

배임수증재죄의 형법적 의의와 ‘부정한 청탁’의 해석

이종수*

국 | 문 | 요 | 약

배임수증재죄는 일본이 국가형벌권을 강화하는 측면에서 마련한 개정형법가안을 계수한 것이라는 연혁적인 문제와 함께 사인 간 자유로운 법률관계에 국가형벌권이라는 엄격한 잣대를 들이대는 것은 문제가 있다는 비판에 직면하고 있다. 더구나, 실제 범죄통계 자료에 의하더라도 배임수증재죄가 재산범죄에서 차지하는 비율이 극히 미미하여 과연 형법상 독자적인 의미를 갖는지가 문제된다.

다수설은 배임수증재죄를 일종의 사적 뇌물죄로 보고 있고, 판례도 배임수증재죄는 거래의 청렴성을 보호법익으로 한다고 판시하고 있는데, 형법전의 편재체계와 입법자의 의사 및 형법 제357조 문언해석에 의할 때, 배임수증재죄를 사회적·국가적 법익을 위한 죄로 확대해석할 수는 없다.

나아가, 2015년 3월 27일 제정된 청탁금지법을 비롯하여 뇌물죄 중 제3자뇌물공여죄, 의료법, 약사법, 의료기기법 등에서 배임수증재죄와 유사한 행위를 처벌하고 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 여전히 본인의 업무를 수행하는 자가 그 임무에 위반한 채 부정한 청탁과 함께 금품을 수수하는 행위를 제재할 수 있다는 점에서 배임수증재죄는 여전히 형법적인 독자성을 갖는다고 할 것이다.

배임수증재죄를 둘러싼 가장 큰 문제는 ‘부정한 청탁’의 해석인데, 판례는 1968년 이후 50년 간 “배임수증재죄에서 부정한 청탁은 사회상규나 신의성실의 원칙에 반하는 내용의 부탁”으로 족하다고 하여 그 기준이 불명확할 뿐만 아니라, 가벌성의 영역이 지나치게 확장될 수 있다는 비판이 있다. 이에 대하여 판례사안을 유형화하여 부정한 청탁을 판단할 수 있다는 견해(유형설)가 있으나, 이는 판례의 결론을 평가하는 정도의 의미만 있을 뿐 실질적인 기준이 되지 못하는 문제가 있다.

결국, 배임수증재죄에 있어 부정한 청탁은 ‘타인(본인)과의 관계에서 제3자를 위하여 법령이나 계약, 법률행위에 근거한 신임관계를 위반하는 업무를 수행해 달라는 부탁’이라고 이해할 필요가 있고, 이에 대한 판단은 기존 계약관계의 존재 여부, 금품 제공의 형식, 수증자와 증재자 간 관계, 수수의 시기, 수수의 경위, 관련 내부규정 위반 여부, 경쟁업체의 존재 여부 등을 기준으로 평가하여야 할 것이다(실질설).

* 법무법인 세종 변호사

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2019.12.31.4.1>

- ❖ 주제어 : 배임수증재죄(receiving or giving bribe by breach of trust), 부정한 청탁(illegal solicitation), 청탁금지법(the improper solicitation and graft act), 신의성실의 원칙(the principle of good faith), 배임죄(breach of trust), 리베이트 쌍벌제(rebate dual punishment)

I. 들어가며

형법은 제357조에서 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한” 경우를 배임수재(제1항), 위와 같이 “재물 또는 이익을 공여한” 경우를 배임증재(제2항)로 규정하고 있다.

배임수증재죄는 다른 나라에서는 찾아보기 어려운, 입법례적으로 다소 독특한 죄인데, 이를 둘러싸고는 배임수증재죄가 일본 개정형법가안을 계수한 규정으로서, 그 연혁적인 문제가 있다는 지적과 함께, 비공무원간 자유로운 법률관계에 국가가 형벌권이라는 엄격한 잣대를 가지고 지나치게 개입하는 것은 적절하지 않다는 문제제기가 있다.

더구나 2018년도 범죄통계에 의하면, 2017년에 발생한 범죄 중 배임수재와 배임증재는 재산범죄 중 0.11%와 0.04%, 전체 범죄 중 0.03%, 0.01%에 불과한 것으로 나타났다.¹⁾

〈표 1〉 2017년도 발생 범죄 분석

	발생건수	재산범죄 ²⁾ 중 비율	전체범죄 ³⁾ 중 비율
절도	184,355	33.99%	10.10%
장물	1,934	0.36%	0.11%
사기	241,642	44.56%	13.24%
횡령	52,610	9.70%	2.88%
배임	4,440	0.82%	0.24%
배임수재	574	0.11%	0.03%
배임증재	223	0.04%	0.01%
손괴	56,558	10.43%	3.10%
합계	542,336		

1) 대검찰청, 2018범죄분석, 대검찰청, 2018, 98면.

2) 2017년도 전체 재산범죄 542,336건 기준.

3) 2017년도 전체 범죄 1,824,876건 기준.

이러한 상황에서 필자는 배임수증재죄에 대하여 크게 두 가지 질문을 하게 되었다. 첫 번째 질문은 과연 배임수증재죄가 위와 같은 연혁적·태생적 문제를 안고 있음에도 불구하고 독자적인 의미를 갖는지 여부이다. 배임수증재는 형법전 제40장에서 횡령 및 배임죄와 함께 규정되어 있긴 하지만, 배임죄의 특별규정이라기보다는 공무원의 뇌물죄에 상응하는 소위 ‘사적 뇌물죄’ 성격이 크다고 보는 것이 학설의 일반적인 입장이다.⁴⁾ 더구나 2015년 3월 27일 법률 제13278호로 제정된 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’⁵⁾이 2016년 9월 28일부터 시행되면서 공무원 뿐만 아니라 공직자 또는 공적 업무에 종사하는 사람들에 대한 금품수수를 처벌하게 되었고, 위 표에서 보는 바와 같이 실제 배임수증재죄가 발생하거나 그로 인하여 처벌받는 경우가 많지 않으며, 형법 이외에도 청탁금지법, 의료법, 약사법, 의료기기법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률,⁶⁾ 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률,⁷⁾ 감정평가 및 감정평가사에 관한 법률⁸⁾ 등에서 유사한 규정이 마련되어 있기 때문에 그 만큼 배임수증재죄가 설 자리를 잃어버린 것이 아닌지 검토해 볼 필요가 있다.

두 번째로, 대법원은 그 동안 전원합의체를 통한 판례 변경 없이 배임수증재죄의 구성요건인 ‘부정한 청탁’의 의미를 “반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 것을 요하지 않고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것이면 족하다”는 입장을 구축하여 왔는데, 이러한 추상적인 기준으로 형사처벌을 부과하는 것이 과연 죄형법정주의나 명확성 원칙에 비추어 문제가 없는지 알아볼 필요가 있다.

이러한 질문에 답을 내리기 위하여 필자는 1968년부터 2017년 12월까지 배임수증재죄, 그 중에서도 부정한 청탁의 유무가 문제되었던 62건의 판례를 분석해 보았다. 이하에서는 배임수증재죄가 여전히 형법상 독자적인 의미를 갖는지와 관련하여 특히 유사한 구성요건을 갖는 다른 범죄와의 비교를 통하여 그 입법연혁 및 보호법

4) 김일수/서보학, 새로운 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 398면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019, 441면.

5) 이하 ‘청탁금지법’이라고 약칭한다.

6) 이하 ‘공정거래법’이라고 약칭한다.

7) 이하 ‘특정경제범죄법’이라고 약칭한다.

8) 이하 ‘감정평가법’이라고 약칭한다.

익을 살펴보고(II), 다음으로 '부정한 청탁'의 해석과 관련하여 지난 50년 동안 이를 둘러싼 판례의 경향을 분석한 후, 이러한 판례의 입장을 유형화를 시도하였던 분석 및 그 문제점을 검토하여, 실제 배임수증재가 문제되는 사안에서 부정한 청탁을 판단할 수 있는 기준이 무엇인지 살펴보도록 하겠다(III).

II. 배임수증재죄의 형법적 의미 및 엄격해석의 필요성

1. 배임수증재죄의 입법연혁 및 개정 취지

배임수증재죄는 (i) 일본 고유의 미풍양속을 보호하고, (ii) 인신 및 명예를 보호하며, (iii) 새로운 형사정책을 도입하는 것을 지도이념⁹⁾으로 하는 일본 개정형법가안 제444조와 제446조를 계수한 것인데,¹⁰⁾ 개정형법가안은 일본에서 가안 형태로만 작성되었을 뿐 실제 형법에 반영되지 않았다.¹¹⁾

그럼에도 우리 형법은 개정형법가안을 상당부분 참고하여 제정되었는데, 당시 입법자료를 보면, 배임수증재죄는 특히 “사립학교교원 및 기타 사설단체의 직무자가 그 단체로부터 수입한 취지에 위반하는 사무처리상의 청탁을 받고서 경제상의 이익을 취득하는 소행의 처벌을 하기 위한다”는 목적에서 도입되었다.¹²⁾

배임수증재죄를 규정한 형법 제357조는 2016년 5월 29일 법률 제14178호를 통해 제3자에게 재물이나 재산상 이익을 취득하는 경우도 처벌하는 내용으로 개정이 되었는데, 이는 대법원이 “법문상 ‘타인’의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여

9) 오영근/최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구, 제10권 제1호, 1999, 117면.

10) 유기전, 형법학(인영본), 법문사, 2012, 266면.

11) 일본에서는 러일전쟁(1904~1905년)과 중국 신해혁명(1911년) 이후 민주주의에 대한 요구가 증대되었고, 1917년 러시아 혁명 이후에는 일본 내에도 사회주의 운동이 일어나게 되는 등 소위 ‘다이쇼 데모크라시’가 유행하였으며, 한편에서는 과시즘이 대두하기 시작하였는데, 이러한 과정에서 일본 정부는 민심을 추스르는 한편 일본 고유의 도덕 및 미풍양속에 입각한 사회질서를 유지하기 위하여 1926년(大正 15年) 형법개정 강령을 발표하고, 1940년(昭和15年) 10월 일본 개정형법가안을 발표하게 된 것이다(오영근/최종식, 앞의 논문, 111 내지 117면).

12) 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 30면.

부정한 청탁을 받았다고 하더라도 자신이 아니라 그 ‘타인’에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우”에는 배임수증재죄가 성립하지 않는다고 판시한 것¹³⁾을 고려한 것이며, 특히 ‘UN부패방지협약’ 등 국제적 기준에 부합하도록 처벌의 범위를 확대한 것이다.¹⁴⁾

2. 배임수증재죄의 보호법익

가. 보호법익을 둘러싼 견해의 대립

전통적으로 형법 제357조 배임수증재죄는 거래 또는 사무처리의 청렴성을 보호하기 위한 범죄로서, 일종의 사적 뇌물죄라고 보는 것이 다수의 견해이다.¹⁵⁾

이에 대하여 배임수증재죄는 횡령 및 배임죄와 같이 재산범죄에 편재되어 있기 때문에 거래 일반의 청렴성까지 보호한다고 보는 것은 무리가 있고, 사적 뇌물죄 정도로 이해할 경우 가벌성의 영역이 지나치게 확장될 우려가 있다는 등의 이유로 배임수증재죄도 일차적으로는 본인의 재산을 보호법익으로 보아야 한다는 견해가 유력하게 제시되고 있다.¹⁶⁾

나. 판례의 입장 분석

대법원은 1968년 이후 배임수증재죄는 전형적인 재산범죄인 배임죄와는 그 성격이

13) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006도1202 판결.

14) 형법 일부개정법률안 제안이유(국회 의안정보시스템; http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_Y1H5B1A1H0S5V1B6V1O0C5P3N3B5X6; 2019. 10. 18. 최종방문).

15) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판사, 2019, 470면; 김일수/서보학, 앞의 책, 298, 399면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 425면; 유기천, 앞의 책, 300면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 441면; 임웅, 형법각론(제10정판), 홍문사, 2019, 351면.

16) 조기영, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’”, 형사법연구, 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014, 107면. 강수진, “배임수증재죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미”, 형사법의 신동향, 통권 제33호, 대검찰청, 2011, 214, 215면 및 정신교, “배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론”, 한국부패학회보, 제22권 제3호, 한국부패학회, 2017, 9면도 배임수증재죄가 1차적으로는, 사무처리 위임자에 대한 직접적인 재산상 손해 내지 손해발생의 위험성을 보호법익으로 한다고 보고 있다.

다르다는 것을 분명히 하고 있는데, '피고인들이 창고로 사용되어 온 귀속재산을 제 3자가 불하받도록 도와달라는 부탁과 함께 20만 원을 받기로 하여 그 중 일부를 받은 사안'에서 항소심¹⁷⁾은 “사무처리상의 잘못은 될 수 있을지언정, 이 사실만으로 곧 위 회사에 손해가 발생하거나, 이에 대한 인식이 있었던 것으로 단정할 수 없고, 또 업무상배임이 되는 내용의 부정한 청탁을 받았다고 볼 수 없다”고 하여 배임수증재죄를 사실상 업무상배임죄와 유사하게 해석하여 무죄를 선고하였다. 이에 대하여 대법원은 “배임수증재죄에 있어서의 부정한 청탁은 원판시와 같이 업무상배임이 되는 내용의 부정한 청탁을 말하는 것이 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다”고 하면서 항소심 판결을 파기하였다.¹⁸⁾

또한 대법원은 1988년 부정한 청탁의 판단기준을 제시하면서 배임수증재죄의 보호법익은 거래의 청렴성임을 명시하였는데,¹⁹⁾ 결과적으로 배임수증재죄는 재산범죄인 배임죄와는 그 성격이 다름을 인정하여 결과적으로 다수설과 그 입장을 같이 한다고 평가할 수 있다.

다. 검토

배임수증재죄는 형법전 편재상 명백하고도 분명하게 개인적 법익, 그 중에서도 재산적 법익에 관한 죄에 속해 있고, 그 문언 역시 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여”라고 하여 본인의 업무 수행 과정만을 언급하고 있을 뿐이며, 제정 당시 입법자도 “사립학교교원 및 기타 사설단체의 직무자가 그 단체로부터 수입한 취지에 위반하는 사무처리상의 청탁을 받고서 경제상의 이익을 수득하는 소행의 처벌”하기 위하여 배임수증재죄를 도입한 것임을 고려할 때, 다수설과 같이 배임수증재죄를 배임죄와는 무관한 일종의 사적 뇌물죄로 보기에 는 무리가 있다.

그렇다면, 거래의 청렴성과 같은 사회적 법익 측면을 배임수증재죄의 부수적인 보호법익으로 볼 수 있는지가 문제되는데, 이 역시 '거래의 청렴성'과 같은 추상적인 내용을 형법의 보호법익으로 보는 것은 형법의 보충성 원칙에 비추어 볼 때 가별

17) 대구고등법원 1967. 11. 22. 선고 66노84 판결.

18) 대법원 1968. 10. 22. 선고 67도1666 판결.

19) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결.

성의 영역이 지나치게 확장된다는 문제가 있다. 배임수증재죄의 기본적인 보호법익을 본인의 재산 보호라고 보면서도, 사회나 국가 전체에 대한 직·간접적인 손해가 예상되어 도저히 방치할 수 없는 상황도 배임수증재죄의 보호법익에 포함된다는 견해²⁰⁾는 처벌의 공백을 메울 수 있다는 장점은 있지만, 아무리 처벌의 필요성이 인정된다고 하더라도 문언 해석의 한계를 넘어 이를 처벌하는 것은 법치국가적 측면에서 허용된다고 보기 어렵다는 점²¹⁾을 고려할 때, 마찬가지로 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

3. 유사한 구성요건을 갖는 다른 범죄와의 비교

가. 제3자뇌물공여죄(형법 제130조)

형법은 제129조 제1항에서 “공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속”한 경우 수뢰죄로 처벌하고 있는데, 특별하게 제3자뇌물공여죄(제130조)에서는 “공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구·약속”한 경우 처벌한다고 하여 ‘부정한 청탁’을 요구하고 있다.

대법원은 여기서 ‘부정한 청탁’이란, “청탁이 위법·부당한 직무집행을 내용으로 하는 경우는 물론, 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당하지 않더라도 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 경우도 포함한다. 청탁의 대상인 직무집행의 내용을 구체적으로 특정할 필요도 없다. 부정한 청탁의 내용은 공무원의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정하면 충분하고, 이미 발생한 현안뿐만 아니라 장래 발생할 것으로 예상되는 현안도 위와 같은 정도로 특정되면 부정한 청탁의 내용이 될 수 있다. 부정한 청탁은 명시적인 의사표시가 없더라도 청탁의 대상이 되는 직무집행의 내용과 제3자에게 제공되는 금품이 직무집행에 대한 대가라는 점에 대

20) 강수진, 앞의 논문, 214면; 정신교, 앞의 논문, 9면.

21) 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 19, 20면.

하여 당사자 사이에 공통의 인식이나 양해가 있는 경우에는 묵시적 의사표시로 가능하다”고 하였고, 부정한 청탁이 있는지 여부에 관하여 “직무와 청탁의 내용, 공무원과 이익 제공자의 관계, 이익의 다과, 수수 경위와 시기 등의 여러 사정과 아울러 직무집행의 공정, 이에 대한 사회의 신뢰와 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어 이익의 수수로 말미암아 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 등이 기준”이 된다고 하였다.²²⁾

이를 배임수증재죄에서의 ‘부정한 청탁’과 비교하여 보면, (i) 청탁은 묵시적이어도 무방한 점,²³⁾ (ii) 그 판단기준으로 청탁의 내용, 이익의 다과(대가의 액수), 직무집행의 공정, 이에 대한 사회의 신뢰와 직무수행의 불가매수성(보호법익인 거래의 청렴성)을 고려하는 점은 동일하나, 배임수증재죄에 있어서는 (i) 청탁의 내용이 어느 정도 구체적이고 특정한 업무에 대한 것이어야 하므로 단순히 편의를 제공하여 달라거나,²⁴⁾ 기존 계약을 유지시켜 달라는 정도의 부탁²⁵⁾은 부정한 청탁에 해당되지 않는다는 입장이며, (ii) 제3자뇌물공여죄에서는 부정한 청탁의 판단기준으로 공무원과 이익 제공자의 관계, 수수 경위와 시기 등을 추가로 제시하고 있다는 점에서 차이가 있다.²⁶⁾

22) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결. 이에 따라 대법원은 이재용 삼성전자 부회장이 당시 삼성그룹의 최대 현안이던 승계작업과 관련하여 박근혜 전 대통령의 지시에 따라 (i) 정유라에게 말 3필(34억 1,797만 원 상당), (ii) 최순실이 운영하는 한국동계스포츠 영재센터 후원금(16억 2,800만 원)을 제공한 것이 제3자뇌물공여죄에 있어 ‘부정한 청탁’에 해당한다고 하였다.

23) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결.

24) 대법원 1980. 4. 8. 선고 79도3108 판결.

25) 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도465 판결.

26) 참고로, 일본 형법은 우리와 유사하게 단순수뢰죄(제197조 제1항 전단), 수탁수뢰죄(제197조 제1항 후단), 사전수뢰죄(제197조 제2항), 제3자공여죄(제197조의2), 가중수뢰죄(제197조의3 제1항, 제2항), 사후수뢰죄(제197조의3 제3항), 알선수뢰죄(제197조의4), 중뢰죄(제198조)를 규정하고 있는데, 우리와 달리 ‘부정한 청탁’을 요구하고 있지는 않으며, ‘청탁’을 구성요건으로 하고 있는 수탁수뢰죄, 제3자뇌물공여죄, 사후수뢰죄, 알선수뢰죄에 있어서 ‘청탁’은 공무원에 대하여 일정한 직무행위를 할 것을 요청하는 것으로서, 그 직무행위가 부정한지 여부는 묻지 않는다(最高裁 昭和27年7月22日 刑集6卷7号927頁). 다만, 요청의 대상이 되는 직무행위는 특정되어 있을 것을 요건으로 하기 때문에, “무언가 신세를 진 것에 대한 감사 및 장래 호의를 받기 위한 취지”에서 뇌물을 공여한 경우에는 청탁이 있었다고 볼 수 없다는 것이 최고재판소의 입장이다(最高裁 昭和30年3月17日 刑集9卷3号477頁).

나. 청탁금지법

(1) 제정 이유

국회는 ‘공직자 등의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁의 관행을 근절하고, 공직자 등의 금품수수와 관련하여 직무관련성이나 대가성이 없는 경우에도 제재가 가능하도록 하여 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하는 한편 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보’하기 위하여²⁷⁾ 2015년 3월 27일 법률 제13278호로 청탁금지법을 제정하였다.

(2) 법률의 적용대상자

(i) 국가공무원법 또는 지방공무원법에 따른 공무원은 물론, (ii) 공직자윤리법 제3조의2에 따른 공직유관단체 및 기관의 장과 그 임원, (iii) 사립학교의 장과 교직원, 학교법인의 임직원, (iv) 언론사의 대표자와 그 임직원²⁸⁾ (v) 공직자 등의 배우자,²⁹⁾ (vi) 공무수행사인³⁰⁾도 포함되며, 이들에게 부정청탁을 하거나, 수수가 금지된 금품 등을 제공, 제공의 약속 또는 의사표시를 한 일반인들도 적용대상이 된다(제2조 제2호, 제8조 제4항, 제11조).

(3) ‘부정청탁’ 의 의미

청탁금지법은 부정청탁을 14가지로 유형화하고 있는데(제5조 제1항), 주로 문제가 되는 것은, (i) 인가·허가 등 법령에서 일정한 요건을 정하여 놓고 직무관련자로부터 신청을 받아 처리하는 직무에 대하여 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위

27) 청탁금지법 제정 이유(국회 의안정보시스템; http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J115V0V1M0E9D1M8Y1M2J3F5X7U2G5; 2019. 10. 21. 최종방문).

28) 사보·협회지 등을 발행하기 위하여 등록 또는 신고하고 사보·협회지 등을 발행하는 법인이나 단체와 같이 부수적으로 언론활동을 하는 법인이나 단체의 경우에는 ‘정기간행물 발행업무에 종사하는 자’만 청탁금지법의 적용대상에 해당한다.

29) 다만, 청탁금지법은 공직자 등의 배우자에 대한 제재규정은 따로 마련하고 있지 않다.

30) 반드시 법령에 따라 권한을 위임·위탁받은 법인이나 단체뿐만 아니라, 법인이나 단체가 위임·위탁 받은 업무를 실질적으로 수행하는 구성원도 포함된다.

(제1호), (ii) 채용·승진·전보 등 공직자 등의 인사에 관하여 법령을 위반하여 개입하거나 영향을 미치도록 하는 행위(제3호), (iii) 공공기관이 주관하는 각종 수상, 포상 등에 관하여 법령을 위반하여 특정 개인·단체·법인이 선정 또는 탈락되도록 하는 행위(제4호), (iv) 입찰·시험 등에 관한 직무상 비밀을 법령을 위반하여 누설하도록 하는 행위(제6호), (v) 계약 관련 법령을 위반하여 특정 개인 등이 계약의 당사자로 선정 또는 탈락되도록 하는 행위(제7호), (vi) 사건의 수사·재판 등을 법령에 위반하여 처리하도록 하는 행위(제14호) 등이다. 중요한 것은 제9호³¹⁾를 제외하고는 모두 ‘법령을 위반’하거나 ‘지위·권한을 남용’할 것을 요구하고 있다는 점이다. 따라서, 공직자 등에 대한 부탁의 의미가 법령을 위반하여 특정 행위를 해 달라는 것이 아니라면 청탁금지법에 위반되지는 않는다.

다만, 청탁금지법은 제5조 제2항에서, 법령에서 정하는 절차·방법에 따라 민원을 제기하는 경우(제1호), 공개적으로 공직자 등에게 특정한 행위를 요구하는 경우(제2호)나 그 밖에 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 경우(제5호)에는 부정청탁이 아니라고 보고 있다.

다. 의료법, 약사법, 의료기기법

국회는 2010년 5월 27일 ‘형법상 배임수증죄가 의료기관 개설자에게는 적용되지 않고, 수취되는 공무원 신분이 아닌 민간의료기관 종사자에게는 적용되지 아니하며, 공정거래법의 불공정거래행위는 이익 제공 강요가 입증되어야 처벌이 가능하기 때문에 의약품 등과 관련하여 부당한 경제적 이익을 제공받는 것을 처벌하는데 한계’가 있다는 점을 고려하여,³²⁾ 의료법 제23조의³³⁾ 등³⁴⁾을 신설하여 소위 ‘리베이트

31) 공공기관이 생산·공급·관리하는 재화 및 용역을 특정 개인·단체·법인에게 법령에서 정하는 가격 또는 정상적인 거래행위에서 벗어나 매각·교환·사용·수익·점유하도록 하는 행위(밑줄은 필자)

32) 의료법 일부개정법률안 개정 이유(국회 의안정보시스템; http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_M1Y0W0D4J2U2M2N1U3J2W4A8B1M3Z8; 2019. 10. 1. 최종방문).

33) 제23조의3(부당한 경제적 이익등의 취득 금지) ① 의료인, 의료기관 개설자(법인의 대표자, 이사, 그 밖에 이에 종사하는 자를 포함한다) 및 의료기관 종사자는 약사법 제47조 제2항에 따른 의약품 공급자로부터 의약품 채택·처방유도·거래유지 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 받거나 의료기관으로 하여금 받게 하여서는 아니 된다. 다만,

쌍벌제’를 도입하였다.

라. 기타

공정거래법은 제23조의2에서 특수관계인에 대한 부당한 이익제공을 금지하고 있고, 감정평가법은 제49조에서 제23조에 따른 수수료와 실비 외에 업무와 관련한 대가를 받거나 감정평가 수주의 대가로 금품 또는 재산상 이익을 제공하거나 제공하기로 약속한 자를 처벌하고 있으며, 공인중개사법은 제33조 제3호에서 사례·증여 그 밖의 어떠한 명목으로도 제32조에 따른 보수 또는 실비를 초과하여 금품을 받는 것을 금지하는 한편 이를 위반할 경우 형사처벌하고 있다. 또한 특정경제범죄법 제5조와 제6조는 금융회사 등의 임직원이 그 직무에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구, 약속하거나, 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품 등을 공여하게 한 경우 형사처벌하고 있다.

4. 소결 - 배임수증재죄가 갖는 독자적인 의미

위와 같이 배임수증재죄와 유사한 구성요건을 갖는 범죄를 그 적용대상별로 정리하면 아래 표와 같다.

건본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 비용할인, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익등인 경우에는 그러하지 아니하다.

② 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자는 의료기기법 제6조에 따른 제조업자, 같은 법 제15조에 따른 의료기기 수입업자, 같은 법 제17조에 따른 의료기기 판매업자 또는 임대업자로부터 의료기기 채택·사용유도·거래유지 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익등을 받거나 의료기관으로 하여금 받게 하여서는 아니 된다. 다만, 건본품 제공 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익 등인 경우에는 그러하지 아니하다.

34) 의료법 외에도, 약사법 제47조 제2항, 제3항, 의료기기법 제13조 제3항, 제15조 제6항 등에서 ‘리베이트 쌍벌제’와 관련된 규정을 마련하고 있다.

적용대상	뇌물죄	배임수증재	청탁금지법	의료법	공정거래법	감정평가법	공인중개사법	특정경제범죄법
공무원	○	×	○	×	×	×	×	×
유사공무원 ³⁵⁾	△	△	○	×	×	×	×	×
비공무원	의사	×	○	×	○	×	×	×
	변호사	×	○	×	×	×	×	×
	공인중개사	×	○	×	×	×	×	○
	감정평가사	×	○	×	×	×	○	×
	은행 담당자	×	○	×	×	×	×	○
	채용 담당자	×	○	×	×	×	×	×
	계약 담당자	×	○	×	×	△	×	×

위 표에서 보는 바와 같이 현행 형법 및 특별형법에는 배임수증재죄와 유사한 구성요건을 갖춘 범죄가 다수 있음에도 불구하고 예컨대, 공사 계약 담당자에게 경쟁업체를 배제하고 유리하게 계약을 체결하게 해 달라거나 수의계약으로 해 달라고 부탁하는 경우나 민간기업의 채용 담당자에게 경쟁자들을 배제한 채 일방적인 채용을 부탁하는 경우에는 법령과 계약에 따라 본인의 업무를 수행하는 자들이 성실하고도 공정한 업무수행의 의무를 위반한 채 부정한 청탁과 함께 금품 등을 수수하는 행위에 대한 적절한 제재수단이 마련되어 있지 않다. 나아가, 위와 같은 행위에 대하여는 배임수증재죄를 통하여 형사처벌을 하도록 하자는 것이 입법자의 결단이므로, 설령 다른 나라, 예컨대 우리 형법의 모태가 된 일본이나 독일에 이를 처벌하는 규정이 없다고 하더라도 여전히 독자적인 의미를 갖는다고 하지 않을 수 없다.

다만, 위에서 자세히 살펴본 바와 같이, 배임수증재죄는 연혁적으로 국가형벌권을 강화하려는 일본 개정형법가안의 절대적인 영향을 받은 것이라는 태생적 한계를 가지고 있고, 사인 간 법률관계에 대하여 공무원에게 요구되는 정도의 업무수행의 공정성을 강요하면서, 이를 위반할 경우 형사처벌이라는 제재를 가하는 것은 법치국가적 측면에서 문제가 있다고 할 것이므로, 구성요건, 그 중에서도 ‘부정한 청탁’을 해석함에 있어서는 제한적이고도 엄격하게 할 필요가 있다.

35) 사립학교나 언론사 관계자처럼 비공무원이지만, 청탁금지법의 적용대상이 되는 자들을 말한다.

Ⅲ. 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’에 대한 해석

1. 지난 50년 동안 ‘부정한 청탁’을 둘러싼 대법원 판례의 분석

가. ‘부정한 청탁’의 의미

대법원은 1968년 부정한 청탁과 관련하여 최초로 의미있는 판시를 하였는데, 원심에서 배임수증재죄에서 부정한 청탁은 업무상 배임의 내용이 되어야 한다고 한 것을 잘못이라고 하면서, “배임수증재죄에 있어서의 부정한 청탁은 원판시와 같이 업무상배임이 되는 내용의 부정한 청탁을 말하는 것이 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다”고 하였고,³⁶⁾ 그로부터 2년 뒤 또다시 부정한 청탁은 “사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁”이라고 하였다.³⁷⁾ 그 이후부터 대법원은 위 두 판례를 원용하면서 “배임수증재죄에서의 부정한 청탁은 (업무상)배임의 내용이 되는 부정한 청탁을 말하는 것이 아니고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁”임을 확립해 나갔다.³⁸⁾

부정한 청탁의 판단기준과 관련하여서는, 1988년 처음으로 부정한 청탁이 반드시 명시적일 것을 요하지 않는다는 점과 함께,³⁹⁾ “청탁의 내용과 이에 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고려”하여야 한다고 밝혔고,⁴⁰⁾ 그 이후 최근까지도 이러한 기준을 유지하고 있다.⁴¹⁾

36) 대법원 1968. 10. 22. 선고 67도1666 판결.

37) 대법원 1970. 9. 17. 선고 70도1355 판결.

38) 대법원 1978. 11. 1. 선고 78도2081 판결; 대법원 1980. 10. 14. 선고 79도190 판결; 대법원 1982. 2. 9. 선고 80도2130 판결; 대법원 1982. 9. 28. 선고 82도1656 판결; 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1560 판결; 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도1445 판결; 대법원 1989. 12. 12. 선고 89도495 판결 등.

39) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결. 위 판결에서 대법원은 부정한 청탁이 반드시 명시적일 필요가 없다고 하면서 82도874 판결을 원용하였으나, 위 82도874 판결에서 대법원은 묵시적 청탁에 대한 언급은 없었으며, 오히려 재물을 공여하는 사람이 부정한 청탁을 하였다고 하더라도 그 청탁을 받아들이지 않았다면 수재자에게는 배임수증재죄가 성립하지 않는다는 이유로 검사의 상고를 기각하였다.

40) 위 88도167 판결.

다음으로, 부정한 청탁이 수재자와 증재자에게 동일한 의미인지와 관련하여, 1979년 대법원은 배임수증재죄가 상호 필요적 공범 관계에 있기는 하지만, 예외가 없는 것은 아니며, 공범자 모두가 반드시 처벌되어야 하는 것은 아니라고 하면서 농업협동조합 단위조합장이던 피고인이 예금유치와 관련한 청탁을 하였다고 하더라도 (증재자인) 피고인의 입장에서는 예금유치가 정당한 업무에 속한다고 할 것이므로 설령 수재자가 처벌되었다고 하더라도 이를 부정한 청탁에 해당한다고 볼 수 없다고 하였고,⁴²⁾ 그 이후 1991년 “증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것”이라는 판례를 확립하였다.⁴³⁾

또한 대법원은 2012년도에 부정한 청탁의 대가로서의 성질과 관련하여, “타인의 업무를 처리하는 사람에게 공여한 금품에 부정한 청탁의 대가로서의 성질과 그 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 부정한 청탁의 대가로서의 성질을 갖는 것으로 보아야 한다”고 하였다.⁴⁴⁾

부정한 청탁의 판단기준 중 ‘보호법익인 거래의 청렴성’과 관련하여, 대법원은 2013년에 사회복지법인의 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 사회복지법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받기로 한 사안에서 (i) 사회복지법인 운영권의 유상 양도를 금지·처벌하는 규정이 없는 이상 사회복지법인의 건전한 운영에 지장을 초래할 수 있다는 추상적 위험성이 있다는 이유만으로 형사처벌하는 것은 죄형법정주의에 위반되고, 따라서 (ii) 청탁의 내용이 실질적으로 법인의 기본재산을 이전하는 것과 다름없어 사회복지법인의 존립에 중대한 위협을 초래

41) 대법원 1990. 8. 10. 선고 90도665 판결; 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도413 판결; 대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결; 대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004도491 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도7760 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도6987 판결; 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도1321 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도991 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009도10681 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도11784 판결; 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결; 대법원 2012. 3. 29. 선고 2012도536 판결; 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012도13719 판결; 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011도11174 판결; 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결.

42) 대법원 1979. 6. 12. 선고 79도708 판결; 1982. 7. 13. 선고 82도874 판결

43) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7624 판결

44) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도535 판결; 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3080 판결.

할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 부정한 청탁이라고 볼 수 없다는 판시를 하였고,⁴⁵⁾ 바로 이어 사립학교법이 문제된 사안에서도 위와 같은 취지에서 “그 청탁의 내용이 당해 학교법인의 설립 목적과 다른 목적으로 기본재산을 매수하여 사용하려는 것으로서 학교법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부정한 청탁이라고 볼 수 없다”고 판시하였다.⁴⁶⁾ 이에 대하여 대법원이 비재산상 사무에서는 ① 본인(법인)의 설립목적에 대한 ② 위협이 증대하고 ③ 명백할 것을 요구하는 것으로 확립되었다는 견해⁴⁷⁾가 있으나, 대법원은 그 이후에도 비재산상 사무라고 볼 수 있는 기사 게재와 관련하여 ‘묵시적으로 부정적인 기사를 자제해 달라는 취지의 청탁’을 받고 그와 관련된 돈을 공동광고비 명목으로 받은 사안에서 위 판시사항과 같은 언급은 전혀 없이 종래와 같은 부정한 청탁의 의미와 판단기준만 제시하였다는 점⁴⁸⁾에서 이를 일반화하기는 어렵다고 할 것이다.

나. ‘부정한 청탁’ 을 인정한 판례

1968년 이후 대법원이 ‘부정한 청탁’을 인정한 사례는 크게 (A) 경쟁업체를 배제하여 달라는 부탁, (B) 재량 범위 내에서 특혜를 제공해 달라는 부탁, (C) 규정에 반하는 부당한 업무를 처리해 달라는 부탁, (D) 채용과 관련한 특혜를 제공해 달라는 부탁, (E) 업무와 관련한 묵인이나 선처를 해 달라는 부탁을 한 경우로 나눌 수 있다.

먼저, (A) 경쟁업체를 배제하여 달라는 부탁을 한 것으로는, ① 다른 사람이 점포를 임차하려는 상태에서 제3자로부터 사례비를 줄 터이니 자기에게 임대하여 달라는 부탁을 받고 금원을 받은 경우,⁴⁹⁾ ② 거주지 마을 이장으로서 수몰주민들이 이주할 주택을 건축하는 사무를 처리하는 피고인이 건축업자들로부터 “조합에서 발주하는 이주주택 건축공사를 우선적으로 도급받도록 해 달라”는 부탁과 함께 1,600만

45) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2010도16681 판결.

46) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도11735 판결.

47) 조기영, 앞의 논문, 122, 123면.

48) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012도11259 판결;

49) 대법원 1984. 8. 21. 선고 83도2447 판결.

원을 받은 경우,⁵⁰⁾ ③ 피고인들이 A대학교 85년도 졸업준비위원회 위원장 등에게 피고인이 운영하는 사진관을 졸업앨범 제작업자로 지정되게끔 힘써 달라는 취지의 부탁과 함께 위 위원회 위원들에게 향응을 베풀고 금원을 제공한 경우,⁵¹⁾ ④ 병원 재단 이사장인 피고인이 위 병원 이전신축공사와 관련한 업무를 수행함에 있어 건설 업체 대표이사로부터 위 병원 이전공사를 맡게 해달라는 부탁과 함께 30,150,000원을 교부받고 1,000만 원 채무를 대위변제받은 경우,⁵²⁾ ⑤ 인공고관절의 수술을 담당하고 있는 정형외과 의사인 피고인이 납품업자로부터 자기가 수입한 인공고관절을 구입하여 달라는 부탁과 함께 29,030,000원을 수령한 경우,⁵³⁾ ⑥ 피고인이 물품 구매계약을 담당하고 있는 한국주택공사 자재과장 등에게 물품납품계약을 한국보훈복지공단과 수의계약으로 체결하여 주고 편의를 봐주면 사례하겠다고 부탁하고 그 계약 체결 후 2,180만 원을 교부한 경우,⁵⁴⁾ ⑦ 종합병원 소속 의사들이 의약품수입업자로부터 일정 비율의 사례비를 줄 터이니 수입하여 독점판매하고 있는 특정약을 환자들에게 원외처방하여 그들로 하여금 위 약을 많이 사먹도록 해 달라는 부탁을 받고 700만 원을 수수한 경우,⁵⁵⁾ ⑧ 대학교 부총장이 A대학부속병원의 부대시설 운영권을 인수하는데 우선적으로 추천하여 달라는 부탁을 받고 그 사례비 명목으로 3,000만 원을 받은 경우,⁵⁶⁾ ⑨ 피고인들에게 A출판사에서 출판한 책자를 교재로 채택하거나, 교재로 사용한 편집책자의 출판을 A출판사에 맡겨 달라는 취지의 부탁을 받고, 학기마다 위 교재 판매대금의 30~40% 가량의 금원을 받은 경우,⁵⁷⁾ ⑩ 광고대행 업무를 수행하는 주식회사의 대표이사에게, 방송사 관계자에게 사례비를 지급하여서라도 특정학원 소속 강사만을 채용하고 특정회사에서 출판되는 교재를 채택하여 특정회사의 이익을 위해 수능과외방송을 하는 내용의 방송협약을 체결해 달라고 부탁한 경우,⁵⁸⁾ ⑪ A연립주택재건축정비사업조합의 사무를 처리하는 피

50) 대법원 1987. 4. 28. 선고 87도414 판결.
 51) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86도1682 판결.
 52) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1560 판결.
 53) 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결.
 54) 대법원 1990. 8. 10. 선고 90도665 판결.
 55) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도413 판결.
 56) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2543 판결.
 57) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결.

고인이 B로부터 시공사로 선정되도록 도와달라는 부탁과 함께 그 대가로 돈을 받은 경우⁵⁹⁾가 있다.

(B) 재량 범위 내에서 특혜를 제공해 달라는 부탁과 관련하여, ① 방송 프로듀서에게 담당 프로그램에 특정 가수의 노래를 선곡하여 자주 방송함으로써 인기도가 올라갈 수 있도록 하여 달라는 부탁과 함께 그 사례금으로 함께 790만 원을 받은 경우,⁶⁰⁾ ② 가요 담당 방송프로듀서가 직무상 알고 지내던 가수 매니저들로부터 많은 100만 원, 적게는 20만 원 정도의 금품을 28회에 걸쳐 받은 경우,⁶¹⁾ ③ 입찰 관련 평가위원인 피고인들이 입찰참가업체로부터 자사 설계안에 대하여 높은 점수를 부여해 달라는 부탁을 받은 경우⁶²⁾, ④ 방송국 예능담당 프로듀서인 피고인이 연예기획사 운영자로부터 상당한 시세차익이 예상되는 주식의 매수기회를 제공받으면서 소속 연예인을 출연시키거나 그 뮤직비디오를 방영해 달라는 묵시적 부탁을 받은 경우,⁶³⁾ ⑤ 지역화물자동차 운송사업 협회 대표자인 피고인들이 전국화물자동차운송사업연합회 회장 선거에서 자신을 지지해 달라는 취지의 부탁을 받고 돈을 수수한 경우,⁶⁴⁾ ⑥ 사업 입찰의 평가위원으로 선정될 것이 사실상 확정된 피고인이 위 입찰에 참여한 컨소시엄 관계자로부터 높은 점수를 달라는 취지로 “잘 부탁드립니다”는 취지의 부탁과 함께 2,700만 원을 받은 경우,⁶⁵⁾ ⑦ 피고인이 국가산업단지 내 기업체들로부터 묵시적으로 부정적인 기사를 자제해 달라는 취지의 부탁을 받고 그와 관련한 돈을 공동광고비 명목으로 받은 경우,⁶⁶⁾ ⑧ 백화점 및 면세점의 입점업체 선정 업무를 총괄하는 피고인이 입점업체들로부터 추가 입점이나 매장 이동 등 입점 관련 편의를 제공해 달라는 청탁을 받고 그 대가로 매장 수익금 중 합계 5억

58) 대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결.

59) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도7760 판결.

60) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결.

61) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도688 판결.

62) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도991 판결. 대법원은 비록 부정한 청탁을 받은 피고인들이 실제 설계적격심의를 함에 있어 청탁에 따라 위법·부당한 심의를 하지 않았다고 하더라도 배임수증죄의 성립에는 지장이 없다고 하였다.

63) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도4791 판결.

64) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009도5618 판결.

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

66) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012도11259 판결.

3,366만 원을 받은 경우⁶⁷⁾가 있다.

(C) (내부)규정에 반하는 부당한 업무를 처리해 달라는 부탁과 관련하여, ① 귀속 재산의 불하를 받도록 도와 달라는 부탁과 함께 20만 원을 받은 경우,⁶⁸⁾ ② 신문사의 지국장인 취재기사를 본사에 송고하지 말아달라는 부탁과 함께 묵인사례조로 2,000원을 받은 경우,⁶⁹⁾ ③ 조속한 보험금 지급을 부탁하면서 1,030,000원을 교부한 경우,⁷⁰⁾ ④ 종종으로부터 회관을 매수하는 업무를 수탁받은 피고인들이 매도인으로부터 매수대금의 증액 및 매매대금 선지급 등의 부탁과 함께 100만 원짜리 수표를 받은 경우,⁷¹⁾ ⑤ 감정평가사인 피고인이 감정물의 감정평가액을 낮추어 달라는 평가와 함께 170만 원을 수령한 경우,⁷²⁾ ⑥ 아파트 건축회사 협상대표가 각 세대당 보상금 지급요구 문제에 관한 협상권한을 위임받은 피고인이 위 세대당 보상금액을 대폭 감액하여 조속히 합의하여 달라는 부탁을 받은 경우,⁷³⁾ ⑦ A회사의 기금 자문팀 차장으로서 위 기금의 투자대상 회사에 관한 기업분석 및 투자 여부에 관한 자문 등을 담당하여 오던 피고인이 B회사의 상무이사로부터 B회사 발행 전환사채 4구좌의 조기상환이 차질없이 이루어지도록 하여 달라는 청탁을 받고 5억 2,000만 원을 지급받은 경우,⁷⁴⁾ ⑧ 회원제 골프장의 예약업무 담당자가 부킹대행업자의 청탁에 따라 회원에게 제공해야 하는 주말부킹권을 부킹대행업자에게 판매하고 그 부킹권 판매대금 중 12%가량을 수수료 명목으로 챙긴 경우,⁷⁵⁾ ⑨ 구 병역법상 지정업체의 대표이사인 피고인이 병역의무자를 형식적으로 당해 지정업체 소속 병역특례 산업기능요원으로 편입시킨 뒤 다른 회사에서 근무하도록 해 달라는 부탁과 함께 그가 소속된 회사 계좌로 3,300만 원을 받은 경우,⁷⁶⁾ ⑩ A아파트 시공회사

67) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도12129 판결.

68) 대법원 1968. 10. 22. 선고 67도1666 판결.

69) 대법원 1970. 9. 17. 선고 70도 1355 판결.

70) 대법원 1978. 11. 1. 선고 78도2081 판결.

71) 대법원 1980. 10. 14. 선고 79도190 판결.

72) 대법원 1982. 7. 13. 선고 82도925 판결. 위 판결에서 대법원은 배임수증죄와 감정평가사의 법률외 보수지급을 금지한 감정평가에관한법률위반은 그 보호법익을 달리하기 때문에 일반법과 특별법의 관계에 있다고 볼 수 없다고 하였다.

73) 대법원 1993. 3. 26. 선고 92도2033 판결.

74) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004도491 판결.

75) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도6987 판결.

직원인 피고인들이 조합장으로부터 조합의 이중분양에 관한 민원을 묵인하거나 조합의 입장을 배려해 달라는 부탁과 함께 위 아파트 분양권을 취득한 경우,⁷⁷⁾ ㉠ 울산 현장에서 시행업무를 담당하던 A가 시공사의 요구에 따라 사업에서 배제되자 사업시행의 성공을 위하여 시공사의 현장최고책임자인 피고인의 도움을 요청하는 취지의 부탁과 함께 피고인에게 위 사업 시행사의 주식 중 49%에 해당하는 29,400주를 시세보다 낮은 액면가로 양도한 경우,⁷⁸⁾ ㉡ A회사의 기획영업부 부장 및 과장인 피고인들이 A회사가 건설한 B 아파트 인근에서 부동산중개사무실을 운영하는 C로부터 “A회사의 해약세대를 제3자에게 임대하게 되면 자신이 중개할 수 있도록 연락해 달라, 한 세대를 중개할 때마다 프리미엄 일부를 주겠다”는 제안과 함께 C 등이 받은 프리미엄의 일부를 일정한 기준에 따라 나누어 받은 경우⁷⁹⁾가 있다.

(D) 채용과 관련한 부탁으로는, 한국전력공사 능주출장소장으로서 위탁수급사원의 추천업무를 맡고 있는 피고인이 위탁수급사원이 사직하면 그 자리에 자기를 우선적으로 추천해 달라는 부탁을 받고 220만 원을 받은 경우⁸⁰⁾가 있고, (E) 업무와 관련하여 묵인이나 선처를 해 달라는 부탁과 관련하여서는, ① 예금 담당 은행지점 차장이 지점장으로부터 중소기업시설자금 대출 대상자를 물색하라는 지시를 받고 그 대출적격이 없는 자의 위장대출을 묵인, 선처해 달라는 부탁과 함께 150만 원을 받은 경우,⁸¹⁾ ② A 회사가 B회사로부터 하도급받아 시공 중인 독립기념관 건립공사의 전기공사 부분에 대하여 작업지시를 하는 피고인에게 묵시적으로나마 공사감독을 까다롭게 하지 말고 잘 보아 달라는 취지로 950만 원을 지급한 경우,⁸²⁾ ③ 한

76) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도1321 판결. 대법원은 비록 피고인이 개인계좌가 아닌 그가 소속된 계좌로 돈을 받았지만, “(재물이나 재산상 이익을 받은) 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 배임수재죄가 성립할 수 있다”는 법리에 따라 사실상 피고인이 개인적으로 받는 것도 동일하게 평가할 수 있다고 하였다.

77) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도11784 판결.

78) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2012도536 판결.

79) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011도11174 판결.

80) 대법원 1989. 12. 12. 선고 89도495 판결.

81) 대법원 1982. 2. 9. 선고 80도2130 판결.

82) 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도1445 판결.

국전력공사 송전과 소속 송전배원으로 재직 중인 피고인이 수급인으로부터 공사시공에 하자가 있더라도 묵인하여 달라는 취지의 부탁을 받고 금원을 수령한 경우⁸³⁾에 부정한 청탁을 인정하였다.

다. ‘부정한 청탁’ 을 부인한 판례

(1) 흔히 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’과 관련하여 판례는 그 부탁이 어느 정도 구체적이고 특정한 업무에 관한 것임을 요구하므로, (i) 직무 범위 내에서 편의를 제공하여 달라거나, (ii) 선처를 바란다는 정도의 부탁은 부정한 청탁에 해당하지 않는다는 입장으로 이해된다.⁸⁴⁾

대법원은 1980년 처음으로 단순히 편의를 제공해 달라는 정도의 부탁은 부정한 청탁으로 볼 수 없다는 취지의 판시를 하였는데, 용자승인을 위한 기술조사를 실시하던 피고인에게 관련 자금의 대출을 위한 기성고 조사 업무를 잘 처리 해 달라는 정도의 부탁은 부정한 청탁이라고 보기 어렵다고 하였고,⁸⁵⁾ 그 이후 1982년에는 한국상업은행 대구지점에서 이루어진 대출 등이 결과적으로 모두 정당한 범위 내에서 이루어졌고, 절차상 아무런 규정 위반이 없었다면 그 청탁은 수출지원 금융을 실시함에 있어 단순히 규정이 허용하는 범위 내에서 최대한 선처를 바란다는 내용에 불과하여 부정한 청탁이 아니라고 하였다.⁸⁶⁾

나아가 대법원은 기존 계약을 유지시켜 달라는 부탁은 부정한 청탁에 해당되지 않는다는 입장으로서, 보문동시장 주식회사의 대표이사이던 피고인이 기존에 쓰레기수거 계약을 체결하였던 A의 경쟁업체인 B로부터 계약 제의를 받고 A에 대하여 쓰레기수거계약 해지를 통고하자, A의 대표이사가 “300만 원을 줄테니 위 계약을 유지시켜 달라”는 부탁과 함께 300만 원을 받은 사안에서, “계약관계를 유지시켜 기존권리를 확보하기 위한 부탁행위는 부정한 청탁이라고 할 수 없다”는 이유로 무죄를 선고하였다.⁸⁷⁾

83) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91도2418 판결.

84) 배종대, 앞의 책, 428면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 443면; 임웅, 앞의 책, 554, 555면.

85) 대법원 1980. 4. 8. 선고 79도3108 판결.

86) 대법원 1982. 9. 28. 선고 82도1656 판결.

87) 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도465 판결.

또한, 한국야구위원회(KBO)의 사무총장인 피고인이 잠실야구장의 광고권자로 선정된 A회사의 대표이사 B로부터 “광고계약을 체결할 때가 되었다. 잘 부탁한다”는 부탁과 함께 8,980만 원을 받았다고 하더라도, 한국야구위원회로서는 광고권자로 선정된 A회사와 펜스광고계약을 체결할 수 있었을 뿐 다른 광고업자와 계약을 체결할 수 없었고, 실제 펜스광고계약이 A회사에 유리한 조건으로 체결되었다고 보기 어려운 점을 감안하면, “단순히 규정이 허용하는 범위 내에서 최대한의 선처를 바란다거나 계약관계를 유지시켜 기존 권리를 확보하기 위한 부탁행위에 불과”하다는 이유로 부정한 청탁에 해당하지 않는다고 하였다.⁸⁸⁾

다만, 대법원은 피고인이 납품계약과 위탁관리계약의 당사자로부터 그 계약이 종료되는 경우에 적어도 계약을 갱신하여 계속적으로 유지할 수 있도록 해 주고, 그 계약 내용을 이행함에 있어서도 다른 경쟁업체들보다 상대적으로 유리하도록 영향력을 행사하여 달라는 취지의 묵시적인 부탁을 받고 금원을 수령한 경우에는 부정한 청탁을 인정하기도 하였다.⁸⁹⁾

(2) 사회복지법인이나 학교법인의 운영권과 관련하여, 위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 사회복지법인의 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 사회복지법인의 임원으로 선임하여 주는 대가로 양도대금을 받은 사인⁹⁰⁾과, 학교법인의 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 학교법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받기로 한 사인⁹¹⁾에서 (i) 사회복지법인의 운영권을 유상 양도하거나 학교법인 운영권의 유상양도를 금지·처벌하는 규정이 없는 이상 이를 형사처벌할 수는 없는 것으로서, (ii) 해당 청탁의 내용이 당해 사회복지법인이나 학교법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 부정한 청탁에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

(3) 수증자와 증재자를 구별하여, A회사를 사실상 관리하는 B가 A회사가 사업용

88) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도6433 판결.

89) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002도4131 판결.

90) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2010도16681 판결.

91) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도11735 판결.

부지로 매수한 토지에 관하여 처분금지가처분등기를 마쳐 두었는데, 토지를 매수하려는 피고인에게서 가치분을 취하해 달라는 부탁과 함께 4억 4,000만 원을 B가 지정하는 A회사 계좌로 송금한 사안에서, 대법원은 “배임수증재죄와 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있기는 하나, 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌 받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것”이라는 전제 하에, 피고인으로서의 자신이 대표이사로서 있는 회사가 추진하는 사업의 더 큰 손실을 피하기 위하여 가치분 취하의 대가로 위 4억 4,000만 원을 송금한 점, 피고인으로서의 위 4억 4,000만 원이 A에게 귀속될 것인지, B에게 귀속될 것인지에 관한 분명한 인식이 없었던 점 등을 이유로 배임증재죄를 구성할 정도의 위법성이 없다고 보았다.⁹²⁾

(4) 청탁과 대가의 관계와 관련하여, (i) 보험회사로부터 사고선체의 검정보고서를 받은 피고인이 검정보고서의 신속한 작성 요청과 함께 금품 제공을 시사 받았으나 이를 거절한 후 수 개월이 지나 대여금 명목으로 2,000만 원을 받은 사안에서는 위 청탁과는 관계가 없기 때문에 배임수증재죄가 성립하지 않는다고 하였고,⁹³⁾ (ii) 대학 병원 의사인 피고인들이 의약품을 사용해준 대가 또는 향후 의약품을 지속적으로 납품할 수 있도록 해 달라는 청탁의 취지로 제약회사 등이 제공하는 의약품에 관한 ‘시판 후 조사(PMS)’ 연구용역 계약을 체결하고 연구비 명목의 돈을 수수한 사안에서, PMS 연구용역 계약이 명목적인 것에 불과하면 부정한 청탁임을 인정할 수 있는데, 그 계약이 명목적인지 여부는, “의뢰자인 제약회사 등의 입장에서는 연구목적의 적정성 및 필요성, 조사증례수 및 증례보고서가 연구목적에 부합하는지 여부, 조사기관(병원) 선정방식의 적정성, 연구결과의 신뢰성을 확보하려는 노력의 유무, 해당 의약품의 선택 및 사용량에 영향을 미치려는 의도의 유무, 연구의뢰와 의약품의 판매 간 관련성 유무 등을, 의사의 입장에서는 연구목적의 필요성, 연구 수행과정과 방법의 적정성 및 결과의 충실성, 연구대가의 적정성 등을 종합적으로 고려해야 한

92) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7624 판결. 다만, 위 판결에서 대법원은 위법성 조각사유를 인정한 것이 아니라, 부정한 청탁의 내용으로서 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 위배되지 않는다고 판시한 것으로 이해할 수 있다.

93) 대법원 1982. 7. 13. 선고 82도864 판결.

다”고 전제한 후, 위 사건에서 PMS를 실시할 필요성이 있었고, 위 PMS계약을 통한 증례보고서가 모두 적절하게 작성된 사실, 일부 부작용이 확인된 의약품은 보건 당국과 학계에 보고된 사실 등을 고려할 때, 위 PMS 계약은 의학적 관점에서 그 필요성에 따라 근거와 이유를 가지고 정당하게 체결되어 수행된 것으로 봄이 상당하므로 부정한 청탁에 의한 것으로 볼 수는 없다고 하였으며,⁹⁴⁾ (iii) 피고인이 A로부터 피고인 소유가 아닌 특허권의 명의를 1,000만 원에 이전해 달라고 부탁하면서 1,000만 원을 지급한 사안에서, 공소사실 자체에 의하더라도 위 1,000만 원은 ‘특허권 명의이전대금’으로서, A는 피고인이 특허권자로 등록되어 있는 특허등록원부 등을 확인하여 특허권에 관한 양도양수계약을 체결한 후 1,000만 원을 보낸 사실이 인정되므로, 이는 계약에 따른 의무의 이행으로 볼 것이지, 부정한 청탁이 있었다고 볼 수는 없다고 하였다.⁹⁵⁾

2. ‘부정한 청탁’의 유형화를 위한 시도 및 이에 대한 평가

가. ‘부정한 청탁’의 유형화를 위한 시도

대법원은 1968년 배임수증재죄의 부정한 청탁을 ‘사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것’이라고 정의한 이래 50년에 걸쳐 위와 같은 기본 입장을 유지하고 있는데, 사회상규나 신의성실의 원칙은 그 개념이 지나치게 추상적이며 포괄적이기 때문에 도대체 어떠한 부탁이 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는지 여부를 쉽게 알기 어렵다는 비판이 제기되어 왔다.

이러한 측면에서 대법원 판례를 분석하여 유형화하려는 시도가 제기되었는데, 먼저 신용석 변호사는, (a) 판례가 부정한 청탁에 해당한다고 본 사례를, (i) 특혜를 부탁한 경우,⁹⁶⁾ (ii) 우선채택·선발을 부탁한 경우,⁹⁷⁾ (iii) 위법·부당한 처리를 부탁

94) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결.

95) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014도17211 판결.

96) 대표적으로, 방송국 프로듀서에게 특정 가수의 노래만을 선곡하여 달라고 부탁한 사안(대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결).

97) 대표적으로 임대차계약과 관련하여 사례비를 줄테니 자신에게 임대하여 달라고 부탁한 사안(대법원 1984. 8. 21. 선고 83도2447 판결).

한 경우,⁹⁸⁾ (iv) 위법·부당한 처리를 묵인하여 달라고 부탁한 경우⁹⁹⁾, (b) 부정한 청탁에 해당하지 않는다고 본 사례를 (i) 정당한 업무를 부탁한 경우,¹⁰⁰⁾ (ii) 단순한 선처나 편의를 부탁한 경우,¹⁰¹⁾ (iii) 자신의 권리 확보를 위한 부탁한 경우¹⁰²⁾로 유형화하였다.¹⁰³⁾

또한 이승호 교수는, (a) 수재자 입장에서는 (i) 기존 계약관계 유지를 부탁하였는지 여부, (ii) 문제점의 해결 내지 묵인을 부탁하였는지 여부, (iii) 대출업무를 부탁하였는지 여부,¹⁰⁴⁾ (iii) 지위취득을 부탁하였는지 여부¹⁰⁵⁾가, (b) 증재자 입장에서는 일상적인 업무의 추진을 부탁하였는지 여부, (ii) 권익을 보호하였는지 여부를 기준으로 부정한 청탁을 판단해야 한다고 하였다.¹⁰⁶⁾

나. 문제 사안의 제시 및 법원의 판단

위와 같은 유형화가 실제 부정한 청탁의 유무를 판단함에 있어 객관적이고도 명확한 기준이 되는지를 알아보기 위하여, 실제 배임수증재가 문제되는 사례와 그에 대한 법원의 판단에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

甲은 A회사의 대표이사로서, 2007년경부터 B회사의 C공장에 물품을 운송하는

-
- 98) 대표적으로, 내사를 받고 있음에도 보험금을 빨리 지급받도록 해 주면 사례를 하겠다고 부탁한 사안(대법원 1978. 11. 1. 선고 78도2081 판결).
- 99) 대표적으로, 무허가 별채사건과 관련한 보도를 하지 말아달라고 부탁한 사안(대법원 1970. 9. 17. 선고 70도1355 판결).
- 100) 대표적으로, 농업협동조합의 단위조합장이던 피고인이 조합을 위하여 예금유치와 관련한 부탁을 한 사안(대법원 1979. 6. 12. 선고 79도708 판결).
- 101) 대표적으로, 피고인이 유류부정처분 대가를 나눠줌으로써 환심을 사두고 후일 범행이 발각되더라도 이를 누설하지 않도록 하기 위한 사안(대법원 1983. 12. 27. 선고 83도2472 판결).
- 102) 대표적으로, 쓰레기수거계약 해제의 통고를 받은 회사의 대표이사로부터 “300만 원을 줄 터이니 계약을 유지시켜 달라”는 부탁을 받은 사안(대법원 1985. 10. 22. 선고 85도465 판결).
- 103) 신용석, “배임수증재죄의 부정한 청탁”, 형사판례연구, 제12권, 한국형사판례연구회, 2004, 240 내지 251면.
- 104) 선처를 부탁한 것이면 부정한 청탁이라고 보기 어렵고, 불량대출을 부탁한 것이면 부정한 청탁이라고 볼 여지가 크다(이승호, 앞의 논문, 120면).
- 105) 원칙적으로는 부정한 청탁으로 볼 여지가 크지만, 경쟁이 없으면 그렇지 않다(이승호, 앞의 논문, 120면).
- 106) 이승호, “배임수증재죄의 본질과 ‘부정한 청탁’의 판단기준”, 법조, 제614호, 법조협회, 2007, 116 내지 125면.

계약을 체결하여 물품을 운송하던 중 2015. 6.경 B회사의 생산팀장인 Z에게 지속적인 거래와 하차 작업에 빠른 순번을 부여해 달라는 취지의 부탁과 함께 Z에게 1억 원을 지급하였다. 다만, A회사뿐만 아니라, 당시 B회사와 물품 납품계약을 체결하여 C공장에 물품을 납품하던 총 7개 업체로부터 위와 동일한 취지의 부탁과 함께 적게는 1,000만 원에서 많게는 1억 2,000만 원 정도의 돈을 받았다.

이에 대하여 甲은 공소사실 기재와 같은 금원을 지급한 것은 인정하면서도, A회사가 B회사와 직접적인 계약을 체결한 적이 없고, 단순히 운송이나 배차업무와 관련하여 ‘편의나 이익’을 봐 달라는 정도의 부탁을 했을 뿐이며, A회사뿐만 아니라 당시 C공장에 물품을 납품하던 대부분 회사에서 돈을 지급한 것이므로 ‘부정한 청탁’이 아니라고 주장하였으나, 법원은 (i) 피고인(甲)이 아무런 대가도 없이 1억 원에 달하는 거액을 증채하였다는 것은 상식적으로 납득하기 어려운 점, (ii) A회사와 B회사 간 직접적인 거래관계가 없었다고 하더라도 업무와 관련한 직·간접적인 편의를 받을 수는 있는 것이고, 피고인 역시 그러한 이익을 기대한 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 ‘부정한 청탁’이 인정된다고 하면서 징역 6개월에 집행유예 2년을 선고하였다.¹⁰⁷⁾

다. 소결 - 유형적 판단설의 의의 및 한계

‘신의성실의 원칙’을 기준으로 부정한 청탁을 판단하는 판례의 태도는 사법상 원칙인 신의성실의 원칙을 보호하기 위하여 최후수단인 형법을 개입시킨다는 점에서 볼 때 바람직하지 않고, 신의성실의 원칙에 위반되는 부탁이 어디까지인지에 대한 한계가 불분명하다는 점에서 죄형법정주의로서 명확성 원칙에도 위반된다고 할 것이다.

이와 같이 배임수증재죄의 핵심 구성요건인 부정한 청탁의 판단기준을 ‘신의성실의 원칙’에서 찾는 것은 결과적으로 판사에게 폭 넓은 재량을 부여하는 것으로서, 판사로서는 피고인에 대하여 ‘처벌의 필요성’이 인정된다면 부정한 청탁의 범위를 넓게 해석하여 유죄를 선고할 수 있게 하는 것과 다름없다.

107) 대전지방법원 2018. 7. 25. 선고 2018노670 판결. 피고인이 상고하지 않아 확정되었다.

이러한 측면에서 볼 때, 판례가 ‘부정한 청탁’을 인정한 사례와 부정한 사례를 분석하는 것에 나아가 이를 유형화한 시도는 대단히 의미가 있다고 하지 않을 수 없다. 다만, 이러한 유형화는 이미 부정한 청탁인지 여부를 판단한 판례의 결론을 평가하는 정도의 의미가 있을 뿐, 새롭게 문제가 되는 사례에 있어 ‘부정한 청탁’에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 실질적인 기준으로 삼기에는 부족함이 없지 않다.

예를 들어, 위와 같은 유형화 이론에 의할 때, ‘기존 계약관계의 유지할 수 있도록 편의를 봐 달라고 부탁하는 경우’는 부정한 청탁에 해당되지 않는다고 보아야 하는데, 위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 피고인이 계약을 갱신하여 계속적으로 유지할 수 있도록 다른 경쟁업체들보다 상대적으로 유리하도록 영향력을 행사하여 달라는 취지의 묵시적인 부탁과 함께 금원을 제공한 사안에서는 부정한 청탁을 인정하였다.¹⁰⁸⁾ 더구나, 실제 ‘부정한 청탁’의 내용을 입증할 수 있는 증거는 사실상 증재자와 수재자 사이의 진술밖에 없는 것인데, 본인들의 처벌을 피하거나 경한 처벌을 받기 위하여 “단지 잘 보아 달라는 정도의 선처를 부탁한 것”이라는 변소를 하기 마련이라는 점을 감안할 때에도, 위와 같은 유형론이 실질적 기준을 제시한다고 보기는 어렵다.

3. 실질적 판단기준의 정립(실질설)

위에서 살펴본 바와 같이 배임수증재죄를 해석함에 있어서는 이제 ‘신의성실의 원칙’을 몰아낼 때가 되었다. 다만, 이를 위해서는 두 가지 문제가 남는데, (i) 그렇다면 판례가 지난 50년 동안 정립하여 온 부정한 청탁의 ‘의미’를 어떻게 재정립할 것인지와, (ii) 그렇게 재정립한 부정한 청탁을 판단하기 위하여 어떤 판단기준을 마련할 수 있는지 및 이를 어떻게 평가할 것인지가 문제이다.

먼저, 부정한 청탁의 의미를 재정립할 필요가 있다. 생각해 보면, 판례가 언급한 바와 같이 배임수증재죄에서의 ‘부정한 청탁’을 배임죄가 될 정도의 내용이라고 볼 필요는 없지만,¹⁰⁹⁾ “타인(본인)과의 관계에서 제3자를 위하여 법령이나 계약, 법률

108) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002도4131 판결.

행위에 근거한 신임관계를 위반하는 업무를 수행해 달라는 부탁” 정도로 이해할 수 있을 것이다.

그렇다면, 위와 같은 의미의 부정한 청탁을 판단하는 기준은 무엇인가? 이와 관련하여 문제가 된 사건을 유형화된 사례와 맞추어 판단하는 방법(유형설)이 있지만, 위에서 살펴본 바와 같이 이는 부정한 청탁으로 인정된 사례를 분석하는 정도의 의미가 있을 뿐, 실제 부정한 청탁인지 여부가 문제되는 경우에는 큰 의미가 없다는 난점이 있으므로, 여러 가지 기준을 마련하여 마치 양형기준표상 양형인자를 평가하는 방법¹¹⁰⁾처럼 (i) 문제가 된 사안에서 적용되는 기준(인자)을 선별한 후, (ii) 부정한 청탁으로 볼 수 있는 것과 볼 수 없는 기준(인자)을 분류하여 평가할 필요가 있다(실질설).

이러한 측면에서, 부정한 청탁은, (i) 기존 계약관계의 존재여부, (ii) 금품 제공의 형식, (iii) 수증자와 증재자 간의 관계, (iv) 수수의 시기, (v) 수수의 경위, (vi) 관련 내부규정 위반 여부, (vii) 경쟁업체의 존재 여부 등을 개별적인 기준으로 하여 문제가 된 사안에서는 어떠한 인자가 적용되는지, 그 인자 중 부정한 청탁을 인정할 만한 요소가 많은지, 인정하기 어려운 요소가 많은 지를 개별적으로 평가하여 판단해야 한다.

109) 대법원 1968. 10. 22. 선고 67도1666 판결.

110) 배임수증재죄의 양형기준에 의하면, 양형인자로는 ‘가담정도 및 실제 이득액이 극히 경미한 경우’, ‘수사개시 전 금품 기타 이익 반환’(특별감경인자), ‘수재와 관련하여 부정한 업무처리를 한 경우’, ‘적극적 요구’(특별가중인자) 등이 있는데, 복수의 특별양형인자가 있는 경우에는, (i) 같은 숫자의 행위인자는 같은 숫자의 행위자/기타인자보다 중하게 고려하고, (ii) 같은 숫자의 행위인자 상호간 또는 행위자/기타인자 상호간은 동등한 것으로 보는 방법에 따라, 평가 결과, 가중요소가 큰 경우에는 가중적 형량범위를, 감경요소가 큰 경우에는 감경적 형량범위를, 그 밖의 경우에는 기본적 형량범위를 선택할 것을 권고하고 있다(양형위원회, 2018 양형기준, 양형위원회, 2018, 389면).

IV. 마치며

이상에서 배임수증재죄가 여전히 형법상 독자적인 의미를 갖는지와 함께 지난 50여년 간 판례가 부정한 청탁의 의미와 그 판단기준을 어떻게 발전시켜 왔는지 살펴 보았다.

배임수증재죄가 일본에서조차 단순히 초안에 불과하던 개정형법가안을 참고한 것으로서, 특히 사적영역에 국가의 형벌권을 개입시키는 것은 부당하다는 지적¹¹¹⁾은 일견 타당하다. 그럼에도 불구하고 타인(본인)과의 관계에서 정당한 업무범위를 벗어난 부탁과 함께 금품 등을 수수한 행위는 여전히 배임수증재죄로 규율할 필요가 있다. 다만, 무엇보다 큰 문제는 판례가 부정한 청탁의 의미 내지 근거를 ‘신의성실의 원칙’에서 찾고 있다는 점인데, 대법원은 비단 배임수증재뿐만 아니라, 배임죄의 임무위배 행위¹¹²⁾나 부작위에 의한 사기죄에서 고지의무의 근거¹¹³⁾로 신의성실의 원칙을 들고 있어 가벌성의 영역이 무한히 확장하고 있다.

이러한 점을 고려할 때, 배임수증재죄에 있어 부정한 청탁은 ‘타인(본인)과의 관계에서 제3자를 위하여 법령이나 계약, 법률행위에 근거한 신임관계를 위반하는 업무를 수행해 달라는 부탁’이라고 이해하는 것이 타당하며, 이에 대한 판단은, (i) 기존 계약관계의 존재여부, (ii) 금품 제공의 형식, (iii) 수증자와 증재자 간의 관계, (iv) 수수의 시기, (v) 수수의 경위, (vi) 관련 내부규정 위반 여부, (vii) 경쟁업체의 존재 여부 등을 기준으로 평가하여야 할 것이다.

111) 강수진, 앞의 논문, 203면; 신용석, 앞의 논문, 252면; 이승호, 앞의 논문, 131면; 정신교, 앞의 논문, 17, 18면; 조기영, 앞의 논문, 99면.

112) 대법원은 배임죄에서 ‘임무에 위배하는 행위’란, “신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위”를 하는 것이라고 판시하고 있다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결).

113) 대법원은 부작위에 의한 사기죄에서 고지의무는 “법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다”고 판시하고 있다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결).

참고문헌

I. 단행본

- 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판사, 2019.
김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018.
대검찰청, 2018범죄분석, 대검찰청, 2018.
배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018.
신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
양형위원회, 2018양형기준, 양형위원회, 2018.
유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012.
이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019.
임용, 형법각론(제10정판), 법문사, 2019.

II. 논문

- 강수진, “배임수재죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미”, 형사법의 신동향, 통권 제33호, 대검찰청, 2011.
강한철, “의사의 배임수재죄에 있어서의 타인의 사무 개념”, 고려법학, 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013.
김봉수, “배임수재죄에 있어서 ‘사무의 내용’에 관한 고찰”, 형사판례연구, 제20권, 2012.
김성룡, “배임수증재죄에서 부정한 청탁”, 법조, 통권 제721호, 법조협회, 2017.
김정환, “건설산업기본법 위반죄(부정취득)와 배임수재죄의 관계”, 형사판례연구, 제19권, 한국형사판례연구회, 2011.
신용석, “배임수증재죄의 부정한 청탁”, 형사판례연구, 제12권, 한국형사판례연구회, 2004.
오경식, “사전수뢰죄에 있어서 청탁의 법리에 대한 재해석”, 형사판례연구, 제20권,

2012.

오영근/최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구, 제10권 제1호, 한국형사정책연구원, 1999.

이승호, “배임수증재죄의 본질과 ‘부정한 청탁’의 판단기준”, 법조, 제614호, 법조협회, 2007.

정신교, “배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론”, 한국부패학회보, 제22권 제3호, 한국부패학회, 2017.

조기영, “사회복지법인 운영권 양도와 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’”, 형사법연구, 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014.

하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.

The Criminal meaning of the Receiving or giving bribe by breach of trust and the ‘illegal solicitation’

Lee Jong-soo*

The receiving or giving bribe by breach of trust was enacted with reference to the draft criminal amendment to the Criminal Law, which Japan made to strengthen national penalties, and there is criticism that the involvement of national penalties in free legal relationship among the citizens is a problem. Moreover, even with the actual statistics, since the rate of the receiving or giving bribe by breach of trust is very small, so the question is whether it has its own meaning in Criminal law.

The Supreme Court has ruled the receiving or giving bribe by breach of trust is a kind of private bribe, however, it cannot be regarded as a social or national crime, based on the system of Criminal law and the intention of the legislator.

The improper solicitation and graft act, bribe to third person(Criminal Act article 130), medical service act, and etc punish similar acts of the receiving or giving bribe by breach of trust, however, it is still meaningful in that the person performing the work of another person violates his or her duties and sanctions for accepting money with illegal solicitation.

The most important issue with regards to the receiving or giving bribe by breach of trust is the meaning and the method of interpreting ‘illegal solicitation’. The Supreme Court has ruled for 50 years since 1968 that ‘illegal solicitation’ is sufficient to violate the principles of good faith. There is an opinion that the case can be judged by the type of case, so it is hard to suggest the practical criteria.

In the end, the ‘illegal solicitation’ for the receiving or giving bribe by breach of trust can be understood that ‘a request for a person who works for another to

* Attorney at Law, Shin & Kim.

betray him to work'. And the judgment shall be based on the existence of a contractual relationship, the form of offerings, the relationship between the parties and the violation of relevant regulations.

