

부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의*

A study on the unconstitutionality of Anti-Corruption Act

조 재 현(Cho, Jae Hyun)**

ABSTRACT

On 3 March 2015, A new anti-corruption act what is called Kim Young Ran Act was enacted by National Assembly. This act is designed better to prevent corruption, including prohibition of illegal solicit and bribery on officials. Public officials are banned to receive bribery, also this act prohibits anyone to offer bribery on officials.

There are problems in three aspect in act. In the first, this act apply to the part of private sector such as journalists and private-school teachers. Second, the question on the whether the concept of illegal solicit violates the constitutional principle of clarity. Third, question on the unconstitutionality of charging penalty on action without job-relations. Lastly, three is missed the regulation on the conflict of interest prohibitions which did appear in the preceding legislation.

In my opinion, it would not violate the constitution, charging penalty on the action without job-relations and violate the constitutional principle of clarity, regulation of the concept of illegal solicit. But it is violate principle of equality abusing discretion of the national legislature that the part of private sector such as journalists and private-school teachers should be subject to this act. Also it is liable to severe criticism missing the regulation on the conflict of interest prohibitions.

Key words: anti-corruption act, Kim Young Ran Act, illegal solicit, the conflict of interest prohibitions, principle of equality

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 들어가며

2015. 3. 3. 『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』(이하 부정청탁금지법)이 국회 본회의를 통과했다. 2012. 8. 김영란 당시 국민권익위원회 위원장이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법’을 입법예고 한 이후 약 2년 6개월 만에 국회 본회의를 통과했다. 2015. 3. 27. 법률 제13276호로 부정청탁금지법이 공포되었고, 2016. 9. 28.부터 시행된다. 부정청탁금지법이 통과되기까지 법안에 대한 많은 논의를 거쳤고, 최초의 법안과는 달리 많은 내용이 수정되었다. 법 적용 대상으로 공직자 외에 언론인과 사립학교, 유치원, 사학재단의 이사진 등도 포함되었다. 부정청탁금지법의 내용과 적용범위가 확대되면서, 위헌성에 대한 논의가 부각되었고, 대한변호사협회는 2015. 3. 5. 부정청탁금지법의 적용대상에 언론인을 포함한 것은 언론의 자유를 침해할 소지가 있다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.

공직자의 부패 및 비리사건의 증가로 공직에 대한 신뢰가 무너졌고, 공직자의 청렴성은 위기상황에 직면하게 되었다. 공직자가 금품이나 향응 등을 수수하였음에도 불구하고 직무 관련성과 대가성이 없다는 이유로 형법상의 수뢰죄로 처벌하지 않는 등 공직자의 부패행위에 대한 규제의 사각지대가 발생할 수 있다는 것이 문제점으로 인식되기 시작하였다. 공직자의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁의 관행이 근절되어야 한다는 국민적 요구도 증대되었다. 공직사회의 투명성이나 공정성의 회복 없이는 국민권익의 보장을 설 곳이 없다는 것은 자명하다. 이러한 사회적 분위기는 부정청탁금지법의 제정으로 이어졌다.

일반 국민이나 시민단체 등은 부정청탁금지법에 대한 기대가 크다. 형법상 뇌물죄의 엄격한 구성요건은 부패공직자의 도피처를 제공하기도 하였다. 공직사회의 행동강령은 강력한 처벌에 이르지 못하고 행정상의 징계 등으로 부패에 대한 경고적 기능을 다하지 못한 것도 그 원인이다. 이러한 상황에서 부정청탁금지법의 제정은 그 동안 공직사회에 만연한 부패 현상이 어느 정도 근절될 것이라는 희망을 갖게 한다. 그렇지만 부정청탁금지법은 시행을 앞두고 여전히 논란이 끊이지 않는다. 헌법소원심판청구의 원인을 제공한 주요한 이유가 부정청탁금지법의 적용대상에 사적 영역을 포함시키고 있다는 점이다.¹⁾ 그 밖에 부정청탁금지법상의 용어나 처벌의 정도 등도 동 법의 위헌성 시비를 불러일으킨다.

이하에서는 내년 시행을 앞두고 있는 부정청탁금지법의 제정과정 및 논란의 핵심이 되고 있는 적용범위의 헌법적합성에 관하여 검토한다.

1) 영국이나 싱가포르의 뇌물죄나 부패행위의 적용에 있어서 공적 부문과 민간부문을 구별하지 않는다. 박경철, “영국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구”, 한국법제연구원, 2015. 9, 50-53면; 조재현, “싱가포르의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구”, 한국법제연구원, 2015. 9, 30면, 38면.

Ⅱ. 부정청탁금지법의 제정경과

2012. 8. 김영란 당시 국민권익위원회 위원장이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법’을 입법예고 한 이후 2015. 3. 3. 법안이 통과되기까지 부정청탁금지법은 많은 논란이 있었다. 2013. 5. 24. 김영주의원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을, 2013. 5. 28. 이상민의원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을 각각 대표발의 하였다. 2013. 7. 30.에는 국무회의에서 정부안을 확정하여 2013. 8. 5. 국회에 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을 제출하였다. 2013. 10. 28. 김기식의원은 ‘공직수행의 투명성 보장과 이해충돌 방지를 위한 법률안’을 대표발의 하였다.

1. 김영주의원의 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’의 주요 내용

이 법안은 공직자에 대한 부정청탁 금지, 부정한 금품 등의 수수 금지 및 공직자의 직무수행과 관련한 사익추구를 금지함으로써 공직자의 이해충돌 방지를 그 내용으로 하고 있다. 이 법안에 의하면 특정 직무에 관한 이해당사자 등의 제3자를 통한 부정청탁이 금지된다. 특정 직무와 관련한 이해당사자가 아닌 제3자도 직·간접적인 부정청탁이 금지된다. “부정청탁”이라 함은 특정 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 의미한다. 금품 등의 수수금지와 관련하여 공직자는 직무상의 관련여부 및 그 어떠한 명목 여하를 불문하고 금품 등의 수수가 금지되며, 수수금품의 금액이 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 500만원을 초과하는가에 따라 처벌의 내용을 달리하고 있다. 그리고 공직자의 사적 이해관계 직무의 수행을 금지함으로써 공직자의 이해충돌 방지규정을 두고 있다. 공직자의 사적 이해관계의 직무라 함은 공직자가 개인적으로 맺고 있는 연고관계(혈연·지연·학연·직연 그 밖에 정치적·종교적·사회적 유대관계) 및 사적 이익을 말한다.

2. 이상민의원의 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’의 주요 내용

이 법안도 부정청탁의 금지, 금품 등의 수수금지, 공직자의 이해충돌방지규정을 두고 있다. 특정 직무에 관한 이해당사자는 직접 또는 제3자를 통하여 특정 직무를 수행하는 공직자에게 부정청탁을 해서는 아니되며, 이해당사자가 아닌 제3자도 직·간접적으로 특정 직무를 수행하는 공직자에게 부정청탁을 하는 것이 금지된다. 이 법안도 역시 부정청탁에 관한 개념정의를 두고 있으며, ‘부정청탁이라 함은 특정 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 직무수행을 저해하는 청탁 또는

알선 행위를 의미한다.’고 정하고 있다. 이상민의원 법안에서는 제3자를 통한 부정청탁뿐만 아니라 이해당사자가 직접 부정청탁을 하는 것도 금지하고 있다. 그리고 이해당사자가 직접 또는 제3자를 통해 공직자에게 부정청탁을 하는 경우에는 징역 또는 벌금을, 이해당사자가 아닌 제3자가 부정청탁을 하는 경우에는 과태료를 부과하도록 정하고 있다.

금품 등의 수수금지와 관련하여 공직자는 직무상의 관련여부 및 명목여하를 불문하고 다른 공직자를 포함한 어느 누구로부터 일체의 금품 등을 수수하는 것이 금지된다. 금품 등의 가액이 100만원 초과인 경우에는 3년 이하의 징역 또는 위반행위와 관련된 금품 등 가액의 5배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 금품 등의 가액이 100만원 이하인 경우에는 5백만원 이하의 과태료를 부과한다.

공직자의 사적 이해관계 있는 직무수행을 금지하는 이해충돌방지규정을 두고 있다. 공직자는 자신 또는 가족, 친족 등과 이해관계가 있는 직무의 수행이 금지되며, 사적 이해관계가 있는 직무에 대한 제척·회피·기피 제도를 마련하여 공정한 직무수행을 담보하고 있다.

3. 정부의 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’의 주요 내용

정부안도 공직자에 대한 부정청탁금지, 공직자의 금품 등의 수수금지, 공직자의 사적 이해관계 직무의 수행금지에 관하여 정하고 있다. 누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자에게 부정청탁을 하지 못하도록 하고, 부정청탁을 받은 공직자가 거절하는 의사를 명확히 표시한 후에도 부정청탁이 계속되는 경우에는 소속기관장에게 신고하도록 하고 있다. 제3자의 이익을 위해서 부정청탁을 하거나 제3자를 통해서 부정청탁을 한 직무관련자 등에 대하여 과태료를 부과하고, 공직자가 부정청탁을 받고 그에 따라 직무를 수행한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

공직자가 직무와 관련하여 또는 그 지위·직책에서 유래하는 사실상의 영향력을 통하여 금품 등을 받은 경우에는 대가관계가 없더라도 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하고, 그 외의 경우에는 해당 금품 등 가액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과하도록 정하고 있다.

직무관련자가 공직자의 4촌 이내의 친족인 경우 등 사적 이해관계가 있는 직무에 대해서는 해당 공직자가 제척되도록 하고, 직무관련자 및 이해관계가 있는 자는 해당 공직자가 제척사유가 있는 경우에는 소속기관장에게 기피를 신청할 수 있도록 하고 있다. 그 밖에 고위 공직자의 사적 이해관계 직무의 수행 금지, 공직자의 직무 관련 외부활동 금지, 직무관련자와의 거래 제한, 소속 공공기관 등에 가족 채용 제한 등에 관한 규정을 두고 있다.

4. 김기식의원의 ‘공직수행의 투명성 보장과 이해충돌 방지를 위한 법률안’의 주요 내용

이 법안은 부정청탁 및 이해충돌방지법안 중 이해충돌방지와 관련하여 수정보완이 필요하다고 여겨지는 내용을 담아, 법안 심사 과정에서 이를 논의하기 위하여 제출되었다. 공직 윤리에 관한 제도는 투명성 보장과 이해충돌 방지의 두 축으로 운영되는 것이 바람직한데, 공직자윤리법이나 ‘부정청탁 및 이해충돌방지법안’ 역시 이러한 부분을 크게 고려하지 않고 있다는 점에서 제기되었다. 공직자와 사적 이해관계 있는 직무 수행을 금지하며, 사적 이해관계가 있는 직무에 대해서는 제척·기피·회피가 가능하도록 하고 있다. 그리고 공직자의 직무와 상당한 관련이 있고 이해충돌 우려가 있는 외부활동은 금지하고, 그 밖의 외부활동에 대해서는 소속기관장등에게 서면으로 신고하도록 하고 있다. 그 밖에 고위공직자, 인사 업무담당자 등의 영향력을 이용한 수의계약 체결금지, 예산의 부정사용 금지, 공공기관의 물품과 직위 등의 사적 사용금지 등에 관한 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 현행 부정청탁금지법의 주요 내용

1. 부정청탁금지법상 금지되는 행위유형

그 동안 제출되었던 법률안, 정부안 등을 두고 논의과정을 거친 결과 현행 부정청탁금지법은 적용대상이 확대되었고, 금지되는 행위유형은 축소되어 이해충돌방지규정이 도입되지 못한 채 법안이 통과되었다.

(1) 부정청탁의 금지

부정청탁금지법 제5조 제1항에서는 “누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자 등에게 부정청탁을 해서는 아니된다”고 정하고 있다. ‘부정청탁’의 개념과 관련한 정의규정을 두지 않고 있다. 이전에 제출되었던 법안에서는 ‘부정청탁이라 함은 특정 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 의미한다.’고 하여 정의규정을 두었다. 현행 법률에서는 이러한 개념정의 대신에 부정청탁금지법 제5조 제1항에서는 제1호부터 제15호까지 부정청탁의 행위유형에 관하여 정하고 있다.

그리고 부정청탁을 받은 공직자 등은 그에 따라 직무를 수행해서는 안되며, 공직자 등이

부정청탁을 받았을 때에는 부정청탁을 한 자에게 부정청탁임을 알리고 이를 거절하는 의사 표시를 명확하게 표시하여야 한다.

제3자를 위하여 다른 공직자 등에게 부정청탁을 한 공직자 등은 3천만원 이하의 과태료를 부과한다. 제3자를 위하여 공직자 등에게 부정청탁을 한 자는 2천만원 이하의 과태료를, 제3자를 통하여 공직자 등에게 부정청탁을 한 자는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다. 공직자 등이 부정청탁을 받고 그에 따라 직무를 수행하게 되면 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이 부과된다.

(2) 금품 등의 수수금지

공직자 등은 직무관련 여부를 묻지 않고 기부, 후원, 증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품 등을 받거나 요구 또는 약속해서는 안된다.²⁾ 공직자 등의 배우자도 공직자 등의 직무와 관련하여 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원 초과하는 금품 등을 받거나 요구, 약속해서는 아니된다. 공직자 등이 직무와 관련해서는 대가성 여부를 불문하고 1회에 100만원 이하 또는 매 회계연도 300만원 이하의 금품을 수수하는 것도 금지된다. 그리고 누구든지 공직자 등에게 또는 공직자 등의 배우자에게 수수가 금지되는 금품 등을 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 해서는 안된다.

공직자 등이 직무관련 여부 및 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품 등을 받거나 요구, 약속한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이 부과되며, 공직자 등의 배우자가 공직자의 직무와 관련하여 위와 같은 금품 등을 받거나 요구, 약속한 사실을 알고도 신고하지 않은 경우에는 그 공직자도 마찬가지로 벌칙이 부과된다. 그리고 누구든지 공직자 또는 그 배우자에게 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원 초과하는 금품 등을 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 한 자도 위와 같은 벌칙이 부과된다.

공직자 등이 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 동일인으로부터 1회에 100만원 이하 매 회계연도 300만원 이하의 금품 등을 받거나 요구, 약속한 경우, 자신의 배우자가 공직자 등의 직무와 관련하여 위와 같은 금품 등을 받거나 요구, 제공받기로 약속한 사실을 알고도 신고하지 아니한 공직자, 그리고 누구든지 공직자 등에게 위와 같이 수수가 금지되는 금품 등을 공직자 등이나 그 배우자에게 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를

2) 금품 등은 다음의 것을 포함한다. 가. 금전, 유가증권, 부동산, 물품, 숙박권, 회원권, 입장권, 할인권, 초대권, 관람권, 부동산 등의 사용권 등 일체의 재산적 이익, 나. 음식물·주류·골프 등의 접대·향응 또는 교통·숙박 등의 편의 제공, 다. 채무 면제, 취업 제공, 이권(利權) 부여 등 그 밖의 유형·무형의 경제적 이익 등. 부정청탁금지법 제2조 제3호.

한 경우에는 위반행위와 관련된 금품 등의 가액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과한다. 만약 1회에 100만원 이하의 금품을 수수하더라도 연간 300만원을 초과해서 금품 등을 수수하는 경우에는 물론 형사처벌의 대상이 된다.

(3) 외부강의 등의 사례금 수수 제한

공직자 등은 자신의 직무와 관련되거나 그 지위·직책에서 유래되는 사실상의 영향력을 통하여 요청받은 교육·홍보·토론회·세미나·공청회 또는 그 밖의 회의 등에서 한 외부강의의 대가로 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 사례금을 받아서는 아니된다. 공직자 등은 수수가 금지되는 사례금을 초과해서 받은 경우 소속기관장에게 신고하고 제공자에게 초과금액을 지체 없이 반환하여야 한다. 초과금액에 대한 소속기관장에 대한 신고나 반환조치를 하지 않은 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다.

2. 부정청탁금지법의 적용대상

부정청탁금지법은 공직자 등에게 적용된다. 부정청탁금지법상의 공직자 등이라 함은 “1) 국가공무원법 또는 지방공무원법에 따른 공무원과 그 밖에 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 사람, 2) 공직자윤리법에 따른 공직유관단체 및 『공공기관의 운영에 관한 법률』에 따른 기관의 장 및 그 임직원, 3) 초·중·고등학교법, 고등교육법, 유아교육법 및 다른 법령에 따라 설치된 각급 학교의 장과 교직원 및 사립학교법에 따른 학교법인의 임직원, 4) 『언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률』 제2조 제12호에 따른 언론사의 대표자와 그 임직원” 중 어느 하나에 해당하는 공직자 또는 공적 업무 종사자를 말한다. 공직자 등에게 금지되는 부정청탁금지, 금품 등의 수수금지 규정은 공무수행사인이 공무를 수행하는 경우에도 준용된다.³⁾

IV. 부정청탁금지법안의 쟁점과 헌법적합성

현행 부정청탁금지법이 시행을 앞두고 많은 논란을 불러일으키고 있는 것은 우선 공직자의 범위를 사적 영역에까지 확대하고 있다는 점이다. 그 밖에 부정청탁의 개념 등이 헌법상의 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있다는 점이며, 이해충돌방지규정이 법률에 포함되지 않았다는 점 등이다. 그 밖에도 부정청탁금지법과 관련한 많은 논란이 있으나, 위에서 언급한

3) 부정청탁금지법 제 11조.

세 가지 사항에 관하여 검토한다.

1. 공직자 범위 확대의 문제

부정청탁금지법은 그 동안 논의과정을 거치면서 적용대상이 확대되었다. 공무원, 공직유관단체의 장 및 임직원뿐만 아니라 각급 학교의 장, 교직원, 사립학교법에 따른 학교법인의 임직원(이하 '사립학교 교직원'으로 약칭함)과 언론사의 대표자와 그 임직원(이하 '언론인'으로 약칭함)에 까지 법적용대상에 포함시킴으로써 공직자와 민간부문을 동일하게 취급하고 있다. 국공립학교 교직원과 공영방송의 임직원이 부정청탁금지법의 적용대상이 된 것과 형평성을 유지하기 위한 고려에서 사립학교 교직원 및 언론인 등이 포함되게 된 것이다.

법적용대상의 확대는 위헌논란의 정점에 있다. 공적 영역에 속하는 공무원이나 공직유관단체의 구성원을 사적 영역에 속하는 사립학교 교직원이나 언론인을 동일하게 취급하면서 동일한 법정형을 부과하는 것은 헌법상 평등권, 사학의 자유, 언론의 자유 등의 관점에서 문제될 수 있다.

우선 부정청탁금지법을 사립학교 교직원이나 언론인에게 까지 확대하는 것은 자의적인 차별취급으로서 평등원칙에 위배된다고 한다.⁴⁾ 반면에 업무의 성격이나 내용이 전적으로 동일하다고 할 수 있는 국공립학교 교직원과 공영방송 임직원을 포함시킨 것과의 형평성을 유지하기 위한 것이라는 점⁵⁾과 사립학교 교직원이나 언론인은 대표적인 공적 업무의 수행 자라는 점을 고려한다면, 다른 사적 영역과는 달리 사립학교 교직원이나 언론인을 적용대상에 포함시켰다 하더라도 합리적인 이유가 있는 차별이며, 평등권 침해라고 보기 어렵다는 의견⁶⁾도 있다. 위헌론은 사립학교 교직원이나 언론인만을 법적용대상으로 포함시키는 것은 자의적이며, 오히려 이들보다 금융기관 임직원 등을 법적용대상 등에 포함시키는 것이 보다 합리적이라고 한다. 『특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률』에서 금융기관 임직원의 금품 수수를 공무원의 뇌물죄와 동일한 법정형으로 처벌하고 있고, 부정청탁금지법의 취지가 대가성이나 직무관련성이 인정되지 않는 범의 사각지대에 위치하는 부정한 금품수수 등을 처벌하기 위한 것이라면 사립학교 교직원이나 언론이 보다는 금융기관 임직원에게 적용하는 것이 보다 합리적이라는 것이다. 직무관련성과 대가성으로 이들을 동일하게 취급하고 있기 때문에 직무관련성과 대가성이 없는 금품 등의 수수행위도 동일하게 규율해야 할 필요성이 있기 때문이다.⁷⁾

4) 박진우, “『부정청탁 및 금품 등의 수수의 금지에 관한 법률』의 위헌성에 관한 고찰”, 『세계헌법연구』 제21권 제1호, 2015, 154-155면.

5) 정무위원회 제2차 법안심사소위 회의록(5.27), 이성기, “『부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌방지법안』에 대한 문제점 및 개선방안”, 『형사정책』 제26권 제2호, 2014. 8, 97면 참조.

6) 임종훈, “『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰, 『법조』 제708호, 2015. 9, 126-133면.

법적용대상의 확대는 언론의 자유나 사학의 자유에 대한 침해라는 주장도 있다. 사립학교 교직원과 언론인에까지 부정청탁금지법의 적용대상을 확대한 것은 민간부문에 대한 과도한 간섭이며, 언론의 자유와 일반적 행동의 자유에 대한 침해라는 것이다. 직무의 청렴성과 불가매수성이 강조되는 공적영역과는 달리 사적영역에서는 개인의 자유와 창의를 존중되고, 국가에 의한 형사적 개입에는 한계가 있는데, 국가 형벌권이 지나치게 사적 영역에 깊이 개입하고 있다는 것이다.⁸⁾ 그렇지만 공공성을 띠는 다른 사적 집단과는 달리 사립학교 교직원과 언론인만을 그 대상으로 하는 것은 다른 집단에 비하여 차별적 조치라고 할 수 있다고 하더라도, 이러한 차별만으로 사학의 자유나 언론의 자유에 대한 침해로 바로 연결되기는 어렵다는 주장도 있다.⁹⁾ 부정청탁금지법이 사립학교나 언론기관의 구성원을 탄압하는 도구로 이용될 수 있다는 것은 근거가 희박하고, 이들 구성원의 부정·부패 행위를 처벌하는 것이 사립학교나 언론기관의 운영의 자유 및 교육이나 언론의 자유를 침해한다고 보기는 어렵기 때문이다.

그렇다면 부정청탁금지법상의 공직자 범위의 확대문제는 공직자와 민간부문을 어느 범위까지 동일하게 취급을 할 수 있는가 하는 평등권 위반의 문제에 국한된다고 할 수 있다.

우리의 부정청탁금지법과 같이 사적영역의 금품수수행위를 처벌하는 예는 많지 않다. 싱가포르가 공적 영역의 부패뿐만 아니라, 사적 영역의 부패를 함께 처벌한다. 싱가포르의 부패행위조사국은 공공서비스의 청렴성을 확보하기 위하여 공공부문의 부패에 대한 조사를 실시함으로써 특별히 법집행공무원이나 업무의 특성상 부패에 민감한 공무원에게는 특별한 관심과 주의를 기울이지만, 사적영역의 부패도 항상 불법적인 커미션이나 뇌물 등의 수수하는 경우가 많으므로 공정한 상관습을 조성하기 위하여 사적 영역의 부패도 조사한다. 싱가포르에서 뇌물(bribery)은 공적 영역뿐만 아니라 사적 영역에서도 부패방지법 제5조에 의하여 범죄가 된다. 행위자가 공무원이든 민간이든을 묻지 않는다는 점에서 일반 중·수뢰죄 규정이라고 할 수 있다. 부패방지법 제6조에서는 일반인 간의 뇌물수수행위나 기관간의 부정거래도 처벌한다.¹⁰⁾ 다른 나라의 입법례와는 달리 민간부문의 부패행위를 처벌하는 것은 싱가포르에서의 특이한 사회적·정치적·문화적 현상을 반영한 것이다. 오늘날 싱가포르는 동남아시아에서 가장 깨끗하고, 가장 현대적이며, 가장 번영한 국가로 인식된다. 동남아시아에 있어서 개발주의의 형태로 번영을 이루기 전까지는 싱가포르에 있어서 민주주의는 획득할 수 없는 사치라는 요청과 함께 아시아의 가치(Asian Values)가 호소되었다. 아시아적 가치라는 이데올로기를 통해 권위주의 지배를 위한 새로운 문화적 합리화를 창출하여, 자유주의는 제도화된 분열과 갈등으로 특징되며 아시아인에게 익숙하지 않은 것으로 설득시켰

7) 박진우(주 4), 154-155면.

8) 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015. 913면.

9) 임종훈(주 6), 126면.

10) 조재현(주 1), 37-38면 참조.

다.¹¹⁾ 이러한 청교도적 윤리관은 개발초기단계에서는 상당한 정도의 공헌을 한 것은 사실이지만, 아시아의 가치담론은 인권과 충돌하는 요소 때문에 많은 비판을 받았다.¹²⁾ 반면에 소수자의 보호를 보장하고, 사회적 안정과 통합을 위한 새로운 헌법에 대한 계획도 명백히 하고 있었기 때문에,¹³⁾ 싱가포르 정부는 아시아의 가치와 시민의 정치적 자유 및 번영과 균형관계를 함께 유지할 수 있었다.¹⁴⁾

영국의 경우도 공적 영역에서의 공무원에게 성립하는 일반뇌물죄 외에 사적 영역에서의 사인에 대한 배임수증죄행위 역시 뇌물죄로 다루어진다.¹⁵⁾ 뇌물죄에 관한 단일법으로 영국 뇌물법(UK Bribery Act)이 2010년에 제정되었는데, 영국뇌물법은 범죄주체로서 공무원뿐만 아니라 사기업에서 공정하게 업무를 수행할 것이 요구되는 업무담당자까지 포함하는 광범위한 적용범위를 가진다.

우리의 경우 부정청탁금지법에서 사적 영역의 금품 수수행위를 처벌하는 것은 민간부문의 직위가 가지는 그 성격이나 내용에 근거한 형평성이 주요한 논거이다. 교육의 공공성, 언론의 공정성과 공익성 등은 민간부문이라고 하여 그것이 포기되거나 예외가 될 수 없다는 인식에 기초한 것이다.

생각건대, 사적 영역에 부정·부패행위에 대하여 단지 형사적 제재를 부과하는 것이 지나치게 사적 자치를 훼손한다거나 또는 사적 영역에 대한 과잉제한으로 곧바로 헌법위반의 결과로 귀결되지는 않는다. 민간부문의 행위도 형사제재의 대상이 될 수 있으며, 이는 입법자의 재량의 영역이다. 다만 그것이 다른 헌법적 가치를 훼손하게 된다면 별도의 헌법위반의 문제가 발생할 수 있다. 그런 점에서 부정청탁금지법상의 형사적 제재 수단의 부과 자체가 문제된다기보다는 제재수단의 적용대상이나 범위 확정이 자의적인 것은 아닌지의 여부가 핵심적인 문제이다.

부정청탁금지법의 도입목적이 공공성·공익성이 요구되는 영역에서 불공정한 거래나 불법적인 금품 수수 관행을 근절하기 위한 것이라면, 비록 민간부문이라고 하더라도 모든 공공성·공익성을 띠는 영역을 법적용대상에 포함시키는 것이 합리적이다. 예컨대 각종 금융기관 임직원뿐만 아니라 공공성을 띠는 모든 전문적 성격의 직역을 포함하여 법적용대상여부를 결정하려는 고려가 있어야 할 것이다. 싱가포르의 경우는 정부나 행정관리뿐만 아니라 기업, 법인 또는 그 밖의 기관간의 부정거래도 모두 부패방지법에 의한 형사처벌의 대상이

11) 김시윤, “발전국가의 탄력성과 지속성: 싱가포르의 사례”, 『한국행정논집』 제22권 제4호, 2010, 1199면.

12) George Baylon Radics, Singapore: A fine city: British colonial criminal sentencing policies and its lasting effects on the Singaporean Corporal State, Santa Clara Journal of International Law 2014, p. 64.

13) Li-ann Thio, Lex rex or rex lex? Competing conceptions of the rule of law in Singapore, UCLA Pacific Basin Law Journal Fall 2002, p. 12.

14) George Baylon Radics(fn 12), p. 64.

15) 박경철(주 1), 57면.

된다.¹⁶⁾ 영국의 경우도 업무의 성격이 공적인 경우는 물론 사업과 관련된 활동 등의 경우에도 뇌물죄의 성립이 인정되며 뇌물을 받는 자가 공무원인지 일반 사인인지에 따라 달라지지 않는다.¹⁷⁾ 즉 영국과 같이 모든 민간부문을 동일하게 취급한다든지 싱가포르의 경우처럼 민간부문의 동일 적용대상 범위를 확대하고 있는 것과 같이 우리 부정청탁금지법도 좀 더 신중한 검토가 있어야 한다. 공공성을 띠는 민간부문을 모두 고려하지 않고, 교육의 공공성이나 언론의 공익성에만 근거하여 특정 집단만을 부정청탁금지법의 적용대상으로 하는 것은 평등권 위반으로부터 자유로울 수 없다.

2. 직무관련성의 문제와 형사처벌의 체계정당성

부정청탁금지법은 직무관련성 없는 금품수수행위를 처벌하는 규정을 두고 있다. 부정청탁금지법 제8조 제1항은 직무관련성과 대가성을 모두 요구하지 않으며, 위반시 형사처벌이 부과된다. 즉 공직자 등은 직무관련 여부를 묻지 않고 기부, 후원, 증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품 등을 받거나 요구 또는 약속하는 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이 부과된다. 부정청탁금지법 제8조 제2항은 대가성은 요구하지 않지만, 직무와 관련하여 금품을 수수하는 경우 과태료를 부과하는 규정이다. 즉 공직자 등이 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 동일인으로부터 1회에 100만원 이하 매 회계연도 300만원 이하의 금품 등을 받거나 요구, 약속한 경우 위반행위와 관련된 금품 등의 가액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과한다. 전통적으로 형법상 뇌물죄는 직무관련성과 대가성을 요구해왔다. 형법 제129조에 의하면 공무원이 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 『특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률』 제2조에 의하면 수뢰액에 따라 뇌물죄를 가중처벌하고 있다.

직무관련성과 대가성을 요구하는 형사법상의 뇌물죄로는 민관의 유착비리를 근절하기에는 한계가 있다.¹⁸⁾ 부정청탁금지법의 제정은 민관의 유착비리를 근원적으로 해결하겠다는 고려가 작용한 것으로 전통적 형사법상의 뇌물죄의 패러다임을 바꾸어 놓았다.

시대상황의 변화나 사회적 요구에 의하여 부정청탁금지법의 제정필요성은 인정된다고 할 수 있다고 하더라도, 직무관련성도 없음에도 불구하고 공익성만을 이유로 형사처벌을 부과하는 부정청탁금지법상의 금품수수금지규정은 과도한 입법이라는 비판¹⁹⁾과 함께 헌법상의 과잉금지원칙에 반한다는 주장²⁰⁾이 있다. 직무관련성과 대가성이 부인되는 금품수수행위에

16) 조재현(주 1), 35-38면.

17) 박경철(주 1), 53면.

18) 박성민, “공무원의 유착비리 해결을 위한 뇌물개념의 패러다임 변화”, 『법학연구』 제23권 제4호, 2015. 10, 125면.

19) 이성기(주 5), 99-100면.

대하여 윤리규범위반으로 도덕적으로 비난할 수는 있지만, 그것은 최후수단인 형벌을 통해 보호되어야 할 이익이라고 볼 수 없다는 것이다.²¹⁾ 또한 부정청탁금지법은 직무관련성 여부를 불문하고 가액을 기준으로 형사처벌 여부를 결정하는데, 수수되는 금품의 가액보다는 직무관련성이 불법성의 표지가 되어야 한다는 것이다.²²⁾

결국 부정청탁금지법이 금품수수행위에 형사처벌을 부과하기 위해서는 어떠한 형태로든지 직무관련성과의 연결고리가 있어야 한다는 주장이다. 적어도 낮은 단계의 직무관련성이 최소한의 주관적 구성요건으로서 요구되거나²³⁾, 직무관련성은 기본적 요건으로 필요하기 때문에 어떠한 특정한 행위에 관련되지 않더라도 포괄적인 직무관련성²⁴⁾이라도 있어야 한다는 것이다. 특히 형사법상 뇌물죄가 성립하지 않는 사립학교 교직원이나 언론인에게 대가성이나 직무관련성도 요구하지 않고 형사처벌하는 것은 헌법상의 과잉금지원칙에 위배될 뿐만 아니라, 부정한 청탁을 그 전제로 하는 형법상의 배임수재죄를 형해화하여 형벌과의 일관성이나 균형성을 상실할 우려가 있다고 한다.²⁵⁾

2013년에 제출한 부정청탁금지법안(정부안)에서는 직무관련성을 불법성 표지로 삼는 것이 타당하다는 의미에서, 직무관련성 있는 금품 등의 수수 행위만을 형사적 제재의 대상으로 하고 있으며, 직무관련성 없는 금품 등의 수수는 과태료 또는 징계처분의 부과 대상으로 하고 있었던 것도 이러한 주장을 반영한 것이었다. 현행 부정청탁금지법은 직무관련성이나 대가성이 아닌 수수가 금지되는 금품의 가액에 따라 형사처벌 여부를 달리 정하고 있다. 일정 금액 이상의 금품을 수수한 경우에는 직무관련성이나 대가성이 없더라도 형벌을 부과한다. 그렇다면 과연 직무관련성 없는 금품 등의 수수행위에 대하여 형벌을 부과하는 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이 될 수밖에 없는지가 검토되어야 한다. 공적 영역이 아닌 민간부문의 금품수수행위에 대한 형사처벌 문제는 별론으로 하고, 이 법의 적용대상인 공무원을 포함한 공직자 등의 직무관련성과 대가성이 없는 금품수수행위에 대한 형사처벌이 과연 과잉금지원칙에 위배되는지의 여부를 검토한다.

형사법상 공직자의 금품 수수를 처벌하기 위해서는 직무관련성과 대가성을 모두 요구하기 때문에 현행 형법이나 형사특별법만으로 공직자의 청렴성을 담보하기에 한계가 있다. 『부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률』의 수권으로 제정된 공무원 행동강령에서는 형법과는 달리 대가성 요건을 요구하고 있지는 않으나 직무관련자, 직무관련 공무원, 직무관련자였거나 직무관련 공무원이었던 자로부터의 금품 등의 수수만을 금지하고

20) 강수진, “부정청탁금지법안상 금품 등 수수행위의 직무관련성-미국 불법사례수수죄를 중심으로”, 『안암법학』 제42권, 2013, 35면.

21) 박진우(주 4), 146면.

22) 지유미, “현행 뇌물관련법제에 대한 보완책으로서 부정청탁금지법안”, 『형사법연구』 제26권 제1호, 2014, 168면.

23) 정신교, “부정청탁금지법의 주요내용과 쟁점”, 『치안정책연구』 제29권 제1호, 2015, 288면.

24) 강수진(주 20), 48-49면.

25) 박진우(주 4), 152면.

있어 직무관련성이 없는 자로부터의 금품 등의 수수에 대해서는 규율의 공백 발생한다. 현행 법령의 한계로 직무관련성이나 대가성의 입증이 곤란한 금품 등의 수수행위, 소위 ‘스폰서’ 또는 ‘떡값’ 관행에 대한 처벌이 어려운 실정이다. ‘스폰서’들은 직접적인 직무관련성이나 대가성이 없는 ‘떡값’을 공직자들에게 제공하면서 친분을 형성하고, 이러한 인맥은 불확실한 미래를 위한 보험 또는 투자로서의 성격을 가지면서 또 다른 청탁을 가능하게 한다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 직무관련성 유무를 떠나서 공직자의 금품 등의 수수는 반드시 금지할 필요가 있다.²⁶⁾ 다만 형사처벌에 의할 것인지, 비형사적 제재에 의할 것인지가 문제된다.

영국의 경우 뇌물법 적용에 있어서 직무와 관련되거나 관련되지 않더라도 뇌물죄가 적용된다. 영국뇌물법 제2조 제3항에 의하면 경제적 이익의 요구나 제공, 수수 ‘그 자체’가 수수자가 관련된 직무 또는 활동을 부적절하게 수행하는 것에 해당한다고 규정함으로써 뇌물수수자가 자신의 경제적 이익과 자신의 직무와의 관련성을 사전에 인식하지 못했다고 하더라도 수수 그 자체만으로 뇌물죄가 성립한다. 영국뇌물법상 수뢰죄는 대가관계를 요구하지 않으며, 부정한 업무 수행에 대한 인식을 요구하지도 않는데, 이는 공무원의 금전적 또는 기타의 이익 수수 자체를 범죄화 하는 것으로 해석된다.²⁷⁾ 이는 영국 정부와 의회가 부패 없는 투명하고 공정한 사회를 확립하고자 하는 부패척결의지가 매우 강하다는 것을 나타낸다.²⁸⁾ 미국 연방법전 제18편 제209조(18 U.S.C. §209)에 의하면 공직자가 미 연방정부 외의 출처로부터 보수를 보충 받는 경우 형사처벌을 부과하고 있는데, 이 경우에도 직무관련성이나 대가성을 묻지 않는다. 특히 직무관련성을 요구하는 우리 공무원 행동강령과는 달리 미국의 행정부공직자 윤리강령에서는 금품수수(선물규제)는 ‘금지된 출처’²⁹⁾와 ‘공직자의 공적 지위 때문에 선물을 수령하는 것을 금지’하고 있다. 공적 지위 때문에 선물수령이 금지되는 경우라는 것은 “해당 선물이 공직자가 아닌 사람으로부터 주어지고, 또한 공직자가 그의 연방직위와 관련된 지위, 권한, 임무를 가지지 않았을 경우에는 요구되거나 제공되거나 주어지지 않았을 선물을 말한다.”고 함으로써 직무관련성을 반드시 요구하지 않는다.

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가의 문제는 입법자의 입법형성권의 문제라는 것이 우리

26) 배성호/김세환/조재현, “공직자 행동강령 제도 발전방안 연구”, 『국민권익위원회 정책연구보고 최종 보고서』, 한국부패학회, 2014. 12, 40-41면.

27) 이상현, “부정청탁 및 이해충돌 방지 관련 영국법제 연구과 그 시사점”, 『형사법연구』 제24권 제3호, 2012, 298면.

28) 박정철(주 1), 58면.

29) 행정부공직자 윤리강령 2635. 202조(Standard of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch 5 Code of Federal Regulation(C.F.R) § 2635. 202)에서는 금지된 출처로부터 받는 경우, 공직자의 공적 지위 때문에 받는 경우에 선물을 요구 또는 수령하는 것을 금지하고 있다. 금지된 출처란 공직자의 소속기관에 의하여 공식적 처분을 요구하는 사람, 공직자의 소속기관과 거래관계에 있거나 거래를 하고자 하는 사람, 공직자의 소속기관에 의해 규제되는 활동을 수행하는 사람, 공직자의 직무에 관한 작위 또는 부작위에 따라 실질적으로 영향을 받는 이해관계를 가진 사람, 위에 규정된 사람이 구성원 중 대다수를 이루고 있는 단체를 말한다. 배성호/김세환/조재현(주 26), 58-59면 참조.

헌법재판소의 판례³⁰⁾이다. 따라서 최근에 일련의 공직자부패사건과 민관유착으로 인한 대형 재난을 겪으면서 태동한 것이 부정청탁금지법이다. 우리 사회의 고질적인 청탁과 접대문화를 척결하기 위해서는 직무관련성이나 대가성의 입증곤란으로 처벌이 어려웠던 금품수수 행위를 처벌하고자 하는 것이 과연 과잉처벌이라고 할 수 있는가?³¹⁾ 우리사회의 청탁과 접대문화는 공직자가 직위나 그와 관련된 지위, 권한, 임무를 가지지 않았을 경우에는 시작되지 않는다. 그런데 금품수수 등의 행위가 미래의 대가관계를 향하고 있고, 현재의 직무관련성이나 대가성이 없다고 처벌로부터 면제된다면 이러한 고질적인 부정적 사회문화는 그 뿌리가 깊어질 수밖에 없다. 따라서 이러한 사회문화적 현상이나 입법의 시대적 요청, 입법자의 재량 등을 고려한다면 부정청탁금지법상의 관련조항을 위헌으로 볼 수 없을 것이다. 부정청탁금지법상의 제재가 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이거나 현저하게 형벌체계상의 균형을 잃고 있다면 문제될 수 있지만 그렇지 않다면 입법자의 판단이 잘못되었다고 할 수 없다.

형벌의 체계정당성의 관점에서도 어느 정도 입법자의 고려가 보인다. 부정청탁금지법은 형법상의 뇌물죄보다는 경하게 규정되어 있다. 따라서 직무관련성과 대가성이 인정된다면 수수금품의 가액에 관계없이 형이 중한 형법상의 뇌물죄로 처벌받게 된다. 직무관련성이나 대가성이 없더라도 일정 금액 이상의 금품을 수수하게 되면 부정청탁금지법에 의해 형사처벌이 부과된다. 만약 형사처벌을 부과할 정도의 금품수수는 아니라고 하더라도 직무관련성이 인정될 경우 부정청탁금지법에 의해서 과태료가 부과된다.

결국 직무관련성이나 대가성이 없어 형사처벌의 사각지대에 놓여 있던 공직자 등의 금품수수행위를 처벌하고자 하는 입법자의 판단이 부당한 것으로 보이지는 않는다.

3. 부정청탁 개념과 명확성원칙

현행 부정청탁금지법과 이전에 논의되던 부정청탁관련 법률안과의 차이점은 부정청탁의 개념에 관한 정의규정을 두고 있지 않다는 점이다. 이전 법안에서는 “부정청탁이라 함은 특정 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는

30) 현재 2015. 9. 24. 2014헌바453. 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하는 등 헌법상의 평등원칙 및 비례원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다.

31) 임종훈(주 6), 137면.

등 공정한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위”로 정의하고 있다. 현행 부정청탁금지법 제5조 제1항에서는 15가지의 부정청탁 행위유형을 열거하면서, 제2항에서는 적용예외 규정을 두고 있다. 특히, 제2항 제8호에서 부정청탁 적용 예외사유로 ‘그 밖에 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위’라고 하여 ‘사회상규’라는 용어를 사용하고 있다. ‘부정청탁’이나 ‘사회상규’ 등의 개념이 헌법상 요구되는 명확성의 원칙과 관련하여 논란이 있다.

헌법이 요구하는 명확성의 원칙은 국가형벌권의 발동의 경우에는 보다 강하게 요청³²⁾되기 때문에, 부정청탁의 개념정의를 두지 않고, 부정청탁 해당여부를 일반 국민이 아닌 법관의 해석에 의해 구체화하는 것은 예측불가능성을 저해할 우려가 있어서 명확성 원칙에 위배된다는 주장³³⁾이 있다.

헌법상 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이고, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있으며, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다.³⁴⁾ 명확성의 원칙은 수범자에게 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지, 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 그 위반 여부를 판단할 수 있다.³⁵⁾ 그리고 형벌규정에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만으로 판단할 것이 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하며, 일반적이거나 불확정된 개념이 사용된 경우에는 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적으로 해석할 수 있는지 여부에 따라 가려야 한다.³⁶⁾ 그렇기 때문에 법관의 보충적 해석이 전혀 배제되는 것도 아니다. 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도, 그 적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상, 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다.³⁷⁾

‘청탁’과 ‘사회상규’는 형법에 규정되어 있는 용어이다. ‘청탁’이라는 개념은 형법 제129조 제2항, 제131조 제3항, ‘부정한 청탁’은 형법 제130조, 제357조 제1항, 사회상규는 형법 제20조에서 사용하고 있다. 대법원은 형법 제357조에 규정된 배임수재죄 또는 배임증재죄에 있어서의 ‘부정한 청탁’은 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 청탁이라고 한다.³⁸⁾

32) 박진우(주 4), 147면.

33) 이부하(주 8), 16면.

34) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83.

35) 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35.

36) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바83.

37) 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201.

38) 대판 2014. 1. 23. 2013도11735; 2013. 12. 26. 2010도16681.

부정청탁금지법은 금지되는 부정청탁의 행위유형을 열거하고 있기 때문에 비교적 금지되는 행위유형의 파악이 어렵지 않다. 만약 금지되는 행위유형에 포섭되지 않는 다소 불명확한 구체적 사례에 있어서는 대법원의 판단과 같이 ‘부정청탁’의 의미를 사회상규나 신의성실원칙에 위배되는 것으로 이해하고, 청탁의 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다³⁹⁾ 이를 두고 헌법에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배된다고 하기는 어렵다.

4. 이해충돌방지규정의 미도입에 관한 문제

대부분의 국가들은 이해충돌방지에 관한 규정을 두고 있다. 미국의 경우 이해충돌방지를 위한 단행 법률은 두고 있지 않지만, 미연방법전 제18편 이해충돌방지(conflict of interest prohibitions)의 장을 비롯하여, 영국의 부정행위방지법(Fraud Act 2006), 캐나다 이해충돌법(Conflict of Interest Act)⁴⁰⁾, 호주의 연방공무수행법(Public Service Act 1988), 일본의 국가공무원윤리법 등이 있다.

우리의 경우 공직자윤리법⁴¹⁾과 공무원행동강령⁴²⁾에서는 이해충돌방지에 관하여 정하고

39) 대판 2014. 1. 23. 2013도11735.

40) 2006년 연방책임법 제2조에 의하여 연방총리가 제정한 공직자의 이해충돌 및 퇴직 후 취업강령을 이해충돌법으로 성문화하였다.

41) 제2조의2(이해충돌 방지 의무) ① 국가 또는 지방자치단체는 공직자가 수행하는 직무가 공직자의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 노력하여야 한다. ② 공직자는 자신이 수행하는 직무가 자신의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 직무수행의 적정성을 확보하여 공익을 우선으로 성실하게 직무를 수행하여야 한다. ③ 공직자는 공직을 이용하여 사적 이익을 추구하거나 개인이나 기관·단체에 부정한 특혜를 주어서는 아니 되며, 재직 중 취득한 정보를 부당하게 사적으로 이용하거나 타인으로 하여금 부당하게 사용하게 하여서는 아니 된다. ④ 퇴직공직자는 재직 중인 공직자의 공정한 직무수행을 해치는 상황이 일어나지 아니하도록 노력하여야 한다.

42) 제5조(이해관계 직무의 회피)

① 공무원은 자신이 수행하는 직무가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직무의 회피 여부 등에 관하여 직근 상급자 또는 행동강령책임관과 상담한 후 처리하여야 한다. 다만, 중앙행정기관의 장등이 공정한 직무수행에 영향을 받지 아니한다고 판단하여 정하는 단순 민원업무의 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 자신, 자신의 직계 존속·비속, 배우자 및 배우자의 직계 존속·비속의 금전적 이해와 직접적인 관련이 있는 경우, 2. 4촌 이내의 친족(『민법』 제767조에 따른 친족을 말한다. 이하 같다)이 직무관련자인 경우, 3. 자신이 2년 이내에 재직하였던 단체 또는 그 단체의 대리인이 직무관련자인 경우, 4. 그 밖에 중앙행정기관의 장등이 공정한 직무수행이 어려운 관계에 있다고 정한 자가 직무관련자인 경우

② 제1항에 따라 상담요청을 받은 직근 상급자 또는 행동강령책임관은 해당 공무원이 그 직무를 계속 수행하는 것이 적절하지 아니하다고 판단되면 소속 기관의 장에게 보고하여야 한다. 다만, 직근 상급자가 그 권한의 범위에서 그 공무원의 직무를 일시적으로 재배정할 수 있는 경우에는 그 직무를 재배정하고 소속 기관의 장에게 보고하지 아니할 수 있다.

③ 제2항에 따라 보고를 받은 소속 기관의 장은 직무가 공정하게 처리될 수 있도록 인력을 재배치하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

있다. 그렇지만 공직자윤리법은 금지규범이나 재판규범으로서의 성격을 갖기에는 한계가 있고, 공무원 행동강령은 대통령령의 형식으로 규정되어 있어, 적용범위나 제재수단에 있어서 한계가 있다. 그 때문에 공직자의 사적 이해관계 직무의 수행을 금지하기 위한 절차를 마련함과 동시에 이를 위반한 경우 강력한 제재를 경고하기 위한 목적으로 부정청탁금지법안이 제안되었다. 정부안을 비롯하여 이전에 법안들은 공직자의 직무수행과 관련한 사적 이익 추구를 금지함으로써 공직자의 직무수행 중 발생할 수 있는 이해충돌을 방지하여 공정한 직무수행을 보장하기 위한 이해충돌방지규정의 장을 두었다.

【부정청탁금지법안의 공직자의 이해충돌방지규정 비교】

법안	정부안	김영주의원 안	이상민의원 안
행위유형	공직자의 사적 이해관계 직무의 수행금지 고위공직자의 사적 이해관계 직무의 수행금지 공직자의 직무 관련 외부활동 금지 직무관련자와의 거래 제한 가족 채용 제한 소속 공공기관 등과의 계약체결 제한 예산의 부정사용 금지 공공기관의 물품과 직위 등의 사적 사용금지 직무상 비밀이용 금지	공직자의 사적 이해관계 직무수행 금지 고위공직자의 사적이해관계 직무수행 금지 외부활동의 제한 사업자등과의 거래 제한 소속기관 등에 가족 채용 제한 소속기관 등과의 계약체결 제한 예산 부정사용 금지 공용물·직위 등의 사적 사용금지 미공개 정보 이용 금지	공직자의 사적 이해관계 직무수행 금지 고위공직자의 사적 이해관계 직무수행 금지 외부활동의 제한 사업자등과의 거래 제한 소속기관 등에 가족 채용 제한 소속기관 등과의 계약체결 제한 예산 부정사용 금지 공용물·직위 등의 사적 사용금지 미공개 정보 이용 금지

이들 법안의 주요 목적은 공정한 직무수행을 위하여 사적 이해관계직무를 수행한 자에 대한 제재를 경고하고, 아울러 제척·기피·회피 등 이해충돌방지를 위한 절차적 방안을 모색하고자 하는데 있다. 이해충돌규제의 방식으로는 이해충돌을 야기하는 사적 이해를 가지는 사안에 대한 공적 자격의 참여를 금지시키는 자격박탈모델(업무참여금지방식)과 모든 범주의 경제적 혜택의 수령을 금지하는 금지된 이익의 방식이 있다. 업무참여배제방식은 공무원 개인의 경제적 이해에 미치는 영향이 가장 적은 이해충돌회피수단⁴³⁾이므로 우리 법안에서는 이를 도입하고 있다. 부정청탁금지법 정부안에서는 이해충돌방지를 위한 절차로서 제척·기피·회피 등의 절차와 직무 참여의 일시중지, 직무대리자의 지정, 전보 등의 방안을 마련하고 있고,⁴⁴⁾ 김영주의원과 이상민의원 안에서는 제척·기피·회피절차를 마련하면서,

43) 배성호/김세환/조재현(주 26), 73-74면.

기피·회피신청의 경우 직무참여 일시 중지, 직무재배정, 전보, 그 밖에 대통령령으로 정하는 조치방안에 관하여 규정하고 있다.⁴⁵⁾

이해충돌방지규정은 형사적·경제적·재정적 제재를 통한 강력한 경고기능을 수행하기도 하지만, 공직자의 사적 이해관계의 직무를 회피하는 절차를 마련함으로써 공직자의 개인에 대한 침해를 최소화하면서 공정한 직무수행을 담보한다는 측면에서 가장 도입이 절실한 규정이었다. 세계 각국의 입법례가 이해충돌방지의 장을 마련하고 있는 것이 웅변으로 말해준다. 부정청탁금지법의 도입논의가 공직자의 사적 이해충돌방지를 통한 공정한 직무수행을 보장한다는 차원에서 논의되었던 것이 핵심적 내용인데, 정작 이 부분은 입법화되지 못하였다. 부정청탁금지법의 평가에 있어서 그것의 위헌성 보다는 오히려 반쪽짜리 입법이란 오명이 오히려 치명적일 수 있다.⁴⁶⁾

V. 나가며

부정청탁금지법은 도입과정에서 많은 논의를 거쳐 결국 입법에 성공하였다. 공직자 및 공공영역에서의 부패를 척결하고 업무의 공정성을 달성하겠다는 입법자의 의도가 담겨 있다. 그런데 시행을 앞두고 헌법소원이 제기되는 등 여전히 논란이 되고 있다. 부정청탁의 개념이 모호하여 헌법상의 명확성 원칙에 위배될 소지가 있으며, 직무관련성과 대가성을 전제로 공무원의 뇌물행위를 금지해왔던 전통적 형사법의 원리와는 달리 직무관련성이나 대가성 없이도 공직자의 금품수수행위에 대한 벌칙을 부과하도록 하는 것은 형벌의 체계정당성에도 문제가 있다는 것이다. 무엇보다도 이 법의 적용대상을 확대하고 있다는 점이다. 이 법은 그 적용범위를 공직자뿐만 아니라 언론인과 사립학교 교직원에게까지 확대하고 있다. 이 법의 제정경위를 보면 그 동안 직무관련성이나 대가성이 없어서 처벌을 받지 못했던 공직자의 금품수수행위를 근절하기 위한 것이라는 점을 고려하면 직무관련성과 대가성 없는 경우에도 금품수수를 금지하고 이에 대한 벌칙을 부과하는 것은 반드시 헌법위반이라고 보기 어렵다. 그리고 관련규정 전체를 유기적·종합적으로 해석해 볼 때 부정청탁이라는 개념이 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다고 보기는 어렵다. 다만 적용범위를 사적 영역에까지 확대하는 데는 신중한 접근이 필요하다. 사적 영역이라고 하더라도 공적 업무를 수행하는 경우나 업무의 공익성·공공성·공정성이 중시되는 경우가 있는데, 이러한 사정을 고려하지 않

44) 법안 제11조 제4항, 제7조 제7항.

45) 법안 제15조 제5항.

46) 이 법안의 도입논의를 촉발시킨 김영란 전 위원장은 이해충돌방지조항 부분이 반부패정책의 가장 중요한 부분이므로 함께 시행되어야 하는데, 현재 통과된 법은 3가지 분야 중 가장 비중이 큰 한 가지가 빠진 반쪽 법안이라고 평가하였다(<http://www.dailian.co.kr/news/view/493004/?sc>, <http://the300.mt.co.kr/newsView.html?no=2015031011137634620>).

고, 유독 언론인과 사립학교 교직원에게만 이 법을 적용하는 것은 평등권 위반으로부터 자유로울 수 없다. 이 법을 사적 영역에 적용하기 위해서는 업무의 성격 등을 고려하여 업무의 성격상 법적용이 필요한 직역은 일률적으로 포함시키는 것이 타당하며, 그렇지 않다면 사적 영역은 이 법의 적용대상에서 배제하는 것이 법적용의 평등원칙에 부합할 것으로 판단된다.

참고문헌

- 강수진, “부정청탁금지법안상 금품 등 수수행위의 직무관련성-미국 불법사례수수죄를 중심으로”, 『안암법학』 제42권, 2013
- 김시윤, “발전국가의 탄력성과 지속성: 싱가포르의 사례”, 『한국행정논집』 제22권 제4호, 2010
- 박경철, “영국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구”, 한국법제연구원, 2015. 9
- 박성민, “공무원의 유착비리 해결을 위한 뇌물개념의 패러다임 변화”, 『법학연구』 제23권 제4호, 2015. 10
- 박진우, “『부정청탁 및 금품 등의 수수의 금지에 관한 법률』의 위헌성에 관한 고찰”, 『세계헌법연구』 제21권 제1호, 2015
- 배성호/김세환/조재현, “공직자 행동강령 제도 발전방안 연구”, 『국민권익위원회 정책연구보고 최종보고서』, 한국부패학회, 2014. 12
- 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015. 9
- 이상현, “부정청탁 및 이해충돌 방지 관련 영국법제 연구과 그 시사점”, 『형사법연구』 제24권 제3호, 2012
- 이성기, “『부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌방지법안』에 대한 문제점 및 개선방안”, 『형사정책』 제26권 제2호, 2014. 8
- 임종훈, “『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰, 『법조』 제708호, 2015. 9
- 정신교, “부정청탁금지법의 주요내용과 쟁점”, 『치안정책연구』 제29권 제1호, 2015
- 조재현, “싱가포르의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구”, 한국법제연구원, 2015. 9
- 지유미, “헌행 뇌물관련법제에 대한 보완책으로서 부정청탁금지법안”, 『형사법연구』 제26권 제1호, 2014
- George Baylon Radics, Singapore: A fine city: British colonial criminal sentencing policies and its lasting effects on the Singaporean Corporal State, Santa Clara Journal of International Law 2014
- Li-ann Thio, Lex rex or rex lex? Competing conceptions of the rule of law in Singapore, UCLA Pacific Basin Law Journal Fall 2002

투고일자 : 2015. 12. 02

수정일자 : 2015. 12. 29

게재일자 : 2015. 12. 31

<국문초록>

부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의

조 재 현

2015년 부정청탁금지법이 국회본회의를 통과했다. 이 법은 우선 법적용 대상의 범위에 공직자 외에 언론인과 사립학교, 유치원, 사학재단의 이사진 등도 포함시킴으로써 위헌성에 대한 논의가 부각되었다. 사적 영역에 부정·부패행위에 대하여 단지 형사적 제재를 부과하는 것이 지나치게 사적 자치를 훼손한다거나 또는 사적 영역에 대한 과잉제한으로 곧바로 헌법위반의 결과로 귀결되지는 않는다. 민간부문의 행위도 형사제재의 대상이 될 수 있으며, 이는 입법자의 재량의 영역이다. 다만 그것이 다른 헌법적 가치를 훼손하게 된다면 별도의 헌법위반의 문제가 발생할 수 있다. 부정청탁금지법의 도입목적이 공공성·공익성이 요구되는 영역에서 불공정한 거래나 불법적인 금품 수수 관행을 근절하기 위한 것이라면, 비록 민간부문이라고 하더라도 모든 공공성·공익성을 띠는 영역을 법적용대상에 포함시키는 것이 합리적이다. 그렇지만 공공성을 띠는 민간부문을 모두 고려하지 않고, 교육의 공공성이나 언론의 공익성에만 근거하여 특정 집단만을 부정청탁금지법의 적용대상으로 하는 것은 평등권 위반으로부터 자유로울 수 없다. 다음으로 이 법은 전통적인 형사법이론과는 달리 직무관련성과 대가성에 관계없이 금품수수행위를 금지하고 있다. 최근 일련의 공직자 부패사건과 민관유착으로 인한 대형 재난을 겪으면서 태동한 것이 부정청탁금지법이다. 우리 사회의 고질적인 청탁과 접대문화를 척결하기 위해서 직무관련성이나 대가성의 입증곤란으로 처벌이 어려웠던 금품수수행위를 처벌하고자 하는 입법의 시대적 요청, 입법자의 재량 등을 고려한다면 이를 위헌으로 볼 수 없을 것이다. 그리고 형벌의 체계정당성의 관점에서 어느 정도 입법자의 고려가 보인다. 부정청탁금지법은 형법상의 뇌물죄보다는 경하게 규정되어 있다. 따라서 직무관련성과 대가성이 인정된다면 수수금품의 가액에 관계없이 형이 중한 형법상의 뇌물죄로 처벌받게 된다. 직무관련성이나 대가성이 없더라도 일정 금액 이상의 금품을 수수하게 되면 부정청탁금지법에 의해 형사처벌이 부과된다. 만약 형사처벌을 부과할 정도의 금품수수는 아니라고 하더라도 직무관련성이 인정될 경우 부정청탁금지법에 의해서 과태료가 부과된다. 결국 직무관련성이나 대가성이 없어 형사처벌의 사각지대에 놓여 있던 공직자 등의 금품수수행위를 처벌하고자 하는 입법자의 판단이 부당한 것으로 보이지는 않는다. 그리고 부정청탁 및 그 유형의 개념이 헌법상 명확성의 원칙과 위반된다는 주장이 있으나, 부정청탁금지법은 금지되는 부정청탁의 행위유형을 열거하고 있기 때

문에 비교적 금지되는 행위유형의 파악이 어렵지 않고, 관련법규와 판례 등을 종합적·유기적으로 파악한다면 이를 두고 헌법에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배된다고 하기는 어렵다. 다만, 부정청탁금지법의 도입논의가 공직자의 사적 이해충돌방지를 통한 공정한 직무수행을 보장한다는 차원에서 논의되었던 것이 핵심적 내용인데, 정작 이 부분은 입법화되지 못한 것은 그것의 위헌성에 관한 비판보다 보다는 오히려 반쪽짜리 입법이란 오명이 오히려 치명적일 수 있다.

주제어: 부정청탁금지법, 김영란법, 부정청탁, 사적 이해충돌, 평등원칙