

## 청탁금지법상 '부정청탁의 금지'조항의 입법적 개선방안

### Legislative improvement agenda for the “prohibition of improper solicitation” Clause under the Improper Solicitation and Graft Act

정 다 영(Chung, Da Young)\*

#### ABSTRACT

The Improper Solicitation and Graft Act(ISGA) was enacted as part of our society's anti-corruption policy to regulate improper solicitation and bribery practices, especially in officialdom. In order to build up the lucidity and predictability of prohibited solicitation activities, the Improper Solicitation and Graft Act enumerates 15 types of acts corresponding to improper solicitation in Article 5 thereof and 7 types of exceptional reason.

However, it does not cover unforeseen improper solicitation in the corpus delicti of the relevant norm to list the acts that correspond to illegal solicitation in Article 5, Clause 1, without separately defining the concept of prohibition of improper solicitation in ISGA as it is today. In addition, the stipulation rather reduces the social conventional wisdom of improper solicitation not to fit the legislative purpose of the law because the concept of prohibition of improper solicitation determines whether it is illegal under the type of act presented in the legal text. The seven exceptions set forth in Article 5, Clause 2, serve as an indulgence clause that determines the final status of improper solicitation in that they extinguish all legal effects, even if it comes under the improper solicitation act of Clause 1 thereof; but the notions of ‘social rule’ among them disintegrates clarification in that they allow a broader interpretation of the corpus delicti. In this way, the legislative form that presents several relevant acts and exception reasons in a list without the provision of the definition of the concept of prohibition of improper solicitation rather makes the concept of prohibition of improper solicitation unclear and narrow, to fuel confusion in the interpretation and application of the stipulation of prohibition of improper solicitation.

Therefore, the Clause of the prohibition of improper solicitation of the Act requires legislative revision to conform to the principles of easy understanding of the public, legislative purposes, and clarity of law. Thus, this paper proposed an illustrative type of legislation that stipulates a case of specific types of conduct; and the insertion of general provisions containing the principle of bringing together all common signs of improper solicitation to interpret and apply the concept of ambiguous prohibition of improper solicitation. In addition, it was discussed we would present the provisions for the exception of the prohibited solicitation activity as a specific type of action; and delete unnecessary phrases.

\* 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사

Key words: Improper Solicitation and Graft Act, Concept of Prohibition of Improper Solicitation, Clarity of Law, Enumeration clause, Exception clause, Illustrative type of legislation

## I. 문제의 제기

공직자의 부정부패를 근절하기 위한 방안으로 제정된 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’으로 지칭)<sup>1)</sup>은 오랜 시간 동안 사회적 논쟁을 거쳐 지난 2016년 9월부터 시행되어 오고 있다. 우리 사회의 만연한 부패의 유발적 요인을 강력히 개선하기 위해서는 기존 법의 사각지대까지도 통제하여야 한다는 판단 하에, 청탁금지법은 형법에 규정된 뇌물죄와 같이 대가성 여부에 따라 처벌하는 것이 아니라 청탁행위 자체를 규제하는 것을 내용으로 한다. 그렇기 때문에 청탁금지법은 제정당시부터 사회적 청탁행위의 범위가 광범위하다는 점에서 여러 법적 쟁점들을 공론화 하였으며, 그 중 ‘법률의 명확성 원칙’과 ‘과잉금지원칙 위배’가 강조되어 반대된 바 있다.

이러한 배경에서 명확성 원칙 및 과잉금지 원칙의 위헌성을 피하기 위하여 청탁금지법에서는 부정청탁에 해당하는 개별행위 15가지를 구체적으로 열거하였으며(제5조 제1항), 이에 해당하더라도 처벌에서 예외될 수 있는 행위 7가지를 규정하였다(제5조 제2항). 그런데 문제는 위 해당 조항을 통해 금지되는 부정청탁 여부를 알기 위해서는 열거된 규정 내용에 해당하는 하위법령들에 규정된 사안들까지도 세밀하게 살펴보아야만 부정청탁의 해당여부를 알 수 있게끔 그 내용이 복잡하게 규정되어 있다는 것이다. 이와 더불어 해당 조항에는 부분적으로는 모호하거나 추상적 문구들을 사용한 부분도 있어 무엇이 금지되는 부정청탁인지 정확히 이해하기 어렵게 하고 있다. 이에 유권기관인 국민권익위원회가 국민들로부터 청탁금지법과 관련한 질의응답을 시행하고 있으며, 매년 해설집과 판례집 모음을 발간하는 노력을 기울이고 있으나 이마저도 명쾌한 해석이 제시되지 못하는 경우도 있다. 따라서 청탁금지법이 시행된 지 4년이 지났지만 현재에도 적용을 둘러싼 현장의 혼선은 지속되고 있다고 할 수 있다.

한편 청탁금지법에서 부정청탁을 금지하는 조항인 제5조는 다음과 같은 문제들을 야기한다. 동법 제5조에서는 부정청탁에 해당하는 행위들을 일일이 열거하고 있기 때문에 제정당시에 예견할 수 없었던 규제되어야 할 행위가 새롭게 문제될 때마다 규제의 법적 공백이나 모호함이 드러나는 것이다. 그리고 새로운 부정청탁행위에 대한 논쟁은 동법의 추가적 개정

1) 합법적인 청탁과 부정청탁의 구별을 위해서 동법의 약칭은 ‘부정청탁금지법’이 바람직하다는 주장들에 동의하지만, 본 연구에서는 혼동을 방지하기 위하여 현재 공공기관과 언론에서 공식적으로 사용되고 있는 약어인 ‘청탁금지법’으로 사용하기로 한다.

을 지속적으로 발생시키고 있다.<sup>2)</sup> 이 외에도 부정청탁금지 조항은 제정 당시의 법의 사각 지대까지 규제하고자 했던 입법취지와는 맞지 않게 오히려 부패를 유발시키는 부정청탁의 개념을 축소하는 경향이 있는데, 이는 동조의 입법적 문제와 관련이 있다고 할 수 있다.

따라서 본 연구에서는 상기 언급한 사안들과 관련한 동법 제5조 부정청탁의 금지 조항의 문제들을 명확성 원칙을 중심으로 하여 살펴보고, 해당조항이 동법에 취지에 맞게 적용되고 해석될 수 있는 방안을 구체적으로 논의해보고자 한다. 이를 위해서는 기존에 제기된 청탁 금지법상 명확성 논쟁에 관한 검토가 우선적으로 필요하며, 이를 바탕으로 해당조항과 관련하여 지속되는 부정청탁 개념의 명확화 논의를 이어나가기로 한다. 그리고 해당조항에서 문제되는 사안이 헌법적 원칙인 명확성 원칙에 부합하면서도 동법의 입법목적에 비추어 합리적으로 적용되고 해석되기 위한 입법적 개선방안을 제시해보고자 한다.

## Ⅱ. 부정청탁금지조항의 명확성 논쟁과 문제점

### 1. '부정청탁' 개념과 명확성 논쟁

청탁금지법이 명확성 원칙과 과잉금지 원칙에 위배된다고 하는 주장하는 이들의 주된 이 유로는 '부정한 청탁', '사회상규'의 개념이 추상적이고 불명확하다는 점에 있다. 청탁금지법의 입법취지가 청탁행위 그 자체를 규제하는 것이기 때문에 이 같은 추상적이고 불명확한 개념을 사용하여 규제하는 것은 과잉금지 원칙 위배의 논쟁으로 연결되게 한다. 부정청탁의 개념과 관련하여서는 이전 정부(안)에서는 "특정 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반 하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 의미한다."는 법적 정의가 있었으나 이러한 규정은 국회 심의과정에서 불명확 하고 추상적이라는 지적에 따라 최종적으로는 배제되었다.<sup>3)</sup> 특히 청탁금지법을 반대론자들

2) 최근 국회입법현황에 따르면, 동법 제5조 제1항 제14호의 2를 신설하여 부정청탁에 해당 행위에 교정 시설에서 교도 관련 업무에 관하여 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위를 추가하는 입법이 추진되고 있다. 박영순의원 등 14인 발의안, 제2105914호(2020. 11. 30.); 한편 공직자등이 아닌 자에 대한 부정청탁의 금지와 관련하여서도 동법 제5조의2도 별도로 신설하여 10호에 걸친 부정청탁금지행위를 나열, 5호에 걸친 예외사유를 추가하려는 논의도 소관위원회를 통해서 적극적으로 검토된 바 있다. 이는 최근 장관들의 사례에서 논쟁으로부터 시작된 것으로 공직자가 민간 기업 등의 인사, 출연(出捐) 등에 관하여 자신의 직무권한이나 영향력 등을 행사하여 개입하거나 영향을 미쳤다는 의혹 등처럼 공직자의 민간에 대한 부정청탁에 대한 규제 필요성이 제기되었기 때문이다. 박영순의원 등 11인 발의안, 제2103052호(2020. 8. 19.).

\* 국민참여 입법센터([www.opinion.lawmaking.go.kr](http://www.opinion.lawmaking.go.kr)) 입법진행현황란 '국회입법현황' 참고.

3) '부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)'의 국민권익위원회안 제2조 제5호 및 정부안 제2조 제4호 참조.

은 직무관련성이나 대가관계가 없다 하더라도 고액의 경우 형사적 처벌이 부과되는 규정은 더욱이 구체적이고 명확한 구성요건을 제시하여야 한다고 한다. 또한 동법에서 명시되는 사회상규의 개념도 같은 맥락의 취지에서 위헌성 논란이 지속적으로 제기되고 있다.

그런데 ‘부정한 청탁’, ‘사회상규’란 용어는 이미 「형법」, 「공무원임용령」, 「문화재수리 등에 관한 법률」, 「증권관련 집단소송법」, 「경륜·경정법」, 「기업 활력 제고를 위한 특별법」, 「공공기관의 운영에 관한 법률」, 「주식회사 등 외부감사에 관한 법률」 등 많은 법령에도 규정되어 있으며, 그동안 판례를 통해 해석이 별다르게 논쟁되어오지 않아 왔다. 그렇기 때문에 ‘부정한 청탁’, ‘사회상규’란 용어의 사용이 청탁금지법에서만 명확성 원칙에 위배된다고 하기는 어렵다. 그러나 지속적으로 제기되는 논쟁과 입법의 정당성을 위해서는 위와 같은 용어의 사용을 해당법의 취지와 개별적으로 살펴서 그 합리성이 구체적으로 논증될 필요가 있다.

## 2. 헌법재판소의 견해

지난 2016년 헌법재판소는 청탁금지법에서 사용하고 있는 ‘부정청탁’ 개념과 ‘사회상규’의 용어 사용이 명확성 원칙을 위배하는지에 관하여 합헌판결을 하였다. 헌법재판소는 그 이유로 먼저 ‘부정청탁’이란 용어는 기존에도 「형법」 제130조, 제357조 제1항, 「공직자윤리법」 제18조의 4 등 여러 법령에서 명시되어 사용되어 왔으며, 대법원도 그동안 부정청탁의 의미와 관련하여 많은 판례를 축적하고 있기 때문이라고 하였다. 대법원은 배임수재죄 관련 판결에서도 ‘부정한 청탁’은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 뜻하며, 부정한 청탁인지의 판단여부는 청탁의 내용과 수수된 재물의 액수와 형식, 그리고 보호법익 등을 종합적으로 고찰하여야 한다는 취지로 판시하는 등 부정청탁 의미에 대한 판결을 내린 바 있다.<sup>4)</sup> 헌법재판소는 청탁금지법상 ‘부정청탁’의 개념정의를 국회의 심의과정에서 포괄적이어서 불명확하다고 지적된 바에 따라서 현재 청탁금지법은 부정청탁의 개념을 직접 정의하는 대신에 제5조 제1항에서 14개 분야의 부정청탁 행위 유형을 구체적으로 열거하였으며, 제2항의 부정청탁에 해당되지 않는 7가지 사유를 규정하여 구성요건을 상세하게 규정하였다고 보았다. 따라서 부정청탁금지의 입법취지와 구체적으로 열거된 행위유형과 예외사유를 종합하여 보면, 어떠한 행위가 부정청탁에 해당하는지는 어렵지 않게 판단할 수 있다고 하였다.

그리고 해당조항이 부정청탁의 행위유형을 열거하면서 사용한 ‘법령을 위반하여’라는 표현은 규정의 내용상 단순한 법령위반행위가 부정청탁이라는 취지가 아닌 것이 분명하다고 하였다. 나아가 법령은 헌법과 ‘법령 등 공포에 관한 법률’ 등 법률의 규정에 따라서 국회의 제정한 법률과 그 하위규범인 대통령령·총리령·부령 등의 시행령 및 시행규칙을 뜻함을 쉽게 알 수 있으며, 부정청탁금지조항이 명시적으로 조례·규칙도 법령에 포함된다고 규정

4) 대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012도13719 등.

하고 있어 법령의 의미는 통상적 의미의 법령뿐만 아니라 조례와 고시, 훈령, 지침 형식의 행정규칙도 포함되는 것도 분명히 알 수 있다고 한다.

한편 부정청탁금지조항의 예외사유에 해당하는 '사회상규'라는 개념 또한 『형법』 제20조에서 이미 사용되고 있는 개념이며, 부정청탁의 금지조항에서 사회상규도 이와 다르게 해석될 이유가 없다고 하였다. 또한 그동안 대법원도 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'는 “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는지 여부는 구체적 사정 아래 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다”고 일관되게 판시해오고 있다고 한다.<sup>5)</sup> 더불어 예외적으로 허용되는 청탁 유형의 하나로 '사회통념상 허용되는 행위'를 예외사유로 명시한 것은 형식적으로 제1항의 부정청탁 유형에 해당하더라도 결국 부정청탁에서 제외함으로써 국민의 정당한 권리 행사가 위축되는 것을 막기 위해서이며, 사회상규상 허용되는 모든 상황을 법률에 구체적으로 열거하는 것은 입법기술상 불가능에 가깝기 때문에 부득이하게 청탁 유형의 하나로 입법기술 될 수밖에 없다고 한다.

이를 종합할 때, 헌법재판소는 부정청탁금지조항에 규정된 '부정청탁', '법령', '사회상규'라는 용어가 어느 정도 가치판단이 필요한 다소 포괄적이고 추상적인 일반개념이더라도 부정청탁금지조항의 입법배경 및 입법취지와 관련 조항 등을 고려하여 법관의 보충적 해석으로 충분히 의미의 내용확인이 가능하다고 하였다. 그리고 부정청탁금지조항은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 그 내용이 예측가능하기 때문에 법을 해석하고 집행하는 기관이 이를 자의적으로 해석하거나 집행할 우려도 크지 않다고 하였다. 따라서 헌법재판소는 해당조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 하였으며, 재판관 전원일치 의견으로 합헌 결정을 하였다.<sup>6)</sup>

그런데 헌법재판소의 합헌결정에도 불구하고 청탁금지법상 부정청탁의 금지하는 내용은 명확성과 관련한 논쟁을 지속적으로 발생시켜오고 있다. 현재 청탁금지법에서는 금지되는 부정청탁의 행위유형이 구체적으로 규정되었더라도 여전히 모호함을 남기기 때문이다.

### 3. '부정청탁의 금지' 규정 형식과 문제점

#### (1) 부정청탁 개념정의조항의 부재

청탁금지법은 제1조에서 이 법의 목적은 “공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금

5) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389.; 대법원 2001. 2. 23. 선고2000도4415.; 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 등.

6) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합).

품 등의 수수(收受)를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것”이라고 규정한다. 이어서 제2조에서는 이러한 목적에 비추어 동법에서 사용하는 주요개념 용어인 “공공기관”, “공직자등”, “금품등”, “소속기관장”의 뜻을 정의한다. 그러나 정작 “부정청탁”에 관한 정의규정은 별도로 두고 있지는 않다.<sup>7)</sup> 이는 앞 서 설명한 바와 같이, 초창기 정부안으로 제시되었던 ‘부정청탁’의 개념이 추상적이고 불명확하다는 지적이 있었고, 이후 이러한 논란을 피하면서도 무엇이 법률상으로 금지되는 청탁행위인지를 구체적인 행위유형의 양상으로 제시해야 하는 과제를 안고 제정이 추진되었기 때문이다.

현재 동법에서 부정청탁에 관한 개념정의는 별도의 조항 없이 독특한 방식으로 규정되어 있다고 할 수 있다. 개념정의 조항은 없지만, 제5조의 제1항에서의 부정청탁의 금지 규정에서 열거된 행위들을 15가지로 규정한 것과 제2항의 7가지의 예외사유가 ‘부정청탁’ 개념정의의 지표가 되고, 이를 통해 수범자가 무엇이 부정청탁이지를 가늠하게 하는 형식이다.

그런데 동법의 입법목적이자 규제 대상인 부정청탁의 개념을 정의한 조항이 없다는 것은 일반국민의 입장에서 오�히려 법으로 금지하는 청탁행위는 무엇인지 그 개념을 일의적으로 떠올리기 쉽지 않게 한다. 다만 상술한 바와 같이 헌법재판소의 견해에 따라 법으로 금지되는 부정청탁의 개념은 이미 판례로 형성된 것을 살펴본다면, 대법원은 부정청탁은 “사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁”, “반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 필요는 없고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것”으로 해석한 것에서 그 의미를 대략적으로 이해하는 것은 가능하다.<sup>8)</sup> 그러나 이러한 개념정의적 설명도 마찬가지로 추상적이고 불명확하여 이 만으로는 법에서 금지하는 부정청탁인지의 여부를 판단할 수 없기 때문에, 대법원도 이어 부정한 청탁에 해당하는지를 판단할 때는 “청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하고, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니며 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다. 그리고 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 판결한 것이다.<sup>9)</sup>

그런데 위와 같이 구체적 행위를 고려하여 부정청탁의 여부를 최종적으로 판단하는 사법판결과 달리 법률에 구성요건에 해당하는 구체적 행위를 전부 열거하는 것은 불가능하다, 그렇기 때문에 일반국민들이 이해가능하도록 법적으로 금지하는 청탁행위의 주요 개념을

7) 청탁금지법 제2조에서는 “공공기관”, “공직자등”, “금품등”, “소속기관장”에 관해서만 개념을 정의하고 있다.

8) 대법원 1982. 2. 9. 선고 80도1230; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도535.

9) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도535.

포섭할 수 있는 용어들로 부정청탁행위의 개념을 정의하는 규정은 반드시 필요하다고 생각된다.

## (2) 부정행위 유형의 열거식 규정

부정청탁의 개념정의 규정이 별도로 필요한 이유는 금지되는 청탁행위를 명시한 동법 제5조 제1항을 통해서도 더욱 명료하게 알 수 있다. 동법 제5조 제1항은 금지하고자 하는 청탁행위의 유형을 제15호에 걸쳐서 매우 구체적으로 나열하고 있다. 이 때문에 부정청탁행위에 해당하는지 여부는 각 호에서 언급하는 행위유형을 매우 자세하게 들여다보아야 알 수 있다.<sup>10)</sup> 각 호 규정이 많은 부정청탁행위의 유형들로 나열되어 있기 때문에, 그 내용을 정리하면 아래와 같다.

제5조 (부정청탁의 금지) ① 누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정청탁을 해서는 아니 된다.

...  
(이하 각 호의 내용 정리)

부정청탁 대상 직무	공통사항
1. 인·허가·면허 등 처리 2. 각종 행정처분 또는 형벌부과의 감경·면제 3. 채용·승진 등 인사 개입 4. 공공기관 의사결정 관여직위 선정·탈락 직무 5. 공공기관 주관 각종 수상·포상 등 선정·탈락 개입 6. 입찰·경매 등에 관한 직무상 비밀누설 7. 특정인 계약 당사자 선정·탈락에 개입 8. 보조금·기금 등 배정·지원 또는 투자 등에 개입 9. 공공기관의 재화 및 용역의 비정상적 거래 10. 학교 입학·성적 등 업무처리 조작 11. 징병검사 등 병역 업무처리 12. 공공기관이 실시하는 각종 평가·판정 업무 개입 13. 행정지도·단속·감사·조사 대상 선정배제, 위법사항 묵인 14. 사건의 수사·재판·심판·결정·조정·중재 등 처리	<b>“법령을 위반하여”</b> 하는 행위  (≒ 법령에서 정한 ~범위를 벗어나)
15. 제1호~14호까지의 대상 업무에 관하여 지위·권한의 남용	

10) 해당 조항을 직접 찾아보면, 부정청탁행위의 유형이 각 호를 통해 일일이 나열되는 구조이기 때문에 무엇이 부정청탁행위인지 단번에 쉽게 이해하기 어렵다는 것을 알 수 있다.

동법 제5조 제1항의 각 호에 따른 부정청탁행위는 공직자 등의 업무를 중심으로 금지되는 행위유형을 나열하고 있으며, 공통적으로는 “법령을 위반하여”라는 문구를 포함하고 있다. 부정청탁금지조항에서 법령을 위반한다는 것은 업무와 관련된 개별 법령을 뜻하는 것으로 해석되며, 통상적 의미의 법령 외에도 조례와 고시, 훈령, 지침 형식의 행정규칙도 포함되는 것으로 해석되고 있다.<sup>11)</sup> 그리고 동조에서는 부정청탁행위유형 15가지를 규정하고 있지만, 직무별로는 14가지 유형(제1호-제14호까지)을 제시하며, 제15호에 규정된 유형은 앞서 규정된 직무행위의 유형을 보충하고 있다.

그런데 이와 같이 부정청탁의 구체적 행위유형을 일일이 나열한 입법형태를 열거조항으로 볼 것인지 예시적 조항으로 볼 것인지가 법 적용과 해석에 있어 문제제기 될 수 있다. 제1항의 각 호를 열거조항으로 본다면, 법 제정 당시에는 예상할 수 없었던 부정행위유형의 구체적 직무나 행위유형은 규제행위에 포섭하지 못하는 경우가 발생된다. 반면 예시적 조항으로 해석한다면, 이 같은 문제는 해소될 수 있지만 열거되는 행위유형 이외의 행위까지도 부정청탁으로 인정할 수 있어 유추해석금지 원칙에 위배될 소지가 있다. 만약 부정청탁 개념을 정의하는 조항이 별도로 존재한다면, 예시적 조항으로 해석하더라도 문제되지 않을 것이며 오히려 정합적인 해석에도 부합할 것이다. 다만 현재와 같이 부정청탁행위 정의가 별도로 존재하지 않는 동법의 체계에서도 동조 제2항 제7호에 근거하여 동법 제5조 제1항은 예시적 조항으로 이해하여야 한다는 견해가 있다. 제5조 제1항이 열거조항으로 여겨진다면 제2항 제7호는 필요 없거나 그 실효적 기능이 거의 없는 내용이 되기 때문이며, 또한 제5조 제1항이 예시적 조항으로 이해될 때 부정청탁행위의 구성요건은 방대해짐이 불가피하고 5조 제2항 제7호가 넓어진 범주의 효력을 저지하는 매우 필요한 조항으로 기능할 수 있기 때문에 그 존재의 의의가 강조된다는 것이다.<sup>12)</sup>

그런데 그동안 국민권익위원회의 해설이나 청탁금지법 제정 이후의 판례들을 살펴보면, 제5조 제1항을 해석하는 태도는 동법의 입법과정과 취지를 고려한 듯 열거주의로 해석하는 경향에 가깝다고 할 수 있다. 먼저 국민권익위원회의 해설집을 살펴보면, 동조 동항에 따른 부정청탁행위는 우선적으로 “법령을 위반한 행위”로 언급하면서, 이후 부정청탁 대상 직무유형별로 정리하여 해당 직무에서 문제될 수 있는 사례들에 한정하여 금지되는 행위를 설명을 하고 있다. 이에 비추어볼 때 국민권익위원회는 동조에서 언급한 직무와 법령 위반 행위만이 부정청탁행위에 해당하는 것으로 해석하고 있는 것이다.<sup>13)</sup> 사법부의 경우에도 동일

11) 헌법재판소는 통상적 의미의 법령에는 국회가 제정한 법률 외에도 하위규범인 대통령령·총리령·부령 등의 시행령 및 시행규칙까지도 포함되는 것으로 해석되며, 부정청탁금지조항의 법령은, 조례와 고시, 훈령, 지침 형식의 행정규칙도 포함됨이 분명하다고 한다. 헌재 2016. 7. 28. 선고 2015헌마 236·412·662·673(병합).

12) 박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’ 개정을 위한 연구”, 강원법학 제47권, 2016, 53-54면.

13) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 2020, 55-83면 참조.



한 태도를 취하고 있다고 보여 진다. 이는 최근 교도소 수용자로부터 부정한 청탁을 받고 외부인과의 연락을 주선한 교도관의 행위는 현행법에서 규정하는 부정청탁 행위에 해당되지 않기 때문에 무죄로 선고된 판결이 논란에서 잘 보여주고 있으며,<sup>14)</sup> 이에 '교정시설에서 교도 관련 업무에 관하여 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위'를 제1항의 제14호의 2로 추가하여 신설하려는 입법이 현재 추진되고 있는 것에서도 동법 제5조 제1항은 열거주의로 해석되는 경향이 있음을 알 수 있다.

이와 같이 제5조 제1항의 규정을 예시적 조항으로 해석하지 않는다면, 입법취지와 목적에 위배되더라도 적시되지 않은 부정청탁의 행위유형은 법적용이 제외되고 새로운 부정행위의 양상이 문제될 때마다 법을 추가적으로 신설하여야 하는 문제가 있다.<sup>15)</sup> 한편 제15호의 경우는 제1-14호의 업무 중에서 예견하지 못한 행위유형과 불명확한 행위유형을 포섭하고자 규정되었지만, 이 또한 제1호-14호의 업무분야만 한정한다는 점에서 불완전하다고 할 수 있다.<sup>16)</sup>

따라서 상기에 제시된 문제들은 근본적으로 부정청탁의 개념을 정의한 조항이 없다는 것을 다시 주지시킨다. 규제 목적인 부정청탁의 개념을 정의한 규정이 없다면 구체적 행위유형만을 담은 예시적 조항만으로는 규제행위들을 온전히 다 포섭할 수 없다. 더불어 지금과 같은 너무 많은 부정행위유형의 나열식 열거는 오히려 사회적으로 형성된 부정청탁의 개념도 오히려 축소시키는 효과를 발생한다는 점에서 입법 형식이 재고려될 필요가 있다.

### (3) 예외행위 규정의 광범위성과 불필요성

청탁금지법 제5조 제1항에서 금지하는 부정청탁행위 유형에 해당하더라도 제2항의 각호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 이 법이 적용되지 않는다. 그렇기 때문에 제1항의 규정을 원칙조항이라 하고 제2항의 규정은 예외조항이라 불리워지기도 한다. 이 같은 예외조항은 는 형법상 위법성조각사유라 여겨지거나 구성요건 해당성 자체가 부인되는 것으로 이해되고 있다.

14) 대전지방법원 2017.9.27. 선고 2017고합125.

15) 이와 같은 취지에서 제5조 제1항의 각호는 예시주의로 해석되어야 한다는 견해로 김준성, “부정청탁금지법의 문제점과 개선방안”, 영남법학 제44호, 2017, 219-220면.

16) 이와 같은 견해 및 제15호의 내용이 이전 정부안의 부정청탁 정의조항과 매우 유사하기 때문에 차라리 15호의 문구를 수정하여 제1호-제14호에서 명시되지 못한 업무를 포섭하게끔 하고 제15호를 정의조항의 대체조항으로 활용하는 제안에 관해서는 정혜영, “부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향”, 한국부패학회보 제21권 제4호, 2016, 101-102면.

제5조(부정청탁의 금지) ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.

예외 행위 유형	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 법령·기준에서 정한 절차·방법에 따라 요구하는 행위</li> <li>2. 공개적으로 특정한 행위를 요구하는 행위</li> <li>3. 공익적 목적의 고충민원을 전달하는 행위(선출직 공직자, 정당, 시민단체 등)</li> <li>4. 법정기한 내 직무처리요구 및 확인·문의 행위</li> <li>5. 직무 또는 법률관계의 확인·증명 등 신청·요구 행위</li> <li>6. 직무 관련 질의 또는 해석을 요구하는 행위</li> <li>7. 사회상규에 위배되지 않는 행위</li> </ol>
----------------	---

위 조문과 같이 제5조 제2항은 “제1항에도 불구하고”라는 표현을 명시하고 있어 예외사유에 해당하는 형식적 요건을 갖추면, 제1항의 법령을 위반하는 부정청탁행위에 해당하더라도 법적 효력을 발생시키지 않는다. 즉 예외사유에 해당되면 동조 제1항의 효력을 무력화한다. 이러한 점에서 청탁금지법은 오히려 무엇이 부정청탁이 아닌지에 대한 여부는 실상 제5조 제2항 예외 규정에 두고 있다고도 할 수 있다.

예외 규정인 제2항의 각 호의 내용을 살펴보면, 몇 가지 의문들을 제기할 수 있다. 제1호 및 제4호-제6호는 직무와 관련하여 당연히 요구될 수 있는 ‘법령을 위반하지 않는’ 법적으로 정당한 행위이다. 그렇기 때문에 동항에서 굳이 예외사유로 명시해야 할 필요가 없는 규정이며 실질적 의미기능을 담당하지 못하는 규정이라 생각된다. 그리고 제3호의 규정내용 중 선출직 공직자, 정당이 제1항에서 적시된 법령위반에도 불구하고 제3자의 고충민원을 전달하거나 법령 또는 정책의 개선을 제안건의 하는 것은 오히려 선거기간에 이해관계가 개입될 여지가 높을뿐더러 선출직 공무원들의 권력을 더욱 강화시킬 우려가 크다는 비판이 현재도 지속되는 사안이다.

한편 제2항의 각 호 중 제1호, 제3호, 제4호, 제5호, 제6호는 ‘등’의 표현문구를 명시하여 행위유형 구성요건 범주를 확장가능하게 하고 있다. 이는 법적용을 피할 수 있는 행위여지를 광범위하게 둔 것이라고 할 수 있다. 그리고 같은 맥락에서 지속적으로 명확성원칙이 논쟁되고 있는 조항은 예외사유의 마지막 규정으로 제7호의 ‘사회상규에 위배되지 않는 것으로 인정되는 행위’이다. 사회상규는 이후 규정인 금품등의 수수금지를 금지한 제8조의 제3항 제8호에서도 “사회상규에 따라 허용되는 금품등”이라는 표현을 사용하고 있다. 그런데 사회상규의 개념에 대하여는 아직도 명확성 논쟁이 지속되고 있다. 사회상규의 사전적 정의는 “국가 질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감이나, 공정하게 사유하는 일반인의 건전한 윤리 감정”이다.<sup>17)</sup> 이처럼 사회상규라는 개념은 그 자체가 매우 추상적이

17) 국립국어원 표준국어대사전 해설. (<https://stdict.korean.go.kr>)

고 일의적으로 정의하기 어려운 부분이 있기 때문에, 사회상규에 위배되지 않는 행위가 무엇인지는 구체적으로 제시되기 어렵다. 헌법재판소의 견해에 따라 판례상 사회상규의 개념이 어느 정도 형성되어 있다고 하더라도 민사판례와 형사판례 상 사회상규 해석과 관련하여 인정되는 범주는 구체적으로 다를 수 있기 때문에 청탁금지법에서 사회상규 해석은 어느 정도의 범위에서 수용 가능할 것인지도 의문이 제기 된다.<sup>18)</sup> 또한 우리의 일반인의 법감정에 비추어 사회상규를 규정하였더라도 법률상의 사회상규 수용범위를 최종적으로 사법부의 결정에 위임하는 것은 바람직하지 않다고 생각된다.

상기와 같이 동조 제2항의 내용을 검토한 결과, 현재의 예외 행위의 부분적 내용은 제1항의 부정행위의 구체적 열거, 특히 법령상 위법한 행위임에도 불구하고 동법의 적용을 해석으로 제외될 수 있는 가능성을 광범위하게 두었다고 생각되며, 이는 동법의 입법취지와 맞지 않는다고 생각된다.

### Ⅲ. 부정청탁금지조항의 입법적 개선방안

#### 1. 법률의 명확성원칙과 판단기준

법률의 명확성 원칙은 법치주의 원리로부터 도출된다고 여겨지고 있으며 기본권심사기준으로 원용되고 있는 헌법상의 원칙이다. 명확성 원칙의 목적은 법에 의해 규율되는 생활관계의 안정성을 도모하기 위함이며, 법적 안정성을 누리기 위해서도 어느 정도의 예측가능성이 담보될 수 있어야 한다. 그렇기 때문에 법규범의 내용은 그 의미가 명확하고 예측가능해야 한다는 것이 명확성 원칙의 기준이라고 할 수 있다. 헌법재판소도 명확성 원칙에 관하여 일관되게 “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 알 수 있도록”하는 것,<sup>19)</sup> “수범자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 법을 해석 집행하는 기관에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석 및 집행을

18) 민사판례에서 사회상규는 사회통념으로 해석되거나 혹은 일반인의 법감정 내지 법일반원칙 등으로 해석되며, 형법에서 사회상규는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라 해석되어도 위법성조각사유로 기능하기 때문에 형사판례에서는 사회상규 인정에 매우 신중한 태도를 보이기 때문이다. 이러한 문제제기에 대한 논문으로는 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 경희법학 제51권 제4호, 2016.

19) 헌재 1996. 8. 29. 94헌바15; 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8; 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바92; 대법원 209. 10. 29. 선고 209도7569; 헌재 2010. 4. 29. 2008헌바118; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바272; 헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500; 헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바169.

예방하기 위한 원칙을 의미하는 것”,<sup>20)</sup> “법적 안전성과 예측가능성을 확보”하는 것,<sup>21)</sup> “민주주의와 법치주의원리에 기초하여 모든 기본권 제한 입법에 요구되는 원칙”<sup>22)</sup> 등 이라 해석하여 왔다.

명확성원칙은 위헌심사일 때는 “최소한 명확성”을 요구하지만, 법령을 입안하고 심사하는 기준의 관점에서는 가능하면 “최대한 명확성”을 지향될 것이 요구된다. 법령이 일단 입법되면 그 자체로서 독자적인 지위를 갖고 실효적으로 집행되어 국민에게 다양한 영향을 미치게 되는데, 이러한 과정에서 법령의 의미에 대한 해석이 필연적으로 발생할 수밖에 없어 입법자는 최대한 법령의 의미를 명확하게 규정하여 법령 규정의 의미에 대한 분쟁가능성을 최소화해야 하기 때문이다.<sup>23)</sup> 더불어 명확성의 원칙은 모든 법령에 동일한 정도로 요구되는 것은 아니며, ‘규율 내용의 성격’이나 ‘기본권 제한의 정도’ 등에 따라 적절하게 입안·심사의 강도가 판단되고 있다. 다만 법규정이 침익적 성격을 가지는 경우, 특히 형사법이나 조세법에서는 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다.<sup>24)</sup>

한편 법문에 불명확성이 있더라도 해석에 의해 그 의미가 명확해 질 수 있으면 모호성은 제거될 수 있으며, 통상의 언어관용이나 법집행당국의 일관된 해석이 확립된 경우와 같이 다르게 해석될 여지가 적은 법문의 불명확성 위험은 상대적으로 문제되지 않는다. 그리고 어떤 법문이 명확성 기준에 위반되는 경우는 해석에 의해 해소될 수 없는 불명확성이 있을 때, 그것이 자의를 방지할 수 없을 정도로 불명확한 때로만 한정되는 것으로 해석되고 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 청탁금지법의 성격과 명확성 원칙의 정도

법률의 명확성의 정도가 모두 동일하게 요구되지 않으며, 그 심사기준 또한 법규정의 성격에 따라 달라질 수 있기 때문에, 청탁금지법이 법체계 어느 영역에서 법적 지위를 갖는지를 검토해 볼 필요가 있다. 그리고 명확성 여부를 판단할 때는 해당 규정에서 사용된 개념만을 따로 떼어내어서만 보는 것이 아닌 그 개념이 해당 법령이나 다른 법령에서 사용되어 오는 과정에서 혼란의 소지 없이 일관된 의미로 해석·적용되어 왔는지도 고려되기 때문에 청탁금지법과 다른 법과의 관계적 지위도 살펴볼 필요가 있다.

청탁금지법은 형법상 뇌물죄의 보완책으로써 제정된 측면이 있으나 그렇다고 하여 청탁금지법을 온전히 형사법체제에 속하는 것으로 보기에선 무리가 있다. 이는 우선 청탁금지법

20) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638.; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌바34.; 2004.11.25. 2004헌바35.

21) 헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700.; 헌재 2011. 8. 30. 2009헌바128.; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28.

22) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638.; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌바34.

23) 헌재 204. 11.25. 2004헌바35.

24) 헌재 2010. 9.30. 2009헌바201.

25) 하재홍, “예시적 입법과 일반조항”, 헌법학연구 제17권 제4호, 2011, 478면.

을 적용·해석하는 기관은 일차적으로 국민권익위원회, 즉 행정기관이 담당하고 있기 때문이다. 또한 청탁금지법은 그 내용이 공직윤리법, 공무원행동강령과도 중복되는 내용을 담고 있기 때문에 행정법과 형법과의 법체계적 지위 관련성이 구체적으로 설명될 필요가 있다. 그러나 청탁금지법의 입법과정에 비추어볼 때도 행정법체계로 볼 것인지 아니면 형법체계로 볼 것인지, 또는 구체적으로 다른 법제들과의 관계적 지위가 어떠한지는 그동안 명확하게 논의되어 온 바가 없다.<sup>26)</sup>

다만 헌법상 명확성 원칙이 국가형벌권의 발동에 있어서는 강하게 요청되기 때문에, 청탁금지법에서 '부정청탁의 개념'조항을 별도로 두지 않으면서, 부정청탁 해당여부를 최종적으로 법관의 해석으로 맡기게 되는 것은 일반 국민의 예측불가능성을 저해할 우려가 있어 명확성 원칙에 위배된다는 주장은 청탁금지법의 형사법적 지위를 인정하는 것으로 생각된다.<sup>27)</sup> 그런데 청탁금지법의 처벌조항을 살펴보면, 구체적인 내용에 있어 형법을 통해 적용되는 행위는 최종적으로는 동법에서 다루지 않는다고 하기 때문에 형사법적 지위로만 이해되기에는 무리가 있다고 보여 진다.

이와 같이 청탁금지법은 관련되는 다른 법제들과의 관계성이 명확하지 않은 상태에서 입법적 측면에 있어서 오히려 형법보다 강하게 법률의 명확성 원칙이 요구되어 온 경향이 있다. 그러므로 향후 청탁금지법상 규정들의 명확성 여부는 형법의 뇌물죄 규정과는 다르게 청탁금지법만이 갖는 규율 내용적 성격이나 기본권 제한의 정도가 고려되어 판단되어야 한다고 생각된다.

### 3. 부정청탁 개념의 명확화를 위한 입법론

'부정청탁' 개념정의 조항을 법령에 두기 위해서는 입법의 규율방식에 대한 고찰이 필요하다. 개념을 정의짓는 조항은 규율대상에 포섭되는 모든 사례를 구성요건으로 전부 열거하는 방식과 규율대상의 공통적인 징표를 모두 포섭가능한 용어를 사용하여 구성요건으로 규정하는 방식 등으로 나누어 볼 수 있다. 현재 부정청탁의 개념정의 조항은 별도로 없어 전자의 방식으로 개념적 지표를 유추해내고 있지만, 이전 논의한 바와 같이 부정청탁의 개념적 행위유형을 다 포괄하지 못하는 한계가 있다. 따라서 향후 부정청탁의 개념정의 규정을 두기 위해서는 입법기술상 일반조항의 형태로 규정될 수밖에 없다. 그런데 일반조항의 형태로써 부정청탁 정의 규정은 금지하는 청탁행위의 양상들을 공통적으로 포괄할 수 있는 용어로서 기술되어야 하기 때문에 불가피하게 다시 어느 정도는 일반적이고 보편적인 개념의

26) 이러한 점에서 청탁금지법은 과잉법제이며, 중복법제라는 비판의 견해로는 윤용규, “과잉범죄화에 대한 소고 : 「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」을 대상으로”, 형사정책연구 제28권 제3호, 2017, 188-189면.

27) 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 법과 정책연구 제15집 제3호, 2015, 16면.

사용이 있을 수밖에 없게 된다.

법규범에서의 언어적 표현은 그 의미내용이 명확해야 하지만 모든 법문이 항상 특정한 장소나 시점, 특정된 대상과 행위유형을 구체적으로 명시하여 규정하여야만 하는 것은 아니다. 오히려 입법에 있어서 구체적으로 특정된 문구들이 장황하게 열거되면 법문은 간결성과 보편성을 잃게 된다는 단점을 갖는다. 이러한 단점을 보완하기 위한 입법기술방식으로 제도나 법규정에 대한 일반성과 보편성을 담보될 수 있는 문구를 사용하여 기술되는 일반조항 방식이 규정되어 왔으며, 일반조항은 특히 입법자가 복잡한 현실영역을 규율할 때 가능한 법이 포괄적으로 적용되기 위한 목적으로 사용되어 왔다.<sup>28)</sup>

그런데 입법적 실무에 있어 법문에 불확정 개념의 사용이 불가피한 경우, “용어의 개념 정의”, “한정적인 수식의 사용”, “적용 한계 조항의 설정” 등으로 최대한 법률이 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 없애도록 하는 방법이 사용되고 있다. 특히 일반조항의 명확성 확보를 위해 가장 흔히 쓰이는 방식은 일반조항에 한정된 문구를 사용하여 법 해석 또는 적용상 지침으로 사용하는 것이다. ‘등’, ‘기타 이와 유사한 것’ 등과 같은 문구를 사용하여 금지되는 행위 양상의 가능성을 열어두는 개방적 형식으로 규정하는 것이다. ‘등’, ‘기타 이와 유사한 것’은 문언 앞의 열거된 내용을 염두에 두고 적용대상을 유추하여 법을 적용할 것을 지시하는데, 이를 예시적 입법형식이라고 한다. 그리고 예시적 입법형식은 일반조항에 함께 규정되어 형사법 영역에서 법문의 명확화를 위한 입법적 방안으로 사용되고 있다.<sup>29)</sup>

‘부정청탁’개념이 정의된 일반조항이 향후 삽입되더라도 현재와 같은 구체적인 금지되는 청탁행위의 열거적인 규범 형식도 함께 둘 필요가 있다. 개념정의 된 일반조항만으로는 일반 국민의 입장에서 어떤 행위가 법을 통해 규제되는 행위인지 모호할 수 있기 때문에 구체적인 지침 역할을 하는 현재와 같은 구체적 행위유형의 열거도 예시적 조항으로서 둘 필요가 있다. 따라서 향후 ‘부정청탁’에 관한 개념조항은 일반조항과 예시적 조항(열거식)이 함께 규정되어야 규제행위들을 가능한 빠짐없이 포섭하면서 입법목적을 달성할 수 있다고 생각된다.

#### 4. 부정한 청탁행위 유형의 규율형식과 해석

동법 제5조 제1항의 금지되는 부정청탁행위의 구체적인 유형들이 향후에도 예시적으로 열거되어 규정될 필요가 있더라도, 제1호-제15호의 규정 내용은 다음과 같은 내용을 고려하여 전반적으로 수정되어 개정될 필요가 있다.

첫째, 우선 제1호부터 제14호까지 각 호마다 공통적으로 “법령을 위반하여”라는 문구가 삽입되어 있기 때문에, 중복되는 문구는 제1항에 공통으로 두고 나머지 각호의 내용들은 직

28) 하재홍, “예시적 입법과 일반조항”, 481-482면.

29) 하재홍, “예시적 입법과 일반조항”, 484-486면.

무분야만을 명시하는 것이다. 그리고 이러한 직무와 관련하여 현재 청탁금지법의 대상이 되고 있는 언론기관은 명시되어 있지 않기 때문에 문제되는 언론기관 업무도 구체적으로 명시하여 규정되어야 한다.

둘째, 각 호의 “법령을 위반하여”라는 문구는 그 업무와 관련된 법령(조례, 규칙 포함)을 뜻하기 때문에 현재로써는 일반 국민들이 부정청탁행위를 구체적으로 알기 위해서는 그 직무마다 내부 규정을 별도로 다 검토해봐야만 어떤 행위가 부정청탁인지 여부를 알 수 있다는 어려움이 있다. 또한 그러다 보니 업무와 관련한 세부 법령을 잘 아는 이는 법망을 교묘히 빠져나갈 수 있다는 지적들이 제기된다. 따라서 해당조항의 직무행위유형을 포섭할 수 있는 문구가 동항에 별도로 제시될 필요가 있으며, 하위 각 호의 직무분야의 구체적 행위들도 예시적으로 해석될 필요가 있다.

셋째, 제1항 제15호 규정은 이전 제1호-제14호 규정과는 다른 차원의 의미내용을 규정한 내용이다. 제1호-제14호 규정에서 포괄하지 못하거나 해석의 다툼이 있는 행위유형을 포섭하기 위한 규정이지만, “제1호부터 제14호까지의 부정청탁의 대상이 되는 업무에 관하여”라 규정하여 이전 기술된 업무유형만 한정하고 있으므로 삭제되어야 하는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 이러한 내용적 측면을 반영하여 제15조 내용을 입법목적에 맞게 부정행위의 내용들이 포섭될 수 있는 문구로 수정하여 정의조항으로 대체활용하자는 주장도 타당하게 고려될 수 있다.<sup>30)</sup>

## 5. 예외행위 규정과 해석

동법 제5조 제2항의 경우에도 각 호의 구체적 문구내용에 있어 불필요한 부분이나 광범위한 추상적 표현, 불합리한 내용의 규정은 개정이 필요하다. 특히 제2항은 각 호의 예외행위에 해당되면 법규범의 효력을 전부 상실시키는 면제조항으로써 기능하기 때문에 제2항의 예외행위 규정내용은 1항보다 더 구체적이고 명확한 의미를 확인할 수 있는 입법적 기술이 고려되어야만 한다.

먼저 제2항의 각호의 규정 중 내용적으로 동조에 불필요한 의미규정인 제1호 및 제4-6호는 삭제할 필요가 있다고 생각된다. 이는 이전에 기술한 바와 같이 해당 행위는 적법한 행위이기 때문에 굳이 예외행위 규정에 둘 필요가 없기 때문이다.

다음으로 선출직 공직자의 권한 강화 문제로 논란되는 제3호 규정은 “제3자의 고충민원을 전달하거나”라는 부분에 관해서 구체적 논증이 향후 더 필요할 것으로 생각되며, 이러한 규정의 문구 삽입이 합리적으로 논증되지 않을 때는 향후 삭제가 바람직하다고 생각된다.

마지막으로 특히 제2호와 제7호의 규정은 입법목적에 비추어 행위의 양상이 구체적으로

30) 이러한 견해로는 정혜영, “부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향”, 한국부패학회보 제21권제4호, 2016, 102면.

특정되어 기술될 필요가 있다. 우선 제2호의 “공개적으로 공직자등에게 특정한 행위를 요구하는 행위” 규정은 문언의 의미의 목적이 입법목적에 비추어 무엇인지 짐치럼 알기 어렵기 때문에 구체적으로 행위의 양상이 특정되거나 추가 설명의 기술이 필요하다. 그리고 특히나 제7호의 “사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위”는 그 판단의 기준이 아직 불명확한 부분이 있다. 사회상규는 기존의 판례에 형성된 개념이 존재하더라도 법 영역에 따라 판단의 기준이 상이한 부분이 존재한다. 그리고 청탁금지법이 특별형법의 체제와 같이 보이기 때문에 형사적 재판과 동일한 정도로 사회상규가 판단되어야 하는지 혼란의 여지가 있어 청탁금지법의 법적지위가 제시되어야만 한다. 따라서 현재 제2항 제7호의 사회상규와 관련한 규정의 문구는 동법의 목적에 비추어 구체적 행위 유형이 적시되거나 해석기준에 대한 설명이 추가적으로 기술될 필요가 있다.

#### IV. 결론

청탁금지법은 법률을 통해 금지되는 행위의 양상을 매우 명확하게 정하려고 하였으나 그 역시도 부분적으로는 추상적인 표현을 사용하여, 실제적으로는 금지되어야 할 부정청탁의 행위유형도 모두 포섭하지 못하거나 규정의 해석에 따라 적용을 회피가능하게 하고 있다. 오히려 명확성을 고려한 제정한 법률이 오히려 입법의 취지를 상실하게 하고 명확성도 와해시키고 있는 것이다. 이러한 점에서 정의관념을 실현하기 위한 좋은 법률의 제정과 실제 적용 평가차원에서의 좋은 법률은 다를 수 있다고 생각된다. 법률은 제정의 의도도 중요하지만 수범자인 일반 국민 입장에서의 이해가능성 정도, 법률의 명확성, 규범질서 내의 통일성도 고려되어야 좋은 법률로 평가될 수 있으며, 이러한 측면에서도 기본권을 최적으로 보호할 수 있다. 그렇기 때문에 향후 실제적 평가차원의 좋은 법률을 충족시킬 수 있도록 하는 입법적 기술에 대해서도 지속적인 논의가 필요하다고 생각된다.

한편 청탁금지법상 법률의 명확성과 수범자의 이해가능성을 높이기 위해서는 동법에서 가장 중요한 개념이라 할 수 있는 ‘부정청탁’에 관한 규정은 다음과 같은 사안을 고려한 입법적 개선을 제안하고자 한다.

첫째, ‘부정청탁’ 개념을 정의하는 일반조항이 마련되어야 한다. ‘부정청탁’ 개념정의조항은 입법취지에는 해당되지만 구체적인 유형에 열거하지 않아 법 적용이 불가능한 공적 직무 또는 구체적 행위유형을 포섭이 가능하다. 현재와 같이 개념조항이 없어 부정청탁에 관한 구체적 직무나 행위유형의 제시가 새롭게 제시될 때마다 매번 법 개정이 진행되는 것은 입법적 효율성을 떨어뜨린다.

둘째, 부정청탁개념을 정의한 일반조항이 제정되더라도, 현재와 같이 구체적 행위유형들



이 열거되는 예시적 조항도 함께 규정될 필요가 있다. 일반조항은 문언규정상 구체적이고 명확한 의미를 나타내기에 어느 정도 한계를 가지기 때문이다. 또한 이 같은 구체적 행위유형의 나열은 열거적 규정으로 해석되는 것이 아니라 예시적 조항으로 해석되어야 한다. 예시적 조항으로 해석되어야 일반조항과 조화롭게 해석될 수 있으며, 각 조항이 갖는 한계를 상호 보완가능하게 한다. 이러한 점에서 권익위원회와 사법부도 현재의 부정청탁행위의 유형을 열거한 규정을 예시적 조항으로써 적극적으로 해석할 필요가 있다.

셋째, 예외 규정에서 현재 법적으로 정당하기 때문에 불필요한 규정은 삭제하며, 해당 사유에 해당하는 구체적 행위를 한정하여 제시할 필요가 있다. 예외 규정은 부정청탁행위의 효력을 무력화하기 때문에 더욱 구체적 요건의 명시가 적시될 필요가 있다. 특히 '사회상규'와 같은 추상적 개념은 제정된 법률의 유형에 따라 판례의 해석도 다르게 형성되는 측면이 있기 때문에 청탁금지법의 입법취지와 구체적 수단·방법 등의 내용을 고려하여 구체적으로 한정된 유형으로 제시되는 것이 바람직하다고 생각된다.

## 참고문헌

- 김응규, “위헌심사기준으로서의 명확성과 광범성무효의 원칙”, 공법연구 제35집 제3호, 한국공법학회, 2007.
- 김준성, “부정청탁금지법의 문제점과 개선방안”, 영남법학 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017, 2.
- 김혁기, “법의 명확성에 대한 개념적 고찰”, 성균관법학 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
- 박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’ 개정을 위한 연구”, 강원법학 제47권, 강원대학교 비교법학연구소.
- 송기춘, “부패방지를 위한 청탁금지법의 역할과 문제점”, 일감법학 제44권, 건국대학교 법학연구소, 2019.
- 윤용규, “과잉범죄화에 대한 소고 : 『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률』을 대상으로”, 형사정책연구 제28권 제3호, 형사정책연구원.
- 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 법과 정책연구 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015, 10.
- 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 헌법학연구 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001.
- 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 경희법학 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 정형근, “청탁금지법상 부정청탁 금지의 예외 사유”, 인권과 정의 제469호, 대한변호사협회, 2017.
- 정혜영, “부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향”, 한국부패학회보 제21권제4호, 한국부패학회, 2016.
- 하재홍, “예시적 입법과 일반조항”, 헌법학연구 제17권 제4호, 한국헌법학회, 2011.
- 홍완식, “헌법재판소 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.

### [기타자료집]

- 국민권익위원회, 청탁금지법 유권해석사례집, 2020.
- 국민권익위원회, 청탁금지법 주요판례집, 2020.
- 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 2020.

투고일자 : 2020. 12. 08

수정일자 : 2020. 12. 16

게재일자 : 2020. 12. 31

<국문초록>

## 청탁금지법상 '부정청탁의 금지'조항의 입법적 개선방안

정 다 영

청탁금지법은 우리사회의 부정부패방지 정책의 일환으로써 특히 공직사회에 대한 부정청탁 및 금품수수 관행을 규제하기 위해 제정된 법이다. 청탁금지법은 금지되는 청탁행위의 명확성과 예측가능성을 높이기 위해 동법 제5조에 부정청탁에 해당하는 행위의 유형을 15가지를 열거함과 동시에 예외사유 7가지 행위를 열거하여 규정하고 있다.

그런데 현재와 같이 동법에서 부정청탁의 개념을 별도로 정의하고 있지 않으면서 동조 제1항에 부정청탁에 해당하는 행위유형을 열거한 규정방식은 예견되지 못했던 부정청탁행위를 해당 규범의 구성요건에 담지 못하는 문제를 발생시킨다. 또한 부정청탁의 개념을 법조문에 제시된 행위유형인지에 따라 위법여부가 정해지기 때문에 부정청탁의 사회적 통념을 오히려 축소화하여 동법의 입법취지와 맞지 않게 한다. 나아가 동조 제2항에 제시된 7가지의 예외사유는 제1항의 부정청탁행위에 해당하더라도 법적 효력을 전부 소멸시킨다는 점에서 부정청탁성립의 최종 여부를 가르는 면죄조항으로 기능하지만, 그 중 '사회상규'와 같은 개념은 구성요건의 범주를 보다 폭넓게 해석되게 한다는 점에서 명확화를 와해시키고 있다. 이처럼 부정청탁의 개념정의 조항이 없이, 수 개의 해당행위와 예외사유들을 열거식으로 구성하여 제시하는 입법형식은 오히려 부정청탁의 개념을 불명확하고 협소하게 하여 부정청탁금지 규정의 해석과 적용에 있어 혼란을 가중한다.

그러므로 동법의 부정청탁의 금지조항은 일반국민의 쉬운 이해, 입법 목적과 명확성 원칙에 부합하기 위한 입법적 개선이 필요하다. 이에 본 논문은 모호한 부정청탁 개념을 해석·적용하기 위한 방안으로 부정청탁의 공통적 징표를 모두 포섭하는 원칙을 담은 일반조항의 삽입, 그리고 구체적 행위유형의 예를 함께 규정하는 예시적 입법형식을 제안하였다. 더불어 금지청탁행위의 예외사유 규정은 보다 구체적으로 특정가능한 행위유형으로 제시할 것과 혼란을 야기하는 불필요한 문구 등의 삭제를 제안하였다.

주제어: 청탁금지법, 부정청탁 개념, 명확성 원칙, 열거 규정, 예외 규정, 예시적 입법형식

