

## 청탁금지법상 사회상규의 해석론

### Interpretation theory of social Rule under The Improper Solicitation and Graft Act

정 신 교(Jeong, Shin Kyo)\*

#### ABSTRACT

The Act on the Prohibition of Acceptance of Unfair Solicitation and Gifts, etc.(Article 5 (2) 7 of the Solicitation Prohibition Act; Article 8 (3) 8 of the same Act). According to this regulation, an act that does not violate the social regulations under the Solicitation Prohibition Act can be regarded as the reason for the exclusion of the appropriateness of the constitutional requirements.

If so, there arises a question of what relationship should be seen between this regulation and the social regulations of Article 20 of the Criminal Act, and in civil case cases, it is often interpreted as the general public's legal feelings, social norms, and general legal principles. I think it is necessary to interpret the meaning of social norms.

The case law serves as a supplementary meaning to the reason for the illegality sculpture of Article 20 of the Criminal Code in the case of criminals, and evaluates the illegality of a specific act very carefully. In the case of civil affairs, the concept of social commerce is mainly interpreted in relation to compensation for illegal damage. In other words, it functions as a court rule such as the general public's legal sentiment, social norms, and sound common sense of the law. On the other hand, if the concept of social norms under the Solicitation Prohibition Act is interpreted as a legitimate act of Article 20 of the Criminal Act, it may be evaluated as unnecessary provisions in the interpretation of the scope. Therefore, any act that does not violate the social regulations under the Solicitation Prohibition Act will be bound by the judgment of the judiciary on the actual act. However, in the reality that many precedents are accumulating on the abstractness of social commerce, it is necessary to re-establish the interpretation of the concept of social commerce in order to adhere to the court rules aimed at by the Solicitation Prohibition Act.

Key words: Social Rule, The Improper Solicitation and Graft Act, Reasons for legitimate acts, social significance, illegality

\* 목포해양대학교 해양경찰학부 교수, 법학박사

## I. 서론

부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’으로 약칭)의 구성은 비교적 금지되는 규정을 명확하게 규정하고 있다. 즉 행위태양은 크게 두 개로 나누어 ‘부정한 청탁’과 ‘금품 등의 수수’에 대하여 금지 유형을 규정하고 있으며 예외적으로 사회상규에 위배되지 않는 행위 등을 규정하고 있다(청탁금지법 제5조제2항 제7호; 동법 제8조제3항 제8호). 이 규정에 의하면 청탁금지법상의 사회상규에 위배되지 않는 행위는 구성요건해당성이 배제되는 사유로 볼 수 있다. 그렇다면 이 규정과 형법 제20조의 사회상규와는 어떤 관계로 보아야 할 것인가의 문제가 발생하고 민사판례에서는 일반인의 법감정, 사회통념, 법일반원칙으로 해석되는 경우가 많기 때문에 이 부분에 대한 청탁금지법상의 사회상규의 의미에 대한 해석이 필요하다. 민사의 경우 주로 불법손해배상과 관련하여 사회상규의 개념을 해석하고 있다.

형사의 경우 판례는 사회상규의 개념에 대해 형법 제20조의 위법성조각사유의 보충적 의미로 기능하고 특정행위의 위법성조각에 대해 매우 신중하게 평가하고 있다. 즉 형법상 위법성조각사유인 형법 제20조부터 제24조까지의 유형 중의 하나이다. 다만 ‘사회상규’라는 추상적인 개념으로 인해 적극적인 정의가 어렵다. 따라서 그 보충성에 대해서도 학설과 판례가 서로 일치하지 못하고 있는 점에 문제가 있다. 반면에 청탁금지법상의 사회상규의 개념을 형법 제20조의 정당행위로 해석하게 된다면 그 범위의 해석에 있어서 불필요한 규정으로 평가될 수도 있다. 따라서 청탁금지법상의 사회상규에 위배되지 않는 행위는 실재하는 행위에 대한 사법부의 판단에 의할 수밖에 없을 것이다. 그러나 사회상규의 추상성에 대해 많은 판례가 축적되고 있는 현실에서 청탁금지법이 지향하는 법원칙을 고수하기 위해서는 사회상규의 개념에 대한 해석의 재정립이 필요하다고 본다. 이에 본고에서는 청탁금지법상의 ‘사회상규’에 대한 의미를 어떻게 해석할 것인가에 대한 논의를 하고자 한다.

## II. 사회상규의 법적 성격과 기능

### 1. 사회상규의 체계적 지위

사회상규에 대해 현행법은 형법과 청탁금지법, 모자보건법, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 그 외에도 다수의 법률에서 직접적인 규정을 두고 있다. 특히 형법 제20조 후단에 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다”는 규정에 대한 법적 성격에 대해 구성요건배제사유로 보는 견해, 구성요건에는 해당하나 형법 제20조의 범위가 넓

다는 측면에서 구성요건해당성배제사유와 위법성조각사유를 포함한다는 견해, 위법성조각사유로 보는 견해, 일반적 포괄적 성격을 띤 정당화사유로서의 ‘초법규적 위법성조각사유’를 설정화한 것으로 보는 견해가 있다.<sup>1)</sup> 이 규정은 추상적인 내용이기 때문에 대부분 판례에 의해 결정되고 있다. 예컨대 사회상규에 반하지 아니하는 행위는 법규상 구성요건에 해당하나 그것이 극히 정상적 생활 형태로서 과거로부터 형성된 사회생활질서 속에 있는 것이라면 그 위법성이 조각되는 것으로서 법규정상 처벌대상이 되는 행위가 사회생활질서에 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 가치가 없거나 사회정의에 위반되는 경우나, 법질서가 추구하는 사회목적의 가치에 이를 실현하기 위해서 사회적 상당성이 있는 수단으로 평가가 가능한 경우에 한하여 이를 사회상규에 반하지 않는 것으로 보고 있다.<sup>2)</sup>

그리고 법질서 전체의 정신과 그 배후에 있는 사회통념 내지 사회윤리에 비추어 용인될 수 있는 행위이므로, 어떤 행위가 그 행위의 정당성, 수단의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖춘 경우 정당행위가 된다.<sup>3)</sup> 예컨대 사회상규의 구체적인 예로는 안락사, 모자보건법상 사회·경제적 이유의 임신중절, 경미한 법익침해 등 다양한 이유에 의해 인정되고 있으나 이러한 경우에도 다양한 견해가 존재한다.

## 2. 사회적 상당성과의 관계

형법 제20조 정당행위 중 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’는 구성요건에 해당되는 행위라 하더라도 형법의 보충성, 최후수단성의 원칙에 따라 원칙적으로 형벌권을 부정하기 때문에 범죄는 성립하지 않는다.<sup>4)</sup> 이에 대해 사회적 상당성과 사회상규를 구분하는 견해<sup>5)</sup>에 따르면 사회적상당성은 ‘역사적으로 형성된 사회윤리적 공동생활의 질서 내’의 행위는 사회적으로 상당하며, 비록 구성요건에 포섭이 될지라도 구성요건해당성배제사유가 된다는 것이다.<sup>6)</sup> 즉 형법적 평가를 구성요건해당성 이전에 제한하는 구성요건해당성의 소극적 측면인데 반하여, 사회상규는 공정하게 사유하는 평균인이 건전한 사회생활을 함에 있어서 옳다고

1) 변종필, “사회윤리와 정당화사유” 비교형사법연구 제21권 제4호, 한국비교형사법학회, 2020. 186쪽

2) 대판 1985. 6. 11, 84도1958

3) 대판 2004. 8. 20, 2003도4732

4) 박기석, “정당행위 중 사회상규의 기능과 성립범위”, 한양법학 제24권 제2집(통권 제42집), 2013, 151쪽; 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 194쪽.

5) 김일수·서보학, 형법총론(제12판), 박영사, 2007, 245쪽; 권오걸, 형법총론(제2판), 형설출판사, 2007, 281쪽; 김해정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영, 형법총론(제3판), 정독, 2020, 211쪽; 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, 285쪽; 진계호/이존걸, 형법총론(제8판), 대왕사, 2007, 331쪽; 원형식, 형법총론(제2판), 청목출판사, 122쪽; 최민영, “형법 제20조 사회상규의 적용범위: 정치영역에서의 한계사례를 중심으로”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015, 135쪽; 최병각, “정당행위와 사회상규”, 형사판례연구 제10호, 한국형사판례연구회, 2002. 121쪽.

6) Welzel, Studien zum Sytem des Strafrechts, ZStW 58(1939), S. 491 ff. (514); 김일수·서보학, 위의 책 245쪽.

승인된 정상적인 행위규칙을 말한다. 판례는 ‘법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념’이라고 정의 내리고 있다.<sup>7)</sup> 사회상규는 실질적 위법성의 입장에서 구성요건에는 해당하나 위법성을 배제하는 실질적 위법성의 입장에서 행위의 위법성을 배제하는 불법의 소극적 측면과 사회적 상당성이 금지된 범죄유형적 형태에 제한하는 일정한 목적을 추구한다는 점에서 양자는 구분되어야 한다는 것이다.

사회상규와 사회적 상당성을 구분하지 않는 견해는 이를 위법성조각사유의 일반원칙으로 보고 있다.<sup>8)</sup> 이 견해는 사회적 상당성이 있기 때문에 처벌되지 않는 행위나 사회상규에 위배되지 않는 행위는 일단 구성요건해당성에는 차이가 없는 점, 양자의 차이점에 대한 구체적인 표지를 찾을 수 없는 점, 판례의 입장과 사회적 상당성을 주장한 Hans Welzel의 개념에서 볼 때 양자의 개념이 거의 동일하다는 점, 사회적 상당성이 존재하기 때문에 구성요건에도 해당하지 않는 행위는 없으며, 구성요건요소는 입법취지와 법익보호의 측면에서 볼 때 현실적인 법해석의 방법에서 찾아야 하는 것이며 의미가 불확정적인 상당성이 해석의 기준이 될 수 없는 점을 근거로 제시하고 있다. 무엇보다도 구성요건을 배제하는 사회적 상당성에 대해 개별구성요건의 해석은 위법성단계에서 논의될 수밖에 없는 점을 근거로 들고 있다.<sup>9)</sup>

사회적 상당성과 사회상규의 개념은 모두 형법의 전형적인 이론에 바탕을 둔 개념이 아니기 때문에 양자의 구별이 쉽지 않은 것이 사실이며, 이러한 점은 판례에서도 나타난다. 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 일정한 행위가 범죄구성요건에 해당하는 경우에도 그러한 행위가 정상적인 생활 형태로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경우에는 위법성이 조각되며 처벌대상으로 하는 행위일지라도 사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 사회정의에 반하거나 무가치하다고 판단될 경우이거나 자유민주주의 가치에 비추어 사회적 상당성이 있는 수단으로 사용되었다면 이는 사회상규에 위배되지 아니한다고 보고 있다.<sup>10)</sup> 이와 같이 ‘사회상규’의 개념에 사회적 상당성을 인용하고 있고 그 의미에 있어서도 큰 차이가 없다. 이와 같은 이유는 과거부터 현재까지 역사적인 의미에서 판단해 보건대 공동생활에서의 질서범위 내에서 행해지는 행위는 그 범위가 매우 광범위하기 때문에 의미의 상당부분 중첩되기 때문이다.<sup>11)</sup> 생각건대 형법 제20조 ‘사회상규’를 초법규적 위법성조각사유로서 인정할 필요가

7) 대판 2001. 2. 23, 2000도4415.

8) 김태명, 판례형법총론(제3판), 정독, 314쪽; 박상기, 형법학(제3판), 집현재, 2016, 109쪽; 손동권·김재윤, 형법총론, 율곡출판사, 2011, 253쪽; 임웅, 형법총론(제8정판), 법문사, 2016, 227쪽; 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 313쪽, 한상훈·안성조, 형법개론(제2판), 정독, 147쪽.

9) 박찬걸, “형법 제20조에 규정된 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의미 및 다른 위법성조각사유와의 관계”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2016, 7쪽 이하.

10) 대판 1988. 11. 8, 88도1580; 대판 1983. 2. 8, 82도357; 대판 1985.6. 11, 84도1958

11) 판례는 예외적으로 ‘사회적 상당성’이 있는 행위를 구성요건해당성배제사유로 파악하고 있는 사유로도 보고 있다. 예를 들면 대판 1996. 6. 14, 96도405; 대판 1995. 3. 3, 93도3080. 반대의 경우로서 ‘사

없는 현행 형법의 해석론에서는 ‘사회적 상당성’이라는 개념을 달리 해석할 필요성은 없으며 이에 대한 법적 성격은 위법성조각사유로 보아야 할 것이다.

### 3. 사회상규 의미의 제한적 해석

#### 1) 추상성의 보완

사전적 의미에서의 사회상규는 ‘일상적인 사회규칙’으로서, 사실상의 관행 또는 관습과 가장 유사한 의미를 가지며, 일상성이라는 요소를 생략할 수 없다. 형법제정 이후 사회상규의 규정은 1980년 이후 관련판례가 양적으로 축적되고 증가하면서 학설도 이를 지지하거나 비판하는 입장으로 나뉘기는 하나 대체적으로 지지하는 입장을 취하고 있다.<sup>12)</sup> 그러나 앞서서도 지적했듯이 형법상 사회상규 규정이 다른 위법성조각사유보다는 구체적이지 않다. 따라서 법원에 의해 규범성을 인정받고 있다고 볼 수 있다. 이에겐 법질서 정신과 그 배후에 사회윤리에 의해 용인될 수 있어야 하며, 유사한 행위의 반복만으로는 사회상규가 인정될 수는 없을 것이다. 즉, 사회상규는 과학적 논증, 엄정한 법적 논증으로만 인정될 수는 없으며 전문적인 지식이 아닌 일반의 상식에서 정해질 수도 있다. 이러한 의미에서 사회상규의 추상성을 보완하는 측면에서 사회상규의 개념에 대해 논리적인 모순을 제거할 수 있다고 본다.

사회상규는 실질적 위법성에 비추어보면 공공의 질서, 선량한 사회풍속을 의미하는 공서양속, 나아가 법질서 전체의 관점에서 볼 때 사회윤리 및 사회질서와 연결되어 있다.<sup>13)</sup> 따라서 사회상규를 추상적 개념과 동일시하고 제한을 두지 않는다면 사회상규 규정의 의미는 더 큰 혼란을 가져올 것이다. 따라서 사회상규의 의미를 확대하는 것에는 제한을 가할 필요성이 있다.

#### 2) 보충적 적용규정

정당행위로서 사회상규는 형법 제21조에서 제24조의 위법성조각사유와 경합할 때 다수설과 판례는 위법성조각사유의 보충적 규범으로 일반적이고 포괄적 위법성조각사유로 보고 있다. 즉, 사회상규에 반하지 않는 행위를 위법성조각사유로 인정하더라도 형법 제21조 이

회통념’에 따른 행위를 구성요건해당성배제사유로 파악하고 있는 경우도 존재한다. 예를 들면 대판 2007. 6. 28, 2007도2590; 대판 2005. 6. 9, 2005도1732; 대판 2002. 8. 28, 2002도2889.

12) 이상용, “형법 20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2003, 185쪽.

13) 박기석, 위의 논문, 152쪽.

하의 규정과 비교하여 보충적 지위를 인정하고 있다. 따라서 구성요건에 해당하는 행위에 대해 형법 제21조 이하 규정을 검토한 후 보충적으로 사회상규 규정을 검토해야 한다.<sup>14)</sup>

판례는 사회상규에 반하지 않는 행위에 대해 보충적으로 적용하기 보다는 형법 제21조 이하의 위법성조각사유와 동일하게 보고 있다. 즉 “정당행위에 해당하거나 정당방위가 되거나 정당행위 또는 긴급피난에 해당한다고 판시하고 있다.<sup>15)</sup> 이에 대해 소수의견은 첫째 사회상규에 반하지 않는 행위를 형법 제21조 이하의 위법성조각사유와 같이 본다면 위법성조각사유의 통일적인 해석이 되지 않고 이원화되는 문제가 발생하여 법해석의 한계를 넘어선다는 점, 둘째 형법 제20조를 일반적 위법성조각사유로 본다면 형법상 제20조에서 제24조까지 나누어져 있는 입법방식과 맞지 않는 점, 셋째 사회상규를 다른 위법성조각사유와 달리 좁은 의미로 해석하면 사회상규 개념의 불확정성을 감소시킬 수 있다는 점을 들고 있다.

따라서 이 견해에 의하면 사회상규에 반하지 않는 행위가 형법 제21조 이하의 위법성조각사유와 동일한 개별적 위법성조각사유로 보고 있다.<sup>16)</sup>

양 견해는 사회상규의 법적 성격에 대해 모두 다른 위법성조각사유를 검토한 후 보충적 적용이 가능하다는 점에서 견해는 동일하다. 따라서 사회상규에 반하지 않는 행위가 모든 위법성조각사유의 성격을 가진다고는 볼 수 없으나 개별적 위법성조각사유에 대한 보충적 성격을 가진다.<sup>17)</sup> 판례와 같이 사회상규에 반하지 않는 행위를 보충적으로 보지 않고 적용한다면 다른 위법성조각사유와 함께 개별적인 규정은 그 지위를 잃을 수도 있다. 왜냐하면 개별적 위법성조각사유의 엄격한 성립의 논증이 없이 사회상규에 반하지 않는 행위라고 하여 위법성조각의 범위를 확대할 수 있기 때문이다. 또한 사회상규의 개념은 명확하기 확정 짓기 어려운 조항이기 때문에 소극적인 불법의 배제 없이 처음부터 불법을 허용하게 되면 그 적용과 해석에 자의적 개입이 발생한다. 이 같은 자의성의 개입은 위법성의 한계를 불명확하게 할 위험성이 있다.<sup>18)</sup> 따라서 사회상규는 개별적 위법성조각사유의 검토 후 보충적으로 적용해야 할 것이다.

#### 4. 검토

판례는 사회상규 규정의 적용에 있어서 기존의 법질서의 범위 안에서 해답을 찾으려한

14) 김일수·서보학, 위의 책, 246쪽; 박상기, 위의 책, 110쪽; 이재상, 위의 책 286쪽

15) 대판 1989.12.12. 89도875; 대판 1993.6.8. 93도766; 대판 1999.12.28. 98도138; 대판 1994.6.14. 94도778

16) 최민영, 위의 논문, 135쪽.

17) 허일태, “형법 제20조의 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”의 재조명”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002. 19쪽.

18) 박민우, “개인정보 보호법상 불확정 개념에 있어 형법의 보장적 기능을 확인해주는 해석과 사회상규의 역할”, 형사정책연구, 제28권 제1호(통권 109호), 2017, 138쪽.

흔적이 보이며 현재 형법 제20조에 관련하여 남용이 우려될 정도의 위법성이 조각된 사례는 찾기 어렵다. 그러나 일반조항의 운용에 관해 사회상규가 남용될 위험성은 끊임없이 지적되고 있다. 우리가 일상생활에서 흔히 경험하는 것에 대해서도 각자가 생각하는 사회상규는 전혀 반대될 수 있다. 이처럼 일정한 상황에서 해석하는 주체에 따라 달라지기 때문에 다수의 지지를 받는 것을 증명하기는 매우 어렵다. 또한 다수의 지지를 받는 행위가 곧바로 사회상규에 반하지 않는 행위로 인정되는 것도 아니다. 예를 들어 불가피한 낙태행위에 대해 우리사회에서 관행으로 생각할 수 있으나 생명보호의 관점에서 볼 때 사회상규에 반하는 행위로 인정되기도 한다.

형법 제20조는 일반적인 위법성조각사유로 존속하고 있으며, 사회상규에 반하지 않는 행위 유형에 대한 연구는 계속되어야 하나 ‘사회상규’는 모든 정당행위에 포섭될 수는 없다. 다만 사회상규에 반하지 않는 행위라는 개념은 이러한 우리 일상에서 흔히 경험할 수 있는 일이며 그렇다고 하여 관행이라는 명목으로 정당화시킬 수는 없는 일이다. 그러나 사회상규가 가지는 사회일반규칙을 법관과 학자가 잘 이해하고 운용한다면 그 정착은 그리 어렵지 않으리라고 본다.

### Ⅲ. 부정청탁금지법상 사회상규의 의미

#### 1. 청탁금지법상 사회상규의 체계적 지위

앞에서 살펴보았듯이 ‘사회상규’는 정의하기 매우 어려운 개념에 해당한다. 청탁금지법 제5조 제1항과 제8조 제1항과 제2항에서 금지되는 행위를 규정하고 있고 동법의 적용받지 않는 경우를 동법 제5조 제2항 각호에, 수수가 허용되는 사례를 제8조 제3항 각호에 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 일정행위가 청탁금지법 제5조 제2항 각호와 제8조 제3항의 각호에 해당되는 경우 구성요건해당성이 부정된다. 문제는 동법 제5조 제2항 7호와 제8조 제3항 8호는 “사회상규에 반하지 않는 행위”, “사회상규에 따라 허용되는 금품 등”이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 형법 제20조 정당행위와 그 내용이 유사하다. 따라서 범죄성립여부에 있어서 그 행위가 사회상규에 의해 허용되는 행위라고 볼 경우 이를 구성요건해당성배제사유로인지 위법성조각사유에 해당하는지에 대한 혼란이 야기되는 문제가 발생한다. 또한 청탁금지법상 ‘사회상규’의 개념과 형법상 ‘사회상규’의 개념을 달리보아야 하는지 아니면 같게 해석해야 하는지에 대한 문제도 있다. 결론적으로 보자면 범죄의 성립에 대해 구성요건해당성배제사유나 위법성조각사유 둘 다 범죄가 성립할 수 없음은 당연하다. 그러나 법체계에 있어서 사회상규를 어디에 위치시켜야 하는가에 대해서는 현행 형법이 채택하고 있는 3

단계 범죄체계론과는 조화롭지 않는 것은 사실이다. 판례는 사회상규의 개념에 대해 다른 위법성조각사유와 같이 취급하고 있지만 그렇다고 하여 사회상규를 초법규적 위법성조각사유로도 보고 있다.<sup>19)</sup> 생각건대 사회상규의 지위는 가치의 보충이 요구되는 일반조항의 성격을 가지기 때문에 이에 대한 유형을 소극적으로 적용하는 방법을 선택하는 것도 이와 같은 이유 때문이다.

## 2. 청탁금지법상 사회상규 관련판례

법령상 용어의 정의가 명확하게 규정되지 않은 경우 법령상 용어는 그 법령의 취지와 목적, 관련 법령 등을 검토하여 종합적으로 해석해야 한다.<sup>20)</sup> 경찰서에 고소장을 제출한 자가 고소인 조사를 받기 하루 전에 담당 경찰관에게 45,000원 상당의 떡을 제공한 행위에 대해 공무원의 원활한 직무수행, 사교적 의례의 목적으로 제공으로 볼 수 없어 사회상규에 반한다고 판시하여 과태료를 부과한 사안에서 사회상규의 개념에 대해 위법성조각사유에 관한 형법 제20조의 사회상규에 반하지 않는 행위로 해석하고 있다.<sup>21)</sup> 또한 “청탁금지법 제8조 제3항 제1호<sup>22)</sup>에서 정한 ‘상급 공직자 등’은 금품 제공의 상대방보다 높은 계급이나 직급의 자로서 금품제공의 상대방과 직무관계가 상하에 있으며 이에 기초하여 사회통념상 위로·포상·격려 등을 할 수 있는 지위에 있는 자를 말하고, 금품 등 제공자와 그 상대가 직무상 복종·명령, 지휘·감독에 있어야만 해당하는 것은 아니다”고 판시하였다.<sup>23)</sup>

형법 제20조의 ‘사회상규에 반하지 않는 행위’는 법질서 전체의 정신과 그 배후의 사회윤리와 사회통념에 비추어 허용될 수 있는 행위를 말하고, 어떤 행위가 사회상규에 반하지 않는 정당행위로 위법성을 조각하기 위해서는 구체적 사정을 고려하여 합목적적 또는 합리적으로 고찰해야 한다.<sup>24)</sup> 또한 정상적인 생활의 한 형태로 역사적 사회질서의 테두리에 있는 경우에는 사회상규에 반하지 아니하여 위법성이 조각되는 경우도 있으나 이 때에도 위법성 조각사유를 인정하기 위해서는 신중함이 요구된다.<sup>25)</sup> 따라서 사회상규에 해당하기 위해서는 단순한 관행으로는 부족하고 그러한 관행이 법질서 전체의 정신과 사회윤리에 비추어 용인될 수 있어야 된다. 이 사건에서 금품 제공자와 공직자 등의 직무관련성의 내용, 제공

19) 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 부패방지연구, 제1권 제1호, 2018, 260쪽.

20) 대판 2016. 1. 28. 2015두51668

21) 현제결 2016. 7. 28. 2015헌마236, 412, 662, 673(병합) 전합

22) 이법 제8조(금품등의 수수 금지) ③ 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 금품 등

23) 대판 2018. 10. 25. 2018도7041

24) 대판 2000. 4. 25. 98도2389

25) 대판 2007. 4. 27. 선고 2007도218



자와 공직자 등과의 관계, 금품의 내용 및 가액, 수수시기와 장소, 경위 등을 종합적으로 검토하여 결정해야 할 것이다.

### 3. 청탁금지법상 사회상규의 적용

청탁금지법은 공정한 직무수행의 보장과 공공기관에 대한 국민의 신뢰확보와 부정·부패에 대한 엄벌적 기조에 의해 제정되었다. 청탁금지법 위반행위가 사회상규 등의 이유로 위법성이 조각되어 범죄가 성립되지 않는 경우는 많지 않을 것으로 보인다. 특히 금품수수와 관련하여 목적의 정당성, 그 행위의 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등 5개의 요건을 갖추는 것은 매우 어렵다. 다만 청탁금지법상 사회상규에 반하지 않는 행위로 인정되는 것과 사회상규에 따라 허용되는 금품 수수에서의 ‘사회상규’ 중에서 우선적으로 판단해야 될 것을 선택해야 한다. 청탁금지법상 의무위반을 ‘사회상규’라는 이유로 책임을 묻지 않는 것은 법의 실효성 확보차원에서 문제가 발생할 수 있기 때문에 매우 조심스럽게 접근해야 한다.

청탁과 금품수수라는 행위를 인정하면서 대가성이 없으면 청탁과 금품수수의 인과관계가 부정되어 뇌물죄로 처벌 할 수 없는 문제점을 해결하기 위해 청탁금지법은 그 존재만으로 일반예방효과가 충분히 존재한다. 문제는 청탁금지법 적용대상자의 확대는 그동안 관행으로 인정되거나 서로 간의 인사로 간주되던 행위가 법의 규제로 인해 행위에 있어서 제약이 많아졌고 소상공인의 경제적인 문제도 야기 시켰다. 이 법의 시행 이전부터 직무관련성이 문제될 경우 음료수 한잔, 카네이션 송이도 받을 수 없다는 점도 문제이다. 이 법의 해석을 엄격히 한다면 청탁금지법이 특정 개인에 대한 보복의 수단으로 악용될 우려가 있으며, 법정 제하적으로는 실효성확보를 위해 과도한 비용이 투입되어야 하기 때문이다.

청탁금지법 이전에는 직무관련성이 인정되더라도 통상 관례에서 식사대접과 약소한 선물을 받을 수 있었고 이러한 규제는 공무원에게만 적용되었으나 법 시행으로 그 대상이 언론인, 사립학교의 선생님, 공직 유관단체로 확대되었고 법의 규제도 매우 엄격해졌다. 이러한 점에서 볼 때 이 법 규정의 ‘사회상규’가 형법상 위법성조각사유로서 해석에 있어서 매우 중요한 위치에 놓여있는 것만은 틀림없다.

## IV. 결론

청탁금지법은 그 행위태양을 매우 구체적으로 명시하고 있으나 그 또한 추상적인 규정이 존재하기 때문에 일반인의 입장에서는 정확한 의미를 해석하기 곤란한 경우가 많다. 즉 ‘부

정한 청탁'과 '금품 등의 수수'에 대하여 금지 유형을 규정하고 있으며 예외적으로 사회상규에 위배되지 않는 행위 등을 규정하고 있다(청탁금지법 제5조제2항 제7호; 동법 제8조제3항 제8호). 이 규정에 의하면 청탁금지법상의 사회상규에 위배되지 않는 행위는 구성요건해당성이 배제되는 사유로 볼 수 있다. 그렇다면 이 규정과 형법 제20조의 사회상규와는 어떤 관계로 보아야 할 것인가의 문제가 발생하고 민사판례에서는 일반인의 법감정, 사회통념, 법일반원칙으로 해석되는 경우가 많기 때문에 이 부분에 대한 청탁금지법상의 사회상규의 의미에 대한 해석이 필요하다고 본다.

형법 제20조의 '사회상규에 반하지 않는 행위'는 법질서 전체의 정신과 그 배후의 사회윤리와 사회통념에 비추어 허용될 수 있는 행위를 말하고, 어떤 행위가 사회상규에 반하지 않는 정당행위로 위법성을 조각하기 위해서는 구체적 사정을 고려하여 합목적적 또는 합리적으로 고찰해야 한다.<sup>26)</sup> 또한 정상적인 생활의 한 형태로 역사적 사회질서의 테두리에 있는 경우에는 사회상규에 반하지 아니하여 위법성이 조각되는 경우도 있으나 이때에도 위법성 조각사유를 인정하기 위해서는 신중함이 요구된다.<sup>27)</sup> 따라서 사회상규에 해당하기 위해서는 단순한 관행으로는 부족하고 그러한 관행이 법질서 전체의 정신과 사회윤리에 비추어 용인될 수 있어야 된다. 이 사건에서 금품 제공자와 공직자 등의 직무관련성의 내용, 제공자와 공직자 등과의 관계, 금품의 내용 및 가액, 수수시기와 장소, 경위 등을 종합적으로 검토하여 결정해야 할 것이다.

청탁금지법위반에 대한 현재의 결정에서도 일부 반대의견이 존재하고 일치된 의견이 어려운 것은 사실이나 이 법의 입법목적과 목적의 수행도 정당하기 때문에 그러한 어려움이 법률의 존재의의를 부정하는 것은 더 큰 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 문제가 될 수 있는 부분에 대한 개선점을 찾고 사회구성원들이 동의할 수 있는 접점을 찾기 위한 노력을 기울여야 할 것이다.

26) 대판 2000. 4. 25. 98도2389

27) 대판 2007. 4. 27. 2007도218

## 참고문헌

- 김일수 · 서보하, 형법총론(제12판), 박영사, 2007.
- 권오걸, 형법총론(제2판), 형설출판사, 2007.
- 김혜정 · 박미숙 · 안경옥 · 원혜옥 · 이인영, 형법총론(제3판), 정독, 2020.
- 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011.
- 진계호 · 이준걸, 형법총론(제8판), 대왕사, 2007.
- 원형식, 형법총론(제2판), 청목출판사, 2009.
- 김태명, 판례형법총론(제3판), 정독, 2019.
- 박상기, 형법학(제3판), 집현재, 2016.
- 손동권 · 김재운, 형법총론, 을곡출판사, 2011.
- 임 응, 형법총론(제8정판), 법문사, 2016.
- 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2012.
- 한상훈 · 안성조, 형법개론(제2판), 정독, 2020.
- 박찬걸, “형법 제20조에 규정된 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의미 및 다른 위법성조각사유와의 관계”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2016.
- 박기석, “정당행위 중 사회상규의 기능과 성립범위”, 한양법학 제24권 제2집(통권 제42집), 한양법학회, 2013.
- 박민우, “개인정보 보호법상 불확정 개념에 있어 형법의 보장적 기능을 확인해주는 해석과 사회상규의 역할”, 형사정책연구, 제28권 제1호(통권 109호), 한국형사정책연구원, 2017.
- 이지은, “청탁금지법의 적용과 사회상규”, 부패방지연구, 제1권 제1호, 한국부패방지법학회, 2018.
- 이상용, “형법 20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구, 한국형사법학회, 2003.
- 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 2006.
- 최민영, “형법 제20조 사회상규의 적용범위: 정치영역에서의 한계사례를 중심으로”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015.
- 최병각, “정당행위와 사회상규”, 형사판례연구 제10호, 한국형사판례연구회, 2002.
- 허일태, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 재조명”, 비교형사법연구, 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.
- Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939.

투고일자 : 2020. 12. 08

수정일자 : 2020. 12. 16

게재일자 : 2020. 12. 31

## &lt;국문초록&gt;

## 청탁금지법상 사회상규의 해석론

정 신 교

청탁금지법은 공정한 직무수행의 보장과 공공기관에 대한 국민의 신뢰확보와 부정·부패에 대한 엄벌적 기조에 의해 제정되었다. 청탁금지법 위반행위가 사회상규 등의 이유로 위법성이 조각되어 범죄가 성립되지 않는 경우는 많지 않을 것으로 보인다. 특히 금품수수와 관련하여 목적의 정당성, 그 행위의 수단이나 방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성, 보충성 등 5개의 요건을 갖추는 것은 매우 어렵다. 다만 청탁금지법상 사회상규에 반하지 않는 행위로 인정되는 것과 사회상규에 따라 허용되는 금품 수수에서의 ‘사회상규’ 중에서 우선적으로 판단해야 될 것을 선택해야 한다. 청탁금지법상 의무위반을 ‘사회상규’라는 이유로 책임을 묻지 않는 것은 법의 실효성 확보차원에서 문제가 발생할 수 있기 때문에 매우 조심스럽게 접근해야 한다.

청탁과 금품수수라는 행위를 인정하면서 대가성이 없으면 청탁과 금품수수의 인과관계가 부정되어 뇌물죄로 처벌 할 수 없는 문제점을 해결하기 위해 청탁금지법은 그 존재만으로 일반예방효과가 충분히 존재한다. 문제는 청탁금지법 적용대상자의 확대는 그동안 관행으로 인정되거나 서로 간의 인사로 간주되던 행위가 법의 규제로 인해 행위에 있어서 제약이 많아졌고 소상공인의 경제적인 문제도 야기 시켰다. 이 법의 시행 이전부터 직무관련성이 문제될 경우 음료수 한잔, 카네이션 송이도 받을 수 없다는 점도 문제이다. 이 법의 해석을 엄격히 한다면 청탁금지법이 특정 개인에 대한 보복의 수단으로 악용될 우려가 있으며, 법경제학적으로는 실효성확보를 위해 과도한 비용이 투입 되어야하기 때문이다. 청탁금지법 이전에는 직무관련성이 인정되더라도 통상 관례에서 식사대접과 약소한 선물을 받을 수 있었고 이러한 규제는 공무원에게만 적용되었으나 법 시행으로 그 대상이 언론인, 사립학교의 선생님, 공직 유관단체로 확대되었고 법의 규제도 매우 엄격해졌다. 이러한 점에서 볼 때 이 법 규정의 ‘사회상규’가 형법상 위법성조각사유로서 해석에 있어서 매우 중요한 위치에 놓여있는 것만은 틀림없다.

주제어: 사회상규, 청탁금지법, 정당행위, 사회적 상당성, 위법성조각사유