「法과 政策」第10號, 2004. 8. 30.
濟州大學校 社會科學硏究所

賂物罪에 관한 小考

김 수 길*

목 차

Ⅰ. 序 說
Ⅱ. 賂物罪의 法的 性質과 保護法益
Ⅲ. 賂物罪에 있어서의 職務
Ⅳ. 賂物의 內容
Ⅴ. 結 語

Ⅰ. 序 說

공무원의 직무와 관련된 범죄를 공무원의 직무범죄라 하고 그 중에서 가장 논의가 많은 부분의 하나가 뇌물죄라 할 수 있다. 뇌물죄는 일반적으로 공무원 또는 중재인이 직무행위의 대가로 이익을 취득하거나 공무원·중재인에게 이익을 제공하는 행위를 총칭하는 범죄이다. 따라서 뇌물죄는 공무원이라는 지위를 개인적 이익취득을 위하여 남용한 경우[1] 또는 공무원이 금전 때문에 국가의 기능을 부패하게 하는 경우를 말한다고 할 수 있다[2]. 형법상 뇌물죄는 뇌물을 받는 수뢰죄(Bestechlichkeit)와 뇌물을 주는 증뢰죄(Bestechung)로 구성되어 있다. 다만 증뢰죄는 공무원범죄가 아니지만 공무원의 직무범죄와 관련성이 있을 뿐만 아니라 수뢰죄와 서로 대향관계에서 성립하는 것이 보통이므로 함께 논의되고 있을 뿐이다.

뇌물죄는 인간이 갖고 있는 욕구가 개인적이고 세속적인 형태로 나타날 경우에 발생하는 범죄로서 전세계적으로 가장 비난받아야 할 범죄로 규정하고 있으며, 그 해악 또한 사회구성의 근본을 흔드는 위험성을 지니고 있다고 해도 과언은 아니다[3]. 최근 우리나라의 현실은 정·관계의 정치권 및 고위 공무원 등 사회의 지도적 중심계층에 소

* 法政大學 法學部 敎授
1) Arzt / Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 5, 1985, S. 133.
2) 유기천, 「형법학(각론강의 하)」, 일조각, 1979, p. 301.
3) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 1999, p. 592.

속된 자가 자기에게 위임된 권한 내지 지위를 남용하여 신뢰를 배반하고 개인적 이익 취득을 충족시키기 위하여 이른바 후원금·떡값, 성의표시 등의 명목으로 갖가지 유형·무형의 이득을 취하는 뇌물범죄가 만연되고 있는 실정이다.

뇌물범죄는 국가기능의 공정성과 이에 대한 국민의 신뢰기반을 깨뜨리는 심각한 국가적 사회적 문제로서 이에 대한 원인규명과 방지대책을 시급하게 강구하여야 할 것이다. 그런데 뇌물죄는 일반범죄와는 다른 여러 특징을 가지고 있고[4] 또한 그 범위가 너무 방대하므로 본고에서는 뇌물죄의 대표적 형태인 수뢰죄(제129조 제1항)를 그 범위로 제한하여 가장 논란이 되고 있는 보호법익과 직무 및 뇌물의 내용을 학설과 판례를 중심으로 검토하고자 한다.

II. 賂物罪의 法的 性質과 保護法益

1. 法的 性質

뇌물죄의 법적 성질에 관하여는 연혁적으로 보아 두개의 기본적 법사상이 있다. 하나는 로마법에서 유래하는 사상으로서 공무원의 순수성을 강조하여 일정한 직무행위의 대가로 뇌물을 받기만 하면 뇌물죄가 성립하고 공무원이 직무의무에 위반했는가는 문제 삼지 않는다. 다른 하나는 게르만법에서 유래하는 것으로서 공무원의 직무의무에 위반함으로써 부정한 직무행위의 대가로 뇌물을 주고 받은 경우에만 뇌물죄가 성립하는 것으로 본다. 전자는 그 직무행위의 유무를 문제삼지 않은 점이 특징이고, 이에 반하여 후자는 직무집행의 적정을 강조하여 부정한 직무행위를 매수하거나 정당치 못한 직무행위를 감행하는데 대한 대가를 수수하는 데에 중점을 두고 특히 불공정한 재판을 매수하거나 그 대가수수라는 점에 그 본질을 두려고 한다[5].

4) 뇌물범죄가 범죄학적·형사정책학적 측면에서 다른 공무원 범죄와 구별되는 특징으로는 ① 범죄주체의 신분적 특수성으로 인하여 범행의 형태가 전형적인 화이트칼라범죄(white collar crime)의 성격을 지니고 있고 범죄자는 자기 행위에 대한 죄의식이 희박하다는 점, ② 자백범이라할 만큼 범죄구성요건상 주관적 요소가 중요하다는 점, ③ 수뢰자와 증뢰자가 이해관계면에서 같기 때문에 수사기관에서 탐지수사를 하기가 곤란하다는 점, ④ 직접적인 피해자를 명확히 인식할 수 없다는 점, ⑤ 범죄가 지능적, 잠재적, 음성적이어서 증거수집이 매우 곤란하다는 점 등이다. 김병주, "공무원범죄와 그 대응방안", 「법학논총」, 조선대학교 법학연구소, 1998, pp. 613-615 ; 이동명·이중백, "뇌물죄에 있어서의 뇌물", 「법학연구」 제7집, 한국법학회, 2001, p. 463 ; 이희선, "뇌물죄의 특징과 보호법익", 「인문사회과학논문집」 제7권 제1호, 중부대학교 인문사회과학연구소, 2003, pp. 613-615참조.

독일형법은 보통법시대이래 로마법의 사고를 취하였으나[6] 현행 독일형법은 공무원의 뇌물수수를 처벌하는(제331조) 한편 직무위반의 행위에 대한 뇌물수수를 가중처벌하고 있으므로(제332조) 두가지 근본사상이 융화되어 있다. 오스트리아 형법도 마찬가지다(제304조 제1항·제2항). 우리 형법은 제129조에서 공무원 또는 중재인이 직무에 관하여 뇌물을 받거나 약속하면 직무의무의 위반과 상관없이 수뢰죄를 인정하고, 제131조에서는 이에 따른 공무원 또는 중재인의 부정행위가 있으면 특히 형을 가중하고 있는 것으로 볼때, 로마법적 사상을 기본으로 하면서 게르만법적 사상도 가미한 입법태도를 취하고 있다고 할 수 있다[7].

2. 保護法益

뇌물죄가 국가기능의 공정성을 궁극적으로 보호하고 있다는 점에서는 다툼이 없다. 그러나 그 직접적인 보호법익이 무엇이냐에 대해서는 전통적으로 두가지 법사상과 관련하여 견해가 나누어 진다.

1) 學說

(1) 純粹性說

직무행위 자체의 순수성(Reinheit der Amtshandlung) 내지 직무의무의 불가침성(Unverletzlichkeit der Amtspflicht)을 보호한다는 견해이다. 이 학설은 뇌물죄는 공무원등이 직무상의 의무위반으로 불법적인 매수자에게 국가의사를 매도한다고 보는 게르만법 사상에 기반을 둔 Binding에 의하여 주장된 입장이다. 이에 의하면 뇌물죄의 성립에 공무원이 직무상 그 의무에 위반한 사실의 존재를 전제로 한 결과 수뢰죄는 장래의 직무행위에 대해서만 성립하는 소위 결정범죄(Bestimmungsverbrechen)에 해당하고, 수뢰죄의 기본유형은 가중수뢰죄(수뢰후부정처사죄)로 되며, 단순수뢰죄는 가중수뢰죄를 보충하는 의미를 갖게된다. 즉 직무행위의 순수성의 전제가 되는 무상성의 원칙은 매수자와 공무원과의 사이에 뇌물과 대가관계에 따른 직무행위를 행한다는 불법한 약

5) 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1996, p. 890 ; 진계호, "뇌물죄에서의 몇가지 문제", 「법학논총」 제4집, 조선대학교 법학연구소, 1998, p. 450.
6) Maurach / Schroeder, Strafrecht, Bensonder Teil, Teilband 1, 6 Aufl., 1977, S. 201.
7) 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2003, p. 763 ; 김일수, 「한국형법V(각론 하)」, 박영사, 1995, p. 591 ; 은행표, "뇌물죄에 관한 소고", 「법학논총」 제4집, 조선대학교 법학연구소, 1998, p. 246 ; 정성근, 전게서, p. 891 ; 진계호, 전게논문, p. 456.

정에 의해 침해되어지는 것으로 이해하여, 수뢰죄는 결정범죄로서 장래의 직무행위에 대해서만 성립하며 또한 단순수뢰죄는 가중수뢰죄를 보충하는 것에 불과하다는 해석론을 전개하고 있다[8].

그러나 이 설에 대하여는 과거의 직무행위에 대한 수뢰와 직무의무에 위반하지 않은 단순수뢰행위를 처벌하는 이유를 설명할 수 없고, 공무의 순수성은 모든 직무범죄에서 공통적으로 보호되어야 할 가치이므로 이로써 다른 직무범죄와 구별되는 수뢰죄에 특수한 불법내용을 충분히 특징지울 수 없다는 비판이 제기되고 있다[9].

(2) 不可買收性說

수뢰죄는 공무원의 직무행위의 무상성, 불가매수성(Unentgeltlichkeit, Unkäuflichkeit der Amtshandlung)을 직접적인 보호법익으로 한다는 견해이다. 이 견해는 공무원의 직무의무위반유무나 직무에 대한 현실적인 침해유무와는 관계없이 뇌물과 대가관계만 있으면 수뢰죄가 성립한다고 하는 로마법사상을 기초로 하여 Birkmeyer에 의하여 주장된 것이라고 할 수 있다. 우리 형법이 직무의무에 위반하지 않는 정당한 직무행위에 관해서도 수뢰죄의 성립을 인정하고 있는 점을 근거로 한 종래 우리나라의 다수설이며[10], 대법원 판례의 태도[11]이기도 하다. 이에 의하면 과거의 직무행위에 대해서도 뇌물수수가 있으면 수뢰죄는 성립하며, 단순수뢰죄가 수뢰죄의 기본유형이고 가중수뢰죄는 단순수뢰죄의 가중유형이라 하게 된다[12].

그러나 이 설에 대하여는 알선수뢰죄에 있어서 알선하는 공무원 자신의 직무행위는 뇌물과의 사이에 대가관계가 없으므로 알선받는 다른 공무원의 직무행위는 처음부터 매수의 대상도 아니므로 알선수뢰죄를 합리적으로 설명할 수 없게 된다. 또한 이 학설을 관철하면 수수료 등의 비용지불이 의무로 되어 있는 직무행위까지도 수뢰죄가 성립한다고 해야 하고, 나아가 논리의 일관성을 유지하자면 오히려 가중수뢰죄를 기본적 구성요건으로 보아야 하는 문제점이 있다는 비판이 가해지고 있다[13].

---

8) 김신규, "뇌물죄에 관한 연구", 「사회과학연구」 제12집, 목포대학교 사회과학연구소, 1997, p. 155.
9) 정성근, 전게서, p. 891.
10) 권문택외, 「주석 형법각칙(상)」, 한국사법행정학회, 1982, p. 110 ; 배종대, 전게서, p. 764 ; 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999, p. 639 ; 은행표, 전게논문, p. 250 ; 황산덕, 「형법각론」, 방문사, 1983, p. 49.
11) 대판, 1965. 5. 31, 64도723 「뇌물에 관한 죄의 직접적인 보호법익은 공무원 또는 중재인의 직무행위의 불가매수성이라 할 것이다」.
12) 진계호, 전게논문, p. 452.
13) 김신규, 전게논문, p. 157.

(3) 義務違反說

뇌물죄는 일정한 법익을 침해하는 범죄가 아니라 공무원의 염결성을 유지해야 할 의무에 위반하였기 때문에 처벌된다는 견해이다[14]. 이 설은 공무원이 불법적 매수자에게 국가의사를 매도해서 아니된다는 의무위반성을 강조하는 게르만법의 사상을 기초로 하여 주로 알선수뢰죄의 처벌근거를 설명하기 위해서 주장된 이론이다.

그러나 이 설에 대하여는 공무원의 의무위반은 모든 직무범죄에 공통되는 것이므로 의무위반성으로 수뢰죄에 특수한 불법내용을 특정지울 수 없으며, 직무에 위반하지 않은 행위와 과거의 직무행위에 대해서도 뇌물수수가 있으면 수뢰죄로 처벌하는 이유를 설명할 수 없고, 수뢰죄의 처벌범위를 부당하게 확대시킬 위험성이 있다. 또한 뇌물과 직무행위와의 대가관계가 있어야 한다는 양자의 관련성을 설명하기 곤란하다는 비판이 가해지고 있다[15].

(4) 國家意思變改說

뇌물죄가 처벌되는 것은 국가기관(공무원)이 의무에 위반하여 국가의 의사를 변개하였기 때문이며, 의무위반에 의한 국가의사변개로부터 국가의사를 보호해야 한다는 견해이다. 이 설은 게르만법의 사상에 근거를 둔 Binding의 순수성설을 수정하여 독일의 일부학자들이 주장한다[16]. 이에 의하면 수뢰죄의 기본유형은 가중수뢰죄이고 단순수뢰죄는 가중수뢰죄의 전단계에 있는 추상적 위험범에 불과하다고 하여 양자를 독립된 범죄로 이해하며, 수뢰죄의 불법근거는 뇌물의 대가인 직무행위에 대한 의무위반성에 있다고 하게 된다.

그러나 이 설에 대하여는 뇌물죄의 구체적 보호법익으로 국가의사라는 개념이 너무 추상적이라는 비판을 받고 있다. 특히 우리 형법상의 가중수뢰죄는 단순수뢰죄의 규정내용을 그 전제로 하여 부정한 직무행위에 대해서 형을 가중하고 있으므로 수뢰죄의 기본유형은 단순수뢰죄라고 하여야 하고, 모든 수뢰죄에 공통되는 요소는 뇌물과 직무행위와의 대가관계가 있다는 점에 있으므로 단순수뢰죄와 가중수뢰죄를 각각 독립된 범죄로 보아야 할 이유도 없다. 이에 따르면 예컨대 공무원이 뇌물수수와 관계없이 타인의 유혹을 받아 의무에 위반한 직무집행을 한 경우에도 수뢰죄가 성립한다고 해야 하는데 이러한 경우는 형법적 질서를 침해하였다고 볼 수 없고, 과거의

14) 小野清一郎, 「刑法各論」, 有斐閣, 1950, p. 48 ; P. Baldus, StGB, LK 9. Aufl., 1961. § 331 Rdn.19.
15) 정성근, 전게서, pp. 892-893.
16) Dölling, Betrug und Bestechlichkeit durch Entgeltannahme für eine vorgetäusche Dienstpflichtverletzung, Jus 1981, S. 574.

직무행위에 대해서 뇌물을 수수한 경우에는 처벌할 수 없게 되므로 타당하지 않다는 비판이 있다[17].

(5) 綜合說(結合說)

뇌물죄의 보호법익을 직무행위의 공정(불가매수성)과 이에 대한 사회일반의 신뢰라고 이해하거나[18] 또는 직무담당자인 국가기관 및 그 직무자체의 공정과 직무행위의 불가매수성에 대한 공공의 신뢰라고 이해한다[19]. 현재 독일의 통설이며[20] 신뢰보호설이라고도 불리운다. 이러한 견해는 모든 수뢰행위가 직무행위와 관련하여 이익을 취득·요구·약속하는 데 있으므로 공무원이 직무행위와 관련하여 이익을 취득·요구·약속하게 되면 그 직무의무에 위반했는지를 불구하고 국가공무에 대한 일반적 위험이 생기게 되어 사회일반의 신뢰도 침해되며, 이익을 취득·요구·약속하는 공무원과 이익을 제공하는 자가 불법한 약정을 하는 그 자체에 불법의 실체도 있으므로 수뢰행위를 통일적으로 설명할 수 있을 뿐만 아니라 다른 직무범죄와 동일한 체계 내에서 이해할 것을 이유로 한다. 이에 의하면 가중수뢰죄도 직무행위와 관련하여 이익을 취득·약속한다는 점에서 단순수뢰죄와 본질에서 동일하고, 다만 형을 가중하는 가중유형일 뿐이며, 과거의 직무행위에 대한 뇌물수수와 알선수뢰죄도 수뢰죄로 설명할 수 있게 된다고 한다[21].

그러나 "사회일반의 신뢰"라는 개념은 너무나 애매한 개념이라는 점을 부정하기 어렵고 "직무행위의 공정에 대한 일반의 신뢰"를 보호법익으로 하고 있지만 "사회일반의 신뢰"란 공무원직무의 불가매수의무와 적정한 직무집행의무의 확보에 의거하여 국가나 지방공공단체의 작용이 보호됨에 따른 "반사적 이익"에 불과하다 할 것이기에 구체적 내용에 추상적 개념을 부가해야 할 이유는 없다는 비판이 가해지고 있다[22].

---

17) 정성근, 전게서, p. 893 ; 진계호, 전게논문, p. 453.

18) 김종원, "뇌물죄의 문제점", 「고시계」, 1987.10, p. 15 ; 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2003, p. 676 ; 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2003, p. 820 ; 정성근, 전게서, p. 894.

19) 김신규, 전게논문, p. 164 ; 김일수, 전게서, p. 594.

20) Dreher / Tröndle, Strafgesetzbuch, 43, Aufl., 1986, S. 1564 ; Johannes Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 10. Aufl., 1986, S. 225 ; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte, 1977, S. 464.

21) 정성근, 전게서, p. 894.

22) 배종대, 전게서, p. 764 ; 은행표, 전게논문, p. 250. 오영근 교수는 불가매수성이라는 구체적 개념에는 이미 사회일반의 신뢰라는 개념이 포함되어 있다고 할 수 있어서 불가매수성이라는 개념과 사회일반의 신뢰라는 개념을 별개로 파악하여 양자를 결합시킬 필요가 없다고 주장한다. 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, p. 1020.

2) 判例

판례는 종래 뇌물죄의 보호법익을 "직무행위의 불가매수성"이라고 표현했으나[23] 최근에는 "직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있다"고 하여[24] 뇌물죄의 보호법익을 "직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 불가매수성"으로 보고 있다.

대판 2003. 6. 13, 2003도1060은 「뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반 행위나 청탁의 유무 및 금품수수 시기와 직무집행 행위의 전후를 가리지 아니한다 할 것이고, 따라서 뇌물죄에서 말하는 "직무"에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 포함한다 할 것이고, 수뢰후부정처사죄에서 말하는 "부정한 행위"라 함은 직무에 위배되는 일체의 행위를 말하는 것으로 직무행위 자체는 물론 그것과 객관적으로 관련있는 행위까지를 포함한다」고 판시하고 있다.

3) 檢討

우리나라의 경우 초기학설은 일본과 독일의 입법해석론에 따른 무비판적 답습으로 순수성설과 불가매수성설이 대립되어 왔으나 현재의 학설은 대체로 종래까지의 통설과 판례입장인 직무행위의 불가매수성설과 종합설이 대립되고 있다. 그러나 어느 학설도 우리 형법의 뇌물죄 관련규정을 합리적이고 포괄적으로 이해할 수 없게 하는 한계가 있다.

공무원은 국민에 대한 봉사자로서 공정하게 직무를 수행할 의무를 진다. 만일 공무원이 그 직무의 대가로 부당한 이익을 취한다면 직무집행이 불공정하게 될 우려가 있다. 이러한 의미에서 국가작용의 불가매수성이 뇌물죄의 보호법익에 포함되는 것은 당연하다. 그러나 국민일반이 국가작용의 공정성을 신뢰할 때 비로소 국가기능이 정상적

23) 대판 1965. 5. 31, 64도723.

24) 대판 2003. 6. 13, 2003도1060 ; 대판 2004. 10. 12, 2001도3279 ; 대판 2001. 1. 28, 99도4022 ; 대판 2001. 1. 21, 99도4940 ; 대판 1999. 11. 9, 99도2530 ; 대판 1998. 3. 10, 97도3113 ; 대판 1997. 12. 26, 97도2609 ; 대판 1997. 4. 17, 96도3378 ; 대판 1996. 1. 23, 94도3022 ; 대판 1984. 9. 25, 84도1568 ; 대판 1984. 8. 14, 84도1139.

으로 작용할 수 있게 된다는 점 또한 간과할 수 없을 것이다. 뇌물죄가 공무원의 직무범죄의 일종인 이상 다른 직무범죄와 통일적인 체계를 유지하면서 뇌물죄의 불법내용을 특징지울 수 있어야 할 뿐만 아니라 직무위반이 없는 뇌물수수와 사전수뢰 및 알선수뢰죄를 포함한 모든 수뢰행위에 타당할 수 있는 보호법익이라야 한다[25].

그런데 우리 형법은 직무행위의 정·부정을 불문하며, 직무행위가 현실적으로 행하여지지 않는 경우에도 뇌물죄의 성립을 인정하는가 하면, 다른 공무원의 직무에 대해 알선하는 공무원의 행위도 처벌하고 있다. 그렇다면 우리 형법의 해석상으로는 불가매수성설만을 고집할 수 없다고 생각된다[26]. 공무원의 직무행위는 그 자체로서 정당한 것이어야 하고 일반국민도 이를 신뢰하는 것이 보통이므로 만약 공무원이 직무행위의 대가로 뇌물을 받는다면(공무의 매수)공무집행의 공정에 대한 일반의 불신이 야기될 것이므로 직무행위의 불가매수성을 보장한다 함은 결국 직무집행의 공정성에 대한 일반의 신뢰보호에 직결되는 것이라 할 수 있다[27]. 따라서 뇌물죄의 보호법익은 직무행위에 대한 불가매수성과 이에 대한 사회일반인의 신뢰에 있다고 보는 종합설 내지 결합설이 타당하다고 생각된다[28].

Ⅲ. 賂物罪에 있어서의 職務

뇌물죄는 공무원 등의 그 직무에 관하여 부당하거나 부정한 이익의 수수를 처벌하는 범죄이므로 뇌물죄의 본질적 구성요건요소는 직무에 관하여 뇌물을 받는다는 점에 있다. 일반적으로 뇌물이란 뇌물과 직무사이에 대가관계가 필요하다는 의미에서 「직무에 관한 부당한 이익 또는 직무에 관한 부당한 이익 또는 직무에 관한 불법한 보수」로 정의한다[29]. 이하에서 직무관련성을 보면 다음과 같다.

---

25) 김용세, "뇌물죄의 보호법익과 구성요건체계", 「형사법연구」 제8호, 한국형사법학회, 1995. p. 85 : 정성근, 전게서, p. 894

26) 진계호, 전게논문, p. 445.

27) 김용세, 전게논문, p. 85 : 이회선, 전게논문, p. 199.

28) 김병주, 전게논문, p. 626 : 김성천·김형준, 「형법각론」, 동현출판사, 2001, p. 84 : 김신규, 전게논문, p. 164 : 김용세, 전게논문, p. 85 : 김일수, 전게서, p. 594 : 김종원, 전게논문, p. 15 : 이재상, 전게서, p.676 : 이회선, 전게논문, p. 199 : 정성근, 전게서, p. 894 : 진계호, 전게논문, p. 455 도 같은 입장이다.

29) 김성천·김형준, 전게서, p. 815 : 김일수, 전게서, p. 599 : 박상기, 전게서, p. 593 : 배종대, 전게서, p. 766 : 백형구, 전게서, p. 640 : 이재상, 전게서, p. 678 : 정선근, 전게서, p. 635 : 진계호, 전게논문, p. 459.

1. 職務의 意義

직무(Diensthandlung)란 공무원 또는 중재인이 지위에 따라서 담당하는 일체의 사무를 말한다. 공무원의 직무에 관한 죄 중에서도 뇌물죄와 관련한 직무는 직무위배죄나 직권남용죄의 직무보다 폭넓은 개념에 속한다. 그러므로 여기에서 직무는 국가작용이나 행정사법작용이라도 상관없고, 행정상의 사실행위라도 무방하다[30]. 직무의 범위 내지 권한은 법령뿐만 아니라 지령, 훈령 또는 행정처분에 의한 경우는 물론[31] 관례에 의하여 당해 공무원이 일반적 추상적인 직무권한에 속하는 것이면 현실적·구체적으로 담당하고 있는 사무임을 요하지 않는다[32]. 또한 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위도 직무행위에 포함되므로[33] 상사를 보조할 지위에 있는 부하공무원으로서 관례상 또는 상사의 명령에 의한 소관 이외의 사무를 일시 대리한 경우의 직무도 포함된다[34]. 그 직무에 관하여 반드시 독립된 결정권을 가져야 할 필요는 없고[35] 결정권자를 보좌하거나 사실상 영향을 미칠 수 있는 직무이면 충분하다[36].

내부적인 사무분배에 의하여 현실적으로 담당하고 있지 않는 사무라든가[37] 장래에 담당할 사무 또는 과거에 담당했던 사무라 할지라도 일반적인 직무권한에 속하는 이상 수뢰죄가 성립한다[38]. 그러나 최소한 당해 공무원의 일반적인 권한에 속하는 사무이어야 하므로 전혀 관계없는 사항에 관하여는 수뢰죄가 성립하지 않는다[39].

---

30) 김일수, 전게서, p. 599.

31) 대판 1959. 9. 4, 4291형상284.

32) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl, 1969, S. 539.

33) 대판 1985. 5. 14, 83도 2050

34) 대판 1953. 6. 11, 4286형상11. 「증수뢰죄에서 말하는 직무 중에는 상사의 감독 통솔하에 그 상사를 보조할 종속적 지위에 있는 부하공무원으로서 관례상 또는 상사의 명에 의하여 자기소관 이외의 사무를 일시 대리할 경우에 직무도 이를 포괄한다고 해석함이 타당하다 할 것이다. 따라서 제주도 해사국의 해항과장이 교통부에 자기과 사무연락차로 의명출장함에 당하여 타과인 선박과소관에 속하는 선박수입허가신청에 관하여 그 신청인으로부터 교통부에 대한 허가속결을 추진하도록 유리하게 알선운동할 것을 의뢰받고 동 운동비 등으로 금전을 수수한 경우에는 수뢰죄를 구성한다 할 것이다」.

35) 대판 1961. 4. 15, 4290형상201.

36) 대판 2002. 5. 10, 200도 2251 : 대판 1999. 1. 29, 98도3584 : 대판 1998. 2. 27, 96도 582 : 대판 1996. 11. 15, 95도1114 : 대판 1997. 4. 17, 96도3378 : 대판 1966. 11. 15, 95도1114.

37) 대판 2003. 6. 13, 2003도1060.

38) 대판 2001. 1. 28, 99도 4022 : 대판 1996. 1. 23, 94도3022 : 대판1984. 9. 25, 84도1568

39) 대판 2002. 5. 31, 2001도670 「뇌물죄에서 말하는 직무에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 관여하는 직무행위도 포함된다고 할 것이나, 구체적인 행위가 공무원의 직무에 속하는지 여부는 그것이 공무의 일환으로 행하여졌는가 하는 형식적인 측면과 함께 그 공무원이 수행하여야 할 직무와의 관계에서

직무행위가 정당한 것인가 부정한 것인가는 묻지 않는다. 정당한 직무행위에 대한 뇌물도 직무의 공정성을 의심케 하며 일반의 신뢰를 저해할 수 있기 때문이다. 직무행위가 공무원의 재량행위에 속할 때 정당한 재량권행사와 관련하여 금품을 수령해도 뇌물죄가 성립한다. 다만 부정한 직무행위를 한 경우에는 수뢰 후 부정처사죄·사후수뢰죄(제131조)와 같은 가중유형을 구성한다. 또한 직무행위는 작위·부작위를 불문한다. 수사공무원이 고의로 수사를 하지 않거나, 세무공무원이 세금을 과하지 않는 부작위도 직무행위에 포함된다.

2. 職務關聯性

1) 職務에 관하여

뇌물은 공무원 또는 중재인의 직무에 관한 부당한 이익 또는 불법한 보수이므로 직무와 관련된 것이라야 한다. "직무에 관하여"란 행위의 객관적인 관련성을 포괄하는 것으로 직무행위 그 자체에 대한 것 뿐만 아니라 엄밀한 의미에서 직무행위는 아니지만 직무와 밀접한 관계가 있거나 객관적으로 보아 직무행위의 유형을 갖추고 있는 행위에 대한 것도 포함한다[40]. 대법원 판례도 뇌물죄에 있어서 직무에는 「공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위까지 포함된다고 하여」 국회의원이 다른 의원의 직무행위 자체라고 할 수 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 직무권한의 행사와 밀접한 관계가 있는 행위라고 판시하였다[41].

합리적으로 필요하다고 인정되는 것이라고 할 수 있는가 하는 실질적인 측면을 아울러 고려하여 결정하여야 하는바, 수산업법시행령 제62조 및 어업면허및어장관리에관한규칙 제51조의2에 의하여 해양수산부가 지정 고시한 어업손실액 조사기관인 국립대학교 부설 연구소(국립대학교 부설 연구소 아닌 사립대학교 부설 연구소도 조사기관으로 지정되어 있다)가 국가를 당사자로 하는 계약에관한법률에 근거하지 아니하고 국가와는 별개의 지위에서 연구소라는 단체의 명의로 체결한 어업피해조사용역계약상의 사업 내용에 의하여 국립대학교 교수가 위 연구소 소속 연구원으로서 수행하는 조사용역업무는 교육공무원의 직무 또는 그와 밀접한 관계가 있거나 그와 관련된 행위에 해당한다고 볼 수 없다」. 같은 취지, 대판 1999. 6. 11, 99도275 ; 대판 1980. 10. 14, 80도 1373; 대판 1979. 5. 22, 75도296.

40) 박상기, 전게서, p. 593 ; 배종대, 전게서, p. 767 ; 오영근, 전게서, p. 899 ; 이재상, 전게서, p. 679 ; 임웅, 전게서, p. 830 ; 정성근, 전게서, p. 899.

직무에 관한 것으로 볼 수 있는가를 정하는 기준은 직무집행의 공정을 해할 염려가 있는지의 여부이지만, 그 여부는 당해 행위가 현실적으로 정당한 권한 내의 행위인지 또는 행위자인 공무원이 직무집행의 의사를 가지고 있었는지 여부와 관계없이 객관적으로 직무집행의 외형을 갖추고 있었는가를 토대로 하여 판단해야 한다. 그러므로 직무집행의 공정과 거리가 먼 단순한 사적행위에 대한 이익은 그것이 집무시간 내 집무장소에서 행해진 경우라도 직무와 관련성이 부정된다[42].

2) 職務와 밀접한 관계있는 행위

직무와 밀접한 관계가 있는 행위란 직무상의 직위를 이용하거나 그 직무에 기한 세력을 기초로 공무의 공정에 영향을 줄 수 있는 행위를 말한다. 이러한 행위는 공무적인 성격을 가져야 하고 직무와 관련하여 사실상 처리할 수 있는 사무라야 한다. 즉 「직무수행에 수반하는 사무」 및 「직무권자의 의사결정에 직접 실질적인 영향을 미칠 수 있는 사무」를 의미한다. 구체적으로는 자기와 동일한 권한을 가지고 있는 공무원에게 권유·청탁하는 행위, 직무권한은 아니지만 소관사무에 관해 사실상 의견이 존중되고 결정권자의 판단에 영향을 줄 수 있는 경우, 행정기관의 구성원 사이에 사실상 권한의 위임을 받았거나 공조하여 사무를 취급하는 경우, 공무원의 본래의 직무집행에 대한 준비적 행위의 성격을 가진 경우, 조언적 행정지도나 규제적 행정지도를 하는 경우 등이 직무와 밀접한 관계에 있는 행위라고 할 수 있다[43]. 이러한 행위는 본래의 직무행위 이외의 행위이지만 직무와 밀접한 관계가 있기 때문에 행해진 행위이고, 그 행위자체가 공무성이 요구되거나 또는 본래의 직무의 공정성을 확보한다는 관점에서 본래의 직무행위는 아니어도 공정성이 요구되는 행위가 직무와 밀접한 관계있는 행위가 되는 것이다.

직무와 밀접한 관계있는 행위에 대한 판단기준으로는 첫째로 형식적인 기준으로 법령상의 근거는 아니지만 사실상 공무적인 성격의 행위인가가 기준이 되고, 둘째로 실질적인 기준으로는 금품의 수수 등과 본래의 직무공정성에 대한 사회적 신뢰를 해하는 행위인가 여부가 기준이 된다고 할 수 있다[44]. 판례는 「공무원의 직무내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방간에 특수한 사적 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을

41) 대판 1997. 12. 26. 97도2609. 같은 취지, 대판 2002. 5. 31. 2001도670 ; 대판 2000. 6. 15. 98도3697 ; 대판 2000. 1. 28. 99도4022 ; 대판 1999. 1. 29. 98도3584 ; 대판 1998. 2. 27. 96도582.

42) 이재상, 전게서, p. 939 ; 임웅, 전게서, p. 832 ; Schönke / Schröder / Cramer, StGB. 23. Aufl., 1988, § 331. Rdn. 12.

43) 정성근, 전게서, p. 899.

44) 김신규, 전게논문, p. 168.

수수한 경위와 시기 등 모든 사정을 참작하여 직무관련성을 판단해야 하고, 뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 의심받게 되는지 여부도 기준이 된다」고 한다[45].

뇌물죄는 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요로 하지 않기 때문에 직무관련성을 인정하는 데 특별한 청탁이 있는 가를 고려할 필요가 없다. 이에 관한 판례의 실례로는 업무집행을 지휘·감독하는 상급자인 공무원이 그 하급자로부터 부하의 비행묵인의 취지로 금원을 받은 경우[46], 시의 도시계획계장이 도지사의 소관사항인 도시계획시설결정승인신청에 관련하여 금품을 수수한 경우[47], 경락허가결정문의 문안작성에 관여한 주사보가 허가결정에 대해 청탁을 받은 경우[48], 경비교도가 서신연락이나 담배 등의 반입 등의 편의를 도모하여 달라는 부탁을 받고 금원을 받은 경우[49], 대통령경제수석비서관이 시중은행장으로부터 은행이 추진 중이던 업무전반에 관하여 선처해달라는 취지의 부탁을 받은 경우[50], 대통령이 국채산업의 사업선정과 관련하여 정치자금 명목으로 교부받은 경우[51], 경찰관들이 자신의 조사대상인 피의자들에게 특정변호사를 변호인으로 선임하도록 알선하고 수임료를 받은 경우[52], 지방의회의 의장선거에서 투표권을 가지고 있는 군의원들이 이와 관련하여 금품 등을 수수한 경우[53] 등에 대해서는 모두 직무에 관하여 뇌물을 수수한 예로 인정하였다.

그러나 문교부 편수국 교육연구관이 업자로부터 검정교과서의 수정·개편을 의뢰받고 그에 소요되는 비용을 받은 경우[54], 공판참여주사가 형량을 감경하게 하여 달라는 청탁을 받고 금품을 수수한 경우[55], 시의 측량기술원이 다년간의 경험을 기초로 입찰예정가격을 알려주고 이익을 받기로 약속한 경우[56], 보안부대소속 치안본부 연락관이 경찰서장에게 경찰공무원의 승진을 부탁하고 이에 관하여 금원을 방은 경우[57] 경찰청 정보과 근무경찰관이 외국인 산업연수생에 대한 국내관리업체 선정과 관련하여 금품

45) 대판 2002. 3. 15. 2001도970 ; 대판 2000. 10. 24. 99도3115 ; 대판 2000. 6. 15. 98도3697.
46) 대판 1968. 12. 24. 66도1575.
47) 대판 1983. 8. 23. 82도 2350.
48) 대판 1985. 2. 28. 84도2625.
49) 대판 1987. 11. 24. 87도1463.
50) 대판 1994. 9. 9. 94도 619.
51) 대판 1997. 4. 17. 96도3377.
52) 대판 2000. 6. 15. 98도619.
53) 대판 2002. 5. 10. 2000도2251.
54) 대판 1979. 5. 22. 78도296.
55) 대판 1980. 10. 14. 80도1373.
56) 대판 1983. 3. 22 82도1922.
57) 대판1983. 10. 11. 83도425

을 받은 경우[58] 등은 모두 직무와의 관련성을 부정하였다.

3. 轉職과 職務關聯性

공무원이 다른 직무로 옮긴 후에 전직 전의 직무에 관하여 뇌물을 받은 경우를 직무에 관한 것이라고 할 수 있는 가에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 부정설[59]은 전직으로 인하여 구체적 직무권한이 달라져도 추상적 직무권한의 변경이 없는 한 뇌물죄는 성립하지만 추상적 직무권한이 달라진 경우에는 전직 전의 직무에 관해서는 원칙적으로 뇌물죄는 성립할 수 없고, 다만 사후수뢰죄는 구성요건을 구비한 경우에 한하여 사후수뢰죄와 이에 대한 증뢰죄만 성립한다고 한다[60]. 그러나 공무원이 다른 직무로 옮긴 후 그 전의 직무에 관하여 뇌물을 수수한 경우에는 수뢰죄가 성립한다고 보는 것이 다수설이며[61] 또한 타당하다고 본다. 왜냐하면 전직한 공무원이 과거의 직무행위에 대한 공정과 사회의 신뢰를 보호해야 함은 물론 공무원의 직무를 반드시 현재의 직무로만 해석할 필요가 없기 때문이다. 그리고 사후수뢰죄(제131조)와 처벌균형을 이루어야 할 필요도 있다.

부정설은 이 경우 사후수뢰죄가 가능할 뿐이라고 하나 사후수뢰죄는 직무와 관련한 부정행위를 이미 행한 뒤 뇌물을 수수하는 경우로 행위유형이 제한되어 있어 전직과 관련한 지능적인 뇌물수수행위를 다 포섭할 수 없는 문제가 있다[62]. 그러나 직무의 공정과 이에 대한 사회일반의 신뢰를 보호한다는 점에서는 퇴직한 공무원이 과거에 담당하였던 사무는 원칙적으로 직무가 될 수 없다고 해야 한다. 이는 형법이 "공무원", "공무원이 될 자(제129조 2항)", "공무원이었던 자(제131조 3항)"로 구분하여 쓰고 있으므로 공무원이었던 자는 주체로 규정되어 있지 않은 경우 과거의 공무원이었던 자는 원칙적으로 뇌물죄의 주체가 될 수 없기 때문이다[63].

---

58) 대판 1999. 6. 11. 99도275.

59) 서일교, 「형법각론」, 박영사, 1978, p. 325.

60) 이 경우 일본의 학설로는 전직 전에 그 직무에 관하여 뇌물을 약속하고 전직한 후에 수수한 경우에는 뇌물수수죄만 성립한다는 견해와 뇌물약속죄만 성립한다는 견해로 나누워진다. 김신규, 전게논문, p. 171 ; 정성근, 전게서, p. 900 참조.

61) 김성천·김형준, 전게서, p. 816 ; 김신규, 전게논문, p. 172 ; 김일수, 전게서, p. 602 ; 박상기, 전게서, p. 592 ; 배종대, 전게서, p. 767 ; 오영근, 전게서, p. 1021 ; 이재상, 전게서, p. 680 ; 임웅, 전게서, p. 832 ; 이형국, "수뢰죄에 관한 고찰", 「연세행정논총」 제26집, 연세대학교 행정대학원, 2001, p. 204 ; 정성근, 전게서, p. 902 ; 진계호, 전게논문, p. 467.

62) 김일수, 전게서, p. 602 ; 배종대, 전게서, p. 767.

63) 오영근, 전게서, p. 1021.

Ⅳ. 賂物의 內容

1. 賂物의 意義

뇌물죄의 중요한 구성요건 요소는 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속하거나 공여 또는 공여의 의사표시를 하는 것을 내용으로 한다. 뇌물은 직무행위에 대한 부정한 지급이나 직무행위로 인한 위법·부당한 사적 이익의 취득이라고 할 수 있다. 따라서 법령에 근거한 정당한 봉급·수당·여비·일당·수수료 등 정당한 대가는 명목이나 형식에 구애받지 않고 뇌물이 될 수 없다. 비록 직무행위와 대가관계가 있더라도 그 대가의 성질, 종류, 가액이 보통사람들의 거래관행에 비추어 사회윤리적으로 용인할 수 있는 정도이고 또 직무의 공정성과 직무행위의 불가매수성에 대한 공공의 신뢰를 해할 정도에 이르지 않을 경우에는 불법·부정한 이익으로서 뇌물이라 할 수 없다. 그러나 직무행위에 대한 불법한 대가로서의 실체를 가지는 한 정치자금, 선거자금, 성금, 축의금 등 어떤 명목으로 제공된다고 하더라도 뇌물로서의 성격을 잃지 않는다[64].

재량권을 가진 공무원이 재량행위와 관련하여 금품을 수령한 경우도 불법한 이익이라고 해야 한다. 재량권을 가진 공무원이 금품수령의 대가로 재량권 밖의 결정을 해준 경우는 직무행위의 위법성 때문에 불법한 이익이 된다. 재량권 범위 안에서 정당한 결정을 내린 경우에도 직무행위 자체는 정당하나 공무원법상 일반적인 청렴의무(국가공무원법 제61조 1항)에 반하기 때문에 불법한 이익으로 뇌물로서의 성격을 갖게 된다[65].

2. 賂物이 되는 利益의 內容

뇌물의 내용인 이익이란 수령자의 경제적·인격적 지위를 유리하게 해주는 것을 말한다고 할 수 있다. 재산적 이익을 비롯하여 사람의 수요·욕망을 충족시킬 수 있는 모든 이익이 포함된다. 판례도 뇌물죄에 있어서의 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전·물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다고 해석하고 있다[66]. 유형·무형의 이익이란 물질

64) 대판 1997. 4. 17, 96도3377「정치자금, 선거자금, 성금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도, 그것이 정치적인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 아니한다」.

65) 김일수, 전게서, p. 605.

66) 대판 2002. 11. 6, 2002도3539 ; 대판 2002. 5. 10, 2000도2251 ; 대판2001. 9. 18, 2000도5438 ; 대판 2001. 1. 5 ; 2000도4714.

적 또는 비물질적인 이익을 말한다.

1) 財産的 利益

뇌물의 내용이 되는 이익에는 물품 기타 재산상의 이익인 것이 많다. 그러나 재산상의 이익의 공여는 금전이다. 물품 등을 실제로 교부하는 것과 같은 "유형이익"에 한하지 않고 임차금 명목의 금품[67], 금전소비대차 또는 사용대차에 따른 금융이익[68], 향응[69], 은행대출금채무에 연대보증하게 한 경우[70] 등 "무형이익"도 뇌물이 될 수 있다. 또한 이익은 적극적으로 취득하든 소극적으로 손실을 면하는 것도 역시 이익에 포함된다. 따라서 채무를 면제해 주거나 대리변제해 주는 것도 뇌물에 포함된다. 그러나 수뢰자의 이익이 반드시 증뢰자의 재산감소를 의미하는 것은 아니며 액수의 대소도 원칙적으로 문제되지 않는다[71].

그 밖에 뇌물의 내용인 이익은 약속 또는 제공 당시에 현존하거나 확정적 또는 영속적일 필요는 없고, 장차 예상되는 이익이거나 조건부 이익이라도 무방하다[72]. 따라서 시가앙등이 예상되는 채비지지분을 낙찰원가에 매수하는 경우[73], 조합아파트 가입권에 붙은 소위 프리미엄[74], 비록 경제사정의 변동으로 당초 예상과는 달리 그 사업참여로 인한 아무런 이득을 얻지 못한 경우라도 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것 자체[75] 등은 뇌물에 해당한다.

2) 非財産的 利益

뇌물의 내용인 이익은 재산적 이익에 한정하지 않고 사람의 욕망을 충족시키기에 족

67) 대판 1977. 6. 7, 76도3662.
68) 대판 1997. 9. 28, 96도2607.
69) 대판 1967. 10. 31, 67도1123.
70) 대판 2001. 1. 5, 2000도4714.
71) 한정한, "뇌물죄의 보호법익 그리고 뇌물과 직무행위와의 대가관계", 「형사법연구」 제9호, 한국형사법학회, 1997, p. 270.
72) 대판 2001. 9. 18, 2000도5438.
73) 대판 1994. 11. 14, 94도129.
74) 대판 2002. 11. 26, 2002도3539 : 대판 1992. 12. 22, 92도1762.
75) 대판 2002. 5. 10, 2000도2251 「공무원이 뇌물로 투기적 사업에 참여할 기회를 제공받은 경우, 뇌물수수죄의 기수 시기는 투기적 사업에 참여하는 행위가 종료된 때로 보아야 하며, 그 행위가 종료된 후 경제사정의 변동 등으로 인하여 당초의 예상과는 달리 그 사업 참여로 인한 아무런 이득을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄의 성립에는 아무런 영향이 없다」.

한 일체의 이익을 포함으로 비재산적 이익도 그 가치가 객관적으로 측정될 수 있는 것이면 뇌물이 된다고 보아야 한다[76]. 따라서 직위 또는 직업의 알선·제공, 이성과의 정교, 골프라든가 해외여행과 같은 유흥의 제공도 뇌물로 될 수 있다. 그 밖에 재산적 이익과 관련된 정보도 뇌물로 될 수 있을 것이다. 예컨대 특정지역의 개발정보를 제공한다든가 기업의 내부정보를 제공하여 시가앙등의 예상되는 주식을 매입할 정확한 시기를 알려 주는 등이 그 것이다[77].

비재산적 이익의 범위에 명예욕·허영심 또는 호기심 충족과 같은 정신적 만족감까지도 뇌물의 내용을 이루는 이익이 될 수 있는가에 대하여 긍정하는 견해도 있지만[78], 명예욕·허영심을 만족시키는 행위는 객관적으로 측정이 불가능하고 몰수·추정도 할 수 없으므로 뇌물이 될 수 없다고 보아야 한다[79]. 이러한 무형적 이익에까지 뇌물의 개념에 포함시키는 것은 뇌물죄의 성립범위가 지나치게 확대될 우려가 있으므로 사람의 경제적·법적·인격적 상태를 객관적으로 향상시킬 수 있는 이익에 국한된다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 상대방의 지위에 비하여 지나친 공대라든가 과분한 칭찬 등의 아부는 뇌물이 될 수 없다. 다만 이러한 이익이 객관적으로 계량이 가능한 경우에는 예컨대 공덕비를 세워주거나 기념전기를 출판해 주는 경우와 같이 직무와 대가관계가 있을 때는 뇌물이 될 수 있다고 보아야 할 것이다[80].

3. 職務와 代價關係

뇌물이 되기 위해서는 직무행위와 대가관계가 있어야 하는 가에 대하여 다수설은 뇌물과 직무와의 관련성 이외에 대가관계가 있어야 한다고 한다[81]. 이에 대해 개개의 직

76) 이재상, 전게서, p. 681 ; 이형국, 전게논문, p. 205 ; 정성근, 전게서, p. 904 ; 한정환, 전게논문, p. 273. 이에 대하여 비재산적 이익이 인간의 수요·욕망을 만족시키는 이익인 한 주관적·객관적 이익을 가리지 않으며, 경제적 가치도 불문하므로 반드시 객관적으로 특정할 수 있는 내용을 가질 필요가 없다는 견해가 있다. 김신규, 전게논문, p. 175 ; 김일수, 전게서, p. 607.

77) 김용세, "뇌물규제를 위한 현행법제: 내용과 한계", 「법학연구」 제9권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1998, p. 259.

78) 이동명·이동백, 전게논문, p. 461 ; 진계호, 전게논문, p. 474.

79) 김용세, "뇌물규제를 위한 현행법제 : 내용과 한계", p. 259 ; 은행표, 전게논문, p. 256 ; 이재상, 전게서, p. 681 ; 임웅, 전게서, p. 829 ; 정성근, 전게서, p. 904 ; Harro Otto, a.a.O., S. 466 ; Hans welzel, a.a.O., S. 539

80) 김용세, "뇌물규제를 위한 현행법제 : 내용과 한계", p. 259 ; 김신규, 전게논문, p. 176 ; 김일수, 전게서, p. 608 ; 한정환, 전게논문, p. 273.

81) 김신규, 전게논문, p. 173 ; 김일수, 전게서, p. 603 ; 배종대, 전게서, p. 768 ; 백형구, 전게서, p. 640 ; 은행표, 전게논문, p. 253 ; 이재상, 전게서, p. 680 ; 임웅, 전게서, p. 827 ; 이형국, 전게

무행위와 뇌물사이에 반드시 대가관계가 있을 필요는 없고 직무행위에 대하여 불법한 이익을 주는 것으로 족하다는 견해[82] 또는 뇌물죄의 규정은 "직무의 대가"라고 규정되어 있지 않고 "직무에 관하여"라고 규정되어 있으므로 직무와 뇌물사이에는 대가관계가 필요하지 않고 인과관계만 있으면 족하다는 유력한 견해도 있다[83]. 우리 형법이 명문으로 규정되어 있지 않은 대가관계라는 개념을 굳이 기술되어 있지 않은 구성요건요소로서 해석할 실제상이나 이론상의 필요성이 전혀 없을 뿐만 아니라 만약 명문에 규정이 없는 대가관계라는 개념을 도입하게 되면 뇌물죄의 성립에 대가관계에 대한 입증이 필요하게 된다는 것을 이유로 한다[84]. 그러나 뇌물이란 직무의 대가로서 부정한 이익을 얻는 것이므로 직무행위와 뇌물 사이에는 급부와 반대급부라는 대가관계가 필요하다고 본다.

여기에서 대가관계는 산술적 의미에서의 급부·반대급부나 시장원리에 입각한 가격관계가 아니라 직무행위에 대한 불법한 약속으로서의 부정한 이익이므로 대가관계는 개개의 직무행위에 대해 구체적으로 존재할 필요는 없고, 그 공무원의 직무에 관한 것이기만 하면 일반적·포괄적이거나 묻지 않으나 적어도 뇌물과의 대가관계를 인정할 수 있는 정도는 되어야 한다[85]. 판례도 뇌물과 직무간의 대가관계가 필요하다고 하면서, 대가관계는 개개의 직무행위에 대해 개별적으로 형성되지 않더라도 공무원의 직위·직무와 관련된 것이기만 하면 일반적·포괄적이라도 상관없다고 하여 소위 포괄적 뇌물죄라는 개념을 받아 들이고 있다[86].

논문, p. 204 ; 정성근, 전게서, p. 902 ; 진계호, 전게논문, p. 468.

82) 권문택외, 전게서, pp. 112-113 ; 이건호, 「형법각론」, 일신사, 1980, pp. 51-52.

83) 김창군, "뇌물죄에 관한 연구", 「판례연구」 제2집, 제주판례연구회, 1999, p. 211 ; 오영근, 전게서, p. 1025.

84) 이에 대한 학설과 판례의 비판에 대해서는 김병주, 전게논문, pp. 626-627 ; 김창군, 전게논문, pp. 204-208 ; 오영근, 전게서, pp. 1025-1026 ; 오영근, "뇌물죄에 관한 연구", 「법학논총」 제15집, 한양대학교 법학연구소, 1998, pp. 244-246.

85) 김일수, 전게서, p. 603.

86) 대판 1997. 12. 26, 97도2609 「뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있으므로, 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요가 없으며, 또한 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다 할 것이고, 한편 뇌물죄에 있어서 직무에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위도 포함된다 할 것이므로, 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 하고……」. 같은 취지, 대판 2001. 10. 12, 2001도3579 ; 대판 2001. 1. 21, 99도4940 ; 대판 1997. 4. 17, 96도3377.

다만 알선수뢰에 있어서 대가관계는 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항에 관하여 알선행위를 하는 것 자체를 일반수뢰죄의 직무행위에 준하는 것으로 보아 뇌물과 알선행위의 대가관계를 검토대상으로 삼아야 한다. 여기서는 뇌물이 수뢰공무원 자신의 직무행위와 관련된 것이 아니라 다른 공무원의 직무에 속한 사항을 알선해 주는 데 대한 대가이기 때문이다[87].

대가관계의 인정여부는 당해 공무원의 직무내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방간에 특수한 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등 제반 사정을 종합하여 판단해야 한다[88]. 직무행위 대가로 금품을 수수한 이상 뇌물의 용도는 불문한다. 수뢰한 공무원이 사리를 취하지 않고 부하직원들을 위하여 소비하였더라도 뇌물성이 부정되지 않는다[89]. 이와 같이 뇌물은 직무행위와 어느 정도의 대가관계가 있어야 하므로 직무와 관계가 없는 단순한 사적행위에 대한 응분의 보수는 뇌물이 아니다. 예컨대 국·공립학교의 교사가 개인교수로 받은 보수나 경찰관이 휴무기간에 유명인의 개인경호원으로 일하고 받는 보수 또는 공무원인 의사가 개인적 치료의 대가로 받은 사례 등은 공무원의 복무수칙에 어긋날 경우는 있으나 직무와 관련한 뇌물이 될 수 없다.

4. 賂物과 社交的 儀禮

추석이나 연말에 단지 사교적 의례로서 하는 선물은 원칙적으로 뇌물이 아니다. 이러한 선물은 직무행위에 대한 대가관계가 인정되지 않을 뿐만 아니라 불법·부정한 이익이라고 할 수 없기 때문이다. 그러나 사교적 의례를 빙자하여 뇌물을 수수하는 경우가 많기 때문에 단순한 사교적 의례로서의 선물과 뇌물의 구별기준이 특히 문제되고 있다. 이에 대해 ①사교적 의례의 선물이라도 직무와 대가관계가 인정되면 뇌물이 된다는 견해[90], ②직무와 대가관계가 인정되면 사교적 의례의 선물도 뇌물이 되나, 다만 금액이 사회관습상 용인되는 정도에 머무른 경우에는 사회상규에 위배되지 않는

87) 김일수, 전게서, p. 603 ; 김종원, 전게논문, p. 18, 주6).

88) 대판 2002.3.15, 2001도970 ; 대판 2001. 9. 18, 2000도5438 ; 대판 2000. 10. 24, 99도3115 ; 대판 2000. 6. 15, 98도3697.

89) 대판 1996. 6. 14, 96도865 「뇌물죄에 있어서 금품을 수수한 장소가 공개된 장소이고, 금품을 수수한 공무원이 이를 부하직원들을 위하여 소비하였을 뿐 자신의 사리를 취한바 없다 하더라도 그 뇌물성이 부인되지 않는다」.

90) 박상기, 전게서, p. 594 ; 백형구, 전게서, p. 640 ; 서일교, 전게서, p. 320 ; 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1990, p. 50 ; 황산덕, 전게서, p. 51.

행위로서 위법성이 조각된다는 견해[91], ③직무행위와 대가관계가 인정되는 경우라 하더라도 사회통념상 관습적으로 경조부조금, 전별금, 환송연이나 계절적인 문안·인사 등을 위한 선물정도를 초과하지 않는 것은 뇌물이 아니라는 견해가[92]있다.

판례는 사교적 의례의 범위에 속한 향응이나 물품의 증답은 뇌물이 될 수 없다고 하면서[93], 직무행위와 대가관계가 인정되는 경우[94] 또는 관습상 승인되는 정도를 초과한 다액의 금액이나 향응은 사교적 의례에 속한다고 볼 수 없다고 하여[95] 사교적 의례로서 허용되는 범위를 엄격히 제한하고 있다[96]. 이와 같이 판례는 사교적 의례로서의 선물과 뇌물의 한계문제에 관하여 일차적으로는 직무와의 관련성 내지 직무행위와의 대가관계가 있느냐 유무에 따라 판단하며, 이차적으로는 설령 대가관계가 있더라도 그 정도가 사회상규를 벗어났느냐 여부에 따라 뇌물유무를 판단하고 있다.

뇌물이 직무에 관한 대가로서 부정한 이익을 말하는 것인 점에서만 본다면 직무행위와의 대가관계로 주고 받는 호의는 그 정도가 크고 작든 뇌물의 성격을 띤다고 할 수 있다. 이러한 측면에서는 직무행위와 대가관계가 인정되는 한 비록 사교적 의례의 명목을 빌더라도 뇌물성을 인정해야 한다는 견해는 타당하다고 볼 수 있다. 그러나 직무행위와 대가관계가 형식적으로 존재한다고 해서 실질적 제반사정을 무시한 체 단순한 관행까지 사교적 의례에 속하지 않고 뇌물성이 인정된다고 보는 것은 옳지 않는다고 해야 한다. 따라서 대가관계의 성질이 있는 경우에도 증여된 이익의 성질과 금액이 사회상식으로 보아 관습적으로 승인되는 정도이고 직무의 공정과 이에 대한 사회일반의 신뢰를 해할 정도에 이르지 않을 경우에는 뇌물성이 없다고 보아야 할 것이다[97]. ③설이 타당하다고 생각된다.

이에 관련하여 사교적 의례로서 선물이 직무와의 관련성 또는 직무행위와의 대가관계

91) 김성천·김형준, 전게서, p. 818 ; 김종원, 전게논문, p. 18 ; 오영근, 전게서, p. 1028 ; 임웅, 전게서, p. 828.

92) 김일수, 전게서, p. 606 ; 이동명·이중백, 전게논문, p. 453 ; 이재상, 전게서, p. 681 ; 이형국, 전게논문, p. 207 ; 정성근, 전게서, p. 903 ; 진계호, 전게논문, p. 472.

93) 대판 1955. 6. 7. 4288형상129.

94) 대판 1999. 7. 23. 99도390.

95) 대판 1979. 5. 22. 79도303.

96) 대판 1996. 6. 14. 96도865 「공무원의 직무와 관련하여 금원을 수수하였다면 그 수수한 금원은 뇌물이 되는 것이고, 그것이 사교적 의례의 형식을 사용하고 있다 하여도 직무행위의 대가로서의 의미를 가질 때에는 뇌물이 된다 할 것인바, 피고인이 교부받은 금원이 금 200,000원으로서 비교적 소액이라 하더라도 그것이 주차관리원의 채용이라는 공무원의 직무와 관련하여 그 알선명목으로 수수된 것이므로 이를 단순히 사교적인 의례에 속하는 경우라거나 보호하여야 할 미풍양속이라고 할 수 없다」. 같은 취지, 대판 2002. 7. 26. 2001도6721; 대판 2001. 10. 12. 2001도3579; 대판 1999. 1. 29. 98도3584; 대판 1996. 12. 6. 96도114.

97) 정성근, 전게서, p. 903.

가 인정될 때 사교적 의례의 범위를 넘지 않는 선물에 대하여 어떤 법리에 의하여 뇌물성을 부정할 것인가 하는 점이다. 이에 대하여 사회상규에 반하지 않는 행위(제20조)로서 위법성이 조각된다는 견해가[98] 있다. 사교적 의례 또는 사회적 의례에 속한다는 말은 사회상규에 위반되지 않는다는 의미 즉 구성요건에 해당하지만 위법성이 조각된다는 의미로 받아 들여야 한다는 것을 이유로 한다. 그런데 사교적 의례로서의 선물이란 사회의식상 관습적으로 용인된 범위를 초과하지 않는 이익이므로 뇌물의 개념에 포함된다고 볼 수 없으므로 사교적 의례로서의 선물에 해당할 때는 뇌물죄의 구성요건해당성이 결여된 경우로 보아야 하며, 선물이 직무행위와 대가관계는 있으나 사회적 상당성을 초과하지 않은 경우에는 뇌물죄의 구성요건 해당성이 배제된다고 보아야 할 것이다[99].

V. 結 語

이상에서 공직부패의 가장 전형적인 범죄유형이라 할 수 있는 뇌물죄의 보호법익과 직무관련성 및 뇌물의 내용인 이익에 관하여 살펴보았다. 이하에서 요약하면 다음과 같다.

뇌물죄 특히 수뢰죄는 공무원이 공직활동을 미끼로 사리사욕을 채우거나 금품·향응 등을 제공받는 행위를 규율함으로써 이들이 물질적으로 부패함으로써 국가기능이 와해되는 것을 방지하고 공직윤리를 확립하려는 데 그 취지가 있다. 그런데 우리나라의 경우 공무원의 수뢰행위가 만연하여 공무의 공정성에 대한 국민의 신뢰기반이 동요될 만큼 심각한 국가적·사회적 문제로 대두되어 있음을 고려할 때, 우리 형법상 뇌물죄의 해석론에 있어서 보호법익은 직무행위의 불가매수성과 직무행위의 공정에 대한 사회일반의 신뢰라고 보아야 할 것이다. 법익보호의 정도는 추상적 위험범이다.

뇌물죄의 본질적 구성요건요소인 뇌물은 직무에 관한 부당한 이익을 말하며, 직무관련성은 폭넓게 해석된다. 직무는 법령·관례에 의하여 공무원 등이 담당하는 일체의 사무를 의미한다. 또한 직무관련성은 공무원이 그 지위에서 직접적 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라 직무행위에 속하지 않더라도 직무행위와 밀접한 관계가 있거나, 직

98) 김병주, 전게논문, p. 628 ; 김성천·김형준, 전게서, p. 818 ; 김종원, 전게논문, p. 18 ; 오영근, 전게서, p. 1028 ; 임웅, 전게서, p. 828.

99) 김신규, 전게논문, p. 178 ; 김일수, 전게서, p. 606 ; 김창군, 전게논문, p. 200 ; 은행표, 전게논문, p. 254 ; 이동명·이중백, 전게논문, p. 453 ; 이재상, 전게서, p. 681 ; 이형국, 전게논문, p. 207 ; 진계호, 전게논문, p. 472.

무행위와 관련하여 사실상 처리하던 사무도 포함한다.

뇌물수수와 직무행위 사이에 대가관계가 있어야 하는가에 관하여는 현행법의 해석상 많은 논의가 있지만, 뇌물이 직무에 관한 행위대가로서 부정한 이익이라고 이해한다면 뇌물과 직무행위 사이에는 대가관계가 있어야 한다고 본다. 대가관계는 개개의 직무행위에 대해 구체적으로 존재할 필요는 없고 직무에 관한 것이면 특정적이거나 포괄적이거나를 묻지 않는다. 다만 직무행위와 대가관계가 인정되는 경우라 하더라도 사회의식에 있어서 관습적으로 승인되는 한도 내에서는 사교적 의례에 속하는 선물로서 구성요건해당성이 배제된다고 보아야 한다. 그리고 뇌물의 내용인 이익은 금전·물품 등 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 욕망을 충족시킬 수 있는 것이라면 비재산적 이익까지도 포함된다. 그 이익은 약속 또는 제공 당시에 현존하거나 확정적일 필요는 없고, 장차 예상되는 이익이거나 조건부 이익인가의 여부는 문제되지 않는다.

이에 관련하여 공직자의 뇌물수수를 보다 효과적으로 규제하기 위하여는 수뢰규정의 바른 해석과 함께 수뢰범죄의 현상 및 원인규명과 이에 대한 방지대책이 강구되어야 한다. 이에 관하여는 차후의 과제로 남겨 둔다.