

이해충돌방지법에 관한 헌법적 검토*

Constitutional review on the Conflict of Interest Prevention Act

이 승 태(Lee, Seung Taek)**

ABSTRACT

On May 18, 2021, the Act on the Prevention of Conflict of Interest for Public Officials was enacted and is set to take effect in May 2022. Since the enactment of the Conflict of Interest Prevention Act, critical evaluation and the need for supplementation has been suggested. This study aims to confirm the constitutional basis of the Conflict of Interest Act and review the legitimacy of restricting fundamental rights under the Conflict of Interest Act to clarify that the law is in harmony with the current constitutional system and to present directions for supplementation.

This study first suggested that the request for the prevention of conflicts of interest has the status of a universal principle of law formation that should be considered in the process of designing and forming the Constitution and in the process of interpretation for the concreteness of the Constitution. In addition, the legitimacy of the Conflict of Interest Prevention Act was explained in that it was a request that should be premised or fulfilled for the realization of the basic principles of the Constitution, rule of law, democracy, and social state. In addition, it was suggested that the Korean Constitution has a number of direct grounds for the Constitution, including Article 7 (1) of the Constitution. And the aspects of formal justification and practical justification for restrictions on fundamental rights under the Conflict of Interest Prevention Act were reviewed. As a result, it was confirmed that some supplementation was necessary, but there was no unconstitutionality or infringement of fundamental rights.

The failure to prevent corruption in this country is not due to the failure of public officials to recognize and practice autonomously, but because the law to prevent corruption has not performed its role sufficiently. The Conflict of Interest Prevention Act provides a clear way to perform public duties without compromising the trust of the people by giving specific guidelines to public officials in a situation where conflicts of interest are feared. Setting the scope of public officials' authority with clear regulations and guidelines, not emphasizing integrity or dignity, and clearly asking for responsibility for the violation would be a faster way to restore the tarnished trust of Korean public officials.

Key words: Conflict of interest, conflict of interest prevention act, anti-corruption, Article 7 of the Constitution, integrity, Nemo iudex in causa sua

* 본 연구는 2021학년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음

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

** 상명대학교 조교수, 법학박사

I. 서: 공직 부패 방지 체계 완성을 향한 출발

2021년 5월 18일 공직자의 이해충돌방지법(이하 이해충돌방지법)이 제정되어 2022년 5월 시행을 앞두고 있다.¹⁾ 2015년 지속적인 논의를 진행하겠다고 청탁금지법 제정 과정에서 이해충돌방지 규정을 제외한 국회 정무위원회 심의²⁾ 이후 6년간 수면 아래에 있던 이해충돌방지법의 갑작스런 제정을 두고 내부 정보를 활용한 부동산 투기 부패 사건인 LH 사태의 산물이라는 평가가 있었고³⁾, 갑작스런 입법으로 준비가 부족하다는 시각과 보완 입법이 시급하다는 주장⁴⁾ 등이 존재한다. 이러한 평가와 지적이 틀린 말이 아니라는 것은 국회 정무위원회의 이해충돌방지법 의결 과정에서 나타난 반부패 법령 통합 필요성과 이를 위한 계획을 제출하겠다는 국민권익위원회의 부대의견⁵⁾을 비롯한 여러 상임위원들의 지적⁶⁾ 등에서 확인된다. 그리고 이 법률이 시행되기도 전에 발의된 2건의 동법 개정안⁷⁾에서도 이해충돌방지법의 보완점은 확인된다.

이와 같이 이해충돌방지법은 아직 완성된 체계는 아니라고 할 수 있다. 그러나 그렇다고 이해충돌방지법 제정을 졸속이라고 비하하거나 법 제정의 의의를 평가 절하할 필요는 없다. 이해충돌방지법의 골격은 2003년 대통령령으로 제정된 공무원행동강령⁸⁾을 비롯하여 2011년부터 논의를 시작하여 2년간의 준비와 의견수렴을 거쳐 2013년 국회에 제출된 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지법⁹⁾에서 대체로 형성되었다는 점에서 충분한 숙의와 의견수렴 및 공직사회의 인식이 이뤄졌다고 할 수 있으며, 학계의 다양한 연구들이 공통적으로 주장하는 바에서 그 제정의 필요성과 정당성이 상당 부분 검증되었다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이러한

1) 법률 제18191호 공직자의 이해충돌방지법(약칭: 이해충돌방지법), 2021. 5. 18. 제정, 2022. 5. 19. 시행

2) 제330회 국회 정무위원회 회의록 제1호(2015.1.12.) 8면.

3) 조재현, 강혜림, “사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지 입법에 관한 연구”, 한국부패학회보, 26(2), 2021, 66면.

4) “중앙로365-딜 만들어진 이해충돌방지법”, 조소영 교수(부산대), 부산일보, 2021. 6. 7. 자, 인터넷뉴스(검색일: 2021. 8. 1.); “[사설] 이해충돌방지법 무리한 적용과 빠져나갈 구멍 보완해야”, 중앙일보, 2021. 4. 16. 자, 사설(검색일: 2021. 8. 1.); “LH사태발 이해충돌방지법, 성과와 한계”, 최낙관 교수(예원예술대), 전북도민일보, 2021. 4. 25. 인터넷뉴스(검색일: 2021. 8. 1.).

5) 제386회 국회 정무위원회 회의록 제1호(2021.4.22.) 4면. 특히 정무위 법안심사 제2소위원회 위원장이 공직자윤리법, 부정청탁금지법 등 현행 반부패 관련 법령을 포괄할 수 있는 통합 법 제정의 필요성이 제기되었으나 이해충돌 방지를 위한 법 제정의 시급한 필요성을 감안해 우선 본 법을 제정하고, 향후 반부패 법령 통합 계획을 국민권익위로부터 6개월 이내에 보고 받기로 했다고 발언하였다.

6) 제386회 국회 정무위원회 회의록 제1호(2021.4.22.) 11면. 법안심사 과정에서 논란이 된 몇 가지 부분 중 법 적용 대상이 부정청탁금지법과 상이하고, 사립학교 교원 및 언론인 등에게도 적용이 필요하다는 지적이 있었다.

7) 의안번호 211071, 공직자의 이해충돌방지법 일부개정법률안(전재수의원 등 11인), 2021. 6.24.; 의안번호 211497, 공직자의 이해충돌방지법 일부개정법률안(소병철의원등10인), 2021. 7. 14.

8) 2003년 공무원의청렴유지등을위한행동강령(대통령령 제17906호)으로 제정되었고, 2006년 공무원행동강령(대통령령 제19165호)으로 명칭이 변경되었다.

9) 의안번호 1906272, 부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌방지법안(정부), 2013. 8. 5.

면에서 이해충돌방지법의 제정은 늦었다고 할 수는 있지만 우리나라의 공직 부패 방지를 위한 법 체계와 제도의 완성을 향한 출발이라고 평가할 수 있다.

본 연구는 이러한 이해충돌방지법의 헌법적 근거를 확인하고, 이해충돌방지법으로 인하여 제한되는 기본권에 대한 비례성 판단을 통해 그 제한의 정당성을 검토하여 이해충돌방지법이 현행 헌법 체계와 조화를 이루는 법률이라는 점 및 현행 헌법이 추구하는 헌법의 목표를 실현하는데 필수적 법률이라는 점을 명확하게 밝히고자 한다. 이를 위해서 먼저 헌법의 기본 원리인 민주주의, 법치주의, 사회국가원리와 이해충돌방지법의 관계를 분석하고, 실정 헌법상 공직 이해충돌 방지의 근거가 될 수 있는 규정을 확인한다.(Ⅱ) 그리고 이해충돌방지법으로 인한 기본권 제한의 정당성 확인을 위하여 이해충돌방지법상 주요 의무와 명령이 어떤 기본권을 제약하고 있는지를 확인하고, 이러한 기본권 제약의 정당성을 형식적 정당성과 실질적 정당성 판단으로 나누어 검토하고자 한다.(Ⅲ) 이러한 연구를 통해 이해충돌방지법제에 대한 헌법적 요청이 무엇인지를 명확하게 하여 이해충돌방지법제의 완성을 위한 보완점을 제시하고 우리나라의 공직 부패방지를 위한 법 제도가 나아가야 하는 방향을 설정하고자 한다.

Ⅱ. 이해충돌방지법의 헌법적 근거

1. 헌법의 기본 원리와 이해충돌 방지

이해충돌방지법은 동법에서 적용되는 이해충돌 개념에 대해 “공직자가 직무를 수행할 때에 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황”¹¹⁾으로 정의한다. 이러한 법률상 이해충돌의 개념 자체에서 도출되는 바와 같이 이해충돌방지법은 공직 수행의 공정성과 청렴성 침해를 예방하는 것을 목적으로 한다. 공직 수행의 공정성과 청렴성은 국가 작용의 정당성과 신뢰성 확보를 위한 기본적 전제라고 할 수 있으며, 국민의 봉사자로서 공직자 윤리의 출발점이기도 하다. 이러한 관점에서

10) 부정청탁 금지법 제정과정에서 이해충돌 규정의 삭제 문제를 지적하고 추가적인 입법이 필요하다는 대표적인 연구로 장영수, [부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률](이른바 김영란법)의 헌법적 의의와 발전방향. 공법연구, 2016, 45(1), 327-350.; 박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률”개정을 위한 연구, 강원법학, 47, 2016, 35-63.; 송기춘, [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 법적 문제점과 개선방향. 세계헌법연구, 2015, 21(3), 39-69.; 조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, 한국부패학회보, 20(4), 2015, 1-22.; 또한 우리 사회 내의 요청뿐만 아니라 국제적 기준에서도 이해충돌방지법 제정이 필요하다는 주장을 담은 연구로 김강인, 강기홍, “이해충돌 방지법안의 주요 내용과 실현과제”, 부패방지법연구, 4(1), 2021, 31-61. 참고.

11) 공직자의 이해충돌방지법 제2조 제4호

이해충돌방지법의 입법 필요성과 근거는 별도의 논증이 필요없다고 할 수도 있다. 하지만 명확한 헌법상 근거 설정은 해당 법률의 적용과 해석, 법률 체계 및 적용 범위의 보완과 확대 등에 있어서 중요한 영향을 미치기 때문에 이해충돌방지법에 대한 헌법적 검토의 중심에는 헌법적 근거 설정과 정당화가 반드시 이뤄져야 한다고 할 수 있다.

실정 헌법적 차원에서의 근거 설정과 정당화 이전에 우선 논의해봐야 할 것은 헌법의 일반이론적 차원에서도 이해충돌 방지 요청이 근거를 갖고 있는가의 문제이다. 우선 이해 이해충돌 방지는 국가 작용과 법 체계를 형성하는 법치국가의 기본 원칙으로 이해할 수도 있다. 로크는 정부론에서 사회계약의 필요성을 논하며 다음과 같이 말한다.

“도대체 인간이 자기 자신에 관계되는 사건에서 스스로 재판관이 된다는 것은 이치에 맞지 않는 일이며, 이기심은 오로지 자기 자신의 이익을 중시하는 나머지 자신과 자기의 친구들을 두둔하게 될 것이다.”¹²⁾

이러한 전제에서 로크는 자연상태에서 발생하는 자의성의 위험을 경계하며, 국가상태의 필요성을 주장하는 동시에 정부가 자의적으로 운영되는 경우 공동체 구성원의 권리 보장은 자연상태보다 더욱 악화될 수 있기 때문에 누구도 자의적 지배 상태에 종속되기 위해 자연 상태에서 누리던 자유를 포기하지 않을 것이며, 따라서 사회계약 및 국가 성립을 위해서 법치는 필연적이고 공동체는 널리 선언되어 승인받은 공정한 법률에 의해서 지배되어야만 한다¹³⁾는 언명으로 법치를 정당화하고 있다. 이러한 점에서 로크의 법의 필요성에 대한 논증은 적어도 그 법을 만들고, 해석하고, 적용하는 자가 그 자신의 이익을 도모하지 않는 체계를 전제하고 있다고 할 수 있으며, 이해충돌 방지의 요청은 법치주의의 규범적 요청 중 하나로서 지위를 갖는다고 할 수 있다.

물론 로크 이전에도 이해충돌 방지 요청은 법치의 중요한 요청이었다. 오랜 법언으로 전해지는 “누구도 자신의 사건에 재판관이 되어서는 아니된다(Nemo iudex in causa sua)”는 원칙¹⁴⁾은 이해충돌 방지를 통한 공정한 법치의 구현을 함축하고 있다. 이 원칙은 인간의 객관적 인식과 판단의 불가능 및 인간 본성의 이기성을 인정하고 전제하는 관점에서 인간 공동체의 규범 체계 형성에 기본 원칙이라고 할 수 있으며, 이는 비단 “재판”이라는 형식에 한정되는 것이 아니라 광범위한 법적 권한 행사에 있어서 전제되어야 하는 요청이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 바라보면 오히려 이해충돌 방지의 요청은 헌법을 설계하고 형성

12) John Locke, 이극찬 역, 『정부론』, 삼성출판사, 1983. 39면.

13) John Locke, 이극찬 역, 『정부론』, 삼성출판사, 1983. 137면.

14) 이 원칙의 구체적 적용에 대한 논의에 있어서는 다소 동의하기 어려운 부분이 있지만 전반적으로 이 원칙의 의의와 역사에 대해서 잘 소개하고 있는 국내 문헌으로 박찬주(2021). “누구도 자기 사건에서 재판관이 될 수 없다.”, 인권과 정의, 496, 162-192면.; 이 원칙이 미국 헌법 현실에서 유용성과 동시에 한계를 가지고 있다는 관점의 분석을 하고 있는 연구로 VERMEULE ADRIAN. Contra “Nemo Iudex in Sua Causa”: The Limits of Impartiality. The Yale Law Journal, 122(2), 2012, p. 384 - 420.

하는 과정 및 헌법의 구체화를 위한 해석 과정에서 고려되어야 하는 법 형성의 보편적 원칙의 지위를 갖는다고 할 수 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾

이러한 측면에서 이해충돌 방지는 헌법의 기본원리로서 법치주의의 한 내용이라고 할 수 있다. 또한 공직자 이해충돌방지법의 근본적 목적이 부패방지에 있고, 부패행위 자체가 객관적이고 공정한 법 집행을 파괴하고, 법의 정의와 평등의 원칙을 훼손하는 행위라는 면¹⁷⁾에서 이해충돌 방지는 법치주의 실현을 위해서 반드시 관철되어야 하는 요청이라고도 할 수 있다.

이해충돌 방지는 헌법의 다른 기본원리인 민주주의의 실현과도 매우 밀접한 관련을 맺는다. 민주주의의 관점에서 모든 국가 권력의 행사는 국민을 대신하여 국민을 위해 이뤄지는 행위로 기본적으로 위임 사무의 처리라고 할 수 있다. 이러한 점에서 공직자의 지위 남용이나 공직자의 사익 추구 외관을 방지하며, 공적 신뢰를 확보하기 위한 이해충돌의 통제는 “헌법적 민주주의의 당연한 귀결”¹⁸⁾이라고 평가받기도 한다. 다시 말해, ‘국민의, 국민에 의한, 국민을 위한’ 정치 체제로서 민주주의의 실현을 위해서는 공적 직무 수행에 있어서의 권한의 남용과 사익 추구를 근절해야만 하는 것이기 때문에 이해충돌 방지와 통제는 민주주의 실현을 위해서 반드시 전제되어야 하는 요청이라고 할 수 있다.

또한 이해충돌방지법 제정의 도화선이 되었던 LH사태는 국민의 주거권 실현을 위한 국가의 주택 공급 정책을 수행하는 공기업의 내부 비밀을 활용한 사익 추구 행위가 주된 문제였다. 이러한 국가 작용은 법적 자유의 물질적 토대 혹은 사실적 자유 보장을 내용으로

15) 예를 들면 대통령이 자기 자신 또는 자신의 가족에 대해 사면권을 행사할 수 있는가의 문제에 있어서 헌법과 법률은 명확하게 그 범위를 한정하고 있지는 않다. 그리고 사면권의 행사가 국회의 동의를 받아 이뤄지는 일반사면이 아닌 대통령의 단독 의사결정에 따른 특별사면이라면 중대한 이해충돌에 해당한다고 할 수 있으며, 그러한 권한 행사는 헌법 위반이라는 주장에 직면할 가능성이 크다. 이러한 주장의 근거에는 바로 법치의 기본 요청으로서 이해충돌 방지 요청이 있다고 할 수 있다. 미국에서 여러 차례 발생한 사면권 행사 논쟁의 중심에는 바로 이해충돌 방지라는 법 원칙이 있었으며, 닉슨의 경우에는 자기 사면은 불가하다는 법무부의 유권해석에 따라 사임 이후 권한을 승계받은 부통령에 의해 사면된 바 있다. 이러한 논쟁에 관해서는 Kalt, B. C. Pardon Me: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons. Yale Lj, 106, 1996, 779.; 최근 트럼프 전 대통령의 사면권 행사 문제에 관해서는 Conklin, M. Please Allow Myself to Pardon... Myself: The Constitutionality of a Presidential Self-Pardon. U. Det. Mercy L. Rev., 97, 2019, 291.; 우리나라는 대통령이 불소추 특권이 있기 때문에 대통령 자신에 대한 사면 문제는 발생하지 않고 있으나, 가족에 대한 사면 문제는 발생할 수 있는 소지가 존재한다.

16) 우리 헌법재판소도 헌법상 이해충돌 방지에 관한 헌법 명시적 요청은 없지만 사적 이익의 개입 우려가 큰 상황에서 이해충돌을 적절히 예방하지 못한 점을 법률의 위헌성의 근거로 삼은 판결하였다. 이 정신질환자 보호입원 제도에 관한 정신보건법 위헌법률심판에서 헌법재판소는 “보호의무자와 정신질환자 사이의 이해충돌을 적절히 예방하지 못하고 있는 점”을 헌법불합치 결정의 근거로 제시한 바 있다. 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 판례집 28-2상, 287면.

17) 유지태, “법치주의 관점에서 본 부정부패방지 논의, 공법연구, 24(3), 1996, 190면.

18) 조재현, 강혜림(2021). “사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지 입법에 관한 연구”, 한국부패학회보, 한국부패학회, 26(2), 70면.

하는 헌법의 기본원리로서 사회국가¹⁹⁾ 실현을 위한 과정이라고 할 수 있다. 그리고 사회국가원리의 실현 목표인 물질적 토대와 사실적 자유는 결국 물질적, 경제적 요소와 관련을 맺기 때문에 시장의 법칙과 연관을 맺게 되며, 이러한 사회국가원리로 인해 공적 직무의 상당 부분이 사적 경제 활동에 지대한 영향을 미치게 된다. 이로 인해 공적 직무를 수행하는 주체는 훨씬 더 폭넓은 범주에서 공적 이익과 사적 이익 사이의 갈등을 경험할 수밖에 없다. 이러한 점에서 사회국가의 실현을 위해서 더욱 공직 수행의 이해충돌 방지 및 통제가 중요한 과제가 되었다고 할 수 있으며, 사회국가 실현을 위한 국가 역할의 증대에 따라 이러한 과제의 중요성은 더욱 커지고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 공직 직무 수행에 있어서 이해충돌의 방지와 통제는 헌법의 기본원리로 제시되는 다양한 원리 중에서 공통적으로 발견되며, 근대 이성법의 기본원리라고 할 수 있는 법치주의, 민주주의, 사회국가원리²⁰⁾의 부분적 내용이거나 혹은 그 실현을 위해 필수적으로 전제되어야 하는 요청이라고 할 수 있다. 따라서 이해충돌 방지를 위한 규범 형성은 헌법 실현을 위한 필수적 요소로 정당화될 수 있으며, 2021년 5월의 이해충돌방지법 제정은 공직 이해충돌 방지 및 통제를 위한 헌법적 요청을 구체화한 입법이라고 평가될 수 있다. 물론 이전에도 이해충돌 방지의 요청은 헌법이나 법률적 차원에서부터 윤리 강령의 차원까지 다양한 방식으로 형성된 바 있다. 하지만 공직자 전반에 적용되는 이해충돌 방지를 위한 일반법적 지위를 갖는 이해충돌방지법의 제정은 헌법 실현을 위해 진일보한 이해충돌 방지 체계를 구축한 것이라고 할 수 있으며, 앞으로 그 완성을 위해 관련 법제의 통합 및 개정 작업을 추진해야 할 것이다.

2. 한국 헌법상 이해충돌 방지의 근거

이해충돌 방지는 이상에서 살펴본 바와 같이 헌법의 기본원리 실현과 매우 밀접한 관련을 맺고 있다. 따라서 헌법의 기본원리가 구체화된 헌법 규정은 이해충돌 방지의 직접적 혹은 간접적인 근거 규정이 된다. 예를 들어 헌법 제1조 제1항의 민주공화국 규정이나 제2항의 국민주권 규정은 민주주의적 관점에서, 헌법 제11조 제1항의 법 앞의 평등 및 헌법 제12조의 적법절차 원칙이나 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리 등은 법치주의와 사회국가원리의 관점에서 공직 이해충돌 방지의 근거가 된다. 이러한 근거 설정은 이미 앞에서 설명하였기 때문에 이하에서는 공직 수행에 있어서 이해충돌 방지의 더 직접적 근거가 되는 규정을 살펴보고자 한다.

19) 이준일, “세 가지 국가원리의 관계-이성법적 국가원리로서 민주적, 사회적 헌법국가”, 안암법학, 23, 2006, 20면.

20) 이준일, “세 가지 국가원리의 관계-이성법적 국가원리로서 민주적, 사회적 헌법국가”, 안암법학, 23, 2006, 1-2면.

우선 우리 헌법재판소는 직무 관련 주식의 매각 또는 백지신탁을 명하는 공무원윤리법 규정에 대한 위헌법률심판 사건에서 국회의원의 이해충돌 회피 의무의 헌법적 근거로 국민 주권주의를 선언한 헌법 제1조 제2항을 비롯하여 공무원의 충실 의무를 규정한 헌법 제7조 제1항, 국회의원의 겸직금지 의무를 규정한 헌법 제43조, 국회의원의 청렴의무 및 국가이익 우선의무와 지위남용 금지의무를 규정한 헌법 제46조 등을 근거로 제시하였다.²¹⁾ 이러한 규정 중 가장 일반적으로 공직 영역에서 이해충돌 방지의 헌법 직접적 근거라고 할 수 있는 규정은 헌법 제7조 제1항이라고 할 수 있다. 동조는 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하여 공직 수행의 본질이 국민 전체의 이익 실현이며, 공무원은 이를 위한 의무를 부담하고, 이를 토대로 공무원에 대한 특별한 공직 윤리의 요청과 일반 국민보다 상대적으로 더 광범위한 기본권 제한이 정당화된다고 할 수 있다.²²⁾

헌법 제7조 제1항 이외에도 국회의원을 대상으로 청렴의무 및 국가이익 우선의무와 지위남용 금지의무를 명시적으로 부여하고 있는 헌법 제46조도 이해충돌 방지의 헌법 직접적 근거라고 할 수 있다. 하지만 헌법 제46조의 내용을 해석하는 과정에는 헌법개정사적 관점에서 다른 측면의 고려도 필요하다. 굳이 국회의원만을 대상으로 더 강력한 의무를 부과한 것이 대의기관으로서 국회의원의 중요성에 대한 인식때문이었다고 할 수도 있지만 국회의원의 지위남용 금지의무는 5.16 군사쿠데타 세력이 주도한 헌법개정인 1962년 헌법개정에서 편입되었다는 점²³⁾, 국회의원의 청렴 의무와 국가이익 우선의무는 12.12 군사쿠데타 세력이 주도한 1980년 헌법개정에서 도입되었다는 점²⁴⁾에서 정당성이 결여된 군부독재 세력이 기존의 정치권력을 부패한 세력으로 규정하고 이를 정화한다는 명목을 포장하기 위한 헌법적 동원이었다고 보여지는 측면도 존재한다. 특히 이 두 번의 헌법개정으로 더 강력한 권한이 부여된 대통령에게는 이러한 의무를 부과하지 않으면서 국회의원에게만 의무를 부과하고 있다는 점에서 이러한 의무 도입은 균형을 상실한 측면이 존재한다. 이 두 번의 헌법개정 과정을 지켜본 헌법학자는 “국회의원이 나쁜 것만 해 왔다는 인상을 심어 주기 위해서이다. ... 정치 불신과 국회의 지위 저하에 작용하는 조항”이라고 평가하며, “정치 조작의 구체적 조치가 헌법에까지 제도적 분식”을 하였다고 평가한 바 있다.²⁵⁾ 물론 청렴의무, 국가이익 우선의무, 지위남용 금지의무는 비단 헌법에 명시되지 않더라도 모든 공직 영역에

21) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65, 판례집 24-2상, 384면.

22) 장영수, “공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향”, 고려법학, 70, 2013, 332면.

23) [시행 1963. 12. 17.] [헌법 제6호, 1962. 12. 26., 전부개정] 대한민국헌법 제40조 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 법률이 정하는 기업체와의 계약 또는 그 처분에 의하여 재산상의 권리나 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

24) [시행 1980. 10. 27.] [헌법 제9호, 1980. 10. 27., 전부개정] 대한민국 헌법 제82조; 내용은 현행 헌법 제46조와 동일하다.

25) 한상범, 『헌법이야기』, 현암사, 1998. 296-297면.

서 준수해야 하는 의무이다. 따라서 헌법 제46조는 공직 수행에 요구되는 이러한 의무를 국회의원을 강조하여 규정한 것으로 이해하고 공직 전반에 걸친 이해충돌 금지 요청의 근거로 해석하는 것이 타당하다.²⁶⁾

이 밖에도 이해충돌 방지를 부패방지 법제로 이해하면서 부패방지의 헌법상 근거로 앞서 제시된 규정 이외에 헌법 전문의 “사회적 폐습과 불의를 타파하며” 및 국회의 해임건의권(헌법 제62조), 탄핵소추권(헌법 제65조), 대통령의 헌법 수호 책무(헌법 제66조 제2항), 법관은 양심에 따라 독립하여 심판하여야 한다는 규정(헌법 제103조), 감사원의 직무 감찰 임무에 관한 규정(헌법 제97조) 등 다양한 헌법적 근거를 제시하기도 한다.²⁷⁾ 또한 헌법 제29조 제1항²⁸⁾을 부패 방지의 근거로 제시하기도 하는데 이 주장은 “공무원 자신의 책임은 면제되지 않는다”는 규정의 도입이 주된 근거라고 하고 있는데²⁹⁾ 오히려 헌법 제29조는 직무상 불법행위에 대한 사용자 책임을 부담하는 국가가 공무원에 대한 적극적 감독 책임이 있다는 근거로 이해하여 이를 국가의 부패 방지 책임의 근거로 제시하는 것이 적합하다고 할 수 있다.

이상의 헌법적 근거 설정과 구분되지만 헌법이 직접적으로 이해충돌 방지를 위한 구체적 기준을 설정한 규정도 존재한다. 그 규정은 바로 헌법 제128조 제2항³⁰⁾이다. 통상 헌법개정의 인적 효력 범위의 제한이라고 하는 등 규정은 과거 빈번하게 이뤄진 대통령 임기연장을 위한 헌법개정을 예방하기 위한 논의의 결과물이라고 할 수 있는데 이는 헌법개정에 가장 강력한 사실적 영향력을 행사할 수 있으며, 동시에 헌법개정안을 단독 발의할 수 있는 권한을 부여받은 대통령이 자신의 이익을 위해 헌법개정을 할 경우를 방지하기 위하여 그 자신에게는 효력이 발생하지 않도록 하는 이해충돌 방지 기준을 설정한 것이다. 이를 통해 대통령은 대통령 임기와 관련된 헌법개정 논의에 있어서 더 자유로운 지위를 획득하고 헌법개정에 관여할 수 있게 되었다고 할 수 있다. 이러한 측면에서 동규정은 이해충돌 방지를 위한 기준 구체화의 효용이 헌법 직접적으로 표현된 사례라고 할 수 있다.

26) 앞으로 헌법개정 논의 과정에서 동 규정의 주체를 국회의원으로 한정할 필요성이 있는지 혹은 헌법 제7조에 통합하여 규정하는 것이 타당한지, 법률로 규정하는 것으로 충분한지 등의 논의를 진행할 필요가 있다.

27) 김주영, “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토: 체계성 및 이해가능성 심사를 중심으로,” 공법학연구, 14(3), 2013. 183-185면.

28) 제29조 ①공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

29) 선정원, 김태계, 박효근, “공직사회의 노블리스 오블리제와 직업윤리의 혁신”, 한양법학, 20, 2007. 16-17면.

30) 제128조 ②대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.

3. 소결

이상에서 이해충돌방지법의 헌법적 근거 설정을 위해 공직 이해충돌 방지에 관한 헌법 일반이론적 관점과 특수이론적 관점에서의 근거지움과 정당화를 시도하였다. 이를 통해 현행 이해충돌방지법은 충분한 헌법적 근거를 갖고 있다는 점을 확인하였다. 특히 이러한 근거 설정은 단순히 헌법 제7조 공무원의 충실의무에 한정된 근거 설정이 아니라 헌법 기본원리에 기초한 헌법적 요청을 기초로 이해충돌 방지 요청의 근거를 확인하였기 때문에 이해충돌 방지 의무 부과 범위가 단순히 공무원에 국한되는 것이 아니라 공직 영역에 종사하는 모든 사람에게 요청되는 의무로 규정될 수 있음을 보여준다. 이는 향후 이해충돌방지법의 통합과 적용 범위 확대 논의에 있어서 하나의 근거로 활용될 수 있을 것이다. 물론 이러한 헌법적 근거 설정을 통해서 확인된 바와 같이 헌법이 직접적으로 책무를 부과하고 있는 공무원에게는 상대적으로 더 강한 이해충돌 방지 의무를 부과하는 것이 정당화될 수 있을 것이다.

이상의 헌법적 근거의 존재만으로 동 법률의 온전한 헌법적 정당성을 획득하는 것은 아니다. 왜냐하면 그 법률의 목적과 근거가 정당하다고 하더라도 그 형식과 내용이 기본권을 침해한다면 그 법률은 허용될 수 없기 때문이다. 따라서 이러한 근거 설정과 함께 기본권 제한의 정당성에 대한 판단이 이뤄져야 할 것이다. 이해충돌방지법의 기본권 제한의 정당성에 관해서는 항을 바꾸어 논의하도록 한다.

Ⅲ. 이해충돌방지법의 주요 내용과 기본권 제한의 정당성

1. 이해충돌방지법의 주요 내용과 관련 기본권

이해충돌방지법의 주요 내용을 정리해보면 1) 적용대상과 범위 등을 한정하는 정의규정(동법 제2조), 2) 국가와 공직자의 책무(동법 제3조, 제4조), 3) 이해충돌 방지를 위한 행위 기준 규정(동법 제5조부터 제16조까지), 4) 이해충돌 방지 관련 처리 절차와 조치 및 조직 규정(동법 제17조부터 제25조까지), 5) 벌칙 규정(동법 제25조부터 제28조까지) 등으로 구성되어 있다. 이러한 이해충돌방지법에서 기본권 제약의 정당성 판단이 요구되는 부분은 크게 적용 대상과 범위 설정에 따른 평등원칙 및 평등권 문제와 이해충돌 방지를 위해 요구하는 행위 기준의 다양한 기본권 제약의 문제로 나누어 볼 수 있다. 그리고 이해충돌 방지를 위해 요구하는 행위 기준은 각각 다양한 기본권과 관련을 맺고 있기 때문에 각각을 나누어 분석할 필요가 있다.

먼저 이해충돌방지법 제5조의 사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청과 이에 따른 제7조의 조치와 제12조의 수의계약 체결 제한 규정은 이해충돌에 따른 공직자의 권한 행사 제한을 내용하는 규정으로 헌법 제25조 공무담임권과 관련을 갖는다. 동 규정에 의해 공무담임권 제약이 발생하는가의 문제는 공직자의 직무 수행권이 헌법상 보장된 기본권으로서 공무담임권의 내용에 포함되는가에 따라 달라지며, 현재 이에 관해서는 해석론상의 대립이 있다. 초기 헌법재판소는 공무담임권을 공직 취임 기회의 평등한 보장에 한정된 결정³¹⁾을 하였으나 이러한 입장을 변경하면서 “공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다”³²⁾³³⁾고 판시하여 공직자의 직무 수행권의 기본권적 지위를 긍정하고 있다. 하지만 공직자의 직무 수행은 법령을 통해 부여된 공직자의 권한일 뿐 공직자 개인에게 부여된 권리가 아니라는 측면에서 공무담임권의 내용으로 공직자의 직무 수행권을 인정하는 것에 반대하는 견해³⁴⁾도 존재한다. 학계에서도 이 문제에 관하여 헌법재판소의 다수 견해를 찬성하는 입장³⁵⁾과 반대하는 입장³⁶⁾이 각각 제시되고 있다.³⁷⁾

이해충돌방지법 제6조 공공기관 직무 관련 부동산 보유·매수 신고, 제8조 고위공직자의 민간 부문 업무활동 내역 제출 및 공개, 제9조 직무관련자와의 거래 신고, 제15조 퇴직자 사적 접촉 신고 등의 고지 의무는 공직자의 사적 생활에서 발생하는 다양한 활동과 거래

31) 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 판례집 25-1, 180면 이하.; 현재 1994. 4. 28. 91헌바15 등, 판례집 6-1, 317면 이하.

32) 현재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 224면.

33) 공직자의 직무 수행권에 대해서 더 구체적인 내용을 담은 결정으로는 현재 2005. 5. 26. 2002헌마699 등, 판례집 17-1, 734면 이하.; 이 결정에서 헌법재판소는 “여기서 직무를 담당한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 그 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받을 것을 의미하는바, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다고 할 것이다”고 판시한 바 있다.

34) 권성 재판관은 별개의견을 통해 “공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 법령이 당해 공무원에게 부여한 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉 주관적 공권이 아니다. 국가는 그 과제를 효율적으로 수행하기 위하여 조직을 구성하고 국가권력을 배분한다. 공무원의 직무수행권은 바로 위와 같은 국가의 객관적 권한배분 내지 조직구성권의 행사의 결과로 주어진 ‘권한’(Kompetenz)이며 공무원 개인이 국가에 대하여 요구할 수 있는 주관적 공권이라고 볼 수 없다”는 의견을 제시하였다. 현재 2005. 5. 26. 2002헌마699 등, 판례집 17-1, 753면.

35) 이승우, “공무담임권의 보호범위에 관한 평석”, 공법연구, 36(1), 2007, 541-572.

36) 윤영미, “공법: 공무담임권에 관한 소고-보호영역을 중심으로”, 법학논총, 23(2), 2006, 129-150.; 이인호, “공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판-결정 상호간의 모순과 부정합성 비판”, 법과사회, 30, 2006, 319-342.; 한수웅, “공무담임권의 보장내용: 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, 중앙법학, 16(3), 2014, 7-43.

37) 본 연구는 공무담임권의 내용 자체에 관한 연구가 아니기 때문에 이러한 견해 대립에 대한 자세한 분석과 논증은 하지 않도록 한다. 다만 이해충돌에 따른 공직자의 권한 행사 제한에 관한 기본권 제한의 실질적 정당성 검토 측면에서 기본권으로서 공무담임권을 인정되는 경우 기본권 제약이 정당화되는가를 검토하기로 한다.

등의 내용을 소속 기관에 신고해야 하는 의무를 부과하는 것으로 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권과 관련을 갖는다. 또한 이러한 고지 의무의 부과로 인하여 직무관련자와의 거래 및 퇴직자와의 사적 접촉 등이 결과적으로 위축 혹은 제한되는 효과가 발생할 수 있기 때문에 행복추구권 및 일반적 행동자유권의 제약도 고려할 수 있다. 그러나 직무에 영향을 미치지 않는 거래와 사적 접촉이라고 판단된다면 고지 의무로 인한 위축이 발생하지 않을 것이라는 점, 이러한 위축 또는 제한의 효과는 사생활의 비밀과 자유에 대한 제약으로 인해 발생하는 간접적·부수적 결과라는 점 등에서 동규정들은 사생활의 비밀과 자유와 더 직접적인 관련을 맺는다고 할 수 있다.

이해충돌방지법 제10조 직무 관련 외부 활동 제한 규정은 일정한 내용의 활동을 금지 또는 제한적 요건에서 허용하는 것을 내용으로 하는 규정으로 헌법상 행복추구권의 내용으로 보장되는 일반적 행동자유권 및 공직 이외의 직업 활동을 선택하고 수행할 수 있는 직업선택의 자유와 관련을 맺는다.

이해충돌방지법 제11조 가족 채용 제한은 공공기관에 대한 명령으로 일정 요건 하에서 소속 공직자 가족의 채용을 금지하고 있다. 동규정은 공직자의 기본권이 아닌 공직자 가족의 공공기관 취업을 제한하는 것으로 공직자 가족의 공무담임권 및 직업선택의 자유와 관련을 갖는다. 동시에 동 규정은 가족의 행위로 인하여 자신의 자유가 제약되기 때문에 헌법상 금지되는 기본권 제약 방식인 연좌제의 외관을 구성한다고 할 수도 있다. 연좌제는 “① 자기 행위 또는 자신과 실질적 관련성이 없는 ②친족이나 타인의 행위로 인하여 ③법적 불이익을 주는 경우”³⁸⁾에 해당하는 것이다. 그러나 동규정의 채용 금지는 연좌제에 해당하는 것이 아니라 평등한 공직 취임의 기회를 해칠 수 있는 요인을 가진 사람의 공직 취임 기회를 일부 제한하는 것이라고 할 수 있다. 다시 말해, 공개경쟁채용이 아닌 특별채용이라는 한정된 경우에 있어서 공직자 가족과 공직자 가족이 아닌 사람을 비교할 때 공직자 가족이 가질 수 있는 특별한 지위가 평등한 공직 취임을 저해할 수 있기 때문에 일정한 공직 취임 기회를 제약하는 것으로 이해할 수 있다.

마지막으로 이해충돌방지법 제13조 공공기관 물품 등의 사적 사용·수익 금지 및 제14조 직무상 비밀 등 이용 금지 규정은 일정한 행위의 금지를 내용으로 하는 있는 규정이지만 그러한 행위를 할 수 있는 공공기관의 물품 등을 사적으로 사용할 수 있는 지위가 공직자에게 보장되지 않는다는 점 및 직무상 비밀 및 비공개 정보를 사적으로 활용할 수 있는 지위가 공직자에게 보장되지 않는다는 점에서 동 규정에 따라 직접적으로 제약되는 기본권을 찾기는 어렵다. 다만 극히 예외적인 경우일 수 있지만 직무상 비밀 이용 금지 규정은 사적으로 취득한 정보와 개인적 예측 역량에 기초하여 재산상 이익을 얻기 위한 행위의 내용이 직무상 알게 되었거나 알 수 있었던 정보에 기초한 행위와 중첩되는 상황에서 개인의 계약

38) 이승택, “부패방지과 헌법상 연좌제 금지”, 한국부패학회보, 25(2), 2020, 145-167.

의 자유와 재산권에 대한 제약으로 이해될 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 계약의 자유와 재산권에 대한 제약은 직무상 비밀 이용 금지 규정에 의해 직접적으로 제약되는 것은 아니며, 법적용 과정에서 발생하는 직무상 정보의 이용 여부에 대한 입증 문제에서 고려될 수 있는 부분이라고 할 수 있다. 또한 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원의 국유재산 취득을 금지하는 규정에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 “헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성(私的有用性) 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리라 할 것이므로, 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권보장의 대상이 되지 아니한다”³⁹⁾고 판시하여 재화 획득의 기회 보장은 재산권 보장의 내용이 아니라고 보고 있으며, 이러한 측면에서도 동 규정에 의한 재산권의 직접적 제약은 발생하지 않는다고 할 수 있다.

이해충돌방지법의 대상이 되는 공직자는 대통령과 국회의원 등의 선출직 공무원에서부터 판사와 같은 사법부 공무원과 매우 다양한 층위의 공공기관 임직원에 이르기 까지 매우 다양한 범주를 포괄한다. 따라서 개별 공직자의 입장에 따라서 주장될 수 있는 구체적 기본권은 상이할 수 있다. 본 연구는 이해충돌방지법 전반에 대한 헌법적 검토를 내용으로 하기 때문에 개별적 대상의 차이보다는 이해충돌 방지를 위한 행위 기준의 유형에 따른 관련 기본권을 정리하였다는 측면에서 한계가 있을 수 있다. 이상의 내용을 간략히 정리해보면 다음과 같다.

이해충돌방지법	행위 제한 기준 유형	관련 기본권
제2조	범위 설정	평등권
제5조, 제7조, 제12조	권한행사 제한	공무담임권-공직수행권 (학설 대립)
제6조, 제8조, 제9조, 제15조	고지 의무 부과	사생활의 비밀과 자유 개인정보자기결정권 (간접적: 행복추구권, 일반적 행동자유권)
제10조	활동 제한	행복추구권 일반적 행동자유권 직업의 자유
제11조	금지	공무담임권-공직취임권
제13조, 제14조		없음 (간접적: 계약의 자유, 재산권)

39) 헌재 1999. 4. 29. 96헌바55, 판례집 11-1, 468면.

2. 이해충돌방지법상 기본권 제한의 형식적 정당성 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 이해충돌방지법은 국민 전체의 공정한 기본권 실현을 위하여 공직자 및 공직자 가족의 일정한 기본권을 제약하는 구조를 갖는다. 하지만 기본권의 제약이 발생했다는 것만으로 헌법상 문제가 되지는 않는다. 왜냐하면 우리 헌법은 기본권 제한에 대한 일반적 법률유보 규정을 두어 일정한 요건 아래 기본권의 제약이 정당화될 수 있도록 하고 있기 때문이다. 이러한 기본권 제약의 정당성 판단은 크게 형식적 정당성과 실질적 정당성으로 나누어 볼 수 있으며, 기본권 제한이 정당화되기 위해서는 이 두 개의 정당성을 모두 획득할 수 있어야 한다. 우리 헌법상 기본권 제한의 일반 규정이라고 할 수 있는 헌법 제37조 제2항은 ①국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 ②법률로써 ③필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다고 규정하고 있으며, ‘법률로써’ 제한하고 있는지를 검토하는 것이 형식적 정당성 판단이며, ‘필요한 경우에 한하여’ 제한하고 있는지를 검토하는 것이 실질적 정당성 판단이라고 할 수 있다. 기본권 제한 목적의 정당성은 앞서 이해충돌방지법의 헌법적 근거에서 충분히 제시되었기 때문에 이하에서 기본권 제한의 형식적 정당성과 실질적 정당성을 각각 검토하고자 한다.

기본권 제한의 형식적 정당성은 기본권 제한에 동원된 법률이라는 형식이 권한, 절차, 형식의 측면에서 적절하게 형성되었는가에 따라 판단된다. 권한의 측면은 헌법 제40조의 입법권의 행사의 결과로 법률이 제정되었으며, 이러한 권한의 행사가 포괄적 위임입법 금지 원칙을 준수하고 있는지로, 절차의 측면은 국회가 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 법률을 제정하였는가에 여부로, 형식의 측면은 법률의 일반성 원칙, 명확성원칙, 불소급 원칙의 준수 여부로 판단된다.⁴⁰⁾

이해충돌방지법은 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 국회가 제정한 법률이라는 점, 처분적 법률이 아니라는 점, 동법률 부칙⁴¹⁾에서 규정한 바와 같이 소급입법적 요소가 없다는 점에서 대체로 형식적 정당성을 충족한다고 할 수 있다. 또한 동법률의 문언은 ‘사적 접촉’과 같이 다소 일반적 혹은 불확정적 성격을 갖는 부분이 있지만 이 또한 공무원 행동강령을 통해 그 구체적 의미가 이미 상당 부분 형성되었다는 측면에서 “정당한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출”⁴²⁾할 수 있다고 할 수 있어 명확성 원칙도 충족한다. 다만, 하위 법령에 대한 위임이 다소 많기 때문에 포괄적 위임입법 금지 원칙 측면에서의 추가적인 검토는 필요하다.

40) 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형”, 공법연구, 29(1), 2000, 110면.

41) 이해충돌방지법 부칙은 이 법률의 시행을 공포 후 1년으로 하고 있으며, 업무활동 내역 제출, 거래신고, 외부활동 제한, 가족 채용 제한, 수의계약 체결 제한 등의 행위 제한을 모두 이 법 시행 이후로 명시하고 있다.

42) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 79면.

헌법재판소는 포괄적 위임입법 금지 원칙에 대하여 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대해 행해져야 한다는 점, 위임입법을 통해 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 법률에 구체적으로 규정되어 누구라도 당해 법률로부터 위임입법에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 점, 예측가능성은 특정 조항만이 아니라 법률 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 한다는 점을 판단 기준으로 제시하고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 이해충돌방지법은 다수의 위임입법에 관한 근거 규정을 두고 있으나 대부분 실무적으로 필요한 사항에 관한 위임⁴⁵⁾으로 기본권을 직접 제한하는 규정은 아니다. 하지만 동법률의 가장 핵심적 내용이라고 할 수 있는 사적 이해관계자의 범위 설정에 있어서 “대통령령으로 정하는 일정 비율 이상의 주식·지분 또는 자본금 등을 소유하고 있는 법인 또는 단체”⁴⁶⁾의 규정에 있어서 일정 비율은 쉽게 예측하기 어려운 측면이 있다. 물론 이러한 위임은 기존 우리나라 법률의 입법 태도를 비취볼 때 포괄적 위임입법 금지 위반이라고 할 수는 없을 것이다. 하지만 이 비율은 법인 또는 단체와의 이해 관련성을 결정하는 핵심 기준이라는 점 및 이 비율 자체를 유동적으로 하는 것은 이해충돌 방지법제의 실효성 측면에서 좋지 않다는 점, 이해충돌방지법이 사적 이해관계의 범주를 명확하게 하는 기능을 수행해야 한다는 점 등에서 그 중심 내용은 국회가 대통령령에게 위임하는 것보다는 법률에 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

3. 이해충돌방지법상 기본권 제한의 실질적 정당성 검토

(1) 검토 기준

이해충돌방지법 관련을 가진 기본권은 앞서 살펴본 바와 같이 평등권, 공무담임권, 사생활의 비밀과 자유, 일반적 행동자유권 등 매우 광범위하다. 이러한 기본권을 제한하는 법률의 실질적 정당성에 대한 분석과 검토는 각 기본권의 성격에 따라 개별적인 연구가 필요하다. 본 연구는 이해충돌방지법 전반에 관한 헌법적 검토를 내용으로 하고 있기 때문에 세밀하고 상세한 분석보다는 논쟁적인 요소에 대한 간략한 검토를 통해 이해충돌방지법상 기본권 제한의 정당성을 살펴보고 추가적인 분석과 검토가 필요한 부분을 지적하고자 한다.

기본권 제한의 실질적 정당성의 검토는 기본적으로 ‘필요한 경우에 한하여’ 기본권을 제

43) 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 341면.; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 166면.

44) 포괄적 위임입법 금지의 판단 기준에 관해서는 이부하, “헌법재판소의 포괄위임금지원칙 심사기준에 관한 고찰”, *홍익법학*, 21(3), 2020, 165-185. 참고.

45) 예를 들어 이해충돌방지법 제5조 ⑤ 제1항 및 제2항에 따른 신고 및 회피·기피의 절차와 방법, 신고·회피·기피의 기록·관리 등에 필요한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

46) 이해충돌방지법 제2조 제6호 바목

한하고 있는지를 평가하는 것으로 이른바 비례성 원칙 혹은 과잉금지 및 과소금지 원칙을 통해 이뤄진다.⁴⁷⁾ 단, 헌법상 상대적 평등의 보장으로 이해되는 평등원칙⁴⁸⁾의 경우에는 자유권과 달리 그 자체로 보호영역이 확정되어 있지 않기 때문에 비례성원칙을 적용할 수 없고 대상 집단의 비교 가능성 및 차이 판단, 차이에 부합하지 않는 차별적 대우 존부 판단, 차이에 부합하지 않는 차별적 대우의 합리성 판단의 3단계 판단 구조에 따라서 그 정당성을 검토할 수 있으며⁴⁹⁾, 이러한 평등심사의 강도는 입법자의 형성의 자유 및 헌법상 금지되는 차별 사유, 소수자 보호 필요성 등을 고려하여 결정된다.⁵⁰⁾

(2) 평등심사

이해충돌방지법의 조문 흐름에 따라 검토해보면 먼저 살펴봐야 할 것은 동법의 적용 대상과 범위 설정이 헌법상 평등원칙에 부합하고 평등권을 침해하지 않는지의 문제이다. 동법이 유형화하여 다른 대우를 형성하는 개념에는 공직자, 고위공직자, 직무관련자, 사적이해관계자 등이 있다. 따라서 헌법상 평등원칙 위반 여부는 합리적 근거없이 또는 자의적으로 이 개념 유형에 포함되는 사람과 그렇지 않은 사람을 구별하고, 차등대우를 하고 있는지의 판단에 달려있다. 그러나 동법에 의한 차등대우라고 할 수 있는 이해충돌회피 및 이를 위한 행위 제한은 충분한 합리적 근거를 가지고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 1)공직자는 국민 전체에 대한 봉사자로 다른 직역보다 더 강한 충실의무를 부담하고 있으며, 이러한 충실의무는 사적 이해관계와 공적 이해관계의 충돌에 있어서 공익을 우선시 해야 하는 이해충돌 회피의무 및 직무전념의무로 구체화⁵¹⁾할 수 있다는 점, 2)행위 제한의 결과가 대체로 특정 대상에 대한 불이익한 처우를 야기하는 것이 아니라 특별 대우를 예방하고 공정하고 평등한 국가 작용의 실현을 지향하고 있다는 점, 3)이해충돌 방지를 위한 직무관련자에 대한 차등대우는 비단 공직 영역뿐만 아니라 사적 영역에서도 매우 광범위하게 부과되고 있다는 점⁵²⁾, 4)공직자에 의무를 부과하는 영역은 국민에게 의무를 부과하는 것보다 상대적으로 광

47) 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형”, 공법연구, 29(1), 2000, 111-118면.

48) 평등을 일관되게 상대적 평등으로 이해하는 헌법재판소의 대표적인 판결로 헌재 1991. 2. 11. 90헌가 27, 판례집 3, 11.; 동 판결에서 헌법재판소는 “헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 반할 뿐인 것이다.”고 판시하고 있다.

49) 이준일, “상대적 평등으로서 평등의 의미-헌법재판소의 판례에 대한 비판을 중심으로”, 공법연구, 48(2), 2019, 134-146면.

50) 이준일, “상대적 평등으로서 평등의 의미-헌법재판소의 판례에 대한 비판을 중심으로”, 공법연구, 48(2), 2019, 151-153면.

51) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65, 판례집 24-2상, 384면.

52) 예를 들어 변호사법 제31조 제1항의 이해충돌 상황에서의 수입제한 규정, 신탁법 제17조의 신탁재산관리인 선임 규정, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제44조의 이해상충 관리 규정 등을 들 수 있다.

범위한 입법재량을 인정할 수 있고, 따라서 엄격한 평등심사가 적용되지 않는다는 점 등에서 동법상의 차등대우는 충분한 합리성을 갖는다고 할 수 있기 때문이다.

다만, 입법과정에서 지적된 바와 같이 부정청탁금지법의 적용 대상이지만 이해충돌방지법의 적용 대상에서는 제외된 사립학교 교원과 언론인들의 문제는 좀 더 분석이 필요하다. 특히 교원의 경우에는 사립학교 교원과 국·공립학교 교원과 비교할 때 거의 유사한 직무를 수행하고 있으며, 그에 따른 자격과 신분보장도 동일하게 하고 있다는 점⁵³⁾에서 이해충돌방지 문제에 있어서 상이한 대우를 해야 할 충분한 근거를 찾기 어렵다. 물론 초·중등교육법이나 고등교육법의 개정을 통해 이해충돌 상황에 있어서 교원의 의무를 동일하게 규정하는 방법도 고려할 수 있지만 그러한 법개정 없이 국·공립학교 교원에게만 이해충돌 방지 의무를 부여하는 것은 합리적 근거를 상실한 차등대우라고 할 수 있다. 물론 앞서 언급한 바와 같이 입법재량권에 의해 엄격한 평등심사의 영역이 아니라는 측면⁵⁴⁾에서 교원 사이의 다른 취급이 위헌이라고 할 수는 없지만 이해충돌방지법의 보완 지점이라고 지적하기에는 충분한 부분이다.

(3) 비례성 판단

비례성 판단은 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익균형성에 관한 판단으로 구성된다. 먼저 이해관계인이 직무관련자인 경우 일정한 권한 행사를 제한하는 이해충돌방지법 규정이 공무담임권의 내용으로서 공직수행권을 침해하는가의 문제를 살펴보면, 1)공무담임권의 내용으로 공직수행권을 인정하지 않는 헌법재판소의 소수 견해 및 학계의 여러 주장⁵⁵⁾에 따르면 공직수행권은 법률상 부여된 권한에 불과하기 때문에 이를 제약하는 것은 기본권 제한의 문제가 아니라고 할 수 있고, 2)공직수행권을 기본권으로 인정하는 헌법재판소의 다수 견해에 따르면 더라도 이해충돌 방지를 위해 직무관련자가 이해관계인의 경우 직무를 회피하거나 공동수행하도록 하는 것은 공정한 공직 수행을 위해 적합한 수단이고, 적절한 예외와 절차를 부여하여 피해를 최소화하고 있으며, 공정한 국가 행정 실현이라는 법익은 공직자의 공직수행권과 비교할 때 충분한 균형을 가지고 있다는 점에서 정당한 제한이라고 할 수 있다.

다음으로 일정한 고지 의무를 부과하고 있는 이해충돌방지법 규정에 따른 사생활의 비밀

53) 사립학교법 제52조, 제55조

54) 헌법재판소는 지방의회의원 겸직 금지 사건에서 상세한 논증없이 “지방의회의원과 국회의원들은 본질적으로 동일한 비교집단이라고 볼 수 없으므로, 이를 달리 취급하였다고 할지라도 이것이 지방의회의원인 청구인의 평등권을 침해한 것이라고 할 수는 없다”고 판시하면서 공직자에 대한 평등권 판단에 있어서 매우 낮은 심사기준을 적용하고 있다는 점을 보여주고 있다. 물론 이러한 헌법재판소의 평등권 심사는 불충분한 측면이 있다고 비판할 수 있지만 공적 직무 수행 주체에 대한 입법 형성 재량이 다른 영역보다 크기 때문에 평등 심사의 엄격한 기준을 적용할 수 없다는 점에서 판결의 취지는 동의할 수 있다.; 헌재 2012. 4. 24. 2010헌마605, 판례집 24-1하, 192면 이하.

55) 각주 34, 36 참고

과 자유 제약에 대해 살펴보면, 1)직무가 아닌 사적 영역에서 발생하는 활동과 거래 중 직무 관련 사항에 대한 고지 의무는 공정한 직무 수행을 위한 업무 배치 및 권한 부여에 있어서 반드시 필요한 정보를 요구하는 것으로 공정한 공직 수행을 위해 적합한 수단이라는 점, 2)고지 의무의 범위를 직무 관련 영역으로 명확하게 한정하고, 퇴직자 사적 접촉 신고 의무도 직무관련자인 퇴직자로 한정하여 피해의 최소성을 충족하고 있다는 점, 3)사적 생활의 형성과 관련 정보의 공개 범위 등에 관한 자유만큼이나 공직 수행의 주체로서 부담하는 충실의무와 직무전념의무, 공정한 공직 수행의 필요성도 중요한 헌법상 법익이라고 할 수 있기 때문에 법익의 균형성도 인정된다는 점에서 정당한 제한이라고 할 수 있다.

이해충돌방지법상 활동 제한은 헌법상 행복추구권에 근거한 일반적 행동자유권과 직업선택의 자유에 대한 제약을 가져오는데 이를 나누어 살펴보면, 먼저 일반적 행동자유권에 대한 제약은 1) 이해충돌방지법 제10조에 열거된 행위의 제한은 직무의 공정성을 해칠 수 있는 행위를 구체적으로 열거하여 제한하고 있는 것으로 수단의 적합성이 인정되며, 2) 직무관련자에 한정하여 사적 노무나 조인 등의 행위를 금지하고 있는 점, 소속 공공기관이 당사자이거나 직접적 이해관계를 가진 경우에 한정하여 상대방측 대리나 조인 행위를 제한하고 있는 점, 그 밖의 유상의 직무 관련 지식이나 정보 제공이나 외국 기관 등에 대한 대리 행위 및 겸직에 관해서는 다른 법령이 허용하거나 소속기관장이 허용하는 경우를 제외함으로써 피해의 최소성을 갖췄다고 할 수 있으며, 3) 공직 수행 주체가 직무의 공정성 혹은 이를 저해하거나 저해할 우려가 있는 경우를 방지해야 하는 법익은 일반적 행동자유권과 충분한 균형을 갖추고 있다는 점에서 법익균형성도 인정된다. 또한 직업선택의 자유 측면에서 살펴볼 때에도 1) 겸직금지는 해당 직무 수행의 성격상 타 업무 겸직이 업무의 공정성을 해칠 우려가 있을 경우 활용할 수 있는 적합한 수단이며⁵⁶⁾, 이미 여러 법률들을 통해서 다양한 영역에서 활용하고 있는 수단⁵⁷⁾이라는 점에서 수단의 적합성이 있으며, 2) 일반적 행동자유권에서 살펴본 바와 같이 일정한 예외와 허용 범위를 인정하여 피해의 최소성을 충족하고 있고, 3) 공직 수행의 공정성 요청은 직업선택의 자유와 법익의 균형성을 갖는다고 할 수 있다. 이러한 측면에서 이해충돌방지법상 활동 제한은 기본권 제한의 실질적 정당성을 갖추었다고 평가할 수 있다.

(4) 가족 취업 제한과 관련된 기본권 제한의 실질성 판단

가족 취업 제한 규정에 관한 판단을 별도로 분리해서 논의하는 것은 동 규정이 앞서 살

56) 현재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 482면.

57) 구체적인 범위나 대상 및 제재의 방식은 차이가 있을 수 있지만 현재 우리나라의 법제에서 겸직금지 규정을 두고 있는 경우로 변호사법, 세무사법, 관세사법, 공증인법, 부동산중개업법, 공인노무사법, 약사법 등을 들 수 있다.

퍼본 다른 규정들과 같이 공직자에게 일정한 행위 제한이나 의무를 부과하는 것이 아니라 채용 행위에 대한 일정 범위의 금지 명령을 공공기관에 직접 하는 것이기 때문에 규정의 성격이 다르며, 동시에 이러한 명령에 따라서 기본권의 제한을 받는 대상이 공직자가 아닌 사인이라는 점에서 구분하여 논의할 필요가 있기 때문이다.

먼저 평등심사 관련해서 살펴보면 소속 고위공직자 및 채용 담당 공직자의 가족에 대해서 그렇지 않은 사람과 구별하여 채용 기회를 일부 제약하는 것은 차등대우라고 할 수 있으나, 1) 공개경쟁채용이 아닌 특별 채용의 경우 소속 고위공직자나 채용 담당 공직자의 사실적 영향력이 매우 높아서 채용의 공정성과 신뢰성 확보를 위해 일정한 제한의 필요성이 있다는 점, 2) 실질적으로 적용 범위가 매우 제한적이라는 점, 3) 공개경쟁을 통한 공공기관 등의 취업기회가 더 광범위하게 있다는 점, 4) 해당 공직자가 해당 기관의 고위공직자 혹은 채용 담당 공직자로 항구적으로 재직하는 것이 아니라는 점, 5) 충분히 합리적이라고 할 수 있는 예외사유를 인정하고 있다는 점 등에서 합리적인 근거를 갖춘 차등대우라고 할 수 있다. 이러한 측면에서 공직자 가족의 취업 제한은 평등원칙에 반하지 않는다.

또한 비례성 심사 관련해서 살펴보면, 1) 이러한 취업 제한은 공공기관 특별 채용 등에 있어서 공정성과 신뢰성 확보를 위해 적합한 수단으로 수단의 적합성이 인정되고, 2) 소속 고위공직자, 채용 담당 공직자 등 실질적 영향력을 행사할 수 있는 대상의 가족으로 적용범위를 제한하고, 일정한 예외사유를 인정하고 있다는 점에서 피해의 최소성을 충족하고 있으며, 3) 채용의 공정성 실현이라는 법익의 중요성은 직업 선택의 자유와 균형성을 갖는다는 점에서 법익균형성도 충족한다.

이상에서 살펴본 바와 같이 이해충돌방지법상 기본권 제한은 실질적 정당성을 갖춘 정당한 제한이라고 평가할 수 있다. 본 연구의 성격상 세밀한 분석과 판단에는 이르지 못하였지만 그럼에도 이러한 검토는 향후 이해충돌방지법의 확대 및 보완 과정에서 고려되어야 할 헌법적 요소들에 대한 참고점이 될 수 있을 것이다.

IV. 결: 청렴과 품위에 기댄 부패방지 실패사의 반복을 끝내는 길

이해충돌방지법 제정을 통해 이제 비로소 오랜 기간 시민사회와 학계에서 요구했던 완비된 부패방지법 체계가 출범할 예정이다. 물론 여전히 많은 준비가 필요하다. 여러 법령에 걸쳐 산재해있는 이해충돌 관련 규정과의 관계에 대한 정리, 법집행을 위한 구체적인 절차와 조직의 근거가 될 시행령의 마련, 법 적용 초기의 혼란을 피하기 위한 다양한 교육과 관련 사례를 정리한 자료의 제공 등 많은 준비가 진행되어야 하며, 이 법의 안정적인 정착을 위해서는 무엇보다 철저한 준비가 필요하다.

본 연구는 이해충돌방지법 제정의 근거를 제시하고, 동법상 제한되는 기본권을 확인하였으며, 그러한 기본권 제한의 정당성을 평가하였다. 그 결과 위헌 또는 기본권 침해가 명백히 확인되는 규정은 없었으며, 다소 보완이 필요한 부분으로 사적이해관계자의 범위 설정에 있어서 “대통령령으로 정하는 일정 비율 이상의 주식·지분 또는 자본금 등을 소유하고 있는 법인 또는 단체”⁵⁸⁾ 규정에서 ‘일정 비율’은 동법의 해석만으로는 예측하기 어려운 부분이 있어서 포괄위임의 성격을 가질 수 있고 따라서 일정한 범위 혹은 기준을 법률에 명시하는 것이 바람직하다는 점, 거의 유사한 직무 수행 및 신분 보장을 받는 교원이 사립과 국공립이라는 소속의 차이에 따라 동법의 적용을 달리하는 부분은 평등권 침해에 이르지 않지만 불합리한 차등대우로 비취질 수 있다는 점 등을 제시하였다.

하지만 이보다 더 중요한 것은 이해충돌 방지 요청의 헌법적 근거를 검토하는 과정에서 논의한 것과 같이 이해충돌 방지 요청은 단지 공무원의 신분을 가진 사람에게 국한되는 것이 아니라 공적 직무를 수행하는 그리고 공공의 신뢰와 관련된 역할을 수행하는 모든 주체에게 요구되는 것이며, 이러한 관점에서 이해충돌방지법의 통합과 보완이 진행되어야 할 필요성이 있다는 점이다. 신분 중심의 규제로는 빠른 속도로 변화하고 확장해가는 공적 직무의 공공성을 실현하기 어렵다. 사립학교 교원의 부패는 결국 우리 교육의 부패로 직결되는 것이며, 이를 사립학교의 문제로 취급하지 않는다는 점을 분명하게 인식해야 한다.⁵⁹⁾ 이러한 관점에서 이해충돌 방지 법체계의 적용 범위 확대와 통합 및 확장을 위해서는 대상 확대가 ‘잠재적 범죄자 취급’이 아니라 공적 직무 수행의 주체로 인정하는 것이며, 의심하는 것이 아니라 이해충돌 상황으로부터 공적 직무를 수행하는 주체와 그가 수행한 공적 직무의 신뢰성을 보호하기 위함이라는 점을 설득하고, 이를 실현할 수 있는 법제도를 형성해나가는 작업이 필요하다.

청렴과 품위는 미덕이다. 청렴하고 품위를 갖춘 공직자상이 앞으로도 지속적으로 존경받는 공직자의 표상이어야 함에는 변함이 없다. 그러나 공직자에게 법적 의무를 부과하는 법률이 청렴과 품위라는 추상적 언어에 기대어 공직자 스스로가 이를 적극적으로 해석하고 실천하기를 기다리는 것만으로 그 역할을 충실하게 수행한 것이라고 볼 수는 없다. 이 나라 부패방지의 실패는 공직자의 자각과 자율적 실천의 실패로 인한 것이 아니라 부패방지를 위한 법률이 제 역할을 충분히 하지 못했기 때문에 반복되고 있는 것이다. 이해충돌방지법은 이해충돌이 우려되는 상황에서 공직자에게 구체적인 실천 지침을 부여함으로써 국민의 신뢰를 훼손하지 않고 공적 직무를 수행할 수 있는 명확한 길을 제시한다. 청렴이나 품위의 강조가 아닌 명확한 규정과 지침으로 공직자의 권한 범위를 설정하고, 그 위반에 대한 책임

58) 이해충돌방지법 제2조 제6호 바목

59) 실제로 사립학교에서 벌어진 ‘시험문제 유출 사건’의 파장은 오히려 국공립학교 교원들의 상피제 의무 도입으로 연결되었다. “시행 2년 넘은 고교 상피제…사립학교 법적 규제 근거는 ‘아직’”, 임지연 기자, e-대학저널, 2020. 10. 14. 자, 인터넷뉴스(검색일: 2021. 8. 10).

을 분명하게 묻는 것이 한국 공직사회의 실추된 신뢰를 회복하는 더 빠른 길일 것이다.

물론 현실의 모든 문제를 법으로 해결할 수 있다는 과신은 실망으로 돌아온다. 하지만 모든 문제가 체계적으로 정비된 법적 규율 없이 개인의 양심과 도덕 혹은 윤리만으로 해결되는 것도 아니다. 중요한 것은 조화를 이루는 것이다. 우리의 공직자 윤리 체계의 핵심적 개념 측은 청렴과 품위였다. 청렴과 품위라는 고상하고 추상적인 언어를 공직 윤리의 중심에 두는 것은 국가의 기능과 역할이 고도화된 현대 국가에 어울리지 않을 뿐만 아니라 명백히 실패한 법 개념이라고 할 수 있다. 어떤 행위가 금지되고 제한되며, 회피해야 하는지를 명확하게 부여할 수 있는 법개념으로서 청탁 금지와 이해충돌 방지가 그 자리를 대신해야 할 것이다.

참고문헌

<단행본>

- 한상범, 『헌법이야기』, 현암사, 1998.
John Locke, 이극찬 역, 『정부론』, 삼성출판사, 1983.

<논문>

- 김강인, 강기홍, “이해충돌방지법안의 주요 내용과 실현과제”, *부패방지법연구*, 4(1), 2021, 31-61.
김주영, “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토: 체계성 및 이해가능성 심사를 중심으로”, *공법학연구*, 14(3), 2013, 175-209.
박규환, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’개정을 위한 연구”, *강원법학*, 47, 2016, 35-63.
송기춘, “[부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률] 의 법적 문제점과 개선방향”, *세계헌법연구*, 21(3), 2015, 39-69.
박찬주, “누구도 자기 사건에서 재판관이 될 수 없다”, *인권과 정의*, 496, 2021, 162-192.
선정원, 김태계, 박효근, “공직사회의 노블리스 오블리제와 직업윤리의 혁신”, *한양법학*, 20, 2007, 13-32.
이준일, “세 가지 국가원리의 관계-이성법적 국가원리로서 민주적, 사회적 헌법국가”, *안암법학*, 23, 2006, 1-31.
이준일, “기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형”, *공법연구*, 29(1), 2000, 101-121.
이준일, “상대적 평등으로서 평등의 의미-헌법재판소의 판례에 대한 비판을 중심으로”, *공법연구*, 48(2), 2019, 131-155.
이부하, “헌법재판소의 포괄위임금지원칙 심사기준에 관한 고찰”, *홍익법학*, 21(3), 2020, 165-185.
이승우, “공무담임권의 보호범위에 관한 평석”, *공법연구*, 36(1), 2007, 541-572.
이승택, “부패방지와 헌법상 연좌제 금지”, *한국부패학회보*, 25(2), 2020, 145-167.
이인호, “공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판-결정 상호간의 모순과 부정합성 비판”, *법과사회*, 30, 2006, 319-342.
유지태, “법치주의 관점에서 본 부정부패방지 논의”, *공법연구*, 24(3), 1996, 89-198.
윤영미, “공법: 공무담임권에 관한 소고-보호영역을 중심으로”, *법학논총*, 23(2), 2006, 129-150.
장영수, “공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향”, *고려법학*, 70, 2013, 329-355.
장영수, “[부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률](이른바 김영란법) 의 헌법적 의의와 발전방향”, *공법연구*, 45(1), 2016, 327-350.
조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, *한국부패학회보*, 20(4), 2015, 1-22.
조재현, 강혜림, “사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지 입법에 관한 연구”, *한국부패학회보*, 26(2), 2021, 65-84.
한수웅, “공무담임권의 보장내용: 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, *중앙법학*, 16(3), 2014, 7-43.

VERMEULE ADRIAN, Contra “Nemo Iudex in Sua Causa”: The Limits of Impartiality, The Yale Law Journal, 122(2), 2012, 384 - 420.

Kalt, B. C. Pardon Me: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons. Yale Lj, 106, 1996, 779.

Conklin, M. Please Allow Myself to Pardon... Myself: The Constitutionality of a Presidential Self-Pardon. U. Det. Mercy L. Rev., 97, 2019, 291.

투고일자 : 2021. 09. 08

수정일자 : 2021. 09. 16

게재일자 : 2021. 09. 30

<국문초록>

이해충돌방지법에 관한 헌법적 검토

이 승 택

2021년 5월 18일 공직자의 이해충돌방지법이 제정되어 2022년 5월 시행을 앞두고 있다. 이해충돌방지법의 제정 이후 이에 대한 비판적 평가와 보완 필요성이 제시되고 있다. 본 연구는 이해충돌방지법의 헌법적 근거를 확인하고, 이해충돌방지법상 기본권 제한의 정당성을 검토하여 이해충돌방지법이 현행 헌법 체계와 조화를 이루는 법률이라는 점 및 현행 헌법이 추구하는 헌법의 목표를 실현하는데 필수적 법률이라는 점을 밝히고 나아가 보완을 위한 방향성을 제시하고자 하는 연구이다.

본 연구는 이해충돌방지 요청이 헌법을 설계하고 형성하는 과정 및 헌법의 구체화를 위한 해석 과정에서 고려되어야 하는 법 형성의 보편적 원칙의 지위를 갖는다는 점과 헌법의 기본원리인 법치주의, 민주주의, 사회국가 원리 실현을 위해 전제되거나 관철되어야 하는 요청이라는 점에서 이해충돌방지법의 근거를 제시하였다. 또한 실정 헌법적 차원에서 헌법 제7조 제1항을 비롯한 여러 헌법 직접적 근거를 가지고 있다는 점을 제시하였다. 또한 이해충돌방지법상 기본권 제한에 대해 형식적 정당성 및 실질적 정당성 측면을 검토하여 위헌 또는 기본권 침해가 명백히 확인되는 규정은 없었다는 점 및 일부 보완이 필요한 부분을 제시하였다.

이 나라 부패방지의 실패는 공직자의 자각과 자율적 실천의 실패로 인한 것이 아니라 부패방지를 위한 법률이 제 역할을 충분히 하지 못했기 때문에 반복되고 있는 것이다. 이해충돌방지법은 이해충돌이 우려되는 상황에서 공직자에게 구체적인 실천 지침을 부여함으로써 국민의 신뢰를 훼손하지 않고 공적 직무를 수행할 수 있는 명확한 길을 제시한다. 청렴이나 품위의 강조가 아닌 명확한 규정과 지침으로 공직자의 권한 범위를 설정하고, 그 위반에 대한 책임을 분명하게 묻는 것이 한국 공직사회의 실추된 신뢰를 회복하는 더 빠른 길일 것이다.

주제어: 이해충돌, 이해충돌방지법, 부패방지, 헌법 제7조, 청렴, 누구도 자신의 사건에 재판관이 될 수 없다.

