나)客觀的 範圍

公訴時效停止의 效力은 公訴狀에 기재된 公訴事實과 同一性이 인정되는 全範圍에 미친다고 해석해야 한다. 예컨대 收賂罪로 公訴提起되었다가 恐喝罪로 公訴事實이 變更된 경우에 收賂犯罪事實에 관한 時效停止의 效力은 恐喝犯罪事實에까지 미친다. 이에 대하여 '審判의 대상을 訴因이라고 보게 되면 時效停止의 效力도 訴因만에 한정되는 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수 있다'고 설명하는 견해가 있으나 [2], 現行法上 訴因의 개념을 인정할 필요가 없으므로 이 입장은 타당하지 않다고 본다.

다)時間的 範圍

公訴棄却·管轄違反의 裁判이 선고된 경우에는 公訴提起時부터 裁判確定時까지 公訴時效의 進行이 停止되며(刑事訴訟法 第253條 第1項), 共犯者의 1人에 대해서 公訴가 提起된 경우에는 公訴提起時부터 그 共犯者에 대한 裁判確定時까지 다른 共犯者에 대한 公訴時效의 진행이 停止된다(刑事訴訟法 第253條 第2項). 裁定申請이 있는 때에는 裁定申請時부터 裁定申請棄却決定의 確定時까지 公訴時效의 진행이 停止되며(刑事訴訟法 第262條의 2), 少年法 第20條에 의한 審理開始決定이 있는 때에는 그 決定時부터 保護處分決定의 確定時까지 公訴時效의 進行이 停止된다.

2) 姜求眞, 前揭書, 292정.



4. 公訴時效의 再進行

公訴提起에 의해서 進行이 停止된 公訴時效는 公訴棄却 또는 管轄違反의 裁判이 확정된 때로부터 다시 진행한다(刑事訴訟法 第253條 第1項). 다만 公訴棄却·管轄違反의 裁判이 確定된 후 上訴權回復請求를 인용하는 決定(刑事訴訟法 第347條)이 있는 때에는 그 때부터 公訴時效의 진행이 停止된다고 해석하여야 한다 [3]. 이 경우에 裁判確定時부터 上訴權回復의 決定時까지는 公訴時效가 진행한다. 共犯者에 대한 公訴提起에 의해서 진행이 停止된 公訴時效는 그 共犯者에 대한 事件의 裁判이 確定된 때로부터 다른 共犯者(公訴提起되지 아니한 共犯者를 말한다)에 대한 公訴時效가 다시 진행한다. (刑事訴訟法 第253條 第2項).

## 六. 公訴時效의 完成

### 1. 公訴時效가 完成되는 경우

公訴의 提起없이 公訴時效期間이 경과되면 公訴時效가 完成된다. 公訴가 提起된 경우에도 公訴棄却 또는 管轄違反의 裁判이 宣告·確定된 후 재차 公訴時效가 진행되어 公訴時效의 殘餘期間이 경과하면 公訴時效가 完成한다. 그리고 公訴가 提起된 犯罪라도 判決의 確定이 없이 公訴를 提起한 때로부터 15年을 경과하면 公訴時效가 完成된 것으로 간주한다(刑事訴訟法 第249條 第2項). 이는 公訴提起 後 訴訟을 進行하는

3) 白亨燦, 前揭書, 533정.

동안은 時效의 진행이 정지되므로 法院이 사건을 심리하지 아니하고 방치하여 두는 동안은 公訴時效는 完成될 수 없게 되어 영구미제사건으로 될 수 있는 바, 이러한 폐단을 시정하기 위한 것이 바로 刑事訴訟法 第249條 第2項의 公訴時效完成擬制制度이다. 그에 의해 公訴提起時로부터 15년 이내에 判決이 선고되더라도 그 기간내에 判決이 확정하지 아니하면 公訴時效가 完成한 것으로 단정되는 것이다. 다만 이경우의 時效는 公訴提起 후 裁判의 확정없이 一定期間을 경과한 경우의 時效이므로 公訴時效와는 區別하여 裁判時效라고 부르는 것이 타당하다고 주장하는 견해도 찾아볼 수 있다.[4]

### 2. 公訴時效完成의 效果

公訴時效가 完成된 事件에 대하여 公訴가 提起된 경우에는 法院은 公訴時效의 完成을 이유로 免訴判決을 宣告하여야 한다(刑事訴訟法 第326條 第3號). 즉 公訴時效가 完成된 경우에는 實體的 訴訟條件이 결여되게 되므로 이 경우 無罪判決을 하는 것은 許容되지 아니하며 이는 抗訴·上告理由로 된다. 따라서 免訴判決에 대하여는 實體判決을 구하여 上訴를 할 수 없다.[5] 그리고 搜査 중인 被疑事實에 관하여 公訴時效가 完成된 경우에 檢事는 公訴權이 없음을 이유로 不起訴處分을 하여야 한다. 즉 이 경우에는 公訴提起의 條件이 결여되었기 때문이다.

4) 白亨球, 前揭論文, 121정.
5) 大法院 1986.12.9.宣告, 86도1976판결.



## 七. 結語(立法論)

以上에서 公訴時效制度의 沿革, 本質 및 主要內容을 살펴 보았는 바, 오늘날에 있어 公訴時效制度의 課題는 결국 犯人의 必罰主義要請과 犯人의 法的·社會的 安定性에 대한 配慮要請과의 關係에서 이를 어떻게 合理的으로 조정하느냐에 달려 있다고 보아도 좋다. 즉 公訴時效가 일단 完成하게 되면 그 범죄인은 당해 범죄로 訴追될 수 없게 되는 것이지만 이것이 경우에 따라서는 國民感情 내지 社會感情에 현저히 반하는 경우도 생길 수 있는 바 이 경우 公訴時效制度의 本質을 와해시키지 않는 範圍內에서 어떠한 立法的 考慮가 必要한 것이 아닌가라는 論議가 행해질 時點에 와있는 것이다.

立法論的으로 公訴時效制度를 살펴볼때, 다음과 같은 점이 주로 고려되어야 한다고 본다.

첫째로, 一定한 犯罪에 대하여는 公訴時效制度의 範圍에서 除外하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 獨逸의 경우는 이를 立法的으로 實現하여 謀殺罪와 같은 경우에는 이를 公訴時效에 걸리지 않는 犯罪로 규정하고 있는바, 우리나라의 경우도 단지 時效期間이 경과되었다고 해서 그 刑罰權 내지 訴追權이 消滅되었다고 보기에는 현저히 社會感情에 反하는 犯罪와 같은 경우에는 이를 公訴時效에 걸리지 않는 犯罪로 규정함으로써 社會正義를 實現하여야 한다고 본다. 물론 이에 대하여는 被疑者나 被告人의 利益保護라는 觀點으로부터 反論이 있을 것으로 예상되지만 위와 같은 경우에는 그러한 利益보다 社會正義의 實現이라고 하는 公共的 利益이 더 중시되어야 할 것이다.

둘째로, 特殊한 事情으로 인하여 公訴提起가 法律上 또는 事實上으로 현저하게 困難한 경우에 대비하여 公訴時效의 停止에 관한 特則을 둘

필요가 있다. 그중 公訴提起가 法律上 현저하게 곤란한 경우로 문제되는 것은 現行憲法上의 大統領의 不訴追特權의 경우이다. 즉, 現行憲法第84條에서 "大統領은 內亂 또는 外患의 罪를 범한 경우를 제외하고는 在職중 刑事上의 訴追를 받지 아니한다"라고 규정하고 있는 것으로부터 同 規定이 公訴時效의 停止를 의미하는 규정인가에 관하여 賛反兩論이 對立되어 있는 바, 公訴時效는 기본적으로 피의자 내지 피고인의 이익을 위한 제도로서 그 利益에 反하는 公訴時效停止制度는 엄격히 해석하여야 하므로 法律에 明示的인 규정이 없는 이상 위 규정을 公訴時效의 停止를 의미하는 것이라고 해석하는 견해에는 賛同할 수 없다. 다만, 대통령의 재임기간중 그 訴追가 法律上 不可能하게 되어 있어 實際上 不合理한 결과가 생기는 것을 부인할 수는 없으므로 立法으로 위와같은 경우에는 公訴時效는 그 進行이 停止된다는 규정을 둘 필요가 있다고 본다. 그리고 公訴提起가 事實上 현저하게 곤란한 경우로는 犯人이 外國에 있는 경우를 들 수 있는바, 그러한 경우 犯人을 起訴하여 處罰하는 것은 事實上 不可能하다고 보아야 할 것이므로 그와 같은 경우에도 이를 公訴時效의 停止事由로 규정함이 상당하다고 본다. 日本의 경우는 刑事訴訟法에서 犯人이 國外에 있는 경우 그 公訴時效의 進行이 停止된다고 明文으로 규정함으로써 이를 立法的으로 實現하고 있다. 이러한 규정을 설치함으로써 犯罪後 外國으로 도피하여 그 公訴時效期間이 경과하게 되면 다시 歸國하여 社會生活을 영위하는 者들에 대하여 法의 철퇴를 가할 수 있게 될 것이다.

세째로, 犯人아닌 者에 대한 公訴提起에 의해서 眞犯人에 대한 公訴時效進行이 停止되는냐에 관해서 解釋論으로는 消極說이 타당함은 前述한 바와 같으나, 立法論으로는 이 경우 眞犯人에 대해서도 公訴時效의 진행이 停止된다는 내용의 규정을 둘 필요가 있다고 본다.



네째로, 現行 刑事訴訟法은 第249條 第2項에서 公訴가 提起된 犯罪는 判決의 確定이 없이 公訴提起時로부터 15年을 경과하면 公訴時效는 完成된 것으로 간주한다고 규정하고 있는바, 刑事裁判의 連續이라는 觀點으로부터 위 기간을 公訴時效期間과 相應하게 15년, 10년, 7년, 5년으로 區分해서 규정하는 것이 相當하다고 생각한다.

## 〈參 考 文 獻〉


李在祥, 刑事訴訟法, 博英社, 1988.

金熙玉, 公訴의 時效, 考試研究 1992.3.

白亨球, 公訴時效의 諸問題, 考試研究 1989.1.

松尾浩也, 公訴時效, 刑事訴訟法講座 第1卷, 日本刑事法學會, 有斐閣, 1962.

虫明 滿, 罪數と 公訴時效の 起算点, 名古屋大學 法政論集 123,1988.11.

石川才顯, 刑事手續と 人權, 日本評論社, 1986.12.

鈴木茂嗣, 刑事訴訟の 基本構造, 成文堂, 1979.1.

Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil,3.Aufl.,1978.

Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.Ⅲ, 1909.

Volk, Prozeβvoraussetzungen im Strafrecht, 1978.

Roxin, Strafverfahrensrecht, 18. Aufl. 1983.

19611895



# 공소시효제도와 소급금지원칙

金 成 敎 *

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 시효제도와 공소시효제도
Ⅲ. 공소시효제도와 소급금지원칙
Ⅳ. 공소시효의 기산점
Ⅴ. 맺음말

## Ⅰ. 들어가는 말

1. 1995년 7월 18일 우리 검찰은 5.18사건 고소·고발사건에 대하여 공소권없음을 이유로 불기소처분을 내렸다. 이에 대한 범국민적 반발은 급기야 야당으로 하여금 5.18사건 관련자 처벌을 위해 공소시효의 연장효과를 가져오는 법률안을 정기국회에 상정케 하였다[1]. 여기에 반대하는 검찰과 민자당은 이 법률안이 헌법상 죄형법정주의의 한 원칙인 소급효금지원칙에 정면으로 배치된다는 논리로 맞섰다. 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해 사후입법으로 공소시효 적용을 배제시키는 것은 행위시의 법률에 의해 범죄가 되지 않는 것을 처벌하는 것과 마찬가지라는 논지를 전개하였음은 익히 알려진 사실이다. 공소시효기간을 사후에 연장하거나 공소시효규정의 적용을 배제시키는 것이 소급금지원칙에 반하는가 반하지 않는가? 이 문제는 우리 정치사의 어두었던 한 단면이 새롭게 역사의 전면에 등장하면서 가장 큰 논쟁거리의 하나로 되었다.

2. 1995년 11월 24일 특별법 제정을 둘러싼 국면이 급반전되었다. 특별법제정

* 慶北大學校 法科大學 助敎授

1) 새정치국민회의는 광주민주화운동의 탄압 및 권력찬탈과 관련한 범죄에 대해 국가의 소추권행사에 사실상 장애사유가 존재하는 기간동안(해당범죄행위의 종료시부터 93년 2월 24일까지) 공소시효의 진행이 정지된다는 내용의 법안을 제출하였다. 민주당도 12.12 군사반란과 5.18내란사건을 수사하여 형법상 내란죄 등, 군형법상 반란죄 등의 범죄에 해당하는 경우에는 형사소송법 및 군사법원 소정의 공소시효에 관한 규정의 적용를 배제한다는 내용의 법안을 제출하였다.





경북대 법학논고 (95. 12)

에 반대하던 신한국당(민자당의 개칭)이 돌연 '역사바로세우기' 차원에서 이루어진 '대통령의 지시'에 따라 특별법제정에 앞장서게 되는 변화가 생긴 것이다. 1995년 12월 19일 특별검사제 도입 등 구체적인 내용에 있어서 각 정당마다 커다란 이견이 있었으나 5·18사건과 관련한 두개의 특별법안이 국회를 통과하였다. 그 하나는 '헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법'(이하에서 '공소시효특례법'이라 칭함)이고[2], 다른 하나는 5·18민주화운동 등에 관한 특별법'(이하 '5·18특별법'이라 칭함)[3]이다. 이 두 법률이 공포·발효된 1995년 12월 21일에는 검찰 역시 종전의 태도에서 180도 바꾸어 한 때 기소유예처분을 내린 바 있었던 12·12사건에 대해서 스스로 그 처분을 취소하고 공소를 제기하였다[4].

3. 그러나 현대사회의 커다란 글절상을 광정해 주려는 기치를 달고 출항한 '5·18 특별법'은 암초에 걸렸다. 1996년 1월 18일 법원은 12·12군사반란협의와 관련해 '5·18특별법'에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였기 때문이다. '5·18특별법'은 12·12사건 및 5·18사건 관련범죄에 대하여 1993년 2월 22일까지 시효를 정지시킨다(제2조 1항 및 2항)고 규정하고 있다. 12·12군사반란사건에 대해 공소가 제기된 전직 두대통령 이외의 관련자들의 경우

2) "헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법": 제1조(목적) 이 법은 헌법의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 헌정질서 파괴범죄에 대한 공소시효의 배제 등에 관한 사항을 규정함으로써 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호함을 목적으로 한다.
제2조(용어의 정의) 이 법에서 "헌정질서 파괴범죄"라 함은 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다.
제3조(공소시효의 적용배제) 다음 각호의 범죄에 대하여는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.
1. 제2조의 헌정질서파괴범죄
2. 형법 제250조의 죄로서 집단학살방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄

3) "5.18민주화운동 등에 관한 특별법": 제1조(목적) 이 법은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄행위에 대한 공소시효정지 등에 관한 사항 등을 규정함으로써 국가기강을 바로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 한다.
제2조(공소시효의 정지) ① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 제2조의 헌정질서파괴범죄에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다. ② 제1항에서 "국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간"이라 함은 당해 범죄행위의 종료일로부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다.

4) 후술하겠지만 검찰은 이미 불기소처분을 내린 바 있었던 5.18사건에 대해서도 1996년 1월 23일 역시 공소를 제기하였다.

1994년 12월로 공소시효가 이미 완성되었으므로[5], 이들에 대한 공소시효를 정지시키는 5·18특별법은 95년 12월에 제정되었기 때문에 소급입법이 된다는 것이다. 이와 관련하여 기소한 측과 기소당한 측의 치열한 공방전이 전개되고 있다. 공방전의 촛점에는 공소시효가 이미 완성된 범죄에 대해 시효연장특례규정을 두는 것이 소급금지원칙에 반하는 것이 아니냐 하는 의문이 자리잡고 있다. 공소시효가 이미 완성된 범죄에 대해 사후입법으로 공소시효 적용을 배제시키는 것은 행위시의 법률에 의해 범죄가 되지 않는 것을 처벌하는 것이 된다. 우여곡절을 겪은 끝에 탄생한 5·18특별법이 위헌시비에 휩싸이게 된 것이다.

4. 5·18사건과 관련하여서도 마찬가지의 문제가 발생한다. 5·18사건 관련자들 역시 특별법에 대해 소급입법을 운운하며 위헌시비를 할 것으로 예상되기 때문이다. 우리 검찰은 1995년 7월 5·18사건에 대해 공소권없음 결정을 내릴 당시 그럴 빌미를 제공하였다. 당시 검찰의 비공식적 입장에 의하면 이 사건 관련 공소시효의 기산점을 최규하 대통령의 하야일(1980년 8월 16일)로 잡았기 때문이라고 한다. 그에 따르면 공소시효는 1995년 8월 15일에 완성되고 1995년 12월에 제정된 특별법은 소급입법이 될 가능성이 생긴다. 그러나 5·18사건과 관련한 범죄의 공소시효의 기산점을 당시 계엄령이 해제된 1981년 1월 25일로 보게 되면 사정이 달라진다. 공소시효는 96년 1월 24일에 완성되며, 그 이전에 제정된 5·18특별법에 대한 위헌논쟁의 의미는 반감되기 때문이다. 그렇다면 공소시효가 완성되기 이전 단계에서는 공소시효를 연장하는 효력을 발휘하는 특별법의 규정내용이라도 위헌사비에서 말끔히 벗어나게 되는가. 여기에 대해서는 논란이 있다. 공소시효를 연장하거나 정지 혹은 폐지한다는 어떠한 형태의 법안도 위헌이라는 견해와 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우에 대해서는 공소시효를 연장하거나 정지 혹은 폐지 한다고 하더라도 소급금지원칙의 적용을 받지 않아 합헌이라는 견해가 대립하고 있다. 만약 전자의 견해를 취한다면 공소시효가 완성되었든 완성되지 않았든 공소시효기간의 연장·정지·폐지와 관련한 논의는 모두 중지부를 찍어야 한다. 그러나 만약 후자의 견

5) 두 전직 대통령에 대해서는 12.12군사반란의 공소시효가 아직 완성되지 않았다는 데에 의문이 없다. 헌법 제84조가 대통령에 대한 재직중 형사소추가 불가능하므로 이를 공소시효의 정지사유로 인정할 수 있다는 해석론을 전개하는 것이 일반적이기 때문이다(헌재 1995.1.20, 94헌마246, 헌법재판소판례집 7/1, 49면이하 참조). 두 전직 대통령 이외의 관련자들에 대해서는 이러한 공소시효정지사유가 인정될 수 없다.





해를 취한다면 당해 범죄에 대해 공소시효기간이 완성되지 않은 이상, 공소시효기간을 연장·정지·폐지하는 법률도 위헌일 수 없다. 따라서 앞의 두가지 견해 가운데 어느 견해를 취하는가는 이 문제에 접근하기 위한 가장 중요한 실마리가 된다[6].

5. 12·12사건 혹은 5·18사건에 대한 검찰의 태도 및 특별법의 제정 등과 관련하여 한 동안 우리사회를 뜨겁게 달구었던 풀리지 않은 난제들은 여러가지가 있다. 불기소 혹은 기소유예처분과 관련하여 제기되는 우리 형사소송법상의 기소편의주의의 문제점, 공소권없음이라는 검찰처분의 법률적 문제, 성공한 내란에 대한 처벌여부 문제[7], 특별법과 법치국가원리와의 조화문제[8] 등이 있다. 문제의 근원은 검찰이 과거 공소시효가 문제되지 않던 시점에서 12·12사건 및 5·18사건에 대하여 기소하지 않았다는 점에 있다. 이러한 문제점들은 소송법적으로 접근되어야 할 성질의 것도 있고, 헌법적·법철학적으로 심도있게 다루어야 할 성질의 것도 있다. 그러나 이하에서는 12·12사건 및 5·18사건에 대한 형법 및 형사소송법상의 문제점들 가운데 공소시효와 관련된 문제점을 논의의 중심으로 삼고자 한다. 특히 5·18특별법이 위헌적 소급입법인가 하는 문제와 관련하여 다음과 같은 세가지 의문에 답하고자 한다. 첫째, 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대해 공소시효기간을 연장·정지·폐지하는 법률은 소급금지원칙에 반하는가 반하지 않는가. 둘째 공소시효가 완성된 범죄에 대해 공소시효기간을 연장·정지·폐지하는 특별법을 제정하여도 소급입법금지에 반하지 않는다고 말할 수 있는가. 셋째, 5·18관련사건 범죄의 공소시효기간의 기산점은 언제인가.

## Ⅱ. 시효제도와 공소시효제도

### 1. 시효제도의 역사와 공소시효제도

6) 특별검사제의 도입여부도 일단 공소시효를 연장하여 관련자에 대한 형사소추가 법률적으로 가능한 이후에만 의미가 있는 일이기 때문이다.

7) 이에 관해서는 손동권, 12.12 및 5.18사건과 관련된 형사소송법적 문제점, 법정고시, 96/2, 73면이하.

8) 이에 관해서는 김선택, 과거청산과 법치국가, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구소, 1995.12. 87면이하.

(1) 범죄의 시효제도는 단지 시간이 경과하였다는 사실을 가지고 어떤 범죄가 발생하지 않은 것으로 취급하여 형법이 더 이상 개입할 계기를 가지지 않게 하는 제도이다. 시간적 흐름은 항상 일정한 한도내에서 속죄할 필요성을 약화시켜 결국 속죄요구를 소멸시킬 수 있다. 그러한 경우 형벌은 '상대적인' 법확증 도구로서 혹은 '심리학적' 법확증 도구로서의 기능을 다하지 못할 수도 있다. 또 일정한 시간이 경과한 후에는 특별예방적 목적도 소용없을 수도 있다. 예컨대 오래전의 행위로서 사람들의 뇌리에서 이미 잊혀졌음에도 불구하고 그 행위에 따라 유죄판결을 받는 자는 그와 같은 공허한 법에 대해 위하를 느끼기 보다는 되씹고 싶지 않은 쓴맛을 느끼게 되는 것이다. 이러한 관점에서 국가형벌권의 집행가능성에 대해 시간적 한계를 설정해 둘 필요성이 생기게 되었고 이것이 원칙적으로 국민의 법적 확신에 부합하는 것으로 받아들여지게 되었다[9].

(2) 역사적으로 볼 때 형법상의 시효제도가 최초로 법적 제도로서 편입된 것은 로마법에서였다. 그리고 로마법에서도 모든 범죄에 대해 시효를 인정한 것은 아니었다. 로마법상의 시효제도는 중세 이탈리아법으로 그리고 독일법으로 계수되었다. 그러나 계몽시대에는 시효제도에 대해 반대하는 분위기가 생겨났다. 절대적 형법이론의 관점에서 형벌을 칸트의 정언명령적 의미에서 필요한 것으로 보았던 학자들은 형벌이 어떤 상황에서도 언제까지나 집행되어야 한다고 주장하였다. 일반예방이론의 옹호자들도 일단 형벌로써 위하하였다가 시효를 통해 불가벌의 가능성을 열어주게 되는 처사를 모순된 것으로 보았다. 특별예방의 주장자들 역시 형벌이외의 다른 방법으로 범죄인 개선이라는 형벌목적을 수행할 수 있음을 인정하였지만 그러기 위해서는 일정한 기간이 경과한 후 범죄인에게 내면의 변화가 일어났다는 구체적인 준거점이 있어야 할 것을 요구하였다.

(3) 근대초 프랑스법에서는 근대초 로마법상의 시효제도가 확대적용되어 모든 범죄에 대해 시효가 인정될 수 있게 되었다. 그 전제조건도 단순한 시간적 경과만 있으면 족하였고 공소제기 뿐 아니라 이미 확정적으로 부과된 형벌도 시효를 통해 소멸되어야 한다고 규정되었다. 프랑스 혁명과 함께 입법자들은 이러한 사상을 더욱 확대하여 시효기간의 중단이 있는 경우에는 시효기간이 두

9) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., §75 II Rdn. 13.





개가 될 수 있다는 규정도 두고 있었다. 그러나 프랑스혁명의 영향을 강하게 받은 19세기 독일의 입법은 부분적으로는 계몽시대의 영향권하에서 가장 중한 범죄를 시효의 대상에서 제외하기도 하였고 다른 한편으로는 단순히 시간의 경과이외에 다른 조건, 예컨대 범인이 도주하지 않았거나 형벌을 받지 않았다는 증거가 있을 것까지 요구하였다. 그러나 프랑스 형법의 영향을 강하게 받은 독일제국시대의 형법전은 처음부터 모든 범죄에 대해 시효를 인정하였으나[10] 1979년 7월 16일에는 모살죄에 대해 공소시효를 폐지하기에 이르렀다.

(4) 우리나라에서는 국가형벌권의 행사와 관련하여 두가지 시효제도가 인정되어 있다. 하나는 형의 시효제도이고 다른 하나는 공소시효제도이다. 형의 시효란 형의 선고를 받아 판결이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 않고 법률이 규정한 일정한 기간을 경과하면 그 형의 집행이 면제되는 것을 말한다(형법 제77조). 이에 반해 공소시효란 검사가 일정기간 공소를 제기하지 않고 형사사건을 방치하게 되면 공소제기 자체가 유효요건을 결하여 당해 형사절차가 면소판결로써 종결되는 것을 말한다(형사소송법 제249조 및 같은 법 제326조 3호). 양자는 모두 일정한 시간이 경과함으로써 생성·축적된 사실상태를 법률적으로 유지, 존중하기 위한 제도라는 점에서 공통된다[11]. 그러나 형의 시효는 이미 확정된 형벌의 집행권을 소멸시키는 것이지만 공소시효는 미확정의 형벌권인 공소권을 소멸시키는 것이라는 점에서 구별된다[12]. 형의 시효제도가 확정판결 후에 형벌권의 효력을 차단하는 실체법상의 문제라는 점에는 의문이 없지만 공소시효제도에 대해서는 실체법상의 문제이냐 절차법상의 문제이냐를 둘러싸고 견해의 대립이 있다.

(5) 공소시효기간은 개별구성요건이 규정하고 있는 법정형에 따라 다르다. 형사소송법 제249조 1항에 따르면 사형에 해당하는 범죄의 경우에는 15년, 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 10년, 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년, 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 5년, 장기 5년 미만의 징역 또는 금고 및 장기 10년 이상의 자격정

10) von Stackelberg, Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, Bockelmann-FS, S. 759ff.
11) 신동운, 형사소송법, 208면.
12) 김일수, 한국형법, 758면.

지 또는 다액 1만원 이상의 벌금에 해당하는 범죄에는 3년, 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 2년, 장기 5년미만의 자격정지 및 다액 1만원 미만의 벌금·구류·과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년의 경과로 각각 공소시효가 완성한다. 이 밖에도 우리 형사소송법은 제249조 2항에서는 "공소가 제기된 판결은 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로 부터 15년을 경과하면 공소시효가 완성된 것으로 간주한다"는 규정을 두어 피고인의 소재불명 등 여러가지 사유로 인하여 발생하는 영구미제사건을 종결하려는 실무적 구상에서 이른바 '의제공소시효제도'를 마련하고 있다[13].

## 2. 공소시효제도의 근본취지와 법적 성격

(6) 공소시효제도는 범죄발생 후 형사소추권이 행사되지 않고 일정한 시간을 경과하게 되면 범죄인에 대한 일반인의 처벌욕구가 감소한다는 점, 범죄인 자신으로 보아서도 형사처벌을 면하려고 도망하는 과정에서 심리적으로 상당한 정도 처벌에 준하는 고통을 받고 있다는 점, 형사소추기관의 입장에서 보면 증거가 멸실, 산일되어 범죄사건의 재구성이 어렵고 오판의 위험이 생길 수도 있다는 점, 또 국가의 태만으로 인한 책임을 범인에게만 전가하는 것은 부당하다는 점 등 여러가지 사유들을 종합적으로 고려하여 마련된 제도이다[14]. 이 외에도 최근 우리나라 헌법재판소는 "시간의 경과에 따라 범죄의 사회적 영향력이 미약해 질 뿐만 아니라 많은 경우 범인의 범행에 대한 후회나 처벌에 대한 불안 등으로 오랜 기간 동안 범인이 처벌을 받는 것과 비슷한 상태가 계속되어 형벌이 기대하는 범인의 인격의 변화가 기대될 수 있음에 반하여 처벌한다고 하더라도 형벌이 기대하는 범인에 대한 형벌의 감화력을 기대하기 어렵다는 점, 오래 전의 범죄에 대한 수사나 재판의 필요를 면제함으로써 국가의 부담의 경감을 도모할 수 있다는 점"[15]도 공소시효제도를 인정하는 근거로 삼고 있다.

(7) 공소시효에 관해서 형사소송법에 그 근거규정을 마련하고 있는 우리나라와는 달리 독일은 형법총칙에 그 근거규정을 두고 있다. 그러면서도 독일학계

13) 의제공소시효제도는 형사실무의 편의만을 고려하여 만들어 졌고, 무엇보다도 정치적 사건의 처리와 관련하여 남용의 우려가 있기 때문에 이를 폐지하여야 한다는 견해로는 신동운, 형사소송법, 211면.
14) 신동운, 형사소송법, 209면.
15) 헌재 1995. 1. 20, 94헌마246, 헌법재판소판례집7/1, 48면.





에서는 공소시효제도를 형벌 내지 불법배제사유 혹은 적어도 불법제거사유로 보아 그것에 대해 실체법적 지위를 부여하려는 태도란 오늘날 거의 찾아 볼 수 없다. 다수의 견해는 공소시효제도가 소송법적 성격과 실체법적 성격을 동시에 가지고 있다는 견해이다[16]. 독일의 실무는 공소시효제도에 대해 소송법적 지위를 부여하여 이를 소송장애요소로 보고 있다[17]. 공소시효제도를 실체형법에 규정하고 있는 독일에서 이 제도의 법적 성격이 무엇인가에 대해 논란이 있는 것과 마찬가지로, 이를 소송법에 규정하고 있는 우리나라에서도 이 규정이 실체법적 성격의 규정인가 소송법적 성격의 규정인가에 대해서도 견해가 일치되어 있지 않다.

(8) 공소시효에 관한 규정의 법적 성격과 관련해서는 공소시효가 실체법적 성격을 가지고 있다는 견해(실체법설), 소송법적 성격을 가지고 있다는 견해(소송법설) 그리고 실체법적 성격과 소송법적 성격을 동시에 가지고 있다는 견해(경합설)가 서로 대립하고 있다[18]. 먼저 실체법설은 공소시효의 본질을 실체법적 형벌권의 소멸에서 찾고 있는 입장이다[19]. 일정한 시간이 경과하면 범죄인에 대한 사회의 처벌욕구가 감소하거나 또는 범죄인이 심리적으로 처벌받은 것과 같은 정도의 고통을 받기 때문에 국가의 '형벌권'이 소멸한다는 것이다[20]. 다음으로 소송법설은 공소시효가 일정한 시간의 경과로 인하여 발생하는 증거의 멸실이나 산일로 인하여 국가가판이 현실적으로 형사소추를 행하기 곤란하다는 점과 국가기관의 임무태만에 대하여 책임을 묻는다는 점에서 소송법적으로 인정된 제도라고 본다[21]. 마지막으로 경합설은 공소시효제도는 범

16) H. Mayer, Lb, 353; Dreher-Tröndle, Rn.4 vor §78; Welzel AT, 11. Aufl., S. 262; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., §86 I.
17) RG 76, 64; 77, 201; BVerfGE 1, 418; BGH 8, 270.
18) 이 문제는 소급금지원칙이 공소시효에 관한 규정에 대해서도 적용되는가 하는 문제 외에도 소송법적 문제로서 공소시효완성의 효력범위와 관련하여서도 논의의 실익이 있다.
19) 형사소송법학자들 사이에서 다수설이다. 백형구, 형사소송법, 529면; 이형국, 형사소송법, 234면; 김희옥, 공소시효, 고시연구 1987.2, 46면.
20) "시간의 경과에 따라 국가의 처벌의 필요성이 사라지고 형벌청구권은 마침내 완전히 없어지게 된다 ..... 범죄행위의 경중에 따라 시효기간을 각각 다르게 정하고 있는 것도 이른바 형벌청구권 소멸설(Extinktionstheorie)을 뒷받침해주고 있다. 형벌청구권의 소멸과 함께 범죄행위도 그 실체법적 존재이유가 없어지게 된다. 이를 우리는 객관적 가벌성의 조건의 흠결이라고 볼 수 있다. '시효가 완성되지 않음'이라는 조건은 구성요건해당성, 위법성, 책임이외에도 요구되는 가벌성의 조건인 것이다. 어느 누구도 시효가 완성되어 이제 더이상 존재하지 않는 범죄에 대해 유죄를 인정해서는 안될 것이다"
(Walder, Schuldspruch trotz Verfolgungsverjährung, Peter Noll-GS, S. 316).
21) 이재상, 형사소송법, 383면.

죄에 대한 사회의 처벌욕구감소나 범죄인의 처벌필요성 완화 등 실체형벌권에 관한 측면(실체법적 측면) 뿐 아니라, 증거의 멸실 산일 등을 이유로 한 형사소추의 애로점 등(소송법적 측면)도 함께 고려하여 마련된 제도라고 파악한다[22].

(9) 공소시효가 소송법적 성격만을 가지고 있다는 소송법설은 시간의 경과로 인해 입증의 어려움이 발생한다는 사실을 지나치게 강조하고 있다. 입증의 어려움은 공소시효의 존재이유의 일부 이유가 될 수 있을 뿐이다. 우리나라는 물론이고 세계각국이 공소시효가 인정되지 않는 범죄의 종류를 인정하려고 하는 상황이 이 점을 말해 준다. 입증의 어려움이라는 요소는 역사적인 관점에서 내세워 왔던 공소시효제도의 근본취지(존재이유)의 하나이기는 하다. 그러나 오늘날 과학수사의 시대에 있어서 그 의미는 상당부분 퇴색되었다고 할 수 있다. 형사사법의 경제성이라는 측면에서 보아 시효제도에 소송법적 성격을 부여하려는 사고방식도 시효제도의 근본취지를 고려하려는 생각이라기 보다는 제도적으로 인정된 시효제도의 실익에 역점을 두는 사고방식에 불과하다고 할 수 있다[23]. 소송법설은 무엇보다도 우리 형사소송법상 공소시효의 기간이 구성요건상 규정된 법정형을 기준으로 하여 등급화되어 있다는 점을 잘 설명하지 못한다. 소송법설은 또한 다른 소송조건결여의 경우(형사소송법 제327조, 제328조)에는 공소기각의 판결 내지 결정이 내려지는 것과는 달리 면소판결을 하도록 하고 있는 점(형사소송법 제326조)을 간과하고 있다[24].

(10) 공소시효는 증거의 산일, 멸실을 이유로 한 형사소추의 곤란을 고려하였을 뿐 아니라 그 보다 더 중요한 존재이유, 즉 범죄에 대한 사회의 처벌욕구감소나 범죄인의 처벌필요성완화 등 실체형벌권에 관한 사유도 동시에 고려하여 만들어진 제도라고 이해하여야 한다. 소송법적 성격만을 가진 것으로 이해한다면 오늘날 공소시효의 적용영역 바깥에 놓이게 되는 범죄군(예컨대, 모살, 집단살해 등)을 인정하는 현상을 설명할 수 없게된다. 그러므로 공소시효의 성격과 관련해서는 경합설이 가장 타당한 것으로 보인다. 공소시효는 형벌의 일반예방 및 재사회화형벌목적이라는 관점에서 시간의 경과에 따라 처벌의

22) 신동운, 형사소송법, 210면.
23) 이러한 점에서 공소시효의 법적성격과 공소시효제도의 존재이유는 차원을 달리하는 문제라고 하겠다(동지, 백형구, 주석형사소송법(중), 58면).
24) 신동운, 형사소송법, 210면.





필요성이 점차 사라져 마침내 소멸하고 만다는 생각에 터잡고 있다. 국외의 많은 나라들이 시효의 완성 이전에도 기간의 경과에 상응하게 형벌을 완화하는 제도를 두고 있는 것도 이와 같은 경험의 결과라고 볼 수 있다. 이와 같이 경합설에 따르면 공소시효는 절차법상 소송장애사유이면서 동시에 실체법상 인적 처벌조각사유가 된다고 이해할 수 있다[25].

## Ⅲ. 공소시효제도와 소급금지원칙

### 1. 소급금지원칙의 의의와 공소시효제도

(1) 공소제기가 이루어짐이 없이 법률에 정해진 일정한 기간이 경과하면 국가의 소추권이 없어지게 되는 공소시효제도의 근본취지에 비추어 보면 사후적으로 공소시효기간을 연장하는 입법이 이루어질 경우에는 범죄자의 법적지위의 불안정을 연장시키는 결과가 된다[26]. 따라서 일정한 범죄행위가 있었고 그 범죄에 해당되는 시효가 완성되기 전 혹은 시효가 완성된 후 그 범죄에 대해 형벌을 부과하기 위해서 시효기간을 연장하는 법률을 만들거나, 시효기간이 일정한 기간동안 정지된다는 내용의 법률을 제정하거나 아니면 그 범죄에 대해(혹은 모든 범죄에 대해) 시효기간 자체를 철폐하는 것은 시효제도의 본래의 취지에 어긋난다고 말할 수 있다. 이러한 조치는 죄형법정주의의 한 내용인 소급입법금지원칙과 정면으로 배치된다고 할 수도 있다.

(2) 형법상 소급금지원칙이란 법관이 범죄구성요건과 그에 대한 법적 효과로 형벌 또는 보안처분을 적용할 때 행위시의 법률에 의하지 않고 행위자에게 불

25) 공소시효를 소송장애사유인 동시에 인적처벌조각사유로 보는 견해에 대해서는 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl, §86 I. 그러나 우리 헌법재판소의 판례는 실체법설을 취하고 있는 것 같다: "공소시효제도는 시간의 경과에 의한 범죄의 사회적 영향이 약화되어 가벌성이 소멸되었다는 주로 실체적 이유에서 일정한 기간의 경과로 국가의 형벌권을 포기함으로써 결과적으로 국가형벌권의 소멸과 공소권의 소멸로 범죄인으로 하여금 소추와 처벌을 면하게 함으로써 형사피의자의 법적 지위의 안정을 법률로써 보장하는 형사소송조건에 관한 제도이다. 비록 절차법인 형사소송법에 규정되어 있으나 그 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적인 성격을 갖고 있는 것이다"(헌재 1993. 9. 27, 92헌마284, 헌법재판소판례집5/2, 347면).
26) 19세기에 와서도 시효기간의 사후적 연장조치를 죄형법정주의원칙위반으로 보지 않는 견해가 압도적으로 많았다고 한다(BVerfGE, 25, 269).

리한 재판시의 법률을 사후적으로 소급적용할 수 없다는 것을 의미한다. 우리나라에서 이 원칙은 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며"라는 헌법 제13조 1항 전단 및 "범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다"라고 규정한 형법 제1조 1항에 명문화되어 있다[27]. 소급금지원칙은 두가지 독자적인 기원을 가지고 있다. 첫째, 국가법적으로 이 원칙의 관철을 위해서는 결정적으로 개인에 대해 국가로부터 자유로운 영역, 금지되지 않은 행동을 할 자유를 인정하여야 한다는 원칙이 전제되어 있다. 즉 행위시 형법상 범죄가 되지 않는 행위에 대해서는 누구도 사후에 형벌을 부과해서는 안되고, 행위시 법정형으로 정해져 있던 것 이상의 법정형을 부과해서도 안된다는 것이다. 둘째, 형사정책적인 관점에서 보면 소급적으로 부과된 형벌은 의미가 없다는 점이 바탕에 깔려 있다. 그와 같은 형벌은 책임에 연결된 것이 아니기 때문에 책임상쇄의 효과도 발휘할 수 없고, 범행당시 그 행위를 하지 못하도록 하는 형벌적 강제가 존재하지 않았기 때문에 예방적 효과도 발휘하지 못하기 때문이라는 것이다. 오늘날 소급금지원칙의 적용을 통해 기대되는 효과로서 행위자의 형법규범에 대한 예측가능성 및 신뢰의 보호, 그리고 이를 통한 법적안정성의 보장 등을 내세우고 있는 것[28]도 소급금지원칙의 이러한 두가지 기원에서 연유한다.

(3) 공소시효에 관한 규정과 소급금지원칙과의 관계에 관한 문제는 일반적으로 공소시효제도의 '법적성격'과 직결되어 있는 것으로 이해되어 왔다[29]. 즉 공소시효제도가 소송법적 성격을 갖는 것이라면 공소시효기간의 사후적 연장·정지·폐지 등이 소급금지원칙과 상충되지 않는 것이고, 공소시효제도가 실체법적 성격만을 갖는 것이거나 소송법적 성격과 실체법적 성격을 동시에 갖는 것이라면 공소시효기간의 사후적 연장·정지·폐지는 소급금지원칙과 모순되고 따라서 위헌이라고 한다.

(4) 소급금지원칙은 형법총칙과 각칙 그리고 부수형법의 모든 범죄성립과 배제에 관한 내용을 담고 있는 실체법적 규정에 적용된다는 데에 대해서는 의문

27) 근대형법의 역사에서 소급금지원칙이 최초로 명문화 된 것은 미합중국 건국시 제헌헌법에서였다(1776년 메릴랜드 헌법 제14/15). 프랑스에서도 여기에 영향을 받아 프랑스 인권선언 제6조에서 이를 천명되었다. 독일에서 이 원칙을 수용한 것은 포이에르바하의 유명한 공식 "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege"에 의해서였다.
28) 배종대, 형법총론, 102면.
29) 예컨대 신동운, 형사소송법, 209면.





이 없다. 그러나 절차에 관한 내용을 담고 있는 소송법적 규정에 대해서도 소급금지원칙이 적용되어야 하는가에 대해서는 견해가 일치되어 있지 않다[30]. 먼저 소송법적 규정이라 할지라도 입법자가 의도한 행위의 당벌성과 관계되는 규정이라면 소급금지원칙이 적용되어야 한다는 견해가 있다[31]. 그러나 소급금지원칙의 적용범위와 관련하여서는 이 원칙이 소송법적 규정에 대해서는 적용이 없다는 것이 우리나라의 통설이다[32]. 소송법 규정은 헌법 제13조 1항의 범죄구성요건 또는 형법 제1조 1항의 범죄성립과 처벌을 규정하는 법률이 아니기 때문이라고 한다. 소송법적 규정은 소급금지가 보호하고자 하는 신뢰보호 및 법적안정성과 무관하므로 소급적용되어도 상관없다는 것이다[33].

## 2. 소급금지원칙의 적용범위와 공소시효제도

(5) 소급금지원칙의 적용범위와 관련하여 통설의 견해(소급금지원칙을 소송법적 규정에 대해서는 적용하지 않으려는 견해)에 따르면 문제는 간단하게 해결될 수 있을 듯 보인다. 공소시효제도를 실체법상의 제도로 파악하게 되면 소급금지원칙이 공소시효규정에 대해서도 적용되어야 하고, 공소시효제도를 소송법적 제도로 파악하게 되면 이에 대해 소급금지원칙이 적용되지 않는다고 보면 되기 때문이다[34]. 그러나 소급금지원칙이 실체형법에 대해서 뿐만 아니라 소송법적 규정에 대해서도 적용되어야 한다는 소수설의 견해에 의하면 통설의 결론과 상반되는 결론이 내려지게 된다. 더욱 문제를 어렵게 만드는 것이 있다. 앞에서 살펴보았듯이 국내의 형법 및 형사소송법학자들이 공소시효제도의 법적 성격에 관해서 매우 다른 태도를 보이고 있기 때문이다[35]. 그러

30) 따라서 우리나라에서도 공소시효규정에 대한 소급금지원칙의 적용여부를 둘러싼 논란은 "처음부터 배제되어 있다"(신동운, 형사소송법, 209면)고 말해서는 안된다.
31) 강구진, 죄형법정주의와 적정절차의 원칙, 고시연구, 1983.6, 116면.
32) 임웅, 죄형법정주의, 고시연구 1990.2, 47면.
33) 배종대, 형법총론, 103면.
34) 예컨대 신동운, 209면. 다만, 신동운 교수는 공소시효제도에 실체법적 측면과 절차법적 측면이 함께 들어가 있다는 이른바 절충설(경합설)을 취하면서 "공소시효는 소송조건의 하나이므로 공소시효를 연장하는 법률개정은 실체형법의 경우와는 달리 소급효가 인정되지 않는다고 볼 것이다"(신동운, 210면)라고 한다. 전후 문맥으로 보아 "소급효가 인정되지 않는다고 볼 것이다"를 '소급금지원칙이 적용되지 않는다고 볼 것이다'로 이해해야 할 것 같다.
35) 즉 실체형법관련문헌에서 공소시효제도를 소송법적 제도로 보고 있으나, 형사소송법 교과서는 이를 오히려 실체법적 제도로 보고 있다. 소급금지원칙이 공소시효에 관한 규정에 대해서는 적용되지 않는다는 견해가 통설이라는 설명도 주로 실체형법관련문헌을 염두에 두고 파악한 것이다.

므로 공소시효의 연장 혹은 폐지가 소급금지원칙에 반하는가 하는 문제해결의 실마리를 종래와 같이 '공소시효제도의 법적 성격'과 연관지워 찾을 것이 아니라 오히려 '소급금지원칙의 적용범위'문제와 관련지워야 한다. 다만 이 경우에도 문제영역을 두가지로 나누어 생각하여야 한다. 즉 공소시효기간의 사후적 연장·정지·폐지와 소급금지원칙과의 조화문제를 이미 시효가 완성된 범죄와 관련하여 생각하는 경우와 아직 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대해 생각하는 경우이다. 전자의 경우에는 절대적으로 소급금지원칙이 적용되어야 한다고 한다(진정소급효금지론)는 것이 종래 학계 및 실무의 견해였으나 최근 입장을 달리하는 견해가 등장하고 있으며, 후자의 경우에는 종래부터 견해의 대립이 있어왔다. 두번째 문제부터 접근하여 본다.

(6) 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대해 사후적으로 공소시효를 연장·정지·폐지하는 새로운 법률규정이 소급금지원칙의 적용대상이 되는가. 이 물음에 답하기 위해 독일의 입법자가 나아간 길을 참고하여 보자. 독일에서는 1965년 4월 13일자로, '무기자유형이 법정형으로 되어 있는 범죄의 시효는 1945년 5월 8일에서 1949년 12월 31까지 정지한다'는 공소시효에 관한 특별법을 제정하였다(제1조 1항). 이는 1945년 이전에 범해져 1969년 공시시효가 완성되는 전범행위 및 반인도적 행위에 대해 소추를 가능하게 하기 위한 조치였다. 그리고 1969년 8월 4일의 제9차 형법개정에 관한 법률에서는 그러한 범죄에 대한 공소시효를 다시 30년 연장하였다. 1979년 7월 16일 제16차 형법개정에 관한 법률에서는 한 걸음 더 나아가 모살에 대해서 공소시효가 없다는 규정을 두었다.

(7) 이러한 일련의 법률제정 및 개정이 모두 당해 범죄에 대한 공소시효가 완성되기 이전의 조치였음은 주지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 이러한 법률제정 및 개정과 관련하여 공소시효기간을 사후에 연장하는 것이 헌법상의 소급금지원칙에 반하는가 반하지 않는가 하는 논란이 생겼다[36]. 이에 대해 독일의 연방헌법재판소의 판결은 그러한 경우 소급금지원칙에 반하지 않는다는 태도를 취하였다[37]. 독일 연방헌법재판소가 이러한 태도를 취하면

36) 소급금지원칙에 반하지 않는다는 견해의 대표적인 것으로는 Pfeiffer, Zur Verjährung der Strafverfolgung bei Mord, DRiZ 1979, S. 11ff. 이에 반대하는 입장의 대표적인 것으로는 Schönemann, 17Thesen zum Problem der Mordverjährung, JR 1979, S. 177ff.

37) BVerfGE 25, 285.





서 내세운 논거는 다음과 같이 요약될 수 있다: '죄형법정주의를 규정한 헌법조항은 절차법에 대해서는 타당하지 않고 실체형법에 대해서만 적용된다. 죄형법정주의를 천명한 조항은 어떤 행위가 가벌적이라고 선언될 수 있는 조건(범죄성립요건)을 규정하고 있음에 반해, 공소시효규정은 가벌적인 행위가 언제까지 소추될 수 있는가를 규율하고 있다. 공소시효규정은 이처럼 소추가능성과 관계된 것이지 가벌성과는 아무런 상관이 없으므로 죄형법정주의를 선언한 헌법규정의 적용대상이 아니다'[38]. 요컨대 독일헌법재판소는 공소시효에 관한 규정은 이미 '성립된 범죄'에 대해 '언제까지 소추가 가능한가' 하는 내용을 담고 있으므로 '언제부터 범죄가 성립하는가' 하는 문제를 규율하는 소급금지원칙의 적용대상이 아니라고 한다.

(8) 그러나 이러한 논증에 대해서는 그것이 지나치게 형식적이어서 사물의 본질을 비켜가고 있다는 비판을 가하고 있는 견해가 있다[39]. 이 비판에 의하면 독일헌법재판소의 논증방법은 그 출발점을 '범죄성립'(가벌성)이라는 개념규정에 두고 있지만 그보다도 '공소시효에 관한 규정의 존재근거'에 관한 물음에 출발점을 두어야 하지 않겠는가고 반문한다. 공소시효규정의 존재근거는 일정한 기간이 경과한 후에 이루어진 당해 형사판결의 실체적 정의에 입법자가 의문을 제기하였다는 점에 있으므로 일정한 기간이 경과한 후의 행위자는 행위시의 그가 이미 아니라고 한다. 그에 대해 형벌이 가해지게 되면 불법과 책임의 응보가 불법과 책임이 상쇄에 의문이 가는 행위자에 대해 가해지게 된다. 그러므로 헌법의 원칙으로 자리잡고 있는 책임주의에 위배될 가능성이 생긴다고 한다.

(9) 공소시효를 소급적으로 연장하거나 폐지함이 죄형법정주의의 원칙의 하나인 소급금지원칙에 정면으로 반한다는 태도를 취하는 견해는 다음과 같은 반론을 계속 개진하고 있다[40]: '소급금지원칙이 공소시효규정에도 적용되는가 하는 문제에 공소시효규정이 절차법적 성격을 가진 것인가 실체법적 성격을

38) BVerfGE 25, 287.

39) Otto, H, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 4.Aufl, S. 19.

40) Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen, 1965, S. 14-16; Grönwald, MDR 1965, 521ff; Jakobs, Entwickelung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976, S. 220; Schönemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 245f; ders., NStZ 1981, S. 143f. 이상 내용 및 참고문헌은 Krey, Strafverfahrensrecht, Band 1, 1988, S. 2와 Anm. 9에서 재인용.

가진 것인가 하는 사항은 중요하지 않다. 소급금지원칙의 적용범위의 문제와 관련하여 결정적인 관점은 다른 데 있다. 즉 죄형법정주의 규정의 의미와 목적이 소급금지원칙을 공소시효의 연장 내지 폐지에 대해서도 확대하기 위함에 있다는 사실이다. 즉 소급금지는 국가권력에 대한 객관적인 한계를 설정함으로써 국가권력의 자의(보다 정확하게 말하자면, 사후적인 입법자의 자의)에 대해 시민을 보호하는데 이바지한다. 그 한계설정은 국가가 범행시점에는 아직 가지고 있지 않았던 권리를 덧붙여서는 안된다는 형태로 이루어 진다'.

(10) 이러한 태도는 공소시효에 관한 규정만을 소급금지원칙의 적용범위에 포함시켜야 한다고 주장하는 데에 그치지 않는다. 범죄의 소추가능성에 관한 모든 규정, 특히 고소에 관한 규정에 대해서도 소급금지원칙이 적용되어야 한다고 주장하는 견해로 이어지고 있다[41]. 더 나아가 소급금지원칙은 원칙적으로 형사소송법에 대해서도 타당하다는 견해까지 생기고 있다[42]. 이에 따르면 원칙적으로 처벌의 문제에 본질적으로 영향을 미칠 수 있는 모든 규정, 예컨대 증거에 관한 규정에 대해서도 소급금지원칙은 적용되어야 한다고 한다. 이러한 태도는 실체형법과 절차형법의 구별 자체가 해묵은 '개념법학적' 사고의 표현이이므로 이 문제와 소급금지원칙의 적용범위의 문제를 논리필연적 관련시켜서는 안된다는 논리까지 동원하고 있다.

(11) 그러나 소급금지원칙이 모든 소송법적 규정에 대해서도 적용되어야 한다는 주장은 헌법 규정의 문언(법률, 범죄, 처벌)을 무시하는 처사이다. 헌법 제13조 1항은 합헌적으로 법률에 따라 가벌적이라고 선언된 행위(범죄)를 소추할 수 있다고 선언하고 있는 것이지, 그 행위에 대한 효과인 법정형을 부과할 수 있는 기간에 관해서는 말하고 있는 바가 아무 것도 없다. 즉 '언제부터' 처벌할 수 있는가에 대해서 말하고 있는 것이지, '언제까지' 소추할 수 있는가 하는 문제까지 말하고 있지 않은 것이다. 어떤 행위의 범죄성립(처벌가능성)은 그에 대한 소추가능성의 전제조건이다. 어떤 행위는 그 가벌성(범죄)이 행위당시 이전에 법률로 규정되어 있는 경우에만 처벌될 수 있다. 가벌성은 있어도 소추가능성은 없는 경우가 있다. 그러나 소추가능성은 있는데 가벌성이 없는 경우란 있을 수가 없다. 일단 행위진 가벌적인 행위가 사실상의 이유 혹은 법적인 이유에서 소추되지 않거나 소추될 수 없다는 이유로 그 행

41) Buamann, Grünwald, Schreiber의 견해.
42) Schreiber의 견해.





위의 불법적 성격을 상실하지는 않는다[43].

(12) 더 나아가 '입법자의 자의로부터 사후적으로 시민을 보호'한다는 국가법적인 차원을 소급금지원칙의 토대로 삼은 뒤 이를 '소급금지원칙을 공소시효 규정에 적용하여야 한다'는 결론의 근거로 삼는 태도에는 전제의 부당(petitio principii)이라는 오류가 발견된다. 입법자의 자의로부터 사후적으로 시민을 보호한다는 관점으로부터 시민의 법적 지위를 악화시키는 모든 법률에 대해 적용되는 '일반적인' 소급금지원칙을 도출할 수는 있을 것이다. 그러나 현행헌법은 분명히 의도적으로 가벌성의 문제에만 타당한 '절대적' 소급금지원칙을 마련해 두고 있음을 알아야 한다. 더 나아가 절대적 소급금지원칙과 같은 엄격한 법치국가적 한계설정을 그 문언의 텍스트를 넘어서는 부분에 대해서까지 확대하게 되면, 입법자에게 부여되어 있는 민주적인 법률형성재량권을 지나치게 제한하는 결과를 빚을 수도 있음을 알아야 한다[44].

(13) 실체형법과 절차형법의 구별도 결코 해묵은 개념법학적 사고의 표현이 아니다. 형법과 형사소송법이 따로 마련되어 있음은 양자의 구별을 전제로 하고 있다. 양자의 구별을 위한 척도 또한 분명하다. 실체형법은 '언제 범죄가 성립하는가, 어떤 제재가 부과되는가'하는 문제에만 관계한다. 절차형법이란 실체형법을 실현하는 법이다. 이는 범죄행위의 존재여부를 수사의 대상으로 삼고 경우에 따라서 법률에 주어진 형벌 혹은 보안처분을 확인하고 집행하는 절차를 규율하고 있는 규정의 총체를 말한다. 물론 구별이 어려울 경우도 있는 것은 사실이다. 그러나 그것이 구별을 무시하는 실질적인 이유가 될 수는 없다. 법적으로 중요한 구별에는 어느 경우나 한계사례가 있기 마련이기 때문이다[45].

(14) 소급금지원칙이 공소시효에 관한 규정에 대해서도 적용되어야 한다는 태도를 취하는 견해는 공소시효제도가 범죄행위에 의해 파괴된 법적 평화를 재건하기 위한 도구라는 사실을 바탕에 깔고 있다. 그러나 이러한 태도에 대해 무제한적으로 찬성할 수는 없다. 모든 범죄행위는 우리사회에서 속죄와 응보에 대한 필요성을 일깨워 준다. 그 속죄와 응보의 정도는 행위자의 불법과 책

43) BVerfGE 25, 286, 287.
44) Krey, 앞의 책, S. 3-4. 특히 Anm. 25.
45) Krey, 앞의 책, S. 3.

임에 따라 정해진다. 그것은 단순히 시간이 경과하는 것으로 만족될 수 없는 것이 보통이다. 행위자의 처벌을 필요로 하는 것이다. 행위자가 정당한 형벌을 받게되는 경우에야 비로소 법적평화가 다시 세워지게 된다. 법적평화의 침해에 대한 분노와 마찬가지로 속죄와 응보의 필요성도 시간이 경과함에 따라 감소하는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 중한 범죄의 경우에는 그러한 필요성이 완전히 사라지지 않는다. 그러므로 중한 범죄의 경우에는 공소시효가 법적평화를 재건하기에 적합한 수단이 아니고 오히려 처벌을 받게 해야 비로소 법적평화건설에 도달할 수 있는 것이다. 형벌은 속죄 및 응보목적 이외에도 범죄투쟁을 통해 법질서를 방위하는 목적도 추구한다. 특히 중대한 범죄를 소추하는 경우 이러한 형벌목적은 매우 중요한 의미를 가진다. 사람의 생명은 최고의 법익에 해당한다. 예컨대 살인죄에 대해서 생명을 보호하는 것은 우리 사회의 절박한 관심사이다. 그러므로 가장 중한 범죄에 대하여 법 방위기능을 약화시키지 않으려면 살인자를 오랜 기간이 경과한 후에도 형법적으로 처벌의 대상으로 유지시킬 것이 요망된다. 이러한 한 시간의 경과와 더불어 초래된 법적평화 상태를 존중하는 공소시효라는 법제도와 일반예방이라는 형벌목적 사이에는 해결하기 어려운 갈등이 존재한다[46]. 일방적으로 전자를 위해 손을 들어 줄 필요는 없는 것이다.

(15) 중대한 범죄에 대해 공소시효를 정하여 그 기간이 완료되면 더 이상 소추하여 처벌할 수 없다는 생각은 정의감정과도 조화되기 어려운 측면이 있다. 그러므로 실제에 있어서는 특정 범죄에 대해서 공소시효를 인정하지 않는 것이 오히려 정의감정에 부합하는 것으로 보는 국가가 많다. 먼저 코먼 로가 지배하고 있는 국가, 즉 영국과 미국[47](예외: 뉴 멕시코) 그리고 이스라엘은 모살죄의 경우 공소시효가 없다. 이탈리아와 오스트리아에서도 모살죄의 경우 공소시효가 없다. 덴마아크는 모살의 경우 10년이 경과한 후 법무부장관의 허가가 있는 경우에만 소추할 수 있도록 해 두었다. 이들 국가의 공통점은 자유민주적 기본질서를 인정하며 법치국가적 헌법을 가지고 있다는 점에 있다. 다

46) Pfeiffer, DRiZ, S. 12.

47) 특히 미국의 경우 남부 카롤리나와 와이오밍 주에서는 공소시효제도가 전혀 인정되지 않고 있다. 공소시효제도를 인정되고 있는 주의 경우에도 중범에 한하여 이를 인정하고 있으며 이 경우에도 원칙적으로 피고인이 포기할 수도 있는 실체법적 항변사유로 보고 있다. 또 어떤 주의 경우에는 공소시효가 정의와 부합하지 않는다고 보고 있기 때문에 피고인의 시효주장포기를 인정하지 않기도 한다. 이 밖에 자세한 비교법적 설명으로는 von Stackelberg, Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, Bockelmann-FS, S. 762.





른 유럽국가에서는 적어도 전범 및 반평화적 범죄, 반인도적 범죄에 대해서 공소시효가 없다고 선언하고 있다(프랑스, 폴란드, 헝가리, 체코, 구 동독 등). 이러한 예만 보더라도 공소시효의 연장 혹은 공소시효의 폐지가 법을 자의로 조작하는 것이라는 비난이 그 대상이 없는 비난이라고 할 수 있다[48]. 단순한 법률의 개정이라고 보면 된다[49].

(16) 시효정지의 대상에 해당하는 범죄에 대한 공소시효의 연장 혹은 특정 범죄에 대한 공소시효의 폐지는 비례성원리와도 상충되지 않는다. 공소시효가 이미 완성된 범죄가 아니라 아직 진행 중의 특별히 중한 범죄에 대해서만 연장 및 폐지를 허용하기 때문이다. 공소시효의 연장 및 폐지는 아직 알려져 있지 않은 범인들을 계속 수사하고 소추할 수 있을 가능성을 제공하여 준다. 여기에는 국가권력의 지나친 확장이 없다. 이러한 범죄들의 불법내용에 대한 입법자의 평가 및 거기에 부과된 법정형의 정도는 시효기간의 연장에 의해 변하지 않는다. 연장법률의 당사자는 사물의 본질에 반하는 부적합한 형벌에 노출되는 것도 아니다. 그들은 이미 수사되어 유죄판결을 받은 범인과 동일한 책임에 의해 책임을 지게 될 것임을 염두에 두어야 한다[50]. 우리 헌법재판소도 "구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중해야 할 의무가 발생하지는 않는다"[51]고 하고 있다[52].

48) 일반적으로 공소시효제도를 인정하고 있는 국가로는 아르헨티나, 쿠바, 덴마아크, 프랑스, 그리이스, 이탈리아, 유고슬로비아, 카나다, 노르웨이, 오스트리아, 스웨덴, 스위스, 구소련, 스페인, 미국 등이다. 이 가운데에서 덴마아크, 프랑스, 이탈리아, 캐나다, 오스트리아, 미국 등에서는 특히 중한 범죄에 대해서 공소시효를 배제하거나 일정한 기간경과 후 형을 감경할 수 있는 장치를 마련하고 있다. 영국에서는 코몬-로에 따라 원칙적으로 공소시효가 없다. 다만 몇몇 범죄(예컨대 내란죄, 소요죄 등)에 대해서만 공소시효를 인정하고 있다. 이에 관해서는 von Stackelberg, Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, Bockelmann-FS, S. 361.

49) Pfeiffer, DRiZ, 1979, 12.

50) BVerfGE 25, 292.

51) 헌재 1989.3.17, 88 헌마1, 헌법재판소판례집 1, 18면.

52) 다만 우리 헌법재판소는 최근 공소시효가 완성되기 전의 이른바 '부진정소급입법'이라고 하더라도 당사자의 구법에 대한 신뢰를 보호할 가치가 있다고 할 특단의 사정이 있는 경우에는 이러한 사정과 신뢰보호이익의 침해가 불가피할 만큼 공익적 필요성이 있는가를 비교형량하여 판단하여야 한다는 기준까지 제시하고 있다(헌재 1995.10.26, 94헌바12. 관보 1995.11.28. 77면이하.)

(17) 반면에 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해서 사후적으로 시효기간을 연장·정지·폐지하는 입법은 범죄자의 법적지위를 불리하게 하는 입법조치이므로 소급금지원칙에 정면으로 모순되어 위헌이라는 것이 종래의 통설이었다. 우리 헌법재판소도 이와 같은 '진정소급입법'에 대해서는 "입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적 안정성을 도모하기 위해 '특단의 사정이 없는 한' 구법질서에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다"[53]는 판례를 내놓고 있다. 그러나 이 헌법재판소판례의 취지를 분석해 보면 이른바 진정소급입법이라도 '특단의 사정이 있는 경우'에는 소급금지원칙에 반하지 않는다는 주장을 펼 수가 있다.

(18) 법치국가원리에 내재하고 있는 법적안정성의 요청은 시민에 대해 가해질지도 모를 국가의 개입을 예견하고 그에따라 대응할 수 있을 것을 요구한다. 시민들은 구성요건을 충족시킨 시점에 예견할 수 있었던 효과보다 불리한 효과를 입법자가 그 구성요건에 결합(진정 소급)시키지 않을 것임을 원칙적으로 신뢰할 수 있어야 한다. 경우에 따라서는 아직 완결되지 않고 진행중의 사태에 대해 효과를 부여하고 있는 규정을 통해 시민들의 법적지위가 평가절하(부진정 소급)되지 않는다는 데에 대한 신뢰도 보호할 수 있다. 시민들에 대한 신뢰의 보호야 말로 법적안정성의 일차적인 의미이기 때문이다. 그러나 법치국가원리에는 법적안정성 뿐 아니라 실질적 정의도 속해 있다. 법치국가원리의 두가지 측면을 입법자는 항상 동일한 정도로 고려할 수는 없다. 법적안정성이 정의와 충돌할 때에는 우선 법적안정성을 해할 수도 있는 다른 측면에 유리한 결정을 내리는 것이 입법자의 과제이다. 이러한 결정과정에 자의가 개입되어 있지 않는 한, 그 입법자의 결단에 불복할 수 없다는 것이 헌법의 요청이다. 법적안정성을 위한 신뢰보호에도 예외가 인정될 수 있다. 즉 일정한 법적상황에 대한 신뢰가 실제적으로 정당화되지 않는 경우에는 신뢰보호를 원용할 수 없다고 해야 할 것이다[54].

(19) 그러므로 진정소급입법이라도 특단의 사정이 있어서 법적안정성이나 신뢰의 보호 보다도 실질적 정의를 우선시켜야 할 경우에는 헌법의 요청에 반하

53) 헌재 1989. 3. 17, 88헌마1, 헌법재판소판례집1, 17면.
54) BVerfGE 25, 290, 291.





지 않는다는 판단을 내릴 수 있다. 우리 헌법재판소에서 다룬 소급입법에 대한 위헌법률심판사건 가운데 소급입법에 대해 합헌결정을 내린 사실이 전체의 75%(8건중 6건)에 달한다는 사실이 이를 뒷받침해 주고 있다[55]. 헌법재판소는 소급입법의 합헌결정을 내리면서 '소급입법이 객관적인 정의와 평등 등 헌법이념에 어긋나지 않는다고 판단 될 것'이라는 소급입법인정기준까지 제시하고 있다[56]. 5·18특별법의 위헌여부도 공소시효 완성뒤 이를 정지하거나 배제하는 소급입법이 정의와 형평 등 헌법적 이념에 합치되는지 여부에 대한 판단에 달렸다. 이러한 관점에서 5·18사건관련 범죄에 대한 공소시효가 5·18특별법이 발효되기 전에 이미 완성되었다고 보는 경우에도 이 특별법에 위헌의 소지를 없애려는 시도를 하는 견해[57]가 등장하고 있다. 이 견해는 "입법자가 신뢰보호라든가 법적 안정성에 대하여 실질적 정의를 우선시키는 결단을 내릴 수 있으며 이러한 결단을 반영하는 진정소급입법은 헌법상 금지되지 않는다"[58]고 주장한다.

(20) 그러나 5·18내란사건 관련자들에 대해 공소시효가 완성된 후 일정한 기간동안 공소시효 정지효과를 발휘하게 하는 진정소급입법을 위헌이 아니라고 할 만한 특단의 사정을 분명하게 제시하기란 간단치가 않다. 그리고 이러한 시도에서 무엇보다도 경계해야 할 사항이 있다. 그것은 진정소급입법에 대한 위헌시비를 없앨 수 있는 실질적 정의라는 관점을 그때 그때의 상황논리 내지 정치적 판단 가운데 짜맞출 수도 있다는 점이다. 이러한 짜맞추기는 자칫하면 관련당사자들을 법치주의의 확실한 보호권에서부터 불확실한 자의의 세계로 내몰 우려조차 있는 해결책이다. 이 보다 확실한 법률적 해결책을 모색해야만

55) 1996년 1월 21일자 국민일보.
56) 국민일보 같은 날자 신문 참조.
57) 김선택, 과거청산과 법치국가, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구소, 1995. 12. 123면이하. 김교수는 여기서 두가지 관점하에서 진정소급입법을 정당화할 수 있는 실마리를 제공하고 있다. 첫째, 라드부르흐의 공식을 내세워 이른바 '법률적 불법'이 있는 경우에는 그러한 불법적 법률대신에 초법률적 정법을 원용할 수 있다는 라드부르흐의 이론을 근거로 하여 우리법이 인정하는 단기공소시효규정이 법률적 불법으로서 5.18사건에 대해서는 적용할 수 없을 것이라고 한다. 둘째, 국제법상 소급효금지원칙에 대한 제한규정(국제인권규약 제15조 2항), 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약, 그리고 전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 제정법상의 시효부적용에 관한 협약을 근거로 하여 5.18사건때 발생한 양민살상행위를 이들 국제법상의 규정 및 협약상의 반인도적 범죄로 볼 수 있으므로 현행법하에서 시효배제문제를 제기할 수 있을 것이라고 한다.
58) 김선택, 과거청산과 법치국가, 법학논집 제31집, 고려대학교 법학연구소, 1995. 12. 123면.

한다. 해결의 실마리는 5·18사건 후 전개된 다음과 같은 특단의 사정에서 찾아 볼 수 있다 : 국가권력의 장악에 성공한 내란행위자에 대해 국민으로부터 정당하게 국가권력을 위탁받은 국가기관이 그 기능을 회복하기까지 '사실상 처벌할 수 없는 상태가 지속된 사정'.

### 3. 소급금지원칙과 공소시효의 정지사유

(21) 국가기관이 내란행위자에 대해 그 기능을 회복하기까지 '사실상 처벌할 수 없는 상태가 지속된 사정'을 단서로 하여 현행법 체계하에서도 공소시효와 소급금지원칙과의 충돌문제를 해결할 수 있다고 보는 견해가 애초부터 있었다. 헌법 제84조의 규정에 해석론을 전개하면서 5·18사건 관련 범죄에 대해 공소시효가 일정한 기간 정지된다는 결론을 이끌어 내려는 시도가 그것이다. 이 입장은 기본적으로 내란 또는 외환의 죄가 아닌 범죄를 범한 재직중인 대통령에 대해 형사소추할 수 없다는 헌법규정의 의미를 대통령재직 중 공소시효가 정지된다는 의미로 해석하는 것을 출발점으로 삼고 있다. 그리면서도 이 입장은 다시 내란 또는 외환의 죄에 연루된 재직중의 대통령에 대해서도 당연히 공소시효가 정지된다고 해석하여야 한다고 한다. 만약 그렇지 않고 내란 또는 외환의 죄가 아닌 범죄에 대해서만 소추불가능성과 공소시효정지효과의 직접적 관련성을 이끌어 내면서 내란 또는 외환의 죄의 경우에는 헌법 제84조 명문에서 나타난 바와 같이 대통령의 재직중에도 소추할 수 있으므로 따라서 공소시효도 정지되지 않는다고 해석한다면 매우 부당한 결론을 초래하게 된다고 한다. 즉 쿠데타를 통하여 집권한 자는 갖은 수단방법을 동원하여 집권기간을 연장하면 저절로 공소시효가 완성되어 그에 대해 면죄부를 얻을 수 있게 된다고 한다. 이러한 생각의 밑바탕에는 내란죄보다도 가벼운 범죄에 대해 공소시효의 정지를 인정한다면 내란죄에 대해서도 당연히 공소시효가 정지된다고 하여야 그러한 불합리한 결과를 막을 수 있을 것이 아니냐라는 의문이 깔려 있다. 그리하여 다수의 법학자들은 대통령의 재직중에는 내란죄의 기소에 '사실상의 장애'가 존재하였다고 보아 공소시효가 정지되어야 한다는 논리를 전개하고 있는 것이다.

(22) 공소시효의 정지는 원칙적으로 법률상의 소추장애사유가 존재하는 경우에 인정된다[59]. 시효제도의 근본적 존재이유가 오랫동안 권리의 행사를 게을리함으로써 생긴 새로운 사실상태를 존중하여 법적안정성를 확보하려는 데 있





는 것이기 때문이다. 그러므로 사실상의 소추장애사유는 공소시효의 정지사유로 인정될 수가 없다. 그래서 피의자가 소재불명인 경우에도 그리고 피의자에게 정신장애사유가 있어서 소추할 수 없는 경우에도 공소시효는 정지되지 않고 진행하는 것이다. 그러나 소추가 사실상 불가능하거나 소추할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에도 항상 공소시효가 진행하여야 하는 것은 아니다. 공소시효정지여부를 이러한 사정에서 직접 도출해 내어야 하는 경우도 엄연히 존재한다. 예컨대 헌법 제84조에서 대통령의 재직중 범한 범죄(내란 또는 외환의 죄를 제외한 범죄)에 대해서 소추할 수 없다고 규정하고 있음은 공소시효정지여부를 소추불가능사유 내지 소추할 수 없는 특별한 사정에서 직접 이끌어 낼 수 있음을 말해주고 있다. 만약 그렇지 않다[60]고 한다면 대통령의 임기가 끝난 후에는 임기중 범한 범죄에 대해서 임기중 이미 공소시효가 완성(혹은 경우에 따라 공소시효의 완성시기를 앞당기는 경우가 생기게) 되므로 대통령에게 특권을 부여하는 결과가 되고 만다. 그러므로 헌법 제84조와 공소시효정지와의 관계를 보다 정밀하게 분석해 볼 필요가 있다.

(23) 헌법 제84조의 근본취지에는 두가지가 있다. 하나는, 대통령에 대하여 재직중에 한하여 형사상의 소추를 유예함으로써 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 도모하기 위함에 있다. 따라서 헌법 제84조는 대통령이 퇴직한 후에는 일반국민과 마찬가지로 범죄에 해당 형사상의 소추를 할 수 있을 것을 당연한 전제로 하고 있는 것이다[61]. 그러나 소추권의 행사금지라는 명문의 규정에도 불구하고 공소시효가 계속 진행하는 것으로 보게 되면 대통령의 재직중 공소시효가 완성되는 범죄에 대한 형사상의 책임을 면제해 주는 특권을 부여하는 결과가 된다. 그러므로 "대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것"으로 보아야 한다. 이에 따라 헌법 제84조에 대해서도 "공소시효진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유"[62]를 선언한 규정이라고 그 의미를 부여하여야 한다.

---

59) 독일형법 제 74의 b조 1항에 명문의 규정이 있다; 헌재 1995. 1. 20, 94헌마246, 헌법재판소판례집 7/1, 49면.

60) 즉 헌법 제84조가 공소시효의 정지사유를 직접규정한 것이 아니라고 해석하는 전제하에서 대통령의 재직중 그의 범죄에 대해 공소시효가 정지되지 아니한다는 논지를 전개하는 입장으로는 헌법재판소 김문희, 황도연 재판관의 소수의견이었다. 헌재 1995. 1. 20, 94헌마246, 헌법재판소판례집 7/1, 69면이하.

61) 헌재 1995. 1. 20, 94헌마246, 헌법재판소판례집 7/1, 50면.

62) 앞의 헌법재판소판례집 49면.

(24) 그렇다면 공소시효의 정지를 법률상의 소추장애사유가 아닌 사실상의 소추장애사유로부터 직접 도출해 낼 수 있는 경우란 없는가. 그러한 예외를 인정할 가능성은 헌법 제84조가 의도하는 두번째의 근본취지에서 찾아볼 수 있다. 헌법 제84조는 내란의 죄 또는 외환의 죄에 대해서는 재직중이라도 과감히 대통령에 대한 형사소추를 가능하게 하려는 의도를 선언하고 있다. 내란 또는 외환의 죄와 관련하여서는 대통령의 형사상 소추유예의 특권을 부여하지 않으려는 취지인 것이다. 그러므로 내란 또는 외환의 죄에 대해서는 일반형사범의 경우에 인정될 수 있는 소추불가능사유(불소추특권)와 공소시효정지와의 직접적 관련성이 없다고 해야 한다. 그러면 내란 또는 외환의 죄에 대해서 공소시효가 정지되는 경우란 언제인가. 그 해답은 5·18특별법이 주고 있다. 5·18특별법 제2조는 헌법 제84조의 해석론과 관련한 이러한 문제점을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 특별법 제2조는 일정한 경우에는 사실상의 소추장애사유가 '법률상의 소추장애사유'로 격상됨을 확인해 주고 있다[63]. 이에 따르면 헌정질서파괴범죄(내란 또는 외환의 죄도 여기에 포함)행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 본다고 규정하고(제1항), 여기의 장애사유가 존재한 기간이라 함은 당해범죄의 종료일로부터 1993년 2월 24일까지의 기간(제2항)을 말한다. 전직 두 대통령의 재임기간이 여기에 포함되는 것은 두말할 필요도 없다. 그러나 이러한 법률상의 소추장애사유를 공소시효의 정지사유로 인정하기 위해서는 특별한 법률상의 소추장애사유설정이 당해 범죄에 대한 공소시효가 완성되기 이전에 이루어지야 한다. 이미 시효가 완성되기 이전 상태하에서의 특별법제정은 진정소급입법이 되기 때문이다.

(25) 군형법 제5조의 군사반란의 경우는 헌법 제84조에 의해 대통령의 재직중에도 소추가 가능한 범죄의 부류에 해당하기 때문에 별 문제가 생기지 않는다. 즉 대통령 재직 중 소추가 가능한 범죄에 대해서는 재직기간 동안 공소시효의 진행이 정지되는 것이기 때문에 전직 대통령에 대한 반란죄의 공소시효는 아직 완성되지 않았다고 판단할 수 있다[64]. 그러나 이러한 전제에 서게되

63) 종래 인정되지 않던 사실상의 장애사유를 법률상의 장애사유로 인정한 것이 또 있다. 1995년 12월 2일 국회를 통과하여 1997년 1월 1일부터 시행되는 형사소송법 제253조의 3항은 "범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효의 진행이 정지된다"라고 규정하고 있다.





면 대통령 이외에 반란행위에 가담한 관련자들에 대한 공소시효계산은 전혀 달라지게 된다. 이들에 대해서는 대통령이라는 신분으로 인해 공소시효가 정지된다는 헌법 제84조가 적용되지 않으므로 특별법이 제정되기 이전인 1995년 8월 16일로 이미 공소시효가 완성되었다고 해야 한다. 그러므로 이들에 대해서도 공소시효가 정지된다고 하는 특별법 제2조는 진정소급입법이 되는 것이다. 이들에 대한 형사처벌을 가능케하는 특별법의 위헌시비를 없앨 방법은 없는가. 두가지 방안을 생각해 볼 수 있다.

(26) 첫번째 방안은, 형사소송법 제253조 2항의 공소시효정지불가분원칙을 가지고 대통령이외의 관련자들에 대한 공소시효도 역시 정지된다고 해석하는 방법이다. 형사소송법 제 253조 2항은 공범의 일인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자[65]에 대하여 효력이 미친다고 규정하고 있다. 이 규정은 공범자간의 처벌상의 불공평성을 방지하자는 데에 그 취지가 있는 측면이 있다[66]. 이 규정의 취지를 이렇게 이해한다면 전직 대통령이외의 군사반란관련자들에 대한 공소시효도 아직 완성되지 않은 것으로 판단할 수 있을 것이다. 그러나 형사소송법 제253조와 헌법 제84조를 엄격하게 해석해 보면 이러한 결론의 부당성은 쉽게 드러난다. 형사소송법은 공범자에게도 미치는 공소시효의 정지사유를 "전항"('공소제기')로 한정하고 있다. 이에 반해 12·12군사반란죄의 공범의 일인에 대한 시효정지 사유는 '공소제기'가 아니라 헌법 제84조의 '대통령이라는 신분'이기 때문이다. 그러한 일신전속적 신분관계를 가지고 있지 않는 다른 관련자들에 대해서는 형사소송법 제253조 2항의 정지가 인정될 수 없다[67].

(27) 두번째 방안은, 군형법 제5조의 군사반란죄를 형법 제87조의 내란죄에 특별규정으로 볼 수 있으므로 이를 헌법 제84조의 내란죄에 포함되는 것으로 이해하는 방법이다. 이 방법에 따르면 군형법상의 반란죄는 헌법 제87조에 의

64) 예컨대 전두환씨에 대한 대통령재직기간인 7년 5개월 24일간 공소시효의 진행이 정지되면 그에 대한 공소시효는 2002년 4월 4일에야 완성될 것이다.

55) 이들을 공범이라고 부르는 것은 엄격한 의미에서 타당하지 않다. 군형법 제5조는 형법의 내란죄의 경우와 마찬가지로 수괴가 아닌 자들을 형법총칙상의 공범으로 규정하고 있는 것이 아니기 때문이다. 그러나 이들은 이론바 필요적 '공범'인 이상, 그리고 필요적 공범에 대해서는 형법총칙의 공범규정의 적용배제가 있을 뿐이므로, 형사소송법 제253조의 3항은 여전히 적용된다고 할 것이다.

66) 손동권, 앞의 논문, 83면.

67) 손동권, 앞의 논문, 83면.

해 대통령의 재직 중에도 형사소추가 가능한 범죄가 된다. '공소시효 등에 관한 특례법' 제2조에서 '헌정질서파괴범죄'로 형법상의 내란죄, 외환죄와 더불어 군형법상의 반란죄, 이적죄를 함께 규정하고 있는 사실이 군사반란죄의 이와 같은 위상을 말해주고 있다. 반란죄의 위상을 이렇게 파악하면 반란죄 역시 내란 또는 외환의 죄와 마찬가지로 국가질서의 기초를 무너뜨릴 수 있는 중대한 범죄이므로 관련자가 대통령의 재직 중이나 혹은 대통령의 신분이 있는 자이냐와 무관하게 공소시효의 정지가 인정되는 범죄의 부류에 넣을 수 있다. 5·6공 기간동안에는 사실상 12·12사건을 비롯하여 5·18사건의 주동세력이 집권하고 있는 상황이었으므로 사실상 소추가 불가능하였으므로 공소시효의 진행이 정지된다고 하여야 하며, 이를 5·18특별법 제2조가 확인해 주고 있다. 이 경우에도 사실상의 소추장애사유가 특별법의 형식으로 법률상의 소추장애사유로 격상되고 있는 것이다. 문제는 법률상의 소추장애사유를 인정하는 5·18특별법이 12·12군사반란죄에 가담한 두 전직 대통령 이외의 관련자에 대한 공소시효가 완성된 이후의 시점에 제정되었다는 점에 있다. 문제는 다시 진정소급입법의 위헌여부라는 원점으로 돌아가고 만다.

(28) 독일에서는 동독공산당의 불법정권하에서 저질러진 범죄에 대해 소추를 가능케하기 위해 이들 범죄에 대해 양독형법상 모두 공소시효가 완성된 경우임에도 불구하고 1993년 3월 26일 '제2차 공소시효기간산정에 관한 법률'이 만들었다. 이에 따르면 '구동독 불법정권 지배기간 동안 실행된 범죄로서 구동독 국가나 당지도부의 명시적 또는 묵시적 의사에 따라 정치적이거나 기타 자유법치국가적 질서의 중요한 원칙에 부합되지 아니하는 이유로 처벌받지 아니한 경우 그 범죄의 공소시효기간 산정에 있어서는 1949년 10월 11일부터 1990년 10월 2일까지 사이에는 공소시효가 기산되지 아니한다. 위 기간동안 공소시효는 정지되었다'고 한다. 이와 같은 처리과정을 선례로 삼아 진정소급입법이 실질적 정의의 요청에 부합되어 위헌이 아니라는 판단을 내릴 가능성을 비추는 입장도 있다[68].

(29) 독일 통일 후 동독치하에서의 범죄에 대한 이와 같은 처리과정을 진정소급입법의 대표적인 사례로서 보면서 일정한 경우에 공소시효규정의 적용을 배제할 수 있다는 근거로 삼을 수는 없다. 이 점은 독일의 통설 역시 마찬가지

68) 김선택, 앞의 논문, 108면.





이다. 즉 독일의 통설은 구범죄로서 정치적 또는 반법치국가적 이유에 의하여 구동독 정권에서 형사소추되지 아니한 경우 이를 처벌할 수 있게 하는 공소시효정지규정신설을 진정소급입법을 통한 해결방안으로 보고 있지 않다. 오히려 이를 형법상 공소시효정지의 요건인 '법률적 소추장애사유'(독일형법 제76조의 b 1항)에 해당한다고 해석하고 있다[69]. 이미 설명하였듯이 독일 형법제79의 b조는 일반적인 공소시효정지사유로서 법률적인 소추장애사유를 인정하고 있다. 따라서 동독공산당치하에서는 국가수뇌부의 의사가 법률적 효력을 가졌으므로 법률적인 소추장애사유가 존재하였다고 해석할 여지가 충분하고, 그러한 법률적인 소추장애사유를 소추장애사유로 인정할 수 있는 법률규정이 '시효정지규정신설이전'에 이미 존재하고 있었다. 그러므로 통독후 기왕에 있는 법률규정을 구체화하는 시효정지규정을 만들어 그것을 적용하였을 뿐이지 진정한 의미에서의 진정소급입법을 한 것이 아닌 것이다. 그러나 우리나라의 경우는 일반적인 공소시효정지사유로서 법률적인 소추장애사유의 존재를 인정하고 있는 것은 아니다. 구체적이고 개별적인 법률상의 소추장애사유가 있으면 이를 공소시효의 정지사유로서 인정하고 있을 뿐이다. 5·18특별법 제2조에 의해 법률적인 소추장애가 새롭게 만들어 지기 전에는 어떤 사유도 사실상의 소추장애사유에 불과한 것이다[70].

(30) 5·18특별법 제2조의 공소시효기간의 사후적 연장규정이 죄형법정주의의 한 원칙인 소급금지원칙에 반하는가 하는 논쟁에 대한 결론을 내릴 때가 되었다. 앞에서 우리는 어떤 범죄에 대해 공소시효가 완성되지 않은 이상 그 범죄에 대해 공소시효기간을 연장하거나 폐지하더라도 원칙적으로 소급금지원칙에 반하지 않는다는 사실을 확정하였다. 그러나 5·18사건 관련범죄에 대해 이미 공소시효가 완성되었다면 공소시효를 사후적으로 연장하는 5·18특별법이 위헌

69) 이에 관해서는 법무부, 통일독일 구동독체제 불법청산개관, 1995, 399면이하 참조.

70) 그러므로 우리형사소송법 체계하에서는 이 문제를 시효정지제도 자체의 법리해석을 통하여 해결할 가능성(김선택, 앞의 논문, 108면, 각주 25번)은 처음부터 배제되어 있다고 하겠다. 독일 형법 제78의 b조 1항의 경우와는 달리 우리 형사소송법 제253조는 '공소제기'에 의해 공소시효가 정지됨을 규정하고 있을 뿐 법률상이 소추장애로 인한 공소시효정지를 인정하고 있지 않다. 또 독일 형법 제78의 c조 1항 6호에 의하면 '공소의 제기'는 시효의 '정지'사유가 아니라 시효의 '중단'사유이다. 시효중단의 경우에는 지금까지 진행되었던 공소시효의 기간을 무효로 하고 새로운 시효기간의 진행을 요구하나, 시효정지의 경우에는 정지사유가 소멸한 때로부터 잔여시효기간이 진행한다는 데에 특색이 있다. 우리 형법은 형의 시효의 경우에는 그 중단개념을 인정하나(형법 제80조), 공소시효의 경우에는 중단개념을 인정하지 않고 있다. 피고인을 보호하기 위한 배려때문이라고 한다(신동윤, 형사소송법, 213면).

인지를 판단하기란 간단치가 않다. 앞에서 언급하였듯이 범죄자의 신뢰보호라든가 법적안정성에 대하여 실질적 정의를 우선시킬 만한 특단의 사정을 구체적으로 제시하기도 어렵고 그에 뒤따르는 정치적 상황논리 또한 경계의 대상이 되어야 할 것이기 때문이다. 이러한 난제를 뛰어 넘어갈 수 있는 간단한 문제해결방법이 있다. 5.18사건 관련자에 대한 내란죄 및 내란목적살인죄의 공소시효가 현재시점에, 혹은 검찰이 이 사건에 대해 불기소처분을 내릴 당시에, 아직 완성되지 않았음을 확정할 수 있으면 그만이다. 이것만 확정되면 공소시효 완성이전에 공소시효를 정지시켜 실질적으로 공소시효기간의 연장효과를 가져게 하는 것 자체에 대한 위헌시비로부터 벗어날 수 있다. 그러므로 문제의 핵심은 결국 공소시효의 기산점을 언제로 할 것인가에 달려있다. 이제 남은 문제는 5.18관련 사건의 공소시효의 기산점을 언제로 할 것인가 하는 점이다.

## Ⅳ. 공소시효의 기산점

### 1. 공소시효의 기산점 일반론

(1) 우리나라 형사소송법 제252조 1항에 의하면 공소시효는 "범죄행위를 종료한 때"로부터 진행한다고 한다. 즉 공소시효의 기산점은 범행이 종료된 때라는 것이다. 범행종료시기는 범행기수시기와 다르다. 형법상 범행의 기수시기는 형식적으로 정해진다. 모든 구성요건요소가 형식적으로 충족되어야 기수가 된다. 그러나 종료개념은 형식적인 개념인 기수와는 달리 실질적인 개념이다[71]. 범행의 실질적 종료시점은 당해 범죄구성요건을 통해 투쟁하는 법익침해가 범죄인이 의욕했던 만큼 이루어지는 시점을 말한다. 이 시점은 객관적 사실상태를 기준으로 하여 정해진다. 그러므로 입법자가 형사정책적 이유에서, 특히 법익보호를 강화하기 위해서 기수의 시점을 앞당긴 경우에는 형식적 기수시기와 실질적 종료시기가 달라지게 된다[72].

---

71) 실질적인 종료와 형식적인 기수시기를 구별하는 의의는 다음 세가지에 있다. 첫째, 공소시효의 기산점은 범행의 종료시이다. 둘째, 기수된 후에도 범행종료시까지 그 범죄에 대한 공범이 성립할 수 있다(통설). 셋째, 기수후 종료가 되기전에 중한 결과가 발생한 경우에는 결과적 가중범이 성립할 수 있다.

72) Rudolphi, SK, vor §22, Rdn.7. 객관적 처벌조건은 공소시효의 기산점을 뒤로 미루는 역할을 한다. 아직 객관적 처벌조건을 구비하지 못한 불가벌의 행위에 대해서는 시효가 진행하지 않

# 형사소송법중개정법률안

## (이주영의원 대표발의)

| 의안 번호 | |
|---|---|

발의연월일 : 2002. 1

발 의 자 : 이주영 의원

찬 성 자 : 인

## 제안이유

범죄행위가 종료된 후 일정한 기간이 경과하면 형벌권이 소멸하는 공소시효제도는 현재의 사실상태를 존중한다는 점과 시일의 경과에 따른 증거의 일실로 공소유지에 난점이 있다는 실무상의 이유 등으로 우리나라를 비롯한 각국이 채택하고 있는 제도이나, 전쟁유발행위, 고문에 의한 살인이나 상해행위, 민간인 집단학살 등과 같은 반인륜적인 범죄행위에 대해서는 이와 같은 공소시효 제도의 예외적인 것으로 하여 반드시 응분의 처벌을 받도록 하고, 또한 수사기관 등 국가기관에 의하여 사건이 은폐·조작됨으로써 정상적인 공소제기가 불가능한 것으로 밝혀진 사건에 대해서는 사건이 은폐·조작된 기간동안 공소시효를 정지하도록 하여 범죄

행위에 의해 침해된 법적 평화와 질서를 회복하게 하고자 함.

## 주요골자

가. 내란 및 외환의 죄와 국가기관이 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 하여 상해를 입히거나 사망케 한 행위, 전쟁이나 테러에 의한 민간인 집단학살행위, 국가기관이 사실발견을 은폐하기 위하여 행한 증거인멸, 범인도피, 직권남용, 직무유기, 위증, 공무집행방해행위에 대해서는 공소시효를 적용하지 아니함(안 제249조제2항)

나. 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우의 그 체류기간과 국가기관의 고의에 의한 증거조작이나 사실발견의 은폐행위로 인하여 공소제기가 불가능하였던 범죄의 경우 그 증거조작, 사실발견 은폐행위가 있은 때부터 확정판결에 의하여 밝혀진 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지됨(안 제253조제3항).

법률 제 호

# 형사소송법중개정법률안

형사소송법중 다음과 같이 개정한다.

제249조 제2항을 제3항으로 하고, 동조에 제2항을 다음과 신설한다.

②다음 각호에 해당하는 범죄행위에 대해서는 전항의 규정에 불구하고 공소시효를 적용하지 아니한다.

1. 형법 제87조 내지 제103조의 내란 및 외환의 죄
2. 형법 제125조의 범죄행위로 사람을 살상한 행위
3. 전쟁범죄 및 테러행위로 민간인을 집단적으로 살상한 행위
4. 국가기관이 사실발견을 은폐하기 위하여 행한 증거인멸, 범인도피, 직권남용, 직무유기, 위증, 공무집행방해행위

제253조제3항을 다음과 같이 한다.

③범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우의 그 체류기간과 국가기관의 고의에 의한 증거조작이나 사실발견의 은폐행위로 인하여 공소제기가 불가능하였던 범죄의 경우 그 증거조작, 사실발견 은폐행위가 있은 때부터 확정판결에 의하여 밝혀진 때

까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다.

## 부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

## 신구조문대비표

| 현 행 | 개 정 안 |
| --- | --- |
| 제249조 (공소시효의 기간) ① (생략) | 제249조 (공소시효의 기간) ① (현행과 같음) |
| <신 설> | ②다음 각호에 해당하는 범죄행위에 대해서는 전항의 규정에 불구하고 공소시효를 적용하지 아니한다. |
| | 1. 형법 제87조 내지 제103조의 내란 및 외환의 죄 |
| | 2. 형법 제125조의 범죄행위로 사람을 살상한 행위 |
| | 3. 전쟁범죄 및 테러행위로 민간인을 집단적으로 살상한 행위 |
| | 4. 국가기관이 사실발견을 은폐하기 위하여 행한 증거인멸, 범인도피, 직권남용, 직무유기, 위증, 공무집행방해행위 |
| ② (생략) | ③ (현행 제2항과 같음) |
| 제253조 (시효의 정지와 효력) ①·② (생략) | 제253조(시효의 정지와 효력) ①·② (현행과 같음) |
| - | |

| | |
|---|---|
| ③범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다. | ③범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우의 그 체류기간과 국가기관의 고의에 의한 증거조작이나 사실발견의 은폐행위로 인하여 공소제기가 불가능하였던 범죄의 경우 그 증거조작, 사실발견 은폐행위가 있은 때부터 확정판결에 의하여 밝혀진 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다. |

■ 관련조문

● 형법 87-103조

(제1장 내란의 죄)

제87조 (내란) 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자는 다음의 구별 에 의하여 처단한다.

1. 수괴는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.

2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 기타 중요한 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 5년이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈의 행위를 실행한 자도 같다.

3. 부화수행하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 5년이하의 징역 또는 금고에 처한 다.

제88조 (내란목적의 살인) 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 사람을 살해한 자는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.

제89조 (미수범) 전2조의 미수범은 처벌한다.

제90조 (예비, 음모, 선동, 선전) ①제87조 또는 제88조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 단 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

②제87조 또는 제88조의 죄를 범할 것을 선동 또는 선전한 자도 전항의 형과 같다.

제91조 (국헌문란의 정의) 본장에서 국헌을 문란할 목적이라 함은 다음 각호의 1에 해당함을 말한다.

1. 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것.

2. 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것.

(제2장 외환의 죄)

제92조 (외환유치) 외국과 통모하여 대한민국에 대하여 전단을 열게 하거나 외국인과 통모하여 대한민국에 항적한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.

제93조 (여적) 적국과 합세하여 대한민국에 항적한 자는 사형에 처한다.

제94조 (모병이적) ①적국을 위하여 모병한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.

②전조의 모병에 응한 자는 무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.

제95조 (시설제공이적) ①군대, 요새, 진영 또는 군용에 공하는 선박이나 항공기 기 타 장소, 설비 또는 건조물을 적국에 제공한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.

②병기 또는 탄약 기타 군용에 공하는 물건을 적국에 제공한 자도 전항의 형과 같다.

제96조 (시설파괴이적) 적국을 위하여 전조에 기재한 군용시설 기타 물건을 파괴하거 나 사용할 수 없게 한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.

제97조 (물건제공이적) 군용에 공하지 아니하는 병기, 탄약 또는 전투용에 공할 수 있는 물건을 적국에 제공한 자는 무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.

제98조 (간첩) ①적국을 위하여 간첩하거나 적국의 간첩을 방조한 자는 사형, 무기 또는 7년이상의 징역에 처한다.

②군사상의 기밀을 적국에 누설한 자도 전항의 형과 같다.

제99조 (일반이적) 전7조에 기재한 이외에 대한민국의 군사상이익을 해하거나 적국에 군사상의 이익을 공여한 자는 무기 또는 3년이상의 징역에 처한다.

제100조 (미수범) 전8조의 미수범은 처벌한다.

제101조 (예비, 음모, 선동, 선전) ①제92조 내지 제99조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. 단 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

②제92조 내지 제99조의 죄를 선동 또는 선전한 자도 전항의 형과 같다.

제102조 (준적국) 제93조 내지 전조의 죄에 있어서는 대한민국에 적대하는 외국 또는 외국인의 단체는 적국으로 간주한다.

제103조 (전시군수계약불이행) ①전쟁 또는 사변에 있어서 정당한 이유없이 정부에 대한 군수품 또는 군용공작물에 관한 계약을 이행하지 아니한 자는 10년이하의 징역에 처한다.

②전항의 계약이행을 방해한 자도 전항의 형과 같다.

**● 형법 제125조**

제125조 (폭행, 가혹행위) 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년이하의 징역과 10년이하의 자격정지에 처한다.

■ 참고법률 및 협약

< 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법 >

1995.12.21 법률제5028호

제1조 (목적) 이 법은 헌법 의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 헌정질서파괴범죄에 대한 공소시효의 배제등에 관한 사항을 규정함으로써 헌법 상 자유민주적 기본질서를 수호함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 법에서 "헌정질서파괴범죄"라 함은 형법 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다.

제3조 (공소시효의 적용배제) 다음 각호의 범죄에 대하여는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

1. 제2조의 헌정질서파괴범죄

2. 형법 제250조 의 죄로서 집단살해죄의방지와처벌에관한협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄

제4조 (재정신청에 관한 특례) ① 제2조의 죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 자가 검사 또는 검찰관으로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사소속의 고등검찰청이나 그 검찰관소속의 고등검찰부에 대응하는 고등법원 또는 고등군사법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

② 제1항의 재정신청에 관하여는 형사소송법 또는 군사법원법 의 해당 규정을 적용한다.

부칙 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

< 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 >

채택일 1948. 12. 9 / 발효일 1951. 1. 12 / 당사국 수 132 / 대한민국 적용일 1951. 12. 12

체약국은 집단살해는 국제연합의 정신과 목적에 반하며 또한 문명세계에서 죄악으로 단정한 국제법상의 범죄라고 국제연합 총회가 1947년 12월 11일부 결의 96(1)에서 행한 선언을 고려하고, 역사상의 모든 시기에서 집단살해가 인류에게 막대한 손실을 끼쳤음을 인지하고,

인류를 이와 같은 고뇌로부터 해방시키기 위하여는 국제협력이 필요함을 확신하고,

이에 하기에 규정된 바와 같이 동의한다.

제1조 체약국은 집단살해가 평시에 행하여졌든가 전시에 행하여졌든가를 불문하고 이것을 방지하고 처벌할 것을 약속하는 국제법상의 범죄임을 확인한다.

제2조 본 협약에서 집단살해라 함은 국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단을 전부 또는 일부 파괴할 의도로서 행하여진 아래의 행위를 말한다.

(a) 집단구성원을 살해하는 것

(b) 집단구성원에 대하여 중대한 육체적 또는 정신적인 위해를 가하는 것

(c) 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의로 과하는 것

(d) 집단 내에 있어서의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 과하는 것

(e) 집단의 아동을 강제적으로 타 집단에 이동시키는 것

제3조 다음의 제 행위는 이를 처벌한다.

(a) 집단살해

(b) 집단살해를 범하기 위한 공모

(c) 집단살해를 범하기 위한 직접 또는 공연한 교사

(d) 집단살해의 미수

(e) 집단살해의 공범

제4조 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위의 어떤 것이라도 이를 범하는 자는 헌법상으로 책임있는 통치자이거나 공무원 또는 사인이거나를 불문하고 처벌한다.

제5조 체약국은 각자의 헌법에 따라서 본 협약의 규정을 실시하기 위하여 특히 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타의 행위의 어떤 것에 대하여도 죄가 있는 자에 대한 유효한 형벌을 규정하기 위하여 필요한 입법을 제정할 것을 약속한다.

제6조 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위의 어떤 것이라도 이로 인하여 고소된 자는 행위가 그 영토 내에서 범행된 국가의 당해재판소에 의하여 또는 국제형사재판소의 관할권을 수락하는 체약국에 관하여 관할권을 가지는 동재판소에 의하여 심리된다.

제7조 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위는 범죄인 인도의 목적으로 정치적 범죄로 인정치 않는다. 체약국은 이러한 경우에 실시 중인 법률 또는 조약에 따라서 범죄인 인도를 허가할 것을 서약한다.

제8조 체약국은 국제연합의 당해 기관이 집단살해 또는 제3조에 열거한 기타 행위의 어떤 것이라도 이를 방지 또는 억압하기 위하여 적당하다고 인정하는 국제연합 헌장에 기한 조치를 취하도록 요구할 수 있다.

제9조 본 협약의 해석 적용 또는 이행에 관한 체약국간의 분쟁은 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위의 어떤 것이라도 이에 대한 국가책임에 관한 분쟁을 포함하여 분쟁 당사국 요구에 의하여 국제사법재판소에 부탁한다.

제10조 본 협약은 중국어, 영어, 불어, 노어, 서반아어의 원문을 동등히 정문으로 하며 1948년 12월 9일자로 한다.

제11조 본 협약은 국제연합의 가맹국과 총회로부터 서명 초청을 받은 비가맹국을 위하여 1949년 12월 31일까지 개방된다. 본 협약은 비준을 받아야 한다. 비준서는 국제연합 사무총장에게 기탁한다. 1950년 1월 1일 이후 본 협약은 국제연합의 가맹국과 전기한 초청을 받은 비가맹국을 위하여 가입되어질 수 있다. 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁한다.

제12조 체약국은 국제연합 사무총장 앞으로의 통고로써 자국이 외교관계의 수행에 책임을 지고 있는 지역의 전부 또는 일부에 대하여 하시라도 본 협약의 적용을 확장할 수 있다.

제13조 최초의 20통의 비준서 또는 가입서가 기탁된 일자에 사무총장은 경위서를 작성하여 그 사본을 국제연합의 각 가맹국과 제11조에 규정된 비가맹 각국에 송부한다. 본 협약은 20통째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 90일 후에 발효한다. 전기일 이후에 행하여진 비준이나 가입은 비준서 또는 가입서 기탁 90일 후에 효력을 발생한다.

제14조 본 협약은 발효일로부터 10년간 계속하여 효력을 갖는다. 전기 기간의 적어도 만료 6개월 전에 본 조약을 폐기하지 아니한 체약국에 대하여는 본 협약은 그 후 5년간씩 계속하여 효력을 가진다. 폐기는 국제연합 사무총장 앞으로의 통고서에 의하여 행한다.

제15조 폐기의 결과 본 협약에의 가맹국수가 16 이하일 때에는 본 협약은 폐기의 최후의 것이 효력이 발생하는 날로부터 효력이 종지된다.

제16조 본 협약의 개정요청은 체약국이 사무총장 앞으로의 통고서에 의하여 언제나 행할 수 있다. 총회는 전기 요청에 관하여 취한 조치가 있을 때에는 이를 결정한다.

제17조 국제연합 사무총장은 국제연합의 모든 가맹국과 제11조에 규정된 비가맹국에 대하여 다음 사항을 통고한다.

(a) 제11조에 의하여 수령한 서명 비준 또는 가입
(b) 제12조에 의하여 수령한 통고
(c) 제13조에 의하여 본 협약이 발효하는 일자
(d) 제14조에 의하여 수령한 폐기
(e) 제15조에 의한 협약의 폐지
(f) 제16조에 의하여 수령한 통고

제18조 본 협약의 원안은 국제연합의 문서보관소에 기탁한다. 본 협약의 인증등본은 국제연합의 모든 가맹국과 제11조에 규정된 비가맹국에 송부한다.

제19조 본 협약은 발효일자에 국제연합 사무총장이 등록한다.

## < 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약 >

채택일 1968. 11. 26 / 발효일 1970. 11. 11 / 당사국 수 44 / 대한민국 비가입

이 협약의 당사국들은

국제연합 총회의 전쟁범죄자의 인도 및 처벌에 관한 1946년 2월 13일자 결의 3(I) 및 1947년 10월 31일자 결의 170(II), 뉘른베르크 국제군사재판소 설립헌장과 동 재판소의 판결에서 승인한 국제법상의 원칙을 확인한 1946년 12월 11일자 결의 95(I), 원주민의 경제적 및 정치적 권리의 침해와 인종차별정책을 인도에 반하는 죄로 명백히 규탄한 1966년 12월 12일자 결의 2184(XXI)와 1966년 12월 16일자 결의 2202(XXI)를 상기하고,

전쟁범죄자 및 인도에 반하는 범죄를 저지른 자의 처벌에 관한 1965년 7월 28일자 국제연합 경제사회이사회 결의 1074D(XXXIX) 및 1966년 8월 5일자 결의 1158(XLI)을 상기하고,

전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄의 소추 및 처벌과 관련된 중요 선언, 문서 또는 협약의 어디에도 시효 기간에 관한 규정이 없었다는 점을 주목하고,

전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄가 국제법상 가장 중대한 범죄의 하나라는 점을 고려하고,

전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄의 효과적인 처벌은 그러한 범죄의 방지와 인권 및 기본적 자유의 보호, 신뢰의 고취, 국민간 협력 촉진 및 국제 평화와 안전의 증진에 있어서 중

요한 요소임을 확신하고,

전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대하여 일반 범죄의 시효기간에 관한 국내법 규칙을 적용하는 것은 이러한 범죄에 책임 있는 사람에 대한 기소 및 처벌을 저지시키므로, 이것이 세계 여론의 지대한 관심사라는 점에 유의하고,

이 협약을 통하여 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대하여는 공소시효의 기한이 없다는 국제법상의 원칙을 확인하고, 이의 보편적 적용을 보장하는 것이 필요하며 시의적절하다는 점을 인식하여,

다음과 같이 합의하였다.

제1조 다음과 같은 범죄에 대하여는 범행 시기와 상관없이 공소시효의 제한이 적용되지 아니한다.

(a) 1945년 8월 8일자 뉘른베르크 국제군사재판소 설립헌장에 규정되고, 1946년 2월 13일자 국제연합 총회 결의 3(I) 및 1946년 12월 11일자 결의 95(I)에서 확인된 전쟁범죄, 특히 1949년 8월 12일 전쟁 희생자 보호를 위한 제네바 협약에 열거된 "중대한 위반."

(b) 다음과 같은 행위가 범행지국의 국내법 위반을 구성하지 아니한다 할지라도, 1945년 8월 8일자 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장에 규정되고 1946년 2월 13일자 국제연합 총회 결의 3(I) 및 1946년 12월 11일자 결의 95(I)에서 확인된 전시 또는 평시를 불문하고 저질러진 인도에 반하는 죄, 군사적 공격이나 점령 그리고 인종차별정책에 따른 비인도적 행위에 의한 추방, 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해죄.

제2조 제1조에 언급된 범죄가 행하여진 경우, 이 협약 규정은 범행의 완성단계와 관계없이 정범 또는 공범으로 가담하였거나, 그러한 범죄행위를 하도록 타인을 직접 교사하였거나, 그러한 범행을 공모한 국가기관의 대표와 사인 그리고 이들의 행위를 묵인한 국가기관의 대표에게 적용된다.

제3조 이 협약의 당사국은 협약 제2조에 규정된 자의 인도가 국제법에 따라 가능하도록 입법 또는 기타의 조치 등 필요한 모든 국내조치를 채택할 것을 약속한다.

제4조 이 협약의 당사국은 각국의 헌법적 절차에 따라 시효제한 또는 다른 제한들이 협약 제1조 및 제2조상의 범죄의 기소 및 처벌에 적용되지 않도록 보장하기 위하여 필요한 입법 또는 기타의 조치를 채택할 것과 그러한 제한이 있을 경우 제한을 폐지할 것을 약속한다.

제5조 이 협약은 국제연합 회원국들과, 국제연합 전문기구 및 국제원자력기구의 회원국, 국제사법재판소 규정당사국, 국제연합 총회로부터 이 협약의 당사국이 되도록 초청된 국가의 서명을 위하여 1969년 12월 31일까지 개방된다.

제6조 이 협약은 비준을 받아야 한다. 비준서는 국제연합 사무총장에게 기탁된다.

제7조 이 협약은 제5조에 규정된 국가들에 의한 가입을 위하여 개방된다. 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁된다.

제8조 1. 이 협약은 10번째 비준서 또는 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁되는 날로부터 90일 후에 발효한다.

2. 10번째 비준서 또는 가입서의 기탁 후 이 협약을 비준하거나 가입하는 국가에 대하여 이 협약은 비준서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 90일 후에 발효한다.

제9조 1. 이 협약의 발효일로부터 10년 이후 체약국은 국제연합 사무총장에 대한 서면통고로써 이 협약의 개정을 언제든지 요청할 수 있다.

2. 국제연합 총회는 이러한 개정 요청에 대하여 필요한 경우 취할 조치를 결정한다.

제10조 1. 이 협약은 국제연합 사무총장에게 기탁된다.

2. 국제연합 사무총장은 제5조상의 모든 국가들에게 이 협약의 인증등본을 송부한다.

3. 국제연합 사무총장은 제5조상의 모든 국가들에게 특히 다음 사항을 통지한다.

(a) 협약의 서명 및 제5조, 제6조, 제7조에 따라 기탁된 비준서 및 가입서.

(b) 제8조에 따른 협약의 발효일.

(c) 제9조에 따라 접수된 통고.

제11조 1968년 11월 26일 작성된 이 협약은 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어, 스페인어 본을 동등한 정본으로 한다.

이상의 증거로 서명을 위하여 정당하게 권한을 부여받은 서명자가 이 협약에 서명하였다.