

양형기준의 시행결과를 통해 바라본 뇌물죄 처벌의 적정성에 관한 소고*

김혜정**

국 | 문 | 요 | 약

형사사건의 무죄율이 높지 않은 상황에서 피고인들이나 그와 관련된 사람들에게 유무죄의 판단 못지않게 중요한 것은 양형이라고 본다. 이러한 양형이 과거에는 체계적·분석적이기 보다 경험적·통계적이면서 법관의 재량이 넓게 인정되고 일부 범죄에 대해서는 사법부가 지나치게 미온적인 태도를 유지함으로써 그에 대한 비판이 제기되었다. 이에 사법개혁의 일환으로 지난 2009년 7월부터 양형기준제가 시행되게 되었다.

그런데 1기 양형기준 대상 8범죄군 중에서 뇌물죄의 양형기준 준수율이 가장 낮은 것으로 조사결과 나타나고 있다. 뇌물수수 및 뇌물공여행위는 정상적인 공무집행을 방해할 뿐만 아니라 공정경쟁을 가로막으며 사회를 부패시킨다는 점에서 가벼운 범죄라고 할 수 없다. 이러한 뇌물죄의 기소율이 다른 범죄에 비해 상대적으로 낮음에도 불구하고 양형기준 준수율마저 낮게 나타나는 것은 뇌물죄 처벌의 적정성 확보에 문제가 있는 것은 아닌지 의문을 갖게 한다.

사실 뇌물범죄의 해악은 그 피해가 개인에게만 미치는 것이 아니라 우리 사회 전체에 미친다는 점에서 뇌물죄의 처벌에 있어서 법과 현실의 괴리를 줄여 처벌의 적정성을 확보할 필요가 있다고 본다.

이를 위해서는 먼저 사회변화를 반영하여 뇌물죄 규정을 정비하고, 뇌물죄의 양형에 있어 그 형사책임에 대한 종전의 미온적인 인식을 재고하고, 종래 뇌물죄 성립의 장애가 되었던 대가성에 대한 재해석과 함께 현재의 양형기준에 대한 꾸준한 추적조사를 통하여 양형기준을 실질화 시켜야 할 것으로 본다.

❖ 주제어 : 뇌물죄, 양형기준, 양벌규정의 도입, 해외 뇌물죄, 대가성

* 이 연구는 2014학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원, 부교수

I. 들어가는 말

현대에 있어 형사절차의 기능은 단순히 피고인의 행위에 대한 유죄인정이나 책임 평가에만 국한되는 것이 아니라 피고인에 대한 적절한 처벌의 결정도 또 하나의 중요한 과제라는 점에서 양형과정에서 적절한 형벌의 종류와 정도를 결정하여 부과하는 것이 요구된다. 종래 무죄 선고율이 불과 1%대¹⁾에 머물고 있던 우리나라 형사 재판의 현실을 감안하면, 피고인들이나 그와 관련된 사람들에게 유·무죄의 판단 못지않게 중요한 것이 어느 정도의 형벌이 부과될 것인가, 즉 양형에 관한 내용이 될 수밖에 없다. 그런 점에서 양형은 피고인과 일반인의 사법부에 대한 신뢰에 중대한 영향을 미치는 것이라고 할 수 있다.

양형은 유죄가 확정된 피고인에 대해 형벌의 종류와 정도 및 형벌과 관련된 부수 처분을 결정하는 과정으로서 형사소송의 결론에 해당한다. 이러한 양형은 단순히 법률적인 사실관계의 확정만으로 적절한 판단에 도달하기 어렵고, 각종 형벌제도의 가치 또는 기능에 대한 정확한 인식, 그리고 그 양형결과를 통해 사회적·개인적으로 어떤 효과가 나타날 것인가를 기초로 그 전체를 정확히 분석·평가하여 결정해야 하는 어려운 작업이다. 특히 양형과정에서 고려해할 할 양형인자도 너무 다양하기 때문에 형사재판에서 적정하고 균등한 형을 도출해내는 것은 전문적 경험을 쌓은 법관에게도 매우 힘들고 어려운 작업이라고 생각된다.

이러한 양형에 있어 사실 과거에는 체계적·분석적이었다기보다 경험적·통계적이면서 법관의 재량이 넓게 인정되어²⁾ 법관에 따른 양형편차가 심하게 나타나는 문제가 발생했을 뿐만 아니라 일부 범죄에 대해서는 사법부가 지나치게 미온적인 태도를 유지함으로써 그에 대한 비판에 직면한 바 있다. 이러한 양형의 문제를 해결하기 위하여 사법개혁의 일환으로 지난 2009년 7월 1일부터 양형기준제가 시행되게 되었고, 어느덧 양형기준제가 시행된 지 5년이 되었다.³⁾

1) 그러나 2009년 무죄율이 2%로 높아진 이후, 2010년 8%, 2011년 17% 그리고 2012년에는 20%로 나타나고 있다(2006 - 2012 사법연감 참조).

2) 박강우, “대법원 양형기준안과 바람직한 양형개혁의 방향”, 저스티스 통권 제114호, 2009, 207면.

3) 이와 관련하여 2007년 구성된 1기 양형위원회에서 살인, 뇌물, 성범죄, 강도, 횡령·배임, 위증, 무고 등 7개 범죄군의 양형기준을 마련하여 2009년부터 시행되고 있고, 2기 양형위원회에서 약취·유인,

현재 총 23개 범죄군에 대한 양형기준이 적용되고 있지만, 범죄군에 따라 양형기준 적용기간에 차이가 있고, 3기 양형기준 해당범죄는 시행된 지 아직 1년이 되지 않아 일률적으로 양형기준의 시행결과를 평가하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러나 1기 양형기준의 대상범죄는 양형기준이 시행된 지 이미 5년이 되어 그에 대한 분석을 통해 전반적인 양형기준 운용현황을 이해할 수는 있을 것으로 본다.

1기 양형기준 대상 8개 범죄군의 양형기준 준수율에 관한 조사⁴⁾에 따르면, 1기 대상범죄 중 뇌물죄에 대한 준수율이 가장 낮은 것으로 나타나고 있다. 양형기준이 시행된 2009년 뇌물수수 등 공무원에 의해 발생된 범죄는 총 11,677건으로 그에 대한 기소율이 33.8%, 2010년에는 총 13,581건으로 그에 대한 기소율이 34.0%이었던 것에서 2011년에는 총 13,911건으로 그에 대한 기소율이 41.4%로 다소 높아지기는 했지만⁵⁾, 전체 범죄에 대한 평균 기소율이 2009년에는 45.8%, 2010년에는 44.9%, 2011년에는 42.8%인 것⁶⁾에 비하면 뇌물죄에 대한 기소율도 상대적으로 낮은 편으로 나타나고 있다. 이처럼 뇌물죄가 다른 범죄에 비해 기소율이 상대적으로 낮음에도 불구하고 양형기준 준수율마저 상대적으로 낮게 나타난다면, 이는 뇌물죄 처벌의 적정성에 문제가 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

사실 뇌물수수 및 뇌물공여행위는 정상적인 공무집행을 방해할 뿐만 아니라 경쟁경쟁을 가로막으며 사회를 부패시키고 공동체의 균열을 가져올 수 있다는 점에서 국가의 기능에 대한 중대한 침해로 결코 가벼운 범죄라고 할 수 없다. 더욱이 뇌물을 받고 잘못된 공무집행을 한다면 이는 공무원 개인의 문제만이 아니라 우리 사회에 매우 부정적인 영향을 미치는 결과를 초래하게 된다는 점에서 현재 법률에서 뇌물죄의 법정형을 무겁게 규정하고 있다고 본다. 이러한 뇌물죄에 대한 일반시민들

사기, 절도, 공문서범죄, 사문서범죄, 공무집행방해, 식품·보건, 마약 등 8개 범죄군을 마련하여 2011년부터 그리고 3기 양형위원회에서 증권·금융, 지식재산권, 폭력, 교통, 선거, 조세, 공갈, 방화 등 8개 범죄군에 대한 양형기준을 마련하여 2013년부터 시행되고 있다. 그리고 현재 4기 양형위원회에서 변호사법위반, 배임수증제, 체포·감금, 유기·학대, 성매매알선, 권리행사방해, 게임물, 신용·경매 등 8개 범죄군에 대한 양형기준을 마련하고 있고, 그 중 배임수증제, 변호사법위반, 체포·감금·유기·학대 및 성매매범죄에 대한 양형기준은 의결되어 7월부터 시행될 예정이다.

4) 양형위원회 운영지원단, “양형기준 준수여부 분석방법 보고”, 2013.10.23. 참조.

5) 법무연수원, 2012 범죄백서, 2013, 234면.

6) 2012 범죄백서, 185면.

의 시각은 그 처벌강도가 지나치게 관용적이고 불공정하다고 보아,⁷⁾ 현재의 처벌강도보다 평균 2-3배 엄격해져야한다고 생각하고 있는 것으로 나타나고 있다.⁸⁾

이처럼 뇌물죄의 양형, 즉 처벌정도에 대하여 사법부와 국민 사이에 괴리감이 적지 않은 것은 문제로 지적하지 않을 수 없다. 물론 형의 양정에 있어 단순히 일반국민의 법감정이나 요구에 의존하는 것이 타당하다고 볼 수는 없을 것이다. 그러나 법은 공정성이 생명이며, 공정성 없는 법은 법으로서의 기능을 담당하기 어렵다. 만약 일반국민이 법집행의 공정성에 의문을 제기하고 불신한다면, 일반국민의 법준수 의지를 약화시켜 결과적으로 법치주의 확립에 큰 장애로 작용할 것이라는 점에서 법집행의 공정성 확보를 통해 국민의 법에 대한 신뢰를 확보하고 법준수 의지를 높여 사회적 안정성을 높이는 것도 중요하다.⁹⁾

이에 본 글에서 이러한 문제의식을 바탕으로 뇌물죄 처벌의 적정성 확보에 대하여 고민해보고자 한다. 이를 위해 먼저 뇌물죄의 개념, 특징, 양형상 문제점 등 일반적인 뇌물범죄의 실태를 살펴보고(II), 뇌물죄에 대한 양형기준의 시행결과를 바탕으로 뇌물죄 양형실태를 살펴본 후(III), 마지막으로 뇌물죄에 대한 형사책임의 적정성 확보를 위한 방안(IV)을 피력해보고자 한다.

II. 뇌물범죄의 실태

1. 뇌물죄의 개념 및 특징

뇌물죄란 직무와 관련하여 부정한 수입을 받거나 주는 행위를 말한다. 형법 제129조 이하에 규정되어 있는 뇌물죄는 뇌물을 받는 자가 공무원 또는 중재인이라는 신

7) 신의기/강은영, 법집행의 공정성에 대한 국민의식 조사연구, 연구총서 12-AA-04, 한국형사정책연구원, 2012, 220면 이하. 특히 확률수준이 전문대 졸업 이상일 경우 뇌물죄 처벌이 공정하지 못하다는 인식을 갖는 것으로 나타났다고 한다.

8) 박미량/이민식, “뇌물수수범죄의 양형에 관한 경험적 연구: 제1기 양형기준 적용현황 분석”, 교정담론 제5권 제2호, 2011, 208면.

9) 신의기/강은영, 앞의 보고서, 19면.

분을 가질 것을 필요로 한다. 아직 공무원이나 중재인은 아니나 앞으로 공무원이나 중재인으로 될 것이 확정된 자도 해당된다(형법 제129조 제2항). 또 공무원이나 중재인이 재직 중에 미리 약속을 하고 퇴직 후에 뇌물을 수수하는 경우에도 뇌물죄가 된다(형법 제131조 제3항). 그와 함께, ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조는 일정한 범위의 정부관리기업체의 간부직원, 지방공기업법 제83조는 지방공사와 지방공단의 임직원도 공무원으로 본다고 규정하여 뇌물죄의 처벌범위를 넓히고 있다.¹⁰⁾

공무원 혹은 공무원에 준하는 공공기관의 직원이 직무수행과 관련하여 범하는 범죄는 ① 공무원의 직무수행과 관련하여 발생하고, ② 국가사회의 공복이라는 공무원의 지위에 대한 일반국민의 신뢰를 이용하여 발생하고, ③ 일반국민으로부터 국가와 국민을 위한다는 명분아래 국민위에 군림하는 권력적 관계로 발생하고, ④ 우발적이라기보다는 기회주의적으로 발생한다는 특징을 갖고 있다.¹¹⁾

특히 공무원범죄의 대표적 범죄인 뇌물죄는 ① 범인의 사회적 지위, ② 범행의 고도의 은폐가능성, ③ 증거수집 및 입증의 곤란성, ④ 희박한 범죄의식 등 화이트칼라범죄의 특징도 가지고 있다.¹²⁾ 즉 뇌물을 받는 공무원의 대부분은 사회적으로 중상층에 속하며 직무와 관련하여 부정한 수입을 얻고 그 피해는 불특정 다수인에게 미친다는 점에서 화이트칼라범죄의 전형적인 특징을 갖고 있다.

그런가하면 우리사회에서 뇌물은 비단 고위 공직자에게만 해당되는 것이 아니라 사회 전반에 걸쳐 만연되어 있으며 사회적으로 명성이 있거나 없거나 모든 계층의 사람들이 생존을 위해 행한다는 점에서 사회전체의 구조적 문제로 인한 부패범죄로 파악되기도 한다.¹³⁾ 특히 하급공무원의 수뢰죄도 생계유지형이라기보다는 치부축재형에 가까운 것들이 많다는 점에서 화이트칼라범죄적 특징과 함께 부패범죄¹⁴⁾의

10) 판례에 따르면, 정부기관에 설치된 각종위원회에 정부기관이 위촉한 위원회 위원, 지방의회의원, 세무수습행정원, 기한부로 채용된 공무원, 세관장이 관세법 규정에 따라 특별 채용한 특채관세사도 공무원이다(박봉진, “공무원뇌물범죄와 대응방안”, 법학연구 제51집, 2013, 383면 이하).

11) 박봉진, 앞의 논문, 383면.

12) 여기에서 화이트칼라범죄는 ‘높은 사회적 지위에서 존경받는 자가 그 직무수행의 과정에서 범하는 범죄’라고 정의될 수 있다(오영근/이상용, 뇌물죄에 관한 연구 - 수뢰죄의 양형실태와 통제방안 -, 한국형사정책연구원 보고서, 1994, 24면).

13) 오영근/이상용, 앞의 보고서, 25면.

14) 뇌물죄는 공직부패의 첫 번째 유형으로 분류되고 있다(송삼현, “공직부패 관련 형벌법규의 현황과 주요 내용”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 2009, 563면). 참고로 2012년 우리나라의 부패인식지

특징을 갖고 있다고 볼 수 있다.

그동안 뇌물범죄와 관련하여 뇌물죄의 특성을 바탕으로 뇌물수수의 사회적·구조적 원인과 현상을 학문적으로 탐구하기 보다는 개인의 도덕성에 호소하거나 사정활동의 강화와 같은 처방을 통해 뇌물죄의 문제를 해결하려고 하였다. 다만, 행정학 내지 사회학분야에서 관료부패라는 측면에서 뇌물죄에 대한 연구들이 진행되고 있는 정도였다.¹⁵⁾

그런가 하면 종래 국내에서의 뇌물죄에 대한 규정만을 두고 있다가, 지난 1998년 OECD 부패방지협약에 따라 ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법’을 제정하여 이제는 소위 ‘해외뇌물죄’에 대한 법규도 마련하게 되었다.¹⁶⁾ 이처럼 이제는 국내에서의 뇌물범죄뿐만 아니라 외국과 연계된 뇌물범죄에 대해서도 처벌하고 처벌받을 수 있는 상황이 되었다는 점에서 앞으로는 뇌물죄관련 규정을 보다 체계화 하여 적정하게 처벌할 필요성이 제기되고 있다.

2. 뇌물죄 처벌(양형)상의 문제점

뇌물죄는 앞에서 언급한 화이트칼라범죄 내지 부패범죄의 특징들로 인하여 처벌에 있어 많은 어려움과 문제점을 안고 있다. 종래 우리나라 양형실무에 대하여 일반적으로 ① 불합리한 양형편차, ② 국민의 상식과 부합하지 않는 법원의 양형, ③ 양형에 대한 합리적 예측이 어렵다는 비판이 제기되었다. 특히 양형에 있어 범죄행위적 양형요소와 범죄행위자적 양형요소에 비추어 유사한 사례임에도 불구하고 법원별 또는 재판부별로 상당한 양형편차가 존재한다는 비판이 제기되었고, 이는 통계적으로 입증되기도 하였다.¹⁷⁾

무엇보다도 이러한 비판은 화이트칼라범죄로 지칭될 수 있는 범죄들에서 두드러

수(Corruption Perception Index)는 100점 만점에서 56점으로 176개국 중 45위로 발표되었다. 일반적으로 70점대의 경우 사회가 보편적으로 청렴하다고 본다면, 30점대는 사회가 보편적으로 부패하다고 본다(한국투명성기구 홈페이지 자료 참조).

15) 그에 관한 구체적인 내용은 오영근, “공무원범죄와 양형 - 뇌물죄의 양형을 중심으로 -”, 형사정책연구 제5권 제4호, 1994, 96면 이하.

16) 그에 대한 구체적인 내용은 오택림, “국내뇌물죄와 해외뇌물죄의 비교 연구 - FCPA, UK Bribery Act 등 외국 법제로부터의 시사점을 중심으로 -”, 법조 통권 685호, 2013, 145면 이하 참조.

17) 박강우, 앞의 논문, 208면.

지게 나타나고 있는데, 그 대표적인 예로 공무원범죄, 대기업 총수들에 대한 재산범죄 등을 들 수 있을 것으로 본다. 특히 뇌물죄에 대해서는 아래와 같은 몇 가지 공통된 문제점이 제기되고 있기도 하다.

1) 수사기관의 소극적 대응과 공정성 문제

우리나라는 실증적 조사에 따르면 다른 나라에 비하여 뇌물이 만연되어 있는 것으로 분석되고 있다. 예컨대 세계적 국제 반부패 비정부기구인 국제투명성기구에 의한 2008년 뇌물공여지수(Bribe Payers Index : BPI)에 대한 조사 발표 자료에 따르면, 우리나라는 10점 만점에서 7.5로 22개국 가운데 남아프리카, 대만과 함께 공동 14위를 차지하여, 우리나라 기업의 해외 뇌물 관행이 여전하다는 평가를 받은 것으로 나타나고 있다.¹⁸⁾

그런데 그런 평가에 비하여 뇌물죄로 사법 처리되는 인원은 그렇게 많지 않은 것으로 나타나고 있다.¹⁹⁾ 그 원인으로 뇌물죄에 대한 수사 및 적발에 미온적인 태도와 함께 우리나라 공직자의 부정부패 사건에 대한 검찰의 기소재량권이 정치적 외압 고려에 의해 남용되는 것으로 평가되고 있다.²⁰⁾ 특히 고위공직자의 부패가 적발된 경우에는 검사가 수사를 담당²¹⁾하게 되는데, 공정하게 수사하기 보다는 정치권력, 기업 내지 경제권력이 원하는 바에 따라 맞춤형, 주문형 수사를 한 것이 아니냐는 의혹이 제기되기도 하고, 그로 인해 대중으로부터 신뢰를 얻지 못하고 있는 것으로 평가되고 있다.²²⁾

이러한 결과는 결국 국민들로 하여금 우리나라 형사사법에 대한 불신을 야기하는 결과로 이어지고 있는 것으로 볼 수 있다. 이러한 소극적 대응과 공정성에 대한 불신은 결국 처벌되는 공무원이 자신의 행위를 반성하기 보다는 자신은 관행을 따랐을 뿐인데 재수가 없어서 처벌받았다거나, 혹은 정치보복의 희생양으로 처벌된다는 잘

18) <http://ti.or.kr/xe/BPI2>.

19) 2011년 공무원범죄자 중 수뢰죄로 기소된 인원은 194명인 것으로 나타나고 있다(대검찰청, 2012 범죄분석, 638면).

20) 정신교, “뇌물죄의 양형합리화 방안”, 치안정책연구 제23호, 2009, 136면.

21) 검찰의 부정부패사법에 대한 수사는 대부분 각 지방검찰청의 특별수사부 및 대검찰청의 중앙수사부에서 담당해 왔다고 한다(김준호, “부정부패사법 단속의 문제점과 대책”, 형사정책연구 제10권 제2호, 1999, 44면).

22) 이주희, “고위공직자 부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학 제24권 제3집, 2013, 287면.

못된 인식을 갖게 하고 있어 처벌효과를 제대로 달성하지 못한다는 우려를 낳기도 한다.²³⁾

2) 직무관련한 대가성입증의 어려움

형법 제129조의 ‘그 직무에 관하여’를 해석함에 있어 공무원 또는 중재인이 수수, 요구, 약속한 뇌물과 그 직무 사이에 인과관계만을 요하는 것이 아니라 대가관계까지 있어야 수뢰죄가 성립하는 것으로 해석하는 것이 판례와 학설(다수설)의 입장이다. 이와 관련하여 과거에는 판례가 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물의 교부를 받은 경우에는 뇌물수수죄가 성립하지 않는다²⁴⁾고 하여 직무와 뇌물과의 대가관계를 명시적으로 요구하였다.

그것이 1997년에 이르러 “공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 뇌물수수죄가 성립하고, 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요가 없으며, 또한 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다 할 것이고, 한편 뇌물죄에 있어서 직무에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무 행위도 포함된다 할 것이므로, 국회의원이 그 직무권한의 행사로서의 의정활동과 전체적 포괄적으로 대가관계가 있는 금원을 교부받았다면 그 금원의 수수가 어느 직무행위와 대가관계에 있는 것인지 특정할 수 없다고 하더라도 이는 국회의원의 직무에 관련된 것”²⁵⁾이라고 하여 소위 ‘포괄적 뇌물죄’를 인정하였다.

그럼에도 여전히 “정치자금 선거자금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도 그것이 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 아니한다”²⁶⁾고 하여 뇌물과 직무 사이에 대가관계를 요구하는 듯 한 표현을 하고 있기도 하다.²⁷⁾

그러나 소위 떡값 명목의 금품을 수수하거나 접대성 향응을 제공받은 경우에는 뇌물 범죄 성립에서 요구되는 직무와의 대가성이 부정되어 처벌되지 않는 경우가 많다. 비

23) 오영근/이상용, 앞의 보고서, 92면 이하.

24) 대법원 1966.4.6. 선고 66도12 판결.

25) 대법원 1997.12.26. 선고 97도2609 판결.

26) 대법원 2012.1.12. 선고 2011도12642 판결.

27) 오영근, 현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안, 대검찰청 보고서, 2010, 3면 및 16면.

록 대법원이 소위 “포괄적 뇌물죄”를 인정함으로써 이러한 문제를 일부 해결하고 있는 것으로 볼 수도 있으나, 피고인이 평소 향응을 제공받거나 금품 등을 수수하더라도 직무는 공정하게 수행한다는 등의 주장을 하는 경우, 수뢰죄를 인정하기는 쉽지 않다는 것이다. 또 ‘평소관리’²⁸⁾나 관계개선의 차원에서 이루어지는 떡값이나 향응제공은 그 금액이 소액이라는 점에서도 직무와의 대가관계를 입증하기 어려운 문제가 있어, 결국 대가성입증이 뇌물죄 처벌에 있어 큰 장애로 작용하고 있다고 볼 수 있다.²⁹⁾

3) 선고형의 문제점

뇌물죄 처벌의 효과를 달성하지 못하는 추세는 뇌물죄에 대한 낮은 선고형을 통해 보여주고 있기도 하다. 즉 법원에서는 뇌물죄 피고인이 이미 징계를 받은 경우에 양형에서 고려해야 할 응보의 요구를 상당부분 만족시켜준 것이라는 점에서 형벌감정적 요인으로 고려하고 있고, 피고인이 징역형을 선고받는 경우 국가공무원법 제69조에 따라 공무원직에서 당연 퇴직하게 되므로 피고인에게 뇌물죄에 대한 재범위험성을 인정할 수 없다는 점에서 역시 형벌 감경요소로 고려하는 것으로 분석되고 있다.

이처럼 입법자가 뇌물죄에 대해 높은 법정형을 규정하고 있음에도 선고형이 법정형의 하한에 편중되어 있는 법원의 태도에 대하여 사법부가 입법자의 의도를 무시하고 지나치게 관대한 양형을 선고함으로써 결과적으로 뇌물죄의 일반예방적 효과를 기대하기 어렵게 만든다는 비판이 제기된다.³⁰⁾

뇌물범죄군에 대한 1심 법원 및 항소심 법원의 판결문을 분석한 연구결과에 따르면, 뇌물수수 및 뇌물공여의 선고형은 법정형에 비해 1/3 수준에 머무르고 있고, 뇌물수수의 경우 수뢰액이 5,000만 원 이하인 경우 46.43%의 집행유예 선고율을 나

28) 공무원 등이 금품을 수수하거나 향응을 제공받는 경우로는 ① 부정처사의 대가로 받는 경우, ② 될 일을 방해하지 말아달라는 조건으로 받는 경우, ③ 구체적 대가나 조건 없이 평소관리차원에서 받는 경우, ④ 순수한 선물이나 호의로서 받는 경우 등을 들 수 있다. 그 중 ④의 경우는 뇌물죄의 대상이 되지 않을 것이고, ①과 ②의 경우는 뇌물죄의 적용대상이 된다는 것에 이견이 없을 것이다. 문제는 ③의 경우도 그 자체의 심각성뿐만 아니라 향후 더 심각한 뇌물범죄로 나가게 되는 첫걸음이 될 수 있다는 점에서 뇌물죄의 대상이 되어야 할 현실적 필요성이 있다는 것이다. 무엇보다도 뇌물범죄의 방지를 위해서는 초기 단계부터 강력하게 규제할 필요성이 있다고 본다(오영근, 앞의 보고서, 4면).

29) 이주희, 앞의 논문, 285면.

30) 정신교, 앞의 논문, 138면.

타내고 있다고 한다.³¹⁾

물론 뇌물죄의 경우 수뢰를 한 공무원은 특별한 사정이 없는 한 그 신분을 상실하게 되므로 특별예방목적의 고려필요성은 현저히 낮아질 수 있다. 그러나 응보적 관점 및 일반예방적 관점의 형벌목적이 선고형에 충분히 반영될 필요가 있다. 그런 관점에서 뇌물죄 처벌의 적성성에 관하여 고민해 볼 필요가 있다고 본다.

III. 뇌물죄 양형실태에 대한 분석

1. 양형기준의 구조와 1기 대상범죄의 준수현황

뇌물죄는 높은 국민의 관심도를 고려하여 1기 양형기준 설정 대상범죄에 포함되어 양형기준 시행초기부터 양형기준이 마련되어 적용되고 있는 범죄이다. 이러한 양형기준의 대상범죄를 설정함에 있어서는 몇 가지 기준을 갖고 있다. 즉 양형기준을 설정함에 있어 대상범죄군에 포함되는 모든 범죄를 대상범죄로 포함하지는 않고 대상범죄군에 있는 개별범죄를 검토하여 실제 사안에서 적용빈도가 현저히 낮은 개별범죄에 대해서는 양형기준 대상범죄에서 제외하고 있다.³²⁾

대상범죄에 속하는 범죄들은 범죄군의 특징을 반영하여 여러 개의 범죄유형으로 구분되는데, 뇌물죄의 경우에는 크게 뇌물수수와 뇌물공여로 구분하고, 하위 유형은 금품수수액을 기준으로 분류하고, 각 유형에는 감경, 기본, 가중의 3단계 권고 형량 범위가 제시되고 있다. 각 단계의 형량범위를 정함에 있어서는 최근 5년 정도의 양형재판 실무사례에 대한 통계분석 결과를 바탕으로 종전 양형실무의 70-80%가 반영되도록 하여 형량범위를 설정하는 것을 원칙으로 하고 있다.³³⁾ 그 과정에 필요한

31) 오영근/김유근/황만성/황태정, 양형 관련 관례 평석을 통한 양형기준 개선 방안 연구, 2011년도 대검찰청 정책연구용역, 2011, 93면.

32) 따라서 뇌물죄의 경우, 형법 제129조 제1항 뇌물수수·요구·약속, 동조 제2항 사전뇌물수수·요구·약속, 동법 제131조 제1항 수뢰 후 부정처사, 동조 제2항 및 제3항의 부정처사 후 수뢰, 동법 제133조 제1항 뇌물약속·공여·공야의사표시, 동조 제2항 제3자 뇌물교부, 특가법 제2조 제1항 뇌물수수 등이 포함된다.

33) 양형위원회, 2013 양형기준, 2013, 434면.

경우 규범적 관점에서 이를 조정하기도 한다.³⁴⁾

그러나 권고형량범위를 종전 선고형량의 70-80%의 양형이 포용될 수 있도록 설정하는 것에 대해서는 비판이 제기되기도 한다.³⁵⁾ 그 이유는 양형기준제가 도입된 배경에는 종래 사법부의 미온적인 선고태도가 중요한 원인의 하나였는데, 그런 범 죄군에 대하여 종전 선고형량의 70-80%를 기준으로 형량범위를 설정하는 방법은 여전히 동일한 문제를 안고 있다고 볼 수 있고, 과거에 선고된 사건의 형량분포와 양형관행을 과도하게 고려함으로써 입법자가 정한 법정형을 무력화시키고 있다는 것이다. 특히 각 영역간 형량범위가 중첩됨을 이유로 양형기준의 객관성이 없다는 비판이 제기되기도 한다.

그러나 양형현실을 살펴보면, 형법 및 각종 형사특별법에서 법정형이 지나치게 높게 설정되어 있어 무조건 그에 따르게 되는 경우, 과잉형벌이 될 위험성을 배제할 수 없고, 또 종래 선고형량분포를 무시하고 양형위원회에서 새롭게 형량범위를 설정하는 경우, 자칫 양형기준이 새로운 입법으로서의 기능을 담당할 수 있어, 그 자체 입법권을 침해하는 것이 될 소지가 있다는 점에서 기준설정 초기에 기존 선고형을 기준으로 삼아 양형기준을 마련하는 것은 부득이한 일이라고 할 수도 있다.³⁶⁾ 다만, 뇌물죄와 같이 종전에 지나치게 미온적인 선고형량이 문제되었던 범 죄군에 대해서는 양형기준의 시행에 따른 보다 면밀한 추적조사를 통해 권고형량범위를 조정해 나갈 필요는 있는 것으로 보인다.

이를 위해 아래의 <표 1>에서 1기 대상범 죄군의 양형기준 준수현황³⁷⁾을 살펴보면 - 특히 양형기준 설정당시 양형기준 준수율을 70-80%정도 예상 했던 것을 고려하면³⁸⁾ - 비록 2009년 90.5%에서 2012년 88.9%로 준수율이 낮아지기는 했지만 그

34) 김현석, “양형기준 시행성과와 향후 과제”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 13면.

35) 이주형, “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제21호, 2009, 59면 이하.

36) 같은 견해로, 서보학, “양형기준의 시행에 대한 평가와 개선방향”, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 62면.

37) 양형위원회 운영지원단에서 1심 구공판사건 중 양형기준 적용대상 사건의 판결문을 분석하여 대상범 죄에 대한 양형기준 준수여부에 대하여 조사하였다. 준수여부 분석방법에 있어 판결문의 양형이유에 양형기준이 명시된 경우에는 그에 따르고, 명시되지 않은 경우에는 판결문의 범죄사실, 법령의 적용, 양형이유 등을 분석하여 준수여부를 판단하였다고 한다(양형위원회 운영지원단, 앞의 보고, 2면 이하).

38) 김현석, 앞의 논문, 16면.

정도는 상당히 미미한 수준이고, 평균 89%를 유지하고 있다는 점에서 양형기준 준수율은 낮지 않은 것으로 나타나고 있다.³⁹⁾

그런데 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이, 2009년 양형기준 시행이후 2012년까지 분석한 1기 대상범죄군 중 2011년에만 성범죄 양형기준 준수율이 가장 낮은 것으로 나타나고⁴⁰⁾ 나머지 연도에는 뇌물죄의 양형기준 준수율이 가장 낮은 것으로 나타나, 뇌물죄 양형기준의 준수율은 평균 80.1%⁴¹⁾로 전체적으로 가장 낮은 것으로 나타나고 있다.

<표 1> 1기 대상범죄 양형기준 준수 및 부준수 현황

단위 : 명(%)

39) 특히 미국의 경우에도 양형기준 준수율이 75% 정도에 머무르고 있다는 점에서 더욱 그러하다.

40) 그 이유에 대해 양형위원회 운영지원단은 2011년에는 다른 연도에 비해 사회적으로 이슈가 되는 아동성폭력범죄가 없었던 것에서 찾고 있다.

41) 이는 대검찰청에서 발행한 양형백서에 뇌물죄의 양형기준 준수율을 9%라고 분석한 내용과 상당한 차이를 보여주는 조사결과이다(대검찰청, 양형백서, 2013, 140면). 그러나 이러한 차이는 앞에서 언급한 바와 같이, 양형위원회 운영지원단에서는 양형기준을 실시하지 않은 판결문의 경우에도 판결내용의 분석을 통해 준수여부를 판단하였다면, 대검찰청에서는 양형기준을 실시하지 않은 판결문은 제외하고 양형기준을 실시한 판결문만을 양형기준 준수대상으로 분석한 것으로, 결국 양자의 뇌물죄 준수율에 대한 판단기준의 차이에서 나타난 결과라고 할 수 있다. 따라서 차후에 이에 대한 면밀한 검증이 요구된다고 본다.

1심선고 연도 범죄군	2009년하반기		2010년		2011년		2012년		전체	
	준수	부 준수	준수	부 준수	준수	부 준수	준수	부 준수	준수	부 준수
살인	239 (87.9)	33 (12.1)	595 (89.9)	67 (10.1)	618 (89.7)	71 (10.3)	536 (88.7)	68 (11.3)	1,988 (89.3)	239 (10.7)
뇌물	74 (83.1)	15 (16.9)	484 (77.7)	139 22.3	483 80.5	117 19.5	460 (81.7)	103 18.3	<u>1,501</u> <u>80.1</u>	374 19.9
성범죄	714 (88.6)	92 (11.4)	2,372 (86.6)	366 13.4	<u>2,270</u> <u>(79.1)</u>	598 20.9	2,386 (85.7)	399 14.3	7,742 84.2	1,455 15.8
강도	392 (86.3)	62 (13.7)	944 (90.0)	105 10.0	905 91.3	86 8.7	781 (89.2)	95 10.8	3,022 89.7	348 10.3
횡령· 배임	886 (96.7)	30 (3.3)	3,668 (94.3)	221 5.7	3,395 92.7	267 7.3	2,545 (92.3)	213 7.7	10,494 93.5	731 6.5
위증	150 (84.7)	27 (15.3)	686 (90.6)	71 9.4	556 90.0	62 10.0	411 (89.7)	47 10.3	1,803 89.7	207 10.3
무고	161 (91.5)	15 (8.5)	776 (96.9)	25 3.1	757 97.4	20 2.6	578 (94.3)	35 5.7	2,272 96.0	95 4.0
계	2,616 (90.5)	274 (9.5)	9,525 (90.6)	994 (9.4)	8,984 (88.0)	1,221 (12.0)	7,697 (88.9)	960 (11.1)	28,822 (89.3)	3,449 (10.7)

자료 : 양형위원회 운영지원단 자료

3. 뇌물죄의 양형현황

구체적으로 2009년 7월 1일부터 2010년 12월 31일까지 법원에서 뇌물수수로 징역형이 선고된 형량을 분석한 결과에 따르면, 아래의 <표 2>에서 보는 바와 같이, 제2유형, 제3유형, 제4유형 및 제6유형에서 최소 징역형이 감경구간의 하한을 이탈한 것으로 나타나고 있다. 뿐만 아니라 평균 징역형의 경우도 제1유형만 가중구간에 속하고, 제2유형은 기본구간, 제3유형과 제5유형은 감경구간에 속해 있으며, 심지어 제4유형과 제6유형은 평균 징역형임에도 감경구간의 하한을 이탈한 것으로 나타나고 있다.⁴²⁾

<표 2> 뇌물수수의 선고형 분석⁴³⁾

유형	구분	최소 징역형	평균 징역형	집행유예율
1	1,000만 원 미만	6월	1년2월	89.58%
2	1,000만 원 이상 3,000만 원 미만	6월	1년2월	62.16%
3	3,000만 원 이상 5,000만 원 미만	1년6월	2년6월	46.43%
4	5,000만 원 이상 1억 원 미만	2년	3년2월	21.43%
5	1억 원 이상 5억 원 미만	5년	5년7월	20.00%
6	5억 원 이상	2년	5년	0.00%

* 자료 : 양형백서, 127면.

42) 양형백서, 2013, 121면 및 127면. 물론 본 통계는 앞에서 언급한 바와 같이, 양형기준이 실시된 판결문만을 대상으로 했다는 점에서 전체 뇌물죄 1심 판결을 분석했을 때 다른 결과가 나타날 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다.

43) 뇌물수수의 양형기준

유형	구분	감경	기본	가중
1	1,000만 원 미만	- 6월	4월 - 1년	8월 - 2년
2	1,000만 원 이상 3,000만 원 미만	8월 - 2년	1년 - 3년	2년 - 4년
3	3,000만 원 이상 5,000만 원 미만	2년6월 - 4년	3년 - 5년	4년 - 6년
4	5,000만 원 이상 1억 원 미만	3년6월 - 6년	5년 - 7년	6년 - 8년
5	1억 원 이상 5억 원 미만	5년 - 8년	7년 - 10년	9년 - 12년
6	5억 원 이상	7년 - 10년	9년 - 12년	11년 이상, 무기

집행유예 비율과 관련하여서도 제1유형에서는 89.58%, 제2유형에서는 62.16%로 절반이 넘는 사건에서 집행유예가 선고되고 있는 것으로 나타나고 있다. 비록 제5유형에는 집행유예가 없고 제4유형과 제5유형은 20% 정도에 머물고 있지만, 제3유형도 집행유예 비율이 46.43%로 결코 낮지 않게 나타나고 있다.⁴⁴⁾

사실 뇌물죄에 대해 입법자는 실형을 유도하기 위한 취지에서 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’을 통해 뇌물의 액수에 따라 최고 무기징역까지 부과할 수 있도록 법정형을 높여 놓은 것으로 보인다. 그런데 이것이 오히려 법관들에게 과도한 법정형의 부담으로 작용하여 법정형의 하한 또는 집행유예를 선고하는 사례가 많아진 것이 아닌가 생각된다. 이는 결국 입법자의 취지대로 무거운 형벌이 선고·집행되는 것이 아니라, 양형과정에 다양한 요소가 고려되고 타협이 개입됨으로써 오히려 법 적용의 왜곡현상이 발생하고 있는 것으로 설명될 수 있다.

물론 뇌물죄에 대한 양형기준 준수율이 비록 다른 범죄에 비하여 상대적으로 낮게 나타나고 있더라도, 그 자체 준수율은 80.1%로 - 미국과 비교해서도 - 낮지 않다는 점에서 뇌물죄 처벌의 적정성 수준이 심각한 문제가 아니라고 보는 견해가 있을 수도 있다. 그러나 양형기준의 하한이탈과 높은 집행유예율이 앞에서 언급한 뇌물죄에 대한 잘못된 문제인식에 기반을 두고 나타난 것이라면, 국민의 사법부에 대한 불신을 초래할 수 있다는 점에서 뇌물죄에 대한 형사책임의 적정성 확보를 위한 방안을 고민해 볼 필요가 있다.

44) 뇌물죄의 양형기준 준수여부와 관련하여 다른 조사결과에 따르면, 2009년 7월 1일부터 2010년 9월 30일까지 공소 제기되어 1심 판결이 선고된 뇌물관련 죄 총 810건 중 징역형을 선고 받은 사건을 중심으로 죄수가 복수이거나 경합이 아닌 뇌물수수 사건 총 128건을 분석한 결과, 총 128건 중 52건이 구간 내 선고되고 76건이 양형기준을 이탈하였으며, 이탈한 76건 중 75건이 하한 이탈인 것으로 나타나고 있다(박미량/이민식, 앞의 논문, 213면 이하).

IV. 뇌물죄에 대한 형사책임의 적정성확보를 위한 방안

1. 사회변화를 반영한 입법과 개정

뇌물죄 처벌의 적정성 확보를 위한 개선방안을 찾는 것은 비단 양형만의 문제로 볼 것은 아니라고 본다. 즉 뇌물죄 처벌의 적정성 확보방안은 먼저 올바른 입법에서부터 출발하여 뇌물죄에 대한 올바른 인식을 바탕으로 한 올바른 해석과 그 해석을 바탕으로 한 올바른 법적용이 양형의 단계에까지 이루어 졌을 때, 실질적인 개선이 이루어 질 것으로 본다. 따라서 가장 먼저 올바른 입법(개정)에서부터 검토가 요구되지만, 이러한 입법(개정)이 무조건 가벌성의 확대를 전제하거나 의미해서도 안 될 것이다.

예컨대 뇌물죄를 규율하는 기본법인 형법에는 공무원의 개념이나 범위에 관한 조항을 두지 않고, 국가공무원법 등의 규정을 준용하고 있다. 판례는 “형법 제129조에서의 공무원이라 함은 법령의 근거에 기하여 국가 또는 지방자치단체 및 이에 준하는 공법인의 사무에 종사하는 자로서 그 노무의 내용이 단순한 기계적·육체적인 것에 한정되어 있지 않은 자”⁴⁵⁾를 말한다고 한다.

이러한 형법상 뇌물죄 적용대상이 되는 공무원의 범위는 특별법에 의해 확장되고 있는데, 예컨대 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조 및 동법 시행령 제2조에 규정된 기관 또는 단체의 간부직원은 형법상 뇌물죄 규정을 적용할 때 공무원으로 본다. 또 판례는 명시적인 공무원의제 조항이 없어도 해당 “근거 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로서 형법 제129조에 규정된 수뢰죄의 주체인 공무원”이라고 한다.⁴⁶⁾

문제는 뇌물죄의 행위주체인 공무원에 대한 규정이 사회변화를 따라가지 못하는 상황에서 그 처벌 필요성에 따라 무리한 확장해석이 나타나고 있기도 하다는 것이다. 이에 헌법재판소는 “형법 제129조 제1항 중 “공무원”에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것)’ 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중

45) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도1703 판결.

46) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000도4593 판결

위촉위원이 포함되는 것으로 해석하는 것이 죄형법정주의원칙에 위배”된다는 한정 위원 의견을 제시한 바 있다⁴⁷⁾

아무리 뇌물죄에 대하여 정책적인 처벌 필요성이 존재한다고 하더라도 죄형법정주의에 입각하여 유추해석은 금지되어야 할 것이다. 따라서 무리하게 확장해석하기 보다는 필요하다면, 변화된 사회상황을 올바르게 반영한 뇌물죄 행위주체의 개정이 요구된다고 본다.

그런 점에서 본다면, 오늘날 큰 규모의 뇌물은 대부분 기업 차원에서 관급계약을 따기 위해 혹은 인허가를 받기 위해 제공되는 것이 일반적이고, 그 뇌물의 자금원 역시 기업의 비자금 등 기업의 자금인 경우가 다수이며, 그 뇌물로 인해 원하는 목적을 달성했을 때 가장 큰 혜택을 보는 것은 뇌물을 공여한 개인이 아니라 기업 자체라는 사정을 감안해 보면, 형법상 뇌물을 제공한 기업 자체를 처벌하는 것이 형사정책적으로 필요한 것은 아닌지 적극적으로 검토해 볼 여지가 있다.⁴⁸⁾

앞에서 언급한 바와 같이, 지난 1998년 OECD 부패방지협약에 따라 제정된 ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법’에서는 뇌물을 제공하는 개인뿐만 아니라 소속 기업도 처벌하는 양벌규정을 두고 있다(동법 제4조). 뇌물공여 행위와 관련하여 국내뇌물죄와 해외뇌물죄를 달리 볼 이유는 없을 것으로 본다. 무엇보다도 기업 입장에서 뇌물로 얻은 경제적 이익 보다 적발될 경우 받게 될 처벌이 크다고 인식하게 되면 뇌물죄에 대한 일반예방 효과를 기대할 수 있다는 점에서 뇌물공여에 있어 법인에 대한 양벌규정의 도입여부를 고려해볼 필요가 있다고 본다. 물론 학계의 다수설과 판례와 같이 법인의 형벌능력은 인정해도 범죄능력을 부정하는 경우, 뇌물죄에 있어 법인에 대한 양벌규정을 두는 것이 쉽지 않을 것으로 보이나, 오히려 법인의 범죄능력 인정여부에 대한 심도 있는 논의가 필요한 시점이 아닌가 생각해본다.

47) 헌법재판소 2012. 12. 27. 자 2011헌바117 결정.

48) 오택림, 앞의 논문, 174면 이하. 미국에서 해외뇌물죄와 관련하여 FCPA의 경우 개인과 법인의 법정형을 개인의 경우 5년 이하의 징역, 10만 불 이하의 벌금형을 규정하고 법인의 경우 2백만 불 이하의 벌금형에 처하도록 구별하여 규정하고 있다.

2. 대가성에 대한 재해석 혹은 입법

우리 형법 제129조에는 “그 직무에 관하여”라고 규정되어 있고, “직무행위의 대가로”라고 규정되어 있지 않기 때문에 문리적으로 뇌물죄 성립에 있어 대가성을 요하는 것으로 해석할 필요는 없다. 그럼에도 종래 판례와 학설(다수설)이 대가성을 필요하다고 해석하는 것은 독일 구형법의 영향⁴⁹⁾으로 분석되고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 독일 형법에서도 1997년 개정을 통해 “대가로”라는 요건이 삭제되어 현재는 대가관계가 필요 없는 것으로 해석할 수 있게 되었다.

그렇다면 우리 형법에 명문으로 규정되어 있지 않은 대가관계를 굳이 뇌물죄 성립요건으로 요구할 필요가 있는 것인지 의문이다. 물론 판례가 소위 “포괄적 뇌물죄”를 인정함으로써 실무상 대가관계를 요구하지 않는 것과 차이가 없을 수도 있으나, 굳이 규정에도 없는 요건을 해석상 요구할 필요는 없을 것으로 본다.

그런데 최근 발생한 세월호사건으로 인해 우리사회에서 지속적으로 발생하고 있는 공직자의 부패·비리사건을 규제하기 위해 보다 구체적인 제도적 장치 마련이 필요하다는 목소리가 높다. 이에 지난 2013년 “공직자의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁 관행을 근절하고, 공직자의 금품 등의 수수행위를 직무관련성 또는 대가성이 없는 경우에도 제재가 가능”⁵¹⁾하도록 입법한 ‘부정청탁금지 및 공직자 이해충돌 방지법안(이하 ‘부정청탁금지법’이라 한다)’을 제정하자는 목소리도 높다.

앞에서 언급한 바와 같이, 공직자가 소위 떡값명목의 금품수수, 향응제공 등을 인정하더라도 대가성이 없었다는 말한마디로 뇌물죄 처벌에서 벗어날 수 있고, 수사

49) 독일 구 형법에는 대가성을 규정하고 있었으나, 현행 독일 형법에서는 대가성을 삭제하여 현재는 우리 형법상 뇌물죄의 구조와 동일하게 되었다고 볼 수 있다.

구 형법(1997년 이전)	현행 형법
제331조 (수뢰) ① 공무원 또는 공무를 위하여 특별한 의무를 지는 자가 과거 또는 장래의 직무행위의 대가로 서 이익을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.	제331조 (수뢰) ① 공무원 또는 공무를 위하여 특별한 의무를 지는 자가 그 직무에 관하여 자기 또는 제3자를 위해 이익을 요구하거나, 약속받거나 또는 수수한 때에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

50) 오영근, 앞의 보고서, 17면.

51) 의안번호 제1906272 ‘부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안’ 제안이유 참조.

실무상 대가성을 입증하기가 쉽지 않아 대가성 요소가 뇌물죄 성립에 큰 장애로 작용하고 있다. 뿐만 아니라 떡값명목의 뇌물에 대한 대가성을 인정하지 못함으로써 예컨대 평소관리 대상이 될 수 있는 고위공직자의 경우는 대가성이 인정되지 않아 형사처벌에서 벗어날 수 있는 반면, 그 대상이 될 수 없는 중하위 공무원들의 경우에는 오히려 직무와의 대가성이 인정되어 형사처벌을 받게 될 수 있는 법적용의 형평성에도 문제가 발생할 수도 있다. 그런 점에서 본다면, 동법률안이 공직자들이 뇌물이나 그와 비슷한 향응 등을 제공받으면 대가성 여부를 묻지 않고 처벌할 수 있도록 하고 있기 때문에 이러한 문제를 해결할 수 있을 것으로 본다.

따라서 현행 규정의 해석상 대가관계를 요하지 않는 것으로 해석할 수 있다고 하더라도 보다 명확하게 처벌하기 위해서는 입법으로 해결하는 것이 바람직할 수 있다는 점에서 부정청탁금지법의 제정을 통해 소위 떡값 명목의 금품수수 혹은 접대성 향응을 통한 평소관리나 관계개선 차원의 대가성 없는 뇌물수수에 대한 처벌가능성을 마련하여 뇌물죄 처벌의 사각지대를 없애는 것도 처벌의 적정성을 확보하는 방안의 하나가 될 수 있을 것으로 본다.

3. 뇌물죄 양형에 있어 형사책임에 대한 인식의 재고

공무원의 직무상 활동은 개인적인 사생활에서부터 국가정책의 결정에까지 광범위하고 다양한 사회생활의 모든 부분과 관련을 맺고 있으며, 이러한 활동이 범죄행위로 나타날 때 그 심각성은 매우 크다. 물론 뇌물죄에 있어 직무행위의 공정성에 대한 사회적 신뢰를 보호하기 위해 필요불가결한 정도로 형벌의 최후수단성과 연계하여 신중하게 접근 할 필요가 있다.⁵²⁾

그러나 뇌물죄에 대한 처벌에 있어 징계를 받는 다거나 뇌물죄로 처벌되는 경우에 결과적으로 공무원 신분을 상실하는 등 양형에서 고려될 수 있는 요소가 존재한다고 보고, 또 뇌물죄에 대한 처벌을 단순히 개인의 문제로 보아 뇌물가액을 돌려주

52) 뇌물죄를 법적인 인간의 책임 관점이 아니라, 사회가 허용할 수 없는 위험범죄영역으로 간주하고 뇌물의 액수에 따라 형을 가중하는 특별법을 통해 ‘투쟁입법’을 해온 것으로 평가되기도 한다(조병선, “‘신중’의 뇌물범죄에 대한 한국의 형법적 대처방안에 대한 고찰”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 108면).

있거나 징계를 받았다는 이유에서 “회복철학”에 입각하여 관대하게 처벌하는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 오히려 뇌물수수 및 공여행위는 정상적인 공무집행을 방해하고, 공정경쟁을 가로막으며 사회를 부패시켜 공동체의 균열을 가져올 수 있다는 점에서 “응보철학”에 입각하여 엄격하게 처벌할 필요성이 있다고 본다.⁵³⁾

2013년에 선고된 뇌물수수관련 1심 판결 40건 중 집행유예가 선고된 18건을 살펴본 결과, 뇌물금액이 1억원이 넘는 경우에도 집행유예가 선고된 경우도 있고, 집행유예 사유로 여전히 “해임된 점”, “대가성 인식 부족”, “대가성 없음”을 적시하고 있다.⁵⁴⁾ 이는 뇌물죄에 대하여 법률에서 중한 형벌을 규정하고 있음에도 현실에서는 뇌물죄에 대한 관대한 양형이 이루어지는 것으로 볼 수 있다는 점에서 향후 뇌물죄의 형사책임을 “응보철학”에 입각하여 좀 더 엄격하게 판단될 수 있도록 뇌물죄의 형사책임에 대한 인식이 재고될 필요가 있다고 본다.

4. 추적분석을 통한 양형기준상 형량범위와 양형인자의 재조정

양형기준상 형량범위는 앞에서 언급한 바와 같이, 종래 선고된 양형의 70-80% 수준에서 그 범위가 설정되어 있다. 이러한 형량범위는 종래 양형이 지나치게 관대하다는 비판의 대상이 되었던 뇌물죄의 형량범위로는 다소 설득력이 떨어지는 면을 부정할 수 없다.⁵⁵⁾

물론 법정형의 범위 내라고 하여 아무런 객관적 근거 없이 종래의 선고형량을 무시하고 양형기준의 형량범위를 높이는 것은 앞에서 언급한 바와 같이, 자칫 양형기준을 통해 새로운 입법을 하는 역할을 담당할 수 있다는 점에서 신중하게 접근할

53) 최승혁/김범준/김시업, “화이트칼라 범죄에 대한 처벌철학과 양형판단”, 사회 및 성격(한국심리학회지), 2009, 13면. 이런 점에서 뇌물죄 양형기준의 집행유예기준에 ① 신분상실 또는 사회적 명예 실추, ② 부정한 이익의 몰수, ③ 본건 관련 징계처분 등을 집행유예에서 고려되어서는 안 되는 요소로 적시하고 있는 것이라고 본다.

54) 물론 조사 대상을 2013년에 선고된 일부 판결에 국한하였다는 점에서 차후 보다 폭넓은 실증분석이 필요할 것으로 보인다.

55) 이는 한국형사정책연구원에서 지난 2012년 법집행의 공정성에 대한 국민의식을 조사한 결과에서 관대하게 처벌된다고 인식하는 비율이 높은 범죄에 뇌물죄가 포함되어 있는 것을 통해서도 알 수 있다(신의기/강은영, 앞의 보고서, 196면).

필요가 있다. 그러나 사회적 현실이나 국민들의 요구 및 일반적인 법감정 내지 법의식을 소홀히 해서도 안 된다고 본다. 그렇다면 - 법제정에서도 그러하듯이 - 여론에만 이끌려 양형기준이 설정되어서는 안 되겠지만, 뇌물죄는 과거에 지나치게 미온적인 양형으로 비판의 대상이 되었던 대표적인 범죄군인 만큼, 국민들의 법감정을 끊임없이 파악하고 면밀한 실증적 추적조사를 통하여 적어도 국민의 상식과 괴리되지 않도록 뇌물죄의 형량범위를 재조정할 필요는 있다고 본다.⁵⁶⁾

그러기 위해서 양형인자에 대한 정밀한 추적분석이 반드시 이루어질 필요가 있다. 뇌물수수 관련 양형인자들에 대한 조사결과, 가중요소들이 감경요소에 비해 인정되는 빈도가 높으면서도 이들로 인해 실질적인 형량차이는 나타나지 않고, 고려할만한 다양한 양형인자가 존재함에도 불구하고 뇌물수수 금액을 기준으로 선고형이 결정되는 것으로 분석되고 있다.⁵⁷⁾ 뇌물죄의 양형기준이 뇌물수수 내지 공여금액을 바탕으로 유형화되고 있으므로 뇌물금액은 중요한 양형인자인 것이 분명하지만, “수뢰 관련 부정처사” 내지 “적극적 요구” 등과 같은 특별가중인자가 나타난 사안에서는 그에 대한 정확한 분석도 이루어질 필요가 있다고 본다.

사실 양형은 개별 사안에 존재하는 양형인자를 찾아내고 그러한 양형인자를 심층적으로 비교하여 그 영향력을 산정하여야 하고 피고인에 대한 형사정책적 고려도 함께 하여야 하는 복잡한 작업이다. 이러한 양형인자분석은 일회적으로 끝날 것이 아니다. 따라서 추가적인 분석을 통해 유의미한 양형인자들을 추려내어 양형기준의 효율성을 확보하고 증대시킬 수 있는 방향으로 꾸준히 발전시킬 필요가 있을 것으로 본다.

56) 같은 견해로 박강우, 앞의 논문, 224면.

57) 박미량/이민식, 앞의 논문, 227면. 이러한 결과는 2009년 7월부터 2010년 12월까지 선고된 뇌물범죄군 1심판결문을 분석한 결과에서도 유사하게 나타나고 있다. 즉 뇌물수수로 유죄판결을 선고받은 경우에 있어서 “가담정도 및 실제 이득액이 극히 경미한 경우”가 상당히 다수 반영된 것으로 나타났을 뿐만 아니라 집행유예 부과여부를 결정하는 참작사유에서도 “뇌물액이 1,000만원 미만인 경우”가 상당히 다수 반영된 것으로 나타나고 있다(양형백서, 2013, 131면 및 134면).

V. 맺음말

뇌물죄의 처벌에 대하여 사법부와 국민 사이에 괴리감이 적지 않다. 법은 공정성이 생명이며, 공정성 없는 법은 법으로서의 기능을 담당하기 어렵다. 만약 일반국민이 법집행의 공정성에 의문을 제기하고 불신한다면, 일반국민의 법준수 의지를 약화시켜 결과적으로 법치주의 확립에 큰 장애로 작용할 것이다. 따라서 법집행의 공정성 확보를 통해 국민의 법에 대한 신뢰를 확보하고 법준수 의지를 높여 사회적 안정성을 높이는 것이 중요하다. 앞에서 언급한 바와 같이 뇌물범죄의 해악은 그 피해가 개인에게만 미치는 것이 아니라 우리 사회 전체에 미친다는 점에서 뇌물죄의 처벌에 있어서 법과 현실의 괴리를 줄여 처벌의 적정성을 확보할 필요가 있을 것으로 본다.

이러한 뇌물죄 처벌의 적정성 확보를 위해서는 먼저 사회변화를 반영하여 뇌물죄 규정을 정비하고, 종래 뇌물죄 처벌의 큰 장애물이 되었던 대가성에 대한 해석을 재정립하고, 뇌물죄의 양형에 있어 그 형사책임에 대한 종전의 미온적인 인식을 재고하고, 현재의 양형기준에 대한 꾸준한 추적조사를 통하여 양형기준을 실질화시켜야 할 것으로 본다. 뇌물죄에 대한 엄격한 법집행은 궁극적으로 우리나라 공직사회의 부정부패를 척결하고 투명한 공직사회를 이룩할 수 있는 출발점으로서 큰 의미를 갖게 될 것으로 본다.

참고문헌

- 김선화, “「형법」 상 뇌물죄규정에 대한 한정위헌결정의 함의”, 이슈와 논점 제586호, 2013.1.9.
- 김준호, “부정부패사범 단속의 문제점과 대책”, 형사정책연구 제10권 제2호, 1999.
- 김현석, “양형기준 시행성과와 향후 과제”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010.
- 대검찰청, 2012 범죄분석, 2013.
- 대검찰청, 양형백서, 2013.
- 박강우, “대법원 양형기준안과 바람직한 양형개혁의 방향”, 저스티스 통권 제114호, 2009.
- 박미랑/이민식, “뇌물수수범죄의 양형에 관한 경험적 연구: 제1기 양형기준 적용현황 분석”, 교정담론 제5권 제2호, 2011.
- 박봉진, “공무원뇌물범죄와 대응방안”, 법학연구 제51집, 2013.
- 법무연수원, 2012 범죄백서, 2013.
- 서보화, “양형기준의 시행에 대한 평가와 개선방향”, 형사법연구 제23권 제4호, 2011.
- 송삼현, “공직부패 관련 형벌법규의 현황과 주요 내용”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 2009.
- 신의기/강은영, 법집행의 공정성에 대한 국민의식 조사연구, 연구총서 12-AA-04, 한국형사정책연구원, 2012.
- 양형위원회, 2013 양형기준, 2013.
- 양형위원회 운영지원단, “양형기준 준수여부 분석방법 보고”, 2013. 10. 23.
- 오영근, “공무원범죄와 양형 - 뇌물죄의 양형을 중심으로 -”, 형사정책연구 제5권 제4호, 1994.
- 오영근, 현행 뇌물범죄 처벌규정의 문제점과 개선방안, 대검찰청 보고서, 2010.
- 오영근/이상용, 뇌물죄에 관한 연구 - 수뢰죄의 양형실태와 통제방안 -, 한국형사정책연구원 보고서, 1994.
- 오영근/김유근/황만성/황태정, 양형 관련 판례 평석을 통한 양형기준 개선 방안 연구, 2011년도 대검찰청 정책연구용역, 2011.
- 오택립, “국내뇌물죄와 해외뇌물죄의 비교 연구 - FCPA, UK Bribery Act 등 외국 법제로

- 부터의 시사점을 중심으로 -”, 법조 통권 685호, 2013.
- 이주형, “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제21호, 2009.
- 이주희, “고위공직자 부패 방지에 관한 형법적 고찰”, 한양법학 제24권 제3집, 2013.
- 정신교, “뇌물죄의 양형합리화 방안”, 치안정책연구 제23호, 2009.
- 조병선, “‘신종’의 뇌물범죄에 대한 한국의 형법적 대처방안에 대한 고찰”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009.
- 최승혁/김범준/김시업, “화이트칼라 범죄에 대한 처벌철학과 양형판단”, 사회 및 성격(한국심리학회지), 2009.

Adequacy of Punishment against Bribery with Sentencing Guideline*

Kim, Hye-Jeong**

The Sentencing Committee developed the sentencing guideline for 23 crime in Korea. There are still disagreements over the validity of the guideline. The guideline with the lowest confirmity rate, 80.1%, was the first sentencing standard, bribery.

Generally, bribery has been considered as one of the white-collar crimes. But, in Korea, not only high-ranking public officials, but also lower-level officials commit bribery. They receive bribes in order to accumulate wealth, to earn their bread, or to adapt themselves to the construct of bribery bureaucracy. Such offense are some of the most serious crimes in Korea, because it disturbs normal policing and corrupts society. Despite being a serious crime, there is criticism that bribery is punished too lightly.

In order to ensure the appropriateness of punishment for bribery, regulation must first be changed the regarding social, or “soft” bribery and regulation for corporate punishment should be introduced. In addition to these regulatory changes, the criminal political thought regarding bribery should be changed.

In order to make this sentencing guidelines successful, it is necessary to tighten the sentencing hearing system. This can be developed by investigation sentencing factors. These investigations would be conducted by investigation officers of the court. Criminal judges have a positive view toward the sentencing guideline.

* This work was supported by the 2014 Yeungnam University Research Grant.

** Yeungnam University Law School

❖ Key words: bribery, sentencing guideline, regulation of punishment for company, recording of sentencing reason, foreign bribery

투고일 : 5월 29일 / 심사(수정)일 : 6월 18일 / 게재확정일 : 7월 4일