

부패범죄에 대한 공소제기와 공소시효 정지

- 뇌물죄를 예로 하여 -

The Prosecution for Corruption Crimes and the Suspension of Statute of Limitations

- In case of bribery -

양 천 수(Yang, Chun Soo)*

ABSTRACT

Corruption crimes often take the form of necessary accomplices. This is well illustrated by the 「Act on the Prohibition of Improper Solicitation and Grafting」 in South Korea, which regulates representative corruption practices. The Anti-Graft Act prohibits improper solicitation and acceptance of money and valuables as corrupt acts. These actions cannot be done alone. Along with the agent, it needs its counterpart. This structure can also be found in bribery, which is the prototype of all corruption crimes. Therefore, in order for the legal system to properly respond to and fight corruption crimes or acts of corruption, these characteristics and structures must be well considered. Otherwise, the fight against corruption will be ineffective. There are interesting issues to consider in this regard. These are the issues related to the filing of prosecution and the suspension of statute of limitations in Korean Criminal Procedure Act. When an indictment is filed, the statute of limitations of indictment is suspended. In this regard, Article 253 Paragraph 2 of the Criminal Procedure Act regulates as follows. The suspension of statute of limitations that occurred against one of the accomplices due to the initiation of public prosecution is also effective for other accomplices. However, a question may arise as to how to set the concept of accomplices in this case. In particular, it is a question of whether necessary accomplices, commonly found in corruption crimes, are included here. This is because the Korean Supreme Court has a limited interpretation of the accomplices mentioned here. The Korean Supreme Court does not include necessary accomplices in the concept of accomplices on three main grounds. First, the suspension of the statute of limitations is unfavorable to the accused and must be recognized in a limited way. Second, each bribery as necessary accomplice is separate crime. Third, accomplices in the General Provisions of the Korean Criminal Act do not apply to necessary accomplices. However, this article argues that necessary accomplices should also be included in the accomplices regulated in Article 253 Paragraph 2 of the Criminal Procedure Act. The following arguments are presented. Whether each act constitutes a separate crime and whether each constitutes an accomplice is another matter. Likewise, whether the accomplices provisions of the General Provisions of the Criminal Act can be applied to necessary

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

accomplices and whether necessary accomplices are accomplices are two separate issues. Furthermore, the statute of limitations is not directly related to the interests of the accused. Finally, the law must strongly respond to corruption crimes.

Key words: corruption crimes, prosecution, suspension of statute of limitations, accomplices, necessary accomplices, functional domination of crimes, combination and differentiation of crimes, accomplices as a social system

I. 서론

부패범죄는 대부분 공범의 형태로 발생한다. 그것도 많은 경우 필요적 공범의 형태로 이루어진다. 이는 대표적인 부패행위를 규제하는 『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』이 잘 보여준다.¹⁾ 청탁금지법은 부패행위로 부정청탁과 금품등 수수를 금지한다. 그런데 이러한 행위는 단독으로 이루어질 수 없다. 행위주체가 되는 공직자와 더불어 그 상대방을 필요로 한다. 부정청탁이나 금품등 수수를 혼자서 저지를 수는 없기 때문이다. 이러한 구조는 모든 부패범죄의 원형에 해당하는 뇌물죄에서도 발견할 수 있다.²⁾ 뇌물죄가 성립하려면 뇌물수수자와 함께 뇌물공여자가 존재해야 한다. 따라서 법체계가 부패범죄 혹은 부패행위에 적절하게 대응하고 투쟁하려면 이러한 성격과 구조를 잘 고려해야 한다. 그렇지 않으면 부패에 대한 투쟁은 효과를 거두기 어렵다.

이에 관해 검토해야 할 흥미로운 문제가 있다. 우리 형사소송법이 규정하는 공소제기와 공소시효 정지에 관한 문제가 그것이다. 공소가 제기되면 다양한 효력이 발생한다. 공소시효 정지도 여기에 해당한다. 공소가 제기되면 공소시효 진행이 정지된다(형사소송법 제253조 제1항). 이에 관해 형사소송법 제253조 제2항은 다음과 같이 규정한다. 공소제기로 인해 공범의 1인에 대해 발생한 공소시효의 정지는 다른 공범자에게도 효력이 미친다는 것이다. 이는 공소제기로 인해 마치 공소시효 정지의 불가분 원칙이 적용되는 것으로 볼 수 있다. 공소시효 정지 영역에 주관적 불가분 원칙이 적용되는 것이다. 그런데 이때 말하는 공범 개념을 어떻게 설정해야 하는지 의문이 제기될 수 있다. 특히 부패범죄에서 흔히 발견되는 필요적 공범이 여기에 포섭되는지 문제된다. 왜냐하면 판례는 여기서 말하는 공범을 제한적으로 해석하기 때문이다. 가령 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결은 이에 다음과 같은 견해를 피력한다. 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계는 형사소송법 제253조

1) 이하 “청탁금지법”으로 약칭한다. 청탁금지법에 관해서는 이정주·김상년, “청탁금지법 개정안에 대한 입법 현황분석: 20대 국회를 중심으로”, 한국부패학회보 제25권 제1호, 한국부패학회, 2020. 3, 5-28면 참고.

2) 뇌물죄에서는 부정청탁과 금품등 수수가 결합되어 발생한다.

제2항이 규정하는 공범에 포함되지 않는다는 것이다. 그러나 이러한 관례의 태도에는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 뇌물공여죄와 뇌물수수죄는 형법학에서는 필요적 공범, 즉 공범의 일종으로 규정되기 때문이다.³⁾ 과연 필요적 공범을 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범에서 제외할 수 있는지, 만약 그렇다면 그 근거는 무엇인지, 이러한 근거는 과연 타당한지 문제를 제기할 수 있다. 이는 궁극적으로는 형사실체법과 형사절차법의 관계를 어떻게 설정해야 하는지와도 관련을 맺는다.

이러한 문제의식에서 이 글은 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범 개념을 어떻게 설정하는 게 바람직한지, 무엇보다도 부패범죄에 대한 투쟁이라는 견지에서 볼 때 이를 어떻게 목적론적으로 구체화하는 게 적절한지 살펴본다. 이를 위해 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결을 분석하고 이 판결이 어떤 문제를 가지는지 논평한다.

Ⅱ. 형사소송에서 불가분 원칙

1. 불가분 원칙의 의의

먼저 논의의 출발점으로 우리 형사소송법이 채택하는 불가분 원칙을 개관한다. 공소제기로 인해 발생하는 공범에 대한 공소시효 정지는 불가분 원칙과 관련을 맺기 때문이다. 불가분 원칙은 말 그대로 풀이하면 그 무엇인가를 분할하지 않는다는 것을 뜻한다. 그런데 이는 그 대상이 분할될 수 있음을 전제로 한다. 분할될 수 있는 것인데 특별한 규범적 근거로 분할하지 않는 것이다. 불가분 원칙은 형사소송에서는 주로 효력의 불가분으로 구체화된다. 특정한 절차적 행위의 효력이 미치는 대상이나 범위를 분할하지 않는 것이다. 고소가 제기된 경우 원칙적으로 분할될 수 있는 고소의 효력을 분할하지 않거나 공소가 제기된 경우 분할될 수 있는 공소제기의 효력을 분할하지 않는 것을 예로 들 수 있다.

‘주관/객관’이라는 구별을 원용하면 불가분 원칙은 주관적 불가분 원칙과 객관적 불가분 원칙으로 구별할 수 있다. 주관적 불가분 원칙은 범죄자와 관련을 맺고 객관적 불가분 원칙은 범죄와 관련을 맺는다. 이를테면 주관적 불가분 원칙이 다수의 공범에 적용된다면 객관적 불가분 원칙은 다수의 범죄에 적용된다.

그러면 형사소송법은 어떤 규범적 근거에서 불가분 원칙을 규율하는가? 이에선 재판의 통일성을 통한 법적 안정성, 규범적 기대 안정화, 사법체계의 경제성 및 처벌의 형평을 근거로 제시할 수 있다. 불가분 원칙은 직접적으로는 재판의 통일성을 추구한다. 주관적 또는

3) 필요적 공범에 관해서는 류화진, “필요적 공범의 개념과 대항범의 유형: 편면적 대항범을 중심으로”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009. 6, 185-216면 참고.

객관적으로 분할될 수 있는 사건을 함께 재판함으로써 통일적인 재판을 구현하는 것이다. 이때 재판의 통일성은 두 가지로 구성된다. 재판의 전제가 되는 사실인정의 통일성과 이러한 사실인정에 대한 규범적 판단의 통일성이 그것이다.⁴⁾ 불가분 원칙을 통해 사실인정과 규범적 판단, 존재 영역과 당위 영역에서 통일성을 추구하는 것이다. 이렇게 두 측면에서 재판 결과를 통일하면 법적 안정성이 증가한다.⁵⁾ 사실인정과 법적 판단에 관한 복잡성을 줄일 수 있는 것이다.

이때 법적 안정성은 두 측면에서 접근할 수 있다. ‘내부/외부’라는 구별을 활용하면 이는 사법체계 내부의 측면과 외부의 측면으로 나눌 수 있다. 우선 법적 안정성은 사법체계 내부에서 구현되는 규범적 기대의 안정화를 뜻한다.⁶⁾ 동일한 사건에 대한 사실적·법적 판단을 통일함으로써 재판 결과가 엇갈리지 않게 한다. 이를 통해 모순되는 사실인정이 이루어지는 것을 막고 일관된 판례가 형성되도록 한다. 사법체계에 전문적으로 참여하는 이들의 규범적 예측가능성을 제고한다. 나아가 외부의 측면에서 볼 때 사실인정의 측면과 법적 판단의 측면에서 통일이 이루어지면 재판 결과에 대한 시민들의 규범적 기대가 안정화된다는 것을 통해 불필요하게 법적 분쟁이 발생하는 것을 억제할 수 있다.

불가분 원칙은 사법체계의 경제성을 높이는 데도 기여한다. 법적 분쟁을 일회적으로 재판함으로써 사법체계의 자원이 효율적으로 배분되는 데 도움을 주기 때문이다.

이외에도 불가분 원칙, 특히 주관적 불가분 원칙은 공범에 대한 처벌의 형평을 구현하는 데 간접적으로 기여한다. 공범에 대한 재판의 가능성을 평등하게 보장함으로써 각 공범에 대한 처벌이 통일적으로 이루어질 수 있도록 하는 것이다. 이를 통해 결과적으로 모든 공범이 평등하게 처벌되도록 한다.⁷⁾

이러한 불가분 원칙으로 형사소송법은 다음을 규율한다.

2. 고소불가분 원칙

우선 형사소송법은 고소불가분 원칙을 규율한다.⁸⁾ 이에 따르면 “친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다”(형사소송법 제233조). 이는 주관적 불가분 원칙을 규정한 것이다. 다만 지배적인 견해는 객관적 불가

4) 이를 법학방법론의 측면에서 해명하는 경우로는 양천수, *삼단논법과 법학방법*, 박영사, 2021 참고.

5) 법적 안정성에 관해서는 양천수, “법적 안정성과 해석: 이른바 ‘아름다운 판결’을 예로 하여”, *법학논총* 제28권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2015. 10, 123-168면 참고.

6) N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974), S. 23 참고.

7) 이를 강조하는 경우로는 김정한, “형사절차상 공범 처벌의 공평성에 관한 소고: 고소 불가분의 원칙과 공소시효 정지효의 관점에서”, *법학논고* 제56집, 경북대학교 법학연구소, 2016. 11, 115-143면 참고.

8) 고소불가분 원칙에 관해서는 박달현, “반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙”, *법조* 제53권 제5호, 법조협회, 2004. 5, 168-190면 참고.

분 원칙도 인정한다. 이에 의하면 친고죄 중에서 범죄 일부에 대한 고소의 효력은 전부에 미친다.⁹⁾

3. 공소불가분 원칙

형사소송법은 공소불가분 원칙도 규정한다.¹⁰⁾ 이에 따르면 “범죄사실의 일부에 대한 공소의 효력은 범죄사실 전부에 미친다.”(형사소송법 제248조 제2항) 다만 주의해야 할 점은 고소의 경우와는 달리 공소를 제기하는 경우에는 객관적 불가분 원칙만 인정한다는 것이다. 공소제기의 주관적 불가분 원칙은 인정하지 않는다.¹¹⁾ 따라서 공범 중 1인에 대한 공소제기의 효력은 다른 공범에게 미치지 않는다. 가령 뇌물수수자에 대한 공소제기는 뇌물공여자에 미치지 않는다. 이는 공소제기로 진행되는 공판은 검사와 피고인과 같은 당사자가 참여한 상황에서 이루어져야 한다는 점을 시사한다. 직접주의 이념을 반영한 것으로 볼 수 있다.¹²⁾

4. 공소시효 정지의 불가분 원칙

공소가 제기되면 여러 효력이 발생한다. 그중에는 공소시효 정지도 언급할 수 있다. 공소가 제기되면 공소시효는 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(형사소송법 제253조 제1항).¹³⁾ 이러한 공소시효 정지는 공범에도 미친다(형사소송법 제253조 제2항). 공소시효 정지 불가분 원칙을 인정하는 것이다.

흥미로운 것은 공소제기의 경우에는 객관적 불가분 원칙만 인정하는 데 반해 공소제기로 인한 공소시효 정지의 경우에는 주관적 불가분 원칙도 인정한다는 것이다. 이를 공소제기의 효력과 결합해 해석하면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 공소제기로 인한 공소시효 정지의 경우에는 객관적 불가분 원칙과 주관적 불가분 원칙이 모두 적용된다는 것이다. 우선 공소제기의 효력은 범죄 전부에 미치는데 공소제기의 효력으로 공소시효가 정지되므로 공소시효 정지에도 객관적 불가분 원칙이 적용된다. 나아가 형사소송법 제253조 제2항에 따라

9) 이에 비판적인 견해로는 박영애, 고소불가분의 원칙과 공소권행사: 고소의 객관적 불가분원칙 적용범위를 중심으로, 가톨릭대 법학석사 학위논문, 2009 참고.
 10) 공소불가분 원칙에 관한 문제로는 윤동호, “일부기소의 심판대상과 일사부재리효력: 사법적 범죄화 비판”, 형사법연구 제26권 제3호, 한국형사법학회, 2014. 가을, 179-204면 참고.
 11) “공소의 효력은 검사가 피고인으로 지정한 자에게만 미친다.”(형사소송법 제248조 제1항)
 12) 이를 법철학의 견지에서 보면 공판절차에서 ‘합리적 대화’(rationaler Diskurs)를 구현하는 제도적 장치로 볼 수 있다. 합리적 대화에 관해서는 J. Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt/M., 1992) 참고.
 13) 이에 관해서는 신이철, “형사소송법상 공소시효 정지사유와 그 효력범위: 특히, 형사소송법 제253조를 중심으로”, 영남법학 제47호, 영남대학교 법학연구소, 2018. 12, 167-198면 참고.

공소시효 정지의 효력은 공범에도 미치므로 주관적 불가분 원칙도 적용되는 것이다.

한편 공소시효 정지의 불가분 원칙은 공소제기의 불가분 원칙을 보완하는 기능을 수행한다. 위에서 살펴본 것처럼 공소제기의 경우에는 객관적 불가분 원칙만을 인정한다. 주관적 불가분 원칙은 허용하지 않는다. 이는 고소불가분 원칙과 차이가 난다. 하지만 이렇게 하면 자칫 동일한 범죄를 수행한 공범이 각기 다른 판단을 받을 우려가 있다. 경우에 따라서는 공소시효가 정지됨으로써 어느 한 쪽에는 재판을 하지 못할 수도 있다. 요컨대 공범에 대한 처벌의 형평을 구현할 수 없게 된다. 이러한 문제를 해소하고자 형사소송법은 한편으로는 공소제기의 주관적 불가분 원칙은 직접주의에 따라 허용하지 않으면서도 공소제기로 인한 공소시효 정지의 경우에는 주관적 불가분 원칙을 허용함으로써 공범에 대한 수사 및 공소 제기 가능성을 보장한다. 이를 통해 공범에 대한 재판의 통일성과 처벌의 형평을 간접적으로 보장하고자 한다.

Ⅲ. 공범의 범위 획정에 관한 논의

1. 문제점

공소제기로 인한 공소시효의 정지가 미치는 공범의 범위를 어떻게 설정해야 하는가? 이는 이론적 문제일 뿐만 아니라 실천적 문제이기도 하다. 공범의 범위를 어떻게 설정하는지에 따라 공소시효 정지가 미치는 범위가 달라지기 때문이다. 문제는 공범의 범위는 공범 개념과 연결되는데 공범 개념은 공범이론과 관련을 맺는 것으로 어떤 공범이론을 선택하고 어떻게 공범을 구별하는가에 따라 그 외연이 달라진다는 것이다. 무엇보다도 최근 판례는 공범 개념을 제한하는 태도를 보여 이 문제를 정면에서 검토할 필요가 있다.

2. 판례의 태도

공소시효 정지의 효력이 미치는 공범의 범위를 어떻게 획정해야 하는지에 대한 태도를 잘 보여주는 판결로 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결을 들 수 있다.

(1) 사실관계

공소외 1과 공소외 2 및 공소외 3은 2006. 1. 10. 각각 제3자 뇌물교부죄, 제3자 뇌물취득죄, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)죄로 공소가 제기되었다. 2007. 4. 20. 서

울고등법원은 공소외 1에게는 징역 1년, 공소외 2에게는 징역 1년 6월, 공소외 3에게는 징역 3년의 유죄판결을 선고하였다. 공소외 1에 대한 유죄판결은 2007. 4. 27. 상고기간 경과로, 공소외 2와 공소외 3에 대한 유죄판결은 2007. 7. 27. 이들의 상고가 기각되면서 각각 확정되었다.

이후 검사는 2011. 6. 29. 피고인에 대하여 “피고인이 공소외 1과 공모하여 2005. 2. 3. 공소외 2에게, 이 사건 체비지를 싸게 매입할 수 있도록 부천시청 체비지 담당공무원 공소외 3에게 전달해 달라며 6,000만 원을 교부하였다.”는 사실로 공소를 제기하였다. 그런데 인정된 사실관계에 따르면 이 사건 공소는 피고인의 범행이 종료된 때부터 6년 147일 만에 제기된 것이었다. 피고인과 공범 관계인 공소외 1에 대한 유죄판결 확정일을 기준으로 계산한 공소시효 정지기간인 1년 107일을 제외하더라도 이 사건 범죄의 공소시효 기간인 5년이 지나서 제기된 것이다.

이때 공소외 2와 3에 대한 공소제기로 인한 공소시효의 정지가 피고인에게 미치는지가 문제된다. 만약 그렇다면 피고인에 대한 검사의 공소제기는 적법한 공소제기가 되지만 그렇지만 않다면 공소시효 기간이 도과한 것으로 부적법한 것이 된다.

(2) 대법원의 태도

이에 대법원은 우선 공소제기로 인한 공소시효 정지에 관한 형사소송법 규정을 확인한다. 그러면서 공범에 대한 공소시효 정지를 규정하는 형사소송법 제253조 제2항에 관해 다음과 같이 말한다. “이와 같이 형사소송법은 공범 사이의 처벌에 형평을 기하기 위하여 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 규정하고 있는데, 위 공범의 개념이나 유형에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지” 않다는 것이다. 따라서 이를 해석으로 구체화해야 한다. 이때 대법원은 제253조 제2항이 규정하는 공범 규정을 해석할 때는 “공범 사이의 처벌의 형평이라는 위 조항의 입법 취지, 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념, 국가형벌권 행사의 대상을 규정한 형법 등 실체법과의 체계적 조화 등의 관점을 종합적으로 고려”해야 한다고 말한다. 그러면서도 “특히 위 조항이 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석”해서는 안 된다고 한다.¹⁴⁾

이러한 일반론을 바탕으로 하여 대법원은 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에서도 형사소송법 제253조 제2항이 적용되는지 검토한다. 그러나 대법원은 “형사소송법 제253조 제2항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다고 해석”해야 한다고 말한다. 그 이유는 “뇌물공여죄와 뇌

14) 여기서 대법원은 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도15137 판결을 참고한다.

물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적 공범이라고 불리고 있으나, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지¹⁵⁾ 않기 때문이라고 한다.

이러한 근거에서 대법원은 피고인에 대한 검사의 공소제기는 공소시효 기간을 도과한 것으로 부적법하다고 한 원심의 판단을 지지하면서 상고를 기각한다.

(3) 분석

위에서 소개한 것처럼 대법원은 대항범, 즉 필요적 공범에는 형사소송법 제253조 제2항이 적용되지 않는다고 본다. 대법원은 이를 다음과 같이 논증한다. 우선 제253조 제2항이 규정하는 공범 개념이 명확하지 않아 해석을 필요로 한다는 점을 인정한다. 대법원은 이를 해석할 때 다음을 고려해야 한다고 말한다. 첫째는 공범에 대한 처벌의 형평이라는 입법 취지, 둘째는 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념, 셋째는 공범에 관한 형법과 형사소송법의 체계적 조화이다. 첫째가 제253조 제2항의 규범목적에 고려하는 목적론적 해석이라면, 둘째는 형사소송법의 기본이념이라는 법원리에 입각한 해석, 셋째는 형법과 형사소송법의 체계적 관계를 고려하는 체계적 해석이라 말할 수 있다.¹⁶⁾ 그러면서도 대법원은 네 번째 근거를 가장 결정적인 것으로 고려한다. 형사소송법 제253조 제2항은 “공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석”해서는 안 된다는 것이다. 이는 형사소송법의 내적 체계를 고려한 체계적 해석인 동시에 목적론적 해석에 해당한다. 우선 공소제기의 주관적 불가분 원칙을 인정하지 않는 형사소송법 제248조 제1항이라는 원칙에 비추어 볼 때 제253조 제2항은 간접적으로 주관적 불가분 원칙을 인정하는 것이기에 예외에 속한다는 것이다. 따라서 이는 제한적으로 해석해야 한다는 것이다. 나아가 제253조 제2항은 공범인 피고인에게 불리하게 형벌권을 확장하는 것이므로 제한적으로 해석해야 한다는 것이다.

이러한 해석방법을 전제로 하여 대법원은 제253조 제2항이 규정하는 공범에는 대항범이 포섭되지 않는다고 한다. 이때 두 가지 형법 도그마틱적 근거를 제시한다. 첫째, 대항범은 “각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌”된다는 것이다. 요컨대 대항범은 각 범죄가 독자적인 구성요건으로 규정되기에 형법 총칙이 규정하는 공범과는 본질

15) 이때 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도6969 판결을 인용한다.

16) 대법원이 “공범 사이의 처벌의 형평”을 형사소송법 제253조 제2항의 규범목적으로 본다는 것이 흥미롭다.

적으로 다르다는 것이다. 둘째, 바로 이 점에서 대항범에는 형법 총칙 규정이 적용되지 않는다는 것이다.¹⁷⁾

3. 학설의 대응

사실 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범 개념을 어떻게 확정해야 하는가의 문제는 그동안 학계의 많은 관심을 끌지는 못하였다. 그 이전에는 주로 필요적 공범에 임의적 공범에 관한 형법 총칙의 규정이 적용될 수 있는지에 논의가 집중된 편이었다. 그런데 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결이 나오면서 이에 관한 논의가 이루어지기 시작하였다. 서로 다른 두 가지 견해가 제시되었다. 판례의 태도에 찬성하는 견해와 반대하는 견해가 그것이다.

(1) 찬성하는 견해

수적으로 보면 판례의 태도에 찬성하는 견해가 다수를 이루는 것으로 보인다. 크게 세 가지 논거에서 판례의 태도에 찬성한다. 첫째, 판례가 강조하는 것처럼 필요적 공범에도 공소시효 정지의 효력이 미치도록 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석하는 것은 “피고인에게 중대한 불이익을 과하는 것”이라고 한다. “필요적 공범이 시효정지의 대상으로 법에 명시되어 있지 않음에도 유추해석에 의하여 이를 포함시키는 것은 형사법 해석의 원칙에 반하기 때문”이라는 것이다.¹⁸⁾ 둘째, 판례가 논증한 것처럼 같은 공범이라도 임의적 공범과 필요적 공범은 구별된다는 점을 강조한다. 예를 들어 필요적 공범에는 임의적 공범에 적용되는 형법 총칙 규정이 적용되지 않는다는 것이다. 이러한 근거에서 형사소송법 제253조 제2항은 필요적 공범에는 적용되지 않는다고 한다.¹⁹⁾ 셋째, 필요적 공범 가운데 대항범 관계에 있는 자는 “각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르기 때문”이라고 한다.²⁰⁾

17) 이는 대법원의 확립된 태도이기도 하다.

18) 윤남근, “공소제기로 인한 공소시효의 정지와 필요적 공범: 인천지방법원 2011고합430 제3자뇌물교부 사건을 중심으로”, 법조 제61권 제5호, 법조협회, 2012. 5, 281-312면 참고.

19) 최준혁, “필요적 공범과 공소시효의 정지: 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결(공2015상, 500)”, 비교형사법연구 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016. 7, 203-228면.

20) 이주원, 형사소송법 제3판, 박영사, 2021, 267면; 이주원, “필요적 공범과 공소시효 정지의 효력”, 고려법학 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014. 9, 289-328면; 이주원, “대항범과 공소시효 정지: 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결”, 법조 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 8, 669-683면 등 참고.

(2) 반대하는 견해

반대로 필요적 공범이나 대항범도 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범에 포함된다는 주장도 제기된다. 이미 교과서 수준에서 이때 말하는 공범에는 임의적 공범뿐만 아니라 필요적 공범도 포함된다고 주장하는 경우도 있다.²¹⁾ 그러나 이에 관해 별도의 근거가 제시되는 것은 아니다.

치밀한 논증으로 판례의 태도를 비판하는 견해로는 하태인 교수의 주장을 꼽을 수 있다.²²⁾ 하태인 교수는 치밀하고 섬세한 논증으로 대법원 판결과는 달리 대항범과 같은 필요적 공범도 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범에 포섭된다고 말한다. 하태인 교수에 의하면 뇌물수수죄나 뇌물공여죄처럼 “각 구성요건을 충족하는 정범이라고 하여도 서로 별개의 형태는 아니다.” 왜냐하면 뇌물의 수수와 공여는 불가분의 행위 태양이기 때문이다. 요컨대 각 범죄행위가 독자적인 구성요건으로 규정되었는지가 본질적인 것이 아니라 범죄가 성립하기 위해서는 각 행위가 기능적으로 반드시 필요한지가 본질적이라는 것이다. 이러한 근거에서 하태인 교수는 “필요적 공범은 임의적 공범과 마찬가지로 다수인의 범죄참가 형태로서, 형법총칙상 공범규정이 적용되지 않는다는 것일 뿐, 공범관계에 있는 자와 본질적으로 다를 수는 없다.”고 한다. 따라서 필요적 공범에도 공소시효 정지의 효력이 미쳐야 한다고 본다.

한편 흥미롭게도 하태인 교수는 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범을 해석할 때 방법론적 논증도 원용한다. 예외규정은 엄격하게 해석해야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 해석해서는 안 된다는 대법원과는 달리 공범 규정을 해석할 때는 형법해석의 한계 기준인 ‘언어의 가능한 의미’를 준수했는지를 중요하게 검토해야 한다는 것이다.²³⁾

이외에도 공범에 대한 처벌의 형평을 구현할 수 있도록 필요적 공범에도 공소시효 정지의 효력이 미쳐야 한다는 견해가 주장된다.²⁴⁾ 이 견해는 형사소송법 제253조 제2항의 규범 목적에 충실하게 공소시효 정지의 효력이 미치는 공범 개념을 해석하는 것이다.

21) 이재상·조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2020, 411면.

22) 하태인, “필요적 공범과 공소시효 정지: 대법원 2015.02.12. 선고 2012도4842 판결”, 형사법연구 제27권 제4호, 한국형사법학회, 2015. 겨울, 227-253면 참고.

23) 다만 대법원 판결의 주장과 하태인 교수의 주장은 맥락이 다른 것으로 보인다. 대법원은 해석방법의 우선순위라는 맥락에서 체계적 해석과 목적론적 해석을 주장해 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범의 개념을 축소하는 반면, 하태인 교수는 해석의 한계라는 맥락에서 제253조 제2항이 규정하는 공범에 필요적 공범을 포함시킨다고 해서 해석의 한계를 넘는 것은 아니라고 주장하기 때문이다. 필자는 해석방법의 우선순위 문제와 해석의 한계 문제는 동일선상에 놓을 수는 없다고 판단한다.

24) 김정환, “형사절차상 공범 처벌의 공평성에 관한 소고: 고소 불가분의 원칙과 공소시효 정지효의 관점에서”, 115-143면 참고.

Ⅳ. 공소시효 정지의 효력이 미치는 공범의 범위

1. 쟁점

공소제기로 인해 발생하는 공소시효 정지의 효력이 미치는 공범 개념을 어떻게 확정해야 하는가? 필자는 이 문제를 해결하려면 다음과 같은 쟁점을 검토할 필요가 있다고 생각한다. 첫째는 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범을 어떤 해석방법으로 해석해야 하는가의 쟁점이다. 법학방법론에 관한 쟁점이라 할 수 있다. 둘째는 형법에서 말하는 공범은 무엇을 뜻하는가의 쟁점이다. 형법 도그마틱에 관한 쟁점에 해당한다. 셋째는 현실에서 발생하는 공범을 형법이 어떤 방식으로 규율하는가에 관한 쟁점이다. 이는 형법이론 및 정책에 관한 쟁점이라 할 수 있다. 넷째는 공소시효를 어떻게 파악해야 하는가의 쟁점이다. 이는 본질적인 쟁점은 아니지만 제253조 제2항이 규정하는 공범 개념을 해석할 때 간접적으로 영향을 미친다. 다섯째는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄와 같은 부패범죄에는 형사법이 어떻게 대응하는 것이 바람직한 것인가의 쟁점이다. 이는 부패범죄에 대한 형법정책 문제이다.

2. 공범에 대한 해석방법

공소시효 정지의 효력이 미치는 공범의 범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 법학방법론, 그중에서도 해석방법과 관련을 맺는다. 더불어 하태인 교수가 적절하게 지적한 것처럼 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범이라는 법문언의 가능한 의미가 어디까지인가와도 관련을 맺는다.²⁵⁾ 이에 세 가지 해석방법을 사용할 수 있다. 문법적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석이 그것이다.²⁶⁾

우선 문법적 해석에 의하면 이때 말하는 공범의 문법적 의미가 무엇인지 밝혀야 한다. 공범은 보통 2인 이상이 함께 범죄를 저지르는 것을 뜻한다. 형법은 이러한 공범 개념을 제30조에서 규정한다. 이에 의하면 공범이란 “2인 이상이 공동하여 죄를 범”하는 것을 뜻한다.²⁷⁾ 그러나 이러한 문법적 해석만으로는 공범이 무엇을 뜻하는지 구체화하기 어렵다. ‘공동하여 죄를 범하는 경우’가 구체적으로 무엇을 뜻하는지가 다시 문제되기 때문이다.

다음 체계적 해석은 형법과 형사소송법을 포괄하는 형사법이 정립한 체계에 따라 공범

25) 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범에 대한 해석이 정당한 해석이 되려면 공범에 대한 해석의 한계기준을 준수해야 하기 때문이다.

26) 해석방법 또는 해석기준에 관해서는 이제일, “법해석기준의 서열론에 대한 비판적 연구”, 법철학연구 제18권 제3호, 한국법철학회, 2015. 12, 125-184면 참고.

27) 형법 제30조를 이용하여 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석하는 것은 문법적 해석인 동시에 체계적 해석이 될 수 있다.

개념을 해석하는 것을 말한다. 이때 체계적 해석은 두 가지로 구별할 수 있다. 외적 체계에 따른 해석과 내적 체계에 따른 해석이 그것이다. 외적 체계에 따른 해석은 실정법이 외적으로 규정한 체계에 따라 해석하는 것을 말한다. 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범의 의미를 해석하기 위해 형법 제30조가 규정하는 공범 개념을 원용하는 것이 외적 체계에 따라 해석하는 예에 해당한다. 이에 대해 내적 체계에 따른 해석은 실정법이 공식적으로 드러내지는 않았지만 내적으로 존재하는 체계나 법도그마틱 이론에 따라 해석하는 것을 말한다. 공범에 관해 축적된 형법 도그마틱을 원용하여 공소시효 정지의 효력이 미치는 공범 개념을 확정하는 것이 이러한 예에 속한다.

나아가 목적론적 해석은 형사정책의 목적에 따라 공범을 해석하는 것을 뜻한다. 이때 목적을 어떻게 설정해야 하는지가 문제된다. 상반된 두 가지 목적을 생각할 수 있다. 형사처벌을 강화하는 목적과 형사처벌을 약화하는 목적이 그것이다. 이는 범죄화를 강조하는 목적과 비범죄화를 강조하는 목적으로 바꾸어 말할 수 있다. 또는 보호적 목적과 보장적 목적으로 달리 말할 수 있다. 형사소송법 제253조 제2항은 “공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석”해서는 안 된다는 대법원의 태도는 형사처벌을 약화하는 목적, 달리 말해 피고인을 위한 보장적 목적을 강조하는 목적론적 해석으로 볼 수 있다. 그러나 목적론적 해석은 다음과 같은 한계에 직면한다. 서로 대립하는 목적 가운데 무엇이 더 나은 목적인지를 판단하는 선형적인 기준을 찾기 어렵다는 점이다.

3. 공범 도그마틱을 통한 판단

앞에서 언급한 해석방법 가운데 체계적 해석과 목적론적 해석이 공소시효 정지가 미치는 공범 개념을 확정하는 데 도움을 준다. 그러나 이러한 해석방법만으로는 공범의 범위를 어떻게 설정해야 하는지에 직접적인 해법을 도출하기 어렵다. 단지 해법에 대한 윤곽만을 제공할 뿐이다. 따라서 공범 개념을 명확하게 하려면 형법학에서 축적된 공범 도그마틱을 끌어와야 한다.

공범이란 무엇인가? 형법 제30조에 따르면 공범이란 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것을 말한다.²⁸⁾ 이때 크게 두 가지 문제가 제기된다. 첫째, ‘공동하여’의 의미를 어떻게 새길 것인지 문제된다. 둘째, 여기서 말하는 ‘죄’란 무엇을 뜻하는지 문제된다.

(1) 공동 개념

‘공동하여’의 의미를 어떻게 새겨야 하는가? 우리 형법학에 많은 영향을 미친 독일 형법

28) 이때 말하는 공범은 좁은 의미의 공범, 즉 교사범과 방조범을 제외한 공동정범을 뜻한다.

학은 이에 관해 이미 19세기 말부터 논의를 전개하기 시작하였다.²⁹⁾ 그만큼 공범에 관한 도그마틱은 오랜 역사를 가진다. 단순화해서 말하면 그동안 전개된 공범 도그마틱은 다음과 같이 유형화할 수 있다. 객관설, 주관설 및 범행지배설이 그것이다.

우선 객관설은 객관적·외부적으로 드러난 정범의 행위를 기준으로 하여 정범과 공범을 구별한다. 정범의 객관적 측면을 강조하는 것이다. 객관설은 ‘형식적 객관설’ 및 ‘실질적 객관설’로 분화되고 실질적 객관설은 다시 ‘필요설’과 ‘우위설’로 구별된다. 이에 대해 주관설은 정범의 주관적 의사를 중심으로 하여 정범과 공범을 구별한다. 정범의 주관적 측면을 강조하는 것이다. 주관설은 ‘의사설’ 및 ‘이익설’로 분화된다. 한편 범행지배설은 객관설과 주관설처럼 정범의 객관적 요소와 주관적 요소 가운데 어느 하나만을 택일하는 대신 두 가지 요소를 모두 고려하여 정범성을 판단한다. 독일 형법학의 학설사를 검토하면 범행지배설은 인과적 행위론이 지배하던 20세기 초반 헤글러(A. Hegler)에서 그 단서를 발견할 수 있다.³⁰⁾ 이후 범행지배설은 로베(Adolf Lobe)에 의해 체계화되고 한스 벨첼(Hans Welzel)과 클라우스 록신(Claus Roxin)을 거치면서 오늘날 독일 형법 및 우리 형법 도그마틱의 지배적인 견해로 자리 잡는다.³¹⁾

록신이 정립한 기능적 범행지배설은 정범의 주관적 측면과 객관적 측면 가운데 어느 한 쪽만으로 공범 개념을 판단하지 않는다. 대신 다수의 범죄자가 공범을 수행할 때 어떤 기능적 역할이 필요한지에 초점을 맞춘다. 이에 따라 공범을 실현하는 데 필요한 기능적 역할이 무엇인지, 이러한 역할이 어떻게 다수의 범죄자에 배분되는지에 관심을 기울인다. 따라서 특정한 범죄를 저지를 때 망을 보는 것처럼 공범자의 행위가 정범성과 직접 관련을 맺지는 않는 것으로 보일지라도 기능적 범행지배의 견지에서 볼 때 공범을 실현하는 데 중요한 기능으로 평가되는 경우에는 공범의 구성요소로 인정된다.³²⁾

(2) 죄 개념

다음으로 공동하여 범하는 ‘죄’를 어떻게 파악해야 하는지 문제된다. 두 가지 쟁점을 검토해야 한다. 첫째, 이때 말하는 죄는 범죄체계론의 첫 번째 단계에 해당하는 구성요건, 즉 형법이 단일하게 규정하는 구성요건으로 새기는 것이 타당한가? 둘째, 이때 말하는 죄는 형법

29) 공범에 대한 독일 형법 도그마틱의 전개 과정에 관해서는 C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Berlin/New York, 1990), S. 34 ff. 참고.

30) A. Hegler, “Die Merkmale des Verbrechens”, in: *ZStW* 36 (1915), S. 19-44; C. Roxin, a.a.O., S. 60.

31) A. Lobe, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches* (Berlin, 1933), S. 123; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin/New York, 1969), S. 89-99 참고.

32) 다만 법이론의 측면에서 볼 때 기능적 범행지배의 기준이 명확한 것만은 아니다. 이러한 비판으로는 양천수, “공동정범 도그마틱에 대한 법이론적 고찰: 기능적 범행지배론에 대한 법이론적 분석을 중심으로 하여”, *경남법학* 제22집, 경남대학교 법학연구소, 2007. 2, 127-146면 참고.

총칙의 공범 규정이 적용되는 임의적 공범에 한정해야 하는가? 달리 말해 필요적 공범은 배제해야 하는가?

먼저 형사법의 공범은 2인 이상이 공동하여 동일한 구성요건을 실행하는 것에 한정해야 하는가? 판례는 이렇게 새기는 것으로 보인다. 그러나 이는 너무 협소한 판단이라고 생각한다. 이때 말하는 죄는 법률적 구성요건이라는 형식적 틀을 벗어나 실질적으로 파악하는 것이 적절하다. 여기서 실질적으로 파악한다는 것은 동일한 범죄인지를 판단할 때 이를 구성하는 범죄사실이 동일한지 여부로 판단해야 한다는 것을 뜻한다. 이를테면 범죄구성요건이 독립되어 규정되고 있다 하더라도 각 범죄구성요건에 바탕이 되는 범죄사실이 동일하면 같은 범죄로 파악해야 한다.

나아가 필요적 공범은 형법 총칙의 공범 규정이 적용되지 않으므로 배제해야 하는가? 판례는 이렇게 새긴다. 그러나 이러한 해석은 타당하지 않다고 생각한다. 두 가지 근거를 제시할 수 있다. 첫째, 형법 제30조는 ‘죄’라고만 규정하고 있을 뿐 여기에 필요적 공범은 배제된다고 명문으로 규정하지는 않는다. 이는 해석 대상이 될 뿐이다. 둘째, 공범이 되는지의 문제와 형법 총칙의 공범 규정이 적용되어야 하는지의 문제는 별개의 문제라는 것이다. 전자가 공범이론 또는 공범 도그마틱에 관한 문제라면 후자는 형사정책적인 문제이다. 다시 말해 필요적 공범에 형법 총칙의 공범 규정이 적용할 수 있는가의 문제는 형사정책적인 관점에서 판단되는 것이지 공범이론에서 논리필연적으로 도출되는 것은 아니라는 것이다. 필요적 공범에 형법 총칙의 공범 규정을 적용하지 않는 이유는 많은 경우 필요적 공범의 각 구성요소들이 독자적인 범죄로 규정되어 있기 때문이다.³³⁾ 이미 입법의 차원에서 처벌을 규정하고 있기에 공범 규정으로 가벌성을 확장하지 않을 뿐이다. 이렇게 보면 임의적 공범뿐만 아니라 필요적 공범도 형사법의 공범에 개념적으로 포섭될 수 있다. 사실이 그렇다면 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범 역시 임의적 공범뿐만 아니라 필요적 공범도 포함한다고 해석하는 것이 타당하다.

4. 범죄의 결합 및 분화

이러한 주장은 형법이 현실에서 발생하는 범죄를 어떻게 규율하는지를 검토하면 더욱 분명해진다. 달리 말해 형법이 규정하는 범죄를 형법이론적·사회이론적으로 살펴보면 각자 독자적인 범죄구성요건으로 규정되는 필요적 공범도 공범 개념에 포섭될 수 있음이 명확해

33) 필요적 공범에는 형법 총칙의 공범 규정을 적용할 수 없다고 보는 견해로는 이정원, “대항범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008. 가을, 109-126면; 최정일, “불가벌적 대항범에 대한 총칙상의 공범 규정의 적용 문제”, 형사법연구 제26권 제3호, 한국형사법학회, 2014. 가을, 35-60면 참고. 이와 달리 필요적 공범에 제한적으로 형법 총칙의 공범 규정을 적용할 수 있다고 보는 견해로는 류화진, “필요적 공범의 개념과 대항범의 유형: 편면적 대항범을 중심으로”, 185-216면 참고.

진다.

범죄는 한편으로는 결합되고 다른 한편으로는 분화된다. 원래는 각각 한 개의 범죄인데 형법에 의해 단일한 범죄구성요건으로 결합된다. 반대로 기능적으로 보면 단일한 범죄로 구성되는데 각 구성요소의 행위불법이 중대하여 각각 독립된 범죄구성요건으로 제도화되기도 한다. 이러한 결합과 분화는 ‘주관/객관’의 측면에서 살펴볼 수 있다.

우선 범죄는 주관적 측면에서 결합되기도 하고 분화되기도 한다. 주관적으로 결합되는 대표적인 경우가 공범이다. 물론 공범은 그 자체로는 범죄가 되지 않는 개별 행위들이 기능적으로 결합되어 한 개의 독자적인 범죄가 되기도 하지만, 각각 독자적인 범죄가 되는 행위들이 주관적으로 결합되어 한 개의 공범이 되기도 한다. 반대로 단일한 공범이 기능적으로 분화되어 각각이 독자적인 범죄로 규정되기도 한다. 뇌물수수죄 및 뇌물공여죄와 같은 필요적 공범 형태가 대표적인 경우에 속한다.

나아가 범죄는 객관적 측면에서 결합되기도 하고 분화되기도 한다. 이를테면 독자적인 범죄들이 객관적으로 결합되어 한 개의 범죄가 된다. 예를 들어 강도죄나 주거침입절도죄처럼 폭행죄와 절도죄 또는 주거침입죄와 절도죄라는 독자적인 범죄가 결합되어 한 개의 범죄가 된다. 반대로 단일한 범죄의 일부분을 이루는 행위들이 독자적인 범죄로 규정되기도 한다. 예를 들어 문서 위조는 기능적으로 볼 때 위조된 문서를 행사하는 데 필요한 수단으로 전체 범죄의 일부분을 구성하는데 그 위험성으로 인해 독자적인 범죄로 규정된다.

5. 사회적 체계로서 공범과 기능적 역할

여기서 필자는 공범이 무엇인지를 사회이론의 측면에서 다시 검토하고자 한다. 지배적인 형법 도그마틱은 공범을 여러 행위주체들의 행위가 결합된 범죄행위로 파악한다. 이와 달리 필자는 독일의 사회학자 루만(Niklas Luhmann)이 정립한 체계이론을 수용하여 공범을 상호작용이나 조직처럼 사회적 체계(soziales System)로 파악하고자 한다.³⁴⁾ 체계이론에 따르면 사회적 체계는 ‘기대’(Erwartung)와 ‘역할’(Rolle)로 구조화된다.³⁵⁾ 이때 역할은 공범과 관련지어 보면 적법한 역할과 위법한 역할로 구별할 수 있다. 여기서 위법한 역할은 공범에서 중요한 기능을 수행한다. 기능적 범행지배론에 따르면 사회적 체계인 공범은 그 역할이 기능적으로 구별된다. 예를 들어 뇌물죄의 경우에는 뇌물공여/뇌물전달/뇌물수수 등으로 역할이 구별된다. 뇌물죄가 온전하게 성립하려면 이러한 역할이, 특히 뇌물공여와 수수가 모두 충족되어야 한다. 따라서 뇌물공여와 수수는 필연적으로 뇌물죄라는 공범을 구성할 수밖에 없다.³⁶⁾ 뇌물공여자와 뇌물수수자는 필요적으로 공범이 될 수밖에 없다. 이는 개별 행위

34) N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt/M., 1984), S. 15 ff.

35) N. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung* (Frankfurt/M., 2021), S. 84 ff. 참고.

가 형법이 규정하는 독자적인 구성요건이 된다고 해서 달리 취급해야 하는 것은 아니다. 독자적인 구성요건으로 범죄화되었다는 점과 그 구성요건에 속하는 행위들이 공범을 구성하는가 여부는 별개의 문제이기 때문이다. 기능적 범행지배설이 강조하는 것처럼 특정한 행위들이 공범을 구성하는가 여부는 이러한 행위들이 기능적 범행지배를 형성하는가에 달려 있다. 이렇게 보면 대항범 관계에 있는 뇌물수수와 뇌물공여는 기능적 범행지배를 형성하므로 하나의 공범을 구성한다고 말할 수 있다. 따라서 공소제기로 인해 발생하는 공소시효의 정지는 뇌물수수자와 뇌물공여자 모두에 미친다고 보아야 한다.

6. 공소시효의 법적 의미

공범에 대한 공소시효 정지의 마지막 쟁점으로 공소시효가 어떤 법적 의미를 가지는지 살펴본다. 이 논의가 필요한 이유는 판례는 공소시효 정지가 미치는 공범의 범위를 확장하는 것은 “피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석”하는 것으로 보기 때문이다. 그러나 공소시효가 피고인의 이익과 직접 관련을 맺는지, 이러한 이익은 법이 보장해야 하는 이익인지에는 의문을 제기할 수 있다. 결론부터 말하면 필자는 공소시효가 피고인의 이익과 일정한 관련을 맺는 제도이기는 하지만 이때 피고인이 얻는 이익을 법이 보장해야 하는 이익으로 볼 수는 없다고 생각한다.

공소시효의 법적 성질에 관해서는 크게 세 가지 견해가 대립한다. 실체법설과 소송법설 및 경합설이 그것이다.³⁷⁾ 실체법설은 비록 공소시효가 형사소송법이 규정하고 있지만 그 성질은 실체법적 성격을 띤다고 본다. 공소시효는 범죄와 형벌을 규율하는 법규범에 해당한다는 것이다. 이에 반해 소송법설은 공소시효는 소송법상 장치에 지나지 않는다고 말한다. 이러한 근거로 소송법설은 공소시효는 형법이 아닌 형사소송법이 규정하고 있다는 점을 든다. 이외에 경합설은 공소시효가 형사실체법적 성질과 소송법적 성질을 모두 가진다고 본다.

필자는 이 가운데 소송법설이 가장 타당하다고 본다.³⁸⁾ 이에 대한 근거는 공소시효를 포괄하는 시효(Verjährung) 제도에 관한 논의에서 찾을 수 있다. 예를 들어 독일 민법학의 기초를 놓은 사비니(F.C.v. Savigny)는 시효의 한 유형인 소멸시효는 우선적으로는 채권채무 관계를 명확하게 하여 법적 안정성을 꾀하는 데 있는 것이지 채무자의 이익을 위해 존재하

36) 이를 “범죄형성적 협력행위”로 규정하는 경우로는 최정일, “불가벌적 대항범에 대한 총칙상의 공범 규정의 적용 문제”, 35면 아래 참고.

37) 이에 관해서는 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 법학논고 제11집, 경북대학교 법학연구소, 1995, 175-208면; 홍영기, “시효이론의 역사적 전개와 그 평가”, 법사학연구 제37호, 한국법사학회, 2008. 4, 239-268면 등 참고.

38) 이에 관해서는 양천수, “공소시효에 대한 법철학적 시론: 연구노트의 측면에서”, 영남법학 제35호, 영남대학교 법학연구소, 2012. 12, 21-37면 참고.

는 것은 아니라고 본다.³⁹⁾ 이는 소멸시효가 완성되어 채무자가 얻는 이익은 정당한 권리행사로 획득하는 이익이라기보다는 반사적 이익에 불과하다는 점을 시사한다. 소멸시효는 민사절차적인 필요로 인정된다는 사비니의 논증 방식은 형사소송법이 규정하는 공소시효의 존재의의를 해명할 때도 적용할 수 있다. 이러한 근거에서 공소시효를 보면 공소시효는 형사절차가 필요로 해서, 다시 말해 형사사법체계의 기능 때문에 존재하는 것이지 범죄피해자의 이익을 위해 존재하는 것은 아니라고 말할 수 있다. 최근 살인죄에 대한 공소시효를 폐지한 것이 이를 간접적으로 예증한다. 사실이 그렇다면 공소시효는 피고인의 인권이나 기본권과 직접 관련을 맺지는 않는다는 주장을 이끌어낼 수 있다. 따라서 공소시효에 관한 논의를 전개할 때 피고인의 인권이나 기본권을 우선적으로 고려하는 논증은 타당하지 않다.

V. 뇌물죄에 대한 법의 대응 방향

뇌물공여와 전달, 수수를 포괄하는 뇌물죄는 가장 대표적인 부패범죄이다. 뇌물죄는 공직자라는 일종의 특권층이 저지르는 부패범죄이다. 청탁금지법은 이러한 뇌물죄를 형법으로 적절하게 규율하는 데 한계가 있어 제정되었다는 것을 고려할 필요가 있다. 따라서 형사법을 포함하는 법규범이 이를 다룰 때는 피고인의 이익보다 일반 시민들의 이익, 달리 말해 보장적 이익보다 보호적 이익을 더욱 중시하는 것이 바람직하다. 물론 그렇다고 해서 뇌물죄 피고인의 절차적 권리를 무시할 수는 없다. 이 경우에도 피고인의 절차적 권리는 보장해야 한다. 하지만 공소시효 정지처럼 피고인의 이익과 직접 관련을 맺지 않는 제도의 적용여부가 문제되는 경우에는 해당 범죄가 부패범죄라는 점을 우선적으로 고려해야 한다. 이러한 점에서 보면 필요적 공범 관계인 뇌물수수자와 뇌물공여자는 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범으로 보아 공소제기로 인한 공소시효 정지의 효력이 모두 미친다고 해석하는 게 타당하다.

39) 양창수, “사비니의 소멸시효론”, 민법산책, 박영사, 2005, 59면 아래 참고.

참고문헌

- 김성돈, “공소시효제도와 소급금지원칙”, 법학논고 제11집, 경북대학교 법학연구소, 1995.
- 김정환, “형사절차상 공범 처벌의 공평성에 관한 소고: 고소 불가분의 원칙과 공소시효 정지효의 관점에서”, 법학논고 제56집, 경북대학교 법학연구소, 2016. 11.
- 류화진, “필요적 공범의 개념과 대항범의 유형: 편면적 대항범을 중심으로”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009. 6.
- 박달현, “반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙”, 법조 제53권 제5호, 법조협회, 2004. 5.
- 박영애, 고소불가분의 원칙과 공소권행사: 고소의 객관적 불가분원칙 적용범위를 중심으로, 가톨릭대 법학석사 학위논문, 2009.
- 신이철, “형사소송법상 공소시효 정지사유와 그 효력범위: 특히, 형사소송법 제253조를 중심으로”, 영남법학 제47호, 영남대학교 법학연구소, 2018. 12.
- 양창수, “사비니의 소멸시효론”, 민법산책, 박영사, 2005.
- 양천수, 삼단논법과 법학방법, 박영사, 2021.
- 양천수, “공동정범 도그마틱에 대한 법이론적 고찰: 기능적 범행지배론에 대한 법이론적 분석을 중심으로 하여”, 경남법학 제22집, 경남대학교 법학연구소, 2007. 2.
- 양천수, “공소시효에 대한 법철학적 시론: 연구노트의 측면에서”, 영남법학 제35호, 영남대학교 법학연구소, 2012. 12.
- 양천수, “법적 안정성과 해석: 이른바 ‘아름다운 판결’을 예로 하여”, 법학논총 제28권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2015. 10.
- 윤남근, “공소제기로 인한 공시시효의 정지와 필요적 공범: 인천지방법원 2011고합430 제3자녀물교부 사건을 중심으로”, 『법조』 제61권 제5호(2012. 5).
- 윤동호, “일부기소의 심판대상과 일사부재리효력: 사법적 범죄화 비판”, 형사법연구 제26권 제3호, 한국형사법학회, 2014. 가을.
- 이계일, “법해석기준의 서열론에 대한 비판적 연구”, 법철학연구 제18권 제3호, 한국법철학회, 2015. 12.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2020.
- 이정원, “대항범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008. 가을.
- 이정주·김상년, “청탁금지법 개정안에 대한 입법 현황분석: 20대 국회를 중심으로”, 한국부패학회보 제25권 제1호, 한국부패학회, 2020. 3.
- 이주원, 형사소송법 제3판, 박영사, 2021.
- 이주원, “필요적 공범과 공소시효 정지의 효력”, 고려법학 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014. 9.
- 이주원, “대항범과 공소시효 정지: 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결”, 법조 제65권 제6호, 법조협회, 2016. 8.
- 최정일, “불가벌적 대항범에 대한 총칙상의 공범 규정의 적용 문제”, 형사법연구 제26권 제3호, 한국형사법학회, 2014. 가을.
- 최준혁, “필요적 공범과 공소시효의 정지: 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012도4842 판결(공2015상, 500)”,

- 비교형사법연구 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016. 7.
- 하태인, “필요적 공범과 공소시효 정지: 대법원 2015.02.12. 선고 2012도4842 판결”, 형사법연구 제27권 제4호, 한국형사법학회, 2015. 겨울.
- 홍영기, “시효이론의 역사적 전개와 그 평가”, 법사학연구 제37호, 한국법사학회, 2008. 4.
- J. Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt/M., 1992).
- A. Hegler, “Die Merkmale des Verbrechens”, in: *ZStW* 36 (1915).
- A. Lobe, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches* (Berlin, 1933).
- N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974).
- N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt/M., 1984).
- N. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung* (Frankfurt/M., 2021).
- C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Berlin/New York, 1990).
- H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin/New York, 1969).

투고일자 : 2022. 03. 08

수정일자 : 2022. 03. 16

게재일자 : 2022. 03. 31

<국문초록>

부패범죄에 대한 공소제기와 공소시효 정지

- 뇌물죄를 예로 하여 -

양 천 수

부패범죄는 많은 경우 필요적 공범의 형태로 이루어진다. 이는 대표적인 부패행위를 규제하는 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」이 잘 보여준다. 청탁금지법은 부패행위로 부정청탁과 금품등 수수를 금지한다. 이러한 행위는 단독으로 이루어질 수 없다. 행위주체와 더불어 그 상대방을 필요로 한다. 이러한 구조는 모든 부패범죄의 원형에 해당하는 뇌물죄에서도 발견할 수 있다. 따라서 법체계가 부패범죄 혹은 부패행위에 적절하게 대응하고 투쟁하려면 이러한 성격과 구조를 잘 고려해야 한다. 그렇지 않으면 부패에 대한 투쟁은 효과를 거두기 어렵다. 이에 관해 검토해야 할 흥미로운 문제가 있다. 우리 형사소송법이 규정하는 공소제기와 공소시효 정지에 관한 문제가 그것이다. 공소가 제기되면 공소시효 진행이 정지된다. 이에 관해 형사소송법 제253조 제2항은 다음과 같이 규정한다. 공소제기로 인해 공범의 1인에 대해 발생한 공소시효의 정지는 다른 공범자에게도 효력이 미친다는 것이다. 그런데 이때 말하는 공범 개념을 어떻게 설정해야 하는지 의문이 제기될 수 있다. 특히 부패범죄에서 흔히 발견되는 필요적 공범이 여기에 포섭되는지 문제된다. 왜냐하면 판례는 여기서 말하는 공범을 제한적으로 해석하기 때문이다. 판례는 크게 세 가지 근거에서 필요적 공범을 공범 개념에 포섭하지 않는다. 첫째, 공소시효 정지는 피고인에게 불리한 것이므로 제한적으로 인정해야 한다. 둘째, 뇌물수수와 뇌물공여는 필요적 공범으로 각각 독자적으로 범죄로 규정된다. 셋째, 필요적 공범에는 형법 총칙의 공범 규정이 적용되지 않는다. 그러나 이 글은 형사소송법 제253조 제2항이 규정하는 공범에 필요적 공범도 포함시켜야 한다고 주장한다. 다음과 같은 근거를 제시한다. 각 행위가 독자적인 범죄가 되는지와 각 행위가 공범을 구성하는지는 별개의 문제이다. 마찬가지로 필요적 공범에 형법 총칙의 공범 규정을 적용할 수 있는지와 필요적 공범이 공범에 해당하는지는 별개의 문제이다. 나아가 공소시효는 피고인의 이익과 직접 관련을 맺지 않는다. 마지막으로 부패범죄에는 법이 강력하게 대응해야 한다는 것이다.

주제어: 부패범죄, 공소제기, 공소시효 정지, 공범, 필요적 공범, 기능적 범행지배, 범죄의 결합과 분화, 사회적 체계로서 공범