

지 않은 처형(extrajudicial execution), 납치, 고문, 노예, 강제이주, 자의적 구금 및 정치적, 인종적 이유로 인한 박해로 정의하였다.¹⁵⁾ 한편 미국변호사협회(ABA)는 최근의 보고서¹⁶⁾를 통하여 반인도적 범죄를 민간인에 대해 조직적으로 혹은 광범위하게 자행되는 고의적 살인, 고문 및 강간 그리고 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해로 정의하였다. 그리고 이러한 개념상의 차이는 국제적인 NGO 마다 약간의 차이를 보이는 것도 사실이다. 논자들 중에는 대량학살(genocide)나 전쟁범죄까지도 반인도적 범죄라는 개념에 포함시키는 경우도 있다.

뿐만 아니고 위에서 본대로 반인도적 범죄가 국내법에 규정되어 있는 경우, 그 행위의 주관적(의도, 예를 들면 반인도적 범죄가 어떤 그룹에 대한 인종적, 민족적 증오에서 비롯되었는가 하는 주관적 요소) 및 객관적 요건(행위의 정도, 예를 들면 이 범죄를 구성하기 위해서는 어느 정도의 비인도성이 필요한가)의 평가에 따라 각국의 법원이 보이는 약간의 차이도 있다.

필자는 반인도적 범죄에 대한 위와 같은 다양한 개념 이해에 대해 다음과 같은 방법으로 그 개념을 정리할 수 있다고 생각한다. 첫째, 광의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄¹⁷⁾를 포함하는 개념으로 이해할 수 있다. 둘째, 협의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄를 제외한 개념으로 위의 뉴렘버그재판이나 유고슬라비아재판소등에서 개념화한 crimes against humanity를 말하는데 이 개념은 대체적으로 각국의 국내법에서도 채용되기도 하나 그 구성행위와 요건은 약간의 차이가 있다. 국제적 NGO들간에도 개념상 약간의 차이를 보이고 있다. 셋째로 협의의 반인도적 범죄를 최근 가장 잘 개념화한 국제적 문서는 국제상설형사재판소 근거규정에서 볼 수 있다는 사실이다. 이 규정에서는 동 개념의 국제조약화를 시도하였고 죄형법정주의의 원칙에 입각하여 그 자세한 정의규정을 도입하였

다.¹⁸⁾ 따라서 향후 동 개념은 이 규정의 정의규정이 국제적 영향력을 행사할 것으로 본다.

라. 국제관습법상의 국제범죄로서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄(협의의 의미)가 국제법상 국제관습법상의 범죄라고 하는 데는 특별한 이론이 없다. 국제법의 유권적 해석서인 American Law Institute가 발행하는 Restatement(the third) §102도 국제관습법상의 범죄로서 침략행위(aggression), 학살(genocide), 전쟁범죄(war crimes), 해적행위(piracy), 노예(slavery), 고문(torture) 그리고 반인도적 범죄(crimes against humanity) 등을 열거하고 있다.

Restatement, §702는 위와는 조금 다른 내용이지만 국가가 국가의 정책으로서 다음의 행위를 시행하거나 찬양고무하면 국제관습법에 위반된다고 설명한다.¹⁹⁾ 원문을 그대로 옮겨보면 다음과 같다.

- (a) genocide(학살);
- (b) slavery or slave trade(노예 혹은 노예무역);
- (c) the murder or causing the disappearance of individuals(살인 혹은 실종);
- (d) torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment(고문 기타 비인간적 처우 혹은 형벌);
- (e) prolonged arbitrary detention(자의적인 구금);
- (f) systematic racial discrimination(조직적인 인종차별); or
- (g) a consistent pattern of gross violations of internationally recognized human rights(국제적으로 인정된 인권의 지속적인 패턴의 중대한 침해).

4. 고문방지조약에서의 고문

고문에 관해서는 고문방지조약을 만들어 그 개념의 국제적 표준화와 국제적 처벌의 의무화를 도모하고 있다. 고문방지조약상의 고문범죄는 위에서 본바와 같은 반인도적 범죄로서의 요건인 '민간인에 대한 조직적 혹은 광범위한 그리고 우월적 비인도성'은 요구되지 않고 단지 조약 1조에 의한 요건만 충족되면 국제법상의 고문으로서 가입국은 그에 대해 처벌의 의무가 있다.

가. 개념

18) 사실 이렇게 개념이 정리된 이면에는 그동안 유엔이 중심이 된 국제형사법의 실제법이라고 할 수 있는 국제범죄의 개념화 운동이 있다는 사실이다.

19) 이들 범죄행위들은 위에서 본 Rome Statute의 반인도적 범죄의 개념 내에 대부분 포함되는 것이다.

15) Amnesty International, The quest for international justice: Time for a permanent international criminal court(July 1995), AI Index: IOR 40/04/95

16) 이 보고서는 국제상설형사재판소에 관한 ABA의 입장을 밝힌 것인데, <<http://www.igc.apc.org/icc>>에서 볼 수 있다.

17) 여기서 말하는 전쟁범죄란 국제적 혹은 국내적 무력충돌과정에서 민간인에 대해 고의적으로 살상하는 것과 같은 행위로서 국제법규나 관습에 심각하게 위반되는 행위를 말한다. 원래 전형적인 전쟁범죄의 개념은 제네바협약(Geneva Conventions of 12 August 1949)에서 보호되는 사람(전투요원)이나 재산에 대한 전쟁행위 중의 범죄를 말한다.

고문방지조약에서 말하는 고문 개념은 다음과 같다.

“국가권력에 의해(이부분에 대해 조약은 ‘공권력이나 그의 동의’에라는 표현을 쓰고 있음) 자백을 강요하거나 정보를 얻기 위해, 범죄에 대한 형벌을 가하기 위해 혹은 차별에 근거하여 위협할 목적으로 사람의 육체와 정신에 의도적으로 심각한 고통을 야기하는 일체의 행위”²⁰⁾

여기에서 육체와 정신에 심각한 고통을 주는 행위란 구체적으로 무엇을 말하는가. 이 조약의 취지를 반영한 미국형법은 다음과 같은 행위유형을 열거하고 있다.²¹⁾

- (a) 심각한 육체적 고통을 수반하는 고의적 가해행위
- (b) 인격을 파괴하고 사람의 의사결정을 강제로 바꾸기 위한 행정적 조치
- (c) 죽음에 대한 협박
- (d) 다른 사람의 생명이 위협하다는 협박을 통하여 의사를 강제로 바꾸려는 행위

고문방지조약상의 고문범죄는 반인도적 범죄에서 일반적으로 논의되는 요건들이 필요 없다. 그저 위의 개념에만 들어가는 행위라면 고문방지조약상의 국제적 의무가 해당 가입국에 무조건 발생하는 것이다. 이런 면에서 본다면 고문방지조약상의 고문은 반인도적 범죄의 하나로 이야기되는 고문개념보다는 넓은 개념으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 반인도적 범죄로서의 고문은 모두가 고문방지조약상의 고문의 개념에 들어갈 수 있지만 그 반대의 경우는 반드시 그렇지 않다는 것이다. 따라서 고문범죄는 국제법상 반인도적 범죄로서의 고문과 이에는 못미치지만 고문금지조약상의 고문에 해당하여 각국에 조약상의 의무가 부과되는 고문이 있다고 할 수 있다.

나. 조약상의 의무

20) 원문을 옮기면 다음과 같다: ...the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.

21) US Code, Title 18, Sec.2340.

고문방지조약에 가입국가의 의무로 정한 것 중 우리의 국내법에서 찾아보기 어려운 것을 중심으로 열거하면 다음과 같다.

- (1) 국제조약에 따라 범죄인인도를 하는 경우, 피인도자가 인도되면 고문을 받을 가능성이 있는 경우에는 인도가 금지된다(조약 3조).
- (2) 고문가해자가 어느 국가에 있을지라도 처벌할 수 있다(소위 보편적 관할의 설정, 조약 5조2항).
- (3) 고문가해자에 대해서는 어떠한 경우라도 처벌 희망국에 인도되어야 한다(조약 8조)
- (4) 국가는 고문피해자에 대해 적절한 구제절차와 피해배상이 되도록 해야한다(조약 14조1항)
- (5) 고문에 의해 만들어진 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없다(조약 15조)

5. 이근안 경감 사건을 국제법상 ‘반인도적 범죄’라고 할 수 있는가

이상과 같은 논의에 근거할 때 일반적으로 반인도적 범죄의 개념은 전형적인 전쟁범죄나 학살(genocide)과 구별되는 특유의 개념으로 사용되는 경우가 있는가 하면, 이들 범죄 중 대부분을 포함하는 경우(전쟁범죄의 경우도 민간인을 대상으로 하는 범죄)로도 사용되는 것을 알 수 있다. 따라서 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 그 내용이 심각한 경우로서 온 인류의 관심사가 될 수 있는 범죄행위는 반인도적 범죄라고 불리울 수 있는 자격을 갖추었다고 할 수 있다. 이를 위해 위에서 언급한 몇 가지 조건 즉, 범죄의 대상이 민간인이어야 한다는 것과 그 방법이 조직적이거나 광범위해야 한다는 요건(여기에서 조직적인 것이란 예컨대 국가권력을 배경으로 하는 것등을 의미하고 광범위한 것이란 다수의 범죄행위가 넓은 지역을 범위로 일어난다는 것을 의미한다) 그리고 그 범죄의 비인도성이 일반의 국내범죄들에 비하여 그 비탄가능성이 높다는 것등의 요건은 반인도적 범죄 구성의 필요요건들이다. 그러므로 단일한 사건 하나를 반인도적 범죄로 인정하기는 사실상 어려운 일이나 그것이 조직적 차원에서 일어난 것을 증명한다면 그것도 가능하다.

그리고 고문과 관련해서는 반인도적 범죄의 범주에 들어가는 고문 이외에 그 범주에는 들어가지 않더라도 고문방지조약상의 고문개념에는 해당하는 고문이 있는 바, 이 경우에도 각 국가는 가해자에 대한 처벌과 피해자 보호를 위해 특별한 의무가 있다.

이와 같이 볼 때, 이근안 경감사건²²⁾을 고문방지조약상의 고문의 개념에 넣는 것은 아무런 문제가 없으나 과연 국제관습법적 개념인 반인도적 범죄에 해당한다고 할 수 있을까가 문제이다. 결론적으로 필자는 그의 행위가 반인도적 범죄로서의 고문이라는 성격을 갖는데 특별히 무리가 없을 것으로 본다. 그의 행위는 대공수사기관이라고 하는 국가권력의 조직적 지원(적어도 묵인)하에 민간인을 대상으로 한 범죄이고(따라서 반인도적 범죄의 요건인 '민간인성' 및 '조직성'에 해당) 그가 사용한 고문의 수법은 전기고문, 물고문 등 인류사회가 도저히 용납할 수 없는 극악한 범죄(따라서 '비인도성'에 있어 다른 범죄보다 우월함)이기 때문이다. 이러한 고문은 강압수사과정에서 특정 수사관에 의해 자행된 단순 고문(물론 이것도 고문방지조약상의 고문에는 해당하지만)이라고는 도저히 평가할 수 없는 전형적 반인도적 범죄의 하나인 것이다.

6. 반인도적 범죄에 대한 국제법의 원칙

반인도적 범죄를 비롯한 국제관습법상의 범죄에 대한 국제법상의 성격은 크게 두 가지이다. 첫째는 반인도 범죄는 국제법상 jus cogens 범죄라는 것이다. jus cogens라는 말의 의미는 원천전 규범(fundamental norms)이라는 뜻으로 조약이나 국내법, 그 어느 규범으로도 그 규범이 정하고 있는 권리나 의무의 내용을 변경하거나 철회할 수 없다는 말이다.²³⁾ 따라서 어느 범

22) 이근안은 수많은 대공사건을 수사하는 과정에서 많은 사람들을 불법구금하고 상상할 수 없는 고문기법으로 인권을 유린하였다. 99년 12월 말 서울지방법검찰청의 불기소결정문(서울지검 1999년 131012호, 피해자 함주명에 대한 고문사건)에서 검찰이 인정한 사실을 여기에서 소개하고 그 범죄의 반인도적 범죄성을 생각해 보자. 결정문에 나타난 이근안의 고문행위는 다음과 같다:

이근안은 83년 2월 18일 피해자 함주명을 간첩혐의로 서울 용산 소재의 경찰 대공수사단으로 연행하여 그 뒤 4월 3일까지 구속영장을 발부받음이 없이 45일간을 불법감금하고, 이 기간 중 남과간첩으로 활동하였음을 자백하라고 하면서 고문기구인 칠성판에 피해자를 놓힌 채, 묶어 놓고 피해자의 가슴에 올라타 얼굴에 수건을 뒤집어 씌운 다음 샤워기로 얼굴부위에 물을 흘려보냄으로써 호흡곤란 등으로 고통을 받게 하는 방법으로 피해자에게 폭행을 가함은 물론, 같은 무렵 피해자를 칠성판에 묶어 놓은 상태에서 전기고문기구를 이용하여 양발의 새끼 발가락에 전선줄을 감고 전류를 흘려보내 극심한 통증을 느끼게 하는 전기고문으로 폭행을 가하였다.

죄가 jus cogens 범죄라고 불린다면 그것은 '반드시 처벌되어야 하는 범죄' '처벌의 유예나 사면등으로 그 범죄자를 용서하는 것이 원칙적으로 불가능한 범죄'를 말한다. 둘째, 반인도 범죄는 erga omnes 범죄라는 것이다. 이것은 jus cogens과 동전의 앞뒷면의 관계를 이룬다. 어느 범죄가 반드시 처벌되어야 한다면 그것은 어느 한 나라의 의무가 아닌 모든 나라의 의무라는 것이다. 즉, erga omnes 범죄는 세계의 모든 나라가 그 처벌의 의무를 지니는 범죄를 말한다.

이러한 두 가지 성격으로부터 반인도적 범죄에 대한 국제법적 처벌은 크게 다음과 같은 원칙들을 탄생시켰다. 이러한 원칙은 국제조약과 국제관습법²⁴⁾에 의해 확립되었다고 할 수 있다.

가. 보편적 관할(universal jurisdiction)의 원칙

이 개념은 어떤 범죄는 그 속성이 너무나 잔인한 것이어서 인류전체가 관심을 갖고 그 범죄가 어디에서 일어났는지를 불문하고 처벌을 할 수 있다는 것이다.²⁵⁾ 이 원칙을 다른 말로 표현한다면 어떤 범죄가 보편적 관할 범죄로 평가된다면 국제법상 어떤 나라라도 그 범죄인에 대해 처벌할 수 있고 혹은 처벌하고자 하는 국가가 범죄인의 인도를 요구할 때 이를 인도하여야 한다는 것이다.²⁶⁾ 반인도적 범죄는 위에서 본대로 대표적인 국

23) 따라서 jus cogens를 강행법규라고 번역하기도 한다.

24) 일반적으로 국제관습법적 지위를 획득하기 위해서는 두 가지 조건이 이루어져야 한다. 국가들에 의해 널리 통용되는 state practice(국가에 의한 관행, 이를 물적 요소라 한다)와 관행에 대한 opinio juris(법적 확신, 이를 심리적 요소라 한다)가 그것들이다. Ian Brownlie는 국제관습법의 요건을 ①duration(지속성), ②uniformity, consistency of the practice(관행의 통일성 혹은 정형성), ③generality of the practice(관행의 일반성), ④opinio juris(법적확신)로 나누어 설명한다. 이중 ①-③이 practice에 관한 설명인데 그에 의하면 duration은 practice의 필요요건은 아니라고 한다. Ian Brownlie, Principles of Public International Law(4th ed., 1990), p.3 이하 참고.

25) 이에 대해서는 Restatement § 404에 다음과 같은 설명이 있다: "국가는 국제사회의 보편적 관심의 어떤 특정범죄(전쟁범죄, 해적, 노예...)에 대해 이를 규정하고 형벌을 정할 수 있는 관할이 있다...." 관련부분의 원문을 옮기면 다음과 같다: A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nationals as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism....

26) 최근의 피노체트 사건이 이 관할원칙을 잘 설명해

제관습법상의 범죄이고 바로 이러한 보편적 관할의 원칙이 적용되는 범죄이다.

보편적 관할은 국제관습법상의 원칙으로 인정되기 때문에 국제법을 적용함에 있어 별도의 수용절차를 요구하지 않는 법체제²⁷⁾ 하에서는 관할에 관한 별도의 국내법을 없이도 (반인도적 범죄를 처벌할 형사실체법만으로) 반인도적 범죄인의 처벌이 가능하다.²⁸⁾ 그러나 유럽과 미주지역의 많은 나라들은 국내법률로 이 원칙을 명문으로 선언하고 있다. 다음은 그들 나라 중 대표적인 나라의 법률적 근거를 조사한 것이다.²⁹⁾

· 벨기에: 벨기에에는 1949년의 전쟁범죄에 관한 4개의 제네바조약과 그 선택의정서를 국내적으로 수용하는 국내법에 의하여 국내법원에 이들 전쟁범죄에 관한 보편적 관할을 인정하고 있다. 또한 벨기에의 법원은 관습법상의 반인도적 범죄에 대하여 그 범죄가 어디에서 일어났는지 간에 관할권을 갖는다.

볼리비아: 볼리비아 형법[Art.1(7)]은 국제조약에 의하여 어떤 특정 범죄행위를 처벌하기로 한 경우에는 비록 범죄가 외국에서 발생하고 범죄인의 국적이나 피해자의 국적에 관계 없더라도 볼리비아의 법원이 이들 범죄를 재판할 관할권을 갖도록 하고 있다.

· 캐나다: 캐나다 형법[Section 7(3, 71)]은 반인도적 범죄와 전쟁범죄의 혐의자가 캐나다에서 발견되고 이들 행위가 캐나다에서 일어났다면 범죄행위를 구성하는 경우 캐나다 법원에 이들 외국인 혐의자에 대하여 보편적 관할을 부여하고 있다.

· 프랑스: 1998년 1월 6일 프랑스의 법원은 Wecelas Munyeshyaka 사건에서 프랑스의 법률(French Law 96-432 of 22 May 1996)에 따라 genocide와 crimes against humanity에 대하여 보편적 관할을 가지고 있다고 선언하였다.

· 독일: 독일 형법[Art.6(1)]에 의하면 독일의 형사법은 외국에서 발생한 genocide에 대하여 적용된다. 뿐만 아니고 독일 형법[Art.6(9)]은 독일이 당사국이 된 조약에서 처벌하기로 약속한 범죄에 대하여 독일 형사법이 적용된다고 하고 있다.

· 스페인: 1985년 제정된 사법권조직법(Art.65)은 스페인의 법원에, 만일 스페인에서 발생하였다면 스페인의 법에 위반되

준다. 스페인이 영국에 피노체트의 인도를 요청한 근거 중에는 보편적 관할 원칙 하에 칠레의 독재자를 처벌하겠다고 하는 것이었다.

27) 우리나라도 헌법 제6조에 따라 국제법을 적용하는데 있어 별도의 수용절차를 필요로 하는 나라가 아니다.

28) 이에 관해서는 아래의 '죄형법정주의의 완화' 부분에서 자세히 설명할 것임.

29) 이 리스트는 최근 캐나다 Amnesty International이 조사한 것의 일부이다(미국의 경우는 필자가 조사). 자세한 것은 다음의 웹사이트를 참고하라. <<http://www.amnesty.ca/actnow/immunity/i5.htm>>.

는 행위이거나 국제조약에 요구하는 의무에 위반되는 행위에 대해서 관할권을 인정한다. 동법 Art.23(4)는 국제조약에서 스페인으로 하여금 특정범죄(예컨대, 집단학살, 테러등)에 대하여 처벌을 요구하는 경우에는 스페인 법원에 관할권이 있음을 선언하고 있다.

· 스위스: 스위스 형법(Art.6 bis)은 스위스가 국제조약에 의하여 특정 범죄(예컨대 고문)를 처벌하기로 국제적 의무를 부담하고 있는 경우에는 자국의 법정에 보편적 관할을 인정하고 있다. 군형법(Art.109)에는 전쟁범죄에 관한 보편적 관할을 인정하고 있는데 여기에서는 전쟁행위에 관한 국제조약에 위반되는 행위나 전쟁에 관한 일반적으로 인정된 법률 혹은 관습법에 위반되는 행위에 대해서는 비록 이들 행위가 스위스와 아무런 관련이 없다 하더라도 범죄가 되어 스위스 내에서 처벌될 수 있음을 선언하고 있다. 나아가 동법 ART.108(2)는 이러한 전쟁범죄는 비록 국가간의 무력충돌이 아닌 경우(Non-international armed conflict)의 경우에도 적용됨을 규정하고 있다.

· 미국: 미국에서는 고문가해자에 대해서 20년 이하의 징역, 종신형 혹은 사형에 처할 수 있도록 하면서, 그 관할에 대해서는 보편적 관할을 선언하고 있다. 즉, 혐의자가 미국에 소재하고 있는 경우에는 피해자나 혐의자의 국적에 관계없이 처벌할 수 있다.³⁰⁾

나. 시효부적용의 원칙

반드시 처벌되어야 하는 반인도적 범죄에 공소시효라는 면죄부를 줄 수는 없다는 것이다. 범죄인이 발견되면 언제라도 처벌이 가능하다는 것이다. 이것은 이미 몇 개의 국제조약에 의해 확인되었다. 68년의 유엔총회에서 채택된 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약과 유럽평의회가 74년에 채택한 같은 명칭의 부적용조약을 들 수 있으며 최근에는 국제상설형사재판소 근거규정(29조)에서도 시효부적용의 원칙은 채택되었다. 반인도적 범죄에서 시효를 부적용시키는 것이 이미 국제관습법적 지위를 얻었느냐에 대해서는 논란의 여지가 없는 것이 아니나³¹⁾ 2차 대전 이후 나찌협력자에 대해 유럽의 국가들이 현재에 이르기까지 처벌하는 것을 보면 적어도 국제관습법에 가까운 원칙이 되었다고 볼 것이다.³²⁾

30) US Code, Title 18, Sec.2340A

31) 국제관습법의 두 가지 요건인 국가들의 관행(state practice)과 법적 확신(opinio juris) 중 과연 관습법의 지위에 오를 정도로 practice가 있다고 볼 수 있을지가 의문이라는 것이다. 참고로 현재 시효부적용조약은 약 40개국 정도만이 가입해 있다.

32) 많은 나라들이 이와 같은 원칙을 국내법률에 명문

문제는 고문의 경우인데, 시효부적용원칙이 모든 고문범죄에 똑 같이 적용되어야 할 것인가다. 즉, 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문에 대한 공소시효문제를 어떻게 할 것인가이다. 아무래도 반인도적 범죄로서의 고문과 그렇지 않은 고문의 공소시효는 똑 같다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 반인도적 범죄로서의 고문은 시효가 부적용되어야 하는 것이지만 그렇지 않은 고문은 일반범죄와 같은 공소시효가 적용될 수 있을 것이다. 미국에서는 고문의 법정형은 피해자가 사망에 이른 경우에는 종신형 혹은 사형, 그렇지 않은 경우에는 20년 이하의 징역형에 처하도록 규정하면서³³⁾ 공소시효에 대해서는 고문범죄에 특칙을 정하지 않고 법정형에 따른 일반공소시효가 적용된다. 그런 결과 고문에 의한 사망 사건에서는 공소시효적용을 하지 않고, 그 이외의 고문 사건에서는 5년의 공소시효가 적용된다.³⁴⁾

다. 불처벌(impunity) 금지의 원칙

시효부적용에서 보듯이 반인도적 범죄는 시간과 관계 없이(시효부적용) 반드시 처벌이 되어야 한다는 것이다. 이것은 반인도적 범죄를 처벌하는 데 있어 범죄인의 지위에 따라 면책을 주는 행위,³⁵⁾ 국민화합을 명분으로 수사나 기소를 하지 않는 행위, 그리고 정치적 편의에 의해 이루어지는 사면 등을 인정해서는 안된다는 것이다. 다만 이러한 불처벌금지의 원칙이 국제법상 하나의 원칙, 즉 국제사회가 이미 인정하고 있는 국제관습법과 같은 지위에 있는 원칙이라고는 아직 말할 수 없다. 이 원칙은 과거 독재정권 하에서 무수한 인권침해를 겪은 나라들의 책임자들이 사면 혹은 위장 재판(sham trial) 등에 의해 면책된 경우 사후에 민주적 정권이 들어선 다음 혹은 국제사회가 나서 이들 책임자들의 죄과를 물을 수 있느냐를 두고 활발하게 논의되고 있다. 국내적 예를 찾기는 어렵지만 98년 로마회의를 통해 만들어진 국제상설형사재판소법(Rome Statute)은 동재판소의 관장범죄(대표적인 것이 반인도적 범죄임)를 저지른 사람에 대해 해당국이 형사책임을 면하게 할 목

으로 선언하고 있다. 예컨대, 미국 연방형법에서는 대량학살(genocide)을 규정하면서 명백히 공소시효부적용을 선언하고 있다. 즉, 이들 범죄는 공소시효와 관계 없이 언제든지 제한 없이(at any time without limitation) 기소가 가능하다. US Code Title 18, sec. 1091.

33) US Code, Title 18, Sec. 2340A.

34) US Code, Title 18, Sec. 3282.

35) 예컨대 국가수반에 대해서는 통상 면책특권이 주어지지만 반인도적 범죄에 대해서는 그렇지 않다

적으로 국내사법제도를 이용하거나 국제법에 의해 인정된 적정절차에 따라 독립적이고 공정하게 재판되지 못해 정의가 실현되지 못하였다면 상설형사재판소가 다시금 처벌을 할 수 있다는 규정을 둬으로써 이 원칙의 국제법적 근거를 마련하였다.³⁶⁾ 또한 이 원칙은 반인도적 범죄인에 대해 소재지국 이외의 타국에서 처벌하고자 하는 경우 해당 범죄인은 자신의 범죄를 정치적 범죄라고 하면서 인도배제 주장을 하지 못하는 것으로도 나타나고 있다.³⁷⁾

라. 죄형법정주의의 완화

반인도적 범죄가 국제관습법상의 범죄인 것은 이론이 없다. 한편, 근대 형사법에서 죄형법정주의는 범죄인 처벌의 최고의 원리이다.³⁸⁾ 그렇다면 국제관습법상의 범죄는 죄형법정주의를 배제하는 것인가 하는 의문이 생긴다. 한마디로 이 문제에 대한 국제법적 흐름을 이야기한다면 국제관습법상의 범죄에 대한 처벌도 기본적으로는 죄형법정주의가 적용되는 것이지만 국내의 일반범죄에 비하여 그 적용은 완화된 상태에서 적용된다고 할 수 있다. 뉴렘버그 재판에서 확인한 것처럼 국제관습법상의 반인도적 범죄는 성문의 사전조약이 없어도 국제재판에서 처벌이 가능하다.³⁹⁾ 그 정당성의 근거는 반인도적 범죄를 사후에 국제재판에서 그 근거법에 정한다고 할지라도 그것은 이미 범죄로 인정되어 온 것을 단지 확인하는 것에 불과하다는 논리였다. 이러한 논리는 유대인 학살의 책임자 중의 한 사람인 아이히만(Eichmann) 사건에서 이스라엘 법원이 보인 태도에서 더욱 명확하게 나타나 있다. 이스라엘 법원은 아이히만이 범법행위를 저지를 때 그가 그 행위를 보편적, 도덕

36) Rome Statute, Art. 20.

37) *Quin v. Robinson*, 783 F2d 776 (9th Cir. 1986). 이 판결에서 Reinhardt 판사는 반인도적 범죄는 범죄의 속성상 범인인도의 배제원칙 중의 하나인 정치적 범죄(rule of political offense exception)의 개념에 당연히 들어갈 수 없다고 설명하고 있다. 한편, 고문방지조약에 의하면 고문범죄는 어떠한 경우라도 범죄인 인도대상 범죄가 되어야 한다(Art. 8, para.1): "The offenses referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offenses in any extradition treaty between States Parties."

38) 죄형법정주의는 다음과 같은 표현으로 간단히 설명될 수 있다. 법률 없으면 범죄 없고(nullum crimen sine lege), 법률 없으면 형벌 없다(nulla poena sine lege).

39) 유고슬라비아 재판에서도 죄형법정주의(그 중에서도 사후법 논쟁)가 피고인측에서 주요한 반론으로 논의되었지만 법원은 이를 배척하였다.

적 원칙에 위반하는 것으로 인식하지 못하였다고 주장할 수 없다고 하면서 그의 행위는 저질러지는 순간 보편적 관할에 속하는 범죄행위가 성립되었다고 하였다. 나아가 동법원은 국제법상의 형사처벌은 마치 사후법에 의한 처벌이 가능했던 초기의 common law 시대와 같다고 현상을 진단하고, 국제범죄에 대하여 판단하고 처벌할 수 있는 기구가 없는 상황에서는 국내의 사법기구가 국제법을 바로 적용하든지⁴⁰⁾ 국내의 입법절차로 수용하여 처벌할 수 있다고 하였다.⁴¹⁾

따라서 이 논리를 받아들인다면 사실 과거의 반인도적 범죄에 대해서도 특별법등을 만들어 처벌하는 것도 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 할 수 있다. 나아가 특별법을 만들면서 과거의 범죄에 대해서도 공소시효를 적용시키지 않겠다고 하더라도 공소시효부작용 자체가 국제관습법적 지위를 얻었거나 그에 준하는 지위를 얻었다고 해석하는 한, 죄형법정주의의 위반문제는 생기지 않을 것이다.

위에서 설명한 바와 같이 국제관습법상 보편적 관할이 적용되는 범죄에 대해서는 어떤 특정국가의 형사법이 보편적 관할을 특별히 규정하고 있지 않더라도 그 나라의 형사법에 동일범죄의 유형이 규정되어 있다면 그 국가가 범죄의 발생지가 아니거나 혐의자가 그 나라의 국적을 갖지 않더라도 처벌할 수 있다. 이것은 최소한 관할문제(처벌권한)에 있어서는 죄형법정주의가 배제될 수 있다는 이야기이다. 예컨대, A국의 국내형법에 genocide를 처벌할 수 있는 근거가 있다고 가정하자. 그러나 지금 문제가 된 것은 그 genocide가 A국에서 일어난 것이 아니고 제3국에서 일어났으며 그 행위자도 A국인이 아닌 제3국인이라는 사실이다. 물론 A국의 형법의 genocide 규정에는 관할에 대한 명확한 입장이 나타나 있지 않다(혹은 이런 경우 처벌이 가능하다는 규

정이 없다). 이러한 경우 A국이 관할문제에 대해서 보편적 관할권을 주장하면서 국내형법으로 위 제3국인을 처벌할 수 있을 것인가가 문제이다. 만일 피고인측이 이러한 처벌이 죄형법정주의를 위반한 것이라고 주장한다면 어떠한 결과가 나올 것인가. 이 문제에 대해서 미국의 Restatement §443은 그 긍정적인 가능성을 제시한다. 즉, §443은 국제관습법상의 범죄(이를 보편적 범죄, universal crimes이라고 표현하였음)는 미국의 형법을 적용할 수 있다고 하였다. 이것은 국내의 법원이 국내의 형사법에 보편적 관할이 적용될 수 있는 범죄가 규정되어 있다면 달리 관할에 대한 입법이 없이도 법원의 권한으로 그 범죄를 처벌할 수 있다는 것을 의미한다. 한마디로 관할에 관해서는 죄형법정주의가 적용되지 않을 수 있다는 이야기이다. 이 같은 입장은 미국의 판례에서 정면으로 인정되기도 하였다. Demjanjuk v. Petrovsky 사건⁴²⁾에서 미국의 한 연방항소법원은 어떠한 나라라도 보편적 관할의 대상이 되는 범죄를 저지른 사람에 대하여 그 범죄를 처벌할 수 있는 국내의 적당한 법률이 있다면 그 법률에 의하여 처벌할 수 있다는 취지의 판결을 한 바 있다. 이 판결의 취지는 다른 미국의 사건에서도 발견된다. 즉, United States v. Yunis 사건⁴³⁾에서도 미국의 한 연방법원은 항공기 테러가 보편적 관할에 해당하는 국제범죄임을 확인하고 이 경우 미국은 관할에 대하여 특별한 법적 근거가 없이도 피고인 Yunis의 범죄행위가 보편적 관할에 해당하는 범죄에 해당한다는 이유만으로 관할권을 행사할 수 있다고 판결하였다. 이 같은 판례는 미국에서만 발견되는 것은 아니다. 오스트리아 대법원도 이에 대해 '만일 오스트리아에서 저질러졌다면 오스트리아의 법률에 의해 처벌이 가능한 범죄가 보편적 관할에 해당하는 경우, 오스트리아의 법원은 그 처벌이 가능하다'는 취지의 판결을 한

40) 국제관습법상의 범죄에 대해 국내의 입법수용절차 없이 행위자를 처벌할 수 있겠는가에 대해 미국에서는 불가하다고 하는 것이 통설적 입장이다. Restatement §404가 바로 이에 대해 설명하고 있는데 다음과 같은 내용이 있다: "국제법은 미국의 법이기는 하지만 의회가 범죄와 형벌을 정하는 입법을 하지 않는 한 국제범죄를 범한 사람이 연방법원에서 처벌될 수 없다"(Although international law is the law of the United States, a person cannot be tried in the federal courts for an international crime unless Congress adopts a statute to define and punish the offense). 이러한 견해는 아마도 철저한 죄형법정주의를 채택하고 있는 우리나라의 형사법에서도 타당하지 않을까 생각한다.

41) 아이히만의 이스라엘 대법원 판결의 영문요약은 36 Int'l L. Rep. 14-17(1968), 277 쪽 이하를 참고.

42) Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F.2d 571(6th Cir. 1985). 이 사건은 우쿠라이나 출신으로 제2차세계대전 후 미국 시민권을 취득한 Demjanjuk의 대전 중 행적이 탄로나면서 시작된다. 그는 대전 중 독일군의 SS에서 일하면서 유대인의 학살의 선봉에 섰다. 그러나 전쟁이 끝난 후 그런 사실을 숨기고 서류를 위조하여 미국 시민권을 획득한 것이다. 그에 대해 1981년 오하이오 주의 연방법원이 그 시민권을 무효화하자 이스라엘 정부에서 즉각 그에 대해 범인인도를 요청하였다. 그에 대한 혐의는 crimes against humanity와 war crimes이었다. 그러나 그는 범인인도법정에서 이스라엘의 관할권 문제를 제기하였으며 이에 대해 법원은 이스라엘이 보편적 관할에 의해 관할권이 있음을 확인하였다.

43) United States v. Yunis, 681 F. Supp. 896, (D.D.C. 1988).

바 있다.⁴⁴⁾

7. 한국에서의 반인도적 범죄의 처벌의 한계와 수용 방안

가. 한국 형사법에서의 반인도적 범죄와 국제조약상의 범죄의 구성요건화

우리 형사법은 국제법상 용어로서의 '반인도적 범죄'나 국제조약상의 범죄(예컨대, 위에서 본 고문방지조약상의 고문범죄)를 제대로 규정하지 못하고 있다. 물론 유사한 범죄로 처벌을 할 수 있는 방법은 있겠지만 그것은 국제법에서 이야기하는 이들 범죄의 정확한 개념과는 거리가 멀다. 반인도적 범죄의 요소라고 이야기되는 '대민간인성', '조직성' 혹은 '광범위성' 그리고 '우월적 비인도성' 등의 개념이 들어가는 범죄구성요건은 없을 뿐만 아니라 고문과 같은 범죄에서도 조약상의 개념과 우리의 개념⁴⁵⁾은 상당한 차이가 있다. 따라서 반인도적 범죄 혹은 국제조약상의 범죄를 한국 법제에서도 처벌하기 위해서는 국내 형사법에 국제법상 개념화된 이들 범죄를 구성요건화 할 필요가 있다.⁴⁶⁾

나. 보편적 관할의 문제

44) Universal Jurisdiction (Austria) Case, Austria, Supreme Court, May 29, 1958, 28 Int'l L.

45) 형법의 규정상 우리의 고문개념은 "인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어 피의자등을 폭행 또는 가혹한 행위를 하는 것"을 말한다. 형법 125조 참고. 이것은 주로 육체적 고통에만 초점을 맞춘 것으로 위에서 본 고문방지조약상의 고문개념에 비하여 대단히 협소하다.

46) 참고로 국내형법에 반인도적 범죄를 규정하고 있는 캐나다의 경우를 소개한다.

"반인도적 범죄란 민간인이나 특정 그룹의 사람들에 대하여 자행된 살인, 말살, 노예화, 추방, 박해 기타 비인도적 행위로서, 범행 당시 그 지역의 법률에 위반하는지를 불문하고 국제조약, 국제관습법 혹은 국제사회에서 인정되는 법의 일반원칙에 위반되는 행위이다."

("crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations). Canada Criminal Code, 3.76.

우리 형사법은 반인도적 범죄나 국제조약상의 범죄에 대한 관할원칙인 보편적 관할(universal jurisdiction)을 규정하지 않고 있다. 물론 이 관할원칙이 국제관습법의 하나이고 우리 헌법이 국제관습법을 국내법과 동일하게 취급한다고 할 수 있으므로 특별히 국내입법이 필요하지 않고 관할의 문제는 죄형법정주의의 문제와도 관계 없다는 입론은 가능하나⁴⁷⁾논란의 여지를 없애기 위해서는 국내법에 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다. 그런 이유로 세계의 많은 나라들이 형사법에 보편적 관할을 명문으로 선언하고 있는 것이다.⁴⁸⁾

다. 공소시효의 문제

반인도적 범죄나 조약상의 범죄에 대해 국내법적 규정이 없는 관계로 이들 범죄에 관한 공소시효는 여전히 일반 시효원칙이 적용되고 있다. 한국에서는 대량학살(genocide)을 일으킨 장본인을 처벌하는 경우라 할지라도 공소시효는 15년을 넘을 수는 없다. 고문의 경우는 형법(제125조)과 특정범죄가중처벌등에 법률(제4조의2)에서 법정형을 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지, 징역 1년 이상(피해자가 치상에 이른 경우) 및 무기 또는 징역 3년 이상(피해자가 사망에 이른 경우)으로 각각 정하고 있으므로 어떠한 경우라도 공소시효는 10년을 넘을 수가 없다.⁴⁹⁾ 따라서 한국에서 발생한 고문사건은 아무리 극악한 경우라도 7년에서 10년 정도만 피해다니면 법은 가해자에게 면죄부를 준다. 이것은 정의의 반하며 국제적인 원칙과도 맞지 않는다.

반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문을 포함)에서는 시효를 부적용시키는 것이 명확한 국제적 관행인 만큼(국제관습법적 지위를 얻었는가는 아직 확실치 않지만) 우리의 국내법도 이들 범죄의 구성요건화와 더불어 시효부적용의 원칙을 선언하여야 할 것이다. 또한 국내외에 반인도적 범죄에 대해 그 처벌의 의지를 명확히 밝힌다는 의미로 68년 시효부적용 조약에도 가입하여야 할 것이다.

문제는 반인도적 범죄에 범주에 들지 않는 고문의 경우

47) Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571(6th Cir. 1985) 참고.

48) 이에 대해서는, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하 참고.

49) 형사소송법 249조가 이를 규정하고 있는데, 이에 의하면 사형에 해당하는 범죄의 공소시효는 15년, 무기형에 해당하는 범죄는 10년, 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄의 공소시효는 7년이다.

인데, 이 때는 앞서 본 대로 원칙적그 범죄유형은 구별되는 것이므로 공소시효에 있어서도 양자를 구별하는 것이 타당하다. 그러나 우리의 공소시효기간이 국제적으로 대단히 짧은 편에 속하므로 현재의 공소시효의 골간을 그대로 유지한다면 고문피해자가 사망에 이른 경우에는 반인도적 범죄에 준하는 것으로 보아 시효부적용 원칙을 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 법정 최장공소시효기간인 15년을 적용시키는 것이 타당하지 않을까 생각한다.⁵⁰⁾

라. 불처벌의 문제

우리의 형사법은 아무리 반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 포함되지 않는 고문 포함)를 저질렀다 할지라도 형법상 가석방제도, 사면상의 대통령의 사면행위등에 의해 사법부의 형의 선고가 무력화될 수 있다. 이것은 반인도적 범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 불처벌 불가의 원칙과 어울리지 않는다. 따라서 반인도적 범죄에 대해서는 '가석방 없는 형의 선고'와 같은 제도를 만들 필요가 있고, 검사의 기소편의주의의 예외를 인정해야 한다. 나아가 사면법에 사면의 예외규정을 두어 대통령의 정치적 판단에 따라 반인도적 범죄인을 조기 사면하는 일이 없도록 하여야 한다.

마. 피해자에 대한 적절한 구제

고문방지조약에서 보았듯이 피해자는 고문으로 인한 피해를 해당국가로부터 적절히 구제받을 수 있어야 한다. 그러나 우리의 법률은 설사 반인도적 범죄(혹은 고문과 같은 국제조약상의 범죄)라 할지라도 가해자에 대해 민사상 손해배상을 청구한다면 소멸시효(3년 혹은 10년)⁵¹⁾의 제한을 받을 수밖에 없다. 따라서 반인도적 범죄를 입법화한다면 당연히 이들 시효제한 규정도 개정하는 것이 필요하다. 일반적으로 불법행위에 의한 민사손해배

상의 시효는 외국의 경우에도 10년을 넘는 것은 흔치 않은 일이나⁵²⁾ 반인도적 범죄에 대해서는 피해자가 살아있는 한 시간과 관계없이 구제를 해야 할 것이므로 피해자 본인의 손해배상청구는 시효의 대상이 될 수 없을 것이다. 그리고 반인도적 범죄에 의하여 사망한 희생자 유족의 손해배상청구권의 경우에는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 적어도 20년간은 시효로 소멸하지 않는다고 하여야 유족에 대한 최소한의 권리구제가 될 것이다.⁵³⁾ 한편, 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문에 대해서는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년간은 그 손해배상청구권이 소멸되지 않는 것으로 규정하는 것이 필요하다.

바. 국제상설형사재판소법의 비준

98년 7월 로마회의를 통하여 국제사회는 국제상설형사재판소의 설치할 수 있는 기회를 갖게 되었다. 이 재판소의 설치의 의의는 반인도적 범죄에 대해 국제사회가 공동으로 대응하여 응징하자는 것이다. 로마회의는 조약형태의 설치근거법(Rome Statute) 만들어 현재 각국의 비준을 기다리고 있는데, 2000년 12월 말까지 60개국 이상이 위 근거법을 비준하면 자동적으로 재판소는 설치되게 된다. 그런데 한국정부는 위 근거법이 만들어진지 1년이 넘도록 아무 반응도 보이지 않다가 최근에 서야 서명절차를 마쳤다고 한다.⁵⁴⁾ 그러나 아직 이 근거법의 국내적 비준절차를 위한 움직임은 거의 보이지 않고 있다. 한국이 국제사회에 반인도적 범죄에 대한 강한 척결의지를 보이려면 이의 비준절차를 서둘러야 한다.

8. 반인도적 범죄를 국내법으로 수용하는 방법

가. 특별법 제정의 방법

반인도적 범죄라는 개념을 도입하기 위해 새로운 법률을 만들자는 것이다. 이러한 방향으로 접근한다면 필자

50) 사실 우리의 공소시효제도는 근본적으로 재검토할 시점에 와 있다. 극형에 해당하는 범죄에서 마저 공소시효를 15년으로 정하고 있는 것은 정의실현에 큰 걸림돌이 된다는 비판이 일고 있다. 미국의 경우 사형선고가 가능한 범죄는 공소시효를 적용하지 않고 있다. 즉, US Code, Title 18, Sec. 3281에 의하면 "어떠한 범죄라도 사형이 가능하면 제한 없이 언제라도 기소가 가능하다"라고 규정되어 있다.

51) 민법 766조는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 규정하고 있는데, 이에 의하면 청구권은 손해 및 가해자를 안날로부터 3년 혹은 불법행위가 있는 날로부터 10년간 행사하지 않으면 소멸한다.

52) 미국의 고문피해자보호법(Torture Victim Protection Act of 1991)는 고문피해자가 고문가해자에 대하여 소송을 제기할 수 있는 최장기간으로 10년을 정하고 있다. Sec. 2. (c) Statute of Limitation.

53) 이러한 20년의 시효기간은 고문에 의해 피해자가 사망하였지만 반인도적 범죄로 분류되지 않는 사건에도 준용되어야 할 것이다.

54) 조선일보 인터넷판, 2000. 3. 9일자. <www.chosun.com/w21data/html/news/200003/200003090050.html>.

는 두 개의 법률이 논리적으로 제정되어야 한다고 본다. 그것은 위에서 설명한 대로 반인도적 범죄와 그 범주에 들지 않는 고문범죄를 개념상 분리하는 것이 타당하기 때문이다.

(1) '반인도적 범죄에 관한 특별법'의 제정

특별법의 형식으로 반인도적 범죄에 관한 특별법을 만들어 이 범죄의 개념을 정의하고 위에서 언급한 제 원칙을 규정하는 것이다. 이런 경우 범죄의 개념은 국제법적 개념에 맞추어 정의하는 것이 좋다. 사실 이 범죄를 국내법에서 규정하는 의의는 국제법(조약과 국제관습법)에서 형성된 이들 국제범죄에 대한 처벌의무를 확인하는 것에 있다. 이런 경우 그 개념은 최근에 수년간의 다양한 토론을 거쳐 만들어진 국제상설형사재판소 근거 규정(Rome Statute)의 'crimes against humanity'을 참고하여 규정하는 것이 좋을 것이다. 단, 이 경우 전쟁범죄와 대량학살(genocide)도 반인도적 범죄에서 함께 규정되는 것이 바람직 할 것이다. 이 법에 규정되어야 할 원칙으로는 위에서 본 보편적 관할, 공소시효의 부적용, 불처벌불가, 범죄인인도 및 피해자에 대한 적절한 배상에 관한 특칙(시효포함) 등이 열거될 수 있다.

(2) '고문방지특별법'의 제정

위에서 본대로 고문 중에는 위의 반인도적 범죄의 개념에는 들어가지 않는 고문이 있을 수 있다. 예컨대, 특정 수사관 개인의 책임으로 돌릴 수 있는 고문은 고문방지조약상의 고문은 될지언정 반인도적 범죄에는 포함되기 어려운 경우이다. 이런 경우의 고문은 반인도적 범죄에 관한 특별법으로 처벌할 수는 없을 것이므로 이에 대한 국제적 의무를 실현하기 위해서는 위의 고문방지조약을 국내에서 실시하는 국내 특별법이 필요하다. 이 경우 고문의 개념은 조약과 일치하도록 하여야 하며 위에서 열거한 조약상의 의무들과 공소시효 및 손해배상의 시효에 관한 특칙이 규정되어야 한다. 이와 함께 이 특별법에는 고문을 실질적으로 방지할 수 있는 적극적 입법적 조치가 취해져야 한다. 예컨대, 수사시 변호인의 입회권의 보장, 야간철야수사의 금지, 피의자 조사시 시간의 제한(1일 12시간 이내), 수면권의 보장, 수사방법을 제한하였을 경우의 증거능력의 배제등과 같은 고문을 방지하기 위한 적극적 조치가 고려되어야 할 것이다.

나. 기존의 법률을 개정하는 방법

이 방법은 기존의 법률의 개정을 통하여 위의 반인도적 범죄에 대한 개념과 제원칙을 선언하는 것이다. 만일 이 방법을 선택한다면 형법, 형사소송법, 사면법, 범죄인 인도법, 민법, 국가배상법등의 개정이 필요할 것이다. 기존 법률 곳곳을 손을 보아야 하기 때문에 절차적으로 복잡하고 어려운 작업이 될 것이므로 권고할 만한 방법은 아니라고 생각된다.

9. 맺는 말

필자는 위에서 국제사회에서 일반화된 반인도적 범죄의 개념과 그 범죄에 대한 국제적 원칙 그리고 이 범죄개념을 한국의 법제에 도입할 경우 그 방법론을 알아보았다. 인권유린의 뼈아픈 역사를 가진 우리 국민들이 다시금 그런 전철을 밟지 않기 위해서는 국제사회가 인류의 공적으로 개념화한 반인도적 범죄를 국내법으로 수용하는 노력이 필요하다. 이러한 노력은 비단 우리나라의 인권향상 뿐만 아니라 인류의 보편적 인권의 보장을 위해서도 공헌하는 길이 될 것이다.

영국에서 한참 피노체트를 둘러싼 재판이 진행될 때, 한국의 대부분의 언론은 이를 취급하였다. 그러나 그 내용을 읽어보면 그것은 단지 국제뉴스 이상의 별류는 없었다. 그것이 갖는 국제인권법적 의미 혹은 반인도적 범죄를 둘러싼 국제사회의 심각한 논의과정은 대부분 생략이 되었다. 국내의 학자들마저도 국제형사법상 핫이슈인 반인도적 범죄의 처리에 대해서는 아직 이렇다 할 연구가 되지 않은 것 같다. 이런 정도의 수준으로는 당분간 우리의 법제에 반인도적 범죄를 국제적 수준으로 규정화하여 이를 처벌하기는 어려울 것이다. 이 글이 반인도적 범죄에 대한 수준 높은 논의와 그에 따른 법제화에 일조할 수 있길 기대한다.

公訴時效制度에 관한 考察

집현 109 (96. 6)

元 範 淵

〈서울地方檢察廳 南部支廳, 檢事〉

〈目

次〉

- 一. 序論
- 二. 公訴時效制度的 沿革 및 立法例
 - 1. 沿革
 - 2. 立法例
- 三. 公訴時效制度的 本質 및 根據
 - 1. 公訴時效制度的 本質
 - 가) 獨逸에서의 時效理論
 - 나) 日本에서의 時效理論
 - 다) 韓國에서의 時效理論
 - 2. 公訴時效制度的 根據
- 四. 公訴時效의 期間
 - 1. 公訴時效期間
 - 2. 公訴時效期間을 算定하는 基準
 - 가) 刑의 加重·減輕의 경우
 - 나) 科刑上一罪의 경우
 - 다) 法定刑이 變更된 경우
 - 라) 公訴時效期間이 變更된 경우
 - 마) 公訴狀變更의 경우
 - 바) 公訴事實의 豫備的·擇一的 記載의 경우
 - 사) 兩罰規定의 경우
 - 아) 共犯의 경우
 - 3. 公訴時效期間의 起算點
 - 가) 犯罪行爲의 終了時
- 五. 公訴時效의 停止
 - 1. 公訴時效停止의 意義
 - 2. 公訴時效停止의 事由
 - 가) 公訴提起
 - 나) 裁定申請
 - 다) 少年法上의 審理開始決定
 - 3. 公訴時效停止의 效力이 미치는 範圍
 - 가) 主觀的範圍
 - 나) 客觀的範圍
 - 다) 時間的範圍
 - 4. 公訴時效의 再進行
- 六. 公訴時效의 完成
 - 1. 公訴時效가 完成되는 경우
 - 2. 公訴時效完成의 效果
- 七. 結語(立法論)

一. 序論

최근들어 權力型犯罪등의 처리를 둘러싸고 公訴時效制度에 관한 論議가 우리 社會 일각에서 활발하게 이루어 지고 있다. 그러나, 그 論議의 대부분은 피상적으로 위 제도의 일부분만을 對象으로 하는 것으로서 올바르게 이해할 수 없는 면이 있다. 이러한 문제인식을 가지고 차제에 公訴時效制度란 어떠한 意味를 가진 제도이며, 어떠한 本質을 가지고 있는 것이고, 그 制度가 가지고 있는 問題點은 무엇이며 그에 따른 同 制度의 課題는 무엇인가등을 살펴볼 필요를 느끼게 된다.

公訴時效制度의 意義 즉 同 制度가 무엇을 의미하느냐에 관하여는 學說上 많은 不同이 있어 왔는바, 本稿에서는 일용 同 制度를 犯罪行爲가 終了한 후 一定한 期間이 경과되면 그 犯罪에 관한 刑罰權이 消滅하는 制度라고 정의하고자 한다. 이 公訴時效制度의 定義는 그 本質論과 不可分 연관되는 것으로서 위 정의의 타당성에 관하여는 뒤에서 詳述하기로 한다.

公訴時效는 刑事時效의 일종이란 점에서 刑의 時效와 같으나, 다음의 여러가지 점에서 차이가 있다. 즉 ①公訴時效는 判決確定 이전의 刑事時效이나 刑의 時效는 判決確定 이후의 刑事時效이며, ②公訴時效가 未確定인 刑罰權을 消滅시키는 制度임에 대해서 刑의 時效는 確定된 刑罰權(刑執行權)을 消滅시키는 制度이고, ③公訴時效의 起算點은 犯罪行爲의 終了時이나, 刑의 時效는 刑을 宣告한 裁判의 確定時가 그 起算點이며, ④公訴時效가 完成되면 免訴判決을 宣告하여야 하나(刑事訴訟法 第326條), 刑의 時效가 完成되면 刑의 執行이 免除되고(刑法 第77條), ⑤公訴時效에 관하여는 刑事訴訟法에서 규정하고 있으나(刑事訴訟法 第249條 내지 第253條), 刑의 時效에 관해서는 刑法에서 규정하고

있으며 (刑法 第77條 내지 80條), ⑥公訴時效에는 停止制度가 있을 뿐 中斷이라는 制度가 없으나, 刑의 時效에는 停止制度 外에 中斷制度가 함께 마련되어 있다.

以下에서는 우선 公訴時效制度가 어떠한 과정을 거쳐서 成立되었고 他國의 立法例는 어떠한지를 살펴본 후 同 制度의 本質 및 主要內容을 차례대로 살펴 보기로 한다. 이러한 考察過程에서 本稿는 公訴時效制度의 어떠한 特定部分만을 대상으로 하지 않고 同 制度의 全部分에 관하여 考察을 해보는 一般的 接近方法을 擇하였으며, 아울러 比較法的 接近方法도 함께 試圖해보고자 한다.

二. 公訴時效制度의 沿革 및 立法例

1. 沿革

公訴時效制度의 發源은 멀리 로마法의 時代에 거슬러 올라간다고 한다.

그 이후 同 制度는 消長을 거듭하면서 近代에 이르러 프랑스 혁명을 통하여 프랑스法 및 그의 영향을 받은 多數의 立法例에 確固히 자리잡게 되었다. 現在 大陸法系의 諸國에서 公訴時效制度를 認定하지 않는 나라는 없으며, 커먼-로(common law)下에서도 採用되어져 왔던 것이다.

‘起訴에 時間的 制限은 없다’라고 하는 原則을 踏襲해온 美國法制도 지금은 그것을 버리고 制定法에 의해 개개의 犯罪別로 公訴時效期間을 規定하는 傾向이 눈에 띄게 增加하고 있다. 따라서 公訴時效制度의 承

認은 近代 刑事法에 있어서 普遍的 原則이라고 까지 말하여도 좋다.”

여기서 우리나라의 公訴時效制度에 많은 영향을 준 日本에서의 同 制度의 成立過程을 簡略히 概觀해 보고자 한다. 日本에서 公訴時效制度의 根幹을 이룬 것은 明治15年(1882年)에 施行된 治罪法이다. 즉, 同 法上의 ‘期滿免除’라고 하는 말로부터 이며, 그 期間, 起算點, 中斷, 效果 및 期間計算에 관한 規定들을 同法上에 포함시키고 있었다.” 同法은 ‘期滿免除’의 效果에 관하여 總則規定에서 確定裁判, 刑의 廢止, 大赦免의 경우와 더불어 ‘公訴權은 ……消滅한다’라고 규정하고, 各則規定에서 豫審 및 公判의 各 段階에서 ‘免訴의 言渡에 이른다’라고 규정하고 있는 바, 이는 公訴權의 消滅을 詳論하는 프랑스 法學으로부터 현저히 영향을 받은 것이다. 그밖의 규정도 프랑스 成文法 아닌 學說中에 그 原型을 찾을 수가 있다. 그러나, 立法으로서 日本治罪法은 繼續犯의 起算點, 中斷의 경우의 最高限度, 訴訟手續의 無效와 中斷과의 關係등 의 諸點에서 프랑스 治罪法보다도 整備되어 있다고 보고 있다.

1890년에 施行된 舊舊 刑事訴訟法은 治罪法의 諸規定을 거의 그대로 引繼하였지만, ‘期滿免除’라고 하는 用語를 버리는 대신 ‘時效’라고 바꾸었다.

그밖에 中斷의 경우 最高限度의 규정은 削除되었으며, 더욱이 1908年의 改正에서 時效期間의 三區分(10年-3年-6月)이 六區分(15年-10年-7年-3年-1年-6月)으로 改正되어 現行法에 接近하고 있다.

1924년에 施行된 舊 刑事訴訟法에서는 規定이 總則篇에서 부터 公判의 章으로 移動되어 詳密化의 정도가 증가하였지만 本質的인 變更이

1) 松尾浩也, “公訴時效”, 刑事訴訟法講座 第1卷, 有斐閣(1963), 210정; 石川才顯, “公訴時效를 둘러싼 문제점”, 刑事手續と人權, 日本評論社, 179정.
2) 松尾浩也, 前掲論文, 198정.

가해진 것은 없다.

새로운 條文으로서는 時效期間의 標準이 되는 刑, 共犯者에 對한 時效의 起算點 및 時效停止에 관한 規定이 設置되었다. 그중 前2者는 舊 刑訴法下에서 이미 解釋論으로서 인정되었던 것이고, 時效의 停止는 一部の 學者가 立法論으로서 主張하던 것으로 獨逸法의 影響을 肯定하지 않으면 안된다. 改正된 規定으로서는 時效期間의 一部短縮, 起算點에 관한 規定의 變更이 있다.

起算點에 관하여는 治罪法 以來 犯罪의 날로부터' 라고 하던 표현이 '犯罪行爲의 終了時로부터' 로 改正되었는바, 立案者는 이것에 의하여 結果發生時說을 封鎖할 豫定이었지만, 그 期待는 實現되지 않았다.³⁾

1949년부터 施行되고 있는 日本 刑訴法은 舊 刑訴法의 諸 規定에 약간의 수정을 가한 것으로 대부분 이를 繼承하였다. 가장 重要한 修正은 中斷이라고 하는 制度를 廢止하고 대신에 公訴提起에 의한 時效停止라고 하는 觀念을 놓은 점이다. 獨逸 刑法 改正草案에도 일찌기 同様の 制度가 構想되어 있어서 그것은 이미 日本에 소개가 끝난 것이었다. 그러나, 現行 日本刑訴法의 立案過程으로부터 추측할 것 같으면 이점의 改革은 美國法의 示唆를 얻은 것으로 생각된다. 이밖에 起訴狀謄本送達制度의 採用등에 따라 犯人의 在外 또는 逃亡中에 時效停止를 인정한 것, 搜查의 困難을 輕減하기 위하여 時效期間의 最低를 1年으로 한 것등이 改正되어 행하여 지고 있다.⁴⁾

3) 松尾浩也, 前掲論文, 199경.

4) 松尾浩也, 前掲論文, 200경.

2. 立法例

公訴時效制度가 近代諸國의 刑事法上 普遍的으로 確立된 制度라는 것은 앞에서 이미 살펴본 바와 같으나, 그 公訴時效에 관한 規定을 刑事訴訟法典에 두느냐, 아니면 刑法典에 두느냐 하는 것은 나라마다 다르다. 프랑스, 벨기에, 日本等은 同 制度를 刑事訴訟法典에 규정하고 있지만, 少數派로서 독일, 이태리, 스위스等은 刑法典에 同 制度를 규정하고 있다. 韓國의 경우 前者의 경향에 속하고 있음은 물론이다. 어떤 쪽에 있다 하여도 實際的인 差異는 없는 것 같지만 公訴時效의 本質論과도 無關係한 것은 아니어서 新法典의 편찬이 이루어질 경우에는 論議를 일으키는 경우가 적지 않다.

時效期間을 정하는 것도 나라에 따라 차이가 있다. 日本은 최고 15年, 최저 1年으로서 6區分의 立場을 취하고 있다. 유럽의 大陸諸國에서의 경향을 보면 노르웨이(Norway)는 최고 25년부터 8區分의 立場을, 프랑스는 최고 10년부터 3區分의 立場을 각각 보이는 등 나라마다 分散된 立場을 보이고 있다. 美國의 諸州에서 정하고 있는 時效期間은 大陸法系의 그것에 비해 일반적으로 짧은 편에 속하는 것으로서 10年을 초과하는 時效期間은 美國에서는 흔히 볼 수 없는 것이다. 韓國 刑事訴訟法은 위 立法例中 7區分(최고 15년-최저 1년)의 立場을 採擇하고 있다.

時效期間은 數量的으로 固定되어 있지만, 中斷制度와의 關係로서 實際上 浮動化할 可能性도 있고, 時效規定의 意味를 잃어버릴 虞려도 있다. 이는 韓國法制와는 無關係한 것이지만, 위 中斷에 의하여 넘을 수 없는 限度를 세우려고 하는 試圖가 나라에 따라 행하여 지는 경우가 있다. 즉, 여기에는 통상의 기간의 1倍半이라고 하는 것, 2倍라고 하는 것, 별도로 絕對的인 期間을 정하는 것(스웨덴)등이 있다. 停止의 경우에는

時效期間 그것이 浮動하는 것은 아니지만 實質的으로는 같은 問題가 있는 것으로서 停止期間의 限度를 정하는 것, 絶對的 時效期間을 정하는 것(유고)등의 例가 있다. 더우기, 特定の 경우에 時效期間을 伸長 또는 短縮하는 것을 고려한 立法例도 있는 바, 訴追가 顯著하게 困難할 때에는 裁判所가 期間의 伸長을 決定한다고 하는 獨逸의 刑法改正草案과 少年에 대하여는 時效期間을 半減한다고 하는 스위스 刑法등이 그 例이다. 또한 舊 蘇聯 및 오스트리아에서는 時效期間中에 別도의 犯罪로 訴追받은 경우를 中斷事由로 규정하고 있었다.

時效期間의 滿了前에도 犯行後 相當의 時間을 經過하였을 때 이를 刑의 減輕事由로 할 수 있을지에 관하여 贊否의 論이 있으나, 스위스 刑法은 이것을 實現하고 있다. 但, 同法上 減輕事由는 刑의 任意的 減輕事由로 되어 있고 그 要件으로서 어떠한 좋은 行狀이 있을 것을 또 한 要求하고 있다.⁵⁾

三. 公訴時效制度의 本質 및 根據

1. 公訴時效制度의 本質

公訴時效의 本質 내지 法的性格이 어떠한 것인지에 관하여는 나라마다 棼에한 意見對立이 있어 왔으며, 그러한 對立過程을 거쳐 이른바 時效理論(verjährungstheorien),이 만들어 졌는 바, 以下에서는 그중 主要한 獨逸, 日本 및 韓國에서의 時效理論의 展開過程을 살펴보고자 한다.

5)松尾浩也, 前掲論文, 203정.

가)獨逸에서의 時效理論

獨逸에서는 公訴時效에 관한 規定이 刑法典 가운데에 있고, 그것이 어떤 性格의 것이냐 하는 것에 대한 論爭이 있어 實體法說(materiellrechtliche theorie), 訴訟法說(prozeßrechtliche theorie), 競合說(gemischte theorie)이 對立한다.

여기서, 實體法說은 公訴時效制度가 實體法的 性格을 갖는 것으로 解釋하고, 公訴時效制度의 存在理由를 時의 經過에 의하여 處罰의 必要性(strafbedurfnis)이 消滅한다는 점에서 구한다.⁶⁾

우선 犯罪行爲에 의하여 侵害되어진 法的平和는 長期間에 걸친 時間의 經過에 의하여 다시 回復되고 그것에 의하여 行爲者에 대한 應報의 要求가 弱화됨과 동시에 一般人에 대한 위하의 必要性도 消滅하여 다시 行爲者 자신의 人格도 變化하고, 이것을 둘러싼 環境도 變化하는 것으로 본다. 이와같이 하여 應報目的, 一般豫防目的, 特別豫防目的이라고 하는 刑罰의 目的이 喪失되어 결국 刑罰이 脫落함에 이른다고 하고 있다. 따라서, 이와 같은 實體法說에 의하면, 公訴時效는 刑罰消滅事由(Strafaufhebungsgrund) 내지 不法消滅事由(Unrechtsaufhebungsgrund)라고 해석되는 것이라고 한다. 거기서 또 公訴時效는 實體的 法 行爲의 可罰性(Strafbarkeit) 自體를 消滅시켜 公訴時效가 完成한 경우에는 無罪判決을 言渡하는 것이 당연하다고 본다.⁷⁾ 이와같은 實體法說에 대하여는, 如何의 長期間의 時間的 經過가 있다 하여도, 犯罪行爲가 행해지고 있는 것 및 그 行爲의 構成要件該當性, 違法性, 責任에는 하등의 變

6)Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., 1978, S.726.

7)Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, 1909, S.398.

화가 없기 때문에 行爲의 可罰性은 어떠한 영향도 받지 않는 것이라고 批判되어지고 있다. 또 應報目的, 一般豫防目的, 特別豫防目的이라는 刑罰의 目的에 관하여도 長時日이 경과된다고 하여도 그 目的은 喪失되지 않고 依然 繼續되어 지는 것이라고 반박된다. 더우기 獨逸法上 公訴時效가 完成했을 때는 일반적으로 手續中止(Einstellung)의 決定이 내려진다고 解釋되는 것으로부터 이 경우 無罪의 言渡가 내려져야 한다고 보는 實體法說에 대한 批判이 강하게 제기되고 있는 것이다.⁸⁾

이것에 대해서 訴訟法說은 公訴時效를 訴訟法的 性格을 갖는 것으로 본다.

이 說은 公訴時效의 存在理由를 時의 經過와 더불어 證據가 消滅하여 行爲의 立證이 점점 困難하여지기 때문에 誤判의 危險이 增大한다고 하는 점에서 구한다. 또, 이 見解에 의하면 公訴時效의 完成은 訴訟障礙(Prozeßhinderniss)가 되어지는 것으로 된다.⁹⁾ 訴訟法說에 대하여는 만일 行爲의 立證이 곤란할 것 같으면 '의심스러운 것은 被告人의 利益으로 (In dubio pro reo)'의 原則에 의하여 被告人을 無罪로 하면 좋은 것으로서 이것은 公訴時效의 問題가 아니고 더우기 公訴時效期間 경과후에도 確實하게 立證할 수 있는 경우가 있기 때문에 결국 立證困難을 公訴時效의 存在理由로 하는 것은 妥當하지 않다고 批判되어지고 있다. 그밖에 公訴時效期間이 刑의 輕重에 의하여 단계붙여지고 있다는 점도 立證困難을 理由로 하는 訴訟法說에서 설명할 수 없다고 지적되어 지고 있다.

이상에서 본 바와 같이 實體法說도 訴訟法說도 각각 批判되어 지고

있지만, 이들의 비판을 意識하여 公訴時效는 實體法的 性格과 訴訟法的 性格의 兩者를 합쳐서 갖는 것이라고 하는 것이 競合說이다. 즉 競合說에 의하면, 公訴時效는 時의 經過와 더불어 刑罰을 科하는 目的이 達成될 수 없어 處罰의 必要性이 消滅하고, 더우기 時의 經過에 의하여 立證困難 및 그에 의한 誤判의 危險增大를 우려하는 것으로서, 一面으로 刑罰消滅事由가 있음과 동시에 다른 한편 訴訟障礙가 있는 것이다.¹⁰⁾

그러나, 그 競合說은 當然하지만 實體法說로부터도 訴訟法說으로부터도 批判되어 지고 있다.

그런데 公訴時效의 本質을 살펴보는 詳述의 學說上的 對立은 歷史적으로 볼 것 같으면, 當初 實體法說이 우세했지만, 그후 競合說이 대두하여 最近에는 오히려 訴訟法說이 有力해지고 있는 것 같다. 그리고 이러한 學說의 變遷은 독일 聯邦裁判所의 判例變遷과 一致되어 지고 있다.

獨逸에 있어서 위와 같은 公訴時效의 本質에 관한 理論的 對立은 主로 公訴時效期間의 事後的 延長에 遡及效가 認定되느냐 아니냐의 論議를 계기로 하는 것이다. 즉, 一般적으로 實體法說의 立場에서는 그 遡及效는 인정되지 않는다고 하는 刑法不遡及의 原則을 堅持하고 있고, 訴訟法說의 立場에서는 그 遡及效는 인정된다고 하는 對立된 解釋을 하고 있다. 그러나, 最近에는 公訴時效의 遡及禁止原則이 妥當하느냐 어떠한 것이 實體法的 性格의 것이냐 訴訟法的 性格의 것에 좌우되는 것이 아니라고 하는 見解도 나오고 있어 訴訟法說을 취하면서도 公訴時效期間의 事後的 延長에 遡及效를 인정할 수 없다고 하는 主張도 있다.¹¹⁾

8) Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S.226.

9) Ebel, Strafrecht I, Allg. Teil, 18. Aufl., 1983, S.420.

10) Jescheck, a.a.O., S.726f.

11) Roxin, Strafverfahrensrecht, 18. Aufl. 1983, S.115.

나) 日本에서의 時效理論

日本에 있어서도 公訴時效의 本質에 관하여 實體法說, 訴訟法說, 競合說, 新訴訟法說의 對立이 있다.

우선 實體法說이라고 불리워 지는 見解는 公訴時效의 存在理由를 주로 實體法的인 것으로 구하여 公訴時效의 完成에 의하여 實體法的인 刑罰權이 消滅하는 것으로 본다. 즉, 이것은 公訴時效制度도 時效一般에 대하여와 같게, 時間의 경과에 의해서 일어나는 事實上的 狀態를 존중하려는 것으로서 犯罪의 社會的 影響의 微弱化에 의하여 未確定의 刑罰權이 消滅한다고 構成하고 있다.¹²⁾ 더우기 日本의 實體法說에서는 公訴時效制度는 證據의 散逸에 의한 立證의 困難 또는 誤判의 危險防止라고 하는 訴訟法的 配慮도 가하여 지고 있다고 생각하고 있고, 또 未確定의 刑罰權의 消滅이라고 하는 實體法上的 事由가 訴訟法에 反映하여 消極的 訴訟條件이 되어 진다고도 말하여 진다. 이런 의미에서 日本의 實體法說은 獨逸에 있어서의 競合說에 對應하는 것으로 現在에는 上述의 見解를 競合說이라고 부르는 경우가 많다.¹³⁾

이 견해에 대하여는 現行 日本 刑訴法上 公訴時效가 完成했을 때는 免訴의 判決을 言渡하여야 하는 것으로 되어 있는 것으로 부터 刑罰權이 消滅하였다고 생각되어 질 때는 無罪判決을 言渡하여야 하는 것으로 免訴를 언도할 理由가 없다고 비판되어 지고 있다.¹⁴⁾ 또, 여기서는 社會的인 影響의 미약화가 公訴時效制度의 주된 理由로 되어 있지만,

犯人이 도망쳐 숨어 있다가 드디어 체포된 것과 같은 경우에는 逆으로 社會의 公憤을 자극하는 일도 있을 수 있어 어느 정도의 時間이 있어야 사람들이 犯罪者를 罰할 것은 아니더라는 感情을 갖기에 이르는가는 한마디로 斷言할 수 없다고도 한다. 그리고 時效期間이 經過해도 處罰의 必要性 自體는 아직 그대로 남아 있는 것이 차라리 一般的인 것 이라고도 지적되고 있다.¹⁵⁾

그점에서 이와 같은 實體法說에 대한 批判을 基礎로서 公訴時效의 存在理由를 차라리 訴訟法的인 것에서 구하는 것이 이른바 訴訟法說이다. 다시말해 이것은 證據가 散逸한다고 하는 採證上的 拘束이야말로 그 存在理由가 된다고 보는 것이다.¹⁶⁾ 다만 日本의 訴訟法說은 公訴時效의 存在理由에 대하여는 訴訟法的으로 생각하나, 公訴時效가 完成했을 때는 刑罰權도 消滅한다고 생각하고 있어 이에 한해서 實體法的인 것에 關係하는 것을 인정하고 있다. 그러나, 이 訴訟法說에 대하여는 現行法上 時效期間은 刑의 輕重에 따라서 정해지고 있어 이점을 충분히 설명할 수 없다고 批判되어 지고 있다.¹⁷⁾

그것에 대해서, 競合說은 實體法說과 訴訟法說을 결합하여, 公訴時效의 本質에 대하여 可罰性的 減少와 證據의 散逸에 의해 訴訟을 遂行하는 것이 不當하게 되는 것이라 主張한다. 그러나, 이 說에 대하여는 訴訟遂行이 不當하게 되는 구체적 理由가 확실치 않다고 하는 의문이 나와 있으며, 또 實體法說과 訴訟法說에 대한 批判이 그대로 들어 맞는다 고도 이야기되고 있다.¹⁸⁾

12) 國藤重光, 新刑事訴訟法 綱要(七訂版), 376정.

13) 虫明 滿, "罪數と公訴時效の起算點", 名古屋大學 法政論集 123, 1988.11, 294정.

14) 平野龍一, 刑事訴訟法(소화 33년), 153정.

15) 鈴木茂嗣, 刑事訴訟の基本構造(昭和54年), 369정.

16) 虫明 滿, 前掲論文, 299정.

17) 平野, 前掲書, 153정.

18) 虫明 滿, 前掲論文, 300정.

그런데, 이상의 學說이 어느것도 國家의 편에서는 견해라고 해서 公訴時效를 차라리 被告人의 利益을 위한 制度로서 취하고자 하는 見解가 最近 강하게 主張되고 있으며, 이것은 新訴訟法說로 불리워 지고 있다.¹⁹⁾ 그리고, 이 說에 의하면, 公訴時效는 말하자면 訴追權 行使에 대한 制約의 制度이며, 어떠한 個人이 一定의 犯罪에 관하여 一定의 期間 訴追되어 있지 않다라고 하는 事實狀態를 존중하여 國家가 이미 처음부터 訴追權 그 自體를 發動하지 않는 制度로 되는 것이다. 그러나, 이 견해에 대하여는 公訴時效制度의 具體的 理由를 대는 것을 일부러 회피해, 이것을 단순히 政策的인 것으로서 생각하는 것인 만큼 公訴時效制度의 기초를 만드는 것으로서는 대단히 약하다는 批判이 있다.

이상과 같은 日本에서의 公訴時效의 本質에 관한 學說對立은 요컨대, 公訴時效制度의 存在理由를 實體法的으로 이해하느냐 訴訟法的으로 이해하느냐의 差異에 따른 것으로서 이는 獨逸에 있어서 公訴時效의 本質에 관한 學說對立이 주로 公訴時效 完成의 法的效果를 實體法的인 것으로 생각하는가 아니면 訴訟法的인 것으로 생각하는가의 差異에 의하는 것과 區別된다고 하겠다.

다) 韓國에서의 時效理論

韓國에서도 公訴時效의 本質이 어떠한 것이냐에 관하여 論議가 다소 이루어 지고 있고 그 論議의 내용은 上述의 獨逸 및 日本의 時效理論의 展開에 영향받은 바가 크나, 그 論議의 정도는 그 나라들에 비하여 그리 치열한 편이 아니다. 韓國에서는 公訴時效의 本質에 관하여 주로

19) 虫明 滿, 上揭論文, 301정.

實體法說과 訴訟法說이 主張되고 있는데 그중 實體法說이 多數說로 되어 있다.

實體法說은 公訴時效를 刑罰權의 消滅事由로 보는 견해이다.²⁰⁾ 즉 未確定인 刑罰權의 消滅이라는 實體法上的 事由가 訴訟法에 반영되어 消極的 訴訟條件으로 된다는 견해이다. 이 견해에 의하면 公訴時效의 完成은 公訴權의 消滅事由로 된다. 刑罰權이 消滅하면 公訴權도 消滅하기 때문이다.²¹⁾

訴訟法說은 時間의 經過로 證據가 散逸되어 實體的 眞實의 發見이 곤란하다는 점에서 公訴時效의 根據를 구하는 견해로서, 이 說에 의하면 公訴時效는 刑事訴追權을 抑制하는 制度에 불과하며 刑罰權의 消滅事由로 되지 아니한다.²²⁾

위 訴訟法說에 대해서는 公訴時效의 本質과 公訴時效制度의 存在理由를 혼동하고 있다는 批判이 있다. 즉 證據의 散逸로 인한 眞實發見의 곤란은 公訴時效制度의 존재이유, 즉 公訴時效의 근거이지 公訴時效의 本質, 즉 公訴時效完成의 效果가 아니기 때문이라고 한다.

한편, 위 實體法說에 대하여는 刑罰權이 消滅하면 無罪判決을 선고하여야 함에도 免訴判決을 선고하는 점을 說明하기 곤란하다는 비판이 가해지고 있다. 그러나, 犯人이 死亡하면 刑罰權이 消滅함에도 불구하고 無罪判決을 선고하지 아니하고 公訴棄却의 裁判을 한다는(刑事訴訟法 제328조 第1項 第2號) 점을 고려할 때 實體法說에 대한 비판에 대해서는 그 理論的 合理性을 인정하기 어렵다.

20) 金美斗, 刑事訴訟法, 232정; 鄭榮錫, 刑事訴訟法, 274정; 白亨球, 刑事訴訟法, 443정.

21) 白亨球, 公訴時效의 諸問題, 考試研究 89.1, 109정.

22) 姜求真, 刑事訴訟法, 264정; 李在祥, 刑事訴訟法 368정.

公訴權은 刑罰權을 전제로 하므로 刑罰權이 消滅하면 公訴權도 消滅한다는 理論構成에 아무런 모순이 없다는 점, 犯罪後 一般赦免이 있는 경우와 마찬가지로 公訴時效가 完成하면 公訴權 뿐 아니라 刑罰權도 消滅한다는 점, 公訴權의 消滅은 消極的 訴訟條件이라는 점, 犯罪不成立 또는 證據不充分과 刑罰權의 消滅은 이를 구별하여야 한다는 점등을 고려할 때 公訴時效를 刑罰權의 消滅事由로 보는 實體法說이 타당하다고 생각한다.

2. 公訴時效制度的 根據

公訴時效制度的 根據 내지 存在理由에 대하여는 나라마다 다채로운 설명이 보여 진다. 예컨대, 독일에서는 '時的 經過에 따라 犯人은 오랜 양심의 가책을 받고 그 죄를 贖罪했다. 사회는 범죄의 기억을 잃어 버리고 民衆感情은 鎮靜하고 刑罰에 의한 應報의 必要가 消滅하였다. 또 위하력의 기대를 할 수 없게 되었다. 犯人은 改善되어 다른 人格이 되고 特別豫防을 위하여 刑罰은 不要한 것으로 돌아갔다. 계속된 事實狀態가 존중되는 것에 이르렀다. 證據가 散逸하고 事由認定도 곤란하게 되었다.' 등이 거론되고 있고, 프랑스에서는 '社會의 忘却, 범인의 공포와 후회, 증거의 산일, 檢察官의 태만' 등이 들어지고 있으며, 美國에서는 '新鮮한 證據의 必要, 處罰에 의한 개선요구의 감소, 사회의 옹호층 등의 쇠퇴와 동점의 중대' 등이 설명되어 지고 있다.

公訴時效制度는 다른 모든 時效制度와 같이 일정한 시간의 경과로 인하여 발생한 사실상태를 존중하여 사회와 개인 생활의 안정을 도모하고 형벌부과의 적정을 기하려는데 그 存在理由가 있다고 본다. 즉 犯人이 범죄후 일정한 기간동안 起訴되지 아니하고 사회생활을 영위하였

다는 그 상태를 보호하고, 일정한 기간을 경과함으로써 犯罪에 대한 사회적 감정과 被害者의 감정이 냉각·소멸되었으며, 피해의 치유, 범인의 反社會的 性格의 改善등이 기대되고 일정한 기간을 경과함으로써 證據가 滅失되어 適正한 裁判을 기대하기 어렵다는 점 등이 公訴時效制度的 존재근거인 것이다.²³⁾

앞에서 公訴時效制度的 本質에 관하여는 實體法的으로 살피는 견해가 妥當함을 보았으나, 위 公訴時效制度的 根據 내지 存在理由는 그것과는 區別되는 별개의 문제로서 이에 관하여는 위에서 기술한 바와 같이 實體法的 側面과 訴訟法的 側面을 모두 고려해서 이해하는 것이 妥當하다고 본다.

四. 公訴時效의 期間

1. 公訴時效期間

公訴時效期間은 法定刑의 輕重에 따라서 長短의 차이가 있고, 그 期間은 1년부터 15년까지 정하여져 있다. 즉 現行 刑事訴訟法 제249조 제1항 제1호 내지 제7호에 의하면, ①死刑에 해당하는 犯罪는 15年, ②無期懲役 또는 無期禁固에 해당하는 犯罪는 10年, ③長期 10年 이상의 懲役 또는 禁固에 해당하는 犯罪는 7年, ④長期 10年 미만의 懲役 또는 禁固에 해당하는 犯罪는 5年, ⑤長期 5年 미만의 懲役 또는 禁固, 長期 10年 이상의 資格停止 또는 多額 1만원 이상의 罰金에 해당하는 犯罪

23) 金熙玉, 公訴의 時效, 考試研究, 1992.3, 117정.

는 3년, ⑥長期 5년 이상의 資格停止에 해당하는 犯罪은 2년, ⑦長期 5년 미만의 資格停止, 多額 1만원 미만의 罰金, 拘留·科料 또는 沒收에 해당하는 犯罪은 1년으로 그 각 時效期間을 규정하고 있음을 알 수 있다. 여기서 미만 또는 이하라고 하는 의미는 예컨대 5년 미만의 경우는 5년을 포함하지 아니하고, 5년 이하의 경우는 5년까지 포함하는 概念이다." 한편, 대통령선거법, 국회의원선거법, 조세범처벌법등과 같이 앞의 경우와 달리 短期時效를 정하고 있는 特別法도 있다.

2. 公訴時效期間을 算定하는 基準

公訴時效期間의 基準이 되는 刑은 處斷刑을 의미하는 것이 아니라 法定刑을 의미한다. 그리고 2個 이상의 刑을 併科하거나 2個 이상의 刑에서 그 1個를 科할 犯罪에는 重한 刑이 時效期間을 정하는 기준이 된다(형사소송법 제250조). 이는 併科刑과 選擇刑의 경우에 그 時效期間을 정하는 기준에 관한 규정으로서 예컨대, 독직가혹행위죄(刑法 제125조, 懲役刑과 資格停止刑의 併科)의 경우에는 懲役 5년이 그 기준으로 되며 竊盜罪(刑法 제329조, 懲役刑과 罰金刑의 選擇刑)의 경우에는 懲役 6년이 公訴時效期間算定の 基準으로 된다. 여기서 2個 이상의 刑을 併科할 경우라 함은 2個 이상의 主刑을 併科하는 경우만을 말하고, 자유형 또는 재산형과 부가형인 沒收을 併科할 경우는 이에 해당하지 아니한다. 또한 2個 이상의 刑에서 그 1個를 併科할 경우라 함은 수개의 刑이 선택적으로 규정된 경우를 말한다.

以下에서는 公訴時效期間의 算定基準에 관하여 문제가 되는 여리가

1) 大法院, 1969.9.23. 선고 69도 1219판결.

지 경우를 살펴 보기로 한다.

가) 刑의 加重·減輕의 경우

刑法에 의하여 刑을 加重 또는 減輕하는 경우에는 加重 또는 減輕하지 아니한 刑이 公訴時效期間을 정하는 기준으로 된다(刑事訴訟法 제251조). 刑法에 의하여 刑이 가중 또는 감경되는 경우이면 필요적 가중·감경뿐만 아니라 任意的 가중·감경의 경우도 포함한다. 刑을 加重하는 경우라 함은 競合犯加重(형법 제38조), 累犯加重(형법 제135조) 身分的加重(형법 제135조) 등의 경우를 말하며, 結果的 加重犯은 이에 포함되지 아니한다. 刑事訴訟法 제251조는 刑法 이외의 法律에 의하여 刑을 加重·減輕하는 경우에는 適用되지 아니한다. 따라서 收賂罪, 竊盜罪, 詐欺罪, 橫領罪의 刑이 '特定犯罪加重處罰등에 관한法律', '特定經濟犯罪加重處罰등에 관한法律' 등 特別法에 의하여 加重되는 경우에는 그 特別法에서 규정한 法定刑이 公訴時效期間算定の 基準으로 된다. 租稅犯處罰法 제17조는 租稅遺脫行爲의 公訴時效期間을 규정하고 있으나, 租稅遺脫行爲가 '特定犯罪加重處罰등에 관한法律' 제8조에 해당되는 경우에는 그 규정의 法定刑이 公訴時效期間의 基準으로 되며 이 경우에는 租稅犯處罰法 제17조가 適用되지 아니한다. 이는 大法院判例의 태도이기도 하다.²⁾

나) 科刑上 一罪의 경우

2) 대법원, 79.4.24. 77도2752판결; 80.10.14. 80도1959판결.

科刑上一罪는 이른바 想像的 競合의 경우를 의미하는 것으로서 1個의 行爲로 해서 數個의 罪名에 抵觸되는 경우이며, 그 가장 重한 罪에 정한 刑으로 處斷된다. 이 科刑上一罪의 경우 數個의 犯罪中에서 어느 것의 犯罪를 基準으로 해서 公訴時效期間을 決定해야 하는가라는 문제가 있는데 이 問題에 대해서 日本의 判例와 學說은 두드러진 對照를 나타내고 있다.

다시 말해, 判例는 '刑法 제54조 제1항 전단의 소위 觀念的 競合은 1個의 行爲가 數個의 罪名에 저속되는 경우에 科刑上一罪로서 취급하는 것이므로 公訴時效期間의 算定에 대해서는 각별히 논할 것 없이 이것을 一切로서 관찰해 무엇보다도 가장 무거운 죄의 형으로 정한 時效期間에 따름이 相當하다'라고 判示하여 "科刑上一罪의 경우에는 가장 重한 죄에 정한 刑을 그 時效算定의 基準으로 삼을 것을 분명히 하고 있다. 한편, 日本의 學說中에서는 위 判例의 입장을 支持하는 견해도 없는 것은 아니나, 通說은 오히려 觀念的 競合의 時效期間에 대하여는 各罪마다 따로 따로 觀察하지 않으면 안된다고 보고 있다. 이것은 學說이 判例와 똑같이 觀念的 競合은 科刑上一罪라 하면서도, 그것이 본래는 數罪라고 하는 점에 착안하기 때문이다." 이와 관련하여 新訴訟法說은 公訴時效制度가 被告人의 利益을 위한 制度라는 점을 강조하여 觀念的 競合의 경우 各各의 犯罪에 따라 개별적으로 公訴時效의 期間算定이 행해져야 한다고 보고 있다. 왜냐하면, 이 경우 訴追의 기회는 1회에 한정되나, 위 判例와 같이 해석할 경우 公訴時效가 완성되어 있는 犯罪에 대해서도 그외의 가장 重한 범죄와 함께 訴追되는 것이

되어서 被告人의 不利益이 되기 때문이라고 한다.

한편, 獨逸에서는 觀念的 競合이 數罪인가 一罪인가에 따른 논쟁이 있음에도 불구하고, 公訴時效에 대해서는 각별히 생각하는 점에서는 위 日本 通說의 견해와 일치하고 있다.⁵⁾

우리나라에서도 科刑上一罪의 公訴時效期間算定에 관하여는 刑이 가장 重한 罪의 刑을 基準으로 하여야 한다는 견해⁶⁾와 각 죄에 관하여 個別的으로 판단하여야 한다는 견해⁷⁾가 대립되고 있다.

前說은 科刑上一罪의 경우에는 가장 重한 刑으로 處罰한다는 점을 論據로 내세우고 있으나, 科刑上一罪는 實質的으로 數罪이므로 後說이 타당하다고 본다. 즉 科刑上一罪의 경우 本來的인 數罪가 成立되어 있어 觀念的 刑罰權이 數個 存在해 있으며, 그것에 대응해 公訴權도 數個 存在한다고 하지 않으면 안된다. 따라서 科刑上一罪의 경우 公訴時效期間에 대해서는 各 刑罰權·公訴權마다 다시 말해 各 犯罪마다 個別的으로 생각하지 않으면 안되는 것으로서 各 犯罪中 公訴時效期間을 經過한 범죄에 대해서는 刑罰權 및 公訴權이 消滅한 것으로서 處罰의 對象으로는 할 수 없게 되는 것이다.

다)法定刑이 變更된 경우

實體法이 改正에 의해서 法定刑이 變更된 경우에는 刑法 제1조에 의하여 당해 犯罪에 適用될 罰條의 法定刑이 時效期間의 基準으로 된다. 大法院判例도 같은 견해를 취하고 있다.⁸⁾

3) 日本, 最判, 昭和41년 4월21일 선고.

4) 虫明 滿, 前掲論文, 332경.

5) 虫明 滿, 上掲論文, 333경.

6) 金算斗, 前掲書, 234경.

7) 白亨球, 前掲書, 530경; 李在祥, 前掲書, 371경.

8) 大法院, 57.10.25. 4290판결.

라) 公訴時效期間이 變更된 경우

公訴의 提起 전에 刑事訴訟法의 改正에 의하여 公訴時效의 期間이 變更된 경우에는 新法의 附則에 특별한 규정이 없는 한 刑法 제1조의 취지를 준용하여 가장 짧은 時效期間에 의하고, 公訴提起 후에 公訴時效期間이 변경된 경우에는 公訴提起時를 기준으로 하여 公訴時效의 完成與否를 정한다.

마) 公訴狀變更의 경우

公訴狀의 變更節次에 의해서 公訴事實이 變更된 경우에 變更된 公訴事實에 관한 公訴時效의 完成 여부를 판단하는 基準時에 관하여는 公訴提起時說과 公訴狀變更時說이 대립되고 있다.

公訴提起時說은 公訴提起時를 기준으로 하여 變更된 公訴事實에 관한 公訴時效의 完成 여부를 판단하여야 한다는 견해⁹⁾이며, 公訴狀變更時說은 公訴狀變更時를 기준으로 하여 그 公訴時效의 完成與否를 판단하여야 한다는 견해이다.¹⁰⁾

公訴狀變更時說이 公訴提起時說 보다는 被告人에게 유리한 견해이다. 그러나 公訴提起에 의한 公訴時效停止의 效力은 公訴事實의 同一性이 인정되는 範圍내의 全部에 미친다고 해석하여야 하므로 公訴提起時說이 타당하다고 본다.

大法院判例도 公訴提起時說의 태도를 취하고 있으며 日本 最高裁判

9) 白亨球, 前掲書, 445정.

10) 井上正治, 判例學說 刑事訴訟法, 84정.

所判例의 태도도 마찬가지이다.¹¹⁾ 즉 1981.2.10.의 대법원판결은 公訴狀 變更節次에 의하여 詐欺의 公訴事實이 背任의 公訴事實로 變更된 事案 (공소장변경시를 기준으로 하면 배임죄의 공소시효가 완성된 사안임)에 관하여 詐欺의 公訴事實과 背任의 公訴事實 사이에는 公訴事實의 同一性이 인정되므로 公訴時效의 完成 여부는 公訴提起의 시점을 기준으로 판단하여야 하며 公訴狀變更時를 기준으로 판단하여서는 안된다는 취지로 判示하고 있다. 公訴提起 당시의 公訴事實에 관한 法定刑을 기준으로 하면 公訴時效가 완성되지 아니하나 公訴狀變更節次에 의하여 變更된 公訴事實에 관한 法定刑을 기준으로 하면 公訴提起 당시에 이미 公訴時效가 完成된 경우에는 公訴時效의 完成을 이유로 免訴判決을 하여야 한다.

바) 公訴事實의 豫備的·擇一的 記載의 경우

公訴狀에 公訴事實이 豫備的 또는 擇一的으로 기재된 경우(刑事訴訟法 제254조 제5항)에는 가장 重한 罪의 法定刑이 公訴時效期間의 基準으로 된다. 이 경우에는 개별적으로 판단하여야 한다는 견해가 있으나,¹²⁾ 公訴事實을 豫備的 또는 擇一的으로 기재한 경우는 犯罪가 1個라는 점을 고려할 때 그 理論的 合理性을 인정하기 어렵다. 後說에 의하면 單一犯罪 또는 同一犯罪의 一部에 대해서만 公訴時效가 完成하는 不合理한 結果가 생긴다. 예컨대 傷害가 主位的 公訴事實, 傷害致死가 豫備的 公訴事實인 경우에 後說에 의하면 傷害致死의 公訴事實에 대해서는

11) 대법원, 81.2.10. 80도3245판결.

12) 李在群, 前掲書, 371정.

公訴時效가 完成하지 아니하나, 傷害의 公訴事實에 대해서는 公訴時效가 完成되는 경우가 생긴다.

사) 兩罰規定의 경우

兩罰規定에 의하여 行爲者를 罰하는 외에 法人이나 個人등 事業主를 處罰하는 경우에는 그 事業主는 罰金刑으로 처벌되므로 行爲者의 時效期間과의 관계상 그 기준이 문제가 된다. 이에 관해서는 行爲者 본인에 대한 法定刑을 기준으로 하여야 한다는 견해와 事業主에 대한 法定刑, 즉 罰金刑을 기준으로 하여야 한다는 견해가 대립되고 있으며 日本最高裁判所 判例는 後說의 태도를 취하고 있다. 前說은 事業主의 刑事責任은 行爲者 본인의 刑事責任에 附隨的 性質을 갖는다는 점, 즉 刑事責任의 不可分性을 論據로 내세우고 있으나, 行爲者 본인과 事業主는 별개의 犯罪主體이므로 罪刑法定主義의 취지에 비추어 後說이 타당하다고 본다. 후설에 의하면 事業主의 公訴時效期間은 3年이다.

아) 共犯의 경우

共犯의 경우 教唆犯 또는 從犯은 正犯의 刑을 기준으로 公訴時效期間을 算定하며 必要的 共犯의 경우에는 個別的으로 판단하여야 한다.

3. 公訴時效期間의 起算點

가) 犯罪行爲의 終了時

公訴時效는 犯罪行爲가 終了한 때로부터 進行한다. (刑事訴訟法 제 252條 제1항), 여기서 犯罪行爲가 終了한 때'라는 것은 어떠한 時點을 의미하는지가 문제되는데, 以下에서는 罪數와 犯罪形態別로 그 具體的 內容을 詳述하여 보기로 한다.

(1) 單純一罪

單純一罪라는 것은 行爲가 1個의 構成要件에만 해당하는 경우를 말하며, 여기에서는 소위 單純舉動犯과 結果犯의 區別이 가능하다. 이중 舉動犯의 경우 公訴時效의 起算點으로서의 犯罪行爲가 終了한 때'는 틀림없이 그 行爲의 終了時를 의미하는 것에 疑義의 여지는 없다. 그러나, 結果犯에 대해서는 그 '犯罪行爲'중에 結果도 포함되어 있는가의 여부가 문제된다. 즉, 예를 들면 犯罪行爲가 행해진 뒤 長期間이 경과한 후에 結果가 발생한 것과 같은 경우에 公訴時效의 起算點은 行爲의 終了時인 것일까(行爲終了時說), 結果가 發生한 때인 것일까(結果發生時說)라는 문제이다. 그리고 이것은 독일에서도 오래전부터 의논되어 지던 것이다.

그점에서 獨逸에 있어서의 상황을 개관하자면 公訴時效의 起算點에 관한 독일형법의 규정에는 變遷이 있다. 다시말해 1974년까지의 舊刑法에서는 그 67조 4항에서 '時效는 結果의 發生한 時點에는 關係없고 行爲가 행해진 날로부터 進行한다'라고 규정되어 있는 것에 대해 1975년에 시행된 新법에서는 그 78조 a에서 '時效는 行爲가 終了하면 同時에 進行한다. 構成要件에 속하는 結果가 그 行爲後에 비로소 發生한 경우에는 時效는 그 時點부터 進行한다'라고 규정되어 있는 것이다. 그러나, 위 규정의 해석에 대하여는 學說上 많은 論議가 행하여 졌다.

우선 舊刑法 67조 4항에는 그 文言上 時效의 起算點에 대해서 行爲時說이 취해지고 있는 것은 분명하다. 그리고 學說에 있어서도 옛날에는 이 文言대로의 해석이 이루어져 公訴時效는 結果를 고려하지 않고 行爲(Handlung)의 時點부터 進行하는 것이라고 이해되었던 것이다. 여기서 行爲(Handlung)라는 것은 意思活動(Willensbetätigung)을 의미하는 것으로 그것은 行爲의 可罰性과는 무관계하며, 따라서 過失犯과 같은 경우에는 行爲가 可罰的이 되기 전에 時效가 完成하는 일도 있을 수 있다고 이해되고 있었던 것이다. 그러나, 이처럼 行爲가 可罰的이 되기 전에 公訴時效가 完成되어 결국 訴追할 수 없게 된다고 하는 것은 不合理的하므로 위 구형법 제67조 4항에서 말하는 行爲(Handlung)라는 것은 가벌적 行爲(Strafbare Handlung)를 의미하며, 그 行爲(Handlung) 중에는 結果(Erfolg)도 포함된다고 이해하는 견해가 점차로 유력하게 되었다. 이렇게 해서 구형법 제67조 4항에 대하여는 文言上은 行爲終了時說이 취해져 있음에도 불구하고 해석상은 結果發生時說이 취해지게 되었던 것이다. 다만, 이와 같이 해석한다면 條文上 公訴時效의 起算點이 結果의 發生과 무관계하게 되어져 있는 점과 확실히 모순되게 된다. 그러나, 이 점에 대해서는, 구형법 제67조 4항에 있어서의 結果는 結果的加重犯의 加重的 結果를 의미하며, 同條項은 結果적 加증법의 경우에 가증적 結果의 발생과는 무관계로 基本犯의 行爲(결과포함)의 날로부터 時效가 進行한다는 취지를 정한 것이라고 이해되었던 것이다.¹³⁾

그것에 대해서 1975년 시행의 현행 형법 제78조 a에는 公訴時效의 起算點에 대해 行爲의 終了(Beendigung der Tat) 時 또는 結果發生時의 兩者가 고려되고 있다고 보아도 좋다. 다시말해, 이것은 可罰的 行爲의

13) 虫明 滿, 前掲論文, 310-311정.

終了時를 기본으로 하여 構成要件의 結果가 發生했을 때는 그 時點을 기준으로 하는 의도로 立法된 것이며, 종래의 해석에 따른 것이라고도 전해진다. 결국 독일의 경우에는 結果犯에 있어서 公訴時效의 起算點에 대해서는 結果發生時說이 취해지고 있다는 점에서 異論이 없다고 보아도 좋다. 역시 結果的加重犯에 대해서도 加重的 結果를 構成要件의 結果에 다름없는 것으로 여겨져 加重的 結果의 發生時點부터 公訴時效는 進行하는 것으로 이해하는 것이 現在의 通說로 되어 있다.

한편, 日本에 있어서 公訴時效의 起算點에 관한 규정에도 變遷이 보인다. 즉, 明治 15年(1882년) 시행의 治罪法(제13조)에서 明治 23年(1890년) 시행의 舊舊 刑事訴訟法(제10조)가 犯罪의 날로부터 규정된 것에 대해서 大正 13年(1924년) 시행의 舊 刑事訴訟法은 犯罪行爲의 終了時'로 규정을 두었고 現行 日本 刑事訴訟法은 그것을 계승하였다. 위 각 立法은 立案者가 行爲終了時說을 정착시키려는 의도에서 나온 것이라고 일반적으로 알려져 있으나, 그럼에도 불구하고 日本의 學說上은 結果發生時說이 通說이며, 이것은 上述의 獨逸의 論議의 영향을 받은 것이라고 알려져 있다.¹⁴⁾ 또한 日本最高裁判所도 쿠마모토 미즈마타病 事件(熊本水保病 事件) 決定에서 '刑事訴訟法 第253조 1항에서 말한 犯罪行爲는 刑法 各本條 소정의 結果를 포함한 취지로 해석함이 상당하다'¹⁵⁾라고해서 위 學說과 같은 입장을 明白히 하고 있다.

위 公訴時效의 起算點의 문제를 公訴時效의 本質과 관련시켜 본다면, 公訴時效를 實體法的인 觀點에서 刑罰權의 消滅事由로 보는 實體法說의 立場에서는 公訴時效의 起算點에 관하여 結果發生時說을 채택하는

14) 虫明 滿, 前掲論文, 311정.

15) 最決, 昭和 63년2월29일, 判例時報 1266호.

것이 당연하게 된다.

왜냐하면, 결과가 발생하지 않는 한에 있어서는 刑罰權은 발생하지 않는 것이기 때문이다. 이에 반해서 證據의 散逸에 의한 立證困難을 그 理由로 하는 訴訟法說의 입장에서는 公訴時效의 起算點에 관하여 行爲終了時說의 입장을 취하는 것이 된다. 왜냐하면 證據의 散逸이라는 것은 결국 주로 犯罪行爲를 그 前提로 하기 때문이다. 여하튼, 公訴時效 完成의 效果로서 刑罰權 내지 公訴權의 消滅을 인정하는 한 刑罰權 내지 公訴權이 발생하지 않는 가운데 그 消滅을 인정하는 것은 論理矛盾이다. 그리고, 예를 들어 過失犯과 같이 未遂犯 處罰規定이 없는 結果犯에 대해서는, 결과가 발생해서 처음으로 刑罰權 내지 公訴權이 발생하는 것이며, 行爲時說에 의하면 이것들이 발생하기 이전에 訴追할 수 없게 된다는 不合理가 생길 염려가 있다. 따라서, 결국 結果發生時說이 公訴時效制度의 趣旨에 合致되는 것이며, 刑事訴訟法 제252조 제1항에 있어서의 '犯罪行爲'라는 것은 '犯罪의 特別構成要件에 該當하는 事實'을 의미하고, 당연히 結果도 포함하는 것이라고 이해해야 한다.

(2) 法條競合

法條競合이라고 하는 것은 行爲가 數個의 構成要件에 해당하나, 構成要件 相互間에 概念的 包攝關係가 있기 때문에 數個의 犯罪의 成立을 인정하면 二重評價가 되어 버리는 까닭에 一個의 犯罪만이 成立하는 경우이다.¹⁶⁾ 이 경우 數個의 구성요건에 해당하기 때문에 公訴時效의 起算點에 대해 結果發生時說의 입장에 선다 하더라도 어느 쪽의 구성

요건적 결과를 기준으로 하는가라는 문제가 생길 수 있다. 그리고 여기서 문제가 되는 것이 소위 結果的加重犯의 경우이다. 즉, 예를 들어 傷害를 가한 뒤 장기간 경과해서 被害者가 死亡한 경우 傷害罪와 傷害致死罪의 구성요건에 해당하나, 法條競合으로서 後者의 犯罪만이 成立한다. 이 경우 公訴時效의 起算點은 傷害發生時인가 死亡時인가라는 것이 문제가 되는 것이다. 단지 이같은 문제는 結果的加重犯에 特有의 것은 아니다. 예컨대 過失에 의하여 傷害를 가한 후 장기간이 경과한 후에 피해자가 死亡한 경우, 過失傷害罪와 過失致死罪의 구성요건에 해당하나 이것도 똑같이 法條競合이 되어 後者의 犯罪만이 成立한다. 이 경우 過失致死罪는 結果的加重犯은 아니나, 公訴時效의 起算點은 傷害發生時인가 死亡時인가라는 마찬가지로의 문제가 생기는 것이다. 그리고 實際로 이것이 하나의 重要한 論點이 된 것이 日本에 있어서 쿠마모토 미즈마타(熊本水保)病 事件이다.

쿠마모토 미즈마타病 事件에서는 被告人的 過失行爲에 의해서 被害者가 傷害를 입고(業務上過失致傷罪), 그후 數年 經리 死亡한(業務上過失致死罪) 경우에 대해 業務上過失致死罪의 公訴時效가 完成했는가의 여부가 爭點이 되었다. 즉, 위 사건의 辯護人은 被害者가 受傷後 3年을 경과한 시점에서 業務上 過失傷害罪의 公訴時效가 完成되어 그후 同人이 傷害에 의하여 死亡했다 하더라도 事件의 同一性을 잃는 것은 아니므로 이것과 別個의 事件으로서 公訴時效가 거론되는 것은 아니라고 해서 本件은 그 時點에서 公訴時效는 完成되었다고 주장했던 것이다. 이에 대해 제1심인 熊本(쿠마모토) 地方裁判所는, 業務上過失致死罪와 同 傷害罪와는 構成要件을 달리 하는 것을 기초로 해서 '同一客體에 대해서 業務上過失傷害罪가 성립한 후 이것에 대한 公訴時效가 完成했다 하더라도 그것은 業務上過失傷害罪에 대한 公訴權을 消滅하게

16) 虫明 滿, 前掲論文, 313정.

하는 효과를 일으킴에 그쳐 業務上過失致死罪에 대한 公訴權까지도 잃게 하는 것은 아니다' 라고 判示했다. 그리고 業務上過失致死罪의 公訴時效에 대해 被害者의 死亡時를 起算點으로 해 본건 기소당시 公訴時效는 完成되지 않았다고 했던 것이다. 역시 이것에 대한 矚目에 있어서도 福岡(후쿠오카) 高等裁判所는 마찬가지로의 理由를 들어 業務上過失致死罪의 公訴時效는 해당 범죄의 終了時인 同人 死亡의 時點으로부터 進行을 開始하는 것일 뿐, 出生時에 同人을 被害者로 하는 業務上過失傷害罪가 成立되었는지 아닌지, 그리고 그후 同罪의 公訴時效期間이 經過했는가 아닌가는 前記 業務上過失致死罪의 公訴時效完成의 有無를 判定함에 있어서는 格別의 意義를 갖지 않는 것이라고 해야 한다' 라고 判示하여 原判決의 結論을 正當化하고 있다.¹⁷⁾

이처럼 熊本水保病事件에 관한 一連의 判例는 어느 것도 業務上過失致死罪의 公訴時效의 起算點을 被害者의 死亡時로 했던 것인데, 여기에서는 그것에 포함되는 業務上過失傷害罪의 公訴時效의 完成이 業務上過失致死罪의 公訴權에 영향을 미칠까 아닐까라는 문제가 있는 것을 알 수 있다.

먼저 被告人의 過失行爲에 의하여 被害者가 傷害를 입고 그에 따라 死亡한 경우 業務上過失致死罪의 公訴時效의 起算點에 대해서는 結果的加重犯인 傷害致死罪의 경우와 같이 생각해도 좋다. 어떠한 경우라도 業務上過失傷害罪 내지 傷害罪는 성립하지 않지만 公訴時效의 起算點에 대해 被害者의 受傷時일까 아니면 死亡時일까가 문제되는 점에서 共通되기 때문이다. 다만, 이점에 대해서는 業務上過失致死罪가 結果的加重犯이 아닌 것에서부터의 異論도 있다. 그러나, 어떠한 경우라도 2

個의 構成要件에 해당함에도 불구하고 法條競合이 되어 한개의 범죄만이 성립하는 경우이므로 法條競合에 있어 公訴時效의 起算點이라고 하는 共通의 문제로서 생각하면 족하다고 본다.

그런데 結果的加重犯의 公訴時效에 관하여는 獨逸 및 日本의 學說上 많은 論議가 이루어 지고 있다. 獨逸에 있어서 1975년에 現행법이 시행되기 이전에는 基本犯의 結果를 起算點으로 한 경우가 많았던 반면에, 現在에는 加重的 結果 發生時로 보는 것이 通說이 된 것은 앞서 본 바와 같다. 이것은 獨逸에 있어서의 立法의 變遷에 대응하는 것으로 보아도 좋다. 한편, 日本의 學說에 있어서도 結果的加重犯의 公訴時效의 起算點을 基本的 結果가 發生한 때로 해서 그후에 發生한 加重原因이 되는 結果는 제외한다는 견해도 없는 것은 아니다. 그러나 通說은 오히려 加重的結果가 發生한 때로 하는 견해라고 해도 좋을 것이다. 結果的加重犯은 加重的結果가 發生해서 비로소 結果的加重犯으로서의 刑罰權 및 公訴權이 發生하는 것이며 公訴時效도 그 時點부터 進行한다고 생각해야 한다. 또한, 이처럼 생각하지 않는다면 重한 結果가 發生하기 전에 時效가 完成했을 때 결국 처벌할 수 없게 된다는 不合理한 결과도 생길 것이다. 이렇게 해서 結果的加重犯의 公訴時效의 起算點은 加重的 結果 發生時로 생각하는 것이 公訴時效制度의 趣旨에도 合致된다고 보는 것이다. 더우기 前述한 것처럼 이 結論은 法條競合의 경우 일 반적으로 타당하다고 생각해도 좋다. 다시말해 被告人의 過失行爲에 기해서 被害者가 傷害를 입은 뒤에 死亡했다는 熊本水保病事件과 같은 경우에도 피해자가 사망해서 처음으로 業務上過失致死罪가 成立하는 것이다. 이 경우 피해자가 受傷後 어느 정도 長期間 경과한 후 사망했다 하더라도 업무상과실치사죄로서의 刑罰權 내지 公訴權은 피해자가 死亡했을 때 처음으로 발생하는 것으로서 그 公訴時效도 그 時點부터

17) 由明 滿, 前掲論文, 316경.

진행하는 것은 당연한 것이다. 이렇게 해서 결국 이 문제에 관한 熊本水保病事件의 第1審, 第2審 및 最高裁의 結論은 타당한 것이며, 學說도 그것을 시인하는 것이 通說이다.¹⁸⁾

그런데, 法條競合은 數個의 構成要件에 해당함에도 불구하고 一個의 犯罪만이 성립하는 경우이지만 이 경우 成立되지 않는 범죄의 公訴時效의 完成은 성립하는 범죄의 公訴權에 영향을 미치지 않을까라는 문제가 생긴다. 위 熊本水保病事件의 경우 業務上過失傷害罪의 公訴時效의 完成이 業務上過失致死罪의 公訴權에 영향을 미칠가의 與否가 문제되었다는 것을 前述한 바와 같다. 그리고 業務上過失傷害罪의 公訴時效의 起算點은 被害者의 受傷時이며, 同 致死罪의 그것은 死亡時라고 본다면, 前者의 公訴時效가 完成한 後에 死亡했을 때는 다시 한번 後者로 處罰되는 것이 되어 이것은 일단 消滅한 公訴權을 재차 문제 삼는 것은 아닐까라는 의문이 생기는 것이다. 다시 말해 이 경우 業務上過失傷害罪에 대한 時效가 完成한 後에 被害者가 死亡할 때까지의 處罰할 수 없는 상태가 생기는 바 이것이 妥當한 것인가라는 문제이다.

이점에 관해서 日本의 板倉(이따쿠라)教授는 '時效의 起算點으로서의 結果發生如何는 犯罪의 性質에 근거해서 취하지 않으면 안되나, 死와 결부된 傷害를 입게 했을 경우에는 이를 即成犯으로 하는 自體가 理論的 反省의 필요가 있다' 라고 하여 '水保病과 같은 傷害의 實態는 그야말로 繼續犯이다' 라고 생각함에 따라서 해결하려고 하고 있다. 다시 말해, 繼續犯의 경우는 犯罪가 繼續하고 있는 동안의 公訴時效는 進行하지 않기 때문에 이와 같이 해석한다면 致傷罪 자체의 公訴時效는 進行하지 않고, 따라서 '致傷罪에 대한 時效完成 後에는 致死의 결

과가 發生할 때까지 訴追·處罰할 수 없는 不合理的 해소할 수 있다' 라는 것이다. 그러나, 繼續犯이라는 것은 一定의 法益侵害가 繼續하는 동안 犯罪의 繼續이 인정되는 것을 말하는 것이지만, 業務上過失傷害罪의 경우 一定의 傷害라고 하는 結果發生이 確定하는 이상, 犯罪은 이미 終了한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 이것을 繼續犯으로 이해하고자 하는 위 견해는 다소 무리가 있는 것으로 생각된다.

이 문제에 대해서는 法條競合의 의미를 생각해 볼 필요가 있다. 法條競合은 數個의 構成要件에 해당하지만, 一個의 犯罪만이 성립하는 경우이며, 게다가 이것은 構成要件 相互間에 概念的 包攝關係가 있기 때문에 數個의 犯罪의 成立을 인정하면 二重評價가 되어 버리기 때문이라는 점이 중요하게 된다. 이것을 기초로 해서 생각할 경우 法條競合으로 있는 한, 成立하는 犯罪에 대한 刑罰權·公訴權을 문제로 삼으면 될 뿐으로 그것에 포함되는 犯罪의 刑罰權·公訴權을 문제로 삼아도 의미가 없다. 따라서, 公訴時效에 관해서도 成立하는 犯罪에 대해서만 생각하면 되는 것이다. 즉 예를 들어 熊本水保病事件과 같은 경우 業務上過失致死罪가 成立하는 한(訴訟法的으로 말한 다면 해당 범죄로 訴追되는 한), 業務上過失致死罪의 公訴時效만이 문제가 되는 것으로서 그것에 포함된 業務上過失致傷罪의 公訴時效는 생각할 필요가 없는 것이다. 한편, 被害者가 死亡하지 않았을 단계에 있어서는 業務上過失致死罪는 成立되지 않는 것이 당연하다. 여기서는 同 傷害罪만이 문제가 되는 것으로서 兩者가 法條競合이 되지 않는 것은 말할 것도 없다. 그리고 이 경우의 公訴時效의 起算點은 被害者의 受傷時이다. 따라서 이것에 의한 公訴時效의 完成後에는 處罰할 수 없는 것은 오히려 당연하다고 할 수 밖에 없는 것이다. 다만, 被害者가 死亡한다면 바로 잡아 業務上過失致死罪로서 處罰되는 것이나, 이것은 일단 消滅한 公訴權이

18) 虫明 滿, 上掲論文, 318경.

다시 문제되어 지는 것이 아니고, 해당범죄에 대한 可罰性이 그것에 의해 처음으로 發生하는 것이다.

(3) 包括一罪

包括一罪라는 것은 數個의 構成要件에 該當하는 事實이 있고, 그 違法內容 및 責任內容이 一個의 罰條가 豫定하는 違法內容 및 責任內容의 範圍內에 있는 것을 理由로 그 罰條에 의한 一回的 評價가 이루어지는 경우이다.¹⁹⁾ 예를들어 會社의 經理職員이 數回에 걸쳐서 자기가 保管하는 金錢을 橫領했을 경우, 그 違法內容 및 責任內容은 一體인 것으로 볼 수 있으며, 數個의 業務上 橫領行爲는 包括的 一罪가 된다. 이같은 경우 個個의 個別行爲는 각각의 것이 犯罪을 構成하는 行爲인 것으로부터 公訴時效도 個個의 行爲別로 생각해 그 起算點은 個別行爲의 終了時로 생각해야 하는가, 아니면 全體로서 一罪인 것으로부터 公訴時效의 起算點은 最終行爲의 終了時로 생각해야 하는가라는 문제가 생긴다.

이 문제에 관해서는 獨逸에 있어서의 連續犯(fortgesetztes Verbrechen)의 취급이 크게 참고가 된다. 獨逸에 있어서는 包括一罪라고 하는 개념은 존재하지 않지만 종래부터 慣習法的으로 連續犯이라고 하는 개념이 인정되어 있어 數個의 行爲가 있음에도 불구하고, 一罪로서 처리되고 있는 것이며, 이것이 우리나라에 있어서의 包括一罪에 상당하는 것이다.

그런데, 獨逸에 있어서의 連續犯의 경우 公訴時效의 起算點은 連續犯

을 構成하는 最後의 部分行爲의 終了時點으로 하는 것이 通說이다.²⁰⁾ 이것은 連續犯이 數個의 個別行爲로 이루어 지는 法的單一性(Juristische Handlungseinheit)이며, 犯罪의 單一性(Verbrechenseinheit)의 경우라 생각되는 것으로부터 公訴時效에 대하여도 一體적으로 취급될 수 밖에 없는 것이라 생각되기 때문이다. 그리고 連續犯에 대해서는 主觀적으로 어떠한 要件이 필요한가에 관해서 견해가 나뉘어 지나, 그 結論은 변함이 없다. 다시 말해, 連續犯의 主觀的 要件으로서 故意의 單一性 내지 包括故意(Gesamtvorsatz)를 必要로 하는 견해도, 그것을 요하지 않는다고 하는 客觀說도, 더욱더 連續故意(Fortsetzungsvorsatz)를 요한다고 하는 견해에서도 連續犯이 全體로서 單一의 것이라고 하는 인식에는 변함이 없는 것이다. 또한, 公訴時效의 本質과의 關係에서는, 實體法的으로 連續犯全體에 대한 處罰의 必要性이 減少하는 것으로, 訴訟法的으로는 全體로서의 證據가 散逸한다고 생각되는 것에 의하는 것 같다.

한편, 學說中에는 連續犯의 單一性을 인정하면서도 公訴時效에 대해서는 各 個別行爲別로 생각하려고 하는 견해도 강하게 주장되고 있다.²¹⁾ 이것은 連續犯이 單一性을 인정받는 근거를 個個의 個別行爲마다 別個의 刑罰을 確定할 것을 回避하는 점에 구하고 이같은 고려에 의한 競合論上的 論議와 公訴時效의 문제에 있어서의 論議와는 별도의 고려를 요한다는 것을 기초로 하는 것이다. 다시 말해, 競合論에 있어서는 單一性이 인정된 것이라도 다른 분야에 있어서 역시 單一性이 인정될까 아닐까는 다시 한번 검토할 필요가 있다고 여겨지는 것이다. 그리고

20) Brunnen, Das fortgesetzte Delikt, 1907, S.43.

21) Kühl, Die Beendigung, S.200; Baumann-Weber, Strafrecht, Allg. Teil, P.Auf., 1985, S.672.

19) 虫明 滿, 上揭論文, 320정.

예를 들어 告訴의 문제에 대해서는 連續犯을 구성할 個別行爲가 親告罪일 경우 訴訟條件으로서의 告訴는 個別行爲마다에 필요하다고 볼 수 있으며 그와 마찬가지로 公訴時效의 경우도 個別行爲別로 생각해 볼 필요가 있다고 여겨지고 있다.²²⁾ 또한 公訴時效의 存在理由와의 관련에서도 實體法的으로 파악하는 입장에서는 위 連續犯을 구성하는 개개의 행위자체가 시간의 경과에 의해서 처벌의 필요성이 감소하는 것으로 보고 있고, 訴訟法的으로 파악하는 입장에서는 위 連續犯을 구성하는 個別行爲 자체의 증거가 감소해 그 立證이 곤란하게 되는 것이라고 설명하고 있다. 이처럼 公訴時效의 문제에 대하여 個別行爲마다 分割的으로 관찰할 때에는 公訴時效가 完成한 個別行爲는 이미 連續犯을 구성하지 않고 公訴時效期間이 경과하지 않은 個別行爲만이 連續犯을 형성하는 것이 된다.

日本에서도 包括一罪의 경우, 公訴時效는 最後의 行爲가 終了했을 때 부터 進行한다고 하는 것이 通說이다.²³⁾ 이것은 包括一罪는 數個의 個別行爲가 存在함에도 불구하고 本來的 一罪의 경우이며, 本來的 一罪에 있어서는 構成要件의 分割은 허용되지 않고 單純一罪와 똑같이 취급되지 않으면 안된다고 생각하기 때문이다. 다만, 學說中에는 先行行爲가 時效期間을 경과하지 않는 동안에 위의 行爲가 있다고 하는 관계가 아니면 안된다고 하는 留保를 붙이는 견해도 있다. 또한 判例도 똑같이 包括一罪의 公訴時效의 起算點에 관해서는, 그 最後의 犯罪行爲가 끝났을 때로 본다. 다시 말해 日本 最高裁判所 昭和31年 8月 3日 (1956년) 判決은, 被告人이 3個月 동안에 54회, 및 그후 2個月 동안에 35

22) Volk, Deutsches Steuerrecht, S.345.

23) 虫明 滿, 前掲論文, 324정.

회에 걸쳐 동일한 癲藥中毒患者에 대해 그 증독증상을 완화할 목적으로 麻藥을 試用했다고 하는 事案에 대하여 各各 包括一罪를 인정해 그 公訴時效는 最後의 行爲로부터 起算한다고 判示하고 있다. 더우기 同裁判所는 같은해 10月 25日字 決定에서 貸金業者도 아니면서 일정기간 貸金業을 했다고 하는 事案에 관하여 이것을 貸金業이라고 하는 一罪의 營業犯으로 파악한 뒤 '營業犯의 公訴時效는 소위 包括一罪의 경우와 같이 그 最後의 犯罪行爲가 끝났을 때부터 進行하는 것으로 이해해야 할 것'이라고 判示하였다. 이것에 대하여 日本에서도 包括一罪의 公訴時效에 관하여 分割的으로 생각하고자 하는 견해가 있다. 다시 말해 井上(이노우에) 博士는 '各各의 犯罪行爲는 비롯 그것이 包括해서 一罪라고 하더라도 그 時效가 完成한 한 그 證據는 散逸한 것으로 하지 않으면 안된다'라고 하고 있다. 이것은 數個의 行爲가 罪數論上一罪가 될 경우에도 各 個別行爲의 證據는 時와 함께 散逸하는 것으로부터 證據의 散逸을 公訴時效制度의 存在理由로 한다면 그것은 各 個別行爲마다 고려해 보지 않으면 안된다고 여겨질 것으로 생각된다. 그의 公訴時效의 存在理由에 대해서 新訴訟法說을 主唱하는 日本의 學說中에도 包括罪의 公訴時效에 대해 分割的으로 생각해 各各의 構成要件에 해당하는 事實別로 생각해야 한다고 주장하는 견해가 있다. 이 입장은 公訴時效를 訴追라고 하는 事實에 대하여 被告人을 위한 利益의 制度이며 訴追權行使에 대한 制約의 制度로 생각하는 것에서부터 被告人이 時效의 利益을 받을까 그렇지 않을까에 疑問이 있을 때에는 被告人에게 利益이 되는 방향으로 해석해서 被告人을 訴追로부터 解放시키지 않으면 안된다'라고 하는 것을 기초로 하는 것이다. 다시 말해,

24) 井上正治, 公訴時效의 本質, 判例學說刑事訴訟法(舊版), 昭和33年, 144정.

包括一罪처럼 數個의 個別行爲가 存在하는 경우에는 罪數論上 一罪라 하여도 被告人의 利益이라고 하는 觀點으로부터 公訴時效는 個別行爲別로 생각해야 하는 것이라고 여기는 것이다.

한편, 包括一罪에 대해서 數罪의 性格을 갖는 것으로 보는 견해에서는 公訴時效에 대해서 分割적으로 생각하는 입장이 되는 듯하다. 이에 관하여 日本의 平野(히라노)教授는 包括一罪를 '現實에 數個의 單純一罪가 존재해 數個의 罰條가 적용되어야 하는 경우임에도 역시 一個의 罰條만을 적용해 처단해야 할 경우'로 규정하면서, '그것은 單純一罪의 일종이 아닌 오히려 科刑上 一罪의 일종이다'라고 설명하고 있다.²⁵⁾ 그리고 '包括一罪의 公訴時效에 대해서도 時效에 걸리지 않은 部分만 處罰해야 하는 것으로 一部 時效가 完成된 部分이 있다면 그 部分은 결국 處罰할 수 없게 되는 것이다'라고 말하고 있다. 또한 鈴木(스즈키)教授는 包括一罪를 認識上數罪(評價上一罪)로 보고, 公訴時效에 대해서는 認識上的 犯罪을 기준으로 해서 그 期間과 進行을 論해야 하는 것이라고 주장하고 있다.²⁶⁾

以上과 같이 包括一罪의 公訴時效의 起算點에 대해서는 見解가 달라지나, 그것은 하나는 包括一罪의 罪數論的 意義에 관한 견해의 相違에 따른 것이며, 다른 하나는 公訴時效制度의 存在理由와의 관련에 의한 것으로 생각된다. 그리고, 그중 包括一罪의 罪數論的 意義에 관하여 數罪의 性格을 가진 것으로 해석한다면, 그 公訴時效에 관해서도 分割적으로 생각하는 것이 되는 점은 이해할 수 있다. 數罪의 性格을 인정하는 것은 數個의 刑罰權 내지 公訴權을 생각하는 것임에 틀림없기 때문

이다. 그러나, 包括一罪는 數個의 構成要件에 해당하는 行爲가 있음에도 불구하고 一個의 罰條에 의해 一回적으로 評價되는 경우이므로, 本來的 一罪로 생각해야 하는 것이다. 따라서 包括一罪에 數罪의 性格을 인정하는 위 견해는 私見과 그 前提를 달리 하는 것으로서 여기서의 문제는 包括一罪를 本來的 一罪로 생각하는 경우에 公訴時效에 대해서 分割적으로 생각하는 것이 可能할까 不可能할까에 있다.

다음으로, 公訴時效制度의 存在理由와의 연관으로 생각해 본다면, 적어도 그것을 證據의 散逸로 하는 訴訟法的 理由에서 구한다면, 包括一罪의 경우 公訴時效에 대해서는 分割적으로 보는 방향에 기우는 것은 명확하다고 생각된다. 왜냐하면, 包括一罪는 數個의 構成要件의 行爲들로 이루어 지는 것으로서 個個의 行爲에 대하여 立證하지 않으면 안되기 때문이다. 한편, 公訴時效制度의 存在理由로서의 處罰의 必要性의 減少 내지 犯罪의 社會的影響의 微弱化라고 하는 實體法的 理由와의 관련에서는 어떻게 생각해야 할 것인가. 이에 관하여 包括一罪 全體로서의 처벌필요성의 감소 내지 社會적 영향의 미약화라는 것을 생각할 수 없는 것은 아니다. 그러나 包括一罪를 구성하는 個個의 個別行爲 自體는 構成要件에 해당하고 違法·有實한 行爲로서 그 각각이 可罰性을 가진 행위이다. 이로부터 처벌의 필요성 내지 범죄의 社會적 영향에 대해서도 各 個別行爲마다 생각하지 않으면 안되게 된다.

그러면 이같은 취급은 包括一罪가 本來的 一罪임과 矛盾되지는 않는 것일까. 다시 말해 包括一罪가 本來的 一罪라고 하는 취지는 이 경우 一個의 刑罰權 내지 公訴權밖에 發生하지 않는 것으로서 公訴時效의 完成에 의해 刑罰權·公訴權이 消滅하는 것이라고 한다면, 包括一罪의 경우 그 消滅은 一體적으로 생각해야 할 것이라고도 말할 수 있을 것이다. 그러나, 包括一罪의 경우 一個의 刑罰權·公訴權에 따른다고 하

25) 平野龍一, 刑法總論 I (昭和50年), 411페이지 하.

26) 蛸明滿, 前掲論文, 326페이지.

더라도 數個의 可罰行爲가 存在하는 점은 무시할 수 없다. 이 경우 數個의 可罰行爲中 일부의 것에 대해서만 刑罰權이 消滅했다고 보는 것도 不合理한 것이 아니고, 그 부분에 대해서는 公訴權도 消滅했다고 보는 경우도 가능한 것이 아닐까. 이렇게 해서 包括一罪의 경우, 公訴時效는 各 個別行爲別로 생각해야 하는 것으로 그 起算點은 결국 各 個別行爲의 終了時라고 하는 것이 된다. 이것은 말하자면, 罪數論上 一罪가 인정된다 하더라도 公訴時效라고 하는 制度下에서는 따로 고려가 필요하며, 分割的으로 處理되는 것도 許容된다는 뜻이다.

(4) 科刑上一罪

科刑上一罪 내지 想像的競合이라는 것은 一個의 行爲가 數個의 罪에 해당하는 경우로서 가장 중한 죄에 정한 刑으로 처벌되게 된다(刑法 제40조). 이 科刑上一罪에 대하여는 公訴時效制度와의 關係에서 먼저 數個의 罪中에서 어느것의 犯罪를 기준으로 해서 公訴時效期間을 決定할 것인가라는 문제가 있음은 앞서 살펴 본 바와 같으나, 이는 前述한 대로 各 犯罪마다 個別的으로 그 時效期間을 決定해야 한다고 본다.

다음으로 科刑上一罪의 公訴時效의 起算點問題에 관하여는, 科刑上一罪는 一個의 行爲의 경우이므로 數個의 結果가 發生한다 해도 대부분은 同時에 發生하기 때문에 終來 그다지 논의되는 경우가 없었다. 그런데, 日本에서는 前述한 熊本水保病事件이 發生하게 되면서 想像的競合으로서 數個의 結果가 順次 發生한 경우 어떤 결과발생을 가지고 公訴時效의 起算點으로 할까가 重要한 爭點이 된 것이다. 이에 관하여 日本最高裁判所는 '觀念的競合의 관계에 있는 各罪의 公訴時效完成의 有無를 判定함에 있어서는 그 全部를 一體로서 觀察해야 하는 것이라 해

석함이 상당하다' 라고 해서 時效的連鎖의 關係가 存在함과 存在않음에 상관없이 最後의 被害者의 '死亡時'로부터 起算해 業務上過失致死罪의 公訴時效期間이 경과하지 않은 이상 本件 業務上過失死傷罪의 全體에 대해서 그 公訴時效는 아직도 完成되어 있지 않다고 해야 할 것이다' 라고 判示했다. 27)

그러나, 科刑上一罪는 數個의 觀念的刑罰權이 발생한 경우이며 公訴時效는 그 個個의 刑罰權의 消滅에 걸친 문제이기 때문에 그 時效期間에 있어서도 各 犯罪마다 따로 따로 考察되는 것이며, 이것은 公訴時效의 起算點에 대해서도 당연한 것으로서 타당하다. 따라서, 想像的競合이 되는 犯罪의 結果發生이 時間的으로 제 많은 간격이 있는 경우에는 그 結果發生마다 해당범죄의 公訴時效의 起算點을 구할 수 밖에 없다고 본다. 그리고 이렇게 해석하는 것이 公訴時效制度의 意義 및 本質에 들어맞는 것이라고 생각한다.

(5) 繼續犯

繼續犯의 경우에는 法益侵害의 狀態가 終了한 때로부터 公訴時效가 進行한다. 따라서 法益侵害狀態가 계속되는 동안은 公訴時效가 進行하지 아니한다. 이것이 실제로 문제되는 경우는 一定한 期間內에 申告義務 또는 登錄義務를 履行하지 아니한 行爲(不作為)가 犯罪로 되는 경우인 바, 이경우의 公訴時效의 起算點에 관하여는 申告期間 또는 登錄期間의 經過時라는 견해와 그 期間이 經過한 후에도 위 申告義務나 登錄義務를 履行하기까지는 公訴時效의 進行이 開始되지 아니한다는 견

27) 須明 滿, 前掲論文, 336정.

해가 대립되고 있으며, 大法院判例²⁸⁾는 後說의 태도를 취하고 있다. 後說은 申告期間 또는 登錄期間의 經過後라도 申告義務 또는 登錄義務를 履行하기까지는 同義務는 消滅하지 아니한다는 점을 論據로 들고 있으나 그 期間의 경과로 인해서 犯罪(不作爲)가 既遂로 된다는 점을 고려할 때 前說이 타당하다고 본다.²⁹⁾

나) 共犯에 관한 特則

共犯의 경우에는 最終行爲가 終了한 때로부터 全共犯에 대한 時效期間을 起算한다(刑事訴訟法 第252條 第2項). 이는 共犯을 一률적으로 처벌하고 처벌의 公平을 圖하려는 취지에서 둔 규정이며, 여기서의 共犯에는 공동정범, 교사범, 방조범 등 任意的 共犯은 물론 必要的 共犯도 포함된다. 여기서 最終行爲라는 것은 共犯者 사이에 共通된 최종행위라는 의미이다. 따라서 共犯者 중의 1명이 科刑上一罪로 인정되고 다른 共犯은 그 일부 사실에 대해서만 共犯인 경우에 그 共犯의 公訴時效起算點은 가공한 犯罪의 終了時이다.³⁰⁾

4. 公訴時效期間計算의 特則

刑事節次上 期間의 計算은 日, 月 또는 年으로써 計算하는 것은 初日을 算入하지 아니하고, 期間의 末日이 公休日에 해당하는 날은 期間에

28) 大判 81.10.13, 81도 1244는 文化財를 所定の 期間內에 登錄하지 아니한 犯罪에 대하여 登錄義務消滅時說의 태도를 취하고 있다.

29) 白亨球, 前掲書, 531정.

30) 金熙玉, 前掲論文, 121정.

算入하지 아니하는것(刑事訴訟法 第66條 第1項 本文, 第3項 本文)이 일반적 원칙이지만 時效期間의 計算에 있어서는 初日은 시간을 계산함이 없이 1日로 算定하고, 期間의 末日이 公休日에 해당하는 경우에도 그 期間에 算入하는 特則을 정하고 있다. 즉 公訴時效期間의 計算에 있어서는 期間計算의 一般原則인 初日不算入의 原則과 公休日不算入의 原則에 대한 例外가 인정되는 것으로서 이는 被疑者와 被告人의 利益을 保護하려는데 그 趣旨가 있다.

五. 公訴時效의 停止

1. 公訴時效停止의 意義

公訴時效의 停止라 함은 公訴時效의 進行이 停止되는 것을 말한다. 公訴時效의 停止는 停止事由가 消滅한 때로부터 나머지 時效期間이 進行된다는 점에서 公訴時效의 中斷과 다르다. 公訴時效의 中斷이란 中斷 이전에 進행한 期間의 전부를 無效化하고 中斷事由가 終了한 때로부터 새로이 時效가 進행되는 것을 말한다.

舊刑事訴訟法에서는 公訴時效의 停止(舊法 第287條) 외에 公訴時效의 中斷을 인정하였으며(舊法 第285條, 286條), 公訴提起를 公訴時效의 中斷事由로 규정하였으나(舊法 第285條), 現行法은 公訴時效의 中斷을 규정하지 않고 있다. 이는 被告人의 利益을 고려한 것이다.

2. 公訴時效停止의 事由

現行法上 公訴時效의 停止事由는 다음과 같다.

가) 公訴提起

時效는 公訴의 提起로 그 進行이 停止된다(刑事訴訟法 第253條 第1項). 公訴時效의 停止는 公訴提起의 부수적 效果로 인정되는 것으로서 그 公訴提起가 適法·有效한 경우는 물론 公訴提起가 不適法·無效인 경우에도 公訴時效의 進行이 停止된다. 이에 관하여 舊法은 公訴提起가 無效인 때에는 公訴時效가 中斷되지 아니한다고 明文으로 규정하고 있었던 바(舊法 第285條 1項 但書), 現行法은 이 규정을 삭제하였다. 現行 刑事訴訟法 第253條 第1項은 公訴棄却의 裁判이 確定될 때까지 公訴時效가 停止된다고 규정하고 있다.

나) 裁定申請

刑事訴訟法 第260條의 규정에 의한 裁定申請이 있을 때에는 高等法院이 裁定決定이 있을 때까지 公訴時效의 進行이 停止된다(刑事訴訟法 第262條의 2).

이는 檢事의 不當한 不起訴處分으로 인하여 公訴時效가 完成되는 것을 防止하려는 취지에서 규정된 것이다. 裁定申請에 의하여 公訴時效가 停止되는 期間은 裁定申請時부터 裁定決定時까지이다. 이 경우 그 裁定決定이 棄却決定이나 付審判決定이나를 가리지 아니한다. 다만 裁定申請이 棄却된 때에는 그 棄却決定의 效力發生時부터 公訴時效가 다시 進行하며, 付審判決定이 있을 때에는 裁定申請에 의한 公訴時效의 停止는 付審判決定, 즉 公訴提起에 의한 公訴時效의 停止로 전환된다.

다) 少年保護事件의 審理開始決定

少年保護事件에 대하여 少年部判事가 少年法 第20條의 규정에 의한 審理開始의 決定을 한 때에는 그 事件에 대한 保護處分の 決定이 確定될 때까지 公訴時效의 進行이 停止된다(少年法 第54條).

3. 公訴時效停止의 效力이 미치는 範圍

가) 主觀的 範圍

公訴提起된 被告人, 裁定申請의 대상으로 된 事件의 被疑者에 대해서만 公訴時效停止의 效力이 미친다. 다만 共犯의 1人에 대해서 公訴를 提起하면 公訴提起되지 아니한 共犯者에 대해서도 公訴時效의 進行이 停止된다(刑事訴訟法 第253條 第2項). 이 경우 檢事가 單獨犯이라고 公訴提起를 하였더라도 실제로 共犯에 해당되고 共犯이 있는 경우에는 그 公訴提起에 의한 時效停止의 效力은 다른 共犯에게 미친다. 여기서 共犯은 任意的 共犯이든 必要的共犯이든 가리지 아니한다. 이러한 입장과는 달리 犯人 아닌 者에 대한 公訴提起에 의해서 眞犯人에 대한 公訴時效가 停止된다고 主張하는 견해¹⁾가 있고 그 견해에서는 公訴時效의 停止는 犯罪事實에 관해서 그 效力이 발생한다는 점을 論據로 내세우고 있으나, 眞犯人은 被告人의 共犯이 아니라는 점, 刑事訴訟法 第253條 第2項은 公訴時效停止의 效力이 미치는 範圍에 관한 例外的 規定이며 例外的 規定에 대한 擴大解釋은 허용되지 않는다는 점 등을 고려할 때 解釋論으로는 그와 같은 公訴提起에 의해서 眞犯人에 대한 公訴時效는 停止되지 아니한다고 보는 입장이 타당하다고 본다.

1) 徐奎教, 刑事訴訟法, 297정.