ‘휴대하여’의 구성요건에 해당한다고 보고 있을 뿐(대법원 1984. 10. 23. 선고 84도2001, 84감도319 판결, 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1313 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2002도919 판결, 대법원 2004. 2. 12. 선고 2003도6734 판결 등 참조), 실제 구체적인 사례에 있어서 ‘휴대하여’가 ‘널리 이용하는’와 동일한 개념이거나 이를 포괄하는 개념으로 보고 있는 것은 아니다(대법원 1985. 10. 8. 선고 85도1851 판결 등 참조). 즉 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우라고 할 수 없다. 그리고 ‘휴대’의 개념을 단순히 소지만을 의미하는 것으로 본다면 이는 지나친 문리해석에 치중한 해석으로서 폭처법의 제정목적이나 위험한 물건의 다양성 등, 현재의 의미와 규율목적을 제대로 포섭하지 못하게 된다. 따라서 ‘휴대하여’의 의미는 단순히 집어서 들고 다니는 것이 아니라 범행에 피고인이 지배가능(또는 통제가능)한 물건을 몸에 지니고 이용하는 경우를 의미하는 것으로서, 순전히 사람의 힘으로만 이동이 가능한 물건은 물론이고 다른 기계장치나 연료의 힘을 빌려 이동가능한 것도 포함된다고 봄이 타당하다. 이러한 해석이 ‘휴대하여’에 대한 보통의 문언적 의미해석 보다 넓지만 그 문언의 가능한 의미 내에서의 해석이라고 할 것이다. 따라서 ‘휴대하여’라는 구성요건 역시 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

- 8) 「형법」 제144조(특수공무방해) ①단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제136조, 제138조와 제140조 내지 전조의 죄를 범한 때에는 각조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.
② 제1항의 죄를 범하여 공무원을 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제144조의 “휴대” 에도 “소지 또는 널리 이용하는 것”을 포함할 필요성이 있는지도 논의할 필요가 있음.

〈 현행법상 “휴대하여” 를 구성요건으로 하고 있는 특수범죄 〉

조문	죄명	법정형
제144조	특수공무방해	각 조*에 정한 형의 2분의1까지 가중 *(제136조) 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 (제138조) 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금 (제140조) 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금
제258조의2	특수상해	1년 이상 10년 이하의 징역
제261조	특수폭행	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 * 10년 이하의 자격정지 병과 가능
제278조	특수체포 · 감금	그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중 * 10년 이하의 자격정지 병과 가능
제284조	특수협박	7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
제320조	특수주거침입	5년 이하의 징역
제324조	특수강요	10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
제331조	특수절도	1년 이상 10년 이하의 징역
제334조	특수강도	무기 또는 5년 이상의 징역
제350조의2	특수공갈	1년 이상 15년 이하의 징역
제369조	특수손괴	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금

9) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84도2001,84감도319 판결, 각주2 참고

문 의 처
02)6788-5053