

뇌물죄 규정의 구조적 한계와 포괄적 뇌물죄의 확대에 관한 고찰

A Review on the Structural Limit of Bribery Statutes and the Enlargement of Comprehensive Bribery

이 재 학*

Lee, Jae-Hak

목 차

- | | |
|-----------------------------------|-------------------------|
| I. 서론 | IV. 포괄적 뇌물죄의 확대 및 뇌물범죄의 |
| II. 뇌물죄의 구성요건체계와 보호법익 | 구조적 한계 극복방안 |
| III. 뇌물죄의 명시적 및 비명시적 주요
구성요건요소 | V. 결론 |

국가는 국민의 행복한 삶에 대한 기대를 충족시켜주어야 하며 한편으로는 국민이 희망하는 행복한 삶에서 잠재적 또는 현실적 장애요소를 제거해야 할 당위적 의무를 가지고 있다. 사회의 영속성과 국민의 행복한 삶의 토대로서의 근본 가치 및 질서에 대한 훼손의 심각성이 상당한 것으로 평가되는 부패범죄에는 공무원의 뇌물범죄가 있다. 공무원의 비리 사건, 특히 법조계의 뇌물과 관련된 비리 사건은 사회의 근본 가치 및 질서에 대한 침해의 정도가 상당한 범죄로서 평가된다. 뇌물, 직무관련성 및 대가성이라는 구성요건의 성립으로 가별성이 인정되는 공무원의 뇌물범죄는 직무관련성에 대한 축소해석 및 대가성의 입증의 어려움 등으로 인하여 일반인의 법 감정 및 상식에 반하는 결과를 초래하기도 한다. 그에 대한 반성 및 사회적 파급력의 상당함을 고려하여 대법원 판례를 통하여 정립된 포괄적 뇌물죄 역시 현행 실정법 규정의 구조적 한계에 상응하는 한계를 보여주고 있다. 규범이 규범으로서의 실효성을 갖기 위해서는 일반인의 기대수준에 상응한 규범내용이어야 할 뿐만 아니라 규범의 적용에 있어서도 실효적 기능을 유지해야 한다. 규범의 실효적 기능과 법체

투고일 : 2017. 8. 31. / 심사완료일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사

Principal Researcher, Institute of Legal Studies Konkuk University, Ph.D. in Law

계통일성의 요청은 규범 자체의 기능성을 유지함에 있지 않고 규범의 체계 내에 공존하는 사람들의 사회적 영속성과 안정성의 유지를 통한 국가 존립에 그 근본 목적이 있다고 본다.

공무원의 뇌물범죄로 대표되는 부패범죄는 사회의 영속성 및 안정성에 대한 폐해의 심각성으로 인하여 사전적으로 억제되어야 하며 사후적으로는 엄중한 형사제재가 부과되어야 한다. 엄중한 형사제재의 집행을 위하여 선행되어야 하는 것은 사회적 폐해를 고려한 구성요건의 완화 및 명시적 규정의 완비와 그에 따른 합목적적 해석이라고 본다. 따라서 사회적 폐해의 심각성 및 파급력이 상당한 영역의 공무원의 뇌물범죄에 대하여는 포괄적 뇌물죄의 구성요건에 대한 폭 넓은 해석 및 확대 적용이 필요하다고 본다. 그리하여 본고에서는 뇌물 개념의 재해석 및 준용규정의 신설, 사실상의 영향력과 직무범위의 포괄적 관계성, 이중적 기능으로서의 대가성 요건의 명시화 및 포괄적 뇌물죄 행위주체의 명시적 확장 등의 입법적 개선방안 및 뇌물죄 구성요건에 대한 합목적적 해석을 통한 현행 실정법상 뇌물죄에 대한 구조적 한계를 극복하고자 하였다.

[주제어] 부패, 뇌물죄, 포괄적 뇌물죄, 직무관련성, 대가관계, 부정청탁

I. 서론

뇌물범죄에 있어서 1997년은 대한민국과 독일 형법 역사에 있어서 중요한 해로 평가될 듯하다. 대한민국의 경우에는 대법원 전원합의체 판결¹⁾을 통하여 형법전에 규정되지 않은 포괄적 뇌물죄가 정립된 연도이고 독일의 경우에는 부패척결법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)²⁾과 수뢰죄의 기본구성요건을 규정한 개정 독일 형법 제331조 제1항³⁾에서 ‘대가성’ 요건이 삭제되어 그 적용의 폭이 확대된 연도이기 때문이다. 직무와의 전체적·포괄적 대가관계의 인정으로 뇌물죄의 성립을 긍정하는 포괄적 뇌물론과 대가성 요건을 삭제한 독일 부패척결법 및 개정 형법의 방향성은 공무원의 부패범죄 중 상당 부분을 차지하는 것으로 평가되는 뇌물범죄의 사회적 폐해의 심각성에 대한 반응과 일치한다고 본다. 그와 같은 판례 및 실정법의 개정을 통한 방향성의 전환은

1) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결.

2) BGBl. I 1997, S. 2038.

3) StGB(1. Januar 1975) § 331 ① Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. StGB(20. August 1997) § 331 ① Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstaufübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft

공정하며 정의로운 사회를 만들에 있어서 반드시 고려되어야 하고 지속적으로 행해질 필요가 있는 부정부패에 대한 대응책의 마련과 그에 상응한 실효적 제재의 정비라 평가할 수 있다. 역사적으로 사람들이 공존하는 사회 및 국가에는 일반적으로 부정부패가 존재하였다. 부정부패는⁴⁾ 사회와 국가의 압적 존재, 내부의 적, 민주사회를 붕괴시키는 독, 국가와 사회의 결정자들에 대한 신뢰를 잠먹는 것 등으로 표현된다.⁵⁾ 공직사회의 부정부패가 사회 및 국가가 감내할 수 있는 임계점을 넘는 경우 두 종류의 사태가 발생할 수 있음을 역사는 보여주었다. 하나는 부정부패에 대한 내부에서의 저항에 따른 체제의 전환이고 다른 하나는 그 기회를 이용한 외세의 침략으로 인한 국가의 붕괴가 그것이다. 따라서 한 국가 내에서의 부정부패는 국민들의 삶의 고난과 더불어 미래의 세대에 대한 잠재적 국가 붕괴의 위협 요소로서 반드시 일소되어야 할 당위성을 가지고 있다고 본다.

흔히 부정부패는 공공 및 민간부문이라는 두 영역에서 개별적 특성을 가지고 있으며 체제붕괴에 대한 위험성에 있어서 그 차이가 있다고 본다. 특히 문제가 되는 것은 공공부문에서의 부정부패이며 그 중에서도 공무원의 뇌물범죄⁶⁾가 그러하다. 공공부문에서의 부정부패는 그 폐해의 심각성이 다양하게 나타난다. 즉 법치주의에서의 정의와 공정함의 가치에 대한 훼손, 기초질서에서부터 도덕성에 대한 사회근본구조의 파쇄, 불공정과 부정의로 인한 국민의 국가에 대한 신뢰의 붕괴, 국가방위의 중추인 방위산업에서의 부패로 인한 국방력 약화, 공무원의 공무집행 및 사무처리에 있어서의 부패로 인한 공무원에 대한 국민의 신뢰도 추락 등 다양한 분야에서 복잡한 형태로 표출된다. 뇌물범죄에 대한 현행 실정법으로는 형법, 특정범죄 가중처벌등에 관한 법률(이하 특가법), 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률(이하 특경법), 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 부정청탁금지법),⁷⁾ 공무원범죄에 관한 몰수특례법(이하 공무원범죄몰수

4) 독일 연방범죄청(Bundeskriminalamt)은 다음과 같은 것을 부패의 특징으로 하고 있다. ① 공직, 경제에서 어느 기능, 정치적인 직위의 오용, ② 다른 사람을 위하여 ③ 그의 요청에 따르거나 독자적으로 ④ 자신 또는 제3자에게 이득을 얻기 위하여 ⑤ 손해나 단점의 출현을 기대하며 또는 이의 출현과 함께 ⑥ 일반 대중을 위하여(공직에서 또는 정치적 기능에서) ⑦ 사업자를 위하여(경제적인 기능에서)(Bundeskriminalamt, *Lagebild Korruption Bundesrepublik Deutschland 2002*, Stand v. 30.6.2003, S. 4(신옥주, “독일의 부패방지법제”, 최신 외국법제정보(2008.9), 한국법제연구원, 2008, 24쪽에서 재인용).

5) A. Eser/ M. Überhofen/ B. Huber(Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg Max-Planck Institute, 1997, V.(오영근, “현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안”, 대검찰청 정책연구보고서, 2010, 1쪽에서 재인용).

6) 형법 제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 뇌물과 관련되어 그 직무에 관하여 부정한 행위를 하는 범죄인 일명 ‘뇌물죄’를 제131조부터 제133조까지 규정하여 공무원 및 중재인의 부패행위를 형사제재를 통하여 억제하고 있다.

법) 및 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 부패방지권익위법) 등이 있다. 전술한 바와 같이 1997년 대법원은 뇌물죄의 구성요건인 직무관련성과 뇌물의 대가성 관계의 범위를 확대하여 전체적·포괄적 대가관계로 확대하였다. 그러나 직무관련성과 뇌물의 대가성 관계의 확대를 통한 포괄적 뇌물죄의 구성요건 역시 대가성⁸⁾에 대한 엄격한 증명의 요구로 인하여 최근의 ‘법조계 비리 사건’⁹⁾ 및 ‘스폰서 검사 사건’¹⁰⁾에서와 같이 한계를 보여주고 있다.¹¹⁾ 공무원의 부정부패에 대한 근본적 차단 방법으로는 원천적으로 재물 및 재산상의 이익을 포함한 그 밖의 이익을 수수 및 향유할 수 없도록 하는 사전적 규제와 관련자들에 대한 엄중한 형벌의 집행 및 관련된 이익 전체에 대한 몰수·추징과 더불어 불법행위에 대한 상당액의 벌금을 과하는 사후적 규제가 있을 것이다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 공직사회의 내·외부에서 뇌물을 인지상정의 사교적 답례품이 아닌 부패의 단초라는 인식과 더불어 뇌물범죄 및 뇌물범죄자에 대하여 국가의 근간을 훼손하는 국가기능에 대한 침해의 상당성을 가진 범죄 및 범죄자로 인식 및 평가하는 것이라고 본다. 그리하여 본고에서는 형사제재 범위의 확대를 통한 고위 공무원의 뇌물범죄 억제 및 그에 대한 처벌을 목적으로 대법원 판례를 통하여 정립된 직무와 뇌물과의 전체적·포괄적 대가관계를 인정한 포괄적 뇌물죄가

-
- 7) 주지하는 바와 같이 형법상 뇌물죄 관련 규정과 관련하여 부정청탁금지법은 직무관련성 및 대가성이 없는 경우에도 공직자 등의 금품수수행위를 금지하며 위반 행위에 대한 형사제재의 확대를 핵심적 특징으로 하고 있다. 즉 금품수수자가 공직에 있다는 이유로 제정되는 금품수수행위 일체를 형사처벌 또는 과태료를 통해 제재하는 데 그 목적을 두고 있는 것이다.
- 8) 국제연합부패방지협약은 뇌물죄를 공직상 직무의 수행에서 직권행사 또는 그 자제(the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties)를 목적으로 공직자 자신 또는 제3자에게 부당한 이익의 제공 또는 약속하는 행위로 규정하여 대가성 개념을 포함하고 있다(United Nations Convention Against Corruption, Oct. 31, 2003, 2349 U.N.T.S. 41, Art. 15(설민수, “한국과 미국에서 공직자의 금품수수행위에 대한 형사제재의 비교 - 뇌물죄의 구조적 한계와 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 역할을 중심으로 -”, 사법 제39호, 사법발전재단, 2017, 266쪽에서 재인용)).
- 9) 최근 사회적으로 심각한 문제가 된 대표적 법조계 비리 사건으로 정운호 전 네이처리퍼블릭 대표에게 재판 청탁과 함께 역대 금품을 받은 혐의로 기소된 ‘김수천 인천지법 전 부장판사 사건’(<http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/801707.html>)과 김정주 법선 창립주로부터 공짜주식 등을 받은 혐의로 기소된 ‘김정준 전 검사장 사건’(<http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/803763.html>) 등이 있다.
- 10) 대법원(대법원 2015. 3. 12. 선고 2013도363 판결)은 ‘스폰서 검사 사건’(남자 변호사가 피고인인 여 검사에게 제공한 벤츠 리스료 및 명품 핸드백 등이 사랑의 증표라고 주장한 사건)에서 “청탁 시점 이전에 내연관계에 기하여 교부받은 신용카드 및 벤츠 승용차를 청탁 시점 이후에도 내연관계에 기한 경제적 지원의 일환으로 계속 사용하거나 보관·사용하였다고 할 것이므로 청탁과 사이에 대가관계가 없다.”고 판시하였다.
- 11) 그와 같은 대가성을 전제로 한 현행 뇌물죄에 대한 형사적 제재가 공무원 부정부패의 척결의 한계에 대한 인식과 반성에 기초하여 2016년 많은 논란에도 불구하고 입법화된 것이 바로 “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”이다.

등장할 수밖에 없는 근본적인 이유와 함께 ‘대가성’ 요건으로 인한 처벌의 한계 극복방안을 최근 시행된 부정청탁금지법과 관련하여 법체계통일성의 관점에서 논하고자 한다.¹²⁾ 우선 뇌물죄의 보호법익 및 실정법상 뇌물죄의 구성요건체계를 살펴본(Ⅱ) 후 뇌물죄의 명시적·비명시적 주요 구성요건요소에 대한 학설 및 판례의 태도를 독일 개정 형법상 뇌물죄 구성요건과 관련하여 살펴볼 것이다(Ⅲ). 그런 다음 현행 실정법상 뇌물죄에 대한 구조적 한계를 극복하기 위하여 법체계통일성의 관점에서 공무원 뇌물범죄에 대한 실효적 억제제를 위한 뇌물죄 구성요건요소에 대한 합목적적 해석 및 입법적 개선방안을 제시하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 뇌물죄의 구성요건체계 및 보호법익

공무원의 부패범죄 중 가장 문제가 되는 범죄이며 사회적 반향성이 큰 범죄가 바로 뇌물범죄이다. 현행 실정법상 뇌물죄는 크게 형법 및 각종 특별법에 규정되어 있다. 이하에서는 형법 및 특별법상 뇌물죄의 관련 구성요건체계를 간략하게 살펴보고자 한다.

1. 뇌물죄의 구성요건체계

1.1 형법상 뇌물죄

형법상 뇌물죄는 행위 양태에 따라 범죄 유형은 다양하나 공통적인 것은 금품을 수수한 경우뿐만 아니라 요구 및 수수를 약속한 경우에도 성립하며 크게 수뢰죄와 증뢰죄로 구성되어 있다. 수뢰죄는 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속¹³⁾함으로써 성립하는 범죄이며, 증뢰죄는 공무원 또는 중재인에게¹⁴⁾ 뇌물을

12) 단 본고에서는 뇌물죄의 기본적 구성요건에 중점을 두고 논의를 하고자 하기에 단순수뢰죄를 중심으로 논하고자 하며 기타 가중적 및 변형적 구성요건인 뇌물죄에 관한 사항은 필요한 한도 내에서만 언급하고자 한다.

13) 형법 제129조의 구성요건인 뇌물의 ‘약속’은 양 당사자의 뇌물수수의 합의를 말하고, 여기에서 ‘합의’란 그 방법에 아무런 제한이 없고 명시적일 필요도 없지만, 장래 공무원의 직무와 관련하여 뇌물을 주고 받겠다는 양 당사자의 의사표시가 확정적으로 합치하여야 한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도9417 판결).

14) 중재인은 중재절차에서 이해당사자간의 분쟁을 판정하여야 하므로 직무의 공정성은 강조되어야 하지만 국가의 공권력을 일반적으로 수입행사하는 공무원과는 성질상 동일하게 취급할 수 없기 때문에 형법상 뇌물죄의 기본적 주체를 공무원으로 한정하고 중재인은 뇌물죄 적용대상의 확대와 관련하여 통합된 새로운 용어개념

공여함으로써 성립하는 범죄이다. 세부적으로 형법은 단순수뢰죄(제129조 제1항), 사전수뢰죄(제129조 제2항), 제3자뇌물제공죄(제130조), 수뢰후부정처사죄(제131조 제1항), 사후수뢰죄(제131조 제2항), 알선수뢰죄(제132조), 증뢰죄(제133조 제1항) 및 증뢰물전달죄(제133조 제2항) 등을 규정하고 있다. 또한 범인 또는 정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물에 공할 금품에 대한 몰수 및 몰수가 불가능할 때에는 그 가액을 추징할 수 있음을 규정하여(제134조) 뇌물 및 뇌물에 공할 금품에 대한 몰수 및 추징제도를 규정하고 있다. 형법상 뇌물죄의 개념 및 구성요건체계를 간략히 살펴보면, 형법상 뇌물죄의 기본적 구성요건은 단순수뢰죄이며, 사전수뢰죄는 공무원 또는 중재인이 될 자가 담당하게 될 직무에 관한 청탁 및 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 됨으로써 처벌되는 범죄이다. 제3자뇌물제공죄는 공무원 또는 중재인이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 요구 및 약속함으로써 성립하는 범죄이며 행위 및 수뢰주체가 다른 점이 단순수뢰죄와 구별된다. 수뢰후부정처사죄는 수뢰 후 부정행위에 대하여 불법이 가중되는 가중적 구성요건이며, 사후수뢰죄는 직무상 부정행위 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하거나 제3자에게 공여하게 하거나 공여를 요구·약속한 때와 재직 중 청탁을 받고 직무상 부정행위 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에 성립하는 범죄이다. 알선수뢰죄는 공무원이 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에 성립하는 범죄이다. 증뢰죄는 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사 표시로 성립하는 범죄이며 수뢰죄와 필요적 공범 관계에 있다. 증뢰물전달죄는 증뢰에 공할 목적으로 금품을 제3자에게 교부하거나 교부 받음으로써 성립하는 범죄이다.

1.2 특별법상 뇌물죄

형법 이외에도 각종 특별법이 뇌물범죄에 관하여 규정하고 있다. 특가법, 특경법, 부정청탁금지법, 공무원범죄몰수법, 부패방지권익위법 등이 그것이다. 각 특별법의 뇌물범죄와 관련된 대표적인 규정 및 내용을 간략하게 살펴보면, 특가법은 형법상 뇌물죄의 가중처벌을 규정하고 있다. 즉 형법 제129조(수뢰죄, 사전수뢰죄), 제130조(제3자뇌물제공죄) 또는 제132조(알선수뢰죄)¹⁵⁾에 규정된 죄를 범한 자는 그 수수, 요구 또는 약속

속으로 통합하는 것이 타당하다는 견해로는 도중진, “공무원의 직무에 관한 죄의 효율적 개정방안”, 법학논총 제23집 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2016, 353쪽.

한 뇌물액(수뢰액)이 1억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역, 5천만 원 이상 1억 원 미만인 때에는 7년 이상의 유기징역, 3천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역으로 가중처벌함을¹⁶⁾ 규정하고 있다(동법 제2조).¹⁷⁾ 특정법은 금융회사등의 임직원이 그 직무에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속하였을 때, 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품이나 그 밖의 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속하였을 때 및 그 지위를 이용하여 소속 금융회사 등 또는 다른 금융회사 등의 임직원의 직무에 속하는 사항의 알선에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속하였을 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처할 수 있음을 규정하고 있다(동법 제5조 제1항, 제2항 및 제3항). 부정청탁금지법은 형법, 특가법 및 특정법이 뇌물범죄의 성립요소에 직무관련성 및 대가성을 요하는 것과는 달리 직무관련성이 있는 경우 또는 직무관련성과 관계없이 동법상의 뇌물범죄가 성립함을 규정하고 있는 것이 특징이며 또한 대가성 여부를 불문하고 일정한 경우에 동법이 적용됨을 명시적으로 규정하고 있다. 즉 공직자등은 직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품 등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 되며(동법 제8조 제1항), 공직자등은 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 제1항에서 정한 금액 이하의 금품 등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 되며(동법 제8조 제2항) 또한 누구든지

- 15) 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과 수수한 금품 사이에 대가관계가 있는지는 알선의 내용, 알선자와 이익제공사 사이의 친분관계, 이익의 다과, 이익을 주고받은 경위와 시기 등 여러 사정을 종합하여 결정하되, 알선과 주고받은 금품 사이에 전체적·포괄적으로 대가관계가 있으면 충분하다. 한편 알선자가 받은 금품에 알선행위에 대한 대가로서의 성질과 그 밖의 행위에 대한 대가로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 알선행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결).
- 16) 특가법 제2조 제1항 제1호의 입법목적은 같은 법 제1조에 규정된 바와 같이 수뢰죄를 가중 처벌함으로써 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 기여한다는 데에 있는바, 수뢰죄가 우리나라의 사회질서와 국민경제에 미치는 악영향이 큰 점에 비추어 볼 때 입법정책상 공무원의 수뢰행위를 근절하기 위하여 수뢰죄를 다른 범죄보다 더 엄벌할 필요가 있고, 그 법정형이 적절한 입법정책의 범위를 현저히 초과하여 지나치게 가혹하게 규정됨으로써 헌법상 인간의 존엄과 가치의 보장 또는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 정도에 이르렀다고는 보기 어려우며, 수뢰액이 많을수록 뇌물죄의 보호법익에 대한 침해 또는 침해 위험의 정도 및 그 위법성도 높다고 할 것이므로 위 규정이 합리적 근거 없는 차별 입법이라고 할 수 없어 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조에 위배되지 아니한다(대법원 1992. 2. 28. 선고 91도3364 판결).
- 17) 법정형의 하한의 측면에서 보면 수뢰액이 3천만 원 이상이면 적어도 살인죄의 법정형에 해당하고 있다. 이와 같은 과도한 형법은 비교법적으로 볼 때도 그 유래를 찾아 볼 수 없고, 법원의 실체양형과도 괴리를 보일 뿐만 아니라 통계적으로도 수뢰죄의 예방이라는 입법목적인 일반예방의 효과도 나타나지 못하기 때문에 합리적인 입법방식이라고 할 수 없다는 견해로는 도중진, 앞의 논문, 352쪽.

공직자등에게 또는 그 공직자등의 배우자에게 수수 금지 금품 등을 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 해서는 아니 됨을 규정하고 있다(동법 제8조 제5항). 공무원범죄물수법은 형법 제129조부터 제132조까지의 죄 및 특가법 제2조 및 제5조의 죄에 해당하는 특정공무원범죄를 범하여 얻은 불법수익 및 불법수익에서 유래한 재산인 불법재산¹⁸⁾에 대한 몰수를 규정하고 있다(동법 제3조 제1항). 마지막으로 부패방지권익위법은 공직자가 재직 중 직무와 관련된 부패행위로 당연퇴직, 파면 또는 해임되거나 공직자였던 자가 재직 중 직무와 관련된 부패행위로 벌금 300만 원 이상의 형의 선고를 받은 자인 비위면직자 등은 당연퇴직, 파면, 해임된 경우에는 퇴직일, 벌금 300만 원 이상의 형의 선고를 받은 경우에는 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 날부터 5년 동안 일정 기관에 취업할 수 없음을 규정하고 있다(동법 제82조).

2. 뇌물죄의 존재목적과 보호법익

2.1 뇌물죄의 존재목적

형법 제129조 이하의 규범들은 공무원 또는 중재인이 직무와 관련하여 금품 또는 부당한 이익을 수수, 요구 및 약속하는 것을 금지함으로써 국가기관으로서의 공무원의 공정한 직무의 수행과 공정한 국가기관의 기능을 확보하고자 함에 그 목적이 있다. 또한 공무원의 뇌물범죄에 대하여 특가법, 특경법, 부정청탁금지법, 공무원범죄물수법 및 부패방지권익위법 등은 각 특별법의 입법목적에 뇌물죄의 존재목적은 직·간접적으로 규정하고 있다. 즉 형법 등에 규정된 특정범죄에 대한 가중처벌 등을 규정함으로써 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을(특가법 제1조), 건전한 국민경제운리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌과 그 범죄행위자에 대한 취업제한 등을 규정함으로써 경제 질서를 확립하고 나아가 국민경제 발전에 이바지함을(특경법 제1조), 공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보함을(부정청탁금지법 제1조), 특정공무원범죄를 범한 사람이 그 범죄행위를 통하여 취득한 불법수익

18) ‘불법수익’이란 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산을 말하며, ‘불법수익에서 유래한 재산’이란 불법수익의 과실로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법수익이 변형되거나 증식되어 형성된 재산을 말한다. 그리고 ‘불법재산’이란 불법수익과 불법수익에서 유래한 재산을 말한다(공무원범죄에 관한 몰수특례법 제2조).

등을 철저히 추적·환수하기 위하여 몰수 등에 관한 특례를 규정함으로써 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고 깨끗한 공직 풍토를 조성함을(공무원범죄몰수법 제1조) 그리고 국민권익위원회를 설치하여 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하고, 부패의 발생을 예방하며 부패행위를 효율적으로 규제함으로써 국민의 기본적 권익을 보호하고 행정의 적정성을 확보하며 청렴한 공직 및 사회풍토의 확립에 이바지함을(부패방지권익위법 제1조) 그 목적으로 규정하고 있다.

2.2 뇌물죄의 보호법익과 보호정도

공직사회의 부정부패는 영속성을 가져야 할 국가 및 사회를 해체할 위험성을 지니고 있으며¹⁹⁾ 그 해악 및 위험의 정도는 민간영역에서의 부정부패에 비하여 상당하다고 본다. 따라서 국가 및 사회의 영속성에 있어 그 근본정신인 공직사회의 공정성의 확립을 통한 국가기능의 공정성 확립에 뇌물죄에 대한 가벌성의 목적이 있다. 그와 같이 뇌물죄의 보호법익은 거시적으로는 국가기능의 공정성에 있으며 구체적으로는 ‘직무행위의 불가매수성’이라는 로마법적 사고와 ‘공무집행의 순수성 및 불가침성’이라는 게르만법적 사고로 대립되고 있다. 뇌물죄의 보호법익이 직무행위의 불가매수성에 있다는 로마법적 사고는 직무상의 의무위배, 즉 부정행위와 관계없이 뇌물죄의 성립을 인정함에 반하여 공무집행의 순수성 및 불가침성이라는 게르만법적 사고는 직무상의 의무위배인 부정행위가 있는 경우에 뇌물죄의 성립을 인정하는 점에서 차이가 있다. 학설상 다수설은 직무행위의 불가매수성을 뇌물죄의 보호법익으로 이해하고 있으며 판례는 현재 ‘직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성’ 또는 ‘직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성’을 직접적 보호법익으로 보고 있다.²⁰⁾

뇌물성은 의무위반행위의 유무와 청탁의 유무 및 수수시기의 직무집행행위의 전후를 가리지 아니하고, 따라서 뇌물죄에 있어서의 직무와의 관련성도 이와 같은 성질에 따라

19) 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 640쪽.

20) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3378 판결; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도1082 판결. 그러나 보호법익을 다양하게 파악하게 되면 모든 보호법익을 침해·위태화해야 범죄가 성립할 수 있는 것인지 아니면 어느 하나의 보호법익이라도 침해·위태화해야 범죄가 성립할 수 있는지 혼동을 줄 수 있고 해석상 어려움이 초래될 수 있기에 뇌물죄의 보호법익을 다양하게 함으로써 뇌물죄의 성립범위를 넓히려고 하는 것은 바람직하지 않다는 견해로는 오영근, 앞의 보고서, 9쪽.

법령에 의하여 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 또는 장래에 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라고 하더라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 뇌물죄에 있어서의 직무라고 새겨야 한다.²¹⁾ 이러한 점에서 뇌물죄는 반드시 행위의 결과를 필요로 하지 않는 추상적 위험범이다.²²⁾ 공무원이 수수한 금원이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 당해 공무원의 직무 내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방간에 특수한 사적인 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등의 제반 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이고, 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 볼 때 공무원이 금원을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지의 여부도 하나의 판단 기준이 된다.²³⁾ 생각건대, 형법은 공무원의 직무상 의무위배와 관계없이 뇌물죄 성립을 인정하며 직무상 의무위배가 있는 경우에 수뢰후부정처사죄로 형벌을 가중하기 때문에 뇌물죄의 보호법익은 직무행위의 불가매수성으로 이해하는 것이 타당하다.²⁴⁾ 그러나 현행 실정법 규정의 체계에 근거하여 그와 같이 이해할 수 있으나 한편으로는 로마법적 사고의 ‘직무행위의 불가매수성’과 게르만법적 사고의 ‘직무의 순수성 및 불가침성’은 별개의 상충적 보호법익이 아니라 보완적 보호법익이며 궁극적 목표를 공유하는 보호법익으로 이해하는 것이 타당하다고 본다.²⁵⁾ 즉 공직자의 직무행위가 매수되어서는 안 된다는 직무행위의 불가매수성은 결국 직무매수행위로 인한 직무행위의 순수성에 대한 훼손을 방지하여 국민의 신뢰를 받는 공직자의 공정한 직무의 수행, 즉 순수성을 유지한 공무의 집행을 목표로 하기 때문이며 또한 공직자의 직무의 순수성과 공정성으로 인한 국민의 신뢰 구축을 위한 직무행위의 불가매수성으로 이해할 수 있기 때문이다.

21) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1568 판결.

22) 박상기, 앞의 책, 641쪽.

23) 대법원 2001. 9. 18. 선고 2000도5438 판결.

24) 박상기, 앞의 책, 641쪽; 송동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 771쪽.

25) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결.

III. 뇌물죄의 명시적 및 비명시적 주요 구성요건요소

뇌물죄의 구성요건으로는²⁶⁾ 행위주체로서의 공무원 또는 중재인, 행위객체로서의 뇌물 및 뇌물의 개념요소로서의 직무(관련성)에 관하여는 명시적으로 규정하고 있으나 대가성 요건에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 않아 많은 논란이 지속되고 있는 것이 현실이다. 특히 명시되지 않은 뇌물과 직무와의 대가관계에 관한 요건을 확장하며 대법원 판례에 의하여 정립된 포괄적 뇌물죄와 관련하여 더욱 그러하다. 그리하여 이하에서는 본격적인 논의에 앞서 현행 형법상 뇌물죄의 주요 구성요건요소인 뇌물 및 직무(관련성)에 관한 학설 및 판례의 태도를 우선적으로 살펴본 후 비명시적 구성요건요소인 대가성 요건을 판례 및 독일 형법 관련조문과 함께 살펴보려고 한다.

1. 뇌물죄의 명시적 구성요건요소인 뇌물 및 직무관련성

1.1 뇌물의 개념 및 뇌물의 내용인 ‘이익’

우리 현행 형법은 뇌물의 개념과 관련하여 정의규정을 두고 있지 않기에 학설과 판례를 통하여 뇌물의 개념이 정의되고 있는 것이 현실이다. 뇌물의 개념에 대하여 학설은 다양한 견해를 취하고 있다. 즉 ‘직무에 관한 부당한 이익’,²⁷⁾ ‘직무와 관련된 불법한 이익’,²⁸⁾ ‘직무에 관한 불법한 보수 또는 부당한 이익’,²⁹⁾ 또는 ‘직무에 관한 불법한 대가로서 사람의 수요와 욕망을 충족시킬 수 있는 일체의 유·무형적 이익’³⁰⁾ 등으로 뇌물의 개념을 정의하고 있다. 그와 같은 다양한 정의에서 공통적 요소로 평가되는 것은 바로 ‘직무’와 ‘이익’이라는 구성요소이며 ‘직무’와 ‘이익’은 상호관계에 대한 평가에서

26) 우리 형법상 뇌물죄의 기본적 처벌규정은 형법 제129조 제1항이 규정한 수뢰죄로 처벌을 위해서는 (a) 공무원 (또는 중재인)이 (b) 직무에 관하여 (c) 뇌물을 (d) 수수, 요구 또는 약속하는 행위가 입증되어야 한다. 다만 여기서는 주요 명시적 구성요건요소로서 ‘뇌물 및 직무’를 중심으로 살펴보려고 하며, 비명시적 구성요건요소인 ‘대가성’에 관하여는 항을 바꾸어 살펴보려고 한다.

27) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009, 1275쪽; 박상기, 앞의 책, 641쪽; 이재상, 형법각론 제8판, 박영사, 2012, 720쪽.

28) 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 906쪽; 이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사, 2008, 771쪽.

29) 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2009, 830쪽; 손동권/김재윤, 앞의 책, 777쪽; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 776쪽.

30) 임웅, 형법각론 개정판 보정, 법무사, 2006, 827쪽.

‘대가관계’로서 평가될 수 있는 것이다. 그리하여 뇌물의 개념 및 의미는 직무와의 관계에서 ‘대가관계’의 성립을 전제로 평가될 수 있다. 전술한 바와 같이 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접적 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반행위의 유무와 청탁의 유무 및 금품 수수시기와 직무집행행위의 전후를 가리지 아니한다.³¹⁾

뇌물죄에 있어서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유·무형의 이익을 포함하며³²⁾ 또한 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 이에 해당한다.³³⁾ 따라서 뇌물 공여자가 스스로 성행위의 상대방이 되는 것, 즉 성교행위나 유사성교행위를 통하여 성적 이익을 제공하는 것도 뇌물죄의 객체가 될 수 있다. 또한 뇌물이 반드시 경제적 가치가 있거나 금전적 이익으로 환산할 수 있는 것에 한정된다고 볼 수 없다. 향응과 같은 무형적 이익도 뇌물에 해당함이 분명한 이상, 전술한 무형적 이익인 ‘성행위’를 뇌물에 포함하여 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어난 것으로 보이지 않고, 뇌물죄의 보호법익 및 목적에도 부합한다. 따라서 뇌물의 개념에 성행위가 포함된다는 해석이 죄형법정주의에서 금지하는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수도 없다.³⁴⁾ 한편 부정청탁금지법은 ‘금품등’에 관하여 ‘금전, 유가증권, 부동산, 물품, 숙박권, 회원권, 입장권, 할인권, 초대권, 관람권, 부동산 등의 사용권 등 일체의 재산적 이익, 음식물·주류·골프 등의 접대·향응 또는 교통·숙박 등의 편의 제공 및 채무 면제, 취업 제공, 이권 부여 등 그 밖의 유형·무형의 경제적 이익’으로 규정하고 있어(동법 제2조 제3호) 전술한 학설 및 판례에 의하여 정의된 형법상 뇌물죄의 뇌물의 개념과 유사한 정의 규정을 따르고 있다.

뇌물죄에 있어서의 뇌물성은³⁵⁾ 직무와의 관련성이 있으면 인정되는 것이고, 그 뇌물을 받는 제3자가 뇌물임을 인식할 것을 요하지 아니하며, 그 뇌물을 제3자에게 공여하게

31) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91도3364 판결.

32) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94도993 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 2000도4714 판결; 대법원 2001. 9. 18. 선고 2000도5438 판결; 임웅, 앞의 책, 827쪽.

33) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2251 판결.

34) 서울중앙지방법원 2013. 4. 12. 선고 2012고합1753 판결.

35) 뇌물성을 인정한 대표적인 판례로는 정치인이 직무행위에 대한 대가로써의 실체를 가지는 정치자금을 받은 경우(대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결), 상당액의 향응을 제공받은 경우(대법원 1996. 12. 6. 선고 96도144 판결), 급행료를 받은 경우(대법원 1982. 10. 26. 선고 81도1409 판결), 수수한 금품을 사교적 의례의 형식으로 사용한 경우(대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결), 사교적 의례의 형식을 빌어 공무원의 직무와 관련하여 금품을 수수한 경우(대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결); 뇌물성을 부정한 판례로는 사교적 의례의 범위에 속한 향응이나 물품을 제공받은 경우(대법원 1982. 9. 14. 선고 81도2774 판결).

한 동기를 묻지 아니하므로, 어떤 금품이 공무원의 직무행위와 관련하여 교부된 것이라면 그것이 시주의 형식으로 교부되었고 또 불심에서 우러나온 것이라 하더라도 뇌물임을 면할 수 없다.³⁶⁾ 특히 포괄적 뇌물죄의 성립과 관련한 대통령의 직무와 관련하여 뇌물은 대통령의 직무에 관하여 공여되거나 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다. 그리고 정치자금,³⁷⁾ 선거자금, 성금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도, 그것이 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 아니한다.³⁸⁾ 따라서 뇌물죄에 있어서의 뇌물성은 직무와의 관련성을 그 성립요건으로 하나 공무원의 직급에 따라, 즉 하위직에서 고위직으로 갈수록 직무의 범위에 대한 확대 해석을 할 필요성이 있는 것이다. 또한 대통령, 국회의원 및 차관급 이상의 공무원 등이 확대 해석을 요하는 공무원임을 인정하는 현재까지의 판례의 태도 및 공무원 뇌물범죄의 폐해의 심각성 및 위험성을 고려할 때, 포괄적 뇌물죄의 행위 주체에 대한 범위의 확대 및 적용 대상 등이 명시적으로 규정될 필요성이 상당하다고 본다.

1.2 직무의 범위와 직무관련성

뇌물죄에 있어서 직무는 법령에 의하여 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련된 직무 및 과거에 담당하였거나 또는 장래 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라고 하더라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 말한다.³⁹⁾ 또한 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함한다.⁴⁰⁾ 그리고 소속과 이외의 과의 소관사무가 직무와 관련성이 있는 경우에는 수뢰죄의 직무에 포함된

36) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도3424 판결.

37) 정치자금 기부행위의 뇌물성과 관련하여 정치자금의 기부행위는 정치활동에 대한 재정적 지원행위이고, 뇌물은 공무원의 직무행위에 대한 위법한 대가로서, 양자는 별개의 개념이다. 정치자금의 명목으로 금품을 주고받았고 정치자금법에 정한 절차를 밟았다고 할지라도, 정치인의 정치활동 전반에 대한 지원의 성격을 갖는 것이 아니라 공무원인 정치인의 특정한 구체적 직무행위와 관련하여 금품 제공자에게 유리한 행위를 기대하거나 또는 그에 대한 사례로서 금품을 제공함으로써 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가진다면 뇌물성이 인정된다(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도21536 판결).

38) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결.

39) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94도993 판결.

40) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결; 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도2251 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도13584 판결.

다.⁴¹⁾ 직무행위는 작위·부작위의 여부 및 적법·위법의 여부와 관계없이 인정될 수 있다.⁴²⁾ ‘직무에 관하여’라 함은 공무원이 그 지위에 수반하여 공무원로서 취급하는 일체의 직무를 말하며, 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라 밀접한 관계가 있는 경우와 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위까지도 포함된다.⁴³⁾ 다수설은 공무원이 전직한 이후에 후임자에 대하여 과거의 직무담당자로서의 영향력을 인정할 수 있기 때문에⁴⁴⁾ 이전 직무와 관련하여 뇌물을 수수한 경우에는 직무관련성을 긍정하고 있다.⁴⁵⁾

뇌물죄에 있어서 대통령의 직무범위 및 그 직무관련성에 관하여 판례는 대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하여 정부의 중요정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업 및 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책 및 기업활동에 관한 정책 등 각종 재정·경제정책의 수립 및 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된 사업자 선정, 신규사업의 인·허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 국책사업의 사업자 선정도 역시 대통령의 직무범위에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위이므로 이에 관하여 대통령에게 금품을 공여하면 바로 뇌물공여죄가 성립하고, 대통령이 실제로 영향력을 행사하였는지 여부는 범죄의 성립에 영향을 미치지 않으며 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있고, 뇌물성을 인정하는 데에는 특별히 의무위반행위의 유무나 청탁의 유무 등을 고려할 필요가 없는 것이므로, 뇌물은 대통령의 직무에 관하여 공여되거나 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다고⁴⁶⁾ 판시하였다. 또한 국회의원이 그 직무권한의 행사로서의 의정활동과 전체적·포괄적으로 대가관계가 있는 금원을 교부받았다면 그 금원의 수수가 어느 직무행위와 대가관계에 있는 것인지 특정할 수 없다고 하더라도 이는 국회의원의 직무에 관련된 것으로 보아야 한다고⁴⁷⁾ 판시하였다. 생각건대, 상기한 대통령 및 국회의원의 직무범위 및 직무관련성

41) 대법원 1957. 7. 26. 선고 4290형상81 판결.

42) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결.

43) 대법원 1985. 2. 8. 선고 84도2625 판결.

44) 박상기, 앞의 책, 642쪽.

45) 박상기, 위의 책, 642쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2008, 805쪽.

46) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결.

과 관련하여 대법원이 전체적·포괄적 대가관계가 인정되면 뇌물수수죄가 성립한다는 판례의 태도는 타당하다. 다만, 전술한 바와 같이 대통령 및 국회의원의 권한에는 미치지 못하나 그에 준하는 폭넓은 권한과 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 고위직 공무원을 포함한 중간 간부급이상의 공무원 및 사법부에 대한 신뢰의 구축에 있어서 상당한 지위를 갖는 판·검사 역시 그의 적용대상이 됨을 실정법에 명문으로 규정할 필요성이 있다고 본다.

2. 뇌물죄의 비명시적 구성요건요소인 대가성

2.1 직무행위와의 대가관계

주지하는 바와 같이 뇌물죄의 성립여부와 관련하여 가장 논란이 되고 있는 것은 바로 ‘대가성’ 요건에 관한 것이다. 대가성의 범위 또는 뇌물과 직무와의 대가관계에 관하여 논란을 초래하고 있는 것은 현행 형법이 ‘직무에 대한 대가’가 아닌 ‘직무에 관하여’라고 규정하고 있기 때문이다. 후술하는 독일의 경우에는 1997년 개정 형법이전에는 수뢰죄의 기본구성요건을 규정한 형법 제331조 제1항에 ‘직무에 대한 대가로서’라는 문구가 명시되었기에 우리와 같은 ‘대가성’ 요건에 대한 비명시적 사유로 인한 논란이 발생하지 않았다.⁴⁸⁾ 그러나 우리의 경우에는 1953년 제정형법 이래 줄곧 ‘그 직무에 관하여’라고 규정되었기에 그와 같은 논란이 초래되었다. 학설은 뇌물죄의 성립에 있어서 직무관련성 외에 뇌물과 직무와의 대가관계가 필요한 지에 대하여 ‘대가관계 필요설’과 ‘대가관계 불요설’의 입장으로 견해의 대립을 보이고 있다. 대가관계 필요설은 뇌물은 직무와 관련성이 있는 부당한 이익이며, 부당한 이익은 직무와 대가관계가 인정되어야 하고 직무와 금품 또는 이익의 수수, 요구 또는 약속이 전체적 대가관계가 있으면 성립하고 개개의 직무행위와의 대가관계 및 직무행위의 특징이 필요하지 않다고 한다.⁴⁹⁾ 대가관계 불요

47) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

48) 물론 1997년 독일 개정형법 제331조 제1항에서는 ‘대가로서(als Gegenleistung)’라는 문구가 삭제되었다. 이에 대한 상세한 내용을 후술하고자 한다.

49) 박상기, 앞의 책, 643쪽; 서보학, “공직자 부정부패에 대한 형사법적 대응방안 - 공직자의 뇌물범죄에 대한 실체법 및 절차법적 대응방안을 중심으로 -”, 형사정책 제11호, 한국형사정책학회, 1999, 53-54쪽, 손동권/김재윤, 앞의 책, 779쪽, 한편 장래의 이익을 기대하거나 불이익을 받지 않도록 하는 것도 대가적 관계가 인정되기 때문에 사교적 의례에 속하는 경우에는 뇌물이라 볼 수 없지만 금액이나 물건의 가액이 통상적인 수준을 넘는 경우에는 가시적이고 현재적인 대가관계가 없다고 하더라도 뇌물에 해당한다는 견해로는 박상기, 같은

설은 직무와 뇌물 사이에 대가관계는 불필요하며 직무와의 인과관계 또는 상관관계의 존재로 충분하다는 견해로서⁵⁰⁾ 형법 제129조는 ‘직무에 대한 대가’가 아닌 ‘직무에 관하여’라고 규정하고 있어 ‘대가성’ 요건은 규정하고 있지 않으므로 ‘직무수행의 대가로’ 해석할 필요가 없다고 한다. 또한 뇌물죄의 성립에 있어서 직무관련성으로 충분하며 여기서의 직무관련성은 직무와 뇌물수수와의 사이의 인과관계 또는 상관관계로 이해하면 된다고 한다. 전술한 바와 같이 판례는 국회의원이 다른 의원의 직무행위에 관여하는 것이 국회의원의 직무행위 자체라고 할 수는 없으나, 국회의원이 자신의 직무권한인 의안의 심의·표결권 행사의 연장선상에서 일정한 의안에 관하여 다른 동료의원에게 작용하여 일정한 의정활동을 하도록 권유·설득하는 행위 역시 국회의원이 가지고 있는 위 직무권한의 행사와 밀접한 관계가 있는 행위로서 그와 관련하여 금원을 수수하는 경우에도 뇌물수수죄가 성립한다고⁵¹⁾ 하며 또한 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 직접적인 보호법익으로 하고 있으므로, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요는 없으며, 또한 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다고⁵²⁾ 하여 전체적·포괄적 대가관계로서 직무관련성을 전제로 하고 있다.

사교적 의례로서의 선물의 뇌물성 인정여부와 관련하여 사교적 의례로서의 선물이라도 직무와의 대가관계가 인정되는 때에는 뇌물성을 긍정하는 견해⁵³⁾와 직무와의 대가관계가 인정되는 경우에도 사회의식에서 관습적으로 승인되는 한도 내에서는 뇌물성을 부정하는 견해⁵⁴⁾의 대립이 있다. 판례는 사교적 의례에 속하는 선물은 뇌물이 아니지만⁵⁵⁾ 직무와의 대가관계가 인정되는 경우에는 사교적 의례의 형식이나 뇌물이 된다고 판시하고 있다.⁵⁶⁾ 생각건대, 순수한 의미의 일반인의 상식범위 내에서의 소액의 선물은

책, 643쪽.

50) 오영근, 앞의 책, 901쪽; 오영근, “뇌물죄에 관한 연구 - 형법 제129조의 단순수뢰죄를 중심으로 -”, 법학논총 제15집, 한양대학교 법학연구소, 1998, 249쪽.

51) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

52) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도13584 판결.

53) 박상기, 앞의 책, 594쪽; 배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013, 746쪽; 진계호, 형법각론 제4판, 대왕상, 2000, 686쪽.

54) 정성근, 형법각론 전정판, 법지사, 1996, 903쪽.

55) 대법원 1982. 9. 14. 선고 81도2774 판결.

56) 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결.

사교적 의례로서의 선물로 평가될 수 있겠으나 그의 범위를 넘어서는 고가의 선물은 직무와의 대가관계를 폭넓게 해석하여 뇌물로 평가하는 것이 타당하다고 본다.⁵⁷⁾

2.2 독일 형법상 뇌물죄의 대가성 요건

전술한 형법상 뇌물죄의 규정에 뇌물 및 직무에 관한 것은 명시적 구성요건요소로 규정되어 있으나 대가성에 관한 것은 명시적으로 규정되어 있지 않다. 학설과 판례에서 뇌물죄의 구성요건요소로서 대가성을 요하는 것은 독일 구형법상 뇌물죄의 구성요건에 대가성을 규정하고 있었기에 그에 대한 영향으로 판단하고 있다. 그러나 현행 독일 형법은 구형법과는 달리 뇌물죄의 구성요건요소에서 대가성을 삭제하였다.⁵⁸⁾

2.2.1 독일 형법상 뇌물죄의 구성요건 체계

독일 형법⁵⁹⁾은 제30장 ‘공무원의 직무에 관한 죄’라는 제목 하에 제331조(수뢰),⁶⁰⁾ 제332조(부정처사 수뢰), 제333조(뇌물공여), 제334조(부정처사를 위한 뇌물공여), 제335조(특별히 중한 부정처사 수뢰와 부정처사를 위한 뇌물공여), 제336조(직무행위의 유기), 제337조(중재법관의 보수) 그리고 제338조(재산형 및 확장적 박탈) 등으로 구성되어 있

57) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결(공무원의 직무와 관련하여 금품을 주고받았다면 비록 사교적 의례의 형식을 빌어 금품을 주고받았다고 하더라도 수수한 금품은 뇌물이 된다. 공무원이 얻는 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당는지 또는 사회상규에 따른 의례상의 대가 혹은 개인적 친분관계에 따른 교분상의 필요에 의한 것으로서 직무와의 관련성이 없는 것인지는 공무원의 직무 내용, 직무와 이익 제공자의 관계, 이익의 수수 경위와 시기 등의 사정과 아울러 제공된 이익의 종류와 가액도 함께 참작하여 이를 판단하여야 한다).

58) 미국의 경우에 있어서도 공직자의 금품수수행위를 처벌하는 대표적 범죄는 뇌물죄인데 처벌을 위해서는 ① 공직자 또는 취임예정자가, ② 가치 있는 물건의 수령, 요구, 승낙을 해야 하며, ③ 직무 행위를 목적으로, ④ 직무 수행에 영향을 끼칠 부정한 의사(corrupt intent)가 있어야 한다는 것이 입증되어야 한다(18 U.S.C. § 201(b)).

59) StGB(20. August 1997); 이후에도 개정이 되었으나 대가성 요건의 삭제와 관련된 개정 형법은 1997년 개정 형법이기에 동 개정 형법 규정을 기준으로 살펴보고자 한다.

60) 독일 형법 제331조(수뢰) ① 공무원 또는 공적 업무를 위하여 특별한 의무를 지는 자가 ‘직무수행과 관련하여 (für die Dienstausübung)’ 자기 또는 제3자를 위하여 이익(Vorteil)을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 법관 또는 중재법관이 이미 행한 재판 또는 장래 행할 재판에 대한 ‘대가로서(als Gegenleistung)’ 자신 또는 제3자를 위한 이익을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 미수범은 처벌한다. ③ 제1항에서 행위자가 스스로 요구하지 아니한 이익을 약속받거나 또는 수수한 경우, 관할관청이 그 권한의 범위 내에서 이익의 수수를 사전에 승인했거나 또는 행위자가 지체 없이 관할관청에 신고하여 그 수수를 허가 받은 경우에는 제1항에 의하여 처벌하지 아니한다.

다. 수뢰죄의 기본구성요건을 중심으로 간략하게 살펴보면, 독일 형법 제331조 제1항은 수뢰죄의 기본구성요건을 규정하고 있으며, 동 조항은 동조 제2항(법관 또는 중재법관 등의 수뢰) 및 제332조(부정처사 수뢰)에 대한 특별법적 지위를 가지고 있으며,⁶¹⁾ 직무행위와의 대가관계에 관하여 제331조 제2항⁶²⁾ 및 제332조⁶³⁾와 달리 수뢰죄의 기본구성요건을 규정한 제331조 제1항의 ‘직무행위에 대한 대가로서(als Gegenleistung für Diensthandlung)’라는⁶⁴⁾ 구성요건요소는 1997년 개정형법⁶⁵⁾에서 삭제되었다.⁶⁶⁾

2.2.2 뇌물죄의 구성요건요소로서의 대가성

독일 형법은 공무원 등이 직무수행과 관련하여 이익을 취하는 것을 금지하고 있다(형법 제331조 제1항). 우리 형법은 공무원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는

-
- 61) 독일 형법 제331조 제2항은 수뢰 주체의 신분, 제332조 제1항은 직무상 의무 위반 및 위반할 우려, 그리고 제332조 제2항은 수뢰 주체의 신분과 직무 의무의 위반에 대한 가중처벌 규정이다.
- 62) StGB(20. August 1997) § 331 ② Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.
- 63) StGB(20. August 1997) § 332 ① Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar. ② Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. ③ Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat, 1. bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder, 2. soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen.
- 64) StGB(1. Januar 1975) § 331 ① Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- 65) StGB(20. August 1997) § 331 ① Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausbübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft
- 66) 그리고 제331조 제2항과 제332조는 수뢰의 반대급부로서 ‘직무행위(Diensthandlung)’를 요구하나, 제331조 제1항은 단순한 ‘직무수행’(Dienstausbübung)으로 규정하고 있어서 제331조 제1항은 동조 제2항과 제332조에 의하여 규율되지 않는 수수행위를 규율하는 포괄적 구성요건으로서의 의미를 갖는다.

약속한 때에는 징역 또는 자격정지에 처함을 규정하고 있으나, 다수설 및 판례는 1997년 개정 전 독일 형법 제331조 제1항에 입각하여 뇌물죄의 성립에 직무행위와의 대가관계를⁶⁷⁾ 요구하고 있는 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 독일 형법상 뇌물죄⁶⁹⁾ 처벌규정에 관한 대표적 입법에는 1974년 형법전으로의 도입법(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch)과 1997년 부패척결법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)이 있다.⁷⁰⁾ 뇌물죄의 기본적 체계는 ‘형법전으로의 도입법’⁷¹⁾에 의하여 정비되었으며, 동법은 뇌물수수자(제331조 및 제332조)와 뇌물공여자(제333조와 제334조)를 구별하여 규정하였고 또한 제331조는 단순히 직무행위를 대가로 뇌물을 수수한 경우를, 그리고 제332조는 과거 또는 장래의 직무상 의무에 반하는 직무행위를 대가로 뇌물을 수수한 경우에 대한 처벌을 규정하고 있었다. 이후 부패척결법에 의하여 뇌물죄의 가벌성은 확대되었다. 동법은 공무원 자신의 이익과 관련되는 경우뿐만 아니라 제3자를 위한 이익을 도모하거나 제3자에게 제공하는 경우까지 적용범위를 확대하였고, 뇌물로서 제공된 이익과 직무행위와의 관련성 요건을 현저히 완화하였다. 또한 직무수행일반과 관련하여 이익의 수수 및 공여를 뇌물죄에 해당하는 것으로 확대하였다. 이에 따라 1997년 개정 형법 제331조 제1항과 제333조 제1항의 ‘직무행위에 대한 대가로서’(als Gegenleistung für Diensthandlung)의 요건이 ‘직무에 관하여(für die Dienstaussübung)’로 개정되게 되었다. 개정 형법에서의 ‘대가성’ 요건 삭제와 관련하여 뇌물로 제공된 이익과 직무수행 간에 대가관계를 요하지 않는다는 일부 견해가 있으나 다수의 견해는 뇌물로 제공된 이익이 추상적 직무수행에 대하여 대가관계, 즉 뇌물로 제공된 이익과 직무수행 간에 기능적 연관성이 인정되면 대가관계가 있는 것으로 인정한다고 한다.⁷²⁾

67) 후술하는 독일 개정 형법 제331조 제1항 외에도 오스트리아 형법 제304조 제1항 및 제305조 제1항, 프랑스 형법 제432-11조, 그리고 일본형법 제197조도 우리 형법과 마찬가지로 대가관계를 규정하고 있지 않다(조현욱/김영철, “수뢰죄의 구성요건 중 뇌물의 약속의 의미와 대가관계”, 법학연구 제17집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 244-245쪽).

68) 조현욱/김영철, 위의 논문, 237쪽.

69) 독일 형법상 뇌물죄 구성요건의 핵심적인 부분은 ‘불법한 합의(Unrechtsvereinbarung)’에 있다. 불법한 합의란 뇌물로서 제공된 이익의 수수자와 공여자간에 구체적·추상적 대가성에 대한 합의 즉, 일방 당사자는 이익을 그리고 타방 당사자는 이에 상응하는 그리고 이익의 공여자가 원하는 구체적 직무행위를 하거나 추상적 직무수행을 하는 데에 대한 합의를 의미한다(오영근, 앞의 보고서, 23쪽).

70) 오영근, 위의 보고서, 18-19쪽.

71) Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3. 1974, EGStGB 1974.

72) 오영근, 앞의 보고서, 24-25쪽.

IV. 포괄적 뇌물죄의 확대 및 뇌물범죄의 구조적 한계 극복방안

법전 어디에도 명시적으로 규정되지 않은 포괄적 뇌물죄를 검찰이 처음 적용한 연도가 1997년임은 앞서 언급하였다. 전두환 및 노태우 두 전직 대통령이 기업으로부터 수천억 원에 이르는 뇌물을 받은 혐의로 구속될 때 포괄적 뇌물죄가 적용되었다. 당시 대법원은 명시적·구체적 청탁이 없었더라도 대통령이 국정 운영에서 누리는 지위를 고려할 때 대가와 직무관련성이 인정된다고 하여 포괄적 뇌물죄를 공식적으로 인정하였던 것이다. 그렇다면 법원이 판례로 포괄적 뇌물죄를 인정한 이유는 무엇인지 의문을 갖는 것이 당연할 것이다. 이유는 종래의 형법 제129조 이하의 뇌물죄를 적용함에 있어서 개별적·구체적 대가관계 및 뇌물과 특정 직무행위와의 관련성에 대한 입증의 어려움과 상당한 뇌물 액수와 그로 인한 사회 및 국가에 대한 피해의 정도가 이제까지 국민들이 예상할 수 없었던 만큼 상당한 것이었기 때문이다. 그리하여 대법원은 구체적·명시적 대가성이 없더라도 전체적·포괄적으로 직무와 관련된 뇌물죄를 범한 직무 범위가 넓은 대통령이나 국회의원과 같은 정치인을 처벌하기 위하여 포괄적 뇌물죄를 정립하였던 것이다.⁷³⁾ 포괄적 뇌물죄의 주체의 범위는 대통령, 국회의원, 차관급 공무원 및 검찰 고위간부에까지 확대되고 있다. 이하에서는 그와 같은 포괄적 뇌물죄의 확대 경향에 대한 당위적 근거를 제시함과 아울러 현행 뇌물범죄에 대한 실정법 규정 및 그의 해석의 한계를 극복하고자 포괄적 뇌물죄의 확대와 관련된 현행 뇌물죄의 주요 구성요건에 대한 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

1. 부정청탁범죄 및 뇌물범죄의 가벌성 확대의 당위성과 법체계통일성

국가공무원법 제61조⁷⁴⁾와 제63조⁷⁵⁾는 공무원의 청렴의 의무 및 품위 유지의 의무를 규정하고 있고 부패방지권익위법 제7조⁷⁶⁾는 공직자의 청렴의무를 규정하고 있다. 공무원

73) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결.

74) 국가공무원법 제61조(청렴의 의무) ① 공무원은 직무와 관련하여 직접적이든 간접적이든 사례·증여 또는 향응을 주거나 받을 수 없다.

75) 국가공무원법 제63조(품위 유지의 의무) 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다.

76) 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제7조(공직자의 청렴의무) 공직자는 법령을 준수하고 친절하고 공정하게 직무하여야 하며 일체의 부패행위와 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다.

에게 청렴의 의무 및 품위 유지의 의무를 부과하는 것은 바로 공무원의 공정한 업무 처리가 국가 업무의 적정 운용에 있어서 차지하는 지위 및 공무원에 대한 국민의 신뢰가 상당하며 또한 국민의 신뢰를 받지 못하는 공무원은 국민의 봉사자로서의 본연의 지위를 향유할 수 없음을 보여주는 것이라고 본다. 공무원의 부정부패가 심화된 국가일수록 사회의 안전도는 열악한 상황에 처하게 되고 결국 사회 및 국가의 질서 체계는 붕괴에 이르게 된다. 그와 같은 상황을 사전에 방지하고자 공무원의 부정부패 범죄의 상당 부분을 차지하는 부정청탁범죄 및 뇌물범죄에 대한 형사제재를 실정법에 규정하고 있는 것이다. 물론 전술한 바와 같이 뇌물죄 성립의 핵심요소인 직무관련성과 대가성에 대한 입증의 어려움과 여러 이유로 인한 축소해석의 결과로 인하여 불법 행위자에 대한 형사제재의 정당한 부과와 집행이 일반인의 상식과 법 감정에 부합하지 않게 행해지고 있는 것이 현실이며 이에 대한 비판 역시 언론에서 조명되고 있다. 그와 같은 형법, 특가법 및 특경법상 뇌물죄의 성립에 직무관련성 및 대가성을 요하는 것과는 달리 부정청탁금지법은 직무관련성 및 대가성 여부를 불문하고 일정한 경우에 동법상의 행위금지에 대한 형사제재와 과태료의 부과를 규정하고 있으며, 또한 청탁행위 그 자체에 대한 규제와 구체적인 행위 유형의 열거를 통하여 규범의 명확성 및 예측가능성을 제고하고자 했다.⁷⁷⁾ 물론 소소한 금액의 뇌물 및 부정청탁행위 역시 불법행위이며 그에 대한 책임을 묻는 것은 당연하다. 그러나 국민들이 분노하는 것은 단지 그와 같은 사례의 경우는 아니라고 본다. 근본적으로 국민의 법 감정에 반하며 불법행위에 대한 공정한 법 집행이 행해지지 않는다는 비판의 대상이 되는 것은 고위공직자 및 판·검사 등 엄격하면서도 높은 도덕성이 요구되는 직에서 직무를 수행하는 자의 불법행위인 것이다. 포괄적 뇌물죄가 1997년 대법원 판례에 의하여 정립된 이유 및 적용대상이 점차 대통령에서 차관급에게까지 확대된 이유 등을 고려할 때 최근의 ‘법조계 비리 사건’ 및 ‘스폰서 검사 사건’에서의 법원의 좁은 직무관련성 해석 및 엄격한 대가성 입증의 요구는 포괄적 뇌물죄의 정립의 정당성에 대한 의문의 표시이며 공정한 법집행과 정의로운 사회의 구현에 대한 장애의 단초가 될 수 있다고 본다. 따라서 형법 및 부정청탁금지법 등의 법체계통일성 유지와 고위공직자 등을 포함하는 간부급 이상의 공직자 및 판·검사의 부패범죄의 사회적 폐해의 심각성과 그의 파급력을 고려할 때 가벌성의 확대, 즉 대폭 완화된 구성요건을 갖춘 포괄적 뇌물죄의 적용대상의 확대 및 그에 대한 명시적 입법의 당위성 및 필요성이 있다고 본다.

77) 김정현, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”의 문제점과 발전방향에 관한 연구, 헌법학연구 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016, 264쪽.

2. 뇌물죄 기본구성요건의 합목적적 해석 및 입법적 개선방안

뇌물죄의 구성요건요소에 대한 합목적적 해석 및 입법적 개선방안을 제시하기 이전에 서론에서 언급한 바와 같이 피고인에게 불리한 해석이며 죄형법정주의에 반한다는 비판을 받기도 한 법전에 규정되지 않은 포괄적 뇌물죄가 대법원에서 인정된 이유와 뇌물범죄 및 부정청탁범죄에 대응하기 위하여 부정청탁금지법을 포함한 각종 특별법이 제정되는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 그 이유는 바로 공직자등의 구조적 부패범죄⁷⁸⁾로서의 뇌물 및 부정청탁범죄가 사회 및 국가에 대한 피해의 심각성에 있기 때문이다. 따라서 그와 같은 공직사회의 뇌물범죄에 대한 형법상 뇌물죄의 구성요건요소에 대한 완화된 해석 및 확대된 적용방안을 살펴볼 필요성이 여기에 있는 것이다.

2.1 뇌물 개념의 재해석 및 준용규정의 신설

전술한 바와 같이 포괄적 뇌물죄가 판례를 통하여 정립된 이유는 고위공직자 등의 부패범죄의 사회에 대한 피해의 심각성에 따른 가벌성의 확대를 하고자 함에 있다. 그러나 뇌물범죄와 관련하여 현행 실정법은 불완전한 규정과 국민의 법 감정에 부합하지 않는 결과론적 피해를 초래하는 뇌물죄의 구성요건에 대한 명시적인 문언을 규정하고 있지 않다고 본다. 대표적으로 형법상 뇌물죄와 관련된 규정에는 뇌물의 개념에 대한 정의규정이 없기에 그에 대한 해석 및 정의는 학설과 판례에 맡겨져 있는 것이 현실이다. 그러나 이와는 달리 부정청탁금지법은 행위금지의 대상인 ‘금품등’에 대하여 구체적으로 규정하고 있으며(동법 제2조 제3호) 부패방지권익위법 역시 ‘부패행위’에 대하여 “공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, 공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위 및 그에 따른 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위”로 부패행위에 대한 명시적 규정을 두고 있다(동법 제2조

78) 구조적 부패범죄를 통제하기 위하여 제정된 법률에는 1980년 ‘정치자금에 관한 법률’, 1981년 ‘공직자윤리법’, 1997년 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’, 1990년 ‘부동산등기특별조치법’, 1995년 ‘부동산실권리자명의의 등기에 관한 법률’, 2008년도에 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’, 자금세탁방지를 위하여 2001년에 제정된 ‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌에 관한 법률’과 ‘특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’ 등이 있다.

제4호). 아울러 부정청탁금지법 제5조 제1항은 부정청탁⁷⁹⁾ 행위의 종류를 구체적으로 열거하고 있다. 뇌물의 개념 역시 구체적·명시적으로 형법에 규정될 필요가 있다고 보며, 뇌물과 유사한 성격을 지니고 있는 부정청탁, 부패행위 및 금품수수 등과 같이 사회적 폐해 및 공직사회 부패의 단초가 될 수 있는 요소로 평가되는 공통적 요소에 대한 준용규정의 신설 역시 필요하다고 본다. 즉 그와 같은 행위 유형은 형법상 뇌물죄의 뇌물 개념에 포섭될 수 있도록 명시적·구체적 규정 및 준용규정을 신설하는 것이 타당하다고 본다.⁸⁰⁾

2.2 사실상의 영향력과 직무범위의 포괄적 관계성

전술한 ‘법조계 비리 사건’ 및 ‘스폰서 검사 사건’의 항소심 재판부에서 관련자들의 뇌물 혐의 부분을 무죄로 판단하게 된 결정적 이유는 뇌물죄의 구성요건요소 중 하나인 직무관련성을 좁게 해석한 결과였다. 뇌물범죄와 관련될 가능성이 있는 영역은 법조계 뿐만 아니라 대통령, 국회, 정부의 고위직 공무원 등을 포함한 모든 공직 업무와 관련된 공무원들의 업무와 관련된 영역일 것이다. 서론에서도 언급하였으나 민간부문과 마찬가지로 공공부문에서의 부정부패 역시 일반적으로 금품 등을 포함한 뇌물 및 부정청탁과 관련된 대가의 관계로서의 특징을 갖고 있다. 민간부문에서의 폐해가 사회 전체에 끼치는 폐해 정도의 상대적 경함 및 정책적 대응으로 인한 폐해의 치유가 가능한 반면에 공공부문에서의 폐해는 사회 및 국가의 근본구조에 대한 균열의 단초가 될 뿐만 아니라 사회 및 국가 붕괴라는 결과론적 폐해를 초래할 상당한 위험성으로 인하여 엄중한 대책 및 처벌이 필요한 영역인 것이다. 특히 공정성이 담보되며 정의가 올바르게 구현되도록 노력해야 하는 법조계, 즉 모든 직급의 판·검사와 관련된 부정부패사건의 경우에는

79) 일반적으로 ‘부정한 청탁’이란 위법한 것뿐만 아니라 사회상규나 신의성실의 원칙에 위배되는 부당한 경우도 포함하는 것인바, 직무와 관련된 뇌물에 해당하는지 혹은 부정한 청탁이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 그 직무 혹은 청탁의 내용, 이익 제공자와의 관계, 이익의 다과 및 수수 경위와 시기 등의 제반 사정과 아울러 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어 그 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 판단 기준이 된다(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009도10681 판결; 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결). 또한 의뢰한 직무집행 자체는 위법하거나 부당하지 않더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 이에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁이면 되고 반드시 명시적 의사표시에 의해서뿐 아니라 묵시적 의사표시에 의해서도 가능하다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도12313 판결).

80) 김준성, “뇌물죄의 입법적 개선방안에 관한 연구”, 가천법학 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014, 144쪽.

보다 더 엄중한 법의 잣대를 기준으로 엄정하게 법이 집행되어야 한다. 그러나 상술한 항소심 재판부가 보여준 최근의 판시내용은 그에 부응하지 못하고 있으며 대법원 판례로 정립된 포괄적 뇌물죄⁸¹⁾의 근본 취지와 정면으로 배치되는 판결이라고 본다. 상기 사건에서와 같이 검사 및 판사와 같은 중간간부급 이상의 공무원과 준차관급으로 평가되는 지검장 및 법원장 등의 고위 공무원, 대통령, 국회의원, 그리고 최근에 차관급에까지 그 적용 대상 범위를 넓히고 있는 포괄적 뇌물죄의 정립 배경과 취지를 고려할 때, 상기한 적용 대상자 및 중간 간부급 공무원을 포함한 사실상의 영향력이 큰 공무원의 뇌물범죄에 대하여는 해당 공무원의 사실상의 영향력 범위를 기준으로 한 직무관련성에 대한 광범위한 해석이 요청되며 엄중하게 법이 적용되어야 한다고 본다.

물론 부정청탁금지법과 같이 직무관련성 여부와 관계없이 부정청탁과 관련된 행위에 대한 가벌성을 주장할 수도 있겠으나 형법과 부정청탁금지법이 금지하는 행위 태양 및 수수금액의 차이를 고려한 형사제재의 차이를 고려할 때 일체의 직무관련성이 없는 경우에만 형법상 뇌물죄의 구성요건으로서의 직무의 범위를 고려하는 것은 합리적이지 못하다고 본다. 그러나 상기한 공직자 등의 뇌물범죄와 관련된 해석 및 적용에 있어서는 직무의 범위 및 직무관련성에 대한 광의적 해석 및 적용이 행해져야 한다. 특히 대통령, 국회의원, 장·차관 등의 행정부 및 입법부 소속 공무원외에도 법의 적용과 집행을 통한 실체적 정의 구현의 장에 있는 사법부 소속의 판·검사의 경우에는 직급에 관계없이 사실상의 영향력을 기준으로 포괄적 뇌물죄의 적용이 실천적·실효적으로 행해지는 것이 국민의 법 감정에의 합치 및 사법부에 대한 국민의 신뢰를 고려할 때 타당하며 합리적이라고 본다.

2.3 이중적 기능으로서의 대가성 요건의 명시화

공직자 등의 부정부패와 관련된 범죄인 뇌물죄 판단에 있어서 가장 핵심적이나 가장 불명확한 구성요건요소로 평가되는 것이 바로 대가성에 관한 것이다. 대가성은 형법상 뇌물죄의 비명시적 구성요건요소이며 뇌물죄의 방어막으로서의 이중적 기능을 가지고 있다고 본다. 즉 뇌물죄의 구성요건요소로서의 대가성 및 대가관계에 관한 규정이 형법상 뇌물죄와 관련된 조문 어디에도 규정되지 않았기에 학설과 판례를⁸²⁾ 통하여 그의

81) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결.

82) 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법의

인정여부 및 인정범위가 논의 및 평가되는 비명시적 구성요건요소로서의 기능을 하고 있다. 다른 한편으로 대가성은 뇌물범죄와 관련된 혐의자들에게는 보호막 및 방어막으로서의 기능을 가지고 있다. 즉 뇌물범죄 관련 혐의자에게 뇌물의 수수 및 직무관련성이 인정되더라도 그와 관련된 대가성이 인정되지 않는다면 현재의 학설과 판례에 따르면 관련 혐의자들에게 형법상 뇌물죄의 적용은 불가능하기에 관련 혐의자들은 대가성의 부존재를 입증하는 데 주력할 수밖에 없는 것이다. 물론 직무관련성 및 대가성 여부와 관련 없이 형사제재를 부과하는 부정청탁금지법에 적용될 수는 있겠으나 사회적 폐해의 심각성과 보호법익에 대한 침해의 정도를 고려할 때 그와 같은 형사제재의 부과는 법익 침해에 대한 책임에 상응하지 못하는 처벌에 그칠 것이기에 불합리한 측면이 있는 것이 현실이다. 전술한 ‘법조계 비리 사건’과 ‘스폰서 검사 사건’에서와는 달리 사회적 및 법적으로 비난의 정도가 경한 금액 및 부정청탁으로 인한 범죄의 경우에는 부정청탁금지법상의 형사제재가 부과되는 것이 합리적일 것이다. 그러나 일반인의 상식 및 사회적·법적으로 비난의 정도한 중한 뇌물범죄에 대하여 형법 및 특가법상의 뇌물죄에 대한 형사제재가 아닌 부정청탁금지법상의 형사제재가 부과되는 경우에 그에 대한 사회 일반인의 법 감정 및 인식의 수준에서 납득할 만한 법의 적용과 집행이라 평가할 수 없을 것이다. 물론 앞서 살펴본 독일 개정 형법 제331조 제1항의 ‘대가성’의 삭제와 관련된 독일 학계에서의 평가 역시 대가성 문언이 삭제되었다고 하여 대가성을 일체 인정하지 않는 뇌물죄의 구성요건에 대한 판단을 하지 않고 있음은 고려될 수 있다. 그러나 동일한 뇌물범죄를 범한 자들에 대한 평가에 있어서 그들의 공직에서의 지위 및 그에 따른 보호법익에 대한 침해의 정도를 고려할 필요가 있다. 즉 소액의 경한 뇌물 및 부정청탁범죄의 경우에는 부정청탁금지법상의 형사제재 및 과태료의 부과가 합리적이나 특가법상 규정된 고액의 뇌물의 수수, 요구 또는 약속과 관련된 뇌물죄의 경우에는 대가성에 대한 엄격한 증거가 아닌 완화된 증거가 필요하다고 본다. 즉 특가법상 규정된 고액의 뇌물액과 관련된 뇌물죄의 경우에는 사실상의 영향력과 관련된 직무와의 포괄적 대가관계 및 장래적·기대적 대가관계를 예상할 수 있는 범위로의 대가관계를 확대할 필요성이 상당하다고 본다. 물론 사교적·의례적 관례로서 평가될 수 있는 금품 등의 수수의 경우에는 일반인의 법 감정 및 상식 수준에서 허용될 수 있는 범위 내의 사회적 평가 금액인

으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반 행위나 청탁의 유무, 개개의 직무행위와의 대가적 관계, 금품수수 시기와 직무집행 행위의 전후를 가리지 아니한다 할 것이고, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄는 성립한다(대법원 2000. 1. 28. 선고 99도4022 판결).

경우에는 예외가 될 것이며 그와 같은 사교적·의례적 관례로서의 금품 등의 액수가 수천만 원에 이를 경우에는 사교적·의례적 대가로서 평가할 수 없을 것이다. ‘법조계 비리 사건’ 및 ‘스폰서 검사 사건’과 관련된 법조계 공무원들이 일반인의 법 감정 및 상식 수준에서 금품 등을 수수했다면 그들에 대한 사회적·법적 비난의 정도가 현재와 같지는 않았으리라고 본다.

2.4 포괄적 뇌물죄 행위주체의 명시적 확장

형법은 단순수뢰죄, 사전수뢰죄, 제3자뇌물제공죄, 수뢰후부정처사죄, 사후수뢰죄 및 알선수뢰죄의 구성요건에 있어서 공무원 또는 중재인, 공무원 또는 중재인이 될 자 및 이었던 자로 각 행위의 주체를 한정하고 있다. 특가법은 형법 제129조, 제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 자를, 그리고 특정법은 금융회사 등의 임직원을 각 행위금지의 대상 주체로서 규정하고 있다.⁸³⁾ 그러나 형법상 뇌물죄와는 달리 부정청탁금지법 제2조는 ‘공직자등’에 초·중등교육법, 고등교육법, 유아교육법 및 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 학교 및 사립학교법에 따른 학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원, 그리고 언론사의 대표자와 그 임직원을 청탁범죄의 행위주체로 규정하고 있다.⁸⁴⁾ 즉

83) 특가법 제4조는 “국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 자본금의 2분의 1 이상을 출자하였거나 출연금·보조금 등 그 재정지원의 규모가 그 기관 또는 단체 기본재산의 2분의 1 이상인 기관 또는 단체 및 국민경제 및 산업에 중대한 영향을 미치고 있고 업무의 공공성이 현저하여 국가 또는 지방자치단체가 법령에서 정하는 바에 따라 지도·감독하거나 주주권의 행사 등을 통하여 중요 사업의 결정 및 임원의 임면 등 운영 전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기관 또는 단체의 간부직원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때 공무원으로 본다”고 규정하여 형법상 뇌물죄의 적용대상의 확대를 규정하고 있다. 부패방지권익위법 제2조는 부패방지를 함에 있어서 공직자의 범위를 “국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원과 그 밖의 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 자, 공직자윤리법 제3조의2에 따른 공직유관단체의 장 및 그 직원, 그리고 초·중등교육법, 고등교육법, 유아교육법, 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 사립학교 및 사립학교법에 따른 학교법인으로서는 국가나 지방자치단체로부터 출연금 또는 보조금을 받는 기관의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원”으로 규정하고 있다. 부정청탁금지법 제2조 제2호는 공직자 등에 대한 부정청탁 및 금품 등의 수수를 금지함에 있어서 ‘공직자등’을 “국가공무원법 또는 지방공무원법에 따른 공무원과 그 밖에 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 사람, 공직자윤리법 제3조의2에 따른 공직유관단체 및 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조에 따른 기관의 장과 그 임직원, 초·중등교육법, 고등교육법, 유아교육법 및 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 학교 및 사립학교법에 따른 학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원 그리고 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 따른 언론사의 대표자와 그 임직원”으로 규정하고 있다.

84) 이와 관련하여 2015.3. 대한변호사협회는 청탁금지법이 언론인 등을 법 적용대상에 포함시킨 것과 부정청탁의 개념을 모호하게 규정한 것, 배우자가 수수금지 금품을 받는 경우 공직자에게 신고의무를 부과한 것 등이

불법행위의 정도와 피해의 심각성을 고려한 형법 및 각 특별법의 책임에 상응한 형사제재의 부과를 규정하고 있는 것은 합리적이며 타당하다. 그러나 본고에서 핵심적으로 다루고 있는 상당한 사회적 파급력을 가지고 있으며 사회의 근본가치와 근본 질서에 대한 피해의 심각성이 상당한 특정 공무원 및 특정 영역의 특정 지위에 있는 자의 부패범죄에 대해서는 보다 엄중한 법의 잣대가 적용되어야 한다. 즉 국민의 법규범 준수 의식과 법 감정에 대한 사회적 파급력 및 사회의 근본적 가치에 대한 훼손에 대한 침해의 심각성을 고려할 때, 대통령을 포함한 행정부의 간부급 이상의 공무원, 입법기관으로서의 국회의원 및 법적 정의의 실현과 청렴성과 공정성을 대표하는 판사 및 검사, 그리고 일선 학교의 장 및 각종 언론사 대표의 경우에는 직무관련성에 대한 완화된 해석과 함께 뇌물과 직무와의 대가관계를 폭넓게 인정하는 ‘포괄적 뇌물죄’를 인정하는 것이 타당하다. 특히 전술한 ‘법조계 비리 사건’ 및 ‘스폰서 검사 사건’에서와 같이 상당한 금품의 수수행위가 행해진 법조계에서의 뇌물 범죄에 관하여는 종래 포괄적 뇌물죄의 전체적·포괄적 대가관계에 대한 해석에 있어서 좀 더 완화된 해석, 즉 대가관계의 입증에 완화된 대가관계의 개연성으로 그 요건을 확대할 필요성이 상당하다고 본다. 그와 같은 대가성 해석의 확대는 형법 제129조 제1항의 대가요건의 부재, 1997년 독일 개정 형법 제133조 제1항에서의 대가요건의 삭제, 법조계 비리사건 등에 대한 국민의 상실감과 분노 그리고 공정성과 정의에 기초한 사회의 근본 가치의 확립을 통한 정치적 통일체로서의 국가의 안정과 유지에 대한 바람 등을 고려할 때 합리적이며 타당한 요청과 해석이라고 본다.

헌법 제21조 언론의 자유·헌법 제11조 제1항 평등권·헌법 제12조 제1항 죄형법정주의의 명확성의 원칙·헌법 제19조의 양심의 자유 등에 위배되어 위헌이라는 이유로 헌법소원을 제기했다. 이외에도 인터넷신문 발행인·대표·기자, 사립학교 교직원·재단 이사장과 이사, 사립유치원장 등이 청탁금지법에 대해 헌법소원을 제기하였다(헌법재판소 2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합)); 그러한 헌법재판소는 언론인 및 사립학교 관계자를 공직자등에 포함시켜 이들에 대한 부정청탁을 금지하고, 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위는 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’을 적용하지 아니하는 청탁금지법 제5조 제1항 및 제2항 제7호 중 사립학교 관계자와 언론인에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 하였으며 또한 부정청탁금지조항 및 대가성 여부를 불문하고 직무와 관련하여 금품등을 수수하는 것을 금지할 뿐만 아니라, 직무관련성이나 대가성이 없더라도 동일인으로부터 일정 금액을 초과하는 금품등의 수수를 금지하는 청탁금지법 제8조 제1항과 제2항 중 사립학교 관계자와 언론인에 관한 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 언론인과 사립학교 관계자의 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다고 결정하였다.

V. 결론

국가는 국민의 행복한 삶에 대한 기대를 충족시켜주어야 하며 한편으로는 국민이 희망하는 행복한 삶에서 잠재적 또는 현실적 장애요소를 제거해야 할 당위적 의무를 가지고 있다. 사회의 근본 가치 및 질서에 대한 훼손은 다양한 스펙트럼으로 사회에 투영된다. 그와 같은 근본 가치 및 질서에 대한 훼손의 심각성이 상당한 것으로 평가되는 것에는 부패범죄가 있을 것이고 그 부패범죄의 상당 부분을 차지하며 공무원에 대한 국민의 신뢰를 훼손하는 범죄에는 공무원의 뇌물수수 행위가 있다. 사회적 파급력이 큰 고위 공무원의 비리 사건, 특히 법조계의 뇌물과 관련된 비리 사건은 국민에 대한 파급력이 상당한 사회의 근본 가치 및 질서에 대한 침해의 정도가 상당한 범죄로서 평가된다. 뇌물, 직무관련성 및 대가성이라는 구성요건의 성립으로 가별성이 인정되는 공무원의 뇌물범죄는 직무관련성에 대한 축소해석 및 대가성의 입증의 어려움 등으로 인하여 일반인의 법 감정과 상식에 반하는 결과를 초래하기도 한다. 그에 대한 반성 및 사회적 파급력의 상당함을 고려하여 대법원 판례를 통하여 정립된 포괄적 뇌물죄 역시 현행 실정법 규정의 구조적 한계와 상대적으로 상응하는 한계를 보여주고 있다. 규범이 규범으로서의 실효성을 갖기 위해서는 일반인의 기대수준에 상응한 규범 내용이어야 할 뿐만 아니라 규범의 적용에 있어서 역시 실효적인 기능을 유지해야 하며 실정법은 가능한 한 법체계통일성을 유지해야 한다. 규범의 실효적 기능과 법체계통일성의 요청은 규범 자체의 기능성을 유지함에 있지 않고 규범의 체계 내에 공존하는 사람들의 사회적 영속성과 안정성의 유지를 통한 국가 존립에 그 근본 목적이 있다고 본다.

공무원의 뇌물범죄로 대표되는 부패범죄는 사회의 영속성 및 안정성에 대한 피해의 심각성으로 인하여 반드시 사전적으로 억제되어야 하며 사후적으로는 엄중하게 형사제재가 부과되어야 한다. 엄중한 형사제재의 집행을 위하여 선행될 것은 사회적 피해를 고려한 구성요건의 완화 및 명시적 규정의 완비와 그에 따른 합목적적 해석이라고 본다. 따라서 사회적 피해의 심각성 및 파급력이 상당한 영역의 공무원의 뇌물범죄에 대하여는 포괄적 뇌물죄의 구성요건에 대한 폭 넓은 해석 및 확대된 적용이 필요하다. 아울러 공무원의 뇌물범죄를 근본적으로 사전에 차단하는 방법이 강구되어야 한다. 원천적으로 재물 및 재산상의 이익을 포함한 뇌물로 평가되는 이익을 수수 및 향유할 수 없도록 사전적으로 규제할 필요성이 있다. 사후적 조치인 관련자들에 대한 엄중한 형사제재의

집행 및 뇌물수수의 시기와 상관없는 불법수익에 대한 몰수 및 추징과 더불어 공직사회의 내·외부에서 인지상정의 사교적 답례품이 아닌 부패의 단초라는 뇌물에 대한 인식을 지속적으로 명확하게 인식할 필요성이 있다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2009.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
- 이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사, 2008.
- 임 응, 형법각론 개정판 보정, 법무사, 2006.
- 이재상, 형법각론 제8판, 박영사, 2012.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 정성근, 형법각론 전정판, 법지사, 1996.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2008.

2. 학술지

- 김정현, “‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, 헌법학연구 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016, 249-283쪽.
- 김준성, “뇌물죄의 입법적 개선방안에 관한 연구”, 가천법학 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014, 143-166쪽.
- 도중진, “공무원의 직무에 관한 죄의 효율적 개정방안”, 법학논총 제23집 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2016, 335-364쪽.
- 서보학, “공직자 부정부패에 대한 형사법적 대응방안 - 공직자의 뇌물범죄에 대한 실체법 및 절차법적 대응방안을 중심으로 -”, 형사정책 제11호, 한국형사정책학회, 1999, 47-68쪽.
- 설민수, “한국과 미국에서 공직자의 금품수수행위에 대한 형사제재의 비교 - 뇌물죄의 구조적 한계와 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 역할을 중심으로 -”,

사법 제39호, 사법발전재단, 2017, 263-308쪽.

오영근, “뇌물죄에 관한 연구 - 형법 제129조의 단순수뢰죄를 중심으로 -”, 법학논총 제15집, 한양대학교 법학연구소, 1998, 237-253쪽.

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

3. 자료집 및 보고서

신옥주, “독일의 부패방지법제”, 최신 외국법제정보(2008.9), 한국법제연구원, 2008.

오영근, “현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안”, 대검찰청 정책연구보고서, 2010.

[Abstract]

A Review on the Structural Limit of Bribery Statutes and the Enlargement of Comprehensive Bribery

Lee, Jae-Hak*

The state has to fulfill the expectation of the happy life of the people, and on the other hand has the duty to remove the potential or real obstacle in the happy life that people desire. There is a bribery of public servants in the corruption crime where the seriousness of the damage to the fundamental value and order as the foundation of the society's permanence and the happy life of the people is judged to be considerable. Incidents of corruption involving civil servants, especially those related to bribery, are assessed as a serious crime of infringement on the fundamental values and order of society. The comprehensive bribery of the Supreme Court of Korea is also limited by the structural limitations of the current law in view of its reflection and social impact. In order for a norm to be effective as a norm, it must not only be a normative content corresponding to the expectations of the general public, but also maintain effective functions in the application of norms. The fundamental function of the norm and the request for the unity of the legal system are the basic purpose of maintaining the state through maintaining the social permanence and stability of the people coexisting in the system of norms, not maintaining the function of the norm itself. Corruption crimes, represented by bribery crimes by public officials, must be genuinely suppressed due to the seriousness of the harm to the permanence and stability of society, and criminal sanctions must be strictly imposed in the aftermath. The implementation of strict criminal sanctions is expected to be preceded by the relaxation of the constitutional requirements in consideration of the social harm and the completion of the explicit provisions and the conclusive interpretation accordingly.

[Key Words] Corruption, Bribery, Comprehensive Bribery, Job Relevance, Relation of Reciprocity expected, Improper Solicitation

* Principal Researcher, Institute of Legal Studies Konkuk University, Ph.D. in Law