독일형법의 뇌물죄규정

성 낙 현*

I. 머리말

지난 수년간 독일의 형법분야에서 자주 거론된 주제 중의 하나는 국가, 경제, 사회에서의 부패방지였다. 이러한 논의의 결과 1997. 8. 13의 부패단속법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)이 제정되었고 이로써 형법은 "경쟁에 관한 범죄"라는 표제의 제 26장이 신설되는 등 이미 형법에 존재하고 있던 부패범죄의 규정에 상당히 많은 개정이 이루어졌다. 뿐만 아니라 수 많은 국제적 협의를 거쳐 독일의 입법자는 유럽연합부패방지법 (Das EU-Bestechungsgesetz)과 국제부패방지법(Das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung)도 제정하게 되었다.

무엇보다 형법의 범위에서는 공직자개념, 이익의 수령과 이익의 승낙, 매직과 매수 등의 개념의 확장적 변경을 통해 처벌강화가 이루어졌다. 더 나아가서 공정한 경쟁의 보호가 국가의 중대한 과제이며 이 과제의 수행에는 강력한 형법적 보호가 요구된다는 점을 확실히 하기 위해 형법에 경쟁에 관한 범죄의 장을 신설했다. 이 장에서의 중심적 구성요건은 공개입찰에서의 제 298조의 경쟁을 제한하는 담합에 대한 규정이다. 이에 따라 불법적인 담합에 근거한 청약의 제시는 처벌된다. 아래에서는 독일 형법상의 뇌물죄규정의 주요 논점들을 살펴본다.

* 嶺南大學校 法科大學 教授

II. 독일의 형법상 뇌물죄규정

가. 제331조 收賂罪 (Vorteilsannahme)

1. 보호법익과 불법의 핵심

상당부분의 職務行爲와 司法行爲가 요금의 납부가 있어야만 이루어지기 때문에 직무집행의 無報酬性은 보호법익이 아니다. 각각의 행위형태에 따라 보호법익이 달라진다는 견해도 있는데 이에 따르면 이익의 요구인 경우에는 독일 기본법 2조 1항의 행동의 자유라고 하는 기본권이 보호법익으로 작용하고[1] 이익에 대한 약속을 받거나 수령하는 경우에는 개인적 법익의 침해는 존재하지 않으나 직무행위는 법에 정해진 바에 의한 시민의 반대급부로써만 보상될 수 있다는 원칙이 침해된다고 한다.[2] 그러나 본조에 포함되는 모든 행위의 법률효과가 동일하다면 각각의 행위가치를 달리 보는 것은 모순이다.[3] 그에 비해 지배설은 직무와 관련된 이익의 수수에 의해 그것이 의무위반행위에 연관되는지의 여부와는 상관없이 국가행위의 객관적 정직성에 대한 일반적 신뢰가 동요되는 것이므로[4] 국가행정의 기능성이 보호법익이 된다고 한다.[5]

모든 부패구성요건의 공통적인 불법핵심은 부패범죄자 당사자간의 금지된 관계에서 발생하는 국가기구의 일반적 위해라고 할 수 있다. 국가결정의 객관성에 대한 일반의 신뢰가 하나의 직무행위에 대한 선물의 수수를 통해 침해되기 때문이다. 이러한 신뢰는 모든 국가행위가 보유하고 보장하는 가치이다. 이것은 독일형법 331, 332조가 공통으로 가지는 기본사상이다.

부패구성요건의 중심이라고 할 수 있는 불법적 합의를 통해 부패범죄의 양당사자들은 직무행위를 위해 이익을 주고받을 의사를 표시한다. 그러나 여기에서는 '의사소통'에 의한 의사표시가 결정적인 것이 아니라 공무원이 자신의 부패가능성을 표현하고 상

---

1) Wagner, Amtsverbrechen, 1975, 233 ff.
2) Wagner, a.a.O., 334.
3) Schönke-Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 331 Rdnr. 2.
4) 김일수, 형법각론, 1999, 박영사, 704면; 박상기, 형법각론, 1999, 박영사, 593면, 이재상, 형법각론, 1999, 박영사, 634면; 임웅, 형법각론, 2001, 법문사, 778면; 대판 2000.1.21, 99도4940; 대판 1997, 12. 26, 97도2609.
5) SK-Rudolphi, § 331 Rdnr. 3.

대방이 이를 권유한다는 사실이 결정적인 것이기 때문에 좁은 의미의 "합의"는 요구될 수 없는 것으로 보여진다. 결정적인 것은 일방의 의사표시의 내용이다. 독일형법 331, 332조의 경우의 '요구'를 위해서, 333, 334조의 경우 '제시'를 위해서 합의가 요구되는 것은 아니라는 점은 이론의 여지가 없다. 이것은 다른 종류의 부패범죄형태에도 적용되어야 한다. 따라서 예를 들어 이익의 수령을 위해서 공무원이 자신의 부패가능성을 이익수령을 통해서 능동적 부패범죄자가 관련사항을 숙지하고 있다는 점을 표현한 것으로 충분하다.

2. 객관적 구성요건

1) 1항의 행위

1항의 객관적 구성요건은 공무원 혹은 공무에 특별한 의무를 지는 자가 자신의 직무집행을 위해서 자신 혹은 제3자에게 이익을 요구하거나 약속을 받거나 이를 수령함으로써 이루어진다.

행위는 직무집행과 관련되어야 한다. 그러나 불법합의의 대상으로서 이미 행해졌거나 혹은 장차 행해질 특정한 하나의 직무행위를 염두에 두어야 하는 것은 아니다. 따라서 공무원이 하나의 贈與 때문에 그가 어떠한 행위이든 직무행위를 했든지 혹은 할 것이라는 인식을 가졌던 경우라면 이 경우의 증여도 현재 1항에 포함된다. 입법자는 이로써 공무와 관련된 모든 이익취득을 처벌하겠다는 의도를 보인다. 이것은 종전의 법이 행위자가 직무행위에 대한 반대급부로서 이익을 요구하는 등의 행위를 해야 할 것을 요구하던 것과는 차이가 있다. 그러나 현행법도 직무행위에의 관련성은 요구하므로 대체적으로 직무행위를 위한 것으로 볼 수 없는 협상개시를 위한 이익공여는 여기에서 제외된다.[6]

본조 의미의 직무집행은 공무원이나 공적 업무에서 특별한 의무를 지는 자가 그의 지위에서 공무로 취급하는 모든 사무를 말한다. 그에게 위임된 과제를 실현하기 위한 모든 행위로서 직접적 권한에 속하는 것 뿐 아니라 밀접한 관계에 있는 것으로 족하다.[7] 따라서 행위의 수행이 행위자의 공무원이라는 지위 때문에 수월하다는 것으로 족하며, 행위가 공무원이 속한 관청의 업무범위에 속하며 그러한 사무의 처리가 그 성

6) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 7.
7) 배종대, 형법각론, 2001, 홍문사, [159] 9; 대판 1983. 7. 26, 82도1208.

질상 자신의 직무범위에 해당하는 것으로 족하다고 보는 것이다. 업무분담을 통해 문제되는 행위가 다른 공무원에 할당된 경우라도 마찬가지이다. 해당 공무원에게 직접적으로 의무를 지우는 직무상 과제와의 기능적 관련성이 존재한다면 그 밖의 장소적·업무적 관할성[8] 혹은 내부적 업무분담은 문제되지 않는다. 공무원이 정해진 근무시간 혹은 근무공간을 벗어나서 직무행위를 했는지 여부도 중요하지 않다. 단 공무원의 임무영역에서 완전히 벗어난 私的 행위는 본조 이하에 적용되지 않는다. 공무원이 사인으로서 행한 행위도 마찬가지이다. 관청이 그 기회를 제공했고 관청에서 얻어진 전문지식을 활용하는 경우 혹은 관청의 영향이나 주시하에 행해진 경우도 같다.[9]

2) 이익의 개념

이익이란 범인의 경제적, 법적, 인격적 지위에 유리하게 작용하는 모든 물질적, 비물질적 급부로서[10] 범인에게 무상으로 주어지되 범인이 이에 대한 아무런 법적 권리가 없는 것을 말한다. 범인이 반대급부에 대한 권리가 있다면 본조는 고려되지 않는다. 따라서 법적 근거가 있거나 사회윤리적 공동생활의 질서 내에서 인정될 수 있는 정당한 대가는 그 명목이나 형식에 관계없이 이 이익의 개념에서 제외된다.[11] 자의로 채무를 상환하고자 하는 채무자의 부채상환도 본조 의미의 이익이 아니다. 범인이 직무집행을 위해 먼저 부채를 상환할 것을 조건으로 제시한다면 강요죄에 해당할 수 있다.

물론 경제적 이익이 실제적으로 가장 중요한 역할을 하지만 재산가치의 고저는 결정적이지 않으므로[12] 사소한 저가품도 여기에 포함된다. 그러나 이런 것들의 수령은 사회상당성의 범위에 속할 수도 있음은 염두에 두어야 한다.

예를 들어 훔친 물건을 제공하는 행위처럼 공여가 법적으로 유효한 것인지의 여부는 불문한다. 공여의 종류와 범위가 미리 확정되어 있을 필요도 없고 공여자가 자신의 재산상의 감소를 가져오는 이익을 제공해야 할 필요도 없다. 공여가 직무행위에 대한 반대급부 혹은 그에 대한 대가로 인정되는 한 호의에 의한 공여도 뇌물 혹은 기타 이익에 해당된다. 이에 대한 판단은 공여의 범위에 따라, 혹은 거래관행이나 일반적 생

8) LK-Jescheck, 11. Aufl., 1996, § 331 Rdnr. 11; Tröndle/Fischer, 49. Aufl., 1999, § 331 Rdnr. 5.
9) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 10.
10) 배종대, 앞의 책, [159] 11.
11) 김일수, 형법각론, 1996, 박영사, 656면.
12) Kaiser, NJW 1981, 321은 경미한 가치의 선물은 이익에서 제외되어야 한다고 본다.

활경험에 비추어 봤을 때의 그 가치의 크기에 따라 이루어진다. 매매대금을 일정기일까지 연기해주는 행위나 공무원이 자신의 몫을 지불했을 때를 제외하고 함께 식사하거나 음료수를 마시는 행위도 이익에 포함된다. 범인이 상대방에게 자신이 청구권을 가지지 아니한 이익을 제공할 것을 강요하는 경우에도 여기에서의 이익이라는 성질은 잃지 않는다.[13] 이런 경우에는 253조의 공갈과 상상적 경합이 존재한다.

본조의 이익의 개념에는 골프접대와 같은 비물질적 이익도 해당된다.[14] 이것은 물론 객관적으로 재량될 수 있는 내용이 제시되어야 하며 범인의 지위에 어떤 방식으로든 긍정적으로 작용이 되어야 한다. 범인이 출세기회를 잡으려 한다든가 자신의 상관의 총애를 얻고자 하는 경우가 이에 해당한다. 단순한 공명심이나 허영심의 만족으로도 족하다.[15]

3) 수익주체

수익주체는 행위자 자신 뿐 아니라 제3자도 포함되므로 처음부터 이익이 제3자에게 돌아갈 것으로 정해진 사례에도 본조가 적용된다. 利他的으로 행동하는 공무원도 행정의 객관성과 합법성을 침해하고 따라서 국가적 결정의 객관성에 대한 국민의 신뢰를 동요시킨다는 원칙 때문이다.[16] 다만 자신을 위한 이익취득이 이타적 행위보다는 원칙적으로 더 중하기 때문에 공무원을 위한 간접적 부패행위와 제3자를 위한 이타적 부패의 구분은 양형의 문제에 있어서 중요하다.

공무원의 가족에 대한 선물을 통해서 공무원에게 간접적 이득이 돌아가도록 하는 간접적 부패행위의 경우에는 물론 제3자에게 주어진 이익이 경제적으로 공무원에게도 도움이 되어야 한다. 예컨대 필수적이든 그렇지 않든 지출되어야 할 비용을 이 이익이 있음으로써 절약할 수 있는 경우를 예로 들 수 있다. 간접적 이익취득의 경우 공여가 공무원의 동의로 이루어질 것이 요구된다. 가족이 선물을 받은 사실을 공무원이 뒤늦게 안 경우에는 그 사용에 동의하고 이로써 간접적 이득을 취한 시점이 공무원 자신이 그 선물을 취득한 것으로 인정된다.

---

13) SK-Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 19; Lackner/Kühl, § 331 Rdnr. 7.
14) Bauchrowitz, Der immaterielle Vorteilsbegriff der Bestechungsdelikte des StGB, 1988, S. 145; SK-Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 19.
15) 다른 견해로 김일수, 앞의 책, 658면.
16) Wolters, JuS 1998, 1105.

4) 개별적 행위형태

(1) 이익의 요구

이익을 요구한다 함은 일방적인 給付의 請求이다. 요구는 은밀한 형태로 이루어지는 것이 보통이지만 어떠한 방법에 의하든 범인이 자신의 행위와 관련한 이익을 바란다는 사실을 잠재적 공여자 혹은 중개인에게 인식시켜야 함이 요구된다. 일방적 청구행위로 본죄는 성립하며 상대방이 범인의 이러한 의사표시에 대해 어떠한 반응을 보이는지는 중요하지 않다.[17] 단지 결정적인 것은 상대방이 이익과 직무행위 사이의 관련성을 알게 될 것을 범인이 원한다는 점이다.[18]

(2) 약속을 받음

약속을 받는다 함은 장차 주어질 이익에 대한 請約을 단정적이고 명시적으로 受諾함을 뜻한다.[19] 범인이 관청의 허용여부에 따라 추후에 승낙하고자 했다면 물론 3항의 적용이 고려된다. 공무원은 이익을 수령할 의사가 있어야 한다.

(3) 이익의 收受

범인이 이익을 이에 대한 자기의 처분권한을 획득하고자 하는 목적을 가지고 실제로 받아들일 때 이익의 수수는 존재한다. 이 목적은 적어도 외부에 표현되어야 한다. 여기에서는 利益供與者에 대한 공무원의 의사표시가 무슨 내용을 가지는가 만이 중요하다. 이 의사표시로부터 공무원이 자신이 처분할 수 있는 이익을 원한다는 사실이 나타나야 한다. 따라서 공무원이 다른 공무원을 위해서 혹은 다른 공무원을 매수하기 위해 이익을 취한다고 하거나 혹은 그 이익을 제3자에게 전달해야 할 것처럼 이야기하는 것으로는 충분치 않다. 마지막 사례의 경우 독일형법 352조 이하, 263조의 적용가능성이 문제될 수 있어도 본조 이하는 적용되지 않는다. 공무원이 요구되지 않았던 이익을 폭력으로 혹은 자력으로 취한 경우도 동법 331조는 적용되지 않으며 동법 242, 249조가 문제된다.

공무원이 이익을 궁극적으로 보유하지 않고 경우에 따라서는 돌려주겠다고 유보한 경우에도 그 이익의 운명에 대해서 자신의 독자적 재량에 따라 결정하고자 하는 것이므로 이익의 취득은 존재한다.[20] 선물이 공무원이 알지 못하는 사이에 그의 수중에

17) 김일수, 앞의 책, 663면.
18) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 22.
19) SK-Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 25.

들어갔거나 처음에는 賂物供與意思를 인식하지 못한 경우에는 공무원이 추후에 그 선물을 뇌물로서 받아들이겠다는 표현을 한 경우에 수령이 이루어진다. 대상물이 선의로 소모된 경우에는 공무원이 그 사실을 나중에 알았다고 하더라도 처벌되지 않는다. 동일한 상대방에 대하여 요구, 약속, 수수가 순차적으로 이루어진 때에는 包括一罪의 收受罪만이 성립한다.[21]

5) 직무집행과 이익과의 관련성

공무원이나 공적 의무를 지는 자는 1항에 따라 직무집행에[22] 대한 이익을, 법관이나 중재인은 2항에 따라 사법행위에 대한 반대급부로서 이익을 요구하거나 약속을 수락하거나 수수해야 한다. 부패구성요건의 개정을 통해서 직무집행과 공무원 등의 이익취득 사이의 관련성이 1항에 따라 완화되었으나 직무집행의 구체화의 정도가 문제될 수 있다.

개정 이전에도 업무행위는 그 동기, 시간 혹은 수행방식에 대해서는 세부적으로 정확히 확정될 필요가 없다고 보편적으로 인정되었다.[23] 이에 비해 특정한 직무행위 혹은 대체로 특정된 직무행위여야 한다는 견해를 보이는 판례가 있는가 하면[24] 법인이 특정한 인간관계의 범위 내에서 자신의 개별적 직무행위를 특정한 방향으로 이끌어 가는 정도면 족하다고 보는 판례도 있다.[25] 부패구성요건에 의해 보호되는 법익을 훨씬 중하게 취급하고자 하는 개정법률에 의한다면 관련자들 사이에 공무원의 관할영역에 속하는 임의의 행위를 위해 이익이 허락되는 것으로 족하다. 이것은 "불법합의의 완화"를 통해서 가능하다. 이로써 충분히 확정적인 업무행위를 위한 반대급부로서 이익이 요구되었다는 사실이 증명되지 않는 경우도 구성요건에 해당한다.

연방참의원은 더욱 넓게 잡아 "관청과의 관련성이 있는" 이익도 부패구성요건에 포함시키고자 한다.[26] 여기에 포함되는 전형적인 사례는 직무행위와 관련되는 이상 당

20) BGH GA 1963, 147. 그러나 수수죄에 영득의사가 필요하다고 보는 우리 판례(대판 1983. 3. 22. 83도113)에 의하면 제공된 뇌물을 반환할 의사를 가지고 받아둔 경우에는 수수죄는 배제된다. 김일수, 앞의 책 665면.

21) 김일수, 앞의 책, 663면.

22) 직무집행이라는 표지는 1항이 명시적으로 밝히지는 않지만 과거의 행위와 미래의 행위 모두 포함한다.

23) BGHSt 32, 291; BGH StV 1994, 243.

24) BGHSt 15, 223.

25) RGSt 64, 335 f; BGH NJW 1960, 831.

26) BT-Drs. 13/3353 Art. 1 Nr. 2.

사자간의 분위기 개선을 위한 공여 등을 들 수 있다. 특히 범인이 언젠가 자신의 관청의 업무범위에서 利益供與者를 위해 행했거나 혹은 미래에 그를 위해 행해야 할 직무행위의 관점에서 이익이 약속되었다는 인식을 가졌다면 그것으로 족하다. 따라서 이익제공자가 공무원의 일반적인 호의를 얻고자 했고 공무원이 이러한 의도를 인식하고 이익을 약속 받거나 수령한 경우로도 족하다.

반면에 2항의 司法的 行爲를 위한 이익취득의 경우에는 직무행위와 이익 사이에는 等價的 關係가 성립되어야 한다. 즉 사법적 행위는 대체적 윤곽의 범위에서 구체화되어 있어야 한다. 이것은 2항에 의하면 이익은 이미 행해진 사법행위 혹은 장래의 사법행위에 대한 반대급부로서 규정되었기 때문이다. 따라서 이익과 하나의 특정한 이미 행해진 사법행위 혹은 장래의 사법행위와의 관련성이 요구된다. 따라서 법관 등이 하나의 특정한 혹은 특정될 수 있는 사법행위 등을 위해 이익을 요구했는가 하는 것이 기준이 된다.[27] 그러나 장래의 사법행위의 특정성에 대한 요구는 너무 극단적이어서는 안 된다.[28]

상대방의 긍정적 반응을 전제로 하지 않는 "요구"를 위해서는 공무원측의 일방적 표현으로 충분하다는 데 이견이 없다. 이 표현에는 물론 상대방의 調應의 의사표시를 끌어내려고 하는 의도가 포함되어야 한다. 이익의 수령과 약속에 있어서 양당사자간의 계약적 의사합치가 요구되며 이는 암묵적 동의로 충분하다고 보는 지배설의 견해에[29] 대해 이것은 공무원이 주도권을 잡는 사례는 利益供與者가 급부를 제시하는 사례와는 달리 취급되어야 할 것이라는 점에서 이미 설득력이 없다는 반론이 제기된다. 부패구성요건의 취지에 합당하게 공무원 등은 자신의 직무행위 혹은 사법적 행위에 대한 반대급부로서 이익을 취하고자 하는 자신의 의사를 상대방으로 하여금 알게 하고 또한 이러한 사안에 대한 의견의 일치를 이끌어낼 수 있다는 기대를 가지고 행하는 것으로 족하다고 보는 견해가 타당하다.[30]

다만 공무원의 의사는 객관적으로 認知가 가능해야 하며 반면에 상대방이 그 의사표시를 바르게 이해했는지 혹은 이해할 수 있었는지는 상관없다. 공무원이 아닌 이익공여자가 주도권을 잡는 사례에서는 이익제공자의 의사표시가 객관적으로 부패행위를 위한 청약으로서 표현되는지의 여부와는 상관이 없고 단지 공무원이 그렇게 이해하고

27) BGHSt 15, 250.
28) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 29b.
29) BGHSt 4, 297; 10, 241; RG 39, 199.
30) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 29d.

이에 상응하는 의사표시를 하는지의 여부만이 중요하다.

6) 2항의 행위

2항의 객관적 구성요건은 법관 혹은 仲裁人이 자신이 하나의 司法的 行爲를 했다는 데 대해 혹은 장차 할 것이라는 데 대한 반대급부로서 자신 혹은 제3자에의 이익을 요구하거나 약속을 받거나 수령할 것을 전제로 한다. 행위주체는 따라서 법관(독일형법 11조 1항 3호)이나 중재인(독일민소법 1025조 이하)여야 한다.

사법적 행위란 법관으로서 자신에게 부과된 과제의 인지하에 법관으로서의 독립성을 가지고 행하는 업무를 말한다.[31] 여기에는 민사, 형사, 행정소송 뿐 아니라 비송사건, 노동 · 사회 · 재정재판과 헌법소원 등이 포함된다. 여기에는 판결 뿐 아니라 결정 혹은 구속명령 그리고 형소법 범위에서의 안전한 호송의 허락 혹은 기일의 연기나 정회와 같은 순수한 절차법적 조치도 이에 해당한다.

국가사법기관의 행위 뿐 아니라 스포츠법원의 행위나 건강보험의사조합과 의료보험회사 사이의 私法的 중재행위도 본 구성요건에 해당된다.[32] 이러한 사적 재판권은 민소법의 중재인의 형식을 따르는 것이므로 중재인에게 판결권한을 부여하는 것은 불가피하다. 다만 판결이 취소가능한 것이든 종국적인 것이든 상관없다.

1항과는 반대로 요구된 이익 등은 이미 행했거나 장차 행할 사법적 행위에 대한 반대급부로서 예정되어야 할 것이 필요하다. 요구된 이익 등과 사법행위 사이에는 특별한 관련성이 존재해야 하므로 임의의 사법행위가 아닌 특정한 사법행위를 위해서 이익이 제시되어야 한다. 사법적 행위가 행해지는 시점은 중요하지 않으므로 미리 행해질 수도 있고 이익취득과 동시에 이루어질 수도 있으며 나중에 이루어질 수도 있다. 법관이 추후의 직무행위를 위해서 이익을 취득한 경우에는 그 직무행위가 실제로 수행되는지의 여부는 불문한다.[33]

3. 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로서 고의가 필요하다. 범인은 직무수행을 위해서 혹은 사법적 행

31) SK-Rudolphi, § 331 Rdnr. 13.
32) SK-Rudolphi, § 331 Rdnr. 6.
33) Sckönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 12a; Tröndle/Fischer, a.a.O., Rdnr. 22.

위를 위한 반대급부로서 이익을 요구한다는 사실을 인식해야 한다. 공무원이 그 직무행위를 실제로 행할 것인지 혹은 행했는지의 여부는 불문한다. 고의는 범인에게 공무원 혹은 특히 공적 직무에 특히 의무를 부여하는 행위상황이 존재한다는 데 미쳐야 한다. 범인은 더 나아가 법적 근거가 없는 이익을 직무행위의 반대급부에 관련한 사안이라는 인식을 가져야 한다.[34]

4. 旣遂와 終了

收受의 표지에 관련해서는 이익을 취득함으로써 기수에 이른다. 약속의 경우에는 공무원이 상대방에 대한 자신의 행위를 통해서 자신의 부패성을 외부에 표현함으로써 기수에 이르기에 족하다.[35] 수수의 경우와 마찬가지로 즉시범의 성격을 가지는 요구의 경우에는 범인의 요구가 상대방에게 인식됨으로써 기수에 이른다.[36] 최종적 이익이 수령됨으로써 범행은 종료된다. 변제기일이 확정되지 않은 대부를 받은 경우에는 이 행위로써 종료된다.

법관 혹은 중재인에 의한 이익수령의 경우 미수는 처벌된다(2항 2문). 이익의 요구의 경우에는 범인이 자신의 요구의 의사표시를 함으로써 착수에 이른다. 의사표시는 상대방에 도달하지 않아도 좋다.

5. 3항의 가벌성의 예외규정

1) 事前的 許可의 의미

범인이 자신이 요구하지 않았던 이익에 대한 약속을 받거나 이를 수수하고 관청이 자신의 권한의 범위 내에서 이 수령을 사전에 허락했거나 혹은 범인이 관청의 신고에 지체 없이 이를 변상하고 관청이 이 수령을 事後에 허락한 경우에는 가벌적 이익수수는 인정되지 않는다.

---

34) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 30.

35) 이에 비해 SK-Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 51에서는 이익의 약속과 수령의 경우 불법합의로 이미 기수에 이른다고 본다. 김일수, 앞의 책, 664면은 약속의 경우 수뢰자가 상대방의 청약에 대해 승낙의 의사표시를 한 시점을 기수로 본다.

36) 김일수, 앞의 책, 663면; BGHSt 10, 243; SK-Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 51; Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 31.

사전적 허가는 범인이 직무집행을 위해 이익을 취한 이상 구성요건을 배제하는 작용을 하지 않는다. 또한 공범관계에서 회피되어야 하는 귀결을 피해야 한다는 점을 고려한다면 **責任阻却事由** 혹은 **處罰排除事由**라고 볼 수도 없으므로 동의는 정당화 사유로 인정되어야 한다.[37] 특정한 사례에서 이익의 수수 그 자체로서는 금지되어야 하겠지만 예를 들어 자신을 위험에서 구해 준 경찰관이나 소방관에 대한 감사의 뜻으로 주는 선물과 같은 경우처럼 이를 금지하는 것보다는 오히려 수령이 이루어지도록 내버려둘 때의 국가적 이익이 우월할 때가 있다. 사전적 허가가 있다고 해서 무조건 정당화 사유의 체계에 분류될 수 있는 것은 아니다. 이익수령에 대한 **寬容**에 우월한 국가의 이익이 존재하는 경우라고 하더라도 이것이 3항에서 요구된 관청의 허락에 좌우되기 때문이다. 관청은 자신의 입장에서 본조의 보호법익을 자유롭게 처분할 수 있는 것이 아니라 상황에 따라 이익의 수령이 공무원이 객관적 직무집행을 저해하는가 혹은 이러한 사실을 인지한 제3자에게 불공평하다는 인상을 갖게 하지 않는가 하는 점에 대해 자신의 의무적 재량에 따라 평가해야 한다. 이것은 정당화원칙이 이익수령에 대한 허가권한에 해당하기는 하지만 관청의 법익처분권한을 침해해서는 안 된다는 의미이다.[38]

2) 事後的 許可

위법성 혹은 합법성은 행위 시점에 확정되어야 하는 것이기 때문에 사후의 허가는 그 자체로서 이미 행해진 수수를 정당화하지 못하지만 그렇다고 모든 허가 없는 이익수수가 항상 불법이라고 할 수 있는 것도 아니다. 즉 사후의 허가가 정당성을 부여하는 데에는 일정한 요건을 필요로 한다. 사전적 허가를 받을만한 상황이 못된다면 공직자는 이익을 수수하는 경우에 우월한 국가의 이익이 존재할지에 대해서 스스로 심사할 것이 요구된다. 법규범이나 현존의 행정실무의 관점에서 볼 때 허가 받을 수 있는 이익이라고 할 수 있을 때 공무원은 긍정적 결론을 내릴 수 있다. 공무원이 추후에 허가를 받을 생각을 하고 이런 이익을 수수한 경우에는 정당성이 인정된다. 주관적 정당화요소로서 이러한 의도는 필요하다. 이런 사례에서도 관청의 처분권한이 완전히 사라지는 것이 아니라 일정한 형태의 조절권한 속에 존속하기 때문이다. 정당화를 위해서는 추후에 실제로 허가가 났는지의 여부는 중요하지 않다.[39] 그렇지 않으면 범인이 스스로 결정해야

37) LK-Jescheck, § 331 Rdnr. 16; Blei, Strafrecht Besonderer, Teil 12. Aufl., 1983, S. 462; Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 46.
38) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 47.
39) Maiwald, JuS 1977, 356 f; Lackner/Kühl, § 331 Rdnr. 16; Schönke-Schröder,

하는 사례에서 가벌성 여부가 관청의 의지에 종속될 수 밖에 없기 때문이다.

3) 허가관청의 권한범위

3항의 문언에 따르면 허가관청이 자신의 권한의 범위 내에서 허가를 한 경우에만 허가가 유효하다. 권한의 범위에 포함하는지의 여부는 公法 특히 公務員法에 따른다. 잘못된 허가가 공무원의 가벌성에 어떠한 영향을 미치는지가 문제된다. 우선은 공무원이 예컨대 이익의 가치 혹은 동기에 대한 欺罔 등으로 자신의 행위에 대해 허가를 요구할 수 있는 사항이 아니라는 점이 확정되어야 한다. 그 밖의 잘못된 허가는 취소될 수 있으나 그 효과는 다를 수 있다. 무효인 허가는 고려되지 않는다. 공무원이 그 무효성을 알지 못했다면 금지착오이다. 따라서 무효라는 사실을 알 수 있었던 경우라면 가벌성이 인정된다. 잘못된 허가는 취소될 수 있으나 취소될 때까지는 효력이 인정된다.[40]

나. 제332조 義務違背가 관련된 收賂罪 (Bestechlichkeit)[41]

1. 독일형법 331조와의 차이점과 특수성

이 규정은 수동적 부패범죄의 중한 유형을 다루고 있으며 따라서 독일형법 331조 1항, 2항의 가중구성요건을 담고 있다.[42] 동법 331조와 비교할 때 332조에서는 하나

---

a.a.O., Rdnr. 49.

40) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 51.

41) 제332조 (1) 공무원 혹은 공적 직무에 특별한 의무를 지는 자로서 자신이 하나의 직무수행을 했거나 장래에 함으로써 자신의 직무상의 의무를 위배했거나 위배하게 될 것이라는 데 대한 반대급부로서 자신 혹은 제3자에게의 이익을 요구하거나 약속을 받거나 수수한 자는 6월 내지 5년의 자유형에 처한다. 경미한 사례에서는 3년 이하의 자유형 혹은 벌금형에 처한다. 미수는 처벌된다.

(2) 법관 혹은 仲裁人으로서 자신이 하나의 司法的 行爲를 수행했거나 장래에 함으로써 법관으로서의 의무를 위배했거나 위배하게 될 것이라는 데 대한 반대급부로서 자신 혹은 제3자에게의 이익을 요구하거나 약속을 받거나 수수한 자는 1년 내지 10년의 자유형에 처한다. 경미한 사례에서는 6월 내지 5년 이하의 자유형에 처한다.

(3) 범인이 장래의 행위에 대한 반대급부로서 이익을 요구하거나 약속 받거나 혹은 수수한 경우에,

1. 행위를 함에 있어 자신의 의무를 침해할 것이라는 것을 상대방에게 이미 표시했거나 혹은
2. 행위가 자신의 재량의 범위에 속하는 경우에는 재량권의 행사가 이익의 영향을 받게 된다는 것을 상대방에게 표시한 때에는 1항과 2항이 적용된다.

의 특정한 직무행위 혹은 사법적 행위에 관련되어야 한다는 점과 의무를 위배했거나 위배하게 될 직무행위 혹은 사법적 행위를 위한 반대급부로서 이익을 요구하거나 약속받거나 수수해야 한다는 두 가지 점에서의 차이가 있다. 범행장소는 불법합의가 이루어지거나 실현된 장소만 될 뿐이고 의무위배의 직무행위가 일어난 장소는 아니다. 그리고 본조는 331조에 비해 형량이 무겁다. 331조와는 달리 본조에서는 상급관청의 허가가 위법성을 배제하지 않는다는 점도 331조와는 비교되는 점이다.[43] 본 구성요건은 결과범이 아니라 거동범이다.

2. 객관적 구성요건

1) 행위의 직무관련성

본조 1항의 객관적 구성요건으로서 공무원 혹은 공적 직무에 특별히 의무를 지는 자가 의무에 위배되는 과거의 혹은 현재 동시에 이루어지는 혹은 미래의 직무행위에 대한 반대급부로서 자신 혹은 제3자에게의 이익을 요구하거나 약속을 받거나 수수함으로써 성립된다. 이익은 義務違背的 行爲의 반대급부여야 한다. 공무원이 의무위배적 행위를 통해서 스스로 이익을 얻게되는 경우에는 이 요건이 결여될 수 있다.[44] 2항은 법관 혹은 중재인의 위무위배적 행위가 포함된다.

문언상 직무행위에 관련되어야 하므로 공무원의 私的 行爲는 이것이 비록 직무의무를 위배하는 것이라고 해도 본조는 적용되지 않는다. 예를 들어 상급자의 금지조치에도 불구하고 과외수업을 해 준 교사의 행위는 여기에 해당되지 않는다.

2) 행위의 義務違背性

해당행위는 범인의 직무 혹은 법관으로서의 의무를 위배해야 한다. 직무행위가 법률, 행정규범, 강령 뿐 아니라 일반적 복무규정이나 기관장의 지시에 어긋나는 경우에도 의무위배성이 인정된다.[45] 이미 행해진 행위 혹은 불법합의와 함께 동시에 이루

---

42) BGH NStZ 1984, 24.
43) BGH NJW 1960, 831.
44) 예를 들어 경찰관이 사기나 공갈죄의 공동정범이 되는 경우, Schönke-Schröder, § 332 Rdnr. 21.
45) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 7.

어지는 행위의 경우에는 어디에 의무위배성이 있는지 확정되어야 한다. 이 확정이 이루어지지 않는다면 독일형법 331조의 적용이 고려되어야 한다. 장래의 행위에 대해서는 목전의 행위를 함에 있어 자신의 의무를 침해할 것이라는 것을 상대방에게 이미 표시했거나, 혹은 행위가 자신의 재량의 범위에 속하는 경우에는 재량권의 행사가 이익의 영향을 받게 된다는 것을 타인에게 표시함으로써 족하다. 재량행위의 경우 재량의 남용 혹은 재량의 범위초과와 같이 재량행위 그 자체에 의무위배가 존재할 수 있다. 더 나아가서 결정에 이르는 방법상에 이의가 제기될 수 있는 경우에도 의무위배가 인정된다.[46] 收賂가 장래의 직무적 혹은 사법적 행위와 관련된 경우에 가벌성 여부는 범인이 나중에 실제로 의무위배행위를 했느냐의 확정에 달린 것이 아니라 그런 행위를 할 태세를 표현했느냐에 달려있다.[47]

부적합한 규범을 적용하거나 적합한 규범을 적용하지 않거나 올바르게 적용하지 않거나 재량의 권한을 넘어서거나 이를 남용하는 함으로써 절차적 혹은 실체적 법이 침해당한 경우에 사법행위는 의무에 위배되는 것이다. 객관적으로 다중의 의미가 있는 법규범의 경우에는 그 법적용의 결과가 허용되는 해석의 범위를 벗어날 때에만 의무위배성을 논할 수 있다. 법의 왜곡이라는 개념에까지 이를 필요 없다.[48]

3. 주관적 구성요건

주관적 구성요건을 위해서는 고의가 요구된다. 범인은 이미 행해진 행위 혹은 동시에 행해지는 행위에 있어서 특히 행위가 직무상 혹은 법관으로서의 의무를 침해한다는 인식을 가져야 한다. 직무행위의 의무위배성에 대해 범인이 착오를 일으킨 경우에는 331조가 적용된다. 장래의 행위에 있어서는 범인이 의무위배에 대한 태세를 보인다는 사실을 아는 것으로 족하다. 따라서 재량권을 행사하는 공무원의 경우에 자신이 결정을 내림에 있어 賂物에 따른 영향이 있을 것이라는 인상을 외부에 일깨운다는 사실을 인식함으로써 고의가 인정된다.[49] 공무원 등이 자신에게 주어지는 이익이 재량권행사에 영향을 주게될 것이라는 사실을 안다면 이 경우도 고의가 인정된다.[50]

---

46) Blei, Strafrecht Besonderer Teil, 12. Aufl., 1983, S. 463.
47) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 15.
48) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 13.
49) BGHSt 15, 356.
50) 범인이 뇌물에 의해서 의무위배의 행위를 하거나 하고자 한다는 것은 기수의 요건이 아니다, BGHSt 11, 130; 15, 88; BGH NJW 1960, 831; Fuhrmann ZStW Bd. 72, 536, 567;

다. 제333조 贈賂罪 (Vorteilsgewährung)[51]

1. 부패방지법을 통한 구성요건의 확장

1974년도의 형법시행령(EGStGB 74)이 있기 이전에는 독일형법 331조의 對向犯에 해당되는 규범이 없었으나 부패방지법을 통한 개정으로 본조가 동법 331조에 대한 對向犯으로서 형성되었다.[52] 개정 이전의 333조는 직무상의 의무위반을 포함하는 행위를 결의케 하기 위한 공무원에 대한 贈賂만을 처벌했다. 따라서 의무위배여부와 상관없이 과거의 행위에 대한 답례나 장래의 의무합치적인 직무행위를 위한 供與는 과거의 333조에는 해당되지 않았다. 그러나 1974년도의 형법시행령 이후에는 장래의 재량행위에 대한 이익공여는 범인이 공무원의 재량행위에 이익공여를 통해 영향을 주고자 하는 의도를 가지고 행위를 했는지 여부와 상관없이 처벌되기에 이르렀다.

현행 333조는 과거 혹은 미래의 직무집행에 관련하여 공무원 혹은 제3자에게 이익을 공여하는 행위를 포함한다. 여기에서는 이익이 하나의 특정한 행위를 위한 반대급부로 생각이 되었는지의 여부와는 상관이 없다. 그리고 제3자에 대한 이익공여를 포함하므로 결코 처벌할만한 행위라고 여겨지지 않았던 사례까지도 포함된다. 해당 지방자치단체의 절대적으로 하자 없는 건축허가에 대한 감사의 표시로 하나의 시설물을 기증한 기업가의 행위도 처벌대상이 된다.[53]

Tröndle/Fischer, § 332 Rdnr. 8.

51) 제333조 (1) 공무원, 공적 직무에 특별한 의무를 지는 자 혹은 군인에게 직무집행을 위해 이익을 당사자 혹은 제3자에게 제시하거나 약속하거나 공여한 자는 3년 이하의 자유형 혹은 벌금형에 처한다.

(2) 법관 혹은 중재인에게 사법행위를 했거나 할 것이라는 데 대한 반대급부로서 당사자 혹은 제3자에게 이익을 제시하거나 약속하거나 공여한 자는 5년 이하의 자유형 혹은 벌금형에 처한다.

(3) 관할 관청이 그의 권한의 범위 내에서 이익의 수수를 사전에 허가했거나 수수자의 지체없는 신고에 따라 허가한 경우에 범인은 1항에 따라 처벌되지 아니한다.

52) SK-Rudolphi, § 333 Rdnr. 1; König, JR 1997, 397. 우리나라에서는 수뢰죄와 증뢰죄의 관계에 대해서는 수뢰자와 증뢰자의 협동이 요구되므로 양죄는 동일한 하나의 범죄의 양면일 뿐이며 다만 신분에 따른 형의 경중의 차이만 있다고 해석하는 필요적 공범설과 개별범죄설로 나뉘는데 수수, 공여, 약속의 경우에는 필요적 공범이겠지만 요구와 공여의사표시는 독립적 범죄라고 보는 二元說이 타당하다. 이재상, 형법각론, 1994, 박영사, 671면 이하; 박상기, 형법각론, 1996, 박영사, 641면; 임웅, 형법각론, 2001, 법문사, 779면 이하.

53) Schönke-Schröder, § 333 Rdnr. 1.

2. 객관적 구성요건

1) 주체

주체에는 제한이 없으므로 공무원도 가능하다.[54] 본 구성요건행위는 독일형법 331조에 언급된 人的 範圍 뿐 아니라 독일 군대의 군인에게 대해서도 행해질 수 있다.

2) 행위

행위는 독일형법 331조의 對向行爲로서 그 중 賂物供與의 意思表示인 제시(Anbieten)는 331조의 요구에 상응한다. 이것은 불법합의의 체결을 목적으로 한 명시적 혹은 묵시적 의사표시로 이루어진다. 조심스럽게 형성된 질문 속에 내재될 수도 있는 이 의사표시는 공무원 등에게 도달되어야 한다. 여기서의 "약속"은 331조의 "약속을 받다"에 상응하고 여기서의 공여는 수수에 각각 상응한다.[55]

불법합의는 일방적으로 존재하기 때문에 여기서의 행위는 상대방의 반응을 야기하고자 하는 데에 지향된 것이면 족하며 공무원 등 상대방이 의사의 내용을 이해했을 것이 요구되는 것은 아니다. 약속과 공여의 경우에도 양 당사자간의 실제적 동의가 이루어져야 하는 것은 아니다. 공여자의 의사표시가 그러한 목적을 지향하고 있거나 그것을 전제로 하고 있다는 것으로 충분하다.[56]

또한 상대방은 공무원이나 중재인 당사자일 것을 요구하지 않으므로 제시, 약속, 공여는 공무원의 가족과 같은 매개인을 통해서도 이루어질 수 있다.[57] 단 제시는 상대방의 인지가 이루어질 것이 요구된다. 따라서 편지가 읽혀지지 않은 경우 등과 같이 인지가 이루어지지 않은 경우는 불가벌의 미수만이 존재한다. 범인이 이익제공을 통해 매개인에게만 영향을 주고자 한 경우는 333조가 적용되지 않는다. 타인의 의사를 전달하는 경우와 같이 전달자로서 행위를 한 때에는 정범이 아닌 공범가능성만이 논해질 수 있다.

증뢰죄에 있어서도 뇌물은 직무집행 혹은 사법행위와의 관련성이 있어야 한다.[58]

---

54) 김일수, 앞의 책, 678면; 배종대, 앞의 책, [159] 35.
55) 임웅, 앞의 책, 803면.
56) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 5. 김일수, 앞의 책, 679면은 다른 견해.
57) 이재상, 형법각론, 1994, 박영사, 687면; 대판, 1968. 10. 8, 68도1066; SK-Rudolphi, § 333 Rdnr. 7; Beckemper, wistra 1999, 173.
58) 이재상, 앞의 책, 688면.

의무에 합당한 직무집행으로도 충분하기 때문에 수해복구현장에서의 군인에게 음식을 제공하겠다고 하는 것도 구성요건에 포함된다. 1항에 의한 범행관련대상이 장래의 재량행위일 필요도 없다. 331조의 경우와 마찬가지로 과거, 현재 혹은 미래의 직무집행행위 혹은 사법행위이면 족하며 이익도 공무원 혹은 법관 당사자에게 뿐 아니라 제3자에게 제시, 약속, 공여 되는 것으로 족하다.

3. 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로서 고의가 요구되며 미필적 고의로 충분하다. 고의는 직무집행을 위해 혹은 司法行爲의 반대급부로서 제시, 약속, 공여된다는 데에 미쳐야 한다. 고의에는 불법합의의 대상이 직무행위 혹은 2항의 경우 사법행위라는 데 대한 의미인식이 포함되어야 한다. 이익이 이미 집행된 직무행위를 위한 것인지 아니면 장래의 행위를 위한 것인지에 대한 표상의 相違는 문제되지 않는다. 범인이 요구된 혹은 약속된 이익을 실제로 공여할 의도를 가져야 할 것은 요구되지 않는다.[59]

4. 旣遂

제시, 약속, 공여로서 행위는 기수에 이른다. 상대방이 이익을 수수하거나 요구된 행위를 실행할 용의가 있든지 혹은 그 행위를 원래 가지고 있었던 준비태세에 따라 행하고자 하든 말든 중요한 것은 아니다. 결과적으로 공무원 등이 독일형법 331조, 332조에 따라 처벌되는지의 여부와도 상관없다.[60] 미수는 처벌되지 않는다. 나머지는 331조에 상응한다.

5. 처벌배제사유

본질적으로 독일형법 331조 3항에 상응에 상응하는 본조 3항의 규정에 따라 1항의 이익공여는 관할 관청이 그 권한의 범위 내에서 이익의 수수를 사전에 허락하거나 수뢰자의 지체 없는 신고에 따라 허락한 경우에는 처벌되지 않는다. 이 규정의 실무적 적용범위는 극단적으로 좁다. 왜냐 하면 1항에만 해당되는 장래의 재량행위를 위한 이

59) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 8.
60) BGHSt 15, 184.

익수수의 허가는 거의 고려될 수 있는 사항이 아니기 때문이다.

利益供與者가 행위하기 이전에 공무원에게 이익의 수수에 대한 허가가 난 경우 이익공여자의 행위는 정당화된다. 또한 이익공여자가의 궁극적 이익제공을 허가가 나는지의 여부에 맡겼을 때 이익이 공무원의 재산에 궁극적으로 영입되기 전에 이익수수가 허가되었다면 행위는 정당화된다. 이 모든 경우에 상대방이 이익을 요구했는지의 여부와는 상관이 없다. 이익공여자의 가벌성은 누구로부터 주도권이 나왔는지와는 관련이 없을 수 있기 때문이다. 나머지는 331조 2항에 제시된 원칙이 그대로 적용된다.[61]

본조의 사후허가는 단지 보충적 의미만 있을 뿐이므로 즉시 공여할 수 밖에 없는 이익을 공여했을 때 그 공여가 허가를 받을 수 있는 것이고 공여자가 공무원에 의해 허가신청이 될 것이라는 기대를 가지고 행위를 한 이상 그 행위는 정당성을 갖는다. 추후의 상황은 행위시점에 이루어져야 하는 위법성판단에 영향을 줄 수 없기 때문에 이러한 내용이 실제로 실현되었는지의 여부는 정당화를 위해서는 중요하지 않다. 범인이 추후의 허가를 예상하지 않았는데 허가가 이루어졌다면 처벌조각사유에 해당한다.[62]

범인이 착오에 의해서 일반적 허가가 존재하는 것으로 인식했거나 유보조건 하에 제공된 이익이 궁극적 공여이전에 허가를 받은 것으로 인식했다면 정당화사유의 전제에 관한 착오가 존재한다. 이익이 허가를 받을 수 있는 가능성을 위한 실제적 요건에 대한 착오가 있는 경우도 동일하다.

라. 제334조 義務違背가 관련된 贈賂罪 (Bestechung)[63]

---

61) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 14.

62) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 15.

63) 제334조 (1) 공무원 혹은 공적 직무에 특별한 의무를 지는 자 혹은 독일 군대의 군인에게 그가 하나의 직무수행을 했거나 장래에 함으로써 자신의 직무상의 의무를 위배했거나 위배하게 될 것이라는 데 대한 반대급부로서 당사자 혹은 제3자에게의 이익을 제시하거나 약속하거나 공여한 자는 6월 내지 5년 이하의 자유형에 처한다. 경미한 사례에서는 2년 이하의 자유형 혹은 벌금형에 처한다. 미수는 처벌된다.

(2) 법관 혹은 仲裁人에게 그가 하나의 司法的 行爲를
1. 수행하여 이로써 그의 법관으로서의 의무를 침해하게 했거나
2. 장래에 함으로써 법관으로서의 의무를 위배하게 될 것이라는 데 대한 반대급부로서 당사자 혹은 제3자에게의 이익을 제시하거나 약속을 하거나 공여한 자는 1호의 경우 3월 내지 5년 이하의 자유형에, 2호의 경우 6월 내지 5년 이하의 자유형에 처한다. 미수는 처벌한다.

(3) 범인이 장래의 행위에 대한 반대급부로서 이익을 제시하거나 약속하거나 혹은 공여한 경우에,
1. 행위를 함에 있어 그의 의무를 침해할 것이라는 것을 결의하도록 시도했거나, 혹은

1. 객관적 구성요건

1) 행위주체

주체는 제한이 없으므로 다른 공무원도 주체가 될 수 있으나 義務違背의 收賂犯은 본조의 공범이 될 수 없다. 수뢰자가 주도권을 잡고 그 가담의 정도가 일정 수준을 초과했다고 하더라도 마찬가지이다. 반면에 제3자적 측면에서의 범행관여는 가능하다.

2) 행위

1항에 의한 객관적 구성요건은 범인이 공무원 혹은 공적 직무에 특별한 의무를 지는 자 혹은 독일 군대의 군인에게 의무에 위배되는 직무수행에 대한 반대급부로서 당사자 혹은 제3자에게의 이익을 제시하거나 약속하거나 공여할 것을 요건으로 한다. 따라서 범인이 이익을 제시하거나 약속하거나 공여함으로써 본 구성요건적 행위가 성립된다.[64] 2항에 의하면 의무에 위배되는 司法行爲에 대한 이에 상응하는 행위가 포함된다.

관련행위는 이 행위를 통해 직무 혹은 司法的 義務가 침해되었거나 침해될 행위이다. 장래의 행위를 위한 이익공여의 경우에는 그 행위의 의무위반성이 확정되어야 한다. 장래의 행위에 대해서는 목전의 행위를 함에 있어 자신의 의무를 침해할 것이라는 것을 상대방에게 이미 표시했다는 것으로 족하다.

장래의 행위의 경우 공무원 등에게 의무위배적 행위를 하라는 요구는 인지되어야 한다. 3항은 이를 범인이 상대방에게 그의 의무를 위배할 것을 결의하도록 시도한 때와(1호) 재량행위의 수행에 있어서 이익을 통해서 이에 영향을 주고자 한 때(2호) "이미 적용된다" 라고 표현한다. 따라서 이익은 상대방이 의무위배를 할 것을 위해 공여되어야 한다. 여기에서는 범인이 자신의 상대방에 대한 결의시도가 어느 정도나 성공가능성이 있다고 내다보는지는 중요하지 않다. 따라서 범인이 자신이 요구하는 행위를 상대방이 거절할 가능성이 있다고 보는 경우에도 3항은 적용된다.[65] 재량행위에 있어서는 독일형법 332조의 경우처럼 행위가 옳지 않은 것일 필요가 없다.

---

2. 행위가 공무원의 재량의 범위에 속하는 경우에는 재량권의 행사가 이익의 영향을 받도록 한 경우에는 1항과 2항이 적용된다.

64) Düsseldorf NJW 1987, 1213; Geerds, JR 1987, 169.

65) Lackner/Kühl, § 334 Rdnr. 3.

3) 3항의 해석

상대방에게 그의 의무를 위배할 것을 결의하게 하거나 재량행위의 경우에 이익이 재량행위에 영향을 주도록 하겠다는 결의를 갖게 하는 시도는 이익의 제시, 약속, 공여와 결부될 것만이 요구된다. 따라서 결의시도는 명시적 혹은 묵시적으로 이루어질 수 있고 상대방이 그런 결의를 할 것인지 혹은 이미 결의를 한 상태인지 혹은 의무위배적 행위를 할 수 있는 상태인지의 여부는 중요하지 않다.[66]

본조 3항의 규정은 그 기능에 있어서 독일형법 332조 3항과 본질적으로 상통하나, 332조 3항에서는 매수가능한 의무위배성을 제시하는 것이 불법합의의 핵심을 이루는데 비해 여기서는 의무위배를 결의하도록 하는 시도가 이 부패구성요건의 표지를 충족시킨다는 점에 본질적 차이가 있다. 332조에서는 공무원의 의사표시만이 중요하고 그가 추후에 무엇을 행하는지 그리고 위무위배를 범하고자 하는지의 여부는 중요하지 않은 반면에 능동적인 행위의 측면에서는 행위자가 상대방의 장래의 의무위배를 원한다는 점이 요구된다. 그렇지 않으면 여기에서 敎唆未遂가 성립될 수 없기 때문이다.

2. 주관적 구성요건

주관적 구성요건으로서 고의가 필요하다. 과거의 직무행위 혹은 사법적 행위에 있어서는 범인은 적어도 미필적으로 상대방이 그의 의무를 침해했다고 생각할 것이 요구되므로 이것이 결여되면 행위자는 불가벌이다. 범인이 공무원의 행위가 합법임에도 불구하고 불법인줄로 알았다면 미수가 인정된다. 상대방의 공무원 혹은 법관이라는 신분적 성격에 대해서도 미필적 고의로 족하다. 범인이 착오에 의해서 자신의 상대방이 부패범으로서의 適格性을 가진 것으로 인식했다면 여기서도 미수가 인정된다. 상대방이 이익과 직무행위 혹은 사법행위와의 관련성을 인식하고 있을 것이라는 점에 있어서도 미필적 고의로 족하다. 여기서 직무행위 혹은 사법행위는 이미 행해진 것이든 앞으로 행해질 것이든 상관없다.[67]

장래의 행위에 있어서의 주관적 요건과 미수상황에 대한 문제는 3항에 대한 고려하에서 설명될 수 있다. 범인이 직무 혹은 사법적 의무를 실제로 침해하게 되는 행위

66) Lackner/Kühl, a.a.O., Rdnr. 3; Schönke-Schröder, § 334 Rdnr. 6.
67) 착오에 관한 앞의 두 가지 사례에서 독일의 학설은 각각 2항의 경우에만 가벌적 마수가 성립되는 것으로 본다. Schönke-Schröder, § 334 Rdnr. 9.

를 위해 이익을 제시한 경우 1항 2항에 따르면 범인이 의무위배성과 관련하여 미필적 고의로 행한 것으로 족하다.[68] 따라서 행위자가 의무위배성을 예상하고 이를 각오하고 이익을 제시했다면 그것으로 족하다. 의무가 실제로 침해되지 않을 것이라면 1항의 경우 불가벌, 2항의 경우에는 가벌적 미수가 인정된다. 요구된 장래의 행위의 법적 성격에 관해서는 객관적 상황이 판단 척도가 되는 것은 아니다. 범인이 자신의 상대방의 행위가 의무에 위배되는 것으로 표상한 것으로 족하다. 따라서 범인이 착오로 그런 상황이 존재하는 것으로 표상했다면 본조는 적용된다. 반면에 그 반대로 범인이 상대방에게 요구된 행위가 의무에 위배되는 것은 아니라고 잘못 인식한 경우에는 본조는 탈락된다.[69]

3. 공범가능성의 범위

利益供與者는 이 규정에 의해서만 처벌되며 독일형법 332조의 敎唆犯 혹은 幇助犯으로 동시에 처벌되지 않는다. 동법 333조의 관련행위의 경우와 마찬가지로 제3자에게도 동일한 적용이 이루어진다. 어떠한 형태로 가담했든지 혹은 누구 편에 가담했는지 불문하고 단지 본조에 의해서만 처벌될 수 있다. 공무원을 위해서 잠재적 이익공여자에게 의무위배의 용의가 있음을 표시한 제3자에게도 동일하게 적용된다. 왜냐 하면 이러한 행위도 본조 3항에 따른 의무위배를 위한 결의를 하도록 하는 시도보다 중하게 판정할 수 없기 때문이다. 방조범인 경우 독일형법 27조 2항이 고려되어야 한다.[70]

범인이 독일인인 이상 국제부패방지법(IntBestG)에는 능동적 부패만이 적용되기 때문에 수동적 부패를 한 외국인은 공범으로 처벌되지 않는다(§ 3 IntBestG). 유럽연합부패방지법(EU-BestG) 2조에 따라 외국에서의 범행에 가담한 자에게도 동일하게 적용된다.

4. 旣遂와 未遂

행위는 이익의 제시 등으로 기수에 이른다. 3항의 경우에는 범행결의를 위한 시도

68) RGSt 77, 77.
69) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 10.
70) Schönke-Schröder, a.a.O., Rdnr. 15.

로써 기수에 이른다. 2항에 따라 미수는 처벌된다. 量刑에 있어서는 범인의 부패범죄 행위가 성공을 거두었는지의 여부가 참작되어야 한다.

III. 맺는말

살펴본 바와 같이 독일에서는 부패방지를 위해 이웃나라들과의 공조체제를 형성하고 있으며 대내적으로는 부패구성요건을 확대하고 처벌을 강화하는 방향으로 나아가고 있다. 구성요건에 있어서는 공공부분에서 뿐 아니라 사적 영역에서의 부패까지로 그 범위를 넓히고 있다. 그러나 부패방지를 위한 형법적 대응에는 한계가 따를 수 밖에 없다. 부패의 원인과 팽창을 고찰한다면 뇌물의 단속은 입법·사법기관만의 과제가 아니라 법치국가와 사회의 과제이기도 하다. 부패방지는 무엇보다도 윤리적·도덕적 과제이고 따라서 전체사회적 과제이며 법정책적 과제이다. 지속적인 형사처벌의 전제를 마련하고 특히 경제적·행정적으로 부패예방을 위해 진지한 노력을 기울인다는 국가의 의지와 모든 형태의 부패를 추방하겠다는 사회의 준비태세가 결정적이다.