성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.001
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp.1 - 30

연속범 논의의 한계와 입법적 해결방안

정지훈*

【목 차】

Ⅰ. 시작하는 글
1. 논의의 대상
2. 다시 연속범이론을 논의하려는 이유
Ⅱ. 연속범이라는 포괄일죄를 인정해야 할 필요성이 있는가?
1. 절차적 편의성
2. 피고인의 양형상 이익
Ⅲ. 이른바 '가중적 일죄'의 적용문제
1. 일죄 인정에 따른 가중처벌
2. 해석에 의한 일죄 인정의 한계
Ⅳ. 맺는 글을 대신하여 : 입법에 의한 해결방안

【국 문 요 약】

연속범은 독일 형법이론의 영향 아래에서, 그 동안 주어진 것으로 받아들여져 왔다. 수개의 행위로 수개의 범죄구성요건을 충족시킨 사례에서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 포괄일죄로 인정할 수 있다는 연속범 개념에 대한 설명이 적극적인 논증 없이 통용되어 왔기 때문이다. 하지만 1994년 독일 연방대법원 형사합의부가 연속범의 존립기반을 사실상 무력화시켜 버린 이후, 연속범을 부정하는 주장이 한국의 학계에서도 제기되었다. 이 글은 독일의 논쟁을 그대로 재현하는 형태로 진행되어 온 전선에서 어느 한쪽 진영에 가담하기 위한 목적이나 내용을 담고 있지 않다. 한국의 법현실에서 그 동안의 연속범 관련 논의가 간과하고 있었던 공통 전제와 결론에 따른 한계를 드러내 보이고 그 대안을 제시하고자 한다.

연속범이론과 그 반대쪽은 모두 연속범을 일죄로 인정하게 되면 소송경제적 이익이 발생하고 피고인에게 유리한 양형이 가능하다고 해 왔다.

* 서원대학교 경찰학부 조교수, 법학박사.

다만 그러한 효과의 찬반에 대해서만 다툼이 벌어져 왔을 뿐이다. 하지만 소송경제의 이익이라는 논거의 실체는 형사법의 대원칙에 우선할 수 없는 실무의 편의성일 뿐이고, 연속범을 포괄일죄로 구성한다고 하여 필연적으로 얻을 수 있는 결과도 아니며, 일죄 인정을 통해 추구할 만한 목표도 아니다.

한국의 형사특별법에서는 특정한 범죄로 이익을 얻거나 개인이나 국가 등에 손해를 끼친 경우에 그 가액을 기준으로 가중처벌되는 조항들을 1960년대부터 갖추고 있었다. 위 처벌조항을 적용함에 있어서 연속범이론이나 판례에 의해 포괄일죄를 인정하는 결론으로 나아가는 경우에는, 개개의 행위에 의해 실현된 결과불법이 누적되어 위 법률 또는 양형기준에 의한 무겁게 처벌된다. 연속범이론의 핵심적 추동력은 '일죄 인정에 의한 처벌의 완화'로 설명되어 왔는데, 정반대의 결과를 도출해내기 위해서도 자신들이 내세웠던 성립요건을 적용하여 가중적 일죄의 성립을 인정할 수 있는가에 대한 분명한 입장과 성립요건을 정립해야 한다.

연속범이론에 반대하는 견해에 따르면 가중적 일죄 사안 역시 포괄일죄의 일반적 판단기준에 따를 수밖에 없는 한계가 노정된다. 장기간에 걸친 정기적 뇌물수수사례나 대규모의 사기사건 등과 같은 경우에 대해서는 접속범의 시간적·장소적 근접성 기준을 충족하기는 어려워 보이기 때문이다. 수죄로서 경합범 처벌에 의하게 되면 다수의 피해자들에게 막대한 손해를 입히는 사안에 대해서도 가중적 일죄의 입법취지나 양형취지를 몰각시키는 심각한 형벌 불균형을 피할 수 없게 된다. 판례는 죄수와 양형의 일반원칙에서 이탈하는 불확실하고 자의적인 결론을 배출하고 있다는 점에서, 결국 어느 해석론에 의하더라도 가중적 일죄의 타당한 해결은 요원해 보인다.

입법론인 대안을 제시해 보자면, 오스트리아 「형법」 제29조의 합산원칙과 같이 "가치 또는 손해액의 합계를 기준으로 처벌한다"는 새로운 과형상 일죄를 명문화하는 것이다. 이와 같이 실체법상 수죄이지만 하나의 형을 선고하는 입법적인 결단을 통해, 그 동안의 연속범이론과 판례와 같이 실체법상 일죄인 포괄일죄로 구성하는 과정에서 초래되어 왔던 이론적 체계 정합성이나 법적 안정성으로부터의 이탈을 최소화하면서 책임원칙에 부합하는 결론을 무리 없이 이끌어 낼 수 있게 된다.

I. 시작하는 글

1. 논의의 대상

연속범은 익숙하면서도 그 실체가 무엇인지는 분명하지 않다. 지금까지 일반적으로 통용되어온 설명방식에 따르면 "연속범이란 연속한 수개의 행위가 동종의 범죄에 해당하는 것"이라고 정의내리면서, "연속범의 경우에 죄수를 어떻게 볼 것인가에 대하여는 견해가 대립되고 있다"고 다뤄져왔다.[1] 물론 포괄일죄의 한 유형으로서 연속범을 위치시키고 있으며, 실체법상 일죄로 분류하기 위한 일정한 요건을 열거하고 있다는 점에서 문제되는 지점이 어디인지를 파악하는 데는 어려움이 없다.

하지만 위와 같은 종래의 서술은 마치 연속범이 범죄구성요건의 하나(또는 범죄의 종류)로서 인정되는 개념인 듯한 착각을 불러일으킬 수 있다.[2] 또한 이러한 연속범의 정의에 따르면 연속범은 일죄가 될 수도 수죄가 될 수도 있는 - 죄수론 이전의 - 개념으로 설정해 놓았음에도 불구하고(연속범⊃일죄), 뒤이어 바로 죄수에 대한 견해 대립과 일죄라는 결론을 내놓고 나서(연속범=일죄) 다시 "연속범이 되기 위하여는(혹은 성립하기 위해서는)"[3]이라고 성립요건을 나열하는 설명방식 역시 불필요한 오해를 증폭시킨다.[4]

---

1) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」(제10판), 박영사, 2019, §38/28. 그 외에 배종대, 「형법총론」(제15판), 홍문사, 2021, [17]/5("연속범은 연속한 수개의 행위가 동종의 범죄에 해당하는 것을 말한다. 연속범의 법적 처리에 대해서는 여러 견해가 있다") 등.

2) 예컨대 "연속범은 범의를 계속하여 동종의 행위를 반복함으로써 일죄로 처단하는 형태의 *범죄*를 말한다"는 오영근, 「형법총론」(제5판), 박영사, 2019, 469면.

3) 이재상·장영민·강동범, 위의 책, §38/30; 배종대, 위의 책, [171]/6. 이와 동일한 서술형태로는 손동권. 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005, §35/27; 이형국, 「형법총론」(제3판), 법문사, 2003, 370면 등.

4) 연속범은 수개의 행위로 수개의 범죄를 실현하는 것이라는 정의까지는 일죄 또는 수죄가 가능한 개념으로 설정하면서도, 이를 일죄로 보아야 한다는 판단을 해 놓았기 때문에 연속범은 일죄만 가능해 진다. 그런데 다시 연속범이 일죄가 되기 위한 요건이 아니라 연속범 자체가 성립하기 위한 요건을 열거하는 방식에는 동의할 수 없다. 이보다는 "연속범이란 연속하여 행하여진 수개의 행위가 같은 범죄에 해당하는 경우로서, … (중략) … 연속범을 실체법상 일죄로 다룰 필요성 내지 타당성을 찾을 수 있다. … (중략) … 연속범으로 분류되는 행위들이 일죄가 되기 위한 요건"으로 이어지는 서술방식이 정확하다 할 것이다(김일수·서보학, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2018, 526면에서 527면).

연속범은 구성요건으로 고정되었거나 선재(先在)된 범죄 개념이 아니다. 연속한 수개의 행위가 동종의 구성요건을 수회 실현한 경우에는 죄수론의 일반적인 원칙에 따른다면 수죄로 판단하여야 한다. 그런데 정책적인 이유 등으로 인하여 포괄일죄의 관점을 가져와 일정한 요건을 설정하고 이에 부합하는 사례에 대해서는 이를 한 개의 죄로 보자는 입장에서만 비로소 연속범 개념의 실익이 인정된다.[5] 반대로 위 사례를 수죄로 처리하자는 견해에 따르면 연속범은 설명할 필요가 없는 도구에 불과한 것이다.

결국 연속범 개념은 "1죄 내지 수죄의 동일어가 아니라 단지 죄수결정이 문제되는 사례(Topos)에 관한 명칭"으로서,[6] "계속 범행할 의사를 가지고 동일한 법익에 대하여 일정한 기간 동안 동종의 범행방법으로 반복해서 행해진 수개의 행위가 있을 때, 이 수개의 행위를 포괄해서 1개의 범죄로 취급하는 경우"[7]를 위해 동원되는 개념으로 자리매김을 시켜야 한다. 요약하면 "행위단일성이 없고 구성요건을 수 회 실현하여 실질적으로 수죄이지만 법적으로 한 개의 죄(일죄)로 취급하는 법리"[8]로 정리하는 게 정확할 것이며, 이에 따라 이 글에서는 연속범'이론'과 그 부정론을 논의의 대상으로 삼는다.

2. 다시 연속범이론을 논의하려는 이유

한국에서의 연속범이론은 종주국이라고 여겨지는 독일의 논의가 절대적인 영향력을 갖고 있다.[9] 이를 인정하거나 부정하는 견해 모두 그 발상과 계기에 있어서 독일로부터(만) 비롯된 것으로 보이기 때문이다.[10]

---

5) 연속범은 수개의 범행에도 불구하고 실체적 경합범의 적용을 배제하기 위한 현실적인 필요성 때문에 이를 단일행위로 보기 위한 논리조작의 산물이라는 설명으로 박상기, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2004, 484면.

6) 김일수, 「형법총론」(신정판), 박영사, 1996, 590면.

7) 임웅, 「형법총론」(제12정판), 법문사, 2021, 631면.

8) 이상돈, 「형법강론」(제3판), 박영사, 2020, 372면.

9) 독일에서 연속범이론의 역사적 변천과정에서 대한 상세한 내용에 대해서는 임웅/소재용, "연속범에 관한 논의의 본질과 실상 - 독일에서의 이론·판례의 변천을 중심으로 -", 「성균관법학」 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005, 320면에서 325면을 참고할 것.

10) 연속범 개념을 통한 일죄 인정법리는 독일뿐만 아니라 오스트리아와 스위스의 판례에서도 인정해왔으며 학계에서도 찬반론이 벌어져왔다. 그 중에서 스위스는 이미 1990년 4월

1955년 (구)「형법」에서 “연속한 수개의 행위로서 동일한 죄명에 해당하는 때에는 일죄로서 이를 처단한다”는 형태로 규정되어 과형상 일죄로 규율하던 제55조가 삭제된 이후에도, 한국의 학계나 실무는 연속범사례를 독일과 같이 실체법상 일죄로 구성하려는 입장을 고수해 왔다. 하지만 논의의 깊이와 범위가 교과서의 두께를 넘을 수 없었고 고시잡지의 지면을 벗어나기 어려웠다.[11] 그마저도 적극적으로 논거가 제시되어 있다기 보다는 설명에 가까운 형태로 일죄를 인정하는 쪽으로만 기울어져 있었다.[12]

이러한 상황에서 1994년 5월 3일 독일연방법원 형사 전원합의부가 ‘침해된 범죄구성요건의 특성상 연속된 수개의 행위에 의해 실현된 불법과 책임을 사리에 맞도록 하나로 포괄하는 것이 불가피한 경우에 한해서 예외적으로만 일죄로서 인정될 수 있다’고 선언함으로써,[13] 한국에서의 연속범이론에 관한 논의 역시 중대한 변곡점을 맞이하게 되었다. 연속범이론을 부정하는 견해가 연구논문의 형태로 개진되기 시작한 것이 1997년 3월에 발간된 논문 두 편을 통해서였는데,[14] 흥미로운 지점은 - 글쓴이가 확인가능한 범위에서 - 여기에서부터 위 판례와 함께 독일 부정

27일의 연방대법원 판결에 의해 연속범 개념을 포기한 바 있으며(BGE 116 Ⅳ 121), 오스트리아 역시 2007년 대법원의 강화된 부(ein verstärkter Senat des OGH. 글쓴이가 이해한 바에 따르면, 오스트리아 대법원은 통상적으로 5명의 재판관으로 한 부(Senat)를 구성하지만 특별한 경우에는 11명의 재판관으로 부를 구성하며 이를 ‘verstärkter Senat’라고 표기하고 있다)의 판결을 통해 연속범 법리를 더 이상 채택하지 않기로 하였다. 그럼에도 불구하고 지금까지 이러한 두 국가의 판례나 이론적 논의를 다루고 있는 문헌은 찾을 수 없다.

11) 연속범이론을 연구주제로 전면에 내세운 최초의 학술문헌으로 검색되는 것은 1993년의 허일태, “죄수론과 연속범”, 「고시연구」 고시연구사, 1993. 8, 65면 이하를 들 수 있는데, 위 글의 참고문헌과 1997년에 발간된 두 편의 연구논문(각주 14)을 찾아보더라도 교과서를 제외한다면 연속범이론을 다루고 있는 연구논문은 찾아볼 수 없다.

12) 일례로서 연속범이론의 찬반론을 설명하고 나서 “그럼에도 불구하고 연속범은 현재까지 통설과 판례에 의하여 일정한 요건이 구비되면 포괄일죄가 되는 경우로 인정되고 있으며, 대법원도 일관하여 이를 포괄일죄에 해당한다고 판시하고 있다”는 설명으로 결론을 갈음하는 이재상, “죄수론연구(2)”, 「법조」 제33권 제7호, 법조협회, 1984, 50면.

13) BGHSt RrS 40, 138. 본 판결의 자세한 내용과 의의에 대한 독일의 논의 내용에 대해서는 이경렬, “연속관련에 관한 독일판례의 경향”, 「형사법연구」 제11호, 한국형사법학회, 1999, 384면에서 390면까지를 참고할 것.

14) 김성돈, “연속범의 죄수”, 「형사정책연구」 제8권 제1호, 한국형사정책연구원, 1997, 187면 이하와 서보학, “연속범이론에 대한 비판적 고찰”, 「공범론과 형사법의 제문제(上)」(心耕鄭盛根敎授華甲紀念論文集), 삼영사, 1997, 607면 이하.

설의 논거가 한국의 학계에서 본격적으로(의미 있는 비중으로) 다루어지기 시작하였다는 사실이다.[15]

주어진 것으로 확고하게 받아들여져 온 개념이었던 연속범이 다툼의 대상인 이론으로 지위가 바뀐 이후, 일죄성이 부정되어야 한다는 주장은 3, 4년간 일련의 연구논문을 통해 지속되었다.[16] 또한 2000년 이후 발간된 형법총론 교과서 중에는 연속범 부정론의 진영에 가담하는 숫자가 늘어났다.[17] 그러자 종래까지 연속범이론의 인정 필요성을 적극적으로 논증하지 않고 있던 반대쪽으로부터 한국의 법체계 하에서는 포괄일죄로 취급하는 것이 타당하다는 반론이 논거와 함께 제기되었다.[18] 이러한 논쟁은 연속범이라는 개념을 명시하고 있지는 않지만 결론적으로는 연속범 법리에 따라 포괄일죄를 인정하는 것처럼 읽힐 수 있는 판례군에 대한 분석과 비판으로 자연스럽게 확장되었다.

하지만 거기까지였다. 이후에 몇 편의 연구논문이 간헐적으로 나왔지만 각 진영에서 더 이상 새로운 논거는 개발되지 않았고, 연속범이론(또는 사례)에 대한 지금까지의 논의와 결론이 한국의 형사법 체계 안에서 여전히 유효한 것인지, 연속범의 인정 여부가 독일이 아닌 지금 여기에서 어떠한 의미로 작동하는지에 대한 고민은 제대로 다루어지지 못한 채 화석처럼 굳어져 버렸다.[19] 더욱 심각한 문제는 법원을 비롯한 형사실무에

---

15) 1997년 이전까지 연속범이론을 부정하고 수죄로 보아야 한다는 견해로, ① 연구논문으로는 '행위단일성의 인정 여부에 따라 일죄로 보아야 하고 부정되는 사례에 대해서만 수죄를 인정해야 한다'는 주장 정도만 확인되며(허일태, 앞의 글, 85면), ② 교과서 중에서 수죄설은 정영석, 「형법총론」(제4전정판), 법문사, 1978, 265면. 다만 (구)「형법」 제55조가 삭제되었으므로 당연히 수죄가 된다는 설명뿐이다.

16) 김용욱, "경합론의 체계적 지위", 「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖李炯國敎授華甲紀念論文集), 법문사, 1998, 406면에서 408면; 안동준, "연속범개념의 검토", 위의 책, 419면 이하; 박광민, "연속범이론의 재검토", 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000, 125면 이하; 이경렬, "수죄인 연속범의 소송법적인 문제의 해결방안", 「형사법연구」 제17호, 한국형사법학회, 2002, 76면(이하의 참고문헌 표기는 발간된 시간적 순서에 따름).

17) 이정원, 「형법총론」, 법지사, 1999, 447면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2001, 699면; 정영일, 「형법개론」, 박영사, 2003, 271면; 권오걸, 「형법총론」, 형설출판사, 2005, 625면. 물론 여기에 자신의 선행연구를 반영한 김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006, 831면과 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼영사, 2001, 264면 역시 포함된다(공저가 되기 직전인 정성근, 「형법총론」(신판), 법지사, 1998, 655면에서는 연속범이론을 긍정한 바 있다).

18) 주장 내용에 대해서는 임웅/소재용, 각주 43과 그 본문.

19) 예컨대 별다른 설명 없이 "포괄일죄를 인정하는 것이 피고인에게 이익이 된다"거나(손동권, 위의 책, §35/27), 연속범의 인정 근거로 "일죄로 처리하는 방식이 행위자에게 혜택을

서는 여전히 연속범이론에 답하지 않으면서 체계적 정합성과 법적 안정성을 담보할 수 없는 포괄일죄 사례를 양산하고 있는 상황인데도, 이에 대한 학문적·이론적인 검토는 공백인 상태로 방치되어 있다. 이 글이 해석론으로서의 연속범이론을 다시 꺼내들어 이에 대한 찬반론을 검토하는 작업에서 멈추지 않고, 연속범사례의 문제의식이 필요한 우리의 현실사례를 발굴하여 입법적인 해결까지 시도하고자 하는 이유가 여기에 있다.

II. 연속범이라는 포괄일죄를 인정해야 할 필요성이 있는가?

전술한 바와 같이 연속범을 포괄일죄로 인정할 것인지가 문제되는 경우는, 수개의 행위로 수죄가 실현된 사안이지만[20] 정책적 필요성 혹은 합목적적 고려에 의해 법적인 평가를 동원하여 1개의 구성요건을 충족하는 일죄로 해석해 낼 수 있는지 여부가 다투어 질 때를 말한다.[21] 이에 따라 - 기존의 논의에서 중점적으로 다루어졌던 - 연속범의 일죄 인정 성립요건과 그에 대한 타당성 여부를 살펴보기 이전에, 연속범이론에 따라 일죄로 취급해야 할 현실적인 필요성이나 고려하여야 할 합목적성이 과연 그로 인해 발생하게 되는 문제점을 상쇄하고도 남을 만큼 타당하거나 형사정책적 목적에 부합하는 것인지 중점을 맞춰 살펴보도록 하겠다.

1. 절차적 편의성

가. 소송경제를 이유로 연속범을 일죄로 인정해야 하는가?

연속범이론을 찬성하는 견해는 이를 통해 소송절차가 간편하게 될 수

준다는 문제는 있지만", 형법의 법치국가적 보장기능이 미약한 우리나라의 상황을 들면서 "판례가 모처럼 행위자에게 유리한 이론틀을 제시하고 있는데 이것을 뒤집어야 할 필요는 없을 것이다"라는 서술(배종대, 앞의 책, [171]/5) 등이 과연 한국의 현행 법체계 안에서 정확한 진단인지는 의문이다(이에 대해서는 후술한다).

20) 연속범의 일죄성을 인정할 수 있는지가 문제되는 사안에서 모든 학설과 판례를 망라하여 공통적인 부분으로는 행위단일성이 인정될 수 없어서 존재론적 구조에 있어서는 수죄일 수밖에 없다는 설명으로 김일수/서보학, 앞의 책, 527면.

21) 이에 따라 연속범사례에서 구성요건이 수회 실현되었지만 하나의 '생활영위책임'(*Lebensführungsschuld*)이 존재한다고 판단된 경우에만 이를 포괄일죄가 아닌 단순일죄로 볼 수 있다는 견해(김일수, 앞의 책, 592면)는 정책적 필요성이 아니라 '범죄본질적'인 관점에서 행위자 책임을 기준으로 일죄 여부를 판단하고 있다는 점에서 여기에서 다루지 않기로 한다.

있는 효과를 근거로서 설명해왔다. 연속범을 수죄로 보면 검사와 법관은 모든 개별 범죄들을 세세하게 입증하고 판단해야 하지만, 일죄로 취급하게 되면 그러한 부담이 경감된다는 것이다. 이러한 업무상 편의성은 양형작업을 단순화하는 측면에서도 나타날 수 있다. 법관이 수죄로 판단한 경우에는「형법」제37조와 제38조에 따라 각 범죄에 대하여 개별적으로 형을 확정한 후 그 형을 비교하여 가장 중한 형에 1/2까지 가중하는 방식 등을 통해 형을 확정하게 된다. 이에 반해 일죄로서의 연속범을 동원하면 하나의 범죄에 대한 형만 확정하면 되므로 법적용이 간편해진다. 뿐만 아니라 확정판결의 기판력 범위가 확장되어 하나의 재판으로 수개의 사건을 해결하는 소송경제의 효과도 기대할 수 있다.

그러나 위와 같은 논거는 어디에서나 볼 수 있음에도 불구하고 연속범 이론의 양쪽 진영에서 모두 외면 받고 있는 것으로 보인다. 형사실무가 누리는 입증의 편의와 법적용의 단순화라는 이유가 형사사법의 포기할 수 없는 이념인 실체적 정의의 발견 보다 우선시된다는, 그래서 연속범 이론을 인정해야 한다고 직접적으로 주장하는 견해를 찾기 어렵기 때문이다. 한국에서 연속범이론을 긍정하는 문헌의 대부분은 법적용의 단순화 등과 같은 소송경제적 이익을 전통적인 근거로서 설명할 뿐이고 이에 대한 동의 여부를 명확하게 밝히고 있지 않다.[22] 연속범이론에 찬동하더라도 소송경제를 이유로 연속범을 일죄로 보아야 한다고 설명하게 되면, 이는 검사와 법관이 개별 사실관계의 정확한 입증을 통해 행위책임에 상응하는 정당한 형을 산출해야 한다는 국가입증책임과 양형의 대전제가 단지 그들의 업무편의를 위해 타협되고 조정될 수 있다는 주장 외에 다른 것일 수 없다는 한계가 고려된 것으로 보인다.[23]

---

22) 예컨대 "연속범을 일죄로 하는 것은 이를 수죄로 보아 개개의 범죄를 확정하고 경합범의 예에 따라 전체형을 정하게 함은 법관에게 무리하고 지나친 부담을 준다는 소송경제 내지 소송법적 이유에 근거가 있었다(밑줄은 글쓴이가 강조한 것임)"는 서술로 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, §38/29. 반면 연속범을 포괄일죄로 인정해야 근거로서 피고인의 이익에 부합할 뿐 아니라 소송경제의 측면에서도 장점이 있다고 명시적으로 밝히고 있는 문헌으로 오영근, 앞의 책, 470면과 박흥식, "연속범의 개념과 죄수",「형법판례 150선」(제2판), 박영사, 2019, 143면 정도를 들 수 있다.

23) 수사와 재판실무의 유용성이라는 관점에 함몰되면, 검사가 공소를 제기할 때 범죄의 일시·장소·장소 등에 따라 공소사실을 개별적으로 특정하지 않고 연속범으로 묶일 수 있는 첫 번째, 두 번째 행위와 마지막 행위 및 그에 가까운 몇 개의 행위만을 입증하면, 그 밖의 나머지 범행부분에 대해서는 입증이 추정되는 효과가 야기된다. 이로 인해 특정되지

나. 연속범의 일죄 인정과 소송경제는 상호 논리 필연적인가?

지금까지는 연속범이론의 양 진영에서 위와 같은 소송경제 근거에 대한 찬성과 반대만이 논의되었을 뿐이다. 그런데 이러한 논쟁을 좀 더 면밀하게 들여다보면, 여기에는 법적용의 단순화 등과 같은 실무적 편의성을 이유로 수개의 범죄행위를 포괄일죄로 구성할 수 있는지에 대해서는 서로 입장이 달랐지만, 양쪽 모두 '연속범의 일죄인정=소송경제 실현'이라는 전제가 공통적으로 깔려있음을 알 수 있다.[24] 이에 따라 만약 막연하지만 당연하게 받아들여져 오던 연속범의 일죄성과 소송경제 간의 관계가 유효하지 않은 것으로 밝혀진다면, 선택과 판단의 대상으로서 연속범이론을 지탱해 왔던 한 축은 논의 대상에서 삭제되어야 마땅하다.

주지하다시피 한국의 법원은 포괄일죄를 인정하기 위한 수단으로서 연속범이라는 개념을 명시적으로 단 한 번도 사용하지 않으면서도,[25] 접속범이 성립될 수 없다고 판단되는 사안에 대해서 포괄일죄를 광범위하게 인정해 왔다.[26] 그리고 "포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하

않은 공소사실에 대해서는 피고인의 방어권을 사실상 박탈하는 동시에 자신이 범죄를 저지르지 않았음을 입증해야 하는 입증책임의 전환이라는 중대한 부작용을 초래하게 된다는 비판으로 서보학, 앞의 글, 616면.

24) 예를 들어 ① 연속범이론을 부정하지 않는 쪽에서는 박상기, 앞의 책, 486면("연속범은 우선 법관에게 복잡한 양형의 부담으로부터 벗어나게 해 준다는 점에서 판례에 의해 인정되어 왔고"), ② 연속범사례를 수죄로 보아야 한다는 견해 중에서는 김용욱, 앞의 글, 407면("학설과 판례가 연속범이라는 개념을 발전·유지시켜 온 근거는 오로지 실무적 편리함 때문이라고 생각된다").

25) ① "신형법의 경합범에 있어서는 상상적 경합범을 제외하고 연속범, 견련범을 막론하고 일체 이를 인정하지 아니하고 그 행위를 수개의 죄로 하여 경합가중하는 것이다"(대법원 1955. 8. 19. 선고 4288형상157 판결); ② "현행 형법에서 연속범의 규정이 삭제됨으로써 연속범을 경합죄로 처단하게 되는 해석이 가능하게 되어 이 경우 공소장의 기재도 각 소인별에 따라 명시하여야 하고 기판력의 범위도 심판의 대상이 된 사실에만 한정하게 되어 소추 및 심판의 절차상의 불편이 따르므로 소위 접속범 개념이 중요한 소임을 갖게 된다. 접속범이라는 것은 서로 접속하여 동종의 행위를 반복하는 것을 말하고 이 반복된 동종의 행위는 구성요건을 한번만 충족하는 것으로 포괄적으로 평가되며 그 외의 포괄1죄가 구성요건상 동종 복수행위의 존재를 전제로 하거나 또는 행위의 계속성을 요구하고 있다는 점에서, 또 연속범은 행위의 연속성 즉 독립된 수개의 행위의 존재를 전제로 하고 있다는 점 등에서 접속범과 구별되며 접속범이 일죄로 파악되는 것은 복수의 행위가 동일 죄명에 해당하며 그 피해법익이 단일하고 범의에 계속성이 있는 까닭이다"(대법원 1984. 8. 14. 선고 84도1139 판결).

26) 이러한 판결내용을 두고 판례가 연속범을 포괄일죄로 인정하고 있다는 설명이 일반적이다(김일수·서보학, 앞의 책, 526면; 손동권, 앞의 책, §35/27; 오영근, 앞의 책, 469면; 이재

는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이라고 할 것이다"라는 식으로 포괄일죄에 대한 공소사실의 개괄적 기재를 일반적으로 허용하고 있다.[27] 예컨대 업무상 횡령죄는 본래 피해자별로 별개의 죄를 이루는 것이어서 그 피해자가 수인인 경우에는 각 피해자별로 횡령금액이 정하여져야 하지만, 이를 포괄일죄로 판단하면 개개의 행위가 구체적으로 특정되지 않았더라도 범행 '전체'의 시기와 종기, 방법, 횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하면 그 범죄사실은 특정된 것으로 본다.[28] 이를 보면, - 법관이 자신의 업무부담을 줄이기 위한 방편으로 포괄일죄를 동원하고 있는지 확인할 수는 없지만 - 포괄일죄로 인정한 판단기준을 밝히지 않으면서 연속범이론의 소송경제 논거와 동일한 효과를 누리고 있다는 걸 알 수 있다(이러한 법원의 태도가 피고인에게 어떠한 불이익으로 작동하는지에 대해서는 후술한다).

반면 독일연방대법원은 연속범 개념을 수용하던 시기에도 하나의 연속된 행위를 구성하는 개개 행위들을 증거에 기초해 일일이 확인해야 할 법원의 의무가 연속범이라고 해서 면제될 수 있는 것은 아니라고 보았다.[29] 이는 연속범을 인정한 사안에서도 피고인에게 비난이 제기된 모든 행위들에 대하여 일시·장소·방법·피해정도 등이 개별적으로 확인되어야 한다는 취지이며, 검사가 기소장에 공소사실을 특정[30]할 때에도 그대로 요구되었다고 한다.[31] 그렇다면 연속범이론을 취한다거나 판례와 같이

상·장영민·강동범, 앞의 책, §38/29; 임웅, 앞의 책, 631면 등). 반면 판례가 일죄로서의 연속범을 사용한다고 단정 지을 수 없다는 설명에 대해서는 김성돈, 앞의 글, 196면과 197면, 그리고 김성돈, 「형법총론」(제7판), SKKUP, 2021, 756면과 신동운, 「형법총론」(제12판), 법문사, 2020, 798면을 참고할 것.

27) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 등.

28) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

29) 예컨대 BGH, 11.11.1981 - 2 StR 727/80.

30) 한국 「형사소송법」 제254조 제4항에 해당하는 독일 형사소송법 제200조(기소장의 내용) 제1항 제1문에는 "기소장에는 예비피고인, 그에게 책임을 지우고 있는 범행, 그 범행을 저지른 시간과 장소, 범죄의 법률적 표지, 적용법조를 기재해야 한다"고 규정하고 있다.

31) 서보학, 앞의 글, 616면. 다만 이러한 연방대법원의 요구는 하급심에서 제대로 관철되지는 못한 것으로 평가된다고 한다(Claudius Geisler, "Der Beschluss des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang", 「*Jura*」, 1985, S. 75. 서보학, 위의 글, 617면에서 재인용).

포괄일죄로 판단한다고 하여, 이러한 사안에서 개개의 범죄사실을 구체적으로 특정하여 입증해야 할 필요성이 논리 필연적으로 사라지는 것은 아니라는 걸 알 수 있다.[32] 오히려 '연속한 수개의 행위로 동종의 범죄를 저질렀지만 접속범의 요건을 충족하지 못하였다고 판단된 경우'로 일컬어지는 연속범사례에는 이미 수개의 동종 범죄행위가 있었음이 확인되었다는 걸 의미한다.[33] 다시 말해 각 범죄의 유무가 개별적이고 구체적으로 특정되고 입증되어야 하는 작업을 거치고 나서야 비로소 일죄로서의 연속범이 성립할 수 있는지 - 개개의 범죄행위 간의 관계와 행위자의 전체고의 등과 같은 성립요건을 - 검토할 수 있게 된다는 게 논리적으로 자연스러운 순서인 것이다.[34]

생각이 여기까지 이르면 포괄일죄로서 공소사실의 개괄적 기재로 충분하다는 대법원의 판결내용에 숨겨져 있는 논리적 맹점이 눈에 들어온다. 첫 번째는 해당 사안이 왜 포괄일죄에 해당하는지에 대한 판단을 위해서는 개별적이고 구체적으로 특정된 공소사실에 근거할 수밖에 없는데도, 거꾸로 포괄일죄라고 선이해 또는 전제해 놓고서 개괄적 기재를 허용하고 있는 부분이다.[35] 두 번째로 "공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일

32) 포괄일죄로서의 연속범을 인정하면서도 실질적으로는 수죄이므로 이를 구성하는 개개의 범죄행위를 공소사실로 특정해야 한다는 견해로 백형구, 「형사소송법강의」(제8정판), 박영사, 2001, 458면.

33) 연속범을 일죄로 본다고 하여 이 말이 개별행위에 가벌성의 요건이 필요 없음을 의미하는 것은 아니며, 개별행위의 독자적 의미가 상실될 때에는 연속범에 대한 수많은 논쟁과 의문 역시 생겨날 수 없다는 설명으로 안동준, 앞의 글, 437면.

34) 특히 연속범에 의한 일죄인정이 피고인에게 불리한 경우, 예를 들어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제2조 등과 같이 이득액 또는 수뢰액의 취득 범위에 따라 가중처벌하는 규정을 적용하기 위해서는 개개의 범죄사실을 구체적으로 특정하여 입증하는 작업이 반드시 선행되어야 한다. 이러한 취지의 판결로는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제8조의 조세포탈죄에 대한 공소범죄의 개괄적 기재가 피해자의 방어권행사에 지장을 줬다는 이유로 "공소사실이 특정되지 아니하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당한다"고 판단한 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결(자세한 내용은 각주 38을 참고).

35) 예컨대 "단일하고도 계속된 범의하에 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것이나, 이러한 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없는 때에는 각 범행마다 별개의 죄가 성립하는 것이므로 경합범으로서 처단하여야 한다"는 판결문에는 포괄일죄의 인정 기준이 설명되어 있다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결). 이에 따르더라도 '일정기간 반복하여 행하여진 동종의 범행'이 확정되기 위해서는 '개별적인 수개의 범죄'가 발생되었다는 것이 먼저 확인된 이후에 비로소 포괄일죄의 인정 여부가 위의 기준에 의해 검토되어 질 수 있는 것이다.

시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것"이라면서,[36] 포괄일죄가 무슨 이유로 "공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이 하며 또한 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다고 보여지는 경우"에 해당하여,[37] 개개의 범죄행위에 대하여 구체적으로 특정될 필요가 없는지에 대해서는 의도적으로 침묵하고 있다.[38]

결론적으로 말해 소송경제의 이익이라는 논거의 실체는 형사법의 대원칙에 우선할 수 없는 실무의 편의성일 뿐이고, 연속범을 포괄일죄로 구

---

36) 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1097 판결.

37) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 등. 예컨대 "공소장에의 공소사실 기재는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 용이하게 하기 위하여 요구되는 것이므로 범죄의 일시, 장소, 방법 등 소인을 명시하여 사실을 가능한 한 명확하게 특정할 수 있도록 하는 것이 바람직하나, 그렇다고 해서 필요 이상 엄격하게 특정을 요구하는 것도 공소의 제기와 유지에 장애를 초래할 수 있으므로, 범죄의 일시는 이중기소나 시효에 저촉되지 않을 정도로, 장소는 토지관할을 가름할 수 있을 정도로, 그리고 방법에 있어서는 범죄구성요건을 밝히는 정도로 기재하면 족하다고 할 것이다. 특히 이 사건과 같은 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 범행횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이므로 포괄일죄인 이 사건 절도의 공소사실에 관하여 그 범행의 모든 피해자성명이 명시되지 아니하였다 하여 범죄사실이 특정되지 아니하였다고 볼 수 없는 것이다"라는 결론을 내리고 있는데(대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1532 판결), 글쓴이가 강조를 위해 밑줄을 그어놓은 앞 뒤 어디에도 포괄일죄가 무슨 이유로 공소사실의 특정 정도를 완화해도 되는지에 대한 설명은 담겨있지 않고 선언만을 반복하고 있을 뿐이다.

38) 한편 "피고인들의 상습사기의 점에 관한 공소사실 중 제1심판결 별지 6 '수입육판매 피해자 명단'에 기재된 피해자 318명을 제외한 나머지 피해자들에 대하여 수입쇠고기를 한우고기인 것처럼 기망하여 그 판매대금 상당액을 편취하였다는 부분은, 피고인들의 수입쇠고기 구입일과 구입량, 구입금액, 가공 후 판매량, 1인분 환산량, 판매금액만 구분되어 있을 뿐 피해자와 피해자별 피해금액이 특정되지 아니하였고, 불특정 다수인을 상대로 소액단위로 판매하였다는 범행의 특성이나 상습범으로서 포괄일죄라는 특성을 고려하더라도, 수입쇠고기와 한우고기를 식당에서 함께 취급, 판매하였고 또한 일부 수입쇠고기는 다른 곳에 전매한 피고인들로서는 위와 같은 공소사실의 기재만으로는 방어권행사에 커다란 불이익을 입었을 것임에 의문의 여지가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실은 공소사실이 특정되지 아니하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당한다"는 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결의 경우에는 그 결론은 타당하더라도(같은 취지로 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도13801 판결), 방어권행사에 지장이 없다는 다른 판례들이 그 이유를 밝히지 않는 한 구체적인 구별기준이나 법적 안정성은 여전히 확보되지 못한 상태이다. 통상적으로 개괄적 기재가 광범위하게 허용되는 경우가 마약류 자기사용범죄인데, 이 경우에도 공소사실의 특정되었다고 본 사안과 그렇지 않은 경우가 일정한 판단기준이 드러나지 않은 채로 병행생산되고 있다(전자는 대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도 1765 판결, 후자로는 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009도9717 판결).

성한다고 하여 필연적으로 얻을 수 있는 결과도 아니며, 일죄 인정을 통해 추구할 만한 목표도 아니다.[39] 또한 포괄일죄 인정을 통해 공소사실의 개괄적 기재를 허용해 왔던 법원의 태도 역시 논증을 생략하고 일관성을 상실한 채로 - 암묵적으로 연속범이론의 뒤에서 비판을 비껴가면서 - 자신의 책무를 회피하고 형사절차에서 지켜져야 할 헌법적 한계를 무력화시켜 왔다. 따라서 종래 소송경제라는 허울 좋은 명칭을 통해 은폐되었던 위헌적 형사실무의 편의성은 찬반의 대상이 아니라 연속범이론의 근거목록에서 퇴출되어야 할 것이다.

2. 피고인의 양형상 이익

연속범이론에 대한 동의 여부를 떠나 '연속범의 일죄 인정=피고인의 이익'이라는 설명도 양쪽 모두에게 받아들여지고 있다. 경합범을 흡수주의와 가중주의에 의해 처벌한다고는 해도 여전히 수죄 보다는 일죄를 인정해야 처벌이 완화된다는 쪽이나,[40] 반대로 이는 동일한 범죄를 지속적·반복적으로 저지르는 계획적인 범죄자에게 양형상의 부당한 특혜를 주는 것이기 때문에 일죄취급은 부당하다는 주장[41] 모두 같은 전제로부터 출발한 논쟁이기 때문이다. 이는 연속범이론의 태생이 1871년 이전 독일법에서 수죄의 경우 형벌을 가중하는 병과주의를 채택한데서 초래되는 부당함을 회피하기 위한 이론적 시도였다는 점에서,[42] 독일은 물론이고 이를 답습한 한국에서도 여전히 유효한 근거로 통용되고 있는 것이다.

한편 종래의 연속범이론과 결을 달리하여, 연속범의 범죄학적 특성과 한국의 「형법」을 고려한다면 연속행위자는 상습범과 누범에 의한 가중처벌도 각각 받을 수 있기 때문에(제35조와 제56조), 여기에 실체적 경합범에 의한 가중까지 더하게 되면 과잉처벌의 위험성이 있다는 견해 역시 일죄인정이 피고인에게 이익이라는 전제를 깔고 있다.[43] 요약하면, 연속

---

39) 연속범에 국한된 것은 아니지만 포괄일죄의 소송법적 효과로 인한 다양한 폐해에 대한 내용은 양종모, "포괄일죄 법리의 문제점과 개선방안", 「저스티스」 제125호, 한국법학원, 2011, 135면 이하를 참고할 것.

40) 각주 19와 22의 견해를 참고.

41) 김성돈, 앞의 글, 215면; 서보학, 앞의 글, 618면.

42) 김성돈, 앞의 글, 192면.

43) 임웅·소재용, 앞의 글, 352면. 이에 따르면 독일은 1998년 형법개정을 통해 상습범가중처

범에 의한 일죄인정이 경합범으로의 처벌보다 관대한 처벌이 '가능'하다는 점에 대하여 합의가 형성되어 있으며,[44] 이러한 결과에 대한 찬성과 반대가 나뉘는 것이다.

하지만 한국에서의 연속범이론이 일죄 인정을 위한 보편타당한 해석론으로서 받아들여지기 위해서는 지금까지와는 정반대 방향의 물음에도 답해야 한다. 일죄가 인정되면 행위자에게 경합범 처벌보다 더 무거운 처벌을 받을 수 있는 경우에도, 바꿔 말해 지금까지의 주장과 근거가 거꾸로 작동하는 상황에서도 일죄로서의 연속범에 대한 찬반을 그대로 유지할 것인가에 대해서는 제대로 다뤄진 적이 없기 때문이다. 물론 연속범이론에 의하면 공소시효가 무한정 늘어날 수 있고, 연속행위 중에 처벌이 무겁게 개정된 법률이나 일반사면의 적용에 있어서는 오히려 행위자에게 불리하다는 반대진영의 비판이 낯설거나 새로운 것은 아니다.[45] 그럼에도 불구하고 이에 대한 논쟁을 찾을 수 없었던 까닭은 일죄설 쪽에서 철저하게 침묵으로 일관해 왔기 때문인데, 이를 통해 연속범이론 측에서 '일죄 인정에 의한 처벌의 완화'를 자신들의 본질적인 근거로 삼고 - 공소시효 등의 부작용은 이례적이거나 부차적인 문제 또는 양형상 이익이라는 장점에 의해 상쇄될 수 있다는 고려가 - 있음을 추론해 볼 수 있다.[46] 이에 따라 아래에서는 '한국의 법현실'에서 연속범이론에 의해

벌규정을 폐지하였으므로, 다수의 범행을 저지른 연속범을 일죄로 처벌하는데 따른 형량의 할인이 문제되었으며 이러한 불균형을 해결하기 위한 수죄설이 설득력을 가질 수 있지만, 한국은 가중처벌의 거듭적용이 허용되어 있다는 점에서 처해 있는 '법현실'이 서로 다르기 때문에 연속범을 부정하는 태도는 독일이론을 무분별하게 도입하고자 하는 탁상이론이라고 평가하고 있다(임웅, 앞의 책, 632면).

44) 연속범을 일죄로 인정하더라도 단순일죄와는 다르고 또 경합범과 같은 정도의 독립관계는 아니더라도 그 개별범행의 구성요건적 독자성은 유지되기 때문에 이는 양형판단에서 고려될 것이므로, 연속범을 일죄로 취급하더라도 모든 행위자에게 절대적으로 유리하다는 설명이 적절하지 않다는 설명으로 안동준, 앞의 글, 439면.

45) 상세한 내용은 서보학, 앞의 글, 619면에서 622면을 참고할 것. 이러한 비판은 안동준, 앞의 글, 438면과 박광민, 앞의 글, 141면 등 연속범의 일죄인정을 반대하는 쪽에서 꾸준히 제기되어 왔다.

46) 이 글에서 인용된 연속범의 일죄성을 인정하고 있는 모든 교과서에서 위의 문제점에 대한 단 한 줄의 서술도 찾을 수 없었다. 유일하게 임웅/소재용, 앞의 글, 340면 이하에서는 '연속범행자에게 불리한 측면'이라는 목차 아래에 공소시효 연장 등과 같은 수죄설의 비판내용을 다루고는 있지만, 이에 대한 반론을 생략한 채 결론 부분에서 한국의 상습범·누범규정에 의한 과잉처벌 위험성이 있으므로 연속범을 일죄로 처리해야 한다는 주장(자세한 내용은 각주 43과 그 본문)으로 끝을 내고 있을 뿐이다.

일죄를 인정하게 되면 오히려 무겁게 처벌되는 사례를 다루면서 이를 통해 연속범이론을 둘러싼 그 동안의 논의에서 무엇이 간과되었고 어떠한 한계가 있어 왔는지를 검토해 보기로 한다.

III. 이른바 '가중적 일죄'의 적용문제

1. 일죄 인정에 따른 가중처벌

한국의 형사특별법에서는 특정한 범죄로 이익을 얻거나 개인이나 국가 등에 손해를 끼친 경우에 그 가액을 기준으로 가중처벌되는 조항들을 1960년대부터 갖추고 있었다. 대표적인 예로서 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(1966. 2. 23. 제정. 이하 '특정범죄가중법') 제2조에 의하면 동법의 제정시부터 「형법」 제129조의 수뢰죄 등 뇌물범죄를 범한 경우 그 가액에 따라 단계적으로 무겁게 처벌해 왔으며,[47] 판례는 여기서의 수뢰액 산정기준을 "단순일죄로 처단되는 뇌물죄 또는 포괄하여 하나의 뇌물죄가 성립되는 경우에 그 수뢰액의 합산액"이라고 일관되게 판시하고 있다.[48] 또 다른 예를 들자면 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(1983. 12. 31. 제정. 이하 '특정경제범죄법') 제3조는 「형법」상 사기·컴퓨터등사용사기·공갈·특수공갈과 이들의 상습범, (업무상) 횡령죄와 배임죄를 범한 경우 그로 인한 이득액수에 따라 차등적으로 가중처벌을

---

47) **제2조(뇌물죄의 가중처벌)** ① 「형법」 제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 수수(收受)·요구 또는 약속한 뇌물의 가액(價額)(이하 이 조에서 "수뢰액"이라 한다)에 따라 다음 각 호와 같이 가중처벌한다.
1. 수뢰액이 1억원 이상인 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만인 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
3. 수뢰액이 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

동법에는 이 외에도 제5조(국고 등 손실죄), 제6조(「관세법」 위반행위의 가중처벌), 그리고 제8조(조세 포탈의 가중처벌)와 제8조의2(세금계산서 허위기재 등의 죄), 제9조(「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 등 위반행위의 가중처벌), 제11조(마약사범 등의 가중처벌)를 통해 가액에 따른 가중처벌을 적용하고 있다.

48) 대법원 1976. 4. 27. 선고 76도634 판결("특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1항 제2호 소정 수뢰액이 50만원 이상(500만원 미만)인 때라 함은 단순일죄로 처단되는 뇌물죄 또는 포괄하여 하나의 뇌물죄가 성립되는 경우에 그 수뢰액의 합산액이 50만원 이상인 때를 말하는 것이지 경합범으로 처벌될 별개의 뇌물죄에 있어 그 수뢰액을 합한 금액이 50만원 이상인 경우까지 포함되는 것이라고는 해석할 수 없다").

하고 있다.[49] 판례는 여기서의 이득액 산정기준 역시 "단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하고 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 그 이득액을 합한 금액을 말한다고 볼 수는 없다"는 게 확립된 입장이다.[50] 이 밖에 「조세범 처벌법」 제3조 제1항, 「보험사기방지 특별법」 제11조, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제443조 제2항 등에서 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 처벌조항을 찾아 볼 수 있다.

지금까지 형사특별법에서 가액에 따른 가중처벌 문제는 법정형의 정도가 적절한지에 대해서 초점이 맞춰져 있었다. 그 과정에서 금융기관의 임직원이 직무에 관하여 수수액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역으로, 1천만 원부터는 5년 이상의 징역에 처하도록 한 (구)특정경제범죄법 제5조 제4항이 평등원칙 위반으로 위헌결정을 받은 바 있으나,[51] 범죄액수에 따라 가중처벌하는 입법 자체에 대해서는 문제가 없다는 게 헌법재판소와 대법원의 입장이다.[52] 그리고 대법원 양형위원회의 현행 양형기준을 보더라도 사기·공갈·횡령·배임범죄와 증권·금융범죄, 뇌물범죄와 조세범죄 등에 대해서는 가액을 기준으로 형량범위를

---

49) **제3조(특정재산범죄의 가중처벌)** ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령・배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

동법에는 이 외에도 제4조(재산국외은닉도피죄), 제5조(금융회사 등 임직원의 수재 등죄), 제11조(무인가 단기금융법의 가중처벌)가 가액에 따른 가중처벌을 규정하고 있다.

50) 대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결; 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결 등.

51) 헌법재판소 2006. 4. 27. 2006헌가5("이 사건 법률조항의 법정형은 그 죄질과 보호법익이 유사한 변호사, 파산관재인, 공인회계사 등의 수재죄의 법정형과 비교하여 지나치게 과중할 뿐만 아니라, 최근 이 사건 법률조항과 동일하게 수뢰액을 기준으로 가중처벌할 것을 규정하고 있던 (구)특정범죄가중처벌등에관한법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항이 개정됨에 따라 금융기관의 임·직원으로서는 일정한 경우에는 오히려 공무원보다도 더 중한 법정형으로 처벌되는 불합리한 결과가 발생하게 되었다. 따라서, 이 사건 법률조항은 다른 범죄와의 관계에서 형벌체계상 균형성을 상실하여 평등의 원칙에 위반된다 할 것이다").

52) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2002도7262 판결; 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바217(각주79).

구분해 놓고 있다.[53] 위와 같은 범죄군에서 이득액 등의 범행가액은 결과반가치 평가의 핵심을 이루기 때문이다.

독일 「형법」 제263조 제3항 제2호에서 '중대한 정도의 재산손실을 야기하거나(*einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt*)[54] 또는 사기의 계속적 수행으로 수인을 재산손실의 위험에 빠뜨리려고 의도적으로 행위한 경우'에 일반사기죄의 '5년 이하의 자유형 또는 벌금'보다 무거운 '6월 이상 10년 이하의 자유형'을 규정하고 있는 것이나,[55] 절도, 점유이탈물횡령, 사기, 횡령, 배임, 보조금남용, 장물, 돈세탁 등과 같은 다양한 범죄에 대하여 재물의 가치나 피해액을 기준으로 가중처벌하는 오스트리아 「형법」 역시 결과불법에 비례한 처벌을 꾀하고 있는 입법례에 해당한다.[56]

53) 예를 들어 뇌물수수에 대한 현행 양형기준은 아래와 같다.

유형	구 분	감 경	기 본	가 중
1	1,000만 원 미만	~ 6월	4월 ~ 1년	8월 ~ 2년
2	1,000만 원 이상 3,000만 원 미만	8월 ~ 2년	1년 ~ 3년	2년 ~ 4년
3	3,000만 원 이상 5,000만 원 미만	2년6월 ~ 4년	3년 ~ 5년	4년 ~ 6년
4	5,000만 원 이상 1억 원 미만	3년6월 ~ 6년	5년 ~ 7년	6년 ~ 8년
5	1억 원 이상 5억 원 미만	5년 ~ 8년	7년 ~ 10년	9년 ~ 12년
6	5억 원 이상	7년 ~ 10년	9년 ~ 12년	11년 이상, 무기

54) 독일연방대법원은 가중처벌의 기준이 되는 '중대한 재산상의 손해'를 판단하는 기준으로 50,000유로로 제시한 바 있다(BGH Beschluß vom 17.11.2006 – 2 StR 388/06).

55) 가중처벌의 이유를 결과반가치(Erfolgsunwert)로 설명하는 Adolf Schönke/Horst Schröder, 「*Strafgesetzbuch Kommentar*」(30. Auflage), München : C. H. Beck, 2019. §263 Rdn. 188b(Walter Perorn 집필부분).

56) 예컨대 오스트리아 「형법」 제146조의 사기(Betrug)는 '6월 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금'인데 비해, 제128조 중사기(Schwerer Betrug)에서는 5,000유로 이상의 손해를 입힌 사기죄에 대해서는 3년 이하의 징역을(제2항), 그리고 사기를 통하여 300,000유로 이상의 손해를 야기한 자에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있다(제3항).

2. 해석에 의한 일죄 인정의 한계

가. 연속범이론의 과제와 수죄설의 공백

위와 같은 법률의 적용대상인 사기죄를 비롯한 재산범죄나 뇌물범죄, 조세포탈죄 등은 연속된 범행이 이미 선행행위에 의한 구성요건 실현을 단지 양적(量的)으로 증가시키는 가장 전형적인 연속범 인정(주장)사례에 해당한다.[57] 이러한 처벌조항을 적용함에 있어서 연속범이론이나 판례에 의해 - 폭넓게 혹은 근거가 불분명한 채로 - 포괄일죄를 인정하는 결론으로 나아가는 경우에는, 개개의 행위에 의해 실현된 결과불법이 합산(누적)되어 위 법률 또는 양형기준에 의한 무겁게 처벌된다(이러한 형태를 편의상 '가중적 일죄'라 부르기로 한다). 예컨대 자유형을 기준으로 「형법」상 수뢰죄의 법정형이 5년 이하이고 이에 대해 경합범 가중을 해도 7년 6월 이하인데 비해, 포괄일죄로 위 특별법이 적용되면 5년 이상의 유기징역이 적용되므로 수죄설에 따라 경합범으로 처리되는 것 보다 피고인이 불리해지는 결과가 초래될 수 있다.

그럼에도 불구하고 죄수문제, 특히 연속범이론에 의한 일죄 인정 문제와 가중적 일죄의 적용을 연결 지어 검토해 본 학문적 경험은 찾기 어렵다. 이해를 돕기 위해 연속범이론 진영에서 일죄로 들고 있는 사례, 예컨대 담당공무원이 직무와 관련하여 관할 유흥업소의 업주로부터 매달 20일에 1000만원씩을 정기적으로 1년 동안 상납 받은 경우를 살펴본다.[58] 포괄일죄가 인정되면 특정범죄가중법 제2조 제1호에 따라 그 법정형이 '무기 또는 10년 이상의 징역'에 달한다. 연속범이론의 핵심적 추동력은 전술한 바와 같이 '일죄 인정에 의한 처벌의 완화'로 설명되어 왔는데, 정반대의 결과를 도출해내기 위해서도 자신들이 내세웠던 성립요건을 적용하여 가중적 일죄의 성립을 인정할 수 있는가라는 질문에 직면하게 된

---

57) 연속범의 성립요건으로서 '법익의 동일'을 침해대상의 동일성이 아니라 연속된 범행이 이미 행해진 구성요건실현을 양적으로 증가시키는 데 불과해야 비로소 연속범의 범주 안에 들어올 수 있다는 설명으로 김일수·서보학, 앞의 책, 527면. 이와 같은 이유에서 연속범이론의 진영에서도 생명, 신체, 성적 자기결정권 등과 같은 고도의 인격적 법익 또는 일신전속적 법익에 대해서는 법익주체가 다르다면 연속범을 인정하지 않는다는 게 일반적인 설명이다(박상기, 앞의 책, 485면; 배종대, 앞의 책, [171]/6; 손동권, 앞의 책, §35/29; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, §38/32; 임웅, 앞의 책, 633면).

58) 임웅, 앞의 책, 631면의 사례에서 수뢰액만 늘린 것이다

것이다.[59] 연속범이론이 반쪽짜리 해석론에서 벗어나 보편타당하게 일죄 인정의 기준을 제시할 수 있는 학설로 자리매김하기 위해서는 가중적 일죄에 대한 분명한 입장과 성립요건을 정립해야 할 것이다.[60]

그렇다고 수죄설에 따르면 - 접속범이 인정되지 않는 한 - 12개의 수뢰죄가 경합범 처리될 것이므로 법정형의 범위는 최대 7년 6월 이하의 징역에 불과하다. 일죄일 때의 하한선보다도 수죄로 처벌되는 경우의 상한선이 낮아지는 불균형이 초래되는 것이다. 이러한 결과에 동의하기 어려운 게 당연하다. 단지 뇌물을 한 번에 취득하였는지 아니면 여러 차례 쪼개어 받았는지 밖에 차이가 나지 않는데, 결과불법은 동일하더라도 행위불법은 오히려 나누어 받은 - 행위결의의 계속 혹은 재차의 행위결의라는 점에서 - 공무원에게 더 무겁게 평가되어야 마땅하기 때문이다.

이러한 처벌의 불균형은 특정경제범죄법과 특정범죄가중법의 입법취지에 위반될 뿐만 아니라 「형법」상 뇌물이나 사기범죄 등의 양형기준을 적용함에 있어서도 마찬가지로 드러난다. 여기서의 수죄설이 고유한 내용을 가진 견해라기보다는 죄수결정 기준에 맞지 않는 연속범으로의 일죄를 인정하지 않겠다는 이론적 비판으로서 제기된 것이므로, 가중적 일죄 사안 역시 포괄일죄의 일반적인 판단기준을 따를 수밖에 없다. 이에 따라 장기간에 걸친 정기적 뇌물수수사례나 대규모의 사기범죄 및 업무상 횡령·배임사건 등과 같은 경우에 대해서는 일죄인 접속범의 시간적·장소적 근접성 기준을 충족하기 어렵고 결과적으로 수죄로 처벌될 수밖에 없게 된다.[61] 물론 사기죄는 상습범 가중처벌을 동원하면 가중적 일죄로의 처

59) 연속범은 일죄이므로 특정범죄가중법의 가액요건에 관해서도 일죄로 취급된다는 판례를 인용하면서도 이러한 결과에 대한 동의 여부나 평가에 대해서 침묵하고 있는 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, §38/36.

60) 조세포탈범죄에 대하여 포괄일죄를 인정함으로써 특정범죄가중법을 적용한 판례를 소개하면서 본문의 뇌물사안에 대하여 '사물의 본성론' 측면에서도 1죄로 취급하는 것이 지당하다는 설명으로 임웅, 앞의 책, 633면. 그러나 전술한 바와 같이 연속범이론의 필요성을 연속행위자에게 상습범·누범에 이어 경합범 가중까지 순차적으로 누적될 경우의 과잉처벌을 피하기 위한 수단으로서 인정해야 한다는 주장을 펼치고 있다는 점에서(위의 책, 632면), 일죄로 취급되면 가중처벌 받을 사안에 대해서까지 연속범의 성립을 일반적으로 동의하는 견해로 위치지우기는 어렵다 할 것이다.

61) 이러한 의미에서 접속범을 인정하고 있기 때문에 그 외에 연속범을 일죄로 평가할 필요가 없다는 수죄설의 비판은(예컨대 박광민, 앞의 글, 144면; 안동준, 앞의 글 442면; 이경렬, 앞의 각주 16, 76면), 연속범이론에 대해서는 유효하지만 가중적 일죄 규정을 적용필요성 앞에서는 무력할 수밖에 없다.

벌이 가능하며(제351조),[62] 뇌물죄 등의 경우에는 경합범 처벌규정을 통해 장기의 2분의 1까지 가중함으로써(제38조 제1항 제2호) 형벌의 양을 확보할 수는 있겠지만, 행위자 책임과 실체적 경합범으로의 처리가 범행가액에 비례한 결과불법책임을 온전하게 설명해 내기에는 적합하지 않다는 한계가 있다.[63]

나. 포괄일죄 판례와 그 판단기준의 문제점

법원은 가중적 일죄의 적용 여부를 판단함에 있어서, 죄수판단의 기본원칙을 일관되게 관철하지 않거나 양형기준이나 입법취지에 부합할 수 없는 결론을 생산하고 있다. 몇 가지 범죄로 예를 들어 본다면 ① 사기죄에 대해서는 "수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 비록 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수는 없고 피해자별로 독립한 수개의 사기죄가 성립된다"고 판단함으로써 비전속적 법익에 대해서도 기망을 당한 피해자별로 별개의 죄가 성립한다고 보면서도,[64] 상습사기의 경우에는 피해자가 다수인데도 포괄일죄의 성립을 인정하여 특정경제범죄법을 적용하고 있다.[65]

② 횡령죄는 "피해자별로 별개의 죄를 이루는 것이어서 그 피해자가 수인인 경우에는 각 피해자별로 횡령금액이 정하여져야" 한다고는 하지

---

62) 이는 상습범을 일죄로 보는 입장을 전제한 것이다. 만약 상습성만으로는 일죄가 성립할 수 없고 포괄일죄의 요건까지 구비되어야만 일죄로 인정할 수 있다는 주장(김성돈, 앞의 책, 759면)에 따르면, 상습범 가중에 이어 경합범 처벌까지 더하여 이중으로 형벌이 가중될 수 있다.

63) 상습성은 행위의 속성이 아니라 행위자의 일신전속적 특성에 불과하므로 상습성 그 자체가 수개의 개별행위를 하나로 묶는 연결고리가 될 수 없을 뿐만 아니라, 행위자 책임을 이유로 형벌을 가중하는 조항을 삭제하고 보안처분으로 규율하자는 의견이 중론이다(대표적으로 법무부, 「형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서」, 2011, 7면과 84면). 또한 경합범 가중에 의한 처리는, 예컨대 공무원이 뇌물을 2천만원씩 5번 수수한 경우와 9천만을 한 번에 받은 경우를 비교해 보면 전자의 경우에는 「형법」이 적용되어 2분의 1가중처벌이 되어 7년 6개월 이하로 처벌되지만 후자는 특정범죄가중법에 의해 무기 또는 10년 이하의 법정형이 적용된다.

64) 대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결("단일한 범의의 발동에 의하여 상대방을 기망하고 그 결과 착오에 빠져 있는 동일인으로부터 어떤 기간 동안 동일한 방법에 의하여 금원을 편취한 경우에는 이를 포괄적으로 관찰하여 일죄로 처단하는 것이 상당하나").

65) 대법원 1995. 4. 25. 선고 95도424 판결; 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결.

만,[66] 보다 정확하게는 "여러 개의 위탁관계에 의하여 보관하던 여러 개의 재물을 1개의 행위에 의하여 횡령한 경우 위탁관계별로 수개의 횡령죄가 성립하고, 그 사이에는 상상적 경합의 관계가 있는 것으로 보아야 한다"는 판결취지에 따라 위탁신임관계의 수를 기준삼아 판단하고 있는 것으로 보인다.[67] 사기죄와 달리 상습범 처벌조항이 없으므로 수인의 피해자 또는 위탁관계가 있는 경우에도 그 합산이득액이 특정경제범죄법의 적용기준이 될 수 없다.

③ 배임죄의 경우 "피해자들에 대하여 각 별도로 아파트에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하여 주어야 할 업무상 임무가 있었다면 각 피해자의 보호법익은 독립한 것이므로, 범의가 단일하고 제3자 앞으로 각 소유권이전등기 및 근저당권설정등기를 한 각 행위시기가 근접하여 있으며 피해자들이 소유권이전등기를 받을 동일한 권리를 가진 자라고 하여도 위 범행을 포괄 1죄라고 볼 수 없고 피해자별로 독립한 수개의 업무상 배임죄가 성립된다"고 보고 있고,[68] 이러한 판례의 태도에 대하여 신임관계의 수에 따라 죄수를 결정하고 있다는 설명이 일반적이다. 이에 따라 피해자가 다수이고 신임관계가 그에 비례하는 사안은 수죄가 성립되어 경합범으로 처리될 뿐이며, 횡령죄와 마찬가지로 상습범으로 규율할 법적 근거는 없다.

④ 수뢰죄의 죄수를 판단함에 있어 일반적 기준이 무엇인지 명확하게 설명된 적은 없다. 거의 모든 교과서에서 "뇌물을 여러 차례에 걸쳐 수수함으로써 그 행위가 여러 개이더라도 그것이 단일하고 계속적 범의에 의하여 이루어지고 동일법익을 침해한 때에는 포괄일죄로 처벌함이 상당하다"는 판례를 인용하는데 그치고 있을 뿐이다.[69] 증뢰자가 2명인 경우

---

66) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

67) 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013도10020 판결.

68) 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결.

69) 대법원 1998. 2. 10. 선고 97도2836 판결("원심은 피고인 1이 1995. 4.부터 같은 해 11. 초순까지 7개월간에 걸쳐 피고인 2로부터 어음할인 한도액 증액, 대출심사 승인에서 선처, 지급보증 등의 부탁을 받으면서 제1심 판시 돈을 받은 행위를 경합범으로 처단하고 있는바, 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인 1이 단일하고도 계속된 범의 하에 위 각 돈을 받은 것이라고 볼 수는 없고, 그 때마다 별개의 범의 하에 뇌물을 받은 것이라고 볼 수 있으므로 위와 같은 원심의 조치는 수긍할 수 있고, 여기에 논하는 바와 같이 죄수에 대한 판단을 그르친 위법이 있다고 할 수 없다").

에도 포괄일죄를 인정하거나[70] 수인이 공동하여 뇌물수수죄를 범한 경우에도 1죄라고 판단하기도 하여,[71] 적어도 "공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성"[72]이라는 보호법익의 침해가 수뢰자 또는 증뢰자의 수에 따라 결정되는 구조는 아닌 것으로 보인다.

대법원은 위 4가지 범죄를 비롯한 다른 영역에서도 수개의 범죄행위가 행하여졌지만, "피해법익이 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라 그 수 개의 행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위라고 볼 수 있는 경우"에는 포괄일죄로 구성할 수 있다는 입장을 취하고 있다.[73] 문제는 이러한 기준에 따라 특정경제범죄법 등의 가중적 일죄 적용 여부가 결정되는데도 불구하고 구체적인 논증은 생략된 채로 사안마다 인정 여부가 널뛰고 있다는 사실이다. 예컨대 "뇌물을 준 장소와 기간이 일정하지 아니하고 또한 그 전체의 기간이 길다 할지라도"[74] 혹은 "돈을 받은 일자가 상당한 기간에 걸쳐 있고, 돈을 받은 일자 사이에 상당한 기간이 끼어 있다 하더라도"[75] 위 기준에 부합한다고 판단한 경우에는 포괄일죄로 볼 수 있다는 총론은 일관적이지만, 4년 동안 설과 추석 및 연말마다 이루어진 뇌물수수에 대해서는 포괄일죄를 인정한 반면[76] 그보다 짧은 7

---

70) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83도2472 판결.

71) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99도1557 판결.

72) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결.

73) ① 피해자를 1회 간음하고 200미터쯤 오다가 다시 1회 간음한 때에도 피해자의 의사 및 그 범행시각과 장소로 보아 두 번째의 간음행위가 처음행위의 계속으로 볼 수 있다는 이유로 일죄를 인정한 경우(대법원 1979. 9. 29. 선고 70도1516 판결), 반면 ② 이 사건 피고인의 원판시 (가)의 히로뽕 제조행위와 (나)의 히로뽕 제조행위를 서로 비교하여 보면 그 사이에 약 9개월의 간격이 있고 범행장소도 상이하여 범의의 단일성과 계속성을 인정하기 어려우므로 이들 두 죄를 포괄일죄라고 보기는 어려우니 경합가중을 한 원심조치는 정당하다(대원 1982. 11. 9. 선고 82도2055 판결) 등.

74) 대법원 1978. 12. 13. 선고 78도2545 판결.

75) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결.

76) 위 판결("원심이 인정한 바에 의하면, 피고인 1은 1994. 2.부터 1998. 1. 사이에 설과 추석 및 연말마다 피고인 2로부터 매번 금 1,000,000원씩의 돈을 받아 왔다는 것이고, 앞에서 살핀 바에 의하면 피고인 1이 그 각 돈을 받을 때마다 피고인 2가 특정하고 단일한 명시적 청탁을 하였다고 볼 수는 없다 할지라도, 그 각 돈은 피고인 1이 위 병원에서 약제부장으로서 담당하는 납품관련 업무와 관련하여 배려하여 준 데에 대한 사례나 앞으로도 잘 배려하여 달라는 뜻으로 주고받은 것이라고 봄이 상당하므로 피고인 1의 판시 각 수뢰행위는 단일하고도 계속된 범의 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피

개월에 걸친 경우[77]는 실체적 경합으로 처리되는 등 개별사건의 결과가 전혀 예측될 수 없는 상황이다.

여기에 전술한 바와 같이 법원이 포괄일죄에 대해서는 공소사실의 개괄적 기재를 허용하고 있다는 사실까지 고려한다면 일죄 인정에 따른 가중적 일죄로의 처벌은 피고인을 2중의 위험에 빠뜨리는 것이다. 그렇다고 피해자 수 등의 기준을 기계적으로 적용하여 실체적 경합범으로만 취급하게 되면 보이스 피싱(*voice phishing*)이나 상가·아파트 분양 사기범죄와 같이 다수의 피해자들에게 막대한 손해를 입히는 - 그렇지만 접속범이나 영업범 등의 포괄일죄가 인정되기 어려운 - 사안에 대해서도 가중적 일죄의 입법취지나 양형취지를 몰각시키는 심각한 형벌 불균형을 피할 수 없게 된다.

IV. 맺는 글을 대신하여 : 입법에 의한 해결방안

지금까지 살펴본 바에 따르면, 연속범이론의 존속 여부와 새롭게 구축될 내용은 아직 미정이지만 앞으로도 - 수개의 범죄행위를 일죄로 포괄해야 하는 작업이 요구되기 때문에 - 이론적 타당성과 법적 안정성을 확보하기는 어려울 것이며,[78] 그에 반대하는 견해는 가중처벌의 현실적인 필요성 앞에서 무력하다. 판례는 죄수와 양형의 일반원칙에서 이탈하는 불확실하고 자의적인 결론을 배출하고 있다는 점에서, 결국 어느 해석론에 의하더라도 가중적 일죄의 타당한 해결은 요원해 보인다.

그렇다고 특정경제범죄법과 특정범죄가중법처럼 법정형을 가액에 따라 구분하는 입법방식을 전면폐기하는 방식도 답이 될 수는 없다. 이러한 형사특별법이 사라져도 재산범죄나 뇌물범죄, 조세포탈죄 등과 같은 성격의 비전속적 법익이 침해되는 경우에는 피해자의 수나 행위의 반복 보다는 이득액이나 손해액 등의 전체결과가 가벌성과 책임, 그리고 그에

해법익도 동일한 경우에 해당하여 그 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것이다).

77) 각주 67의 대법원 1998. 2. 10. 선고 97도2836 판결 등.

78) 연속범이론은 피고인의 유·불리에 따라 일죄 인정을 개별사례에서 일의적으로 결정할 수 없다는 의미에서 형사법에 수인할 수 없는 불안을 초래한다는 비판으로 박광민, 앞의 글, 143면.

따른 양형판단에 가장 우선적이고 중요한 기준이 되는 것은 부정할 수 없기 때문이다.[79] 따라서 이러한 결과불법을 어떻게 체계 정합성과 법적 안정성을 해치지 않으면서 처벌의 정도에 반영할 것인가의 방법을 고민하지 않을 수 없다. 지금 이 순간에도 사회전반에 영향을 미치는 대규모의 업무상 배임행위나 조직적인 사기범죄, 반복적인 횡령에 의한 막대한 피해는 현실에서 비일비재하게 벌어지고 있으며, 이러한 사건일수록 - 특히 결과반가치의 양적 측면에서 - 일반인의 법감정과 크게 차이가 나는 판결을 마주하는 일은 새삼스럽지 않은 우리의 일상인 탓이다.

그렇다면 이미 앞에서 소개한 바와 같이 절도, 점유이탈물횡령, 사기, 횡령, 배임, 보조금남용, 장물, 돈세탁 등과 같은 개별범죄조항마다 재물의 가치나 피해액을 기준으로 가중처벌하도록 규정한 오스트리아「형법」은 위와 같은 문제를 어떻게 해결하고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 오스트리아 대법원은 수십 년 동안 유지해왔던 연속범 법리를 2007년 4월 11일의 판결로 포기하였다고 한다.[80] 하지만 "*형벌의 정도가 범행대상인 재물의 가치액수 또는 범행이 초래하거나 행위자의 고의대상인 손해의 액수에 따라 결정될 때에, 행위자가 동종의 수개의 행위를 저질렀다면 가치 또는 손해액의 합계를 기준으로 한다*"[81]는 제29조의 합산원칙(*Zusammenrechnungsprinzip*)을 적용함으로써 범행가액에 따른 양형의 형평성을 확보하고 있다.

이러한 규정은 고가의 물건 하나를 절취했는지 아니면 보다 저렴하지

---

79) "금융기관 임·직원의 직무관련 수재 등 행위는 일반적인 형사범에 비하여 범행의 동기나 행위의 태양 등이 비교적 정형화되어 있고, 그것이 국가경제에 미치는 병폐와 피해는 수수액이 많을수록 심화될 뿐 아니라 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점에 비추어 볼 때, 비록 수수액의 다과만이 죄의 경중을 가늠하는 유일한 기준은 아니라 할지라도 수수액이 형벌의 범위를 정하는 데 중요한 기준이 되는 것은 틀림없다. 그러므로 위 법률조항과 같이 수수액을 기준으로 한 단계적 가중처벌에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다"는 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바217.

80) Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert,「*Strafrecht Allgemeiner Teil*」(16. Auflage), Wien : MANZ Verlag, 2020, Rdn. 38.58.

81) "*Hängt die Höhe der Strafdrohung von dem ziffernmäßig bestimmten Wert einer Sache, gegen die sich die Handlung richtet, oder von der ziffernmäßig bestimmten Höhe des Schadens ab, den sie verursacht oder auf den sich der Vorsatz des Täters erstreckt, so ist, wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Werte oder Schadensbeträge maßgebend*"(Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung: 01.06.2021).

만 합산하면 그 고가의 재물과 동일한 가치합계에 이르는 여러 가지 재물을 (수개의 행위로) 절취했는지는 그 처벌에 있어서 차이가 없어야 한다는 생각에 배경을 두고 있으며, 동종의 상상적 경합과 실체적 경합에는 적용되지만, 이종의 경합(*ungleichartiger Konkurrenz*)에는 해당되지 않는다. 또한 제29조는 제28조와 같이 수개의 범죄행위가 경합시 적용될 수 있는 형벌의 산출에만 적용되며, 따라서 유죄판결의 내용은 가치의 합산에 의해 결정되더라도 예컨대 수개의 절도죄(제127조)로 처벌하는 것이지 하나의 중절도죄(제128조)가 되는 것은 아니다.[82]

우리도 위와 같은 합산원칙의 착안점을 받아들여서 명문으로 *과형상 일죄* 유형을 새롭게 도입하는 방법을 제안해 본다. 오스트리아 「형법」 제29조와 기본적으로는 같은 취지의 내용으로 규정하면서, 끝 부분만 "가치 또는 손해액의 합계를 기준으로 처벌한다"고 조문화함으로써 과형상 일죄임을 분명하게 하는 것이다.[83] 이와 같이 실체법상 수죄이지만 하나의 형을 선고하는 입법적인 결단을 통해, 그 동안의 연속범이론과 판례에 따라 실체법상 일죄인 포괄일죄로 구성하는 과정에서 초래되어 왔던 이론적 체계 정합성이나 법적 안정성으로부터의 이탈을 최소화하면서 책임원칙에 부합하는 결론을 무리 없이 이끌어 낼 수 있다.

하나의 형벌을 선고함으로써 결과불법을 포함한 양형의 타당성을 확보하면서도 법원의 죄수판단 결과에 따른 처벌의 불균형이나 예측불가능성을 극복할 수 있다. 수개의 범죄성립을 인정하므로 연속범이론이 그 동안 시달려왔던 연속 고의의 위헌성 시비나 공소시효 연장 등의 불이익 문제[84](및 그에 따른 소모적인 논쟁)를 피할 수 있을 뿐만 아니라, 판례가 선택적으로 공소사실의 개괄적 기재를 허용하는 방식을 통해 피고인의 방어권을 잠탈해 왔던 관행 역시 더 이상 유지할 명분이 없게 된다. 다만 한국에서는 비교법적 연구로도 거의 다뤄지지 않았던 생소한 조항인 만큼 특정경제범죄법이나 특정범죄가중법 등과 같은 형사특별법에 우선적

82) 이상의 내용은 Otto Triffterer, 「*Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*」, Wien : Spring-Verlag, 1985, S. 449.

83) 연속범을 과형상 일죄로 처리하자는 견해로 일찍이 황산덕, 「형법총론」(제7정판), 방문사, 1988, 299면. 다만 그 근거는 행위자의 가벌적인 생활태도(行狀責任)를 들고 있다.

84) 과형상 일죄는 실체법상 수개의 죄에 해당하므로 각 범죄사실별로 공소시효를 결정하는 것이 타당하다는 견해로 신동운, 「형사소송법」(제5판), 법문사, 2014, 556면.

으로 도입하여 운영해 가면서 과형상 일죄처리의 이론적 기반과 실무의 경험을 쌓는 작업이 선행되어야 한다. 이후에 이들 형사특별법을 형법으로 통합하는 과정을 진행하면서 범죄가액을 기준으로 한 가중처벌 조항을 개별 범죄규정에 신설하는 순서로 단계적으로 추진할 필요가 있다.

(논문투고일: 2021.6.2., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

정지훈

죄수론, 연속범이론, 포괄일죄, 실체적 경합, 과형상 일죄

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

권오걸, 「형법총론」, 형설출판사, 2005.
김성돈, 「형법총론」(제7판), SKKUP, 2021.
김일수, 「형법총론」(신정판), 박영사, 1996.
김일수·서보학, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2018.
박상기, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2004.
배종대, 「형법총론」(제15판), 홍문사, 2021.
백형구, 「형사소송법강의」(제8정판), 박영사, 2001.
손동권. 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005.
신동운, 「형법총론」, 법문사, 2001.
_____, 「형사소송법」(제5판), 법문사, 2014.
_____, 「형법총론」(제12판), 법문사, 2020.
오영근, 「형법총론」(제5판), 박영사, 2019.
이상돈, 「형법강론」(제3판), 박영사, 2020.
이재상·장영민·강동범, 「형법총론」(제10판), 박영사, 2019.
이정원, 「형법총론」, 법지사, 1999.
이형국, 「형법총론」(제3판), 법문사, 2003.
임 웅, 「형법총론」(제12정판), 법문사, 2021.
정성근, 「형법총론」(신판), 법지사, 1998.
정성근·박광민, 「형법총론」, 삼영사, 2001.
정영일, 「형법개론」, 박영사, 2003.
정영석, 「형법총론」(제4전정판), 법문사, 1978.
황산덕, 「형법총론」(제7정판), 방문사, 1988.

Ⅱ. 논문

김성돈, “연속범의 죄수”, 「형사정책연구」 제8권 제1호, 한국형사정책연구원, 1997.

김용욱, “경합론의 체계적 지위”, 「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖李炯國敎授華甲紀念論文集), 법문사, 1998.

박광민, “연속범이론의 재검토”, 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000.

박흥식, “연속범의 개념과 죄수”, 「형법판례 150선」(제2판), 박영사, 2019.

서보학, “연속범이론에 대한 비판적 고찰”, 「공범론과 형사법의 제문제(上)」(心耕鄭盛根敎授華甲紀念論文集), 삼영사, 1997.

안동준, “연속범개념의 검토”, 「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖李炯國敎授華甲紀念論文集), 법문사, 1998.

양종모, “포괄일죄 법리의 문제점과 개선방안”, 「저스티스」 제125호, 한국법학원, 2011.

이경렬, “연속관련에 관한 독일판례의 경향”, 「형사법연구」 제11호, 한국형사법학회, 1999.

_____, “수죄인 연속범의 소송법적인 문제의 해결방안”, 「형사법연구」 제17호, 한국형사법학회, 2002.

이재상, “죄수론연구(2)”, 「법조」 제33권 제7호, 법조협회, 1984.

임웅·소재용, “연속범에 관한 논의의 본질과 실상 - 독일에서의 이론·판례의 변천을 중심으로 -”, 「성균관법학」 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005.

허일태, “죄수론과 연속범”, 「고시연구」 고시연구사, 1993. 8.

Ⅲ. 외국문헌

Kienapfel, Diethelm/Höpfel, Frank/Kert, Robert, 「*Strafrecht Allgemeiner Teil*」(16. Auflage), Wien : MANZ Verlag, 2020.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 「*Strafgesetzbuch Kommentar*」(30.Auflage), München : C. H. Beck, 2019.

Triffterer, Otto, 「*Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*」, Wien : Spring-Verlag, 1985.

Abstract

Die Grenze der Lehre vom fortgesetzten Delikt und ihr Nutzen für Regelung aus politischer Perspektive

Jeong, Ji-hoon

Das fortgesetzte Delikt galt bis jetzt als selbstverständlich gegeben unter Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft. Ihr zufolge bilden mehrere Tathandlungen unter bestimmten Bedingungen tateinheihtlich zusammengefasste Delikte, wenn sie mehrere Straftatbestände erfüllen. Diese Typisierung wurde trotz des Mangels an aktiver Argumentation akzeptiert. Aber selbst unter den koreanischen Strafrechtswissenschaftlern werden Einwände gegen den Typus erhoben, nachdem der Große Senat des BGH für Strafsachen 1994 dessen grundlegende Rechtsfigur Fortsetzungszusammenhang abgeschafft hat.

Auch dem politischen Aspekt, dass das Modell des fortgesetzten Deliktes als Auslegetheorie bei der Bestimmung der Tathandlungen als Einheit bzw. Mehrheit nach der Konkurrenzlehre für Täter günstig sei, wurde der Boden unter den Füssen weggezogen. Denn wenn mehrere Tathandlungen mehrere Strafbestände verwirklichen, ohne dass sie räumlich-zeitlich untrennbar miteinander verbunden sind, liegt materiellrechtlich die Tatmehrheit vor.

Die Diskussion zum fortgesetzten Delikt erschöpfte sich nur darin. Aus der Ablehnung des fortgesetzten Delikts wird ein Schluss gezogen, dass es im Zusammenhang der Konkurrenzen nach dem Artikel 37 des koreanischen Strafgesetzbuches behandelt werden sollte.

Im koreanischen Sonderstrafgesetz sind Regelungen geboten, dass die Strafe im Verhältnis zu den Werten bei den Vermögensdelikten wie Betrug

oder Unterschlagung oder zum angenommenen Vorteilswert beim Bestechungsdelikt erhöht wird. Ähnliche Regelungen finden sich in den Artikeln 128, 147 sowie 304 des österreichischen Strafgesetzbuches. Und zwar im Artikel 29 desselben Strafgesetzbuches steht es deutlich: wenn der Täter mehrere gleichartige Taten begangen hat, ist die Summe der Werte maßgebend.

Und in der Schweiz ist es mit dem Artikel 49 des Strafgesetzbuches explizit vorgesehen, zu der Strafe der schwersten Straftat zu verurteilen, wenn der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt hat. In dieser politisch motivierten Regelungspraxis findet man eine Spur der Lehre vom fortgesetzten Delikt darin, dass bei Tateinheit nur auf eine Strafe erkannt wird.

In Korea sollte dieselbe Regelung eingeführt werden. Denn im Rückblich auf die bisherigen Rechtsprechungen kann der Täter bei Bestechungsdelikten oder Vermögensdelikten eine verschärfte Strafe umgehen, beispielsweise, wenn er die Vorteilsannahme nicht auf einmal, sondern stattgefunden hat. Die Lehre vom fortgesetzten Delikt sollte zwar abgelehnt werden, weil ihr zufolge materiellrechtlich mehrere Tathandlungen als Tateinheit angesehen werden. Aber sie bietet einen theoretischen Ansatz für die Einführung der schweizerischen oder österreichischen Regelungspraxis aus den politischen Perspektiven.

Jeong, Ji-hoon

Konkurrenzlehre, Theorie vom fortgesetzten Delikt, zusammenfassende oder rechtliche Verbrechenseinheit, Realkonkurrenz, Tateinheit.