

추상적 위험범에 대한 비판적 검토

송진경*

《차 례》

- | | |
|--|--|
| I. 문제의 제기 | 2. 침해범으로서의 규율 원칙 |
| II. 죄형법정주의의 관점에서 추상적 위험범에 대한 재검토 | 3. 이른바 추상적 위험범으로 해석되는 한국 형법 조문과 독일 형법 조문의 비교 |
| 1. 명확성의 원칙에 대한 위배 | 4. 추상적 위험범에서 행위자의 위험에 대한 인식불요에 대한 재검토 |
| 2. 피고인에게 불리한 유추해석 및 처벌범위의 확대 | IV. 위험사회와 위험형법의 특성으로서 추상적 위험범에 대한 비판적 검토 |
| III. 법 해석의 기본원칙의 차원에서 추상적 위험범에 대한 비판적 검토 | V. 결 론 |
| 1. 해석의 제1기본원칙으로서 문언 해석 | |

I. 문제의 제기

형법상 범죄의 종류를 구별하는 하나의 방법으로서 침해범과 위험범이 있으며, 어떤 범죄가 침해범인지 위험범인지 하는 구별은 해석에 맡겨지고 있

* 동아대학교 법학연구소 전임연구원, 법학박사.

다. 그 구별기준으로서는 ‘행위객체’의 훼손 혹은 현실적인 가치상실 여부를 들기도 하고, ‘보호법익’의 현실적인 침해 여부를 말하기도 한다.

“범죄는 당해 행위객체의 침해 정도에 따라 침해범(Verletzungsdelikte)과 위험범(Gefährungsdelikte)으로 구별된다. 침해범의 구성요건에 해당하려면 문제되는 행위객체(Handlungsobject)의 훼손 즉 현실적인 가치상실(예컨대 살인, 상해, 물건의 손괴 등)이 있어야 한다.

이에 반해 위험범은 구성요건에 전제된 보호객체(Schutzobject)에 대한 위협한 상태의 야기가 있는 것으로 충분하다.”¹⁾

“침해범과 위험범 ... 이는 보호법익에 대한 보호의 정도에 따른 구별이다. 침해범은 보호법익이 침해되어야 기수가 되는 범죄로서 살인죄, 상해죄, 사기죄, 강도죄 등을 예로 들 수 있다. 위험범 혹은 위태범은 보호법익이 침해되지 않고, 보호법익을 침해할 위험만 발생시키면 기수가 되는 범죄이다.”²⁾

침해범은 보호법익이 현실적으로 침해되어야 기수가 되는 범죄임에 반해, 위험범은 보호법익이 침해될 위험이 발생하면 기수가 되는 범죄이다. 위험범은 다시 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 나누어진다. 구체적 위험범은 법익침해에 대한 구체적·현실적 위험이 발생할 것을 요하는 범죄이고, 추상적 위험범은 구체적·현실적 위험이 아닌 일반적인 위험이 있으면 구성요건이 충족되는 범죄이다. 구체적 위험범의 성립을 제한하기 위해 형법전(刑法典)은 법 문언에 ‘위험을 발생하게 한 자’라고 명시함으로써 ‘구체적 위험의 발생’을 전제로 하는 요건을 부과하고 있다. 그러나 추상적 위험범은 어느 범죄가 추상적 위험범인지를 명확히 보여주는 구성요건상의 표시가 없고, 다만 해석에 의하여 결정되고 있다.

그런데 어느 범죄를 추상적 위험범으로서의 성격을 가진다고 해석하게 되

1) Wessels·Beulke, Strafrecht AT(37. Aufl.), C.F.Müller, 2007, S. 8. 26-27f. 행위객체(Handlungsobject)는 구성요건에 기술되어 있는 범죄행위의 직접 대상이 되는 공격객체로서, 감각적으로 지각할 수 있는 물적 대상이다. 이에 비해 보호객체(Schutzobject)는 구성요건이 보호하는 추상화된 가치인 법익을 말한다(배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 192면 참조). 따라서 엄밀한 의미에서 행위객체(Handlungsobject)와 보호객체(Schutzobject) 즉 보호법익은 구별된다.

2) 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2009, 90면.

면, 당해 범죄의 기수 여부를 판단함에 있어서 법관의 판단기준을 완화할 뿐만 아니라, 나아가서 범죄의 기수시기를 앞당기게 된다. 그러므로 추상적 위험범은 해석론에 따라서 형법에 의한 처벌범위의 확대를 가져오게 되고, 따라서 이는 피고인에게 불리한 유추해석으로 죄형법정주의에 위배될 소지가 적지 않다.³⁾

그러므로 이하에서는 죄형법정주의의 관점에서 형법해석의 제1원칙인 문언해석을 포함한 기본원리에 대한 위반을 비롯하여 이른바 추상적 위험범이 가진 문제점에 대해 재검토하고자 한다.

II. 죄형법정주의의 관점에서 추상적 위험범에 대한 재검토

1. 명확성의 원칙에 대한 위배

죄형법정주의 원칙의 세부원리인 명확성의 원칙에 따르면, 형법은 어떠한 행위를 금지하거나 혹은 요구하는지에 대해 법의 수명자인 일반인의 관점에서 명확히 알 수 있도록 규정되어야 한다. 어떠한 행위를 금지하는 경우 해당 행위를 금지하는 정도에 대해서도 명확히 알 수 있어야 할 것이다.

구체적 위험범은 ‘위험을 발생하게 한 자’라는 문언을 두고 있으므로 해당 행위를 어느 정도로 금지하고 있는지를 일반인이 확인할 수 있다. 그런데 추상적 위험범으로 지목되는 규정에는 추상적 위험범으로서의 성격을 드러내는 명확한 표지가 없기 때문에, 일반인의 입장에서는 해당 범죄가 추상적 위험범인지 여부를 범조문에서 바로 확인할 방법이 없다.

구성요건의 명확성의 정도는 개별 범죄에 부과되는 ‘형벌’이 중할수록 더욱 엄격히 요구된다.⁴⁾ 이른바 추상적 위험범으로서 거론되는 현주건조물방화죄

3) 같은 취지에서 위험사회에서 예방적 관점의 규제는 개인에게 부여된 고유한 자유영역의 축소를 가져오고, 전통적 책임주의가 효율성에 의해 변질되는 문제를 가져오며, 형법의 최후수단성에 반할 우려가 있다는 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 『비교형사법연구』 제5권 2호, 한국비교형사법학회, 2003, 5면 및 10면; 김재윤, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 1호, 한국비교형사법학회, 2005, 46~48면.

4) 임용, “형법상 명확성의 원칙”, 『성균관법학』 제16권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004.6.

(제164조 제1항) 및 공용건조물방화죄(제165조)의 법정형은 ‘무기 또는 3년 이상의 징역’이고, 구체적 위협범으로 거론되는 자기소유건조물방화죄(제166조 2항)는 ‘7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’, 일반물건방화죄(제167조)는 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’에 처하도록 규정하고 있어, 추상적 위협범의 법정형이 구체적 위협범의 법정형보다 상대적으로 무겁게 규정되어 있음을 알 수 있다. 그렇다면 이른바 추상적 위협범으로 거론되는 범죄의 구성요건은 구체적 위협범의 구성요건표지 보다 더욱 명확하게 ‘내용이 치밀하고 자세’하여 ‘정확한 윤곽’⁵⁾이 드러나도록 규정되어야 할 것이다.

추상적 위협범	구체적 위협범
<p>제164조 (현주건조물등에의 방화) ①불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제165조 (공용건조물등에의 방화) 불을 놓아 공용 또는 공익에 공하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제166조 (일반건조물등에의 방화) ①불을 놓아 전2조에 기재한 이외의 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>제166조 ② 자기 소유에 속하는 제1항의 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제167조 (일반물건에의 방화) ①불을 놓아 전3조에 기재한 이외의 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>②제1항의 물건이 자기의 소유에 속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.</p>

486면 참조.

5) 명확성의 원칙에서 ‘명확함’(bestimmt)이란 ‘단순해서 명료’하다든가 ‘본질적이어서 명백’하다는 의미가 아니고, ‘내용이 치밀·자세함’ 내지 ‘정확히 윤곽지워짐’(genauumrissen)을 뜻한다(임용, 앞의 논문, 481면 각주 1) 참조).

한편 ‘일반적 위험을 야기한 때’ 등의 기술이 없더라도 해당 법규에 대한 목적론적 해석이나 체계적 해석을 통해 추상적 위험범인지 여부를 판단할 수 있지 않을까하는 의문이 충분히 제기될 수 있다. 하지만 목적론적 해석이나 체계적 해석을 함에 있어서도 해당 법규범의 언어가 가지는 의미의 한계를 넘어설 수는 없다고 할 것이다.⁶⁾ 대법원도 어디까지나 ‘법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한’에서 ‘법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석’을 가미할 수 있음을 판시한 바 있다.⁷⁾

2. 피고인에게 불리한 유추해석 : 처벌범위의 확대 및 처벌정도의 가중

죄형법정주의에 따르면 피고인에게 불리한 유추해석은 금지된다. 그런데 어떤 보호법익을 침해범으로 보호하는 것에 비해 두텁게 보호하기 위하여 구체적 위험범으로 규율하고자 할 때 ‘위험을 발생하게 한 자’라고 하는 표지를 둔 것은 구체적 위험범으로서의 규율을 신중히 하고자 하는 입법자의 사상이 전제되었을 것으로 여겨진다. 왜냐하면 현실적·실질적으로 보호법익이 침해되었을 때 해당 범죄가 기수범이 된다고 판단하는 것과 비교할 때, 보호법익에 대한 현실적인 침해가 아직 없다고 하더라도 보호법익을 침해할 위험성만 있다면 기수범이 된다고 하는 것은 범죄의 기수시기를 앞당기는 결과를 가져올 것이기 때문이다. 형법은 기수범을 원칙적으로 처벌하고 미수범은 처벌규정이 있는 때 한하여 예외적으로 처벌하며 처벌하는 경우에도 기수범 보다 형을 감경할 수 있다는 점에 비추어 보면, 해석에 의하여 어떠한 범죄를 추상적 위험범으로 인정하는 것은 기수시기를 앞당기는 것이 되고 결과적으로 처벌범위를 확대하고 처벌의 정도를 가중하는 것이 된다.⁸⁾

6) K. Larenz · C. Canaris/허일태(譯), 법학방법론, 부산: 세종출판사, 2000, 246면 및 박영규, “규정의 목적과 해석”, 『서울법학』 제15권 2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2008.2, 57면 참조.

7) 대법원은 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결에서 “형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되지만, 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결 등 참조).” 강조는 본 논문에서 한 것임.

8) 같은 취지의 지적으로 “추상적 위험범은 법익침해의 전단계를 범죄화하는 것이라고 할 수 있다.

예컨대 대법원은 일반교통방해죄를 이른바 추상적 위험범의 하나로 파악하여 ‘교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태’가 발생하면 기수가 되고, ‘교통방해의 결과가 **현실적으로** 발생하여야’ 기수가 되는 것은 아니라고 판시하였다.⁹⁾

대법원은 현주건조물방화죄의 기수 시기에 대해서도 이른바 독립연소설을 취하여 ‘독립연소시에 공공의 위험이 발생할 수 있으므로 기수가 된다’는 견지에 있다.¹⁰⁾

위와 같이 어떠한 범죄를 추상적 위험범으로 해석하게 되면 구체적 위험범이나 침해범으로 볼 경우에 비해 기수 시기를 앞당기게 됨으로써 결론적으로 기수범으로서 처벌되는 범위를 넓히게 되고, 미수범의 처벌은 기수범보다 감경할 수 있다는 측면에서 미수범보다 중하게 처벌되게 되어 처벌의 정도 역시 엄격하게 된다. 침해범, 구체적 위험범, 추상적 위험범의 기수 시기와 처벌의 정도를 시각적으로 나타내어보면 아래와 같다.

그만큼 가벌성의 영역이 확대되기 때문에 범치국가적으로 많은 문제점을 안고 있다(배종대, 형법 총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 192면.) 및 “추상적 위험범은 당해 행위가 경험법칙상 법익침해의 일반적 위험만 있으면 성립하므로 검사는 구체적 사건에서 위험성을 입증해야 할 필요가 없고, 법의 침해의 전단계를 범죄화하므로 가벌성의 영역이 확대될 위험이 있다(김인선, “추상적 위험범의 처벌근거에 대한 법리적 고찰”, 『무등춘추』 제7호, 광주지방변호사회, 2002.11, 160면).”

9) 대법원은 2007. 12. 14. 선고 2006도4662 판결에서 “형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반 대중의 교통안전을 그 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 하고 있고 (대법원 1995. 9. 15. 선고 95도1475 판결 등 참조), 또한 일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도7545 판결 참조).”라고 하였다.

10) 대법원은 1970. 3. 24. 선고, 70도330 판결에서 “방화죄는 화력이 매개물을 떠나 스스로 연소할 수 있는 상태에 이르렀을 때에 기수가 되고 반드시 목적물의 중요부분이 소실하여 그 본래의 효용을 상실한 때야만 기수가 되는 것이 아니라고 할 것이므로”라고 판시하였다. 이 외에도 그 외에도 대법원 1961. 5. 15. 선고 61형상89 판결; 대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결 【살인·현주건조물등에의방화·군무이탈】(집31-1, 형21;공1983, 463); 대법원 2007. 3. 16. 선고 2006도9164 판결 【성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(강간등살인)·현주건조물방화·사체손괴】(미간행) 등 참조.

침해범	음모·예비 - 실행의 착수 - [미수]	[기수] 보호법익에 대한 현실적 침해
구체적 위험범	음모·예비 - 실행의 착수 - [미수]	[기수] 보호법익이 침해될 수 있는 구체적·현실적 위험의 발생
추상적 위험범	음모·예비-실행의 착수 - [미수]	[기수] 보호법익에 대한 일반적인 위험

그렇다면 보호법익에 대한 일반적인 위험이 있다면 그로써 기수에 이른다고 하는 이른바 추상적 위험범에서 일반적인 위험이 의미하는 것은 과연 무엇인지 의문일 수 있다.

“현주건조물방화죄에 법익침해의 위험성을 명시하지 않은 것은 불을 놓는 행위 등이 있으면 바로 불특정 또는 다수인의 생명, 신체, 재산권 등에 침해의 위험성이 발생하는 것으로 입법자가 처음부터 인정하였기 때문이다. 그리하여 현주건조물방화죄는 추상적 위험범으로 분류된다.”¹¹⁾

그런데 위의 현주건조물방화죄의 예에서 보듯이 불을 놓는 ‘행위’ 그 자체만 있으면 보호법익에 대한 ‘일반적인 위험’¹²⁾이 발생한다고 볼 여지가 있다. 따라서 추상적 위험범은 “일종의 순수한 거동범의 성격을 갖는다.”¹³⁾고 하거

11) 신동운, 형법총론(제4판), 법문사, 2009, 129면.
 12) 일반적인 위험이란 경험(Erfahrung)상 알 수 있는 것이라고 한다(H. Schröder, “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, ZStW 81. Band Heft 1, 1969, S. 15. 참조). “추상적 위험범에서 위험의 발생은 객관적 구성요건요소가 아니다. 당해 행위가 경험법칙상 위험을 야기할 수 있는 일반적인 경향을 갖고 있기만 하면 된다.(김일수·서보학, 새로운 형법총론 [제11판], 박영사, 2006, 144면)” 혹은 “추상적 위험범[은] ... 해당 행위가 경험법칙상 법익침해의 일반적 위험만 있으면 성립[한다.](배종대, 형법총론 [제9개정판], 박영사, 2008, 192면)”는 서술 등도 같은 맥락이라고 여겨진다.
 13) 김일수·서보학, 새로운 형법총론[제11판], 박영사, 2006, 144면. 특히 이 견해는 현주건조물방화죄를 비롯한 방화죄의 구성요건요소로서 규정되어 있는 ‘소해’의 의미에 대해 행위의 결과가 아니라 ‘제2행위’로 파악하고 있다(김일수·서보학, 새로운 형법각론 [제7판], 박영사, 2007, 579면). 그 외에도 “추상적 위험범과 거동범의 구별은 쉽지 않다(손동권, 형법총론[제2개정판], 율곡출판사, 2005, 68면).”고 설명하기도 한다. 추상적 위험범은 “결과범이 아닌 거동범이므로 행위와 결과 사이의 인과관계를 검토할 필요도 없게 된다.”고 보는 입장(임웅, 형법총론[개정판 제2중보], 법문사, 2008, 85~86면). 반면 “추상적 위험범 중에는 거동범이 많지만, 모든 추상적 위험범이 거동범은 아니다. ... 추상적 위험범 중에는 거동범뿐만 아니라 결과범도 있다.”라고 하는 입장(오영근, 형법총론[제2판], 박영사, 2009, 91면)도 있다.

나 “구성요건실행행위만 있으면 일반적 위험이 인정된다.”¹⁴⁾고 설명하기도 한다. 즉 이러한 견해는 ‘불을 놓는 행위’는 곧 ‘일반적으로 위험한 행위’이고 따라서 ‘현주건조물방화죄의 기수’이며, ‘불을 놓는 행위’만 있으면 ‘일반적·추상적 위험’이 있는 것으로 긍정되므로 ‘위험발생’이라는 구체적·현실적인 결과가 있는가 여부를 따질 필요가 없고 따라서 결과범에서만 문제되는 인과관계는 거동범의 성격을 가지는 추상적 위험범에서는 논의할 여지가 없다는 것이다.

그러나 이때 보호법익에 대한 일반적인 위험이란 엄밀한 의미에서 ‘공공의 위험’으로 단순히 불을 놓는 ‘행위’ 그 자체의 위험과는 구별되어야 할 것으로 보인다. 하지만 대법원의 입장처럼 현주건조물방화죄를 공공의 위험죄의 성격을 가진 이른바 추상적 위험범으로 파악하고 독립연소가 가능하게 되면 기수가 된다고 하게 되면, 해당 범죄의 기수 즉 현주건조물의 독립적인 연소 단계에서 ‘공공의 위험’ 역시 있는 것으로 간주하게 되는 결과를 초래한다.

Ⅲ. 법 해석의 기본원칙의 차원에서 추상적 위험범에 대한 비판적 검토

1. 해석의 제1기본원칙으로서 문언해석

해석의 가장 기본은 문언해석이고 해당 단어가 가진 어의(語義)의 최대한의 범위를 넘어서는 해석은 허용되지 않는다. 그렇다면 추상적 위험범의 하나로써 취급되는 방화죄의 경우를 구체적으로 검토하여 과연 추상적 위험범의 해석에서 해당 법문이 문언해석의 원칙이 지켜지고 있는지 살펴보기로 한다.

1953년 형법 제정 직후의 문헌은 방화죄에서 행위태양인 소훼(燒毀)와 舊형법상 소훼(燒燬)의 차이를 다음과 같이 설명하고 있다.

14) 정성근·박광민, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008, 77면.

방화죄는 불을 놓거나 혹은 과실로서 건물 기타 일정한 물건을 燒毀(舊 형법은 燒燬라고 하였으나 신 형법은 燒毀라 하였으므로¹⁵⁾ 이하 판례에도 전부 燒毀라고 기재하기로 하였다)하는 것을 내용으로 하는 범죄이며 개인 재산을 침해하는 범죄인 것보다도 더 많은 공공의 위험을 발생시키는 점을 형법은 중시하여 이것을 공공위험죄의 일종으로 한 것이다. 이 공공위험죄는 사회의 일반적 안전을 위태롭게 하는 것 즉 공공의 위험을 생(生)하게 하는 것을 내용으로 하는 범죄이며 일수(溢水)와 수리(水利)에 관한 죄, 교통방해죄, 음료수(飲料水)에 관한 죄 등이 이것에 속한다. 공공위험죄에 있어서는 공공위험의 발생을 구성요건의 내용으로서 특별히 규정한 것(예를 들면 형법 제166조 2항, 제167조, 제170조 2항, 제173조, 제179조 제2항, 제181조 등)과 그렇지 않은 것(예를 들면 제164조 등)이 있다. 전자를 보통 구체적 위태범(危殆犯)이라 하고 후자를 추상적 위태범 혹은 일반적 위태범이라고 한다. 이 일반적 위태범이라 함은 일정의 구성요건의 내용을 실현하는 것을 항상 추상적으로 위험이 있다고 하는 것이다. 따라서 일반적 위태범에 있어서는 공공위험은 입법이유에 불과하다.¹⁶⁾

위의 설명에 따르면 舊 형법의 燒燬를 신 형법에서는 공공위험죄로 규율하기로 하고 燒毀로 변경하였다고 한다. 1953년 제정 형법 당시에 한국은 겨우 일제 식민지에서 벗어나자마자 6.25 전쟁을 겪었기에 사회 전반적인 인적·물적 기반이 마련되어 있지 않은 상황이었다. 반면 우리말로 된 법전의 편찬은 시급하였고 우리 입법자는 일단 특정한 입법례를 기본으로 하되 각국의 최근의 개정안 및 학설로 다투어지는 부분들을 가능하면 명문화하여 해결하고자 하였다. 제정 형법의 모델이 된 특정 입법례는 다름 아닌 일본개정형법가안이었다.¹⁷⁾

그러므로 일본개정형법가안 단계에서의 현주건조물방화죄와 관련한 논의를 燒燬를 燒毀로 변경하게 된 배경에 대한 이해 차원에서 살펴보고자 한다. 1939년 5월 13일 일본 형법 및 감옥법개정조사위원회는 제20회 회의에서 방화 및 실화의 죄 등을 검토하고 있다. 그 회의 당시의 관련조문과 논의를 옮겨보면 아래와 같다.

15) 여기에서 舊 형법은 의용형법을 의미하고, 新 형법은 1953년 제정된 현행 형법을 말한다.

16) 강서용, 신형법요의(제4판), 법계신보사, 1956, 229~230면.

17) 신동운, “제정형법의 성립경위”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003.12, 13~14면; 신동운, “가인 김병로 선생과 법전편찬” -형법과 형사소송법을 중심으로-, 『법학연구』 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007, 19~20면.

제16장 방화와 실화의 죄

제225조 불을 놓아 현재 사람이 주거에 사용 또는 사람이 현재(現在)하는 건조물, 기차, 전차, 선박 또는 광갱을 소훼(燒毀)한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 사람을 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 6년 이상의 징역에 처한다.¹⁸⁾

마키노 [에이이치]: 소훼(燒毀)라고 하는 글자로 특히 개정된 것은 어떠한 까닭입니까.

모토지 [신쿠마]: 본장 중에 주의를 요하는 것은 소훼(燒毀)라는 문자입니다. 처음 제225조는 “사람이 현재(現在)하는 건조물, 기차, 전차, 선박 또는 광갱을 소훼(燒毀)한 자”라고 하고, 그 후에 소훼(燒毀)라는 단어가 계속 나오고 있는데, 이러한 경우에 “毀”라는 글자가 있습니다. 이는 현행법에서는 火扇에 대응합니다. 이때 소훼(燒燬)라고 하는 한 단어의 의미를 두고 학자 간에 있어서 학설상 특히 논쟁이 있습니다. 소위 독립연소의 정도에 이르면 그 목적물이 어느 정도까지 손괴되었는가에 관계없이 소훼(燒燬)의 기수라고 여기는 학설, 이에 대해 물건의 상당한 효용을 해하는 정도까지에 이르지 않으면 건조물을 소훼(燒燬)한 것으로 볼 수 없다는 2설이 있는데, 제1설의 관점에서 보면 일부가 타거나 혹은 타는 정도까지 이르지 않더라도 가만히 놔두면 전부 연소되어 버리는 정도까지 화력이 도달한 경우라면 기수라고 할 것이며, 제2설의 관점에서 본다면 그 건물 등의 효용에 영향이 없다면 소훼(燒燬)의 기수가 아니라, 미수라고 할 것입니다. 판례는 생각건대 제1설 소위 독립연소설을 채용하고 있습니다. 하지만 이 방화죄에 관해서는 특히 중한 범죄로서 사형까지 처할 수 있도록 하고 있기에, 그 점에 다소 완화하는 편이 좋지 않을까 하여 제2설에 가까운 규정을 설치하려는 의견도 기초 위원 중에 언급이 있었으나, 이 현행법의 소훼(燒燬)를 훼(燬)자의 불(火)에 관한 편(扁)을 떼어 훼(毀)라고 한다면, 손괴라고 하는 정도에 이르지 않고 독립연소라고 하는 것만으로 기수라고 하는 해석도 나올 수 없지 않을까 하여 이 문자로 개정한다고 하는 정도로 다소 그 해석상 미묘한 구별이 있어, 현행의 해석에서 조금 완화된 해석이 나타날 것으로 기대하여 그 문자로 개정하였다는 경과를 말씀 드립니다.¹⁹⁾

요컨대 일본에서 燒“燬”를 燒“毀”로 개정하려는 것은 燬와 毀라는 문자의

18) 法務大臣官房調査課, 法務資料 別冊 第23号 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 1957, 320면.

19) 法務大臣官房調査課, 위의 책, 324면.

미묘한 차이에 착안한 것으로서 毀로 개정할 경우 燬에 비해 독립연소의 단계에 이르면 기수라고 하는 완화된 해석을 기대할 수 있다는 의도에서 출발한 것이라고 한다. 일본개정형법가안은 문자 그대로 일본에서는 가안(假案)의 단계에 머물러 실제 법률로서 시행되지 않고 사장(死藏)되었다.²⁰⁾ 그러나 일본개정형법가안은 한국에서는 1953년 제정 형법의 성안과정에서 모델이 되어 현주건조물방화죄를 비롯한 일련의 방화죄에 대한 조문에서 소훼(燒毀)라는 결과발생을 규정하여 시행하게 되었다.

그런데 실제 우리의 보편적인 언어 관념을 확인하는 차원에서 국립국어원의 표준국어대사전을 살펴보면 ‘소훼’란 “불에 타서 없어짐. 또는 불에 태워 없앴.”을 뜻한다고 하며, 해당 한자의 표기도 燒燬로 되어 있지 燒毀가 아니다.

아울러 燒燬, 燒毀에서 공통되는 ‘燒’는 ‘불태우다’라는 의미이고, 구 형법상 ‘燬’는 ‘불꽃’·‘화염’, 신 형법상 ‘毀’는 ‘헐다’·‘부수다’라는 뜻이다. 따라서 구 형법의 燒燬는 ‘화염으로 불태우다’, 신 형법의 燒毀는 ‘불태워 파괴하다’라는 의미가 된다. 판례는 현주건조물방화죄에서 ‘燒毀’라는 결과의 발생 시기에 대해 ‘독립연소설’을 취하여 방화죄는 화력이 매개물을 떠나 스스로 연소할 수 있는 상태에 이르면 기수가 된다고 보아 아래와 같이 판시하고 있다.

“형법 제164조 전단의 현주건조물예의 방화죄 … [에]서 공공에 대한 위험은 구체적으로 그 결과가 발생됨을 요하지 아니하는 것이고 이미 현주건조물예의 점화가 독립연소의 정도에 이르면 동 죄는 기수에 이르러 완료되는 것”²¹⁾

20) 따라서 여전히 일본 형법은 제108조 현주건조물방화죄에서 소훼(燒燬)의 결과발생을 요하고 있었으나 1995년 개정된 현행 조문에서는 소손(燒損)으로 수정하였다. 소훼(燒燬)에서 소손(燒損)으로의 수정은 자구(字句)변경에 불과한 것으로 평가(大塚 仁, 大コンメンタル刑法[第2版] 第7卷, 青林書院, 2005, 21면)된다. 불을 놓는 행위(실행의 착수)를 지나 어느 정도 행위 객체가 손상되었을 때 소훼(燒燬) 또는 소손(燒損)의 결과가 발생한 것으로서 기수범의 책임을 물을 수 있을 것인가에 대해서는 여전히 독립연소설, 효용상실설, 중요부분연소개시설, 일부손괴설로 학설이 나뉘고 있다(大塚 仁, 위의 책, 21~24면 참조).

21) 대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결 【살인·현주건조물등예의방화·군무이탈】(집31-1, 형21; 공1983, 463) 이외에도 대법원 1970. 3. 24. 선고 70도330 판결 【존속협박, 존속상해, 재물손괴, 현주건조물방화, 절도, 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반】(집18-1, 형61); 대법원 2007. 3. 16. 선고 2006도9164 판결 【성폭력범죄의 처벌및 피해자보호등에 관한 법률위반(강간등살인)·현주건조물방화·사체손괴】(공보불게재) 등

위와 같은 판례의 태도를 선해(善解)하자면 舊 형법상 燒燬²²⁾를 燒毀²³⁾로 변경함으로써 해당 범죄의 성격을 침해범에서 추상적 위험범으로 규율하고자 하는 입법자의 의도를 감안한 것으로 볼 수 있고, 따라서 연혁적인 차원에서 무의미한 것은 아니다. 입법자의 입법의도는 ‘불을 놓아 불꽃이 일어나면 소훼(燒毀)라는 구성요건표지를 충족하였다고 보려는데 있었을 수도 있으나, 우리의 통상적인 언어 관념은 “불에 타서 없어짐”을 뜻하는 소훼(燒燬)를 기본으로 형성되어 있다. 조문(條文)의 해석은 문언의 의미를 기본으로 하고, 법률 용어는 일상적 언어관용과 지나치게 동떨어져서는 아니 된다.²²⁾ 왜냐하면 법규범은 재판관에게 있어서 법적 판단의 기준이 되는 재판규범이기도 하지만, 그에 앞서 수범자인 일반국민에게 있어서 행위의 준칙이 되는 행위규범이기도 때문이다. 따라서 법의 수범자인 일반 국민의 시각에서 어떠한 행위를 해서는 아니 되는지 혹은 해야만 하는 것인지, 그리고 어떠한 행위가 금지된다고 할 때 그러한 금지의 정도는 어느 정도인지 등을 알 수 있어야 한다.

‘불을 놓아 자연히 연소할 수 있는 이른바 독립연소단계의 행위까지 공공의 위험을 발생하기에 일반적으로 충분한 것으로서 기수범으로 처벌’하기 위해 입법자가 燒燬²⁴⁾라는 용어를 선택하였다고 하더라도 해석의 제1원칙인 문언해석상 ‘소훼’는 ‘불태워 파괴하다’라는 의미이므로 이 범위를 넘어선 해석은 해석원칙에도 위배된다.

요컨대 입법자의 입법의도가 불을 놓아 자연히 연소할 수 있는 단계라는 이른바 독립연소단계에 불과한 행위조차 공공의 위험을 발생하기에 충분한 것으로 간주하여 기수범으로 처벌하려는 데 있었더라도 수범자인 일반 국민의 관점에서 그와 같이 해석되지 않고 받아들여지기 어렵다면 독단적인 규율이 되고 말 것이다.

2. 침해범으로서의 규율 원칙

(1) 문제의 제기

22) K. Larenz · C. Canaris/허일태(譯), 법학방법론, 부산: 세종출판사, 2000, 184~185면 참조.

추상적 위험범은 ‘해당 행위가 경험칙상 범익침해의 일반적 위험만 있으면 성립’하고, ‘법관이 구체적 사건에서 위험성’을 입증할 필요가 없다고 한다. 따라서 추상적 위험범은 범익이 침해되기 이전의 단계뿐만 아니라 구체적 위험의 발생 직전까지의 단계를 범죄화한 경우로 볼 수 있다.²³⁾

침해범과 위험범은 ‘범익보호와 침해위험의 정도’에 대한 구별로서, 구성요건의 ‘해석’에 의하여 판단되고,²⁴⁾ 특히 추상적 위험범에서 ‘해석’상 도출되는 추상적 위험의 경우는 ‘입법이유’로서만 고려되므로 일정한 행위가 있으면 당연히 범익에 대한 추상적 위험이 발생한 것으로 간주²⁵⁾된다는 데에 문제의 소지가 있다.

또한 ‘추상적’이란 국어사전적으로 ‘구체성이 없이 사실이나 현실에서 떨어져 막연하고 일반적’²⁶⁾이라는 의미라고 할 때, ‘막연히 위험’하다는 것만으로 해당 규범에 대한 침해위험성을 긍정해 버리는 것은 장래의 ‘침해가능성’을 ‘현실적 위험발생’으로 ‘간주’ 또는 ‘평가’해 버렸다는 측면에서 논리적 비약을 자초함과 동시에 형벌의 과도한 先 개입의 문제를 야기한다.

구체적 위험범은 ‘현실적 위험’의 발생을 구성요건에서 명시하고 있음에 반해, 각칙상 어느 범죄를 추상적 위험범으로 규율하려고 하였다는 ‘입법이유’는 법문에 전혀 명시되지 않고 오직 ‘해석’에 맡겨져 있다는 점에서 입법자의 의도를 확인할 방법이 없다. 설사 ‘입법이유’를 입법이유서 등 문건에서 확인할 수 있다고 하더라도, 입법이유서는 법률의 해석에 있어서 참고할 수 있는 하나의 자료일 수는 있어도 법 규정이 아니다. 따라서 형법은 보호범익에 대한 보호의 정도를 수범자인 일반국민이 해당 조문을 통해 바로 알 수 있을 정도로 명확히 규정되어야 할 것이다.

침해범의 구성요건에 해당하려면 행위대상의 훼손, 즉 현실적 가치상실(예컨대, 사망, 상해, 물건의 손괴)이 있어야 하나, 구체적 위험범은 행위객체에 대한 구체적·현실적으로 위험한 상태의 초래가 있는 것으로 족하다. 추상적

23) 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 192면 및 배종대, 형법각론(제6개정판), 홍문사, 2007, 770~771면; J.Wessels/허일태(譯), 독일형법총론, 부산: 세종출판사, 1998, 48면 참조.

24) 임웅, 형법총론(개정판 제2보정), 법문사, 2008, 84면.

25) 임웅, 위의 책, 85면 참조.

26) 국립국어원(<http://www.korean.go.kr>) 표준국어대사전 검색.

위험범은 일정한 행위방식이 행위객체에 대해 일반적으로 위험하다는 추정으로 족하므로, 침해범보다는 구체적 위험범, 구체적 위험범보다는 추상적 위험범에서 국가형벌권의 先 개입을 초래하게 된다. 형법은 최후수단으로서 작동해야 하므로 침해범보다 국가형벌권이 먼저 개입하게 되는 구체적 위험범의 성립은 ‘위험을 발생하게 한 자’라는 형태로 명시할 것이 요구된다. 구체적 위험범보다 더욱 국가형벌권이 先 개입하게 되는 이른바 추상적 위험범에서는 더욱 더 추상적 위험범으로서의 성격이 드러나도록 규정되어야 할 것이다. 아울러 침해범에 대한 제재가 형법의 기본태도라고 한다면, 구체적 위험범으로서의 규율이나 추상적 위험범으로서의 규율은 형사제재가 앞당겨서 적용되어야 할 필요성이 있는 최소한의 범위 내로 한정되어야 한다. 특히 이는 입법자가 결정하여 법문언에 명시하여야 할 문제로서 해석에 의하여 인정하기는 곤란하다.

그런데 추상적 위험범으로 분류되는 형법 규정을 서로 비교하여 보면 ‘보호범의’에 대한 보호의 정도를 해당 규정을 통해 도출이 가능한 것과 그렇지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다.

(2) 추상적 위험범으로 분류되는 규범 간의 상호 비교

유형 1 : 해석에 의한 경우	유형 2 : 행위 자체의 처벌을 명시한 경우
<p>제164조 (현주건조물등에의 방화) ①불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제165조 (공용건조물등에의 방화) 불을 놓아 공용 또는 공익에 공하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역</p>	<p>제129조 (수뢰, 사전수뢰) ①공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.</p> <p>②공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.</p>

<p>에 처한다. 제166조 (일반건조물등에의 방화) ①불을 놓아 전2조에 기재한 이외의 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>제130조 (제3자뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.</p>
---	--

추상적 위험범으로 분류되는 경우라고 할지라도 각종의 방화죄에서 보는 것처럼 ‘독립연소’ 단계에만 이르렀다고 할지라도 ‘소훼’될 추상적 위험이 있기 때문에 해당 범죄가 기수에 이른 것으로 ‘해석’하는 경우와 수뢰죄에서 보는 것처럼 뇌물을 ‘수수’, ‘요구’ 혹은 ‘약속’하는 행위 자체를 기수로 처벌함을 ‘규정’하고 경우로 나누어볼 수 있다.

다시 말해서 ‘소훼’의 국어사전적 의미는 ‘불에 타서 없어짐’이므로 해석의 제1원칙인 문언해석에 충실하게 해당 규정의 의미를 새겨야 한다. 현주건조물 등 행위객체에 불이 매개물로부터 옮겨 붙어 스스로 연소할 수 있는 상태인 이른바 ‘독립연소’의 단계가 되었다고 하여 이를 ‘소훼’ 곧 ‘불에 타서 완전히 없어짐’의 단계와 동일하게 취급할 수는 없다고 본다. 그럼에도 판례는 해석에 의하여 ‘일부 파괴’를 ‘전부 사라짐’과 동일하게 취급하고 있다. 만약 ‘전부 파괴’ 이전의 단계를 기수로 삼으려면 뇌물죄의 경우처럼 뇌물을 ‘수수’하기 이전 단계라고 할 수 있는 일방의 ‘요구’나 쌍방의 ‘약속’만으로도 해당 범죄구성요건을 모두 충족한 기수범으로 규율하겠다는 점을 명확히 나타내었어야 한다. 예컨대 독일 형법처럼 ‘일부’에 대한 파괴 역시 전부 파괴와 같이 취급하겠다는 점을 명시하였어야 한다.

아울러 현주건조물방화죄(제164조 제1항), 공용건조물방화죄(제165조), 타인소유일반건조물 등 방화죄(제66조 제1항)의 경우에는 미수, 예비·음모에 대한 처벌 규정이 있음에 비해, 수뢰죄(제129조), 사후수뢰죄(제131조), 알선수뢰죄(제132조) 등 뇌물범죄에 대해서는 미수, 예비·음모에 대한 처벌규정을 두고 있지 않다.

만약 추상적 위험범으로 해석하려는 범죄에 대한 미수범의 처벌 규정이 없

다면, 해당 범죄의 기수 시기를 앞당김으로써 처벌의 사각지대를 축소할 수 있다는 형사정책적 이유를 내세울 수 있는 여지가 없지 않을 지도 모른다.

그러나 각종의 뇌물죄의 경우에는 뇌물을 수수, 요구, 약속하는 행위만을 하더라도 그 자체를 처벌한다고 규정하고 있다. 따라서 공무원이나 중재인이 부정한 청탁을 받고 직무에 위배하여 실제로 부정한 행위를 하여 국가기능의 공정성을 해하는 정도에 이르지 않더라도 해당 규범을 침해한 기수범으로 처벌하게 된다.

만약 뇌물죄에 대해서도 미수나 예비·음모를 처벌하는 규정을 둔다고 하면, 예컨대 뇌물을 '요구'하기 이전에 행위자가 오직 내심에서 '뇌물을 요구'하려고 결심한 경우까지 처벌하겠다는 것이 된다. 하지만 행위자가 뇌물을 '요구'하기 전에 어떤 근거로 '뇌물을 요구하려고 결심'하고 있다는 것을 알 수 있는지, 혹은 그가 그러한 결심을 수첩이나 일기장에 적어 놓음으로써 해당 사실을 알 수 있는 경우라고 할지라도 내심의 의사 자체를 처벌하는 것이 과연 타당한지 의문이다.

추상적 위험범이라고 지칭되는 또 다른 경우로서 다중불해산죄(제116조)의 경우에도 미수범 처벌규정을 두고 있지 않지만, 다중불해산죄는 소요죄(제115조)의 예비죄로서의 성격을 가지고 있다. 만약 다중불해산죄의 미수를 처벌하는 규정을 두게 되면 '예비의 예비'를 처벌하는 것이 된다.

(3) 소결

어떤 범죄가 기수에 이르렀는가 아니면 아직 미수에 불과한가에 대한 판단은 해당 범죄의 구성요건표지를 모두 충족하였는가의 여부에 의하여 결정된다. 다중불해산죄의 경우 '3회 이상의 해산명령을 받고 해산하지 아니'하면 해당 범죄의 구성요건표지를 충족하는 것이 된다. 따라서 해당 규범이 요구하는 행위를 하지 아니함으로써 해당 규범을 침해하는 것이 된다. 뇌물죄의 경우에도 뇌물을 주고 받기로 수뢰자와 증뢰자가 서로 '약속'하거나 실제로 뇌물을 '수수'하지 않고 다만 뇌물을 달라고 '요구'하기만 하여도 해당 규범을 침해하는 것이 된다.

이에 비해 오직 해석상 추상적 위험범으로 분류되는 현주건조물방화죄의 경우에는 기수 시기를 예컨대 독립연소설에 따라 파악하게 되면, 해당 범죄의 미수는 침대 매트리스 등과 같은 매개물을 태웠을 때는 미수이고²⁷⁾ 불이 매개물을 떠나서 사람이 현존하는 건조물 등의 벽면 등에 옮겨 붙었을 때는 기수가 된다고 하게 된다. 만약 현주건조물방화죄를 포함한 각종의 방화죄에 대한 미수나 예비·음모에 대한 처벌규정이 없다면 이렇게 해석하여야 할 불가피성이 있다는 주장을 내세울 수 있을 여지가 없지 않을지도 모른다.

그러나 미수와 예비·음모에 대한 처벌규정이 있는 이러한 경우에 대해서 까지 이른바 추상적 위험범으로 해석하여 기수 시기를 앞당겨야 할 필요성 및 타당성은 어디에 있는지 의문이다. 무엇보다 형법은 기수범의 처벌을 원칙으로 하며, 미수범의 처벌은 예외로 하고 있다(제29조)는 점에서, 해석에 의한 추상적 위험범의 인정은 미수범의 기수범화라는 비판을 가할 만하다고 여겨진다.

3. 이른바 추상적 위험범으로 ‘해석’하는 한국 형법 조문과 독일 형법 조문의 비교

한국 형법	독일 형법
제13장 방화와 실화의 죄 제164조 (현주건조물등에의 방화) ① 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광광을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. ② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기	제28장 공공위험의 죄 제306조 【방화】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 타인의 대상물에 대하여 방화하거나 또는 방화를 통해 전부 또는 일부를 파괴한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 1. 건조물 또는 가건물 2. 영업소 또는 기술적 설비, 특히 기계 3. 창고 또는 저장상품

27) 서울고법 1998. 1. 20. 선고 97노2544 판결 : 확정 【현주건조물방화】 (하집 1998-1, 9) 참조.

<p>또는 5년 이상의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제165조 (공용건조물등에의 방화) 불을 놓아 공용 또는 공익에 공하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제166조 (일반건조물등에의 방화) ① 불을 놓아 전2조에 기재한 이외의 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>4. 자동차, 기차, 항공기 또는 수상교통수단 5. 숲, 삼림 또는 늪지 6. 농장, 농업 또는 임업의 시설이나 생산물 (생략)</p> <p>제306a조 【중방화】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 목적물에 방화하거나 방화를 통하여 그 일부 또는 전부를 파괴한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 건조물, 선박, 공장 또는 사람의 주거에 공하는 기타 공간 2. 교회 또는 다른 종교행사에 공하는 건조물 3. 사람이 그곳에서 머무르는 시간동안 사람의 일시적 체류에 공하는 공간
--	--

해석상 이른바 추상적 위험범으로 취급되는 형법 제164조 제1항의 현주건조물방화죄는 ‘불을 놓아 ... 사람이 현존하는 건조물 ... 을 소훼한 자’라고 하고 있다. 따라서 이러한 조문구조는 불을 놓는 것 자체로 기수가 되는 것이 아니라 사람이 현존하는 건조물 등이 ‘소훼’되어야 기수가 된다는 의미를 가지는 것으로 보인다. 이는 특히 독일 형법이 ‘방화하거나 또는 방화를 통해 전부 또는 일부를 파괴한 자’라고 규정한 것과 비교하면 더욱 뚜렷해진다. 즉 독일 형법은 방화‘하거나’라고 표현함으로써 고의로 불을 놓는 행위 자체 및 방화를 통해 건조물의 ‘일부’를 파괴한 행위에 불과한 정도라고 하더라도 ‘전부’를 멸실하게 한 경우와 같이 취급하겠다는 점을 분명히 하고 있다.

한국 형법은 독일 형법과 달리 장의 명칭도 ‘방화와 실화의 죄’라고 하고 ‘공공위험의 죄’라고 하고 있지 않다. 방화(放火)는 ‘일부러 불을 지름’이고, 실화(失火)는 ‘실수하여 불을 냄’을 의미한다. 따라서 ‘방화와 실화의 죄’라는 명칭은 고의범이나 과실범에 핵심이 있는 것이지, 공공의 위험을 ‘구체적·현실적으로 발생’하게 하였는가 아니면 공공에 대한 ‘추상적·일반적인 위험’이 있

는 것으로 추정되는 행위인가에 초점을 둔 것이 아니라고 할 것이다.

한편 독일 형법도 처음부터 위와 같이 규정되어 있었던 것은 아니다. 예컨대 舊 독일 형법은 제27장 공공위험의 죄라는 표제 하에 제306조 중방화죄에서 “다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이상의 자유형에 처한다. 1. 예배를 위한 집회에 사용하는 건물에 방화한 자. 2. 사람의 주거로 사용하는 건조물, 선박 또는 가건물에 방화한 자. 3. 사람의 일시적 체재에 사용하는 방실에 사람이 통상 거주하는 시간에 방화한 자.”라고 규정하였다. 이러한 독일 입법자의 추상적 위험범에 대한 규율태도는 일종의 혐의에 대한 형벌(eine Art Verdachtsstrafe)로서 법치국가적 형법이라는 기본원칙에 위배되는 것이라고 비판²⁸⁾받은 바 있다.

현행 독일 형법 제306a조는 “다음 각호의 1에 해당하는 타인의 대상물에 대하여 방화하거나 또는 방화를 통해 전부 또는 일부를 파괴한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이에 비해 한국 형법은 제13장 방화와 실화의 죄라는 표제 하에 제164조 현주건조물방화죄에서 “불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 즉 독일 형법상 방화죄는 ‘일부러 불을 내는’ 방화행위 그 자체와 대상물이 ‘일부’만 파괴된 경우까지도 대상물의 전부가 파괴되었을 때와 동일하게 방화죄의 기수범으로 처벌한다고 하고 있으나, 한국 형법은 결코 ‘방화하거나 일부를 파괴’한 경우까지 기수범으로 취급하겠다는 것을 명시하고 있지 않다. 따라서 한국 형법상 방화죄는 행위객체에 대해 ‘소훼’라는 결과 즉 ‘불에 타서 없어짐’이라는 상태에 이르러야 기수가 된다고 새기는 것이 명확성의 원칙에 부합하는 해석이 된다고 할 것이다.

한편 독일 형법 제231조의 싸움에 대한 관여²⁹⁾는 1998년 1월 26일 제6차 형법개정법률을 의하여 자구(字句)의 부분적인 수정이 있었으나, 여전히 해당

28) H. Schröder, “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, ZStW 81. Band Heft 1, 1969, S. 15.

29) 독일 형법 제231조 【싸움에 대한 관여, 쌍방 간의 상해】 ① 스스로 싸움에 관여했거나 또는 수인이 한사람에 대한 침해에 관여한 자는 싸움이나 침해를 통해 사람의 사망 또는 중상해(제226조)를 야기한 경우에는 관여한 것만으로도 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

범죄의 성격이 구체적 위험범인지 아니면 추상적 위험범인지 다투어지고 있음이 확인된다.³⁰⁾

4. 추상적 위험범에서 행위자의 위험에 대한 인식 불요에 대한 재검토

한편 오늘날 대부분의 형법학자는 ‘구체적 위험범에 있어서는 위험의 발생이 구성요건요소’이므로 ‘위험에 대한 인식 및 인용이 고의의 내용으로서 고려’되지만, 추상적 위험범에 있어서는 ‘위험의 현실적인 발생’이 구성요건요소가 아니기 때문에 규범의 수명자인 행위자의 위험에 대한 인식이 범죄의 요소로서 고려되지 않는다고 한다.³¹⁾ 마찬가지로 법관 역시 추상적 위험범으로 취급되는 경우에는 위험성이 실제 발생하였는지 여부를 심사할 필요가 없다고 설명되고 있다.³²⁾ 이러한 태도는 아래의 표로 간략히 정리해 볼 수 있다.

	구성요건	행위자: 고의의 내용으로서 위험에 대한 인식	법관: 구체적 사건에서 위험성에 대한 입증문제
구체적 위험범	현실적·구체적 위험 발생	인식 필요	입증 필요
추상적 위험범	보호객체(즉 법익)에 대한 일반적 위험발생	인식 불요	입증 불요

그러나 형법의 제정 직후인 1953년 10월 발간된 김용진의 신형법해의에서는 추상적 위태범에서도 행위자는 ‘공공의 위험을 발생’시킬 수 있다는 점에 대한 행위자의 인식이 필요하다고 이해하고 있다.³³⁾

30) Eschelbach, BeckOK StGB, 2009, §231 Rn. 1; Wessels · Heinger, Strafrecht BT (37. Aufl.), 2007, Rn 343.

31) 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2009, 191~192면; 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2009, 91면.

32) Wessels · Beulke, Strafrecht AT(37. Aufl.), C.F.Müller, 2007, §1 3. Rn 29

33) “방화죄는 일반이 추상적 위태범이며 특별한 경우에 있어서만 구체적 위태범이다. 그리고 방화죄는 추상적 위험범인 이상 현실이 공공의 위험을 발생케 한 것을 필요로 하지 않지만 행위

생각건대 구체적 위험범에서 행위자가 자신의 행위로 인하여 현실적 위험이 발생하였다는 점에 대한 인식이 고의의 내용으로서 포함된다고 한다면, 해석상 추상적 위험범을 긍정하는 입장이라고 하더라도 추상적 위험범에서 행위자는 자신의 행위가 ‘일반적으로 위험’한 것이라는 점에 대한 인식을 더욱 필요로 한다고 봄이 타당하다. 물론 구체적 위험범과 달리 추상적 위험범에서는 ‘현실적인 위험의 발생’이 객관적 구성요건요소가 아니기 때문에 ‘위험의 발생’에 대한 인식은 추상적 위험범에서 필요로 하지 않는다는 반론을 예상해 볼 수 있다. 그러나 이러한 반론은 구체적 위험범과 이른바 추상적 위험범의 성립요건을 서로 혼재한 것에 따른 오류를 포함하고 있는 것으로 보인다. 이는 구체적 위험범과 추상적 위험범의 객관적 구성요건요소와 주관적 구성요건요소를 아래와 같이 표로 나타내어 보면 더욱 뚜렷해진다.

구체적 위험범		추상적 위험범	
객관적 구성요건 요소 구체적·현실적 위험의 발생	주관적 구성요건 요소 고의의 인식대상	객관적 구성요건 요소 일반적·추상적 위험	주관적 구성요건 요소 고의의 인식대상

그러므로 이른바 추상적 위험범을 인정하는 입장에 따라서 판단할 때에도 행위자는 자신의 행위가 ‘일반적인 위험’을 발생시킬 수 있는 ‘행위로서의 속성’을 가진다는 점을 인식하는 것이 필요하다고 여겨진다.

IV. 위험사회와 위험형법의 특성으로서 추상적 위험범에 대한 비판적 검토

울리히 벡(Ulrich Beck)은 1986년 그의 저서에서 ‘위험사회’의 특성으로서

자에 있어 그 점에 대하여 인식이 있는 것을 필요로 한다고 이해하여야 할 것이다(김용진, 신 형법해의 총론·각론, 지구당, 1953.10, 243면).” 강조는 본 논문에서 한 것임.

오늘날 과학기술의 발전과 산업화가 가져온 이익이라는 측면과 그 반면에 있는 과학기술에 내재된 위험의 발생, 사회의 복잡화, 다양한 사회문제의 분출 등에 따른 사회의 불확정성을 들었다.³⁴⁾ 이를 시작으로 현대사회는 이른바 ‘위험사회’라고 여기는 사고방식이 널리 퍼지게 되었다.³⁵⁾

현대사회를 위험사회로 보는 시각은 사회구성원의 두려움을 증가시킴으로써 안전사회의 추구로 이어지고, 형법의 영역에도 영향을 끼쳐 추상적 위험범의 도입과 그에 따른 범죄유형의 확대현상을 가져왔다.³⁶⁾

그런데 과연 오늘날의 사회가 과거의 발전되지 못한 사회보다 위험이 더욱 만연한 사회인가 한 번 되짚어볼 필요가 있어 보인다. 왜냐하면 인간이 스스로를 자연력이나 동물의 공격으로부터 방어할 수 있는 기술, 의·식·주의 해결수준, 여가나 문화생활의 향유 정도에 비추어 보았을 때 결코 현대사회가 과거의 사회보다 위험하다고 보이지는 않기 때문이다. 오히려 위험이라는 요소는 과거이든 현재이든 항상 존재하고 있던 요소이고, 앞으로도 계속 존재할 것이다.

사회가 안정될수록 형법은 객관주의로 가고, 사회가 혼란하고 불안할수록 주관주의 형법이 된다.³⁷⁾ 형법 제정 당시 입법모델이 된 일본개정형법가안이 성안될 시점³⁸⁾에 일본 사회는 제2차 세계대전의 추축국(樞軸國)으로서 군국주의 하에 있었다. 그러나 과거 전시체제가 아닌 오늘날 평화로운 사회의 형법은 객관주의를 지향하는 것이 자연스러운 모습이 아닐까 여겨진다. 형법이 단지 어떠한 행위방식이 ‘위험’을 내재하고 있다고 하는 의심만을 근거로 ‘보호법익’에 대한 아무런 위험발생이 없다고 하더라도 이른바 ‘추상적 위험범’으로 처벌한다는 것은 주관주의에 가깝다.

34) Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Mordern, 1986.

35) 1991년 독일의 법사회학자인 Nikolas Luhmann도 그의 저서인 Soziologie des Risikos에서 위험사회라는 개념을 사용한 것을 볼 수 있다. 그 외에도 Bechmann, Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, 1991.

36) 김재윤, 앞의 논문, 30면, 33면 및 38면; 최석윤, “위험사회와 상정형법”, 『해양환경·안전학회지』 제8권 2호, 해양환경안전학회, 2002.12, 18면.

37) 허일태, “형사특별법의 형법 편입방향”, 형법연구 IV, 동아대학교 출판부, 2009, 414면 참조.

38) 일본개정형법가안은 1907년에 제정된 일본형법을 개정하기 위해 마련되었던 시안으로서 총칙 부분은 1931년, 각칙부분은 1940년에 공포되었다(신동운, 가인 김병로 선생과 법전편찬 - 형법과 형사소송법을 중심으로 -, 법학연구 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007, 19면).

V. 결 론

구체적 위험범은 ‘위험을 발생하게 한 자’라는 표현을 통해 ‘범익에 대한 위태화’를 기수범으로 처벌한다는 점을 명확히 보여 주고 있다. 반면 어떠한 범죄가 추상적 위험범이라고 하는 점을 보여주는 구성요건상의 표지는 적어도 우리 형법상 명시되지 않고 있다.³⁹⁾

모든 범죄는 원칙적으로 침해범으로 규율되어야 하고, 위험범으로 규율해야만 하는 경우에도 원칙적으로 구체적 위험범으로 명시해야 한다. 예외의 인정은 엄격해야 하고 그렇게 해야만 하는 불가피한 이유와 합리적인 근거가 있어야 한다.⁴⁰⁾

이른바 추상적 위험범으로 분류되고 있는 현주건조물방화죄(제164조 제1항), 공용건조물방화죄(제165조), 타인소유일반건조물방화죄(제166조 제1항) 등은 해당 범죄를 침해범으로 해석하더라도 미수, 예비·음모에 대한 처벌규정이 있기 때문에 처벌의 사각지대를 가져올 우려에서 형사정책적 고려를 해야 할 필요는 그만큼 적다고 할 것이다. 다시 말해서 한국 형법상 일련의 방화죄는 ‘소취’ 곧 ‘불에 타서 (완전히) 없어지는 상태’에 이르렀을 때 기수가 된다고 해석하여야 한다. 이는 독일 형법에서처럼 ‘일부’만 파괴되더라도 방화죄의 기수범으로 취급한다고 해당 조문에서 명시하고 있는 경우에 대비하여 볼 때 특히 그러하다.

한편 다중불해산죄(제116조)와 같이 미수범에 대한 처벌 규정이 없는 경우는 어떻게 보아야 할 지 의문일 수 있다. 그러나 해당 범죄 자체가 소요죄(제115조)의 예비를 처벌하는 성격을 가지는 점을 감안할 때, 다중불해산죄에 대한 미수범의 처벌 규정을 두게 되면 예비의 예비를 처벌하는 셈이 된다.

무엇보다도 추상적 위험범으로 지칭되는 규정을 보면 현주건조물, 공용건

39) 같은 취지에서 ‘형법적 범익에 대한 추상적 위험성은 구성요건 차원에서 논의되는 것이 아니라 단지 형벌규정을 창설함에 있어서 하나의 동기에 불과’하다는 지적으로 이진국, “형사입법에서 범익개념의 체계비판적 기능”, 『동아법학』 제37호, 동아대학교 법학연구소, 2005.12, 110면.

40) 허일태, “형사특별법의 형법 편입방향”, 앞의 책, 414~415면 참조.

조물, 타인소유일반건조물 등 행위 객체에 대해 '소훼(燒毀)'라는 결과가 발생할 것을 요구하고 있다. 소훼(燒毀)는 '불에 타서 (완전히) 없어짐'을 뜻하므로, 행위자의 방화 행위에 의하여 '소훼'라는 결과 발생에 아직 이르지 아니하였다면 '미수'로서 규율하여야 하고, 이른바 추상적 위험범으로 해석하여 '기수'로서 파악하여서는 아니 될 것이다.

주제어: 추상적 위험범, 위험사회, 죄형법정주의, 명확성의 원칙, 유추해석금지, 현주건조물방화죄

투고일 : 2010. 03. 30.

심사일 : 2010. 04. 27.

게재확정일 : 2010. 04. 30.

참고문헌

단행본

- 강서용, 신형법요의(제4판), 법제신보사, 1956.
김용진, 신형법해의 총론·각론, 지구당, 1953.
김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제11판), 박영사, 2006.
배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008.
손동권, 형법총론(제2개정판), 을곡출판사, 2005.
신동운, 형법총론(제4판), 법문사, 2009.
오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2009.
임웅, 형법총론(개정판 제2증보), 법문사, 2008.
정성근·박광민, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008.
- 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
김일수·서보학, 새로쓴 형법각론(제7판), 박영사, 2007.
박상기, 형법각론(제6판), 박영사, 2005.
배종대, 형법각론(제6전정판), 홍문사, 2007.
오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
임웅, 형법각론(개정판 보정), 법문사, 2005.
이정원, 형법각론(제3판), 법지사, 1999.
조준현, 형법각론, 법원사, 2002.
정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 허일태, 형법연구 IV, 동아대학교 출판부, 2009.
- J.Wessels/허일태(譯), 독일형법총론, 부산: 세종출판사, 1998.

K. Larenz · C. Canaris/허일태(譯), 법학방법론, 부산: 세종출판사, 2000.

Wessels · Beulke, Strafrecht AT(37. Aufl.), C.F.Müller, 2007.

Wessels · Heiinger, Strafrecht BT (37. Aufl.), 2007.

Eschelbach, BeckOK StGB §231, 2009.

Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986.

Bechmann, Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, 1991.

法務大臣官房調査課, 法務資料 別冊 第23号 刑法並びに監獄法改正調査委員會 議事速記録, 1957.

신동운 (편) 형법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990.

박사학위논문

박강우, 추상적 위험범에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1997.

논문

김영환, “위험사회에서의 책임구조의 변화”, 『법학논총』 제24권 3호, 한양대학교 법학연구소, 2007.

김인선, “추상적 위험범의 처벌근거에 대한 법리적 고찰”, 『무등춘추』 제7호, 광주지방변호사회, 2002.

김재윤, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 1호, 한국비교형사법학회, 2005.

김학태, “현대 위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 『비교형사법연구』 제3권 1호, 한국비교형사법학회, 2001.

류인모, “현대과학기술의 발전과 위험사회의 형법”, 『비교형사법연구』 제4권 1호, 한국비교형사법학회, 2002.

박강우, “위험사회에서의 제조물책임”, 『비교형사법연구』 제5권 2호, 한국비교형사법학회, 2003.

- 박광민·이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, 『성균관법학』 제18권 3호, 2006.12.
- 박영규, “규정의 목적과 해석”, 『서울법학』 제15권 2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2008.2.
- 신동운, “제정형법의 성립경위”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003
- 신동운, “가인 김병로 선생과 법전편찬” -형법과 형사소송법을 중심으로-, 『법학연구』 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007.
- 심재무, “위험사회와 환경형법”, 『형사법연구』 제11권, 한국형사법학회, 1999. 5.
- 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 『형사정책』 제13권 1호, 한국형사정책학회, 2001.6.
- 이진국, “형사입법에서 법익개념의 체계비판적 기능”, 『동아법학』 제37호, 동아대학교 법학연구소, 2005.
- 임웅, “형법상 명확성의 원칙”, 『성균관법학』 제16권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004.
- 조병선, “위험사회의 형법”의 한계와 가능성, 『한일법학』 제14권, 한일법학회, 1995.
- 최석운, “위험사회와 상징형법”, 『해양환경·안전학회지』 제8권 2호, 해양환경안전학회, 2002.
- 하태훈, “정보사회, 위험사회, 통일한국의 형법의 과제와 임무”, 『안암법학』 제13호, 안암법학회, 2001.
- 허일태, “위험사회의 출현과 법의 기능변화”, 『비교형사법연구』 제3권 2호, 한국비교형사법학회, 2001.
- 허일태, “위험사회에서 형법의 임무”, 『비교형사법연구』 제5권 2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- Hans Liliе/이석배, “위험사회와 형법”, 『비교형사법연구』 제5권 2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- H. Schröder, “Die Gefährungsdelikte im Strafrecht”, ZStW 81. Band Heft 1, 1969.

<Abstract>

Critical review about abstract endangering offense (*abstrakte Gefährdungsdelikt*)

Song, Jin-Kyung

Expressing “the person who causes danger”, Criminal law clearly specifies the fact that if a concrete endangering offense(*konkrete Gefährdungsdelikt*) endangers the benefit and protection of the law, it should be considered as consummated crime and be punished. However, criminal law does not specify the elements of an offence which show what kind of crime is an abstract endangering offense.

In principle, every crime should be considered as depriving offense. If a crime is considered as endangering offense, the crime should be specified concretely. If an exception is needed, the exception should have the enough reason to be accepted and have the rational grounds.

Even If so called the cases classified as abstract endangering offenses, such as setting fire to a present living building(Article 164 Clause 1), setting fire to a public structure(Article 165) and setting fire to other building owned by others(Article 166 Clause 1), are considered as depriving offense, there is no matter. It is because the criminal punishment codes includes the punishment for the incomplete attempt, conspiracy and preparation, so that there is no reason to do in view of criminal policy. In other words, arson in Korean criminal law should be interpreted as the meaning that arson is consummated in the case of burning down, contrast

to the Germany criminal law in which arson is consummated even in the case of burning partly.

Meanwhile, if the criminal law does not provide the punishment to incomplete attempts, such as a failure of dispersion of masses(Article 116), there is some doubt about how to the punish them. But, considering the fact that the crime itself punishes the pre riot(Article 115) stage, to make a clause to punish incomplete attempt on a failure of dispersion of masses means that the clause punishes the stage before prestage.

If we see the codes called abstract endangering offense, the codes express that if setting fire causes the arson objects, such as a present living building, a public structure and other building owned by others, to be burned fully, the act is arson. If the arson objects are not burned fully, the act should not be recognized as abstract endangering offense and not be consummated.

Key Words: abstraktes Gefährdungsdelik, Risikogesellschaft, the principle of “*nulla poena sine lege*”, void for vagueness, Bestimmtheitsgrundsatz, The Principle of the Prohibiting Analogy in Interpretation, Setting Fire to Present Living Building