

형사소송법상 공소시효 정지사유와 그 효력범위 -특히, 형사소송법 제253조를 중심으로-*

신 이 철**

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 제253조의 공소시효 정지사유
- III. 제253조 제2항의 공소시효 정지의 효력범위
- IV. 결 론

I. 서 론

우리나라 형사법상 시효는 크게 나누어 형법상 형 시효와 형사소송법상 공소시효로 양분된다.¹⁾ 이들 모두 일정시간이 경과한 사실 상태를 존중한다는 점에서는 공통된다. 그러나 ‘형 시효’는 확정된 형벌권이 소멸되며 형 시효의 완성시 형 집행면제가 되는 반면(형법 제77조), ‘공소시효’는 확정되지 않은 형벌권 내의 공소권을 소멸시키며 공소시효 완성 시 ‘공소권 없음’ 불기소처분 또는

* 이 논문은 2018년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨.

** 원광디지털대학교 경찰학과 조교수, 법학박사.

1) 형 시효와 공소시효 이외에도 공소시효 기간 내에 공소가 제기된 경우에도 - 법정형의 경중과 관계없이- 판결이 확정됨이 없이 25년(개정 전의 경우는 15년)을 경과하면 공소시효의 완성이 간주되어 면소판결을 하게 되는 의제 공소시효(재판시효)를 두고 있다. 이 제도는 1961.9.1. 법 개정으로 도입된 것으로, 영구미제사건의 종결하기 위해 도입된 것으로 설명되고 있는데, 사법판단의 회피수단으로 악용될 수 있다는 점을 근거로 폐지를 주장하는 견해도 없지 않지만(신동운, 「신형사소송법(제4판)」, 법문사, 2012, 401면), 오히려 유죄판결을 불허하는 것이 합리적이므로 존치해야 한다는 입장도 있다(백형구, 「형사소송법 강의」, 박영사, 2001, 494면), 이와 관련하여 시효를 형 시효와 공소시효 외에 재판시효로 나누어 3분설을 주장하는 견해로는 백형구, 「신체계 형사소송법」, 한국사법행정학회, 1998, 179면.

면소판결(제326조 제3호)을 하게 된다.

특히 공소시효와 관련하여, 공소시효 ‘정지’는 공소시효 진행이 정지되는 것으로 일정한 정지사유가 소멸하게 되면 -처음부터 새로이 진행되는 것이 아니라- 그 정지사유가 소멸한 때로부터 나머지 잔여 시효기간이 진행하게 되므로 결국은 정지된 기간만큼 공소시효의 완성이 늦추어지게 된다. 이에 반하여 공소시효 ‘중단’은 중단 이전에 진행한 기간을 모두 무효화하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 시효가 다시 진행되는 것이다. 우리 형법은 형 시효의 중단을 지금까지 인정하고 있고(형법 제80조), (구)형사소송법 또한 공소시효 중단제도를 두고 있었지만, 공소시효 중단제도는 피고인에게 불리할 뿐만 아니라, 시효제도를 인정할 취지에도 부합하지도 않고, 더 나아가 시효제도 자체를 부정하는 결과를 초래한다는 점 등을 고려하여 현행 형사소송법은 이를 삭제함으로써 -독일²⁾이나 프랑스³⁾와는 달리- 공소시효 중단을 인정하지 않고 있다.⁴⁾

원래 중단사유를 두고 있으면 공소시효 기간이 비록 짧게 설정되어 있더라도 그 기간이 연장되는 효과를 상당부분 볼 수 있다. 반면에 정지사유의 경우는 정지 사유만 해소되면 나머지 기간이 진행되므로 기간 연장의 효과가 상대적으로 적게 나타날 수밖에 없다. 결국은 -중단 제도를 두는 경우 보다는- 정지제도를 두는 경우에 시효기간을 보다 길게 설정할 필요성이 커지게 된다. 실제로 공소시효 정지사유만을 규정하고 있는 우리나라에서는 2007년 12월 형사소송법을 개정하여 공소시효기간을 연장한 바 있다.

-
- 2) 독일은 기본적으로 모든 범죄에 공소시효가 적용되지만, 「형법」등에서 특정 범죄에 대한 공소시효배제·정지·중단제도를 두고 있다. 즉, 독일 형법은 제211조(모살)의 범죄에는 공소시효 적용을 배제하고 있고(동법 제78조 제2항), 공소권 행사에 일정기간 동안 공소시효의 진행을 정지시키는 공소시효 정지제도(동법 78조의 b)를 두는 것과는 별도로, 피의자신문, 법관의 압수·수색·구류·구인명령, 공소제기, 공판에서의 각종 결정 등에 의하여 공소시효를 중단시키는 제도(동법 제78조의 c)를 별도로 두고 있다.
- 3) 김현수, 「프랑스의 공소시효 제도」, 「국의훈련검사 연구논문집」 제26집, 법무연수원, 2011, 67면; 손병현, 「프랑스 형사소송법 공소시효의 특색」, 「법과정제」 제18집 제2호, 제주대학교 법과정책 연구소, 2012, 259면. 참고로 영미법계 나라에서 보통법(common law)상으로는 공소시효가 없으며 모든 범죄는 언제든지 처벌할 수 있는 것이 원칙이다. 여기서 미국은 연방법 및 각 주법을 통하여 살인죄 등 일부범죄에 대하여 공소시효의 적용을 배제하고 있으며, 일본은 2010.4.27. 「형사소송법」 및 「형법」을 개정하여 살인과 강도살인을 포함해 최대 형량이 사형인 12가지 중대 범죄들에 대해 현재 25년인 공소시효를 폐지하였고, 일부 범죄에 대하여는 공소시효 기간을 연장하고 있다.
- 4) 노명선/이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2009, 473면. 형이 확정된 상태에 있는 형 시효에는 중단제도를 두고 있는데, 공소시효보다는 법적 안정성의 기대가 미약하다는 근거에 있다고 본다(신현주, 「형사소송법」, 박영사, 1999, 383면).

현행 ‘형사소송법’에 규정되어 있는 시효정지 사유로는 공소의 제기(제253조 제1항) 및 국외도피(제253조 제3항)와 재정신청(제264조의 4)⁵⁾으로 한정되어 있다. 그러나 특별법인 ‘소년법’에서는 소년보호사건에 대하여 소년부 판사가 심리개시결정(동법 제20조)을 한 때를 공소시효 정지사유로 보고 있다. 즉 심리개시결정이 있었던 때로부터 그 사건에 대한 보호처분의 결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지된다고 규정하고 있다(동법 제54조).⁶⁾

그 외에도 ‘헌법’ 제84조에서는 대통령이 내란·외환의 죄를 범한 경우이외에는 재직 중에는 형사상 소추를 받지 않는 것으로 규정하고 있는 바, 본 규정은 국가 소추권을 행사함에 있어서 법률상 장애사유에 해당한다는 점을 근거로 헌법재판소는 대통령이 내란죄와 외환죄 이외에 범한 죄에 대하여는 재직기간 동안 당연히 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 보고 있다.⁷⁾

그러나 본 논문에서는 형사소송법 제253조 제1항과 제3항에서 정하고 있는 공소시효 정지사유에 한정하여 논의를 해 나가면서 그 과정에서 부각되는 쟁점마다 올바른 해석을 제시함은 물론(Ⅱ), 특히 공소시효의 정지사유 중에서 형사소송법 제253조 제1항의 공소제기가 이루어진 경우 공범자에게도 시효정지의 효력이 미친다고 하는 형사소송법 제253조 제2항에 대한 합리적 해석을 하지만, 필요하고도 적절한 입법적 논의를 통하여 바람직한 공소시효의 개정안을 도출하고(Ⅲ) 결론을 맺고자 한다(Ⅳ).

-
- 5) 검사의 부당한 불기소처분으로 인한 공소시효완성을 방지하기 위한 취지라고 이해된다. 그러나 검사의 불기소처분에 대한 검찰항고나 헌법소원을 제기하는 경우에는 공소시효 진행 정지의 효력이 없다(헌법재판소 1993.9.27. 92헌마284). 그렇지만 소수의견은 공소시효제도를 소송법적으로 파악하여 재정신청의 규정을 유추적용 함으로써 시효정지를 긍정한다. 다만, 피의자의 법적안정성을 고려하여 시효정지의 효력발생 시점은 지정재판부에서 적법심사를 거쳐 전원재판부로 회부결정이 된 때로 제한하고 있다. 이러한 소수의견에 찬성하는 입장으로는 박찬걸, 「공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의」, 「형사법의 신동향」 통권 제34호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2012.3, 102면.
- 6) 검찰이 소년법을 가정법원에 송치한 후 보호처분을 할지 기소할지 여부를 법원이 결정하는 이른바 법원 선의주의(法院先義主義)에서는 이 심리개시결정이 공소제기의 의미가 있으므로 달리 특별한 정지사유가 아닐 수 있다.
- 7) 헌법재판소 1995.1.20. 94헌마246. 그러나 형사소송법상 대통령의 재직기간 중 공소시효 정지규정은 없으므로 해석상 문제가 된다는 점을 지적하면서, 명문의 규정이 필요하다는 입장으로는 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 372면.

Ⅱ. 제253조의 공소시효 정지사유

1. 우리나라 공소시효의 정지규정 등의 변천과정과 추세

우리나라의 공소시효 제도는 1954년 제정 형사소송법에 규정을 둔 이래로 별다른 이슈가 없었다. 그러나 1979.10.26. 박정희 대통령의 서거를 이용하여 1979.12.12. 군사쿠데타를 일으켜 정권을 잡는 과정에서 전국에서 민주화 운동이 일어났고, 이에 1980. 5.17. 비상계엄을 전국으로 확대하면서 그 다음날 광주에서 시위대를 진압한 5.18.사건을 일으킨 두 전직 (전두환과 노태우)대통령의 처벌과 관련한 논쟁 속에서 ‘헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법’이 1995.12.21. 제정되었다. 본법은 형법상 내란죄와 외환죄 및 군 형법상 반란죄와 이적죄 같은 헌정질서파괴행위에 대한 공소시효의 적용을 배제한 바 있고(동법 제3조),⁸⁾ 비록 1회적 사건이기는 하지만 ‘5.18 민주화운동 등에 관한 특별법’은 12.12군사쿠데타와 5.18사건을 전후하여 발생한 헌정질서파괴행위에 대한 공소시효를 두 전직 대통령의 임기종료일인 1993.2.24까지 정지시킨 바 있다(동법 제2조). 이와 관련해서는 사후입법을 소급적용하여 공소시효를 연장 혹은 배제할 수 있는가에 대하여 논의가 있었지만, 헌법재판소는 미완성인 공소시효를 사후적으로 연장하는 부진정 소급입법은 물론, 기존 법을 변경할 공익적 필요가 심히 중대한 경우는 이미 완성된 공소시효를 사후적으로 연장 혹은 적용 배제하는 진정소급입법도 허용할 수 있다고 결정⁹⁾한 바 있다.

한편, 다시 2006년에는 국민적 관심이 높았던 화성연쇄 사건(1986.9.19 - 1991.4.13.)과 대구 성서초등학생인 개구리소년 5인 실종사건(1991.3.26)의 공소시효 완성일이 다가오자 공소시효가 너무 짧다고 하는 공감대가 형성되었다.¹⁰⁾ 이에 2007.12.21. 형사소송법 개정을 통하여 최장 공소시효가 25년으로 연장되었고(제249조),¹¹⁾ 2010.4.15.에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특별법에 공소시

8) 그 외에도 형법 제250조의 살인죄로서 ‘집단 살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’(Genocide 협약)에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄도 공소시효를 배제하고 있다.

9) 헌법재판소 1996.2.16. 96헌가2.

10) 이형호 군 유괴 살해 사건을 모티브로 하여 2007년 2월 1일에 개봉된 영화 “그놈 목소리”는 이러한 여론 형성에 촉매 역할을 했다.

11) 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정이 적용된다고 부칙 제1조와 제3조가 규정하고 있다.

효의 특례규정이 도입되어 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하게 된다(동법 제21조 제1항).¹²⁾ 그리고 일정한 죄(제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄)는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장되었는데(동법 제21조 제2항), 이는 과학수사 기법의 발전에 따라 오래전의 증거도 수집할 수 있고 실제적 진실을 추적할 수 있게 되어 성폭력범죄의 입증가능성이 확대됨으로써 처벌여지를 확장한 것으로 볼 수 있다. 그리고 이 법 시행 전 행해진 성폭력 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용된다.

또한 2011년 청각장애아 학교 교직원의 성폭행 사건을 다룬 영화 ‘도가니’의 영향으로 그해 2011.11.17.에는 13세 미만의 사람 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 일정한 죄(동법 제21조 제3항 각 호)를 범한 경우에는 공소시효를 적용하지 아니하도록 하였다(동법 제21조 제3항). 이어서 2013.6.19.에는 13세 미만 아동이나 장애인에 대한 강제추행, 준강제 추행까지 공소시효 배제가 확대되었다.

그러나 이는 가장 무거운 범죄인 살인죄와의 형평성 논란을 불러왔다. 2012년 9월 26일 법정최고형이 사형에 해당하는 살인죄(중범은 제외)의 공소시효를 없애는 형사소송법 개정안을 국회에 제출하였고, 2015년 7월 24일 해당 법안이 국회를 통과하여 7월 31일 공포와 동시에 시행되었다. 결국 2015.7.31.에 공포 시행 된 개정 형사소송법은 사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄¹³⁾에 대하여는 공소시효를 폐지함으로써 기간 경과와 관계없이 공소시효가 영구적으로 완성되지 않으며, 부칙에 따라 -시행 후에 범한 범죄에 대해서만 적용되는 것도 아니고- 시행일인 2015.7.31. 이전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄도 포함된다는 규정을 두고 있다(부칙 제2조,

12) 그 외에도 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’도 해당 성범죄로 피해를 당한 아동·청소년이 성년에 달한 날로부터 진행한다(동법 제20조 제1항). 이 법 시행 전에 행하여진 성범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용된다. 그리고 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’은 아동학대범죄의 공소시효는 해당 아동학대범죄의 피해아동이 성년에 달한 날부터 진행한다고 규정하여 모두 피해자가 미성년자인 경우 특별히 보호하는 규정을 두고 있다(동법 제34조 제1항).

13) ‘사람을 살해한 범죄’란 살인죄(형법 제250조 제1항) 뿐만 아니라, 강도살인죄(형법 제338조) 등과 같이 살인이 포함된 범죄는 모두 이에 해당되고, ‘사형에 해당하는 범죄’란 법정형을 기준으로 사형이 선택적으로라도 규정되어 있는 범죄를 말한다.

결국 공소시효가 완성된 범죄에 대해서는 적용되지 않는다).

여기서 공소시효를 정지하거나 연장 또는 배제하는 내용의 조항을 신설하면 서도 명시적으로 소급적용에 관한 경과규정을 두지 않은 경우 그 조항을 소급 하여 적용할 수 있는지에 대하여, 대법원 판례는 ‘이를 해결할 보편타당한 일반 원칙이 존재할 수 없고 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙과 제13조 제1항의 소급금지원칙을 바탕으로 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함한 법치주의 이념을 훼손하지 않도록 신중히 판단해야 한다’고 판시¹⁴⁾한 바 있다.

그러나 공소시효의 연장이나 배제하는 추세와는 달리 선거사범에 대해서는 당해 선거일 후¹⁵⁾ 6개월(선거일 후에 이루어진 범죄는 그 행위를 한 날부터 6개월)이라는 최단기 공소시효를 규정하고 있는데 - 범인이 도피한 때나 범인이 공범 또는 범죄의 증명에 필요한 참고인을 도피시킨 때에는 그 기간은 3년으로 한다 - (공직선거법 제268조 제1항,¹⁶⁾ 산림조합법 제132조 제4항, 농업협동조합법 제172조 제4항, 수산업협동조합법 제178조 제5항 등), 이는 선출직이 갖는 신분상의 불안정성을 가급적 이른 시일 내에 신속히 해소시켜 조직의 안정을 도모하려는 취지라고 보인다. 그러나 그럼에도 불구하고 일반범죄의 최단 공소시효(예 : 구류 등)도 1년이라는 점을 고려하고, 지능적 선거범죄의 악성진화를 차단한다는 점에서 살펴보면 의문이 적지 않다.

2. 형사소송법 제253조에 규정된 공소시효 정지사유

공소시효는 공소장에 기재된 공소사실에 대한 법정형이 기준이 되며,¹⁷⁾ 공소시효의 기간은 법정형¹⁸⁾의 경중에 따라 형사소송법 제249조 제1항에 의하여

14) 대판 2015.5.28. 2015도1362, 2015전도19. 이에 대한 평석으로는 이창섭, 「공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정 소급효」, 법조 최근판례분석, 2016, 609면 이하; 강동범, “공소시효의 정지·연장·배제와 소급효”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2018, 301면 이하 참조.

15) 공소시효 기산일인 ‘선거일 후’는 ‘선거일 당일’이 아니라, ‘선거일 다음 날’을 의미한다고 해석하는 것이 문언에 부합한다(대판 2012.10.11. 2011도17404). 이는 수산업협동조합법 제178조 제5항에서 판시한 내용이다.

16) 물론, 제268조 제3항은 “공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 이 법에 규정된 죄의 공소시효는 해당 선거일 후 10년(선거일 후에 행하여진 범죄는 그 행위가 있는 날부터 10년)을 경과함으로써 완성된다.”고 규정하고 있다<신설 2014. 2. 13>.

17) 공소장에 수개의 공소사실이 예비적·택일적으로 기재된 경우와 과형상 일죄의 경우 모두 개별적으로 결정해야 한다(통설). 그리고 공소제기 후에 공소장이 변경된 경우 ‘변경된 공소사실’에 대한 공소시효를 ‘공소 제기 시’를 기준으로 한다(대판 2001.8.24. 2001도2902).

결정된다. 그리고 공소시효의 기산점은 범죄행위를 종료한 때로부터 진행하게 된다(형사소송법 제252조 제1항). 이와 관련하여 공소시효기간의 진행을 정지시킬 수 있는 사유가 존재하는 경우에는 그 시효가 정지되는데, 특히 형사소송법 제253조에서 규정하고 있는 사유로는 공소의 제기(형사소송법 제253조 제1항) 및 범인이 형사처분을 면할 목적으로 해외에 있는 경우(형사소송법 제253조 제3항)이다. 따라서 형사소송법에 규정을 둔 공소시효 정지사유 이외에는 공소시효가 정지되지 아니하므로, 기소중지 등의 검사의 처분은 당연히 공소시효 정지의 효력이 없다.

그렇지만 공소시효의 진행이 정지되어 있어도 수사기관의 수사 및 공소제기에는 어떠한 영향도 미치지 못한다. 예컨대 범인이 형사처분을 면할 목적으로 해외에 있는 등 공소시효 정지 상태에서라도 검사가 공소제기를 하면 형사소송법 제253조 제1항에 따라 공소시효 진행이 정지된다. 물론, 이때 재판이 장기화되면서 25년 동안 경과하면 제249조 제2항의 의제 공소시효가 완성된다. 또한 판례는 피고인의 신병이 확보되기 전에 공소가 제기되었다고 하더라도 그러한 사실만으로도 공소제기가 부적법한 것이 아니고, 공소가 제기되면 제253조 제1항에 따라 공소시효의 진행이 정지된다고 판시하고 있다.¹⁹⁾

가. 공소 제기

형사소송법 제253조 제1항은 ‘시효는 공소의 제기로 진행이 정지 된다’고 규정하고 있다. 이는 공소제기의 부수적 효과 중의 하나로 시효정지를 규정한 것으로, 여기서 ‘공소제기’는 공소장이 법원에 도달한 때 그 효력이 발생하므로 공소장의 제출일자와 법원 직원의 접수인을 찍은 날짜가 다르다면 공소장 제출일자를 공소제기일로 보아야 하지만, 통상의 경우 법원직원이 공소장에 접수인을 찍은 날짜가 공소제기일로 추정된다고 함이 판례의 입장이다.²⁰⁾

한편으로 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때부터 다시 진행된다(제253조 제1항). 여기서 공소제기가 있거만 하면 공소제기의 유효·무효를 가리

18) -특별법이 아닌- 형법에 의하여 형을 가중 또는 감경하는 경우에는 ‘가중 또는 감경하지 아니한 형’이 시효기간의 기준이 된다. 한편 교사범 또는 중범의 경우에는 ‘정범의 형’을 기준으로 해야 하지만, 필요적 공범은 ‘개별적’으로 판단하게 된다.

19) 대판 2017.1.25. 2016도15526.

20) 대판 2002.4.12. 2002도690.

지 않고 공소시효가 정지된다. 왜냐하면 제253조 제1항은 공소기각 또는 관할 위반의 재판이 확정된 때로부터 시효가 진행한다고 규정에 비추어 보면 부적법한 공소제기에도 시효정지의 효과를 발생시키는 것을 전제로 하고 있는 것으로, 결국은 공소제기가 적법·유효할 것을 요하는 것은 아니라는 것이다.

여기서 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정되면 다시 진행하지만, 그 재판이 확정된 후 상소권회복청구가 있어 이를 이유 있다고 하는 상소권회복 결정(제347조)이 내려지면 그때부터 공소시효의 진행이 정지된다.²¹⁾ 문제는 공소기각·관할위반의 재판이 확정된 때로부터 상소권회복 결정시까지의 기간에는 시효가 진행되느냐에 있다. 이에 학설은 시효제도의 취지와 회복청구의 기간이 일정하지 아니한 점 등을 근거로 시효가 진행된다는 견해(적극설)와,²²⁾ 시효가 진행된다는 명문의 규정이 없다는 점을 근거로 하여 시효가 진행하지 않는다는 견해(소극설)가 있다. 생각건대 원재판의 확정이라고 하는 사실을 일응 존중한다는 취지에서 그 기간 동안 시효는 진행된다고 본다.

다만, 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되어 있지 아니하는 때 즉, 형사소송법 제328조 제4호에 해당하는 공소기각 결정이 있는 경우도 과연 공소시효가 정지되는가에 대하여 약간의 논란이 있다. 이에 대하여 공소권 존재의 기본적 요건인 사건성 자체가 결여되어 있다는 점을 근거로 한 소극설도 없지 않지만, 공소기각 재판을 하는 경우에도 공소시효가 정지된다고 규정하고 있는 이상 굳이 구별할 필요는 없다고 보이므로 현행법의 해석상으로는 적극설²³⁾이 타당하다고 해야 한다. 한편으로, 형사소송법 제253조 제1항에서 ‘공소기각 또는 관할위반의 재판’에 한정하고 있는 이유는, 유·무죄의 실체재판 또는 면소판결은 기관력이 발생하여 다시 공소제기를 할 수 없으므로 공소시효의 문제가 발생할 여지가 없기 때문이다.

그러나 여기서 유·무죄, 면소의 재판이 확정된 후 상소권회복 청구가 이루어

21) 이영란, 「한국형사소송법(개정판)」, 나남, 2008, 485면; 박찬걸, 앞의 논문, 98면; 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018, 252면; 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 407면. 이와 관련하여 우리나라는 외제 공소시효 제도를 두고 있는 특징을 보이고 있는데, 외국의 입법례를 살펴보아도 극히 드문 경우이다.

22) 백형구·박일환·김희옥, 「(제4판) 주석 형사소송법(II)」, 한국사법행정학회, 2009, 559면.

23) 허형구 등, 「주석 형사소송법(중)」, 한국사법행정학회, 1986, 68면(백형구 집필부분); 차용석·백형구, 「(제3판) 주석 형사소송법(II)」, 한국사법행정학회, 1999, 383면(김희옥 집필부분); 백형구·박일환·김희옥, 앞의 책, 553면; 김희옥·박일환, 「(제5판) 주석 형사소송법(II)」, 한국사법행정학회, 2017, 519면(최창호 집필부분).

어져 이유 있다는 상소권회복의 결정(제347조)이 있는 경우에 과연 재판확정시로부터 상소권회복의 결정시까지 사이에 공소시효가 진행되는 것이냐에 대하여 논의가 있다. 이에 대하여 학설은 유·무죄, 면소의 재판 확정되면 시효진행이 재개된다는 규정이 없는 것은 통상적으로 문제로 되지 않기 때문이지 결코 공소기각이나 관할위반의 재판처럼 해석을 할 수 없는 것은 아니라는 점과 시효제도의 필요성이 있기 때문에 그 기간에도 시효가 진행된다는 긍정설과, 유·무죄, 면소의 재판 확정되면 시효진행이 재개된다는 규정이 없다는 점을 근거로 한 부정설²⁴⁾의 대립이 있다. 생각건대 원재판의 확정이라고 하는 사실은 일용 존중한다는 취지에서 시효는 그 기간 동안 진행된다는 긍정설이 타당하다고 생각된다.

나. 국외 도피

원래 사실상의 소추장애사유(예 : 피의자 소재불명, 정신장애사유 등)는 시효정지사유로 인정될 수는 없지만, 적어도 국외도피라는 사유에 대해서는 공소시효가 정지되는지에 대해서는 종래에 논란이 있었다. 그러한 가운데 1995.12.29. 형사소송법의 개정을 통하여 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지’되도록 하는 명문의 규정을 둬으로써(제253조 제3항), 사실상의 장애사유를 1995.12.29. 법률에 도입함으로써 명시적으로 해결하였고,²⁵⁾ 1997.1.1.부터 시행하게 되었다.²⁶⁾ 이와 관련하여 국내에 도피한 기간 동안은 당연히 시효정지 사유가 될 수가 없다.²⁷⁾

이에 대하여 범인이 국내에 있는 경우와 국외에 있는 경우를 달리 취급하는 것이 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있지만, 헌법재판소는 헌

24) 백형구·박일환·김희옥, 앞의 책, 559면.

25) 사실상 장애사유를 법률상 장애사유로 도입한 것이라는 것에 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 『법학논고』 제11집, 경북대학교 법학연구원, 1995, 197면. 그러나 사실상 장애사유를 명시적으로 법률에 규정을 둔 것에 지나지 않으므로 법률상의 장애사유로 보는 것은 개념을 혼동한 것이라는 지적에는 김택수, “공소시효의 정지와 중단의 관계”, 『경찰법연구』 제12권 제2호, 한국경찰법학회, 2014, 72면.

26) 판례에 의하면 본 규정은 그 시행 당시 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 그 시행일부터 적용된다. 따라서 위 규정의 시행일인 1997.1.1. 이전에 공소시효가 완성되지 않은 상태에서 범인이 형사처분을 목적으로 출국한 경우 1997.1.1.부터 공소시효가 정지된다(대판 2003.11.27. 2003도4327).

27) 권오걸, 『형사소송법』, 형설출판사, 2010, 465면.

범소원사건에서 국외로 도피한 경우는 공조절차가 복잡해 수사 및 검거에 장기간이 소요되며, 국가별 제도가 달라 공조요청 대상이 되지 못하는 범죄도 있는 등 국내의 수사권 및 사법권 발동에 현실적 한계가 있음을 부인할 수 없을 뿐만 아니라, 일률적 정지가 아니라 형사처분을 면할 목적으로 국외 있는 경우에만 공소시효를 정지되도록 정하고 있는 것에는 합리적 이유가 있다고 보고 평등원칙에 반하지 않는다는 결정²⁸⁾을 내린 바 있다.

먼저 국외도피를 공소시효 정지사유로 규정을 둔 입법 취지는 우리의 형사재판 관할권이 외국에서는 행사될 수 없음은 물론, 국가 간 형사사범공조가 원활하지 이루어지지 않아 처벌의 어렵다는 점을 악용하여 해외로 도피하는 범인이 증가하고 있다는 점, 해외 도피사범이 처벌을 면한다는 것은 형사소송 정의와 국민의 법 감정에도 부합되지 않는다는 점 등을 고려한 것으로 생각된다. 판례도 범인의 국외도피를 공소시효 정지사유로 한 취지에 대하여 ‘범인이 우리나라의 사법권이 실질적으로 미치지 못하는 국외에 체류한 것이 도피의 수단으로 이용된 경우에 체류기간 동안은 공소시효가 진행되는 것을 저지하여 범인을 처벌할 수 있도록 하여 형벌권을 적정하게 실현하고자 하는 데 있다’고 판시²⁹⁾하고 있는 바, 같은 의미로 이해된다.

그리고 국외도피는 공소가 제기되지 않은 사건에만 적용되는 것으로, 만약 공소가 제기되면 형사소송법 제253조 제1항에 의하여 공소시효의 진행이 정지되는 것이다. 따라서 범인에 대한 수사가 종결되어 불구속으로 공소제기 된 후에 해외로 도피하더라도 공소제기에 의하여 공소시효가 정지되므로(제253조 제1항) 공소시효 기간이 더 늘어나는 것은 결코 아니다.

(1) 형사처분을 면할 목적

형사소송법 제253조 제3항은 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지 된다’라고 규정을 둬으로써, -일본의 형사소송법과는 달리- 우리 형사소송법은 ‘형사처분을 면할 목적’을 요구하는 별도의 문구가 추가되어 있다. 따라서 범죄 후에 범인이 국외에 있게 되었지만 자

28) 헌재결 2017.11.30. 2016헌바157. 2000년 甲이 수출물품 대금을 지급하지 않고 미국으로 출국한 뒤 2014년 귀국하자, 검찰이 사기혐의로 재판에 넘겼고 피고인은 공소시효 완성을 주장했지만 받아들여지지 않자 헌법소원을 제기한 사건이었다.

29) 대판 2015.6.24. 2015도5916.

신의 범죄사실을 알지 못한 경우라면 적용대상이 되지 않아 공소시효가 정지되지 않는다.³⁰⁾ 그리고 단순히 형사처분을 면할 수 있다는 인식 또는 의식을 가졌더라도 그것만으로 곧바로 범인에게 국외 체류기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’까지 있었다고 단정할 수는 없을 것이다.³¹⁾ 여기서 공소시효의 정지를 위해서는 ‘형사처분을 면할 목적’이 있을 것이 요구되는데, 이러한 목적은 국외 체류의 유일한 목적으로 되는 것에 한정되지 않고 범인이 가지는 여러 국외 체류 목적 중에 포함되어 있으면 족하며, 판례도 같은 입장이다.³²⁾ 따라서 신병치료차 외국으로 나갔다고 하더라도 해외도피의 목적도 있다면 이에 해당하게 된다.

한편, 범인이 국외 있는 것이 형사처분을 면할 ‘방편’이었다면 원칙적으로 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었다고 볼 수 있고, 위 ‘형사처분을 면할 목적’과 양립할 수 없는 범인의 주관적 의사가 명백히 드러나는 객관적 사정이 존재하지 않는 한 국외 체류기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’은 계속 유지되는 것이라고 해야 한다.³³⁾ 이와 관련하여 피고인이 출국에 필요한 유효한 증명 없이 부산항에서 일본(고베항)으로 밀항하였다고 하여 밀항단속법 위반으로 기소된 사안에서, 대법원 판례는 ‘피고인의 출국 자체가 형사처분을 면할 목적이 아니라 생업에 종사하기 위함이고, 피고인이 의도했던 국외 체류기간이나 실제 체류기간이 모두 밀항단속법 위반죄의 법정형이나 공소시효기간에 비해 매우 장기인 점, 피고인이 다시 국내로 입국하게 된 경위 등 제반 사정에 비추어 피고인이 밀항단속법 위반 범죄에 대한 형사처분을 면할 목적으로 일본에 있었다고 인정하기에 부족하다’고 판시하면서,³⁴⁾ 공소시효 진행이 정지되지 않는다는 이유로 면소

30) 정영일, 「개정 형사소송법과 형벌권의 적정한 실현」, 고시연구, 1996, 31면.

31) 김성욱, “밀항단속법위반죄와 공소시효의 정지”, 「대법원 판례해설」 제94호, 법원도서관, 2012, 793면.

32) 대판 2003.1.24. 2002도4994; 대판 2005.12.9. 2005도7527; 대판 2007.2.8. 2006도8277; 대판 2008.12.11. 2008도4101; 대판 2013.6.27. 2013도2510; 대판 2014.4.24. 2013도9162 등 참조.

33) 대판 2005.12.9. 2005도7527; 대판 2008.12.11. 2008도4101; 대판 2012.7.26. 2011도8462; 대판 2015.6.24. 2015도5916. 외국인이라도 이러한 범리에 영향을 미치지 않는다는 것으로는 대판 2010.12.9. 2009도6411.

34) 대판 2012.7.26. 2011도8462. 피고인은 1995.10. 초순 부산항에서 브로커에게 700만 원을 주고 승선하여 일본 고베항으로 밀항하였다(밀항단속법위반죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금이며, 당시 공소시효는 3년). 밀항 무렵부터 15년 이상 일본에서 가수 또는 연주자로 생활하면서 2009년에는 일본 영주권을 가진 여성과 재혼까지 하고 살다가, 일본 정부에서 불법체류자에 대한 구제절차로 비자를 발급해 준다고 하여 이를 신청하였으나 과거에 불법체류로 추방된 적이 있다는 사정이 밝혀지면서 비자 발급이 거부됨으로써 강제 출국을 당하여 2010.11.11. 우리나라에 입국하게 되었다. 피고인은 이후 수사기관에서 조사를 받고 2010.12.31. 기소된 사건이었다.

판결을 하고 있다.

그리고 ‘형사처분을 면할 목적’은 ‘당해 사건’에 관한 것이어야 할 뿐만 아니라,³⁵⁾ 도피할 당시는 물론 국외체류 기간 중에도 그 목적은 유지되어야 한다. 결국 피고인이 당해 사건으로 처벌받을 가능성이 있음을 인지하고서 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우에 적용된다. 따라서 피고인이 당해 사건으로 처벌받을 가능성이 있음을 인지하였다고 보기 어려운 경우라면 피고인이 다른 고소사건과 관련하여 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우라고 하더라도 당해 사건의 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있었다고 볼 수는 없다.³⁶⁾

한편 자신의 범죄사실을 모르고 국외에 있는 경우는 물론, 나아가 자신의 범죄사실을 모르고 출국하여 계속 모르고 있는 경우에는 공소시효가 당연히 정지되지 않는다. 그렇지만 외국체류 중에 범죄사실을 알고도 귀국을 의도적으로 하지 않는다면 그 시점부터 형사처분을 면할 목적이 있다고 보아 공소시효 진행이 정지된다고 해야 한다.³⁷⁾

다만, 통상 범인이 외국에서 다른 범죄로 외국의 수감시설에 ‘수감’된 경우, 과연 수감기간 동안 공소시효가 정지되는지가 문제된다. 이는 수감되어 있던 기간에도 형사처분을 면할 목적이 유지되었다고 볼 수 있는가와 관련되어 있다고 보인다. 이에 학설로는 범인이 외국에서 처벌됨으로써 부득이 그곳에서 체류하게 된 경우에는 형사소송법 제253조 제3항의 형사처분을 면할 목적을 인정하기 어렵다는 점을 근거로 공소시효는 계속 진행된다는 견해(공소시효 진행설)와,³⁸⁾ 형사처분을 면할 목적으로 출국한 이상 외국에서 다른 범죄로 수감되었다는 우연한 사정만으로 형사처분을 면할 목적이 소멸되었다고 보기는 어렵다는 점을 근거로 공소시효는 정지된다는 견해(공소시효 정지설)가 있다.

결국 다른 범죄로 외국의 수감시설에 수감되어 있는 경우 등 국외에 체류 중인 범인에게 형사소송법 제253조 제3항의 ‘형사처분을 면할 목적’이 계속 존재하였는지가 의심스러운 사정이 발생한 경우인데, 그 기간 동안 ‘형사처분을 면

35) 대판 2014.4.24. 2013도9162.

36) 대판 2014.4.24. 2013도9162. A사건(사기 혐의)으로 처벌받을 가능성이 있음을 인지하였다고 보기 어려운 경우라면 B 사건(폭행 혐의)과 관련하여 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우라도 A사건(사기 혐의)의 공소시효는 정지되지 않는다.

37) 김성욱, 앞의 논문, 791면.

38) 백형구·박일환·김희욱, 앞의 책, 385면(김희욱 집필부분); 김희욱·박일환, 앞의 책, 522면(최창호 집필부분); 이병한, 앞의 논문, 326면.

할 목적'이 있었는지 여부가 문제되는 것이다. 이에 대법원은 '(i) 당해 범죄의 공소시효의 기간, (ii) 범인이 귀국할 수 없는 사정이 초래된 경위, (iii) 그러한 사정이 존속한 기간이 당해 범죄의 공소시효의 기간과 비교하여 도피 의사가 인정되지 않는다고 보기에 충분할 만큼 연속적인 장기의 기간인지, (iv) 귀국 의사가 수사기관이나 영사관에 통보되었는지, (v) 피고인의 생활근거지가 어느 곳인지 등의 제반 사정을 참작하여 판단하여야 한다'고 판시³⁹⁾한 바 있다.

구체적인 사안에서 판례는 법정최고형이 징역 5년인 부정수표단속법 위반죄(공소시효는 5년, 현재는 7년으로 변경)를 범한 사람이 우리나라에 가족을 그대로 둔 채 중국으로 출국하여 체류하다가 그곳에서 사업을 하다가 범한 죄로 징역 14년을 선고받고 8년 10개월 동안 복역한 후 우리나라로 추방되어 위 죄로 공소제기 된 사건에서 '그 범행에 대한 법정형이 당해 범죄의 법정형보다 월등하게 높고, 실제 그 범죄로 인한 수감기간이 당해 범죄의 공소시효 기간보다도 현저하게 길어서 범인이 수감기간 중에 생활근거지가 있는 우리나라로 돌아오려고 했을 것으로 넉넉잡아 인정할 수 있는 사정이 있다면, 그 수감기간에는 형사처분을 면할 목적이 유지되지 않았다고 볼 여지가 있다.'고 판시하여⁴⁰⁾ 공소시효의 진행이 정지되지 않는다는 입장이다.

생각건대 외국의 수감시설에 수감된 경우에는 본국으로 돌아가고 싶은 생각이 통상적으로 들기 때문에 더 이상 도피할 생각이 없다고 보이고 형사처분을 면할 목적이 없다고 판단되어 결국 공소시효가 정지되지 않고 진행된다고 볼 여지가 분명히 있다. 그렇지만 다른 한편으로는 형사처분을 면할 목적이 존재하는 것과 외국 수감이 반드시 양립 불가능한 것은 아니기 때문에 공소시효가 정지된다고 볼 수도 있다. 따라서 범인이 당시 귀국할 수 없는 제반 사정, 당해 범죄의 공소시효의 기간, 범인의 생활근거지 등을 종합적으로 판단하는 것이 합리적일 것으로 생각된다. 이때 형사 처벌을 면할 목적은 소송법적 사실로서 자유로운 증명으로 족하다고 해야 한다.

그 외에도 형사처분을 면할 목적이 소멸되면 곧바로 공소시효가 진행하는가에 대하여 논의가 있는 바, 예컨대 도피목적으로 출국하였으나 재입국을 위해 영사관에 자신의 소재를 밝은 경우이다. 이에 대하여 자신의 소재를 밝힌 시점

39) 대판 2008.12.11. 2008도4101; 대판 2012.7.26. 2011도8462.

40) 대판 2008.12.11. 2008도4101; 대판 2012.7.26. 2011도8462. 그럼에도 불구하고 그러한 목적이 유지되고 있었다는 점은 검사가 입증하여야 한다.

부터 형사처분을 면할 목적이 상실되어 공소시효가 진행된다는 견해와 자신의 소재를 밝히더라도 우리나라에 입국한 시점부터 목적이 상실된다고 보아 공소시효가 진행된다는 견해의 대립이 있을 수 있다.⁴¹⁾ 생각건대 우리 형사소송법 제253조 제3항은 ‘형사처분을 면할 목적’을 공소시효 정지요건으로 하고 있다는 점과 공소시효 정지제도는 예외적 제도로서 엄격히 해석해야 하고, 피고인에게 불리한 해석을 할 수는 없다는 점 등에 비추어 전설이 타당하다고 본다.

(2) 국외에 있는 경우

(가) 범인의 적용대상과 범위

형사소송법 제253조 제3항은 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.’라고 규정하고 있다. 이때 ‘국외에 있는 경우’ 범인의 적용대상과 범위를 놓고, 범행 전부터 국외에 체류하고 있었던 피고인이 이 사건 범행으로 인한 형사처분을 면할 목적으로 국외에 그대로 있는 경우에도 적용될 수 있는가에 대한 논란이 있다. 이에 대한 학설로는 국내에서 범죄를 범하고 국외로 도피한 경우에만 한정한다는 견해(소극설)⁴²⁾와 국외에서 범죄를 행한 자로서 우리 형법의 적용대상이 되는 경우도 포함한다는 견해(적극설)⁴³⁾의 대립이 있다. 이에 대법원은 형사소송법 제253조 제3항의 입법 취지는 범인이 우리나라의 사법권이 실질적으로 미치지 못하는 국외에 체류한 것이 도피의 수단으로 이용된 경우에 체류기간 동안은 공소시효가 진행되는 것을 저지하여 범인을 처벌할 수 있도록 하여 형벌권을 적정하게 실현하고자 하는 데 있기 때문에 위 규정이 정한 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우’는 범인이 국내에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외로 도피한 경우에 한정되지 아니하고, 범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우도 포함된다고 판

41) 이에 대한 논의로는 이병한, “형사소송법 제253조 제3항의 공소시효정지사유로서 ‘형사처분을 면할 목적’의 해석기준”, 『사법』 제8호, 사법연구지원재단, 2009, 319면 이하.

42) 백형구, “개정 형사소송법의 내용과 특색”, 『고시계』 제468호, 고시계사, 1996, 69면.

43) 장용범, “형사소송법 제253조 제3항의 적용대상이 되는 범인에 ‘범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우’도 포함되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제104호, 법원행정처, 2015, 412면 이하; 김성욱, 앞의 논문, 791면(우리나라의 실질적 통치권이나 지배력이 미치지 않는 북한지역도 여기서의 ‘국외’에 해당한다고 주장한다).

시⁴⁴⁾하여 후설인 적극설을 지지하고 있다.

생각건대 형사소송법상 ‘국외에 있는 경우’라고만 규정하고 있는 바, 문언의 표현과 아울러 문리적 해석을 해 보면 국외에 있게 된 시기를 놓고 범행전후를 구별하고 있는 것은 결코 아니기 때문에 반드시 국외 도피범 만을 그 대상으로 한다고 보기 어렵다는 점, 실제로 본 규정의 신설된 입법취지가 범범자에 대한 적정한 국가형벌권 실현에 있다는 점에 비추어 보면 범인이 국내에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외로 도피한 경우에 한정하면서 범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우를 제외할 특별한 이유가 없다는 점 등을 고려해 보면 오히려 이에 포함한다고 해석함이 타당하다고 생각된다. 예컨대 뉴욕지점의 지점장이 운영비를 자녀유학 비용으로 임의로 사용한 사실이 드러나자 처벌을 면하기 위해 자녀공부가 끝나지 않았다는 이유로 귀국을 미루면서 체류하는 동안도 공소시효는 정지된다고 해야 한다.

(나) 국외도망사실이 수사기관에 알려져야 하는지 여부

범인이 국외에 있는 경우라도 국외도망사실이 수사기관에 알려져야 하는가와 관련하여 학설은 범인이 국외에 있는 경우라도 공소시효 기간 내에 수사관이 범죄발생과 그 범인을 인식하고 이를 소추할 수 있는 상황이 아닌 경우에는 적용할 수 없다는 제한설과, ‘범인이 국외에 있는 경우’라는 요건은 수사관이 범죄 발생 여부 또는 그 범인을 알고 있는가의 여부를 묻지 않고 범인이 국외에 있는 기간 동안 공소시효의 진행이 정지된다는 문리 해석설⁴⁵⁾ 등의 다툼이 있다.

생각건대 공소가 제기되지 않은 경우에 한정하여 형사소송법 제253조 제3항의 해외도피가 공소시효 정지사유로 되어 있을 뿐, 수사가 개시나 종결 또는 수사기관에서 범인을 알고 있는 경우나 범죄인 인도요청 등에 제한되는 것도 아니다. 따라서 공소시효의 정지사유를 수사기관이 공소제기를 할 수 있을 정도로 범인과 범죄사실을 알고 있었는가에 따라 좌우되도록 한다면 오히려 절차명확성의 요청에 반하므로 문리해석설이 타당하다고 생각된다.

(다) 입법론

44) 대판 2015.6.24. 2015도5916.

45) 심희기·양동철, 「쟁점강의 형사소송법(제1판)」, 삼성사, 2009, 262면.

형사소송법 제253조 제3항의 해외도피가 이루어진 경우에 있어서 범죄인 인도협정이 체결된 국가로 도피한 경우에 국내도피와 구별할 이유가 없으므로 입법론적으로는 예외규정이 필요하다는 주장이 있다.⁴⁶⁾ 생각건대 국내도피와 범죄인인도 조약이 체결된 나라로 해외 도피하는 경우와는 - 국내의 수사권과 사법권 발동에 현실적 한계가 있을 수는 있겠지만- 사실상 크게 구별할 이유가 없다는 점을 고려하면 공소시효 정지에 대한 예외규정을 둘 필요는 있다고 생각한다. 그러나 이에 대하여 오히려 수사기관의 사건방치를 합리화 시킬 수도 있다는 점을 근거로 형사사법 공조를 통한 인도요청이 있는 경우에만 정지되는 것으로 제한해야 한다는 견해⁴⁷⁾도 주장되고 있다. 실제로 독일 형법 제78조의 b 제5항은 ‘국외에 체류 중인 범인에 대하여 독일관청이 공식적인 인도요청을 한 경우에 요청의 개시시점부터 독일관청에 범인의 인도 등의 시점까지 공소시효는 정지 된다’는 규정을 2005년에 신설한 바 있다.⁴⁸⁾ 이는 범인이 국경을 넘는 국외도주가 용이할 뿐만 아니라 공소시효 제도를 고의적으로 악용하는 것을 막기 위한 것으로 알려져 있다. 생각건대 -인도조약이 체결된 국가의 인도요청에 대한 반응 등도 고려해야 할 요소가 되겠지만-, 무엇보다도 수사기관의 범인체포를 위한 노력과 형식적 조치를 필요로 한다는 점에서 법률로써 범죄인 인도 요청을 공소시효 정지사유로 형사소송법에 명문의 규정을 신설하는 것이

46) 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 1999, 383면.

47) 김택수, “공소시효의 정지와 중단의 관계”, 「경찰법연구」 제12권 제2호, 한국경찰법학회, 2014, 75면.

48) § 78b Ruhen (5) Hält sich der Täter in einem ausländischen Staat auf und stellt die zuständige Behörde ein förmliches Auslieferungsersuchen an diesen Staat, ruht die Verjährung ab dem Zeitpunkt des Zugangs des Ersuchens beim ausländischen Staat

1. bis zur Übergabe des Täters an die deutschen Behörden,
2. bis der Täter das Hoheitsgebiet des ersuchten Staates auf andere Weise verlassen hat,

3. bis zum Eingang der Ablehnung dieses Ersuchens durch den ausländischen Staat bei den deutschen Behörden oder
4. bis zur Rücknahme dieses Ersuchens.

독일 형법 제78조의 b[시효의 정지] ⑤ 국외에 체류 중인 행위자에 대하여 해당국가에 권한 있는 관청이 공식적인 인도요청을 제기한 경우에 요청의 개시시점부터 다음 각 호의 1에 해당하는 기간까지 국외에서 그 진행이 정지된다.

1. 독일 기관에 행위자의 인도 시까지
2. 행위자가 인도요청국의 주권이 미치는 영토 밖으로 내보내질 때까지
3. 국외를 통해 독일관청에 인도요청이 거절될 때까지
4. 인도요청이 철회될 때까지

타당하다고 본다.

현행법	개정안
형사소송법 제253조 ③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.	형사소송법 제253조 ③ 유지 <단서 신설> 다만, <u>범죄인인도 조약이 체결된 국외에 체류 중인 범인의 경우는 수사기관이 공식적인 인도요청이 있는 경우에 요청의 개시 시점부터 범인의 인도 등의 시점까지만 공소시효가 정지된다.</u>

한편 이와는 반대로, 본 규정이 국외체류만을 대상으로 하고 국내도피의 경우는 공소시효 진행이 정지되지 않는다. 그런데 일본 형사소송법 제255조는 ‘범인이 국외에 있는 경우 또는 범인이 도피하여 은닉하고 있기 때문에 유효하게 공소장 등본의 송달 혹은 약식명령의 고지를 할 수 없는 경우에는 그 국외에 있는 기간 또는 도피하여 은닉하고 있는 기간 시효의 진행이 정지 한다’고 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 결국 - 형사처분을 면할 목적을 요구하지 않으면서- 범인이 외국에 있는 경우에는 별도의 공소장의 송달이 불가능할 경우를 요건으로 하지 않고, 국내도피의 경우에도 공소시효 정지사유로 규정하고 있는 것이 특색이다. 여기서 일본 형사소송법 제255조와 같이 범인에게 유효한 공소장을 송달할 수 없거나 약식명령을 고지할 수 없는 때에도 공소시효 진행을 정지케 하는 것이 바람직하다는 입법론이 제기되어 있다.

Ⅲ. 제253조 제2항의 시효정지 효력범위

1. 주관적 범위

공소제기는 당해 피고인에게만 미치므로(제248조 제1항) 공소시효정지의 효

49) 第二百五十五條 犯人が國外にいる場合又は犯人が逃げ隠れているため有効に起訴狀の謄本の送達若しくは略式命令の告知ができなかつた場合には、時効は、その國外にいる期間又は逃げ隠れている期間その進行を停止する。

력도 공소제기 된 피고인에게만 미치는 것이 원칙적일 것이다. 그러나 공범관계는 나중에 밝혀질 수도 있고 체포되지 않은 자가 있을 수 있다는 점에 착안하여 공범사건의 획일적 처리와 공범처벌의 공평을 기하기 위해서 형사소송법은 ‘공범의 1인에 대한 공소시효정지는 다른 공범자에게도 효력이 미치고, 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행 한다’는 특칙을 둬으로써(제253조 제2항),⁵⁰⁾⁵¹⁾ 공소시효정지의 효력을 공범자에 대하여 까지 확장하고 있다. 이에 대법원은 ‘헌법상의 평등원칙에 위배되는 조항이라고 할 수 없다’고 판시⁵²⁾하고 있지만, 공소시효정지의 효력이 미치는 주관적 범위를 확정하는 예외를 인정한 것이므로 이를 엄격하게 해석하여야 한다.

가. 공범관계 존재 및 적용범위

(1) 공범의 범위

형사소송법 제253조 제2항은 ‘공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미친다’고 규정하고 있는데, 이 규정이 적용되려면 먼저 확정재판을 받은 공범과 현재 시효가 문제되고 있는 다른 공범 사이에는 당연히 공범관계가 존재하여야 한다는 점에는 의문의 여지가 없다.⁵³⁾ 그러나 본 규정에는 별도로 공범의 개념이나 유형에 관하여는 규정을 두고 있지 않다. 이러한 사정으로 형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’을 해석할 때 그 범위에 대하여 논의가 있다. 학설로는 형사소송법상 공범개념을 별도로 정의한 규정이 없으므로 형법에 규정된 공범을 의미한다는 점을 근거로 하여 형법 총칙상 임의적 공범으로만 보는 견해,⁵⁴⁾ 공범자간의 처벌의 불공평을 피하려는 취지에서 입법화가 된 것이라는 점을 근거로 임의적 공범이외에 필요적 공범도 포함한다

50) 피고인과 공범관계에 있는 자가 같은 범죄사실로 공소제기 된 후 유죄판결이 확정된 경우에는 그 기간 동안 공소시효가 정지된다(대판 1995.1.20. 94도2752).

51) 이때 대법원 판례는 ‘범행종료일부터 공소 제기 일까지의 기간에서 정지 기간을 공제한 기간’과 ‘법정 시효기간’을 비교하여 공소시효 만료여부를 결정한다(대판 1989.11.14. 89도348).

52) 대판 1995.1.20. 94도2752.

53) 동시범은 행위별로 공동가공의 의사 없이 독립하여 범행을 실행한 단독정범이므로 동시범 중 1인에 대한 공소제기는 다른 동시범에 대하여 시효정지의 효력이 없다(임동규, 「형사소송법 (제7판)」, 법문사, 2018, 332면).

54) 윤남근, “공소제기로 인한 공소시효의 정지와 필요적 공범”, 「법조」 통권 제668호, 2012.5, 296면.

고 이해하는 견해,⁵⁵⁾ 필요적 공범 중에서 구성요건이 상이한 경우는 제외하고 구성요건이 동일한 경우에는 포함한다는 견해⁵⁶⁾ 및 필요적 공범 중 집합범과 법정형이 동일한 대항범(법정형이 상이한 대항범은 제외)만 포함된다는 견해⁵⁷⁾가 주장되고 있다.

이에 대법원 판례는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조의 범죄단체 등의 조직죄에서 내부자 상호간 형사소송법 제253조 제2항의 공범관계가 있음을 인정하고 공범의 1인에 대한 공소제기로써 다른 공범자에 대한 시효정지의 효력을 인정한다는 판시⁵⁸⁾를 함으로써 집합범의 성질을 지닌 필요적 공범이 포함된다는 의미로 보인다. 그러나 최근에는 공범에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다고 한다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 대항범 관계에 있는 자는 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서 특수절도죄 등과 같이 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르기 때문이라고 한다.

위에서 언급한 판례의 사실관계를 정리해 보면 다음과 같다. 2005.2.3. 甲(건축업자)이 乙(부동산 중개업자)과 공모하여 체비지를 수의계약으로 싸게 매입할 수 있도록 공무원 丁(부천시청 도시과 도시행정팀장)에게 전달해 달라며 경찰관 丙(부천시청을 출입하는 부천중부경찰서 정보과 소속)에게 뇌물 6천만원을 교부한 사실로, 2011.6.29.-(6년 147일 만에)- 甲에 대하여 제3자 뇌물공여죄(형법 제133조 제2항, 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 2007.12.21.

55) 백형구·박일환·김희욱, 앞의 책, 556면; 신동운, 앞의 책, 492면; 강윤구, “범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄확정된 공범의 1인에 대한 기소와 다른 공범에 대한 공소시효 정지사유”, 「재판과 판례」 제9집, 대구판례연구회, 2000, 422면.

56) 이주원, “필요적 공범과 공소시효 정지의 효력”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.9, 323면. 대항범 중 적어도 뇌물수수죄와 뇌물공여죄, 배임수채죄와 배임증채죄, 제3자 뇌물취득죄와 제3자 뇌물교부죄 등과 같이 구성요건 자체가 상이한 결과 유무죄 성립여부가 별개인 범죄사이에서 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않고, 집합범에서의 내란죄와 소요죄, 폭처범상 범죄단체조직죄, 대항범에서의 도박죄 등은 여기의 공범에 포함된다는 견해이다(이주원, 「대항범과 공소시효」, 법조 최신판례분석, 2016, 675면).

57) 최준혁, “필요적 공범과 공소시효의 정지”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016, 223면.

58) 대판 1995.1.20. 94도2752.

59) 체비지 담당공무원에 대한 뇌물수수죄로 유죄판결이 확정된 후, 공소시효가 정지되지 않는 뇌물공여자를 공소시효 기간인 5년이 지나 공소제기가 이루어져 부적법하다는 사안이 있다(대판 2015.2.12. 2012도4842).

전에 범한 범죄는 종전규정 적용한다는 부칙에 따라 공소시효 5년)로 공소 제기되었다.

그런데 위 사실과 관련하여 乙(제3자 뇌물공여죄), 丙(제3자 뇌물취득죄), 丁(특가법상 뇌물)에 대한 공소가 2006.1.10. 제기되어 乙에 대한 유죄판결은 2007.4.27. 확정되고(상고기간경과), 丙, 丁에 대한 유죄판결은 3개월 뒤인 2007.7.27. 확정되었다(상고기각). 이때 甲의 범죄에 대한 공소시효 정지기간은 2006.1.10.부터 2007.4.27.까지(1년 107일간)이다. 왜냐하면 임의적 공범인 乙에 대한 공소가 제기된 때로부터 乙에 대한 재판이 확정된 때까지 공소시효가 정지되기 때문이다. 따라서 이미 공소시효가 완성된 상태에서 공소가 제기된 것이므로 면소판결을 해야 한다.

생각건대 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석할 때에는 형법 등 실체법과의 체계적 조화, 공범사이의 처벌의 형평이라는 입법취지, 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념 등 다양한 관점을 종합적으로 판단되어야 하고, 또한 본 규정은 시효정지의 효력범위를 확장하는 극히 예외적 규정이므로 피고인에게 불리하지 않게끔 엄격하게 해석해야 한다는 점을 고려한다면 판례의 입장이 타당하다고 생각된다.

(2) 적용범위

양벌규정에서의 행위자와 사업주(예: 법인)의 관계에서도 공소시효가 정지되는가의 문제가 있다. 이에는 공범관계에 준하여 행위자에 대한 공소제기로 사업주의 공소시효가 정지가 된다는 견해(적극설)가 있지만,⁶⁰⁾ 공범과는 성격이 다르기 때문에 형사소송법 제253조 제2항이 양벌규정에는 적용되지 않는다고 해야 한다(소극설).

그리고 범인 아닌 자에 대한 공소제기가 진범인에 대하여 시효정지의 효력이 미치는가의 문제가 있다. 학설은 진범인의 범죄사실로 공소가 제기되었다는 점을 근거로 한 적극설과,⁶¹⁾ 진범인은 결코 피고인의 공범이 아닌 점과 피의자·

60) 백형구·박일환·김희옥, 앞의 책, 557면; 김희옥·박일환, 앞의 책, 528면(최창호 집필부분). 이러한 견해는 공소시효기간의 기준에 대해 사업주 법정형기준설을 취하면서 공소시효 정지효력이 미치는 범위에 관하여 적극설을 취하더라도 양자는 차원을 달리하므로 결코 이론적으로 모순이 아니라고 주장한다. 한편으로 제253조 제2항을 유추 적용함이 상당하다는 입장으로는 김정환, 「실무형사소송법」, 준커뮤니케이션즈, 2017, 414면.

피고인에게 불이익한 내용으로 해석하는 것은 허용되지 아니한다는 점을 고려하는 소극설⁶²⁾의 대립이 있다. 생각건대 피고인과 진범인간에는 공범의 관계가 성립하지 않기 때문에 소극설이 타당하다.

나. 공범관계 존부의 판단주체 내지 시기

형사소송법 제253조 제2항은 ‘공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미친다’고 규정하고 있는 바, 여기서 공범관계에 있는지 여부를 판단하는 주체 내지 시기는 언제인가 하는 문제가 제기된다. 이에 대하여 고소권자가 공범관계로 고소를 제기하였는지 여부를 기준으로 하는 고소기준설, 검사가 공범관계로 기소하였는지 여부를 기준으로 하는 공소장기준설이 제기될 여지가 있지만, 공판절차에서 법원이 심리한 결과 공범관계로 인정되는지 여부를 기준으로 하는 법원기준설⁶³⁾이 가장 타당하다고 생각된다. 판례도 ‘검사가 공범을 단독범으로 기소해도 ‘시효가 문제된 사건을 심리하는 법원’이 증거에 의하여 공범관계를 인정하고 공소시효가 정지된 것으로 판단할 수 있다’고 판시하여 같은 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 공범관계의 존부는 -가사 검사가 단독범으로 기소한 경우라도- ‘현재 시효가 문제된 사건을 심리하는 법원’이 판단하게 된다.

다. 공범에게 시효정지 효력이 미치는 범위- ‘전항의 시효정지’ 의미

제253조 제2항에서 공범에게 시효정지의 효력이 미치는 경우는 ‘제1항(공소 제기)’에 의한 경우라고 규정을 두고 있다. 따라서 -공소제기와는 달리- 제253조 제3항에 의한 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우에는 제253조 제2항의 적용범위에서 제외되어 있고 다른 공범에게 영향을 미치지 않기 때문에 시효정지의 효력이 미치지 않게 된다. 물론 이에 대하여 제253조 제3항의 국외도피의 경우에도 공소제기 된 경우의 규정을 준용하여 공범에게 공소시

61) 서일교, 「형사소송법」, 박영사, 1979, 297면.

62) 백형구·박일환·김희옥, 앞의 책, 557면.

63) 이재상·조근석, 「형사소송법 (제10판)」, 박영사, 2015, 422면; 차용석·최용성, 「형사소송법 (제2판)」, 세영사, 2002, 327면; 윤남근, 앞의 논문, 307면.

64) 대판 1999.3.9. 98도4621.

효 정지의 효력을 미친다고 해석할 수 있느냐가 문제될 수 있다. 그러나 문리 해석과 공소시효의 입법 취지에 비추어 보면 준용하려는 해석은 다소 무리가 있다고 본다. 그 외에도 공소제기에 법적 장애사유가 있는 경우 비록 공소시효가 정지된다고 하지만, 공범에 대하여는 시효가 정지된다고 보지 않는다.

그렇다면 결국 ‘공소제기’로 인한 시효정지에만 공범사이에 효력을 미치게 하고 있는데, 과연 공범사이의 형평성을 논거로 규정을 둔 제253조 제2항이 다른 사유의 경우에는 전혀 공범에게 시효정지의 효력이 미치지 않는 가운데 과연 형평성을 그 근거로 규정을 두고 있는 것이 본래의 취지에 부합하는 것인지에 대해서는 입법론적으로는 의문이 없지 않다.

오히려 공범 중에 시효정지의 사유가 발생한 자에 대해서만 시효정지가 이루어지는 것이 원칙이라는 점에 비추어 보면, 공범에게 공소가 제기되었다는 이유만으로 다른 공범의 공소시효가 정지되도록 한 제253조 제2항을 오히려 삭제하는 것이야말로 국외도피와 다른 법적장애사유 등 다른 사유로는 시효정지가 되지 않는 것보다도 형평성이 맞을 뿐만 아니라, 공소시효를 둔 취지에 비추어 보더라도 합리적이라고 판단된다. 참고로 독일 형법은 공소제기를 - 공소시효 ‘정지’ 사유로 보는 우리나라와는 달리- 공소시효 ‘중단’의 사유로 되어 있지만, 그 중단에 대해 대인주의를 채택함으로써 ‘중단행위와 관련이 있는 자’에 한하여 즉, 해당 당사자에게만 효력이 있다고 규정(제78조c 제4항)⁶⁵⁾을 두고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

현행법	개정안
<p>제253조[시효의 정지와 효력]</p> <p>② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.</p>	<p>[삭제 후 신설]</p> <p>제253조[시효의 정지와 효력] ② 공범 1인에 대한 시효정지는 정지행위와 관련이 있는 해당 당사자에게만 효력이 있다.</p>

65) § 78 c (Unterbrechung) (4) Die Unterbrechung wirkt nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Handlungbezieht. 제78조c 【시효의 중단】 공소시효의 중단은 중단행위와 관련이 있는 자에 한하여 효력이 있다.

라. 공소시효가 진행되는 시점 - 당해 사건의 '재판'이 확정된 때

다시 공소시효가 진행되는 시점과 관련하여 - 제253조 제1항과는 달리- 형사소송법 제253조 제2항은 '공소가 제기된 당해 사건의 재판이 확정된 때'라고만 하고 있을 뿐, 그 판결이 공소기각 또는 관할위반의 재판인 경우로 한정하고 있지 않다. 따라서 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범에 대한 공소시효의 진행이 정지되더라도 공소가 제기된 공범 중 1인에 대한 재판이 확정되면, 그 재판의 결과가 형사소송법 제253조 제1항이 규정한 공소기각 또는 관할위반인 경우뿐만 아니라, 유죄, 무죄, 면소인 경우에도 그 재판이 확정된 때로부터 다시 공소시효가 진행된다고 보아야 한다. 약식명령이 확정된 경우에도 마찬가지이다. 결국, 제253조 제2항의 재판의 확정에는 - 제253조 제1항과는 달리 - '모든 재판'을 포함하고 있고, 판례는 공범 중 1인에 대한 약식명령이 확정된 후 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 있었다고 하더라도 그 사이의 기간 동안에는 특별한 사정이 없는 한 다른 공범에 대한 공소시효는 정지함이 없이 계속 진행된다고 보고 있다.⁶⁶⁾ 생각건대 약식명령이 확정되고 그 후 정식재판청구권이 회복되었다는 사실만으로 그 사이에 검사가 공범자를 공소제기를 하지 못할 법률상 장애가 있었다고도 볼 수 없고, 다시 진행된 공소시효기간을 소급하여 무효로 만드는 사유가 된다고 볼 수도 없다. 또한 본 규정은 예외규정이므로 엄격하게 해석하고 피고인에게 불리하게 해석할 수 없다는 점을 고려해 보면 특단의 사정이 없는 한 공범에 대한 공소시효는 정지함이 없이 진행된다고 하는 판례의 태도가 타당하다고 해야 한다. 예컨대 甲이 A를 폭행하였다는 범죄사실로 약식명령이 청구되어 벌금 200만원의 약식명령을 송달받은 사안에서 기소되지 않은 공범 乙이 있었고, 甲에 대해 약식명령이 확정된 후 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 있었다면 그 사이의 기간 동안 乙에 대한 공소시효가 정지되지 않고 진행된다는 것이다.

여기서 특히 문제가 되는 것은 공범이 '무죄'를 선고받은 경우이다. 물론 공범의 1인으로 기소된 자가 구성요건에 해당하는 위법행위를 공동으로 하였다고 인정되거나 책임조각을 이유로 무죄가 된 경우에는 공범은 성립하므로 나머지 공범에 대한 시효정지의 효력이 있다는 점에는 의문이 없다. 그러나 범죄의 증명

66) 대판 2012.3.29. 2011도15137.

이 없다는 이유로 공범 중 1인이 무죄의 확정판결을 받은 경우에도 시효정지의 효력이 있느냐에 대해서는 논란이 있다. 이에 대하여 학설은 제253조 제2항의 ‘재판’에는 중국재판이기만 하면 그 종류를 묻지 않을 뿐만 아니라 공소제기 자체가 위법·무효로 공소기각 또는 관할위반의 재판을 할 경우에도 공소시효 정지의 효력이 다른 공범자에게 미친다는 점을 근거로 하여 무죄의 확정판결을 받은 경우에도 시효정지의 효력이 있다는 적극설⁶⁷⁾과, 죄의 증명이 없다는 이유로 무죄판결이 확정된 경우에는 피고인과 공범사이에는 더 이상 공범관계가 존재하지 않는다는 점을 근거로 시효정지의 효력이 없다는 소극설(통설)⁶⁸⁾의 대립이 있다. 이에 대법원 판례는 ‘... 범죄의 증명이 없다는 이유로 공범 중 1인이 무죄의 확정판결을 선고받은 경우에는 그를 공범이라고 할 수 없으므로 그에 대하여 제기된 공소로써는 진범에 대한 공소시효 정지의 효력이 없다’고 판시하여⁶⁹⁾ 소극설을 분명히 하고 있다. 생각건대 공범관계의 판단은 현재 시효가 문제되고 있는 사건을 심판하는 법원이 독자적으로 판단하는 것이 옳다고 본 이상, 결국은 그들 사이에 실질적인 공범관계가 존재하는지 여부에 대한 판단문제라고 해야 하므로 판례의 입장이 타당하다고 본다.

2. 객관적 범위

공소시효정지의 객관적 범위에 대해서는 형사소송법상 명시적 규정은 없다. 그러나 공소제기의 따른 시효정지의 범위(효력)은 객관적으로 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내의 사실전부에 미친다고 해야 한다.⁷⁰⁾ 따라서 과형상의 일죄의 일부에 대하여만 공소가 제기된 때에 다른 부분에 대해서도 공소시효가 정지된다.

67) 강윤구, 앞의 논문, 425면 이하.

68) 신동운, 「신형사소송법 (제3판)」, 법문사, 2012, 441면; 이창현, 「형사소송법 (제3판)」, 피앤씨 미디어, 2017, 587면.

69) 대판 1999.3.9. 98도4621.

70) 손동권·신이철, 「형사소송법」, 세창출판사, 2016, 403면.

IV. 결 론

우리 현행 형사소송법상 시효정지의 사유로는 공소제기와 국외도피 및 재정 신청 3가지만을 두고 있고, 그 중에서 형사소송법 제253조에서 공소제기와 국외도피 2가지를 규정하고 있다. 이와 관련하여 독일의 경우는 공소권 행사에 법률상 장애사유가 있는 경우 공소시효의 진행을 정지시키는 공소시효 ‘정지’제도(동법 제78조의 b)를 두고 있는 가운데, 구체적으로 고소나 고발의 경우까지도 시효정지 사유로 규정하고 있다(동법 제78조b 제2항 제2호). 그리고 더 나아가 수사 착수 이외에도 공소제기를 시효 ‘중단’의 사유로 삼고 있다(독일 형법 제78조c 제1항 제1호, 제6호).⁷¹⁾ 이러한 점에 비추어 보면 우리의 시효정지 사유가 사안에 따라서 다양하게 나타날 수 있는 것에 대하여 충분하게 담아내지 못하는 측면이 있음을 부인하기 어렵고, 그렇다면 공소시효 정지 사유를 제한적으로 두고 있는 것은 아닌지 하는 지적은 예상될 수 있는 것이다.

이러한 가운데 우리나라는 1995.12.29. 형벌권을 적정하게 실현하기 위해 국외도피를 시효정지 사유로 도입을 한 바가 있다. 그러나 입법론적으로 범죄인 인도 조약이 체결된 나라로 해외 도피하는 경우는 공소시효 정지에 대한 예외 규정을 두면서, 법률로 범죄인 인도요청을 공소시효 정지사유로 삼아야 할 것으로 본다. 그리고 형사소송법 제253조 제2항의 시효정지의 주관적 범위는 원래 공범 중에 시효정지의 사유가 발생한 자에 대해서만 시효정지가 이루어지는 것이 원칙이지만 공범자에게도 효력이 미치는 것으로 규정을 두고 있으면서도 그 공범의 범위에 대해서는 침묵하고 있다. 여기서 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석할 때에는 형법 등 실체법과의 체계적 조화, 공범사이의 처벌의 형평, 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념이라는 입법취지 등의 관점을 종합적으로 판단되어야 하고, 또한 본 규정은 시효정지의 효력범위를 확장하는 극히 예외적 규정이기 때문에 피고인에게 불리하지 않게끔 엄격

71) § 78c Unterbrechung (1) Die Verjährung wird unterbrochen durch

1. die erste Vernehmung des Beschuldigten, die Bekanntgabe, daß gegen ihn das Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, oder die Anordnung dieser Vernehmung oder Bekanntgabe,

6. die Erhebung der öffentlichen Klage,

제78조c 【시효의 중단】 ① 공소시효는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유에 의하여 중단된다. (1호) 피의자에 대한 최초 신문, 수사절차 개시에 관한 고지 또는 그와 같은 신문이나 고지의 명령 (6호) 공소의 제기.

하게 해석해야 할 것이다.

그러나 입법론적으로는 공범에게 공소가 제기되었다는 이유만으로 다른 공범의 공소시효가 정지되도록 규정한 제253조 제2항의 경우, 공소제기 이외의 다른 사유로는 현행법상 다른 공범자에게 시효정지가 되지 않는 점을 고려해 보면 서로 간에 형평성이 맞지 않아 차라리 삭제하는 것이 타당하다고 생각하며, 그렇게 하는 것이 오히려 공소시효의 입법취지에도 부합한다고 할 것이다. 만약 이러한 입법이 이루어질 수 있다면 제253조 제2항의 공범의 범위를 둘러싸고 필요적 공범이 포함되는지 여부에 대한 첨예한 견해 다툼은 별다른 의미를 가지지 못하게 될 것이다.

그럼에도 불구하고 그동안 공소시효는 범죄 유형, 죄질 등에 대한 구체적인 고려 없이 개별구성요건이 규정하고 있는 법정형에 따라서 공소시효 기간을 일률적으로 정하여 적용해 왔지만 일정범죄에 대해서는 범죄의 성격을 고려하여 공소시효를 연장 또는 배제한 것이라거나, 과학기술 발전으로 DNA정보 등 증거 확보를 통해 실체진실 발견이 용이해진 사회적 상황을 고려하여 입법에 반영한 것⁷²⁾은 피해자의 인권 보호 측면에서 볼 때 긍정적으로 평가될 수 있다고 본다.

투고일 : 2018.11.27 / 심사완료일 : 2018.12.5 / 게재확정일 : 2018.12.11

72) 이에 대하여 과학적 증거의 개념이 불명하고 증거유무에 따라 공소시효기간이 좌우되는 것이 법리적으로 타당한지는 의문이라는 입장으로는 김정환, 앞의 책, 406면.

[참고문헌]

- 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.
- 김정환, 「실무형사소송법」, 준커뮤니케이션즈, 2017.
- 김희옥·박일환, 「(제5판) 주식 형사소송법(Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 2017.
- 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2013.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「형사소송법」, 홍문사, 2015.
- 백형구, 「신체계 형사소송법」, 한국사법행정학회, 1998.
- _____, 「형사소송법」, 박영사, 2012.
- 백형구/박일환/김희옥, 「주식 형사소송법(제4판) (Ⅳ)」, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사Ⅱ, 2008.
- 서일교, 「형사소송법」, 박영사, 1979.
- 손동권/신이철, 「형사소송법」, 세창출판사, 2013.
- 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 「신형사소송법 (제4판)」, 법문사, 2012.
- 신양균, 「형사소송법 신판」, 화산미디어, 2009.
- 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 1999.
- 심희기/양동철, 「쟁점강의 형사소송법 (제1판)」, 삼영사, 2009.
- 이영란, 「한국형사소송법 개정판」, 나남, 2008.
- 이은모, 「형사소송법 (제4판)」, 박영사, 2014.
- 이주원, 「대항법과 공소시효」, 법조 최신판례분석, 2016.
- 이재상/조균석, 「형사소송법 (제10판)」, 박영사, 2015.
- 임동규, 「형사소송법 (제13판)」, 법문사, 2018.
- 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018.
- 정영일, 「개정 형사소송법과 형벌권의 적정한 실현」, 고시연구 1996.
- 정용석/백승민, 「형사소송법」, 대명출판사, 2014.
- 차용석/백형구, 「(제3판) 주식 형사소송법(Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 1999.
- 차용석/최용성, 「형사소송법 (제2판)」, 세영사, 2002.
- 허형구 등, 「주식 형사소송법(중)」, 한국사법행정학회, 1986.
- 강동범, “공소시효의 정지·연장·배제와 소급효”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2018.
- 강윤구, “범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄 확정된 공범의 1인에 대한 기소와 다

- 른 공범에 대한 공소시효 정지여부”, 『재판과 판례』 제9집, 대구판례연구회, 2000.
- 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 『법학논고』 제11집, 경북대학교 법학연구원, 1995.
- 김성욱, “밀항단속범위반죄와 공소시효의 정지”, 『대법원 판례해설』 제94호, 법원도서관, 2012.
- 김택수, “공소시효의 정지와 중단의 관계”, 『경찰법연구』 제12권 제2호, 한국경찰법학회, 2014.
- 김현수, “프랑스의 공소시효 제도”, 『국외훈련검사 연구논문집』 제26집, 법무연수원, 2011.
- 박찬걸, “공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의”, 『형사법의 신동향』 통권 제34호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2012.3.
- 백형구, “개정 형사소송법의 내용과 특색”, 『고시계』 제468호, 고시계사, 1996.
- 손병현, “프랑스 형사소송법 공소시효의 특색”, 『법과정책』 제18집 제2호, 제주대학교 법과정책 연구소, 2012.
- 윤남근, “공소제기로 인한 공소시효의 정지와 필요적 공범”, 『법조』 통권 제668호, 법조협회, 2012.
- 이병환, “형사소송법 제253조 제3항의 공소시효정지사유로서 ‘형사처분을 면할 목적’의 해석기준”, 『사법』 제8호, 사법연구지원재단, 2009.
- 이주원, “필요적 공범과 공소시효 정지의 효력”, 『고려법학』 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- 이창섭, 『공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정 소급효』, 법조 최근판례분석, 2016.
- 장용범, “형사소송법 제253조 제3항의 적용대상이 되는 범인에 ‘범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우’도 포함되는지 여부”, 『대법원 판례해설』 제104호, 법원 행정처, 2015.
- 최준혁, “필요적 공범과 공소시효의 정지”, 『비교형사법연구』 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016.

[국문초록]

형사소송법상 공소시효 정지사유와 그 효력범위 -특히, 형사소송법 제253조를 중심으로-

신 이 철*

현행 형사소송법 제253조는 공소시효 정지사유로 공소제기 및 국외도피 2가지를 규정하고 있다. 이와 관련하여 독일의 경우는 공소제기 이외에도 수사의 착수를 시효중단 사유로 삼고 있는가 하면(독일 형법 제78조c 제1항 제1호, 제6호), 경우에 따라서는 고소·고발도 시효정지 사유로 규정을 두고 있다(독일 형법 제78조b 제2항 제2호). 이러한 점에 비추어 보면 우리의 시효정지 사유가 사안에 따라서 나타날 수 있는 것에 대하여 다양하면서도 충분하게 담아내지 못하는 측면이 있음을 부인하기 어렵다.

특히나, 우리나라의 경우 형벌권을 적정하게 실현하기 위해 국외도피를 시효정지 사유로 도입했지만, 입법론적으로 범죄인 인도 조약이 체결된 나라로 해외 도피하는 경우는 공소시효 정지에 대한 예외규정을 두면서, 법률로 범죄인 인도요청을 공소시효 정지사유로 삼아야 할 것으로 본다.

한편으로 형사소송법 제253조 제2항의 시효정지의 주관적 범위는 원래 공범 중에 시효정지의 사유가 발생한 자에 대해서만 시효정지가 이루어지는 것이 원칙이지만, 공범자에게도 효력이 미치는 것으로 규정을 두고 있으면서도 그 공범의 범위에 대해서는 침묵하고 있다. 여기서 형사소송법 제253조 제2항에서 규정하고 있는 공범의 범위를 규명할 때에는 공범사이의 처벌의 형평이라는 입법취지 등의 관점을 종합적으로 판단되어야 하고, 또한 본 규정은 시효정지의 효력범위를 확장하는 극히 예외적 규정이기 때문에 피고인에게 불리하지 않게끔 엄격하게 해석해야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 입법론적으로는 공범에게 공소가 제기되었다는 이유만으로 다른 공범의 공소시효가 정지되도록 한 형사소송법 제253조 제2항을 삭제하고 해당 당사자에게만 미치는 것으로 제한하는 것이 타당하다고 생각한다. 왜

* 원광디지털대학교 경찰학과 조교수, 법학박사.

냐하면 공소제기 이외의 다른 사유로는 시효정지가 되지 않는 것과 비교해 볼 때 당사자에게만 미치게 하는 것이 형평성 측면에서도 맞고 공소시효의 입법 취지에도 부합한다고 보기 때문이다.

주제어 : 공소시효, 공소제기, 국외도피, 시효정지 사유, 형사소송법 제253조

[Abstract]

Ground for the Suspension of the Statute of Limitations and the
Scope of Effect Thereof according to the Criminal Prosecution Act
-Based Particularly on Article 253 of the Criminal Prosecution Act-*

Shin, Yi-Chul**

Article 253 of the current Criminal Prosecution Act provides 2 grounds (indictment and escape to abroad) for suspending the statute of imitations. In Germany, the commencement of an investigation, as well as an indictment, is viewed as a ground for suspending the statute of limitations, and in some cases, an accusation or a charge is also provided as a ground for the suspension of such prescription. In view of the foregoing, it is difficult to deny that our ground for the suspension of prescription does not sufficiently capture the diversity of the issue.

Particularly in Korea, the ground of escape to abroad was introduced as a ground for the suspension of prescription to reasonably realize the power of punishment, but if a defendant escapes abroad to a country concluded with an extradition treaty, which is legislatively a crime, there are exceptional provisions on suspending the statute of limitations, and the request for delivery, which is a legal crime, should be deemed as a ground for suspending the statute of limitations.

Meanwhile, the subjective scope of the suspension of prescription in Article 253 Clause 2 of the Criminal Prosecution Act, in principle, grants the suspension of prescription for those on which the ground for the suspension of prescription arises among the original accomplices. However, although it is provided that this provision is effective on the accomplice, it does not provide any terms

* This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2018.

** Professor, department of police administration Wonkwang Digital University.

on the scope of such an accomplice. When interpreting an 'accomplice' in Article 253 Clause 2 of the Criminal Prosecution Act, the perception of the legislative intention, i.e., the equality of punishment among accomplices, should be determined, and since this provision is an extremely exceptional provision that expands the scope of effect of suspending the prescription, it should be strictly interpreted as not to be disadvantageous for the defendant. Regardless, in terms of legislations, the deletion of Article 253 Clause 2 of the Criminal Prosecution Act, which suspends the statute of limitations of the other accomplice on the ground that the indictment has been raised to an accomplice should be legislatively considered as providing equality with not allowing the suspension of prescription on any other ground, and also conforms to the legislatively intention of the statute of limitations.

Key words : statute of limitations, indictment, escape to abroad, ground for the suspension of prescription, Article 253 of the Criminal Prosecution Act