

발 간 등 록 번 호

11-1140100-100021-10

ISSN 3058-6607

국민권익위원회 학술지

2025. 10. 31.

제2권 제1호

권익



국민권익위원회

Anti-Corruption &  
Civil Rights Commission



기획

일반

# 7

## 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지에 관한 판례분석과 입법과제

김효손



## 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지에 관한 판례분석과 입법과제

### Supreme Court Case Analysis and Legislative Issues Related to Article 8 of the Improper Solicitation and Graft Act

김효손

한국은행 과장 / 변호사

#### I. 들어가며

#### II. 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지

1. 금품등 수수 금지의 구분기준
2. 유의사항

#### III. 관련 대법원 판례

1. 금품등 제공 예외사유인 상급 공직자들의 의미
2. 금품등 제공 시 예외사유인 목적의 판단
3. 금품등 각출의 경우 제공 가액 산정
4. 금품등 수수의 주관적 요건인 영득의사

#### IV. 나가며

논문접수 '25.05.31. | 심사개시 '25.07.07. | 게재확정 '25.09.20.



## 국문초록

청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지에 관한 주요 쟁점을 다룬 돈봉투 만찬 사건, 황금열쇠 사건, 시장 수행비서 사건 등 3건의 대법원 판례를 통해 ① 금품등 제공 금지의 예외사유인 상급 공직자등의 의미, ② 해당 예외사유에서 정한 목적의 판단, ③ 금품등 각출 제공 시 가액 산정, ④ 금품등 수수에 관한 영득의사에 관한 4가지 쟁점을 다루고자 한다.

청탁금지법 제8조 제3항 제1호 상급 공직자등이 소극적 구성요건임을 감안하면, 직무상 지시를 전제하는 「공무원 행동강령」의 규정과 반드시 일치시켜야 할 필요성은 크지 않다. 판례의 입장처럼 이를 해석함으로써 개별적 판단의 가능성을 열어두는 것이 실무상으로도 타당하다. 다만 판례가 든 직무상 상하관계가 직무상 명령·복종관계와 어떤 점에서 차이가 있는지, 후자가 아니면서도 전자를 충족하는 예시를 보다 명확히 했으면 좋았을 것이다.

청탁금지법 제8조 제3항 제1호와 제2호의 목적은 모두 소극적·주관적 구성요건이다. 특히 「공무원 행동강령」에 따른 적극적·객관적 구성요건인 예산의 목적과는 상이하다. 다만 일반인이 공공재정을 목적 외 이용하는 등 다른 유형에 비해 처벌 수준이 낮은 만큼 향후 입법에 적절한 제재수준을 반영할 필요가 있다.

금품등을 각출하여 제공하는 경우 과태료 등 기준이 되는 가액이 개별 금액인지 그 합산액인지가 문제되나, 합산액으로 보는 것이 타당하다. 다만 이것이 과중하여 책임주의에 반할 소지가 있는 만큼 근본적으로는 현행 과태료 하한의 존치 여부에 대한 검토가 필요하다.

금품등 수수와 관련해 판례가 제시한 영득의사는 가벌성을 합리적으로 제한하는 긍정적인 측면이 있다. 그러나 「형법」상 뇌물죄와 달리 청탁금지법은 제8조 제3항 각 호에서 구성요건 단계에서부터 폭넓게 정하고 있다. 따라서 판례가 언급하기도 했던 청탁금지법 제8조 제3항 제3호 등 예외사유 검토가 선행되었어야 한다. 영득의사만 놓고 보더라도 청탁금지법에서 이것이 요구되는 이론적 배경 등과 함께 이들 예외사유와의 관계를 면밀하게 규명했어야 한다.

■ **주제어** 청탁금지법 판례, 상급 공직자등, 목적, 예산, 각출 금액, 영득의사

## I. 들어가며

2016. 9. 28. 시행된 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이하 ‘청탁금지법’)은 올해로 9년이 되어간다. 공직자뿐 아니라 사립학교 교직원, 언론인 등<sup>1)</sup>을 포함하여 적용대상자도 매우 많을 뿐만 아니라,<sup>2)</sup> 일반 국민이 이들 공직자 등<sup>3)</sup>에 대해 부정청탁을 하거나 금품등 제공도 금지하고 있다. 음식물·선물·경조사비 등 국민의 일상생활과도 밀접한 내용을 규정하고 있어 그 파급력과 영향력은 매우 크다고 평가되며, 개정입법에 관한 움직임 또한 활발하게 이루어져 왔다.<sup>4)</sup>

이와 같은 청탁금지법의 영향력을 감안하면, 그간 이루어진 대법원 판결에 대해 보다 심도 있는 분석이 이루어질 필요가 있다. 물론 청탁금지법의 소관부처인 국민권익위원회가 판례집<sup>5)</sup>을 발간하고 있으나, 하급심으로서 과태료 위반 결정<sup>6)</sup>을 주로 다루고 있다. 법리 위주의 대법원 판결을 검토하는 것은 이를 보완하는 성격을 갖는 것이기도 하며, 나아가 해당 검토에 따른 개선방안이 국민권익위원회의 유권해석이나 향후 입법에 반영된다면 그 의미 또한 크다고 본다.

이 글은 판례공보에 공개된 판결 중 특히 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지에 관한 주요 쟁점에 대해 법리적 판단이 이루어진 3건의 대법원 판결을 대상으로 삼았다. 해당 쟁점을 순서대로 언급하면 다음과 같다. 첫째, 금품등 제공 예외사유인 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 상급 공직자등의 의미에 대해 살펴보면서 그에 관한 찬반 견해 등도 함께 검토하였다. 둘째, 해당 예외사유와 같은 항 제2호 예외사

- 1) 법령에 따라 위탁받은 사무를 수행하는 등의 ‘공무수행사인’도 그 수행하는 공무와 관련해서는 부정청탁과 금품등 수수에 관한 내용이 적용된다.(청탁금지법 제11조)
- 2) 청탁금지법 시행을 앞두고 실시한 어느 조사에 따르면, 대상기관이 30,008개, 대상자가 약 224만 명으로 추정된다고 한다.(현대경제연구원, 2015., 청탁금지법의 적정 가액기준 판단 및 경제효과 분석)
- 3) 이 글은 청탁금지법에 관한 논문인 만큼, 동법의 정의규정에 따른 용어를 그대로 사용하였다. ‘공직자등’, ‘금품등’, ‘외부강의등’이 바로 그것이다.(제2조 제2호, 제10조 제1항) 다만, 법원 판결문에서는 원문을 유지하는 차원에서 가급적 해당 용어를 그대로 사용하였음을 밝혀둔다.
- 4) 21대 국회(2020년~2024년) 기준 총 34건의 법안이 발의되었으며(정부 제출안 포함), 22대 국회 기준으로 2025년 5월말 현재 총 12건의 법안이 발의되었다.(국회 의안정보시스템 참조)
- 5) 국민권익위원회, 2021., 청탁금지법 주요판례집
- 6) 과태료는 그 부과 목적에 따라 사법(私法)상 의무 위반에 대한 제재(예: 등기 태만), 소송법상 의무 위반에 대한 제재(예: 증인 불출석), 행정법상 의무 위반에 대한 제재로 구분할 수 있다. 청탁금지법상 과태료는 행정질서벌로서 후자에 해당하며, 원칙적으로 질서위반행위규제법이 적용되고, 보충적으로 비송사건절차법이 적용된다.(전병서, 2023., 비송사건절차법, 408면)

유에서 정한 금품등 제공의 목적에 대해 살펴보았는데, 특히 예산 등 공적 재원을 집행하는 문제와 관련하여 검토할 필요가 있다. 셋째, 금품등을 각출하여 제공하는 경우 가액 산정에 관한 문제를 검토하였다. 넷째, 금품등 수수와 관련하여 최근 대법원 판결에서 주관적 구성요건으로 파악한 영득의사에 대해 살펴보았다.<sup>7)</sup>

청탁금지법 관련 대법원 판결을 쟁점 중심으로 다룬 선행연구들은 주로 첫째 및 둘째 쟁점을 다루고 있는 가운데 판례와는 반대 입장을 취하고 있다. 후술하겠지만 이 글은 해당 쟁점에 대해 판례의 입장을 기본적으로 지지하고 있다. 당연히 그에 따른 비판의 주안점 또한 선행연구와는 구분될 수 있을 것이다. 한편 셋째 및 넷째 쟁점에 대해서는 이를 본격적으로 다룬 선행연구는 발견하기 어려운데, 이 글에서는 관련 문제를 처음 제기하는 한편 개선방안을 제시해보았다.

7) 청탁금지법 시행 이후 2021년까지의 연도별·법원별·심급별 형사판례의 현황에 대해서는, 길준규, 2021., “청탁금지법 관련 판례동향과 과제”, 원광법학 제37집 제3호, 105면 참고.

## II. 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지

### 1. 금품등 수수 금지의 구분기준

청탁금지법의 위반 유형은 법률의 제명(題名)에서도 명확히 드러나듯, ‘부정청탁 금지’와 ‘금품등 수수 금지’로 구분할 수 있다. 청탁금지법 제5조는 “누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자등에게 부정청탁을 해서는 안 된다”고 하여 공직자등에 대한 부정청탁 금지를 규정하고 있으면서도, 동시에 금품등 수수를 추가적인 요건으로 삼고 있지 않다.

한편 이 글에서 주로 살펴보게 될 청탁금지법 제8조는 제1항에서 “직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서는 안 된다”고 규정하고 있다. 같은 조 제2항에서는 “직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 해당 금액 이하인 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서는 안 된다”고 규정하고 있다. 즉 청탁금지법 제8조 제1항과 제2항은 ‘금품등의 기준가액’ 및 ‘직무관련성 여부’ 측면에서 명확히 구분된다. 100만 원을 초과하는 경우 직무관련성 여부를 고려하지 않게 되는 셈인데, 이는 해당 금액이 사회통념상 적지 않은 금액인 만큼 장래 적당한 시점에 활용하려는 ‘잠재적인(latent)’ 직무관련성을 반영한 것이다.<sup>8)</sup>

청탁금지법 제8조 제1항을 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금의 형사처벌에 처해지고(같은 법 제22조 제1항), 같은 조 제2항을 위반한 경우 위반행위 관련 금품등 가액의 2배 이상 5배 이하의 행정질서벌인 과태료가 부과된다.(같은 법 제23조 제5항) 나아가 위반자가 공직자등에 해당하는 경우 징계처분이 추가될 수 있는데(청탁금지법 제21조), 해당 공직자등이 행정처분인 해당 징계처분을 대상으로 이를 다투게 되면 행정판례가 문제될 수 있을 것이다.<sup>9)</sup>

8) 국민권익위원회, 2024., 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집, 114면.

9) 한편 공직자등에 대해 부정청탁을 한 자나 금품등을 제공한 자가 ‘민간인’인 경우라면 그가 속한 법인·단체·기관에서 하고 등 징계가 이루어질 때도 있을 것이다. 그러나 해당 징계 자체에 대해 청탁금지법 제21조가 적용되는 것은 아니며, 해당 징계를 다룰 경우 민사소송이 문제될 것이다.

## 2. 유의사항

한편 청탁금지법은 제8조 제3항 각 호를 통해 구성요건(elements of the crime) 단계에서부터 예외사유를 열거하고 있다. 해당 예외사유는 범죄 성립을 부정하는 소극적인(negative) 구성요건으로서 제8조 제1항이든 제2항이든 모두에 적용된다. 이는 예외사유를 해석하거나 포섭하는 데 있어 지나치게 엄격하게 해석함으로써 죄형법정주의에 저촉되는 것은 지양할 필요가 있고, 제8조 제1항과 제2항을 구분하는 ‘금품등의 기준가액’ 및 ‘직무관련성 여부’에도 반드시 기속될 필요는 크지 않음을 시사한다.<sup>10)</sup> 나아가 금품등을 받거나 요구 또는 약속하는 행위에 대응하여, 금품등을 제공하거나 그 약속 또는 의사표시 행위도 규정하고 있는데(청탁금지법 제8조 제5항), 제공 등의 경우에도 앞서의 법리가 똑같이 적용될 수 있을 것이다.

아울러 특기할 만한 것은, 청탁금지법 제8조 제1항에서만 규정하고 있는 ‘명목’이라든지, 같은 조 제2항에 대해서만 규정하고 있는 ‘대가성’의 경우, 청탁금지법 제8조 제1항이든 제2항이든 그 해석과 적용에 있어 모두 그 해당 여부를 불문한다는 점이다. 어느 하나의 조항에만 규정됨으로써 문언과 해석 간에 다소 혼선을 초래하는 만큼 개선이 필요하다. 특히 대가성의 경우 「형법」상 뇌물죄 등에 있어 그 입증이 어려워 처벌의 공백을 방지하려는 것이 청탁금지법의 중요한 입법목표였음을 상기할 필요가 있다. 그러한 목표 아래 청탁금지법은 제5조 부정청탁 금지에서 금품등 수수를 요건에서 배제하는 한편, 제8조 금품등 수수 금지에서 대가성을 요건에서 배제한 것이기 때문이다. 이처럼 부정청탁(제2장 제5조 이하)과 금품등 수수(제3장 제8조 이하) 간에 체계적 구분(systematic classification)을 확립한 것은 「형법」<sup>11)</sup>이나 그 밖의 법률<sup>12)</sup>과 달리 청탁금지법만이 갖는 대단히 중요한 특징이다.

10) 한편 청탁금지법 제8조 제3항 제2호의 예외사유 중 ‘원활한 직무수행’ 등이 직무관련성과 유사하다는 점을 근거로 해당 예외사유는 직무관련성이 인정됨을 전제로만 적용될 수 있다는 등의 반론이 있을 수 있다. 그러나 원활한 직무수행의 경우 주관적·소극적 구성요건인 목적(purpose)으로서, 객관적·적극적 구성요건인 직무관련성과는 그 법적 성격이 나 지위가 상이하다. 요컨대 직무관련성이 있음에도 원활한 직무수행 목적이 부정될 수 있으며, (이례적이지만) 직무관련성이 없더라도 원활한 직무수행 목적이 인정될 수도 있다.

11) 형법 제130조(제삼자뇌물제공), 제357조(배임수증제) 등을 참조.

12) 변호사법 제111조, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조, 공공기관에 관한 법률 제55조, 상법 제630조, 국민체육진흥법 제14조의3 등을 참조.

〈표 1〉 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지 조문의 구조

	제8조 제1항	제8조 제2항
구성요건	1회 100만 원 초과 직무관련성 불문	1회 100만 원 이하 직무관련성 요구
위반효과	형사처벌 (공직자등의 경우 징계 가능)	과태료 (공직자등의 경우 징계 가능)
기타 유의사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 금품등 수수 명목이나 대가성 여부를 불문 → 입법 개선 필요</li> <li>• 금품등 수수 예외사유(제8조 제3항) 적용 → 예외사유 해석 시 가액기준 또는 직무관련성에 반드시 기속된다고 보기 어려움</li> </ul>	

\* 필자가 정리

### Ⅲ. 관련 대법원 판례

#### 1. 금품등 제공 예외사유인 상급 공직자등의 의미

##### 1) 대법원 판례

대법원은 제8조 제3항 제1호 예외사유에서 정한 ‘상급 공직자등’에 대해, “금품등 제공의 상대방보다 높은 직급이나 계급의 사람으로서 금품등 제공 상대방과 직무상 상하관계에 있고 그 상하관계에 기초하여 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있는 사람”을 말하고, “금품등 제공자와 그 상대방이 직무상 명령·복종이나 지휘·감독관계에 있어야만 이에 해당하는 것은 아니”라고 판시하였다.<sup>13)</sup>

즉 대법원은 청탁금지법에 별도로 ‘상급 공직자등’의 명확한 정의규정이 없어 사전적 정의를 우선 활용하는 한편, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호가 소극적 구성요건(negative elements of the crime)에 해당하는 점에 주목하고 있다. 즉 범죄 성립을 부정하는 소극적 구성요건에 대해 문언의 가능한 의미를 지나치게 좁게 해석할 경우 죄형법정주의 파생원칙인 유추해석금지원칙에 어긋날 우려가 있다는 것이다.

결국 돈봉투 등을 제공한 서울중앙지방검찰청 검사장인 피고인과, 그 상대방인 법무부 검찰과장 및 형사기획과장의 관계에 대해, 검찰총장을 정점으로 하는 계층적 조직체의 일원으로서 직무상 상하관계를 인정하였다. “피고인이 그 상대방에게 직무상 명령을 내리거나 지휘·감독하는 관계에 있지 않다는 것만으로 ‘상급 공직자등’에 해당하지 않는다고 단정할 수 없”다고 하였다.

##### 2) 견해대립

‘상급 공직자등’의 의미에 대해서는 크게 ① 단순한 직급상 상위자라는 견해, ② 직무상 명령·복종관계(또는 지휘·감독관계, 이하 ‘명령·복종관계’라고만 한다)를 요건으로 한다는 견해,<sup>14)</sup> ③ 직무상 명령·복종관계 이외에 같은 기관 소속이어야

13) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7041 판결

14) 정형근, 2024., “청탁금지법상 상급 공직자등이 위로·격려·포상 등의 목적으로 하급 공직자들에게 제공하는 금품등”,

한다는 견해로 분류할 수 있다.<sup>15)</sup> 대법원은 ‘직무상 상하관계’라는 표현을 쓰고 있지만, 이것이 직무상 명령·복종관계와는 구분하려는 취지인 점을 감안할 필요가 있다. 결론적으로는 ①에 가까운 입장에서 상급 공직자등을 완화하여 해석하고 있는 것이다.

그러나 해당 판례를 다른 상당수 선행연구는 대법원의 입장에 반대하면서 상급 공직자등을 엄격하게 해석하는 입장으로 보인다.<sup>16)</sup> 즉 이들 견해는 ② 또는 ③의 입장을 취하는데, 어느 경우에도 직무상 명령·복종관계를 요구하고 있는 것이다. 한편 대법원이 직무상 상하관계와 명령·복종관계를 구분하는 것과는 달리, 직무상 상하관계 자체를 직무상 명령·복종관계로 파악하는 견해도 있으나,<sup>17)</sup> 결과적으로는 해당 견해들과 결론을 같이 하는 것으로 보인다.

이들 견해는 청탁금지법의 모태인 「공무원 행동강령」을 주된 근거로 들고 있다. 즉 행동강령 제2조 제2호에서 공무원의 소관 업무와 관련하여 직무상 명령을 받는 ‘하급자’를 규정하고 있기 때문에 직무상 명령·복종관계를 전제한다거나, 또는 제4조에서 ‘공정한 직무수행을 해치는 지시에 대한 처리’를 근거로 상급자는 하급자에 대한 지시 권한을 보유한다는 것이다.<sup>18)</sup>

### 3) 검토의견

이 사건은 현직 검사가 청탁금지법 위반으로 처음으로 기소된 데다, 당시 세간의 관심사였던 이른바 국정농단 사건과 관련이 있어 많은 주목을 받았다. 특히 청탁금지법 제8조 제3항 제1호에서 정한 ‘상급 공직자등’이 소극적 구성요건임을 명확히 하면서 ‘직무상 상하관계’를 위주로 해당 구성요건을 법리적으로 판단<sup>19)</sup> 하였다는 의미가 있다. 그러나 반대 견해가 제기하는 ‘직무상 명령·복종관계’와의

국민권익위원회 권익 제1호, 67-68면.

15) 실제 위 사건의 1심판결인 서울중앙지방법원 2017. 12. 8. 선고 2017고합608 판결에서 위와 같은 입장을 열거하였다.

16) 김래영, 2019., “청탁금지법상의 금품등 수수 금지 예외사유로서의 상급자의 위로나 격려”, 서울법학 제26권 제4호, 89면; 정형근, 2024., 앞의 논문, 67면; 곽용섭, “[판례평석]청탁금지법상 ‘상급 공직자’와 ‘위로·격려’의 의미”, 법률신문(<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=20970>)

17) 정형근, 2024., 앞의 논문, 67면. 이 견해는 입법론으로 해당 예외사유인 청탁금지법 제8조 제3항 제1호를 “상급 공직자등이 지휘·감독관계 또는 직무상 명령·복종관계에 있는 하급 공직자등”으로 개정할 필요가 있다고 한다.

18) 김래영, 2019., 앞의 논문, 89-90면.

19) 대법원 2018. 10. 25.자 보도자료, 2018도7041 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 위반 사건 보도자료, 3면.

차이점을 보다 명확히 부각했거나 그 예시를 추가로 들어 논증했으면 하는 아쉬움이 있다.

반대 견해가 핵심적인 근거로 삼은 「공무원 행동강령」은 기본적으로 기관별 행동강령의 표준으로 기능하고, 위반 시에는 징계처분이 이루어지는 등 기본적으로 동일한 소속기관을 예정하여 규정한 것이다. 이는 형사처벌까지 이루어져 엄격한 죄형법정주의가 적용되어야 할 법률(청탁금지법)과는 엄연히 차이가 있다.

특히 행동강령 제2조 제2호에 따른 하급자는 직무관련성이 있는 공무원(직무관련공무원)임을 전제하는 반면, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 예외사유는 직무관련성이 있는 같은 조 제2항 이외에 직무관련성 여부를 불문하는 제1항까지 예정하고 있다. 한편 행동강령 제4조 부당지시 처리도 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지와 규제의 목적이나 취지가 상이하다. 행동강령의 적극적 구성요건(상급자)과 청탁금지법의 소극적 구성요건(상급 공직자등)이 성격이 상반되는 점도 고려해야 한다. 요컨대 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 ‘상급 공직자등’을 해석함에 있어, 행동강령의 하급자 또는 부당지시와 같은 규정을 그대로 활용하는 것은 무리가 있다.

또한 범죄 성립을 부정하는 소극적 구성요건에 대해 직무상 명령·복종관계로만 상급 공직자등의 의미를 한정하게 될 경우, 문언의 가능한 의미를 축소하는 법해석 내지 법형성에 해당할 수 있다. 대륙법 전통, 특히 판례법 법학에서 ‘문언의 가능한 의미’는 이미 존재하는 법규범을 구체화하는 ‘법해석(interpretation of law)’과 새롭게 법규범을 만드는 ‘법형성(formation of law)’을 구분하는 기준이 되어왔다.<sup>20)</sup> 해당 기준을 일탈하는 법형성은 우리나라 형사법 영역에서는 확장 내지 유추해석으로서 금지되며, 이는 대법원 판례가 일관되게 인정해온 법리이기도 하다.<sup>21)</sup> 입법자가 청탁금지법에 있어 사전적 정의에도 불구하고 유추해석 또는 목적론적 축소해석과 같은 법형성을 의도하였다거나, 가벌성이 확장되는 것을 예상하였다고 볼 만한 자료는 발견하기 어렵다. 대법원 판례 및 ①의 입장이 기본적으로 타당하다고 생각한다.

20) 양천수, 2021., 삼단논법과 법학방법, 371-372면, 한편 영미법학은 판례법을 법으로 인정하기에 법형성에 관한 경향이 있어 법해석과 법형성을 명확히 구별하지는 않는다고 하며, 최근 대륙법학도 해석자의 선이해가 개입하는 철학적 해석학을 수용하는 경우에는 법해석과 법형성을 본질적으로 구별하지 않는다고 한다.

21) 대법원 1994. 12. 20. 자 94모32 전원합의체 결정 등. 소극적 구성요건의 경우에는 축소 내지 유추해석이 문제될 수 있을 것이다.

#### 4) 직무상 상하관계를 인정할 수 있는 경우

대법원 판결은 사안처럼 검사동일체 원칙이 적용되는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 직무상 명령·복종관계가 아니지만 직무상 상하관계가 있어 상급자를 인정할 수 있다고 보았는데, 앞서 언급한 것처럼 그 차이를 명확히 부각시키거나 그 밖의 예시를 들고 있지는 않다. 다른 공직자등에는 검찰청법상 검사동일체 원칙과 같은 특별한 규정이 없기 때문에 의문이 남게 된다.

여기서 대부분의 공직자등에 대해서는 순환보직(job rotation) 인사가 이루어지는 현실을 감안할 필요가 있다. 예를 들어 높은 직급·직위·계급·연차 등에 기한 상급자가 다른 부서 또는 다른 소속기관 등에 재직하고 있다면 직무상 명령·복종관계를 인정하기 어려울 수 있다.(② 또는 ③의 입장에 따르면 직무상 명령·복종관계가 없음을 이유로 상급 공직자등이 아니게 된다) 그러나 이 경우에도 사회통념상 직무상 상하관계를 인정할 수 있는 가능성은 있다고 본다. 이 경우에도 전후 근무관계, 해당 기관의 인사제도, 금품등 제공 시기 및 경위 등을 고려해 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있다고 판단할 가능성은 열려있다. ‘직무상’이라고 하여 반드시 직제 등을 통해 법률적·형식적·현실적으로 판단할 필요는 없고, 사실적·잠재적으로 영향력이 있다면 ‘직무상’ 상하관계를 인정하는 것이 ‘직무’관련성 판단과도 맥을 같이한다.

다른 사례도 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 해당 기관 전반에 직무관련성이나 영향력을 미칠 수 있는 ‘인사·감사 부서’ 또는 하위·피감기관에 영향력 등을 행사할 수 있는 ‘상위·감독기관’에 상급자가 재직하는 경우라면 사회통념상 위로·격려·포상 등을 할 수 있는 지위에 있다고 판단할 가능성은 그가 일반 부서에 근무하는 앞선 예시에 비해 커지게 된다. 이상의 내용을 정리하면 아래 [표 2]와 같다.

〈표 2〉 상급 공직자등의 금품등 제공 관련 견해 비교

	대법원 판례(또는 ①)	반대견해(② 또는 ③)
입장	직무상 상하관계	직무상 상하관계 and 명령·복종관계(and 동일 소속기관)
근거	소극적 구성요건으로 유추해석 지양	공무원 행동강령에서 직무상 지시 등을 전제

	대법원 판례(또는 ①)	반대견해(② 또는 ③)
장점	가벌성 확장 방지	공무원 행동강령과 의미 합치
단점	사안별 개별 판단 필요	가벌성 부당 확장 우려
서로 다른 부서 등 근무	상급 공직자등 가능	상급 공직자등 불가(처벌)
상급자가 인사·감사 부서 등 근무	상급 공직자등 가능성 높음	

\* 필자가 정리

이처럼 대법원의 입장이 기본적으로 타당함에도 불구하고, ‘직무상 상하관계’와 ‘직무상 명령·복종관계’와의 차이를 명확히 부각시키거나, 후자의 관계까지는 아니지만 전자의 관계로 파악할 수 있는 예시를 명시하지 않은 점에 대해서는 비판이 가능하다. 한편 전자보다 후자를 좁은 의미로 설정하였다면, 엄밀히는 대법원의 판단처럼 ‘유추해석’을 거론할 것이 아니라, ‘목적론적 축소해석’이 문제될 뿐이다.<sup>22)</sup>

한편 국민권익위원회는 해당 대법원 판결이 있기 전까지는 “직무상 명령에 복종하는 관계이므로 같은 공공기관 소속 공직자등 사이에서만 성립 가능”하다는 엄격한 입장이었다.<sup>23)</sup> 그러나 해당 판결 이후 “원칙적으로 직무상 명령에 복종하는 관계이므로 같은 공공기관 소속 또는 직무상 상하관계에 있는 공공기관 소속 공직자등 간에만 성립 가능”하고, “정부조직법 등 법령에서 인사·징계 등 지휘감독권 등에 대한 다양하고 구체적인 상황을 고려하여 개별 사안별로 판단이 필요”하다고 유연하게 입장을 변경하였다.<sup>24)</sup> 이는 대법원 판결의 취지에 따라 구체적 타당성을 확보하는 입장으로서 높이 평가할 만하다. 다만 「공무원 행동강령」에 있어서는, 향후 유사한 규정(제14조 제3항 제1호 등)이 문제될 경우, 청탁금지법과 해석을 통일하거나 그 차이가 있다는 등 유권해석 기관으로서 명확한 입장이 필요할 것이다.<sup>25)</sup>

22) ‘유추’는 특정한 사실관계에 이를 직접 규율하는 법규범이 명시된 흠결이 있는 경우 “같은 것은 같게” 원칙에 따라 (동일하지는 않지만) 유사한 사실관계에 대해 해당 법규범을 확장 적용하는 것을 의미한다. 한편 ‘목적론적 축소’는 특정한 사실관계를 규율하는 법규범이 있으나 법적 평가가 부적절하게 되는 등 정확하지 않은 등 은폐된 흠결이 있는 경우 “다른 것은 다르게” 원칙에 따라 해당 법규범을 축소 적용하는 것을 의미한다.(양천수, 앞의 책, 379-380면)

23) 국민권익위원회, 2017., 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집, 137면.

24) 국민권익위원회, 2020., 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집, 127면.

25) 국민권익위원회, 2024., 공무원 행동강령 업무편람, 82면은 청탁금지법 제8조 제3항 제1호와 내용이 유사한 「공무원

## 2. 금품등 제공 시 예외사유인 목적의 판단

### 1) 대법원 판례

대법원은 원고를 포함한 시청 소속 공무원 20명이 정년퇴직을 앞둔 부서장의 전별 회식에서 5만 원씩 각출하여 마련한 98만 원 상당 황금열쇠와 2만 원 상당 꽃다발 등 합계 100만 원 상당의 금품을 제공한 사건(이하 ‘황금열쇠 사건’)에서는 청탁금지법 제8조 제3항 제2호의 ‘사교·의례 등 목적’을 인정하였다.<sup>26)</sup> 또한 앞서 돈봉투 만찬 사건에서 대법원은 청탁금지법 제8조 제3항 제1호의 ‘위로·격려 등 목적’을 인정한 바 있다.<sup>27)</sup>

이처럼 대법원은 청탁금지법 제8조 제3항 제1호와 제2호에서 정한 목적(purpose)을 모두 주관적 구성요건으로 파악하는 가운데, 금품등 제공의 시기 및 경위, 금품등 제공자의 제공 당시 인식을 위주로 해당 목적 여부를 판단하고 있다. 한편 예산을 활용한 것이 문제되었던 돈봉투 만찬 사건에서는 해당 금품등 제공이 업무추진비나 특수활동비 등 해당 예산의 집행 범위 내에 있었는지 여부는 고려하지 않고 있는 것으로 보인다.

### 2) 예산 등 공적 집행의 경우

이에 대해 특히 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 위로·격려·포상 등 목적과 관련하여, 업무추진비나 특수활동비와 같은 공적 재원으로 이루어진 예산을 집행하는 경우에는 예산집행지침에 부합하는지에 따라 사후적(ex-post)으로 판단하여야 한다는 견해가 있다.<sup>28)</sup> 해당 견해에 따르면, 돈봉투 만찬 사건의 경우 업무추진비든 특수활동비든 예산집행지침을 위반한 만큼 해당 목적이 인정되지 않는다고 한다.<sup>29)</sup>

행동강령」 제14조 제3항 제1호에 대해 “상급자와 하급자는 직무상 명령에 복종하는 관계이므로 같은 기관 소속 공무원 사이에서만 성립 가능”하다고 종전 서술을 유지하고 있다. 이는 기본적으로 행동강령이 같은 소속기관임을 전제로 하는 점, 제6조 부당지시에 대한 처리처럼 지시권한이 있는 ‘상급자’라는 용어를 사용하고 있는 점 등에 기인한다고 생각한다.

26) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2019두32290 판결. 이 사건의 경우 심리불속행 기각으로 원심판결을 확정하였다. 상고심 절차에 관한 특례법 제4조 제1항 각 호에 정한 사유를 포함하지 아니하거나 이유가 없다고 인정되어 별도 이유를 기재하지 않은 만큼, 원심 및 1심판결 위주로 살펴보았다.

27) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7041 판결

28) 김래영, 2019., 앞의 논문, 98면

29) 김래영, 2019., 위의 논문, 98면 이하(특수활동비는 기밀유지가 요구되는 정보 및 사건수사, 기타 이에 준하는 국정활동에 직접 소요되는 경비에 한정하며, 업무추진비는 위로나 격려 목적의 식음료나 연회비를 지출할 수 없다고 한다).

유사한 맥락에서 청탁금지법 제8조 제3항 제1호의 해당 목적에 대해 일응의 기준 마련이 필요하고, 금품등 출처는 원칙적으로 법령에 따른 예산을 집행하는 것 이어야 한다고 하면서, 다만 경조사비의 경우 공직자등의 사비 제공이 예외적으로 허용된다는 견해도 있다.<sup>30)</sup> 이들 견해에 따르면 돈봉투 만찬 사건의 경우 위로 등 해당 목적이 부정될 것이다. 한편 이들 견해는 원활한 직무수행, 사교·의례 등 목적에 관한 청탁금지법 제8조 제3항 제2호에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않다.<sup>31)</sup>

### 3) 검토의견

앞서 제시한 비판적 견해는 모두 해당 예외사유가 부당하게 확장되는 등 악용될 가능성을 줄이려는 취지라는 점에서 분명 경청할 가치가 있다. 당시 학생과 같은 일반 국민의 캔커피 등 제공도 청탁금지법 위반으로 엄격하게 해석하는 것과는 사뭇 대조적이라고 하는 등의 비판<sup>32)</sup>도 유사한 맥락이라고 생각한다.

그러나 다음과 같은 점을 고려하면 대법원 판례와 같이 주관적 구성요건으로 판단하여야 한다는 점에서, 비판적 견해들이 제시하는 예산집행지침 등 저촉 여부는 고려할 것이 아니라고 생각한다. 예산의 목적 외 이용 내지 유용은 별도 엄격한 입법을 통해 규율해야 한다. 나아가 이는 청탁금지법 제8조 제3항 제1호든 제2호든 일관되게 적용하는 것이 법적 안정성을 제고할 수 있을 것이다.

첫째, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 또는 제2호가 정한 위로·격려·포상 등 또는 원활한 직무수행, 사교·의례 등 ‘목적’은 소극적 구성요건이자 주관적 구성요건이다.<sup>33)</sup> 이는 예컨대 「공무원 행동강령」(제7조)에서 규율하는 예산의 목적 외 이용 금지에서 객관적이자 적극적 구성요건으로서 예산의 ‘목적’은 분명 차이가 있다.

30) 정형근, 2024., 앞의 논문, 71면. 해당 기준 이외에도 ① 금품이 제공된 장소 내지 전달 방법은 공개성을 띠어야 하고, ② 제공되는 금품의 액수는 그간의 관행에 부합되어야 하며, ③ 금품을 제공받는 대상자는 특정인만이 아닌 모든 공직자에게 평등하게 적용되어야 한다고 한다.

31) 정형근, 2024., 위의 논문, 69면은, 상급 공직자가 하급 공직자에게 경조사가 있어 그에게 위로와 격려를 할 경우에는 청탁금지법 제8조 제3항 제2호 “사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액 범위 안의 금품등”이 적용된다고 하여, 양자의 균형적 해석을 시도하는 것으로 보인다.

32) 홍완식, 2019., “청탁금지법에 대한 입법평론”, 청탁금지의 법과 사회, 254면.

33) 같은 취지, 홍성철, 2016., 청탁금지법 해설, 121면. 위로 등 명목으로 제공되는 것이라도 실제 다른 의도가 있었음이 판명되면 예외사유로 인정되지 않을 수 있다고 한다.

엄밀히 후자는 객관적으로 미리 지정된 용도(prescribed purpose)에 가깝다.

둘째, 해당 예외사유가 재원을 구분하고 있지 않은 가운데, 예산과 같은 공적 재원과 개인 자금과 같은 사적 재원을 구분함으로써, 주관적 구성요건인 목적을 판단하는 기준이 달라져야 하는지에 대한 실질적인 근거가 부족하다. 특히 청탁금지법 제8조 제3항 제2호의 경우 공직자등이 아닌 일반인이 금품등을 제공하는 경우도 예정하고 있는데, 만일 해당 일반인이 법인·기관·단체 등에 소속하고 있는 경우 이들 법인 등의 예산집행지침까지 고려해야 하는 점에서 부당하다. 설령 공적 재원의 중요성을 강조하며 금품등 제공자가 공직자등에 해당하는 경우에만 해당 예산집행지침 여부를 고려하여야 한다고 주장하더라도, 어째서 제공자의 신분에 따라 그 판단 기준이 달라져야 하는지에 대한 실질적인 근거를 제시하기에는 어려움이 있다.

셋째, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호에 대해서는 공직자등 간의 금품등 수수만을 예정하고 있어서 적어도 제1호의 경우에는 예산집행지침을 고려해야 한다는 논리를 들 수도 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 금품등의 제공자가 자신의 개인 재원을 활용하는 경우도 얼마든지 예상할 수 있다. 개인 재원인 경우에는 해당 예산지침의 비목이 전혀 문제되지 않다가, 소속기관의 예산을 활용한 경우에는 예산지침의 비목이 비로소 문제되면서 가벌성이 확장될 수 있는 상황은 법적 안정성에 반할 수 있다. 특히나 금품등을 수수한 공직자등이 그 상대방인 공직자등이 어떤 재원을 활용했는지, 공적 예산이라면 그 제공자가 소속된 예산집행지침 내용까지 인식하기란 매우 이례적이다. 그렇다면 금품등을 제공하는 공직자등에 대해서는 차별이 이루어질 수 있는 반면, 금품등을 수수한 공직자등에 대해서는 차별이 어려운 상황이 되는데, 형평성 측면에서나 구체적 타당성의 측면에서 이는 부당하다.

넷째, 앞서 살펴본 상급 공직자등의 의미에 대해, 반드시 같은 소속기관일 필요도 없고, 직무상 명령·복종관계 등을 반드시 요구하지도 않는다는 대법원 판례를 지지한다면, 같은 소속기관일 것을 전제로 하는 예산집행지침을 판단 기준으로 삼을 만한 근거는 설득력을 잃게 된다. 앞서도 언급했지만, 「공무원 행동강령」과 청탁금지법 간의 관계가 반드시 일치하지는 않으며, 특히 청탁금지법에 대해서는 죄형법정주의 원칙상 유추해석 내지 목적론적 축소해석을 지양함으로써 의심스러운 때에는 피고인에게 유리한 해석(in dubio pro reo)이 강조될 필요가 있다.<sup>34)</sup>

34) 김래영, 2019., 앞의 논문, 102면은 “죄형법정주의 원칙상 피고인에게 유리한 해석을 하는 경우는 ‘의심스러운 때(in dubio)’이지, 법령에 규정이 되어 있을 때도 검사가 입증하지 못하였다고 함부로 단정하여서는 안 된다”고 하여, 마치

#### 4) 예산의 목적 외 이용에 대한 입법론

해당 사건처럼 예산집행지침의 목적에 어긋나게 집행하더라도 청탁금지법 금품 등 수수 금지의 예외사유(제8조 제3항 제1호)를 인정함에 장애가 되지 않는다고 하여, 그 행위의 불법성이 경미하다는 의미는 결코 아니다. 오히려 현행 법규에 따르면 「공무원 행동강령」의 예산의 목적 외 이용 금지(제7조) 외에 상당한 별칙규정을 적용하기 어려워 실효적인 규제의 공백이 있는 만큼 개선이 필요하다. 행동강령의 해당 규정을 위반할 경우 징계처분(제20조)에 해당하고, 「국가공무원법」(제78조의2 제1항 제2호)과 「공무원 징계령」(제17조의2)에 따라 제재부가금이 가능할 뿐이다. 즉 형사처벌이나 행정질서벌(과태료)이 부과되지는 않는다는 점에 주목할 필요가 있다. 여기에 징계처분이 해당 위반자가 속한 기관 내부절차에 의하는 사정을 감안하면, 일련의 과정이 엄격하고 실효적으로 진행되는지에 대해 의구심이 제기될 수도 있다. 여기에 환수처분의 경우 별도 근거에 따른 조치가 필요한데, 여러 법령이 함께 적용되는 만큼 규제가 복잡한 문제가 있다.

한편 예산의 목적 외 이용은 ‘부패행위’에도 해당할 수 있지만(「부패방지 및 국민권익위원회의 설치에 관한 법률」 제2조 제4호 나목), 별도로 처벌규정을 두고 있지 않다. 「국가재정법」(제45조)이나 「지방재정법」(제47조)에도 유사한 조항이 있으나 사정은 마찬가지로이다. 이들 법률의 경우 공직자 또는 공무원에 대해서만 적용되는 만큼, 청탁금지법의 적용대상자인 공직자등과 일치하지 않는다는 점도 유의해야 한다.

무엇보다 2020. 1. 1. 시행된 「공공재정 부정청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률」(이하 ‘공공재정환수법’)에 따르면, ‘일반인’이 목적을 벗어나 보조금 등을 활용하는 경우 ‘부정청구등’으로 금지되고, 환수 이외에 2배 이내의 제재부가금 등 불이익조치를 규정하고 있다.(제2조 제6호 다목, 제8조 및 제9조)<sup>35)</sup>

물론 공공재정의 허위 또는 과다 청구에 비해 불법성이 크지 않은 목적 외 이용의 경우 공공재정환수법상 형사처벌이나 과태료에는 처해지지 않는다. 그런데 별

법령에 이를 규정하고 있다면 해당 원칙이 적용되지 않는다는 취지로 서술하고 있다. 그러나 해당 원칙은 형사소송의 사실인정에 관한 증명력에 관한 것이다. 법령의 규정이 명확한 경우라도 이를 위한 사실인정에 있어 해당 원칙은 적용될 수 있다고 생각한다.

35) 거짓이나 부정한 방법으로 청구할 자격이 없음에도 이를 직급받는 경우(허위청구) 또는 받아야 할 공공재정지급금보다 과다하게 지급받은 경우(과다청구)에 대해 형사처벌 규정(제28조의2)이 최근 신설되었다.(2024. 3. 26. 개정, 2024. 9. 27. 시행)

칙조항에 있어 「보조금 관리에 관한 법률」과 공공재정환수법은 특별법과 일반법의 관계에 있다.(공공재정환수법 제5조 제9항) 특별법으로서 「보조금 관리에 관한 법률」이 우선 적용됨에 따라, 보조금이나 간접보조금을 다른 용도에 사용한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금이라는 형사처벌을 부과받게 된다.(제41조 제1호, 제22조) 여기까지 감안하면 공직자의 지위에서 공적 재원에 기한 예산을 목적 외로 이용한 경우 징계 등에 그친다는 것은 대인적 규제차별에 해당하며, 일반인의 법 감정에도 현저히 반할 수밖에 없다.

한편 2022. 5. 19. 시행된 「공직자의 이해충돌 방지법」(이하 ‘이해충돌방지법’)도 공공기관의 물품, 차량, 선박, 항공기, 건물, 토지, 시설 등과 같은 ‘물품 등’의 사적 유용을 금지하면서 위반 시 과태료를 부과하고 있다.(제13조, 제28조 제1항 제5호) 그리고 앞서 본 「국가공무원법」에 따른 징계부가금도 마찬가지로 적용된다. ‘현금(예산)’의 경우 ‘물품 등’에 비해 그 집행을 사후적으로 점검하고 모니터링하기도 어려운 만큼, 불법성이 결코 작지 않다. 유독 공직자의 현금(예산)에 대한 유용을 징계 수준에 한정되는 것은 분명 문제가 있다.

요컨대 공직자의 물품등 사적 사용이나 일반인의 공공재정 부정청구에 견줘 공직자등의 예산의 목적 외 이용은 처벌 수위가 매우 낮은 만큼, 적절한 형사처벌이나 과태료 등을 도입하는 등 규제 차별을 시정해야 한다. 이를 시정하는 과정에서 일반인의 보조금 유용 등에 대비해 여전히 처벌 수위가 낮다면, 오히려 「보조금 관리에 관한 법률」 등 여러 법령에 산재한 규제 종류와 내용을 감안해 공공재정환수법에 목적 외 이용에 대해서 적절한 제재조항을 신설하고 이를 특별조항으로 하는 방안도 검토할 수 있을 것이다.<sup>36)</sup>

참고로 과거 국민권익위원회가 입법예고한 「부정청탁 및 이해충돌 방지법(안)」<sup>37)</sup>은 단일 조항을 통해 공직자의 예산 등의 부정사용 금지를 명시하면서, 이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금(고의) 또는 2천만 원 이하의 과태료(중과실)에 처하도록 규정한 바도 있다.(해당 법안 제21조, 제37조 제3항 제1호, 제34조 제2항 제5호 등) 이상의 내용을 정리하면 아래 [표 3]과 같다.

36) 다른 법률에 대해 일반법임을 규정한 공공재정환수법 제5조 제9항에 괄호 등을 활용하거나 부칙 등을 통해, 해당 신설 조항에 대해 예외로 할 수 있을 것이다.

37) 국민권익위원회 공고 제2012-32호, 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법 제정(안) 입법예고

〈표 3〉 예산 등 목적 외 이용의 유형별 벌칙 및 적용법률

목적 외 이용 유형	벌칙	적용법률
공직자등 + 예산	징계 + 제재부가금 (근거 있으면 환수 가능)	공무원 행동강령, 국가공무원법, 공무원 징계령 등
공직자 + 물품등	과태료 + 제재부가금 (근거 있으면 환수 가능)	이해충돌방지법, 국가공무원법, 공무원 징계령 등
일반인 + 공공재정	환수 + 제재부가금 (보조금 등은 형사처벌까지)	공공재정환수법 (보조금법 등 특별법 우선 적용)

\* 필자가 정리

### 3. 금품등 각출의 경우 제공 가액 산정

#### 1) 대법원 판례

앞서 황금열쇠 사건에서는 금원을 각출하여 금품등을 제공하는 경우 가액 판단이 문제되었다. 20명이 1인당 5만 원씩 각출하여 합계 100만 원의 금품등을 1명의 공직자등에게 제공한 경우, 이를 수수한(제공받은) 공직자등이 100만 원을 수수하였다고 파악하는 것은 크게 어렵지 않다. 그런데 반대로 금품등을 ‘제공하는’ 자들이 문제될 수 있다. 이들 각자는 개별 각출 금액인 5만 원씩을 제공한 것으로 보아야 하는가, 아니면 그 합산액인 100만 원을 제공하였다고 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 이는 과태료 부과 기준이 되기 때문이다.

이에 대해 1심과 원심판결은 ‘1인당’ 5만 원 상당의 선물로 판단할 여지가 있고, 이 경우 사교 목적으로 제공되었다면 청탁금지법 제8조 제3항 제2호에 따라 예외적으로 허용될 수 있다고 보았다. 개별 각출 금액을 기준으로 판단한 것이다. (대법원 역시 심리불속행 판결로 별도 판단이 이루어지지 않았다) 한편 해당 사안이 아닌 다른 하급심 판결에서도 개별 각출 금액을 전제로 판단한 것이 여럿 발견된다.<sup>38)</sup> 다만 이들 판결에서는 적용법조에 2인 이상의 다수인이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 간주하는 「질서위반행위규제법」 제12조를 제시하고 있지는 않음을 유의할 필요가 있다.

38) 울산지방법원 2020과205 결정, 수원지방법원 평택지원 2018과1415 결정 등.

## 2) 국민권익위원회 입장

반면 국민권익위원회는 다수인이 상호 합의 하에 각출하여 합산한 금액으로 금품등을 ‘제공하는’ 경우에도 개별 각출 금액이 아니라 해당 ‘합산액’이 법령에서 정하는 가액 범위 이내여야 한다는 입장을 취하는 것으로 보이며,<sup>39)</sup> 앞서 언급한 「질서위반행위규제법」 제12조를 제시하고 있다.

이와 같은 입장을 앞서 황금열쇠 사건처럼 20명이 5만 원씩 각출한 사안에 적용하게 될 경우, 개별 금액인 5만 원이 아니라 20명 각자가 그 합산액인 100만 원을 제공하였다고 볼 수 있을 것이다.

## 3) 검토의견

해당 쟁점에 대해 본격적으로 다룬 선행연구는 발견하기 어려운 가운데, 기본적으로는 국민권익위원회의 입장처럼 개별 가액이 아닌 합산액을 적용하는 것이 타당하다고 생각한다. 행정질서벌인 과태료의 부과·징수에 관하여 우선 적용되는 「질서위반행위규제법」에 따르면, 2인 이상의 다수인이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것으로 본다.(제5조, 제12조 제1항) 이는 「형법」과 달리 가담자 모두를 ‘정범(正犯)’으로 간주한다는 것이고, 이때 가담의 정도가 다르더라도 그 경중을 가리지 않고 과태료는 동일하게 부과되는 것이다.<sup>40)</sup>

그렇다면 금전 각출을 ‘가담’으로 인정할 수 있을지가 관건이 될 것이다. 가담의 형태에는 공동정범·교사범·종범 형태를 불문하는 가운데, 금전을 각출하여 출연하는 경우 금품등 수수 또는 제공이라는 구성요건을 실현하거나 최소한 이를 용이하게 하는 방조로서의 형태는 인정될 수 있을 것이다. 금품등을 각출하여 특정한 공직자들에게 제공한다는 양해가 있는 것이 보통이므로 고의 또한 인정하기 어렵지 않다. 대법원이 뚜렷한 이유 없이 적용법조나 판시사항에 「질서위반행위법」 제12조 등을 언급하지 않은 채 각출자 간에 가담 여부를 검토하지 않은 것은 부적절하다. 그리고 각출자에 대해 가담을 인정하지 않은 까닭에 해당 조문을 적용하거나

39) 국민권익위원회, 2024., 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집, 174면; 국민권익위원회, 2020, 청탁금지법 유권해석 사례집, 119-120면.

40) 법무부, 2022., 질서위반행위규제법 해설집, 65면. 다만 사회적 약자 등 감경사유에 해당한다거나 위반횟수에 따른 가중규정이 있다면 당사자별로 최종적 부과 액수가 달라질 수 있다고 한다.

언급하지 않은 것이라면, 가담 형태를 인정하지 않은 근거를 제시함이 바람직하다.

한편 청탁금지법의 과태료 부과는 행정청이 아닌 법원이 재판(결정) 형태로 부과하며, 절차적으로는 「비송사건절차법」에 따른다.(제17조, 제18조 등) 과태료 금액의 산정은 「질서위반행위법」이 적용되는데, 위반행위의 동기·목적·방법·결과, 행위 이후 당사자의 태도·정황, 행위자의 연령·재산상태·환경, 그 밖에 필요하다고 인정되는 사유를 고려해 결정할 수 있다.(제14조) 이는 「형법」상 작량감경(제53조)과 성격이 유사한 것으로 사실상의 하한 역할을 한다.<sup>41)</sup>

요컨대 구성요건 단계에서부터 각자가 각출한 금액을 기준으로 과태료를 산정해서는 안 되며, 어디까지나 합산액을 기준으로 삼아야 한다. 「질서위반행위규제법」에 따라 각출한 사람 모두가 그 합산액에 대해 2배 이상 5배 이하를 적용한 과태료를 부과받아야 함이 원칙이다. 만일 이것이 과중하여 책임주의의 원칙에 반할 우려가 있다면, 위반행위의 동기·목적·방법·결과 등을 고려해 그 해당 금액을 적정하게 하향 조정하는 것도 가능할 것이다.

#### 4) 과태료 하한 삭제 관련 입법론

그런데 위와 같이 하향 조정하는 데에는 한계는 없을까? 청탁금지법은 금품등 수수에 관한 과태료는 ‘위반행위 관련 금품등 가액’의 ‘2배 이상 5배 이하’에 상당하는 금액을 부과하도록 규정하고 함으로써 ‘하한(2배)’을 정하고 있으며, 이는 금품등을 제공하는 경우에도 마찬가지이기 때문이다.(제23조 제5항 제3호) 국민권익위원회는 이러한 ‘위반행위와 관련된 금품등 가액’을 금품등 수수 금액으로 보아 제공의 경우에도 ‘제공 금액’으로 해석하고 있다.<sup>42)</sup>

그렇다면 질서위반행위규제법 제14조에 따른 하향 조정을 통해서는 금품등 가액의 2배를 하회할 수 없다고 생각한다. 만일 각출을 통한 금품등 제공의 경우라면 (개별 각출 금액이 아닌) 합산가액의 2배를 하회해서는 안 된다는 결론에 이른다. 이에 대해서는 이렇게 되면 당연히 금품등 제공자에 대한 과태료가 과다하다는 비판이 있을 수 있지만, 자진신고 감면조항(청탁금지법 제15조 제3항, 질서위반행위규제법 제18조)이나 사회적 약자 감경조항(질서위반행위규제법 시행령 제

41) 법무부, 2022., 위의 책, 72면.

42) 국민권익위원회, 2024., 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집, 214-215면.

2조의2)<sup>43)</sup>을 별도로 두고 있어 해당 조항을 적용할 때 2배를 하회하게 되거나 면제할 수도 있으니 반드시 타당한 비판은 아니라고 생각한다. 근본적으로는 금품등 수수 금액의 과태료 하한(=2배)을 삭제하거나, 각출자들 간에는 가담 형태를 인정하지 않는 법리 판단이나 입법을 마련하는 것이 타당하다.

과태료 결정에 관한 판례를 살펴보면, 그 각출한 개별 금액을 기준으로 하여 청탁금지법이 정한 하한인 ‘2배’를 부과하는 사례가 상당수인 것으로 보인다.<sup>44)</sup> 이는 법원이 뚜렷한 근거를 들지 않으면서 각출자들에게 가담 형태를 인정하지 않는 가운데, 금품등 수수(收受)보다 불법성이 크지 않은 제공(提供) 행위에 대해 과도한 과태료를 지양하려는 판단이 아닐까 생각되기도 한다.<sup>45)</sup> 그러나 앞서 언급한 대로 질서위반행위법 제12조와의 상충가능성은 여전히 존재하는 만큼, 각출자들에 대한 가담 여부나 질서위반행위법 제12조 적용 여부에 대한 명확한 입장이 필요하다. 이상의 내용을 정리하면 [표 4]와 같다.

〈표 4〉 금품등 각출의 경우 제공 가액 관련 입장

	대법원 판례	국민권익위원회 유권해석
기준	각출한 개별 금액	합산액
장점	금액 과다 방지	질서위반행위법 제12조 부합
단점	질서위반행위법 제12조 상충	금액 과다 우려
개선사항	가담 내지 질서위반행위법 제12조 판단 필요	하한(=2배) 삭제 등 단점 보완 가능

\* 필자가 정리

43) 한편 사회적 약자 감경조항의 경우 자진신고 감경조항을 제외하면 거듭 감경할 수 없다.(질서위반행위규제법 시행령 제2조의2 제2항) 자진신고 감경조항으로는 질서위반행위규제법 제18조만을 들고 있으나, 해당 조항은 청탁금지법 제15조 제3항과 대동소이한 만큼 그 실익은 크지 않다고 생각한다.

44) 울산지방법원 2020과205 결정, 수원지방법원 평택지원 2018과1415 결정 등. 한편 개별 각출한 금액의 3배 가량의 금액을 부과한 사안으로는 수원지방법원 안산지원 2018과38 결정을 참고.

45) 이 사건처럼 개별 각출액이든 합산액이든 100만 원 이내로 모두 과태료 부과에 처해지는 경우에는 큰 문제가 없다. 그러나 각출액이 100만 원 이내로서 과태료 부과 대상인 반면, 그 합산액이 100만 원을 초과하여 형사처벌 대상이 될 경우에는 여전히 해소되지 않는 문제가 있다.



## 4. 금품등 수수의 주관적 요건인 영득의사

### 1) 대법원 판례

최근 대법원 판례는 시장 수행비서가 영득의사(領得意思) 없이 시장 수행업무에 소요되는 비용을 지출할 목적으로 금품을 취득한 사건(이하 ‘시장 수행비서 사건’)이 청탁금지법 제8조 제1항의 구성요건에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>46)</sup>

즉 청탁금지법 제8조 제1항이 금지하는 금품등 수수 행위는 “적법한 또는 정당한 권원 없이 금품등을 수수하는 경우에 해당하여야” 함과 동시에, “청탁금지법 제8조 제3항 제1호 내지 제8호의 경우 혹은 이에 준하는 경우로서, 영득의사 없이 해당 직무의 정당하고 원활한 수행과 관련하여 금품 등을 수수하는 경우에 해당하지 않아야” 한다는 것이다. 청탁금지법 제8조 제1항에서 대가관계 명목으로 열거한 ‘기부·후원·증여’가 모두 금품의 무상 취득(요구·약속을 포함)이라는 점에 비추어 공직자등이 영득의사 없이 직무상 소요되는 비용을 지출할 목적으로 금품을 취득한 경우에는 위 구성요건에 해당되지 않는다고 판단하였다.

해당 사건의 경우 “수행비서라는 종속적 지위에서 시장 수행업무에 따른 부수적 비용을 사후에 정산받거나 앞으로 자신이 업무를 수행하는 과정에서 부담하게 될 비용을 사전에 보전받은 것이므로 금품등을 수수할 적법한 또는 정당한 권원 없이 받은 경우라고 볼 수 없”고, 해당 수수행위는 공직자의 부패·비리 또는 직무의 공정성·객관성에 대한 국민의 신뢰를 해치는 행위와도 무관하므로 청탁금지법의 입법목적에 반한다고 보기도 어려운 만큼 청탁금지법 제8조 제1항에서 금지하는 행위에 해당하지 않는다고 보았다.

### 2) 검토의견

#### (1) 영득의사의 청탁금지법상 적용

이 사건은 전직 시장 등이 기소된 사건으로 언론 등의 주목을 받았고, 대법원도 주요 내용을 공개한 바 있다.<sup>47)</sup> 대법원은 청탁금지법의 입법목적에 반하지 않는

46) 대법원 2023. 9. 14. 선고 2023도6767 판결

47) 대법원, 2023. 9. 14.자 보도자료, 뇌물수수등 사건(2023도6767), 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)등 사건(2023도6852) 보도자료. 참고로 전직 시장은 청탁금지법 위반 사안에서는 직접 문제되지 않았다.

경우에는 구성요건의 인정에 신중할 필요가 있다는 전제에서, 이른바 영득의사 없이 직무상 소요되는 비용을 지출할 목적으로 금품을 취득하였다면 해당 구성요건에 해당되지 않는다고 판단한 것이다. 「형법」상 재산죄 이외에 뇌물죄에서 문제<sup>48)</sup>되는 ‘영득의사(領得意思)’를 청탁금지법에도 적용한 최초의 판결이다.

그리고 대법원은 영득의사를 ‘구성요건’이라고만 언급하고 있으나, 금품등 수수나 취득과 같은 ‘행위’와 함께 영득의사를 열거하고 있는 만큼, 재산죄나 뇌물죄와 비슷하게 ‘기술되지 않은 주관적 구성요건’으로 판단하고 있는 것으로 보인다.<sup>49)</sup> 재산죄 등에서 논의되는 불법영득의사를 고의와 같은 주관적 구성요건으로 파악하느냐 또는 초과주관적 구성요건으로 파악하느냐에 대한 논의는 이 글의 성격상 범위를 넘어서는 만큼 생략하기로 한다.<sup>50)</sup>

뇌물죄에서 영득의사를 인정하려면, 수뢰자가 뇌물을 스스로 보유하거나 그것을 자신의 것으로서 처분하거나 그 이익을 향수할 의사를 갖고 있어야 한다.<sup>51)</sup> 대법원은 불우이웃돕기 성금이나 연극제에 전달할 의사로 금원을 받은 것에 불과한 경우,<sup>52)</sup> 사업단의 업무추진비가 대폭 감소될 상황에서 납품대금 중 일정 부분을 상납받아 대부분을 업무추진비로 사용한 경우<sup>53)</sup> 영득의사가 없다는 이유로 수뢰죄의 성립을 부정하였다. 시장 수행비서 사건에서도 같은 논리를 적용하여 영득의사 없이 공직자들의 직무상 소요되는 비용을 지출할 목적으로 금품등을 취득한 경우라면 청탁금지법 위반이 아니라는 입장으로 보인다.

그러나 앞서 언급한 대로 청탁금지법의 금품등 수수는 「형법」과 달리 부정청탁이나 대가성의 결부를 요구하지 않는다는 중대한 차이가 있다. 그러한 차이에도 불구하고 뇌물죄의 구성요건인 영득의사를 청탁금지법에 그대로 적용하는 과정에서 그 이론적 배경이나 논리적 근거를 전혀 제시하고 있지 않은 것은 다소 문제가 있다. 물론 뇌물죄의 보호법익인 “직무집행의 공정과 이에 대한 신뢰 및 직무행위의 불가매수성”<sup>54)</sup>은 청탁금지법의 입법 목적(제1조)과도 유사하고, 수수·제공·요

48) 통설과 판례는 뇌물죄에서도 영득의사가 필요하다는 입장이다. 한편 「형법」상 재산죄와 달리 뇌물죄에서 영득의사가 불필요하다는 견해로는 김일수/서보학, 2018., 새로쓴 형법각론(9판), 660면 참고.

49) 임석순, 2020., “재산범죄에서 불법영득·이득의 체계적 지위”, 287면.

50) 임석순, 2020., 위의 논문, 288면 이하 참고.

51) 형법주해V[각칙(2)], 2023., 237면(오균성 집필부분).

52) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도11146 판결

53) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012도3395 판결

구·약속 등 행위 양태도 다르지 않은 점 등을 감안하면, 청탁금지법의 금품등 수수에 있어 영득의사를 요구하는 것 자체가 크게 무리가 있다고 보기는 어렵다. 영득의사를 요구함으로써 자칫 넓어질 수 있는 청탁금지법의 가별성의 범위를 합리적으로 제한하는 긍정적인 기능을 수행할 수도 있을 것이다. 그러나 체계적인 자리매김을 위해 청탁금지법상 영득의사가 요구될 만한 법리적 타당성을 보다 명확히 할 필요가 있다.<sup>54)</sup> 후속 연구가 필요한 대목이다.

## (2) 영득의사 검토에 따른 문제

한편 청탁금지법상 금품등 수수 위반에 (기술되지 않은) 주관적 구성요건으로서 영득의사가 필요하다는 판례의 입장 자체를 수긍하더라도, 판시사항이나 청탁금지법의 조문 구조를 살펴보면, 해당 사안에서 굳이 검토가 필요했던 것인지 의문이 있다. 즉 대법원은 청탁금지법 제8조 제1항이 금지하는 금품등 수수행위가 ① 적법한 또는 정당한 권원 없이 금품등을 수수하는 경우에 해당하여야 하고, ② 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 내지 제8호의 경우 혹은 이에 준하는 경우로서, 영득의사 없이 해당 직무의 정당하고 원활한 수행과 관련하여 금품등을 수수하는 경우에 해당하지 않아야 한다고 판시하였는데, 이를 나누어 살펴보기로 하자.

먼저 ①을 살펴보자. 청탁금지법 제8조 제3항 제3호는 이미 “사적 거래로 인한 채무의 이행 등 정당한 권원에 의하여 제공되는 금품등”을 규정하고 있다. 사실상 ①은 해당 제3호의 반대해석에 불과한 것이다. 특히 ②처럼 제8조 제3항 제3호를 비롯한 각 호 예외사유를 바로 이어 언급하게 되면 다소 혼란스럽기까지 하다.

이어서 ②를 살펴보자. “청탁금지법 제8조 제3항 제1호 내지 제8호의 경우 혹은 이에 준하는 경우로서, 영득의사 없이 해당 직무의 정당하고 원활한 수행과 관련하여 금품등을 수수하는 경우에 해당하지 않아야 한다”는 판시사항 또한 부적절한 측면이 있다. 왜냐하면 청탁금지법 제8조 제3항 각 호의 예외사유에 해당한다면 영득의사의 인정 여부와 무관하게 그 자체로 구성요건에 해당하지 않기 때문이다. 판례의 입장처럼 예외사유에 해당하면서도 ‘동시에’ 영득의사까지 없어야 하는 것이 아니다. 엄밀히는 청탁금지법 제8조 제3항 각 호의 예외사유는 금품등

54) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2018도20832 판결 등

55) 해당 부분을 지적해주신 심사위원회께 감사드립니다.

수수자에게 모두 영득의사가 인정됨을 전제하고 있어 해당 예외사유와 영득의사 간에는 상충 가능성이 있다. 이와 같은 상황에서 법문에도 없는(=기술되지 않은) 구성요건인 영득의사를 굳이 언급하였다면, 법리적 타당성을 뒷받침하는 이론적 배경이나 논리적 근거가 더욱 필요하다고 생각한다.

또 돈봉투 만찬 사건이나 황금열쇠 사건에서 살펴보았듯이, 제1호나 제2호 예외사유는 ‘목적’이라는 주관적 구성요건을 이미 명시적으로 요구하고 있다. 이러한 상황에서 영득의사라는 주관적 구성요건을 추가하게 되면, 양 주관적 구성요건의 관계를 설정하기란 매우 어렵다. 특히 ②에서 “영득의사 없이 해당 직무의 정당하고 원활한 수행과 관련하여 금품등을 수수하는 경우에 해당하지 않아야 한다”는 부분에 주목해 보자. 이는 양 주관적 구성요건의 명확한 관계를 설명하지도 못하고 있고, 오히려 제2호 예외사유의 목적인 ‘원활한 직무수행’이 인정되면 영득의사가 부정되는 것으로 해석될 수도 있어 혼선을 초래한다.

요컨대 대법원처럼 영득의사를 논의하려 했다면, 청탁금지법 제8조 제3항 각 호의 예외사유를 거론할 필요 없이 같은 조 제1항 또는 제2항 금지사항 자체로 영득의사가 요구되는 것이며 그 이론적 배경 등을 논증하는 데 노력을 기울였어야 한다. 한편 해당 예외사유(예컨대 판시사항 중에 언급된 제2호 또는 제3호)가 인정되는 사안이었다면, 굳이 영득의사를 거론하지 않아도 되었을 것이다. 그럼에도 영득의사를 언급하였다면 그 이론적 배경과 함께 예외사유와의 관계 또한 명시했어야 함이 바람직하다. 후자의 가능성은 없었을까?

### (3) 청탁금지법 제8조 제3항 예외사유 포섭 가능성

가별성의 범위를 합리적으로 제한하는 순기능이 있음에도 불구하고, 기술되지 않은 구성요건인 영득의사를 논의하기에 앞서, 청탁금지법에 명시적으로 기술된 구성요건인 제8조 제3항 각 호의 예외사유에 대한 검토가 선행되었어야 한다. ‘넓은 요건, 넓은 예외’라는 규정 형식은 청탁금지법이 갖는 주요한 특징이다.<sup>56)</sup> 뇌물죄가 명령과 금지의 고전적 규제방식을 취하는 반면, 청탁금지법에서는 넓은 요건 및 예외라는 특징에 기해 추상적이고 판단여지를 남기는 방식이 가능하다.<sup>57)</sup>

56) 최계영, 2019., “청탁금지법의 향후 과제”, 청탁금지의 법과 사회, 222면.

57) 최계영, 2019., 위의 논문, 223면.

해당 사안처럼 시장 수행비서가 (영득의사 없이) 수행 비용을 정산 내지 보전받은 경우, 판시사항에서도 언급했던 ‘정당한 권원(청탁금지법 제8조 제3항 제3호)’ 또는 ‘사회상규(같은 항 제8호)’로 포섭을 시도했다면 향후 중요한 법리로 자리매김했을 것이다. 나아가 해당 예외사유를 충족했다면 영득의사를 별도로 판단할 실익은 크지 않았을 것임은 앞서 언급한 바와 같다.

그러나 대법원은 이를 명시적으로 판단하지 않았다. 해당 예외사유를 인정하기 어렵다고 결론을 내렸기 때문일까? 영득의사를 통해 범죄 성립을 인정하지 않았지만, 그 때문에 영득의사의 명확한 의미 설정 및 청탁금지법에서의 체계적 지위, 해당 예외사유와 영득의사 간의 관계 정립이 중요한 문제로 남게 되었다. 향후 후속 연구가 필요한 대목이다. 이상의 내용을 정리하면 아래 [표 5]와 같다.

〈표 5〉 영득의사 관련 대법원 판시사항 및 검토의견

판시사항		검토의견
	적법한 또는 정당한 권원 없이 금품등을 수수하는 경우에 해당하여야 함	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 제8조 제3항 제3호 반대해석에 불과</li> </ul>
청탁금지법 제8조 제1항이 금지하는 금품등 수수 행위	청탁금지법 제8조 제3항 각 호 또는 이에 준하는 경우로서 영득의사 없이 해당 직무의 정당하고 원활한 수행과 관련하여 금품 등을 수수하는 경우에 해당하지 않아야 함	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 예외사유(제8조 제3항 각 호) 해당하면 영득의사와 무관하게 그 자체로 구성요건 배제되는 만큼 해당 판시는 혼선 초래</li> <li>• 오히려 예외사유 언급 없이 영득의사 인정되면 금지사항(제8조 제1항 또는 제2항) 자체가 아니라고 판단하는 것이 간명(예외사유는 이미 영득의사 존재를 전제하거나 같은 주관적 구성요건인 목적을 규정하고 있어 혼선 초래)</li> </ul>
영득의사 없이 공직자등이 직무상 소요되는 비용을 지출할 목적으로 금품을 취득한 경우 위 구성요건에 해당되지 않음		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영득의사를 주관적 구성요건으로 인식</li> <li>• 뇌물죄와 달리 예외사유 직접 규정한 청탁금지법에서는 제3호 등 예외사유 적극 판단했다면 영득의사 판단 불필요했을 수도 있음)</li> </ul>

\* 필자가 정리

## IV. 나가며

지금까지 청탁금지법 제8조 금품등 수수 금지 조항과 관련하여 중요한 판단이 이루어졌던 대법원 주요 판례로 돈봉투 만찬 사건, 황금열쇠 사건, 시장 수행비서 사건을 살펴보았다. 관련된 쟁점을 간추려 정리하면 다음과 같다.

첫째, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호 상급 공직자들은 형사처벌의 가별성을 축소하는 소극적 구성요건임을 감안하면, 직무상 지시를 전제하는 「공무원 행동강령」과 반드시 일치시켜야 할 필요성은 크지 않다. 오히려 실무를 고려하면 대법원 판례의 입장처럼 완화하여 해석함으로써 개별적 판단의 가능성을 열어두는 것이 타당하다. 다만 판례가 든 직무상 상하관계가 직무상 명령·복종관계와 어떤 점에서 차이가 있는지, 후자가 아니면서도 전자를 충족하는 예시를 명확히 했으면 좋았을 것이다.

둘째, 청탁금지법 제8조 제3항 제1호와 제2호 목적은 모두 소극적·주관적 구성요건이다. 특히 공무원 행동강령에 따른 적극적·객관적 구성요건인 예산의 목적은 고려할 것이 아니다. 다만 일반인이 공공재정을 목적 외 이용하는 등 다른 유형에 비해 처벌 수준이 낮은 만큼 향후 입법에 적절한 제재수준을 반영할 필요가 있다.

셋째, 금품등 각출 제공의 경우 과태료 등 기준이 되는 제공 가액이 개별 금액인지 그 합산액인지가 문제되나, 합산액으로 보는 것이 타당하다. 다만 이것이 과중하여 책임주의에 반할 소지가 있는 만큼 근본적으로는 현행 과태료 하한의 존치 여부에 대한 검토가 필요하다.

넷째, 금품등 수수와 관련해 이미 「형법」상 뇌물죄 등에서 인정한 영득의사는 청탁금지법의 가별성을 합리적으로 제한하는 긍정적인 측면이 있다. 다만 청탁금지법은 제8조 제3항 각 호에서 예외사유를 구성요건 단계에서부터 폭넓게 정하고 있다. 따라서 판례가 언급하기도 했던 청탁금지법 제8조 제3항 제3호 등 예외사유 검토가 선행되었어야 한다. 영득의사만 놓고 보더라도 청탁금지법에서 이것이 요구되는 이론적 배경 등과 함께 이들 예외사유와의 관계를 면밀하게 규명했어야 함은 물론이다. 입법론 등 개선사항에 대한 논의가 조금이나마 활성화되고, 보다 내실있는 후속 연구가 이어지기를 희망한다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 길준규, 2018., “청탁금지법의 법적 쟁점과 평가”, 부패방지법연구, 제1권 제1호
- 길준규, 2021., “청탁금지법 관련 판례동향과 과제”, 원광법학, 제37집 제3호
- 김래영, 2019., “청탁금지법상의 금품등 수수 금지 예외사유로서의 상급자의 위로나 격려”, 서울법학 제26권 제4호
- 김일수/서보학, 2018., 새로쓴 형법각론(9판), 박영사
- 양천수, 2021., 삼단논법과 법학방법, 박영사
- 임석순, 2020., “재산범죄에서 불법영득·이득의 체계적 지위”, 비교형사법연구, 제21권 제4호
- 전병서, 2023., 비송사건절차법, Justitia
- 정형근, 2016., “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 관한 연구”, 경희법학, 제51권 제4호
- 정형근, 2018., “청탁금지법의 주요 쟁점과 개선방안”, 부패방지법연구 제1권 제1호
- 정형근, 2024., “청탁금지법상 상급 공직자등이 위로·격려·포상 등의 목적으로 하급 공직자등에게 제공하는 금품등”, 국민권익위원회 권익, 제1호
- 최계영, 2019., “청탁금지법의 향후 과제”, 청탁금지의 법과 사회
- 형법주해V[각칙(2)], 2023., 오균성 집필부분
- 홍성칠, 2016., 청탁금지법 해설, 박영사
- 홍완식, 2019., “청탁금지법에 대한 입법평론”, 청탁금지의 법과 사회
- 국민권익위원회, 2017, 퇴직(예정) 공직자등 금품등 수수 허용 범위
- 국민권익위원회, 2017, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집
- 국민권익위원회, 2020, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집
- 국민권익위원회, 2020, 청탁금지법 유권해석 사례집
- 국민권익위원회, 2021, 청탁금지법 주요판례집
- 국민권익위원회, 2024, 공무원 행동강령 업무편람
- 국민권익위원회, 2024, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집
- 국민권익위원회 공고 제2012-32호, 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법 제정(안) 입법예고

법무부, 2022., 질서위반행위규제법 해설집

현대경제연구원, 2015, “청탁금지법의 적정 가액기준 판단 및 경제효과 분석”

### [인터넷 등 온라인 자료]

곽용섭, “[판례평석]청탁금지법상 ‘상급 공직자’와 ‘위로·격려’의 의미”, 법률신문  
(<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=20970>)

대법원, 2018. 10. 25.자 보도자료, 2018도7041 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한  
법률 위반 사건 보도자료

대법원, 2023. 9. 14.자 보도자료, 뇌물수수등 사건(2023도6767), 특정범죄가중처벌등에  
관한법률위반(뇌물)등 사건(2023도6852) 보도자료

**Abstract**

**Supreme Court Case Analysis and  
Legislative Issues Related to Article 8  
of the Improper Solicitation and Graft Act**

▮ **Kim, Hyoson**

Lawyer / Economist, Bank of Korea

This article examines three Supreme Court cases, the Money Envelope Dinner Case, the Golden Key Case, and the Mayor's Executive Assistant Case, regarding the prohibition of accepting anything of value under Article 8 of Improper Solicitation and Graft Act (Anti-Graft Act). It will cover four issues: (1) the meaning of a "high-ranking public official", which is an exception to the prohibition on giving anything of value, (2) the determination of the purpose of the exception, (3) the calculation of the value of the offer of anything of value, and (4) the intent to benefit.

Given that Article 8(3)(1) of the Anti-Graft Act is a passive component that reduces the harshness of criminal penalties, it is not necessary to align it with the Code of Conduct for Public Officials, especially the relevant provisions that presuppose instructions in the course of duty. Rather, considering practical cases, it is appropriate to interpret it in a relaxed manner, similar to the position of the Supreme Court precedents, and leave open the possibility of individual judgment.

The purpose under Article 8(3)(1) and (2) of the Anti-Graft Act are both passive and subjective. In particular, budgetary prescribed purposes, which are active and objective purposes under the Code of Conduct for Public Officials, are not considered. However, since the level of punishment is lower than other types, it is necessary to correct it and regulate it simply.

On the other hand, in the case of the provision of promises of money and other goods, the value of the provision that is the basis for fines and other penalties is the individual amount or the total amount, but it is reasonable to view it as the total amount. However, as this may be disproportionate and discourage accountability, it is fundamentally necessary to review whether the current penalty floor should exist.

The intent to benefit, which is already recognized in the criminal law of bribery, has the positive aspect of reasonably limiting the harshness of the Anti-Graft Act. However, unlike the criminal bribery offense, the Anti-Graft Act provides a wide range of reasons for exception in Article 8(3). A review of the reasons for exception under Article 8(3) should have been conducted first, and the relationship between the reasons for exception and the intent to benefit should have been clarified.

**Key word** Improper Solicitation and Graft Act, high-ranking public official, purpose of the exception, calculation of the value of the offer, intent to benefit.

권익 발간에 관한 규정



권익 연구윤리규정



## 권익 편집위원회

**위원장** 조성규 교수 (전북대학교 법학전문대학원)

**외부위원**

곽창규 교수 (세종대학교 행정학과)  
김도승 교수 (전북대학교 법학전문대학원)  
도수관 교수 (울산대학교 행정학과)  
성중탁 교수 (경북대학교 법학전문대학원)  
이동규 교수 (동아대학교 재난관리학과)  
이윤정 교수 (강원대학교 법학전문대학원)  
이준범 교수 (인하대학교 법학전문대학원)  
임수민 교수 (충북대학교 법학전문대학원)  
임준형 교수 (고려대학교 행정전문대학원)  
임 현 교수 (고려대학교 행정학과)  
최태현 교수 (서울대학교 행정대학원)

**내부위원**

민성심 국장 (국민권익위원회 부패방지국장)  
양종삼 국장 (국민권익위원회 고충처리국장)  
김세신 원장 (국민권익위원회 청렴연수원장)

## 「권익」 2025 제2권 제1호

인쇄 2025년 10월 31일  
발행처 국민권익위원회  
발행 2025년 10월 31일  
발행인 유철환  
편집 국민권익위원회 청렴연수원  
제작 ㈜선미디어 070-4219-2044  
발간등록번호 11-1140100-100021-10