연구총서 19-AA-09

KIC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

권력형 직무범죄의 예방 및 실효적 제재를 위한 재구성 방안 연구

A Study on Preventing and Effective Sanctions of Power based duty Crime

박학모, 김정환, 이승준, 신가람

한국형사정책연구원

머리말

이른바 '국정농단' 사태로 인하여 '직권남용'을 비롯한 권력형 직무범죄가 국민적 관심사가 되었습니다. 비교적 최근인 2016년 9월 '청탁금지법'이 시행되며 공직사회에 획기적인 반부패의 전기가 마련된 걸로 평가되었음에도 불구하고 정작 국정농단은 막지 못한 것이 우리나라의 현실이었습니다. 국정농단사태로 인하여 대통령이 탄핵되는 초유의 사태가 발생하였고, 이른바 '촛불정부'를 자임하며 '적폐청산'을 화두로 던지며 새 정부가 들어섰지만, 최근 다시 권력형 직무범죄로 규정되는 사안들이 불거져 국민적 실망감을 초래하고 있는 것이 여전히 우리 정치와 사법의 현주소입니다.

이 연구는 국정농단, 사법농단을 배경으로 분출된 '적폐청산'과 공직개혁의 요청에 부응하여 새로운 '공직자상' 및 '공직사회상'을 반영하여 권력형 직무범죄의 예방과 실효적 제재 방안을 모색하고자 하는 원대한 기획에서 출발하였습니다. 물론 형법상 직무범죄의 해석론이나 입법론으로 권력형 직무범죄의 예방과 제재의 실효성을 확보하는 것이 과연 가능한가에 대해 근본적 회의와 의문을 제기할 수도 있습니다.

하지만 이러한 연구기획과 관련한 문제제기는 별론으로 하더라도 연구과제가 진행되는 과정에서 연구의 원활한 진행이 거의 불가능하게 된 연구자의 한계적 형편으로 인하여 애당초의 기획에 미치지 못하는 미흡한 연구가 되고만 데 대하여 연구자로서 매우 부끄럽게 생각합니다. 빠른 후속작업을 통하여 미흡한 부분에 대한 보완연구를 진행해야 한다는 무거운 책임감을 느끼며, 이 연구가 권력형 직무범죄, 특히 직권남용죄에 대해 문제를 제기한 데서 그 작은 의의나마 찾을 수 있길 바랍니다.

연구책임자의 한계에도 불구하고 비교법 분야 공동연구자로 수고해 주신 연세대학교 법학전문대학원 김정환 교수님, 충북대학교 법학전문대학원 이승준 교수님, 연세대학교 대학원 법학과 박사과정의 신가람 선생, 나아가 성실한 연구지원을 위해 수고해준 윤이경 조사연구원께 진심으로 감사드립니다. 여러분의 진심어린 지적과 질책은 모두 겸허히 받아들여 후속연구에 성실히 반영하고자 합니다.

2019년 12월

연구진을 대표하여

연구위원 박 학 모

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 박학모

서 론 ····· 9

제1절 연구의 필요성과 목적 ····· 11

제2절 연구 대상과 범위 ····· 13

1. 직무범죄의 기본개념과 구분 ····· 13
2. 권력형 직무범죄 개념 규정 ····· 14
3. 소결 – 연구 대상과 범위의 제한 ····· 21

제2장 박학모

정치권력의 정책결정과 형법통제 ····· 23

제1절 공직직무로서의 정책결정행위 ····· 25

제2절 헌법적·법률적 특별권한으로서 정책결정권 ····· 27

1. 국회의원의 입법활동과 헌법적 면책특권 ····· 27
2. 정책결정에 대한 헌법적 형사면책과 한계 ····· 27
3. 정부의 정책결정에 대한 법률적 면책규정 ····· 29

제3절 헌법적·법률적 특별권한의 한계와 면책가능성 ····· 29

1. 재량권 보장과 실책 및 면책 ····· 29
2. 정책결정의 재량권에 대한 형법적 판단기준 ····· 30

제4절 소결 – 정책결정에 대한 형법통제의 판단 ····· 32

제3장 박학모

권력형 직무범죄와 직권남용죄 ····· 35

제1절 직권남용죄의 남용? ····· 37

제2절 직권남용죄의 해석론 모색 ····· 39

1. 직권남용죄와 강요죄 및 권리행사방해죄의 관계 ····· 39
2. 직무권한과 법률상 강제력 문제 ····· 41
3. 직권남용의 해석론 ····· 44

제3절 소결 ····· 52

제4장 김정환·이승준·신가람

권력형 직무범죄 규율에 대한 비교법적 분석 ····· 55

제1절 독일과 오스트리아의 직무범죄 ····· 57

1. 서론 ····· 57
2. 독일의 직무범죄 ····· 58
3. 오스트리아의 직무범죄 ····· 81
4. 시사점 ····· 87

제2절 미국의 직무범죄 ····· 89

1. 서론 ····· 89
2. 공무원의 직무범죄에 대한 형법 규정체계 ····· 90
3. 미국의 직무범죄 제재 체계 및 양형 현황 ····· 106
4. 미국의 대표적 게이트 사건과 적용 법리 및 제재 분석 ····· 117
5. 시사점 및 소결 ····· 124

제3절 중국의 직무범죄 ····· 126

1. 서설 ····· 126
2. 중국 직무범죄 개관 ····· 126
3. 직무범죄에 대한 제재 ····· 136
4. 중국의 권력형 직무범죄 ····· 145

5. 권력형 직무범죄의 사건분석 ····· 160
6. 시사점 ····· 167

제5장 박학모
결론적 고찰 ····· 171

참고문헌 ····· 181

Abstract ····· 189

표 차례

[표 3-1] (2008-2017) 10년간 직무유기와 직권남용 발생현황 비교 ····· 38
[표 3-2] (2008-2017) 최근 10년간 직무유기와 직권남용 기소율 비교 ····· 38
[표 4-1] 중국 내 직무범죄 혐의 조사건수와 조사받은 공무원의 수 및 증가율 ····· 130
[표 4-2] 중국 내 직무범죄 혐의로 조사받은 县·处(현·처)급 이상
고위공무원의 수와 증가율 ····· 132
[표 4-3] 당내 제재의 규정 및 그 근거에 관한 일람표 ····· 137
[표 4-4] 행위주체에 따른 당내 제재(처분)와 형사 제재(처벌)의 구분 ····· 139
[표 4-5] 공무원의 직무범죄 제재 절차 ····· 143
[표 4-6] 권력형 직무범죄의 법정최고형 일람표 ····· 159
[표 4-7] 부패범죄로 처벌된 고위관료 일람표 ····· 166

국문요약

이른바 '국정농단' 사태, 그리고 이와 관련된 일련의 형사사법절차의 진행을 계기로 특히 '직권남용'을 비롯하여 여러 유형의 직무범죄가 국민적 관심사가 되고 있다. 이와 같이 관심이 고조된 직무범죄의 구성 및 제재 체계에 존재하고 있는 법률적·법현실적 문제가 하나씩 조명될 필요가 있다. 비교적 최근에 간접적으로나마 형법상 직무범죄의 재구성 필요성을 드러낸 사례라 할 수 있는 것은 2016년 9월부터 시행된 '청탁금지법'(일명 '김영란법')이다. 이는 현행 형법상 직무범죄, 특히 뇌물범죄의 구성체계가 안고 있는 한계로 인하여 이루어진 입법인데, 공직반부패를 위하여 별도의 독자입법 형태로 부정청탁행위 및 일정한 금품수수행위 등을 범죄화하는 방식을 취하였다. '청탁금지법'은 부정청탁행위를 범죄화하는 입법적 성과에 그치지 않고 그 논의과정에서 궁극적으로는 공직자의 '이해충돌방지'도 입법해야 한다는 의제를 부각시킴으로써 이에 대한 공감대가 점차 확산되고 있으며, 최근 다시 일련의 관련 법안이 발의된 상황이다.

이와 더불어 현 정부에서 추진되는 이른바 '적폐청산'과 지속적인 공직개혁의 요청은 새로운 '공직자상' 및 '공직사회상'을 반영한 직무범죄, 특히 직권남용에 대한 제재 강화 필요성을 제기하고 있다. '세월호참사'로 적나라하게 불거진 박근혜·최순실의 '국정농단'과 '관피아' 논란에도 불구하고 엄중한 공직개혁 요청에 부응하는 형법적 대응 방안은 아직 가시화되지 못하였다고 할 수 있다. 이 연구는 공직의 공공성과 공직자의 책임윤리에 기반을 둔 행위규범의 강화를 염두에 두고 직무범죄, 특히 직권남용죄의 구성요건의 재구성 방안을 모색하하였다.

아직 재판이 진행 중인 이른바 '국정농단' 사안들에서 전직 대통령을 비롯한 정치엘리트 및 고위공직관료들에 의해 자행된 '권력형 직무범죄'는 국가와 공직사회에 미치는 피해가 중대하다. 따라서 이를 "일반" 직무범죄의 법정형으로 제대로 처단이 가능한가 하는 의문이 제기될 수 있다. 다른 한편 "권력형 직무범죄"를 특별히 엄중하게 단죄하고자 특별구성요건의 입법화 등을 통해 형법적으로 대응하고자 할 경우, "정치

와 형법"의 긴장관계를 면밀히 검토할 필요가 있다. 특히 통치자나 고위공직자가 책임정치와 책임행정을 구현하고자 할 때 일정부분 규범으로부터 자유로운 영역을 인정하지 않을 수 없다는 점에서, 여기에 형법이 과도하게 개입할 경우 자칫 역기능적일 수 있기 때문이다. 하지만 이들에게 공직과 관련하여 행사할 수 있는 특별한 "권력"이 부여되어 있음을 생각하면 법적 책임 또한 엄격하고 특별하게 추궁되어야 한다는 요청이 존재하는 것도 사실이다.

연구의 대상과 범위와 관련하여 "권력형 직무범죄"의 개념정의와 경계를 어떻게 설정하느냐와 관련하여 논의의 실익이 있는 핵심영역으로 연구 범위를 제한할 필요가 있는 관계로 직무범죄의 기본개념을 정리한 후 직권남용죄에 집중하여 살펴보았다. 이른바 "국정농단" 사태를 계기로 이슈화된 '권력형 직무범죄'의 개념규정은 법률상의 개념은 아니다. "권력형"이란 의미에는 직무범죄를 범하는 과정에서 직무범죄가 내포하고 있는 "의무범"의 성격으로서, 부여된 의무의 이행과 결부된 공직에 고유한 일반적 권력 작용과 공직신뢰를 침해하는데 그치는 것이 아니라, 이를 넘어서는 특별한 권력 작용이 범죄행위에 작용하고 있다는 점이 내포되어 있다. 직무범죄가 "권력형"이라는 것은 이렇듯 권력으로부터 비롯되고, 권력에 의해 뒷받침되며, 동시에 권력에 지향된 범죄라는 점을 암시한다. 기존의 형사정책 논의에서 "권력형"이란 수식어와 함께 논의되어온 대표적 주제는 '권력형 부패'이다. '권력형 부패'란 대체로 "통치자 및 그 주변의 권력엘리트가 주체가 되어 저지르는 정치부패"를 통칭하는 매우 포괄적인 개념이다. 권력형 부패에서 나타나는 부패범죄의 유형들은 직접 또는 간접적으로 일련의 형법상 직무범죄들과 결부되어 범해진다는 점에서 '권력형 직무범죄'와 불가분의 관계에 있다. 무엇보다 '권력형 부패'와 '권력형 직무범죄'의 상관관계는 공직부패의 주체로서 공직자와 부패행위 내용의 상관관계 속에서 드러난다. 이러한 상관관계를 '권력형 직무범죄'와 '권력형 부패'의 개념적 외연과 상관관계를 파악하는데 활용하면 '권력형 직무범죄'는 일단 '정부 및 정치권력 핵심부(엘리트)가 주체가 되어 저지르는 정치부패 성격의 직무범죄'로 정의될 수 있다. 이른바 "국정농단사건"에서도 구속된 총 22명의 피고인의 주요 혐의를 보면 전형적인 권력형 부패의 형태로 자행된 것을 볼 수 있다. 피고인들 가운데 특히 고위공직자들의 주요 혐의에 주목해 보면 그 핵심에 권력남용, 즉 직권남용이 자리하고 있는 것을 볼 수 있다.

정치권력의 남용이라는 주체와 수단의 측면에서 일반 부패와 차별화되는 “권력형” 부패와 마찬가지로 일반 직무범죄와 차별화되는 “권력형” 직무범죄는 정치권력의 정점인 “권력자” 대통령을 비롯하여 대통령 주변의 정치엘리트 및 고위공직관료들이 정치권력을 힘입어서 또는 “그 연장된 손”으로서 자신들에게 부여된 공권력, 즉 직무권한을 범죄에 이용하는데 특징이 있다. 즉 권력형 직무범죄의 의미에서 ‘권력’은 국가권력의 정점에 있는 대통령의 권력과 불가분의 관계에 있다고 볼 수 있다.

따라서 직무범죄 가운데서도 그 행위양태가 전형적으로 “권력형”으로 나아갈 수 있는 유형의 구성요건을 중심으로 범위를 좁혀 연구의 대상과 범위를 제한할 필요가 있다. 다시 말해 전형적인 “권력형” 범죄의 태양을 보이는 “직권남용”을 중심으로 그동안 실무에서의 ‘직권남용’에 대한 판단이 “권력형 직무범죄로서 직권남용”에 있어서 어떻게 사법정의에 상응하는 법적용이 이루어질 수 있는지 살펴보며 법해석론적 해법과 입법론적 개선방안을 모색해 보았다.

권력형 직무범죄를 다룸에 있어서 선행되어야 할 것은 정치와 형법의 경계 영역에서의 과도한 범죄화의 위험을 어떻게 접근하느냐 하는 것이다. “정무직”이라는 표현에서도 나타나는 바와 같이 “고도의 정책결정 업무에 관계하는 공무원”이라는 점에서 대통령을 비롯한 정무직 공무원은 그 업무가 정치와 행정의 영역에 걸쳐있음을 볼 수 있다. 이러한 정책결정의 영역에서 활동하는 고위공직자의 정무적 판단과 형사처벌 및 처벌배제사유와 관련하여 최근 독일의 논의를 참조하여 3단계의 정당화과정을 검토하여 보았다. 첫 번째 단계의 출발점에서는 정무행위가 어느 범위에서 민주적으로 정당화되어 있는지를 정하는 특별권한에 관한 규정이 존재하여야 한다. 이어서 두 번째 단계에서는 정무행위와 결부된 실책의 위험을 염두에 두고 첫 번째 단계의 권한을 넘어서는 행위에 대해서도 처벌을 면제해주는 이른바 ‘면책특권’에 관한 규정들이 존재해야 한다. 마지막으로 세 번째 단계에서 비로소 전형적인 형법의 관점이 작동하는데, 이는 공직자의 특별한 역할과 무관하게 그 행위 자체의 가벌성을 배제하거나 또는 정당화하는 위법성조각사유 또는 책임조각사유의 형태로 등장한다. 이 세 단계 사이에는 위계질서가 존재하여, 첫 번째 단계의 해당 특별권한의 한계를 넘은 것으로 판단되는 경우에만 두 번째 단계의 실책과 결부된 면책특권에 대한 고려로 넘어가며, 마지막으로 그런 특권도 존재하지 않아서 해당 정무행위와 결부된 특수상

황이 처벌면제의 이유가 되지 않는 경우에만 세 번째 단계의 일반적인 형법상 처벌규정의 적용 여부가 검토된다.

권력형 직무범죄와 관련하여 그 핵심에 있는 직권남용죄의 기소율은 처리인원의 3% 내외에 머물고 있는 가운데 그 발생현황에서 볼 수 있는 바와 같이 최근 10년간 직권남용죄는 가히 폭발적으로 증가하고 있는 실정이다. 이른바 국정농단 사태 이후의 통계가 본격적으로 산출되면 이러한 경향은 더욱 가중될 것으로 예상된다. 국정농단과 사법농단 사태를 겪는 등 공직사회와 사법체계에 대한 신뢰가 무너지다시피 한 가운데 국민 일반이 공직사회의 직권남용에 대하여 더 예민하고 활발하게 문제를 제기하기 시작하였다는 함의도 있는 것으로 보인다.

직권남용죄의 해석·적용과 관련하여 대법원이든 학설(다수설)이든 모두 남용의 대상인 '직권', 즉 '직무권한'을 '일반적 직무권한'으로 해석하고 있을 뿐 그 범위의 불확정성에 대한 논증은 없어서 심지어 '일반적'라는 표현의 의미조차도 불분명하다는 것도 문제다.

대법원은 '일반적 권한여부'를 판단함에 있어 법령상의 근거가 없더라도 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 해당 공무원의 직무권한 여부를 판단하며, 남용된 경우 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 행하게 하거나 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 그 남용된 권한은 '일반적 권한'에 포함된다 본다. 이와 같이 '직무권한'의 범위에 대하여 입법론으로나, 해석론으로 설득력 있는 해법이 제시되지 않고 불확정적으로 방치해온 것이 직권남용 여부에 대한 판단의 예측가능성을 저하시키는 일차적인 요인으로 작용한다는 비판이 제기된다. 직권남용죄의 제한해석은 '직권남용'이라는 불명확한 문언을 합리적으로 해석하는 방향으로 모색되어야 하는데, 이와 관련하여 최근 학계의 의미있는 해석론적 시도로서 "목적-수단 조합론"과 "권한-남용 재구성론"에 대한 검토를 통하여 직권남용죄를 합리적으로 해석·적용하는 방안을 모색하였다.

형법 제123조의 직권남용죄는 1995년 개정을 통해 조문의 제목이 "타인의 권리행사방해"에서 현행과 같이 "직권남용"으로 변경되며 직무범죄로서의 특징을 분명히 하였다. 이와 같은 조문의 연원과 조문의 구성형식은 강요죄 등 다른 '권리행사방해죄'들과의 상관관계 속에서 직권남용죄를 이해하는 일정한 단서를 제공한다. 강요죄에서

폭행·협박이, 일반권리행사방해죄에서 취거·손괴 등이 권리행사방해의 수단이 되는 것과 달리 직권남용죄에서는 "직권의 남용"이 권리행사를 방해하는 수단이 되고 있다고 할 수 있다. 그렇다면 직권남용죄에서 공무원의 직권이 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것이어야 하는지와 관련하여서는 이를 긍정하는 학설(다수설)보다는 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 권한이면 된다는 취지의 대법원의 관점이 더 나은 출발점이라 할 수 있다. 왜냐하면 공무원의 공직은 본질상 국가권력, 즉 공권력을 배후로 하고 있으며, 주지하는 바와 같이 공권력은 크든 작든 본질상 '권력'이며 공직자들 사이 또는 공직자와 시민 사이의 구체적 직무관계 및 생활관계에서 언제든지 권력작용이 될 소지가 있기 때문이다. 무엇보다 "법률상의 강제력"과 무관하지만 강력한 권력작용에 관계하는 대통령비서실장, 민정수석비서관, 장·차관, 판사 등 "잠재적 권력형 직무범죄자"를 행위자에서 배제하는 학설의 불합리성은 극복되어야 마땅하다고 본다.

직권남용의 "목적-수단"의 상호관계에 주목하여 이를 상호조합적으로 이해함으로써 외형·형식상 정당한 수단을 동원하였지만 실질상 부당한 목적을 위해 직권을 행사한 경우 직권남용으로 포착하려는 시도(조기영)는 의미가 있는 시도라고 볼 수 있지만, 예컨대 수사 또는 내사를 중단시키려는 위법한 목적의 존부를 입증하는 것은 용이하지 않다는 점에서 우선 형사절차상 증거법적으로 일부 예외적인 사안에서만 활용이 가능한 기준으로 생각된다. 현행 규정의 해석론은 직권남용의 목적에 대해 적극적으로 고려하고 직권남용죄를 추상적 위험범으로 이해하면서도 권리행사방해의 침해범 내지 결과범일 것을 요구하고 있다. 그러나 이보다는, 직권남용죄를 권리행사방해의 요건과 무관하게 '국가기능의 공정성 침해'에만 지향된 순수한 추상적 위험범으로 구성하는 것이 입법론적으로 보다 의미가 있다고 볼 수 있을 것이다.

현행 형법상 직권남용죄의 해석론의 범주에서 한편으로는 공직자의 직권남용행태를 촘촘히 포착할 가능성을 제공하면서, 다른 한편으로는 권리행사방해의 결과 발생과 연결되어 있어야 한다는 결과범적 성격과 결부되어 적용상 비교적 단순한 기준을 제시하는 것이 '권한-남용' 재구성론(김성돈)이라 할 수 있다. '권한-남용'의 개념의 재구성, 즉 추상적·구체적 권한 개념 및 제한적·포괄적 남용 개념을 적용하는 시도는

무엇보다 권력형 직권남용행위를 포착하여 바람직한 결론을 도출하는데 기여할 수 있다. 더욱이 이른바 “제2단계의 준월권적 남용” 개념은 기존 해석론의 한계를 넘어 무난하게 “공무원의 행위가 추상적 직무권한의 범위를 벗어난 경우에도 권한의 남용과 같은 외관을 가지는 등 일정한 전제조건을 충족시키면 준월권적 남용으로 인정”할 수 있도록 하여 이에 해당하는 고위직공직자의 직권남용, 즉 권력형 직권남용을 포착할 수 있도록 해 준다.

비교법적으로 고찰할 때 독일 형법은 원래 제국형법 제339조에서 - 우리의 형법 제123조와 유사하게 - “자신의 직권을 남용하거나 또는 직권을 남용할 것이라고 위협하여 다른 사람에게 일정한 행위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 공무원은 징역에 처한다.”라고 규정하였었다. 1943년 나치시대에 폐지된 이 범죄구성요건은 직권을 남용하는 행위 이외에도 협박을 일종의 행위유형으로 파악한 것에 특징이 있다. 또한 현행 독일형법 제240조 제4항 제2호는 공무원의 직권남용 행위의 유형을 두 가지로 나누어 권한을 남용하는 것과 지위를 남용하는 행위로 구분하고 있다. 이 구분은 오스트리아 형법 제302조와 관련해서도 논쟁의 대상이 되고 있다. 이는 구성요건행위인 권한남용이 단지 직무의 사물관할 범위 내에서 이루어진 직권남용에 국한되는 것인지 아니면 직무를 참칭하는 것까지 포함되는 것인지에 관한 논란이다. 직무범위 안에서 이루어진 권한의 남용이 당벌적이라면 직무범위를 넘어서까지 지위를 이용하는 것은 특히 공무원 사이의 위계질서를 이용하는 행위는 더 큰 당벌성을 띠는 행위라고 볼 수 있기 때문이다.

이렇게 독일과 오스트리아에서 ‘직권남용’과 관련된 범죄구성요건화와 구성요건에 대한 해석이 보여주는 것은 직무범죄에 대한 실효적 제재방안을 설계하기 위해서는 법정형의 상향과 같은 손쉬운 방법이 아니라, 범죄구성요건에서 그 행위유형을 세분화해서 규정함으로써 가벌성의 흠결이 생기지 않도록 통제의 그물망을 촘촘히 짜는 방향으로 나아가야 한다는 점을 시사하고 있다.

직권남용행위를 포괄적으로 규정하기보다는 그 행위의 유형을 다양하게 규정할 필요가 있다. 무엇보다 직무권한을 벗어난 행위, 공무원의 지휘체계와 위계적 질서를 이용하는 지위의 남용, 직무행사의 절차 위반, 재량적 결정의 비합리성 등의 다양한 행위유형을 구체적으로 금지해야 하고, 부작위의 경우에는 직무유기와의 체계적 상관

성도 고려하여 법정형 상향도 고려할 필요가 있다.

미국의 경우는 형사사법 이해에 있어서 권력형 직권남용사안들, 즉 대규모 게이트 사건조차도 유죄협상의 예외가 아니었다. 닉슨 대통령이나 클린턴 대통령의 경우도 피의자 본인은 물론 공범 내지 중요 참고인에 대해 플리바기닝이 인정됨으로써 직권남용과 사법방해 등 권력형 직무범죄를 비형법적 수단, 정치적 타협의 결과를 통해 조정하는 방법이 사용된 것이다. 정치의 사법화가 발생했지만 결국 사법의 정치화로 사건이 종결되고 있는 것이다. 이러한 미국의 사례는 국정농단 사태의 궁극적 해결에 있어서도 법적 종결을 넘어 민주사회의 정치적 해결의 가능성에 대한 다각적 검토가 필요하다는 시사점을 준다.

중국의 경우 입법적인 측면에서 직무범죄 관련 처벌의 강화가 돋보이는데, 이는 사형제 폐지·축소라는 세계적 추세에 발을 맞추어 나가면서도 사형선고가 가능한 46개 죄명 가운데 탐오죄와 뇌물죄 등 직무범죄에 대하여 법정최고형으로 사형을 규정함으로써 입법자의 직무범죄에 대한 무관용을 강력히 각인시키는데서 드러난다. 물론 양형적인 측면에서는 모든 경우에 죄를 무겁게 처벌하는 것만은 아니어서 관대할 필요가 있을 때에는 한없이 관대하게 그러나 엄히 다스려야 할 때에는 준엄하게 죄를 다루는 "관엄상제"(宽严相济)를 자수와 입공제도(중국식 플리바게닝) 및 사형감형제도 등의 형태로 적용하고 있다. 아울러 '여우사냥 작전', '톈왕 작전', '打虎拍蝇(다후파이잉)', '무관용(Zero-tolerance) 원칙' 등 반부패 캠페인들도 권력형 직무범죄에 대해 중국공산당이 심혈을 기울이는 예방정책의 표현이라 할 수 있다.

권력형 직무범죄는 국민주권과 국가공직을 좀먹는 중대한 범죄임에 틀림없다. 권력남용, 특히 최고 권력층의 권력형 직무범죄에 대해서는 엄정한 수사와 공정한 재판이 최우선임이 확실하게 각인되고 법집행에서 관철되어야 한다. 이러한 법치국가적 프로세스를 통해 실체적 진실을 발견하고 그에 상응하는 형사책임이 확정되어야 한다. 정치의 사법화가 필요한 경우에는 법의 잣대가 제대로 작동되어야 한다.

정치권력 및 정치부패와 맞닿아 있는 권력형 직무범죄에 대한 대응과 관련하여 범죄에 대한 제재를 넘어 억제를 위한 예방의 과제를 고려하면 실체법적 대응은 사실 빙산의 일각과 같은 한계 앞에 서게 된다. 이를 어떻게 효과적으로 인지하고 소추할 것인가 하는 절차법적 문제의 비중 또한 간과할 수 없다. 사법농단 사태와 검찰개혁의

요청에서 보는 바와 같이 사법신뢰가 유사 이래 바닥상황인 위기의 사법현실에서 특히 권력자 및 고위공직자의 형사소추와 관련하여 특별절차의 규정 필요성 및 특별소추기관(고위공직자범죄수사처)의 설치 필요성과 운용방안 등 또한 피해갈 수 없는 부분이기도 하지만 이에 대해서는 별도의 연구과제를 통해 근본적 검토가 이루어져야 할 것이며, 이미 상당부분 다루어진 부분이기도 하여 이 연구에서는 별도로 다루지 않았다.

서 론

박 학 모

제1장

서 론

제1절 | 연구의 필요성과 목적

이른바 '국정농단' 사태,[1] 그리고 이와 관련된 일련의 형사사법절차의 진행을 계기로 특히 직권남용과 뇌물죄를 비롯하여 여러 유형의 직무범죄가 국민적 관심사가 되고 있다. 그러나 정작 직무범죄의 구성요건들과 그 체계에 존재하고 있는 법률적·법해석학적 문제와 법적용상의 한계 등 법현실적 문제는 아직 제대로 조명되지 못한 측면이 있다.

미투운동 국면을 통해 이른바 "권력형 성폭력범죄"에 대한 논의가 촉발되며 제한적이나마 권력형 직무범죄의 문제도 함께 불거졌고, 여성가족부는 신속히 "위력에 의한 간음"의 법정형 강화 방안을 발표하기도 하였다. 그러나 이러한 단편적 대응을 넘어 그동안 형법적 관심의 사각지대에 놓여있던 직무범죄 전반에 대한 구성 체계를 재검토해 볼 필요가 있으며 효과적 제재방안에 대하여도 고민이 필요한 상황이다. 이 과정에서 법원칙을 무시하거나 법체계 정합성을 해치는 역기능에 유의하며 가능한 입법적 개선 방안도 모색할 필요가 있다.

비교적 최근에 간접적으로나마 형법상 직무범죄의 재구성 필요성을 드러낸 사례는 2016년 9월부터 시행된 '청탁금지법'(일명 '김영란법')이다. 이는 현행 형법상 직무범죄 가운데 뇌물범죄의 구성체계가 안고 있는 한계로 인하여 이루어진 입법으로서

1) "2016년-2017년 박근혜 퇴진 촛불집회 참여의 결정요인"을 분석한 도묘연(의정연구 51권, 한국의회발전연구회, 2017, 136면 이하 및 140면)에 따르면, "'국정농단 게이트'에 대한 분노, 대통령 직무수행에 대한 불만은 시민들을 134일(2016년 10월 29일-2017년 3월 11일) 동안 개최된 촛불집회로 이끌었던 주요한 요인이었다."

공직반부패를 위하여 별도의 독자입법 형태로 부정청탁행위 및 일정한 금품수수행위 등을 범죄화하는 방식을 취하였다. 「청탁금지법」은 부정청탁행위를 범죄화하는 입법적 성과에 그치지 않고 그 논의과정에서 궁극적으로는 공직자의 '이해충돌방지'도 입법해야 한다는 의제를 부각시킨 점이 적지 않은 성과라 할 수 있다. 이에 대한 공감대는 계속 확산되고 있으며, 최근 다시 일련의 관련 법안이 발의되어 이에 대한 공청회도 진행되고 있는 상황이다.

이와 더불어 현 정부에서 추진되는 이른바 '적폐청산' 및 공직개혁 요청은 직무범죄의 구성체계에 있어서도 새로운 '공직자상' 및 '공직사회상'을 반영하여 재구성을 모색해야 한다는 과제를 던지고 있다는 점에서 이에 상응하는 직무범죄에 대한 제재의 강화 필요성 또한 제기된다. '세월호참사'로 적나라하게 불거진 박근혜 정부 내 '국정농단'과 '관피아' 논란에도 불구하고 엄중한 공직개혁 요청에 부응하는 형법적 대응 논의는 아직 가시화되지 못하였다.

공직자의 직무범죄는 형법각칙 제7장 '공무원의 직무에 관한 죄'에 규정되어 있으며, 크게 "직무위배의 죄, 직권남용의 죄, 뇌물의 죄"로 대별되는데, 이른바 '국정농단 사건'에 대한 제1심 판결에서 나타나는 바와 같이 주요죄목이 '직권남용'과 '강요' 및 '뇌물죄' 등으로 "권력형 직무범죄" 내지 "권력형 부패범죄"의 성격을 띠고 있다.

아직 재판이 진행 중인 이 사안들에서 전직 대통령을 비롯한 정치엘리트 및 고위공직 관료들에 의해 자행된 '권력형 직무범죄'는 우선 이러한 범죄가 국가와 공직사회에 미치는 피해와 파급효과의 중대성을 감안할 때 이를 "일반" 직무범죄와 똑같은 법정형의 범주에서 다룬다면 그것이 과연 정의로운 처단인가 하는 의문이 제기될 수 있다. 다른 한편 "권력형 직무범죄"를 더 엄중하게 단죄하고자 가중적인 특별구성요건의 입법화 등을 통해 형법적으로 대응할 경우에는 "정치와 형법"의 긴장관계에서 형법의 과잉개입의 문제를 면밀히 검토할 필요가 있다. 특히 고위공직자가 책임정치와 책임행정을 구현하고자 할 때 일정부분 규범으로부터 자유로운 영역을 인정하지 않을 수 없다는 점에서 여기에 형법이 과도하게 개입할 경우 자칫 역기능적일 수 있기 때문이다.

어쨌든 특정 고위공직자들이 공직과 관련하여 행사할 수 있는 특별한 "권력"을 생각하면 이에 대한 법적 책임 또한 엄격하고 특별하게 추궁되어야 한다는 요청도

존재하기 때문에 이에 대한 접근은 단순하지는 않다. 따라서 이러한 다각적인 고려를 토대로 “권력형 직무범죄”를 다루는데 존재하는 입법적 흠결 및 법률해석상의 한계에 대하여 탐색하면서 권력형 직무범죄의 예방과 실효적 제재를 위한 대안적 방안이 모색되어야 할 것이다.

제2절 | 연구 대상과 범위

연구의 대상과 범위와 관련하여 “권력형 직무범죄”의 개념정의와 경계를 어떻게 설정하느냐가 관건이다. 이와 관련하여 현행법에 기초한 ‘직무범죄’ 자체에 대한 논의는 일단 기존 교과서 논의의 범주를 크게 벗어날 수 없다는 점에서 필요최소한으로 제한하기로 한다. 결국 문제의 핵심은 “권력형” 직무범죄의 범위를 어떻게 규정하고, 그 가운데서도 논의의 실익이 있는 핵심영역으로 연구 범위를 제한할 필요가 있다. 먼저 간략하게나마 직무범죄의 기본개념을 정리하고, ‘권력형 직무범죄’를 개념정의하면서 연구 범위를 설정해 보기로 한다.

1. 직무범죄의 기본개념과 구분

직무범죄(Amtsdelikte)는 일반적으로 형법각칙 제7장에 규정된 ‘공무원의 직무에 관한 죄’[2]를 그 출발점으로 한다. 직무범죄는 “공무원이 의무에 위반하거나 직권을 남용하거나 또는 뇌물을 수수함으로써 국가기능의 공정을 침해하고 국가기능을 부패시키는 내용의 범죄”이다.[3] 즉 형법상 직무범죄는 직무유기, 직권남용 및 뇌물죄, 이 세 가지 유형으로 대별할 수 있다.[4]

그러나 개별 직무범죄구성요건들은 다양하고 이질적인 구성요건들을 포괄하고 있어서 그 보호법익을 통일적으로 파악하기는 쉽지 않다. 하지만 직무범죄가 공통적으

2) 구성요건의 체계에 대한 개관은 김성돈, 『형법각론』, 성균관대학교 출판부, 2018, 736면 참조.
3) 배종대, 『형법각론』, 홍문사, 2015, 831면.
4) 김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 박영사, 2018, 624쪽; 배종대, 앞의 책, 833면.

로 지닌 불법의 핵심은 “공정한 국가행정·사법작용에 대한 공공의 신뢰의 침해”로 압축할 수 있다. 그리고 이러한 불법성은 헌법 제7조제1항에 따라 “국민전체에 대한 봉사자”로서 “국민에 대하여 책임을 지는” 공무원의 지위로부터 나오는 행위주체의 의무와 결부되어 있다.

범죄주체가 공무원이라는 점에서 직무범죄는 신분범(Sonderdelikte)이다. 특히 특정한 행위자적격성을 갖추어야만 범죄가 성립하는 진정신분범은 형법 이전에 존재하는 의무자의 지위와 결부되어 있어 ‘의무범’(Pflichtdelikte)이라고도 하는데,[5] 진정신분범인 ‘진정직무범죄’가 이에 해당한다. 반면 ‘부진정직무범죄’는 공무원 신분이 아닌 자도 행위주체가 될 수 있는 범죄에 대하여 공무원이 행위자인 경우 가중 처벌하도록 규정된 범죄를 말한다.[6]

2. 권력형 직무범죄 개념 규정

가. 권력형 범죄

그렇다면 이른바 “국정농단” 사태를 계기로 이슈화된 ‘권력형 직무범죄’의 개념규정은 어떻게 할 것인지가 관건이다. 이 개념은 법률상의 개념이 아니며, 아직 법이론적으로 규명된 개념도 아니기 때문이다.

권력형 직무범죄라는 용어를 사용할 때, 직무범죄 자체는 일단 특별한 제한이 없이 진정직무범죄와 부진정직무범죄를 모두 포괄하는 의미로 파악할 수 있다. 권력형 직무범죄 개념에서 방점은 “권력형”이란 수식어에 있다고 볼 수 있다. 그리고 여기에는 직무범죄를 범하는 과정에서 직무범죄가 내포하고 있는 “의무범”의 성격, 즉 부여된 공직의무의 이행과 결부된 공직 일반의 권력 작용의 성격이나 공직 신뢰를 오용하는 데 그치는 것이 아니라, 이를 넘어선 “특별한 권력 작용”이 범죄행위에 작용하고 있다는 점이 내포되어 있다고 볼 수 있다.

---

5) 김일수·서보학, 앞의 책, 625면.

6) 공무원이 아닌 자가 직무범죄에 가담한 경우, 진정직무범죄의 경우에는 형법 제33조의 본문에도 불구하고 직무범죄의 공동정범을 제외한 공범만 될 수 있는 반면, 부진정직무범죄의 경우에는 형법 제33조 단서에 따라 기본범죄의 성립만 가능한다는 차이가 있다(김일수·서보학, 앞의 책, 625면; 배종대, 앞의 책, 833면; 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 박영사, 2017, 700면 이하 참조).

국립국어원 표준국어대사전에 따르면, '권력'이란 "남을 복종시키거나 지배할 수 있는 공인된 권리와 힘, 특히 국가나 정부가 국민에 대하여 가지고 있는 강제력"[7]으로 정의된다. 이러한 의미에서 '국가권력', '사법권력', '검찰권력'과 같은 용어가 생성되어 사용되고 있다.[8] 직무범죄가 "권력형"이라는 것은 이러한 권력으로부터 비롯되고, 권력에 의해 뒷받침되며, 동시에 권력에 지향된 범죄라는 점을 암시한다.

그렇다고 정부 고위관료나 검사 또는 법관이 그 직무상 저지른 범죄를 모두 '권력형 직무범죄'라고 해야 하는지에 대해서는 누구도 선뜻 동의하기 힘들 것이다. 몇몇 선행연구에서 사용된 "권력형 범죄" 용례에서부터 개념 규정의 실마리를 찾을 수 있는지 살펴보기로 한다.[9]

나. 권력형 부패

기존의 형사정책 논의에서 "권력형"이란 수식어와 함께 논의되어온 대표적 용어는 반부패 분야에서 사용되는 이른바 '권력형 부패'라고 할 수 있다. '권력형 부패'란 대체로 "통치자 및 그 주변의 권력엘리트가 주체가 되어 저지르는 정치부패"[10]를 통칭하는 매우 포괄적인 개념이다. 입법 권력으로서 정치인이나 권력을 담당하는 정부 스스로 법을 위반하며 자행하는 부패행위인 '정치부패'를 곧 '권력형 부패'와 등치시키기도 한다. 정치부패는 겉으로 드러나거나 포착되기 힘들기 때문에 일종의 '합법적 폭력'으로 규정되기도 한다.[11]

먼저 부패의 유형을 부패의 동기와 목적(물질적·비물질적 반대급부 추구) 및 공직자

---

7) https://stdict.korean.go.kr/ 2019.10.15. 최종검색.

8) 이에 더하여 일상용어로 '언론권력'이란 용어도 자주 사용되지만, 이는 "삼권분립"으로 대변되는 입법, 행정, 사법과 같이 국가 및 정부에 의해 공식적으로 부여된 강제력으로서 공권력은 아니란 점에서 다소 부정적 맥락의 용례라 할 수 있다. 그 자체가 "유사권력"을 형성하고 있다는 의미와 함께 국가권력에 의해 뒷받침되고 있다는 이른바 "정·언유착"을 암시하는 측면도 없지 않다.

9) 이른바 "미투운동" 국면에서 "권력형 성폭력범죄" 개념이 "권력형 범죄"의 한 유형으로 회자된 바 있다. 성적 자기결정권에 대한 폭력범죄의 한 유형으로도 볼 수 있는 성폭력범죄가 행해지는 과정에 특별한 권력관계가 작용한 경우 이는 권력자로서의 지위가 '위계'와 '위력'으로서 작용하였는지의 여부와 주로 관계된다는 의미에서 어디까지나 공직직무관계를 고리로 범해지는 "권력형 직무범죄"와는 차이가 있다는 점에서 이른바 '권력형 성폭력범죄'는 여기서는 논외로 한다.

10) 연성진, 『권력형 부정부패의 구조와 통제방안』, 한국형사정책연구원, 1998, 29면 참조.

11) 윤태범, "관료부패의 구조에 관한 연구", 한국행정학보 제27권 제3호, 1993, 810면.

과 고객 사이의 연계관계의 유무를 기준으로 하여 직무유기형, 사기형, 후원형 및 거래형 부패의 네 가지 유형으로 구분하는 분류방법에 따르자면, 권력형 부패의 양태 또한 대략 이와 같은 유형으로 발현되는 것으로 볼 수 있다.[12)]

권력형 부패의 유형		공직부패의 동기와 목적	
		비물질적 혜택	물질적 혜택
공무원-고객 연계관계	없음	직무유기형 (불법행위묵인)	사기형 (공금유용, 횡령, 강탈)
	있음	후원형 (불법후원, 정실인사)	거래형 (수뢰, 리베이트, 상납)

이러한 부패유형의 분류를 토대로 대한민국 역대정부에서 발생한 권력형 부패에 대하여 분석한 보고서에 따르면, 제1~4공화국에서는 국가권력이 직접 개입하여 독점 특혜 등을 부여하며 대가를 챙기는 거래형의 권력형 부패가 주를 이룬 것으로 나타난다. 1970년대에 경제개발로 재벌이 성장하고 국가경제의 규모가 확대됨에 따라 제5공화국에서는 비자금을 위한 직무유기형 및 사기형의 권력형 부패가 주로 이루어졌다면, 제6공화국 이후에는 부패의 연결망구조가 형성되면서 사기형 및 거래형의 권력형 부패가 주로 이루어진 것으로 분석된다.[13)] 그동안 정부 주도의 경제구조와 권력의 중앙집중 및 고비용 정치구조, 그리고 상대적으로 취약한 민간부문 및 시민감시 등이 상호작용함으로써 역사적으로 부패 구조가 고착화되었고, 이는 권력형 부패가 구조화되는데 일조하였다는 것이다.[14)]

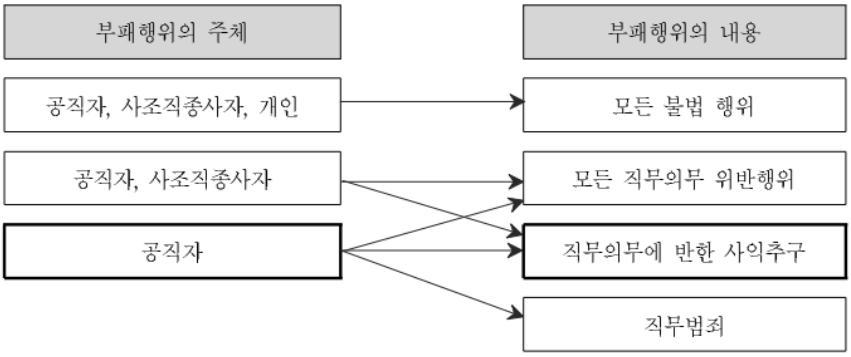
권력형 부패에서 나타나는 부패범죄의 유형들이 직·간접적으로 일련의 형법상 직무범죄들과 결부되어 범해진다는 점에서 권력형 부패는 '권력형 직무범죄'와 불가분의 관계에 있다고 할 수 있다. '권력형 부패'와 '권력형 직무범죄'의 상관관계는 무엇보다 공직부패의 주체로서 공직자와 부패행위 내용의 상관관계 속에서 드러난다.

그런데 공직부패를 공직자의 직무 관련 범죄행위, 즉 직무범죄에 한정시킬 경우 공직부패로 파악되는 범위가 지나치게 좁아져 부패통제는 곧 공직자의 직무범죄에

12) 이러한 부정부패유형의 분류에 대해 자세한 것은 연성진, 앞의 보고서, 1998, 66면 이하 참조!
13) 연성진, 앞의 보고서, 1998, 91면 이하 참조.
14) 연성진, 앞의 보고서, 1998, 93면 이하 참조.

대한 형법통제에 국한되게 된다. 다른 한편 공직부패행위를 공직자의 모든 직무의무 위반행위까지 포괄하여 파악할 경우 사소한 직무태만이나 과실행위까지 부패에 포섭되어 부패통제의 한계가 모호해진다는 문제가 생긴다. 따라서 공직부패는 일반적으로 "공직자가 직무상 의무에 반하여 사익을 추구하거나 공익을 침해하는 행위"로 정의된다. 이를 다음 도표와 같이 도식화할 수 있다.[15]

부패행위의 주체로서 공직자와 직무범죄[16]



여기서 우리는 형법상 직무범죄가 부패범죄에 있어서 최협의의 영역이면서 그 핵심영역을 차지하고 있음을 볼 수 있다. 이러한 상관관계를 '권력형 직무범죄'와 '권력형 부패'의 개념적 외연과 상관관계를 파악하는데 활용할 수 있을 것이다. 그렇다면 '권력형 직무범죄'는 일단 '정부 및 정치권력 핵심부(엘리트)가 주체가 되어 저지르는 정치부패 성격의 직무범죄'로 정의해 볼 수 있을 것이다. 여기서 형법상 직무범죄 각각에 대하여 정치부패와 결부된 경우 이를 모두 권력형 직무범죄로 파악할 것인지, 아니면 직무범죄 가운데서도 그 행위양태가 전형적으로 "권력형 범죄"로 나아갈 수 있는 유형의 구성요건을 선별하여 권력형 직무범죄로 파악할 것인지가 문제다. 다시 말해 "권력형 직권남용"이 있을 뿐 아니라 "권력형 직무유기"도 있다고 봐야 할 것인가, 아니면 후자의 경우 "권력형"이란 수식어와 "직무유기"구성요건은 개념 모순의 관계라고 봐야 하는 건 아닌지 고민하지 않을 수 없다.

15) 연성진·김용세·김혁래·유홍준·추형관, 『부패사범 통제체계의 실효성 제고방안』, 한국형사정책연구원, 2007, 48면 참조.
16) 연성진·김용세·김혁래·유홍준·추형관, 앞의 보고서, 2007, 45면.

다. 권력형 직무범죄

여기서 전형적인 권력형 범죄의 양상을 적나라하게 드러낸 이른바 “국정농단사건” 관여자들의 범죄혐의가 권력형 직무범죄의 범주를 정하는 단초를 제공해줄 수도 있을 것이다. 국정농단사건으로 구속되었던 총 22명의 피고인 리스트와 그 주요 범죄혐의를 개관하여 살펴보면, 국정농단사건도 결국은 권력형 부패의 형태로 자행된 것으로 드러난다. 그리고 피고인들 가운데 고위공직자들의 주요 혐의에 주목하여 살펴보면, ‘권력형 범죄’인 국정농단사건 관련 고위공직자피고인들의 주요 혐의의 핵심에 권력남용, 즉 직권남용이 자리하고 있는 것을 볼 수 있다.

검찰 1기			
이름	직책	구속일	혐의
최순실		2016년11월3일	직권남용 권리행사방해 등
안OO	**전 청와대 정책조정수석**	11월6일	**직권남용 권리행사방해 등**
정OO	**전 청와대 부속비석서관**	11월6일	**공무상 비밀누설 등**
송OO	**전 한국콘텐츠진흥원장**	11월10일	**뇌물, 강요 등**
차OO	**전 창조경제추진단장**	11월11일	**직권남용, 강요 등**
장OO	최순실 조카	11월21일	직권남용 권리행사방해 등
김O	**전 문화체육관광부 2차관**	11월21일	**직권남용 권리행사방해 등**
박영수 특별검사팀			
문OO	**전 국민연금공단 이사장**	2016년12월31일	**직권남용 권리행사방해 등**
류OO	이화여대 교수	2017년1월3일	업무방해 등
남OO	전 이화여대 입학처장	1월10일	업무방해 등
김OO	**전 문화체육관광부 장관**	1월12일	**직권남용 권리행사방해 등**
정OO	**전 문화체육관광부 1차관**	1월12일	**직권남용 권리행사방해 등**
신OO	**전 청와대 정무비서관**	1월12일	**직권남용 권리행사방해**
김OO	전 이화여대 신산업융합대학장	1월18일	업무방해 등
김기춘	**전 청와대 비서실장**	1월21일	**직권남용 권리행사방해 등**
조OO	**전 문체부 장관**	1월21일	**직권남용 권리행사방해 등**
이OO	이화여대 의류학과 교수	1월21일	업무방해
박OO	와이제이콥스메디컬 대표	2월4일	뇌물공여
최OO	전 이화여대 총장	2월15일	업무방해 등
이OO	삼성전자 부회장	2월17일	뇌물공여 등
검찰 2기			
박근혜	**전 대통령**	3월31일	**직권남용 권리행사방해 등**
고OO	전 더블루케이 이사	4월15일	알선수재 등 혐의

정치권력의 남용이라는 주체와 수단의 측면에서 일반 부패와 차별화되는 "권력형" 부패와 마찬가지로 일반 직무범죄와 차별화되는 "권력형" 직무범죄는 정치권력의 정점인 대통령을 비롯하여 대통령 주변의 정치엘리트 및 고위공직관료들이 정치권력을 힘입어서 또는 "그 연장된 손"으로서 자신들에게 부여된 공권력을 범죄에 이용하는데 특징이 있다. 즉 권력형 직무범죄의 의미에서 '권력'은 현재 우리나라의 정치권력의 구도에서는 국가권력의 정점에 있는 대통령의 권력과 불가분의 관계에 있다고 볼 수 있다.

라. 이른바 '고위공직자범죄'

권력형 직무범죄와 비슷한 맥락에서 사용되는 개념이 권력형 부패에 대한 대책 및 검찰개혁 방안의 하나로 논의되어 온 이른바 「공수처법」(안)들에서 등장하는 '고위공직자범죄'라고 할 수 있다. 2016년과 2018년에 일련의 "공수처" 법안들이 발의되어 현재 이른바 '신속처리안건'[17]으로 선정되어 국회에서 심의중이다. 특히 2018년 법무·검찰개혁위원회 「고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률」(안)[18]제2조 제3호는 아예 법률적 개념으로 '고위공직자범죄'라는 용어를 사용하고 있다.[19]

하지만 권력형 직무범죄와 고위공직자범죄라는 두 개념은 특히 '행위주체'에 존재하는 공통성으로 인해 내용적으로 상당부분 상호 중첩될 수는 있지만, 서로 일치하거나 호환되는 개념이라고 할 수는 없다. 무엇보다 고위공직자에 의한 직무범죄가 곧 정치권력을 "등에 업은" 권력형 직무범죄라고 할 수는 없기 때문이다. 다른 한편 반드시 고위공직자가 아니라도 "국정농단사건"에서 나타난 바와 같이 정치권력을 배경으로 직무범죄를 범한 경우 정범 및 공범이론의 구성에 따라서는 권력형 직무범죄와 관련되는 것을 배제할 수 없을 것이다.

다시 말해서 권력형 직무범죄가 직무범죄에 작용하는 행위자요소로서의 '권력자' 관여의 맥락과 행위수단으로서의 '권력작용'에 주목하고 있는 개념이라면, '고위공직자범죄' 개념은 이를 단순화하여 애당초부터 '고위공직자'라는 행위자 신분을 중심으

17) 국회법 제85조의2(안건의 신속 처리) 참조.
18) 법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서 - 활동과 성과, 2018, 42면 이하.
19) 그동안 주로 고위공직자 "비리수사처" 또는 "부패수사처"로 불리던 것을 법무·검찰개혁위원회의 공수처법안부터는 주로 "범죄수사처"로 통용되고 있다(고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률(안) 제3조 제1항).

로 권력형 부패범죄들에 대한 공수처의 관할권을 규정하기 위해 사용된 개념이라는 점에서 양자의 접근방식에 서로 차이가 있다고 할 것이다.

마. 국가범죄와의 구분

정치권력이 개입된 정치부패의 한 형태로서의 권력형 직무범죄는 체제불법으로서 국가권력이 개입된 이른바 '국가범죄'[20]와는 구분되어야 한다. 남아프리카공화국의 체제전환이나 독일의 동·서독통일과 같은 전환기에 요청되는 것이 구체제에서 국가와 정부가 자행한 '정부범죄' 또는 '국가범죄'에 대한 과거청산이다.[21]

일반적으로 사회 내에서 발생하는 범죄현상을 범죄행위자 개인을 중심으로 "미시적 차원"에서 분석하는 기존의 "행위자범죄학"(Täterkriminologie)에 대해서는 그러한 미시적 방법론으로는 범죄가 발생하는 구조를 제대로 포착파악할 수 없다는 지적이 이미 오래전부터 제기되어 왔다. 물론 청소년범죄와 같은 분야에서는 행위자범죄학이 행위자유형을 분석하여 해석의 틀을 제시하고 대책방안을 제시한 것은 그 대표적 성과의 사례로 손꼽히기도 한다. 그러나 위에서 권력형 부패의 구조화 문제에서 살펴본 바와 같이 범죄의 출발점이 전형적으로 사회 체제나 조직에서 있는 경우에는 범죄현상을 미시적 차원이 아니라 "거시적 차원"에서 고찰할 필요가 있다는 것이 이른바 "체제범죄학"(Systemkriminologie)의 관점이다.[22]

전형적으로 후자의 영역에 속하는 것이 과거 종교권력에 의한 마녀사냥(화형), 경제권력에 의한 착취범죄, 국가범죄로서 집단학살과 같은 범죄들이다. 우리나라에서 구조화되어 온 권력형 직무범죄를 비롯하여 종교계, 문화예술계 및 스포츠계에서 조직적, 관행적으로 자행되어온 (성)폭력범죄, 군대에서 발생하는 인권침해범죄 등도 마찬가지이다. 우리나라의 입법, 행정, 사법이 흡사 체제범죄의 성격을 띠는 권력형 범죄의 억제보다는 비호의 메커니즘에 동원되는 구조를 분석하기 위해서는 보다 근본적이고 광범위하게 체제범죄학적 연구가 필요할 것으로 보인다.

국가범죄가 자행되는 과정에서 권력형 직무범죄도 자행되는 것이 사실이고, 권력형

---

20) '국가범죄'에 대해 자세한 것은 이재승, 『국가범죄』, 앨피, 2010, 17면 이하 참조!
21) 이에 대한 개관으로는 법무부, 『통일독일의 구동독 체제불법청산 개관』, 1995, 3면 이하 참조!
22) 이에 대한 개관적 시론은 Sessar, Klaus, "Von der Täterkriminalität zu einer Systemkriminalität, von der Täterkriminologie zur Systemkriminologie. Ein Anstoß", 2016, 89면 이하 참조!

직무범죄에 계획적·체계적으로 자행되는 국가범죄적 속성[23]이 있는 사례도 존재하는 것이 사실이지만 두 개념은 엄연히 구분되어 사용되어야 하는 것이 분명하다.

3. 소결 – 연구 대상과 범위의 제한

그렇다면 권력형 직무범죄에 대한 개념정의의 노력으로부터 연구의 대상과 범위를 어떠한 범위로 경계 지을 수 있는지가 관건이다. 위에서 언급한 바와 같이 형법상 직무범죄 각각에 대하여 해당 범죄행위가 정치권력, 즉 정치부패와 결부된 경우 이를 모두 권력형 직무범죄로 파악할 수도 있을 것이다. 하지만 이 경우 권력형 직무범죄를 굳이 권력형 범죄 일반과 구별하는 실익이 크지 않다고 할 것이다. 정치권력이 그 권력을 범죄에 이용했다는 것 자체가 범죄에 대한 형사소추는 물론 그 정치권력에 대한 탄핵의 이유가 되기 때문이다.[24]

따라서 직무범죄 가운데서도 그 행위양태가 전형적으로 "권력형"으로 나아갈 수 있는 유형의 구성요건을 중심으로 범위를 좁혀 연구의 대상과 범위를 제한할 필요가 있다. 다시 말해 전형적인 "권력형" 범죄의 태양을 보이는 "직권남용"을 중심으로 그동안 실무에서의 '직권남용'에 대한 판단이 "권력형 직무범죄로서 직권남용"에 있어서 어떻게 사법정의에 상응하는 법적용이 이루어질 수 있는지 살펴볼 필요가 있으며, 아울러 법해석론적 해법과 입법론적 개선방안을 모색할 수 있는지 살펴보는 것이 유익할 것이다.

정치권력 및 정치부패와 맞닿아 있는 권력형 직무범죄에 대한 대응과 관련하여 범죄에 대한 제재를 넘어 억제를 위한 예방의 과제를 고려하면 실체법적 대응은 사실 빙산의 일각과 같은 한계 앞에 서게 된다. 이를 어떻게 효과적으로 인지하고 소추할 것인가 하는 절차법적 문제의 비중을 간과할 수 없다. 사법농단 사태와 검찰개혁의 요청에서 보는 바와 같이 사법신뢰가 유사 이래 "바닥상황"인 위기의 사법현실에서 특히 권력자 및 고위공직자의 형사소추와 관련하여 특별절차의 규정 필요성이라든지 특별소추기관의 설치 필요성 문제 또한 비켜갈 수 없는 부분이기도 하지만 이에 대해서는 별도의 연구과제를 통해 근본적 검토가 이루어져야 할 것이다. 따라서 이 연구에서의 문제제기와 논의는 실체법 영역으로 국한하기로 한다.

---

23) 국가범죄의 속성에 대해서는 이재승, 앞의 책, 23면 참조!
24) 헌재 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 참조.

정치권력의 정책결정과 형법통제

박 학 모

제2장

정치권력의 정책결정과 형법통제

"권력형 직무범죄"가 정부권력의 정치적 영역에서 이루어지는 경우 정치와 형법의 경계 문제가 제기될 수 있다는 점에서 권력형 직무범죄에 대한 논의에 앞서 이에 대해 검토할 필요가 있다. 헌법재판소도 최근의 대통령탄핵심판에서 "대통령의 '직책을 성실히 수행할 의무'는 헌법적 의무에 해당하지만, '헌법을 수호해야 할 의무'와는 달리 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 되기는 어렵다"고 보아 세월호 참사와 관련하여 대통령이 직책을 성실히 수행하였는지 여부는 탄핵소추의 사유가 될 수 없다는 입장을 밝힌 바 있다.[25] 권력 작용과 결부되어 있지만 정치적 성실성이나 정책 판단의 문제가 될 경우 이러한 사안을 모두 형사법적으로 포착하기는 어렵다는 점을 암시하고 있는 부분이다.

제1절 | 공직직무로서의 정책결정행위

앞에서 '고위공직자범죄' 개념에 대해서도 살펴보았지만, 이른바 '공수처' 법안들에서 공통적으로 「국가공무원법」 제2조의2에 따라 "중앙행정기관의 실장·국장 및 이에 상당하는 보좌기관"을 지칭하는 "고위공무원단"에 속하는 공무원들과 함께 「국가공무원법」 제2조에 따라 '정무직공무원'을 고위공직자로 포함시키고 있다. 물론 그 이전에 대통령과 국무총리와 국회의원을 포함하여 헌법기관 등 주요 부처 및 기관의 기관장, 판사 및 검사, 장성급 장교와 경무관급 이상 경찰공무원 등이 고위공직자에 속한다.

25) 헌재 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1, 판례집 29-1, 5-6면 참조.

「국가공무원법」 제2조 제3항 제1호는 '정무직공무원'을 "(가)선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의가 필요한 공무원, (나)고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원"으로 파악하고 있다.

'정무직'이라는 표현에서도 나타나는 바와 같이 "고도의 정책결정 업무에 관계하는 공무원"이라는 점에서 대통령을 비롯한 "권력형" 정무직공무원의 업무는 상당부분 정치와 행정의 경계 영역에 걸쳐있다. 이러한 정책 판단 및 결정의 영역에서 활동하는 고위공직자의 정무 판단이 매번 형사처벌의 위험에 노출된다면 어떠한 정책 판단이나 결정이 불가능하게 될 수 있다고 할 수 있다. 그렇다고 이 영역을 법으로부터 자유로운 영역으로 볼만한 천부적 정당성이 존재하는 것도 아니다. 이 영역이 어떠한 조건하에서 형사처벌로부터 자유로운 처벌배제사유로 분류될 수 있는가를 탐구한 침머만(Zimmermann)에 따르면 대략 다음과 같은 세 단계의 정당화과정이 요청된다.[26]

첫 번째 단계는 정무행위가 어느 범위에서 민주적으로 정당화되어 있는지를 정하는 특별권한에 관한 근거규정이 존재하여야 한다는 것이다. 두 번째 단계에서는 정무행위와 결부된 판단의 흠결 등 실책의 위험을 염두에 둠으로써 첫 번째 단계의 권한을 넘어서는 행위에 대해서도 처벌을 면제해주는 이른바 '면책특권'에 관한 규정들이 존재해야 한다는 점이다. 마지막으로 세 번째 단계가 비로소 전형적인 형법의 관점이 작동하는 단계로, 정무직공직자의 특별한 역할과 무관하게 그 행위 자체의 가벌성을 배제하거나 또는 이를 정당화하는 사유가 존재하는가 여부라고 할 수 있다.

침머만에 따르면, 이 세 단계에는 위계질서가 존재하여 첫 번째 정당화 단계에 해당하는 '특별권한'의 한계를 넘은 경우에 비로소 두 번째 단계의 실책과 결부된 '면책특권'에 대한 고려로 넘어가며, 나아가 그런 면책가능성도 존재하지 않아서 해당 정무행위와 결부된 특수상황이 처벌면제의 이유가 되지 않는 경우에만 마지막으로 세 번째 단계의 일반적인 형법상 처벌규정의 적용 여부로 넘어가게 된다.[27]

---

26) 이에 대해 자세한 것은 Zimmermann, *Die Straflosigkeit politischer Entscheidung*, Habilitatitonsschrift. LMU zu München, 2018, 507면 이하 참조!

27) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 508면.

제2절 | 헌법적·법률적 특별권한으로서 정책결정권

1. 국회의원의 입법활동과 헌법적 면책특권

국회는 대표적인 헌법적 권력기관의 하나, 즉 입법 권력이다.[28] 여느 국가기관과 달리 국민의 대표자인 국회의 입법 활동의 보장은 민주국가에서 중요한 의미를 지닌다. 따라서 국회의 입법 활동 과정에서 경우에 따라 형법적 보호법익이 침해되더라도 이것이 곧 범죄구성요건에 해당하지는 않는다.[29] 국회의원이 누리는 면책특권은 단지 선언적 의미에 가까우며, 의회영역에서 국회의원의 활동은 현행법상 면책규정에 포함되지 않더라도 그것이 국회의원의 헌법적 권한에 포함되는 것이면 광범위하게 처벌대상이 되지 않는다. 국회의원의 "헌법적 권한"에 기초한 면책의 범위는 입법 활동 뿐 아니라 선거 활동, 의회 내 발언 등 국민의 대의권자로서 정치활동이라는 점을 감안하여 폭넓게 인정되어야 하며, 이에 상응하여 광범하게 형법 영역 밖에 있다고 할 것이다.[30] 예를 들어 국회의원이 정부와 협상을 하는 것은 의회대표자로서 행위이고 국회의 헌법적 권한을 다른 국가기관에 대해 행사하는 것이므로 그 과정에서 일어나는 일들은 대부분 면책사항에 해당한다. 다만 국회의원이 정당행사나 언론행사 활동과 같이 개인 명의로 하는 활동은 면책특권을 원용할 수 없으며, 의회의 발언이나 의결권 행사에 외부적 영향으로 부패가 개입된 경우에도 마찬가지이다.

2. 정책결정에 대한 헌법적 형사면책과 한계

입법권의 주체인 국회에 비하여 제한적이긴 하지만 정부의 행정권[31]에 대해서도 헌법적 특별권한에 근거한 형사처벌의 배제는 일정부분 인정된다. 정부도 '정부안'의 형태로 법안을 발의하거나 의원입법에 대해 의견을 표명하는 것을 통해 국회에 상응하여 입법 작용에 관여하기 때문에 그 범위 내에서는 형사처벌의 영역에서 배제된다

28) 대한민국헌법 제40조: "입법권은 국회에 속한다."
29) Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Band 1, 2006, §23 단락번호 24.
30) 의회결정에 대한 형법적 판단의 가능성에 대한 자세한 검토는 Zimmermann, 앞의 책, 2018, 20면 이하 참조!
31) 대한민국헌법 제66조 제4항: "행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다."

고 볼 수 있다.[32] 형법상 국가기밀보호와 관련하여 외교정책 영역에서 정부가 상당히 광범위한 결정권을 갖는 것도 헌법적으로 보장된 권한에서 비롯된 것이다.

정부를 진퇴양난의 상황에 빠뜨리는 대정부 인질납치사건과 관련하여 독일 연방헌법재판소는 정부에 광범위한 권한이 부여됨을 인정하였다. 따라서 정부가 인질들을 구출하기 위해 테러리스트들의 동지 석방 요구에 응할 법적 의무가 없다는 점을 확인하면서 동시에 그 반대의 결정도 가능하다고 보았다. 이때 연방헌법재판소가 제시한 요건을 보면 첫째로, 정부가 협박에 굴복할 경우 국가가 협박의 대상으로 전락할 위험이 존재하는 경우, 둘째로, 이런 상황에 대비하여 대부분의 경우 특별권한이 부여되어 있지만 전형적인 상황이 아니어서 관련 근거규정이 존재하지 않는 경우였다.[33] 이런 위기상황에서 정부의 개입권한에 대한 법적 근거로서 형법상 긴급피난 규정을 원용하여 해법을 찾는 데는 한계가 있다. 그렇게는 정부의 이와 같은 "판단특권"을 설명하지 못할 뿐 아니라 그런 긴급 상황에서 어떤 이익들이 더 중요한지에 대한 이익형량 판단을 내리는 것이 어려울 수 있기 때문이다. 따라서 정부가 헌법에서 바로 도출되는 비상대권(Notbefugnis)적 특별권한을 갖는다고 보아야 한다. 물론 이 경우에도 헌법상 명시적으로 정해진 국가권력의 한계를 벗어나지는 못하기 때문에 기본권으로 보호되는 개인의 권리에 대한 침해는 정당화되지 않는다. 이런 정부의 권한은 국가비상사태나 헌정위기사태와 같은 심각한 위기에만 인정되어야 한다. 그 외의 경우에 행정부의 권한은 위임법률이 있는 경우로 제한된다.

정부의 정무행위에 대한 헌법적 형사면책의 한계와 관련하여 국내정치적 상황과 외교적 상황은 구별되어야 한다. 전자보다는 후자에 대해 헌법적 권한이 더 광범위하게 부여되기 때문이다. 예컨대 정부는 외교관계 당사국의 대표에게 개인적 이익을 공여하는 것까지 허용될 수 있으며, 여기서 중요한 기준은 정부의 관점에서 그런 행위가 국가의 안녕에 도움이 되는가 여부이다. 민주주의와 인권의 옹호자로서의 국제적 국가이미지 제고라는 요소도 이에 해당하는 것으로 인정된다.[34]

형법을 포함한 일반 법률이 입법을 제외한 모든 국가권력을 구속한다는 논리로부터

---

32) BVerfGE 48, 89 (131).

33) 예컨대 1970년대 좌파테러리스트에 의한 "슐라이어 장관(Schleyer) 납치사건"이 그 사례가 될 수 있다.

34) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 516면 이하.

정부의 정치적 의사형성 활동이나 국내적·국제적 협상 영역까지 형법통제에 두려는 것은 성급한 결론이 될 수 있다. 헌법이 법률보다 상위규범이라는 법체계를 망각하지 않아야 하며, 법률의 규정들을 해석·적용함에 있어서 항상 헌법적으로 규정된 특별권한들이 우선한다는 점을 잊어서는 안 된다. 정부의 정무행위가 그러한 헌법적 권한의 한계를 넘은 경우 비로소 형사처벌이 검토될 수 있다. 예컨대 예산규칙의 위반과 관련하여 배임죄의 적용을 검토하는 경우, 형법상 배임죄 규정뿐 아니라 예산법, 나아가 헌법적으로 보장된 자치행정에 관한 헌법 기준들을 함께 검토하여야 하며, 이 과정에서 헌법상 가치평가들을 신중하게 고려하여야 한다.[35]

3. 정부의 정책결정에 대한 법률적 면책규정

정치적 결정이 내려지는 다수의 상황에 대해서는 일반적으로 이미 법률상 권한규정들이 존재한다. 행정부 내 정치적 결정권자가 근거로 삼는 수권규범은 입법자인 국회가 의회 활동에 대하여 헌법적 면책특권을 부여받는 메커니즘과 서로 대칭적으로 연관되어 있다고 볼 수 있다. 국회가 법률로 권한들을 규정하여 행정부에게 자율적인 행위를 할 수 있는 여지를 준 경우 행정부에 부여된 재량판단은 국회의 입법재량의 투영물과도 같기 때문이다. 따라서 입법자가 행정부에 독자적인 결정권한을 더 많이 부여할수록 정치적 결정으로 인해 형사처벌을 받을 여지는 줄어들게 된다.

제3절 | 헌법적·법률적 특별권한의 한계와 면책가능성

1. 재량권 보장과 실책 및 면책

법치국가에서 모든 국가 권한이 법적 한계를 지닌다는 것은 자명한 사실이다. 법률에 의해 부여된 권한은 물론 헌법적으로 부여된 권한도 마찬가지다. 아무리 넓은 재량이 부여되었다 하더라도 재량권의 자의적 행사나 명백한 남용에 대한 통제는

35) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 518면.

항상 가능하며, 국가기관이 헌법적·법률적 권한과 재량의 한계를 넘는 경우 원칙상 형사처벌 배제의 근거로서 원용할 수 없게 된다. 하지만 이런 경우에조차도 형사처벌이 배제될 수 있는 여지로 작용하는 것이 정책결정권자의 실책을 염두에 두어 인정되는 일정한 면책의 여지가 존재한다는 점을 잊어서는 안 된다.

정책결정권자의 특별권한의 한계는 이미 헌법적 권한 그 자체에서 확인된다. 법적으로 부여된 어떤 권한을 행사할 때 그 한계는 그것이 자의적 결정이 되는 지점, 즉 어떤 시각에서 보더라도 명백하게 더 이상 받아들일 수 없는 결정이 되는 지점이다. 자의금지를 위반한 행위에 대해서는 실책의 여지 내지 관용을 이유로 한 면책이 부정된다.

권한규범의 한계를 넘음으로써 그 자체로는 적법하지 않은 정책결정에 대해서도 어떤 규정이나 법해석론에 근거해 형사처벌이 배제될 여지를 둔 경우가 이른바 "실책관용"을 부여한 경우에 해당한다. 이를 인정받기 위해서는 그 근거를 특별히 제시해야 하는 부담이 존재하지만, 어쨌든 헌법적으로나 법률적으로 규정된 판단재량을 보장하는 경우 일정한 "실책관용"이 인정될 수 있다. 가장 명확하고 강력하게 이러한 "실책관용"이 발현하는 형태가 헌법과 국회법으로 보장된 국회의원의 면책특권이라 할 수 있다. 반면 행정부의 정책결정권자에게는 국회의원 수준의 면책특권이 부여되지는 않지만 제한된 범위에서 일정한 형식적 실책이나 하자들은 부분적으로 이익형량결정에 영향을 주는 경우에도 법적으로 처벌되지는 않는다는 행정법의 관용규정들이 존재한다. 이에 따르면 특히 "재량실책"에서는 의무에 따라 절차를 이행했었더라면 결정의 내용이 달라질 수 있었던 경우에만 그 실책이나 하자가 법적으로 문제된다.[36]

2. 정책결정의 재량권에 대한 형법적 판단기준

첫째로 독일형법상 법왜곡죄 형법구성요건의 해석·적용에 있어서 인정되는 이른바 '차단효과'(Sperrwirkung)가 좋은 참고기준이 될 수 있다.[37] 독일 학설과 판례에 따르면 독일형법 제339조 법왜곡죄를 적용함에 있어서는 행위자의 위법이 "객관적 타당성

36) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 522면.
37) 이에 대해 자세한 내용과 참고문헌은 Kuhlen, *Nomos-StGB*, § 339 단락번호 90 이하 및 Fischer, *Strafgesetzbuch(StGB)*, § 339 단락번호 25 참조.

을 결여한 특히 중대한 의식적 법위반"만을 법왜곡으로 파악하고, 이 수준에 미치지 못하는 사안에 대하여는 아예 법왜곡의 범주로 파악하지 않는 제한해석[38]의 방식으로 법왜곡죄 처벌이 남발되지 않도록 차단한다. 이러한 차단효과는 사법판단을 내리는 법관의 내적 독립성을 보장하기 위한 것이다. 따라서 이와 유사한 판단 활동이 이루어지는 영역에서 차단효과를 인정한다면 법률상 규정된 특별한 결정의 자유를 보장한다는 결론이 도출된다. 예컨대 검찰에 대해 지시권을 가지는 법무부장관이 개별 형사절차에 개입한 사안에 대한 법적 책임의 판단과 관련하여 이러한 차단효과를 적용해 볼 수 있을 것이다. 우리 형법상 법왜곡죄 구성요건이 존재하지 않지만, 이러한 법논리는 앞으로 법왜곡죄의 도입 논의에서 또는 사법 영역에서 재량권 행사에 대한 판단기준으로 좋은 참고사항이 될 수 있을 것이다.

둘째로, 기업의 경제활동과 관련하여 경영자가 내리는 이른바 '경영판단규칙'(Business Judgment Rule)도 하나의 참고기준이 될 수 있다. 경영자는 기업을 위해 판단과 결부된 위험을 알면서도 일정한 판단을 내려 실행에 옮겨야 하는 상황을 피할 수 없다. 이러한 판단이 나중에 기업에 불리한 것으로 밝혀지면 경영자는 기업에 대해 손해배상의무를 지거나 심지어 배임죄로 처벌될 수도 있다. 이러한 사례에 대하여 독일 연방대법원 제1형사재판부는 "중대한 의무위반"을 요건으로 배임죄(독일형법 제266조)의 성립을 인정하였으며, 일부 학자는 배임죄 구성요건을 제한하는데 이 논리를 원용하고 있다. 그러나 대체로 기업의 의사결정의 자유는 이미 논리적 선행문제인 의무위반이 존재하는가의 관점에서 고려되어야 한다는 견해가 관철되었다(독일 주식법[AktG] 제93조 제1항 제2문). 법적으로 규정된 경영판단규칙에 따르면 결정권자인 경영자가 합리적 관점에서 적절한 정보에 근거하여 회사의 이익을 위해 판단하는 것으로 생각할 수 있었다면 의무위반 자체가 없었던 것으로 인정된다. 결과적으로 경영자의 재량결정은 그것이 명백하게 타당성을 결여한 경우에 한해서 사법심사를 받게 되었다.

정책결정의 형사처벌 가능성에 대한 문제에 대해서 경영판단규칙이라는 모델의 고려는 정치인이 자신의 직위에 근거하여 공기업에서 경영자의 지위를 가지고 있을 때에 직접적인 의미를 가진다. 이외에도 예산과 관련한 정책결정에 있어서도 경제활

38) 이에 대해서는 Kuhlen, *Nomos-StGB*, § 339 단락번호 60 참조.

동 관련 결정상황과 충분히 유사한 경우에, 특히 이 결정이 큰 시간적 압박 속에서 이루어져야 할 때에는 마찬가지로 의미를 가진다고 볼 수 있다.[39]

셋째로, 예산 관련 법률을 비롯하여 숱한 수권규범들이 행정에 자율적 판단을 고려한 재량권 행사의 여지를 두고 있어서, 행정이 법률상 부여된 결정재량을 행사할 때 발생하는 재량하자는 제한된 범위에서만 형사처벌의 대상으로 삼아야 한다는 요청이 제기된다. 정책결정권자들에게 자율적 결정권을 보장해 주는 공법상 규정이 존재하는 경우 이는 일반 시민에게는 주어지지 않는 법률상 보장된 권한이라 할 수 있다. 공법 영역에서 행위재량과 판단재량에 근거한 결정에 대해서는 명백한 하자에 대해서만 제한적으로 사법통제를 해야 한다는 요구가 제기된다. 형법은 "국가행위"의 객관적 정당성을 겨냥하지 않으며, 항상 "인격체로서의 결정권자"를 겨냥하고 있다는 점을 고려하면 재량하자에 대한 형법적 통제는 명확하고 명백히 잘못된 결정에만 국한되어야 한다는 점이 설득력이 얻게 된다.[40]

제4절 | 소결 – 정책결정에 대한 형법통제의 판단

결국 모든 영역에서 정책결정권자의 정책판단에 대한 면책가능성이 존재한다고 말할 수 있으나, 그 판단은 하나의 통일된 질적 기준에 따라 정해질 수 있는 것은 아니다. 범죄의 유형에 따라 객관적 타당성을 결여한 결정이 무엇인가 하는 기준은 달라진다. 마찬가지로 정책결정의 처벌가능성을 일반적으로 어떤 특정한 형태 또는 일정한 크기의 위법과 결부시키는 것도 타당하지 않다. 면책의 내용상 범위는 항상 권한규범에서 도출되는 한계와 범죄의 유형에 달려있기 때문에 정책결정에 대한 형법상 책임을 의식적인 의무위반이나 특별히 중대한 의무위반에 일반적으로 국한시키는 것은 타당하지 않다.

결과적으로 정부 정책결정권자인 정무직 공직자의 경우 자율적인 결정을 내릴 법적 권한을 갖고 있으며, 이 권한에 기초한 정책결정과 관련하여 명백한 실책이 존재하는

39) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 523면 이하.
40) Zimmermann, 앞의 책, 2018, 524면 이하.

경우에만 형법적 책임을 진다는 결론을 도출할 수 있다. 하지만 이런 '명백성심사'는 이를 구체화하는 기준들이 있을 때 실익이 있게 된다. 먼저 특별히 중대한 의무위반이라는 요건이 질적 기준인 것과는 다르게 명백성심사는 이런 질적 기준의 문제가 아니다. 오히려 정책결정에 대한 처벌여부는 명백성심사에 있어서 절차적 관점에 제한된다. 이는 권력분립의 원칙에서 비롯되는 것으로, 만약 입법자가 행정부에 부여한 자기결정의 재량 행사에 대해 법원이 완벽히 통제할 수 있다고 본다면 권력분립에 반하게 된다. 또한 처벌을 명백한 하자에 국한함으로써 형법상 유죄판결 이후에 이와 다른 내용의 행정법원의 재판이 이루어질 위험도 줄어든다. 실제로 그런 상황이 벌어진다면 이는 형법의 최후수단성 원칙(Ultima-ratio-Grundsatz)의 관점에도 부합할 수가 없게 된다.

가벼운 실책도 원칙적으로 명백할 수 있기 때문에, 명백한 실책에 국한하는 것은 중대한 실책에 국한하는 것과 논리적으로 반드시 결부되지는 않는다. 그럼에도 불구하고 경험적으로 볼 때 두 방식은 일정한 관련성이 있을 수 있는데, 왜냐하면 경미한 실책은 종종 상세한 심사를 통해서만 비로소 드러나기 때문이다.

결정권자에게 법률에 의해 특별한 자유가 부여된 정치적 결정에 대해 법원이 심사할 때에는 엄격하게 결정 당시의 관점(Ex-ante-Perspektive)에서 판단해야 한다. 구체적인 사례에서 해당 결정에 의해 실제로 발생한 결과는 의무위반 여부를 판단함에 있어서 고려되지 않아야 한다. 물론 형사소추의 이유가 주로 이런 결과에서 비롯되기 때문에 이런 요청은 심리적으로 어려운 일일 수 있지만, 법관들은 자신의 숨겨진 편향을 인식하고 사실을 평가할 때 이에 좌우되지 않도록 유의해야 한다. 이는 일반적으로 과실심사를 할 때에도 지켜야 하는 사항이다.

정책결정이 그 결정이 내려질 당시에 관련 권한의 한계를 넘은 것인지 여부는 그 시점에 존재했던 인식에만 기초해서 판단되어야 한다. 실질적으로는 해당 결정을 한 정무직 인사가 왜 그가 그 구체적인 상황에서 다른 방식으로는 결정할 수 없었고 그 방식으로 결정했어야 하는지를 수긍하게 만들 수 있다면 그 결정을 하자있는 것으로 볼 수 없다는 결론에 이를 수 있다. 이는 앞에서 살펴본 경영판단원칙의 논리를 원용한 것이기도 하다.

이상의 검토가 정책결정의 형사처벌 제한에 관한 공법의 문제를 다루었다면, 마지

막 단계에서는 등장하는 것이 순수한 형법적 관점이다. 정책결정과 관련하여 형사처벌을 배제할 수 있는 형법적 관점은 대략 다음과 같은 것들을 생각할 수 있다.[41]

첫째로, 다양한 위법성조각사유와 책임조각사유들은 규범이 상충하는 상황을 해결하기 위해 존재한다는 점에서 정책결정에 대한 형사책임 유무를 논함에 있어서도 당연히 중요한 의미를 갖는다. 무엇보다 형법상 긴급피난규정이 어느 범위에서 적용될 수 있는지는 해당사안별로 면밀히 검토할 필요가 있다.

둘째로, 정책결정과 관련한 형사처벌의 문제는 개별 범죄구성요건의 특수한 요건들에 의해서 제한된다. 실무상 전형적인 사례가 되는 것이 배임죄라 할 수 있다. 배임죄에서 "임무에 위배되는 행위"라는 요건은 예산규정을 위반한 경우에는 제한적으로 적용되며, "재산상 손해"의 요건도 형사처벌을 상당히 제한하는 제어장치 역할을 한다.

이상에서 정치권력의 정책결정의 영역과 형법통제의 영역이 어떻게 만나는지를 살펴보는 가운데 형법통제로부터 자유로울 수 있는 정책결정의 법적 근거로부터 실책관용으로서의 재량영역을 넘어 처벌배제사유가 형법통제의 일정한 한계로 작용하는 것을 개관할 수 있었다. 다시 정리하자면, 정치권력자 내지 정책결정권자의 정책결정행위가 형법통제로부터 자유롭기 위해서는 최우선적으로 민주적 정당성을 확보해주는 헌법적·법률적 특별권한이 존재하여야 한다. 그러한 권한의 범위 내에서는 객관적 타당성을 상실한 자의적 판단이라는 명백한 재량권 남용이 확인되지 않은 이상 정책결정이 형사처벌로부터 광범위하게 자유로울 수 있다. 형법통제사안으로 포착되더라도 마지막으로 형법적 관점에서 한편으로는 구성요건에 대한 체계적 해석에 따라서, 나아가 위법성을 조각하는 정당화사유가 존재하는 경우 형법통제로부터 자유로울 수 있는 여지가 존재한다.

41) 이에 대해 자세한 것은 Zimmermann, 앞의 책, 2018, 181면 이하 및 540면 이하 참조!

권력형 직무범죄와 직권남용죄

박 학 모

제3장

권력형 직무범죄와 직권남용죄

앞에서는 권력형 직무범죄로 파악될 위험을 안고 있는 정치권력의 정책결정행위가 권력형 직무범죄를 논하기 이전 단계에서 특별권한, 면책특권 등에 의해 형사처벌의 영역에서 배제될 수 있는 가능성에 대해 검토하여 보았다. 이제 그러한 정당화의 영역을 넘어서 형사불법의 영역으로 넘어온 정책결정행위를 비롯하여 권력형 직무범죄로 포착된 직무 관련 불법행위에 대하여 어떻게 직권남용죄의 법리가 구성되며 해석·적용되고 있는지, 나아가 권력형 직무범죄로서 국정농단 사안이 어떻게 현행 직권남용의 법리에 따라 합리적으로 포섭하여 처벌이 가능한지에 대하여 살펴보기로 한다.

제1절 | 직권남용죄의 남용?

현행법상 직권남용죄가 지니는 의의에 대하여 법현실로 눈을 돌려볼 필요가 있다. 아래 통계에서 보는 바와 같이 직권남용죄의 기소율은 처리인원의 3% 내외에 머물고 있는 가운데 최근 10년간 직권남용죄는 그 발생현황에서 볼 수 있는 바와 같이 가히 폭발적으로 증가하고 있는 실정이다. 이른바 국정농단 사태 이후 집계된 통계가 본격적으로 산출된다면 이러한 경향은 더욱 가중될 것으로 예상된다. 국정농단과 사법농단 사태를 겪는 등 공직사회와 사법체계에 대한 신뢰가 무너지다시피 한 가운데 국민 일반이 공직사회의 직권남용에 대하여 더 예민하고 활발하게 문제를 제기하기 시작하였다는 함의도 가지고 있는 것으로 보인다.

[표 3-1] (2008-2017) 10년간 직무유기와 직권남용 발생현황 비교[42)]

연도	직무유기	직권남용
2008	492	406
2009	556	416
2010	552	382
2011	692	545
2012	920	713
2013	962	764
2014	1,072	833
2015	1,052	992
2016	1,070	1,040
2017	1,316	1,372

[표 3-2] (2008-2017) 최근 10년간 직무유기와 직권남용 기소율 비교[43)]

연도	직무유기			직권남용		
	처리인원	기소인원	기소율(%)	처리인원	기소인원	기소율(%)
2008	591	7	1.2	327	0	0
2009	603	2	0.3	335	1	0.3
2010	896	7	0.8	401	11	2.7
2011	662	17	2.6	439	16	3.6
2012	826	15	1.8	568	22	3.9
2013	778	5	0.6	658	17	2.6
2014	670	16	2.4	476	15	3.2
2015	708	9	1.3	539	19	3.5
2016	526	14	2.7	553	14	2.5
2017	586	16	2.7	616	25	4.1
합계	6846	108	1.6	4912	140	2.9

42) 통계는 '범죄와 형사사법 통계'(한국형사정책연구원)의 「범죄분석」 DB를 활용하여 정리한 것이다: https://www.crimestats.or.kr/portal/stat/easyStatPage.do 2019.10.15. 최종검색.

43) 통계는 '범죄와 형사사법 통계'(한국형사정책연구원)의 「범죄분석」 DB를 활용하여 정리한 것이다: https://www.crimestats.or.kr/portal/stat/easyStatPage.do 2019.10.15. 최종검색.

직권남용죄의 "수요"가 이와 같이 유례없이 증가하고 있는 상황과 관련하여 김성돈 교수는 여기에는 다음과 같은 두 가지 상반된 기대가 자리하고 있다고 본다. "하나는 직권남용죄에서 그 남용 개념의 모호성 때문에 가능한 한 적용범위를 더욱 좁히는 해석을 향한 바람이고, 다른 하나는 공무원 봐주기식 적용으로 인해 직권남용죄의 적용이 남용되고 있는 것이므로 그 적용범위를 더 넓히는 해석을 향한 바람이다."[44]

직권남용죄에 대한 기소율이 그동안 아주 낮은 수준에 머물러 왔다는 사실을 감안하면 이러한 직권남용죄의 발생 증가가 직권남용죄 해석론에도 어떤 변화를 초래할지 귀추가 주목된다고 할 수 있다. 김성돈 교수가 짚고 있는 바와 같이 정치영역에서 시작된 강력한 민주화 요구가 원천이 되어 공직사회 내부에까지 압박해 들어가 그동안 "공직사회를 가리고 있었던 단단한 베일을 벗겨냄으로써 권력기관 내부에 만연해 있던 남용적 권력행사의 민낯이 형법의 렌즈에 의해 포착"된 것이라면,[45] 이는 "직권남용죄의 중심부를 향한 돌풍"에 가깝다고 할 수 있을 것이며 해석론, 나아가 입법론적 도전을 의미한다고 봐야 할 것이다.

이하에서는 권력형 직무범죄의 전형으로서 직권남용죄에 대하여 살펴보기에 앞서 먼저 직권남용죄 기본구성요건에 대한 해석론에 대하여 살펴보기로 한다.

제2절 | 직권남용죄의 해석론 모색

1. 직권남용죄와 강요죄 및 권리행사방해죄의 관계

형법 제123조의 직권남용죄는 1953년 제정형법에 규정된 이래 1995년 개정[46]을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 1995년 개정을 통해 조문의 제목이 "타인의 권리행사방해"에서 현행과 같이 "직권남용"으로 바뀌었으며, 법률효과에 벌금형이 추가되었다.

형법각칙 제37장 '권리행사를 방해하는 죄'에 규정된 권리행사방해죄와 강요죄[47]

44) 김성돈, "직권남용죄, 남용의 의미와 범위", 법조 제68권 제3호, 2019, 206면 이하.
45) 김성돈, 앞의 논문, 2019, 207면 참조.
46) 법률 제5057호, 1995. 12. 29., 일부개정 [시행 1996. 7. 1.].
47) "타인의 권리행사방해"에서 "직권남용"으로 제목이 바뀔 때 강요죄 또한 "폭력에 의한 권리행사

의 구성요건이 행위결과에 대한 기술에 있어서는 직권남용죄와 같은 구조를 보이고 있다. 강학상으로 강요죄가 '자유에 대한 죄'에서 다루어지는 것은 구성상의 유사점을 이유로 재산범죄인 '권리행사를 방해하는 죄'들과 함께 잘못 편제된 데서 유래한다.[48]

형법 제123조(직권남용)과 형법각칙 제37장 권리행사를 방해하는 죄 비교(발췌)
제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
제323조(권리행사방해) 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 또는 전자기록등 특수매체기록을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
제324조(강요) ①폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
제324조의2(인질강요) 사람을 체포·감금·약취 또는 유인하여 이를 인질로 삼아 제3자에 대하여 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

강요죄(형법 제324조)와 직권남용죄의 관계에 대하여는 독립적인 별개의 범죄로 보는 견해[49]와 강요죄에 대하여 단지 공무원 신분 때문에 책임이 가중되는 강요죄의 가중구성요건이라는 견해[50]가 대립하고 있다. 전자에 따를 경우 공무원이 폭행·협박으로 타인의 권리행사를 방해한 때에는 직권남용죄와 강요죄의 상상적 경합이 된다.[51]

'자유에 관한 죄'인 강요죄와 형법 제37장 '권리행사를 방해하는 죄'의 구성요건이 보호법익이 전혀 다른 구성요건인 것처럼 직무범죄인 직권남용 또한 이들 구성요건과 별개의 구성요건으로 보는 것이 타당하며, 경우에 따라 강요죄 또는 권리행사방해죄와 상상적 경합이 된다고 볼 수 있다.

방해"에서 "강요"로 제목이 변경되었다(법률 제5057호의 제정·개정이유 참조: 국가법령정보센터 http://law.go.kr/ 2019.10.15. 최종검색).

48) 이상돈, 『형법강론』, 제2판, 박영사, 2017, 617면; 김성돈, 앞의 책, 136면; 이재상 외, 앞의 책, 149면 참조.

49) 이재상 외, 앞의 책, 709면 이하 및 710면 각주1) 참조; 김일수·서보학, 앞의 책, 637면, 640면 참조.

50) 배종대, 앞의 책, 840면 및 각주1) 참조.

51) 이재상 외, 앞의 책, 710면 및 김일수·서보학, 앞의 책, 640면 참조.

2. 직무권한과 법률상 강제력 문제

가. 학설상 법률상 강제력 요건

형법 제123조의 직권남용죄는 신분범으로서 공무원만이 행위주체가 될 수 있다. 여기서 '공무원'이란 공법상 공무관계에 기초하여 국가 또는 공공단체의 사무에 종사하는 사람이다. 공법상 넓은 의미의 공무원 개념에는 국가나 공공단체의 공무담당자를 의미하지만, 직권남용의 행위주체는 그 직무의 성격을 고려하여 실질적인 공법상의 공직담당자만이 될 수 있다.[52]

나아가 다수설은 이 죄는 "직권남용을 행위수단으로 삼아 타인의 권리행사를 방해하는 것이므로 명령·강제력을 수반하는 직무를 수행하는 공무원"[53]만이 행위주체가 될 수 있는 것으로 본다. 따라서 권리행사방해가 가능한 강제력을 행사하는 공무원, 즉 경찰·검찰·집행관·세관원·마약감시원·교도소장·구치소장·소년원장과 같은 공무원만이 직권남용죄의 행위주체가 될 수 있다는 것이다.[54]

나. 대법원 판례의 이해

대법원판례[55]

직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다.

---

52) 이에 대해 자세한 것은 김일수·서보학, 앞의 책, 626면 참조!

53) 김일수·서보학, 앞의 책, 638면; 그 밖의 참고문헌들에 대해서는 조기영, "직권남용과 블랙리스트", 비교형사법연구 제20권 제2호, 2018, 34면 각주17) 참조!

54) 이러한 다수설의 입장이 일관성이 있으려면 폭행·협박을 수단으로 하는 일반권리행사방해죄(강요죄: 제324조)에 대하여 "그에 상응하는 명령·강제력을 수반하는" 공무원 신분으로 인하여 책임이 가중된 가중구성요건(배종대, 앞의 책, 840면 참조)으로 파악해야 하지 않을까 생각해 볼 수 있는데, 이는 두 구성요건 사이의 관계의 문제라는 점에서 논의의 초점에 있지 않기 때문에 일단 별론으로 한다. 무엇보다 직권남용죄를 강요죄의 가중처벌사유로 규정하고 있는 독일형법의 해석론으로서는 체계정합적일 수 있으나, 현행 우리 형법의 해석상 직권남용죄는 강요죄와는 별개의 독립범죄로 이해되고 있다는 점이다(김성돈, 앞의 책, 2018, 747면).

55) 대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결, 2015.3.26. 선고 2013도2444 판결.

대법원은 학설과 달리 직권남용죄의 "일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것"이면 된다고 본다.[56] 하지만 대법원은 왜 그러한 결과를 도출하고 있는지에 대해서는 아무런 논증을 하고 있지 않다.

다. '일반적 업무권한'의 불확정성 문제

문제는 대법원이든 학설(다수설)이든 모두 남용의 대상인 '직권', 즉 '직무권한'을 '일반적 직무권한'으로 해석하고 있을 뿐 그 범위의 불확정성에 대해서는 충분한 논증을 하고 있지 않아 심지어 '일반적'이라는 표현의 의미조차도 불분명하다는 것이다.[57] 대법원은 '일반적 권한여부'를 판단함에 있어 법령상의 근거가 없더라도 "법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다."고 해석될 수 있다고 한다. 그리고 "남용된 경우 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 행하게 하거나 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 그 남용된 권한은 '일반적 권한'에 포함된다."고 함으로써 미리 확정되어 있어야 할 직무권한을 남용의 경우를 상정하여 추론하는 해석론까지 동원하고 있다.[58]

이와 같이 '직무권한'의 범위에 대하여 입법론으로나 해석론으로 설득력 있는 해법이 제시되지 않고 불확정적으로 방치해온 것이 직권남용 여부에 대한 판단의 예측가능성을 저하시키는 일차적인 요인으로 작용한다는 비판이 제기된다.[59]

라. 직권과 '법률상 강제력'

직권남용죄의 '직무권한' 구성요건표지의 애매모호성과 불확정성의 문제를 고려하여 이를 "법률상 강제력"을 수반하는 직권으로 제한적으로 해석하려는 다수설의 입장이 "불

---

56) 대법원 판시가 일본 최고재판소 소화57.1.28. 결정요지와 판박이와 같은 점에 대한 지적은 김성돈, 앞의 논문, 209면 각주11) 참조!

57) 김성돈, 앞의 논문, 209면.

58) 대법원 2011.7.28. 선고 2011도1739 판결; 김성돈, 앞의 논문, 209면 참조.

59) 김성돈(앞의 논문, 209쪽) 교수는 "현재 진행 중인 많은 직권남용 재판에서 검찰과 피고인 간 또는 1심법원과 2심법원 간의 이견이 이 부분에 집중되어 있는" 이유가 여기에 있다고 본다.

명확한 구성요건의 무리한 확장을 억제하려는 시도로서 의미"[60]가 있다고 볼 수는 있다. 그러나 현행 형법의 해석론상 "공무원의 일반적 직무권한이 법률상 강제력을 수반하는 것으로 제한하는 것은 단지 필연적 근거가 없는 것"[61] 이 아니라 문언에 반하여 직권남용죄의 구성요건을 지나치게 제한적으로 해석하는 것이어서 타당하다고 볼 수는 없다.

다수설에 따르면 법률상 강제력을 수반하는 직무를 하는 것으로 볼 수 없는 대통령비서실장, 청와대 정무수석, 문화체육부 장관 등은 말하자면 "직권남용 적격 공무원"으로 볼 수 없어 직권남용죄의 행위주체가 될 수 없고, 애당초 직권남용죄의 적용을 검토할 필요조차 없게 된다. 강요죄(형법 제324조) 또는 업무방해죄(형법 제314조)의 적용이 고려될 뿐이다."[62]

국정농단 사태 때문만이 아니라 우리나라의 중앙집권적 정치권력구조를 고려하더라도 "법률상의 강제력을 수반하는 직권"이라는 이유로 경찰·검찰·교도소장·구치소장 등이 직권남용으로 처벌될 수 있는 반면, 대통령비서실장·정무수석·문체부장관 등 청와대의 수석이나 장관직은 "법률상의 강제력을 수반하는 직권"을 가지고 있지 않다는 이유로 애당초 직권남용으로 처벌될 가능성으로부터 배제한다면, 이는 단순한 해석론을 뛰어넘어 불합리한 귀결을 초래하는 법창출행태라 할 것이며 헌법적 평등권의 침해가 될 수도 있다.

주요 국정농단 주역들에게 직권남용죄를 적용하는데도 별 무리가 없는 대법원의 입장이 타당하다고 본다. 직권남용죄에서 "일반적 직무권한"은 법률상 강제력을 수반하는 직무권한일 필요는 없으며, 직권남용죄의 제한적 해석·적용은 불명확한 '직권남용' 문언 자체를 합리적으로 해석하는 방향으로 모색되어야 한다.

---

60) 조기영, 앞의 논문, 2019, 36면: "입법례에 따라서는 '명문의 규정'은 없지만 공무원의 직권남용은 '강제력의 행사'를 전제로 하는 것으로 이해하는 나라도 있다. 스위스형법 제312조는 공무원의 직권남용죄를 규정하고 있는데, 법문에 명시적 표현은 없으나 스위스판례는 공무원의 직무권한의 남용은 직무에 의해 공무원에 부여된 권한으로서, 강제력을 행사하는 권한을 의미하는 것으로 해석하고 있다."

61) 형법 제123조(직권남용)가 형법 제124조(불법체포, 불법감금)나 제125조(폭행, 가혹행위)처럼 행위주체를 '재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자'로 한정하고 있지 않다는 점에도 유념할 필요가 있다. 형법 제123조를 직권남용죄의 기본구성요건으로, 그리고 제124조 내지 제125조를 가중구성요건으로 직권남용의 체계구성을 하는 것이 불가능한 것은 아니지만 법률효과가 사실상 같기 때문에 해석론적으로 가중구성요건으로 이해하는데는 무리가 따른다(조기영, 앞의 논문, 2019, 36면 참조). 하지만 입법론적으로는 충분히 고려할 만한 가치가 있다.

62) 조기영, 앞의 논문, 2019, 35면.

3. 직권남용의 해석론

공무원의 직권남용이 민사법적 불법행위를 구성하거나 공법상 징계사유를 넘어 형법상 직권남용죄가 되는 경우는 기본적으로 형법의 보충적 기능과 최후수단성에 상응하여 강화된 법익보호 필요성에 따라 제한적으로 이루어져야 할 것이다. 이와 관련하여 최근 학계에서 두 편이 논문이 의미있는 시도를 하고 있는 바 이를 요약적으로 소개하며 해법을 모색해보고자 한다.

가. 목적-수단 조합론(조기영)

조기영 교수는 형법 제123조의 직권의 '남용'이라는 구성요건표지는 의미하는 바가 명확하지 않으며, "대법원이 '불법한 권한행사' 내지 '위법·부당한 행위'가 직권의 '남용'에 해당한다고 판시하고 있지만 공무원의 위법·부당한 행위가 어느 정도의 불법에 이르러야 공법상 징계사유를 넘어 형법상 당벌성이 인정되는 직권남용죄를 구성하는지에 관한 기준을 확보하기란 쉬운 일이 아니다"고 하며, 국가공무원법 제78조 제1항이 규정하고 있는 공무원의 '법위반'과 '직무상의 의무위반'은 위법·부당한 행위이지만, 형법상 직권남용죄의 불법은 일반적으로 공법상 불법보다는 강화된 정도여야 함을 강조한다. 따라서 공무원징계사유의 불법의 정도를 넘어 형법적 당벌성을 갖춘 직권남용이 되기 위해 갖추어야 할 요건들에 대해 고찰해야 한다는 문제의식으로부터 직권남용의 판단 기준을 제시하고자 시도한다. 그는 비교법적으로 보아도 한국형법의 직권남용죄 구성요건은 그 성립을 엄격하게 제한하는 규정은 아니라는 판단에서 주로 독일어권(독일, 스위스, 오스트리아)에서 직권남용죄의 주관적 요소를 강화시키고 있는 점에 주목한다. 다음은 이러한 그의 주장을 요약하여 정리하며 재구성한 것이다.[63]

'목적-수단' 관계에 기초한 직권남용의 이해(조기영)
스위스형법은 공무원이 '자기 또는 제3자로 하여금 불법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 부과하기 위한' 목적을 설정함으로써 직권남용죄의 주관적 요소를 강화시키고 있다(스위스형법 제312조). 오스트리아형법도 '타인의 권리를 침해할 고의로' 직권을 남용할 것을 요구하고 있다(오스트리아형법 제302조).

63) 이하는 조기영, 앞의 논문, 2019, 38면 이하를 요약하여 그의 견해와 논리를 정리한 것이다.

독일형법상 강요죄에 대한 가중구성요건으로 규정되어 있는 공무원의 직권남용죄(독일형법 제240조 제4항 제2호)가 성립하는 경우에는 피해자에 대한 공무원의 폭행 또는 협박을 통해 직권남용의 불법성이 전면에 드러나게 된다. 그런데 독일형법상 강요죄는 독특한 '비난가능성조항'(Verwerflichkeitsklausel)을 갖고 있다. 독일형법상 강요죄(제240조) 규정은 개념정의조항인 제2항에서 "의도한 목적을 위한 폭행의 사용 또는 해악의 고지가 비난받을 만한 것으로 인정되는 때에는 그 행위는 위법하다"는 내용을 규정하고 있다. 여기서 직권남용죄에 대한 제한해석론으로서 독일형법상 강요죄에서 인정되고 있는 '비난가능성조항'의 해석론을 참고할 수 있다. 물론 독일형법상 공무원의 일반적 직권남용은 폭행 또는 협박을 그 구성요건요소로 하지만, "위법하게"(widerrechtlich)라는 구성요건표지와 관련하여 강요죄의 제한해석이라는 관점에서 위법성이 '강요수단'의 위법성인지 아니면 '강요목적'의 위법성인지가 오랫동안 논의되어 오고 있다.

비난가능성조항은 강요목적과 강요수단, 다시 말해서 '목적-수단 관계'(Zweck-Mittel-Relation)의 고려를 요구하는 조항으로 이해되고 있다. 목적-수단 관계는 강요의 위법성을 목적 또는 수단의 각각 별개의 측면이 아닌 상호관계에서 판단함을 의미한다. 비난가능성조항은 강요죄의 구성요건에 의한 의사결정 및 의사실행의 자유의 보호영역에 해당하는 행위 중 당벌적 행위로 그 처벌을 제한하기 위해 도입된 규정이다. 독일판례는 비난가능성조항을 '강화된 정도의 반사회성', '사회적으로 용인될 수 없는 행태'로 파악하고 있으며, 반대견해도 있지만 학설도 독일형법상 강요죄의 불법판단을 행위의 반사회성 판단으로 이해하고 있다. 록신(Roxin) 교수는 이러한 판단을 위하여 전체 법질서에서 도출될 수 있는 객관적 기준으로 남용된 수단의 위법성, 법익형량, 현저성의 원칙, 국가강제수단의 우위성, 관련성 결여의 원칙, 자율성의 원칙 등을 제시하고 있다.

우리나라 대법원도 이미 목적-수단관계를 고려하여 공무원의 직권남용에 관한 불법을 판단하고자 하는 입장을 취하고 있는 것으로 이해된다. 대법원이 제시하고 있는 직권남용 여부의 판단 기준, 즉 '직무행위의 목적, 직무행위가 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 여부'라는 판단 기준은 기본적으로 행위의 목적과 수단과의 관계를 고려하고, 행위 당시의 사정을 종합적으로 고려하여 당벌적 직권남용인지를 살피는 종합판단의 입장으로 이해되기 때문이다.

또한 대법원은 직권남용을 '형식적·외형적으로는 직무집행'으로 보이나 '실질은 정당한 권한 이외의 행위'를 하는 경우 또는 '직권의 행사에 가탁하여' '실질적, 구체적으로는 위법·부당한 행위'를 한 경우로 규정하고 있다. 여기서 직무집행의 형식·외형 내지 직권의 행사에의 가탁은 전체 남용행위 중 '수단' 내지 '방법'에 해당하는 것이고, 이들 수단이 외형상 적법한 형태를 띠는 경우 – 수단 자체가 위법·부당한 경우도 있을 수 있다.

결국 직권의 남용에 해당하는지 여부는 그 직무행위의 목적을 고려해서 판단할 수밖에 없는 논리적 구조를 갖고 있다고 볼 수 있다. 일정 행위를 '실질은 정당한 권한 이외의 행위' 또는 '실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위'라고 판단할 수 있기 위해서는 적법한 형태로 나타는 외형이 아닌 그 실질을 이루는 직권행사의 목적을 고려하지 않을 수 없다. 예를 들면, 대법원은 검사가 실제로는 수용자에게 가족들을 면회할 수 있는 편의를 제공하거나 자신의 장인과 관련된 문제를 해결하기 위한 개인적인 목적 등을 위하여 수용자를 소환하면서도 수사목적이라는 명분을 내세워 교도관에게 위 수용자에 대한 소환요구 또는 출석요구를 한 경우 직권남용에 해당한다고 보았다. 검사의 직권행사의 수단 내지 방법, 즉 수용자의 소환은 형식·외형상 적법한 것이다. 그러나 검사의 실질적인 목적, 즉 수사목적 아닌 다른 개인적인 목적을 고려할 때 이러한 행위는 직권남용에 해당하는 것이다.

이러한 목적과 수단과의 관계를 고려하여 직권남용이 문제될 수 있는 영역을 다음 표와 같은 네 가지로 구분할 수 있다.

직권남용에 있어서 '목적-수단 관계'

구분		목적	
		실질적 정당	실질적 부당
수단 (행위)	외형·형식상 정당	① 직권남용 불성립	② 직권남용 성립가능!
	외형·형식상 부당(위법)	③ 다른 범죄 성립가능!	④ 직권남용 성립

여기서 직권행사의 목적은 외형이 아닌 실질에 따라 판단한다. 반면, 직권행사의 수단 내지 방법은 행위의 외형에 나타난 그대로를 전제로 하여 판단하여야 한다. 실질상 정당한 목적인지 부당한 목적인지 여부는 목적의 비난가능성 여부, 헌법의 원칙과 취지 위반 여부, 법률 규정 및 취지에 위배되는지 여부 등을 고려하여 판단한다. 외형상 행위수단의 본래 목적과는 '다른 목적'을 가지고 있는 경우, 예를 들어 위 사례에서 개인적 목적을 위해 수사의 수단을 행사하는 경우도 부당한 목적에 속하는 하위유형에 해당한다. 또한 '합리적 이유 없는' 직권행사도 부당한 목적에 해당한다고 본다.

외형상 정당한 수단 또는 위법·부당한 수단인지를 구별하는 기준은 법질서 전체가 금지하고 있는 행위 유형에 해당하는지 여부이다. 형법이나 다른 법률이 금지하는 행위유형, 비례원칙을 위반한 수단, 또는 관련자의 독립성 내지 자율성을 침해하는 행위의 경우에는 그 수단의 위법·부당성이 인정된다.

목적과 수단과의 관련성을 고려하여 양자 모두 부당한 때(표의 ④ 유형)에는 직권남용의 당벌성이 높아 직권남용죄가 성립한다. 양자 모두 정당한 때(표의 ① 유형)에는 정당한 직권행사에 해당한다. 예를 들어, ④ 유형에 해당하는 대표적인 사례가 정보관계를 담당하는 경찰관이 증거수집을 위하여 정당의 지구당집행위원회 회의 장소에 몰래 들어가 도청기를 설치하여 놓았다가 회의 개최 전에 발각되어 도청기가 제거된 판례 사안으로 도청이라는 부당한 목적을 위하여 주거침입이라는 부당한 수단을 사용한 데 해당한다. 나치 독일이 유대인 학살 명단을 작성하여 실행에 옮긴 것은 지극히 반인륜적 목적으로 극악한 위법수단을 실행한 것으로 '반사회성의 정도'가 최악에 달하는 ④ 유형의 사례이다. 대법원 판례 사안에서 직권남용이 문제되는 사안의 대부분은 ④ 유형에 해당하는 사안이며, 실제로 이 경우에 대법원은 직권남용죄의 성립을 인정하고 있다.

반면, 국가가 범죄경력자료, 신상정보 등록·공개명단을 관리하고 실행하는 행위는 목적과 수단의 정당성이 모두 인정되는 ① 유형에 속하여 직권남용이 문제되지 않는다. 문제는 목적이 부당하지만 수단이 정당한 경우(표의 ② 유형)와 목적은 정당하지만 수단이 부당한 경우(표의 ③ 유형) 직권남용이 성립하는지 여부이다.

대법원은 ② 유형에 속하는 사안에 대하여도 직권남용죄의 성립을 인정한 경우들이 있으나, 이 경우 직권남용죄의 성립은 신중하여야 하며, 목적과 수단과의 관련성, 현저성의 원칙, 자율성의 원칙 등을 종합적으로 고려하여 '강화된 정도의 반사회성'이 인정될 때에만 직권남용죄의 성립을 인정해야 한다.

나. 권한-남용 재구성론(김성돈)

1) 대법원 해석론 비판

김성돈 교수는 대법원이 '직권남용'에 대해 "공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우"라는 해석을 공식화하면서, 대법원이 '남용의 대상'에 관한

한 이를 공무원의 '일반적 직무권한'에 속하는 사항으로 못 박아 두고 있고, '남용의 의미'와 관련해서는 '형식적, 외형적으로 직무집행으로 보이지만 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위', 즉 "직권행사에 가탁(假託)하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우"로 해석하는 점에 주목한다.[64]

그는 직권남용에 대한 대법원의 해석태도에 대해 다음과 같이 비판한다.[65] "남용 대상인 직무권한의 범위뿐 아니라 권한의 '남용' 여부를 판단함에 있어서도 다른 구성요건적 개념요소들과는 달리 사실관계의 포섭여부를 가늠하기 어렵게 만들고 있다. 대법원은 남용을 '권한행사가 정당하지 못한 경우' 또는 '위법·부당한 권한 행사'로 풀이하면서 남용 개념 자체를 구체화하지 않고 있을 뿐 아니라 정당하지 못함 또는 위법·부당함이라는 그 자체 새로운 해석을 요하는 풀이를 하고 있다. 대법원은 남용 개념의 추상성을 극복하기 위해 남용 여부를 판단함에 있어 실질적인 기준을 제공하는 것으로 대신하고 있다." 김성돈 교수는 "대법원은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적 및 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상 요건을 충족했는지 등 제반 요소를 고려하여 결정"하여야 한다고 하지만, "직권남용죄의 불법표지인 구성요건적 행위의 반가치성을 실질적인 기준에 따라 평가하게 되면, 금지규범의 형식적인 측면을 강조하고 있는 죄형법정주의에 충실하지 못하게 될 우려가 생긴다."고 본다. 그는 "형법상 가벌성요건의 심사에서 법적 안정성을 최대한 확보하려면 실질적 판단은 형식적으로 구성요건에 해당하는 행위의 불법성을 '객관적 법질서 전체'의 관점에서 예외적으로 허용될 수 있는지의 관점에서 이루어져야 한다."고 본다. 이와 같이 '형식적 기준에 따른 판단(원칙) → 실질적 기준에 따른 판단(예외)'의 도식에 따르는 형법적 불법판단방법은 직권남용여부를 판단함에 있어서도 지켜지는 것이 바람직하다는 것이다. 즉 "직권남용에 해당하는지는 우선 형식적인 기준에 따라 심사되어야 하고, 실질적 기준은 그 직권남용이 정당화(위법성조각)될 수 있는지를 판단할 경우에 비로소 사용되어야 한다."고 본다. 따라서 김성돈 교수는 형법의 해석과 적용에서 실질적 기준을 직권남용 여부를 판단하는 단계에서부터 미리 선취하는 것은 형법적 불법판단에서의 "형식적 기준/실질적 기준"의 관계성을 유지해

64) 김성돈, 앞의 논문, 2019, 207면 이하 참조!
65) 이하의 대법원 비판은 김성돈, 앞의 논문, 2019, 210면 이하 참조!

야 할 법해석(적용) 권한의 '남용'으로 이어질 수 있음을 경고한다.

2) 목적-수단 조합론 비판

나아가 "대법원이 활용하고 있는 실질적 기준 가운데 구체적인 직무행위를 수행하는 공무원의 내심의 '목적'의 부당성을 가지고 직권남용여부 판단하는 태도도 객관적 목적과 주관적 목적의 구별에 충실하지 못함"을 지적하며, "직권남용여부를 판단함에서 고려해야 할 목적이 있다면 그것은 행위자의 주관적 목적이 아니라, 법령이 일정한 직무권한을 부여한 객관적 목적(취지)"이라고 한다. "직권남용여부는 그 직무권한을 행사한 행위자의 주관적 목적(행위자의 개인적 동기)이 어떠했느냐에 의해 결정되는 것이 아니라 법령이 그 행사에 부여한 객관적 목적이 기준이 되어야 한다."는 것이다.[66] 이러한 논리의 귀결로서 구체적인 행위자의 권한행사가 그러한 객관적 목적에 부합하였는지를 확인하는 것이 직권남용여부의 판단에서 관건이 된다는 것이다.

그는 "행위자의 고의 인정여부를 판단함에 있어서도 객관적 목적을 초과하여 권한을 행사하고 있는지에 대한 인식과 의사가 있는지를 확인하면 되는 것이지 행위자의 동기나 목적의 부당성과 정당성까지 확인할 필요는 없다."고 하며, 내부적 동기나 목적은 양형단계의 판단사항으로 본다. 따라서 "행위자가 지극히 사적인 목적을 가지고 직권을 행사하였음을 이유로 직권의 남용을 인정하는 태도는 그 결론의 타당성과는 별개로 주관적 구성요건요소로서 직권을 남용한다는 점에 대한 행위자의 고의 이외에 별개의 목적(초과주관적 구성요건요소)을 인정하는 태도"로서 입법론이라면 몰라도 해석론으로는 곤란하다고 비판하며, 이러한 관점에서 "대법원이 활용하고 있는 실질적 기준을 '목적-수단'과의 관계성을 가지고 도식화하는" 조기영 교수의 견해 역시 "객관적 목적을 행위자의 주관적 목적에 초점을 맞추고 있는 계열에 서 있다."고 본다. 나아가 "이러한 도식적인 기준에 따르더라도 최우선 기준으로 삼고 있는 목적의 부당성판단에서 그 부당성의 외곽한계선을 긋기 어렵게 만들 뿐 아니라, 행위자의 '목적' 내지 '의도'에 과도한 의존성을 보임으로써 직권남용죄를 주관주의적(심정형법)으로 채색하고 있는 측면도 보여준다."고 비판하며, 특히 구성요건 판단단계에서 형식적 측면인 행위(수단)의 외형에 '반사회성'이라는 실질적 척도를 추가하여 직권남

66) 김성돈, 앞의 논문, 2019, 211면 이하 참조!

용 여부를 판단함으로써 대법원이 취하는 태도보다도 법적 안정성을 더욱 위태롭게 할 수 있다는 우려를 제기한다.[67]

3) 권한-남용 재구성론

김성돈 교수는 "직권남용죄의 직무권한의 범위와 관련하여 '일반적인 직무권한'이라는 용어를 사용하는 대법원의 해석 태도 그 자체가 확정적이지 못한 것"과 "직권남용죄의 구성요건의 해석상 법령(또는 구체적 위임)에 근거하지도 않은 직무권한을 인정"하는 문제를 지적하며, "직무권한은 대법원의 판시처럼 '법령이 없어도' 인정될 수 있다고 할 것이 아니라 '법령의 해석'에 기초하여 그 권한의 범위를 정할 수 있는 것"이라는 점을 그의 해석론의 출발점으로 삼는다. 그리고 "일반적인 직무권한'이라는 불확정표지를 사용하지 않으면서 직무권한의 범위확정을 보다 분명하게 가시화되도록 해석할 가능성"을 찾기 위하여 직무권한 개념을 다음과 같이 '추상적 직무권한'과 '구체적 직무권한'으로 구분한다.[68]

추상적·구체적 직무권한의 개념 구분에 기초한 직권남용의 이해(김성돈)

공무원 A와 그 공무원 A가 속해 있는 제도로서의 공무원을 구분하여 생각할 필요가 있다. 공무원 A는 '제도로서의 해당 공무원'의 직무상의 자격을 가지고 있기 때문에 원칙적으로는 법령상 인정되어 있는 모든 직무를 수행할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 이러한 직무권한을 그 공무원 A에게 추상적으로 귀속되는 직무권한이라고 할 수 있다**(추상적 직무권한)**.

그러나 이러한 추상적 직무권한은 이론적으로 해당 공무원에게 귀속될 수 있는 권한을 의미한다. 즉 공무원 A가 구체적으로 추상적 직무권한 범위내의 모든 직무수행을 할 수 있는 것은 아니다. A는 추상적 직무권한의 범위 내에서 자신에게 위임된 과제범위로 제한된 직무를 수행할 수 있을 뿐이다. 이를 그 공무원에게 구체적으로 귀속되는 직무권한이라고 할 수 있다**(구체적 직무권한)**.

예를 들어 경찰서에 내근하면서 운전면허증 발급 직무를 수행하도록 배치된 경찰관 A는 경찰공무원이 이론상 할 수 있는 추상적인 직무권한 가운데 면허증을 발급하는 구체적 직무를 수행할 수 있는 것이다. A가 경찰차를 타고 도로를 주행하던 중 신호를 위반하는 운전자 B를 발견하고 그에게 범칙금 납부를 명하는 통고처분을 할 경우, 통고처분 권한은 A의 추상적 직무권한 범위내의 권한이긴 하지만 구체적인 직무권한범위 내의 권한은 아닌 것이다.

직무권한의 범위를 위와 같이 추상적 직무권한과 구체적 직무권한으로 양분하는 전제 하에서 제한적 남용개념과 확장적 남용개념을 염두에 두는 직권남용의 여부는 다음 네 가지 조합의 경우 각기 달라질 수 있다.

---

67) 이하는 김성돈, 앞의 논문, 2019, 212면 이하를 요약·정리하며 재구성한 것이다.
68) 더 자세한 서술은 김성돈, 앞의 논문, 2019, 215면 이하 참조!

직권 및 남용 개념에 따른 A의 통고처분행위의 직권남용 포섭가능성

구분		남용 개념	
		직권 내 행위로 제한	월권행위까지 포괄
직권 범위	구체적 직무권한	① 직권남용 불가능	③ 직권남용 가능성!
	추상적 직무권한	② 직권남용 가능성!	④ 직권남용 가능성!

① 남용의 대상을 구체적 직무권한범위 내로 설정하고 남용개념을 이 "권한 범위 내의 위법·부당한 행위"라고 제한한다면, A의 행위는 그 직무권한의 범위를 넘어선 경우이므로 처음부터 '직권' 남용이 될 수 없다.

그러나 ② 남용의 대상을 추상적 직무권한 범위 내로 설정하고 남용개념을 이 "권한범위 내의 위법·부당한 행위"라고 제한 한다면, A의 행위는 권한 범위 내의 행위이므로 직권 '남용'이 될 가능성이 있다.

다른 한편 ③ 남용의 대상을 구체적 직무권한범위내로 설정하면서 남용개념을 "권한을 넘어서는 부분에 대해서도 외관상 권한이 있는 것처럼 행위하는 월권행위까지 포함"하는 것으로 확장하는 전제하에서라면, 구체적 직무권한의 밖의 행위를 한 A의 행위도 '직권' 남용이 될 수 있다.

④ 남용의 대상을 추상적 직무권한범위 내로 설정하고 남용개념을 권한을 인정하는 부분을 넘어서는 경우, 즉 외관상 권한이 있는 것처럼 권한을 행사하는 월권까지 포함되는 것으로 확장하더라도 A의 행위는 권한범위내의 행위이므로 여전히 직권'남용'이 될 수 있다.

A의 통고처분행위의 직권남용 포섭가능성에 대한 위 네 가지 경우의 수 가운데 첫 번째 해법은 A의 직무권한의 범위와 남용의 개념 모두 제한적이어서 A의 월권적 행위에 대한 형법적 대응방안이 없다는 문제가 있다.

두 번째 해법은 남용의 대상을 확대함으로써 '권한없이 남용없다'는 기존 학설·판례의 형식논리를 고수할 수는 있는 장점이 있다.

세 번째와 네 번째의 해법은 모두 남용의 의미를 재량권 남용으로 확대하는 점에서 공통적이다. 특히 세 번째 방안에 따르면 남용개념을 넓힘으로써 구체적 직무권한의 범위를 넘어서는 부분에 대해서도 직권남용 포섭가능성을 인정할 수 있는 교두보를 마련할 수 있고, 이를 발판으로 삼으면 네 번째 해법, 즉 추상적 직무권한의 범위를 넘어서는 월권적 남용까지 직권남용죄로 포섭할 수 있는 여지를 제공해 준다.

위 네 가지 해법 중 어느 방안이 직권남용죄의 구성요건을 가장 합리적으로 해석할 수 있는 방안인지는 남용개념의 내포를 어떻게 파악할 것인지가 관건이 된다. 즉 남용개념을 권한범위내의 위법·부당한 행위로 제한할 것인가 아니면, 권한범위 밖의 권한행사도 포함시킬 수 있는가, 나아가 이를 긍정할 경우 어떤 전제조건하에서 월권행위를 남용에 포함시킬 것인가가 관건이다.

여기서 김성돈 교수는 형법상 직권남용에 관한 죄의 구성요건의 체계와 관련하여 "경찰 등 인신구속 관련 직무로 특정된 공무원 등이 해당 직권을 남용하여 체포 또는 감금을 하는 경우인 불법체포·감금죄(형법 제124조)와 인신구속에 관한 직무를 행하는 공무원 등이 피의자 그 밖의 사람에 대해 폭행 또는 가혹한 행위를 하는 경우인 폭행·가혹행위죄(형법 제125조)"는 애당초 '구체적 직무권한'을 남용의 대상으로 하고

있어서 이 구성요건의 남용은 처음부터 '재량권 남용'을 의미하는 반면, 기본구성요건인 일반 직권남용죄(형법 제123조)의 경우는 행위주체의 직무권한이 구체적으로 제한되어 있지 않은 점을 지적한다. 따라서 이 경우 '재량적 남용' 이외에 일정한 조건하에서 '월권적 남용'이 포섭될 수 있는지가 관건인데, 특히 "해당공무원에게 마치 일정한 직무권한이 있는 것 같은 형식과 외관을 가진 경우 (직무집행과 '관련성'을 가진) 직무집행의 경우 이를 '준월권적 남용'으로 포섭하자는 것이다. 준월권적 남용을 포괄하여 김성돈 교수가 단계화한 직권남용 판단기준을 요약하여 소개하면 다음과 같다.[69]

'준월권적 남용'과 직권남용 판단기준의 단계화(김성돈)

남용구성요건들의 체계적 해석상 제124조의 경우는 인신구속에 관한 직무라는 구체적 직무권한의 재량적 남용에 한정되는 반면, 제123조의 일반직권남용죄의 경우에는 재량적 남용 뿐 아니라 준월권적 남용도 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 이를 출발점으로 삼으면 남용대상의 범위와 남용여부의 판단기준도 다음과 같이 3단계로 차별화된다.

① 먼저 해당 공무원이 행사한 직무권한이 구체적 직무권한범위 내에 속해 있는 경우에는 재량권 남용만 문제 삼아야 한다. 구체적인 직무권한을 행사하기 위한 객관적 기준, 즉 직무집행의 기준이나 방식 그리고 그 권한부여 또는 직무수행을 통해 달성하고자 하는 본래의 목적과 같은 기준이 사용되어 잠정적으로 불법판단을 내린다.

② 공무원의 직무집행이 구체적 직무권한의 범위를 넘어서더라도 추상적 직무권한의 범위 내에 있는 한 준월권적 남용으로 인정될 수 있다(준월권적 남용1). 그 자체로 권한의 구체적 한도 내지 범위를 초과한 경우이므로 그것만으로 이미 형식상 권한'남용'이 된다.

③ 공무원의 행위가 추상적 직무권한의 범위를 벗어난 경우에도 권한의 남용과 같은 외관을 가지는 등 일정한 전제조건을 충족시키면 준월권적 남용으로 인정될 수 있다(준월권적 남용2). 이 경우도 그 권한의 남용여부는 직무권한의 범위를 형식적으로 이탈하는 경우이므로 순수 형식적으로 판단되어야 한다.

여기서 ①②의 경우는 그 직무권한이 포괄적이고 광범위한 고위공무원보다는 하위직공무원이 행위주체인 경우가 많을 것이다. 반면 ③의 경우는 고위직 공무원이 행위주체인 경우가 다수일 것이다. 어느 경우든 형식적·객관적 판단만으로 잠정적으로 구성요건적 직권남용에 해당하지만, 예외적으로는 다섯 가지 실질적 기준(목적의 정당성, 수단의 사회적 상당성, 필요성, 균형성, 보충성)에 따라 정당행위가 되는지를 판단한 후에 종국적 불법판단이 내려져야 한다.

직권남용죄의 남용의 대상인 직무권한의 범위는 재량적 남용의 경우이건 준월권적 남용의 경우이건 형식적으로 사전에 확정되어야 한다. 어느 경우든 남용여부를 판단하기 위해서는 사전에 권한범위가 먼저 확정되어 있어야 하기 때문이다. 남용여부의 판단에 법적 안정성을 최대화하기 위해 최소한의 한

69) 이하의 내용은 김성돈, 앞의 논문, 2019, 223면 이하를 요약하여 재구성한 것이다. 이에 대한 도식화는 김성돈, 앞의 논문, 2019, 225면 참조.

계로서의 권한범위를 구체적 직무권한으로 인정하고, 그것을 넘어서는 두 가지 경우를 준월권적 남용으로 구분한다.

이러한 맥락에서 현재의 법률실무에서와 같이 일정한 직무권한의 범위 안에서 권한의 남용여부를 판단함에 있어 실질적인 기준보다는 구체적인 직무권한 범위 내에서 형식적인 방식과 절차 등의 위반 및 본래의 권한부여의 목적초과라는 객관적 기준을 사용한다(재량적 남용사례). 뿐만 아니라 구체적인 직무권한의 범위를 형식적으로 넘어서 추상적인 직무권한을 행사하였을 경우에도 남용을 인정한다(제1 준월권적 남용). 더 나아가 추상적인 직무권한의 범위를 초과한 경우에도 그 초과부분이 외형적으로는 권한 있는 자의 직무권한을 행사하는 것과 같은 외관을 보이고 있는 경우에도 직권의 남용을 인정한다(제2 준월권적 남용).

일반직권남용죄의 '남용'에는 재량권 남용 뿐 아니라 일정한 전제조건하에서 준월권적 남용도 포함되도록 해석하고, 직권'남용'여부를 형식적·객관적인 기준에 따라 판단하더라도 실질적인 판단기준은 여전히 그 의미가 퇴색되지는 않는다. 다만 비례의 원칙과 같은 실질적인 기준이 필요하다면 그것은 권한남용을 적극적으로 근거지울 때가 아니라 형식적·객관적으로 인정된 권한남용을 정당화할 경우에만 활용되어야 한다. 이것이 형식적 구성요건해당성판단과 현대적 의미의 실질적 위법성이론에 부합하는 형법적 불법판단의 방식이다.

이와 같이 직권남용 여부가 더 이상 종래와 같이 모호하게 판단되지 않게 될 수 있다면, 장차 더욱 중요하게 해석되고 다투어져야 할 쟁점은 '직권남용' 여부가 아니라 직권남용을 통해 '권리행사를 방해하였는지 또는 의무없는 일을 하게 하였는지'로 옮겨가게 된다.

제3절 | 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 형법 제123조의 직권남용죄는 1995년 개정을 통해 조문의 제목이 "타인의 권리행사방해"에서 현행과 같이 "직권남용"으로 변경되며 직무범죄로서의 특징을 분명히 하였다. 하지만 이와 같은 조문의 연원과 조문의 구성형식은 강요죄 등 다른 '권리행사방해죄'들과의 상관관계 속에서 이해되어야 하는 일정한 단서를 제공한다고 볼 수 있다.

우리 형법에서 직권남용죄와 유사하게 넓은 의미의 권리행사방해죄의 구성요건형태를 보이는 강요죄에서 폭행·협박이, 그리고 일반권리행사방해죄에서 취거·손괴 등이 권리행사방해의 수단이 되는 것과 달리 직권남용죄에서는 "직권의 남용"이 권리행사를 방해하는 수단이 되고 있다고 할 수 있다. 그렇다면 직권남용죄에서 공무원의 직권이 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것이어야 하는지와 관련하여서는 이를 긍정하는 학설(다수설)보다는 "그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금

법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다."[70]는 대법원의 관점이 더 나은 출발점이라 할 수 있다. 왜냐하면 공무원의 공직은 본질상 국가권력, 즉 공권력을 배후로 하고 있으며, 주지하는 바와 같이 공권력은 크든 작든 본질상 '권력'이며 공직자들 사이 또는 공직자와 시민 사이의 구체적 직무관계 및 생활관계에서 언제든지 권력 작용이 될 소지가 있기 때문이다. 무엇보다 "법률상의 강제력"과 무관하지만 강력한 권력작용에 관계하는 대통령비서실장, 민정수석비서관, 장·차관, 판사 등 "잠재적 권력형 직무범죄자"를 행위자에서 배제하는 학설의 불합리성은 극복되어야 마땅하다고 본다.

조기영 교수가 직권남용의 "목적-수단"의 상호관계에 주목하여 이를 상호조합적으로 이해함으로써 외형·형식상 정당한 수단을 동원하였지만 실질상 부당한 목적을 위해 직권을 행사한 경우 직권남용으로 포착하려는 시도[71]는 의미가 있는 시도라고 볼 수 있지만, 예컨대 수사 또는 내사를 중단시키려는 위법한 목적의 존재를 입증하는 것은 일반적으로 용이하지 않다는 점에서 우선 형사절차상 증거법적으로 일부 예외적인 사안에서만 활용이 가능한 기준이 아닐까 생각된다.[72] 직권남용의 목적에 대한 적극적 고려는 직권남용죄를 추상적 위험범으로 이해하면서도 권리행사방해의 침해범 내지 결과범일 것을 요구하는 현행 규정의 해석론[73]에 부합한다기 보다는 직권남용죄를 권리행사방해의 요건과 무관하게 '국가기능의 공정성 침해'에만 지향된 순수한 추상적 위험범으로 구성하고자 할 경우 입법론적으로는 의미가 있다고 볼 수 있다.

현행 형법상 직권남용죄의 해석론의 범주에서 한편으로는 공직자의 직권남용행태를 촘촘히 포착할 가능성을 제공하면서, 다른 한편으로는 권리행사방해의 결과 발생과 연결되어 있어야 한다는 결과범적 성격과 결부되어 적용상 비교적 단순한 기준을 제시하는 것이 김성돈 교수의 '권한-남용' 재구성론이라 할 수 있다. '권한-남용'의 개념의 재구성, 즉 추상적·구체적 권한 개념 및 제한적·포괄적 남용 개념을 적용한 김성돈 교수의 시도는 무엇보다 권력형 직권남용행위를 포착하여 바람직한 결론을

---

70) 대법원 2004.5.27. 선고 2002도6251 판결, 2015.3.26. 선고 2013도2444 판결.
71) 대법원판례 가운데 그러한 사례로 분류된 것들에 대해서는 조기영, 앞의 논문, 2019, 44면 참조.
72) 국정농단사건의 김기춘 전 대통령비서실장과 정무수석, 문화체육부장관 등의 이른바 "문화예술계 블랙리스트(지원배제명단) 사건"에 대하여 '목적-수단'의 상호관계를 조합하여 이해함으로써 직권남용에 해당한다는 분석에 대하여는 조기영, 앞의 논문, 2019, 46면 이하 참조.
73) 대표적으로 김성돈, 앞의 책, 2018, 748면 참조.

도출하는데 기여할 수 있다고 본다. 무엇보다 그가 제시한 이른바 “제2단계의 준월권적 남용” 개념은 기존 해석론의 한계를 넘어 무난하게 “공무원의 행위가 추상적 직무권한의 범위를 벗어난 경우에도 권한의 남용과 같은 외관을 가지는 등 일정한 전제조건을 충족시키면 준월권적 남용으로 인정”[74]할 수 있도록 하여 이에 해당하는 고위직 공직자의 직권남용, 즉 권력형 직권남용을 포착할 수 있도록 해주기 때문이다.

74) 김성돈, 앞의 논문, 2019, 224면.

권력형 직무범죄 규율에 대한 비교법적 분석

김정환·이승준·신가람

제4장

권력형 직무범죄 규율에 대한 비교법적 분석

제1절 | 독일과 오스트리아의 직무범죄

1. 서론

독일과 오스트리아는 전 세계 국가들 가운데 상대적으로 부패, 특히 정치인의 부패 정도가 낮은 것으로 인식되는 국가에 속한다.[75] 또한 정치자금의 불법 조달, 수뢰, (외국)공무원에 대한 수뢰 등의 범죄[76]가 발생하기는 하지만, 우리나라에서와 같이 사회·정치적으로 커다란 논란을 일으킬만한 (초대형) '권력형' 직무범죄가 발생했거나 발생했는데 완전히 은폐되었다고 생각하기란 매우 어렵다. 그럼에도 불구하고 독일과 오스트리아는 제도적인 수단, 특히 형법을 통해 권력형 직무범죄의 발생가능성을 차단하기 위한 예방적 수단을 마련해 두고 있다.

독일과 오스트리아에서 직무범죄에 대한 대처방안의 특징은 다른 나라들에서도 마찬가지로 직무범죄에 대한 통제가능성을 높이는 형사정책, 즉 형사처벌의 위험을 확장하는 정책을 충실히 따르고 있다는 점에 있다. 이는 특히 형법의 "유럽화"[77]와

75) CPI(Corruption Perceptions Index) 2018 Ranking(https://www.transparency.de/cpi/cpi-2018/cpi-ranking- 2018, 2019. 11. 1. 최종검색)

76) 독일의 공공영역에서 2017년 이익수수, 이익제공, 수뢰, 증뢰 사건으로 경찰 통계에 잡힌 건수가 961건이었다고 보고하는 Statistisches Bundesamt, "Nachhaltige Entwicklung in Deutschland. Indikatorenbericht 2018", 2018, 117면. 오스트리아에서 직무범죄를 규율하는 형법 제2장 제22절에 규율된 범죄로 유죄판결을 선고받은 경우가 119건이라는 2018년 통계는 오스트리아 연방통계청 홈페이지 참조(https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html, 2019. 11. 1. 최종검색)

77) 유럽연합 차원의 부패방지 노력에 대해서는 장원규, 『오스트리아의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구』, 한국법제연구원, 2015, 24면 이하 참조.

"세계화"를 통해 실현되고 있다.[78] 뇌물죄의 행위주체인 공무원의 범위는 국내의 (선출직) 공무원뿐만 아니라, 유럽의회, 국제조직의 입회기관, 외국의 입법기관까지 포괄적으로 확장되고, 유럽부패협약(Criminal Law Convention On Corruption)과 유엔부패방지협약(United Nations Convention Against Corruption)의 내용을 국내법으로 이행하는 과정을 거치면서 가벌성의 흠결이 발생하지 않도록 형법적 통제의 강도와 밀도를 향상시키는 형사정책을 일관되게 추진하고 있다.[79]

아래에서는 먼저 독일과 오스트리아의 형법 상 직무범죄 규정과 제재를 중심으로 그 내용과 특징을 개관한 다음, 이들 나라에서 직무범죄에 대처하기 위해 마련한 형사정책에서의 방향설정과 그 이행이 우리의 현실에서 제재의 실효성을 확보하기 위한 형사정책에 어떤 의미를 줄 수 있는지를 생각해 보기로 한다.

2. 독일의 직무범죄

가. 형법적 규정체계

직무범죄는 전형적인 공무원범죄 중의 하나이므로, 공무원 개념을 전제로 한다. 따라서 먼저 독일법의 공무원 개념을 살펴본 후, 직무범죄의 개별 구성요건들에 대하여 그 내용을 개관하기로 한다.

1) 공무원 개념

가) 행정법상 공무원(Beamte)

독일의 공무원에는 이원적 공직구조에 따라 결정권한이 부여된 직업공무원(Beamte)과 사법상의 근무계약에 의해 공무를 수행하는 사무원(Angestellte)이 있다. 직업공무원의 공무원관계는 독일의 헌법인 기본법(Grundgesetz) 제33조 제4항을 근거로 성립되지만, 사무원은 근무계약과 임금협약 등에 의해 그 관계가 성립된다.[80]

---

78) Rosenau, in: Satzger/Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 3. Aufl., Heymanns, 2016, § 108e 단락번호 3 이하 참조.

79) 자세한 규율내용은 Bernsmann/Gatzweiler, *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, 2014, Müller, 153면 이하 참조.

80) 전주열 외, 『해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석』, 한국법제연구원, 2015, 226면 이하에

독일의 공무원 관계법령으로는 연방 직업공무원(Beamte)에게 적용되는 독일 연방 공무원법(Bundesbeamtengesetz, 이하 'BBG'이라 한다)이 공무원기본법으로 존재한다. 독일 연방공무원법(BBG)은 다른 특별한 규정이 없는 한 연방의 공무원(Beamte)에게 적용된다.[81] 독일 연방공무원법의 특별법 형태로는 연방공무원법에 대응하여 지방공무원에 대해 적용되는 독일 공무원신분법(Beamtenstatusgesetz, BeamtStaG)이 있는데, 주정부, 지방자치단체 및 지방자치단체 소속의 영조물[82] 등에 소속된 지방공무원의 신분관계에 대해서 공무원신분법이 적용된다.[83] 그 외에 법관인 공무원에 대한 독일법관법(Deutsches Richtergesetz, DRiG), 군인인 공무원에 대한 군인법(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, SG), 연방경찰공무원에 적용되는 연방경찰공무원법(Bundespolizeibeamtengesetz, BPolBG) 등이 있다.

직업공무원은 자격요건 및 취임관직의 범위(직렬, Laufbahn)에 따라 고위직, 상급직, 중위직, 단순업무직으로 구분된다.[84] 고위직은 사무관 이상을 말하고, 상급직은 서기와 서기보 등을 말하고, 중위직은 사무원과 사무보조원 등을 말하고, 단순업무직은 사무조수 등을 말한다.[85]

나) 형법상의 공직자(Amtsträger)

독일형법 제11조에는 형법상의 인적개념이 정의되어 있는데, 이 중 공무원과 관련하여 공직자에 대한 개념이 규정되어 있다. 그 내용을 개관하면 다음과 같다.

첫째, 공직자(Amtsträger)란 개념이 있는데, ① 직업공무원(Beamter)과 판사(Richter)가 공직자에 포함된다(독일형법 제11조 제2항 제1호 a)목). 공무원은 국가에 의해서 형식적으로 임명장의 교부를 통해 공무관계에 임명된 공무원만을 말한다. 판사는 직

서의 서술은 다음과 같다. "독일의 공공기관에 종사하는 자를 모두 공무원에 포함시키는 광의의 공무원으로 분류한다면 ① 공무원법을 원칙적으로 적용하는 일반직 공무원, 법관 및 군인, ② 근로계약의 내용에 따라 적용되는 사무원, ③ 단순 업무와 단기 근로만을 제공하는 노무자(Arbeiter)로 구분할 수 있다. 우리의 경우에 임기제 공무원과 기능직 공무원이 모두 공무원법의 공무원에 분류에 포함되어 있으나 독일에서는 협의의 공무원에서 제외되고 있다."

81) 독일연방공무원법 제1조.

82) 권리능력 있는 영조물에는 방송국, 학생회, 우편전신국 등이 있고, 권리능력 없는 영조물에는 학교, 법원, 박물관 등이 있다(Hartmut, Maurer.『독일행정법』, 사법발전재단, 2010, 478면).

83) 전주열 외, 위의 보고서, 215면.

84) 전주열 외, 위의 보고서, 227면.

85) 전주열 외, 위의 보고서, 227면.

업법관과 명예법관을 포함하는데(독일형법 제11조 제2항 제3호), 명예법관에는 형사법원의 참심원(Schöffe), 민사·행정·재정·노동·사회법원의 배석자(Beisitzer)가 포함되고, 징계재판(Disziplinargericht)의 배석자(Beisitzer)도 포함된다.[86] ② 기타 공법상의 공무관련(sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis)된 사람이 공직자에 포함된다(독일형법 제11조 제2항 제1호 b)목). 예를 들어, 연방대통령, 연방정부의 구성원, 지방정부의 구성원, 공증인(Notar)은 공직자에 포함되는데, 국회의원(Abgeordnete)은 이에 포함되지 않는다.[87] 입법기관의 의원이 공직자의 일반개념에 포함되지 않기 때문에 독일형법은 별도로 제108e조(의원매수죄)를 1994년 신설하여 의원의 뇌물수수 처벌을 규정하고 있다.[88] ③ 관청·기타 장소에서 또는 임무수행을 위해 선택된 조직의 형태와 무관하게 위임에 의해서 공공행정의 임무를 수행하도록 임명된 사람이 공직자에 포함된다(독일형법 제11조 제2항 제1호 c)목). 예를 들어, 국책은행, 국가시험위원회, 공영방송국 등에서 임명된 사람이 공직자에 포함된다.[89]

둘째, 유럽연합공직자(Europäischer Amtsträger)란 개념이 있는데, 유럽연합의 각 종기관의 구성원이나 유럽연합의 임무를 수행하는 사람이 유럽연합공직자에 포함된다(독일형법 제11조 제2항 제2호).

셋째, '공공서비스에서 특별한 의무를 지는 사람'(für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter)이라는 개념(독일형법 제11조 제2항 제4호)이 있는데, 예를 들어 청소, 운전, 심부름, 속기, 통역과 같은 기술적인 보조업무를 수행하는 사람들이 여기에 해당한다.[90] 공공서비스에서 특별한 의무를 지는 사람의 개념은 보관물파괴죄(독일형법 제133조), 비밀침해죄(독일형법 제203조 제2항), 수뢰죄(독일형법 제331조), 부정처사수뢰죄(독일형법 제332조)의 행위주체로 규정되어 있다.

---

86) Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*(28. Aufl.), C.H. Beck, 2010, § 11 단락번호 29.
87) Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*(17. Aufl.), Springer, 2016, § 59 단락번호 7.
88) Rengier, 위의 책, 2016, § 59 단락번호 15.
89) Rengier, 위의 책, 2016, § 59 단락번호 9.
90) Schönke/Schröder, 위의 책, 2016, § 11 단락번호 32.

2) 독일형법상 공무원의 직무범죄규정

가) 독일형법 각칙 제30장 공무원의 직무범죄 개관

독일형법은 각칙 제30장에 '공무에 관한 죄(Straftaten im Amt)'라고 하여 제331조부터 제358조까지 공무원의 직무범죄에 관하여 규정하고 있다. 독일형법 제331조는 단순수뢰죄, 제332조는 부정처사수뢰죄, 제333조는 단순증뢰죄, 제334조는 부정처사증뢰죄, 제335조는 중한 부정처사수뢰 및 부정처사증뢰죄, 제336조는 직무부작위, 제337조는 중재법관수수죄, (재산형 및 확장적 몰수를 규정했던 제338조는 삭제,) 제339조는 법왜곡죄, 제340조는 직무상 상해죄, 제343조는 진술강요죄, 제344조는 무고(無辜) 형사소추죄, 제345조는 무고(無辜) 형사집행죄, 제348조는 허위공문서작성죄, 제352조는 수수료부당징수죄, 제353조는 공과금부당징수 및 급부금부당축소죄, 제353a조는 외교상신뢰위반죄, 제353b조는 업무상비밀 및 특별비밀준수의무위반죄, 제353d조는 재판과정에 대한 무단전달죄, 제355조는 조세비밀침해죄, 제356조는 (변호사의) 의뢰인배반죄, 제357조는 부하범죄행위유인죄, 제358조는 부수효과를 규정하고 있다.

공무원의 직무범죄를 규정한 독일형법 각칙 제30장의 특징은 대략 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 공무원의 범죄에 관한 규정들을 최대한 모아서 제30장에 규정하고 있다는 점이다. 공무상비밀누설, 조세비밀누설, 수수료부당징수, 급부금부당축소, 허위공문서작성 등이 제30장에 규정되어 있다.

둘째, 사법(司法)과 관련된 구성요건이 다수 존재한다는 점이다. 최근 국내에도 많이 소개되는 법왜곡죄 이외에, 중재법관수수죄, 무고(無辜) 형사소추죄와 무고(無辜) 형사집행죄, 재판과정에 대한 무단전달죄, (변호사의) 의뢰인배반죄가 규정되어 있다.

셋째, 형법상 공범규정과 별도로 하급자의 범죄행위에 가담한 상급자의 처벌규정을 독립적으로 규정(부하범죄행위유인죄)한 점이다.

넷째, 공무원이 아닌 변호사와 법률보조자에 대한 처벌규정(제352조, 제356조)이 존재한다는 점이다.

다섯째, 한국형법 제123조와 같은 직권남용죄가 독일형법 제30장 공무원의 직무범

죄에 규정되어 있지 않다는 점이다.

나) 그 밖의 형법규정상 직무범죄 개관

독일형법 각칙 제30장 직무에 관한 죄 이외에도 공무원의 범죄에 대한 규정은 독일형법에 산재되어 규정되어 있다. 독일형법 제120조 제2항은 공무원의 도주원조죄, 제133조 제3항은 공무원의 보관물폐기죄, 제174b조는 공무상지위이용성적남용죄, 제201조 제3항은 공무원의 대화비밀침해죄, 제203조 제2항 제1호와 제2호는 공무원의 사적비밀침해죄, 제206조 제4항은 공무원의 통신비밀침해죄, 제258a조는 공무원의 형사처벌방해죄를 규정하고 있다.[91] 그리고 독일형법 제240조에는 강요죄가 규정되어 있는데, 강요죄의 가중적 구성요건으로 공무원의 직권남용죄가 규정되어 있다.

권력형 직무범죄와 관련하여 뇌물죄에 대한 규정이 가장 먼저 검토될 수 있는데, 독일의 뇌물죄에 대해서는 '크리스티안 불프(Christian Wulff) 독일 대통령 사건'에 대한 설명에서 설명하고, 아래에서는 법왜곡죄, 부하범죄유인죄, 직권남용죄 등을 중심으로 설명한다.

다) 법왜곡죄(Rechtsbeugung)

(가) 의의

사법기관 등이 법을 왜곡하는 행위에 대해서 형사처벌을 규정하는 방식은 크게 3가지이다. 첫째는 법왜곡죄를 별도의 구성요건으로 입법하는 방식이고, 둘째는 공무원의 포괄적 직권남용죄 형태의 한 개의 규정만 입법하는 방식이고, 셋째는 우리나라 입법과 같이 폭행·체포·감금의 수단을 사용하는 특별한 직권남용죄와 일반적 직권남용죄로 구분하여 입법하는 방식이다.[92]

독일은 앞의 첫째 입법방식에 따라 사법기관 등의 법왜곡행위에 대해서 별도의 규정을 두고 있다. 독일에서 법왜곡죄는 1851년 프로이센 형법에서 시작되었다. 프로이센 형법 제314조에 의하면 법적사안의 수행이나 결정에 있어서 일방당사자에게 유리하거나 불리하도록 고의적으로(vorsätzlich) 유책하게 부정(Ungerechtigkeit)을

91) Sowada, Vor § 331 in *Leipziger Kommentar StGB*(Band 13), 12.Aufl, de Gruyter, 2009, 단락번호 1.

92) 전지연, "법왜곡죄 도입을 위한 시론", 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 206~207면.

행한 공직자는 5년 이하의 징역에 처했다.[93] 현행 독일형법의 규정은 1974년에 개정되었는데, 정부안에서는 과거의 '고의적으로(vorsätzlich)'라는 문구를 대신하여 '의도적으로 또는 인식하고(absichtlich oder wissentlich)' 한 경우로 제한하고자 하였지만, 입법과정에서 적용범위를 주관적 요건으로 제한하는 문구가 삭제되어서 미필적 고의도 충분하게 되었다.[94]

독일에서 법왜곡죄는 과거청산의 수단으로 사용되었다. 1945년 2차 세계대전 후 전체주의체제 (나치협력자) 청산작업과 1990년 독일통일 후 동독의 (사회주의통일당) 독재청산작업에서 재판권과 검찰권을 남용한 법조인들이 법왜곡죄로 처벌되었다.[95] 독일통일 후 동독의 (사회주의통일당) 독재청산작업에서 법왜곡죄가 사용가능하였던 것은 독일통일 시에 법왜곡죄가 서독형법(제336조)뿐만 아니라 동독형법(제244조)[96]에서도 규정되어 있었기 때문이다.[97] 독일통일 후 법왜곡죄로 입건된 사건은 수천건에 이르며, 독일연방법원은 공식적인 동독법조청산에 있어서 법왜곡죄를 최대한 활용하였다고 한다.[98] 현행 독일형법의 법왜곡죄 규정은 다음과 같다.[99]

---

93) Arno Buschmann, Rechtshistorische Texte, 1997, S. 603~604: § 314 [Amtmißbrauch] Ein Beamter, wer bei der Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Zu gleicher Strafe ist ein Schiedsrichter zu verurteilen, welcher bei der ihm übertragenen Leitung oder Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht.

94) Hilgendorf, § 339 in *Leipziger Kommentar StGB*(Band 13), de Gruyter, 12.Aufl., 2009, Entstehungsgeschichte.

95) 서보학, "판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안-법왜곡죄의 도입을 중심으로-", 경희법학 제49권 제4호, 경희법학연구소, 2014, 238면.

96) § 244 (Rechtsbeugung) Wer wissentlich bei der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens oder eines Ermittlungsverfahrens als Richter, Staatsanwalt oder Mitarbeiter eines Untersuchungsorgans gesetzwidrig zugunsten oder zuungunsten eines Beteiligten entscheidet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.(제244조 법왜곡: 판사, 검사 또는 수사기관의 직원이 재판절차 혹은 수사절차를 수행함에 있어서 관련자에게 유리하거나 불리하게 의식적으로(wissentlich) 법률에 반하여(gesetzwidrig) 결정한 경우에는 5년 이하의 자유형에 처한다).

97) 서보학, 위의 논문, 2014, 238면.

98) 이재승, "법왜곡죄와 정치사법", 민주법학 제14호, 민주주의법학연구회, 1998, 202면. 다만 1978년 동독정부를 비판한 책(Alternativ, 대안)을 서독에 출간한 Rudolf Bahro에 대해서 동독 법원은 비밀누설죄로 8년의 금고형을 선고했는데, 통일 이후 이 사건의 검사와 판사에 대한 법왜곡죄의 사건에서 증인으로 출석한 Rudolf Bahro는 자신이 비밀누설죄로 처벌받은 것은 부당한 것이 아니었으며 당시의 동독 검사와 판사를 법왜곡죄로 처벌하는 것은 서독의 승자사법의 모습이라고 비판하였다(이재승, 같은 논문, 1998, 203면).

99) § 339 (Rechtsbeugung) Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter,

제339조(법왜곡)
법적사안을 수행하거나 결정하는 판사, 기타 공무원 또는 중재법관이 일방당사자에게 유리하거나 불리하도록 법을 유책하게 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

(나) 주체

독일형법 제339조 법왜곡죄에 있어서 '법적사안을 수행하거나 결정하는 판사, 기타 공무원 또는 중재법관'이 행위의 주체이다. 법왜곡죄에 있어서, 법적사안이란 다수의 관여자가 상호 충돌되는 이익이나 고소를 통해 대립할 수 있고 형식적인 절차와 법원칙에 따라 결정되는 법률사건을 말한다.[100] 법적사안은 상호 충돌되는 이익에 대해서 공평하게 수행하는 업무를 전제하는 것으로서 재판의 본질에 부합하는 기능을 수행하는 업무라는 것이 독일의 판례이다.[101]

법원에 의해서 행해지는 재판은 당연히 법적사안에 속한다. 일반형사사건이나 소년사건의 수사절차도 검사의 고유권한으로 결정하는 한에서는, 예를 들어 공소제기 등도 법적사안에 속한다는 것이 통설이고, 검사의 약식명령청구도 법적사안에 속한다는 것이 독일의 판례이다.[102] 자백을 한 피의자를 기소했다면 형사처벌이 되었을 것을 알았음에도 검사가 기소하지 않아 공소시효가 완성되었고 후임 검사가 수사를 종결한 사안에서, 독일연방대법원은 검사가 법관처럼 법적으로 규정된 절차에서 결정을 해야 하고 어느 정도 중립성을 가지고 있는 상황에서 기소가 충분히 가능한 경우에 의식적으로 기소하지 않아 공소시효가 완성한 것은 형사절차의 중대한 침해이고 이것은 바로 법왜곡죄의 구성요건에 해당한다고 판단하였다.[103] 검사의 구속영장청구행위도 법적사안에 속하는데, 동독의 검사가 정치적 사건(동독으로부터 출국하려는 침묵시위 등)과 관련해서 동독의 국가적 보호법익을 목적으로 하는 형법규정을 적용하여 수사단계에서 구속영장을 신청하고 공소를 제기한 경우를 독일통일 이후에 법왜곡죄로

---

welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.

100) Wessels/Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 40.Aufl., Müller, 2016, 단락번호 1130.

101) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1130.

102) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1131.

103) 허황, "독일의 검사에 의한 법왜곡죄-독일연방대법원 2017. 9. 14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구-", 형사법의 신동향 제61호, 대검찰청, 2018, 263~264면.

처벌하였다.[104]

반면 경찰관이나 군인은 법왜곡죄에 포섭되는 법적사안을 수행하거나 결정하지 않는다고 보아 법왜곡죄의 주체성이 인정되지 않는다.[105] 조세사정절차, 형집행절차, 범칙금부과절차 등도 법왜곡죄에 포섭되는 법적사안이 아니다.[106]

(다) 행위

법적사안의 수행이나 결정에 있어서 현행의 실체법 혹은 절차법을 그릇되게 (Verbiegen, Verdrehen) 하는 경우가 왜곡행위이다.[107] 사안의 위변조, 현행법의 부당한 적용, 수사남용 등을 통해서 법왜곡이 가능하다.[108]

독일판례에서 인정되는 일반적인 사례들은 다음과 같다. 검사의 경우를 보면, 수사결과 공소를 제기할 만한 충분한 혐의가 밝혀지지 않은 경우에도 검사가 공소를 제기한 경우, 혐의에 대한 충분한 증거가 있음에도 검사가 공소를 제기하지 않는 경우, 피의자 체포 후 다음날까지 법원에 인치하지 않는 경우 등이다.[109] 판사의 경우를 보면, 판사가 지나치게 높거나 낮은 형을 선고하는 경우, 판사가 피고인의 방어권이나 청문권 같은 소송법상의 권리를 부당하게 제한하는 것, 판결이유를 변경할 수 없는 기간이 도과한 후에 판사가 판결이유를 변경하는 경우, 공판정에서 직권으로 증거조사를 하지 않아 진실발견의무를 위반한 경우 등이다.[110]

법왜곡이 인정되는 판단기준이 무엇인지에 대해서 견해가 대립한다. '주관설'에 의하면 결과가 객관적으로 유지될 수 있는 경우라도 판사나 공무원이 의식적으로 자신의 법적 확신에 반해서 결정한 경우에 법왜곡이 인정되는데, 현재는 주장되지 않는 견해이다.[111] '객관설'에 의하면, 결정이 객관적으로 납득할 수 없게 행해진 경우에 법왜곡이 인정되는데, 다수의 견해이다.[112] '의무위반설'은 자신에게 부여된 의무를 결정권자가 침해한 경우가 법왜곡이라고 하는데, 애매한 법규범의 경우에 있어서

104) 허황, 위의 논문, 2018, 267~268면.
105) 서보학, 위의 논문, 2014, 240면.
106) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1131.
107) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1133.
108) Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*(17.Aufl.), C.H.Beck, 2016, § 61 단락번호 10.
109) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 11.
110) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 11.
111) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 13.
112) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 12.

판사나 공무원의 결정이 사안에 적합하지 않은 고려에서 기인한 것이라면 결정이 객관적으로는 납득할 수 있는 경우이더라도 법왜곡이 인정된다는 것이다.[113]

독일판례는 법왜곡의 판단에 있어서 일종의 객관적 측면에 중점을 두고 출발한다. 독일연방대법원은 판사직의 상실은 보통 기판력 있는 유죄판결과 연결되기 때문에 독일형법 제339조의 법왜곡죄는 엄격하게 해석되어야 한다고 한다.[114] 독일연방대법원은 법적의무에 원초적으로 위반하는 경우만이 형사처벌이 되어야 하고, 매우 중하게 의식적으로 법과 법률에서 벗어난 공무원만이 법왜곡을 범하는 것이라고 한다.[115] 독일판례는 부분적으로 의무위반설도 취해서 판사가 재판절차에서 사안에 적합하지 않은 고려를 하여 한 당사자의 유리함 혹은 불리함을 위해서 행하는 경우에 중한 절차위반이 존재하는 것이라고 한다.[116]

그런데 이러한 독일판례의 입장은 명확한 기준을 제시하는 것이 아니라는 비판을 받았고, 이후 독일연방대법원은 BGHSt 54, 144 판결에서 독일형법 제339조 법왜곡죄의 객관적 구성요건은 첫째 납득할 수 없는 법적용이 전제되고, 둘째 어느 정도 납득할 수 없는 법적용의 심각함이 드러나야 한다고 판시했다.

(라) 결과

독일형법 제339조의 법왜곡죄는 범행의 결과로서 일방당사자에게 유리하거나 불리하게 할 목적으로 법왜곡을 하는 것을 요하므로, 적어도 당사자 중 한 쪽은 옳지 않고 부당한 법적사안의 수행이나 결정을 통해 상반되는 이익을 획득해야 한다.[117] 예를 들어 부당한 소송기각, 무죄인 사람에게 유죄판결, 유죄인 사람에게 무죄판결, 지나치게 중하거나 경한 형벌 등이 있어야 한다.[118] 다만 독일형법 제339조에 따르면 일방당사자의 유리함이나 불리함이 반대당사자의 불리함이나 유리함까지 요구하는 것은 아니다.[119]

---

113) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 14.
114) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 15.
115) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 15.
116) Rengier, 위의 책, 2016, § 61 단락번호 15.
117) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 80.
118) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 83.
119) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 84.

(마) 고의

앞서 보았듯이, 현재 독일형법 제339조의 개정에 있어서도 '의도적으로 또는 인식하고(absichtlich oder wissentlich)' 한 경우로 제한한 정부안이 입법과정에서 삭제되었다. 따라서 독일형법 제339조의 법왜곡죄에 있어서 미필적 고의로도 충분하다는 데에 학설과 판례가 일치된다.[120]

(바) 위법성조각

드물지만 법왜곡죄가 위법성조각사유에 의해서 성립되지 않는 경우가 있다. 실제로 그러한 상황은 본래 법질서가 (비정상적인 방향으로) 전도된 경우에 발생하는데, 나치체제(NS-Resime) 하의 사례들이 있다.[121] 예를 들어, 피고인에게 무죄를 선고하거나 (적합한) 경한 형벌을 선고하는 경우 (나치의) 국가비밀경찰(geheime Staatspolizei)에 의해 정치범수용소에 보내져 자유나 건강·생명 등에 대한 위해를 입을 수 있었기에 판사가 증거가 없음에도 피고인에게 유죄판결을 하거나 경한 정치범죄에 대해서 부당하게 중한 형을 선고했던 경우이다. 이것은 형식적·실질적으로 형법규정 문구가 유죄선고된 자에게 불리하도록 객관적으로 명백하게 침해(즉 왜곡)되었으나 구성요건의 실현이 긴급피난(독일형법 제34조)에 의해서 위법성이 조각된 사례이었다.[122]

라) 부하범죄유인죄(Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat)

독일형법 총칙의 공범규정과 별도로, 독일형법 제357조에는 하급자의 범죄행위에 가담한 상급자의 처벌을 규정한 '부하범죄유인죄'가 독립적으로 존재한다. 부하범죄유인죄는 형법총칙의 공범규정과 관련해서 상급자의 형사책임을 강화하는 전적으로 형사정책적 의미의 규정이다.[123] 형법총칙의 공범규정은 제357조 있어서는 적용되지 않고,[124] 부하범죄유인죄가 적용되는 상급자는 공범(방조범)이나 실패한 교사로서 감경된 형으로 처벌되는 것이 아니라 정범과 마찬가지로 책임을 부담하게 된다.[125]

---

120) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 86.
121) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 104.
122) Hilgendorf, 위의 책, 2009, § 339 단락번호 105.
123) Zieschang, § 357 in *Leipziger Kommentar StGB*(Band 13), 12.Aufl, de Gruyter, 2009, Entstehungsgeschichte.
124) Zieschang, 위의 책, 2009, § 357 단락번호 2.
125) Zieschang, 위의 책, 2009, § 357 , Entstehungsgeschichte.

규정은 다음과 같다.

제357조(부하의 범죄행위 유인)[126]
① 자신의 부하에게 공무상 위법한 행위를 유인하거나 유인을 시도하거나 그러한 위법한 행위가 부하에게 일어나도록 방치한 상관은 그 위법한 범행에 대한 형에 처한다.
② 다른 공무원의 직무행위에 대한 감독이나 통제를 맡은 공무원의 경우에 다른 공무원이 행한 위법한 행위가 자신의 감독이나 통제에 속하는 경우라면 제1항과 마찬가지이다.

독일형법 제357조는 공직자의 신분범죄이다.[127] 범죄주체는 지시권한이 단지 개별 사안에만 한정되지 않은 공직의 상사(Amtsvorgesetzte)인데,[128] 부하의 직무행위에 대한 감독이나 통제를 맡고 있어야 한다.[129] 공직의 상사는 독일형법 제11조 제1항 제1호의 공직자(Amtsträger)이어야 한다. 앞서 보았듯이 공직자란 독일형법 제11조 제1항 제2호의 개념에 의하는데, 첫째, 공무원이나 판사(Beamter oder Richter), 둘째, 기타 공법상의 직무관계(öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis)에 있는 사람, 셋째, 공무수탁을 받은 사람을 말한다.[130] 다만 공직의 상사가 부하가 행하는 공무원범죄의 성립에 필요한 특성을 보유할 필요는 없다.[131]

공직의 상사의 행위는 부하의 위법행위에 연관되어야 하는데, 부하의 위법행위는 고의적으로 발생할 필요가 없으며, 부하가 타인의 범행을 교사하거나 방조하는 경우에도 성립된다.[132] 부하의 위법행위는 공무수행 중 발생하는 공무원범죄일 필요도 없다.[133]

---

126) § 357 Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat
(1) Ein Vorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche rechtswidrige Tat seiner Untergebenen geschehen läßt, hat die für diese rechtswidrige Tat angedrohte Strafe verwirkt.
(2) Dieselbe Bestimmung findet auf einen Amtsträger Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Amtsträger begangene rechtswidrige Tat die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft.

127) Kuhlen, § 357 in *Nomos Kommentar StGB*(Band 2), 3.Aufl, Nomos, 2010, 단락번호 4.
128) Zieschang, 위의 책, 2009, § 357 단락번호 5.
129) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 4.
130) Schönke/Schröder/Eser/Eisele, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, 2010, § 240 단락번호 38.
131) Zieschang, 위의 책, 2009, § 357 단락번호 6.
132) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 5.

공직의 상사의 행위는 부하의 위법한 행위의 유발인데, 이것은 교사(Anstiftung)뿐만 아니라 부하의 비고의적인 행위를 부추기는 것(Veranlassung)도 포함된다.[134] 하지만 공직의 상사에게 간접정범이 성립하는 경우에는 독일형법 제357조(부하범죄행위유인죄)는 성립되지 않고, 간접정범이 성립한다.[135]

공직의 상사가 위법한 행위가 부하에게 일어나도록 방치한 것도 독일형법 제357조(부하범죄행위유인죄)에 규정되어 있는데, 저지할 수 있었음에도 부하가 위법한 행위로 나아가는 것을 막지 않은 것이 포함된다.[136] 또한 적극적인 행위를 통해서 방조한 것도 포함된다.[137]

마) 직권남용죄(Nötigung im Amt)

독일형법의 공무에 관한 죄에는 한국형법 제123조와 같이 공무원의 직권남용죄가 별도로 규정되어 있지 않다. 그래서 독일에는 한국의 직권남용죄가 존재하지 않는 것으로 오인되기도 한다. 그렇지만 독일형법에도 공무원의 직권남용죄가 존재한다.

독일에서 1943년까지는 독일제국형법 제339조의 공무상의 강요죄(Nötigung im Amt)에 있어서 공권력의 남용이 구성요건에서 명시적으로 요구되었고,[138] 이후 독일형법에서 공권력이나 공무원자격을 남용한 범죄자는 일반적으로 양형에 있어서 특별히 중한 경우로서 취급되었다.[139]

그런데 1998년 독일형법의 개정으로 공무원의 강요행위가 강요죄에 있어서 가중적 구성요건으로 신설되었다.[140] 공무원지위를 이용하여 행하는 것이 본래 강요죄의 구성요건은 아니었는데,[141] 강요죄에 대한 가중적 구성요건으로 독일형법 제240조 제4항에서 공무원이 권한이나 지위를 남용하여 폭행 또는 상당한 해악의 협박을 통해 다른 사람에게 작위, 수인, 부작위를 강요한 경우를 처벌하고 있다.

---

133) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 5.
134) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 6.
135) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 6.
136) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 8.
137) Kuhlen, 위의 책, 2010, § 357 단락번호 8.
138) Rogall, *Bemerkung zur Aussageerpressung*, in Festschrift für Hans-JoachimRudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, Luchterhand, S. 525.
139) Fischer, *Strafgesetzbuch*, 2012, C.H.Beck, § 46 단락번호 89.
140) Heintschel-Heinegg, Bernd. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2015, C.H.Beck, §240 RN 67.
141) Rogall, 위의 논문, 2004, S. 535.

제240조(강요)[142]

① 폭행 또는 상당한 해악의 협박을 통해 다른 사람에게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 사람은 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.
② 의도한 목적을 위해서 폭력을 사용하거나 해악을 고지한 것이라도 비난받을 것으로 인정되는 경우 그 행위는 위법하다.
③ 미수범은 처벌한다.
④ 특별한 중한 경우는 6월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 특별히 중한 경우는 다음 각 호의 경우이다.
임산부에게 낙태를 강요하는 것
공직자로서 자신의 권한이나 지위를 남용하는 것

독일형법 제240조 제4항 제2호가 적용되는 주체는 공직자(Amtsträger)이다. 앞서 보았듯이, 공직자란 독일형법 제11조 제1항 제2호의 개념에 의하는데, 첫째, 공무원이나 판사(Beamter oder Richter), 둘째, 기타 공법상의 직무관계(öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis)에 있는 사람, 셋째, 공무수탁을 받은 사람을 말한다.[143] 또한 독일형법 제11조 제1항 4호에는 공무원이 아닌 사람으로서 공무상 특별한 의무가 있는 사람, 구체적으로는 관공서나 기타 기관에서 공적인 행정업무를 수행하는 기관과 단체, 기업 등을 규정하고 있는데, 이들도 마찬가지로 독일형법 제240조 제4항 제2호가 적용되는 주체에 포함된다.[144]

직권남용죄가 성립하기 위해서는 공직자가 단순히 폭행 또는 상당한 해악의 협박을 통해 다른 사람에게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 것만으로 충분하지 않고, 공직자가 권한이나 지위를 남용하여야 한다. 남용이 되기 위해서는 공무원으로서 범행을 행한 것으로 충분하지 않고, 범행을 위해서 공직이 이용되어야 하며, 일반적인 강요죄에서와 같이 일반적으로 수인할 수 있는 정도를 넘어야 한다.[145]

---

142) § 240 Nötigung
(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.
(3) Der Versuch ist strafbar.
(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
1. Schwangere zum Schwangerschaftsabbruch nötigt oder
2. Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht.

143) Schönke/Schröder/Eser/Eisele, 위의 책, 2010, § 240 단락번호 38,

144) Schönke/Schröder/Eser/Eisele, 위의 책, 2010, § 240 단락번호 38,

'권한남용(Missbrauch der Befugnisse)'이란 범죄자가 자신에게 존재하는 권한의 내에서 법률이나 의무를 위반하여 사용한 경우이다.[146] 공무원이 자신의 권한(Zuständigkeit) 내에서 법률위반이나 의무위반을 한 경우가 권한의 남용이다.[147]

'지위남용(Missbrauch der Stellung)'이란 범죄자가 자신에게 존재하지 않는 권한을 사용하여 강요수단을 투입한 것이다.[148] 즉 지위남용은 공무원이 자신의 권한(Zuständigkeit) 밖에서 활동하면서 자신의 지위를 통해 열려있는 가능성들을 이용한 경우를 말한다.[149]

사람의 자유 이외에 피해자의 그 이상의 법익에 대한 위험이 발생한다면, 강요죄에 해당하는 상당한 침해가 일어난 것이다.[150] 예를 들어 교사가 학생을 학교에 강제로 남도록 하는 것은 강요죄에 해당하지 않지만, 교사가 무릎 굽히기를 명한 경우나 매우 추운 날씨에 체조복을 입도록 명한 것은 강요에 해당한다.[151] 프랑크푸르트 지방법원의 판결에서 보듯이 납치된 피해자의 거주지를 말하도록 강제하기 위해서 경찰이 피의자를 위협하는 경우도 전형적인 직권남용의 사례이다.[152]

바) 동독의 직권남용죄(Amtsmißbrauch)

1989년 베를린장벽붕괴 이후 동독형법의 개정에 있어서는 문제 있는 규정들의 해결이 우선되었는데, 통화통합, 경제통합 및 사회통합에 합치되지 않는 규정들에 개정이 집중되었다. 제일 먼저 정치적 영역과 관련된 형법규정에서 개정의 필요성이 제기되었고, 1990년대 초의 형법개정안 초안도 국가적 보호법익에 대한 형법규정의 완화에 목표를 두었다.[153] 통일되기 직전인 1990. 6. 29. 개정되어 1990. 7. 1. 시행된 동독형법에는 직무상의 의무를 침해한 범죄의 영역에서 공무범죄(Amtsdelikt)의 형사소추를 위한 구성요건이 신설되었다.[154] 대표적으로 동독형법 제244a조에 직권남용

145) Toepel, § 241 *Kommentar StGB*(Band 2), 3.Aufl., Nomos, 2010, 단락번호 200.
146) Sinn, § 240 in *Kommentar Strafgesetzbuch*(Band 4), 2.Aufl, Münchener, 2012, 단락번호 174.
147) Bock, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 2017, Springer, S. 219.
148) Sinn, 위의 책, 2012, § 240 단락번호 174.
149) Bock, 위의 책, 2017, S. 219.
150) Toepel, § 241 *Kommentar StGB*(Band 2), 3.Aufl, Nomos, 2010, 단락번호 200.
151) Toepel, 위의 책, 2010, § 241 단락번호 200.
152) Toepel, 위의 책, 2010, § 241 단락번호 200.
153) Vormbaum, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Mohr Siebeck, 2015, S. 773.

죄(Amtsmißbrauch) 규정이 신설되었는데, 그 내용은 다음과 같다.[155]

> **제244a조 직권남용** ① 국가나 공동체의 권한 또는 자신의 지위나 업무를 남용하여 공공의 손해나 타인의 손해를 크게 일으키거나 자신이나 타인의 큰 이익을 조성한 사람은 5년 이하의 징역, 집행유예, 벌금에 처한다.
> ② 중한 직권남용의 경우에는 2년 이상 7년 이하의 자유형에 처한다. 중한 경우는 공익을 매우 크게 해하거나 자신이나 타인의 이익을 매우 크게 조성한 경우이다.
> ③ 미수범은 처벌한다.

동독형법의 직권남용죄(제244a조)는 명확성원칙에 비추어 문제가 있는 규정으로 보인다.[156] 행위주체가 공무원 등으로 특정되지 않은 비신분범의 형식으로서, 공공의 손해나 타인의 손해를 크게 일으키게 되는 국가·공동체의 권한을 남용하거나 자신의 지위·업무를 남용하는 경우는 광범위하다. 또한 가중적 구성요건으로 중한 직권남용의 경우가 공익을 크게 해하거나 매우 큰 이익을 조성한 경우인데, 큰 침해와 큰 이익의 개념도 불명확하다. 이러한 동독형법의 직권남용죄(제244a조)의 신설에 있어서는 베를린장벽붕괴 이후에 비로소 공개된 동독 고위당직자의 부패행위에 대한 인식이 작용했을 것이라 추측된다.[157]

다만 동독형법의 직권남용죄(제244a조)는 실질적인 기능을 하지는 못했던 것으로 보인다. 1990년 독일통일 이후에는 독일통일조약 제8조에 의거해 원칙적으로 동독의 형법을 포함한 모든 법률들은 효력을 잃게 되었는데,[158] 이에 따라 1990. 7. 1. 시행된 동독형법의 직권남용죄(제244a조)도 같은 해 10. 3.에 효력이 없어졌기 때문이다.

---

154) Vormbaum, 위의 책, 2015, S. 789.

155) § 244a. Amtsmißbrauch.
(1) Wer seine staatlichen oder gesellschaftlichen Befugnisse oder seine Stellung oder Tätigkeit mißbraucht und zum Nachteil des Gemeinwohls sich oder andere erheblich bereichert oder sich oder anderen sonstige erhebliche Vorteile verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, Verurteilung auf Bewährung oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Schwere Fälle des Amtsmißbrauchs werden mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren bestraft. Einen schweren Fall begeht, wer das Gemeinwohl in besonders hohem Maße schädigt oder sich oder anderen Vorteile in besonders hohem Umfang, verschafft.
(3) Der Versuch ist strafbar.

156) Vormbaum, 위의 책, 2015, S. 789.

157) Vormbaum, 위의 책, 2015, S. 790.

158) Vormbaum, 위의 책, 2015, S. 794. 예외적으로 통일이후에도 한시적으로 효력을 유지한 동독형법규정에 대해서는 박학모·김유근·손지영·이규창, 『통일시대의 형사정책과 형사사법 통합연구(Ⅰ)』, 한국형사정책연구원, 2015, 66~69면 참조.

사) 공직자의 권한이나 지위 남용에 대한 가중처벌

독일형법규정 중에는 공직자의 권한이나 지위를 남용한 경우를 가중적 구성요건의 유형으로 규정한 경우가 있다.

첫째 문서위·변조죄의 경우이다. 한국형법은 문서에 관한 죄에 있어서 공문서와 사문서를 구분하여 규정하는데, 독일형법에서는 공문서와 사문서가 구분되지 않는다. 1851년 프로이센형법에서 공문서위조와 사문서위조를 통합해서 규정한 이래로 현행 독일형법도 문서의 위조와 변조에 있어서 공문서와 사문서를 구분하지 않고 있다.[159] 그런데 공사문서를 구분하지 않고 규정한 문서위·변조죄(독일형법 제267조)에 있어서 공직자(Amtsträger)로서의 권한이나 지위를 남용한 경우를 가중하여 처벌하고 있다(독일형법 제267조 제3항 제4호).

둘째, 사기죄의 경우이다. 독일형법 제263조는 사기죄를 규정하고 있는데, 공직자(Amtsträger)로서의 권한이나 지위를 남용한 경우를 가중하여 처벌하고 있다(제263조 제3항 제4호).

나. 직무범죄 관련 형사제재

직무범죄와 관련된 형사제재로는 개별 범죄의 형벌구성요건에 규정된 법정형 이외에도, 형법 제73조 이하에 규정된 박탈(Verfall), 형사소송법 제111b조, 제111c조에 규정된 재산보전조치, 공무원법상의 징계조치, 증뢰자와 관련된 기업에 대한 제재로서 질서위반법상의 질서위반금 부과, 일부 주에서 실행하고 있고 부패기업리스트 등재 등이 가능하다.[160]

뇌물범죄와 관련해서는 중한 수뢰 및 증뢰 범죄에 관하여 법정형을 개별 유형에 따라 1년 이상 10년 이하의 자유형 또는 2년 이상의 자유형으로 각각 상향해 두고 있다(형법 제335조 제1항). 중대한 경우로는 1) 뇌물범죄의 내용이 "큰 이익"(Vorteil großen Maßes)을 대상으로 하는 경우, 2) 반복적으로 뇌물을 취득한 경우, 3) 행위자

159) 김정환, "독일에서의 문서범죄", 문서와 범죄, 집현재, 2017, 255~256면. 다만 독일형법 제30장 공무원의 직무에 관한 죄에 있어서 허위공문서작성죄(독일형법 제348조)가 독일형법 제23장 문서위조죄와 별도로 규정되어 있다.

160) 자세한 내용은 Bernsmann/Gatzweiler, *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, Müller, 2014, 263면 이하 참조.

가 영업을 하는 경우나 뇌물을 지속적으로 제공하려는 목적의 단체에 속한 경우 등을 예시적으로 열거하고 있다(제335조 제2항). 여기서 뇌물액수가 커야 한다는 이 불명확한 개념에 관해서는 문제되는 행위영역의 특성 등을 고려해야 하지만,[161] 통상 평균적인 액수보다는 많아야 한다고 보는 것과 달리 10.000유로 또는 25.000유로라고 보는 견해들도 있다.[162] 또한 반복성 요건의 경우에 3회 이상이라는 관점과 단체의 경우에 3인 이상이라는 해석도 존재한다.[163] 이런 사유들이 존재하는 경우에 "통상" 중대한 경우라고 볼 수 있지만, 언제나 개별 사례에서 다른 (감경)사유 등을 종합적으로 고려해야 한다고 한다.[164] 이런 형벌가중의 근거는 뇌물죄가 중죄는 아니지만, 행위가 중대한 사유를 수반하는 경우에는 공직자의 직무집행에 대한 신뢰의 침해정도가 더 커진다는 점을 고려한 것에 있다.

다. 고위공직자의 직무범죄 사례

1) 불프 연방대통령 사건의 개관

독일 오스나브뤼크에서 태어난 크리스티안 불프(Christian Wulff, 1959.6.19.생)는 1990년 변호사가 되었으며, 기독교민주당(CDU) 정치인으로서 2003년부터 2010년까지 독일북부 니더작센주 주지사를 역임하였다. 2010.6.3. CDU/CSU 및 FDP의 우파연합정당의 연방대통령 후보가 되어 2010.6.30. 제10대 독일연방대통령에 당선되었다.

사건의 발단은 불프 연방대통령이 니더작센 주지사 시절 불법신용대출을 받았다는 일간 빌트(BILD)지[165]의 2011.12.3. 보도에서 비롯되었는데, 이 기사가 나온 후 불프는 BILD지 편집장 등에게 수차례 전화를 하여 폭언을 하며 법적 대응을 하겠다고 하였다. 이후 슈피겔(Spiegel)지 등 언론의 추가 보도가 이어졌고, 불프는 결국 잘못을 사과하였지만, 국민여론조사에서 85%의 국민이 대통령 사임에 찬성하고 야당의 원내

161) BT-Drucksache 13/558, 17면.
162) Kindhäuser, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Aufl., Nomos, 2017, 단락번호 2 및 여기에 인용된 문헌 참조.
163) Rosenau, in: Satzger/Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 3. Aufl., Heymanns, 2016, § 335 단락번호 8, 11.
164) Rosenau, 위의 책, 2016, § 335 단락번호 3.
165) 악셀 스프링거 AG에 의해 출간되는 타블로이드식의 신문, 유명인의 가십이나 정치적 스캔들을 주로 다루는 대중일간지.

대표가 사임을 압박하였다. 2012.2.16. 독일역사상 처음으로 하노버 검찰이 대통령의 불체포특권의 철회를 연방하원에 공식 요청하자,[166] 불프는 2012.2.17. 연방대통령직을 사임하였다.[167]

4명의 검사와 24명의 경찰관들이 1년 동안 이 사건을 담당하였는데 20만 쪽의 수사기록과 100명 이상의 참고인이 조사된 대규모의 수사였는데, 수사가 진행되면서 불프와 뇌물공여혐의를 받은 그뢰뇌볼트(David Groenewold)에 대한 비난은 매우 감소되었다.[168] 우선 검찰은 불프와 영화투자가인 그뢰뇌볼트를 단순수뢰(독일형법 제331조)와 단순증뢰(독일형법 제333조)의 혐의에 대해서만 수사했다. 수사의 처음에는 두 번의 질트(Sylt) 섬 휴가여행과 2008년 뮌헨의 옥토버페스트 방문이 문제되었다.[169] 2008년 뮌헨의 옥토버페스트 방문시 그뢰뇌볼트가 호텔숙박료의 일부(800유로 미만)[170]를 부담하였고 이후 곧 불프가 그뤼네볼트에게 '구걸편지'(Bettelbrief)를 니더작센주 공문서로 보냈는데, 이것은 검사들의 시각에서 가벌적 행위이었다.[171] 그러나 800유로도 되지 않는 것으로 소송을 해야만 한다는 것에 대해서 검찰에서조차 비판이 있었고, 검찰은 독일형사소송법 제153a조[172]에 의거하여 2만 유로 부담조건부 기소유예를 제안하였다. 2013.4.9. 불프와 그뤼네볼트는 검찰의 2만 유로 부담조건부 기소유예를 거부했고, 법원에서 자신들의 무죄를 증명해주기를 원했다.[173] 그러자 하노버 검찰은 공소제기 직전 혐의를 부정처사수뢰죄(Bestechlichkeit)와 부정처사증뢰죄(Bestechung)로 중하게 변경하여 하노버 지방법원(Landgericht Hannover)에 기소했다.[174]

2013.8.27. 하노버 지방법원은 예심재판(중간절차)에서 공소장을 변경하여 애당초의 수사에 상응하여 공소장에 기재된 부정처사수뢰와 부정처사증뢰를 단순수뢰와

---

166) 독일연방대통령은 독일기본법 제60조 제4항과 제46조에 의해 불체포특권이 인정된다(Degenhart/홍일선 역, 『독일헌법총론』, 피앤씨미디어, 2015, 465면).
167) http://www.donga.com/news/article/all/20161126/81530216/1, 2016.10.15. 최종검색.
168) https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.
169) Süddeutsche Zeitung. 10. April 2013.
170) 2019.10.16.기준으로 1유로는 약 1310원이고, 800유로는 약 104만5천원이다.
171) https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.
172) Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen(부담과 지시사항 조건부 불소추)
173) https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.
174) Süddeutsche Zeitung. 12. April 2013.

단순증뢰로 변경(감경)하여 공소제기결정을 하였다.[175] 하노법 법원은 부정처사수뢰의 경우에 있어서는 구체적인 불법합의가 증명되어야만 하는데, 법원의 시각에서는 수사내용이 이에 상응하는 정도로 충분하지 않다고 보았다. 하노버 법원에 따르면 독일형법 제331조 단순수뢰죄의 보호법익이 공직자의 불가매수성에 대한 국민의 신뢰이고, 단순수뢰의 경우에 있어서는 가벌성을 판단하기 위해서 피고인의 전체적인 환경과 인격이 중요한데, 증인들이 다수인 것이 이것을 설명한다고 하였다.[176] 한편 단순수뢰죄와 단순증뢰죄의 공소제기결정과 관련해서 소송절차에 대한 새로운 관점이 제기되었는데, 불프와 그뤼네볼트의 변호인들은 지금 고지된 공소제기결정이 어떻게 이미 언론에 사전에 알려질 수 있었는지에 대해서 사법부의 해명을 요구하였다.[177]

공판은 2013.11.14. 하노버 지방법원에서 개시되었는데, 불프는 50분 정도 개인적인 설명을 하였고, 그뤼네볼트는 사전에 불프에게 이야기했던 것보다 호텔비용이 (옥토버페스트 기간으로 인해) 이례적으로 많이 나와서 초과한 부분의 일부를 자신이 부담했다고 진술하였다. 호텔 측의 말에 의하면, 그뤼네볼트가 호텔비용의 일부를 인수한 것인지는 계산서 상으로는 명확하지 않았고 하였다.[178] 불프는 호텔비용을 계산하는 짧은 순간에 베이비시터에 대한 비용을 지급하지 않았고 그것에 대해 물었을 때 그뤼네볼트가 지급했다는 것을 들었고 바로 현금으로 갚았다고 했다.[179] 공판은 2014년 4월까지 22차례 개정되었고 45명의 증인이 소환되었다.[180]

2014.2.27. 크리스티안 불프와 그뤼네볼트 모두에게 뇌물수수에 대한 고의가 증명되지 않아 무죄판결이 선고되었고, 2014.3.5. 검찰이 상고하였으나 2014.6.13. 상고가 기각되어 결국 무죄판결이 확정되었다.[181]

---

175) https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.
176) Frankfurter Allgemeine Zeitung. 14. November 2013.
177) https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.
178) Frankfurter Allgemeine Zeitung. 21. November 2013.
179) Frankfurter Allgemeine Zeitung. 14. November 2013.
180) Frankfurter Allgemeine Zeitung. 14. November 2013.
181) Süddeutsche Zeitung. 13. Juni 2014.

2) 불프 연방대통령 사건과 뇌물죄 논의

불프 연방대통령 사건에서 하노버 검찰은 불프와 그뢰네볼트에게 부정처사수뢰죄(독일형법 제332조)와 부정처사증뢰죄(독일형법 제334조)를 적용하여 기소하였는데, 하노버 지방법원은 단순수뢰죄(독일형법 제331조)와 단순증뢰죄(독일형법 제333조)로 공소장을 변경하여 판단하였다.[182] 아래에서는 불프 연방대통령 사건에서 다루어졌던 4개의 뇌물죄 규정에 대해서 살펴본다.

가) 독일형법상 뇌물죄 체계와 규정

독일형법각칙 제30장은 제331조부터 제358조까지 공무상 범죄(Straftaten im Amt)를 규정하고 있는데, 이 중 제331조부터 제336조까지 뇌물죄가 규정되어 있다. 독일제국형법에서는 의무위반과 관련되지 않는 단순수뢰(독일제국형법 제331조)와 공적의무의 침해에 향해진 중한수뢰가 규정되어 있었고(독일제국형법 제332조), 증뢰는 중한수뢰에 대해서만 규정되어 있었고(독일제국형법 제333조), 법관의 수뢰와 증뢰가 별도로 규정되어 있었다(독일제국형법 제334조).[183] 이러한 규정체계가 100년 이상 거의 변함없이 지속되었고, 1974년의 형법시행법률(EGStGB 1974)에 의해서 현재의 규정으로 변경되었다.[184]

현재 독일형법의 뇌물죄 체계는 기본적으로 2가지 측면에서 4개의 구성요건으로 형성되어 있는데, 한편으로 뇌물을 받는 수뢰(독일형법 제331조와 제332조)와 뇌물을 주는 증뢰(제333조와 제334조)로 구분되고, 다른 한편으로 수뢰와 증뢰의 구분 내에서 이익이 적법한 직무담당행위와 관련된 경우(독일형법 제331조와 제333조)와 이익이 위법한 직무담당행위와 관련된 경우(독일형법 제332조와 제334조)로 구분된다.[185]

이러한 독일형법의 뇌물죄는 1997년 근본적인 개정이 있었는데, 유럽공동체의 재정이익의 보호에 관한 의정서(Übereinkommen über der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften)에 따른 유럽연합뇌물방지법(EU-Bestechungsgesetz,

182) 독일형사소송에서는 공소가 제기되면 약식명령 등을 제외하고 중간절차(Zwischenverfahren, 공판개시를 위한 결정)를 거치는데, 법원은 공판절차를 개시하는 결정에서 범죄행위가 기소장과 달리 평가되는 경우에는 공소장에 변경을 하여 공판개시결정을 한다(독일형사소송법 제207조 제2항 제3호).

183) Sowada, Vor § 331 *Kommentar StGB*(Band 13), 12.Aufl, Leipziger, 2009, 단락번호 20.

184) Sowada, 위의 책, 2009, Vor § 331 단락번호 20.

185) Sowada, 위의 책, 2009, Vor § 331 단락번호 21.

EUBestG)의 1996. 9. 27. 시행에 따라 1997.8.13. 독일 부패방지법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KorrBekG)이 도입되었고, 공적 영역의 부패와 관련하여 1997년 독일형법의 개정에서 형사처벌의 확대와 강화 및 공무원개념의 확대(유럽연합공직자)가 이루어졌다.[186] 1997년 독일형법의 개정에서 제3자가 뇌물의 수익자에 포함되었고(독일형법 제331조부터 제334조), 구법에서 요구되던 불법합의(Unrechtsvereinbarung)가 독일형법 제331조와 제333조에 있어서 완화되어 단순히 직무수행에 대한 이익만(Vorteil nur für die Dienstausübung)으로 수뢰죄가 성립가능하게 되어 더 이상 매우 구체적인 직무행위에 대한 대가성(Gegenleistung für eine hinreichend bestimmte Diensthandlung)이 요구되지 않게 되었다.[187] 독일형법의 주요한 뇌물죄 규정을 개관하면 다음과 같다.

'단순수뢰죄'를 규정한 독일형법 제331조 제1항에 따르면, 공직자, 유럽연합공직자 또는 공공서비스에 특별한 의무를 지는 사람이 직무수행에 있어서 자신이나 제3자를 위해서 이익을 요구하거나 약속하거나 받은 때에는 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.[188]

'부정처사수뢰죄'를 규정한 독일형법 제332조 제1항에 따르면, 공직자, 유럽연합공직자 또는 공공서비스에 특별한 의무를 지는 사람이 과거의 직무행위를 통해 자신의 직무의무를 침해했거나 미래의 직무행위를 통해 자신의 직무의무를 침해할 수 있는 것에 대한 대가로서 자기나 제3자를 위해서 이익을 요구하거나 약속하거나 받은 때에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 그 행위가 경한 경우에는 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처하며, 그 미수범은 처벌한다.[189]

'단순증뢰죄'를 규정한 독일형법 제333조 제1항에 따르면, 공직자, 유럽연합공직자, 공공서비스에 특별한 의무를 지는 사람 또는 연방군인에게 직무수행에 있어서 그들이나 제3자를 위해서 이익을 제안하거나 약속하거나 제공한 때에는 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.[190]

'부정처사증뢰죄'를 규정한 독일형법 제334조 제1항에 따르면, 공직자, 유럽연합공직자, 공공서비스에 특별한 의무를 지는 사람 또는 연방군인에게 과거의 직무행위를 통해 그들의 직무의무를 침해했거나 미래의 직무행위를 통해 그들의 직무의무를 침해할 수 있는 것에 대한 대가로서 그들이나 제3자를 위해서 이익을 제안하거나 약속하거나 제공한 때에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 그 행위가 경한 경우에는 2년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.[191]

---

186) Sowada, 위의 책, 2009, Vor § 331, 단락번호 23.

187) Sowada, 위의 책, 2009, Vor § 331 단락번호 23.

188) § 331 Vorteilsannahme
(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

189) § 332 Bestechlichkeit
(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung

나) 뇌물죄에 대한 해석

독일 하노버 검찰이 불프와 그뢰뇌볼트를 기소한 부정처사수뢰죄와 부정처사증뢰죄에 있어서는 의무위반적인 방식의 직무행위에 대한 대가로서 이익을 요구하는 것이 구성요건에서 규정되어 있는데, 불법합의(Unrechtsvereinbarung)의 방식으로 이익과 직무행위 간에 관련성(Beziehungsverhältnis)을 맺는 것이 구성요건의 핵심이다.[192] 행위자는 특히 직무행위의 의무위반성을 인식해야만 한다는 것이 독일판례의 입장이다.[193] 의무의 침해가 행해지지 않은 상태의 암묵적인 유보는 부정처사수뢰죄의 고의로 볼 수 없다.[194] 이러한 측면이 작용하여 불프 연방대통령 사건에서 하노버 지방법원은 부정처사수죄뢰의 공소내용을 단순수뢰죄로 공소내용을 변경하여 판단한 것으로 보인다.

불프 연방대통령 사건에서 하노버 지방법원이 판단한 '단순수뢰죄'는 앞서 보았듯이 1997년 독일형법의 개정에서 공적 영역의 부패와 관련하여 형사처벌의 확대·강화로 개정된 규정이다. 1997년 독일형법개정으로 제331조의 단순수뢰죄도 개정되어 이익이 공직자 등 본인뿐만 아니라 제3자에 대한 경우도 포함되었다.[195] 특히 구독일형법 제331조는 과거 혹은 미래의 직무행위와 관련된 이익의 수령만을 규율하였는데,

---

dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme 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.

190) § 333 Vorteilsgewährung
(1) Wer einem Amtsträger, einem Europäischen Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

191) § 334 Bestechung
(1) Wer einem Amtsträger, einem Europäischen Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

192) Wessels/Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil 1*(40. Aufl.), Müller, 2016, 단락번호 1116.
193) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1118.
194) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1118.
195) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1107.

1997년 개정된 현행 독일형법 제331조는 행위자가 직무수행에 있어서 이익을 요구하거나 약속하거나 수령하면 충분하다. 독일형법 제332조의 부정처사수뢰죄는 의무위반적 직무행위에 관련되지만, 독일형법 제331조의 단순수뢰죄는 의무에 부합되는 직무행위와 관련된다는 점에서 특징이 있다.[196]

즉 독일형법 제331조의 단순수뢰죄에 있어서 직무수행과의 관련성은 필요하지만,[197] 대가(Gegenleistung)로서 일정한 직무행위가 반드시 필요한 것은 아니다.[198] 불법합의의 대상으로서 특정한 (과거의 혹은 미래의) 직무행위가 증명될 필요가 없다.[199] 오히려 어떠한 직무상의 활동에 대한 증여가 제공된 것인지 여부가 중요하다.[200] 자문계약이나 관계형성을 위한 제공 등이 독일형법 제331조가 적용될 수 있는 전형적인 예시이다.[201] 공직자의 일반적인 호의나 친절, 업무상 분위기 조성을 위해서 제공된 이익은 일반적으로 직무행위를 위해서 행해진 것이므로 특정한 직무수행이라는 의미에서 구체화될 필요가 없다는 것이 독일판례이다.[202]

다만 독일형법 제331조의 단순수뢰죄는 직무수행에 있어서 이익의 수령 등을 요건으로 하므로 개인적 행위와는 구별되는데, 직무상 의무 지워진 업무에 속하고 공적인 특성에서 처리된 일은 직무수행에 해당된다.[203] 그러나 개인강습행위와 같이 직무상 알게 된 지식을 이용하여 직무외적인 일이 행해진 경우나 허용되지 않는 부업활동과 같이 직무침해적인 일이 행해진 경우 등은 독일판례에 의하면 개인적 행위로 보게 된다.[204] 사적인 부업행위는 단순수뢰죄의 직무수행에 해당하지 않는다.[205]

독일형법 제331조의 단순수뢰죄는 고의범으로서 모든 객관적 구성요건요소에 대한 최소한 미필적 고의가 필요하다. 그 외에 고의는 이익의 특유상황, 증여, 합법적으로 설명할 수 있는 요구의 부존재상황, 불법합의의 상황 관련해서 존재해야 하는데, 다만

196) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1102.
197) Schönke/Schröder, 위의 책, 2010, § 331 단락번호 7.
198) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1109.
199) Schönke/Schröder, 위의 책, 2010, § 331 단락번호 7.
200) Schönke/Schröder, 위의 책, 2010, § 331 단락번호 7.
201) 허황, "뇌물죄의 비교법적 고찰-독일형법에 비추어 본 뇌물죄의 직무관련성과 대가관계-", 비교형사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018, 104면.
202) 허황, 위의 논문, 2018, 104면.
203) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1111.
204) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1111.
205) Wessels/Hettinger, 위의 책, 2016, 단락번호 1111.

관련자가 직무수행과 이익획득 간의 관련을 설명할 수 있는 사실상의 상황들을 인식했다면 고의인정에 충분하다.[206] 공무원의 경우에는 보통 임명에 대한 인식이 공직자지위에 대한 고의를 논증하게 되고, 공적 업무에 특별한 의무가 있는 사람의 경우에는 그에 상응해서 공식적인 의무에 대한 인식이 있어야 한다.[207] 예를 들어 중재법관의 경우에는 편파적인 처분은 공정성이 규제되거나 중재조항에 따른다는 인식이 있어야 한다.[208]

앞서 독일형법의 공직자 개념에서 보았듯이, 독일연방대통령은 단순한 직업공무원(Beamte)이 아니라 '기타 공법상의 공무관련 된 사람(sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis)'으로서 공직자에 해당한다. 따라서 단순수뢰죄가 성립되기 위해서 단순히 공무원 임영에 대한 인식하는 것으로 충분하지 않고 대통령의 공식적인 의무에 대한 인식이 요구된다. 불프 연방대통령 사건에서 피고인들은 바로 이러한 점에 있어서 무죄를 주장하였고, 그것이 받아들여져 무죄판결이 확정되었다.

3. 오스트리아의 직무범죄

가. 직무범죄의 개념

오스트리아에서 "직무범죄"란 통상 법률상의 개념이 아니라, 형법 제2장 각론 제22절에 규정된 범죄로서, 공직을 수행하는 자가 위임받은 권력을 의무합치적으로 행사하지 않거나 중립적으로 행사하지 않는 직무범죄(Amtsdelikte)의 유형을 통칭하는 (범죄)사회학적 개념으로 사용된다. 오스트리아에서는 이런 직무범죄와 관련하여 검사와의 협력하에[209] 연방내무부에 소속된 연방부패방지청법(Bundesgesetzes über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung)에 의해 설치된 연방부패방지청(BAK, Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung)가 조사를 담당한다.[210]

---

206) Heintschel-Heinegg, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2015, C.H.Beck, § 331 단락번호 37.
207) Sowada, § 331 in *Leipziger Kommentar StGB*(Band 13), 12.Aufl, Leipziger, 2009, 단락번호 98.
208) Sowada, 위의 책, 2009, § 331 단락번호 98.
209) 오스트리아 검찰청법(Staatsanwaltschaftsgesetz) 제2a조 참조.
210) 관할영역은 연방부패방지청법 제4조 참조. 사건처리 건수 등은 연간보고서 참조.

나. 주요 직무범죄 구성요건

오스트리아는 형법 제2장 각론 제22절은 공무원[211]의 범죄를 규율하면서 "직무상 의무의 침해, 부패 그리고 유사한 가벌적 행위"를 표제로 하고, 다양한 직무범죄 구성요건들을 두고 있다.

1) 권한남용죄(형법 제302조)

독일 형법과는 달리 오스트리아 형법은 우리의 직권남용죄와 유사한 권한남용죄를 두고 있는 특징을 갖고 있다. 그래서 오스트리아 형법 제302조에 규정되어 있는 "공권의 남용"(Mißbrauch der Amtgewalt)은 "오스트리아에서 직무범죄에 관한 핵심 범죄구성요건"[212]이라고 불리기도 한다. 그 구성요건은 다음과 같다:

> (1) 공무원이 다른 사람의 권리를 침해하려는 고의로 연방, 주, 자치단체연합, 자치단체 또는 공법인의 기관으로서 법집행을 하면서 공무를 수행할 권한을 남용한다는 것을 알면서 그 권한을 행사한 때에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
> (2) 외국 또는 국제기구 또는 국가간 기구와의 공무를 수행하면서 전항의 행위를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 범행을 통해 50000 유로 이상의 손해를 야기한 때에도 같다.[213]

이 권한남용죄 구성요건은 객관적 구성요건의 측면에서 볼 때 공권력 남용의 권한을 포괄적으로 금지하고, 주관적 구성요건의 측면에서 볼 때 일반적인 고의이외에 권한남용에 관한 고의의 형태로 지정고의(Wissentlichkeit) 뿐만 아니라, 초과주관적 구성요건요소로 권리침해고의를 요구하는 형태로 구성된다는 점에 그 특징이 있다. 이 범죄구성요건과 관련하여 유죄선고의 수가 1975년부터 2008년 사이에 연 평균

---

211) 공무원 정의 규정은 오스트리아 형법 제74조 제1항 제4호 참조.

212) Kienapfel/Schmoller, *Strafrecht Besonderer Teil III*, 2. Aufl., Manz, 2009, § 302 단락번호 1.

213) (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich mißbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.
(2) Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

약 75건에 불과하다[214]는 비판이 가능한 이유는 바로 이런 포괄적 금지를 통한 확장과 이를 다시 제한하기 위한 주관적 요소의 강화라는 비대칭적 구성요건화에 있다고도 볼 수 있다.

이 권한남용죄의 특징은 그 구성요건행위가 고권적 행위(Hoheitsakte), 즉 "공법상 단체의 기관으로서 법집행을 하면서" 공무원이 수행하는 일반적인 직무행위(Amtshandlung)가 아니라 공무상의 행위(Amtsgeschäft)를 의미한다는 점이다.[215] 예를 들어 판결, 결정, 통보, 공문서의 발행, 압수, 수색 등과 같은 법률상의 행위뿐만 아니라, (기관으로서의 행위로 볼 수 있는) 사실행위[216]도 포함한다. 문헌에서 공무원의 권한남용의 행위유형으로는 1) 권한행사와 관련된 실체법을 위반하는 경우, 2) 권한의 행사와 관련된 직무규정 또는 절차규정을 위반하는 경우, 3) 의무에 위반하여 사무를 처리하여 다른 공무원의 고권적 행위를 야기하거나 방해한 경우 등이 언급되고, 여기에는 부작위의 경우도 포함된다고 본다.[217] 구성요건행위는 권한의 '남용'인데, 남용이란 고권적 권한을 '잘못 사용'(Fehlgebrauch)한 것을 말한다. 여기서 이런 남용행위의 양태가 해당 공무원의 추상적인 직무권한 범위(sachliche Zuständigkeit)를 벗어난 경우와 관련하여 특히 문제된다. 공무원이 사무관할 영역을 벗어나 행위하는 것은 직권을 남용(Amtsmissbrauch)하는 것이 아니라 직무를 참칭(Amtsanmaßung)하는 것이라고 보는 견해가 있는 반면, 후자의 경우에도 "공권력의 초월"[218](Überschreitung der Amtsgewalt)이라는 점에서 직권남용이라고 보는 견해도 있다. 특히 후자의 경우에 일정한 직무상의 행위를 하는 것이 법적으로 가능한 한 권한은 존재하는 것이고, 공무원이 이런 권한을 실제로 행사하는 경우에는 그 행사에 요구되는 법적 기초가 전혀 존재하지 않는 경우에도 그 행사를 통해 권한을 남용하는 것이라고 볼 수 있다는 견해가 있다.[219] 연방 최고법원[220] 권한행사와 관련하여 '추상적

---

214) Premissl, *Strafrechtsschutz und Grundrechte: strafrechtliche Legitimierung von gesetzwidrigen polizeilichen Hausdurchsuchungen und Freiheitsentziehungen?*, Facultas, 2008, 75면.

215) Bertel/Schwaighofer, *Österreiches Strafrecht. Besonderer Teil II*, 8. Aufl., Springer, 2008, § 302 단락번호 6. 사실행위와 관련하여 오스트리아 형법 제313조(공무상 지위를 이용한 범죄행위)와의 구별 문제에 관해서는 Christian Bertel, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Manz, 2017, § 302 단락번호 24 참조.

216) OGH, 24.03.1987 - 11Os4/87.

217) 자세한 내용은 Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 302 단락번호 7 이하 참조.

218) OGH, 23.11.1989 - 13Os123/89(RIS-Justiz RS0095955).

219) Stricker, *"Missbrauch der Amtsgewalt(§ 302 StGB)"* - Aktuelle Judikatur des OGH (Senat

직무범위'의 의미를 구체화하면서, "이런 추상적 직무범위라는 외형적 한계 내에서 이루어진 행위는 그 공무원이 개별 사례와 관련하여 사물적, 기능적, 지역적 권한범위 내에 있지 않거나 문제되는 행위와 관련된 직무권한이 없는 경우에도 구성요건에 해당하는 권한남용에 해당할 수 있다"고 본다.

주관적 구성요건과 관련해서는 강화된 범죄의 주관적 요소가 매우 넓게 유형화된 '권한남용'의 범위를 다시 제한하는 기능을 한다. 이를 위해 오스트리아의 직권남용죄는 주관적 구성요건요소로 먼저 다른 구성요건요소와 관련해서는 미필적 고의로도 충분하지만, 권한남용과 관련하여 지정고의를 요구하고, 초과주관적 구성요건요소로서 권리침해의도(Schädigungsabsicht)[221]를 요구한다. 권한남용은 권리침해를 향한 행위[222]이므로, 이 권한남용죄는 단축된 결과범(kupiertes Erfolgsdelikt)이다. 오스트리아 연방대법원은 이 의도와 관련하여 행위자가 의도한 권리침해가 발생해야 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 행위자가 의도한 손해가 전혀 발생할 수 없는 경우에도 의도를 인정할 수 있다고 본다.[223]

최근에 문제된 판결사안으로는 다음과 같은 사례를 들 수 있다:

- 경찰공무원이 내부 전산망에 등록된 수사경력자료 등을 조회하여 취득한 정보와 다른 경찰관이 수사 중인 사안에 대하여 전화로 문의하여 취득한 정보를 해당자에게 전달한 경우[224]
- 지역법원의 판사가 검사의 통역인 신청을 기각하고 스스로 통역을 하거나, 형을 선고하면서 추가형(Zusatzstrafe)임을 언급하지 않고 사후에 판결문에 삽입하거나, 결정을 내리면서 서면을 작성하거나 근거를 제시하지도 않고 결정문을 청구인에게 송부하지도 않은 경우[225]
- 판사가 업무상 필요한 것이 아님에도 법원의 정보시스템에 접근하여 법원에 계류

---

17), in: Lewisch (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*. Jahrbuch 2014, 2014, 107면.

220) OGH, 07.10.2013 - 17Os9/13x.

221) 여기서 말하는 권리는 국가의 고권(Hoheitsrecht)을 말하는 것이고, 이런 권한침해를 통해 사인의 권리도 침해될 수 있다는 점에 대해서는 Bertel Christian/Schwaighofer, Klaus, 위의 책, 2017, § 304 단락번호 24 참조.

222) OGH, 07.10.2013 - 17Os9/13x(RS0129143).

223) 법원의 관점과 인용된 문헌은 OGH, 13.12.2005 - 11Os13/05d(RIS-Justiz RS0096790) 참조.

224) OGH, 25.06.2019 - 14Os21/19y.

225) OGH, 11.09.2018 - 17Os12/18w.

된 민사절차의 정보에 접근한 경우[226]

- 음주운전을 한 자가 적발되지 해당 공무원에게 20000실링을 주려고 한 경우(검찰상고 인용)[227]
- 경찰관이 사안이 경미하지 않아 행정벌을 유예해서는 안됨에도 불구하고 고발을 수리하지 않은 경우[228]

2) 부패범죄 관련 구성요건들

권한남용죄 이외에도 오스트리아 형법은 직무범죄로서 수뢰(제304조), 이익수수(제305조), 영향력행사를 위한 이익수수(제306조), 위법한 간섭(제308조)을 금지하고 있고, 공직을 이용한 배임(제153조 제3항, 제313조, 제74조 제1항 제4a호) 등도 직무범죄로 규율하고 있다.[229]

먼저 뇌물죄의 경우에 행위주체인 공무수행자(Amtsträger)[230]가 의무에 위반하여 직무행위를 하거나 하지 않는 대가로 자신 또는 제3자에게 이익의 제공을 요구하거나, 그 이익을 취득하거나 제공을 약속하게 하는 때에는 수뢰죄가 성립한다(오스트리아 형법 제304조 제1항 제1문). 여기서 직무행위란 직무상 임무를 수행하기 위한 법적 행위와 사실적 행위의 실행을 말한다.[231] 또한 이익은 재산상의 이익만을 의미하지 않고, 무형적 이익도 포함하며, 일반적인 교환관계의 적절성을 넘는 경우에 비로소 인정된다.[232] 물론 수뢰죄의 구성요건행위와 관련하여 중요한 것은 이런 이익취득 등이 의무위반적인 직무수행에 대한 대가, 즉 이익과 의무위반적 직무수행 사이에 구체적 연관성이 확정될 수 있어야만 한다는 점이다. 이익취득 등의 행위는 직무수행의 전에나 후에도 가능하지만, 구체적 대가관련성은 분명해야 하는 것이다.[233] 나아가 직무수행의 의무위반성은 법률, 시행령, 지침, 지시 등에 위반한 것이고, 이 때 직무수행의 위반성은

---

226) OGH, 24.11.2014 - 17Os40/14g(17Os41/14d).
227) OGH, 20.11.1997 - 12Os121/97.
228) OGH, 11.05.1994 - 13Os33/94.
229) 부패범죄와 관련된 오스트리아 형사입법자의 개정 의도와 내용에 관한 설명은 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 27면 이하 참조.
230) 공무원(Beamter)보다 더 넓은 공무수행자의 개념 정의는 오스트리아 형법 제74조 제1항 제4a조 각 목 참조.
231) OGH, 24.03.1987 - 11Os4/87.
232) Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 304 단락번호 8.
233) Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 304 단락번호 10.

이런 객관적 기준 뿐만 아니라, 주관적 측면에서 직무수행이 부적절한 행위동기(unsachliche Beweggründe)에 이루어진 것인지 여부도 고려될 수 있다고 한다.[234]

또한 이 수뢰죄 구성요건과 달리 이익수수죄(오스트리아 형법 제305조 제1항)은 적법한 직무수행의 대가로서 이익을 요구하거나 부적절한 이익(ungebührlicher Vorteil)[235]을 수수하거나 약속하게 하는 행위를 형사처벌한다. 행위주체, 구체적 대가관계 그리고 행위양태는 수뢰죄에서와 같다.[236]

나아가 공무원의 직무집행의 대가로 이익을 취득하는 행위 등이 수뢰죄나 이익수수죄에 해당하지 않는 경우에도, 자기 또는 제3자에게 이익을 요구하거나 또는 부당한 이익을 취득하거나 약속하게 하는 때에는 영향력 행사를 위한 이익수수(Vorteilsannahme zur Beeinflussung)이 적용될 수 있다(오스트리아 형법 제306조 제1항). 따라서 이 죄는 수뢰죄(제304조)나 이익수수죄(제305조)와 보충관계에 있는 것이다. 물론 영향력 행사를 위한 이익수수죄 구성요건은 구체적인 직무와의 명백한 관련성을 요구하지 않으므로 그 적용범위가 상대적으로 넓다. 그러나 이 죄는 주관적 구성요건으로 장래의 직무수행과 관련하여 이익을 취득함으로써 자신의 직무에 영향을 미치게 하도록 할 고의라는 초과주관적 구성요건요소("확대된 고의", erweiterter Vorsatz)를 요구한다.[237] 법정형은 수뢰죄나 이익수수죄와 마찬가지로 3000유로와 50000유로를 기준으로 상향되어 있는 반면(오스트리아 형법 제306조 제2항), 이 죄의 경우에 범죄가 "영업적으로" 행해지지 않는 한, 취득/약속 이득액이 "경미한" 경우[238]에는 가벌성이 배제된다.

마지막으로 오스트리아 형법은 다른 공무수행자의 직무수행에 부적절한 영향력을 행사하는 대가로 이익을 요구하거나, 취득하거나 약속하게 하는 행위를 독립적으로

---

234) 이에 대하여 비판적인 관점에서 행위동기와 관련없는 객관적 합리성(Vertretbarkeit)을 요구하는 Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 304 단락번호 11 참조.

235) 오스트리아 형법 제305조 제4항은 부적절한 이익(ungebührliche Vorteile)이 아닌 이익을 개념 정의하면서, 1) 이익이 법률에 의해 허용되는 경우 2) 법률에서 규정된 공공의 목적을 위한 경우 3) 범행이 영업적으로 실행된 경우가 아니면서 그 이익이 매우 경미한 경우에 구성요건 해당성을 배제한다.

236) 착오 문제는 Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 305 단락번호 5 참조.

237) 자세한 설명은 Reindl-Krauskopf/Huber, *Korruptionsstrafrecht in Fällen*, Österreich GmbH, 2014, 30면.

238) 입법자가 그 경미성의 한계로 약 100유로를 언급하고 있다는 점에 대한 지적은 Reindl-Krauskopf/Huber, 위의 책, 2014, 31면 참조.

금지한다(오스트리아 형법 제308조). 그래서 이 부당한 간섭죄는 다행위범, 즉 공무수행자로 하여금 의무에 위반하는 직무상 행위를 하게 하고, 이런 영향력 행사의 대가로 이익을 요구하는 등의 행위를 해야 하는 범죄이다. 물론 영향력의 행사는 그 대가로 이익을 요구하는 행위 이후에 이루어져도 범죄성립에는 영향이 없다.[239]

다. 직무범죄에 대한 형사제재

오스트리아 형법에서 직무범죄 관련 구성요건은 법정형과 관련하여 기본적으로 그 이익액이 3000유로 또는 50000유로인지 여부를 기준으로 가중처벌한다. 특히 권한남용죄의 법정형이 수뢰죄의 법정형보다 높게 설정된 것이 매우 특이한 것으로 보인다. 주관적 구성요건요소의 내용을 이루고 있지만, 공권력 행사가 시민의 이익을 직접 침해할 가능성을 담은 (손해)의도성이 권한남용죄의 행위반가치를 높게 평가한 오스트리아 형사입법자의 의도라고 이해할 수 있겠다.

나아가 오스트리아 형법은 제20조 이하에서 독일 형법과 마찬가지로 범죄로 인하여 취득한 재산을 박탈할 수 있는 규정을 두어, 공직자의 범죄, 특히 부패범죄에 대한 형사제재의 실효성을 제고하고 있다.

4. 시사점

독일 형법은 원래 제국형법 제339조[240]에서 - 우리의 형법 제123조와 유사하게 - "자신의 직권을 남용하거나 또는 직권을 남용할 것이라고 위협하여 다른 사람으로 하여금 일정한 행위, 수인 또는 부작위를 하도록 위법하게 강요한 공무원은 징역에 처한다"[241]라고 규정하고 있었다.[242] 나치시절 폐지된[243] 이 범죄구성요건은 직권을

239) Bertel/Schwaighofer, 위의 책, 2008, § 308 단락번호 2.
240) RGBl 1871, 127면.
241) Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängnis bestraft.
242) 독일에서 "직권남용" 범죄의 역사에 관해서는 Alten, *"Amtsmißbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs"*, Universitätsverlag Göttingen, 2012, 336면 이하 참조.
243) Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (Strafrechtsangleichungsverordnung) vom 29. Mai 1943, RGBl. I 1943, 341면.

남용하는 행위 이외에도 일종의 협박을 하나의 행위유형으로 파악한 것에 특징이 있다. 또한 현행 독일 형법 제240조 제4항 제2호는 공무원의 직권남용 행위의 유형을 두 가지로 나누어 권한(Befugnis)을 남용하는 것과 지위(Stellung)를 남용하는 행위로 구분하고 있다. 이 후자의 구분은 오스트리아 형법 제302조와 관련해서도 논쟁의 대상이 되고 있다. 구성요건행위인 권한남용(Befugnismissbrauch)이 단지 직무의 사물관할 범위 내에서 이루어진 직권남용(Amtsmissbrauch)에 국한되는 것인지 아니면 직무를 참칭(Amtsanmaßung)하는 것까지 포함되는 것인지에 관하여 논란이 있다. 직무범위 안에서 이루어진 권한의 남용이 당벌적이라면, 직무범위를 넘어서까지 지위를 이용하는 것은, 특히 공무원 사이의 위계질서를 이용하는 행위는 더 큰 당벌성을 띠는 행위라고 볼 수 있기 때문이다.

이렇게 독일과 오스트리아에서 '직권남용'과 관련된 범죄구성요건화와 구성요건에 대한 해석이 보여주는 것은 직무범죄에 대한 실효적 제재방안을 설계하기 위해서는 법정형의 상향과 같은 손쉬운 방법이 아니라, 범죄구성요건에서 그 행위유형을 세분화해서 규정함으로써 가벌성의 흠결이 생기지 않도록 통제의 그물망을 촘촘이 짜는 방향으로 나아가야 한다는 점이다. 직권남용 행위를 포괄적으로 규정하기보다는 그 행위의 유형을 다양하게 규정할 필요가 있는 것이다. 무엇보다 직무권한을 벗어난 행위, 공무원의 지휘체계와 위계적 질서를 이용하는 지위의 남용, 직무행사의 절차위반, 재량적 결정의 비합리성 등의 다양한 행위유형을 구체적으로 금지해야 하고, 부작위의 경우에는 직무유기와의 체계적 상관성(과 법정형 상향)을 고려할 필요가 있다고 본다.

제2절 | 미국의 직무범죄

1. 서론

이른바 '최순실 게이트'라고 할 수 있는 국정농단 사건은 현직 대통령의 탄핵과 구속이라는 헌정 초유의 사태를 가져왔다. 「박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의[244]한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률」에 따라 수사를 개시한 특검은 박근혜 전 대통령에 대해 뇌물수수, 직권남용(3건), 의료법 위반, 문화예술계 '블랙리스트' 작성·시행(직권남용 권리행사방해·강요), 공무원(문화체육관광부)과 민간 은행의 인사 부당 개입(직권남용) 등 모두 13가지 혐의를 적용한 국정농단 의혹 최종 수사결과를 발표하였다. 이후 수사결과를 넘겨받은 검찰의 공소 제기과정에서 안종범 전 청와대 정책조정수석(직권남용, 강요)을 비롯하여 최순실 씨의 조카 장시호(직권남용, 강요 등)에 이르기까지 이른바 대통령 측근들이 줄줄이 기소되었다.[245]

대통령을 포함한 모든 공무원은 헌법과 법률이 부여한 공무원으로서의 권한을 가지며 그 권한을 행사함에 있어 법령을 준수하여 적법·정당한 권한행사가 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 국가기능의 공정한 행사를 위해서 공무원은 직무를 위배하거나 직권을 남용하거나 뇌물을 수수해서는 안 되는 것이다.

이하에서는 공무원의 직무범죄 중 권력형 직무범죄와 관련하여 미국의 직무범죄에 대한 형법 규정체계, 직무범죄에 대한 제재체계 및 양형, 미국에서 발생한 대표적 국정농단 사례(이른바 게이트사건)에 대한 적용 법리 및 제재 등을 분석해 보고 그 시사점을 찾아보고자 한다. 미국은 워터게이트 사건에서 최초로 권력형 직무범죄의 개념이 '게이트'로 명명되어 지고 이후 현재까지도 크고 작은 게이트들이 정치권과 언론에 의해 양산되어 왔기 때문에 우리에게 시사하는 바가 클 수 있다.

---

244) 한국일보, "특검 최종수사결과 발표 '朴대통령, 최순실과 433억 뇌물 공범'", 2017.3.6. 참조: https://www.hankookilbo.com/News/Read/201703061459110809. 2019.10.15. 최종검색.

245) 연합뉴스, "뇌물 433억 → 592억, 총 18건 혐의 … 박근혜 추가된 범죄는?(종합)", 2017.4.17. 참조: https://www. yna.co.kr/view/AKR20170417101200004. 2019.10.15. 최종검색.

2. 공무원의 직무범죄에 대한 형법 규정체계

가. 직무범죄의 개념

우리 형법상 공무원의 직무범죄는 진정직무범죄와 부진정직무범죄, 일반직무범죄와 특수직무범죄 등 다양하게 정의 내지 분류될 수 있다. 통설은 진정신분범과 부진정신분범의 구별에 기초하여 진정직무범죄란 공무원만 정범이 될 수 있는 범죄로 여기에서의 공무원 신분은 구성적 신분으로 기능하며, 부진정직무범죄는 공무원이 아닌 자에 의해서도 범해질 수 있지만 공무원이 행한 경우에는 공법상의 복무 내지 신뢰관계에 기초한 행위자의 의무위반과 국가권력을 범죄의 수단으로 이용되게 하였다는 직권남용으로 인해 형이 가중되는 범죄로 구분하고 있다.[246]

일반적으로 직무범죄는 국가적 법익 중 직무유기죄(122조), 직권남용죄(123조), 불법체포·감금죄(124조), 폭행·가혹행위죄(125조), 피의사실공표죄(126조), 공무상 비밀의 누설죄(127조), 선거방해죄(128조) 등으로 분류되기도 한다.

공무원은 선출직이든 비선출직이든 국민으로부터 권한을 위임받은 자로 헌법에 따라 국민 전체에 봉사하는 자이며 국민에 대하여 책임을 져야 한다. 따라서 공무원의 직무에 관한 범죄들은 기본적으로 공법상의 신뢰관계를 깨뜨리고 의무를 위반하거나 공무원이라는 직위를 이용·남용하는 행위들을 금지함으로써 국가작용의 공정성을 보호법익으로 하게 된다.

생각건대 직무범죄는 국민 개인의 권리 및 이익 침해의 직접성 여부과 행위태양을 중심으로 분류하는 것이 타당하며 공무원의 직무상 의무를 위배한 직무위배죄 유형(직무유기죄, 피의사실공표죄, 공무상비밀누설죄)과 국민의 권리를 직접 침해하는 직권남용죄 유형(직권남용죄, 불법체포·감금죄, 폭행·가혹행위죄, 선거방해죄), 뇌물죄 유형으로 구분할 수 있을 것이다.[247] 물론 공무원이라고 할지라도 일반 국민과과 마찬가지로 국가의 사법기능을 해하는 다른 범죄의 동시 범행도 가능하므로 직권남용과 증거인멸이 결합되는 형태처럼 다른 범죄와의 결합이 가능하다.

미국의 경우 위에서 살펴본 직무범죄의 구성요건이 우리와 동일하게 대응되는 것이

246) 대표적으로 이재상·장영민·강동범, 형법각론(제10판 보정판), 박영사, 2017, 700면.
247) 같은 취지로 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 889면.

아니므로 행정에 관한 죄(뇌물죄, 공무·정무상의 위협·부당영향죄 등)를 살펴보고 '권력형 직무범죄'로 볼 수 있는 사법방해와 직위남용을 중심으로 살펴볼 수 있을 것이다.

나. 형법의 규정체계

1) 연방형법

U.S.C는 제18장 제201조 내지 제225조에 다양한 형태의 뇌물죄를 규정하고 있다. 이 부분에서 증뢰, 수뢰 및 이해관계의 충돌에 관하여 규정하고 있다. 연방법은 우선 '뇌물'을 직무수행에 영향을 주기 위한 목적으로 연방관리에게 부패의 수단으로 금전적 가치가 있는 것을 제공하거나 주기로 약속하는 행위로 규정하고, 제201조에 일반적 규정이라고 할 수 있는 공무원의 수뢰를 규정하고 있다. 제203조는 특별히 정부관련 공무원의 뇌물죄를 규정하고 있으며, 제210조와 제211조는 개인과 기업의 뇌물 공여 및 수수행위의 처벌을 규정하고 있다. 이 외에도 사적 영역에 있어서의 뇌물죄를 규정하고 있는 점이 특색이라고 할 수 있는데, 제212조는 은행·여신감독관에 대한 뇌물·대출의 제안·공여 금지를 규정하고 있다. 제217조도 농가부채조정 관련 뇌물·금품 수수 공무원의 처벌을 규정하고 있다. 뿐만 아니라 제26장 제7212조에서는 조세행정과 관련하여 뇌물의 공여를 금지하면서 그 위반행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

이 중 뇌물죄(18 U.S.C. 201(b))가 성립하기 위해서는 우선 주체가 공무원[248] 또는 증인이어야 한다. 공무원에는 의회구성원, 상주대표, 미합중국 정부를 위해 일하는 공무원 또는 고용인, 배심원, 상원, 하원 등을 말하며, 증인에는 위원회 등 증언과 증거를 청취할 것이 법으로 보장된 청문회에서의 증인 또는 기타 증언할 증인이 포함된다. 공무원은 공무원으로 선출된 자도 포함된다. 따라서 공직 취임 전에 공직 후보에 오르거나 선출되거나 지명된 자 지명 사실이 공식적으로 통보된 자도 포함된다. 법원은 미국 정부 등을 위해 또는 대신하여(for or on behalf of the United States, or

248) §201.(a)(1) the term "public official" means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror;

any department, agency or branch of Government thereof)라는 법조문과 관련해 공무원에 대해 매우 폭넓게 해석하고 있으며, 연방정부와 고용계약이나 위임이 있는 경우는 물론 공적 수탁(public trust)이 이루어진 직위가 있으면 공무원으로 인정하고 있으며,[249] 연방정부와 계약을 체결한 기업의 임직원도 공직자에 포함될 수 있다고 본다.[250] 다음으로 뇌물죄의 객체는 가치 있는 것(Thing of Value)으로 성교, 대출 편의, 주식 등 유형적인 것뿐만 아니라 장래의 취업 약속, 전과기록 삭제 등 사람이 주관적으로 이익이라고 생각하는 모든 유형의 가치있는 물건 또는 이익을 포함하며 이는 객관적인 경제적 가치를 불문한다.[251] 행위는 가치물의 공여를 제안 또는 약속하는 행위이다. 주관적 구성요건으로 뇌물죄가 성립하기 위해서는 부패의 고의(Corrupt Intent to influence)가 있어야 하는데, 이는 증뢰자가 공무집행에 영향을 미치거나 수뢰죄가 공무집행에 영향을 받으려는 의사를 필요로 하며 공무원 관련하여 대가를 주고받으려는 구체적 고의를 말한다.[252]

한편 연방형법은 이해충돌방지규정도 규정하고 있다. 공직자가 퇴직 후 관련 업무에 종사하는 것을 금지하는 회전문 금지규정(Revolving Statute) 등을 규정하여 공직부패를 차단하고 있다. 즉 특정 공무원이 퇴직 후 2년 이내에 정부와 직접적이고 상당한 이해관계가 있고 공직 퇴직 전 1년 이내에 관여했던 사안에 대해서는 타인의 대리인, 변호인 또는 기타 대리인으로서 퇴직 전 기관이나 직원과 업무를 행할 수 없다(207조(a)(2)). 나아가 전직 행정부 공무원이나 국회의원으로서 정부를 위해 퇴직 1년 전에 거래 또는 조약협상에 직접적이고 상당한 정도로 관여하였고 거래·협상 정보에 접근했던 사람은 퇴직 후 1년간 그 정보를 가지고 해당 사안의 지원이나 조언을 하지 못하도록 금지하고 있다(207조(b)). 대통령, 부통령, 각료, 비서관 등 고위직공무원의 경우에도 퇴직 후 1년간 자신이 근무한 조직의 공무원뿐만 아니라 일정 지위 이상의 행정부의 고위공무원을 대상으로 하는 로비활동을 일체 금지하고 있다(207조(d)).

---

249) Dixson v. United States, 465 U.S. 482, 496(1984).
250) United States v. Kenney, 185 F.3d 1217, 1221(11th Cir. 1999).
251) 설민수, "한국과 미국에서 공직자의 금품수수행위에 대한 형사제재의 비교 - 뇌물죄의 구조적 한계와 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 역할을 중심으로 -", 사법 제39호, 대한민국 법원, 2017, 281면; 이성기, "미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구", 미국헌법연구 제23권 제2호, 미국헌법학회, 2012, 97면.
252) United States v. Sun-Diamond Growers of California, 526 U.S. 398, 406(1999).

또한 부당영향죄와 관련하여 제214조는 연방준비제도의 결정에 대한 부적절한 영향력의 행사 금지를 규정하고 있으며 제215조는 대출에 영향을 미칠 의도로 이루어진 금융기관 종사자에 대한 영향력 행사를 처벌하도록 규정하고 있다. 제224조는 스포츠 경기에서의 부당한 영향력 행사에 대하여 규정하고 있다.

한편 연방형법은 제1501조 내지 1521조에 사법방해(Obstruction of Justice)란 제하에 허위정보 제공, 검사·경찰에 대한 증거 제출 저지, 증인·배심원 위해(危害) 등의 방법으로 법과 사법 관련 정당한 절차를 방해하는 행위들을 규정하고 있다.

사법방해죄를 구체적으로 살펴보면,[253] 제1501조의 집행관에 대한 폭행, 제1502조의 범죄인인도 업무담당자에 대한 저항행위, 제1503조의 사법담당 공무원 등에 대한 방해 행위, 제1504조의 서면으로 배심원에게 영향을 끼치는 행위, 제1505조의 연방기관, 위원회 등의 절차 방해, 제1506조의 기록 등의 절취·변조, 보석 편취, 제1507조의 시위나 농성, 제1508조의 대·소배심원들의 평결과정 등 녹음·청취, 제1509조의 법원 명령 방해, 제1510조의 수사방해, 제1511조의 주정부, 지방정부의 법 집행 방해, 제1512조의 증인, 피해자, 정보제공자 등 회유, 제1513조의 증인, 피해자, 정보제공자 등에 대한 보복, 제1516조의 연방 회계감사 방해, 제1517조의 금융기관에 대한 조사 방해, 제1518조의 보건범죄 수사 방해, 제1519조의 연방조사 및 파산 관련 증거자료, 파괴, 변조, 위조, 제1520조의 회사 회계감사자료 파괴, 제1521조의 허위 청구나 권리 비방에 의한 연방판사, 연방 공무원에 대한 보복 등이다. 그리고 위와 같은 개별 위반 행위에 대한 보조규정으로서 제1514조 및 동조 A의 증인, 희생자 보호를 위한 민사소송, 제1515조의 증인보호 관련 개념정의 등이 있다.

연방법상의 사법방해죄 중에서도 특히 범죄수사와 밀접한 관련이 있는 포괄규정(제1503조)과 수사방해 금지(제1510조), 증인·피해자·정보원 회유 및 보복행위 금지(제1512, 1513조) 등이 직권을 남용한 직무범죄로서 의미가 있다.

제1503조의 경우 사법절차 관련자를 대상으로 부당한 유형력을 행사하거나 이를 기도하는 행위와 부정한 방법으로 적정한 사법절차를 방해하거나 방해하려고 기도하

253) 사법방해죄 조문의 번역은 관련 분야를 상세하게 서술한 나욱진, "미국의 사법정의 방해배제법제", 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 법무연수원, 2011, 633면 이하와 김대현, "미국 형사절차에서 허위진술죄와 사법방해죄의 기능과 역할", 국외훈련검사 연구논문집, 법무연수원, 2011, 8면 이하를 참조하였다.

는 행위를 금지하고 있는데,[254] 구체적으로 전자는 다시 "사법절차 관련자의 직무집행과 관련하여 영향력 등을 행사하거나 이를 시도하는 행위, 배심원의 평결 등과 관련하여 동인의 신체나 재산에 위해를 가하는 행위 및 그 밖에 공무원, 치안판사 등의 직무수행을 이유로 동인들의 신체나 재산에 위해를 가하는 행위 등으로 구분"[255]할 수 있으며, 후자는 적정한 사법절차의 실행을 광범위하게 보호하는 소위 옴니버스 규정(Omnibus Provision)으로서 미국 사법방해죄 전체의 핵심 규정에 해당한다. 이 조항은 매우 광범위한 행위들에 적용되는데, 범죄인이 새롭고 창의적인 수법을 고안해 법집행을 방해함에도 불구하고 제1503조의 구체적인 금지범위를 벗어나 법적용을 회피하는 것을 방지하기 위함에 있다.[256] 다만 이 규정이 적용되기 위해서는 독립적인 정부의 조사 또는 연방 사법절차가 계속 중이어야만 한다.

위 조항이 적용되는 범위는 ① 제출명령을 받은 서류를 은닉, 변조, 또는 손괴하거나[257] ② 허위증언을 하거나 조장하는 경우이다.[258] 일반조항에 의하여 구체적으로

---

254) §1503. Influencing or injuring officer or juror generally
(a) Whoever corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication, endeavors to influence, intimidate, or impede any grand or petit juror, or officer in or of any court of the United States, or officer who may be serving at any examination or other proceeding before any United States magistrate judge or other committing magistrate, in the discharge of his duty, or injures any such grand or petit juror in his person or property on account of any verdict or indictment assented to by him, or on account of his being or having been such juror, or injures any such officer, magistrate judge, or other committing magistrate in his person or property on account of the performance of his official duties, or corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to influence, obstruct, or impede, the due administration of justice, shall be punished as provided in subsection (b). If the offense under this section occurs in connection with a trial of a criminal case, and the act in violation of this section involves the threat of physical force or physical force, the maximum term of imprisonment which may be imposed for the offense shall be the higher of that otherwise provided by law or the maximum term that could have been imposed for any offense charged in such case.
(b) The punishment for an offense under this section is—
(1) in the case of a killing, the punishment provided in sections 1111 and 1112;
(2) in the case of an attempted killing, or a case in which the offense was committed against a petit juror and in which a class A or B felony was charged, imprisonment for not more than 20 years, a fine under this title, or both; and
(3) in any other case, imprisonment for not more than 10 years, a fine under this title, or both.

255) 김대현, 앞의 논문, 2011, 11면 참조.

256) United States v. Tackett, 113 F.3d 603, 607(6th Cir. 1997).

금지되는 것은 피고인이 사용한 방법이 아니라 행위를 유발한 피고인의 부정한 기도이다.[259] 제1503조에 의하여 금지된 행위를 행하는 자가 계속 중인 사법절차의 당사자일 필요는 없다.

또한 제1510조는 타인이 범죄에 관한 정보를 수사기관에 제공하려고 할 때 금품제공을 통해 저지하는 행위 및 금융기관 종사자가 자료제출명령에 관한 사항을 타인에게 누설하는 행위 등을 금지하고 있다. 제1512조는 증인, 피해자, 정보제공자 등 회유 등을, 제1513조는 증인, 피해자, 정보제공자 등에 대한 보복을 규정하고 있다. 제1512조는 타인의 증언, 자료제출, 정보제공, 소환 등을 방해할 의도를 가지고 타인을 살해하거나 살해를 시도한 행위, 유형력 행사, 유형력 행사의 위협, 이를 시도한 행위를 처벌하고 있으며(동조 (a)항), 공식절차상 타인의 증언에 영향을 미치거나 증언을 지체, 방해하거나, 공식절차상 증언이나 서류제출 저지 등을 요구·유도하거나, 타인의 법집행기관, 연방판사 등과의 정보교류 저지, 지체, 방해 등의 의도를 가지고 타인을 위협·협박·부당 설득하거나 이를 시도하는 행위 및 타인을 착오에 빠뜨리는 행위 등을 처벌하고 있다(b항). 이외에도 부정한 방법(수단)으로 물건의 완전성 또는 공식절차상의 사용가치 훼손의 의도를 가지고 기록, 서류 또는 다른 물건을 변경·파괴·삭제·은닉하거나 이를 시도하는 행위, 그 밖에 일반 공식절차에 영향을 미치거나 그 절차를 방해·저지하거나 이를 시도하는 행위 등을 금지하고 있다((c)항).[260]

한편 연방법은 제1001조에서 허위진술죄도 규정하고 있다.[261] 1001조는 개별법률

257) United States v. Brooks, 111 F.3d 365, 373(4th Cir. 1997).
258) United States v. Sharpe, 193 F.3d 852, 865(5th Cir. 1999).
259) United States v. Brady, 168 F.3d 574, 580(1st Cir. 1999).
260) 김대현, 앞의 논문, 2011, 26면 참조.
261) §1001. Statements or entries generally
(a) Except as otherwise provided in this section, whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully—
(1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material fact;
(2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or
(3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry;
shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years or, if the offense involves international or domestic terrorism (as defined in section 2331), imprisoned not more than 8 years, or both. If the matter relates to an offense under chapter 109A, 109B, 110, or 117, or section 1591, then the term of imprisonment imposed under this section shall be not more than 8 years.

내지 특별영역에 규정된 허위진술행위 처벌과 달리 포괄적 규정으로서 광범위하게 적용된다. 구체적으로는 "속임수, 계책, 계략으로 중요한 사실을 위조, 은닉, 은폐하는 행위, 중요한 부분에 대하여 허위의, 가공의, 사기의 진술·주장을 하는 행위, 중요한 부분에 대하여 허위의, 가공의, 사기의 진술·기재가 포함된 것을 알면서 허위의 문서, 서류를 만들거나 사용하는 행위 등을 금지"하고 있다.[262] 연방검찰은 최근까지 다양한 종류의 범죄를 기소하는데 제1001조를 활용해왔는데, 기업분야에서 정부를 상대로 거짓말하는 행위가 어떠한 결과를 가져올 수 있는지에 대한 인식을 개선시켰으며, 테러용의자들을 기소하는 데에도 사용된다.[263] 허위진술죄는 사법절차의 계속성을 필요로 하지 않는다는 점에서 허위진술 처벌을 위해서는 적어도 대배심수사가 개시되어야 하는 사법방해죄(제1503조)와 구별된다.[264] 실무에서는 주로 제1001조가 적용되는데, 이는 개별 허위진술죄에 비해 구성요건이 덜 엄격하기 때문이다. 또 제1001조만으로 기소하거나 보다 구체적인 조항, 예를 들어 허위청구죄(제287조)와 함께 기소할 수도 있기 때문이다.[265]

본 연구에서는 연방법상 사법방해죄 중에서 특히 범죄수사 관련 포괄규정인 제1503조와 수사방해금지에 관한 제1510조 등을 구체적으로 살펴보고자 한다.

2) 모범형법

모범형법전은 제5부 행정에 대한 죄에서 뇌물과 부정영향의 죄(제240장), 위증과 공무상허위표시의 죄(제241장), 정부의 작용을 방해하는 죄, 도주의 죄(제242장), 직권

(b) Subsection (a) does not apply to a party to a judicial proceeding, or that party's counsel, for statements, representations, writings or documents submitted by such party or counsel to a judge or magistrate in that proceeding.

(c) With respect to any matter within the jurisdiction of the legislative branch, subsection (a) shall apply only to—

(1) administrative matters, including a claim for payment, a matter related to the procurement of property or services, personnel or employment practices, or support services, or a document required by law, rule, or regulation to be submitted to the Congress or any office or officer within the legislative branch; or

(2) any investigation or review, conducted pursuant to the authority of any committee, subcommittee, commission or office of the Congress, consistent with applicable rules of the House or Senate.

262) 김대현, 앞의 논문, 2011, 34면 이하 참조.
263) 나욱진, 앞의 논문, 2011, 607면.
264) 김대현, 앞의 논문, 2011, 34면.
265) 나욱진, 앞의 논문, 2011, 606면.

남용(제243장) 등 다양한 직무범죄를 규정하고 있다.[266]

먼저 제240장에서는 뇌물 및 부당영향의 죄를 규정하고 있다. 다시 세부적으로는 제240.1조에서 공무 및 정무(政務) 상의 뇌물의 제공, 수수 등을 금지하고 있으며, 제240.2조에서 공무·정무상의 위협 및 부당영향죄 등을 규정하고 있다. 이외에도 공무원에 대한 보수의 지불을 금지하고 있다(240.6조(2)).

먼저 240.1조의 공무 및 정무상의 뇌물죄(Bribery in Official or Political Matters) 처벌 규정[267]은 각호의 1에 해당하는 것(수령자가 공무원·당직자·선거인으로서 결정, 의견, 추천 또는 투표 기타 자유재량을 행사하는 데에 대한 대가인 금전적 이익, 수령자가 사법·행정절차에 있어서 결정, 의견 추천 기타 공식적 자유재량을 행사하는 데에 대한 대가인 이득, 공무원·당직자로서 공지된 법률상의 의무를 위반하는 데에 대한 대가인 이득)을 타인에게 제공, 수여 또는 그에 동의하거나 이를 요구하거나 타인으로부터 수령 또는 그에 동의한 자는 제3급 중범죄인 뇌물죄가 성립한다고 규정하고 있으며, 아울러 행위자가 영향을 미치려고 한 자가 아직 공직에 취임하지 않았다든가 관할권을 결하였다든가 그밖에 다른 이유 등으로 예정대로 행위할 수 있는 자격을 갖추지 않았다는 사정은 이 조에 기한 기소에 대한 항변이 되지 않음을 규정하고 있다.

제240.2조는 공무·정무상의 위협 및 부당영향죄(Threats and Other Improper Influence in Official and Political Matters)를 규정하고 있는데,[268] (1)항의 경우 공무

---

266) 모범형법전의 번역은 법무부, 『미국모범형법·형사소송규칙』, 1983을 기초로 하였으며 어색한 부분은 필자가 다른 용어로 번역하였다.

267) § 240.1. Bribery in Official and Political Matters.
A person is guilty of bribery, a felony of the third degree, if he offers, confers or agrees to confer upon another, or solicits, accepts or agrees to accept from another:
(1) any pecuniary benefit as consideration for the recipient's decision, opinion, recommendation, vote or other exercise of discretion as a public servant, party official or voter; or
(2) any benefit as consideration for the recipient's decision, vote, recommendation or other exercise of official discretion in a judicial or administrative proceeding; or
(3) any benefit as consideration for a violation of a known legal duty as public servant or party official.
It is no defense to prosecution under this section that a person whom the actor sought to influence was not qualified to act in the desired way whether because he had not yet assumed office, or lacked jurisdiction, or for any other reason.

268) § 240.2. Threats and Other Improper Influence in Official and Political Matters.
(1) Offenses Defined. A person commits an offense if he:
(a) threatens unlawful harm to any person with purpose to influence his decision, opinion, recommendation, vote, or other exercise of discretion as a public servant,

원·당직자·선거인인 타인의 결정, 의견, 추천, 투표 기타 자유재량의 행사에 영향을 미칠 목적으로 그 타인을 불법한 해악으로 위협하는 행위, 사법·행정절차에 있어서 어떠한 공무원의 결정, 의견, 추천, 투표 기타 자유재량의 행사에 영향을 미칠 목적으로 그 공무원을 해악으로 위협하는 행위, 어떠한 공무원·당직자에게 영향을 미쳐 그의 공지된 법률상의 의무를 위반하게 할 목적으로 그 공무원·당직자를 해악으로 위협하는 행위, 법률상 인정된 것 이외의 대가에 기초하여 성과를 좌우할 목적으로 사법·행정절차상의 공식적 자유재량을 행사하거나 또는 행사할 공무원에게 사적으로 어떠한 표시, 간청, 논의 기타의 교신을 하는 행위는 금지되며, 이러한 행위들은 행위자가 사법·행정절차에 영향을 미칠 목적으로 범죄를 실행하겠다고 위협하거나 협박한 때에는 제3급 중범죄로, 그렇지 않은 경우에는 경범죄로 처벌함을 규정하고 있다(동조 (2)항).

제241장에서는 위증 및 공무상허위표시의 죄(Perjury and Other Falsification in Official Matters)를 규정하고 있다. 제241.1조에서 중위증죄(Perjury)를 규정하고 있으며, 제241.2조에서 일반위증죄(False Swearing)를 규정하고, 제241.3조에서 관계당국에 대한 선서 없이 행한 위증(Unsworn Falsification to Authorities)을 규정하고 있다. 제241.5조에서는 법집행당국에 대한 허위보고(False Reports to Law Enforcement Authorities)를, 제241.6조에서는 증인 및 범죄제보자에 대한 부당간섭(Tampering with Witness and Informants), 이들에 대한 보복죄(Retaliation against Them)를 규정하고 있다.

---

party official or voter; or

(b) threatens harm to any public servant with purpose to influence his decision, opinion, recommendation, vote or other exercise of discretion in a judicial or administrative proceeding; or

(c) threatens harm to any public servant or party official with purpose to influence him to violate his known legal duty; or

(d) privately addresses to any public servant who has or will have an official discretion in a judicial or administrative proceeding any representation, entreaty, argument or other communication with purpose to influence the outcome on the basis of considerations other than those authorized by law.

It is no defense to prosecution under this Section that a person whom the actor sought to influence was not qualified to act in the desired way, whether because he had not yet assumed office, or lacked jurisdiction, or for any other reason.

(2) Grading. An offense under this Section is a misdemeanor unless the actor threatened to commit a crime or made a threat with purpose to influence a judicial or administrative proceeding, in which cases the offense is a felony of the third degree.

제242장에서는 정부의 작용을 방해하는 죄, 도주의 죄를 규정하고 있는데, 제242.1조(Obstructing Administration of Law or Other Function)는 법집행 또는 기타 정부기능의 방해를 규정하여 물리력, 폭행, 물리적 간섭 또는 장애, 공무상 의무의 위반 또는 기타 불법행위로써 법집행 기타 정부기능을 고의로 방해, 손상, 왜곡하는 자를 경범죄로 처벌하도록 규정하고 있다.[269] 제242.2조(Resisting Arrest or Other Law Enforcement)에서는 구인 기타 법률집행에 대한 저항죄를 규정하고 있으며, 제242.3조(Hindering Apprehension or Prosecution)에서는 체포 또는 소추의 방해를 규정하고 있다. 즉 범죄를 이유로 하는 타인의 체포·소추·유죄판결 또는 처벌을 방해할 목적으로 타인을 은닉하는 행위, 무기·수송·변장 기타 체포를 회피하거나 도주를 실행하는 수단을 제공하거나 이를 원조하는 행위, 증거능력이 있음에도 불구하고 범죄의 증거를 은폐, 파괴하거나 증인·범죄제보자·서류 기타 정보원을 부당하게 간섭, 변경하는 행위, 타인에게 발견 또는 체포가 임박하였음을 고지하는 행위, 행정관리에게 허위의 정보를 자발적으로 제공하는 행위 등을 유죄로 규정하고 있다. 위 행위들은 피원조자가 소추되었거나 소추될 가능성이 있고 이를 방해한 자가 알고 있는 행위가 1급 또는 2급 중죄를 구성할 때에는 3급 중범죄에 해당되며, 그렇지 않을 경우 경죄에 해당된다. 아울러 제242.5조는 범죄 내지 혐의와 관련된 정보를 법집행당국에 고지하는 것을 자제하는 대가로 금전적 이익을 수수하는 것을 금지하는 회유(Compounding)죄를 규정하고 있다.

제243장에서는 직위남용의 죄(Abuse of Office)를 규정하고 있다. 제243.1조[270]에서는 공무상의 직권남용(Official Oppression)을 규정하여 공무상의 자격으로 행위하

---

269) § 242.1. Obstructing Administration of Law or Other Governmental Function.
A person commits a misdemeanor if he purposely obstructs, impairs or perverts the administration of law or other governmental function by force, violence, physical interference or obstacle, breach of official duty, or any other unlawful act, except that this Section does not apply to flight by a person charged with crime, refusal to submit to arrest, failure to perform a legal duty other than an official duty, or any other means of avoiding compliance with law without affirmative interference with governmental functions.

270) § 243.1. Official Oppression.
A person acting or purporting to act in an official capacity or taking advantage of such actual or purported capacity commits a misdemeanor if, knowing that his conduct is illegal, he:
(1) subjects another to arrest, detention, search, seizure, mistreatment, dispossession, assessment, lien or other infringement of personal or property rights; or
(2) denies or impedes another in the exercise or enjoyment of any right, privilege, power or immunity.

거나 이를 스스로 칭하거나 그러한 실질 또는 자격을 이용하는 자가 자기의 행위가 위법임을 알면서 타인에게 체포, 감금, 조사, 압류, 학대, 불법점유, 과세, 유치권 기타 신체 또는 재산권의 침해를 가하는 행위를 하거나, 타인의 권리, 특권, 권능 또는 면제의 향유 또는 행사를 부정, 훼방하는 행위를 할 경우 경제로 처벌함을 규정하고 있다. 또한 제243.2조(Speculating or Wagering on Official Action or Information)에서는 공무상의 행위 또는 정보에 기초한 투기 또는 사행행위의 처벌을 규정하고 있다.

3) 주형법

주형법의 경우에도 모범형법전의 영향을 받아 뇌물죄와 정부의 작용을 방해하는 죄, 직위남용의 죄를 규정하고 있는 주가 많다.[271]

대부분의 주들은 우선 공무원의 뇌물죄를 규정하고 있다. 캘리포니아 주형법의 경우 제67조 내지 제74에서 규정하고 있으며, 특히 입법기관의 경우에는 제85조 내지 제88조, 사법부의 경우에 제92조, 제93조에서 규정하고 있다. 나아가 사적 영역에서의 뇌물죄도 규정하고 있다. 경제인의 경우에 제499조 이하에서 규정하고 있다. 제67조는 공무원의 행위에 영향을 줄 의도로 증뢰하는 경우를 처벌하고 있는데, 캘리포니아주 행정공무원에 대하여 해당 공무원 자격으로 하는 모든 행위, 결정, 의결, 판단, 기타 절차와 관련하여 영향을 줄 의도로 뇌물을 공여·제안한 자는 2~4년의 자유형에 처하며, 이에 병과하여 캘리포니아주 공무담임권을 박탈당한다고 규정하고 있다.[272] 제67.5조는 캘리포니아주, 주의 군이나 시 또는 주의 정치적 하위단위의 행정부 공무원, 근로자, 피지명자에 대하여 뇌물로서 경한 절도죄의 객체가 될 만한 가치물을 공여 또는 제안한 자는 경범죄의 죄책을 지며, 공여 또는 제안된 물건에 대한 절도죄가 중한 절도죄가 된다면, 중범죄에 해당한다고 규정하고 있다. 제68조는 수뢰죄와 관련하여 "캘리포니아주, 주의 군이나 시 또는 주의 정치적 하위단위의 행정관, 행정부 공무원, 근로자, 피임명인이, 현안이 되어 있는 사안 또는 그의 직무범위 내에 속하는

271) 이하에서 소개하는 법률과 관련하여서는 법무부, 『각국의 형법상 부패방지법제』, 법무부 법무심의관실, 2001의 법률번역을 주로 참조하였다.

272) 67. Every person who gives or offers any bribe to any executive officer in this state, with intent to influence him in respect to any act, decision, vote, opinion, or other proceeding as such officer, is punishable by imprisonment in the state prison for two, three or four years, and is disqualified from holding any office in this state.

사안에 관한 자신의 표결, 의견 또는 행위에 대하여 영향을 주도록 하는 합의 또는 동의에 의거한 뇌물을 요구, 수령 또는 수령에 동의하는 경우, 2~4년의 자유형에 처할 수 있으며, 또한 그 직위의 박탈 및 캘리포니아주 내에서의 영구적 공무담임권 박탈을 병과한다"고 규정하고 있다.

또한 공무원이 법적으로 인정된 보수 이외의 보상도 수령하지 못하도록 금지하고 있는데 제70조는 (a)항에서 캘리포니아주, 주의 군이나 시 또는 주의 정치적 하부단위의 행정관이나 행정부 공무원근로자 또는 피지명자가 정을 알면서 공무수행을 위하여 법적으로 인정된 것 이외의 이득, 공여, 보상 또는 그 약속을 요구, 수수하거나 또는 수수에 동의하는 경우 경범죄의 죄책을 진다고 규정하고 있다.

아울러 전술하였듯이 사적 영역의 뇌물죄도 규정되어 있다. 제641.3조는 타인의 이익을 위하여 자신의 지위를 이용하거나 이용에 동의하는 것에 대한 대가(250달러 초과)로 자신의 사용자 이외의 자로부터, 사용자를 위하여 위탁된 것이 아닌 금전이나 가치물을 사용자의 인식이나 동의 없이 부정하게 요청, 수수하거나 수수에 동의하는 근로자 및 이러한 상황 하에서 근로자에 대하여 금전 또는 가치물을 제공하거나 공여한 자는 상업 뇌물죄의 죄책을 진다고 규정하고 있다. 이때 '부정하게(corruptly)'의 의미는, (A) 사용자, (B) 금전 또는 가치물을 제안, 공여하거나 공여에 동의하는 대상이 되는 자의 사용자, (C) 금전 또는 가치물을 요청, 수수하거나 그 수수에 동의하는 자의 사용 자 또는 (D) 사용자의 경쟁자를 해하거나 기망할 것을 특히 의도하는 것을 말한다(§641.3(d)).

뉴욕주 형법의 경우에도 공무원의 뇌물죄와 사적 영역에서의 뇌물죄를 규정하고 있으며, 뇌물죄는 다시 공여와 수수로 나누어 각각 1급, 2급, 3급죄로 구분하고 있다. 뿐만 아니라 직무상 위법행위에 대한 보상의 공여 또는 제안행위와 수수행위를 처벌하고 있으며(제200.22조, 제200.25조, 제200.27조), 불법 증여물의 공여와 수수도 금지하고 있다(제200.30 및 제200.35조). 제200.00조는 공무원의 표결, 의견, 판단, 행위, 결정 또는 공무원으로서의 재량의 행사가 영향을 받음에 동의하거나 양해함에 따라 공무원에게 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하는 자는 3급 뇌물공여의 죄책(중범죄 D급)을 진다고 규정하고 있으며, 제200.03조는 공무원의 표결, 의견, 판단, 행위, 결정 또는 공무원으로서의 재량의 행사가 영향을 받음에 동의하거나

양해함에 따라 공무원에게 1만달러를 초과하는 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하는 자는 2급 뇌물 공여의 죄책(중범죄 C급)을 진다고 규정하고 있다. 아울러 제200.04조는 형법 제220조에서 A급 중범죄로 정의된 행위의 실행이나 실행의 주장 또는 A급 중범죄의 미수에 관한 수사, 체포, 미결구금, 형사소추 또는 구금에 있어서의 공무원의 표결, 의견, 판단, 행위, 결정 또는 공무원으로서의 재량의 행사가 영향을 받음에 동의하거나 양해함에 따라 공무원에게 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하는 자는 1급 뇌물 공여의 죄책(중범죄 B급)을 진다고 규정하고 있다. 마찬가지로 제200.10조는 3급 뇌물 수수로 자신의 표결, 의견, 판단, 행위, 결정 또는 공무원으로서의 재량의 행사가 영향을 받음에 동의하거나 양해함에 따라 타인으로부터 이익을 요청, 수락하거나 수락에 동의하는 공무원은 3급 뇌물 수수의 죄책을 진다는 점을 규정하고 있으며 동일한 방식으로 제200.11조 2급 뇌물 수수죄를, 제200.12조 1급 뇌물 수수죄를 규정하고 있다. 이와 더불어 직무상 위법행위에 대한 보상행위도 금지되고 있다. 제200.20조는 2급 직무상 위법행위에 대한 보상죄를 규정하고 있는데, 공무원으로서의 의무를 위반한 공무원에 대하여 정을 알고 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하는 자는 직무상 2급 위법행위에 대한 보상의 죄책(중범죄 E급)을 진다고 명시하고 있으며, 제200.22조는 1급 직무상 위법행위에 대한 보상죄를 규정하고 있다. 대향범으로서 수수행위도 금지되고 있는데 제200.25조 직무상 위법행위에 대한 보상의 수수 2급죄를 규정하고 있으며, 제200.27조 직무상 위법행위에 대한 보상의 수수 1급죄를 금지하고 있다.

사적 영역에서의 뇌물죄로 제180.00조와 제180.03조는 상업 증뢰를 규정하고 있는데, 사용자 또는 본인의 동의 없이, 사용자나 본인의 업무와 관련한 근로자, 대행인 또는 수탁자의 행위에 영향을 미칠 의도로 이들에 대하여 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하는 자는 2급 상업 증뢰의 죄책(경범죄 A급)을 지며, 사용자 또는 본인의 동의 없이 사용자나 본인의 업무와 관련한 근로자, 대행인 또는 수탁자의 행위에 영향을 미칠 의도로 이들에 대하여 이익을 공여 또는 제안하거나 이익 공여에 동의하고, 공여 또는 제안하거나 공여에 동의한 이익의 가치가 1만달러를 초과하며, 이에 따른 사용자나 본인에 대한 경제적 손실이 250달러를 초과하는 경우에는 1급 상업 증뢰의 죄책(중범죄 E급)을 진다고 규정하고 있다. 대향범으로서 근로자, 대행인,

수탁자의 2급 상업 수뢰(제180.05조)와 1급 상업 수뢰(제189.08조)도 규정되어 있다.

일부 주는 부정영향죄(Improper Influence)를 규정하고 있다. 텍사스 주는 형법 제8절 제36장에서 타인의 법적 권리, 권한, 위무, 특권 등을 심사, 결정하는 심판적 절차(Adjudicatory Proceeding)에서 공적인 재량을 행사할 것이 예상되거나 행사할 수 있는 공무원에게 법이 규정한 고려요소 외의 요소에 근거하여 그 결과에 영향력을 미칠 의도로, 간청, 주장 기타 대화의 방법으로 영향을 미치는 행위를 A급 경범죄로 규정하고 있으며 4,000달러 이하의 벌금과 1년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(§36.04.).[273] 몬타나 주의 경우에도 사법적 절차나 행정적 절차에서 공적인 재량을 행사할 것이 예상되거나 행사할 수 있는 공무원에게 법이 규정한 고려요소 외의 요소에 근거하여 그 결과에 영향력을 미칠 의도로, 간청, 주장 기타 대화의 방법으로 영향을 미치는 행위를 5만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있으며(45-7-102(ⅳ, ⅴ)), 공무원을 상대로 그들의 의견, 결정, 추천, 기타 재량을 행사함에 있어 영향력을 행사할 목적으로, 공무원, 공무원의 배우자, 자녀, 부모, 형제자매 또는 공무원 본인의 재산에 위해를 가할 것을 협박하는 행위를 한 자는 5만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(45-7-102(ⅱ, ⅲ)).

또한 모범형법전에 규정된 제242장의 정부의 작용을 방해하는 죄와 제243장의 직위남용의 죄(Abuse of Office)도 일부 주에 영향을 주었다. 그 결과 미주리, 캔사스, 텍사스와 같은 일부 주에는 이 규정과 유사한 규정이 마련되어 있다. 예컨대 텍사스주 형법은 공공행정에 관한 죄 편(TITLE 8. OFFENSES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION)에서 제39장에 직권남용(ABUSE OF OFFICE)을 나열하고 있으며, 구체적으로는 39.02항에 직위남용죄(ABUSE OF OFFICIAL CAPACITY)를 규정하고 있으며, 36.03항에 공무원에 대한 강요(Coercion of Public Servant or Voter)를 규정하고 있다.

---

273) (a) A person commits an offense if he privately addresses a representation, entreaty, argument, or other communication to any public servant who exercises or will exercise official discretion in an adjudicatory proceeding with an intent to influence the outcome of the proceeding on the basis of considerations other than those authorized by law.
(b) For purposes of this section, "adjudicatory proceeding" means any proceeding before a court or any other agency of government in which the legal rights, powers, duties, or privileges of specified parties are determined.
(c) An offense under this section is a Class A misdemeanor.

직위남용죄는 (a) 공무원이 고의로 또는 정을 알고(인지)[274]하고 이익을 얻거나 다른 사람을 해치거나 속이려는 의도로 (1) 공무원의 직무 또는 고용과 관련된 법률을 위반하는 경우 또는 (2) 공무원의 직무 또는 고용으로 인해 공무원의 관리 또는 보유 하에 있는 정부 재산, 서비스, 인력 또는 그 밖의 가치 있는 물건을 오용하는 행위를 하는 경우에 성립된다. 처벌의 경우 (1)항의 위반은 A급 경범죄에 해당한다(동조 (b)). (2)항의 위반은 (1) 남용된 물건의 사용 가치가 100달러 미만인 경우 C급 경범죄, (2) 남용된 물건의 사용 가치가 100달러 이상 750달러 미만인 경우 B급 경범죄, (3) 남용된 물건의 사용 가치가 750달러 이상 2,500달러 미만인 경우 A급 경범죄, (4) 남용된 물건의 사용 가치가 2,500달러 이상 30,000달러 미만인 경우 주 교도소 중범죄, (5) 남용된 물건의 사용 가치가 30,000달러 이상 150,000달러 미만인 경우 3급 중범죄, (6) 남용된 물건의 사용 가치가 150,000달러 이상 300,000달러 미만인 경우 2급 중범죄, (7) 남용된 물건의 사용 가치가 300,000달러 이상인 경우 1급 중범죄로 처벌된다(a).[275]

사법방해죄의 경우에는 주별로 매우 상이한데, 사법방해죄를 규정하고 있는지 여부,

---

274) knowingly는 자신의 행동으로 인해 범죄의 결과나 범죄로 인한 상황이 발생할 것을 사실상 확실한 것을 인식(aware that it is practically certain)하면서 행동하는 것으로(M.P.C. §2.02.(b)) 情을 알면서 행위한 것이지만 그 결과를 반드시 용인 내지 의욕하고 있지는 않다는 점에서 고의(intentionally)와 구분된다고 하겠다.

275) (a) A public servant commits an offense if, with intent to obtain a benefit or with intent to harm or defraud another, he intentionally or knowingly:
(1) violates a law relating to the public servant's office or employment; or
(2) misuses government property, services, personnel, or any other thing of value belonging to the government that has come into the public servant's custody or possession by virtue of the public servant's office or employment.
(b) An offense under Subsection (a)(1) is a Class A misdemeanor.
(c) An offense under Subsection (a)(2) is:
(1) a Class C misdemeanor if the value of the use of the thing misused is less than $100;
(2) a Class B misdemeanor if the value of the use of the thing misused is $100 or more but less than $750;
(3) a Class A misdemeanor if the value of the use of the thing misused is $750 or more but less than $2,500;
(4) a state jail felony if the value of the use of the thing misused is $2,500 or more but less than $30,000;
(5) a felony of the third degree if the value of the use of the thing misused is $30,000 or more but less than $150,000;
(6) a felony of the second degree if the value of the use of the thing misused is $150,000 or more but less than $300,000; or
(7) a felony of the first degree if the value of the use of the thing misused is $300,000 or more.

사법방해의 유형을 증거인멸 등으로 제한하는지 여부, 금지의 근거가 무엇인지 여부에 따라 다양하게 구분할 수 있다. 구체적으로는 연방형법처럼 사법방해를 전반적으로 금지하는 주(메릴랜드, 미시시피 등)와, 규정이 없거나 매우 제한적인 규정을 둔 주(노스캐롤라이나, 노스다코다 등), 보통법상 사법방해죄를 두고 있는 주(미시간 등), 모범형법과 같은 입장을 취하는 주(뉴욕 등), 특유의 규정을 두고 있는 주(사우스다코다) 등이 있다.

구체적인 유형을 구분하면 다음과 같다.[276]

관할	규정 형태	규정 및 관련 판례	
메릴랜드	연방법	Md. Ann. Code art. 27, § 26 (1994)	8 U.S.C. § 1503와 유사
미시시피	연방법	Miss. Code Ann. § 97-9-55 (1973)	
미시간	규정 없음(보통법상 사법방해죄)	People v. Somma, 123 Mich. App. 658, 333 N.W.2d 117 (1983)	
메사추세츠	규정 없음		
노스캐롤라이나	매우 제한적	State v. Pennell, 54 N.C. App. 252, 283 S.E.2d 397 (1981)	
노스다코다	매우 제한적	N.D. Cent. Code § 12.1-09-03 (West 1993)	
캘리포니아	필드법(The Field Code)	Cal. Penal Code § 135(West 1970) People v. Prysock, 127 Cal. App. 3d 972,998-1001, 180 Cal. Rptr. 15, 30-31 (1982)	모범형법보다 확대
아이다호	필드법	Idaho Code § 18-2603 (1985)	〃
네바다	필드법	Nev. Rev. Stat. § 199.220 (1983)	〃
플로리다	형사 사건에만 적용	Smigiel v. State, 439 So. 2d 239 (Fla. Dist. Ct. App. 1988)	형사절차 또는 범죄수사와 관련된 증거인멸 금지
조지아	형사 사건에만 적용	Pugh v. State, 327 S.E.2d 745(Ga. Ct. App. 1985)	
뉴욕	모범형법	People v. Traynham, 95 Misc. 2d 145, 407 N.Y.S.2d 408 (N.Y. City Crim. Ct. 1978)	모범형법보다 확대 (공적 절차 개시 불요)
델라웨어	모범형법	Del. Code Ann. tit. 11, § 1269 (1984)	〃
몬타나	모범형법	Mont. Code Ann. § 45-7-206 (1983)	
사우스다코다	특유 규정	S.D. Codified Laws Ann. § 19-7-14 (1979)	

276) Gorelick/Marzen/Solum, *Destruction of Evidence*, Aspen Publishers, 2010. 나욱진, 앞의 논문, 2011, 675면 이하에서 발췌 재인용.

3. 미국의 직무범죄 제재 체계 및 양형 현황

가. 제재 체계

직무범죄에 관하여는 크게 연방형법, 주형법이 규율하고 있으며, 행위양태에 따라 개별법률로 리코법(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act), 해외부패방지법(The Foreign Corrupt Practice Act), 정부윤리법(The Ethics in Government Act of 1978) 등도 일부 행위태양들을 규율하고 있다.

구체적인 연방법과 주형법의 규정은 앞에서 살펴보았으며, 연방법원과 주법원에 제소되고 재판이 진행될 것인지는 혐의자가 저지른 범죄의 피해 당사자가 누구인지에 따라 결정된다. 혐의자가 저지른 범죄가 연방법위반인 경우에는 연방 수사기관이 수사하여 연방법원에 제소되지만 주법 위반인 경우에는 주법원에서 재판이 진행되는 것이다. 물론 범죄가 연방법과 주법을 동시에 위반하는 경우 연방법원과 주법원 모두에 제소될 수 있다. 통상 신병을 먼저 확보한 법원이 소추하는 것이 원칙이며 이 경우 다른 법원은 피고인이 유죄인정을 받아 상당한 형벌이 부과된 경우 소추를 자제하게 된다.[277] 다만 부패분야에서 지방공무원의 뇌물죄는 연방법에 따라 처벌한다(18 U.S.C. §1346).

연방법은 앞서 살펴보았듯이 제201조 이하에서 뇌물죄를 규정하고 있으며, 부정영향행위도 같이 금지하고 있고, 사법방해죄도 제1501~1521조에 규정하고 있다.

이 중 사법방해죄를 예시로 살펴보면, 연방법은 제1501~1521조에 사법방해(Obstruction of Justice)란 제하에 허위정보 제공, 검사경찰에 대한 증거제출 저지, 증인·배심원에 대한 위해 등의 방법으로 법과 사법에 관련된 정당한 절차를 방해하는 행위들을 규율하고 있다. 주법은 모범형법 제242.1조 및 제241.6조 소정의 사법방해죄 규정에 따라 주에서 사법방해행위의 처벌을 규정하는 한편 직위남용에 대해서도 규정하고 있다. 전자의 경우 정부의 법집행 기타 기능에 대한 방해, 증인·정보원 회유와 보복 금지 등을 규정하고 있는데, 예컨대 알라바마 법 13A-10-2절은 정부 운영을 방해하는 행위를 경범죄로 처벌하며, 협박, 신체적 힘 또는 간섭 또는 기타 불법적인 행위에 의해 정부 운영을 방해하는 범죄를 저지른 경우로 (1) 법률 또는 기타 정부

277) 김용진, 『영미법해설』, 박영사, 2009, 421면.

기능의 운영을 의도적으로 방해, 손상 또는 방해하는 행위 또는 (2) 공무원이 정부 기능을 수행하는 것을 의도적으로 저지하는 행위를 A 급 경범죄라고 규정하고 있다.[278] 후자의 경우 직권남용의 형태로 규정되어 있다. 예컨대 텍사스주의 경우 텍사스주 형법은 공공행정에 관한 죄 편에서 제39장에 직권남용(ABUSE OF OFFICE)을 규정하고 있으며, 구체적으로는 39.02 항에 직위남용죄(ABUSE OF OFFICIAL CAPACITY)를 규정하고 있으며, 36.03 항에 공무원에 대한 강요(Coercion of Public Servant or Voter)를 규정하고 있다.

한편 법률은 아니지만 미국연방규정집(Code of Federal Regulations)에도 직권남용에 대해 규정을 두고 있다. 행정기관 편인 5 C.F.R. § 2635.702의 Subpart G에는 사적 이익을 위한 직권남용(Misuse of Position; Use of Public Office for Private Gain) 등을 규정하고 있다. 즉 공무원은 자신의 사적 이익이나 개인적으로 연관된 개인 또는 단체의 이익을 위해 자신의 공직을 사용할 수 없고, 또한 공무원의 직책을 이용해 이익의 제공을 강요 또는 유도해서는 안 되며, 허용되는 경우를 제외하고는 정부의 제재 부과를 위해 직책이 사용되어서는 안 된다고 규정하고 있으며, 공직이 사익을 위해 사용하거나 특혜를 주는 것으로 나타나지 않도록 공무를 수행하여야 함을 규정하고 있다.

한편 연방형법 외에 여러 개별 법률들도 직간접적으로 공무원의 수뢰 및 부패를 금지하고 있다. 먼저 제1951조의 Hobbes Act는 애초 마피아나 노조원의 비노조원에 대한 갈취유사행위와 같은 "조직범죄 관련 공갈 및 폭력행위처벌법"이었고, 이러한 행위에 의해 경제활동이 침해된 경우에만 적용되었다. 그러나 영향력 행사 요건이 그리 엄격하게 규정되지 않은 관계로 법원이 이 규정을 확대해석한 결과 부패사안이 공무원에 의한 공갈죄 구성요건에 포섭될 수 있게 되었으며, 영향력행사와 무관한 가벼운 뇌물공여행위도 이 규정의 적용을 받게 되었다.[279] 이처럼 Hobbes Act의 적용영역이 확대된 직접적인 원인은 1943년 위 법률 입법과정에서 기존의 "조직적 갈취방지법"(Anti-Racketeering Act)이 처벌범위가 좁다는 데 대한 반성으로 보통법에 기초한 뉴욕의 갈취유사행위 처벌규정과 유사한 용어를 사용해 사인간의 폭력이나 협박을

278) https://definitions.uslegal.com/o/obstruction-of-governmental-operation/, 2019.11.1. 최종검색.

279) 법무부, 『각국의 형법상 부패방지법제』, 2001, 7면.

이용한 갈취행위는 물론 공직자의 부패행위를 포괄할 수 있는 최대한 폭넓은 규정을 입법한 것을 그 원인으로 찾을 수 있다.[280] 이러한 연유로 최근 Hobbes Act는 연방형법의 뇌물죄 규정보다 실질적으로 중요한 역할을 하고 있다. 그 이유는 법정형이 20년으로 훨씬 높고 입증이 쉬우며, 공여자의 협조를 이끌어 내기 쉽기 때문으로 보인다.[281] Hobbes Act가 규정하고 있는 갈취(extortion)란 위법한 강제력, 폭력, 공포의 실제 행사 또는 행사의 위협에 의해 재물의 획득이 초래된 경우 또는 직권행사의 외관(under color of official right)을 통해 제3자의 동의하에 재물을 취득하는 것을 말하며, 공직자에 해당하는 부분은 직권행사의 외관 아래 이루어진 것을 말한다((b)(2)). Hobbes Act는 어떤 방식으로든 강취(robbery), 갈취(extortion), 시도 또는 공모에 의해 상업이나 상품 또는 상업상의 물품이나 상품의 이동을 방해, 지연 또는 영향을 미치거나, 본 조를 위반하는 행위를 하기 위한 계획이나 목적을 촉진하여 어떤 사람이나 재산에 물리적 폭력을 가하거나 위협하는 행위를 금지하고 있으며, 이러한 위반행위를 한 자는 20년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다. Hobbes Act는 공직자의 뇌물수수를 효과적으로 처벌하는 규정이 되었는데, 이는 강요(coercive element)가 뇌물죄와 달리 공직자의 경우 직위 자체가 강제력을 가지고 있다고 보았기 때문이다.[282] 그러나 처벌의 무제한적 확대를 막기 위해 금품제공과 직무상 행위 사이에 대가관계가 요구되고 있다.[283]

RICO법(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)은 애초 조직범죄에 초점을 맞춘 입법으로, 조직범죄로부터 발생한 자금을 기업에 투자하는 금지하는 규정이었다. 그러나 기업(Enterprise)의 범위가 확대해석되면서 외국기업이나 정부 산하 단체들까지도 포괄하게 되었으며 이들의 뇌물 공여를 위한 자금의 사용도 처벌할 수 있게 되었다.[284] 조직범죄집단의 합법적 기업활동에의 침투를 막겠다는 리코법은 목적은 1978년부터 수차례의 개정을 거치면서 라켓티어링(racketeering)의 범주에 포함되는 행위가 확대되고, 그 결과 살인, 약취, 방화, 강도, 도박과 같은 행위는 물론 증수뢰, 마약범죄, 통화위조, 고리대금업, 노동범죄, 우편전신사기 등과 같은 행위들

280) 설민수, 앞의 논문, 2017, 284면
281) 설민수, 앞의 논문, 2017, 284면.
282) 504 U.S. 255, 266~268(1992).
283) 504 U.S. 255, 268~270(1992).
284) 법무부, 앞의 책, 2001, 8면.

을 기본범죄(predicate offence)로 포함시키면서,[285] 초과 실현되고 있다.

해외부패방지법(The Foreign Corrupt Practice Act)도 뇌물, 특히 해외부패의 문제를 규율하고 있다. 해외부패방지법의 출발은 워터게이트 사건에 있다. 워터게이트 사건 조사 중 닉슨 대통령이 선거 승리를 위한 선거캠페인 과정에서 미국 기업으로부터 불법 후원금을 받았으며 이 후원금이 해외에서 자금세탁되거나 외국 공무원에 대한 뇌물로 제공되었음이 밝혀졌기 때문이다.[286] 그 결과 해외부패방지법은 1977년 12월 연방법률로 제정되었다. 이러한 해외부패방지법은 개인이나 기업이 사업을 영위, 유지할 목적으로 외국의 공무원에게 뇌물을 제공하는 행위를 금지하는 반뇌물규정과 미국증권발생회사 등에 대한 내부통제제도를 구축하고 그러한 제도를 회피하지 못하도록 하는 회계규정으로 구성되어 있다. 전자는 다시 적용대상자별로 구성요건을 구분하고 있는데, ① 미국증권시장의 상장기업 또는 미국증권시장에 증권을 발행한 기업(issuer)에 대한 조항, ② 미국국적을 가지고 있거나 미국에 거주하는 자 또는 주사무소가 미국에 소재하거나 미국 법령에 의해 설립된 법인 또는 개인(domestic concern), ③ 미국증권발행회사나 미국 국내업체가 아닌 자(persons other than issuer or domestic concern)로 세분하여 규정하고 있다.

해외부패방지법의 구체적 처벌규정을 살펴보면,[287] 우선 미국증권발행회사에 대한 뇌물의 금지 규정이 있다. 미국증권발행회사(issuer)에 대하여 금지된 해외무역관행 규정(§78dd-1 [1934년 증권거래법 제30A조].)에 의하면 금지행위를 "본 편의 제78l조에 따라 등록된 종류의 증권을 발행한 회사 또는 본 편의 제780조(d)항에 따라 보고서를 제출할 의무가 있는 회사, 또는 이러한 회사의 경영진, 임원, 직원, 대리인 또는 회사의 대표적 주주가 다음과 같은 행위를 하는 것은 위법하다."고 하면서, (1)항에서

285) 윤경희, "미국조직범죄에 관한 고찰", 경찰학논총 제3권 제2호, 원광대학교 경찰학연구소, 2008, 20면.

286) 오택림, "미국의 Foreign Corrupt Practices Act에 관한 연구", 법조 제669권, 법조협회, 2012, 55면 이하. 이러한 조사 결과에 따라 미국 증권거래위원회가 미국 기업들의 외국 공무원에 대한 뇌물을 조사하게 되었는데 3년간의 조사 끝에 400개가 넘는 미국 기업들이 3억 달러 이상의 뇌물을 외국 공무원들에게 제공했다는 사실이 밝혀지면서 해외 뇌물의 심각성을 인지하게 되었다. https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf, 2019.11.1. 최종검색.

287) 미국 법무부 홈페이지에는 한국어 번역본이 탑재되어 있다. https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-korean.pdf, 2019.11.1. 최종검색. 이하의 번역은 위 번역본을 기본으로 하여 오규성, 『미국 해외부패방지법에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2018을 참고하였다.

외국공무원에게, 회사가 사업을 영위하거나 유지할 수 있도록, (A) (i) 해당 외국공무원이 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국공무원이 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로 또는 (B) 해당 외국공무원으로 하여금 그의 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로, 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는 주간통상수단을 이용하는 행위를 금지하고 있다. (2)항에서는 외국의 정당, 외국정당의 관리 또는 외국 정치후보자에게, 회사가 사업을 영위하거나 유지할 수 있도록, (A) (i) 해당 외국정당, 외국정당 관리 또는 정치후보자가 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자가 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로 또는 (B) 해당 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자로 하여금 해당 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로, 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는 주간통상수단을 이용하는 행위를 금지하고 있다. (3)항은 만일 누군가에 대하여 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 할 경우, 해당 금전 기타 가치 있는 것의 전부 또는 일부가 외국 공무원, 외국의 정당, 외국정당의 관리 또는 외국 정치후보자에게 직접적으로든 간접적으로든 제공, 제안 또는 약속될 것임을 알면서도 회사가 사업을 영위하거나 유지할 수 있도록, (A) (i) 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당당의 관리 또는 정치후보자가 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당 관리 또는 정치후보자가 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로 또는 (B) 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자로 하여금 해당 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로, 그 누군가에게 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는

주간통상수단을 이용하는 행위를 금지하고 있다.

다음으로 미국 국내업체(Domestic Concern)의 증뢰금지 규정(§78dd-2)[288]에 의하면 미국 국내업체에 대하여 금지된 해외무역관행은 (a) 금지행위로서 "본 편의 제78dd-1조에서 정한 미국증권발행회사(issuer)가 아닌 미국 국내업체 또는 이러한 업체의 경영진, 임원, 직원, 대리인 또는 업체의 대표적 주주가 다음과 같은 행위를 하는 것은 위법하다."고 규정하면서, (1)항에서 외국공무원에게, 해당 국내업체가 사업을 영위하거나 유지할 수 있도록, (A) (i) 해당 외국공무원이 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국공무원이 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로 또는 (B) 해당 외국공무원으로 하여금 그의 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로, 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는 주간통상수단을 이용하는 행위를 금지하고 있다. (2)항에서는 외국의 정당, 외국정당의 관리 또는 외국 정치후보자에게, 해당 국내업체가 사업을 영위하거나 유지할 수 있도록, (A) (i) 해당 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자가 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자가 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로 또는 (B) 해당 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자로 하여금 해당 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로, 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는 주간통상수단을 이용하는 행위를 금지하고 있다. (3)항에서는 만일 누군가에 대하여 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 할 경우, 해당 금전 기타 가치 있는 것의 전부 또는 일부가 외국공무원, 외국의 정당, 외국정당의 관리 또는 외국 정치후보자에게 직접적으로든 간접적으로든 제공, 제안 또는 약속될 것임을 알면서도, 해당 국내업체가 사업을 영위

288) 이 규정을 소개함에 있어서 번역은 주로 오규성, 『미국 해외부패방지법에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2018을 따랐다.

하거나 유지할 수 있도록, (i) 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자가 권한을 행사할 수 있는 행위나 결정에 영향을 줄 목적으로 또는 (ii) 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자가 자신의 합법적 직무를 위반하여 어떠한 행위를 하거나 하지 않도록 유도할 목적으로 또는 (iii) 그 밖에 부적절한 이익을 추구할 목적으로(A) 또는 해당 외국공무원, 외국정당, 외국정당관리 또는 정치후보자로 하여금 해당 외국정부 또는 정부대행기관의 행위나 결정에 영향력을 행사하도록 유도할 목적으로 그 누군가에게 금전 기타 가치 있는 것의 지급, 제안, 지급의 약속 또는 지급의 승인을 추진하기 위하여 부정하게 우편 등의 수단 또는 주간통상수단을 이용하는 행위를 규정하고 있다(B).

이 조항 위반시 처벌(g)은 자연인이 아닌 국내업체가 본조 (a)항 또는 (i)항을 위반할 경우 200만 달러 이하의 벌금에 처하며((1)(A)), 자연인이 아닌 국내업체가 본조 (a)항 또는 (i)항을 위반할 경우 법무부장관의 소제기에 의하여 1만 달러 이하의 민사제재금이 부과될 수 있다(B). 또한 국내업체의 경영진, 임원, 직원, 대리인 또는 업체의 대표적 주주인 자연인이 본조의 (a)항 또는 (i)항을 의도적으로 위반할 경우 10만 달러 이하의 벌금 또는 5년 이하의 징역형에 처하고, 위 벌금과 징역형은 병과할 수 있다((2)(A)). 또한 국내업체의 경영진, 임원, 직원, 대리인 또는 업체의 대표적 주주인 자연인이 본조의 (a)항 또는 (i)항을 위반할 경우 법무부장관의 소제기에 의하여 1만 달러 이하의 민사제재금이 부과될 수 있다(B).

나. 양형 현황

뇌물죄의 경우 연방형법 제201조(b)는 15년 이하의 자유형이나 벌금 또는 뇌물가액의 3배 이하의 벌금 또는 이들을 병과할 수 있음을 규정하고 있다. 한편 제201조(c)에 의하면 공무상 불법행위가 이루어지지 않은 경우에는 2년 이하의 자유형이나 벌금형 또는 그 양자를 병과할 수 있을 따름이다. 제203조 제204조, 제205조, 제207조 및 제209조 위반행위에 대한 처벌은 제216조에서 규정하고 있는데, 이에 의하면, 상기 규정 위반행위에 대하여는 5만달러 이하 또는 최고액이 뇌물가액에 상응하는 민사적 제재나 1년 이하의 자유형에 처하거나 양자를 병과한다. 또한 고의범의 경우에는 5년 이하의 자유형이 부과될 수 있다.[289]

주지하다시피 미국은 연방범죄에 대해서는 연방양형기준을 마련하여 적용하고 있으나 개 별 주의 경우 양형기준의 유무, 구체적 양형기준이 매우 상이하고 다양한 형태를 지니고 있다. 미국은 1970년대 심각한 양형의 불균형 문제가 불거지면서 많은 논쟁을 거쳐 1987년 11월 1일부터 효력이 발생하여 모든 연방판사를 기속하는 양형지침을 마련하였다(Federal Sentencing Guidelines). FSG는 법률의 성격을 가지며, FSG 제정의 영향으로 개별 주들도 다양한 양형 관련규율들을 마련하였다. 연방양형기준이 적용되기 위해서는 피고인의 특정 범죄행위에 적용되는 구체적인 형벌규정을 확인하고 이후 양형 범위를 결정하기 위해 법령색인표를 확인하고 기본범죄 등급을 결정하고 범죄특성에 따른 조정(Adjustments) 작업을 거치며 모든 범죄에 공통되는 양형요소에 따른 조정(피해자 관련, 범행 역할 관련, 사법절차 방해여부, 수개 죄의 경합, 책임의 인정)을 하고 범죄경력 점수(Criminal History Points)를 양형테이블의 요소로 구성한다. 이후 최종 범죄등급과 범죄경력점수로 구성한 양형테이블을 적용해 양형범위(sentencing)를 확인하여 선고형을 정하게 된다.

이 같은 연방양형기준에 따르면, 개별 범죄행위에 대하여 고유의 범죄등급이 부여되는데, 뇌물죄에 대한 기본 범죄등급은 12등급, 제201조 (b)(1)의 공무원 뇌물죄에 대하여는 14등급이다. 양형에 있어서는 뇌물의 가액, 빈도 수 및 뇌물을 통해 취하고자 한 이익, 정부가 입은 손해 등을 고려하게 되며, 금품제공이 두 차례 이상인 경우에는 기본 범죄등급에 2등급이 상향된다. 뇌물 가액이 6,500달러를 초과하면 상기의 기본 죄급이 상향되어 §2B1.1(Theft, Property Destruction, and Fraud)에 상응하는 형이 된다. 선출직 공무원 또는 고도의 정책결정을 하는 고위 공무원에 대한 뇌물 공여·금품 제공의 경우에는 기본 죄급에 4등급까지 추가된다.[290] 이러한 양형기준에 의하면 전과가 1범 이하인 공무원이 기준금액을 밑도는 1회의 뇌물을 수수한 경우 기본적으로는 15-21개월형이 된다.

이 외에도 상호 참조(Cross Reference)에 의한 조정이 이뤄진다. 즉 뇌물죄가 다른 범죄의 실행을 촉진하기 위해 범해진 경우 이미 결정된 범죄등급보다 다른 범죄의 공모에 적용되는 범죄등급이 높은 경우 공모에 적용되는 양형기준을 적용해야 하며,

289) 법무부, 『각국의 형법상 부패방지법제』, 2001, 18면 이하 참조.
290) U.S. Guidelines Manual, 2018, §2C1.1, p.131.

다른 범죄행위와 관련하여 은폐, 사법방해의 목적으로 범해진 경우 결정된 범죄등급보다 다른 범죄와 관련하여 사후종범 규정인 §2X3.1(Accessory After the Fact) 또는 §2J1.2(Obstruction of Justice)이 적용된 범죄등급이 높은 경우 이들 양형기준을 준용해야 한다. 또한 뇌물 범죄가 신체적 상해 또는 재산 파괴의 위협과 관련된 경우, 범죄등급의 결정이 이미 결정된 등급보다 중한 경우 §2B3.2(Extortion by Force or Threat of Injury or Serious Damage)를 준용하게 된다.[291]

물론 여기에는 특별한 조정사유가 있는 경우 그에 따른 조정, 피고인에게 전과가 있는 경우 범죄경력점수에 따른 계산이 추가로 이뤄진다. 일정 범죄행위에 대하여는 그 최저 형량이 양형의 척도가 되는데, 이는 일반적인 양형지침으로는 정해질 수 없다.[292]

부당영향죄의 경우 이 규정을 두고 있는 일부 주의 경우, 예컨대 텍사스 주는 A급 경범죄로 규정하고 있으며 4000달러 이하의 벌금과 1년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(T.P.C Sec. 12.21.). 몬타나 주의 경우에도 5만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있으며(45-7-102(ⅳ, ⅴ), 공무원을 상대로 그들의 의견, 결정, 추천, 기타 재량을 행사함에 있어 영향력을 행사할 목적으로, 공무원, 공무원의 배우자, 자녀, 부모, 형제자매 또는 공무원 본인의 재산에 위해를 가할 것을 협박하는 행위를 5만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(45-7-102(ⅱ, ⅲ)).

사법방해죄의 경우 수사방해의 금지를 규정하고 있는 연방형법 제1510조 (a)항의 경우에는 징역 5년 이하, 같은 title에 따른 벌금에 처하고 양자를 병과할 수 있으며, (b)항은 사법절차를 방해할 의도가 있는 금품수수의 경우에는 징역 5년 이하, 같은 title에 따른 벌금에 처하고 양자를 병과 할 수 있고, 그 밖에 정보전달 방해 등의 경우에는 징역 1년 이하, 같은 title에 따른 벌금에 처하고 양자를 병과 할 수 있다고 규정하고 있다.

제1512조 (a)항의 경우 살인의 경우에는 제1111조(Murder), 제1112조(Manslaughter)에 따라 처벌되며, 살인미수·유형력 행사 또는 그 시도의 경우에는 30년 이하의 징역

291) U.S. Guidelines Manual, 2018, §2C1.1, p.132.
292) 법무부, 앞의 책, 2001, 19면은 이를 이유로 뇌물죄도 그 최저형량이 정하여져 있지 않다고 한다.

으로 처벌되고, 유형력 행사의 위협은 20년 이하의 징역으로 처벌되고, (b)항의 경우 징역 20년 이하 또는 같은 title에 따른 벌금에 처하고 양자를 병과 할 수 있으며, (c)항의 경우 징역 20년 이하 또는 같은 title에 따른 벌금에 처하고 양자를 병과 할 수 있다고 규정하고 있다.

허위진술을 하는 제1001조 위반행위는 5년 이하의 징역이나 같은 title에 따른 벌금으로 처벌되며, 테러나 성폭력범등록 위반과 관련된 경우 징역 8년으로 처벌이 상향될 수 있다.

연방양형기준 Chapter 3에 따르면 범죄의 종류와 무관하게 모든 범죄에 공통적으로 적용되는 양형요소들이 규정되어 있는데, 바로 사법절차 방해여부에 따른 조정(Obstruction and Relate Adjustment) 규정이다. 즉 사법절차를 방해한 경우, 피고인이 당해 범죄의 수사, 기소, 재판과 관련된 사법절차의 집행을 방해하거나 이를 시도하고, 그러한 행동이 유죄로 인정되는 피고인의범행이나 그와 밀접한 관련이 있는 행위인 때에는 2등급을 가산한다.

실제 양형의 과정을 보면, 제1503조의 위반을 이유로 처벌되는 피고인은 연방 양형기준 §2J1.2에 따라 형이 선고된다. 기본 범죄등급은 14등급이다. 만약 범행이 상해 또는 재산 피해를 야기하거나 그 야기를 위협하면 범죄등급은 8등급이 증가한다. 또한, 피고인이 법집행을 현저히 방해하는데 성공하면 범죄등급은 3등급이 증가한다. 범행이 ① 상당한 수의 기록, 서류 또는 유형물을 손괴, 변조 또는 조작한 경우, ② 필수 또는 특히 증거가치가 높은 기록, 서류 또는 유형물을 손괴 또는 변조한 경우, ③ 범행의 대상, 계획, 또는 준비가 광범위한 경우 범죄등급은 각각 2등급이 증가한다. 한편 피고인이 범죄의 수사 또는 기소를 방해한 경우, 위 해당 범죄에 양형기준 § 2X3.1의 사후종범 규정을 적용한 범죄등급 결과가 양형기준 § 2J1.2(a) 내지 (b)를 적용한 범죄등급보다 높을 경우, 위 사후 종범 규정을 준용하도록 요구하고 있다. 사후 종범의 기본 범죄등급은 정범으로 처벌되는 범행의 범죄등급보다 6등급이 낮고, 이는 30등급을 초과하거나 4등급 미만이 될 수 없다.[293]

직권남용을 규정하고 있는 텍사스주 형법의 경우, 직위남용(A-1)에 범죄에 대해서는 A급 경범죄부터 1년 이하의 징역과 4000달러 이하의 벌금의 선고가 가능하며,

293) 이에 대해 자세한 것은 나욱진, 앞의 논문, 2011, 645면 참조.

(a-2) 항에 의거할 경우 형량은 "남용된 물건"의 가치에 따라 C급 경범죄에서 1급 중범죄로 처벌 될 수 있도록 규정되어 있다.

참고로 앞의 양형 사례들에 적용된 연방양형기준의 양형테이블은 그림과 같다.[294]

SENTENCING TABLE
(in months of imprisonment)

	Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points) I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
Zone A	1	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6
	2	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	1–7
	3	0–6	0–6	0–6	0–6	2–8	3–9
	4	0–6	0–6	0–6	2–8	4–10	6–12
	5	0–6	0–6	1–7	4–10	6–12	9–15
	6	0–6	1–7	2–8	6–12	9–15	12–18
	7	0–6	2–8	4–10	8–14	12–18	15–21
	8	0–6	4–10	6–12	10–16	15–21	18–24
Zone B	9	4–10	6–12	8–14	12–18	18–24	21–27
	10	6–12	8–14	10–16	15–21	21–27	24–30
	11	8–14	10–16	12–18	18–24	24–30	27–33
Zone C	12	10–16	12–18	15–21	21–27	27–33	30–37
	13	12–18	15–21	18–24	24–30	30–37	33–41
Zone D	14	15–21	18–24	21–27	27–33	33–41	37–46
	15	18–24	21–27	24–30	30–37	37–46	41–51
	16	21–27	24–30	27–33	33–41	41–51	46–57
	17	24–30	27–33	30–37	37–46	46–57	51–63
	18	27–33	30–37	33–41	41–51	51–63	57–71
	19	30–37	33–41	37–46	46–57	57–71	63–78
	20	33–41	37–46	41–51	51–63	63–78	70–87
	21	37–46	41–51	46–57	57–71	70–87	77–96
	22	41–51	46–57	51–63	63–78	77–96	84–105
	23	46–57	51–63	57–71	70–87	84–105	92–115
	24	51–63	57–71	63–78	77–96	92–115	100–125
	25	57–71	63–78	70–87	84–105	100–125	110–137
	26	63–78	70–87	78–97	92–115	110–137	120–150
	27	70–87	78–97	87–108	100–125	120–150	130–162
	28	78–97	87–108	97–121	110–137	130–162	140–175
	29	87–108	97–121	108–135	121–151	140–175	151–188
	30	97–121	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210
	31	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235
	32	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262
	33	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293
	34	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327
	35	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365
	36	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405
	37	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life
	38	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life
	39	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life
	40	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life
	41	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
	42	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
	43	life	life	life	life	life	life

294) https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/Sentencing_Table.pdf., 2019.11.1. 최종검색.

4. 미국의 대표적 게이트 사건과 적용 법리 및 제재 분석

가. 워터게이트 사건

주지하다시피 '게이트'란 말의 시작은 워터게이트 사건이었다. 게이트(Gate)는 정부나 기타 정치권력과 관련된 대형 비리 의혹사건 또는 스캔들을 의미하는데 워터게이트 이후 미국의 언론과 정치권은 약간의 의혹이 있으면 게이트라는 말을 남용해 온 측면이 없지 않다. 이러한 경향은 우리나라도 예외가 아니었다.

워터게이트 사건은 1972년 6월 리처드 닉슨 대통령의 측근이 닉슨의 재선을 위한 공작의 일환으로, 워싱턴의 워터게이트 빌딩에 있는 민주당 전국위원회 사무실에 침입하여 도청 장치를 설치하려 했던 괴한 5명이 체포되면서 드러난 미국 역사상 최대의 정치 스캔들을 말한다.[295]

제왕적 대통령이라고도 불려 지던 닉슨 대통령은 1972년 대선에서 재선되기 위해 조직을 가동하였고, 민주당의 유력한 후보인 에드먼드 머스키 상원의원을 대상으로 민주당 전당대회 도청, 무선통신 도청, 서류 절취 및 복사 등 여러 정치적 공작을 시도했다.

이 사건은 초기에는 단순절도 사건으로 파악되어 큰 주목을 받지 못했다. 사건 초기 닉슨은 이 사건에 대해 자신에게는 어떠한 책임도 없다고 부인하였으며 사건의 주모자였던 당사자들도 유죄판결을 받았으나 배후세력에 대해 침묵함으로써 흐지부지되는 것처럼 보였다. 그러나 당시 워싱턴포스트지의 기자 밥 우드워드와 칼 번스타인이 '딥 스로트(Deep Throat)'인 FBI 2인자 마크 펠트의 결정적 제보에 따라 집요하게 사건을 추적하고, 그 결과 닉슨 당시 대통령이 도청을 지시했음을 밝혀내면서 파문이 확산되었다. 닉슨은 FBI 국장 존 에드거 후버의 사망으로 자신이 FBI를 이용하여 정치공작을 벌이고 언론인들에 대한 도청을 지시했다는 증거서류들을 이용해 후버가 협박할 것이라는 걱정은 일거에 사라졌지만, 2인자로 밀려난 마크 펠트의 제보로 탄핵절차의 개시라는 위기에 직면하였다.[296]

워터게이트가 세상 사람들의 주목을 받게 된 것은 1973년 2월 샘 어빈 상원의원을 위원장으로 하는 닉슨재선위원회의 불법행위와 부정자금, 정치적 속임수에 대한 특별

295) 이에 대한 상세한 정보를 수록하고 있는 웹사이트로는 https://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment.가 있다.
296) 강준만, 『미국사 산책 10』, 인물과 사상사, 2010, 280면 이하.

조사위원회가 설치되면서 부터였다. 조사 개시 2개월여 만에 닉슨 진영의 사건 진상에 대한 은폐시도가 드러났는데, 닉슨은 4월 30일 텔레비전 연설에서 자신은 워터게이트 사건에 백악관이 연루된 사실을 은폐한 것을 전혀 몰랐다고 하면서 법률고문을 해임했으며, 동시에 보좌관들도 사임했다. 5월 1일 백악관 대변인은 급기야 워싱턴포스트와 밥 우드워드와 칼 번스타인에게 공식사과를 하기에 이르렀다. 그러나 워터게이트 침입사건 6일 뒤 닉슨이 FBI의 사건조사를 중자하라고 명령한 것이 밝혀졌으며, 7월 16일 백악관 보좌관 알렉산더 버터필드는 특별조사위원회에서 닉슨이 1971년 자신의 집무실 안에서 이뤄지는 모든 대화를 녹음하는 녹음장치를 설치했다고 폭로하였다.[297] 즉 닉슨을 포함한 사건의 주모자들이 정치공작의 모의와 처리 과정에서 한 발언들이 녹음된 테이프가 백악관에 보관되어 있음이 밝혀진 것이다.

어빙위원회는 1974년 1월 닉슨에게 녹음테이프의 제출을 요구했으나 닉슨은 대통령의 특권을 이유로 거부하고 사건 담당 검사인 아치볼드 콕스 검사를 해임하자 법무부장관인 앨리엇 리처드슨이 이에 반발, 사임하면서 비난 여론이 비등하였고 탄핵의 길로 들어서게 되었다. 닉슨은 이후 대법원의 전원 일치 판결로 레온 자워스키 특별검사에게 테이프를 제출해야 한다는 판결이 있자 승복하고 녹음테이프를 제출했으나, 일부가 지워지고 조작된 흔적이 발견되어 탄핵이라는 흐름을 돌이킬 수 없도록 만들었다.

결국 1974년 7월 27일 하원 법사위원회는 닉슨에 대한 2개의 탄핵조항, 사법방해, 대통령 취임 선서의 위반에 대한 탄핵안을 승인했다(사흘 뒤 위원회의 소환장을 무시한 위헌적 행위에 대한 세 번째 조항이 추가되었다).[298] 결국 닉슨은 미국 역사상 최로로 탄핵안이 승인된 대통령이 되었으며, 1974년 8월 9일 닉슨 대통령은 이 결의안이 하원 본회의에서 처리되기 전 전격적으로 사임하고 부통령이든 제럴드 포드가 8월 10일 38대 대통령에 취임했다.

닉슨의 직권남용과 사법 방해 혐의에 대해, 포드 대통령은 9월 8일 대통령 재임 시기에 범했거나 범했을지 모르는 또는 연루되었거나 연루되었을지 모를 미합중국에 대한 닉슨의 모든 범죄를 사면한다고 발표했다. 이로써 닉슨은 위 혐의들에 대한 재판을 면할 수 있게 되었다. 그러나 닉슨의 워터게이트는 조사과정에서 드러난 미국

297) 강준만, 앞의 책, 2010, 267면 이하.
298) https://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment, 2019.9.15. 최종검색.

기업의 불법후원금, 그리고 그 후원금이 해외에서 돈세탁되거나 외국 공무원에게 뇌물로 제공된 사실이 밝혀지면서 1977년 해외부패방지법이 연방법으로 제정되는 계기를 만들어 주었다.

나. 클린턴의 화이트워터 게이트와 르윈스키 스캔들

제42대 대통령 빌 클린턴이 1868년 앤드루 존슨 대통령 이후 131년 만에 폴라 존스, 모니카 르윈스키 등 여러 건의 성추문으로 인해 하원에서 탄핵소추안이 가결돼 1998년 탄핵심판을 받았다. 그러나 그 이전 클린턴은 현직 대통령으로 특별검사의 조사를 받는 어두운 역사를 남겼다.

화이트워터 게이트는 클린턴 전 대통령이 아칸소 주검찰총장 시절이던 1978년 오랜 친구이자 정치적 후원자인 짐 맥두걸과 함께 북부 화이트워터 지역에 휴양단지를 지으려는 사업을 시작하고, 이를 위해 1979년에는 맥두걸 부부와 공동으로 '화이트워터'라는 부동산 개발회사를 설립하여 휴양단지를 건설하는 과정에서 발생한 사기 및 직권 남용 의혹이다. 맥두걸은 '화이트워터'와 별도로 신용금고 매디슨 담보회사를 운영했는데, 1989년 고객들에게 막대한 피해를 주고 파산했다. 당시 핵심 의혹은 이 회사의 자금이 '화이트워터'나 1984년 클린턴 전 대통령의 아칸소주 주지사 선거전에 유입됐는지, 주지사였던 클린턴 전 대통령이 이 회사에 모종의 특혜를 주지 않았는지 등이었다. 클린턴 전 대통령은 1986년 맥두걸에게 30만 달러를 대출해주도록 금융기관에 압력을 넣은 혐의와 위증 혐의 등으로 여러 차례 특검 조사를 받았다. 하지만 자신의 감형을 위해 화이트워터와 클린턴의 관계를 검찰에 진술한 것으로 언론에 알려진 맥두걸이 1998년 교도소에서 지병으로 사망하면서 사건은 유야무야되었고, 클린턴 부부는 2000년 9월 무혐의 처분을 받았다.[299]

화이트 워터 게이트는 무혐의로 벗어났으나, 6년여 동안 지속된 수사과정에서 드러난 성추문과 위증에 휘말린 클린턴은 또다시 탄핵의 위기에 내몰렸다. 계속 불륜사실을 부인하던 클린턴은 성희롱 혐의를 집요하게 파고 든 아칸소 주 직원 폴라 존스(Paula Jones)에 의해 르윈스키(Lewinsky)가 핵심인물로 등장하게 되면서 위기상황을

299) 연합뉴스 2016년 11월 4일자 기사 참조. https://www.yna.co.kr/view/AKR20161114047100009, 2019.11.1. 최종검색.

맞이하였다.[300] 1998년 8월 6일 르윈스키는 대배심에 출석하여 증언하였으며, 8월 17일 클린턴 대통령도 대배심에 출석하여 증언하였다.

클린턴은 폴라 존스의 성희롱 사건에 대한 증언과는 달리 특별검사에게 르윈스키와의 불륜관계를 인정했다. 1998년 9월 9일, 특별검사 케네스 스타(Kenneth Starr)는 자신의 보고서와 18개의 증거서류를 하원에 제출했다. 대중에게 공개 된 Starr Report는 위증, 사법방해, 증거의 위변조, 직권남용 등 11 가지 사유로 클린턴 전 대통령을 탄핵사건에 대해 설명하고 있었다. 당시 클린턴 대통령에 대한 4개의 탄핵 사유가 나왔는데 이 4개의 탄핵사유는 연방 대배심원에서의 증언시 위증, 폴라 존스 민사사건 증언에서의 위증, 사법방해, 권력남용이었다.[301] 구체적으로 위법사례를 살펴보면 다음과 같다. ① 아칸소 주정부 직원 폴라 존스가 제기한 성희롱 민사소송의 피고로서 증언 중 위증했으며, ② 연방대배심 증언에서 서약 후 위증했다. 민사소송에서 자신의 위증 사실을 입증해줄 만한 직접적인 정보를 가진 잠재적 증인의 증언에 부당한 영향력을 행사하려 했다. ③ 소환된 증인(르윈스키)으로 하여금 그 소환에 불응할 수 있는 방법을 제공함으로써 사법방해를 기도했다. ⑤ 증인으로 하여금 거짓 선서 진술서를 제출하도록 사주하고, 그 거짓 선서 진술서를 대통령 자신의 증언에 이용함으로써 사법방해를 기도했다. ⑥ 대통령 자신의 허위 진술이 대배심에서 증언으로 그대로 채택될 수 있다는 사실을 알면서도 대배심의 증인으로 소환될 가능성이 있는 사람들에게 허위 진술을 하였다. ⑦ 헌법에 규정된 대통령의 성실한 법집행 의무와 일치하지

300) 사건의 개요를 정리하면 다음과 같다. 1994년 5월 아칸소 주정부 직원인 폴라 존스가 클린턴을 성희롱 혐의로 민사소송을 제기하였으며, 1995년 11월 클린턴은 르윈스키와 처음으로 성적 관계를 가졌고, 1997년 3월 클린턴은 르윈스키와 마지막 성적 관계를 가졌다. 1997년 11월 린다 트립이 존스사건의 증인으로 소환되었으며, 12월 르윈스키도 존스사건의 증인 소환장을 받았다. 1998년 1월 7일 르윈스키는 클린턴과의 성관계를 부인하는 선서 진술서에 서명하였고, 1월 17일 클린턴도 존스재판에서 르윈스키와의 성관계를 부인하는 증언을 하였다. 1월 21일 미국 언론들은 클린턴과 르윈스키의 스캔들을 보도하기 시작했으나 4월 폴라 존스의 성희롱 소송은 기각되었다. 7월 27일 르윈스키는 특별검사팀에게 클린턴과의 성관계를 시인하고 기소면제 특권을 부여받았고, 이를 뒤인 7월 29일 클린턴은 연방대배심에서 증언하겠다고 발표하였다. 8월 6일 르윈스키는 연방대배심에 출석하여 증언하였고, 8월 17일 클린턴은 연방대배심 증언 후 대국민 연설에서 '부적절한 관계'를 시인하였다. 9월 9일 스카 검사는 하원 법사위원회에 보고서를 제출하였고, 10월 8일 클린턴 대통령 탄핵조사안이 하원 본회의에서 연방대배심에 대한 위증과 사법방해의 혐의에 대해서는 탄핵안을 승인하였다. 그러나 이듬해인 1999년 2월 2일 상원은 탄핵안을 모두 부결시켰다.

301) https://billofrightsinstitute.org/elessons/the-impeachment-of-bill-clinton/, 2019.9.15. 최종검색.

않는 행위를 상습적으로 반복했다.[302]

당시 하원은 이 중에서 '연방 대배심원 증언 때의 위증'과 '사법방해'는 통과시켰으나 나머지 2개 사안은 부결시켰다. 이에 따라 상원에서는 통과된 2개 사안에 대해서만 심리를 진행했는데, 상원은 1999년 2월 2일 본회의를 열고 탄핵안을 표결에 부쳤으나, 위증과 사법방해 2개 항에 대한 탄핵안을 모두 부결되었다. 14 시간의 논쟁 끝에 하원은 빌 클린턴 전 대통령에 대한 2건의 탄핵 조항을 승인 하여 연방 대배심에 대한 위증과 사법방해가 있다는 점을 인정했다. 첫 번째 사유는 클린턴이 르윈스키와의 성적 관계에 대해 대배심에서 증언하면서 위증죄를 범했다는 것이고, 두 번째 사유는 폴라존스와의 민사소송 및 대배심 절차와 관련하여 사법방해를 했다는 것이었다.[303]

특별검사 스타의 보고서 제출 이후 하원은 광범위한 탄핵 조사를 승인했으며, 12월 11일 하원 사법위원회는 3건의 탄핵 조항을 승인했다. 12월 19일에 하원은 클린턴을 탄핵했으나, 상원에서 부결되었다.

클린턴은 탄핵 부결 이후 2001년 퇴임을 앞두고 르윈스키와의 관계에 대해 그릇되거나 회피적 진술을 했다고 인정하고 아칸소주의 변호사 면허를 5년간 정지되는 대신 기소를 면제받기로 로버트 레이(Robert Ray) 특별검사 측과 합의하여 퇴임 후 형사소추를 막을 수 있었다.[304]

다. 페리의 거부권 행사와 권력남용 논란

2014년 유력 정치인이었던 텍사스 주 주지사 릭 페리(Rick Perry)는 권력남용 혐의로 기소되었다.[305] 잠재적인 대통령 후보였던 페리는 2013년에 트래비스 카운티 지방 검찰에 의해 운영된 공공 청렴팀(Public Integrity Unit)을 위해 제공하던 750만 달러의 기금을 거부하겠다는 결정과 관련하여 권력남용 혐의를 받게 되었다. 텍사스 주법은 모범형법전의 영향을 받아 공공 행정에 대한 범죄로서 직위남용죄를 규정하고 있기 때문이다.

1950년 텍사스 주에서 출생한 페리는 1984년 텍사스 하원에 민주당원으로 선출되

302) 안세민 전문번역회사, 『스타보고서』, 청한, 1998, 241면 이하.
303) https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-2/section-4/the-clinton-impeachment, 2019.9.15. 최종검색.
304) https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-2001-01-23-0101230037-story.html, 2019.9.15. 최종검색.
305) https://www.bbc.com/news/world-us-canada-28816996, 2019.9.15. 최종검색.

면서 정치에 입문하였으나, 1989년 공화당에 입당하였고, 2000년 조지 부시 대통령 시절 텍사스 주지사가 되었으며, 역사상 가장 오래 재임한 주지사였다. 공화당 출신이던 페리는 민주당 출신으로 주 전체의 부패 혐의와 정치적 혐의에 대해 조사하는 공공 청렴팀을 감독하고 있던 로즈메리 렘베르크(Rosemary Lehmberg)가 음주운전으로 유죄를 선고받자 사임할 것을 요청하였다. 그런데 그가 거부하자 기존에 제공되던 750만 달러의 기금을 공공청렴팀에 피해를 줄 의도로 주지 않겠다고 위협했다는 혐의를 받게 된 것이다.

특별 검사인 마이클 맥크럼(Michael McCrum)에 의하면 페리 주지사가 법을 어겼다는 그의 주장에 대해 다양한 증거들을 제시하였으나, 페리 주지사는 공공 청렴팀(Public Integrity Unit)에 대한 기금 거부를 발표하면서 책임을 맡은 사람이 대중의 신뢰를 잃어 버렸을 때 주 관할권이 있는 부처에 대해 지속적인 기금을 지원할 수 없다고 하였다. 공공청렴팀에 기금 제공을 거부한 혐의에 대해 적용된 직위남용죄(Abuse of Official Capacity)의 경우 1급 중범죄로 5년에서 99년 사이의 징역형이 선고될 수 있고, 렘베르크를 사임하도록 한 혐의에 적용된 공무원에 대한 강요(Coercion of Public Servant)는 3급 중범죄로 2년에서 10년 사이의 형이 선고될 수 있다.[306]

이 사건으로 2016년 공화당 대통령 후보로 부상할 수 있었던 페리 주지사는 재선을 모색하지 않고 직을 사임하였다.

직위남용에 대해 텍사스주 형법은 형법 39.02 항에 규정하고 있는데, (a) 공무원이 고의로 또는 인지하고 이익을 얻거나 다른 사람을 해할 의도로 또는 타인을 괴롭히기 위하여, (1) 공무원 직위나 고용관계와 관련된 법률을 위반하는 경우 또는 (2) 공무원의 직위나 고용관계로 공무원의 기금이나 소유물에 들어간 정부 소유의 재산, 서비스, 인력 또는 기타 가치있는 정부 재산을 남용하는 경우를 금지하고 있다.

직위남용(A-1)에 범죄에 대해서는 A급 경범죄부터 1년 이하의 징역과 4,000달러 이하의 벌금이 가능하며, (a-2) 항에 의거할 경우 형량은 "남용된 물건"의 가치에 따라 C급 경범죄에서 1급 중범죄로 처벌 될 수 있도록 규정되어 있다.[307]

---

306) https://verdict.justia.com/2014/08/22/abusing-power-rick-perry-michael-mccrum-special-prosecutor, 2019.9.15. 최종검색.

307) https://saputo.law/criminal-law/texas/abuse-of-official-capacity/, 2019.9.15. 최종검색. 상세한 기준은 PENAL CODE OFFENSES BY PUNISHMENT RANGE, https://www.texasattorneygeneral.gov/sites/default/files/files/divisions/criminal-justice/PenalCode-Offenses-byRange.pdf,

페리 사건에 대해 텍사스 제3 항소법원은 2015년 7월 공무원에 대한 강요혐의를 기각하였다. 연방헌법 수정 제1조에 종료, 언론 및 출판의 자유와 집회 및 청원의 권리를 위반하였다며 혐의를 인정하지 않았다. 이후 2016년 2월 중범죄인 직권남용 혐의에 대해서도 무죄를 인정하였다.[308]

결과적으로는 무죄로 결론이 나 자신이 정치적 희생양이라던 페리의 주장이 다소 설득력을 얻게 되었지만, 애초에 민주당원인 렘베르크가 자신의 최대 치적인 텍사스 암연구 및 예방센터에 대한 조사를 개시하면서 시작된 정치적 권력남용에 대한 비난은 피해하기 어려울 것이며, 공무원에 대한 직권남용 행위에 대한 시사점을 많이 남긴 사건이라고 할 수 있다.

라. 아길라 판사 사법방해 사건

아길라 판사 사법방해 사건[309]

조합간부인 탐(Tham)은 팀스터즈 조합(Teamsters Union)의 자금을 횡령한 혐의로 유죄가 확정되자 연방 법원 판사인 와이겔(Weigel) 판사에게 비상구제(post conviction relief)를 신청하였다. 탐은 위 와이겔 판사와 같은 법원에서 근무하는 피고인인 아길라(Aguilar) 판사의 도움을 확보하기 위해 피고인과 인척사이인 지간인 Solomon과, 로스쿨 동문인 Chapman에게 도움을 요청하였고, 위 지인들의 요청에 의해 피고인은 와이겔 판사에게 탐의 사건에 대해 알려주었다. 한편, 탐은 위 횡령 사건과는 별도로 노조 간부 부정 사건으로 FBI로 부터 조사를 받고 있는 중이었는데, 위 수사와 관련하여 FBI는 피고인과 와이겔 판사와 같은 법원에 근무하는 Peckham 판사로부터 허가를 받아 탐을 감청하고 있었다. FBI는 그 과정에서 피고인과 Chapman간의 회동에 대해 알게 되었고, 이 사실을 Peckham 판사에게 통지하였으며, Peckham 판사는 다시 피고인에게, 피고인은 다시 Chapman에게 FBI가 감청을 하고 있음을 알려주었다. 그 이후 FBI는 피고인을 상대로 탐의 횡령 사건에의 부적절한 개입에 대해 면담하였는데, 위 면담 과정에서 피고인은 탐의 사건에 자신이 개입한 바 없다고 진술하였고, 도청에 대해 알고 있었음에도 불구하고 도청에 대해 알지 못하였다고 거짓말을 하였다. 아길라 판사는 연방 검찰에 의해 다수의 죄명으로 기소되었는데, 그 중에는 피고인이 탐을 위하여 와이겔 판사에게 영향력을 행사한 것으로 인한 사법방해죄와 피고인이 FBI에 대해 허위 진술을 한 것으로 인한 사법방해죄가 포함되어 있었다.

연방 1심 법원의 배심원단은 피고인의 와이겔 판사에 대한 영향력 행사로 인한 사법방해죄 부분에 대하여는 만장일치의 평결에 이르지 못했으나, 피고인의 FBI에 대한 허위 진술로 인한 사법방해죄에 부분에 대하여는 유죄 평결을 하였다. 피고인은 이에 항소한 다음 FBI 수사관과 면담할 당시 대배심원단이 FBI 수사를 승인하거나 지시한 사실이 없기 때문에 당시 대배심 수사가 개시되었다고 할 수 없고, 따라서 제1503조에서 요구하고 있는 "진행 중인 사법 절차(pending judicial proceeding)"를 방해한 사실이 없으며, FBI를 상대로 한 피고인의 허위 진술은 제1503조에 요구하는 진행 중인 사법 절차에

참조.

308) https://www.nbcnews.com/politics/politics-news/texas-court-dismisses-second-felony-charge-against-rick-perry-n524926, 2019.9.15. 최종검색.

"부정하게 영향을 미치는(corruptly influence)" 행위도 아니라고 주장하였다. 이에 연방 제9 항소 법원은 피고인의 주장을 인정하면서 1심의 유죄 판결을 파기하였고, 연방 대법원도 항소 법원의 무죄 판결을 인용하였다.[310]

5. 시사점 및 소결

미국과 우리나라의 직무범죄와 그 적용에 있어 양자를 평면적으로 비교하는 것은 쉽지 않다. 미국은 뇌물죄의 경우 공무원의 지위와 업무 태양에 따라 다르며, 공무집행방해의 경우에도 경찰, 소방관 등 대상에 따라 별도의 규정을 두고 있으며, 직권남용의 경우에도 주마다 입법상황이 상이하다. 또한 우리와 달리 매우 광범위한 사법방해죄 규정을 두고 있다(물론 이 규정에 대한 각 주별 상황도 상이하다).

더 큰 문제는 이처럼 형사법적 규율이 판이하게 다른 비교법적 상황에서 미국의 경우 우리 형사사법체계와 쉽게 조화될 수 없는 플리 바기닝이 인정된다는 점에 있다. 연방이나 주법원의 형사사건 중 90%이상이 심리과정까지 진행되지 않고 공판기일 이전에 유지협상을 통해 종결된다. 주지하다시피 미국은 여러 혐의 중 중대하지 않은 하나의 혐의로 기소내용을 축소하거나, 보다 중한 혐의로 기소하지 않거나 다른 기소내용을 취소하겠다는 기타 기소의 취소, 유죄 인정의 대가로 선고형을 낮추는 등의 유죄협상이 이뤄진다.[311]

그런데 앞에서 살펴보았던 미국의 대규모 게이트 사건들도 이러한 유죄협상제의 예외가 아니었다. 닉슨 대통령이나 클린턴 대통령의 경우도 피의자 본인은 물론 공범 내지 중요 참고인에 대해 플리 바기닝을 인정함으로써 직권남용과 사법방해 등 권력형 직무범죄를 비형법적 수단, 정치적 타협의 결과를 통해 조정하는 방법이 사용된 것이다. 물론 페리의 경우 무죄판결을 받았지만 우리나라의 최순실 국정농단 사건에서 나타난 블랙리스트처럼 정치적으로는 자신을 폄훼하려는 반대 세력에 대한 탄압적

309) 김준선, "사법방해 사범 관련 미국 연방법원 주요 사례 연구", 국외훈련검사 연구논문집 제31집, 법무연수원, 2016, 213-214면 요약.

310) 김준선, 앞의 논문, 2016, 215면.

311) 미국에서 인정되고 있는 유죄답변거래는 피고인이 증거에 의해 인정되는 범죄보다 더 가벼운 범죄에 대하여 유죄답변을 하기로 하는 약정, 피고인이 애초의 고발범죄에 유죄답변을 하는 대신 피고인의 양형에 도움을 주기로 하는 약정, 피고인이 유죄답변을 하는 대신 다른 범죄에 대한 소추를 취소하거나 다른 범죄에 대하여 새로이 고발을 하지 않기로 하는 약정이 있다. 김용진, 앞의 책, 2009, 445면.

측면에서 사건이 개시되었음을 부정할 수 없다.

결국 미국의 경우 직권남용을 포함한 공무원의 직무범죄에 주목하여 입법체계와 법률 규정을 비교분석하는 것도 나름의 의미가 있겠지만, 오히려 선고형을 포함한 최종 결과에 있어서는 정치적 사건의 경우 사건의 정치성을 고려하여 비형사적 수단을 통해 해결되며 형사적 사건의 경우에도 유죄협상을 통해 대부분 종결되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 정치의 사법화가 발생하지만 결국 사법의 정치화로 사건이 종결되고 있다는 것이다. 이러한 경향은 향후 박근혜 전 대통령과 최순실의 국정농단 사태의 해결에 있어서도 법적 종결 이외에 민주주의 사회에서의 정치적 해결의 가능성에 대한 다각적 검토의 필요성을 시사점을 준다.

권력형 직무범죄는 국민주권을 좀먹고 대의민주주의를 붕괴시키는 중요한 범죄임에 틀림없다. 권력남용, 특히 최고 권력층의 권력형 직무범죄 사건에 대해서는 엄정한 수사와 공정한 재판이 우선임을 부정해서는 안 된다. 이러한 법치국가적 프로세스를 통해 실체적 진실을 발견하고 그에 상응하는 형사책임이 확정되어야 한다. 정치의 사법화가 필요한 경우에는 법의 잣대가 제대로 작동되어야 한다. 다만 사법부의 판단 이후의 문제는 정치적으로 해결할 여지가 있음을 진지하게 고민해 보아야 한다. 대통령의 사면권 남용에 대한 논란이 있으나 미국의 주요 게이트 사례에서 유죄협상을 통한 기소면제 이후에도 미국 사회가 내부적으로 건강하고 견고한 모습을 유지하고 있는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이며, 플리 바기닝이 인정되지 않는 현재 상황에서는 직무범죄자의 형사판결에 대한 사면의 종합적인 검토의 필요성을 부정할 수 없을 것이다.

한편 또 다른 시사점은 사법부의 법률해석에서 찾을 수 있을 것이다. 뒤르껭의 이론처럼 법은 사회구조의 종속변수이나, 미국의 Warren 법원 시기[312]처럼 법원을 통한 사회의 변동 또한 불가능한 것이 아니기 때문이다. 정치체제와 별개로 대법원은 우리 사회의 사법 나침반으로서 정향(定向)적 기능을 담당하고 있다. 직무범죄의 효율적인 대처를 위해서는 FCPA법에서 보듯이 매우 강력한 법률뿐만 아니라 제도적 차원

312) Warren 대법관 시기 나온 판결들로는 위법수집증거의 증거능력 배제 판결(Mapp v. Ohio), 형사피의자의 진술거부권 판결(Miranda v. Arizona), 정치문제로 보아 사법부의 판단을 자제해 왔던 선거구 불평등의 문제에 관한 판결(Baker v. Carr), 흑백인종의 실질적 통합을 이끈 브라운 판결(Brown v. Board of Education) 등이 있다.

의 정비도 필요하다. 그러나 그 못지않게 법원의 역할도 지대했었다. 뇌물수수행위에 대해 미국 법원이 해석을 통해 처벌을 확대한 것[313]은 우연의 일치가 아니다. 앞으로 우리 대법원도 뇌물죄의 포괄적 대가관계, 포괄적 뇌물 개념, 직권남용의 유형과 당벌성에 대한 논리를 어떻게 개발하느냐에 따라 직무범죄에 대한 처벌의 실효성과 공정한 판결이라는 시대적 요청에 대한 법원의 조응 여부가 결정될 수 있을 것이다.

제3절 | 중국의 직무범죄

1. 서설

우선 중국의 직무범죄에 관한 개념을 정립하고 동시에 직무범죄의 유형을 정리하여 중국은 어떠한 직무범죄를 어떻게 제재하는지 살펴본다. 또한, 중국 직무범죄의 특징을 서술하면서 현재 중국의 부패 및 직무범죄에 관련한 포괄적인 현황을 간략하게 소개하고자 한다. 그 후 우리와는 사뭇 다른 중국의 직무범죄에 관한 제재 체계를 설명하고 그 다음의 내용으로 중국 건국 이래 최악의 정치스캔들 사건을 심도 있게 다루면서 앞의 내용을 종합하고자 한다. 이러한 일련의 과정을 통하여 우리의 입법과 정책 개선에 도움을 줄 수 있는 시사점을 도출시켜보고자 한다.

2. 중국 직무범죄 개관

가. 중국 직무범죄의 개념

중국 형사법 규정 중 직무범죄라는 직접적인 개념은 존재하지 아니하며, 다만 직무범죄는 학계와 실무에서 검찰기관이 사건의 관할범위와 관련하여 사용하던 일종의 통속적 개념으로 현재에 이르러서는 학계와 실무에서의 보편적인 동의를 얻은 개념이다.[314] 이에 중국에서 직무범죄란 국가기관 공무원과 기타 공무에 종사하는 자가

313) Hobbes Act RICO법이 그 예에 해당함은 전술한 바와 같다.
314) 余捷, “职务犯罪侦查模式论”, 西南政法大学博士毕业论文, 2006年3月, 9页; 郭纹静, 刑法中的

직무를 부정확하게 이행하거나 또는 직무상의 편리를 이용하여 탐오[315]·뇌물수수 또는 독직행위[316] 등을 범함으로써 국가공무활동의 질서 및 그 청렴을 침해하는 행위를 의미한다.[317] 또한, 일정 정도 이상의 공공 재산과 인사 관계 등을 관리하고 지배하는 국가기관 공무원이 직권을 남용하거나 사익을 추구하여 공공의 이익을 침범하는 화이트칼라 범죄의 일종으로도 해석하고 있다.[318] 이밖에도 공무원이 타인을 대상으로 한 불법구금, 불법수사[319] 또는 형사피의자를 대상으로 하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가하고 그를 통하여 증거를 수집하는 것[320] 역시 직무범죄의 범주에 속한다 할 수 있다. 즉, 직무범죄는 국가기관 공무원의 직무를 그 공통분모로 하여 이와 관련된 여러 범죄행위들을 하나로 포괄해낸 일종의 범죄양태라고 보아야 마땅할 것이다.

나. 부패범죄와의 구분 및 보편적 사용

국가를 구분하지 아니하고 직무범죄와 부패범죄는 사회의 청렴성을 해하고 국가기능의 공정한 행사를 방해하여 종국에는 해당 사회와 국가를 부패시킨다는 점에서 공통점을 지니고 있다. 또한, 두 범죄는 행위태양을 포함하는 객관적 구성요건의 각 요소가 유사하기에 더욱 그러한 경향을 보인다. 그렇기에 지금까지 대부분의 선행연

职务便利研究, 中国检察出版社, 2017, 45页; 김경찬, "中国의 腐败犯罪와 国家发展", 서울法學 제19권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 128면.

315) 탐오(貪污)는 국가공무원이 직무상의 편리를 이용하여 횡령·절취·편취 혹은 기타의 수단으로 공공의 재물을 불법하게 점유하는 것을 의미하며(중국 형법 제382조 제1항), 국가기관, 국유기업, 기업, 사업단위, 인민단체의 위탁을 받아 국유재산을 관리·경영하는 자가 직무상의 편리를 이용하여 횡령·절취·편취 혹은 기타의 수단으로 공공의 재물을 불법하게 점유하는 것 역시 탐오로 논하고 있다(동조 제2항). 우리나라에서의 '탐오'라는 단어가 갖고 있는 의미가 중국 형법에서 말하는 '탐오'와는 다소 차이가 있고, 또한 중국 형법에서 말하는 '탐오'의 의미를 한층 더 효과적으로 전달하기 위하여 직역하는 방법을 사용하였다.

316) 독직(瀆職)행위는 중국 형법 제9장 '독직죄(瀆職罪)'에서 주요하게 규율하고 있는 범죄행위로서 국가기관 공무원이 직무상의 편리를 이용하거나 혹은 사적인 동기로 또는 직권을 남용하거나 직무를 유기하여 국가기관의 정상 활동을 방해하고, 공중의 국가기관 공무원의 직무활동에 관한 객관적 공정성 신뢰에 대하여 손해를 끼쳐 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 행위를 뜻하는데, 이 또한 효과적인 의미의 전달을 위하여 직역하는 방법을 사용하기로 한다.

317) 贾海洋, 新形势下如何预防职务犯罪, 辽宁人民出版社, 2016, 1页。

318) 바이두 백과사전, '职务犯罪(직무범죄)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%81%8C%E5%8A%A1%E7%8A%AF%E7%BD%AA/7699546?fr=aladdin, 2019.9.3. 최종검색.

319) 불법구금행위와 불법수사행위의 경우, 그 행위주체를 공무원에 한정하지 아니하여 일반인 또한 범할 수 있는 범죄이나 다만 행위주체가 공무원일 경우 보다 무겁게 처벌(从重处罚)하고 있다(중국 형법 제238조【불법구금죄(非法拘禁罪)】와 제245조【불법수사죄(非法搜查罪)】의 규정 참고).

320) 중국 형법 제247조【자백강요(고문)죄(刑讯逼供罪)】【폭력수집증거죄(暴力取证罪)】규정 참고.

구에서는 부패범죄와 직무범죄 두 범죄의 의미를 서로 혼용하는 경우가 많았지만 사실 두 범죄를 발생영역과 행위주체 그리고 보호법익 측면 등에서 고려해보면 두 범죄가 각각 포괄하고 있는 영역의 크기가 조금 다르다는 것을 알 수 있다.

부패범죄를 넓게 바라본다면, 정치적 지도자를 포함한 국가기관 공무원의 공직 부패와 사적 이익을 위하여 기업 또는 단위가 행하는 민간(혹은 기업) 부패로 나누어 볼 수 있다.[321] 요컨대 넓은 의미의 부패범죄는 공무원뿐만 아니라 일반인(특히 경제인)도 행위주체가 될 수 있는,[322] 즉 공직 영역과 민간 영역을 모두 아우를 수 있는 개념이다. 반면, 부패범죄를 좁게 바라본다면, 통상적으로 국가기관 공무원의 직무과정 또는 직무와 관련한 부정(특히 뇌물 또는 직권남용 등의 독직행위)을 의미하는 개념이며,[323] 오로지 공무원만이 행위의 주체가 될 수 있다. 즉, 두 범죄가 행해질 수 있는 영역의 크기 차이와 이로 인한 행위주체 간의 차이가 엄연히 존재하는 것이다. 그럼에도 불구하고 두 범죄 간에 행위태양을 포함한 구성요건적 요소, 결과불법, 그리고 이에 대한 국가와 사회의 제재 의지가 유사하기에 이 두 범죄를 구분할 실익이 없어 이를 혼용해온 것으로 생각된다.

중국의 경우, 보편적으로 부패범죄를 '국가기관 공무원이 당과 국가기관의 규율을 위반하여 직권을 남용하거나 공익을 침범하여 사익을 추구하는 범죄행위'로 정의하고 또한, 부패범죄의 주체는 당과 국가기관의 지도자를 포함한 국가기관 공무원이라고 하여,[324] 사실상 좁은 의미의 부패범죄를 직무범죄와 동일선상에 놓고 있음을 확인할 수 있다. 따라서 좁은 의미에서의 부패범죄는 곧 직무범죄로 이해함이 타당할 것이다. 본 내용에서는 공무원의 직무범죄에 관한 내용을 다룰 것이나 필요에 따라서는 넓은 의미의 부패범죄에 관한 내용이 언급되어야 할 수도 있다. 그러나 별도의 언급이 없다면 '부패범죄'라는 용어는 좁은 의미의 부패범죄 즉 직무범죄로 이해함이 옳다할 것이다. 이에 이하의 내용에서는 해당하는 두 용어의 의미를 융통하여 사용하기로 한다.

---

321) 김익수, 『중국의 부패관성과 반부패 정책대응-동학(動學), 성과와 한계-』, 아연출판부, 2019, 32-33면; 부패범죄의 분류에 있어서 같은 취지로, 이동희, "기업 관련 부패범죄에서의 기업 법인에 대한 형사법적 대응", 비교형사법연구 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018, 3-4면 참조.

322) 김준영·유현정, "중국 반부패 관련제도의 현황과 과제-중앙기율검사위원회의 위상과 역할을 중심으로", 중국연구 제68권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2016, 315면 참조.

323) 박상기·전지연, 『형법학』, 집현재, 2018(제4판), 842면 참조.

324) 蔡陈聪, "腐败定义及其类型", 『中国青年政治学院学报』第20卷 第2期, 2001年3月, 49页。

다. 중국 직무범죄의 특징

1) 직무범죄에 대한 단속강화

당이 곧 국가인 '당-국가(Party-State system)체제'에서 중국 공산당의 청렴성 여부는 중국 인민의 신뢰와 지지를 얻는 근본적 바탕이자 이는 또한 당에게 지배의 정당성을 부여한다 할 수 있다.[325] 그렇기에 중국에서 특히 직무범죄를 포함한 부패와의 전쟁은 중국 전체의 사활을 건 중국 지도부의 핵심적 과제가 아닐 수 없었다. 1949년 10월, 개국을 선언한 이래로 중국 지도부는 늘 반부패 운동을 전개하여 왔지만 기득세력과의 마찰로 번번이 실패하였다.[326] 더욱이 1990년대에 들어와서 맞이한 공산권 국가들의 붕괴와 그에 수반될 수밖에 없었던 '계획경제'에서 '(사회주의)시장경제'로의 체제 전환이라는 변수들은 중국의 부패를 한층 가속화시켰다.[327] 그럼에도 불구하고 중국 지도부는 부패를 척결하기 위하여 법률을 개정하고 정책을 강화하는 등의 노력을 꾸준히 이어왔고, 2013년 3월에 주석으로 선출된 시진핑[328] 역시 직무범죄 를 비롯한 부패범죄를 제재하기 위하여 '8항규정(8项规定)'[329], '반사풍(四风)원칙',[330] '6대 금지

---

325) 김준영·유현정, 앞의 논문, 2016, 314면.

326) 김준영·유현정, 앞의 논문, 2016, 314면.

327) 1993년 3월 22일과 1998년 3월 10일에 각각 발표한 최고인민검찰원의 5개년 업무보고(最高人民检察院工作报告)에 따르면, 1988년부터 1992년까지 발생한 부패범죄의 사건 수는 총 21만 4318건, 1993년부터 1997년까지 발생한 부패범죄의 사건 수는 총 38만 7352건으로 전5년 대비 약 80.7%의 증가율을 확인할 수 있다.

328) 국가주석으로 선출되기 전인 2012년 11월에 후진타오 전 국가주석으로부터 중국 공산당 중앙위원회 총서기직과 함께 중국 공산당 중앙군사위원회 주석직을 승계하여 사실상 권력 서열 1위에 준하는 권력을 이미 가지고 있었다.

329) '8항규정(八项规定)'은 2012년 12월 4일 중국 공산당 중앙정치국 회의에서 발표한 규정으로 그 내용에는 ① 과도한 접대 및 수행인원 안배·레드카펫 설치·화초 꾸미기 등의 형식주의 타파, ② 회의 및 연설시간 단축으로 회의의 효율성 제고, ③ 문서의 간소화 및 불필요한 문서의 발송 금지, ④ 해외출장 시의 규율 합리화, ⑤ 과도한 교통관제 및 건물통제 등의 불필요한 의전 금지, ⑥ 중앙정치국 등 고위 관료의 회의내용은 압축보도 및 불필요한 보도 자제, ⑦ 고위 관료의 서적출판·축전·축사 자제, ⑧ 관용주택과 관용차량에 관한 엄격한 관리 등이 규정되어 있다. 바이두 백과사전, '八项规定(8항규정)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%AD%E5%85%B1%E4%B8%AD%E5%A4%AE%E6%94%BF%E6%B2%BB%E5%B1%80%E5%85%B3%E4%BA%8E%E6%94%B9%E8%BF%9B%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E4%BD%9C%E9%A3%8E%E5%AF%86%E5%88%87%E8%81%94%E7%B3%BB%E7%BE%A4%E4%BC%97%E7%9A%84%E8%A7%84%E5%AE%9A/261727?fromtitle=%E5%85%AB%E9%A1%B9%E8%A7%84%E5%AE%9A&fromid=285958&fr=aladdin, 2019.9.9. 최종검색.

330) '사풍(四风)원칙'은 2013년 6월 18일 시진핑 주석이 발표한 반부패 캠페인의 일종으로, 그 내용에는 ① 형식주의 타파, ② 관료주의 타파, ③ 향락주의 타파, ④ 사치주의 타파가 있다. 바이두 백과사전, '四风(사풍)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E5%9B%9B%E

규정(六项禁令)'[331]을 전면에 내세우고 적극적으로 시행에 옮김으로써 직무범죄에 대한 단속을 강화하고 있다. 그러나 직무범죄 혐의의 조사건수와 그로 인하여 조사를 받는 공무원의 수는 등락을 거듭할지언정 꾸준히 증가하는 추세이다.[332] 이를 나타내 보이기 위하여 해당하는 연도의 최고인민검찰원 업무보고(最高人民检察院工作报告)의 관련 내용을 발췌하여 아래의 〈표 4-1〉과 같이 정리하였다.

[표 4-1] 중국 내 직무범죄 혐의 조사건수와 조사받은 공무원의 수 및 증가율

연 도	직무범죄 혐의 조사건수(건)	전년대비증가율 (%)	직무범죄혐의로조사받은공무원(명)	전년대비증가율 (%)
2009	32,439	-3.3	41,531	0.9
2010	32,909	1.4	44,085	6.1
2011	32,567	-1.0	44,506	1.0
2012	**34,326**	**5.3**	**47,338**	**6.3**
2013	**37,551**	**9.4**	**51,306**	**8.4**
2014	**41,487**	**10.4**	**55,101**	**7.4**
2015	40,834	-1.5	54,249	-1.5
2016	자료 없음	-	47,650	-12
2017	자료 없음	-	46,113	-3.2

출처: 《最高人民检察院工作报告》를 참고하여 작성함, https://www.spp.gov.cn/spp/g zbg/index.shtml

위와 같은 직무범죄 혐의의 조사건수와 그로 인하여 조사 받은 공무원의 수가 증가하였다는 결론은 두 가지의 해석이 있을 수 있다. 첫째, 해당하는 범죄의 발생이 실제로 증가했다고 해석하는 것과 둘째, 단속역량을 강화하여 예전에는 적발해내지 못하였거나 혹은 제재하지 않았던 음지의 해당 범죄를 보다 철저히 단속해내었다는 것이 그것이다. 추측건대, 시진핑 지도부가 반부패 캠페인에 정권의 주요한 역점을 두고 있는 지금

9%A3%8E%E9%97%AE%E9%A2%98/8073664?fromtitle=%E5%9B%9B%E9%A3%8E&fromid=7966075&fr=aladdin, 2019.9.10. 최종검색.

331) '6대 금지규정(六项禁令)'은 '8항규정(八项规定)'을 한층 더 철저히 관철시키고자 '8항규정(八项规定)'을 모태로 하여 절강성위원회가 따로 제정한 법령으로, 그 내용에는 ① 공금을 사용하여 상호방문·선물증정·연회활동의 금지, ② 상급기관에 지역특산품 제공금지, ③ 선물·사례금·유가증권·지급영수증·선불카드 등 수수행위의 금지, ④ 허례허식 등 행위금지, ⑤ 표준금액을 초과한 접대행위 금지, ⑥ 도박활동에 참여하거나 조직하는 행위의 금지가 있다. 바이두 백과사전, '六项禁令(6대 금지규정)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E5%85%AD%E9%A1%B9%E7%A6%81%E4%BB%A4/2522568?fr=aladdin, 2019.9.10. 최종검색.

332) 같은 취지의 분석으로는 郭纹静, 앞의 책, 2017, 72-73면 참조.

과 같은 시기를 고려해보면 직무범죄가 증가하였다고 해석하는 것 보다는 단속역량을 강화하여 음지에 숨어 있어서 예전에는 적발해내기 어려웠거나 제재하지 않았던 직무범죄마저 단속해내었다고 해석하는 것이 한층 더 설득력 있다고 할 것이다.

여기서 또한 주목할 점은, 다른 지도부는 집권 초기에 정적을 부분적으로 제거하고자 일시적으로 반부패의 기치를 내걸었던 것과는 달리 시진핑 지도부는 집권 초기에 반부패 캠페인에 집중하여 2013년과 2014년에 그 수가 증가하였음은 확인할 수 있음은 물론이고 그 권력 기반이 안정화된 이후에도 반부패 캠페인에 대한 역량을 분산시키지 아니하고 있음을 또한 앞의 〈표 4-1〉을 통하여 확인할 수 있다.[333]

한편, 중국 내에서 부패범죄를 범하고 해외로 도주하는 사례가 점차 증가하자 중국 지도부는 국제사법의 공조를 얻어 이들을 적극적으로 추적하기로 결정한다. 2013년까지만 하더라도 다방면의 역량 부족으로 인하여 국내의 부패범죄자들만을 단속 및 제재하여 왔다. 그러나 2014년 7월부터 국제사회의 사법조력을 얻어 소위 '여우사냥(猎狐行动, Fox Hunting Operation) 작전'을 전개하기 시작하였다. 이 작전으로 현재까지 42개 국가로부터 중국에서 부패범죄를 범하고 해외로 도주한 222명을 송환받았고, 그 중 양시우주(杨秀珠)、리화보(李华波)、왕궈창(王国强)、황위롱(黄玉荣) 등과 같은 35명의 적색수배자를 체포하는 성과를 거두었다.[334] 또한, 2015년 3월부터는 '톈왕(天网行动, Skynet) 작전'을 병행하였다. 이는 중앙반부패공조실, 최고인민검찰원, 공안부, 인민은행 등이 협업하는 반부패 프로젝트로 '여우사냥 작전' 을 확대·계승하는 작전이지만 다른 점이 있다면, 국제적 공조를 한 단계 강화하고 ICT(정보통신), IoT(사물인터넷), AI기술과 안면인식기술, 빅데이터, GPS 위치정보, 디지털 영상감시기술 등의 최첨단기술을 활용하여 물샐 틈 없는 추적을 실시하는 것이다.[335] 그 결과, 2015년 3월 작전을 개시한 이래로 2018년 11월 말까지 총 120여개 국가의 사법 공조를 얻어 해외로 도주한 부패혐의자 4,833명을 송환받아 체포하였으며(그 중, 995명은 공무원이고, 총 54명의 적색수배자를 검거), 이들로부터 총 103억 위안(한화 약 1조 7,300억원 상당) 가량의 불법소득을 몰수하는 성과를 거두었다.[336]

---

333) 같은 취지의 분석으로는 김익수, 앞의 책, 2019, 221면 참조.

334) 最高人民检察院工作报告(第十三届全国人民代表大会第一次会议, 曹建明, 2018年3月9日)에서 발췌함. https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/201803/t20180325_372171.shtml, 2019.9.30. 최종검색.

335) 김익수, 앞의 책, 2019, 227-229면 참조.

2) 직무범죄의 고위층화

시진핑 지도부는 앞서 언급한 반부패 정책 외에도 '무관용(Zero-tolerance)원칙'을 철저히 관철시키고자 '打虎拍蝇(다후파이잉)'원칙을 실시하고 있다. 이는 호랑이든 파리든 모두 일망타진한다는 의미로, 부패범죄를 범한 관료가 고위 관료(虎:후)이든 하위 관료(蝇:잉)이든 구분하지 아니하고 원칙에 따라 일벌백계하겠다는 것이다. 이에 시진핑 지도부의 반부패 캠페인의 영향을 받아 직무범죄 혐의로 조사 받은 공무원의 수는 갈수록 증가함을 보이는 것은 물론이고, 그 중 고위공무원의 수 또한 더불어 증가하는 양상을 보이고 있다. 이를 나타내 보이기 위하여 해당하는 연도의 최고인민검찰원 업무보고(最高人民检察院工作报告)의 관련 내용을 발췌하여 아래의 〈표 4-2〉와 같이 정리하였다.

[표 4-2] 중국 내 직무범죄 혐의로 조사받은 县·处(현·처)급 이상 고위공무원의 수와 증가율

연 도	직무범죄 혐의로 조사받은 县·处[337]급 이상 공무원(명)	전년대비 증가율 (%)	직무범죄 혐의로 조사받은 厅·局[338]급 공무원(명)	전년대비 증가율 (%)	직무범죄 혐의로 조사받은 省·部[339]급 공무원(명)	전년대비 증가율 (%)
2009	2,670	-0.6	204	12.7	8	100.0
2010	2,723	2.0	188	-8.5	6	-25.0
2011	2,524	-7.3	198	5.3	7	14.3
2012	2,569	1.8	179	-9.6	5	-28.6
2013	**2,871**	**11.8**	**253**	**41.3**	**8**	**60.0**
2014	**4,040**	**40.7**	**589**	**132.8**	**28**	**250.0**
2015	**4,568**	**13.0**	**769**	**30.6**	**41**	**46.4**
2016	2,882	-36.9	446	-42.0	21	-49.0
2017	873	-69.7	348	-22.0	24	14.3

출처: 《最高人民检察院工作报告》를 참고하여 작성함, https://www.spp.gov.cn/spp/g zbg/index.shtml.

336) 바이두 백과사전, '天网(톈왕)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E2%80%9C%E5%A4%A9%E7%BD%91%E2%80%9D%E8%A1%8C%E5%8A%A8/16996528?fromtitle=%E5%A4%A9%E7%BD%91&fromid=16988102&fr=aladdin#3, 2019.10.1. 최종검색.
337) 중국의 县·处(현·처)급 공무원은 우리나라의 3·4급에 해당하는 공무원이다.
338) 중국의 厅·局(청·국)급 공무원은 우리나라의 고위공무원단 가·나급에 해당하는 공무원이다.
339) 중국의 省·部(성·부)급 공무원은 우리나라의 장·차관급에 해당하는 공무원이다.

무엇보다도 2013년부터 2015년 사이의 증가율이 확연히 드러나는데 이는 하위 관료뿐만 아니라 고위 관료의 부패에 대한 시진핑 지도부의 일벌백계 의지가 반영되었음을 추측해볼 수 있다. 특히 2015년의 경우, 공무원의 모든 직급 영역에서 가장 높은 조사 수치를 기록하였는데, 이는 최고인민검찰원 산하 '반탐오뇌물총국(反贪污贿赂总局)'[340]의 기능을 강화하는 조치가 주요하게 작용했음을 짐작해볼 수 있다(아래의 [그림 4-3-1][341]참고). 이러한 반부패 캠페인이 진행된 이래로 지금까지 저우융캉(周永康) 전 중앙정치국 상무위원 및 정법위 서기, 궈보슝(郭伯雄) 전 중앙정치국 위원 및 중앙군사위원회 부주석 , 쉬차이허우(徐才厚) 전 중앙군사위원회 부주석, 쑨쩡차이(孙政才) 전 중앙정치국 위원, 링지화(令计划) 전 정치협상회의 부주석, 쑤룽(苏荣) 전 정치협상회의 부주석 등 122명의 장·차관급 고위 관료가 입안되어 조사받았고, 그 가운데 저우융캉(周永康) 보시라이(薄熙来), 궈보슝(郭伯雄), 쑨쩡차이(孙政才), 링지화(令计划), 쑤룽(苏荣) 등 107명의 장·차관급 고위 관료가 기소되었다(아래의 [그림 4-3-2][342]참고).[343]

---

340) '반탐오뇌물총국(反贪污贿赂总局)'은 1995년 11월에 만들어진 최고인민검찰원 산하 기구로서 사건의 규모가 큰 탐오뇌물 등 범죄의 조사를 담당해왔다. 그 이후 점차 직무범죄의 수사 영역에서 중추적인 역할을 맡아오다가, 2015년 최고인민검찰원은 해당 기구의 직무범죄에 관한 직접수사, 지휘협조, 업무지도의 역량을 강화하는 등의 혁신을 추진하여 부패범죄의 확산에 단호히 대처할 것을 주문하였다. 바이두 백과사전, '反贪污贿赂总局(반탐오뇌물총국)' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E6%9C%80%E9%AB%98%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%A3%80%E5%AF%9F%E9%99%A2%E5%8F%8D%E8%B4%AA%E6%B1%A1%E8%B4%BF%E8%B5%82%E6%80%BB%E5%B1%80?fromtitle=%E5%8F%8D%E8%B4%AA%E6%B1%A1%E8%B4%BF%E8%B5%82%E6%80%BB%E5%B1%80&fromid=11183043#reference-[11]-1491174-wrap, 2019.10.1. 최종검색.

341) 신화신문, "今年反腐败凸显七大新动向(올해 반부패의 7대 신동향)", 2015.3.13. http://news.sina.com.cn/c/2015-03-13/071931602189.shtml?qq-pf-to=pcqq.group, 2019.9.30. 최종검색.

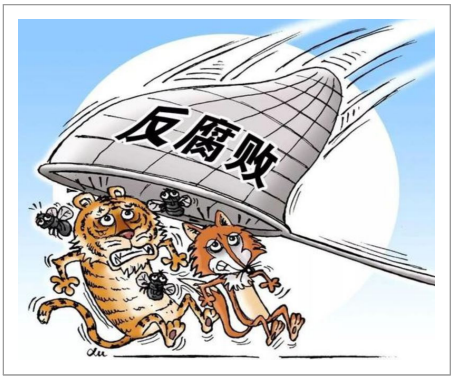
342) 향성도시신문, "反腐败斗争压倒性胜利是如何形成的呢？(반부패투쟁의 압도적인 승리는 어떻게 형성될 수 있었는가?)", 2019.1.7. http://szb.xnnews.com.cn/newb/html/2019-01/07/content_314439.htm, 2019.10.2. 최종검색.

343) 最高人民检察院工作报告(第十三届全国人民代表大会第一次会议, 曹建明, 2018年3月9日)에서 발췌함, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/201803/t20180325_372171.shtml 2019.9.30. 최종검색.

[그림 4-1] 2015년 반부패업무의 강화



[그림 4-2] 打虎·拍蝇·猎狐(부패관료의 일망타진)



3) 직무범죄의 고액화

직무범죄에 관한 정책을 정비하고 단속역량을 강화하는 등 여러 방면의 노력을 기울인 결과 직무범죄 혐의의 사건 발생횟수는 일정부분 제재의 효과가 있었다. 그럼에도 불구하고 여전히 직무범죄는 발생하고 있으며 여기에 그치지 아니하고 단속하여 밝혀낸 각 직무범죄의 범죄액수는 고위, 하위 관료를 구분하지 아니하고 오히려 증가하고 있다. 특히 최상위 지도자들의 부패와 그 부패액수가 돋보이는데 저우융캉(周永康)은 1억 3천만 위안(한화 약 218억 원 상당)의 뇌물을 수수한 것으로, 보시라이(薄熙来)는 약 2,680만 위안(한화 약 45억 원 상당)의 뇌물수수 및 공금횡령을, 궈보슝(郭伯雄)은 가족 등을 통하여 1,230만 달러(한화 약 148억 원 상당)를 뇌물로 수수한 것으로 각각 조사되었다.[344] 뿐만 아니라 최고인민검찰원 업무보고(最高人民检察院工作报告)에 따르면, 각 직무범죄의 범죄액수가 100만 위안(한화 약 1억 7천만 원 상당)을 초과하는 사건이 2013년에 2,581건, 2014년에 3,664건, 2015년에 4,490건으로 조사되어 해를 거듭해 갈수록 직무범죄가 고액화 되고 있음을 보여주고 있다.[345]

이러한 현상에는 중국 직무범죄의 양형에 관한 규정이 일정부분 영향을 주었을 가능성을 제시해볼 수 있다. 다시 말해, 중국의 직무범죄 가운데 탐오뇌물죄의 법정최고형은 사형이다.[346] 만일 행위자 본인이 지금까지 직무범죄를 통하여 발생한 탐오

344) 김익수, 앞의 책, 2019, 223-224면 참조.
345) 2014년-2016년에 진행된 2013년-2015년의 최고인민검찰원업무보고, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/index.shtml, 2019.10.1. 최종검색.
346)「刑法」第三百八十三条第一款（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上

혹은 수뢰 금액이 중국 형법 규정상 법정최고형인 사형을 선고할 수 있는 양형기준에 도달하였거나 혹은 이를 이미 초월해버린 경우라면 행위자는 첫째, 자신의 범죄행위를 감추는데 더욱 노력할 것이며, 둘째, 이미 한계를 넘어섰다고 판단하여 무감각하게 범죄행위를 계속하여 진행해나갈 것이다. 그렇게 된다면 각 직무범죄의 고액화 현상은 더욱 심화될 것이라고 생각된다.

4) 직무범죄의 중형화

해외의 다른 나라뿐만 아니라 기본권과 관련한 여러 국제기구에서는 중국의 사형제 실시를 끊임없이 비판해왔고, 중국의 형사법학계조차 지속적으로 사형제도 관한 회의적인 목소리를 내어왔다. 이에 중국의 입법기관은 형법 등 법률의 수정안 등을 통하여 점차 사형 규정을 축소시켜왔다. 이러한 추세에도 불구하고 직무범죄 가운데 일부 조항에는 여전히 법정최고형에 사형 규정을 유지하고 있는바, 형법 제382조의 탐오죄와 제385조의 수뢰죄가 그러하다.[347] 2015년 8월 29일 통과되어, 동년 11월 1일부로 발효된 제9차 형법수정안에서는 9개의 범죄 행위[348]에 대하여 사형 규정을 폐지하였으나 탐오죄에 대하여는 여전히 사형 규정을 유지하고, 일반적 형벌에 관하여는 재산형을 추가적으로 신설한 것이다.[349] 또한, 이와 관련한 사법해석인《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释(탐오뇌물 형사사건을 처리함에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석)》제4조 제1항에서는 탐오 혹은 수뢰 범죄와 관련하여 직접적으로 사형을 선고할 수 있음을 규정하고 있으며,[350] 또한, 동조 제3항에서는

有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。형법 제383조 제1항 제3호 : 탐오금액이 특히 거대하거나 혹은 기타 특히 엄중한 정황인 경우, 10년 이상의 유기징역 혹은 무기징역에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다; 탐오금액이 특히 거대하여 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우, 무기징역 또는 사형에 처하고 재산몰수를 병과한다.

347) 수뢰죄의 처벌규정은 형법 제386조의 규정으로써 탐오죄의 처벌규정인 제383조를 준용한다.

348) ① 走私武器、弹药罪、② 走私核材料罪、③ 走私假币罪、④ 伪造货币罪、⑤ 集资诈骗罪、⑥ 组织卖淫罪、⑦ 强迫卖淫罪、⑧ 阻碍执行军事职务罪、⑨ 战时造谣惑众罪。① 무기·탄약밀수죄, ② 핵원료밀수죄, ③ 가짜화폐밀수죄, ④ 화폐위조죄, ⑤ 자금모집사기죄, ⑥ 매춘조직죄, ⑦ 매춘강요죄. ⑧ 군사직무집행방해죄, ⑨ 전시허위사실유포군중미혹죄.

349) 민수현, "중국 부패범죄의 형사정책에 관한 연구", 형사정책 제29권 제2호, 한국형사정책학회, 2017, 226면.

350)《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条 第一款 贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。〈탐오뇌물 형사사건을 처리함에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석〉 제4조 제1항

2년의 사형집행유예기간이 지나 무기징역으로 감형되었다 하더라도 감형과 가석방 없는 종신감금에 처할 것을 규정[351]하는 등, 탐오 혹은 수뢰 범죄에 대하여는 오히려 형벌규정을 강화하는 입장을 취하였다. 이러한 규정은 국가기관 공무원의 직무범죄에 대한 중형화를 견지하는 중국 지도부 및 입법자들의 의지가 반영되었다고 추론해볼 수 있다.[352] 뿐만 아니라, 2018년 3월 헌법 개정으로 설립된 "국가감찰위원회(国家监察委员会)"의 헌법기관화,[353] 그리고 동시에 「감찰법」[354]의 제정 등 일련의 현상 등을 종합해본다면, 중국 지도부의 공무원의 직무 관련 부패범죄에 대한 제재는 더욱 엄해질 것으로 예상된다.

3. 직무범죄에 대한 제재

가. 제재 체계

중국은 공무원 범죄에 대하여 다소 독특한 제재 체계를 지니고 있다. 이는 '당-국가(Party-State system)체제' 하에 중국 공무원의 대다수가 중국 공산당의 당원 신분을 또한 지니고 있다는 것에서 기인한다.[355] 그러므로 중국 공산당의 당원이자 공무원인

: 금액이 특히 거대하고, 범죄의 정황이 특별히 엄중하며 사회에 특히 악한 영향을 주어 국가와 인민의 이익에 특히 중대한 손실을 초래한 경우, 사형에 처할 수 있다.

351) 《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条 第三款 符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。〈탐오뇌물 형사사건을 처리함에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석〉 제4조 제3항 : 제1항 규정에 부합하여, 범죄의 정황 등에 비추어 사형집행유예를 선고할 수 있으며 동시에 2년의 사형집행유예기간이 종료되어 무기징역으로 감형된다 하더라도 감형과 가석방 없는 종신감금에 처한다.

352) 시진핑 국가주석은 2012년 11월 17일 제18기 중앙정치국 제1차 단체학습에서, "장기간 축적되어온 모순은 인민의 원성을 사고 사회의 동요를 일으키며 정권을 붕괴시키는데, 그 중 가장 주요한 원인은 바로 부패이다. 이러한 부패문제가 더욱 심화된다면 결국 당과 국가 모두 멸망할 것"이라고 밝힌바 있다. 徐元宫, "腐败越演越烈致亡党亡国", 中国共产党新闻网, 2012年12月27日, http://theory.people.com.cn/n/2012/1227/c49150-20030406.html, 2019.10.2. 최종검색.

353) 「中华人民共和国宪法」第一百二十三条 中华人民共和国各级监察委员会是国家的监察机关。중국 헌법 제123조 : 중화인민공화국의 각급의 감찰위원회는 국가의 감찰기관이다.

354) 「中华人民共和国监察法」第一条 为了深化国家监察体制改革，加强对所有行使公权力的公职人员的监督，实现国家监察全面覆盖，深入开展反腐败工作，推进国家治理体系和治理能力现代化，根据宪法，制定本法。중국 감찰법 제1조 : 국가감찰 체제의 개혁을 심화하고, 공권력을 행사하는 모든 공무원에 대한 감독을 강화하며, 국가감찰을 전면화하고, 반부패 업무를 심도 있게 전개하며, 국가의 통치체계와 통치능력의 현대화를 추진하기 위하여, 헌법에 따라 본 법을 제정한다.

355) 段磊, "중국 당내법규에 관한 연구: 회고와 전망", 중국연구 제75권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2018, 143면에서는 중국 국가기관 공무원의 대략 80% 이상이 공산당 당원이라고 소개

자가 어떠한 범죄를 범하여 이에 제재를 가할 때에는 당내 제재와 형사 제재가 순차적으로 이루어진다.[356]

1) 당내 제재

당내 제재에는 형사적인 처벌을 포함하지 않고 당원과 공무원의 비리행위를 우선적으로 제재하기 위한 당적·행정적 처분을 규정해놓았다. 다시 말해, 당업무의 영속성과 해당 혐의자에 대한 신병 및 조사의 신속성을 확보하기 위하여 당은 재판을 통해야 하는 처벌 대신 당내 직권으로 결정할 수 있는 처분이 우선될 수 있도록 규정해놓은 것이다. 한편, 당내 제재 중, 처분규정과 그 근거가 되는 규정을 정리하면 아래의 〈표 4-3〉[357]과 같다.[358]

[표 4-3] 당내 제재의 규정 및 그 근거에 관한 일람표

연번	법률명칭	관련조항	제정기관	구분	최신발효일
1	中国共产党章程 중국공산당장정	제40-42조	중국공산당 중앙위원회	당내법규	2017.10.24.
2	中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例 중국공산당기율검사기관 사건검사업무조례	당기율을 위반한 당원의 조사 및 처리절차를 규정	중앙기율 검사위원회	당내조례	1994.05.01.
3	监察法 감찰법	제11, 20, 23, 31, 34, 45, 66조	전국인민 대표대회	국가법률	2018.03.20.
4	中国共产党纪律处分条例 중국공산당기율처분조례	제8, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33조	중국공산당 중앙위원회	당내법규	2018.10.01.

하고 있다. 그러나 당이 곧 국가인 '당-국가(Party-State system)체제'에서 당의 업무와 국가의 공무를 구분해내는 것은 사실상 불가능하다는 점, 이에 국가공무집행의 유효성과 효율성을 동시에 고려할 때에 당의 의사결정을 집행하는 자의 대부분이 공무원일 수밖에 없다는 점, 공무원의 승진 및 사회에서의 관계 속에 당원인 공무원이 그렇지 아니한 공무원보다 유리한 위치에 있을 수밖에 없다는 점 등에 비추어, 공무원이자 동시에 공산당 당원인 자의 점유율은 전체 공무원 수의 최소 80% 이상으로 봄이 상당하다 할 것이다. 이를 반대로 해석하면 전체 공무원 수의 최대 20% 정도는 공산당 당원이 아님을 의미하기도 한다.

356) 「중국공산당기율처분조례(中国共产党纪律处分条例)」 제29조와 「공무원의 정무처분에 관한 잠행규정(公职人员政务处份暂行规定)」 제7조를 참고.

357) 任建明, 反腐败与创新, 中国方正出版社, 2012, 372-373页。

358) 〈표 4-3〉의 「公职人员政务处份暂行规定(공무원정무처분잠행규정)」와 「中共中央纪委关于严格禁止利用职务上的便利谋取不正当利益的若干规定(직무상 편리를 이용한 부당이득획책 금지에 관한 약간 규정)」의 제정기관과 구분을 살펴보면, 당의 조직인 중앙기율검사위원회에서 국가공무원의 처분까지도 영향력을 행사할 수 있음을 확인할 수 있다. 이러한 점을 통하여, 중국은 '당-국가(Party-State system)체제'임을 다시 한 번 확인할 수 있다.

[표 4-3] (계속)

연번	법률명칭	관련조항	제정기관	구분	최신발효일
5	公务员法 공무원법	제14, 57-65, 108조	전국인민대표대회 상무위원회	국가법률	2019.06.01.
6	行政机关公务员处分条例 행정기관공무원처분조례	제5, 6, 23조	국무원	행정법규	2007.06.01.
7	公职人员政务处份暂行规定 공무원정무처분잠행규정	제6, 7, 8, 10, 11조	중앙기율검사위원회 국가감찰위원회	당내법규	2018.04.16.
8	中国共产党党内监督条例 중국공산당당내감독조례	제5조	중국공산당 중앙위원회	당내법규	2016.10.27.
9	中共中央纪委关于严格禁止利用职务上的便利谋取不正当利益的若干规定 직무상 편리를 이용한 부당이득획책 금지에 관한 약간 규정	직무를 이용한 부당행위의 금지를 규정	중앙기율검사위원회	당내법규	2007.05.29.

이러한 당내 제재는 크게 당기처분(党纪处分)과 정무처분(政务处份)으로 나누어 볼 수 있다. 우선 당기처분이란 행위주체가 중국 공산당 당원인 자에게 적용할 수 있는 처분으로, 「중국공산당기율처분조례(中国共产党纪律处分条例)」 제8조의 규정에 따라 ① 警告(경고), ② 严重警告(엄중경고), ③ 撤销党内职务(직무정지), ④ 留党察看(당내관찰), ⑤ 开除党籍(당적말소)로 구분한다. 또한, 정무처분이란 행위주체가 공무원인 자에게 적용할 수 있는 처분으로, 「공무원법(公务员法)」 제62조와 「행정기관 공무원처분조례(行政机关公务员处分条例)」 제6조의 규정에 따라 ① 警告(경고), ② 记过(기록), ③ 记大过(대기록), ④ 降级(강등), ⑤ 撤职(직위해제), ⑥ 开除(파면)으로 구분한다. 이러한 당의 처분을 받은 경우에는 대부분 국가 사법기관에 의한 형사처벌이 필연적으로 뒤따른다.[359] 덧붙여, 당기처분 중 최고 처분인 '당적말소'처분과 정무처분 중 최고 처분인 '파면'처분을 동시에 받는 경우를 '双开(쌍카이:'开'가 쌍으로 있다는 뜻)'[360]라고 하며, 앞서 언급한 바 있는 고위 부패관료들 전부가 당의 '双开(당

359) 김준영·유현정, 앞의 논문, 2016, 323면.

360) 덧붙여, 당내 조사의 방법으로 「중국공산당 기율검사기관 사건검사업무조례(中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例)」 제28조 제1항 제3호에 근거한 "双规(쌍꾸이)"라는 제도가 있는 바, 이는 당이 규정(规定)한 시간과 규정(规定)한 장소에서 조사 받는 것을 의미한다. 참고로 「감찰법」 및 상관된 규정에 의거하여 1차 제재를 받는 부패혐의자는 해당 조사기간에 변호인의 조력을 받을 수 없다. 이와 관련하여 중국 학계에서는 '인권 보장의 헌법에 근거하여 제정

적말소 및 파면)' 처분을 받고 기소되어 재판에 넘겨졌다.[361] 한편, 아래의 〈표 4-4〉는 앞에서 언급한 행위주체에 따른 당내 제재와 형사 제재를 구분하여 정리한 것이다.

[표 4-4] 행위주체에 따른 당내 제재(처분)와 형사 제재(처벌)의 구분

주체 구분	당내 제재 : 처분		형사 제재 : 처벌
	당기처분(党纪处分)	정무처분(政务处分)	형사처벌
공무원 & 非당원	없 음	1) 警告(경고) 2) 记过(기록) 3) 记大过(대기록) 4) 降级(강등) 5) 撤职(직위해제) 6) 开除(파면)	형법 및 해당 사법해석에 따른 처벌
공무원 & 당원	1) 警告(경고) 2) 严重警告(엄중경고) 3) 撤销党内职务(직무정지) 4) 留党察看(당내관찰) 5) 开除党籍(당적말소)	1) 警告(경고) 2) 记过(기록) 3) 记大过(대기록) 4) 降级(강등) 5) 撤职(직위해제) 6) 开除(파면)	형법 및 해당 사법해석에 따른 처벌

2) 형사제재

우리나라는 「형법」과 특별형법의 규정으로써 범죄행위를 주요하게 제재한다면, 중국은 형법과 형법을 해석한 법률해석[362] 그리고 부수적으로 최고인민법원과 최고인민검찰원에서 지도성 판례(指导性案例; 리딩케이스)를 지정함으로써 법관의 재판실무에 참고하게 하여 모든 범죄행위를 제재하고 있다.[363] 중국의 직무범죄를 제재함에

된 법률인 「감찰법」이 오히려 피조사자(또는 부패혐의자)의 변호인의 조력을 받을 권리 즉 인권을 부당하게 침해하고 있다'며 비판적인 목소리를 내고 있지만, 반부패 캠페인의 효율성으로 인하여 여전히 받아들여지지 않고 있다. http://blog.sina.com.cn/s/blog_4c5facd50102xo8q.html, 2019.10.10. 최종검색.

361) 이에 관하여, 「公职人员政务处份暂行规定(공무원정무처분잠행규정)」 제8조를 살펴보면 감찰기관이 결정하는 공무원에 대한 정무처분은 일반적으로 당의 당기처분의 경중에 상응하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 극단적인 예로 부패혐의가 있는 공무원이 당기처분으로 '엄중경고'의 처분을 받았을 때 정무처분으로 '직위해제' 또는 '파면'의 처분을 받을 수는 없는 것이다. 이러한 점으로 보아, 중국은 '당-국가(Party-State system)체제'임을 다시금 재확인할 수 있다.

362) 법률해석에는 대표적으로 전국인민대표대회 상무위원회의 헌법 및 각종 법률에 대한 해석인 입법해석과 국무원 등 국가행정기관의 심판과 검찰업무를 제외한 법률·법령에 대한 해석인 행정해석 그리고 최고인민법원·최고인민검찰원의 심판과 검찰업무에 관한 해석인 사법해석이 있다.

363) 이밖에도 단행형법과 해석의견이 존재하지만 단행형법은 현재 단 1부만 남아있고 그마저도 외국환과 관련한 규정(全国人大常委会于1998年12月29日颁布《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)이므로 여기서는 자세히 논의하지 않는다. 해석의견은 전국인민대표대회 상

있어서 또한 이와 같은 바, 앞서 언급한 대로 먼저 당내 처분을 받은 혐의자는 당의 조사가 끝난 이후에 사법기관에 사건이 이송되어 기소와 재판절차를 거치게 된다. 그리고, 최종적으로는 형법과 최고인민법원과 최고인민검찰원이 해당 형법 규정을 해석한 사법해석이 주요한 역할을 담당한다.[364]

가) 형법

중국 형법에서의 직무범죄는 인민 개인 또는 국가·공공의 신체적·재산적 권익에 대한 직접적인 침해 여부와 행위태양을 그 중심으로 하여 크게 세 가지 유형으로 분류할 수 있다.[365] 이러한 분류를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국가공무원이 직무상의 편리를 이용하여 재물을 횡령·절취·편취한 "탐오뇌물형 직무범죄"로 이는 중국 형법 제8장 "탐오뇌물의 죄" 제382조부터 제396조까지의 규정이다. 즉, 공무원 자신의 직무상의 편리를 이용하여 횡령 혹은 편취행위를 하거나 또는 뇌물을 수수하는 행위 등 공무원의 부패 또는 뇌물과 관련한 부정축재를 주요하게 규율하고 있다. 그 구체적인 내용으로는 제382조 탐오죄(국가공무원이 직무상 편리를 이용한 횡령·절취·편취 행위를 일컬음), 제383조 탐오죄의 처벌규정, 제384조 공금횡령죄, 제385조 수뢰죄, 제386조 수뢰죄의 처벌규정, 제387조 단위수뢰죄, 제388조 알선수뢰죄, 제388조의1 영향력을 이용한 수뢰죄, 제389조 증뢰죄, 제390조 증뢰죄의 처벌규정, 제390조의1 영향력 있는 자에 대한 증뢰죄, 제391조 단위에 대한 증뢰죄, 제392조 뇌물중개죄, 제393조 단위증뢰죄, 제394조 탐오죄(국가공무원이 국내에서의 공무 활동 또는 대외교류활동 중 받은 선물을 횡령한 것을 의미), 제395조 거액재산출처불명죄 및 재산국외은닉죄, 제396조 국유자산임의분배죄가 있다.

둘째, 국가공무원이 직권을 행사 또는 직무를 수행함에 있어 그 직권을 남용하거나 직무를 유기하여 국가기관의 정상적인 활동을 방해한 "독직형 직무범죄"로 이는 중국 형법 제9장 제397조부터 419조까지의 규정이다. 즉, 공무원이 자신의 지위를 이용하

무위원회의 법제업무위원회(全国人大常委会法制工作委员会)에서 진행하는 해석으로서 이 역시도 직무범죄와 관련한 해석은 존재하지 않으므로 본 내용에서는 논의하지 않기로 한다.

364) 任建明, 앞의 책, 2016, 371면.

365) 이에 관하여 직무범죄들의 행위태양에 따라 한층 더 정밀하게 분류하는 방법으로는 점유침해유형(탐오죄 등), 뇌물관련 유형(수뢰죄·뇌물공여죄 등), 자금유용 유형(공금유용죄 등), 독직죄 유형(직권남용죄·직무소홀죄 등), 장물관련 유형(자금세탁죄 등)으로도 나누어 보기도 한다. 민수현, 앞의 논문, 2017, 231-234면 참조.

여 권한을 남용하는 행위 혹은 자신의 직무를 유기함으로 발생할 수 있는 독직범죄를 규율하고 있는 것으로, 특히 제9장 "독직의 죄"에서는 공무원의 직권, 국가보안, 사법, 행정, 공상, 세무, 환경, 식품안전, 질병관리, 토지, 세관, 출입국관리 등 다양한 직역에서의 공무원 범죄를 규정하고 있다. 이에 그 내용을 살펴보자면, 제397조 직권남용죄와 직무소홀죄, 제398조 국가기밀누설죄, 제399조 법왜곡죄, 민사·행정왜곡재판죄, 판결·결정의 집행에 대한 직무소홀죄, 제399조의1 중재왜곡죄, 제400조 구금자임의석방죄와 구금자도주초래죄, 제401조 불법감형·가석방·감옥외형집행죄, 제402조 형사사건불이관죄, 제403조 회사·증권관리직권남용죄, 제404조 고의세금미징수죄, 제405조 영수증·세금상계·수출세금환급영수증불법발행죄, 제406조 국가공무원의 계약체결이행사기피해죄, 제407조 벌목허가증불법발행죄, 제408조 환경관리감독직무소홀죄 및 식품관리감독독직죄, 제409조 전염병관리소홀죄, 제410조 불법토지수용·점용죄, 제411조 밀수방임죄, 제412조 상품검사결과위조죄 및 상품검사소홀죄, 제413조 동식물검역결과위조죄 및 동·식물검역소홀죄, 제414조 불량상품제조·판매행위방임죄, 제415조 출입국관리소홀죄, 제416조 부녀·아동유인약취 및 매매활동불구출죄 및 부녀·아동유인약취 및 매매활동구출저해죄, 제417조 처벌회피방조죄, 제418조 공무원·학생모집방해죄, 제419조 문화재관리소홀훼손유실죄가 있다.

셋째, 인민 개인의 권리를 직접적으로 침해한 권리침해형 직무범죄가 바로 그것이다. 주요하게는 사법기관의 공무원이 피의자를 수사함에 있어서 발생하는 권리침해형 독직범죄로서 중국 형법 제4장 "공민의 인신·민주권리침해의 죄" 중 제238조 불법구금죄, 제245조 불법수사죄, 제247조 자백강요(고문)죄·폭력수집증거죄, 제248조 수감자학대죄, 제254조 고소·고발·제보자보복·모함죄, 제256조 선거방해죄가 있다.

나) 사법해석

사법해석이란 최고사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원이 형법 규정의 의미를 해석한 유권해석을 말한다.[366] 즉, 인민법원이 재판업무 중 법률·법령의 응용에 있어서 구체적 해석이 필요한 때에 최고인민법원이 이를 해석하고, 인민검찰원이 검찰업무 중 법률·법령의 응용에 있어서 구체적 해석이 필요한 때에 최고인민검찰원이

366) 高铭暄·马克昌, 刑法学, 北京大学出版社, 2017(第八版), 23页。

이를 해석하는 것이다.[367] 특별형법이 존재하지 않는 중국 법제에서 법률 및 법령의 입법적 흠결을 보완하는 매우 중요한 장치라 할 수 있다.

직무범죄와 관련하여 주요한 최고인민법원과 최고인민검찰원의 사법해석으로는,

- 최고인민법원이 2000년에 제정한《关于对为索取法律不予保护的债务，非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释；법으로 보호받지 못하는 채권 추심에 있어서 타인을 위법하게 구금한 행위에 관한 해석》;
- 최고인민검찰원이 2001년에 제정한(2002년 시행)《人民检察院直接受理立案侦查的渎职侵权重特大案件标准(试行)；인민검찰원이 직접 수리·입안·수사할 수 있는 중특대형 독직침권사건의 판단기준(시행)》;
- 최고인민법원이 2003년에 제정한《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要；전국법원 경제범죄사건 심리업무간담회 요록》;
- 최고인민법원이 2003년에 제정한《关于挪用公款犯罪如何计算追诉期限问题的批复；공금횡령범죄의 소추기한 계산 문제에 관한 회답》;
- 최고인민법원이 2004에 제정한《关于对滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失如何认定问题的答复；직권남용에 의하여 발생한 공공재산 또는 국가 그리고 인민의 이익에 중대한 손실을 어떻게 인정할 것인지의 문제에 대한 회답》;
- 최고인민검찰원이 2005년에 제정한(2006년 시행)《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定；독직범죄 사건입안의 기준에 관한 규정》;
- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2007년에 제정한《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见；수뢰형사사건에 있어 법률적용의 약간 문제에 관한 의견》;
- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2008년에 제정한《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见；상업뇌물형사사건을 처리함에 있어서의 법률적용의 약간 문제에 관한 의견》;
- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2009년 3월에 제정한《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见；직무범죄 사건을 처리함에 있어서 자수·입공 등 양형정황 인정의 약간 문제에 관한 의견》;

---

367) 参见1981年6月10日第五届全国人大常委会第十九次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》规定；2006年10月31日第十届全国人大常委会第二十四次会议修正的《中华人民共和国人民法院组织法》第32条规定。

- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2012년에 제정한(2013년 시행)《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释 ; 증뢰형사사건을 처리함에 있어서 구체적 법률적용의 약간 문제에 관한 해석》;
- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2012년에 제정한(2013년 시행)《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一) ; 독직형사사건의 처리에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석》;
- 최고인민법원·최고인민검찰원이 2016년에 제정한《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 ; 탐오뇌물 형사사건을 처리함에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석》 등이 있다.

나. 제재 절차

제재 절차에 관하여 간략히 정리하자면, 공무원의 부패 혐의가 드러나면 형사적인 절차를 개시하기 이전에 당의 중앙기율검사위원회와 국가감찰위원회의 관할 하에 조사를 먼저 받게 된다. 조사 과정 중, 범죄혐의를 받는 공무원은 당내 제재(당기처분 및 정무처분)를 받고, 당내 기관에서 밝힌 범죄혐의문제 및 단서 그리고 증거를 사법기관으로 이송시킴으로 형사 제재(기소 및 재판절차)를 거치게 하는 것이다.[368] 아래의 〈표 4-5〉[369]는 직무범죄를 범한 공무원의 당적·사법적으로 처리하는 과정을 정리한 표이다.

[표 4-5] 공무원의 직무범죄 제재 절차

단계	절 차	주요업무	근거 법률 및 조항	집행기관	제재구분
1	사건수리 (受理)	사건에 관한 제보 혹은 고발을 받음	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》 第二章 第10-15条 중국공산당기율검사기관 사건검사업무조례 제2장 제10-15조	당내 기관 (중앙기율검사위원회 및 국가감찰위원회)	당내 제재
2	초동수사 (初步核实)	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》의 제28조의 제1-5호 및 제8호에 따라 증거를 수집함			
3	입안(立案)	피의자의 신분에 따른 각급 당위원회의 비준절차를 통하여 입안함	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》 第三章 第16-22条 중국공산당기율검사기관 사건검사업무조례 제3장 제16-22조		

368) 김준영·유현정, 앞의 논문, 2016, 326-327면 참고.
369) 김준영·유현정, 앞의 논문, 2016, 327면의 내용을 보완, 갱신 및 추가하여 정리함.

[표 4-5] (계속)

단계	절 차	주요업무	근거 법률 및 조항	집행기관	제재구분
4	사건조사 (调查)	본 단계에서 피의자의 직무정지 비준을 요청할 수 있으며(《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第26조), 증인·피의자·피해자 등을 조사함	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》 第四章 第23-39条 중국공산당기율검사기관 사건검사업무조례 제4장 제23-39조		
			《监察法》第四章(监察权限) 第18-34条, 第五章(监察程序) 第35-43条 감찰법 제4장 (감찰권한) 제18-34조, 제5장 (감찰절차) 제35-43조		
5	이송심의 (移送审理)	-사건조사 개시 후 중앙기율검사기관이 사법기관에 사건 송치를 요청함 -당위원회에서 피의자에게 당기·정무처분을 가하고 사법기관에 사건 송치를 결정함	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》 第五章 第40-44条 중국공산당기율검사기관 사건검사업무조례 제5장 제40-44조		
			《监察法》 第五章(监察程序) 第44-49条 감찰법 제5장(감찰절차) 제44-49조		
			中国共产党纪律处分条例 중국공산당기율처분조례		
			公务员法 공무원법		
			行政机关公务员处分条例 행정기관공무원처분조례		
			公职人员政务处份暂行规定 공무원정무처분잠행규정		
6	기소(起诉)	당내 기관이 조사의 결과로 밝힌 범죄혐의 및 단서, 증거를 바탕으로 기소함(불기소도 가능)	형사법과 사법해석	인민 검찰원	형사 제재
7	재판(裁判)	기소내용을 바탕으로 형법 및 형사소송법과 사법기관의 사법해석에 근거하여 재판함	형사법과 사법해석	인민법원	

지금까지 중국 지도부의 반부패 캠페인에 적발된 수많은 고위 관료와 하위 관료들은 위와 같은 절차대로 당기·정무처분을 받고 사법기관에 이송되어 기소되고 또한 재판을 받아 처벌되었다. 추가적으로 만약 부패혐의의 공무원이 당기·정무처분을 받은 후 조사결과 혐의가 없는 것으로 밝혀지면 원래의 당원 권리와 공직을 즉시 회복시켜주어야 한다.[370] 또한, 당기·정무처분에서 당적말소와 파면 처분을 제외한 다른

370) 《中国共产党纪律处分条例(중국공산당기율처분조례)》제30조 규정 참고.

종류의 처분을 받은 후 사법기관으로 사건이 이송된다면 법원의 판결에 따라 당기·정무처분이 '당적말소'와 '파면'으로 처분의 수위가 상향조정될 수 있다.[371]

중국공산당장정 제40조 제2항[372]과 공무원정무처분잠행규정 제8조[373]에 따르면, 당기율을 심각하게 위반하거나 혹은 형사법률에 엄중히 저촉된 당원 및 공무원은 반드시 그 당적과 공직을 모두 박탈한다고 규정하고 있고 또한, 중국공산당기율처분조례 제31조[374]에 따르면 당원의 범죄가 경미하여 인민검찰원이 불기소 결정을 하거나 인민법원에서 집행유예를 선고하면 해당 공무원은 직위해제, 당내관찰 또는 당적말소처분을 받게 된다. 종합하자면, 부패혐의로 당기관의 조사를 받아 형사법률에 저촉된 당원 및 공무원은 사실상 당과 공직에서 회복불능의 상태가 된다고 할 수 있다.

4. 중국의 권력형 직무범죄

가. 권력형 직무범죄의 정의

공무원의 권력형 직무범죄는 정치권력을 가진 자가 부패하여 직무범죄의 주체가 되는 범죄를 뜻하며, 주로 정치권력을 소유한 고위 관료가 권력형 직무범죄의 행위주체가 된다는 점에서 정치부패(Political Corruption)라고도 불린다.[375] 그리하여 첫째, 중국의 정치권력을 소유한 자가 범할 수 있는 직무범죄 중 둘째, 중국 지도부가 주요하게 제재하고 있는 권력형 직무범죄로 셋째, 사회에 큰 영향력을 행사할 수 있어야 한다는 조건들을 설정하여 이를 모두 충족한다고 판단되는 직무범죄 즉, 중국「형법」제382조 "탐오죄(贪污罪)", 제384조 "공금횡령죄(挪用公款罪)", 제385조 "수뢰죄(受贿

371) 《中国共产党纪律处分条例(중국공산당기율처분조례)》제32조 규정에 따르면, 고의범죄의 경우 주형(사형, 무기징역, 유기징역, 구역(단기징역), 관제(보호관찰)을 뜻함) 이상의 형(집행유예 포함)을 선고받거나, 단독 혹은 병과하여 정치권리 박탈형을 선고받거나 또는 과실범죄로 3년을 초과하는 유기징역을 선고받은 경우 응당 당적을 말소한다.

372) 党内严格禁止用违反党章和国家法律的手段对待党员，严格禁止打击报复和诬告陷害。违反这些规定的组织或个人必须受到党的纪律和国家法律的追究。

373) 监察机关对公职人员中的中共党员给予政务处分，一般应当与党纪处分的轻重程度相匹配。其中，受到撤销党内职务、留党察看处分的，如果担任公职，应当依法给予其撤职等政务处分。严重违犯党纪、严重触犯刑律的公职人员必须依法开除公职。

374) 党员犯罪情节轻微，人民检察院依法作出不起诉决定的，或者人民法院依法作出有罪判决并免予刑事处罚的，应当给予撤销党内职务、留党察看或者开除党籍处分。

375) 네이버 백과사전, '권력형 부패' 키워드 검색결과, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=75933&cid=50299&categoryId=50299, 2019.10.18. 최종검색.

罪)", 제388조 "(알선)수뢰죄(受贿罪)", 제388조의1 "영향력을 이용한 수뢰죄(利用影响力受贿罪)", 제389조 "증뢰죄(行贿罪)", 제390조의1 "영향력 있는 자에 대한 증뢰죄(对有影响力的人行贿罪)", 제395조 "거액재산출처불명죄(巨额财产来源不明罪)", 제397조 "직권남용죄·직무소홀죄(滥用职权罪·玩忽职守罪)", 제399조 "법왜곡죄(徇私枉法罪)" 이상 10개의 규정을 선별하였다. 이에 이들 규정을 살펴봄으로써 양형현황 및 특징을 파악하여 우리의 입법에 참고할 만한 사항이 있는지의 여부를 판단하고자 한다.

나. 권력형 직무범죄의 규정

1) 제382조 "탐오죄(贪污罪)"

제382조 탐오죄

국가공무원이 직무상의 편리를 이용하여 횡령·절취·편취 혹은 기타의 수단으로 공공의 재물을 불법하게 점유하는 것을 탐오죄라고 한다.

국가기관, 국유기업, 기업, 사업단위, 인민단체의 위탁을 받아 국유재산을 관리·경영하는 자가 직무상의 편리를 이용하여 횡령·절취·편취 혹은 기타의 수단으로 공공의 재물을 불법 점유하는 것 역시 탐오죄로 논한다.

전 2항에 열거한 자와 결탁하여 함께 부패행위를 한 경우, 공범으로 논하여 처벌한다.

중국 형법 제8장 "탐오뇌물의 죄"라는 용어는 탐오죄와 뇌물죄가 결합되어 만들어진 것으로, 구 형법의 규정에서 탐오죄는 재산침해의 죄에 뇌물죄는 독직의 죄에 위치해있었다가 탐오행위와 뇌물행위의 법익침해의 위험정도를 고려하여 새로운 장을 만들어 지금에 이르고 있다.[376] 본 죄의 행위주체는 국가공무원과 국가기관, 국유기업, 기업, 사업단위, 인만단체의 위탁을 받아 국유재산을 관리 및 경영하는 인원으로 즉, 법에 의거하여 공무에 종사하는 자를 가리킨다.[377] 또한, 본 조항에서 말하는 '직무상의 편리'라 함은 본 죄를 구성함에 있어서 반드시 필요한 조건으로서 행위자가 자신의 직무범위 내의 권력과 지위로 말미암아 형성되는 재물을 주관·관리·경영하기에 유리한 조건을 뜻하는 것으로서 직무와 무관한 것을 이용한다든지 업무관계로 범행 환경에 익숙해져있다든지 또는 해당하는 기관에 출입이 용이한 신분이라든지

376) 张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2016(第五版), 1180页。
377) 法律出版社法规中心, 中华人民共和国刑法-注释本-, 法律出版社, 2017, 318页。

혹은 범행대상에게 접근하기 쉬운 편리한 조건을 의미하는 것이 아니다. 본 죄의 보호법익은 국가공무원 직무행위의 청렴성과 불가매수성이다.

제383조 탐오죄의 처벌규정

탐오죄를 범한 경우에 대하여, 정황의 경중에 근거하여 다음에 열거한 규정에 따라 각각 처벌한다.

(1) 탐오금액이 비교적 크거나 또는 기타 비교적 중한 경위가 존재하는 경우, 3년 이하의 유기징역 혹은 구역에 처하며 벌금을 병과한다.

(2) 탐오금액이 거대하거나 혹은 기타 엄중한 경위가 존재하는 경우, 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하며 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.

(3) 탐오금액이 특별히 거대하거나 혹은 기타 특별히 엄중한 경위가 존재하는 경우, 10년 이상의 유기징역 혹은 무기징역에 처하며 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다. 금액이 특별히 거대하고, 국가와 인민의 이익에 특히 중대한 손실을 초래한 경우, 무기징역 혹은 사형에 처하며 재산을 몰수한다.

수차례 탐오행위를 하였으나 처리되지 아니한 경우, 탐오액수의 누계에 따라 처벌한다.

전 1항의 죄를 범하고, 공소제기 전 자신의 죄행을 사실대로 진술하고, 반성의 정이 있으며 적극적으로 탐오금액을 반환하여 손해를 감소를 시키고, (1)규정에 해당하는 경우, 형을 감경하거나 또는 면제할 수 있다. (2) 또는 (3)규정에 해당하는 경우, 형을 관대히 할 수 있다.

전 1항의 죄를 범하고, (3)규정에 해당하여 사형집행유예를 선고하는 경우, 동시에 인민법원은 범죄의 경위 등 정황에 근거하여 사형집행유예기간인 2년 경과로 법에 의거하여 무기징역으로 감형된 후 감형 또는 가석방 없는 종신감금형을 결정할 수 있다.

제383조는 제382조 탐오죄의 처벌규정이다. 즉, 처벌규정이 따로 독립하여 규정되어 있는 다소 독특한 구조이다. 제383조는 2015년의 형법수정안(9)에서 대대적인 수정과정을 겪는다.[378] 기존 2011년의 형법수정안(8)이 반영된 형법에서 제383조 처벌규정은 탐오수뢰의 금액이 구체적으로 제시[379]되어 있었던 반면, 형법수정안(9)에서는 ① '탐오수뢰금액이 비교적 크거나 또는 기타 비교적 중한 경위가 존재하는 경우', ② '탐오수뢰금액이 거대하거나 혹은 기타 엄중한 경위가 존재하는 경우', ③ '탐오수뢰금액이 특별히 거대하거나 혹은 기타 특히 엄중한 경위가 존재하는 경우'와 같이 3단계의 구성요건을 갖추는 것으로 변모하였고, 각 단계별로의 구체적인 양형기준은

378) 중국의 경우, 형법을 개정함에 있어서 우리와 같이 형법을 바로 개정하는 것이 아니라 수정할 사항들만 따로 정리한 수정안을 전국인민대표대회 상무위원회에서 입법함으로써 그 수정사항들을 기존 형법에 반영하는 방식으로 형법을 개정한다. 현재는 2017년 11월 4일 통과된 형법수정안(10)이 반영된 형법이 발효 중에 있다.

379) 탐오수뢰금액을 기준으로 하여 ① 10만 위안 이상(법정최고형 사형, 재산몰수 병과), ② 5만 위안 이상 10만 위안 미만(법정최고형 무기징역, 재산몰수 병과), ③ 5천 위안 이상 5만 위안 미만(법정최고형 10년), ④ 5천 위안 미만(법정최고형 2년)으로 총 4단계를 나누어 법정형을 달리 규정하였었다.

2016년 최고인민법원·최고인민검찰원이 제정한 사법해석인《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 ; 탐오뇌물 형사사건의 처리에 관한 법률적 약간 문제에 관한 해석》으로 제시되어 있다.[380] 뿐만 아니라 제3항에서는 범죄사실의 증거를 제공하거나 수사에 도움을 준 행위자의 처벌을 감면해주는 조항이, 제4항에서 종신감금형이 신설되었음을 확인할 수 있다.

이로써 확인할 수 있는 양형기준에서의 변화로는 첫째, 탐오죄와 수뢰죄의 양형기준이 기존 5천 위안에서 3만 위안(기타 비교적 중한 경위에 결합된 경우 1만 위안)으로 상향 조정되었다는 점, 둘째, 사형을 선고할 수 있는 탐오 및 수뢰금액이 기존의 10만

---

380)《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》【제1조】제1항 : 탐오 혹은 수뢰금액이 3만 위안 이상 20만 위안 미만인 경우를 '비교적 큰 금액'이라 하며 3년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하고 벌금을 병과한다. 제2항 : 탐오금액이 1만 위안 이상 3만 위안 미만이고 아래의 정황에 속하는 경우를 '기타 비교적 중한 경위'라고 한다.

> ㈠ 재난구조, 긴급구조, 홍수방지, 국가유공자 복지, 빈곤퇴치, 이민, 구제, 방역, 사회기부 등의 특정 영역에서 탐오행위를 한 경우
> ㈡ 탐오, 뇌물수수, 공금유용으로 당기율·행정처분을 받은 적이 있는 경우
> ㈢ 고의적인 범죄로 형사적 제재를 받은 적이 있는 경우
> ㈣ 장물이 불법 활동에 사용된 경우
> ㈤ 장물의 행방을 진술하지 아니하거나 추징에 응하지 않아 추징할 수 없는 경우
> ㈥ 악영향을 조성하거나 또는 기타 심각한 결과를 초래한 경우

제3항 : 수뢰금액이 1만 위안 이상 3만 위안 미만이고 앞의 ㈡ - ㈥의 상황 중 하나이거나 또는 아래의 정황에 속하는 경우를 '기타 비교적 중한 경위'라고 한다.

> ㈠ 수차례 뇌물을 요구한 경우
> ㈡ 타인을 위해 부당한 이득을 도모하여 공공재산 또는 국가 그리고 인민의 이익에 손실을 초래한 경우
> ㈢ 타인을 위해 직무를 발탁하거나 조정을 도모한 경우

【제2조】 제1항 : 탐오 혹은 수뢰금액이 20만 위안 이상 300만 위안 미만인 경우를 '금액이 거대하다'고 하며 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다. 제2항 : 탐오금액이 10만 위안 이상 20만 위안 미만이고 앞의 ㈠ - ㈥의 상황 중 하나인 경우를 '기타 엄중한 경위'라고 하며 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.
제3항:수뢰금액이 10만 위안 이상 20만 위안 미만이고 앞의 ㈠ - ㈢의 상황 중 하나인 경우를 '기타 엄중한 경위'라고 하며 3년 이상 10년 미만의 유기징역에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.
【제3조】 제1항 : 탐오 혹은 수뢰금액이 300만 위안 이상인 경우를 '금액이 특히 거대하다'고 하며 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.
제2항 : 탐오금액이 150만 위안 이상 300만 위안 미만이고 앞의 ㈠ - ㈥의 상황 중 하나인 경우를 '기타 특히 엄중한 경위'라고 하며 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.
제3항 : 수뢰금액이 150만 위안 이상 300만 위안 미만이고 앞의 ㈠ - ㈢의 상황 중 하나인 경우를 '기타 특히 엄중한 경위'라고 하며 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처하고 벌금 혹은 재산몰수를 병과한다.

위안에서 300만 위안(기타 특히 엄중한 경위와 결합된 경우 150만 위안)으로 상향 조정 되었다는 점, 셋째, 사형집행유예형을 선고받은 행위자를 종신감금형에 처할 수 있다는 점을 꼽을 수 있다. 덧붙이자면, 사형집행유예형을 선고받은 행위자를 종신감금형에 처할 수 있게 개정한 것은 다분히 지도부의 정치적 계산이 녹아있는 개정이 아닐 수 없다고 생각한다. 즉, 기본적으로 탐오범죄이든 수뢰범죄이든 금액 150만 위안을 초과할 수 있는 자는 정치적 입지가 있는 자라고 봐야 자연스럽다. 그러한 입지가 있는 자를 사형에 처하지 아니하면서 또한 다시는 권력에 도전할 수 없게끔 종신감금형을 선고할 수 있게 형법을 개정한 것은 지도부의 선택지를 넓혀주는 효과를 발생시키는 것이다.

2) 제384조 "공금횡령죄(挪用公款罪)"

제384조 공금횡령죄

국가공무원이 직무상의 편리를 이용하여 횡령한 공금을 개인의 것으로 하고 불법적인 활동을 한 경우 또는 횡령한 공금의 액수가 비교적 크면서 영리활동을 한 경우 또는 횡령한 공금의 액수가 비교적 크면서 3개월이 초과하도록 반환하지 아니한 경우를 공금횡령죄라고 하며 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 사안이 엄중한 경우, 5년 이상의 유기징역에 처한다. 공금횡령의 액수가 거대하고 반환하지 아니한 경우, 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역에 처한다.

재난구조, 긴급구조, 홍수방지, 국가유공자 복지, 빈곤퇴치, 이민, 구제 등에 사용할 금품을 횡령한 경우, 무겁게 처벌한다.

소위 공금횡령죄라 함은 국가공무원이 직위상의 편리를 이용하여 국가의 공금을 횡령하여 불법적인 활동을 하거나 또는 영리활동을 하고 이를 반환하지 아니하는 행위를 말한다. 제384조 공금횡령죄는 첫째, 횡령한 공금을 개인의 것으로 하고 불법적인 활동을 한 경우, 둘째, 횡령한 공금을 개인의 것으로 하고 횡령한 액수가 비교적 크면서 영리활동을 한 경우, 셋째, 횡령한 공금을 개인의 것으로 하고 횡령한 액수가 비교적 크면서 3개월이 초과하도록 반환하지 아니한 경우로 나누어 구분하고 있다. 횡령한 금원을 반환한다면 그 정상을 참작하여 관대히 처벌하거나 처벌을 면제해줄 수도 있으며 당연히 횡령한 금원으로부터 발생될 수 있는 이자는 추징한다.[381] 공금횡령죄의 양형에 관하여 구체적인 기준은 2016년 최고인민법원·최고인민검찰원이 제정

381) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 321면.

한 사법해석인《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 ; 탐오뇌물 형사사건의 처리에 관한 법률적 약간 문제에 관한 해석》을 따른다.[382]

3) 제385조 "수뢰죄(受贿罪)"

제385조 수뢰죄
국가공무원이 직무상의 편리를 이용하여 타인에게 재물의 제공을 요구하거나 또는 불법으로 타인의 재물을 받고, 타인을 위하여 이익을 도모해준 경우를 수뢰죄라 한다.
국가공무원이 경제거래 활동 중, 국가규정을 위반하여 각종 명목의 리베이트, 수속비를 받아 개인 소유로 하는 경우, 수뢰죄로 논하여 처벌한다.

수뢰죄는 국가공무원이 재직 중 직무상의 편리를 이용하여 청탁자의 이익을 위하여 청탁자와 사전에 약정을 하고서 그 직무에서 이탈한 후 또는 전직 후에 청탁자로부터 재물을 수수하여 범죄가 구성되는 사후수뢰죄 또한 수뢰죄로 처벌한다.[383]

수뢰죄의 처벌은 제383조 탐오죄의 처벌규정을 준용한다.

제386조 수뢰죄의 처벌규정
수뢰죄를 범한 경우, 수뢰로 획득한 금액과 경위에 근거하여, 본 법 제383조의 규정에 따라 처벌한다. 뇌물제공을 요구한 경우 무겁게 처벌한다.

---

382)《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释【제5조】횡령한 공금을 개인의 것으로 하여 불법적인 활동을 진행한 경우, 3만 위안 이상부터 형사책임을 추궁한다. 금액이 300만 위안 이상인 경우를 '거대한 액수'라고 한다. 아래의 정황이 있는 경우를 '엄중한 경위'라고 한다.
㈠ 횡령한 공금이 100만 위안 이상인 경우
㈡ 재난구조, 긴급구조, 홍수방지, 국가유공자 복지, 빈곤퇴치, 이민, 구제에 사용될 특정재물을 횡령하고, 금액이 50만 위안 이상 100만 위안 미만인 경우
㈢ 횡령한 공금을 반환하지 아니하고, 그 액수가 50만 위안 이상 100만 위안 미만인 경우
㈣ 기타 정황이 엄중한 경우
【제6조】 횡령한 공금을 개인의 것으로 하여 영리활동을 진행하거나 3개월을 초과하여 반환하지 아니한 경우, 5만 위안 이상부터를 '비교적 큰 액수'라고 한다. 금액이 500만 위안 이상인 경우를 '거대한 액수'라고 한다. 아래의 정황이 있는 경우를 '엄중한 경위'라고 한다.
㈠ 횡령한 공금이 200만 위안 이상인 경우
㈡ 재난구조, 긴급구조, 홍수방지, 국가유공자 복지, 빈곤퇴치, 이민, 구제에 사용될 특정재물을 횡령하고, 금액이 100만 위안 이상 200만 위안 미만인 경우
㈢ 횡령한 공금을 반환하지 아니하고, 그 액수가 100만 위안 이상 200만 위안 미만인 경우
㈣ 기타 정황이 엄중한 경우

383) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 323면.

4) 제388조 "(알선)수뢰죄(受贿罪)"

제388조 (알선)수뢰죄

국가공무원이 자신의 직권 또는 지위가 형성한 편리한 조건을 이용하여 기타 국가공무원의 직무상 행위를 통하여 청탁자에게 부정한 이익을 도모해주고, 청탁자에게 재물의 제공을 요구하거나 또는 청탁자의 재물을 수수한 경우 수뢰죄로 논하여 처벌한다.

제388조는 국가공무원 자신의 직권 또는 지위가 형성한 편리한 조건을 활용하여 기타의 다른 국가공무원의 직무상 행위를 통하여 청탁자의 부당한 청탁을 들어주므로 알선수뢰죄라고도 한다.[384] 주의할 점은 행위자가 피이용의 국가공무원과 직무상 예속관계나 제약관계가 있으면 안 된다는 것이다. 만약 국가공무원이 직무상 자신의 예속 혹은 제약관계에 있는 다른 국가공무원을 이용하여 청탁자의 부당한 청탁을 들어준 경우는 제388조의 규정이 아니라 제385조의 수뢰죄 규정을 적용한다.[385]

5) 제388조의1 "영향력을 이용한 수뢰죄(利用影响力受贿罪)"

제388조의1 영향력을 이용한 수뢰죄

국가공무원의 근친속인 자 또는 기타 해당 국가공무원과 밀접한 관계의 자가, 해당 국가공무원의 직무상의 행위 혹은 해당 국가공무원의 직무 또는 그 지위가 형성한 편리한 조건의 이용을 통하여 또는 기타 국가공무원의 직무상의 행위를 통하여, 청탁자의 부정한 이익을 도모해주고, 청탁자에게 재물의 제공을 요구하거나 또는 청탁자의 재물을 수수한 경우, 금액이 비교적 크거나 또는 기타 경위가 비교적 중한 경우, 3년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과한다. 금액이 거대하거나 또는 기타 경위가 엄중한 경우, 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병과한다. 금액이 특히 거대하거나 또는 기타 특히 엄중한 경위가 존재하는 경우, 7년 이상의 유기징역에 처하며 벌금 또는 재산몰수를 병과한다.

전직 국가공무원 혹은 전직 국가공무원의 근친속인 자 또는 기타 전직 국가공무원과 밀접한 관계의 자가 해당 전직 국가공무원의 원래직권 혹은 그 지위가 형성한 편리한 조건을 이용하여 전 조의 행위를 실행한 경우, 전 조의 규정에 의거하여 처벌한다.

제388조의1은 우리나라의 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」의 알선수재죄에 해당하는 조항이다. 본 조항에서 말하는 근친속인 자란 부부(夫妻), 부모(父母), 자녀(子女), 형제자매(兄弟姐妹), 조부모(祖父母), 외조부모(外祖父母), 손자녀(孙子女), 외손자녀(外孙子女)를 가리키며[386] 또한, 밀접한 관계인 자란 단순히 관계가 좋은 자를 말하

384) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1212면.
385) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1212~1213면.

는 것이 아니라 친인척, 전처 또는 전부, 연인관계, 비서, 운전기사 등의 관계를 의미한다.[387] 본 조의 양형기준(금액, 경위 등의 조건)은 제383조의 처벌규정을 준용한다.[388]

6) 제389조 "증뢰죄(行贿罪的处罚)"

제389조 증뢰죄

부정한 이익을 취하기 위하여 국가공무원에게 재물을 주는 경우를 증뢰죄라 한다.

경제활동 중에 국가규정을 위반하여 국가공무원에게 재물을 주고, 액수가 비교적 큰 경우 또는 국가규정을 위반하여 국가공무원에게 각종 명목의 리베이트, 수속비를 준 경우, 증뢰죄로 논하여 처벌한다.

강요당하여 국가공무원에게 재물을 제공하고, 부정한 이익의 취득이 없는 경우는 증뢰죄가 아니다.

부정한 이익을 획득하기 위하여 국가공무원에게 재물을 주는 경우를 처벌하는 것으로서 이것에는 주동적 증뢰와 피동적 증뢰가 존재한다. 공무원이 재물의 제공을 요구하지 않은 상황에서 행위자가 주동적으로 해당 공무원에게 뇌물을 교부하는 행위를 주동적 증뢰행위라고 하며, 공무원이 재물의 제공을 요구하여 이에 응해 재물을 교부하는 행위 역시 증뢰행위로 처벌한다.[389] 그러나 제3항의 규정과 같이 강요에 의하여 공무원에게 재물을 제공한 경우에는 증뢰행위에 포함되지 아니한다.

제390조 증뢰죄의 처벌

증뢰죄를 범한 경우, 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과한다. 증뢰로 인하여 부정한 이익을 취하고 경위가 엄중한 경우 또는 국가의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병과한다. 경위가 특히 엄중한 경우 또는 국가의 이익에 특히 중대한 손실을 초래한 경우, 10년 이상 유기징역 또는 무기징역에 처하며 벌금 또는 재산몰수를 병과한다. 증뢰자가 소추되기 전에 스스로 증뢰행위를 자수한 경우, 형을 관대히 하거나 또는 감경할 수 있다. 그중, 범죄가 비교적 경한 경우, 중대 사건의 해결에 중요한 작용을 한 경우 또는 중대한 입공을 세운 경우, 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

앞서 살펴본 수뢰죄의 처벌규정과 마찬가지로 증뢰죄 역시 별도의 처벌규정을 두고 있으며, 처벌규정 속의 구체적인 양형기준(금액, 경위 등의 조건)은 최고인민법원·최

386) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 325면.
387) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1227면.
388) 최고인민법원·최고인민검찰원이 2016년에 제정한《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 ; 탐오뇌물 형사사건의 처리에 관한 법률적 약간 문제에 관한 해석》제10조 참조.
389) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 326면.

고인민검찰원이 2012년에 제정한(2013년 시행)《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释 ; 증뢰형사사건을 처리함에 있어서 구체적 법률적용의 약간 문제에 관한 해석》을 따른다.[390]

7) 제390조의1 "영향력 있는 자에 대한 증뢰죄(对有影响力的人行贿罪)"

제390조의1 영향력 있는 자에 대한 증뢰죄

부정한 이익을 취하기 위하여, 국가공무원의 근친속인 자 혹은 기타 해당 국가공무원과 밀접한 관계의 자에게, 전직 국가공무원 혹은 전직 국가공무원의 근친속인 자 또는 기타 전직 국가공무원과 밀접한 관계의 자에게 증뢰한 경우, 3년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과한다. 경위가 엄중한 경우 또는 국가의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우, 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병과한다. 경위가 특히 엄중한 경우 또는 국가의 이익에 특히 중대한 손실을 초래한 경우, 7년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하며 벌금을 병과한다.

단위가 전 조의 죄를 범한 경우, 단위에 대하여 벌금을 부과하고, 그 단위의 직접적인 책임을 지는 주관인원과 기타 직접책임인원에 대하여 3년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하며 벌금을 병과한다.

제390조의1에서의 행위주체는 일반인으로 증뢰의 대상이 되는 유형으로는 크게 다섯 유형이 존재한다. 첫째, 국가공무원의 근친속인 자, 둘째, 국가공무원과 밀접한

390) 《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释【제1조】부정한 이익을 취하기 위하여 국가공무원에게 증뢰한 경우, 1만 위안 이상부터 응당 형사책임을 추궁한다.
【제2조】 증뢰행위로 인하여 부정한 이익을 도모하고 아래의 정황 중 하나에 속하면 '엄중한 경위'라고 한다.
㈠ 증뢰금액이 20만 위안 이상 100만 위안 미만인 경우;
㈡ 증뢰금액이 10만 위안 이상 20만 위안 미만이고 아래의 정황에 속하는 경우
㉠ 3인 이상에게 증뢰한 경우
㉡ 위법한 소득으로 증뢰한 경우
㉢ 위법한 범죄활동을 실행하기 위하여 식품·약품·안전생산·환경보호 등 감독관리에 책임이 있는 국가공무원에게 증뢰하여 민생 또는 공중의 생명과 재산의 안전을 침해한 경우
㉣ 행정집행기관·사법기관의 국가공무원에게 증뢰하여 행정집행과 사법공정에 영향을 미친 경우
㈢ 기타 정황이 엄중한 경우
【제3조】 증뢰행위로 인하여 부정한 이익을 도모하고 아래의 정황 중 하나에 속하면 '특히 엄중한 경위'라고 한다.
㈠ 증뢰금액이 100만 위안 이상인 경우
㈡ 증뢰금액이 50만 위안 이상 100만 위안 미만이고 아래의 정황에 속하는 경우
㉠ 3인 이상에게 증뢰한 경우
㉡ 위법한 소득으로 증뢰한 경우
㉢ 위법한 범죄활동을 실행하기 위하여 식품·약품·안전생산·환경보호 등 감독관리에 책임이 있는 국가공무원에게 증뢰하여 민생 또는 공중의 생명과 재산의 안전을 침해한 경우
㉣ 행정집행기관·사법기관의 국가공무원에게 증뢰하여 행정집행과 사법공정에 영향을 미친 경우
㈢ 직접적인 경제손실금액으로 500만 위안의 피해가 발생한 경우
㈣ 기타 특히 정황이 엄중한 경우

관계인 자, 셋째, 전직 국가공무원인 자, 넷째, 전직 국가공무원의 근친속인 자, 다섯째, 전직 국가공무원과 밀접한 관계인 자가 그것이다. 여기서 말하는 전직 국가공무원이란 휴직·퇴직·사직·사퇴 등의 이유로 현직 공무원이 아닌 자를 가리킨다.[391] 또한, 근친속인 자 및 밀접한 관계인 자의 정의는 앞의 제388조의1에서의 기준과 동일하다.

8) 제395조 "거액재산출처불명죄(巨额财产来源不明罪)"

제395조 거액재산출처불명죄

국가공무원의 재산 또는 지출이 합법적 수입을 명확히 초과하고, 그 차이가 거대한 경우 해당 국가공무원에게 자금출처의 설명을 명할 수 있고 자금출처를 설명하지 못하는 경우 그 차액 부분을 불법소득으로 논하여 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 차액이 특히 거대한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 재산의 차액부분은 추징한다.

국가공무원의 해외예금은 응당 국가규정에 의거하여 신고하여야 한다. 액수가 비교적 크거나 감추어 신고하지 아니한 경우, 2년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 경위가 비교적 가벼운 경우, 그 소속 단위 또는 상급 주관기관이 정상을 참작하여 행정처분을 가한다.

제395조의 죄는 국가공무원의 재산 또는 지출이 합법적인 수입을 명확히 초과하여 그 차액이 거대하고 또한 그 자금의 출처를 해당 공무원이 설명해내지 못하였을 경우 성립한다. 이와 관련하여, 최고인민법원이 2003년에 제정한《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要 ; 전국법원 경제범죄사건 심리업무간담회 요록》五의 (一)에서는 '설명해내지 못하다'의 상황을 다음의 네 가지 경우로 분류하고 있다. 첫째, 행위자가 자금출처의 설명을 거부하는 경우, 둘째, 행위자가 자금의 출처를 설명해 밝히지 못하는 경우, 셋째, 행위자가 설명한 자산의 출처가 사법기관의 검증결과로 사실이 아닌 것으로 판명된 경우, 넷째, 행위자가 설명하는 자산출처의 단서가 구체적이지 아니한 점 등으로 인하여 사법기관이 검증할 수 없지만 출처의 합법적 가능성과 합리성을 배제할 수 있는 경우가 그것이다. 또한, 동일한 요록 五의 (二)에서는 본 조에서 말하는 '불법소득'을 일반적으로 행위자의 전 재산과 인정될 수 있는 모든 지출의 합계에서 증명할 수 있는 진실한 출처가 있는 소득을 뺀 것으로 설명하고 있다.

이외에도 한 층 고려해볼 사항으로 본 조의 규정 중, '…해당 국가공무원에게 자금출처의 설명을 명할 수 있고…'의 부분으로 말미암아 거증책임의 전환을 논할 수는

391) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 328면.

있겠으나 첫째, 행위자의 재산 또는 지출이 합법적인 수입을 명확히 초과하여 그 차액이 거대하다는 것을 둘째, 행위자가 설명한 자산의 출처를 사법기관이 다시 한 번 검증해야하기 때문에 실질적인 거증책임의 전환은 일어나지 않아 형사소송의 원칙과 모순되지 아니한다고 보는 것이 통설이다.[392]

9) 제397조 "직권남용죄·직무소홀죄(滥用职权罪·玩忽职守罪)"

제397조 직권남용죄·직무소홀죄

국가기관 공무원이 직권을 남용하거나 또는 직무를 소홀히 하여 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우, 3년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 경위가 특히 엄중한 경우, 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처한다. 본 법에 다른 규정이 있으면 그 규정에 의한다.

국가기관 공무원이 사적 동기로 인하여 전 조의 죄를 범한 경우, 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 경위가 특히 엄중한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 본 법에 다른 규정이 있으면 그 규정에 의한다.

제397조 직권남용죄·직무소홀죄는 중국 형법 제9장 "독직의 죄"에서 가장 먼저 등장하는 규정이다. 소위 직권남용이란 국가기관 공무원[393]이 법에 의거하지 아니하고 직무를 행사하거나 혹은 자신의 직무권한을 임의로 확대시킴으로써 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 것을 말하며,[394] 국가기관의 정상적인 관리활동을 보호법익으로 한다.[395] 직권남용죄의 객관적 구성요건으로는 ① 행위주체가 반드시 국가기관 공무원이어야 하며, ② 직권남용의 행위가 있어야 하고, ③ 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래해야 한다.[396] 중국 사법실무에서 국가기관 공무원의 직권남용의 행위태양은 크게 네 가지로 분류되는데, 첫째, 국가기관 공무원이 자신의 직권을 초월하여 사항을 구체적으로 결정 또는 처리할

392) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 330면.

393) '국가기관 공무원(国家机关工作人员)'과 '국가공무원(国家工作人员)'은 서로 의미의 차이가 존재하는 바, 국가기관 공무원은 국가기관의 공무에 종사하는 인원을 말한다. 여기서 국가기관이란 국가권력기관, 행정기관, 사법기관 및 군사기관과 그리고 중국공산당의 각급 기관, 중국인민정치협상회의(정협)의 각급 기관을 뜻한다. 국가공무원은 국가기관의 공무에 종사하는 인원과 국유기업, 회사, 사업단위, 인민단체의 공무에 종사하는 인원 그리고 국가기관, 국유기업, 회사, 사업단위가 파견하여 비국유기업·회사·사업단위·사회단체의 공무에 종사하는 인원 및 기타 법률에 의거하여 공무에 종사하는 인원 모두를 가리킨다(중국 「형법」 제93조 규정 참고). 다시 말해, 국가공무원의 범위 안에 국가기관 공무원이 포함되는 것이다.

394) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 331면.

395) 高铭暄·马克昌, 앞의 책, 2017, 649면.

396) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1245면.

권한이 없음에도 임의로 이를 결정 또는 처리한 경우, 둘째, 국가기관 공무원이 직권을 농단하여 자기 마음대로 사항을 결정하거나 또는 처리한 경우, 셋째, 반드시 이행해야 할 직책을 고의로 이행하지 아니하거나 또는 임의로 직책을 방기한 경우, 넷째, 권력으로 사익을 추구하거나 공적인 것을 빙자하여 사리를 도모하여 직책을 부정확하게 이행하는 경우가 바로 그것이다.[397]

직권남용죄와 관련한 사법해석으로는 첫째, 최고인민법원·최고인민검찰원이 2012년에 제정한(2013년 시행) 《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一) ; 독직형사사건의 처리에 있어서 법률적용의 약간 문제에 관한 해석》[398], 둘째, 최고인민검찰원이 2001년에 제정한(2002년 시행) 《人民检察院直接受理立案侦查的渎职侵权重特大案件标准(试行) ; 인민검찰원이 직접 수리·입안·수사할 수 있는 중특대형 독직침권사건의 판단기준(시행)》[399], 셋째, 최고인민검찰원이 2005년에 제정한(2006년 시행) 《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定 ; 독직범죄 사건입안의 기준에 관한 규정》[400]이 있다. 만일 직권남용의 입안기준과 중특대형 독직침권사건의 판단기준 충돌

397) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 331면.

398) 본 규정의 제1조 제1항에 의거하여, 직권남용죄와 직무소홀죄를 판단함에 있어서 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 끼친 경우는 다음과 같다.
1. 1인 이상이 사망하거나 또는 3인 이상이 중상을 당하거나 또는 9인 이상이 경상을 당한 경우 또는 2인 중상·3인 경상 이상 또는 1인 중상·6인 경상 이상인 경우
2. 경제적인 피해금액이 30만 위안 이상인 경우
3. 사회에 불량한 영향을 초래한 경우
4. 기타 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우
또한, 본 규정의 제1조 제2항에 의거하여, 직권남용죄와 직무소홀죄의 '특히 엄중한 경위'의 판단기준은 다음과 같다.
1. 사망한 자의 수가 제1조 제1항 1.의 3배 이상인 경우
2. 경제적인 피해금액이 150만 위안 이상인 경우
3. 제1항 규정의 손실에 대한 보고를 생략·지연·허위로 하거나 또는 타인에게 암시·지시·명령하여 보고를 생략·지연·허위로 하게 하여 손실의 결과가 지속·확장되거나 혹은 구조업무가 지연된 경우
4. 사회에 특히 불량한 영향을 초래한 경우
5. 기타 특히 엄중한 정황이 존재하는 경우

399) 직권남용죄 사건과 관련하여, (一) 중대사건의 기준은 다음과 같다.
1. 2인 이상이 사망하거나 또는 5인 이상이 중상을 당하거나 또는 10인 이상이 경상을 당한 경우
2. 직접적인 경제손실금액으로 50만 위안의 피해가 발생한 경우
(二) 특대사건의 기준은 다음과 같다.
1. 5인 이상이 사망하거나 또는 10인 이상이 중상을 당하거나 또는 20인 이상이 경상을 당한 경우
2. 직접적인 경제손실금액으로 100만 위안의 피해가 발생한 경우

400) 본 규정에서 정하고 있는 직권남용의 입안기준은 다음과 같다.

되는 경우, 직권남용의 입안기준을 따른다.[401] 다시 말해, 직권남용죄를 판단함에 있어서 총 3가지의 사법해석이 존재하는바 ① 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우의 판단기준과 '특히 엄중한 경위'의 판단기준, ② 중특대형 독직침권사건의 판단기준, ③ 직권남용죄의 입안기준을 각각 규정하고 있다. 이들 규정은 서로 통합되어 있지 못해 다소 어지러운 양상을 보이고 있다.

한편, 직무소홀이란 국가기관 공무원이 직무를 소홀히 하여, 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 것을 뜻하며 또한, 직무소홀이란 행위자가 엄중히 책임을 부담하지 않아, 자신의 직책을 이행하지 아니하거나 혹은 부정확하게 이행한 것을 가리킨다.[402] 직무소홀죄의 객관적 구성요건으로는 ① 행위주체가 반드시 국가기관 공무원이어야 하고, ② 직무를 소홀히 한 행위가 있어야 하며, ③ 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래해야하며, 주관적 구성요건으로 과실만을 인정하고 있다.[403] 직무소홀에 관한 사법해석으로는 직권남용죄와 마찬가지로 총 3가지가 존재하는바 ① 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우의 판단기준과 '특히 엄중한 경위'의 판단기준,[404] ② 중특대형 독직침권사건의 판단기준,[405] ③ 직무소홀죄의 입안기준[406]이 그것이다.

---

1. 1인 이상이 사망하거나 또는 2인 이상이 중상을 당하거나 또는 1인 중상·3인 경상 이상이거나 또는 경상자가 5인 이상인 경우
2. 10인 이상에게 심한 중독증상을 초래한 경우
3. 개인의 재산에 직접적인 경제손실금액으로 10만 위안 이상 혹은 직접적인 경제손실금액이 10만 위안 미만이나 간접적인 경제손실금액으로 50만 위안 이상의 피해가 발생한 경우
4. 공공재산 또는 법인, 기타 조직의 재산에 직접적인 경제손실금액으로 20만 위안 이상 또는 직접적인 경제손실금액이 20만 위안 미만이나 간접적인 경제손실금액으로 100만 위안 이상의 피해가 발생한 경우
5. 비록 앞의 3, 4항의 기준금액에 미치지 못하였으나 3, 4 두 항의 합계 직접적인 경제손실금액이 20만 위안 이상 또는 직접적인 경제손실금액이 20만 위안 미만이나 합계 간접적인 경제손실금액으로 100만 위안 이상의 피해가 발생한 경우
6. 회사·기업 등 단위가 6개월 이상의 영업정지 또는 생산중지를 당하거나 또는 파산한 경우
7. 보고를 허위·생략·지연 하거나 타인에게 암시·지시·명령하여 보고를 허위·생략·지연하게 하여, 중특대한 사고위해 결과가 지속·확장되거나 또는 구조·조사·처리업무의 지연을 초래한 경우
8. 국가의 명예를 실추시키거나 혹은 사회에 불량한 영향을 미친 경우
9. 기타 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우

401) 《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》의 三.부칙의 (六) 참고.
402) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 331면.
403) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1248면.
404) 앞의 직권남용죄 규정과 같음.
405) 직무소홀죄와 관련하여, (一) 중대사건의 기준은 다음과 같다.

10) 제399조 “법왜곡죄(徇私枉法罪)”

제399조 법왜곡죄

사법공무원이 사적 동기로 인하여 법을 왜곡하거나 개인적 감정으로 인하여 법을 왜곡하여 무죄인 정을 분명히 알면서도 소추되게 하거나 또는 유죄인 정을 분명히 알면서도 고의로 비호하여 소추되지 아니하게 하거나 또는 형사재판업무 중 고의로 사실과 법률에 위배하여 재판을 왜곡한 경우, 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 경위가 엄중한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 경위가 특히 엄중한 경우, 10년 이상의 유기징역에 처한다.

민사·행정재판 업무 중, 고의로 사실과 법률에 위배하여 재판을 왜곡하고, 경위가 엄중한 경우, 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 경위가 특히 엄중한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다.

판결·결정의 집행업무 중 엄중한 책임소홀 또는 직권남용으로 인하여 법에 의한 소송보전조치를 취하지 아니하거나 법정직책집행을 이행하지 아니하거나 또는 위법하게 소송보전조치·강제집행조치를 취하여, 당사자 또는 기타 사람의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우, 5년 이하의 유기징역 또는 구역에 처한다. 당사자 또는 기타 사람의 이익에 특히 중대한 손실을 초래한 경우, 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다.

사법공무원이 뇌물을 받고, 전 3항의 행위를 범함과 동시에 본 법 제385조 규정의 범죄를 구성하는 경우, 처벌이 비교적 중한 규정에 의하여 죄를 인정하고 처벌한다.

---

1. 3인 이상이 사망하거나 또는 10명 이상이 중상을 당하거나 또는 15명 이상이 경상을 당한 경우
2. 직접적인 경제손실금액이 100만 위안 이상인 경우

(二) 특대사건의 기준은 다음과 같다.

1. 7인 이상이 사망하거나 또는 15명 이상이 중상을 당하거나 또는 30인 이상이 경상을 당한 경우
2. 직접적인 경제손실금액이 200만 위안 이상인 경우

406) 최고인민검찰원이 2005년에 제정한(2006년 시행) 《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定 ; 독직범죄 사건입안의 기준에 관한 규정》에서 정하고 있는 직권남용의 입안기준은 다음과 같다.

1. 1인 이상이 사망하거나 또는 3인 이상이 중상을 당하거나 또는 2인 중상·4인 경상 이상 또는 1인 중상·7인 경상 이상 또는 10인 이상이 경상을 당한 경우
2. 20인 이상에게 심한 중독증상을 초래한 경우
3. 개인의 재산에 직접적인 경제손실금액으로 15만 위안 이상 또는 직접적인 경제손실금액이 15만 위안 미만이나 간접적인 경제손실금액으로 75만 위안 이상인 경우
4. 공공재산 또는 법인, 기타 조직의 재산에 직접적인 경제손실금액으로 30만 위안 이상 또는 직접적인 경제손실금액이 30만 위안 미만이나 간접적인 경제손실금액으로 150만 위안 이상인 경우
5. 비록 앞의 3, 4항의 기준금액에 미치지 못하였으나 3, 4 두 항의 합계 직접적인 경제손실금액이 30만 위안 이상인 경우 또는 합계 직접적인 경제손실금액이 30만 위안미만이나 합계 간접적인 경제손실금액이 150만 위안 이상인 경우
6. 회사·기업 등 단위가 1년 이상의 영업정지 또는 생산중지를 당하거나 또는 파산한 경우
7. 세관·외환관리부문의 담당자가 책임을 다하지 아니하여 미화 100만 달러 이상의 사기구매를 당하거나 또는 미화 1000만 달러의 외화도피가 벌어진 경우
8. 국가의 명예를 실추시키거나 또는 사회에 불량한 영향을 초래한 경우
9. 기타 공공재산 또는 국가와 인민의 이익에 중대한 손실을 초래한 경우

제399조의 행위주체는 사법공무원이다. 여기서 사법공무원이란 중국 「형법」 제94조의 규정에 근거하여 수사, 검찰, 심판, 감독의 업무를 담당하는 공무원을 의미한다.[407] 법왜곡죄의 주관적 구성요건은 고의이고 사법공무원은 법을 왜곡할 당시에 무죄인 정 혹은 유죄인 정을 반드시 알고 있었어야만 성립하며, 과실로는 본 죄를 범할 수 없다.[408] 이에 도출될 수 있는 행위태양은 다음 세 가지로 정리해볼 수 있다. 첫째, 무죄인 정을 분명히 알면서 고의로 형사소추 되게 하는 것이다. 여기서 말하는 형사소추란 형사책임의 추궁을 목적으로 한 입안, 조사, 기소, 재판 활동을 의미한다.[409] 둘째, 유죄인 정을 분명히 알면서 고의로 비호하고자 형사소추 되지 않게 하는 것이다. 즉, 사법공무원이 비호하고자 하는 자의 죄행을 분명히 알면서도 사적인 동기에 얽매여 소추되지 아니하게끔 하는 것이다.[410] 셋째, 형사재판업무 중 고의로 사실과 법률에 위배하여 재판을 왜곡한 것이다. 이에 나올 수 있는 결과로는 무죄를 유죄로 바꾸는 것, 유죄를 무죄로 바꾸는 것, 가벼운 죄를 무겁게 처벌하는 것, 무거운 죄를 가볍게 처벌하는 것이 있다.[411] 행위자인 사법공무원은 재판을 장악하고 있다는 편리한 조건을 이용하여 사건의 진상을 고의로 왜곡시키고 사실과 법률에 위반하여 재판 또는 결정을 진행하며, 자신이 원하는 결과를 얻기 위하여 재판의 증거자료를 위·변조 및 조작, 훼손하고 또한 소송절차를 위반하는 행위정형도 포함한다.[412]

다음의 〈표 4-6〉은 앞의 내용을 바탕으로 각 권력형 직무범죄의 법정최고형을 정리한 것이다.

[표 4-6] 권력형 직무범죄의 법정최고형 일람표

조 항	죄 명	법정최고형	조 항	죄 명	법정최고형
제382조	탐오죄	사형과 재산몰수 (종신감금형으로 감형가능)	제389조	증뢰죄	무기징역 (벌금 또는 재산몰수)
제384조	공금횡령죄	무기징역	제390조의1	영향력 있는 자에 대한 증뢰죄	징역 10년 (벌금)

407) 第九十四条【司法工作人员的范围】 本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。
408) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 334면.
409) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1255면.
410) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 334면.
411) 张明楷, 앞의 책, 2016, 1256면.
412) 法律出版社法规中心, 앞의 책, 2017, 334면.

[표 4-6] (계속)

조 항	죄 명	법정최고형	조 항	죄 명	법정최고형
제385조	수뢰죄	사형과 재산몰수 (종신감금형으로 감형가능)	제395조	거액재산출처 불명죄	징역 10년 (차액추징)
제388조	(알선)수뢰죄		제397조	직권남용죄 직무소홀죄	징역 7년 (사적 동기의 경우 10년)
제388조의1	영향력을 이용한 수뢰죄	징역 15년 (벌금 또는 재산몰수)	제399조	법왜곡죄	징역 15년

5. 권력형 직무범죄의 사건분석

중국에서 실제로 발생한 권력형 직무범죄 사건을 분석함으로써 앞서 언급한 중국의 직무범죄에 관한 법률과 제도 그리고 정책이 제대로 실현되고 있는지를 알아보고자 한다. 이에 중국의 반부패와 관련한 법률과 정책이 실질적으로 갖는 효과를 파악하고 시사점을 도출시킴으로써 우리의 입법과 정책에 반영할 수 있는지 여부를 검토하고자 한다. 그러므로 다음의 내용에서는 중화인민공화국 건국 이래 최악의 정치 스캔들이라고 알려진 보시라이(薄熙来) 사건을 심도 있게 다루고, 이를 통하여 현재 중국이 직무범죄를 어떠한 방법과 절차로 어떻게 제재하는지 종합적으로 파악하고자 한다.

가. 보시라이 사건

1) 사건의 개요

보시라이 전 충칭시 당서기의 심복이었던 왕리쥔(王立軍)이 충칭시 공안국장에서 해임된 직후인 2012년 2월 6일, 쓰촨(四川)성 청두(成都) 소재의 미국 총영사관에 진입해 정치적 망명을 시도하면서 보시라이와 관련한 비리들이 수면 위로 드러나게 된 중국 최악의 정치 스캔들이다.

2) 사건의 경과

가) 구카이라이(谷开来)의 닐 헤이우드 독살

2011년 11월 15일, 중국 충칭시의 한 호텔에서 영국인 사업가인 닐 헤이우드가 독살된 채 발견된다. 사업적 문제로 갈등을 빚다가 결국 구카이라이에 의해 독살당한 것이다.[413] 이후 구카이라이는 남편의 심복이자 자신에게 특별한 감정[414]이 있는 충칭시 공안국장 왕리쥔에게 사건의 은폐를 의뢰하고, 이에 왕리쥔은 궈웨이궈(郭维国 ; 당시 충칭시 공안국의 부국장), 리양(李阳 ; 당시 충칭시 공안국 형사경찰 총대장), 왕펑페이(王鹏飞 ; 당시 충칭시 공안국 위베이구의 부구장 겸 공안분국 국장), 왕즈(王智 ; 당시 충칭시 공안국 샤핑바구의 분국 부국장)를 동원하여,[415] 닐 헤이우드의 독살을 단순과음에 의한 사망으로 처리한 뒤 시신을 화장해 증거를 없애며 구카이라이를 돕는다. 하지만 같은 해 12월, 왕리쥔은 구카이라이가 자신을 제외한 궈웨이궈, 리양, 왕펑페이, 왕즈에게 닐 헤이우드의 독살사건을 은폐해준 대가로 술을 접대한 사실을 알게 되고,[416] 이에 불안한 감정을 느낀 왕리쥔은 결국 2012년 1월 28일 저녁, 구카이라이의 남편이자 자신의 상관인 보시라이에게 구카이라이의 독살사건을 보고한다. 다음 날 아침, 보시라이는 왕리쥔을 비롯하여 궈웨이궈, 우원캉(吴文康 ; 당시 충칭시 시위원회 부비서장 겸 시위원회 판공청 주임)을 불러 모은 자리에서 왕리쥔의 뺨을 때리고 유리잔을 집어던지는 등 심하게 질책한다.[417] 같은 날 저녁, 보시라이는 우원캉에게 왕리쥔의 명령으로 구카이라이의 사건을 은폐한 왕펑페이, 왕즈에 대한 조사를 지시함과 동시에, 1월 29일부터 보시라이는 충칭시 시위원회의 여러 간부에게 왕리쥔의 충칭시 공안국 당위원회 서기 및 공안국 국장직 해임안을 제의하였고, 이에

413) 정확히는 구카이라이가 보낸 장샤오쥔(张晓军)에 의해 독살되었다. 덧붙여, 장샤오쥔은 추후 재판에서 범행을 인정하고 9년형을 선고받아 복역 하던 중 총 3번의 감형을 받고 2019년 5월 5일에 출소했다. 바이두 백과사전, '张晓军' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E5%BC%A0%E6%99%93%E5%86%9B/9342959, 2019.10.22. 최종검색.

414) 한국일보, "보시라이 "왕리쥔이 내 아내 구카이라이 연모"", 2013.8.26. https://www.hankookilbo.com/News/Read/201308261216830944, 2019.10.22. 최종검색.

415) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.

416) 중앙일보, "보시라이, 영국인 독살 보고한 왕리쥔 뺨 후려쳐", 2012.9.21. https://news.joins.com/article/9388606, 2019.10.22. 최종검색.

417) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.

몇몇 간부들은 왕리쥔의 해임안을 제출하였다. 이윽고 상급 공안기관의 동의없이 보시라이는 2월 1일 오후, 충칭시 시위원회 회의를 주관하여 왕리쥔의 해임을 결정하고 충칭시 부시장에 임명한다.[418] 이는 표면상 승진이었으나 사실상 실권 없는 자리로의 좌천성 인사였다.

나) 왕리쥔의 망명기도

2월 6일 늦은 오후, 자신의 측근이 조사를 받고, 자신 또한 보시라이의 감시를 받게 되자 위험을 직감한 왕리쥔은 노파로 변장하고 연금 중이던 자신의 집을 빠져나와 쓰촨성 공안청 부청장의 도움으로 도주하여 쓰촨(四川)성 청두(成都)에 있는 미국 총영사관에 진입, 정치적 망명을 신청한다. 청두의 미국 총영사는 주중미국대사인 낙가휘(骆家辉 ; Gary Faye Locke)에게 연락했고, 주중미국대사 낙가휘는 그 즉시 백악관에 상황을 보고한다. 백악관은 당시 중국과의 정치적 마찰을 회피하기 위하여 왕리쥔의 망명신청을 거절하였고, 2월 7일 새벽, 낙가휘는 청두의 총영사관에 정식으로 왕리쥔의 망명신청이 거절되었음을 통보한다.[419]

다) 당 중앙과 보시라이의 충돌

같은 시각, 왕리쥔을 감시하던 감시조는 왕리쥔이 사라진 것을 발견하였고, 보시라이 또한 베이징의 지인을 통하여 이미 왕리쥔이 청두의 미국 총영사관에 진입해있음을 알게 된다.[420] 이에 보시라이는 왕리쥔의 신병을 확보하기 위하여 황치판(黃奇帆 ; 당시 충칭시장)으로 하여금 70대의 무장공안차량을 동원해 청두의 미국 총영사관을 포위할 것을 지시한다.[421] 청두의 미국 총영사관이 보시라이가 동원한 충칭소속의

---

418) 원래 당조직법의 절차에 의하면 공안국의 당위원회 서기 또는 공안국 국장을 임면하는 것은 상급 공안기관의 비준안을 제출하고 동의를 얻어야만 가능한 일이다.

419) 한국경제, "보시라이·왕리쥔 운명 바꾼 '헤이우드 독살'", 2012.4.26. https://www.hankyung.com/international/article/2012042672371, 2019.10.22. 최종검색.

420) 왕리쥔이 청두의 미국 총영사관에 진입한 직후, 영사관 내부의 중국측 직원으로 가장한 중국 국가안전부 요원이 왕리쥔의 망명시도를 쓰촨의 국가안전부에 보고했고, 쓰촨의 국가안전부는 베이징의 고위층에 해당 소식을 전달했는데 이 소식은 결국 당시 정치법률위원회 서기였던 저우융캉에게까지 전달이 된다. 저우융캉은 이 소식을 듣고 즉시 당시 충칭시 당서기인 보시라이에게 전화를 걸어 수단과 방법을 가리지 말고 왕리쥔을 제거하라고 명령한다.

421) 연합뉴스, "구속된 보시라이의 '심복' 황치판, 충칭시장 재선", 2013.2.1. https://www.yna.co.kr/view/AKR20130201067400089, 2019.10.22. 최종검색. 이 사건으로 인하여 황치판은 경질될 것으로 보였으나, 이후 충칭시장 연임에 성공하며 건재를 과시한다.

무장공안에 의해 포위당하자 청두의 미국 총영사는 그 즉시 베이징의 낙가휘 대사에게 보고하고, 대사는 다시 중국 당 중앙에 무장공안이 청두의 미국 총영사관을 포위하였다고 알린다. 사실 미국 대사가 알리지 않았어도 당 중앙은 이 사실을 알고 있었다. 왕리쥔의 도주에 도움을 주었던 해당 부청장은 영사관 밖에서 왕리쥔을 기다렸으나 나오지 않자 연락을 하였고 연락조차 닿질 않자 사태의 심각성을 파악하고 쓰촨성 당서기인 류치바오(刘奇葆)에게 연락, 류치바오는 곧 베이징의 후진타오 전 국가주석에게 보고한 것이다. 후진타오 전 국가주석은 류치바오에게 청두의 미국 총영사관으로 공안력을 투입해 왕리쥔의 신병을 확보하고 청두의 미국 총영사관인원의 안전을 책임지라는 명령을 내린다. 이윽고 청두의 미국 총영사관에서, 당 중앙이 보낸 청두소속의 무장공안과 보시라이가 보낸 충칭소속의 무장공안이 서로 대치하는 초유의 사태가 벌어지게 된다. 이때 보시라이의 정치선배인 저우융캉(전 중앙 당정치국 상무위원 및 정법위 서기)은 상황이 여의치 못함을 파악하고 보시라이에게 전화를 걸어 충칭소속의 무장공안을 철수시킬 것을 명령하였으나 보시라이는 이를 거절한다. 이에 저우융캉은 후진타오에게 이를 알렸고, 후진타오가 직접 보시라이에게 전화를 걸어, '이번 사건은 독립적인 사건으로 타인에게 영향을 주지 않을 것'이라는 이야기를 듣고서야 비로소 보시라이는 철수 명령을 내린다.

나. 사건의 결과

당 중앙의 국가안전부는 왕리쥔의 신병을 확보하고 그를 베이징으로 압송한다. 압송된 왕리쥔은 보시라이의 탐오·뇌물수수 등의 죄행을 하나씩 밝히기 시작한다. 결국 보시라이는 2012년 4월 10일 관련 규정에 근거하여 당직무가 정지되었고, 정식으로 입안되어 당내 기관의 조사를 받기 시작한다.[422] 대권을 꿈꾸던 최고위 권력자의 몰락이 아닐 수 없다. 뿐만 아니라, 구카이라이가 범한 닐 헤이우드의 독살사건과 관련하여 왕리쥔은 사건을 은폐할 당시 혹시 모를 후일에 대비하기 위해 보존해둔 닐 헤이우드의 혈액샘플과 당시 구카이라이와의 대화 및 통화녹취록 등 닐 헤이우드의 독살 관련 증거들을 사법기관에 넘김으로써 사건은 마침표를 찍게 된다.

---

422) 바이두 백과사전, '薄熙来' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%96%84%E7%86%99%E6%9D%A5/181299?fr=aladdin, 2019.10.22. 최종검색.

1) 구카이라이의 처벌

2012년 7월 26일, 안후이성 허페이시 중급인민검찰원은 구카이라이를 닐 헤이우드 살해 혐의로 기소하였고 같은 해 8월 9일, 안후이성 허페이시 중급인민법원은 1심의 심리를 시작하여 8월 20일, 구카이라이는 사형집행유예 및 정치권리종신박탈형을 선고받는다.[423] 2014년 9월 25일, 형벌집행기관은 구카이라이가 사형집행유예기간 내에 별도의 고의범죄가 없었음을 이유로 무기징역으로의 감형을 제안하였고 이내 받아들여졌다(부가형인 정치권리종신박탈형은 해당사항 없음).[424]

2) 보시라이의 처벌

보시라이는 2012년 4월 10일《中国共产党章程 ; 중국공산당장정》과《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例 ; 중국공산당기율검사기관사건검사업무조례》에 근거한 심각한 당기율 위반혐의로 직무가 정지된 상태에서 당내 기관인 중앙기율검사위원회의 조사를 받는다. 2012년 9월 28일, 중앙정치국 회의를 통하여 보시라이의 당적과 공직을 모두 박탈당하는 '쑹카이' 처분을 결정한다.[425] 중앙기율검사위원회의 조사결과 총 세 가지 범죄의 혐의가 도출되었는데 그것은 첫째, 형법 제382조 탐오죄, 둘째, 형법 제385조 수뢰죄, 셋째, 형법 제397조 직권남용죄이다.[426] 이에 밝혀진 범죄혐의들의 구체적인 정황은 다음과 같다.

먼저 탐오죄 혐의와 관련하여, 보시라이는 2000년 대련시장 임기시절 상급 단위의 건축공사를 책임지는 역할을 맡은 바 있는데 이때 건축물 완공 직후 당시 향촌계획토지국의 국장인 왕정강(王正刚)으로부터 500만 위안의 금액을 탐오한 사실이 조사결과 밝혀졌다.[427] 다음으로 수뢰죄 혐의와 관련하여, 보시라이는 1999년부터 2012년까지 대련시장 및 시위원회 서기, 랴오닝성의 성장, 상무부장을 역임하며 자신의 직권을

423) 바이두 백과사전, '谷开来' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%B0%B7%E5%BC%80%E6%9D%A5, 2019.10.22. 최종검색.
424) 바이두 백과사전, '谷开来' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%B0%B7%E5%BC%80%E6%9D%A5, 2019.10.22. 최종검색.
425) 바이두 백과사전, '薄熙来' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%96%84%E7%86%99%E6%9D%A5/181299?fr=aladdin, 2019.10.22. 최종검색.
426) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
427) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.

이용하여 탕샤오린(唐肖林) 등으로부터 누적 합계 20,447,376.11원을 뇌물로 수수한 사실이 조사결과 밝혀졌다.[428] 마지막으로 직권남용 혐의와 관련하여, 보시라이는 자신의 부하직원들을 정신적·물리적으로 압박하여 구카이라이의 사건을 제대로 조사하지 못하게 한 사실이 있으며 종국에는 이러한 원인이 왕리쥔으로 하여금 국가를 배반하게 하는데 중요한 원인으로 작용하여 그 경위가 특히 엄중하다고 인정함이 상당하다.[429] 또한, 당 조직의 임면절차를 무시하고 왕리쥔을 임의로 해임한 점이 인정된다.[430] 뿐만 아니라 왕리쥔이 미국 총영사관에 망명신청의 원인을 자신의 탓이 아니게 할 목적으로 한 병원으로부터 허위 우울증 진단서를 발급받아 이를 대외적으로 공표한 사실이 인정된다.[431] 끝으로 왕리쥔을 도와서 구카이라이의 사건을 은폐하는데 역할을 한 왕펑페이와 왕즈를 이유없이 연행하여 조사하고 이들 중 왕펑페이를 무고혐의로 입안 수사한 점, 이후 왕펑페이의 위베이구의 부구장 연임자격을 취소하게 한 점도 인정해야함이 상당하다.[432] 이러한 점들을 들어 보시라이의 직권남용 혐의는 사실인 것으로 조사결과 밝혀졌다.

이에 위의 내용을 근거로 2013년 7월 25일, 산동성 지난시 중급인민검찰원이 지난시 중급인민법원에 보시라이를 기소하였고, 보시라이는 1심에서 무기징역 및 정치권리종신박탈형을 선고받았다(① 탐오죄 : 징역 15년 및 개인재산 몰수 100만 위안, ② 수뢰죄 : 무기징역 및 정치권리종신박탈형을 부과하며, 모든 개인재산 몰수, ③ 직권남용죄 : 징역 7년). 이후 보시라이는 1심판결에 불복·항소하지만 산동성 고급인민법원은 2013년 10월 25일의 판결로 보시라이의 상소를 기각하고 1심판결을 유지하였다.[433]

---

428) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
429) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
430) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
431) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
432) 人民网, "薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因", 2013.9.22. http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.
433) 바이두 백과사전, '薄熙来' 키워드 검색결과, https://baike.baidu.com/item/%E8%96%84%E7%86%99%E6%9D%A5/181299?fr=aladdin, 2019.10.22. 최종검색.

다. 그 외 고위관료의 반부패 처벌 일람표

'보시라이 사건'을 통하여 중국이 현재 어떤 절차로 어떻게 직무범죄를 제재하고 있는지를 간단하게나마 살펴볼 수 있었다. 앞선 내용으로 또한 언급한 바, 시진핑 지도부는 '여우사냥 작전', '톈왕 작전', '打虎拍蝇(다후파이잉)', '무관용(Zero-tolerance) 원칙' 등의 기치를 내걸고 반부패 캠페인을 실행에 옮기고 있다. 이에 다음의 〈표 4-7〉[434]의 내용으로 부패한 관료들을 어떻게 처벌하였는지를 간략히 개관하여 살펴보고자 한다.

[표 4-7] 부패범죄로 처벌된 고위관료 일람표

고위관료	前직책	부패혐의	경과 및 처벌
저우융캉 (周永康)	전 중앙정치국 상무위원 및 정법위 서기	- 수뢰 - 직권남용 - 국가기밀고의누설	2014년 7월 29일《中国共产党章程》과《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》의 관련 규정에 의하여 조사개시, 2014년 12월 5일 중앙정치국 회의에서《关于周永康严重违纪案的审查报告》통과로 당적 박탈. 2015년 1월 7일 30인의 부패혐의자와 함께 사법기관에 이송. 2015년 4월 3일 수뢰·직권남용·국가기밀고의누설 혐의로 조사종결 후 톈진 인민검찰원 제1분원이 해당혐의자를 톈진 중급인민법원에 기소. 2015년 6월 11일 1심에서 1) 수뢰 : 무기징역, 정치권리종신박탈형, 모든 개인재산 몰수, 2) 직권남용 : 징역7년, 3) 국가기밀고의누설 : 징역4년을 선고받아 최종 무기징역, 정치권리종신박탈형, 모든 개인재산 몰수 선고, 죄를 뉘우치며 판결에 복종하여 항소하지 아니함.
쉬차이허우 (徐才厚)	전 중앙군사위원회 부주석	- 수뢰(약 4000만 위안의 현금과 상하이 지역의 부동산 4채)	2014년 3월 15일 당 기율 관련 조례에 따라 조사개시. 2014년 6월 30일 수뢰혐의로 당적과 군적 박탈 및 상장계급 박탈 후 군사검찰기관에 사건 이송. 2015년 3월 15일 방광암 치료 도중 병원에서 사망하여「형소법」제15조에 의거 군검찰원은 불기소 결정. 불법소득은 법에 의하여 처리.
링지화 (令计划)	전 정치협상회의 부주석	- 수뢰 - 국가기밀불법취득 - 직권남용	2014년 12월 22일 당 기율 관련 조례에 따라 조사개시. 2014년 12월 31일 직무정지. 2015년 7월 20일《关于令计划严重违纪案的审查报告》통과로 당적과 공직 박탈(쌍카이) 후 사건을 사법기관으로 이송. 2016년 5월 13일 최고인민검찰원의 수뢰·불법국가기밀취득·직권남용혐의에 대한 조사 종결, 톈진 인민검찰원 제1분원이 해당혐의자를 톈진 제1중급인민법원에 기소. 2016년 7월

434) 바이두 백과사전을 통하여 해당 인물들을 검색하여 〈표 4-7〉로 나타냄, http://baike.baidu.com, 2019.10.23. 최종검색.

[표 4-7] (계속)

고위관료	前직책	부패혐의	경과 및 처벌
			4일 1) 수뢰 : 무기징역, 정치권리종신박탈형, 모든 개인재산 몰수, 2) 불법국가기밀취득 : 징역5년, 3) 직권남용 : 징역4년 선고로, 결국 무기징역, 정치권리종신박탈형, 모든 개인재산 몰수 선고, 판결에 복종하여 항소하지 아니함.
궈보슝 (郭伯雄)	전 중앙정치국 위원 및 중앙군사위원회 부주석	- 수뢰(가족 등을 통하여 한화 약 148억 상당을 뇌물로 수수) - 직권남용(승진 등 인사에 관여)	2015년 7월 30일 중앙정치국 회의를 통하여 당적 박탈 및 군사검찰기관에 사건 이송. 2016년 5월 3일 승진 등 인사에 관여하고 뇌물을 수수한 혐의로 입건조사 및 기소. 2016년 7월 25일 군사법원 비공개 1심 재판에서 무기징역 정치권리종신박탈형, 모든 개인재산 몰수, 불법장물 국고귀속, 상장계급 박탈 선고.
리우즈쥔 (刘志军)	중국 철도부 부장	- 수뢰(1,560만 위안), - 직권남용(직무편리를 이용하여 11인 등의 승진에 관여, 일감 몰아주기, 철도물류 운송계획을 제공하여 도움제공)	2011년 2월 당 기율 관련 조례에 따라 조사개시. 2011년 2월 15일 철도부 부장직무 정지. 2012년 5월 당적과 공직 박탈(쌍카이) 처분. 2013년 6월 9일 베이징 제2중급인민법원에서 1심 개시. 2013년 7월 8일 베이징 제2중급인민법원에서 1) 수뢰 : 사형(집유), 모든 개인재산 몰수, 정치권리종신박탈형을 선고, 2) 직권남용 : 징역10년 선고로, 결국 사형(집유) 확정. 2015년 10월 26일 사형집행유예기간 내에 별도의 고의범죄가 없었음을 이유로 무기징역으로 감형(정치권리종신박탈형은 해당없음).

6. 시사점

가. 일반적 시사점

중국의 경우, 첫째, 공무원의 최소 80%가 중국 공산당의 당원이므로 직무범죄의 제재를 논함에 있어서, 당원으로서 받는 당적 제재 또한 고려해야만 한다. 이에 당원이자 공무원인 자에 대한 제재는 당적 제재와 형사제재로 나누어 고찰하였다. 둘째, 부패범죄는 어디서든지 끝까지 추적하여 처단하겠다는 중국 정부의 의지를 입법이나 정책 시행 측면에서 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 이에 중국은 부패범죄의 관리의지가 잘 반영된 입법과 정책을 갖추고 있다고 생각된다. 그러나 이러한 점이 또한 단점으로 작용할 수 있는 바, 여전히 중국의 정치체제가 갖고 있는 한계가 여기에서 또한 그 궤를 같이 한다 할 수 있다. 다시 말해, 지도부의 반부패관리 의지가 국가와 인민의

이익을 향하지 아니하고 자신이 가진 권력을 사적으로 이용하는데 이러한 입법과 정책을 활용한다면, 즉 권력에 종속된 채 권력자의 칼 노릇만 하게 된다면, 예컨대 지도부 자신의 정적을 제거하는데 있어서 굉장한 효율을 발휘할 수 있는 체계가 이미 잘 구축되어 있다고 봄이 상당하다. 또한, 최대 20%에 달하는 비(非)당원에 대한 감찰과 제재에 한계가 있다고 볼 수 있다. 앞서 논의한 바와 같이, 사회에 위해를 끼치는 면에서 공직부패에 뒤처지지 않는 것이 바로 민간 또는 기업의 부패인데, 이러한 민간 또는 기업부패를 제재하는 입법과 제도가 공직부패에 대한 대책과는 차원이 다를 정도로 뒤떨어져 있는 양상을 보이고 있다. 이러한 점을 반영하여 2015년 국가감찰위원회를 새로 설립하고 헌법기구화하여 공직부패뿐만 아니라 더욱 넓은 영역에서의 부패를 제어하려고 노력하는 모습을 보이고 있지만 국가감찰위원회 또한 당내기구이므로 독립성을 보장받지 못해 앞서 언급한 권력의 칼로서 전락할 가능성이 있어 귀추가 주목된다.

나. 구체적인 시사점

1) 입법적 측면

입법적인 측면에서 직무범죄 관련 처벌의 강화가 돋보인다. 사형제를 폐지하거나, 폐지하지 아니하더라도 사형의 집행을 줄이는 세계적인 추세 속에 중국도 이에 발을 맞추어 형법수정안(9)에서 사형선고가 가능한 죄명을 기존 55개에서 46개로 축소·조정한 바 있다. 그러나 해당 46개 죄명 가운데 직무범죄는 여전히 법정최고형으로 사형을 규정하고 있다. 대표적으로는 탐오죄와 뇌물죄(수뢰죄·증뢰죄 등)가 그러하다. 직무범죄에 관한 한 관용을 베풀지 않겠다는 입법자의 의지를 다시 한 번 확인할 수 있는 부분이라고 할 수 있다.

2) 양형적 측면

양형적인 측면으로는 범죄의 법정형을 놓고 보면 역시나 형이 무겁다는 생각이 자연스럽게 든다. 또한, 부패 고위관료들의 재판과정을 들여다보면 탐오 및 수뢰죄의 경우 재판부가 무기징역을 선고하는 장면은 흔히 볼 수 있으며 심지어 사형(집행유예) 판결 또한 어렵지 않게 찾을 수 있다. 사실상 사형폐지국인 우리 시각에서 중국의

사형판결은 우리나라 법원이 내리는 사형판결과는 근본적으로 다른 준엄함을 의미한다. 그러나 언제나 모든 경우에 죄를 무겁게 처벌하는 것만은 아니다. 중국의 형법규정은 관대할 필요가 있을 때에는 한없이 관대하게 그러나 엄히 다스려야 할 때에는 준엄하게 죄를 다루는 길을 열어두고 있다는 점에서 관엄상제(宽严相济)가 잘 어우러져 있다고도 평가할 수도 있다. 이는 기존의 형법 규정 중 자수와 입공제도(중국식 플리바게닝)의 모습으로 찾아볼 수 있고, 특히나 형법수정안(9)으로 대폭 수정된 형법 제383조 제3항과 제4항(사형집행유예기간 종료 후 감금없는 종신형으로 감형할 수 있는 규정)에서도 투영되어 있다고 볼 수 있다.

3) 정책적 측면

앞의 내용으로 언급한 바, '여우사냥 작전', '톈왕 작전', '打虎拍蝇(다후파이잉)', '무관용(Zero-tolerance) 원칙' 등 반부패 캠페인의 효과가 확실히 눈에 보인다. 중국 공산당이 부패와의 전쟁을 승리로 이끌겠다는 확고한 의지를 표명하는 것으로 해석할 수 있는 부분이다. 중국 공산당의 경우, 지금보다 더욱 부패하여 결국 당이 인민의 신뢰를 잃는다면 앞으로 당의 미래가 불투명해질 것이라는 것을 스스로가 인지하고 있다. 이에 따라 이들은 반부패에 더욱 치열할 수밖에 없으며 그러한 노력은 입법에서 그리고 정책시행에서 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 또한 중국은 전 세계 수많은 국가와 사법공조 체계를 구성하였고, 이러한 체계를 뒷받침해줄 여러 최첨단의 기술이 상용화 단계에 있기도 하다.

결론적 고찰

박 학 모

제8장

결론적 고찰

이른바 '국정농단' 사태, 그리고 이와 관련된 일련의 형사사법절차의 진행을 계기로 특히 '직권남용'을 비롯하여 여러 유형의 직무범죄가 국민적 관심사가 되고 있다. 이와 같이 관심이 고조된 직무범죄의 구성 및 제재 체계에 존재하고 있는 법률적·법현실적 문제가 하나씩 조명될 필요가 있다. 비교적 최근에 간접적으로나마 형법상 직무범죄의 재구성 필요성을 드러낸 사례라 할 수 있는 것은 2016년 9월부터 시행된 '청탁금지법'(일명 '김영란법')이다. 현행 형법상 직무범죄, 특히 뇌물범죄의 구성체계가 안고 있는 한계로 인하여 이루어진 입법인데, 공직반부패를 위하여 별도의 독자입법 형태로 부정청탁행위 및 일정한 금품수수행위 등을 범죄화하는 방식을 취하였다. '청탁금지법'은 부정청탁행위를 범죄화하는 입법적 성과에 그치지 않고 그 논의과정에서 궁극적으로는 공직자의 '이해충돌방지'도 입법해야 한다는 의제를 부각시킴으로써 이에 대한 공감대가 점차 확산되고 있으며, 최근 다시 일련의 관련 법안이 발의된 상황이다.

이와 더불어 현 정부에서 추진되는 이른바 '적폐청산'과 지속적인 공직개혁의 요청은 새로운 '공직자상' 및 '공직사회상'을 반영한 직무범죄, 특히 직권남용에 대한 제재 강화 필요성을 제기하고 있다. '세월호참사'로 적나라하게 불거진 박근혜·최순실의 '국정농단'과 '관피아' 논란에도 불구하고 엄중한 공직개혁 요청에 부응하는 형법적 대응 방안은 아직 가시화되지 못하였다고 할 수 있다. 이 연구는 공직의 공공성과 공직자의 책임윤리에 기반을 둔 행위규범의 강화를 염두에 두고 직무범죄, 특히 직권남용죄의 구성요건의 재구성 방안을 모색하하였다.

아직 재판이 진행 중인 이른바 '국정농단' 사안들에서 전직 대통령을 비롯한 정치엘리트 및 고위공직관료들에 의해 자행된 '권력형 직무범죄'는 국가와 공직사회에 미치

는 피해의 중대성을 감안할 때 이를 “일반” 직무범죄의 법정형으로 제대로 처단이 가능한가 하는 의문을 제기하게 한다. 다른 한편 “권력형 직무범죄”를 특별히 엄중하게 단죄하고자 특별구성요건의 입법화 등을 통해 형법적으로 대응하고자 할 경우, “정치와 형법”의 긴장관계를 면밀히 검토할 필요가 있다. 특히 통치자나 고위공직자가 책임정치와 책임행정을 구현하고자 할 때 일정부분 규범으로부터 자유로운 영역을 인정하지 않을 수 없다는 점에서 여기에 형법이 과도하게 개입할 경우 자칫 역기능적일 수 있기 때문이다. 하지만 이들이 공직과 관련하여 행사할 수 있는 특별한 “권력”이 부여되어 있음을 생각하면 법적 책임 또한 엄격하고 특별하게 추궁되어야 한다는 요청이 존재하는 것도 사실이다.

연구의 대상과 범위와 관련하여 “권력형 직무범죄”의 개념정의와 경계를 어떻게 설정하느냐와 관련하여 논의의 실익이 있는 핵심영역으로 연구 범위를 제한할 필요가 있는 관계로 직무범죄의 기본개념을 정리한 후 직권남용죄에 집중하여 살펴보았다. 이른바 “국정농단” 사태를 계기로 이슈화된 ‘권력형 직무범죄’의 개념규정은 법률상의 개념은 아니다. “권력형”이란 의미에는 직무범죄를 범하는 과정에서 직무범죄가 내포하고 있는 “의무범”의 성격, 즉 부여된 의무의 이행과 결부된 공직에 고유한 일반적 권력 작용과 공직신뢰를 침해하는데 그치는 것이 아니라, 이를 넘어서는 특별한 권력 작용이 범죄행위에 작용하고 있다는 점을 내포하고 있다. 직무범죄가 “권력형”이라는 것은 이러한 권력으로부터 비롯되고, 권력에 의해 뒷받침되며, 동시에 권력에 지향된 범죄라는 점을 암시한다. 기존의 형사정책 논의에서 “권력형”이란 수식어와 함께 논의되어온 대표적 주제는 ‘권력형 부패’이다. ‘권력형 부패’란 대체로 “통치자 및 그 주변의 권력엘리트가 주체가 되어 저지르는 정치부패”를 통칭하는 매우 포괄적인 개념이다. 권력형 부패에서 나타나는 부패범죄의 유형들이 직접 또는 간접적으로 일련의 형법상 직무범죄들과 결부되어 범해진다는 점에서 ‘권력형 직무범죄’와 불가분의 관계에 있다. 무엇보다 ‘권력형 부패’와 ‘권력형 직무범죄’의 상관관계는 공직부패의 주체로서 공직자와 부패행위 내용의 상관관계 속에서 드러난다. 이러한 상관관계를 ‘권력형 직무범죄’와 ‘권력형 부패’의 개념적 외연과 상관관계를 파악하는데 활용하면 ‘권력형 직무범죄’는 일단 ‘정부 및 정치권력 핵심부(엘리트)가 주체가 되어 저지르는 정치부패 성격의 직무범죄’로 정의해 볼 수 있다. 이른바 “국정농단사건”도 구속된

총 22명의 피고인의 주요 혐의를 보면 전형적인 권력형 부패의 형태로 자행된 것을 볼 수 있다. 피고인들 가운데 특히 고위공직자들의 주요 혐의에 주목해 보면 그 핵심에 권력남용, 즉 직권남용이 자리하고 있는 것을 볼 수 있다.

정치권력의 남용이라는 주체와 수단의 측면에서 일반 부패와 차별화되는 "권력형" 부패와 마찬가지로 일반 직무범죄와 차별화되는 "권력형" 직무범죄는 정치권력의 정점인 "권력자" 대통령을 비롯하여 대통령 주변의 정치엘리트 및 고위공직관료들이 정치권력을 힘입어서 또는 "그 연장된 손"으로서 자신들에게 부여된 공권력, 즉 직무권한을 범죄에 이용하는데 특징이 있다. 즉 권력형 직무범죄의 의미에서 '권력'은 국가권력의 정점에 있는 대통령의 권력과 불가분의 관계에 있다고 볼 수 있다.

따라서 직무범죄 가운데서도 그 행위양태가 전형적으로 "권력형"으로 나아갈 수 있는 유형의 구성요건을 중심으로 범위를 좁혀 연구의 대상과 범위를 제한할 필요가 있다. 다시 말해 전형적인 "권력형" 범죄의 태양을 보이는 "직권남용"을 중심으로 그동안 실무에서의 '직권남용'에 대한 판단이 "권력형 직무범죄로서 직권남용"에 있어서 어떻게 사법정의에 상응하는 법적용이 이루어질 수 있는지 살펴보며 법해석론적 해법과 입법론적 개선방안을 모색해 보았다.

권력형 직무범죄를 다룸에 있어서 선행되어야 할 것은 정치와 형법의 경계 영역에서의 과도한 범죄화의 위험을 어떻게 접근하느냐 하는 것이다. "정무직"이라는 표현에서도 나타나는 바와 같이 "고도의 정책결정 업무에 관계하는 공무원"이라는 점에서 대통령을 비롯한 정무직 공무원은 그 업무가 정치와 행정의 영역에 걸쳐있음을 볼 수 있다. 이러한 정책결정의 영역에서 활동하는 고위공직자의 정무적 판단과 형사처벌 및 처벌배제사유와 관련하여 최근 독일의 논의를 참조하여 3단계의 정당화과정을 검토하여 보았다. 첫 번째 단계의 출발점은 정무행위가 어느 범위에서 민주적으로 정당화되어 있는지를 정하는 특별권한에 관한 규정이 존재하여야 한다. 이어서 두 번째 단계에서는 정무행위와 결부된 실책의 위험을 염두에 두고 첫 번째 단계의 권한을 넘어서는 행위에 대해서도 처벌을 면제해주는 이른바 '면책특권'에 관한 규정들이 존재해야 한다. 마지막으로 세 번째 단계에서 비로소 전형적인 형법의 관점이 작동하는데, 이는 공직자의 특별한 역할과 무관하게 그 행위 자체의 가벌성을 배제하거나 또는 정당화하는 위법성조각사유 또는 책임조각사유의 형태로 등장한다. 이 세 단계

사이에는 위계질서가 존재하여, 첫 번째 단계의 해당 특별권한의 한계를 넘은 것으로 판단되는 경우에만 두 번째 단계의 실책과 결부된 면책특권에 대한 고려로 넘어가며, 마지막으로 그런 특권도 존재하지 않아서 해당 정무행위와 결부된 특수상황이 처벌면제의 이유가 되지 않는 경우에만 세 번째 단계의 일반적인 형법상 처벌규정의 적용여부가 검토된다.

권력형 직무범죄와 관련하여 그 핵심에 있는 직권남용죄의 기소율은 처리인원의 3% 내외에 머물고 있는 가운데 그 발생현황에서 볼 수 있는 바와 같이 최근 10년간 직권남용죄는 가히 폭발적으로 증가하고 있는 실정이다. 이른바 국정농단 사태 이후의 통계가 본격적으로 산출되면 이러한 경향은 더욱 가중될 것으로 예상된다. 국정농단과 사법농단 사태를 겪는 등 공직사회와 사법체계에 대한 신뢰가 무너지다시피 한 가운데 국민 일반이 공직사회의 직권남용에 대하여 더 예민하고 활발하게 문제를 제기하기 시작하였다는 함의도 가지고 있는 것으로 보인다. 그러나 공무원의 직권남용이 민사법적 불법행위를 구성하거나 공법상 징계사유를 넘어 형법상 직권남용죄가 되는 경우는 기본적으로 형법의 보충적 기능과 최후수단성에 상응하여 강화된 법익보호의 필요성에 따라 제한적으로 이루어져야 할 것이다.

직권남용죄의 해석·적용과 관련하여 대법원이든 학설(다수설)이든 모두 남용의 대상인 '직권', 즉 '직무권한'을 '일반적 직무권한'으로 해석하고 있을 뿐 그 범위의 불확정성에 대한 논증은 없어서 심지어 '일반적'라는 표현의 의미조차도 불분명하다는 것이 문제다.

대법원은 '일반적 권한여부'를 판단함에 있어 법령상의 근거가 없더라도 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 해당 공무원의 직무권한 여부를 판단하며, 남용된 경우 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 행하게 하거나 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 그 남용된 권한은 '일반적 권한'에 포함된다 본다. 이와 같이 '직무권한'의 범위에 대하여 입법론으로나, 해석론으로 설득력 있는 해법이 제시되지 않고 불확정적으로 방치해온 것이 직권남용 여부에 대한 판단의 예측가능성을 저하시키는 일차적인 요인으로 작용한다는 비판이 제기된다. 직권남용죄의 제한해석은 '직권남용'이라는 불명확한 문언을 합리적으로 해석하는 방향으로 모색되어야 하는데, 이와 관련하여 최근 학계의 의미있는 해석론적 시도로서 "목적-수단 조합론"과

"권한-남용 재구성론"에 대한 검토를 통하여 직권남용죄를 합리적으로 해석·적용하는 방안을 모색하였다.

형법 제123조의 직권남용죄는 1995년 개정을 통해 조문의 제목이 "타인의 권리행사방해"에서 현행과 같이 "직권남용"으로 변경되며 직무범죄로서의 특징을 분명히 하였다. 하지만 이와 같은 조문의 연원과 조문의 구성형식은 강요죄 등 다른 '권리행사방해죄'들과의 상관관계 속에서 직권남용죄를 이해하는 일정한 단서를 제공한다. 강요죄에서 폭행·협박이, 일반권리행사방해죄에서 취거·손괴 등이 권리행사방해의 수단이 되는 것과 달리 직권남용죄에서는 "직권의 남용"이 권리행사를 방해하는 수단이 되고 있다고 할 수 있다. 그렇다면 직권남용죄에서 공무원의 직권이 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것이어야 하는지와 관련하여서는 이를 긍정하는 학설(다수설)보다는 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 권한이면 된다는 취지의 대법원의 관점이 더 나은 출발점이라 할 수 있다. 왜냐하면 공무원의 공직은 본질상 국가권력, 즉 공권력을 배후로 하고 있으며, 주지하는 바와 같이 공권력은 크든 작든 본질상 '권력'이며 공직자들 사이 또는 공직자와 시민 사이의 구체적 직무관계 및 생활관계에서 언제든지 권력 작용이 될 소지가 있기 때문이다. 무엇보다 "법률상의 강제력"과 무관하지만 강력한 권력작용에 관계하는 대통령비서실장, 민정수석비서관, 장·차관, 판사 등 "잠재적 권력형 직무범죄자"를 행위자에서 배제하는 학설의 불합리성은 극복되어야 마땅하다고 본다.

직권남용의 "목적-수단"의 상호관계에 주목하여 이를 상호조합적으로 이해함으로써 외형·형식상 정당한 수단을 동원하였지만 실질상 부당한 목적을 위해 직권을 행사한 경우 직권남용으로 포착하려는 시도(조기영)는 의미가 있는 시도라고 볼 수 있지만, 예컨대 수사 또는 내사를 중단시키려는 위법한 목적의 존부를 입증하는 것은 용이하지 않다는 점에서 우선 형사절차상 증거법적으로 일부 예외적인 사안에서만 활용이 가능한 기준으로 생각된다. 직권남용의 목적에 대한 적극적 고려는 직권남용죄를 추상적 위험범으로 이해하면서도 권리행사방해의 침해범 내지 결과범일 것을 요구하는 현행 규정의 해석론으로서보다는 직권남용죄를 권리행사방해의 요건과 무관하게 '국가기능의 공정성 침해'에만 지향된 순수한 추상적 위험범으로 구성하고자 할 경우

입법론적으로는 의미가 있다고 볼 수 있다.

현행 형법상 직권남용죄의 해석론의 범주에서 한편으로는 공직자의 직권남용행태를 촘촘히 포착할 가능성을 제공하면서, 다른 한편으로는 권리행사방해의 결과 발생과 연결되어 있어야 한다는 결과범적 성격과 결부되어 적용상 비교적 단순한 기준을 제시하는 것이 '권한-남용' 재구성론(김성돈)이라 할 수 있다. '권한-남용'의 개념의 재구성, 즉 추상적·구체적 권한 개념 및 제한적·포괄적 남용 개념을 적용한 시도는 무엇보다 권력형 직권남용행위를 포착하여 바람직한 결론을 도출하는데 기여할 수 있다. 무엇보다 이른바 "제2단계의 준월권적 남용" 개념은 기존 해석론의 한계를 넘어 무난하게 "공무원의 행위가 추상적 직무권한의 범위를 벗어난 경우에도 권한의 남용과 같은 외관을 가지는 등 일정한 전제조건을 충족시키면 준월권적 남용으로 인정"할 수 있도록 하여 이에 해당하는 고위직공직자의 직권남용, 즉 권력형 직권남용을 포착할 수 있도록 해주기 때문이다.

비교법적으로 고찰할 때 독일 형법은 원래 제국형법 제339조에서 - 우리의 형법 제123조와 유사하게 - "자신의 직권을 남용하거나 또는 직권을 남용할 것이라고 위협하여 다른 사람에게 일정한 행위, 수인 또는 부작위를 위법하게 강요한 공무원은 징역에 처한다."라고 규정하였었다. 1943년 나치시대에 폐지된 이 범죄구성요건은 직권을 남용하는 행위 이외에도 일종의 협박을 하나의 행위유형으로 파악한 것에 특징이 있다. 또한 현행 독일형법 제240조 제4항 제2호는 공무원의 직권남용 행위의 유형을 두 가지로 나누어 권한을 남용하는 것과 지위를 남용하는 행위로 구분하고 있다. 이 구분은 오스트리아 형법 제302조와 관련해서도 논쟁의 대상이 되고 있다. 구성요건행위인 권한남용이 단지 직무의 사물관할 범위 내에서 이루어진 직권남용에 국한되는 것인지 아니면 직무를 참칭하는 것까지 포함되는 것인지에 관한 논란이다. 직무범위 안에서 이루어진 권한의 남용이 당벌적이라면 직무범위를 넘어서까지 지위를 이용하는 것은 특히 공무원 사이의 위계질서를 이용하는 행위는 더 큰 당벌성을 띠는 행위라고 볼 수 있기 때문이다.

이렇게 독일과 오스트리아에서 '직권남용'과 관련된 범죄구성요건화와 구성요건에 대한 해석이 보여주는 것은 직무범죄에 대한 실효적 제재방안을 설계하기 위해서는 법정형의 상향과 같은 손쉬운 방법이 아니라, 범죄구성요건에서 그 행위유형을 세분

화해서 규정함으로써 가벌성의 흠결이 생기지 않도록 통제의 그물망을 촘촘히 짜는 방향으로 나아가야 한다는 점을 시사하고 있다.

직권남용행위를 포괄적으로 규정하기보다는 그 행위의 유형을 다양하게 규정할 필요가 있다. 무엇보다 직무권한을 벗어난 행위, 공무원의 지휘체계와 위계적 질서를 이용하는 지위의 남용, 직무행사의 절차 위반, 재량적 결정의 비합리성 등의 다양한 행위유형을 구체적으로 금지해야 하고, 부작위의 경우에는 직무유기와의 체계적 상관성도 고려하여 법정형 상향도 고려할 필요가 있다.

미국의 경우를 보면 형사사법 이해에 있어서는 권력형 직권남용사안들, 즉 대규모 게이트 사건조차도 유죄협상의 예외가 아니라는 점이 중요하게 고려되고 있음을 알 수 있다. 닉슨 대통령이나 클린턴 대통령의 경우도 피의자 본인은 물론 공범 내지 중요 참고인에 대해 플리바기닝을 인정함으로써 직권남용과 사법방해 등 권력형 직무범죄를 비형법적 수단, 정치적 타협의 결과를 통해 조정하는 방법이 사용된 것이다. 정치의 사법화가 발생하지만 결국 사법의 정치화로 사건이 종결되고 있는 것이다. 이러한 미국의 사례는 국정농단 사태의 궁극적 해결에 있어서도 법적 종결을 넘어 민주사회의 정치적 해결의 가능성에 대한 다각적 검토가 필요하다는 시사점을 준다.

중국의 경우 입법적인 측면에서 직무범죄 관련 처벌의 강화가 돋보이는데, 이는 사형제 폐지·축소라는 세계적 추세에 발을 맞추어 나가면서도 사형선고가 가능한 46개 죄명 가운데 탐오죄와 뇌물죄 등 직무범죄에 대하여 법정최고형으로 사형을 규정함으로써 입법자의 직무범죄에 대한 무관용을 강력히 각인시키는데서 드러난다. 물론 양형적인 측면에서는 모든 경우에 죄를 무겁게 처벌하는 것만은 아니어서 관대할 필요가 있을 때에는 한없이 관대하게 그러나 엄히 다스려야 할 때에는 준엄하게 죄를 다루는 "관엄상제"(宽严相济)를 자수와 입공제도(중국식 플리바게닝) 및 사형감형제도 등의 형태로 적용하고 있다. 아울러 '여우사냥 작전', '톈왕 작전', '打虎拍蝇(다후파이잉)', '무관용(Zero-tolerance) 원칙' 등 반부패 캠페인들도 권력형 직무범죄에 대한 중국공산당이 심혈을 기울이는 예방정책의 표현이라 할 수 있다.

권력형 직무범죄는 국민주권과 국가공직을 좀먹는 중대한 범죄임에 틀림없다. 권력남용, 특히 최고 권력층의 권력형 직무범죄에 대해서는 엄정한 수사와 공정한 재판이 최우선임이 확실하게 각인되고 법집행에서 관철되어야 한다. 이러한 법치국가적 프로

세스를 통해 실체적 진실을 발견하고 그에 상응하는 형사책임이 확정되어야 한다. 정치의 사법화가 필요한 경우에는 법의 잣대가 제대로 작동되어야 한다.

정치권력 및 정치부패와 맞닿아 있는 권력형 직무범죄에 대한 대응과 관련하여 범죄에 대한 제재를 넘어 억제를 위한 예방의 과제를 고려하면 실체법적 대응은 사실 빙산의 일각과 같은 한계 앞에 서게 된다. 이를 어떻게 효과적으로 인지하고 소추할 것인가 하는 절차법적 문제의 비중 또한 간과할 수 없다. 사법농단 사태와 검찰개혁의 요청에서 보는 바와 같이 사법신뢰가 유사 이래 바닥상황인 위기의 사법현실에서 특히 권력자 및 고위공직자의 형사소추와 관련하여 특별절차의 규정 필요성 및 특별소추기관(고위공직자범죄수사처)의 설치 필요성과 운용방안 등 또한 피해갈 수 없는 부분이기도 하지만 이에 대해서는 별도의 연구과제를 통해 근본적 검토가 이루어져야 할 것이며, 이미 상당부분 다루어진 부분이기도 하여 이 연구에서는 별도로 다루지 않았다.

참고문헌

국내문헌

강준만, 『미국사 산책 10』, 인물과 사상사, 2010.

김경찬, “중국의 부패범죄와 국가발전”, 서울법학 제10권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2011.

김대현, “미국형사절차에서 허위진술죄와 사법방해죄의 기능과 역할”, 국외훈련검사 연구논문집, 법무연수원, 2011.

김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 법조 제68권 제3호, 법조협회, 2019.

김성돈, 『형법각론』, 제5판, 성균관대학교 출판부, 2018.

김용진, 『영미법해설』, 박영사, 2009.

김유근·안수길, 『부정부패 방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016.

김익수, 『중국의 부패관성과 반부패 정책대응-동학(動學), 성과와 한계-』, 아연출판부, 2019.

김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 제9판, 박영사, 2018.

김준선, “사법방해 사범관련 미국 연방법원 주요 사례연구”, 국외훈련검사 연구논문집 제31집, 법무연수원, 2016.

김준영·유현정, “중국 반부패 관련제도의 현황과 과제 - 중앙기율검사위원회의 위상과 역할을 중심으로”, 중국연구 제68권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2016.

김정환, “독일에서의 문서범죄”, 문서와 범죄, 집현재, 2017.

나욱진, “미국의 사법정의 방해배제 법제”, 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 법무연수원, 2011.

도묘연, “2016년-2017년 박근혜 퇴진 촛불집회 참여의 결정요인”, 의정연구 제51권, 한국의회발전연구회, 2017.

민수현, “중국 부패범죄의 형사정책에 관한 연구”, 형사정책 제29권 제2호, 한국형사정책학회, 2017.

박상기·전지연, 『형법학』, 제4판, 집현재, 2018.
박학모·김유근·손지영·이규창, 『통일시대의 형사정책과 형사사법 통합 연구(I)』, 한국형사정책연구원, 2015.
법무부, 『각국의 형법상 부패방지법제』, 2001.
법무부, 『미국모범형법·형사소송규칙』, 1983.
법무부, 『통일독일의 구동독 체재불법청산 개관』, 1995.
배종대, 『형법각론』, 제9전정판, 홍문사, 2015.
법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서 - 활동과 성과, 법무·검찰개혁위원회, 2018.
서보학, “판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안 - 법왜곡죄의 도입을 중심으로 -”, 경희법학 제49권 제4호, 경희법학연구소, 2014.
설민수, “한국과 미국에서 공직자의 금품수수행위에 대한 형사제재의 비교 - 뇌물죄의 구조적 한계와 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 역할을 중심으로 -”, 사법 제39호, 대한민국법원, 2017.
연성진, 『권력형 부정부패의 구조와 통제방안』, 한국형사정책연구원, 1998.
연성진·김용세·김혁래·유흥준·추형관, 『부패사범 통제체계의 실효성 제고방안』, 한국형사정책연구원, 2007.
안세민 전문번역회사, 『스타보고서』, 청한, 1998.
오규성, 『미국 해외부패방지법에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2018.
오택림, “미국의 Foreign Corrupt Practices Act에 관한 연구”, 법조 제699권, 법조협회, 2012.
윤경희, “미국 조직범죄에 대한 고찰”, 경찰학논총 제3권 제2호, 원광대학교 경찰학연구소, 2008.
윤태범, “관료부패의 구조에 관한 연구”, 한국행정학보 제27권 제3호, 한국행정학회, 1993.
이동희, “기업 관련 부패범죄에서의 기업 법인에 대한 형사법적 대응”, 비교형사법연구 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018.
이상돈, 『형법강론』, 제2판, 박영사, 2017.
이성기, “미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구”, 미국헌법연구 제23권 제2호, 미국헌법학회, 2012.

이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017.
이재승, 『국가범죄』, 앨피, 2010.
이재승, "법왜곡죄와 정치사법", 민주법학 제14호, 민주주의법학연구회, 1998.
임웅, 『형법각론』(제9정판), 법문사, 2018.
장원규, 『오스트리아의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구』, 한국법제연구원, 2015.
전주열 외, 『해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석』, 한국법제연구원, 2015.
전지연, "법왜곡죄의 도입을 위한 시론", 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.
조기영, "직권남용과 블랙리스트", 비교형사법연구 제20권 제2호, 한국비교형사법학회, 2018.
허황, "뇌물죄의 비교법적 고찰 - 독일형법에 비추어 본 뇌물죄의 직무관련성과 대가관계 -", 비교형사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018.
허황, "독일의 검사에 의한 법왜곡죄 - 독일연방대법원 2017.9.14. 결정(4 StR 274/16)을 계기로 한 비교법적 연구 -", 형사법의 신동향 제61호, 대검찰청, 2018.
Degenhart, Christoph/홍일선 역, 『독일헌법총론』, 피앤씨미디어, 2015.
Harmut, Maurer. 『독일행정법』, 사법발전재단, 2010.
段磊, "중국 당내법규에 관한 연구 : 회고와 전망", 중국연구 제75권, 한국외국어대학교 중국연구소, 2018.

외국문헌

Alten, Klaus. "Amtsmißbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs", Universitätsverlag Göttingen, 2012.
Bernsmann/Gatzweiler, *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, Müller, 2014.
Bertel, Christian in: Höpfel, Frank/Ratz, Eckart(Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl, Manz, 2017.
Bertel, Christian/Schwaighofer, Klaus. *Österreiches Strafrecht. Besonderer Teil* II, 8. Aufl, Springer, 2008.
Bock, *Strafrecht Besonderer Teil* 1, Springer, 2017.
Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch* (StGB), 64. Aufl, München, 2017.

Gorelick/Marzen/Solum, Destruction of Evidence, Aspen Publishers, 2010.

Heintschel-Heinegg, Bernd. *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck, 2015.

Hilgendorf, Eric. § 339 in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 13, de Gruyter, 12. Aufl, 2009.

Kienapfel, Diethelm/Schmoller, Kurt. *Strafrecht Besonderer Teil* III, 2. Aufl, Manz, 2009.

Kindhäuser, Urs. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Aufl, Nomos, 2017.

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch* (StGB), Nomos-Kommentar, *Kommentar*, 3. Aufl., Heymanns, 2016.

Kuhlen, Lothar. § 357 in *Nomos Kommentar StGB*, Band 2, 3. Aufl, Nomos, 2010.

Premissl, Karl. *Strafrechtsschutz und Grundrechte: strafrechtliche Legitimierung von gesetzwidrigen polizeilichen Hausdurchsuchungen und Freiheitsentziehungen?*, Facultas, 2008.

Reindl-Krauskopf, Susanne/Huber, Setefan. *Korruptionsstrafrecht in Fällen*, Österreich GmbH, 2014.

Rengier, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil* Ⅱ, 17. Aufl, Springer, 2016.

Rogall, Klaus. *Bemerkung zur Aussageerpressung*, in Festschrift für Hans-JoachimRudolphi zum 70. Geburtstag, Luchterhand, 2004.

Rosenau, Hennig in: Satzger/Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 5. Aufl, Baden-Baden, 2017.

Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band 1, 4. Aufl, München, 2006.

Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl, C.H. Beck, 2010.

Sessar, Klaus. "Von der Täterkriminalität zu einer Systemkriminalität, von der Täterkriminologie zur Systemkriminologie. Ein Anstoß", Neubacher/ Bögelein (Hrsg.), *Krise - Kriminalität - Kriminologie*, Mönchengladbach 2016.

Sinn, § 240 in *Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 4, 2. Aufl, Münchener, 2012.

Sowada, Christoph. Vor § 331 in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 13, 12. Aufl,

de Gruyter, 2009.

Stricker, Martin. "Missbrauch der Amtsgewalt(§ 302 StGB)" - Aktuelle Judikatur des OGH(Senat 17), in: Lewisch, Peter(Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*. Jahrbuch 2014, 2014.

Toepel, Friedrich. § 241 *Kommentar StGB*, Band 2, 3. Aufl., Nomos, 2010.

Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau Reichsgaue (Strafrechtsangleichungsverordnung) vom 29. Mai 1943, RGBl. I 1943.

Vormbaum, Moritz. *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Mohr Siebeck, 2015.

Wessels/Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil* 1, 40. Aufl, Müller, 2016.

Zieschang, Franz. § 357 in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 13, 12. Aufl, de Gruyter, 2009.

Zimmermann, Frank. *Die Straflosigkeit politischer Entscheidung. Strafausschließende Befugnisse und Fehlerprivilegien im freiheitlichen-demokratischen Rechtsstaat*, Habilitatitonsschrift, LMU zu München, 2018.

法律出版社法规中心, 中华人民共和国刑法-注释本-, 法律出版社, 2017.

高铭暄·马克昌, 刑法学, 北京大学出版社, 2017(第八版).

郭纹静, 刑法中的职务便利研究, 中国检察出版社, 2017

贾海洋, 新形势下如何预防职务犯罪, 辽宁人民出版社, 2016.

任建明, 反腐败与创新, 中国方正出版社, 2012.

余捷, "职务犯罪侦查模式论", 西南政法大学博士毕业论文, 2006年3月.

张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2016(第五版).

蔡陈聪, "腐败定义及其类型", 『中国青年政治学院学报』第20卷 第2期, 2001年3月.

인터넷 기사

동아닷컴, "'특혜 스캔들' 獨 불프 대통령 사퇴", 2012.2.18.
http://www.donga.com/news/article/all/20120218/44140294/1, 2019.10.19. 최종검색.

신화신문, "今年反腐败凸显七大新动向(올해 반부패의 7대 신동향)", 2015.3.13.
http://news.sina.com.cn/c/2015-03-13/071931602189.shtml, 2019.10.16. 최종검색.

연합뉴스, "구속된 보시라이의 '심복' 황치판, 충칭시장 재선", 2013.2.1.
https://www.yna.co.kr/view/AKR20130201067400089, 2019.10.22. 최종검색.

연합뉴스, "뇌물 433억→592억, 총 18개 혐의…박근혜 추가된 범죄는?(종합)", 2017.4.17.
https://www.yna.co.kr/view/AKR20170417108451004, 2019.10.16. 최종검색.

중앙일보, "보시라이, 영국인 독살 보고한 왕리쥔 뺨 후려쳐", 2012.9.21.
https://news.joins.com/article/9388606, 2019.10.22. 최종검색.

한국경제, "보시라이·왕리쥔 운명 바꾼 '헤이우드 독살'", 2012.4.26.
https://www.hankyung.com/international/article/2012042672371, 2019.10.22.최종검색.

한국일보, "보시라이 "왕리쥔이 내 아내 구카이라이 연모"", 2013.8.26.
https://www.hankookilbo.com/News/Read/201308261216830944, 2019.10.22. 최종검색.

한국일보, "특검 최종수사결과 발표 '朴대통령, 최순실과 433억 뇌물 공범'", 2017.3.6.
https://www.hankookilbo.com/News/Read/201703061459110809, 2019.10.15. 최종검색.

향성도시신문, "反腐败斗争压倒性胜利是如何形成的呢？(반부패투쟁의 압도적인 승리는 어떻게 형성될 수 있었는가?)", 2019.1.7.
http://szb.xnnews.com.cn/newb/html/2019-01/07/content_314439.htm, 2019.10.16. 최종검색.

中国共产党新闻网, “腐败越演越烈致亡党亡国”, 2012.12.27.
http://theory.people.com.cn/n/2012/1227/c49150-20030406.html, 2019.10.1.6. 최종검색.

最高人民检察院工作报告(第十三届全国人民代表大会第一次会议, 曹建明), 2018.3.9.
https://www.spp.gov.cn/zdgz/201803/t20180325_372170.shtml, 2019.10.16. 최종검색.

人民网, “薄熙来案宣判:薄熙来滥用职权行为是导致王立军叛逃重要原因”, 2013.9.22.
http://politics.people.com.cn/n/2013/0922/c1001-22990741.html, 2019.10.22. 최종검색.

Frankfurter Allgemeine Zeitung, “Gute Freunde, immer noch”, 2013.11.14.
https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wulff-vor-gericht-gute-freunde-immer-noch-12664246.html, 2019.10.16. 최종검색.

Frankfurter Allgemeine Zeitung, “Im Wulff-Prozess sagen die ersten Zeugen aus”, 2013.11.21.
https://www.faz.net/aktuell/vorwurf-vorteilsannahme-im-wulff-prozess-sagen-die-ersten-zeugen-aus-12674333.html, 2019.10.16. 최종검색.

Süddeutsche Zeitung. “Genugtuung für einen Gedemütigten”, 2014.6.12.
https://www.sueddeutsche.de/meinung/debatte-um-christian-wulff-genugtuung-fuer-einen-gedemuetigten-1.1996690, 2019.10.16. 최종검색.

Süddeutsche Zeitung, “Staatsanwaltschaft erhebt Anklage gegen Wulff”, 2013.4.12.
https://www.sueddeutsche.de/politik/ex-bundespraesident-staatsanwaltschaft-erhebt-anklage-gegen-wulff-1.164721, 2019.10.16. 최종검색.

Süddeutsche Zeitung, “Von der Lawine zum Schneebällchen”, 2013.4.10.
https://www.sueddeutsche.de/politik/lehren-aus-der-causa-wulff-von-der-lawine-zum-schneeballchen-1.1644858, 2019.10.16. 최종검색.

Spiegel, “Wulff muss vor Gericht”, 2013.8.27.
https://www.spiegel.de/politik/deutschland/landgericht-laesst-anklage-gegen-wulff-zu-a-918768.html, 2019.10.16. 최종검색.

Abstract

A Study on Preventing and Effective Sanctions of Power based duty Crime

Park, Hark-mo·Kim, Jong-hwan
Lee, Seung-jun·Shin, Ga-ram

With the "Gookjeong-Nongdan(manipulation of state affairs)" Scandal, which also called as "Choi Soon-sil(Park Geun-hye) Gate", Public officials' duty crimes including abuse of authority have become a national concern. Imposer Solicitation and Graft Act, the law to supplement the legislation of Bribery, was enacted in September 2016 but it failed to prevent such a state affairs. The current administration, however, stresses the so-called "Eradicating a Deep-Rooted Evil" and "Continued Public Office Reform", and those requests raise the need to reconstruct and tighten sanctions on Public officials' duty crimes, especially those for abuse of authority.

Questions could be arose whether applying the general duty crime rule to "Power based duty crime" is an effective and just sanction given that Power based duty crime is committed by political elites and high-ranking government officials and causes serious damage to the public sector. On the other hand, the tension between the "politics and criminal law" can be problematic when power based duty crimes are punished more severely with criminal law than general duty crimes.

This study first aimed to establish concept of "Power based duty crime", because it is not a legal concept. Under the existing concept of "Power based corruption," Power based duty crime can be defined as "a duty crime in the nature of political corruption committed by the Government and Political power elite." Even looking

at the main charges of a total of 22 defendants arrested for Gookjeong-Nongdan, we can see that the influence-peddling was committed in the form of typical power based corruption. Noting the main charges among the defendants, especially those of high-ranking Government officials, there is abuse of power, or abuse of authority, at its core. Thus, we researched the theory of interpretation and legislation for the inclusion of power based duty crime.

Important issue to be dealt with here is excessive criminalization in the boundaries of politics and criminal law. The president and other Government officials involved in high-level policy-making work and they work in realms of both politics and administration. The process of justifying the third stage was reviewed by referring to the recent German discussion concerning the reasons for criminal punishment and exclusion of high-ranking officials in the area of policy decision making. The starting point for the first step shall be the provision for special authorities that determine the extent to which political conduct is democratically justified. Then, in the second phase, there should be provisions on the so-called "executionary privilege," which exempts people from punishment for acts beyond their authority in the first stage, mindful of the risk of mistakes associated with political affairs. Finally, it is not until the third stage that the perspective of the typical criminal law is activated, which appears in the form of a reason for non-compliance or liability that excludes or justifies the act itself regardless of the particular role of the public officials. Between these three steps, a hierarchy exists and only when it is deemed that the first step has exceeded the limit of the applicable special powers shall it be transferred to consideration of the immunity associated with the second step's. Lastly, the application of the penalty regulation under the third-phase general criminal law is considered only if the special circumstances related to political activities do not constitute a reason for the exemption of punishment.

In the case of abuse of authority under criminal law in connection with an

influence-peddling case, the law should be limited in accordance with the need for protection of legal rights, which has been strengthened in proportion to the supplementary function and ultimate measure of criminal law. Regarding the interpretation and application of the crime of abuse of authority, the problem is that both the Supreme Court and the theory (Majority opinions) are interpreted as "general authority of duty," which is subject to abuse, and that there is no evidence of its scope. The Supreme Court, even if there is no legal basis in determining "general authority", comprehensively and practically observe the law and system to determine whether a public officials are authorized to do a job. And if, even if abused, it is deemed that the abused authority is sufficient to cause the other party to do virtually unenforceable work or to interfere with its rights, the abused authority is included in the "general authority."

In this regard, there have been two recent significant interpretative attempts. They are "Purpose-Means Unionism" and "Authority-Abuse Reconstruction Theory."

The former interpretation is an interrelationship attempt to see with purpose and means. In this view, if the authority is exercised for a real unjust purpose, although uses legitimate means by mutual understanding, it is an abuse of one's authority. However, this theory has a limit that it is not easy to prove the existence of an illegal purpose to stop an investigation and therefore can be used only on certain exceptional issues, in the criminal procedure.

The latter raises the possibility of precisely capturing the abuse of authority by public officials. It sets out a relatively simple criterion as the resultant's logic that obstruction of rights should be linked to the occurrence of results. Through this, the concept of "authority-abuse" is reconstructed to apply the concept of abstract and concrete authority and the concept of limited and comprehensive abuse. In particular, the concept of "quasi arrogation in phase 2" allows the government to be recognized as it if it meets certain prerequisites, even if the act is outside the scope of duty's abstract authority.

In comparison, § 240(4)2 of the current German Criminal Code divide the types of public officials' abuse of authority into two, abuse of authority and abuse of status. This distinction is also disputed in relation to article 302 of the Austrian Criminal Code. This is a controversy over whether the abuse of authority, which is a corpus delicti, is only in the content of his or her control or includes the case with assuming the duty title.

In the case of the United States, it was important that even the large-scale gate case with President Nixon and President Clinton, was not an exception to the plea bargain in understanding criminal justice. Suspects and key witnesses were handled with not criminal method, but outcome of political compromise. These U.S. cases show the possibility of resolving the "Gookjeong-Nongdan" Scandal in Korea, through political compromise in a democratic society, not in the Court.

In China, the legislative aspect shows a strengthening of punishment related to duty crimes. Even in the global trend of abolition and reduction of the Death penalty, there are 46 possible criminal charges in China that include crimes of Greed and Bribery. Here, the principle of zero-tolerance toward duty crimes of lawmakers' is strongly demonstrated.

Power based duty crime is a serious crime. Strict investigations, fair trials and law enforcement are top priority on abuse of authority, especially those of the highest power. And through this process, the actual truth must be discovered and the corresponding criminal responsibility should be confirmed. Rather than comprehensively defining abuse of authority, it is necessary to specify various types of conduct. Above all, the Government should specifically ban various types of conduct, such as actions beyond the authority of duty, abuse of the position of using the command system and hierarchical order, violation of the procedures of duty events and irrationality of discretionary decisions, and in the case of Ommission, the legal sentence should also be considered in consideration of the systematic correlation with dereliction of duty.

연구총서 19-AA-09

권력형 직무범죄의 예방 및 실효적 제재를 위한 재구성 방안 연구

발　　행 | 2019년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 10,000원
인　　쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482
I S B N | 979-11-89908-55-3 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.