

연구총서 10-15

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

# 형의 시효 및 소멸 제도에 관한 연구

Prescription for Execution and Extinction of Punishment

박 학 모

■ 박학모

한국형사정책연구원 전문연구원

# 발간사

시간과 형벌의 문제는 핵심적인 법철학 테마의 하나이면서 동시에 형사시효 제도를 통하여 형사정책 및 형사실무와도 밀접한 관련을 맺고 있는 사안입니다. 형사시효제도 가운데 공소시효제도에 대하여는 국내외적 관심에 힘입어 그간 다소 논의와 연구가 이루어졌지만, 형의 시효에 대해서는 실무계의 간헐적이고 단편적인 문제 제기를 제외하면 별다른 논의가 이루어지지 않았습니 다. 형법전의 형의 시효에 관한 법규정도 1953년 형법전 제정 이래 시대적 변화와 형사제재체계의 변모에도 불구하고 변함없이 유지되어 왔습니다.

이 연구는 이처럼 잠자는 “형의 시효” 테마를 일깨워 논의의 물꼬를 트면서 앞으로 예상되는 형법전, 특히 형법총칙의 개정작업과 관련하여 검토·정비되어야 할 형의 시효 제도를 중점적으로 다루고 있습니다. 형의 시효의 본질을 한편 으로는 ‘공소시효’와 ‘집행시효’를 아우르는 “형사시효”의 큰 틀에서 통일적으로 이해하고자 시도하고 있으며, 다른 한편으로는 ‘형의 시효’ 대신 형벌과 그 밖의 (보안)처분을 아우르는 ‘집행시효’의 틀 속에서 체계적으로 파악하고 있습니다. 나아가 현행 형의 시효기간에 대한 대안을 제시함과 동시에 시효장애사유에 대해서도 대안을 모색하고 있습니다. 또한 이 연구는 형사시효의 맥락에서 형 의 실효를 중심으로 ‘형의 소멸’ 제도와 그 정비방안도 함께 다루고 있습니다.

이 연구가 앞으로 진행될 해당분야 형법개정작업에 있어서 좋은 참고가 될 수 있길 희망하며, 이 연구를 계기로 형의 시효 및 소멸 제도에 관하여 보다 활발한 논의가 이루어질 수 있길 기대합니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수



# CONTENTS

국문요약 .....	9
<b>제1장 서론-문제의 제기</b> .....	11
<b>제2장 「형의 시효」 제도</b> .....	17
제1절 형사시효의 이해 .....	19
1. 소송법적 시효이론 .....	20
2. 실체법적 시효이론 .....	23
가. 절대적 형벌론과 형사시효 .....	24
나. 일반예방이론과 형사시효 .....	25
다. 특별예방이론과 형사시효 .....	26
3. 소결: 형사시효의 통일적 이해 .....	29
제2절 「형의 시효」 제도에 대한 기초적 검토 .....	31
1. ‘형의 시효’의 의의 .....	31
2. ‘형의 시효’의 용어 문제와 대안 .....	34
3. ‘형의 시효’의 일반규정(형법 제77조)에 대한 검토 .....	36
4. ‘형의 시효’와 (보안)처분의 시효 .....	38
5. ‘형의 시효’의 효과 .....	41
제3절 시효기간과 시효배제 .....	43
1. 형의 시효기간의 의의 .....	43
2. 무기 형사제재 및 사형에 대한 시효배제 논의 .....	46
가. 독일형법상 무기의 형사제재에 대한 시효배제규정의 발전 .....	46
나. 무기자유형 및 무기 보안처분에 대한 시효배제의 정당성과 필요성 ...	49

다. 사형과 형의 시효 .....	51
라. 사형시효를 둘러싼 일본에서의 논란 사례 .....	52
마. 사형의 시효배제와 대안적 고려 .....	58
3. 집행시효기간의 합리화 방안 .....	59
가. 형의 시효기간 .....	59
나. 보안처분의 집행시효기간 .....	64
<b>제4절 “시효로의 도피”와 시효장애사유 .....</b>	<b>66</b>
1. 국가형벌권과 “시효로의 도피” 문제 .....	66
2. 시효정지제도 .....	67
가. 현행법상 시효의 정지사유 .....	67
나. 정지사유에 대한 형법개정법률안 .....	68
다. 일본형법의 시효정지규정 .....	70
라. 독일형법의 시효정지규정 .....	70
3. 시효중단제도 .....	72
4. 시효연장제도 .....	73
5. 딜레마와 대안: “시효로의 도피” vs “도피 없는 시효?” .....	75
<b>제3장 「형의 소멸」 제도 .....</b>	<b>77</b>
<b>제1절 「형의 실효」의 의의 .....</b>	<b>80</b>
1. 제3의 형사시효로서의 형의 실효 .....	80
2. ‘형의 소멸’ 제도에 대한 개관 .....	80
<b>제2절 재판상 실효와 법률상 실효 .....</b>	<b>82</b>
1. 형의 실효제도에 대한 주요국가 입법례 개관 .....	82
가. 프랑스형법상 ‘형의 실효(복권)’제도 규정 .....	82
나. 독일의 ‘형의 실효’ 입법례 .....	83
다. 일본형법의 ‘법률상 실효’ 규정 .....	84
2. ‘형의 실효’ 제도의 통일적 규율 방안 .....	85
가. 형법 및 형실효법의 ‘형의 실효’ 비교 .....	85

나. 당연실효규정의 형법전 편입 .....	85
다. 당연실효의 형집행 소멸시효기간 세분화 .....	86
라. 재판상 실효 요건의 재구성 필요성 .....	87
마. 소결 .....	88
<b>제3절 형의 실효의 법적 효과 .....</b>	<b>89</b>
1. 보호감호의 ‘실형’ 요건과 형의 실효 .....	90
2. 형의 실효와 전과 및 누범에 대한 평가 .....	90
3. 형의 실효와 양형자료 .....	92
4. 소결: 형의 실효의 법적 효과 명시 방안 .....	92
<b>제4장 결 론 .....</b>	<b>95</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>101</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>109</b>



대륙법계 국가에서 대체로 공소시효제도와 함께 형의 시효, 즉 형집행시효 제도를 두고 있듯이 우리 현행법 역시 형사소송법에 공소시효제도(제249조 이하)를, 형법에 형의 시효제도(제77조 이하)를 규정함으로써 두 가지 형사시효제도를 인정하고 있다. 두 가지 형사시효제도는 유죄확정판결을 기점으로 하여 시간적으로 서로 연계되어 있어 원칙적으로 두 형사시효 사이에 시효로부터 자유로운 시간은 존재할 수 없도록 되어 있다.

이 연구는 “시간의 흐름”을 국가형벌권과 결부시켜 형사시효제도를 둔 형사입법자의 결정은 어떠한 근거를 가지고 있으며, 또 그 법적 성격은 어떠한 것인가 하는 물음을 출발점으로 한다. 그리고 형사시효의 본질에 대한 이해와 법적 성격을 규명하여 공소시효와 형사시효를 아우르는 통합적인 형사시효의 이해를 시도한다. 실체법적 시효이론, 소송법적 시효이론, 병합설을 재조명함으로써 예방적 고려와 결부된 실체법적 시효이론을 기반으로 할 때 공소시효와 형의 시효를 통일적, 통합적으로 파악할 수 있음을 제시하고 있다.

나아가 ‘형의 시효’란 용어 자체가 내포하는 형법 및 형사제재에 대한 이해의 한계에 주목하여, 형법제정 이래 이미 일원주의 형사제재체계로부터 이원주의체계의 발전한 형사제재의 새로운 패러다임을 담아내지 못하는 ‘형의 시효’ 제도를 형벌과 보안처분 및 기타 처분을 아우르는 형사제재의 ‘집행시효’ 제도로 새롭게 자리매김하게 하는 방안과 체계에 대하여 모색하고, 새로운 체계와 대안적 법안의 구성을 제시하였다.

이뿐 아니라 시효제도의 취지에 부응하지 못하는 현행 시효규정이 지니는 시효기간의 불합리성과 관련하여서는 독일에서의 근대형법전 “형사시효법”의 발전 과정을 추적하여 시효를 둘러싼 고민으로부터 제시된 여러 방안들을 참조하여 합

리적인 ‘형의 시효’의 재설정을 시도하였다. 여기에는 사형과 무기자유형에 대한 시효배제의 문제, 사형 폐지로 가는 과도기를 위한 사형감형의 해법이 포함된다.

현행 형법상 시효의 취지를 고려하여 시효진행을 합리적으로 정지 또는 중단 시키는지가 의심스러운 시효장애를 정한 규정들의 구성에 대하여도 전반적으로 재검토하여 대안을 제시하였다. 이 과정에서 특히 비교법적으로 독일과 일본의 시효정지, 시효중단, 시효연장의 법리와 규정들을 면밀히 검토하여 참고하였다. 아울러 국외도피를 통한 범죄자의 형벌면탈과 관련하여 논의되는 이른바 “시효로의 도피”라는 화두를 다룸으로써 ‘시효’와 ‘도피’ 사이에 존재하는 딜레마에 대한 해법을 제시하고자 노력하였다.

이 연구의 두 번째 주요테마인 형의 실효, 형의 소멸은, 동시에 ‘형의 시효’ 논의의 너머에 존재하는 또 하나의 시효의 문제라 할 수 있다. 시효문제의 연장선상에 있는 ‘형의 실효’의 문제에 초점을 맞추어 형의 소멸제도를 다룸으로써, 우리 형법학, 나아가 우리 형사사법의 사각(死角)지대 가운데 한 부분을 조명하고 있다. 형법 및 형실효법의 ‘형의 실효’ 제도 역시 ‘형벌과 시간’의 테마와 밀접하게 결부되어 있으며, 따라서 ‘형의 실효’는 공소시효, 형의 시효에 이어 제3의 시효로 파악될 수 있다.

그런데 현행 ‘형의 실효’ 제도는 형법과 형실효법으로 원칙 없이 또는 원칙에 반하여 분리되어 있어서 ‘형의 실효’ 제도의 시스템을 합리적으로 형법 내에 통합하며 정비하는 방안을 제시하였다. 특히 ‘형의 실효’ 제도는 프랑스 형법 및 형사소송법의 법률상 및 재판상 실효 제도가 유럽에 큰 영향을 끼쳤고 가장 상세한 규정을 주요법에 직접 규정하고 있어 이를 참조하면서, 일본과 독일의 입법례를 함께 고찰하였다. 아울러 ‘형의 실효’의 법률효과와 관련하여 실무에서 제기되는 개별사안들에 대하여 살펴봄으로써 입법적, 실무적 개선책을 위한 고민을 담았다. 이 연구는 한편으로는 ‘형의 시효’와 ‘형의 실효’에 체계적인 이해를 시도함으로써, 다른 한편으로는 체계적인 이해에 상응하는 체계적인 시스템으로의 발전·정비를 추구함으로써 형사입법자의 입법개선 노력과 실무가들의 바람직한 법 적용 노력에 부응하고자 하는 가운데 1992년 형법개정법률안과 함께 최근 2010년 10월 25일 입법예고된 법무부의 형법일부개정법률안의 관련 부분을 참조하면서, 이에 대한 문제제기와 대안제시도 함께 시도하였다.

제1장

서론-문제의 제기



# 서론-문제의 제기

형법상의 시효는 역사적으로 형법사에 먼저 등장한 공소시효와 동의어처럼 사용되었다. 그러나 적어도 대륙법계 국가에서는 대체로 공소시효제도와 함께 형의 시효, 즉 형집행시효 제도를 두고 있으며, 우리 현행법 역시 형사소송법에 공소시효제도(제249조 이하)를, 형법에 형의 시효제도(제77조 이하)를 규정함으로써 두 가지 형사시효제도를 인정하고 있다. 공소시효제도는 범행 후 일정시간이 경과할 경우 해당 형사사건에 대한 공소권을 소멸시킴으로써 형벌권 행사를 위한 형사소추절차를 배제시키는 효과를 가진다. 반면 형의 시효 제도는 유죄확정 판결 후에 비로소 진행되며 형사소추절차를 통해 이미 확정된 형벌의 집행권을 소멸시킨다.

두 가지 형사시효제도는 시간적으로 서로 연계되어 있어 원칙적으로 두 형사시효 사이에 시효로부터 자유로운 시간은 존재할 수 없도록 되어 있다. 이는 형사법이 범죄 발생 및 유죄확정판결 후 진행되는 시간의 흐름에 각각 형벌의 부과 및 그 집행과 관련하여 일정한 의미를 부여하고 있음을 말해준다. 여기서 “시간의 흐름”을 국가형벌권과 결부시켜 형사시효제도를 둔 형사입법자의 결정은 어떠한 근거를 가지고 있으며, 또 그 법적 성격은 어떠한 것인가 하는 물음이 제기된다. 형사시효의 본질에 대한 이해와 법적 성격 규명의 문제는 상호 밀접한 관계를 갖고 있다.

그럼에도 불구하고 ‘형의 시효’ 제도는 그동안 교과서에서 해당 조문의 내용이 간단히 소개되는 정도 이상의 주목과 관심을 받지 못하는 형사법상의 “주변적 제도”로 남아 있다. 그 결과 형의 시효 및 실효에 관한 규정은 1953년 형법이 제정된 이래 옛 규정 그대로를 유지하며 변화하는 시간의 흐름에 무관심한 제도로서 결국 시효의 본질로부터도 동떨어진 규정이 되다시피 하였다. 특히 독재·권위주의 정권에 의해 자행된 국가불법 등 과거청산과 관련하여 공소시효는 세간의 관심과 활발한 학문적 논의를 향유한 반면, ‘형의 시효’는 실무상으로도 상대적으로 적은 비중을 차지하는 관계로 늘 논외로 취급되면서 현재 공소시효를 중심으로 이루어진 ‘형사시효의 이해’에 있어서도 소외되어 왔다. 이는 형사시효에 대한 피상적, 단편적 이해를 초래하여 대다수의 형사시효에 관한 연구에서 형사시효제도를 큰 틀에서 통합적으로 이해하려는 시도와 노력은 찾아보기 힘들다.

이 연구에서는 먼저 형사시효제도의 본질과 취지를 조명하며 형사시효라는 큰 틀에서 공소시효와 형의 시효(형집행시효)를 통일적으로 이해하는 것이 가능한지를 탐색하고자 한다.

나아가 ‘형의 시효’란 용어 자체가 내포하는 형법 및 형사제재에 대한 이해의 한계에 대하여 고찰하며, 형법제정이래 일원주의로부터 이원주의로 발전한 형사제재체계의 패러다임 변화를 담아내지 못하는 ‘형의 시효’ 제도를 형벌과 보안처분 및 기타 처분을 아우르는 ‘형사제재의 집행시효’ 제도로 새롭게 자리매김하게 하는 방안에 대하여 모색하고자 한다.

다음으로는 시효제도의 취지에 비추어 현행 시효규정이 지니는 시효기간의 합리성 여부와 시효진행을 저지하는 시효장애사유들의 합리적 구성에 대하여 현행 규정 및 체계에 대하여 전반적으로 비판적으로 재검토하여 재정비 방안을 제시하고자 한다. 특히 범죄자의 국외도피를 통한 형벌면탈과 관련하여 논의되는 이른바 “시효로의 도피”라는 화두를 ‘형의 시효’ 제도의 맥락에서는 어떻게 접근할 것인지에 대하여도 살펴본다.

이 연구의 “두 번째 장”이라 할 수 있는 ‘형의 소멸’에 관한 연구는 먼저 형법 및 형실효법의 ‘형의 실효’ 제도 역시 ‘형벌과 시간’의 테마와 결부되어 있어 ‘형의 실효’를 “또 하나의 시효”로 파악할 수 없는지 살펴본다. ‘공소시효’ 및 ‘형의 시효’에 관한 논의 너머에 존재하는 “제3의 시효”라 할 수 있는 ‘형의 실효’의 문

제 역시 우리 형법학 및 형사사법의 사각(死角)지대에 놓여 있는 문제라 할 수 있다. 여기에서는 형법과 형실효법으로 원칙 없이 또는 원칙에 반하여 분리되어 있는 ‘형의 실효’ 제도의 시스템을 합리적으로 통합하며 정비하는 방안을 모색하고자 한다.

이 연구는 한편으로는 ‘형의 시효’와 ‘형의 실효’에 체계적인 이해를 시도함으로써, 다른 한편으로는 체계적인 이해에 상응하는 체계적인 시스템으로의 발전·정비를 추구함으로써 형사입법자의 입법개선노력과 실무가들의 바람직한 법 적용 노력에 부응하고자 한다.

‘형사제재체계’를 비롯하여 ‘형의 시효체계’ 및 ‘형의 실효체계’를 고찰함에 있어서 우리보다 앞서서 “실험”에 노출되었던 외국 사례를 검토해 보는 것이 매우 효율적이고 효과적인 방법론이라 할 것이다. 이 연구는 문헌연구를 기초로 하여, 우리나라와 같은 대륙법계 형법국가이며 여러 면에서 우리와 형법학적 논의를 공유하고 있는 독일과 일본의 입법례와 규정을 중점적으로 살펴보며, 프랑스 및 기타 국가의 입법례도 참고하는 비교법적 연구를 중심으로 진행된다.



제2장

「형의 시효」 제도



# 「형의 시효」 제도

## 제1절 형사시효의 이해

형법상의 시효, 즉 형사시효는 역사적으로 형법사에 먼저 등장한 공소시효와 동의어로 사용되었다. 또 형사실무에서 공소시효가 전면이 등장하며 언론에도 주로 공소시효의 문제가 회자되는 관계로 일반적으로 공소시효가 곧 형사시효인 것으로 인식되고 있다. 그러나 적어도 대륙법계 국가에서는 대체로 공소시효제도와 함께 ‘형의 시효’, 즉 형집행시효 제도를 두고 있으며, 양자를 포괄하는 형사법상의 시효제도를 통칭하여 “형사시효”라 한다.<sup>1)</sup>

우리 현행 형사법 역시 형사소송법에 공소시효제도(제249조 이하)를, 형법에 형의 시효제도(제77조 이하)를 규정함으로써 두 가지 형사시효를 모두 인정하고 있다. 공소시효제도는 범행 후 일정시간이 경과할 경우 해당 형사사건에 대한 공소권을 소멸시킴으로써 형벌권 행사를 위한 형사소추절차를 배제시키는 효과를 가지는 반면, 형의 시효 제도는 유죄확정판결 후에 비로소 진행되고 형사소추절차를 통해 이미 확정된 형벌의 집행권을 소멸시킨다.<sup>2)</sup>

두 가지 형사시효제도는 시간적으로 서로 연계되어 있어서 원칙적으로 두 형

1) 홍영기, 시효이론의 역사적 전개와 그 평가, 2008, 241면 참조

2) 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 2004, 21면

사시효 사이에 시효로부터 자유로운 시간은 존재할 수 없도록 되어 있다.<sup>3)</sup> 이는 형사법이 범죄 발생 및 유죄판결 후 진행되는 시간의 흐름에 각각 형벌의 부과 및 그 집행과 관련하여 일정한 의미를 부여하고 있음을 보여준다. 여기서 “시간의 흐름”을 국가형벌권과 결부시켜 형사시효제도를 둔 형사입법자의 결정은 어떠한 근거를 가지고 있으며, 또 그 법적 성격은 어떠한 것인가 하는 물음이 제기된다.<sup>4)</sup> 형사시효의 이론적 근거와 법적 성격에 관한 문제는 상호 밀접한 관계를 갖고 있으며, 이에 대해서는 대략 실체법적 시효이론, 소송법적 시효이론, 그리고 병합적 시효이론으로 그 입장이 정리된다.<sup>5)</sup> 이러한 시효이론들이 아직까지 형사시효에 대하여 만족할 만한 통일적인 이론적 근거를 제공하고 있지 못하다는 비판을 염두에 두면서, 시효이론들을 비판적으로 검토하는 가운데 두 가지 형사시효에 대한 통일적 시효이론의 모색 가능성 및 그 방안에 대하여 살펴보기로 한다.

## 1. 소송법적 시효이론

소송법적 시효이론은 발생한 범죄의 실체적 가벌성은 시간의 흐름과 무관하게 불변하지만 단지 국가의 형벌권 행사가 시간의 흐름으로 인하여 절차적인 이유에서 어려워진다는 점에 근거를 둔다. 따라서 이 입장에 따르면 형사시효제도는 형사절차를 중단시키는 역할을 하는 제도이며, 본질상 시효는 소송장애에 해당한다.<sup>6)</sup>

소송법적 시효이론이 형사시효의 대표적인 논거로 드는 것은 시간의 경과로 인한 “증거소실과 오판위험”이다. 즉 시간의 흐름에 따라 증거들의 가치가 약화

3) LK-StGB-Schmid, Vor §§ 78 Rn. 2 참조

4) 대륙법계에서의 형사시효의 역사적 발전에 대하여 자세한 것은 홍영기, 시효이론의 역사적 전개와 그 평가, 2008, 241면 이하 참조

5) 이에 대한 상술은 홍영기, 앞의 논문 참조

6) 배종대/이상돈/정승환 『신형사소송법』, 230면; 백형구, 『형사소송법강의』, 481면; 이재상, 『신형사소송법』, 390면; 독일에서 형사시효에 대한 판례와 학설의 입장이 실체법이론부터 소송법이론으로 발전된 데 대하여 자세한 것은 NK-StGB-Saliger, Vor §§ 78 Rn. 3 이하 및 Fn. 4의 독일문헌 참조

되기 때문에 오랜 시간이 흐른 뒤에 소송을 계속하는 것이 어려워지며, 증거가치의 약화에도 불구하고 소송을 진행할 경우 역사적 확실성의 결여로 인해 발생할 수 있는 사법오류, 즉 오판을 방지하기 위하여 시효제도가 존재한다는 것이다.<sup>7)</sup> 절대적 형벌론의 주창자이자 소송법적 시효이론의 대표적 주창자 빈딩(Binding)에 따르면, “확실히 입증된 범죄에 대한 처벌”만이 정의로운 형벌이며, 따라서 양심적인 형사입법자에게는 증거의 약화와 소실이란 이유가 (공소)시효를 인정하는데 있어서 유일한 정당성 근거가 된다고 한다.<sup>8)</sup> 그리고 이러한 소송법적 시효이론의 일관된 논리적 귀결에 따라 형의 시효를 인정하는 것은 형사시효제도의 법적 본질에서 벗어난 것으로 보고, 형의 시효는 국가의 권위를 손상시키면서 범죄자를 이롭게 한 시대적 사조의 산물이므로 무조건 폐지되어야 한다고 주장한다.<sup>9)</sup>

하지만 형의 시효 제도의 존재를 긍정하는 입장에서는 같은 맥락에서 형의 시효 제도가 문제가 아니라 형의 시효의 근거에 대해 설명할 수 없는 소송법적 시효이론이 문제라는 비판을 제기한다.<sup>10)</sup> 무엇보다 현행법이 법정형의 경중에 따라 공소시효기간을 장기 및 단기로 단계화하고 있는 것을 소송법적 시효이론의 증거소실이나 오판위험의 논거로는 납득할 만하게 설명할 수 없다는 점이 지적된다.<sup>11)</sup> 오늘날 과학수사 등 경찰수사의 기술적 개선으로 과거와 달리 증거력이 반드시 시간의 흐름에 따라 약화되는 것은 아니라는 비판<sup>12)</sup>은 별론으로 하더라도, 사실 증거물의 소실이나 증거력 약화의 문제는 개별사안에 따라 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익을 위하여’(in dubio pro reo)라는 법치국가적 보장원칙

7) Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 573면; Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 292면; Hirzel, Über Verjährung der Strafen, 35면; Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 332면.

8) Binding, Handbuch 1885, 823면.

9) Binding, Handbuch 1885, 828면.

10) Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 304면; Bloy, Die dogmatische Bedeutung, 191면; Lorenz, Verjährung im Strafrechte, 33, 54면; Bockelmann, Niederschriften, 330면; Schäfer, Niederschriften, 333면.

11) Zimmermann, Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, 47면; Bloy, 앞의 책, 183면 이하; Klug, JZ 1965, 152면; Bemann, JuS 1965, 337면; Fischer, StGB, Vor § 78 Rn. 4.

12) Bockelmann, 앞의 글, 330면; Bemann, JuS 1965, 337면 이하.

의 적용으로 오판위험성을 배제할 수 있다는 점에서 이 때문에 시효를 인정하여 일괄적으로 형벌권 행사를 포기해야 할 필요성은 존재하지 않는다고 봐야 할 것이다.<sup>13)</sup> 물론 이 보장원칙의 존재가 형벌권 행사와 관계된 사법절차의 시간적 한계를 법률로 정할 필요성을 완전히 대체하지는 못한다 하겠지만, 그럼에도 불구하고 증거소실과 오판위험의 논리는 적어도 형사시효제도의 중심적 관심이 될 수는 없다 할 것이다. 이는 특히 유죄확정 판결이 이루어진 형의 집행과 관련된 형의 시효에 대해서는 더욱 그러하다 할 것이다.

다른 한편 소송법적 시효이론을 주장하는 학자들 가운데 상당수는 시효제도의 의의를 소송경제의 측면과 함께 고려하여 이해한다. 시간의 흐름에 따라 형사사법의 부담이 점점 커지기 때문에 이에 대해 적절한 한계를 지우고 형사사법의 기능을 작동 가능하도록 유지하기 위해서 형사시효제도를 두고 있다는 논리다.<sup>14)</sup> 형사사법 실무에서 미제사안이 계속 쌓인다면 이렇게 산적한 과거의 모든 사안을 해결하라고 하는 것은 사법실무에 대한 무리한 요구가 된다. 상당한 시간이 흐른 후에 과거의 범죄를 처리하려 할 경우, 결국 형벌권 행사가 우연에 의하여 걸러지는 상황을 낳을 수밖에 없다. 이러한 모순을 피하기 위해서 부차적인 방법으로 시간적인 한계, 즉 시효를 규정한 것이라고 한다.<sup>15)</sup>

그러나 소송경제적인 측면으로 인해 소송기간에 시간적인 한계를 두어야 한다는 말은 시효의 근거를 둘러싼 본질적인 질문에 대해서 답하지 못한다. 범죄에 대한 불처벌이 어떠한 경우에도 용인될 수 없는 것은 아니라 할지라도 국가가 독점적 행사를 위해 확보한 국가형벌권을 그 역량의 한계를 이유로 임의로 포기하고 형벌의무로부터 손을 털어 버릴 수는 없다 할 것이다.<sup>16)</sup> 따라서 형사시효라는 제도를 두어 국가의 독점적 권리와 의무를 제한할 경우에는 최소한 형벌의무를 상쇄할 만큼 충분한 규범적 정당성을 제시할 수 있어야 한다.<sup>17)</sup> 또 어떤

13) Bloy, 앞의 책, 183면; Klug, JZ 1965, 152면; Lorenz, Die Verjährung im Strafrechte, 33면; Lourié, Die Kriminalverjährung, 28면 이하; Zimmermann, 앞의 책, 47면 이하; BVerfGE 25, 269 (294).

14) 예를 들어 Klug, JZ 1965, 152면; NK-StGB-Saliger, Vor §§ 78 Rn. 6.

15) Bemann, JuS 1965, 338면.

16) Lourié, 앞의 책, 51면 이하.

17) 홍영기, 시효이론의 역사적 전개와 그 평가, 250면.

모양으로든 이루어질 수밖에 없는 처벌의 선별을 이렇게 시효를 통해 하는 것은 비록 그것이 임의성이나 무작위성에 기초해 하는 것보다는 낫다고 볼 수 있지만, 반드시 시효제도가 아니고도 이에 버금하는 다른 일반규칙을 통해 하는 것도 가능하다는 반론이 제기될 수 있다.<sup>18)</sup>

이상에서 소송법적 시효이론은 공소시효제도에 대하여 부분적으로 그 이론적 기초를 제공할 수 있을지언정 형사시효 일반, 즉 공소시효 및 형의 시효 양자의 정당화를 위한 납득할 만한 통일적 이론의 틀을 제시하지는 못하는 것을 보게 된다. 특히 이미 유죄확정판결을 통해 내려진 형의 시효에 대한 논거로서는 빈약하다 할 것이다. 그러나 시간의 흐름과 결부된 증거소실을 근거로 소송법적 시효이론을 주창한 빈딩(Binding)은 비록 형의 시효의 본질은 배척하였지만 적어도 실정법 이해와 관련하여서는 공소시효든 형의 시효든 궁극적으로 형벌권의 소멸과 관련되는 데서 그 공통점을 갖고 있다는 단서를 제시해준다. 그는 형의 시효에서는 시효 완성으로 인하여 단지 (소송법적 요소를 일부 지닌) 형집행권의 소멸이 형벌권 소멸의 법적 효과인 반면, 공소시효에서는 형벌권 소멸은 근거가 아니라 효과이고 공소권의 소멸은 효과가 아닌 근거라고 함으로써, 결국 형사시효는 공통적으로 형벌권 소멸의 문제임을 암시하고 있다.<sup>19)</sup>

## 2. 실제법적 시효이론

형사시효를 실제법적으로 근거지우는 이론은 사안의 발생으로부터 시간적으로 멀어짐으로써 실제적인 처벌필요성이 약화되거나 소멸된다는 데서 형사시효의 근거를 찾는다. 즉 형사시효의 근거는 시간의 흐름으로 인해 형벌이 이미 불필요한 것이 되었거나 시간의 흐름 속에서 이미 형벌에 상응하는 효과가 이루어진 것으로 볼 수 있다는 데에 있다고 본다.<sup>20)</sup> 특히 형벌을 목적과 결부시켜 이해하는 상대적 형벌론자 리스트(Liszt)는 현실적인 목적의 실현을 과제로 삼고 있는

18) Bloy, 앞의 책, 190면

19) Binding, Handbuch, 828면 Fn. 16.

20) 김기두, 『형사소송법』, 232면; 송광섭, 『형사소송법』, 411면; 정영석/이형국, 『형사소송법』, 239면.

법질서는 당연히 “사실의 힘”을 고려하여야 한다는 근거에서 형사시효를 이해하고자 한다. 비록 작은 범죄라 할지라도 한 세대가 지나서까지 형사소추와 처벌이 가능할 수도 있겠지만 이 경우 범죄자와 피해자를 비롯한 관련 당사자들에게 처벌이 가질 수 있는 현실적 효과는 절차상의 어려움이나 시간의 흐름과 함께 형성된 새로운 생활관계의 평온에 대한 침해를 고려한다면 지나치게 비례관계를 벗어나게 되며, 이 때문에 형사시효제도를 통하여 이러한 경우 처벌배제사유를 인정한다고 한다. 따라서 형의 시효뿐 아니라 공소시효도 단지 형사소추만을 배제하는 것이 아니라 국가형벌권 자체를 소멸시키는 실체법적 성질을 가진다고 본다.<sup>21)</sup> 시간의 흐름에 따른 처벌필요성의 소멸을 근거로 하여 형사시효를 국가형벌권의 소멸사유로 인정하는 실체법적 시효이론<sup>22)</sup>은 불가불 형벌에 대한 이해, 즉 형벌론과 상관관계를 맺고 있다.

### 가. 절대적 형벌론과 형사시효

절대적 형벌론자로서 소송법적 시효이론을 주장하고 형의 시효의 존재근거를 부정한 빈딩의 형사시효에 대한 이해에서 본 바와 같이, 시간의 흐름이 갖는 의미를 형벌 목적과 결부시키는 실체법적 시효이론과 절대적 형벌론은 근본적으로 상호교차점을 가질 수 없는 것으로 보인다. 형벌의 의미를 그 장래의 목적이나 효과와 연관시켜 파악하지 않는 절대적 형벌론에 따르면, 형벌을 통한 응보적 정의 실현이라는 절대적 요청은 기간을 정함으로서 상대화하고 제한할 수 없는 것이기 때문에 그 개념논리상 국가의 형벌의무에 대한 시간적 한계를 인정할 수 없다.<sup>23)24)</sup> 따라서 실체법적 시효이론은 형벌(권)을 목적과 결부시키고 그 목적

21) Liszt, Lehrbuch, 291면.

22) 우리 헌법재판소도 공소시효제도가 이러한 실체법적 성격을 갖는 것으로 이해한다. 헌재 1993. 9. 27. 92헌마284; 헌재 1995. 1. 20. 94헌마246(각각 다수의견): “공소시효제도는 시간의 경과에 의한 범죄의 사회적 영향이 약화되어 가벌성이 소멸되었다는 주된 실체적 이유에서 일정한 기간의 경과로 국가가 형벌권을 포기함으로써 결과적으로 국가형벌권의 소멸과 공소권의 소멸로 범죄인으로 하여금 소추와 처벌을 면하게 함으로써 형사피의자의 법적 지위의 안정을 법률로서 보장하는 형사소송조건에 관한 제도이다. 비록 절차법인 형사소송법에 규정되어 있으나 그 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이다.”

23) Kant, Die Metaphysik der Sitten, 440면.

을 장래에 있을 범죄에 대한 예방으로 보는 상대적 형벌론과의 결합을 예정하고 있다.

#### 나. 일반예방이론과 형사시효

잠재적 범죄자일 수 있는 일반인이 처벌가능성을 인식하고 그 위협의 효과로 인해 더 이상 범죄로 나아가지 않게 된다는 점에서 형벌 목적을 찾는 소극적 일반예방이론이든, 처벌을 통하여 법규범의 관철력에 대한 신뢰를 강화시킴으로써 규범합치적인 행위를 하도록 한다는 취지의 적극적 일반예방이론이든, 일반예방이론의 입장에서는 형벌을 통한 일반예방을 논하면서 형벌의 부과와 함께 시간의 흐름, 즉 시효를 이유로 형벌의 면제를 규정하는 것에 대해서는 모순이라는 비판이 제기될 수밖에 없다. 예방이론의 대표적인 주창자였던 포이에르바흐(Feuerbach)는 형벌규정이 범죄를 억제한다는 심리강제설에 기초하여 시효는 받아들일 수 없는 것으로, 적어도 실정법으로 규정되어서는 아니 되는 것으로 보았다.<sup>25)</sup>

물론 이미 베카리아가 경미한 범죄에 국한하여 시효를 인정하는 것이 “불처벌의 나쁜 선례”를 남길 위험이 적다고 설파한 것과 같이<sup>26)</sup> 시간의 흐름 속에서 법공동체와 범죄의 사회적, 법적 관계의 현실적인 결속이 약화되는 데서 형사시효의 본질을 이해할 경우<sup>27)</sup> 일반예방이론과 상반되지는 않는다 할 것이다.<sup>28)</sup> 그

24) 이른바 “속죄이론”에 기초하여 시간의 흐름 속에서 범죄자가 겪은 두려움과 심리적인 고통이 이미 형벌을 받은 것과 다름없다는 논거를 내세워 오랜 시간이 지난 후 형벌을 부과하는 것은 이미 속죄과정을 거친 행위자에게 오히려 과도한 것이라는 견해나 절대적 차원의 응보필요성, 즉 추상적 정의 대신 사회공동체가 느끼는 사회적 차원의 정의의 필요성에 기초하여 공동체가 느끼는 응보의 필요성은 범죄가 이루어진 후 긴 시간이 흐르면 더 이상 달성될 수 없는 목적이 되고 따라서 그 이후의 형벌은 의미가 없다는데서 시효의 근거를 인정하려는 견해 등과 같은 이른바 “수정적 절대적 형벌론”이 갖는 시효의 본질을 설명하는데 있어서의 한계에 대해서는 홍영기, 형사법상 시효의 정당화 근거, 203면 이하 참조

25) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, 240면 이하.

26) Beccaria, Über Verbrechen und Strafe, 138면.

27) Zimmermann, 앞의 책, 53면 이하.

28) 배종대, 『형법총론』, 2009, 840면.

리나 범죄행위 후 오랜 시간이 지나 주어지는 형벌이라고 할지라도, 형벌부과 자체는 시효에 근거한 형벌면제보다는 더 위하적이거나 최소한 그 만큼은 위하적이며,<sup>29)</sup> 이는 적극적 일반예방이론에 기초한 법적 신뢰의 강화 또는 약화라는 관점에서 볼 때도 마찬가지라 할 것이다.

역사적으로 프로이센 일반란트법은 범죄자의 재사회화(개선) 노력과 성과를 조건으로 사면의 가능성은 열어둔 반면, 시효에 대해서는 매우 부정적인 입장이어서 형사시효의 도입을 거부하였다. 그 이유는 시효가 시민들에게 불처벌에 대한 희망을 갖게 만들어 형법의 위하효과를 약화시킬 것을 우려하였기 때문이다. 이와 대조적으로 바이에른형법전(1813)은 시효를 인정하기 위한 명시적 조건으로 시효와 개선 효과를 결부시켰다. 이는 국가는 어떠한 상황에서도 범죄자가 도덕과 질서로 회복하는 것, 즉 개선하는 것을 지원하여야 하며, 시효제도도 그런 의미에서 이해되어야 한다는 입장이었기 때문이다.<sup>30)</sup>

#### 다. 특별예방이론과 형사시효

결국 시효의 의의와 관계되는 형벌(목적)론의 중국적 귀착점은 범죄자 개인의 개선 및 보안을 통한 재범예방을 형벌의 목적으로 이해하는 특별예방적 관점이다. 특별예방적 관점에서는 먼저 시간의 흐름 속에서 이루어질 수 있는 행위자의 내면의 변화 가능성을 형사시효의 근거로 생각할 수 있을 것이다. 오랜 시간이 흐른 뒤에 형벌을 부과할 경우 이는 이미 다른 인격성을 갖게 된 사람에 대한 처벌이 되기 때문에 더 이상 적절한 반작용으로서의 형벌권 행사가 아닌 필요 이상의 해악이 될 수 있다.<sup>31)</sup> 그러나 현행법의 시효규정에서도 행위자의 개선 효과가 그 요건으로 되어 있지 않은 데서 나타나는 바와 같이, 형사시효는 이미 이루어진 행위자의 개선이나 재사회화 검증에 그 근거를 두고 있지는 않다.

형사시효와 특별예방이론과의 접합점은 오히려 시간의 흐름으로 인해 처벌의 특별예방적 목적이 미래적으로 부정적 영향을 받을 수 있다는 점에 있다. 범죄

29) BVerfGE 25, 269(294).

30) Abegg, Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, 24 참조.

31) Hirzel, 앞의 책, 29면 이하; Lourié, 앞의 책, 57면 이하, 77면 이하.

행위의 발생 시점으로부터 얼마나 최단 시간 내에 형벌의 부과와 집행이 이루어 지느냐에 비례하여 범죄자가 그 형벌을 범죄에 대한 정당한 법적 대응으로 수용하고 재사회화의 동기를 갖게 만드는 특별예방적 효과를 갖는다는 점은 다양하게 확인되고 있다. 반대로 시간의 흐름 속에서 “이미 끝난” 사안으로 보이는 행위를 오랜 시간이 흐른 후 다시 문제 삼고 처벌까지 한다면 특별예방적 관점에서 처벌이 의도하는 효과를 거두는 것은 그만큼 어렵게 된다.<sup>32)</sup>

이러한 근거에서 시효를 정당화하는 특별예방론적 관점과 밀접한 관련을 갖고 있는 비교적 오랜 견해가 형의 선고 및 집행을 통해 얻을 수 있는 형벌효과보다는 시간의 흐름과 함께 자리 잡은 법공동체의 법적 평온을 존중·유지하는 것을 우선시하는 취지에서 형사시효가 인정된다는 견해이다.<sup>33)</sup> 예컨대 푸펜도르프(Pufendorf)가 민법의 시효이론에서 유추하여 이러한 논리로 형사시효를 근거지 운바 있다. 이러한 입장에 대해서는 국가가 다른 이유 없이 단지 형벌권을 오랜 기간 행사하지 않았다는 이유로 그것을 더 이상 유효하지 않은 것으로 결정하는 것은 민법에서와는 달리 국가가 스스로 그 처벌의 권리와 의무를 포기하는 것에 지나지 않는다는 비판이 제기된다. 또 그것이 일상적 의미로서 단지 ‘현 상태의 유지필요성’을 뜻한다면, 오히려 형사시효를 통해서 ‘불법의 안정성’만이 보장할 수 있다는 비판<sup>34)</sup>까지 제기된다.

기존의 범죄로 인해 발생한 법적 평화의 침해가 “잊혀지고” 시간의 흐름과 함께 새롭게 형성된 법적 평화를 인정하기 위해 “망각”을 근거로 하여 형사시효를 인정하는 입장도 설득력이 약하기는 마찬가지이다. 그렇다면 같은 범죄라도 미디어를 통해 일반에 인상 깊게 각인된 사건의 형사시효는 그렇지 않은 사건과 달라야 한다는 결론을 낳기 때문이다. 하지만 범죄사건 역시 여러 일반생활사와 마찬가지로 시간의 흐름과 함께 일정시점에는 현재적 사회생활관계와의 직접적 연관과 의미를 상실하고 “역사가 된다”는 것에 주목할 필요가 있다.<sup>35)</sup> 그리고 형법과 형벌의 주요 목적은 과거사에 대한 응보정의의 실현이 아니라 과거사의

32) Bloy, 앞의 책, 187면

33) 김일수/서보하, 『형법총론』, 799면 참조

34) Lourié, 앞의 책, 50면 이하.

35) Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 244면.

극복을 지향하면서도 어디까지나 현재적 사회생활관계를 다루기 때문에 이러한 형벌목적에 대한 형사정책적 고려에서 형사시효를 인정할 수 있다. 이러한 관점에 기초할 때 공소시효든 형의 시효든 형사시효가 범죄의 경중에 따라 시효기간이 단계화되는 것이 문제없이 설명될 수가 있다. 경한 범죄일수록 더 빨리 과거, 즉 역사에 속하게 되며 현재와의 맥락을 상실할 것이기 때문이다. 어떤 범죄가 단지 역사적 사실로서만 사회적 관심을 갖는다고 평가되는 시점에 범죄를 통해 침해된 법적 평화도 회복된 것으로 간주될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 처벌할 경우 이는 형벌목적에 내재된 한계를 빚나가는 결과를 초래할 것이다.<sup>36)</sup>

특별예방이론과 결부된 형사시효에 대한 이러한 실체법적 이해는 현대형법의 대표적 형사제재라 할 수 있는 자유형이 그 현대적 의미에 있어서는 비로소 19세기 이래 “개선”의 목적을 중심으로 관철된 점과 무관하지 않다.<sup>37)</sup> 그리고 자유형의 관철은 시계의 본격적 보급과 함께 수량화가 가능해진 “시간”에 기초한 “자유”의 통제가 가능하게 되는데 힘입은 것이다.<sup>38)</sup> 한 때 독일에서 유력하게 제기되었던 이른바 ‘시간의 힘’ 이론<sup>39)</sup>이 모든 것을 변하게 하는 “시간의 힘 그 자체”에 “시효”(時效)의 본질이 존재하며 이것이 유한한 형벌권을 소멸시키는 힘이라고 이해하였었다면, 현대적으로 이해된 형벌권은 범죄, 범죄자 및 형벌과 관련하여 국가에 넘겨진 시간적 지배력의 행사라 할 수 있다. 여기서 국가는 규범적으로 제한된 시간, 즉 기간과 기한을 매개로 그 질서권을 행사하기 때문에 법에는 수많은 시간적 기준이 존재하고 있다.<sup>40)</sup> 현대형법에서 형사제재의 문제도 궁극적으로는 시간의 문제로 환원된다. 대표적 형사제재인 자유형은 본질상 시간

36) Bloy, 앞의 책, 188면 이하.

37) 현대 자유형의 발전에 대한 대표적인 연구문헌으로는 von Hippel, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 1897, 419면 이하; 특히 시간의 새로운 발견 및 평가와 맞물린 자유형의 발전에 대해서는 Weis, Zeit als Maß für Reife und Strafe, 1998, 205면 이하 참조.

38) 이러한 기술적 통제메커니즘에 기초한 자유형, 즉 감옥의 발전에 대해서는 Foucault, Überwachen und Strafen, 295면 이하 참조.

39) 이에 대해 자세한 것은 Abegg, Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, 25면 이하 참조. Abegg은 시효의 본질은 시간의 흐름과 결부된 부수적 현상이나 효과, 즉 시간성과 유한성 속에 존재하는 사실과 관계들의 변화에 있는 것이 아니라, 모든 것을 몰락하게 하는 시간 그 자체가 이것들에 대하여 필연적인 지배력을 보이는 것이라고 한다.

40) 그 사례들에 대해서는 Weis, Zeit als Maß für Reife und Strafe, 196면 이하 참조.

의 박탈이며, “시간은 돈이다”고 한 벤자민 프랭클린의 말이 함축적으로 표현하듯이 금전적 제재 역시 돈으로 환원된 시간의 문제라 할 수 있다.<sup>41)</sup> 즉 자유형 이든 벌금형(특히 일수벌금형)이든 그 자체가 시간의 문제이며, 이 시간은 국가 형벌권자의 입장에서 구체적 사안, 구체적 범죄자를 대상으로 할 때는 특별예방적 목적을 위해 운용되어야 할 시간이라 할 것이다.

굳이 “숨은 범죄”의 문제를 논하지 않더라도 국가형벌권이 시간적, 공간적으로 제한적인 것은 주지의 사실로 전제할 수 있다. 그러나 특히 시간적으로 국가형벌권은 한편으로는 국가에 넘겨진 수형자 및 수용자의 시간에 대하여, 다른 한편으로는 국가의 처분에 넘겨졌어야 할 범죄자에 대하여 흐르는 형사시효 기간에 대하여 제한적 권력을 가지고 있을 뿐이다. 그리고 그 제한의 핵심은 특별예방적으로, 즉 개인의 개선과 보안을 통하여 법적 평화를 실현하는 것이며, 이는 구체적으로 형사입법자가 선택한 시효기간 및 시효배제 등을 포함하는 형사시효 제도의 범주에서 실현되어야 한다.

### 3. 소결: 형사시효의 통일적 이해

결론적으로 형사시효를 통일적 이론의 틀에서 이해하게 해주는 유일한 연결고리는 시간의 흐름과 결부된 “국가형벌권 소멸”이며, 이를 납득할 만하게 실질적으로 근거지우는 것은 실체법적 시효이론이라 할 것이다. 즉 시효의 근거는 시간의 흐름 속에서 역사가 되어 버린 범죄행위에 대한 형벌목적 - 특히 특별예방적 형벌목적 - 실현의 부적합성에 있다. 이는 다른 한편 시간의 흐름 속에 새로 형성된 법적 평화를 인정하는 것이 범죄로 침해된 법질서의 회복이란 형법적 요청의 취지에 반하거나 이를 악화시키지 않는다는 이해에 바탕을 두고 있다.

공소시효에 관한 한 독일과 같은 입법례와 달리 우리나라에서는 형법전이 아닌 형사소송법전에 공소시효규정을 두고 있는 점을 들어 실체법설의 근거가 박약하다는 반론<sup>42)</sup>이 제기되지만, 공소시효와 형의 시효를 양자 모두 형법에 규정

41) 시간과 결부된 노동의 대가로서 돈을 벌고, 또 그 돈으로 자유를 사는 것 등을 생각해 볼 수 있다.

하느냐 또는 형사소송법에 규정하느냐, 아니면 우리나라에서와 같이 나누어서 양쪽에 규정하느냐 하는 문제는 반드시 형사시효에 대한 일치된 이해의 결과라기보다는 형사입법자의 선택의 문제라 할 수 있다. 공소시효는 이를 실체법적으로 이해하더라도 수사 및 기소 관련 조항들과의 관련성 때문에 형사소송법에 규정되는 것이 바람직하다거나, 심지어 형의 시효도 집행의 문제와 관련된 기술적 문제를 고려하면 형사소송법에 규정하는 것이 바람직하다는 견해도 있기 때문이다.<sup>43)</sup>

형사시효를 실체법상 가벌성 배제사유로 본다면 시효가 완성된 행위를 무죄판결해야 하는 결과, 면소판결을 하도록 한 실정법 규정 및 범감정에 맞지 않는다고 하는 비판도 제기되는데,<sup>44)</sup> 이 또한 실체법적 시효이론의 본질적 문제나 오류라기보다는 형사입법자의 선택의 문제일 뿐이다.

시간의 흐름에 따라서 가벌성이 없어졌다면, 그 이후에 인위적으로 그 기간을 늘리거나 다시 시작하게 하는 것이 논리적일 수 없다는 이유에서 실체법적 시효이론이 시효 중단과 정지의 범리를 설명하지 못한다는 반론<sup>45)</sup>이 있으나, 이는 가벌성을 소멸시키는 시간의 힘을 인정한 과거의 이른바 “시간의 힘” 이론에 대한 반론이 될 수는 있지만 실체법적 시효이론에 대한 반론이 될 수 있는지는 의문이다. 합리적인 형사정책적 필요성에 기초하여 입법자가 설정한 시효의 중단, 정지와 같은 시효진행의 장애사유들은 다만 시효의 본질을 형해화시키지 않는 범위에서 인정될 필요가 있다 할 것이다.

한편 형법시효의 본질을 통일적 근거에 의해서 정당화되기가 어렵다는 인식과 관련하여 실체법적 개념과 소송법적 개념을 결합하는 방식으로 이를 극복하고자 하는 이른바 “병합설 또는 경합설”적 시도가 이루어지는데, 그 대표적 주장은 형사시효는 형벌배제의 사유이자, 절차중지사유라는 것이다. 특히 자주 주장되는 내용은 시효의 본질이 형벌의 필요성 약화에 있는 한편, 소송경제 또는 증거의

42) 배중대/이상돈/정승환, 『신형사소송법』, 230면 조국, ‘반인권적 국가범죄’와 공소시효의 정지·배제와 소급효금지 원칙, 2002, 9면.

43) 白井滋夫, 刑の時効, 刑の消滅, 1968, 107면 참조.

44) Benda, Verjährung und Rechtsstaat, 27면 이하; Fischer, StGB, Vor § 78 Rn. 4.

45) BGHSt 2, 300.

약화·사법오류 방지에도 놓여 있다는 식의 병합이다.<sup>46)</sup>

일부 견해는 실체법과 소송법의 엄격한 구별을 부정하고 형벌권 개념 자체가 이미 실체법과 소송법의 성격을 모두 갖고 있는 것이므로 시간의 흐름과 결부된 형벌권의 배제 또한 이러한 법의 양 영역에 걸쳐 있는 것이고, 따라서 형사시효는 형벌배제사유이자 절차중지사유라고 한다.<sup>47)</sup> 법의 양 영역 안에서 마땅한 시효의 근거를 찾을 수 없다고 하며 양대 시효이론을 모두 다 비판하는 병합설이 이렇게 두 이론의 불완전한 논거들을 병합하여 결함을 메우려는 시도는 결함의 보완이나 치유가 아닌 각 논거의 단점을 모두 아우른 ‘결함의 병합’이 될 수밖에 없으며,<sup>48)</sup> 이러한 시도로서는 형사시효의 본질을 밝혀 준다기보다는 기껏해야 일관성 없이 실정법의 정당화에 원용되는 기능을 수행할 수 있을 뿐이다.

## 제2절 「형의 시효」 제도에 대한 기초적 검토

### 1. ‘형의 시효’의 의의

형의 시효, 즉 형집행시효는 형의 선고를 받고 판결이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 않은 상태로 일정기간이 경과하면 형의 집행이 면제되는 것을 의미한다.<sup>49)</sup> 이미 확정된 형의 집행권을 소멸시킨다는 점에서 아직 미확정 상태의 형벌권을 소멸시키는 공소시효와 구별되는 측면이 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 공소시효도 공소권을 소멸시킴으로써 궁극적으로는 국가형벌권을 소멸시키기

46) 김성돈, 공소시효제도와 소급금지원칙, 10면; 신동운, 『형사소송법』, 311면 이하; 신양균, 『형사소송법』, 314면; 임동규, 『형사소송법』, 304면; Finger, 앞의 책, 572면; Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 300면; Lorenz, 앞의 책, 49면; Mayer, AT, 353면; Schäfer, 앞의 책, 334면 이하; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 262면; Jakobs, Strafrecht AT, 345면; Kaufmann, Strafanspruch-Strafklagerecht, 120면; 스스로 병합설의 입장에서 독일 병합설 주장자들의 문헌을 자세히 소개한 것으로는 Oetker, Die Verjährung, 1994, 39면.

47) Welzel, 앞의 책, 262면. 결론에 있어서 같은 입장으로는 Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 226면; Fischer, StGB, Vor § 78 Rn. 4.

48) 홍영기, 시효이론의 역사적 전개와 그 평가, 2008, 262면.

49) 백형구, 형의 시효, 1986, 27면; 김일수/서보화, 『형법총론』, 799면.

때문에 양자 모두 형벌권을 소멸시키는 형사시효라는 점에서는 본질상 서로 다를 바가 없다.<sup>50)</sup>

형의 시효 제도가 공소시효와 더불어 일반적인 법적 제도로 자리잡게 된 1791년 프랑스형법(Code pénal)에서 형의 시효기간은 20년, 5년, 2년으로, 이에 상응하는 공소시효기간 10년, 3년, 1년에 비교하여 볼 때 약 두 배의 기간에 달하였다.<sup>51)</sup> 공소시효의 경우에는 확정판결이 나기 전 무죄가 추정되는 유죄미확정 행위자에 대한 형벌권 행사의 욕구나 필요성이 유죄확정판결이 난 경우에 비하여 상대적으로 강하지 않고 또 시간의 흐름과 함께 과거의 역사가 될 가능성이 존재하는 반면, 형의 시효의 경우에는 이미 해당 범죄 및 범죄자에 대한 법원의 평가가 확정되어 국가형벌권 행사의 현재진행성과 (특별)예방적 형벌 목적 또한 오랫동안 지속된다 할 수 있기 때문에 공소시효에 비하여 형벌권을 소멸시키는 데 더 긴 시간을 규정한 것으로 추정할 수 있다.<sup>52)</sup> 하지만 일반적으로 공소시효는 법정형을 기준으로 하고, 형의 시효는 선고형을 기준으로 하기 때문에 구체적인 사안에 있어서는 반드시 공소시효가 형의 시효보다 짧다고 할 수는 없다. 예컨대 살인죄의 법정형으로는 사형이 있기 때문에 공소시효가 25년이지만, 살인죄를 저지르고도 유기징역형을 선고받는 사례는 많기 때문에 형의 시효는 훨씬 짧을 수 있기 때문이다.

그런데 오늘날 대륙법계 국가 대부분이 과거에 비해 훨씬 긴 공소시효기간을

---

50) 일본에서 이와 같은 견해로는 前田雅英 와 条解刑法, 2007, 69면. 다른 견해 가운데서는 대표적으로 독일연방헌법재판소가 공소시효규정에 관한 소급효금지배제를 정당화하기 위하여 공소시효는 소추권(Verfolgbarkeit)만을 소멸시키며 가벌성(Strafbarkeit), 즉 형벌권 자체를 건드리지는 않는다고 판시한 것을 들 수 있다(BVerfGE 25, 269(287)).

51) Binding, Handbuch, 819면 이하.

52) Abegg(Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, 1862, 51면)은 형의 시효가 공소시효에 비해 길어야 하는 당위성에 대하여 첫째는 유죄확정판결에 의한 형의 경우 완전히 평가가 이루어진 범죄행위에 대한 분노가 아무래도 그 전단계에 있는 행위에 대해서 보다 더 서서히 소멸하기 때문이며, 둘째로는 형의 시효가 적용되는 사례는 주로 도주에 의한 것인데 이로써 국가형벌권을 우롱하였기 때문이라고 한다. 로렌츠(Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch, 26면)는 확정판결에 의한 형선고 후 국가 사회적 응보욕구가 더 클 뿐 아니라 이 경우 특히 국가의 권위를 세우는 차원에서도 형의 시효가 더 길어야 한다고 한다. 그리고 이러한 입장에서 1925년과 1930년 독일형법개정안이 공소시효와 집행시효(형의 시효)에 대하여 똑같이 각각 20년 및 30년을 최장 시효기간으로 규정하고자 하였던 것은 잘못이라고 비판한다.

규정하고 있거나, 시효제도를 인정하지 않는 영미법계의 영향으로 일부 범죄에 대하여는 시효의 적용을 아예 배제하고 있다.<sup>53)</sup> 특히 이처럼 장기의 공소시효기간을 규정하고 있는 것과 관련하여 굳이 별도로 형의 시효제도를 규정해야 하는 현실적 필요성이 존재하는가 하는 물음이 제기될 수 있다.

예컨대 소송법적 시효이론을 주장한 빈딩은 반대 입장인 실체법적 시효이론에 대한 반론에서 공소시효를 실체법적으로 이해할 경우 유죄확정판결로 시효가 중단되면 되는 것이지 굳이 새로운 시효, 즉 형의 시효가 시작될 필요가 없다고 한다. 즉 한 종류의 시효, 하나의 시효기간만 정해져 있으면 된다고 한 바 있다.<sup>54)</sup> 이처럼 소송법적 시효이론을 일관성 있게 주장하는 입장에서는 빈딩처럼 형의 시효 제도를 형사정책적으로 잘못된 제도로 이해하며, 실정법에 규정되어 있는 관계로 용인할 수밖에 없는 실정법적 제도로서만 이해할 뿐이다.<sup>55)</sup>

이와 같은 맥락에서 독일 대안형법학회<sup>56)</sup>는 1962년 독일정부초안에 대한 “대안형법초안 형법총칙”(AE-StGB AT) 제97-99조에서 공소시효만을 규정하고 형의 시효에 관한 총론적 규정은 두지 않았다. 형의 시효가 소송법적 시효이론에 부합하지 않고, 이를 인정해야 할 합리적인 근거가 없으며 실무상 별 의미가 없다는 이유에서다. 대안형법초안의 논거는, 1962년 정부초안 제131-133조의 공소시효규정<sup>57)</sup>을 볼 때 충분히 긴 공소시효기간을 정하고 있는데다 이와 더불어 시효의 정지 및 중단 가능성을 규정하고 있어서 이러한 규정들을 빠져나가 형의 시효를 인정하여야 할 사안이 도대체 존재할 수 있겠느냐는 것이며, 설사 그런 사안이 생긴다 하더라도 왜 형집행을 포기해야 하느냐는 것이다. 대안형법초안은 일반적인 형의 시효 규정을 두기보다는 행형법에 예외조항을 두어 개별사안의 특수성을 고려하면 된다는 입장이었다.<sup>58)</sup>

53) Killias u.a., Grundriss, 2009, 284면.

54) Binding, Handbuch, 1885, 829면.

55) Bloy, 앞의 책, 191면.

56) 1960년대 독일형법대개혁 작업이 진행된 이래 독일형법개혁과정에서 유력한 대안을 제시해오는 형법학회로서, 독일어권인 독일, 오스트리아, 스위스의 형법학자들이 회원으로 가담하고 있다(인터넷 홈페이지: [www.alternativentwurf.de](http://www.alternativentwurf.de)).

57) 무기징역 범죄에 대한 30년 시효로부터 20년, 10년, 5년, 3년의 공소시효를 예정하고 있었다.

58) AE-StGB AT, 1969, 193면. 기술된 내용들로 미루어볼 때 대안형법학회의 형사시효에 대한 입장

여기서 형사시효제도를 인정하느냐 하는 문제와는 별도로 형사시효를 공소시효와 형의 시효로 구분하여 굳이 형의 시효제도를 따로 두어야 하느냐는 문제제기에 대해 검토할 필요가 있게 된다.<sup>59)</sup> 앞에서 살펴본 바와 같이 공소시효와 형의 시효는 양자 모두 일정한 시간이 흐른 후 때늦게 행사되는 형벌권을 제한하는, 근본적으로는 동일한 기본 형태를 가지는 “처벌시효”(Bestrafungsverjährung)가 서로 다른 두 가지 양태로 구현된 것이라 할 수 있다.<sup>60)</sup> 즉 형벌권을 소멸시키는 처벌시효로서의 형사시효가 유죄확정판결 전까지는 공소시효의 형태로, 유죄확정판결 후에는 형의 시효의 형태로 규정되어 시간의 흐름과 결부된 국가형벌권의 제한을 촘촘히 규정하고 있는 것이다. 여기서 공소권과 집행권은 국가형벌권의 행사를 구체화하는 두 축이라 할 수 있으며, 따라서 형사시효를 공소시효와 형의 시효로 나누어 각각 국가형벌권과 그 시간적 제한을 규율하고 통제하는 의의가 있게 된다. 무엇보다 판결을 통해 형이 확정된 경우의 형사시효는 미확정상태의 그것에 비하여 범죄와 형벌의 현재성을 새롭게 그리고 강하게 인식하고 있기 때문에 이에 상응하여 그 기간도 차별적으로 규율할 필요가 있다. 이런 점에서 독일을 비롯한 대륙법계 국가들이 양대 형사시효제도를 구별하며, 그 기간도 차별적으로 규율하고 있다 할 것이다.<sup>61)</sup>

## 2. ‘형의 시효’의 용어 문제와 대안

그러면 이렇게 공소권 및 집행권과 결부되어 시효에 의해 국가형벌권을 배제시키는 두 가지 형사시효 양태의 각각의 명칭은 그 본질과 성격에 부합하는지 한번쯤 살펴볼 필요가 있다. 먼저 공소시효는 공소절차, 즉 형사소추절차와 관련하여 시효가 완성되는 경우 국가형벌권의 행사를 위한 절차 진행을 배제한다

---

은 적어도 다수설은 소송법적 시효이론 또는 병합설을 지지한 것으로 판단된다.

59) 독일에서 ‘형의 시효’의 형사입법화 발전에 대해 상세한 것은 Abegg, Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, 1862 참조.

60) Bloy, 앞의 책, 191면.

61) Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, 74면 이하.

는 측면에서 적합한 용어라 할 수 있다. 이미 시민 일반에게도 비교적 익숙한 법률용어가 되어 굳이 다른 대안을 모색할 필요성도 적어 보인다.

반면, 우리 형법의 ‘형의 시효’란 명칭은 매우 포괄적 개념임과 동시에 제한적 개념이라 할 수 있다. 먼저 이를 ‘형과 관련된 시효’로 이해할 경우, 넓은 의미의 형사시효와 같은 의미로 이해될 수 있다. 물론 ‘형의 시효’란 명칭은 “형벌에는 시효가 있다”는 의미를 내포하고 있어 이 명칭이 최소한 형벌과 시효의 관계를 실체법적으로 명료하게 담고 있는 것은 사실이다. 그러나 형사시효의 본질이 실체법적이라 하여 절차법과 무관한 것이 아니며, 형사법의 실현에 있어서 실체법과 절차법은 근본적으로 상호제약적인 불가분의 관계를 맺고 있다.

형사시효의 양태에 대한 적절한 명칭을 모색하는데 있어서는 형사시효제도가 유죄확정판결을 기준으로 두 가지 시효제도를 나누어 규정하는 점에 유의할 필요가 있다. “공소권” 행사와 관련된 형사시효에 대해서 ‘공소시효’라는 용어를 사용한다면, 이에 상응하여 확정된 형에 대한 “집행권” 행사와 관련된 형사시효에 대해서는 “집행시효”라는 용어를 사용하는 것이 논리적일 것이다. 따라서 확정판결을 받은 범죄자에 대한 형벌권의 시효적 소멸에 대해서는 ‘형의 시효’란 용어 대신 “집행시효”(Vollstreckungsverjährung)란 용어를 사용하여 그 내용을 보다 명확하게 표현하고 전달하는 것이 형사입법자의 임무라 할 것이다.<sup>62)</sup>

다른 한편 ‘형의 시효’란 명칭이 바뀌어야 하는 것은 이 용어를 “형사제재의 시효”로 넓은 의미로 이해할 수도 있겠지만 이는 지나친 확대해석의 위험을 내포하고 있기 때문이다. ‘형의 시효’가 현행법상 어디까지나 “형벌의 시효”만을 의미하고 있으며, 형사입법자 또는 우리 형법의 시각이 지나치게 형벌에 국한되어 있는 점에서도. ‘형의 시효’란 용어는 아직 보안처분제도를 형법 내에 규율하는 대신에 개별법으로 규정하고 있으며 보안처분 관련 시효규정도 따로 두고 있는 현행법체계에나 제한적으로 부합하는 용어 사용이라 할 것이다. 형벌과 보안처분으로 이루어진 형사제재의 이원주의를 취하고 있는 우리 형사법에서 이제는

62) 같은 취지로 Lorenz, 앞의 책, 62면. 우리나라와 일본에서 사용되는 “형의 시효”란 용어는 1900년 대 초반 독일의 형법개정안에서 흔히 사용된 표현 “Verjährung von Strafen”(형의 시효)로부터 영향을 받은 것으로 추측된다. 독일어권에서 역사적으로 여러 법률 및 법률안에서 고려되거나 채택된 다양한 ‘형의 시효’ 관련 용어들에 대해서도 Lorenz, 앞의 책, 62면 참조.

더 이상 보안처분을 떼어 놓고 형법과 형벌론을 논할 수 없게 되었다고 해도 과언이 아니다. 이뿐 아니라 머지않아 보안처분제도가 형법전에 통합되고<sup>63)</sup> 보안처분의 시효규정이 함께 규정되게 되는 상황을 감안하여서라도 ‘형의 시효’란 명칭은 “(형사제재의)집행시효”란 용어로 바뀌어야 할 것이다.<sup>64)</sup>

나아가 집행시효란 표현은 형벌권행사 주체인 국가에 대하여 ‘형의 시효’는 곧 “형집행권의 시효”임을 각인시킴과 동시에 집행권의 행사를 장기간 태만할 경우 형집행권, 즉 형벌권이 박탈됨을 강력히 경고함으로써 항상 시효를 염두에 두고 형사제재 집행의 책임과 의무를 다하도록 촉구하는 의미도 있다 할 것이다.<sup>65)</sup>

### 3. ‘형의 시효’의 일반규정(형법 제77조)에 대한 검토

우리 형법은 제77조에 다음과 같이 독립된 일반규정을 두어 ‘형의 시효의 효과’를 명문화하여 강조하고 있는데, 먼저 그 문언구성의 적절성 및 독립규정의 필요성에 대해 살펴볼 필요가 있다.

**형법 제77조(시효의 효과)** 형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 인하여 그 집행이 면제된다.

아래에서 보는 바와 같이 “시효에 의해”라는 표현 대신에 “시효의 완성으로 인하여”라는 표현을 사용한 것을 제외하면, 우리 형법 제77조는 일본 형법 제31조와 그 내용이 거의 동일한 것을 볼 수 있다. “(형의)시효의 효과” 및 “형의 시효”로 그 제목만 서로 다를 뿐이다.

63) 예컨대 최근 한국형사정책학회의 형법총칙개정안(2009년)이라든지 법무부가 입법에고한 형법일부개정안(2010년)은 보안처분의 형법전 편입을 내용으로 하고 있다.

64) 형의 시효는 곧 ‘형집행시효’이지만 앞으로 형법상의 명칭은 형벌과 기타 처분에 대한 시효 모두를 포괄할 수 있도록 “형집행시효”보다 더 포괄적인 “집행시효”로 바꾸는 것이 나을 것이다.

65) 국가형벌권을 겨냥한 형사시효제도 일반에 걸친 이러한 예방적 취지에 대해서는 NK-StGB-Saliger, Vor §§ 78ff. Rn. 6 참조

**일본형법 제31조(형의 시효)**

형의 선고를 받은 자는 시효에 의해 그 집행의 면제를 받는다.

형의 시효의 효과에 관한 우리 형법과 일본 형법의 이러한 일반규정은 우선 그 문언의 구성에 있어서 오해를 초래하는 측면이 있다. 형의 선고를 받은 자를 주어로 하여, 마치 시효의 완성으로 형집행을 면제받을 적극적 권리를 부여받는 듯한 뉘앙스를 주기 때문이다. 형의 시효에 관한 규정은 집행권자에 대하여 국가형벌권 행사에 “시간적” 태만이 있어서는 아니 됨을 분명히 하는 측면뿐 아니라, 마땅히 형의 집행을 받아야 할 자에 대하여 “시간(시효)으로의 도피로 초대” 하는 듯한 오해를 낳아서도 아니 될 것이다. 따라서 시효의 완성으로 인해 집행이 면제되는 대상은 ‘형’(또는 처분)이라는 점에서 ‘형(처분)-시효완성-집행면제’의 상관관계를 문리적으로 명료하게 표현하는 것이 바람직하다.<sup>66)</sup>

이런 점에서 형의 시효(효과)에 관한 별도의 일반규정을 두고 있지 않은 독일 형법전이 형의 시효기간에 대해 규정한 제79조 제1항에 우리 형법 제77조에 상응하는 일반규정을 두면서 다음과 같은 방식으로 “확정판결로 선고된 형 또는 처분”을 시효의 대상으로 명확히 함과 동시에 시효의 완성으로 인한 집행권의 배제를 핵심내용으로 한 것을 참고할 필요가 있다.

**독일형법전 제79조 (시효기간)**

① 확정판결에 의해 선고된 형 또는 처분(형법 제11조제1항제8호)은 시효기간이 경과한 이후에는 집행할 수 없다.<sup>67)</sup>

66) 새로운 문언구성과 관련하여서는 형 또는 형의 집행의 면제를 규정하고 있는 다른 형법규정들이 어느 정도 참조가 될 수 있을 것이다. 예컨대 형법 제1조제3항은 “재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.”는 규정방식을 취하고 있다. 그 밖에 제7조(외국에서 받은 형의 집행), 제26조(중지법), 제52조(자수, 자복)과 같은 규정은 “(...)한 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다” 또는 “(...)한 때에는 형을 감경 또는 면제한다”와 같은 방식이다.

67) “Eine rechtskräftig verhängte Strafe oder Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) darf nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr vollstreckt werden.”

우리 형법전도 특히 (보안)처분의 시효를 포함하여 형의 시효에 관한 규정을 “집행시효”로서 포괄적·통합적으로 재정비할 경우, 독일형법 제79조제1항과 같은 내용으로 하거나 다음과 같은 대안적 문언을 고려하여야 할 것이다.

**형법(대안) 제77조 (집행시효)**

확정된 형 또는 처분에 대하여 다음 각 호에 정한<sup>68)</sup> 시효가 완성된 때에는 그 집행을 면제한다.

4. ‘형의 시효’와 (보안)처분의 시효

형법 제77조 이하의 ‘형의 시효’의 대상은 우선 문리적 의미 그대로 ‘형’이며, 이는 곧 형법 제41조에 규정된 ‘형’을 말한다. 따라서 앞서 형법 제77조의 문언 구성에 대한 문제제기에서 언급한 바와 같이 ‘형의 시효’를 우리 실정법의 체계 내에서 이해하는 한 이를 보안처분 등을 포함하는 포괄적인 “형사제재”의 시효로 해석하는 것은 실정법 체계에 반하는 자의적인 확장해석이 될 수밖에 없다. 이는 우리 형사법제가 보안처분법을 철저히 형법전 밖에 규율하고 있으며, 대표적 보안처분법이라 할 수 있는 치료감호법에서 보는 바와 같이 보안처분의 시효 역시 개별 보안처분법에 규정하고 있는 점을 통해 확연히 드러난다.<sup>69)</sup>

최근에 특히 성범죄자를 겨냥하는 형사정책의 중심에 서 있다고 할 수 있는 “전자발찌”로 통칭되는 이른바 “전자감독”에 대하여 규정하고 있는 「특정 범죄자

68) 이 조항을 현행과 같이 일반조항으로 하고 “시효기간”을 별도의 조문으로 규정할 경우, 이 표현은 물론 그에 상응하여 “이 법(제XX조)에 정한”으로 대체되어야 할 것이다.

69) 치료감호법[시행 2010. 4.15] (법률 제10258호) 제46조(치료감호의 시효)

- ① 피치료감호자는 그 판결이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 지나면 시효가 완성되어 집행이 면제된다.
  - 1. 제2조제1항제1호 및 제3호에 해당하는 자의 치료감호: 10년
  - 2. 제2조제1항제2호에 해당하는 자의 치료감호: 7년
- ② 시효는 치료감호의 집행정지 기간 또는 가중료 기간이나 그 밖에 집행할 수 없는 기간에는 진행되지 아니한다.
- ③ 시효는 피치료감호자를 체포함으로써 중단된다.

에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」 역시 마찬가지이다.<sup>70)</sup>

여기서 논의의 초점은 이러한 보안처분법들에 규정된 개별 (보안)처분의 시효 규정 자체에 대한 문제제기가 아니다. 문제는 우리 형법의 형사제재에 대한 편협한 시각이며, 이로 인해 형사제재체계에 대한 통합적인 형법적 규율이 이루어지지 못하고 통합적인 “집행시효” 규정도 미비되어 있다는 점이다. 물론 독일 ‘대안형법초안 형법총칙’이 형의 시효에 대한 규정을 아예 포기하면서 동시에 보안처분의 집행시효는 개별 처분의 집행관련 규정과 결부시켜 규정하면 된다고 한 주장은 ‘형의 시효’에 대해 회의적인 그 나름의 일관성 속에서 제기된 주장이다.<sup>71)</sup> 하지만 ‘형의 시효’ 및 ‘보안처분의 시효’를 각각 규정하여 전체적으로는 공백 없는 형사제재의 집행시효제도를 두고 있는 우리 형사법이 정작 형법전에서는 법률효과로서 형벌과 보안처분을 총체적으로 아우르지 못하여 ‘형의 시효’의 관점에만 머물러 있다는 점은 형사법의 체계적인 이해를 위하여 법을 적용하는 형사법률가에게나 수범자인 시민에게나 결코 바람직한 모습이라고 할 수 없다.

형사제재의 이원주의를 취하고 있는 독일형법은 “확정판결에 의해 선고된 형 또는 처분”을 집행시효의 대상으로 분명히 하고 있는 반면, 의심할 여지없이 형사제재의 이원주의를 채택하고 있는 우리 형법의 형의 시효에 관한 일반규정이 일원주의를 취하고 있는 일본 형법규정과 똑같은 형태로 여전히 ‘형’의 시효만을 고려하고 있는 현실은 “우리형법” 체계를 입법적으로 정비해야 할 일차적 책임이 있는 우리 형사입법자에게 여러 측면에서 숙고를 촉구하고 있다 할 것이다. 19세기말 당시 일원주의 형벌체계를 운용하던 독일형법을 계수하여 오늘날까지 일원주의를 고수하고 있는 일본형법이 - 그사이 이원주의로 발전한 현행 독일형법과 달리 - 여전히 옛 규정 그대로 고수하고 있는 것은 지극히 당연하다 할 것이다. 그러나 형사제재체계에 있어서는 개혁된 새 독일형법 모델에 준하여 이원

70) 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(시행 2010. 7.16) (법률 제10257호) 제21조(부착명령의 시효)

① 피부착명령자는 그 판결이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 함께 선고된 특정범죄사건의 형의 시효가 완성되면 그 집행이 면제된다.

② 부착명령의 시효는 피부착명령자를 체포함으로써 중단된다.

71) AE-StGB AT, 1969, 193면.

주의체계를 채택한 우리 형법에서 여전히 일본형법이나 구 독일형법의 규정과 같은 형태의 ‘형의 시효’ 규정을 유지하고 있는 것은 통합적이고 통일적인 형사 제재체계의 확립하기 위한 노력을 소홀히 한 채 임시변통적 입법(이른바 “ad-hoc-Gesetzgebung”)에 급급해 온 우리 형사입법자의 자화상을 담고 있다 해도 과언이 아닐 것이다.

요약하자면 공소시효제도와 구별된 집행시효제도를 포기하지 않는 이상 현행 “형의 시효” 제도로써 대변되는 집행시효제도는 좁은 의미의 형벌뿐 아니라 보안처분과 기타 처분까지 포함하는 “집행시효” 규정으로 포괄적이고 체계적으로 재구성되어야 한다. 독일학계와 판례의 지배적인 견해가 형사시효, 특히 공소시효에 대하여 소송법적 시효이론을 지지하고 있음에도 불구하고<sup>72)</sup> 독일형법전이 집행시효와 함께 공소시효까지 여전히 형법전에 통합하여 규정하고 있는 것은 애당초 형사시효를 실체법적으로 이해하였던 역사나 전통의 결과를 단순히 유지하고 있다기보다는 중대한 국가형벌권 배제사유를 시민 일반의 이해의 편의를 위해 일목요연하게 단일법전 내에서 제시한다는 장점을 고려한 입법자의 정책적 선택의 결과로 사료된다.<sup>73)</sup> 앞에서 제시한 형법 제77조의 대안인 “집행시효” 일반규정에 근거하여 형벌과 함께 보안처분을 집행시효의 대상으로 삼아야 하며, 이러한 일반규정의 토대 위에서 형벌과 보안처분 및 기타 형사제재에 대한 집행시효 기간을 비롯한 구체적인 시효규정들이 다루어져야 할 것이다.

‘형’과 구별되는 ‘처분’의 집행시효에 관한 문제는 단지 보안처분에 국한되는 문제는 아니다. 보안처분의 경우 개별법에 “처분의 시효” 규정이 있지만, 형법은 ‘형의 시효’만을 규정하기 때문에 기타 처분성 제재의 경우 별도의 규정이 없는 이상 ‘형의 시효’에 포섭될 수가 없다. 예컨대 현행법상 노역장유치(형법 제70조)는 형이 아닌 벌금 또는 과료형의 ‘환형처분’에 불과하기 때문에 시효의 대상이

72) 다른 견해로 Oetker(Die Verjährung, 1994, 38면)는 독일에서 형사시효의 근거를 찾는 노력이 있어서 실체법적 노력이 전면에 대두되어 있다고 하며, 하지만 소송법적 접근 및 이해도 배제할 수 없다고 한다.

73) 白井滋夫, 刑の時効 刑の消滅, 1968, 107면 이하는 당시 일본형사법개정논의와 관련하여 형사시효제도를 양자 모두 형법 또는 형소법에 통합하여 규정할 것인가, 현행대로 공소시효는 형사소송법에, 그리고 형의 시효는 형법에 둘 것인가 하는 논의와 관련하여 특히 국민일반의 이해의 편의를 이유로 통합규정해야 한다는 주장이 유력하였지만 다수는 현행유지의 견해였음을 소개하고 있다.

되지 아니 한다. 반면에 추징은 형법상의 형의 종류에 포함되지는 않았지만 몰수에 준하는 성격을 가지기 때문에 시효의 대상으로 규정되고 있다(형법 제78조 제6호).

최근 입법예고된 법무부 형법개정안에서는 몰수가 보안처분의 성격도 가진다는 이유로 이를 형의 종류에서 삭제하고 대신 “기타의 형사제재”로 규정하기로 하였다.<sup>74)</sup> 현행법 체계 내에서는 이렇게 형의 종류에서 삭제되면 원칙적으로 집행시효의 대상에서 제외됨을 의미한다. 그러나 독일의 입법례<sup>75)</sup>에서 보듯이 형(Strafen)이나 보안처분(Maßregeln)이란 단일 카테고리에 명확히 소속시키기 힘든 몰수, 박탈 또는 폐기와 같은 형사제재 처분의 경우도 ‘형의 시효’에 포함시킬 수는 없지만 처분(Maßnahmen)의 “집행시효”로 포섭할 수 있어야 할 것이다. 이를 위해 형법상 현행 “형의 시효” 규정들은 “집행시효”의 카테고리에서 형과 (보안)처분을 아우르는 포괄적인 시효체계로 정비되어야 할 것이다.

## 5. ‘형의 시효’의 효과

일단 우리 현행 형법전 체계 내에서 이해되는 (좁은 의미의) 형의 시효는 “형의 선고를 받은 자”에 대하여 적용되므로 “확정된 선고형”을 그 대상으로 한다. 여기에는 확정판결을 통해 내려진 선고형뿐 아니라 일정한 절차적 요건에 따라 확정판결과 동일한 효력<sup>76)</sup>을 갖게 되는 약식명령에 의해 고지된 형<sup>77)</sup> 및 즉결심판에 의해 선고·고지된 형<sup>78)</sup>도 포함된다.

다만 그 ‘형’이 형법 제43조의 형에 속하더라도 “집행시효”로서의 형의 시효의 본질상 그 성격이 ‘집행’을 필요로 하는 ‘형’이어야 시효의 대상이 되고 시효완성의 효과를 누릴 수 있다. 예컨대 자격상실은 별도의 집행을 필요로 하지 않고

74) 법무부 2010.10.25 입법예고 형법일부개정법률안 제82조 참조

75) 독일형법 제79조제4항제2호

76) 형사소송법 제457조 및 즉결심판에 관한 절차법 제16조 참조

77) 형사소송법 제451, 452조

78) 즉결심판에 관한 절차법 제11조

판결확정과 동시에 그 효력을 발생<sup>79)</sup>하므로 형의 시효의 대상이 될 수 없다. 반면 자격정지는 형의 시효의 대상으로 규정되어 있어서(제78조제4-6호), 이에 대하여 자격상실과 달리 자격정지는 현행법상 집행을 요하기 때문인 것으로 해석되기도 한다.<sup>80)</sup> 그러나 “자격형의 집행”을 규정한 형사소송법 제476조<sup>81)</sup>는 집행절차에 관한 내용이라기보다는 자격형 부과에 대한 수형자원부 기재와 지자체 송부 의무를 규정한 것으로 자격형의 효력을 발생시키기 위한 집행과는 관련이 없는 내용이다. 법무부의 1992년 형법개정법률안이 “자격정지형은 일정한 자격의 전부 또는 일부를 정지하면 족하며 별도의 집행절차가 필요 없어 시효를 인정할 필요가 없다”는 이유로 자격정지에 대한 시효규정의 적용을 배제시킨 것은 이런 점에서 타당한 방안이라 할 수 있다.<sup>82)</sup> 독일에서 부수형벌(Nebenstrafe)로 규정된 면허정지와 형의 부수효과(Nebenfolgen)로 규정된 자격상실이 이에 해당한다.<sup>83)</sup> 물론 현행법 체계를 전제로 하더라도 이보다 더 근본적 방안이라 할 수 있는 것은 최근 법무부가 입법예고한 형법일부개정법률안 제40조와 같이 자격상실과 자격정지를 아예 형의 종류에서 삭제하는 것이며,<sup>84)</sup> 이 경우 현행법 체계 내에서는 당연히 형의 시효의 적용대상에서 배제된다. 위에서 살펴본 바와 같이 포괄적인 “집행시효”의 차원에서, 더 이상 형의 종류에 속하지 않고 “기타의 형사제재”에 속하게 된 이러한 제재들에 대해 집행시효를 인정할 것인가 하는 점은 시효의 본질과 해당 형사제재의 본질을 고려하여 형사입법자가 선택하여야 할 사안이다.

‘형의 시효’의 시효완성의 효과는 선고된 형에 대한 일체의 집행행위를 허용하

79) 형법 제43조제1항제1문: “사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.”

80) 장규원, 형법총칙 비교법 자료집, 2006, 464면.

81) 형사소송법 제476조: “자격상실 또는 자격정지의 선고를 받은 자에 대하여는 이를 수형자원부에 기재하고 지체없이 그 등본을 형의 선고를 받은 자의 등록기준지와 주거지의 시·구·읍·면장에게 송부하여야 한다.”

82) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료XIV), 1992, 91면.

83) NK-StGB-Saliger, § 79 Rn. 4 참조.

84) 법무부 페이지(<http://www.moj.go.kr/>): 법무지식/법령정보/입법예고/형법 일부개정법률안 입법예고(2010.10.25 게시)(검색일: 2010년11월5일): 동 법률안 제40조는 형의 종류를 사형, 징역, 벌금, 구류의 4개 종류로 간소화하고 있다.

지 않는다는 점에 있다. 따라서 징역형의 시효가 완성되었음에도 불구하고 죄값을 치르겠다고 자발적으로 수감되고자 하거나, 벌금형의 시효가 완성되었는데 벌금을 내겠다고 하더라도 이에 대한 집행이 허용될 수는 없다.<sup>85)</sup> 선고되었던 형의 시효가 완성된 자를 수감하는 행위는 형법 제124조의 불법감금죄의 구성요건에 해당할 수 있으며, 이렇게 불법감금된 자를 탈출시키는 행위는 긴급구조에 해당하고 따라서 이 과정에서의 저항행위 역시 공무집행방해죄의 위법성을 조각하게 된다. 형의 시효가 완성된 후의 감금행위는 형집행담당공무원의 위법한 직무행위이며, 동시에 수형자의 자유에 대한 위법한 침해이기 때문이다.<sup>86)</sup>

다른 한편 형의 시효의 완성의 효과에 의해서는 형의 집행만 완전히 면제될 뿐, 형의 선고 자체가 실효되지는 않는다. 또한 집행면제의 효과는 시효의 완성과 함께 당연히 발생하며, 별도의 재판이나 집행절차를 필요로 하지 않는다.

### 제3절 시효기간과 시효배제

#### 1. 형의 시효기간의 의의

앞에서 형사시효의 본질에 대한 이론과 이해를 다루며 범죄사건 역시 여러 일반생활사와 마찬가지로 시간의 흐름과 함께 일정시점에서 “현재”와의 직접적 연관성과 의미를 상실하고 “역사”가 된다는 것에 주목하여, 형법과 형벌의 주요 목적은 과거사에 대한 응보적 정의의 실현이 아니라 과거사 극복을 지향하면서도 어디까지나 현재적 사회생활관계를 다루기 때문에 형벌목적에 대한 형사정책적 고려에서 형사시효를 인정할 수 있음을 살펴보았다. 이러한 관점에 기초하여 경한 범죄일수록 더 빨리 과거, 즉 역사에 속하게 되며 현재와의 맥락을 상실할 것이기 때문에 범죄의 경중에 따라 형사시효의 기간이 단계화되는 것 역시 설명된다.

그러나 어떠한 범죄에 대하여 어느 정도의 시간의 흐름이 “과거화, 역사화”를

85) Sch/Sch-StGB-Sternberg-Lieben/Bosch, § 79 Rn. 1.

86) MK-StGB-Mitsch, § 79 Rn. 1 참조

가능하게 하며, 아울러 납득할 만한 형벌권배제의 정당성을 제공할 수 있는지는 경험과학적으로 해답을 찾기가 쉽지 않다 할 것이다. 결국 시효기간의 문제는 “국가형벌권의 원만한 기능과 행사”라는 관점을 함께 고려하여 형사입법자가 내 려야 할 규범적 판단에 속한다.

하지만 국제형법적 차원에서 국내 형사입법자의 국가형벌권 행사의 시효와 관 련된 규범적 판단 및 적용에 일정한 제한을 가하고 있는 것이 국제형사재판소가 관할하는 반인간·반인류범죄에 대한 공소시효 및 형의 시효 배제라 할 수 있 으며, 이는 1968년 유엔총회에서 채택된 『전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효 불적용 협약』 이래 국제법적 원칙이라 할 수 있다.<sup>87)</sup> 우리나라도 2002년에 비준 하고 2007년에 입법하여 시행하는 「국제형사재판소관할범죄처벌법」 제6조(시효 의 적용배제)<sup>88)</sup>에 따라 이 법이 정하는 집단살해죄 등 전쟁범죄와 반인도적 범 죄에 대하여는 공소시효와 함께 형법 제77조부터 제80조까지의 형의 시효에 관 한 규정의 적용을 배제하고 있다.<sup>89)</sup>

이러한 국제법적 시효규범 또는 시효배제규범의 관철은 일정한 범죄에 대한 공소시효는 물론 일정한 형사제재에 대한 집행시효 배제의 의의에 대해 묻게 만 든다. ‘형의 시효’와 관련하여서 우리에게 이는 - 다음의 「주요국가의 형의 시효 기간 비교」 표가 단서를 제공해 주는 바와 같이 - 무기자유형 및 사형에 대한 형의 시효의 배제 여부 문제로 귀결되는 바 이에 대해서는 비교법적 검토를 포 함하여 면밀히 검토해 볼 필요가 있다.

87) 이에 대해 자세한 것은 조시현, 국제법으로 본 공소시효문제, 2002, 198면 이하(특히 220면 이하) 참조

88) 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률(시행 2007.12.21, 법률 제8719호, 2007.12.21, 제정) 제6조 (시효의 적용배제) 집단살해죄 등에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조 까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

89) 독일의 경우도 마찬가지여서 2002년 입법된 「국제형법」(Völkerstrafgesetzbuch) 제6조를 통해 국제형법상 규정된 범죄에 대한 공소시효의 배제 및 그 형에 대한 집행시효의 배제를 규정하고 있다.

〈주요국가의 형의 시효 기간 비교<sup>90)</sup>〉

국가	한국	일본	독일	프랑스	스페인
시효적용 기준	선고형	선고형	선고형	법정형	선고형
사형	30년	30년	-	-	-
무기징역·무기금고	20년 (특례: 국제형사재판 소관할범죄처벌법에 따른 시효배제)	20년	시효배제 (+국제형법 특례)	시효배제 (반인도적 범죄)	시효배제 (반인도적 범죄)
10년 이상 징역·금고	15년	15년	25년 (10년 초과)	20년 (중죄)	30년 (20년 이상)
					25년 (15년 이상)
					20년 (10년 이상 +10년 이상 자격정지)
3년 이상 징역·금고	10년 (+10년 이상 자격정지)	10년	20년 (5년 초과)	5년 (경죄: 10년 이하)	15년 (5년 이상 +6년 이상 10년 미만 자격정지)
					10년 (기타 중벌: 5년 이상)
3년 미만 징역·금고	5년 (+5년 이상 자격정지)	5년	10년 (1년 초과)	5년 (1년 이하)	5년 (약한 중벌: 5년 미만)
			5년 (1년 이하)		
벌금	3년 (+5년 미만 자격정지, 몰수, 추징)	3년	5년 (30일수 초과)	3년 (30일수 이하)	
			3년 (30일수 이하)		
구류·과료	1년	1년 (+몰수)	5년 (1천유로 초과)	3년 (위경죄)	1년 (경벌)
			3년 (1천유로 이하)		

90) 표 안에 예컨대 “(10년 초과)”라고 한 것은 해당 시효에 대한 국가의 선고형 요건을 의미한다. 즉 “(10년 초과)”는 10년 초과 자유형에 대한 형의 시효기간임을 의미하며, “(30일수 초과)”란 30일수를 넘는 벌금형 선고 시 적용되는 형의 시효기간을 의미한다.

## 2. 무기 형사제재 및 사형에 대한 시효배제 논의

### 가. 독일형법상 무기의 형사제재에 대한 시효배제규정의 발전

주요국가의 시효기간비교표에서 한 눈에 볼 수 있는 바와 같이 독일, 프랑스, 스페인과 같은 유럽국가에서는 한편으로는 사형의 폐지에 대하여, 다른 한편으로는 최고형인 무기자유형의 형의 시효 배제에 대하여 일종의 “유럽규범”이 존재하는 것으로 보인다. 예컨대 독일형법의 경우, 제211조의 모살(Mord)에 대한 공소시효배제에 상응하여 범죄자의 특히 중한 책임과 관련하여 모살의 절대적 법정형으로 규정된 무기자유형에 대해서 형의 시효를 배제하고 있다. 반면에 독일형법 제251조의 강도치사 구성요건의 경우는 법정형에 무기자유형도 포함되어 있지만 이와 함께 10년 이상의 자유형도 법정형으로 되어 있기 때문에 무기자유형을 기준으로 하여 공소시효배제를 선언하지는 않았다. 이는 불법과 책임의 정도가 무기자유형에 처할 정도로 중하지 않은 사안들이 포섭되어 유기자유형이 선고될 수 있음을 고려한 것이다. 그러나 형의 시효와 관련하여서는, 개별적인 강도치사사안에서 실제로 무기자유형이 선고될 경우 제79조제2항에 따라 형의 시효 배제가 적용될 수 있게 된다. 이는 그 행위에 대하여 무기자유형을 절대적 법정형으로 정하고 있는 모살에 준하는 중대한 범죄행위라는 판단을 내렸기 때문이다.

이를 앞에서 제시된 형사시효의 이해에 비추어 살펴보면, 인간의 존엄과 가치를 근원적으로 부정하는 흉악한 범죄와 이에 대한 엄중한 처벌 필요성은 시간의 흐름과 함께 과거화, 역사화되는 것을 거부하는 시효저항성을 갖고 있다고 표현할 수 있다. 이러한 사안에서는 특별예방적 형벌이해에 비추어 보더라도 적극적 개선의 목적에 비하여 소극적 보안의 목적으로 저율추가 확연히 기울어 특별예방적 고려도 시효완성의 거부를 막아서지 않는 것으로 이해할 수 있다.

이러한 “모살-무기자유형(무기징역)-시효배제”의 논리를 지배하고 있는 “범죄와 형벌의 특별한 중대성 논리”는 역사적으로 새로운 것은 아니다. 독일(각 주)에서의 형의 시효의 도입 및 발전을 살펴보면, 예컨대 프랑스 시효 입법의 영향을 받아 최초로 ‘형의 시효’ 규정을 도입한 1838년 『작센 형법전』(Criminal-

Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)은 일반규정(제76조) 아래 다음과 같이 “시효배제범죄”(제80조) 규정을 두어 이 범죄들에 대해서는 공소시효와 집행시효 양자 모두를 배제하였다.<sup>91)</sup> 1850년 『튀링엔 형법전』(Thüringisches Strafgesetzbuch)도 이와 비슷한 입법례에 속하지만, 튀링엔에서는 이 시기에 사형이 폐지되어 같은 내용의 규정이 무기자유형에 대해서만 적용되었다는 차이가 있을 뿐이다.<sup>92)</sup>

#### 「작센 형법전」 제76조

법정형으로 사형이 규정되었거나 오직 무기징역형만이 규정된 범죄에 대해서는 시효가 완성되지 아니한다.

시효배제의 논거로는 법정형이 사형인 범죄, 즉 이른바 “죽을죄”(todeswürdige Verbrechen)를 범한 범죄자들의 특별한 위험성, 그러한 중범죄가 시민에게 야기하는 깊은 혐오감, 따라서 이러한 죄를 범한 범죄자의 불처벌이 시민들에게 야기할 수 있는 나쁜 인상 등을 들고 있다.<sup>93)</sup>

한편 『작센형법전』과 비슷한 시기에 성립된 『뷔르템베르크 형법전』(Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg)은 특별한 시효배제규정을 두지 않고 공소시효와 형의 시효에 관한 규정을 둔 반면, 프로이센, 오스트리아, 바이에른의 형법전들은 프랑스형법의 공소시효제도만을 도입하고 형의 시효에 관한 규정은 두지 않았다.<sup>94)</sup> 시효제도를 둘러싼 상당한 논란과정을 거쳐 새로 입법된 1851년 『프로이센 형법전』(Preussisches Strafgesetzbuch)의 경우는 심지어 제49조에 명시적으로 “확정판결로 선고된 형에 대해서는 시효가 허용되지 아니 한다”고 선언하고 있다. 이러한 입장을 그대로 따르고 있는 것이 『올덴부르크 형법전』(Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Oldenburg)이다.<sup>95)</sup>

비슷한 시기에 나타난 또 하나의 입법경향은 1840년 『브라운슈바이크 형법전』

91) Abegg, Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, 1862, 44면 이하.

92) Abegg, 앞의 책, 67면 참조.

93) Abegg, 앞의 책, 47, 54면 참조.

94) Abegg, 앞의 책, 49면 이하 참조.

95) Abegg, 앞의 책, 78면.

(Criminal-Gesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig) 제71조나 1851년 『바덴 형법전』 제196조와 같이 사형과 무기징역형에 대한 시효배제를 규정하면서 두 형법전이 똑같이 “사형이 집행되지 않은 채 20년이 경과하면 무기징역형으로 형을 변경”하는 특례를 정하고 있는 것이다. 1861년 『바이에른 형법전』(Bayerisches Strafgesetzbuch) 제100조 역시 이러한 규정방식을 수용하였다.<sup>96)</sup>

**「바덴 형법전」 제196조**

사형과 무기징역형에 대해서는 시효가 완성되지 아니한다. 다만 사형은 20년이 경과한 후에는 무기징역형으로 변경된다.

그러나 ‘형의 시효’ 제도 도입초기인 19세기 초중반의 이러한 사형과 무기징역형에 대한 시효배제규정이 1871년5월15일 『독일제국형법전』(Reichsstrafgesetzbuch)<sup>97)</sup>에 의해서는 채택되지 않았다. ‘형의 시효’ 규정인 제국형법전 제70조에서 사형, 무기징역 및 무기금고에 대한 형의 시효는 공통적으로 30년으로 규정되었다.

전후 독일연방 『기본법』(Grundgesetz) 제102조를 통하여 사형이 헌법적으로 폐지된 후 1953년 새로 공시된 『형법전』(Strafgesetzbuch)<sup>98)</sup> 제70조는 새 형법에서 최고형이 된 무기징역형에 대한 ‘형의 시효’ 기간을 기존의 제국형법과 마찬가지로 30년으로 하였다. 무기징역형에 대한 30년 시효규정은 그대로 1974년까지 적용되어 오다가, 1969년 제2차 형법개혁법(Zweites Strafrechtsreformgesetz)<sup>99)</sup> 제79조제2항을 통해 민족학살범죄(Völkermord, 형법 제220a조) 및 무기자유형에 대한 시효배제규정이 도입되어 1975년1월1일부터 효력을 발생하게 되었다.<sup>100)</sup>

96) Abegg, 앞의 책, 53, 63, 83면 참조

97) RGBL. 1871, 127면 공시.

98) BGBl. 1953 I, 1083면 공시(55번).

99) BGBl. 1969 I, 717면 공시(56번).

100) 민족학살범죄는 2002년 국제형법(Völkerstrafgesetzbuch)이 특별 입법되어 이에 흡수됨에 따라 형법에서 삭제되었다(BGBl. I, 2002, 2254면).

## 독일형법 제79조 [시효기간]

② 무기자유형의 집행에 관하여는 형의 시효가 적용되지 아니한다.

③ 형의 시효기간은 다음 각 호와 같다.

1. 10년 초과 자유형은 25년
2. 5년 초과 10년 이하의 자유형은 20년
3. 1년 초과 5년 이하의 자유형은 10년
4. 1년 이하의 자유형 및 30일수 초과 벌금형은 5년
5. 30일수 이하의 벌금형은 3년

④ 보안감호 및 무기(無期) 보안관찰(행상감독) 제68조c 제2항 제1문 또는 제3항)의 집행에 대하여는 시효가 완성되지 아니한다. 그 밖의 경우 시효기간은 다음과 같다.

1. 그 밖의 보안관찰(행상감독)의 경우 및 첫 번째 중독치료수용(감호)의 경우에는 5년
2. 그 밖의 처분의 경우에는 10년

## 나. 무기자유형 및 무기 보안처분에 대한 시효배제의 정당성과 필요성

이상에서 살펴본 바와 같이 무기자유형, 적어도 절대적 법정형이 무기자유형인 경우 이미 ‘형의 시효’ 제도 자체가 도입될 때부터 시효배제규정을 둘러싼 공방이 치열하였으며, 일부 독일(주)형법에서는 시효배제규정이 입법화되기도 하였다. 당시의 사형 및 무기자유형에 대한 시효배제 논의는 시효의 본질과 관련하여 오늘날도 여전히 유효하다 할 수 있으며 새롭게 재조명될 필요가 있다. 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 전후 국제형법을 통해 관철된 반인도적 범죄에 대한 시효배제의 논리와 그 맥이 닿아있다고 볼 수 있다. 국제형법적 시효배제원칙의 토대는 제2차 세계대전의 종식과 함께 나치범죄 및 일본전범 문제를 다루는 과정에서 발전되고 1968년 『전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효불적용 협약』 등을 통해 확립되었다고 할 수 있다. 이러한 반인도적 범죄에 대한 시효배제의 원칙이 국내법적으로는 모살과 같은 흉악범죄 및 이에 상응하는 최고형벌인 무기자유형에 대한 시효배제에 영향을 미친 것이다.<sup>101)</sup>

다른 한편 독일형법은 제79조제4항제1문은 현행법상 본질적으로 무기(無期)제재인 보안감호처분(제66조)에 대하여, 그리고 최근 형법개정을 통하여 가능하게

101) Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung, Verwirkung, 226면 이하 참조

된 무기(無期) 보안관찰<sup>102)</sup>(Führungsaufsicht, 제68c조제2항제1문 및 제3항)에 대하여도 집행시효배제를 규정하고 있다. 보안감호처분의 경우 그 부과요건을 살펴볼 때 원인행위의 중대성이나 예상되는 재범위험의 심각성 등에 있어서 무기자유형에 대한 시효배제의 근거를 대부분 원용할 수 있다 할 것이다. 그리고 무기 보안관찰의 경우도 중대하고 심각한 범죄로 수용되었다 출소하였지만 그 재범위험성 및 이로부터의 보안 목적이 지속적으로 “활성”단계에 있고, 시간의 흐름과 함께 과거 속으로 역사화 될 성질의 것이 아니라는 점이 시효배제의 근거가 될 수 있다. 아울러 행위자가 보안관찰을 회피하여 도주하고자 하는 욕구가 강한데 반하여, 도주를 통한 자기호혜적 형집행면탈은 형의 시효의 정지사유가 되지 않는 점에서도 무기형사제에 대한 시효배제가 정당화된다고 할 것이다. 무기자유형 또는 (무기처분이 될 수 있는)보안감호에 처해진 자가 해외에서 30년간 숨어 지내다 시효가 완성된 후 귀국하여 30년전 선고된 무기자유형 또는 보안감호처분에 전혀 개의치 않고 살아간다면, 이는 특히 오늘날과 같이 실시간 소통이 이루어지는 매스미디어사회에서 예방적 형법과제와 목적의 실현과 관련하여 감내하기 힘든 역기능들을 초래할 것이다. 이 경우들에 대하여는 국가가 형벌권행사를 태만히 한다는 분노로부터 발생할 수 있는 ‘린치사법’의 예방을 위해서라도 범죄자가 사망에 이를 때까지, 다시 말해 “끝까지” 형벌권행사의 가능성을 열어두어야 하며, 따라서 무기자유형 및 무기 보안처분에 대해서는 공통적으로 집행시효가 배제되어야 할 필요성이 있다 할 것이다.<sup>103)</sup>

102) 독일의 자유제한적 보안처분인 ‘Führungsaufsicht’는 단어조합상으로는 Führung(행상, 생활)+ Aufsicht(감독)이어서 “행상감독”으로 번역함이 상당한 것으로 보이지만 바람직한 표현이라고는 할 수 없다. 유감스럽게도 우리나라에서는 보안감호처분, 보안관찰처분이란 명칭이 “사이버 보안 처분법”이라 할 수 있는 (구)사회안전법에 의해 선점되어버렸고, 보안감호처분은 사회안전법과 함께 이미 폐지되었지만 대체입법으로 보안관찰법이 존재하는 관계로 “보안관찰”이란 용어는 아직 “공식”이 아니다. 하지만 ‘보호관찰처분’은 자유형의 폐단을 최소화하고 집행유예 및 가석방 제도의 장점을 최적화하기 위한 “제3의 대체제”적 처분을 특징짓는 용어로 사용하고, 같은 조직에 의해 이루어지는 비슷한 업무와 기능이라 할지라도 “보안(감독)” 목적에 더 유의해야 하는 자유제한적 보안처분은 “보안관찰처분”으로 칭하는 것이 무난하다 할 것이다. 보호관찰처분은 범죄자의 “보호”에, 보안관찰처분은 범죄자로부터의 (사회)“보안”에 방점이 있다는 뉘앙스는 있지만 양자 모두 적극적 의미의 “관찰”과 이에 기초한 지원이 이루어져야 한다는데 공통점이 있다 할 것이다.

#### 다. 사형과 형의 시효

먼저 앞에서 들었던 무기자유형을 선고받은 자가 도주한 사례를 사형수에게 적용해 볼 수 있을 것이다. 특히 사형을 선고받고 교도소에서 수십 년간 집행대기상태로 있어 온 사형수의 운명과 교도소 밖에서 성공적인 도주생활을 하다가 어느 시점에 시효완성의 효과로 자유인이 될 수 있는 사형수의 운명을 비교해 본다면, 다른 형벌에 대하여 형의 시효가 가지는 의미와의 차이가 극명하게 드러난다 할 것이다.<sup>104)</sup>

사형에 대하여 시효배제를 하지 않는다면 사형선고를 받고 도주하여 시효완성의 효과로 사형을 면제받는 자는 이중의 부당한 이익을 누리는 셈이 된다. 첫째는, 아직 우리나라에 사형선고를 받고 30년을 넘어 집행대기상태로 수감 중인 자는 없지만, 그런 사안이 존재할 경우 수감중인 사형수에 비하여 도주한 사형수는 실로 장기간의 자유박탈을 면탈하여 부당한 자유를 누린 것이다. 둘째는 굳이 국제형법적 원칙과 기준을 원용하지 않더라도 사형에 해당하는 죄책이 있는 자라면 30년이 지났더라도 - 사형의 집행은 별론으로 하더라도 - 최소한 다시 수감되는 것까지 막는 형벌의 예방적 고려는 존재하지 않는다는 점이다.<sup>105)</sup> 그러나 사형에 대한 시효의 완성을 인정할 경우, 범죄자는 단지 성공적으로 “시효의 소도(蘇塗)로 도피”하였다는 이유로 30년간의 부당한 자유의 향유에 더하여 사형집행도, 수감생활도 모두 면제받게 된다. 개별적 사안에서 이렇게 성공적으로 국가형벌권을 면탈하여 완벽히 재사회화에 성공한 사형수가 있다 할지라도 이는 형의 시효제도와 결부된 특별예방적 고려에 의해 정당화되는 일반적 형벌 배제사유인 시효의 효과로서가 아니라, 예컨대 사면과 같이 개별사안 고려가 보장된 특별한 제도의 틀에서 다루어져야 할 문제라 할 것이다.

물론 우리나라에서 사형 선고가 예상되는 중범죄자가 불구속상태에서 재판을

103) MK-StGB-Mitsch, § 79 Rn. 4 참조

104) 여기서 사형 존치론 및 폐지론에 대하여 상술할 수는 없으며, 이와는 별도로 어디까지나 사형을 존치시키고 있는 현행 형법체계를 전제로 사형에 대한 형의 시효 인정 또는 배제의 논리 및 그 필요성 및 정당성에 대해 살펴보기로 한다.

105) 비슷한 취지로는 Abegg, 앞의 책, 106면

받을 가능성이나 사형 확정판결을 받은 후 도주할 수 있는 가능성은 거의 제로에 가깝다고 본다. 이러한 이유로 사형에 대한 시효인정 또는 시효배제의 논의가 갖는 실무적 관심과 필요성이 적다보니 지금까지의 형법개정논의에서도 논의사안이 된 것으로 추측된다.

하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 아직 사형이 존재하던 19세기 독일에서 『바덴 형법전』(제196조)을 비롯한 일부 독일입법례가 사형과 무기징역형에 대해서는 형의 시효를 배제하면서, 동시에 사형선고에 대하여 20년이 경과한 후 무기자유형으로 형변경이 이루어지게 한 것은 적어도 사형을 존치시키고 있는 우리 상황에서는 많은 시사점을 제시하는 규정으로 생각된다. 사형 및 무기자유형의 중대성에 비추어 시효의 본질에 부합하지 않는다는 판단에서 이를 실정법을 통해 시효배제를 규정하는 한편, 애당초 시효규정이 지향하는 특별예방적 고려는 감형에 상응하는 형변경을 규정함으로써 부응하고자 한 것으로 평가할 수 있다. 이는 독일에서 사형이 폐지되고 무기자유형이 최고형으로 자리 잡은 후에는 무기자유형에 대해서도 가석방(잔형집행유예)제도가 도입된 것과 같은 맥락에 있다고 할 것이다.<sup>106)</sup>

#### 라. 사형시효를 둘러싼 일본에서의 논란 사례

30년 이상을 수감하며 사형집행을 대기하는 사형수가 있는 일본에서는 30년 수감생활은 “사형의 집행행위”에는 해당되지 아니하며 따라서 사형의 시효완성의 장애가 되지 않는다고 주장하여 논란이 된 사형수 “히라자와(平沢貞通) 사안”이 존재한다. 물론 이는 이미 1980년대에 빚어진 논란으로 일본판례는 “사형판결을 받은 자가 (일본)형법 제11조제2항에 기초하여 감옥에 계속해서 구치되어 있는 경우 사형의 시효는 진행하지 않는다”는 판단을 내렸고 다수설 역시 이러

106) 독일연방헌법재판소가 무기자유형의 선고를 받은 수감자에게도 다시 자유를 얻을 수 있다는 구체적인 기회가 제공되어야 한다고 판시(BVerfGE 45, 187)한데 상응하여 독일 형사입법자는 1981년 제20차 형법개정을 통하여 형법 제57a조(무기자유형의 잔형집행유예)를 도입함으로써 일반 무기자유형의 잔형집행유예(가석방)요건을 갖추고, 집행을 계속하여야 할 특히 중대한 책임이 없는 경우, 15년 수형 후에 보호관찰을 조건으로 무기자유형의 잔형을 집행유예하고 가석방하도록 규정하였다.

한 입장이지만, 앞으로도 우리 형법이 사형을 존치시키며 사형의 시효기간인 30년 이상 수감된 수형자가 있을 경우 이러한 사례는 참고하여야 할 사안이다.

**이른바 “제국은행사건”(1948년1월 강도살인사건) 사형수 히라자와(平沢貞通)와 사형의 시효를 둘러싼 논란(사건개요)**

원고(항소인·상고인) 히라자와는 소위 “제국은행사건”(1948년1월 발생 강도살인사건)의 범인으로 사형의 유죄판결을 받고 그 판결은 1955년5월7일 확정되었으나, 그 후 원한범죄인 점을 호소하여 재심청구 및 사면 신청을 반복하였고, 그 동안 감옥에 구치된 채 1985년5월7일 수감 30년이 경과하였다. 일본 형법 32조는 ‘시효는 형선고확정 후 다음의 기간 내 그 집행을 받음에 의해 완성한다. 1. 사형은 30년’이라고 규정하고 있다. 원고는 이 규정을 근거로 하여 시효완성을 이유로 우선 인신보호청구에 근거하여 석방을 청구하였으나, 東京地決 昭60·5·30判時1152号 26쪽은 청구를 기각하고, 그에 대한 특별항고도 最一決 昭60·7·19判時1158号 28쪽에서 기각되었다. 그래서 원고는 시효 완성일 다음날부터의 신병구속은 위법이라고 하면서 국가배상법에 근거하여 석방에 이르기까지 하루당 7200엔의 손해배상을 국가에 청구하였다. 1심과 2심은 원고의 청구를 기각하였으며, 원고는 상고하였으나 1987년 5월 옥중에서 사망하였다.<sup>107)</sup> 상고심도 재판관 전원 일치 의견으로 상고를 기각하였다.

원고인 히라자와의 청구를 기각한 제1심의 대표적 논지는 다음과 같았다.

①(일본)형법 32조의 ‘그 집행’이란 ‘형선고의 집행’ 즉 ‘형을 선고한 재판의 집행’을 의미하고, 원고의 신병구치는 형법 제11조제2항에 근거하여 사형을 선고한 확정재판의 효력으로서 집행되는 것이므로, 구치가 계속되고 있는 한 시효는 진행하지 않는다. ②이 경우에 시효의 진행·완성을 인정함은 시효의 경과에 따라 형성된 사회적 사실관계·사실상태를 하나의 질서로 보아 이를 존중하고 뒤엎지 않는 것이 사회적 안정에 이바지한다고 하는 시효제도의 취지에 합치하지 않는다. ③(일본)형법 제33조의 시효정지 규정은 정지사유가 없으면 안 되는 경우도 시효가 진행한다고까지 선언한 것은 아니다. ④도주자와의 불균형은 형의 시효 제도로부터 불가피하게 발생하는 것으로서 감수할 수밖에 없다. ⑤30년 경과한 후에 사형이 집행되더라도 (일본)헌법 제36조의 잔혹한 형벌에는 해당하지 않고 또 구치는 법정되어 있으므로 죄형법정주의에도 반하지 않는다.<sup>108)</sup>

107) 平成4年7月14日最高裁第3小法廷判決(昭和62年(オ)第311号 損害賠償請求事件) - 상고기각

108) 浅田和茂(아사다), 死刑確定裁判後の拘置と死刑の時効の進行等, 1993, 958면 이하.

히라자와의 항소를 기각한 제2심은 제1심 판결의 이유를 인용하고 거기에 다음과 같은 논지를 추가하였다. ⑥구치는 시효중단사유인 체포보다도 사형집행과 한층 밀접한 관계에 있고 시효의 진행과는 상반되는 사실상태이다. ⑦검찰관이 형사소송법 제442조 단서에 의한 형의 집행정지 조치를 채택하지 않았다고 해서 구치가 허용되지 않게 되는 것은 아니다. ⑧30년간 사형을 집행하지 않았다고 해서 국가가 사형집행의 권리를 잃는 것은 아니다.<sup>109)</sup>

상고심은 형의 시효는 형선고가 확정된 후 일정 기간 그 집행을 받지 않음에 의해 완성되지만(형법 제32조), 형법 제11조제2항 소정의 구치는 사형의 집행행위에 필연적으로 부수하는 선행절차이므로, 사형확정재판을 받은 자가 위 규정에 근거하여 구치되어 있는 동안은 확정재판의 집행이 계속 중인 상태에 있는 것으로서 사형의 시효는 진행하지 않는다고 해석하였다. 형법 제32조에서 말하는 “그 집행”이란 문구도 “사형의 집행”이 아닌 “형선고의 집행”, 즉 “형을 선고한 재판의 집행”의 의미로 해석하였다.

이 사안 및 상고심 최고재판소의 판결과 관련하여 학설은 시효완성을 인정하는 적극설(遠藤, 西村, 沢登 등)과 이를 인정하지 않는 소극설(藤木, 大谷, 福田 등)로 나뉜다.<sup>110)</sup>

주요 논점에 있어서 첫째로 일본형법 제32조의 ‘그 집행’의 문리해석과 관련하여 적극설은 이를 ‘사형, 즉 교수형의 집행’이라고 해석함에 반하여, 소극설은 ‘형을 선고한 재판의 집행’이라고 해석한다. 적극설의 입장에서 사토오는 형법상 다른 용어사용례와 비교해 보더라도 집행은 형의 집행을 의미하며 재판에 대하여 사용되지 않음을 지적하며 그것이 “형을 선고한 재판의 집행”이라는 이유로 “형의 집행”과 내용적으로 별개라고 하는 것은 부자연스러운 견강부회라고 단정한다. 형의 시효는 형의 집행을 받지 않음에 의해 완성된다고 해석하는 것이 타당하지 않느냐는 것이다.<sup>111)</sup>

형의 시효의 취지에 관해서는 양설 모두 사회의 규범감정이 완화하여 현실적

109) 淺田和茂(아사다), 앞의 글, 1993, 959면.

110) 淺田和茂(아사다), 앞의 글, 1993, 960면 참조.

111) 佐藤昭夫(사토오), 30年間の拘留と死刑の時効 - 平沢貞通氏の人身保護請求事件、東京地裁昭和60年5月30日決定に關聯して、1985, 5면 이하 참조.

으로 형을 집행하여야 한다는 요구가 없어지는 것에 있다고 하고 있으나, 적극설이 30년간 사형미집행을 통하여 “집행하지 않는 것이 자연스럽다고 하는 사회적 안정성이 형성되었다”고 주장함에 반해, 소극설은 국가의 형벌권이 행사되고 있는 이상 규범감정이 완화된 것이라고는 할 수 없다고 한다. 하지만 논란이 되었던 이 사안의 경우 만약 사형을 집행하였다면 오히려 부당한 집행이라고 생각하는 국민들이 많았다는 점에서는 이미 국민의 규범감정 완화는 충분히 인정될 수 있었다는 평가가 존재하였다.<sup>112)</sup>

세 번째로 형법 제33조의 시효정지와 관련하여 적극설은 “정지조치가 없는 이상 시효는 진행하지 않는다”고 함에 반하여, 소극설은 이 규정은 “정지하면 진행하지 않는다”는 규정일 뿐이고 시효가 처음부터 진행하지 않은 이상 정지의 문제는 생기지 않는다고 한다. 적극설의 입장에서는 특히 일본형사소송법 제442조의 재심청구의 경우에 있어서의 ‘형의 집행정지’와 관련하여 사형사건의 재심청구단계에서는 석방을 의미하는 구치의 정지는 일반적으로 고려되지 않는다는 점에 주목한다. 즉 검찰관이 재심청구의 경우에 집행정지(교수의 정지)의 조치를 취하는 경우 시효를 정지하는 것이 가능하나 그 조치를 취하지 않는 이상 시효는 진행되는 것으로 생각하는 것이 합리적이라고 본다. 반면 소극설 입장에서 이 사건의 제1심이나 최고재판소는 사형의 경우에는 교수의 정지 외에 구치의 정지를 포함한다고 하고 있다.

네 번째로 형법 제34조의 시효중단과 관련하여, 적극설은 사형을 위한 구치는 ‘체포’에는 해당하지 않으므로 시효는 중단되어 있지 않다고 함에 반하여, 소극설은 구치는 체포 이상으로 사형집행과 밀접한 관계에 있고 시효의 진행과는 상반되는 사실상태라고 한다. 적극설의 입장에서 이러한 소극설의 해석은 피처분자에게 불이익을 주는 규정인 시효중단규정에 관한 유추해석이라고 비판한다.

우리가 여기서 일본에서의 논란을 옮겨와 이를 심화시키는 공방을 해야 하는지는 일단 별론으로 두더라도 일본의 이 사례를 통해 발견하게 되는 점은 사형의 시효에 관한 규정이 실제로 거의 발생할 가능성이 없는 “판결확정 후의 도주자”를 염두에 둔 규정이었으며, 이 사례에서처럼 사형판결 확정 후 30년간 수감

112) 浅田和茂(아사다), 앞의 글, 1993, 960면 참조

된 자의 문제는 입법자가 예상하지 않은 사태였다는 점이다. 아사다는 이처럼 장기간에 걸친 구치의 주된 원인은 오판·원죄의 염려가 불식될 수 없음으로 인해 ‘신증을 기한 탓’이라고하며, 이에 대해서는 재심이나 사면과 같은 구제책도 방법이었던지만, 이 사안에서는 시효완성을 이유로 한 석방이 해석으로서 가능하였기 때문에 그것을 활용해야 했을 것이라고 한다.<sup>113)</sup>

사토오 역시 사형수를 30년간 교도소에 구치한다고 하는 것 자체가 법이 예상하고 있지 않았던 사태로 규정하며, 헌법의 개인 존중의 사상에 비추어 법조문의 해석으로 가능한 이상 사형의 시효완성을 근거로 석방했어야 한다고 본다.<sup>114)</sup> 특히 지배적인 견해에 기초한 시효제도의 취지와 관련하여, 소극설이나 판례가 일정기간의 경과와 더불어 형성된 사회적 사실관계, 장기간 계속된 사실상태를 하나의 질서로 보아 그 질서를 존중하여 이를 뒤집지 않는 것이 오히려 사회적 안정에 이바지한다고 하는 것을 시효제도에 공통된 이념이라고 하며, 사형판결을 받은 자가 구치되어 있는 경우에 ‘범인은 사형을 선고한 확정재판의 집행으로서 사형집행의 절차의 일환으로 구금되어 있는 것이며, 확실히 사형집행을 받아야 할 자로서 일관되게 다루어지고, 일반사회로부터 격리되어 있는 것’이며, 따라서 시효는 진행하지 않는다고 하는데, 실은 이러한 시효제도의 취지가 피구치자에게 시효의 진행을 인정하지 않는 결론과는 조화되지 않는다고 한다. 사실상태, 즉 사실상 질서는 국가법의 입장에서 본 규범적 질서, 당위 질서와는 다르기 때문이다. 피구치자는 당위질서에 있어 ‘사형집행을 받아야 하는 자’로서 다루어지지만, 그럼에도 불구하고 사실로서 사형집행을 받은 일이 없었다고 하는 사실상태가 계속되었기 때문에 이 사실상태가 30년간 계속된 경우에는 ‘사형집행을 받아야 하는 자’로 보는 규범적 질서, 당위질서를 소멸시키는 것이 사실상의 질서의 존중, 시효의 완성을 인정하는 취지라고 해야 한다는 것이다.<sup>115)</sup> 또 시민 일반의 “규범감정완화”라는 측면에서 도주한 사형수와 비교해 볼 때, 오늘날과 같이 매스미디어가 발달한 상황에서 재판의 공정성을 확신하는 경우 도

113) 浅田和茂(아사다), 앞의 글, 1993, 961면.

114) 佐藤昭夫(사토오), 앞의 글, 1985, 2면; 같은 취지의 상세한 판례평석으로 島倉隆(시마쿠라), 刑事判例研究(3), 1987, 191면 이하 참조.

115) 佐藤昭夫(사토오), 앞의 글, 1985, 7면.

주사형수에 대한 일반의 분노는 완화되거나 망각되기 보다는 기억될 것이며, 특히 시효완성이 임박한 경우 매스미디어의 영향 등으로 더욱 선명해질 것이다. 반면에 언제 사형이 집행될 것인가 매일 죽음의 공포에 직면하면서 30년의 구속을 감당해 온 자에 대하여는 측은지심을 가질 수 있을 것이다. 즉 사회일반에 있어서 중요한 것도 도주범이나 구치된 사형수이냐에 달린 것이 아니라 사형집행을 받지 않고 30년을 보냈다는 사실의 중요도라는 것이다.<sup>116)</sup>

시마쿠라는 시간의 흐름 그 자체만이 시효의 요건임을 강조하며, 시효의 완성을 위하여 규범감정완화와 같은 이른바 “시간의 흐름+ $\alpha$ (알파)”의 공식을 세우는 것은 잘못이라고 한다. 또 사형의 시효완성과 관련하여서 마치 도주자와 구치자 두 종류가 있다는 식의 사고방식을 갖고 형을 집행할 수 없는 경우와 집행을 하지 않는 것을 구분하는 것은 잘못임을 지적하며, 시효의 요건은 단적으로 ‘형을 집행할 수 없는 것이 아니라 집행하지 않는 것’이라고 한다. 그리고 실은 사형의 시효와 관련하여 도주자만 염두에 두었다가 예상치 못한 ‘시효완성기간을 넘는 30년 구치자’ 사안에 직면하여 구치를 사형집행과 동일시하고 시간의 흐름과 결부된 사실상태가 두 가지가 있는 것 같은 논리로 이 문제를 돌파하려 하였으나 악순환논법에 빠지고 있음을 지적한다.<sup>117)</sup>

한편 히라자와 사안에서는 시효의 문제와 별개로 일본형법 제36조의 ‘잔혹한 형벌’에 대한 문제제기도 이루어졌는데, 이는 사형 그 자체 또는 사형의 집행방법과 관련된 ‘원론적 의미’의 사형의 잔혹성 문제가 아니라 ‘30년이란 장기간의 구치 후의 사형집행의 잔혹성’ 문제였는데 판례는 이에 대한 실질적 판단을 하지 않았다.<sup>118)</sup> 그러나 이 문제 역시 시효와 전혀 무관한 문제라고 할 수는 없는 것은 시효의 완성을 인정할 경우 사형집행을 촉진하는 결과를 초래할 수 있다는 우려를 완전히 배제할 수는 없기 때문이다.

116) 佐藤昭夫(사토오), 앞의 글, 1985, 9면

117) 島倉隆(시마쿠라), 앞의 글, 1987, 191면 이하 참조

118) 島倉隆(시마쿠라), 앞의 글, 1987, 195면

#### 마. 사형의 시효배제와 대안적 고려

앞에서 우리는 이미 무기의 형사제재에 대한 시효배제와 같은 논리에서 사형에 대한 시효배제의 정당성을 살펴보았다. 그리고 역시 이미 살펴본 바와 같이 ①가정적 사례에서 도주한 사형수에게 시효완성을 인정할 때 빚어지는 이중의 수혜현상을 고려할 때나, ②일본에서 발생한 실제사례 ‘히라자와 사안’을 둘러싼 구치된 사형수에 대해 시효완성을 인정하지 않아서 생기는 논란과 문제들을 고려해 볼 때나, 사형에 대한 시효배제가 입법적으로 이루어져 한다는 판단을 하게 된다.

물론 사형이 폐지된다면 이러한 고민도 함께 “폐지”되겠지만, 현행법의 사형 존치를 전제로 한다면 사형에 대한 시효배제와 관련하여, 시효규정이 아닌 별도의 규정으로 현행 사형의 시효기간(30년)의 범위 내에서 최소한 과거 독일 「바덴 형법전」의 규정을 모델로 하여 예컨대 ‘사형의 확정판결을 받은 후 20년을 수감한 때에는 무기자유형으로 감형 또는 형변경이 이루어지도록 하는 방안’이 모색되어야 할 것이다. 이 경우 굳이 감형이나 가석방이 불가능한 이른바 “절대적 무기자유형”을 고집할 필요는 없을 것이다. 예컨대 사형수감자가 20년이 경과하여 무기자유형으로 감형을 받은 경우, 가석방을 받는데 그 때로부터 다시 20년의 기간이 요건(형법 제72조제1항)이 되기 때문에 일반이 우려하는 바와 같이 “무단으로 사형수를 풀어주는” 사태는 발생할 우려가 없을 것이기 때문이다. 앞으로 사형존치상태에서 일본에서와 같은 30년 수감된 사형수감자에 대한 시효 관련 논란을 고려하는 측면에서든, 사형의 폐지로 나아가는 과도적 해법으로서든, 시효에 상응하는 기간이 경과한 후 사형수감자에 대해 ‘필요적 감형 또는 변형(變刑)’이 규정되는 것이 바람직할 것이다. 이 경우에는 새로 무기자유형에 처하여 지는 사안에 준하여 법원에 의해 보안처분에 대한 판단 또한 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다.

**형법(대인) 제78조(시효의 배제)** 사형과 무기의 징역 및 보안처분은 시효의 적용을 받지 아니한다.

**형법(대안) 제66조의2 (사형의 변경)** 사형을 선고하는 재판이 확정된 후 20년이 경과한 때에는 사형은 무기징역형으로 변경된다. 법원은 형의 변경 6개월 전 검사의 신청이 있는 때에는 재범위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여 하나 또는 여러 개의 보안처분을 병과할 수 있다.

### 3. 집행시효기간의 합리화 방안

#### 가. 형의 시효기간

앞의 주요국가의 시효기간을 비교한 표에서 보는 바와 같이 우리나라와 일본은 형의 시효 규정에서 시효적용기준과 시효기간이 거의 완벽하게 일치하고 있다. 우리 형법상 형의 시효기간은 일본과 같이 최저 1년으로부터 최장 30년에 이른다. 최장 30년의 형의 시효기간은 사형과 무기자유형에 대한 시효배제를 규정하고 있지 않은데서 비롯된다. 유럽국가인 독일, 프랑스, 스페인과 개략적으로 비교해 보면, 전반적으로 우리나라와 일본의 형의 시효기간이 이들 유럽국가에 비하여 더 단기로 규정되어 있는 것을 볼 수 있다.

프랑스의 형의 시효기간은 ‘중죄·경죄·위경죄’라는 범죄의 경중에 관한 프랑스 고유의 3대 카테고리에 따라 법정형을 기준으로 하여 설정하는 독특한 방식을 취하는 관계로 이를 선고형을 기준으로 하는 우리 형법의 형의 시효기간과 비교하는 것은 별 의미가 없다 할 것이다. 한 가지 확인하고 넘어가야 할 것이 있다면, 그것은 대륙법계 근대형법 가운데 형사시효제도를 최초로 도입하고 전파시킨 중주국답게 형의 시효에 대해 매우 관대한 시효기간, 즉 상대적으로 짧은 형의 시효기간을 규정하고 있는 것을 볼 수 있다.

반면 독일의 경우 이미 1871년 독일제국형법전의 형의 시효기간만 보더라도 - 시효적용의 기준이 되는 선고형 기준이 약간씩 상이한데서 오는 차이를 감안하더라도 - 우리 현행 형법 및 일본형법의 형의 시효기간보다 더 장기간을 설정하고 있었다고 말할 수 있다. 우리 형법과 일본형법이 사형에 대하여는 30년, 무기징역에 대하여는 20년을 정한데 비하여, 독일제국형법전은 사형 및 무기징역에 대하여 똑같이 30년의 시효기간을 규정하였다. 10년을 초과하는 유기자유형

에 대해서는 각각 15년과 20년이라는 차이가 존재하였고, 한국·일본에서는 '3년 이상'의 유기자유형에 대해 10년의 시효기간을 두었다면, 독일제국형법전은 '5년 초과'를 기준으로 하여 15년의 시효기간을 정하였다.

유기자유형의 선고형 구분기준과 관련하여 한국·일본에서는 3년과 10년을 기준으로 하여 '3년미만-10년미만-10년이상'으로 3단계로 단순화한 반면, 독일은 '2년이하-5년이하-10년이하-10년초과'로 4단계로 세분화하면서 시효기간의 구분도 서로 달라진다. 한국·일본에서는 각각 '5년-10년-15년'의 형의 시효가 적용되고, 독일에서는 '5년-10년-15년-20년'의 시효기간이 4단계 구분에 상응하고 있다. 요약하면 한국·일본의 현행 형법과 1871년 독일제국형법전의 형의 시효기간이 제한적인 범위에서 서로 대략 비슷한 기간을 설정하고 있었다고 말할 수 있다.

선고형 적용기준	1975년 시행(현행) 독일형법전	1871년 독일제국형법전
무기자유형	시효배제	30년(사형 포함)
10년 초과 자유형	25년	20년
5년 초과 10년 이하 자유형	20년	15년
1년 초과 5년 이하 자유형	10년	10년 (2년 초과 5년 이하)
1년 이하의 자유형	5년	5년 (2년 이하)
30일수 초과 벌금형 1천유로 초과 과태료	5년	5년 (50초과 - 2000이하) <sup>119)</sup>
30일수 이하 벌금형 1천유로 이하 과태료	3년	3년 (50이하)

그러나 독일은 형법제정 후 약 100여년이 지난 1969년 제2차 형법개혁법(1975년 시행)을 통해 형법을 전면 개혁하며, 한편으로는 무기자유형의 시효를 배제하고, 다른 한편으로는 전반적으로 형의 시효기간을 상향조정하였다. 유기자유형의 선고형 구간구분기준도 '1년미만-1년초과-5년초과-10년초과'로 변경하여, 특히 상대적으로 단기인 자유형에 대한 형의 시효기간의 상향조정효과가 더 컸다고 할 수 있다. '1년미만과 1년초과'로 선고형기준을 나눈 것은 독일에서 최저

119) 당시 벌금형은 총액벌금형이었으며 단위는 탈러(Thaler)화였다.

1년 법정형을 기준으로 중죄와 경죄가 나뉘는 것과 무관하지 않으며, 따라서 1년을 초과하는 유기자유형부터 이미 중벌에 속하기 때문이다.<sup>120)</sup>

아무리 우리나라의 엄벌주의적 형사입법과 양형관행을 염두에 두고 이해한다 할지라도 ‘자유형의 선고는 높게, 형의 시효는 짧게’ 하여 상대적으로 짧은 시효기간을 이용한 형면탈 기회를 부여하여 이를 상쇄해 준다는 인상을 준다면, 이는 시효제도의 취지에 따라 정당화하기 쉽지 않은 상황이라 할 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 절대적 형벌론은 애당초 형의 시효를 두는 것 자체를 국가형벌권의 이율배반이라고 하여 배척한다. 일반예방적 관점에 따르더라도 높은 선고형에 비하여 상대적으로 빨리 도래하는 형의 시효는 “(법정 및 선고)형을 통한 위협 따로, (형벌목적 실현을 위한)형집행 따로”라는 비판을 초래하여 소극적 및 적극적 일반예방론에 반하는 것으로 이해될 것이다. 특별예방적 관점에서 이해하더라도 너무 짧은 형의 시효를 규정함으로써 형집행을 통한 특별예방목적의 실현보다 “시효로의 도피”에 더 큰 희망을 갖게 만든다는 점에서 행위자의 개선이나 재범위험으로부터의 보안 목적에 반하게 된다. 너무 짧은 형의 시효규정은 그 자체로 국가형벌권의 형벌집행의지에 회의를 제기하게 만들며, 여기에 태만한 형집행실무까지 더해질 경우 국가형벌권의 자기파산적 현상이 초래될 수 있을 것이다.

이를 두고 볼 때 독일에서 100년의 시차를 두고 이루어진 형법개혁에서 형의 시효기간을 늘리는 방향으로 조정된 것은 단순한 숫자놀이의 차원이 아님을 알 수 있다. 이 기간 동안에 독일의 형사제재 분야에서 이루어진 가장 근본적인 변화라면 대표적 형사제재, 주형(主刑)이 자유형에서 벌금형으로 완전히 역전된 것을 들 수 있다. 이어서 1970년대 이래 양형법이나 양형실무에서도 근본적인 변화가 이루어져, 특히 자유형과 관련하여 단기자유형은 지속적으로 퇴출되고 중장기자유형은 안정화 경향을 나타낸 점을 들 수 있다.<sup>121)</sup> 이러한 변화까지 감안

120) 이는 매우 세분화된 독일의 집행유예규정이 1년 이하의 자유형에 대해서는 원칙적으로 집행유예를 선고하도록 한 반면, 1년을 초과하는 2년 이하의 자유형에 대해서는 이미 예외적으로만 집행유예를 선고할 수 있도록 한데서도 나타난다(독일형법 제56조제1-2항).

121) Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-2001(Stand: Berichtsjahr 2001, Version: 6/2003). “III. Entwicklung der Sanktionierungspraxis

하면 독일에서 형법개혁을 통하여 형의 시효기간이 연장된 것은 단순한 기간연장 그 이상의 의미를 갖는다 할 수 있다. 이를 독일제국형법전 도입 당시와 비교하여 정리하자면, 법정형이나 선고형은 큰 틀에서 하향 조정된 반면, 형의 시효기간은 상향조정된 것으로 특징지을 수 있다.

그렇다면 1953년 제정 이래 옛 규정 그대로를 유지하고 있는 우리 형법의 형의 시효, 정확하게는 “집행시효”의 시효기간은 어떻게 재설정되는 것이 바람직할 것인가? 이에 대해서는 집행시효제도의 본질과 취지를 고려하는 한편 독일에서와 같은 근본적인 변화는 아닐지라도 우리 형사제재체계 내에서 이루어진 변화들을 어느 정도 고려하고 반영할 필요가 있다 할 것이다.

일단 앞에서 다룬 사형과 무기징역형에 대한 시효배제 필요성을 제외하면, 우선 최근에 이루어진 법정형의 상향조정으로 형의 가중까지 고려하면 유기자유형의 법정형이 심지어 50년에 이르게 된 점이 고려되어야 한다. 따라서 장기의 유기징역형의 시효기간을 정함에 있어서 ‘10년이상’을 최고 선고형기준으로 할 것이 아니라 ‘20년이상’이란 기준을 새로 추가해야 할 필요성을 생각해야 한다.

나아가 단기의 유기징역형의 시효기간을 정함에 있어서 현행법은 ‘3년미만과 이상’이란 하나의 구간기준을 두고 있으나 이를 ‘2년미만·2년이상·5년이상’으로 세분화하는 것이 더 합리적이라는 점이다.

우리 현행 형법에서 3년의 유기자유형이란 기준은 집행유예의 가능 여부가 달린 중요한 기준임에 틀림없다. 적어도 3년 상한의 자유형이란 전제하에서 집행유예선고 여부가 결정되는 점을 고려하면 3년을 기준으로 할 필요성이 일정부분 존재한다. 그러나 단기자유형의 폐해를 시정하고 보호관찰, 사회봉사 등의 부가처분이나 지시사항과 결합되어 제3의 “대안제재”로 발전되어야 할 “가능성의 제재”라 할 수 있는 집행유예제도의 취지를 살리기 위해서는, 집행유예제도를 이른바 “유전무죄, 무전유죄”의 상징과도 같은 “더러운 형사제재”로 전락시킨 주범이라 할 수 있는 기존의 단계화되지 않고 세부적 기준을 결여한 불합리한 “집행유예 규정과 관행”이 근본적으로 개혁·개선되어야 한다. 이 문제는 새로운 양형기준을 활용하는 실무의 노력으로 일부 개선될 수 있겠지만 근본적으로는 형법상

---

in Deutschland(1882-2001)” Schaubild 3 참조

양형법의 개혁을 통하여 해결되어야 한다. 개혁된 양형실무 및 양형법에서는 적어도 2년 이하의 자유형에 대하여는 원칙적으로 긍정적으로 집행유예의 허용을 고려하도록 하는 반면, 2년 이상의 자유형부터는 엄격한 집행유예요건을 규정하여 예외적으로 집행유예를 허용함이 마땅할 것이다. 이는 독일의 현행 집행유예 기준보다 다소 완화된 기준으로, 독일에서 집행유예요건을 현행 '2년 이하의 자유형'에서 '3년 이하의 자유형'까지 확대하자는 입장에서 제시하는 기준이기도 하다. 이상에서 살펴본 바와 같이 단기적 및 장기적 유기자유형에 대한 변화요소들을 고려할 때, 다음과 같은 대안적 집행시효기간을 설정함이 바람직할 것으로 보인다. 이 경우 형의 시효의 단계는 자유형 선고형을 기준으로 '2년미만-2년이상-5년이상-10년이상-20년이상'의 5단계가 되며, 시효기간 역시 벌금형 및 기타 제재를 포함하여 '5년-10년-15년-20년-30년'으로 5단계가 된다.<sup>122)</sup>

**형법(대안) 제77조 (집행시효)** ① 확정된 형 또는 처분에 대하여 시효가 완성된 때에는 그 집행을 면제한다.

② 형의 시효는 다음의 각 호의 기간을 경과하면 완성된다.

1. 20년 이상의 징역은 30년
2. 10년 이상의 징역은 20년
3. 5년 이상의 징역은 15년
3. 2년 이상의 징역은 10년
4. 2년 미만의 징역은 5년
5. 벌금과 구류는 5년

③ 몰수와 추징의 시효는 10년을 경과하면 완성된다.

④ 보안처분의 시효는 달리 정하는 규정이 없는 때에는 다음 각 호의 기간을 경과하면 완성된다.

1. 수용을 필요로 하지 않는 보안처분은 3년
2. 2년 미만의 수용보안처분은 5년
3. 2년 이상의 수용보안처분은 10년

여기서 2년 미만의 자유형과 벌금형 및 구류의 집행시효를 똑같이 5년으로 정하고, 몰수 및 추징의 집행시효를 10년으로 대폭 늘려 정한 것은 이 형사제재영

122) 로렌츠(Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch, 27면)도 시효기간의 종류는 4-5단계 정도면 충분하다고 하며, 형의 시효기간의 최고는 25년으로 하여 대략 “한세대기간”으로, 최저는 5년으로 할 것을 제안한 바 있다.

역에 있어서 그간 한편으로는 국가형벌권집행이 효과적으로 행사되지 못하고 있으며, 다른 한편으로는 너무 단기의 형의 시효로 인하여 “시효로의 도피”가 일반 예방적 및 특별예방적 형벌목적 실현에 장애가 되고 있는 점을 고려한 것이다. 특히 몰수 및 추징의 집행시효는 효과적이고 실질적인 범죄수익환수를 가능하도록 하고 이를 위한 국가형벌권의 의지를 확인하기 위해서도 독일의 입법례(독일 형법 제79조제4항제2문)와 같이 10년 정도로 할 필요가 있다.<sup>123)</sup>

#### 나. 보안처분의 집행시효기간

앞에서 다룬 바와 같이 현행법상 보안감호처분의 집행시효는 치료감호법, 위치추적전자장치부착법(이른바 전자발찌법 또는 전자감독법) 등에 별도로 규정되어 있으나 앞에서 제시한 바와 같이 “집행시효”란 제하에 통합적, 체계적으로 형법전 내에 편입되어 규정될 필요가 있다.

#### 치료감호법 [시행 2010. 4.15] (법률 제10258호)

##### 제46조(치료감호의 시효)

① 피치료감호자는 그 판결이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 지나면 시효가 완성되어 집행이 면제된다.

1. 제2조제1항제1호 및 제3호에 해당하는 자의 치료감호: 10년
2. 제2조제1항제2호에 해당하는 자의 치료감호: 7년

② 시효는 치료감호의 집행정지 기간 또는 가중료 기간이나 그 밖에 집행할 수 없는 기간에는 진행되지 아니한다.

③ 시효는 피치료감호자를 체포함으로써 중단된다.

우리 현행 치료감호법 입법자가 치료감호의 집행시효를 7년과 10년으로 한 것은 (구)사회보호법의 규정을 계승한 것이다. 그러나 치료감호법 제2조제1항제2호의 처분(중독치료수용처분)을 제외하면 (폐지된) 보안(보호)감호처분이나 정신치료수용처분에 대한 집행시효를 정하는 것은 형벌과 달리 재범위험성을 겨냥하는

123) 학계와 실무계를 대상으로 한 2008년 한국형사정책연구원의 조사 결과에 따르면 전체적으로 74%의 응답자가 몰수·추징에 대한 시효를 연장할 필요성에 공감한다는 견해를 밝혔다. 박미숙·김성규, 추징금징수의 실효성 확보를 위한 법제도 정비방안, 2008, 169면.

보안처분법의 본질에 부합하지 않는다. 위험성예측판단의 전문성 및 사법심사절차의 보장 등 완벽하게 정비된 보안처분법체계의 성립을 전제로 ‘무기의 보안처분’이 도입될 경우 이에 대해서는 앞에서 제시한 바와 같이 무기자유형에 준하여 집행시효배제가 규정되어야 한다. 다만 현행과 같이 수용보안처분의 수용기간을 정하여 보안처분을 부과하는 체계에서는 이에 상응하는 집행시효가 고려되어야 할 것이며, 이는 첫째로 수용을 필요로 하지 않는 보안처분에 대해서는 3년, 둘째로 2년 미만의 수용보안처분(예컨대 중독치료수용처분)에 대해서는 5년, 셋째로 2년 이상의 수용보안처분에 대해서는 10년의 집행시효를 정함이 무난한 것으로 판단된다.

**특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률**  
**[시행 2010. 7.16] (법률 제10257호)**

제21조(부착명령의 시효)

- ① 피부착명령자는 그 판결이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 함께 선고된 특정범죄사건의 형의 시효가 완성되면 그 집행이 면제된다.
- ② 부착명령의 시효는 피부착명령자를 체포함으로써 중단된다.

한편 이른바 ‘전자발찌법’ 또는 ‘전자감독법’이 다음과 같이 제21조 ‘부착명령의 시효’ 규정에서 이 처분의 집행시효를 보안처분부과의 ‘원인범죄’(Anlasstat)에 대한 형의 시효에 연동시키고 있는 것은 이 처분의 보안처분성을 간과한 것으로 바람직한 입법적 판단이라 할 수 없다. 물론 전자감독이 보호관찰과 같이 집행유예 및 가석방과 결부되어 부과될 수도 있지만 이 법이 예정하고 있는 전자감독의 본질은 자유제한적 보안처분, 즉 수용을 필요로 하지 않는 보안처분이라는 점이다. 원인범죄를 기초로 하여 예측판단된 재범위험성을 근거로 보안처분으로 전자발찌부착이 명령된 이상 이 처분의 독립성이 인정되며, 따라서 그 집행시효 역시 보안처분의 집행시효에 관한 일반규정이 적용되도록 하여야 할 것이다.

## 제4절 “시효로의 도피”와 시효장애사유

### 1. 국가형벌권과 “시효로의 도피” 문제

유럽언론에서는 종종 이른바 월드스타급 스포츠선수나 연예인들이 자기 나라의 상대적으로 높은 조세부담을 면탈하기 위하여 자기 나라에 거주하는 것을 포기하고 조세가 없거나 낮은 이른바 ‘조세피난처’(Steuerparadies, tax haven)<sup>124)</sup> 국가들로 이주하여 구설수에 오르곤 한다. 이들의 태도를 도덕적으로 비난할 수는 있겠지만 적어도 이들은 자국 시민권을 포기하는 희생을 감수하면서 이러한 삶을 선택하여 자국의 조세권을 유린했다고는 볼 수 없는 측면이 있다. 반면에 자기 나라에서 소추가능한 범죄를 범하고, 나아가 이로 인해 형의 선고까지 받은 자가 자국의 형벌권행사를 면탈하기 위하여 형의 시효가 진행되는 동안 해외로 도피함으로써 성공적으로 “시효로 도피”하였다가 시효가 완성된 후 귀국하여 할 보한다면 이것이 과연 시효제도의 취지로서 정당화될 수 있는지 묻지 않을 수 없다. 해외도피를 수단으로 하여 형사소추를 면탈하고 공소시효의 덕을 보려는 시도에 쐈기를 막기 위해 독일연방정부가 2005년 제38차 형법개정법률<sup>125)</sup>로 공소시효의 정지사유를 보완하며 내건 슬로건도 “더 이상 시효로의 도피는 없다!”(Keine Flucht in die Verjährung!)이었다.<sup>126)</sup> 세계화시대를 맞아 해외여행이 손쉬워진 오늘날 이러한 해외도피와 결부된 “시효로의 도피”는 국가형벌권에 대한 중대한 도전으로 부각되고 있다. 다른 한편 여기서 시효제도와 불가불 결부되어 있는 “도주”의 문제를 국내도주와 해외도주로 구분하여야 하는가 하는 점도 함께 고려되어야 할 것이며, 이는 공소시효와 집행시효 영역에서 각각 달리 평가될 수 있음도 유의하여야 한다.

아울러 형의 집행을 면탈할 수 있는 가능성은 불출석재판의 확대와도 결부되어 있다는 점 역시 간과되어서는 아니 된다. 그리고 불출석재판의 확대 또는 축

124) <http://de.wikipedia.org/wiki/Steuerparadies>(검색일: 2010년10월25일).

125) Achtunddreißigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches(38. StrÄndG) vom 4. August 2005(BGBl. 2005 I, 2272면(47번)).

126) [http://www.bmj.de/Nationales\\_Strafrecht/Keine\\_Flucht\\_in\\_die\\_Verjaehrung\\_va.html](http://www.bmj.de/Nationales_Strafrecht/Keine_Flucht_in_die_Verjaehrung_va.html)

소는 확정판결시점으로 서로 시간적 관할영역을 분담하는 공소시효와 집행시효의 관계가 서로 맞물려 있는 문제이기도 하다. 불출석재판을 축소·제한할 경우 형사소추단계, 즉 공소시효의 문제라고 할 수 있지만, 이를 확대·허용할 경우 형벌권면탈과 관련된 문제는 형의 시효, 즉 집행시효의 문제가 될 것이기 때문이다.

여기에서는 우리 현행법과 외국입법례들이 “시효로의 도피”와 관련하여 어떠한 시효장애사유들을 규정하고 있는지 살펴보고, 시효제도의 취지에 부합하는 규정의 재정비방안에 대해 살펴보기로 한다.

## 2. 시효정지제도

시효의 정지(Ruhen)란 이미 진행이 시작된 시효가 일정한 정지사유의 발생으로 인하여 일시적으로 그 진행을 멈추는 것을 의미한다. 일시적으로 정지한 것이기 때문에 정지사유가 소멸하면 형의 시효가 새로 시작되는 것이 아니라 일단 진행된 시효의 잔여기간이 계속 진행된다는 점이 그 특징이라 할 수 있다.<sup>127)</sup>

### 가. 현행법상 시효의 정지사유

#### 형법 제79조 (시효의 정지)

시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다.

우리 형법 제79조는 형의 시효의 정지사유로 ‘형의 집행유예’, ‘형집행정지’, ‘가석방’을 예시하고, ‘기타 집행할 수 없는 기간’을 포괄적인 시효정지사유로 규정하고 있다. 이는 천재지변 등의 불가항력적 사유로 인하여 형을 집행할 수 없는 기간을 말하며, 형의 선고로 받은 자의 도주 또는 소재불명의 기간은 이에 해당되지 않는다.<sup>128)</sup>

127) 오영근, 『형법총론』, 802면; 신동운, 『형법총론』, 817면.

128) 김일수/서보화, 『형법총론』, 800면; 배종대, 『형법총론』, 841면; 이재상, 『형법총론』, 606면; 오영근, 『형법총론』, 802면; 김성돈, 『형법총론』, 797면.

### 나. 정지사유에 대한 형법개정법률안

1992년 형법개정법률안 제82조는 ‘기타 집행할 수 없는 기간’을 ‘기타 법령에 의하여 집행하지 아니 하는 기간’으로 개정하여 제한을 두고자 하였다. 법령에 의하여 집행하지 아니하는 기간에 한하여 시효의 진행을 정지시킴으로써, 형의 집행전 또는 집행중에 보안처분이 집행되는 경우, 가석방을 허가하는 경우, 다른 형의 집행을 받는 경우에는 시효가 진행되지 않지만, 도주하거나 소재불명인 경우 또는 천재지변에 의하여 집행할 수 없는 때에는 시효정지를 인정하지 않음을 명백히 하려는 의도에서였다.<sup>129)</sup>

한편 최근 입법예고된 법무부 형법일부개정법률안(2010년10월25일)은 “국외체류로 인한 형의 미집행자가 2006년 25%, 2007년 24%, 2008년 28%, 2009년 34% 등으로 증가 추세에 있고, 사실상 국외체류자에 대한 형의 집행이 쉽지 않아 이를 방지할 경우 국민의 건전한 준법의식을 해할 우려가 있는 점을 감안하여 형의 집행을 받지 않은 자가 국외에 체류하는 기간 동안 형의 시효가 정지되도록” 한다는 취지에서 형법(안) 제76조제2항으로 ‘국외체류’를 형의 시효정지사유로 하는 개정방안을 제시하고 있다.<sup>130)</sup>

#### 형법일부개정법률안(2010) 형법 제76조(시효의 정지)

- ① 시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 그 밖에 집행할 수 없는 기간 동안은 진행되지 않는다.
- ② 형을 집행받지 않은 자가 국외에 있는 경우 그 기간 동안 시효는 정지된다.

2010년 개정안은 형의 ‘시효정지’의 문제를 1992년 개정안과는 전혀 다른 방식으로 접근하고 있다. 사실상의 집행불가능 상태라 할 수 있는 ‘국외체류’ 사실을 별다른 제한요건과 결부시키지 않고 시효정지사유로 하는 것은 시효제도의 기본

129) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 91면; 이는 아래에서도 살펴보는 바이지만 독일형법의 시효정지사유의 해석과 관련하여서도 일치된 견해로 강조되는 부분이다(NK-StGB-Saliger, §79a Rn.1; Sch/Sch-StGB- Sternberg-Lieben/Bosch, §79a Rn.8.; MK-Mitsch, §79a Rn.1; Fischer, StGB, §79a Rn.).

130) 법무부, 형법 일부개정법률안, 7면 이하.

적인 취지에 반하여 집행기관의 입장에서 너무 단순하게 그 요건을 규정한 것으로 볼 수 밖에 없다.

앞에서 언급한 2005년 독일법무부가 “시효로의 도피는 이제 끝”이라며 ‘공소시효정지’ 규정과 관련하여 새로 추가한 조항인 형법 제78b조제5항의 내용을 들여다보더라도 행위자가 단지 국외에 체류하고 있는 것만을 요건으로 하기 보다는 다음과 같이 매우 구체적인 규정을 제시하고 있다.

#### 독일 형법 제87b조(공소시효의 정지)

⑤ 행위자가 외국에 체류하고 관할관청이 해당국가에 공식적인 인도요청을 제기한 때에는, 요청이 해당국가에 접수된 시점부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간까지 시효의 진행이 정지된다.

1. 독일관청에 행위자가 인도될 때까지
2. 행위자가 어떻게든 피요청국 주권이 미치는 영토를 떠났을 때까지
3. 해당국가에 의한 인도요청의 거부가 독일관청에 도달한 때까지
4. 인도요청의 철회 시까지.

해당국가에 의한 인도요청 접수일이 파악되지 않은 경우, 요청한 관청이 그 요청이 해당국가에 사실상 도달되지 않거나 또는 늦게 도달된 것을 알지 못하는 한, 인도요청은 해당외국에 송부 또는 전달한 후 1월이 경과하면 접수된 것으로 간주한다. 제1문은 요청된 국가에서 유럽주요명령 및 회원국가 사이의 인도절차(AB1, EG Nr. L 190 S. 1)에 대한 2002년 6월 13일자 권고기준협정에 근거하거나 또는 국제협정에 근거하여 ‘형사사안의 기간규정에 관한 국제적 사법공조에 대한 법률’ 제83조c에 존재하는 인도요청에는 적용되지 아니한다.

그러나 이 조항은 어디까지나 공소시효와 관련된 시효정지사유이며, ‘집행시효의 정지’ 규정인 형법 제79a조제3호에서는 외국체류 및 인도절차 등의 사실관계는 전혀 고려하지 않으며, 국내와 똑같이 (외국)국가권력에 의해 이루어지고 있는 자유박탈상황만을 형의 시효정지사유로 예정하고 있다. 행위자의 외국체류 및 인도절차 등과 관련하여서는 오히려 제79b조에 ‘시효연장’제도를 둬으로써 인도절차의 진행이 불가능한 외국일 것을 전제로 법정시효기간의 1/2까지 시효를 연장할 수 있도록 규정하고 있다.

### 다. 일본형법의 시효정지규정

#### 일본형법 제33조 (시효의 정지)

시효는 법령에 의해 집행을 유예하거나 또는 정지한 기간 내에는 진행하지 않는다.

일본형법 제33조는 우리 형법의 ‘시효정지’규정보다 더 단순하고 포괄적으로 규정되어 있다. 여기서 ‘법령에 의한 형의 집행유예’의 경우는 동법 제25조(집행유예)에 의한 경우로 그 유예의 재판이 확정된 때로부터 그 취소결정이 확정되기까지의 기간 동안 시효가 정지한다. 집행유예 중에는 시효를 중단시킬 수 없기 때문에 이를 정지사유로 한 것이다.

일본에서 ‘법령에 의해 형의 집행정지’의 경우로는, 사형의 집행정지의 경우는 사형선고를 받은 자가 심신상실의 상태에 있거나, 임신 중인 때이다(일본 형사소송법 제479조). 자유형의 집행정지는 법률상 반드시 정지해야 할 경우(일본 형소법 제480조), 그리고 검사의 재량에 의한 경우(같은법 제482조)가 있다. 기간을 정하여 형의 집행이 정지된 경우는 그 기간이 형의 시효정지기간이며, 기간이 없는 경우는 집행을 정지한 날로부터 이것을 취소한 날 전일까지의 기간이 형의 시효정지기간이다. 형집행정지기간 중에는 형의 시효는 진행하지 않고, 검사가 집행정지사유의 소멸을 확인하고 그 집행정지를 취소하여야 비로소 그때부터 재차 형의 시효가 진행한다.<sup>131)</sup>

### 라. 독일형법의 시효정지규정

#### 독일형법 제79a조 시효의 정지

집행시효는 다음 각 호의 기간 동안 그 진행이 정지된다.

1. 법률에 의하여 그 집행이 개시 또는 속행될 수 없는 기간,
2. 형의 선고를 받은 자에 대하여 다음 중 어느 하나가 허용된 기간,
  - a) 집행의 연기 또는 중단,
  - b) 법원의 판결 또는 사면에 의한 집행유예,

131) 장규원/강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 2006, 473면.

c) 벌금, 박탈 또는 몰수의 할부납입승인

3. 형의 선고를 받은 자가 관청의 명령에 의하여 국내 또는 국외의 수용시설에 유치된 기간

참조: 제79조(시효기간) ⑤ 자유형 및 벌금형을 병과하거나 형에 부가하여 자유박탈 보안처분, 박탈, 몰수 또는 폐기가 선고된 경우에는 어느 형 또는 처분의 집행 시효는 다른 형 또는 처분의 집행 시효보다 먼저 완성되지 아니한다. 다만, 동시에 명하여진 보안감호처분은 형 또는 다른 처분의 집행 시효완성에 장애가 되지 아니한다.

집행시효에 ‘시효중단사유’를 두지 않고 있으며, 예외적 성격의 ‘시효연장사유’(제79b조)를 두고 있는 독일형법에서는 ‘시효정지사유’가 대표적인 시효장애사유라 할 수 있다. 그러나 애당초 1871년 독일제국형법상 형의 시효제도는 동법 제72조제1항에 “형집행관청의 형의 집행과 관련된 모든 행위 및 집행을 목적으로 한 유죄확정 피고인의 체포는 시효를 중단시킨다”는 내용의 ‘시효중단사유’를 규정하고 있었다. 이 규정은 1975년 개정형법이 시행되기 전까지 적용되었다.

시효의 정지사유들은 제1호의 경우, 즉 법률에 의하여 그 집행이 개시 또는 속행될 수 없는 기간에는 면책특권의 사례, 질병으로 인한 필요적 집행연기 등이 해당된다. 제2호의 경우는 피선고자에게 허용된 해당 형의 집행과 관련된 혜택들이다. 이를 시효정지사유로 한 것은 만일 이러한 사안에 대하여 시효의 진행을 허용할 경우, 그 반작용으로 해당 수혜처분들이 허용되지 않을 수 있음을 고려한 것이다.<sup>132)</sup> 제3호의 경우는 국내 또는 외국에서 공권력에 의해 자유박탈 처분에 처해진 경우를 시효정지사유로 하고 있다. 여기에서 해당 형의 집행과 관련된 자유박탈도 정지사유가 되느냐를 두고 이를 인정하는 지배설과 형집행 자체가 시효를 정지시키는 효과를 지니지 않는다는 반대설이 맞서고 있다.<sup>133)</sup> 반면에 하나의 형에 대한 집행이 이루어지고 있는 동안 다른 형에 대한 시효가 정지된다는데 대해서는 이론이 없다.

132) NK-StGB-Saliger, § 79a Rn.3.

133) 이에 대해 자세한 것은 NK-StGB-Saliger, § 79a Rn.8 참조.

### 3. 시효중단제도

시효의 중단은 이미 경과한 시효의 효과가 시효개시 시점으로 소급하여 완전히 상실된다는 점이 특징이며, 따라서 멈췄던 시효의 진행이 계속되는 ‘시효정지’에 비하여 훨씬 중대한 시효장애사유라 할 수 있다. 시효중단의 사유가 소멸되면 새로 처음부터 시효의 전 기간이 경과되어야 시효가 완성되기 때문이다. 형의 일부집행을 받은 자가 도주한 경우, 잔형에 대한 시효는 잔(殘)형기에 의하지 않고 전(全)형기를 기준으로 하여 소정의 시효기간이 경과한 때에 완성한다. 또한 시효중단 후의 시효기간의 기산일은 시효중단사유가 종료한 날이다.<sup>134)</sup>

#### 형법 제80조 (시효의 중단)

시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로써, 벌금, 과료, 몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로써 중단된다.

형의 시효는 사형·징역·금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로써, 벌금·과료·몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로써 중단된다(제80조). 따라서 벌금형의 경우 검사의 명령으로 집행관이 벌금형의 집행에 임하였으나 압류대상물건의 평가액이 집행비용에도 미달되는 가액이어서 집행 불능이 된 때에도 시효는 중단된다.<sup>135)</sup>

#### 일본형법 제34조 (시효의 중단)

- ① 사형, 징역, 금고 및 구류의 시효는 형의 선고를 받은 자를 그 집행을 위해 구속함으로써 중단된다.
- ② 벌금, 과료 및 몰수의 시효는 집행행위를 함으로써 중단된다.

일본형법 제34조는 이미 경과한 시효기간의 효과를 완전히 상실시키는 시효중단에 대한 규정으로 기본적인 내용은 우리와 같다. 그러나 사형이나 자유형에 있어서 중단사유로 그 집행을 위해 ‘구속’할 것을 요하고 있다는 점에서 차이가

134) 김일수/서보화, 『형법총론』, 800면 배종대, 『형법총론』, 841면 이재상, 『형법총론』, 607면 신동운, 『형법총론』, 817면 오영근, 『형법총론』, 802면 김성돈, 『형법총론』, 797면.

135) 장규원/강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 2006, 474면.

있다. 사형 및 자유형의 시효의 진행은 유죄확정판결의 선고를 받은 자로서 신체가 구속되지 않고 있는 자에 대하여 발생하는 것이므로 시효중단은 이들에 대하여 형집행을 위하여 그 신체를 구속하는 것으로 발생한다. 사형 또는 자유형을 선고받은 수형 중의 자가 도주한 경우에 도주죄는 별건 형사사건의 피의자로서 체포하더라도 '집행을 위하여'에 해당하지 않으므로 시효의 중단사유로는 되지 않는다. 그러나 그 자가 원래의 형사시설에 다시 수용되어 형집행이 재개된 때 또는 남은 형기에 관하여 집행이 위촉된 때에는 본조 1항에 의해 시효가 중단된다고 본다.

제2항의 집행행위란 임의의 일부납부의 수령, 검찰관의 명령에 의한 강제집행 및 노역장유치의 집행을 말한다. 물론 전부납부의 경우에는 집행 그 자체가 중요하다. 임의의 일부납부에 관해서는 현실적으로 납부가 있었던 사실이 필요하고 단순한 납부고지 또는 독촉행위만으로는 시효중단은 발생하지 않는다. 노역장유치에 관해서는 집행지휘를 한 것만으로는 집행행위가 있었다고는 해석되지 않기 때문에 시효는 중단하지 않고, 노역장유치의 집행을 착수가 필요하다. 또한 노역장유치의 집행 중에는 중단의 효과가 계속된다.<sup>136)</sup>

#### 4. 시효연장제도

우리 형법과 일본 형법은 '시효중단사유'를 규정하고 있는 반면, 현행 독일형법은 구형법과 달리 시효의 중단을 허용하지 않고 있다. 대신에 '시효연장'의 특례를 규정하고 있다. 앞에서 시효정지사유의 해석과 관련하여 독일에서 해당 형의 집행이 집행시효의 정지사유가 되는가를 두고도 지배적인 견해는 이를 인정하지만, 유력한 반대의견이 존재하는 점을 확인하였다. 이를 인정하는 견해를 취하면서도 이 경우 예외적으로 아주 부적절한 결과가 초래될 수 있음을 언급하기도 한다. 예컨대 시효가 완성되기 직전에 장기의 자유형 수감이 이루어지는 경우가 이에 속한다.

136) 前田雅英 외: 条解刑法 [第2版], 2007, 73면 이하.

독일 구형법에서 시효의 진행을 장애하는 유일한 사유였던 ‘시효중단사유’가 1900년대 초반 형법개혁안들에서 배척되고 ‘시효연장’제도가 추천된 데는 시효중단사유의 적용이 집행기관과 법원의 자의에 따라 운용된 탓이다. 예컨대 1925년 형법개정안 제안이유서는 시효중단은 시효와 상관없는 다른 목적에 기여하는 집행기관 또는 법원의 일정한 행위들과 결부되는 관계로 종종 시효의 중단이 적합하지 않은 경우에조차도 시효가 중단되는 사태가 발생한다는 점을 지적하고 있다. 반면에 시효의 연장은 오로지 그 목적을 위해 행사되는 장점을 갖고 있는 것으로 평가되었다. 다른 한편 시효의 연장의 신청과 판단을 집행기관과 법원이 하기 때문에 이 역시 이 기관들의 자의에 맡겨질 수 있는 반면 시효중단의 효력은 법률의 효력으로서 바로 발생한다는 장점이 있다고 한다.<sup>137)</sup>

**독일 형법 제79b조 시효의 연장**

형의 선고를 받은 자가 그 인도 또는 이송이 불가능한 지역에 체류하는 경우, 법원은 시효기간이 경과하기 전에 집행기관의 청구에 의하여 1회에 한하여 법정시효기간의 2분의 1까지 이를 연장할 수 있다.

독일형법이 정하고 있는 이러한 ‘시효연장’의 특례가 적용되기 위해서는 집행기관의 신청과 법원의 기속재량에 따른 판단이라는 절차적 요건 이외에 형의 선고를 받은 자가 그 인도 또는 이송이 불가능한 지역에 체류한다는 사실이 명백히 확인되어야 하며, 단순한 가능성이나 개연성으로는 부족하다는 점이다. 또 시효연장은 법원판단시점을 기준으로 완성되지 않은 “살아있는 시효”만이 연장이 가능하다는 점이다.<sup>138)</sup> 시효연장의 횟수나 기간과 관련하여서는 횟수는 제한이 없도록 하되 기간은 법정시효기간의 1/2까지 연장하자는 의견이 유력하였으나<sup>139)</sup> 현행 규정에서는 1회에 한하여 최장 1/2까지 연장하는 방안이 관철되었다.

137) Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, 29면 이하.

138) Sch/Sch-StGB-Sternberg-Lieben/Bosch, §79b Rn.2.

139) Lorenz, 앞의 책, 29면.

## 5. 딜레마와 대안: “시효로의 도피” vs “도피 없는 시효?”

요컨대 ‘시효로의 도피’의 문제의 핵심은 일차적으로 공소시효와 결부된 문제이다. 공소시효의 경우, 정지, 중단 등 시효장애사유를 효과적으로 설정하여 시효제도의 취지를 악용하는 “시효로의 도피”에 효과적으로 대응함으로써 국가형사소추권을 효과적으로 행사할 필요가 있다. 그러나 형집행시효와 관련하여서는 “시효로의 도피”를 막으려는 시도 그 자체가 자칫 시효제도 자체의 본질에 반할 수 있어 어느 정도는 그 딜레마 자체가 시효제도와 함께 설정되어 있다고 할 수 밖에 없다. 따라서 시효장애사유를 활용하려하기보다는 형집행의 효율과 효과를 확보하는 방안이 우선적으로 모색되어야 할 것이다.

특히 형의 선고를 받고 국외로 도피한 자들의 문제와 관련하여서는 첫째는 범 죄인인도의 효율성을 확보하는 방안을 찾고, 집행기관이 적극적으로 집행을 관철하려는 노력이 우선되어야 할 것이다. 예컨대 국외도피자에 대하여 포괄적으로 형의 시효정지나 시효연장을 규정할 경우, 단지 국외에 체류한다는 사실적 상태 자체가 그러한 장애사유로서 정당성을 확보할 수 있는지의 문제는 차치하고라도, 시효의 정지, 중단, 연장을 무한정 할 수는 없다 할 것이며 결국은 집행기관의 집행노력의 문제로 귀결될 수 밖에 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 노력을 물거품으로 만드는 낭패를 방지하는 차원에서 독일형법 제79b조에 준하는 ‘시효연장’ 사유의 도입은 고려되어야 한다고 본다.

그러나 잊지 말아야 할 것은, 이미 이에 앞서 시효기간에 대하여 검토한 바와 같이 시효기간을 불합리하게 짧게 설정한 후 이 시효기간의 진행을 사후적으로 차단하려 하기보다는 합리적인 시효기간을 설정하고 이 범주 내에서 시효제도의 취지를 존중하는 접근이 필요하다는 점이다. 그런 점에서 앞서 제시한 새로운 시효기간의 모델이 채택되는 것이 바람직하다 할 것이다.

형사시효제도의 애당초의 취지와 무관하게 형사시효제도는 어느 정도 도망자로서의 범죄자와 추격자로서의 형사소추기관 사이를 흐르는 강과 같은 역할을 하고 있다 할 것이다. 여기서 시간은 양자에게 공평하여야 하며 그 공평한 시간, 즉 합리적 시효기간의 설정을 고민하는 것은 형사입법자의 몫이라 할 것이다. 시간과 시효가 공평하다 할지라도, 이를 다루는 주체인 형집행기관은 피처분자

에 대하여 절대적 우위에 있다. 근본적으로 법은 성공적인 추격자, 즉 국가형벌권을 행사하는 형집행기관의 편에 서 있다. 그러나 간혹 최후에 웃는 자가 성공한 도망자일 때 국가형벌권이 받아야 하는 낭패가 크다 할 것이며, 더구나 그 원인이 형집행기관의 태만일 때 더욱 심각한 문제라 할 것이다.

최근 유럽에서는 유럽인권협약 제6조에 기초하여 형사절차의 신속성이 효과적인 형사사법의 본질적 요소이자 법치국가적 요청으로 이해되면서, 이를 위반한 극단적 사례에 대하여는 이른바 “집행모델”(Vollstreckungsmodell)에 따라 형의 일정부분을 집행된 것으로 인정함으로써 법치국가에 반하는 소송지체에 대한 보상을 도모하고 있다. 물론 심각한 사안의 경우는 심지어 절차 자체의 중단을 초래할 수도 있다.<sup>140)</sup> 같은 맥락에서 시효의 규정 역시 형사소추기관 및 형집행기관의 태만을 예방하기 위하여 작동하는 시스템이기도 하다.<sup>141)</sup> 따라서 형집행기관은 먼저 형의 시효의 채찍을 염두에 두고 적극적으로 형집행권 행사를 도모하는 것이 최우선적 과제라 할 것이다. 시효제도의 본질에 반하는 내용의 시효의 정지, 중단 또는 연장이라는 도구의 투입이 자칫 시간의 흐름을 막아서려는 수단이 되어서는 아니 될 것이다.

---

140) 같은 맥락에서 형의 시효의 진행을 고려해야 한다는 취지에서 Lorenz는 “법정시효의 1/2 이상이 경과한 때에는 법원이 선고형의 2/3의 수준까지 감형해야 한다”고 주장한다(Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, 107면).

141) LK-StGB-Schmid, Vor §§78 Rn.18.

제3장

「형의 소멸」 제도



## 「형의 소멸」 제도

형의 소멸은 유죄판결의 확정에 의하여 발생한 형의 집행권을 소멸시키는 제도로서, 적법한 공소가 제기되어 유죄의 확정판결이 있는 후에 그 집행권을 소멸시킨다는 점에서 검사의 형벌청구권을 소멸시키는 공소권소멸과 차이가 있다. 형의 집행권의 소멸원인으로는 형의 집행종료 및 집행면제, 시효 완성, 형의 선고를 받은 자의 사망 등이 있다.<sup>142)</sup>

여기서는 이러한 형의 소멸의 각 원인들에 대하여 다루기보다는 우리 형법총칙 제3장 제8절이 『형의 소멸』이란 표제 하에 ‘형의 실효’와 ‘복권’을 규정하고 있는 데서 볼 수 있는 바와 같이, 형의 효과를 소멸시킨다는 보다 근본적인 의미의 ‘형의 소멸’에 대하여 다루기로 한다. 따라서 그 핵심대상은 형의 시효와 마찬가지로 시간의 흐름과 결부된 ‘형의 실효’에 의한 ‘형의 소멸’이다.

142) 김일수/서보화, 『형법총론』, 801면; 이재상, 『형법총론』, 607면; 배종대, 『형법총론』, 842면; 김성돈, 『형법총론』, 797면.

## 제1절 「형의 실효」의 의의

### 1. 제3의 형사시효로서의 형의 실효

M. E. Mayer가 ‘형벌효과시효’(Straffolgenverjährung)<sup>143)</sup>라는 표현으로, 또 리스트가 ‘형복역시효’(Strafverbüßungsverjährung)<sup>144)</sup>라는 용어로 표현한 것처럼, 형의 실효와 복권의 문제를 형의 시효의 연장선상에서 다루려는 경향이 일찍이 존재하였다. 이러한 입장의 대표적 주장자라 할 수 있는 로렌츠에 따르면, 시효와 함께 행위에 대한 가벌성이 탈락하면 더 이상 그 행위에 대한 소추를 할 수 없으며, 나아가 선고된 형벌도 집행될 수 없고, 마지막으로 형기만료, 형면제 또는 형의 시효완성이 있고 적절한 시간이 흐르면 당연히 형의 모든 효과도 소멸해야 한다고 한다. 이것이 곧 형소추시효(공소시효), 형집행시효(형의시효), 형벌효과시효이며, 실체법적 시효이해에 따르면 이 모든 종류의 형사시효가 정당화된다.<sup>145)</sup> 그리고 미래 형법전에서는 ‘형벌효과시효’를 제3의 형사시효로 수용해야 한다고 강력히 주장한다.<sup>146)</sup> 그러나 독일형법전은 그의 주장을 받아들여 이를 형법상 제3의 시효로 도입하지는 않았지만, 1920년 ‘형말소법’(Straftilgungsgesetz)<sup>147)</sup> 이래 특별법을 통해 형의 실효 규정을 두고 있다. 반면 우리 형법과 일본형법은 형법의 ‘형의 시효’ 규정 다음에 ‘형의 실효’ 규정을 둬으로써 Lorenz가 독일에서 이루지 못한 미래형법의 비전을 최소한 입법의 형식에 있어서는 실현한 셈이 되었다. 그러면 이러한 형식의 틀을 어떻게 실질적이고 효율적인 체계로 보완하느냐의 문제를 살펴보아야 할 것이다.

### 2. ‘형의 소멸’ 제도에 대한 개관

형식적으로 형이 소멸되어도 형선고로 인한 전과사실은 그대로 남아 형을 선

143) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Strafrechts, 1922, 520면.

144) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1921, 301면.

145) Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, 56면.

146) Lorenz, 앞의 책, 61면, 66면.

147) 이 법을 대신한 대체입법이 현행 연방중앙기록부법이다(BZRG, Bundeszentralregistergesetz).

고받은 자에 대한 사회적 평가로부터 시작하여 여러 가지 자격의 제한이나 사회 생활상의 불이익이 초래되며, 이는 범죄자 혼자의 힘으로는 극복하기 힘든 사회적 굴레가 되기 쉽다. 이러한 점을 고려하여 형법은 형식적 형벌집행권의 소멸 요건과 별도로 범죄인의 개선과 사회복귀를 용이하게 하기 위하여 형의 실효와 복권 제도를 규정하고 있다.<sup>148)</sup> 형이 선고되고 집행되었다는 사실 자체를 근거로 가해지는 일정한 법적 불이익에는 현행법상 누범가중(형법 제35조), 공무원 임용제한(국가공무원법 제33조), 선거권 및 피선거권의 제한(공직선거법 제18조, 제19조) 등이 있다. 그 밖에도 기업체의 취업제한과 같은 사실상의 불이익도 존재한다.<sup>149)</sup> 이러한 불이익은 이미 형의 집행을 마친 전과자가 갱생을 통해 사회 복귀를 하는 과정에서 큰 제약 사유가 되기 때문에 전과사실을 말소시켜서 자격을 회복시키고 그로 하여금 사회복귀를 용이케 하는 것이 형의 실효와 결부된 형사정책적인 요청이라 할 것이다.<sup>150)</sup>

형의 실효에는 크게 재판상 형의 실효와 『형실효법』에 따른 당연실효가 있다. 그 밖에 사면과 복권을 통해 이러한 제약을 제거할 수도 있다. 이처럼 형을 선고한 재판이 실효됨으로써 전과사실이 말소되는 것이 형의 실효제도인데, 실은 ‘전과를 말소하기 위해서’ 형을 선고한 재판 자체를 없었던 것으로 하는 것이 형의 실효제도이다.<sup>151)</sup>

형법 제81조 (형의 실효)	형의 실효 등에 관한 법률 제7조(형의 실효)
징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다.	① 수형인이 자격정지 이상의 형을 받지 아니하고 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 경과한 때에 그 형은 실효된다. 다만, 구류와 과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에

148) 김일수/서보화, 『형법총론』, 801면; 배중대, 『형법총론』, 842-843면; 오영근, 『형법총론』, 803면; 김성돈, 『형법총론』, 798면.

149) 산동운, 『형법총론』, 817-818면.

150) 김일수/서보화, 『형법총론』, 801면.

151) 강해룡, 형의 실효와 집행유예의 효과, 법률신문, 2010/3/11.

	<p>그 형이 실효된다.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. 3년을 초과하는 징역·금고: 10년</li><li>2. 3년 이하의 징역·금고: 5년</li><li>3. 벌금: 2년</li></ol> <p>② 하나의 판결로 여러 개의 형이 선고된 경우에는 각 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 가장 무거운 형에 대한 제1항의 기간이 경과한 때에 형의 선고는 효력을 잃는다. 다만, 제1항제1호 및 제2호를 적용할 때 징역과 금고는 같은 종류의 형으로 보고 각 형기를 합산한다.</p>
--	---

## 제2절 재판상 실효와 법률상 실효

### 1. 형의 실효제도에 대한 주요국가 입법례 개관

#### 가. 프랑스형법상 ‘형의 실효(복권)’제도 규정

‘형의 시효’와 마찬가지로 ‘형의 실효’ 제도도 원래 프랑스에서 발전된 제도로 프랑스형법<sup>152)</sup>과 형사소송법<sup>153)</sup>은 각각 법률상 실효와 재판상 실효를 나누어 규정하고 있다. 명칭은 복권으로 하고 있으나 그 내용은 형의 실효에 관한 것이다. 별도의 절차를 요하지 않는 법률상 실효를 형법에, 재판절차를 필요로 하는 재판상 실효를 형사소송법에 규정하는 것은 그 본질에 비추어 매우 합리적인 방안이라 할 것이다. 우리 형실효법의 절차법적 성격을 고려한다면 법률상 실효를 형실효법에 규정하고, 재판상 실효를 형법에 규정하고 있는 우리 형법의 입법례는 프랑스와 정반대의 방식이라 할 것이다. 프랑스 형법과 형사소송법은 “형의 실효” 제도에 대하여 시행령 수준의 내용까지 포함하여 매우 상세히 규정하고 있는 것이 그 특징이다. 프랑스형법 제133-1조는 형의 소멸제도에 관한 일반조항이다.

152) 프랑스형법전 제133-1조 및 제133-12조 이하.

153) 프랑스형사소송법 제782조 이하.

**프랑스형법 제133-1조 [형의 소멸·선고의 실효]**

- ① 형의 집행은 형의 선고를 받은 자의 사망이나 형사법원의 선고에 의하지 아니하는 법인의 해산, 일반 사면 또는 특별사면에 의하여 종료되거나 정지된다. 다만, 벌금 및 소송비용의 징수 및 몰수의 집행은 형의 선고를 받은 자가 사망한 후 또는 법인의 해산 뒤 청산절차가 종결할 때까지 이를 행할 수 있다.
- ② 형의 시효는 형의 집행을 종료시킨다.
- ③ 복권에 의하여 형의 선고는 효력을 잃는다.

**나. 독일의 ‘형의 실효’ 입법례**

독일은 형법이나 형사소송법에 형의 실효에 관한 규정을 두지 않고 있으며, 재판상 실효와 당연실효의 구분 없이 우리 형실효법에 대략 상응하는 것으로 볼 수 있는 『연방중앙기록법』(BZRG, Bundeszentralregistergesetz)에 규정하고 있다.<sup>154)</sup> 전과기록말소를 위한 기한은 형의 경중에 따라 5년, 10년, 15년, 20년으로 구분되어 있다.<sup>155)</sup> 그러나 형의 실효, 즉 전과기록말소에 있어서 무기자유형, 무기의 보안감호 및 치료감호의 경우는 그 적용이 배제된다.<sup>156)</sup> 무기의 형사제재에 대하여 시효가 배제되는 것과 동일선상의 규정이라 할 수 있다. 동법 제 45-46조에 기초하여 실효가 되지 아니하는 경우에도 신청이 있는 경우 기록관청인 연방법무청이 전과기록말소를 명할 수 있다. 신청을 거부당할 경우 피처분자는 연방중앙기록청인 연방법무청<sup>157)</sup>에 이의를 제기할 수 있으며, 이에 대해서는 연방법무부가 결정한다.<sup>158)</sup>

154) 독일 연방중앙기록법 제45조 및 제49조.

155) 독일 연방중앙기록법 제46조.

156) 독일 연방중앙기록법 제45조제3항.

157) 원래는 연방대검찰청(Generalbundesanwalt/GBA)의 업무였으나 2007년부터 연방법무부 산하에 신설된 연방법무청(Bundesamt für Justiz/BfJ)이 연방중앙기록청의 임무를 수행하고 있다(독일 연방중앙기록법 제1조제1항).

158) 독일 연방중앙기록법 제49조.

### 다. 일본형법의 ‘법률상 실효’ 규정

일본형법 제34조의2는 ‘법률상 실효’만을 형의 시효규정에 이어 형법 내에 다음과 같이 규정하고 있다.

#### 일본형법 제34조의2 [형의 소멸]

- ① 금고 이상의 형의 집행을 종료하거나 또는 그 집행을 면제받은 자가 벌금 이상의 형에 처하여짐이 없이 10년을 경과한 때는 형의 선고는 효력을 상실한다. 벌금이하의 형의 집행을 종료하거나 또는 그 집행의 면제를 받은 자가 벌금 이상의 형에 처하여짐이 없이 5년을 경과한 때도 같다.
- ② 형면제 선고를 받은 자가 그 선고가 확정된 후 벌금 이상의 형에 처하여짐이 없이 2년을 경과한 때는 형면제 선고는 효력을 상실한다.

이 조문의 취지는 이른바 ‘전과말소규정’으로 이해되며, 형에 처해진 자에 대하여 일정 기간 선형 유지를 조건으로 전과가 없는 자와 동일한 대우를 받도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 그러나 전과와 관련된 법률상의 효과로서는 형법상의 효과와 다른 법령에 의한 자격제한 등의 효과가 있어서 형법상 실효의 효과가 당연히 다른 법령상의 자격제한에까지 영향을 미치지 않는 아니다. 그리고 형의 소멸기간 내에 벌금 이상의 형에 처해지지 않아야 한다는 재범요건은 소멸기간의 중단사유로 이해된다. ‘벌금 이상의 형에 처해지지 않고’란 벌금 이상의 형이 확정된 사실이 없다는 의미이며, 소멸기간 내에 벌금 이상의 형의 선고가 있어도 그 확정이 소멸기간 경과 후인 경우에는 소멸기간 만료에 의하여 전(前) 형의 선고의 효력은 소멸하게 된다. 소멸기간의 중단이 있는 경우에는 중단사유로 된 형집행을 종료 또는 집행의 면제를 받은 때로부터 처음부터 새로 소멸기간의 진행이 시작한다고 해석된다. 형의 소멸의 효과는 형선고 또는 형면제의 선고가 법률적으로 없었던 것과 동일한 상태가 되는 것이다. 형의 소멸은 유죄선고 후의 선형의 유지를 기초로 하여 그 효력을 소멸시키는 것이므로 그 효과가 역행하는 일은 없고 장래를 향하여 형선고를 받지 않은 자와 동일하게 취급하도록 하는 효력을 가질 뿐이라고 해석된다. 따라서 형선고에 의하여 자격이 박탈되고 실직한 자가 형의 소멸의 효과에 의하여 당연히 복직되는 일은 없다. 또 형선고 등의 효력이 소멸하더라도 과거에 범죄에 따라 처벌되었다는 사

실 그 자체가 소멸하는 일은 없고 일사부재리의 효력과 제45조의 병합죄 처리에  
서의 확정판결의 효과도 좌우되지 않는다.<sup>159)</sup>

## 2. ‘형의 실효’ 제도의 통일적 규율 방안

### 가. 형법 및 형실효법의 ‘형의 실효’ 비교

재판상 실효를 규정하고 있는 형법 제81조와 법률상 실효, 즉 당연실효를 규  
정하고 있는 『형실효법』 제7조를 정리하면 다음과 같은 내용상 및 요건상의 차  
이점과 공통점을 갖고 있다.

구분	형법 제81조	형실효법 제7조
주체	징역 또는 금고형 수형자	모든 수형자
시효기간	7년	3년 초과 징역·금고는 10년 3년 이하 징역·금고는 5년 벌금은 2년 구류·과료는 형집행종료·면제 즉시
기산	형집행종료·면제일	
재범요건	자격정지 이상의 형의 재범	
추가요건	피해자의 손해보상	없음
절차요건	재판상 실효	법률상 실효(당연실효)

### 나. 당연실효규정의 형법전 편입

『형의 실효 등에 관한 법률』(형실효법)은 징역과 금고를 제외한 벌금, 구류,  
과료에까지 형의 실효범위를 확대하고 일정기간이 지나면 자동으로 형이 실효되  
도록 하는 당연실효제도를 마련해두고 있다.<sup>160)</sup> 형법상의 재판상 실효가 징역형  
과 금고형에 한해서 적용되도록 규정되어 있다는 점을 고려하면 형실효법에 의

159) 前田雅英 외, 条解刑法 [第2版], 2007, 74면 이하 참조

160) 김일수/서보화, 『형법총론』, 802면; 이재상, 『형법총론』, 608면; 배중대, 『형법총론』, 843면; 오영  
근, 『형법총론』, 805면; 신동운, 『형법총론』, 819면; 김성돈, 『형법총론』, 798면.

해 범죄인의 사회복귀 가능성의 범위가 현저히 확대되기 때문에 바람직하다고 볼 수 있다.

하지만 형실효법은 당연실효제도를 위한 법률이 아니라 집행유예경과, 자격정지경과, 사면, 형법 제81조의 재판상 실효와 동 법률 제7조의 형의 실효 등과 같이 형집행의 실효 및 형선고 효력의 소멸을 수반하는 여러 유형의 제도에 따르는 부수적 효과, 즉 전과기록말소, 수형인명부 및 수형인명표와 수사경력자료의 정리 등에 관한 규정을 주된 내용으로 하고 있는 법률이다. 이에 비추어 보면 형실효법에 의해 동일한 법률상 효과를 수반하는 당연실효제도와 재판상 실효제도를 합리적인 근거 없이 두 개의 법률에 나누어 규정하고 있음을 알 수 있다. 오히려 당연실효규정을 재판상 실효규정과 함께 형법전에 규정하게 되면 형실효법의 취지가 보다 명확해져서 범죄기록 등의 말소를 통한 범죄자의 정상적인 사회복귀에 보다 중점이 두어질 수 있을 것이다. 또한 형의 실효에 관한 규정을 형법에 통합하게 되면 제도시행의 일관성과 운영의 실효성을 확보할 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다.<sup>161)</sup>

#### 다. 당연실효의 형집행 소멸시효기간 세분화

자유형의 경우에는 형기에 따라 소멸시효기간의 세분화를 고려해 볼 필요가 있다. 유기자유형의 경우 가중하게 되면 최고25년(개정안에 의하는 경우 최고30년)까지 가능한데 현행법과 같이 3년 이상의 자유형에 모두 동일하게 형집행 소멸시효를 적용한다는 것은 형평성에 어긋나는 것으로 보인다. 2009년 형사법개정연구회는 10년 이상의 징역과 3년 이상 10년 미만의 징역, 3년 미만의 징역으로 세분화하여 각각 20년, 10년, 5년의 형집행 소멸시효를 두는 안을 제안하였다.<sup>162)</sup> 반면에 1992년 법무부 형법개정안은 3년을 초과하는 징역·금고에는 10년, 3년 이하의 징역·금고에는 7년, 벌금은 3년, 구류와 과료는 1년의 기간을 정하는 안을 제안하였다.<sup>163)</sup>

161) 같은 취지로 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV), 형법총칙개정안: 죄수·형벌분야, 2009, 274면; 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료XIV), 1992, 92면

162) 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV), 형법총칙개정안: 죄수·형벌분야, 2009, 275면.

실효의 요건 가운데 시효기간은 최소한 2009년 형사법개정연구회의 제안과 같은 정도로 세분화되고 일부 연장될 필요가 있다 할 것이다. 다만 집행시효의 대안과 같이 비교적 단기의 징역·금고의 경우 2년을 기준으로 구분하는 것이 타당하다 할 것이며, 무기 자유형 및 무기 보안처분, 즉 무기의 형사제재에 대해서는 집행시효의 경우와 마찬가지로 형의 실효의 적용이 배제되어야 하며<sup>164)</sup>, 실형이 선고된 성폭력범죄의 경우에도 독일의 경우<sup>165)</sup>와 같이 특례로 장기의 실효 시효기간을 설정함이 바람직하다.

형의 실효를 위한 시효기간을 상대적으로 짧게 정한 후에 실효의 법률효과를 해석을 통해 또는 별도의 규정으로 세분화하거나 차별화하려는 방안보다는 형사정책적 고려를 반영하여 합리적인 시효기간을 정하고 실효된 형에 대하여는 별도의 장애를 설정함이 없이 재사회화의 문을 열어주는 것이 바람직할 것이다. 따라서 오늘날 “안전형법”을 지향하는 형사정책적 고려를 생각할 때 성범죄의 경우는 실형선고 및 집행기간을 고려하여 최고 20년까지 특례적 실효 시효기간을 정할 필요성이 존재한다 할 것이다.

#### 라. 재판상 실효 요건의 재구성 필요성

당연실효규정이 있음에도 재판상 실효제도를 형법이 규정하고 있는 것은 당연실효 기간 이전에 행위자의 사회생활상의 법적 제약을 최소화 함으로써 일반인과 동일한 사회생활로의 복귀를 가능한 빠르게 하고자 하는데 취지가 있다고 볼 수 있다. 따라서 재판상 실효는 당연실효보다는 엄격한 요건, 즉 행위자가 당연실효 기간 이전에 사회복귀를 해야 할 필요성이 분명한 경우에 한해서 허용되어야 한다.<sup>166)</sup> 이를 위해서는 행위자가 당연실효 기간 이전에 사회복귀를 해야 할 필요성이 분명한 경우에 한해서 재판에 의한 실효를 허용하도록 하는 요건을 설

163) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료XIV), 1992, 92면 이하.

164) 독일 연방중앙기록법 제45조제3항.

165) 독일 연방중앙기록법 제46조제1항제3호는 ‘성범죄로 1년 이상의 자유형에 선고되는 경우’ 실효를 위한 시효기간을 20년으로 하고 있다.

166) 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV), 형법총칙개정안: 죄수·형벌분야, 2009, 275면.

정해야 한다.

이러한 관점에서 현행법상 형법 제81조의 재판상의 실효가 형실효법 제7조의 당연실효와 확연히 구분되는 요건은 앞에서 비교해 본 바와 같이 “피해자의 손해를 보상”하는 것, 즉 피해원상회복의 여부이다. 피해의 원상회복 노력을 행위자의 중대한 사회복귀 필요성의 지표로 하고 원상회복이 이루어진 것으로 판단되는 경우 조기에 형의 실효의 수혜를 인정하는 것은 충돌하는 이익이 존재하지 않는 범위 내에서 회복사법적 관점에 의해 정당화될 수 있다 할 것이다. 그러나 중형에 처해진 성범죄의 경우 및 무기의 형사제재의 경우는 재사회화의 관심이나 원상회복의 관심보다는 이에 대립하는 사회 일반의 안전·보호의 이익이 더 중대하다 할 것이므로 굳이 재판상의 실효 제도를 인정할 필요성과 실익이 있을지 의문이다.

#### 마. 소결

형의 소멸은 형의 선고에 수반하는 법률상 효과를 소멸시키는 제도이다. 현행 형법은 재판상 실효에 관한 규정만을 두고 있고, 당연실효는 형실효법에 규정되어 있다. 법률상 요건은 달리하지만 동일한 효과를 발생시키는 제도를 두 개의 법률에 나누어 규정하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 형소멸제도가 갖는 취지를 명확히 하기 위해서는 형법전에 당연실효와 재판상 실효가 함께 규정되는 것이 합리적이며, 형법 제81조에 당연실효규정을 편입하여야 할 것이다.

이 과정에서 상세하게 규정된 당연실효, 즉 법률상 실효 규정을 형법전상 실효규정의 ‘원칙’규정으로 분명히 할 필요가 있으며, 재판상의 실효는 어디까지나 ‘예외’규정으로 두어야 할 것이다. 후자의 경우, 대립되는 사회 안전·보호관심이 중대하지 않음을 전제조건으로 회복사법과 재사회화의 관점을 고려한 사법판단을 통해 당연실효에 필요한 시효기간의 2/3로 단축된 시점에 조기의 형의 실효가 가능하도록 정비함이 타당하다고 본다.

### 제3절 형의 실효의 법적 효과

형이 실효된 경우에는 형의 선고에 의한 법적 효과가 장래에 향하여 소멸된다.<sup>167)</sup> ‘형의 선고에 기한 법적 효과가 소멸한다’는 것은 형의 선고로 인한 법적 불이익이 해소된다는 것을 의미한다. 그러나 소급효가 없으므로 그 효력이 형의 선고 시로 소급하지 않으며, 형의 선고에 기한 기성의 효과는 소멸하지 않는다. 예컨대 형의 선고로 인하여 상실된 자격이 소급하여 회복되는 것이 아니며, 형의 선고로 인하여 공무원의 직을 상실한 자가 형의 실효에 의하여 당연히 복직되지는 않는다.

대법원은, “형법 제81조에 의한 형의 실효선고는 형의 선고에 기한 법적 효과가 장래에 향하여 소멸한다는 취지이고, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 그 자체까지 없어진다는 뜻이 아니라 할 것이며, 또 소급하여 자격을 회복하는 것도 아니라 할 것이다”라고 판시하였다.<sup>168)</sup> 즉, 형이 실효되어 형의 선고에 의한 법적 효과가 장래에 향하여 소멸된다 하여도 ‘처음부터’ 형의 선고를 받지 않은 것과 동일한 결과로 되지는 않는다는 것이다.

형이 실효된 때에는 수형인명표는 폐기하며 수형인명부는 해당란을 삭제한다(형의 실효 등에 관한 법률 제8조제1항제1호)<sup>169)</sup>는 규정이 있는데 불과하여 형의 실효의 법률적 효과와 관련하여 법적용과정에서 논란이 제기되며, 그 대표적인 사안들로는 (구)사회보호법이 존재할 당시 보호감호처분에 있어서의 실효요건, 실효된 형과 관련하여 전과 및 누범 인정 문제, 양형에 있어서의 평가 문제 등을 들 수 있다.

167) 대법원 1998. 2. 4. 선고 97노2855, 97감도165 판결, 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1840, 83감도339판결, 대법원 1974. 5. 14. 선고 74누2 판결 등

168) 대법원 1974. 5. 14. 선고 74누2판결, 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누3720 판결도 참조, 한편 사면법 제5조 제2항은, 형의 언도에 의한 기성의 효과는 사면, 감형, 복권으로 인하여 변경되지 않는다고 명문으로 규정하고 있다.

169) 삭제방법은 수형인명부의 해당란에 가로로 두 줄을 긋고 수형인명부관리자의 직인을 날인하는 방법으로 한다(형의 실효 등에 관한 법률 시행령 제8조).

## 1. 보호감호의 '실형' 요건과 형의 실효

(구)사회보호법 제5조에 의하면, “보호대상자가 다음 각 호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다. 1. 동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기 합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때 (이하 생략)”라고 규정되어 있다. 한편 (구)사회보호법 제6조 제1항에 의하면, 제5조에서 “실형”이라 함은 금고 이상의 형을 받아 그 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제된 경우의 형을 말한다고 규정되어 있다. 사회보호법은 폐지되었지만 앞으로 보안감호처분이 새로 규정될 경우를 고려하면 이러한 문제는 구법에 대한 이론적 흥미에 그치는 것은 아니라 할 것이다.

대법원은 형법 제81조에 의한 재판상의 실효선고나 형실효법에 의해 형이 당연실효된 경우는 모두 형이 실효되어 (구)사회보호법 제6조 제1항 및 제5조 제1항 제1호의 ‘실형을 받고’에 해당하지 아니한다고 판시하였다.<sup>170)</sup> 또한 형의 실효 등에 관한 법률의 입법취지로 보아 과거 2번 이상의 징역형을 받은 자가 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 마지막 형의 집행을 종료한 날로부터 10년이 경과한 때에는 그 마지막 이전의 형도 모두 실효되는 것으로 보아야 하는 것으로 판시하였다.<sup>171)</sup> 따라서 위와 같이 실효된 형은 (구)사회보호법 제5조 제1항에 정한 실형의 횟수 및 형기 합계를 계산함에 있어서 이를 제외하여야 한다. 이러한 판례의 취지는 앞으로 보안감호처분이 새로 도입되어 이와 유사한 규정이 해석·적용되는 과정에서도 당연히 존중되어야 할 것이다.

## 2. 형의 실효와 전과 및 누범에 대한 평가

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항에 의하면, “형법 제329조

---

170) 대법원 1982. 3. 23. 선고 82도235, 82감도46 판결. 다만 사회보호법 제5조는 그 후 1989. 3. 25. 법률 제4089호에 의하여 현행과 같이 개정되었다.

171) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002감도39 판결, 대법원 1983. 4. 26. 선고 83감도35 판결, 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1840, 83감도339 판결 등.

내지 제331조와 제33조 내지 제336조·제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제1항 내지 제4항상습범의 법정형 가중과 같다”라고 규정되어 있고, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항에 의하면, “이 법 위반(형법 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항의 죄집단적 폭력, 위험물 폭력을 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제3항상습범의 법정형 가중과 같다”고 규정되어 있다.

형법 제81조에 의한 재판상 실효 선고나 형실효법에 의하여 형이 당연 실효된 경우는 모두 형이 실효되므로, 위 (구)사회보호법의 보호감호 요건에서 본 바와 마찬가지로 이유로 특가법 제5조의4 제5항 및 폭처법 제3조 제4항 소정의 징역형을 받은 경우로 볼 수 없다.

대법원도 그 중 특가법 제5조의4 제5항 소정의 3회 이상 징역형과 관련하여 형실효법에 의하여 형이 실효된 경우에는 형의 선고에 의한 법적 효과가 장래에 향하여 소멸되므로 형이 실효된 후에는 그 전과를 특가법 제5조의4 제5항 소정의 징역형의 선고를 받은 경우로 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.<sup>172)</sup> 따라서 위와 같이 실효된 형은 특가법 제5조의4 제5항 및 폭처법 제3조 제4항에 정한 징역형의 횟수를 계산함에 있어서 이를 제외하는 것이 마땅하다 할 것이다.

형법 제35조에 따르면 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자를 누범으로 처벌하고 있다. 그런데 이러한 누범의 요건에 해당하는 경우 그 누범전과, 즉 ‘금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료하거나 면제된 범죄’를 그 형이 실효되었어도 누범가중의 전제가 되는 누범전과로 볼 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이 경우 형실효법 제7조 및 형법 제81조에 의한 형의 실효는 이미 받은 형의 선고의 효력이 장래에 향하여 소멸되지만 그 효력이 형의 선고 시로까지 소급하지는 않으며, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 그 자체까지 없어진다는 뜻은 아니므로 여전히 누범전과에 해당하여 누범가중을 할 수 있다는 견해<sup>173)</sup>가 있으나, 이것이 과

172) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002감도39 판결

173) 이주원, 형의 실효 등에 관한 법률에 의한 형의 실효가 판결에 미치는 영향, 228면

연 형의 실효 제도를 둔 취지에 부합하는지는 의문이다.

### 3. 형의 실효와 양형자료

또한 형이 실효된 후 그 전과를 그 후 다른 범죄로 공소제기된 피고인에게 불이익한 양형자료, 예컨대 형의 가중을 위한 양형자료로 삼을 수 있는지 여부에 관하여 적극설과 소극설이 대립되고 있다.<sup>174)</sup> 적극설의 입장에 따르면 형이 실효된 경우에도 과거에 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체가 없어진 것은 아니므로 그러한 범죄전력 자체를 그 후 피고인에게 불이익한 양형자료로 삼을 수 있다고 보지만,<sup>175)</sup> 이는 형의 실효 제도의 취지에 반하는 결과를 초래한다. 독일의 구 형실효법(Straftilgungsgesetz)이 애매한 규정으로 이러한 적극설의 입장을 두둔하는 결과를 초래하였으나, 신 형실효법이라 할 수 있는 연방중양기록부법(BZRG) 제51조는 명시적으로 이를 금지하여 형의 실효의 법적 효과와 관련하여 획기적인 입법적 및 실무적 전기를 가져온 것으로 평가된다.<sup>176)</sup> 적극설의 입장은 형의 실효 제도가 지향하는 재사회화의 취지를 공동화할 위험을 안고 있다 할 것이다. 독일 구 형실효법의 한계를 반면교사로 삼아 현행 연방중양기록부법 제51조(Verwertungsverbot)와 같이 명문으로 이를 금지할 필요가 있다 할 것이다.

### 4. 소결: 형의 실효의 법적 효과 명시 방안

형의 실효의 법률적 효과에 대하여는 형실효법 제8조제1항제1호에 ‘형이 실효

---

174) 새로운 양형기준의 적용등과 관련하여 이에 대한 논의의 필요성을 제기하며 신중한 입장으로는 김정원, 형의 실효의 법률적 효과(2010.6. 발표).

175) 이주원, 위의 논문, 242면

176) Götz/Tolzmann: Bundeszentralregistergesetz, § 51 Rn. 4; Siebrasse, Strafregistrierung und Grundgesetz: Zur Verfassungsmässigkeit der Straf(verfahrens)registrierung in BZRG, StPO, BKAG und BGS, 78면.

된 때에 수형인명표는 폐기하고 수형인명부는 해당란을 삭제한다고만 되어 논란이 되고 있다. 형의 실효 제도의 취지에 부합하기 위해서는 형의 실효의 요건을 명확히 할 필요성과 함께 그 법률적 효과도 확실히 할 필요성이 존재한다. 따라서 실효된 형에 대하여는 보안감호처분의 선고요건이나 누범 및 전과의 판단, 나아가 양형자료로의 사용 등과 관련하여 그 평가 및 사용의 금지를 다음과 같이 명문화할 필요가 있다.<sup>177)</sup>

#### 형법(대안) 제81조의2 (형의 실효의 효과)

형법 제81조의 규정<sup>178)</sup>에 따라 형이 실효된 때에는 형의 근거가 되는 범죄 및 그 유죄 판결이 본인에게 불리하게 사용되어서는 아니 된다. 다만, 범죄와 그 유죄 판결로 인하여 성립된 제3자의 권리와 법원 및 행정관청의 결정은 형의 실효의 영향을 받지 아니 한다.

177) 이러한 형의 소멸의 취지를 아주 강력히 규정한 사례로는 프랑스형법전의 일반사면 관련규정인 프랑스형법전 제133-11죄 전과기록의 말소 뒤를 들 수 있다. “누구든지 그 직무수행 중 형사처분, 징계처분이나 직무상의 제재, 금지, 실권 및 무능력 등의 선고가 일반사면으로 실효되었음을 알게 된 경우에 그 존재를 상기시키는 어떠한 행위도 할 수 없으며, 어떠한 문서에도 그 기록을 남겨서는 아니 된다. 다만, 판결 또는 재판의 정보는 그러하지 아니하다. 일반사면은 배상의 명목으로 명하여진 공고의 집행에 장애가 되지 아니한다.”

178) 앞에서 서술한 바와 같이 이는 형실효법상의 당연실효규정을 형법전에 흡수한 포괄적인 “새 형의 실효 규정”임을 전제로 한다.



## 제4장

# 결론



1. 형사시효를 통일적 이론의 틀에서 이해하게 해주는 유일한 연결고리는 시간의 흐름과 결부된 “국가형벌권의 소멸”로, 이를 납득할 만하게 실질적으로 근거지우는 것은 실체법적 시효이론이라 할 것이다. 즉 시효의 근거는 시간의 흐름 속에서 역사가 되어 버린 범죄행위에 대한 형벌목적 - 특히 특별예방적 형벌목적 - 실현의 부적합성에 있는 것이며, 이는 다른 한편 시간의 흐름 속에 새로 형성된 법적 평화를 인정하는 것이 범죄로 침해된 법질서의 회복이란 형법적 요청의 취지에 반하거나 이를 약화시키지 않는다는 이해에 바탕을 두고 있다.
2. 공소시효와 형의 시효는 양자 모두 일정한 시간이 흐른 후 때늦게 행사되는 형벌권을 제한하는 근본적으로는 동일한 기본형태의 “처벌시효”(Bestrafungsverjährung)의 서로 다른 두 가지 양태라 할 수 있다. 즉 형벌권을 소멸시키는 처벌시효, 즉 형사시효가 유죄확정판결 전까지는 공소시효의 형태로, 유죄확정판결 후에는 형의 시효의 형태로 규정되어 시간의 흐름과 결부된 국가형벌권의 제한을 촘촘히 규정하고 있다. 여기서 공소권과 집행권은 국가형벌권의 행사를 구체화하는 두 축이라 할 수 있으며, 따라서 형사시효를 공소시효와 형의 시효로 나누어 각각 국가형벌권과 그 시간적 제한을 규율하고 통제한다. 무엇보다 판결을 통해 형이 확정된 경우 형사시효는 미확정상태의 그것에 비하여 범죄

와 형벌의 현재성을 새롭게 그리고 강하게 하기 때문에 그 기간을 차별적으로 규율할 필요가 있다.

3. 무기자유형 또는 (무기처분이 될 수 있는)보안감호에 대하여 집행시효를 인정할 경우 특히 오늘날과 같이 실시간소통이 이루어지는 매스미디어사회에서 예방적 형법과제와 목적의 실현과 관련하여 감내하기 힘든 역기능들을 내포하고 있으므로, 이 무기의 형사제재에 대하여는 국가가 형벌권행사를 태만히 한다는 분노로부터 발생할 수 있는 ‘린치사법’의 예방을 위해서라도 범죄자가 사망에 이를 때까지, 다시 말해 “끝까지” 형벌권행사의 가능성을 열어두어야 하며, 따라서 무기자유형 및 무기보안처분에 대해서는 공통적으로 집행시효가 배제되어야 한다. 현행법상 최고의 형사제재인 사형에 대해서는 무기의 형사제재와 마찬가지로 이유에서 집행시효의 배제가 이루어져야 한다. 다만 현행법의 사형의 존치를 전제로 사형에 대한 시효배제와 함께 별도의 규정으로 최소한 현행의 사형의 시효기간(30년)의 범위 내에서 예컨대 ‘사형의 확정판결을 받은 후 20년을 수감한 때에는 무기자유형으로 감형 또는 형의 변경이 이루어지도록 하는 방안이 모색되어야 할 것이다.
4. 단기적 및 장기적 유기자유형에 대해서는 형사정책적 변화요소들을 고려하여 다음의 대안과 같은 집행시효기간을 설정함이 바람직하며, 이 경우 형의 시효의 단계는 자유형을 기준으로 ‘2년미만-2년이상-5년이상-10년이상-20년이상’의 5단계가 되며, 시효기간 역시 벌금형 및 기타 제재를 포함하여 ‘30년-20년-15년-10년-5년’으로 5단계가 된다. 아울러 현행법상 보안감호처분의 집행시효는 치료감호법, 위치추적전자장치부착법(이른바 전자발찌법 또는 전자감독법) 등에 별도로 규정되어 있으나 형법상 “집행시효”란 제하에 통합적, 체계적으로 형법전 내에 편입되어 규정될 필요가 있다.

**형법(대안) 제77조 (집행시효)** ① 확정된 형 또는 처분에 대하여 시효가 완성된 때에는 그 집행을 면제한다.

② 형의 시효는 다음의 각 호의 기간을 경과하면 완성된다.

1. 20년 이상의 징역은 30년
2. 10년 이상의 징역은 20년

3. 5년 이상의 징역은 15년
4. 2년 이상의 징역은 10년
5. 2년 미만의 징역은 5년
6. 벌금과 구류는 5년
- ③ 몰수와 추징의 시효는 10년을 경과하면 완성된다.
- ④ 보안처분의 시효는 달리 정하는 규정이 없는 때에는 다음 각 호의 기간을 경과하면 완성된다.
  1. 수용을 필요로 하지 않는 보안처분은 3년
  2. 2년 미만의 수용보안처분은 5년
  3. 2년 이상의 수용보안처분은 10년

5. 시효 제도의 본질과 취지의 범위 내에서 운용되어야 하는 시효장애사유의 시스템과 관련하여 이른바 “시효로의 도피”의 문제의 핵심은 일차적으로 공소시효와 결부된 문제이며, 따라서 이 경우 정지, 중단 등 시효장애사유를 효과적으로 설정하여 시효제도의 취지를 악용하는 “시효로의 도피”에 효과적으로 대응함으로써 국가형사소추권을 효과적으로 행사할 필요가 있다. 그러나 형집행시효와 관련하여서는 “시효로의 도피”를 막으려는 시도 그 자체가 자칫 시효제도 자체의 본질에 반할 수 있어 어느 정도는 그 딜레마 자체가 시효제도와 함께 설정되어 있다고 할 수 밖에 없다. 따라서 시효장애사유를 활용하려 하기보다는 형집행의 효율과 효과를 확보하는 방안이 우선적으로 모색되어야 할 것이다. 특히 형의 선고로 받고 국외로 도피한 자들의 문제와 관련하여서는 첫째는 범죄인인도의 효율성을 확보하는 방안을 찾고, 집행기관이 적극적으로 집행을 관철하려는 노력이 우선되어야 하며, 다만 이러한 노력을 물거품으로 만드는 낭패를 방지하는 차원에서 독일형법 제79b조에 준하는 ‘시효연장’ 사유의 도입이 바람직하다.
6. 형의 선고에 수반하는 법률상 효과를 소멸시키는 형의 소멸 제도와 관련하여, 현행 형법은 ‘재판상 실효’에 관한 규정만을 두고 있으며, 이른바 ‘법률상 실효, 즉 ‘당연실효’는 형실효법에 규정되어 있다. 법률상 요건은 다소 상이하지만 동일한 효과를 발생시키는 제도를 두 개의 법률에 나누어 규정하는 것은 바람직하지 않으며, 따라서 형의 소멸 제도가 갖는 취지를 명확히 하기 위해서는 형법전에 법률상 실효와 재판상 실효가 함께 규정되는 것이 합리적이며,

형법 제81조에 법률상 실효 규정을 편입하여야 할 것이다. 이 과정에서 상세하게 규정된 당연실효, 즉 법률상 실효 규정을 형법전상 실효규정의 '원칙'규정으로 분명히 할 필요가 있으며, 재판상의 실효는 어디까지나 '예외'규정으로 두어야 할 것이다.

## ■ 국내문헌

### - 교과서

- 김기두, 『형사소송법』, 박영사, 1985.
- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김일수/서보학, 『형법총론』, 박영사, 2006.
- 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2009.
- 배종대/이상돈/정승환, 『신형사소송법』, 홍문사, 2008.
- 백형구, 『형사소송법강의』, 박영사, 2000.
- 송광섭, 『형사소송법』, 대왕사, 1994.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 『형사소송법』, 법문사, 2007.
- 신양균, 『형사소송법』, 법문사, 2004.
- 오영근, 『형법총론』, 박영사, 2007.
- 이재상, 『신형사소송법』, 박영사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 『형법총론』, 박영사, 2006.
- 임동규, 『형사소송법』, 법문사, 2006.
- 정영석/이형국, 『형사소송법』, 법문사, 1996.

### - 논문

- 김두현, 사면과 형의 효과, 법제월보 제6권 제5호, 1964.5.
- 김상겸, 법치국가원리와 공소시효, 고시계 50-3, 2005.2.
- 김성돈, 공소시효제도와 소급금지원칙, 경북대학교 법학논고 제11집, 1995.
- 김영환, 공소시효와 형벌불소급의 원칙, 형사판례연구51, 1997.

- 김정원, 형의 실효의 법률적 효과, 형사판례연구회 발표문(2010년6월 발표: 2011년 간행예정)
- 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004.
- 박미숙/김성규, 추징금징수의 실효성 확보를 위한 법제도 정비방안, 한국형사정책연구원, 2008.
- 박은정/한인섭, 5·18, 법적 책임과 역사적 책임, 1995.
- 백원기, 벌금형의 시효중단, 인천법학논총 제3권, 2000.
- 백형구, 형의 시효, 사법행정 제27권 제7호, 1986. 7.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료XIV), 법무부 1992.
- \_\_\_\_\_, 형법 일부개정법률안, 법무부(인터넷홈페이지 게시) 2010.10.25.
- 이상돈, 죄형법정주의의 현대적 의의, 법치국가와 형법, 1998.
- 이용욱, 공소시효제도에 대한 헌법재판소의 결정에 관한 연구 -법학방법론의 측면에서-, 법철학연구 10-1, 2007.
- 이주원, 형의 실효 등에 관한 법률에 의한 형의 실효가 판결에 미치는 영향, 법조 통권 제569호, 2004.2.
- 이태섭, 해외도피로 인한 공소시효 정지규정의 적용, 대법원판례해설 통권 제48호, 2003.
- 이호중, 반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효, 민주법학 30, 2006.
- 장규원/강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006.
- 장영수, 공소시효의 인권법적 문제점에 관한 헌법적 검토, 고려법학 2009.
- 정현미, 사면의 법치국가적 한계, 형사법연구 제20호, 2003 겨울.
- 조광훈, 국외출국 자유형 미집행자에 대한 형의 집행에 관한 연구, 법학연구 제16권 제3호, 2006.
- 조국, '반인권적 국가범죄'와 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙, 형사법연구 17호 2002년 6월, 한국형사법학회, 2002.
- 조시현, 국제법으로 본 공소시효문제, 민주법학 제21호, 2002.
- 하태영, 판례평석: 공소시효제도의 문제점과 개정방향, 비교형사법연구 4-1, 2002.
- 하태훈, 공소시효배제입법 토론회, 공소시효배제입법토론회 자료집, 2002.8.26.
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV). 형법총칙개정안: 죄수·형벌분야, 한국형사

정책연구원 2009.

홍영기, 형사법상 시효의 정당화근거, 형사법연구 제23호, 2005. 여름.

\_\_\_\_\_, 시효이론의 역사적 전개와 그 평가, 법사학연구 37, 2008.

황태정, 전과기록의 이용·관리와 형실효법의 문제점, 형사정책 제18권 제2호, 2006.

## ■ 일본문헌

西村克彦: 刑の時効という制度について, ジュリスト No. 847, 1985.

佐藤昭夫: 30年間の拘置と死刑の時効-平沢貞通氏の人身保護請求事件、東京地裁  
昭和60年5月30日決定に関連して-, 早稲田法学 61券2号, 1985.

島倉隆: 刑事判例研究(3), 中央大学刑事判例研究会, 法学新報 93券 6・7・8号,  
1987.

浅田和茂: 死刑確定裁判後の拘置と死刑の時効の進行等, 民商, 1993.

遠藤誠: 刑の時効-帝銀事件平沢氏に刑の時効は適用されるか?, 法学セミナー 358  
号, 1984.

大谷実: 刑法講義総論 [新版第3版], 成文堂, 2009.

大谷実: 刑の時効(Q&A), 法学セミナー 352号, 1984.

渡辺咲子: 生の事件と刑事法, 警察公論 52券11号, 1997.

白井滋夫: 刑の時効、刑の消滅, ジュリスト No.401, 1968.

前田雅英 외: 条解刑法 [第2版], 弘文堂, 2007.

## ■ 독일문헌

Abegg, Julius Friedrich Heinrich: Über die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen,  
nach den neuern Gesetzgebungen und mit Rücksicht auf eine gemeinsame  
Strafgesetzgebung der deutschen Lande, 1862(Reprint Saarbrücken 2007).

Allfeld, Philipp; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig 1922.

Arndt, Adolf: Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ 1965.

- Baumann, Jürgen u.a.: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil(AE-StGB AT), 2. Auflage, Tübingen 1969.
- Beccaria, Cesare: Über Verbrechen und Strafe(1766)(Übersetzung von Wilhelm Alff), Frankfurt/M 1966.
- Beling, Ernst: Grundzüge des Strafrechts, Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen, 5. neugearbeitete Aufl., Tübingen 1930.
- Bemmann, Günter: Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, JuS 1965.
- Benda, Ernst: Verjährung und Rechtsstaat, Berlin 1965.
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1870.
- Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts, 1. (einziger)Bd., Leipzig 1885(Neudruck Aalen 1991).
- Bloy, René: Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlin 1976.
- Bockelmann, Paul: Referat, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Bonn 1958.
- Böckenförde, Ernest-Wolfgang: Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes, ZStW 1979.
- Dambach, Otto: Beiträge zu der Lehre von der Criminal-Verjährung, Berlin 1860.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, 1. Teil, Giessen 1804 (Nachdruck 1988).
- Finger, August: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1. Band, Berlin 1904.
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch(StGB) und Nebengesetze. 57. Aufl., München 2010.
- Foucault, Michel: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt/M 1994.
- Gesser, Rudolf: Die "gnadenweise" Straftilgung nach § 8 des Straftilgungsgesetzes, Marburg 1968.
- Götz, A./Tolzmann, G.: Bundeszentralregistergesetz. Kommentar, 4. völlig neubearbeitete

- Aufl., Stuttgart u.a. 2000.
- Hase, Peter: Bundeszentralregistergesetz. Kommentar, München 2003.
- Heinz, Wolfgang: Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-2001(Stand: Berichtsjahr 2001, Version: 6/2003).
- Hirzel, Arnold: Kritische Betrachtung der neuern Doctrin und Gesetzgebung über Verjährung der Strafen, Zürich 1860.
- Jakobs, Günter: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1993.
- Jescheck/Weigend: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Kant, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten, Werke in sechs Bänden, Bd. 5., Darmstadt 1995.
- Kaufmann, Hilde: Strafanspruch - Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, Göttingen 1968.
- Killias, Martin u.a.: Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts, Bern 2009.
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hg.): Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch(NK-StGB-Saliger), 3. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Klug, Ulrich: Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung, JZ 1965.
- Koopmann, Nicolaus: Zur Lehre von der Verjährung im Strafrechte, Göttingen 1888.
- Lassen, Peter: Die Rechtsstellung des Vorbestraften nach dem Bundeszentralregistergesetz, Hamburg 1973.
- Liszt, Franz von: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 23. Aufl., Berlin 1921.
- Lorenz, Max: Die Verjährung im Strafrechte, Prag 1934.
- Lorenz, Max: Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung: eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, München 1955.
- Lourié, Samuel: Die Kriminalverjährung. Prinzipien- und Gestaltungsfragen, Breslau 1914.
- Marxen, Klaus: Rechtliche Grenzen der Amnestie, Beiträge zu neueren. Entwicklungen in der Strafrechtswissenschaft, Bd. 13., Heidelberg 1984.
- Mayer, Hellmuth: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953.

- Mayer, M. E.: Der Allgemeine Teil des Strafrechts, Heidelberg 1922.
- Merkel, Adolf: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
- Merkel, Adolf: Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912.
- Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht, Berlin 1955.
- Oetker, Hartmut: Die Verjährung, Baden-Baden 1994.
- Piekenbrock, Andreas: Befristung, Verjährung, Verschweigung, Verwirkung: Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf, Tübingen 2006.
- Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929.
- Schäfer, Karl: Referat, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Bonn 1958.
- Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB-Sternberg-Lieben/Bosch), 28. Auflage, München 2010.
- Siebrasse, Pamela: Strafregistrierung und Grundgesetz: Zur Verfassungsmässigkeit der Straf(verfahrens)registrierung in BZRG, StPO, BKAG und BGSg, Frankfurt/M 2002.
- Strackelberg, Curt Freiherr von: Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979.
- Trachsel, Elisabeth: Die Verjährung gemaess den Art. 70-75 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1990.
- Tremml, Bernd: Die Rechtswirkungen der Straftilgung das Verwertungsverbot des § 49 BZRG, Mannheim 1975.
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht. 11. Aufl., Berlin 1969.
- Volk, Klaus: Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, München 1978.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd(Hg.): Münchener Kommentar zum StGB(MK-StGB-Mitsch), Band 2/1 (§§ 52 - 79b StGB), 1. Aufl., München 2005.
- von Hippel, Robert: Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 1897.

- von Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus(Hg.):  
Strafgesetzbuch (LK-StGB-Schmid). Leipziger Kommentar. Großkommentar,  
Band 3(§§ 56-79b), Berlin 2008.
- Weis, Kurt: Zeit als Maß für Reife und Strafe. In: ders.(Hg.), Was treibt die Zeit?  
Entwicklung und Herrschaft der Zeit in Wissenschaft, Technik und Religion,  
München 1998.
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.
- Zimmerl, Leopold: Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930.
- Zimmermann, Stefan: Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, Freiburg  
1997.



## Die Vollstreckungsverjährung und Straftilgung

Park, Hark-Mo\*

Das geltende Strafrecht kennt zwei Arten von Verjährung, nämlich die Verfolgungsverjährung in der Strafprozessordnung (§§ 249 ff.) einerseits und die Verjährung von Strafen im Strafgesetzbuch (§§ 77 ff.). Während die Verfolgungsverjährung die Verfolgung der Tat ausschließt, schließt sich die Verjährung von Strafen nach Rechtskraft des Strafausspruchs unmittelbar an die Verfolgungsverjährung an, so dass zwischen beiden Arten der Verjährung keine verjährungsfreie Zwischenzeit existiert.

Die Ausgangsfrage der vorliegenden Untersuchung lautet, auf welchen Gründen die Institution der Verjährung beruht, die die staatliche Strafgewalt mit dem Zeitablauf verbindet, und wie das Wesen der Verjährung strafrechtlich zu verstehen ist. Dabei ist insbesondere der Frage nachzugehen, ob das Wesen der beiden strafrechtlichen Verjährungsarten auf einer gemeinsamen rechtlichen Grundlage integrativ zu bestimmen ist. Bekanntermaßen wurde dies anhand von verschiedenen Verjährungstheorien versucht, die im Großen und Ganzen in drei Kategorien einzuteilen sind, und zwar in prozessuale, materiellrechtliche sowie gemischte Verjährungstheorien. Nach eingehender Prüfung liegt es nahe, dass die materiellrechtliche Verjährungstheorie, die auf dem Strafzweck der

---

\* Fachreferent, KIC

Spezialprävention beruht, für ein einheitliches Verständnis der strafrechtlichen Verjährungen vorzuziehen ist.

Die vorliegende Studie problematisiert dann die Terminologie “Verjährung von Strafen”, denn diese stammt aus der Zeit eines einspurigen Sanktionensystems, was im geltenden Strafrecht als überwunden gilt. Um alle strafrechtlichen Sanktionen zusammenfassen zu können, passt der Ausdruck “Vollstreckungsverjährung” nach dem deutschen Beispiel am besten. So ist die Vollstreckungsverjährung von Strafen und Maßnahmen einschließlich der Maßregeln der Besserung und Sicherung unter einem Dach zu regeln.

Die Verjährungsfristen im geltenden Strafgesetzbuch, die vor knapp 60 Jahren geregelt wurden, sind nicht mehr zeitgemäß und weisen seit langem einen Nachholbedarf auf. Die vorliegende Arbeit beleuchtet zunächst, warum die Todesstrafe - einmal abgesehen von der Diskussion um deren Abschaffung - und die unbefristeten Sanktionen (wie z.B. lebenslange Freiheitsstrafe bzw. Sicherungsmaßregel) nicht verjähren sollten. Im Hinblick auf die real existierende Todesstrafe schlägt sie als eine vorläufige Alternativlösung bis zu deren Abschaffung vor, in 20 Jahren nach rechtskräftiger Verurteilung, also bei 20-jähriger Nichtvollstreckung, die Todesstrafe in eine lebenslange Freiheitsstrafe umzuwandeln, wobei auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung - deren Neueinführung vorausgesetzt - zu ermöglichen ist.

Im Übrigen sind Verjährungsfristen wie unten länger als im geltenden Strafgesetzbuch neu zu fassen:

**KStGB(Entwurf) § 77 (Vollstreckungsverjährung)**

- ① Eine rechtskräftig verhängte Strafe oder Maßnahme darf nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr vollstreckt werden.
- ② Die Verjährungsfrist beträgt
  1. 30 Jahre bei Freiheitsstrafe von mehr als 20 Jahren,
  2. 20 Jahre bei Freiheitsstrafe von mehr als 10 Jahren bis zu 20 Jahren,
  3. 15 Jahre bei Freiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren bis zu 10 Jahren,

4. 10 Jahre bei Freiheitsstrafe von mehr als 2 Jahren bis zu 5 Jahren,
5. 5 Jahre bei Straftat und Geldstrafe.
- ③ Die Verjährungsfrist der Einziehung und des Verfalls beträgt 10 Jahre.
- ④ Soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, beträgt die Verjährungsfrist
  1. 3 Jahre bei Maßregel ohne Freiheitsentzug,
  2. 5 Jahre bei Maßregel mit Freiheitsentzug bis zu 2 Jahren,
  3. 5 Jahre bei Maßregel mit Freiheitsentzug mehr als 2 Jahren.

**KStGB(Entwurf) § 78 (Nichtverjährung)**

Die Vollstreckung von Todesstrafe und lebenslangen Freiheitsstrafen verjährt nicht.

Im Hinblick auf die Thematik “Flucht in die Verjährung” ist zu prüfen, welche Verjährungshinderungsgründe ohne systemwidrigen Konflikt mit dem Wesen der Vollstreckungsverjährung gesetzlich zu bewerkstelligen sind. Die Überlegung gelangt zu dem Schluss, dass Verjährungshinderungsgründe wie Ruhen und Unterbrechung hauptsächlich mit der Verfolgungsverjährung zu tun haben, so dass man beim Thema “Vollstreckungsverjährung” damit vorsichtig umgehen sollte. Denn sonst könnte das Wesen der Vollstreckungsverjährung durch Anerkennung verschiedener Verjährungshinderungsgründe systemwidrig ausgehöhlt werden. Dies würde nur der Vollstreckungsbehörde dienen, die ihrerseits innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen an der Vollstreckung scheiterte. Neben dem Ruhen der Verjährung wäre von daher allenfalls die Einführung der Institution “Verlängerung” der Verjährung(Vgl. § 79b StGB) noch überlegenswert, die der Vollstreckungsbehörde bei Auslandsfluchtfall eine Verlängerung der Vollstreckungsfrist gewährt, falls keine Auslieferungs- bzw. Überstellungsmöglichkeit besteht.

Das zweite Hauptkapitel der Untersuchung handelt von der Straftilgung, die im Grunde auch mit der Zeitfrage zu tun hat. So stellt sie auch jenseits der strafrechtlichen Verjährung eine dritte Verjährungsthematik dar, denn das Institut “Straftilgung” bringt die Strafmakelbefreiung kraft Zeitablaufs, sei es kraft

Gesetzes oder auf Antrag. Die Straftilgungsfristen sind ebenfalls wie bei Verjährungen nach der Schwere der Strafen abgestuft. Das Problem der geltenden Straftilgungsregelungen liegt allerdings darin, dass einerseits die gesetzliche Straftilgung, d.h. die Straftilgung kraft Gesetzes, automatisch nach Ablauf der Tilgungsfrist, und andererseits die gerichtliche Straftilgung, d.h. die Straftilgung durch die gerichtliche Entscheidung auf Antrag, getrennt geregelt sind. Die erstere ist im kor. Straftilgungsgesetz geregelt, während die letztere im kor. Strafgesetzbuch normiert ist.

Die Rechtswirkung der Straftilgung, also die Tilgung und Beseitigung von Strafmakel bzw. Rechtsverlusten, welche durch die Verurteilung eingetreten waren, soll die Rehabilitation des Verurteilten ermöglichen und die Resozialisierung fördern. Dazu wäre es zweckdienlich, wenn die beiden Arten der Straftilgung im Strafgesetzbuch zusammen klar geordnet wären. Bei der nächsten Novelle des kor. Strafgesetzbuches sollte von daher die gesetzliche Straftilgung im kor. Straftilgungsgesetz in den § 81 KStGB, der bislang lediglich die gerichtliche Straftilgung regelt, mit aufgenommen werden.

연구총서 10-15

## 형의 시효 및 소멸 제도에 관한 연구

발행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

(02)575-5285

등록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인쇄 / (주)현대아트컴

(02)2278-4482

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-854-0 93360