

부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향*

Rechtsfragen des Gesetzes zur Anti-Korruption

정 혜 영(Jung, Hye Young)**

ZUSAMMENFASSUNG

Am 28. 9. 2016 ist das Gesetz zur Anti-Korruption in Kraft getreten, um die Korruptionsbekämpfung im öffentlichen Bereich und weiter im einigen privaten effektiven zu gestalten. Über die Entstehungsgeschichte und Notwendigkeit des Gesetzes ist ebenso viel geschrieben worden wie über dogmatische und verfassungsrechtliche Probleme in Entwurfsfassungen.

Auch wenn sich der Gesetzgeber nachhaltig darum bemüht hat, die Entstehung eines vielfach befürchteten Generalverdachts zu vermeiden, und klargestellt hat, stellt man sich mehrere Probleme. Korruption wird nicht definiert. Vielmehr behandeln sich verschiedene Ausprägungen der Korruption in allen Bereichen. Die Förderung und Stärkung von Maßnahmen zur wirksameren und effizienteren Prävention und Bekämpfung von Korruption steht dabei im Vordergrund. Das Gesetz erfasst den Missbrauch von Funktionen oder Positionen. Es soll erwägt werden, den Missbrauch der Funktion oder Position strafzubewehren, wenn eine Handlung oder Unterlassung im Amt gegen das Recht verstößt und Funktionsträger mit der Absicht, einen unangemessenen Vorteil zu erlangen. Korruption kann und sollte sowohl durch Repression wie auch durch Prävention bekämpft werden.

Stichwort: das Gesetz zur Anti-Korruption, Korruptionsbekämpfung, Missbrauch von Funktionen, unangemessener Vorteil

* 본 논문은 2015년도 숙명여자대학교 교내 연구비 지원에 의해 연구되었음(This Research was supported by the Sookmyung Women's University Research Grants 2015).

** 숙명여자대학교 법과대학 교수·법학박사

I. 서

공직자들의 부정부패는 항상 있어 왔다. 국가행정을 좌우하는 권력을 가진 공직자가 ‘국민 전체의 봉사자’라는 사명감만으로 부에 대한 유혹을 뿌리친다는 것이 쉬운 일은 아닐 것이다. 형법상 수뢰죄가 엄정한 처벌을 예정하고 있음에도 불구하고 크고 작은 부정청탁과 금품수수가 근절되기는커녕 2010년 이후 ‘벤츠 검사’, ‘그랜저 검사’, ‘스폰서 검사’ 등 부패 척결에 앞장 서야 할 검사들의 비리가 폭로되면서 법리적 허점을 악용한 고위공직자들의 부패행위에 대한 국민적 분노가 컸다. 특히 세월호참사의 배후에 관피아 문제가 있다는 것이 드러나자 공직사회에 만연한 부정부패를 근절하려는 노력이 가속화되었고, 그 산물로서 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘부정청탁금지법’이라 함)¹⁾ 제정이 신속하게 추진된 것이다. 제정과정을 살펴보면, 부정청탁금지법이 처음 윤곽을 드러낸 것은 2012년 8월 16일 국민권익위원회가 김영란 전 국민권익위원장의 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법’의 명칭으로 발의한 법안을 발표하면서였다. 공직자가 100만 원을 넘는 금품이나 향응을 받으면 대가성이 없어도 형사처벌을 받게 된다는 게 주요 골자였다. 그 후 관련 법안들이 여러 의원들에 의해 제안되었고,²⁾ 2013년 8월 정부안으로 발의되었다.³⁾ 본 법안은 2015년 3월 3일 국회 본회의를 통과했고, 1년 6개월의 유예기간을 거쳐 마침내 2016년 9월 28일에 시행되었다. 2015년 3월 이 법률이 공포된 이후, 2016년 국민권익위원회의 부정청탁금지법 시행령 제정 작업을 거쳐 정부가 최종 의결하기까지 술한 논란과 파장을 낳았다. 논의과정에서 급작스럽게 적용대상에 포함된 언론인과 사립학교 교직원 등을 중심으로 집단적 반발이 있었는데, 결국 국회 본회의를 통과한지 이틀만에 헌법소원심판이 청구되어 위헌성 논란에 휘말리다가 시행 직전 헌법재판소의 합헌 결정이 내려졌다.⁴⁾ 수사권 등 강력한 권한을 가진 공직자가 민간업자 등으로부터 식사나 향응 등을 제공받거나 금전적 후원을 받아도 그 대가성을 입증하지 못할 경우 기존법으로 처벌하기 어려웠던 사항까지 처벌함으로써 공직사회에 관행으로 뿌리내려온 접대 및 청탁문화를 근절하고자 한다는

1) 본 법률은 부정청탁금지(제6조)와 금품수수금지(제8조)를 양측으로 그 행위유형과 제재를 규정하고 있기 때문에 ‘청탁금지법’이나 ‘부정청탁금지법’으로 약칭할 경우, 약칭만으로는 그 내용을 모두 파악하기 어려운 문제가 있다. 법률의 축약어로 ‘부정청탁 및 금품수수금지법’이 가장 정확할 것이지만 편의상 본 논문에서는 ‘부정청탁금지법’으로 약칭하고자 한다.

2) 2013. 5. 24. 김영주위원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을, 2013. 5. 28. 이상민위원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을 각각 대표발의 하고, 2013. 7. 30. 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.

3) 의안번호 6272.

4) 대한변호사협회가 헌법소원심판을 청구한 후, 한국기자협회, 인터넷 언론사, 사립학교 및 유치원관계자 등이 추가로 헌법소원심판을 청구하여 헌법재판소가 총 4건의 헌법소원심판을 병합하여 심사하였으며 합헌 결정을 내렸다.

부정청탁금지법의 입법목적이 이 법 시행으로 인해 제한되는 사익보다 압도적으로 우세한 공익이라고 판단했기 때문이다.⁵⁾ 하지만 이 법률 시행 초기부터 다양한 법해석으로 인한 혼란이 초래되고, 주무기관인 국민권익위원회가 법률에도 없는 ‘직접적 직무관련성’ 개념을 제시함으로써 혼선이 가중되었고,⁶⁾ 급기야 정부가 부정청탁 및 금품수수금지법 시행에 따른 혼란을 줄이기 위해 관계부처 합동 태스크포스(TF)를 만들기도 했다.⁷⁾

특히 스폰서검사, 벤츠검사 등 고위공직자의 부정비리를 근절하고자 도입한 법률이 입법 취지와 달리 정작 일상생활 속 서민들 사이에서 적용된다는 비판을 받았는데, 본 법안의 첫 발의자였던 김영란 전 국민권익위원장이 공직자를 대상으로 시행하고자 했을 당시와 달리 사립학교 교직원과 언론인이 적용대상에 추가되면서 성인은 물론 유치원 아동까지 무엇이 부정청탁인지 알아야 하는 법률상의 이해당사자가 되었기 때문이다.⁸⁾ 더욱이 헌법재판소가 합헌 결정을 내린지 석달 만에 헌법재판소장이 개별 사안에 따라 ‘한정 위헌’결정을 내릴 수 있다고 언급하면서 법률의 위헌성에 대한 심사가 이루어질 경우 기존과 다른 법률해석도 예고되어 있다.⁹⁾

부정청탁금지법 제정은 우리사회가 혈연, 지연, 학연 등의 연고관계를 중심으로 구성되어 있고, 다양화·은밀화·고도화된 새로운 유형의 부패행위에 대한 기존 반부패 법령의 규제 사각지대에 대한 보완이 필요하다는 전제 하에¹⁰⁾ 부패행위에 대한 제재를 도덕이나 윤리에

- 5) 임종휘, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰, 법조 2015, 9, 708호, 115쪽.
- 6) 이에 성영훈 권익위원장은 “공무원 사회에서 직접적 직무관련자들 사이의 관계를 합리적으로 설명하기 위해 (해당 용어를) 쓴 것이지 새로운 법적 개념은 아니다”라고 해명했다.
- 7) 스승의 날 카네이션이나 수업 중 캔커피, 운동회 갑박 제공 등을 금지하면서 일어난 논란이 대표적이다. 유권해석 문의를 2000건 넘게 쏟아지는 상황에서 권익위가 “보수적으로 판단하라”는 답변만 한다는 불만도 적지 않았다. 성영훈 위원장은 직무관련성에 대해 “당사자가 가장 잘 알 것”이라며 지나치게 원론적인 답변을 내놓는가 하면 적용범위와 관련하여 오락가락하는 모습을 보였다. 중앙일보, 혼란만 가중시키는 청탁금지법 유권해석, 2016. 10. 17.
- 8) 그 결과 제자가 대학 교수에게 캔커피를 줬다가 친구로부터 신고를 당하고, 김영란법 제1호 재판의 대상은 경찰관에게 떡을 주며 고마움을 표시한 민원인이 됐다(과태료 부과로 재판 확정됨). 또한 추석 명절을 앞두고 유치원과 초등학교에서는 학생들이 자칫 갖고 오게 될지 모를 선물들을 일체 보내지 못하도록 하는 가정통신문을 학부모에게 발송하고 학교 정문 앞에 금지 문구를 붙여두기도 했다.
- 9) 박한철 헌법재판소장은 “국민권익위원회의 ‘부정청탁 및 금품수수 등 금지에 관한 법률’(김영란법) 지침이 너무 경직돼 있다”고 하면서 “향후 개별 사안에 따라 일부 해석에 대해선 ‘한정 위헌’ 결정을 내릴 수도 있다”고 덧붙였다. 한국경제신문 2016-10-29, <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2016102841791#AA.12750531.1> (방문일자 2016. 12. 4)
- 10) 「형벌」은 수뢰죄(제129조), 제삼자뇌물제공죄(제130조), 알선수뢰죄(제132) 등에 대하여 규정하고 있으나, 대가성 등이 입증되어야 처벌이 가능하다는 문제가 있고, 「국민권익위원회법」에는 부패행위의 개념만 개략적으로 규정되고, 부패신고 및 보호·보상 등의 절차적인 사항을 중심으로 구성되어 있다는 점, 「공직자윤리법」의 경우, 적용대상을 재산등록의무자(4급이상 등)로 한정하고 있고, 재산신고, 퇴직자 취업 및 행위제한 등에 대해서 제한적으로 규정되어 있다는 점, 「공무원 행동강령」은 16개의 금지행위가 포괄적으로 규정되어 있으나, 선언적 금지수준에 불과하고, 징계수준의 제재에 그치고 있다. 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안 검토보고서, 2013. 12, 8쪽 참조.

만 맡겨 둘 수 없고 법제도를 통해 새로운 윤리와 도덕으로 자리잡도록 유도할 필요성이 있고, 이를 통해 공직자들의 공정한 직무수행을 보장하며 직무관련성과 대가성이 없는 경우에도 제재가 가능하도록 하여 국민의 신뢰를 확보하겠다는 의지의 표현이다.¹¹⁾ 하지만 이러한 입법의 당위성과 필요성으로 인해 긴급하게¹²⁾ 법률을 제정하는 과정에서 발생한 법리적·현실적 문제점들이 그대로 용인될 수는 없다. 비록 법 시행 후 불과 3개월도 지나지 않았지만 이 법률의 입법목적이 퇴색되지 않도록 법적 혼란의 원인과 그 해법에 대한 정밀한 분석이 필요하다.

이를 위해 본고에서는 첫째, 부정청탁의 개념과 명확성 원칙 위반 여부(II), 둘째, 금품수수금지조항의 규정형식상의 특수성으로 인한 혼란과 문제점 분석(III), 셋째, 부정청탁과 금품수수금지 규정을 위반했을 경우의 제재유형과 책임과 형벌간의 비례성 여부(IV), 그 밖의 문제점들, 예컨대 양심의 자유 침해 여부, 실효성 제고 방안(V) 등에 관하여 고찰하되, 각 항목마다 법률 시행의 의미와 헌법재판소 결정의 취지 등을 고려하여 앞으로의 개선방향을 제시하고자 한다.

II. 부정청탁의 개념과 명확성 원칙 위반 여부

1. ‘부정청탁’의 의미와 정의조항의 부재

(1) 청탁과 부정청탁의 구별필요성

본 법률 제5조는 ‘부정청탁’을 금지하고 있다. 부정청탁의 개념을 정의하기 전에 ‘청탁’의 개념정의가 먼저 선행되어야 할 것으로 보인다. 청탁이란 일반적으로 ‘청하여 남에게 부탁하다’로 정의된다. 즉 부탁한다는 뜻이다. ‘부정청탁’의 금지를 이해하기 전에 이른바 ‘청탁’은 모두 부정한 것으로서 금지되어야 하는 것인가에 대한 선이해가 필요하다. 청탁은 모두 부정한가. 만일 청탁이 모두 부정청탁이라는 의미로 이해된다면 선의의 피해자가 발생할 수 있다. 왜냐하면 주로 약자가 강자에게 청탁을 하는 경우가 많은데, 청탁이 모두 부정하다고 간주된다면 사회적 약자들의 부탁이나 요청까지 모두 부정청탁이 되어버릴 가능성이 있기 때문이다.¹³⁾ 그러므로 ‘청탁’이 모두 부정한 것은 아니며, 공정성을 저해하지 않으면서 선처

11) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 6~9쪽.

12) “국민권익위원회가 마련하여 2013. 8. 5. 국회에 제출된 정부법안은 적용대상을 공직자에 한정하고 있었다. 국회의 법안 심의 도중 2014. 4. 16. 세월호 참사가 발생했고 공직사회의 부조리와 공공부문은 물론 민간부문에도 전반적으로 만연해 있는 부정부패가 참사의 원인 중 하나로 지목되었다. 이에 따라 법안 심의가 신속하게 진행되면서...” 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1263.

나 재고의 여지가 있는 경우, 법령을 위반하지 않고, 재량권 내에서 수혜자의 범위를 확장시키는 등의 경우에는 ‘청탁’이 반드시 부정하다고 보기 어렵다. 이러한 측면에서 보았을 때, 본 법률에서 부정청탁의 행위유형을 구체적으로 열거하고 있긴 하지만, 부정청탁의 개념을 정의하고 있지 않다는 사실 자체가 ‘청탁’과 ‘부정청탁’을 구별하는 지표를 상실하게 할 가능성을 매우 높이고 있는 것이다. 법적용대상자들과의 관계에서 존재할 수 있는 ‘부정청탁’의 유형을 모두 망라하여 열거할 수 없다면 합법적인 청탁과 부정청탁의 구별을 위해서 부정청탁의 개념정의는 반드시 필요하다고 본다.

(2) 부정청탁의 정의조항 부재

본 법률은 부정청탁을 금지하면서도 ‘부정청탁’에 관한 정의조항이 존재하지 않는다. 단지 제5조에서 부정청탁의 행위유형을 일일이 열거하고 있을 뿐이다. 본 법률과 달리 과거 제안되었던 국민권익위원회의 부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안) 제2조 제5호와 정부안 제2조 제4호는 ““부정청탁”이란 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정하고 청렴한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 말한다.”고 정의하고 있는데, 예외조항까지 고려해 보았을 때 ‘공정한 직무 수행’ 여부가 부정청탁의 기준이 된 듯하다.¹⁴⁾ 그런데 국회 심의과정에서 이와 같은 개념정의는 내용이 포괄적이어서 불명확하다는 지적이 있었다. 이에 현행법은 부정청탁의 개념을 직접 정의하는 대신 제5조 제1항 각 호에서 인허가·조세·채용·입찰·인사·수사·재판 등 14개 분야의 부정청탁 행위유형을 구체적으로 열거하고, 제2항에서 사회상규에 위배되지 않는 행위 등 부정청탁에 해당하지 아니하는 7가지 사유를 규정하여 부정청탁의 구성요건을 상세하게 규정하고자 노력하였다.¹⁵⁾ 또한 부정청탁이라는 개념에 관한 대법원 판례도 개념 파악을 할 수 있도록 보충적으로 도움을 준다. 대법원은 “부정한 청탁이라 함은 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁을 가리키는 것으로 해석되는바 본건은 위에서 본 바와 같이 중소기업자금 대출 적격이 없는 자의 위장대출을 선처하여 달라는 청탁이므로 이가 신의성실의 원칙에 반하는 청탁임은 두말할 나위도 없으니 이 점을 논란하는 소론은 이유없다.”¹⁶⁾라거나 “배임수·증재죄에서 ‘부정한 청탁’은 반드시 업무상

13) 이와 같은 측면에서 헌법재판소의 결정문이나 국민권익위원회의 해설집이 사용하고 있는 ‘청탁금지법’의 경우에는 청탁을 모두 금지한다는 의미가 부여될 수 있기 때문에 약어로서 적합하다고 보기 어렵다. “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”(2015. 3. 27. 법률 제13278호로 제정된 것, 다음부터 ‘청탁금지법’이라 한다)을 적용하지 아니하는” 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1252.

14) 현행법은 ‘법령위반 여부’가 기준인 것으로 판단된다. 아래의 2. (1) 행위유형의 분류와 예외사유 참조.

15) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1265.

16) 대법원 1982. 2. 9 선고 80도1230.

배임의 내용이 되는 정도에 이를 필요는 없고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하면 충분하다. ‘부정한 청탁’에 해당하는지를 판단할 때에는 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.”¹⁷⁾고 판시한 바 있다.

그러나 ‘공직자등’의 행위유형을 하나도 빠짐없이 완벽하게 열거한다는 것은 불가능하고, 대법원 판결의 경우, 이것은 사법해석에 해당하며, 형법상의 범죄구성요건 충족 여부를 판단하기 위한 논증이기 때문에 본 법률을 위한 정의개념으로 ‘사회상규’나 ‘신의성실의 원칙’의 개념을 부분적으로 차용할 수는 있겠으나, 이것만으로 부정청탁금지법상의 부정청탁의 개념을 모두 포섭하기는 어려울 듯하다.

2. 부정청탁의 규정형식

(1) 구체적 행위유형의 열거로 인한 불완전성

부정청탁금지법 제2조는 법 적용 대상인 ‘공공기관’(제1호)과 ‘공직자등’(제2호), ‘금품등’(제3호), ‘소속기관장’(제4호)에 대해서는 일반적인 차원에서의 개념정의를 하고 있지만, 정작 부정청탁의 개념정의를 포기하고, 제5조 제1항에서 부정청탁의 유형을 제1호부터 제15호에 걸쳐 15가지로 열거해 놓았다. 이에 의하면 부정청탁의 구체적 유형은 다음과 같다.

1. 인가·허가·면허·특허·승인·검사·검정·시험·인증·확인 등 법령(조례·규칙을 포함한다. 이하 같다)에서 일정한 요건을 정하여 놓고 직무관련자로부터 신청을 받아 처리하는 직무에 대하여 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위
2. 인가 또는 허가의 취소, 조세, 부담금, 과태료, 과징금, 이행강제금, 범칙금, 징계 등 각종 행정처분 또는 형벌부과에 관하여 법령을 위반하여 감경·면제하도록 하는 행위
3. 채용·승진·전보 등 공직자등의 인사에 관하여 법령을 위반하여 개입하거나 영향을 미치도록 하는 행위
4. 법령을 위반하여 각종 심의·의결·조정 위원회의 위원, 공공기관이 주관하는 시험·선발 위원 등 공공기관의 의사결정에 관여하는 직위에 선정 또는 탈락되도록 하는 행위
5. 공공기관이 주관하는 각종 수상, 포상, 우수기관 선정 또는 우수자 선발에 관하여 법령을 위반하여 특정 개인·단체·법인이 선정 또는 탈락되도록 하는 행위
6. 입찰·경매·개발·시험·특허·군사·과세 등에 관한 직무상 비밀을 법령을 위반하여

17) 대법원 2012. 5. 24 선고 2012도535.

- 누설하도록 하는 행위
7. 계약 관련 법령을 위반하여 특정 개인·단체·법인이 계약의 당사자로 선정 또는 탈락 되도록 하는 행위
 8. 보조금·장려금·출연금·출자금·교부금·기금 등의 업무에 관하여 법령을 위반하여 특정 개인·단체·법인에 배정·지원하거나 투자·예치·대여·출연·출자하도록 개입 하거나 영향을 미치도록 하는 행위
 9. 공공기관이 생산·공급·관리하는 재화 및 용역을 특정 개인·단체·법인에게 법령에서 정하는 가격 또는 정상적인 거래관행에서 벗어나 매각·교환·사용·수익·점유하도록 하는 행위
 10. 각급 학교의 입학·성적·수행평가 등의 업무에 관하여 법령을 위반하여 처리·조작하도록 하는 행위
 11. 병역판정검사, 부대 배속, 보직 부여 등 병역 관련 업무에 관하여 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위
 12. 공공기관이 실시하는 각종 평가·판정 업무에 관하여 법령을 위반하여 평가 또는 판정 하게 하거나 결과를 조작하도록 하는 행위
 13. 법령을 위반하여 행정지도·단속·감사·조사 대상에서 특정 개인·단체·법인이 선정·배제되도록 하거나 행정지도·단속·감사·조사의 결과를 조작하거나 또는 그 위법사항을 묵인하게 하는 행위
 14. 사건의 수사·재판·심판·결정·조정·중재·화해 또는 이에 준하는 업무를 법령을 위반하여 처리하도록 하는 행위
 15. 제1호부터 제14호까지의 부정청탁의 대상이 되는 업무에 관하여 공직자등이 법령에 따라 부여받은 지위·권한을 벗어나 행사하거나 권한에 속하지 아니한 사항을 행사하도록 하는 행위

입법자는 부정청탁의 행위유형을 열거하고,¹⁸⁾ 이와 별도로 제15호를 규정함으로써 제1호~제14호의 구체적 유형에서 빠져있을 수 있는 부정청탁의 행위를 제15호에 의해 포섭하도록 하고 있다. 각호의 내용을 분석해 보면, 이들은 모두 법령 위반 여부를 핵심내용으로 한다. 즉 제1호~제15호의 공통점은 법령을 위반하여 직무를 수행하는 행위이며, 따라서 본 법률은 청탁으로 인해 ‘법령을 위반하여’ 직무를 처리하는 것을 ‘부정청탁’의 핵심사항으로 보고 있는 것으로 추측된다. 이는 곧 법령을 준수하는 범위 내의 직무행위에 관한 청탁은 부정청탁이 아니라는 것을 의미한다. 한 가지 특이한 것은 제15호를 굳이 제1호~제14호의 업무로 한정시켜 “공직자등이 법령에 따라 부여받은 지위·권한을 벗어나 행사하거나 권한에 속하지 아니한 사항을 행사하도록 하는 행위”라고 규정한 것이다. 이 규정은 제1호~제14호의 직무 중 그 어디에도 속하지 못하는 부정청탁의 행위유형을 포섭하기 위한 조항인데, 정부안의 부정청탁의 정의조항과¹⁹⁾ 매우 유사한 내용으로 규정되어 있다. 부정청탁의

18) “~등”으로 규정한 것이 많아서 가능한 넓은 범위에서 직무유형을 포섭하고자 노력한 것으로 보인다.

19) 국민권익위원회안 제2조 제5호와 정부안 제2조 제4호
“부정청탁”이란 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정하고 청렴한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 말한다.

구체적 행위유형을 열거하는 규정형식으로 인해 미처 예견하지 못한 부정청탁의 유형이 발생했을 경우를 꼼꼼하게 대비한 것으로 추측되는데, 굳이 “제1호부터 제14호까지의 부정청탁의 대상이 되는 업무에 관하여”라고 업무의 유형을 한정시켜 둠으로써 법적용대상자들의 부정청탁의 행위유형을 제1호~제14호에 모두 열거했다는 입법자의 자신감마저 엿볼 수 있는 듯하다. 하지만 열거되어 있는 구체적 행위유형의 그 어디에도 해당되지 않는 직무의 경우²⁰⁾ 또는 어느 행위유형에 해당되는지 여부가 불분명하여 다툼이 있는 경우에는²¹⁾ 법령위반 여부나 공정성 여부를 불문하고 부정청탁행위에서 처음부터 제외되는 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

법적용대상자의 행위유형을 14가지 유형에 모두 열거한다는 것은 불가능에 가깝고, 미래 사회의 복잡다단한 행위유형을 예측하는 것은 더욱 불가능할 것으로 판단된다. 그러므로 제5조 제1항의 부정청탁의 행위유형의 경우에는 부정청탁의 정의조항을 제2조에 추가함으로써 제1항에 의해 포섭되지 못하는 부정청탁의 유형적 공백을 방지하거나 차라리 제15호의 문구 중 “제1호부터 제14호까지의 부정청탁의 대상이 되는 업무에 관하여”를 삭제함으로써 제1호~제14호에 포섭되지 못하는 직무에 관한 부정청탁을 제15호에 의해 포섭될 수 있도록 하는 것이 바람직해 보인다. 즉 제15호를 정의조항의 대체조항으로 활용하는 것이 고려될 수 있을 것이다.

(2) 예외사유의 광범위성

한편, 법 제5조는 부정청탁의 행위유형과 함께 이 법을 적용하지 않는 예외사유를 폭넓게 규정하고 있다.

1. 「청원법」, 「민원사무 처리에 관한 법률」, 「행정절차법」, 「국회법」 및 그 밖의 다른 법령·기준(제2조제1호 나목부터 마목까지의 공공기관의 규정·사규·기준을 포함한다. 이하 같다)에서 정하는 절차·방법에 따라 권리침해의 구제·해결을 요구하거나 그와 관련된 법령·기준의 제정·개정·폐지를 제안·건의하는 등 특정한 행위를 요구하는 행위
2. 공개적으로 공직자등에게 특정한 행위를 요구하는 행위

20) II. 2. (4) 언론인에 대한 행위유형의 부재 참조.

21) 예컨대 국회의원들이 자신의 지역구를 위해 국회 공식절차를 따르지 않고 예산에 개입하는 행위인 ‘쪽지예산’의 경우는 아마도 제5조 제1항 제8호 보조금·장려금·출연금·출자금·교부금·기금 등의 업무에 관하여 법령을 위반하여 특정 개인·단체·법인에 배정·지원하거나 투자·예치·대여·출연·출자하도록 개입하거나 영향을 미치도록 하는 행위와 관련이 있을 것이라고 추측이 될 것으로 보인다. 그러나 이와 관련하여 국민권익위원회는 쪽지 예산은 부정청탁이 아니라고 하였다가 법률 시행 후에는 기획재정부 의견에 따르겠다고 했고, 기획재정부는 부정청탁이라고 본 반면, 입법에 산처는 부정청탁이 아니라고 보는 등 각 부처들마다도 상반된 해석을 내리고 있다.

<http://www.sedaily.com/NewsView/1L2UUAXWKE> (방문일자: 2016. 12. 6).

3. 선출직 공직자, 정당, 시민단체 등이 공익적인 목적으로 제3자의 고충민원을 전달하거나 법령·기준의 제정·개정·폐지 또는 정책·사업·제도 및 그 운영 등의 개선에 관하여 제안·건의하는 행위
4. 공공기관에 직무를 법정기한 안에 처리하여 줄 것을 신청·요구하거나 그 진행상황·조치결과 등에 대하여 확인·문의 등을 하는 행위
5. 직무 또는 법률관계에 관한 확인·증명 등을 신청·요구하는 행위
6. 질의 또는 상담형식을 통하여 직무에 관한 법령·제도·절차 등에 대하여 설명이나 해석을 요구하는 행위
7. 그 밖에 사회상규(社會常規)에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위

이와 같이 각 호에 해당하는 행위는 ‘이 법을 적용하지 않는데’, 그 이유는 이와 같은 유형의 ‘부정청탁’은 정당한 행위라고 판단한 것으로 추측된다. 그러나 제1호와 제4호~6호는 법령을 위반하지 않은 정당한 요구 내지 신청, 문의에 해당하여 제5조 제1항의 부정청탁의 유형에 해당되지 않는데, 왜 제외사유로 규정했는지 알 수 없고, 제2호의 공개적으로 공직자등에게 특정한 행위를 요구하는 경우에는 법령에 위반되는 청탁인지, 사회상규에 위배되는지 여부를 먼저 판단해 보고 결정해야 할 것으로 생각된다.²²⁾ 또한 제3호는 선출직 공직자의 브리커화 우려를 낳고 있는데, 이들의 부정청탁행위를 사실상 정당화시켜주는 면죄조항으로 기능하게 된다. 대통령, 국회의원, 지방자치단체의 장과 같이 국민들에 의해 직접 선출된 선출직 공직자야말로 고도의 도덕성과 청렴이 요구되는데, 이들의 고충을 반영하여 입법과정에서 스스로에 대한 예외를 허용한다면 사인인 사립학교 교직원과 언론인까지 적용대상을 확장시켜 놓은 입법취지가 무색해질 수 있다. 적용대상자들은 모두 법률 시행 전과 달리 크고 작은 고충을 겪을 수밖에 없지만, 부정부패의 척결을 위해 일상생활에서의 불편한 상황을 감수하고 있는 것이다. 특히 선거기간에는 제3자의 고충민원을 전달하는데 있어 이해관계가 개입될 여지가 매우 높는데, 이들의 ‘고충민원’을 법령을 위반하면서까지 굳이 ‘부정청탁으로서’ 들어주어야 할 하등의 이유가 없다고 본다.²³⁾ 이러한 부정적 관점에서 예외조항을 전체적으로 살펴보았을 때, 제1호와 제4호~제6호는 제3호만 규정하였다가는 국

22) 국민권익위원회의 ‘청탁금지법’ 해설집 73쪽은 부정청탁은 밀행성(密行性)이 전제되므로 밀행적 요구가 아니라 ‘공개적으로’ 요구하는 행위는 부정청탁의 예외사유로 규정한 것이라고 하면서 특정한 행위의 요구 자체를 공개적으로 하는 경우를 의미(행위 상황의공개성 확보)하며, 공개적으로 요구하는 경우 그 내용이 공개되므로 요구를 하는 자와 공직자등 모두에게 자율적인 통제장치로 작용한다고 한다. 불특정 다수인에 의해 통제되고 다양한 의견이 제시될 수 있어 합리적인 결론 도출도 가능하고, ‘공개적으로’의 의미는 요구하는 내용을 불특정 다수인이 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미 하나다고 하면서 공개된 장소에서의 피켓 시위 또는 TV 신문 등의 언론매체를 통한 요구는 공개적인 요구에 해당한다고 한다. 그러나 예컨대 막강한 권한을 갖고 있는 특정 정당 대표나 장관 등이 같은 정당 소속의 지방자치단체장에게 공개적으로 청탁한 경우, 과연 영향력이 없다고 단정할 수 있을지 의문이다.

23) 학생이나 학부형의 고충민원을 이 교사가 학교에 전달하거나 학교의 교칙의 제·개정 또는 학교 운영의 개선에 대한 제안·건의하는 행위 또는 기자가 취재 중 듣게된 고충민원을 제안·건의하는 행위가 선출직 공직자나 정당, 시민단체의 경우와 무엇이 다른지 알 수 없다.

민적 비난을 받게 될 것을 염려한 나머지 부가적으로 덧붙인 것이 아닌가하는 의구심을 갖게 한다. 그러므로 추후 제3호와 제7호를 제외한 적법한 청원인 다른 조항들을 삭제하여 조문을 간결하게 만들 필요가 있고, 제3호의 경우에 앞으로도 예외사유로 계속 허용할 것인지 여부에 대한 숙고와 무엇보다 이에 관한 국민적 합의가 있어야 할 것으로 판단된다.

(3) 반대해석의 가능성

부정청탁을 금지하고 있는 제5조에 대한 가장 큰 우려는 적용 예외사유에 해당되는 행위 유형은 법령을 위반한 청탁행위의 경우에도 부정청탁이 아니라는 의미로 반대해석이 가능하다는 것이다. 예컨대 제7호의 경우, 법령에 위반되는 직무행위를 하였지만 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정된다면 이러한 행위에 대해서는 제5조에 따른 처벌이 이루어지지 못한다. 이에 대하여 국민권익위원회는 “제1항에도 불구하고”라는 문언상 제2항은 제1항과의 연관성을 부정할 수 없으므로 예외사유의 범위를 합리적으로 해석할 필요가 있고, 제2항을 제1항과 연관성이 있는 규정으로 보면 제2항에서 정한 예외사유의 형식적 요건을 구비하면 그 내용이 제1항에서 금지하고 있는 부정청탁이더라도 예외사유에 해당 가능하다는 입장이다.²⁴⁾ 형식적 요건 외에 실질적 요건까지 요구하면 제1항의 예외사유로서의 기능이 약화되고 공공기관과의 의사소통이 위축될 우려가 있고, 기존 법령이 충분한 권익보호를 하지 못한다고 느끼는 민원인의 입장에서는 법령을 위반하는 내용을 요구할 기회를 부여할 필요가 있다”는 이유에서이다. 하지만 이러한 해석은 이 법률이 금품과 결부된 청탁만 처벌의 대상으로 삼는 것이 아니라 청탁행위 자체를 규제함으로써 그동안 형법상 제재의 대상이 되지 못하였던 사각지대에 대한 통제를 하도록 하여 부정부패의 고리를 끊겠다는 입법 취지를 무색하게 하는 것이다. 법령에 위반된 행위라도 예외조항을 통해 허용한다면 법치주의적 관점에서 용납하기 어렵기 때문이다.

이러한 규정형식이 갖추어진 이유는 무엇일까. 그 이유는 본 법률의 원안인 국민권익위원회안과 정부안의 규정형식을 통해 미루어 추측해 볼 수 있을 것 같다. 권익위안과 정부안의 경우 제2조 제4호²⁵⁾에 부정청탁의 정의조항을 두었을 뿐, 현행법과 같은 부정청탁의 행위 유형을 열거한 규정이 없었기 때문에 이 정의조항에 의해 예외가 존재하지 않는 구조였고(예외에 대하여 닫혀 있는 구조), 따라서 예외를 인정하지 않음으로 인해 발생할 수 있는 불합리한 경우를 대비해서 허용되는 청탁행위의 유형을 구체적으로 제시하기 위해 각각 제8조 제3항²⁶⁾과 제5조 제2항²⁷⁾에 예외사유를 규정해 둘 필요성이 있었다. 그런데 정부안 제

24) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 71쪽 참조.

25) 정부안 제2조 제4호 “부정청탁”이란 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정하고 청렴한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선 행위를 말한다.

26) 국민권익위원회안 제8조(부정청탁의 금지) ① 특정직무에 관한 이해당사자(그 직무에 있어서 사실상 이해관계가 있는 자를 포함한다)인 사업자등은 제3자(재직 중인 공직자를 포함한다)를 통해 그 특정

5조 제2항의 각 호가 약간의 수정을 거쳐 대부분 그대로 본 법률의 예외조항에 규정된 것이다. 하지만 본 법률은 원안과 달리 부정청탁의 개념을 정의하지 않고, 행위유형을 일일이 열거하는 형식을 갖추었고, 그 요건으로서 ‘법령을 위반한 경우’를 각 호마다 요건으로 정하고 있기 때문에 기본적으로 열거되지 않은 직무의 경우는 이미 예외나 마찬가지로 의미를 가진다(예외에 대하여 열려 있는 구조). 그렇기 때문에 ‘공정한 직무수행 여부’를 기준으로 하는 정부안의 예외조항을 그대로 받아들였을 때 본 법의 예외조항은 마치 법령을 위반한 행위임에도 본 법률이 적용되지 않는 것으로 해석될 수밖에 없는 것이다.²⁸⁾ 청탁에 의해 ‘법령을 위반하여 행한 직무’를 부정청탁이라고 규정해 놓고, 그럼에도 불구하고(“제1항에도 불구하고”) ‘법령을 위반한 부정청탁행위’가 허용되어 사법심사의 대상이 되지 않는다는 논리가 과연 법치주의적 사고와 일반상식에 부합하는 것인지, 국민권익위원회의 문리에 충실한 반대해석으로 인해 오히려 부정청탁의 사각지대를 통제하고자 했던 입법목적을 훼손하고 있는 것은 아닌지, 단순한 입법기술상의 오류인지 등 이에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다.²⁹⁾

- 직무를 수행하는 공직자에게 부정청탁을 하여서는 아니 된다. ② 특정직무에 관하여 이해당사자가 아닌 제3자는 직간접적으로 그 특정직무를 수행하는 공직자에게 부정청탁을 하여서는 아니 된다. ③ 다음 각 호의 행위는 제1항 또는 제2항에서 금지하는 부정청탁에 해당하지 아니한다. 1. 공공기관에 특정직무를 법정기한 안에 처리해 줄 것을 신청·요구하거나 그 진행상황·조치결과 등에 대하여 확인·문의 등을 하는 행위 2. 특정직무 또는 법률관계에 관한 확인·증명 등을 신청·요구하는 행위 3. 질의 또는 상담형식을 통하여 특정직무에 관한 법령·제도·절차등에 대하여 설명이나 해석을 요구하는 행위 4. 청원법, 민원사무처리에 관한 법률 그 밖의 다른 법령에 따라 피해구제를 요구하는 행위 또는 공공기관의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함한다) 및 불합리한 행정제도로 인하여 권리를 침해하거나 불편 또는 부담을 주는 사항의 해결을 요구하는 행위 5. 공공기관이 법령에 따른 직무수행을 위하여 의견조회·자료제출 등을 요구하는 경우 이에 따라 의견 등을 제출하는 행위 6. 변호사법, 공인회계사법 또는 다른 법령에 따라 특정직무에 관하여 이해당사자를 대리하는 행위 7. 선출직 공직자·정당·시민단체 등이 공익적인 목적을 위하여 공직자에게 법령·조례·규칙 등의 제정·개정·폐지 또는 정책·사업·제도 및 그 운영 등의 개선에 관하여 제안·건의하는 행위 8. 행정절차법, 국회법 또는 다른 법령에 규정된 위원회·청문회·공청회·공개토론회 등에서 그 절차·방법에 따라 증언 또는 진술하거나 의견·증거 등을 제출하는 행위 9. 신문·방송 등 언론매체를 통하여 연설·기고·발표 등을 하는 행위 10. 정책의 입안·수행·평가 등을 위해 공공기관과 사업자등이 공식적으로 개최하는 간담회·토론회 등을 통하여 자문·고문·진정·탄원·협의를 하는 행위 11. 그 밖에 다른 법령에 따라 허용되는 행위 또는 사업자등의 권익 보호에 필요하거나 사회상규를 위배하지 아니하는 것으로 인정되는 행위
- 27) 정부안 제5조 부정청탁의금지 ① 누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 공직자에게 부정청탁을 해서는 아니된다 ② 다음 각호의 행위는 제1항에서 금지하는 부정청탁에 해당하지 아니한다 1. 「청원법」, 「민원사무처리에관한법률」 등 법령에 따라 특정한 행위를 요구하는 행위 2. 선출직공직자·정당·시민단체 등이 공익적인 목적으로 공직자에게 법령·조례·규칙등의 제정·개정·폐지 등을 요구하는 행위 3. 공공기관의 위법·부당한 처분 및 불합리한 행정제도 등으로 인한 권리침해의 해결을 요구하는 행위 4. 그밖에 공직자의 직무수행의 공정성과 이에 대한 사회적 신뢰를 해칠 우려가 없다고 인정되는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위
- 28) 이것은 ‘법령을 위반하여’와 ‘선출직 공직자 등의 요구행위’ 및 ‘사회상규’가 결합하는 과정에서 발생하는 불합리를 어떻게 해결할 것인가의 문제로 귀결된다.

(4) 언론인에 대한 행위유형의 부재

언론인이 이 법률의 적용대상에 추가된 것과 관련하여 일반적 행동의 자유와 평등권 침해를 이유로 헌법소원이 청구되었으나, 언론의 영향력과 그 부패의 파급효의 측면에서 공직자에 맞먹는 청렴성 및 업무의 불가매수성이 요구된다는 점에서 모두 기각되었다.³⁰⁾

하지만 법적용대상자인 언론인들의 경우, 정작 제5조의 부정청탁과 관련해서는 이 법률의 적용대상자로서의 그 구체적 행위유형을 찾아볼 수 없다. 국민권익위원회의 ‘청탁금지법 언론사 매뉴얼’을 살펴봐도 법적용 대상자에 언론사, 임원, 직원 등을 언급하고 있으면서도, 구체적으로 열거하고 있는 <언론사 대상 직무>는 “1. 공공기관의 의사결정 관여 직위 선정·탈락 관련 부정청탁(제4호)와 2. 공공기관의 재화·용역 매각·교환 등 관련 부정청탁(제9호)” 두가지 뿐이다.³¹⁾ 즉 취재·보도·편집 등을 수행하는 언론인에 대한 부정청탁의 행위 유형은 존재하지 않는다. 제5조 제2항 제1호~제14호의 대부분의 유형이 공무원의 행정행위나 행정직 직무를 염두에 두고 규정되었음에도 불구하고, 이 중 제10호의 경우에는 정확하게 사립학교 교직원을 겨냥하고 있다. 하지만 기사의 작성과 보도를 주업무로 하는 언론인의 경우에는 각 호의 어디에도 해당되는 행위유형이 열거되어 있지 않다. 즉 본 법에서는 부정청탁에 관하여 기자나 논설위원 같은 언론인을 전혀 염두에 두고 있지 않은 것이다. 언론인에 대한 부정청탁의 유형을 추측해 보건대, 자신을 위하여 보도의 논지를 다른 방향으로 바꾸어 달라거나 불리한 기사를 쓰지 말아달라는 등의 청탁이 가능할 것인데,³²⁾ 제1호~

29) 하지만 과연 공직자들이 ‘재량권 내에서 공정성을 잃은 경우’가 아니라 ‘법령을 위반한 부정청탁행위’를 감행하고도 사회상규에 반하지 않는 행위라고 주장하였을 때 그것이 현실적으로 받아들여질 여지가 있는지에 대해서는 여전히 의문이 남는다. 왜냐하면 헌법재판소가 정당화 논거로 제시한 형법 제20조의 정당행위 요건으로서의 사회상규의 경우에는 형사상 범죄행위의 위법성조각을 목적으로 한 것인데, 이것이 부정청탁금지조항의 예외사유로서 그대로 받아들여져서 동일한 의미로 해석될 수 있는 것인지 판단하기 쉽지 않기 때문이다 (국민권익위원회 해설집도 사회상규와 관련된 부정청탁 사례를 제시하면서 ‘법령을 위반한 부정청탁이 사회상규상 허용되는 경우’에 대한 사례를 제시하고 있지 않다). 설령 필자가 미처 예견하지 못한 정당화사유로 인하여 사회상규상 허용되어야 하는 부정청탁행위가 존재한다면, 제7호의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위’의 경우는 지극히 예외적으로 허용될 수 있어야 할 것으로 보인다. 이에 대해서는 3. 명확성 원칙 위배 여부 참조.

30) “교육과 언론이 국가나 사회 전체에 미치는 영향력이 크고, 이들 분야의 부패는 그 파급효가 커서 피해가 광범위하고 장기적인 반면 원상회복은 불가능하거나 매우 어렵다는 점에서 사립학교 관계자와 언론인에게는 공직자에 맞먹는 청렴성 및 업무의 불가매수성이 요청된다. 그래야만 교육은 학생에게 올바른 가치관과 공동체 의식을 심어줄 수 있게 되고, 언론은 정확하게 사실을 보도하고 정치·경제·사회의 모든 권력과 세력을 견제할 수 있게 되어 사회통합에 효율적으로 이바지할 수 있게 된다.” “교육계와 언론계에 부정청탁이나 금품등 수수 관행이 오랫동안 만연해 왔고 크게 개선되고 있지 않다는 각종 여론조사결과와 국민 인식 등에 비추어 볼 때, 교육계와 언론계의 자정노력에만 맡길 수 없다는 입법자의 결단이 잘못된 것이라고 단정하기도 어렵다.”고 하면서 제한되는 기본권이 존재하지 않는다는 점과 적용대상자 지정은 입법자의 재량영역이라는 점을 들어 헌법소원을 기각하였다. 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1252.

31) 국민권익위원회, 청탁금지법 언론사 매뉴얼, 99-101쪽 참조.

제14호의 부정청탁의 유형에 해당되는 사항이 없기 때문에 결과적으로 그것은 부정청탁이 아니다. 그렇다면 언론인에 대한 청탁은 모두 부정청탁이 아니라는 것인지, 부정청탁과 금품수수 금지 중 부정청탁의 경우에 언론인은 해당사항이 없고, 금품수수금지 규정만 적용된다는 것인지 그 입법의도가 명확하지 않다.

직무관련성과 대가성을 불문하고 공직자등의 금품수수를 처벌하는 이유는 그것이 향후 부정청탁과 연계될 개연성이 매우 높기 때문이다. 언론인의 부정청탁은 금지하지 않으면서 금품수수만 금지하는 형식은 법률 전체의 체계정당성을 손상시킬 수 있다. 그러므로 언론인을 이 법률 전체의 대상자가 될 수 있도록 하기 위해서는 언론인에 관한 부정청탁의 구체적인 행위유형을 삽입하거나 또는 일반적인 형태의 부정청탁의 정의조항을 두어서 누락된 언론인의 부정청탁을 개념적으로 포섭하거나,³³⁾ 언론통제에 대한 우려와 비판을 고려하여 언론인을 적용대상에서 제외시켜야 할 것으로 판단된다.

3. 명확성 원칙 위배 여부

(1) 헌법재판소의 견해

본 법률이 사용하고 있는 부정청탁의 개념과 예외사유로서 ‘사회상규’라는 용어와 관련하여 명확성 원칙 위배 여부에 대한 논란이 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 “부정청탁이라는 용어는 형법 제130조, 제357조 제1항, 공직자윤리법 제18조의4 제1항 등 여러 법령에서 사용되고 있다. 대법원은 배임수재죄에서 ‘부정한 청탁’이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말한다고 판시하고 있다. 이어 부정한 청탁인지 여부를 판단할 때는 청탁의 내용 및 이와 관련되어 수수된 재물의 액수와 형식 및 보호법익 등을 종합적으로 고찰하여야 한다는 취지로 판시하는 등 부정청탁의 의미에 관하여 많은 판례를 축적하고 있다³⁴⁾. 입법과정에서 부정청탁의 개념을 직접 정의하는 대신 14개 분야의 부정청탁 행위유형을 구체적으로 열거하는 등 구성요건을 상세하게 규정하게 되었다. 한편, 부정청탁금지조항은 통상적 의미의 법령뿐만 아니라 조례와 규칙도 법령에 포함된다고 명시적으로 규정하고 있다. 사회상규라는 개념도 형법 제20조³⁵⁾에서 사용되고 있으며, 대법원이 그 의미에 관해 일관되게 판시해 오고 있으므로,³⁶⁾ 부정청탁금지조항의 사회상규도 이와 달리 해석할

32) 송기춘, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 법적 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제 21권 제3호, 49쪽.

33) 이천현, 부정청탁 금지행위와 제재에 관한 소고, 한양법학 제26권 제3집, 2015. 8, 319쪽.

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

35) 형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

36) 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적

아무런 이유가 없다.

한편, 청탁금지법 제5조 제2항 제7호는 법질서 전체의 정신이나 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념상 허용되는 행위는 형식적으로 제1항의 부정청탁 유형에 해당하더라도 부정청탁에서 제외함으로써 국민의 정당한 권리 행사가 위축되는 것을 막고 있다. 복잡한 사회현상의 변화에 따라 사회상규상 허용되는 모든 상황을 법률에 구체적으로 열거하는 것은 입법기술상 불가능에 가깝다는 점을 감안하면, 부정청탁에 해당하는 행위유형을 열거하고 예외적으로 허용되는 청탁 유형의 하나로 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위’를 규정한 것은 입법기술상 부득이한 측면이 있다.³⁷⁾

이런 사정을 모두 종합하여 보면, 부정청탁금지조항에 규정된 ‘부정청탁’, ‘법령’, ‘사회상규’라는 용어가 다소 포괄적이고 추상적이어서 어느 정도 가치 판단이 필요한 일반개념이지만, 부정청탁금지조항의 입법배경 및 입법취지와 관련 조항 등을 고려한 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있다. 그렇다면 부정청탁금지조항은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 그 내용을 예측할 수 있으므로 불명확하다 할 수 없고 법을 해석·집행하는 기관이 이를 자의적으로 해석하거나 집행할 우려도 크지 않으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다.”³⁸⁾고 판시하였다.

(2) 사건

명확성의 원칙은 규범의 의미 내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 있도록 하여 법적 안정성과 예측가능성을 확보하고자 하는 원칙이다. 이와 같은 측면에서 입법자가 부정청탁의 개념정의를 하지 않고 구체적 행위유형만을 단정적으로 나열하는 방식은 아무리 법리적으로 문제가 되지 않는다고 할지라도 바람직하지 않다고 생각한다. 입법자가 법률의 핵심적 내용을 구성하는 개념정의를 포기 또는 생략함으로써 인해 법률적 지식이 부족한 국민들은 혼돈에 빠지기 때문이다. 이것은 형벌제재가 가해지는 범죄행위의 구성요건에 관한 사항이라면 더욱 강조될 수밖에 없다. 한편, 입법자는 ‘사회상규’와 같은 불확정법개념과 일반원칙에 의존하는 것을 삼가해야 한다. 하지만 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 복잡한 사회현상의 변화에 따라 사회상규상 허용되는 모든 상황을 법률에 구체적으로 열거하는 것은 입법기술상 불가능하기 때문에 사회상규라는 불확정법개념을 사용하지 않는다면 오히려 불합리한 결과가 초래될 수 있을 것으로 판단된다.

인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다. 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도 3000 판결 등.

37) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 77쪽.

38) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1265.

이러한 결과를 종합해 보면 헌법재판소는 청구인(사립학교교직원과 언론인이 주축임)들의 주장에 국한시켜 정의조항이나 사회상규의 명확성 여부에 대한 판단만을 하였고, 그 외의 요소들, 예컨대 부정청탁과 금품수수의 예외조항들에 대한 명확성 여부를 전혀 판단하지 않았기 때문에 본 법률이 명확성의 원칙을 위배한 것은 아니라고 판시한 것으로 보인다. 비록 부정청탁에 관한 정의조항의 부재와 ‘사회상규’라는 불확정법개념의 사용에 관한 한 헌법재판소의 견해처럼 헌법상 법리적으로 전혀 문제가 없을지 모르나 국민권익위원회가 해설서를 발행하여 가이드라인을 제시하고, 정부가 관계부처 합동 태스크포스(TF)를 만드는 등의 노력을 하는데도 불구하고 국민적 혼란이 지속되고 있다면, 그 자체로서 법률규정이 명확하지 않다는 것을 반증하고 있는 것이기도 하다. 국민권익위원회가 발간한 ‘청탁금지법 해설집’ 머리말의 “처음 시행되는 청탁금지법의 규범력을 제고하기 위해서는 법 적용대상자가 법률의 내용을 충분히 이해할 수 있도록 청탁금지법상 금지행위와 처벌규정에 대한 명확한 법해석과 가이드라인 마련이 선행되어야 할 것입니다.”라는 설명도 결국 법률 자체만으로는 그 의미가 명확하지 않기 때문에 가이드라인을 제시하게 되었다는 해명으로 보인다. 명확성의 원칙 위배 여부를 법리적으로 논하는 의미는 궁극적으로 국민들의 법적 생활의 안정성을 추구하고자 함이다. 그렇다면 국민은 물론 법안을 발의한 정부와 주무기관인 국민권익위원회까지 혼란에 빠뜨린 법률을 과연 명확하게 제정된 법률이라고 단정할 수 있을지 의문이다. 판례가 축적될 때까지 참고 적용해보자는 독려보다는 법률체계를 정비하는 노력을 기울여야 실효성을 확보할 수 있을 것이다.

따라서 향후 제5조의 부정청탁조항은 부정청탁의 정의조항과 구체적 행위유형을 병행하여 규정하고, 언론인을 포함시킬 것인지 여부를 먼저 결정하여 포함시키고자 한다면 언론인에 대한 행위유형을 제5조 제1항에 추가하고, 법령위반의 경우이면 어차피 모두 부정청탁이므로 부정청탁의 행위유형을 직능별로 구별하여 묶고, 예외조항의 경우에도 합법적인 절차에 의한 요청인 경우는 삭제하여 가능한 한 조항수를 축소시켜 국민들이 이해하기 쉽도록 간결하게 정리할 필요가 있다.

Ⅲ. 금품수수금지규정의 특수성과 문제점

1. 규정형식의 특수성

부정청탁금지법 제8조는 공직자등이 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품등을 받거나 요구 또는 약속하는 경우에는 직무관련성이나 대가성을 불문하고 형사처벌을, 직무와 관련하여 수수한 금액이 1회 100만원 또는 매 회계연도에 300만원 미만인

경우에는 대가성 여부를 불문하고 과태료를 부과한다.³⁹⁾ 다만, 예외사유가 8가지 있는데, 그 경우 법적용이 배제되며, 특히 제2호에 따라 대통령령으로 정하는 가액 범위 안의 금품 등은 허용된다. 정리하면 부정청탁금지법상 금품수수금지규정은 공직자등의 금품수수를 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 허용하는 형식을 취하고 있고, 적용예외에 해당하지 않는 경우, 수수한 금품등의 가액에 따라 제재유형이 형벌 또는 과태료로 결정된다는 특수한 구조를 갖고 있다. 형법상 수뢰죄와 뇌물죄를 규정한 형법 제129조나 제130조의 경우에는 범죄의 행위태양만 언급되어 있을 뿐 기준 가액에 따른 제재 여부에 대한 언급이 없이 일률적으로 형벌이 부과되는 구조이다.⁴⁰⁾ 마찬가지로 공무원행동강령 제14조를⁴¹⁾ 위반한 경우에도 해당 공무원은 일률적으로 징계수준의 제재를 받게 된다. 반면, 본 법률에서 금품등의 가액은 제재의 종류(형사처벌과 과태료)를 구분하는 기준이고 과태료 부과액 산정을 위한 기준이 되므로 매우 중요한 의미를 가질 수밖에 없다.⁴²⁾

본 법에서는 수수한 금품가액의 범위가 3가지로 구분되는데, 그 기준액은 100만원과 대통령령으로 정하는 가액 범위의 3·5·10만원이며,⁴³⁾ 법률과 대통령령을 종합해 보면 다음과 같다.

수수 금액의 기준	제재
1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과	형벌(3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금)
1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 이하	과태료(2~5배)
3·5·10만원 이하	허용

39) 제8조(금품등의 수수 금지)

- ① 공직자등은 직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다.
- ② 공직자등은 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 제1항에서 정한 금액 이하의 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다.
- 40) 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.
제130조(제삼자뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.
- 41) 공무원행동강령 제20조(징계 등) 제19조 제4항에 따른 보고를 받은 소속 기관의 장은 해당 공무원을 징계하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.
- 42) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 114쪽.
- 43) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 시행령 제17조 별표 1

음식물·경조사비·선물 등의 가액 범위(제17조 관련)

구분	가액범위
1. 음식물: 제공자와 공직자등이 함께 하는 식사, 다과, 주류, 음료 그 밖에 이에 준하는 것	3만원
2. 선물: 금전 및 제1호에 따른 음식물을 제외한 일체의 물품 또는 유가증권, 그 밖에 이에 준하는 것	5만원
3. 경조사비: 축의금, 조의금 등 각종 부조금과 부조금을 대신하는 화환·조화, 그 밖에 이에 준하는 것	10만원

따라서 본 법에서는 기준 금액이 불법여부와 제재유형을 동시에 결정하는 특수한 구조로 성립되었다. 이 규정은 모든 금품수수를 금지하는 것이 아니고, 대통령령에서 정한 3·5·10만원을 초과하는 액수의 금품수수를 원칙적으로 금지하고 있다. 그리고 100만원을 초과하는 정도의 금품수수가 있다면 여기에는 무엇인가 강한 불법적인 의도가 숨어 있다고 믿고 직무관련성과 대가성 모두를 불분하고 강하게 처벌한다.⁴⁴⁾ 이와 같은 규정형식은 금액의 고저 여부를 떠나 행위의 불법성에 근거를 두고 처벌하던 기존의 형사법 체계와 다른 새로운 패러다임을 택했다고 보여진다.

한편, 수수가 허용되는 3·5·10만원 이하의 가액범위의 경우에는 왜 직무관련성과 대가성 여부를 불문하고 금품수수가 허용되는 것인지 그 정당성에 관하여 두 가지 논거를 생각해 볼 수 있다.

- ㉠ 이 정도의 금액 내에서는 금품수수로 인한 불법성이 전혀 존재하지 않는다. 즉 정당하고 적법한 금품수수이다.
- ㉡ 설령 직무관련성과 대가성으로 인하여 뇌물로서의 불법성과 비난가능성이 존재할 수는 있지만, 이 가액 내에서의 금품수수는 액수가 적기 때문에 위법성이 조각된다.

하지만 ㉠과 ㉡ 그 어떤 경우도 불법성이 존재하지 않다거나 위법성이 조각된다고 일률적으로 단정할 수 없다. 3·5·10만원 이하의 경우에도 직무관련성과 대가성 있는 금품수수가 얼마든지 존재할 수 있고, 단지 액수가 적을 뿐 제8조 제1항·제2항과 행위태양이 같은 사안을 정당한 금품수수라고 일률적으로 단정할 수 없으며, 일반 국민들에게 3·5·10만원 미만의 가액도 적은 액수가 아니기 때문이다. 아마도 국민권익위원회가 ‘직접적 직무관련성’⁴⁵⁾이라는 법률에도 존재하지 않는 개념을 도입하여 법률과 달리 직접적인 직무관련자들 사이에서는 커피 한잔, 김밥 한줄도 허용되지 않는다고 표명할 수밖에 없었던 이유도 부정청탁금지법의 주무관청인 국민권익위원회로서는 불법적 요소의 허용영역을 보다 더 완벽하게 차단시킬 필요가 있었고, 따라서 이 가액범위 내에서조차도 금품수수를 허용하지 않기 위해 ‘직접적 직무관련성’이라는 개념을 도입한 것 아닌가 하는 추측이다.⁴⁶⁾

44) “금품수수금지조항은 직무관련성이나 대가성이 없더라도 동일인으로부터 1회 100만 원 또는 매 회계연도 300만 원을 초과하는 금품등을 수수한 경우 처벌하도록 하고 있다. 이는 사립학교 관계자나 언론인에게 적지 않은 금품을 주는 행위가 순수한 동기에서 비롯될 수 없고 일정한 대가관계를 추정할 수 있다는 데 근거한 것으로 볼 수 있다. 우리 사회에서 경제적 약자가 아닌 사립학교 관계자와 언론인에게 아무런 이유 없이 1회 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품등을 준다는 것은 건전한 상식으로는 이해할 수 없는 일이다. 또 사립학교 관계자와 언론인이 직무와 관련하여 아무리 적은 금액이라도 정당한 이유 없이 금품등을 받는 것을 금지하는 것이 부당하다고 할 수 없다.” 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1268.

45) 국민권익위원회는 “당해 공직자의 일반적 직무권한에 속하지 않더라도 그 직무와 밀접한 관련이있는 직무행위를 의미한다고” 설명하고 있다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 114쪽. 직접적 직무관련성의 문제와 관련하여서는 아래의 4. 참조.

2. 금품수수금지의 예외조항과 이해충돌방지규정의 부재

(1) 이해충돌방지규정이 제외된 배경

이른바 ‘김영란법’이 처음 윤곽을 드러낸 것은 2012년 8월 16일 국민권익위원회가 법 제정안을 발표하면서였다. 공직자가 100만원을 넘는 금품이나 향응을 받으면 대가성이 없어도 형사처벌을 받게 된다는 게 주요골자였다. 이런 처벌조항이 ‘과잉금지의 원칙에 위배된다’는 법무부의 반대로 국민권익위원회가 형사처벌을 과태료 부과로 처벌 수위를 낮추려고 하자, 이번에는 ‘누더기 입법이 아니냐’는 여론의 비판에 부딪혀 논란이 일었다. 결국 정부는 정홍원 당시 국무총리의 중재로 형사처벌 조항을 일부 되살리는 내용의 조정안을 마련해 발표 11개월 만인 2013년 7월 말 국무회의 심의를 거쳐 이 법안을 국회로 보낼 수 있었다. 수정된 정부 입법안은 국회로 넘어와서도 여야 이견으로 발의되지 못하고 묶여 있었다.

논의의 장이 열린 계기는 2014년 4월 ‘세월호 참사’를 계기로 ‘관피아’(관료 마피아) 척결을 요구하는 여론이 확산되면서 추진되었는데, 소관 상임위원회인 국회 정무위원회는 김영란법 국회 제출 9개월 만인 2014년 5월 심의에 착수했다가 법안 중 ‘이해충돌’ 방지 제도를 둘러싼 이견과 여야 냉각 정국으로 다시 6개월을 표류했다. 2015년 1월 7일 정무위원회는 법 적용 대상을 사립학교 교직원과 언론사 종사자로까지 확대하면서 당초 공직자를 대상으로 했던 국민권익위원회의 입법 취지와 다른 방향으로 법을 변화시켰는데, 공직자 친족들의 직업선택의 자유 침해가능성과 적용대상의 광범위성으로 인하여 이견이 팽팽했던 이해충돌 방지제도를 빼고 나머지 부분만 분리 입법시키기로 합의했고, 법률명도 당초 ‘부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법’에서 ‘부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률’로 변경했다. 이러한 수정과정을 거친 일명 ‘김영란법’은 곧바로 정무위원회를 통과해 같은 해 3월 법제사법위원회와 본회의를 거쳐 정식으로 공포됐다.

2012년 8월 김영란 당시 국민권익위원회 위원장이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법’을 입법예고 한 이후 2013. 5. 24. 김영주의원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안’을, 2013. 5. 28. 이상민의원이 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안’을, 2013. 8. 5. 정부는 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안’을, 2013. 10. 28. 김기식의원이 ‘공직수행의 투명성 보장과 이해충돌 방지를 위한 법률안’을 발의한 바 있다. 이들은 모두 부정청탁과 금품수수를 금지하는 현행 법률의 내용에 이해충돌방지규정을 부가하였고, 법률의 명칭에 ‘이해충돌방지제도’가 포함되어 있음을 명시하고 있었다. 그만큼 이해충돌방지제도가 법안의 한축이 되어야 할 만큼 중요한 의미가 있음을 뜻한다.

46) 이에 관해서는 아래의 4. 참조.

(2) 예외조항과 이해충돌방지규정의 부재로 인한 문제점

이해충돌이란 정부안에 따르면 공직자가 직무를 수행함에 있어서 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황을 말한다. 이러한 상황에서 공직자들은 제척·기피·회피제도를 통해 직무상의 공익을 공정하고 투명하게 처리하기 위해 사적 이해관계가 얽혀 있는 사안을 맡지 못하도록 하는 것이다. 미국, 캐나다, 프랑스, 독일, 영국, 일본, 호주, 뉴질랜드 등 대부분의 선진국뿐만 아니라 라트비아, 리투아니아, 에스토니아, 몽골 등 개발도상국들도 오래전부터 종합적인 이해충돌방지제도의 구축·운영을 통해 공직자의 사적 이해관계를 철저하게 관리함으로써 공공부문에 대한 국민의 신뢰성을 제고하고 있다.

이해충돌방지법의 제정의 의의는 크게 둘로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 공직자들이 직무와 관련하여 금품수수가 금지되지만 그 예외조항에 해당되는 경우에는 금액의 상한선 없이 합법적으로 금품수수가 가능하다. 따라서 그 예외의 범위가 넓을수록 이 법률의 의미는 그만큼 퇴색되는 구조이다. 제8조 제3항의 예외사유는 다음과 같다.

제8조 제3항 제10조의 외부강의등에 관한 사례금 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금품등의 경우에는 제1항 또는 제2항에서 수수를 금지하는 금품등에 해당하지 아니한다.

1. 공공기관이 소속 공직자등이나 파견 공직자등에게 지급하거나 상급 공직자등이 위로·격려·포상 등의 목적으로 하급 공직자등에게 제공하는 금품등
2. 원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액 범위 안의 금품등
3. 사적 거래(중여는 제외한다)로 인한 채무의 이행 등 정당한 권원(權原)에 의하여 제공되는 금품등
4. 공직자등의 친족(「민법」 제777조에 따른 친족을 말한다)이 제공하는 금품등
5. 공직자등과 관련된 직원상조회·동호인회·동창회·향우회·친목회·종교단체·사회단체 등이 정하는 기준에 따라 구성원에게 제공하는 금품등 및 그 소속 구성원 등 공직자등과 특별히 장기적·지속적인 친분관계를 맺고 있는 자가 질병·재난 등으로 어려운 처지에 있는 공직자등에게 제공하는 금품등
6. 공직자등의 직무와 관련된 공식적인 행사에서 주최자가 참석자에게 통상적인 범위에서 일률적으로 제공하는 교통, 숙박, 음식물 등의 금품등
7. 불특정 다수인에게 배포하기 위한 기념품 또는 홍보용품등이나 경연·추첨을 통하여 받는 보상 또는 상품
8. 그 밖에 다른 법령·기준 또는 사회상규에 따라 허용되는 금품등

이를 살펴보면, 그 범위가 매우 넓고 내용적으로 금액의 상한선이나 제한을 두지 않고 있는데, 그 중 이해충돌과 관련하여 가장 문제의 소지가 있는 것은 제4호와 제5호이다. 제4호의 공직자등의 친족의 범위는 현행 민법 제777조의 친족을 의미하는데, 구체적으로 8촌 이

내의 혈족과 4촌 이내의 인척, 법률상의 배우자로서 민법 제779조의 가족⁴⁷⁾보다 범위가 넓다. 이들이 제공하는 금품의 경우에는 금액의 상한 없이 이 법률의 적용이 배제되는데, 예컨대 증조할아버지의 형제의 증손자(8촌이내의 혈족)가 직무와 관련하여 대가성 있는 금품을 제공했을 경우에도 처벌대상이 아니다. 과거 친·인척에 대한 특혜와 공정성 시비 등을 고려해 보았을 때 그 광범위성으로 인해 이 법의 의미를 퇴색시키기에 충분하다.⁴⁸⁾ 또한 제5호의 경우는 공직자등과 특별히 장기적·지속적인 친분관계를 맺고 있는 자가 질병·재난 등으로 어려운 처지에 있는 공직자등에게 제공하는 금품등은 금지되는 금품에서 제외시키고 있는데, 이 법률이 직무관련성이나 대가성 입증문제로 인해 ‘스폰서 검사’와 같이 수뢰죄로 처벌하지 못하는 사각지대를 해소하기 위한 법률이라면 과연 이 법률로 ‘스폰서 검사’를 처벌할 수 있을지 의문이다. 왜냐하면 질병의 정도, 재난의 구체적 상황, “등”에 어떠한 내용이 포함되는지, 어려운 처지의 수준을 어느 정도로 보아야 할 것인지는 사람마다 기준이 달라서 주관적 판단이 가능해질 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 더욱이 법률의 이러한 허점을 정확히 알고 있는 공직자등의 경우에는 처벌을 회피할 수 있는 상황을 미리 설정해 둘 것이고, 그로 인해 법률시행의 의미는 완전히 퇴색될 수도 있다.

이러한 문제를 해결하는 방법으로 이 법률에서 금지하는 금품의 수수행위를 직무관련성에 한정하여 ‘친족’이나 ‘특별히 장기적·지속적 친분관계에 있는 자’라고 하여 예외를 인정하지 않도록 제8조 제2항의 예외항목에서 삭제하거나 아니면 이들과 관련된 직무수행 자체를 금지시키는 것이다. 후자와 관련해서, 이 법률의 원안인 국민권익위원회의 안을 살펴보면, 제11조 제1항 제4호의 ‘통상적인 범위 안에서’와 제5호의 “다만, 그 제공 목적·동기, 금액의 적정성 또는 제공자와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 이해충돌의 우려가 있는 금품등은 제외한다.”라는 명시적 제한을⁵⁰⁾ 설정해 둔 점은 주목할 만하다.⁵¹⁾

47) 제779조(가족의 범위)

① 다음의 자는 가족으로 한다.

1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매 2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매

② 제1항 제2호의 경우에는 생계를 같이 하는 경우에 한한다.

48) 이러한 입법태도는 공직자의 친족에 의하여 범해질 수 있는 부정청탁의 문제를 아예 포기하는 것과 다를 바 없다는 견해가 있다. 송기춘, 앞의 논문, 63쪽.

49) 이와 관련하여 국민권익위원회도 장기적·지속적인 친분관계, 질병·재난 등으로 어려운 처지의 의미와 판단기준이 중요한 쟁점이라고 하면서 ‘특별한 친분관계’라는 개념을 판단기준으로 제시하고 있다. 그러면서도 (장기적·지속적인 친분관계) 일률적으로 판단할 수 없고 친분관계의 원인이나 계기, 교류 접촉 기간 및 횟수 등을 종합적으로 고려하여 ‘특별히’ 친분관계가 존재하는지 여부의 판단 필요하며, 제공 주체는 그 소속 구성원 “등”으로 규정되어 있으므로 예시된 단체의 구성원에 한정되지 않고 그에 준하는 정도의 장기적·지속적인 친분관계에 있는 자도 해당된다고 한다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 133쪽.

50) 국민권익위원회 입법안 제11조 제1항

4. 공직자의 친족(민법 제767조의 친족* 중 4촌 이내의 친족을 말한다)이 부조의 목적으로 통상적인 범위 안에서 제공하는 경조 관련 금품, 치료비·주거비 또는 그 밖의 금품등

5. 공직자와 같은 동호인회·동창회·향우회·친목회·종교단체·사회단체 등의 구성원 등 공직자

둘째, 공직자등에게 고도의 청렴성을 요구하기에 앞서 공정한 직무수행이 가능하도록, 즉 금품과 향응제공의 환경으로부터의 접촉을 차단시켜 주는 제도적 장치를 마련해 둔다는 의미가 있다. 부정부패는 1차적으로 공직자의 도덕성에 의존하여 근절되는 것이 가장 바람직한 이상적 사회이다. 공직자는 국민으로부터 위임받은 권한을 행사하는 공적 직위를 갖고 있기 때문에 고도의 청렴성과 윤리적 도덕성이 요구된다. 이들에 대한 권한위임은 곧 이들에 대한 신임을 의미하는데, 이들의 부정부패는 이러한 공적 신뢰를 깨뜨린 것이므로 일반 사인보다 더욱 강한 처벌을 하는 것이다. 그러나 법치주의가 인간의 도덕성에만 의존하기 어렵다는 것을 깨닫고 법과 제도를 통해 인간의 이기심을 억누르고자 출현한 것이라면, 이 사안의 경우에도 부정청탁과 뇌물수수 자체가 불가능한 제도적 여건과 환경을 먼저 마련한 후,⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 청렴성에 대한 신뢰를 저버린 공직자를 처벌하는 구조를 마련하는 것이 순리일 것이다. 신속한 입법추진으로 인해 이해충돌방지제도에 대한 논의가 제대로 이루어지지 않았다면, 잠정적으로 공무원행동강령 제5조라도⁵³⁾ 준용하는 내용을 규정하였

와 특별히 장기적·지속적인 친분관계를 맺고 있는 자가 질병·재난 등으로 어려운 처지에 있는 공직자에게 제공하는 금품등이나 통상적인 범위 안에서 제공하는 경조관련 금품등. 다만, 그 제공 목적·동기, 가액의 적정성 또는 제공자와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 이해충돌의 우려가 있는 금품등은 제외한다.

* 민법 제767조 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다.

51) 예외조항 제4호와 제5호의 다른 법령과의 비교

* 현행 공무원행동강령은 부정청탁금지법이 시행된 이후 그 내용을 부정청탁금지법과 동일하게 변경하였으므로 변경 직전의 것과 비교함.

부정청탁금지법 제8조 2016. 9. 28 시행	구 공무원행동강령 제14조 대통령령 제26980호, 2016. 2. 12 시행	서울특별시 공무원행동강령 제12조 서울특별시규칙 제3476호, 2016. 2. 18 시행
4. 공직자등의 친족(「민법」 제777조에 따른 친족을 말한다)이 제공하는 금품등	없음	4. 공직자의 4촌 이내의 친족이 부조의 목적으로 통상적인 범위 안에서 제공하는 경조 관련 금품, 치료비·주거비 또는 그 밖의 금품 등
5. (중략)공직자등과 특별히 장기적·지속적인 친분관계를 맺고 있는 자가 질병·재난 등으로 어려운 처지에 있는 공직자등에게 제공하는 금품등	5. 질병·재난 등으로 어려운 처지에 있는 공무원을 돕기 위하여 공개적으로 제공되는 금품등	5. 질병·재난 등으로 인하여 어려운 처지에 있는 공무원을 돕기 위하여 제공되는 금품 등

52) 박근혜 대통령에 대한 탄핵으로 이어진 한국의 정치적 혼란을 ‘제도적 부패’(systemic corruption)의 관점에서 봐야 한다고 뉴욕타임스가 11일(현지시간) 지적했다. 제도적 부패는 부패가 많고 심각한 국가의 경제적·정치적 시스템의 일부가 되며, 더 강해지면 국가 전체 시스템을 감염시켜 정직한 사람조차 부패한 행동을 하게 만든다고 한다. <http://blog.daum.net/jayu8913/1451> (방문일자: 2016. 12. 12).

53) 공무원행동강령 제5조(이해관계 직무의 회피) ① 공무원은 자신이 수행하는 직무가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직무의 회피 여부 등에 관하여 직급 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 직무관련

어야 한다.

이해충돌방지제도를 함께 규정하지 못한 이 법률의 의미는 절감될 수밖에 없다. 최소한 제8조 제3항 제4호가 공직자등의 친족(『민법』 제777조에 따른 친족을 말한다)이 제공하는 금품등을 받은 경우를 제재대상에서 제외시켜 놓았다면, 적어도 이와 동일한 범위의 친족에 관한 직무에 대해서 제척·기피·회피하여야 한다는 내용이 함께 규정되어야 예외조항이 설득력을 가질 수 있을 것이다. 현행 부정청탁금지법을 반쪽 법률이라고 하는 이유이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

3. 배우자 신고조항의 일반적 행동의 자유 침해 여부와 피신고자의 범위

부정청탁금지법 제8조 제4항과 제9조는 공직자등의 배우자가 공직자등의 직무와 관련하여 금지되는 금품등을 수수해서는 안 된다고 하면서, 이러한 사실을 알게 된 공직자등이 이를 위반한 배우자를 소속기관장에게 신고하도록 하고 있다.⁵⁶⁾ 헌법재판소는 “신고조항과 제재조항은 공적 업무에 종사하는 사립학교 관계자와 언론인이 배우자를 통하여 금품등을 수수한 뒤 부정한 업무수행을 하거나 이들의 배우자를 통하여 사립학교 관계자 및 언론인에게 부정한 영향력을 끼치려는 우회적 통로를 차단함으로써 공정한 직무수행을 보장하고 이들에 대한 국민의 신뢰를 확보하고자 함에 입법목적이 있으며..., 직무와의 관련성을 요구하여 수수 금지의 범위를 최소화하고 있고, 배우자에 대하여는 어떠한 제재도 가하지 않는다. 사립학교 관계자나 언론인은 배우자가 수수 금지 금품등을 받은 사실을 알고도 신고하지 않은 자신의 행위 때문에 제재를 받게 되는 것이고... 신고조항과 제재조항이 과잉금지원

자인 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

- 54) 처음 부정청탁금지법을 제안했던 김영란 전 국민권익위원장은 “애초 원안엔 부정청탁금지와 금품 등 수수금지, 공직자 이해충돌방지가 있었는데 앞서 두 원안은 통과됐으나 마지막 공직자 이해충돌방지가 통과되지 못했다”며 “이 부분은 반부패정책의 매우 중요한 부분이므로 시행돼야 하는 것인데도 일부만 국회를 통과해 ‘반쪽 법안’이 됐다”고 아쉬워했다.

<http://news.tf.co.kr/read/ptoday/1497500.htm> (방문일자: 2016. 12. 5)

- 55) 같은 취지에서 송기춘, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 법적 문제점과 개선방향, 세제헌법연구 제21권 제3호, 45쪽.

- 56) 부정청탁금지법 제8조

④ 공직자등의 배우자는 공직자등의 직무와 관련하여 제1항 또는 제2항에 따라 공직자등이 받는 것이 금지되는 금품등(이하 “수수 금지 금품등”이라 한다)을 받거나 요구하거나 제공받기로 약속해서는 아니 된다.

⑤ 누구든지 공직자등에게 또는 그 공직자등의 배우자에게 수수 금지 금품등을 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 해서는 아니 된다.

부정청탁금지법 제9조

① 공직자등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소속기관장에게 지체 없이 서면으로 신고하여야 한다. 2. 공직자등이 자신의 배우자가 수수 금지 금품등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 안 경우

칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한다고 보기 어렵다.”고 판시한 바 있다.⁵⁷⁾

이에 대해서는 공직자등의 배우자가 제8조 제4항에 의하여 금품수수가 금지되고 있음에도 불구하고 정작 불법행위를 한 배우자의 경우에 처벌조항이 없고, 배우자가 그러한 불법행위를 저지른 사실을 알고도 은닉하려는 공직자등을 처벌하고 있다는 점에서 자기책임의 원칙과 연좌제 금지에 반한다거나 일반적 행동자유권을 침해한 것이라는 주장이 있다. 하지만 배우자의 경우에는 법적용대상자인 공직자등이 아닐 뿐 아니라 배우자를 처벌하게 될 경우 ‘배우자 신고조항’ 자체의 실효성이 없어지기 때문에 배우자처벌은 어려울 것으로 생각된다.

한편, 배우자 신고조항이 헌법재판소가 제시한 논거에 의해 합헌이라면 배우자 뿐 아니라 부모, 자녀 및 형제·자매를 포함한 친·인척의 금품수수 행위로 그 범위를 확대하는 것이 필요하다고 생각한다. 배우자 신고조항이 우회적 금품수수의 통로를 차단하기 위한 조치라면⁵⁸⁾ 가족과 친족에 의한 통로도 차단되어야 하기 때문이다. 특히 본 법은 민법 제777조의 친족이 제공하는 금품을 예외적으로 허용하고 있는데, 만일 제3자가 배우자 아닌 부모나 자녀, 공직자등의 친족에게 금품을 전달하여 그 친족으로 하여금 해당 공직자등에게 금품이 전달된다면 법률이 허용하는 합법적인 금품수수가 되는 결과를 초래한다. 그러므로 적어도 이 법규정에서 언급되고 있는 예외조항의 범위에 해당하는 친족의 범위를 모두 신고대상으로 포섭하여 확대 적용하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 즉 제779조의 가족 또는 나아가 민법 제777조의 친족의 범위로 확대하여 신고조항을 적용하는 것이다.⁵⁹⁾

4. ‘직접적 직무관련성’과 허용가액 3·5·10만원 이하의 의미

(1) 직접적 직무관련성으로 인한 혼란

국민권익위원회는 청탁금지법상 직무관련성의 의미를 “직무수행의 공정성을 의심받게 하는 금품등의 수수를 금지하고 있는 입법취지에 비추어 형법상 뇌물죄의 직무관련성과 같은 의미”라고 하면서 청탁금지법상 직무관련성은 향후 개별적 사안에 대한 판례의 형성 축적

57) 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1254.

58) 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1254.

59) 김영란 전 권익위원장은 신고대상 가족의 범위를 배우자로 축소된 부분에 대해선 “애초 가족 개념을 민법 제779조에 적용해 규정했다. 그러나 통과된 법엔 배우자로만 축소했다”며 “전직 대통령의 자녀와 가족들이 문제가 된 사례를 생각해 보면 규정이 필요하다”고 강조했다. 이어 가족 금품 수수시 직무 관련성을 요구해 범위를 축소한 것에 대해 아쉬움을 나타내기도 했다. 민법 제779조에 따르면 가족 개념은 배우자와 직계혈족, 형제자매와 생계를 같이 하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족, 배우자의 형제자매이다. <http://news.tf.co.kr/read/ptoday/1497500.htm> (방문일자: 2016. 12. 5)

을통해 구체화되어야 할 것이라고 덧붙이고 있다. 이에 따르면 청탁금지법상 직무는 ‘공직 자등이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무’를 의미하는데, 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다고 한다.⁶⁰⁾ 그러면서 직무행위의 유형을 ① 일반적 권한에 속하는 직무와⁶¹⁾ ② 직무와 밀접한 관련이 있는 직무행위⁶²⁾로 나누고, 이 중 어느 하나에라도 속하면 그 직무와 관련하여서는 법률이 허용하는 3·5·10만원 이하의 금품수수도 허용하지 않는다.

‘직접적 직무관련성’은 국민권익위원회가 공무원행동강령 제2조 제1호의 ‘직무관련자’⁶³⁾에 준해 만든 개념으로서 이는 ‘직무와 직접적으로 관련 있는 자’를 의미한다. 국민권익위원회는 법률에도 존재하지 않는 ‘직접적 직무관련성’에 대해 본 법의 해설집에 명시하고 있는데, 직접적으로 직무와 관련 있는 자가 제공하는 금품등에 대해서는 법률에서 허용하는 3·5·10만원 이하의 금품수수도 허용될 수 없다고 설명하고 있다. 이와 같이 법률의 위임을 받아 정한 대통령령의 허용가액에 대하여 전혀 다른 입장을 보이고 있다 보니 국민들에게 두려움과 혼란을 야기하게 된 것이다. 국민권익위원회 내부에서조차도 2016. 10. 6. 국민권익위원회 부위원장은 교사에게 캔커피나 카네이션을 주는 것은 허용된다고 입장을 표명한 후, 며칠 뒤 권익위원장이 직접적 직무관련성을 인정하면서 이를 부정하는 등 일관적인 태도를 보이지 못하였고, 이와 같은 ‘입장변복’과 ‘직접적’이라는 개념의 모호성으로 인해 국민들의 혼란이 가중되었다. 최종적으로 담임교사에게는 운동회기간에 김밥 한 줄도 줄 수 없으나 비담임교사에게는 가액범위 내 선물이 가능하거나 종이 카네이션을 선물하는 것은 가능하다는 등 직접적 직무관련성을 관철시키려는 일관적인 태도를 보이고 있다. 하지만 담임교사에게 김밥 한 줄을 건네는 것은 사회상규에 반하는 정도의 금품이 아니며(제8조 제3항 제8호), 법령을 위반하는 일은 더욱 아니다. ‘직접적 직무관련성’의 개념을 적용하게 되면 3·5·10만원 이하의 가액범위 내에서의 대부분의 금품수수 행위는 일단 불법으로 간주될 수

60) 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 111쪽.

61) 법령상 일반적 추상적 권한에 속하는 직무이면 충분하고 현실적 구체적으로 담당하고 있는 직무일 필요는 없다고 하면서(일반적 직무권한 이론) 지휘감독자의 소속 또는 지휘감독을 받는 공직자의 일반적 권한에 속하는 직무를 포함하여 사실상 관례상 처리하는 직무, 법령상 일반적 직무권한에 기초하여 사실상 처리하는 직무를 의미한다고 한다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 111쪽.

62) 당해 공직자의 일반적 직무권한에 속하지 않더라도 그 직무와 밀접한 관련이 있는 직무행위로서 지위를 이용하거나 직무에 따른 세력을 기초로 직무의 공정성에 영향을 줄 수 있는 행위, 일반적 권한에 속하는 직무는 아니지만 소관 사무에 관해 사실상 의견이 존중되고 결정권자의 판단에 영향을 줄 수 있는 경우를 의미한다고 하면서 ‘사실상의 영향력’을 줄 수 있는 경우에 직접적 직무관련성이 있다고 한다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 112쪽.

63) 「공무원행동강령」에서는 공무원은 직무관련자 또는 직무관련공무원으로부터 금품등을 받는 것을 금지하고 있는데, 직무관련자란 공무원의 소관 업무와 관련되는 자로서 제2조 제1호에 열거된 8가지 중 어느 하나에 해당하며 해당 공무원에 대하여 직무상 열위에 있는 자(소위甲-乙관계에 있어서의 乙)를 의미한다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 110쪽.

밖에 없다. 예컨대 학생으로부터 담임교사가 500원 상당의 캔커피를 받았을 때 대통령령에서 정한 가액범위 내의 금품이기 때문에 형식적 법률을 위반한 것은 아니지만, 국민권익위원회의 직접적 직무관련성이 인정되기 때문에 무조건 범위반이 전제되어 버리는 것이다. 결국 3·5·10만원 이하의 금품수수를 허용한 법률의 취지가 무색해지는 결과가 초래된다.

앞서 살펴본 바와 같이⁶⁴⁾ 3·5·10만원 이하의 가액범위 내에서도 불법성 있는 금품수수가 존재할 수 있기 때문에 국민권익위원회가 이처럼 단호한 태도를 보이고 있다는 점에 대해서 일정정도 공감할 수는 있겠지만, 법 적용범위가 사적 영역으로 확장되면서 허용되는 것(선물)과 금지된 것(뇌물)의 구별을 어려워하는 국민들에게 적어도 법령과 주무관청의 법령 해석의 불일치 문제를 해결하려는 노력은 하여야 할 것으로 생각된다. 즉 법률 제8조 제3항 제2호를 예외조항에서 아예 삭제해서 가액의 범위와 상관없이 모든 금품수수를 금지하거나 또는 국민권익위원회가 직접적 직무관련성의 개념을 포기하는 것이다.

(2) 법과 도덕의 경계로서 3·5·10만원

공무원은 국민의 봉사자로서 국민을 위해 살겠다는 영혼을 가져야 하는 집단으로서 직무에 관하여 고도의 윤리성과 공정성에 대한 인식과 책임감을 갖고 있는 집단이다. 이들에게 국가행정의 권한을 위임한 것은 공직자에 대한 국민의 신뢰를 의미한다. 공직자는 아니지만 각각 교육과 언론의 공공성으로 인해 공직자와 동일한 수준의 청렴성을 요구받은 ‘등’에 해당하는 사립학교 교직원과 언론인의 경우에도 마찬가지이다. 이들에 대한 기본적 신뢰가 있다면 적어도 대통령령에서 정한 가액범위 내의 금품수수에 대해서는 부정한 금품수수와는 무관한 것으로 간주함으로써 공정하고 청렴한 직무수행이 이루어지고 있다는 믿음과 신뢰를 보여주는 것이 바람직하다고 생각한다. 직장생활을 하면서 직무와 관련된 사람을 만나지 않을 수도 없고, 그러다 보면 자연스럽게 식사와 선물, 축의금·조의금을 주고받는 상황이 전개된다. 그러는 과정에서 주고받게 되는 사교적 의례로서의 소액의 금품등으로 인해 공직자등이 직무의 공정성을 잃을 것이라고 단정하긴 어렵다. 대통령령에서 정한 가액 범위 내에서의 금품수수가 이루어졌다면 일단 그 정도 가액범위 내에서는 공직자등이 직무를 수행함에 있어서 공정성과 윤리성을 잃지 않을 것이라는 믿음과 ‘그만한 사정이 있어서’ 내지 ‘구체적 타당성’에 대한 판단을 했기 때문에 그렇게 처리했을 것이라는 공직자등에 대한 신뢰를 보여주는 것이 필요하다고 본다. 그러한 정도의 신뢰조차 없다면 이들에게 국가공권력과 교육 및 언론을 맡길 수도 없을 것이기 때문이다. 만일 이 가액 내에서의 금품수수에 대하여 추후 직무관련성과 대가성이 입증된다면, 그때는 형법상의 수뢰죄로 처벌하면 될 것이다.

64) 위 1. 규정형식의 특수성 참조.

우리나라 부패지수가 높다고 하여 모든 공직자등이 부정청탁과 금품수수를 저지르는 것은 아니다. 또한, 우리 사회의 모든 범죄행위를 형벌로 단죄할 수 없는 것처럼 모든 경미한 위반 행위까지 이 법률에 의해 제재할 수도 없으리라고 생각된다. 사회에서 발생하는 모든 부조리에 국가가 전면적으로 개입하여 부패행위를 일소하는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라, 부패행위 근절을 이유로 사회의 모든 영역을 국가의 감시망 아래 두는 것도 바람직하지 않기 때문이다.⁶⁵⁾ 따라서 법령이 허용한 3·5·10만원 이하의 가액범위 내에서의 대가성 여부가 불확실한 금품수수에 대해서는 ‘부정한 금품수수의 의혹으로부터 자유로운 영역’, ‘최소한의 신뢰의 영역’으로서 양심과 도덕의 영역으로 남겨둘 필요가 있다.⁶⁶⁾

Ⅳ. 부정청탁과 금품수수의 제재에 대한 체계정당성

1. 위반행위의 유형

부정청탁에 따른 제재는 다음과 같다. 이해당사자가 직접 부정청탁하는 경우에는 이에 대한 제재가 없고, 제3자를 통하여 공직자등에게 부정청탁하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제23조 제3항). 이해당사자가 제3자를 위하여 공직자등에게 부정청탁을 한 자의 경우에는 2천만원 이하의 과태료(제23조 제2항), 공직자등이 제3자를 위하여 다른 공직자등에게 부정청탁하는 경우에는 3천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제23조 제1항). 또한 공직자등이 부정청탁에 따라 직무를 처리하면 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이 부과된다(법 제22조 제2항 제1호).

반면, 금품수수에 따른 제재는 직무관련 여부 및 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원을 초과하는 금품등을 받는 경우에 3년 이하의 징역·3천만원 이하의 벌금, 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 동일인으로부터 1회에 100만원 또는 매 회계연도에 300만원 미만의 금품등을 받는 경우에 2~5배의 과태료를 부과한다. 그 배우자가 수수한 사실을 알고도 신고하지 않은 경우와 금품등을 제공한 자도

65) 김창중·조용호 재판관의 반대의견 중 일부임. 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 공보 제238호, 1255.

66) 법과 도덕의 관계에 대하여 서로 생각이 다른 이유는 양자가 매우 복잡한 관계에 있기 때문이다. 이렇듯 법과 도덕 사이의 관계를 규정하는 것의 어려움을 예링은 법과 도덕의 관계는 ‘법철학의 케이프 혼’(Cape Horn der Rechtsphilosophie)라고 표현하고 있다. 케이프 혼은 남아메리카 대륙의 남단에 위치하고 있는 섬인 Tierra del Fuego에 있는 갑(岬)으로서, 이곳을 항해하는 배는 거의 난파당할 위험을 안고 있는 곳이다. 따라서 법철학자들이 다른 문제는 잘 해결해 나가다가도 법과 도덕의 관계를 논하는 문제에 이르러서는 제대로 설명하지 못하고 많은 곤란을 겪는 것을 예링은 케이프 혼에서의 선박의 항해에 비유하고 있다. 홍성방, 법학입문, 신론사, 2011, 64쪽.

각각 동일한 제재가 부과된다.

부정청탁 및 금품수수의 금지에 관한 법률 위반의 행위유형과 제재

유형	위반행위	제재
부정 청탁 §6	공직자등에게 직접 부정청탁한 이해당사자	없음
	제3자를 통해 공직자등에게 부정청탁한 이해당사자(§23③)	1천만원 이하 과태료
	제3자를 위해 공직자등에게 부정청탁한	일반인(§23②) 2천만원 이하 과태료
		공직자등(§23①) 3천만원 이하 과태료
	부정청탁에 의해 직무를 수행한 공직자등(§22②i)	2년 이하 징역 2천만원 이하 벌금
금품 수수 §8	1회 100만원, 회계연도 3백만원 초과 금품등을 받은 공직자등(§22①i) <직무관련 불문·대가성 불문> 배우자가 금품등을 받은 사실을 알고도 신고/반환 하지 않은 공직자등 (§22①ii) 금품 등을 공직자나 그 배우자에게 제공한 자(§22①iii)	3년 이하 징역 3천만원 이하 벌금
	1회 100만원, 회계연도 3백만원 이하 금품등을 받은 공직자등(§23⑤i) <직무관련하여 대가성 불문> 배우자가 금품 등을 받은 사실을 알고도 신고/반환하지 않은 공직자등 (§23⑤ii) 금품 등을 공직자나 그 배우자에게 제공한 자(§23⑤iii)	받은 금액의 2배 이상~5배 이하 과태료
	기준 금액을 초과하는 과다 강연료를 받은 공직자등(§23④)	5백만원 이하 과태료

2. 형벌과 책임간의 비례성 여부

(1) 부정청탁의 이해당사자에 대한 제재의 부재

동 법률은 부정청탁에 따라 직무수행을 한 공직자에게는 형벌을, 자기를 위해 청탁한 제3자에게는 과태료를 부과하면서 정작 자기 스스로를 위해 직접 청탁한 이해당사자의 경우에는 대해서는 아무런 제재를 하지 않고 있다. 공공기관과 국민사이의 활발한 의사소통을 보장하기 위해서 제외시킨 것이다. 이에 대하여 부정청탁에 따라 직무수행을 한 공직자를 처벌하면서 그 원인을 제공한 이해당사자를 처벌의 대상에서 제외하는 것은 불합리한 차별이며, 온정·연고주의와 결부된 청탁관행을 차단하려는 법률의 입법취지를 실현하기 위해서는 공직자 뿐 아니라 이해당사자까지도 처벌해야 한다는 의견,⁶⁷⁾ 알선·청탁과 관련된 범죄를 규정하고 있는 형법 등 다른 법률의 경우 형벌을 부과하고 있고, 동 법안에서도 부정청탁에 따라 직무를 수행한 공직자에게 형벌을 부과하고 있는 만큼, 이해당사자가

67) 이상민의원안.

아닌 제3자가 부정청탁을 하는 경우를 제외하고는 부정청탁 행위에 대해 형벌을 부과하는 것이 타당하다는 의견도 있다.⁶⁸⁾ 이에 대하여 이해당사자의 부정청탁을 금지하는 경우 ㉠ 직접적인 이해당사자의 의견제시 및 민원제기 등을 지나치게 규제할 우려가 있고, ㉡ 공직자의 입장에서든 해당 행위의 부정청탁 해당여부 판단이 곤란하여 부정청탁에 대한 신고의무 이행 등이 현실적으로 지켜지지 않을 수 있으며, ㉢ 당사자의 입장에서는 자신의 직접 탄원·부탁의 경우 정당한 민원의 범위를 넘어선다고 하더라도 부정청탁으로 단정하는 것은 과도한 측면이 있다는 의견이 있다.⁶⁹⁾

본 법률이 공직자등에게 직접 부정청탁한 이해당사자를 처벌하지 않는 이유와 정당성은 무엇인가? 자기 스스로를 위한 청탁은 부정하지 않은 청탁인가? 부정청탁임에도 위법성을 조각해 주는 것인가? 생각건대 법률에 부정청탁의 개념정의가 부재한 상황에서는 권한영역의 범위와 공정성을 기준으로 부정하지 않은 청탁과 부정청탁을 판단할 필요가 있다고 보여진다. 이 기준에 따라 ㉠ 권한영역의 범위를 기준으로 공직자등의 재량영역 내에서의 결정권에 영향을 주려는 청탁 중 공정성을 저해하지 않는 경우는 부정하지 않은 청탁, ㉡ 공직자등의 재량영역 내에서 결정권에 영향을 주려는 청탁 중 공정성을 저해하는 경우와 ㉢ 공직자등의 재량영역을 넘어서는 범위에서 결정권에 영향을 미치려는 경우는 부정청탁으로 분류할 수 있을 것이다.

㉠과 ㉢의 경우에는 자기를 위한 청탁도 부정청탁에 해당되지만 부정청탁과 민원의 구분이 명확하지 않다는 현실적인 이유에서, 즉 그 구별의 모호성으로 인해 이해당사자의 위법성을 조각해 주는 것으로 보는 것이 합리적일 것이다.

(2) 제8조 제1항의 금품수수자에 대한 처벌 수위의 적정성: 부정청탁과의 비교

제22조와 제23조는 부정청탁과 금품수수를 제재하는 법률이다. 부정청탁금지조항은 금품 등 수수 여부와 상관없이 부정청탁을 금지하고 있으므로 대가관계는 필요 없지만 직무관련성은 있어야 한다. 부정청탁의 경우에는 직무관련성이 당연히 수반되지만, 금품수수의 경우에는 1회 100만원, 회계연도 3백만원 초과 금품의 경우에 대가성은 물론 직무관련성 조차도 불문하고 본 법이 정한 최고 형벌이 부과된다. 즉, 1회 100만원, 회계연도 300만원 초과에 해당되는 금품수수의 경우, 직무관련성과 무관함에도 불구하고 부정청탁으로 인해 직무를 수행한 경우보다 그 형벌이 중하게 책정된 것이다. 이에 대한 합리적인 논거가 뒷받침되어야 한다.⁷⁰⁾

68) 정부안 검토보고서, 24쪽~25쪽.

69) 김영주의원안

70) 금품수수 행위에 관하여 직무관련성을 불문하고 처벌하는 것에 반대하는 견해가 있다. 현행 청탁금지법의 처벌기준인 수수, 요구, 또는 약속한 금품의 가액보다는 직무관련성을 불법성의 표지로 삼는 것이 더욱 타당하다는 것이다. 공무원의 직무 또는 공무원으로서의 지위와 모종의 관련성도 없는 금

금품수수 행위에 대하여 대가성은 물론 직무관련성까지 불문하고 처벌하는 이유는 금품수수라는 행위유형이 미래의 대가관계를 향해 있기 때문이다. 청탁은 공직자가 직위나 권한을 가지고 있기 때문에 시작되는 것이며, 결국 금품수수가 법령을 위반한 부정청탁으로 연결될 것을 우려하여 부정청탁이 현재 존재하지 않더라도 처벌하는 것이다. 그렇다면 과연 금품수수가 지향하는 결과로서의 부정청탁이 발생하지도 않았는데, 부정청탁으로 인한 직무행위를 한 것보다 더 혹독하게 처벌하는 근거는 어디에서 찾아야 하는가? 직무관련성이 없음에도 불구하고 공익성만을 이유로 중한 형사처벌을 하는 금품수수 금지 규정이 비례성을 상실했다는 주장이 설득력이 있는 이유이다.

이에 대하여 헌법재판소는 “현행 법령상으로는 공직자가 직무관련성이나 대가관계 없이 금품을 받는 경우 처벌받지 않는데, 직무관련성이나 대가관계의 증명이 어려워 거액의 금품을 받고도 처벌받지 않는 공직자가 상당수 있었다. 그러나 공직자가 적지 않은 금품을 받는 것 자체가 아무리 직무관련성이나 대가관계가 없다고 해도 직무수행의 공정성에 대한 의구심을 일으키게 된다. 아무 이해관계 없이 거액의 금품을 공직자에게 준다는 것은 상식적으로 납득하기 어려운 행위이고 외견상 부정행위로 보일 수밖에 없다.”는 근거를 들고 있으나 단순한 의구심이나 외견상 부정행위로 보인다는 논거만으로 본 법률의 최고형벌에 처한다는 것은 범죄의 구성요건을 지나치게 추상적으로 파악한다거나 ‘위반 행위 없는 처벌’이라는 비판을 면치 못한다.

아마도 그 근거는 현재 직무관련성이 없다고 하여 처벌하지 않는다면 공직사회 내 부정부패를 근절하기 어렵다는 시대적 판단에 따른 국민적 합의가 아닐까 추측된다. 법 위반 행위에 대한 제재 수단 및 그 수준의 결정은 입법정책적 결정사항으로서 입법자는 법 위반 행위의 양태, 사회적 비난가능성, 파급효과 등을 고려하여 결정할 필요가 있는데, 이 경우 합리적인 법리적 체계 내에서는 그 허점을 이용해 저지르는 부정부패를 도저히 근절할 수 없기 때문에 비상조치라도 취해서 어떻게든 부정부패를 근절하여야 한다는 시대적 요구를 반영한 것으로 파악된다. 헌법재판소도 “우리 사회에서 경제적 약자가 아닌 사립학교 관계자와 언론인에게 아무런 이유 없이 1회 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품등을 준다는 것은 건전한 상식으로는 이해할 수 없는 일이다.”⁷¹⁾라는 견해를 피력함으로써 이러한 논거를 뒷받침하고 있다. 이러한 측면을 고려할 때 일단 법시행을 지켜보면서 수수금액의 정도를 고려하여 부정청탁 위반행위의 처벌수위와의 비례성을 양형으로 조정하는 방식을 고려할 수밖에 없을 듯하다.

품수수행위까지 형벌이 가해진다면 이는 직무수행의 공정성 보장이나 공공기관에 대한 국민신뢰의 확보에 아무런 기여도 하지 못하면서 오히려 일반시민들 사이에 사교 또는 의례로서 금전이나 물품 등을 나누어 온 고유의 문화 자체를 파괴해 버리는 결과를 초래할 수도 있다는 것이 그 근거이다. 지유미, “현행 뇌물관련법제에 대한 보완책으로서 부정청탁금지법안”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회 2014, 168~169.

71) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 1253.

(3) 제8조 제1항과 제2항의 제재에 관한 체계정당성

또한 동일한 금품수수 내에서도 직무와 관련하여 1회 99만원, 1년 합계 299만원을 수수한 경우에는 과태료가 부과되는데 반하여, 직무와 무관하게 1회 101만원, 1년 합계 301만원을 수수한 경우에는 형벌이 부과됨으로써 불법성이 약한 경우에 오히려 중한 형벌이 부과되는 모순도 발생하게 된다. 김영란 전 권익위원장이 발의할 당시에는 금품수수의 구성요건으로 금액과 무관하게 직무관련성을 공통적인 요소로 설정해 두었었는데, 현행법이 1회 100만원, 회계연도 300만원을 기준으로 직무관련성의 유무를 구별하게 되면서 이러한 문제가 발생한 것이다. 향후 체계정당성의 관점에 대한 고려가 함께 이루어져야 할 것으로 보인다.

V. 그 밖의 문제

1. 양심의 자유 침해 여부

(1) 배우자 신고조항과 피신고자의 범위 확대의 필요성

부정청탁금지법상의 신고조항과 제재조항은 양심에 반하여 배우자를 신고할 것을 사실상 강제하는 것이어서 양심의 자유를 침해한다는 청구인들의 주장에 대하여⁷²⁾ 헌법재판소는 “청구인들은 신고조항과 제재조항이 청구인들의 양심의 자유를 침해한다는 주장도 한다. 그러나 신고조항과 제재조항은 배우자가 수수 금지 금품등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받았다는 객관적 사실 즉, 배우자를 통해 부적절한 청탁을 시도한 사람이 있다는 것을 고지할 의무를 부과할 뿐이다. 신고조항이 개인의 세계관·인생관·주의·신조 등이나 내심에서의 윤리적 판단을 고지 대상으로 하는 것은 아니다. 따라서 신고조항과 제재조항이 청구인들의 양심의 자유를 직접 제한한다고 볼 수 없다”고 판시하였다.⁷³⁾ 이와 관련해서는 앞서 설명한 바와 같이⁷⁴⁾ 양심의 자유에 대한 침해가 없는 이상, 배우자 뿐 아니라 친족의 범위로 신고대상을 확대할 필요가 있다.

72) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 1261.

73) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 1265.

74) III. 3. 일반적 행동의 자유 침해 여부와 피신고자의 범위 참조.

(2) 서약서 제출의무의 양심의 자유 침해 여부

부정청탁금지법 제19조 제1항은 공공기관의 장에게 공직자등에게 부정청탁금지 및 금품 등의 수수금지에 관한 내용을 정기적으로 교육하고, 이를 준수할 것을 약속하는 서약서를 받아야 한다고 규정하고 있다. 나아가 시행령 제42조 제3항은⁷⁵⁾ 서약서를 매년 받아야 한다고 규정하고 있다. 이에 대하여 2016년 12월 2일 국가인권위원회가 ‘김영란법(부정청탁 및 금품수수금지법)’ 시행령에 있는 서약서 제출 관련 규정의 삭제를 국민권익위원회장에게 권고했다고 밝혔다.⁷⁶⁾ 공공기관의 장이 공직자 등에게 매년 서약서를 의무적으로 제출하도록 하는 것은 양심의 자유를 침해할 수 있다는 이유에서다. 국민권익위원회는 “법령 준수서약서가 단지 김영란법을 준수하겠다는 확인 서약일 뿐이고, 김영란법상 서약서를 받을 의무는 공공기관의 장에게만 부과된 의무이며 서약서를 제출하지 않은 것에 대한 제재조항이 없어 법령 준수서약이 강제 되지 않는다”고 설명하면서 양심의 자유를 침해하지 않는다고 주장했다.

이에 대하여 국가인권위원회는 “개인의 생각과 의지를 드러내도록 의무화하는 것은 양심의 자유를 침해할 수 있으며, 김영란법에 따라 공공기관 장이 직무상 명령으로 매년 공직자등에게 서약서 제출을 요구 할 것이라며 서약서를 제출하지 않을 경우 공공기관의 자체 징계 규정 등에 따라 직무상 명령 불복의 불이익을 받을 수 있어 본인의 의사와 상관없이 의무적으로 서약서를 제출할 수밖에 없다”고 지적했다. 또 “양심의 자유는 외부로부터 어떤 간섭이나 압력을 받지 않고 스스로의 판단에 따라 무엇이 옳고 그른가에 대한 내면적 확신에 도달하는 것뿐만 아니라 양심을 언어로 표명하지 않을 자유까지 포괄한다”면서 “개인의 생각과 의지를 드러내도록 의무를 부과하는 것은 양심의 자유를 침해할 소지가 있다”고 주장했다. 더욱이 “김영란법 적용대상이 공공부문에서 민간부문에 이르기까지 광범위해 서약서 제출 의무가 부과되는 대상이 과도하게 많아 침해최소성의 원칙에도 반한다. 부정·부패를 근절하기 위한 입법 목적은 지속적인 교육이나 홍보 등을 통해 이뤄질 수 있고 서약서를 의무적으로 제출받는 것으로 그 목적을 달성하기는 어렵다”고 강조했다.

국가인권위원회가 국민권익위원회에 국민의 양심의 자유를 침해하지 말라고 권고하는 어이없는 상황이 발생한 것이다. 서약서에 대해서는 곧바로 인권침해 논란과 함께 실효성도 없는 일에 행정력을 낭비한다는 지적이 있다. 김영란법 시행 취지와 그 내용을 구성원들이 잘 알 수 있도록 기관에게 교육의무를 부과하는 것은 적절하지만, 대상자들을 잠재적 범법자로 취급하여 준법서약서를 강요하는 것은 인권침해라는 국가인권위원회의 해석 이후, 이

75) 시행령 제42조 제3항 공공기관의 장은 법 제19조제1항에 따라 공직자등에게 연 1회 이상 교육을 실시하여야 하고, 부정청탁 금지 및 금품등 수수의 금지에 관한 법령을 준수할 것을 약속하는 서약서를 매년 받아야 한다.

76) 중앙일보 2016. 12. 3. <http://news.joins.com/article/20957921> (방문일자: 2016. 12. 7).

에 관한 개정안이 발의되었다.⁷⁷⁾

2. 예외조항의 축소, 명확성 확보를 통한 실효성 제고

죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.⁷⁸⁾

본 법률의 입법과정을 살펴보면, 부정청탁의 정의조항을 두었다가 추상적이라는 비판을 의식해서 아예 정의조항을 없애고 구체적 행위유형을 열거하는 방식을 취하기도 하는 등 법률조항의 명확성을 확보하기 위해 부단한 노력을 한 것은 사실이다. 하지만 명확성 원칙의 준수 여부가 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 예측가능성을 주고 있는지, 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 곧 예측가능성과 자의적 법집행배제를 통해 확보되는 것이라면⁷⁹⁾ 과연 본 법률이 명확성의 원칙을 준수하여 제정된 법률이라고 확신할 수 있을지 의문이다. 먼저 부정청탁의 개념에 관한 조항이 없어 문제가 된 직무가 제5조 제1항 제1호~제14호 중 어디에 해당하는지 찾아서 그 구성요건을 확인하여야 한다. 그러나 모든 행위유형을 규정한다는 것이 불가능하기 때문에 각 호에서 예시적으로 열거된 직무와 그 밖의 ‘등’에 해당하는 직무인지 파악하여야 하는 어려움이 있다. 또한 법령위반 여부를 기준으로 하기 때문에 원칙은 엄격한데 비해 예외조항이 많을 뿐 아니라 예외조항에서 사용하고 있는 용어에 대한 해석도 다양하다.⁸⁰⁾ 그렇기 때문에 법률의 내용을 완벽히 알고 있는 자의 경우에는 허점을 이용하여 규제로부터 벗어날 수 있는 가능성이 매우 높고, 반대로 명확하지 않은 법규범으로 인해 자신이 법 적용 대상자인지 모르거나 법령의 의미를 정확하게 파악하기 어려운 서민들만 제재의 대상이 될 가능성이 있다.⁸¹⁾ 그 결과 서민들 사이에서 빈번하게 발생하게 될 지 모를 모든 위반 사례를 사정기관이 통제할 수 없다면, 부정청탁금지법은 ‘지키지 않아도 되는 법’으로 전락할 가능성마저 있다.

77) 더불어 민주당 김병욱(분당을) 의원은 12월 1일 이 같은 내용의 ‘부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률 일부개정법률안’을 대표 발의했다.

78) 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집8-2, 785, 792-793.

79) 헌재 2005. 6. 30 선고 2002헌바83.

80) 예컨대 법률 제8조 제3항의 ‘장기적·지속적인 친분관계’가 대표적이다.

81) 이 경우, 과태료의 액수가 고위공직자들에게는 제재로서의 의미가 없는 미미한 액수에 불과할 수도 있지만, 서민들에게는 과도한 액수가 될 수 있다.

법리적으로 명확성의 원칙을 위배하지 않았다고 하여 명확하게 이해되지 않는 법률이 곧바로 명확해지는 것은 아니다. 국민권익위원회에 쏟아진 문의와 해설집 발간 등이 이 법률이 명확하지 않음을 증명하고 있다. 이 법률을 제정하게 된 동기와 목적을 다시 돌아보고, 가능한 한 구체적인 언어와 표현을 사용하며, 예외조항의 수를 축소시켜 법률이 유명무실하게 되지 않도록 실효성을 확보하여야 한다.

3. 다른 법률과의 관계

금품등의 수수행위에 대해서는 형사처벌 또는 과태료가 부과되므로 기존 형법이나 질서위반행위규제법과의 조화로운 해석이 필요하다.⁸²⁾ 국민권익위원회의 원안에는 “제7조(다른 법률과의 관계) 부정청탁의 금지, 금품등의 수수 금지·제한 및 공직과의 이해충돌 방지와 관련하여 이 법과 다른 법률의 적용이 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용하되, 이 법의 위반행위에 대한 처벌이 다른 법률에 더 중하게 규정되어 있는 경우에는 그 법을 적용한다.”라는 규정이 있었다. 이것이 정부안으로 수정되는 과정에서 삭제되었고, 현행법에도 규정되지 못했는데, 다른 법률과의 관계를 명확하게 하기 위해서 규정될 필요가 있다고 생각된다.

VI. 결론

부정청탁금지법이 시행된 이후 공직사회는 물론 시민 사회에도 많은 변화가 생겼다. 더치페이 문화가 확산되고, 불편한 회식이 줄면서 저녁이 있는 삶이 가능해졌으며, 졸업예정자를 선호하던 기업의 관행에 제동이 걸리기도 하고, 기자회견이 끝난 후 줄서서 선물을 받아가던 기자들의 부끄러운 모습도 사라졌다. 기존의 부패방지 관련 법령의 한계를 보완하는

82) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타 법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

제40조(상상적 경합) 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.

질서위반행위규제법 제13조(수개의 질서위반행위의 처리)

① 하나의 행위가 2 이상의 질서위반행위에 해당하는 경우에는 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료 중 가장 중한 과태료를 부과한다.

② 제1항의 경우를 제외하고 2 이상의 질서위반행위가 경합하는 경우에는(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법령으로 정하는 바에 따른다. 각 질서위반행위에 대하여 정한 과태료를 각각 부과한다. 다만, 다른 법령(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법령으로 정하는 바에 따른다. 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 102쪽.

종합적 통제장치로서의 청탁금지법 시행은 어느 정도 성과를 보이고 있는데, 법시행과 더불어 청렴사회가 곧 도래할 것도 같다. 하지만 고위공직자를 겨냥해서 만들어진 법안에 사립 학교 교직원과 언론인을 추가함으로써 유치원 학생까지 법적용대상자로 확대되고, 국민권익위원회가 ‘직접적 직무관련성’이라는 개념을 통해 대통령령에서 허용한 가액범위 내의 금품 수수조차 금지하면서 국민들의 일상생활까지 규제하고 혼란스럽게 한다. 그 때문에 부정한 행위에 대한 질의보다 금품수수를 허용하는 가액범위에 더 많은 관심을 쏟고 있는 것은 안타까운 현실이다.⁸³⁾ 반면, 광범위한 예외조항과 이해충돌방지규정의 미비로 인해 정작 입법 목적의 핵심대상인 고위공직자들의 부정부패가 근절될 수 있을지에 대한 우려도 사라지지 않고 있다.

법 시행에 따른 부작용과 혼란을 최소화할 책임은 입법자와 정부에 있다. 지인에게 식사 접대를 해도 되는지, 학생들이 사온 캔커피를 같이 마셔도 되는지 등을 국민권익위원회에 일일이 문의해 보아야 하는 상황이 벌어지고 있는데, “부정청탁 여부는 본인들이 잘 알 것이다.”, “법원에서 판례가 형성될 때까지 혼선을 감수해야 한다”라는 원론적 답변만 되풀이 한다면 법을 준수하고자 하는 국민들의 일상은 마비되고, 시민 사회는 경직되어 버리고 말 것이다. 그렇다고 하여 고위공직자의 큰 부정부패는 처벌하고 일반 국민의 작은 부정부패는 눈감아주는 것이 아니다. 소수의 악당이 저지르는 거대한 부정부패도 있지만, 다수의 선한 사람들이 알게 모르게 부정에 젖어드는 것도 막아야 한다. 다만, 사회통념상 과도한 선물이나 접대, 청탁은 처벌하되 개인 사이의 온정과 신뢰를 전제로 하여 법적용을 하여야 한다는 것이다. 염치를 상실한 부패한 공직사회를 청렴하게 바로 잡고자 전 국민이 존경과 감사의 인사도 하지 못하는 염치없는 사회가 되어서야 되겠는가. 위반하고자 하는 자에게는 허점이 많고, 준수하고자 하는 자에게는 인정 없는 가혹한 법이 되지 않도록 앞으로 많은 노력을 기울여야 할 것이다.

마지막으로 공무원 개개인들의 인격과 청렴성에만 기대어 부정부패를 처벌로서만 다스릴 것이 아니라 중국에서 시행하는 월급체계 인상⁸⁴⁾ 등과 같은 근본적인 제도적 방안을 병행 하여야 처벌여부와 무관하게 금품과 향응의 유혹으로부터 자유로운 청렴한 공직자상이 정립될 것이다.

83) 부정청탁금지법 시행 이후 서민경제가 위축되고 있는 만큼, 사회통념상 용인되는 금액은 허용해줘야 한다는 주장과 함께 특히 농어민의 생활과 직결되는 농·축·수산물 등에 대해서는 금액의 한도를 반드시 조정해야 한다는 주장이 확산되고 있다. 현재 식사 3만원, 선물 5만원, 경조사비 10만원까지는 제공이 가능하지만 적용범위를 놓고 여전히 해석은 제각각이다.

84) 중국 각 지역의 공무원들 월급이 2015년 6월 말까지 평균 300위안(약 5만 2천500원)씩 인상된다. 이번 월급인상은 9년만으로 혜택을 받는 사람은 4,000만 명에 이르는 것으로 알려졌다. 시진핑체제 들어서는 처음으로 이뤄지는 이번 월급인상은 시진핑의 고강도 반(反)부패 개혁으로 침울해진 공직사회를 달래기 위한 조치로 특히 하위직 공무원의 임금인상에 초점이 맞춰져 있다. 시진핑 체제가 봉급 인상을 결정한 것은 공직사회에 만연한 부정·부패 분위기를 일소하기 위해서라도 공무원에 대한 처우 개선이 필요하다고 인식했기 때문이다. <http://goodaylee.tistory.com/96> (방문일자 2016. 11. 29).

참고문헌

- 김정현, '부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'의 문제점과 발전방향에 관한 연구, 헌법학연구 제22권 제2호, 2016. 6, 249-283쪽.
- 박균성, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률에 대한 행정법적 연구 -부정청탁 금지를 중심으로 -, 저스티스 통권 제156호, 2016. 10, 240-268쪽.
- 송기춘, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 법적 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제21권 제3호, 39-69쪽.
- 이부하, 부정청탁금지법의 위헌성 검토, 법과 정책연구 제15권 제3호, 2015.
- 이천현, 부정청탁 금지행위와 제재에 관한 소고, 한양법학 제26권 제3집, 2015. 8, 309-333쪽.
- 임종현 · 신현기, 국제 반부패 논의와 유럽연합과 독일의 대응, 한독사회과학논총 제19권 제4호, 2009. 12, 83-108쪽.
- 임종휘, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰, 법조 2015, 9, 708호, 112-168쪽.
- 조재현, 부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의, 한국부패학회보 제20권 제4호, 289-310쪽.
- 허일태, 한국에서의 부패방지에 관한 대책, 형사정책연구 제26권 제3호, 2015, 157-185쪽.
- 국민권익위원회, 청탁금지법 해설집, 2016.
- 국민권익위원회, 청탁금지법 언론사 매뉴얼. 2016.
- 정부안 검토보고서.

투고일자 : 2016. 12. 14

수정일자 : 2016. 12. 26

게재일자 : 2016. 12. 30

<국문초록>

부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향

정 혜 영

형법상 수뢰죄가 엄정한 처벌을 예정하고 있음에도 불구하고, 그 구성요건의 엄격성 때문에 부정부패의 사각지대에서 크고 작은 부정청탁과 금품수수가 끊이지 않고 있다. 이러한 사정을 고려하여 다양화·은밀화·고도화된 새로운 유형의 부패행위에 대한 기존 반부패 법령의 규제 사각지대를 보완하기 위해 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘부정청탁금지법’이라 함)이 제정되었다. 본 법은 부정청탁과 금품수수를 골자로 하여 이를 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 허용하고 있고, 각 금지사항마다 형벌 또는 과태료의 제재 조치를 두고 있다. 법적용대상은 공직자와 사립학교 교직원 및 언론인이며, 아쉽게도 입법 과정에서 이해충돌방지규정은 누락되었다. 본고에서는 법률 시행의 의미와 문제점 및 그에 대한 헌법재판소 결정의 의미를 살펴보았다. 부정청탁금지의 경우에는 정의조항 부재로 인한 혼란과 명확성원칙 위배 여부, 금품수수금지의 경우에는 예외사유의 광범위성으로 인한 실효성 상실의 문제와 국민권익위원회의 ‘직접적 직무관련성’ 개념으로 인한 혼란, 제재조항의 경우에는 체계정당성 문제를 중심으로 고찰하였으며, 이에 대한 개선방향을 제시하고자 하였다.

주제어: 부정청탁금지법, 반부정부패, 직무권한의 남용, 부당이득