

공소시효에 대한 법철학적 시론*

- 연구노트의 측면에서 -

양 천 수

영남대 법학전문대학원 부교수

< 목 차 >

- I. 문제제기
- II. 공소시효의 법적 성질
- III. 공소시효와 죄형법정주의
- IV. 글을 맺으며

【국문초록】

이 글은 형사소송법이 규정하는 공소시효와 관련된 법적 문제들을 법철학적 관점을 포함한 다양한 관점에서 접근한다. 이를 통해 공소시효와 같은 어찌 보면 기술적인 장치가 궁극적으로는 법철학적 사유와 연결된다는 점을 보여주고자 하였다. 이 글은 다음과 같이 구성되었다. 먼저 공소시효의 법적 성질이 무엇인지 검토하였다(II). 이를 해명하기 위해 필자는 민사법이 규정한 소멸시효에 관한 논의를 인용하였다. 이를 통해 이 글은 공소시효가 범죄피의자의 이익을 위해서 존재하는 것이 아니라, 형사사법체계의 기능을 위해서 존재한다는 주장을 하였다.

* 투고일 : 2012.10.11, 완료일 : 2012.11.25, 게재확정일 : 2012.12.22

다음으로 공소시효 문제가 죄형법정주의와 관련되는지를 살펴보았는데(III), 이 글은 공소시효가 죄형법정주의와 직접적으로 관계를 맺지는 않는다는 결론을 내렸다. 그러므로 이미 완성된 공소시효를 소급적으로 연장하는 것은 소급효금지 원칙에 해당하지 않는다고 보았다.

주제어 : 공소시효, 죄형법정주의, 소급효금지 원칙, 소급입법, 라트브루흐 공식

I. 문제제기

형사소송법 제249조가 규정하는 공소시효는 지난 1995년 이른바 '5·18 특별법 사건'을 전후로 하여 학문적·실무적 논란의 핵심이 된 바 있다.¹⁾ 이후 공소시효에 관한 관심과 논란은 비인도적이고 잔혹한 형사사건이 발생할 때마다 다시 관심의 초점이 되고는 하였다. 이 때문에 이미 다수의 학자들이 공소시효에 관한 연구를 발표하기도 하였다.²⁾ 이는 공소시효에 관한 문제가 여전히 '현재적인 문제'라는 점을 시사한다. 그런데 공소시효에 관한 문제가 의미가 있고 또 어려운 것은, 이 문제가 단순히 형사소송법만의 문제에 그치지 않고, 이를 넘어서 헌법적, 법철학적, 법정정책적 문제까지 연결되기 때문이다. 이러한 측면에서 공소시효를 형법 도그마틱의 관점을 넘어서는 통합과학의 측면에서,³⁾ 무엇보다도 법철학의 관

1) 이 문제에 관해서는 우선 김재균, 『5·18과 한국정치: 광주보상법과 5·18 특별법 결정과정 연구』(한울, 2000); 양선숙, “법적 허구(Legal Fiction)의 의의: 헌법재판소의 5.18특별법 합헌 결정과 관련하여”, 『법학논고』 제34집(2010. 10), 185-210쪽 등 참고.

2) 다수의 연구 중에서 몇몇을 언급하면 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 『법학논고』(경북대) 제11집(1995), 175-208쪽; 오호택, “5·18특별법과 공소시효”, 『안암법학』 제4호(1996. 8), 159-177쪽; 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙(상)”, 『판례월보』 제319호(1997. 4), 30-37쪽; 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙(하)”, 『판례월보』 제320호(1997. 5), 38-47쪽; 하태영, “공소시효제도의 문제점과 개정방향”, 『비교형사법연구』 제4권 제1호(2002. 7), 519-551쪽; 조국, “반인권적 국가범죄의 공소시효의 정치·배제와 소급효금지의 원칙”, 『형사법연구』 제17호(2002. 6), 1-18쪽; 변종필, “반인도적·국가적 범죄와 공소시효”, 『비교형사법연구』 제8권 제1호(2006. 7), 643-668쪽; 홍영기, “시효 이른의 역사적 전개와 그 평가”, 『법사학연구』 제37호(2008. 4), 239-268쪽 등 참고.

3) 통합과학에 관해서는 양천수, “인권법의 통합과학적 성격”, 『인권이론과 실천』 제2호(2007. 10), 117-129쪽 참고.

점에서 다루는 것은 의미가 없지 않다고 생각한다. 이러한 맥락에서 이 글에서는 공소시효에 관한 문제를 법철학적 관점을 포함한 다양한 측면에서 시론적으로 다루어 보도록 한다. 공소시효에 관해서는 크게 다음과 같은 점들이 문제가 된다.

- 첫째, 형사법 도그마틱에 관한 문제로서 공소시효의 법적 성질이 무엇인지 문제된다. 이 문제는 우리 헌법과 형법이 규범원칙으로 채택하고 있는 죄형법정주의의 적용범위에 공소시효가 포함되는지와 관련하여 논의의 실익이 있다.
- 둘째, 헌법적인 문제로서 공소시효가 과연 범죄피의자의 기본권을 보호하는 것인지, 아니면 단지 반사적으로만 이익을 부여하는 것인지 논의할 필요가 있다.
- 셋째, 죄형법정주의와 공소시효가 필연적으로 연결되는 것인지, 이와 관련하여 죄형법정주의의 법철학적 의미가 무엇인지 검토할 필요가 있다. 여기서 전자는 형법철학적인 문제이고, 후자는 이보다 더욱 넓은 법철학적인 문제라고 할 수 있다.
- 넷째, 공소시효를 배제하는 특별법을 제정하는 것이 죄형법정주의에 반하는 것으로 위헌인지, 그게 아니면 법정책적으로 타당할 수 있는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

아래에서는 이러한 문제들을 정면에서 본격적으로 다루기보다는, 주로 필자가 갖고 있는 단편적인 생각을 중심으로 하여 일종의 시론, 즉 연구노트로서 다루어 보려 한다. 이를 본격적으로 다루는 것은 추후의 과제로 미루기로 한다.

II. 공소시효의 법적 성질

먼저 형사법 도그마틱의 문제로서 공소시효의 법적 성질이 무엇인지 살펴보도록 한다. 이에 관해서는 종래 실제법설, 소송법설, 경합설이라는 이름으로 견해가 대립하였다.⁴⁾

4) 이에 관해서는 먼저 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙(상)”, 『판례월보』 제319호 (1997. 4), 30-37쪽 참고.

1. 학설대립

1) 실체법설

먼저 실체법설은 비록 공소시효가 형사소송법에 규정되어 있기는 하지만 그 성질은 실체법적 성격을 띤다고 본다. 실체법설에 따르면, 공소시효는 범죄와 형벌을 규율하는 법규범에 해당한다. 왜냐하면 공소시효는 검사가 제기할 수 있는 공소의 범위를 확정함으로써 결과적으로 가벌성의 범위를 확정하는 데 기여하기 때문이다. 바로 이 점에서 공소시효는 실체법적인 성질을 갖고, 따라서 공소시효를 연장하는 것은 실체법상 가벌성의 범위를 확장하는 것이므로, 죄형법정주의의 적용대상이 된다고 한다.

2) 소송법설

이에 반해 소송법설은 공소시효는 소송법상 장치에 지나지 않는다고 말한다. 이러한 근거로서 소송법설은 우선 공소시효는 형법이 아닌 형사소송법이 규정하고 있다는 점을 든다. 일종의 체계적 해석을 하는 셈이다. 그러므로 이러한 소송법설에 따르면, 공소시효를 연장하는 것은 형사실체법상 가벌성의 범위를 확장하는 것이 아니라, 단지 소송법상 목적에 이바지하기 위한 것에 지나지 않는다. 따라서 이는 죄형법정주의, 그 가운데서도 소급효금지 원칙의 적용대상이 되지 않는다고 말한다.

3) 경합설

이외에 경합설은 공소시효가 형사실체법적인 성질과 소송법적인 성질을 모두 갖는다고 한다. 일종의 절충설인 셈이다. 이러한 경합설에 따르면, 이미 공소시효가 만료된 상황에서 새롭게 입법으로써 공소시효를 연장하는 것은 소급효금지 원칙에 위반된다. 즉 경합설은 진정소급효와 부진정소급효를 개념적으로 구별하면서, 부진정소급효에 해당하는 경우에는 공소시효를 연장할 수 있지만, 진정소급효에 해당하는 경우에는 공소시효를 연장할 수 없다고 말한다. 공소시효 문제에 관

해 절충적인 해법을 모색하고자 공소시효의 법적 성질 역시 절충적으로 파악하는 것이다.

2. 공소시효의 존재의의

1) 논의의 출발점

그러면 이 문제를 어떻게 바라보아야 하는가? 이 문제를 해결하려면, 왜 공소시효가 존재하는지에 관해 생각해 볼 필요가 있다. 이렇게 공소시효의 존재의의 또는 존재근거를 밝혀야만 공소시효의 법적 성질, 더 나아가 공소시효와 죄형법정주의의 관계도 명료해질 수 있다. 그런데 이 문제에 관해서는 민법상 제도인 소멸시효나 취득시효의 존재의의에 관해 전개된 논의가 유익한 참고가 될 수 있다고 생각한다. 왜냐하면 필자는 형사소송법상 공소시효나 민법상 소멸시효 및 취득시효 모두 동일하게 '시효'(Verjährung) 제도에서 출발한다고 생각하기 때문이다. 이 경우 민사법과 형사법 사이에 존재하는 질적 차이는 크지 않다고 생각한다. 왜냐하면 필자는 민사법상 시효나 형사법상 시효 모두 채무자나 범죄피의자의 이익을 지향하기보다는 소송절차 자체의 이익을 지향한다고 생각하기 때문이다. 이러한 이유에서 아래에서는 민법상 시효 중에서 소멸시효에 관한 논의를 간략하게 소개한 후, 이에 대한 필자의 생각을 정리해 보도록 한다.

2) 민법상 소멸시효에 관한 논의

소멸시효 제도란 채무자가 채무를 이행하지 않는 사실의 법적 상태가 장기간 지속되는 경우, 비록 채권자가 채무자에 대해 갖는 채권이 법적으로 유효한 것이라 할지라도, 채무자의 채무를 소멸시켜주는 제도를 말한다.⁵⁾ 이러한 소멸시효 제도는 법에 관한 전문지식을 갖고 있지 않은 일반인의 시각에서 보면, 납득하기 어려운 제도이다. 왜냐하면 이러한 소멸시효 제도에 따르면, 채권자는 단지 시간이 흘러갔다는 이유만으로 자신이 적법하게 취득한 채권을 상실해야 하기 때문이다. 그러므로 소멸시효 제도는 "의무는 이행되어야 한다는 법의 기본원칙에 대한

5) 소멸시효 제도에 대한 최초의 본격적인 연구로 김중환, 『소멸시효론』(서울대 법학박사 학위논문), 1967 참고; 이 논문은 김중환, 『민법논집』(박영사, 1982)에 수록되어 있다.

예외"라 할 수 있다.⁶⁾ 이러한 이유에서 "우리나라에는 소멸시효의 「정당성」에 대하여 근본적으로 비판적인 의견을 가진 법률가가 적지 않다."⁷⁾ 많은 이들이 소멸시효 제도를 곱지 않은 눈으로 바라본다. 심지어 "스스로 채무를 지고 있다는 것을 자각하고 있는 채무자를 면책하고, 또는 무권원의 점유자도 소유자로서 보호받는 경우를 발생케 한다는 것은 부도덕 나아가 법률상 약탈 이외에 아무것도 아니라는 비판도 충분히 생각해 볼 수 있다"고까지 말하기도 한다.⁸⁾ 그런데도 우리나라뿐만 아니라 세계 선진 각국은 소멸시효 제도를 인정하고 있고, 심지어 이를 더욱 강화하고자 하는 움직임도 보인다. 예를 들어, 2002년 '채권법 현대화법'을 통해 채권법 부분뿐만 아니라 민법 전반에 걸쳐 중대한 개정을 한 독일 민법의 경우를 보면, 소멸시효를 대폭 강화하여 종전 30년이었던 일반적인 소멸시효 기간을 3년으로 줄였다(독일 민법 제195조).⁹⁾

그렇다면 이렇게 일반인의 상식에서 보면 쉽게 납득하기 어려운 소멸시효 제도를 인정하는 근거는 어디에 있는가? 이에 관해 양창수 대법관은 19세기 독일의 사법학자 사비니(F.C.v. Savigny)의 견해를 원용하여 소멸시효 제도의 근거를 열거하고 있는데, 이는 소멸시효 제도의 인정근거를 해명하는 데 유익하다. 이에 따르면, 소멸시효를 정당화하는 데 크게 다섯 가지 근거를 제시할 수 있다.¹⁰⁾ 첫째, 그 자체 명확하지 않아 분쟁과 의문을 낳을 수 있는 법적 관계를 소멸시효로써 확정할 수 있다는 것이다. 둘째, 권리자가 채무자에 대해 장기간 권리를 이행하려고 청구하지 않는 것은, 이 권리가 이미 변제되었기 때문이라고 추정할 수 있다는 것이다. 셋째, 소멸시효 제도는 권리자가 장기간 권리추급을 하지 않은 데 대한 '징벌'이라는 것이다. 즉 "권리 위에 잠자는 자"는 법으로써 보호할 수 없다는 것이다. 넷째, 소멸시효를 인정하지 않으면 권리자는 그 어느 때라도 권리를 추급하기 위해 소를 제기할 수 있는데, 이러한 소제기는 전적으로 권리자의 의사에 달려 있어서, 의무자는 불안정한 법적 상태에 놓일 수밖에 없다는 것이다. 마지막으로 소멸시효를 통해 소송 감소라는 결과를 얻을 수 있다는 것이다.

6) 윤진수, "소멸시효 완성의 효과", 『한국민법이론의 전개』(박영사, 1999), 205쪽.

7) 양창수, "사비니의 소멸시효론", 『민법산책』(박영사, 2005), 59쪽.

8) 고상룡, 『민법총칙』, 전경판(법문사, 1999), 665쪽 아래.

9) 이에 대한 소개는 김형배 외, 『독일 채권법의 현대화』(법문사, 2003) 참고.

10) 아래의 설명은 양창수, 앞의 논문(주9), 61-65쪽 참고.

3) 공소시효의 존재의의

필자는 이렇게 민법상 소멸시효에 관해 전개되는 논의는 형사소송법상 공소시효의 존재의의를 해명하는 데도 유익한 시사를 한다고 생각한다. 필자는 소멸시효의 인정근거로서 사비니가 제시한 것 중에서 첫 번째가 가장 중요하다고 생각한다. 이에 따르면, 소멸시효는 채권채무관계를 명확하게 하여 법적 안정성을 꾀하는 데 있는 것이지, 채무자의 이익을 위해 존재하는 것은 아니다. 소멸시효가 완성됨으로써 채무자가 얻게 되는 이익은 정당한 권리행사로써 획득하는 이익이 아니라, 반사적 이익에 불과하다고 보아야 한다.

소멸시효는 민사절차적인 필요 때문에 인정된다는 이 같은 설명방식은 형사소송법상 공소시효의 존재의의를 해명하는 데도 그대로 적용할 수 있다. 이러한 측면에서 공소시효를 보면, 공소시효는 형사절차상의 필요 때문에, 다시 말해 형사사법체계의 기능을 위해 존재하는 것이지, 범죄피의자의 이익을 위해 존재하는 것은 아니라고 말할 수 있다. 즉 형사사법체계가 장기간 한 범죄만을 수사하거나 소추할 수는 없기 때문에 공소시효 제도를 마련한 것이라고 볼 수 있는 것이다. 만약 이러한 한계선을 두지 않으면, 범죄수사는 오히려 방만해질 우려가 있고, 또 그만큼 형사절차는 장기화될 수 있다. 이는 형사사법체계의 효율성 혹은 경제성이라는 요청에 비추어 보아도 적절하지 않다. 요컨대, 공소시효는 범죄피의자의 이익을 위해 존재하는 것이 아니라, 형사사법체계의 기능적 이익을 위해 존재하는 것이라고 보아야 한다.

4) 공소시효와 범죄피의자의 기본권

이렇게 공소시효는 범죄피의자의 이익을 위해 존재하는 것이 아니라, 형사사법체제라는 국가제도를 위해 존재하는 것이라면, 공소시효는 범죄피의자의 인권 혹은 기본권과 무관한 것이라는 결론을 이끌어낼 수 있다. 헌법이 규정하는 기본권은 원칙적으로 주관적 공권으로서 국가에 대한 소극적인 방어권으로 또는 적극적인 청구권으로 법적인 힘을 발휘한다.¹¹⁾ 그러나 이미 논증한 것처럼, 공소시효가

11) 이에 관해서는 Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen 2003 참고; 이렇게 기본권은 '법적인 힘'을 발휘한다는 점에서 원칙적으로 '도덕적인 힘'만을 갖는 인권과는 구별된다. 그러나 인권이 법으로써 제도화된 인권법은 기본권과 마찬가지로 법적인 힘을 발휘할 수 있다.

만료됨으로써 범죄피의자가 형사소추로부터 해방될 수 있는 이익은 ‘반사적 이익’에 불과하다. 이러한 이익은 범죄피의자가 국가에 대해 적극적 또는 소극적으로 요청할 수 있는 법적인 힘이 아니다. 반복해서 강조하지만, 공소시효는 범죄피의자의 신뢰를 법적인 권리로서 보호하려는 것이 아니라,¹²⁾ 형사사법의 자원을 효율적으로 배분하기 위한 기능적인 차원에서 국가가 도입한 것이기 때문이다. 그러므로 공소시효는 범죄피의자의 인권이나 기본권과는 무관한 것이라고 말할 수 있다. 따라서 공소시효에 관한 논의를 진행할 때 범죄피의자의 인권이나 기본권을 고려하는 것은 타당한 논증이 아니라고 생각한다.

III. 공소시효와 죄형법정주의

이렇게 공소시효가 범죄피의자의 인권 또는 기본권과 무관한 것이라면, 공소시효는 죄형법정주의의 적용범위에 포함되지 않는다는 추론도 가능할 수 있다. 이 같은 주장을 논증하려면, 먼저 죄형법정주의가 지닌 두 가지 이율배반적인 의미를 살펴볼 필요가 있다.

1. 죄형법정주의의 이율배반성

1) 죄형법정주의의 의의

인권과 기본권의 관계에 관해서는 양천수, “인권 개념을 둘러싼 몇 가지 문제”, 『사회과학연구』(영남대) 제31집 제1호(2011. 6), 179-198쪽.

- 12) 물론 이 경우 행정법상 신뢰보호원칙을 원용할 여지가 없지는 않다. 그러나 공소시효가 문제되는 경우는 조직적 학살과 같은 중대한 불법이 문제되는 경우이므로, 이 경우에는 중대한 불법을 막기 위한 이익이 신뢰보호원칙을 통해 보호하려는 이익보다 더욱 우월하다고 말할 수 있을 것이다. 이러한 신뢰보호원칙에 관해서는 안동인, 『영국법상 신뢰보호원칙에 관한 연구: 다원적 법비교를 통한 우리나라 판례의 비판적 검토』(서울대 법학석사 학위논문), 2004; 한수웅, “기본권과 신뢰보호원칙의 관계: 과잉금지원칙을 적용하여 신뢰보호원칙의 위반여부를 판단하는 헌법재판소결정에 대한 판례평석을 겸하여”, 『인권과 정의』 제407호(2010. 7), 27-49쪽; 서보국, “조세판례의 소급효와 세법상 신뢰보호원칙”, 『토지공법연구』 제49집(2010. 5), 315-339쪽; 박경철, “헌법원칙으로서 신뢰보호원칙: 신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도에 관한 비판적 연구”, 『헌법학연구』 제16권 제2호(2010. 6), 339-382쪽 등 참고.

우리 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 규정한다. 또한 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”고 규정한다. 이러한 헌법규정과 형법규정은 바로 우리 법체계가 죄형법정주의를 실정법으로 받아들이고 있음을 보여준다. 여기서 죄형법정주의란 법률 없으면 범죄도 형벌도 없다는 원칙을 말한다.¹³⁾ 이러한 죄형법정주의는 국가형벌권 행사를 시민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 구속시킴으로써, 시민의 자유와 권리를 보장하는 데 그 존재의의가 있다.¹⁴⁾ 죄형법정주의는 명확성 원칙, 소급효금지 원칙,¹⁵⁾ 유추적용금지 원칙, 관습법금지 원칙이라는 네 가지 하부원칙으로 구체화된다.¹⁶⁾

2) 죄형법정주의의 보호적 기능

그러면 우리 법체계는 왜 이러한 죄형법정주의를 도입하였는가? 이에 대해서는 일단 다음과 같이 대답할 수 있다. 먼저 죄형법정주의는 일종의 잠재적 범죄자라 할 수 있는 일반인이 형벌법규에 대해 갖는 예측가능성과 신뢰를 보호하기 위해 존재한다. 범죄와 형벌을 미리 법률을 통해 명확하게 규정함으로써, 시민이 자유롭게 행위할 수 있는 영역을 명확하게 확정하는 것이다. 이를 통해 시민은 자신이 무엇을 어느 정도의 범위에서 자유롭게 할 수 있는지 알게 된다. 이는 시민의 자유를 극대화하는 데 기여한다.¹⁷⁾ 또한 이를 통해 법적 안정성이 보장된다. 이러한 죄형법정주의의 기능은 형법의 보호적 임무에 합치한다.

13) 배종대, 『형법총론』, 제8전정판(홍문사, 2006), 72쪽; 이러한 죄형법정주의에 대한 분석으로는 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 『형사법연구』 제24호(2005. 겨울), 1-24쪽 참고.

14) 배종대, 위의 책(주13), 73쪽.

15) 소급효금지 원칙에 관해서는 홍영기, “소급효금지원칙의 확립 근거와 구체적 적용”, 『안암법학』 제22호(2006. 4), 69-109쪽 참고.

16) 배종대, 앞의 책(주13), 80쪽 아래.

17) 이 점에서 필자는 죄형법정주의가 ‘형법의 자유주의화’와 맥락을 같이 한다고 생각한다. 다시 말해, ‘자유주의적 법패러다임’이 형법영역에서 구체화된 한 제도가 바로 죄형법정주의인 것이다. 자유주의적 법패러다임에 관해서는 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 試論 -”, 『원광법학』 제24권 제2호(2008. 6), 81-107쪽 참고.

3) 죄형법정주의의 보장적 기능

이와 동시에 죄형법정주의는 범죄피의자의 이익을 보장하는 데도 기여한다. 목적형사상을 주창한 독일의 형법학자 리스트(Franz von Liszt)가 “형법은 범죄자의 마그나 카르타”라고 언명한 것은 바로 이를 반영한다.¹⁸⁾ 이를테면 죄형법정주의의 하부원칙인 소급효금지 원칙이나 관습법금지 원칙 또는 유추적용금지 원칙은 범죄피의자 혹은 피고인이 형사절차에서 형사사법체제로 대변되는 국가권력에 의해 자의적으로 억압되지 않도록 보장한다. 이 점에서 죄형법정주의는 전형적으로 독일의 형법학자 하세머(W. Hassemer)가 강조한 정형화원칙(Formalisierungsprinzip)에 해당한다.¹⁹⁾ 왜냐하면 죄형법정주의는 범죄피의자나 피고인의 이익을 보장하는 보장적 기능을 수행하기 때문이다.²⁰⁾ 그러나 이렇게 죄형법정주의가 범죄피의자나 피고인의 이익을 보장한다고 할 때, 여기서 말하는 이익은 반사적 이익이 아닌 정당한 이익, 즉 법적 권리로서 의미를 가질 수 있는 이익이라고 보아야 한다. 이는 동시에 범죄피의자 역시 인권 또는 기본권의 주체가 될 수 있다는 점을 시사한다.

4) 죄형법정주의의 이율배반성

이렇게 죄형법정주의는 한편으로는 일반인의 이익을 지향하는 보호적 기능을 수행하면서도, 다른 한편으로는 범죄피의자의 이익을 지향하는 보장적 기능을 수행한다. 문제는 이러한 보호적 기능과 보장적 기능이 서로 이율배반적인 관계를

18) 리스트의 목적형사상에 관해서는 Franz von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1968 참고.

19) 이에 관해서는 Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt/M. 1980 참고.

20) 형법의 보호적 임무는 주로 실체형법이 수행하는 임무에 해당하고, 형법의 보장적 임무는 주로 형사절차법이 수행하는 임무에 해당한다. 이는 곧 형사실체법의 목적과 형사절차법의 임무가 서로 분리되는 독자적인 것이 아니라, 형사법이라는 전체 테두리 안에 속하는 하부목적으로 이해해야 한다는 것을 시사한다. 필자는 이러한 근거에서 형사소송의 목적은 실체형법의 목적과 분리되는 그 무엇이 아니라고 생각한다. 이에 관해서는 양천수, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰 - 법철학의 관점에서 -”, 『경남법학』 제23집(2008. 2), 125-146쪽; 이를 라드브루흐 공식의 관점에서 분석하는 프랑크 잘리거, 윤재왕 (윤길), 『라드브루흐 공식과 법치국가』(세창출판사, 2011) 참고; 이와 달리 형사소송의 독자적인 목적을 강조하는 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 『저스티스』 제100호(2007. 10), 255-271쪽 참고.

맺는다는 점이다. 시민을 위해 보호적 기능을 강화하면, 그 만큼 범죄피의자를 위한 보장적 기능은 약화될 수 있다. 반대로 보장적 기능을 강화하면, 이번에는 보호적 기능이 약해질 수 있다. 예를 들어, 소급효금지 원칙은 기본적으로 보장적 기능을 수행하는 기여한다. 따라서 이를 강조하면 할수록 보장적 기능은 강화되는 반면, 시민을 지향하는 보호적 기능은 그 만큼 약해질 수 있다. 전체 시민의 공익을 위해서는 소급효금지 원칙의 적용영역을 약화시킬 필요가 있는 것이다. 공소시효 문제가 바로 이러한 이율배반성을 전적으로 보여주는 문제라고 할 수 있다.

2. 죄형법정주의와 공소시효의 상관성

그러면 공소시효는 죄형법정주의의 하부원칙인 소급효금지 원칙이 적용되는 경우로서 양자는 밀접한 관련을 맺는다고 할 수 있을까? 그러나 이러한 관련성을 인정할 수 있으려면, 그 전제로서 공소시효가 보장하는 범죄피의자 혹은 피고인의 이익이 보장적 기능에 합치하는 법적 이익에 해당해야 한다. 그러나 위에서 논증한 것처럼, 공소시효가 보장하는 범죄피의자의 이익은 법적인 이익이 아니라 반사적 이익에 불과하다. 다시 말해, 공소시효는 범죄피의자의 기본권과 관계가 없는 것이므로, 죄형법정주의의 적용영역에 해당하지 않는다.

이외에 필자는 다음과 같은 이유도 덧붙일 수 있다고 생각한다. 죄형법정주의가 본래 의미하는 바는, 범죄행위 당시 이와 관계되는 실정법이 이를 범죄로 규정하지 않은 경우에는 이를 처벌할 수 없다는 것이다. 그러나 공소시효가 완성된 경우에는 당시의 실정법이 이미 범죄로 규정하고 있는 행위를 형사절차상의 이유로 소추하지 않는 것에 불과하다. 그러므로 공소시효는 죄형법정주의의 맥락에서 논의하기 어려운 점이 분명 있고, 따라서 공소시효를 소급적으로 연장하는 것은 소급효금지 원칙에 위반된다고 성급하게 추론하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

3. 공소시효의 연장가능성

이렇게 공소시효가 죄형법정주의의 적용범위에 해당하지 않는다면, 시효가 완성된 공소시효의 기한을 소급적으로 연장하는 것도 가능하다고 생각한다. 공소시

효가 완성됨으로써 범죄피의자가 얻게 되는 이익은 반사적인 이익으로서 형사법이 굳이 다른 공익을 희생하면서 보호할 만한 가치가 있다고 말할 수는 없다. 그러므로 소급효의 개념을 도그마틱적으로 진정소급효와 부진정소급효로 나누어, 공소시효의 경우에는 부진정소급효만 인정하고 진정소급효는 부정하는 견해, 즉 공소시효가 완성된 경우에는 소급적으로 공소시효를 연장할 수 없다는 견해는 설득력이 부족하다고 생각한다.²¹⁾ 이에 대한 근거는 이미 여러 번 언급한 것처럼 공소시효가 범죄피의자의 인권 또는 기본권과 관련이 없다는 점에서 찾을 수 있다. 그러나 이에 대해 한 발 양보하여, 설사 공소시효가 범죄피의자의 법적 권리나 이익과 관련이 있다 하더라도, 다음과 같은 논증으로써 이미 완성된 공소시효를 소급적으로 연장할 수 있다고 생각한다.

법철학적 견지에서 보면, 이미 완성된 공소시효를 소급적으로 연장하는 것은 구체적 정의와 법적 안정성이 서로 갈등을 빚는 대표적인 경우라 할 수 있다. 그런데 5·18 특별법 사건의 경우처럼, 이미 공소시효가 완성된 경우인데도 사후에 특별법을 제정하여 공소시효를 연장한 후 이를 통해 관련자를 처벌하는 경우에는, 법적 안정성보다 구체적 정의가 더욱 강하게 요청된 경우라고 말할 수 있다. 이러한 경우는 독일의 법철학자 라드브루흐(G. Radbruch)가 제시한 '라드브루흐 공식'(Radbruchsche Formel)에 힘입어 정당화할 수 있다고 생각한다. 라드브루흐는 구체적 정의와 법적 안정성이 갈등을 빚는 경우 원칙적으로는 법적 안정성이 우선해야 하지만, 참을 수 없는 부정의가 존재하는 경우에는 예외적으로 구체적 정의가 법적 안정성보다 우선한다고 말한다. 이를 흔히 라드브루흐 공식이라고 말한다.²²⁾ 따라서 참을 수 없는 부정의가 존재하는 경우에는 이미 그 시효가 완성되었다 하더라도 추후에 특별법으로써 공소시효를 연장할 수 있다고 말할 수 있다. 물론 이 경우 문제되는 것은, 과연 어떤 경우에 참을 수 없는 부정의가 존재한다고 말할 수 있는가 하는 점이다. 이 문제는 구체적인 사례를 대상으로 하여 개별적으로 판단할 수밖에 없겠지만, 이를테면 인간의 존엄과 같은 인권이나 기본권 또는 이를 보장하기 위해 마련한 각종 규범원칙 등을 조직적·체계적·집단적으로 파괴하는 경우에는 참을 수 없는 부정의가 존재한다고 말할 수 있을 것이다.

21) 이와 달리 김영환 교수는 부진정소급효와 진정소급효를 구별하여 효력에 차이를 두는 것을 비판하면서, 필자와는 반대로 부진정소급효의 경우에도 소급효금지 원칙에 위반되는 것으로서 금지해야 한다고 말한다. 김영환, "공소시효와 형벌불소급의 원칙(하)", 『판례월보』 제320호(1997. 5), 38-47쪽

22) 라드브루흐 공식에 대한 자세한 분석은 프랑크 잘리거, 앞의 책(주20) 참고.

결국 이러한 논증에 비추어 보면, 설사 공소시효가 범죄피의자의 법적인 이익과 관련을 맺는다 하더라도, 특별한 경우에는 이미 완성된 공소시효를 소급적으로 연장하는 것도 가능하다고 말할 수 있다.²³⁾ 하물며 필자처럼 공소시효가 범죄피의자의 인권이나 기본권과 관련이 없다고 보는 경우에는 공소시효를 소급적으로 연장하는 것은 법적으로 큰 문제가 없다고 생각한다. 이 경우에는 죄형법정주의가 강조하는 소급효금지 원칙과도 관련이 없다. 다만 자의적으로 공소시효를 연장하는 것은 형사사법체계의 기능을 훼손할 수 있으므로, 특별한 경우에만 공소시효 연장을 인정하는 것이 법정책적으로 바람직하다고 생각한다.

4. 죄형법정주의의 제한가능성(?)

여론으로서 한 가지 더 짚고 넘어가야 할 문제가 있다. 라드브루흐 공식이 말하는 것처럼 참을 수 없는 부정의가 존재하는 경우에는 법적 안정성이 구체적 정의에게 우선권을 넘겨주어야 한다면, 죄형법정주의 역시 특별한 경우에는 제한될 수 있다고 보아야 하는가? 그러나 필자는 그렇지 않다고 생각한다. 참을 수 없는 부정의가 존재하는 경우에는 죄형법정주의 역시 제한될 수 있는 것이 아니라, 오히려 참을 수 없는 부정의가 존재했기 때문에 죄형법정주의가 침해된 것이므로, 라드브루흐 공식을 통해 죄형법정주의가 원래대로 복원되는 것이라고 생각한다. 그 이유를 크게 두 가지로 말할 수 있다.

첫째, 죄형법정주의는 법적 안정성만을 보장하는 것이 아니라는 점에 주목해야 한다. 필자는 죄형법정주의가 보호적 기능과 보장적 기능을 동시에 수행하는 것처럼, 법적 안정성뿐만 아니라 구체적 정의를 실현하는 데도 기여한다고 생각한다. 이렇게 보면, 참을 수 없는 부정의가 존재하는 경우 구체적 정의가 법적 안정성에 우선한다는 명제가 반드시 특별한 경우 죄형법정주의가 구체적 정의를 위해 제한되어야 함을 뜻하는 것은 아니라는 점을 알 수 있다.

둘째, 필자는 죄형법정주의는 현대사회에서도 여전히 자의적으로 침해할 수 없는 처분불가능한 규범원칙이라고 생각한다.²⁴⁾ 이는 역사적으로 형성된 법문화적

23) '반인권적 국가범죄'가 대표적인 예가 된다. 이에 관해서는 조국, 앞의 논문(주2), 1-18쪽; 변종필, 앞의 논문(주2), 643-668쪽 등 참고.

24) '처분불가능한 규범원칙'에 관해서는 양천수, "법문화와 처분불가능성 - 법문화를 통한 처분불가능성의 논증가능성 -", 『중앙법학』 제8집 제3호(2006. 10), 433-454쪽.

원칙인 동시에 자유롭고 평등한 합리적·법적 대화를 가능하게 하는 ‘발화수반적 의무부담’(illokutionäre Verpflichtungen)에 속한다고 생각한다.²⁵⁾ 그러므로 죄형법정주의를 침해하면, 합리적·법적 대화가 제대로 작동할 수 없다. 다만 여기서 주의해야 할 점은, 심재우 선생이 설득력 있게 논증한 것처럼, 죄형법정주의가 말하는 형벌법규는 형식적 의미의 법률을 넘어서 내용적으로 정당한 규범이어야 한다는 점이다.²⁶⁾ 이 때 말하는 정당한 규범이란, 라드브루흐 공식이 말하는 것처럼, 참을 수 없는 부정을 담고 있지 않은 규범을 말한다. 따라서 만약 참을 수 없는 부정을 담고 있는 형벌법규로써 범죄행위를 규율했다면, 이는 이미 죄형법정주의의 기본정신을 침해하고 있다고 말할 수 있다. 그러므로 소급입법 등을 통해 사후적으로 이를 교정하는 것은 죄형법정주의를 침해하는 것이 아니라, 오히려 죄형법정주의를 원래대로 복원하는 것이라고 보아야 한다.

IV. 글을 맺으며

지금까지 공소시효와 관련된 여러 문제들을 법철학적인 견지에서 시론적으로 살펴보았다. 필자는 이를 통해 대부분의 법적 문제가 그렇듯이, 어찌 보면 기술적인 장치로 보이는 공소시효 역시 궁극적으로는 법철학적 사유와 연결된다는 점을 보여주고자 하였다. 그러나 이 글은 말 그대로 일종의 시론으로서 공소시효 문제를 다루었기 때문에, 아직 충분하게 논증하지 못한 부분이 상당수 남아 있다. 필자의 주장만 제시되고, 이를 뒷받침할 수 있는 구체적인 논증이 부족한 경우가 많다. 이 문제들은 앞으로 필자가 수행해야 할 연구과제로 남겨두기로 한다. 이 점 양해를 부탁드립니다.

25) 법문화에 힘입어 처분불가능한 규범을 근거 짓고자 하는 시도로는 빈프리트 하세머, 이상돈·주현경 (역), 『정치와 헌법: 입헌민주주의의 기초』(세창출판사, 2005); W. Hassemer, "Unverfügbares im Strafprozess", in: *Festschrift für Maihofer*, 1988 등 참고; 합리적 대화(rationaler Diskurs) 개념에 관해서는 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, 제3장 참고; ‘발화수반적 의무부담’에 관해서는 K. Günther, "Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht", in: P. Koller/G. Varga/O. Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlage der Rechtspolitik*, Stuttgart 1992 참고.

26) 이에 대한 분석으로는 이상돈, 『형법학』(법문사, 1999) 참고.

참 고 문 헌

- 고상룡, 『민법총칙』, 전정판 (법문사, 1999).
- 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙(상)”, 『판례월보』 제319호(1997. 4).
- 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙(하)”, 『판례월보』 제320호(1997. 5).
- 김재균, 『5·18과 한국정치: 광주보상법과 5·18 특별법 결정과정 연구』 (한울, 2000).
- 김증한, 『소멸시효론』 (서울대 법학박사 학위논문), 1967.
- 김형배 외, 『독일 채권법의 현대화』 (법문사, 2003).
- 박경철, “헌법원칙으로서 신뢰보호원칙: 신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도에 관한 비판적 연구”, 『헌법학연구』 제16권 제2호(2010. 6).
- 배종대, 『형법총론』, 제8전정판 (홍문사, 2006).
- 변종필, “반인도적·국가적 범죄와 공소시효”, 『비교형사법연구』 제8권 제1호 (2006. 7).
- 서보국, “조세판례의 소급효와 세법상 신뢰보호원칙”, 『토지공법연구』 제49집 (2010. 5).
- 안동인, 『영국법상 신뢰보호원칙에 관한 연구: 다원적 법비교를 통한 우리나라 판례의 비판적 검토』 (서울대 법학석사 학위논문), 2004.
- 양선숙, “법적 허구(Legal Fiction)의 의의: 헌법재판소의 5.18특별법 합헌 결정과 관련하여”, 『법학논고』 제34집(2010. 10).
- 양창수, “사비니의 소멸시효론”, 『민법산책』 (박영사, 2005).
- 양천수, “법문화와 처분불가능성 - 법문화를 통한 처분불가능성의 논증가능성 -”, 『중앙법학』 제8집 제3호(2006. 10).
- 양천수, “인권법의 통합과학적 성격”, 『인권이론과 실천』 제2호(2007. 10).
- 양천수, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰 - 법철학의 관점에서 -”, 『경남법학』 제23집(2008. 2).
- 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 試論 -”, 『원광법학』 제24권 제2호(2008. 6).
- 양천수, “인권 개념을 둘러싼 몇 가지 문제”, 『사회과학연구』 (영남대) 제31집 제1호(2011. 6).

- 오호택, “5·18특별법과 공소시효”, 『안암법학』 제4호(1996. 8).
- 윤진수, “소멸시효 완성의 효과”, 『한국민법이론의 전개』 (박영사, 1999).
- 이상돈, 『형법학』 (법문사, 1999).
- 조국, “‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 『형사법연구』 제17호(2002. 6).
- 하태영, “공소시효제도의 문제점과 개정방향”, 『비교형사법연구』 제4권 제1호 (2002. 7).
- 한수용, “기본권과 신뢰보호원칙의 관계: 과잉금지원칙을 적용하여 신뢰보호원칙의 위반여부를 판단하는 헌법재판소결정에 대한 판례평석을 곁하여”, 『인권과 정의』 제407호(2010. 7).
- 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 『형사법연구』 제24호(2005. 겨울).
- 홍영기, “소급효금지원칙의 확립 근거와 구체적 적용”, 『안암법학』 제22호(2006. 4).
- 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 『저스티스』 제100호 (2007. 10).
- 홍영기, “시효이론의 역사적 전개와 그 평가”, 『법사학연구』 제37호(2008. 4).
- 프랑크 잘리거, 윤재왕 (옮김), 『라트브루흐 공식과 법치국가』 (세창출판사, 2011).
- 빈프리트 하셰머, 이상돈 · 주현경 (역), 『정치와 헌법: 입헌민주주의의 기초』 (세창출판사, 2005).
- Klaus Günther, “Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht”, in: P. Koller/G. Varga/O. Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlage der Rechtspolitik*, Stuttgart 1992.
- Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992.
- Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt/M. 1980.
- Winfried Hassemer, “Unverfügbares im Strafprozeß”, in: *Festschrift für Maihofer*, 1988.
- Franz von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1968.
- Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen 2003.

[Abstract]

A Legal Philosophical Essay on the Statute of Limitations

- A Research Note -

Yang, Chun-Soo

Associate Professor at Yeungnam University Law School
University of Washington School of Law Visiting Scholar

This essay deals with various problems on the Statute of limitations in the criminal procedure code from various perspectives involve a legal philosophical perspective. By doing that, this essay tries to show that a technical matter such as the Statute of limitations is related to a legal philosophical thinking. This essay is organized as follows. At first, the legal nature of the Statute of limitations is examined (II). For this purpose, the author uses the discussions about the extinctive prescription in civil law. With doing that, this essay states that the Statute of limitations does not exist for the benefit of a suspect, but for the benefit of the function of a criminal justice system. At second, this essay examines the problem of whether the Statute of limitations is related to a problem of the principle of “nulla poena sine lege” (III). However, the essay concludes that there is no relationship between the Statute of limitations and the principle of “nulla poena sine lege”.

Key words : the Statute of limitations, the principle of “nulla poena sine lege”, the principle banning retroactive punishment, ex post facto law, Radbruchsche Formel