형사정책연구 Korean Criminological Review
제28권 제3호(통권 제111호, 2017・가을)

과잉범죄화에 대한 소고*:
『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률』을 대상으로

윤 용 규**

국 | 문 | 요 | 약

청탁금지법의 문제는 다음과 같다. 첫째는 우리 사회가 과연 청탁금지법과 같은 법률이 필요했었나이다(입법필요성). 기존의 반부패법령이 공사(公私) 영역을 막론하고 거미줄처럼 갖춰져 있기 때문이다. 이 같은 법이 필요했다면 입법필요성부터 분명하게 밝혔어야 했으나 제안에서 입법에 이르기까지 그것에 대한 검토와 분석의 흔적은 찾을 수 없다. 이 법의 태생적 문제이며, 과잉입법과 과잉범죄화 의혹을 받게 되었다.

둘째는 설령 반부패 장치가 필요하였다고 하더라도 이 법처럼 형법적격성이 의심스러운(예: 제8조, 제22조 제1항 등) 단행법률을 입법해야만했는가 이다. 입법예고 시부터 입법원리와 규범체계에 반한다는 비판이 꾸준히 제기되었음에도 입법하려고 하였다면 그것을 극복하는 입법의 논거는 더욱 탄탄했어야 했다. 필요성 유무가 분명치 않은 입법이나, 규범체계에 반하는 입법은 결국 입법의 '과잉'이므로 '과잉범죄화' 논란에 휩싸이게 되었다.

그러나 정작 청탁금지법의 정당성을 의심케 하는 것은 입법과정이 너무 부실했다는 점이다. 법안심사에 관여한 정무위원회, 법사위원회, 국민권익위원회는 분명 그 법의 결함과 예견되는 불협화음을 누구보다 잘 알고 있었다. 그렇다면 본회의에 상정하지 말았어야 했음에도 그들은 개정할 것을 약속하면서 법안을 통과시켰다. 제정이유를 정확히 규명하지 못한 탓이다. 의안통계(특히 높은 법안 폐기율)를 보면 국회의 입법은 분주해졌지만 입법자의 성실은 거기에 미치지 못한다.

입법준비는 기존법령이 제대로 지켜졌는지를 따지는 일로부터 출발해야 한다. 국민권익위원회나 정부는 이에 관해 어떤 자료도 제공하지 않았다. 공직부패를 그저 법의 미비함 탓이라고 속단함으로써 기존의 법령은 한 순간에 무능하고 무력한 것으로 취급됐다. 범죄발생의 원인은 실로 다양한데 다짜고짜 기존의 반부패법령의 미비 탓으로 돌린 것은 옳지 않을 뿐만 아니라 이론적이지도 않다. 지금 겪고 있는 입법후유증은 입법타당성 검토에 대한 무관심에서 비롯되었다. 권익위의 입법예고안이 그랬고, 갑작스럽게 적용범위을 확장한 정무위안은 더 그랬다. 백미는 이익충돌 부분을 단지 '시간이 없다'는 이유로 제외시킨 것인데, 이것은 공직부패 방지의 의지가 애당초 없었음을 드러낸 것이다.

이런 이유로 이 법은 폐지되는 것이 옳다고 본다. 기존 법령의 성실한 집행과 부분보완으로 족하다. 시간이 걸릴 것 같다면 우선 적용범위를 대폭 축소하고, 이익충돌규정을 충실하게 보완하여 명실공히 '공직부패'를 정확히 겨냥해야 한다.

❖ 주제어 : 과잉범죄화, 과잉입법, 청탁금지법, 중복입법, 상징입법, 졸속입법, 입법자, 반부패법령

---

* 2016년도 강원대학교 대학회계 학술연구조성비로 연구하였음(관리번호-520160191)
** 강원대학교 법학전문대학원 교수

Ⅰ. 문제의 제기

시행도 되기 전 위헌심판의 대상이 된 법률이 있다. 제정과정에서부터 반론과 위헌 논란이 거세더니 국회 본회의[1] 통과 이틀 만이자, 정부에 이송하기도 전에 헌법소원이 제기되었던 것이다. 뿐만 아니라 시행 전에 6건, 시행 다음날 1건을 포함해 2017. 8.까지 모두 14건의 개정안이 제출되었다. 화제의 법률은 이른바 "김영란법"으로 알려진『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률』(이하 '청탁금지법')이다.[2] 합헌결정[3] 후에도 청탁금지법에 대한 비판은 여전히 무성하다.[4] 헌법재판소에서 다뤘던 쟁점을 넘어 허다하게 지적되는 문제들은 마침내 (형사)입법이란 무엇인가라는 근본적인 물음에까지 이르렀다. 이렇게 논쟁적인 법률을 왜 만들었을까? 단순한 해석론이 아니라 입법의 정당성에 대한 근원적인 의문인 것이다.

우선 두 가지를 지적하면 다음과 같다. 첫째는 우리 사회에 과연 청탁금지법과 같은 법률이 필요했나이다(입법필요성). 기존의 반부패법령[5]이 공사(公私) 영역을 막론하고 촘촘히 갖춰져 있어, '이것만 잘 지켰어도...!'라는 말이 나올법하기 때문이다. 그러나 현실은 달랐다. 공직부패사건은 끊임없이 터져 나왔고[6] 공직사회에 대한 국내외의 부패인식 평가는 나아지지 않았다.[7] 정부가 반부패정책의 드라이브

1) 제331회 국회(임시회) 회기 마지막 날(2015.3.3.)의 제8차 본회의.

2) 법률 제13278호, 2015.3.27., 제정, 시행 2016.9.28. 그러나 이 법을 "김영란법"으로 부르는 것은 잘못이다. 당초 김영란이 주도하여 2012.8. 입법예고 한 원안과는 본질적으로 다르기 때문이다. 아직도 그렇게 불리는 현실은 그만큼 이 법의 실체에 대해 잘 모르고 있다는 말이기도 하다. 이에 대한 지적은 황지태 외 2인, 최근 부패방지법의 쟁점에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2015.12., 21면; 윤용규, "'김영란 법', 기존 법 집행 가로막는 과잉입법", 한국경제, 2016. 8.15. 27면 등 참조.

3) 헌재 2016. 7.28. 2015헌마236·412·662·673(병합)

4) 이에 대해 간략히 정리한 문건으로 홍완식, '청탁금지법'의 법률적 문제점 및 보완점, 국회보 2016.12, 16면 이하 참조.

5) 국가공무원법, 지방공무원법, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률, 공직자윤리법, 공무원행동강령, 공무원 징계령, 이에 기초하여 각급 지자체의 규칙(예: ㅇㅇ도 지방공무원 징계양정에 관한 규칙), 그 외에 기업의 정관이나 사규 등에 반부패 관련 규정과 그 위반에 대한 징계와 그 효력 등이 규정되어있다.

6) 이른바 '벤츠검사', '스폰서 검사' 사건 등이 청탁금지법 제정의 모티프가 되었다. 이 법이 제정된 후에도 2016년 진경준 검사장, 김형준 부장검사, 김수천 부장판사 등의 사건이, 연말에는 세칭 '국정농단' 사건이, 2017.5. '돈봉투 만찬' 사건이 꼬리를 물었다. 정부의 반부패정책이 어디서부터 왜곡되는지를 생각하게 한다.

를 걸며 2001년 「부패방지법」을 제정했어도 변함이 없었고, 청탁금지법 제정이 강력히 추진될 때도 마찬가지였다. 국민에게 부패척결을 엄중히 명하는 그 순간에도 일부 고위공직자들은 부패의 문을 열어젖혔던 것이다. 그들에게 정부와 법은 종이호랑이였으며 대부분 법의 심판을 피해나갔다.[8] 청탁금지법보다 더 강력한 법이 필요하다고 해도 할 말이 없는 상황이었다.

그러나 아무리 그렇다하더라도 청탁금지법과 같은 법이 필요했다면 그에 합당한 입법정책이 제시되었어야 했다. 기존의 반부패법령으로는 안 되겠다, 라는 절박함을 과학적으로 밝혔어야 했다. 현실은 입법의 합리성이 차고 넘치는 것 같아 보였지만 그에 대한 실증적 검토와 분석은 찾을 수 없다. 국가작용으로서의 입법이 무엇 때문에 이뤄졌는지가 명확치 않은 것이다. 이 법의 태생적 문제이자 '과잉입법' 논란을 불러일으킨 원인이 되었다.

둘째는 설령 강력한 또는 보완적 반부패 장치가 필요하였다고 하더라도 이 법처럼 형법적격성이 의심스러운(특히 제8조, 제22조 제1항 등) 단행법률을 제정해야만 했는가 이다. 입법예고 단계부터 법안심사 내내 입법원리와 규범체계에 반한다는 비판이 꾸준히 제기되었음에도 불구하고 입법을 했다면, 그것을 극복하는 논거가 있어야 했다. 입법자는 '단순금품수수행위'(제8조 제1항)를 범죄화 했지만, 정작 그것의 형사불법(또는 보호법익)에 대해서는 고민하지 않았다. 필요성 유무가 분명치 않은 입법인데다, 규범 체계와 적격성까지 의심스러운 형사입법은 '과잉범죄화'의 혐의를 피할 수 없다. 입법(권)의 한계를 생각했어야 한다.[9] 청탁금지법 제정으로 입법자가 수범자인 시민을 어떻게 바라보고, 형법입법은 또 어떻게 이해했는지 그 일단(一端)을 드러낸 셈이다.

그러나 결정적으로 청탁금지법의 정당성을 의심케 하는 것은 입법과정의 부실이다. 법안통과를 위해 제331회 국회(임시회) 본회의 제8차 회의(2015. 3. 3.)가 열리

7) 우리나라의 부패문제를 거론할 때마다 소개되는 국제투명성기구(TI)의 부패인식지수뿐만 아니라 국내의 조사에서도 정체(停滯)를 보이고 있다. 이에 관하여 아래 Ⅱ.2.가. 참조.

8) '스폰서 검사' 사건 등에서 뇌물혐의는 대체로 인정되지 않았고, 주6)의 김 부장검사와 김 부장판사의 각 항소심(2017. 8.11., 2017.7.6.)에서 거액의 향응과 금품 수수에도 뇌물 혐의는 역시 인정되지 않았다.

9) 입법권은 국회에 속한다(헌법 제40조). 헌재 2006.4.27.2006헌가5 참조.

고 있는 시각 국회건물 한편에서는 법제사법위원회가 이 법안에 대한 초보적인 논점조차 정리하지 못한 채 겉도는 문답을 거듭하고 있었다.[10] 잠시 후 본회의에서 그 법률안은 가결되었지만 법안심사에 관여한 정무위원회, 법사위원회, 국민권익위원회는 그 법안의 결함과 예견되는 불협화음을 분명히 알았다. 통과 직후 법안에 압도적 찬성표를 던졌던 의원들이 쏟아낸 회오(悔悟)와 시행 후 첫 (정무위의 권익위에 대한) 국정감사(2016.10)에서 벌어진 이 법에 대한 혼란이 그 증거이다.[11] 입법의 비정상을 이보다 분명히 말해줄 수는 없다. 사회전반에 엄청난 반향을 불러일으키는[12] 법을 제정하면서 어떻게, 이렇게 불성실할 수 있을까.

본고에서는 부실한 법안심사(Ⅱ.)와 검증되지 않은 입법필요성(Ⅲ.), 과잉범죄화의 환경(Ⅳ.)에 대해 고찰하고 형법적격성에 관해서는 본문 여러 곳에서 언급하기는 했지만 좀 더 자세한 내용은 다음 기회로 미룬다.

Ⅱ. 법안심사의 부실

청탁금지법 제정을 위한 법안은 부실했고 그 심의과정은 헌재도 언급했듯이 '진지하지 않았다'.[13] 국민권익위원회가 2012. 8.22. 입법예고한『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법 제정안』[14][이하 '(권익위) 원안']이 표방한 '입법취지'는 청탁금지법에서도 그대로 유지되었지만 이에 대한 숙고는 없었다. 국회의 활동명세서인 회의록[15]을 통해 청탁금지법 입법과정을 살펴본다.

---

10) 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 2015.3.3., 22면 이하 참조.

11) 수많은 기사 중 입법부실을 질타하는 사설("국회기능 스스로 포기한 '김영란법' 통과", 중앙일보, 2015. 3. 4.)과, 입법당사자인 정무위도 주무기관인 권익위의 혼란을 우려한 사설('입법당사자도 권익위원장도 헷갈린다는 김영란법', 문화일보 2016.10.11.) 등을 참조.

12) 이 법의 적용대상은 사실상 모든 국민이라고 한다(헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등, 판례집 28-2상, 139면 참조).

13) 위 헌재 결정에서, 재판관 김창종, 재판관 조용호의 '반대의견'(판례집, 180면) 참조.

14) http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=0505 (국민권익위원회 정책홍보 홈피), '입법행정예고'의 21번 자료(국민권익위원회 공고 제2012-32호, 2012. 8.22.). 2017.6.13. 최종방문.

15) '국회회의록 홈페이지'의 '회의록검색'(http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do)

1. 제331회 국회 제6차 법제사법위원회

제330회 국회 제1차 정무위원회(2015.1.12.)는『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률안』(이하 '정무위안')을 법제사법위원회에 회부하였다. 정무위안은 일찍이 김영주 의원이 대표발의 한『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안』(2013.5.24.), 이상민 의원이 대표발의 한『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안』(2013.5.28.), 정부가 제출한『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법안』(2013.8.5.), 김기식 의원이 대표발의 한『공직수행의 투명성 보장과 이해충돌방지를 위한 법률안』(2013.10.28.) 등 4건의 법률안을 제330회 국회 제3차 법률안심사소위원회(2015.1.8.)에서 병합 심사하여, '이해충돌방지 부분은 (앞으로) 계속 심사하기로 하고' 부정청탁 및 금품수수 금지 관련 조항(을 중심)으로 만든 법안이다.

법사위는 2015. 2.23. 공청회를 거쳐,[16] 동년 3. 3. 제6차 회의에서 정무위안을 심의하였다. 이 안이 법사위에 회부된 시점은 김영주 의원안과 이상민 의원안을 정무위에서 처음 심의한 2013. 6.18.로부터 근 19개월만의 일이다.[17] 이로부터 다시 50여일이 지난 이날, 본회의를 앞두고 열린 법사위의 정무위안 심의는 정상적이라면 짧게 끝났어야했다. 그러나 법사위는 본회의가 개의된 후에도 한참 더 진행되었다.

가. "문제투성이" 정무위안과 심사 부실

정무위안 심사의 부실은 오후회의를 속개하면서 한 법사위원장의 말에 잘 표현되었다: "정무위안은 법치주의와 법리상 위헌성을 안고 있어 문제투성이고 매우 우려되나 여론 때문에 2월 임시국회 내에 통과시킬 수밖에 없다니... 자괴감이 이루 말할 수 없다." 그런데 이 말은 오전에 했던 그의 모두(冒頭)발언, "당초에 예정된... 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률안을 상정해서 심의하고자 했습니다만 다소 문구 등을... 다듬을 시간이 필요해서 잠시 뒤로 미루고..."와는 사뭇 다르다.[18]

16) 법제사법위원회는 그 사이 두 차례(1차, 5차) 전체회의에서 정무위안을 다뤘으나 지극히 의례적이고도 총론적인 언급이 단편적으로 한 두 마디 거론되었을 뿐이다.

17) 법안이 이렇게 오랫동안 표류한 이유에 대한 기사로 권세진의 "국회 정무위에서 아무도 말을 하지 않았다!"(월간조선, 2014. 4.)와 "김영란법을 누더기로 만든 사람들"(월간조선, 2015. 4.) 참조.

18) 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 2015. 3. 3., 22면.

회의를 끝낼 때 그는 또 "... 오늘날 문명국가의 그 법정신이 많이 흐트러져 있는 것 같아서 법사위원장으로서도 자괴감과 씁쓸함이 이루 말할 수가 없"다고 하였는데, 이러한 자책적 언급은 다수의 법사위원들도 회의중에 토로하게 된다.[19]

이날의 법사위 심의는 '문구를 다듬는' 정도가 아니라 '사립학교 교직원'외에 '학교법인의 임직원 등'을 행위주체로 추가할 것인가라는 주제를 다뤘다.[20] 법안심사 초기에 가닥이 잡혔어야 할 '적용대상' 문제가 미해결 상태로 마지막 법사위회의까지 오게 되었는데 그 원인은 행위주체를 '공직자'에서 '공직자 등'으로 무리하게 확장한 정무위안 탓도 있겠지만, 근원적으로는 이런 유(類)의 법안이 과연 필요한가가 불분명했고 의원들 역시 이에 대한 확신이 없어서라고 할 수 있다. 어떤 법이든 적용대상은 그 법의 탄생과 존립의 근거가 되므로, 이 의제는 법안 심사초기, 아니 법안구상 단계에서 정리되었어야 할 것이기 때문이다. 그날 법사위는 시간에 쫓겨 위 사항을 추가하기로 하여 이른바 '법사위수정안'을 본회의에 상정키로 가결 하였다.[21]

나. 부실한 심사 속에서 탄생한 청탁금지법

퇴행적 논란에 답답함을 느꼈던지 이상민 위원장은 다음과 같이 말했다.[22] "마음 같아서는 그냥 법안명만 통과하고 싶습니다. 법안명만, 내용은 다음에 담고...", "지금 올라와 있는 법안 자체가 보시다시피 뒤죽박죽되어 있고, 저희들도 참 갑갑합니다. 그래서 제가 오죽하면 법안명만 통과시켰으면 좋겠다고 말씀드립니까, 구체적인 내용은 추후에 담고.." 그러나 이 말의 진의를 나는 아직도 모르겠다. 법사위회의에서 사회자인 위원장이 반복한 걸로 봐서, 또 회의 후반부에 이병석 의원도 이와 유사한 발언을 함으로써 공식적 언급임이 틀림없으나, 도대체 이런 입법방식도 있는지 과문(寡聞)한 탓에 금시초문일 뿐이다. 법안이 부족하거나 논쟁의 여지가 있다

19) 이와 같은 문제지적과 반성적 발언은 거의 모든 면에 걸쳐 나타난다(대표적으로 위 회의록, 25, 30, 31, 33, 35, 39, 42, 45, 46면 등 참조).

20) 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 2015.3.3., 24, 46면 등과, 회의 시작 단계의 김재경 위원과 이성보 국민권익위원장 간 질의응답(22면 이하) 참조. 그러나 이 '추가사항'은 정무위안이 법사위에 회부되는 과정에서 누락된 것이라는 지적이 수차례 나왔지만(25, 38, 40, 43면), 받아들여지지 않았다(42면 이하, 45면). 그러자 '학교법인의 임직원 등'이 추가된 '법사위수정안'이 만들어진다.

21) 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 46면.

22) 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 39, 42면.

면 좌고우면할 일이 아니라 본회의에 상정하지 말았어야 한다.

법사위에서 가결된 정무위안(=법사위수정안)은 이미 진행 중인 본회의에 추가상정 되었고, 이에 대해 김기식 의원의 제안설명과 김용남 의원의 '다음 국회로 연기하자'는 발언, 그리고 '이번 본회의에서 반드시 통과시켜야 한다'는 안철수 의원의 발언이 이어졌다. 잠시 후 투표의원 247명 중 찬성 228명, 반대 4명, 기권 15명으로 청탁금지법이 탄생하였다. 법안상정으로부터 15분여만이다. 원론적 문제 하나 해결 못하고 평행선을 달리던 조금 전 법사위의 분위기를 여타 의원들이 알 수는 없었을 것이다. 그렇다면 찬성한 92.3%의 의원들은 이 법안을 얼마나 알고 투표에 임한 것일까. 한편, 법사위회의에서 사립학교 재단도 적용대상이 되어야 함을 지적하는 등 회의 내내 적극적으로 발언하였던 서영교 의원과 또 한 의원은 기권하였다. 청탁금지법 입법의 미스터리이다.

입법자는 '2월 국회(제331회 국회)회기 내에 이 법을 통과시키겠다는 국민과의 약속을 지키기 위해서'라고 했다.[23] 하지만 국민은 물론 스스로에게도 솔직하지 못한 말이다. 법안발의로부터 이미 많은 시간이 지났으므로 이 가결은 시한을 지킨 것도 아니다. 약속이행을 강조하는 것은 법안심사를 방임한 불성실과, 허점이 있는 줄 알면서도 통과시킨 허물을 덮으려는 가식으로 보일 뿐이다. 국민과의 약속은 '법다운' 법을 만드는 것이다.

긴 시간 방치하다가 뒤늦게 여론에 밀려 부실법안[24]을 상정·통과 시킬 때 법사위원들은 법안에 문제가 있다는 사실을 잘 알았으므로, '법 시행까지 1년 6월의 유예기간'이 있으니[25] 나중에 이 법의 부족함을 재론하여 개정하자고 누누이 다짐하기도 했다.[26] 청탁금지법은 이런 입법자들에 의해 만들어졌다. 2년 반이 된 지금까지도 법은 개정되지 않았다.

---

23) 위 회의록, 30면 이하의 우윤근 위원과, 33면의 홍일표 위원, 39면 임내현 위원 발언 등; 제331회 국회 제4차 법제사법위원회회의록, 2015.2.23., 2면 위원장 발언도 참조.

24) 위 회의록, 36, 37면 등 참조.

25) 권익위 원안을 비롯한 모든 법안이 공포 후 시행까지의 경과기관을 두었다. 원안과 의원 발의안, 정부안 등은 1년이었으나, 정무위안만은 1년 6월로 하였다.

26) 위 회의록, 30, 31, 33, 35, 37, 39면 등 참조.

2. ‘제정이유’를 알려고 하지 않음

가. 입법배경에 대한 무지

문제가 있음에도 법안을 통과시킨 것은 법안을 구상하게 된 배경을 파악하지 못했기 때문이다. 제정취지에 관심을 두지 않고 법안검토를 성실히 하기는 어려운 일이다. 정무위나 법안 심사자들은 적용범위 ‘확장’을 단순히 ‘좋은 일이므로 널리 적용하면 더 좋을 것’이라는 정도로 보았다.[27] ‘부패 근절’이라는 이상적인 취지에, ‘좋으니까 가급적 널리 적용하자’고 했고, 청렴사회 구현이라는 구호에 적용범위는 확장할수록 더 큰 정당성을 얻을 것이라고 여긴 것이다. 후술(Ⅲ.3.)하는 바와 같이 원안에서부터 법안 통과까지 제정이유[28]를 규명하지 않고 당연한 것으로 간주한 결과이다. 그러나 제정이유는 입법방향과 심의방향을 제시하므로 가벼이 취급될 사안이 아니었다.

정무위안이 등장하기 전까지 모든 법안은 원안과 똑같은 제정이유를 내세웠고 적용범위도 같았다. 이 법안들을 단일화한 정무위안은 제정이유는 그대로 따랐으면서 적용대상은 사립학교와 언론 등의 민간영역으로 확장하였다. 확장을 주도한 정무위와 그 안을 심사한 법사위는 이 부분에 대해 아무런 문제의식을 가지지 않은 듯하다. 제정이유를 그대로 따랐다면 행위주체 확장은 좀 더 신중했어야 한다. 여러 요인을 종합적으로 살폈다면 제정이유를 재고했거나, 함부로 적용범위를 늘리지는 못했을 것이다. 별것 아닌 것 같지만 이 미묘한 차이를 간과한 정무위와 법사위는 ‘청

---

27) 제316회 국회 제3차 정무위원회회의록(2013.6.18.) 22, 27면 등 참조. 그러나 법률의 적용범위를 이런 식으로 가볍게 접근할 일은 아니다. 이와 관련하여 참고할 만한 경고로는 배종대, ‘특별’형법을 ‘보통’형법으로 만들기, 형사정책, 제18권 제1호(2006), 13면 이하 참조.

28) 권익위 원안의 제정이유는 다음과 같다: “최근 지속적으로 발생하고 있는 공직자의 부패·비리사건으로 인해 공직에 대한 신뢰 및 공직자의 청렴성이 위기 상황에 직면해 있으며, 이는 공정사회 및 선진 일류국가로의 진입을 막는 최대 장애요인으로 작용하고 있으나, 이를 효과적으로 규제하기 위한 제도적 장치가 미비한 상태임. 이에 공직자의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁 관행을 근절하고, 공직자의 금품·향응 등의 수수행위를 직무관련성 또는 대가성이 없는 경우에도 처벌이 가능하도록 하고, 공직자의 직무수행과 관련한 사익추구를 금지하여 공직과의 이해충돌을 방지하기 위한 종합적인 통제장치를 입법화함으로써 국민의 공공기관에 대한 신뢰를 확보하고 공직자의 청렴성을 증진하고자 함.”(밑줄은 필자주) 원안 이후의 여러 법안과 청탁금지법에서도 이 이유는 그대로 원용된다.

렴사회 구현'이라는 대의명분만 보고 당초 법안이 시선을 두었던 '공직'부패를 '공적 사무'의 부패로 오독(誤讀)했다는 지적을 받을 것이다.[29] 이 같은 착시(錯視)는 다시 말하지만 입법배경을 꼼꼼히 따져보지 않은 탓이다. 법안심사 때마다 적용범위가 논란되었지만 그 출구를 찾을 수는 없었던 이유이기도 한데, 입법을 구상하면서 입법필요성(Ⅲ.참조)을 생각지 않은 것이 그 원인(遠因)이다.

권익위 원안의 입법배경이 된 사례들은 '벤츠검사', '스폰서 검사' 등이다. 이 사건들이 상징하는 것은 고위공직자의 금품수수 사건들의 대부분이 사법망을 피해갔거나 가볍게 처벌되었다는 것이다. 이런 상황이 공직부패의 지속적 발생과 심각한 상태를 낳게 했다는 인식으로 이어졌고, 이것이 원안의 배경이 되었다.[30] 반부패를 말할 때마다 전가의 보도처럼 내세우는 국제투명성기구(TI)의 부패인식지수(CPI)라는 것도 '공공부문(a country's public sector, 정치권과 정부기관)의 부패 수준에 대한 전문가의 인식'임을 상기할 필요가 있다. 이와 함께 국가주요지표상의 '주요 기관별 신뢰도'도 가장 낮은 기관이 국회이며 중앙정부, 지방자치정부가 그 뒤를 잇는 것으로 조사되었다.[31] 그러나 CPI를 인용하는 대부분의 경우는 그 점수의 저조함과 조사대상국(또는 OECD 국가) 중 우리의 순위가 낮다는 점을 부각시키는데 역점을 둔 나머지 그 지수의 대상이 '공공부문'임을 놓치고 만다. 지수의 의미를 정확히 이해했다면 반부패입법의 초점을 어디에 두어야하는지 모를 수 없었을 것이다.

나. 제정이유에 대한 무관심, 이익충돌방지를 버림

청탁금지법은 부실한 법안과 심사의 불성실, 전문가 경시 등의 토양에서 탄생하였다. 입법과정에서 규명되고 합의되어야 할 것들이 적절히 파헤쳐지지 못한 채 제정되었다는 것이다. 특히 단행법률의 제정이므로 법안심사는 법안에 구체화된 여러

29) 실제로 정무위안 제2조 제2호는 "공직자등이란 ... 공직자 또는 공적 업무 종사자를 말한다."고 하여 이전의 법안과 달리 '공적 업무 종사자'란 용어를 등장시켰다.

30) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(0414-15)-입법경과-v2, 4면 참조. [법률쟁점서비스(http://lawpro.nanet.go.kr/main/main.do) 2017. 8.16. 최종방문, '부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'으로 검색].

31) 국가지표체계(www.index.go.kr 2016.10.18.방문)에 소개된 6년(2009-2014)간 통계; "날개 없이 추락하는 국회·정부·법원의 신뢰도"(서울신문 2016.10.18. 사설); 윤용규, "반부패, 충실한 법집행이 우선이다"(한국경제 2017. 2.11. 시론) 등 참조.

규정들에 다가가는 동시에 당연히 다음과 같은 기본적인 의문이 수반되어야 했다. 이런 법률이 필요한가, 기존의 반부패법령 적용은 어떠했고, 법안의 체계성과 형법 적격성은 갖추었는지, 입법조건은 제대로 지켰고, 입법자로서 법안의 의미를 파악했나 등이겠다. 입법이란 기존의 무수한 법령 가운데로 하나의 새로운 법률이나 조항이, 마치 수혈처럼 거부작용 없이 투입되(어야 하)는 것이기 때문이다.

이런 의문들은 그러나 청탁금지법의 입법단계에서 적절히 취급되지 않은 것 같다. 무엇보다 입법준비로서 기존법령에 대한 평가가 제대로 이뤄지지 않았다. 권익위 원안 입법예고 시 첨부된 "규제영향분석서_부정청탁금지법 제정안"[32](이하 '분석서')에는 예의 그 CPI와 공직부패와 관련한 2011년도 통계, 그리고 언론사 등이 실시한 설문조사 중 한 항목에 대한 통계와 몇 나라의 입법례 등이 담겨있었다. 분석서는 이것들을 가지고 나름 스토리텔링('공직부패는 제도적 장치의 미비 때문이다.')을 하였지만, 이 개별적인 정보들은 지극히 단편적이어서 상관없는 조각들에 지나지 않는다.

분석서는 입법예고안에 첨부된 것이긴 하지만 왜 입법해야하는지에 대해서는 '침묵'한 것이나 다름없어 자료라고도 할 수 없다. 의원이 발의한 3개의 법안과 정부안, 정무위안은 이 같은 분석서를 첨부하는 형식조차 취하지 않았다. 정부안 제출을 위해 권익위가 만든 '제정안 주요내용'(2013. 7.30.)[33]이라는 것도 원안의 분석서 수준을 넘지 못했다. 똑같은 자료를 권익위는 1년 후(2014. 7.) 또 홈페이지에 공시하였다.

이렇듯 정부안과 의원발의 법안 3개는 법안으로서 체계적 외형은 갖춘듯하나 입법의 기초는 부실했다. 공직부패가 제도적 장치의 미비 때문이라고 외치면서도 원인관계에 관한 증명은 없고, 이 법(안)의 대상이 누구여야 하는가에 집중하지도 않았다. 과잉입법과 과잉범죄화의 색채가 더욱 짙어진 정무위안 역시 마찬가지였다.

정무위안에서 도무지 납득하기 어려운 것은 '공직부패 근절'을 그렇게 강조하면서도 '이해충돌방지' 부분을 빼버렸다는 사실이다. 반부패 법안으로서는 이해하기

32) http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=0505(국민권익위원회 정책홍보 홈피)를 방문하여 '입법행정예고'의 21번 자료 검색(2017.6.13. 최종방문).

33) 국민권익위원회, 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법」 제정안 주요내용, 2013.7.30., 참조 [국민권익위원회(http://www.acrc.go.kr), 부패방지, 부패방지 자료, 반부패정책/부패영향평가 검색].

어려운 일이다. 이해충돌방지 법리는 반부패법의 구체적이자 논란의 여지가 없는 실천 방안이므로, 이것이 빠진 정무위안과 청탁금지법은 자기모순이며, 확실한 실천 수단을 뺀 입법자는 자기부인에 빠진 것이다. 특히 이해충돌 법리는 사후적 처벌 대상인 부패(부정청탁, 금품수수)와는 달리, '부패로 전환되기 이전 단계인' 잠재적 갈등상황에 관심을 둠으로써 부패를 사전에 예방하는 장치이기 때문이다.[34)]

그들은 '논의시간이 부족해서' 제외시켰다고 했지만, '이익충돌방지'조항은 권익위 원안 등에 비로소 처음 등장한 것이 아니다. 공직윤리에 관한 최초 입법인 「공무원의청렴유지등을위한행동강령」(2003. 2.18. 제정)에 공직윤리의 핵심 사항으로 반영되어[동법 제5조(이해관계 직무의 회피)],[35)] 정무위가 법안에서 배제한 2015. 1. 8.엔 이미 10여 년간 발전적으로 운영되어온 터이다. 오랜 시간을 허송한 정무위의 '시간부족 탓'을 누가 납득하겠는가. 입법필요성이 또렷이 세워졌고 또 파악했다면 긴 시간을 그냥 보내지도 않았을 뿐만 아니라 정무위처럼, 두 바퀴 수레를 한 바퀴로 몰겠다는 무모한 짓은 하지 않았을 것이다.

제정이유에 대한 이런 무관심은 법안심사에서도 이어졌다. 분석서의 부실에 대해 심사자 역시 관심을 보이지 않은 것이다. 최초 제안자들이 검증되지 않은 선입견으로 원인과 대책을 당연시하자 법안심사의 방향타는 '부패근절'이라는 불가능한 희망에 맞춰진 것이다. 그러나 법으로는 달성할 수 없는 도덕적 취지에 환호하는 입법은 과잉입법의 길을 피하기 어렵다.

권익위 원안은 여러 차례 변형(원안-3의원안-정부안-정무위안)을 거침으로써 '김영란법안(=원안)'은 사라졌다. 이익충돌방지 부분이 떨어져 나갔고 이 법의 적용범위(또는 행위주체의 범위)도 바뀌었다. 법안의 변경이 무조건 나쁘다는 것이 아니라 향방 없는 '곡예'가 위험하다는 것이다. 만일 제정필요성이 명확했다면 심사과정에서 개선보완의 '방향과 기준'을 찾을 수 있었을 것이고, 그랬다면 법안심사란 결국 법률의 완성도를 높이는 과정이기 때문에 부당한 원안변경은 일어나지 않았을 것이다. 아니면 제정이유의 불합리를 들춰내 여론에 굴하지 아니하고 아예 법안폐기로

34) 박홍식, 공직자행동강령 시행 10년 성과 및 과제(국민권익위원회 주최, "공직자 행동강령 시행 10년, 성과 및 과제 토론회", 2013.5.31.), 47면 이하 참조.

35) 윤태범, 공무원행동강령 시행 10년의 성과 평가(국민권익위원회 주최, "공직자 행동강령 시행 10년, 성과 및 과제 토론회", 2013.5.31.), 28면 이하 참조.

나아갔거나, 적용범위를 대폭 축소해 규범력과 관철력을 극대화하는 길로 나아갔을 것이다. 돌이켜 보면 정무위안의 탄생과 그 뒤에 법사위 심사의 답보, 법안통과를 앞두고 무성했던 개정논란과 통과직후의 위헌심판 청구 등은 모두 법안의 준비와 심사의 부실로부터 필연적으로 일어날 수밖에 없는 일들이었다.

3. 전문가 경시

입법이란 당대의 학문적 업적과 실무의 축적으로 이룩된 실제적 이론을 반영하는 작업이다. 입법적 조치가 필요한 사회현실을 체계적으로 연구·분석한 객관적 자료를 바탕으로 그 결과를 예측하며 이해관계인의 참여로 이루어져야 하므로,[36] 입법사항을 찾고, 그것을 조문화 하는 과정에서 실제적 이론의 세례를 받아야 한다. 이때 불필요한 입법을 막기 위해 관련 사항에 대한 경험적 실태파악이 선행돼야 하는 한편, 입법은 장래를 향한 것이므로 미래예측, 즉 입법결과에 대한 영향분석은 입법준비 단계에서부터 성안(成案)과 그에 대한 심사의 모든 과정에서 참고 돼야한다. 입법필요를 구현하려면 구체적 규범화 작업이 요구되는데 이것은 곧 헌법가치의 실현이므로 체계성과 정당성 검증이 수반되어야 한다. 입법(자)의 전문성이다.

이런 점에서 청탁금지법의 입법과정은 전문성이 의심스럽다. 정무위나 법사위 회의록과 심의결과인 법률(안)의 내용을 보면 도무지 어떤 이론적 근거 위에서 작업이 시작되었고 어떤 원칙으로 심사되었는지 알 수 없다. 입법예고 시 첨부된 18쪽 분량의 분석서에 제시된 정보들은 출처나 참고문헌을 밝히지 않았다. 기타 다른 법안도 마찬가지이다. 법안과 심사의 비전문성이다.

입법예고와 법안발의를 전후하여 반부패법령의 입법동향에 관한 다수의 연구가 수행되었고, 법안심사에 들어가서는 정무위와 법사위가 한 차례씩(2014. 7.10, 2015. 2.23.) 공청회를 가졌다. 그러나 이러한 연구결과와 공청회에서의 진술은 법안에 반영되지 않았다. 특히 정무위안을 넘겨받은 법사위의 공청회는 본회의 1주일 전에 열려 전문가의 식견을 '듣겠다'는 의도가 있었는지조차 의심스럽다.[37] 요식절차로

36) 이익현, 해석론과 입법론, 법제 제646호(2011.10), 4면.

37) 공청회의 한 진술인은 '연락받고 하루만에 공청회 발표자료를 작성했다'는 언급도 있었다[제331회 국회 제4차 법제사법위원회(2015. 2.23.) 회의록 27면 참조.].

끝난 공청회도 그렇지만 입법자 스스로도 전문성을 갖추지 못했다는 점도 우려스러운 입법현실이다.[38] 연구논문의 숙지까지는 아니더라도 입법자라면 불법원칙, 책임원칙, 죄형법정주의, 비례성원칙 등 형법이론과, 무엇보다도 입법이론에 대해 기본적 소양은 갖췄어야 한다. 그러나 기본적 법원리에 반하는 내용을 끝내 분별하지 못했고,[39] 입법이론과 법제 관련 법령의 요구는 무시되었다. 이 법에 대한 위헌심판 청구는 헌재로부터 합헌결정을 받기는 했지만 이것은 '위헌이 아니라는 헌재의 선언이지, 양질의 입법을 보증한 것은 아니다.[40] 합헌 판단으로 만족해서는 안 되는 이유이다. 합헌성 판단은 최저의 기준을 찾으나 입법은 높은 수준을 추구해야 한다.

Ⅲ. 검증되지 않은 입법필요성

1. 입법필요성 분석, 입법의 조건이자 법의 명령

입법이란 법을 만드는 국가작용으로서 법규범의 신설, 개정, 폐지 등을 포함한다. 법은 국민의 자유영역에 국가의 직·간접적 간섭을 허용하는 규범(=강제)이므로, 광범위하게 인정되는 국회의 입법형성권도 궁극에는 법치국가원리에 구속된다. 입법에는 내용과 절차가 정당하고 신중해야 한다는 내재적 요청이 있는 것이다. 헌법의 지도가치인 '인간의 존엄 보장'(제10조)과 그 실천원리인 비례성원칙(제37조 제2항)에서 도출되며,[41] 하위법령은 이것을 구체적으로 규정하고 있다.[42] 헌법합치적이고

38) 의원을 돕는 9인의 보좌관과, 서로 유사한 법안을 발의할 경우 의원들간의 공동작업을 한다면, 게다가 국회도서관과 입법조사처, 법제실 등이 갖춰진 환경은 결코 이들의 전문성이 여건 탓이라고 할 수는 없다.

39) 직무관련성과 대가성 없이 단지 가액 '100만원(연 300만원) 초과'를 기준으로 형사처벌이 법체계에 맞지 않는다는 지적에 대해, 국민권익위원장 이성보의 답변은 공직선거법과 뇌물죄 등과 비교하였는데(제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록, 2015.3.3., 30, 34면), 이 법의 '불법이나 법익침해'가 존재하지 않는 금품수수행위와 뇌물은 근본적으로 다르다. 이들은 또한 위헌 논란에 대한 반론으로 간통죄 위헌을 예로 들기도 했다(31면). 그러나 이들은 서로 비교의 대상이 될 수 없다.

40) 국회의 입법과 헌재의 합헌 결정은 마치 '청탁금지법을 반대하는 인상을 주지 않으려' 헌재와 국회간 폭탄 돌리기를 하는 것처럼 보인다(윤용규, '김영란 법', 기존 법 집행 가로막는 과잉입법, 한국경제,2016. 8.15. 참조).

합법적인 입법일 때 수범자의 (법)승인과 법신뢰는 높아지고, 이는 규범의 내면화를 도와 관철력을 강화시켜 법의 생명을 지속가능하게 한다.[43)]

이러한 입법의 합리성을 보장하는 첫 번째 조건은 입법필요성의 파악이다. 필요 없으면 입법도 없어야 한다. 필요성이 불분명한 입법은 (입)법의 오·남용으로 이어지게 마련이다. 필요성의 부재나 불명(不明)은 입법자는 물론 법 집행자나 수범자에게 법의 내용과 방향성에 대한 확신형성을 방해하기 때문이다. 그러나 규범적 간섭이 필요한 상황이라고 하여서 곧바로 입법필요성이 인정되는 것은 아니다. 상황의 통제가 '법이외의 사회 규범'(예: 도덕, 윤리, 관습 등)과 사회정책으로도 족하다면 '입법'은 필요치 않다. 입법필요성에 대한 관심은, 사회질서 유지를 위해 법규범보다 더 많은 역할을 하는 비법적인 사회규범의 중요성과 그 역할을 인정하고 존중하는 일이기도 하다.[44)] 비법적 사회규범을 우선시 하는 것은 '시민의 자유 우선'을 표방한 헌법 원칙(제10조)의 요청이다.

입법필요성이 있어도 어떤 법 영역(민법, 상법, 행정법, 형법 등)으로 개입할 것인가를 또 따져야 한다. '최후의 수단'인 형법이 필요하다고하기 위해서는 형법 이외의 다른 법규범들의 무능과 무력(無力)이 전제되어야 한다. 사회적 캠페인으로도 충분한 것을 입법으로 해결하려고 해서도 안 되지만, 행정법이나 민법 등 비형법적 수단으로 족하다면 형법을 투입해서도 안 되는 것이다.[45)] 법규범은 비법적 사회규범에 대해 보충적 관계이며 형법은 다시 다른 법규범에 대해 보충적 관계에 있다(=

41) 법제처, 헌법과 법제실무, 2009, 16면 이하; 홍완식, 헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙, 헌법학연구 제15권 제4호(2009.12), 491면 이하; 최윤철, 이법학 체계정립을 위한 작은 시도, 법과 정책연구, 제12집 제3호(2012.9.) 1032면 이하 참조.

42) 예컨대 「법제업무 운영규정」[대통령령 제22427호, 2010.10.5. 시행] 제3조, 제6조; 이 운영규정의 시행규칙인 「법제업무 운영규정 시행규칙」[총리령 제942호, 2010.10.14. 시행] 제2조; 「행정규제기본법」[법률 제9965호, 2010.1.25., 일부개정] 제7조 등. 이 규정 등은 최근(2017.5.8.)까지도 개정되었지만 권익위 원안의 입법예고 시를 기준으로 소개했다.

43) 물론 규범승인과 내면화는 입법으로만 이뤄지는 것은 아니라, 그 법의 해석과 집행이 차분히 축적되는 과정에서 쌓여가는 것이다. 법치주의는 그러므로 입법, 해석, 집행의 각 작용이 발전적으로 순환됨으로써 실현되는 것이다.

44) 사실, 비법적 사회규범이 큰 역할을 하는 사회가 규범적으로 건강한 사회이다. 형법은 '최후의 수단'이라는 말을 곰곰이 생각해 보라.

45) 이는 형법이 사회규범에서 차지하는 위치와 역할에 관한 논의이다. '형법의 자리매김'에 대해서 자세히는 배종대, 형법총론, 7/1이하 참조.

규범질서). 규범 간에 엄존하는 영역과 위계를 무시한 입법을 '과잉입법'이라고 하며, 형법의 경우 이것은 '과잉범죄화'(overcriminalization)인 것이다. 규범질서의 무시는 마치 차선침범 같이 각 규범이 가지는 제재의 대상과 간섭의 수위를 교란하고 파괴하는 혼란을 야기한다.

필요성을 결한 입법은 과잉입법으로서 입법(권)의 한계를 벗어난 것이다. 필요 없이 개인의 자유에 간섭하고 사회질서를 부당하게 왜곡함으로써 규범체계를 헝클어 뜨린다. 형법사항이 아닌 경우나 필요한 정도를 넘어서는 입법은 마찬가지로 '필요 없는 형법화'(즉 과잉범죄화)로 개인의 행위자유를 침해한다. 한편, 기존의 관련법이 엄연히 효력을 가지고 있음에도 동일한 사안에 대해 중첩적으로 규율하는 입법은 '중복입법'으로서, 이것 역시 필요성을 갖추지 않았다는 점에서 과잉입법의 하나이다. 단지 규율대상이 중복되었다는 것만으로 위헌이라고 속단할 수는 없지만 입법기술상으로는 피해야 할 졸속입법이다. 우리의 입법현실은 과잉입법, 중복입법, 졸속입법으로 평가할만한 사례가 많다. 형사법영역에서 양산된 형사특별법이 과잉형법의 대표적 예이다.[46]

과잉입법은 입법 시 먼저 그 필요성 유무를 분석하라는 입법원리와 실정법규범의 구체적 요구, 즉 법치국가원칙(=비례성원칙)의 무시이기도 하며, 위헌과 개정 등의 논란으로 국가작용에 불필요한 낭비를 초래한다. 반면 입법필요성을 정확히 파악하면 당해 규범의 존재근거를 분명히 해줌으로써 그 법에 대한 신뢰성(법적안정성)을 높여주고 당해 규범의 색깔을 명확하게 함으로써 법의 취지 실현과 규범질서 강화에도 도움이 될 것이다.

2. 청탁금지법과 입법필요성

앞(Ⅱ.)에서 언급했듯이 청탁금지법은 중복입법이자 과잉형법의 혐의가 있다. 행위주체의 범위는 크게 확장되었지만 규율대상 행위는 기존의 반부패법령(이하 '기존법령'이라 함)과 큰 차이가 없을 뿐만 아니라, 설령 입법자의 주장대로 '법령의 미비'가 있다고 하여도 그것이 공직부패(만연)의 원인인가는 검증되지 않았다. 또한

46) 배종대, '특별'형법을 '보통'형법으로 만들기, 형사정책, 제18권 제1호(2006), 10면 이하 참조.

(뇌물죄)'처벌의 사각지대'가 형법의 일부개정이 아니라 청탁금지법 같은 단행법률의 제정과 단순금품수수죄 창설의 필요충분조건인가도 설명되지 않았다.

가. 입법필요성을 예단함

청탁금지법이 규율대상으로 규정한 것들은 이미 기존법령에서 대부분 공직자에게 금지(또는 요구)한 행위들이다. 이 법의 제정작업은 정무위나 법사위 회의에서 의원과 권익위원장 등도 인정한 바와 같이 명령 형태의 공무원행동강령을 법률로 '강화'시키려는 기획이었던 것이다.[47] 공직부패를 방지하고 청렴사회를 구현하려는 목적에서 모두 같고, 공직자를 핵심 수범자로 한 '국가의 명령'이라는 점과 또 일정한 제재를 할 수 있다는 점에서도 전혀 다르지 않다. 그런데 굳이 '법률화'의 길을 가려고 한 까닭은 무엇인가. 제정이유(아래 3. 참조)를 통해 밝힌 것이라곤 '공직부패를 해결할 제도적 장치가 미비하다'(=S)는 '단정'뿐이다.

그러나 이 주장이 성립하기 위해서는 '공무원행동강령의 제재로는 공직부패가 통제되지 않지만 형사법적 제재로는 가능하다'(P)가 '참'이어야 한다. 그전에 S의 원인관계, 즉 공직부패가 그것을 해결할 제도적 장치가 미비해서인가(S1), 그리고 공직부패 '만연' 사실의 확인과 또 이것이 입법적 대안이 필요할 정도로 '심각'하다(S2)라는 판단부터 정리되어야 한다. 어느 하나라도 부인된다면 입법이 아닌 다른 해결을 찾아야 하는 것이다. 그런데 S1도, S2도, P도 설명되거나 뒷받침하는 자료가 제시되지 않았다. S는 곧이곧대로 받아들일 수 없는 선입견일 수도 있는 것이다.

백보양보해서 이 모든 것들이 '참'으로 검증되었더라도 꼭 새로운 단행법률 제정이 유일한 대책이라는 논리가 성립되는 것도 아니다. 기존의 반부패 명령과 형법의 관련부분을 부분적으로 개정하거나 몇몇 보완조항을 신설하는 길도 있고, 해석론 변경(에 의한 판례변경)의 길도 얼마든지 있기 때문이다. 청탁금지법의 경우, 후술하는 것처럼 이러한 다각적인 검토가 꼼꼼히 이뤄지지 않은 것으로 보인다. 입법필요성을 구명하기보다 일상에서 굳어진 선입견을 그대로 근거로 삼은 것이다. 이른바 일상이론(Alltagstheorie)이자 신화(神話)적 믿음을 입법의 근거로 한 셈이다.[48]

47) 제316회 국회 제3차 정무위원회회의록(2013.6.18.), 27면; 제331회 국회 제6차 법제사법위원회회의록(2015.3.3.), 26면 이하 등 참조.

그러나 이것은 과학적 분석 없는 '예단'으로, 검증이 필요한 사안을 도리어 증거로 사용한 논리적 오류이다. (형사)입법에 전문가의 영향력이 사라진 탓이 아닌가 한다.[49]

나. 공직부패의 원인을 '법 미비 탓'으로 전가(轉嫁)

입법필요성은 입법의 필요조건이므로 법안의 성안 이전에 검토돼야 한다. 원안 등의 제안자나 청탁금지법의 입법자는 단지 '공직부패의 지속' 현상이 있다는 것만으로 – 이것의 형사정책적 전후맥락은 따지지도 않고 - 성급히 기존법령의 미비가 그 원인이라고 매도하였고, 그 대책으로 새로운 법 제정의 필요까지 주장하였다. 입법필요성은 상술했듯이 법 미비와 공직부패가 서로 원인관계임이 밝혀진 연후에 비로소 거론될 수 있다. 그러므로 설령 양자 사이에 인과성이 인정되더라도 다시 공직부패의 원인을 잘 따져봐야 한다. 법흠결 보완으로 공직부패가 다스려질 수 있다고 해서 그 흠결이 공직부패의 유일한 원인은 아니기 때문이다. 공직부패 만연은 법령이 미비해서 그럴 수도 있지만, 법(담당자)의 미집행[50]이 원인일 수도 있는 것이다. 이외에도 제정 후 여러 차례의 개정이나 졸속입법 등으로 인하여 체계가 헝클어지거나 난삽해질 경우에도 법집행력은 감소될 수 있다.[51] 이러한 검토가 없다면 정확한 원인도 모르고 입법하는 것이 된다.

따라서 직무담당자의 나태와 부작위가 원인이라면 복무위반과 감독의무위반을 살펴야 하며, 법령의 미비나 당해 법령의 난맥(亂脈)인 때에는 입법이 대안으로 제시되어야 한다. 이때에도 기존법령의 보완으로 족하다면 단행 법률의 제정이 아니라 기존 법의 일부개정으로 가야한다.

---

48) 일상이론에 대해서는 U.노이만/U 슈로트(배종대 역), 형사정책의 새로운 이론, 홍문사, 1994, 101면 참조. 범죄에 관한 신화에 대해서는 해럴드 페핀스키/폴 제실로(이태원 역), 범죄에 관한 10가지 신화, 한울, 2003, 29면 이하 참조.

49) 대표적 예로 유기징역의 상한을 다짜고짜 두 배로 높인 2010.4.15. 형법개정[법률 제10259호]을 들 수 있다. "전문가의 자문 없는 실무" 현상은 비단 우리나라의 경우만이 아닌 듯하다. 이에 관한 독일 문헌으로 빈프리트 하쎄머(배종대, 이상돈 편역), 형법정책, 세창출판사, 1998, 254면 이하; 에릭 힐겐도르크(이상돈, 홍승희 공역), 형법의 세계화와 전문화, 박영사, 2010, 67면 이하; 윤용규, 사회변동과 형법의 과제, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010.12), 225면 이하 참조. 또한 II.3. 참조.

50) 여기에는 완전 부적용, 불완전 집행, 잘못된 집행 등의 개념들이 포함될 것이다.

51) 법제업무 운영규정(대통령령) 제24조(법제정비·개선의 추진) 참조.

요컨대, 입법자가 청탁금지법의 입법이유에서처럼 '공직부패사건이 지속적으로 발생하는 것이 이를 규제하는 제도적 장치가 미비하기 때문'이라고 주장하려면 다음과 같은 점이 확인되어야 한다. 그 당시 우리사회의 공직부패가 '위기적'인가, CPI의 정체가 과연 '위기'인가,[52] 위기로 판명되었을 경우 이것이 기존법령의 미비 탓인가, 집행의 미비(=집행부도[53]) 때문인가, 선별적 소추나 법해석[54] 때문은 아닌가 등이다. 공적 통계와 이에 대한 과학적 분석[55]을 토대로 일일이 그 연결성이 밝혀지기 전에는 '공직부패가 심각하다'는 정부(권익위)의 주장은 아직은 주관적·독자적 인식일 뿐 입법의 근거가 될 수는 없다. 사회문제를 너무 쉽게 기존법령의 미비 탓으로 돌리는 경향은 해석론 결핍을 낳고 이는 다시 집행결손을 부를 것이다.[56]

다. 해석결핍과 집행결손의 악순환

범죄 지속의 원인은 다양하므로 공직부패가 끊이지 않는 현상을 다짜고짜로 '법의 미비' 탓이라고 할 수 없다. 청탁금지법 제정의 빌미를 제공했다는 '벤츠 검사', '스폰서 검사' 사건에 대한 사법처리에서 대부분 뇌물죄 부분은 무죄가 되었는데 그 이유는 '직무관련성은 있지만 대가성을 입증하기 어렵다'는 것이었다. 이런 판결은 국민정서와 너무 동떨어져 많은 지탄을 받았다.[57] 형사사법이 '법감정'에 좌우돼야

52) 2000년부터 지속적으로 개선되어오던 부패인식지수(CPI)가 2008년부터는 다소 감소되었다가, 청탁금지법 입법을 준비하던 2011년경 근소한 등락과 정체를 보였는데, 이것을 '위기'라고 볼 수 있을지 모르겠다.

53) 집행적자, 집행결손이라고도 한다. 빈프리트 하쎄머(배종대, 이상돈 편역), 형법정책, 1998, 202면 이하, 262면; 김일수, 전환기의 형사정책, 2012, 297면 등 참조.

54) 왜냐하면 반부패정책을 지속적으로 추진함에도 불구하고 수그러들지 않는 고위공직자들의 부패는 '적발'단계는 건강하다는 신호일 수 있다. 다만 수사와 기소, 공판 단계에서 국민의 기대치에 미치지 못한다는 것이다. 선별적 수사와 기소, 소극적 공판유지, 소극적 법해석과 적극적인 법왜곡 등이 개입될 때 나타나는 현상이다.

55) 「행정규제기본법」제7조 참조.

56) 이런 경향을 한때 우리사회를 떠들썩하게 했던 '체벌금지와 학생인권조례' 논란에서도 찾을 수 있다. 당시 교육법령은 해석상 이미 체벌을 금지한 것인데도, 그 법령의 해석과 집행실태 등에 관해서는 눈을 감고 체벌금지 본질론을 내세워 아무 문제가 없는 법령을 불필요하게 개정하였던 것이다. 이에 관한 비판적 고찰로는 윤용규, 체벌논의에 대한 반성적 고찰, 형사정책연구 제23권 제3호(2012. 가을), 163면 이하, 178면 이하, 193면 참조.

57) 이 논문 작성 중 뇌물수수 혐의로 1심에서 실형을 선고받았던 김형준 전 부장검사가 항소심에서

하는 것은 물론 아니지만 "'사소한' 부패 개선에는 크게 기여를 하였으나 '큰 부패', 즉 권력형·정치형 부패 개선에는 별다른 기여를 하지 못하였다"[58]는 반부패정책에 대한 당시의 평가는 시사 하는바가 크다. 국민의 반감이 단순한 감정이 아님을 말하는 것이기 때문이다. 또한 이 사건들의 전말(顚末)이 이 법 제정의 동기가 됐다는 것은 반부패정책에 문제가 있음을 정부와 입법자도 공히 인식했다는 말이기도 하다. 다만 국민 불신의 원인이 법의 미비 때문이라는 입법자의 단정은 성급했다는 점을 지적하려는 것이다.

여기서 국민정서는 다음과 같이 묻는다. 이 사건들에서 검찰은 공소유지를 위해 공익의 대표자로서 성실한 직무를 다 했고. 재판부는 실체진실을 발견하고자 심판주체로서 법양심(헌법 제103조)에 따라 법을 해석·적용 하였는가. 판결은 법의 해석과 적용을 둘러싼 소송주체(피고인과 변호인·공소유지 검사·재판부) 간의 실체적 진실발견을 위한 상호노력의 결정체이므로, 판결에 영향을 미칠 각 주체의 역할에 따른 질문인 것이다. 이른바 '제식구 감싸기' 차원에서 검사가 공소유지에 게을리 했거나 재판부가 '대가성 인정범위'를 과도하게 축소한다면 그 결과는 뇌물죄 불성립일 것이다. 이런 의문을 갖게 한 것이 과연 누구인가.

위 사건들의 사법처리와 국민감정과의 괴리는 뇌물 관련 규정의 미비 때문이라는 주장은, 뇌물죄는 직무관련성은 물론 대가성도 충족되어야 한다(통설)는 전제에 서 있다. 이런 입장에서는 대가성이 인정되지 않으면 뇌물죄는 성립될 수 없다. 대부분의 독직(瀆職)사건에서 뇌물죄에 대한 무죄는 바로 이 대가성이 인정되지 않았기 때문이다. 이 주장은 나아가 대가성 없이도 처벌할 수 있는 새로운 범죄구성요건의 창설이 필요하다는 입법론을 제시한다. 그러나 위 사안들이 과연 해석의 한계로 인한 입법론의 문제인가에 대해서는 의문이 있다. 현행 규정 해석(의 변경)으로도 얼마든지 해소할 수 있다고 보기 때문이다.

형법은 뇌물죄의 성립요건으로 "그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때"라고 하였을 뿐이다.[59] 직무관련성을 요구한 것은 분명하지만 '대가성'에 대

집행유예로 풀려났고(서울고법 2017. 8.10, 2017노700), 김수천 전 부장판사는 뇌물사건 항소심에서 뇌물죄 부분은 1심을 뒤집고 무죄로 판결되었다.

58) 이종수, 부패방지법 제정의 의미화 향후 부패방지 제도의 발전방향(국민권익위원회/한국부패학회 주최 「부패방지법 제정 10년-반부패 정책의 성과 및 과제」), 2011.7.19., 21면 이하.

해서는 어떤 표현도 하지 않았다. 대가성을 굳이 '기술되지 않은 구성요건표지'로 인정할 절대적인 이유는 없는 것이다.[60] 특히 스폰서 검사 사건이 지속적으로 발생하는 현실에서는 더욱 그렇다. 대가성 인정 여부는 결국 입법의 미비가 아닌 해석론의 미비가 문제인 것이다.

반부패정책은 정부만의 과제가 아니라, 모든 국가기관과 온 국민이 다함께 이루어 나아가야할 가치이다. 또한 법원의 판례변경은 정당한 법발견 방법이다. 뇌물죄에 관해 이른바 포괄적 뇌물죄 개념을 정립한 것도 법해석의 발전적 변경이자 법발견인 것이다. 그러므로 뇌물 관련 규정을 해석할 때 법원은 심사숙고할 필요가 있다. 종래의 해석론을 무비판적으로 답습하는 것이 아니라 구체적 사안에 적용될 법해석을 발견하려고 긴장해야 한다. 일반 뇌물사건과 달리 고위공직자의 뇌물죄 판단에서, 법원 스스로 찾아낸 포괄적 뇌물 개념이 무색하리만치 대가성 표지를 고집해서는 안 될 것이다. 이런 태도는 판례[61]와 해석론[62]의 흐름에 어긋나, 법왜곡(예: 독형법 제339조[63]) 논란을 야기하게 될 것이다. 스폰서 검사사건에 대한 사법심사를 국민이 수긍하지 못하는 것도 바로, 수사와 공소 기관에 의해서 법원까지 간 뇌물피의사건이 대가성 입증 곤란을 핑계로 무죄판결을 내렸다는 점을 상기해야 한다. 우리나라의 부패인식 지수가 낮은 이유도 사회적 파급효가 큰 고위공직자에 대한 사법처리를 신뢰하지 못하는데 크게 기인하는 것이다.

이런 점에서 공직부패 만연을 단순히 법의 미비 탓으로만 돌려서는 안 된다. 해석론의 변경이나 포괄적 뇌물개념에 부합한 해석으로도, 즉 별도의 입법 없이도 '사각지대'를 줄일 수 있다고 보기 때문이다. 새로운 구성요건 창설 주장은 해석론적 노력이 무망할 때 비로소 나올 수 있는 것이다.

그렇다면 뇌물죄 성립이 까다롭다는 기존 해석의 타성에 기대어 새로운 구성요건

59) '직무관련성'은 형법의 여러 뇌물범죄(제129조에서 제133조) 성립의 공통되는 구성요건표지이다.

60) 오영근, 형법각론(제2판), 2009, 45/81이하 참조.

61) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2005도4204 판결; 2002. 7. 26. 선고 2001도6721 판결; 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결; 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결 등.

62) 박상기, 형법각론(제7판), 644면; 오영근, 형법각론(제2판), 45/81 이하 참조.

63) 독일 형법 제339조: 법관, 기타 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리하게 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

창설만이 대안이라고 호소하는 것은 얼마나 무모한 것인가. 더구나 다수의 독직사건을 복기하면 '대가성 입증이 어려운' 사안이라고하기도 어렵지 않은가. 위에서 언급한 법규정과 해석론, 그리고 판례의 흐름을 따르면 통상의 해석으로도 대가성은 뇌물죄 성립을 가로막는 표지일 수 없다. 물론 성립요건은 아니지만 '양형사유'로는 작용될 수 있을 것이다. 이런 법발견 노력을 게을리 하거나 자의적 법왜곡을 자행한다면 반부패 의지도 의심받지만 선별적 법해석(=다른 형태의 공직부패)이라는 비판을 피할 수 없을 것이다.

요컨대, 입법필요성과 관련하여 입법자는 다음을 숙고해야 한다. '기존법령을 성실하게 적용(성실한 수사와 기소, 공소유지, 성실한 심판과 집행, 그리고 행형 등을) 하였는데도 공직부패가 만연했다는 것인가?' 수사와 공소 단계에서의 선별적 수사와 공소, 사법부의 법왜곡,[64] 행형에 관한 부정적 평가 등에 관한 오래된 문제제기로부터 자유로운가. 이러한 의문에 대한 규명 없이 그저 일상적 신념에 따라 법제정 필요성을 외쳤다면, 의사가 진단도 하지 않고 처방을 내린 것과 무엇이 다른가. 그렇게 생성된 법안은 부실할 수밖에 없으며, 수범자에게 왜곡된 정보를 제공하게 되어 '입법원칙으로서의 민주주의'[65]에도 반한다.

입법이유에 대해 그 합리성과 과학성을 따지는 것은 입법자가 반드시 거쳤어야 하는 입법준비에 대한 주권자의 감시이자 피할 수 없는 입법평가이다. 청탁금지법의 입법과정을 돌아보면 입법자는 그런 의무조차 모르는 것처럼 입법권을 행사하였다. 규범을 성실히 해석하고 적용하기보다 (제도의) '사각지대'를 만들어내 너무 쉽게 '규범미비의 탓'으로 돌리고는 입법이유로 삼았다. 해석으로도 넉넉한 일을 굳이 입법으로 해결하려는 경향은 해석의 기피이며, 게으른 집행자의 책임전가이자 은폐이다(책임 은폐·전가 입법).[66] 해석은 집행을 위한 전제이므로 해석을 소홀히 하면 집행결손을 낳고, 집행결손은 다시 해석기피를 낳아 비대해진 입법 영역에 비해 해

64) 허일태, 법관의 법왜곡 행위에 대한 대책, 동아법학, 제21호, 1996; 서보학, 판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안, 경희법학, 제49권 제4호, 221면 이하 참조.

65) 최윤철, 규제입법 제정에 있어서 입법원칙에 대한 연구, 유럽헌법연구 제22호(2016.12.), 499면 참조.

66) 이에 대한 지적으로 윤용규, 체벌논의에 대한 반성적 고찰, 형사정책연구 제23권 제3호(2012. 가을), 162면 이하, 189면 이하 등 참조.

석과 집행 영역은 소활(疎闊)한, 기형적 악순환을 초래한다.

3. 원안 등의 '제정이유'와 분석서

가. 제정이유의 무단 전재(轉載)

권익위가 입법예고 한 원안의 뒤를 이어 발의·제출된 김영주 의원안, 이상민 의원안, 정부안, 정무위원회안 등의 '제안이유'는 김 의원안을 빼고는 모두 글자까지 원안의 제정이유와 동일하다. 김 의원안도 내용적으로는 원안의 제안이유에 포섭되므로 결국 모든 안의 제정이유는 같다. 의원들의 법안발의는 원안 이후 정부안이 나오지 않자, 정부의 의지박약을 탓하며 '정부가 못하면 우리라도 하겠다'며 권익위 원안을 바탕으로 성안한 것[67]이므로 그럴 수밖에 없는 사정도 있다고 하겠다. 그런데 이런 식의 의안발의는 국회의 전통인지는 모르나 바람직하지도 옳지도 않다. 각 법안마다 대표발의자와 또 함께한 10여명의 발의자들이 다 다르고 각기 다른 시점에서 발의·제출되었는데, 각 의안의 입법이유가 어떻게 토씨 하나 다르지 않을 수 있단 말인가. 특히, 나흘 상간으로 발의한 같은 당 소속 두 의원의 법안은 대동소이하여 같은 것이라고 해도 무방하다. 정확히 말하면 원안을 그대로 베낀 것으로 표절과 저작권 침해를 넘어 반윤리적이다. 이들은 법안을 내지 않았어야 했다. 그 관심으로 법안심사에 더 열심을 냈으면 좋았을 것이다. 4개 법안들은 모두 '입법필요성'을 제대로 설명하지 못했는데 그것을 원안 탓으로만 돌려도 될지 모르겠다.

나. 입법필요성과 형사불법에 대한 검토 없이 금품수수죄 창설

'분석서'의 제목만 보면 권익위가 이 법의 입법필요성을 나름 분석한 것처럼 보이기도 한다. 분석서는 "심사대상규제 검토(안)"이라는 제하에 두 개의 사안에 대한 규제영향 분석을 내놓았다: 1.공직자의 직무에 대한 부정청탁 금지 및 부정청탁자에 대한 과태료 부과, 2.공직자의 금품수수 금지 및 공직자에게 금품 제공 금지. 이하에서는 '신설(강화)규제'인 형사처벌(징역, 금고)을 상정한 2.에 대해 따져본다.

67) 제316회 국회 제3차 정무위원회회의록(2013.6.18.) 22면 참조.

분석서는 신설(강화)규제가 필요함을 다음과 같이 밝혔다[분석서 11(13)면 이하]. “공직자가 금품·향응 등을 수수하는 행위(예: 스폰서, 떡값 등)는 공직자의 직무수행에 있어서 이해충돌을 발생시킴으로써 공정한 직무수행에 장애요인으로 작용하며, 더 나아가 공직 전반에 대한 신뢰를 저하”시키며, “공직자의 금품·향응 수수 사실이 밝혀진 경우에도 직무관련성 또는 대가성이 없다는 이유로 형법의 뇌물죄로 처벌받지 않아 국민들로부터 지탄의 대상이 되고, 공직사회 전체가 신뢰를 잃게 되는 주된 요인으로 작용”한다는 “문제정의”를 내렸다. 분석서는 이를 위해 <2011년 부패유형별 발생 현황>이라는 표(表)와, ‘직무관련성’ 또는 ‘대가성’이 없어서 뇌물죄로 처벌되지 않은 판례를 몇 가지를 소개하였다.

이 문제의 대안으로 분석서는 “규제의 신설·강화 필요성”을 언급하였다(밑줄은 필자주): “현행 법체계 하에서는 수수한 금품과 직무와의 관련성 및 대가성이 입증되지 않는 한 「형법」 및 「특가법」의 뇌물수수 관련죄로 처벌하기 어려워 공직부패 예방에 사각지대(가) 발생”하므로, “기소되는 뇌물사건의 경우에도 직무관련성 또는 대가성이 없어 무죄판결이 내려지는 경우가 많아 금품을 받은 사실이 밝혀지더라도 대가성이 없었다고 주장하는 등 국민들의 공분을 사는 일이 반복”되나, “미국, 독일, 호주 등 선진외국에서는 수뢰죄와 별도로 직무관련성 또는 대가성 없는 금품수수행위 처벌에 대한 규정(이) 존재”한다. 예컨대 “미국은 뇌물 및 이해충돌 방지법(‘62)에서 수뢰죄와 별도로 ’불법사례금 수수금지(제201조(c))’ 및 ‘연방정부 외로부터의 보수수령금지(제209조)’를 통해 직무관련성 또는 대가성이 입증되지 않는 공직자의 금품수수 행위를 처벌”한다며, 독일과 호주 등의 입법례도 소개하였다.

이어서 분석서는 ‘우리도’ “공직자가 금품 등을 수수하는 행위에 대해 대가성이 없는 경우라도 금지하고, 위반행위에 대한 처벌을 명확히 규정함으로써, 「형법」(의) 수뢰죄로 처벌하기 곤란한 사각지대에 대한 규제(를) 강화(할) 필요”가 있다며, 일반국민의 83%가 공직자의 금품수수 행위에 대해 스폰서, 떡값 등 직무관련성이나 대가성이 없는 경우라도 형사처벌이 필요하다고 응답했다는 한겨레21·인크루트의 설문조사 결과를 덧붙였다.

이것이 직무관련성과 대가성 없는 단순 품수수행위를 형사처벌 할 필요가 있다는 분석서의 논거이다. 정부안 성안 과정에서 국무총리 조정안이 2013. 7. 3. 마련된

후 이뤄진 규제개혁위원회의 규제심사(동년.7.5.) 내용은 다음과 같다: "공직자의 금품수수액이 100만원 초과인 경우에 형벌을 부과하는 것에 대하여 규제강화의 필요가 있다고 평가함. 공직자의 금품수수 금지규정 및 이에 대한 제재규정 신설은 과도한 규제가 아니며, 정책목표를 위한 필요하고도 적정한 규제라고 함."[68] 규제심사는 분석서의 주장을 그대로 수용한 것으로 보인다.

이제 이 법안은 통과되어 단순금품수수죄는 살아있는 범죄구성요건이 되었으나, 분석서의 주장이 형사정책적 타당성을 인정받아서는 그런 것은 아니다. 앞(Ⅱ.2.나.)에서도 살폈듯이 분석서는 입법필요성을 뒷받침할만한 내용을 갖지 못했다. 더구나 대가성 입증곤란으로 소개된 스폰서 검사 사건 판례들은 법의 흠결이라기보다는 법해석의 문제로 보아야 한다. 그럼에도 이 사례들이 이 법의 제정필요성 논거로 사용된 것은 입법준비의 부박(浮薄)함을 드러낸 것이며,[69] 단순금품수수를 범죄화 한 것은 형사불법에 대한 이해부족 탓이다. 특히 '직무관련성 또는 대가성 없는 금품수수 처벌'의 근거로 제시된 외국의 입법례의 원용도 정확한 것인지 의문스럽다.[70] 필요성도 정당성도 검토되지 않은 채 입법된 단순금품수수죄 규정(제8조 제1항 등)은 형사법이론으로부터의 혹독한 시련을 견뎌낼 수 없을 것이다.

다. 분석서의 '규제대안 검토'

분석서는 출처도 불명한 2011년도 통계만으로 우리사회의 공직부패가 위기적이라고 판단했고, 또 만연한 부패가 뇌물수수 관련법의 미비 때문이라고 단정하였다. 여기에 '일반국민의 83%가 공직자의 단순금품수수도 처벌해야한다'는 설문조사를 덧붙여 위 판단을 보강하려했지만 이것들은 앞서 살폈듯이 무연(無緣)한 정보조각들일 뿐이다. 어떤 통일된 의사를 형성하지 못했다.

---

68) 규제개혁위원회, 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법에 대한 규제영향분석(2013.7), 15, 17쪽 참조(이 자료를 입수하지 못해, 주30의 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(0414-15)-입법경과-v2, 6면에서 재인용).

69) 주61), 62)과 본문, 윤용규, "공직부패, 정말로 막고 싶다면"(한국경제, 2016.10.24. 시론) 참조.

70) 우선 '공무원'을 주체로 하였다는 점에서 정무위안과는 거리가 있다. 외국의 입법례를 국내법 수용의 신중함에 대해서 윤용규, 아내강간죄를 인정한 대법원판결에 대한 소고, 법조 제690호(2014.3.), 204면 이하 참조.

분석서가 제시한 일 년치 통계로는 어떠한 분석도 불가능하다. 또 형사처벌 여부를 여론조사로 결정할 수 있는 일도 아니며, 어떤 사회현상을 설명하기 위하여 상관없는 정보들을 나열하는 법도 없다. 하나의 현상이란 시간적으로나 공간적으로 수많은 원인들이 누적되어 복합적으로 일어나는 것임에도, 분석서는 마치 현상과 원인이 단선적으로 연결되는 것처럼 여겼다. 허술한 분석서를 국민에게 내놓은 권익위와 이것을 지적해내지 못한 국회의 부패방지 의지의 수준이 어떠한지 읽어낼 수 있다.

규제의 필요성을 일방적으로 주장한 분석서는 나름 행정규제기본법(제7조)을 지키려 한듯하다. "2.규제대안검토 및 비용·편익 분석과 비교"의 "2-1.규제대안의 검토"(분석서 16면)에서 "규제 외에 다른 대체수단이 존재하지 않고 기존 규제와 중복되지 않음"이라는 평가를 내놓은 것이다. 새로운 규제, 즉 단순금품수수에 대한 형사처벌 구성요건이 '기존법령과 중복되지 않는다'는 말이겠다. 기존법령의 미비를 당연한 것으로 전제한 제안자에게 이외의 다른 평가가 나올 수는 없다. 하지만 그렇게 태연하게 말해도 되는지는 의문이다. (1)우리는 이 법이 창설한 단순금품수수에 대해, 직무관련성만 있어도 뇌물죄 성립을 인정하는 해석이 가능할 뿐만 아니라(Ⅲ.2.다.), 형사처벌은 아니지만 징계 등의 조치를 할 수 있도록 한 「공무원행동강령」(이하 '강령')을 이미 가지고 있고,[71] 또 (2)단순금품수수죄는 형법도그마틱의 검증을 통과하기 어렵다는 비판을 할 수 있기 때문이다.[72] (1)과 관련하여서는 '관계법령의 미비'라는 분석서의 진단이 일단은 맞는 것처럼 보인다. 입법예고 당시의 강령은 직무관련성 있는 금품수수만을 징계 등의 대상으로 했고, 그것도 임의적이었음에 반해, 청탁금지법(안)에서는 광범위한 행위주체가 직무관련성은 물론 어떤 조건도 없이 일정 가액(1회 100만 원 또는 연 300만 원)을 초과한 금품을 수수하기만 하면 형사처벌(3년 이하 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금 등)이 가능하므로, '뭔가 강령에 없던 것'을 더 넣었기 때문이다.

그러나 폭넓고 강력한 규율이라고 옳은 것은 아니다. 적용범주의 확대와 처벌의

71) 권익위 입법예고 당시의 공무원행동강령[시행 2009.2.1., 대통령령 제21238호, 2008.12.31., 일부개정] 제1조(목적), 제14조(금품등을 받는 행위의 제한) 등 참조.

72) 김유근, 부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 16-AA-10, 94(99)면 이하 참조.

강화는 (형)법이론에 부합될 때에만 정당하다. 형법은 정법이(어야 한)다. 이 법처럼 행위주체의 부당한 확장과 형사불법의 존재가 매우 의심스러운데도 형사처벌 할 수 있게 한 것을 제도적 미비의 보완이라고 말할 수는 없다. '불법 없이는 처벌 없다'는 불법원칙[73] 위반이요, 그 근저에는 "의심스러울 때에는 자유(인)의 이익으로"(in dubio pro libertate)라는 헌법원리에 대한 도발이 자리하기 때문이다. 국가와 시민(의 자유)과의 관계에 대해 헌법은 어떻게 선언하고 있는가(헌법 제10조)를 깊이 사색했어야 한다. 복무의무의 강조와 준행으로 족한데도 형벌화를 꾀하는 것은 행정법의 포기이자 형법영역의 침범이다. 형법의 효율성을 지향하는 '근대적 의미의 형사정책'의 경향은 바로 이렇기 때문에 피해야 할 형사정책으로 지적되고 있는 것이다. '(형)법에 대한 과도한 기대'에 편승하여 형법을 형사정책의 도구로 전락시키는 효율성 지향 정책으로, 결국엔 형법의 법치국가성에 상처를 입힐 뿐이다.[74]

한편, 분석서는 새로운 규제로 인해 기대되는 사회적 편익 등에 대해서도 말하였다. 하지만 비현실적이다. 객관적 검증 없이 우리사회의 부패를 법(의 미비) 탓으로 돌린 것도 이미 문제인데, 강력한 형벌(금품수수 금지규정 신설)을 내세우면 "공직사회의 고질적인 금품수수 관행이 크게 개선될 것으로 기대되며, 공공기관의 청렴성, 공정성, 투명성 확보를 통한 사회적 편익 증대 효과"가 있을 것이며, 또 "금품수수 금지 및 위반행위에 대한 과태료 또는 형벌 부과 규정 도입으로 인해 금품수수 관행을 근절하고 이에 따라 공무의 공정성 및 이에 대한 사회일반의 신뢰가 보장된다는 점을 감안할 때 금품수수를 금지함으로써 얻어지는 순편익의 증대효과가 훨씬 크다고 판단"(분석서 16면)한 것은 지나친 논리의 비약이다. 기존법령이 제대로 지켜지지 않는 집행부도는, 현재와 같은 입법위주의 강벌주의를 버리지 않는 한 되풀이 될 것이기 때문이다. 이런 풍토에서는 청탁금지법 역시 집행부도의 대상이 되지 말라는 법이 없다. 분석서가 '그렇다'고 말하면 국민은 '그렇다고 믿을 것'이라고 정부(권익위)는 믿었다는 것인가.

---

73) 심재우, 죄형법정주의의 현대적 의의, 형사정책연구 제18권 제3호(2007), 7면 이하 참조.
74) 배종대, 형법각론, 4/4 이하; 형사정책, 15/5 이하 참조.

4. 명령규범 무시

앞에서 우리는 입법필요성 파악이 입법의 필요조건이라고 했다. 그 필요성 파악의 출발은 관련법령이 어떻게 해석·집행되어왔는지부터 조사 분석하는 것이다. 공직부패가 기존법령의 미비 때문이라는 판단은 논리적으로 이런 조사 분석 후에나 가능한 것이다(법제정을 위한 정지작업). 청탁금지법은 강령의 내용을 법률로 전환시키려는 시도였으므로, 이 법의 입법필요성은 특히 강령의 적용실태 파악으로부터 시작되어야 했다. 강령의 높은 규범관철·집행력에도 불구하고 공직부패가 심각하다는 평가가 있을 때 비로소 개정필요성이 인정될 수 있기 때문이다.

그러나 분석서에는 강령 등에 대한 관철력 조사 흔적이 없다. 무엇이 공직부패의 원인인지 모르면서 기존법령의 미비 탓이라고 결론을 내린 것이다. 조사와 분석도 하지 않고 판단하고, 그것을 근거로 입법필요성과 나아가 규제영향분석까지 내놓은 셈이다. 국가의 제재를 형사처벌로 보던 우리의 법문화적 풍토와 범죄대책의 '효과를 우선시 하는 형사정책'과의 만남으로 형성된 강력한 (형)법선호 경향이 명령경시를 초래한 것이다. 여기에 사회문제를 기존법령의 성실한 해석과 집행 노력으로 해결하기보다는, 손쉬운 입법에 의존하려는 무사려한(비법치적인) 관행도 한 몫 했다고 하겠다. 입법을 법치의 전부로 아는 것은 아닌지 모르겠다.

징계를 수단으로 하는 강령의 중요성을 간과해서는 안 된다. 강령의 가치는 인체의 모세혈관에 비유할 수 있는바 그 소중함은 법률과 다르지 않다. (형사)법이 명령의 상위규범이라고 해서 더 중요한 것은 아니다. 각자의 역할이 있는 것이므로 명령보다 법률을 선호·중시하는 것은 온당치 못하다. 법률과 명령은 공통의 목적(=질서유지)을 위해 각각 다르게 작동할 뿐이다. 어느 것도 없어서는 안 되며 이유 없이 기능을 약화시켜서도 안 된다. 양자는 경쟁관계도 택일관계도 아니며 각자 독립된 존재로되 상호의존적이다. 강령이 미비하다면 강령보강을 노력하는 것이 원칙이다.

행정징계 대신 형사처벌을 하면 능히 공직부패를 잡을 수 있을 것이라는 (분석서의) 믿음은 검증되지 않은 속설이다. 양자의 차이는 위법의 경중에 비례해서 제재의 종류와 수준이 달라지는 것이므로, 반부패정책의 성패는 반부패법령의 '강화'가 아니라 각각의 '집행'(즉 실천)에 달려있다. 강령도 법률과 마찬가지로 집행력을 가지므로 마땅히 집행되어야 하며, 그럼으로써 관철력을 높여야 한다. '공직부패 근절'

이라는 목적을, 대통령령을 법률로 '격상'하여 달성하겠다는 사고는 강령의 규범성과 집행력에 대해서는 무관심했다는 말과 같다. 강령이 미흡하다면 어디가 왜인지를 먼저 밝혀야 하는데, 집행실태는 살피지 않고 법률의 옷을 입히기만 하면 관철력이 강해진다고 믿었다면 과학과 신화의 혼동이며, 또 입법목적이 달성되는 줄 알았다면 환상인 것이다.

강령 등 관련법령의 규범력(즉 집행력과 관철력)의 실태 파악과 분석을 기초로 하지 않은 입법은 '중복·과잉' 입법이기 쉽다. 그러나 입법자의 경솔은 드러나지 않고 무언가를 열심히 한 것 같은 잔상은 남는다(인기영합적 상징입법). 입법의 타락이며 이로 인해 국민의 법이해는 왜곡되고, 법은 번문욕례의 길을 간다.

Ⅳ. 과잉범죄화의 환경

과잉범죄화는 마치 잡초와 같아서 법이론가와 실무자들이 부지런히 방제하는 수밖에 없다. 과잉범죄화가 자리할 만 한 입법과 사법의 환경을 돌아보았다.

1. 헌재 합헌결정의 비논리

여러 논점 가운데 '언론인과 사립학교 관계자'가 청탁금지법의 행위주체로 규정된 것이 입법목적의 정당성과 수단의 적합성, 법익의 균형성 요건을 모두 충족하여 과잉금지원칙에 위배되는지 않는다(=합헌)고 한 점에 대한 의문을 간략히 정리한다.

첫째, 헌재는 사적 영역의 부패도 공공부분의 부패 못지않게 심각하다는 전제를 행위주체 확장 논거로 삼았는데(헌재 판례집28-2상, 161면 이하), 이것은 이 법의 모티프인 스폰서·떡값 검사 사례와, 분석서 등이 제안이유로 원용한 국제투명성기구의 CPI 조사대상이 고위 공직자와 정치권임을 간과한 것이다. 또 헌재가 자신의 주장을 보강하기 위해 '국회의 압도적 지지로 통과'되었다고 말하는 것은 국회의 법안심사 부실을 안다면 차마 원용할 수 없는 사실이다.[75)]

75) 법안의 부실심사에 대해서는 Ⅱ. 참조. 또한 재판관 김창종, 재판관 조용호의 '정의조항에 대한

둘째, 헌재는 이 법의 금지사항(=부정청탁과 금품수수 금지)은 입법목적의 정당성에도 부합하며 목적을 위한 적정한 수단이라고 하였으나, 이 법의 목적을 어떻게 보느냐에 따라 얼마든지 이론이 있을 수 있다. 반부패 목적의 정당성이야 부인될 수 없지만 이것을 어떻게 실현할 것인가에 대해서는 다양한 방안이 모색될 수 있기 때문이다. 또한 수단의 적정성 판단은 금지사항만 고려할 것이 아니라 적용대상, 제재내용 등도 함께 살펴야 한다. 이미 지적했듯이 이 법의 출발점을 생각한다면 적용대상은 (고위)공직자와 정치권으로 국한하는 것이 원칙이다. 이 점에서 사립학교와 언론 관계자를 행위주체로 끌어들인 것은 당초의 입법목적을 희석시킬 가능성이 매우 높다. 목적의 정당성에 기대어 수단을 멋대로 확장한 것은 '악마는 디테일에 있다'(The devil is in the details)는 자가당착에 빠진 것이다.[76] 민간부문의 부패방지도 공공부문 못지않게 중요하다는 점은 인정하지만, 그것은 별도의 방법으로 추진될 일이다. 적용범위에서 제외한다고 하여 민간 영역의 부패를 방임하(자)는 것이 아니라, 과녁을 좁혀 공적 영역부터 청렴노력을 투입하는 것이 실현가능성도 높고 지속가능성도 높음을 말하고자 할 뿐이다. 그 성과는 사적 영역으로 영향을 미치게 마련이므로,[77] 엄연한 공사구별을 함부로 무너뜨릴 일이 아니다. 헌재의 논리는 공사영역간의 구별을 허물어 이른바 '사법의 공법화' 경향을 조장할 것이다. 이 같은 공사혼동의 산물이 과잉입법, 과잉범죄화인 것이다.

셋째, 헌재는 부정청탁과 금품수수 금지조항이 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다며, 다음과 같이 설명하였다. "사립학교 관계자나 언론인에게 적지 않은 금품을 주는 행위가 <u>순수한 동기에서 비롯될 수 없고 일정한 대가관계를 추정할 수 있다</u>는 데 근거한 것으로 볼 수 있다. 우리 사회에서 경제적 약자가 아닌 사립학교 관계자와 언론인에게 <u>아무런 이유 없이</u> 이러한 금품을 줄 이유가 없기 때문이다"(판례집, 165면; 밑줄은 필자주).

금품수수금지(제8조 제1항)의 정당함을 주장하는 헌재의 판시는 그러나 이 조항이 범죄로 상정한 '직무관련성도 대가성도 없는 금품수수'에 대한 처벌의 정당성 논

반대의견'도 정무위원회의 '입법과정에서의 진지성 결여'를 지적하였다(판례집, 180면).

76) Douglas Husak, Overcriminalization, Osford University Press, 2008, 132면 이하 참조. 또한 "지옥으로 가는 길을 항상 선의로 포장되어있다."는 서양격언도 생각해 볼 수 있다.

77) 이를 위한 제도적 장치와 정부의 기획이 없는 것도 아니다.

거로는 맞지 않는다. 헌재의 논리는 이 조항이 규정한 '단순금품수수'에 이미 '대가성'이라는 불법구성요건표지가 함유되어 있는 것으로 보았기 때문이다.[78] '아무런 이유도 없는' '단순'금품수수를 '동기를 추정'하여 형사불법성(=대가성)을 인정하는 것이 과연 형법도그마틱에서 허용되는 논증인지 반문하지 않을 수 없다. 그렇다면 그동안 그런 추정이 차고 넘쳤음에도 대가성을 인정하지 않아, 뇌물죄가 성립되지 않는다고 판시한 수많은 '스폰서 검사' 사건은 어떻게 설명할 것인가. 위 조항이 형사법이론의 불법원칙과 책임원칙에 정면으로 배치됨은 읽어내지 못한 이유가 궁금하다.

아무리 공직부패가 심각하다고 하여도 불법이 아닌, 즉 (형법)법익침해 없는 행위를 형사처벌 한다는 것은 입법권과 집행권 남용이다. 더구나 부패의 '동기'가 있을 것이라는 '추정'으로, 개인의 행위자유를 제한한 것은 '의심스러울 때에는 시민의 자유 이익' 원칙 위반(=위헌) 그 자체다. 이런 처벌확장 뒤에는 언제나 '인간의 존엄존중'(헌법 제10조)은 그럴듯한 목적을 앞세우면 국가에 의해 경시될 수 있다는 사고가 깔려 있다(주객전도).[79]

(형)법의 한계를 확장하려는 국가는 다양한 사회규범(앞 Ⅲ.1.가.) 간의 건강한 긴장관계와 보완관계를 허물어뜨린다. 청탁금지법으로 인하여 우리는 하루아침에 자율이 지배하는 도덕적 존재에서 타율적인 법적 존재로 전락하였다.[80] 우리가 입법

78) 그래서 이런 조항을 만들기로 했다면, 차라리 정부안처럼 직무관련성을 구성요건표지로 두는 것이 순리에 맞다(정부안 제8조 참조).

79) 이와 관련하여 청탁금지법 주무부서인 국민권익위원회가 국가인권위원회의 권고["청탁금지법령의 서약서 제출의무 부과에 대한 법령개정 권고"(의결일자2016.11.28., 결정번호 3047)]를 거부한 것은 주목할 만하다. 인권위 권고에 대해 권익위는 "서약서는 공직자 등에게 당연히 요구되는 법령준수와 청렴의무를 확인하는 것에 불과하므로 양심의 자유 제한이나 침해 문제는 발생하지 않는다." 고 한 것이다(2017. 4. 6.). 그러나 법 제19조 제1항, 제21조(징계) 등의 규정으로 볼 때 얼마든지 이행강제가 가능하므로, 실질적 강제가 없다는 식으로 답한 권익위 주장은 법해석의 진실성, 또는 시각이 의심된다. 뿐만 아니라 청렴서약 등은 공직자가 되는 순간 공무원법에 따라 이미 했는데, 이 법령에 의해 새삼스럽게 또 청렴서약을 하도록 한 것도 이상한데, 이것을 '매년' 해야 한다(시행령 제42조)는 것은 수범자의 인격을 자유인이 아닌 그 이하로 취급하는 것이 아니고 무엇인가. 헌법 제10조가 말하는 목적(인간존엄존중)과 수단(국가의 의무)의 전도(顚倒)인 것이다. 국민권익과 국가인권은 이렇게 다른가.

80) 이 법 시행 이후 '캔 커피', '카네이션', '더치페이' 등이 세간의 화제가 되었는데, 이제 우리는 이런 지극히 사적인 행위까지도 법적 강제를 받게 된 것이다. 이 법 덕분에 더치페이가 정착되었다는 보도에 우리는 즐거워해야 하는가. 악법에도 모종의 기능은 있는 법이다. 과제와 기능을 혼동해

자에게 이런 권한까지 주었던가. 위헌의 핵심을 파헤치지 못함으로써 헌재는 국회의 입법형성권은 광범위하게 인정해주었지만 (입)법만능주의와의 구별은 어렵게 하였다.

2. 국회의 법안발의 건수

청탁금지법 입법과정의 부실에 대해 앞(Ⅱ.)에서 살펴보았다. 그런데 국회의 의안발의 건수에 관한 수치[81]를 접하게 되면 놀라움과 함께 그럴만한 사정이 있음을 알게 된다. 물론 그 사정에 동조하는 것은 아니다.

제16대 국회에서 제19대 국회까지의 법안발의 건수는 제16대 국회가 2,507건, 제17대가 7,489건, 제18대 13,913건, 제19대 17,822건으로 크게 증가하였다. 제16대를 기준으로 하면 제17대는 198%, 제18대는 555%, 제19대는 711% 증가하였다. 이와 함께 폐기율도 증가하였는데(괄호안은 폐기의안수) 제16대 35.1%(882건), 제17대 47.7%(3,575건), 18대 51.8%(7,220건), 제19대 57.1%(10,190건)로 증가세를 보였다. 반면 법률반영율(반영건수)은 제16대 62.9%(1,579건), 제17대 50.38%(3,773건), 18대 44.4%(6,178건), 19대 41.6%(7,429건)으로 줄었다.

발의된 안건이 모두 법률로 되(어야 하)는 것은 아니지만 폐기율이 저 정도라면 발의안의 성실성에 의심이 간다. 입법의 신중함, 합리성, 전문성을 제대로 갖추기는 한 것인가? 의안마다 입법필요성을 제시했을 텐데, 폐기되었다면 그 수많은 입법필요성은 어떻게 되는 걸까. 그것들이 주장했을 사회개선에 대한 기대치는 무산되어도 되는 것이었나. 사장(死藏)되어도 아무렇지도 않은, 실제로는 '필요치 않은' 필요성이었나. 그렇다면 처음부터 입법필요성 같은 것은 없었던 것이다. 자신이 발의한 의안이 폐기되었을 때 의원들의 심정은 어떠할까. 산적해 있는 의안 앞에서도 다반사로 입법업무를 보이콧하는 국회(실제로 제19대 국회는 무려 151일 간 '불임국회'인 적도 있음)에 입법이란 무슨 의미일까. 폐기된 의안들은 모두 어디로 갔을까. 헌법과 입법관련 법령(Ⅲ.1.참조)의 꼼꼼한 지시와 안내가 있음에도 불구하고 폐

서는 안 될 것이다(배종대, 형법총론, 초판 1992, 63면 참조).

81) 국회 의안정보시스템, 의안통계(http://likms.assembly.go.kr/bill/stat/tatFinishBillSearch. do) 참조.

기건수가 급증했다. 법적 입법절차를 성실히 준수하지 않았다는 반증이다. 엄청난 의안발의가 오히려 입법활동의 불성실을 말하는 것이 되어서는 안 되지 않겠는가.

그러나 정말 중요한 것은 높은 폐기율 속에서도 입법건수는 가파르게 증가하였다는 점이다(제16대 1,579건에서 제19대 7,429건으로 증가). 의안 발의·폐기율의 폭증도 문제이지만 감시의 눈을 크게 떠야 할 대상은 팽창하는 입법인 것이다. 이것들이 꼭 필요한 법이었나. 입법필요성이 있었다하더라도 충분한 심의는 거쳤는가? 청탁금지법의 탄생과정을 본 우리가 해야 할 질문이다.

3. 정부의 입법혼란

공무원 행동강령 제14조(금품등의 수수 금지)는 청탁금지법 시행을 앞두고 개정되었다.[82] 개정이유는 '청탁금지법이 제정됨에 따라 금품 등의 수수 금지에 관한 사항 등, 사례금 수수 제한 등에 관한 사항을 이 영에 반영하여 공무원에 대하여 청렴의무를 보다 강화하려는 것'이다.

그런데 강령 제14조 제1항, 제2항은 행위주체를 제외하면 청탁금지법 제8조 제1항, 제2항과 똑같다. 주체를 '공직자등'으로 한 청탁금지법과 달리 강령이 '공무원'으로 제한한 것 말고 규율대상인 행위 유형은 양자가 완전히 동일하다. 그러나 동일한 행위에 대해 상하관계의 규범이 각기 상이한 제재를 규정한 것은 무엇보다도 규범의 체계정당성을 결한 것이다.[83] 게다가 규정 그 자체로만 보면 주체의 범위를 형벌가중신분인 공무원으로 한정한 강령이 더 무거운 처벌을 담아야 할 것 같으나, 되레 경한 제재(=징계)를 부과하고 있어 내용과 형식의 모순적 불일치도 보인다.

강령의 이 조항들은 개정과 동시에 사문화(死文化)된다는 사실을 (행정)입법자들은 모르지 않았을 것이다. 입법의 오류가 아니라 혼란인 것이다. 왜 그랬을까. 청탁금지법 제정의 졸속이 부지중 드러난 것이 아닐까. 국회입법 못지않게 행정입법도 얼마나 부실한지 그 일단을 보여주는 사례이다.

---

82) 공무원행동강령[시행 2016.9.28.] [대통령령 제27518호, 2016.9.27., 일부개정]

83) 별도의 가중적 구성요건표지도 없이 재제만 상향한 특가법 제5조의4 제1항에 대해 '심각한 제재의 불균형을 초래케 함으로써 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 평등원칙에 위반된다.'고 한 헌재 결정(헌재2015.2.26. 2014헌가16)과 비교해보기 바란다.

Ⅴ. 맺음말

나는 청탁금지법을 또 하나의 과잉입법이자 과잉범죄화 입법이라고 했다. 입법필요성에 대한 분석을 하지 않았을 뿐만 아니라, 법치국가 형법원리에 반하는 형사처벌조항(예컨대, 단순금품수수죄)을 두었기 때문이다. 입법필요성을 확인하기 위해서 기존법령이 제대로 지켜졌는지부터 따져봤어야 했으나, 공직부패를 법의 미비함 탓이라고 속단함으로써 기존법령을 한 순간에 무능하고 무력한 것으로 취급하였다. 그러나 범죄의 발생원인은 다양한 것이다. 형사정책적 연구와 논의도 없이 우리 사회의 공직부패 문제를 제도적 미비 탓으로 돌릴 수 없다. 특히 '금품수수죄'는 형법을 '최후의 수단'(ultima ratio)이 아닌 '최우선 수단'(prima ratio)으로 여긴 사례로 남을 것이다.

또한 청탁금지법 입법과정은 몹시 부실했다. 왜 입법해야 하는가가 분명치 않았으므로 입법자는 범위확장의 유혹에 쉽게 빠질 수밖에 없었고, 법안심사의 부실로 그 문제를 찾아내지 못했다. 법안을 통찰할 수 있었다면 상황은 달라졌을 것이나 성실한 심사자만이 얻을 수 있는 혜안(慧眼)의 축복을 우리는 받지 못했다.

필요성 없는 입법은 과잉입법이다. 과잉입법의 한 형태인 과잉범죄화는 우리 형사사법의 오래된 폐습으로 중복입법, 상징입법, 졸속입법 등과 동류적 연관을 맺는다. 기존의 법령을 해석·적용하는 것으로도 족한데 형사제재 가중입법으로 달려간다('효율지향적 형사정책'의 산물). 입법자가 무고한 법령에 누명을 씌워 휴지통에 버리는 순간 집행자의 '해석·집행 결손'은 면책되고 입법자의 실적은 남는다.

그러나 (형)법은 만능이 아니다. 매우 제한적이다. 그 한계는 입법자가 생각하는 것보다 아주 가까이에 있다. '숨은 범죄'[=암수(暗數)]를 생각한다면, 또 강벌주의로 치닫는 수많은 형사특별법 제정에도 불구하고 범죄 문제는 여전한 현실을 직시한다면 그처럼 자신 있게 부패'근절'을 입법이유로 제시할 수는 없다. 적용대상을 거의 전국민에게로 확장시킨 청탁금지법은 암수 때문에 큰 상처를 받을 것이다.

그러므로 입법자가 염두에 두어야할 제1조건은 오히려 규범질서의 존중과 보호이다. 청탁금지법 입법과정에서 '다양한 반부패규범 가운데 하나일 뿐'이라는 겸억(謙抑)적 고려가 있었던 것 같지는 않다. 법의 비대화는 비법적 사회규범의 부당한

위축이므로 수범자의 자율영역은 자꾸 좁혀지게 마련이다. 실제 이 법 탄생으로 자율적 존재였던 우리는 졸지에 타율적 존재가 되었다. 우리가 입법자에게 그런 권한까지 주었던가. 위임의 범위를 넘어선 것으로, 민주적 대의제도의 역설이다.

이 글의 결론은 입법필요성이 심히 의심스런 청탁금지법은 폐지되고 형법과 공무원행동강령의 반부패 관련 규정을 보완개정 해야 한다는 것이다. 불필요한 입법을 양산하는 악순환의 고리를 끊지 않고는 규범혼란을 피할 수 없기 때문이다. 폐지가 어렵다면 우선 그 인적 적용대상을 고위 공직자로 대폭 축소하는(나는 이것이 급소라고 생각한다.) 개정을 차선으로 고려해 볼 수 있겠다. 이익충돌금지 규정은 현재의 관련법령을 성실히 집행하되 필요한 사항을 꾸준히 보완입법 해나가도록 한다.

법을 만드는 것은 법치의 출발에 지나지 않는다. 해석과 집행에도 정성을 들여야 한다. 입법이 기획이라면 해석, 적용은 실천이다. 법령은 적용될 때 생명과 힘을 얻게 되며, 이것이 반복·축적될 때 관철력은 정금(精金)과 같이 될 것이다. 이때 법학도 발전한다. 여기까지 가야 비로소 법치를 실현하는 국가(=법치국가)라고 말할 수 있다. 형식적으로 의결정족수를 채우는 것이 아니라 해석과 집행을 전제로 '법을 세우는 것'이 입법(立法)이다.

참고문헌

김일수, 전환기의 형사정책, 2012

박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008

배종대, 형법총론, 초판, 법문사, 1992

배종대, 형법총론, 제11판, 홍문사, 2013

배종대, 형법각론, 제9전정판, 홍문사, 2015

배종대, 형사정책, 제9판, 홍문사, 2014.

오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009

김유근, 부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 16-AA-10, 2016.12.

금현섭, 청렴도 측정방식의 진단을 통한 합리적인 개선방향(국민권익위원회/한국부패학회주최 「부패방지법 제정 10년-반부패정책의 성과 및 과제」), 2011.7.19.

박홍식, 공직자행동강령 시행 10년 성과 및 과제(국민권익위원회 주최, "공직자 행동강령 시행 10년, 성과 및 과제 토론회", 2013.5.31.)

배종대, '특별'형법을 '보통'형법으로 만들기, 형사정책, 제18권 제1호(2006)

서보학, 판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안, 경희법학, 제49권 제4호(2014)

심재우, 죄형법정주의의 현대적 의의, 형사정책연구 제18권 제3호(2007)

윤용규, 아내강간죄를 인정한 대법원판결에 대한 소고, 법조 제690호(2014.3.)

윤용규, 체벌논의에 대한 반성적 고찰, 형사정책연구 제23권 제3호(2012. 가을)

윤용규, 사회변동과 형법의 과제, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010.12)

윤태범, 공무원행동강령 시행 10년의 성과 평가(국민권익위원회 주최, "공직자 행동강령 시행 10년, 성과 및 과제 토론회", 2013.5.31.)

이상현, 부정청탁 및 이해충돌 방지 관련 영국법제 연구와 그 시사점, 형사법연구 제24권 제3호(2012)

이성기, 미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구, 미국헌법연구 제23권 제2호, 2012.8

이성기, 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 문제점 및 개선 방안, 형사정책 제26권 제2호, 2014.8.

이유봉, 공직부패 종합대책법으로서의 「부정청탁 및 이해충돌 방지법안에 대한 분석연구」, 한국법제연구원, 2012.7.30.

이익현, 해석론과 입법론, 법제 제646호(2011.10), 4면.

이종수, 부패방지법 제정의 의미화 향후 부패방지 제도의 발전방향(국민권익위원회/한국부패학회 주최 「부패방지법 제정 10년-반부패 정책의 성과 및 과제」), 2011.7.19

조재현, 부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의, 한국부패학회보 제20권 제4호, 2015

최윤철, 이법학 체계정립을 위한 작은 시도, 법과 정책연구, 제12집 제3호(2012.9.)

최윤철, 규제입법 제정에 있어서 입법원칙에 대한 연구, 유럽헌법연구 제22호 (2016.12.)

허일태, 법관의 법왜곡 행위에 대한 대책, 동아법학, 제21호, 1996

홍완식, 헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙, 헌법학연구 제15권 제4호 (2009.12)

홍완식, 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 입법평론, 토지 공법연구 제67집, 2014.11.

홍완식, 『부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률』에 대한 입법론적 검토, 입법학연구 제12집 제1호, 2015.6.30.

홍완식, '청탁금지법'의 법률적 문제점 및 보완점, 국회보 2016.12, 16면 이하 참조.

U.노이만/U 슈로트(배종대 역), 형사정책의 새로운 이론, 홍문사, 1994.

해럴드 페핀스키/폴 제실로(이태원 역), 범죄에 관한 10가지 신화, 한울, 2003

빈프리트 하쎄머(배종대, 이상돈 편역), 형법정책, 세창출판사, 1998

에릭 힐겐도르크(이상돈, 홍승희 공역), 형법의 세계화와 전문화, 박영사, 2010

법제처, 헌법과 법제실무, 2009

국민권익위원회, 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법」 제정안 주요내용, 2013.7.30.

Douglas Husak, Overcriminalization, Oxford University Press, 2008,

국회회의록홈페이지'의 '회의록검색'
(http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do)
국회의안정보시스템, 의안통계
(http://likms.assembly.go.kr/bill/stat/statFinishBillSearch.do)
국민권익위원회 정책홍보 홈페이지
http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=0505

A Study on Overcriminalization in Korea*: Focused on the Improper Solicitation and Graft Act(2015)

Yun, Yong-kyu*

Overcriminalization is a chronic evil tendency in criminal justice. It is not just our country's own problem. A great many materials have consistently pointed out its harmful effects, but to legislators, it was like preaching to deaf ears. As a form of overlegislation, overcriminalization is deeply connected with double legislation, symbol legislation, rough legislation and the like.

Overcriminalization is the product of 'the efficiency-oriented criminal policy' which claims that powerful sanctions are effective. In a way of solving social problems, legal populism prefers legislation to devoted interpretation and execution of the existing norms because the symbol of working politicians is maximized just by dealing with social problems in a roar(=symbol legislation).

The Improper Solicitation and Graft Act, I think, was made on a background of such inclination. There occurred acute disputes from the point of the legislation pre-announcement, and controversies do not cease even now when it is being enforced. Nevertheless of decision on constitutionality of a constitutional appeal which had been brought up before the enforcement, appreciations on the decision are in disagreement.

I studied the Improper Solicitation and Graft Act with a thought that it is indeed another overlegislation and overcriminalization. The reason for this is that its legislation process was proceeded without analysis of legislation necessity that is

* This study was supported by 2016 Research Grant from Kangwon National University (520160191)

* Professor, Kangwon National University School of Law

required from the legislation theory and ordinances, and that the Act has created criminal penalty regulations(e.g. crime of Acceptance of Financial or other Advantages) that is against criminal law principle.

Above all, legislators should have weighed first that whether preexisting anti-corruption ordinances were executed sincerely, to confirm legislation necessity. But Anti-Corruption & Civil Rights Commission or the government has not provided any valuable material regarding to this. They did make a hasty conclusion that imperfection of preexisting anti-corruption ordinances was to blame for the public officials' corruption. Thereby, preexisting ordinances were instantly treated as incompetent and powerless ones. Without rational analysis of the cause of the corruption, the government did push forward to legislate this Act. For all various reasons of crime outbreak, how could they have ascribed our society's public officials' corruption to the flaw of the ordinances, without research and discussion of criminal policy? Because of the unclear necessity, it cannot help but suffer disgrace of overlegislation and double legislation. And particularly, the crime of Acceptance of Financial or other Advantages of the Act will remain as the case regarding the criminal law as prima ratio, not as ultima ratio.

By such reasons alone, this Act must have been inflicted with big damage in its legitimacy. However, a decisive problem is something else. That is poor bill consideration. In the National Assembly archives, one can find out that there was no little periods of time from pre-announcement of the legislation to the Assembly plenary session where the bill was passed. I think that the reason for such drift of bill examination originates in planners' or legislators' absence of interest in legislation necessity. Though such indifference is due to imperfect bill submitted by the Commission or the government, what needs to be criticized is that legislators did not follow the legislative procedure sincerely.

When one examines the legislative process of the Improper Solicitation and Graft Act, he can easily recognize that legislators' legal populism has become their serious

inertia. They are missing even legal common sense that the law is just one of several norms that keep society's order. As the law gets obese, it will lead to contraction of non-legal social norms all the more, withering individual autonomic area. With the birth of this Act, we, self-regulating beings, suddenly became law-directed beings. Whether we have given such authority to legislators, I do not recall.

Lawmaking is just a start of the constitutional state. They must devote themselves to interpretation and execution much more. When applied, the norms get alive. With its repeated accumulation, power of execution strengthens like pure gold. Only then can it be said that we have taken one step forward to establishing the constitutional state. Legislation is not what formally fills up quorum for decisions but 'what builds the law'.

❖ Keyword: overcriminalization, overlegislation, the Improper Solicitation and Graft Act, overlapping legislation, symbolic legislation, rough-and-ready legislation, legislator, anti-corruption-related laws and ordinances

투고일 : 8월 31일 / 심사일 : 9월 15일 / 게재확정일 : 9월 15일