

공갈죄와 뇌물수수죄의 성립관계*

The Relationship between Blackmail and Bribery

김 경 락(Kim, Kyung Rak)**

ABSTRACT

The term “Bribery” means the abuse of a public official's status for personal gain. Considering the social influence of public officials, it is self-evident that corruption of civil servants has far worse effects on the nation and society than that of ordinary citizens. Therefore, in order to prevent corruption of the nation and society, bribery should be strongly punished, and when the crimes are established, there is a need to be clearly punished.

Intentions of the crime are established when all facts in the objective elements are recognized and accepted. The perception of intentions always corresponds to objective elements of the crime. Therefore, it can be said that in order for the establishment of an intentional crime of bribery, recognition of duty execution that is not included in the objective component of bribery is not required.

If the intention of performing duties is included in the subjective factor for establishing bribery, public officials who receive bribes related to their duties illegally without willingness to execute duties cannot be punished for bribery. This conclusion is contrary to the public's legal sentiment. It should be said that the intention to execute the duties is not included in the over-subjective component as well as in the intention of bribery.

Bribery, which needs to be punished strongly to prevent corruption of public officials, is consistently established when necessary elements are present. When bribery has met the necessary elements that can be established alone, its establishment cannot be restricted under the influence of the establishment of blackmail.

Blackmail and bribery have no effect on each other in the establishment of the crime.

Key word: Blackmail, Bribery, Execution of Duties, Willingness to perform one's Duties, Intention

* 이 논문은 2018년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.

** 제주대학교 해양산업경찰학과 교수, 법학박사

I. 관련 대법원 판결

1. 대상판결

[뇌물죄와 공갈죄 관련] [1] 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고, 이러한 경우 재물의 교부자가 공무원의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이라면 그는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 뇌물공여죄는 성립될 수 없다고 하여야 할 것이다. [2] 세무공무원에게 회사에 대한 세무조사라는 직무집행의 의사가 있었고, 과다계상된 손금항목에 대한 조사를 하지 않고 이를 묵인하는 조건으로, 다시 말하면 그 직무처리에 대한 대가관계로서 금품을 제공받았으며, 회사의 대표이사는 공무원의 직무행위를 매수하려는 의사에서 금품을 제공하였고, 그 세무공무원은 세무조사 당시 타회사 명의의 세금계산서가 위장거래에 의하여 계상된 허위의 계산서라고 판단하고 이를 바로잡아 탈루된 세금을 추징할 경우 추징할 세금이 모두 50억 원에 이를 것이라고 알려 주었음이 명백하다면, 문제된 세금계산서가 진정한 거래에 기하여 제출된 것인지, 세무공무원의 묵인행위로 인하여 회사에게 추징된 세금액수가 실제로 줄어든 것이 있는지 여부에 관계없이 그 세무공무원 및 대표이사의 행위가 뇌물죄를 구성한다고 한 사례.¹⁾

2. 참조판결

[뇌물죄와 사기죄 관련] 뇌물을 수수함에 있어서 공여자를 기망한 점이 있다 하여도 뇌물수수죄, 뇌물공여죄의 성립에는 영향이 없고, 이 경우 뇌물을 수수한 공무원에 대하여는 한 개의 행위가 뇌물죄와 사기죄의 각 구성요건에 해당하므로 형법 제40조에 의하여 상상적 경합으로 처단하여야 할 것이다.²⁾

II. 논의의 쟁점

뇌물죄란 공무원 또는 중재인이 직무행위에 대한 대가로 법이 인정하지 않는 이익을 취

1) 대법원 1994. 12. 22. 선고 94도2528 판결; 같은 취지의 대법원 판결: 공무원이 직무집행을 방자하여 타인을 공갈하여 재산을 교부케 한 경우에는 공갈죄만이 성립하고 금품제공자에 대하여 증뢰죄가 성립될 수 없다(대법원 1969. 7. 22. 선고 65도1166 판결).

2) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도12838 판결. 같은 취지의 대법원 판결: 대법원 1977. 6. 7. 선고 77도1069 판결; 대법원 1985. 2. 8. 선고 84도2625 판결.

득함을 금지하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 공무원의 지위를 개인적 이익취득을 위하여 남용한 경우 또는 공무원이 금전 때문에 국가의 기능을 부패하게 하는 경우를 말한다고 할 수 있다.³⁾ 뇌물죄는 공무원이 물질적으로 부패함으로써 국가의 기능이 와해되는 것을 방지하고자 함에 그 취지가 있다.⁴⁾ 공무원의 사회적 영향력을 고려하였을 때, 공무원의 부패가 일반시민의 부패보다 국가와 사회의 전반에 훨씬 더 중대한 악영향을 끼친다는 것은 자명한 사실이다. 그렇기 때문에 국가와 사회의 부패방지를 위해서 뇌물죄는 강력하게 처벌해야 하고, 범죄가 성립하였을 때 확실히 처벌해야 할 필요성이 있다.

형법은 제129조부터 제133조에 걸쳐 공무원에 대한 뇌물죄를 여러 형태로 규정하여 처벌하고 있다. 뇌물죄는 단순수취죄(제129조 제1항: 수수, 요구, 약속한 때) 등과 같이 뇌물을 받는 사람을 처벌하는 유형과 증뢰죄(제133조 제1항: 약속, 공여, 공여의 의사를 표시한 자)와 같이 뇌물을 주는 사람을 처벌하는 유형 및 증뢰물전달죄(제133조 제2항: 교부하거나 교부를 받은 자)와 같이 뇌물을 전달하려는 사람을 처벌하는 유형으로 분류할 수 있다. 이 중에서 뇌물수수죄(제129조 제1항)와 관련하여 대법원은 “직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무수행의 불가매수성을 그 직접의 보호법익”으로 하는 국가적 법익에 대한 범죄이고, “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”⁵⁾고 함으로써 뇌물죄의 객관적 구성요건과 관련해서는 크게 직무관련성과 대가관계를 충족한 금원의 수수만 있으면 뇌물수수죄가 성립하는 것으로 보고 있다. 또한 대법원은 뇌물수수죄의 성립에 있어서 다른 유형의 뇌물범죄와는 달리 주관적 구성요건으로서 고의와 함께 영득의사를 추가적으로 요구하고 있다.⁶⁾

한편 형법은 제350조에서 공갈죄, 제350조의2에서 특수공갈죄, 제351조에서 상습공갈죄를 규정하면서 공갈을 행위요소로 하는 기본범죄와 그 특수범죄 및 상습범죄를 규정하고 있다. 공갈죄는 “개인의 재산이 주된 보호법익이고, 개인의 의사결정의 자유가 부차적 보호법익”⁷⁾인 재산범죄에 속하는 개인적 법익에 대한 범죄이고, 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하였을 때 성립하게 된다.

이렇게 범죄의 성질과 성립에 있어 서로 관련이 없어 보이는 뇌물수수죄와 공갈죄에 대하여 대법원은 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립여부가 함께 문제되는 사안에서 “공무원이 ‘직무집행의 의사 없이’ 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립한다”⁸⁾고 하여 뇌물수수죄의 성립여부가 단독으로 문제되는 사안과는 다르게 뇌물수수죄의 ‘성립’

3) 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제11판, 박영사, 2019, 715면.

4) 임웅, 형법각론 제11정판, 법문사, 2020, 931면.

5) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 등 다수

6) 대법원 1984. 4. 10. 선고 83도1499 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9182 판결 등

7) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 378면; 임웅, 앞의 책(형법각론), 468면 등

8) 앞의 대법원 1994. 12. 22. 선고 94도2528 판결.

자체를 제한하고 ‘공갈죄’의 성립만을 인정하고 있다. 즉 대법원은 전자의 사안에서는 뇌물수수죄의 성립을 인정하기 위하여 후자의 사안에서 한 번도 요구한 적이 없었던 ‘직무집행의 의사’라는 주관적 구성요건요소를 추가적으로 요구하면서 그것이 갖추어지지 않은 경우에는 뇌물수수죄가 성립하지 않는다고 하고 있다. 이러한 취지의 주장은 대법원 판결에서 뿐만 아니라, 학계의 일부 입장⁹⁾에서도 제시되고 있다.

대상판결이 오래된 판결이긴 하지만 이와 관련한 대법원의 입장을 이 판결 이후에는 확인할 수가 없기 때문에 대상판결의 결론을 현재의 대법원의 입장이라고 이해하기로 한다. 본 논문에서는 뇌물수수죄의 성립여부가 공갈죄와 함께 논의될 때에는 주관적 구성요건요소로서 ‘직무집행의 의사’를 요구하면서, 뇌물수수 당시에 ‘직무집행의 의사’가 없는 경우 뇌물수수죄를 인정하지 않는 대법원의 입장과 그와 생각을 같이 하는 학계의 일부 입장이 타당한 것인지를 논의해보고자 한다.

Ⅲ. 뇌물수수죄가 성립하기 위한 요건

1. 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소

“일반적으로 뇌물은 직무에 관한 부당한 이익이라고 정의된다.”¹⁰⁾ 이러한 뇌물의 정의를 토대로 하여 뇌물수수죄의 성립요건을 분설해보면, 먼저 객관적 구성요건요소로 ① 직무, ② 직무관련성, ③ 불법한 대가관계, ④ 이익, ⑤ 수수가 필요하다고 하겠다.

이와 관련하여 대법원은 ① “‘직무’에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위(사실상 처리하고 있는 행위), 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하고 있지 않아도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 담당할 일체의 직무를 포함한다.”¹¹⁾

② “‘직무에 관하여’라 함은 당해 공무원이 그 지위에 수반하여 공무로서 취급하는 일체의 직무를 말하는 것으로서 그 권한에 속하는 직무행위뿐 아니라 이와 밀접한 관계가 있는 경우와 그 직무에 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위까지도 포함한다.”¹²⁾

9) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009, 1308면; 김혜정 외 4인, 형법각론, 피앤씨미디어, 2019, 678면; 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 651면; 배종대, 형법각론 제12판, 홍문사, 2021, 698-699면; 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 1496-1497면; 이영란, 형법학 - 각론강의 - 제3판, 형설출판사, 2013, 800면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 725-726면; 정성근·박광민, 형법각론 전정3판, 성균관대학교출판부, 2019, 382면.

10) 김창석, 주식 형법각칙(1) 제4판, 한국사법행정학회, 2006, 330면.

11) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12346 판결.

③ “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 것이다.”¹³⁾

④ “‘이익’은 금전, 물품 기타의 재산적 이익과 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 충분한 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다.”¹⁴⁾

⑤ “뇌물수수에서 말하는 ‘수수’란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것이다. 여기에서 취득이란 뇌물에 대한 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 뇌물인 물건의 법률상 소유권까지 취득하여야 하는 것은 아니다”¹⁵⁾라고 하여 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 대하여 설명하고 있다.

2. 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소

뇌물수수죄와 공갈죄의 성립여부가 함께 문제되는 상황에서 뇌물수수죄가 성립하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요하다고 하는 대상판결과 학계의 일부 입장이 타당한 것인지를 판단하기 위해서는 직무집행의 의사 중 ‘의사’가 객관적 요소가 아닌 주관적 요소라는 점이 분명하므로, 첫 번째 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소 중 고의가 어떠한 내용을 갖추었을 때 성립할 수 있는가를 살펴보아야 할 것이다. 이것은 ‘직무집행의 의사’가 뇌물수수죄의 고의의 내용에 포함될 수 있는가를 확인하기 위함이다.

두 번째 뇌물수수죄가 성립하기 위해서는 일반적으로 주관적 구성요건요소로서 고의 이외에 영득의사가 요구되는데, ‘직무집행의 의사’가 영득의사와 함께 고의가 아닌 초과주관적 구성요건요소로서 인정될 수 있는가도 살펴보아야 할 것이다.

(1) 뇌물수수죄의 고의

뇌물수수죄뿐만 아니라 일반적으로 범죄가 성립하기 위해서는 해당범죄의 객관적 구성요건요소 이외에 원칙적으로 주관적 구성요건요소인 고의가 있을 것이 요구된다. 대법원은 “범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다”¹⁶⁾고 하여 (미필적) 고의의 성립요건에 대해 설명하고 있다.

학계에서도 대법원의 정의와 마찬가지로 고의란 “구성요건의 객관적 구성요건요소에 해

12) 대법원 1982. 11. 23. 선고 82도1549 판결.

13) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결.

14) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결.

15) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결.

16) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 등

당하는 사실에 대한 인식과 구성요건의 실현을 인용하는 것”,¹⁷⁾ “구성요건의 실현에 대한 인식과 의욕(인용)”,¹⁸⁾ “행위의 주체, 객체, 방법 및 결과, 행위상황, 인과관계 등 객관적 구성요건요소들을 인식하고 인용하는 행위자의 내심상태”¹⁹⁾라고 하여 정의하고 있다.

이러한 형법상의 고의의 개념정의에 따라 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소인 고의를 인정하기 위해서는 행위자가 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소인 ① 직무, ② 직무관련성, ③ 불법한 대가관계, ④ 이익, ⑤ 수수에 대하여 인식하고, 그것의 실현을 인용하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 이때 고의의 인식대상은 객관적 구성요건적 사실로 국한된다.²⁰⁾ 그런데 뇌물수수죄의 고의의 인식대상인 객관적 구성요건요소에 ‘직무집행’은 포함되어 있지 않다. 이러한 생각은 대법원의 입장이든 학계의 어떠한 입장이든 다르지 않다.

따라서 대상판결의 사안에서 대법원이 뇌물수수죄의 성립에 있어서 ‘직무집행의 의사’를 요구하고 있지만, 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 포함되어 있지 않은 ‘직무집행’에 대하여는 그 인식뿐만 아니라 ‘의사’가 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소인 고의를 인정하기 위해 반드시 필요한 요소인가에 대해서는 부정적일 수밖에 없다.

(2) 뇌물수수죄의 초과주관적 구성요건요소

구성요건의 객관적 구성요건요소에 대한 인식을 초과하는 특별한 주관적 요소가 고의 이외에 주관적 구성요건요소로 요구되는 경우가 있다. 이를 초과주관적 구성요건요소라고 한다. 통화위조죄, 문서위조죄 등과 같은 목적범에서 법률규정에 의해 요구되는 ‘행사할 목적’, 일정한 재산범죄에서 법률규정과 관계없이 해석상 요구되는 ‘불법영(이)득의사’가 대표적인 그 예이다.

대법원은 “뇌물을 수수한다는 것은 영득의 의사로 받는 것을 말하므로 영득의 의사가 없으면 뇌물을 수수하였다고 할 수 없다”,²¹⁾ “뇌물을 받는다는 것은 영득의 의사로 금품을 받는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 받았다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나 또는 증뢰자가 일방적으로 뇌물을 두고 가므로 나중에 기회를 보아 반환할 의사로 어쩔 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 받았다고 할 수 없다”²²⁾고 하고, 학계에서도 “수수라고 하기 위하여는 영득의사가 있을 것을 필요로 한다”,²³⁾ “수수가 인정되려면 영득의사가 있어야 한다”²⁴⁾고 하여 대체로 뇌물수수죄의 경우

17) 임웅, 형법총론 제12정판, 법문사, 2021, 178면.

18) 신동운, 형법총론 제12판, 법문사, 2020, 213면.

19) 오영근, 형법총론 제2판(보정판), 박영사, 2012, 132면.

20) 김성돈, 형법총론 제7판, 성균관대학교출판부, 2021, 232면.

21) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도11146 판결.

22) 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도21536 판결 등

23) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 724면.

24) 김성돈, 형법각론 제7판, 성균관대학교출판부, 2021, 792면.

고의 이외에 초과주관적 구성요건요소로 ‘영득의사’가 필요하다는 것²⁵⁾을 인정하고 있다.

그러나 이러한 영득의사와 달리 뇌물수수죄의 성립여부가 단독으로 문제되는 상황에서 뇌물수수죄가 성립하기 위해 초과주관적 구성요건요소로서 ‘직무집행의 의사’가 필요하다고 하는 대법원 판결과 학계의 견해는 전혀 찾아볼 수 없다. 뇌물수수죄가 성립하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요하다는 주장은 오로지 대상판결과 같이 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립여부가 함께 문제되는 상황에서만 제기되고 있다. 그러한 경우에도 대법원과 학계에서는 그것이 고의의 내용으로서 요구되는 것인지 초과주관적 구성요건요소로서 요구되는 것인지는 전혀 언급하지 않고 있다.

따라서 ‘직무집행의 의사’가 뇌물수수죄의 ‘고의’의 내용에 포함되지 않는다고 할 경우에도 ‘초과주관적 구성요건요소’로서 뇌물수수죄가 성립하기 위해 필요한 주관적 요소인가에 대해서는 여전히 의문이 제기될 수 있다.

(3) 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소에 ‘직무집행의 의사’가 필요한가?

1) 뇌물수수죄의 고의가 성립하기 위한 요소에 포함될 수 있는가?

가) 대법원의 입장

앞에서 살펴본 고의의 개념에 따라, 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소인 고의가 인정되기 위해서는 “직무에 관하여 뇌물을 수수하는 것에 대한 인식·인용이 있어야 하고, 행위의 객체가 뇌물이라는 것을 인식해야 하므로, 일정한 이익이 직무와 불법한 대가관계에 있는 것이라는 인식이 필요하다”²⁶⁾고 하겠다. 여기에서 대상판결에서 뇌물수수죄의 주관적 구성요건요소로서 요구하고 있는 ‘직무집행의 의사’가 대상판결의 사안 이외에 ‘모든’ 뇌물수수죄의 성립과정에서 고의를 인정하기 위해 필요한 요소인가를 자세히 살펴볼 필요가 있다.

이와 관련하여 대상판결과는 달리 대법원이 오로지 뇌물수수죄의 성립여부만이 문제되는 사안에서 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위하여 ‘직무집행의 의사’가 필요하다고 판시한 판결은 찾아볼 수 없다. 반대로 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 없어도 된다고 명시적으로 언급한 판결도 없다. 즉 대법원은 “피고인이 소외 (갑)으로부터 입력 송출의 부탁과 함께 사례조로 교부받은 자기앞수표를 약 2주일 후 반환하여 주었다 하더라도, 위 수표를 일단 피고인의 은행구좌에 예치시켰다가 그 뒤 동료직원들에게 위 (갑)에 대

25) 김혜정 외 4인, 앞의 책, 676면; 배종대, 앞의 책, 697면; 신동운, 형법각론, 법문사, 2017, 125면; 임웅, 앞의 책(형법각론), 951면; 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011, 791면; 한상훈·안성조, 형법개론 제2판, 정독, 2020, 717면 등. 이와 달리 영득의사는 뇌물죄의 고의에 포함된 것이므로 별도로 요구되지 않는다는 견해로는 이형국·김혜경, 형법각론, 제2판, 법문사, 2019, 804면; 정성근·박광민, 앞의 책, 744면; 정성근·정준섭, 형법각론, 박영사, 2017, 520면.

26) 임웅, 앞의 책(형법각론), 951면.

하여 탐문해 본 결과 믿을 수 없다고 하므로 후환을 염려하여 (갑)에게 반환한 것이라면 피고인에게 뇌물수수의 고의가 있었다고 할 것이다”,²⁷⁾ “지방자치단체장인 피고인이 건설업자로부터 거액의 현금이 든 굴비상자를 뇌물로 받은 것으로 기소된 사안에서, 두 사람 사이에 거액의 현금을 뇌물로 수수할 정도의 친분관계 내지 직접적 현안이나 구체적 청탁이 존재하지 아니함은 물론, 그 선물의 구체적 내용에 대하여 고지받지 못한 상태에서 피고인의 여동생 가족이 ○○아파트로 선물이 전달되도록 하였다가 그 내용물을 확인하는 즉시 관청에 이를 신고하기에 이른 점 등의 사정에 비추어 피고인에게 수뢰의 범의가 있었다고 볼 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례”²⁸⁾에서와 같이 뇌물수수죄의 성립에 있어서 고의의 인정여부가 문제되는 사안에서 ‘직무집행의 의사’의 존부를 문제삼은 적이 단 한 번도 없었다.

대법원이 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요한지 필요하지 않은지에 대해서 오로지 뇌물수수죄의 성립이 공갈죄와 함께 문제되는 대상판결의 사안에서만 언급하고 있으므로, 이와 달리 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서는 대법원이 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하고 있는지 그렇지 않은지를 단정하여 판단하기는 어렵다.

그러나 첫 번째 대법원이 대상판결의 사안 이외에 뇌물수수죄의 성립을 판단하는 과정에서 ‘직무집행의 의사’를 요구한 적이 단 한 번도 없었다는 점은 대법원이 명시적으로 표현하고 있지 않더라도, 대법원은 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서는 대상판결의 사안과는 달리 뇌물수수죄의 성립을 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하지는 않는다는 것으로 그 입장을 추단해 볼 수 있을 것이다.

즉 대법원이 대상판결과 달리 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 여러 사안에서 지금까지 ‘직무집행의 의사’에 관하여 전혀 언급을 하지 않는 것은 뇌물수수죄의 성립에 ‘직무집행의 의사’의 존부가 아무런 영향을 미치지 않기 때문에 특별히 언급할 필요성을 느끼지 못하기 때문인 것으로 이해할 수 있다.

두 번째 만약 뇌물수수죄의 성립에 ‘직무집행의 의사’가 필요하다고 하게 되면, ‘직무집행의 의사’가 없을 때 뇌물수수죄의 성립을 인정하지 않더라도 그보다 더 중한 범죄인 공갈죄가 성립하는 대상판결의 사안과는 달리 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서는 뇌물수수죄의 성립이 인정되지 않아 아무런 범죄도 성립하지 않게 될 수도 있다. 특히 이렇게 되면 공무원의 지위를 이용하여 ‘직무집행의 의사’도 없으면서 상대방의 불안정한 상황을 약점으로 삼아 뇌물을 수수하는 공무원을 - 공무원이 직무와 관련하여 불법한 대가 관계 있는 뇌물을 받았는데도 불구하고 - ‘뇌물수수죄’로 처벌할 수 없다는 국민의 법감정에 전혀 부합하지 않는 결과가 발생하게 된다. 대법원이 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문

27) 대법원 1984. 4. 10. 선고 83도1499 판결.

28) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도4737 판결.

제되는 상황에서 이러한 입장에 있다고 보이지는 않는다.

세 번째 대법원은 뇌물수수죄와 사기죄의 성립여부가 함께 문제되는 사안인 참조판결에서는 대상판결과는 달리 뇌물수수죄와 사기죄의 상상적 경합을 인정하고 있다. 공갈죄와 달리 사기죄가 문제되는 상황에서는 대개 ‘직무집행의 의사’가 없으면서도 ‘직무집행의 의사’가 있는 것처럼 행동하는 기망행위가 개입하는 경우가 많을 수 밖에 없는데, 이 경우에 대법원이 사기죄와 함께 뇌물수수죄의 성립을 인정하면서도 ‘직무집행의 의사’의 존부에 대하여 아무런 언급을 하고 있지 않다는 것은 이 또한 대법원이 뇌물수수죄가 성립하는 과정에서 ‘직무집행의 의사’를 요구하고 있지 않다는 것을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

나) 학계의 입장

이와 같이 명확한 입장을 표명한 적이 없는 대법원과는 달리 형법학계에서는 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’는 필요하지 않다는 것을 분명히 밝히고 있다.²⁹⁾ 그에 대한 자세한 이유 및 설명은 전개하고 있지 않지만, 적어도 형법학계에서만은 이와 다른 견해는 제시되고 있지 않다.

다) 소결

“고의는 구성요건의 객관적 요소에 해당하는 ‘모든’ 사실을 인식·인용하는 경우에 성립하고 고의범에 있어서 고의라는 구성요건의 주관적 요소는 항상 구성요건의 객관적 요소에 대응하므로”,³⁰⁾ 뇌물수수죄의 고의가 인정되기 위해서 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 포함되어 있지 않은 ‘직무집행’에 대한 인식은 요구되지 않는다고 보아야 한다. 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 직무집행에 대한 ‘인식’이 요구되지 않는다고 한다면, 구성요건의 객관적 요소에 해당하지 않아 인식의 대상이 되지 않는 직무집행에 대하여, 인식을 전제로 이루어지는 ‘의사 내지 인용’을 요구하는 것은 애초부터 불가능한 것이 된다. 즉 인식도 하지 않은 대상에 대하여, 인식을 하지 않은 상태에서 ‘의사 내지 인용’을 요구할 수는 없다.

따라서 뇌물수수죄의 고의가 인정되기 위해서 ‘직무집행의 인식’뿐만 아니라 ‘직무집행의 의사’는 요구되지 않는다고 해야 한다. 이러한 결론은 대법원이 “협박죄에 있어서의 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을

29) 김성돈, 앞의 책(형법각론), 793면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018, 660면; 김혜정 외 4인, 앞의 책, 678면; 배종대, 앞의 책, 698면; 손동권·김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 783면; 신동운, 앞의 책(형법각론), 127면; 이상돈, 앞의 책, 1496면; 이영란, 앞의 책, 798면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 725면; 임웅, 앞의 책(형법각론), 952면; 정성근·박광민, 앞의 책, 745면; 정영일, 앞의 책, 792면; 한상훈·안성조, 앞의 책, 719면 등

30) 임웅, 앞의 책(형법총론), 136, 178면.

고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하다”³¹⁾고 하는 판결에서 대법원이 협박죄의 고의를 인정하기 위해 ‘해악을 실현할 의사’를 요구하지 않는 취지와 같은 맥락이라고 할 수 있다.

2) 뇌물수수죄의 초과주관적 구성요건요소로 볼 수 있는가?

뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요하지 않다고 본다면, 주관적 요소인 ‘직무집행의 의사’가 뇌물수수죄의 초과주관적 구성요소로서 필요한 것인지 확인해 볼 필요가 있다. 대법원과 학계의 다수입장에서는 뇌물수수죄의 초과주관적 구성요건요소로 영득의사만을 요구하고, 그 이외의 요소를 요구하고 있지는 않다.³²⁾

판단컨대 첫 번째 형법총칙상에서 설명되는 초과주관적 구성요건요소에는 목적범의 목적, 표현범의 표현, 경향범의 내심의 경향, 영득범의 불법영득의사 등만이 거론되고 있다는 점,³³⁾ 두 번째 대법원이 대상판결의 사안 이외에 뇌물수수죄의 성립을 판단하는 과정에서 ‘직무집행의 의사’를 초과주관적 구성요건요소로 요구한 적이 단 한 번도 없다는 점, 세 번째 학계에서도 ‘직무집행의 의사’를 초과주관적 구성요건요소로 인정해야 한다는 주장이 전혀 제시되고 있지 않다는 점, 네 번째 앞의 고의부분에서 살펴본 바와 같이 ‘직무집행의 의사’를 고의든 초과주관적 구성요건요소든 뇌물수수죄가 성립하기 위한 주관적 요소에 포함시키게 되면, ‘직무집행의 의사’ 없이 직무와 관련하여 불법한 대가관계가 있는 뇌물을 받은 공무원을 뇌물수수죄로 처벌할 수 없다는 국민의 법감정에 반하는 결과가 발생할 수 있어 ‘직무집행의 의사’는 뇌물수수죄의 고의뿐만 아니라 초과주관적 구성요건요소에도 포함되지 않는다고 해야 한다.

IV. 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립이 함께 문제되는 상황하에서의 직무집행의 의사

지금까지 살펴본 바와 같이, 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황이든 그 성립이 사기죄와 함께 문제되는 상황이든 오로지 대상판결의 사안을 제외하면, 대법원뿐만 아니라 학계에서도 뇌물수수죄의 성립에 있어서 ‘직무집행의 의사’가 고의 또는 초과주관적 구성요건요소로서 필요하다는 주장은 전혀 찾아볼 수 없다. 물론 그러한 주장의 부존재와 상관없

31) 대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결.

32) 영득의사 이외에 ‘행위경향(주관적 직무관련성향)’을 초과주관적 구성요건요소로 인정해야 한다는 소수 견해로는 김일수·서보학, 앞의 책, 660-661면.

33) 김성돈, 앞의 책(형법총론), 199면 등

이 형법총칙상의 고의의 개념을 고려하면, 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 포함되지 않는 ‘직무집행의 인식과 의사(내지 인용)’는 뇌물수수죄의 성립에 있어서 고의의 내용에 포함될 수 없다. 또한 뇌물수수죄의 성립에 있어서 ‘직무집행의 의사’가 초과주관적 구성요건요소에 포함되지도 않고 포함되어서도 안 된다는 점은 이미 살펴본 바와 같다.

그럼에도 불구하고 대상판결과 학계의 일부 입장에서는 “공무원이 직무집행의 의사 없이 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립한다”라고 하여 뇌물을 수수하는 과정에서 행위수단으로 공갈이 행하여진 경우에는 뇌물수수죄가 인정되기 위하여는 ‘직무집행의 의사’가 있어야 한다는 것을 인정하고, ‘직무집행의 의사’가 없는 경우에는 뇌물수수죄는 성립하지 않고 공갈죄만 성립한다고 하고 있다.

그러나 이러한 형태의 주장은 지금까지 언급한 이론적인 문제들 이외에 다음과 같은 또 다른 문제를 발생시킬 수 있어 더욱 받아들이기 곤란한 주장이라고 생각한다.

1. 범죄의 외부적 상황에 따라 필요한 주관적 요소가 달라지게 되는 문제

대법원이 대상판결의 사안 이외에서도 뇌물수수죄의 성립을 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하는지는 단정하여 판단할 수는 없더라도, 앞에서 살펴본 바와 같이 대법원은 대상판결의 사안 이외에서는 그러한 요구를 하지 않는다는 것으로 그 입장을 추단해 볼 수 있고, 특히 학계의 입장 중에서는 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서는 뇌물수수죄의 성립에 있어서 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’는 필요하지 않다는 것을 분명히 밝히고 있으면서도, 대상판결과 같은 사안에서는 ‘직무집행의 의사’ - 고의로서 요구하는 것인지 초과주관적 구성요건요소로서 요구하는 것인지는 밝히지 않고 있다 - 가 필요하다는 주장이 분명히 존재하고 있다.³⁴⁾

그러나 이러한 형태의 주장은 동일한 범죄일 경우 범죄의 성립에 있어서 그것이 고의이든 초과주관적 구성요건요소이든 주관적 요소가 되는 내용이 그 범죄와 관련된 외부적 상황에 달라질 수는 없다는 점에서 타당하지 않다고 본다. 즉 뇌물수수죄의 성립과정에서 고의 또는 초과주관적 구성요건요소를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요하지 않다고 한다면, 그것은 뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서 뿐만 아니라 그 어떤 범죄와 함께 문제되는 상황에서도 변화될 수 없는 원칙으로서 존재해야 하는 것이다. 범죄의 고의 또는 초과주관적 구성요건에 속하는 요소가 그 범죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황에서는 전혀 필요하지 않다고 하다가, 그 범죄의 성립여부가 다른 범죄의 성립여부와 함께 문제가 될 때에는 그 범죄의 ‘성립’을 위해서 반드시 필요한 주관적 요소가 된다고 하는 것은 서로 다른 영역에 속해 있는 ‘범죄성립여부’에 대한 판단과 범죄성립여부를 확정한 후

34) 김혜정 앞의 책, 678면; 배종대, 앞의 책, 698-699면; 이상돈, 앞의 책, 1496-1497면; 이영란, 앞의 책, 798, 800면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 725-726면; 정성근·박광민, 앞의 책, 382, 745면.

에 이루어지는 ‘죄수’에 대한 판단 - 특히 (실질상으로 수죄이지만 과형상으로는 일죄인) 상상적 경합범에서의 처벌에 대한 문제를 동일한 하나의 영역에서 판단하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

기본적으로 뇌물수수죄의 성립에 있어서 주관적 요소로서 ‘직무집행의 의사’를 요구하지 않는다고 한다면, 뇌물수수죄가 공갈죄와 함께 문제되는 상황에서도 ‘직무집행의 의사’가 있든 없든 관계없이 일단 뇌물수수죄의 ‘성립’을 인정한 후, 성립된 뇌물수수죄의 ‘처벌’을 어떻게 할지는 죄수를 결정하는 단계에서 뇌물수수죄와 공갈죄의 관계 및 발생상황을 고려하여 판단해야 할 문제이다. 그렇지 않고 대법원의 입장과 학계의 일부 입장에서와 같이 범죄 ‘성립’단계에서부터 법정형이 중한 공갈죄의 성립만을 인정하고, 법정형이 경한 뇌물수수죄의 성립을 제한해야 할 필요성과 이론적 근거는 없는 것으로 생각된다.³⁵⁾

2. 친족상도례가 적용되는 공갈죄로 인한 처벌상의 불균형 문제

뇌물수수죄의 성립이 단독으로 문제되는 상황(전자의 상황)에서 그 성립을 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하지 않으면서 뇌물수수죄의 성립여부가 공갈죄와 함께 문제되는 상황(후자의 상황)에서는 ‘직무집행의 의사’를 요구하게 되면, - 그것이 고의의 내용이든 초과주관적 구성요건요소에 속하는 것이든 관계없이 - ‘직무집행의 의사’가 없는 경우, 전자의 상황에서는 뇌물수수죄가 성립하지만 후자의 상황에서는 공갈죄만 성립하고 뇌물수수죄는 성립하지 않게 된다.

그러나 이러한 결론은 공갈죄가 친고죄 또는 반의사불벌죄도 아닌 일반범죄 유형에 속하면서도 재산범죄로서 친족상도례(형법 제354조, 제328조)가 적용되는 특이한 성격을 지닌 범죄유형이라는 점에서 또 다른 문제를 발생시키게 된다. 즉 이러한 결론을 견지하게 되면, 동일한 형태의 범죄가 친족 간에 발생하였을 때 그에 따른 처벌이 균형에 맞지 않게 되는 문제가 발생한다.

먼저 이러한 상황에서의 범죄가 비친족 간에 발생하였을 때에는 지금까지 살펴본 대법원과 학계의 일부 주장과 같이 전자의 상황에서는 뇌물수수죄(제129조 제1항: 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지), 후자의 상황에서는 공갈죄(제350조: 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)만이 성립하게 된다. 지금까지 언급한 이 입장의 결론의 이론적 부당

35) 결론에 있어서 같은 입장으로, 수죄되는 공무원이 금품을 받은 대가로 실제로 직무집행을 할 의사가 있었느냐를 불문하고 - 직무집행을 빙자했을 뿐인 때에도 -, 직무와의 관련성 및 대가성이 인정되면 수죄죄가 성립하기 때문에, 다수설 및 판례가 공무원에게 직무집행의 의사가 있었느냐 없었느냐에 따라 수죄죄의 성립을 좌우하는 것은 부당하다(임웅, 앞의 책(형법각론), 952-953면); 김성돈, 앞의 책(형법각론), 794면; 김일수·서보학, 앞의 책, 662면; 손동권·김재윤, 앞의 책, 783-784면; 정영일, 앞의 책, 794면; 한상훈·안성조, 앞의 책, 720면. 이 입장에서는 ‘뇌물수수죄와 공갈죄의 상상적 경합’이 인정된다고 한다.

성은 차치하고 ‘처벌’에 있어서 만큼은 공갈을 수단으로 뇌물을 수수하는 경우가 공갈을 수단으로 하지 않고 뇌물을 수수하는 경우보다 더 중하게 취급된다는 점에서 적어도 양자 간에 처벌의 불균형은 일어나지 않고 있다.

다음으로 이러한 상황에서의 범죄가 친족 간에 발생하였을 때, 즉 첫 번째 사례유형으로 친족인 갑이 공갈을 수단으로 하지 않고, ‘직무집행의 의사’ 없이 친족인 을로부터 뇌물을 받는 경우, 갑의 행위는 뇌물수수죄가 성립하게 된다. 두 번째 사례유형으로 친족인 갑이 공갈을 수단으로 하여 ‘직무집행의 의사’ 없이 친족인 을로부터 뇌물을 받는 경우, 갑의 행위는 공갈죄만이 성립하게 된다.

범죄 ‘성립’에 있어서는 각각 뇌물수수죄 또는 공갈죄만이 성립한다는 점에서 비친족 간의 범죄유형과 친족 간의 범죄유형의 결론이 모두 동일하다. 그러나 ‘처벌’에 있어서는 공갈죄가 친족상도례가 적용되는 범죄유형이기 때문에 친족 간에 발생한 공갈죄는 형이 면제되거나 상대적 친고죄가 되어 친족 간에 발생한 범죄유형 중 두 번째 사례유형에서 친족인 행위자를 공갈죄로도 처벌할 수 없는 경우가 생기게 된다. 이렇게 되면 두 번째 사례유형인 경우 뇌물수수죄는 아예 ‘성립’조차 인정되지 않았기 때문에 처벌할 수 없고, 성립은 인정되었을지라도 친족상도례의 규정으로 인해 공갈죄로도 ‘처벌’할 수 없는 상황에 이르게 되어 친족인 행위자는 뇌물수수죄와 공갈죄 중 어떤 범죄로도 처벌되지 않는다는 결론에 이르게 된다.

이러한 상황이 만들어지면, (뇌물수수죄의 다른 객관적·주관적 성립요건을 모두 갖추었을 때에 한해) 친족이 ‘직무집행의 의사’ 없이 공갈을 수단으로 하지 않고 뇌물을 수수한 때는 뇌물수수죄가 성립하여 그 범죄로 처벌되겠지만, 친족이 ‘직무집행의 의사’ 없이 공갈을 수단으로 하여 뇌물을 수수한 때에는 뇌물수수죄는 성립조차 하지 않고, 성립이 인정된 공갈죄로도 처벌할 수 없는 상황에 이르게 된다. 결국 공갈이라는 더 불법적인 수단을 사용하여 뇌물을 수수한 (더 나쁜) 친족인 행위자가 공갈이라는 수단을 사용하지 않은 (덜 나쁜) 친족인 행위자보다 훨씬 더 유리한 취급을 받게 되는 처벌상의 현저한 불균형이 발생하게 된다.

V. 결론

대법원은 기본적으로 뇌물수수죄의 성립에 ‘직무집행의 의사’를 요구하지 않는 것으로 보인다. 즉 대법원은 원칙적으로 뇌물수수죄의 성립을 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하지 않지만, 예외적으로 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립여부가 함께 문제되는 상황에 한해서는 ‘직무집행의 의사’가 있어야 한다고 판시하는 것으로 판단된다. 형법학계의 일부 입장

도 이러한 대법원의 입장과 같이 뇌물수수죄의 고의가 인정되기 위해 ‘직무집행의 의사’가 필요하지 않다는 것을 분명히 밝히고 있으면서도, 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립이 함께 문제되는 상황에서는 뇌물수수죄의 성립을 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’를 요구하고 있다. 다만 그러한 경우에 주관적 요소인 ‘직무집행의 의사’가 뇌물수수죄의 ‘고의’를 인정하기 위해 필요하다는 것인지, ‘초과주관적 구성요건요소’를 인정하기 위해 필요하다는 것인지는 알 수 없다.

이러한 대법원과 학계의 일부 입장의 타당성을 살펴보면, 범죄의 고의가 인정되기 위해서는 인식적 요소와 의지적 요소가 필요하고, 고의의 내용에 속하는 ‘인식’의 대상이 되기 위해서는 그 대상이 해당 범죄의 객관적 구성요건요소에 포함되어 있을 것이 요구된다. 그런데 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 ‘직무집행’은 포함되어 있지 않다. 따라서 그 당연한 결과로 뇌물수수죄의 고의의 인식대상에 직무집행은 포함되지 않고, 인식의 대상이 되지 않는 존재에 대하여 ‘의사’를 요구한다는 것은 불가능한 것을 요구하는 것이기 때문에 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 ‘직무집행의 의사’는 요구되지 않는다고 본다.

이러한 본 논문에서의 결론은 뇌물수수죄가 단독으로 문제가 되는 상황에서 뿐만 아니라, 뇌물수수죄가 공갈죄와 함께 문제가 되는 상황에서도 동일하게 적용되어야 할 것이다. 범죄가 성립하기 위해 요구되는 필수적 요소가 해당 범죄가 단독으로 범해졌을 때와 다른 범죄와 함께 범해졌을 때 각각 달라진다는 것은 있을 수 없기 때문이다.

또한 대법원과 학계의 일부 입장과 같은 판단을 하게 되면, 친족 간에 뇌물수수죄가 문제되는 경우와 친족 간에 뇌물수수죄와 공갈죄가 함께 문제되는 경우가 각각 발생하였을 때, 공갈이라는 질적으로 더 좋지 않은 수단을 사용하여 뇌물을 수수한 친족이 단순히 뇌물만 수수한 친족보다 훨씬 더 유리한 취급을 받게 되는 문제가 발생하게 된다. 공갈을 사용하지 않고 친족에게 뇌물을 받은 친족인 행위자에게 뇌물수수죄가 성립하고 그 행위자를 뇌물수수죄로 처벌할 수 있다는 결론과 비교하였을 때 공갈을 사용하여 친족에게 뇌물까지 받은 친족인 행위자는 공갈죄와 뇌물수수죄 중 어떠한 범죄로도 처벌할 수 없다는 결론은 받아들이기 곤란한 결론이다.

공무원의 부패방지를 위해 강력하고 확실한 처벌을 할 필요가 있는 국가적 법익에 대한 범죄인 뇌물수수죄는 그 자체로 필요한 요소가 갖추어졌을 때 일관되게 성립하는 것이지, 단독으로 성립할 수 있는 필요한 요소를 모두 충족했음에도 불구하고 재산범죄인 공갈죄의 성립에 영향을 받아 그 성립이 제한될 수는 없다.

결론적으로 개인적 법익에 속하면서 재산범죄인 공갈죄와 국가적 법익에 속하면서 국가와 사회의 부정부패를 척결하기 위해 존재하는 뇌물수수죄는 ‘범죄성립’에 있어서 서로 간에 아무런 영향을 미칠 수 없다고 보아야 한다.

참고문헌

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김성돈, 형법총론 제7판, 성균관대학교출판부, 2021.
- , 형법각론 제7판, 성균관대학교출판부, 2021.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018.
- 김창석, 주식 형법각칙(1) 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
- 김혜정 외 4인, 형법각론, 피앤씨미디어, 2019.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 배종대, 형법각론 제12판, 홍문사, 2021.
- 손동권·김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 신동운, 형법총론 제12판, 법문사, 2020.
- , 형법각론, 법문사, 2017.
- 오영근, 형법총론 제2판(보정판), 박영사, 2012.
- 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015.
- 이영란, 형법학 - 각론강의 - 제3판, 형설출판사, 2013.
- 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제11판, 박영사, 2019.
- 임 응, 형법총론 제12정판, 법문사, 2021.
- , 형법각론 제11정판, 법문사, 2020.
- 정성근·박광민, 형법각론 전정3판, 성균관대학교출판부, 2019.
- 정성근·정준섭, 형법각론, 박영사, 2017.
- 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011.
- 한상훈·안성조, 형법개론 제2판, 정독, 2020.

투고일자 : 2021. 06. 10

수정일자 : 2021. 06. 20

게재일자 : 2021. 06. 30

<국문초록>

공갈죄와 뇌물수수죄의 성립관계

김 경 락

범죄의 성질과 성립에 있어 서로 관련이 없어 보이는 뇌물수수죄와 공갈죄에 대하여 대법원은 뇌물수수죄와 공갈죄의 성립여부가 함께 문제되는 사안에서 “공무원이 ‘직무집행의 의사 없이’ 타인을 공갈하여 재물을 교부하게 한 경우에는 공갈죄만이 성립한다”고 하여 뇌물수수죄의 성립여부가 단독으로 문제되는 사안과는 다르게 뇌물수수죄의 ‘성립’자체를 제한하고 ‘공갈죄’의 성립만을 인정하고 있다. 그러나 이러한 주장은 다음과 같은 점에서 타당하다고 할 수 없다.

고의는 구성요건의 객관적 구성요건요소에 해당하는 ‘모든’ 사실을 인식하고 인용하는 경우에 성립하고 항상 구성요건의 객관적 구성요건요소에 대응하므로, 뇌물수수죄의 고의가 인정되기 위해서 뇌물수수죄의 객관적 구성요건요소에 포함되어 있지 않은 ‘직무집행’에 대한 인식은 요구되지 않는다. 뇌물수수죄의 고의를 인정하기 위해 직무집행에 대한 ‘인식’이 요구되지 않는다고 한다면, 구성요건의 객관적 요소에 해당하지 않아 인식의 대상이 되지 않는 직무집행에 대하여, 인식을 전제로 이루어지는 ‘의사 내지 인용’을 요구하는 것은 애초부터 불가능한 것이 된다. 즉 인식도 하지 않은 대상에 대하여, 인식을 하지 않은 상태에서 ‘의사 내지 인용’을 요구할 수는 없다. 따라서 뇌물수수죄의 고의가 인정되기 위해서 ‘직무집행의 인식’뿐만 아니라 ‘직무집행의 의사’는 요구되지 않는다고 해야 한다. 또한 ‘직무집행의 의사’를 고의든 초과주관적 구성요건요소든 뇌물수수죄가 성립하기 위한 주관적 요소에 포함시키게 되면, ‘직무집행의 의사’ 없이 직무와 관련하여 불법한 대가관계가 있는 뇌물을 받은 공무원을 뇌물수수죄로 처벌할 수 없다는 국민의 법감정에 반하는 결과가 발생하게 된다. 따라서 ‘직무집행의 의사’는 뇌물수수죄의 고의뿐만 아니라 초과주관적 구성요건요소에도 포함되지 않는다고 해야 한다.

기본적으로 뇌물수수죄의 성립에 있어서 주관적 요소로서 ‘직무집행의 의사’가 요구되지 않는다고 한다면, 뇌물수수죄가 공갈죄와 함께 문제되는 상황에서도 ‘직무집행의 의사’가 있든 없든 관계없이 일단 뇌물수수죄의 ‘성립’을 인정한 후, 성립된 뇌물수수죄의 ‘처벌’을 어떻게 할지는 죄수를 결정하는 단계에서 뇌물수수죄와 공갈죄의 관계 및 발생상황을 고려하

여 판단해야 할 문제이다. 그렇지 않고 범죄 ‘성립’단계에서부터 법정형이 중한 공갈죄의 성립만을 인정하고, 법정형이 경한 뇌물수수죄의 성립을 제한해야 할 필요성과 이론적 근거는 없는 것으로 생각된다. 또한 대법원과 학계의 일부 입장에 따르면, (뇌물수수죄의 다른 객관적·주관적 성립요건을 모두 갖추었을 때에 한해) 친족이 ‘직무집행의 의사’ 없이 공갈을 수단으로 하지 않고 뇌물을 수수한 때는 뇌물수수죄가 성립하여 그 범죄로 처벌되겠지만, 친족이 ‘직무집행의 의사’ 없이 공갈을 수단으로 하여 뇌물을 수수한 때에는 뇌물수수죄는 성립조차 하지 않고, 성립이 인정된 공갈죄로도 처벌할 수 없는 상황에 이르게 된다. 결국 공갈이라는 더 불법적인 수단을 사용하여 뇌물을 수수한 (더 나쁜) 친족인 행위자가 공갈이라는 수단을 사용하지 않은 (덜 나쁜) 친족인 행위자보다 훨씬 더 유리한 취급을 받게 되는 처벌상의 현저한 불균형이 발생하게 된다.

결론적으로 개인적 법익에 속하면서 재산범죄인 공갈죄와 국가적 법익에 속하면서 국가와 사회의 부정부패를 척결하기 위해 존재하는 뇌물수수죄는 ‘범죄성립’에 있어서 서로 간에 아무런 영향을 미칠 수 없다고 보아야 한다.

주제어: 공갈죄, 뇌물죄, 직무집행, 직무집행의 의사, 고의

