

부동산 관련 뇌물범죄의 특징

-판례화된 사례를 중심으로-

The Characteristic of Bribery what related to Real Estate

김도윤*

Kim, Do-Yoon

목 차

- | | |
|--------------------------------|---------------------------|
| I. 여는 글 | III. 부동산 관련 뇌물범죄에서의 중요 쟁점 |
| II. 부동산 관련 이익의 취득이 뇌물죄에 미치는 영향 | IV. 맺는 글 |

뇌물범죄는 공무원의 직무집행의 공정을 해할 여지가 크고, 수뢰자에게 큰 이익을 가져다 주는 부동산 관련 이익은, 관련 업무에 대한 고도의 지식을 바탕으로 은밀하게 부패가 발생함은 물론 축재로서의 성격까지 갖는다. 그만큼 투기에 적극적으로 관여하게 됨은 물론 다른 이해관계인이 개입할 여지도 크다.

이러한 특성상 직무관련성을 추단하기가 쉽고, 거액의 부정한 이익을 박탈하기 위한 몰수·추징이 중요해진다. 특히 투기적 사업에 참여할 기회도 이익으로 평가하고 있으므로 사업시행시 또는 사업시행을 알게 된 시점을 기준으로 하여, 사실심판결선고시까지 발생한 이익액을 추징하여야 한다. 당해 채권 등에 대한 기소 전후의 추정보전도 적극적으로 활용하여 추징의 실효성을 도모할 필요가 있다. 이처럼 뇌물죄의 적용과 이익

투고일 : 2015. 7. 24. 심사회의일 : 2015. 8. 4. 게재확정일 : 2015. 8. 12.

* 대전지방법고정청 공익법무관

Daejeon Local Correction Agency, Public law advocate

환수를 철저히 하는 것이 사회의 신뢰에 기여하는 한 방법일 것이다.

[주제어] 뇌물, 부동산, 추징, 투기성, 부정한 이익

I. 여는 글

최근 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률(세칭 ‘김영란법’)이 통과되면서 공무원 직무집행의 연결성이 더욱 강조되고 있다. 공무원의 직무집행은 국가운영의 근간을 형성하는 행위이므로, 옛날부터 뇌물을 주고받게 됨으로써 공정성을 해할 것을 우려하여 엄격하게 금지되어 왔다. 동양의 경우에도, 이미 한대(漢代)부터 뇌물을 받아 법을 어기거나 뇌물을 공여한 자는 모두 뇌물액을 장물로 보고 그만큼을 절도한 죄로서 처벌하였으며,¹⁾ 후한(後漢)대에는 뇌물을 받은 중랑장이나 상서랑을 기시(棄市)에 처하였다.²⁾ 이 기조는 당대 이후에도 계속되었다. 당률(唐律)의 직제율(職制律)은 감주수재왕법(監主受財枉法)의 죄를 두어 감림주사가³⁾ 재물을 받고 법을 왜곡하여 적용한 때는, 1척이면 장형 100대에 처하고, 1필마다 1등급씩 형을 가중하며, 15필이면 교수형에 처하도록 하였으며(職制 48 監主受財枉法),⁴⁾ 송(宋) 초기에도 뇌물을 받은 관리는

1) 張家山漢簡 二年律令 第60簡 “受賕以枉法, 及行賕者, 皆坐其贓爲盜,” 수호지진묘죽간정리소조 편/윤재석 역, 수호지진묘죽간 역주, 소명출판사, 2010, 421쪽 각주 84) 참조.

2) 張晉藩 편저, 한기종 외 5인 역, 중국법제사, 소나무, 2006, 191쪽. 기시는 죄인을 저자거리에서 사형에 처하는 형벌로, 당시 뇌물범죄는 그만큼 극형에 처해야 할 정도로 만연하고 극복해야 할 대상이었음을 추단해 볼 수 있다.

3) 감림주사는 총섭·안첩 및 행안하는 주전(관리) 등을 가리킨다[唐律疏議 職制 48 疏議 1, “[監臨主司] 謂統攝案驗及行案主典之類”, 임대희/김택민 주역, 역주 당률소의 - 각칙(上) -, 한국법제연구원, 1997, 2181쪽(전영섭/이진숙 번역 부분)].

4) 唐律疏議 職制 48 律文 1, “諸監臨主司受財而枉法者, 一尺杖一百, 一疋加一等, 十五疋絞”(위의 책, 2181쪽) 직제율은 공무원의 부정한 재물취득에 관하여 다양한 구성요

사면을 받아도 용서하지 않고, 기시 또는 자형(刺刑)을 집행한 뒤 사문에 유배하는 등 엄벌에 처했다.⁵⁾

이처럼 뇌물범죄는 직무의 공정성을 해하는 행위라는 이유로 일찍부터 엄격히 금지되었다. 현대에도 위와 같이 뇌물죄를 엄금해 온 연혁과 로마법 및 게르만법의 영향을 받아 뇌물죄의 보호법익을 직무행위의 불가매수성 또는 직무행위의 불가매수성과 이에 대한 일반의 신뢰로 파악하고 있으며,⁶⁾ 판례도 공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 직접적인 보호법익으로 하고 있다고 판시하고 있다.⁷⁾ 즉 뇌물의 수수 등에 의한 직무권한의 행사 또는 불행사는 공정해야 할 공무원의 직무를 불평등 내지 불공정하게 하는 것이므로 공무원이 직무에 관하여 뇌물의 수수 등을 하는 것 자체가 가벌성의 대상이 되고,⁸⁾ 이 과정에서 취득하는 ‘직무에 관한 보수

건을 두고 있지만 지면과 글의 주제를 고려해 監主受財枉法の 죄만을 인용하였다.

- 5) 張晉藩, 앞의 책, 588쪽. 진종 대부터는 법이 가벼워져 관리가 뇌물죄를 범해도 기시에 처하지 않게 되었고, 사회 혼란기인 휘종 때에는 탐관오리가 늘었는데, 그만큼 느슨해지면서 사회 행정의 신뢰도 흔들렸다고 볼 수 있다. ‘수호전’은 이 시기를 배경으로 무수한 뇌물수수 현장을 묘사하여 당시 일반의 직무집행에 대한 불신과 관원의 부패를 보여주고 있다.
- 6) 뇌물죄의 보호법익에 대해서는 견해가 난립하고 있으나, 종합설이 유력한 견해로 자리잡는 추세이다. 하지만 뇌물죄의 보호법익을 무엇으로 보든 공무원의 직무가 매수되어선 안 된다는 점에는 다툼이 없고, 뇌물죄를 추상적 위험범으로 해석하는 이상 종합설에 의하는 것이 무난하다(조현욱·김영철, “수뢰죄의 구성요건 중 뇌물의 약속의 의미와 대가관계”, 법학연구 제17집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 237쪽 참조). 이 글은 이를 고려하되 보호법익론의 각 견해 차이가 뇌물죄의 요건을 해석하는 데 큰 영향이 없고, 부동산이나 부동산에서 파생된 이익을 뇌물로 취득한 경우를 곧바로 다룬다는 점에서 보호법익에 대한 상론을 생략하였다.
- 7) 대법원 2010. 12. 23. 선고, 2010도13584 판결. 이 판결은 뇌물죄는 위 사항을 ‘직접적인’ 보호법익으로 한다고 판시하면서, 참조판례로 대법원 1997. 4. 17. 선고, 96도3378 판결과 2004. 5. 28. 선고, 2004도1442판결을 언급하고 있다. 그러나 위 참조판례들은 판결이유에서 ‘직접적인’이라는 표현을 쓰지 않고 있다. 따라서 대법원은 공정사회가 강조되는 추세에서 직무의 엄결성이나 다른 요소도 뇌물죄의 보호법익으로 포함시킬 여지를 열어두고 있다고 보는 것이 정확한 것 같다.
- 8) 金 尚均, 公務における慣行と賄賂罪, 龍谷法学 第42卷第3号, 龍谷大学法学会,

외의 부당한 이익'이 곧 뇌물이라고 할 수 있다.⁹⁾

현대 사회에서는 '공무원은 박봉'이라는 인식 때문에, 뇌물로 인한 이득액이 클 경우 더욱 부패하기 쉽고,¹⁰⁾ 더 큰 이익을 보고자 투기이익을 노리고 부동산이나 주식 등을 뇌물로 손대는 일이 적지 않다. 특히 부동산은 아래에서 보는 바와 같이 고가의 정작물이자 권리변동에 법이 정한 형식주의가 적용되고, 형식적 권리변동의 부담을 피해 사용·수익하는 과정에서 발생하는 이익도 만만치 않아 그 이해관계의 파악이 쉽지 않으며, 뇌물죄 일반의 법리를 그대로 적용할 경우 사건의 실체를 파악하는 과정이나 부정한 이익의 환. 한편 부동산의 사용·수익이나 개발은 공적 관리의 대상이기도 하므로(헌법 제120조 제2항, 제121조, 제122조, 제123조 제2항 등 참조) 관련 직무를 담당한 공무원은 뇌물의 유혹에 가까이 있다고 볼 수 있으므로 은밀하게 범죄로 진입할 수 있는 요인이 충분히 갖춰져 있다고 볼 수 있다.

이 글은 위와 같은 점에 착안하여, 판례를 중심으로 부동산 관련 이익이 뇌물이 되는 사례를 분석하고, 관련문제와 더불어 몇 가지 특징을 도출해 정리해 보고자 한다. 이를 위해 뇌물죄에서의 이익개념을 간단히 고찰한 뒤, 판례의 사실관계에서 공통점을 도출하는 방식으로 사안을 분석하고 필요에 따라서는 우리와 비슷한 법제인 일본의 사례도 검토하고자 한다.

2010, 1066쪽.

- 9) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제8판, 박영사, 2015, 650쪽; 박상기, 앞의 책, 641쪽; 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 777쪽; 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013, 722쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 전정판, 성균관대학교출판부, 2013, 802쪽; 정영일, 형법각론, 박영사; 편집대표 박재운, 주식 형법(각칙 1) 제4판, 한국사법행정학회, 2006, 330쪽(김창석 집필부분); 大谷 実, 刑法講義各論, 第4版, 成文堂, 2013, 641쪽; 堀内捷三, 刑法各論, 有斐閣, 2003, 349쪽;
- 10) 옛날에는 공무원의 급료가 명예직 수준으로 비현실적이었으므로 급료로 정도는 생계 차원에서 눈감아주어야 할 정도였고, 현재도 부패지수가 높은 외국으로 여행을 가게 되면 급료로나 예비비 명목의 비상금을 챙겨가라는 조언을 심심찮게 찾아볼 수 있다. 이는 그 사회가 그만큼 공무수행이 공정하지 않아 공무수행의 적정성을 뇌물로 담보하여야 한다는 뜻이기도 하다.

Ⅱ. 부동산 관련 이익의 취득이 뇌물죄에 미치는 영향

1. 뇌물죄의 이익개념 일반

앞서 본 뇌물의 정의는 물론 뇌물로 취득하는 이익의 개념 역시 학설과 판례에 맡겨져 있다. 이익개념의 해석과 포섭은 뇌물죄의 보호 정도 및 해석론의 추세에 큰 영향을 받는다. 뇌물죄에 대한 가벌성의 근거와 보호정도가 추상적 위험범이라는 점과, 일반적인 형법각칙 해석론과 달리 뇌물죄는 실무의 엄격해석을 완화하고 그 성립범위를 확대하려는 경향을 보이는 독특한 영역인 점을 고려하면,¹¹⁾ 뇌물의 내용이 되는 이익개념은 보호법익과의 관계에서 이익취득이 직무의 공정성을 해할 수 있는가를 염두에 두고 합리적으로 해석하여야 하는 것이다. 이러한 취지에서 이익개념을 검토하면, 이익은 금품 그 외 재산적 이익에 한하지 않고 대략 사람의 수요나 욕망을 채워줄 이익이라면 무엇이든 묻지 않는다.¹²⁾ 따라서 수령자의 법적 지위 뿐 아니라 경제적이나 인격적 지위를 유리하게 해주는 것도 뇌물이 된다.¹³⁾

과도한 처벌의 확장을 막기 위해 뇌물죄에서의 이익을 객관적으로 측정할 수 있는 이익으로 제한하는 해석론도 있으나,¹⁴⁾ 과도한 처벌의 확장은 보호법익과의 관계에서 뇌물의 개념표지를 제한하는 방법으로도 달성할 수 있고,¹⁵⁾ 객관화 가능성은 특별법상의 가중구성요건 적용

11) 조현옥/김영철, 앞의 글, 236쪽.

12) 대법원 1979. 10. 10. 선고, 78도1793 판결; 동 1995. 6. 30. 선고, 94도993 판결; 동 2001. 9. 18. 선고, 2000도5438 판결; 김일수/서보학, 앞의 책, 653쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 780쪽; 김홍준, “뇌물의 의미”, 저스티스 통권 110호, 한국법학원, 2009, 167쪽; 大谷 実, 앞의 책, 641쪽; 堀内捷三, 앞의 책, 349쪽;

13) 이재상, 앞의 책, 725쪽.

14) 정성근/박광민, 앞의 책, 807쪽; Jescheck, LK, §331, Rn. 7(이재상, 위의 책, 725쪽; 임웅, 형법각론, 제5판, 법문사, 2013, 888쪽에서 재인용).

15) 최관식, “형법상 뇌물죄에 있어서 뇌물의 개념고찰”, 법학논고 제16집, 경북대학교

이나 몰수·추징액에 영향이 있을 뿐 직무집행의 공정을 해치는 것은 마찬가지이므로 가액산정이 불가능하다는 사정만으로 뇌물죄의 성립까지 부정할 수는 없다.¹⁶⁾ 따라서 단순히 명예욕이나 호기심을 충족시켜 주는 것에 불과한 것이 아닌 이상 뇌물성을 긍정하여야 한다.¹⁷⁾ 판례가 투기적 사업에 참여할 기회를 얻었으나 별다른 이익을 얻지 못한 때나,¹⁸⁾ 이성간의 정교 내지 성적 욕구를 충족시켜 준 사례까지 뇌물성을 인정한 것은 이러한 취지에서 긍정할 수 있다.¹⁹⁾ 이러한 이익은 약속 또는 제공 당시 현존하거나 확정적일 필요는 없고, 장차 예상되거나 조건부 이익이라도 무방하다.²⁰⁾

2. 뇌물의 객체로서의 부동산 또는 관련 이익

뇌물의 일반적인 형태는 금전이지만 부동산이 관련된 사례도 적지 않다. 실제 있었던 사례를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

2.1 부동산

사례군 중 부동산을 직접 거래의 대상으로 삼거나 뇌물로 직접 취득한 사례는 많지 않다. 부동산을 취득한 사례들도 부동산보다는 장래 시가양등을 예견하고 원가에 구매할 때와 같이 부동산거래에서 파생될

법학연구원, 2000, 171쪽 참조.

16) 김홍준, 앞의 글, 171쪽.

17) 손동권/김재운, 앞의 책, 780쪽.

18) 대법원 2002. 5. 10. 선고, 2000도2251 판결.

19) 대법원 2014. 1. 29. 선고, 2013도13937 판결. 이성간의 정교는 이미 大審院의 大証 4. 7. 9. 자 판결에서 이익으로 인정되었고, 상당한 시간이 흐른 뒤인 最高裁 昭和 36. 1. 13. 자 판결도 위 선례를 바꿀 필요가 없다고 보고 피고인의 상고를 기각하였다.

20) 대법원 1981. 8. 20. 선고, 81도698 판결; 동 2001. 9. 18. 선고 2000도5438 판결; 김일수/서보학, 앞의 책, 653쪽; 임웅, 앞의 책, 888쪽; 최관식, 앞의 글, 186쪽.

이익을 목적으로 한 것이 많다. 따라서 부동산은 권리변동의 목적물이었을 뿐 궁극적으로 뇌물이 되는 것은 부동산 거래를 통해 파생되는 투기 이익 등이며 부동산 소유권을 취득하는 방법으로 이를 취득할 기회를 얻는 것이다.

구체적으로는 시장 개설 목적의 체비지 150평의 일부 지분을 시가로 매수한 뒤 환매하여 투기이익을 얻을 수 있었던 경우와,²¹⁾ 임야를 시가보다 비싸게 매도하여 차액 상당액을 취득한 경우,²²⁾ 개발대상 토지를 평당 134만원에 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 위 토지의 매수 및 개발을 통한 건축 등 투자기회를 제공받게 된 경우,²³⁾ 피고인이 A지역의 토지를 오랫동안 처분하지 못해 고민하던 중 서울에서 가까운 B지역의 토지와 교환하여 생활이익 및 시가양등을 기대해볼 수 있었던 경우가 있고²⁴⁾ 일본에서는 최근 토지매매대금이 시가상당액인 경우 토지를 매매하여 얻은 환금에 의한 이익을 뇌물로 파악한 사례가 있다.²⁵⁾

2.2 부동산과 관련된 이익

부동산과 관련된 사례 대부분은 위 가. 와 달리 부동산에서 간접적으로 파생되거나 관련된 이익을 취득한 사례로, 부동산을 목적물로 한 직접적인 권리변동(물권행위)이 없었던 경우이다. 따라서 부동산은 뇌물거래의 동기나 매개가 될 뿐 실제 거래는 다른 무형의 이익을 취하는 방식으로 이루어진다. 특정 지역의 개발정보를 제공해 주는 것도 상대방

21) 대법원 1994. 11. 4. 선고, 94도129 판결.

22) 대법원 2003. 6. 24. 선고, 2003도503 판결.

23) 대법원 2012. 8. 23. 선고, 2010도6504 판결.

24) 대법원 2001. 9. 18. 선고, 2000도5438 판결. 이 판결은 교환 당시 시가로는 A토지의 평당 시가가 더 높았음에도 불구하고 위와 같은 이익을 얻을 수 있었다고 보아 특가법상의 뇌물약속죄를 인정하고, 시가에 차이가 없다는 이유로 무죄를 인정한 원심을 파기하였다.

25) 最高裁 平成 24. 10. 15. 자 결정.

이 투기에 뛰어들어 이익을 얻을 개연성을 높이는 뇌물이 될 수 있다.²⁶⁾

구체적으로는 시가양등이 예견되는 대토분양권이 사실상 자유롭게 거래되는 점에 착안하여 이를 양수하거나,²⁷⁾ 경락 허부와 관련한 금품 수수,²⁸⁾ 토지거래계약 허가의 알선,²⁹⁾ 아파트 가입권에 붙은 프리미엄 취득,³⁰⁾ 분양계약,³¹⁾ 주택 공사비가 매매 시가보다 적어 이를 공사비 상당의 대금으로 분양받기로 약속하는 경우,³²⁾ 매장물발굴사업의 실현 가능성을 믿고 발굴 수익의 15%를 받기로 한 경우,³³⁾ 피고인이 건축업자에게 편의를 제공한 후 동인에게 자신의 주상복합건물 신축공사를 도급주어 시공하게 한 경우,³⁴⁾ 재개발주택조합장인 피고인이 재직 중 고소하거나 고소당한 사건의 수사를 담당한 경찰관에게 당첨자의 분양권 포기 조항의 임의분야 대상이 된 액수 미상의 프리미엄이 예상되는 그 조합아파트 1세대를 분양해 준 경우 등이다.³⁵⁾ 부동산의 사용대차 형식으로 이익을 얻은 때에는 과실에 해당하는 그 차임 상당액을 이익이라고 볼 수 있다.

그 외, 부동산에 관련된 판례는 아니지만 부동산과 관련하여서도 그 법리를 원용할 수 있는 것으로, 리스차량을 의사대로 사용·수익할 수 있는 이익³⁶⁾은 부동산의 경우 사용대차 또는 제3자를 위한 임대차계약

26) 김용세, “뇌물과 사교의례”, 사회과학논문집 제15권 제1호, 대전대학교사회과학연구소, 1996, 21쪽 참조.

27) 대법원 1995. 9. 5. 선고, 95도1269 판결.

28) 대법원 1985. 2. 28. 선고, 84도2625 판결.

29) 대법원 1990. 7. 27. 선고, 90도890 판결.

30) 대법원 1992. 12. 22. 선고, 92도1762 판결.

31) 대법원 1981. 4. 28. 선고, 80도3323 판결.

32) 대법원 1981. 8. 20. 선고, 81도698 판결.

33) 대법원 2003. 6. 24. 선고, 2003도503 판결.

34) 대법원 1998. 3. 10. 선고, 97도3113 판결.

35) 대법원 2002. 11. 26. 선고, 2002도3539 판결. 이 판결은 피고인이 선택한 수분양자가 되어 분양계약을 체결하는 자체가 이익을 취득한 것이 된다고 보았다.

36) 대법원 2006. 4. 27. 선고, 2006도735 판결; 동 2006. 5. 26. 선고 2006도1716

이 될 수 있으므로 대여기간 동안의 차임 상당액 및 보증금액을 뇌물로 취득하였다고 볼 수 있으며, 은행대출금채무에의 연대보증³⁷⁾은 물상보증인이 되는 방식으로 부동산을 공여할 수 있고, 자기 채무의 변제는 부동산 대금지급이나 근저당권의 피담보채무 변제로 활용할 수 있다.

3. 부동산을 이익으로 취득한 경우의 특징

위 사례군에서 전제된 사실관계를 통해 알 수 있는 바와 같이, 부동산도 재화 또는 투기를 통한 이윤창출의 수단으로 거래되고 있고, 부동산 그 자체(유체물)는 물론³⁸⁾ 부동산에서 발생한 이익도 사람의 경제적 수요를 채워줄 수 있어 뇌물 특히 부정한 ‘이익’으로 보는 데 문제가 없다. 단 뇌물로 취득한 이익이 부동산과 관련된 이익일 때는 토지 및 그 정착물이라는 부동산의 특징이 반영된다(민법 제99조 제1항 참조). 부동산은 등기를 하여야 부동산에 관한 권리를 취득할 수 있고(같은 법 제186조, 제187조 각 참조), 경제적 가치가 크고, 움직이지 않으므로 권리관계를 공적 장부로 공시하기 적합하여,³⁹⁾ 법률관계에서도 위와 같은 특징들의 영향을 받는다. 이 점에서 부동산과 관련된 이익을 취득한 경우 갖게 되는 특징을 열거하면 다음과 같고, 이들은 뇌물죄에서의 직무관련성이나 이익개념을 적극적으로 해석하는 데 반영되어야 한다.

판결. 2006도735 판결 사안에서는 자동차 자체를 뇌물로 취득하였는가가 문제되었고 대법원이 이를 부정하였다.

37) 대법원 2001. 1. 5. 선고, 2000도4714 판결. 연대보증 방식을 택한 것은 물상보증인이 될 경우 등기부에 저당권을 설정해 준 사실이 공시되기 때문이었겠지만, 직무관련성도 증명하여야 하므로 저당권을 설정해 준 사실만을 들어 곧바로 뇌물이라고 단정할 수는 없다. 따라서 이때는 담보제공과 공무원이 담당할 직무와의 관련성을 밝혀야 할 것이다.

38) 堀内捷三, 앞의 책, 349쪽.

39) 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 675쪽.

3.1 고가

부동산은 거래의 대상이지만 고가물인 고정재화이므로 이득액이 크다. 부동산과 관련된 이익을 취득한 때에는 증여된 가액 및 제공된 이익의 종류 및 가치에 비추어 사회 평균적 관점에서는 상당한 가치가 인정될 수 있으며,⁴⁰⁾ 일반적인 급여를 통해서는 얻을 수 없는 거액을 취득하게 되므로 뇌물성이 두드러지는 것이다.

따라서 피고인 입장에서는 부동산 관련 거래나 기회를 알선해 주었을 뿐이라고 주장할 수는 있어도,⁴¹⁾ 사교적 의례로 받은 이익이라고 주장할 여지가 별로 없다. 피고인은 약정의 내용 등에 대한 해명을 통해 직무관련성을 극력 부인하거나,⁴²⁾ 뇌물죄의 주체인 공무원 또는 의제공무원에 포함되지 않는다고 주장하는 수밖에 없다.

3.2 밀행성

뇌물은 형법으로 금지하는 이득을 얻는 것이므로 은밀한 거래가 이뤄지며, 온갖 은폐수단을 동원하므로 적발과 입증을 거쳐 최종적인 처벌에 이르기 쉽지 않다.⁴³⁾ 밀행성은 부동산에 특유한 것은 아니지만, 뇌물거

40) 김용세, 앞의 글, 28쪽 참조.

41) 실제로, 시의 측량기술원이 다년간의 경험을 기초로 추측한 입찰예정가격을 고지해 준 것은 평소 지득하고 있던 사실을 알려준 것에 불과하다고 보아 직무관련성이 부정된 사례가 있고(대법원 1983. 3. 22. 선고 82도1922 판결), 일본에서도 토지매매 알선에 개입했을 뿐인 때는 직무와의 밀접한 관련성이 없다고 보아 무죄를 선고한 사례가 있다(最高裁 昭和 51. 2. 19. 판결).

42) 이 역시 2016. 9. 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률이 시행되면 완전한 무죄주장이 될 수는 없을 것이다.

43) 임용, “뇌물범죄에 관한 연구 - 공무원의 수뢰범죄를 중심으로 -”, 형사정책 제10호, 한국형사정책학회, 1998, 282쪽 참조. 따라서 뇌물죄 사건은 내부자의 제보나 첩보 등을 통한 인지가 수사의 단서가 되며, 물증 확보가 쉽지 않아 공범자간 진술의 신빙성과 보강증거가 쟁점이 되는 일이 많다.

래가 발생하면 일반적인 부동산거래와는 조금 다른 모습을 보이게 된다.

즉 부동산과 관계된 이익을 취득할 때는 등기를 요하는 부동산물권을 직접 취득하는 것보다 투기거래에 참여할 기회나⁴⁴⁾ 재건축사업 종료 후의 분양약정⁴⁵⁾ 등 무형적 이익을 주고받는 일이 많다. 이 때 등기부의 기재만으로는 뇌물거래의 실체를 파악할 수 없으므로 공시된 사실관계는 공소사실 증명이나 진실발견에 큰 의미가 없을 수도 있다.⁴⁶⁾ 부동산이 전면에 드러나는 사례가 많지 않은 것은 이 때문인데, 수뢰자는 자기 체면과 수뢰행위로 인해 자신의 인격을 희생시킨 데 따르는 자기부정·자기비하 등에서 보호받고자 하기 때문이다.⁴⁷⁾ 돈은 비밀스럽게 건네줄 수 있기 때문에 뇌물행위를 촉진시킬 수 있는 반면 토지나 가축 등은 전 주인이 자연히 알려지게 되어 보안성이 없으므로 돈이 뇌물의 주된 수단이 되었다는 것이다.⁴⁸⁾ 즉 수뢰자 입장에서는 등기부에 기록을 남기지 않는 것이 훨씬 마음 놓고 이익을 취할 수 있는 길이다.

3.3 투기성

부동산과 관련된 뇌물로 취득하려는 궁극적인 이익은 시세차익이나 거래상 차액 또는 투기기회의 제공인 경우가 많다. 이들 대부분은 현존 이익이 아니라 기대이익일 때가 많다.⁴⁹⁾ 금전을 뇌물로 받는 것에 비해 일확천금을 노리는 도박성이 큰 것이다. 판례가 종종 1988년 이후 투기 붐이 시작되었음을 지적하고 이를 사실인정의 기초로 삼은 것도 같은

44) 위 대법원 2001. 9. 18. 선고, 2000도5438 판결.

45) 위 대법원 2002. 11. 26. 선고, 2002도3539 판결.

46) 일례로 재건축 아파트 1세대를 분양받아 소유권을 취득할 경우 분양계약서는 공시되지 않으며, 등기부에는 수분양자가 위 건물을 원시취득하였다는 사실만 나타날 뿐이다.

47) John T. Noonan 지음/이순영 옮김, 뇌물의 역사, 도서출판 한세, 1996, 280쪽.

48) John T. Noonan, 위의 책, 281쪽 참조.

49) 대법원이 위 2000도5438 판결에서 토지교환 자체는 수뢰자에게 수익을 가져다 주지 않았는데도 이익으로 파악하고 뇌물약속죄를 인정한 것이 이 때문이다.

맥락이다. 이런 행태는 인사제도 및 사회적 기대치에 비해 낮은 공무원 보수체계에 대한 불만, 정당한 노동에 의하지 않고 부를 축적한 이들에 대한 박탈감 등이 원인으로 지적되고 있다.⁵⁰⁾ 즉 투기를 부추기는 사회적 요인이 개인적 욕망과 결합하여 뇌물을 통해서라도 일확천금의 기회를 얻고자 하는 것이며, 부동산 투기가 그만큼 기대하는 성과를 가져다 줄 것이라는 매력과 신뢰가 있는 것이다. 단 최근에는 주식이 부동산 못지 않은 투기의 대상으로 부각되고 있고, 주식은 부동산보다 거래관계 추적이 어려우므로 부동산의 뇌물로서의 매력과 활용도가 줄어든 것으로 예상된다.

한편, 투기성은 실무상 두 가지 특징을 보여준다. 하나는 종종 부동산 실명법 등 관련 단속법규 위반이 함께 적용된다는 것이다. 두 번째는 투기성으로 인해 수뢰자는 실체가 불명확하지만 큰 이익을 얻게 되므로, 실무에서는 가중구성요건 적용이나 몰수·추징액 확정을 위해 투기로 예상가능한 차액을 계산해야 하는 문제가 발생할 수 있다. 즉 추징액 판단의 기준시점 외에 시가양등 개시 시 또는 프리미엄 발생 시점을 확정하여야 하는 문제가 있는데, 이는 관련문제로서 따로 논하기로 한다.

3.4 축재성

앞서 본 바와 같이, 부동산 관련 이익은 소액일 수 없다. 결국 생계유지를 넘어 변칙적 방법에 의해서라도 급격히 부를 취득하고 싶은 욕망이 뇌물범죄의 형태로 드러나는 것으로, 인간이 갖고 있는 욕구가 개인적이고 세속적인 형태로 나타날 때 뇌물범죄가 발생하는 것이다.⁵¹⁾ 공무원 범죄의 방향도 전반적으로는 공무원의 수뢰범죄가 예전의 생계형에서

50) 김철식, “공무원 부정부패의 원인과 현황에 대한 실증적 분석”, 공공사회연구 제2권 제1호, 한국공공사회학회, 2012, 55~59쪽; 박봉진, “공무원뇌물범죄와 대응방안”, 법학연구 제51집, 한국법학회, 2013, 394~396쪽; 임웅, 앞의 글, 268쪽 각 참조.

51) 박상기, 형법각론, 제8판, 박영사, 2011, 640쪽.

축재(蓄財)형으로 바뀌고 있으며 공무원 부패의 양상이 개인부패에서 조직부패로 이어져 나아가 체제부패로까지 연장될 수 있다는 우려는 부동산과 관련된 뇌물범죄가 축재성이 강함을 보여주는 것이다.⁵²⁾

3.5 다른 이해관계인의 존재가능성

부동산 법률관계는 한번 성립한 법률관계 - 원시취득 - 를 기초로, 누적적으로 법률관계가 형성된다. 등기부는 이러한 권리변동을 명확히 공시하기 위한 역할을 하고, 등기되지 않는 법률관계에도 기초가 되는 선행 법률관계가 있는 경우가 많다. 이 점은 부동산과 관련된 이익을 뇌물로 취득한 경우에도 마찬가지이다. 불법원인급여로 절대무효일 수 있어도 이해관계인으로 인한 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 특히나 부동산과 관련된 사례는 부동산 자체나 분양권 전매 등을 통한 시세차익 확보가 목적이므로 전득자가 존재하거나, 적시에 양도할 전득자를 찾otta 자 한 때가 많다.

수사과정에서는 법률관계 추적에 영향을 받을 수 있으므로, 공무원범죄에 관한 몰수특례법상 기소 전 또는 기소 후 몰수·추정보전(위 법 제5장 참조)을 적극 활용할 필요가 있다.

Ⅲ. 부동산 관련 뇌물범죄에서의 중요 쟁점

위와 같은 특징으로 인해, 부동산 관련 뇌물범죄에서 부각되는 요소는 다음과 같다. 직무관련성을 법률상 추정할 수는 없지만 추단하기가 쉽고, 거액의 부정한 이익을 몰수 또는 추정하기 위한 기준시점이 중요

52) 이용식, “부패범죄의 의의와 반사회성”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 532쪽.

한 쟁점이 될 것으로 보인다.

1. 용이한 직무관련성 추단

판례에서 나타난 사실관계들을 보면, 수뢰자 또는 증뢰자가 부동산 관련 정보를 알 수 있는 직무에 종사하고 있을 때 부동산 또는 그와 관련된 이득을 취득한 일이 많다. 관련 지식과 노하우가 많아 은폐하기 쉬우므로 밀행성이 더욱 담보되고, 투기에 손쉽게 접근할 수 있기 때문에 발각되지 않고 불법적인 이익을 취득할 수 있는 것이다. 따라서 그 실체를 명확하게 밝히기가 쉽지 않지만, 대강의 사실관계가 밝혀지고 나면 직무관련성, 특히 직무와 밀접한 관계에 있음을 추단하기가 더욱 쉽다. 수익을 얻기 위한 수단으로 부동산을 활용해 직무와 관련된 대가를 주고받는 것이기 때문이다. 이와 같이 쉽게 직무관련성이 추단된다는 사정은 헌법원칙 등과의 관계상 법률상 추정이 될 수는 없고, 경험칙이나 직무관행 등을 통해 귀납적으로 도출되는 단계에 있는 정도의 것이다.

2. 몰수·추징과 관련된 쟁점들

뇌물죄에서는 일찍부터 가액산정이 형의 양정에 중요한 쟁점이었고,⁵³⁾ 필수적 몰수·추징을 통해 부정한 이익을 박탈하고 있다(형법 제 135조). 현대에도 양형에 가액산정이 문제되는 건 마찬가지로, 부정한 이익이 부동산과 관련된 경우 부동산의 특징으로 인해 소유권을 직접 취득하는 경우가 아닌 한 몰수는 불가능하고, 그 이익을 추징하는 것이 일반적이다. 따라서 반드시 가액산정과 지분 등의 문제가 뒤따르게 된다.⁵⁴⁾

53) 앞서 각주 1)의 수호지진묘족간 역주나 위 각주 3)의 監主受財枉法の 죄에서 본 바와 같이, 수뢰액이 구체적인 형량을 좌우하였다.

54) 몰수를 하더라도 민사집행절차에 따른 경매절차 또는 국세징수법상 체납처분절차의 예에 따르므로(형사소송법 제477조 제3항 및 제4항) 마찬가지로 가액산정 문제가

2.1 추정가액 산정 기준시

추정가액을 산정할 기준시점이 확정되어야 구체적인 추정액을 확정할 수 있는데 학설과 판례는 견해가 나뉜다.

학설로는 ① 수뢰자는 뇌물을 수수함으로써 그 물건의 당시 가액에 상당한 이득을 얻은 것이고 그 후의 일시경과 등에 의한 가액증감은 뇌물수수와 별개의 원인이 된다는 뇌물수수시설,⁵⁵⁾ ② 추정이 물수를 갈음하는 것을 고려한 물수불능시설,⁵⁶⁾ ③ 추정이 물수를 대신할 경우 그 기준을 최종적인 물수시점인 판결선고시로 보아야 한다는 사실심판결선고시설이 주장된다.⁵⁷⁾ 판례는 추정이 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 물수의 취지를 관철하는 점에서 추정액은 ‘범인이 그 물건을 보유하고 있다가 물수의 선고를 받았더라면 잃었을 이득상당액’을 의미한다고 보고 재판선고시의 가격을 기준으로 추정액을 산정하여야 한다는 입장이다.⁵⁸⁾ 이 판례는 마약범죄로 인한 필수적 추정에 대한 것이지만 실무는 위 판시를 일반화하여 모든 추정시 사실심판결선고시의 시가나 가액을 기준으로 추정액을 산정하고 있다.⁵⁹⁾

생각건대 물수불능시설과 사실심판결선고시설은 모두 ‘추정은 부정한 이익을 박탈하는 물수에 갈음하는 것’이라는 논거를 제시하고 있다. 사실심판결선고시설의 경우는 사실심에서 무죄를 선고하였다가 법률심

발생한다.

55) 最高裁 昭和 43. 9. 25. 판결의 다수의견이다.

56) 박상기, 앞의 책, 646쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 786쪽; 이재상, 앞의 책, 731쪽; 임웅, 앞의 책, 897쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 811쪽. 위 最高裁 昭和 43. 9. 25. 판결의 제1반대의견이기도 하다.

57) 김일수/서보화, 앞의 책, 656쪽; 주식 형법(각칙 1, 김창석), 425쪽. 위 最高裁 昭和 43. 9. 25. 판결의 제2반대의견인데, 그 논거 일부가 판례의 태도로 반영된 것으로 보인다.

58) 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도352 판결.

59) 사법연수원, 형사판결서작성실무, 2012, 70쪽.

이 예외적인 파기자판을 하거나 파기환송을 한 경우 어느 시점을 표준으로 할 것인지에 대한 기술적인 난점이 있다.⁶⁰⁾ 그러나 몰수불능시설의 경우 처음부터 추징의 대상이 되었을 때는 투기이익과 같은 이익을 제대로 파악하기 어렵고, 몰수불능 이후 증감변동하는 사정을 반영하기가 어렵다. 따라서 사실심판결선고시를 기준으로 추징액을 산정하는 것이 타당하다.

2.2 투기로 인한 이익 추징과 시가양등의 기준시

시가양등의 기준시점은 투기로 인해 발생한 이익을 추징할 경우 추징액의 발생시점이라고도 볼 수 있다. 즉 시가양등의 기준시로부터 사실심판결선고시까지 늘어난 프리미엄 등 이익이 추징 대상이 되는 것이다.

대법원 판결만으로 실제로 추징이 이뤄졌는지는 알 수 없으나, 대법원은 1987년 말경부터 이미 부동산 투기가 시작되어 1988년 12월에는 이미 부동산 투기의 바람이 일기 시작했다고 인정한 바 있다.⁶¹⁾ 피고인이 체비지 관련 계약을 체결하거나 분양권을 양도하였을 때는 이미 부동산 투기바람이 불었다는 사실을 인정한 다음 피고인이 ‘투기에 참여할 기회’를 이익으로 취득하여 뇌물수수죄가 성립한다는 결론을 도출하기 위한 것이다. 이 방법으로 얻은 이익은 피고인의 이익으로 귀속되므로, 그 이익도 부정한 이익의 보유를 박탈하고자 하는 취지에서 필수적 추징의 대상이 되어야 하는데, 이익의 발생시점에 대해서는 정해진 것이 없다.

우선, 분양권의 전매가 이뤄졌을 때는 전매로 인해 얻은 이익액을 추징하면 될 것이다. 그러나 무형의 이익인 투기사업에 참여할 기회만이 존재할 때는 추징이 가능한가부터 문제된다. 몰수는 특정된 물건을 대상

60) 위 最高裁 판결의 제2반대의견이 자인하는 부분이다.

61) 대법원 1994. 11. 4. 선고, 94도129 판결; 동 1995. 9. 5. 선고, 95도1269 판결 참조.

으로 하고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하므로, 뇌물에 제공한 금품이 특정되지 않은 때는 몰수 또는 추징의 대상이 될 수 없다고 보기 때문이다.⁶²⁾

생각건대, 위 판례의 법리는 재산상 이익을 취득하는 경우에만까지 광범위하게 일반화할 수는 없고, 주로 성적 욕망이나 호기심의 충족 등 개인적 욕망을 충족시켜줄 뿐 객관적으로 수치화할 가능성이 없는 경우에만 원용할 수 있는 법리라고 할 것이다. 뇌물약속죄의 경우 약속은 후일의 수수를 예견할 수 있으면 충분한데⁶³⁾ 투기사업에 참여할 기회를 얻거나 프리미엄을 얻은 경우는 약속을 넘어 그 이익을 취득한 것이고, 공여가 약속된 뇌물이라도 추징의 대상이 될 수 있으므로 추징을 단념할 것은 아니다.⁶⁴⁾

결국 투기이익이 발생하는 계기가 되는 사업시행시를 기준으로 하여, 사업이 없었다면 거래되었을 시가와와 차액을 산정하여 추징액을 확정하여야 할 것이다. 프리미엄 등 투기로 기대할 수 있는 이익은 공공사업의 확정에 따른 파생효과를 기대하는 데서 발생하기 때문이다. 다만 사업시행을 알기 전에는 기대이익도 인식하지 못하였을 것이므로 사업계획이 시행되고 난 뒤에 이를 알고 투기에 참여할 기회를 얻었다면, 사업시행을 안 때로부터 이익을 계산하여야 한다. 위 기산점은 피고인이 지득한 지식을 진술하는 방식 외에도, 사업시행계획서나 기안 등에 대한 사실조회를 하는 방법으로도 파악할 수 있고, 현상유지를 위해 기초 전후의 추정보전제도를 활용할 수 있을 것이다.

62) 대법원 1996. 5. 8. 선고, 96도221 판결. 승용차대금 명목으로 금 14,000,000원을 뇌물로 제공하기로 약속하였는데, 그 대금이 특정되지 않았다고 판단한 뒤 몰수 또는 추징이 불가능하다고 판시한 사례이다.

63) 임웅, 앞의 책, 892쪽.

64) 정성근/박광민, 앞의 책, 808쪽 참조.

IV. 맺는 글

지금까지의 내용을 정리하는 것으로 결론을 갈음하고자 한다.

뇌물은 받는 사람에게 절대적 의무감을 느끼게 하는 것이다.⁶⁵⁾ 그만큼 공무원의 직무집행의 공정성을 해할 여지가 크고, 큰 이익을 가져다주는 부동산 관련 이익의 경우 은밀하게 부패가 발생하는 것을 넘어 축재로서의 모습까지 보이고 있다. 따라서 이런 거액의 수뢰행위는 단순히 부정한 이익을 취득하는 이상의 문제를 가져오게 되므로 옛날부터 엄금하여 왔다.

부동산은 거래계에서도 고가물로서 거래되며 부동산을 사용·수익하는 과정에서 다양한 이익이 파생되기 때문에, 주로 금전을 주고받는 일반적인 뇌물범죄행위와 조금 다른 양상을 보인다. 부동산 관련 이익을 뇌물로 취득하는 경우 투기성이 크고, 이해관계인이 거래상 개입될 가능성이 높으며, 투기에 의한 이익을 극대화하면서도 은폐하기 위해서는 관련 업무에 대한 고도의 지식을 요하는 경우가 많다. 따라서 내부고발 등이 아니면 적발하기 어렵지만, 거꾸로 뇌물죄의 요건 해석상 직무관련성을 추단하기가 쉽다.

부동산 관련 뇌물범죄에서는 거액의 부정한 이익을 박탈하기 위한 몰수·추징도 중요하다. 특히 투기적 사업에 참여할 기회도 이익으로 평가하고 있으므로 마찬가지로 박탈의 대상이 되며, 이때는 추징가액의 산정시점 뿐만 아니라 언제부터 투기의 영향을 받아 시가양등이 시작되었는지도 확정하여야 한다. 사업시행시 또는 사업시행을 알게 된 시점을 기준으로 하여, 사실심판결선고시까지 발생한 이익액을 추징하여야 할 것이며, 당해 채권 등에 대한 기소 전후의 추정보전을 적극적으로 활용하여 추징의 실효성을 도모할 필요가 있다. 이처럼 부패범죄의 기본구성

65) John T. Noonan, 앞의 책, 490쪽.

요건으로서 뇌물죄의 적용과 이익환수를 철저히 하는 것이 공정사회와 같은 슬로건을 현실화하고 직무의 불가매수성에 대한 사회 일반의 신뢰를 보전하는 길이 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2015.
- 박상기, 형법각론, 제8판, 박영사, 2014.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡미디어, 2015.
- 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011.
- 수호지진묘죽간정리소조 편/윤재식 역, 수호지진묘죽간 역주, 소명출판사, 2010.
- 이재상, 형법각론, 제9판, 박영사, 2013.
- 임대희/김택민 주역, 역주 당률소의 - 각칙(상) -, 한국법제연구원, 1997.
- 임 웅, 형법각론, 제5판, 법문사, 2013.
- 張晋藩 편저/한기종 외 5인 역, 중국법제사, 소나무, 2006.
- 정성근/박광민, 형법각론, 전정판, 성균관대학교 출판부, 2013.
- 편집대표 박재운, 주식 형법(각칙 1), 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
- John T. Noonan 지음/이순영 옮김, 뇌물의 역사, 도서출판 한세, 1996.
- 大谷 実, 刑法講義各論, 第4版, 成文堂, 2013.
- 堀内捷三, 刑法各論, 有斐閣, 2003.
- 金 尚均, 公務における慣行と賄賂罪, 龍谷法学 第42卷第3号, 龍谷大学法学会, 2010.

2. 학술지

김용세, “뇌물과 사교의례”, 사회과학논문집 제15권 제1호, 대전대학교 사회과학연구소, 1996, 19-38쪽.

김철식, “공무원 부정부패의 원인과 현황에 대한 실증적 분석”, 공공사회연구 제2권 제1호, 한국공공사회학회, 2012, 43-76쪽.

김홍준, “뇌물의 의미”, 저스티스 통권 110호, 한국법학원, 2009, 121-179쪽.

박봉진, “공무원뇌물범죄와 대응방안”, 법학연구 제51집, 한국법학회, 2013, 381-407쪽.

이용식, “부패범죄의 의의와 반사회성”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 505-530쪽.

임 웅, “뇌물범죄에 관한 연구 - 공무원의 수뢰범죄를 중심으로 -”, 형사정책 제10호, 한국형사정책학회, 1998, 263-286쪽.

조현욱/김영철, “수뢰죄의 구성요건 중 뇌물의 약속의 의미와 대가관계”, 법학연구 제17집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 233-262쪽.

최관식, “형법상 뇌물죄에 있어서 뇌물의 개념고찰”, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구원, 2000, 165-187쪽.

[Abstract]

The Characteristic of Bribery what related to Real Estate

Kim, Do-Yoon*

Bribery crime has much leeway to violate fairness in a public official's performance of the duties. A profit related to real estate, which brings a large benefit to a bribee, has a character as accumulating wealth as well as the secret occurrence of corruption based on the advanced knowledge on the relevant task. There is much room for being intervened other interested person as well as coming to be positively involved in speculation to that extent.

In light of this characteristic, it is easy to render judgment on the related tasks and comes to be important for forfeit and additional collection in order to terminate an illicit gain in a huge sum. Especially, even an opportunity, which will participate in the speculative business, is being evaluated as a profit. Thus, there is a need to additionally collect the profits, which occurred until sentencing the fact-finding proceedings based on the time of business enforcement or the time that came to know the project execution. The effectiveness of additional collection needs to be promoted by positively utilizing even the preservation of additional collection before and after bringing an accusation against the concerned bonds. What makes it thorough

* Daejeon Local Correction Agency, Public law advocate

in the application of bribery crime and in the restitution of gain will be one method that contributes to the social trust.

[Key Words] Bribe, Real estate, additionally collect, Speculation, Corrupted Profit