

배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론*

Criterion of unclean appeal in crime of bribe by breach of trust

정 신 교(Jeong, Shin Kyo)**

ABSTRACT

‘Corruption’ is a problem that must be solved first among members of the age who are not limited to the public and private sectors, both past and present. In the case of the traditional corruption offenders, bribery is punished strongly by the active intervention of the state, but in the case of the accused bankruptcy, it interferes with private private economic transactions and if the extent of the bribery is excessive, There is a possibility. Therefore, the more robust the judicial intervention in corporate management is, the more likely it is that the corruption is to be solved, the more rational and clear the criteria should be.

Major crimes that occur in business management are embezzlement and tax evasion. Such corporate crime is likely to be an obstacle to the development of the economy in the liberal economic system. Therefore, it would be an essential task in terms of providing the enterprise with the possibility of judicial execution by clearly setting the standards and limitations of judicial intervention in corporate management.

Liberal Economy The market economy consists of the voluntary active market participation of the individual as the driving force of development and the involvement of those who participate in the market due to their activities.

Interpretation of the “unclean appeal”, which is the normative constitutional requirement of the crime of criminal prosecution is based on the conceptual principle of the principles of social norms and faithfulness of the second, the contents of appeal, the amount of property, And third, it presents a methodological aspect that does not necessarily require explicit.

Key words: Corruption, unclean appeal, crime of bribe by breach of trust, social rule

* 이 논문은 김천대학교 2016년 교내학술 지원 사업에 의해 지원된 논문임(gc-16044)

** 김천대학교 경찰행정학과 교수 · 법학박사.

I. 서론

‘부패(corruption)’는 과거와 현재를 막론하고 공적인 부문과 사적인 부문에 국한되지 않는 그 시대를 살아가는 구성원 간에 있어서 우선적으로 해결해야 하는 문제이다. 전통적인 부패범죄인 뇌물죄의 경우 국가의 적극적인 개입으로 인하여 강력하게 처벌되고 있는 반면 배임수증재죄의 경우 개인의 사적 경제거래에 개입하여 자칫 가벌성의 범위가 과도하게 확대되면 민간에서의 활발한 경제거래를 방해할 우려가 있다는 것이다. 따라서 기업경영에 대한 사법개입이 부패의 척결이라는 명분으로 강력하게 행해질수록 더욱 합리적이고 명확한 기준이 있어야 할 것이다. 기업경영상 발생하는 주요 범죄는 횡령, 탈세이다. 이러한 기업범죄는 자유경제주의 체제에서 기업경영에 대한 사법개입은 자칫 경제발전을 저해할 요인으로 작용될 가능성이 있다. 따라서 기업경영에 대한 사법개입의 기준과 한계를 명확히 설정함으로써 기업에게 사법실행의 예견가능성을 제공한다는 측면에서 필수적인 작업일 것이다. 또한 경영판단에 있어서 기업경영자의 경영에 대한 사법적 판단이 개입되는 경우도 있을 것이다. 이는 경영의 투명성제고와 법집행의 공정성을 확보하는 차원에서 성과를 거둘 수 있겠지만 경영자의 적극적 경영활동을 저해할 요소가 될 수 있다.

자유경제주의 시장경제는 개인의 활동적이고 자발적인 시장참여가 경제발전의 원동력이 되며 그 활동으로 인하여 시장에 참여하는 구성원들의 개입으로 이루어진다. 따라서 경제주체의 입장에서 실행한 투자, 미래의 가치에 대한 이익의 공여 등 많은 부분에 있어서 명확한 한계 없이 이루어지는 경제활동의 범위는 매우 넓다고 하겠다. 이러한 시장참여에 의해 일어나는 경제활동이 개인의 입장에서 행한 투자목적의 금전사용이 명확한 한계 없이 자의적으로 부패라고 책임이 지워진다면 개인의 경제활동은 매우 위축될 수밖에 없다. 이렇게 볼 때 배임수증재죄의 구성요건을 구체적으로 규정하는 것은 형법해석학의 문제를 넘어 경제부분에 대한 정책적 방향의 설정문제와도 일맥상통한다고 볼 수 있다.

이에 본고에서는 이러한 논의를 중심으로 자유 시장경제에 대한 국가의 통제의 범위 및 그 한계에 대한 해답을 얻고자 한다. 이를 위하여 우선 배임수증재죄의 본질, 법적성격, 다른 범죄와의 관계에 대해 검토하고자 한다. 그리고 배임수증재죄의 구성요건 중 ‘부정한 청탁’의 해석과 관련하여 규범적요소와 실질적 요소의 검토하고 현행 판례의 태도와 학설을 살펴봄으로써 올바른 해석기준을 제시하고자 한다.

II. 배임수증재죄의 본질

1. 배임수증재죄 법적성격

배임수증재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 경우에 성립한다(형법 제357조 제1항). 배임증재죄는 그 재물 또는 재산상 이익을 공여함으로써 성립하는 범죄이다(형법 제357조 제2항). 배임수증재죄는 형법 제40장 횡령과 배임의 죄에 규정에 규정되어 있으며 개인적 범익에 관한 죄 중에서 재산죄이다. 본죄는 부정한 청탁을 요건으로 하고 있기 때문에 기수범 성립에는 재물 또는 재산상 이익에 대한 요구·약속·공여의 의사표시만으로는 부족하고 재물 또는 재산상이익의 취득이 있어야 한다는 점에서 뇌물죄와 구별된다.

1) 뇌물죄의 일종으로 보는 견해

이 견해에 의하면 배임수증재죄는 배임죄의 일종이 아니라 공무원의 뇌물죄에 상응하는 민간의 사적 뇌물죄 내지는 부패범죄로 이해하고 있다.¹⁾ 즉 부패는 공적분야뿐만 아니라 사적분야에서도 발생하며, 바로 민간부문의 부패가 배임수증재죄가 된다는 것이다. 이 같은 측면에서 볼 때 배임수증재죄는 정부정책의 공적 영역과 사적 영역의 경계가 모호한 부분에 있어서 사적 영역의 부패방지의 법적재제의 필요성에 의해 제정되었다고 볼 수 있다.²⁾ 그러나 뇌물죄의 보호법익은 '공직수행의 공정성(公正性)과 불가매수성(不可買收性)'이라는 국가적 법익임에 반해 배임수증재죄의 보호법익은 개인적 법익인 '타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성(淸廉性)'이다. 뇌물죄는 국가적 법익으로서 전 국민이 그 피해자가 되나 배임수증재죄는 개별 피해자가 존재하고 피해자의 의사가 범죄의 성립에 중요한 요소가 된다. 따라서 전자는 강한 규제를 받더라도 후자는 그보다는 약한 규제에 놓이게 된다. 배임수증재죄의 행위는 공무원의 직무활동과는 달리 민간영역에서 야기되는 경제활동과 관련 있는 행위로 보는 경향이 있기 때문에 이러한 행위는 자유사회의 일상 거래관계에서 발생할 수 있

1) 김태명, 판례형법각론(제2판), 피앤씨미디어, 2016, 490쪽; 박상기, 형법학(제3판), 집현제, 2016, 696; 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2010, 569쪽; 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 437쪽; 이영란, 형법학(각론강의), 형설출판사, 2010, 426쪽; 임웅, 형법각론(제7정판), 법문사, 2016, 531쪽; 손동권, 형법각론(제3개정판), 율곡출판사, 2010, 473쪽; 이승호, "배임수증재죄의 본질과 '부정한 청탁'의 판단기준, 법조, 제614호, 법조협회, 2007. 11, 108쪽; 김정환, "건설산업기본법 위반죄(부정취득)와 배임수증재죄의 관계", 형사판례연구, 제19호, 한국형사판례연구회, 2011, 557쪽.

2) Guenter Heine 외(편), Private Commercial Bribery -A Comparison of National and Supernational Legal Structure, Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, 2003, 608쪽.

는 일이라는 것이다. 따라서 배임수증재죄가 사적 경제영역에 해당한다고 본다면 국가의 사적 경제거래에 대한 개입에 대해 비판이 제기되고 있다.³⁾

2) 뇌물죄와 구분하는 견해

배임수증재죄는 배임죄와는 달리 임무위배행위를 구성요건에 포함시키고 있지 않다. 그리고 ‘타인의 사무’에는 재산권에 한정하지 않고 있으며, 재산상 손해의 발생도 요건으로 하지 않고 있기 때문에 재산 또는 재산상 이익의 수수라는 관점에서 재산범죄에 포함시켜야 한다면서도 ‘거래 또는 사무처리의 청렴성’을 보호법익으로 하기 때문에 단순한 개인적 법익이라고 평가하기에는 무리가 있다고 보는 견해도 있다.⁴⁾ 이 견해에 의하면 뇌물죄는 국가적 법익으로서 전국민의 피해자가 되는 것이고 배임수증재죄는 타인의 사무를 처리하는 자라는 주체가 한정되어 있기 때문에 피해자의 의사가 범죄성립에 중요한 요소로 작용한다.

2. 배임죄와 배임수재죄의 구분

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 성립한다(형법 제355조 제2항). 업무상배임죄는 업무상 임무에 위배하여 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 배임죄의 가중 처벌 규정이다(형법 제356조). 업무상배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자라는 신분 이외에 업무자라고 하는 신분이 요구되는 이중신분범이다. 배임죄의 신분은 구성적 신분(진정신분범에서의 신분)이고 업무상배임죄에서의 신분은 가감적 신분(부진정신분범에서의 신분)이다. 통설과 판례는 제355조 내지 제356조의 법적 성격에 대해 재산범죄로 파악하고 있다.⁵⁾ 즉 배임죄는 “본인과의 신임관계 또는 신의성실에 위배하여 타인의 재산을 침해하는 범죄”이고, 따라서 여기서 말하는 “신임관계에 침해는 보호법익이 아니라 재산권을 침해하는 수단 내지 태양에 불과”하기 때문에 “신임관계 자체는 독립적 보호법익이 될 수 없다”고 이해한다. 배임수재죄는 구성요건상 ‘업무위반행위가 있을 것을 요건으로 하지 않는다는 점에서 배임죄와는 독립된 구성요건으로 이해하는 것이 일반적이다.⁶⁾

3) 신용석, “배임수증재죄의 부정한 청탁-유형화의 시도”, 형사판례연구, 제12호, 한국형사판례연구회, 2004, 234쪽.

4) 이승호, 앞의 논문, 109쪽 이하.

5) 김태명, 앞의 책, 490쪽; 박상기, 앞의 책, 696; 배중대, 앞의 책, 569쪽; 이재상, 앞의 책, 437쪽; 이영란, 앞의 책, 426쪽; 임웅, 앞의 책, 531쪽; 손동권, 앞의 책, 473쪽.

6) 김봉수, “배임수재죄에 있어서 ‘사무의 내용’에 관한 고찰 - ‘재산상 사무’로 제한해야 하는 가? -”, 형사판례연구, 제20호, 한국형사판례연구회, 2012, 425쪽.

3. 배임수증재죄의 불법의 본질

우리 형법에서의 배임수증재죄의 체계적 지위, 통설이 들고 있는 보호법익, 문언의 형식적 해석, 입법과정에서의 몇 가지 추론 등을 종합하여 살펴본다면, 부정한 청탁은 두 가지 측면에서의 금지를 위한 것으로 볼 수 있다. 첫째, 타인의 사무를 처리하는 자는 위임자에 대해 직접적인 손해의 발생 또는 위험성이 존재하기 때문에 위임자에 대한 직접적 재산상 손해를 1차적 결과반가치로 볼 수 있을 것이다. 이는 배임수증재죄가 개인적 법익 중에서 재산법죄로 배임죄와 함께 규정되어 있으면서 타인의 사무를 처리하는 자에게 부과되어 있는 형법상 법익보호의 취지에 맞는 불법일 것이다. 또한 배임수증재죄의 적용범위를 가장 좁게 해석할 수 있을 것이다. 예컨대 은행장에게 회수불능이 예상되는 회사에게 대출을 요구하는 청탁과 함께 금원을 제공한 경우 은행장의 행위는 은행에 대해 직접적인 손해를 끼치거나 손해의 위험에 노출시키는 행위이므로 이와 같은 부당한 행위를 규제하기 위한 규정이 배임수증재죄일 것이다.

둘째, 은행장의 부당한 사무처리를 위임한 타인은 당연히 직접적 손해발생이 예견되지 않는다고 하여도 그와 관련된 여러 이해관계자나 더 나아가 관련 업계와 종사자뿐만 아니라 국가적인 차원에서의 직·간접적인 손해의 발생이 가능하다. 따라서 이러한 측면에서 이 같은 행위를 방치한다는 것은 국가차원에서도 있을 수 없는 일이다.

이러한 2차 결과반가치의 경우 1차적인 경우와는 달리 반드시 그 피해자가 '타인'에 한정된다는 점 그 손해가 '재산상 손해'에 한정될 필요는 없으며 타인과 연관이 있는 자 또는 관련 사업을 영위하는 자, 관련 사업, 더 나아가 국가산업 전체에 해당하여도 무방하며, 그것이 재산상 손해이든 청렴성의 훼손이든 공정거래에 대한 침해이든 위험성이 존재한다면 죄의 성립은 긍정된다.

배임수증재죄에 있어서 '부정한 청탁'의 개념을 해석하여 구체적 사안에 적용함에 있어서 이를 단순히 개인적 법익에 관한 죄, 특히 재산에 관한 죄의 측면으로만 이해하는 경우 해결할 수 없는 부분, 즉 사회상규나 신의성실 등 개념 차용의 불가피성이나 뇌물죄에 상응하는 부패범죄로서의 성격과 관련된 논의, 형법이 아닌 행정법규를 통한 배임수재행위에 대한 중첩적 규제 시도에 관한 설명 등은 바로 위 2차적인 결과반가치에서 그 연원을 찾아볼 수 있을 것이다.

4. 비교법적 고찰

1) 각국의 배임증재죄에 대한 규정

뇌물죄를 규정하면서 독자적으로 배임수증재죄에 대한 처벌규정이 없는 입법례는 스페인,

폴란드, 스위스 등이 있다. 이는 공무원의 뇌물범죄에 대한 처벌규정이 있으며, 사안별로 사기죄, 횡령죄, 문서죄 등의 범죄로 배임수증재죄에 대해 개별적인 구성요건을 두고 있다.⁷⁾ 미국, 영국, 일본, 프랑스 등은 배임수증재죄의 구성요건이 존재하더라도 그에 대해 형법에 두지 않고 민법과 상법 등에 규정하여 뇌물죄와 구별하고 있다. 미국의 경우 다양한 법에서 개별적인 행위(산업스파이의 뇌물수수, TV쇼 뇌물수수, 스포츠 뇌물수수, 기업의 뇌물수수)에 대해 규제하고 있다. 영국의 경우 부패방지법상 배임수증재죄를 규정하고 있다. 일본은 뇌물죄와는 별도의 배임수증재죄 규정은 없다. 대신 민법상 규제를 통해 규율하고 있다. 프랑스의 경우 노동법에 배임수증재죄를 규율하고 있다.

2) 부정한 청탁에 관한 독일 형법 제299조

독일 형법 제299조는 개인의 사적거래가 아닌 일반 기업이 개인과 기업 등과 재화와 용역을 구입하는데 있어서 자유경쟁(Freie Wettbewerbe)을 보호하기 위하여 타인의 사무를 처리하는 자가 거래의 상대방에게 부당한 특혜를 주는 것과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 부당한 이익을 요구, 약속, 취득하는 경우를 규정하고 있다.⁸⁾ 여기서 부당한 특혜는 사무를 처리하는 자의 이익(Vorteil)은 장래의 부정한 특혜에 대한 반대급부로서의 요구, 약속, 취득이다.⁹⁾ 여기에는 상대방 사이에 의사 합의가 있어야 하며, 수재자가 단지 특혜를 줄 것이라는 기대만으로는 본 규정이 적용되지 않는다.¹⁰⁾ 특혜(Bevorzugung)란 혜택을 받을 권리가 없는 자에게 우선적인 권리를 주는 것을 말한다. 정당한 경쟁에서는 차별이나 특혜는 존재하지 않는다. 사적 거래영역에서 관행(Gepflogenheit)도 고려사항이지만 관행이라는 이유만으로 정당하다고 볼 수는 없을 것이다. 거래상 사소한 이익의 취득으로 인한 증재자의 요구를 들어주어야 하는 경우 의무의 이행이 발생하지 않을 정도라는 판단이라면 사회적 상당한 행위(Sozialadäquate Verhaltensweise)로서 부정한 청탁으로 볼 수 없을 것이다.¹¹⁾ 예컨대 점심초대, 선전용 선물의 증정 등이 그것이다. 이 경우 범죄를 구성하지 않는다는 것은 그 정도의 이익제공으로 상대방에게 특혜를 줄 정도의 판단에 이르게 하지 않는다고 생각하기 때문이다.

7) Guenter Heine 외(편), 앞의 책, 610쪽.

8) 김성룡, “배임수증재죄에서 부정한 청탁-대법원 2015. 7. 23, 선고 2015도3080 판결-”, 법조 제721호, 2017. 2724쪽.

9) Schönke/Schröder/Eisele/Heine, 29. Aufl. 2014, StGB § 299, Rn. 15.

10) MüKoStGB/Krick, 2. Aufl. 2014, StGB § 299 Rn. 24.

11) BeckOK StGB/Momsen/Laudien, 32. Ed. 01.09.2016, StGB § 299, Rn. 24.

3) 오스트리아 형법 제153a조

오스트리아 형법 제153a조는 배임수증재죄에 대해 처벌규정을 두고 있다. 즉 타인의 재산을 처분하거나 제3자에게 의무부과의 권한 있는 관청이나 법률이 인정되는 경우 이 권한을 수행하는 과정에서 그 의무에 반하여 재산상 이익을 취득한 자는 1년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다. 이 규정은 불법이익보다는 권한이 있는 자의 의무위반행위에 더 중점이 있다. 이 규정의 주체는 타인의 재산을 처분하거나 제3자에게 의무를 부과하는 권한을 가진 자이다. 따라서 공무원이나 공기업 직원은 뇌물죄로 규율하고 있기 때문에 본 규정은 적용되지 않는다.

대리행위(Vertretungshandlung)에 대해서 재산상 이익(예컨대 금전이 아닌 다른 물질적인 것들, 사냥, 축제, 고급식사, 비용이 들지 않는 휴가 등)을 취득 하는 행위와 취득한 재산상 이익을 본인(Machtgeber)에게 전하지 않은 '부작위행위'가 요구된다. 이때 제153a조의 주요 구성요건은 '전하지 않은 부작위이다. 민법상 본인에게 전달해야 되는 의무가 있는 자가 전달하지 않는 것이 불법행위라는 것이다. 재산상 이익의 최소조항(Geringfügigkeitsklausel)¹²⁾과 관련하여 판례는 범죄자는 이익을 취득할 당시 본인에게 전달하지 않겠다는 고의가 있어야 하고 고의가 이익 이후에 생겼다면 제153a조는 해당하지 않는다. 이때 범죄의 고의는 실행행위 맞춰져 있다는 것을 알 수 있다.¹³⁾

Ⅲ. 부정한 청탁의 해석론

1. '부정한 청탁'에 대한 학설 및 판례의 검토

1) 학설의 검토

배임수증재죄의 '부정한 청탁'은 수뢰죄와는 달리 '임무에 관하여 부정한 청탁'을 받은 것을 구성요건으로 하고 있다. 배임수증재죄에서 '부정한 청탁'이라는 개념에 대해 구체적으로 명확하게 설명하고 있는 학설은 없으나 부정한 청탁이란 반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 것을 요하지 않으며, 사회상규 또는 신의칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 되고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련하여 공여한 재물의 액수, 형식, 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰 하여야 한다.¹⁴⁾

12) "nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil"(적지 않은 재산상 이익).

13) 김정환, 앞의 논문 558쪽.

14) 대법원, 2005.1.14., 선고 2004도6646 판결

이에 대해 부정한 청탁의 의미에 대해 ‘사회상규 및 신의성실의 원칙’이라는 규범적 요소에 의하여 ‘부정한 청탁’ 여부를 판단하지만, 통상 업무임에도 이를 배임수재죄로 인정하는 최근의 경향을 설명하기 위해서 구체화된 비규범적 기준으로 ‘교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성 등을 전체적으로 고려하여야 한다는 견해도 있다.¹⁵⁾ 그러나 청탁이 직무를 처리함에 있어서 직무권한범위 안에서 편의를 부탁하거나,¹⁶⁾ 최대한 선처를 바라다거나,¹⁷⁾ 기존의 권리확보를 위한 부탁¹⁸⁾은 ‘부정한 청탁’이라 할 수 없다.

2) 판례의 태도

(1) ‘부정한 청탁’을 인정한 경우

방송프로듀서가 특정 가수의 노래를 자주 방송하여 달라는 청탁을 받고 금원을 교부받은 경우¹⁹⁾ 마을 이장이 수몰주민 사업을 처리하면서 건축업자로부터 조합이 발주하는 이주주택 건축공사를 청탁을 받고 금원을 받은 경우²⁰⁾ 물품구매계약 담당 한국주택공사 자재과장과 직원에게 물품거래계약을 수의계약하고 금원을 교부한 경우²¹⁾ 대학교수가 특정출판사의 청탁을 받고 교재채택비로 금원을 받은 경우²²⁾ 아이스하키협회 회장 또는 부회장이 대표선수 선발이나 대학교 체육특기생 선발과 관련하여 청탁을 받고 금원을 받은 경우²³⁾ 회원제 골프장의 예약업무 담당자가 주말부킹권을 부킹대행업자에게 판매하고 금품을 받은 경우²⁴⁾ 감정업에 종사하는 자가 감정평가액을 낮추어 평가해달라는 청탁을 받고 금원을 수령한 경우²⁵⁾ 한국전력공사 송전설비관리 및 송전선로 공사의 현장감독 업무자가 송전선로 철탑이 설공사를 도급받아 시공하는 자로부터 금원을 수령한 경우²⁶⁾ 하도급받은 자가 감독할 지위에 있는 자에게 잘 보아 달라는 취지로 금원을 교부한 경우²⁷⁾ 은행장이 회수불능의 회사로부터 거액의 불량대출 청탁을 받은 경우²⁸⁾ 신문사 지국장이 무허가 별채사건의 기사송고를

15) 이승호, 앞의 논문, 114쪽; 강한철, “의사의 배임수재죄에 있어서 타인의 사무개념”, 고려법학, 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 425쪽.

16) 대법원 1980.4.8. 선고 79도3108 판결

17) 대법원 1982.9.28. 선고 82도1656 판결

18) 대법원 1985.10.22. 선고 85도456 판결

19) 대법원 1991.1.15. 선고 90도2257 판결

20) 대법원 1987.4.28. 선고 87도414 판결

21) 대법원 1990.8.10. 선고 90도665 판결

22) 대법원 1996.10.11. 선고 95도 2090 판결

23) 대법원 2000.3.14. 선고 99도5195 판결

24) 대법원 2008.12.11. 선고 2008도6987 판결

25) 대법원 1982.7.13. 선고 82도925 판결

26) 대법원 1991.11.26. 선고 91도2418 판결

27) 대법원 1988.3.8. 선고 87도1445 판결

하지 않을 것을 청탁받은 경우²⁹⁾ 보험회사 지부장이 피보험자의 사인(死因)에 대하여 보험금을 빨리 타도록 해달라는 청탁을 받은 경우³⁰⁾, 특정인을 어떤 지위에 우선적으로 추천하여 달라는 청탁을 받은 경우³¹⁾ 등이 있다.

부정한 청탁을 인정한 경우 일률적인 기준으로 부정한 청탁 여부에 대한 평가를 발견하는 것은 어렵다. 위의 사례에 대해 유형화를 해석의 기준으로 본다면 다음과 같은 점을 발견할 수 있다. ① 특혜의 부탁, ② 우선 채택·선발의 부탁, ③ 위법·부당한 처리의 부탁, ④ 위법·부당처리의 묵인 부탁 등으로 구별할 수 있다. 또한 부정한 청탁이 있으면 죽고, 청탁 받은 임무를 실제로 담당하고 있을 필요도 없다.³²⁾ 그러나 이 유형 또한 여전히 부정한 청탁이 무엇인지 명확하게 판단하게 해 준다고 보기는 어렵다.

(2) 부정한 청탁을 부정한 경우

농협 단위조합장이 예금유치를 위하여 청탁을 하는 것은 특단의 사정이 없는 한 부정한 것이 아니다³³⁾ 직무권한범위 내에서 최대한 선처를 바란다는 내용에 지나지 않는 것은 부정한 청탁이 아니다.³⁴⁾ 대학교 졸업준비위원회 위원장과 총무에게 자신이 졸업앨범 제작업자로 지정될 수 있도록 애써달라는 부탁을 하고 앨범 제작과정에 관한 자문에 응하기도 하면서 위원들에게 향응을 베풀고 금원을 제공한 것은 부정한 청탁이 아니다³⁵⁾ 각자의 직무권한 범위 내에서 업무를 처리함에 있어 제반 편의를 보아 달라는 취지의 부탁을 한 사실이 인정될 뿐 위법하게 또는 부당하게 처리해줄 것을 부탁한 것으로는 보여지지 아니하므

28) 대법원 1983. 3. 8, 82도2873 판결

29) 대법원 1970. 9.17, 70도1355 판결

30) 대법원 1978. 11. 1, 78도2081 판결

31) 대법원 1989. 12. 12, 89도495 판결

32) 형법 제357조 제1항의 배임수증죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 그 보호법익으로 하고 있는바, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고, 재물을 수수함으로써 성립되고, 반드시 취재 당시에도 취재와 관련된 임무를 현실적으로 담당하고 있음을 그 요건으로 하는 것은 아니므로 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사무분담 변경으로 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도 여전히 타인의 사무를 처리하는 지위에 있고, 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것이라면 배임수증죄는 성립한다(대판 1987. 4. 28, 87도414); 형법 제357조 제1항의 배임수증죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 보호법익으로 하는 것으로, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 수수함으로써 성립하고 반드시 수재 당시에도 그와 관련된 임무를 현실적으로 담당하고 있음을 그 요건으로 하는 것은 아니므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사적으로 인하여 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도, 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것이라면 배임수증죄가 성립한다(대판 1997. 10.24, 97도2042).

33) 대법원 1979.6.12. 선고 79도708 판결

34) 대법원 1982.9.28. 선고 82도1656 판결

35) 대법원 1987.5.12. 선고 86도1682 판결

로 부정한 청탁이 아니다³⁶⁾ 계약관계를 유지시켜 기존 권리를 확보하기 위한 부탁행위는 부정한 청탁이라고 할 수 없다³⁷⁾ 대학병원의 의사가 의약품을 사용해 준 대가 또는 향후 의약품을 지속적으로 납품할 수 있도록 해달라는 취지로 제약회사가 제공하는 의약품에 관한 연구용역계약을 체결하고 연구비 명목으로 돈을 수수하였더라도 연구용역계약이 의학적 관점에서 정당하게 체결되어 수행되었다면 부정한 청탁으로 볼 수 없다.³⁸⁾

2. ‘부정한 청탁’의 해석

1) ‘부정한 청탁’ 개념의 모호성

배임수재죄의 구성요건 중에서 ‘부정한 청탁’은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물이나 재산상 이익을 취득하는 것이다. 여기서 부정한 청탁의 의미는 매우 광범위하고 추상적인 측면이 있다. 판례는 부정한 청탁의 범위를 업무상배임이 되는 내용의 부정한 청탁이 아니라 사회상규 및 신의성실의 원칙에 반하는 것으로도 족하다고 보고 있다.³⁹⁾ 여기에 대해 좀 더 명확성을 기하기 위한 기준의 정립이 필요하다. 따라서 이하에서는 배임수재죄의 부정한 청탁의 의미의 해석상의 문제점에 대해 정리하면 다음과 같다. 첫째, 부정한 청탁의 개념을 사회상규 또는 신의성실이라는 불확정적 개념과 일반조항에 의존함으로써 사인간의 거래를 국가가 적극 개입하는 문제가 제기되고 있다. 이는 형법의 보장적 기능에 대한 침해로 죄형법정주의에 반할 수 있다.

둘째, 구성요건 요소로서 ‘사회상규 및 신의성실의 원칙’은 구체적 개념 이라기보다는 추상적인 개념에 해당하기 때문에 부정한 청탁의 해석을 이 요건에 의존하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 형법 제20조의 사회상규에 대한 해석도 다양한 견해가 있다. 예컨대 사회구성원들이 사회에서 지켜야 될 준칙내지는 행위 당시 법전체의 정신에 비추어 실질적으로 위법하지 않은 행위 또는 공서양속에 반하지 않는 행위 등이 그것이다. 사회상규에 반하지 않는 행위의 기준으로 ① 동기와 목적의 정당성, ② 수단과 방법의 상당성, ③ 법익의 균형성, ④ 급박성, ⑤ 보충성 등을 고려하여 합목적적, 개별적으로 판단한다.⁴¹⁾ 사회상규를 규범적인 실체가 없는 개념으로 보는 견해도 있는데 이는 사회상규의 의미내용을 먼저 확정하고 그 후에 사회상규의 구체화된 행위를 판단해서 결정해야 한다는 것이다.⁴²⁾ 신의성

36) 대법원 1980.4.8. 선고 79도3108 판결

37) 대법원 1985.10.22. 선고 85도465 판결

38) 대판 2011.8.18., 선고 2010도10290 판결

39) 대판 1968. 10. 12, 67도1666.

40) 신용석, 앞의 논문, 237쪽.

41) 대법원, 2008. 10. 23, 2008도6999

42) 배종대, 앞의 책, 570쪽; 강수진, “배임수재죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미”, 형사법의 신동향, 통권 제

실의 원칙도 그 개념이 확정적이지 않다. 신의성실이란 민사법의 대원칙으로 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 이행해야 한다는 의미이다. 이는 사회구성원으로서 개인은 상대방의 신뢰에 어긋나게 행동해서는 안 된다는 원칙이다.

셋째, 판례는 사회상규 및 신의성실의 원칙의 보완책으로 재물의 액수나 금액, 교부형식, 사무처리의 청렴성 등의 종합적 고려를 제시하고 있다. 이는 부정한 청탁의 행위유형에 불과하며 객관적 기준에 따라 판단해야 할 요소이기 때문에 판단기준 자체가 되기에는 무리가 있다. 이러한 개념을 '부정한 청탁'의 규범적 개념에 포함하여 해석하는 것은 법원에게 자유로운 판단에 기초하여 해석의 여지를 부여함으로써 형법의 규범적 기능에 문제가 제기될 수 있다.

2) '부정한 청탁'에 대한 합리적 해석

(1) 문제제기

앞에서 언급한 '사회상규 및 신의성실의 원칙'과 같은 포괄적 개념과 법원의 판단에 따른 유형화는 구체적인 해결방안으로 부족한 측면이 존재한다. 형법의 보장적 기능에 대한 침해, 중복입법에 따른 다양한 위헌성이 존재한다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해 '부정한 청탁'의 해석론에 대해 실질적인 기준의 도입이 필요하다고 본다. 이에 대해 현재 형법체계상의 배임수증죄의 본질을 뇌물죄로 볼 것인가 아니면 현재 형법체계의 재산범죄로 보고 보충적 보호법익으로 '거래의 청렴성'을 보충할 것인가의 문제로 접근하는 것이다.

(2) 부정한 청탁의 유형화

우리 사회는 복잡성·다양성이 존재하며 어떠한 행위가 부정한 청탁이 되는가에 대해 사회구성원들의 합의가 부족한 측면이 있다. 따라서 판례가 부정한 청탁을 판단하여 그 행위를 유형화 한다면 사회상규 또는 신의성실이라는 일반조항에 대해 법원의 판단기준을 명확하게 하는 동시에 수범자의 예측가능성을 높일 수 있다 것이다.⁴³⁾ 이에 ① 특혜의 부탁, ② 우선채택·선발의 부탁, ③ 위법·부당처리의 부탁, ④ 위법·부당처리의 묵인부탁의 청탁은 부정한 청탁이고, 부정한 청탁에 해당하지 않는 것은 ① 정당한 업무행위, ② 단순한 선처·편의의 부탁, ③ 자신의 권리확보를 위한 부탁 등이다.⁴⁴⁾

또 다른 유형화의 시도는 이원적인 방법을 채택하는 것이다.⁴⁵⁾ 예컨대 수재자가 증재자

33호, 대검찰청, 2011. 200쪽.

43) 신용석, 앞의 논문, 238쪽 이하.

44) 신용석, 위의논문, 238쪽 이하.

45) 이승호, 앞의 논문, 114쪽.

의 관점과 수재자의 관점에서 부정적 청탁이라는 이중의 심사를 거쳐 판단하는 것이다. 수재자와 관련하여 부정한 청탁이 부정되는 경우는 ① 기존 계약의 유지를 위한 부탁행위, ② 대출업무에 대한 부탁행위, ③ 지위취득을 위한 부탁행위(경쟁이 없는 경우) 등이다. 이에 비해 부정한 청탁으로 되는 경우는 ① 문제해결 및 목인을 위한 부탁행위, ② 불량대출의 부탁행위 ③ 지위취득의 부탁행위(경쟁이 있는 경우) 등이다. 증재자의 관점에서는 ① 일반적인 업무추진행위, ② 자기의 권익보호를 위한 부탁행위 등은 부정한 청탁으로 보지 않는다.

그리고 비규범적 기준인 사회상규 및 신의성실의 원칙과 관련하여 부정한 청탁의 여부는 청탁의 내용, 방법, 재물의 액수와 형식, 사무처리자의 청렴성 등이 고려할 사항이다.

(3) 기본원리의 제시

판례분석을 통한 유형화의 시도는 부정한 청탁의 해석에 대해 상당부분 기여하고 있는 것은 사실이나 근본적인 해결책과 방향을 제시하는 데에는 미비한 점이 있다. 사회상규 및 신의성칙의 원칙은 명확성에 있어서 문제가 있고 청탁의 내용·대가의 액수·형식·타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성 등은 기준이 개별적인 표지이기 때문에 구체적인 판단에 있어서 어려움이 있다는 것이다. 따라서 유형화와 추상적 규범에서 기준이 되는 기본원리를 제시하는 것은 매우 의미가 있다고 할 수 있다. 먼저 배임수재죄에서 타인의 재산상 사무를 처리하는 자의 경우 배임죄의 성립요건을 활용하여 배임죄에 준하여 처벌하고 타인의 비재산적 사무를 처리하는 자에 대해서는 범죄성립요건을 축소시켜 해당사무의 중대한 위험이 있다는 것이 명백하다는 요건을 명시하는 것이다. 이에 ① 해당 업무의 목적관련성 여부, ② 해당업무의 목적수행에 대한 위험의 중대성 ③ 위험의 명백성이 인정되는 경우에 부정한 청탁이 인정된다는 것이다.⁴⁶⁾ 이와 관련하여 최근 판례가 복지법인과 학교법인의 양도에서 배임수증재죄에 대해 공익성이 강한 법인에 있어서 청탁이 법률위반이거나 공익적 법인의 업무를 위배한 것이 아니라면 그 청탁이 법인의 존립여부에 대한 명백한 부정청탁이라면 사회상규와 신의성실의 원칙에 위반하는 것이라고 보았다.⁴⁷⁾ 판례는 추상적인 사회상규, 신의성칙의 원칙이라는 원칙과 사무처리자에 대한 부정한 청탁의 내용과 관련하여 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수·종류·형식·방법 등의 지도원리를 제시한 것이 아니고 구체적인 기준의 하나인 ‘청탁의 내용’을 공익성을 지닌 비재산적 사무와 관련하여 보다 구체적으로 풀어낸 것이다.

46) 김성룡, 앞의 논문, 721쪽

47) 대법원, 2014. 1. 23, 2013도11735

3. 검토

배임수증재죄의 본질에 있어서 가장 중요한 구성요건인 '부정한 청탁'은 타인의 사무를 처리하는 자가 본인의 의사에 대해 신뢰를 위반한 것인가이다. 즉 신뢰에 반한다는 것은 사무를 위임한 자에게 피해를 주거나 피해를 줄 가능성이 있기 때문에 범죄로 규율하고 있는 것이지 부패의 범죄성에 중점을 두고 있지 않다. 이는 배임수증재죄의 보호법익이 '타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성'인데 여기서 청렴성은 도덕적인 청렴성이 아니라 타인의 사무를 위탁받은 자가 거래관계에서 지켜야 될 신뢰를 위반하는 것을 의미한다. 따라서 배임수증재죄에 있어서 타인의 의사는 범죄성립에 있어서 중요한 요소로 작용한다. 이러한 점에서 배임수증재죄가 성립되지 않으면 배임증재죄는 성립되지 않기 때문에 배임수증재죄가 성립하기 위해서는 두 개의 원칙을 고려해야 한다. 첫째, 사무 처리를 위임한 자의 이익을 위한 금품수수는 배임수증재죄가 될 수 없다. 이는 타인에게 지켜야 할 신뢰준수의 의미이기 때문에 도덕적인 잣대로 재단할 수 없기 때문이다. 타인의 사무를 처리하는 과정에서 과도하게 임금이나 수당이 지급되었다 하더라도 이는 범죄로 규율하는데 있어서는 문제가 될 수 있다. 예컨대 타인의 사무를 처리하는 자가 제3자로부터 임금이나 수당을 받을 수 있으며 이는 본인에게 직접 받은 보상이 아니라는 이유만으로 범죄로 규정하기에는 무리가 있다.

둘째, 타인의 사무를 처리하는 자에게 위임자가 동의하거나 승인한 경우 배임수증재 행위는 범죄가 되지 않는다. 이는 개인적 법익보호를 주목적으로 하기 때문에 위임자의 법익을 침해하는 것이 아니며, 이는 형법상 피해자의 승낙으로 볼 수 있기 때문이다. 더욱이 사무를 처리하는 자가 위임자의 사후 승인이나 사후동의가 있을 것으로 믿었다면 이 또한 처벌을 하지 않아야 한다는 견해도 있다. 따라서 이러한 제한 원칙들이 명확히 정립될 경우에 배임수증재죄가 우리 형사사법에서 정확한 자리매김을 할 수 있을 것이라고 판단된다.

IV. 결론

형법상 배임수증재죄의 규범적 구성요건인 '부정한 청탁'의 해석에 대해 판례는 첫째, 사회상규, 신의성실의 원칙이라는 관념적 기준, 둘째, 청탁의 내용과 재물의 액수, 형식, 사무처리자의 청렴성 등의 실질적 검토, 셋째, 청탁은 반드시 명시적일 것을 요하지 않는다는 방법적인 측면을 제시하고 있다. 배임수증재죄는 사인간의 뇌물범죄의 성격을 지니고 있는 범죄이다. 따라서 공무원의 수뢰죄와는 그 인정범위가 넓을 수 없다는 점에서 한계를 지닌다. 그리고 사인간의 뇌물죄에 대한 처벌은 대다수의 국가에서는 형법에서 처벌규정을 두기 보다는 그 행위와 연관성이 있는 특별법에서 처벌하고 있는 방식을 취하고 있다는 것이다.

우리 헌법상의 경제질서를 고려하더라도 타인의 사무를 처리하는 자는 본인의 의사에 반하지 않는 자율적 조치를 취한 경우에 국가 형벌권의 과도한 간섭은 형법의 보장적 기능에 대한 침해로 볼 수 있다는 것이다.

현행 형법상 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 체계는 개인적 법익 중 재산범죄로 분류되어 있기 때문에 그 의미의 해석에 있어서 차별성을 두어야 할 것이다. 그러므로 타인의 재산을 보호법익으로 보고 타인에 대하여 직접적 손해 또는 손해발생의 위험성이 있다면 ‘부정한 청탁’에 해당된다고 볼 수 있다. 다만 배임수증재죄가 횡령이나 배임 등 다른 재산범죄와는 달리 재산죄로서의 성격과 사회적 법익의 성격도 함께 보충적으로 고려해야 되는 범죄임을 잊어서는 안 될 것이다. 이는 자유경제질서의 위험이 될 가능성도 있기 때문에 우리 사회의 거래질서를 위협하는 경우까지 ‘부정한 청탁’으로 보는 것이 옳다고 본다.

참고문헌

- 김태명, (2016), 판례형법각론(제2판), 피엔씨미디어
- 배종대, (2010), 형법각론(제7전정판), 홍문사
- 임 우, (2016), 형법각론(제7정판), 법문사
- 박상기, (2016), 형법학(제3판), 집현재
- 손동권, (2010), 형법각론(제3개정판), 을곡출판사
- 이재상, (2012), 형법각론(제8판), 박영사
- 이영란, (2010), 형법학(각론강의), 형설출판사
- 강한철, (2013), “의사의 배임수증죄에 있어서 타인의 사무개념”, 고려법학, 제68호, 고려대학교 법학연구원
- 강수진, (2011), “배임수증죄에서의 ‘부정한 청탁’의 의미”, 『형사법의 신동향』 통권 제33호, 대검찰청
- 김정환, (2011), “건설산업기본법 위반죄(부정취득)와 배임수증죄의 관계”, 『형사판례연구』, 제19호, 한국형사판례연구회
- 김봉수, (2012), “배임수증죄에 있어서 ‘사무의 내용’에 관한 고찰 - ‘재산상 사무’로 제한해야 하는가?-, 형사판례연구, 제20호, 한국형사판례연구회
- 김성룡, (2017), “배임수증재죄에서 부정한 청탁-대법원 2015. 7. 23, 선고 2015도3080 판결-”, 법조, 제721호, 법조협회
- 신용석, (2004), “배임수증재죄의 부정한 청탁-유형화의 시도”, 형사판례연구 12호, 한국형사판례연구회
- 이승호, (2007), “배임수증재죄의 본질과 ‘부정한 청탁’의 판단기준, 법조, 제614호, 법조협회
- Guenter Heine 외(편), (2003), Private Commercial Bribery -A Comparison of National and Supernational Legal Structure, Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht
- Schönke, Adolf/Schröder, (2014), Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., C. H. Beck, München

투고일자 : 2017. 09. 15

수정일자 : 2017. 09. 27

게재일자 : 2017. 09. 30

<국문초록>

배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 해석론

정 신 교

전통적인 부패범죄인 뇌물죄의 경우 국가의 적극적인 개입으로 인하여 강력하게 처벌되고 있는 반면 배임수증재죄의 경우 개인의 사적 경제거래에 개입하여 자칫 가벌성의 범위가 과도하게 확대되면 민간에서의 활발한 경제거래를 방해할 가능성이 있다. 따라서 기업경영에 대한 사법개입이 부패의 척결이라는 명분으로 강력하게 행해질수록 더욱 합리적이고 명확한 기준이 있어야 할 것이다. 기업경영상 발생하는 주요 범죄는 횡령, 탈세이다. 이러한 기업범죄는 자유경제주의 체제에서 기업경영에 대한 사법개입은 자칫 경제발전을 저해할 요인으로 작용될 가능성이 있다. 따라서 기업경영에 대한 사법개입의 기준과 한계를 명확히 설정함으로써 기업에게 사법실행의 예견가능성을 제공한다는 측면에서 필수적인 작업일 것이다.

이러한 논의를 중심으로 우선 배임수증재죄의 본질과 배임수증재죄의 구성요건 중 ‘부정한 청탁’의 해석과 관련하여 규범적요소와 실질적 요소의 검토와 올바른 해석을 필수적이다. 형법상 배임수증재죄의 규범적 구성요건인 ‘부정한 청탁’의 해석에 대해 판례는 첫째, 사회상규, 신의성실의 원칙이라는 관념적 기준, 둘째, 청탁의 내용과 재물의 액수, 형식, 사무처리자의 청렴성 등의 실질적 검토, 셋째, 청탁은 반드시 명시적일 것을 요하지 않는다는 방법적인 측면을 제시하고 있다. 배임수증재죄는 사인간의 뇌물범죄의 성격을 지니고 있는 범죄이다. 따라서 공무원의 수뢰죄와는 그 인정범위가 넓을 수 없다는 점에서 한계를 지닌다. 그리고 사인간의 뇌물죄에 대한 처벌은 대다수의 국가에서는 형법에서 처벌규정을 두기 보다는 그 행위와 연관성이 있는 특별법에서 처벌하고 있는 방식을 취하고 있다. 우리 헌법상의 경제질서를 고려하더라도 타인의 사무를 처리하는 자는 본인의 의사에 반하지 않는 자율적 조치를 취한 경우에 국가 형벌권의 과도한 간섭은 형법의 보장적 기능에 대한 침해로 볼 수 있다.

현행 형법상 배임수증재죄의 ‘부정한 청탁’의 체계는 개인적 법익 중 재산범죄로 분류되어 있기 때문에 그 의미의 해석에 있어서 차별성을 두어야 할 것이다. 그러므로 타인의 재산을 보호법익으로 보고 타인에 대하여 직접적 손해 또는 손해발생의 위험성이 있다면 ‘부정한 청탁’에 해당된다고 볼 수 있다. 다만 배임수증재죄가 횡령이나 배임 등 다른 재산범죄와는 달리 재산죄로서의 성격과 사회적 법익의 성격도 함께 보충적으로 고려해야 되는

범죄임을 잊어서는 안 될 것이다. 이는 자유경제질서의 위협으로 발생할 가능성도 있기 때문에 우리 사회의 거래질서를 위협하는 경우까지 '부정한 청탁'으로 보는 것이 옳다고 본다.

주제어: 부패, 부정한 청탁, 배임수증재죄, 사회상규