

# 상상적 경합 개념의 발전에 관한 역사적 고찰\*

— 독일형법을 중심으로 —

최준혁\*\*

## 목 차

- I. 들어가며
  - 1. 기존의 논의
  - 2. 의문점
- II. 상상적 경합 개념의 발전과정
  - 1. 로마법에서의 상상적 경합
  - 2. 게르만법과 이탈리아 주석학파에서의 논의
  - 3. 독일보통법 시대의 논의
  - 4. 죄수론에 대한 이론적 접근의 단초: 18세기 말의 설명
  - 5. 19세기 이후의 논의상황과 입법화과정
- III. 맺으며

## [국문 요약]

상상적 경합과 경합범을 구별하면서 전자에 대하여 처벌에 대한 흡수주의, 후자에 대해 병과주의를 규정하고 있는 한국형법은 독일형법에서 기원하였다. 어떠한 이유로 독일에서 이러한 형태로 죄수론에 대한 규정이 나타나게 되었는지를 이해하기 위해서는 역사적인 접근이 필요하다.

현재 우리 형법의 기반이 되고 있는 상상적 경합과 경합범의 구별, 병과주의와 흡수주의의 구별은 독일형법에서 기원하였다. 관련분야에 대한 독일형법의 논의는 로마법부터의 긴 역사를 가졌으나, 자세히 살펴보면 죄수론에 대한 이론적인 접근은 18세기 말부터 그 모습을 갖추기 시작하였으며 그 후 시간이 얼마 지나기도 전에 죄수론 규정에 대한 입법례들이 나오기 시작하였다. 상상적 경합의 효과에 대한 현재의 내용에는, 결과책임에서 행위책임으

\* 이 논문은 서울대학교 법학연구소 2016. 11. 18. 국제학술대회 “시간과 공간 속의 형사법”에서 발표된 원고를 수정하였으며, 2017년도 유기전교수기념사업출판재단 해외연구보조비에 의하여 지원되었음.

\*\* 인하대학교 법학전문대학원 교수, soonhoo@inha.ac.kr

로라는 형사실체법적인 인식의 전환 이외에 서로 다른 유형인 경합범과 상상적 경합에 동일한 효과를 부여하면 안 되며 상상적 경합에서의 병과주의는 지나치게 가혹한 형벌에 이르는 양형판단, 법관의 부담을 줄이려는 소송법적인 고려도 함께 반영되었음을 알 수 있다.

[주제어] 상상적 경합, 경합범, 병과주의, 가중주의, 흡수주의

## I. 들어가며

### 1. 기존의 논의

형법총론에서 죄수론이라고 부르는 부분은 죄수론과 경합론으로 구별된다. 죄수론은 인간의 행위가 형법이 보호하는 법익을 침해하고 있는지, 침해하고 있다면 그 형태는 어떠한지를 구성요건 해석과 연결하여 밝히는 영역으로서 범죄론의 마지막 부분이다. 반면 경합론은 형벌론의 영역으로서 죄수판단의 영역에서 중복되어 평가된 구성요건적 불법과 책임을 사후적으로 제거하여 합리적으로 처벌하려는데 그 목적이 있다.<sup>1)</sup>

법조문 및 그에 대한 이론과 실무에서는 법조경합과 상상적 경합, 경합범을 구별하는데 이러한 구별은 두 가지 목표를 가지고 있다.<sup>2)</sup> 먼저 이중평가 금지의 원칙은 양형에 관련된 사실은 그 성격이 가중인자인지 감경인자인지와 무관하게 양형에서 한 번만 평가되어야 한다는 원칙이다. 어떠한 법률을 잘못 적용했는데 그 법률이 책임원칙의 발현과 관련된다면 이러한 적용이 책임원칙에 반한다는 점은 분명하나, 이중평가금지의 원칙이 책임주의에만 관련된다고 볼 수는 없다. 어떠한 법률이 이러저러한 요건 하에서 법률효과가 발생한다고 규정한다면 그 법률효과는 요건이 충족된 경우에만 발생하므로 이중평가금지의 원칙은 법률적용의 일반적인 내용이며, 상상적 경합과 법조

1) 류전철, 『죄수론과 경합론의 재구성을 위한 시론 - 죄수론의 새로운 구성을 위한 시도로서』, 『아주법학』 제8권 제1호(아주대학교 법학연구소, 2014), 321면; 김성돈, 『형법총론(제5판)』(SKKUP 2017), 708면 이하; 이용식, 『형법총론』(박영사, 2018), 201면도 참조.

2) Duttge/Sotelsek, "Freifahrtschein" für Unterschlagungstäter? *NJW* 2002, 3756; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB* 3.(Auf., 2010), Vor § 52 Rn. 2 (Puppe).

경합을 설명하기 위해서 이 원칙이 필요하다. 불법 또는 책임의 근거가 되는 사실들은 판단에서 배제되어서는 안 된다는 내용인 완전한 평가의 원칙도 존재한다. 이 원칙도 책임원칙에 한정되지는 않으며, 자신이 행한 불법에서 이득을 얻으면 안 된다는 법률적용의 일반적인 원칙에서 기인한다고 설명할 수 있다.

일반적으로 교과서에서는 죄수판단에 대한 행위표준설, 의사표준설, 법의 표준설, 구성요건표준설, 종합고려설 등의 학설의 내용을 설명하고 그중 어느 하나의 입장을 따른 후 판례의 입장을 설명한다.<sup>3)</sup> 다음 단계에서 단순일죄와 과형상 일죄를 구별하면서 과형상 일죄의 하위범주로 상상적 경합, 연속범, 견련범을 제시하는 견해를 찾을 수 있다.<sup>4)</sup> 역사적 접근방법을 활용하여 과형상 일죄 중 특히 연속범과 견련범에 대하여 의용형법에서의 과형상 일죄와 그 의미, 그에 대한 반성적 고려의 결과인 연속범과 견련범의 폐지와 형사소송법에서의 재구속금지 원칙 명시 등을 고찰한 후 포괄일죄에 대한 독일 제국법원의 판례와 연속범 개념을 폐기한 최근의 판례를 소개하기도 한다.<sup>5)</sup> 상상적 경합 부분에서는 동종의 상상적 경합과 이종의 상상적 경합을 구분하고 ‘가장 중한 죄’의 의미가 무엇인지를 설명한다.<sup>6)</sup>

## 2. 의문점

이 분야의 논의에서 역사적 접근을 통해 도출된 논거가 종종 제시됨은 이미 살펴보았다. 일반적으로는 연속범은 포괄일죄의 하나로 분류하나,<sup>7)</sup> 전통적으로 상상적 경합과 함께 논의되는 유형이 연속범, 상습범, 가중구성요건

3) 김성돈, 앞의 책, 711면; 신동운, 『형법총론(제10판)』(법문사, 2017), 738면 이하; 이재상·장영민·강동범, 『형법총론(제8판)』(박영사, 2015), 37/3; 이용식, 앞의 책, 191면 등.

4) 신동운, 앞의 책, 757면; 유기찬, 『개정 형법학 총론강의(제26판)』(일조각, 1985), 318면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 39/1.

5) 신동운, 앞의 책, 759면.

6) 김성돈, 앞의 책, 741면; 신동운, 앞의 책, 768면. 20세기 초반의 독일논의에 대해서는 Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.(Aufl., Tübingen, 1931), S. 227.

7) 개념구분에 관하여 줄고, 『포괄일죄와 경합범의 구별기준 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도 11318 판결 -, 『법조 최신판례분석』 제721호(법조협회, 2017. 2), 769면 이하.

등이었으므로 연속범과 상상적 경합을 함께 논의하면서 구별하는 설명은 여기에서 기원을 찾을 수 있다. 동종의 상상적 경합과 이종의 상상적 경합을 구분하는 논의도 매우 오래되었다.

그런데, 죄수론 논의에 대한 역사적 고찰은 지금까지의 질문의 방향을 바꿀 필요가 있다는 점도 보여준다. 먼저, 상상적 경합과 경합범을 구별하는 근원은 어디인가? 나아가 상상적 경합과 경합범의 구별은 그 법률효과에서 중요한 의미가 있는데,<sup>8)</sup> 왜 상상적 경합에서는 하나의 형을 선고해야 하며 그때의 형은 중한 죄에 따르는가? 죄수결정의 기준에 따라 수죄라고 판정된 후 어떻게 처벌할 것인지에 대한 병과주의(Kumulationsprinzip), 가중주의(Asperationsprinzip)와 흡수주의(Absorptionsprinzip)의 원칙 중 병과주의와 흡수주의는 죄수론의 이론 발전에 큰 의미가 있다.<sup>9)</sup> 법률에 죄수결정에 대한 아무런 규정이 없을 때에는 각각의 형벌을 합산하는데, 병과주의에 따른 ‘형벌의 합산은 해악의 정도를 산술적이 아니라 기하학적으로 증대시킨다’는 미터마이어(Mittermeiner)의 지적<sup>10)</sup>이 보여주듯이 합산의 결과로 나타나는 형벌이 과도해지는 상황을 어떻게 해결할지가 다시 문제가 된다.<sup>11)</sup> 가중주의는 ‘각 범죄에 대한 개별적 형벌을 확인한 다음 이들 중 가장 중한 죄에 정한 형을 가중하는 방법으로 하나의 전체형을 만들어 이를 선고하는 것’으로서 스위스형법이나 오스트리아형법이 가중주의를 따르고 있다고 하며,<sup>12)</sup> 스위스형법<sup>13)</sup>과 오스트리아형법<sup>14)</sup>은 상상적 경합과 경합범의 법률효과를

8) 그에 관하여 즐고, 『상상적 경합과 양형』, 『사법』 제45호(사법발전재단, 2018. 8.), 47~75면.

9) Höpfner, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Band 1* (Berlin 1901), S. 2. Berner, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechts*, 17. (Aufl., Leipzig, 1895), S. 289는 이 원칙을 경합범에서 제시하면서 가중주의 대신 절충주의라는 표현을 쓰면서, 다시 가중원칙과 감경원칙으로 구분한다.

10) Höpfner, 앞의 책, 96면.

11) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 37/10; Merkel, Konkurrenz, in: Birkmeyer (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 5*, 1908, S. 326.

12) 김일수, 『한국형법』 II(총론 하)(박영사, 1996), 530면; 배종대, 『형법총론(제12판)』(홍문사, 2016), 168/4; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 37/12; 임웅, 『형법총론(제7정판)』(법문사, 2015), 596면.

13) 제49조(경합) ① 행위자가 1개 또는 수개의 행위로 수개의 동종의 형을 정한 구성요건을 충족한 경우 법원은 가장 중한 죄에 정한 형에 처하고 적절하게 가중한다. 그럼에도 불구하고 법원은 법률에 정한 형의 상한의 2분의 1 이상을 가중하지 못한다. 이때 법원은 법률에 정한 형의 종류의 상한에 구속된다. 번역은 한국형사정책연구원, 『스위스 형법전』(2009).

구별하지 않고 있다는 점에서 동일하다.<sup>15)</sup>

다른 한편으로 우리와 같은 구별을 유지하고 있는 독일에서도 상상적 경합을 경합범과 구별할 필요가 없다는 주장은 입법론으로 계속 제기되었으며, 대륙법계에서도 상상적 경합 개념을 따로 두고 있지 않은 입법례도 존재한다. 그 하나의 예로 포르투갈 형법에서는 1죄와 실제적 경합 개념만 존재하며, 연속범은 규범적 일죄로 따로 규정한다.<sup>16)</sup> 비교법적으로 볼 때 우리형법과 비슷하게 규정하고 있는 이탈리아 형법은 경합범에 대해서는 병과주의(이탈리아 형법 제73조 이하), 상상적 경합에 대해서는 1974년의 형법개정 이후 흡수주의를 택하고 있다(이탈리아 형법 제81조). 흡수주의이므로 형벌은 가장 중한 죄에 정한 형에 따르나, 이때 형벌을 3배까지 가중할 수 있다.<sup>17)</sup>

이 글은 죄수론에 관한 이론적, 실제적 관심사를 해결하기 위한 하나의 방법으로서, 현재의 개념이 어떠한 과정을 거쳐 지금의 모습을 갖추게 되었는지를 다룬다. 즉, 상상적 경합 개념이 과연 언제부터 존재하였는지, 그와 유사한 개념 또는 사례들과의 관계는 어떻게 이해되었는지, 지금의 형태가 되기까지 어떠한 과정을 거쳤는지 등을 독일의 논의를 중심으로 살펴보겠다. 비록 죄수론에 대한 입법의 형태는 독일과 우리나라가 동일하지 않다.<sup>18)</sup> 그러나, 상상적 경합에 대한 형법 제40조는 독일구형법 제73조를 모방하였고<sup>19)</sup> 독일형법 제52조도 독일구형법 제73조와 연결되어 있는데<sup>20)</sup> 독일구형

14) 제28조(경합범) ① 1개의 행위 또는 수개의 독립적인 행위를 통하여 동일한 종류의 또는 서로 다른 여러 종류의 범행을 범하고 이 모든 범행에 대하여 동시에 형을 선고할 때는 그 경합하는 범행이 자유형 또는 벌금형만을 규정하고 있다면 하나의 자유형 또는 벌금형을 선고한다. 그 형은 가장 중한 형으로 처벌하는 법률에 의하여 정하여야 한다. 특별한 감경사유를 제외하고는 경합된 법률에서 정하는 하한 중 가장 중한 것보다 더 가벼운 형을 선고할 수 없다. 번역은 법무부, 『오스트리아 형법』(2009).

15) 仲道祐樹, 『ドイツにおける罪數論の思考方法』, 刑事法ジャーナル 2016(vol. 48), 17頁.

다만, 오스트리아 형법전은, 동종의 또는 유사한 종류의 범행을 수회 하였거나 범행을 장기간 지속적으로 행한 경우는 양형가중사유로 규정한다(제33조 제1문). 오스트리아 형법전의 흡수주의에 관한 설명으로 Fabrizy, *StGB* 12. (Auf., Wien, 2016), § 28 Rz. 4.

16) Jorge de Figueiredo Dias, *Betrachtungen zur Konkurrenzlehre im Strafrecht*, *FS Puppe*, 2011, S. 406, 408.

17) Maiwald, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*(Peter Lang, 2009), S. 158ff.

18) 그에 대한 지적으로 이경렬, 「죄수론의 체계구성에 관한 시론」, 『비교형사법연구』 제2호(한국비교형사법학회, 2000), 96면.

법 제73조의 내용을 이해하기 위해서는 입법자가 어떠한 고려를 거쳐 이러한 조문형태를 규정하게 되었는지 검토할 필요가 있다.<sup>21)</sup> 기본개념이나 사례, 적용하는 원칙에 대한 한국과 독일의 설명도 서로 비슷하다. 따라서 독일 형법의 이론과 법조문이 지금의 형태를 갖추기까지의 전개과정을 살펴보는 방법을 통해 한국형법을 이해하는 실마리를 찾을 수 있다고 보인다. 상상적 경합의 역사적 기원에 대한 논의가 우리 학계에서 많지 않았다는 점도 논의의 필요성을 뒷받침한다.

## II. 상상적 경합 개념의 발전과정

### 1. 로마법에서의 상상적 경합

로마법에서 범죄의 경합(*concursum delictorum*)은 수개의 죄를 동시에 또는 순차적으로 저지르는 실제적 경합과 단일 범행이 동시에 수개의 죄를 구성하는 형식적 또는 상상적 경합으로 구별되었다고 한다.<sup>22)</sup> 민회재판시대에 피고인이 수개의 죄를 저지른 때에는 민회(民會)는 단행재판으로 피고인의 여러 범죄에 정해진 형을 합산하여 범인을 처벌하였다.<sup>23)</sup> 그 후 공화정 후기에 특정한 범죄를 처벌하는 개별법률에 의해 배심재판소가 개설되었는데 이들 재판소는 법정범죄에 대한 전속관할권을 행사하였기 때문에, 피고인이 수개의 죄를 범한 경우에도 이에 대한 형벌을 통합해서 선고할 수 없었다.<sup>24)</sup>

19) 유기천, 앞의 책, 321면.

20) Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*(Duncker & Humblot, 1979), S. 9.

21) Merkel, 앞의 글, 279면.

22) 조규창, 『로마형법』(고려대학교출판부, 1998), 106면.

23) 로마법사는 다섯 시기로 구분되는데, 제1기는 왕정시기로서 로마건국에서 공화정의 창설기(516 B.C.)까지이며 제2기는 공화정 전기로서 기원전 200년경 로마가 포에니 전쟁에서 승리하기까지의 시기이다. 이 두 시기를 합쳐서 고법시대(古法時代)라고도 하는데 당시의 주된 범죄는 농작물의 소유권침해와 살인죄, 반역죄 및 주술죄였으며 범인의 재판도 민회에서 행해져 이 시대를 소송제도상 민회재판시대라고 한다. 조규창, 앞의 책, 10면.

24) Lang, *Die Idealkonkurrenz als Mißverständnis*(Duncker & Humblot, 2008), S. 25.

원수정기에 배심재판이 소멸하자 특별심리소송<sup>25)</sup>에서 재판관은 수개의 범죄를 동시에 병합심리함으로써 각죄에 정해진 형을 통합해 선고할 수 있었다. 그러나 당시에도 수개의 범죄의 분리고소가 허용되어 누구든 수개의 죄를 동시에 순차적으로 또는 일부만을 고소할 수 있었고, 여러 범죄가 기소된 경우 각 범죄마다 법률에 정해진 형이 선고되었다.

로마시대의 형사절차는 대부분 민사상의 불법행위소송으로 처리되었다. 즉 로마인들은 범죄를 그 실질적 성질이나 법적으로 구분한 것이 아니라 범죄가 소추되는 소송법상의 차이를 기준으로 분류하여 민중재판으로 제재되는 범죄를 공범죄(*crimina publica*), 민사상의 불법행위소송으로 제재되는 범죄를 사범죄(*crimina privata*) 또는 불법행위(*delicta*)라고 하였다. 그런데 불법행위의 결과는 금전으로 배상되었으며 이때에는 침해된 객체의 가액이나 피해자 또는 피해결과의 수가 문제가 될 뿐, 발생한 침해의 결과를 야기한 행위가 한 개인인지 아니면 다수인지는 중요하지 않았다.<sup>26)</sup> 공범죄에 대한 제재는 형벌로서 주로 사형이나 종신형이었다. 그러므로, 하나의 형벌이 한번 또는 여러번 부과될 수 있는지의 문제는 오늘날만큼의 중요성을 가질 수 없었는데, 이러한 형벌은 그 성질상 한 번만 적용될 수 있기 때문이다.

로마법에서의 범죄는 구성요건에 해당하는 행위가 아니라 순전한 규범위반, 즉 형법규정에 대한 형식적인 침해로 이해되었다. 그러므로 가령 근친혼 위반은 하나의 행위로 볼 수 있는데 이때는 간통죄와 간음죄, 근친상간죄의 3개의 죄가 성립하며 간음죄와 간통죄의 법정형은 유배형이나 근친상간죄를 적용해 섬에 종신추방하는 형벌을 택하였다(D 48, 5, 5).<sup>27)</sup> 형식적인 법률위반이 범죄라고 한다면 그 결과도 원칙적으로 합산되어야 할 것이나, 예외적인 경우로 개별적인 형벌이 그 성질상 합산하여 집행될 수 없는 상황이 있었다. 가령 어떠한 범죄에 대한 형벌이 광산에서의 종신노동이고 다른 범죄에

25) 그에 관한 설명은 조규창, 앞의 책, 19면 이하.

26) Höpfner, 앞의 책, 5면.

27) 조규창, 앞의 책, 19면; Lang, 앞의 책, 26면 각주 13. 이 사례는 그 후에도 상상적 경합의 전형적 사례로서 자주 논의되었다. Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879(Nachdruck 1968), 1면.

대한 형벌이 섬으로의 종신추방이라면 이들은 함께 집행될 수 없으며 사형과 종신강제노동형도 마찬가지이다. 나이가 여러 소권이 발생하나 그 대상이 실질적으로 하나의 사건인 경우도 종종 발생하였으며 이는 소송법적으로 해결되었다.<sup>28)</sup>

상상적 경합은 하나의 범행이 동시에 범죄와 불법행위를 구성할 경우를 말하는데, 이때에도 행위자는 실제적 경합에서와 마찬가지로 수개의 범죄를 실행한 것이 되므로 죄수에 상당하는 형사소추와 형사제재의 대상이 되었으며, 특히 범죄로 인한 형사고소권과 불법행위소권, 즉 사법상의 범죄로 인한 손해배상청구권의 병존이 문제가 되었다. 그에 대하여 법무관이 수개의 범죄를 병합심리하면서 각 범죄에 정해진 형 중에서 가장 무거운 형으로 제재하는 관행이 존재하였고 이는 “가장 중한 죄에 대한 형은 다른 경미한 죄에 정한 형을 흡수한다”(poena maior absorbet minorem)이라는 법언으로 표현되기도 하였다. 이 법언은 그 후의 논의에도 자주 등장하나 로마법에서의 원칙이 흡수주의 또는 가중주의였다고 보기는 어렵다.

## 2. 게르만법과 이탈리아 주석학과에서의 논의

게르만법에서 행위의 불법을 판단하는 기준은 행위나 객관적 법률규범의 위반이 아니라 결과였기 때문에<sup>29)</sup> 죄수론에 대한 이론적인 접근은 찾을 수 없었다.<sup>30)</sup> 침해결과의 수가 몇 개인지가 범죄의 수를 결정하였는데, 예를 들어 임신부를 살해하였거나 또는 물건 두 개를 훔친 때에는 두 개의 범죄가 문제가 되며<sup>31)</sup> 원칙적으로 형벌은 각각의 결과에 상응하였다.<sup>32)</sup> 작센슈피겔

28) 이때 문제가 되는 각각의 범죄가 윤리적으로 동일한 기초 위에 있다면 그중 가장 먼저 제기된 고소가 다른 고소를 배제한다고 보았다. 이는 오늘날의 범조경합에 해당하는 사례이다. Lang, 앞의 책, 27면.

29) 박상기, 『독일형법사』(울곡출판사, 1993), 46면.

30) Heinemann, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*(Berlin, 1893), 30면.

31) Höpfner, 앞의 책, 17면.

32) 다만 행위의 수를 고려하지 않은 것은 아닌데, 예를 들어 살리카 법(*lex Salica*)에 대한 설명에서 셋째, 넷째, 다섯째 손가락을 동시에 잘라낸 행위는 세 개가 아니라 하나의 범죄로 보았다. Höpfner, 앞의 책, 19면.



에서도 상해는 부위에 따라 개별적으로 평가하였으며, 하인에 대한 학대도 통상 주인에 대한 모욕이 되기 때문에 두 개의 죄가 되었다.<sup>33)</sup> 사적인 복수(Fehde)가 약화되면서 속죄금(Busse)으로 보상하였는데<sup>34)</sup> 주거침입, 사람과 사물에 대한 폭행과 손괴행위가 다수인 때, 방화로 사람이 사망하고 재물이 손상된 때 등 여러 결과가 동시에 발생한 때에 하나의 속죄금만 내는 경우가 예외적으로 존재하였다. 중세 독일형법에서도 죄수론에 대한 명확한 구별은 존재하지 않았으나, 여러 범죄를 동시에 처벌할 경우에는 병과주의, 가중주의 이외에도 사형이 규정된 범죄에 대해서는 흡수주의가 적용된 사안도 찾을 수 있다.<sup>35)</sup>

11세기 말 이후 로마법이 다시 부활하여 주석학파에 의해 연구되었으며 이탈리아와 스페인의 학자들은 오늘날의 법조경합, 상상적 경합, 연속범, 경합범에 관한 사례들을 제시하고 논의하였다.<sup>36)</sup> 주석학파의 설명은 아래에서 볼 카롤리나 형법전과 함께 보통법시대에 법원(法源)으로 인정되었으나<sup>37)</sup> 죄수론에 관한 주석학파의 논의는 독일 보통법에는 거의 영향을 미치지 못하였다.<sup>38)</sup>

### 3. 독일보통법 시대의 논의

#### 1) 카롤리나 형법전의 규정

로마법에 관한 후기주석학파의 논의가 16세기에 독일에 계수되었으며

33) Heinemann, 앞의 책, 같은 면; Höpfner, 앞의 책, 21면.

34) Rüping/Jerouschek, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4.(Auf., 2002.), Rz. 5.

35) Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*(Berlin 1930), S. 212.

36) 只木 誠, *罪數論の研究*[補訂版], 成文堂, 2009, 8頁. 16세기에 클라루스(Clarus)와 파리나시우스(Farinacius) 등은 시간적으로 구분되는 다수의 행위(오늘날의 의미의 경합범)의 처벌은 병과주의에 따르고 연속범은 가중된 하나의 형벌로만 처벌하자고 하였으며, 독일에서도 이러한 설명이 18세기 중반 이후 나타났다. 출고, 앞의 글(주 7), 774면.

37) Koch, *Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813*, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*(Mohr Siebeck 2014), S. 41f.

38) Schubert, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahr 1824*(Duncker & Humblot, 1978), S. 125. Schaffstein, 앞의 책, 212면 이하도 참조.

1532년의 카롤리나 형법전은 그 영향을 잘 보여준다. 카롤리나 형법전이 이룩한 가장 중요한 업적은 이탈리아형법의 개념체계를 수용하여 고의, 인과관계, 위법성조각 등 형법총론에 해당하는 부분을 상세히 규정한 점<sup>39)</sup>이나, 죄수론에 대하여는 일반적인 규정을 두고 있지 않았기 때문에 기존의 원칙인 범죄별 처벌(quot crimina, tot poenae)이 유지되었다. 범죄도 결과와 연결되어 이해되었으며 행위의 수가 하나인지 다수인지의 문제도 구별하지 않았다.

다만 카롤리나 형법전 제163조는 절도죄에 대해 규정하면서 가중사유가 존재할 때는 가장 중한 절도죄에 정한 형으로 처벌한다고 규정하였는데,<sup>40)</sup> 이 조문은 로마법에서의 근친혼위반사례와 더불어 그 후 죄수론에 관한 설명에서 자주 논의되었으나 이 조문의 의미가 무엇인지에 대해서는 논의가 엇갈렸다고 한다.

오늘날의 관점에서 이 조문이 여러 가중사유가 경합할 때의 해결책을 규정하였다고 판단할 수 있다. 여러 가중사유가 경합한다고 해서 반드시 여러 범죄가 존재하는 것은 아니지만 이러한 가중사유들이 서로 다른 불법을 표상한다고 판단할 수 있으며, 하나의 행위를 통해 서로 다른 종류의 불법이 여러 번 실현된 경우가 여기에 해당한다고 보면 오늘날의 의미에서의 상상적 경합에 관한 규정에 접근하게 된다. 다른 한편으로 이 조문이 범조경합에 관련된다고 해석할 수도 있다. 각각의 가중구성요건을 독립적인 범죄로 파악하여 처벌한다면 그에 포함되어 있는 기본범죄인 절도죄가 항상 함께 처벌되는 문제가 발생하는데, 이 조문에서 가장 중한 가중구성요건에 정한 형으로만 처벌한다고 규정하여 이중처벌을 방지한다는 것이다. 18세기 독일형법학에서도 이 조문이 한 번의 범행으로 상상적인 경합(ideale Concurrenz)이 발생한 경우에 대한 규정이라는 견해와 가중사유의 경합이라는 견해가 존재하였으며, 이 조문은 절도죄에만 한정해서 적용되므로 일반원칙을 도출할 수는 없다는 견해도 존재하였다고 한다.<sup>41)</sup>

39) 박상기, 앞의 책, 111면.

40) Heinemann, 앞의 책, 33면; Schroeder (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina)*(Reclam, 2000), S. 102, 185. 카롤리나 형법전에서의 절도죄의 의미에 관한 설명으로 Schaffstein, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, Aalen 1986, S. 92ff; 박상기, 앞의 책, 115면.

## 2) 카르프조프의 설명

카르프조프(Carpzov)는 카롤리나 형법전의 기반에서 작센형법과 법률실무를 고려하여 전체 실체형법과 형사절차법을 통일적으로 설명하려고 시도하였다. 죄수론 분야에서의 논의의 특징은, 이탈리아와 스페인 주석학파에 의해서 논의된 경합의 다양한 유형에 대한 구분을 포기하고, 당시 원칙으로 인정되던 병과주의 대신 흡수주의와 가중주의를 채용했다는 점이다.<sup>42)</sup>

카르프조프는 1635년에 죄수론에 관한 설명을 하면서 이탈리아 주석학파들의 다양한 논의들을 언급하였으나, 학계에서의 다양한 구별보다는 실무례에 기반한 의견을 제시하였다. 다양한 종류의 신체형과 절대형<sup>43)</sup>의 다양한 종류를 어떻게 조화시키느냐가 당시 양형에서의 가장 큰 관심사였다.<sup>44)</sup> 당시에는 중죄에 해당하는 대부분의 범죄는 사형으로 처벌되는 반면 경죄에 대해서는 범행을 통해 침해된 법익을 행위자에게 박탈하는 것이 형벌의 내용이었으며, 법정형이 매우 높았기 때문에 여러 형벌을 연속적으로 집행하는 것은 불가능하거나 부적합하였다. 여러 종류의 형벌로 인해 새로운 엄혹한 형벌이 존재하였는데, 카롤리나 형법전은 사형의 가중된 형태로 교수형, 익사형, 화형 등을 규정하였다. 카르프조프는 이 문제를 해결하기 위해서 자신의 저서에서 ‘de cumulatione poenarum’이라는 제목으로 다섯 가지 원칙을 제시하였는데, 제목에서 보듯이 이때의 관심사는 오늘날의 죄수론에서의 수죄가 문제가 되는 상황이 아니라 여러 형벌을 선고하고 집행할 때의 해결방법이었다.<sup>45)</sup>

카르프조프는 이탈리아의 논의에 대하여 간략히 언급하면서 병과주의, 즉 하나의 범죄에 하나의 형벌이 상응하는 원칙을 설명한 후 주석학파의 방법은

41) Heinemann, 앞의 책, 33면도 카롤리나 형법전에는 오늘날의 상상적 경합 개념이 존재하지 않는다고 지적한다. 반면에 이 조문이 오늘날의 의미에서 경합론에 관한 총칙 규정으로서의 의미가 있다는 설명으로 Miehe, 100 Jahre Strafgesetzgebung nach der Carolina, in: Jeroschek/Schild/Gropp (Hrsg.), *Benedict Carpzov*(Tübingen, 2000), S. 140.

42) Schaffstein, 앞의 책(주 35), 214면; 只木 誠, 앞의 책, 10면.

43) 일반적으로는 사형을 의미한다. 다만 1813년의 바이에른 형법전에서는 사형과 사슬구금형이 절대형이었다. Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland*, Leipzig 1869(Neudruck, 1978), S. 84.

44) Lang, 앞의 책, 34면.

45) Heinemann, 앞의 책, 36면.

문제를 해결하기보다는 혼동시킬 뿐이라고 판단하면서 법원은 범죄가 경합하는 경우에는 재판실무에 기반하여 자유롭게(nach freiem Ermessen) 형량을 정해야 한다고 설명하였다.

당시에는 두 형벌을 호환(kompatibel)할 수 있는지를 그 형벌을 따로따로 집행할 수 있는지에 따라 판단했다고 한다.<sup>46)</sup> 가령 두 번 사형을 집행하는 것은 물리적으로 불가능하기 때문에 카르프조프의 논의의 대상이 아니었고 어느 형벌을 동시에 선고하고 집행하는 것이 통상의 재판실무에 맞는지 그 의 관심사였다. 당시 작센의 재판실무에서는 어떤 형벌을 여러번 집행하는 것이 각각의 형벌의 성질 또는 종류로 인해 불가능하거나 어려운 경우가 존재하였다. 부분적인 불가능성도 존재하였는데, 예를 들어 손가락을 자르는 형벌은 사형 전에 집행할 수 있으나 그 반대는 그러하지 아니하다. 이렇듯 다양한 형벌이 호환되지 않거나 통상의 재판실무에 의하면 동시에 재판할 수 없을 때에는 중한 형은 경한 형을 흡수하는 원칙이 적용된다는 것이다. 이 원칙에 따르면 사형은 여러 번 선고될 수 있는데 가장 중한 범죄에 법정형으로 규정된 사형만 집행된다. 두 번째 원칙은 사형과 신체형이 동시에 존재하는 경우에는 사형만 집행한다는 것이다. 사형수에 대한 신체형의 집행이 원칙적으로는 가능하기는 하지만 그러한 집행에 의미가 없고 실제의 재판실무에서도 드물었다는 이유에서이다. 세 번째는 여러 신체형이 동시에 존재하는 경우에는 동일한 신체형 중 하나만을 집행한다는 것이며, 이때에도 병과주의 원칙은 적용되지 않는다. 넷째, 신체형이 존재하면 민사형(poena civilis)에 해당하는 자유형과 벌금형<sup>47)</sup>은 추가로 집행하지는 않는다. 다섯째, 민사형은 일반적으로 병과될 수 있으나 가벼운 범죄에서는 특정한 하나의 형벌만을 집행해야 한다.

카르프조프의 이 논의는 그 후 100년 이상 독일 보통법학을 지배하였다. 그는 첫 번째 원칙의 예외로 특정한 범죄를 반복한 경우에 형이 가중되는 예로서 강도살인을 여러 번 저지른 경우에는 피해자의 수만큼 범죄가 성립한

46) Lang, 앞의 책, 35면.

47) Schaffstein, 앞의 책(주 35), 216면.

다고 설명하였는데, 이는 죄수론에 관한 논의의 단초로 평가할 수 있다. 그러나, 그 후의 문헌에서는 카르프조프의 설명을 원용하면서도 형벌의 경합과 범죄의 경합을 분명히 구별하지 못하는 경우를 종종 발견할 수 있다.<sup>48)</sup> 이러한 상황에서는 여러 형벌을 동시에 완전히 적용할 수 있는 경우가 실제로 매우 드물었기 때문에 죄수론 문제에 대한 이론적 접근의 실질적 가치도 크지 않았을 것이라고 평가할 수 있다.

#### 4. 죄수론에 대한 이론적 접근의 단초; 18세기 말의 설명

1792년의 프로이센 일반판트법도 죄수론에 관한 규정을 두었으나 상상적 경합에 관한 내용을 명시하지 않았는데, 당시의 실무는 상상적 경합에 해당하는 사안을 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하면서 법관이 형을 가중하였다.<sup>49)</sup>

그때까지의 다수설은 여러 범죄가 동종(gleichartig)인지 이종(ungleichartig)인지에 따라 구분하였으며 행위의 수는 문제를 삼지 않았다. 동종은 동일한 법률을 여러 번 침해한 것을 의미하며 이종은 여러 법률을 위반한 것을 의미하는데, 동종과 이종을 구별한 이유는 집행가능한 형사제재를 파악하기 위해서였다. 여러 범죄가 동종인 경우에는 형벌의 종류도 동일하므로 그 형벌을 배수에 따라 병과하면 되나, 이종인 경우에는 먼저 어떤 형벌을 집행할지를 정해야 한다. 그 예로 퀴스토르프(Quistorp)는 동종의 범죄로 연속범과 반복된 범죄를 들었는데, 이들은 동일한 법률을 여러 번 침해했다는 점에서는 상습범과 동일하나, 상습범은 그 법률로 이미 유죄판결을 받았을 것을 요건으로 한다.<sup>50)</sup> 오늘날의 이론의 기초를 형성했다고 평가되는 코흐(Koch)도 교과서의 1판(1758년)에서 3판(1770년)까지는 이러한 입장을 따랐다고 한다.

반면에 행위의 수가 몇 개인지를 기준으로 삼는 견해도 등장하기 시작하

48) Lang, 앞의 책, 39, 42면.

49) Goldammer, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die PreuBischen Staaten, Teil I*, Berlin 1851(Reprint, 1991), S. 447; Berner, 앞의 책, 289면.

50) Lang, 앞의 책, 49면.

였다. 1692년에 베커(August Becker)가 박사논문에서 행위의 수에 따른 구별을 처음으로 제시하였다. 그는 주석학파의 설명을 충실히 따라 이중처벌이 문제가 되는 상황이거나 형벌의 집행이 물리적으로 불가능한 상황에서만 흡수주의를 따르자고 주장하였다. 그의 논의는 그 후 학계에서 약간 언급되기는 하였으나 실무에서는 카르프조프의 영향력을 뛰어넘을 수는 없었다.<sup>51)</sup>

오늘날의 논의에 중요한 위치를 차지하고 있는 코흐<sup>52)</sup>의 설명을 좀더 살펴볼 필요가 있다. 그는 1775년에 처음으로 어떤 범죄가 다양한 측면에서 평가될 수 있다면 그에 대한 형벌은 가장 중한 것으로 정해야 한다고 설명하면서, 하나의 행위가 동시에 여러 개의 절도죄에 해당하는 카롤리나 형법전 제163조와 하나의 행위가 간통, 간음, 근친상간을 동시에 충족시키는 경우를 예로 제시하였다. 그런데 여러 법률을 동시에 침해하기 위한 전제로 하나의 행위를 제시하였으므로, 이는 오늘날의 상상적 경합에 관한 논의에 접근하게 된다. 즉, 죄수론 문제를 해결하기 위해 형벌이 경합한다고 보아 형벌집행에만 관심을 기울이는 것이 아니라 여러 법률위반이 동시에 발생하며 그 구체적인 내용으로서 실행방법인 행위와 법률위반의 본질에 관심을 가지게 되었다는 의미이다.

코흐는 1779년에 발간된 교과서의 제5판에서 다음과 같이 설명하였다.<sup>53)</sup> “누군가 여러 범죄를 범하였다면 그는 하나의(einer und derselben) 행위에 의해서거나 여러 행위에 의해서이다. 첫 번째 경우에는 범죄의 경합(Zusammenfluß von Verbrechen)이 동시에(simultaneus) 존재하며, 두 번째 경우에는 범죄의 경합이 경합적으로(successivus) 존재하는 것이다.” “동시에 존재하는 경우에는 그 행위를 다양한 측면에서 평가할 수 있다면 형벌은 가장 중한 범죄에 정한 것으로 해야 한다.”

그런데 코흐는 여기에서 앞에서 언급한 두 가지 이외에 어느 범죄자가 피해자로부터 폭력적으로 물건을 빼앗아 간 경우에는 절도와 강도가 성립한다

51) Lang, 앞의 책, 43면 이하.

52) Hipfel, *Deutsches Strafrecht Band 2*, 1930(Reprint, 1971), S. 496.

53) Lang, 앞의 책, 74~75면에서 재인용.

는 새로운 예를 제시한다. 그러므로 그가 들고 있는 사례들은 오늘날의 범조경합에 해당하며, 상상적 경합에 관한 오늘날의 법률효과는 범조경합과 혼합된 결과라고 판단할 여지가 생긴다.<sup>54)</sup>

## 5. 19세기 이후의 논의상황과 입법화과정

### 1) 19세기 초반의 입법례와 학설

그 후 독일 학계에서는 다양한 논의가 전개되었다. 19세기 초에는 과거의 설명에 기반하면서 코흐를 원용하면서 범조경합과 상상적 경합을 구별하지 않는 학자들이 존재하였는데, 이들은 상상적 경합(ideale Concurrenz)이라는 표현을 쓰면서도 범조경합에 해당하는 사례를 예로 들었으며,<sup>55)</sup> 논의는 흡수주의와 병과주의<sup>56)</sup> 중 어느 쪽에 따르는지에 따라 다시 구분되었다. 그러나, 범조경합과 상상적 경합을 구별하는 견해가 등장하면서 이중처벌의 문제는 해결되었고 이 견해는 1830년대 이후 독일의 다수설이 되었다.<sup>57)</sup>

당시 각 영방의 형법전에는 1838년의 작센형법전 제47조, 1840년의 하노버형법전 제105조, 1839년의 뷔르템베르크형법전 제123조처럼 가장 중한 형을 법관의 재량에 따라 가중하는 경우가 보통이었다.<sup>58)</sup> 형법전에 조문이 없는 경우에도, 실무는 독일보통법에 연결하여 가장 중한 죄에 정한 형으로

54) Schaffstein, 앞의 책(주 35), 219면도 코흐는 범조경합의 개념을 알지 못하였다고 지적한다.

55) 다만 클라인(Klein)은 동일한 종류의 여러 범죄가 동시에 행해진 경우에는 동시의 경합범이 존재한다고 하면서, 총 한 발을 발사하여 여러 명이 살해된 사례를 들고 있어 상상적 경합의 전형적인 예를 최초로 제시하였다. Lang, 앞의 책, 101면.

56) 예로 베호터(Wächter)는 로마법의 설명에 따라 병과주의가 원칙이며 연속범과 가중사유가 경합하는 경우에만 예외를 인정하려고 하였는데, 하나의 범행만이 존재한다고 보았기 때문이다. Lang, 앞의 책, 162면.

57) 19세기 보통법학에서는 경합을 동종과 이종의 경합, 실제적(real) 경합과 상상적(ideal) 경합의 네 가지로 크게 구분하였으나 관점에 따라 용어가 혼용되었다. 행위의 수를 기준으로 하여 동시, 상상적, 형식적, 일행위(einhätlich)의 경합과 연속적(successiv), 실제적, 실질적 다행위(materiale mehrhätlich)의 경합으로 구분하기도 하였고, 위반법률을 기준으로 하여 동종의(gleichartig 또는 einartig), 동일하게 취급되는(gleichhaltig), 객관적 경합과 다종의(ungleichartig 또는 mehrartig), 다르게 취급되는(ungleichhaltig), 객관적 경합으로 구분하기도 하였다. Höpfner, 앞의 책, 62면 이하. 상상적 경합의 동의어로 하나의 행위에 의한 동시발생(eintätige Zusammentreffen)을 언급하는 현대의 설명으로 Fabrizy, 앞의 책, § 28 Rz. 2.

58) Höpfner, 앞의 책, 69면 참조.

처벌하면서 중첩된 법률침해를 고려한 특별한 가중을 하기도 하였다.<sup>59)</sup>

이러한 상황에서, 바이에른 형법전을 기초한 포이어바흐(Feuerbach)의 저서와 법률안은 죄수론에 관한 논의가 변화하는 모습을 잘 보여준다. 그는 1799년의 저서인 ‘실정형법의 기본원칙과 기본개념의 수정(Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts)’에서 어느 주체가 형법의 여러 번의 위반의 원인이 된 자로서 판단될 때 범죄의 경합이 존재한다고 설명한다. 그는 모든 법률위반이 형벌로 처벌되어야 한다고 보면 서<sup>60)</sup> 관련유형을 다음과 같이 구별하였다. 먼저 상상적 경합 또는 관념적 경합(Ideale oder formale Konkurrenz)은 하나의 행위 또는 단절되지 않은 행위를 통해 여러 형법규범을 위반한 경우이다.<sup>61)</sup> 객관적 경합(Objective Konkurrenz)는 여러 행위를 통한 여러 형법규범 위반이 존재하는 경우이다. 여러 행위를 통한 하나의 형법위반이 존재하는 주관적 경합(Subjektive Konkurrenz)은 하나의 객체에 대한 경우(연속범)와 여러 객체에 대한 경우(반복범)로 다시 구별된다고 설명하였다. 다만, 교과서에서는 카롤리나 형법전 제163조를 제시하면서 연속범과 ‘동종의 범죄가 상상적으로 경합하는 경우’에 병과주의를 통한 이중처벌의 예외를 인정하려고 시도하였으며, 이중의 범죄가 상상적 경합인 경우에는 가장 중한 처벌을 가중해서 적용해야 한다고 주장하였다.

포이어바흐가 1810년에 만든 바이에른 형법전 초안은 그 후 다른 영방의 형법전 초안의 기초가 되었는데, 한 범죄자가 행한 여러 범죄가 아직 처벌되지 않았으며 하나의 법원의 하나의 재판에서 판단되어야 할 경우를 범죄의 경합(Zusammenfluß von Verbrechen)으로 규정하였다(제111조). 여러 사람 또는 사물에 대하여 동일한 범죄가 반복되거나 범죄자가 여러 행위 또는 하

59) Brandt, *Die Entstehung des Code Penal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*(Peter Lang, 2000), S. 469.

60) 그러므로 포이어바흐는 결합범 등에서의 이중처벌의 문제를 해결하지 못하였다. Lang, 앞의 책, 132면.

61) 이렇게 볼 경우 동종의 상상적 경합을 포섭하지 못하게 된다. Heinemann, 앞의 책, 41면.



나의 행위를 통해 여러 종류의 범죄를 행한 때에는 제113조에 해당하는 경우<sup>62)</sup>를 제외하고 한 범죄에 대한 법정형과 다른 범죄에 대한 법정형을 연결시켰다(제112조). 이때의 연결이란 병과주의를 의미하였는데,<sup>63)</sup> 병과주의가 정의와 형사정책적 요구에 상응하는 방향이며 그로 인해 법원의 업무가 과중해지는 상황은 감수해야 한다고 포이어바흐는 보았다는 것이다.<sup>64)</sup>

1813년의 바이에른 형법전이 규정하고 있는 죄수론의 내용은 오늘날의 죄수론의 내용과 비슷하다.<sup>65)</sup> 먼저 경합범, 즉 다수의 행위자 또는 대상이 관련되거나 여러 범행이 행해진 경우에는 원칙적으로 병과주의가 적용되었다(제109조). 하나의 대상 또는 피해자에 대하여 범행이 반복된 경우인 연속범은 하나의 행위로 보았으나 그 형벌은 제95조 제2문의 기준에 따라 가중될 수 있었다(제110조 제1문). 하나의 행위를 통해 여러 범죄행위(Straftat)가 실현된 때(상상적 경합: 'idealer Zusammenfluß von Verbrechen')의 경우에도 마찬가지로였는데, 가장 중한 범죄행위에 규정된 범죄를 제95조 제2문의 기준에 따라 가중해야 한다고 규정하였다(제100조 제2문). 상습범에 대한 처벌도 가중하였다(제111조 이하).

이렇듯 바이에른 형법전은 경합범과 상상적 경합을 분명히 구분하여 규정하였으나,<sup>66)</sup> 규정의 내용에 대한 비판은 이미 입법 당시에 존재하였다.<sup>67)</sup> 경합범에 대한 병과주의는 별로 큰 의미가 없는 개별범죄도 주의깊게 판단하여 그에 따른 형을 확정해야 한다는 점에서 법원에게 지나친 부담이 되고 형사

62) 이는 카르프조프 이후 논의되던 처벌의 불가능성이 문제되는 상황이다.

63) Lang, 앞의 책, 299면.

64) Schubert, 앞의 책, 126면.

65) Greco, Die Strafzumessung im Bayerischen StGB von 1813, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik, 앞의 책, 296면. 다만 법관의 자의를 방지하기 위해서 엄격한 법률주의를 따른 결과, 사형과 사슬구금형(Kettenstrafe)이 규정된 범죄, 그리고 자유형이 규정된 범죄의 상당수는 절대적 법정형이었다. Greco, 앞의 글, 289면.

Naucke는 바이에른 형법전의 형벌규정이 엄혹하여 라트브루흐의 말(‘목적지향적인 엄정함과 자유로운 인도주의의 조화’)와는 거리가 멀며 이는 심리강제설 때문이라고 지적한다. Naucke, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*(Berlin, 2007), S. 111 Fn. 45.

66) Heinemann, 앞의 책, 44면.

67) Schubert, 앞의 책, 125면.

절차를 지연시키는 원인이 된다는 지적을 받았다. 경합의 유형에 관한 구별은 많은 경우 우연에 기반하기 때문에 그에 따라 법률효과를 구별할 필요는 없으며, 실제적 경합의 경우에도 상상적 경합과 마찬가지로 가장 중한 형을 가중하면 충분하다는 비판도 존재하였다. 그를 반영하여 1822년의 괴너(Göner) 초안은 경합범에도 흡수주의를 택하여 중한 범죄로만 처벌하고 다른 범죄는 양형에서 고려하려고 하였으며, 포이어바흐도 1824년 초안에서 병과주의의 내용을 제한하여 흡수주의의 방향을 택하였다.<sup>68)</sup> 1827년 초안도 상상적 경합과 경합범을 개념적으로는 구별하였으나 실제로는 같게 다루었고, 1860년 초안도 양자 모두를 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하였다.<sup>69)</sup>

## 2) 프로이센형법전과 독일구형법의 상상적 경합

그러나 독일구형법 및 현재의 독일형법에 큰 영향을 미친 1851년의 프로이센 형법전은 제55조에서 하나의 행위를 통해 여러 중죄 또는 경죄의 요건이 충족된 경우는 가장 중한 죄로 처벌한다고 규정하였으며, 제56조에서는 독립적인 여러 행위를 통해 여러 중죄 또는 경죄의 요건이 충족된 경우는 전체 형벌을 합산한다고 규정하였는데 죄수론에 대한 이러한 규정내용은 ‘매우 간단하고 명확해진 것’으로서<sup>70)</sup> 독일구형법 및 현재의 독일형법에도 유지되었다.

프로이센 형법전 제정을 위해 나온 여러 초안 중 1843년 초안은 상상적 경합에 대한 제119조에서 “하나의 행위를 통해 여러 형벌범규가 위반된 때에는 가장 중한 (중)죄의 형만 적용해야 하며, 양형에서는 여러 범죄의 경합(제106조~109조)이 고려되어야 한다”고 규정하였다. 이 초안에 대하여 비쇼프(Bischoff)가 대표저자로 1845년에 작성한 개정안의 설명<sup>71)</sup>에 따르면, 이 조문은 “가장 중한 죄에 대한 형은 다른 경미한 죄에 정한 형을 흡수한다”는

68) Lang, 앞의 책, 327면 이하.

69) 그러나 1861년의 바이에른 경찰형법전은 상상적 경합에 대하여 엄격한 흡수주의, 경합범에 대하여 변형된 병과주의를 규정하였다. Heinemann, 앞의 책, 47면.

70) Hippel, 앞의 책, 491면.

71) Lang, 앞의 책, 366면 이하를 참고하였다.

원칙의 표현이다. 이에 대해서는 독일보통법이나 다른 당시의 법제에 따라 형벌을 가중하지는 주장이 있었고, 적어도 절대적 법정형이 규정되어 있는 경우에는 형벌을 가중하지는 주장이 있었고, 단어만을 바꾸지는 지적이 있었다고 한다.

흡수주의에 관하여, 논리적인 결론을 엄밀히 따르면 제119조의 원칙을 따르지 말아야 할 것이라고 개정안은 설명한다. 상상적 경합에서 하나의 행위를 통해 행해진 범죄라고 하더라도 각각의 범죄는 완전히 처벌되어야 하며 로마법도 이를 따르고 있기 때문이다. 그러나 형사정책이 원칙으로 작용하여 “가장 중한 죄에 대한 형은 다른 경미한 죄에 정한 형을 흡수한다”가 적용되며 실질적인 관점에서 보아도 그렇게 규정하면 충분하다는 것이 개정안의 결론이었다.

그 이전의 실무 또는 법률에서는 실현된 다른 범죄를 상상적 경합의 양형에서 고려하고 있었음에도 별다른 설명 없이 그 부분이 삭제되었다고 이 조문을 비판하는 견해<sup>72)</sup>도 있다. 그러나 독일구형법에 관한 이유서는 상상적 경합에 관하여 ‘가장 중한 죄에 정한 형으로만 처벌한다는 독일보통법의 원칙을 따른 것’<sup>73)</sup>이라고 하여 프로이센 형법전의 조문내용과 초안의 설명내용을 따랐다.<sup>74)</sup>

### 3) 독일구형법 제정 이후의 논의

죄수론문제의 해결에 관한 법규정은 현행 독일형법의 가장 오래된 부분에

72) Lang, 앞의 책, 463면.

73) Hippel, 앞의 책, 497면에서 재인용.

74) 경합범에 대한 독일구형법 제74조의 문언은 프로이센형법과 약간 달라졌으나, 병과주의의 원칙을 따르고 있다는 점은 같다. Frank, 앞의 책, 235면. 이러한 내용은 프로이센 형법전에 관한 1847년 초안 제72조가 경합범에 대하여도 흡수주의의 원칙을 따른 것과 다르다(Beseler, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851*, Leipzig 1851(Reprint, 1999), S. 210).

프로이센 형법전 입법이유서는 이에 대하여, 라인연방에 속하던 국가들이 프랑스법의 원칙인 “가장 중한 죄에 대한 형은 다른 경미한 죄에 정한 형을 흡수한다”는 원칙을 경합범에도 적용하자고 주장하였고 이러한 주장은 형벌정의에 반하기 때문에 실제법적인 이유로는 받아들일 수 없으나, 소송법적인 어려움을 해소하기 위하여 법관이 전체형을 선고할 수 있도록 규정하였다고 설명한다. Goldammer, 앞의 책, 455면.

속하며, 1975년의 형법대개정의 상황에서도 큰 변화 없이 존속되었다.<sup>75)</sup> 그러나 개정의 노력이 없었던 것은 아니었다. 예를 들어 1962년의 독일의 대체 초안은 제64조에서 상상적 경합과 범조경합을 같게 취급한다는 관점에서 단일형으로 하였으며 형량은 적절히 가중한다고 정하였는데,<sup>76)</sup> 대체초안도 이러한 개정안의 근거로 바이마르 공화국 시기의 모든 독일형법전 초안과 1960년대 당시의 오스트리아, 스위스형법 및 독일의 소년법 등의 입법례를 제시하였다는 점은 흥미롭다.

제64조(수회의 범률위반) ① 동일한 범행으로 여러 범률을 위반하거나 하나의 범률을 여러번 위반한 경우, 또는 동일한 행위자의 여러 범률위반이 동시에 관결될 때에는 하나의 형만 선고한다. 그 형은 가장 중한 죄에 정한 형으로 하며 다른 범률의 형량범위를 하한해서는 안된다. 위반범률에 기해 운전금지, 보안처분 또는 부수처분을 선고해야 하거나 선고할 수 있다면 이또한 선고하거나 선고할 수 있다.

② 형벌은 적정히 가중해야 한다. 이때 제1항 제2문에 규정된 형량범위의 상한의 1/2까지 가중할 수 있으나, 범률에 규정된 각각의 형종의 상한을 초과해서는 안된다.

이러한 규정은 법규정을 간명하게 하는 효과가 있으며, 당시 경합범에서 실무가 법적 근거 없이 독일구형법 제74조에 따라 전체형을 도출해 내는 과정을 불필요하게 하는 점도 장점이라고 설명하였다. 각칙의 가중구성요건에 대한 판단을 절약할 수 있다는 점에서 상상적 경합에서의 가중주의도 장점이 있다고 보았다. 제1항은 제1문에서 단일형의 원칙을 선언한 후 제2문에서는 형

75) Jescheck/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 709f. Jungemann, *Carl Georg von Wächter (1797-1880) und das Strafrecht des 19. Jahrhunderts*(Duncker & Humblot, 1999), S. 216.

76) Baumann u.a., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 2. Aufl., Tübingen 1969, S. 123; Montenbruck, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Duncker & Humblot 1983, S. 137. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Band*, 2003, 33/7. Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.(Aufl., 2013), 30/11도 참조.

량범위의 출발점에 대하여 당시 상상적 경합에 대한 규정을 추상적인 형태로 선언하고 제3문은 당시 상상적 경합 사례에서 실무가 판결하던 운전금지, 보안처분 및 부수처분의 선고에 관하여 규정한다. 간명화라는 관점에서 자유형 다음순위의 주형인 벌금형의 선고도 가능하게 하였으며 1962년 초안 제67조 제3항의 복잡한 규정은 불필요하도록 하였다. 제2항 제1문은 여러 법률위반을 이유로 한 형의 가중을 규정하며, 제2문은 가중할 때의 한계를 규정한다. 제2항에서 말하는 자유형의 ‘법률상 상한’은 15년으로서(대체초안 제36조 제1항 제1문) 살인죄의 경우에는 예외적으로 종신형을 선고할 수 있다고 대체초안은 설명하였다.

그러나 독일형법의 입법자는 이 제안을 따르지 않았으며 상상적 경합과 경합범은 구별해야 한다는 논거를 다음과 같이 제시하였다.<sup>77)</sup> 먼저, 경합범의 양형에서 개별범죄의 형벌을 확정할 필요가 없다면 법관의 양형이 세심하고 정확하게 행해지지 않을 우려가 있다. 둘째, 피고인은 스스로를 방어하기 위해 개별 행위의 중요성을 알아야 할 필요성이 있다. 셋째, 보통의 경우 상상적 경합보다 경합범의 범죄에너지가 크다는 것이다. 나아가 경합범과 상상적 경합의 구별이 ‘인간의 행동의 본질에도 맞지 않으며 구독일형법 제52조, 제53조가 규정한 법률효과와의 의미있는 연관도 없는 기준을 통해서만 가능’하다는 블라이(Blei)의 비판도 있었으나, 독일의 통설이 상상적 경합에 해당한다고 보는 사례의 대부분이 가장 중한 형으로만 처벌하며 다른 규정은 이 형량범위 안에서 양형가중사유로만 고려하는 독일형법의 규정을 통해 타당하게 해결된다는 점도 상상적 경합에 대한 법조문이 개정 없이 현재의 형태를 유지하게 된 이유라고 할 것이다.<sup>78)</sup>

77) Roxin, 앞의 책, 33/9.

78) 즐고, 앞의 글(주 8), 63면.

### Ⅲ. 맺으며

이 글에서는, 죄수론에 대한 논의가 어떠한 과정을 거쳐서 지금의 모습을 갖추게 되었는지를 이해하기 위해서 독일에서의 죄수론의 발전과정, 그 중에서도 상상적 경합 개념의 역사를 살펴보았으며 그 내용을 정리하면 아래와 같다.

현재 우리 형법의 기반이 되고 있는 상상적 경합과 경합범의 구별, 병과주의와 흡수주의의 구별은 독일형법에서 기원하였다. 관련분야에 대한 독일형법의 논의는 로마법부터의 긴 역사를 가졌으나, 죄수론에 대한 이론적인 접근은 18세기 말부터 그 모습을 갖추기 시작하였으며 그 후 시간이 얼마 지나기도 전에 죄수론 규정에 대한 입법례들이 나오기 시작하였다. 상상적 경합의 효과에 대한 현재의 내용에는, 결과책임에서 행위책임으로라는 형사실체법적인 인식의 전환 이외에 서로 다른 유형인 경합범과 상상적 경합에 동일한 효과를 부여하면 안 되며 상상적 경합에서의 병과주의는 지나치게 가혹한 형벌에 이른다는 양형판단, 법관의 부담을 줄이려는 소송법적인 고려도 함께 반영되었음을 확인할 수 있다.

#### ■ 참고문헌

##### 1. 국내문헌

###### (1) 단행본

- 김성돈, 『형법총론(제5판)』, SKKUP, 2017.  
 김일수, 『한국형법 II (총론 하)』, 박영사, 1996.  
 박상기, 『독일형법사』, 을곡출판사, 1993.  
 배종대, 『형법총론(제12판)』, 홍문사, 2016.  
 신동운, 『형법총론(제10판)』, 법문사, 2017.  
 유기천, 『개정 형법학 총론강의(제26판)』, 일조각, 1985.  
 이용식, 『형법총론』, 박영사, 2018.  
 이재상·장영민·강동범, 『형법총론(제8판)』, 박영사, 2015.

임 응, 『형법총론(제7정판)』, 법문사, 2015.  
조규창, 『로마형법』, 고려대학교출판부, 1998.

## (2) 논문

류전철, 「죄수론과 경합론의 재구성을 위한 시론 - 죄수론의 새로운 구성을 위한 시도로서」, 『아주법학』 제8권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014.  
이경렬, 「죄수론의 체계구성에 관한 시론」, 『비교형사법연구』 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.  
최준혁, 「포괄일죄와 경합범의 구별기준 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도11318 판결 -」, 『법조 최신판례분석』 제721호, 법조협회, 2017. 2.  
\_\_\_\_\_, 「상상적 경합과 양형」, 『사법』 제45호, 사법발전재단, 2018. 8.  
한상훈, 「상상적 경합의 유형, 효과에 관한 재검토와 형법 제40조의 입법론」, 『형사법연구』 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.

## 2. 독일문헌

Baumann u.a., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., J.C.B.Mohr 1969.  
Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland*, Leipzig 1869, Neudruck 1978.  
Berner, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechts*, 17.Aufl., Leipzig 1895.  
Beseler, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die PreuBischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851*, Leipzig 1851, Reprint 1999.  
Brandt, *Die Entstehung des Code Penal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*, Peter Lang 2000.  
Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879, Nachdruck 1968.  
Duttge/Sotelsek, “Freifahrschein” für Unterschlagungstäter? *NJW* 2002, 3756.  
Fabrizy, *StGB*, 12. Aufl., Wien 2016.  
Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931.  
Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013.  
Goldammer, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die PreuBischen Staaten, Teil I*, Berlin 1851, Reprint 1991.  
Greco, Die Strafzumessung im Bayerischen StGB von 1813, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Mohr Siebeck 2014, S. 285-301.  
Hippel, *Deutsches Strafrecht Band 2*, 1930 (Reprint 1971).  
Heinemann, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, Berlin 1893.  
Höpfner, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Band 1* (Berlin 1901), Band 2 (Berlin 1908).  
Jescheck/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996.  
Jorge de Figueiredo Dias, Betrachtungen zur Konkurrenzlehre im Strafrecht, *FS Puppe*, 2011, S. 403-424.

- Jungemann, *Carl Georg von Wächter (1797–1880) und das Strafrecht des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot 1999.
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB* 3. Aufl., 2010.
- Koch, Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Mohr Siebeck 2014, S. 39–67.
- Lang, *Die Idealkonkurrenz als Mißverständnis*, Duncker & Humblot 2008.
- Maiwald, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Peter Lang 2009.
- Merkel, Konkurrenz, in: Birkmeyer (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 5*, 1908.
- Miehe, 100 Jahre Strafgesetzgebung nach der Carolina, in: Jerouschek/Schild/Gropp (Hrsg.), *Benedict Carpzov*, Tübingen 2000, S. 137–164.
- Montenbruck, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Duncker & Humblot 1983.
- Naucke, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin 2007, S. 103–125.
- Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Duncker & Humblot 1979.
- Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Band, 2003.
- Rüping/Jerouschek, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4. Aufl., 2002.
- Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin 1930.
- \_\_\_\_\_, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, Aalen 1986.
- Schroeder (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina)*, Reclam 2000.
- Schubert, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahr 1824*, Duncker & Humblot 1978.

### 3. 일본문헌

- 只木 誠, 罪數論の研究[補丁版], 成文堂, 2009.
- 仲道祐樹, ドイツにおける罪數論の思考方法, 刑事法ジャーナル 2016(vol. 48), 17–29頁.



〈Abstract〉

## Die Geschichte von dem Begriff ‘Idealkonkurrenz’

CHOI, Jun-Hyouk\*

Nach Meinung von Verfasser bedarf einer historischen Betrachtung über den Begriff ‘Idealkonkurrenz’, wenn man dessen Inhalt – einschließlich dessen Rechtsfolge – und Beziehung mit anderen Begriffen richtig verstehen will. Die Genese des Begriffs im koreanischen StGB ist aus Deutschland zu finden.

Obwohl in Deutschland wurde dieser Problembereich schon ab Römischem Recht diskutiert, gewann eine allgemeine Konkurrenzliche erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts langsam am Gestalt, blieben diesem Bereich des Strafrechts etwa nach dem 20 Jahren, um sich als Problemfeld zu entwickeln und einer dogmatisch sauberen Lösung zugeführt zu werden, bevor die Strafgesetzbungen Fakten schufen. Beim Gesetzgebungsprozess betroffen nicht nur materiellrechtliche Handlung- und Verbrechenbegriffe, sondern auch strafzumessungsrechtliche, kriminalpolitische und verfahrensrechtliche Faktoren. Deren mit etwa 100-jährigen Versuchen von Lehren und Praxis gebundener Erfolg war Preußisches StGB, danach sich Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz miteinander stark unterscheiden und diese mit Kumulationsprinzip zu bestrafen ist, im Vergleich mit Absorptionprinzip von jenen.

---

\* Professor in INHA University Law School.

**[Key Words]** Idealkonkurrenz, Realkonkurrenz, Kumulationsprinzip,  
Absoptionsprinzip, Asperationsprinzip