

반부패 관련 법제의 정비방안에 관한 연구*

A Study on the Improvement of Anti-Corruption-Related Legislation

박 세 훈(Park, Se Jun)**

ABSTRACT

In Korea, many laws are stipulated, and these laws can be largely divided into general law and special law. Even if the system stipulated in the existing laws and regulations on new matters, it is common to revise the existing laws and regulations if it is necessary to systematically and comprehensively regulate new areas or amend new laws and regulations.

The Solicitation Prohibition Act was created to realize a fair and transparent society and came into force on September 28, 2016, marking the fifth year of its enforcement.

The Conflict of Interest Prevention Act was passed at the 4th plenary session of the 386th National Assembly (temporary meeting) on April 29, 2021. The law was enacted eight years after it was first proposed and will be applied to about 2 million public officials, and while the existing anti-corruption laws are post-control devices, it has a proactive nature. Public service ethics has emerged as a hot topic in Korean society in the wake of the recent LH crisis as an issue related to conflicts of interest, and among the contents of public service ethics, the controversial part this time is “conflict of interest.”

What we want to examine in detail in this paper is the Act on the Prevention of Conflict of Interest of Public Officials and the Act on the Prohibition of Unfair Solicitation and Money and Goods. Since both laws regulate the actions of public officials, it is necessary to examine whether it is reasonable to operate both laws individually. It is meaningful to review both laws and see if there is a way to ensure reasonable system consistency in that the legislative purpose and application target are public officials and anti-corruption laws are too complex and scattered, and it is expected that further discussions will continue.

Key words: Anti-corruption, Anti-Solicitation Act, Conflict of Interest, Principle of Proportionality, Appropriateness of Punishment

* 이 논문은 2021년 한국부패학회 · 국민권익위원회가 공동 개최한 하계학술대회에서 발표한 것을 수정 · 보완한 것임

** 한국법제연구원 연구위원, 법학박사

I. 서론

우리나라는 각종 많은 법률이 규정되어 있으며 이 법률들은 크게 일반법과 특별법으로 구분할 수 있다. 기존의 법령에서 규정한 제도를 보완하거나 새로운 사항을 규율하더라도 유사한 분야를 규율하는 법령에 있어 그 법령을 개정함으로써 쉽게 반영할 수 있는 경우라면 기존 법령을 개정하는 것이 일반적이라 할 수 있으며, 전혀 새로운 분야를 규율하거나 기존의 여러 법령에서 규율하고 있는 사항을 아울러 체계적·종합적으로 규율할 필요성이 있다면 새로운 법령을 제정하는 것이 합리적이다. 요컨대 입법자의 의지를 반영하여 입법정책적으로 입법 목적을 실현하는 데 어느 쪽이 유리한지, 어느 쪽이 입법 경제적인지, 어느 쪽이 법체계의 정합성 유지에 적합한지, 어느 쪽이 국민이 법을 이해하는 데 도움이 되는지 등을 고려해서 결정해야 한다는 것이다.¹⁾

최근 특정한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하고, 특정한 정책에 대한 국민의 관심을 불러일으켜 입법 목적을 원활하게 달성하기 위해 각종 특별법, 특례법, 특별조치법 등의 명칭으로 특별법이 많이 제정되고 있음을 확인 할 수 있다. 현재 국가법령정보센터(www.law.go.kr)에서 특별법은 156건, 특례법은 43건, 특별조치법은 24건이 입안되어 있어 전체법률 1,546건(2021년 8월 16일자 기준) 중 14%로 233건에 해당함을 알 수 있어 꽤 많은 건수라고 하겠다. 특별법은 일반법이 부족한 부분을 채워주기 위한 목적이 있는데, 이는 특별법의 제정에는 상당히 신중해야 한다.²⁾

2008년에 국가청렴위, 국가고충처리위, 국무총리행정심판위 세 개의 위원회가 합쳐져 국민권익위원회가 출범한 이래로 2008년 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」, 2011년 「공익신고자 보호법」, 2015년 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」, 2019년 「공공재정 부정청구 및 부정이익 환수 등에 관한 법률」, 2021년 「공직자의 이해충돌방지법」이 차례로 제정되어 5대 반부패 법률이 완성되었다고 하겠다.

본 논문에서 구체적으로 살펴보고자 하는 것은 「공직자의 이해충돌 방지법」(이하 「이해충돌방지법」이라 한다)과 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이하 「청탁금지법」이라 한다)이다. 양 법률은 공직자의 행위에 대해 규제하고 있어 양 법률을 개별적으로

1) 법제처, 「법령 입안 심사 기준」, 2020, 10-11면 참조.

2) 앞의 발행물 11면 중단에서도 특별법 제정에 신중해야 한다고 하고 있어 인용하면 아래와 같다. “특별법은 새로운 분야의 입법 수요를 법령에 반영하기 위해 기존 법제도에 대한 예외적인 상황이나 내용을 규정해야 할 필요성이 있는 경우에 만들어지고 있으나, 특별법이 다수 양산되면 법체계가 혼란스러워져 법규범 상호간의 충돌과 모순으로 체계 정당성을 침해할 여지가 커진다. 또한, 국민여론과 정치적인 이유에 따라 급히 입법이 진행되는 경우에는 합리성이 결여되거나, 법령이 특정 문제나 특정 지역에만 특례를 인정하는 등 처분적 내용을 규정함으로써 형평상의 문제가 발생할 수 있다. 또 특별법이 많아지면 법체계가 복잡해져 국민들이 법을 이해하기 어렵게 되고 법체계에 대한 신뢰성도 낮아질 수 있으므로 특별법 제정에는 신중해야 한다.”

운영하는 것이 과연 합리적인지에 대해 검토할 필요성이 있다. 입법목적 및 적용 대상이 공무원이라는 점, 반부패법이 너무 복잡하고, 산재해 있다는 점에서 양 법률을 검토하고 합리적인 체계 정합성을 확보할 수 있는 방안이 있는지 살펴보는 것에 의의가 있으며, 향후 양 법률의 체계 정합성을 확보하기 위한 사전 논의로서도 충분한 의의가 있다고 하겠다. 이에, 양 법률의 입법 목적 및 성격의 차이가 있는지를 살펴볼 필요가 있으며, 양 법률에 규정되어 있는 조문 체계 및 내용도 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 이러한 점을 중심으로 체계 정합성 측면 및 통합 여부 등에 대해 살펴보고 마지막에서 개편 방향안을 제시하여 반부패 방지 관련 법제의 정비방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 이론적 배경

1. 청탁금지법의 제정 성과 및 내용

청탁금지법³⁾은 공정하고 투명한 사회를 구현하기 위하여 만들어져 2016년 9월 28일 시행되어 시행 5년차를 맞이하고 있다. ① 헌법적 가치의 실현을 담고자하는 노력의 일환이며⁴⁾, ② 공직사회에 만연한 공직자의 부패·비리 사건이 끊임없이 발생하고 있어 국민의 신뢰도가 상당히 낮은 수준에 머무르고 있었고, ③ 우리나라의 부패수준에 대한 국제사회의 인식은 여전히 낮게 평가되었다. 또한 ④ 다양한 형태의 부패영역 포괄하고, ⑤ 기존 관행의 부패행위에 대한 사각지대를 보완하고, ⑥ 연줄을 이용한 청탁 관행 등과 고질적인 접대문화 등의 만연한 사회문화를 개선하고자 하는 입법 산물로서 평가할 수 있겠다.

최근에는 국제투명성기구(TI, Transparency International)의 2020년도 국가별 부패인식지수(Corruption Perceptions Index, CPI)에서 이러한 입법목적에 효과로서 3년 연속 큰 폭으로 상승한 것을 확인 하였고,⁵⁾ 계속해서 부패인식지수가 높아 질 것으로 기대하고 있다.

동 법 제1조에서 규정하고 있는 바와 같이 공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수(收受)를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다. 동 법은 공직사회에서 만연된 부정청탁금지, 금품 등의 수수 제한, 직무수행과 관련된 이해충돌을 원천적으로 방지함으로써 국

3) 현행 법률을 기준으로 한다.[시행 2021. 1. 5.] [법률 제17882호, 2021. 1. 5., 일부개정](출처: 국가법령정보센터/최종확인 : 2021.8.16.)

4) 헌법 전문은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은…모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며…”라고 규정하고 있다. 제세한 내용은, 국민권익위원회, 『부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 해설집』, 2020, 14면 이하에서 참조 가능하다.

5) 한국투명성기구(TI-Korea), 『2020년 국가별 부패인식지수 발표』, 2021.1.28.(출처: <http://ti.or.kr/do/cpi.php?ptype=view&idx=690&page=1&code=cpigcb>/최종확인 : 2021.8.17.)

민의 공공기관에 대한 신뢰를 확보하고, 공직자의 청렴성을 증진하고자 하는 의도에서 입법이 추진된 것이다.⁶⁾ 그리고 동 법은 잠재적으로 부패를 형성할 수 있는 행위유형들을 유형화하고, 이를 감지하는 시스템을 체계화하며, 공직자들에 대한 경보장치를 마련한다는 점에서 즉, 공직부패에 대한 예방적이고, 포괄적인 법규를 통해 공무에 대한 신뢰를 확보할 것을 목적으로 한다는 점에서 차별화된다고 한다.⁷⁾ 그리고 동 법은 공직부패가 자원낭비와 분배구조의 왜곡을 초래함으로써 국정의 효율성을 떨어뜨리고, 국민의 불신을 초래하며, 이러한 관행이 체계적으로 고착된 경우 자유민주주의체제자체의 위기를 초래할 수 있다는 점⁸⁾에서 반부패에 있어서 주요한 법령이라 하겠다.

2. 이해충돌방지법의 제정 및 내용

「이해충돌방지법」⁹⁾은 2021년 4월 29일 제386회 국회(임시회) 제4차 본회의에서 「공직자의 이해충돌 방지법」이 가결되었다.¹⁰⁾ 해당 법률은 최초 발의된 후 8년 만에 제정된 것으로 공직자 약 200만 명에게 적용될 예정이며, 기존 부패방지 관련 법령이 사후 통제적 장치인데 반해 사전 예방적 성격을 지니고 있다.¹¹⁾ 이해충돌 관련 이슈로서 최근 불거진 LH 사태를 계기로 공직윤리가 한국 사회의 화두로 등장했는데,¹²⁾ 공직윤리 내용 중에서도 특히 이번 논란이 된 부분은 ‘이해충돌’이다. OECD 보고서¹³⁾에서 서문에서 문제제기를 하고 있

- 6) 이유봉, “공직부패 종합대책법으로서의 「부정청탁 및 이해충돌 방지법안」에 대한 분석연구”, 『법제분석지원 연구』12-25-①, 한국법제연구원, 2012, 37면.
- 7) 이유봉, 위의 논문(각주 2), 37면.
- 8) 이유봉, 앞의 논문(각주 2), 25면.
- 9) 현행 법률을 기준으로 한다.[시행 2022. 5. 19.] [법률 제18191호, 2021. 5. 18., 제정](출처: 국가법령정보센터/최종확인 : 2021.8.16.)
- 10) 국회사무처, 「국회 본회의, 공직자 부패행위 사전 예방하는 ‘이해충돌방지법’ 등 50건 안건 의결」, 2021.4.29. 보도자료(출처 : [https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs_id=ANCPUBINFO_04&bbs_num=51151&no=7968&CateGbn=&Gbntitle=\\$paramMap.Gbntitle/최종확인 : 2021.8.17.](https://www.assembly.go.kr/assm/notification/news/news01/bodo/bodoView.do?bbs_id=ANCPUBINFO_04&bbs_num=51151&no=7968&CateGbn=&Gbntitle=$paramMap.Gbntitle/최종확인 : 2021.8.17.))
- 11) 김형진·박영원, “「공직자의 이해충돌 방지법」 제정의 의의와 향후 과제”, 국회입법조사처, 이슈와논점 제1830호, 2020.5.7. 발행
- 12) 강원일보, “LH직원 강릉유천지구 부동산 투기 의혹 추가…총 11명 입건”, 2021.8.5. 기사(출처 : <http://www.kwnews.co.kr/nview.asp?aid=221080400151/최종확인 : 2021.8.17.>); 이데일리, “LH 투기 의혹 1432명 검찰 송치…국회의원 5명 무혐의”, 2021.8.5. 기사(출처 : <https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02633846629144368&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y/최종확인 : 2021.8.17.>); JTBC 뉴스, “신도시 보상금 미끼로 역대 쟁건 ‘LH 출신 브로커’ 구속”, 2021.8.14. 기사(출처 : https://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB12018797/최종확인 : 2021.8.17.) 등 이해충돌과 관련된 LH 투기 의혹 사태의 기사는 상당하다.
- 13) OECD (2020), Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, 출처 : www.oecd.org/corporate/anti-corruption-integrity-guidelinesfor-soes.htm. (자세한 내용은, 공기업 반부패 및 청렴 가이드라인, 한국조세재정연구원, 2020, 번역본(출처 : <https://www.oecd.org/corporate/ca/Guidelines-Anti-Corruption-Integrity-State-Owned-Enterprises-KOR.pdf/최종확인 : 2021.8.17.>)

는 것을 살펴보면, 오늘날 세계 최대 기업 500 개 중 102 개가 공기업인데, 공기업의 성장 추세는 뚜렷이 상승하고 있고, 최대 기업 500 개에 속하는 공기업의 수는 21 세기가 시작된 이후 세배로 늘어났다고 서술하면서, 세계 경쟁에 참여하는 공기업의 역할이 지속적으로 커지면서 공기업을 투명하고 효율적으로 운영하는 것은 그 어느 때보다 중요해지고 있다¹⁴⁾고 밝히고 있을 정도로 투명하고 효율적인 운영이 중요한데, 그 핵심이 ‘이해충돌’일하고 하고 있다. 공직자가 직무수행 과정에서 취득한 정보를 주식거래나 부동산거래에 이용해 이익을 취하는 것이 대표적인 예이다. 이것이 문제가 되는 이유는 공직자가 공적인 직무를 수행하는 과정에서 일반 국민은 접근하기 어려운 정보를 취득해 사적인 이익을 위해서 이용한다는 것이다.¹⁵⁾

이러한 취지에서 「이해충돌방지법」을 살펴보면, 동 법 제1조에서 규정하고 있는 바와 같이 공직자의 직무수행과 관련한 사적 이익추구를 금지함으로써 공직자의 직무수행 중 발생할 수 있는 이해충돌을 방지하여 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다. 여기서 이해충돌이라 함은 공직자가 직무를 수행할 때에 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황을 말한다(동 법 제2조 제4호). 이 법은 2022년 5월에 시행될 예정으로써 현재 시행되고 있지 않지만, 그 규정에 따르면 동 법의 대상은 「청탁금지법」과 마찬가지로 ‘공직자’를 적용대상으로 삼고 있다는 점에서 동일하다. 동 법은 공직자가 직무를 수행할 때 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황¹⁶⁾인 이해충돌을 사전에 예방·관리하고, 부당한 사적 이익 추구를 금지함으로써 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하려는 것임을 제정 이유로 들고 있다. 그런데 이러한 이유에 근거하여 보면 동 법은 위에서 언급한 현재 시행 중에 있는 「청탁금지법」과 같은 성격을 띠고 있다.

이하에서는 두 법률 간 중복되는 내용을 검토하고자 한다.

Ⅲ. 법률 규정 간 검토

본 논문에서는 현재 시행되고 있는 「청탁금지법」과 앞으로 시행 예정인 「이해충돌방지

2021.8.17.)

14) 박세훈, “공공의 이익과 사회적 약자보호 연구”, 한국법이론실무학회, 법이론실무연구 제4권 제1호, 2016.4, 8면.

15) 전진영, “영국 의회와 미국 의회의 이해충돌 방지제도”, 학국자치학회, 월간 공공정책 187호, 2021.5. 28면.

16) 박세훈, “내부고발자 보상제도에 관한 연구”, 경찰대학교 치안정책연구소, 치안정책연구 통권 31호, 2013, 37면.

법』을 통합하는 방안에 대한 타당성을 여부를 검토하기 위해, 다른 점들은 차치하고 양 법률 간의 통합 가능성 여부에 대한 법률 규정에 한정하여 살펴보고자 한다.¹⁷⁾

1. 사적 이익 추구

이해충돌방지법의 주된 목적은 공직자의 직무수행 중 발생할 수 있는(목적의 결합) 이해충돌을 방지하는 것이지만, 그 전제가 공직자의 직무수행과 관련한 ‘사적 이익추구의 금지’를 통해 달성하고자 하는 것이다. 그렇다면 ‘사적 이익’에 대해 살펴볼 필요가 있다.

국어적인 의미로 사적 이익은 “개인에 관련하여 정신적·물질적으로 이로운 것 또는 그러한 일”이라는 의미이고, 이를 추구한다는 의미는 “시장 경제에서 개인과 기업의 경제적 이익 추구를 제도적으로 보장하는 일”이라는 의미이다. 즉, 개인의 일과 관련하여 경제적인 관점에서 권리 이외에 사실상의 이익과 노동력 등 경제적 가치가 있는 모든 재화에 대해 이익을 획득하는 것을 의미한다고 할 수 있다. 이는 재물을 포함한 재산상의 이익을 의미하는 개념이다. 또한 여기서의 이익은 금전·물품 등 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시킬 수 있는 것이라면 비재산적 이익까지도 포함한다고 본다.¹⁸⁾ 이에 금융의 이익,¹⁹⁾ 향응의 제공,²⁰⁾ 이성간의 정교,²¹⁾ 투기사업에 참여할 기회의 제공,²²⁾ 시가의 양 등이 예상되는 주식의 액면가 매수기회제공²³⁾ 등은 이익 추구에 해당된다고 본다. 또한 예인

17) 청탁금지법과 이해충돌방지법에 대해 ‘이유봉, 앞의 논문(각주 2)’에서 자세하게 논하고 있기에 이 논문을 참조하면 될 것이고, 본 논문에서는 이 논문에서 언급하고 있지 않은 부분에 대해 언급하고자 한다.

18) 대법원 2001. 1. 5. 선고 2000도4714 판결 : “뇌물죄는 직무집행의 공정과 직무행위의 불가매수성을 그의 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반 행위의 유무와 청탁의 유무 등을 가리지 아니하는 것이며, 따라서 과거에 담당하였거나 장래 담당할 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함되며, 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요 욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하는 것이다.”

19) 대법원 2001. 1. 5. 선고 2000도4714 판결 : “일차진급 평정권자인 피고인이 그 평정업무와 관련하여 공소외인으로 하여금 피고인의 은행대출금채무에 연대보증하게 한 행위는 직무에 관련하여 이익인 뇌물을 받은 것에 해당된다.”

20) 대법원 1967. 10. 31. 선고 67도1123 판결 : “공무원이 직무에 관하여 사교적 의례의 범위를 이탈한 주식의 향응을 받으면 뇌물수수가 된다.”

21) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도13937 판결 : “뇌물죄에서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익뿐만 아니라 사람의 수요·욕망을 충족시키기에 족한 일체의 유형·무형의 이익을 포함하며, 제공된 것이 성적 욕구의 충족이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.”

22) 대법원 1994. 11. 4. 선고 94도129 판결 : “직무와 관련하여 장래 시가양등이 예상되는 체비지의 지분을 낙찰원가에 매수한 것은 투기적 사업에 참여할 기회를 제공받은 것으로 뇌물수수죄에 해당된다.”

23) 대법원 1979. 10. 10. 선고 78도1793 판결 : “뇌물죄에 있어서 뇌물의 내용인 이익이라 함은 금전, 물품 기타의 재산적 이익 뿐만 아니라 사람의 수요, 욕망을 충족 시키기에 족한 일체의 유형, 무형의 이익을 포함한다고 해석되고 투기적 사업에 참여할 기회를 얻는 것도 위 이익에 해당되므로 장래 시가의 양등이 예상되고 주식을 액면가에 매수한 것은 뇌물죄에 해당된다.”

(藝人)의 연예, 취직알선, 무료골프초대, 별장 또는 자동차의 무료대여, 도박에서 저주기 등도 이익 추구에 해당된다고 본다.²⁴⁾

그리고 이해충돌방지법에서 말하는 사적 이익추구 금지는 공직자의 직무수행과 관련되어야 하는데, 공직자의 의미는 동 법에 규정되어 있고, 직무수행은 그러한 공직자가 법령, 훈령, 행정처분 또는 판례에 의해 당해 공무원의 일반적·추상적 권한에 속하는 일체의 사무를 말하고, 현재 구체적으로 담당하고 있는 사무임을 요하지 않는다고 봐야 한다.²⁵⁾ 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위도 직무행위에 포함된다고 봐야 한다.²⁶⁾ 또한 직무가 독립적인 권한에 기한 것이든 상사의 직무를 보좌하는 지위에 기한 것이든 불문하므로 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다고 본다.²⁷⁾ 그리고 내부적인 사무분배에 의해 현실적으로 담당하고 있지 않은 사무라든지 미래에 담당할 사무 또는 과거에 담당했던 사무라 할지라도 일반적인 직무권한에 속하는 이상 여기서의 직무에 속한다고 본다.²⁸⁾ 여기서 중요한 점은 동 법 제1조의 내용에서 “...직무수행과 관련한...”이라고 규정하고 있기에 직무관련성으로서 직무는 폭넓게 해석된다는 점이다. 이에 그 권한에 속하는 직무행위 뿐만 아니라 직무행위에는 속하지 않더라도 직무와 밀접한 관계가 있는 행위와 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위까지 포함된다고 봐야 한다.²⁹⁾ 직무와의 관련성을 가장 폭넓게 해석하는 태도는 소극적 공제판단형식에 의해 직무에서 제외된다고 볼

24) 임웅, 『형법각론』 제9정판, 법문사, 2018, 931면.

25) 임웅, 위의 책(각주 13), 932면.

26) 대법원 1996. 6. 14. 선고 96도865 판결 : “수뢰죄에 있어 직무라는 것은 공무원의 법령상 관장하는 직무행위뿐만 아니라 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다.”

27) 대법원 1996. 11. 15. 선고 95도1114 판결 : “뇌물죄에 있어서 ‘직무’라 함은 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다.”

28) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1568 판결 : “뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접적 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성은 의무위반행위의 유무와 청탁의 유무 및 수수시기의 직무집행행위의 전후를 가리지 아니하고 따라서 뇌물죄에 있어서의 직무와의 관련성도 이와 같은 성질에 따라 법령에 의하여 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 또는 장래 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라고 하더라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무등 공무원이 그 지위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무를 뇌물죄에 있어서의 직무라고 새겨야 한다.”

29) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2962 판결 : “뇌물죄는 직무집행의 공정과 직무행위의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있으므로, 뇌물성은 의무위반행위의 유무와 청탁의 유무 및 수수시기가 언제인지를 가리지 아니하는 것이고, 따라서 과거에 담당하였거나 장래 담당할 직무 및 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 아니하는 직무라 하더라도 뇌물죄에 있어서의 직무에 해당할 수 있는 것이고, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제1항 소정의 “금융기관의 임, 직원이 그 직무에 관하여”라 함은 금융기관의 임직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무를 말하는 것으로서, 그 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라 이에 밀접한 관계가 있는 경우와 그 직무에 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위까지도 모두 포함되고, 또한 그 직무가 독립적인 권한에 기한 것이든 상사의 직무를 보좌하는 지위에 기한 것이든 구별할 것이 아닌 것이다.”

수 없는 이상 직무와의 관련성을 인정하기에 충분하다고 해석하는 것이다.³⁰⁾

위에서는 사적 이익에 대해 살펴보았는데, 이를 바라봄에 있어 중요한 점은 명예욕·허영심·호기심 등 욕망충족을 위한 무형적인 이익에까지 확대하는 것은 지나치므로 자제해야 하고, 사람의 경제적·법적·인격적 사정을 객관적으로 인식시킬 수 있는 이익에 국한하여 해석해야 한다고 본다.³¹⁾ 이로 보면 사적 이익이라는 것은 「청탁금지법」 제5조에서 규정하고 있는 부정청탁 행위에 포함되는 개념으로 볼 수 있고, 이는 「이해충돌방지법」 제5조·제6조·제9조에서 규정하고 있는 바에 비추어보더라도 알 수 있다. 즉, 사적 이익이라는 개념은 부정청탁 및 금품 등의 수수(收受)에 포함되는 개념이고, 「이해충돌방지법」이 아니더라도 현행 「청탁금지법」을 통해 공직자 등에 대한 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하고자 하는 목적을 달성할 수 있다고 본다.

2. 대상의 범위

「이해충돌방지법」과 「청탁금지법」 양 법률은 모두 법률의 적용되는 대상에 대해 각각의 제2조에 규정하고 있다. 여기서 ‘공공기관’ 및 ‘공직자’의 범위에 있어 양자 모두 용어의 차이는 있을지언정 동일하게 규정되어 있으나, 한 가지 다른 점은 「청탁금지법」상에는 제2조 제1호 라.목에 “「초·중등교육법」, 「고등교육법」, 「유아교육법」 및 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 학교 및 「사립학교법」에 따른 학교법인”이라고 규정하고 있음에 반하여, 「이해충돌방지법」상에는 ‘유아교육법 및 사립학교법’이 빠져있고, 전자의 경우에는 동 조 동 호 마.목에 “「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조제12호에 따른 언론사”를 규정하고 있음에 반하여, 후자의 경우에는 ‘언론사’가 빠져있다. 이러한 상황은 유아교육기관 및 사립학교 그리고 언론사 등에 공직자 및 그 이해관계자의 취업 등의 영향력을 행사하는 행위에 있어 공백을 남게 하는 것이라고 할 수 있다. 물론 이를 「청탁금지법」에 의해 규율할 수는 있지만, 「이해충돌방지법」이 「청탁금지법」보다 공직자의 행위를 더 엄격하게 규율하고자 하는 성격이 강하다는 점에 비추어볼 때 이는 입법의 불비라고 할 수 있다. 이는 징계 및 별칙의 장에서 규정하고 있는 내용을 봐도 쉽게 알 수 있다. 이는 유아교육기관 및 사립학교 그리고 언론사 등과 관련된 채용비리가 심각한 상황에서 더욱더 문제라고 할 수 있다.³²⁾

30) 임웅, “수뢰죄의 본질과 구성요건”, 고시연구, 1992, 84-85면.

31) Jescheck, LK, §331, Rn. 7.(출처 : <https://www.amazon.com/Strafgesetzbuch-Leipziger-Kommentar-Grosskommentar-German/dp/3110075857/>(최종확인 : 2021.8.17.)

32) 김동우, “평택시 “사학재단 채용비리 엄중 대응” 방안 마련”, 「정치/사회」, 머니S, 2021.07.22. (<https://moneys.mt.co.kr/news/mwView.php?no=2021072213508055970&outlink=1>(검색일 : 2021.07.22.)); 박서연, “동아일보, 사장 딸 특혜 의혹 보도한 MBC ‘PD수첩’에 소송 예고”, 「AII」, 미디어오늘, 2021.06.09. (<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=213794>(검색일 : 2021.07.22.)); 박현준/조현일/김청운, “공직자가 자녀 취업 청탁해도 처벌 못 해… “별도 입법 필요” [LG 취업청탁 리스트 입수]”, 「사회」, 세계일보, 2021.07.21. (<https://www.segye.com/newsView/20210720515191?>

특히 언론사의 경우에는 공직자와 긴밀한 유착관계가 형성되어 있고, 언론은 국가의 의사소통을 좌우할 수 있는 영향력이 있기에 더욱더 엄격하게 다루어야 할 부분이라고 할 수 있다. 이는 사립학교의 경우에도 마찬가지이다. 현재 교원이 되고자 하는 인원이 넘쳐나고 있는 현실에서 사립학교가 이들을 상대로 장사를 하고 있는 수준이고, 일명 비자금 또는 세금 탈루의 경로로 이용되고 있는 것이 현실이기 때문이다. 이러한 문제점에 있어서 내부의 폐쇄성으로 인한 외부로의 표출이 매우 어려운 상황이며,³³⁾ 여기서도 문제는 이러한 규정이 「이해충돌방지법」에 규정된다고 하더라도 현재와 같은 규정으로는 효과가 미약하다는 점이다. 이는 현재 「청탁금지법」의 경우에도 마찬가지이다. 「청탁금지법」 적용의 행위 주체가 공직자로 규정하고 있지만, 공직자가 부정청탁 및 금품 등의 수수를 하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에 처벌하고 있기 때문에 이 반대의 경우에는 현재로서는 업무방해죄 이외로는 규율할 수 없기 때문이다. 즉, 「청탁금지법」이 적용되지 않는다는 것이다. 그래서 현재의 규정이 「이해충돌방지법」에 그대로 적용된다는 문제가 될 수 있고, 「이해충돌방지법」의 규정형식으로 변환하여 규정할 필요가 있다. 「이해충돌방지법」은 「청탁금지법」과는 달리 공직자 자신이 혜택을 받거나 자신이 혜택을 주는 경우 모두를 그 규율대상으로 하고 있기 때문이다.

또한 「이해충돌방지법」 제5조·제6조·제9조의 규정을 보면 이 규정들은 「청탁금지법」 제5조의 규정을 세분하여 규정하고 있다. 여기서 중요한 점은 「이해충돌방지법」의 규정은 「청탁금지법」의 규정을 바탕으로 하고 있다는 점이다. 물론 양 법률 간에는 각각의 법률이 규정하고 있지 않은 부분을 규정하고 있는 부분도 있어 바라보는 관점의 차이에서 각각의 법률이 별개로 존재하는 것이 타당해 보일 수는 있다. 그러나 이는 형식적으로 보면 엄연히 다른 두 법률을 규정하고 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 같은 성격을 가지고 있는 법률을 이중으로 규정하고 있는 것이라고 할 수 있다. 이 경우 법률 간의 중첩이 발생하여 하나의 사건이 발생한 경우 양 법률 모두 특별법의 성격을 가지고 있다는 점에서 어느 법률을 우선 적용할 것인가 하는 문제를 낳게 되고, 특별법의 남용이라고 할 수 있다. 어느 하나

OutUrl=daum(검색일 : 2021.07.22.)); 서울시의회, “교육청 유아교육 장학사 채용비리·경찰 조사자료 거부”, 『교육계』, 노원신문, 2019.01.18.(<http://nowon.newsk.com/front/news/view.do?articleId=30437>(검색일 : 2021.07.22.)); 이영광, “‘‘동아’ 딸 채용 논란, 아빠가 면접 안 봤다고 해도 문제’”, 『스페셜』, 오마이뉴스, 2021.06.03.(http://star.ohmynews.com/NWS_Web/OhmyStar/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002748537&CMPT_CD=P0001&utm_campaign=daum_news&utm_source=daum&utm_medium=daumnews(검색일 : 2021.07.22.)); 정유진, “서울시교육청, 유치원 채용비리 등 폭로한 공익제보자 4명 포상금”, 『사회』, 인천일보, 2020.12.09.(<http://www.incheonilbo.com/news/articleView.html?idxno=1070649>(검색일 : 2021.07.22.)); 최종호, “수학 만점인데 문제 풀 흔적 없어...사학 교사 채용 비리 복마전”, 『최신기사』, 연합뉴스, 2021.07.20.(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210720059700061?input=1179m>(검색일 : 2021.07.22.)); NEWSIS, “서울교육청도 채용비리 논란...전교조 “장학사 채용비리 각성하라””, 『서울』, NEWSIS, 2018.12.06.(https://newsis.com/view/?id=NISX_20181206_0000494290&cID=10801&pID=14000(검색일 : 2021.07.22.)) 등 다수.

33) 박세훈, “보이스피싱 공익신고를 위한 법제 검토”, 한국부패학회, 한국부패학회보, 2021, 114면.

의 특별법이 제정되었다면 그 특별법을 개정을 통해 미비점을 보완하는 방식으로 입법을 운영하는 것이 타당함에도 불구하고, 어떠한 사건이 발생하면 새로운 입법을 통해 해결하려고 하는 우리나라의 고질적인 병폐가 낳은 현상이라고 할 수 있다. 또한 「이해충돌방지법」 제3조부터 제4조, 제17조부터 제25조 규정과 「청탁금지법」 제3조부터 제4조, 제12조부터 제20조 규정이 용어 및 형식에 있어 차이가 있을지언정 규정이 말하고자하는 내용 및 취지는 동일하다. 이 부분은 「이해충돌방지법」을 제정하면서 「청탁금지법」을 그대로 답습한 결과로 보인다. 그래서 이 부분은 양 법률의 차이에서 특별히 문제삼을 것이 없어 보인다.

양 법률에서 법 조문상의 차이라고 한다면 「이해충돌방지법」상에는 「청탁금지법」 제6조에 대한 규정이 없다는 점이다. 제6조는 “부정청탁을 받은 공직자등은 그에 따라 직무를 수행해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 만약 이것을 「이해충돌방지법」에 규정한다면 「이해충돌방지법」을 제정방식 및 태도에 비추어보면 ‘부정청탁’을 ‘이해충돌’로 바꾸어 그대로 답습할 것이라고 보여진다. 이 규정은 특별한 의미가 있는 규정으로 판단된다. 이 규정은 공직자에 대한 금지규범을 명시하고 있는 것인데, 동 법 제22조 제2항 제1호에 위반 시 처벌하는 규정도 마련되어 있다는 점이다. 동 법이 공직자의 공정한 직무수행 및 공공기관의 신뢰확보를 목적으로 하는 것이기에 이 규정은 타당한 것으로 보인다. 제6조의 내용은 어찌 보면 개인의 주관적인 양심의 문제라고 할 수 있다. 부정청탁이 있을 시 그에 따른 직무를 수행하더라도 관련자 또는 내부자가 아니고서는 알 수 없는 것이기에 이를 단속하는 것도 쉽지 않기 때문이다. 그리고 직무를 수행함에 있어 본인이 하고 싶지 않더라도 주위의 환경에 의해 할 수밖에 없는 상황도 존재하기 때문이다. 그래서 수행 여부는 개인의 양심의 문제라고 볼 수 있다는 것이다. 그러나 제6조는 동 법의 제정 목적에 비추어볼 때 개인의 주관적인 양심의 문제로 치부할 수 있는 경우에도 여기에 금지규범이라는 의무를 부과함으로써 자칫 본인이 피해를 입을 수 있겠지만, 이러한 점을 고려하지 말고 감수하라는 것을 명시하고 있는 것이라고 할 수 있다. 또한 이 규정을 법 조문의 체계상 앞쪽에 위치시켰고, 처벌도 약하지 않다는 점을 보면 공직자의 양심 의무를 강조하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이로 볼 때 이 규정은 「이해충돌방지법」에도 필요한 규정이라고 할 수 있으므로 규정되어 있지 않은 것은 입법의 흠결이라고 본다. 이로 보면 양 법률은 대상 범위에 있어도 양 법률을 별개로 규정하여야 할 특별한 차이는 보이지 않고, 양자는 상호 보완적인 관계라고 또는 상호 보완적인 관계가 될 수 있다고 볼 수 있으므로 대상의 범위 관점에서도 양 법률은 통합이 가능하고, 통합하는 것이 타당하다고 본다.

3. 비례성 원칙 및 형벌의 적정성

현행 법률은 「이해충돌방지법」과 「청탁금지법」으로 구분하여 규정하고 있다. 여기서 한 가지 더 살펴볼 사항은 이러한 양분된 법률의 규정이 과잉금지의 원칙 내지 비례성의 원칙

에 반하는 것은 아닌가, 법률규정과 같이 이 규정에 반하는 행위 시 행위자에 대해 행정벌을 지우는 것이 적절한 것인가 하는 것이다.

법치주의는 헌법에 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 국가권력의 발동원리인 동시에 제한원리로서 입헌주의를 전제로 의회가 제정한 법에 기반한 법치국가에 의하여 개인의 자유를 보장하거나 제한하는 등 국가권력을 구성하여 공동체의 가치를 실현하는 헌법원리이다. 그리고 의회제정법률 등에 대한 헌법적 통제, 입법권·행정권·사법권에 대한 법의 우위, 법치행정, 법에 의한 실효성 있는 권리구제를 요구하고, 이에 따라 법률의 우위, 법치행정, 실효성 있는 사법적 권리구제가 이루어지도록 법원과 헌법재판소 등에 의한 기본권 보장적 사법제도 및 규범통제가 요구된다.³⁴⁾ 이에 법치주의는 인간의 존엄과 가치의 실현을 실질적 요소로 하고, 그 실현은 법실증주의적 헌법학의 논리에 적합한 정법 즉, 법률에 기반을 둔 형식적 법치주의에 근거하며, 이에 그치지 않고 자의금지 및 과잉금지원칙 내지 비례성의 원칙을 도출하면서 국민의 자유와 권리는 최소한에 그치게 하고, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 제정하거나 시행할 수 없게 하여 법률의 목적과 내용을 기본권보장의 헌법원리에 부합하도록 하는 실질적 법치주의를 지향한다고 할 수 있다. 또한 현행 헌법은 제37조 제2항에 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있는데, 이 규정은 개개인의 기본권은 입법자가 제정한 법률에 의해서 또는 그것을 근거로 제한할 수 있다는 것으로서 법치국가로서 법치주의에 의한 당연한 귀결이면서 핵심내용인 법률유보원칙에 의해서 개개인의 기본권은 제한될 수 있다는 것을 말하고 있는 것이다. 그리고 이 규정은 일반적 법률유보원칙으로 규정하고 있는 것으로서 법률로써 제한하는 경우에도 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여”라고 하고 있으므로 이는 국가가 권력으로 개인의 기본권을 제한하는 이유가 되므로 이에 대한 정당성을 국가가 입증하여야 할 것이고, 국가가 개인의 기본권을 제한하는 이유에 대해 정당성을 입증하지 못하면 그 제한은 정당성을 결한다는 것을 의미하는 것이다. 이러한 점에서 시행방법이 적정한가에 대한 의문점을 살펴보려면 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보원칙에 반하는 것은 아닌가³⁵⁾ 하는 점을 살펴볼 필요가 있는 것이다.³⁶⁾

그리고 적정성의 원칙³⁷⁾은 형벌법규는 기본적 인권을 실질적으로 보장할 수 있도록 그 내용이 적정해야 한다는 원칙을 말한다. 적정성의 원칙은 죄형법정원칙의 파생원칙으로써 이는 헌법상의 제한원리인 법치주의원리로부터 파생된 것이므로 형법에 있어서의 법치주의

34) 강경근, 『헌법』, 법문사, 2002, 233면.

35) 김남진, 『행정법의 기본문제 제4판』, 법문사, 1994, 38면.

36) 최봉석, 『행정법 총론』, 삼원사, 2018, 17면.

37) 적정성의 원칙에 대한 내용은 ‘송승현, “불량식품범죄에 대한 식품위생법 일부개정법률안의 타당성 문제”, 『법학연구』 제17권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 69-70면’을 요약·인용함.

원리의 구현이라고 할 수 있다. 다시 말하면 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 따르기만 하면 되는 것으로 보는 형식적 법치주의로부터 국회의 입법재량 내지 입법정책의 고려에서 국민의 자유와 권리의 제한은 필요한 최소한에 그치고, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법은 할 수 없는 것으로 보는 실질적 법치주의로 변모한 것에 발맞추어 죄형법정원칙에 있어서도 이러한 변모가 나타난 것이다. 또한 이에 더하여 또 한 가지 중요한 원칙이 있는데, 표제와 같이 형벌은 행위의 당벌성(當罰性) 및 필벌성(必罰性)을 넘어서 감정적인 혹은 편견에 입각하여 과도하게 부과될 수 없고, 행위자의 범죄적 위험성에 대하여 적절한 비례가 지켜져야 한다.³⁸⁾

이에 이러한 양 법률 간의 규정을 위반한 자에 대한 형벌의 적용은 지금까지 앞에서 살펴본 내용을 고려하면 국가안전보장이라는 항목에 해당하지 않음은 당연하고, 일반예방 및 특별예방이라는 형벌목적의 달성과 국가와 사회의 현존질서 교란방지라는 소극적 목적을 지닌 개념으로서 사회공공의 안녕질서의 유지를 의미하는 질서유지라는 항목에도 해당하지 않지만, 공동체에서 국민의 자유·권리의 향유를 가능하게 하면서 국민 각자에게 공통적으로 이익이 되는 복리에 의한 기본권제한을 말하는 것으로써 기본권의 행사가 직접적으로 행정목적과 공익에 대한 침해를 가져올 때이어야 하지 간접적으로 행정상 질서에의 장애위험성이 있음에 불과한 경우에는 제외되는³⁹⁾ 공공복리라는 항목에는 해당되므로 제37조 제2항의 제한에 대한 정당화되는 목적이 성립한다고 할 수 있다. 그러나 이러한 양 법률이 공직자에 대한 규정 위반에 대해 형벌규정이 공공복리라는 제한 목적과 일반예방 및 특별예방이라는 형벌목적에 대한 필요한 조치에 해당한다고 하더라도 이러한 양 법률의 규정들이 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위한 그리고 공직자에 대한 위하·경계를 위한 조치이므로 목적의 정당성이라는 기준은 인정될 수 있을지 몰라도 앞서 이러한 양 법률에 대한 반론으로 여러 가지 항목을 살펴본 바와 같이 공직자의 규정 위반에 대한 형벌규정은 이러한 규정을 시행하는 목적 및 법률에 규정된 행위에 대한 단속에 있어 실효성과 현실성이 없는 규정이므로 방법의 적절성과 피해의 최소성 및 법익의 균형성 기준에는 반한다고 할 수 있다. 또한 국가의 형벌권이 정당화되려면 당해 행위에 대한 당벌성 및 필벌성이 존재해야 한다.⁴⁰⁾

이러한 사항들에 비추어볼 때 양분된 법률의 규정은 비례성의 원칙에 반하고, 이 규정에

38) 헌법재판소 1996. 06. 26, 선고 96헌마200 결정; 헌법재판소 1995. 07. 21, 선고 94헌마125 결정 : “헌법 제37조 제2항에 그 근거를 두는 과잉금지의 원칙은 기본권제한입법이 헌법적으로 정당한 목적을 추구하고(목적의 정당성), 그 입법목적의 달성을 위하여 입법자가 선택한 수단이 적합하고(수단의 적합성), 기본권제한이 필요최소한도에 머물러야 하고(최소침해성), 입법을 통하여 실현되는 공익과 그에 의하여 제한되는 기본권 상호간에 균형이 이루어져야 할 것(법익의 균형성)을 요구하며, 이 중 어느 한 요건이라도 위반하는 입법은 헌법에 위반된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다.”

39) 강경근, 앞의 책(각주 23), 333면.

40) 당벌성(當罰性) 및 필벌성(必罰性)에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부”, 『서울대학교 법학』 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 93-95면’ 참조.

반하는 행위 시 행위자에 대해 행정벌을 지우는 것은 적정하지 않다고 본다. 앞서 언급한 바와 같이 양 법률은 동일성이 존재하고, 동일성이 존재하는 상황에서 양 법률의 규제는 적용상의 혼란을 가져올 수 있으며, 이는 과잉입법이라고 할 수 있다. 그리고 양 법률의 규정은 동일성이 존재하는 상황에서 행정벌의 차이는 보다 강력한 법률의 규정으로 이끌게 되고, 이는 법률 적용에 있어 형평의 문제를 발생시키게 된다. 즉, 행정벌의 당벌성 및 필벌성이 존재한다고는 할 수 있지만, 법률의 적용에 있어 형평의 문제를 발생시킨다는 것이다.

또한 추가적으로 신고에 대한 재량권에 대한 문제를 살펴본다면, 양 법률의 규정은 “누구든지 이 법의 위반행위가 발생하였거나 발생하고 있다는 사실을 알게 된 경우에는 … 신고할 수 있다.”라고 규정하고 있어 임의규정으로서 신고에 대한 재량권을 부여하고 있고, 공직자 자신의 의무와 관련해서도 각각의 법률 제2장(「이해충돌방지법」) 및 제2장·제3장(「청탁금지법」)은 공직자에 자신 의무 이행 및 신고 의무(예 : 「이해충돌방지법」(제9조·제15조), 「청탁금지법」(제7조·제9조))를 부여하고 있다. 그러나 이는 앞서 언급한 바와 같이 양심의 문제이고, 양심의 문제에 대해 강제할 수는 있겠지만 그에 대한 이행은 역시 자신에게 달려 있는 문제이다. 그리고 공직자의 위반행위에 대한 타인의 신고 역시는 공직자 자신의 신고 여부의 문제와는 달리 그 실효성과 현실성이 높다고는 할 수 있지만, 자신의 주위 환경의 영향을 받는 만큼 실제로 이행될 수 있겠는가는 의문이다. 공익신고자에 대한 보호를 명시하고는 있지만, 신고자가 누구인지 알 수 없는 것도 아니고, 오히려 피해를 보는 경우도 다반사이기 때문이다.⁴¹⁾ 이에 이러한 규정방식으로는 이를 시행한다고 하더라도 시행한다고 하더라도 실효성 및 현실성이 없기 때문에 이를 통해 달성하고자 하는 목적을 이룰 수는 없다고 할 수 있다. 따라서 현행 양분된 법률 규정은 방법의 적절성과 피해의 최소성 및 법익의 균형성 기준에는 반한다고 할 수 있고, 이는 적정성의 원칙과의 관계에서도 부합하지 않는 것이므로 죄형법정원칙에 반한다고 할 수 있다.

IV. 반부패 관련 법제의 정비방안

현재 공직자의 행위에 대한 규제는 크게 「이해충돌방지법」과 「청탁금지법」으로 구분할 수 있다. 본 논문에서 살펴보고자 한 문제는 이와 같이 양 법률을 구분하여 규제하는 것이

41) 김정혜, “아동학대 알렸다가 가해자로.. 공익제보자의 험난했던 1년”, 『뉴스1』, 한국일보, 2021.06.21. (<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021062114580001675>(검색일 : 2021.07.26.)); 무등일보, “[사설]공익신고자 응징하는 정신나간 전남교육청”, 『사설』, 오피니언, 2021.06.20. (<http://www.mdilbo.com/detail/nPE2fj/649271>(검색일 : 2021.07.26.)); 박소은, “공익제보자 개인정보 노출한 감사원”, 『기업』, 이투데이, 2021.07.06. (<https://www.etoday.co.kr/news/view/2042077>(검색일 : 2021.07.26.)); 양주승, “[핫이슈]가해자를 피해 직원의 직속상관으로 발령”, 『사회/정보』, 부천타임즈, 2021.06.23. (<http://www.bucheontimes.com/news/articleView.html?idxno=38980>(검색일 : 2021.07.26.))

타당한 것인가 하는 점이다. 앞에서 ‘사적 이익추구의 금지’를 통해 달성하고자 하는 것은 직무수행 중 발생할 수 있는 상황에서의 목적의 결함을 방지하고자 하는 것으로 이해할 수 있다. 『이해충돌방지법』에서 말하는 사적 이익추구 금지는 공직자의 직무수행과 관련되어야 하는데, 공직자의 의미는 동 법에 규정되어 있고, 직무수행은 그러한 공직자가 법령, 훈령, 행정처분 또는 판례에 의해 당해 공무원의 일반적·추상적 권한에 속하는 일체의 사무를 말하고, 현재 구체적으로 담당하고 있는 사무임을 요하지 않는다고 봐야 하고, 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위도 직무행위에 포함된다고 보고 있고, 또한 직무가 독립적인 권한에 기한 것이든 상사의 직무를 보좌하는 지위에 기한 것이든 불문하므로 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함된다고 보는 것이 판례의 입장임을 확인했다. 적용의 대상에 있어서도 양 법률은 모두 법률의 적용되는 대상에 대해 각각의 제2조에 규정하고 있다. 여기서 ‘공공기관’ 및 ‘공직자’의 범위에 있어 양자 모두 용어의 차이는 있을지언정 동일하게 규정되어 있으며 『청탁금지법』 적용의 행위 주체가 공직자로 규정하고 있지만, 공직자가 부정청탁 및 금품 등의 수수를 하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에 처벌하고 있기 때문에 이 반대의 경우에는 현재로서는 업무방해죄 이외로는 규율하기 어려운 문제점도 있음을 인지하였고, 『이해충돌방지법』의 규정은 『청탁금지법』의 규정을 바탕으로 하고 있다는 것이고, 양 법률 간에는 각각의 법률이 규정하고 있지 않은 부분을 규정하고 있는 부분도 있어 바라보는 관점의 차이에서 각각의 법률이 별개로 존재하는 것이 타당해 보일 수는 있다. 그러나 이는 형식적으로 보면 엄연히 다른 두 법률을 규정하고 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 같은 성격을 가지고 있는 법률을 이중으로 규정하고 있는 것이라고 할 수 있다. 추가로 살펴본 것이 이러한 양분된 법률의 규정이 과잉금지의 원칙 내지 비례성의 원칙에 반하는 것은 아닌가, 법률규정과 같이 이 규정에 반하는 행위 시 행위자에 대해 행정벌을 지우는 것이 적절한 것인가 하는 것이다. 법치주의는 인간의 존엄과 가치의 실현을 실질적 요소로 하고, 그 실현은 법실증주의적 헌법학의 논리에 적합한 정법 즉, 법률에 기반을 둔 형식적 법치주의에 근거하며, 이에 그치지 않고 자의금지 및 과잉금지원칙 내지 비례성의 원칙을 도출하면서 국민의 자유와 권리는 최소한에 그치게 하고, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 제정하거나 시행할 수 없게 하여 법률의 목적과 내용을 기본권보장의 헌법원리에 부합하도록 하는 실질적 법치주의를 지향한다고 하겠다. 적정성의 원칙은 죄형법정원칙의 파생원칙으로써 이는 헌법상의 제한원리인 법치주의원리로부터 파생된 것이므로 형법에 있어서의 법치주의원리의 구현이라고 할 수 으며, 국민의 자유와 권리의 제한은 필요한 최소한에 그치고, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법은 할 수 없는 것으로 보는 실질적 법치주의로 변모한 것에 발맞추어 죄형법정원칙에 있어서도 이러한 변모가 나타난 것이다. 또한 이에 더하여 또 한 가지 중요한 원칙이 있는데, 표제와 같이 형벌은 행위의 당벌성(當罰性) 및 필벌성(必罰性)을 넘어서 감정적인 혹은 편견에 입각하여 과도하게 부과될 수 없고, 행위자의 범

죄적 위험성에 대하여 적정한 비례가 지켜져야 한다는 것이다. 양 법률이 공직자에 대한 규정 위반에 대해 형벌규정이 공공복리라는 제한 목적과 일반예방 및 특별예방이라는 형벌목적에 위한 필요한 조치에 해당한다고 하더라도 이러한 양 법률의 규정들이 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위한 그리고 공직자에 대한 위하·경계를 위한 조치이므로 목적의 정당성이라는 기준은 인정될 수 있을지 몰라도 공직자의 규정 위반에 대한 형벌규정은 이러한 규정을 시행하는 목적 및 법률에 규정된 행위에 대한 단속에 있어 실효성과 현실성이 없는 규정이므로 방법의 적절성과 피해의 최소성 및 법익의 균형성 기준에는 반한다고 할 수 있다는 것이다. 또한 국가의 형벌권이 정당화되려면 당해 행위에 대한 당벌성 및 필벌성이 존재해야 함을 검토하였다.

법은 크게 일반법과 특별법으로 구분할 수 있다. 문제로 지적되고 있는 「이해충돌방지법」과 「청탁금지법」 역시 공무원등에 적용되는 특별법이라 하겠다. 특별법은 현재 일반법에서 소화하지 못하는 규정이나 중요한 사안에 있어 특별히 관리가 필요한 사안에 대해 규율하기 위해 제정된다. 그러나 비슷한 내용의 특별법이 여러 개 규정되면 특별법 간의 충돌이 발생하게 되고, 이는 법적 안정성의 문제로 이어지게 된다. 현재 문제로 지적되고 있는 「이해충돌방지법」과 「청탁금지법」이 그러하다. 양 법률은 서로 동일한 성격을 가지고 있음에도 불구하고 법률의 명칭 및 규제 내용의 명칭을 달리하여 마치 별개의 법률인 것 마냥 인식시키고 있고, 공직자의 행위에 대해 엄격하게 규제하고 있다고 인식시키고 있다. 이는 법률 해석 및 적용의 혼란을 발생시키고, 특별법의 남용이라는 반발도 불러일으킬 수 있다.

우리 헌법은 법치주의 원리를 천명하고 있다. 헌법은 개인의 기본권을 규율하고 있는 법인 동시에 각각의 법률을 규제한다고 할 수 있다. 양 법률은 각각의 입법 취지가 존재하지만, 동일한 형태 및 방식의 입법은 헌법정신에 반한다고 할 수 있다. 그리고 양 법률은 앞서 살펴본 바와 같이 동일한 성격을 가지고 있고, 양자 간의 상호 보완 관계에 있다고 할 수 있으므로 양 법률을 통합하는 것이 타당하고, 이것이 헌법정신을 준수하는 것이라고 본다.

앞에서까지는 두 법률의 통합과 관련된 내용을 살펴보았다. 이하에서는 그렇다면 「청탁금지법」과 「이해충돌방지법」의 구성적 체계를 우선적으로 검토하고 통합안에 대해 제시해보고자 한다. 앞서서도 논의한 바와 같이 「청탁금지법」은 청탁과 관련된 진행과 방지에 초점을 둔 특별법으로서 이해할 수 있으며, 「이해충돌방지법」은 공직자의 이해충돌이 있는지 여부에 대한 사전적 방지 및 관리를 위한 특별법으로서 이해할 수 있다. 그렇다면 이러한 법률을 하나의 법체계에서 사전-관리-사후-징계·벌칙 등으로 하나의 법체계를 이루는 것이 입법목적의 대상을 공직자로서 동일화 하여 적용대상을 하나의 특별법으로서 통일하면 관리행정청의 해석 및 적용의 명징(明徵)함을 확보하고, 수인자인 공직자 및 관련 이해관계자의 법해석의 투명성을 높여 불필요한 해석의 오해를 하지 않는 행정의 효율화를 모색할 수 있을 것이다. 공직자의 직무수행을 보장하고 국민의 신뢰를 확보하기 위해서라도 법체계의 합목적성을 담보할 필요성이 있기에 두 특별법을 하나의 법체계 내에서 관장하는 것이 합

리적이라 할 것이다.

현행 두 특별법의 구조화는 아래와 같이 비교할 수 있으며,⁴²⁾ 법률명은 「청탁금지법」과 「이해충돌방지법」의 입법 목적을 제하는 법률명이 좋을 것이며(제안하면 「공직자의 이해충돌방지 및 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이해충돌방지 및 청탁금지법)」), 이해충돌 방지는 사전에 발생하는 조치로서 통합안에 앞에 배치하고 부정청탁은 후단으로 배치하여 이해충돌과 부정청탁을 함께 관리하도록 하는 것을 제안한다.

이러한 특별법의 정비방안의 목적은 양 특별법에서 규정하고 있는 내용이 중복된 부분이 상당하고 법률의 정합성 및 체계성을 담보하기 위해 하나의 통합법률로서 정비하는 것이 담당행정청, 공직자와 이해관계자 등에게 단일화된 법률로서 적용하는 것이 입법정책적으로도 합리적이라고 하겠다.

42)

| 「청탁금지법」법률 제17882호 [시행 2016. 9. 28.] | 「이해충돌방지법」법률 제18191호 [시행 2022. 5. 19.] |
|---|---|
| 제1장 총칙 | 제1장 총칙 |
| 제1조 목적 제2조 정의 제3조 국가 등의 책무 제4조 공직자등의 의무 제2장 부정청탁의 금지 등 제5조 부정청탁의 금지 제6조 부정청탁에 따른 직무수행 금지 제7조 부정청탁의 신고 및 처리 제3장 금품 등의 수수 금지 등 제8조 금품 등의 수수 금지 제9조 수수 금지 금품 등의 신고 및 처리 제10조 외부강의등의 사례금 수수 제한 제11조 공무수행사인의 공무 수행과 관련된 행위제한 등 제4장 부정청탁 등 방지에 관한 업무의 총괄 등 제12조 공직자등의 부정청탁 등 방지에 관한 업무의 총괄 제13조 위반행위의 신고 등 제14조 신고의 처리 제15조 신고자등의 보호·보상 제16조 위법한 직무처리에 대한 조치 제17조 부당이득의 환수 제18조 비밀누설 금지 제19조 교육과 홍보 등 제20조 부정청탁 금지 등을 담당하는 담당관의 지정 제5장 징계 및 벌칙 제21조 징계 제22조 벌칙 제23조 과태료 부과 제24조 양벌규정 | 제1조 목적 제2조 정의 제3조 국가 등의 책무 제4조 공직자의 의무 제2장 공직자의 이해충돌 방지 및 관리 제5조 사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청 제6조 공공기관 직무 관련 부동산 보유·매수 신고 제7조 사적이해관계자의 신고 등에 대한 조치 제8조 고위공직자의 민간 부문 업무활동 내역 제출 및 공개 제9조 직무관련자와의 거래 신고 제10조 직무 관련 외부활동의 제한 제11조 가족 채용 제한 제12조 수익계약 체결 제한 제13조 공공기관 물품 등의 사적 사용·수익 금지 제14조 직무상 비밀 등 이용 금지 제15조 퇴직자 사적 접촉 신고 제16조 공무수행사인의 공무수행과 관련된 행위제한 등 제3장 이해충돌 방지에 관한 업무의 총괄 등 제17조 공직자의 이해충돌 방지에 관한 업무의 총괄 제18조 위반행위의 신고 등 제19조 위반행위 신고의 처리 제20조 신고자 등의 보호·보상 제21조 위법한 직무처리에 대한 조치 제22조 부당이득의 환수 등 제23조 비밀누설 금지 제24조 교육 및 홍보 등 제25조 이해충돌방지담당관의 지정 제4장 징계 및 벌칙 제26조 징계 제27조 벌칙 제28조 과태료 |

통합안은 아래 하단과 같이 제시하고, 향후 5대 반부패·청렴 법률의 정비까지도 함께 고민하기 위한 초석이 되길 기대해 본다.

| 「이해충돌 방지 및 청탁금지법안」 | 「청탁금지법」 법률 제17882호 [시행 2016. 9. 28.] | 「이해충돌방지법」 법률 제18191호 [시행 2022. 5. 19.] |
|--|---|---|
| 제1장 총칙 | 제1장 총칙 | 제1장 총칙 |
| 제1조(목적) | 제1조(목적) | 제1조(목적) |
| 제2조(정의) | 제2조(정의) | 제2조(정의) |
| 제3조(국가 등의 책무) | 제3조(국가 등의 책무) | 제3조(국가 등의 책무) |
| 제4조(공직자등의 의무) | 제4조(공직자등의 의무) | 제4조(공직자의 의무) |
| 제2장 공직자의 이해충돌 방지 및 부정청탁 금지 등 관리 | 제2장 부정청탁의 금지 등 | 제2장 공직자의 이해충돌 방지 및 관리 |
| 제5조(부정청탁의 금지) | 제5조(부정청탁의 금지) | |
| 제6조(부정청탁에 따른 직무수행 금지) | 제6조(부정청탁에 따른 직무수행 금지) | |
| 제7조(사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청) | | 제5조(사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청) |
| 제8조(공공기관 직무 관련 부동산 보유·매수 신고) | | 제6조(공공기관 직무 관련 부동산 보유·매수 신고) |
| 제9조(부정청탁 및 사적이해관계자의 신고 및 처리) | 제7조(부정청탁의 신고 및 처리) | 제7조(사적이해관계자의 신고 등에 대한 조치) |
| 제10조(고위공직자의 민간 부문 업무활동 내역 제출 및 공개) | | 제8조(고위공직자의 민간 부문 업무 활동 내역 제출 및 공개) |
| 제11조(직무관련자와의 거래 신고) | | 제9조(직무관련자와의 거래 신고) |
| 제3장 금품·직무연관 등의 수수 금지 등 | 제3장 금품 등의 수수 금지 등 | |
| 제12조(금품 등의 수수 금지) | 제8조(금품 등의 수수 금지) | |
| 제13조(수수 금지 금품 등의 신고 및 처리) | 제9조(수수 금지 금품 등의 신고 및 처리) | |
| 제14조(외부강의등의 사례금 수수 제한) | 제10조(외부강의등의 사례금 수수 제한) | |
| 제15조(공무수행사인의 공무 수행과 관련된 행위제한 등) | 제11조(공무수행사인의 공무 수행과 관련된 행위제한 등) | 제10조(직무 관련 외부활동의 제한) |
| 제16조(가족 채용 제한) | | 제11조(가족 채용 제한) |
| 제17조(수의계약 체결 제한) | | 제12조(수의계약 체결 제한) |
| 제18조(공공기관 물품 등의 사적 사용·수익 금지) | | 제13조(공공기관 물품 등의 사적 사용·수익 금지) |
| 제19조(직무상 비밀 등 이용 금지) | | 제14조(직무상 비밀 등 이용 금지) |
| 제20조(퇴직자 사적 접촉 신고) | | 제15조(퇴직자 사적 접촉 신고) |
| 제21조(공무수행사인의 공무수행과 관련된 행위제한 등) | | 제16조(공무수행사인의 공무수행과 관련된 행위제한 등) |
| 제4장 이해충돌 방지와 부정청탁 방지에 관한 업무의 총괄 등 | 제4장 부정청탁 등 방지에 관한 업무의 총괄 등 | 제3장 이해충돌 방지에 관한 업무의 총괄 등 |
| 제22조(공직자의 부정청탁과 이해충돌 방지에 관한 업무의 총괄) | 제12조(공직자등의 부정청탁 등 방지에 관한 업무의 총괄) | 제17조(공직자의 이해충돌 방지에 관한 업무의 총괄) |
| 제23조(위반행위의 신고 등) | 제13조(위반행위의 신고 등) | 제18조(위반행위의 신고 등) |

| | | |
|-------------------------------|-------------------------------|-----------------------|
| 제24조(위반행위 신고의 처리) | 제14조(신고의 처리) | 제19조(위반행위 신고의 처리) |
| 제25조(신고자등의 보호·보상) | 제15조(신고자등의 보호·보상) | 제20조(신고자 등의 보호·보상) |
| 제26조(위법한 직무처리에 대한 조치) | 제16조(위법한 직무처리에 대한 조치) | 제21조(위법한 직무처리에 대한 조치) |
| 제27조(부당이득의 환수) | 제17조(부당이득의 환수) | 제22조(부당이득의 환수 등) |
| 제28조(비밀누설 금지) | 제18조(비밀누설 금지) | 제23조(비밀누설 금지) |
| 제29조(교육과 홍보 등) | 제19조(교육과 홍보 등) | 제24조(교육 및 홍보 등) |
| 제30조(부정청탁 금지 등을 담당하는 담당관의 지정) | 제20조(부정청탁 금지 등을 담당하는 담당관의 지정) | 제25조(이해충돌방지담당관의 지정) |
| 제5장 징계 및 벌칙 | 제5장 징계 및 벌칙 | 제4장 징계 및 벌칙 |
| 제31조(징계) | 제21조(징계) | 제26조(징계) |
| 제32조(벌칙) | 제22조(벌칙) | 제27조(벌칙) |
| 제33조(과태료 부과) | 제23조(과태료 부과) | 제28조(과태료) |
| 제34조(양벌규정) | 제24조(양벌규정) | |

참고문헌

<단행본>

- 김남진, 『행정법의 기본문제 제4판』, 법문사, 1994.
강경근, 『헌법』, 법문사, 2002.
법제처, 『법령 입안 심사 기준』, 2020.
이유봉, 『공직부패 종합대책법으로서의 「부정청탁 및 이해충돌 방지법안」에 대한 분석연구』, 『법제분 석지원 연구』12-25-①, 한국법제연구원, 2012.
임응, 『형법각론』제9정판, 법문사, 2018.
최봉석, 『행정법 총론』, 삼원사, 2018.
OECD, Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, 2020.

<논문>

- 김형진·박영원, “『공직자의 이해충돌 방지법』 제정의 의의와 향후 과제”, 국회입법조사처, 이슈와 논 점 제1830호, 2020.5.7.
박세훈, “공공의 이익과 사회적 약자보호 연구”, 한국법이론실무학회, 법이론실무연구 제4권 제1호, 2016.4.
박세훈, “내부고발자 보상제도에 관한 연구”, 경찰대학교 치안정책연구소, 치안정책연구 통권 31호, 2013.
박세훈, “보이스피싱 공익신고를 위한 법제 검토”, 한국부패학회, 한국부패학회보, 2021.
송승현, “불량식품범죄에 대한 식품위생법 일부개정법률안의 타당성 문제”, 『법학연구』제17권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2014.
송승현, “성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부”, 『서울대학교 법학』제56권 제3호, 서울대학교 법 학연구소, 2015.
임응, “수뢰죄의 본질과 구성요건”, 고시연구, 1992.
전진영, “영국 의회와 미국 의회의 이해충돌 방지제도”, 학국자치학회, 월간 공공정책 187호, 2021.5.

투고일자 : 2021. 09. 08

수정일자 : 2021. 09. 14

게재일자 : 2021. 09. 30

<국문초록>

반부패 관련 법제의 정비방안에 관한 연구

박 세 훈

우리나라는 각종 많은 법률이 규정되어 있으며 이 법률들은 크게 일반법과 특별법으로 구분할 수 있다. 기존의 법령에서 규정한 제도를 보완하거나 새로운 사항을 규율하더라도 유사한 분야를 규율하는 법령에 있어 그 법령을 개정함으로써 쉽게 반영할 수 있는 경우라면 기존 법령을 개정하는 것이 일반적이라 할 수 있으며, 전혀 새로운 분야를 규율하거나 기존의 여러 법령에서 규율하고 있는 사항을 아울러 체계적·종합적으로 규율할 필요성이 있다면 새로운 법령을 제정하는 것이 합리적이다.

『청탁금지법』은 공정하고 투명한 사회를 구현하기 위하여 만들어져 2016년 9월 28일 시행되어 시행 5년차를 맞이하고 있다. 헌법적 가치의 실현을 담고자하는 노력의 일환이며, 공직사회에 만연한 공직자의 부패·비리 사건이 끊임없이 발생하고 있어 국민의 신뢰도가 상당히 낮은 수준에 머무르고 있었고, 우리나라의 부패수준에 대한 국제사회의 인식은 여전히 낮게 평가되었다. 또한 다양한 형태의 부패영역 포괄하고, 기존 관행의 부패행위에 대한 사각지대를 보완하고, 연줄을 이용한 청탁 관행 등과 고질적인 접대문화 등의 만연한 사회문화를 개선하고자 하는 입법 산물로서 평가할 수 있겠다.

『이해충돌방지법』은 2021년 4월 29일 제386회 국회(임시회) 제4차 본회의에서 「공직자의 이해충돌 방지법」이 가결되었다. 해당 법률은 최초 발의된 후 8년 만에 제정된 것으로 공직자 약 200만 명에게 적용될 예정이며, 기존 부패방지 관련 법령이 사후 통제적 장치인데 반해 사전 예방적 성격을 지니고 있다. 이해충돌 관련 이슈로서 최근 불거진 LH 사태를 계기로 공직윤리가 한국 사회의 화두로 등장했는데, 공직윤리 내용 중에서도 특히 이번에 논란이 된 부분은 ‘이해충돌’이다.

본 논문에서 구체적으로 살펴보고자 하는 것은 「공직자의 이해충돌 방지법」과 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」이다. 양 법률은 공직자의 행위에 대해 규제하고 있어 양 법률을 개별적으로 운영하는 것이 과연 합리적인지에 대해 검토할 필요성이 있다. 입법 목적 및 적용 대상이 공무원이라는 점, 반부패법이 너무 복잡하고, 산재해 있다는 점에서 양 법률을 검토하고 합리적인 체계 정합성을 확보할 수 있는 방안이 있는지 살펴보는 것에

의의가 있으며, 향후 양 법률의 체계 정합성을 확보하기 위한 사전 논의로서도 충분한 의의가 있고, 후속 논의가 계속되기를 기대한다.

주제어: 반부패, 청탁금지법, 이해충돌방지, 비례성의 원칙, 형벌의 적정성

