



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

배임수재죄의 보호범익에 관한 연구

2023년 8월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

여 동 근

배임수재죄의 보호범익에 관한 연구

지도교수 홍진영

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2023년 5월

서울대학교 대학원
법학과 형사법 전공
여동근

여동근의 석사 학위논문을 인준함
2023년 7월

위원장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위원 _____ (인)

국문초록

배임수재죄는 횡령과 배임의 장에 편제되어 있으나 그 구성요건 등은 배임죄보다 뇌물죄와 유사하다. 이러한 배임수재죄의 체계적 위치와 구성요건 등 사이의 괴리로 인하여 배임수재죄의 보호범익에 관한 복잡한 대립이 이어져 왔다. 그런데 기존의 견해 대립은 배임수재죄가 재산범죄로서의 성격을 가지는지에만 주로 관심을 가졌다. 그러다 보니 정작 배임수재죄의 보호범익으로 통상 언급되는 ‘사무처리자의 청렴성’이나 ‘거래의 청렴성’이 정확히 무슨 의미인지, 이들 개념이 사회적 법익과 개인적 법익 중 어느 쪽에 해당하는지 등에 대한 논의는 상대적으로 적었다.

배임수재죄의 보호범익으로서 위 두 개념의 정확한 의미와 성격이 무엇인지를 규명하기 위하여 우선 배임수재죄 관련 형법 제357조 규정의 제·개정 연혁을 살펴보았는바, 배임수재죄를 재산범죄와는 무관한 부패범죄로 보는 것이 타당하다고 해석되었다. 다음으로 부패범죄의 기본 요소와 불법성에 관하여 검토하였다. 부패범죄는 어떠한 지위 내지 권한을 사적 이익 추구에 이용하는 범죄로서 위임인-수임인-이익공여자의 삼각관계를 토대로 하는 범죄인데, 그 불법성과 관련하여 신뢰의 위반에 초점을 맞추는 견해와 시장질서의 훼손에 중점을 두는 견해가 대립하고 있다. 그러나 신뢰의 위반과 시장질서(더 나아가 거래질서)의 훼손 중 어느 한쪽만이 부패범죄의 불법성을 나타내는 것이 아니라, 양쪽 모두 부패범죄의 불법성을 구성하는 요소라고 봄이 타당하다.

다만 위 두 불법성 중 어느 쪽이 더 주된 불법성인지는 입법정책적인 문제이다. 이와 관련하여 특히 민간부패범죄에 관한 국제협약과 유럽 내 다자간 협약, 그리고 각국의 다양한 입법례를 살펴

보는 것이 우리나라 배임수재죄의 보호법익을 파악하는 데에도 도움이 된다고 보았기에 위 각 협약례 및 입법례를 구체적으로 살펴 보았다. 그 결과 우리나라의 배임수재죄는, 신뢰의 위반을 민간부패범죄의 주된 불법성으로 본 주요 협약례 및 입법례와는 달리 ‘의무 위반’을 그 구성요건 요소로 삼지 않고 대신 임무에 관한 ‘부정한’ 청탁의 대가를 수수하는 행위를 처벌대상으로 삼는 특수성이 있음을 확인하였다. 뿐만 아니라 민간부패범죄의 불법성 중 거래질서의 훼손에 무게를 두는 입장도 일부 협약례 및 입법례에서 확인되었다.

이러한 연구내용을 토대로 하여, 사무처리자가 사무위임자에게 최선의 이익이 되는 방향으로 사무를 처리하고 그 과정에서 사적 이익을 추구하지 않는다는 의미에서의 ‘사무처리자의 청렴성’도 개인적 법익으로서 배임수재죄의 보호법익 중 하나이나, 위 죄의 보다 주된 보호법익은 사회적 법익으로서 ‘특정 거래영역 내에서 활동하면서 따라야 할 공정한 거래질서를 준수하며 사적 이익 추구를 위해 그 질서를 훼손하지 않는다는 의미에서의 청렴성’, 즉 거래의 청렴성이라는 점을 논증하였다. 그리고 이러한 입장에 더 얽매 배임수재죄의 구성요건 등에 대한 해석론을 재검토하였다.

주요어 : 배임수재, 민간부패범죄, 사무처리자의 청렴성, 거래의 청렴성, 국제연합 부패방지협약(UNCAC), 사무위임자의 피해자성

학 번 : 2020-25622

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 동기와 목적	1
제 2 절 연구의 방법과 범위	2
제 2 장 배임수재죄의 기본 성격	4
제 1 절 기존 논의의 한계	4
제 2 절 법원의 태도	7
1. 대법원 판례의 태도	7
2. 하급심 법원의 설시	10
제 3 절 논의의 초점을 바꿀 필요성	11
제 4 절 배임수재죄의 제·개정 연혁	13
1. 배임수재죄 도입·제정 경위	13
2. 2016년도 개정 경위	18
제 5 절 소결론: 부패범죄이자 신뢰위반범죄	20
제 3 장 부패범죄의 기본 성격	22
제 1 절 논의의 필요성	22
제 2 절 부패의 개념 요소	22
1. 부패에 대한 사전적 정의 분석	22
2. 국제기구·단체의 개념 정의	24
3. 부패의 개념 요소 정리	25
제 3 절 부패의 불법성에 관한 2가지 관점	26
1. 의무 또는 신뢰의 위반(breach of a duty or trust)	26
2. 시장질서의 훼손: 이른바 시장모델(market model)	29

제 4 절 검토	30
제 4 장 민간부패범죄 관련 국제·해외 논의	35
제 1 절 분석·검토의 필요성	35
제 2 절 UN 부패방지협약(UNCAC)	36
1. UNCAC 성립과정 개괄	36
2. UNCAC 제21조의 내용 및 의의	37
3. UNCAC 제21조 도입 경위	39
3. UNCAC 제21조 해석론	41
제 3 절 유럽 내 부패방지협약	42
1. 유럽 내 협약의 UNCAC에 대한 영향	42
2. 유럽평의회 부패방지협약	43
3. 민간부패 관련 유럽연합 결의 등	45
제 4 절 민간부패범죄 관련 해외입법례	46
1. 영국	46
2. 독일	56
3. 오스트리아	60
4. 스위스	62
5. 미국	63
제 5 절 시사점	65
제 5 장 배임수재죄의 보호범의 등 검토	69
제 1 절 보호범의 재검토	69
1. 개인적 범의으로서 ‘사무처리자의 청렴성’	69
2. 사회적 범의으로서 ‘거래의 청렴성’	70
3. ‘사무처리의 청렴성’ 개념의 배제	72
4. 소결론	73
제 2 절 구성요건 해석론	74

1. “타인의 사무를 처리하는 자”	74
2. “부정한 청탁”	76
3. “제3자”	77
4. 미수범 처벌문제와 보호법익의 보호 정도	80
제 3 절 “부정한 청탁”의 개념과 유형론	82
1. 기존 문헌들의 유형론	82
2. 검토	84
3. 제3자 뇌물수수죄와의 구별	87
제 4 절 사무위임자의 피해자성	88
제 5 절 기타	89
1. 필요적 몰수·추징	89
2. 친족상도례 적용 여부	90
제 6 장 요약 및 결론	92
참고문헌	94
Abstract	98

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 동기와 목적

배임수재죄를 규정한 형법 제357조는 개인적 법익에 관한 장, 그중에서도 재산범죄와 관련한 횡령과 배임의 장에 규정되어 있다. 그런데 그 구성요건은 배임죄보다는 뇌물죄와 유사하며, 필수적 몰수·추징 규정을 두고 있다는 점에서도 배임죄보다는 뇌물죄와 유사한 면이 있다.

이처럼 배임수재죄의 체계적 위치와 구성요건의 내용 등 사이에 괴리가 존재함에 따라, 배임수재죄의 본질과 보호법익에 관한 복잡한 견해 대립이 이어져 왔다. 그런데 기존의 견해 대립은 배임수재죄를 배임죄의 연장선상에서 이해하여 재산범죄로서의 성격을 가진다고 볼 것인지, 아니면 재산범죄와 무관한 순수한 부패범죄로서 바라볼 것인지에만 주로 관심을 가졌다. 그러다 보니 정작 배임수재죄의 보호법익으로 학계 및 실무에서 통상 언급되는 ‘사무처리자의 청렴성’이나 ‘거래의 청렴성’이 정확히 무슨 의미인지, 이들 개념이 사회적 법익과 개인적 법익 중 어느 쪽에 해당하는지 등에 대한 논의는 없지는 않으나 상대적으로 적었다.

기존의 복잡한 견해 대립을 정리하고 배임수재죄의 보호법익을 표현하는 여러 개념들을 뚜렷하게 분별함으로써 배임수재죄의 본질과 보호법익을 명확히 하고자 이 연구로 나아가게 되었다. 특히 ‘사무처리자의 청렴성’이 개인적 법익인지, 만약 그렇다면 ‘사무처리자의 청렴성’과 구별되는 사회적 법익으로서 ‘거래의 청렴성’을 이해할 수는 없는지, 위 두 법익에 더하여 사무처리를 위임한 “타인”(사무위임자)의 재산권까지 배임수재죄의 보호법익에 포함된다고 볼 수 있는지, 개인적 법익과 사회적 법익 중 어느 쪽이 배임수재죄의 주된 보호법익인지 등을 살펴보았다. 배임수재죄의 보호법익이 무엇이고 그중 어떤 보호법익이 주된 보호법익인지를 명확하게 정리하고 나면, 배임수재죄의 구성요건 등을 해석하는 작업 역시 수월해지리라 판단하였다.

제 2 절 연구의 방법과 범위

이 논문은 문헌 연구를 토대로 한다. 특히 형법 제357조의 제·개정 경위와 관계된 문헌은 물론 그 개정 경위와 관련된 국제협약, 그리고 민간부패범죄로서 배임수재죄의 본질과 보호법익을 파악하는 데에 도움이 되는 다자간 조약과 입법례 및 이와 관계된 국내·외 문헌들을 분석한다.

위와 같은 문헌 연구를 토대로 하여, 우선 제2장에서는 배임수재죄의 보호법익에 관한 국내의 논의를 살펴본다. 먼저 기존 학계 논의의 한계를 검토하고 대법원 판례 및 하급심 법원의 설시를 살펴보며 형법 제357조의 제·개정 경위를 정리한다. 이를 통하여 배임수재죄가 재산범죄와 무관한 (민간부패범죄의 일종인) 사적 뇌물죄이면서 신임관계 훼손 범죄로서의 성격을 가진다는 점을 확인한다.

제3장에서는 배임수재죄의 보호법익을 논하기 위한 전제로서 부패범죄의 개념 요소와 기본 성격에 관한 이론적 검토를 진행한다. 이와 관련하여 부패에 대한 사전적 정의와 국제기구·단체의 정의를 살펴보고 여기서 공통적으로 나타나는 부패의 개념 요소를 추출한다. 아울러 부패범죄의 본질을 ‘신뢰의 위반(breach of trust)’에서 찾는 관점과 ‘시장질서(market)의 훼손’으로 설명하는 관점을 살펴보고, 이들 관점 모두 부패범죄의 불법성 중 일부 단편에만 초점을 맞춘 것임을 논증한다.

제4장에서는 민간부패범죄에 관한 국제협약과 지역단위 협약 그리고 각종 해외 입법례를 살펴, 각 협약례 및 입법례가 신뢰위반과 시장질서 훼손 중 어느 쪽에 비중을 두고서 민간뇌물죄의 구성요건 및 처벌조건 등을 규정하고 있는지를 검토한다. 이와 관련하여 국제연합(UN) 부패방지협약(the United Nations Convention against Corruption, UNCAC) 제21조의 내용과 도입 경위, 민간뇌물죄에 관한 유럽평의회(the Council of Europe, CoE) 및 유럽연합(EU) 내 다자간 협약들과 영국과 독일, 오스트리아, 스위스, 미국 등 주요 국가의 입법례를 살펴본다.

이상의 논의를 기반으로 하여 제5장에서는 본격적으로 배임수재죄의

보호법익을 검토한다. 특히 ‘사무처리자의 청렴성’은 사무위임자와의 대내관계에서 요구되는 청렴성이라는 점에서 개인적 법익인 반면, ‘거래의 청렴성’은 어떤 분야의 사무처리자가 그 분야의 거래질서 하에서 지켜야 할 청렴성이라는 측면에서 사회적 법익이며, 다만 이때의 청렴성이 사회나 공중 일반에 대한 청렴의무를 의미하는 것은 아님을 밝힌다. 나아가 해외 협약례 및 입법례와는 구별되는 우리나라 형법 제357조의 고유한 규정 형식 및 내용 등에 천착하여, 비록 사무처리자의 청렴성도 배임수재죄의 보호법익이기는 하나(이러한 차원에서 위 죄가 개인적 법익에 관한 죄로서 성격을 일부 가지기는 한다) 그보다는 거래의 청렴성이 위 죄의 보다 주된 보호법익임을 논증한다.

그리고 이러한 결론에 더 잡아 배임수재죄의 구성요건 등을 구체적으로 검토한다. 특히 배임수재죄에서 말하는 ‘부정한 청탁’의 구체적인 의미가 무엇이고 그에 관한 대법원 판례를 유형화하려는 시도는 어떻게 평가할 수 있는지, 사무위임자가 배임수재죄의 피해자에 해당하는지, 만약 그렇다면 사무위임자가 이익을 수수하는 경우에도 사무처리자에게 배임수재죄가 성립하는지, 사무처리자가 부정한 청탁의 대가로 이익을 수수하는 것을 사무위임자가 승낙한 경우에 그것이 피해자의 승낙에 해당하여 위법성이 조각되는지, 사무처리자와 사무위임자 사이에 일정한 친족관계가 존재하는 경우에 친족상도례 규정이 적용되는지 등을 검토한다.

제 2 장 배임수재죄의 기본 성격

제 1 절 기존 논의의 한계

국내 학계의 기존 견해 대립은 주로 사무위임자의 재산권을 배임수재죄의 보호법익에 포함시킬 것인지, 즉 배임수재죄가 재산범죄로서의 성격을 가지는지에 초점을 맞추고 있다.

제1설은, 배임수재죄의 구성요건 등이 배임죄와 다르고 오히려 (공무원의) 뇌물죄와 유사하다는 점 등을 들어, 배임수재죄는 이른바 사적 뇌물죄이며, 사무처리의 청렴성 내지는 거래의 청렴성만이 배임수재죄의 보호법익이고 사무위임자의 재산권은 그 보호법익에 포함되지 않는다고 본다.¹⁾ 이 견해는 한마디로 배임수재죄가 재산범죄로서의 성격을 부분적으로도 가지지 않는다는 입장이다.

반면 제2설은, 배임수재죄가 사무의 공정·성실한 처리를 통해 사무위임자의 재산을 보호하는 데에도 그 취지가 있으며, 부정한 청탁을 받는 것이 그 자체로 사무위임자의 재산을 보호할 임무를 위배할 추상적 위험을 발생시킨다는 점 등을 들어, 사무처리의 청렴성과 함께 사무위임자의 재산도 보호법익에 포함되어야 한다고 주장한다.²⁾ 아울러 문헌 중에는,

-
- 1) 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사(2018), 398~399면; 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022), 505면; 배종대, 형법각론 제13판, 홍문사(2022), 483면; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 1289~1293면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제12판, 박영사(2021), 444면; 임웅, 형법각론 제11정판, 법문사(2020), 557면; 김대휘·김신 편집대표, 주식 형법[형법각칙(6)], 한국사법행정학회(2017), 585면(노태약 집필부분); 민수영, “개정 배임수재죄의 ‘제3자’와 사무귀속주체인 ‘타인’의 관계”, 연세법학 제39호(2022. 7.), 161, 166~167면.
 - 2) 오영근, 형법각론 제6판, 박영사(2021), 405면; 이형국·김혜경, 형법각론 제2판, 법문사(2019), 501면; 정성근·박광민, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부(2015), 483면; 정영일, 형법강의[각론] 제3판, 학림(2017), 241면.

기본적으로 제2설의 입장을 취하면서 거기서 더 나아가 사무위임자의 재산 보호가 오히려 1차적 보호법익이고 사무처리의 청렴성은 그보다 후순위의 2차적·부수적 보호법익으로 보는 문헌³⁾도 존재한다.

한편 드물기는 하지만, 배임수재죄가 형법전 편제상 재산적 법익에 관한 죄에 속해 있을 뿐만 아니라 거래의 청렴성 같은 추상적 개념을 보호법익으로 삼는 것은 가벌성을 지나치게 확장하는 것이어서 형법의 보충성 원칙 및 법치국가적인 측면에서 받아들일 수 없으므로 오로지 사무위임자의 재산만을 배임수재죄의 보호법익으로 보아야 한다는 입장(제3설)도 존재한다.⁴⁾ 제2설 및 제3설은 배임수재죄가 전체적으로 또는 부분적으로라도 재산범죄로서의 성격을 가짐을 전제로 한다.

그런데 관련 문헌들의 상당수는 앞서 본 세 견해 중 어느 쪽을 취하는가와 상관없이, 사무처리의 청렴성과 거래의 청렴성을 구분하지 않고 한데 묶어 ‘사무처리 내지 거래의 청렴성’ 등으로 서술한다.⁵⁾ 나아가 아래에서 살펴보듯 대법원은 배임수재죄의 보호법익을 표현할 때 “타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성” 내지 “사무처리자의 청렴성”이라고 언급할 뿐 ‘사무처리의 청렴성’이라는 문구는 사용하지 않는데, 적잖은 문헌들이 배임수재죄의 보호법익을 ‘사무처리의 청렴성’으로 보는 것이 대법

3) 조기영, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수재죄의 ‘부정한 청탁’”, 형사법연구 제26권 제2호(2014), 104~110면. 사무위임자에 대한 직접적인 재산상 손해 또는 손해 발생의 위험을 배임수재죄의 1차적 결과반가치로, 사무처리와 관련된 이해관계인이나 집단, 나아가 국가 전체에 장·단기적, 직·간접적 손해를 초래할 위험성을 2차적 결과반가치로 설명하는 문헌[강수진, “배임수재죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미 - 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결 및 이른바 제약산업의 ‘리베이트 쌍벌제’에 대한 검토를 중심으로”, 형사법의 신통향 통권 제33호(2011. 12.), 214~215면; 정신교, “배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론”, 한국부패학회보 제22권 제3호(2017), 9면] 역시 큰 틀에서는 같은 입장으로 이해된다.

4) 이종수, “배임수증재죄의 형법적 의의와 ‘부정한 청탁’의 해석”, 형사정책연구 제30권 제4호(2019 겨울), 7~8면.

5) 배종대, 앞의 책, 483면; 오영근, 앞의 책, 405면; 김대휘·김신 편집대표, 앞의 책, 584면(노태약 집필부분); 이종수, 위의 글, 6면; 김정환, “건설산업기본법 위반죄(부정취득)와 배임수재죄의 관계”, 형사판례연구 제19권(2011), 568면.

원 관례의 태도라고 설명한다.⁶⁾ 이처럼 상당수의 문헌이 거래의 청렴성과 사무처리의 청렴성, 그리고 사무처리‘자’의 청렴성 개념을 서로 구분하지 않고 혼용하는 모습을 드러낸다. 기존 학계의 논의가 배임수재죄의 재산범죄 해당 여부에 집중되면서 위 세 개념을 분별하는 문제는 별다른 조명을 받지 못한 결과로 보인다.

나아가 제1설의 입장을 택한 문헌의 상당수는 위에서 본 바와 같이 ‘사무처리의 청렴성’과 ‘사무처리자의 청렴성’을 특별히 구분하지 않음과 동시에, 해당 보호법익이 개인적 법익인지 사회적 법익인지도 별도로 논하지 않는다.⁷⁾ 만약 ‘사무처리의 청렴성’이든 ‘사무처리자의 청렴성’이든 개인적 법익이 아닌 사회적 법익이라는 점에 이견의 여지가 없다면, 위 두 개념을 분별하거나 그 성격을 분석하기 위한 논의의 실익이 별로 없을 것이다. 문헌들 중에 위 두 개념을 같은 의미로 사용하면서 이를 사회적 법익으로 이해하거나,⁸⁾ ‘사무처리의 청렴성’이라는 표현을 전제하면서 이를 사회적 법익으로 보는 문헌⁹⁾들이 있기도 하다. 그러나 굳이 ‘타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성’이라는 문언을 사용하면서 이를 뇌물죄의 보호법익인 ‘공직수행의 공정성과 불가매수성’과 구분되는 ‘개인적’ 법익으로 이해하는 문헌들도 적잖이 존재한다.¹⁰⁾

6) 김성돈, 앞의 책, 505면; 배종대, 앞의 책, 483면; 임웅, 앞의 책, 557면; 김대휘·김신 편집대표, 앞의 책, 585면(노태약 집필부분).

7) 김성돈, 위의 책, 505면; 배종대, 위의 책, 483면; 임웅, 위의 책, 557면; 김대휘·김신 편집대표, 위의 책, 585면(노태약 집필부분).

8) 조기영, 앞의 글, 104면.

9) 강수진, 앞의 글, 213면; 민수영, 앞의 글, 166~167면; 이종수, 앞의 글, 7면; 김정환, 앞의 글, 568면.

10) 김승주, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수재죄의 ‘부정한 청탁’(대상판결: 대법원 2013. 12. 26. 선고 2010도16681 판결)”, 사법 제1권 제28호 (2014), 432~433면; 이승호, “배임수재죄의 본질과 ‘부정한 청탁’의 판단기준”, 법조통권 제614호(2007), 109면; 정신교, 앞의 글, 7면.

제 2 절 법원의 태도

1. 대법원 판례의 태도

대법원은 1984년 “배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 그 보호법익으로 하는 형사범”이라고 처음 판시¹¹⁾한 이래, 배임수재죄의 보호법익을 “사무처리자의 청렴성”으로 표현하는 판결례를 지속적으로 축적하여 왔다.¹²⁾ 아울러 대법원은 위 판결례에 더하여, 배임수재죄의 보호법익을 “거래의 청렴성”이라고 표현하는 판결례¹³⁾ 역시 다수 축적하였다. 대법원 판례 중에 정면으로 위 두 개념을 합하여 “사무처리자의 청렴성 내지 거래의 청렴성”이라고 표현한 예는 찾아보기 어려우나, 한편 대법원은 하나의 판결에서 “...이로써 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성은 훼손되는 것이어서 배임수재죄의 성립을 인정할 수 있다”는 표현과 “...(배임수재죄의) 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 한다”는 설시를 동시에 한 사례가 있는 등으로,¹⁴⁾ 기본적으로 위 두 개념을 상호 치환 가능한 개념으로 이해하는 것으로 보인다. 한편 대법원이 위 1984년 판결에서 “(배임수재죄와 배임죄가) 행위의 태양을 전연 달리하고 있어 일반법과 특별법 관계가 아닌 별개의 독립된 범죄”라고 판시¹⁵⁾한 이래 배임수재죄의 보호법익으로 사무위임자의 재산권을 언급한 사례는 찾아볼 수 없다.

그런데 대법원 판례 중에는 배임수재죄의 보호법익을 ‘개인적 법익’으로 명시한 예가 존재한다. 먼저 ① 대법원은 제3자 뇌물공여죄를 규정한 형법 제130조의 “부정한 청탁”에 대한 해석론을 실시하는 과정에서 “상

11) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1906 판결.

12) 대법원 1997. 10. 24. 선고 97도2042 판결; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도8670 판결; 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014도1132 판결 외 다수.

13) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95도2930 판결; 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결 외 다수.

14) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012도13719 판결.

15) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1906 판결.

고이유는 이와 다른 견해를 주장하면서 형법 제357조 의 배임수증죄에 관한 대법원판례를 원용하고 있으나 배임수증죄는 *개인적 법익*을 그 보호법익으로 하는 죄이므로 그에 관한 판례는 보호법익을 달리 하는 뇌물죄에 원용할 만한 적절한 사안이 되지 못한다.”고 언급한 적이 있다.¹⁶⁾ 그리고 ② 미간행 판결에서이기는 하나, 대법원은 “배임수재죄는 *개인적 법익에 대한 죄*이고 구성요건에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’를 주체로 정하고 있으므로 *피해자의 존재*를 요하는바, 법인의 속성상 대표기관의 행위는 원칙적으로 법인 자신의 행위가 됨에 비추어, 대표자가 법인을 위한다는 의사 없이 자신의 이익을 도모하기 위해 부정한 청탁을 받고, 재물을 취득한 경우라야 법인을 피해자로 평가하여 대표자를 배임수재죄로 처벌할 수 있다”고 판시한바 있다.¹⁷⁾

나아가 배임수재죄의 보호법익을 정면으로 다룬 판례는 아니나, “건설산업기본법 제95조의2는 (중략) 개인적 법익에 대한 범죄가 아니라 건설업의 부조리를 방지하여 건설산업의 건전한 발전을 도모하고자 하는 사회적 법익을 그 보호법익으로 하는 것으로서, (중략) 건설산업기본법 제95조의2 위반죄는 형법상 배임수재죄의 특별규정이 아니라 그와 구성요건을 달리하는 별개의 죄라고 보아야 할 것”이라고 판시한 대법원 판례도 있다.¹⁸⁾ 건설산업기본법 제95조의2 위반죄의 보호법익이 ‘개인적 법익이 아닌’ 사회적 법익이라고 언급하면서 위 죄를 배임수재죄와는 다른 성격의 범죄로 판단한 점에서, 이 판례 역시 배임수재죄의 보호법익을 개인적 법익으로 이해하는 전제에서 있다고 보인다.

한편 대법원은 최근인 2021년 9월 30일, 신문사 기자들이 홍보성 기사를 작성·게재해준 것에 대한 대가로 기자들 본인이 아닌 각 소속 신문사들에게 금원이 지급되었다고 인정한 사안에서 ‘(2016. 5. 29. 법률 제 14178호로 개정된) 형법 제357조의 보호법익 및 체계적 위치, 개정 경위와 이유, 법문의 문언 등을 종합하여 볼 때, 같은 조 제1항의 “제3자”에는 다른 특별한 사정이 없는 한 사무처리를 위임한 타인은 포함되지 않

16) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도3424 판결(이태릭체로 한 강조 표시는 필자).

17) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7608 판결(이태릭체로 한 강조 표시는 필자).

18) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도3932 판결.

는다'고 판시하였다.¹⁹⁾ 해당 각 판결에서 대법원은 2016년 5월 29일 형법 개정 내용과 이유에 대해서만 간단히 설명하였을 뿐²⁰⁾ 배임수재죄의 보호법익과 체계적 위치 등에 대해서는 구체적인 설명이나 논증을 제시하지 않았다. 다만 배임수재죄의 보호법익을 사회적 법익으로만 이해하는 전제에 설 경우, 재물 또는 재산상 이익이 부정한 청탁의 대가인 이상 이를 사무처리자가 아닌 그 사무처리를 위임한 타인이 취득하였다고 하여 보호법익에 대한 침해 여부 및 정도를 달리 평가할 이유가 없다. 따라서 대법원이 위와 같은 사안을 배임수재죄의 처벌대상에서 제외하는 판시를 하면서 굳이 위 죄의 '보호법익'을 고려요소로 언급한 것 역시, 위 죄를 개인적 법익에 관한 죄로 이해하는 전제로부터 출발하였다고 볼 수 있다. 문헌 중에는 배임수재죄를 사회적 법익에 관한 죄로 보아야 한다는 전제에서 위 대법원 판례를 비판하는 문헌도 있다.²¹⁾

요컨대 대법원은 배임수재죄의 보호법익을 사무위임자의 재산권이 아닌 '사무처리자의 청렴성' 또는 '거래의 청렴성'으로 판시하면서도, 위 죄를 개인적 법익에 관한 죄로 이해하는 태도를 보이고 있다.

19) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019도17102 판결; 대법원 2021. 9. 30. 선고 2020도2641 판결.

20) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019도17102 판결 중: “개정 형법(2016. 5. 29. 법률 제14178호로 개정된 것) 제357조 제1항은 구법과 달리 배임수재죄의 구성요건을 ‘타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때’라고 규정함으로써 제3자로 하여금 재물이나 재산상 이익을 취득하게 하는 행위를 구성요건에 추가하였다. 그 입법 취지는 부패행위를 방지하고 「UN 부패방지협약」 등 국제적 기준에 부합하도록 하려는 것이다.”

구체적인 개정 경위는 아래 제3장 제2절에서 살펴본다.

21) 민수영, 앞의 글, 176면.

2. 하급심 법원의 설시

대법원은 앞서 본 것과 같이 배임수재죄를 개인적 법익에 관한 죄로 명시한 판례들에서도, ‘사무처리자의 청렴성’ 등이 정확히 어떤 측면에서 개인적 법익에 해당한다고 구체적으로 설명하고 있지 않다.

다만, 위에서 든 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019도17102 판결의 제1심 판결인 전주지방법원 2018. 11. 1. 선고 2018고단1219 판결은 “행위자가 부정한 청탁을 받았다고 하더라도 이로 인하여 그 ‘타인’이 재물이나 재산상 이익을 취득한 경우에는 그 행위자가 타인과의 대내관계에서 신임 관계를 저버린 결과라 볼 수 없어 굳이 배임수재죄로 처벌할 이유가 없”다고 언급하여, 배임수재죄가 어떤 차원에서 개인적 법익에 관한 죄인지를 비교적 분명하게 제시하고 있다.²²⁾

아울러 위 대법원 판결이 선고되기 이전에, 신문사 편집국장인 피고인이 홍보성 기사를 작성해달라는 청탁을 받고서 해당 신문사 계좌로 금전을 송금하게 한 사안에서 전주지방법원은 아래와 같은 설시와 함께 피고인의 배임수재 혐의에 대해 무죄를 선고한 적이 있다.²³⁾

“배임수재죄는 공직수행의 공정성과 불가매수성이라는 국가적 법익을 보호법익으로 하는 뇌물죄와 달리 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성이라는 개인적 법익을 보호법익으로 하고 있다. 배임수재죄의 보호법익인 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성은 종국적으로 사무 처리를 의뢰한 자의 이익을 보호하기 위한 것이지 민간에서의 거래 청렴

22) 전주지방법원 2018. 11. 1. 선고 2018고단1219 판결(이태릭체 강조 표시는 필자). 참고로 위 제1심 판결의 항소심 판결인 같은 법원 2019. 10. 31. 선고 2018노1568 판결은 “현행 형법 제357조 제1항에서 규정한 제3자에 사무 귀속주체인 타인이 포함되지 않는다는 점은 법문상 명백하다.”고만 언급하였다. 결과적으로 위 사안의 제1심, 항소심 및 상고심(대법원) 모두 형법 제357조 제1항의 “제3자”에 사무위임자가 포함되지 않는다는 결론에 있어서는 동일한 입장을 보였다.

23) 전주지방법원 2021. 2. 4. 선고 2018고단1158 판결.

성에 관한 일반인의 신뢰를 보호하는 것으로 볼 수 없다. 이는 사업 내지 거래의 주체인 사업주 자신이 사무 처리나 거래 과정에서 특혜 등의 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하더라도 배임수재죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 아니므로 처벌 대상이 될 수 없음이 명백한데, 그 경우에도 거래 청렴성에 관한 일반인의 신뢰 또는 공정 경쟁을 해하는 것은 마찬가지이기 때문이다. 따라서 사무 처리를 의뢰한 자는 배임수재죄의 피해자가 될 뿐이라고 할 것이고,[위 제1심 판결은 이 부분에 각주를 달아, “참고로 대법원 양형위원회에서 제정한 배임수증재범죄 양형기준에서도 특별감경인자의 하나로 ‘피해자(사무처리를 의뢰한 자)의 처벌불원’을 규정하여 사무처리 위탁자를 피해자로 보고 있다.”고 언급하였다] 배임수재죄의 보호법익에서 말하는 청렴성은 사무 처리를 의뢰한 타인과의 관계에서 지켜야 할 신뢰를 준수하는 것을 말한다.”

위 판결은 이후 항소기각²⁴⁾ 및 상고기각²⁵⁾으로 확정되었다.

위와 같은 일부 하급심 판결의 설시를 살펴보면, 배임수재죄의 보호법익으로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성’이 ‘사무위임자와의 대내적 신임관계, 즉 사무위임자와의 관계에서 지켜야 할 신뢰를 준수하는 것’이라는 측면에서 개인적 법익에 해당한다고 보는 관점이 드러난다. 이는 앞서 본 일부 문헌²⁶⁾의 입장과도 일맥상통한다.

제 3 절 논의의 초점을 바꿀 필요성

이처럼 배임수재죄의 보호법익으로 학계 및 대법원 판례에서 언급하

24) 전주지방법원 2019. 10. 31. 선고 2018노1454 판결. 다만, 여기서도 항소심 법원은 “현행 형법 제357조 제1항에서 규정한 제3자에 사무귀속주체인 타인이 포함되지 않는다는 점은 법문상 명백하다.”고만 언급하였다.

25) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019도17115 판결. 이 대법원 판결에는 형법 제357조의 해석론이나 보호법익 등에 관한 특별한 논증이 제시되어 있지 않다.

26) 김승주, 앞의 글, 432~433면; 이승호, 앞의 글, 109면; 정신교, 앞의 글, 7면.

는 ‘사무처리자의 청렴성’, 즉 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 개인적 법익으로 이해할 가능성이 존재하는 상황에서, 배임수재죄의 보호법익에 사무위임자의 재산권이 포함되는지를 논하는 것만으로는 위 죄의 성격을 파악하는 데에 한계가 있다. 사무처리자의 청렴성이 개인적 법익이라면, 사무위임자의 재산권을 배임수재죄의 보호법익에서 제외하더라도 여전히 위 죄를 (기본적으로는) 개인적 법익에 관한 죄로 이해할 여지가 생기게 된다. 따라서 배임수재죄가 재산범죄인지의 문제에서 한발 더 나아가 ‘사무처리자의 청렴성’은 과연 사회적 법익인지 아니면 개인적 법익인지를 명확하게 정리할 필요가 있다.

아울러 ‘사무처리자의 청렴성’을 개인적 법익으로 볼 경우, ‘사무처리의 청렴성’ 및 ‘거래의 청렴성’도 동일하게 개인적 법익으로 이해할 것인지 아니면 ‘사무처리자의 청렴성’과는 구분되는 사회적 법익으로 봐야 할 것인지 등도 함께 논의될 필요가 있다. 이 과정에서 ‘사무처리자의 청렴성’, ‘사무처리의 청렴성’, 그리고 ‘거래의 청렴성’을 한데 뭉뚱그려 정의하지 않고 정확히 분별하여 각 개념의 의의 및 성격을 따져보아야 할 것이다.

그리고 만약 ‘사무처리의 청렴성’과 ‘거래의 청렴성’을 사회적 법익으로 해석한다면, 위 두 개념과 구분되는 개인적 법익인 ‘사무처리자의 청렴성’만을 배임수재죄의 보호법익으로 할지, 아니면 위 죄를 개인적 법익으로서의 ‘사무처리자의 청렴성’과 사회적 법익으로서의 ‘거래의 청렴성’ 모두를 보호법익으로 하는 범죄로 볼 것인지를 논할 필요가 있다. 배임수재죄가 개인적 법익에 관한 죄의 장에 규정된 죄라는 사정만을 중시하여 위 죄의 보호법익에 ‘사무처리자의 청렴성’만을 포함하고 ‘거래의 청렴성’ 등은 배제하는 견해도 상정해볼 수 있다. 그러나 사회적 법익에 관한 죄의 장에 규정된 방화죄의 보호법익에 개인적 법익(개인의 재산권)이 포함된다고 보는 해석이 불가능하지 않은 것처럼,²⁷⁾ 나아가 국가적 법익에 관한 죄의 장에 규정된 무고죄도 부당하게 처벌·징계받지 아니할

27) 김성돈, 앞의 책, 576면; 신동운, 앞의 책, 286면; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7421 판결 등.

피무고자의 개인적 이익을 부수적으로나마 보호법익으로 하는 것처럼,²⁸⁾ 배임수재죄에 관해서도 개인적 법익(사무처리자의 청렴성)과 함께 사회적 법익을 위 죄의 보호법익으로 보는 입장이 충분히 가능할 수 있다.

위와 같은 논의의 시작점으로서, 애초에 배임수재죄에 관한 형법 제 357조가 어떤 경위를 거쳐 대한민국 제정 형법에 도입되었는지, 위 규정의 개정 과정에서 배임수재죄의 성격이나 보호법익에 관한 논의는 없었는지를 검토할 필요가 있다. 이에 관하여 이하에서 살펴본다.

제 4 절 배임수재죄의 제·개정 연혁

1. 배임수재죄 도입·제정 경위

가. 일본 개정형법가안 성안 과정 검토

대한민국 형법 제정 과정에 1940년 일본 개정형법가안(改正刑法假案, 이하 ‘가안’은 위 개정형법가안을 말한다)이 상당한 참조가 되었기에,²⁹⁾ 제정 형법을 이해하는 데에서 가안의 성안 경위를 살펴보는 것은 불가피하다. 특히 가안 제444조에는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정의 청탁을 받아 재산상의 이익을 얻은 때에는 3년 이하의 징역 또는 5천원(圓) 이하의 벌금에 처한다. 이익을 공여한 자 역시 같다.”³⁰⁾고 규정되어 있어, “재물”이 명시되지 않은 점과 배임수재죄와 배임증재죄의 형을 동일하게 정한 점 등을 제외하고는 대한민국 제정 형법

28) 김성돈, 앞의 책, 884~885면; 신동운, 앞의 책, 258면; 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015도15398 판결 등.

29) 오영근·최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 10권 1호 (1999), 107~108면; 西尾昭, “韓國の刑法改正試案”, 同志社法學 43卷 4号, 61面.

30) 조기영, 앞의 글, 105면; 일본 국립국회도서관 데이터컬렉션 홈페이지(인터넷 주소 dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1273010, 2023. 5. 2. 확인).

제357조와 거의 그대로 일치하므로, 현행 배임수재죄의 도입취지 등을 정확히 이해하기 위해서는 가안의 성안 경위를 간략하게나마 살펴볼 필요가 있다.

일본은 일제강점기 당시 1921년(大正 10年)경부터 형법에 대한 전반적인 개정작업을 추진하였고, 그 결과물로서 형법 및 감옥법 개정 조사위원회(刑法並監獄法改正調査委員會, 이하 ‘조사위원회’라 한다)에서 1931년 총칙편을, 1940년 각칙편을 각각 성안(이중 후자가 이 글에서 언급하는 가안이다)하여 미정고(未定稿, 미완성본)의 형태로 공표하였으나, 일제 말기 전쟁 준비의 여파로 위 조사위원회가 폐지됨에 따라 실제로 일본에서 입법화가 이루어지지 않는 않았다.³¹⁾ 오히려 가안의 내용은 일본 패망 및 해방 이후 우리나라의 제정 형법에 상당 부분 반영되었다.

처음의 가안 제416조는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 뇌물을 수수, 요구, 또는 약속한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처하며, 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 그 공여를 요구 혹은 약속한 경우에도 동일하다.”고 정하여, 뇌물죄 조문에서 행위주체를 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로만 변경한 형태였다고 한다.³²⁾ 당시 조사위원회의 속기록³³⁾에 수록된 泉二新態 위원의 설명에 따르면, 배임수재 관련 조문을 어디에 위치시키는 것이 적당한지에 관하여 다소 연구의 여지가 있으며 이를 공무상 독직죄와 함께 규정하는 입법례도 있기는 하나, “이 안은 모든 공무에 관한 경우들은 이전부터 내려오는 대로 두고 그 밖의 사인의 관계의 경우는 대체로 뒤쪽에 다수 규정하여 왔으므로, 요컨대 이것은 배임이라는 큰 관념에 포함되는 것으로 볼 수 있어” 횡령 및 배임에 관한 죄 부분에 규정하게 되었다고 한다. 이에 대하

31) 오영근·최종식, 앞의 글, 112~117면; 이동희, “일본의 형법 개정의 연혁과 주요 쟁점”, 비교형사법연구 제21권 제4호(2020), 65~66면.

32) 崔鍾植, 韓國刑法の歴史的展開と課題 (一), 法政研究 74卷 3号(2017), 475면[조기영, 앞의 글, 104면에서 재인용].

33) 법무대신관방조사과, 형법 및 감옥법 개정 조사위원회 의사속기록, 법무자료 별책 제23호(1957), 438~447면(조기영, 위의 글, 105면에서 재인용. 이하 이 문단의 내용은 위 문헌에서 재인용한 조사위원회 의사속기록의 내용을 정리한 것이다).

여 한 위원(山岡)이 ‘해당 조문은 개인의 지위를 관공리 정도로 상승시켜 이들 모두 국가를 위하여 일한다는 이상가의 논리를 실현시키는 것’이라고 비판하자, 泉二은 ‘사인의 독직죄는 공무원의 뇌물죄와 그 근본취지가 다르지 않은바, 오늘날 반관반사(半官半私), 거대한 국책적 사업경영의 회사가 출현하여 큰 문제가 될 수 있기에 가안과 같은 규정이 필요하다’고 설명하였다. 그러자 山岡도 ‘근본적인 처벌 필요성은 공감하나 일개 상인을 뇌물죄로 처벌하는 것은 부당하니 부정한 목적을 가진 경우에 한하여 처벌하는 것이 타당하다’는 취지로 지적하였다. 이러한 조사위원회에서의 논의가 있는 후에 앞서 본 가안 제444조 규정이 마련된 것이다.

위 가안 성안 경위를 종합해 보면, 다음 세 가지를 확인할 수 있다. ① 가안에 도입된 배임수재죄는 처음부터 공무원의 뇌물죄와 대응되는 사적 분야의 뇌물죄로서 도입되었다. ② 다만 공무에 관한 죄는 전반부에, 사적 영역에 관한 죄는 후반부에 규정하는 가안의 전체적인 구성 체계에 더하여, 배임수재죄가 넓은 의미에서 ‘배임’, 즉 사무위임자의 신뢰를 배반하는 죄라는 점을 고려하여 이를 배임죄와 같은 장에 편제하였다. ③ 나아가 공무원이 아닌 사인에 대하여 공무원과 동일한 형태의 뇌물죄를 적용하는 것이 지나치게 과도한 처벌이라는 지적이 존재하였고, 이에 따라 구성요건에 “부정한 청탁”을 추가하였다.

참고로 가안의 내용은 앞서 본 것과 같이 일제 말기 전쟁 준비의 여파로 일본 형법에 반영되지 못하였고, 일제 패망 후 일본 형법 전면개정 작업의 일환으로 1961년 개정형법준비초안과 1974년 개정형법초안이 각 성안되었으나 이 역시 실제 입법화에는 실패하였으며, 그 전후의 일본 형법 개정 과정에서도 배임수재증재죄의 도입은 이루어지지 않았다.³⁴⁾ 지금도 일본 형법에는 우리나라 형법 제357조와 같은 민간부패범죄에 관한 일반처벌규정이 존재하지 않으며, 일본 회사법에 우리나라 상법 제630조, 제631조 및 제634조의2와 유사한 회사 임원 등의 증수뢰죄(제967조), 주주 등의 권리행사에 관한 증수뢰죄 및 이익제공죄(제968조, 제970

34) 이동희, 앞의 글, 67~84면; 김유근·안수길, 부정부패방지를 위한 법령의 정비 방안 연구, 한국형사정책연구원(2016), 37면.

조) 관련 규정이 존재할 뿐이다.³⁵⁾ 한편 가안은 횡령죄와 배임죄 모두 신임관계의 배반을 본질로 한다는 점에 착안하여 위 두 죄를 ‘횡령과 배임의 죄’라는 동일한 장에 규정하였으며 우리나라 제정 형법도 같은 입장을 취한 반면, 일본 형법은 현재도 배임죄를 ‘사기와 공갈의 죄’의 장에, 횡령죄를 ‘횡령의 죄’라는 독립한 장에 각각 규정하고 있다.³⁶⁾

나. 대한민국 형법 제정 과정에서의 논의

해방 직후 1947. 6. 30. 남조선과도정부 행정명령 제3호에 따라 설립된 법전기초위원회(법제편찬위원회라고도 불렀다³⁷⁾)를 통하여 형법기초요강이 마련되었는데, 위 기초요강에는 “「횡령 및[及] 배임죄」의 장(章) 하에 타인의 사무처리자의 수청탁이익수득(受請託利益收得)의 행위를 처벌하는 조문을 신설할 것”이라는 항목이 포함되어 있었다.³⁸⁾ 당시 법제편찬위원이자 대검찰청 검사였던 엄상섭은 해당 항목에 대해 “사립학교교원 및 기타 사설단체의 직무자가 그 단체로부터 수임(受任)한 취지에 위반하는 사무처리상의 청탁을 받고서 경제상의 이익을 수득(收得)하는 소행의 처벌을 하기 위함”이라고 설명하였다.³⁹⁾

이후 대한민국 정부가 수립되고 법전편찬위원회직제(1948. 9. 15. 대통령령 제4호)가 제정·공포되면서, 법제편찬위원회가 진행하던 사업을 법전편찬위원회가 이어받아 형법초안을 마련하였는데, 정부는 위 형법초안에 하나의 조문(간통죄 쌍벌규정)만을 추가한 뒤 이를 정부초안으로 국회에 제출하였다.⁴⁰⁾ 위 형법초안 중 배임수증재죄에 관한 규정인 제382

35) 김유근·안수길, 위의 책, 37면; <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=417AC0000000086> 및 <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=140AC0000000045> (마지막 확인일 2023. 7. 2.)

36) 신동운, 앞의 책, 1145~1147면.

37) 최종고, “해방후 기본법제의 제정과정”, 법제연구 제8호(근대법수용 100주년 기념 특집), 한국법제연구원, 107면.

38) 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원(2009), 16면 및 34면.

39) 신동운, 위의 책, 30면.

40) 신동운, 위의 책, 34면, 38면 및 41면.

조의 내용은 아래와 같았다.

제1항: 타인의 사무를 처리하는 자 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 10만 원 이하의 벌금에 처한다.

제2항: 전항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 5만 원 이하의 벌금에 처한다. 단, 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

제3항: 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수키 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.

국회 법제사법위원회는 위 형법초안을 토대로 수정안을 마련한 뒤 이를 본회의에 상정하였는데, 해당 수정안 제382조는 제2항 단서(“단, 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.”)가 삭제되고 일부 문구가 정리된 외에는 기존 초안과 동일하였다.⁴¹⁾ 이후 해당 수정안에 대한 국회 독회과정이 이루어졌는데, 당시의 속기록 내용을 보면 위 단서를 삭제한 경위에 대해 ‘공무원에 대한 증뢰죄의 경우와 마찬가지로’ 배임증재죄의 경우에도 동일하게 위 단서를 삭제하였다는 법제사법위원장 윤길중의 설명이 있었다(참고로, 뇌물공여에 해당하는 형법초안 제142조에도 자수에 의한 형 감경·면제 규정이 들어가 있었다가 법제사법위원회의 수정안에서는 삭제되었다).⁴²⁾ 아울러 윤길중은 위 설명과 함께 “준 놈도 나쁜 놈이고 받은 놈도 나쁜 놈”인데 “도의적 관점이나 소위 공익적 면에서 불적에 받은 사람은 처벌하고 준 사람은 처벌하지 아니한다는 것은 도저히 그 성질상 용허할 수가 없을 것이다, 그렇기 때문에 둘 다 이것을 벌”한다는 언급을 하였다.⁴³⁾ 해당 수정안은 특별한 이의 없이 통과되었고, 이후 조문 번호와 벌금 형량 등만 조정되어 형법 제357조로 제정·공포되었다.

41) 신동운, 위의 책, 77면 및 338~339면.

42) 신동운, 위의 책, 243면 및 339면.

43) 신동운, 위의 책, 339면.

2. 2016년도 개정 경위

이후 형법 제357조는, 벌금형량이 1회 변경(수재죄의 경우 “5만 환 이하”에서 “1천만 원 이하”로, 증재죄의 경우 “2만5천 환 이하”에서 “500만 원 이하”로, 1995. 12. 29. 법률 제5057호)된 외에는 한동안 제정 때 그대로 유지되다가, 2016. 5. 29. 법률 제14178호로 아래와 같이 개정되었다 (밑줄 및 강조는 필자).

개정 전	개정 후
제1항: 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	제1항: 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
제3항: 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다.(2문 생략)	제3항: 범인 또는 정을 아는 제3자가 취득한 제1항의 재물은 몰수한다.

위 개정이유에 대하여 관보에는 “부패행위를 방지하고 「UN 부패방지협약」 등 국제적 기준에 부합하도록” 하기 위함이라고 설명되어 있다.⁴⁴⁾ 그 배경을 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

대한민국은 UN 부패방지협약의 체약국(당사국)으로서 2003년 12월 10일 위 협약에 서명하고 2008년 3월 27일 UN 사무총장에게 비준서를 기탁함으로써 2008년 4월 26일 위 협약이 대한민국에 효력을 미치게 되었다.⁴⁵⁾ UN 부패방지협약은 제63조에서 각 당사국의 협약이행을 제고·

44) 2016. 7. 21. 관보 제18807호, 5면.

45) 이운제, “국제연합 부패방지협약의 자산회복제도”, 형사법의 신동향 통권 제 34호(2012), 130면.

재검토하기 위한 당사국총회(Conference of the State Parties to the Convention)를 정기적으로 개최하도록 정하고 있고, 이에 따라 2009년 9월 제3차 당사국총회에서 협약이행 검토 제도(the Mechanism for the Review of Implementation of UNCAC)를 도입⁴⁶⁾하였는데, 2014년 6월 2일부터 6일까지 열린 제7차 당사국총회에서 위와 같은 협약이행 검토 제도의 일환으로 대한민국에 대하여 아래와 같은 내용의 권고가 이루어졌다.

민간부문의 주체(entity)를 위하여 일하는 자에게 뇌물을 공여하는 행위(적극적 뇌물범, active bribery)에 대하여, 그의 지위·역량을 불문하교(*in any capacity*) 형법 제357조가 적용된다는 점, 나아가 그가 의무에 위반하여 행위를 하거나 행위를 하지 않도록 만들 목적으로 그 사람 본인 또는 다른 사람을 위한(*for other persons*) 부당한 이익을, 간접적으로(indirectly) 약속, 공여 또는 공여의 의사표시를 하는 경우에 까지 형법 제357조가 적용된다는 점을 조문에 명시(clearly stipulating)하는 방안을 고려할 것.⁴⁷⁾

참고로 UN 부패방지협약 제21조는 민간부문에서의 뇌물범죄(Bribery in the private sector) 처벌을 당사국들에 권고하는 규정을 두고 있는데, 해당 규정은 사무처리자⁴⁸⁾ 본인이 아닌 제3자(another person)가 이익을 취득하는 경우도 처벌대상으로 삼도록 권고하고 있다(그 내용과 도입 경위 등은 아래에서 구체적으로 논한다).

위와 같은 권고가 있는 다음 해에 정부는 “*민간 분야의 부패행위를*

46) Cecily Rose, *International Anti-Corruption Norms*, Oxford University Press(2015), 105면.

47) UN Doc. CAC/COSP/IRG/I/3/1/Add.7, 8면. 이태릭체 표시는 원문에 따른 것이다.

48) 정확히는 ‘any person who directs or works for a private sector entity’, 즉 민간부문 주체를 운영하거나 해당 주체를 위하여 일하는 사람을 말한다. 그 구체적 의미에 대해서는 아래 제4장 제2절 참조.

방지하고 UN 부패방지협약 등 국제적 기준에 부합하도록” 한다는 제안 이유와 함께 위 법률개정안을 국회에 제출하였다.⁴⁹⁾ 당시 법제사법위원회 소위원회에서 법제사법위원회 수석전문위원은 “배임죄나 뇌물죄에 있어서도 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하는 경우를 포함하고 있다는 점을 고려할 때” 개정안이 타당하다고 설명하면서도 “배임수증재죄는 거래·사무처리의 청렴성을 보호법익으로” 한다고 발언하였다.⁵⁰⁾ 같은 자리에서 법무부 검찰국장은 “뇌물죄에서는 제3자 뇌물을 처벌하듯이 민간분야 뇌물인 배임수증재죄에서도 제3자 배임수증재죄를 처벌하자는 입법례”라고 설명하여, 배임수증재죄가 사적 영역의 뇌물죄임을 전제로 하여 법률개정안을 제출하였음을 분명히 하였다.⁵¹⁾ 이후 해당 개정안은 위 소위원회와 법제사법위원회를 거쳐 본회의에서 원안 그대로 가결되었다.⁵²⁾

제 5 절 소결론: 부패범죄이자 신뢰위반범죄

이상의 가안 및 형법 제357조 제·개정 경위, 특히 ① 가안 성안 단계에서부터 배임수증재죄가 사적 뇌물죄로서 도입된 점, ② 형법초안 수정과정에서 공무원에 대한 뇌물공여죄와 보조를 맞추어 배임수증재죄도 자수감경·면제 규정을 삭제한 점, ③ 정부가 UN 부패방지협약 관련 당사국 총회의 권고에 따라 2015년도 형법 개정안을 내면서 제안이유에 “민간분야의 부패행위를 방지”하고 UN 부패방지협약 등 국제적 기준에 부합하기 위한 개정안이라고 명시한 점 등을 종합해 보면, 배임수증재죄가 민간부패범죄, 그중에서 특히 ‘사인(私人)의 뇌물죄’로서 성격을 가진다는 점은 명확하다.

반면 앞서 본 형법 제·개정 과정에서 배임수증재죄를 재산범죄로 전제

49) 제19대 국회 형법 일부개정법률안(2015. 11. 5. 의안번호 제17613호). 이태릭 체로 강조한 부분은 필자.

50) 제19대 국회 제342회 제2차 법안심사 제1소위원회 회의록(2016. 5. 16.), 3면.

51) 제19대 국회 제342회 제2차 법안심사 제1소위원회 회의록(2016. 5. 16.), 3면.

52) 제19대 국회 제342회 제2차 법제사법위원회 전체회의, 제342회 제1차 본회의.

하고서 논의한 흔적은 거의 찾아볼 수 없다. 배임수재죄를 ‘배임이라는 큰 관념에 포함’시키는 해석이 가안 성안 과정에서 제시되기는 하였으나, 당시의 구체적 논의내용에 비추어 여기서의 ‘배임’을 배임죄에서와 동일한 뜻으로 이해하기는 어렵다(이에 대해서는 다음 문단의 내용을 참조). 그리고 2016년도 형법개정안 논의 당시 국회 법제사법위원회 수석전문위원이 개정안의 타당성을 배임죄와 비교하여 설명하기도 하였으나, 당시 수석전문위원이 내놓은 구체적 발언 내용에 비추어 보건대 위와 같은 설명이 배임수재죄를 배임죄와 같은 재산범죄로 보는 전제에서 이루어졌다고 보이지는 않는다.

다만 가안 성안 당시 배임수재죄가 큰 틀에서는 배임의 범주에 포함된다는 점이 고려되어 배임죄와 같은 장에 편제되었으며 대한민국 제정 형법도 이러한 편제를 그대로 따른 점, 임상섭 위원이 형법기초요강을 해설하면서 “수임한 취지에 위반하는” 청탁이란 표현을 사용한 점 등을 종합해 보면, ‘신임관계를 훼손하는 범죄’로 배임수재죄를 이해하는 관점이 위 죄의 도입·입법 과정에 녹아들어 있음이 확인된다. 구체적인 임무에 위반하는 것을 통상 배임으로 지칭하지만, 그러한 명시적 임무 위반이 없더라도 그 임무 수여의 토대가 되는 신임관계를 깨뜨리는 행위, 특히 사무처리를 위임한 취지에 어긋나게 이익을 수수하는 처사 역시 넓은 의미에서 ‘배임(背任)’이라는 범주에 포함될 수 있다. 배임수재죄가 배임죄와는 달리 ‘임무에 위배하여’를 구성요건으로 삼지 않음에도 그 죄명을 ‘배임’수재죄로 표현한 것은 여기서의 배임이 이러한 광의의 배임이기 때문이라고 해석된다.

제 3 장 부패범죄의 기본 성격

제 1 절 논의의 필요성

이처럼 배임수재죄는 민간부패범죄, 특히 사적 뇌물죄로서의 성격과 ‘신임관계를 훼손하는 범죄’로서의 성격을 모두 가지는바, 이러한 두 가지 성격이 전혀 별개의 차원인가 아니면 서로 관련성을 가지는가? 이와 관련하여 부패범죄의 의의와 기초적 개념 요소가 무엇인지, 부패범죄의 불법성은 어디에서 도출되는지 등을 살펴볼 필요가 있다. 부패범죄의 속성 자체에 ‘신임관계 훼손’이라는 요소가 들어가 있다면 부패범죄로서 성격과 신임관계를 훼손하는 범죄로서의 성격은 서로 무관한 것이 아니라 상호 긴밀한 관련성을 가진다고 볼 수 있다. 다만, 부패범죄의 불법성을 구성하는 요소로 신임관계 훼손 이외의 다른 요소가 추가로 존재한다면 해당 요소 역시 민간부패범죄로서 배임수재죄의 성격을 규명하는 데에서 주요하게 다루어질 필요가 있다. 부패범죄의 불법성이 어디에서 도출되는지를 파악하고 나면, 배임수재죄의 보호법익을 구체화하는 데 필요한 실마리도 어느 정도 드러날 것이다.

제 2 절 부패의 개념 요소

1. 부패에 대한 사전적 정의 분석

국립국어원의 표준국어대사전에 따르면 ‘부패’는 “정치, 사상, 의식 따위가 타락함”이라는 뜻이고, 여기서 ‘타락’은 “올바른 길에서 벗어나 잘못된 길로 빠지는 일”을 의미한다.⁵³⁾

53) 안수길, “민간부패의 개념과 가벌성 - 민간부패 처벌 법제의 정비를 위한 소고-”, 법과 정책연구 제17집 제1호(2017), 350~351면.

‘부패’에 해당하는 영어 단어 ‘corruption’은 ‘깨뜨리다(break)’라는 뜻의 라틴어 ‘corruptus’ 내지는 ‘도덕적 타락’을 뜻하는 라틴어 ‘corrumpere’에서 유래하였다고 설명되는데,⁵⁴⁾ 이 중 ‘corrumpere’는 더 구체적으로 ‘증뢰’ 및 ‘매수’를 의미한다고 한다.⁵⁵⁾ 부패를 뜻하는 독일어 ‘Korruption’도 위 라틴어 ‘corruptus’에서 유래된 단어로서 변질, 파괴 혹은 매수로도 번역이 되며, 사회·도덕적 규칙 위반을 의미한다고 한다.⁵⁶⁾

2017년 문헌에 따르면, 옥스퍼드 영어사전은 ‘corruption’을 “뇌물 또는 이익제공을 통하여, 공적 의무 이행에서의 청렴성을 왜곡하거나 파괴하는 것(perversion or destruction of integrity in the discharge of public duties by bribery or favour)” 등으로, ‘부패한’에 해당하는 ‘corrupt’를 “의무 이행에서의 강직함과 충실성으로부터 비뚤어져 어긋난(perverted from uprightness and fidelity in the discharge of duty)”, “뇌물 또는 그에 유사한 것의 영향을 받은(influenced by bribery or the like)” 등으로 정의하였다고 한다.⁵⁷⁾ 현재 인터넷상의 ‘상급학습자를 위한 옥스퍼드 영어사전(Oxford Advanced Learner’s dictionary)’에서 검색하면, ‘corruption’의 정의는 “특히 어떤 권한을 가진 자의, 부정직한 또는 위법한 행위(dishonest or illegal behavior, especially of people in authority)” 등으로, ‘corrupt’의 정의는 “돈을 받는 대가로 또는 어떤 이익을 얻기 위하여 부정직하거나 위법한 것을 행하는 데에 자신의 권한을 사용하고자 하는(willing to use their power to do dishonest or illegal things in return for money or to get an advantage)” 등으로 확인된다.⁵⁸⁾

54) Colin Nicholls et al., Corruption and Misuse of Public Office(3rd edition), Oxford University Press(2017), 1면.; Kindhäuser, Saliger, Das Unrecht der Korruption, Albrecht u. a.(Hg.), Kargl-Fs. 2015, S 495(안수길, 위의 글, 350면에서 재인용).

55) 안수길, 위의 글, 350면.

56) Korff, Handbuch der Wirtschaftsethik. Gütersloher Verlaghuas. Gütersloh(1999), S. 310[정성숙·이효민, “기업 내 경제범죄의 적발과 예방을 위한 독일의 법적 수단”, 홍익법학 제16권 제3호(2015), 569면에서 재인용].

57) Colin Nicholls et al., 앞의 책, 1면.

앞의 정의가 ‘의무(duty)’ 개념을 중심에 놓고서 그 의무로부터 도출되는 청렴성(integrity) 또는 충실성(fidelity)을 깨뜨리는(왜곡·파괴하는) 데에서 부패의 본질을 찾는 반면, 뒤의 정의는 ‘권한(authority, power)’에 초점을 맞추고서 그 권한을 이용한 위법 또는 부정직이 부패라고 본다. 다만, 위 두 정의 모두 대체로 ‘올바른 것으로부터 벗어남(위법, 부정직, 충실성 등의 왜곡·파괴 등)’과 ‘이익(favour, advantage)의 제공·취득’이라는 개념 요소를 포함하고 있다.

2. 국제기구·단체의 개념 정의

일부 국제기구 또는 단체의 정의에 따르면, 부패를 정의할 때에 사용되는 개념으로서의 이익은 ‘사적’인(private) 이익을 말한다. 예컨대 ‘corruption’을 세계은행(World Bank)은 “사익을 얻기 위한 공적 직위의 남용(the abuse of public office for private gain)”⁵⁹⁾으로, 국제투명성기구(Transparency International, TI)는 “위임받은 권한을 사익 취득을 위하여 남용하는 것(the abuse of entrusted power for private gain)”⁶⁰⁾으로 정의한다. 세계은행의 정의가 부패를 공적인 영역으로 한정하는 점만 제외하면, 위 두 정의는 서로 일맥상통한다. 참고로 우리나라의 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제4호 (가)목은 “공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위”를 부패행위의 일종으로 규정하고 있다.

58) Oxford Advanced Learner’s Dictionary(URL 주소:

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/corrupt_1?q=corrupt, 마지막 확인일 2023. 7. 2.)

59) World Bank, Helping Countries Combat Corruption(1997), 8면.

60) Colin Nicholls et al., 앞의 책, 3면.

3. 부패의 개념 요소 정리

이상과 같은 부패의 정의를 종합해 보면 다음의 개념 요소를 도출할 수 있다. ① 누군가가 ‘부패했다’고 말할 수 있으려면, 일단 그가 어떤 권한을 가지는 지위에 있어야 한다. 권한을 가지면 통상 그에 상응하는 의무를 부담하게 마련이다. 이러한 차원에서 앞서 본 부패에 대한 의무 중심의 정의와 권한 중심의 정의는, 같은 개념을 서로 다른 측면에서 바라본 결과일 뿐이다. 나아가 ‘부패하였다’는 것은 ② 위와 같은 권한을 부여받은 취지에서 벗어나(일탈하여), 그 권한을 이용하여 사적인 이익을 취하거나 취하려 하였음을 뜻한다. 권한의 부여는 통상 권한보유자의 개인적 이익과 구별되는 특정 기능의 수행이나 목적의 달성 등을 위하여 이루어진다. 이러한 권한을 원래 의도된 기능이나 목적을 위해서가 아닌 사적인 이익 취득에 활용한다는 점에서 부패행위의 가벌성이 존재한다. 다만, 어떤 권한을 보유한 사람이라고 해서 그가 항상 사적 이익을 추구할 수 없는 것은 아니다. 결국 권한 또는 권한보유자로서의 지위를 사적 이익 추구에 ‘이용하였다’는 점이 부패의 핵심 요소이다.

어떤 권한을 가진 지위에 있다는 것은 보통 그러한 지위 내지 권한을 부여한 자, 즉 위임인(principal)의 존재를 전제로 한다.⁶¹⁾ 그리고 부패와 관련하여 사적 이익은 통상 권한의 위법·부당한 행사 등을 원하는 제3자로부터, 그러한 위법·부당한 권한행사 등의 대가로서 제공되는 것이다.⁶²⁾

61) 안수길, 앞의 글, 352면.

62) 사적 이익의 출처가 내부, 즉 위임인인 경우도 상정할 수 있다. UN 부패방지협약은 공공·민간영역의 횡령범죄를 부패범죄로 보는 전제에서 제17조와 제22조에 관련 규정을 두고 있으며, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제4호 (나)목은 ‘공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위’도 부패행위의 하나로 규정하고 있다. 이처럼 위임인의 재산을 횡령하는 등으로 위임인에게 재산상 손해를 가하는 행위까지 포함하는 광의의 부패 개념도 존재한다. 그러나 횡령이나 배임 등 위임인에게 재산상

결국 부패범죄는 일반적으로 위임인, 수임인(agent), 그리고 이익공여자 사이의 삼각관계 하에서 벌어지는 범죄이다.⁶³⁾ 이때 사무위임인이 반드시 특정한 법적 주체일 필요는 없다. 국가나 사회 공동체의 집단적 의사에 터 잡아 지위 또는 권한을 부여받는 경우에는 그러한 추상적 공동체가 위임인의 자리에 놓일 수 있다. 그러나 적어도 우리나라의 배임수재죄와 관련해서는 사무처리를 위임한 “타인”의 존재가 어느 정도 특정되어야 하는바, 이러한 경우에는 위임인과 수임인 간의 관계(즉 신임관계)가 상당히 구체적으로 드러나게 된다.

제 3 절 부패의 불법성에 관한 2가지 관점

1. 의무 또는 신뢰의 위반(breach of a duty or trust)

위에서 본 부패범죄의 삼각관계, 특히 ‘위임인과 수임인 사이의 신임관계’에 초점을 맞추어 부패범죄의 불법성을 ‘의무의 위반(breach of a duty)’ 내지 ‘신뢰의 침해(violation of trust)’에서 찾는 견해⁶⁴⁾를 먼저 살펴본다. 이 견해에 따르면, 뇌물수수행위는 그 핵심에 개인적 이익을 위한 지위의 남용을 수반하는데, 이때 뇌물수수인은 그의 위임인(principal)에 대한 충실의무(fiduciary duty)를 부담함에도 불구하고 위임인의 이익이 아닌 뇌물수수인 본인의 이익을 추구한다는 점에서, 위와 같은 행위

손해를 가하는 행위는, 앞서 본 부패의 통상적·사전적 정의에서 드러나는 ‘매수’나 ‘대가’ 등의 요소를 포함하지 않으며, 부패범죄와 관련해 주로 논해지는, 위임관계 밖의 제3자로부터 이익을 제공받는 방식으로 범해지는 뇌물범죄와는 그 불법의 유형과 성격이 다르다. 이러한 이유로 안수길, 위의 글, 352면은 ‘거래관계에 있는 부정행위만이 부패의 범주에 든다’는 입장을 취한다. 사적 뇌물죄로서 배임수재죄의 성격을 분석하는 본고의 목적상 이하에서는 위와 같은 협의의 부패 개념을 전제로 논의를 진행한다.

63) Saliger, S. 497(안수길, 앞의 글, 351면에서 재인용).

64) Stuart P. Green, “Official and Commercial Bribery”, *Modern Bribery Law*, Cambridge University Press(2013), 56~57면.

는 일종의 불충실성(disloyalty)을 반영한다고 한다.⁶⁵⁾ 즉, 뇌물은 의사결정 과정에 부적절한 토대를 제공함으로써 공적 영역과 상업적 영역 모두를 부패하게 만드는데, 이는 뇌물이 의사결정자(수입인)로 하여금 (실제 부당한 결정을 내리는 결과로 항상 이어지는 것은 아니라 하더라도) 위임인에게 가장 이익이 되는 쪽으로 결정하지 않도록 내지는 그와 같이 결정하기를 꺼리도록 만들기 때문이라는 것이다.⁶⁶⁾

이 견해는 위와 같은 부패범죄의 본질적 성격이 공공부패범죄와 민간부패범죄에 공통된다고 보면서도, 다음과 같은 측면에서 공공부패와 민간부패가 질적으로 다르다고 본다.⁶⁷⁾ 민주주의 사회에서 공무원은 통상 시민들로부터 직접 선출되거나 공적으로 선출된 자에 의해 임명되어 그의 뜻에 따라 복무하므로 진정성과 충실성을 가지고 공익(public interest)을 위해 복무하거나 공익을 보호·보존·수호할 책무를 지며, 그가 어느 직급에 있든지 간에 공공선(public good)을 대표하고 공공선을 위해 일할 책무를 가진다.⁶⁸⁾ 뇌물을 받는다는 것은 그러한 (공무원의 공익 및 공공선 추구에 대한) 신뢰를 침해하는 것이며 공무원으로서의 직과 정치체(政治體, polity) 전체를 배신하는 처사인바, 공무원은 유권자(constituent) 전체를 대표할 것으로 여겨지지 은밀히 돈을 제공한 특정 인만을 대표한다고 여겨지지 않기 때문이다.⁶⁹⁾ 이에 반해 사적 피고용인이 뇌물을 받음으로써 침해하는 신뢰는 어디까지나 사기업, 기업 내 상급자, 직장동료, 고객 또는 주주 등과의 관계에서 존재하는 신뢰로서, 그 기업이 얼마나 큰지, 문제의 뇌물수수행위가 궁극적으로 얼마나 많은 ‘피해자’들에게 영향을 줄지 등과 관계없이 그 본질에 있어 사적인 절차와 연관될 뿐이다.⁷⁰⁾ 사기업의 직원들은 일반적으로 (법률에 의하여 특별히 부과된 경우가 아닌 이상) 공공 일반에 대하여 어떤 의무를 부담하지 않으며, (사기업의) 내부적 의사결정절차는 공무원의 의사결정절차와

65) Stuart P. Green, 위의 글, 56면.

66) Stuart P. Green, 위의 글, 56면.

67) Stuart P. Green, 위의 글, 57~58면.

68) Stuart P. Green, 위의 글, 57면.

69) Stuart P. Green, 위의 글, 57면.

70) Stuart P. Green, 위의 글, 57면.

같은 방식으로 공법에 의한 규율을 받지 않는다.⁷¹⁾ 사기업의 고객은 통상 해당 기업의 의사결정이 고객들에게 최선의 이익이 되는 방향으로 이루어지리라 기대할 권리가 없으며, 주주조차도 기업이 일정 방향으로 의사를 결정하리라고 가정할 권리가 없다.⁷²⁾

이상의 견해에 더하여 이해의 충돌(conflicts of interest), 즉 사적 이익의 추구를 위해 직무상 또는 직업적인 의무를 희생시키는 데에서 부패의 본질을 찾는 견해⁷³⁾가 있다. 정부나 기업 등의 조직의 운영 과정에서 시민집단이나 소유주 등은 수상 또는 임원 등 수임인에게 조직의 관리권한을 수여하게 되며, 이에 따라 위임인과 수임인(principals and agents), 수탁자와 수익자(fiduciaries and beneficiaries), 그 밖의 각종 신뢰·의존 관계(relationship of trust and reliance)에 터 잡은 수여권한(assigned rights)과 수임의무(delegated duties)들의 관계망(network)이 해당 조직을 구성하게 된다.⁷⁴⁾ 이때 모든 수임인은 수여받은 권한을 행사함에 있어 위임인에 대한 일정한 의무(그 위임인이 국가나 시민들인지 사적 고용인인지 등과 무관하게)를 부담하는데, 해당 수임인이 (위임인에 대한 의무와) 충돌하는(conflicting) 사적 이익에 복무함으로써 그 의무를 위반할 경우, 수여된 권한과 신뢰에 기반하여 형성된 체계가 본래 예정된 목표에서 벗어나 이질적이거나 심지어는 모순되는 목표를 향해 나아가게 된다는 것이다.⁷⁵⁾ 이처럼 이해충돌의 맥락에서 부패범죄를 설명하는 견해도, 큰 틀에서는 앞서 본 견해와 마찬가지로 ‘의무 또는 신뢰의 침해’에서 부패범죄의 불법성을 찾는 견해로 볼 수 있다.

71) Stuart P. Green, 위의 글, 57면.

72) Stuart P. Green, 위의 글, 57~58면.

73) David C. Donald, “Countering corrupting conflicts of interest: the example of Hong Kong”, Modern Bribery Law, Cambridge University Press(2013), 66면.

74) David C. Donald, 위의 글, 66~67면.

75) David C. Donald, 위의 글, 67면.

2. 시장질서의 훼손: 이른바 시장모델(market model)

이상의 견해와는 달리, 부패범죄의 본질을 시장과 경쟁에 가해지는 악영향에서 찾아야 한다는 이른바 ‘시장모델(market model)’ 이론도 유력하게 제기되고 있다.⁷⁶⁾ 이 이론은 뇌물의 문제점을 신뢰의 침해(a breach of trust)가 아닌 정부와 시장의 기능에 대한 해로운 영향에서 찾으며, 민간영역의 뇌물이 ‘적법한 시장의 작동을 왜곡’하는 것인 데 반해 공공영역의 뇌물은 ‘매매하여서는 안 될 것을 매매하는 시장’, 즉 불법시장(black market)을 형성한다는 점에서 서로 구분된다고 본다.⁷⁷⁾

나아가 이 견해는, 위임인과 수임인 사이의 관계를 토대로 부패범죄를 이해하는 이른바 ‘수임인/위임인 모델(agent/principal model)’⁷⁸⁾이 개인적 배신에 초점을 맞추어 처벌범위를 지나치게 좁힌다는 점에서 부적절하며, 모든 부패행위를 뇌물범죄의 범주에 포괄시키는 작업이 정확하게 이루어지기 위해서는 뇌물범죄가 시장에 미치는 해악에 초점을 맞춰야 한다고 주장한다.⁷⁹⁾

“부패는 (중략) 공정한 경쟁을 왜곡한다. 부패는 궁극적으로 회사나 주주, 소비자가 부담할 비용을 증가시킨다. 그리고 민간부패는, 제품 또는 용역이 가진 가치(merit)가 아닌 다른 부적절한 이유로 제품 내

76) Peter Alldridge, “The Law Relating to Free Lunches”, 23 Company Lawyer(2002), 264면 및 267면[Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”, Law Com. CP No. 185(2007), Appendix D para. D.2 및 D.5에서 재인용].

77) Peter Alldridge, 위의 글, 264면 및 267면[Stuart P. Green, 앞의 글, 59면 및 Law Commission, 위의 글, Appendix D para. D.6, D.7.에서 재인용].

78) 위임인-수임인-이익공여자의 삼각관계로 부패범죄를 이해하는 본고의 입장과, 앞서 본 것과 같은, 부패범죄의 본질을 의무 위반 내지 신뢰 침해에서 찾는 견해도 기본적으로는 이러한 ‘수임인/위임인 모델’에서 출발하는 입장이라 볼 수 있다.

79) Peter Alldridge, 앞의 글, 264면[Stuart P. Green, 앞의 글, 59면 및 Law Commission, 앞의 글, Appendix D para. D.6, D.7.에서 재인용].

지 용역을 선택하게 함으로써, 공공의 안전에도 위험을 발생시킬 수 있다.”⁸⁰⁾

제 4 절 검토

위와 같은 2가지 관점은 일견 서로 대립·모순되는 견해처럼 보이나 실제로는 부패범죄의 불법성 중 각 견해가 중요하다고 여기는 부분에 초점을 맞추어 부각한 것일 뿐이다.

먼저 신뢰의 침해를 논하지 않고서는 부패범죄의 기본 성격과 불법성을 설명하기가 어렵다. 앞서 본 것과 같이 부패에 대한 사전적 정의나 국제기구·단체의 정의에서부터 ‘부여받은 권한·의무로부터의 이탈’ 및 이를 통한 ‘사적 이익’의 취득이라는 개념 요소가 발견되는데, 이러한 요소는 결국 권한·의무를 부여한 자인 위임인과의 신임관계를 훼손하는 범죄로서 부패범죄가 가지는 성격을 반영한다. 나아가 관련 문헌에서 적절히 지적하고 있는 것과 같이, 공무원은 공적으로 선출·임용된 자로서 공공사회 전체와의 신뢰관계에 놓여 있는 반면, 공무원이 아닌 민간인의 경우에는 설령 그가 사회적으로 상당한 비중을 가진 사무를 담당한다고 하더라도 그러한 사정만으로 위 사람이 공공사회 전체와 어떤 신뢰관계 하에 놓여있다고 볼 수 없다. 이러한 신뢰관계가 전제되지 않는 상황에서 공공사회가 누군가를 지목하여 그가 가진 직무상 권한 등을 함부로 행사하지 말라거나, 해당 권한을 특정 방향으로 행사하라거나, 그 직무와 관련하여 사적인 이익을 취하지 말라고 요구할 일반론적 근거가 없다. 공무원의 지위에 있지 않은 자로서는 기본적으로 사적 자치의 원칙에 따라 얼마든지 사익을 추구할 수 있으므로, 그가 자신의 지위를 이용해 사욕을 채우더라도 그 자체만으로 처벌의 대상이 될 수는 없는 것이다.⁸¹⁾ 이

80) Ryan J. Rohlfen, “Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws”, The University of Chicago Legal Forum(2012), 152면;

81) 안수길, 앞의 글, 356면.

러한 측면에서 배임수재죄를 ‘신임관계를 훼손하는 범죄’로 보는 관점은 위 죄를 민간부패범죄의 일종인 사적 뇌물죄로 이해하는 것과 일맥상통한다고 볼 것이다. 위 죄를 횡령과 배임의 죄의 장에 편제한 것도 이러한 측면에서 설명될 수 있다.

다만 부패범죄의 불법성을 ‘오로지’ 사무위임자와의 대내적 관계에서만 찾을 경우 부패범죄가 가지는 대외적·사회적 해악을 도외시할 우려가 있다. 공공부패범죄의 경우 민주적으로 정해진 방향과 절차에 따라 공정하게 행사하여야 할 공무를 사적 거래의 대상으로 삼음으로써 민주적 국가운영체제 및 헌법 제7조의 취지 등을 훼손한다는 점에서 위와 같은 해악이 비교적 선명하게 드러나므로, 이하에서는 민간부패범죄의 대외적·사회적 불법성에 초점을 맞추어 살펴본다.

누군가가 타인에게 자신의 사무처리를 위임하는 이유는 통상 개인 혼자서 그 사무를 자체적·내부적으로 해결할 수 없거나, 그 사무처리를 위임하는 주체가 사단 등의 단체로서 그 활동을 위하여 대표자 등 기관의 존재가 필요하기 때문일 것이다. 그러한 사무는 보통 사회적 활동으로서 타인이나 공공 사회와의 외부적 상호작용을 수반하게 되는데, 이러한 외부적·사회적 상호작용은 많은 경우에 ‘거래(transaction)’의 형태를 띠며, 해당 거래의 직접상대방은 물론 주변 관계인이나 사회 전반에 간접적으로나마 일정한 영향을 미친다. 예컨대 건축주로부터 건물신축 사무를 위임받은 건축업자가 부실자재 공급업체로부터 자재를 공급받아 건물을 축조할 경우, 해당 건물에 붕괴의 위험 등이 발생하여 건축주는 물론 해당 건물 인근에 거주하거나 그 인근을 지나다니는 사람 등 불특정 다수에게 영향을 미치게 된다. 이러한 영향은 건축법규 등으로 규율될 수도 있으나, 보다 튼튼하고 질 좋은 자재를 적절한 가격에 공급하는 업체가 등장하여 시장경쟁에서 부실자재 공급업체를 누르고 건축업자와 거래를 트는 방법으로도 해결될 수 있다. 즉, 민간영역에서 사무처리를 위임받은 자가 사무처리 과정에서 사회적 활동을 수행하면서 발생하는 사회적인 영향은 해당 민간영역의 거래질서 하에서 1차적으로 규율·제어되는 것이다.

그런데 누군가가 사무처리자 측에 위와 같은 사회적 영향의 크기 및

종류 등과 부합하지 않는 사적 이익을 제공함으로써 사무처리자로 하여금 그 사회적 영향을 고려하지 않은 사무처리에 이르도록 하거나 그러한 사무처리의 가능성을 발생시킬 경우, 민간영역의 거래질서가 가지는 앞서 본 것과 같은 규율·제어기능이 훼손될 우려가 있다. 예컨대 부실자재 생산업체가 건축업자에게 사적 이익을 공여하여 그로 하여금 부실자재를 구매하도록 한 경우, 이로써 건축업자가 질 좋고 안전한 자재로 건물을 건축하리라는 건축주의 개인적 신뢰가 훼손될 뿐만 아니라, 질 좋은 자재를 공급하는 업체가 거래관계에서 배제됨으로써 그러한 자재를 사용한 안전한 건물이 건축되지 못하는 사회적 비용이 발생하게 된다. 이러한 거래질서의 훼손 및 그로 인한 사회 전반에의 부정적 영향도 민간부패범죄의 불법성을 구성하는 중요한 요소로 보아야 하는바, 이는 ‘신뢰 침해 모델’ 내지 ‘수임인/위임인 모델’의 범주 밖에 존재하는 추가적인 불법성이다.

위에서 언급한 ‘거래질서’의 대표적인 것이 시장경제질서이나 반드시 여기에 국한되는 것은 아니다. 시장경제가 형성되어 있는 영역이 아니더라도 사회적 활동 및 그 과정에서의 상호작용을 통한 재화, 용역 또는 사무 등의 ‘거래(transaction)’는 발생할 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 시장모델에서 말하는 ‘시장’을 ‘거래질서’로까지 확장하여 이해하는 방안도 충분히 생각해볼 수 있다. 예컨대, 사회적으로 유명한 공익단체가 있어 그 단체에서의 인턴활동실적이 대학 진학에 유리하다고 알려진 상황을 가정해보자. 공익단체의 인턴 자리가 시장경제에서의 거래·경쟁대상이라고 할 수는 없다. 그러나 인턴지원자들로서는 해당 단체의 활동에 부합하는 자질과 성품을 갖춘 사람이 인턴으로 채용되리라는 기대를 가지고서 서로 경쟁할 것이다. 이때 인턴지원자들이 내세우는 본인의 능력과 자질 등은 인턴 자리와 넓은 의미에서의 ‘거래’관계에 놓이게 되며, 인턴지원자들은 위와 같은 기대에 부합하는 공정한 ‘거래’질서(즉 인턴으로서 필요한 자질과 성품 등에 부합하는 채용기준)가 존재한다고 신뢰할 것이다. 그런데 위 단체의 인턴채용담당자가 어떤 인턴지원자로부터 금품을 수수하고서 그 지원자를 인턴으로 채용한다면, 이는 해당 공익단체

와의 신뢰관계뿐 아니라 위와 같은 거래질서의 공정성까지 훼손하는 처사이다. 그리고 이러한 거래질서의 훼손은, 인턴지원자들이 채용담당자에게 보다 많은 금전적 이익을 주는 데에만 치중하고 정작 공익단체 근무에 필요한 자질과 소양을 계발하지 않도록 만드는 사회적 해악으로 이어진다. 이와 같은 사회적 해악도 앞서 본 시장모델로서 설명될 수가 있다.

나아가 공공부패범죄도 앞서 본 것과 같이 사적 거래의 대상이어서는 아니 될 것을 거래대상으로 삼는다는 점에서 그 사회적 불법성을 찾을 수 있는바, 이 역시 다른 의미에서 ‘거래질서’(거래대상이어서는 안 될 것을 거래영역에서 배제하는 질서)의 훼손이라 볼 수 있다. 다만 이러한 거래질서의 훼손만으로 부패범죄의 불법성을 설명하는 것에도 한계는 있다. 공정거래법에서 규제하는 부당공동행위나 불공정거래행위 등도 공정한 시장경쟁질서 내지 거래질서를 훼손한다는 점에서 처벌대상이 되지만, 그렇다고 하여 위와 같은 불공정거래행위 등을 ‘부패범죄’라고 지칭하지는 않는다. 부패범죄, 특히 배임수재죄 등과 같은 민간부패범죄를 공정거래법상의 규제대상과 구분시키는 가장 중요한 요소는, 범죄의 성립에 ‘위임인-수임인-이익공여자’의 삼각관계가 수반된다는 점이다. 공정거래법상의 규제대상인 기업담합이나 부당공동행위 등은 위임인-수임인간의 신뢰관계나 그러한 신뢰관계의 훼손을 유발하는 이익공여자의 사적 이익 제공 등 요소를 필수적으로 수반하지 않는다.

결국 앞서 본 2가지 관점은 비유하자면 부패범죄라는 한 마리의 코끼리를 놓고서 하나는 앞에서, 다른 하나는 뒤에서 해당 코끼리를 묘사한 결과이다. 그러므로 위 두 관점을 모두 고려하여야만 부패범죄의 본질과 불법성을 전체적으로 파악할 수 있다. 대표적 공공부패범죄인 공무원의 뇌물죄와 관련하여 우리나라 학계와 대법원은 그 보호법익을 ‘공무원이 행하는 직무집행의 공정 및 그에 대한 사회의 신뢰’와 ‘직무행위의 불가매수성’으로 설명⁸²⁾하는바, 전자는 신뢰 내지 신임관계 훼손의 측면을,

82) 김성돈, 앞의 책, 794면; 신동운, 앞의 책, 121면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 725면; 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결; 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도11357 판결.

후자는 거래질서 훼손의 측면을 표현한 것으로서 부패범죄의 불법성을 종합적으로 반영한다고 볼 수 있다. 우리나라의 대표적 민간부패범죄인 배임수재죄의 보호법익을 논하는 과정에서도 이러한 종합적 검토가 필요하다.

제 4 장 민간부패범죄 관련 국제·해외 논의

제 1 절 분석·검토의 필요성

다만 민간부패범죄의 가벌 근거로서 신임관계의 훼손과 거래질서의 훼손 중 어느 쪽에 더 무게를 실을 것인지는 각 국가공동체에서 입법정책적으로 결정할 문제이다. 따라서 배임수재죄와 관련하여 그 불법성 중 어느 측면을 보다 중시할 것인지의 문제 역시 앞서 본 배임수재죄의 입법 연혁에 더해 형법 제357조의 문언과 체계적 위치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이러한 판단의 전제로서 민간부패범죄와 관련한 국제협약 및 해외 입법례의 문언, 체계, 입법 경위 등을 살펴 각 협약례·입법례가 신임관계 훼손과 거래질서 훼손 중 어느 쪽을 더 중요하게 여기는지, 이들 협약례 및 입법례가 우리나라 배임수재죄 규정과 어떠한 공통점 및 차이점을 가지는지 등을 비교법적으로 검토·참고해볼 필요가 있다. 특히 앞서 살펴본 바와 같이 2016년의 형법 개정은 ‘UN 부패방지협약 등 국제적 기준’에 부합하기 위하여 이루어진 것이므로, 현행 배임수재죄의 보호법익을 제대로 이해하기 위해서는 UN 부패방지협약의 내용과 성립 경위 등을 살펴보아야 한다. 아울러 UN 부패방지협약안 마련에 유럽평의회 부패방지협약 등 유럽 단위의 다자간 협약들이 주요하게 참고되었으므로 해당 협약들의 내용 역시 확인할 필요가 있다.

참고로 배임수재죄가 다른 나라에 유사한 입법례를 찾아보기 어려운 우리나라의 독특한 입법례로 설명되기는 한다.⁸³⁾ 실제로 앞서 본 일본의 입법 태도나 이탈리아의 경우와 같이 민간부패범죄에 관한 일반적 형사처벌 규정을 두지 않는 입법례도 상당수 존재한다.⁸⁴⁾ 그러나 한편 독일,

83) 신용석, “배임수증재죄의 부정한 청탁 - 유형화 시도”, 형사판례연구 제12권(2004), 252면; 강수진, 앞의 글, 222면.

84) 김유근·안수길, 앞의 책, 37면; 이승호, 앞의 글, 110면; Law Commission,

오스트리아, 스위스, 미국의 일부 주와 같이 (비록 처벌범주를 상업적 거래의 영역 등 일정 영역으로 제한하고 있기는 하나 그 영역 내에서는) 뇌물수수·공여 등 행위를 일반적으로 처벌하는 입법례들도 상당수 존재할 뿐만 아니라, 영국과 같이 예외적이기는 하나 민간부패범죄의 처벌영역을 거의 제한하지 않고 포괄적으로 설정하는 입법례 역시 존재한다. 이들 입법례의 내용과 연혁 등을 살펴보는 것이 우리나라 배임수재죄의 성격과 보호법익을 파악하는 데에도 상당한 도움이 된다.

제 2 절 UN 부패방지협약(UNCAC)

1. UNCAC 성립과정 개괄

1990년대부터 UN 산하 기구들에서 부패문제에 관한 비구속적 법률문서들이 산발적으로 나오다가, 2000년경 UN 총회 차원에서 처음으로 부패문제에 관한 구속력을 가진 협약인 ‘초국가적 조직범죄 방지협약(the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UNCTOC)’이 채택되어 2003년 9월 19일 발효되었으나, 해당 협약은 오로지 공무원에 대한 뇌물범죄만을 규율대상으로 삼는 등의 한계를 지니고 있었다.⁸⁵⁾

이에 UN은 2000년 12월 4일 제55차 총회에서, UNCTOC와는 별도로 부패 방지를 위한 효율적인 국제협약의 제정이 요구됨을 인식하고서, 이를 위해 UN 마약통제 및 범죄예방국(ODCCP)⁸⁶⁾ 산하에 특별위원회(ad

“Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185), Appendix B para. B.30. 및 B.43.

85) Cecily Rose, 앞의 책, 100면; Philippa Webb, “The United Nations Conventions Against Corruption : Global Achievement or Missed Opportunity?”, Journal of International Economic Law Vol. 8 No. 1, Oxford University Press(2005), 203~204면.

86) Office for Drug Control and Crime Prevention. 현 UN 마약범죄국(United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC)의 전신이다.

hoc committee, 이하 ‘특별위원회’는 위 위원회를 지칭한다)를 설치하기로 결의하였다.⁸⁷⁾ 이후 특별위원회가 부패방지협약 성안을 위하여 2002년 1월 21일부터 2003년 10월 1일까지 총 7차례의 회의(session)를 거친 결과 총 8장, 71개 조항으로 구성된 최종 협약안이 도출되었고, 2003년 10월 31일 제58차 UN 총회에서 위 UN 부패방지협약안이 공식적으로 채택되었으며, 비준국이 30개국에 이른 2005년 12월 14일자로 위 협약이 발효되었다.⁸⁸⁾ UN 부패방지협약은 부패문제를 특정하여 다룬 협약으로서는 최초의, 그리고 현재로서는 유일하게 전 세계적 구속력을 가진 국제협약이다.⁸⁹⁾

2. UNCAC 제21조의 내용 및 의의

UN 부패방지협약 중 민간부패범죄의 처벌과 관련하여 특히 중요한 규정이 민간부문의 뇌물수수 처벌을 권고하는 규정인 UN 부패방지협약 제21조이다. 그 구체적인 내용은 아래와 같다.

제21조 민간부문의 뇌물수수

각 당사국은 경제·금융 또는 상업 활동 과정에서 다음의 사항을 고의로 범한 경우 이를 범죄로 규정하기 위하여 필요한 입법 및 그 밖의 조치를 채택할 것을 고려한다.

가. 민간부문의 주체를 운영하는 자 또는 그 주체를 위하여 일하는 자에게, 그의 지위·역량을 불문하고, 그의 의무에 위반하여 작위 또는 부작위를 하도록, 그 본인 또는 다른 사람을 위한 부정한 이익을 직·간접적으로 약속·제의 또는 제공하는 행위

나. 지위·역량을 불문하고, 민간부문의 주체를 운영하는 자 또는 그

87) UN Doc. A/Res/55/61; Cecily Rose, 앞의 책, 100~101면; Philippa Webb, 앞의 글, 204~205면; 이윤제, 앞의 글, 130면.

88) UN Doc. A/Res/58/4; Cecily Rose, 위의 책, 101면; Philippa Webb, 위의 글, 204~205면; 이윤제, 위의 글, 130면.

89) Cecily Rose, 위의 책, 97면; Philippa Webb, 위의 글, 191면.

주체를 위하여 일하는 자가, 자신의 의무에 위반하여 작위 또는 부작위를 하도록, 자신 또는 다른 사람을 위한 부정한 이익을 직·간접적으로 요구 또는 수수하는 행위⁹⁰⁾

여기서 주목할 사항은, 위 규정이 ‘의무에 위반하는’ 작위 또는 부작위를 행하도록 이익을 제공·수수하는 등의 행위만을 처벌대상으로 언급하고 있으며, 그러한 행위를 처벌하도록 강제하지 않고 처벌방안을 ‘고려(consider)’하도록 당사국에 권고할 뿐이라는 점이다. 이는 공무원의 뇌물수수에 관한 UN 부패방지협약 제15조가 처벌대상인 뇌물수수행위의 구성요건을 정의할 때 ‘의무에 위반하여’라는 표현 대신 “직무의 행사와 관련하여”(in the exercise of his or her official duties)라는 문구를 사용하는 것, 나아가 그러한 뇌물수수행위를 처벌하도록 당사국에 의무를 지우는 것(해당 조문에서는 “shall consider” 대신 “shall”이라는 표현을 사용한다)과 대비된다.

90) 원문은 다음과 같다.

“Article 21. Bribery in the private sector

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:

- (a) The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting;
- (b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.”

3. UNCAC 제21조 도입 경위

UN 부패방지협약 성안 과정에서 가장 논쟁이 되었던 주제 중의 하나가 민간부패범죄를 위 협약의 규율대상에 포함시킬지 여부였다.⁹¹⁾ ① 특별위원회를 구성한 당사국 대표들의 대다수는, 세계화 시대에 민간부문 부패범죄의 영향을 받는 경제적·사회적 활동의 영역이 증가하는 현실 등을 고려할 때 민간부문의 부패범죄를 처벌하는 조항이 없이는 협약이 불완전해질 수밖에 없으므로 해당 조항을 협약에 포함시켜야 한다는 의견을 내비쳤다.⁹²⁾ 특히 유럽 측이 이러한 민간부패범죄 처벌규정 도입에 앞장섰다.⁹³⁾ 반면 ② 일부 당사국 대표들은 순수하게 사적인 부문의 부패범죄에 대해서까지 처벌규정을 마련할 의무를 법적 구속력을 가지는 국제협약상의 의무로 만들려는 시도에 대하여 심대한 불안을 표명하였으며,⁹⁴⁾ 특히 미국 측에서 이와 같은 순수한 사적 부문에의 개입에 반감을 표하였다.⁹⁵⁾ 이들 당사국 대표들은 민간부문부패 문제의 중요성을 인식한다면서도, 민간부문 부패범죄 처벌조항이 그 적용 과정에서 자칫 통상적인 경제활동에까지 개입할 가능성에 대해 우려를 표하였다.⁹⁶⁾ 이러한 의견의 영향으로 UN 부패방지협약 제21조는 비구속적(non-mandatory)인 성격을 가지게 되었다.⁹⁷⁾

이상과 같은 전체적인 도입 경위에 더해, 현행 UN 부패방지협약 제21조와 관련하여 특별위원회의 각 회의별 논의내용을 간략히 살펴본다.⁹⁸⁾

특별위원회 제1차 회의에서, 네덜란드 및 오스트리아 측이 제안한 제1

91) Philippa Webb, 위의 글, 213면.

92) UNODC, “*Travaux préparatoires* of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Corruption”(2010)(이하 “*Travaux préparatoires*”라고만 한다), 202면; Cecily Rose, 앞의 책, 112면.

93) Philippa Webb, 앞의 글, 213면.

94) *Travaux préparatoires*, 202면; Cecily Rose, 앞의 책, 112면.

95) Philippa Webb, 앞의 글, 213면.

96) *Travaux préparatoires*, 202면.

97) Philippa Webb, 앞의 글, 214면; Cecily Rose, 앞의 책, 111~112면.

98) 이하 아래에서 소개되는 특별위원회의 제1~7차 회의 내용은 *Travaux préparatoires*, 201~206면의 내용을 번역·요약·정리한 것이다.

안과 멕시코 측이 제안한 제2안이 처음 논의되었다. 제1안은 사업 활동(business activity) 일반을 적용대상으로 하여, 민간부문 주체를 운영하거나 그 주체를 위하여 일하는 자가 “의무 수행과 관련하여(in the exercise of his or her duties)” 작위 또는 부작위를 하도록 만드는 일체의 부당한 이익을 수수·요구·약속하는 등의 행위를 형사처벌 대상으로 삼도록 당사국에 의무를 부과하는 안이었다. 이에 반해 제2안은 적용범주를 현행과 같은 ‘경제·금융 또는 상업 활동’으로 제한하고 형사처벌 대상범죄의 구성요건으로 ‘의무 수행과의 관련성(in the exercise of his or her obligations)’에 더해 ‘민간부문 주체에게 손해의 결과가 발생(results in harm)할 것’을 추가하는 안이었다. 위 2가지 안을 논의하는 과정에서 앞서 본 것과 같은 민간부문부패 관련 조항 자체에 대한 우려 표명과 “공익에 영향을 주는”(that effects public interests)이라는 문구를 추가하자는 파키스탄 측 대표의 제안이 있었다.

특별위원회 제3차 회의에서 네덜란드, 오스트리아 및 멕시코가 함께 위 두 안을 통합하여 만든 수정대안을 제시하였는데, 해당 대안에서는 기존의 “의무 수행과 관련하여”가 “의무에 위반하여(in breach of his or her duties)”로 변경되었다. 한편 ‘경제·금융 또는 상업 활동’으로 적용범위를 제한할지 여부, ‘손해의 결과 발생’ 요건을 추가할지 여부, 그리고 해당 조항을 (“shall adopt”라는 문구를 사용하여) 구속력 있는 조항으로 만들지 아니면 (“shall consider adopting”이라는 문구를 사용하여) 비구속적·권고적 형태로 구성할지 여부는 위 수정대안에서도 유보적으로 제시되었다.

특별위원회 제4차 회의에서는 위 수정대안에 “공익에 영향을 주는” 문구를 추가하자는 파키스탄의 제안까지 검토대상으로 포함시킨 형태의 협약안이 제시되었다. 이때도 일부 당사국 대표들이 앞서 본 것과 같이 구속력 있는 형태의 조문 도입에 우려를 표명하였다.

이후 특별위원회 제5차 회의에 이르러 ‘경제·금융 또는 상업 활동’으로 적용범위를 제한하는 안이 반영되고, 제6차 회의에서 해당 조항을 권고적 형태로 하되 ‘손해의 결과 발생’ 및 ‘공익에 대한 영향’을 범죄구성

요건에서 제외하는 것으로 정리됨으로써, 현행 UN 부패방지협약과 동일한 형태의 협약안이 마련되었다. 해당 협약안은 특별위원회 제7차 회의에서 확정되었으며 앞서 본 제58차 UN 총회에서 가결되었다.

4. UNCAC 제21조 해석론

UNODC에서 2017년에 발간한 문헌인 “UN 부패방지협약 이행현황 (State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption)”은, UN 부패방지협약 제21조가 “원칙적으로 신뢰위반 범죄 (a breach-of-faith offence)를 처벌하는 규정이자 ... 주로 고용인과 피고용인 사이의 신임관계(relation of trust)를 보호하는 규정으로 해석된다”⁹⁹⁾고 설명하고 있다. 뿐만 아니라 위 문헌은 “예컨대 공공영역에서의 뇌물과 민간영역에서의 뇌물에 동일한 정의규정을 사용하는 사례와 같이 임무의 위배를 범죄의 구성요건(constituent element)으로 요구하지 않는 입법례가 종종 존재하는데, 이는 이 협약의 요구사항을 넘어서는 것이며, 결과적으로 자유경쟁이 보호되는 영역에 [공공영역보다] 더한 부담이 아니라면 적어도 그와 동일한 부담을 부여하는 것”이라고 표현한다.¹⁰⁰⁾

다만 위 문헌은 “반부패정책의 목적을 위하여 민간부문을 공공부문과 지나치게 다르게 취급하지 않는 것이 중요”하다고도 언급하고 있으며, 수재자의 행위가 위임자에게 어떤 손해나 손상을 가할 것을 요구하는 입법례에 대해 “[UN 부패방지협약 제21조의] 범죄행위 묘사에 추가적인 구성요건을 더하여 그 적용범위를 좁히는 것으로서, 이 협약의 규정내용으로부터 벗어나는 처사”라고 지적하고 있다.¹⁰¹⁾

한편 UN 부패방지협약 제21조가 민간부문 부패범죄의 행위주체를

99) UNODC, State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption: Criminalization, law enforcement and international cooperation, 2nd edition(2017)(이하 “State of Implementation”이라고만 한다), 62면.

100) State of Implementation, 63면.

101) State of Implementation, 60~61, 63면.

“민간부문의 주체를 운영하거나 그 주체를 위하여 일하는 사람(any person who directs or works for a private sector entity)”으로 규정함에 따라, 별도의 ‘주체’를 운영하거나 그를 위하여 사무를 수행하는 것이 아닌, 단순한 1인 사업자(one-man firm)의 경우는 위 조항의 처벌권고 대상에서 제외된다.¹⁰²⁾

제 3 절 유럽 내 부패방지협약

1. 유럽 내 협약의 UNCAC에 대한 영향

UN 부패방지협약 서문(preamble)에는, 1999년 1월 27일 유럽평의회에서 채택된 ‘부패에 관한 형사법협약’(Criminal Law Convention on Corruption, 이하 ‘유럽평의회 부패방지협약’이라 한다)을 비롯하여 부패 범죄에 대응·방지하기 위한 다자간 협약들을 ‘공감을 가지고 주목’(taking note with appreciation)하였다는 표현이 존재한다.¹⁰³⁾ 또한, 앞서 본 2000년 12월 4일 제55차 총회 결의문의 부록(Annex)에는 협약 초안 마련에 참고가 될 만한 부패방지 관련 국제적 협약, 문서 및 권고안의 목록이 제시되어 있는데, 그 중에는 유럽평의회 부패방지협약에 더하여 유럽연합 의회(the Council of EU, 유럽평의회와 별개의 조직이다)가 1998년 12월 22일 도입한 ‘민간부문의 부패에 관한 공동조치’(Joint Action on corruption in the private sector, 이하 ‘EU 공동조치’라 한다)가 포함되어 있다.¹⁰⁴⁾ EU 공동조치는 나중에 2003년 7월 22일 통과된 ‘민간부문의 부패방지에 관한 (유럽연합)의회의 구조결정’(Council Framework Decision on Combating Corruption in the Private Sector,

102) Cecily Rose et al., *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford University Press(2019), 241면(Michael Kubiciel 집필부분).

103) UNCAC Preamble.

104) UN Doc. A/Res/55/61.

이하 ‘EU 구조결정’이라 한다)으로 대체되었다.¹⁰⁵⁾

2. 유럽평의회 부패방지협약

유럽평의회 부패방지협약 제7조와 제8조는 UN 부패방지협약 제21조와 상당히 유사한 문구 및 표현을 사용하고 있는데, 특히 형사처벌 대상에 해당하는 민간부문의 뇌물죄를 “의무에 위반하는(in breach of their duties)” 작위 또는 부작위의 대가로 부당한 이익을 수수하는 등의 행위로 규정한 지점에서 서로 일치한다.¹⁰⁶⁾ 아울러 유럽평의회 부패방지협약 제2조 및 제3조가 공무원의 뇌물죄에 관하여는 민간부문의 뇌물죄와 달리 ‘의무 위반’ 대신 “기능 수행에 관한(in the exercise of his or her functions)”이라는 문구를 사용하여 형사처벌 대상을 보다 넓게 규정한 점도 UN 부패방지협약과 유사한 부분이다.¹⁰⁷⁾ 다만 유럽평의회 부패방지협약 제7조 및 제8조의 경우 “shall consider adopting”이 아닌 “shall adopt”라는 문구를 사용함으로써 당사국에 대한 법적 구속력을 가지는 형태를 띠고 있으며, 형사처벌 대상범주를 ‘경제·금융 또는 상업 활동’으로 제한하지 않고 ‘사업 활동(business activity)’에서 벌어지는 일체의 민간뇌물범행을 포괄하도록 규정하였다.

관련 설명보고서(Explanatory Report)는 유럽평의회 부패방지협약 제7

105) Official Journal of the European Union(OJ) L 192, 31.7.2003, 56면.

106) Criminal Law Convention on Corruption Article 7, 8. 이 중 뇌물수수 부분을 규정한 제8조의 원문은 다음과 같다: “Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties.”

107) Criminal Law Convention on Corruption Article 2, 3.

조에 대해 다음과 같이 설명한다.

“민간영역의 부패에 대한 형사법상의 처벌을 도입한 이유는 여러 가지이다. 무엇보다 먼저, 민간영역의 부패는 사회적·경제적 관계를 유지·발전하는 데 필요한 신뢰(trust), 신용(confidence) 및 충실성(loyalty)과 같은 가치를 훼손한다. 피해자에게 특정한 금전적 손해가 발생하지 않더라도, 민간부패는 사회 전체에 손해를 가져온다. (중략) 둘째로 민간부문 부패의 처벌은 공정한 경쟁에 대한 존중(respect for fair competition)을 보장하기 위하여 필요하다. 셋째로, 민영화의 과정도 이 문제와 연결된다.”¹⁰⁸⁾

“공무원의 경우 투명성, 공정성 및 충실성에 대한 일반적 기대라는 측면에서 의무 위반 여부가 중요하지 않은 반면, 민간부문에서는 의무 위반이 별도로 요구된다. 민간부문의 뇌물죄를 처벌하는 이유는, 사적 관계의 성립에 필수적인 신뢰, 신용 및 충실성을 보호하기 위함이다. (중략) 피고용자나 수임인, 변호사 등은 계약에 따라 그 사무를 수행하도록 기대되며, 이는 명시적으로 또는 묵시적으로, 위임인에 대한 충실성을 지킬 일반적 의무, 위임인에게 피해를 주는 행위를 하지 아니할 일반적 의무를 포함한다. ‘의무에 위반하여’라는 표현은, 계약상의 특정한 의무를 준수할 것을 보장하는 의미뿐만 아니라, 위임자의 사무나 사업과 관련하여 일반적인 충실의 의무(general duty of loyalty)를 위반하지 않을 것을 보장하는 의미도 가진다. 피고용자, 동업자 또는 영업대표(managing director)가 위임인의 이익에 반하는 방식으로 작위 또는 부작위를 하면서 뇌물을 받는 것은, 그의 위임자에 대하여 부담하는 충실성, 그에게 부여된 신뢰를 배신하는 처사이다. 이것이 민간부문의 부패를 형사범죄에 포함시키는 조치를 정당화한다.”¹⁰⁹⁾

108) Council of Europe, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption(1999)., 11면.

109) Council of Europe, 위의 글, 12면.

3. 민간부패 관련 유럽연합 결의 등

EU 공동조치는 유럽평의회 부패방지협약보다도 먼저 도입되었다. 그런데 EU 공동조치의 서문에는, “부패가 공정한 경쟁(fair competition)을 왜곡하고 시장의 개방성과 자유성 원칙, 특히 내부 시장의 원활한 작동을 훼손하며, 나아가 국제무역의 투명성과 개방성에 부정적 영향을 미치기에”, 아울러 “이 공동조치의 목적을 위해서는, 당사국들의 국내법에서 ‘의무 위반’의 개념을 충분히 넓게 설정하는 것이 중요하기에” 이 공동조치를 도입한다고 적시하고 있다.¹¹⁰⁾ 아울러 EU 공동조치 제2조 및 제3조의 각 제1항은 처벌대상인 행위의 유형을 유럽평의회 부패방지협약 제7조, 제8조와 거의 동일하게 규정하고 있으며, EU 공동조치 제1조는 처벌대상이 되는 행위의 주체를 유럽평의회 부패방지협약 등과 유사하게 “지위역할을 불문하고, 민간부문에서 활동하는 자연인이나 법인을 위하여 또는 그를 대리하여(on behalf of) 일하거나 해당 법인 등을 운영하는 피고용자 그 밖의 사람”으로 정의하고 있다.¹¹¹⁾ 여기에 더하여 EU 공동조치 제2조 및 제3조의 각 제2항은 다음과 같은 내용을 담고 있다.

... 각 당사국은 제1항에서 언급한 형태의 행위가 형사처벌의 대상이 되도록 필요한 조치를 취하여야 한다. 해당 조치는 최소한, 적어도 유럽공동시장(the common market) 내의 경쟁을 왜곡하는 것과 연관되거나 연관될 수 있는 행위로서, 계약의 부적절한 이행(execution) 또는 부적절한 공여(award)로 타인에게 경제적 손해를 주거나 줄 수 있는 행위를 포괄하여야 한다.¹¹²⁾

그리고 EU 공동조치 제1조는 ‘의무 위반’(breach of duty)에 대해 다

110) OJ L 358, 31.12.98., 2면.

111) OJ L 358, 31.12.98., 2면.

112) OJ L 358, 31.12.98., 3면.

음과 같이 정하고 있다.

‘의무 위반’은 국내법에 좇아 이해되어야 한다. 국내법상의 의무 위반 개념은 최소한, 법률상의 의무 또는 경우에 따라 앞서 정의된 사람¹¹³⁾에게 적용되는 전문적 규율이나 지침(professional regulations or instructions)을 위반하는 불충실한 행동(disloyal behaviour)을 포함하여야 한다.¹¹⁴⁾

EU 공동조치를 대체한 EU 구조결정 역시 서문에서 경쟁의 왜곡(distorting competition)을 언급하고 있고, ‘의무 위반’의 개념 및 민간부문 부패범죄의 구성요건에 대하여 EU 공동조치와 거의 동일하게 정하고 있다.¹¹⁵⁾ 다만, EU 구조결정 제2조 제3항은, EU 공동조치 제2조 및 제3조의 각 제2항과 같은 규정 대신 다음과 같은 규정을 두고 있다.

각 당사국은 제1항(차별조항)의 적용범위를, 재화 또는 상업적 용역의 거래에 관한 *경쟁의 왜곡*과 연관되거나 연관될 수 있는 행위로 한정 하겠다고 선언할 수 있다.¹¹⁶⁾

제 4 절 민간부패범죄 관련 해외입법례

1. 영국

가. 현행 영국 뇌물방지법의 내용

113) 위에서 본 EU 공동조치 제1조에 규정한 사람이다.

114) OJ L 358, 31.12.98., 3면.

115) OJ L 192, 31.7.2003, 55면.

116) OJ L 192, 31.7.2003, 55면(이태릭체로 한 강조 표시는 필자).

영국은 2010년 뇌물방지법(UK Bribery Act 2010)을 제정하여, 기존에 난립하던 뇌물죄 관련 개별 성문법과 판례법의 효력을 대부분 소멸시키고, 이들을 대체하는 일반적·포괄적 뇌물 법제를 마련하였다.¹¹⁷⁾ 영국 뇌물방지법은 세계에서 가장 적용 범위가 넓은 뇌물 관련 법제로 평가되는데,¹¹⁸⁾ 특히 공공뇌물범죄와 민간뇌물범죄를 구분하지 않고 단일한 뇌물죄의 범죄구성요건 하에 포섭하였다는 점이 위 법의 가장 큰 특징이다.¹¹⁹⁾ 즉, 아래에서 보는 영국 뇌물방지법상 뇌물죄의 구성요건에 관한 규정이 민간영역에 그대로 적용된다. 나아가 위 법은 “부패한(corrupt)”과 같은 평가적(evaluative) 표현에만 의존하지 않고 (비록 해석이 필요한 불확정개념을 전혀 사용하지 않는 것은 아니나) 이익의 제공·수수가 허용되지 않는 개별 상황을 어느 정도 구체적으로 규정하고 있다.¹²⁰⁾

해당 규정을 간략히 살펴보면, 영국 뇌물방지법 제1조는 증뢰죄에 해당하는 행위 태양 2가지를, 같은 법 제2조는 수뢰죄에 해당하는 행위 태양 4가지를 각기 규정하고 있다. 이중 서로 관련되는 행위 태양끼리 묶어보면, ① 관련 기능이나 활동을 부적절하게(improperly) 수행하도록 유도하고자 또는 그러한 부적절 수행의 대가로서 이익을 공여¹²¹⁾하는 경우(Case 1) 및 그러한 이익을 수수¹²²⁾하는 경우(Case 3, 5), ② 위와 같은 이익의 수수를 기대하고서 또는 해당 이익 수수의 대가로서, 관련되는 기능 또는 활동을 실제로 부적절하게 수행하는 경우(Case 6), 그리고 ③ 이익의 수수가 그 자체로 관련 기능 또는 활동을 부적절하게 수행하는

117) UK Bribery Act 2010 Schedule 2; Bob Sullivan, “Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010”, Modern Bribery Law, Cambridge University Press(2013), 13면; 박경철, “영국의 반부패전략과 반부패법제”, 강원법학 제47권, 강원대학교 비교법학연구소(2016), 11면.

118) 박경철, 위의 글, 19면.

119) 김유근·안수길, 부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구, 연구총서 16-AA-11, 한국형사정책연구원(2016), 21면; Bob Sullivan, 앞의 글, 13면.

120) Bob Sullivan, 위의 글, 14면.

121) 이익을 약속하거나 이익 공여의 의사를 표시하는 경우를 포함한다. 이하 이 절에서 같다.

122) 이익을 요구 또는 약속하는 경우를 포함한다. 이하 이 절에서 같다.

것에 해당함에도 이를 알고서 이익을 공여(Case 2) 또는 수수(Case 4)하는 경우 등 3종류로 나눌 수 있다.¹²³⁾ 이때 이익의 공여·수수가 직접 이루어지는지 아니면 제3자를 통하여 간접적으로 이루어지는지, 이익이 문제의 기능 또는 활동을 담당하는 자 본인에게 귀속되는지 아니면 제3자에게 귀속되는지 등은 죄의 성립에 영향을 주지 않는다.¹²⁴⁾

위에서 말하는 “관련 기능 또는 활동(relevant function or activity)”에 해당하려면, 먼저 그것이 ① 공적 성격을 가지는 기능, ② 어떤 사업체(a business)¹²⁵⁾와 연결되는 활동, ③ 고용 과정에서 수행되는 활동 또는 ④ 단체(a body of persons, 법인인지 비법인인지를 불문한다)에 의하여(by) 혹은 단체를 위하여(on behalf of) 수행되는 활동의 4가지 중 하나에 속해야 한다. 또한, 해당 기능 또는 활동을 수행하는 사람이 ㉠ 신의성실에 따라(in good faith) 이를 수행할 것이 기대되거나, ㉡ 기능 또는 활동을 공정하게(impartially) 수행할 것이 기대되거나, ㉢ 그 수행 방식에 비추어 신뢰를 요구받는 지위(a position of trust)에 있어야 한다.¹²⁶⁾

앞서 본 각 행위 태양의 정의에서 핵심적인 개념이 “부적절(improper)”이다. 영국 뇌물방지법 제4조는 ‘관련 기대(relevant expectation)’에 위반하여 기능·활동을 수행하거나 수행하지 않는 것이 ‘부적절’이며, 이때 ‘관련되는 기대’란 위 ㉠, ㉡에서 말하는 ‘신의성실에 따라 또는 공정하게’ 기능·활동을 수행할 것에 대한 기대, 또는 위 ㉢의 경우 문제의 ‘신뢰를 요구받는 지위’에서 도출되는 해당 기능 또는 활동의 수행 방식(manner) 또는 수행 이유(reasons)에 대한 기대라고 정의한다.¹²⁷⁾ 즉 ‘신의성실에 위반한’, ‘불공정한’ 또는 ‘(어떤 활동 등이 일정한 방식으로 또는 나름의 이유에 기초하여 이루어진다는) 신뢰를 침해하는’ 작위 또는 부작위가

123) Bob Sullivan, 앞의 글, 16면.

124) UK Bribery Act 2010 Section 1(4), (5) and Section 2(6)(a), (b).

125) 여기서 말하는 ‘사업’(business)이란 거래적 사업(trade)은 물론 일정한 직업(profession) 등도 포함하는 포괄적인(inclusive) 개념이다. Colin Nicholls et al., 앞의 책, 68~69면.

126) UK Bribery Act 2010 Section 3.

127) UK Bribery Act Section 4; 박경철, 앞의 글, 13면.

곧 부적절이다.¹²⁸⁾

나. 영국 뇌물방지법의 도입 과정

영국 뇌물방지법안이 마련되는 데에, 잉글랜드 및 웨일즈 법률위원회(The Law Commission of England and Wales)¹²⁹⁾에서 2008년 발간한 뇌물 법제 관련 최종보고서 “Reforming Bribery”(Law Com No. 313)가 큰 영향을 미쳤다. 위 보고서는, 영국의 뇌물 관련 기존 성문법·판례법을 대체할 새로운 법률안이 어떠한 내용으로 마련되어야 하는지에 대한 법률위원회의 권고 의견을 담고 있는데, 해당 권고 의견의 상당 부분이 현행 영국 뇌물방지법에 반영되어 있다.¹³⁰⁾

그런데 영국에서는 위 보고서가 나오기까지 뇌물 관련 법제의 개선방안에 관한 오랜 논의가 진행되어 왔으며, 법률위원회는 그러한 논의를 반영하여 위 보고서 발간 이전에 이미 뇌물 법제 개선방안에 관한 3개의 보고서[1997년의 검토보고서(consultation paper)인 “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145)과 그에 뒤이은 최

128) Bob Sullivan, 앞의 글, 12면.

129) 잉글랜드 및 웨일즈의 법률 개선을 촉진시키려는 목적에서 영국의 1965년 법률위원회법(Law Commissions Act 1965)에 근거하여 설립된 위원회로서, 위 법률 section 3(1)(c)에 따라 법률 개선방안에 대한 권고안(proposals)을 만드는 등의 의무를 지며, 영국 대법원장(Lord Chancellor)은 위 법률 section 3A(1)(a), (b)에 따라 해당 권고안을 담은 보고서를 영국 의회에 제출(lay before)해야 한다. 본고에서는 ‘Law Commission’ 또는 ‘법률위원회’로 지칭하였다.

130) 예컨대, 위 권고 의견이 제시하는 수뢰죄의 행위 태양 4가지는 앞서 본 영국 뇌물방지법의 내용과 거의 동일할 뿐만 아니라, 위 권고 의견에서도 “부적절(improper)” 개념이 수뢰죄의 행위 태양을 정의하는 데에서 핵심적인 역할을 수행하고 있으며, 여기서의 부적절도 ‘신의성실(good faith)에 따라 또는 공정하게(impartially) 기능·활동을 수행하리라는 기대 내지는 행위자가 신뢰를 부여받은 지위(a position of trust)에 있다는 사실 때문에 발생하는 기대가 침해되는 것’으로 정의된다. Law Commission, “Reforming Bribery”, Law Com. No. 313(2008), para 10.6.~10.13.

중보고서(final report)인 “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. No. 248), 그리고 2007년의 “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185)]를 내놓은바 있다(앞서 본 2008년 보고서는 위 2007년 검토보고서에 뒤이어 발간된 최종보고서이다).¹³¹⁾ 위 4개 보고서를 들여다보면, 법률위원회는 각 보고서를 준비하는 과정에서 학계 및 실무의 의견을 비판적으로 수용하면서 뇌물범죄의 본질에 관한 이해와 뇌물 관련 법제에 대한 권고안을 조금씩 수정해 왔음을 알 수 있다. 이러한 법률위원회의 견해 변화 과정을 살펴보는 것이 민간부패범죄의 본질 및 우리나라 배임수재죄의 해석론을 검토하는 것과 관련하여 나름대로 의미가 있다고 판단되기에, 그 과정을 아래에서 간략히 살펴본다.

(1) 1997년 검토보고서(Law Com. CP No. 145)

1997년의 검토보고서에서 법률위원회는, 뇌물공여자(briber) A, 뇌물수수자이자 C의 수임인(agent)인 B, 그리고 B의 위임인(principal)인 C의 3주체가 부패관계와 연관되는데, 이때 A와 C는 각자의 개인적 이익(self-interest)에 따라 행동하는 반면 B는 개인적 이익이 아닌 C의 이익에 쫓아 행동할 의무(duty)를 지며, A와 C의 이익이 잠재적으로 충돌하는 상황에서 A가 B에게 뇌물을 주어 B의 개인적 이익에 호소함으로써 B로 하여금 그 의무를 위반(breach)하도록 유혹(tempt)한다는 점에서 위 3주체의 관계는 이익의 상호작용(interplay of interests)으로 묘사될 수 있다고 파악하였다.¹³²⁾ 그러면서 법률위원회는, 새로운 법률안이 “수임인(agent)”의 의무 수행과 관련하여 “부패하게(corruptly)” 이익을 수수 또는 공여하는 행위를 처벌대상으로 포착해야 한다고 제안하였다.¹³³⁾

여기서 “부패하게(corruptly)” 수수·공여되는 이익이란, 수임인으로 하

131) Bob Sullivan, 앞의 글, 13면.

132) Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145), para. 1.12.

133) Law Commission, 위의 글, para. 1.36.

여금 “의무에 위반하는(in breach of duty)” 작위 또는 부작위를 하도록 유도하거나 그러한 작위 또는 부작위에 대한 대가로서 수수·공여되는 이익, 또는 어떤 작위·부작위의 유도 또는 대가로서 수수·공여되는 이익으로서 그러한 (이익과 작위·부작위 사이의) 거래(transaction)가 수임인 또는 그에 준하는 지위에 있는 사람으로 하여금 의무에 위반하는 행동을 하도록 조장하는 상당한 경향성을 가지는 경우의 이익(이 경우에는 작위 또는 부작위가 그 자체로 의무에 위반할 필요가 없다)을 의미한다.¹³⁴⁾

아울러 법률위원회는 “수임인(agent)”을 공무를 담당하는 사람이 아니면 ‘다른 사람을 대표·대리하여(on behalf of)’ 행동하는 사람으로서 ① 일정한 재량을 가지고 있거나 ② 타인의 자산에 접근할 수 있거나 ③ 타인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 사람 등의 일정한 범주로 정의내리는 방안을 제안하였다.¹³⁵⁾ 이러한 위 검토보고서의 입장은 앞서 제3장 제3절에서 본 ‘의무의 위반 내지 신뢰의 침해’로부터 부패범죄의 본질을 찾는 견해와 맥을 같이하는 것임과 동시에, ‘수임인’, ‘의무의 위반’ 개념을 통해 부패행위의 범위를 되도록 명확하게, 제한적으로 정하려는 입장으로 이해된다.

(2) 1998년 최종보고서(Law Com. No. 248)

위 검토보고서에 대하여, 위임인의 이익에 반하지 않는 행동도 경우에 따라 부패한 행동일 수 있으며, ‘의무 위반’ 개념의 도입이 (적어도 상업적 관계에 있어서는) 기본적으로는 민사법의 영역인 의무의 존부 및 내용(정확히 무엇이 의무 위반을 구성하는지) 등에 관한 지난한 법적 논쟁으로 연결될 우려가 있다는 비판이 제기되었다.¹³⁶⁾ 이에 1998년의 최종보고서에서 법률위원회는, 수임인의 행위에 ‘영향을 미치려는(influence)’ 의도라는 측면에서 부패행위를 정의내리는 방향으로 입장을

134) Law Commission, 위의 글, para. 1.41., 8.20.

135) Law Commission, 위의 글, para. 1.37., 7.50, 7.51.

136) Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. No. 248), para. 5.5~5.9.

수정하였다.¹³⁷⁾ 위 최종보고서의 권고안은, 상대가 수임인으로서 기능을 수행하는 과정에서 특정 작위나 부작위를 하도록 의도함과 동시에, 기본적으로 그러한 작위·부작위를 이익 제공에 대한 대가로서 하는 것이라 믿고서 이익을 공여하는 경우를 “부패한” 이익 공여로 본다(이때 문제의 작위·부작위가 의무 위반에 해당하는지는 정면으로 문제되지 않는다).¹³⁸⁾

다만, 위 권고안은 ① 기능 수행에 대한 보수 또는 상환금으로서 위임인[principal, 공적 기능 수행의 경우에는 공중(public)]에 의하여 또는 위임인을 위하여 이익을 공여하는 경우와 ② 공중이 아닌 특정한 1명 또는 여러 명의 위임인을 위한 기능 수행의 경우에 각각의 위임인이 모든 실체적 상황을 인식하고서 이익 제공에 동의하는 경우를 ‘부패한’ 이익 공여에서 제외한다.¹³⁹⁾ 위 최종보고서도 ‘수임인’ 개념을 일정 범주로 정의내리면서¹⁴⁰⁾ 해당 개념을 중심으로 뇌물범죄를 구성한다는 점에서 기본적으로는 위 검토보고서와 마찬가지로 ‘위임인/수임인 모델’에 기반을 두고 있다.¹⁴¹⁾

(3) 2007년 검토보고서(Law Com. CP No. 185)

그런데 법률위원회는 2007년의 검토보고서 “Reforming Bribery : A Consultation Paper”에 이르러 위와 같은 ‘위임인/수임인 모델’을 폐기하면서, 뇌물범죄의 개념정의에 사용될 ‘의무’는 특정 위임인에 대하여 부담하는 의무일 필요 없이 법에서 인정하는 의무이면 족하다는 입장으로까지 나아갔다.¹⁴²⁾ 법률위원회는 위 모델을 폐기하는 근거를 설명하면서, 신탁회사의 직원이 뇌물을 수수하고서 신탁자금을 특정 펀드에 투자하는 사례와 같이, 수임인이 의무를 부담하는 상대(자금을 신탁한 투자자)가

137) Law Commission, 위의 글, para. 5.10.

138) Law Commission, 위의 글, para. 5.99.

139) Law Commission, 위의 글, para. 5.99.

140) Law Commission, 위의 글, para. 5.36.

141) Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185), para. 4.11. 및 4.12.

142) Law Commission, 위의 글, para. 4.9. 및 4.13.

실체적 위임인(신탁회사)과 구별되는 사안에서 뇌물죄가 성립하는 이유를 위 모델이 설명하지 못하거나 그 설명이 불필요하게 복잡하다는 점을 언급하였다.¹⁴³⁾ 아울러 법률위원회는, 1998년 최종보고서와 같이 부패성을 (수임인의 기능 수행에 대한) ‘영향’에서 찾는 방안도 지나치게 추상적이고 처벌범위를 과도하게 넓힌다는 비판이 있었다는 점도 지적하였다.¹⁴⁴⁾

그러면서 법률위원회는, 뇌물범죄의 핵심요소로 ‘이익(advantage)의 제공·약속·수수·요구’, ‘부적절한 행위(improper act)’ 그리고 위 두 요소 사이의 연결관계(connection)를 제시하였으며¹⁴⁵⁾[이때부터 법률위원회는 “부패(corruptly)” 대신 “부적절(improper)”을 뇌물범죄 정의의 핵심 개념으로 삼는 법률안을 제안하기 시작하였다], 이때 ‘부적절한 행위’란 단순한 도덕적 의무 위반이 아닌 ‘법률상·형평상 의무(legal and equitable duty)의 위반’을 말하는 것으로서, 여기에는 “타인의 최선의 이익을 좇아 행동하거나 공정하게 행동할 의무의 위반 및 신뢰관계의 배반(betrayal of a relation of trust, or breach of a duty to act impartially or in the best interests of another)”이 포함되어야 한다고 제안하였다.¹⁴⁶⁾

(4) 2008년 최종보고서(Law Com No. 313)

위 2007년 검토보고서에 대해서도 ① 뇌물 범죄의 성립이 ‘법률상·형평상 의무’의 위반 여부에 좌우되도록 할 경우, 복잡하고도 달갑지 않은 민사법 쟁점을 형사법의 영역에 도입하는 결과가 되어 부당하다는 국왕 검찰국(Crown Prosecution Service)의 의견¹⁴⁷⁾과 ② 위 검토보고서의 제안을 따를 경우, 위임인이 문서 또는 구두로 수임인과의 고용계약을 변경함으로써 뇌물 수수를 거절할 의무를 수임인의 의무내용에서 간편하게

143) Law Commission, 위의 글, para. 4.19.~4.26.

144) Law Commission, 위의 글, para. 4.12.

145) Law Commission, 위의 글, para. 4.143. 및 5.4.

146) Law Commission, 위의 글, para. 5.16., 5.17. 및 5.50.

147) Law Commission, “Reforming Bribery”(Law Com No. 313), para. 3.89.

제거할 가능성을 열게 된다는 Alldridge 교수의 비판¹⁴⁸⁾ 등이 제기되었다.

이에 법률위원회는 ‘법률상·형평상 의무’ 개념에 의존하는 것으로는 위임인-수임인 모델의 한계를 완전히 벗어나지 못한다고 판단하고서, 2008년 최종보고서에서 해당 개념을 포기하는 대신 (종래 2007년 검토보고서에서는 법률상·형평상 의무에 수반한 2차적 의무의 내용으로 이해하였던) 공정(impartiality), 신뢰(trust) 그리고 신의성실(good faith)을 뇌물 범죄의 핵심 구성요소로 삼는 방안으로 입장을 선회하였다.¹⁴⁹⁾ 참고로 위 최종보고서는, ‘신의성실’이 언급될 부분에서 앞서 2007년 검토보고서에도 사용된 “타인의 최선의 이익(someone’s best interests)을 좇아 행동할 의무”라는 표현을 사용하기도 하였다.¹⁵⁰⁾

(5) 위 보고서들의 공통 전제

위 보고서들은, 영국의 기존 뇌물 관련 법제가 “corruptly”라는 개념을 법률에서 명확하게 규정하지 아니한 바람에 그 의미를 확정하기가 어렵다는 문제의식을 공유한다.¹⁵¹⁾ 이를 해결하기 위하여 법률위원회는 1997년 검토보고서에서 “corruptly”를 의무 위반의 차원에서 정의하는 법안을 제안하였으며, 1998년 최종보고서부터는 아예 “corruptly”에서 벗어나 뇌물의 개념을 새롭게 정의하려고 시도하였다.

아울러 법률위원회는 위 각 보고서에서, 공공부문의 뇌물과 민간부문

148) Law Commission, 위의 글, para. 3.90. 참고로 Peter Alldridge 교수는 부패범죄의 본질에 관하여 앞서 본 ‘시장모델’을 제시한 학자이다.

149) Law Commission, 위의 글, para. 3.88., 3.91. 및 3.133.

150) Law Commission, 위의 글, para. 3.133.

151) Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145), para. 4.15. 및 4.16.; Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. No. 248), para. 2.30.; Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185), para.1.23.; Law Commission, “Reforming Bribery”(Law Com No. 313), para. 2.33.

의 뇌물을 구분하는 것이 유용하지 않으며 그 구분을 폐지해야 한다는 입장을 견지하였다.¹⁵²⁾ 이러한 입장이 반영된 결과로 영국 뇌물방지법은 공공부문과 민간부문을 나누지 않고 통합적으로 뇌물범죄를 규율한다.

그런데 위 보고서들의 내용을 살펴보면, 예컨대 1997년 검토보고서의 경우 ‘일부 민간부문 부패가 경미한 공공부문 부패보다 더 중대한 범죄 수도 있다’거나 ‘많은 사람들이 공공의 영역에서 보다 높은 행위기준 (standard of conduct)이 필요하다는 데 동의할 것이나 이는 법에서 공적 주체(public body)와 다른 주체를 구분하는 것과 무관하며 “부패하게” 행동하지 않을 의무는 공적 주체와 민간 주체에게 동일하게 요구된다’는 정도로만 언급할 뿐, 공적 뇌물과 사적 뇌물이 신뢰관계의 훼손이라는 관점에서 가지는 앞서 본 바와 같은 본질적인 차이에 대해서는 논하고 있지 않다.¹⁵³⁾ 나아가 2007년 검토보고서 및 2008년 최종보고서도 공공부문과 민간부문의 기능을 명확하게 구분하는 것이 어렵다는 등의 이유만을 제시¹⁵⁴⁾할 뿐 구체적으로 위 두 부문의 성격상 차이를 분석하고 있지 않다.¹⁵⁵⁾ 위와 같은 보고서들의 내용에 비추어 보건대, 영국이 뇌물방지법에서 공공부문과 민간부문을 통합적으로 규율한 배경에는 뚜렷한 이론적 근거보다 ‘행위주체가 공적 주체에 해당하는지 여부, 문제의 영역이 공공부문인지 여부 등을 명확하게 구분하여 설정하기가 어렵다’

152) Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145), para. 6.32.; Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. No. 248), para. 3.34.; Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185), para.1.17.; Law Commission, “Reforming Bribery”(Law Com No. 313), para. 2.26., 3.20.

153) Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145), 6.22.~6.25.

154) Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185), para.1.14.; Law Commission, “Reforming Bribery”(Law Com No. 313), para. 3.19.

155) 이에 대해서는 영국 내에서도 비판이 존재한다. Stuart P. Green, 앞의 글, 48면.

는 실무적 유용성의 관점이 자리잡은 것으로 보인다.

2. 독일

독일은 1997년 8월 13일의 부패방지법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)을 통하여, 경제영역에서의 뇌물범죄 처벌에 관한 종래의 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) 제12조의 내용을 형법(StGB) 제299조에 도입하되, 제3자가 이익을 수수하는 경우를 처벌대상에 포함시키고 자유형의 법정형을 종전의 1년 이하에서 3년 이하로 상향하는 등의 변경을 가하였다.¹⁵⁶⁾ 이렇게 도입된 독일 형법 제299조 제1항은 ‘기업체의 피고용인이나 수입인이 영업적 거래(geschäftlichen Verkehr; business transaction)에서 재화나 상업적 용역의 구매와 관련한 경쟁에서의 불공정한 우대(unlauterer Bevorzugung; unfair preference)를 제공하는 대가로 자기 또는 제3자를 위한 이익을 수수·요구 또는 약속하면 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다’고 규정하였고, 같은 조 제2항은 그러한 이익을 공여, 약속 또는 공여의 의사를 표시한 자도 같은 형에 처하도록 규정하였다.¹⁵⁷⁾ 위 조항은 이른바

156) Deiters et. al., Jürgen Wolter (Hrsg.) SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band V: §§ 242-302 StGB, 9., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag(2019)(이하 ‘SK-StGB’라고만 한다)/Rogal, §299 Rn.3; Gunter Widmaier, Helmut Satzger & Wilhelm Schluckebier, Strafgesetzbuch: Kommentar. 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag(2016)(이하 ‘StGB-K’라고만 한다)/Rosenau, §299 Rn.2; 조인현, “기업의 부패범죄에 대한 형사처벌 제도 개선 방안 - 국제 반부패 규범상 뇌물거래 금지와 관련하여”, 경찰법연구 제15권 제1호(2017), 142면; 민수영, 앞의 글, 160면; 최준혁, “형법 제357조의 ‘제3자’의 개념 - 대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도12129 판결 -”, 형사판례연구 제27권(2019), 368~360면.

157) UNODC, Country Review Report of the Federal Republic of Germany(2022-01-25 IIA4 Stn UNCAC review of Germany), 67~71면; 민수영, 위의 글, 108면.

‘경쟁모델(Wettbewerbsmodell, 공정거래모델)’을 규정한 것으로서, 그 보호법익은 기본적으로 ‘자유롭고 공정하며 왜곡되지 아니한 경쟁(freie, faire, unverfälschte Wettbewerb)’이며,¹⁵⁸⁾ 위임인(기업체)이나 다른 경쟁자의 이익은 위와 같은 공정경쟁을 보호하는 과정에서 간접적으로 보호될 뿐인 것으로 이해되었다.¹⁵⁹⁾

이후 앞서 본 EU 공동조치 등의 영향으로 2002년 8월 22일 위 규정의 보호대상인 경쟁에 국외경쟁(ausländischen Wettbewerb)을 포함시키는 개정안이 통과되어 시행되었고,¹⁶⁰⁾ 그 후로 한동안은 특기할 만한 법개정이 없다가 2015년 11월 6일에 이르러 중요한 개정이 이루어졌다. 이 개정으로 위 경쟁모델을 규정한 기존 독일 형법 제299조 제1항(수뢰자 처벌규정)은 제1항 ‘제1호’로, 제2항(증뢰자 처벌규정)은 제2항 ‘제1호’로 각 그 위치가 변경되었고, 같은 조 제1항 ‘제2호’ 및 제2항 ‘제2호’에 이른바 ‘사업주모델(Geschäftsherrenmodell)’이 도입되었다.¹⁶¹⁾ 2015년 11월 6일 개정 후의 독일 형법 제299조 제1항 제2호, 즉 사업주모델의 수뢰자 관련 조항은, 기업의 피고용인이나 수임인이 영업적 거래에서 재화나 상업적 용역의 구매와 관련하여 ‘해당 기업의 동의 없이, 그 기업에 대해 부담하는 의무(Pflichten)에 위반하는’ 작위 또는 부작위를 수행하는 대가로 자기 또는 제3자를 위한 이익을 수수·요구 또는 약속한 경우도 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다.¹⁶²⁾ 여기서 주목할

158) SK-StGB/Rogal, §299 Rn.8.; StGB-K/Rosenau, Rn.4; 김유근·안수길, 앞의 책, 24면; 김성룡, “배임수증재죄에서 부정한 청탁 - 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3080 판결”, 법조 제721호(2017. 2.), 724면.

159) Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch, 66. Auflage, CH Beck(2019)(이하 이 책을 표시할 때 저자명인 Thomas Fischer만 표시한다)/§299 Rn.2.

160) SK-StGB/Rogal, §299 Rn.4; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen & Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Nomos(2023)(이하 ‘NK-StGB’라고만 한다)/Dannecker & Schröder, §299 Rn.5.

161) SK-StGB/Rogal, §299 Rn.4; StGB-K/Rosenau, §299 Rn.2.; Thomas Fischer/§299 Rn.1.; NK-StGB/Dannecker & Schröder, §299 Rn.6; 김유근·안수길, 앞의 책, 24면.

162) StBG § 299 (1) 2.(https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_299.html)에

것은, 위 규정에는 같은 항 제1호(경쟁모델)와 달리 “Wettbewerb” (competition, 경쟁)라는 문구가 사용되지 않을 뿐만 아니라, 범죄의 성립에 ‘기업체(고용주 내지 사업주)의 동의가 없을 것’이라는 요건이 추가로 필요하다는 점이다. 이러한 ‘사업주모델’ 도입의 배경에는, 독일이 UN 부패방지협약에 가입함과 동시에 앞서 본 EU 구조결정의 적용을 받게 되면서, 해당 국제·다자간협약의 국내이행법률을 마련할 필요가 있었다는 점이 작용하였다.¹⁶³⁾

이처럼 ‘사업주모델’이 ‘경쟁모델’에 덧붙여 신설되면서 독일 형법 제 299조, 특히 사업주모델 부분의 보호법익이 무엇인지에 대한 복잡한 논의가 전개되고 있다.¹⁶⁴⁾ 이와 관련하여 우선 ① 유럽연합법에 부합하는 해석의 필요성(앞서 보았듯 EU 공동조치·구조결정 서문은 ‘공정한 경쟁’, ‘경쟁의 왜곡’ 방지 등을 언급하고 있다) 등을 이유로, 재화나 용역의 구매와 관련한 경쟁(의 공정)을 추상적으로나마 해칠 우려가 있는 의무 위반만이 위 사업주모델의 규율대상에 포함되며, 따라서 사업주모델 도입

서 확인 가능. 마지막 확인일: 2023. 7. 2.); UNODC, Country Review Report of the Federal Republic of Germany, 앞의 글, 72면. 현행 독일 형법 제299조 제1항의 원문은 다음과 같다:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder
2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

163) StGB-K/Rosenau, §299 Rn.3; NK-StGB/Dannecker & Schröder, §299 Rn.6.

164) 안수길, 앞의 글, 364면; 김유근·안수길, 앞의 책, 24면.

후로도 독일 형법 제299조의 1차적 목적은 경쟁의 보호(Wettbewerbs-schutz)라고 봐야 하고 사업주 또는 다른 경쟁자의 이익은 간접적으로 보호되는 이익에 불과하다는 견해¹⁶⁵⁾가 있다. 반면 ② 사업주모델은 경쟁모델과 달리 경쟁적 상황 외에서도 부패한 피고용주나 수임인으로부터 위임인을 보호하고자 하는 모델로서 기업을 위한 충실한 영업대리(loyalen Geschäftswahrnehmung)를 보호하는 규정이므로, 위 두 모델의 보호법익은 서로 독립적으로 판단되어야 한다는 견해도 존재한다.¹⁶⁶⁾ 그런가 하면 ③ 경쟁모델이 위임인 보호와 전혀 무관하다 할 수 없는 것과 마찬가지로 사업주모델도 재산범죄(Vermögensdelikt) 또는 순전한 배임범죄(Untreue)로 볼 수 없으며, 사업주가 가지는 ‘결정의 자유(Entscheidungsfreiheit)’를 훼손하는 불공정한 영업실무(unlauteren Geschäftspraktiken)로부터 사업주를 보호하려는 데 사업주모델의 의의가 있는데, 여기서 말하는 사업주의 ‘결정의 자유’는 경쟁의 맥락에서만 논해질 수 있다는 절충적 견해¹⁶⁷⁾도 제기되고 있다. 한편 사업주의 재산적 이익이 사업주모델의 보호법익인지도 독일 학계의 쟁점이 되고는 있으나,¹⁶⁸⁾ 적잖은 문헌들이 사업주모델을 재산범죄로 볼 수 없다면서 부정적인 입장을 취하고 있다.¹⁶⁹⁾

한편 독일 형법 제299조의 죄(경쟁모델과 사업주모델 모두)는, 특별한 공익적 필요가 있다고 검찰당국이 인정하여 직권으로 개입하여 기소하지 않는 한 고소권자의 고소(Antrag)가 있어야 소추할 수 있다.¹⁷⁰⁾ 여기서의 고소권자(Antragsberechtigte)에 해당하는 피해자(Verletzte)에는 피고용자 또는 위임인의 사업주(Geschäftsherr)는 물론 경쟁모델에서 이익의 공여 등으로 불공정한 우대를 받은 증뢰자의 경쟁자(Mitbewerber)도 포

165) StGB-K/Rosenau, §299 Rn.5.

166) NK-StGB/Dannecker & Schröder, §299 Rn.23~24.

167) SK-StGB/Rogal, §299 Rn.19~21.

168) 안수길, 앞의 글, 364면; Thomas Fischer/§299 Rn.2a.

169) SK-StGB/Rogal, §299 Rn.19; NK-StGB/Dannecker & Schröder, §299 Rn.22.

170) UNODC, Country Review Report of the Federal Republic of Germany, 앞의 글, 70면; Thomas Fischer/§301 Rn.2~4.

함된다.¹⁷¹⁾ 나아가 경쟁모델의 경우 피해자 외에 부정경쟁방지법에서 규정하는 일정 범위의 상공업 관련 단체나 노동조합도 고소권을 가진다.¹⁷²⁾

3. 오스트리아

우리나라의 배임수재죄에 비견되는 외국의 배임수재 입법례로 오스트리아 형법 제153조의a를 언급하는 문헌들이 있다.¹⁷³⁾ 위 규정은 ‘법률, 관청의 위임 또는 법률행위를 통하여 타인의 재산을 처분하거나 제3자에게 의무를 부과할 권한을 인정받은 자가 그 권한을 수행함에 있어 적지 않은 재산상 이익을 취득하고도 이를 그 의무에 반하여 타인에게 이전하지 아니한 경우’를 처벌 대상으로 규율하고 있다.¹⁷⁴⁾ 이 규정은 사적 영역의 권한자가 재산상 이익을 권한수여자에게 전달할 의무를 위반함으로써 권한수여자에 대한 배신적 착취를 하였다는 점에 1차적 초점을 맞추고 있으며, 이익공여자를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다.¹⁷⁵⁾ 위 규정은

171) Thomas Fischer/§301 Rn.4.; NK-StGB/Dannecker & Schröder, §301 Rn.19~23.

172) NK-StGB/Dannecker & Schröder, §301 Rn.26~29.

173) 김정환, 앞의 글, 558면; 최준혁, 앞의 글, 360면.

174) 종래에는 법정형으로 자유형(1년 이하)만이 규정되어 있었으나, 이후 벌금형이 추가되었다(<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>에서 확인, 마지막 확인일 2023. 4. 29.).

이하는 현행 오스트리아 형법 제153조의a조의 원문이다: Wer für die Ausübung der ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, einen nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil angenommen hat und pflichtwidrig nicht abführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

175) 김정환, 앞의 글, 558~560면; 최준혁, 앞의 글, 361면.

오스트리아 형법 제153조의 배임죄 규정을 보충하기 위해 마련된 규정으로서,¹⁷⁶⁾ 위 배임죄 규정의 구성요건이 충족되면 위 제153조의a 규정의 적용은 배제된다.¹⁷⁷⁾

아울러 2012년 신설된¹⁷⁸⁾ 오스트리아 형법 제309조도 오스트리아의 민간뇌물범죄 관련 주요 형벌규정으로 언급된다.¹⁷⁹⁾ 위 규정은 제1항에서 ‘기업의 피고용인이나 수임인이 영업적 거래에서 의무에 위반하여 법률행위(Rechtshandlung, legal act)를 하거나 하지 않는 것의 대가로 자기 또는 제3자를 위한 이익을 수수·요구 또는 약속하면 2년 이하의 자유형에 처한다’고 규정하고 있고, 제2항에서 위 이익을 공여·약속하거나 그 공여의 의사를 표시한 사람도 같은 형으로 처벌하도록 하고 있으며, 이익의 액수에 따른 가중처벌조항을 제3항에 두고 있다.¹⁸⁰⁾ 이 규정은 사업주의 비동의를 소극적 처벌조건으로 명시하지 않은 점, 매수대상인 작위 또는 부작위를 ‘법률행위’로 제한한 점 등을 제외하면 앞서 본 독일 형법 제299조 제1항 제2호 및 제2항 제2호의 ‘사업주모델’과 매우 유사하다.

한편 오스트리아에 대한 UN 부패방지협약상의 협약이행 검토 결과를 담은 2014년도 UNODC 최종보고서에 따르면, 오스트리아에서는 경우에 따라 민간영역의 뇌물공여에 해당하는 행위가 횡령 교사에, 민간영역의 뇌물수수에 해당하는 행위가 횡령 또는 배임에 해당할 수 있다고 한

176) 최준혁, 위의 글, 360면.

177) 김정환, 앞의 글, 560면.

178) 김유근·안수길, 앞의 책, 28면.

179) UNODC, Country Review Report of Austria(2014-08-26 Austria Final Country Report), 29면; 안수길, 앞의 글, 356면.

180) <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>에서 확인, 마지막 확인일 2023. 7. 2.); UNODC, 위의 글, 29면; 안수길, 위의 글, 356면. 이 중 제1항의 원문은 다음과 같다: Ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, der im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

다.¹⁸¹⁾

4. 스위스

스위스에서는 2015년 9월 25일 개정되어 2016년 7월 1일부터 시행된 개정 형법 제322조의8 및 제322조의9를 통하여 ‘민간영역에서 타인의 피고용인, 동업자, 수임인이나 그밖에 어떠한 형태로든 타인을 보조하는 자(Hilfsperson)가, 자신의 직무적·영업적 활동과 관련하여 의무에 위반하거나 자신이 가진 재량(Ermessen)에 속하는 작위나 부작위의 대가로 자기 또는 제3자를 위한 부당한(nicht gebührenden) 이익을 수수·요구·약속’하는 경우 및 그러한 이익을 공여·약속 또는 공여의 의사를 표시하는 경우를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌하고 있다.¹⁸²⁾

종래 이와 유사한 규정이 연방 부정경쟁방지법(Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)에 존재하였으나¹⁸³⁾ 국제축구연맹(FIFA)과 같이 경쟁자가 없는 독점적 지위에 있는 조직의 경우 그 조직 고위층의 부패범죄를 경쟁 위반으로 처벌하기가 곤란하다는 문제가 제기되었고, 이러한 처벌 공백에 대한 스위스 대중의 분노가 위와 같은 2016년 법 개정으로 이어졌다고 한다.¹⁸⁴⁾

위 스위스 형법 제322조의8 및 제322조의9도 타인을 위하여 일하는

181) UNODC, 위의 글, 29~31면.

182) https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de(마지막 확인일 2023. 4. 29.); 김유근·안수길, 앞의 책, 26면.

183) UNODC, Country Review Report of Switzerland, 34~35면; 김유근·안수길, 위의 책, 25면.

184) 안수길, 앞의 글, 355면. FIFA가 연루된 대표적인 부정부패 스캔들로 2018년 러시아 월드컵 및 2022년 카타르 월드컵과 관련하여 2010년 12월 FIFA 집행위원회 회의에서 벌어진 부패사건이 있다. 해당 사건에 관해 스위스 경찰과 미 연방 법무부가 협업하여 2015년 10월경 다수의 관계자를 체포·기소하기도 하였다. Zhou Ziyue and Kwan Yuen Iu, "Legal Regulation of International Sports Organization: A Case Study on FIFA Corruption.", Available at SSRN 4347922(2023), 2~3면 참조.

자의 증·수뢰행위를 처벌하는 규정으로서 큰 틀에서는 앞서 본 독일 형법 제299조 및 오스트리아 형법 제309조와 유사한 구조를 가지나, ① 적용범위를 ‘영업적 거래’의 영역으로 제한하지 않고 민간영역 일반으로 삼으며, 이에 따라 ‘재화 또는 상업적 용역 구매와의 관련성’보다 넓은 ‘직무활동 또는 영업활동과의 관련성’을 범죄구성요건으로 하는 점, ② 의무에 위반하는 작위·부작위뿐 아니라 ‘재량에 속하는’ 작위·부작위까지 이익 수수의 대가에 포함시킨다는 점, 대신에 ③ 수수·공여되는 이익이 ‘부당’할 것을 별도로 요구하는 점 등에서 차이를 가진다. 아울러 스위스 형법 제322조의10 제1항은 직무규정상 허용되거나 타인으로부터 계약상으로 승인받은 이익, 경미하고 사회적으로 상당한 이익은 부당한 이익에 해당하지 않는 것으로 따로 정하고 있다.¹⁸⁵⁾

5. 미국

미국 연방 차원에서 민간영역 또는 상거래영역 일반에 적용되는 민간 부패범죄 처벌규정은 존재하지 않는다.¹⁸⁶⁾ 다만, 미 연방법상 사취계획(scheme or artifice to defraud)을 실현하기 위해 우편(mail), 전신(wire), 라디오, 텔레비전 등을 이용하는 행위를 처벌하는 법률이 있는데(18 USC §§ 1341, 1343 and 1346), 미 연방 대법원은 여기서 말하는 ‘사취계획’에 사기업 직원 등의 뇌물수수행위(bribery and kickbacks)를 포함시키는 해석론을 제시한바 있다.¹⁸⁷⁾ 나아가 미 연방의회가 1961년 통과시킨 ‘불법이익취득집단을 방조하는 주(州)간·해외 여객 또는 운송에 관한 법률(Interstate and Foreign Travel or Transportation in Aid of

185) 김유근·안수길, 앞의 책, 26면.

186) 김유근·안수길, 위의 책, 20면; Ryan J. Rohlfen, “Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws”, The University of Chicago Legal Forum(2012), 151, 159면.

187) 김유근·안수길, 위의 책, 20~21면; Stuart P. Green, 위의 글, 44면; 오택림, “미국 연방법상 Mail and Wire Fraud에 관한 연구”, 법조 제60권 제6호(2011. 6.), 8, 30~31, 62~63면.

Racketeering Enterprises Act, 18 USC § 1952, 통상 “Travel Act”로 약칭된다’)은 “위법활동(unlawful activity)”을 실행, 달성, 처리, 선동할 의도로 또는 위법활동으로 취득한 이익을 분배할 의도 등으로 주간 또는 해외 상거래 관련 여객이나 우편 기타 설비를 이용하는 행위를 연방 차원의 처벌대상으로 삼는데, 여기의 ‘위법활동’에는 ‘주(州)법에 위반한 뇌물범행(bribery)’이 포함된다.¹⁸⁸⁾ 이에 따라 행위자의 활동 범위에 속하는 주가 민간뇌물범죄 처벌규정을 둔 경우, 연방정부는 위 Travel Act에 터잡아 민간뇌물범죄 연루를 이유로 그 행위자를 기소할 수가 있다.¹⁸⁹⁾

이와 관련하여 미국 내 주의 상당수가 상업뇌물(commercial bribery)에 관한 일반적 처벌규정을 두고 있는데, 그 처벌범위와 처벌수위[중죄(重罪, felony)로 볼지 아니면 경죄(輕罪, misdemeanor)로 의율할지 등], 범죄성립에 필요한 인식의 정도와 피해 발생 요부 등은 각 주별로 다양하다.¹⁹⁰⁾ 보다 구체적으로 살펴보면, ① 수임인이 ‘위임인의 승낙 없이(without the consent of employer/principal etc.)’ 그 사무 수행 등에 ‘영향(influence)’을 미치는 이익을 수수·요구·약속하는 경우를 처벌대상으로 삼는 입법례(앨라배마, 애리조나, 코네티컷, 텔라웨어, 일리노이, 켄터키, 루이지애나, 매사추세츠, 미시시피, 뉴햄프셔, 뉴욕, 텍사스, 노스캐롤라이나, 펜실베이니아, 버지니아 등)가 가장 많은 것으로 보이고(단, 소수의 입법례이기는 하나 매사추세츠 등은 ‘위임인의 승낙 없이’라는 요건을 별도로 요구하지 않는다), 그 다음으로 ② 수임인이 ‘의무 위반(breach/violation of duty)’에 대한 대가로 이익을 수수·요구·약속하는 경우를 처벌하는 입법례(알래스카, 콜로라도, 플로리다, 캔자스, 미주리, 네브래스카, 뉴저지, 워싱턴 주 등)가 큰 비중을 차지하며,¹⁹¹⁾ 그밖에 ③ 수임자가 위임자 또는 경쟁자 등을 속여 이익을 취하거나 이들에게 손해를 가할

188) Ryan J. Rohlfen, 앞의 글, 159~160면; Stuart P. Green, 위의 글, 43면.

189) Ryan J. Rohlfen, 위의 글, 160면; Stuart P. Green, 위의 글, 43면.

190) Ryan J. Rohlfen, 위의 글, 163~164면; Stuart P. Green, 위의 글, 45면.

191) 어떤 작위 또는 부작위가 위임인에 대한 의무 및 위임관계와 충돌(conflict)한다는 점을 인식하면서 그 작위·부작위의 대가로 이익을 수수·요구·약속하는 경우를 처벌하는 아이오와 주의 입법례도 큰 틀에서 유사한 입법례로 이해된다.

의도(intent to injure or defraud)를 가진 것을 “corruptly”로 정의하면서 그러한 의도를 가진 이익의 수수·요구·약속을 처벌하는 입법례(캘리포니아, 미네소타 등), ④ 경쟁을 훼손하는 특혜 등을 얻고자 비밀리에 이익을 제공하거나 이를 수수하는 행위를 처벌하는 입법례(아칸소) 등이 존재한다.¹⁹²⁾

참고로 미국 각 주의 형사법 통합을 목적으로 마련된 모범형법전(Model Penal Code) § 244.8은 위 ②의 입법례를 전제로, 타인의 피고용자나 수임인, 수탁자(fiduciary) 등이 충실의무(a duty of fidelity)를 의식적으로 위반하거나 그러한 의무 위반을 약속하는 것의 대가로(as consideration) 이익을 수수, 요구 또는 약속하는 행위를 경죄로 처벌하는 방안을 제시하고 있다.¹⁹³⁾

제 5 절 시사점

이상의 내용을 종합하면 민간부문 뇌물죄의 처벌에 관한 UN 부패방지협약과 유럽 내 다자간 협약들, 그리고 독일의 사업주모델, 오스트리아와 스위스, 미국의 일부 주 등 외국 입법례의 상당수가 ‘의무 위반(breach of duty)’을 공통적인 민간뇌물범죄의 핵심 구성요건으로 삼고 있음이 확인된다. 특히 UN 부패방지협약과 관련하여 협약 성안 과정 초반에 ‘의무 수행에 관하여’를 민간부문 뇌물죄의 범죄성립요건으로 하는 방안이 제시되기도 하였으나, 최종적으로는 공공부문의 뇌물죄와 달리 ‘의무 위반’이 구성요건으로 정립되었다. 아울러 독일의 사업주모델과 미국 일부 주의 입법례는 사무위임자의 승낙이 있는 경우를 처벌대상에서 제외하고 있고, 스위스에서는 ‘타인으로부터 계약상으로 승인받은 이익’을 부당한 이익에서 제외하고 있다. 이러한 국제 협약례 및 상당수 해외 입법례는 민간부패범죄의 주된 불법성을 신임관계 위반에서 찾는 입장이라고 볼 수 있다. UNODC에서 발간한 UN 부패방지협약 이행 현황

192) Ryan J. Rohlfen, 앞의 글, 165~192면.

193) Ryan J. Rohlfen, 위의 글, 193면.

(State of Implementation)과 유럽평의회 부패방지협약에 대한 설명보고서도 민간뇌물죄를 기본적으로 신뢰위반 범죄로 이해하는 태도를 드러내고 있다.

여기까지만 놓고 보면 민간부패범죄의 주된 가벌성을 신임관계 위반에서 찾는 것이 세계적인 추세인 듯 보인다. 그런데 우리나라의 배임수재죄는 그 성립에 임무에 위배할 것을 요하지 않고 임무에 관한 ‘부정한’ 청탁만 있으면 족하다는 점에서, 나아가 사무위임자의 승낙이 없을 것을 위 죄의 소극적 구성요건으로 삼지도 않는다는 점에서 위에서 본 협약례 및 해외 입법례와 본질적으로 다르다. 비록 앞서 본 바와 같이 배임수재죄가 가지는 신뢰위반 범죄로서의 성격을 간과할 수는 없으나, 여기서 더 나아가 배임수재죄의 가벌 근거와 관련하여 사무위임자와의 신임관계 훼손을 거래질서의 훼손보다 ‘주된, 핵심적인’ 가벌 요소로 주장하는 것은 위와 같은 타 협약례·입법례와의 문언상 차이에 비추어 쉽사리 받아들이기 어렵다.

더구나 앞서의 내용을 다시 살펴보면, EU 공동조치 및 구조결정은 서문에서부터 민간뇌물죄를 처벌해야 하는 이유를 ‘공정한 경쟁의 왜곡 방지’에서 찾고 있으며, 각 당사국이 처벌대상인 민간뇌물범죄의 범주에 최소한 ‘경쟁의 왜곡’에 해당하는 행위를 포함하도록 정하고 있다. 또한 EU 공동조치 및 구조결정에서 말하는 ‘의무 위반’에는 법적 의무뿐만 아니라 관계 영역에서 요구되는 전문적 규율 또는 지침상의 의무도 포함되는데, 이러한 전문적 규율이나 지침은 해당 전문영역의 거래질서를 구성하는 요소이기도 하다. 그리고 유럽평의회 부패방지협약에 대한 설명보고서 중에도 “민간부문 부패의 처벌은 공정한 경쟁에 대한 존중을 보장하기 위하여 필요하다”는 표현이 존재한다.

거래질서의 공정성 훼손에 중점을 두는 해외 입법례 역시 적잖이 확인된다. 예컨대 독일은 사업주모델을 도입하기 이전에 경쟁모델을 토대로 민간뇌물죄 관련 규정을 구성하였는바, 이 모델은 ‘경쟁에서의 불공정한 우대’를 범죄의 핵심 구성요건 요소로 삼으며, 그 주된 보호법익을 자유롭고 공정한 경쟁으로 보고 사무위임자의 이익은 간접적으로 보호되는

법익으로 이해한다. 나아가 특히 주목할 입법례가 영국 뇌물방지법이다. 영국의 법률위원회도 초반에는 ‘위임인(C)-수임인(B)-이익공여자(A)’의 삼각관계를 토대로 뇌물죄를 이해하였으며 이후로도 ‘의무 위반’이라는 개념을 토대로 뇌물죄를 구성하려는 시도를 여러 차례 보였으나, 중국에는 의무 위반의 틀에서 벗어나 ‘부적절’이라는 개념을 뇌물범죄의 핵심 요소로 정하기에 이르렀으며, 부적절성을 징표하는 개념의 하나로 불공정(impartiality)을 제시하였다. 영국 법률위원회의 최초 보고서에 사무위임자와 수임자 사이의 신임관계를 부패범죄 이해의 출발점으로 보는 관점이 드러나기는 하나, 이후 위 법률위원회가 보고서를 3번 추가로 작성·제출하는 과정을 살펴보면 신임관계 위반만을 부패범죄의 가벌 근거로 삼는 관점의 한계도 뚜렷이 나타난다. 특히 2008년 최종보고서 도출 과정에서 ‘사무위임인과 수임인 사이의 합의로 뇌물범죄의 처벌범위를 인위적으로 좁힐 가능성’을 지적한 Alldrige 교수의 비판이 비중 있게 고려된 사정을 곱씹어볼 필요가 있다.

다만 영국 법률위원회는 ‘수임인-위임인 모델’을 아예 폐기하는 방안을 제안하였으나, 이러한 방안은 앞서 본 부패범죄의 기본 틀(즉 위임인-수임인-이익공여자의 3자관계)을 벗어나는 처사로서 부패범죄의 범주를 지나치게 확장시킬 우려가 있다. 그리고 공공부패범죄와 민간부패범죄를 별다른 구분 없이 동일시하는 입장도 앞서 살펴본 것과 같이 엄밀한 이론적 논증을 토대로 도출되었다고 보기 어렵다. 민간부패범죄를 위임인과 수임인 사이의 신임관계 속에서 이해하지 않고 공공부패범죄와 동일한 선상에서 파악할 경우, 공무원이 아닌 자도 사회 전체에 대하여 공무원처럼 어떠한 청렴의무를 요구하는 것처럼 확장 해석될 소지가 있어 부당하다. 그리고 배임수재죄는 애초에 “타인의 사무를 처리하는 자”라는 신분을 그 구성요건으로 하는 범죄로서 위와 같은 신임관계를 떠나서는 논할 수가 없는 범죄이다. 따라서 민간부패범죄에 관한 영국 뇌물방지법의 태도 및 법률위원회의 이해를 우리나라 배임수재죄의 해석에 그대로 적용할 수는 없다.

이러한 점에도 불구하고 위와 같은 영국의 입법례는 독일의 공정모델

및 유럽의 다자간 협약례와 더불어 민간부패범죄의 주된 불법성을 신임 관계 훼손보다 거래질서의 공정 훼손에서 찾는 입장이 충분히 가능성을 보여준다.

한편 오스트리아 형법 제153조의a는 배임죄에서 파생된 범죄로서 해당 죄가 성립할 경우 배임죄에 관한 오스트리아 형법 제153조의 적용은 배제될 뿐만 아니라, 원래는 사무위임자에게 귀속되어야 할 이익을 임무에 위배하여 전달하지 아니하여 큰 틀에서 사무위임자에게 손해를 가하였다는 지점에 그 불법성이 있는 것이므로, 우리나라의 배임수재죄와는 성격이 매우 달라 이를 배임수재죄에 비견되는 외국의 배임수재 입법례로 보기 어렵다고 생각된다.

제 5 장 배임수재죄의 보호범의 등 검토

제 1 절 보호범의 재검토

1. 개인적 범의으로서 ‘사무처리자의 청렴성’

일단 위에서 확인한 바와 같이 민간부패범죄의 불법성 중 일부는 신뢰의 위배, 즉 신임관계 훼손에서 찾을 수 있다. 이는 다음과 같은 사정에서도 드러난다. ① 사업 내지 거래의 주체인 사업주 본인이 사무처리나 거래의 과정에서 특혜 등 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하더라도 사업주 본인은 배임수재죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 아니므로, 위와 같은 행위는 형법 제357조에 의한 처벌대상이 될 수 없다. 사무위임자와의 신임관계를 훼손한다는 지점에서 배임수재죄의 불법성을 찾지 않는다면, 사무위임자가 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하는 경우와 사업주 스스로 그러한 청탁을 받고 금품을 수수하는 경우를 달리 취급하는 이유를 합리적으로 설명할 수가 없다. ② 배임수재죄가 성립하기 위해서는 단순한 ‘부정한 청탁’의 대가를 수수하는 데에서 나아가 그 부정한 청탁이 ‘임무와 관련될’ 것을 요구한다.

배임수재죄의 보호범의으로 기존 학설 및 판례에서 제시한 개념 중에, 위와 같은 사무위임자와 사무처리자 사이의 신임관계를 반영하는 표현이 바로 ‘사무처리자의 청렴성’이다. 여기서 ‘사무처리자의 청렴성’이란 사무처리자가 사회 일반에 대하여 부담하는 청렴성이 아니라, 사무위임자가 사무를 위임하면서 사무처리자에 대해 가지는 신뢰에 부합하게, 사무처리자가 사무위임자에게 최선의 이익이 되는 방향으로 사무를 처리하고, 그 과정에서 사무위임자의 이익을 배제한 채 본인 또는 제3자의 사적 이익을 추구하는 행동을 하지 않는다는 의미에서의 청렴성이다. 이러한 ‘사무처리자의 청렴성’이 개인적 범의으로서 배임수재죄의 보호범의 중 하나라고 볼 것이다. 이렇게 이해함으로써 사적 뇌물죄로서 배임수재

죄의 본질을 명확하게 포착하면서도 개인적 범익에 관한 죄의 장, 그중에서도 배임죄와 같은 장에 배임수재죄를 규정한 형법의 체계를 어느 정도 설명할 수 있다.

2. 사회적 범익으로서 ‘거래의 청렴성’

그러나 배임수재죄의 ‘주된’ 가벌성을 사무위임자와의 신임관계 위배에서 찾는 것은 앞서 본 것과 같이 우리나라 형법 제357조와 다른 외국 입법례 사이의 문언상 차이를 설명하지 못할 뿐만 아니라 다음과 같은 한계를 지닌다.

① 기본적으로 사적 자치의 원칙이 지배하는 민간부문에서, 증재자로서는 사무위임자 측과의 거래과정에서 자신에게 유리한 결과를 도출하기 위한 노력을 다양하게 펼칠 수 있으며, 이 과정에서 증재자가 사무위임자와 사무처리자 간의 신임관계를 보호해줄 의무를 부담한다고 할 수는 없다. 그런데 형법 제357조 제2항은, 위와 같이 신임관계 보호의무를 부담하지 않는 증재자도 배임증재죄로 처벌한다. 증재자에게도 사무위임자와 사무처리자 사이의 신임관계 훼손에 조력·가담하였다는 측면이 존재한다고 주장할 수도 있겠으나, 기본적으로 사무위임자와 대향적 관계에 있는 증재자가 대외적 거래 과정에서 사무위임자의 사무처리자에 대한 신뢰를 훼손하였다고 하여 그러한 대내적 신뢰의 훼손에 대한 책임을 당연히 형사적으로 저야 한다고 단정하기는 어렵다. 더구나 형법 제359조는 배임수재의 미수범은 물론 배임증재의 미수범까지도 처벌하므로, 예컨대 누군가가 사무처리자에게 부정한 청탁과 함께 재물을 교부하겠다는 의사를 표시하였으나 사무처리자가 이를 거절한 경우에도 그와 같이 재물 교부 등을 시도한 사람은 배임증재미수죄로 처벌받게 된다. 배임수재죄의 주된 보호범익을 사무처리자의 청렴성, 즉 사무처리자와 사무위임자 사이의 신임관계로 볼 경우, 위 사례와 같이 그러한 신임관계의 훼손이 일어나지 않았음에도 증재를 시도한 사람을 미수범으로 처벌하는 이유를 합리적으로 설명하기 어렵다. 위 사람이 거래영역에 마련된 거래질

서를 통해서가 아닌 사무처리자에게 사적인 이익을 제공하는 우회로를 이용하여 유리한 결과를 추구하였다는 지점, 즉 거래질서의 공정성을 훼손하였다는 측면에 초점을 맞추어야 배임증재미수죄의 가벌성을 충분히 설명할 수가 있다.

② 형법 제357조 제3항은 수재자가 증재자로부터 수수한 재물을 몰수·추징할 뿐만 아니라, '(임무에 관한 부정한 청탁의 대가라는) 사정을 알고서 재물을 취득한 제3자'로부터도 이를 몰수·추징한다. 즉 신임관계의 당사자가 아닌 제3자도 몰수형의 부과대상이 될 수 있는 것이다. 대법원은 위 규정의 취지가 '부정한 이익을 보유하지 못하게 하기 위한 것'이라면서, 증재자에게 재물이 반환되는 경우 '증재자'로부터 그 재물을 몰수하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁴⁾ 재물이 반환됨으로써 신임관계 훼손의 위험이 어느 정도 제거되었음에도, 더구나 신임관계를 훼손한 주체는 증재자가 아닌 수재자임에도 증재자에게 반환된 재물까지 '부정한 이익'으로 보아 몰수·추징하는 조치는, 사회적 차원의 불법성을 배임수재죄의 주된 불법성으로 논하지 않고서는 해명하기 어렵다.

이상과 같은 형법 제357조의 문언 및 타 입법례와의 차이점, 배임증재미수죄의 처벌 근거, 제3자에게 교부된 재물 및 증재자에게 반환된 재물까지 필요적으로 몰수 내지 추징의 대상이 된다는 점 등을 종합해 보면, 배임수재죄의 '주된' 불법성을 신임관계의 훼손보다는 오히려 거래질서의 공정 훼손에서 찾는 것이 타당하다. 배임수재죄의 보호법익으로 학설 및 판례에서 제시한 개념 중 이러한 거래질서의 공정에 대응한다고 볼 만한 표현이 바로 '거래의 청렴성'인바, 이는 사무처리자와 사무위임자 사이의 대내관계를 넘어 사회적으로 마련된 대외적 거래질서 속에서 지켜야 할 청렴성이라는 점에서 사회적 법익이라고 볼 것이다.

배임수재죄가 개인적 법익에 관한 죄의 장에 편제되어 있는 점을 중시하여 위 죄의 주된 보호법익이 개인적 법익은 사무처리자의 청렴성이라는 견해도 상정해볼 수는 있다. 그러나 앞서 본 것과 같이 가안 성안 과정에서 배임수재죄를 공무원의 뇌물죄와 같은 위치에 편제하는 방안이

194) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016도18104 판결.

고려되었다가, 공무원의 범죄를 각칙의 전반부에 규정하고 일반 사인의 범죄를 후반부에 배치하는 형식으로 가안 전체를 구성하는 등의 과정에서 배임수재죄가 횡령 및 배임의 죄의 장에 위치하게 된 것이다. 우리나라 제정 형법은 가안의 위와 같은 체계를 그대로 따랐을 뿐이며, 그 제정 과정에서 개인적 법익을 배임수재죄의 주된 보호법익으로 논한 흔적은 찾아보기 어렵다. 따라서 앞서 든 사정들에도 불구하고 배임수재죄의 편제 위치만을 고려하여 위 죄의 주된 보호법익을 개인적 법익이라고 단정하기는 어렵다.

3. ‘사무처리의 청렴성’ 개념의 배제

사무처리‘자’의 청렴성은 앞서 본 바와 같이 사무처리자가 사무위임자와의 신임관계를 지키고 사적 이익의 추구를 지양한다는 차원에서의 청렴성을 의미한다. 반면, ‘사무처리’의 청렴성은, 사무 그 자체가 공정하게 처리된다는 차원에서의 청렴성이다. 이러한 청렴성은 사무처리자의 사무위임자에 대한 대내적 신임관계뿐 아니라 사무처리 과정에서 수반되는 대외적 상호작용까지 아우르는 차원에서의 청렴성으로 이해되는바, 이를 ‘사무처리자의 청렴성’과 동의어로 사용하는 것은 개념의 혼동을 초래할 우려가 있다.

나아가 ‘거래의 청렴성’도 위와 같은 의미의 ‘사무처리의 청렴성’과는 구별되어야 한다. 후자의 개념은 특정 거래영역을 상정하고 그 거래질서의 공정성을 존중한다는 차원에서의 청렴성을 넘어, 어떠한 사무를 담당하든 이를 청렴하게 처리하도록 요구하는 차원의 청렴성으로 확장 해석되어 자칫 사적 영역의 사무 종사자들 일반에 대해 막연히 ‘사회 공익을 위해 공정하게 사무를 처리할 것’을 요구하는 결과를 초래할 우려가 있다. 이는 공무원에게 요구되는, 국가와 사회 전체에 대한 관계에서 공무를 공정하게 수행할 의무를 사인에게도 그대로 부과하는 것이다. 만약 배임수재죄의 보호법익을 위와 같은 의미에서의 ‘사무처리의 청렴성’으로 볼 경우 자칫 국가가 사적 경제영역에 과도하게 깊숙이 개입하는 결과를

초래할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 이러한 위협을 방지하려면 앞서 본 ‘거래의 청렴성’을 위 ‘사무처리의 청렴성’과 명확하게 구분하여 전자를 ‘특정 거래영역 하에서의 사무처리를 위임받은 자가 그 거래영역 내에서 활동하기 위해 따라야 할 공정한 거래질서를 준수하며 사적 이익 추구를 위해 그러한 질서를 훼손하는 방향으로 나아가지 않는다는 의미에서의 청렴성’으로 구체화할 필요가 있다. 이러한 거래영역 내에서의 청렴성까지가 배임수재죄의 보호법익에 포섭되는 것이며, 특정 거래영역을 벗어나는 공공사회 일반 영역에서 사무를 처리함에 있어서의 청렴성(이는 공직자에게 요구되는 수준의 청렴성이다)은 위 죄의 보호법익에서 제외된다고 보아야 한다.

이러한 측면에서 대법원이 ‘사무처리의 청렴성’이라는 표현을 배제하고 ‘사무처리자의 청렴성’과 ‘거래의 청렴성’으로 배임수재죄의 보호법익을 표현하는 것은 타당한 태도이다. 다만 대법원이 위 두 개념을 정확히 구분하여 정의하지 않고 있는 상황은 다소 아쉬운 부분이다.

4. 소결론

요컨대, 배임수재죄는 신임관계 훼손 범죄로서의 성격을 가지는 죄로서 개인적 법익인 ‘사무처리자의 청렴성’을 그 보호법익으로 하기는 하나, 이는 위 죄의 2차적·부수적 법익이며 위 죄의 1차적·주된 보호법익은 사회적 법익으로서의 ‘거래의 청렴성’이라고 보아야 한다. 이러한 점에서 배임수재죄를 개인적 법익에 관한 죄라고 판시한 대법원의 태도는 부분적으로 타당하나 위 죄의 성격을 온전하게 설명하지는 못한다고 생각된다. 아울러 앞서 본 일부 하급심 법원의 설시는 ‘사무처리자의 청렴성’ 개념의 의미를 구체적이고도 분명하게 드러낸 점에서 상당한 의미를 지니나, 한편 배임수재죄의 보호법익 중 개인적 법익의 측면에만 초점을 맞춘 점에서 한계도 가진다.

195) 조기영, 앞의 글, 104면.

제 2 절 구성요건 해석론

이상의 논의를 토대로 이제 배임수재죄의 구성요건 해석론 등에 관하여 본다. 형법 제357조 제1항의 문언을 다시 환기하면, 배임수재죄는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때” 성립한다. 여기서 특히 “타인의 사무를 처리하는 자”의 범위, “부정한 청탁”과 “제3자”의 해석론이 문제된다. 나아가 사무처리자가 재물 또는 재산상 이익을 실제로 취득하지 못하고 이를 요구 또는 약속한 단계에까지만 이른 경우 배임수재의 미수죄로 처벌할 수 있을지에 대해서도 다소나마 견해대립이 있기에 간략히 살펴본다.

1. “타인의 사무를 처리하는 자”

배임죄는 재산범죄로서, 임무위배행위‘로써’ 재산상의 이익을 취득하고 사무위임자에게 손해를 가하여야 성립하는 범죄라는 점에서 임무와 재산상 이익·손해 사이에 내용적 관련성이 요구되므로, 형법 제355조 제2항에서의 “사무”는 재산상의 사무로 제한될 필요가 있다.¹⁹⁶⁾

반면, 배임수재죄는 앞서 본 것과 같이 재산범죄가 아니고 사무위임자의 재산상 손해 발생을 요건으로 하지도 않으며 사무처리자의 청렴성 및 거래의 청렴성을 그 보호법익으로 할 뿐이므로, 위와 같은 청렴성이 훼손될 가능성이 존재하는 사무라면 재산상의 사무가 아니더라도 형법 제357조 제1항에서의 “사무”에 포함될 수 있다.¹⁹⁷⁾ 앞서 본 제2절, 즉 배

196) 김성돈, 앞의 책, 479면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 427면; 김봉수, “배임수재죄에 있어서 ‘사무의 내용’에 관한 고찰 - ‘재산상 사무’로 제한해야 하는가?”, 형사판례연구 제20권(2012), 423~424면.

197) 김성돈, 앞의 책, 505~506면; 임웅, 앞의 책, 558면; 김봉수, 위의 글, 436~437면.

임수재죄의 보호법익에 사무위임자의 재산권이 포함된다는 학설을 취한 문헌들 중에서도 정작 위 규정상의 “사무”가 재산상의 사무로 제한되지 않는다고 보는 문헌이 상당수 존재하나,¹⁹⁸⁾ 재산상의 사무를 처리하는 자가 아니라면 그가 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다고 하더라도 사무위임자의 ‘재산권’에 영향을 미칠 가능성은 희박할 것이다(예컨대 신문사 기자가 특정인으로부터 돈을 받고 그에게 부당하게 유리한 기사를 써준다고 하여 그 기자가 소속한 신문사에 어떤 ‘재산상의’ 손해가 발생한다거나 그러한 손해 발생의 위험성이 생긴다고 보기는 어렵다). 따라서 배임수재죄의 보호법익에 사무위임자의 재산권은 포함되지 않는다고 보는 것이 위 규정상 사무를 재산상 사무로 제한하지 않는 해석론에 더 부합한다고 생각된다.

대법원 판례 중에는 배임수재죄와 관련하여 “타인의 사무처리’로 인정되려면 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 타인의 재산보전행위에 협력하는 경우라야만 되는 것”이라고 판시한 예가 있으나,¹⁹⁹⁾ 해당 사안의 주된 쟁점은 문제의 사무가 단순 채무부담을 넘어 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수 있는지였는지 해당 사무가 재산상 사무인지 여부가 아니었으므로, 해당 판례만으로 대법원이 배임수재죄에서의 “사무”를 재산상 사무로 제한하는 태도를 취하였다고 보기는 어렵다.²⁰⁰⁾ 오히려 대학교수,²⁰¹⁾ 신문사 지국장,²⁰²⁾ 방송국 소속 가요담당 프로듀서,²⁰³⁾ 종합병원 의사²⁰⁴⁾ 등의 비재산적 사무처리자를 배임수재죄의 주체로 본 판례가 다수 존재한다.

다만 부패범죄가 기본적으로 위임인-수임인-이익공여자 사이의 삼각관계를 전제로 하는 범죄이며, 배임수재죄도 부패범죄의 일종으로서 신

198) 오영근, 앞의 책, 405면; 이형국·김혜경, 앞의 책, 501면; 정성근·박광민, 앞의 책, 483면; 조기영, 앞의 글, 112~113면.

199) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2178 판결.

200) 김봉수, 앞의 글, 436면.

201) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결.

202) 대법원 1970. 9. 17. 선고 70도1355 판결.

203) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도688 판결.

204) 대법원 1991. 6. 11. 선고91도413 판결.

임관계 위반 범죄로서의 성격을 일부 가지는 점을 고려하면, 배임수재죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하기 위하여 “타인”, 즉 사무위임자와의 대내관계에서 사무를 처리할 신임관계가 존재하여야 한다.²⁰⁵⁾ 이처럼 신임관계의 존재를 사무위임관계의 전제로 삼는 것이, 배임수재죄의 주된 보호법익을 사회적 법익인 거래의 청렴성으로 봄으로써 발생할 수 있는 처벌범위의 과도한 확장을 통제하는 출발점이기도 하다. 단 이러한 신임관계가 인정된다면 그 신임관계의 발생근거, 즉 사무처리의 근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있고 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 사무에 관한 권한이 존재할 필요가 없으며 사무처리를 업무로 하는지도 불문한다.²⁰⁶⁾

2. “부정한 청탁”

배임수재죄의 처벌범위를 확정하는 데에서 가장 문제가 되는 것이 “부정한 청탁”의 해석론이다. 형법 제357조 제1항의 문언 중 “임무에 관하여”가 신임관계를 훼손할 우려를 가진 청탁으로 그 범주를 제한하는 의미를 가지는 표현으로서 배임수재죄의 보호법익 중 2차적 법익인 ‘사무처리자의 청렴성’과 관련되는 것이라면, “부정한 청탁”은 국제협약의 태도 및 다수의 입법례와 달리 청탁의 내용을 의무위반행위로 한정하지 않고 그보다 넓은 범위를 포괄하도록 한 표현으로서 ‘거래의 청렴성’을 주된 1차적 보호법익으로 삼는 우리나라 배임수재죄의 특성을 반영한다.

여기서 ‘청탁’이란 ‘일정한 일을 부탁하는 의사표시’²⁰⁷⁾를 말하는 것으로서, 그 의미가 비교적 명확하여 논란의 여지가 별로 없다. 문제는 “부정(不正)”의 의미이다. 사전적으로 부정은 ‘옳지 못함’을 의미하는데, 이러한 사전적 정의만으로는 배임수재죄의 성립 범위를 명확하게 특정할

205) 김성돈, 앞의 책, 505면; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 1295면; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009도5618 판결.

206) 김성돈, 위의 책, 505면; 신동운, 위의 책, 1295면; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009도5618 판결.

207) 신동운, 위의 책, 1298면.

수가 없다. 따라서 사전적 정의에 더하여 “부정”의 범위를 적정한 수준으로 제한할 해석론이 요구되는데, 통상 법률적 개념으로서 “부정”이란 위법을 넘어 재량을 남용하였다는 의미의 ‘부당’을 포함하는 개념이다.²⁰⁸⁾

이와 관련하여 대법원은 1987. 11. 24. 선고 87도1560 판결에서 “(배임수재죄에서의) 부정한 청탁은 업무상 배임에 이르는 정도가 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다”고 판시한 이래, 이러한 기본설시를 유지하면서 이에 덧붙여 “이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용, 이와 관련하여 취득한 재물이나 재산상 이익의 종류·액수 및 형식, 재산상 이익 제공의 방법과 태양, 보호법익인 거래의 청렴성(또는 사무처리자의 청렴성) 등을 종합적으로 고찰하여야 한다”는 판시를 지속적으로 내려왔다.²⁰⁹⁾

그러나 대법원 판례에 대해서도, 대법원이 사용하는 “사회상규 또는 신의성실의 원칙”이라는 문구가 ‘부정한’의 동어반복과 다름없을 정도로 지나치게 추상적이어서 해석기준으로서의 독자적 가치를 가지지 못하며, 개방적 개념에 의존함으로써 사적 거래 영역에 국가의 처벌권이 무제한적으로 확대될 위험이 존재한다는 비판이 제기되었다.²¹⁰⁾ 그러면서 배임수재죄의 “부정한 청탁” 개념을 보다 구체화하고자 그에 관한 대법원 판례를 유형화하려는 시도가 몇 차례 있었다. 이에 대해서는 아래에서 별도의 목차로 살펴본다.

3. “제3자”

2016년 5월 29일 형법 개정으로 사무처리자가 직접 재물 또는 재산상 이익을 교부받지 않고 제3자로 하여금 이를 교부받게 한 경우도 배임수

208) 형법 제131조의 ‘부정한 행위’ 개념 해석과 관련한 신동운, 위의 책, 151면 참조.

209) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도11735 판결 등.

210) 신용석, 앞의 글, 236면; 강수진, 앞의 글, 216, 219면.

재죄의 처벌대상에 포함된 점, 그런데 대법원이 2021년 9월 30일 여기서의 ‘제3자’에 사무처리를 위임한 “타인”은 포함되지 않는다는 판결²¹¹⁾을 내린 점, 이에 대해 배임수재죄가 사회적 법익에 관한 죄라는 전제에서 대법원의 해석론을 비판하는 견해가 존재하는 점²¹²⁾ 등은 앞서 본 것과 같다.

생각건대 형법 제357조 제1항에서 정한 “제3자”의 범위에서 사무처리를 위임한 “타인”을 일률적으로 배제하는 대법원 판례의 해석론은 다음과 같은 점에서 재검토를 요한다.

① 당대에 통용되는 언어의 의미 및 언어관행을 토대로 하는 문리해석이 법률해석의 출발점이기는 하나, 언어의 가능한 의미라는 법률해석의 한계를 넘지 않는 한 해석대상인 형벌법규의 취지와 입법이유 등을 고려하는 목적론적 해석이 불가능한 것은 아니다.²¹³⁾ 2016년도 형법 개정은, 사무처리자가 직접 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 경우로 배임수재죄의 처벌범위를 한정시킨 결과 발생하는 민간부패범죄의 처벌 공백을 메우고, 배임수재죄에서도 공무원의 뇌물죄와 마찬가지로 제3자에게 이익이 귀속되는 경우를 처벌함으로써 부패범죄를 보다 확실하게 방지하고자 하는 목적에서 이루어진 것이다. 그런데 공무원의 뇌물죄 중 제3자 뇌물수수죄(형법 제130조) 및 증뢰물전달죄(형법 제133조 제2항)에서 말하는 “제3자”에는 행위자와 공동정범을 제외한 모든 사람이 포함되며,²¹⁴⁾ 특히 제3자 뇌물수수죄에서는 공무원과의 관계에서 공무원이 제3자에 해당함에 따라 공무원인 지방자치단체장이 증뢰자로 하여금 그 지방자치단체에 금품을 제공하게 한 경우에 제3자 뇌물수수죄가 성립할 수 있다.²¹⁵⁾ 위와 같은 2016년도 형법 개정의 이유와 목적, 제3자 뇌

211) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019도17102 판결; 대법원 2021. 9. 30. 선고 2020도2641 판결.

212) 민수영, 앞의 글, 176면.

213) 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제11판, 박영사(2022), 31~34면.

214) 김성돈, 앞의 책, 809면; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 147면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제12판, 박영사(2021), 739면; 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012도11200 판결.

215) 신동운, 위의 책, 147면; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도12313 판결.

물수수죄 등에서의 “제3자” 해석론 등에 비추어 보면 배임수재죄의 경우에도 “제3자”를 ‘행위자(즉 사무처리자) 및 그와 공동정범의 관계에 있는 사람 이외의 자’로 해석하여 사무위임자를 그 범주에 포함시키는 목적론적 해석이 불가능하다고 볼 수 없으며, 그러한 해석론이 문언의 가능한 범위를 벗어나는 유추해석이라고 할 수는 없다.²¹⁶⁾ 앞서 본 2021년 9월 30일 대법원 판결들의 각 원심(항소심) 판결²¹⁷⁾은 “현행 형법 제357조 제1항에서 규정한 제3자에 사무귀속주체인 타인이 포함되지 않는다는 점은 법문상 명백하다.”고 설시하였으나, 과연 그러한 해석이 문언상 명백한지는 재고해볼 필요가 있다.

② 사무처리자가 임무에 관한 부정한 청탁을 받으면서 그 대가인 재물 또는 재산상 이익을 사무위임자에게 교부하도록 하는 경우에도 배임수재죄의 주된 보호법익인 거래의 청렴성은 훼손될 수 있다. 그러한 대가 수수 및 공여도 거래질서를 일탈하는 처사로서 거래질서의 공정성에 반하는 이익공여자에 대한 부당한 특혜 부여 등을 초래할 우려가 있기 때문이다. 나아가 해당 대가가 사무위임자에게 귀속된다는 점에서 단기적으로는 사무위임자의 사무처리자에 대한 신임이 훼손되지 않는다고 볼 여지도 있으나, 보다 장기적인 관점에서는 그와 같은 대가 수수 내지 공여 역시 사무위임자의 사무에 악영향을 미치는 처사로서 궁극적으로는 사무위임자와 사무처리자 사이의 신임관계에 반하는 것일 수 있다. 위 2021년 9월 30일자 대법원 판결의 사안을 예로 들면, 신문사 기자가 금전을 대가로 특정인에게 유리한 기사를 작성·게재하는 경우 그 금전이 신문사에게 귀속된다 하더라도 그 기자가 신문사와의 채용관계에서 지켜야 할 직무윤리는 여전히 훼손된다. 뿐만 아니라 위와 같은 이른바 광고성 기사 작성이 계속될 경우, 기자들이 취재의 노력 등을 기울여 양질의 기사를 작성하기보다는 특정인으로부터 돈을 받고서 그 특정인으로부터 제공되는 자료 등을 가지고 손쉽게 기사를 작성하는 관행이 형성됨으로써 그 신문사의 전체적 취재역량이 저하될 우려도 있다. 이처럼 기자가

216) 김성돈, 앞의 책, 509면.

217) 전주지방법원 2019. 10. 31. 선고 2018노1568 판결; 같은 법원 2020. 1. 30. 선고 2019노336 판결.

기자로서 지녀야 할 취재역량을 제대로 유지·계발하지 않는 것도 신문사와의 신임관계에 반하는 처사이다. 이러한 측면에서 보면, 부정한 청탁의 대가가 사무위임자에게 귀속되는 경우에도 사무처리자의 청렴성이 훼손될 염려가 존재하지 않는다고 할 수는 없다.

③ 어떤 사무담당자가 그 사무를 다른 사람에게 위임하지 않고 직접 처리하는 과정에서 누군가로부터 부정한 청탁을 받고 그 대가를 취득하는 경우와, 해당 사무를 다른 사람(사무처리자)에게 대신하여 처리하게 하였는데 그 사무처리자가 부정한 청탁을 받고서 그 대가를 본래의 사무귀속주체에게 귀속시키는 경우가 불법성의 측면에서 본질적으로 다르지 않다는 견해도 상정해볼 수는 있다. 그러나 후자의 경우 부정한 청탁을 받는 주체가 사무귀속주체가 아닌 사무수임자이며 그 청탁을 승낙할지 여부 및 그 청탁의 대가를 수수할지 여부 등도 기본적으로는 사무수임자의 판단으로 결정한다는 점에서 전자의 상황과 동일하다고만 볼 수는 없다(해당 결정에 사무위임자가 일부 개입하는 경우도 생각해볼 수 있으나, 사무귀속주체가 완전히 독자적으로 해당 결정 및 판단을 내리는 상황과, 사무위임자가 직접 사무를 처리하고 결정하는 것이 아닌 사무수임자의 결정 및 판단에 영향을 미치는 상황 사이에 아무런 차이가 없다고 단정할 수 없다).

결국 부정한 청탁의 대가가 사무위임자에게 귀속되는 경우에도 사무처리자에게 배임수재죄의 죄책을 물을 수 있다고 보는 것이 타당하다.

4. 미수범 처벌문제와 보호법익의 보호 정도

재물 또는 재산상 이익의 취득을 요구·약속하는 행위는 아직 배임수재범행의 예비단계에 불과할 뿐 그러한 행위만으로 배임수재죄의 실행의 착수가 있다고 인정할 수 없으므로, 요구·약속 단계에서는 배임수재미수죄도 성립하지 않는다는 견해도 유력하게 제기되고는 있다.²¹⁸⁾

그러나 행위자가 구성요건해당행위의 일부를 시작하였을 때 또는 행

218) 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 1303면.

위자의 범행계획에 비추어 구성요건의 실현을 위한 직접적인 개시행위, 즉 구성요건 실현에 직접 연결되는 구성요건 전단계의 행위로 나아간 경우 실행의 착수를 인정할 수 있는데,²¹⁹⁾ 만약 사무처리자가 임무에 관한 부정한 청탁을 받은 상태에서 재물 또는 재산상 이익을 요구하거나 그에 관한 약속까지 한 것이라면, 이미 구성요건에 해당하는 행위(부정한 청탁 등)가 상당 부분 실현된 것이다. 그리고 이후 남는 것은 상대방의 현실적인 재물·이익교부행위 및 그에 대한 사무처리자의 소극적 수령행위 뿐이어서, 위와 같은 상대의 이익교부행위만 있으면 거의 곧바로 구성요건 실현으로 연결될 수가 있다.

무엇보다 위와 같은 요구·약속 단계에서도 신임관계 및 거래질서의 훼손 또는 그에 대한 우려는 상당한 정도로 발생하게 된다. 이와 관련하여 배임수재죄를 침해범으로 볼지 위험범으로 볼지에 대해 ① 사무위임자의 재산권이 보호법익에 포함된다는 전제에서 위 죄를 추상적 위험범으로 보는 견해,²²⁰⁾ ② 사무위임자의 재산권이 보호법익에 포함된다고 보면서 위 죄를 침해범으로 해석하는 견해,²²¹⁾ ③ 사무위임자의 재산권이 보호법익에 포함되지 않는다면 위 죄를 추상적 위험범으로 이해하는 견해,²²²⁾ ④ 사무위임자의 재산권의 보호법익에 포함되지 않는다고 보면서 위 죄를 침해범으로 보는 견해²²³⁾ 등이 다양하게 제기되고 있으나, 형법이 부정한 청탁의 대가 수수로 거래질서 내지 사무위임자-사무처리자 간의 신임관계가 현실적으로 파괴될 것을 배임수재죄의 성립요건으로 정하지는 않았다는 점에서 위 죄를 추상적 위험범으로 봄이 타당하다. 이러한 전제에서 보건대, 대가가 실제로 수수되기 이전에 그 요구 또는 약속의 단계에서도 사무처리자의 청렴성 내지 거래의 청렴성이 훼손

219) 김성돈, 형법총론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022), 459면; 배종대, 형법총론 제16판, 홍문사(2022), 361면; 신동운, 형법총론 제11판, 법문사(2019), 502면.

220) 이형국·김혜경, 앞의 책, 501면; 오영근, 앞의 책, 405면.

221) 정성근·박광민, 앞의 책, 483면.

222) 김성돈, 앞의 책, 303면; 김대휘·김신 편집대표, 앞의 책, 585~586면(노태약 집필부분).

223) 김일수·서보학, 앞의 책, 399면.

될 추상적 위험은 발생한다. 여기에 UN 부패방지협약 제21조도 이익을 ‘요구’(solicitation)한 경우까지 처벌대상으로 삼을 것을 권고하고 있으며 외국 입법례도 대체로 민간뇌물죄에서 ‘수수, 요구 및 약속’ 전부를 행위태양으로 묘사하고 있는 점²²⁴⁾까지 더하여 보면, 부정한 청탁에 따른 재물 또는 재산상 이익의 요구 또는 약속이 이루어진 때 배임수재죄의 미수가 성립한다고 보는 것이 이론적으로 타당²²⁵⁾할 뿐만 아니라 국제적 기준에도 부합한다고 할 것이다.

제 3 절 “부정한 청탁”의 개념과 유형론

1. 기존 문헌들의 유형론

‘부정한 청탁’의 개념 정의를 최대한 명확히 하고 그에 관한 대법원 판례를 정리·유형화하려는 시도가 과거부터 꾸준히 있어 왔다. 이를 보여주는 문헌들을 간략히 살펴본다.

먼저, 부정한 청탁에 관한 대법원 판례 사안 중 부정한 청탁 인정례를 크게 ① 특혜의 부탁, ② 우선채택·선발의 부탁, ③ 위법·부당처리의 부탁 및 ④ 위법·부당처리의 목인 부탁으로, 부정한 청탁 부정례를 (1) 정당한 업무행위, (2) 단순한 선처·편의의 부탁, (3) 자신의 권리확보를 위한 부탁으로 각각 분류하여 유형화한 문헌이 존재한다.²²⁶⁾

다음으로, 위 문헌의 분류를 참고하되 부정한 청탁 인정례를 ① 우선채택 또는 특혜의 부탁, ② 위법·부당한 처리 또는 그 목인의 부탁 및 ③ 기타의 경우로 분류하고, 부정한 청탁 부정례를 (1) 정당한 업무행위,

224) 예컨대, 영국 뇌물방지법 제2조는 ‘requests, agrees to receive or accepts’로, 독일 형법 제299조는 ‘versprechen(약속), lässt(허락) oder annimmt(수령)’으로 행위태양을 묘사한다.

225) 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022), 509면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 447면; 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012도845 판결.

226) 신용석, 앞의 글, 238~252면.

(2) 단순한 선처 내지 편의 부탁, (3) 자신의 권리확보를 위한 부탁, (4) 사무처리를 위탁한 자의 승낙이 있거나 그의 이익을 위한 경우, (5) 기타의 경우로 나눈 문헌이 있다.²²⁷⁾ 이 문헌은 ‘기타’ 유형과 부정한 청탁 부정례로서 ‘사무처리를 위탁한 자의 승낙이 있거나 그의 이익을 위한 경우’를 추가한 외에는 앞서 본 문헌의 유형론과 크게 다르지 않다.

나아가 배임수재죄와 관련하여 유형을 크게 부정한 청탁 인정례인 ‘위법·부당한 일처리 부탁’과 부정례인 ‘정상적인 일처리 부탁’으로 나누어 ① 기존 계약관계 유지의 부탁은 부정례로, ② 문제점 해결 내지 묵인의 부탁은 인정례로 분류하고, ③ 대출업무의 부탁은 단순한 선처부탁이면 부정례로, 불량대출의 부탁이면 인정례로 분류하며, ④ 지위취득의 부탁은 원칙적으로 인정례에 해당하나 경쟁이 존재하지 않으면 부정례에 해당하는 것으로 유형화한 문헌도 있다.²²⁸⁾ 이 문헌은 여기에 더해서, 대법원이 사무처리자 입장에서 배임수재죄의 성립을 인정하면서도 이익공여자의 입장에서는 배임증재죄의 성립을 부정한 경우가 있음을 지적하면서, 이러한 영역에 해당하는 경우가 (1) 일상적인 업무 추진 부탁과 (2) 권익보호의 부탁이라고 정리한다.²²⁹⁾

한편, 배임수재죄의 보호범익에 사무위임자의 재산권이 포함된다는 전제에서 ① “타인”(사무위임자)의 재물 또는 재산상 이익에 손해를 가하거나 손해를 가할 위험이 있는 행위로서 거래의 청렴성을 해하는 것을 내용으로 하는 청탁인지 여부가 ‘부정한 청탁’ 여부의 가장 기본적인 판단 기준으로서, 위법·부당 처리 또는 그 묵인의 부탁이나 일정한 특혜 부탁의 일부가 위와 같은 청탁에 해당하며, ② 타인에 대한 재산상의 손해 가능성을 간단하게 인정할 수 없으나 이를 방지할 경우 사무위임자와 관계된 자, 심지어는 국민 전체에 이르기까지 직·간접적이고 유·무형의 재산상 손해가 초래될 위험성이 있어 이를 통해 거래 청렴성이 심각하게 손상될 가능성이 농후한 유형이 그 다음 단계로 부정한 청탁에 해당한다

227) 이흥권, “배임수재죄의 ‘부정한 청탁’에 관하여”, 수원지방법원 재판실무연구 제5권(2013), 319~331면.

228) 이승호, 앞의 글, 116~122면.

229) 이승호, 위의 글, 122~125면.

는 문헌도 존재한다.²³⁰⁾ 아울러 같은 전제에서 ① 재산상 사무와 관련해서는 청탁의 내용이 배임죄를 실현하기에 적합한 전형적 위험행위인지 여부에 따라 부정한 청탁 여부를 판단하고, ② 비재산상 사무에 대해서는 ‘손해발생의 전형적 위험’보다 강화된 요건으로서 ‘해당 사무의 목적과 관련하여 그 목적 수행에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백’한 내용의 청탁만을 부정한 청탁으로 보아야 한다는 문헌이 있다.²³¹⁾

2. 검토

앞서 본 문헌들 중 배임수재죄의 보호법익에 사무위임자의 재산권이 포함됨을 전제로 재산상 손해발생 위험 유무 또는 재산상 사무 여부에 따라 부정한 청탁 해당 여부를 달리 보는 견해는 보호법익과 관련한 앞서의 논의와 배치된다. 뿐만 아니라, 일정한 경우에 특별히 ‘국민 전체에 이르는 직·간접적, 유·무형의 손해가 초래될 위험이 있어 거래 청렴성이 심각하게 훼손될 농후한 우려’ 내지는 ‘사무 목적 수행에 대한 중대하고도 명백한 위험’과 같이 불명확한 가중요건을 부가함으로써 부정한 청탁에 대한 통일적이고 일관된 해석론을 마련하는 데 장애를 가져온다.

나머지 문헌들의 내용은 세부적 분류상에 약간의 차이가 있기는 하나, 대체로 부정한 청탁 인정례를 ① 특혜의 부탁(우선 채택이나 선발, 경쟁적 상황에서의 지위 취득 등을 부탁하는 것도 넓은 맥락에서 모두 ‘특혜’를 부탁하는 것이다)과 ② 위법·부당 처리 또는 그 묵인의 부탁(불량대출 부탁 등도 이 범주로 포섭할 수 있다)으로, 부정한 청탁 부정례를 (1) 정당한 업무행위 및 단순한 선처 내지 편의 부탁(모두 위법·부당성이 존재하지 않는 부탁이다)과 (2) 자신의 권리확보를 위한 부탁(즉 원래부터 보장될 권리 등의 확보를 위한 부탁으로서, 경쟁적인 상황을 전제하지 않는 부탁) 등으로 나누는 입장이라 볼 수 있다.

앞서 본 것과 같이 ‘부정’의 범주는 크게 ‘위법’과 ‘부당’으로 분류할

230) 강수진, 앞의 글, 222~224면.

231) 조기영, 앞의 글, 117면.

수 있다. 여기서 ‘위법’의 범주를 정함에 있어 해외 입법례를 살펴보는 것이 도움이 된다. 유럽평의회 부패방지협약에 대한 설명보고서는, ‘계약상의 특정한 의무뿐 아니라 위임자의 사무 등에 관한 “일반적인 충실의 의무”를 위반하지 않는 것’도 위 협약이 민간뇌물죄를 처벌함으로써 보호하려는 가치라고 설명한다. 그리고 EU 공동조치 및 구조결정은 의무 위반에 법률상 의무 위반은 물론 문제의 사무 영역에 적용되는 ‘전문적 규율이나 지침 위반’이 포함된다고 정의한다. 한편 영국 뇌물방지법은 뇌물죄를 구성하는 핵심 개념 요소로서의 ‘부적절’에 ‘신의성실 위반’, ‘신뢰 위반’, 그리고 ‘불공정’이 포함되는 것으로 정의한다. 이중 ‘신의성실 위반’은 법률위원회의 보고서상 ‘사무위임자에게 최선의 이익을 좇아 행동할 의무의 위반’으로도 표현된다.

이러한 협약례 및 입법례 등을 토대로 보면, ‘위법’에는 먼저 ① 법률상, 계약상 의무 위반이 포함되고 그 다음으로 ② 전문적 규율이나 지침에 따른 의무, 즉 해당 전문영역에서 통용되는 직업윤리나 지침상 의무의 위반이 포함된다(대학 교수가 타 대학 대학원생들의 학위 논문 작성에 필요한 실험을 대행해주고 논문원고를 작성해준 대가로 금품을 교부받은 사례²³²⁾가 여기에 해당할 수 있다). 뿐만 아니라 명시적으로 정해진 의무가 아니더라도 ③ 사무위임자와의 신임관계의 기초가 된 신뢰를 유지할 의무 그리고 ④ 이러한 신임관계에 비추어 인정되는 신의칙상 의무, 즉 해당 신임관계의 본지에 따라 사무위임자의 최선의 이익을 추구할 의무를 위반한다면 이 역시 ‘위법’의 개념에 포함될 것이다. 위 ③, ④에 해당할 만한 대법원 판례 사안으로는, 피보험자의 사인에 대한 의심으로 보험회사의 내사가 이루어지는 상황 하에서 보험금을 빨리 타도록 하여 달라는 부탁을 받고 다액의 금원을 수수한 사례²³³⁾(보험금을 해당 시점까지 지급하는 것이 회사 내규 등에 명시적으로 반하지 않는 경우라 하더라도, 위와 같은 상황에서 보험수익자에게 보험금을 지급해버리는 것은 신임관계의 기초가 되는 신뢰를 훼손하는 것이자 사무위임자에게

232) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결.

233) 대법원 1978. 11. 1. 선고 78도2081 판결.

최선의 이익을 추구할 의무를 위반하는 것이다) 등이 있다.

이상과 같은 ‘위법’의 유형과 별도로 인정되는 ‘부당’의 유형은 어떻게 정의할 수 있을까? 문헌 중에는 ‘부정부패’ 개념을 전제로 이때의 “부정”이란 ‘위법(illegality)과 불공정(unfairness)’을 가리킨다고 설명하는 문헌이 있다.²³⁴⁾ 즉 부패범죄와 관련하여 ‘부당’의 위치에 ‘불공정’을 놓은 것이다. 영국 뇌물방지법이 ‘신뢰’, ‘신의성실’에 더해 뇌물죄의 영역으로 ‘불공정(impartiality)’을 언급한 것도 위와 같은 맥락이다. 여기에 ‘의무위반’을 범죄구성요건으로 하는 사업주모델과 구별하여 경쟁상의 ‘부당한 우대’를 구성요건으로 삼는 독일의 경쟁모델까지 참고해보면, 거래질서가 경쟁적 거래질서 하에서 특정인에게 거래질서로 포섭되지 않는 ‘우대’(즉 특혜)를 부여함으로써 해당 거래질서의 ‘공정’을 훼손하는 것이 형법 제 357조의 “부정”에 속하는 ‘부당’이라고 볼 수 있다. 앞서의 문헌들에서 본 ‘위법·부당 처리 또는 그 목인의 부탁’ 사례는 대체로 위에서 본 넓은 의미에서의 ‘위법’, 즉 신뢰 훼손이나 신의칙 위반 등으로 포섭되는 사례들이다. 그리고 여기의 위법에도 포함되지 않는 경우가 대체로 앞서의 문헌들이 제시한 ‘특혜의 부탁’ 유형에 속한다.

여기에조차 속하지 않는 경우들, 즉 아무런 위법이 없고 경쟁적인 상황에서 우대를 한 것도 아닌 사안이 위 문헌들 및 대법원 판례에서 ‘단순한 선처 내지 편의 부탁’, ‘자신의 권리확보를 위한 부탁’ 등으로 표현된 사례이다. 그 대표적인 사례를 살펴보면 ‘사회복지법인 운영권의 유상양도를 금지·처벌하는 명시적 규정이 없는 상황에서, 사회복지법인의 설립자 내지 운영자가 사회복지법인 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 사회복지법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받은 사안’에서 대법원은 그러한 운영권 양도 및 임원 선임의 청탁이 “당해 학교법인의 설립 목적과 다른 목적으로 기본재산을 매수하여 사용하려는 것으로서 학교법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한” 배임수채죄에서의 부정한 청탁에 해

234) 이종백, 한국의 뇌물죄 : 형법 및 특별법상 뇌물죄, 한국학술정보(주)(2007), 12면.

당한다고 할 수 없다고 판시하였다.²³⁵⁾ 사회복지법인 운영권의 유상 양도를 금지하는 규정이 없고, 해당 운영권이 양도된다고 하여 위 법인의 존립에 위협을 초래하는 것도 아닌 상황이라면, 위와 같은 청탁이 ‘위법’한 청탁이라고 할 수는 없다. 그리고 운영권 양도의 대가를 지급하는 상황에서 경쟁의 왜곡이 발생한다고 볼 수 없고, 운영권 양도 등이 거래질서에서 벗어난 특혜라고 볼 수도 없다.

3. 제3자 뇌물수수죄와의 구별

배임수재죄의 “부정한 청탁”을 해석할 때 주의할 부분은, 이것이 형법 제130조의 제3자 뇌물공여죄에서 말하는 “부정한 청탁”과 그 범위가 다르다는 점이다. 대법원은 후자의 “부정한 청탁”과 관련하여 “그 청탁이 위법하거나 부당한 직무집행을 내용으로 하는 경우는 물론, 비록 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당한 것이 아니라 하더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁이라면 이는 의연 ‘부정한 청탁’에 해당한다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하면서, “원심이 판시한 이 사건 청탁의 대상이 된 직위가 그 자체로 사회상규·신의성실의 원칙에 반드시 반하는 것인지에는 의문의 여지가 있으나, 위 법리에서 본 바와 같이 제3자 뇌물공여죄에서는 청탁의 내용이 된 직무 자체가 위법·부당하지 않고 적법하다고 하더라도 ‘재물을 대가로’ 그 업무처리를 부탁하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 부정한 청탁이라고 보아야 할 것”²³⁶⁾이라고 언급하였다.

위 판례의 설시와 내용을 배임수재죄의 부정한 청탁에 관한 앞서 본 대법원 판례와 비교해 보면, 배임수재죄에서의 ‘부정한 청탁’에는 ‘청탁의

235) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2010도16681 판결; 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도11735 판결.

236) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도3424 판결(이테릭체로 한 강조 표시는 필자).

대상인 사무 자체가 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 위반(즉 앞서 본 의미에서의 위법 또는 불공정에 해당)하는 경우'만이 포함될 뿐이고, 문제의 사무를 대가관계와 연결시키는 것만으로는 여기서 말하는 '부정한 청탁'에 해당하지 않는다고 새길 것이다. 제3자 뇌물수수죄의 경우 공무원의 직무집행을 대가관계와 연결시키는 것 자체가 대가 유무에 상관없이 공정하게 행사되어야 할 공무를 거래의 대상으로 삼는 것으로서 위죄의 보호법익인 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무집행의 불가매수성을 위협에 빠뜨리는 행위인 반면, 배임수재죄의 경우 어떤 사무를 대가관계와 연결 짓는 것이 거래의 청렴성 내지 사무처리자의 청렴성을 훼손하는 행위인지 여부는 문제되는 거래영역의 성격과 거래질서의 내용, 사무위임자와 사무처리자 사이에 형성된 신임관계의 내용 등을 토대로 구체적·개별적으로 판단할 사항이기 때문이다. 다시 말해, 사적 영역에서는 그 영역에서 통용되는 거래질서의 내용 등에 따라 사무처리의 대가를 지급받는 조치가 원칙적으로 정당한 것일 수가 있다.

제 4 절 사무위임자의 피해자성

배임수재죄가 신임관계를 훼손하는 범죄로서 개인적 법익인 '사무처리자의 청렴성'을 그 보호법익의 하나로 삼는 범죄인 이상, 위 죄에도 '피해자'가 존재한다고 볼 수는 있다. 사무처리자가 사적 이익을 추구하지 않고 청렴하게 사무를 처리하리라고 신뢰하고서 사무처리자에게 사무를 맡긴 사무위임자가 여기서의 피해자이다.

이와 관련하여, 사무처리자가 임무에 관한 부정한 청탁을 받고 본인 또는 제3자를 위한 사적 이익을 수수하는 행위를 사무위임자에게 동의·승낙한 경우에 사무처리자의 행위가 형법 제24조에서 말하는 '처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위'라고 할 수 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 위법성조각사유로서 피해자의 승낙이 적용되는 법익은 개인적 법익에 국한되고 사회적 법익까지 개인인 피해자가 처분할 수 있는 법익이라고 볼 수는 없으므로,²³⁷⁾ 개인적 법익과 사회적 법

익이 중첩된 범죄의 경우 피해자의 승낙이 있더라도 여전히 범죄가 성립된다.²³⁸⁾ 앞서 보았듯 개인적 법익인 사무처리자의 청렴성보다도 사회적 법익인 거래의 청렴성이 배임수재죄의 주된 보호법익인바 사무위임자가 해당 법익에 대해서까지 처분권한을 가진다고 볼 수는 없으므로, 사무위임자가 사무처리자의 부정 청탁 대가 수수를 승낙·용인하였다고 하더라도 사무처리자의 대가 수수 행위는 여전히 배임수재죄로 처벌된다고 봄이 타당하다.

다만 사무처리자가 사무위임자의 승낙을 받고서 그러한 부정 청탁의 대가를 수수한 경우, 내지는 사무처리자가 부정 청탁의 대가를 수수하고 그에 대한 사무위임자의 승낙을 사후적으로 받은 경우가, 사무위임자의 승낙 없이 그러한 행위를 한 경우보다 불법성이 약하기는 하다. 이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 것이다. 대법원 양형기준상 배임수재죄의 특별감경인자로 “처벌불원 또는 실질적 피해 회복”이 명시되어 있는 것²³⁹⁾은 이러한 관점으로 보인다. 여기서 말하는 ‘피해’가 재산상의 피해인 경우도 상정할 수는 있겠으나 기본적으로는 신임관계의 파괴로 인한 비유형적 피해를 말한다고 볼 것이다.

제 5 절 기타

1. 필요적 몰수·추징

형법 제357조 제3항은 “범인 또는 그 사정을 아는 제3자가 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.”고 규정하고 있다. 앞서 본 바

237) 배종대, 형법총론 제16판, 홍문사(2022), 289면; 신동운, 형법총론 제11판, 법문사(2019), 338면.

238) 김성돈, 형법총론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022), 338면.

239) 대법원 양형위원회, 2022 양형기준(2022), 410, 413면.

와 같이 대법원은 배임수재자에게 교부된 재물 내지 이익은 물론 제3자에게 귀속된 이익 또는 배임증재자에게 반환된 재물까지도 ‘부정한 이익’으로 보아 국가가 이를 필요적으로 몰수·추징하여 가져가도록 하고 있는바, 이는 형법 제357조가 단순히 사무위임자의 개인적 범익뿐만 아니라 거래의 청렴성이라는 사회적 범익을 주되게 보호하는 규정임을 나타낸다.

2. 친족상도례 적용 여부

형법 제361조는 친족상도례에 관한 형법 제328조가 횡령과 배임의 죄의 장에 있는 모든 죄에 준용되는 것으로 규정되어 있다. 기존 문헌 중에도 배임수재죄에 대하여 친족상도례 규정이 적용된다고 서술해놓은 경우가 존재한다.²⁴⁰⁾

그러나 위와 같은 규정형식에도 불구하고 배임수재죄에는 친족상도례 규정이 준용되지 않는다고 해석함이 타당하다. 친족상도례는 가족 구성원 사이에 절도범행이 벌어졌을 때 이를 원인으로 하는 소를 제기하는 것을 허용하지 않았던 로마법에서 유래한 것으로서, “법은 가정의 문턱을 넘지 않는다.”는 로마법의 정신이 유럽 각국과 일본을 거쳐 우리 형법에까지 도입된 결과물이다.²⁴¹⁾ 그런데 배임수재죄는 사회적 범익인 거래의 청렴성을 그 주된 보호범익으로 하는 범죄이므로, 사무처리자와 사무위임자 등이 서로 일정한 친족관계에 있다고 하여 그 죄의 불법성이 가정의 문턱 안쪽에 머무른다고 할 수가 없다. 더구나 친족상도례는 친족 간의 ‘재산범죄’에 대한 특별한 취급을 인정하는 제도²⁴²⁾로서 일정한 재산범죄에 적용되는 제도인데,²⁴³⁾ 앞서 본 것과 같이 배임수재죄는 재

240) 배종대, 형법각론 제13판, 홍문사(2022), 490면; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 1295면.

241) 김광현, “친족상도례 개정 방안에 관한 소고”, 입법과 정책 제13권 제3호, 국회입법조사처(2021), 42면; 류기환, “친족상도례 규정의 개정 방향”, 인문사회21 제12권 제6호(2021), 3424면.

242) 김광현, 위의 글, 40면.

산범죄가 아닌 부패범죄에 해당할 뿐이다. 어떤 준용규정이 있는 경우에도 그 취지는 ‘성질에 반하지 않는 범위 내에서’ 유사한 규정을 준용하라는 의미인데²⁴⁴⁾, 친족상도례 규정을 배임수재죄에 준용하는 것은 위 죄의 성질과도 맞지 않으며 형법 제328조가 적용·준용되는 다른 상황이 배임수재행위가 벌어지는 상황과 유사하다고 볼 수도 없다. 그리고 예컨대 사무처리자와 사무위임자 사이에 직계혈족관계가 존재하는 경우에 친족상도례 규정이 준용된다고 해석한다면, 부정한 청탁의 대가를 수수한 사무처리자는 친족상도례에 따라 형 면제의 혜택을 받는 반면 그 대가를 공여한 배임증재자는 그대로 배임증재죄로 처벌받는다라는 납득하기 어려운 결론으로 이어진다.

243) 류기환, 앞의 글, 3424면; 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교 출판부 (2022), 340면; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018), 917면.

244) “이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사집행 및 보전처분의 절차에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용한다.”라는 민사소송법 제23조 제1항의 취지를 “민사집행절차에 관하여 민사집행법에 특별한 규정이 없으면 성질에 반하지 않는 범위 내에서 민사소송법의 규정을 준용한다는 취지”로 이해하여, 민사소송법상의 재판상 자백이나 자백간주에 관한 규정이 강제경매 개시결정에 대한 이의의 재판절차에 준용되지 않는다고 판시한 대법원 2015. 9. 14.자 2015마813 결정 참조(이태릭체 표시는 필자가 부가하였다).

제 6 장 요약 및 결론

배임수재죄의 보호법익에 관한 기존 논의는 배임수재죄가 재산범죄로서의 성격을 가지는지에 초점을 맞추었으나, 배임수재죄가 애초에 형법에 도입된 경위 및 위 죄에 관한 2016년도의 형법 개정 경위 등에 비추어 보면, 위 죄는 재산범죄로서의 성격과는 무관한 사적 뇌물죄임이 확인된다. 그런데 부패범죄는 부분적으로 신뢰위반범죄로서의 성격을 가짐과 동시에 시장질서, 더 나아가 사회적 거래질서를 훼손하는 범죄로서의 성격도 가진다. 각종 협약례와 입법례를 살펴보면, 민간부패범죄의 불법성으로서 신임관계의 위반과 거래질서의 훼손 중 어느 쪽에 더 비중을 두는지에 따라 그 입법 형식이나 태도 등이 달라짐을 알 수 있다.

우리나라 배임수재죄의 경우 국제협약 내지 주요 외국 입법례와 달리 청탁의 대상이 되는 사무를 ‘의무에 위반하는 작위·부작위’로 한정하지 않고 ‘임무에 관한 부정한’ 사무까지 포함한 점에서, 우리나라의 입법례는 다른 입법례와 비교하여 민간부패범죄의 불법성 중 ‘거래질서의 훼손’ 부분을 특히 더 강조하는 입장으로 이해된다. 여기에 증재자를 배임증재죄로 처벌하는 점, 사무처리자 또는 제3자에게 귀속된 재물을 피해자인 사무위임자에게 귀속시키는 등으로 처리하지 않고 이를 ‘부정한 이익’으로 보아 몰수하는 점 등도 거래질서를 훼손하는 범죄로서 배임수재죄의 성격을 반영한다. 배임수재죄의 보호법익으로 학설이나 대법원이 언급하는 ‘거래의 청렴성’은 이러한 거래질서를 훼손하지 아니한다는 의미에서의 ‘거래의 공정성’을 의미하는 개념으로서, 이는 사회적 법익에 해당한다고 볼 것이다.

한편 대법원이 배임수재죄의 보호법익으로 실시한 ‘사무처리자의 청렴성’은 신임훼손범죄로서 배임수재죄가 가지는 성격을 반영한다. ‘사무처리자의 청렴성’은 사무처리자가 사무위임자의 이익을 추구하고 그와의 신임관계를 유지한다는 의미에서의 청렴성으로서 개인적 법익에 해당한다. 배임수재죄가 횡령 및 배임의 죄의 장에 편제된 것도 부분적으로는 위와 같은 측면이 반영된 결과로 보인다. 다만 앞서 든 사정들에 비추어

배임수재죄의 주된 보호법익은 개인적 법익인 사무처리자의 청렴성이 아닌 사회적 법익으로서 거래의 청렴성이라고 봄이 타당하다.

배임수재죄의 보호법익에 관한 입장을 이와 같이 정리하고 나면, 보다 명확한 이론적 틀로 배임수재죄의 구성요건 등을 설명할 수가 있다.

① 배임수재죄에서 말하는 “사무”가 재산상 사무로 제한되지는 않으나 적어도 사무위임자와의 대내적 신임관계를 전제한 사무여야 한다. 그리고 배임수재죄에서의 청탁은 사무처리자가 사무위임자와의 대내관계에서 부담하는 임무와 관련성을 가져야 한다. 이러한 해석론은 배임수재죄가 기본적으로 신임훼손범죄로서의 성격을 가지기에 도출되는 해석론이며, 배임수재죄의 1차적 보호법익을 거래의 청렴성으로 봄으로써 발생할 수 있는 처벌범위의 과도한 확장을 통제하는 역할을 한다. ② 반면 배임수재죄의 구성요건요소 중 “부정한 청탁” 부분은 배임수재죄의 주된 보호법익인 거래의 청렴성과 연결된다. 물론 “부정한 청탁” 개념 역시 자칫하면 지나치게 확장 해석될 우려가 있으므로 그에 대한 제한적 해석론이 필요한데, 이는 거래의 청렴성을 사회 일반에 대한 청렴성과 구별되는 특정 거래영역 내에서의 청렴성으로 그 개념 정의를 명확하게 함으로써 해결할 수 있다. 즉 배임수재죄에서 말하는 ‘부정’의 범주를 위법과 부당으로 구분한 뒤, 그중 ‘부당’을 문제의 거래영역 내에서 통용되는 거래질서로부터 일탈한다는 의미에서의 ‘불공정’으로 개념화함으로써 ‘부정한 청탁’ 해당례를 어느 정도 유형화할 수 있다. ③ 한편 배임수재죄의 주된 보호법익을 사회적 법익인 거래의 청렴성으로 이해함으로써, 형법 제357조 제1항의 “제3자”에 사무위임자도 포함된다는 해석론, 비록 사무위임자가 배임수재죄에서 피해자의 지위에 있기는 하나 그의 동의나 승낙으로 사무처리자가 저지른 배임수재행위의 위법성이 조각되지는 않는다는 결론, 그리고 형법 제361조에도 불구하고 배임수재죄에 대하여는 친족상도례 규정이 준용되지 않는다는 해석론 등으로 이어지게 된다.

참 고 문 헌

국내문헌

- 김성돈, 형법총론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022)
- 배종대, 형법총론 제16판, 홍문사(2022)
- 신동운, 형법총론 제11판, 법문사(2019)
- 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제11판, 박영사(2022)
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사(2018)
- 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교 출판부(2022)
- 배종대, 형법각론 제13판, 홍문사(2022)
- 신동운, 형법각론 제2판, 법문사(2018)
- 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제12판, 박영사(2021)
- 임웅, 형법각론 제11정판, 법문사(2020)
- 오영근, 형법각론 제6판, 박영사(2021)
- 이형국·김혜경, 형법각론 제2판, 법문사(2019)
- 정성근·박광민, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부(2015)
- 정영일, 형법강의[각론] 제3판, 학림(2017)
- 김대휘·김신 편집대표, 주식 형법[형법각칙(6)], 한국사법행정학회(2017)
- 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원(2009)
- 이중백, 한국의 뇌물죄 : 형법 및 특별법상 뇌물죄, 한국학술정보(주)(2007)
- 김유근·안수길, 부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구, 한국형사정책연구원(2016)
- 민수영, “개정 배임수재죄의 ‘제3자’와 사무귀속주체인 ‘타인’의 관계”, 연세법학 제39호(2022. 7.)
- 김정환, “건설산업기본법 위반죄(부정취득)와 배임수재죄의 관계”, 형사판례연구 제19권(2011)

- 강수진, “배임수재죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미 - 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결 및 이른바 제약산업의 ‘리베이트 쌍벌제’에 대한 검토를 중심으로”, 형사법의 신동향 통권 제33호(2011. 12.)
- 김승주, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수재죄의 ‘부정한 청탁’(대상 판결: 대법원 2013. 12. 26. 선고 2010도16681 판결)”, 사법 제1권 제28호(2014)
- 최준혁, “형법 제357조의 ‘제3자’의 개념 - 대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도12129 판결 -”, 형사판례연구 제27권(2019), 362면.
- 조기영, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수재죄의 ‘부정한 청탁’”, 형사법연구 제26권 제2호(2014)
- 이종수, “배임수증재죄의 형법적 의의와 ‘부정한 청탁’의 해석”, 형사정책연구 제30권 제4호(2019)
- 김봉수, “배임수재죄에 있어서 ‘사무의 내용’에 관한 고찰 -‘재산상 사무로 제한해야 하는가?’-”, 형사판례연구 제20권(2012)
- 신용석, “배임수증재죄의 부정한 청탁 - 유형화 시도”, 형사판례연구 제12권(2004)
- 안수길, “민간부패의 개념과 가벌성 - 민간부패 처벌 법제의 정비를 위한 소고-”, 법과 정책연구 제17집 제1호(2017)
- 이승호, “배임수재죄의 본질과 ‘부정한 청탁’의 판단기준”, 법조 통권 제614호(2007)
- 이흥권, “배임수재죄의 ‘부정한 청탁’에 관하여”, 수원지방법원 재판실무연구 제5권(2013)
- 이윤제, “국제연합 부패방지협약의 자산회복제도”, 형사법의 신동향 통권 제34호(2012)
- 오영근·최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 10권 1호(1999)
- 이동희, “일본의 형법 개정의 연혁과 주요 쟁점”, 비교형사법연구 제21권 제4호(2020)

- 정신교, “배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론”, 한국부패학회보 제22권 제3호(2017)
- 최종고, “해방후 기본법제의 제정과정”, 법제연구 제8호(근대법수용 100주년 기념 특집), 한국법제연구원
- 김광현, “친족상도례 개정 방안에 관한 소고”, 입법과 정책 제13권 제3호, 국회입법조사처(2021)
- 류기환, “친족상도례 규정의 개정 방향”, 인문사회21 제12권 제6호(2021)

외국문헌

- Cecily Rose et al., *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford University Press(2019)
- Coin Nicholls et al., *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford University Press(2017)
- Jeremy Horder, Peter Alldridge at al., *Modern Bribery Law*, Cambridge University Press(2013)
- Ryan J. Rohlfson, “Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws”, *The University of Chicago Legal Forum*(2012)
- Philippa Webb, “The United Nations Conventions Against Corruption : Global Achievement or Missed Opportunity?”, *Journal of International Economic Law* Vol. 8 No. 1, Oxford University Press(2005)
- Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. CP No. 145)
- Law Commission, “Legislating the Criminal Code: Corruption”(Law Com. No. 248)

- Law Commission, “Reforming Bribery : A Consultation Paper”(Law Com. CP No. 185)
- Law Commission, “Reforming Bribery”(Law Com No. 313)
- UNODC, State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption: Criminalization, law enforcement and international cooperation, 2nd edition(2017)
- UNODC, “Travaux préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Corruption”(2010)
- Deiters et. al., Jürgen Wolter (Hrsg.) SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band V: §§ 242-302 StGB, 9., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag(2019)
- Gunter Widmaier, Helmut Satzger & Wilhelm Schluckebier, Strafgesetzbuch: Kommentar. 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag(2016)
- Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch, 66. Auflage, CH Beck(2019)
- Kindhäuser, Neumann, Paeffgen & Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Nomos(2023)
- 西尾昭, “韓國の刑法改正試案”, 同志社法學 43巻 4号

Abstract

Study on the Protective Legal Interests of Punishing 'Breach of Trust by Receiving Bribes'

Yeo Dong-geun

Criminal Law Major

The Graduate School

Seoul National University

The crime of 'breach of trust by receiving bribes', which is punishable under Article 357 of ROK Criminal Code, is stipulated in Chapter 2, Section 40 of ROK Criminal Code on the crime of embezzlement and breach of trust, but constituent elements of the crime of breach of trust by receiving bribes are pretty different from those of the crime of breach of trust stipulated in Article 355 of ROK Criminal Code, and much similar to those of the crime of bribery in the public sector stipulated in Chapter 2, Section 7 of ROK Criminal Code. This disparity results in the complicated disputes over the protective legal interests of the crime of breach of trust by receiving bribes. Most of existing discussions only focus on whether the crime of breach of trust by receiving bribes can be understood as a

property crime. As a result, the exact meanings of 'integrity of those working for principals' and 'integrity in transactions', the concepts which are often referred to as the protective legal interests of the crime of 'breach of trust by receiving bribes', have not been accurately defined. And whether these concepts fall under the category of private legal interests or that of social legal interests is another problem that has to be solved.

In order to accurately define these concepts and to find out the characteristics of the crime, this thesis first examines the history of enactment and revision of Article 357 of ROK Criminal Code, and concludes that the crime of 'breach of trust by receiving bribes' is a crime of corruption, not a property crime. Secondly, this thesis examines the basic elements and illegality of corruption. Corruption means 'the use of any status or authority in the pursuit of private interests', and is based on the triangular relationship between an agent, a principal, and a donor of benefits. And there are two opinions on the illegality of corruption, one explains corruption as 'breach of duties or trust', the other focuses on the harmful effect of corruption on market functions. But neither of these opinions can fully explain the illegality of corruption, because both 'breach of trust' and 'harmful effect on market functions/transactions' constitute the illegality of corruption.

Still, which of these is the more important element is a matter of legislative policy, so each country can choose which one shall be the more crucial element when explaining the illegality of corruption, especially that of corruption in the private sector. In this respect, this thesis scrutinizes international conventions, European multilateral conventions and various legislative examples on dealing with corruption in the private sector around the globe, since reviewing

these conventions and legislative examples helps understanding the protective legal interests of Article 357 of ROK Criminal Code. By this scrutinization, it can be realized that the crime of 'breach of trust by receiving bribes' in South Korea is unique in that, while many other international/multilateral conventions and legislative examples establish as a criminal offence only receiving bribes which results in 'breach of duties' in the private sector, Article 357 of ROK Criminal Code establishes as a criminal offence receiving bribes in exchange for an 'unjust' solicitation in the private sector. Also, several legislative examples show that 'harmful effect on market functions/transactions' can be the more important factor than 'breach of trust' when it comes to explaining illegality of the corruption in the private sector.

Based on these examinations, this thesis concludes that, while 'integrity of those working for principals', which means 'those working for principals(workers, agents, managers, etc.) keep their integrity by acting in the best interest of the principals and do not pursue private interests in the process', is a private legal interest and is one of protective legal interests of punishing 'breach of trust by receiving bribes', 'integrity in transactions' as a social legal interest – which means 'those acting in a certain sphere keep their integrity by complying with the fair order to be followed in that sphere and not undermining that order for the pursuit of private interests' – is the key element of explaining the protective legal interests of establishing 'breach of trust by receiving bribes' as a criminal offence in ROK Criminal Codes. Furthermore, this thesis reviews the interpretation theories on the constituent elements of 'breach of trust by receiving bribes' in South Korea.

keywords : breach of trust by receiving bribes, private sector corruption, integrity of those working for principals, integrity in transactions, the United Nations Convention Against Corruption(UNCAC), a principal as a victim of breach of trust by receiving bribes

Student Number : 2020-25622