

# 다수 범죄의 법정형에 관한 규정들

임 광 주\*

## 차 례

- I. 머리말
- II. 다수 범죄의 형량구성요건규정
  - 1. 형량구성요건의 개념과 유형
  - 2. 형량구성요건규정의 개념과 유형
- III. 현행형법상 다수 범죄의 형량구성요건규정 유형
  - 1. 상상적 경합의 규정
  - 2. 실체적 경합의 규정
  - 3. 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정
- IV. 종래의 입장에 대한 비판적인 검토
- V. 맺음말

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2013. 10. 23. / 심사일자 : 2013. 11. 30. / 게재확정일자 : 2013. 12. 10.

## I. 머리말

범죄가 성립하면, 그에 대한 법효과로서 법정된 형량이<sup>1)</sup> 뒤따르게 된다. 그러므로, 범죄가 1개 성립하여 존재하는 경우는 물론, 여러 개 성립하여 존재하는 경우에도 그에 대한 법효과로서 법정형이 뒤따르게 된다. 이 글에서는 죄수론의 단계에서<sup>2)</sup> 일단 수죄가 성립한 경우, 그 다수의 범죄들에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 법정하는 규정들이 과연 현행형법에 존재하는지를 밝혀보기로 한다.

이를 위해 종래의 전통적 입장이 수죄에 관한 문제로 다루어온 상상적 경합과 실체적 경합에 관한 규정들, 그리고 1죄에 관한 문제로 다루어온 결합범, 결과적 가중범 및 준강도에 관한 규정들이 현행형법상 다수 범죄의 형량을 법정하는 규정들이 아닌지를 형량구성요건론에<sup>3)</sup> 의거하여 새롭게 해석해 보기로 한다.

그렇게 함으로써 상상적 경합이나 실체적 경합에 있는 수죄들의 경우에는 전혀 문제되지 않는 기수 및 미수의 기준, 실행착수의 시기, 신분범 여부 등이 왜 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도들의 경우에는 문제되는지 그 원인을 밝혀보기로 한다.

---

1) 여기에서 말하는 ‘형량’은 형의 종류와 양을 의미한다.

2) ‘죄수론’에 범죄의 수를 결정하는 문제와 형벌을 부과하는 문제를 포함시키는 종래의 주류적인 입장과는 다르게, 범죄의 수를 결정하는 문제를 ‘죄수론’의 영역으로, 형벌을 부과하는 문제를 ‘양정론, 형벌론 내지 경합론’의 영역으로 나누는 소수 견해가 있다, 즉 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997, 192쪽; 민영성/차정인, “죄수론의 재검토”, 「법학연구」 제48권 제1호, 부산대학교, 2007, 683쪽; 이경렬, “죄수론의 체계구성에 관한 시론”, 「비교형사법연구」 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 96쪽, 주)4. 그 밖에도 양 문제를 각각 죄수론을 포함하는 범죄론의 영역과 형량론의 영역으로 나누는 소수 견해도 있다, 즉 임광주, “죄수결정의 기준”, 「한양법학」 제22권 제3집, 한양법학회, 2011, 281쪽, 285쪽.

3) 형량규범론 내지 형량구성요건론에 대해서는, 임광주, “현행 형법의 규범구조”, 「법학논총」 제16집, 한양대 법학연구소, 1999, 291-292쪽; 임광주, “기본형량구성요건”, 「법학논총」 제27집 제1호, 한양대 법학연구소, 2010, 152-162쪽; 임광주, “변경형량구성요건”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 88-105쪽.

## Ⅱ. 다수 범죄의 형량구성요건규정

### 1. 형량구성요건의 개념과 유형

형법에서 의미하는 형량구성요건의 개념을 정의하려면, 그의 상위개념 내지 속개념인 법일반에 있어서 의미하는 구성요건의 개념을 먼저 알아야 한다. ‘법일반적 의미의 구성요건’이란, 법효과를 성립시키는 데에 필요한 조건을 뜻한다<sup>4)</sup>. 그리고, 법일반적 의미의 구성요건은, 그것의 충족으로 뒤따르게 되는 법효과가 무엇인가에 따라 유형화될 수 있다. 앞에서 언급했듯이, 범죄가 성립하면 그에 대한 법효과로서 형량이 뒤따르게 된다. 그러므로 법일반적 의미의 구성요건이 충족되어 뒤따르게 되는 법효과가 형량인 경우에는, 그것은 형량구성요건이 된다. 따라서, 형량구성요건이란 ‘형량’이라는 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건을 뜻한다<sup>5)</sup>.

형량구성요건은 1개 범죄만을 ‘형량’이라는 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건으로 하고 있는가, 여러 개의 범죄들을 ‘형량’이라는 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건으로 하고 있는가에 따라 다시 ‘단일 범죄의 형량구성요건’과 다수 범죄의 형량구성요건으로 나뉠 수 있다. 즉, 단일 범죄의 형량구성요건은 하나의 범죄를 ‘형량’이라는 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건으로 하는 형량구성요건을 뜻한다. 이에 대해, 다수 범죄의 형량구성요건은 여러 범죄를 ‘형량’이라는 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건으로 하는 형량구성요건을 뜻한다.

### 2. 형량구성요건규정의 개념과 유형

형량이라는 ‘법효과’와 이 법효과를 성립시키는 데 필요한 조건, 즉 ‘형량구성요건’을 함께 정하고 있는 규정이 형량구성요건규정이다. 이러한 형량구성요건규정은 단일 범죄와 다수 범죄 가운데 어느 것에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 법정하는가에 따라, 단일 범죄의 형량구성요건규

4) 이에 대해 자세한 것은, 임광주, “기본형량구성요건”, 「법학논총」 제27집 제1호, 한양대 법학연구소, 2010, 152쪽 참조.

5) 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 152쪽 참조.

정과 다수 범죄의 형량구성요건규정으로 나뉜다.

단일 범죄의 형량구성요건규정은, 단일 범죄의 성립을 조건으로 하여, 그에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 법정하는 규정이다. 예컨대, 제 250조 1항은 일면으로(즉, 앞문장은) 단일 범죄의 불법구성요건규정이지만, 타면으로(즉, 뒷문장은) 단일 범죄의 형량구성요건규정이기도 하다<sup>6)</sup>. 왜냐하면, 제250조 1항 뒷문장에 법정된 형량은, 살인죄의 불법구성요건 해당성, 위법성 및 책임의 존재로 1개의 살인죄가 성립할 때 뒤따르는 법효과이기 때문이다.

이에 대해, 다수 범죄의 형량구성요건규정은 다수 범죄의 성립을 조건으로 하여, 그에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 법정하는 규정이다.

이제부터 다수 범죄의 형량구성요건규정개념에 의거하여 현행형법상 다수 범죄의 법정형을 규정하는 형량구성요건규정에 속하는 것들은 어떤 규정들인지를 밝혀보기로 한다.

### Ⅲ. 현행형법상 다수 범죄의 형량구성요건규정 유형

#### 1. 상상적 경합의 규정

##### (1) 상상적 경합관계에 있는 다수 범죄의 형량구성요건규정

현행형법은 제40조에서 상상적 경합을 규정하고 있는데, 상상적 경합관계에 있는 범죄들을 (실질상) ‘수죄’로 파악하는 한, 제40조는 범죄성립의 단계에서 이미 성립한 다수의 개별 범죄들, 즉 다수 범죄를 대상으로 하여 형량법정의 단계에서 다만 행위의 수를 고려하여 그에 대해 뒤따르는 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 규정이고, 여러 개별 범죄들의 성립에 필요한 불법구성요건을 스스로 정하는 규정이 아니다. 왜냐하면 상상적 경합관계에 있는 다수의 개별 범죄들은 범죄성립의 단계에

---

6) 단일 범죄에 대한 형량구성요건규정들에 대해서는, 임광주, “기본형량구성요건”, 『법학논총』 제27집 제1호, 한양대 법학연구소, 2010, 151-163쪽; 임광주, “변경형량구성요건”, 『형사법연구』 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 87-108쪽.

서 해당하는 개별 범죄들의 규정에 의해 그 성립이 각각 결정되기 때문이다. 즉, 제40조가 규정하는 상상적 경합의 법정형이 전제하는 다수 범죄들이 성립하는 데 필요한 불법구성요건을 정하는 규정은 해당하는 개별 범죄들의 불법구성요건규정들 바로 그것이다. 따라서 제40조는 범죄성립의 단계에서 이러한 개별 범죄들의 규정에 의해 그 성립과 유형이 이미 결정된 다수의 개별 범죄들을 그대로 전제하여 형량을 법정하는 단계에서 오로지 1개 행위를 요건으로 하여 그 다수 범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 형량구성요건규정일 뿐이다.

곧 아래에서 설명하게 되듯이<sup>7)</sup>, 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도의 경우는 후행하는 특정 범죄가 선행하는 특정 범죄의 기회에 저질러져 여러 범죄가 함께 존재하는 그러한 특정 다수 범죄군이다. 제40조가 전제하는 상상적 경합관계의 다수 범죄들은, 하나의 행위에 의해 실현된 다수 범죄이되 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도의 경우와 같이 후행하는 특정 범죄가 선행하는 특정 범죄의 기회에 동일한 행위에 의해 저질러져 함께 존재하는 그러한 특정 다수 범죄군을 제외한 모든 다수 범죄군이다. 왜냐하면 다수 범죄가 하나의 행위에 의해 성립되어 상상적 경합관계에 놓이더라도, 그것들이 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도에 해당하는 특정한 여러 개의 범죄에 속하면서 시간적 장소적으로 밀접한 관계에<sup>8)</sup> 있으면 상상적 경합의 법정형이 적용되지 않고, 해당하는 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도에 규정된 법정형이 우선적으로 적용되기 때문이다. 따라서 제40조는 하나의 행위에 의해 성립되어 병존하는 다수 범죄들 가운데 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도와 같은 경우에 해당하는 ‘밀접한 관계의 특정 다수 범죄’를 제외한 다수 범죄를, 즉 특정의 다수 범죄가 아닌 불특정의 다수 범죄와 특정의 다수 범죄이더라도 밀접한 관계가 없는 다수 범죄를 대상으로 행위의 수가 1개인 경우를 고려하여 법정형을 정하는 규정이다.

7) 아래의 3. (2)

8) 이하에서는 ‘시간적 장소적인 밀접한 관계’를 ‘밀접한 관계’로 줄여서 말하기로 한다.

## (2) 상상적 경합관계의 다수 범죄 전체에 대한 포괄1형의 법정

지금까지 설명한 것처럼, ‘상상적 경합’은 죄수론을 포함하는 범죄론의 단계에서<sup>9)</sup> 그 성립 및 수가 일단 결정된 불특정의 다수 범죄들을 대상으로 하여, 형량론의 단계에서 그 전체에 대한 하나의 포괄적인 법효과로서 뒤따르는 형량을 어떻게 법정할 것인지를 그 핵심내용으로 한다. 그렇기 때문에, 제40조의 상상적 경합에 있어서 ‘경합의 내용’은 ‘형량’의 경합이지, 다수의 개별 범죄들 가운데 어느 1개 범죄만이 성립하는가를 둘러싸고 그것들 사이에서 벌이는 ‘범죄(성립)’의 경합이 아니다. 그리고 여기에서 말하는 형량의 ‘경합’이 뜻하는 것은, 다수 범죄 전체에 대한 합리적인 법효과로서 뒤따르는 형량을 적정하게 책정하기 위해 여러 개별 범죄들의 각 법정형을<sup>10)</sup> 모두 단순 합산하지 않고 (개별 범죄들 각각의 법정형을 모두 고려하는 기초위에서) 그 가운데 가장 무거운 법정형만을 다수 범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 법효과로서 뒤따르게 정한다는 의미이지, 여러 개별 범죄 각각의 법효과로서 뒤따르는 각각의 법정형들을 서로 경쟁시켜 다른 것을 모두 배척한 가장 무거운 하나의 법정형만을 그 다수 범죄 전체에 대한 법효과로 성립시킨다는 의미가 아니다. 그러므로, 상상적 경합에 있어서 경합의 내용인 ‘형량의 경합’은 더 정확히 표현하면 다수의 개별 범죄들 각각의 법정형을 기초로 한 ‘포괄적인 1개 형량의 법정’을 뜻한다.

그렇다면 ‘포괄적인 형량의 법정’은 다수 범죄에 대한 포괄적인 1개 형량의 법정을 의미하는가, 아니면 다수 범죄가 먼저 1개 범죄로 됨을 전제로 하여 그 1개 범죄에 대한 1개 형량의 법정을 의미하는가?

현행형법은 제40조에서 다수의 개별 범죄가 상상적 경합관계에 있는

9) 이 글에서는 종래의 주류적 입장과 달리, ‘죄수론을 포함하는 범죄론’과 ‘형량론’으로 구별하는 소수견해의 입장을 취한다.

10) 여러 개별 범죄들 각각에 뒤따르는 법정형은 (보통살인죄의 법정형과 같은) 기본형량일 수도 있고 (직계존속을 살해한 경우에 보통살인죄의 법정형을 가중한 법정형과 같은) 변경형량일 수도 있다. 기본형량과 변경형량에 대해 자세한 것은, 임광주, “기본형량구성요건”, 「법학논총」 제27집 제1호, 한양대 법학연구소, 2010, 151-163쪽; 임광주, “변경형량구성요건”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 87-108쪽 참조.

경우에는, 개별 범죄 각각에 뒤따르는 각각의 법정형을 모두 단순 합산한 형량이 아니라, 각각의 법정형 가운데 가장 무거운 법정형 하나만으로 처벌하도록 하고 있다. 이는, 어디까지나 다수의 개별 범죄 전체에 대한 ‘하나의 포괄적인 법효과로서’ (개별 범죄 각각의 법정형을 기초로 하여 그 가운데) 가장 무거운 법정형 하나만이 뒤따른다는 것을 의미하지, 결코 다수의 개별 범죄들이 합쳐서 ‘법효과가 가장 중한 범죄 그것 하나’로 성립되어 가장 중한 1개 범죄 바로 그것의 법정형으로 처벌된다는 의미가 아니다. 왜냐하면 상상적 경합관계에 있는 다수의 개별 범죄들은 범죄 성립의 단계에서 이미 수죄의 성립이 확정된 것이므로 성립된 수죄가 다시 형량의 법정단계에서 1죄로 변경될 수 없고, 다만 그 수죄 그대로가 과형의 대상이 될 수 있을 뿐이기 때문이다. 그러므로 상상적 경합관계에 있는 다수의 개별 범죄들은 성립상 ‘다수 범죄’임은 물론, 과형상으로도 그 대상으로서 다수 범죄를 그대로 유지하고 다만 그에 대한 ‘포괄적인 1형’일 뿐이다<sup>11)</sup>. 그렇기 때문에 상상적 경합의 경우 종래의 전통적 입장이 “과형상 1죄가 된다”고 하는 것은 ‘과형상 (포괄적) 1형이 된다’고 하는 것으로 바로잡는 것이 정확하다. 예컨대, 하나의 행위로 살인과 함께 상해를 한 경우, 범죄성립의 단계에서 제250조 1항과 제257조 1항에 의해 살인죄와 상해죄가 각각 성립하여 ‘다수 범죄가 존재’하지만, 형량법정의 단계에서는 제40조에 따라 그 2개 범죄에 대한 각각의 법효과로서 뒤따르는 2개의 법정형을 기초로 하여 그 가운데 가장 무거운 어느 하나가 (즉, 살인죄의 법정형이) ‘2개의 다수 범죄 전체’에 대한 ‘하나의 포괄적인 법효과’로서 뒤따르게 된다. 결코, 제40조에 의해 살인죄와 상해죄의 2개 범죄가 서로 ‘성립을 위해 경합하여’ 법정형이 더 무거운 살인죄라는 1개 범죄만 성립한 다음에, 그 살인죄의 법정형이 법효과로서 뒤따르는 것이 아니다.

11) 통설과 판례가 사용하는 포괄일죄에서 말하는 ‘포괄’은 실체법상 수죄이지만 과형상을 포괄할 수 있다는 의미로 보는 것이 적절하다는 견해는, 신영호, “상상적 경합을 통해 본 ‘포괄일죄론’”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 117쪽.

## 2. 실체적 경합의 규정

### (1) 실체적 경합관계에 있는 다수 범죄의 형량구성요건규정

현행형법은 제37조 내지 제39조에서 실체적 경합을 규정하고 있는데, 실체적 경합관계에 있는 범죄들을 ‘수죄’로 파악하는 한, 제37조 내지 제39조는 범죄성립의 단계에서 이미 성립한 다수 범죄를 대상으로 하여 다만 형량법정의 단계에서 행위의 수를 고려하여 그에 대해 뒤따르는 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 규정이고, 다수 범죄들의 성립에 필요한 불법구성요건을 스스로 정하는 규정이 아니다. 왜냐하면 제37조 내지 제39조가 규정하는 실체적 경합의 법정형이 전제하는 다수의 개별 범죄들이 성립하는 데 필요한 불법구성요건을 정하는 규정은 해당하는 개별 범죄들의 불법구성요건규정 그것들이기 때문이다. 따라서 제37조 내지 제39조는 범죄성립의 단계에서 이러한 개별 범죄들의 규정에 의해 그 성립과 유형이 이미 결정된 다수의 개별 범죄들을 그대로 전제하여 형량법정의 단계에서 오로지 수개 행위를 요건으로 하여 그 다수 범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 형량구성요건규정일 뿐이다.

이미 앞에서 설명한 제40조의 상상적 경합이 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도와 같은 규정들에 대해 갖는 관계는 실체적 경합에 있어서도 똑같다. 즉 제38조 내지 제39조는 여러 행위에 의해 성립되어 병존하는 다수 범죄들 가운데 결합범, 결과적 가중범 또는 준강도와 같은 경우에 해당하는 ‘밀접관계의 특정 다수 범죄’를 제외한 다수 범죄를 대상으로 행위의 수가 다수인 경우를 고려하여 법정형을 정하는 규정이다.

### (2) 실체적 경합관계의 다수 범죄 전체에 대한 포괄적 1형의 법정

‘실체적 경합’도 ‘상상적 경합’과 마찬가지로, 죄수론을 포함하는 범죄론의 단계에서 그 성립 및 수가 일단 결정된 불특정의 다수 범죄들을 대상으로 하여, 형량론의 단계에서 그 전체에 대한 하나의 포괄적인 법효과로서 뒤따르는 형량을 어떻게 법정할 것인지를 그 핵심내용으로 한다. 그렇기 때문에 실체적 경합에 있어서 ‘경합의 내용’은 ‘형량’의 경합이지,



다수의 개별 범죄들 가운데 어느 1개 범죄만이 성립하는지를 두고 그것들 사이에서 벌이는 ‘범죄(성립)’의 경합이 아니다. 그리고 여기에서 말하는 형량의 ‘경합’이 뜻하는 것은, 다수 범죄 전체에 대한 합리적인 법효과로서 뒤따르는 형량을 적정하게 책정하기 위해 여러 개별 범죄들의 각 법정형을 모두 단순 합산하지 않고 (개별 범죄들 각각의 법정형을 기초로 하여) 제38조와 제39조의 방법에 따라 책정한 형량을 다수 범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 법효과로서 뒤따르게 정한다는 의미이다. 그러므로, 실체적 경합에 있어서 경합의 내용인 ‘형량의 경합’은 더 정확히 표현하면 다수의 개별 범죄들 각각의 법정형을 기초로 한 ‘포괄적인 1개 형량의 법정’을 뜻한다.

현행형법은 다수의 개별 범죄가 실체적 경합관계에 있는 경우에는, 개별 범죄 각각에 뒤따르는 각각의 법정형을 모두 단순 합산한 형량이 아니라, 각각의 법정형을 기초로 하여 제38조와 제39조의 방법에 따라 책정한 형량으로 처벌하도록 하고 있다. 이는, 어디까지나 다수의 개별 범죄 전체에 대한 ‘하나의 포괄적인 법효과로서’ 제38조와 제39조의 방법에 따라 책정한 형량 하나만이 뒤따른다는 것을 의미한다. 그러므로 실체적 경합관계에 있는 다수의 개별 범죄들에 뒤따르는 형량은 다수 범죄에 대한 ‘포괄적인 1형’이다. 예컨대, 별개의 독립적인 행위로 주거침입을 하고 사람을 상해한 경우, 범죄성립의 단계에서 주거침입죄와 상해죄가 각각 성립하여 다수 범죄가 존재하지만, 형량법정의 단계에서는 양 죄의 법정형을 기초로 제37조 내지 제38조의 방법에 따라 다시 산정한 형량이 ‘주거침입죄와 상해죄’ 전체에 대한 1개의 포괄적인 법정형이 된다.

(3) 상상적 경합의 법정형과 실체적 경합의 법정형으로  
유형화시키는 ‘행위의 수’

현행형법은 제40조에서 상상적 경합관계에 있는 다수 범죄의 법정형이 뒤따르기 위한 요건을 “1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우”로 명시하여 규정하고 있다. 이와 달리 제37조에서는 실체적 경합관계에 있는 다수 범죄의 법정형이 뒤따르기 위한 실체법적 요건을 “수개의 죄”라고

만 명시하여 규정하고 있을 뿐, 수개의 죄에 해당하는 행위가 몇 개인지에 대해서는 명시하여 규정하지 않고 있다. 그러나 종래의 통설적 입장은 제37조의 실체적 경합이 제40조의 상상적 경합과 대비하여 존재하는 규정이므로, 제40조의 상상적 경합이 ‘1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우’를 규정하는 내용과 대비하여 볼 때, 제37조의 실체적 경합은 ‘수개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우’를 규정하는 것으로 해석한다<sup>12)</sup>. 이렇게 ‘행위의 수’에 따라 상상적 경합과 실체적 경합으로 구분하는 통설적인 해석에 따르면, 현행형법상 불특정 다수 범죄의 법정형은 수개의 죄에 해당하는 ‘행위의 수’에 따라 상상적 경합의 법정형과 실체적 경합의 법정형으로 차별되어 유형화된다.

그런데 현행형법은 단순히 행위의 수에 따라 불특정 다수 범죄의 법정형을 상상적 경합의 법정형과 실체적 경합의 법정형으로 차별하여 규정하고 있을 뿐, 그 행위의 의미를 명시하여 규정하고 있지는 않다. 그렇기 때문에 상상적 경합과 실체적 경합에서 말하는 1개/수개의 행위에 있어서 그 ‘행위’의 의미가 무엇인지를 먼저 해석해내야 한다.

수죄가 성립하려면, 수죄성립의 진행과정이 있어야 함은 물론이다. 수죄는 하나의 똑같은 진행과정을 통해 한꺼번에 성립할 수도 있고, 서로 다른 진행과정을 통해 따로따로 성립할 수도 있다. 그렇다면 수죄는 그것이 어떤 경우에 동일한 진행과정을 통해 함께 성립한 것으로 보고, 어떤 경우에 상이한 진행과정을 통해 각각 성립한 것으로 볼 수 있는가?

기수범을 향한 실행착수가 있는 다음에, 그것이 완성되면 기수범이 성립하고, 완성되지 못하면 미수범이 성립할 수 있을 뿐이다. 그러므로 기수범이든 미수범이든, 그 범죄가 성립하는 진행과정에는 그 출발점으로서 실행착수가 공통적으로 존재한다.

(기수범 또는 미수범으로 나타날 수 있는) 수죄가 성립하는 진행과정의 출발점 역시 실행착수이다. 그러므로 수죄가 동일한 진행과정을 통해 함께 성립한 것인지, 상이한 진행과정을 통해 각각 성립한 것인지는 수죄성립의 진행과정으로 출발하는 독립된 실행착수가 몇 개 존재하는지에 따

---

12) 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 「형사판례연구(7)」, 형사판례연구회편, 1999, 170쪽.

라 결정된다. 따라서 상상적 경합과 실체적 경합에 있어서 ‘수죄에 해당하는 행위’는 모두 그 진행과정상 실행착수를 거쳐 이어진 행위이므로, 그 행위를 수죄성립에 있어서 동일한 진행과정에 자리하는 것과 상이한 진행과정에 자리하는 것으로 구분하여 획정할 수 있는 객관적 기준은 수죄성립의 진행과정에서 볼 때 실행착수뿐이다. 그렇기 때문에 그 수에 의해 불특정 다수 범죄의 법정형을 상상적 경합의 법정형과 실체적 경합의 법정형으로 차별하여 유형화시키는 ‘행위’는 그 개념적 의미가 형법적 개념인 실행착수와 필수적으로 관련된 것일 수밖에 없다.

결국, 상상적 경합과 실체적 경합을 가르는 기준인 1개의 행위와 수개의 행위에서 말하는 ‘행위’는 실행착수와 관련하여 그 개념적 의미가 다음과 같이 해석될 수 있다. 즉 상상적 경합과 실체적 경합에 있어서 그 수가 문제되는 ‘행위’란, 실행착수에서 출발한 수죄성립의 진행과정 속에 자리하는 그러한 행위를 뜻한다. 그리고 이러한 의미의 행위가 몇 개이냐에 따라 수죄 사이에 상상적 경합관계가 성립하는지, 실체적 경합관계가 성립하는지가 결정된다. 따라서 제40조에 명시된 상상적 경합에 있어서 ‘1개의 행위’란, 1개의 실행착수에서 출발한 수죄성립의 진행과정 속에 자리하는 그러한 행위를 뜻하는 것으로 해석된다. 이에 대해 실체적 경합에 있어서 ‘수개의 행위’란, 수개의 독립된 실행착수에서 출발한 수죄성립의 진행과정 각각에 자리하는 그러한 행위를 뜻하는 것으로 해석된다.

이처럼 수죄에 해당하는 행위의 수는 독립적인 실행착수의 수에 의해 결정되므로, 이것을 결정적인 기준으로 하여 상상적 경합관계와 실체적 경합관계의 성립여부를 판가름할 수 있다<sup>13)</sup>. 즉, 수죄에 해당하는 행위로

13) 상상적 경합과 실체적 경합에 있어서 행위의 수를 결정하는 기준을 실행착수의 수로 삼는 경우에는 실행착수의 개념이 어떠한가에 따라 실행착수의 수가 달라질 수 있고, 결국에는 상상적 경합과 실체적 경합 여부도 달라질 수 있음은 물론이다. 이 글에서는 실행착수의 개념에 관한 학설 가운데 다수설적인 입장을 일부 보완하여 정의한 실행착수의 개념을(이에 대해서는 별도의 독립된 주제로 다룰 예정이므로 이 글에서는 그 결론적인 내용만을 제시하면 다음과 같다. 실행착수란 행위자의 행위계획을 고려하여 해당 전문분야의 지식에 의거하여 볼 때 행위자가 목적인 기수범의 구성요건행위로 나아가는 데 직접 연결될 수 있는 그러한 행동을 뜻한다.) 전제로 하고 있으므로, 이와 다른 실행착수의 개념을 취하는 경우에는 실행착수의 수를 기준으로 삼더라도 상상적 경합과 실체적 경합 여부에 있어서 상이한 결론 또는 구분불가능에

나아간 ‘독립적인 실행착수의 수’가 ‘하나’이면 수죄사이에 상상적 경합 관계가 성립하고, ‘여럿’이면 실체적 경합관계가 성립한다.

### 3. 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정

결과적 가중범과 준강도를 결합범에 포함시킬 것인지에 대해 견해가 나뉘지만<sup>14)</sup>, 결합범, 결과적 가중범 및 준강도 모두에 있어서 특정한 개별 범죄들이 시간적, 장소적으로 밀접한 관계에<sup>15)</sup> 있어야 한다는 점에 대해서는 일치한다. 그러므로 결합범, 결과적 가중범 및 준강도에 있어서 존재하는 개별 범죄들은 상상적 경합이나 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있는 것들 가운데 특정한 범죄들이면서 서로 시간적, 장소적으로 밀접한 관계에 있는 것들에 한정된다. 그러한 점에서 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 경우에 존재하는 여러 개별 범죄들을 밀접한 관계에 있는 특정 다수 범죄로 부르기로 한다.

그렇다면 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 규정들은 과연 이러한 개별 범죄들을 1죄로 구성하여 그 1죄에 대한 법정형을 규정하고 있는 것인지, 아니면 그 개별 범죄들을 그대로 전제하여 그 다수 범죄에 대

---

이를 수도 있음은 물론이다.

- 14) 결합범에 결과적 가중범과 준강도를 포함시키는 견해는, 김일수/서보학, 형법총론 제 11판, 박영사, 2006, 149쪽, 준강도를 결합범으로 보는 견해는, 한상훈, “형법상 결합범의 유형과 입법론적 검토”, 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004, 102쪽, 107쪽; 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009, 699쪽. 이에 대해 결과적 가중범을 결합범에서 제외시키는 견해는, 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비 방향”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 형사정책연구원, 2009, 98쪽.
- 15) 여기에서 말하는 ‘밀접한 관계’란, 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 경우 그것들을 이루는 각 범죄들이 시간적, 장소적 근접성(즉, 선행 범죄를 수행하는 기회)이 있는 관계를 의미한다. 종래, 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 경우에 그것들을 이루는 각 범죄들이 시간적, 장소적 근접성이 요구된다는 것이 주류적인 입장이다. 한상훈, “형법상 결합범의 유형과 입법론적 검토”, 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004, 101쪽, 115쪽; 이재상, 형법각론 제5판(보정신판), 박영사, 2007, 312쪽, 305-306쪽; 배종대, 형법각론 제7전정판. 홍문사, 2010, 423쪽, 432-433쪽; 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 372쪽, 385쪽; 임웅, 형법각론 개정판, 법문사, 2003, 322쪽, 331쪽; 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 159쪽, 167쪽, 169쪽; 이정원, 형법각론, 법지사, 1999, 344쪽, 349쪽; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997, 429쪽, 436쪽 등. 이하에서는 특별히 달리 말하지 않는 한, 밀접한 관계는 ‘시간적 장소적으로 밀접한 관계’를 말한다.

한 법정형만을 규정하고 있는 것인지에 대해 밝혀보기로 한다.

(1) 수죄의 법정형에 관한 규정으로 해석하는 근거

종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 것들을 종래의 통설처럼 현행형법이 1개의 범죄로 규정하고 있는 범죄유형으로 해석할 것인가, 아니면 통설과는 전혀 다르게 가중된 형량이 적용되는 밀접한 관계의 수죄가 존재하는 경우를 지칭하는 것으로 새롭게 해석할 것인가?

1) 입법목적 내지 규범목적 상의 근거

현행형법은 여러 개별 범죄들이 성립하여 존재하면 상상적 경합관계와 실제적 경합관계 여하에 따라 상상적 경합의 법정형 또는 실제적 경합의 법정형이 그 수죄에 대한 법효과로서 뒤따르도록 규정하고 있다. 그리고 상상적 경합의 법정형은 개별 범죄들 각각의 법정형을 단순합산한 것보다 가볍게 규정하고 있지만, 실제적 경합의 법정형은 가볍거나 무겁게 규정하고 있다. 이처럼 현행형법은 단순합산형보다 가벼운 상상적 경합의 법정형이나 실제적 경합의 법정형이 수죄에 적용되도록 규정함으로써 수죄의 행위자에게 법정형에 있어서 혜택을 주고 있다. 만일 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들이 없다면, 그 경우에 존재하는 여러 개별 범죄들에 대해서는 상상적 경합과 실제적 경합의 규정에 따라 상상적 경합의 법정형 또는 실제적 경합의 법정형이 적용되어 행위자는 단순합산형보다 가벼운 법정형으로 처벌될 수도 있다.

시간적 장소적인 밀접관계 아래 행해지는 일부의 특정한 수죄들을 효율적으로 막아 충분한 법익보호의 목적을 달성하려면 그에 대한 형량을 밀접관계가 없는 경우보다 더 무겁게 해야 한다. 밀접한 관계를 가지며 성립하는 특정한 수죄들에 있어서 단순합산형은 물론 상상적 경합의 법정형이나 실제적 경합의 법정형을 적용하여 처벌하는 것으로서는 충분한 법익보호의 목적을 달성할 수가 없다면 그것들보다 더 무거운 법정형으로 처벌할 필요가 있다. 현행형법은 그러한 요구에 따라 밀접한 관계를 가지며 성립하는 특정한 수죄들에 대해서는 가중된 법정형을 그 법효과

로서 특별히 규정하고 있다. 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들이 바로 그와 같은 것이다. 따라서 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들은 밀접한 관계를 가지며 성립하는 특정한 수죄들에 대해 가중된 법정형을 특별히 정하고자 하는 입법적 목적이 그들의 규범목적으로 체화된 것들이다.

이처럼 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들을 입법하는 목적과 그 규정들이 갖는 규범목적은 똑같이 밀접한 관계의 특정한 수죄들에 대해 가중된 법정형을 특별히 정함에 있을 뿐이지, 결코 그러한 수죄들을 합쳐서 1죄로 구성하거나 특별한 수죄로 재구성하는 것도 아니다. 이러한 입법목적과 규범목적에 의거하여 볼 때 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들은 모두 개별 범죄의 규정에 의해 각각 성립하는 수죄들을 그대로 전제하여 그에 대한 법정형만을 특별히 정하는 규정으로 해석할 수 있다.

## 2) 범죄론상의 근거

범죄는 1개 범죄의 구성요건행위를 이루는 행위의 수와 관련하여 일행위범(즉, 일행위형식의 단일 범죄)과 다행위범(즉, 다행위형식의 단일 범죄)으로 나뉜다. 다행위범은 1개 범죄의 구성요건행위가 여러 개의 행위들로 이루어져 있으면서 선행행위가 후행행위를 하기 위한 수단 내지 방법으로서 특정되어 있는 단일 범죄를 말한다. 이러한 의미의 다행위범에 있어서 그 구성요건행위의 일부 행위가 다른 독립된 범죄의 구성요건행위로 전혀 규정되어 있지 않는 경우가 있는가 하면, 다른 독립된 범죄의 구성요건행위로 동시에 규정되어 있는 경우도 있다. 사기죄, 편의시설부정이용죄 등이 앞의 경우에 속하고, 공갈죄, 인질강요죄, 강도죄<sup>16)</sup> 등이 뒤

16) 종래의 통설은 강도죄를 결합범에 포함시키고 있는데, 과연 강도죄가 결합범인지를 재검토해 볼 필요가 있다. 종래의미의 결합범의 경우는 선행하는 범죄의 구성요건행위가 후행하는 범죄의 구성요건행위를 하기 위해 행해지는 것이 아니라, 단순히 시간적 장소적으로 밀접한 관계를 이루며 행해지는 것일 뿐이다. 이렇게 시간적 장소적 밀접관계가 있는 경우에만 결합범으로 처벌하는 이유는, 시간적 장소적 밀접관계가 없이 단순히 각각 성립하여 존재하는 수죄들보다 형을 더 무겁게 하기 위해서이다. 그런데 강도죄의 경우에는 선행하는 폭행 또는 협박행위가 후행하는 재물강취행

의 경우에 속한다. 다행위범도 어디까지나 단일 범죄에 속하므로 후행행위를 하기 위한 수단 내지 방법으로 특정되어 있는 선행행위에 대한 실행착수는 곧바로 후행행위에 대한 실행착수를 넘어 선행행위와 후행행위를 합친 전체행위에 대한 실행착수가 된다. 그러므로 전체행위까지 나아가지 못하고 선행행위에 그친 경우에도, 어디까지나 전체행위에 대한 실행착수가 되어 전체행위를 하나의 구성요건행위로 하는 1개 범죄의 미수범이 성립하는 것이고, 선행행위 단독으로 별개의 독립적인 기수범죄가 될 수 없다.

그런데 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들에 특정되어 있는 개별 범죄들은 이미 해당하는 개별 규정에 의해 각각 독자적인 구성요건행위를 갖는 독립적인 범죄로 규정되어 있는 것이고, 또한 어떤 개별 범죄의 구성요건행위가 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들에 의해 특별히 다른 개별 범죄의 구성요건행위를 하기 위한 수단 내지 방법으로 특정되어 있지도 않다. 그러므로 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들에 특정되어 있는 개별 범죄들은 다행위형식의 단일 범죄가 아니라, 각자가 서로 독립된 구성요건행위를 갖는 독립된 다수의 범죄이다. 이처럼 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들에 특정되어

---

위(즉, 의사에 반하는 재물절취행위)를 하기 위한 수단으로 행해지는 것이다. 그러므로 처음에는 폭행 또는 협박만을 할 생각으로 폭행 또는 협박을 하였는데, 그 때 상대방이 떨어뜨린 지갑을 보게 되어 상대방이 보지 않는 틈을 타서 지갑을 절취한 경우에는 강도죄가 성립할 수 없다. 그밖에도 폭행 또는 협박으로 ‘재산상 이익’을 취하여 강도죄가 성립하는 경우에 ‘재산상 이익’은 절도죄의 행위객체가 아니므로 절도죄가 성립할 수 없어 강도죄를 폭행/협박죄와 절도죄가 결합된 것으로 볼 수가 없다. 이와 같이 폭행 또는 협박을 의사에 반하는 재물취득 내지 재산상 이익의 취득을 위한 행위수단으로 규정하고 있는 강도죄는 행위수단으로서의 폭행/협박행위와 그로 인해 의사에 반하는 취득행위라는 여러 행위로 이루어지는 다행위범으로서 본래 단일 범죄일 뿐이고, 다수 범죄가 결합된 결합범이 아니다. 강간죄 역시 강도죄와 마찬가지로 단일 범죄이고, 결합범이 아니다. 따라서 이 글에서는 통설과 달리 강도죄나 강간죄를 결합범에 포함시키지 않는 입장을 취하기로 한다. 이와 달리, 결합범을 단일범끼리 결합되어 있는 진정 결합범과 적어도 하나의 결합범이 단일범 또는 결합범과 결합되어 있는 부진정 결합범으로 구분하고, 강도죄를 폭행/협박죄와 절도죄로 결합된 진정 결합범으로 분류하는 견해는, 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 형사정책연구원, 2009, 101쪽, 100쪽.

있는 여러 개별 범죄들은 서로 독립된 수죄이기 때문에 다행위범 형식의 단일 범죄와는 달리, 어떤 개별 범죄의 구성요건행위에 대한 실행착수가 곧바로 다른 개별 범죄의 구성요건행위에 대한 실행착수는 물론 두 구성요건행위를 합친 전체행위에 대한 실행착수도 될 수 없다. 예컨대 아무리 시간적 장소적인 밀접한 관계가 있다고 하더라도 강도만을 위해서 나아간 강도죄의 실행착수가 ‘강간만을 위해서 나아간 강간죄의 실행착수’, 또는 ‘강도와 강간 모두를 위해서 나아간 강도죄와 강간죄의 실행착수’로 될 수 없음은 물론이고, 그와 마찬가지로 강간죄만의 실행착수가 강도죄만의 실행착수 또는 강도죄와 강간죄의 실행착수로 될 수 없다. 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 경우는 선행하는 특정 범죄를 하는 기회에, 즉 시간적 장소적인 밀접한 관계아래 별도로 후행하는 특정 범죄를 독립적으로 범하면 충분하고, 반드시 처음부터 특정 범죄들 모두를 범할 생각으로 선행 범죄를 해야 하는 경우가 아님은 물론이고 후행의 특정 범죄를 하기 위해 그 수단으로서 선행의 특정 범죄를 범해야 하는 경우도 아니라고 통설이 해석하는 것도 바로 특정한 범죄들이 서로 독립된 수죄이기 때문에 가능한 것이다.

결론적으로, 현행형법이 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들을 통해 특정한 어떤 범죄를 다른 특정한 범죄를 하기 위한 수단 내지 방법으로 특별히 규정하고 있지 않으므로, 그 규정들에 명시된 특정한 범죄들은 다행위형식의 단일 범죄가 아니라, 해당하는 개별 규정에 의해 이미 각각 독자적인 구성요건행위를 갖는 독립된 범죄로 규정되어 있는 다수의 범죄들이다. 여러 개별 범죄들이 상상적 경합 또는 실체적 경합의 관계에 있다고 해서 1죄로 되지 않듯이, 특정한 여러 개별 범죄들이 시간적 장소적 밀접관계에 있다고 해서 1죄로 되지 않는다.

### 3) 형량론상의 근거

특정한 개별 범죄들 사이의 시간적 장소적 밀접관계가 범죄의 성립에 관여하는 요소라고 한다면, 밀접관계가 있는 경우에는 범죄가 성립하지만 밀접관계가 없는 경우에는 범죄가 성립하지 않게 된다. 그러나 특정한 개



별 범죄들이 현행형법에 각각 독립된 범죄로 규정되어 있는 한, 밀접관계가 없는 경우이더라도 얼마든지 범죄가 성립할 수 있다. 그러므로 시간적 장소적 밀접관계는 범죄가 성립하는 데 꼭 필요한 요소가 아니다.

이처럼 현행형법에 규정되어 있는 특정한 개별 범죄들 사이에 시간적 장소적 밀접관계가 있는 경우는 물론 없는 경우에도 여러 개별 범죄들이 성립하여 처벌될 수 있지만, 현행형법상 밀접관계의 유무에 따라 여러 범죄들에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량에는 차이를 보인다. 즉 현행형법상 수죄들 사이에 밀접관계가 없는 경우에는 상상적 경합과 실체적 경합에 따른 형량(예컨대 강도죄와 살인죄에 대한 경합적 형량)이 법효과로서 뒤따르게 되는 반면, 밀접관계가 있는 경우에는 (상상적 경합 또는 실체적 경합의 관계에 놓이더라도) 밀접관계의 존재를 전제로 하여 규정된 더 무거운 형량(예컨대 강도살인의 규정에 정한 형량)이 대신 뒤따르게 된다. 그러므로 시간적 장소적 밀접관계는 일단 성립한 여러 범죄에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 가중시키는 요소이다. 특정한 개별 범죄들이 시간적 장소적 밀접관계에 의하여 1죄로 되고, 그래서 형량이 가중된다고 할 수 없다. 왜냐하면 변경형량론상<sup>17)</sup> 1죄라는 점이 수죄라는 점보다 상대적으로 형량을 더 무겁게 할 만한 사유가 될 수 없기 때문이다. 따라서 상상적 경합 또는 실체적 경합의 관계에 있는 개별 범죄들 전체에 대한 법정형을 개별 범죄 각각의 법정형을 단순합산한 형보다 무겁지 않게 하기 위해 1죄로 할 필요가 없듯이, 시간적 장소적 밀접관계에 있는 개별 범죄들 전체에 대한 법정형을 개별 범죄 각각의 법정형을 단순합산한 형보다 무겁게 하기 위해 1죄로 할 필요가 없다. 그렇기 때문에 현행형법이 상상적 경합 또는 실체적 경합의 관계에 있는 개별 범죄들 전체를 1죄로 규정하고 있지 않다.

결론적으로 특정한 개별 범죄들 사이의 시간적 장소적 밀접관계는 수죄의 형량을 가중하는 사유이지, 수죄의 성립을 위한 요소가 아님은 물론 더 더욱 수죄를 1죄로 구성하는 불법구성요건요소도 아니다. 이처럼 시간적 장소적 밀접관계는 수죄의 형량을 가중하는 사유이므로 이 가중사유

17) 형량을 가중 또는 감경하는 형량변경사유에 대해 자세한 것은, 임광주, “변경형량구성요건”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 90-99쪽 참조.

에 의거하여 가중형을 법정하는 규정들은 형량구성요건규정이다. 그렇기 때문에 제338조 제1문(강도살인)과 같은 규정들을 폐지한다고 하여도, 그 규정들은 ‘강도살인죄’라는 1개 범죄의 불법구성요건규정이 아니라 밀접관계에 있는 강도죄와 살인죄라는 수죄에 대한 형량을 가중하여 법정하는 형량구성요건규정이므로 ‘강도살인죄’라는 범죄가 폐지되어 아예 처벌되지 않는 것이 아니라, 밀접관계에 있는 강도죄와 살인죄라는 수죄에 대한 가중형만이 폐지되어 가중형으로 처벌되지 않는 것일 뿐이다<sup>18)</sup>.

위와 같이 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 및 준강도의 규정들을 밀접한 관계의 특정한 수죄가 존재하는 경우 그 수죄에 대한 가중된 법정형을 규정하는 것들로 해석할 때, 각 조문에 표제로서 명시된 강간살인, 강도치사, 준강도 등은 가중된 형량이 적용될 밀접한 관계의 수죄가 함께 존재하는 경우를 지칭하는 것을 의미하고, 하나의 범죄를 의미하는 것이 아니다. 따라서 이글의 입장에서 말하는 강간살인, 강도치사, 준강도 등은 위와 같은 의미로 말하는 그것들이고, 전통적 입장이 1죄의 의미로 말하는 그것들이 아니다<sup>19)</sup>.

이러한 의미에 따라 이제부터 아래에서는 종래의 전통적 입장이 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도 등의 규정이라고 말하는 제338조(강도살인), 제259조 1항(상해치사), 제335조(준강도) 등과 같은 규정들을 ‘밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정 또는 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정’으로 부르기로 하고, 이러한 규정들이 수죄의 법정형을 어떻게 규정하고 있는지에 대해 구체적으로 살펴보기로 한다.

---

18) 이때 두 죄가 상상적 경합과 실체적 경합 가운데 어느 것에 놓여 있느냐에 따라 상상적 경합의 형량 또는 실체적 경합의 형량이 뒤따르게 된다.

19) 예컨대 제301조의 2는 강간죄와 살인죄가 합쳐서 1죄가 된 강간살인죄를 규정하는 것으로 보는 전통적 입장과는 달리, 이 글에서는 강간죄와 살인죄가 밀접한 관계아래 각각 독립적으로 성립하여 병존하는 경우에 그 다수 범죄에 대한 법정형만을 규정하는 것으로 본다. 따라서 제301조의 2가 규정하는 것은 강간죄와 살인죄가 합쳐서 1죄가 된 강간살인죄의 불법구성요건이 아님은 물론 강간죄와 살인죄라는 수죄의 불법구성요건도 아니라, 각각 독립된 범죄로서 성립하는 강간죄와 살인죄라는 수죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 법정형이다.

(2) 밀접한 관계에 있는 특정 다수 범죄의 형량구성요건규정

앞에서 언급한 것처럼, 제40조(상상적 경합)나 제37조-제39조(실체적 경합)는 범죄성립의 단계에서 해당하는 개별 범죄들의 규정에 의해 이미 각각 성립하여 존재하는 ‘다수’ 범죄를 그대로 전제하여, 형량법정의 단계에서 다만 ‘그에 대한 법효과’, 즉 ‘다수 범죄에 대한 법정형’을 규정하고 있다.

그런데 현행 형법은 상상적 경합이나 실체적 경합의 관계에 놓이는 다수의 범죄들 가운데 ‘밀접한 관계에 있는<sup>20)</sup> 특정한 다수의 범죄들’에 대해서는 ‘상상적 경합이나 실체적 경합에 있는 다수 범죄의 법정형’이 아닌 다른 법정형이 법효과로서 뒤따르도록 하기 위해, ‘밀접한 관계에 있는 특정 다수의 범죄들’에 대한 법정형을 ‘상상적 경합이나 실체적 경합에 있는 다수 범죄의 법정형’과 다르게 독자적으로 정하는 규정들을 두고 있다. 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도<sup>21)</sup>의 규정들과 같은 것들이 바로 그것이다.

예컨대 동일 행위자에게 해당 규정에 의해 강도죄 및 살인죄가 각각 성립하고 실체적 경합의 관계에 놓인 경우, 그 범죄들 사이에 시간적 장소적인 밀접관계가 없으면 제38조에 따라 그 다수 범죄에 대한 법효과로서 실체적 경합의 법정형이 뒤따를 수 있지만, 밀접관계가 있으면 제338조 제1문(강도살인)에 따라 실체적 경합의 법정형(제38조)이 배제되고 강도살인(제338조 제1문)의 법정형이 대신 뒤따르게 된다. 왜냐하면 제338조 제1문(강도살인)은 상상적 경합이나 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있는 다수의 개별 범죄들 가운데 ‘강도죄와 살인죄’라는 특정한 개별 범죄들이 밀접한 관계에 있는 경우에는 특별히 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형과 차이가 있는 형량이 법효과로서 뒤따르도록 하기 위해 그러한 다수 범죄들에 대한 법정형을 별도로 정하고 있기 때문이다.

이는 제259조 1항의 상해치사와 같은 결과적 가중범은 물론 제335조의

20) 이하에서 특별히 달리 말하지 않는 한, 결합범, 결과적 가중범 및 준강도에서 언급하는 특정한 다수 범죄는 항상 ‘시간적 장소적으로 밀접한 관계에 있는’ 것을 전제로 한다.

21) 제325 2항의 준점유강취도 준강도와 똑같은 규범적 성격을 갖는 규정이다.

준강도에 있어서도 똑같은 논리가 적용된다.

지금까지 설명한 것처럼, 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도의 규정들은 모두 상상적 경합이나 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있는 다수의 개별 범죄들 가운데 밀접관계에 있는 특정한 다수의 개별 범죄들을 대상으로 하되, 다만 밀접관계에 있는 특정 범죄들인 점을 고려하여 특별히 그 다수 범죄에 대해 뒤따르는 형량만을 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형과는 다르게 법정하고 있을 뿐이다. 그러므로 그것들에 규정되어 있는 법정형이 전제하는 범죄는 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형이 전제하는 범죄와 똑같이 ‘다수 범죄’이다. 그렇기 때문에 특정한 ‘수죄’들이지만 그것들 사이에 밀접관계가 없음으로 인해 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형이 적용될 수 없는 경우에, ‘수죄’를 전제로 하는 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형이 적용될 수 있는 것이다.

이처럼, 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들은, 상상적 경합과 실체적 경합의 규정과 똑같이, 해당하는 개별 범죄의 규정에 의해 각각 성립하는 특정한 다수의 범죄를 그대로 전제하되, 다만 밀접관계에 있는 특정 범죄들인 점을 고려하여 특별히 그에 대한 법정형만을 (상상적 경합과 실체적 경합의 법정형과) 다르게 독자적으로 규정하는 형량구성요건규정일 뿐이지, 결코 그와 같은 특정한 다수의 범죄들을 묶어서 특별히 ‘하나의 범죄’로 구성하는 불법구성요건규정이 아니다. 그러므로 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들에 정한 법정형이 전제하는 범죄는, 상상적 경합(제40조)이나 실체적 경합(제38조-제39조)에 정한 법정형이 전제하고 있는 범죄와 똑같이 (해당하는 개별 범죄의 규정에 의해 각각 성립하는) 다수 범죄이지<sup>22)</sup>, 결코 (결합범, 결과적 가중범 그리고 준강도와 같은 규정들 자체에 의해 포괄적으로 성립하는) 단일 범죄가 아니다. 다만, 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건 규정들에 정한 법정형이 뒤따르는 다수 범죄는 ‘특정한 범죄들이면서 밀접한 관계에 있는 범죄들’인 반면, 상상적 경합과 실체적 경합의 법정형이 뒤따르는 다수 범죄는 ‘그러한 다수 범죄’를 제외한 모든 다수 범죄인

---

22) “결합범은 죄수론상 수죄가 되는 것이 원칙이다”라는 견해는, 임석원, 앞의 글, 96쪽.

점에서 차이가 있을 뿐이다.

### (3) 밀접관계의 특정 다수 범죄 전체에 대한 포괄1형의 법정

앞에서 밝혔듯이 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들은 형량구성요건규정으로서 상상적 경합이나 실체적 경합의 규정들과 마찬가지로, 죄수론을 포함하는 범죄론의 단계에서 그 성립 및 수가 일단 결정된 특정한 다수 범죄들을 대상으로 하여, 형량론의 단계에서 그에 대한 하나의 포괄적인 법효과로서 뒤따르는 형량을 어떻게 법정할 것인지를 그 핵심내용으로 한다. 그렇기 때문에 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들에 있어서 핵심적인 규정내용은, 해당 개별 범죄의 규정들에 의해 일단 성립한 다수 범죄를 그대로 전제로 한 ‘포괄적인 1개 형량의 법정’에 관한 것이지, 다수의 개별 범죄들을 묶어서 1죄로 구성하는 ‘단일 범죄의 성립’에 관한 것이 아니다.

물론 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들은 다수 범죄를 전제로 한 ‘포괄적인 1개 형량의 법정’을 그 핵심내용으로 한다는 점에서 상상적 경합이나 실체적 경합과 같은 형량구성요건규정들과 같은 면이 있지만, 다음의 설명과 같이 그 ‘법정형의 정도’에 있어서 서로 차이가 있다.

현행형법은 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들에 규정되어 있는 특정한 개별 범죄들이 성립하여 존재하는 경우에, 그 개별 범죄들 각각에 대한 법효과로서 뒤따르는 각개의 법정형을 모두 단순 합산한 형량이 아니라, (개별 범죄들 각각의 법정형을 기초로 하여) 그 합산형보다 더 무거운 형량을 ‘다수의 개별 범죄 전체에 대한 법정형’으로 규정하고 있다<sup>23)</sup>. 예컨대 밀접한 관계 아래 병존하는 강간죄와 살인죄의 2개 범죄 전체에 대해 제301조의 2(강간살인)가 규정하고 있는 법정형은 강간죄의 법정형과 살인죄의 법정형을 단순 합산한 형보다 더 무겁다. 제301조의 2(강간치사)나 제335조(준강도)의 법정형도 마찬가지이다.

23) 박동률, “소위 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기”, 「법학논고」 제26집, 경북대 법학연구소, 2007, 225쪽.

이와 달리 상상적 경합의 법정형은 상상적 경합의 관계에 있는 각 개별 범죄들의 법정형을 모두 단순 합산한 형량보다 가볍고, 실체적 경합의 법정형은 실체적 경합의 관계에 있는 각 개별 범죄들의 법정형을 모두 단순 합산한 형량보다 같거나<sup>24)</sup> 가볍다<sup>25)</sup>.

이처럼 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들은 상상적 경합이나 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있는 밀접관계의 특정한 개별 범죄들 전체에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 그 개별 범죄들 각각의 법정형을 단순 합산한 형보다 항상 더 무겁게 하기 위해, 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형과는 다른 독자적인 형량을 스스로 특별히 법정하고 있다.

#### (4) 밀접관계에 있는 특정 개별 범죄들의 유형

이미 밝혔듯이, 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들은 범죄성립의 단계에서 일단 성립한 다수의 특정한 개별 범죄들을 그대로 전제하여, 형량법정의 단계에서 그 개별 범죄들 전체에 대해 오직 하나의 포괄적인 형량만을 법정하는 형량구성요건규정일 뿐이다. 그러므로 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들을 통하여 특정 다수 범죄에 대한 하나의 포괄적인 형량을 법정하기 위해 밀접관계에 있는 다수의 특정 개별 범죄들을 모두 포괄하여 그 어떤 유형의 1개 범죄로 꼭 구성시켜야 할 법리적인 필요성이 없다.

앞에서 언급했듯이, 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들은 해당하는 개별 범죄의 규정들에 의해 그 성립과 유형이 결정된 다수 범죄를 그대로 전제하므로, 밀접관계에 있는 특정한 여러 개별 범죄들이 범죄성립의 단계에서 어떤 유형의 범죄로서 성립하는지를 결정하는 기준은 해당하는 개별 범죄의 규정들이다. 즉, 밀접관계에 놓일지가 문제되는 특정 다수의 개별 범죄들이 범죄성립의 단계에서 고의범 또는 과실범인지, 기수범 또는 미수범인지, 일반범 또는 신분범인지 등과 같이 어떤 유

24) 제38조 1항 3호의 경우는 물론 2호에 의해서도 가능하다.

25) 제38조 1항 2호에 의해 가능하다.

형의 범죄로서 성립하는지는 해당하는 특정 개별 범죄들의 규정에 의거하여 각각 결정된다. 따라서 밀접한 관계에 있는 수죄의 형량구성요건규정들에 규정되어 있는 법정형이 전제하는 특정 다수 범죄의 유형은 해당하는 개별 범죄의 규정들에 의거하여 각각 결정된 개별 범죄들의 유형 그대로이다<sup>26)</sup>. 이는 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형이 전제하는 여러 유형의 수죄들이 해당하는 개별 범죄의 규정들에 의해 각각 결정된 여러 개별 범죄의 유형 그대로인 것과 전혀 다르지 않다. 왜냐하면 상상적 경합이나 실체적 경합의 법정형이 해당하는 개별 범죄의 규정들에 의해 각각 성립된 여러 유형의 수죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 형량인 것과 똑같이 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형 역시 해당하는 개별 범죄의 규정들에 의해 각각 성립된 여러 유형의 수죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 형량이기 때문이다.

그렇기 때문에 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범, 준강도과 같은 경우에 종래 논쟁거리가 되고 있는 고의범 또는 과실범, 기수범 또는 미수범, 일반범 또는 신분범의 성립에 관한 문제는<sup>27)</sup> 정확히 말하면, ‘해당하

26) 예를 들면 해당 규정에 의해 각각 성립한 강도죄와 살인미수죄가 밀접한 관계에 있는 경우에, 그 기수범/미수범과 미수범을 그대로 전제하여 그 전체에 대한 법정형을 강도살인기수범(제338조)의 법정형보다는 가볍게 정하고 있는 것이 제342조가 규정하는 ‘강도살인미수범의 법정형’이다.

27) 결합범, 결과적 가중범 및 준강도가 1죄임을 전제로 하여, 그것들이 신분범인지의 논의는 물론 기수와 미수의 기준과 실행착수의 시기에 대한 다양한 논의는, 한상훈, 앞의 글, 102-110쪽; 임석원, “결과적 가중범의 미수”, 「형사법연구」 제23호, 한국형사법학회, 2005, 89-98쪽; “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범” 「비교형사법연구」 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 188-196쪽, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 형사정책연구원, 2009, 93쪽 이하, “준강도죄에 관한 고찰 -법적 성격과 미수를 중심으로-”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009; 홍영기, “특수강도죄의 실행의 착수시기”, 「성균관법학」 제20권 제3호, 성균관대학교, 2009, 417쪽 이하; 박동률, 앞의 글, 219쪽 이하; 박강우, “결과적 가중범의 인과관계와 미수범처벌”, 「저스티스」 제34권 제5호, 한국법학원, 2001, 189-195쪽; 천진호, “결과적 가중범과 중지미수”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006, 47쪽 이하; 조상제, “현행 결과적 가중범 규정들의 개정방안에 관한 연구”, 「형사법연구」 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 479-483쪽; 손동권, “결과적 가중범에서의 기본범죄유형”, 「형사정책」 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 111쪽 이하; 조준현, “결과적 가중범의 가벌성의 요건과 한계”, 「성신법학」 제6호, 성신여대 법학연구소, 2006, 48-50쪽; 천중철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 「사회과학연구」 제16집, 서원대 사회과학연구소, 2003, 151쪽 이하; 최병각,

는 개별 범죄의 규정'에 의거하여 다수의 개별 범죄들이 각각 고의범 또는 과실범, 기수범 또는 미수범, 일반범 또는 신분범으로 성립하는지에 관한 문제일 뿐이지, '밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들'에 의거하여 그 다수 범죄 전체가 하나의 기수범 또는 미수범으로, 하나의 일반범 또는 신분범으로, 심지어 하나의 고의범 또는 과실범으로<sup>28)</sup> 성립하는지에 관한 문제가 아니다.

#### (5) 시간적 장소적 밀접관계

이미 언급했듯이 종래의 주류적 입장은 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범 및 준강도에 있어서, 그것들을 이루는 개별 범죄들은 서로 시간적, 장소적으로 밀접한 관계에 있는 것들로 본다. 시간적 장소적 밀접관계에 대한 내용적인 검토가 있어야 하겠지만, 한정된 지면관계상 이 글에서는 생략하고 다음 기회에 별도의 독립된 주제로 다루기로 한다.

### IV. 종래의 입장에 대한 비판적인 검토

종래의 전통적 입장은 뚜렷한 근거를 제시함이 없이 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 것들을 1개 범죄로 해석하고 있다. 이로 인해 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 경우에 기수

---

“준강도죄가 강도죄는 아니지 않는가?”, 「저스티스」 통권 제117호, 한국법학원, 2010, 146-150쪽; 심재무, “준강도죄의 본질과 기수시기”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006, 321쪽 이하; 이용식, “준강도죄의 예비와 기수시기”, 「한국형사법학의 신전개(이재상교수정년기념논문집)」, 2008, 480쪽 이하; 박달현, “준강도죄의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토”, 「형사법연구」 제26호 특집호, 한국형사법학회, 2006, 697쪽 이하; 조현욱, “준강도죄의 행위주체와 기수와 미수의 판단기준”, 「법학연구」 제29집, 한국법학회, 2008, 247쪽 이하; 김경락, “강도상해죄의 행위주체와 미수와 기수의 판단기준”, 「형사법연구」 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010, 307쪽 이하 등.

28) 1죄로 보는 전통적 입장에서 볼 때 비로소 하나의 고의범 또는 하나의 과실범으로 할 것인지의 법리상 문제가 일어날 수 있는 그러한 결합범이나 결과적 가중범 등이 현행형법에는 규정되어 있지 않지만, 전통적 입장에 입각할 때 그러한 문제가 반드시 일어나는 경우들이 있을 수 있다. 이 글에서는 한정된 지면관계상 그러한 사례들에 대해 더 이상 구체적으로 언급하지 않고, 다음에 다룰 과제로 남겨 놓기로 한다.



및 미수의 기문문제, 실행착수의 시기문제, 신분범여부의 문제 등이 종래 논쟁거리가 되고 있다. 이와 달리 이러한 문제들이 상상적 경합과 실체적 경합의 경우에는 종래 전혀 논쟁거리가 되지 않고 있는데, 그 까닭은 종래의 전통적 입장이 상상적 경합과 실체적 경합의 경우는 수죄를 전제로 하고 있는 것으로 보았기 때문이다. 즉, 상상적 경합이나 실체적 경합의 경우에 수죄가 존재하는 것으로 전제하는 이상, 해당하는 개별 범죄들의 규정에 의해 그 다수의 범죄들이 각각 기수범과 미수범, 고의범과 과실범, 또는 일반범과 신분범 등으로 혼재하여 성립하든 상관없이 상상적 경합이나 실체적 경합의 규정은 다만 그 수죄 전체에 대한 포괄적인 하나의 법정형만을 규정하기만 하면 형량의 법정형에 있어서 아무런 문제가 되지 않기 때문이다.

이미 밝혔듯이 상상적 경합과 실체적 경합의 규정과 마찬가지로 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들도 어디까지나 해당하는 개별 범죄의 규정에 의해 결정되는 여러 개별 범죄들의 유형을 그대로 전제하여<sup>29)</sup> 그 전체에 대한 포괄적인 하나의 법정형만을 규정하는 형량구성요건규정일 뿐이지, 그 다수의 개별 범죄들을 합쳐서 ‘결합범, 결과적 가중범, 준강도’라는 1개 범죄로 구성하고 그 범죄유형을 기수범/미수범 또는 일반범/신분범 가운데 어느 1개 유형으로 규정하는 불법구성요건규정이 아니다. 그렇기 때문에 기수 및 미수의 기준, 미수의 경우에 실행착수의 시기여하, 신분범여부 등은, 해당하는 개별 기수범/미수범 또는 일반범/신분범의 규정들을 기준으로 하여 결정되는 문제들이지, 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 형량구성요건규정들에 의해서 결정될 문제들이 아니다. 따라서 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 형량구성요건규정들도 상상적 경합과 실체적 경합의 형량구성요건규정들과 똑같이, 위와 같은 논쟁거리들은 아예 처음부터 일어나지 않는다.

종래의 전통적 입장은 형량구성요건이론을 정립하지 못함으로 인해 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들은 물론 상상적 경합과 실

29) “결합범을 죄수론상 수죄가 되는 것이 원칙이다”라고 주장하는 견해로는, 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 형사정책연구원, 2009, 96쪽.

체적 경합의 규정들을 독자적인 형량론의 범주가 아니라, 오직 범죄론 내지 죄수론의 범주에서 다룰 수밖에 없었기에 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들을 범죄론 내지 죄수론의 범주 안에서 1죄에 관한 규정으로 해석할 수밖에 없었다.

결론적으로, 종래 상상적 경합과 실체적 경합의 경우와는 달리 특히 종래의미의 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 경우에 기수 및 미수의 기준, 실행착수의 시기, 신분범여부 등이 논쟁의 대상이 된 까닭은, 종래의 전통적 입장이 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 경우에 다수의 특정 개별 범죄들이 병존하는 것이 아니라, 그것들이 합친 1개의 범죄만이 존재하고 그 범죄는 그 어떤 1개 유형의 범죄라고 잘못 파악한 데에 있다<sup>30)</sup>.

## V. 맺음말

상상적 경합과 실체적 경합의 대상이 되는 수죄는 불특정의 범죄들로서 모든 범죄가 그 대상이 된다. 그러므로 상상적 경합과 실체적 경합의 규정은 형법각칙에 규정되어 있는 모든 범죄를 대상으로 하여 그 수죄의 법정형을 일괄적으로 규정하기 위해 입법기술상 형법총칙에 자리하고 있다. 이와 달리 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정들에 있어서 수죄는 특정의 범죄들이다. 그러므로 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들은 형법각칙에 규정되어 있는 특정 범죄를 대상으로 하여 그 수죄의 법정형을 개별적으로 규정하기 위해 입법기술상 그 특정 범죄들이 규정되어 있는 형법각칙에 자리하고 있다. 이처럼 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들이 형법각칙에 불법구성요건규정을 두고 있는 특정한 개별 단일범죄와 관련하여 이들 규정과 나란히 형법각칙에 자리하고 있는 관계로 인하여, 그것들 역시 형량구성요건론을 정립하지 못한 전통적 입장에서는 외관상 단일범죄의 불법구성요건규정처럼 보일

30) 결합범을 일죄로 취급함으로써 인해 그 개념을 포함하여 형법해석학적인 관점에서의 문제점이 있다는 견해는, 임석원, 앞의 글, 96쪽.

수 있다. 이는 전통적 입장이 상상적 경합의 규정과 실체적 경합의 규정을 수죄(의 경합)에 관한 규정으로 쉽게 파악한 것에 비하여, 상대적으로 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들을 수죄(의 법정형)와 관련된 규정으로 쉽게 간과하지 못하게 만든 하나의 원인이 될 수 있다. 만일 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들을 형법각칙에 들 때에, 형법총칙에도 (상상적 경합이나 실체적 경합의 규정들과 같은 ‘불특정 수죄의 법정형’에 대한 총괄적인 규정처럼) ‘특정 수죄의 법정형’에 대한 총괄적인 규정을<sup>31)</sup> 상상적 경합과 실체적 경합의 규정들에 이어서 나란히 두었다면 형법각칙상의 그 규정들이 수죄의 법정형에 관한 규정임을 조금 더 쉽게 간과할 수 있었을는지도 모른다.

형법총칙에 존재하는 상상적 경합과 실체적 경합의 규정은 물론 형법각칙에 존재하는 밀접한 관계에 있는 수죄의 법정형에 관한 규정들의 규범적 성격을 정확히 파악할 수 있으려면 종래의 죄수론과 불법구성요건론으로써는 한계가 있으므로 새로운 형량론과 형량구성요건론의 도움이 필요하다. 종래의 전통적 입장이 정립하지 못한 새로운 형량구성요건론에 의거할 때 비로소 상상적 경합의 규정과 실체적 경합의 규정, 그리고 종래 말하는 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 규정들이 수죄(성립)의 경합 또는 1죄의 불법구성요건에 관한 규정이 아니라, 수죄의 법정형에 관한 (형량구성요건)규정이라는<sup>32)</sup> 것을 제대로 해석해낼 수 있다.

이들 규정에 정한 법정형이 뒤따르는 다수의 개별 범죄들은 각각 기수범이거나 미수범, 고의범이거나 과실범, 신분범이거나 일반범일 수 있고, 이러한 범죄유형과 범죄성립을 독립적으로 각각 규정하는 것은 해당하는 개별 범죄의 규정이다. 따라서 상상적 경합과 실체적 경합의 (형량구성요건)규정, 그리고 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정처럼, 개별 범죄의 규정에 의해 그 성립과 유형이 결정되는 다수의 개별 범죄들을

31) 예컨대, 제40조의 1(특정한 수죄의 법정형) 상상적 경합이나 실체적 경합에 놓이는 수죄들 가운데 특정한 수죄들에 대해서는 형법각칙에서 별도로 정하는 형으로 처벌한다.

32) 따라서 상상적 경합의 규정과 실체적 경합의 규정에 규정되어 있는 법정형들이 수죄에 대한 법정형의 유형이듯이, 전통적 입장이 범죄의 유형으로 파악해온 결합범, 결과적 가중범, 준강도 역시 수죄에 대한 법정형의 유형이고 범죄의 유형이 아니다.

그대로 전제하여 오로지 그 다수 범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 법정형을 정하기만 하는 그러한 (형량구성요건)규정들에 있어서는 다수의 개별 범죄들 전체를 포괄하여 하나의 기수범 또는 미수범, 하나의 신분범 또는 일반범으로 할 것인지 나아가 그 전체에 대한 하나의 실행착수를 언제로 볼 것인지의 문제들은 아예 일어나지 않는다.

해당하는 개별 범죄의 규정에 의해 성립과 유형이 결정되는 다수의 개별 범죄들은 그에 해당하는 행위가 1개인지 수개인지에 따라 상상적 경합관계에 놓이거나 실체적 경합관계에 놓이게 된다. 이때 행위의 수를 정하는 결정적인 기준은 독립적인 실행착수의 개수이다.

다수의 개별 범죄들이 상상적 경합 또는 실체적 경합에 있더라도, 그것들이 결합범, 결과적 가중범, 준강도와 같은 규정에 명시된 특정한 범죄들에 속하면서 시간적 장소적으로 밀접한 관계에 있는 경우에는 상상적 경합 또는 실체적 경합의 법정형 대신 밀접한 관계의 수죄에 대한 형량구성요건규정에 정해진 법정형이 적용된다.

그리고 한정된 지면관계상 이 글에서는 다루지 않았지만, 역시 형량구성요건이론에 의거하여 독자적인 형량론의 영역에서 다수 범죄의 법정형에 관한 문제로 다루어야 할 것들로 연속범<sup>33)</sup>, 집합범<sup>34)</sup>, 부진정 결과적 가중범, 연결효과에 의한 상상적 경합 등이 있다. 이들 문제는 다음 기회에 다룰 별도의 독립적인 주제로 남겨 놓기로 한다.

---

33) 연속범의 경우에 실질상 수죄를 인정하는 견해는, 김성돈, “연속범의 죄수”, 「형사정책연구」 제8권 제1호, 형사정책연구원, 1997, 187쪽 이하; 박광민, “연속범이론의 재검토”, 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000, 144쪽; 안동준, 형법총론, 학연사, 1998, 317쪽; 이정원, 형법총론, 법지사, 1999, 447쪽; 임광주, “단일 범죄 및 다수 범죄”, 「형사법연구」 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012, 113-114쪽 등.

34) 집합범을 수죄로 보는 견해는, 이재상, 형법총론 제6판, 박영사, 2008, 537쪽; 박상기, 형법총론, 박영사, 2009, 482쪽; 성낙현, 형법총론, 동방문화사, 2010, 704쪽; 안동준, 앞의 책, 317쪽; 이정원, 앞의 책, 448쪽; 양종모, “포괄일죄 법리의 문제점과 개선방안”, 「저스티스」 통권 제125호, 2011, 129쪽; 임광주, 앞의 글, 114-115쪽.

## 참 고 문 헌

### 〈저서〉

- 권오걸, 형법총론 제2판, 형설출판사, 2007.  
형법총론 제11판, 박영사, 2006.  
박상기, 형법총론 제8판, 박영사, 2009.  
배종대, 형법각론 제7전정판, 홍문사, 2010.  
백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.  
성낙현, 형법총론, 동방문화사, 2010.  
안동준, 형법총론, 학연사, 1998.  
오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009.  
오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.  
이재상, 형법총론 제6판, 박영사, 2008.  
이정원, 형법총론, 법지사, 1999.  
이정원, 형법각론, 법지사, 1999.  
이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997.  
임웅, 형법각론 개정판, 법문사, 2003.

### 〈논문〉

- 김경락, “강도상해죄의 행위주체와 미수와 기수의 판단기준”, 「형사법연구」 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.  
김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997.  
김성돈, “연속범의 죄수”, 「형사정책연구」 제8권 제1호, 형사정책연구원, 1997.  
민영성/차정인, “죄수론의 재검토”, 「법학연구」 제48권 제1호, 부산대학교 2007.  
박강우, “결과적 가중범의 인과관계와 미수범처벌”, 「저스티스」 제34권 제5호, 한국법학원, 2001.  
박광민, “연속범이론의 재검토”, 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회,

2000.

- 박달현, “준강도죄의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토”, 「형사법연구」 제26호 특집호, 한국형사법학회, 2006.
- 박동률, “소위 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기”, 법학논고」 제26집, 경북대 법학연구소, 2007.
- 손동권, “결과적 가중범에서의 기본범죄유형”, 「형사정책」 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008.
- 신영호, “상상적 경합을 통해 본 ‘포괄일죄론’”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 심재무, “준강도죄의 본질과 기수시기”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006.
- 양종모, “포괄일죄 법리의 문제점과 개선방안”, 「저스티스」 통권 제125호, 한국법학원, 2011.
- 이경렬, “죄수론의 체계구성에 관한 시론”, 「비교형사법연구」 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.
- 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 「형사판례연구(7)」, 형사판례연구회편, 박영사, 1999.
- 이용식, “준강도죄의 예비와 기수시기”, 「한국형사법학의 신전개(이재상교수정년기념논문집)」, 2008.
- 임광주, “현행 형법의 규범구조”, 「법학논총」 제16집, 한양대 법학연구소, 1999.
- 임광주, “기본형량구성요건”, 「법학논총」 제27집 제1호, 한양대 법학연구소, 2010.
- 임광주, “변경형량구성요건”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010.
- 임광주, “죄수결정의 기준”, 「한양법학」 제22권 제3집, 한양법학회, 2011.
- 임광주, “단일 범죄 및 다수 범죄”, 「형사법연구」 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012.
- 임석원, “결과적 가중범의 미수”, 「형사법연구」 제23호, 한국형사법학회, 2005.
- 임석원, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 「비교형사법연구」 제8

- 권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 「형사정책 연구」 제20권 제2호, 형사정책연구원, 2009.
- 임석원, “준강도죄에 관한 고찰 -법적 성격과 미수를 중심으로-”, 「형사법 연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.
- 조상제, “현행 결과적 가중범 규정들의 개정방안에 관한 연구”, 「형사법 연구」 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007.
- 조준현, “결과적 가중범의 가벌성의 요건과 한계”, 「성신법학」 제6호, 성신여대 법학연구소, 2006.
- 조현욱, “준강도죄의 행위주체와 기수와 미수의 판단기준”, 「법학연구」 제29집, 한국법학회, 2008.
- 천중철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 「사회과학연구」 제16집, 서원대 사회과학연구소, 2003.
- 천진호, “결과적 가중범과 중지미수”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006.
- 최병각, “준강도죄가 강도죄는 아니지 않는가? ”, 「저스티스」 통권 제 117호, 한국법학원, 2010.
- 한상훈, “형법상 결합범의 유형과 입법론적 검토”, 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 홍영기, “특수강도죄의 실행의 착수시기”, 「성균관법학」 제20권 제3호, 성균관대학교, 2009.

## <국문초록>

현행형법에는 단일범죄의 법정형뿐만 아니라, 다수범죄의 법정형을 정하는 규정들도 있다. 상상적 경합의 규정, 실체적 경합의 규정, 종래 말하는 결합범의 규정과 결과적 가중범의 규정, 그리고 준강도의 규정들이 바로 그것이다.

전통적 입장은 상상적 경합의 규정과 실체적 경합의 규정에 대해서는 수죄에 관한 규정으로 보면서도, 종래 말하는 결합범의 규정과 결과적 가중범의 규정, 그리고 준강도의 규정들에 대해서는 수죄가 아닌 1죄에 관한 규정으로 본다.

그러나 그 규정들 모두는 다수범죄가 성립하여 존재하는 경우에, 그 다수범죄에 대해 뒤따르는 법효과로서 다수범죄 전체에 대한 하나의 포괄적인 법정형을 정하는 ‘형량구성요건규정’이고, 수죄의 불법구성요건규정 또는 일죄의 불법구성요건규정이 아니다.

상상적 경합의 규정과 실체적 경합의 규정은 독립된 여러 단일범죄의 규정에 의해 각각 독립적으로 성립하는 ‘불특정한’ 수개의 개별 단일범죄들이 존재함을 전제로 하여, 그 다수범죄 전체에 대한 하나의 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 형량구성요건규정이다. 이에 대해, 종래 말하는 결합범의 규정과 결과적 가중범의 규정, 그리고 준강도의 규정들은 독립된 여러 단일범죄의 규정들 가운데에서도 ‘특정한’ 단일범죄의 규정들에 의해 각각 독립적으로 성립하는 ‘특정한’ 수개의 개별 단일범죄들이 존재함을 전제로 하여, 그 다수범죄 전체에 대한 하나의 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 형량구성요건규정이다.

상상적 경합의 규정은 ‘하나의 행위’에 의해 각각 독립적으로 성립하여 존재하는 불특정한 수개의 개별 단일범죄들(즉, 다수범죄) 전체에 대한 하나의 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 다수범죄의 형량구성요건규정이고, 실체적 경합의 규정은 ‘여러 행위’에 의해 각각 독립적으로 성립하여 존재하는 불특정한 수개의 개별 단일범죄들(즉, 다수범죄) 전체에 대한 하나의 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 다수



범죄의 형량구성요건규정이다. 종래 말하는 결합범의 규정과 결과적 가중범의 규정, 그리고 준강도의 규정들은 ‘시간적 장소적인 밀접관계’ 아래에서 각각 독립적으로 성립하여 존재하는 ‘특정한’ 수개의 개별 단일범죄들(즉, 다수범죄) 전체에 대한 하나의 법효과로서 하나의 포괄적인 형량을 법정하는 다수범죄의 형량구성요건규정이다.

위와 같은 다수범죄의 형량구성요건규정들은 ‘다수범죄의 형량’을 독립된 수개의 개별 단일범죄들 각각의 법정형을 단순 합산한 형량으로 하지 않고, 단순 합산한 형량보다 더 가볍거나 더 무겁게 법정하고 있다.

**주제어** : 수죄의 법정형, 상상적 경합, 실체적 경합, 결합범, 결과적 가중범, 준강도

## Die Vorschriften vom bemessenen Strafmaß für die mehrere Delikte

Rim, Kwang-Joo\*

Im geltenden Strafrecht gibt es nicht nur diejenige Strafmaßtatbestandsvorschriften, die das Strafmaß für das einzige Delikt bemessen, sondern auch diejenige Strafmaßtatbestandsvorschriften, die das Strafmaß für die mehrere Delikte bemessen. Zu den Strafmaßtatbestandsvorschriften, die das Strafmaß für die mehrere Delikte bemessen, gehören eben die Vorschriften über die sog. Realkonkurrenz bzw. die Irrealkonkurrenz die sog. zusammengesetzte Delikte, die erfolgsqualifizierte Delikte, den räuberischen Diebstahl.

Die Vorschriften über die sog. zusammengesetzte Delikte, die erfolgsqualifizierte Delikte, den räuberischen Diebstahl regeln eigentlich über die umfassende Bemessung des Strafmaßes für die mehrere Delikte, nicht aber über den Unrechtstatbestand desjenigen einzigen Delikts, das durch mehrere einzelne Delikte gemischt besteht.

Mehrere Delikte werden nach der Handlungszahl zwischen den unter der Realkonkurrenz stehenden Delikten und den unter der Irrealkonkurrenz stehenden Delikten unterschieden. Das Maßstab für die Entscheidung der Handlungszahl, durch die zwischen der die Realkonkurrenz und der Irrealkonkurrenz unterschieden wird, ist die Zahl des unabhängigen Ansetzens.

Wenn die mehrere einzelne Delikte im Verhältnis von der Realkonkurrenz oder der Irrealkonkurrenz stehen und sich aufeinander zeitlich und räumlich beziehen, wird statt des Strafmaßes für die Realkonkurrenz oder die Irrealkonkurrenz das Strafmaß angewendet, das die Vorschriften über die sog. zusammengesetzte Delikte, die erfolgsqualifizierte Delikte, den räuberischen Diebstahl bestimmen.

**Key Words** : das Strafmaß für die mehrere Delikte,  
Realkonkurrenz, Irrealkonkurrenz, Zusammengesetzte  
Delikte, Erfolgsqualifizierte Delikte, Räuberischer  
Diebstahl

---

\* Professor, School of Law in Hanyang University. PhD. in Law.