

연속범의 수죄성과 한국 형법에서 갖는 의미

윤 동 호*

국문요약

이 글은 연속범이 한국 형법에서 갖는 의미와 본질을 규명하고 있다. 연속범의 폐지 후에도 여전히 한국의 다수견해와 판례는 연속범을 이른바 포괄일죄로 다루어오고 있다. 그런데 독일에서 연속범의 행위단일성을 부정한 이후 연속범을 수죄로 보아야한다는 견해가 증가하고 있다. 이 글은 연속범을 이론적 관점에서는 물론이고 정책적 관점에서도 수죄로 다루어야함을 증명하고 있다.

이 글은 이러한 분석에 그치지 않고, 기존논의가 포착하지 못한 점을 지적하고 있다. 그것은 바로 연속범을 수죄로 다루어야한다고 해서, 이것이 곧 실제적 경합임을 의미하는 것은 아니라는 것이다. 독일과 달리 한국은 죄수론과 경합론을 구별하고, 한국 형법은 다수의 행위가 수죄로 평가된 경우 경합판단을 해서 그 수죄가 상상적 경합인지, 아니면 실제적 경합인지를 결정하도록 하고 있다. 따라서 한국에서는 연속범이라는 범죄형태가 수죄로 평가되더라도 이를 형법 제40조가 말하는 “1개의 행위”로 포섭할 수 있는지 여부에 관한 논의를 할 수 있다.

* 부경대학교 법학과 전임강사, 법학박사.

I. 문제제기

절도범이 창고의 쌀을 훔치려고 계획하였는데, 한 번에 모든 쌀을 훔치는 것은 곤란할 뿐만 아니라 적발의 위험이 높다고 생각하여, 3개월 동안 매일 밤마다 쌀 한 가마니씩 훔쳐서 결국 목적을 달성하는 경우에, 일본 형법을 빌어 사용한 한국의 옛 형법 제55조는 이를 “연속한 수개의 행위로서 동일한 죄명에 해당하는 때에는 일죄로서 이를 처단한다”고 하여 과형상 일죄로 규정했다.

독일에서도 연방법원 대형사부가 연속범(Das fortgesetztes Delikt) 또는 연속행위(Die fortgesetzte Handlung)로 불리는 이러한 범죄형태의 행위단일성을 극도로 제한하기로 결정하기¹⁾ 전에는, 1871년 독일제국형법에 의해 폐지된 연속범²⁾의 행위단일성을 독일판례는 폭 넓게 인정해 왔다.³⁾ 다만 그 논리에는 다음과 같은 변화가 있었다.⁴⁾ 처음에는 구성요건적 행위단일성이 부정되고 단지 사실적인 연관만이 존재한다는 이유로, 연속행위를 자연적 행위단일성의 범주로 이해했다.⁵⁾ 그 후 연속행위가 전체사건의 개별범행들 사이에 밀접한 시간적·장소적 연관, 행위유형의 동종성, 법익 침해의 동종성, 전체고의 등의 요건을 갖추면 법적 행위단일성이 인정된다고 하였다.⁶⁾ 그러나 전체고의에 따르면 연속범의 인정범위가 극도로 제한

1) BGHSt 40, 138; MDR 1994, 700면; NJW 1994, 1663면; NStZ 1994, 383면; NJW 1994, 1663면.

2) 연속범은 경합론에 관심을 갖기 시작한 중세 이탈리아법학에서 기원한다(Hartmann, Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts im materiellen und formellen Recht, Diss., 1977, 2면 이하).

3) Miller, Neuere Entwicklungen zur fortgesetzten Handlung, Diss., 1997, 54면 이하; 이경렬, “연속관련에 관한 독일판례의 경향”, 형사법연구 제11호, 1999, 380면 이하.

4) Rissing-van Saan, LK-StGB Vor §§52ff., 1999, 방주 42-44.

5) BGHSt. 19, 323, 325.

되고, 전체고의는 치밀하게 범죄를 계획한 사람에게는 인정되지만, 충동에 의해서 또는 우연히 범행한 사람에게는 인정되지 않으므로, 결국 치밀한 범죄자를 가볍게 처벌하는 불합리한 결과가 초래되었다.⁷⁾ 이러한 불합리를 피하기 위해 고안된 연속고의에 따르면 다수범행 사이에 심리적 연관만 존재하면 연속행위의 행위단일성이 인정되었다.⁸⁾ 이에 따라 충동이나 우연 또는 과실에 의해 동종의 범행을 반복하는 경우에도 연속행위의 행위단일성을 인정할 수 있게 되었다.

현행 형법에서 폐지된⁹⁾ 후에도 한국의 다수견해¹⁰⁾와 판례는 연속범을 ‘포괄일죄’로 처리해왔지만, 독일연방법원 대형사부의 결정 이후 앞서 보았듯이 연속범을 수죄로 보아야한다는 견해가 증가하고 있다.¹¹⁾ 다만 독일에서는 대형사부의 결정 이전부터 연속범의 행위단일성을 부정하는 목소리가 높았다.¹²⁾

이 글은 연속범을 수죄로 보아야하는 이유를 이론(Ⅲ)과 정책(Ⅳ), 두 관점에서 규명하고, 수죄인 연속범이 한국에서 갖는 의미(Ⅴ)를 분석하려고 한다. 이에 앞서 연속범의 개념과 이와 관련하여 논의되는 사례를 보아서(Ⅱ), 분석대상을 분명히 하려고 한다.

6) BGHSt. 8, 34, 35; 36, 105, 106면 이하.

7) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, 1989(제7판), §54Ⅲ, 방주 74.

8) BGHSt. 36, 105, 110; BGH NStZ 1991, 291.

9) 이러한 연속범규정은 일본형법에서도 소화22년(1947년)에 삭제되었다.

10) 대표적으로 이재상, “죄수론연구(2)”, 법조, 84/7, 50면 이하. 황산덕, 형법총론, 방문사, 1982, 299면은 과형상 일죄라고 본다.

11) 예컨대 박광민, “연속범이론의 재검토”, 형사법연구 제13호, 2000, 143면 이하.

12) Rissing-van Saan, LK-StGB Vor §§52ff., 1999, 방주 46.

II. 연속범의 개념과 논의사례

연속범 개념은 학자에 따라 차이가 있다. 그래서 동일한 판례인 경우에도 설명하는 영역이 달라지기도 한다.¹³⁾ 그 이유는 범죄형태의 구조의 문제와 범죄형태의 일죄인정기준의 문제를 구별하지 않으면, 그 개념은 일죄의 인정기준을 어떻게 파악하는가에 따라 달라질 수 있다는 데에 있다.

여기서는 죄수관계에 관한 가치판단의 문제를 개입하지 않고, 또 접속범이라는 범죄형태와 차이를 두어서 시간적·장소적 밀접성이 매우 약화된 상태에서 일정기간 반복해서 행해진 동종 다수의 구성요건해당행위를 연속범으로 정의한다. 따라서 연속범은 시간적·장소적 밀접성이 약하다는 점에서 접속범과 구별되지만,¹⁴⁾ 결합범과 계속범 등의 범죄형태와 달리 연속범과 접속범 모두 구성요건해당행위의 다수성을 전제로 하는 범죄형태가 아니라는 점에서 공통된다. 이러한 점에서 연속범을 접속범의 상위유형으로 분류할 수도 있다.¹⁵⁾

이러한 개념정의에 따르면 다음의 사례들을 연속범으로 분류할 수 있다. 공무원이 약 45일 동안 16회에 걸쳐 같은 사람으로부터 뇌물을 받은 경우,¹⁶⁾ 4개월에 걸쳐 동일한 인쇄소에서 등록상표 2만4천장을 위조한 경우,¹⁷⁾ 취직교제비 명목으로 약 2개월 동안 7회에 걸쳐 같은 사람으로부터 돈을 편취한 경우,¹⁸⁾ 타인의 소송사건에 관하여 소송행위의 대리를 알선

13) 절취한 신용카드로 약 2시간 20분 동안에 걸쳐 장소를 달리하는 카드가맹점 7곳에서 물품을 구입한 사건(대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1181 판결)을 박상기, 형법총론, 박영사, 2002(제6판), 484면은 접속범의 사례로 보는 반면, 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 39/35는 연속범에 해당한다고 본다.

14) 손해목, “죄수론(상)”, 고시계, 74/5, 32면.

15) 임웅, 형법총론, 법문사, 1999, 504면; 황산덕, 형법총론, 방문사, 1982, 299면.

16) 대법원 1974. 2. 26, 선고 73도2497 판결. 동지: 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도711 판결.

17) 대법원 1960. 10. 26, 선고 4293형상326 판결.

한다는 명목으로 같은 사람으로부터 약 9개월 동안 14회에 걸쳐 금품을 받은 변호사범위반행위,¹⁹⁾ 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 통정매매행위·허위매수주문행위·고가매수주문행위 등 증거거래법상의 불공정거래행위를 반복한 경우²⁰⁾ 등이 이에 해당한다. 판례는 이들을 ‘포괄일죄’로 보았다. 또 대출금을 정상적으로 결제할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 대출을 받을 목적으로 1992. 12. 10. 발급받은 신용카드를 이용하여 1993. 1. 5.부터 같은 해 9. 1.경까지 총 22회에 걸쳐 물건을 구입하거나 현금자동지급기에서 현금서비스를 받아 현금을 인출하는 경우,²¹⁾ 현금에 대한 절도죄가 별도로 성립하지 않고 신용카드를 발급받은 행위, 다수의 물건구입행위, 현금서비스를 받은 행위 등의 각 사기죄는 하나의 사기죄(포괄일죄)에 해당한다고 보았다.

그러나 다음의 사례들은 판례에서 수죄로 인정되었다. 1985. 1월 초부터 1987. 10월경까지 약 2년 9개월에 걸쳐 공사수주목적으로 연초·추석 등의 명절이나 국회개원 등의 시기를 골라 뇌물을 교부한 경우²²⁾에서는 범의의 단일성을 부정하였다. 동일한 피해자에 대하여 여러 차례에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우에는,²³⁾ 범행방법이 다르다고 보았다. 동일한 피해자에 대해 3번에 걸친 사기행위(1985. 3. 25.과 같은 해 5. 30. 및 같은 8. 4.)의 경우에는,²⁴⁾ 범행수단이 다르고 각 사기행위 사이에 시간적 간격

18) 대법원 1988. 9. 6, 선고 87도1166 판결; 같은 취지: 대법원 2002. 7. 12, 선고 2002도2029 판결.

19) 대법원 1989. 12. 8, 선고 88도858 판결.

20) 대법원 2002. 7. 26, 선고 2001도4947 판결.

21) 대법원 1996. 4. 9, 선고 95도2466 판결.

22) 대법원 1989. 6. 20, 선고 89도648 판결.

23) 대법원 2004. 6. 25, 선고 2004도1751 판결(어음할인으로 금원을 편취한 사기범행과 플라스틱 사출원료를 편취한 사기범행); 대법원 2000. 2. 11, 선고 99도4862 판결; 대법원 1997. 6. 27, 선고 97도508 판결(건축비 차용금으로 편취한 사기범행과 현금명목으로 편취한 사기범행).

이 크다(2개월 이상)는 이유로 범의의 단일성과 계속성을 부정하였다. 다수의 피해자에 대해 개별적으로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우²⁵⁾에는 각 피해자의 피해법익이 독립된 것으로 보아 일죄를 인정하지 않았는데, 이는 이득액에 따라 가중처벌하는 특경법의 적용을 피하기 위한 것으로 해석되며,²⁶⁾ 이러한 판례의 입장은 가중처벌법규 전반으로 확대될 가능성이 있다.

III. 이론적 관점

1. 범의의 단일성의 흠결

행위와 구성요건과의 해석학적 관점에서 구성요건적 불법이 질적으로 단일하다는 평가가 가능하려면, 달리 말해 다수의 구성요건해당행위를 일죄로 보려면, 시간적·장소적 밀접성, 범의의 단일성, 범행의 동종성, 침해법익의 단일성 4가지 요건을 갖추어야한다.

그런데 연속범은 시간적·장소적 밀접성이 매우 약한 범죄형태이므로, 원칙적으로 전체고의를 인정할 수 없고, 계속고의 또는 연속고의로는 범의의 단일성을 인정²⁷⁾할 수 없다. 따라서 행위와 구성요건과의 해석학적 관점에서 연속범은 일죄로 평가할 수 없다. 이른바 접속범의 전체고의는 피

24) 대법원 1989. 11. 28, 선고 89도1309 판결(법원공보/판례, 제864호, 184면).

25) 대법원 2003. 4. 8, 선고 2003도382 판결; 대법원 2001. 12. 28, 선고 2001도6130 판결; 대법원 2000. 7. 7, 선고 2000도1899 판결.

26) 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 39/36의 각주1.

27) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2001년(제6판), 166/5, 9; 오영근, 앞의 책, 39/37; 이재상, 형법총론, 박영사, 2003(제5판), 38/35.

고인의 계획이나 진술을 통해 확인할 수 있는 것이 아니라 다수행위의 시간적·장소적 강한 밀접성 아래 파악할 수 있는 것이기 때문이다. 영업범의 계속적 고의도 다수행위를 통해 나타나는 행위자의 지속적인 영업의사를 통해 파악할 수 있는 것이다. 그러나 연속범의 경우에 전체고의나 연속고의는 그 행위를 통해서 쉽게 파악할 수 없다.

이를 가별적 생활영위책임(*Lebensführungsschuld*)의 단일성으로 확인할 수는 없으며,²⁸⁾ 더욱이 이 표지를 통해 연속고의가 전체고의²⁹⁾로 될 수는 없다. ‘가별적 생활영위책임’은 연속범이라는 범죄형태의 특유한 표지가 될 수 없고, 접속범은 물론 다른 어떤 범죄형태에도 인정할 수 있기 때문이다. 가별적 생활영위책임이라는 표지로는 약화된 시간적·장소적 밀접성 기준의 흠결을 메울 수는 없다. 시간적·장소적 밀접성이 매우 약한 다수행위를 ‘가별적 생활영위방식’라는 상습성과 같은 모호한 표지로 연속범의 일죄여부를 인정하면, 상습범에서 제기된 문제점이 나타난다. 연속범으로 확정판결을 받은 사람은 다른 범행이 확정판결 전의 것인지, 아니면 후의 것인지를 불문하고 그 범죄와 동일한 ‘가별적 생활영위방식’으로 평가되면 처벌되지 않을 수 있다.

이러한 문제점을 해소하기 위해, 가별적 생활영위의 단일성(일죄)을 확정판결의 전과 후로 분리하는 것은, 실체법상 일죄는 언제나 소송법상 하나의 사건이라는 원칙에 어긋난다. 결국 연속범의 경우에 전체고의와 연속고의는 자의로 평가될 수밖에 없거나,³⁰⁾ 피고인의 진술이나 자백에 의존할 수밖에 없는데, 피고인은 일반적으로 범행을 치밀하게 계획한 것이 적

28) 김일수, 한국형법Ⅱ[총론 下], 박영사, 1996, 545면; 황산덕, 앞의 책, 299면; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969(11판), 226면 이하.

29) 김일수, 앞의 책, 545면. 서보학, “연속범이론에 대한 비판적 고찰”, 정성근교수 화갑기념논문집, 1997, 626면.

30) Jakobs, *Strafrecht AT*, 1991(제2판), 32/44.

어도 양형에서 불리하게 고려될 것이라고 생각하기 때문에, 흔히 행위자는 전체고의나 연속고의를 부인하기 쉽다.³¹⁾

그런데 오히려 전체고의나 연속고의가 인정되면 처벌이 가벼워지므로 연속범은 결국 피고인이 전체범행을 자백할 것을 유도하는 효과를 가지며, 이러한 사정을 알고 범행을 과감하게 자백하는 피고인만이 연속범의 혜택을 보게 된다. 그래서 전체고의나 연속고의의 존부가 의심스러운 경우에 피고인에게 의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo) 원칙을 적용하는 것이 이론적으로는 유리하지만, 실제로는 범행을 인정하는 것이 되어 오히려 불리해질 수도 있다.³²⁾ 이처럼 연속범은 피고인을 범행 부인을 통한 결백과 범행자백을 통한 처벌의 혜택 중에 하나를 선택해야 하는 딜레마에 처하게 한다.

2. 관습범의 요건흡결

연속범의 행위단일성 또는 일죄성은 논리적으로 확인되는 것이 아니라 판례를 통해 법적 확신으로 굳어진 관습법적 효력에 근거한다는 견해도 있다.³³⁾

그러나 그 개념에 대한 판례의 태도가 확실하지 않으며,³⁴⁾ 또 일죄 또는 행위단일성의 판단기준도 명확하지 않다. 독일연방법원 대형사부의 결정도 연속범에 대한 연방법원 각 부 사이의 엇갈리는 판결의 불일치성을

31) 같은 견해: 김성돈, “연속범의 죄수”, 형사정책연구 제8권 제1호, 1997, 216면.

32) Jähnke, “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, GA, 1989, 391면은 이러한 맥락에서 독일의 다수견해와 달리 이러한 경우에 in dubio pro reo 원칙의 적용을 반대한다.

33) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §74 Anm. V 2c(안동준, “연속범 개념의 검토”, 이형국교수 화갑기념논문집, 1998, 423면에서 재인용).

34) 신동운, 형법총론, 법문사, 2001, 699면.

해소하기 위한 것이었다. 또한 일죄인정기준이 불명확한 연속범이 일제가 심판범위를 확장하거나 인신구속을 연장하여 우리민족을 탄압하고 식민통치를 공고히 하는 수단으로 악용될 수 있었고, 그래서 1953년에 현행 형법을 제정할 때 연속범을 폐지한 것이다.³⁵⁾ 연속범은 관습법이 성립할 수 있는 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라 연속범을 일죄로 보는 것이 언제나 행위자에게 유리한 것은 아니므로 불리한 관습법은 형법에서 배제된다는 원칙에도 어긋난다.³⁶⁾

IV. 정책적 관점

1. 피고인에게 불리

연속범의 행위단일성을 인정하면 피고인에게 유리할 뿐만 아니라 형사실무의 고생을 덜어준다는 정책적 이유는 타당하지 않다. 물론 연속범의 행위단일성을 인정하면 수죄인 경우에 경합범가중을 해야 할 때 보다 형벌이 완화된다. 형벌완화목적이 연속범의 행위단일성 인정의 배경이 된 것은 독일의 19세기 전반기로 거슬러 올라간다. 현재는 실체적 경합에 대해 1871년 독일제국형법이 채택한 가중주의(Asperationsprinzip)가 적용되고 있지만, 그때는 병과주의(Kumulationsprinzip)가 적용되었고, 따라서 연속범의 행위단일성을 부정하게 되면 피고인에게 지나치게 무거운 처단형 적용되었고, 이를 피하기 위해 판례가 연속범의 행위단일성을 인정한 것이

35) 신동운, 앞의 책, 694면 이하.

36) Geisler, "Der Beschluß des großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang", Jura, 1995, 80면 이하.

다.³⁷⁾ 이러한 맥락에서 법치국가적 보장기능이 미약한 한국에서 연속범은 중요한 의미가 있을 수 있다.³⁸⁾

그러나 죄수판단에서 형벌의 가혹함 또는 처단형의 합리성을 고려하는 것은 타당하지 않으며, 수죄로 본다고 해서 피고인이 가혹하게 처벌되는 것도 아니다. 그 수죄를 실체적 경합으로 처리한다고 하더라도 형법 제38조는 가중주의를 택하고 있기 때문에 중벌부과의 위험성은 크지 않으며,³⁹⁾ 그 수죄의 행위가 형법 제40조의 '1개의 행위'로 포섭되면 처단형은 더욱 가벼워질 수 있다. 거꾸로 일죄로 본다고 해서 피고인에게 형평의 원칙에 어긋나는 부당한 특혜⁴⁰⁾가 베풀어지는 것도 아니다. 연속범을 일죄로 보더라도, 하나의 행위로 구성요건을 한 번 충족하는 경우와 같게 볼 수는 없기 때문이다. 하나의 행위에 의한 일죄와 다수의 행위에 의한 일죄의 형법적 책임에는 차이가 있으며, 연속범의 경우에도 그 개별범행의 구성요건적 독자성은 유지되기 때문에 양형에서 이 점을 고려할 것이다. 연속범에 대한 선고형은 하나의 행위에 의한 일죄에 대한 선고형과 연속범을 실체적 경합관계에 있는 수죄로 볼 경우의 선고형 사이에서 결정할 것이다.⁴¹⁾

연속범을 일죄로 볼 경우 오히려 피고인에게 불리한 범정형이 적용될 수 있다. 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(일부개정 2007. 1. 3 법률 제 8169호), 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(일부개정 2007. 5. 17 법

37) Jähnke, 앞의 논문, 380면; Fischer, "Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung", NSTZ, 1992, 420면.

38) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2001(제6판), 166/5.

39) 하태훈, "관세포탈죄의 죄수", 이재상교수 화갑기념논문집 I, 2002, 739면의 각주32.

40) Geppert, "Die 'fortgesetzte Tat' im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur", Jura, 1993, 650면; Kratzsch, "Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts", JR, 1990, 179면; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor §§52ff., 1999, 방주 46; Samson/Günter, SK-StGB, 1995(제6판) Vor§52, 방주 63.

41) 안동준, 앞의 논문, 439면 이하.

를 제8444호) 등은 특정한 범죄로 얻은 이익의 가액을 기준으로 법정형이 무겁게 되어있기 때문에, 다수의 범죄를 하나로 보게 되면 그 가액이 증가하여 무겁게 처벌된다. 예를 들면, 여러 번에 걸친 관세포탈행위를 포괄일죄로 보게 되면 포탈관세액이 합해져서 관세법이 적용되지 않고 특가법이 적용되어 지나치게 무거운 양형이 이루어진다.⁴²⁾

연속행위 중에 처벌규정이 행위자에게 불리하게 변경된 경우에는 행위 시법원칙에 따라 행위자에게 오히려 불리한 법률이 적용되며, 이는 형벌법규의 소급효금지원칙에도 어긋나지 않는다. 또 국가가 일정시점을 기준으로 형사처벌을 사면한 경우, 만일 사면의 선포시점 이후에 연속범의 최후행위가 종료되었다면 연속범을 구성하는 그 선포된 사면시점 이전의 모든 행위들도 사면의 대상에서 제외된다.⁴³⁾ 최후의 행위가 종료되기 전에는 하나의 연속범이 완성되었다고 볼 수 없기 때문이다. 만일 이러한 불합리를 피하기 위해 연속범의 죄수판단에서 형벌의 합리성을 고려하거나 자의적인 죄수판단의 여지를 두는 것은 범죄론과 형벌론을 구별하여 범죄의 수를 확정된 후에 이에 대한 형벌을 결정하는 형법체계에 어긋난다.

2. 피고인의 방어권침해와 공소시효제도의 무력화

병과주의가 가중주의로 변경된 후에는 소송경제적 관점이 연속범의 행위단일성 인정의 중요한 논거가 되었다.⁴⁴⁾ 연속범을 일죄로 보면 형사실무가 간편해지는 측면도 있다. 형사사법기관의 사실확정의 어려움이 완화

42) 그래서 대법원 2000. 11. 10. 선고 99도782 판결은 연속범의 성립을 부정하고 피고인에게 유리한 관세법을 적용하고 있다.

43) Geppert, 앞의 논문, 654면.

44) Geppert, 앞의 논문, 650면.

되고, 공소제기업무가 용이해진다. 연속범을 일죄로 본다고 해서 개별범행 전부를 개략적으로만 확인해도 되는 것은 아니지만, 불법이나 일사부재리 효력범위를 확정하기 위한 최소한의 범행만 확인해도 되기 때문이다.⁴⁵⁾ ‘포괄일죄’의 경우에는 그 일부를 구성하는 개별범행을 구체적으로 특정하지 않더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방 등을 명시하면 그 범죄사실이 특정되므로,⁴⁶⁾ 검사는 연속범의 경우 개별범행을 특정하여 공소제기를 하지 않아도 되고 이에 대한 입증책임의 부담에서 벗어날 수 있다.⁴⁷⁾ 또한 법관은 개별범행을 모두 확정해야 하는 어려움을 해소할 수 있다. 양형과정의 단순화가 연속범의 일죄인정의 장점으로 제시되기도 한다. 연속범을 일죄로 보게 되면, 수죄로 볼 경우에 개별범행을 확인한 후 이에 대한 각각의 형벌을 토대로 전체형을 정해야하는 번거로움을 피할 수 있다는 것이다.⁴⁸⁾

그러나 이로 인해 공소기능이 훼손되고 피고인의 방어권이 침해될 뿐만 아니라 형사실무가 그리 간편해지는 것도 아니다. 소송경제를 이유로 독립된 개별범행을 확인하고 규명하는 작업이 뒤로 밀릴 수 없으며, 사안과 행위자의 책임에 일치하는 정당한 형량을 산정해야하는 양형절차를 단순화할 수는 없다. 또 연속범을 일죄로 본다고 해서 형사실무의 어려움이 큰 폭으로 감소되는 것은 아니다. 형사사법기관은 개별범행의 불법과 책임을 일일이 확인할 필요는 없지만 연속범의 불법과 일사부재리효력의 범위를 확정하기 위한 최소한의 개별범행은 여전히 증명해야하기 때문이다.⁴⁹⁾ 더

45) RGSt. 70, 243.

46) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결; 대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결.

47) 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 39/32.

48) 하태훈, 사례중심 형법총론, 법원사, 2002, 484면; Samson/Günter, SK-StGB Vor§52, 1995, 방주 57.

육이 이처럼 다소 간편화된 형사실무로 인해 공소의 기능이 훼손되고 피고인의 방어권이 침해되며 사실상 입증책임이 전환되는 효과가 발생한다. ‘피고인이 언제부터 언제까지 몇 회에 걸쳐 동일한 범죄를 행하였다’는 방식으로 공소를 제기하는 것은 피고인에게 구성요건적 불법과 책임의 내용을 알리는 공소의 기능을 훼손하는 것이다.⁵⁰⁾ 이를 토대로 형사사법기관은 최초행위와 마지막 행위만을 입증하는 것은, 그 밖의 나머지 범행부분에 대해서는 입증이 추정되는 효과를 가져 오며, 피고인은 그 부분에 대한 방어의 기회를 갖지 못하게 되는 것이다.⁵¹⁾

나아가 연속범을 일죄로 보면 공소시효제도도 무력화된다. 공소시효는 범죄행위가 종료하는 때부터 진행하므로, 연속범의 경우 최초행위이든 중간행위이든 모두 마지막 행위가 종료한 때부터 공소시효가 진행된다. 따라서 연속범을 일죄로 보게 되면, 이미 공소시효가 완료되었을 행위들에 대해서도 공소시효의 적용이 부인되는 결과가 초래된다.⁵²⁾ 이는 사실확인이 어렵고 처벌의 필요성이 없어진 과거의 행위들은 처벌의 대상으로 삼지 않겠다는 공소시효제도의 취지에 어긋난다.⁵³⁾

이와 관련하여 아동에 대한 성폭행사건의 경우에도 연속범을 수죄로 보게 되면, 공소시효제도와 관련해서 오히려 형사처벌의 흠결이 발생한다는 지적이 있다.⁵⁴⁾ 아동에 대한 성폭행은 흔히 지속적으로 이루어지지만 아

49) Heintschel-Heinegg, “Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs”, JA, 1994, 589면.

50) BGHSt. 40, 138, 150.

51) 서보학, 앞의 논문, 616면.

52) BGHSt. 40, 138, 153; Geisler, “Offene Fragen und Anmerkungen zur ‘Rechtswirklichkeit’ vor BGHSt 40, 138”, in: Geisler(Hrsg.), Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der “fortgesetzten Tat”, KUP Bd. 25, 1998, 23면; Geppert, 앞의 논문, 654면.

53) 그래서 Stree, “Probleme der fortgesetzten Tat”, in: FS-Friedrich-Wilhelm Krause, 1990, 400면 이하는 연속행위의 법적 행위단일성을 인정하면서, 공소시효는 예외적으로 개별범행을 기준으로 적용해야한다고 본다.

동 스스로 피해를 밝히기 힘들고 가해자가 피해아동에게 영향력을 행사할 수 있는 주변사람인 경우에는 여러 가지 압력과 회유를 통해 아동이 사건을 드러내지 못하도록 하기 때문에 은폐될 가능성이 높다. 그런데 공소시효가 개별범행이 종료한 때부터 개별적으로 진행된다고 하면, 훗날 성년이 된 아동이 피해를 형사사법기관에 호소하려고 할 때는 다수의 성폭행사건은 이미 공소시효가 만료되어 그 진실이 밝혀질 수 없게 된다는 것이다. 그래서 독일에서는 1994. 6. 30. 제30차 형법개정법률을 통해 같은 법률 제 78b조 1항 1호에서 독일 형법 제176조(아동에 대한 성적 악용), 제176a조(아동에 대한 중한 성적 악용 등), 제177조(성적 강요; 강간), 제179조(저항불능자에 대한 성적 악용) 등의 범죄에 대해서는 피해아동이 만 18세가 되기 전까지 공소시효의 진행이 정지된다는 규정을 둔 것이라고 한다.

최수판단에서 정책적인 고려를 하는 것은 이론적으로 타당하지 않다. 그런데 아동에 대한 연속된 성적 범행은 구체적 형태에 따라 달리 파악할 수 있지만, 이러한 연속범행은 집속범의 일죄인정기준에 충족될 가능성이 있다. 아동에 대한 성범죄는 흔히 비교적 강한 시간적·장소적 밀접성 아래 지속적으로 행해지며, 시간적·장소적 밀접성이 약한 경우에는 다수의 성적 범행을 통해 나타나는 행위자의 성향이 연속고의를 전체고의에 근접하도록 하기 때문이다.

V. 연속범의 수죄성이 한국 형법에서 갖는 의미

독일연방법원 대형사부는 다수행위에 대한 구성요건적 불법과 책임에

54) 서보학, 앞의 논문, 625면.

상응한 판단을 위해서는 연속범의 행위단일성을 인정할 수도 있다고 보았다.⁵⁵⁾ 그런데 연속범이 구성요건적 불법과 책임에 상응한 경우에만 행위단일성을 인정할 수 있다는 것은 한국에서는 이러한 경우 일죄로 인정할 수 있다는 의미를 갖는다. 왜냐하면 한국은 죄수판단과 경합(행위단일성 여부)판단을 구별하기 때문이다.

한국은 독일과 달리 다수행위로 실현된 구성요건의 불법과 책임을 사리에 부합하게 판단하기 위한 기준으로 일죄여부와 행위단일성여부, 두 기준을 갖고 있다고 볼 수 있다. 죄수판단에서는 행위의 개수에 관계없이 그 행위가 구성요건과의 해석학적 관점에서 몇 개의 죄로 평가할 수 있는지를 검토한다. 따라서 이 단계에서는 이중적인 평가가 이루어질 수도 있으며, 그 대상이 동일한 하나의 행위인 경우가 이에 해당한다. 그래서 경합판단에서는 그 행위의 개수를 파악하여 행위단일성이 인정되는 경우, 죄수판단에서 이중으로 평가된 구성요건적 불법과 책임부분을 제거하는 것이다. 예를 들면, 경리담당자가 장부에 허위로 기재하면서 상당한 금액이 모아질 때까지 여러 차례에 걸쳐 매회 아주 적은 금액을 자기의 계좌에 반복해서 입금시킨 경우, 경리담당자와 고용주 모두 개별적인 소액의 횡령에는 관심이 없으므로 개개의 행위들의 구성요건적 불법과 책임은 전체적으로 파악되어야 할 것이다. 이 사례와 같이 다수의 개별범행이, 하나의 행위로 창문도 깨뜨리고 사람도 다치게 한 경우와 유사한 구조를 보일 때에는 행위단일성을 인정할 수 있다.⁵⁶⁾

그러나 한국 형법 제40조의 해석체계에서는 이 사례와 같은 다수의 개별범행들의 구성요건적 불법을 질적으로 단일한 것으로 평가할 수는 없다.

55) BGHSt 40, 138, 164면 이하.

56) Jähnke, 앞의 논문, 382면 이하; Gribbohm, NStZ, 1993, 536면; Samson/Günter, SK-StGB, 1995, Vor§52, 방주 57.

구성요건적 불법의 질적 단일성은 시간적·장소적 강한 밀접성 아래 행해진 동종의 다수범행에 대해 범의의 단일성과 침해법익의 단일성이 인정되는 경우에만 가능하기 때문이다. 이는 곧 접속범의 일죄인정기준이며, 그래서 연속범은 일죄로 인정할 수 없는 것이다.

독일 형법 제52조의 해석체계는 다수행위에 대한 구성요건적 불법과 책임의 평가를 구성요건적 불법의 질적 단일성판단(죄수판단)과 그 대상이 된 행위의 단일성 여부판단(경합판단)으로 이원화하지 않고 ‘행위단일성’이라는 하나의 기준에 의해 전체적으로 하도록 하고 있다. 이러한 체계에서는 행위의 단일성을 판단할 때 그 구성요건적 불법의 질적 단일성판단도 함께해야하며, 독일연방법원 대형사부도 이러한 관점에서 연속범의 행위단일성을 제한적으로 인정해야한다고 결정한 것이다. 그런데 다수의 개별범행이 구성요건적 불법과 책임의 관점에서 하나로 평가할 수 있는 경우에만 행위단일성을 인정하게 되면, 그 범위는 축소될 수밖에 없다. 그래서 구성요건적 불법과 책임에 상응한 판단을 위해서만 연속범의 행위단일성이 인정해야한다는 지침을 연속범 개념의 포기로 인식하는⁵⁷⁾ 것이다.

이처럼 연속범에 관한 논의가 갖는 의미가 한국과 독일에서 다르다. 독일에서 행위단일성 여부는 상상적 경합의 요건의 하나로 검토하기 때문에 행위단일성을 부정하면 상상적 경합관계도 부정한다. 그러나 한국에서는 연속범이 수죄로 인정된다고 하더라도 그 수죄가 상상적 경합관계에 해당하든지 여부를 검토해야한다. 달리 말해 한국에서는 연속범이라는 범죄형태가 수죄로 평가되더라도 이를 형법 제40조가 말하는 “1개의 행위”로 포섭할 수 있는지 여부에 관한 논의를 할 수 있다.

57) Rissing-van Saan, LK-StGB Vor §§52ff., 1999, 방주 47; Zschockelt, “Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, NSTZ, 1994, 361면 이하.

참고문헌

- 김성돈, “연속범의 죄수”, 형사정책연구 제8권 제1호, 1997.
- 김일수, 한국형법Ⅱ[총론 下], 박영사, 1996.
- 박광민, “연속범이론의 재검토”, 형사법연구 제13호, 2000.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2002(제6판).
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2001년(제6판).
- 서보학, “연속범이론에 대한 비판적 고찰”, 정성근교수 화갑기념논문집, 1997.
- 손해목, “죄수론(상)”, 고시계, 74/5.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001.
- 안동준, “연속범개념의 검토”, 이형국교수 화갑기념논문집, 1998.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 이경렬, “연속관련에 관한 독일판례의 경향”, 형사법연구 제11호, 1999.
- 이재상, “죄수론연구(2)”, 법조, 84/7.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2003(제5판).
- 임 웅, 형법총론, 법문사, 1999.
- 하태훈, “관세포탈죄의 죄수”, 이재상교수 화갑기념논문집 I, 2002.
- 하태훈, 사례중심 형법총론, 법원사, 2002.
- 황산덕, 형법총론, 방문사, 1982.
- Fischer, “Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung”, NStZ, 1992.
- Geisler, “Der Beschluß des großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang”, Jura, 1995.
- Geisler, “Offene Fragen und Anmerkungen zur ‘Rechtswirklichkeit’ vor

- BGHSt 40, 138”, in: Geisler(Hrsg.), Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der “fortgesetzten Tat”, KUP Bd. 25, 1998.
- Geppert, “Die “fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur”, Jura, 1993.
- Gribbohm, NSTZ, 1993, 536면.
- Hartmann, Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts im materiellen undformellen Recht, Diss., 1977.
- Heintschel-Heinegg, “Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs”, JA, 1994.
- Jähnke, “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, GA, 1989.
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991(제2판).
- Kratzsch, “Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts”, JR, 1990.
- Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, 1989(제7판).
- Miller, Neuere Entwicklungen zur fortgesetzten Handlung, Diss., 1997.
- Rissing-van Saan, LK-StGB Vor §§52ff., 1999.
- Samson/Günter, SK-StGB, 1995(제6판).
- Stree, “Probleme der fortgesetzten Tat”, in: FS-Friedrich-Wilhelm Krause, 1990.
- Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969(11판).
- Zschockelt, “Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, NSTZ, 1994.

Das fortgesetzte Delikt im koreanischen Strafrecht

Yoon, Dong-Ho*

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit dem Wesen und dem Sinn des fortgesetztes Deliktes im koreanischen Strafrecht. Der Aufsatz verlangt für das fortgesetzte Delikt die Gleichartigkeit des verletzten Rechtsguts und die Gleichartigkeit der Begehungsweise und einen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang sowie den einheitlichen Vorsatz. In Korea die Rechtsprechung erkennt das fortgesetzte Delikt als das umfassenden Einheitsverbrechen.

Dagegen erkennt der Aufsatz das fortgesetzte Delikt als die Verbrechenmehrheit. Aber dies bedeutet nicht, daß das fortgesetzte Delikt muß als Realkonkurrenz verstanden werden. In Deutschland erkennt das fortgesetzte Delikt als die Handlungsmehrheit (Realkonkurrenz). In Korea das fortgesetzte Delikt wird anders als in Deutschland verstanden. Unter den Begriff der Handlungseinheit im §40 KStGB kann man das fortgesetzte Delikt verstehen.

In Korea unterscheidet die Verbrechenmehrheitslehre sich von der

* A full-time lecturer, Department of Law, Pukyong National University, Ph.D. in Law

Konkurrenzlehre. Die Verbrechensmehrheitslehre, als den letzten Punkt der Verbrechenslehre angesehen werden zu sollen, hängt von der Auslegung des Tatbestandes, mit Handlung einen Zusammenhang zu haben, ab. Dagegen hängt die Konkurrenzlehre, als den Ausgangspunkt der Strafzumessungslehre zu sein, nicht davon ab. Über diesen Gesichtspunkt hinaus geht die Konkurrenzlehre.

주제어 : 연속범, 포괄일죄, 수죄, 죄수론, 경합론

Schlüsselwörter: das fortgesetzte Delikt, das umfassenden Einheitsverbrechen, die Verbrechensmehrheit, die Verbrechensmehrheitslehre, die Konkurrenzlehre