成均館大學校 比較法硏究所
成均館法學 第17卷 第3號 2005年 12月
SungKyunKwan Law Review
The Institute for Comparative Legal Studies
Vol. 17 No. 3 December. 2005

연속범(連續犯)에 관한 논의의 본질과 실상
- 獨逸에서의 이론·판례의 변천을 중심으로 -

임 웅* · 소재용**

Ⅰ. 서 론
1. 연속범의 의의
2. 구조적 특징 및 구별개념
3. 본 논문의 취급범위
Ⅱ. 연속범이론의 형성 및 그 후의 전개
1. 이론 탄생의 역사적 배경
2. 연속범 긍정론과 부정론
Ⅲ. 연속범의 一罪 인정을 위한 전제요건 및 법이론상의 문제점
1. 전제요건 개관
2. 객관적 요건
3. 주관적 요건
4. 연속범의 一罪 인정이 법이론상 문제 되는 이율배반적 측면들
Ⅳ. 연방법원 전원합의부 판례(=BGHSt. GrS. 40,138)의 입장 변화
1. 결정이 나오게 된 경위
2. 결정의 요지 및 의의
3. 결정의 이유 및 근거
4. 판례 이후의 경향과 전망
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

1. 연속범의 의의

'연속범'(das fortgesetzte Delikt)이란 계속 범행할 의사를 가지고 동일한 법익에 대하여 일정한 기간 동안 동종의 범행방법으로 반복해서 행해진 수개의 행위가 있을

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.
** 성균관대학교 비교법연구소 연구원, 박사수료(형사법).

때 이 수개의 행위를 포괄해서 1개의 범죄로 취급하는 경우를 말한다. 독일문헌의 표현을 빌리면, 개별적으로도 범죄구성요건을 실현하는 다수·동종의 행위가 연속하여 행해진 경우 일정한 요건하에 법적인 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit)을 인정하여 행위 전체를 하나의 죄(즉, 하나의 연속행위, eine fortgesetzte Handlung)로 다루는 것을 말한다.[1]

예컨대, 절도범이 여러 날에 걸쳐 매일밤 쌀을 한 가마씩 창고에서 절취하는 경우나 공무원이 뇌물을 일정기간 동안 같은 증뢰자로부터 수회에 걸쳐 계속적으로 받은 경우[2], 또는 사업가가 소득액의 허위신고나 신고누락 등을 통해 일정기간 동안 매월 세금을 포탈한 경우, 마약상인이 수일 또는 수개월에 걸쳐 계속해서 마약을 판매한 경우, 성범죄자가 수개월 또는 수년에 걸쳐 아동을 지속적으로 성폭행한 경우[3] 등에 있어서, 각 경우에 문제되는 수개의 절취행위·수뢰행위·세금포탈행위·마약불법거래행위·성폭행행위를 각각 독립된 수개의 죄(즉, 실체적 경합)로서가 아니라 전체로서 하나의 죄(즉, 포괄적 일죄)로 취급하는 것을 의미한다.

2. 구조적 특징 및 구별개념

연속범의 경우에는 연속된 일련의 행위가 포괄하여 1개의 구성요건을 한번 침해한 것으로 간주되는(즉, 수개의 개별범행이 포괄해서 하나의 單純一罪로 취급되는) 독특한 構造的 特徵을 갖는다.[4] 그리고 바로 이러한 구조적 특성으로 말미암아 그 실체법적·소송법적 취급 및 효과에 있어서는 이론적 검토를 요하는 여러 중요문제가 대두되며(이러한 각각의 문제들이 연속범행자에 대해 유리 또는 불리하게 작용하는 二律背反的 側面에 대해서는 후술함), 이것이 연속범의 취급을 어렵게 만드는 근본적인 요인으로도 작용하고 있다.

이러한 포괄적 일죄로서의 연속범은, 하나의 행위가 수개의 죄에 해당하나 과형상

---

1) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5.Aufl., 1996, S.714; Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2, 1.Aufl., 2003, S.871(Rn.248); Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 31.Aufl., 2001, S.264; BGHSt. 17,157f.,158("untrennbares Ganzes").

2) 김일수,「한국형법 Ⅱ」(총론 下)(서울: 박영사, 1997), 544면.

3) 서보학, "연속범 이론에 대한 비판적 고찰",「공범론과 형사법의 제문제(上)」(心耕정성근교수화갑기념논문집)(서울: 삼영사, 1997), 607면.

4) 안동준, "연속범 개념의 검토",「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖이형국교수화갑기념논문집)(서울: 법문사, 1998), 420면; 서보학, 앞의 논문, 608면.

의 일죄로 취급되는 想像的 競合과 구별되고, 수개의 행위를 전제로 하여 수죄로 취급되는 實體的 競合과도 구별되며, 외관상 수개의 형벌법조에 해당하나 형벌법규의 성질상 일방이 다른 일방을 배척하여 일죄만 성립하는 경우인 法條競合과도 구별되는 개념이다.

또한 일반적으로 같은 포괄일죄로 분류되는 여타의 범죄군과도 구별할 필요가 있다. 즉, 結合犯은 양태가 다른 행위들이 하나의 범죄를 구성한다는 점에서 기본적으로 동종의 행위태양을 전제하는 연속범과 다르고,[5] 接續犯은 행위들간의 시간적·장소적 근접성이 연속범의 경우보다 훨씬 긴밀하다는 점에서 차이가 있다.[6] 또한 상습범·영업범·직업범 등의 集合犯은 경우에 따라 연속범의 요건도 충족시킬 수 있으나 항상 그러한 것은 아니므로, 연속범에는 해당하지 않지만 행위자의 생활태도 내지 내심의 의사의 동일성을 기초로 수개의 행위를 포괄하여 일죄로 다루는 경우까지를 포함한다[7]는 점에서 그 구별이 가능하다.

3. 본 논문의 취급범위

우리나라의 경우, 舊刑法 제55조는"연속한 수개의 행위로서 동일한 罪名에 해당하는 때에는 一罪로서 이를 처단한다"라고 하는 연속범에 관한 규정을 두고 있었다. 현행형법은 이를 삭제하여 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 그럼에도 판례[8]와 다수의 학설은 포괄적 일죄로서의 연속범의 취급을 긍정하고 있다.

이처럼 연속범이라는 法形象(Rechtsfigur)은 그 존립근거를 실정법에 의존하지 않고 학설·판례에 의해 전통적으로 인정된 것이며, 바로 이 점에 있어서는 獨逸의 경우도 유사한 상황이다.[9] 즉, 독일의 경우에도 1871년의 제국형법전 시행 이후 연속범에 관한 규정이 입법화되지 않음으로써,[10] 이에 관한 명문규정이 부재한 상황에서 연속범

5) 다수설에 따른 설명이다. 그러나 '사회적·형법적 행위표준설'에 의할 경우 결합범은 본래적 의미의 일죄로 취급되므로, 포괄적 일죄인 연속범과는 이 점에서 서로 구별된다.

6) 다만, '접속범'은 다수의 연속적 행위 사이의 밀접도가 훨씬 강한 경우일 뿐 연속범의 경우와 본질적인 차이가 없는 만큼 이를 연속범 속에 해소시켜 처리하는 것이 타당하다고 본다.

7) 김일수, 앞의 책, 623면.

8) "단일하고도 계속된 犯意 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는, 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 볼 것"(대판 2000. 1. 21, 99 도 4940; 1998. 2. 10, 97 도 2836; 1997. 12. 26, 97 도 2609; 1990. 9. 25, 90 도 1588; 1990. 6. 26, 90 도 466 등).

9) 서보학, 앞의 논문, 608면.

10) 김성돈, "연속범의 罪數",「형사정책연구」제8권 1호(1997• 봄호), 한국형사정책연구원, 1997, 191

의 일죄성 내지 罪數 및 그 인정범위나 법적 취급을 둘러싼 논란은 학계 및 실무에서 계속되어 왔다. 그런데 우리와 마찬가지로 이론·판례에 의하여 연속범을 인정하고 발전시켜 온 獨逸에서, 1994년 5월 3일 聯邦法院 刑事 全員合議部(Der Große Senat für Strafsachen des BGH)가 그간 학계의 일각에서 제기되어 온 비판[11]을 수용하여 연속범의 존재를 부정하는 듯한 방향으로 입장변경을 선언[12]한 이래, 우리나라에서도 이에 자극받아 연속범을 포괄일죄가 아닌 數罪로서 파악하여 실체적 경합으로 취급해야 한다는 등 연속범이론의 再檢討를 주장하는 견해들[13]이 속속 등장하고 있는 것도 사실이다.

따라서 본 논문에서는, 연속범에 관한 獨逸의 이러한 변화추이가 과연 우리에게도 비교법적 차원에서 어떠한 示唆를 줄 수 있는지를 염두에 두면서, 우선 현재에 이르기까지 獨逸에서의 이론·판례의 변천 및 그 핵심내용을 살피는데 주된 초점을 두기로 한다.

Ⅱ. 연속범이론의 형성 및 그 후의 전개

1. 이론 탄생의 역사적 배경

(1) 18세기의 이론 및 그 형성배경

독일에서의 연속범'개념'은 중세 이탈리아법학으로부터 유래하며,[14] 18세기에 이르

면.

11) 독일의 경우 연속범이 원래 실체적 경합(특히 병과주의에 의한)의 적용에 따른 지나친 重罰의 폐해를 막기 위해 판례에 의해 발전되어온 일종의 관습법 내지는 법관법의 성격을 지니고 있는 만큼(Dreher/Tröndle, StGB(Kommentar), 47.Aufl., 1995, Vor §52 Rn.25c), 연속범은 사실상 그러하기보다는 현실적 필요에 따라 인위적으로 가공된 개념인 法學的 虛構(juristische Fiktion)라는 비판 등이 있다(Vgl. Hamm, "Das Ende der fortgesetzten Handlung", NJW 1994(Heft25), S.1636). 보다 상세한 비판내용에 대해서는 vgl. Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2, 1.Aufl., 2003, S.872-874; BGHSt. 40,145ff.

12) Der Beschluß des Großen Strafsenats des BGH zum Fortsetzungszusammenhang vom 3. 5. 1994, GSSt 2 u. 3/93(=BGHSt. GrS. 40,138) = NJW, 1994(Heft 25), S.1663 u.s.w.

13) 김성돈, 앞의 논문, 187면 이하; 서보학, 앞의 논문, 607면 이하; 안동준, 앞의 논문, 419면 이하; 김용욱, "경합론의 체계적 구조",「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖이형국교수화갑기념논문집)(서울: 법문사, 1998), 406-408면; 박광민, "연속범 이론의 재검토",「형사법연구」제13호, 한국형사법학회, 2000, 125면 이하 등.

러서는 '이론'으로 승인된 것으로 보인다.[15] 당시에는 범죄와 형벌의 문제에 관하여 로마법 이래의 원칙인 'quot crimina tot poenae'(범죄의 數만큼의 형벌), 즉 併科主義(Kumulationsprinzip, Häufungsprinzip)의 原則이 유지되었고, 따라서 수죄(실체적 경합)의 경우에는 각각의 형벌이 산술적으로 가산되었다.[16] 그런데, 예컨대 범죄가 동일한 객체에 대해 계속 반복되는 경우에 이 원칙을 적용하게 되면 지나치게 가혹한 형벌이 부과되는 결과 이를 정당하지 못한 것으로 인식하게 됨으로써,[17] 이 경우에 하나의 형벌만을 부과하려고 한 것이 이른바 '연속범이론'이었다. 따라서 당시의 연속범이론은 併科主義를 回避하기 위한 이론이었으며, 범죄의 단·복수문제가 아니라 刑罰의 단·복수문제에 관한 것으로 취급되었다.[18] 범죄의 단·복수문제와 관련해서 본다면, 연속범은 수개의 범죄이지만 하나의 형벌이 부과되는 것(즉, 처분상의 일죄)으로 생각되었던 것이다.[19]

(2) 19세기 보통법시대의 학설과 여러 란트(Land)형법전 규정

그 후 19세기의 독일 普通法學說에 의해 연속범의 정의 및 그 근거·요건에 관해 많은 논의가 전개되었고,[20] 그리하여 독일에서는 19세기 전반기에 벌써 연속범이 인정되었다.[21] 이러한 학설 중에는, Feuerbach[22]처럼 '객체의 단일성'이라는 객관적 요소에서 근거를 찾는 견해, Schröter[23]나 Henke[24]처럼 '선행하는 단일한 고의'라는 주

14) Doerr, "Das fortgesetzte Delikt", GS, Bd.71, Beilageheft,1908, S.8ff.; Rathenau, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen mit besonderer Berücksichtigung seiner Geltung nach dem Reichsstrafgesetzbuche, 1896, S.11ff.; Nickel, Der Begriff des fortgesetzten Delikts, 1931, S.8; Buchholz, "Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt", Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 413, 1940, S.8ff.

15) 虫明 滿, 「包括一罪の 硏究」(동경: 성문당, 1992), 118면.

16) 虫明 滿, 앞의 책, 118면.

17) Vgl. Doerr, a.a.O., S.17; Nickel, a.a.O., S.8; Buchholz, a.a.O., S.13f.

18) Doerr, a.a.O., S.16; Rathenau, a.a.O., S.24; Nickel, a.a.O., S.8; Buchholz, a.a.O., S.13.

19) 虫明 滿, 앞의 책, 118면.

20) 虫明 滿, 앞의 책, 118-119면.

21) 서보학, 앞의 논문, 609면.

22) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, S.217f.

23) Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts, Bd.1, 1818, S.201.

24) Henke, Handbuch des Kriminalrechts, Bd.1, 1823, S.611ff.

관적 요소를 기준으로 하는 견해, Mittermaier[25]와 같이 주관적 요소와 객관적 요소가 모두 필요하다고 하는 견해 등이 주장되었다.[26] 그러나 이들 학설 역시 연속범을 하나의 犯罪로 구성하려는 것이 아니라, 단순히 하나의 刑罰이 부과되기 위한 요건 또는 완화된 처벌에 기초를 부여하기 위한 요건으로서 주장된 것에 불과하였다.[27] 하지만 'quot crimina tot poenae'라는 原則이 존속하고 있는 한, 연속범에 하나의 형벌을 부과하는 것은 한편으로 그것을 '하나의 犯罪'로 파악하려는 시도와 다르지 않다.[28] 여기에서 이후의 학설은 연속범을 범죄의 본질상 하나의 범죄로서 파악하려는 노력을 경주하게 된다. 그리고 그것은 '犯罪는 본질적으로 行爲'라는 사고방식을 매개로 하며, Hälschner[29]에 의해 명확하게 되었다고 한다.[30] 범죄가 행위라는 이러한 사고는 이후의 학설·판례에 의해 지지되었지만, 그 다음 문제는 어떠한 요건에서 '하나의 행위'가 되는가이며, 학설은 이러한 '행위단일성'(Handlungseinheit)을 기초지우는 요건으로서 주관적 요건 및 객관적 요건에 대한 검토를 행하게 된다.

한편 이와 같은 독일 보통법학설의 영향을 받아, 여러 란트(Land)刑法典에 연속범에 관한 명문규정이 成文化되었다.[31] 예컨대, Feuerbach에 의해 起草된 1813년의 바이에른刑法典 제110조는 "범죄가 동일한 객체 또는 동일한 사람에 대하여 수회 범해질 경우에는, 연속되는 수개의 행위는 하나의 (범죄)사실로서 평가된다. 그러나 양형에서 가중사유로 고려되어야 한다"고 규정하였다. 그 밖에도 바덴刑法典 제180조, 헷센刑法典 제111조·제112조, 브라운슈바이크刑法典 제56조, 그리고 하노버刑法典 제106조 등이 연속범에 관한 규정을 두고 있었다.[32] 이들 규정은 모두 병과주의의 例外로서 규정된 것이지만, 한편으로 그 규정상의 표현을 살펴보면 연속범에도 여러 形態가 존재했었다는 것을 알 수 있다.[33]

---

25) Mittermaier, "Über den Begriff fortgesetzter Verbrechen", in: Annalen der deutschen und ausländischen Kriminalrechtspflege, Bd.1, 1837, S.1ff.

26) 虫明 滿, 앞의 책, 118-119면.

27) Nickel, a.a.O., S.12.

28) Doerr, a.a.O., S.24; Nickel, a.a.O., S.11.

29) Hälschner, System des preußischen Strafrechts, Bd.1, 1858, S.489ff.

30) Nickel, a.a.O., S.14; 虫明 滿, 앞의 책, 119면.

31) 虫明 滿, 앞의 책, 119면. 여러 란트(Land)형법전상의 연속범관련 법규정에 대해서는 Mittermaier, Anmerkungen zu Feuerbachs Lehrbuch, 14. Aufl., 1847, S.220 Anm.12; 虫明 滿, 앞의 책, 119-121면.

32) 연속범을 明文으로 규정한 여러 란트형법전 중 1813년의 바이에른형법전 및 바덴형법전, 하노버형법전에는 연속범의 경우 刑의 量定(즉, 양형)에서 가중사유로 고려된다는 것이 明記되어 있다.

33) 虫明 滿, 앞의 책, 120면.

(3) 1871년의 제국형법전(RStGB) 제정과 연속범이론

한편 1871년에는 독일제국의 統一刑法典(RStGB)이 제정되었고, 그 제73조(상상적 경합)에서 吸收主義(Absorptionsprinzip, Einschlußprinzip)가 규정되었다. 동시에 그 제74조(실체적 경합)에서는 "수개의 獨立된 行爲로 수개의 重罪(Verbrechen, 혹은 輕罪, Vergehen)를 범하거나 또는 동일한 重罪(혹은 輕罪)를 수회에 걸쳐 범하고 이로써 수개의 유기자유형에 처할 자에 대해서는 그에 해당하는 가장 중한 형을 가중하는 것을 내용으로 하는 전체형을 선고한다"고 하여, (기존의 산술적 병과주의 대신) '加重主義'(Asperationsprinzip, Verschärfungsprinzip)가 채택되었다.

그런데 무엇보다 제국형법전에는 연속범에 관한 規定이 마련되지 않았기 때문에, 그 제정 이후에도 연속범에 관한 논의는 獨逸 罪数論上의 중요과제가 되었다.[34] 1871년 제국형법전 성립 당시 연속범규정이 존재하지 않았던 이유에 대한 學說의 경향을 살펴보면,[35] 이미 연속범이라는 것이 더 이상 인정되지 않았다고 주장하는 견해도 있었다.[36] 그러나 압도적인 다수의 학설은 연속범을 이론상의 一罪로 인정하려 하였고, 그 근거를 제74조에서의 "수개의 獨立된 行爲"라는 표현에서 찾고자 하였다. 즉, 연속범을 구성하는 개개의 개별행위에 착안한다면 행위가 수개로 존재한다는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 그것들은 독립성을 잃고 있으므로,[37] '법적' 관점에서 볼 때 수개의 행위라고는 할 수 없었던 것이다. 그리하여 연속범은 독립된 행위도 수개의 행위도 아니며, 따라서 연속범을 '法的 意味에서의 하나의 행위'[38] 혹은 단순히

---

34) 虫明 滿, 앞의 책, 121면.

35) 이에 대해서는 虫明 滿, 앞의 책, 121-122면 참조.

36) Vgl. Ortloff, "Strafrechtliche StudienⅡ. Kein sogen. fortgesetztes Verbrechen mehr!", GA., Bd.24,1876, S.428; Lilienthal, Beitrage zur Lehre von den Kollektivdelikten, 1879, S.61; Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884,S.185; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd.1, 1904, S.374, Anm.478.

37) Doerr, a.a.O., S.180; Neuburger, Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichtes, 1896, S.7; Prager, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, 1896, S.26; Brunnen, Das fortgesetzte Delikt, 1907, S.17.

38) Brunnen, a.a.O., S.17; Farnbacher, Der Begriff des sogen. fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen; insbesondere Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem"(=一事不再理), 1896, S.10; Kramer, Das fortgesetzte Verbrechen, 1907, S.17; Dyckhoff, Fortdauerndes, fortgesetztes und Gesamtdelikt und die Vorschriften über den Beginn der Verjährungs- und Antragsfrist, 1907, S.13f.; Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925, S.61.

'하나의 행위'[39]라고 하는 학설이 通說이 된다. 한편 당시의 학설상 '범죄란 行爲이며, 하나의 행위는 하나의 犯罪이다'[40]라는 것이 전제되었으므로, 연속범도 '하나의 범죄'가 되었다. 이렇게 함으로써 제74조(실체적 경합)의 가중주의는 적용되지 않게 된 것이다.

(4) 제국형법전(RStGB) 및 현행형법전(StGB) 하에서의 이론·판례 개관

이처럼 1871년의 제국형법전 출범 이후에는, 그 제74조(실체적 경합)가 "獨立된" 행위라는 표현을 사용했다는 점을 근거로 하여, 연속범은 '독립하지 않은' 수개의 행위이며 따라서 제74조의 적용은 배제된다고 이론을 구성하였다.

그러나 1968년에 제정된 現行 獨逸刑法典(StGB)은 1969년 제1차 형법개정법률에 의해 제국형법전 제74조에서의 "독립된"이라는 표현을 삭제하였고, 또한 이 조항에 해당하는 現行刑法典 제53조(실체적 경합)에도 '독립된'이라는 표현은 없다.[41] 따라서 '행위독립성'(Handlungsselbständigkeit)'을 기초로 한 행위의 단·복수 판단은 이제 明文의 근거를 상실하게 되었다. 하지만 現在의 다수학설[42]도 연속범은 행위의 법적 단일성(rechtliche Handlungseinheit)이라거나 또는 하나의 연속행위(eine fortgesetzte Handlung)로 된다거나 하여 '행위단일성'(Handlungseinheit)으로서 이론을 구성하고 있다.[43] 이것은 제국형법전 제74조의 형식적인 조문해석만으로는 더 이상 연속범을 인정하기 어렵다는 증거라 해도 좋을 것이며,[44] 그리하여 연속범을 인정하는 보다 실질적인 이유는 오히려 형벌의 緩和[45] 또는 소송실무상의 필요성[46]에 있다고 주장하게 된다. 병과주의가 폐지되고 가중주의가 채택됨으로써 형벌완화라는 근거는 다소 설득

39) Doerr, a.a.O., S.75; Rathenau, a.a.O., S.74; Prager, a.a.O., S.26.

40) Doerr, a.a.O., S.69; Rathenau, a.a.O., S.72; Kramer, a.a.O., S.17.

41) 또한 현행 독일형법 제54조 제1항 제2문과 우리 형법 제38조 제1항 제2호는 實體的 競合의 취급에 대해 '加重主義'를 기본원칙으로 규정하고 있다.

42) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4.Aufl., 1988, S.647; Wessels/Beulke, a.a.O., S.264; Bockelmann/Volk, Strafrecht, AT, 4.Aufl., 1987, S.255; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Tb.2, 7.Aufl., 1989, S.419; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2.Aufl., 1975, S.726; Blei, Strafrecht Ⅰ, AT, 18.Aufl., 1983, S.350.

43) 虫明 滿, 앞의 책, 127면.

44) 虫明 滿, 앞의 책, 127면.

45) Mezger, Strafrecht, 3.Aufl., 1949, S.466.

46) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.2, 1930, S.535.

력이 떨어졌지만, 아무튼 연속범의 인정이 결과적으로 가중주의를 회피하는 효과를 지니고 있음에는 변함이 없기 때문이다.

한편 이러한 학설상의 결론은 判例에 의해서도 승인되었고, 따라서 명문의 근거없이 인정된 연속범이론은 實務上으로도 확고한 개념으로서 정착하게 되었다.[47] 즉, 판례는 범죄를 '行爲'로서 파악하고 연속범을 '행위의 법적 단일성'(rechtliche Handlungseinheit)으로 이론구성함으로써 그 一罪性을 부여하고 있는데, 그보다는 법원의 부담경감 내지 소송경제라는 실무상의 현실적 필요에 중점이 놓여있던 것으로 보인다.[48]

2. 연속범 긍정론과 부정론

(1) 학설 및 판례 개관

앞에서 본 바와 같이, 1871년의 제국형법전(RStGB) 이후 연속범에 관한 명문규정의 不在에도 불구하고 獨逸의 다수학설(또는 통설)은 고의의 단일성이 인정되는 범위내에서 법적인 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit)의 특별한 경우[49] 내지 특별한 발현형식[50]으로 보아 하나의 죄(즉, 법적 의미의 一罪, rechtliche Verbrechenseinheit)로서의 연속범의 성립을 긍정하였다. 판례[51] 역시 제국법원시대부터 1990년대 초반까지 같은 논리로 연속범을 인정하여 왔다.[52] 한때 나찌(Nazis)정권하에서는 연속범의 인정에 따른 旣判力의 확장이 범죄자를 지나치게 보호하고 국가의 형벌권을 무력하게 만드는 측면이 있다는 이유로 형사입법조치로서 연속범(특히 집합범)의 解體를 단행하는 우여곡절도 있었으나, 제2차대전 후 실무상의 필요와 고려에서 연속범이론을 다시 발전시키기에 이르렀다.[53]

---

47) 虫明 滿, 앞의 책, 127면.

48) vgl. RGSt., Bd.70, S.243.

49) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.714; Heintschel/Heinegg, "Der Fortsetzungszusammenhang", JA 1993, S.141.

50) Wessels/Beulke, a.a.O., S.264.

51) 예컨대, RGSt. 70,243; BGHSt. 3,165; 5,136; 19,323; 23,33; 26,4; 33,122; 36,105; 38,165 u.s.w.

52) 김일수, 앞의 책, 545면; 서보학, 앞의 논문, 608면; 김성돈, 앞의 논문, 192면; 이재상, 「형법총론」(제4판)(서울: 박영사, 1999), 504-505면; 이경렬, "연속관련에 관한 독일 판례의 경향", 「형사법연구」 제11호, 한국형사법학회, 1999, 380면 이하.

53) 김성돈, 앞의 논문, 192면; 虫明 滿, 앞의 책, 144면 이하.

그러나 실정법적 근거없이 실무상의 현실적 필요에 의해 판례법으로 발전해 온 連續犯이라는 法形象(Rechtsfigur)에 대해서는, 한편에서 비판과 논란이 계속되어 온 것도 사실이다. 그리하여 이하에서는 우선 연속범 긍정론과 부정론의 주요 논거를 차례로 살펴보기로 한다. 대체로 否定論의 논거는 긍정의 논거에 대한 정반대의 評價와 批判에서 비롯된다.

(2) 긍정론의 논거[54]

가. 처벌완화의 필요 및 소송경제의 관점

긍정론이 첫째로 내세우는 논거로는, 무엇보다 처벌완화의 필요성 및 실무상의 소송경제(내지 소송단순화)의 관점에서 연속범이 주장되고 인정되어 왔다는 것이다.[55] 원래 연속범이론이 수죄의 실체적 경합의 경우에 적용되던 당시의 併科主義의 문제점, 즉 지나치게 가혹한 重罰의 폐해를 막기 위한 의도가 숨어 있었고, 이러한 사정은 그 후 경합범에 관한 처벌이 현재와 같은 加重主義로 변경됨에 따라 설득력이 약화되었다 하더라도, 가중주의 또한 一罪로서의 연속범에 비해 중한 처벌을 의미하기 때문이다.

하지만 加重主義 하에서는 지나친 중벌의 회피라는 논거는 의미를 잃고 오히려 연속범에 대한 量刑上의 刑量割引이 문제됨에 따라, 오늘날 연속범을 인정하는 주된 근거는 소송경제(Prozeßökonomie) 내지 법적용 단순화의 측면으로 옮겨갔다고 한다.[56] 연속범이론이 갖는 소송경제의 강점은 두 가지 점에서 주장되고 있는 바, 그 하나는 법관에게 형벌확정(또는 양형과정)의 부담을 경감시켜 이를 단순화시켜 준다는 것이다. 즉, 가중주의 하에서도 數罪의 경우 법관이 각 범죄에 대한 개별형을 확정하고

54) 연속범 긍정론의 입장으로는 Bockelmann/Volk, a.a.O., S.255; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., S.419; Jescheck, a.a.O., S.649; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.229; Wessels/Beulke, a.a.O., S.264; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.28; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.75; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.44; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.52 u.s.w.

55) Mezger, a.a.O., S.466; Hippel, a.a.O., S.535; RGSt., Bd.70, S.243. 따라서 연속범을 긍정하게 되는 논의의 초점은 이러한 관점에서 一罪 인정의 기초를 제공하기 위한 행위단일성(Handlungseinheit)의 구축문제에 철저히 집중되었고, 무엇보다도 當罰性(Strafwürdigkeit)에 대한 고려가 이론적인 검토에 우선하였던 것으로 볼 수 있다(안동준, 앞의 논문, 421면).

56) Geppert, Jura 1993, S.650; BGHSt. 35,318(323); 서보학, 앞의 논문, 610면.

다시 가장 중한 형을 가중하여 전체형을 확정한다는 것은 쉬운 일이 아니기 때문에,[57] 연속범을 인정함으로써 法官은 수개의 행위 전체를 하나의 행위로 보고 하나의 행위에 대해서만 형을 확정하면 되어 부담이 훨씬 경감된다는 것이다.[58] 또다른 하나의 점은 연속범을 인정하게 되면 형사소송절차에서 모든 개별행위들을 세세하게 立證하거나 判斷해야 하는 부담이 덜어지게 된다는 것인데,[59] 이는 공소제기로써 비난의 대상이 된 개별행위들에 대해 입증의 부담을 떠안고 있는 檢察과, 증거에 기초해 개별행위의 사실들을 확인한 후 유·무죄 판단을 내려야 하는 法院의 입장에서 볼 때 실무상의 커다란 이점이 아닐 수 없기 때문이다.

나. 관습법적 근거 및 법적 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit)의 관점

두 번째의 논거로는, 연속범에 대해 慣習法上의 根據 내지 效果를 인정할 수 있다는 점을 거론한다. 즉, 법원이 판례로써 동종·다수의 개별행위를 '법적인 단일행위'(rechtliche Handlungseinheit)로 파악하는 태도는 오랜 관행을 통해 法的 確信으로 굳어진 것이므로, 그 정당성의 근거도 이로부터 도출될 수 있다는 것이다. Frank에 따르면,[60] 연속범 개념을 둘러싼 문제에 관하여 대부분의 사람들이 이론적인 방법으로 이를 확인·설명할 수 있다고 믿지만, 그 실상은 본질적으로 관습법상의 법형상에서 유래한 것이며, 그것의 한계가 여전히 유동적이라는 사정으로부터 이러한 사실이 설명된다고 한다. 그러나 이에 대해서는, 판례의 태도 또한 확고한 입장에 있지 못하다는 점에서 관습법으로서의 성립요건을 갖추지 못하였을 뿐 아니라, 나아가 연속범의 인정이 범죄자에게 언제나 유리하다고만 단정할 수는 없으므로 '不利한 관습법은 형법에서 排除된다'는 원칙에도 반한다는 비판[61]이 있다.

다. 이른바 생활영위책임(Lebensführungsschuld)의 관점

그 밖에도, 행위자가 동종의 범죄행위를 연속해서 반복함에 있어서는 일종의 可罰的인 生活態度(예컨대 상습범에 있어서의 도벽에 유사한)에 의한 하나의 生活營爲責任(Lebensführungsschuld, 行狀責任)이 존재한다고 보고, 이를 근거로 연속범의 一罪性

57) Vgl. RGSt., Bd.70, S.243.

58) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.714; 김일수, 앞의 책, 545면.

59) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.714; 김일수, 앞의 책, 545면.

60) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, § 74 Anm. V 2 c.

61) Geisler, "Der Beschluß des großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang", Jura 1995, S.79.

(Verbrechenseinheit)을 설명하려는 견해[62]가 있다. 즉, Welzel은 一罪로서의 연속범이 두 가지 유형의 현상형태로 나타난다고 하면서, 行爲單一性(Handlungseinheit)으로서의 연속범과 가벌적 생활영위의 단일성(Einheit strafbarer Lebensführung, 즉 生活營爲責任)으로서의 연속범을 구분하고, 각각 그 인정근거를 달리하고 있다. 前者의 경우는 전체고의의 연속적인 실현에 그 근거가 있고, 後者의 경우에는 동일한 기회의 이용이나 동일한 계속상태의 이용에 그 기초를 두고 있다고 한다.[63] 그러나 이에 대해서는, '가벌적 생활영위의 단일성' 개념이 실체법상 일죄로서의 연속범을 긍정하는 標識일 수 있는가의 의문이 있고, 또 이 표지가 동시에 연속범을 부정하기 위한 논거로 인용되기도 하는 등 이론적인 명확성이 부족하다는 지적이 있다. 즉, 이렇게 되면 종종 수년 혹은 수십년에 걸친 연쇄범행까지도 문제되는 연속범의 경우 일종의 생활영위범죄로서 쉽게 인정될 수 있고, 이에 대해 피고인은 결코 방어할 수 없게 되어 소송상 방어권의 중대한 침해가 수반된다는 비판[64]이 따른다.

(3) 부정론의 논거[65]

가. 법적(실정법적·관습법적) 근거의 부존재의 관점

무엇보다 부정론의 첫째의 논거는, 연속범이 전통적으로 판례에 의해 발전되어 온 법형상인 만큼 이에 대한 實定法的 明文의 根據가 없다는데 있다.[66] 나아가 일종의 慣習法으로서의 법적 효력을 인정할 수 있다는 주장에 대해서도, 연속범의 인정이 행위자에게 오히려 不利한 측면(예컨대 방어권의 침해, 가중적 개정법률의 적용, 공소시효의 배제 등)도 있기 때문에 성문법규가 아닌 慣習刑法을 통한 형벌부과나 불법가중은 죄형법정주의의 관점에서도 허용될 수 없다는 無用論(Entbehrlichkeit)이 주장되기도 한다.[67] 또한 이러한 법형상이 결코 관습법의 성립요건을 충족시킨다고 보기

62) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.226(§ 29 Ⅱ 4 b); 김일수, 앞의 책, 545면.

63) Welzel, a.a.O., S.226; 虫明 滿, 앞의 책, 120면; 박광민, 앞의 논문, 139면.

64) Vgl. Geppert, "Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung"(1.Teil), NStZ 1996, S.58; 박광민, 앞의 논문, 139-140면.

65) 연속범을 부정하는 입장으로는 Gössel, "Anmerkung zu BGH", JZ 1986, S.48; Jung, "Die fortgesetzte Handlung", Jura 1989, S.290,292ff.; Jakobs, Strafrecht, AT, 2.Aufl., 1991, S.906(Rn.50); Stratenwerth, Strafrecht AT. 1, 3.Aufl., 1981, Rn.1238 u.s.w.

66) BGHSt. GrS. 40,138 의 決定理由에도 잘 나타나 있다(결정이유에 대해서는 후술).

는 어렵고, 오히려 연속범의 원리를 자세히 들여다 보면 그 실상은 法官法에 불과한 것이라고 한다.[68]

나. 법적 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit)에 대한 비판의 관점

두 번째의 논거는, 법적 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit)에 대한 비판이다. 죄수결정의 기준으로서 '行爲標準說'이 통설로 되어 있는 獨逸의 경우, 1개의 행위가 곧 一罪로 직결된다.[69] 또한 독일에서의 형법조문의 규정방식을 살펴보면 원래 일죄·수죄의 구별이 전제되지 않고 있으며, 따라서 독일형법 제52조(=제국형법전 제73조, 상상적 경합)와 제53조(=제국형법전 제74조, 실체적 경합)와의 차이도 하나의 행위인가 수개의 행위인가에 있을 뿐 일죄인가 수죄인가 하는 것은 전혀 관여할 바가 아님을 알 수 있다.[70] 이 점에서 보면 독일의 罪數論은 단지 하나의 행위인가 수개의 행위인가의 문제가 그 출발점이 되며,[71] 이 경우 범죄의 단·복수 문제와 행위의 단

67) Heintschel/Heinegg, "Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs", JA 1994, S.588; Kratzsch, "Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts", JR 1990, S.178; 안동준 ,앞의 논문, 436면.

68) Geisler, a.a.O., S.80.

69) 김성돈, "형법 제40조의 '한 개의 행위'",「현대형사법의 쟁점과 과제」(東巖이형국교수화갑기념논문집), (서울: 법문사, 1998), 451면; 虫明 滿, 앞의 책, 123-126면 참조.

70) 虫明 滿, 앞의 책, 125면. 이 점에서 우리 형법이 一罪인가 數罪인가를 먼저 구별하는 전제 위에서, 하나의 행위인가 수개의 행위인가로서 상상적 경합과 실체적 경합의 취급을 달리하고 있는 것과 대비된다.

71) 독일에 있어서는 그 罪數論의 출발점이 되는 行爲單一性을 설명하는 경우 ① 자연(과학)적 의미에 있어서의 하나의 행위(Eine Handlung im natürlichen Sinne) ② 자연적 행위단일성(natürliche Handlungseinheit) ③ 구성요건적 행위단일성(Tatbestandliche Handlungseinheit) ④ 법적 행위단일성(rechtliche Handlungseinheit) 등으로 구분해서 설명하고 있는 것이 보통이다(Jescheck, a.a.O., S.642ff.; Wessels/Beulke, a.a.O., S.260-266; Jakobs, a.a.O., S.886ff.; Geppert, Jura 1982, S.358ff.; Warda, JuS 1964, S.81ff.) 構成要件的 行爲單一性이란 입법자가 수개의 자연적 의사활동들을 '1개의 구성요건 속에서' 법률적·사회적 평가단일성으로 결합시켜 놓은 경우에 인정되는 개념으로서, 결합범·계속범·다행위범 등이 그 예로 열거되고 있다(이 경우의 구성요건을 '행위통합적 구성요건'이라고도 한다: 김일수, 앞의 책, 593면). 法的 行爲單一性이란 수개의 자연적 행위가 일정한 요건을 갖춘 때에 포괄하여 1개의 행위로서 법률적·사회적 평가단일성이 인정되는 경우의 개념으로서 접속범·연속범·집합범 등이 보통 그 예로 열거되며, 수개의 행위를 1개의 행위로 통합할 명문의 규정, 즉 당해 구성요건의 유무에 따라 구성요건적 행위단일성과 구별된다. 그리고 自然的 行爲單一性은 상상적 경합에 있어서 '동일한 행위'(=하나의 행위)의 한계개념으로서 주로 원용되는 개념이다(김성돈, 앞의 논문(註 69), 449면 이하; 김용욱, 앞의 논문, 390면 참조).

·복수 문제가 하나로 合體되어 있다고도 할 수 있다.[72] 다만 상상적 경합이 일죄인지 수죄인지에 대해서 논란[73]이 있는 것처럼 이같은 통설인 행위표준설이 철저하다고는 볼 수 없지만, 아무튼 수개의 자연적 행위로 이루어진 연속범을 一罪로 취급하기 위해서는 이를 하나의 행위로 이론구성해야 할 필요성이 절실하고, 이에 따라 '법적 행위단일성'이라는 이름하에 하나의 행위로 의제해서 人爲的으로 加工된 개념이 바로 연속범이므로, 연속범은 논리필연적인 법적 소산이 아니라 하나의 이론조작의 결과이며 法的 虛構(juristische Fiktion)[74]에 지나지 않는다고 한다.

다. 전제요건의 불명확성의 관점

세 번째의 논거로는, 연속범을 인정하기 위한 명확한 基準과 要件의 결여로 그 인정여부나 인정요건·인정범위 등에 대해서 논란이 심하고, 그에 따라 연속범과 실체적 경합의 구별 내지 한계설정이 매우 곤란하다는 측면에서 볼 때, 이것이 오히려 연속범이라는 법형상이 법적 개념으로 승인되기 어렵다는 하나의 반증이 된다는 점을 들기도 한다.[75]

라. 관대한 처벌, 방어권의 침해, 소송법적 원리와의 부조화의 관점

끝으로 네 번째의 논거는, 긍정론의 첫째의 논거(즉, 처벌완화의 필요성 및 소송경제상의 이점)에 대한 비판으로 연결되고 있다. 먼저 처벌완화의 필요성에 대해서 살펴보면, 긍정론은 연속범의 인정이 가혹한 중벌의 폐해를 막을 수 있다고 하지만, 그러나 실체적 경합에 대한 처벌이 병과주의에서 加重主義로 변경된 상황에서의 연속

72) 虫明 滿, 앞의 책, 125면.

73) 一罪로 보는 견해에는 Mezger, a.a.O., S.469; M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2.Aufl., 1923, S.505; Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26.Aufl., 1932, S.359. 이에 반해 數罪로 보는 견해에는 Frank, a.a.O., § 73 Ⅰ; Schmidhäuser, Strafrecht AT., 2.Aufl., 1975, S.735. 이러한 해석이 가능한 것은, (우리 형법 제40조에 해당하는) 독일형법 제52조가 '하나의 행위' 와 연결되는 개념의 짝으로서 '數罪'가 아니라 '수개의 형벌법조 위반'(또는 '동일한 형벌법조의 수회 위반')이라는 개념표지를 사용하고 있기 때문이며, 그리하여 수개의 법률위반의 경우도 一罪로 판단될 여지는 얼마든지 있고 실제로도 그와 같이 해석하고 있기도 하다(김성돈, 앞의 논문(註 69), 451면). 그러나 상상적 경합이 一罪인가 또는 數罪인가는 구조상의 문제에 지나지 않으며, 실제상의 의의가 있는 것은 아니라고 한다(Jescheck/Weigend, a.a.O., S.719; Schönke/Schröder/Stree, StGB(Kommentar), 25.Aufl., 1997, § 52 Rn.3; 이재상, 앞의 책, 511면).

74) Hamm, "Das Ende der fortgesetzten Handlung", NJW 1994(Heft25), S.1636.

75) Samson/Günther, SK-StGB, 6.Aufl., 1995, Vor § 52 Rn.61.

범의 一罪 인정은 오히려 범죄인을 지나치게 寬大하게 處罰하는(경합범에 비해) 결과가 될 수 있고, 또 동일한 범죄를 지속적으로 반복해서 저지름으로써 특수한 범죄적 에너지를 가진 것으로 볼 수 있는 연쇄범행자(Wiederholungstäter)나 계획적인 범죄자에게 量刑上의 不當한 特惠를 주는 격이 될 수 있으므로, 一般人의 法感情(Rechtsempfindung)에도 반하고 나아가 刑事政策的인 문제점(kriminalpolitischer Nachteil)도 야기한다는 비판[76]이 가해지고 있다.

또한 소송경제적인 이유로 연속범을 긍정하는 태도에 대해서도 비난이 제기되고 있다. 즉, 訴訟經濟라는 實務上의 便宜를 이유로 형사소송절차에서 개개의 범죄행위를 확인하고 규명하는 작업이 결코 소홀히 될 수는 없는 일이며, 연속범의 一罪 인정을 통하여 檢察이나 法院이 번거로운 수고와 부담을 덜 수 있다는 생각은 잘못된 것이라고 한다. 따라서 실무상 조세범죄이나 재산범죄, 마약범죄처럼 이들 범죄를 구성하는 일련의 연속된 개별행위들을 모두 입증·확인하는 일이 매우 어려운 경우라 하더라도, 불법이나 기관력을 확정하기 위해 必要한 最小限의 數의 개별범행은 반드시 확인이 되어야 한다는 요청[77]도 바로 이러한 명확성의 요구 내지 정당한 형량의 산정 요구에서 비롯되는 것이라고 한다.[78] 또한 연속범의 인정근거로서 소송절차의 단순·간편함을 강조하게 된다면, 이는 실제로 수죄인 경우까지 쉽게 一罪로 인정할 위험성이 존재하게 된다는 지적[79]도 있다. 결국 연속범을 일죄로 인정하는 소송경제상의 이점이란 현실적으로 법관이 형량을 확정하는 量刑作業의 단순화효과 밖에 없다고 할 것인데, 바로 이러한 측면이 연속범에 대한 量刑을 부정확하고 또 부당하게 만들어 결과적으로 刑量을 都賣割引[80](Mengenrabatt)하는 것과 같은 不當한 特惠를 주고 正當한 刑罰의 산정을 왜곡되게 하는 결과를 초래한다고 한다.

나아가 소송경제상의 이유로 일련의 연속행위를 一罪로 인정하게 되면, 公訴時效(Strafverfolgungsverjährung)나 旣判力(Rechtskraft) 등 형사소송법상의 여러 原理와 조화되기 어려운 결과를 가져오며, 따라서 형법상의 문제를 소송법상의 단순화 내지 소

76) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.714; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.63; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Tb.2, 6.Aufl., 1987, § 54 Rn.65; Geisler, Jura 1995, S.78; 서보학, 앞의 논문, 618면; 박광민, 앞의 논문, 139면.

77) RGSt., Bd.70, S.243.

78) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.67), S.589.

79) Kratzsch, a.a.O., S.179.

80) Geppert, "Die fortgesetzte Tat im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur ", Jura 1993, S.650; 서보학, 앞의 논문, 617-618면; 박광민, 앞의 논문, 138-139면.

송경제의 관점에서 해결하고자 하는 시도는 實質的 正義의 관점에서도 타당할 수 없다고 한다.[81]

Ⅲ. 연속범의 一罪 인정을 위한 전제요건 및 법이론상의 문제점

1. 전제요건 개관

판례와 다수학설이 인정해 온 一罪로서의 연속범은 통상 '법적인 단일행위'로 설명되며, 여기에는 수개의 自然的 行爲가 포함되어 있다[82]는 것이 前提되어 있다. 이 때 수개의 개별행위는 그 자체로서 각각 범죄성립의 기본요건을 충족시켜야 하며, 따라서 구성요건해당성·위법성·책임 중 하나의 요건이라도 결여되면 그 행위는 연속범을 구성하는 行爲群(eine Handlungsmenge)에서 제외된다.[83] 또한 소송장애를 일으키지 않는 행위만이 연속범의 부분행위가 되며, 따라서 親告罪의 경우에는 개개의 행위에 대해 告訴가 필요하다.[84]

다음으로는 이 수개의 개별행위를 '하나의 연속행위'로 결합시켜 一罪로 인정하기 위한 일정한 전제요건이 필요한데, 판례와 통설이 기본적으로 제시하고 있는 4가지 前提要件 중 주관적 요건으로서는 고의의 단일성이, 그리고 객관적 요건으로서는 침해법익의 동일성, 범행방법의 동종성, 개별행위간의 시간적·장소적 관련성이 요구된다.[85] 이와 관련하여 연방법원의 판례는 "일련의 연속된 행위가 법적인 행위단일을 이루어 一罪로 인정되기 위해서는, 그 개별행위들이 동일한 법익을 지향하고 동종의 실행방법으로 행해져야 할 뿐만 아니라, 범행의 시간·장소·방법 및 범행대상이 되는 피해자에 대해 기본적 윤곽을 갖는 하나의 전체고의(Gesamtvorsatz)를 가질 것이 전제되어야 한다"고 판시하고 있다.[86]

---

81) Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.63.

82) BGHSt., Bd.19, S.323ff.

83) RGSt., Bd.51, S.305ff.(308); RGSt., Bd.64, S.17ff.(20); RGSt., Bd.62, S.1ff.(3); RGSt., Bd.71, S.341ff.(343).

84) RGSt., Bd.72, S.44ff.; BGHSt., Bd.17, S.157ff.; 虫明 滿, 앞의 책, 129면.

85) 전술한 연속범 긍정론과 부정론의 대립도 기본적으로는 바로 이들 요건의 설정 및 해석을 둘러싸고 벌어지는 논쟁이라 할 수 있다.

86) BGHSt. 19,323; 23,33; 26,4; 36,105; Wessels/Beulke, a.a.O., S.264.

2. 객관적 요건

(1) 침해되는 법익의 동일성

우선 다수의 연속된 행위들이 同一한 法益을 침해하여야 한다.[87] 이것은 연속된 범행이 이전의 행위에 의한 구성요건의 실현을 단지 量的으로 증가시키는데 불과할 뿐 質的으로 상이한 경우이어서는 아니됨을 의미한다.[88] 그러나 침해의 대상이 반드시 동일할 것을 뜻하는 것은 아니므로, 절도 또는 사기행위가 서로 다른 수명의 피해자에게 행해진 경우에도 연속범의 성립이 가능하다. 하지만 개인의 인격적 주체성이 두드러지는 一身專屬的인 法益(생명, 신체, 자유, 명예, 性的 자기결정권 등)을 침해한 경우에는, 피해자가 서로 다른 주체이면 행위들간에 연속범이 인정되지 않는다.[89] 왜냐하면 이 경우에는 피해자를 달리하는 개개의 침해행위마다 불법과 책임의 質이 서로 상이하고,[90] 또한 피해자와 분리해서 생각할 수 없는 獨自性을 띠고 있기[91] 때문에 각각 분리하여 확정하는 것이 타당한 때문이다.

(2) 범행방법의 동종성

연속범이 인정되기 위해서는 범행방법, 즉 침해행위의 외부적 양태가 본질적으로 同一하거나 類似하여야 한다.[92] 따라서 동일한 구성요건의 반복적인 침해, 예컨대 단순절도와 중한절도 간에는 연속관련이 인정되지만,[93] 절도와 강도 간에는 인정될 수 없다.[94] 그러나 기본적 구성요건과 가중적 구성요건, 또는 기수와 미수 사이에는 연속범이 가능하고, 이 경우 全體에 대하여 重한 규정이 적용된다.[95] 그리고 고의범과

87) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.30.

88) Heintschel/Heinegg, "Der Fortsetzungszusammenhang", JA 1993, S.138; Jakobs, a.a.O., §32 Rn.39.

89) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716; Wessels/Beulke, a.a.O., S.265; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.30; Schönke/Schröder/Stree, StGB(Kommentar), 25.Aufl., 1997, Vor § 52 Rn.43-44; Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.138; Geppert, a.a.O.(Fn.80), S.651; BGHSt. 26,24ff. u.s.w.

90) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.138.

91) Geppert, a.a.O.(Fn.80), S.651.

92) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.715; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.31; Geppert, a.a.O.(Fn.80), S.652; Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.139; BGHSt. 8,35.

93) RGSt., Bd.53, S.262(263); BGH, MDR 1967, S.13.

94) OLG Düsseldorf, JZ 1984, S.1000.

95) RGSt., Bd.67, S.183; BGH, NJW 1957, S.1288 ; Wessels/Beulke, a.a.O., S.265.

과실범, 정범과 공범, 작위범과 부작위범 간에는 일죄로서의 연속범이 성립할 수 없다고 할 것이다.[96] 다만, 例外的으로 작위행위와 부작위행위가 규범적 평가에서 아무런 실제적인 차이를 나타내지 않는 경우에는 상호간에 연속관련성이 인정될 수도 있다.[97] 그러나 범행방법의 同種性(Gleichartigkeit)이라는 이 요건에 대해서는 "피상적이며 법적 중요성이 없다"는 비판[98]이 있다.

(3) 시간적·장소적 관련성

연속된 개개의 부분행위들 간에는 어느 정도의 時間的·場所的 近接性(ein enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang)이 인정되어야 하며, 그렇지 않더라도 최소한 이 요건에는 구분기능이 있어야 한다.[99] 대표적인 사례로서, 절도범이 여러 날 밤에 걸쳐 동일한 화물창고에서 물건을 절취하는 경우이다. 그러나 일상적인 生活觀念에 비추어 개개 행위간에 시간적·장소적인 간극이 크다고 인정될 경우에는 연속범의 성립이 부정된다.[100] 어느 정도의 시간적·장소적 관련성은 범행방법의 同種性이라는 요건에 의해 전제된다는 견해[101]도 있지만, 행위들간에 어느 정도의 밀접성이 있을 때 시간적·장소적 근접성이 있다고 볼 것인가의 문제는 결국 구체적인 사안별로 판례에 의해 확인될 수밖에 없을 것이며, 이 요건과 관련하여 특히 接續犯과의 限界가 모호한 측면이 있다. 판례로서는 7년간에 걸쳐 자행된 총 41건의 개별범행에 대해 시간적·장소적 관련성을 부정한 경우가 있다.[102]

3. 주관적 요건 - 고의의 단일성(Einheitlichkeit des Vorsatzes) 문제

주관적 요건으로서의 '單一한 故意'(Einheitlicher Vorsatz)의 內容을 어떻게 파악할

96) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.139; 서보학, 앞의 논문, 612면.

97) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.139; 서보학, 앞의 논문, 612면. 작위와 부작위 간에 연속범을 긍정한 판례도 있다고 한다(BGHSt. 30,207; 안동준, 앞의 논문, 426면).

98) Jakobs, a.a.O., §32 Rn.41.

99) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.139; Jähnke/Laufhütte/Odersky(Ruth Rissing/van Saan), LK-StGB, 11.Aufl., 1999, Vor § 52 Rn.43; Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2, 1.Aufl., 2003, S.872(Rn.252); BGHSt. 8,34(35); 36,105(106f.); 38,165(166) u.s.w. 한편 시간적·장소적 관련성을 요구하지 않는 견해로는 Wessels/Beulke, a.a.O., S.264(Rn.770).

100) Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.52.

101) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716.

102) BGH, NStZ 1993, S.35(36).

것인지와 관련해서 특히 견해의 대립이 표출되어 있다. 그것은 일죄로서의 연속범과 수죄로서의 경합범의 限界設定, 따라서 연속범의 존립영역 내지 인정범위에 이 요건이 결정적으로 중요한 역할을 수행하기 때문이다.

(1) 전체고의(=포괄고의, Gesamtvorsatz) - 판례의 입장

가. 전체고의 및 확장된 전체고의

주관적 요건인 故意의 單一性의 내용과 관련하여, 독일의 판례는 전통적으로 연속범의 인정요건으로 全體故意(=包括故意, Gesamtvorsatz)가 필요하다는 입장을 견지해 왔다.[103] 즉, 행위자는 처음부터 범행의 시간·장소·행위양태·전체결과 등을 대략적으로라도 계획 내지 예견하고 있어야 하며, 이러한 전체고의는 최초행위의 실행착수시에 이미 존재하고 있어야 한다는 것이다. 따라서 장차 적당한 機會가 허락되는대로 다시 동일한 종류의 범죄를 저지르겠다는 식의 막연한 생각은 전체고의에 해당되지 않는다고 한다.[104] 전체고의를 엄격하게 요구하게 되면 연속범의 인정여지가 현저하게 줄어들게 되고, 따라서 연속범의 성립을 가능한 制限하려는 입장에서는 주관적 요건으로 이러한 전체고의를 요구하게 된다. 왜냐하면 연속된 일련의 범죄행위가 문제된 사례에서 행위자가 처음부터 향후 일정기간 동안 범행을 어떤 방식으로 저지르겠다고 전체적인 계획을 세워놓고 범행에 착수하는 경우는 드물다고 할 것이며, 오히려 행위자가 발각되지 않고 성공한 것에 힘입어 다음 행위로 나간 경우가 대부분일 것이기 때문이다.

그리하여 그 후 독일판례[105]는 이 전체고의가 최후의 부분행위의 종료시까지는 다른 추가적인 행위들을 決意함에 의하여 확대될 수 있다는 소위 '擴張된 全體故意'(erweiterter Gesamtvorsatz)의 理論을 만들어 연속범의 인정범위가 지나치게 좁아지는 폐단을 극복하려고 노력하였다.[106] 전체고의를 확장하려는 판례의 이러한 입장

---

103) RGSt. 70,244; BGHSt. 1,313(315); 2,163(167); 15,268(271); 16,124(128); 19,323; 21,319(322); 26,4(7f.); 37,45(47f.); 38,165(166ff.) u.s.w. 전체고의가 필요하다는 학설로서는 Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.28; Jescheck, a.a.O., S.649; Wessels/Beulke, a.a.O., S.264 u.s.w.

104) RGSt. 51,308; 66,239; 70,244; 75,209.

105) BGHSt. 19,323(325)= NJW 1964, S.1810; BGHSt. 21,319(322)= NJW 1968, S.57; BGHSt. 23,33(35)= NJW 1969, S.2209 u.s.w.

106) 서보학, 앞의 논문, 613면; 이경렬, 앞의 논문 383면.

은 학설에 의해 연속고의설로 진전하거나 또는 판례를 통한 학설(즉, 連續故意說)의 수용으로 이해되면서 서로 접근하는 모습을 보여준다.[107]

나. 'in dubio pro reo 원칙'의 적용여부

이처럼 독일의 판례는 연속범의 주관적 요건으로 全體故意(내지 확장된 전체고의)를 요구한다. 그런데 만약 이 전체고의의 存否가 불확실한 경우에 법원은 'in dubio pro reo(의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로)의 原則'을 적용할 수 있는가, 즉 이 경우 전체고의가 있는 것으로 해석하여 一罪로서의 연속범을 인정해야 할 것인가의 문제가 발생한다.

이에 대한 學說의 다수견해는 전체고의가 존재하지 않는다는 확실한 증거가 있기 전에는 전체고의가 있는 것으로 보아야 한다는 적용긍정설의 입장인데,[108] 여기에는 기본적으로 연속범의 인정이 피고인에게 有利하다는 전제가 깔려있다. 즉, 이 원칙을 적용하지 않으면 일죄가 아닌 수죄의 경합범으로 처벌받게 되어 피고인에게 더욱 불리하게 작용한다는 것이다. 이에 반해 少數의 견해는, 전체고의가 確認된 경우에만 연속범의 인정이 가능하고 그 존부가 불확실한 경우에 이 원칙이 적용되어서는 안된다고 주장한다.[109] 왜냐하면 전체고의를 갖는 경우란 예외적인 현상이고, 이러한 계획적인 범죄인에 대해서는 일죄라 하더라도 높은 수준의 형량이 부과되며, 또한 연속범의 인정이 피고인에게 반드시 유리한 것만은 아니기 때문이라고 설명한다. 독일연방법원의 판례는, 다수학설과는 반대로 'in dubio pro reo 원칙'의 적용에 반대하는 입장을 보이고 있다.[110] 가능한 연속범의 인정범위를 좁히려는 의도로 판단된다.

(2) 계속실행의 고의(=연속고의, Fortsetzungsvorsatz) - 다수학설의 입장

---

107) Honig, "BGHSt. 19,323 als 'chulfall' des Fortsetzungsvorsatzes", in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S.167. Vgl. auch Schröder, JZ 1965, S.106, Anm. zu BGHSt. 19,323; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.63; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.42; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.63.

108) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.63; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.46; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.75; Bringewat, "Fortsetzungstat und 'in dubio pro reo'", JuS 1970, S.331.

109) Jähnke, "Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs", GA 1989, S.391; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., § 54 Rn.73; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.31. 同旨, 서보학, 앞의 논문, 614면.

110) BGHSt. 23,33ff.(35); 35,318(324f.). Vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716.

가. 의의 및 근거

판례의 입장과는 달리, 독일학설의 지배적인 견해는 연속범의 인정요건으로 全體故意까지는 필요하지 않다는 입장이다.[111] 즉, 기회가 허락된다면 동일한 종류의 범행을 계속하겠다는 繼續實行의 故意(=連續故意, Fortsetzungsvorsatz 또는 반복실행의 고의, Wiederholungsvorsatz)가 있고, 전후 각 개별범행의 故意 사이에 心理的인 連續線(fortlaufende psychische Linie)이 인정되면 연속범은 성립할 수 있다고 한다.[112] 주장의 근거로는, 만일 이와 같이 파악하지 않는다면 사전에 치밀하게 計劃을 세워 범행에 나아간 자가 그때 그때 순간적 충동에 이끌려 범행에 나아간 경우보다 부당한 특혜를 누릴 수 있다는 형사정책적인 단점을 든다.[113] 이 입장에 따르면 행위자가 先行의 범행을 결행한 뒤 다행히 발각되지 않은 것에 용기를 얻어 적당한 機會에 다시 계속해서 범행으로 나아간 경우에 心理的 連續線을 인정할 수 있고, 따라서 주관적 요건으로서의 고의의 단일성을 인정할 수 있게 된다.[114] 이처럼 범행계속에 대한 連續故意로 충분하다고 보게 되면, 연속범의 인정범위가 넓어지게 된다.[115]

나. 過失犯에서의 연속범 성립여부

주관적 요건으로서의 全體故意 또는 連續故意 중 어느 것을 요구하는가의 차이는, 한편으로 過失犯의 연속범이 가능한가의 문제[116]와도 구체적 관련이 있다는 견해가 있다.[117] 즉, 판례의 입장인 이른바 全體故意說(내지는 확장된 전체고의설)에 따르면 과실범의 경우에는 이러한 주관적 요건을 찾아볼 수 없어서 연속범의 성립이 부정된다고 하며, 반면에 連續故意說의 입장을 취하게 되면 과실행위의 연속범도 가능한데

111) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.716.

112) Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., § 54 Rn.68; Welzel, a.a.O., S.229; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.44; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.75; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.52 u.s.w.

113) Timpe, JA 1991, S.15.

114) Heintschel/Heinegg, a.a.O.(Fn.88), S.140.

115) 이 주관적 요건과 관련하여 우리 대법원은 "단일하고 계속된 犯意"라는 표현을 주로 사용하고 있는데(대판 1978. 12. 13, 78 도 2545 등), 이의 해석에 대해서는 여러 견해가 있다(김성돈, 앞의 논문(註 10), 209면 이하를 참조).

116) Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor §52 Rn.55,58; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor §52 Rn.44.

117) 虫明 滿, 앞의 책, 133-135면; 안동준, 앞의 논문, 433-434면.

이는 과실범의 경우에도 연속되는 심리적 연결은 존재하기 때문이라고 한다.[118]

그러나 이른바 연속고의설이 전체고의설에 비하여 '고의'의 성립범위를 보다 확장하고 있는 것은 사실이지만, 그렇다고 수개의 개별범행을 하나의 연속행위(즉, 一罪로서의 연속범)로 연결시켜 주는 '故意'의 내용으로서의 심리적인 연속이 과연 수개의 '과실'행위들 사이에 존재한다고 할 수 있을런지는 의문이다.[119]

이와 관련하여 獨逸의 판례는 일관하여 過失犯(Fahrlässigkeitstaten)을 연속범의 인정범주에서 除外시키고 있다.[120] 즉, 제국법원시대부터 이미 '고의'(Vorsatz)만이 다수의 개별행위를 하나의 법적 연속행위로 결합시킬 수 있는 것으로 파악하였으며,[121] 그 후 연방법원도 이러한 입장을 계속 이어오고 있다. 그 논거는, 다수의 개별행위를 하나의 연속범행으로 포괄할 수 있게 해주는 全體故意는 개념적으로(begrifflich) '고의범'에 있어서만 想定할 수 있는 것이며,[122] 같은 이유로 '과실'에 의한 개별행위들은 연속범의 범주내에 승인될 수 없다고 한다.[123]

4. 연속범의 一罪 인정이 법이론상 문제되는 이율배반적 측면들

연속범의 一罪 인정이 연속범행자(Serienstraftäter)에게 미치는 실체법적·소송법적 효과는, 다음과 같이 有利한 측면과 不利한 측면을 함께 보여주는 二律背反的인 特性을 지닌다.[124] (이러한 상반되는 측면들은 동시에 연속범 긍정론 및 부정론의 논거로 주장되기도 하므로, 이러한 양측면이 내포하는 문제점과 비판에 대해서는 관련부분을 함께 참조).

(1) 연속범행자(Serienstraftäter)에게 유리하게 작용하는 측면

118) 안동준, 앞의 논문, 434면.

119) 過失犯의 연속범을 부정하는 견해로는 Claus Roxin, a.a.O., S.872(Rn.254) u.s.w. 다만, 주관적 요건을 배제하는 '객관설'(objektive Theorie)의 입장에서는 과실범의 연속범도 가능하다(Jescheck/Weigend, a.a.O., S.717; 虫明 滿, 앞의 책, 135면).

120) Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.44.

121) RGSt. 41,98; 47,332; 52,262; 53,226; 57,120; 59,53; 76,70 u.s.w. 다만, 그 이전의 오래된 일부 판례는 과실행위에 의한 연속범도 인정한 경우가 있다고 한다(RGSt. 2,770; 9,7).

122) BGH, JR 1952, S.445; BGHSt. 5,371(376); 22,67(71); ebenso OLG Hamm, MDR 1952, S.122.

123) BGH, JR 1952, S.445; RGSt. 52,262; OLG Köln, NJW 1953, S.676; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.56;

124) 이율배반적인 여러 측면에 대한 상세한 설명은 서보학, 앞의 논문, 614면 이하 참조.

가. 관대한 처벌 및 형량의 특혜라는 관점

연속범의 경우 전체 개별행위가 포괄하여 一罪로 처벌받게 됨으로써, 연속범행자는 첫째 量刑(Strafzumessung)의 관점에서는 刑量의 大量割引(Mengenrabatt)[125]이라는 特惠를 누리는 결과가 된다고 한다. 물론 이때 一罪로서의 연속범에 포함된 수개의 개별행위들은 양형에서 刑을 加重시키는 요인으로 고려되기는 하지만,[126] 어디까지나 당해 구성요건에서 정해진 법정형의 상한선을 뛰어넘을 수는 없는 것이며, 따라서 이들을 수죄로 취급하여 실체적 경합으로 가중처벌할 경우에 비해서는 관대한 처벌을 의미하는 것이기 때문이다. 한편 실체적 경합에 대한 처벌이 이미 병과주의에서 加重主義로 변경된 상황에서의 연속범의 一罪인정은 이처럼 범죄인을 지나치게 관대하게 처벌하는 불합리한 결과를 낳을 수 있고, 또 동일한 범죄를 지속적으로 반복함으로써 특수한 범죄적 에너지를 가진 것으로 볼 수 있는 연쇄범행자나 계획적인 범죄자에게 不當한 量刑上의 特惠를 주는 격이 될 수도 있어서, 一般人의 法感情(Rechtsempfindung)에도 반하고 나아가 刑事政策的인 觀點에서도 문제점(kriminalpolitischer Nachteil)을 야기한다는 비판[127]이 가해지고 있다.

나. 기판력이 미치는 시간적·객관적 범위의 관점

두 번째로 연속범행자에게 유리한 측면은, 연속적 행위들에 대한 一罪의 유·무죄 판결이 확정된 경우 그 旣判力(Rechtskraft)이 연속행위 全體에 미치게 됨으로써 미처 발각되지 않은 나머지 부분행위에 대해 추가로 다시 처벌받지 않게 되는 一事不再理(ne bis in idem)의 法的 效果이다. 독일학계의 다수견해에 의하면, 연속범을 구성하는 일정기간 계속된 일련의 연속행위들은 소송법상 하나의 행위로 간주된다.[128] 따라서 연속범에 대한 有·無罪의 실체적 종국판결이 형식적으로 확정되었을 경우, 그 확정판결의 旣判力의 客觀的 範圍는 연속범을 구성하는 최초의 개별행위가 발생한 때로부터 事實審(제1심 또는 항소심)에 의해 사실확인이 가능한 최종의 시점(즉, 事實審의

125) Geppert, a.a.O.(Fn.80), S.650; 박광민, 앞의 논문, 138-139면; 서보학, 앞의 논문, 617-618면.

126) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.717; Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.65; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.53-54.

127) Jescheck/Weigend, a.a.O.(Fn.1), § 66 V 1; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.63; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., § 54 Rn.65; Geisler, Jura 1995, S.78; 서보학, 앞의 논문, 618면; 박광민, 앞의 논문, 139면.

128) Geisler, Jura 1995, S.78; 서보학, 앞의 논문, 621면.

判決宣告時點)까지의 사이에 발생한 모든 개별행위들에 대하여 그 효력이 미치게 된다.[129] 그리하여 판결이 확정된 후에는 설령 그 이전(즉, 사실심에 의한 사실확인완료시점 이전)의 다른 개별범행들이 뒤늦게 드러났다고 하더라도 확정판결의 기판력이 이들 행위에까지 모두 미치는 까닭에 재차 기소하거나 추가적인 형사처벌은 불가능하므로, 연속범행자의 입장에서 보면 재판에서 누락된 개별범행들에 대해 일종의 免罪符를 얻는 유리한 결과가 된다.[130] 그러나 이처럼 기판력을 이유로 免罪符를 주는 것은 일반인의 法感情 또는 刑事處罰 欠缺의 관점에서 부당하고 나아가 實體的 正義의 要請에도 부합하지 못한다는 비판[131]이 있다.

(2) 연속범행자(Serienstraftäter)에게 불리하게 작용하는 측면

가. 소송상 방어권 침해의 관점

반면에 連續犯의 一罪 인정이 연속범행자에게 불리하게 작용하는 측면으로는, 첫째 형사소송절차에서 개개의 범죄행위에 대한 檢事의 입증책임 및 法院의 사실확인 책임의 완화로 초래되는 被告人의 防禦權 侵害의 문제를 들 수 있다. 즉, 연속범의 法理를 채택하게 되면 일련의 연속적 범죄행위들이 상당히 오랜 기간에 걸쳐 반복적으로 자행된 경우 수사기관이나 법원은 중간과정에 발생한 개별범행을 일일이 증거에 의해 立證·確認해야 하는 곤란을 떠안을 필요없이 특정시점부터 특정시점까지의

129) BGHSt. 6,92; 9,324; 15,268; BGH, JZ 1986, S.44; Wessels/Beulke, a.a.O., S.265; 서보학, 앞의 논문, 621면. 그리고 이러한 旣判力의 客觀的 範圍는 공소제기의 物的 효력범위, 법원의 (잠재적)심판대상의 범위, 공소장변경의 한계 등과 밀접·불가분의 관계를 이룬다. 한편 旣判力의 時間的 範圍와 관련하여 우리나라 판례와 통설은 '事實審(항소의 제기가 있는 경우에는 抗訴審) 判決宣告時'를 표준으로 해야 한다는 입장이며(대판 1982. 12. 28, 82 도 2500; 2000, 3. 10, 99 도 2744 및 1993. 5. 25, 93 도 836 등), 따라서 판결선고가 있게 되면 포괄일죄의 또다른 유형인 常習犯의 경우 판결선고를 전후하여 서로 동일성이 없는 2개의 범죄로 분리되는 특수한 결과가 초래되고, 그 결과 판결선고 후의 범죄는 별개의 범죄가 되어 재차 공소제기가 가능하게 된다고 한다(대판 2000. 3. 10, 99 도 2744; 2000. 2. 11, 99 도 4797. 이 문제와 관련한 상세한 검토는 박광민, "포괄일죄의 일부에 대한 추가기소와 확정판결에 의한 전후사건의 분리",「저스티스」통권 제68호, 한국법학원, 2002.8, 276-290면 참조). 특히 독일연방법원의 판례는 連續犯과 관련해서도 이러한 상습범의 경우와 동일한 논리 및 태도를 취하고 있다고 한다(BGHSt., 6,124; 9,326; 박광민, 앞의 논문, 286면. 하지만 이에 관한 우리나라 連續犯 판례는 아직 볼 수 없다).

130) vgl. BGHSt. 6,122.

131) Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn.63; 서보학, 앞의 논문, 621-622면.

행위 전체를 연속된 하나의 행위로 보고 이에 대해 비난을 가하고 또 이를 有·無罪 판단의 기초로 삼을 수 있게 된다.[132] 그런데 이러한 소송경제상의 실제적인 장점 이면에는 피고인의 訴訟上 防禦權이 심각하게 侵害되는 단점이 자리잡고 있고, 실질적으로는 피고인에게 입증책임이 전환되거나 추정에 근거한 유죄판결을 받는 것과 같은 불이익한 측면이 있게 된다. 이러한 관점에서 독일연방법원은 연속범을 인정하는 경우에도 法院(특히 事實審)이 하나의 연속된 행위를 구성하는 개개의 행위들을 증거에 기초해 일일이 확인해야 할 義務가 면제되는 것은 아니라는 내용의 판결을 여러 차례 선고한 바 있다[133]고 한다.[134] 물론 연방법원의 이러한 要求는 하급심에서 제대로 지켜지지는 않은 것으로 평가되었지만,[135] 아무튼 법원은 피고인에게 비난이 제기된 모든 행위들을 범행의 일시·장소·방법·피해정도 등으로 개별적으로 확인해야 한다는 취지이며, 또한 검사의 공소제기시 公訴事實에 대한 特定化를 요구하고 있는 소송법규정[136]과 관련하여 검찰에도 요청된 것으로 해석되었다.[137]

나. 공소시효의 기산점과 일괄적인 시효적용의 관점

둘째로는 가장 중요하고 불리한 난점인 公訴時效(Strafverfolgungsverjährung)의 적용 문제이다. '공소시효'란 검사에 의해 일정기간 동안 공소가 제기되지 않고 방치된 형사사건에 대해 국가의 訴追權을 소멸시키는 제도로서, 범죄행위가 終了[138](Beendigung)된

---

132) 그리하여 연속범이론은 獨逸의 형사실무상 특히 兒童에 대한 性暴行事件에 있어서 피해아동을 적극 보호해 주는 긍정적인 측면을 갖고 있었다고 한다. 즉, 이 경우에 연속범을 인정하게 되면 모든 성폭행행위를 개별적으로 입증·확인할 필요없이 범죄자의 可罰的인 生活態度(일종의 生活營爲責任)의 인정여부만을 밝히면 족하게 된 결과, 피해아동이 모든 사건의 경과를 개별적으로 상세히 그리고 반복적으로 진술하고 증언해야 하는 부담을 덜어주어 형사절차에서 빚어지는 제2차적 피해를 방지하고 피해아동을 보호하는 역할을 해왔다고 한다(Geisler, Jura 1995, S.82; 서보학, 앞의 논문, 617면).

133) BGH, NStZ 1982, S.128; BGH, NStZ 1993, S.35 u.s.w.

134) 서보학, 앞의 논문, 616면.

135) Geisler, Jura 1995, S.75.

136) 독일형사소송법(StPO) 제200조 제1항 제1문. 우리 형사소송법 제254조 제4항도 公訴事實의 特定化를 요구하고 있는 바, 이는 법원의 심판대상을 명확히 하는 동시에 피고인이 자신에게 비난이 제기된 사실을 미리 알고 충분한 방어권행사를 할 수 있도록 보호하는 데에 그 목적이 있다(배종대·이상돈, 「형사소송법」, (서울: 홍문사, 1999), 319면; 이재상, 「형사소송법」(서울: 박영사, 1998), 340면).

137) BGH, Beschl. vom 14. 6. 1993, 4 StR 288/93.

時點이 그 起算點이 되어 진행한다[139]. 그런데 연속범은 최초의 부분행위만으로도 旣遂에 이르지만 최후의 행위와 동시에 비로소 終了되는 특징이 있다.[140] 그리하여 連續犯의 공소시효는 '최후의 행위가 終了된 때로부터' 진행한다는 것이 獨逸의 판례[141]와 지배적인 학설[142]의 태도이다. 그런데 연속범의 경우 이처럼 최종행위의 종료시에 비로소 전체범죄의 공소시효가 진행한다고 하게 되면, 이미 오랜 시일이 경과된 연속행위 초기의 대부분의 행위들(따라서 개별적으로 판단하면 이미 공소시효가 완성되었을 행위들)도 뒤늦게 함께 처벌대상에 포함되고, 그 결과 연속행위가 오랜 장기간에 걸쳐 행해진 경우에는 공소시효의 적용을 사실상 부인하는 것과 같은 불이익이 따른다. 그러나 공소시효를 둔 제도적 취지는 범행 후 오랜 시일이 경과하게 되면 證據가 散逸되어 실체적 진실발견이 어렵게 되고, 또 범죄행위에 의해 초래된 법질서의 파괴가 오랜 시간의 경과로 상당부분 회복되어 처벌의 필요성이 그만큼 減少되었다는 데 있는 만큼,[143] 연속범에 있어 이같은 일률적인 공소시효의 적용은 공소시효제도의 기본취지에 부합하지 않는다는 비판[144]이 적지 않은 상황이다.

다. 불법가중 표지의 확대적용의 관점

셋째로는 불법가중 標識의 확대적용 문제이다. 즉, 일련의 연속행위들을 一罪로 인정할 경우에는 불법가중의 표지가 단 하나의 개별행위에만 존재하더라도 전체범행에 대해 그 加重的 構成要件이 확대적용된다.[145] 또한 일부의 개별행위는 미수이고 일부는 기수인 경우에도 전체가 하나의 旣遂犯으로 평가된다.[146] 그러나 이러한 결과는

---

138) 이 경우의 '終了'(Beendigung)는 구성요건의 형식적 실현을 의미하는 '旣遂'(Vollendung)와는 구별되는 개념으로, 공소시효 진행의 기산점은 기수시기가 아닌 '종료시기'라는 점이 양자의 구별실익의 하나이다.

139) 독일형법(StGB) 제78조의a; 우리 형사소송법 제252조 제1항.

140) Wessels/Beulke, a.a.O., S.265.

141) BGHSt. 1,84ff.(91); 24,218ff.(220f.); 27,18; 36,105ff.(116).

142) Jescheck/Weigend, a.a.O., S.717; Heintschel/Heinegg, JA 1993, S.142; Dreher/Tröndle, StGB, § 78 a Rn.10; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, § 78 a Rn.10.

143) Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 78 Rn.10; 배종대·이상돈, 앞의 책, 313면.

144) Geisler, Jura 1995, S.77; Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 78 Rn.10; 서보학, 앞의 논문, 616면. 그리하여 少數의 독일 學說은 연속범의 경우에도 공소시효의 진행에 있어서는 개개의 행위별로 각각 따로 적용하여 이미 공소시효가 완성된 행위는 연속범을 구성하는 行爲群(eine Handlungsmenge)에서 제외시키는 것이 필요하다고 주장한다(Geppert, Jura 1993, S.651).

145) RGSt. 67,183; BGHSt. 33,122ff.(125).

일련의 연속행위를 법적인 행위단일성을 매개로 하나의 행위로 취급하는 데 따른 당연한 귀결이라 할 것으므로, 굳이 불리한 측면으로 봐야 할런지는 의문이다.

라. 결과불법 누적평가의 관점

넷째로 거론되는 불리한 점은 결과불법 累積評價의 문제이다. 즉, 一罪로서의 연속범을 인정하게 되면 수개의 개별범행에 의해 실현된 결과불법이 모두 累積되어 한꺼번에 평가된다. 따라서 개개의 절도행위·사기행위·조세포탈행위에 의한 패해금액이나 개개의 마약불법거래에 있어서의 마약의 거래량 등이 모두 合算되어 평가되는데, 이것은 가중처벌 등으로 인해 연속범행자에게 불리한 결과를 초래한다. 예컨대, 수개의 마약불법거래행위를 하나의 연속범으로 인정하게 되면 불법거래된 痲藥의 量을 모두 合算하여 평가하게 되는데, 이렇게 되면 연속범행자는 독일마약법(Betäubungsmittelgesetz) 제29조 제1항의 輕罪(Vergehen)로 처벌받는 것이 아니라(개별적으로 평가하면 이에 해당하는 경우라도) 제30조의 重罪(Verbrechen)로 처벌받게 된다.[147]

마. 加重的으로 개정된 형벌법규 적용의 관점

다섯째로 들 수 있는 것은 加重的으로 改正된 刑罰法規의 적용문제이다. 앞서 본 바와 같이, 일련의 연속범행은 최초의 부분행위만으로도 旣遂에 이르지만 최후의 행위와 동시에 비로소 終了되는 특징이 있다.[148] 따라서 최후의 행위 이전에 處罰이 强化되는 쪽으로 법률개정이 있게 되면, 법개정 이전의 개별행위들에 대해서도 가중적인 처벌법규가 적용되게 되어 행위자에게 불리하게 된다.[149] 왜냐하면 수개의 연속행

146) Wessels/Beulke, a.a.O., S.265; Dreher/Tröndle, StGB, Vor § 52 Rn.32.

147) 서보학, 앞의 논문, 620-621면. 이와 관련하여 우리의 법률규정을 살펴보면, 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰), 제130조(제3자뇌물제공), 제132조(알선수뢰)의 죄를 범한 경우에 그 수뢰액이 일정금액(1천만원, 5천만원) 이상이면 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조(뇌물죄의 가중처벌)에 의해 가중처벌하도록 규정되어 있는 바, 수개의 수뢰행위가 개별적으로 평가하면 이에 해당하지 않더라도 하나의 연속범으로 인정되는 결과 수뢰액이 누적합산되어 특가법상의 가중처벌규정이 적용되게 되는 경우도 이러한 예에 속한다고 할 수 있다. 또한 특가법 제5조(국고 등 손실), 제6조(관세법 위반행위의 가중처벌), 제11조(마약사범의 가중처벌) 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌), 제4조(재산국외도피의 죄), 제5조(수재 등의 죄), 등의 경우도 결과불법 누적평가에 따른 가중처벌로 범행자가 불리하게 되는 경우에 해당한다고 본다.

148) Wessels/Beulke, a.a.O., S.265.

149) Geppert, Jura 1993, S.654.

위가 '하나의 행위'로 의제되는 연속범의 특성상 최후의 행위가 종료되기 이전에 개정된 법률은 어디까지나 '行爲時의 法律'에 해당할 뿐 事後立法으로 볼 수 없는 까닭에, 이 가중적 형벌법규를 연속범의 전체행위에 적용하더라도 遡及效禁止의 原則에 저촉되지 않기 때문이다.

바. 赦免이 실시되는 경우의 시기적용상의 관점

끝으로 거론되는 불리한 측면은 赦免(즉, 일반사면)이 實施되는 경우의 시기적용문제이다. 원칙적으로 一般赦免은 일정시점을 기준으로 범죄의 종류를 지정하여 이에 해당하는 모든 범죄인을 대상으로 실시된다.[150] 그런데 연속범에 있어서는 수개의 개별행위가 하나의 행위로 의제되는 특성상, 赦免 실시의 경우 그 대상이 되는지의 여부도 최후행위의 종료시점이 기준으로 된다고 할 것이다.[151] 따라서 만약 연속범의 최종행위가 있기 이전의 어느 특정시점을 기준일로 하여 일반사면이 실시되는 경우에는, 연속범을 구성하는 각각의 행위들이 모두 사면대상에서 除外되는 결과가 되어 행위자에게 不利하게 작용할 수도 있다.

Ⅳ. 연방법원 전원합의부 판례(=BGHSt. GrS. 40,138)의 입장 변화

1. 결정이 나오게 된 경위

위에서 살펴본 바와 같이, 연속범은 여러 법이론적 문제점을 내포하고 있는 法形象인 관계로 독일의 학계와 실무에서 그 인정여부 및 인정의 요건·범위 등을 둘러싸고 끊임없는 논쟁의 대상이 되었고, 동시에 그 一罪性 여부 및 이론구성을 놓고 독

150) 우리나라 사면법 제3조 제1호 및 제5조 제1항 제1호, 제8조 제2항 참조. 예컨대 1995년에 실시된 우리나라 일반사면의 경우, 일반사면령(1995. 12. 2 공포·시행, 대통령령 제14818호) 제1조 제1항은 "1995. 8. 10 이전에 도로교통법 등 35개 법률위반의 죄를 범한 자들을 사면한다"고 규정하고 있다(일반사면의 문제점 및 일반사면시 결합범·영업범 등 포괄일죄의 경우의 처리방법에 관하여 상세한 내용은 김병운, "일반사면에 관련된 문제점에 대한 小考",「형사재판의 제문제」(제1권), 형사실무연구회, 1997, 441면 이하 참조). 따라서 이미 형의 선고를 받은 특정인을 대상으로 형의 집행을 면제하는 행위인 特別赦免의 경우에는 이러한 문제가 생기지 않는다고 할 것이다.

151) Geppert, Jura 1993, S.654.

일형법학의 罪數論上 중요한 과제로 인식되어 왔다.[152] 이에 따라 연방법원(BGH)의 판례도 연속범에 관한 문제점들 앞에서 분명한 입장정리를 하지 못한 채 재판부(Senat)마다 또는 사안(Fall, Sache)마다 서로 다른 판결을 내림으로써, 하급심에 많은 혼란을 초래하는 상황이 빚어지게 되었다. 예컨대 연방법원 형사 제3부와 제4부는 연속범의 인정범위를 보다 제한하려 하였고, 반면에 제2부와 제5부는 연속범을 비교적 넓게 인정하려는 경향을 고수하였다고 한다.[153]

이러한 상황에서 聯邦法院 刑事 全員合議部(Der Große Senat für Strafsachen des BGH)는 1994년 5월 3일 최고법원판결의 불일치와 그에 따른 혼란을 극복하기 위하여 그동안 논란이 되어왔던 연속범 법형상에 대해 연방법원측의 입장을 최종적으로 정리하는 劃期的인 決定[154]을 내리게 되었다. 同 決定은, 연속행위가 문제되었던 두 개의 상고심사건을 각각 배당받은 담당재판부 형사 제2부[155]와 형사 제3부[156]가 判例의 통일성과 法理의 지속적 발전을 도모하기 위해서는 連續犯에 관한 종합적이고 확립된 법적 판단이 필요하다는 전제하에 독일법원조직법 제132조 제4항에 따라 연방법원 전원합의부에 사안을 상정한데 대한 最終決定의 성격을 띠고 있다.

2. 결정의 요지 및 의의 - 이른바 '불가피성(不可避性) 요건'의 추가

독일의 형법학계에서 이른바 "世紀의 判決"[157](Jahrhundertentscheidung)로 불리며

152) 虫明 滿, 앞의 책, 121면.

153) 서보학, 앞의 논문, 622-623면. 연속범에 관한 각 재판부(Senat)의 판결경향에 대해서는 Geisler, Jura 1995, S.75ff. 참조.

154) Der Beschluß des Großen Strafsenats des BGH zum Fortsetzungszusammenhang vom 3. 5. 1994, GSSt 2 u. 3/93(BGHSt. GrS. 40,138). 이 決定에 대해서는 vgl. NJW 1994(Heft 25), S.1663; Jura 1995, S.74ff.; NStZ 1994, S.383ff.; MDR 1994, S.700ff.; StV 1994, S.306ff.; JA 1994, S.272; JuS 1994, S.1076; NJ 1994, S.527 u.s.w. 또한 同 決定과 관련한 보다 상세한 학문적 연구와 이론적 검토는 Lee Kyung-Lyul, "Die Präzisierung der 'Tateinheit' und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt. 40,138 zum 'Fortsetzungszusammenhang'", Köln Univ., Diss., 2002. 참조.

155) 형사 제2부에서 문제된 사건은, 의사인 피고인이 1980. 10월부터 1986. 7월까지 약 6년 동안 총21회에 걸쳐 의료보험조합에 의료비 공제를 부당청구한 詐欺罪 관련 사안이다(BGH, NStZ 1993, S.434ff.; 이경렬, 앞의 논문, 384면).

156) 형사 제3부에서 문제된 사건은, 피고인이 그의 딸을 약 15년간에 걸쳐 계속적으로 性暴行하였다는 죄명으로 독일형법 제173조, 제174조, 제176조 위반으로 문의된 사안이다(BGH, NStZ 1993, S.585ff.; 이경렬, 앞의 논문, 385면).

주목을 끈 聯邦法院 全員合議部 決定(=BGHSt. GrS. 40,138)의 핵심요지는 다음과 같다.

"Die Verbindung mehrerer Verhaltensweisen, die jede für sich einen Straftatbestand erfüllen, zu einer fortgesetzten Handlung setzt voraus, daß dies, was am Straftatbestand zu messen ist, zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld unumgänglich ist. Jedenfalls bei den Tatbeständen der §§ 173, 174, 176 und 263 StGB ist das nicht der Fall."[158]

"【해석】개별적으로도 구성요건을 충족시키는 수개의 행위가 '하나의 연속된 행위'(eine fortgesetzte Handlung)로 결합되는 것은, 그 침해된 범죄구성요건에서 함께 평가되는 것이 실현된 不法과 責任의 사물합치적인 파악을 위해 不可避한(unumgänglich) 경우일 것을 前提로 한다. 그리고 독일형법 제173조(혈족간의 성교, 또는 근친상간), 제174조(피보호자에 대한 간음), 제176조[159](14세 미만의 아동에 대한 간음·추행 등) 및 제263조(사기)의 범죄구성요건에 있어서는, 어느 경우이든 그러한 경우에 해당하지 아니한다."

위의 판례내용을 분석하여 보면, 이제 연속범은 침해된 犯罪構成要件의 特性上 연속된 수개의 행위에 의해 실현된 不法과 責任을 사리에 맞도록 하나로 포괄하는 것이 불가피한 경우에 한해서 예외적으로만 一罪로서 인정될 수 있다는 의미이며,[160] 최소한 기존에 흔히 연속범이 인정되던 독일형법 제173조, 제174조, 제176조 및 제263조의 범죄구성요건의 경우에는 연속범의 법형상이 더 이상 인정될 수 없다는 것을 연방법원은 明示的으로 선언하였다.[161] 따라서 이 결정은 각 구성요건에 규정된

157) Hamm, "Das Ende der fortgesetzten Handlung", NJW 1994(Heft25), S.1636. 이 논문은 동시에 연속범 관련 全員合議部 決定(BGHSt. GrS. 40,138)에 대한 평석이기도 한데, Hamm은 이를 "연속행위의 결말(또는 종결)"로 표현하고 있다. 또한 이 決定은 연방법원의 '가장 중요한 형사판례목록' 중의 한 부분으로 평가되고 있다고 한다(Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.47).

158) NJW 1994(Heft 25), S.1663.

159) 이 결정으로 인해 더 이상 연속범이 불가능하게 된 性犯罪(특히 兒童에 대한)에 대한 공소시효의 진행을 막기 위하여 獨逸은 1994. 6. 30 형법을 개정하였고(1994. 7. 30 시행), 이에 따라 독일형법 제176조에서 제179조까지의 범죄에 대해서는 피해자(아동)가 만 18세가 될 때까지는 공소시효의 진행이 정지된다는 특별규정을 신설하였다(독일형법 제78조의b 제1항 제1호).

160) Zschockelt, DRiZ 1994, S.250.

구체적인 범죄성격이 연속범 인정의 척도가 된다는 犯罪(또는 構成要件)關聯的 考察態度를 보이고 있다. 즉, 자연적인 행위단일성으로 결합되지 아니한 수개의 개별행위를 하나로 묶을 수 있는 특별하게 중요한 構成要件關聯的 根據가 있는 경우에만 연속범의 존재를 인정할 수 있다고 한다. 나아가 同 결정은 구성요건의 특성과 관련하여 예외적으로 연속범의 인정이 가능한 경우에도, 기존의 주관적·객관적 전제요건 위에 연속범을 인정하기 위한 또 하나의 前提要件 – 즉, '실현된 不法과 責任의 事物合致的인 把握을 위해 不可避한(unumgänglich) 경우일 것을 전제'한다는 요건[162] – 을 새로이 추가함으로써, 연속범의 존립기반을 사실상 무력화시켰다는데 그 의의가 있다.[163] 따라서 이러한 엄격한 척도를 적용하면 장차 연속관련성의 인정은 매우 드문 예외적 현상일 것이며, 사실상 거의 의미가 없게 되었다고 한다.[164]

3. 결정의 이유 및 근거

연방법원은 위의 결정을 선고하면서 먼저 連續犯이라는 法形象에 대해 불신이 고조되어 온 배경을 설명하면서, 다음과 같은 이유를 설시하였다.[165] 첫째로는 연속관련성을 인정하게 되면 公訴時效의 起算點이 최후의 개별행위가 종료되는 시점까지 늦어져 상고심의 입장에서는 케케묵은 과거지사까지 다루어야 할 경우가 있다는 점, 둘째는 개개의 부분행위에 대한 사실확정이 불충분하게 그리고 총체적으로만 이루어짐으로써 형사소송절차에서 피고인의 防禦的 地位를 더욱 열악하게 한다는 점을 적시하고 있고, 셋째로는 연속범에 관한 판례의 태도가 통일성을 상실하고 있어서 상호모순적 전개과정을 밟아 왔다거나 또는 사안마다 상이한 근거와 결과를 도출하여 왔다거나 하는 비판을 받아왔는 바, 이와 같은 가변적이고 신축성 있는 판결태도는 法的安定性을 저해할 위험성을 내포하고 있다는 점에 대한 자기반성을 기술하고 있다. 넷째로는 연속관련성의 존부판단이 잘못될 경우 판결 전체가 폐기되는 경우가 많으므로 연속범의 인정실익으로서 그 동안 평가받아 온 訴訟經濟의 효과도 실제로는 그

161) Zschockelt, DRiZ 1994, S.250; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.25 d.

162) 筆者는 이 추가적인 전제요건을 '불가피성(不可避性)의 요건'으로 명명하는 것이 어떨까 하며, 또한 이것은 '事物의 本性論'과도 그 맥락이 상통하는 것으로 파악할 수 있다고 본다.

163) 이경렬, 앞의 논문, 384면; 서보학, 앞의 논문, 623면; 김성돈, 앞의 논문(註 10), 194면.

164) NJW 1994(Heft 25), S.1663 mit Anm. Hamm, S.1636; NStZ 1994, S.383 mit Anm. Zschockelt, S.361; Wessels/Beulke, a.a.O., S.265.

165) NJW 1994(Heft 25), S.1663 mit Anm. Hamm, S.1636; 김성돈, 앞의 논문(註 10), 193면.

반대일 수도 있다는 판단 등이 상세하게 제시되었다.

또한 연방법원은 이 같은 판례변경의 근거를 다음과 같이 적시하고 있다.[166] 즉, 단순히 판례법으로 발전해 온 연속범이라는 法形象을 부정하는 중요한 이유는 그에 대한 實定法的 根據가 없다는데 연유한다. 또한 형법의 법체계는 개별적이며 법적인 독자성을 갖는 범죄행위를 지향하고 있으며, 이러한 범죄행위는 기본적으로 단 하나의 행위부분 안에서 경합할 때의 문제이지 법적 행위단일성을 매개로 하여 행위자에 의해 형성된 의미관련이나 형사정책적인 것을 근거로 이루어진 것은 아니다. 따라서 하나의 행위단일성의 전제요건을 확정짓는 특별한 범죄구성요건에 있어서 평가해야 하는 것은, 실현된 不法과 責任의 사리에 합당한 파악을 위해 불가피한 것인지의 여부, 즉 구성요건의 반복적 실현행위가 법적 의미에 있어서 '하나의 연속된 행위'로 파악될 수 있는지의 여부에 달려있다. 하나의 '자연적 행위단일성'이나 '구성요건적 평가단일성'으로 볼 수 없는 유사한 행위들을 그 전체불법에 따라 파악하는 것은 일반적으로는 형벌형성이나 형벌평가에 관한 법률규정으로 충분하다. 그리하여 연속범에 관한 실질적 정당성은 전체불법에 대한 사리에 합당한 평가를 목적으로 한 構成要件 關聯的 根據에 의해서 오직 예외적으로만 허용된다.

4. 판례 이후의 경향과 전망

(1) 연속범의 전면적 포기 여부

한편 이 全員合議部 決定은 연속범의 법리를 완전히 포기하지는 않았으나 그렇다고 향후 어떠한 구성요건에서 연속범이 계속 인정될 수 있는지에 대해서도 명확한 해답을 제시하지 않았다. 독일의 형법학계에서는 이 결정을 두고 連續犯에 관한 '判例變更'(Rechtsprechungsänderung)으로 규정짓는 견해가 재배적이며, 그에 따른 파급효과에 대한 논의가 활발하다.[167] 아무튼 同 결정으로 인해 연방법원은 연속범의 존재를 사실상 포기한 것으로 평가받고 있는데,[168] 과연 이 결정이 어떠한 의미로 해석되느냐에 관해서는 견해가 다양하게 나뉘고 있다.

먼저 통설적 견해는, 연속범의 법형상이 전면적으로 폐지(Wegfall) 내지는 포기(Preisgabe)되었다고 한다.[169] 그 이유로서, 독일형법전에는 전원합의부가 제시한 구

166) NJW 1994(Heft 25), S.1663 mit Anm. Hamm, S.1636; Wessels/Beulke, a.a.O., S.265.

167) Geppert, NStZ 1996, S.57,59ff.; 김성돈, 앞의 논문(註 10), 194면.

168) Wessels/Beulke, a.a.O., S.265; 서보학, 앞의 논문, 623면.

성요건관련적 근거상 실현된 不法과 責任을 사리에 맞게 파악하기 위해 연속관련의 실질적 정당성을 부여할 수 있는 범죄가 포함되어 있지 않다고 한다.[170] 특히 Geppert는 "연속범이라는 법형상은 죽었다"[171]고 하면서, 전원합의부가 제시한 '構成要件關聯的 根據'가 실상은 법적 행위단일성의 하위범주로서의 구성요건적 행위단일성의 사례를 의미한다고 하였다.[172]

이에 반해 소수의 견해는, 연속행위의 법형상이 전원합의부 결정에 의해 전적으로 폐기된 것은 아니며 制限的이기는 하지만 연속범의 인정가능성을 열어두고 있는 것으로 이해해야 한다고 한다.[173] 예컨대 Heintschel/Heinegg은 연속범이 전적으로 폐기되어야 한다는 견해를 가지고는 있지만 전원합의부 결정 그 자체에 의해서는 아직 완전히 폐기되지는 않았다고 한다.[174] 또한 Zschockelt는 연속행위가 완전히는 아니지만 거의 전적으로 폐지되었다고 하고 있다.[175] 그리고 Hamm의 견해에 의하면, 입법자가 부수형법의 영역에서 연속적인 범행방식을 그 표지로 갖는 구성요건을 신설할 수 있는 가능성은 남아 있다고 한다.[176]

---

169) Geppert, NStZ 1996, S.59; Geisler, Jura 1995, S.74; Heintschel/Heinegg, JA 1993, S.137; ders., JA 1994, S.586; Hamm, NJW 1994(Heft25), S.1636; Jung, NJW 1994, S.916; Jakobs, a.a.O., §32 Rn.50; Jähnke/Laufhütte/Odersky, LK-StGB, Vor § 52 Rn.49.

170) Heintschel/Heinegg, JA 1994, S.587. 다만, 독일마약법(Betäubungsmittelgesetz)상의 마약불법거래(동법 제29조 1항)의 경우 계속하여 연속범이 인정되리라는 예측이 있고(Geisler, Jura 1995, S.81), 또한 경범죄처벌법인 독일질서위반법(Ordnungswidrigkeitengesetz)은 수죄의 경우 併科主義를 채택하고 있어서(동법 제20조) 역시 연속범을 인정해야 할 것이라는 견해도 있다(Geisler, Jura 1995, S.81; 서보학, 앞의 논문, 623면).

171) Vgl. Geisler, JR 1998, S.184.

172) Geppert, NStZ 1996, S.59.

173) Ruppert, MDR 1994, S.973; Zschockelt, NStZ 1994, S.361; Heintschel/Heinegg, JA 1994, S.588. 연속행위의 법형상이 전원합의부 결정에 의해 완전히 폐기된 것이 아니라 그 이후에도 다른 이름으로 여전히 존속하고 있으며, 그렇다면 연방법원이 연속범에 대해 解雇證明書를 발급해 주는 대신에 인정요건(특히 주관적 요건인 全體故意)을 엄격하게 제한하는 코르셋 핀셋(Korsettstangen)을 제공하는 것이 더 타당했을 것이라는 견해도 있다(이경렬, 앞의 논문, 389면 이하에 상세).

174) Heintschel/Heinegg, JA 1994, S.588. 이들의 표현에 의하면 "연방법원의 구두상의 유보는 연속범의 전반적 폐지를 위한 명시적 변론을 통해서 보강되어야 한다"고 한다(이경렬, 앞의 논문, 389면).

175) Zschockelt, NStZ 1994, S.361("fast ganz abgeschafft").

176) Hamm, NJW 1994(Heft25), S.1637.

⑵ 이론 및 판례의 경향과 전망[177]

전원합의부의 결정 이후 연속범은 그 판례에서 明示的으로 언급된 사례(즉, 독일형법 제173조, 제174조, 제176조 및 제263조)를 넘어서 다른 종류의 범죄, 즉 성범죄·신체상해·재산범죄·무면허운전·마약사범·탈세사범 등의 경우에 폐지됨으로써, 연속범의 전형적인 적용영역[178]에서 연속관련성은 계속해서 否定되고 있다고 한다.[179] 아울러 同 결정에서 언급된 詐欺(독일형법 제263조)와 마찬가지로 같은 재산범죄에 속하는 절도·횡령·배임 등의 죄에 있어서도 연속범은 더 이상 인정되지 않을 것으로 예상된다고 한다.[180] 왜냐하면 이러한 구성요건들에 있어서는 실현된 불법과 책임의 사물합치적인 파악을 위해 연속범이론을 끌어들여야 할 不可避性(Unumgänglichkeit)이 없기 때문이다.[181]

전원합의부 결정 이후에도 부분적으로는 여전히 과거에 연속관련이 인정되었던 사례에서 하나의 연속범죄로 파악되고 있다는 지적[182]도 없지는 않지만, 아무튼 연속범의 법리가 독일에서는 同 결정으로 인해 事實上 거의 抛棄되었다고 보는 것이 전반적인 견해임은 부인할 수 없을 것 같다. 따라서 종래 연속범이라는 법형상 속에 포섭됨으로써 독자성을 잃어버렸던 일련의 연속행위들은 이제 각각 별개의 獨立된 行爲로 취급받게 된다. 따라서 數罪로서 실체적 경합에 의해 처벌되며, 공소시효의 진행도 개개의 행위가 종료된 시점부터 독자적으로 진행된다고 하겠다. 범행사실에 대한 검찰의 立證責任과 법원의 事實確認責任이 강화될 것이며,[183] 특히 검찰은 공소제기시 개개의 행위마다 범행사실을 구체적으로 적시해야 할 것이다.

---

177) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd.2, 1.Aufl., 2003, S.874-878.

178) 연속범이 문제되었던 판례사안은 몇몇 범죄영역(즉, 성범죄·재산범죄·마약범죄·조세범죄)에 압도적으로 집중되었다고 한다(Fischer, NStZ 1992, S.415f.; 이경렬, 앞의 논문, 391면).

179) Zieschang, GA 1997, S.458f.; 이경렬, 앞의 논문, 390-391면.

180) Geisler, Jura 1995, S.81; 서보학, 앞의 논문, 623면.

181) Geisler, Jura 1995, S.81; Dreher/Tröndle, StGB, Vor §52 Rn.25 d.

182) 이경렬, 앞의 논문, 391면, 394면, 400면.

183) 다만 상당기간에 걸쳐 반복적으로 행해진 兒童성폭행사건에 있어서는, 이러한 사실확인책임의 강화가 필연적으로 피해사실에 대한 반복적인 진술이나 증언을 강요함으로써 피해아동에게 오히려 第2次的 被害를 가할 수 있으므로 아동보호를 위한 특별한 취급과 조치가 필요하다는 견해가 있다(서보학, 앞의 논문, 623면).

Ⅴ. 결 론

이상에서 연속범에 관한 獨逸에서의 이론·판례의 변천과정을 최근에 이르기까지 전반적으로 살펴보았다. 더불어 실정법상의 근거가 부재한 상황에서의 연속범의 一罪인정은 연속범행자(Serienstraftäter)에게 유리 또는 불리하게 작용하는 二律背反的인 속성을 동시에 지니고 있어서, 형법이론적으로나 소송법적 효과의 측면에서나 그리고 형사정책적인 타당성의 면에서나 이를 단순일률적으로 재단하기 어렵고, 그리하여 일각에서 비판 및 부정론이 꾸준히 대두한다는 점도 구체적으로 검토하였다.

앞의 서론에서 이미 언급한 바와 같이, 獨逸에서 연방법원 전원형사부가 1994년 5월 3일의 결정(=BGHSt. GrS. 40,138)으로 종래 인정되어 오던 연속범이라는 法形象을 사실상 폐기한 이래, 우리나라에 있어서도 독일판례와 독일형법학의 영향을 받아 포괄일죄로서의 연속범을 부정하고 이를 실체적 경합범(제37조-제39조)으로 취급하여야 한다는 '연속범 부정론'이 근래에 이르러 등장하고 있다.

그러나 이러한 연속범 부정론은 연속범의 본질 및 우리나라의 법현실과 독일의 논의배경 사이의 차이점을 깊이 고려하지 못하고 독일의 이론·판례를 우선 도입하려는 태도로서 경계할 필요가 있다고 생각한다. 그것은 먼저 연속범의 '犯罪學적 特性'을 이해할 필요에서 비롯된다. 즉, 연속범은 여러 차례 반복된 범행으로 인하여 범인의 상습성이 징표됨으로써 연속범인 동시에 常習犯으로 평가될 수 있음이 일반적이고,[184] 더 나아가서 과거에 유죄판결을 받은 전력이 있다면 常習累犯으로 분류될 수 있는 범죄군에 속하게 된다. 그런데 獨逸은 형법개정을 통하여 범죄예방과 책임주의의 관점에서 상습범가중처벌규정을 폐지하였다.[185] 종래 상습범가중처벌규정이 존재하는 경우에는, 연속범을 포괄일죄로 취급한다고 하더라도 상습성을 인정하여 상습범으로 가중처벌함으로써 무거운 처벌이 가능하였었다. 그러나 상습범가중처벌규정이 폐지된 이후에도 다수의 범행을 저지른 연속범을 여전히 포괄일죄로 취급하는 것은, 단 하나의 범행으로 인하여 一罪로 처벌되는 경우(즉, 단일범)와 비교할 때 법감정상 '처벌의 불균형' 내지 '刑量의 할인'으로 받아들여질 수밖에 없고 또한 형사정책적인 우려도 자아낼 것이다.[186] 그러한 까닭에 독일에서는 연속범을 실체적 경합범으로 취

184) Schönke/Schröder/Stree, StGB, Vor § 52 Rn.98-99.

185) 즉, 독일은 1998. 1. 26자 제6차 형법개정법률에 의하여 密獵行爲에 있어서의 상습범가중처벌규정(StGB §292 ③)과 密漁獲行爲에 있어서의 상습범가중처벌규정(StGB §293 ③)을 삭제함으로써, 형법전에서 상습범가중처벌규정을 찾아볼 수 없게 되었다.

급하여 단일범에 비해 좀더 무겁게 처벌할 수 있는 길을 열어놓자는 견해가 큰 설득력을 갖게 된다. 그 반면에 우리나라의 법현실은 독일의 경우와는 많이 다르다. 형법각칙상 상습범가중처벌규정이 존재할 뿐만 아니라, 특별형법에서 규정하고 있는 상습범가중처벌은 가혹하리 만큼 嚴罰主義로 일관하고 있다. 그리고 형법상 누범가중처벌규정(제35조)도 존재할 뿐만 아니라, 상습범가중·누범가중·경합범가중이 순차적으로 누적될 수도 있다(제56조). 따라서 우리나라의 이러한 법현실에 대한 깊이있는 천착을 도외시한 채 연속범을 실체적 경합범으로 취급하여 보다 무겁게 처벌하자는 연속범 부정론의 시각은, 과잉처벌금지의 원칙 및 刑罰의 謙抑主義와도 거리가 멀다.

또한 '事物의 本性論'에 비추어 보더라도, 일정한 전제요건이 갖추어진 연속범의 경우에는 이를 포괄일죄로 취급함이 타당하다고 할 것이다.[187] 다만 연속범의 요건이 갖추어졌다고 판단되는 경우에 포괄일죄의 성립을 긍정하기도 또는 부정하기도 하는 우리 대법원이, 수뢰죄[188]·업무상횡령죄[189] 등 대체로 white-collar범죄에 속하는 경우에는 포괄일죄로서의 연속범을 肯定하는 한편, 강간죄[190]·혼인빙자간음죄[191] 등 대체로 파렴치범에 속하는 경우에는 연속범의 성립을 否定하는 경향을 보인다는 점은 법사회학적인 비판의 소지가 있다고도 생각된다.

끝으로, 본 논문에서 살펴본 獨逸에서의 심도있는 論議(특히, 연속범의 전제요건으로 이른바 '불가피성의 요건'을 추가적으로 제시한 前述의 전원합의부 결정)는 연속범 인정의 요건 및 범위와 관련하여 우리에게도 어떠한 示唆를 줄 수 있다고 판단되므로, 차제에 이에 대한 진지한 이론적 접근·검토와 비교법적인 충분한 연구가 요구된다고 하겠다.

---

186) 연속범의 一罪 인정이 또한 '기판력'의 측면에서도 연속범행자에게 유리하다는 점은 이미 전술하였다.

187) 전술한 바와 같이, 독일연방법원 전원합의부 결정(=BGHSt. GrS. 40,138)이 추가적으로 제시하고 있는 이른바 '불가피성의 요건'도 이 '事物의 本性論'과 그 의미가 상통하는 것으로 볼 수 있다고 하겠다.

188) 대판 2000. 1. 21, 99 도 4940; 1999. 1. 29, 98 도 3584; 1990. 10. 20, 90 도 1580; 1990. 9. 25, 90 도 1588 등.

189) 대판 1993. 10. 12, 93 도 1512; 1985. 8. 13, 85 도 1275.

190) 대판 1987. 5. 12, 87 도 694.

191) 대판 1986. 12. 9, 86 도 1168.

임 웅 · 소재용

연속범(fortgesetztes Delikt), 연속범이론(Theorie vom fortgesetzten Delikt), 법적인 단일행위(법적 행위단일성, rechtliche Handlungseinheit), 포괄일죄(zusammenfassende oder rechtliche Verbrechenseinheit), 실체적 경합(Realkonkurrenz), 죄수론(Konkurrenzlehre)

[Zusammenfassung]

Eine Betrachtung über die Theorie vom fortgesetzten Delikt - mit speziellem Bezug auf Lehre und Praxis in Deutschland -

Prof. Dr. Yim, Woong · So, Jae-Yong

1. 'Das fortgesetzte Delikt'(oder 'Die fortgesetzte Handlung') war eine von der Rspr. schon im 19. Jahrhundert außerhalb des Gesetzes entwickelte Rechtsfigur, das es gestattete, mehrere selbständige, über die tatbestandliche und natürliche Handlungseinheit hinausgehende Deliktsverwirklichungen zu einer "rechtlichen Handlungseinheit" und damit zu einer einzigen Tatbestandsverwirklichung zusammenzufassen.

2. Im einzelnen wurde die Annahme eines fortgesetzten Delikts in Rspr. und Lehre überwiegend von folgenden vier Voraussetzungen abhängig gemacht:

(a) Die Einzelakte müssen ferner das gleiche Rechtsgut beeinträchtigen. Handelt es sich um höchstpersönliche Rechtsgüter, so ist eine fortgesetzte Handlung ausgeschlossen, wenn sich die Einzelakte gegen verschiedene Rechtsgutsträger richten.

(b) Die Begehungsweise mußte gleichartig oder doch mindestens ähnlich sein.

(c) Die Einzelakte mußten in einem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen, sich also aneinanderschließen.

(d) Für die Abgrenzung der fortgesetzten Handlung entscheidend ist die Einheitlichkeit des Vorsatzes. Die Rechtsprechung fordert einen echten Gesamtvorsatz, der den Gesamterfolg der Tat in seinen wesentlichen Zügen

nach Ort, Zeit, Person des Verletzten und Begehungsart in der Weise umfassen muß, daß sich die Einzelakte nur als sukzessive Verwirklichung des spätestens während des letzten Teilakts. Aber die Lehre begnügte sich aus diesem Grunde vielfach mit einem kriminologisch verstandenen Fortsetzungsvorsatz, der sich als ein psychisch immer gleichartiges Versagen des Täters in der gleichen Tatsituation darstellt.

3. Die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts war in Teilen der Literatur und auch in der Rspr. zunehmender Kritik ausgesetzt. Sie hat den Großen Senat für Strafsachen des BGH in einem aufsehenerregenden Beschluß vom 3. Mai 1994(=BGHSt. GrS. 40, 138-168) veranlaßt, diese Rechtsfigur weitgehend aufzugeben. Im Leitsatz des Beschlusses heißt es bündig, die Annahme von Fortsetzungszusammenhang setze voraus, "daß dies, was am Straftatbestand zu messen ist, zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld unumgänglich ist".