

서울고등법원

제 1 형 사 부

판 결

사 건 2011노2616 제3차뇌물교부
피 고 인 ●●●
항 소 인 쌍방
검 사 ○○○(기소), ○○○(공판)
변 호 인 범무법인 ○○○
담당 변호사 ○○○, ○○○, ○○○
원 심 판 결 인천지방법원 2011. 9. 1. 선고 2011고합430 판결
판 결 선 고 2012. 4. 13.

주 문

원심판결을 파기한다.

피고인은 면소

이 유

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 공소시효 및 그 정지에 관한 사실오인 또는 법리오해

이 사건 공소시효는 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호) 부칙 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제4호에 의하여 5년이고, 형사소송법 제253조 제2항은 공범의 1인에 대한 공소제기로 인한 시효 정지는 다른 공범자에게 효력이 미치고 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다고 규정하고 있는바, 강학상의 대항적 공범 또는 필요적 공범은 위 공범에 포함되지 않는다고 봐야 한다.

따라서 이 사건 공소는 공소시효가 경과된 후에 제기된 것이어서 면소가 선고되어야 한다.

2) 양형부당

피고인은 진심으로 잘못을 반성하고 있고, 한창 교육비가 많이 들어가는 자식들 3명과 80세의 노모를 부양하고 가족들의 생계를 책임져야 하며, ◇◇◇이 체비지의 취득 및 전매 문제를 주도하였고 피고인은 투자자로서 돈을 건넨 것에 지나지 않는 점 등에 비추어 볼 때 원심의 선고형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사 -양형부당

본건은 피고인이 이 사건 체비지를 싸게 매입하여 달라고 시청공무원에게 청탁해 달라는 부탁과 함께 6,000만 원의 뇌물을 전달해 달라며 ◆◆◆에게 교부한 사안으로 그 죄질이 중하고, 피고인은 적극적으로 증뢰하였으며, 청탁내용이 부정한 업무집행과 관련된 것으로 업무관련성이 매우 높으며, 검찰 수사시 범행을 전면 부인하고 범행 은폐를 시도하는 등 죄질도 매우 불량하므로 원심의 선고형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 공소사실의 요지

가. 기초사실

1) 당사자들의 지위

피고인은 건축업에 종사하는 사람, ◇◇◇은 건축업에 종사하면서 □□□에 있는 '■■■'을 운영하는 사람, △△△은 부천시 소속 공무원으로서 2003. 6. 9.경부터 부천시청 도시과 도시행정팀장으로 근무하면서 부천시 소유 체비지의 관리, 매각 등 체비지와 관련된 업무 전반을 총괄하던 사람, ◆◆◆는 부천중부경찰서 △△△으로서 부천시청을 출입하면서 부천시의 행사, 집단민원, 정책첩보수집 등 전반적인 동향을 파악하는 업무에 종사하던 사람이다.

2) 범행결의 과정

부천시 소유의 체비지이던 ▲▲▲ 대 405.3m²(이하 '이 사건 체비지'라고 한다)는 상당 부분이 임시무료주차장으로 사용되던 토지로서, 2004. 7.경 그 일부의 점유자인 ▽▽▽으로부터 이에 대한 매수신청이 있었으나 당시에는 이를 매각할 경우 그 주변지역의 주차난이 더욱 심각해질 것이라는 등의 이유로 매매가 이루어지지 않았다. 한편, 부천시도시계획토지구획정리사업지구내체비지매각규칙 제2조에 의하면, 체비지의 매각은 일반경쟁입찰방법에 의함을 원칙으로 하고, 다만 토지면적의 50%이상 건축물(담장포함)이 건립되어 있거나 건축물 소유자가 매수함이 타당하다고 인정할 때 등 예외적인 경우에 한하여 수의계약으로도 매각할 수 있도록 되어 있었다.

피고인은 ◇◇◇과 공동으로 이 사건 체비지를 매입한 뒤 이를 다시 매도하여 이익을 얻으면 이를 ◇◇◇과 분배하기로 하였는데, 피고인 등은 위 규칙 제2조 단서 소정의 요건을 갖추지 못하여 수의계약으로 체비지를 매입할 자격이 없었다. 그러자 피고인과 ◇◇◇은 평소 친분이 있던 ◆◆◆를 통하여 부천시청 체비지 담당 공무원인

△△△에게 뇌물을 주면서 이 사건 체비지를 싸게 매입할 수 있도록 부탁하기로 하였다.

이에 피고인은 2005. 2. 2.경 부천시 ▼▼▼에 있는 ◇◇◇이 운영하는 '■ ■ ■'(당시 상호는 '▶▶▶'이었음) 사무실에서 ◇◇◇, ◆◆◆와 만나 △△△에게 얼마의 뇌물을 줄 것인지 논의했고, 결국 피고인이 3,000만 원, ◇◇◇이 3,000만 원을 각출하여 합계 6,000만 원을 ◆◆◆에게 주면 ◆◆◆가 △△△에게 이를 전달하기로 공모하였다.

나. 피고인의 범행

피고인은 2005. 2. 3.경 위와 같은 ◇◇◇과의 공모에 따라 3,000만 원을 ◇◇◇ 명의의 신한은행 계좌(계좌번호:377-02-14****)로 송금하고, ◇◇◇은 같은 날 피고인으로부터 받은 3,000만 원을 포함한 6,000만 원을 위 계좌에서 현금으로 출금한 뒤 같은 날 19:00경 부천시 ▷▷▷에 있는 동남아파트 1121동 앞 주차장에서, 부천시청 체비지 담당 공무원인 △△△에게 전달하여 이 사건 체비지를 싸게 매입할 수 있도록 해달라며 위 6,000만 원을 ◆◆◆에게 교부하였다.

이로써 피고인은 ◇◇◇과 공모하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 공여할 목적으로 ◆◆◆에게 금품을 교부하였다.

3. 판단

가. 공소시효의 완성 여부에 관한 판단

1) 인정사실

기록에 의하면 다음 사실들이 인정된다.

○ 피고인과 공모하여 부천시청 체비지 담당 공무원인 △△△에게 전달하여 이 사건

채비지를 싸게 매입할 수 있도록 해 달라며 위 6,000만 원을 ◆◆◆에게 교부한 ◇◇◇은 2006. 1. 10. 이러한 뇌물 교부행위에 대하여 제3자 뇌물교부죄로, ◆◆◆는 같은 날 피고인과 △△△으로부터 6,000만 원을 교부받은 행위에 관하여 제3자뇌물취득죄로, △△△ 역시 같은 날 ◆◆◆로부터 2,000만 원을 교부받은 행위에 관하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄로 각 공소가 제기되었다.

○ 서울고등법원은 2007. 4. 20. 2006노1774호 사건에서 ◇◇◇에 대하여 제3자뇌물교부죄 등을 유죄로 인정하고 징역 1년을, ◆◆◆에 대하여 제3자뇌물취득죄를 유죄로 인정하여 징역 1년을, △△△에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 등을 유죄로 인정하여 징역 3년을 각 선고하였는데, ◇◇◇에 대한 위 유죄판결은 ◇◇◇이 상고하지 아니하여 2007. 4. 27. 확정되었다.

○ 한편 ◆◆◆ 및 △△△은 위 고등법원 판결에 불복하여 각 상고하였는데, 대법원은 2007. 7. 27. ◆◆◆ 및 △△△의 상고를 모두 기각하였다.

○ 피고인의 이 사건 범행은 피고인과 뇌물 교부를 공모한 ◇◇◇이 ◆◆◆에게 금 60,000,000원을 교부한 2005. 2. 3. 19:00경 성립되어 종료되었고, 이 사건 공소는 2011. 6. 29. 제기되었다.

2) 쟁점 법률 규정

○ 형사소송법

제253조(시효의 정지와 효력)

- ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.
- ② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에 대하여 효력이 미치고

당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.

3) 쟁점

○ 이 사건 공소사실은 형법 제133조 제2항, 제1항, 제129조 1항에 해당하는 범죄로서 그 법정형이 '5년 이하의 징역'에 처하도록 되어 있어 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제4호에 의하여 공소시효가 5년이다(현행 형사소송법 부칙 제3조에 의하면 공소시효에 관하여 현행법 시행 전에 범한 죄는 종전 규정을 적용한다).

○ 앞서 본 바와 같이 피고인에 대한 공소사실만을 기준으로 한다면, 피고인의 이 사건 범행은 2005. 2. 3. 19:00경 성립되어 종료되었고, 이 사건 공소는 2011. 6. 29. 제기되었으므로 이 사건 공소는 범죄행위가 종료된 날로부터 5년이 경과하여 제기되었음이 명백하다.

○ 그렇지만 이 사건 공소사실에 대한 공소시효가 진행되는 중에 앞서 본 바와 같이 이 사건 범행을 피고인과 공모한 ◇◇◇, 뇌물전달자인 ◆◆◆, 뇌물수수자인 △△△에 대하여 함께 공소가 제기된 후 각 유죄 판결이 선고되어 ◇◇◇에 대한 유죄판결과 ◆◆◆, △△△에 대한 유죄 판결이 다른 시기에 확정되었는데, 이 사건 범행과 관련하여 피고인과 ◇◇◇, ◆◆◆, △△△과의 관계가 서로 다르므로 형사소송법 제253조 제2항에서 규정한 공범을 어떻게 보느냐에 따라 피고인의 이 사건 공소사실에 대한 공소시효의 정지기간이 달라진다.

○ 즉 피고인에 대한 이 사건 공소는 범죄행위가 종료된 때로부터 6년 147일 만에 제기된 것이어서 ◇◇◇에 대한 유죄판결의 확정일을 기준으로 시효정지기간을 계산한다면 그 시효정지기간은 1년 107일이므로 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 후에 제

기된 것이고, ◇◇◇에 대한 유죄판결보다 4개월 뒤에 확정된 ◆◆◆, △△△에 대한 유죄 판결의 확정일을 기준으로 공소시효가 정지된다고 한다면 이 사건 공소는 공소시효가 완성되기 전에 제기된 것이어서 적법한 것이 된다.

4) 형사소송법 제253조 제2항의 공범의 의미

형사소송법 제253조는 공범의 1인에 대한 시효정지가 다른 공범자에게 효력이 미친다고 규정하면서도 형사소송법에서는 따로 공범의 의미나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 반면에 형법 제1편 제2장 제3절에서는 공범을 제목으로 하여 공범의 종류로서 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범에 관한 규정들을 두고 있다. 그런데 형사소송법 제253조의 공범에는 형법에서 규정하고 있는 공범 외에 구성요건 자체가 이미 2인 이상의 참가나 단체의 행동을 전제로 하여 성립하는 범죄를 실현한 수인을 지칭하는 강학상 필요적 공범¹⁾도 포함된다고 하는 것이 학계의 통설로 되어 있다.

그렇지만, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 그 법률에만 특유하게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법 체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 형사소송법은 형법에서 규정된 형벌권을 실현하기 위한 형사소송절차를 규정한 절차법이고, 공소시효는 이러한 형벌권 행사의 시적 범위를 규정한 것이어서 공소시효 정지에 있어서의 공범을 해석함에 있어서는 특별한 법적 또는 논리적 근거 없이 형법에서 규정하고 있는 공범과는 별도로 형사소송법 독자의 공범을 설정하는 것은 자칫 죄형법정주의에 기하여 형벌권 행사의 대상이 되는 범죄 주체, 범죄 구성요건 등을 규정한 형

1) 이에 대비하여 형법상 공범을 강학상 임의적 공범이라고 한다.

법과의 체계적 관련성 내지 형사법 전체의 조화를 깨뜨리는 것으로서 해석의 한계를 벗어나는 것이 된다.

형사소송법이 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 한 것은 공범 간 처벌의 형평을 기하기 위하여 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로, 이는 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하거나 축소하여 해석해서는 아니 된다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도15137판결 참조). 그런데 강학상 필요적 공범의 일종인 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범 상호간에는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고(대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결 등), 이러한 대항범 상호간에는 범죄구성요건, 죄질이 같지 아니하고, 그 법정형도 별개로 규정되어 있는 점 등에 비추어 볼 때 강학상 필요적 공범 특히 대항범은 형법에서 규정하고 있는 공범과는 전혀 다른 것이라고 할 것이다. 그럼에도 강학상 필요적 공범 그 중에서도 대항범 관계에 있는 자 사이에서도 공소시효의 정지규정이 적용되도록 하는 것은 공범이라는 명칭을 강학상 사용하고 있다는 이유만으로 아무런 법적·논리적 근거 없이 공소제기 효력의 인적 범위를 넓히게 되는 것이어서 피고인에게 불리한 방향으로 확장 해석하는 것이다.

따라서 형사소송법 제253조 제2항에서의 공범은 형법에서 규정하고 있는 공범인 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범만을 의미하고, 강학상의 필요적 공범 중 형법의 공범 규정이 적용될 수 없는 대항범은 여기에 해당하지 않는다고 할 것이다.

나. 소결론

그러므로 피고인의 이 사건 범행에 대한 공소시효는 범죄가 성립되어 종결된 2005.

2. 3. 19:00부터 진행되다가 공범인 ◇◇◇에 대해 이 사건 범행에 관하여 공소가 제기된 2006. 1. 10.부터 정지되어 유죄판결이 확정된 2007. 4. 27.부터 다시 진행되었으므로 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료된 때로부터 공범에 대한 공소의 제기로 인한 공소시효 정지기간을 제외하고도 이미 5년이 경과한 후에 제기되었음이 기록상 명백하므로 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소가 선고되어야 하고, ◆◆◆, △△△과 피고인과는 형법상 공범 관계가 성립하지 않으므로 이들에 대한 공소 제기가 피고인에 대한 공소시효의 진행에 어떠한 영향을 미친다고 할 수 없다.

따라서 공소시효가 완성되었음을 간과한 채 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있고, 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 결론

그렇다면, 원심판결은 위와 같은 파기 사유가 있으므로 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

다 음

공소사실의 요지는 위 제2항에서 본 바와 같은데, 위 제3항에서 살펴본 바와 같이 이 사건 공소사실의 범죄는 공소시효가 완성된 때에 해당하므로 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고한다.

재판장 판사 한양석 _____

관사 유현중 _____

관사 남양우 _____