

## 부정청탁금지법의 문제점과 개선방안\*

김 준 성\*\*

### < 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 부정청탁금지법의 쟁점사항과 규정상의 문제점
- III. 부정청탁금지법의 입법적 개선방안
- IV. 결론

### I. 문제의 제기

지난해 9월 28일자로 발효된 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이하 ‘부정청탁금지법’이라 약칭함)<sup>1)</sup>은 현재 엄격하게 시행되고 있는 듯하다.<sup>2)</sup> 그러나 사회적 분위기는 현행 부정청탁금지법의 시행에 대하여 대다수의 국민들이 환영의 뜻을 밝히면서도 한편으로는 경기침체 등의 문제와 맞물려 그 효용성 여부에 대하여 침묵을 하고 있는 듯 하며, 적어도 학계에서는 입법과정에서 공직자의 이해충돌방지 규정이 삭제된 부분에 대하여 유감(遺憾)<sup>3)</sup>과 그 적

\* 이 논문은 2017년 한국부패학회 춘계학술대회(국회의원 김종석·(사)한국부패학회·영남대학교 법학연구소 공동주최)에서 발표한 것임을 밝혀둡니다.

\*\* 대구외국어대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사.

1) ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 축약어로 ‘부정청탁 및 금품수수금지법’이 타당하다는 견해로 정혜영, “부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향”, 「한국부패학회보」 제21권 제4호, 한국부패학회, 2016, 96면 참조.

2) 최근 이와 관련하여 법원은 경찰서에 고소장을 제출한 甲이 경찰서에 출석하여 조사받기 하루 전에 직원을 통하여 담당 경찰관 乙에게 45,000원 상당의 떡 1상자를 제공하였는데 경찰관 乙이 이를 반환한 다음 소속기관장에게 신고한 사안에서, 甲의 행위를 직무관련성 있는 공직자등에게 수수 금지 금품 등을 제공한 행위로 인정하고 甲이 제공한 금품 등이 원활한 직무수행, 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되거나 사회상규에 따라 허용되는 것으로 볼 수 없다고 판단한 후, 제공된 금품 등 가액의 2배에 해당하는 과태료를 부과하였다(춘천지방법원 2016.12.6. 자 2016과20 결정).

용대상의 범위에 대하여 찬반(贊反)을 명확하게 견지하고 있는 듯하다.<sup>4)</sup> 즉 부정청탁금지법의 시행에 대하여 국민 대다수가 원론적인 입장에서는 찬성을 표하고 있지만, 그 시행에 따른 경제적 위축 등의 파급효과 때문에 우려를 하고 있다. 물론 필자도 부정청탁금지법의 목적이 공직자 등에 대한 부정청탁 및 금품등 수수를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고, 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하여 반부패문화의 정착으로 청렴한 공직사회를 구현하겠다는 입법취지를 충분히 공감하며 동법<sup>5)</sup>의 시행에 전적으로 찬성하는 바이다. 하지만 부정청탁금지법이 입법목적과 같이 공직자의 부정부패를 방지하는 법제도로써 정말 청렴한 공직사회를 구현할 수 있을까? 즉 부정청탁금지법이 우리 사회에 만연하고 있는 공직자의 부정부패의 모든 연결고리를 끊어내는 강력한 반부패법(反腐敗法)으로서 제 역할을 수행할 수 있을까? 하는 의문과 공직자의 부정부패를 방지하기 위하여 현행 형법 및 형사특별법<sup>6)</sup>으로서는 뇌물범죄를 규율할 수는 없는가? 만일 현행 형법 및 형사특별법으로도 뇌물범죄의 규율이 가능하다면 굳이 부정청탁금지법까지 입법하여 시행하는 것은 과도한 입법남용<sup>7)</sup> 혹은 특별법 만능주의<sup>8)</sup>에 해당하는 것은 아닐까? 하는 생각이

3) 대표적으로 박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’ 개정을 위한 연구”, 『강원법학』 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 46면; 송기춘, “『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』의 법적 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제21권 제3호, 세계헌법학회, 2015, 45면; 조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, 『한국공법학회보』 제20권 제4호, 한국공법학회, 2015, 306면.

4) 현재 사립학교 교직원과 언론인은 부정청탁금지법의 적용대상에 포함되는 것이 타당하다는 견해(송기춘, 앞의 논문, 51면 이하; 서보학, “『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률』에 대한 형사법적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호, 한국입법학회, 2015, 28면 이하; 정호경, “『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률』의 구조와 쟁점”, 『행정법연구』 제47호, 행정법이론실무학회, 2016, 81면)와 같은 취지로서 2016년 7월 28일자 헌법재판소는 부정청탁금지법의 적용대상에서 사립학교교직원과 언론인이 포함되는 것은 합헌이라는 의견을 제시하였다. 그러나 이와 달리 부정청탁금지법의 적용대상에서 사립학교 교직원과 언론인은 제외되어야 한다는 견해(김기호, “『청탁금지법』의 법적 개선방안에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 326면; 김동복, “청탁금지법상 몇 가지 문제점과 대안”, 『국가법연구』 제13권 제1호, 한국국가법학회, 2017, 65면; 정혜영, 앞의 논문, 107면; 조재현, 앞의 논문, 299면; 정신교, “부정청탁금지법의 주요내용과 쟁점”, 『치안정책연구』 제29권 제1호, 치안정책연구소, 2015, 263면 이하; 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015, 1003면 이하)도 여전히 제기되고 있다.

5) 본 논문에서 동법이라 함은 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’을 말하며, 동법 시행령이라 함은 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 시행령’을 말한다.

6) 이와 관련하여 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률, 공직자윤리법, 공무원범죄에 관한 몰수특례법등을 들 수 있다.

들기도 한다. 이러한 입장에서 필자는 우선 현행 부정청탁금지법의 입법목적을 살펴보고, 각종 쟁점사항과 규정상의 문제점 및 형사상 법(효과)적용의 문제점을 검토한 후, 입법적 관점에서 개선방안을 제안하고자 한다.

## Ⅱ. 부정청탁금지법의 쟁점사항과 규정상의 문제점

### 1. 부정청탁금지법의 일반적인 쟁점사항

#### 1) 부정청탁금지법의 입법목적과 부정청탁의 정의(定義)의 부재

부정청탁금지법 제1조(목적)는 “공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다.”고 규정되어 있다. 즉 동법은 공직자에게 고도의 청렴성을 요구하고 있으며 이를 위하여 일체의 공직자 등에 대한 부정청탁과 금품 등의 수수를 금지함을 목적으로 하고 있다. 그러나 동법 제1조(목적)는 조문에서 가장 중요한 의미를 가지고 있는 ‘부정청탁’에 대한 정의(定義)의 내용이 존재하지 않는다는 점에서 법적용상 논란의 여지가 될 수 있다.<sup>9)</sup> 물론 동법 제5조(부정청탁의 금지)의 제1항에서 부정청탁에 해당하는 유형과 제2항에서 부정청탁의 유형에서 제외되는 유형을 열거하고 있지만, 이러한 제5조 제1항에서 열거되는 유형 이외의 유형을 부정청탁으로 파악하는 것은 예시주의에 해당하여 피고인에게 불리하게 적용될 수 있기 때문에 유추해석금지의 원칙에 위배될 수가 있다. 이와 관련하여 제5조 제2항 제7호에서 부정청탁에 해당하지 않는 보충적 판단의 근거로서 위법성조각사유(사회상규)를 규정하고 있다. 이러한 규정으로 볼 때 부정청탁의 유형은 예시주의로 파악하여야 할 것이다.<sup>10)</sup> 하지만 제5조 제1항의 입장에서 접근하여 열거주의를

7) 사실 부정청탁금지법은 형법상 수뢰죄와 배임수증죄(본죄는 사인에게 공무원의 뇌물죄에 상응하는 규정이며, 타인의 사무를 처리하는 자에 대한 뇌물죄라고 할 수 있음)의 사안에 대하여 형사특별법으로서 기능을 한다고 볼 수 있다.

8) 김준성, “뇌물죄의 입법적 개선방안에 관한 연구”, 『가천법학』 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014, 146면.

9) 정혜영, 앞의 논문, 99면 이하 참조.

주장한다면 동법이 의도하는 목적과 달리 법적용상의 문제가 발생할 수 있기 때문에 동법의 조항에 부정청탁의 개념을 명확하게 정의(定義)하여 입법하는 것이 바람직하다고 생각된다. 특히 당초에 국민권익위원회의 부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안) 제2조 제5호와 정부안 제2조 제4호에 규정되었던 “부정청탁이란 직무를 수행하는 공직자에게 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정하고 청렴한 직무수행을 저해하는 청탁 또는 알선행위를 말한다.”의 부정청탁의 의미를 충분히 고려할 필요가 있다고 생각된다.

## 2) 공직자의 이해충돌방지 규정의 부재

「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」은 당초「부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법(안)」으로 입법예고 되었으나, 입법과정에서 국민권익위원회가 제출한 원안과 정부의 국회제출안(수정안) 등이 무수한 논란 끝에 공직자의 이해충돌방지 관련 내용은 제외되고 현행 부정청탁금지법으로 입법되었다.<sup>11)</sup> 이러한 입법과정에서 국회는 추후에 공직자의 이해충돌방지법(안)을 분리하여 재론하기로 하였지만, 사실 정부의 국회제출안(수정안)에서는 공직자의 이해충돌방지에 관한 부분이 큰 비중을 차지하고 있었다. 특히 정부의 국회제출안(수정안)은 공직자의 금품수수 등의 문제와 공직자의 이해충돌방지의 측면이 공직자의 공정한 직무수행을 보장한다는 측면에서 법체계상 일관성 있게 연결되어 있음에도 불구하고, 결국 국회에서 부정청탁의 금지와 금품등 수수의 금지에 관한 부분만을 별도로 분리하여 법(안)을 만들어 의결한 것은 문제가 있다고 생각된다.<sup>12)</sup>

10) 박규환, 앞의 논문, 55면.

11) ‘부정청탁의 금지 및 공직자의 이해충돌방지법(안)’은 여러 차례 국회에 제출되어 심의되었다. 즉 2013년 5월 24일 김영주의원이 대표 발의한 법(안)과 2013년 5월 28일 이상민의원이 대표 발의한 법(안)이 각각 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었으며, 그 후 2013년 8월 5일 정부에서 제출한 법(안)과 2013년 10월 28일 김기식의원이 대표 발의한 ‘공직수행의 투명성 보장과 이해충돌 방지를 위한 법률(안)’이 각각 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었다. 제330회 국회(임시회) 제3차 법안심사소위원회에서 이상 4건의 법률(안)을 병합하여 심사한 결과, 이해충돌방지 부분은 계속심사하기로 하고, 부정청탁 및 금품수수 금지 관련 조항을 위원회안으로 제안하기로 하여 제1차 정부위원회(2015.1.12.)에서 제출한 법률(안)은 2015.3.3. 국회 본회의에서 가결되었다(이와 관련하여 자세한 내용은 송기춘, 앞의 논문, 43면 이하 참조).

### 3) 공직자의 적용대상의 범위

앞에서 언급한 바와 같이 부정청탁금지법은 공직자의 공정한 직무수행을 담보하기 위하여 부정청탁의 금지와 금품 등의 수수 금지를 핵심내용으로 하여 입법되었다. 그러나 입법과정에서 동법의 적용대상에 해당하는 ‘공직자등’의 범위를 공무원이나 공공기관 종사자 외에도 사립학교 교직원과 언론사관계자까지 확대하였다. 이와 관련하여 동법의 적용대상에 사립학교 교직원과 언론사관계자까지 확대 적용되는 것에 대하여 첫째, 사립학교 교직원의 경우는 헌법 제31조 제6항의 규정과 사립학교법 제55조 제1항의 규정에 의하여 동법의 적용대상으로서 큰 문제가 될 수 없다는 것이다.<sup>12)</sup> 둘째, 언론사관계자의 경우는 헌법 제21조에서 언론의 자유와 책임에 대한 규정을 들 수 있으며 또한 최근 언론사의 영향력은 제4의 권력기관으로 지칭되고 있음에도 불구하고 그 공공성은 현저하게 취약하다는 점에서 동법의 적용대상에서 제외될 수 없다는 것이다.<sup>14)15)</sup>

그러나 동법의 제정과정에서 공공성을 근거로 하여 사립학교 교직원과 언론사관계자까지 확대하여 적용대상으로 하면서 이와 못지않게 공공성이 강하여 부정부패의 위험이 상존하는 다른 민간영역(예컨대 건설, 금융, 의료, 법률, 시민단체 등)을 제외한 것은 동법이 추구하는 모럴해저드(Moral Hazard)의 척결과 관련하여 형평성의 원칙에 어긋나는 것으로서 타당하다고 볼 수 없다.<sup>16)</sup> 따라서 부정청탁금지법의 적용대상자로서 사립학교 교직원과 언론사관계자를 적용대상에서 제외함과 동시에 오히려 공공성이 강한 금융기관 임·직원으로 포함시키는 것이 합리적이라고 볼 수 있다.<sup>17)18)</sup> 또한 동법은 언론사관계자에 대

12) 이와 같은 취지로 박규환, 앞의 논문, 46면; 송기춘, 앞의 논문, 45면; 조재현, 앞의 논문, 306면.

13) 사립학교 교원의 경우는 그 신분이 국·공립학교 교원과 다르지만 교원의 지위를 헌법에서 규정하고 있으며, 특히 사립학교 교원의 복무에 대해서는 국·공립학교 교원에 관한 규정을 준용하도록 사립학교법 제55조 제1항에 규정되어 있기 때문이다. 이와 관련하여 대표적인 견해로 송기춘, 앞의 논문, 52면; 서보학, 앞의 논문, 28면.

14) 이와 관련하여 언론기관 종사자 모두가 적용대상자가 되어야 한다는 견해로 서보학, 앞의 논문, 29면 이하 참조.

15) 이와 관련하여 언론기관 종사자의 경우에 언론기관의 성격을 고려하여 언론기관의 설립이나 운영에 국가의 보조금을 받는 등 정부와의 관련성이 인정되는 경우에 적용대상으로 한국방송공사 임직원 등 국영방송기관에 한하여 제한하여 적용되어야 한다는 견해로 송기춘, 앞의 논문, 53면 참조.

16) 박규환, 앞의 논문, 51면 이하 참조.

17) 김동복, 앞의 논문, 65면.

한 부정청탁의 행위유형이 존재하지 않는다. 따라서 언론사관계자를 적용대상으로 포함시키기 위하여 공정보도를 저해하는 구체적인 부정청탁의 행위유형을 삽입하거나 부정청탁의 정의조항을 입법할 필요가 있으며, 그렇지 않다면 언론 통제에 대한 우려와 비판을 고려하여 언론사관계자를 적용대상에서 제외시키는 것이 바람직하다고 할 것이다.<sup>19)</sup> 무엇보다도 사립학교 교직원과 언론사관계자를 동법의 적용대상으로 확대하여 적용하는 것은 언론 및 학문의 자유를 침해하는 것이며<sup>20)</sup> 또한 민간영역의 과도한 제한으로서 입법적 남용이라고 볼 수 있다.

#### 4) 사회상규(社會常規)의 개념과 명확성의 원칙

부정청탁금지법은 제5조 제1항에서 부정청탁의 유형을 15가지로 열거하고 있고, 제5조 제2항에서 제1항의 예외규정으로서 부정청탁에 해당하지 않는 유형을 7가지로 규정하고 있다. 여기서 의문점은 제5조 제1항을 살펴보면 분명히 부정청탁에 해당하는 사유를 열거하고 있다. 그런데 제5조 제2항 제7호에서는 부정청탁에 해당하지 않는 최종적인 예외사유로서 ‘그 밖에 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위’를 규정하고 있어 부정청탁에 해당하는 사유는 예시주의라고 해석하는 것이 타당하다.<sup>21)</sup> 즉 부정청탁에 해당하는 사유가 예시주의에 해당한다면 법적용에 있어서 부정청탁의 구성요건이 불가피하게 확대될 가능성이 높다.

따라서 이러한 문제를 미연에 방지하고자 입법과정에서 제5조 제2항 제7호를 규정된 것으로 볼 수가 있다. 따라서 만일 부정청탁의 해당사유와 부정청탁에 해당하지 않는 예외사유가 경합할 경우에는 해석상 법적용에 있어서 제5조 제2항 제7호의 규정이 중요한 평가기준이 되게 된다. 그렇다면 ‘사회상규(社會常規)’는 부정한 청탁과 부정하지 않은 청탁의 판단기준으로서 유용하게 적용될 수 있는가 하는 것이다. 즉 동법은 직무관련성이 없는 청탁도 사회상규에 위배

18) 금융기관 임·직원의 배임수제죄와 배임증제죄의 처벌에 관하여는 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조 및 제6조에서 규정되어 있으므로 부정청탁금지법의 적용은 크게 문제될 것이 없다고 생각된다.

19) 이와 같은 취지로 정혜영, 앞의 논문, 107면 참조.

20) 이와 같은 취지로 김기호, 앞의 논문, 315-316면 참조.

21) 이와 같은 취지로 박규환, 앞의 논문, 55면.

되지 않는 경우에만 허용되는 것으로 판단하고 있기 때문이다. 그러나 직무관련성이 없는 부정한 청탁은 존재하지 않는다고 본다.<sup>22)</sup> 이와 관련하여 판례<sup>23)</sup>는 직무관련성이 있는 부정한 청탁이라도 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위는 처벌하지 않고 있다. 즉 판례는 ‘부정청탁’에 대하여 ‘사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것’이라고 판시하고 있다. 이러한 판례의 입장에 따라 입법자는 부정청탁금지법 제5조(부정청탁의 금지) 제2항의 판단기준으로서 직무관련성이 인정되는 경우에도 처벌을 면하기 위하여 위법성조각사유의 가장 포괄적이고 최후의 판단기준에 해당하는 ‘사회상규’<sup>24)</sup>의 개념을 원용하여 도입한 것으로 판단된다.<sup>25)</sup> 그러나 실제로 부정청탁의 판단기준으로서 사회상규에 해당하는 것과 사회상규에 해당하지 않는 것으로 판단하는 것은 쉽지가 않다.<sup>26)</sup> 즉 판례와 같이 ‘법질서 전체의 정신이나

22) 이와 관련하여 부정한 청탁은 공직자들에게 각종 법령을 위반하여 행위를 하도록 하는 것이고, 정당한 청탁은 각종 법령을 위반하지 않으면서 사회상규에 따른 것으로 규정하고 있다는 견해로 마정근, “현행 부정청탁금지법(소위 ‘김영관법’)의 핵심 문제점과 개정 방안”, 『한양법학』 제27권 제4집, 한양법학회, 2016, 184면 참조.

23) 학교법인의 이사장 또는 사립학교경영자가 학교법인 운영권을 양도하고 양수인으로부터 양수인 측을 학교법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 양도대금을 받기로 하는 내용의 ‘청탁’을 받았다 하더라도, 그 청탁의 내용이 당해 학교법인의 설립 목적과 다른 목적으로 기본재산을 매수하여 사용하려는 것으로서 학교법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 청탁이 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 것이라고 할 수 없으므로 이를 배임수재죄의 구성요건인 ‘부정한 청탁’에 해당한다고 할 수 없고, 나아가 학교법인의 이사장 또는 사립학교경영자가 자신들이 출연한 재산을 회수하기 위하여 양도대금을 받았다거나 당해 학교법인이 국가 또는 지방자치단체로부터 일정한 보조금을 지원받아 왔다는 등의 사정은 위와 같은 결론에 영향을 미칠 수 없다(대법원 2014.1.23. 선고 2013도11735 판결).

24) 형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 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 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결).

25) 이와 관련하여 자세한 내용은 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 『경희법학』 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 201면 참조.

26) 이러한 견해와 달리 부정청탁금지법은 금지되는 부정청탁의 행위유형을 열거하고 있기 때문에 비교적 금지되는 행위유형의 파악이 어렵지 않으므로 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 견해로 조재현, 앞의 논문, 304면; 정혜영, 앞의 논문, 108면. 이러한 취지에서 ‘부정청탁’과 ‘사회상규’의 용어사용은 입법기술상의 한계에 해당하지만, 판례를 통해 합리적으로 해석될 수 있기 때문에 명확성의 원칙에 위반되는 것은 아니라는 견해로 정호경,

그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위'를 부정청탁의 판단기준으로 하는 것은 향후 법적용상 혼란을 초래할 수가 있으므로 보다 법체계와 관련성 있는 내용으로 입법되는 것이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 부합된다고 볼 수 있다.

## 2. 부정청탁금지법의 규정상의 문제점

### 1) 공직자 가족의 규제대상의 범위

부정청탁금지법 제8조 제4항에서는 공직자등의 배우자는 공직자등의 직무와 관련하여 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서 안 되며, 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 당해 규정에서 정한 금액 이하의 금품등도 받거나 요구 또는 약속할 수 없다는 내용을 규정하고 있다. 즉 동법은 민법 제779조에 의하여 배우자, 직계혈족, 형제자매, 생계를 같이 하는 직계혈족의 배우자 및 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매 등이 포함된 당초의 법(안)과 달리 규제의 대상으로 공직자등의 '배우자'로 한정하였다. 물론 배우자를 규제대상에 포함시킨 것은 공직자가 배우자를 통하여 뇌물을 전달받거나 혹은 배우자가 뇌물을 받은 후 가족관계를 이용해 공직자에게 부정청탁을 하는 문제를 사전에 차단하기 위한 규정으로서 타당하다고 볼 수 있다.

그러나 규제의 대상으로서 공직자의 가족을 동법에 규정한 것은 다음과 같은 점에서 논란이 될 수 있다. 첫째, 공직자의 가족범위를 규제대상에 포함시키는 것은 헌법상 연좌제금지의 규정에 위반되는가의 문제이다. 하지만 강력한 반부패문화를 정착하고자 하는 동법의 입법취지를 고려한다면 사실상 공직자의 영향력만큼이나 그에 따른 사회적 책무성이 커지기 때문에 결국 공직자는 자기책임을 부담하는 것이고 연좌제로 인하여 가족의 책임을 부담하는 것은 아니다. 무엇보다도 공직자에게 부정청탁이나 금품수수가 우회적으로 가족을 통하여 향하는 것을 차단하기 위한 측면에서는 규제의 대상으로서 공직자의 가족을 규정한 것은 타당하다.

둘째, 규제의 대상으로서 공직자의 가족범위를 배우자로 한정하는 것이 현실적으로 타당한가의 문제이다. 물론 가족의 범위를 지나치게 확장하는 것은 문제가 있지만, 공직자에게 사실상의 영향력을 줄 수 있는 범위를 고려하여 규제의 대상으로서 공직자의 가족범위를 한정하는 것이 바람직하다. 이와 관련하여 현실적으로 공직자에게 사실상의 영향력을 줄 수 있는 범위는 과거와 달리 가족의 범위를 벗어나서 가족처럼 지내는 지인들(사실상의 가족)에 의하여 발생할 수도 있다.<sup>27)</sup> 따라서 규제의 대상을 배우자로 한정하는 것은 지나치게 가족의 범위를 축소하는 것으로 실효성이 없다고 생각된다.<sup>28)</sup> 따라서 동법 제8조 제4항에 규정되어 있는 규제의 대상으로서 가족의 범위를 실효성을 고려하여 적어도 배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척 등으로 확대하여 포함시키는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>29)</sup>

## 2) 제8조 금품등의 수수 금지

부정청탁금지법 제8조 제1항은 “공직자 등은 직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품 등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “공직자등은 직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고 제1항에서 정한 금액 이하의 금품 등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 여기서 부정청탁금지법은 형법상 뇌물죄의 성립요건보다 확대하여 직무관련성이 인정되면 대가성 여부를 불문하고 형사처벌을 한다는 것이다. 사실 그동안 공직자가 금품 등의 수수를 하여 직무관련성이 인정되더라도 대가성이 인정되지 않으면 형법상 뇌물죄로 처벌하기가 쉽지 않았다. 따라서 동법은 이러한 법의 사각지대를 봉쇄하여 공직자등의 금품수수의 관행을 근절시키고자 하는 측면에서 제정되었기에 고무적인 입법이라고 할 수 있다.

그러나 동법 제8조 제1항에서 “...기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이

27) 지난 2017년 3월 10일자 헌법재판소는 일명 박근혜-최순실 게이트(박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단의혹사건)에 대하여 헌정사상 처음으로 현직 대통령 박근혜를 파면(재판관 8인 만장일치)하는 탄핵선고 하였다.

28) 이와 같은 취지로 서보학, 앞의 논문, 29-30면 참조.

29) 이와 관련하여 서보학 교수는 규제의 대상으로서 가족의 범위를 직계혈족, 형제자매, 4촌 이내의 친인척 등으로 규정할 것을 제안하고 있다(위의 논문, 30면).

동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품 등을...”이라는 규정을 이용하여 합법적으로(직무관련성 없이) 1회에 100만 원을 초과하지 않고, 매 회계연도에 300만 원을 초과하지 않는 범위 내에서 공직자등이 동일인으로부터 금품 등을 수수하거나, 심지어 공직자등이 동일인의 여러 명의 측근으로부터 금품 등을 수수하는 등의 우회적인 방법을 사용하는 경우에는 동법 제8조의 제2항의 규정은 법적용에 있어서 큰 의미가 없게 된다. 그렇다고 직무관련성과 대가성 여부의 입증에 곤란하다는 이유만으로 실무에서 입증단계를 거치지 않고 처벌하는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

따라서 동법의 입법취지를 고려한다면 제8조 제2항의 직무관련성 여부의 규정은 삭제될 필요가 있다고 생각된다. 만일 동법 제8조 제2항이 “직무와 관련하여 대가성 여부를 불문하고”의 규정을 고수한다면 직무관련성 없는 청탁은 처음부터 제외하여 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이다.<sup>30)</sup>

### 3) 제10조 외부강의등 사례금 수수 제한

부정청탁금지법 제10조는 “공직자등은 자신의 직무와 관련되거나 그 지위·직책 등에서 유래되는 사실상의 영향력을 통하여 요청받은 교육·홍보·토론회·세미나·공청회 또는 그 밖의 회의 등에서 한 강의·강연·기고 등(이하 “외부강의등”이라 한다)의 대가로서 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 사례금을 받아서는 아니 된다”고 규정되어 있다. 그리고 동법 시행령 제25조에 의하면 수수가 제한되는 외부강의등의 사례금 상한액(별표 2)이 규정되어 있다. 그러나 이와 관련하여 제기될 수 있는 문제점은 공무원 및 국립대학교 교직원·공공기관임직원 및 사립학교 교직원 및 언론사관계자를 구분하여 각각 다르게 규율하고 있다는 것이다. 물론 이러한 차등에 의한 외부강의 등 사례금 수수 제한규정은 계급과 직급을 중시하는 공무원사회의 특수성을 반영하기 때문에 크게 문제가 될 것은 없을 것이다.<sup>31)</sup> 하지만 소속기관과 직급에 따라 획일적으

30) 이와 관련하여 김동복 교수는 직무관련성이 없거나 대가성이 없는 것을 처벌하는 것은 옳지 않다는 의견을 제시하고 있다(김동복, 앞의 논문, 66면). 즉 김동복 교수의 의견은 처음부터 직무관련성이 없거나, 직무관련성이 있더라도 대가성이 없으면 처벌하는 것은 타당하지 않다는 견해이다. 하지만 이러한 견해는 부정청탁금지법의 입법취지와 배치되는 견해라고 볼 수 있다.

31) 김정현, “청탁금지법’상 외부강의등의 사례금 수수 제한 규정에 관한 비판적 고찰”, 『공법

로 규제하는 것은 사회적 전문성과 능력 등을 고려하지 않은 규정으로서 평등권 침해가 될 수 있다.<sup>32)</sup>

동법은 일부 공직자가 과도한 외부강의 등 사례금 수수를 우회적인 뇌물수수의 방법으로 전달받을 수 있는 통로를 사전에 차단하고자 하는 것이므로 외부강의 등 사례금 수수를 소속기관장에게 사전신고를 하도록 한 것은 적절하다고 생각된다. 그러나 직종별 특수성을 고려하지 않고 소속기관과 직급에 따라 일률적으로 상한액을 규정한 것은 바람직하지 않다고 생각된다.<sup>33)</sup> 적어도 직급간의 형평성을 고려하여 직급의 단계를 축소함과 동시에 사례금을 상향조정할 필요가 있다고 생각된다. 아울러 동법 시행령 제25조(별표 2)의 외부강의 등 사례금 상한액을 다소 상향조정하는 것이 필요하다고 본다.<sup>34)</sup>

#### 4) 제23조 과태료 규정의 문제

부정청탁금지법 제23조는 과태료 부과에 대하여 규정하고 있지만, 구체적으로 과태료 부과 주체가 명시되어 있지 않다. 다만 동법 제23조 제7항에 “소속기관장은 제1항부터 제5항까지 과태료 부과 대상자에 대해서는 그 위반 사실을 「비송사건절차법」에 따른 과태료 재판 관할법원에 통보하여야 한다.”라고 규정되어 있어 관할법원이 과태료 부과 주체라고 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 규정에 의하면 소속기관장은 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 위반하는 행위에 대하여 신고를 받은 경우에 이와 관련하여 필요한 조사를 하여야 하고 조사 결과에 대하여 필요한 조치를 하여야 한다. 즉 소속기관장은 사안에 따라 수사기관에 통보하거나, 과태료 관할법원에 통보하거나, 소속기관의 징계절차를 진행하는 절차를 거쳐야 한다.<sup>35)</sup>

연구, 제45집 제1호, 한국공법학회, 2016, 312면.

32) 김동복, 앞의 논문, 67면.

33) 이와 관련하여 김동복 교수는 외부강의등의 사례금 제한규정은 평등의 원칙에 위배되므로 삭제하는 것이 타당하다고 주장하고 있다(김동복, 위의 논문, 68면).

34) 예컨대 장·차관급과 서기관·사무관은 직급은 다르지만 동일하게 사례금 상한액을 조정하여 각각 제한하거나, 기관장·임원과 그 외 직원으로 구분하여 동일하게 사례금 상한액을 각각 제한하는 방법을 생각해볼 수 있다. 또한 그 외의 경우도 현행 보다 사례금 상한액을 다소 상향조정할 필요가 있다고 본다.

35) 동법 시행령 제5조에 의하면 부정청탁 신고의 처리와 관련하여 소속기관장은 범죄의 혐의가 있거나 수사의 필요성이 있다고 인정되는 경우는 수사기관에 통보하여야 하고, 과태료 부과 대상인 경우는 과태료 관할법원에 통보하여야 하며, 징계대상인 경우는 징계절차

그러나 여기서 문제점은 사안에 따라서 다르겠지만 소속기관장이 과태료 부과대상자에 대하여 관할법원에 통보하지 않는 경우에는 과태료 부과처분이 제대로 이루어지지 않는 경우가 발생할 수도 있으며, 또한 행정질서벌에 해당하는 과태료를 관할법원이 담당함으로써 법원의 재판업무가 가중되는 문제점도 발생하게 된다. 이와 관련하여 법원의 재판업무의 경감을 위하여 공직자 소속 행정청이나 소속기관장이 과태료를 부과·징수한 후 이의신청이 있는 경우에 한하여 관할법원에 통보하여 과태료 재판을 진행하는 방안도 설득력이 있다고 생각된다.<sup>36)</sup> 그러나 이러한 견해에 의하면 공직자가 아닌 사립학교 교직원 및 언론사관계자의 경우에도 동일하게 적용할 수 있는가 하는 문제가 발생할 수 있다. 그러므로 동법의 입법취지를 고려한다면 과태료 부과는 공직자의 소속 행정청이나 소속기관장이 아닌 공신력 있는 뇌물범죄를 담당하는 사정기관(검찰)이 담당하는 것이 타당하다고 생각된다. 만일 검사의 과태료 부과처분에 대하여 이의신청이 있는 경우에 한하여 검사는 관할법원으로 당해사건을 이송하여 관할법원에서 과태료 재판을 진행하는 방안이 오히려 설득력이 있다고 생각된다.

## 5) 양벌규정의 문제

부정청탁금지법 제24조<sup>37)</sup>는 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지를 위반한 행위자와 함께 그 법인·단체 또는 개인에게도 벌금 또는 과태료를 부과하는 양벌규정을 두고 있다. 그러나 동법의 규정을 살펴보면 제22조 제1항 제3호와 제23조 제5항 제3호의 경우에 금품 등의 제공자가 공직자등인 경우는 양벌규정에

---

를 진행하여야 한다. 아울러 당해 법률 시행령 제9조와 제12조를 살펴보면 감독기관, 감사원 및 수사기관, 국민권익위원회는 공통적으로 과태료 부과 대상이거나 징계의 필요성이 있는 경우는 소속기관에 통보(이첩 또는 송부)함을 원칙으로 하고 있다.

36) 대표적으로 김동복, 앞의 논문, 69면 참조.

37) 부정청탁금지법 제24조는 “법인 또는 단체의 대표자나 법인·단체 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제22조 제1항 제3호 [금품 등의 제공자가 공직자등(제11조에 따라 제8조가 준용되는 공무수행사인을 포함한다)인 경우는 제외한다], 제23조 제2항, 제23조 제3항 또는 제23조 제5항 제3호 [금품등의 제공자가 공직자등(제11조에 따라 제8조가 준용되는 공무수행사인을 포함한다)인 경우는 제외한다]의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금 또는 과태료를 과한다. 다만, 법인·단체 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

서 제외한다고 규정하고 있다. 즉 동조의 규정에 의하면 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지를 위반한 행위자가 공직자등인 경우에 공공기관은 양벌규정을 적용받지 않는다. 물론 국가는 벌금이나 과태료의 부과 주체이므로 양벌규정의 객체가 될 수 없다. 하지만 공무원이 국가의 기관위임사무가 아닌 자치사무를 처리하는 경우에는 지방자치단체에 대해서도 벌금이나 과태료를 부과할 수 있다.<sup>38)</sup> 따라서 동법의 입법취지를 고려한다면 굳이 동법의 규정에서 제22조 제1항 제3호와 제23조 제5항 제3호의 경우에 금품 등의 제공자가 공직자등인 경우는 양벌규정에서 제외되어야 할 필요는 없다고 생각된다.

## 6) 시행령 제17조 음식물·경조사비 등의 가액 범위

부정청탁금지법 제8조 제3항 제2호는 “원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액 범위 안의 금품 등”에 대하여 허용된다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 동법 시행령 제17조는 사교·의례 등 목적으로 제공되는 음식물·경조사비 등의 가액 범위(별표 1)에 대하여 음식물<sup>39)</sup>의 경우 3만 원, 선물<sup>40)</sup>의 경우 5만 원, 경조사비<sup>41)</sup>의 경우 10만 원으로 각각 규정하고 있다.<sup>42)</sup> 그러나 사실 이러한 규정은 직접적 직무관련성이 인정되면 3·5·10만 원 이하의 가액 범위의 내라고 할지라도 대부분의 금품수수 행위는 불법으로 간주되게 되며 동법의 입법취지는 무색하게 된다. 그러므로 동법의 입법취지를 생각한다면 동법 제8조 제3항 제2호를 예외조항에서 삭제하여 가액의 범위와 상관없이 모든 금품수수를 금지하는 방안이 오히려 타당할 것이다.<sup>43)</sup> 하지만 법과 도덕의 경계

38) 이와 관련하여 국가가 본래 그의 사무의 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 기관위임사무의 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부로 볼 수 있고, 지방자치단체가 그 고유의 자치사무를 처리하는 경우 지방자치단체는 국가기관의 일부가 아니라 국가기관과는 별도의 독립한 공법인으로서 양벌규정에 의한 처벌대상이 되는 법인에 해당한다(대법원 2009.6.11. 선고 2008도6530 판결).

39) 음식물: 제공자와 공직자등이 함께 하는 식사, 다과, 주류·음료, 그 밖에 이에 준하는 것.

40) 선물: 금전 및 제1호에 따른 음식물을 제외한 일체의 물품 또는 유가증권, 그 밖에 이에 준하는 것.

41) 경조사비: 축의금, 조의금 등 각종 부조금과 부조금을 대신하는 화환·조화, 그 밖에 이에 준하는 것.

42) 이와 관련하여 가액 범위의 기준은 공무원 행동강령과 그 운영지침에 따라 예전부터 시행되어 오고 있던 음식물·편의·선물의 경우 3만 원, 경조금품의 경우 5만 원을 기준으로 하여 보완한 것으로 볼 수 있다.

로서 3·5·10만 원의 가액 범위는 입법자가 의도하는 고민으로서 상징성을 가진다고 볼 수 있다.<sup>44)</sup> 이러한 입장에서 본다면 동법 제8조 제3항 제2호의 허용 금품 가액 범위를 상향조정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 즉 동법 시행령 제17조 음식·경조사비 등의 가액 범위(별표 1)를 항목별로 구분하여 최소의 기준이나 최대의 기준으로 설정하는 것이 아니라, 모든 항목을 일률적으로 예컨대 ‘10만 원’으로 가액 기준을 설정하는 방안도 합리적이며 설득력이 있다고 생각된다.<sup>45)</sup> 그러나 이러한 견해와 달리 동법의 목적을 달성하고 규제의 적절성을 달성하기 위해서는 동법 시행령 제17조의 가액 범위를 음식물의 경우 5만 원, 선물의 경우 10만 원, 경조사비의 경우 15만 원으로 상향조정하는 것이 적정하다는 견해도 의미가 있다.<sup>46)</sup> 왜냐하면 현실적으로 서민경제의 위축 등의 상황을 볼 때 동법 시행령 제17조의 가액 범위의 상향조정은 더욱 절실하다고 볼 수 있다.<sup>47)</sup> 그러나 현실적인 상황만으로 타당한 근거 없이 일률적으로 상향조정하는 것은 논란이 될 수 있다고 본다.

### Ⅲ. 부정청탁금지법의 입법적 개선방안

#### 1. 형사상 법(효과)적용의 문제와 개선방안

##### 1) 형법 제16조 법률의 착오(금지착오) 문제

43) 이와 관련하여 정혜영 교수는 동법 제8조 제3항 제2호를 삭제하거나 국민권익위원회가 직접적 직무관련성의 개념을 포기하는 것이 타당하다고 제시하고 있다(정혜영, 앞의 논문, 119면 참조).

44) 대표적으로 위의 논문, 120면.

45) 이와 관련하여 김정현 박사는 ‘100만 원’을 초과한 금품등의 수수는 형사처벌, ‘10만 원’을 초과한 금품 등의 수수는 과태료 부과 대상이라는 법적 기준을 국민들이 확실하게 인식할 수 있도록 하자는 취지에서 입법안을 제시하고 있다. 보다 자세한 내용은 김정현, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016, 277-278면 참조.

46) 김동복, 앞의 논문, 70면.

47) 동법 시행령 제17조의 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액 범위로서 별표 1에 따른 금액은 사회·경제적 측면에서 과태료 부과 of 기준으로서 적정선은 설정하기 나름이라고 볼 수 있다. 하지만 적어도 최소한의 적정선을 초과하지 않는 범위 내에서 가액 범위를 규정한다면 향후에 충분히 상향조정이 가능하다고 본다.

부정청탁금지법의 규율대상은 매우 광범위하다. 즉 공직자, 사립학교 교직원, 언론인관계자, 그 배우자 등을 대상으로 수많은 행위들을 원칙과 예외(금지과 허용)로서 규율하기 때문에 동법의 조문 체계가 매우 복잡하고 추상적인 개념들이 많아서 일반인들이 이해하기 어렵다. 따라서 많은 사람들은 자신의 행위가 법률에 의하여 금지되는 행위인지 조차 모르는 경우가 발생할 가능성이 높다. 다시 말해 형법 제16조의 법률의 착오(금지착오)에 해당하는 경우가 다수 발생할 것으로 예상된다. 즉 형법 제16조는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”라고 규정되어 있다. 이러한 규정과 관련하여 당해 법률은 수많은 규범수범자들이 ‘법률의 부지’<sup>48)</sup> 또는 이른바 ‘포섭의 착오’<sup>49)</sup>에 빠지게 될 우려가 높다.<sup>50)</sup> 즉 형법 제16조와 질서위반행위규제법 제8조<sup>51)</sup>는 함께 법률의 착오를 규정하고 있다. 만일 행위자가 형벌 또는 과태료 부과 책임을 면하고자 한다면 ‘그 오인에 정당한 이유가 있는 때’ 한하여 허용된다. 그러나 일반적으로 수많은 규범수범자들이 ‘정당한 이유’의 평가기준을 알 수 있는가 하는 것이다. 이와 관련하여 규범수범자들은 최소한 공공 기관(국민권익위원회 등)에 성실하게 조회의무를 이행하여 그 회신에 따라 행위를 한 경우에만 정당한 이유로 인정받을 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로 수많은 규범수범자들이 모든 상황에 대하여 일일이 성실하게 조회의무를 이행하는 것은 쉽지 않다고 생각된다. 따라서 부정청탁금지법의 적용과 관련하여 적어도 법률의 부지<sup>52)</sup>로 인한 경우는 법률의 착오로 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>53)</sup>

그리고 사실상의 영향력을 행사하는 가장이혼한 부부의 경우에서 공직자의 배우자가 제3자로부터 부정청탁을 받거나 금품수수를 한 경우와 인지받기 전의

48) 법률(法律)의 부지(不知)는 행위자가 금지규범의 존재를 인식하지 못한 경우이다.

49) 포섭(包攝)의 착오(錯誤)는 행위자가 구성요건적 사실에 대한 인식을 가지고 있으나, 금지규범을 너무 좁게 해석하여 자신의 경우는 금지규범과 관계없는 것으로 생각하여 자신의 행위가 허용된다고 오인한 경우이다.

50) 금지규범을 인식하지 못한 경우(법률의 부지)와 그것이 허용된다고 오인한 경우(포섭의 착오)는 위법성의 인식이 없다는 점에 있어서는 동일하다.

51) 제8조(위법성의 착오) 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 질서위반행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 과태료를 부과하지 아니한다.

52) 관례는 법률의 부지를 법률의 착오로 인정하지 않는다(대법원 2004.2.12. 선고 2003도6282 판결).

53) 이와 같은 취지로 서보학, 앞의 논문, 41면.

혼인외의 자가 생부(또는 생모)의 유력한 지위를 이용하여 부정청탁을 받거나 금품수수를 한 경우에 현실적으로 처벌할 수 없는 흠결의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제에 대하여도 동법 제8조 제4항에 “‘사실상의 영향력<sup>54)</sup>을 행사하는’ 공직자등의 배우자 및 친족 등은 제1항 또는 제2항에 따라 공직자등이 받는 것이 금지되는 금품등을 받거나 요구하거나 제공받기로 해서는 아니 된다.”라고 규정하는 등의 입법론적 방안이 필요하다고 생각된다.

## 2) 죄수평가의 문제

부정청탁금지법 제8조 제1항과 제2항 및 제22조 제1항의 규정을 분석해보면 직무관련이 있는 99만 원은 과태료 부과대상이고, 직무관련 없는 101만 원은 형사처벌의 대상이 되는 불합리한 경우가 발생하게 된다.<sup>55)</sup> 즉 동법은 직무관련성과 대가성을 구분하여 100만 원 이상에서는 직무관련성과 대가성을 요구하지 않지만, 100만 원 이하에서는 대가성은 필요치 않으나 직무관련성을 요구하기 때문에 불법이 더 중한 전자의 경우가 후자보다 가볍게 처벌되는 상황이 발생한다는 것이다. 또한 앞에서 검토한 바와 같이 공직자등이 동일인으로부터 3회에 걸쳐 각각 100만 원 이하를 받았다면 총액은 300만 원을 초과하지 않게 되므로 이를 각각의 별개의 행위로 파악하게 되면 동법 제8조 제1항에서 규정하는 형사처벌의 대상이 되지 않는다. 그러나 이를 포괄하여 한 개의 행위, 즉 포괄일죄<sup>56)</sup>로 파악하게 되면 전술한 행위는 100만 원을 초과하므로 형사처벌의 대상이 된다.<sup>57)</sup> 따라서 포괄일죄로 평가하는 경우는 공직자등의 행위자에게 불리하게 적용될 수 있으므로 법(효과)적용의 측면에서 형사절차법의 “in dubio

54) 사실 부정청탁금지법의 입법취지를 고려한다면 형법 제129조 제1항의 규정에 “공무원 또는 중재인이 그 직무와 관련하여 사실상의 영향력으로서 뇌물이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다”라고 ‘사실상의 영향력’을 신설 구성요건으로 입법하면 뇌물은 직무관련성을 가지게 될 뿐이고, 직무행위와 관련하여 대가관계까지 필요하지 않게 되므로 부정청탁금지법의 규율 없이도 공직자의 부정청탁 및 부패방지에 효과적이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 자세한 내용은 김준성, 앞의 논문, 161면 참조.

55) 이와 관련하여 서보학, 앞의 논문, 41면 참조; 정혜영, 앞의 논문, 124면 참조.

56) 개별적으로 각각의 범죄가 될 수 있는 수 개의 행위를 포괄적으로 평가하여 하나의 구성요건을 충족하는 단순일죄가 성립하는 것을 말한다.

57) 판례는 수뢰죄에 있어서 단일하고 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해범의도 동일한 경우에는 각 범행을 통틀어 포괄일죄로 본다(대법원 2005.11.10. 선고 2004도42 판결).

pre reo”원칙의 적용여부에 대하여 고민할 필요가 있다고 생각된다.

## 2. 입법론

현행 부정청탁금지법의 규정은 공직자의 부정청탁 및 금품 등의 수수금지를 효과적으로 규율하기 어렵다. 왜냐하면 동법의 입법취지가 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 하고 있지만, 동법에는 공직자의 이해충돌방지 규정이 존재하지 않는다. 따라서 동법의 입법취지를 고려한다면 향후 공직자의 이해충돌방지 규정은 추가적으로 입법되는 것이 타당하다고 생각된다. 이와 관련하여 동법 제12조(공직자등의 부정청탁 등 방지에 관한 업무의 총괄)의 규정에 이어서 제12조의2(공직자의 이해충돌방지)<sup>58)</sup>의 규정을 신설하여 입법하는 방안이 효과적이라고 생각된다. 또한 동법 제1조(목적)의 규정에 이어서 동법 제1조의2(부정청탁)<sup>59)</sup>의 규정을 신설하여 부정청탁의 개념을 입법하는 것이 부정청탁에 관한 해석상의 논란과 법적용상의 문제를 사전에 방지할 수 있다고 생각된다.

그리고 동법 제5조 제2항 제7호에 규정되어 있는 부정청탁이 허용되는 예외 사유로서 최종적인 판단기준에 해당하는 ‘사회상규(社會常規)’의 개념을 도입한 입법자의 의도는 충분히 이해하지만, 모든 법적인 판단을 사법부에 위임하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 따라서 사회상규의 개념을 법체계상 관련성이 있는 내용으로 대체하는 방안이 타당하다고 생각된다. 예컨대 “그 밖에 사회상규에 위배되지 아니하는 것으로 인정되는 행위”를 “그 밖에 부정청탁에 해당되지 아니하는 것으로 인정되는 행위”로 자구 수정하는 입법방안을 생각해 볼 수 있다. 아울러 동법 제2조의 공직자의 적용대상에서 사립학교 교직원과 언론사관계자를 제외하지 않는다면 공공성 강한 금융, 의료기관 등의 민간영역까지 확대하여 적용하는 것이 강력한 반부패법으로서 동법의 입법취지에 부합된다고 생각된다.

58) 공직자의 이해충돌방지 규정에 관하여는 2012년 8월 22일 국민권익위원회 공고 제 2012-32호에 따른 ‘부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법(안) 입법예고안’ 제4장에 포함된 ‘공직자 이해충돌 방지’ 규정을 참고하여 입법하는 방안을 고려해볼 수 있다.

59) 부정청탁의 규정에 관하여는 국민권익위원회의 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법(안) 제2조 제5호와 정부안 제2조 제4호의 규정을 고려하여 입법하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

동법 제8조(금품등의 수수 금지)에서 규제의 대상으로 공직자등의 친족의 범위를 배우자로 한정된 것은 가족의 범위를 지나치게 축소한 것으로 실효성이 없다고 생각된다. 따라서 규제의 대상으로 공직자등의 친족의 범위를 배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로 확대하여 입법하는 방안이 필요하다고 생각된다. 아울러 동법 제8조 제2항의 직무관련성 여부의 규정은 동법의 입법 취지를 고려한다면 오히려 삭제되는 것이 타당하다고 생각된다. 그리고 동법 제10조(외부강의등의 사례금 수수 제한)와 관련하여 동법 시행령 제25조(별표 2)의 외부강의 등 사례금 상한액을 예컨대 가목의 경우에는 장관·차관급 이상 100만 원, 서기관·사무관급 이상 50만 원, 사무관급 이하는 30만 원으로 그리고 나목의 경우에는 기관장·임원은 50만 원, 그 외 직원은 30만 원으로 또한 다목의 경우에도 200만 원으로 사례금 상한액을 다소 상향조정하는 방안이 현실적으로 필요하다고 생각된다.<sup>60)</sup>

동법 제23조(과태료 부과)는 행정질서벌에 해당하는 과태료를 관할법원에서 부과하는 것은 법원의 재판업무의 가중뿐만 아니라 과태료의 성질상 법원이 담당하는 것은 합당하지 않다고 생각된다. 따라서 과태료 부과는 관할경찰서를 경유하여 담당 검사가 부과처분하는 것이 타당하며, 검사의 과태료 부과처분에 대하여 이의신청이 있는 경우에 한하여 검사는 당해사건을 관할법원으로 이송하여 관할법원에서 과태료 재판을 진행하는 방안이 합리적이라고 생각된다. 그리고 동법 제24조(양벌규정)의 규정에서 동법 제22조 제1항 제3호와 제23조 제5항 제3호의 경우에 금품 등의 제공자가 공직자등인 경우는 양벌규정에서 제외되어야 할 특별한 사유가 없다고 생각된다.

마지막으로 동법 시행령 제17조(사교·의례 등 목적으로 제공되는 음식물·경조사비 등의 가액 범위)에 규정되어 있는 별표 1에 따른 금액은 사실상 현실성이 결여되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 사회적 환경과 경제적 흐름을 반영하여 항목별로 구분하여 음식물·선물·경조사비를 설정하는 것 보다는 모든 항목을 과태료 부과 대상이 되지 않는 적정선의 범위 내에서 상한선을 기준으로 일률적으로 동일하게 부과하는 방안이 타당하다고 생각된다. 예컨대 현행 동법 시행령 제17조의 규정을 기준으로 볼 때 사회·경제적으로 선물의 경우는

60) 사실 무형의 지적재산으로서 정신적 가치에 해당하는 강의에 대하여 국가가 법으로 규제하는 것은 과잉입법이라고 볼 수 있다. 하지만 동법의 입법목적에 비추어 볼 때 일정한 허용범위 내에서의 제한은 결코 과도한 규제라고 할 수는 없을 것이다.

10만원 내외의 가액 범위라면 큰 문제가 없다고 생각되며, 경조사비의 경우도 10만원 내외의 가액 범위라면 상호간에 설득력이 있다고 생각된다. 또한 음식물의 경우도 2인 기준으로 10만원 내외의 가액 범위라면 상호간에 원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로서 충분히 소통할 수 있다고 생각된다. 다만 이러한 가액 범위의 기준은 향후 사회·경제적 상황에 따라 충분히 상향조정이 가능하다고 본다.

#### IV. 결론

지금까지 필자는 부정청탁금지법의 문제점을 살펴보고 입법적 개선방안에 대하여 검토를 하였다. 따라서 그 결과를 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 동법의 입법취지를 고려한다면 동법 제12조의2 규정을 신설하여 공직자등의 이해충돌방지 규정을 추가적으로 입법하는 것이 타당하다.

둘째, 동법의 적용과정에서 해석상 논란을 방지하기 위하여 동법 제1조의2의 규정을 신설하여 부정청탁의 개념을 명확하게 정의(定義)하여 입법할 필요가 있다.

셋째, 동법 제5조 제2항 제7호에 규정되어 있는 부정청탁이 허용되는 예외사유로서 최종적인 판단기준이 되는 '사회상규'의 개념을 법체계상 관련성 있는 내용으로 대체하는 방안이 타당하다고 생각된다. 예컨대 선행조건으로 '부정청탁'의 개념이 명확하게 입법된다면 '사회상규'의 개념을 대체하여 '부정청탁'으로 자구 수정하는 입법적 방안이 효율적이라고 생각된다.

넷째, 동법 제8조에서 규제의 대상으로 공직자등의 친족의 범위를 배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로 확대하여 적용하는 방안이 입법취지에 부합한다고 볼 수 있다. 이러한 취지에서 동법 제8조 제2항의 직무관련성 여부의 규정은 삭제되는 것이 타당하며, 또한 동법 제2조의 공직자의 적용대상에서 공공성이 강한 금융, 의료기관 등의 민간영역까지 확대하여 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.

다섯째, 동법 제10조와 관련하여 동법 시행령 제25조(별표 2)의 외부강의 등 사례금 상한액을 다소 상향조정하는 방안이 현실성이 있다고 생각된다. 이와 같은 취지에서 동법 시행령 제17조(별표 1)의 사교·의례 등 목적으로 제공되

는 음식물·선물·경조사비 등의 가액범위는 과태료 부과 기준으로서 적정선을 초과하지 않는 범위 내에서 일률적으로 동일하게 부과하는 방안이 설득력이 있다고 생각된다.

여섯째, 동법 제23조의 과태료 부과는 행정질서벌에 해당하므로 관할경찰서를 경유하여 담당 검사가 부과처분하는 것이 타당하며 검사의 과태료 부과처분에 이의신청이 있는 경우에 한하여 검사는 당해사건을 관할법원으로 이송하여 관할법원에서 과태료 재판을 진행하는 방안이 합리적이라고 생각된다. 아울러 동법 제24조의 양벌규정에서 동법 제22조 제1항 제3호와 제23조 제5항 제3호의 경우에 금품 등의 제공자가 공직자등인 경우는 제외되어야 할 특별한 사유가 없다고 본다.

따라서 이와 같은 입장에서 볼 때 현행 부정청탁금지법은 그 입법취지에 부합하는 법체계상의 정비가 최대한 빨리 이루어져야 강력한 반부패법(反腐敗法)으로서 실효성이 극대화될 수 있을 것이다.

투고일 : 2017.05.08. / 심사완료일 : 2017.06.05. / 게재확정일 : 2017.06.15.

## [참고문헌]

- 김기호, “「청탁금지법」의 법적 개선방안에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제77집, 한국토지공법학회, 2017.
- 김동복, “청탁금지법상 몇 가지 문제점과 대안”, 『국가법연구』 제13권 제1호, 한국국가법학회, 2017.
- 김세환·배성호, “부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)에 대한 비교법적 고찰”-유럽연합의 반부패관련법제를 중심으로-, 『한국부패학회보』 제19권 제4호, 한국부패학회, 2014.
- 김영중, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 고찰-형벌규정의 해석을 중심으로-”, 『형사정책』 제28권 제3호, 한국형사정책학회, 2016.
- 김정현, “「청탁금지법」상 외부강의등의 사례금 수수 제한 규정에 관한 비판적 고찰”, 『공법연구』 제45집 제1호, 한국공법학회, 2016.
- \_\_\_\_\_, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016.
- 김준성, “뇌물죄의 입법적 개선방안에 관한 연구”, 『가천법학』 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014.
- 마정근, “현행 부정청탁금지법(소위‘김영란법’)의 핵심 문제점과 개정 방안”, 『한양법학』 제27권 제4집, 한양법학회, 2016.
- 박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’ 개정을 위한 연구”, 『강원법학』 제47권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016.
- 서보학, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호, 한국입법학회, 2015.
- 송기춘, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제21권 제3호, 세계헌법학회, 2015.
- 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』 제15집 제3호, 한국법정책학회, 2015.
- 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 『경희법학』 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 정신교, “부정청탁금지법의 주요내용과 쟁점”, 『치안정책연구』 제29권 제1호, 치안정책연구소, 2015.
- 정형근, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 관한 연구- 그 적용대

- 상자와 부정청탁금지를 중심으로-”, 『경희법학』 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 정혜영, “부정청탁금지법의 법적 쟁점과 개선방향”, 『한국부패학회보』 제21권 제4호, 한국부패학회, 2016.
- 정호경, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」의 구조와 쟁점”, 『행정법연구』 제47호, 행정법이론실무학회, 2016.
- 조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, 『한국부패학회보』 제20권 제4호, 한국부패학회, 2015.
- 한석훈, “청탁금지법의 쟁점 재검토”, 『성균관법학』 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2016.
- 홍완식, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 입법론적 검토”, 『입법학연구』, 제12집 제1호, 한국입법학회, 2015.

[국문초록]

## 부정청탁금지법의 문제점과 개선방안

김 준 성\*

지난해 9월 28일자로 발효된 부정청탁금지법(약칭)은 현재 그 입법취지에 따라 엄격하게 시행되고 있는 것으로 생각된다. 그러나 사회적 분위기는 동법의 시행에 따른 경제적 위축과 경기침체 등의 문제로 그 효용성 여부에 대하여 침묵으로서 우려를 하고 있다. 특히 학계에서는 동법의 입법과정에서 공직자의 이해충돌방지 규정이 삭제된 부분에 대하여 유감(遺憾)과 그 적용대상의 범위에 대하여 찬반(贊反)을 명확하게 견지하고 있는 듯하다. 이러한 측면에서 필자는 동법의 문제점을 검토한 후 입법적 관점에서 그 취지에 부합하는 개선방안을 다음과 같이 제안하고자 한다.

첫째, 동법의 입법취지를 고려한다면 동법 제12조의2 규정을 신설하여 공직자등의 이해충돌방지 규정을 추가적으로 입법하는 것이 타당하다고 생각된다.

둘째, 동법의 적용과정에서 해석상 논란을 방지하기 위하여 동법 제1조의2 규정을 신설하여 부정청탁의 개념을 명확하게 정의(定義)하여 입법할 필요가 있다.

셋째, 동법 제5조 제2항 제7호에 규정되어 있는 부정청탁이 허용되는 예외사유로서 최종적인 판단기준이 되는 '사회상규'의 개념을 법체계상 관련성 있는 내용으로 대체하는 방안이 타당하다고 생각된다.

넷째, 동법 제8조에서 규제의 대상으로 공직자등의 친족의 범위를 배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척으로 확대하여 적용하는 방안이 입법취지에 부합한다고 볼 수 있다. 이러한 취지에서 동법 제8조 제2항의 직무관련성 여부의 규정은 삭제되는 것이 타당하며, 또한 동법 제2조의 공직자의 적용대상에서 공공성이 강한 금융, 의료 등의 민간영역까지 확대하여 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.

다섯째, 동법 제10조와 관련하여 동법 시행령 제25조(별표 2)의 외부강의 등

---

\* 대구외국어대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사.

사례금 상한액을 다소 상향조정할 필요가 있으며, 이와 같은 취지에서 동법 시행령 제17조(별표 1)의 사고·의례 등 목적으로 제공되는 음식물·선물·경조사비 등의 가액범위는 과태료 부과 기준으로서 적정선을 초과하지 않는 범위 내에서 일률적으로 동일하게 부과하는 방안이 타당하다고 생각된다.

여섯째, 동법 제23조의 과태료 부과는 관할경찰서를 경유하여 담당 검사가 부과처분하는 것이 타당하며 검사의 과태료 부과처분에 이의신청이 있는 경우에 한하여 검사는 당해사건을 관할법원으로 이송하여 관할법원에서 과태료 재판을 진행하는 방안이 합리적이라고 생각된다. 아울러 동법 제24조의 양벌규정에서 동법 제22조 제1항 제3호와 제23조 제5항 제3호의 경우에 금품 등의 제공자가 공직자등인 경우는 제외되어야 할 특별한 사유가 없다고 본다.

따라서 현행 부정청탁금지법은 필자가 제시하는 바와 같이 그 입법취지에 부합하는 법체계상의 정비가 최대한 빨리 이루어져야 강력한 반부패법(反腐敗法)으로서 실효성이 극대화될 수 있을 것이다.

주제어 : 부정청탁, 금품수수, 이해충돌, 공직자, 반부패(反腐敗)

[Abstract]

A Study on the Problems and the improvements of the  
Anti-Solicitation Act

Kim, Jun-Sung\*

The anti-solicitation act effectuated from September, 28 last year is thought to be being implemented strictly according to the purpose of legislation now. But social atmosphere shows to be silently depressed about the utility due to the economic contraction and recession etc. Especially academia looks unfortunate about the conflict of interest code of public official deleted in the lawmaking process of the same law and looks like keeping pro and con distinctly about its application scope. This author, seeking the problems of the anti-solicitation act, suggests the improvements adequate to the purpose in the law of legislation as follows.

First, considered the legislation purpose of the same law, it is reasonable to legislate by newly adding the conflict of interest rule of public official and the like as the second of the twelfth in the same law.

Second, to prevent the interpretational difficulty in the applicable process of the same law, it is necessary to legislate in terms of defining the conception of improper solicitation distinctly by newly establishing the second of the first in the same law.

Third, as socially accepted rules, the exceptions stipulated in the item 7, para. 2 of the art. 5 in the same law and allowed improper solicitation, is the final judgemental standard, they are thought to proper to be substituted the contents related to the law system.

Fourth, it is thought to be rational to apply to expand the scope of relative of public official etc. regulated in the eighth of the same law as

---

\* Assistant Professor, Department of Police Administration, Daegu University of Foreign Studies, Ph.D. in Law.

objects of regulation to spouse, blood relatives within second cousin, relatives by marriage within cousin. In furtherance of this idea, it is thought to be proper to delete the rules of duty relations in the second of the eighth of the anti-solicitation act and valid to apply to expand applicable object of public officials etc. to the quasi-public private sector of financial workers, medial workers, and the like.

Fifth, the reward maximum price of the outside lecture etc. in the twenty fifth of the enforcement ordinance related to the same law is necessary to be adjusted in a lump, and in this purpose the price limit of the expense of the food and drink, gift, and congratulations and condolences etc. given for the purpose of social intercourse, rite, and the like in the seventeenth of the enforcement ordinance of the same law is thought to be valid to charge in a lump and in kind within the range that doesn't exceed the optimum level as the standard charging a fine.

Sixth, charging a fine according to the same law is rational for the prosecutor to charge through the district police station, and in the case of raising of an objection about the disposition of the imposition of fine for negligence by the prosecutor, the competent court notified by the prosecutor is thought to be reasonable to proceed the trial of the fine. In addition, in the case of the dual liability of art. 24, the item 3, para. 1 of art. 22 and the item 3 of para. 5 of art. 23 in the same law, the providers of money and valuables are considered not to have a special reason to be excepted even in the case of public official.

Accordingly, seen in this position, the anti-solicitation act should only make the arrangement of the law system adequate to the purpose of legislation as a matter of urgency and its effectiveness will be maximized as a powerful anti-corruption act.

Key words : Improper solicitation, Graft, Conflict of interest, Public official, Anti-corruption
---