

개정형법 제39조 적용상의 문제

이 경 령*

국문요약

경합범중 여죄에 대하여만 형을 선고하고, 선고된 그 형을 제38조의 예에 의하여 집행하도록 규정하고 있던 제39조가 최근에 개정되었다. 개정형법의 규정태도는 스위스형법과 같은 추가형(Zusatzstrafe)의 선고방법을 도입한 것이다. 추가형의 선고방법은 競合犯中 判決을 받지 아니한 罪가 있는 때에 그 죄에 대하여 형을 선고하는 경우, 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 判決確定前에 犯한 罪에 대하여만 부가적으로 형을 선고하는 것이다. 즉 경합범중 여죄에 선고되는 추가형은 그 여죄에만 해당하는 독자적인 형이 아니라 이미 선고된 전과의 형과 결합하여 즉, 전과와 여죄를 동시에 판결할 때 선고되었어야 하였을 전체형(Gesamtstrafe)의 일부를 이루는 것이다.

그러나 개정형법에 의하면, 경합범에 대하여 수개의 판결이 있는 경우에 전과의 형과 여죄의 형을 병과하여 집행해야 하는지, 제38조 경합범의 (일반적) 처벌례에 의하여 집행해야 하는지가 실무상으로 문제될 수 있다. 또 추가형을 선고하는 경우에도 그 여죄에 정한 법정형의 하한보다 더 경하게 처벌할 수 있는지가 문제될 수 있다. 나아가 제39조제1항 단서의 감경은 법률상의 감경을 의미하는 것인지, 양형과정에서의 감경을 의미하는 것인지도 문제될 수 있다. 이 문제는 특히, 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지 않았다는 주장을 어떤 사유의 상고이유로 파악할 것인가라는 소송법상의 문제와도 관련이 있다.

여기서는 형법 제39조의 개정취지 및 동조 제1항 본문과 단서의 의미와 관계, 나아가 ‘동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여’의 의미에 착안하여 위와 같은 개정형법 제39조 적용상의 문제를 검토하였다.

* 숙명여자대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 들어가는 말

경합범중 판결을 받지 아니한 죄(약칭; 여죄)에 대하여만 형을 선고하는 것은 판결이 확정된 죄(약칭; 전과)를 거듭 처벌하지 아니한다는 일사부재리원칙(Grundsatz ne bis in idem)의 당연한 결과이다.¹⁾ 형사실무는 경합범에 대하여 수개의 판결이 있는 경우, 각 판결의 선고형을 합산한 형기를 형법 제38조의 예에 의하여 그 경합범중 가장 중한 죄에 정한 ‘법정형’의 장기에 그 2분의 1을 가중한 형기범위 내에서 집행하였다.²⁾

그런데 경합범중 여죄에 대하여만 형을 선고하고, 선고된 그 형을 제38조의 예에 의하여 집행하도록 규정하고 있던 제39조가 최근에 개정되었다(2005.7.29. 법률 제7623호).³⁾ 개정형법의 규정태도는 스위스형법과 같은

1) 대법원 1969.7.22. 선고 69도985 판결. 동지: 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006년 3월, 859면; 김일수·서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006년 3월, 712면; 이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 박영사, 2005년 9월, 543면(39/36); 정성근·박광민, 형법총론, 제3판, 삼지원, 2006년 2월, 645면.

2) 개정 전에 형사실무는 사후적 경합범의 처벌에 있어서 원칙적으로 선고형을 합산하여 집행하되, 그 처단형의 상한이 동시적 경합범의 처단형범위를 초과하지 않도록 하였다(대법원 1967.3.6. 선고 67조6 결정. 동지: 신동운, 형법총론, 법문사, 2001년 6월, 712면). 이러한 실무에 대하여 각 판결의 ‘선고형’을 기준으로 제38조의 예에 의하여 집행해야 한다는 견해(최병각, “경합범의 성립과 처벌”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004년 7월, 84면) 및 선고형뿐만 아니라 법정형을 모두 기준으로 하여야 동시적 경합범의 경우와 비교하여 형량의 균형을 이룰 수 있다는 견해(오영근, 형법총론, 제3판, 대명출판사, 2004년 3월, 827면(40/54, 55))와 근본적인 대처방안으로서의 입법의 촉구를 하는 견해(이경렬, “사후경합범의 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호(통권 제24호), 한국형사법학회, 2004년 12월, 376면; 이재상, 형법총론, 1986년 8월, 503면) 등이 주장되어 왔다.

3) 형법 제39조는 다음과 같은 과정을 거쳐 개정되었다.

먼저 2004년 11월 15일, 이원영의원대표발의 형법중개정법률안(의안번호 859) 제39조는 “① 경합범중판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 제38조를 적용하여 선고된 형을 포함한 하나의 전체형을 정하고 그 죄에 대하여 추가형을 선고한다.”는 내용과 동조 제2항을 <삭제>한다는 것이다.

그러나 2004년 12월 법제사법위원회 김종두 수석전문위원의 ‘검토보고’에서는, “개정안의 방식에 의할 경우 이미 확정된 판결이 사형 또는 무기징역·금고형일 경우에는 안 제38조제1항(제39조제1항의 오타로 여겨짐; 필자)의 「선고된 형을 포함한 하나의 전체형」도 사형 또는 무기징역·금고형일 수밖에 없고 사후적 경합범에 대해서는 별도의 추가형을 선고할 수 없는 문제”가 있으며, “안 제39조가 이미 확정된 판결에 대해서는 다시 재판하지 않는다고 하지만 「선고된 형을 포함한 하나의 전체형」을 정하는 것은 양형

추가형(Zusatzstrafe)의 선고방법을 도입한 것으로 평가되고 있다. 추가형의 선고방법은 “競合犯中 判決을 받지 아니한 罪가 있는 때에” “그 죄에 대하여 형을 선고”하는 경우, “그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여” “그 判決確定前에 犯한 罪”에 대하여만 부가적으로 형을 선고하는 것이다.

[표 1] 형법 제39조 수정안 조문대비

개정전의 형법	개정발의안	수정안 - 현 행
第39條(判決을 받지 아니한 競合犯, 數個의 判決과 競合犯, 刑의 執行과 競合犯) ① 競合犯中 判決을 받지 아니한 罪가 있는 때에는 그 罪에 對하여 刑을 宣告한다. ② 前項에 依한 數個의 判決이 있는 때에는 前條의 例에依하여 執行한다. ③, ④ (생략)	第39條(判決을 받지 아니한 競合犯, 數個의 判決과 競合犯, 刑의 執行과 競合犯) ① ----- ----- 제38조를 적용하여 선고된 형을 포함한 하나의 전체형을 정하고 그 죄에 대하여 추가형을 선고한다. ② <삭제> ③, ④ (현행과 같음)	第39條(判決을 받지 아니한 競合犯, 數個의 判決과 競合犯, 刑의 執行과 競合犯) ① ----- ----- 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② <삭제> ③, ④ (개정안과 같음)
경합범중 판결을 받지 아니한 죄에 대해서만 형을 선고하되 그 형의 집행은 경합범의 예에 의하도록 하는 방법 (일본형법 제51조)	판결이 확정된 죄와 판결을 받지 아니한 죄를 합하여 전체형을 정하고 추가형을 선고하는 방법 (오스트리아 형법 제31조)	판결을 받지 아니한 죄에 대하여만 형을 정하지만 동시적 경합범의 경우에 비하여 불리한 양형을 금지하는 방법 (스위스 형법 제68조)

의 면에서는 실질적으로 이미 확정된 판결에 대해서 다시 심리하는 것이 되므로 일사부재리의 원칙에 반한다는 비판이 있을 수 있음”이 지적되었다(동 검토보고 6-7면).

그 결과 2005년 6월 법제사법위원회 ‘심사보고서’에서는 위의 문제와 비판의 여지를 수용하여, “개정안과 같이 이미 선고된 형을 포함한 전체형을 정하고, 전체형에서 선고된 형을 공제한 추가형을 선고하는 방식은 실무상 혼란이 예상되므로 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하되, 형을 감경 또는 면제하는 방식으로 수정할 것을 제안하고 있다(동 심사보고서 11면).

개정된 제39조제1항에 의하면, 경합범중 여죄에 선고되는 추가형은 그 여죄에만 해당하는 독자적인 형이 아니라 이미 선고된 전과의 형과 결합하여 즉, 전과와 여죄를 동시에 판결할 때 선고되었어야 하였을 전체형(Gesamtstrafe)의 일부를 이루는 것이다.

따라서 이제는 경합범에 대하여 수개의 판결이 있는 경우에 전과의 형과 여죄의 형을 병과하여 집행해야 하는지, 아니면 제38조 경합범의 (일반적) 처벌례에 의하여 집행해야 하는지가 실무상으로 문제될 수 있다.⁴⁾ 개정형법에서는 경합범중 여죄가 있는 때 그 죄와 전과를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 ‘형의 선고’만을 규정하되(제39조제1항), 그 ‘형의 執行’에 대하여는 명시적인 규정을 <삭제>하였기 때문이다(동조 제2항). 또 추가형을 선고하는 경우에도 그 여죄에 정한 법정형의 하한보다 (물론 작량감경도 고려하여) 더 경하게 처벌할 수 있는지가 문제될 수 있다. 제39조제1항 단서가 여죄에 대하여 선고하는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다.⁵⁾

나아가 단서의 감경은 법률상의 감경을 의미하는 것인지, 아니면 양형과정에서의 감경을 의미하는 것인지도 문제될 수 있다. 이 문제는 특히, “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지” 않았다는 주장을 어떤 사유의 상고이유(형사소송법 제383조)로 파악할 것인가라는 소송법상의 문제와 관련되어 있다.

이하에서는 먼저, 경합범중 전과에 대하여 사형이 선고된 경우와 무기형이 선고된 경우 또 유기형이 선고된 경우로 구분하여 경합범중 여죄에 대한 형의 선고 및 그 집행에 관한 문제를 해결한다(III). 다음으로 전과에 대하여 유기형이 선고된 경우, 경합범중 여죄에 대한 형을 (가중주의의 처벌원칙에 의하여) 양정할 때 발생하는 그 여죄에 정한 법정형과 처

4) 이 경우에는 두 개의 형이 병과되는 것이므로 형의 합계가 어찌되는 문제되지 않으며, 새로 선고된 형에 대하여 집행하면 된다고 하는 견해로는 정성근·박광민, 앞의 책, 645-646면.

5) 기소가 별도로 제기되는 등 피고인의 책임 없는 사유로 재판이 분리되어 2개의 형을 선고받는 경우는 경합범을 동시에 판결하여 1개의 형이 선고되는 경우보다 통상 30% 정도 가중처벌되는 결과를 야기하므로 피고인의 인권보호와 법관의 양형재량권보장이라는 측면에서 실무상 필요하기 때문에 그렇게 규정한 것이라 한다[조자룡, “개정형법 제39조 해석에 관한 소고”, 인터넷 법률신문 제3378호, 2005.7.18 (<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?kind=ba04&serial=16513>)].

단형의 관련문제를 검토한다(IV). 그런데 경합범중 여죄에 대하여 선고되는 그 형은 여죄와 전과를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 결정되므로 이들 문제보다 먼저 “경합범”을 동시에 판결할 때의 “처벌례”가 선험요건으로 검토될 것이다(II). 끝으로 ‘동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지 않았다’는 주장은 법령위반으로 해석되어야 하는지, 아니면 양형부당으로 파악되어야 할 것인지 개정형법의 절차법적인 영향을 살펴본다(V).

II. 경합범과 처벌례

1. 경합범에 대한 처단형의 형성

경합범을 동시에 판결할 때, 형법은 가중주의(Asperationsprinzip)를 원칙으로 하고 흡수주의(Absorptionsprinzip) 및 병과주의(Kumulationsprinzip)를 가미하여 처벌하고 있다(제38조). 즉, 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로, 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액의 2분의 1까지 가중하여 처벌하고, 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과하여 처벌한다. 이러한 처벌원칙에 따라 경합범의 형을 결정하는 방법을 이른바 전체형주의(Gesamtstrafenprinzip)라고 부른다.⁶⁾

전체형주의는 경합범을 구성하는 개별범죄에 대하여 형을 확정하고, 이를 다시 경합범의 일반적인 처벌원칙에 따라 ‘전체’로서 하나의 ‘형’을 정하는 방법을 말한다.⁷⁾ 그 대표적 입법례로는 독일형법전을 들 수 있는데, 경합범의 처벌과 관련하여 독일의 형사실무는 먼저 경합범을 구성하는 각 죄에 대하여 개별형(Einzelstrafe)을 확정하고, 개별형의 성질(Art)

6) 권오걸, “실체적 경합의 요건과 처벌”, 비교형사법연구 제6권제2호(특집호), 2004년 12월, 332면; 박상기, 형법총론, 제6판, 박영사, 2004년 3월, 479면.

7) 전체형주의를 폭신은 상상적 경합과 실체적 경합을 구별하여 처벌한다는 의미에서 구별원칙(Differenzierungsprinzip)이라고 부른다[Claus Roxin, Strafrecht AT II, C.H. Beck, 2003, 798면(33/7)].

에 따라 가장 중한 형으로 투입형(Einsatzstrafe)을 선택한다. 투입형의 선택 후 이를 적절히 가중하여 전체형(Gesamtstrafe)을 형성한다. 따라서 투입형을 가중한 형이 바로 집행될 전체형으로 되는 것이다.⁸⁾

형법은 경합범의 각 죄에 정한 ‘법정형’을 비교하여 제38조의 처벌례에 의하여 처벌한다. 다만, 6년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금과 같이 각 죄에 정한 법정형에 선택이 인정되는 경우(선택형)에는 먼저 적용할 형의 종류를 선택하고, 이 선택한 형을 비교하여 법정형의 경중을 정한다.⁹⁾ 선택형에 대하여 다시 법률상의 가중감경의 순서(제56조)를 거쳐 처단의 범위가 결정된다(처단형). 처단형이 결정된 후 그 한도 안에서 구체적으로 처벌되는 형이 선고된다(선고형).

2. 경합범의 처벌에 대한 의문

경합범의 처단형을 형성하는 처벌원칙에 대하여 그간에 몇 가지 의문이 지적되어 왔다.

첫째, 형법은 경합범에 대한 유기자유형의 가중상한을 가장 중한 죄에 정한 장기의 2분의 1까지로 규정하고 있다. 따라서 피고인이 2개의 죄를 범했든지 아니면 그 이상의 범죄를 저질렀든지 또 같은 범죄를 두 번 행했든지, 아니면 수십 번에 걸쳐 범행했든지 상관없이 가장 중한 죄에 정한 형을 2분의 1까지만에 가중할 수 없다. 이는 사실상 3회 이후의 범행에 대해서는 추가적인 처벌이 불가능한 것으로 보일 수 있다는 것이다.¹⁰⁾

그러나 우리의 양형실무는 일반적으로 법정형의 하한을 기준으로 선고형을 정하고 있다.¹¹⁾ 또한 형법상의 상당수 범죄에 대해 상습범을 가중처

8) Samson/Günther, in: SK-StGB, § 54 Rn. 2; Ruth Rissing-van Saan, in: LK-StGB, § 54 Rn. 11 ff.; Tröndle/Fischer, StGB, § 54 Rn. 4. 이에 대하여 자세한 것은 Roxin, 앞의 책, 838-840면(33/140-149)참조.

9) 대법원은 경합범의 각 죄에 선택형이 소정되었을 경우에는 그 중에서 처단할 형종을 선택한 후, 경합 각 죄 중 가장 중한 죄에 정한 이 선택된 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지를 가중하는 것이 제38조제1항 제2호의 범문언의 취지라고 해석한다(대법원 1959.10.16. 선고 4292형상279 판결).

10) 박종연, “형법상 경합범 규정의 문제점”, 법률신문 제2925호, 2000.10.25 (<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?kind=ba03&serial=3251>).

11) 최병각, 앞의 논문, 83면. 대법원 1994.3.8. 선고 93도3608 판결 : 형법 제56조는 형을

벌하고, “폭력행위등처벌에관한법률” 등과 같은 형사특별법에서는 이중의 범죄도 상습범으로 가중처벌하고 있으므로 형의 가중상한을 높이는 것은 피고인에게 가혹한 결과를 초래할 수도 있다.¹²⁾ 이러한 사정을 감안한다면, 현행의 처벌례에 의하더라도 처단형의 범위 안에서 그 처벌의 불균형(내지 불가능)은 적절하게 해결될 수 있을 것이다.

둘째, 가중주의에 의하는 경우 형의 하한에 대하여 명문으로 규정하지 않아 그 하한의 가중여부에 대하여 의문이 있을 수 있다.

흡수주의에 의하여 처벌되는 상상적 경합에 대하여 판례는, 중한 죄의 법정형하한이 경한 죄의 그것보다 경한 경우 경한 죄에 정한 형의 하한보다 경한 형으로 처벌할 수 없으며 수죄의 형 가운데 상한과 하한이 모두가 가장 중한 형에 의하여 처단형의 범위를 정하고 있다; 이른바 전체적 대조주의.¹³⁾

상상적 경합의 이러한 형사실무를 실체적 경합에 원용하는 것은 해석상 합리적일지라도 피고인에게 불리한 해석으로 죄형법정주의에 위반된다고 한다.¹⁴⁾ 그러나 경합범의 구분과 처벌원칙의 차이를 고려하면, 실체적 경합에도 이러한 형사실무를 적용하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 즉 범죄의 영역에서 평가된 불법 및 책임내용을 양형단계에서 다시 고려하여 수개의 죄에 대한 처단형의 범위를 전체적으로 정하는 것이 반드시 불합리한 것만은 아니며 이것이 이중평가금지의 원칙에 위반되는 것도 아니라고 생각하기 때문이다.

가중 감경할 사유가 경합된 경우 가중 감경의 순서를 정하고 있고, 이에 따르면 법률상 감경을 먼저하고 마지막으로 작량감경을 하게 되어 있으므로, 법률상 감경사유가 있을 때에는 작량감경보다 우선하여 하여야 할 것이고, 작량감경은 이와 같은 법률상 감경을 다하고도 그 처단형보다 낮은 형을 선고하고자 할 때에 하는 것이 옳다.

12) 김태명, “경합범 처벌상의 문제점”, 21세기의 형벌과 양형, 한국형사법학회·한국형사정책연구원 국제학술회의 자료집, 2006년 12월, 329면.

13) 대법원 1984.2.8. 선고 83도3160 판결.

14) 오영근, 앞의 책, 724면(40/25); 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 형사판례연구[7], 박영사, 1999년 7월, 175면.

15) 김태명, 앞의 논문, 329면. 1992년 형법개정안(제54조제1항제2호)은 위의 실무태도를 반영하여 각 죄에 정한 형이 유기징역 또는 벌금형이 경우 가장 중한 형의 장기 또는 다액의 1/2까지 가중하되, 다른 범죄의 형의 하한보다 경하게 할 수 없도록 하는 단서를 두고 있다(법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992년 10월, 70면 및 71면). 나아가 상상적 경합의 경우에도 전체적 대조주의의 명문화를 주장하는 견해로는 윤동호·하태영, 형벌가중체계의 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006년 12월, 116-117면.

셋째, 경합범의 각 죄에 정한 형이 ‘무기징역이나 무기금고형’과 ‘벌금형’인 경우에 이를 병과할 수 있는지가 문제될 수 있다. 제38조제1항 제1호는 “死刑 또는 無期懲役이나 無期禁錮”인 때는 흡수주의를, 동항 제3호는 “無期懲役이나 無期禁錮 以外の 異種の 刑”인 때는 병과주의를 규정하고 있기 때문이다.

대법원은 “가장 중한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 그 형만을 집행할 수 있을 뿐 몰수나 벌금, 과료 이외의 다른 형은 집행하지 아니함이 그 규정취지에 의하여 분명하다”¹⁶⁾고 판시하고 있어 벌금형은 병과될 수 있는 것으로 여겨진다.

그러나 사형의 경우에는 법문언상으로, 또한 규정체계상으로도 벌금형이 병과될 수 없다고 해석해야 한다.¹⁷⁾ 비록 제38조제1항 제3호에 법문언상으로 ‘사형’이 제외되어 있더라도 규정체계의 형식적인 면을 고려하게 되면, 무기징역이나 무기금고의 경우에도 벌금형을 병과할 수 없으므로 사형의 경우에도 벌금형을 병과할 수 없는 것으로 해석하는 것이 동조 제1항 제1호의 규정의미를 제대로 파악하는 것이라고 생각한다.¹⁸⁾

위와 같은 경합범의 처벌례에 대한 의문은 경합범의 여죄에 대하여 추가형을 선고하는 경우에 생기는 의문과도 관련을 맺고 있다.

16) 대법원 2006.5.29. 선고 2006도135 결정.

17) 이경렬, “경합범의 여죄에 대한 정당한 처벌과 일사부재의원칙에 관한 연구”, 형사법연구 제19권제1호(통권 30호), 한국형사법학회, 2007년 3월, 75면.

18) 이에 관하여 일본형법전은 명시적으로 규정하고 있다. 일본형법 제51조 (병합죄에 관한 2개이상의 형의 집행) ① 병합죄에 대하여 2개이상의 재판이 있는 때는 그 형을 병과하여 집행한다. 다만, 사형을 집행해야 할 때는 몰수를 제외하고서 다른 형은 집행하지 아니하고, 무기징역 또는 금고를 집행해야 할 때는 벌금, 과료 및 몰수를 제외하고서 다른 형을 집행하지 아니한다.

② 전항의 경우에 유기징역 또는 금고는 그 가장 중한 죄에 정한 형의 장기에 그 2분의 1을 가중한 것을 초과할 수 없다.

나아가 제38조제1항 1호를 “가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만 벌금, 과료 또는 몰수는 병과할 수 있다.”로 개정함으로써, 재산형의 병과할 수 있음을 명시하는 것이 바람직한 입법론적인 주장으로는 김태명, 앞의 논문, 330-331면.

Ⅲ. 추가형의 선고 및 집행에 대한 의문

1. 형법 제39조제1항의 의미

1) 개정형법에 의하여 경합범중 여죄와 전과를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하는 경우 ‘그 刑의 執行’과 관련하여 의문이 있다. 제39조제1항 단서가 경합범중 여죄에 대하여 선고하는 그 형을 감경 또는 면제까지 할 수 있게 규정하고 있기 때문이다.

여기서 먼저 여죄에 대한 추가형을 감경 또는 면제할 수 있게 규정하고 있는 단서는 본문과의 관계에서 특별한 의미를 지니는 예외규정인지, 아니면 단순히 주의규정에 불과한 것인지가 문제이다. 이미 본문에서 여죄를 전과와 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 단지 그 죄에 대하여만 추가적으로 형을 선고하기 때문이다.

본문과의 관계에 있어서 단서가 특별한 의미를 지니는 것 즉, 종래의 형사실무에서 드러난 것처럼 (통상 경합범에 대하여 2개의 형을 선고받는 경우가 동시에 판결하여 1개의 형을 선고받는 경우보다 30% 정도 가중되어 처벌받는 결과를 초래하므로) 경합범중 여죄에 대하여 선고되는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다는 의미로 파악하게 되면, 제39조제1항의 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”는 지금의 법원(약칭; 제2법원)에서 판결되는 여죄의 형에 대하여 이전의 법원(약칭; 제1법원)에 의하여 판결이 확정된 형을 고려하여 ‘제38조의 처벌례에 의하여 집행하라’는 의미로 해석될 수 있을 것이다. 이 경우 제39조제2항은 동조 제1항에서 의미하는 바와 중복하기 때문에 삭제된 것으로 추론할 수 있다.

이러한 추론의 단초는 1992년 법무부 형법개정법률안(약칭; 1992년 정부안)에서 찾을 수 있다. 競合犯중 餘罪의 裁判에 관한 규정인 1992년 정부안 제55조¹⁹⁾와 현행형법을 비교하면, 현행형법은 제39조제1항에서 “그

19) 第55條(裁判을 받지 아니한 競合犯) ① 競合犯중 禁錮이상의 刑을 宣告한 判決이 확정되기 전에 범한 罪가 있는 때에는 그 犯罪에 대하여 刑을 宣告한다. 다만, 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

② 第1項의 規定에 의한 數個의 裁判이 있는 때에는 第54條의 예에 의하여 執行한다.

③ 第1項 또는 第2項의 規定에 의한 刑을 執行함에 있어서는 이미 執行한 刑期를 通算

죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”를 추가하는 대신에 동조 제2항을 삭제한 것을 알 수 있다. 1992년 정부안 제안이유서는 “특히 餘罪에 대하여 法定刑의 短期가 규정되어 있는 경우(강조는 필자)에는 동시에 裁判받는 경우보다 무거운 刑을 宣告하지 않을 수 없게 된다. 改正案에서 이 경우에 刑을 減輕 또는 免除할 수 있게 한 것은 事後的 競合犯이라고 하여 同時의 競合犯에 비하여 不利益한 刑을 宣告하지 않도록 하기 위한 배려 때문이”라고 한다.²⁰⁾

1992년 정부안에 의하면 제55조제1항 단서의 “그 형”은 여죄에 정한 ‘법정형’을 의미하는 것을 알 수 있으며, 이 경우 단서가 본문과의 관계에서 의미를 지니는 특별규정이 된다. 나아가 제39조제2항의 삭제이유를 파악하는 경우에만 (1992년 정부안 제55조 제3항에서 보이는 바와 같이) 제39조제4항의 “前3項의 刑의 執行”이 법문 그대로 동조 제1항에도 적용될 수 있다. 제39조의 개정취지를 이렇게 이해하는 경우에는 동조 제2항이 삭제되었음에도 불구하고 여죄에 대한 선고형의 집행에 관한 형사실무는 형법개정 전의 그것과 크게 다르지 않을 것이다.

2) 제39조제1항의 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”의 추가 및 동조 제2항의 삭제에 적극적 의미를 부여한다면, 경합범중 여죄에 대한 추가형의 ‘執行’에는 더 이상 제38조의 처벌례가 적용되지 않을 것이다. 형법개정과정에서 검토된 바와 같은 추가형의 선고방법은 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려하여 그 여죄에 대하여 형이 선고되므로 이미 확정된 전과의 형과 추가적으로 선고되는 여죄의 형을 병과하여 집행해야 한다.²¹⁾ 나아가 단서의 “이 경우 그 형”은 본문에서 이미 동시적 경합범과 형평을 고려하여 ‘선고’된 ‘형’을 의미하기 때문에 단서의 “감경 또는 면제”는 본문과의 관계에서 특별한 의미가 없는 주의규정에 불과한 것이다. 그리고 이 경우 제39조제4항의 “前3項”은 ‘前項’의 의미로 제한적으로 해석되거나 개정되어야 한다.²²⁾

한다.

20) 법무부, 형사법개정자료(XIV), 형법개정법률안 제안이유서, 1992년 10월, 73면.

21) 정성근·박광민, 앞의 책, 645-646면.

22) 이경렬, “사후적 경합범에 대한 형의 집행과 남은 문제점”, 비교형사법연구 제8권 제2호,

그런데 제39조제1항의 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”는 여죄와 전과에 대한 전체 ‘양형’이 제38조에 부합하여야 하고 제38조를 적용하여 산출한 ‘전체’로서 1개의 ‘처단형’에서 전과에 대한 ‘형’을 공제한 후 여죄에 대하여만 ‘추가’적으로 ‘형’이 선고되는 것을 의미하는 것으로 해석하면, (형법개정경과에서 개정안 제39조제1항에 대하여 국회가 일사부재리의 원칙에 반한다는 비판의 여지를 고려하여 그 내용을 현행과 같이 수정하였는데도 여전히) ‘양형판단과정’에서 이미 확정된 판결을 다시 심리하는 것과 동일한 결과를 초래하기 때문에 일사부재리원칙에 대한 위반이라는 혐의를 떨쳐 버릴 수가 없을 것이다.²³⁾ 나아가 전체에 대한 처단형에서 전과의 형을 공제한 후 추가적으로 형이 선고되는 것이면, 경합범중 여죄에 대하여는 그 여죄에 정한 법정형의 범위를 벗어나 형이 선고될 수도 있을 것이다.

제39조 개정의 전 취지에 관한 위와 같은 의문을 해결하는 데는 경합범의 여죄에 대한 처벌레인 독일형법상의 전체형의 사후적 형성 내지 스위스형법상의 추가형의 선고에서 그 시사점을 찾을 수 있다.

2. 경합범중 여죄의 처벌에 관한 외국의 입법례

가. 전체형의 사후적 형성방법

이 방법은 먼저 경합범중 여죄에 대하여 개별형을 정하고, 마치 여죄와 전과를 동시적 경합범으로 처벌하는 것처럼 제1법원에 의하여 확정된 전과의 개별형과 제2법원이 여죄에 대하여 정한 개별형을 결합하여 새롭게 즉, 사후적으로 전체형을 결정하는 방법이다(독일형법 제55조).

독일의 형사실무²⁴⁾는 사후적 전체형을 결정하기 위하여 먼저, 이전판결에서 전체형을 형성하는데 사용된 개별형을 조사한다. 이 과정에서 제2법원은 이전판결의 개별형과 관련된 사실관계의 확정과 양형평가에 기속

2006년 12월, 319면 이하, 특히 332면.

23) 여기서는 특히 배종대, 형법총론, 제8전정판, 홍문사, 2005년 8월, 801면(173/13).

24) Ruth Rissing-van Saan, in : LK-StGB, § 55 Rn. 25 ff.; Stree, in: Schönke-Schröder Kommentar, § 55 RN 3 ff.

(羈屬)되지만, 전체형의 사후적 형성에 요구되는 종합적인 (양형)평가는 제1법원으로부터 자유롭게 정한다. 즉, 제1법원의 전체형은 과기되지만 그 개별형은 제2법원의 새로운 전체형을 형성하는데 사용된다.²⁵⁾ 또 제1법원에서 선고한 부수형벌, 부수효과 및 처분은 지금의 재판절차에서 그 대상이 소멸되지 않는 한 효력을 유지한다(동조 제2항). 나아가 이전판결(제1판결)이 제2법원(제2절차)에 알려지지 않았기 때문에 새로운 전체형을 사후적으로 형성하지 못하고 수개의 확정판결이 있게 될 경우, 이후의 제3법원은 그 이전의 형사절차에서 선고된 형들에 대하여 새로운 전체형을 사후적으로 형성할 수 있다(독일형사소송법 제460조 참조).²⁶⁾

이러한 방법은 사후적 경합범의 처벌에 있어서 이전판결의 효력을 그대로 남겨둔 채, 이전판결에서 심리된 죄에 대한 개별형과 그 판결확정 전에 범한 죄의 개별형을 마치 동시적 경합범으로 처벌하는 것처럼 새로운 전체형을 다시 정하기 때문에, 일사부재리원칙의 위반이라는 문제가 생기지 않는다고 한다.²⁷⁾

그러나 새로운 전체형의 사후적 형성에는 오랜 시간의 경과로 인하여 제1판결과 달리 제2판결의 일수벌금액의 기준(Tagessätze)이 경제사정의 변동으로 확연하게 높게 책정되는 경우²⁸⁾ 또는 이전판결에서 선고한 형이 집행종료, 시효완성 또는 면제 등으로 효력을 상실한 경우 실무적으로 곤란한 문제가 생길 수 있다. 또 이전판결의 형이 (사형 또는) 종신형인 경우에는 다시 전체형을 정한다는 것이 무의미할 수도 있다.

나. 추가형의 선고방법

경합범중 여죄에 대하여 추가형을 선고하기 위하여 스위스의 형사실

25) BGHSt 12, 99.

26) 독일형사소송법 제460조의 규정은 제1판결의 기판력의 결함으로 인하여 제2판결에 의한 전체형의 형성이 불가능한 경우(BGHSt 20, 292, 294) 또는 제2판결에서 제1판결의 재판서류를 정시에 요구하지 않았거나(BGHSt 12, 1, 10) 제1판결의 상소기간이 도과하였더라도 원상회복청구(Wiedereinsetzungsantrag)가 충분히 예견됨으로써, 사후적 전체형의 형성이 도외시된 경우(BGHSt 23, 98)에도 적용된다.

27) Stree, in: Schönke-Schröder Kommentar, § 55 RN 55 ff.

28) BGHSt 27, 359; BGHSt 28, 360. 이에 대하여 자세한 것은 Ruth Rissing-van Saan, in : LK-StGB, § 55 Rn. 35 ff.

무²⁹⁾는 먼저, 자유형의 선고를 받은 자에 대하여 그 판결이 확정되기 전에 범한 죄를 포함하여 모든 죄를 전체적으로 평가한다; 전체평가(Gesamtbewertung). 전체평가는 전적으로 제2법원의 재량에 속하는 사항이다. 물론 이전의 선고된 외국의 판결과 관련하여³⁰⁾ 전체평가의 정확성이 명확하게 설명될 수 없는 경우도 있다. 이 경우 제2법원은 아직 판결을 받지 아니한 죄에 대하여 거의 독자적으로(quasi selbständig) 추가형을 선고할 수 있다. 그러나 이런 경우를 제외하면 전체평가는 항상 중요하게 고려되어야 할 사항이다.

다음으로는 추가형의 양정단계인데, 제2법원은 이전의 기판력 있는 판결을 고려하면서 제1법원에서 선고한 형(이른바 기본형; Grundstrafe)과 전체평가에 의한 형(종종 전체형으로 오도되기도 함)의 차이를 산술적 계산으로 설명하는 추가형을 양정한다. 이 경우 기본형과 추가형의 합계는 전체평가에 의하여 실현되는 형을 초과하지도, 미달하지도 않아야 한다. 나아가 전과에 대하여 이미 형의 시효가 완성되었을지라도 추가형의 양정에 있어서 전체평가는 가정적이기 때문에 전과의 형은 기본형으로 고려될 수 있다.³¹⁾ 또한 제2법원은 (자신의 입장에서) 이러한 가정적인 전체평가에 따르더라도 제1법원에서 선고한 형보다 이전판결의 선고 전에 범한 모든 죄에 대한 형이 중하지 아니한 경우 추가형을 선고하지 않아야 한다.³²⁾

스위스의 형사실무는 사후적 경합범의 경우에도 전체적 대조주의(Grundsatz der Sperrwirkung des mildereren Rechts)를 적용하는 것이 타당하다고 한다. 즉, 판결확정 전에 범한 죄에 대하여 최저형(Mindeststrafe)의 요건이 있는 경우에도 기본형과 추가형의 통산에 의하여 그 여죄의 법정형보다 경하게 처벌할 수 있다.³³⁾

29) BSK StGB I - Jürg-Beat Ackermann / in, Art. 68 N 57 참조.

30) 사후적 경합범에 대한 추가형의 선고는 외국에서 선고받은 형에 대하여도 적용될 수 있다(BGE 127 IV 108; BGE 109 IV 92. 공간되지 않은 판결로는 BGE vom 23. 11. 1999, 6S. 253/1998a; BGE vom 4. 3. 1999, 6S. 849/1998).

31) BGE 105 IV 81 f.

32) BGE 118 IV 276; BGE 102 IV 241; BGE 73 IV 164; Stefan Trechsel, SchwStGB, Art. 68 N 28: “추가형의 형량이 무(Null)”.

33) BGH 80 IV 225; 73 IV 164.

3. 형법 제39조제1항 적용상의 쟁점

가. 전과에 대하여 사형이 선고된 경우

전과에 대하여 이미 사형이 선고·확정된 경우(예컨대, 피고인의 살인 행위에 대하여 사형이 선고되었다면) 제39조제1항은 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하므로 그와 사후적 경합관계에 있는 여죄에 대하여 어떤 형도 선고할 수 없다는 것을 의미하는지 의문이다. 이를 긍정하게 되면, 행위자에 대하여 1건의 살인행위만 밝혀져 사형을 선고하였는데(전과), 그 후 사후적 경합범에 해당하는 9건의 살인행위가 밝혀졌더라도 여죄(9건의 행위)는 전혀 처벌할 수 없다는 의미이다.

그런데 형법에 절대적 법정형으로 사형을 정하고 있는 죄는 餘滴罪(제93조) 밖에 없다. 따라서 사형이 선고된 경우는 법정형 중에서 사형이 선택된 것을 말한다(제54조 참조). 이 경우에는 그 여죄에 정한 형의 종류와 형량과 상관없이(전과와 여죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하면 흡수주의의 처벌원칙에 따라) 전과에 대하여 선고된 가장 중한 형인 사형이 선고될 것이므로 그와 사후적 경합관계에 있는 여죄에 대하여는 형의 면제가 판결로 선고될 것이다(제39조제1항 단서).

실제로 9건의 살인행위에 대하여 수사를 진행하고 기소를 하더라도 제39조제1항 단서에 의하여 형면제 판결을 선고될 것이- 확정적이-라면, 수사실무에서는 기소를 하지 않고 ‘公訴權 없음’을 이유로 불기소처분을 한다.³⁴⁾

34) 검찰사건사무규칙[일부개정 2007.02.20 (부령 제606호) 법무부] 제69조제3항 제4호 : 확정판결이 있는 경우, 통고처분이 이행된 경우, 「소년법」, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 또는 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」에 의한 보호처분이 확정된 경우(보호처분이 취소되어 검찰에 송치된 경우를 제외한다), 사면이 있는 경우, 공소의 시효가 완성된 경우, 범죄후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우, 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우, 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우, 동일사건에 관하여 이미 공소가 제기된 경우(공소를 취소한 경우를 포함한다. 다만, 다른 중요한 증거를 발견한 경우에는 그러하지 아니하다), 친고죄 및 공무원의 고발이 있어야 논하는 죄의 경우에 고소 또는 고발이 없거나 그 고소 또는 고발이 무효 또는 취소된 때, 반의사불벌죄의 경우 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우, 피의자가 사망하거나 피의자인 법인이 존속하지 아니하게 된 경우.

나. 전과에 대하여 무기형이 선고된 경우

나아가 제39조제1항은 전과에 대하여 이미 무기형이 선고·확정된 경우(예컨대, 피고인의 살인행위에 대하여 무기형이 선고되었다면)에도 그와 사후적 경합범관계에 있는 여죄에 대하여는 어떠한 형도 추가적으로 선고할 수 없다는 것을 의미하는가?

위의 의문은 제38조의 처벌례에 의하면 가장 중한 죄에 정한 형이 무기징역인 때에는 흡수주의의 처벌원칙에 의하여 무기징역형이 선고되기 때문에 야기되는 것이다. 그런데 이를 긍정한다면, 1건의 살인행위만 밝혀져 무기형 선고를 받았는데 그 후 사후적 경합범에 해당하는 9건의 살인행위가 밝혀졌더라도 9건의 행위는 전혀 처벌할 수 없는 결론에 도달하게 된다. 이러한 결론은 여죄와 전과를 동시에 판결할 때 사형이 적정한 형으로 파악되는 경우에도 일체의 추가적인 양형, 즉 사형의 선고를 부정할 수밖에 없는 기이한 귀결이다.

앞에서 제기한 의문 및 도출된 양형에 있어서 부당한 결론은 경합범중 여죄에 대하여 추가형의 선고방법을 도입한 제39조제1항의 개정취지를 입법자와 다르게 이해한데서 초래된 것이다. 형법의 개정이유와 일치되게는 전과에 대하여 무기형이 선고된 경우를 양형판단과정에서 가장 중한 죄에 정한 형 가운데 무기형이 선택되었다는 의미로 이해하는 것이다. 이 경우 사후적 경합관계에 있는 여죄(9건의 살인행위)에 대하여는 그 여죄에 정한 형(예컨대, 제250조에 의하면 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)에서 전과와 여죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 즉, 전체 양형판단에 의하여 사형이 적정한 형으로 파악되는 경우에는 여죄에 대하여 사형이 선택될 수 있다. 전과의 무기형과 여죄에 대한 사형이 선택된 경우에

그런데 이러한 수사실무에 대하여는 - 아무튼 법문언상으로는 임의적 감면사유로 규정되어 있기 때문에 - 문리해석에 충실한다면, 형법 제39조제1항 단서의 형의 면제는 위 검찰사건사무규칙 제69조제3항 제4호 소정의 “법률에 의하여 형이 면제된 경우”에 해당하지 않는다는 의문이 제기된다.

이와 같은 의문제기에 대하여 단서의 “법문상 임의적 규정으로 볼 여지가 있으나, 본문에서는 필요적으로 형평을 고려하여 형을 선고하도록 하고 있는 바 형평에 있어 사소한 차이라도 있으면 피고인의 권익을 위하여 위 단서를 필요적 규정으로 보아 반드시 그 형을 감경 또는 면제하여야 할 것”이라고 타당한 반론을 주장하는 견해(조자룡, “개정형법 제39조 해석에 관한 소고”, 인터넷 법률신문 제3378호, 2005.7.18.)도 있다.

는 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하면 가장 중한 형인 사형이 선고될 것이다(제38조제1항 제1호). 그러나 무기형이 선고된 전과와 지금 재판되는 여죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하더라도 무기형이 적정한 형으로 파악되는 때에는 여죄에 대하여 형의 면제가 판결로 선고되어야 할 것이다(제38조제1항 단서).

다. 전과에 유기형이 선고된 경우

이와 관련하여 전과(1건의 살인행위)에 대하여 사형 이외에 다른 형(예컨대, 유기징역형)이 선고된 경우에도 흡수주의를 관철할 것인지, 관철해야 한다면 여죄가 아무리 중한 범죄이더라도 무기형 이상을 선고할 수 없을 것이다. 만약 관철할 필요가 없다면 즉, 사형의 선고가 가능하다면 흡수주의에 의하는 사형이 선고된 위의 경우와 그 처벌에 있어서의 균형이 맞지 않기 때문에 논리적으로 모순이라는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 이러한 문제제기도 또한 여죄에 대하여 추가형의 선고방법을 도입한 제39조제1항의 개정취지를 입법자와 다르게 이해한데서 초래하는 것이라 생각한다. 즉, 살인행위에 대하여 유기형이 선고된 경우는 가장 중한 죄에 정한 형에 선택형으로 사형이 있더라도 유기형이 선택되었다는 의미이다. 이 경우 그와 사후적 경합관계에 있는 여죄(9건의 살인행위)에 대하여는 그 여죄에 정한 형(예컨대, 제250조에 의하면 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)에서 (전과와 여죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하면, 사형 또는 무기징역형이 선택될 수 있고 이 경우에는 흡수주의의 처벌 원칙에 따라) 가장 중한 형인 사형 또는 무기징역형이 선고될 수 있다.

라. 여죄에 사형 또는 무기징역형이 추가적으로 선고된 경우

경합범의 여죄에 대하여 사형 또는 무기징역형이 추가적으로 선고된 경우 전과에 대하여 선고된 유기형의 전부 또는 일부의 집행은, 제39조제4항에 의한 “執行한 刑期를 通算”에 있어서 추가형의 선고 그 당시에는 동조 제1항에 대하여 의미가 없을 것이다. 그러나 이 사형 또는 무기징역형이 선고된 “罪에 대하여 赦免 또는 刑의 執行이 免除된 때에는 다른 罪

에 대하여 다시 刑을 定”하고(동조 제3항), 이 경우 이미 “執行한 刑期”는 부칙 제2항과 관련하여 의미를 지닐 수 있다. 따라서 전과에 대하여 유기형이 선고된 경우에도 그 유기형의 집행 시기는 사후적으로 동조 제4항과 관련하여 중요한 의미를 지닌다고 생각한다.³⁵⁾

마. 여죄에 유기형 및 벌금형을 추가적으로 선고하는 경우

한편 전과에 유기형이 선고·확정된 후 사후적 경합범관계에 있는 여죄에 대하여 전과와 동시에 판결할 때와 형평을 고려하여 유기형 내지 벌금형을 추가적으로 선고해야 하는 경우는 흡수주의의 처벌원칙이 아니라 가중주의 내지 병과주의에 의하여 처단형이 결정될 것이다. 이 경우 전과에 대하여 이미 확정된 형이 전과와 여죄를 동시에 판결하는 경우에 결정되는 처단형의 범위에 어떤 영향을 미칠 수 있는지는 제39조제1항 단서에 대하여 제기한 제2의 쟁점과 관련되어 있으므로 항을 달리하여 설명한다.

IV. 추가형선고 법관의 양형재량권 문제

1. 형법 제39조제1항 단서의 의미

1) 제39조제1항 단서는 경합범중 여죄에 대하여 선고되는 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 위의 [표 1]에서처럼 개정발의안에는 이런 내용의 단서조항이 없었지만, 안 제39조제1항의 “선고된 형을 포함한 하나의 전체형을 정하”는 것은 양형단계에서 실질적으로 이미 확정된 판결에 대하여 다시 심리하는 것이 되므로 일사부재리의 원칙에 반한다는 비판을 받을 수 있다는 검토의견을 수용하여 현행과 같이 수정되었다.³⁶⁾

단서조항은 법문언상 ‘임의적’ 감면규정이지만 본문에서 반드시 전과와 여죄를 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선

35) 이러한 생각에 대하여는 대법원 2006.5.29. 선고 2006도135 결정 및 이에 대한 평석 이경렬, 비교형사법연구 제8권제1호, 330면 이하 참조.

36) 위의 각주 3) 참조.

고”하도록 하고 있고 또 동시적 경합범과 비교하여 형평에 사소한 차이라도 있으면 사후적 경합범의 인정취지에 위반되어 피고인에게 불리하므로 ‘필요적’ 감면규정으로 해석해야 한다.³⁷⁾

2) 이 경우 단서의 감경 또는 면제는 제55조의 각호에 의하여 행하는 법률상의 감경을 의미하는지 즉, 여죄에 대한 형의 양정을 특별히 규정한 것인지가 문제된다. 이를 긍정하게 되면, 여죄에 대하여 추가형을 선고하는 제2법원은 여죄의 사안을 심리하여 제55조의 규정내용에 따라 법률상의 감경을 하게 되므로 법관의 양형재량권은 그만큼 법률상의 제한을 받게 될 것이다.

그러나 단서의 의미를 위와 같이 이해하는 것은 형법개정을 통하여 도입하고자 한 추가형의 선고방법과 일치하지 않는 해석이라고 생각한다. 추가형의 선고방법은 경합범중 판결을 받지 아니한 죄에 대하여 형을 선고하지만 동시적 경합범의 경우와 비교하여 그 양형이 불리하게 되는 것을 금지하는 방법이기 때문이다. 제39조제1항 본문은 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”라고 이를 특히 규정하고 있다.

따라서 동시적 경합범과 형평을 고려한 여죄에 대한 양형범위가 반드시 법률상의 감경에 따라 행하는 범위와 일치되는 것은 아닐 것이다. 동조 제1항 본문과 단서의 관계에서 단서는 여죄에 대한 양형을 법률상의 감경(제55조)에 따라 행하는 특별규정이 아니라 단지 법관의 양형재량에 관한 주의규정에 불과하다고 본다.

2. 여죄의 법정형과 처단형의 관계

1) 이제는 경합범중 여죄를 재판하는 법관의 양형재량권의 범위 즉, 그 여죄에 정한 법정형의 상한이나 하한에 관계없이 (그 여죄와 전과를 동시적 경합범으로 처벌할 경우에 제38조를 적용하여 산정되는 처단형의 범위에 한정되어) 그 죄에 대하여 추가형을 선고할 수 있는지가 문제된다. 이는 전과와 여죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 여죄에서 정하고 있는 법정형의 하한보다 (물론, 작량감경도 고려하여) 더 경

37) 조자룡, “개정형법 제39조 해석에 관한 소고”, 인터넷 법률신문 제3378호, 2005.7.18.

하게 처벌할 수 있는지, 나아가 동시적 경합범으로 처벌되는 경우와 형평을 고려하면 그 여죄에서 정하고 있는 법정형의 상한보다도 더 중하게 처벌할 수 있는지의 문제이다.³⁸⁾

이러한 문제를 부각시키기 위하여 구체적인 예를 들어 설명한다.

[예 1] 법정형이 징역 5년 이하인 범죄 2건(전과)에 대하여 (가중주의의 처벌원칙에 의하여 처단형은 징역 7년6개월 이하인 경우에) 징역 5년이 선고·확정되고 난 후에 그와 사후적 경합범관계에 있는 같은 범죄 10건(여죄)이 추가로 발견된 경우, 여죄의 죄질이 아무리 중하더라도 그 죄에 대하여는 동시적 경합범의 처단형의 범위 안에서 추가형으로 징역 2년 6개월 이상의 형은 절대로 선고될 수 없다는 의미인가?

[예 2] 법정형이 징역 3년 이하인 범죄(전과)에 대하여 징역 6월이 선고·확정되고 난 후에 그와 사후적 경합범관계에 있는 법정형이 징역 7년 이상인 범죄(여죄)가 추가로 발견된 경우, 이를 동시적 경합범으로 판결할 때에는 양죄의 처단형은 작량감경을 고려하더라도 3년 6월 이상으로 산정되므로 (사안에 비하여 부당하게 높은 양형으로 보이더라도 예컨대, 양죄를 합하여 징역 2년이 가장 합리적인 양형으로 보이는 경우) 여죄에 대한 양형은 징역 3년 이하로는 선고될 수 없는 것인지, 아니면 제39조제1항 단서에 의하여 그 이하로 감경하여도 무방한 것인가?

2) 추가형의 선고방법에 의하면, 여죄를 재판하는 제2법원은 전과를 포함하여 여죄를 전체로 평가하고, 이 전체평가는 전적으로 당해법원의 재량에 속하는 사항이라고 한다. 추가형의 양정단계에서 법원은 전과에 대하여 선고된 기본형과 전체평가에 의한 이른바 전체형의 차이가 산술적으로 설명되는 추가형을 선고한다. 즉, 기본형과 추가형의 합계는 전체평가에 의하여 산출되는 전체형과 일치되어야 한다.

따라서 [예 1]에 대하여는 다른 가중사유가 발견되지 아니하는 한, 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려하여 선정된 처단형의 범위 안에서 그 여죄에 대하여는 추가형으로 징역 2년 6월보다 더 높은 형은 선고될 수

38) 오스트리아 형법 제31조제1항 제2문에서는 이 경우 추가형은 지금 재판을 받아야 하는 죄에 대하여 규정한 형의 상한을 초과할 수 없게 규정하고 있다.

없다.³⁹⁾

[예 2]와 관련하여 전과와 여죄를 동시에 판결할 경우에는 (제38조제1항 제2호에 의하여 가장 중한 죄에 정한 장기의 2분의 1까지 가중하되, 각 죄에 정한 형의 장기를 합산한 형기를 초과하지 못하므로) 그 처단형의 범위는 가장 중한 죄인 여죄에 대한 7년 이상의 유기자유형이 가중되어 7년 이상 18년 이하의 징역이 될 것이다. [예 2]에서 보이는 것처럼 정상을 참작할만한 사유가 있어 그 형을 감경하게 되면, 이제 처단형의 범위는 3년6월 이상 18년 이하의 징역이 된다. 작량감경(제53조)은 법률상의 감경을 다 하고도 그 처단형의 범위를 완화하여 그보다 낮은 형을 선고하고자 할 때에 하는 것이기 때문이다.⁴⁰⁾ 이 경우 그 여죄의 양형에 있어서 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려하여 산정된 처단형의 하한은 3년6월에 전과의 6개월을 공제하여 3년 이하로는 별도의 법률상 감경사유가 없는 한⁴¹⁾, 아무리 제39조제1항 단서에 의하더라도 선고될 수 없다고 해야 한다.

3) 그런데 위와 같은 양형판단에는 일사부재리원칙의 위반이라는 비판이 있을 수 있다. 따라서 제2법원은 전과에 대한 양형사유는 가급적 제1법원의 판단을 존중하고, 여죄 및 그 여죄를 동시에 판결할 경우에 고려되는 양형사유만을 독자적으로 판단하여 추가형을 선고해야 할 것이다. 제2법원이 전과에 대하여 제1법원의 양형판단에 기속되는 이러한 실무운동은 전체형을 사후적으로 선고하는 독일형법과 그 맥을 같이 하는 것이다.

3. 추가형에 의한 집행유예의 선고 여부

1) 제39조 개정 전에 실무에 의하면, 전과의 형과 사후적 경합범관계에 있는 여죄는 각각 따로 형이 선고되는 것이고 그 2개의 자유형은 별개

39) 이는 사후적 경합범에만 국한되는 문제가 아니라 동시적 경합범의 경우에도 해당하는 문제이다(위의 II. 3. 첫째 의문 참조).

40) 대법원 1991.6.11. 선고 91도985 판결.

41) 제39조제1항 단서를 법률상의 감경사유로 이해하게 되면, 여죄에 대하여 선고되는 형은 징역 1년 8월에서 전과의 6개월을 공제한 징역 1년이 선고될 수 있다. 이러한 결과는 피고인에게 유리한 형일 수 있으나 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려한 정당한 형은 아닐 것이다.

의 형이므로 그 각 죄에 대하여 제62조제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 각각 집행유예를 선고할 수 있으며 또 그 2개의 자유형 중 1개의 자유형에 대하여 실형을 선고하면서도 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 허용될 수 있었다.

이제는 전과와 여죄의 어느 한 쪽에만 집행유예를 선고하는 양형이 가능할지 아니면, 전과에 대하여 선고유예, 집행유예 또는 실형이 먼저 선고되면 그에 따라 여죄에 대하여도 선고유예, 집행유예 또는 실형이 반드시 선고되어야 하는지가 문제된다. 추가형은 그 여죄에만 해당되는 독자적인 별개의 형이 아니라 전과와 여죄를 동시에 판결할 때 선고되었어야 하였을 전체형의 일부이기 때문이다.

2) 스위스의 형사실무⁴²⁾에 의하면, 추가형은 전과와 전혀 별개의 형은 아니지만 그럼에도 불구하고 이미 부과된 형과는 그 형종(Strafart)과 집행의 종류(Art des Vollzugs)서 있어서는 독립적인 형이라고 한다. 따라서 추가형을 선고하는 법관은 이전판결의 기본형에서 조건부의 형집행(bedingter Strafvollzug)이 허용되었더라도 이를 거부할 수 있고, 그 반대의 경우도 가능하다.⁴³⁾ 그동안의 확고한 실무에 의하면, 추가형에 대하여 조건부의 형집행이 객관적으로 고려될 수 있는지의 여부는 기본형과 추가형에서 도출되는 전체 형량이 결정적이라고 한다. 즉, 제2법원의 전체 양형평가단계에서의 가정적인 전체 형량이 18개월을 초과하지 않으면 조건부의 형집행이 허용된다. 이 경우 추가형에 대한 조건부의 형집행은 기본형의 판결과 상관없이 독립적으로 결정된다. 나아가 주관적인 요건도 사후적인 판단시점에서 사정에 따라서 제2법원이 추가형의 선고시점에서 판단한다.⁴⁴⁾ 다만, 추가형에 있어서 조건부의 형집행의 가능성이 없더라도 기판력이 있는 기본형에서 허용된 조건부의 형유예(bedingte Strafaufschub)는 그대로 유지된다고 한다.⁴⁵⁾

조건부의 형집행을 허용할 것인지에 대하여 결정적인 전체형량의 통산

42) BSK StGB I - Jürg-Beat Ackermann / in, Art. 41 N 144-147 참조.

43) BGE 105 IV 294, 295 E. 1 m. N.

44) BGE 109 IV 68, 71 f. E. 3.

45) BGE 121 IV 97, 103; 109 IV 68, 70 E. 1.

(Berechnung)에 있어서는 기본형 이외에 이미 그 기본형에서 선고된 추가형도 고려되어야 한다.⁴⁶⁾ 즉, 수개의 추가형이 있는 때에는 이를 합산하여 결정하여야 한다.

한편 독일에서는 제55조제1항 제1문⁴⁷⁾에 의하면, 판결이 확정된 죄의 형이 완전히 실효되지(erledigt) 않아야 할 것을 전체형의 사후적 형성에 대한 조건으로 명시하고 있다. 독일의 실무에서는 판결이 확정된 죄의 형이 판결을 받지 아니한 죄에 대한 판결 전에 이미 실효된 때에는 전체형을 사후적으로 결정하지 않는다.⁴⁸⁾

3) 대법원은 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여도 일정한 경우에는 집행유예를 선고할 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 또한 확정판결의 전후에 별개의 범죄가 있고 이에 대하여 1개의 판결로 2개의 자유형을 선고하는 경우, 그 2개의 자유형은 각각 별개의 형이므로 제62조제1항에 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있으며 또 그 2개의 자유형 중 1개의 자유형에 대하여 실효를 선고하면서 다른 자유형에 대하여 집행유예를 선고하는 것도 우리 형법상 이러한 조치를 금하는 명문의 규정이 없는 이상 허용되는 것으로 보고 있다.⁵⁰⁾

따라서 전과에 대하여 집행유예가 선고되었더라도 그 여죄와 함께 재

46) BGE 109 IV 68, 71 f. E. 3.

47) 독일 형법 제55조제1항 제1문 : 제53조 및 제54조는 확정판결을 받은 자가 선고된 형의 집행종료, 시효완성 또는 그 형의 면제 이전에 그 확정판결 전에(vor der früheren Verurteilung) 범한 다른 범죄로 인하여 처벌되는 때에도 적용된다. 우리 형법상으로는 누범규정에 이러한 취지의 규정이 있다(제36조 단서 참조).

48) BGH NJW 1982, 2080; Ruth Rissing-van Saan, in : LK-StGB, § 55 Rn. 20.

49) 대법원 2007.2.8. 선고 2006도6196 판결 : 집행유예 기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는, 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 ‘금고 이상의 형을 선고’한 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 집행을 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

50) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결; 대법원 2002. 2.26. 선고 2000도4637 판결.

판받았으면 당연히 실형을 선고받았을 경우라면, 전과에 대하여 먼저 집행유예가 선고되었다는 이유로 그 여죄에 대하여 당연히 집행유예가 선고되어야 하는 것은 아니다. 반대로 전과에 대하여 실형이 선고되었으나 그 여죄와 함께 재판받았으면 당연히 집행유예를 선고받았을 경우라면, 전과에 대하여 먼저 실형이 선고되었다는 이유로 그 여죄에 대하여 당연히 실형이 선고되어야 하는 것은 아닐 것이다. 특히 후자의 경우는 개정 전의 실무의 태도이기도 하다.⁵¹⁾

V. 형법 제39조의 소송실무상의 문제

1. 상고이유 - 법령위반 내지 양형부당

1) 경합범중 여죄에 대하여 추가형을 선고하는 경우 그 선고의 대상이 되는 것은 여죄에 정하고 있는 ‘법정형’이 아니라 여죄와 전과를 동시적 경합범으로 판결할 경우에 결정되는 ‘처단형’이 우선적으로 고려되어야 한다고 주장하였다. 여기서 제2법원이 여죄와 전과를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지 않는 경우, 피고인은 이를 ‘상고이유’로 주장할 수 있는

51) 대법원 1989.9.12. 선고 87도2365 전원합의체판결

【다수의견】 제37조의 경합범관계에 있는 수죄가 전후로 기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정되었을 경우 다른 사건의 판결에서는 다시 집행유예를 선고할 수 없다면 그 수죄가 같은 절차에서 동시에 재판을 받아 한꺼번에 집행유예를 선고받을 수 있었던 경우와 비교하여 현저히 균형을 잃게 되므로 이러한 불합리가 생기는 경우에 한하여 위 단서 규정의 “형의 선고를 받아”라는 의미는 실형이 선고된 경우만을 가리키고 형의 집행유예를 선고받은 경우는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

【반대의견】 제62조제1항 단서 소정의 “금고 이상의 형의 선고를 받아”라고 함은 실형만을 지칭하는 것은 아니고 집행유예의 선고를 받은 경우도 포함하며, 집행유예기간 이전의 범죄가운데 제37조 후단 경합범의 경우에 대하여도 그 의미를 달리 해석할 것이 아니다.

【별개의견】 제62조제1항 단서의 “금고 이상의 형의 선고를 받아”에서 말하는 “형”이란 실형만을 가리키는 것이지 집행유예를 받은 형까지도 포함하는 것으로는 해석되지 않으므로 형의 집행유예기간중이라도 여죄인지의 여부에 관계없이 집행유예를 할 수 있다.

지가 문제된다. 이 문제는 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”의 의미와도 관련을 맺고 있다.

위의 Ⅲ. 1. 1)에서 본 바와 같이 여죄에 대하여 제38조 경합범의 처벌례를 적용하여 집행하라는 의미로 해석하게 되면, 피고인의 주장은 원칙적으로 법령위반의 주장에 해당할 것이다. 이에 반하여 여기서 주장하는 Ⅲ. 1. 2)와 같이 여죄와 전과에 대하여 제38조에 부합되게 전체를 양형하여 결정되는 ‘처단형’에서 전과의 형을 공제한 후 그 여죄에 대하여 추가형이 선고된다는 의미로 해석하게 되면, 피고인의 주장은 통상 양형부당의 주장에 그칠 것이다. 이 경우 항소이유(형사소송법 제361조의 5 제15호)와 상고이유(제383조 제4호)에 차이가 있다.⁵²⁾

추가형의 선고방식은 원칙적으로 여죄에 대한 양형과정을 법정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 ‘동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지 않았다’는 피고인의 주장은 원칙적으로 후자와 같이 양형부당의 주장으로 이해해야 한다. 이 경우 형법 제38조의 고려와 관련하여 법령위반과 양형부당의 한계설정이 문제이다.

2) 상고이유 중 법령위반에 대하여 실무는 소송절차나 판결내용이 헌법·법률·명령·규칙에 위반하거나 그러한 법령의 해석에 착오가 있는 경우를 의미한다고 하며, 판결내용에 관한 법령에는 개별 형벌법규뿐만 아니라 죄수에 관한 규정도 포함되는 것으로 보고 있다.⁵³⁾

한편, 형의 양정은 법정형, 선택형, 처단형, 선고형의 선정이라는 각 단계를 거쳐 구체화된다. 이 과정에서 선고형을 구체적으로 정하는 것은 법원의 재량사항에 속하지만 그 재량에도 합리적인 한계가 존재하며, 이를 벗어나는 경우에는 양형부당이라고 할 수 있다. 따라서 법정형이나 선택

52) 상고의 경우에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 인정된다.

53) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도1216 판결 : 죄수평가를 잘못된 결과 처단형의 범위에 차이가 생긴 경우, 죄수에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000도605 판결 : 판결이유에 법령의 적용을 명시하면서 각 범죄사실이 해당하는 법조문을 나열한 다음 법정형이 선택적으로 규정된 일부 죄에 대하여 형종의 선택을 명시하지 아니하고, 경합범가중을 하면서도 어느 죄에 정한 형에 가중하는지를 명시하지 아니하더라도, 주문에서 형종과 형기를 명기한 이상 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수는 없다.

형, 처단형의 범위 산정자체에 하자가 있는 경우에는 법령위반이다. 그러나 일정한 ‘처단형’의 범위 안에서 결정한 선고형의 양이 부당하다는 양형 부당의 주장에 해당한다. 다만, 선고형의 결정이 법률상의 요건이나 범위를 벗어나는 경우는 양형부당이 아니라 법령위반에 해당할 수 있다.⁵⁴⁾

“동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”는 여죄에 대하여 선고되어야 할 처단형의 범위를 제38조의 처벌례에 의하여 선정하고 즉, 이에 대하여 하자가 있으면 법령위반이다. 경합범중 여죄에 대하여 형을 선고하는 경우에 전과와 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하지 않으면 제39조제1항에 대한 법령위반이다. 이에 대하여 처단형으로부터 선고형을 결정하는 것은 원칙적으로 법관의 재량에 속하는 것이고 즉, 여기에 하자가 있으면 양형부당이다. 양형은 법관의 재량권에 속하지만, 양형법관은 피고인의 범죄사실에 대하여 부과되는 책임의 양과 피고인 및 일반인에게 기대되는 특별예방 및 일반예방을 고려하여 적절한 양형을 하여야 한다.⁵⁵⁾ 책임 및 예방의 종합적 판단을 외면한 일방적인 양형판단은 법관의 양형재량권을 벗어난 것으로 양형부당이 된다.

2. 이른바 ‘굿모닝 시티 여죄사건’ : 서울중앙지방법원 2006.9.20. 선고 2005노3760 판결

가. 사건의 개요

① 2004.6.21. 피고인은 서울중앙지방법원에서 쇼핑물건축 및 분양업체인 주식회사(회사명 생략) 대표이사로 재직할 당시 범행으로 인하여 “특정경제범죄가중처벌등에관한법률”위반(횡령)죄 등으로 징역 12년을 선고받고, 항소하여 서울고등법원에서 항소심 재판 진행 중이었다(이하 약칭; A죄).

② 2004.10.19. 10:00경 피고인은 ‘대검찰청 국정감사장에 출석하라’는 국회법제사법위원장 명의의 증인출석요구에 대하여 같은 날 16:30경 짧은

54) 대법원 1983.9.13. 선고 83도1709 판결 : 판결선고전의 구금일수를 통산함에 있어서 그 한도를 초과하여 산입할 수 없는 일수를 산입하는 것은 판결에 영향을 미칠 의율착오의 위법이 있다.

55) 신동운, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2005년 10월, 1140면.

시간으로는 증언의 목적을 달성할 수 없고, 진행 중인 재판에 영향을 미칠 우려가 있으며, 회사계약자들과의 이해관계가 복잡하다는 등의 사유를 들어 불출석사유서를 제출하고 불응하였다.

③ 2004.10.19. 17:15경 및 같은 날 17:45경 2회에 걸쳐, 같은 날 16:45경 및 16:45경 국회법제사법위원회의 피고인에 대한 대검찰청 국정감사장에로의 동행명령을 거부하였다.

④ 2005.1.13. 서울고등법원에서 “특정경제범죄가중처벌등에관한법률” 위반(횡령)죄 등으로 징역 10년을 선고받아(2004노1703 판결), 대법원 2005.4.29. 선고 2005도741판결로 원심판결이 확정되었다.

- 2005. 7. 29. 법률 제7623호 형법 제39조 개정

⑤ 2005.11.11 서울중앙지방법원은 2005고단861 판결로 피고인에 대하여 ④의 확정판결과 제37조 후단의 사후적 경합관계에 있는, ②의 “국회에서의증언·감정등에관한법률” 제5조(증인 등의 출석요구 등), 제12조(불출석 등의 죄; 법정형 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금) - 이하 약칭; B죄 - 및 ③의 같은 법 제6조(증인에 대한 동행명령), 제13조(국회모욕의 죄; 5년 이하의 징역) - 이하 약칭; C죄 - 에 대하여 벌금 500만원의 형을 선고하였다.

⑥ 1심판결에 대하여 검사는 “피고인에게 징역형만을 또는 징역형 및 벌금형을 선고하여야 함에도, 법령을 위반하여 피고인에게 벌금 500만 원을 선고하는 잘못을 저질렀다”고 법률위반을 이유로 항소하였고, 피고인은 사실오인 내지 법리오해 및 양형부당을 주장하면서 항소하였다.

⑦ 2006.9.20. 서울중앙지방법원 항소부는 피고인의 사실오인 내지 법리오해의 주장을 배척하고 양형부당의 주장에 대한 판단을 생략한 채, 검사의 주장은 이유 있다고 판단하여 원심을 파기하고 피고인에 대하여 형을 면제하였다.

나. 굿모닝시티 여죄사건에 대한 적용법률 판단

1) 형법이 개정된 며칠 후 대법원은 이와 유사한 구조의 사건에 대해

여 개정된 신법을 적용하고 있다. 대법원 2005.8.19. 선고 2005도3197 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다.

피고인은 2005.4.28. 도로교통법위반(음주운전, 무면허운전)죄로 징역 6월을 선고받아 2005.7.1. 위 판결이 확정된 사실을 알 수 있고, 따라서 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 도로교통법위반(음주운전, 무면허운전)죄와

위 판결이 확정되기 전인 2004.10.10.에 범한 이 사건 도로교통법위반(음주운전, 무면허운전)죄는 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다고 할 것이다.

그런데 원심판결이 선고된 후인 2005.7.29. 법률 제7623호로 형법 제39조제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고,

개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 이 사건 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조제1항을 적용하여야 할 것이다.

결국 이 사건에는 형사소송법 제383조 제2호 소정의 ‘판결 후 형의 변경이 있는 때’에 해당하는 사유가 있게 되었다.

그러므로 직권으로 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원으로 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

2) 위의 판례입장을 따르게 되면, 이른바 ‘굿모닝시티 여죄사건’에 대하여도 개정된 제39조제1항이 적용되어야 할 것이다. 징역 10년형으로 확정판결된 A죄(특경가법 제3조제1항 제1호 법정형; 무기 또는 5년 이상의 징역, 동조 제2항 벌금의 임의적 병과)와 B죄(법정형; 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금) 및 C죄(법정형; 5년 이하의 징역)는 제37조 후단의 사후적 경합범관계에 있다. 따라서 여죄 B죄 및 C죄에 대하여는 개정된 제39조제1항에 의하여 A죄와 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하

여 그 죄에 대하여 추가형이 선고되어야 한다.

다. 항소심에 인용된 검사의 항소이유요지

“이 사건 제1항 공소사실은 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률 제12조 제1항이 적용되어 그 법정형이 ‘3년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금’이고, 이 사건 제2항 공소사실은 위 법률 제13조가 적용되어 그 법정형이 ‘5년 이하의 징역’이며, 위 공소사실은 경합범에 해당하므로, 원심은 피고인에게 징역형만을 또는 징역형 및 벌금형을 선고하여야 함에도, 법령을 위반하여 피고인에게 벌금 500만 원을 선고하는 잘못을 저질렀다.”

라. 추가형의 선고와 관련된 양형판단 과정의 추론

1) 전과의 양형판단에 기속되어 선택형 및 처단형의 선정이 유지되는 경우

가) 전과인 A죄에 대한 원심이 무기형을 선택하고 법률상의 감경이나 작량감경을 하여 징역 10년형이 확정된 경우에는 여죄에 대한 추가형으로 500만원의 벌금형이 선고될 수 없다. 제38조제1항 제1호(흡수주의)에 의하여 가장 중한 죄에 정한 법정형 중 무기징역형이 선택되고 이 선택형에 대하여 법률상의 감경이나 작량감경을 하여 징역 10년형이 확정되었을 것이기 때문이다.

여죄에 대한 판결에서 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 - 동시적 경합범처럼 처벌하더라도 확정판결에서 이미 제1법원이 A죄에 대하여 ‘선택한 형’인 무기징역은 사실 및 양형사유에 대한 판단으로 제2법원을 기속한다. 따라서 여죄 중 B죄에서 벌금형이 선택되더라도 A죄에서 선택된 무기징역형에 흡수된다.

나) 전과인 A죄에 대한 원심이 유기자유형을 선택하고 법률상의 가중 감경이나 작량감경 등을 거쳐 징역 10년형이 확정된 경우에는 여죄에 대한 추가형으로 500만원의 벌금형이 선고될 수 있다. 전과인 A죄의 법정

형에 대하여 유기자유형(5년 이상 15년 이하의 징역)이 선택되고 (법률상 가중하더라도 처단형의 장기는 25년 이하에서) 징역 10년형이 선고·확정되었을 것이기 때문이다.

여죄에 대한 판결에서 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 즉, 동시적 경합범처럼 처벌하더라도 확정판결에서 이미 제1법원이 A죄에 대하여 ‘선택한 형’인 유기자유형은 사실 및 양형사유에 대한 판단으로 제2법원을 기속한다. 따라서 여죄 중 B죄에서 벌금형이 선택되고 C죄의 유기형과 동시적 경합범처럼 처단형의 범위를 정하여 ‘5년 이상의 유기징역형과 1천만 원 이하의 벌금’을 병과한다(제38조제1항 제3호). 이미 전과 A죄에 대하여 징역 10년이 확정되었기 때문에 여죄에 대하여는 병과되어야 할 벌금형이 추가적으로 500만원 선고된 것으로 볼 수 있다.

그러나 이 경우에도 전과인 A죄의 법정형에 대하여 유기자유형(5년 이상 15년 이하의 징역)이 선택되어 징역 10년형이 선고·확정되었더라도 여죄인 B죄에 대하여 유기형이 선택되고 C죄의 유기형과 동시적 경합범처럼 처단형의 범위를 정하게 되면 22년6월 이하의 유기징역형될 것이다(제38조제1항 제2호). 이미 전과 A죄에 대하여 징역 10년이 확정되었기 때문에 여죄에 대하여는 벌금형을 선고할 수없고 전체 양형판단에 의한 처단형의 최대 범위인 22년6월 이하의 징역형에서 전과의 기본형 10년형을 공제하고 B죄와 C죄에 대하여 추가형으로 유기형이 선고될 수는 있다. 이 경우의 전체 양형판단은 제2법원의 재량에 속한다.

2) 전과의 양형판단에 기속되지 않고 모든 죄에 정한 법정형을 고려하는 경우

다) 위와는 달리 개정된 제39조제1항의 의미를 제38조를 적용하여 처리하라는 의미로 해석하는 견해에 의하면, 제2법원은 제1법원에서 A죄에 대하여 무기형을 선택한 것인지, 유기형을 선택하였는지에 관계없이 그 ‘법정형’만을 고려하게 된다. A죄와 그와 사후적 경합관계에 있는 B죄와 C죄를 동시적 경합범으로 처벌하는 경우처럼 각 죄에 정한 형에서 제2법원의 양형재량판단에 따라 각 죄에 적용할 선택형을 선정하고 가중감경의 순서(제56조)에 의하여 전체형을 결정하고 여기에 전과에 대한 형을 공제

한 후에 B죄와 C죄에 대하여 추가형을 선고하고 전과의 형과 여죄의 추가형은 병과하게 된다.

그러나 이러한 제2법원의 양형판단과정은 동 조항의 개정당시에 ‘검토보고’에서 지적된 바와 같이 일사부재리원칙의 위반이라는 비판의 여지를 극복할 수 없을 뿐만 아니라 일부 견해에서 주장⁵⁶⁾되는 바와 같이 ‘양형판단’에서 이미 확정된 판결을 다시 심리하는 것과 동일한 결과를 초래하기에 일사부재리원칙위반이라는 혐의를 떨칠 수가 없을 것이다.

3) 일사부재리의 원칙을 고수하여 전과의 선고형을 유지하는 경우

라) 한편, 제2법원이 제1법원에서 ‘선고한 형’인 징역 10년형에 기속되고, 그 여죄에 대하여 심리하여 동시적 경합범의 경우와 형평을 고려하여 추가적으로 형을 선고하는 방법도 생각할 수 있다.

그러나 이 방법은 전과의 ‘법정형’이 가장 중한 죄인 경우에는 사후적 경합범에 대하여 동시적 경합범의 경우와 형평이 고려된 동일한 법적 취급을 할 수 없는 문제가 있다. 전과의 선고형 10년형은 흡수주의에 의하는 무기징역형이 선택된 것이든, 가중주의에 의하는 유기징역형이 선택된 것이든 여하튼 제2법원에서는 유기형 10년으로 받아들여야 하기 때문이다.

3. 결론에 대신하여

이른바 ‘굿모닝시티 여죄사건’의 항소심이 제39조제1항 소정의 “동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여”를, 그 판결에 나타난 “검사의 항소이유요지”를 인용하는 판단에서 추론되는 것처럼 라)와 같이 전과에 대한 선고형을 유지하고 그 여죄에 대하여만 심리한 것이라면, 이 사건과 같이 전과의 ‘법정형’이 가장 중한 죄인 경우 경합범관계에 있을 그 모든 죄를 동시적 경합범으로 처벌되는 경우와 형평이 고려된 동일한 법적 취급을 할 수 없는 문제가 있을 수 있다. 오히려 제39조제1항의 개정취지를 고려한다면, 가) 또는 나)의 방법에 의하여 여죄에 대하여 심리하고 추가형을 선고하여야 할 것이다.

56) 배종대, 앞의 책, 801면(173/13).

끝으로 제39조제1항에 관한 법령위반과 양형부당의 한계설정에 관하여는 위의 V. 2. 라. 1)과 같이 전과의 양형판단에 기속되어 선택형 및 처단형의 선정을 유지하는 추가형의 선고방법에 대하여 종래의 실무태도를 유지하면 될 것이다. 이러한 상고이유의 구분에 도움이 될 수 있는 판례를 소개하면 다음과 같다.

즉 ① 1죄에 대한 병과형의 선고방법에 관한 대법원 1955.6.10. 4287형상210 판결⁵⁷⁾, ② 1죄에 대한 병과형의 작량감경의 방법에 관한 대법원 1976.9.14. 선고 76도2012 판결⁵⁸⁾, ③ 작량감경사유가 있으면 반드시 작량감경해야 한다는 대법원 2002.10.25. 선고 2002도4298 판결,⁵⁹⁾ ④ 경합범에 대한 병과형의 작량감경의 방법에 관한 대법원 2006.3.23. 선고 2006도1076 판결⁶⁰⁾, ⑤ 제37조 후단 경합범의 성립 및 형의 선고에 관한 대법원 1966.6.7. 선고 66도526 판결⁶¹⁾과 ⑥ 형법개정사실이 상고이유가 되는지에 관한 대법원 2007.1.12. 선고 2006도5696 판결⁶²⁾ 등이 있다.

57) 제38조제1항 제3호에 의하면 경합범에 있어서 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기감고이외의 이종의 형인 때에는 이를 병과하도록 규정되어 있는 바, 이 규정은 1죄에 대하여 무기징역이나 무기감고 이외의 이종의 형을 병과할 것으로 규정한 때에도 적용되는 것이다. “금에대한임시조치법” 제6조에서 동법 제5조 위반의 행위에 대하여 징역형과 벌금형을 병과할 것을 규정하였음으로 피고인의 원판시 각 행위를 경합범으로 처벌함에 있어서는 동법 제6조 소정의 벌금형을 병과할 것임에 불구하고 원판결이 피고인에 대하여 징역형만을 선고하였음은 제38조제1항의 해석을 그릇한 위법이 있는 것이다.

58) 징역형과 벌금형을 병과하여야 할 경우에 특별한 규정이 없는 한 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 이것을 하지 아니한다 함은 잘못이다.

59) 수형자를 사회로부터 영구히 격리시켜 그의 자유를 박탈하는 중신자유형인 무기징역형은 유기징역형과는 현저한 차이가 있으므로 양형의 조건을 심리한 결과 무기징역형에 처하는 것이 과중하다고 인정되고 작량감경의 사유가 드러날 경우에는 작량감경한 형기범위 내에서 형을 선고하여야 하며 그런 상황에서 무기징역형을 선고한다면 그 형의 양정은 심히 부당한 경우에 해당하여 위법하게 된다.

60) 형법 제38조 제1항 제3호에 의하여 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

61) 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 수개의 죄를 검사가 각별히 공소를 제기한 결과 일부사실에 대하여 먼저 확정판결이 있는 후에 잔여사실에 대하여 재판하게 되었을 경우에는 동법 제37조 후단의 경합죄로 인정하여 동법 제39조제1항에 의하여 그에 대한 형을 선고하여야 한다.

62) [1] 사후심인 상고심은 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호의 상고이유인 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때’ 여부를 원심판결 당시를 기준으로 판단하는 것이 원칙이므로, 원심판결 선고 후에 비로소 별개의 범죄에 대하여 금

참고문헌

- 권오걸, “실체적 경합의 요건과 처벌”, 비교형사법연구 제6권 제2호(특집호), 2004년 12월
- 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006년 3월
- 김일수·서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006년 3월
- 김태명, “경합범 처벌상의 문제점”, 21세기의 형벌과 양형, 한국형사법학회·한국형사정책연구원 국제학술회의 자료집, 2006년 12월
- 박상기, 형법총론, 제6판, 박영사, 2004년 3월
- 박종연, “형법상 경합범 규정의 문제점”, 법률신문 제2925호, 2000.10.25
(<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?kind=ba03&serial=3251>)
- 배종대, 형법총론, 제8전정판, 홍문사, 2005년 8월
- 법무부, 형사법개정자료(XIV), 형법개정법률안 제안이유서, 1992년 10월
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001년 6월
- 신동운, 형사소송법, 제3판, 법문사, 2005년 10월
- 오영근, 형법총론, 제3판, 대명출판사, 2004년 3월
- 윤동호·하태영, 형벌가중체계의 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006년 12월
- 이경렬, “사후경합범의 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호(통권 제24호), 한국형사법학회, 2004년 12월
- 이경렬, “사후적 경합범에 대한 형의 집행과 남은 문제점”, 비교형사법연구

고 이상의 형을 선고한 판결이 확정되었다면 원심판결이 형법 제39조 제1항을 적용하지 않은 것을 위법하다고 볼 수 없는 것이고, 형사소송법 제383조 제2호의 상고이유인 ‘판결 후 형의 폐지나 변경이 있는 때’는 원심판결 후 법령의 개폐로 인하여 형이 폐지되거나 변경된 경우를 뜻하는 것이고 법령의 개폐 없이 단지 형을 감경하거나 면제할 수 있는 사유가 되는 사실이 발생한 것에 불과한 경우는 이에 포함되지 않는 것이다.

[2] 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되 그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 형법 제39조 제1항이 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정·시행된 후에 원심판결이 선고되고, 피고인의 별개의 범죄에 대하여 징역형을 선고한 판결이 원심판결 선고 후에 이르러 비로소 확정된 경우에는, 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호나 제2호에서 정한 상고이유 중 어느 것도 존재하지 않는다.

구 제8권 제2호, 2006년 12월

이경렬, “경합범의 여죄에 대한 정당한 처벌과 일사부재의원칙에 관한 연구”, 형사법연구 제19권 제1호(통권 30호), 한국형사법학회, 2007년 3월

이기현, “경합범과 상상적 경합”, 형사판례연구[7], 박영사, 1999년 7월

이재상, 형법총론, 박영사, 1986년 8월

이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 박영사, 2005년 9월

정성근·박광민, 형법총론, 제3판, 삼지원, 2006년 2월

조자룡, “개정형법 제39조 해석에 관한 소고”, 인터넷 법률신문 제3378호, 2005.7.18 (<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?kind=ba04&serial=16513>)

최병각, “경합범의 성립과 처벌”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004년 7월

Ackermann, Jürg-Beat, BSK StGB I, Helbing & Lichtenhahn, 2003

Niggli, Marcel Alexander, “Retrospektive Konkurrenz - Zusatzstrafe bei Kassation des Ersturteils?”, SJZ 91(1995) Nr. 20

Roxin, Claus, Strafrecht AT II, C.H.Beck, 2003

Rissing-van Saan, Ruth, in : LK-StGB, 11. Aufl., Walter de Gruyter, 1999

Samson/Günther, in: SK-StGB, 6. Aufl., 1995

Stree, in: Schönke-Schröder Kommentar, 27. Aufl., C.H.Beck, 2006

Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., C.H.Beck, 2006

Über die Anwendungsfragen von neuer Fassung § 39 korStGB

Lee, Kyung-Lyul*

Die §§ 37-39 korStGB behandeln die Tatmehrheit oder Realkonkurrenz. § 37 gibt die Voraussetzungen an, unter denen Zusammentreffen mehrerer Delikte als Realkonkurrenz bezeichnet wird. § 38 beschreibt die Art der Strafenbildung und §39 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen bereits rechtskräftig abgeurteilte Taten in die Strafenbildung bei retrospektiver Konkurrenz mit einbezogen werden. Bei der nachträglichen Strafenbildung nach dem letzten Teil § 37, a. F. § 39 Abs. 1 gibt es trotzdem viele komplizierte Probleme wie Voraussetzungen, Strafenbildung und Vollstreckung in Zusammenhang mit der bereits im ersten Verfahren verhängten Strafe. Diese Problematik wird zum Teil durch die Strafrechtsänderungsgesetze vom 20. 1. 2004 (G-Nr. 7077) und vom 29. 7. 2005 (G-Nr. 7623) erledigt. Nach neuer Fassung § 39 Abs. 1 korStGB soll der Richter eine Zusatzstrafe aussprechen, wenn er eine Straftat beurteilen muß, die der Täter begangen hat/haben, bevor er wegen einer andern Tat zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Mit diesem Aufsatz prüft der Autor die Anwendungsfragen von neuer Fassung § 39 korStGB in Fällen, in denen eine od. mehrere Taten erst nachträglich, d. h. nach der Verurteilung für eine andere Tat, entdeckt wurden und zu beurteilen sind. Er behandelt außerdem die bleibende Frage nach Auszusprechen der Zusatzstrafe bezüglich material- und prozesualrechtliches Aspektes.

주제어 : 형법 제39조 (§39 korStGB), 사후적 경합범, 전체형주의, 추가형의 선고, 형의 양정, 상고이유

Keywords : Retrospektive Konkurrenz, Gesamtstrafenprinzip, Auszusprechen der Zusatzstrafe, Bemessung der Strafe), (Revisionsgründe

* * Professor, College of Law, Sookmyung Women's University, Ph. D. in Law