

부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)에 대한 비교법적 고찰*

-유럽연합의 반부패관련법제를 중심으로-

A Comparative Research On Act Regarding Prevention of Dishonest
Solicitation and Conflict of Interest
-Focused on EU Anti-Corruption Acts-

김 세 환(Kim, Se Hwan)** · 배 성 호(Bae, Sung Ho)***

ABSTRACT

The 'Act Regarding Prevention of Dishonest Solicitation and Conflict of Interest' with concrete measures against corruptive practices is proposed by the Anti-Corruption & Civil Rights Commission and it is being discussed in the National Assembly. As a comparative legal research for the bill, this thesis analyzed EU Anti Corruption Acts, British laws, German laws and French laws related to the prevention of dishonest solicitation and conflict of interest of public officer.

EU laws including British law, German law and French law don't regulate as a criminal offence money or something valuable offered to the public officer which is not related to his official duty or strings attached.

But the Act Regarding Prevention of Dishonest Solicitation and Conflict of Interest proposed by the Anti-Corruption & Civil Rights Commission regulates as a criminal offense money or something valuable offered to the public officer whatsoever is not related to his official duty or strings attached.

This would be right if we consider this regulation from the Korean people's legal sentimental point of view which requires higher standard of anti-corruption than ever before.

Key words: Bribery Charges, Fraud, Active Corruption, Passive Corruption, Official Duty, Strings Attached

I. 서론

국민권익위원회에서는 최근 빈발하는 공직자의 부패 및 비리사건은 국민들의 정부에 대한 신뢰를 저하시키고 국가청렴도를 하락시키며, 공직자가 금품을 수수하는 때에도 직무관련성과 대가성이 없는 경우 우리 형법상 수뢰죄로 처벌이 어려운 점 및 공직자

* 이 논문은 2014년 8월 한국부패학회 하계학술대회에서 발표한 글을 수정·보완한 것이다.

** 영남대학교 천마인재학부 교책객원교수(제1저자)

*** 영남대학교 법학전문대학원 교수(교신저자)

의 부패문제 해결에 현행 형법으로는 효과적으로 대응하지 못한다는 인식하에 이러한 문제에 효과적으로 대처하고 종합적인 통제장치를 마련하고자 ‘부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법’을 제안하였다.¹⁾ 다시 말해 동 법안의 도입 취지는 현행 형법상 뇌물죄로 대응하기 어려운 새로운 공무원의 부패유형을 통제하기 위한 종합적인 통제장치의 법제화 시도라고 할 수 있다.²⁾

그러나 이러한 법안의 제정 여부에 대해서는 우리사회의 알선·청탁문화와 관행적인 금품수수를 근절하고 공직을 사익추구 수단으로 남용하는 것을 방지한다는 취지에는 공감하지만 형법에서 범죄의 구성요건으로 규정하는 사항을 특별법에서 삭제하는 것은 명확성의 원칙 및 실질적 죄형법치주의에 반한다는 주장이 제기되었으며, 과도한 형벌권의 사용은 국민의 한 사람인 공무원의 기본권을 침해할 소지가 있다는 주장도 이와 같은 맥락이라고 할 수 있을 것이다.

한편 ‘부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안(이하 ‘부정청탁금지법안’이라 약술하기로 한다)’의 주요 내용은 공무원에 대한 부정청탁을 금지하는 부분과 공직자의 이해충돌상황을 방지하기 위한 부분으로 대별된다. 공무원에 대한 부정청탁금지(안 제5조부터 제7조까지, 제31조 제3항 및 제32조 제1항부터 제3항까지) 부분을 살펴보면 먼저 그 적용대상자는 공직자와 그 공직자의 가족 및 공무수행사인이며, 이러한 부정청탁 금지 위반은 공직자에게 부정청탁을 하거나 수수금지 금품등을 제공한 민간인에게도 적용이 된다. 그리고 공직자의 이해충돌방지의무는 공직자의 금품 등의 수수금지(안 제8조, 제31조 제2항, 제5항), 공직자의 사적이해관계직무의 수행금지(안 제11조), 고위공직자의 사적이해관계직무의 수행금지(안 제12조), 공직자의 직무관련 외부활동 금지(안 제13조), 직무관련자와의 거래 제한(안 제14조), 소속 공공기관 등에 가족채용 제한(안 제15조) 및 위반행위 신고와 신고자등의 보호(안 제22조부터 제24조까지) 등이 그 주된 내용이다.

본고는 이러한 ‘부정청탁금지법안’ 중 현재 논쟁의 여지가 있는 공무원에 대한 부정청탁을 금지하는 내용을 중심으로 살펴보고자 한다. 그 이유는 상기에서 설명한 바와 같이 ‘직무관련성 및 대가성을 불문’하고 금품을 수수한 공무원을 형사처벌하는 것이 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 과잉금지원칙 또는 비례의 원칙에 위반되지 않는가 하는 헌법적 논의와는 별도로, 비교법적인 고찰 특히 반부패와 관련하여 선진법제를 가지고 있는 EU 법제와 의 비교 고찰을 통해서 과연 ‘직무관련성 및 대가성이 없이’ 금품의 수수만으로 공무원을 처벌하는 입법례가 있는지 등을 살펴보고자 하기 때문이다.

한편 EU(European Union)는 그 자신의 태생적인 한계 즉 기존의 국가성을 전제로

1) 국민권익위원회, 부정청탁금지법 설명자료 2013. 7.30, 1면.

2) 우리 형법은 전통적인 부패행위(수뢰죄, 중뢰죄 등이 규정되어 있고 미국 및 유럽에서 규제하고 있는 부당이익수수죄 등에 대한 규정은 없다)만 규제하고 있으며, 여타 국민권익위원회법 및 공무원 행동강령 등은 공무원의 이해충돌방지등 새로운 부패유형에 대해서 형벌적 측면에서 접근하고 있지 않고 단지 절차적인 면과 선언적 금지만을 규정하고 있을 뿐이다.

하지 않고 조약에서 정하고 있는 공동체와 회원국간 권한배분으로 작동되는 회원국간의 연합이라는 한계로 인하여 유럽연합은 부패규범을 각 회원국에 대해 강제할 수 있는 수단의 확보에는 일정한 한계를 가질 수 밖에 없으며,³⁾ 이것은 곧 회원국의 협조가 필수적임을 의미한다. 그러므로 EU 차원에서의 반부패법제의 관철은 개별 회원국의 국내법으로의 수용이 뒤따라야 하며, 이러한 이행조치도 일률적이 아니라 각 회원국별로 그 이행조치가 상이하게 나타나게 된다. 그리하여 본고는 이러한 EU가 가지고 있는 법적 체계의 특성에 따라 먼저 EU 전체의 반부패법제에 대해 먼저 살펴보고 난 후, 반부패법제에서 선진국이라 할 수 있는 영국과 독일 및 프랑스의 국내법 이행상황을 고찰함으로써 현재 논의되고 있는 우리의 ‘부정청탁금지법안’의 제정을 위해 어떠한 시사점을 얻을 수 있을 지를 파악하고자 한다.

II. EU의 부패방지 관련법제

EU에서는 매년 부패로 인해 치루어야 하는 비용이 EU 기관의 일년 예산과 거의 맞먹는 1,200억 유로에 달하고⁴⁾ 그래서 EU의 성장전략으로 야심차게 계획하고 있는 ‘Europe 2020’의 성공여하는 바로 이러한 부패행위를 효과적으로 잘 방지하는 가의 여부에 달려있다고도 한다.⁵⁾ 이하에서는 EU 차원에서 부패행위를 방지하기 위해 마련한 법제 중 유럽연합의 회원국에 의해 국내법으로 채택하는데 있어 직접적인 연관을 가지는 것을 중심으로 살펴볼 것이다.

1. 유럽에 있어서 부패와의 전쟁 결의

EU를 구성하는 두 개의 조약(일명 리스본조약) 즉 유럽연합조약(Treaty on European Union; TEU)과 유럽연합운영조약(Treaty on the Functioning of the European Union; TFEU)에서 부패 방지 및 부패와의 전쟁(preventing and combating)을 규정하는 것⁶⁾ 외에 EU 차원에서 부패에 대해 공식적으로 언급한 문서 가운데는 1996년의 유럽의회(European Parliament)에서 결의한 부패와의 전쟁 결의(Resolution

3) 특히 회원국의 배타적 권한이 인정되는 형법의 영역에서는 더욱 그러하다.

4) Report From The Commission To The Council and the European Parliament, Brussels, 3. 2. 2014 COM(2014) 38 final, p. 3.

5) Excellence in Public Administration for competitiveness in EU Member States (2011-2012); <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/monitoring-member-states/improving-publicadministration/>; The Commission Communication for a European Industrial Renaissance of January 2014, COM (2014) 14.

6) 유럽연합운영조약(Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU)) 제67조에서는 범죄의 방지와 전쟁 조치를 통한 높은 수준의 안보 확립을 요구하고 있고 또한 동 조약 제83조에서는 부패를 특별히 심각한 범죄의 하나로 규정하고 있다.

on Combating Corruption in Europe)가 특히 중요한 의미를 가지는데, 왜냐하면 동 결의에서는 다양하게 논의되고 있던 부패의 정의를 규정지으려고 하였기 때문이다. 동 결의에 따르면 부패는 “재정적 이익 또는 기타 이익이 인정되기 때문에 직무를 완수하지 않는 공적 또는 사적 책임을 가진 자의 행위로서의 부패, 또는 재정적 이익 또는 기타 이익이 직무 수행에서의 작위 또는 부작위를 대가로 직·간접적으로 그들에게 제공되기 때문에 직무를 수행하지 않는 공적 또는 사적 책임을 가진 자의 행위로서의 부패”⁷⁾라고 규정하고 있다. 이러한 부패의 정의는 매우 포괄적인 것으로서 현재의 부패범죄에 대한 구성요건과 비교하면 일반적인 수준의 부패를 규정하고 있지만 부패를 규제하기 위한 범 EU적인 시도였다는 점에서 의미가 있다.⁸⁾

2. 유럽연합의 공무원 또는 회원국 공무원과 관련한 반부패협약

현재의 EU 반부패법상 부패의 정의에 초석을 놓은 것은 1997년에 체결된 ‘유럽연합의 공무원 또는 회원국 공무원과 관련한 반부패협약’⁹⁾이었다. 동 협약은 ‘UN 초국가조직범죄방지협약’ 및 UN반부패협약에서 규정하고 있는 부패행위 개념 즉 ‘수동적 부패(passive corruption)’와 ‘능동적 부패(active corruption)’의 개념을 유럽연합차원에서 도입하였으며, 이후 EU는 ‘유럽연합의 공무원 또는 회원국 공무원과 관련한 반부패협약’에서 규정한 부패의 정의를 따르고 있다. 동 협약에서 도입한 수동적 부패는 “직접 또는 중개인을 통하여, 공무원 자신을 위해서 또는 제3자를 위해서건, 어떠한 종류이든지 그 이익을 요구하거나 수수하는 행위, 또는 그의 직무에 따라서 또는 공적 의무를 위배하여 그의 직무 행사에 있어서 작위나 부작위를 대가로 그러한 이익의 약속을 받아들이는 공무원의 고의적인 행위”¹⁰⁾를 말하며, 동조 제2항에서는 이러한 행위는 범죄가 됨을 규정하고 있다.¹¹⁾ 또한 동 협약 제3조 제1항에서 규정하고 있는 능동적 부패는 “누

7) "corruption as the behaviour of persons with public or private responsibilities who fail to fulfil their duties because a financial or other advantage has been granted or directly or indirectly offered to them in return for actions or omissions in the course of their duties"

8) EU 차원에서의 반부패 정책이 상당히 민감한 분야들, 예를 들면 형법 분야, 공무원과 선출된 대표들의 책임면제(immunity)의 제한 문제, 행정 분야에 있어 투명성 절차 도입, 언론 자유의 보장, 사법 및 검찰의 독립성 보장에 관련한 문제들을 다루어야 하기 때문에 EU와 회원국들 간의 ‘권한(competence)’ 배분의 문제가 발생할 여지가 매우 크다.

9) Convention drawn up on the basis of Article K.3 (2)(c) of the Treaty on European Union on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union(OJ C 195, 1997).

10) 동협약 제2조 제1항: For the purposes of this Convention, the deliberate action of an official, who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind whatsoever, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties shall constitute passive corruption.

11) 동협약 제2조 제2항: Each Member State shall take the necessary measures to ensure that conduct of the type referred to in paragraph 1 is made a criminal offence.

구라도 공무원이 그의 직무에 따라서 또는 그의 직무를 행사함에 있어서 공적 의무를 위반하여 작위하거나 부작위하도록, 그 종류를 불문하고, 직접 또는 중개인을 통하여, 공여자 자신을 위해서건 또는 제3자를 위해서건, 공무원에게 이익을 약속하거나 수수하는 고의적인 행위”¹²⁾를 말한다. 그리고 동조 제2항에서는 이러한 행위도 역시 범죄가 됨을 규정하고 있다. 한편 이러한 ‘수동적 또는 능동적’이라는 용어의 사용에서 주의할 점은 능동적 부패라 하여 뇌물공여자가 주도권을 가지고 수뢰자는 단지 피동적인 대상이라고 오해할 소지가 있다는 점이다. 그러나 경우에 따라서는 수뢰자인 공무원이 뇌물공여자에게 뇌물수수를 유인하거나 압력을 행사하는 경우도 있음을 가정하면 수뢰자가 주체자보다 더 능동적인 경우도 있음을 유념해야 한다. 한편 수동적 부패와 능동적 부패 두 경우 모두 직무관련성과 대가성을 그 구성요건으로 요구하고 있으며, 수동적 부패에서는 공무원이 주체이나 능동적 부패에서는 그 주체에 제한이 없다. 그리고 수동적 부패와 능동적 부패행위를 범한 자의 형량에 대해서는 회원국이 국내입법으로 필요한 조치를 취하도록 회원국에게 위임하고 있으며,¹³⁾ 특히 제6조에서는 비즈니스와 관련해 기업내에서 결정을 내릴 권한이 있는 자의 부패관련 행위를 규율하고 있다.

3. 민간분야에서의 부패 방지를 위한 각료회의 기본결정

공공부문에서의 공무원의 부패행위를 방지하기 위한 1997년의 ‘유럽연합의 공무원 또는 회원국 공무원과 관련한 반부패협약’과 더불어 EU 반부패법제의 양대 축을 형성하는 반부패법이 바로 2003년에 도입된 ‘민간분야에서의 부패 방지를 위한 각료회의 기본결정(이하 기본결정이라 함)’이다.¹⁴⁾

2003년의 기본결정에서는 1997년의 반부패협약과 마찬가지로 수동적 부패 및 능동적 부패행위를 민간부문에 도입하였을 뿐만 아니라 법인의 형사책임에 대해서도 규정하고 있으며, 이러한 범죄에 대한 형벌이 효과적이고 비례적이며 재발을 방지할 만큼 충분하여야 한다고 규정하여 회원국들이 준수해야 할 일종의 형벌기준을 제시하고 있다.

동 기본결정의 주요한 내용을 살펴보면 제2조 (a)에서는 “민간업체(a private-sector entity)를 운영(direct)하거나 또는 민간업체를 위해 일하는 자에게, 직접 또는 중개인을 통하여, 그 자가 자신의 직무를 위배하여 작위하거나 부작위하도록, 자신이나 제3자를

12) 동협약 제3조 제1항: For the purposes of this Convention, the deliberate action of whosoever promises or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind whatsoever to an official for himself or for a third party for him to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties shall constitute active corruption.

13) 동협약 제5조 참조.; 위임을 하고 있으나 그 일반적 기준을 제시하고 있다. 즉 동조 제1항에 따르면 그 형량은 효과적이고, 범죄에 비례적이며, 범죄를 억제할 만큼 충분(dissuasive)하여야 한다는 기준을 제시하고 있다.

14) Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, OJ L 192, 31 July 2003.

위해 부당한 이익(an undue advantage)을 약속(promising)하거나 공여 또는 제공(offering or giving)하는 행위가 범죄”가 되는 능동적 부패를 규정하고 있으며,¹⁵⁾ 제2조 (b)에서는 민간업체를 운영(direct)하거나 또는 민간업체를 위해 일하는 동안에, 자신의 직무에 위배하여 작위하거나 부작위하기 위하여, 직접 또는 중개인을 통하여, 자신 또는 제3자를 위해서, 어떠한 종류이든지 불문하고 부당한 이익을 요구하거나 받거나 또는 그러한 부당한 이익의 약속을 수락하는 행위¹⁶⁾인 수동적 부패를 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 영리기업이든 비영리기업이든지 불문한다고 규정하고 있으며, 제4조에서는 그 형량이 최소 1년에서 최대 3년에 이르도록 정하고 있다.

한편 제9조에서는 2005년 7월 22일 이전에 회원국은 동 기본결정에 부합하는 조치를 국내법으로 전환하도록 하고 각료회의가 2005년 10월 22일 이전까지 그 이행상황을 점검하도록 규정하였으나, 2007년까지 동 기본결정을 국내법으로 전환한 국가는 단 2개국(벨기에와 영국)에 지나지 않는 등 그 이행은 극히 저조한 실정이다. 그 이유는 회원국이 국내법으로 전환하려면 동 기본결정에서 규정하고 있는 능동적 부패 및 수동적 부패의 모든 구성요소를 범죄로 간주하여야 하며, 법인의 책임을 인정하여야 하는데 능동적 부패와 수동적 부패의 모든 구성요소 및 법인의 책임을 인정하기에는 각 회원국이 처한 상황이 매우 상이할 뿐만 아니라, 그러한 요건을 이행하기에는 국내법적으로 어려움이 많기 때문이다. 현재 EU 전체 회원국 중 이러한 것을 완전히 이행한 나라는 9개국에 지나지 않는다.¹⁷⁾ 그리하여 집행위원회는 미이행 회원국에게 국내법 전환을 지체 없이 이행하도록 촉구함과 동시에 이러한 기본결정을 EU 지침(directive)으로 대체할 것을 고려하고 있다.¹⁸⁾

4. EU의 재정적 이익 보호에 관한 협약

15) (a) promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity an undue advantage of any kind, for that person or for a third party, in order that that person should perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties

16) (b) directly or through an intermediary, requesting or receiving an undue advantage of any kind, or accepting the promise of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private-sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, in breach of one's duties.

17) 9개 회원국은 벨기에, 불가리아, 체코, 프랑스, 아일랜드, 사이프러스, 포르투갈, 핀란드, 영국이며 그 구체적 이행 상황을 살펴 보면 다음과 같다. 2003년 각료회의 기본규칙에서 특히 회원국의 국내법 전환이 시급히 요구되는 사항은 제2조 1항의 능동적 부패와 수동적 부패의 규정 및 제5조의 법인의 책임을 인정하는 부분이다. 제2조 1항 (a)의 능동적 부패규정에 대해서는 12개국이, 제2조 1항 (b)의 수동적 부패규정에 대해서도 12개국이 유보없이 국내법으로 전환하였고, 제5조의 법인의 책임에 대해서는 제1항에 대해서는 23개국이, 제2항에 대해서는 15개국이, 제3항에 대해서는 20개국이 국내법으로 전환하였다; 자세한 내용은 Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Fighting Corruption in the EU, Brussels, 6. 6. 2011 COM(2011) 308 final, p. 7-9 참조할 것.

18) *ibid*, p. 9.

‘EU의 재정적 이익 보호에 관한 협약(Convention on the protection of the European Communities’ financial interests)’¹⁹⁾은 유럽연합의 재정적 이익 즉 EU 기금의 지출 및 수입에서 행해지는 부패행위(fraud)를 규율하기 위하여 제정되었다. 여기에서 기금의 지출에 대한 부패행위(expenditure fraud)라 함은 ‘거짓되거나 부정확하거나 불충분한 회계장부 또는 회계서류의 사용과 제출을 포함한 작위 또는 부작위를 통해서 EU 일반 회계기금의 부적절하거나 불법적(wrongful)인 보유 또는 EU에 의해서 혹은 EU를 위해서 운영되는 회계 기금의 부적절 또는 불법적(wrongful)인 보유 또는 공표의무가 있음에도 정보의 미공표나 원래 승인된 목적 이외의 기금의 오용’²⁰⁾을 말하며, 기금의 수입에 대한 부패행위(revenue fraud)라 함은 거짓되거나 부정확하거나 불충분한 회계장부 또는 회계서류의 사용과 제출을 포함한 작위 또는 부작위를 통해서 EU의 일반회계 재원을 불법적으로 축소하거나 EU에 의해서 또는 EU를 위해서 운영되는 회계 재원을 불법적으로 축소하거나, 공표의무가 있음에도 정보의 미공표 또는 합법적으로 취득한 수익의 오용을 말한다.²¹⁾

한편 회원국은 유럽연합의 재정적 이익에 해를 끼친 기업의 총수와 그러한 의사결정을 책임질 위치에 있는 자가, 회원국 국내법에 규정된 원칙에 따라서 형벌을 받을 수 있도록 필요한 조치를 취할 의무가 있으며, 협약에 규정된 의무에 부합하도록 회원국은 동 범죄에 대해서 관할권 행사에 필요한 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 그리고 부패행위가 범죄가 될 때와 2개국 이상의 회원국이 관여되면 관여국은 조사와 기소 및 형벌의 집행에서 효과적으로 협력해야 하는데, 예를 들면 회원국 상호간 법적인 조력, 범인의 본국 송환과 사법절차의 회원국 상호간 이송 또는 타 회원국에서 확정된 형벌의 자국 집행 등을 통해 회원국은 서로 협력하여야 한다. 또한 이러한 범죄에 대해서 효과적이고 비례적이며, 재발을 방지할 수 있을 만큼 충분한 형벌(effective, proportionate and dissuasive criminal penalties)을 가하도록 기준을 제시하고 있으며, 만약 동 협약

19) 유럽연합운영조약 제5편의 자유, 안전 및 사법지대에 규정된 대로 동 협약 및 동 협약을 보충하는 두 개의 의정서는 유럽연합의 재정적 이익을 보호하기 위한 형벌의 제정을 위한 법적 기초를 만들기 위해서였다. 협약은 2002년 10월 17일 발효되었으며 제2차 의정서는 2009년 5월 19일에 발효되었다.

20) Expenditure fraud: any act or deliberate omission involving the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds from the general budget of the European Communities or budgets managed by, or on behalf of, the European Communities, non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect; the misapplication of such funds for purposes other than those for which they were originally granted.

21) any act or deliberate omission involving the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the illegal diminution of the resources of the general budget of the European Communities or budgets managed by, or on behalf of, the European Communities, non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect; misapplication of a legally obtained benefit, with the same effect.

의 해석 및 적용에 대해서 회원국간 분쟁이 발생할 경우에는 첫째로는 각료회의에 부탁(付託)하고, 만약 6개월 내에 각료회의가 해결하지 못할 경우에는 회원국은 유럽연합 법원(Court of Justice of European Union)에 제소할 수 있으며, 회원국과 집행위원회간 분쟁에 대한 관할권도 역시 유럽연합법원이 가진다. 그러나 현재까지 동 협약을 회원국이 국내법으로 전환한 이행실태는 매우 저조한 실정이다.

5. 반부패보고서(Anti-Corruption Report)

지난 수십년간 부패를 방지하기 위해 EU 전체적으로 부단한 노력을 기울여왔음에도 불구하고 매년 약 1200억 유로(EU 전체 GDP의 1%)가 부패행위로 낭비된다는 사실은 놀라운 일이다.²²⁾ EU 전체 회원국을 상대로 국제투명성기구(Transparency International)가 조사한 바에 따르면 부패인식지수는 지난 십여년 전보다 크게 개선되지 않았으며,²³⁾ 현재까지 EU 반부패법제를 국내법으로 전환하지 않고 있는 회원국들도 다수인 상태이다.²⁴⁾ 그리하여 집행위원회는 모든 회원국의 반부패법제의 이행상황의 조사 및 개선책 마련과 조속한 이행을 회원국에게 권고하기 위해 EU 반부패보고서(EU Anti-Corruption Report)라는 새로운 장치를 고안하게 되었다.²⁵⁾ EU가 반부패보고서라는 새로운 통제 메커니즘을 마련할 수 밖에 없었던 이유는, 첫째로 기존의 범유럽차원에서 부패문제를 다루고 있던 GRECO 평가보고서는 GRECO²⁶⁾에는 EU 외에 타 회원국

22) Report From The Commission To The Council and the European Parliament, Brussels, 3. 2. 2014 COM(2014) 38 final, p. 3; 한편 국제투명성기구(Transparency International), 세계경제포럼(World Economic Forum) 등 국제반부패 기구들이 전 세계적으로 부패로 인해 오남용되는 비용은 2009년 기준으로 전세계 GDP의 5%에 해당할 것으로 추정한다(Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Fighting Corruption in the EU, Brussels, 6. 6. 2011 COM(2011) 308 final, p. 2)

23) Communication From The Commission, COM(2011) 308 final, p. 3.

24) EU 집행위원회는 이러한 이유로 무엇보다도 모든 형태의 부패행위와 맞서고자 하는 회원국 정치지도자들의 확고한 의지의 부족을 그 원인으로 들고 있다(Communication From The Commission, COM(2011) 308 final, p. 4); 그러나 2014년 12월 1일부터는 집행위원회는 유럽연합운영조약(TFEU) 임시조항에 관한 의정서(36번) 제10조에 따라 미채택 회원국에게 국내법으로 채택하게 할 수 있는 권한을 가지게 된다.

25) 동 보고서는 집행위원회가 2011년에 부패와의 전쟁에 대한 EU 전회원국의 이행상황에 대한 보고서를 2년마다 한 번씩 발간하기로 예정한대로(Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Fighting Corruption in the EU, Brussels, 6. 6. 2011 COM(2011) 308 final) 2013년부터 시작하여 2년에 한 번씩 작성될 것이며 EU의 독자적인 부패상황에 대한 평가도구로서의 역할을 할 것이다.

26) GRECO는 1999년 유럽평의회(the Council of Europe)가 회원국의 반부패 대처능력을 향상하기 위해 1999년 부패에 관한 형법협약(Criminal Law Convention on Corruption) 및 동협약에 따른 부패에 관한 국가그룹을 설정하는 협정(an Agreement establishing the Group of States against Corruption (GRECO))을 체결함으로써 설립되었다. 이 외에 GRECO를 구성하는 협약으로서는 부패에 관한 형법협약에 따른 추가의정서(2003년 채택), 1999년 채택된 부패에 관한 민사협약(Civil Law Convention on Corruption) 및 유럽평의회 각료위원회 결정으로

도 가입되어 있기 때문에 당연히 EU에만 초점을 맞추어 평가할 수가 없고, 정부조달분야와 같은 특화된 부분에 있어서 각 회원국간 비교 평가도구가 없으며 회원국간 교육 및 모범사례 발굴과 같은 프로그램이 없기 때문이다. 둘째로는 동 보고서가 정당의 재정에 대한 법적 제도적 틀을 마련하는데 중요한 변화를 이끌어 내기도 하였으나 부패의 체계적 문제점을 지적하고 밝혀내는 데는 한계가 있었기 때문이다. 이를테면 2003년에서 2006년 사이에 실시된 GRECO의 두 번째 평가보고서에서는 2007년 이후의 유럽의 재정적 위기와 관련된 부패스캔дал을 밝혀내거나 그 문제점의 심각성에 대해서 전혀 예고하지 못하였다. 셋째로는 특히 2007년부터 시작된 유럽의 국가재정위기 상황시 위기에 대한 경보를 제때 발휘하지 못하여 EU 전체를 위기에 빠뜨린 과오에 대한 반성으로서 모든 회원국의 이행상황을 평가할 수 있는 지수 개발을 집행위원회에 의무지웠기 때문에 이에 부응하여 집행위원회가 반부패보고서(EU Anti-Corruption Report)라는 자체적인 통제 장치를 개발한 것이다. 그러므로 반부패보고서는 향후에는 더 큰 위기로 진화하기 전에 사전경보를 발할 수 있는 위기경보기(crisis alert)로서의 역할을 담당하도록 고안된 장치(mechanism)라고 할 수 있겠다.

그리고 EU 반부패보고서는 회원국 정부의 부담을 덜어주기 위해서 또 중복을 회피하기 위해서 기존의 반부패 국제기구가 정한 최소한의 기준을 바탕으로 하고 있다. 그러므로 EU 반부패보고서는 이러한 국제기구와의 협력에서 얻어진 자료와 지표를 바탕으로 새로운 지표를 계속 개발하는 것이 예정되어 있다.²⁷⁾ EU 반부패보고서에서 사용되는 대표적인 지표로서는 부패인식지수, 부패행위와 관련된 조사대상자의 행동지수, 부패와 관련된 범죄 물건 등의 압수 및 몰수 등을 포함한 형사사법통계 등이며, 반부패보고서는 이러한 지표들의 정량적 분석을 바탕으로 부패의 트렌드와 결과에 대해 정성적 분석을 시도하고 있다.

그리고 동 보고서에는 EU 집행위원회가 모든 회원국의 이행상황을 점검하여 회원

채택된 20개 반부패 지도원리(the Twenty Guiding Principles against Corruption)가 있다. 현재 회원국은 49개국이며(유럽국가 48개국과 미국이 회원국으로 참여하고 있다) 각 회원국은 총회에서 투표권을 가지는 2명의 대표를 선임한다. EU는 EU 자체의 반부패 장치를 개발할 뿐만 아니라 GRECO에 참여하는 정책도 동시에 펴고 있다. 즉 유럽연합운영조약(TFEU) 제 83조 제1항에서는 부패행위는 회원국 혼자 방어할 수 있는 것이 아니라 국경을 초월해서 이루어지는 심각한 범죄이기 때문에 EU 전체 차원에서 부패의 정의 및 그 형벌에 대한 최소한의 기준을 지침(directive)으로 정할 것을 규정하고 있고, 또한 동조 이하에서는 전체 회원국이 이러한 부패범죄에 서로 협력할 사항에 대해서 상세하게 규정되어 있다. 이러한 GRECO는 EU 전회원국이 참여하는 현존하는 가장 포괄적인 감시 기구로서 현재 EU의 반부패법제의 기준을 제시하고 있다. 한편 특정한 영역에서 EU와 관련되는 범세계적인 반부패 평가도구로서는 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지에 관한 OECD 협약(The OECD's Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions), 국제투명성기구가 발간하는 진행상황에 대한 제7차 연례보고서(The Seventh Annual Progress Report) 및 부패에 관한 UN협약(UN Convention against Corruption(UNCAC)) 등이 있다.

27) EU반부패보고서는 GRECO라든지, OECD의 뇌물방지협약 또는 UN반부패협약등 기존의 반부패기구에서의 참여 및 협력에 의해서 획득한 관련 자료 및 정보를 토대로 하고 있으므로 상기 반부패기구에서의 참여는 매우 중요하다(COM(2011) 307 final, p. 3-4).

국의 취약성을 보완하고 회원국의 공약을 확인하며, 또한 회원국 상호간 협력과 교육에 매진하고, 부패방지를 위한 모범사례를 발굴하여 전체 회원국이 공유하며, EU의 재정적 이익을 침해하는 부패에 대응하는 반부패 전략의 채택 및 기존 반부패전략의 개선책을 회원국이 채택하도록 권고하는 내용들이 담겨져 있다.

III. EU 회원국의 국내법 이행상황

아래에서는 EU내에서도 반부패법제의 국내법 이행상황이 잘 이루어지고 있는 영국, 독일 및 프랑스의 반부패법제에서 규정하고 있는 부정청탁과 금품수수간 규정을 살펴보고 우리 법제에서 시사점으로 삼을 바가 있는 지를 살펴보기로 한다.

1. 영국

영국은 반부패 노력을 19세기부터 전개시켜온 국가로서 전통적으로 공무원에게 높은 도덕적 청렴의무를 부과해온 국가이지만, 기존 부패방지법들이 통일성이 결여되었다는 비판과 국제화시대의 요구에 부응하기 위하여 2010년 뇌물법(The Bribery ACT)이라는 새로운 부패방지법을 제정하였는데, 동 법은 OECD 반뇌물협약에서 규정하고 있는 입법기준을 넘어서는 법률이기 때문에 동 법의 도입으로 인해 부패방지법에 관해서는 영국은 세계에서 가장 엄격한 국가가 되었다.²⁸⁾

영국 뇌물법(the Bribery ACT, 2010)은 제1조에서 5조까지 일반뇌물죄²⁹⁾를, 제6조에서는 외국공무원에 대한 뇌물공여죄를 규정하고 있고 제7조에서 제9조까지에서는 영리단체의 뇌물죄 적용에 관해서 규정하고 있다.³⁰⁾ 그리고 제10조 이하에서는 기소 및 처벌과 영리단체의 부패예방을 위한 뇌물법 이행지침 및 부록으로 2010년 뇌물법 관련 사례를 규정하고 있다. 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

(1) 증거죄

28) EU 집행위원회가 실시한 부패인식지수 설문조사에서 영국 국민 응답자의 64%가 부패가 만연하다고 응답하였고(EU 평균은 76%), 응답자의 63%는 고위층의 부패가 잘 드러나지 않는다고 하였다(2013 Special Eurobarometer 397); 한편 뇌물을 제공한 경험이 있는가에 대해서는 영국의 경우에는 그러한 경험이 전혀 없다(0%)고 응답하였으나(EU 평균은 4%), 뇌물을 제공한 자를 알고 있느냐는 질문에는 7%가 그렇다고 응답하였으며, 응답자의 15%가 사업수행에 있어 부패가 문제된다고 답하였다(2013 Flash Eurobarometer 374.)

29) 제1조에서는 뇌물 공여죄를, 제2조에서는 뇌물 수수죄를, 제3조에서는 뇌물과 관련된 직무 또는 활동에 관해서, 제4조에서는 뇌물과 관련된 직무 또는 활동의 부적절한 수행에 관해서, 그리고 제5조에서는 기대기준에 관해서 규정하고 있다.

30) 제7조에서는 영리단체의 뇌물예방 실패에 대해서, 제8조에서는 관련자의 의미에 대해서 제9조에서는 영리단체의 뇌물제공 예방을 위한 지침에 관해서 규정하고 있다.

제1조에서는 증뢰죄에 대해서 규정하고 있다. 첫째로, 동 조 (2) 1 (a)에서는 뇌물제공자가 타인에게 경제적 이익 혹은 기타 이익을 제의, 약속 또는 제공하는 경우에는, (b)에서는 뇌물제공자가 그러한 이익을 통해 (i) 관련된 직무 또는 활동을 부적절하게 수행하도록 타인을 유도하거나, (ii) 그러한 직무 또는 활동의 부적절한 수행에 대해 타인에게 보상하는 의도를 가지고 있을 경우에, 둘째로는 동 조 (3) 2 (a)에서는 뇌물제공자가 타인에게 경제적 이익 혹은 기타 이익을 제의, 약속 또는 제공하는 경우에는, (b)에서는 뇌물제공자가 이익의 수수 그 자체가 관련된 직무 또는 활동의 부적절한 수행에 해당 한다는 사실을 알고 있거나 믿고 있을 경우에 범죄가 성립한다. 또한 동 조에서는 수뢰자와 직무상 행위자 등이 동일인인지 여부는 관계가 없음을 규정하고 있고, 넷째로는 증뢰자 자신이 직접 또는 제3자를 통해 이익을 제의, 약속 또는 제공했는지 여부는 범죄의 성립에 영향을 끼치지 않음을 규정하고 있다. 제1조의 행위주체는 꼭 공무원일 것을 요하지 않고 직무와 관련하여 뇌물을 제공하려는 의사가 있으면 인정된다.

(2) 수뢰죄

동 법 제2조에서는 수뢰죄를 규정하고 있는데 수뢰죄도 증뢰죄와 마찬가지로 행위의 주체가 공무원일 것을 요구하지 않고 제한이 없다. 즉 동 법 제2조(2)에서는 누구라도 그 대가로 관련된 직무 또는 활동을 직접 또는 제3자에 의해 부적절하게 수행할 의도로 경제적 이익 혹은 기타 이익을 요구하거나, 제공받기로 동의하거나, 제공받으면 수뢰죄가 성립한다. 그러므로 이러한 영국의 부정방지법은 그 적용대상이 공공영역 뿐만 아니라 민간영역에도 적용이 되고 그 뿐만 아니라 뒤에서 보는 바와 같이 외국공무원 또는 외국 기업의 임원에까지 광범위하게 적용되고 있어서 세계 어느 국가보다 엄격한 법이라고 할 수 있다.

한편 뇌물수수자가 경제적 이익 혹은 기타 이익을 요구하거나, 제공받기로 동의하거나, 제공받으면, 그러한 경제적 이익 또는 기타 이익의 요구, 수수의 동의 또는 수수 그 자체가 뇌물수수자가 관련된 직무 또는 활동을 부적절하게 수행하는 것에 해당하며, 제 2조(6)(a)에서는 뇌물수수자가 직접 또는 제3자를 통해 이익을 요구하거나, 제공받기로 동의하거나, 제공받았는지(또는 그렇게 할 예정인지) 여부, (b) 그 이득이 뇌물수수자 자신 또는 타인을 위한 이익인지(또는 이익이 될 것인지) 여부 뿐만 아니라 동 조 제 (7)에서는 뇌물수수자가 직무 또는 활동이 부적절하게 수행되었다는 점을 알고 있거나 믿었는지 여부는 범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다. 또한 뇌물수수자가 아닌 제3자가 직무 또는 활동을 수행한 경우, 그 사람이 직무 또는 활동이 부적절하게 수행되었는지를 알고 있거나 믿었는지 여부도 범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다.

(3) 직무관련활동

동 법 제3조에서는 직무관련 활동에 대해서 규정하고 있는데 직무관련 활동이란 (a) 공적인 성질을 갖는 직무 (b) 사업과 관련된 활동 (c) 고용관계와 관련하여 수행한 활동 (d) 단체(법인 또는 비법인)에 의하여 또는 이를 대리하여 수행한 활동 중 하나 이상의 활동이면 직무와 관련한 활동으로 인정된다. 한편 동 조 제 (6)항에서는 (a) 영국과 관련이 없는 경우 (b) 영국 이외의 국가 또는 영토에서 수행되는 경우에도 직무관련활동으로 인정하고 있다.

그러므로 제3조에 와서는 그 적용범위가 더욱 확장되는데 즉 영국 국민이면 기업이든 그렇지 않든지 영국 내에서든 영국 외에서든 직무관련 있는 금품을 수수하는 경우에는 모두가 적용된다.

(4) 부적절한 직무활동 및 기대기준

제4조에서는 뇌물과 부적절한 직무활동에 대해서 규정하고 있다. 동 조에 따르면 부적절한 직무활동이란 관련된 직무 또는 활동이 관련된 기대³¹⁾에서 벗어나 작위 또는 부작위할 경우 해당 직무 또는 활동은 부적절하게 수행된 것을 말한다.

또한 기대기준이란 제5조에 따르면 해당 유형의 직무 또는 활동의 수행과 관련하여 영국 내의 합리적인 사람이 기대하는 수준을 말하며, 그 직무 또는 활동의 수행과 관련하여 합리적인 사람의 기대를 판단할 때 명문의 규정이 없을 경우에는 그 해당 지역의 관습이나 관행을 고려하여서는 안 된다.³²⁾

(5) 외국공무원에 대한 뇌물 제공 및 영리단체(법인)에 대한 뇌물죄 적용

사업 또는 사업활동상의 이익을 획득 또는 유지할 목적으로 해당 외국공무원에게 외국공무원으로서의 직무에 영향을 미칠 목적으로 뇌물을 제공하면 뇌물죄에 해당된다.³³⁾ 여기서의 외국공무원에는 공공국제기구의 직원 또는 대리인도 포함된다.³⁴⁾ 한편 제7조에 따르면 법인(기업)과 관계있는(associated) 자가 해당법인의 사업 획득 또는 유지 및 영리단체를 위한 사업의 수행에 있어 이익의 획득 또는 유지를 목적으로 타인에게 뇌물을 제공한 경우 법인에 대해서도 뇌물죄를 적용할 수 있도록 규정하고 있다.³⁵⁾ 단 법

31) 관련된 기대란 (a) 조건 A 또는 B를 충족하는 직무 또는 활동과 관련하여, 해당 조건에서 언급된 기대를 말하며, (b) 조건 C를 충족하는 직무 또는 활동과 관련하여, 해당 조건에서 언급된 고도의 신뢰성과 책임성이 요구되는 지위에서 비롯된 직무 또는 활동의 수행방식 또는 수행이유에 관한 기대를 말한다(제 4조 참조).

32) 다만 해당 국가 또는 영토에 적용되는 성문법에서 허용하거나 요구하는 경우에는 그러지 아니한다.

33) 제6조 (1), (2) 참조.

34) 제6조 (6) 참조.

35) 제7조 (1) 참조.

인이 법인과 관계있는 자³⁶⁾의 뇌물제공을 예방하기 위해 마련된 적절한 절차를 시행하고 있다는 사실을 입증하면 면책될 수 있도록 예외조항을 마련하고 있다.³⁷⁾ 또한 제9조에서는 영리단체가 뇌물제공을 예방하기 위해 마련할 적절한 조치를 취할 수 있도록 하기 위해 국무장관이 뇌물제공 예방을 위한 지침을 발행할 것을 규정하고 있다.

이상 상술한 바와 같이 영국의 부패방지법은 기존의 뇌물죄에 관한 형법에 새로이 외국공무원에 대한 뇌물죄 및 기업의 형사책임을 폭 넓게 인정하는 내용을 추가한 것이다. 즉 동 법은 EU의 기존의 뇌물죄 영역(능동적 부패와 수동적 부패) 뿐만 아니라 대가관계가 없는 부정이익수수죄도 규정하고 있으며,³⁸⁾ 특별히 외국공무원에 대한 뇌물죄를 도입하였고,³⁹⁾ 더구나 기업의 형사적 책임까지도 묻고 있다. 영국은 부정청탁만을 범죄로 규정하고 있지는 않지만 전통적으로 뇌물죄에 대한 구성요건에서 대가성을 엄격하게 요구하지 않고 직무관련성만 있으면 뇌물죄를 인정하여 왔는데, 우리의 부정청탁금지법안에서 규정하고 있는 직무관련성 및 대가성 여부 유무와 관련하여 살펴보면, 우리의 부정청탁금지법안은 대가성은 물론 직무관련성이 없더라도 금품수수가 있으면 형사처벌하는 입장을 취하고 있으므로 부패에 관한 한 세계에서 가장 엄격한 기준을 갖고 있다고 하는 영국의 법제보다도 더욱 엄격함을 알 수 있다.

2. 독일

독일의 경우에는 연방차원에서 일괄적으로 체계화된 반부패법이 존재하지는 않고 부정청탁 및 금품수수에 관해서는 연방형법에서 대체적으로 규정하고 있으며, 공무원의 이해충돌방지는 개별 주 차원에서 부패등록부(법률 또는 행정규칙으로 제정)를 통해 규제하고 있다는 점이 특색이다. 이하에서 자세하게 논의하기로 한다.

(1) 형법상 뇌물죄 및 부정이익수수죄

36) 예를 들어 영리단체의 직원, 대리인, 자회사가 될 수 있다. 관계자의 정의에 대해서는 제8조 참조.

37) 제7조 (2) 참조.

38) 부정부패에 관한 다양한 유형의 입법을 가지고 있는 미국의 경우에도 뇌물죄는 공무원(공무 위탁사인 포함)을 주체로 한다는 점에서 기본적으로 우리 형법의 태도와 같으며, 공무수행의 적절한 대가로서 직간접적으로 공무원이 집행한 또는 집행할 공무에 대해 가치 있는 무엇인가를 제공한 때에 성립하는 일명 부정이익(illegal gratuities) 수수죄와 직접적인 대가관계 및 주관적 구성요건으로 부패의도(corrupt intent)를 요구하는 뇌물죄를 구분하고 있으나 이 역시 직무관련성을 요구하고 있다. 다시 말해서 뇌물죄와 부정이익수수죄의 근본적 차이는 뇌물죄는 직무관련성과 대가성이 엄격하게 요구되는데 반하여 부정이익수수죄는 대가성이 없더라도 직무관련성만 있다면 그 죄를 인정할 수 있다는 것이다. 이러한 뇌물죄와 부정이익수수죄의 형량은 상당히 차이가 있는데 뇌물죄는 15년 이하의 징역 또는 25만달러 이하의 벌금 또는 수수액의 3배중 더 큰 금액이며, 부정이익수수죄는 2년 이하의 징역 또는 25만 달러 이하의 벌금이며 이 둘을 병과할 수 있도록 규정하고 있다; 이유봉, 공직부패 종합대책으로서의 ‘부정청탁 및 이해충돌방지법안’에 대한 분석연구, 한국법제연구원, 2012, 177면

39) 특히 2011년 영국에서는 외국공무원 매수행위와 관련하여 23건이 기소되었다.

독일의 경우에는 전체적으로는 독일형법 제331조 이하에서 EU 반부패법제를 국내법으로 수용하였다. 즉 독일형법 제331조에서 제334조에 걸쳐서 뇌물죄 및 부정이익수수죄를 규정하고 있는데, 독일 형법 제331조(부당이익수수죄-Vorteilsannahme)⁴⁰⁾ 및 제333조(부정이익공여죄-Vorteilsgewährung)⁴¹⁾는 대가성 없이 직무관련성 있는 이익의 요구, 약속, 수수, 제안 및 공여를 규정하고 있으며, 제332조(수뢰죄-Bestechlichkeit)⁴²⁾ 및 제334조(증뢰죄-Bestechung)⁴³⁾는 직무관련성과 대가성을 동시에 요구하고 있는 조

- 40) 독일형법 제331조: 이익 수수(Vorteilsannahme) ① 공무를 실행하기 위해서 자신이나 제3자를 위하여 이익을 요구, 약속하도록 하거나 수령하는 공직자 또는 공적인 업무에 특별하게 의무가 지워진 자는 최고 3년의 자유형 또는 벌금형에 처해진다. ② 재판관의 행위를 했거나 장차 하는 것에 대하여 자기 자신이나 제3자를 위하여 이익을 요구, 약속하게 하거나 수령한 재판관 또는 중재재판관(Schiedsrichter)은 최고 5년의 자유형 또는 벌금형에 처해진다. 그러한 시도도 처벌될 수 있다.
- 41) 독일형법 제333조: 이익공여(Vorteilsgewährung) ① 공직자, 공적인 업무에 특별하게 의무가 지워진 자, 연방군대의 군인에게 업무의 실행에 대해 본인이나 제3자에게 이익을 제공, 약속 또는 보장한 사람은 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해진다. ② 재판관 또는 중재재판관에게 본인이나 제3자를 위하여 재판적인 행위를 취했거나 취할 것에 대한 반대급부로서 이익을 제공, 약속, 보장한 사람은 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해진다.
- 42) 독일형법 제332조: 뇌물수수(Bestechlichkeit) ① 업무행위를 했거나 장차 하는 것에 대하여 또는 그의 업무행위를 통하여 업무상 의무를 위반했거나 장차 위반하려는 것에 대하여 자기 자신이나 제3자를 위하여 이익을 요구, 약속하게 하거나 수령한 공직자 또는 공적인 업무에 특별하게 의무가 지워진 자는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처해진다. 1문의 경우보다 경한 사건의 경우에는 최고 3년의 자유형 또는 벌금형에 처해진다. 그러한 시도도 처벌될 수 있다.
- ② 재판관의 행위를 했거나 장차 하는 것에 대하여 또는 그의 업무행위를 통하여 업무상 의무를 위반했거나 장차 위반하려는 것에 대하여 반대급부로서 자기 자신이나 제3자를 위하여 이익을 요구하거나, 약속하게 하거나 수령한 재판관 또는 중재재판관은 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처해진다. 1문의 경우보다 경한 사건의 경우에는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처해진다.
- ③ 장차의 행위를 위한 반대급부로서의 이익을 범인이 요구하거나 약속하게 하거나 수령하였다면 제1항과 제2항은 그 사람이 다른 사람에 대하여 이미 다음과 같은 것을 나타냈을 때 벌써 적용될 수 있다,
- a) 행위를 함에 있어 그의 의무를 위반하는 것
- b) 그 행위가 그의 재량에 속한 것인 한 그의 재량행위를 함에 있어 이득을 통하여 영향을 행사하도록 하는 것
- 43) 독일형법 제334조: 증뢰매수(Bestechung) ① 공직자, 공적인 업무에 특별하게 의무가 지워진 자, 연방군대의 군인에게 업무의 실행에 있어 그가 업무상의 행위를 했거나 장차 하려거나 또는 그를 통해 업무상의 의무를 위반했거나 위반하려는 것에 대한 반대급부로서 본인이나 제3자에게 이익을 제공, 약속 또는 보장한 사람은 최소 3개월 최고 5년의 자유형에 처해진다. 덜 중요한 경우에는 최고 2년의 자유형 또는 벌금형에 처해진다.
- ② 재판관 또는 중재재판관에게 그가 재판적인 행위를 ① 취하고 이를 통하여 그의 재판상의 의무를 위반하였거나, ②장차 그렇게 하여서 재판상의 의무를 침해하려 행위를 위하여 본인이나 제3자를 위하여 반대급부로서 이득을 제공, 약속 또는 보장한 사람은 ①의 경우에는 최소 3개월 최고 5년의 자유형에, 그리고 ②의 경우에는 최소 6개월 최고 5년의 자유형에 처해진다. 그러한 시도도 처벌될 수 있다.
- ③ 범죄자가 장차의 행위를 위한 반대급부로서 이익을 제공, 약속 또는 보장한다면, 이때에는 그가 다른 사람에게 i) 행위함에서 그의 의무를 위반하거나, ii) 그 행위가 그의 재량에 속하는 한에서는 이익을 통하여 재량행사에 영향을 끼치게 결정을 하도록 시도를 할 때 본조 제1항과 제2항이 적용될 수 있다.

항이다. 후자의 경우가 뇌물죄에 해당하며, 전자의 경우에는 부정이익수수죄가 적용된다.⁴⁴⁾ 또한 수뢰죄나 증뢰죄에 있어서 이익이 큰 규모이거나, 계속적으로 이익을 수수한 경우, 단체의 구성원으로 수뢰나 증뢰행위를 계속할 때에는 형을 가중시키는 제335조를 두고 있다. 제331조 및 제333조의 행위주체는 공무원이어야 하나 제332조 및 제334조에 있어서는 그 행위주체에 제한이 없다.

(2) 부패방지법상 부정이익수수죄

연방차원에서 부패의 예방과 척결을 위한 입법의 노력은 우선 1997년 부패방지법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption(1997)’을 들 수 있다. 이 법률은 주로 형법과 공무원직무법(Beamtenstatusgesetz)을 개정 대상으로 하고 있는데, 그 중에서도 특히 공모에 있어서 경쟁을 제한하는 협상의 금지와 거래에 있어서 부정이익증수뢰행위의 금지를 형법에 도입하는 것이었다. 즉 기존의 형법에서 규정하고 있던 ‘특정한 결과를 원해서 하는 목표지향적 협력’을 입증할 필요없이 다시 말해서 대가관계와 상관없이 직무수행과 관련한 금품등 수수행위를 이익수수죄로 규정하여 형사처벌하는 등 ‘특정 업무와 관련해서’ ‘뇌물을 주고 받은 행위 자체’를 처벌 대상으로 규정하고 있다. 이와 같이 독일의 경우에도 뇌물죄와 별도로 부당이익수수죄를 규정하고 있지만 뇌물죄와 부당이익수수죄 모두 ‘직무관련성’을 구성요건으로 요구하고 있음을 알 수 있다.⁴⁵⁾

(3) 선출직 공무원에 대한 뇌물죄 적용 제외

독일 형법에 따르면 공무원이 뇌물을 수수하면 뇌물죄에 해당하지만, 의회 의원이나 기초의회 의원은 형법상 뇌물죄가 적용되는 공무원(Amtsträger)에 들지 않으므로 뇌물죄가 적용되지 않는다.

독일에서 선출직 공무원(Wahlbeamte) 즉 위임대표(Delegate-유럽의회 의원, 연방의회 또는 주의회 의원, 자치구의회 의원 등)는 본래의 자유위임행위를 하는 한에 있어서는(입법활동에 관여하는 한) 뇌물죄가 적용되지 않는다. 단 표를 매수하는 행위는 형법

44) 직무관련성과 대가성을 동시에 요구하는 제332조(수뢰죄-Bestechlichkeit)와 제334조(증뢰죄-Bestechung)는 EU의 수동적 부패(수뢰죄) 및 능동적 부패(증뢰죄)의 유형을 독일 형법에 도입한 것이다.

45) 한편 이러한 연장선상에서 최근 독일연방법무 및 소비자보호부(Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz)가 개정연구초안으로 부패방지법초안(Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption)을 발의하였다(Artikel 1 Nummer 5 dieses Gesetzes dient der Umsetzung der Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. August 2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, Abl. L 218 vom 14.8.2013, S. 8; Artikel 1 Nummer 14 dieses Gesetzes dient der Umsetzung der Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, Abl. L 328 vom 6.12.2008, S. 28).

제108조 e에 해당되어 형사적 책임을 진다.⁴⁶⁾ 이러한 이유는 선거운동을 위한 현금도 이익 내지 수혜로 간주되어 뇌물죄가 적용되기 때문이다. 즉 선출직 공무원들은 선출직 공무원 또는 그들이 소속된 정당이 선거운동을 위해 현금을 받는 것이 적법함에도 불구하고, 현직에 있는 의원이 현금을 받는 것은 뇌물죄가 적용될 여지가 있으므로, 현직에 있는 의원들은, 선거운동을 위해 현금을 받을 수 있는 현직에 있지 않은 후보자보다 불리한 위치에 처하게 된다. 이러한 이유로 인해서 현직에 있는 의원과 현직에 있지 않은 후보자간에 차별이 발생하기 때문에 의회 의원(지방자치단체 의원 포함)을 공무원에 포함시키지 않고 있으며 이러한 해석은 독일연방법원에 의해서도 지지되고 있다.⁴⁷⁾

한편 이러한 의회 의원의 자유위임행사를 독일기본법 제38조에서 보장하는 것이 독일이 아직까지 유럽평의회 형법협약과 UN반부패협약을 비준하지 못하는 이유 중의 하나이다.⁴⁸⁾ GRECO는 이러한 독일의 현실에 대해 의회의원에게도 부패와 관련한 형사적 책임을 인정하게끔 법률을 개정하도록 권고하고 있으나 현재까지 이에 대해 별다른 진전이 없었다.⁴⁹⁾

3. 프랑스

(1) 형법상 뇌물죄 및 부정이익수수죄

프랑스는 2007년 GRECO와 OECD의 권고를 따라 강도 높은 반부패규정을 형사법에 도입하였다.⁵⁰⁾ 즉 부패와 관련한 7개의 범죄 구성요건을 모두 받아들였고,⁵¹⁾ 부당한 영

46) 독일 형법 제108조 e에서는 의원의 매수를 벌하고 있으며, 동조 b에서는 선거인 매수를 처벌하고 있는데, e나 b에서의 행위주체에는 제한이 없다.

47) Federal Court of Justice, judgment of 9 May 2006-5 StR 453/05; “Municipal mandate holders are not public officials if they are not entrusted with concrete administrative tasks over and above the exercise of their free mandate in the municipal assembly and the concomitant tasks.”

48) 선출직 공무원에 대한 독일 형법의 이러한 태도는 UN반부패협약 제15조와 배치된다. 동 협약 제15조는 ‘UN 조국가조직범죄방지협약’을 따라서 능동적 부패와 수동적 부패를 규정하고 있다.

49) GRECO (2009) Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on Incriminations (Theme I), Strasbourg, para. 107 (“major lacuna”) and para. 123; GRECO (2011) Third Evaluation Round, Compliance Report on Germany, paras. 15-24.

50) Loi no. 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative la lutte contre la corruption <http://www.textes.justice.gouv.fr/lois-et-ordonnances-10180/loi-relative-a-la-lutte-contre-la-corruption-13707.html>; 한편 EU 집행위원회가 실시한 부패인식지수 설문조사에서 프랑스 국민 응답자의 68%가 부패가 만연하다고 응답하였고(EU 평균은 76%), 이들 중 62%는 사업 성공의 유일한 길이 정치적 관련을 맺는 것이라고 응답하였고(EU 평균은 56%), 또한 응답자 중 58%는 뇌물수수 및 사적이익을 얻기 위한 권한남용이 정치인들 사이에서 행해진다고 응답하였다(EU 평균은 56%)(2013 Special Eurobarometer 397); 한편 뇌물을 제공한 경험이 있는가에 대해서는 응답자 중 2%만이 그렇다고 응답하였으며(EU 평균은 4%), 프랑스 경영자 중 73%가 참가하고 응답자 중 75%가 연고주의 및 부패가 사업경쟁력에 장애요소라고 답하였다(EU 평균은 69%)(2013 Flash Eurobarometer 374).

향력 행사(trading in influence)와 사법부 구성원과 관련한 범죄의 유형을 확대하였으며, 2003/568/JHA 각료회의 기본결정을 모두 국내법으로 전환하였다.⁵²⁾ 그리하여 민간 부문에서도 능동적 부패와 수동적 부패 개념을 도입하였으며, 또한 부패행위와 관련된 법인의 행정책임과 형사책임을 규정하였다. 즉 프랑스는 부정청탁금지와 금품수수금지에 대해서 특별법이 아닌 형법에서 규정하고 있다.

먼저 프랑스 형법에서 규정하고 있는 부당한 영향력 행사에 대해서 살펴보면 동 죄는 프랑스 형법전 제2장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제3절 청렴의무 위배 편 제2 뇌물 제432-11조에 규정되어 있다. 동 조항에 규정된 부당하게 영향력을 행사한 경우란 “특정대우, 고용, 시장점유 또는 여타의 유리한 결정을 공공기관으로부터 획득하려는 목적으로 공직자가 실질적 또는 잠재적인 영향력을 행사한 경우를 말한다.⁵³⁾ 동 조에 규정된 영향력의 남용은 단순한 금품수수를 넘어 일체의 유무형의 이득을 포괄하는 것으로 볼 수 있으며, 판례나 법 이론도 이를 넓게 해석하여 부정청탁을 행하는 공직자의 영향력 행사에 의한 이익이 실제로 발생하지 않더라도 장래 청탁행위의 실행을 약속하거나 동의한 것만으로도 불법행위가 성립하는 것으로 본다.⁵⁴⁾

한편 프랑스 형법전 제5장 공권력, 유럽공동체법원의 작용, 유럽공동체회원국 및 기타 외국과 국제기구에 대한 침해편 제1절 공권력에 대한 침해 중 제1관 부패와 수동적 공여물의 거래를 규정하고 있는 제435-1조 및 제435-2조의 수뢰죄 및 제3자 뇌물죄, 그리고 제2관 부패와 능동적 공여물의 거래를 규정하고 있는 제435-3조 및 제435-4조의 증뢰 및 제3자간 뇌물수수죄를 규정함으로써 민간부문에도 유럽연합 2003/568/JHA

51) 7개의 범죄 요건이라 함은 능동적 부패 및 수동적 부패의 범죄구성요건을 말한다. 구체적으로 능동적 부패(active corruption)의 구성요건으로는 1. 약속, 공여 또는 제공(Promising, offering or giving) 2. 직접 또는 중개인을 통하여(Directly or through an intermediary) 3. 지시 또는 일하는 자(A person who in any capacity directs or works) 4. 민간부문 회사를 위하여(For a private-sector entity) 5. 부당한 이익(An undue advantage) 6. 그 자 또는 제3자를 위하여(For that person or for a third party) 7. 직무에 위반하여 작위하거나 부작위할 것(Perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties)를 말하며, 수동적 부패(passive corruption)의 구성요건은 1. 요구하거나 제공받는 또는 약속을 수락하는(Requesting or receiving or accepting the promise of) 2. 직접 또는 중개인을 통하여(Directly or through an intermediary) 3. 지시 또는 일하는 동안(While in any capacity directing or working) 4. 민간부문 회사를 위하여(For a private-sector entity) 5. 부당한 이익(An undue advantage) 6. 스스로 또는 제3자를 위하여(For that person or for a third party) 7. 직무에 위반하여 작위하거나 부작위할 것(Perform or refrain from performing any act, in breach of that person's duties) 등이다.

52) COM(2011) 309 final, Second Implementation report of FD 2003/568/JHA of 6 June 2011.

53) 제432-11조 【수뢰】 공무원 등 공공사무취급자 또는 선거에 의하여 공무 위임을 받은 자가 법적 근거 없이 언제든지 직접 또는 간접으로 자신을 위해서건 타인을 위해서건 제의, 약속, 증여, 선물, 이익을 청하거나 받아들이는 경우 다음 각 호에 해당하는 때에는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처한다.

1. 재물의 수수, 요구 또는 이익의 약속의 목적이 공무의 수행 및 포기와 관련된 경우
2. 특정대우, 직업, 시장 또는 여타의 유리한 결정을 얻게끔 공직자의 실질적 또는 잠재적인 영향력을 남용한 경우<2007.11.13 개정, 법률 2007-1598>

54) 이유봉, 공직부패 종합대책으로서의 ‘부정청탁 및 이해충돌방지법안’에 대한 분석연구, 한국 법제연구원, 2012, 153면-154면.

각료회의의 기본결정을 받아들여 능동적 부패와 수동적 부패 개념을 도입하여 시행하고 있다.⁵⁵⁾

독일 형법과 달리 프랑스 형법은 행정부처 공무원이 사법공무원보다 더 중하게 처벌 받고 있으며 선출직 공무원과 임용직 공무원을 구별하지 않는 입장을 취하고 있다. 또한 프랑스 형법전에 규정된 대로 특별히 수뢰죄와 부정이익수수죄를 구별하고 있지 않고 같은 유형으로 다루고 있다는 점도 독일 형법과는 틀린 점이다.

(2) 외국공무원에 대한 뇌물제공

외국공무원에 대한 뇌물공여죄에 대해서는 프랑스는 사실 EU나 OECD의 권고를 크게 따르지 않고 있다. 왜냐하면 외국공무원에 대한 뇌물공여죄를 처벌하기 위해서는 프랑스 법과 당해 외국국가의 형법을 동시에 위반하여야 하는 이중기준(dual criminality)이 적용되기 때문이다. 그러므로 동 사안에 대해 처벌받은 사례는 거의 없다.⁵⁶⁾

55) 제435-1조 【수뢰】 공권력의 수탁자, 공무담당자 또는 외국의 선거를 통한 공무를 부여받은 자가 자신을 위해서든 타인을 위해서든, 권한 없이, 언제든지, 직접적 또는 간접적으로, 그의 직무나 사명 또는 재임, 임무를 통한 수월성에서 비롯하여 행위를 수행하거나 또는 반대로 그러한 수행을 자제할 목적으로 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 청원하거나 그러한 이익을 수락하는 때에는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처한다.<2007.11.13. 개정, 법률2007-1598>

제435-2조 【제3자간 뇌물수수】 그 주체가 누구이건 언제든지, 직접적 또는 간접적으로, 자신의 실질적 또는 잠재적인 영향력을 남용하여 특정대우, 직업, 거래나 공권력의 수탁자, 공무담당자 또는 외국의 선거를 통한 공무를 부여받은 자의 원래의 결정과 다른 결정을 취득하기 위한 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 제3자에게 청원하거나 그러한 이익을 수락하는 경우에는 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금에 처한다. <2007.11.13. 개정, 법률 2007-1598>

제435-3조 【증뢰】 ① 공권력의 수탁자, 공무담당자 또는 외국의 선거를 통한 공무를 부여받은 자에게 권한 없이, 직접적 또는 간접적으로, 그의 직무나 사명 또는 재임, 임무를 통한 수월성에서 비롯하여 행위를 수행하거나 또는 반대로 그러한 수행을 자제할 목적으로 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 제의 하는 때에는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처한다.

② 누구든지, 직접적 또는 간접적으로, 권한 없이 본조 제1항에 규정된 자의 직무나 사명 또는 재임, 임무를 통한 수월성에서 비롯된 한 행위를 수행하거나 또는 반대로 그 수행을 자제할 목적으로 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 청원하는 본조 제1항에 규정된 공무담당자의 요구에 따른 때에도 전항과 동일한 형에 처한다.<2007.11.13. 개정, 법률 2007-1598>

제435-4조 【제3자간 뇌물수수】 ① 그 주체주체가 누구이건 언제든지, 자신의 실질적 또는 잠재적인 영향력을 남용하여 직접적 또는 간접적으로, 자신을 위해서건 타인을 위해서건 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 제3자에게 권한 없이 제의하여, 특정대우, 직업, 거래 또는 공권력의 수탁자, 공무담당자 또는 국제공공기구의 공무를 수행하는 자의 원래의 결정과 다른 결정을 취득하려 한 때에는 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금형에 처한다.

② 그 주체가 누구이건 언제든지, 자신의 실질적 또는 잠재적인 영향력을 남용하여 직접적 또는 간접적으로, 자신을 위해서건 타인을 위해서건 제의, 약속, 증여, 선물 또는 어떠한 이익의 제공을 하여 본조 제1항의 공무담당자로 부터 특정대우, 직업, 거래 또는 공무담당자 본연의 결정과 다른 유리한 결정을 취득하려는 자의 요구에 따른 제3자도 전항과 동일한 형에 처한다.<2007.11.13. 개정, 법률2007-1598>

56) Phase 3 report on implementing the OECD Anti- Corruption Convention on France,

IV. 우리 ‘부정청탁금지법안’의 입법 방향에 주는 시사점

우리 형법상 뇌물죄에 관한 구성요건의 체계는 형법 제129조 제1항에서 규정하는 수뢰죄⁵⁷⁾와 동조 제2항에서 규정하고 있는 사전수뢰죄⁵⁸⁾를 근간으로 하여 형법 제130조의 제3자뇌물제공죄, 제131조 제1항의 수뢰후부정처사죄 및 동조 제2항의 사후수뢰죄, 제132조의 알선수뢰죄, 제133조의 뇌물공여등죄 및 증뢰물전달죄를 더하고 있다. 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조에서는 수뢰죄(사전수뢰죄 포함) 및 알선수뢰죄를 수뢰금액에 따라 가중처벌하고 있으며, 동법률 제4조에서는 뇌물죄의 적용대상을 정부관리기업체의 간부직원에게까지 확대하고 있다.

현재 ‘부정청탁금지법안’에서 논의가 되고 있는 주요 쟁점 중 본고가 연구의 대상으로 삼은 것은 ‘직무관련성’ 및 ‘대가성 여부’를 요구하지 않는 ‘부정청탁금지법안’을 EU 법제와 비교하여 그 타당성을 고찰하는 것이었다. 그간 동 법안의 제정 당위성에 대하여는 크게 반대하지는 않지만 형법에서 요구하는 구성요건을 삭제하는 특별법을 새로이 제정하는 것이 과연 범죄와 형벌간 비례의 원칙이나 전체적인 법체계적 정합성에 타당한 것인지 하는 의문이 형법학계를 주축으로 있어왔다.⁵⁹⁾ 또한 현재 판례에서는 ‘대가성 및 직무관련성 여부’를 매우 폭넓게 인정하는 취지이기 때문에⁶⁰⁾ 판례의 해석을 폭넓게 활용한다면 그 입법목적은 달성될 것이라는 이유에서 ‘부정청탁금지법안’의 제정에 반대하는 입장도 기본적으로는 같은 의견이었다. 또한 범죄에 관한 기본법인 형법에서 정하고 있는 뇌물죄의 구성요건을 특별법에서 삭제한다면 형법에서 규정하고 있는 본조의 존재이유가 크게 퇴화되며 이는 결국 실질적으로 법률의 명확성원칙을 저해할 것이라는 우려도 결국 상기의 입장과 유사한 것이라고 할 수 있다.

한편 EU 집행위원회가 부패와 대항하기 위해서 회원국에 관해 강력히 권고하는 사

October 2012., Recommendations and follow up on France (2012).

57) 형법 제129조 제1항은 “공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구, 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다”고 규정하고 있다.

58) 형법 제129조 제2항에서는 “공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다”고 규정하고 있다.

59) 이상현, 부정청탁 및 이해충돌 방지 관련 영국법제 연구와 그 시사점, 형사법연구 제24권 제3호, 2012.9; 이성기, 미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구, 미국헌법연구 제23권 제2호, 2012.8.

60) 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반 행위나 청탁의 유무 및 금품수수 시기와 직무집행 행위의 전후를 가리지 아니한다 할 것이고, 따라서 뇌물죄에서 말하는 ‘직무’에는 법령에 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 포함한다; 94도3022 판결.

항은 바로 1997년 공무원 관련 반부패협약 및 2003년 각료회의 기본결정의 국내법으로의 조속한 전환이었다. 즉 EU는 부패행위에 있어 능동적 부패와 수동적 부패 개념을 공공부문에 먼저 도입하고 이러한 부패개념을 민간부문에까지 확대적용하며 더 나아가 외국공무원에 대한 뇌물죄에까지 적용하자는 것이다. 즉 이러한 EU 반부패법제는 일찍부터 ‘직무와 관련하여’ ‘자신 또는 제3자를 위하여’ 뇌물을 제공(약속) ‘하’는 능동적 부패와 ‘직무와 관련하여’ ‘자기 또는 제3자를 위하여’ 뇌물을 제공 ‘받’는 수동적 부패를 규정하고, 이러한 능동적 부패와 수동적 부패행위를 공공부문 뿐만 아니라 민간부문에까지 적용시키고, 이에 더하여 외국공무원의 뇌물공여에까지 확대적용하는 것이 그 기본틀이다. 현재 우리의 ‘부정청탁금지법안’의 ‘직무관련성 및 대가성 여부’를 요구하지 않는 조항은 EU 법제와 비교하여서도 매우 엄한 조항임에는 틀림없다고 할 것이다. 다시 말해서 ‘부정청탁금지법안’의 원안을 수정하여 국회에 제출한 정부안⁶¹⁾에 담겨져 있는 내용 즉 직무관련성과 대가성 없는 경우에는 수수금품 가액의 2배 이상 5배 이하의 과태료를 부과하는 내용도 EU의 법제보다 엄하다는 것을 알 수 있다. 결국 우리 형법상 뇌물죄의 보호법익을 직무행위의 불가매수성(공무원 직무의 일반적 순수성)이라는 관례 및 다수설의 입장을 따를 때에는 직무관련성 및 대가성 없는 이익의 수수는 형법상 보호법익이 없는 행위라 하겠으나, 현재 국민의 법감정은 이러한 형법이 의도하는 것보다 공무원의 청렴에 대한 기대치를 훨씬 높게 요구하고 있으며, ‘부정청탁금지법안’도 이러한 연유에서 현재 논의되고 있다고 할 수 있을 것이다. 즉 법안의 부정청탁금지규정이 나오게 된 배경은 지속적으로 나아지지 않는 우리의 부패고리를 끊고자 하는 결의에서 나온 것임을 이해할 필요가 있다. 종래에는 규제되지 않던 새로운 유형의 부패 즉 전별금이나 협찬 등에 대한 통제장치가 미비하고, 자녀의 취업보장, 학비대납과 같이 부패행위가 다양화되고 은밀화되며 고도화되고 있으며, 각종 심의위원회 참여인사가 특정업체의 청탁대가로 금품수수, 내부정보 유출, 수의계약 방식의 부패가 증대함에도 불구하고 기존의 반부패 관련 법령이 이러한 새로운 유형의 부패행위를 규율하는 데에는 한계가 있었기 때문이다.

V. 결론

EU는 뇌물죄의 성립을 위해서는 대가성 및 직무관련성을 구성요건으로 요구하고 있으며, 대가성은 없지만 직무관련성이 있을 경우에는 부당이익수수죄 등으로 처벌하고 있음을 앞에서 살펴보았다. 그러므로 현재 국회에서 논의되고 있는 우리의 ‘부정청탁금

61) 정부가 수정한 법안의 내용은 직무관련성이 있으며 대가성이 있을 때에는 형법의 구성요건이 적용되며 단지 수수금액에 따라 형량이 가중되고, 직무관련성은 있으나 대가성이 없을 때에는 부정청탁금지법에 따라 형사처벌되고, 마지막으로 대가성 여부를 불문하고 직무관련성이 없을 경우에는 단지 수수금품 가액의 2배 이상 5배 이하의 과태료를 부과하는 것이다.

지법안’에서 그 구성요건으로 직무관련성 및 대가성을 요구하고 있지 않는 것은 EU 법제와 비교하면 더욱 엄하다는 것을 알 수 있다. 단순히 비교법적으로 고찰한다면 EU 법제에서 직무관련성을 요구하고 있으므로 우리의 ‘부정청탁금지법안’에서도 그 구성요건으로 직무관련성을 규정하여야 한다고 볼 수 있다. 그러나 부패에 관한 상황은 각 국가에 따라 판이하게 다르며, 부패를 바라보는 국민의 법감정도 매우 중요한 요소임을 부정할 수는 없을 것이다.

일반적으로 부패관련 통계는 상해, 폭행, 절도 및 강도 사건 등과 같은 일반 형사사건과는 다른 특수한 면이 있다. 일반형사사건에서는 피해자가 있고 피해자의 신고가 있으므로 누락된 사건이 적다고 예상할 수 있지만, 부패관련 사건은 직접적인 피해자가 없을 가능성이 많으며 따라서 신고가 없어서 드러나지 않은 건수가 상당히 많을 수 있다. 그러므로 한 국가내에서 기소된 부패건수가 적다고 반드시 그 국가의 부패수준이 낮다는 것을 보장할 수는 없는 것이다. 또한 각국의 부패사범에 대한 형사절차에 대한 단순비교만으로는 각 국의 부패수준을 비교하는 것은 어렵다. 왜냐하면 첫째로는 모든 국가에서 적용할 수 있는 부패에 관한 형법적 정의가 통일되어있지 않으며, 둘째로는 각 국의 형사사법제도의 차이로 인해서 부패관련사범은 사기나 돈세탁 등등의 다른 범죄유형으로 통계가 잡힐 수 있기 때문에, 셋째로 부패방지가 국가정책의 최우선 사항이 아닌 국가는 상대적으로 반부패 정책이 효과적인지를 측정하는 것에 그렇게 많은 노력을 기울이지 않기 때문에 통계수치가 정확히 반영되지 않을 가능성이 많기 때문이다. 결국 이러한 통계를 이용하고 각국의 법제를 비교할 때는 각 국가의 고유한 법제에 깃들여 있는 전통이나 부패행위에 대한 국민의 사고방식 등을 모두 고려해야 한다는 것이 중요하다. 그러므로 모든 국가에서 부패방지를 위해 통용되는 한가지의 해결방식(one size fits all solution)은 존재하지 않는다.

이상과 같은 점을 종합하여 보면 부패에 관한 특정한 법제도의 도입은 각 국의 상황에 맞추어서 도입되어야 하고 더불어 동시대 국민의 법감정도 무시되어서는 아니된다는 점을 고려할 때 부정청탁금지법안에서 규정된 ‘직무관련성 및 대가성’을 요구하지 않는 것은 타당한 입법방향으로 사료된다.

참고문헌

- 국민권익위원회, 부정청탁금지법 설명자료 2013. 7.30, 1면.
- 이상현, 부정청탁 및 이해충돌 방지 관련 영국법제 연구와 그 시사점, 형사법연구 제24권 제3호, 2012.9.
- 이성기, 미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구, 미국헌법연구 제23권 제2호, 2012.8.
- 이유봉, 공직부패 종합대책으로서의 ‘부정청탁 및 이해충돌방지법안’에 대한 분석연구, 한국 법제연구원, 2012.
- 유럽연합운영조약(Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU))
- 손동권·김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 배종대, 형법각론, 제8전정판, 홍문사, 2013.
- Convention drawn up on the basis of Article K.3 (2)(c) of the Treaty on European Union on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union(OJ C 195, 1997).
- Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, OJ L 192, 31 July 2003.
- Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Fighting Corruption in the EU, Brussels, 6. 6. 2011 COM(2011) 308 final.
- Communication From The Commission, COM(2011) 308 final.
- Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Fighting Corruption in the EU, Brussels, 6. 6. 2011 COM(2011) 308 final.
- COM(2014) 38 final, Annex 28, Annex United Kingdom to the EU Anti-Corruption Report.
- Excellence in Public Administration for competitiveness in EU Member States (2011-2012).
- Federal Court of Justice, judgment of 9 May 2006-5 StR 453/05
- France to the EU Anti-Corruption Report, COM(2014) 38 final, Annex 10.
- 2013 Flash Eurobarometer 374.
- 2013 Special Eurobarometer 397
- GRECO (2009) Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on Incriminations (Theme I), Strasbourg.
- GRECO (2011) Third Evaluation Round, Compliance Report on Germany
- Loi no. 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative la lutte contre la corruption.

COM(2011) 309 final, Second Implementation report of FD 2003/568/JHA of 6 June 2011.
Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique: Pour un renouveau
démocratique. (2012)

Phase 3 report on implementing the OECD Anti- Corruption Convention on France,
October 2012., Recommendations and follow up on France (2012)

Report From The Commission To The Council and the European Parliament, Brussels,
3. 2. 2014 COM(2014) 38 final.

The OECD's Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International
Business Transactions

The Commission Communication for a European Industrial Renaissance of January 2014,
COM (2014) 14.

UN Convention against Corruption(UNCAC)

투고일자 : 2014. 12. 03

수정일자 : 2014. 12. 23

게재일자 : 2014. 12. 31

국문초록

부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)에 대한 비교법적 고찰 -유럽연합의 반부패관련법제를 중심으로-

김 세 환(영남대학교)

배 성 호(영남대학교)

세월호 사건 이전에 논의가 중단된 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’이 세월호 사건을 계기로 하여 다시금 법안의 제정여부를 두고 현재 국회에서 논의 중에 있다. 이러한 부정청탁금지법안 중 본고에서 그 연구의 대상으로 삼은 것은 ‘직무관련성’ 및 ‘대가성 여부’를 요구하지 않는 ‘부정청탁금지법안’을 EU 법제와 비교하여 그 타당성을 고찰하는 것이다.

EU 집행위원회가 부패와 대항하기 위해서 회원국에 관해 강력히 권고하는 사항은 바로 1997년 공무원 관련 반부패협약 및 2003년 각료회의 기본결정의 국내법으로의 조속한 전환이다. 즉 EU는 부패행위에 있어 능동적 부패와 수동적 부패 개념을 공공부문에 먼저 도입하고 이러한 부패개념을 민간부문에까지 확대적용하며 더 나아가 외국공무원에 대한 뇌물죄에까지 적용하자는 것이다.

그러나 이러한 EU 전체의 반부패법제 및 개별 회원국인 영국과 독일 및 프랑스 법제에서도 직무관련성 및 대가성 없는 금품수수 자체만을 형사처벌하고 있지는 않고, 대가성은 없더라도 직무관련성이 있으면 부정이익수수죄로 처벌하고 있다.

우리의 ‘부정청탁금지법안’의 금품수수금지 조항에서 ‘직무관련성 및 대가성 여부’를 요구하지 않는 것은 EU 법제와 비교하여서도 매우 엄한 조항임에는 틀림없다고 할 것이다. 결국 우리 형법상 뇌물죄의 보호법익을 직무행위의 불가매수성(공무원 직무의 일반적 순수성)이라는 판례 및 다수설의 입장에 비추어 보면 법안의 규정은 이러한 다수설 및 판례의 견해를 뛰어넘는 것이다.

그러나 현재 국민의 법감정은 이러한 형법이 의도하는 것보다 공무원의 청렴에 대한 기대치를 훨씬 높게 요구하고 있으며, 동 법안은 지속적으로 나아지지 않는 우리의 부패고리를 끊고자 하는 결의에서 나온 것임을 이해할 필요가 있다. 그러므로 부정청탁금지법안에서 규정된 ‘직무관련성 및 대가성’을 요구하지 않는 규정은 타당한 입법방향이라고 사료된다.

주제어 : EU반부패협약, 뇌물죄, 부정이익수수죄, 직무관련성, 대가성, 부정청탁금지법안