

## 공직자윤리법상 공직부패 방지에 대한 고찰\*

- 헌법재판소 결정을 중심으로 -

### Observation on the Prevention of Public Service Corruption under the Public Service Ethics Act

- Focusing on the decision of the Constitutional Court -

김 현 재(Kim, Hyun Jai)\*\*

#### ABSTRACT

Corruption in the public service society undermines the principle of fair competition and the health of the market, undermines the public's trust in the public, and ultimately violates the basic principles and values of the Constitution, including the principle of the rule of law, which is a fundamental principle of our Constitution.

As a public service ethics, integrity is a standard of morality that public officials should have, and the duty of integrity of a member of the National Assembly under Article 46(1) of the Constitution is a duty that applies to all public officials beyond the members of the National Assembly. Under the Ethics of Public Officials Act, the system of property registration and disclosure does not violate the Constitution because it does not regulate how public officials form property or the limits on property holdings, but rather requires them to register the formed property by declaring it to the state.

Stocks are property rights that have a fairly small meaning for the individual's personality manifestation, but because their social associations and social functions are distinct, they can be more broadly restricted by the state. Because a stock trust is based on a substantial connection between a public official and a family member, it does not fall under the constitutionally prohibited association system. The employment restriction of retired public officials is intended to ultimately ensure the fairness of their duties by preventing the possibility of using confidential information or information obtained during their employment for certain companies re-employed after retirement, or exerting undue influence over the department in which they were employed.

Key words: Corruption in Public Service, Integrity, Public Service Ethics Act, Property registration and disclosure, Stock Trust, Employment restrictions.

\* 이 논문은 부산대학교 인문·사회계열 연구활성화 지원사업(2021)에 의하여 연구되었음.

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사

## I. 서론

최근 신문기사에서 “독일 베를린에 본부를 둔 반부패운동 단체인 국제투명성기구가 2022년 국가별 부패인식지수(CPI)를 발표했다. 한국은 100점 만점에 63점으로 조사대상국 180개 중 31위를 차지했다. 지난해보다 점수는 1점이 오르고 한 계단 상승한 순위다. 경제협력개발기구(OECD) 가입 38개국 중에서는 22위로 지난해와 같은 순위를 기록했다. 덴마크가 90점으로 1위, 핀란드·뉴질랜드가 87점으로 공동 2위, 노르웨이가 84점 4위, 싱가포르·스웨덴이 83점으로 공동 5위를 차지했다. 아시아태평양 국가들 중 홍콩(76점·12위), 일본(73점·18위), 타이완(68점·25위) 등이 한국보다 좋은 평가를 받았다. 최하위는 12점을 받은 소말리아, 시리아·남수단은 13점으로 공동 178위에 자리했다. 부패인식지수(CPI)는 공공부문의 부패에 대한 전문가와 기업인의 인식을 반영해 이를 100점 만점으로 환산한다. 부패인식지수 70점대는 ‘사회가 전반적으로 투명한 상태’, 50점대는 ‘절대부패로부터 벗어난 정도’로 해석된다. 한국투명성기구는 이날 2022년 부패인식지수 결과를 설명하며 우리나라의 경우 공적자금과 관련한 청렴도가 개선됐으나, 공직사회와 관련한 지표들이 하락하였고, 개선돼 가던 경제활동과 관련한 지표들이 하락으로 돌아선 점을 특징으로 꼽았다<sup>1)</sup>”라고 보도된 바 있다. 이는 우리나라가 여전히 사회가 전반적으로 투명한 상태가 아니며 공직사회의 청렴도와 관련된 지표도 하락하였다는 것을 지적하고 있는 것이다.

공직 사회의 부패는 사회의 각 영역에 큰 영향을 미치는 각종 법령을 제정하고 이를 집행하고 시행하는 공적영역에서 발생하는 점에서 공정한 경쟁원리 및 시장의 건전성을 해하고 공공에 대한 국민의 신뢰를 깨트림으로써 궁극적으로는 우리 헌법상 기본원리인 법치주의 원리를 포함한 헌법상 기본적인 원리와 가치를 침해한다. 헌법상 통치질서속에서 공직제도는 민주적 통치구조의 실현조건에 해당된다는 점에서 그 기능적인 연관성을 갖는다고 할 것인데, 모든 공직자가 투철한 관직 내지 직책 사명을 가지고 일체의 사적인 이해관계나 인연을 초월해서 국민의 충직한 수임자로서 그 맡은바 임무를 충실히 수행해 나갈 수 있을 때 비로소 국가의 통치기능은 그 실효를 나타낼 수 있으며 공직자는 공익 내지 공공복리의 관점을 직무처리지침으로 삼고 이러한 공익을 실현시켜야 하는 지위에 있는 자라는 점에서 더욱 확고한 공직윤리의 확립이 필요하다<sup>2)</sup>.

1) 2023. 1. 31.자 한겨레신문([https://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/1077654.html](https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1077654.html)).

2) 헌법재판소도 박근혜 대통령 탄핵심판사건에서 “헌법 제7조 제1항은 국민주권주의와 대의민주주의를 바탕으로 공무원을 ‘국민 전체에 대한 봉사자’로 규정하고 공무원의 공익실현의무를 천명하고 있고, 헌법 제69조는 대통령의 공익실현의무를 다시 한 번 강조하고 있다. 대통령은 ‘국민 전체’에 대한 봉사자이므로 특정 정당, 자신이 속한 계급·종교·지역·사회단체, 자신과 친분 있는 세력의 특수한 이익 등으로부터 독립하여 국민 전체를 위하여 공정하고 균형 있게 업무를 수행할 의무가 있다. 대통령의 공익실현의무는 국가공무원법 제59조, 공직자윤리법 제2조의2 제3항, ‘부패방지 및 국민권익위원회

이러한 공직자의 공직윤리의 확립을 위한 기본적인 법률이라고 할 수 있는 공직자 윤리법은 제1조에서 “이 법은 공직자의 부정한 재산 증식을 방지하고, 공무집행의 공정성을 확보하는 등 공익과 사익의 이해충돌을 방지하여 국민에 대한 봉사자로서 가져야 할 공직자의 윤리를 확립함을 목적으로 한다”라고 규정함으로써 공직자에 대해서 직무집행의 공정성을 요구하고 국민 전체에 대한 봉사자의 지위라는 점을 강조하고 있다.

공직부패에 대응하기 위해 위 공직자윤리법을 필두로 2008년 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」, 2011년 「공익신고자 보호법」, 2015년 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」, 2019년 「공공재정 부정청구 및 부정이익 환수 등에 관한 법률」, 2021년 「공직자의 이해충돌방지법」 등이 차례로 입법화 되었지만 공직부패는 여전히 진행중이고 사회투명성도 눈에 띄게 개선되지는 않고 있다.

이하 공직윤리에 대한 헌법의 태도와 내용을 보고, 1981. 12. 31. 제정된 이래로 공직부패를 이유로 고위공직자들에 대한 국민적 비판과 공직후보자들의 낙마사태를 겪을 때마다 빈틈을 보완하기 위해 2023년 현재까지 무려 55차례의 법개정을 통해 변화해온 공직자윤리법의 주요내용과 그에 대한 헌법재판소 결정 및 개선방안을 중심으로 고찰해보고자 한다.

## II. 공직윤리에 대한 헌법의 내용

### 1. 공무원과 공직자

헌법은 제7조 제1항에서 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다”라고 규정하고 있다. 헌법은 공무원이라는 용어를 사용하고 있지만 역사적으로 보면 국가작용을 수행하는 공직자는 애초에는 원칙적으로 공무원이었다가 이후 국가활동의 영역이 넓어지고 사회국가 영향에 따라 행정영역이 증대하게 되자 공무원만으로는 이러한 국가작용의 수요를 충족할 수 없게 되어 결국 전통적인 공무원관계 이외에 일종의 근무계약에 기해서 형성된 공법상의 근무관계를 바탕으로 하는 제2의 공직자집단이 생겨난 것이고 개념적으로 공직자라는 말은 이러한 2원적 인력구조에 속하는 모든 공직담당자를 총칭하는 개념이므로 공무원이라는 개념보다 포괄적이라고 설명된다<sup>3)</sup>.

의 설치와 운영에 관한 법률’ 제2조 제4호 가목, 제7조 등 법률을 통해 구체화되고 있다”라고 판시하고 있다(헌재 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 결정).

3) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2022, 828면.

공무원은 국가공무원법을 토대로 보면 행정일반인 일반직 공무원과 법관, 검사, 군인, 경찰, 교육직의 특정직공무원으로 구성되는 경력직 공무원과 선출 및 정무의 정무직 공무원, 별정직 공무원으로 구성되는 특수경력직 공무원으로 구분될 수 있다. 그런데 국민 전체에 대한 봉사자로서 헌법 제7조 제1항이 말하는 공무원은 국가공무원법상의 경력직과 특수경력직을 포함하여 국가조직에 편입되어 공법상의 근무관계를 형성하는 모든 공직자를 포괄하는 개념이라고 할 수 있을 것이다<sup>4)</sup>.

## 2. 공직윤리에 대한 헌법 규정

헌법은 공무원에게 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위를 부여함으로써 공무원이 자신의 직무수행을 함에 있어서 사적 이익을 도모해서는 안되고 공익을 실현하고 추구해야 한다고 말하고 있다. 이를 위해서 헌법은 제46조에서 “국회의원은 청렴의 의무가 있다(제1항), 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다(제2항), 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가 공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리 이익 또는 지위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다(제3항)”라고 규정하고 있다. 그리고 제69조의 대통령의 취임선서에서 “헌법을 준수하고 국민의 자유와 복리의 증진”할 것을, 법관에 대해서는 제103조에서 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판”할 것을 각 명하고 있다. 다만 헌법을 포함한 실정법은 국가의 인적도구로서 국가활동의 직접 수행자인 공직에 대한 모든 부분을 세세하게 규범으로서 정립할 수는 없으므로 도덕·윤리와 같은 법규범 이외의 행동준칙등에 의해 보충되어야 할 것이다.

이러한 공직윤리로서 청렴성은 공직자가 지녀야 하는 도덕성의 기준으로서 공직자의 행위준칙이므로, 청렴성은 도덕적 가치와 형법적 가치를 포괄하는 기준점으로서 공직윤리의 핵심사상이라고 할 수 있고 헌법 제46조 제1항의 국회의원의 청렴의무는 국회의원을 넘어서서 모든 공직자에게도 적용되는 의무라고 할 것이고, 이러한 청렴성의 요구에 대해서 국가공무원법 제61조<sup>5)</sup>와 지방공무원법 제53조의 청렴의무, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 ‘부패방지권익위법’이라고 한다) 제7조<sup>6)</sup>의 공직자의 청렴의무, 공직자윤리법 제2조의2 이해충돌방지조항<sup>7)</sup> 등에 의해 구체화되고 있다고 볼 수 있다.

4) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2020, 1299면.

5) 국가공무원법 제61조(청렴의 의무) ① 공무원은 직무와 관련하여 직접적이든 간접적이든 사례·증여 또는 향응을 주거나 받을 수 없다. ② 공무원은 직무상의 관계가 있든 없든 그 소속 상관에게 증여하거나 소속 공무원으로부터 증여를 받아서는 아니 된다.

6) 부패방지권익위법 제7조(공직자의 청렴의무) 공직자는 법령을 준수하고 친절하고 공정하게 직무하여야 하며 일체의 부패행위와 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다.

7) 공직자윤리법 제2조의2(이해충돌 방지 의무) ① 국가 또는 지방자치단체는 공직자가 수행하는 직무가

### Ⅲ. 재산등록 및 공개

#### 1. 현재 2014. 6. 26. 선고 2012헌마331 결정(금융감독원 4급 이상 직원 재산등록 및 퇴직 후 취업제한 조항 위헌확인 사건<sup>8)</sup>)

##### 가. 결정요지

이 사건 재산등록 조항은 금융감독원 직원의 비리유혹을 억제하고 업무 집행의 투명성 및 청렴성을 확보하기 위한 것으로 입법목적이 정당하고, 금융기관의 업무 및 재산상황에 대한 검사 및 감독과 그에 따른 제재를 업무로 하는 금융감독원의 특성상 소속 직원의 금융기관에 대한 실질적인 영향력 및 비리 개연성이 클 수 있다는 점을 고려할 때 일정 직급 이상의 금융감독원 직원에게 재산등록의무를 부과하는 것은 적절한 수단이다. 재산등록제도는 재산공개제도와 구별되는 것이고, 재산등록사항의 누설 및 목적 외 사용 금지 등 재산등록사항이 외부에 알려지지 않도록 보호하는 조치가 마련되어 있다. 재산등록대상에 본인 외에 배우자와 직계존비속도 포함되나 이는 등록의무자의 재산은닉을 방지하기 위하여 불가피한 것이며, 고지거부제도 운용 및 혼인한 직계비속인 여자, 외조부모 등을 대상에서 제외함으로써 피해를 최소화하고 있다. 또한 이 사건 재산등록 조항에 의하여 제한되는 사생활 영역은 재산관계에 한정됨에 비하여 이를 통해 달성할 수 있는 공익은 금융감독원 업무의 투명성 및 책임성 확보 등으로 중대하므로 법익균형성도 충족하고 있다. 따라서 이 사건 재산등록 조항은 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

공직자의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 노력하여야 한다. ② 공직자는 자신이 수행하는 직무가 자신의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 직무수행의 적정성을 확보하여 공익을 우선으로 성실하게 직무를 수행하여야 한다. ③ 공직자는 공직을 이용하여 사적 이익을 추구하거나 개인이나 기관·단체에 부정한 특혜를 주어서는 아니 되며, 재직 중 취득한 정보를 부당하게 사적으로 이용하거나 타인으로 하여금 부당하게 사용하게 하여서는 아니 된다. ④ 퇴직공직자는 재직 중인 공직자의 공정한 직무수행을 해치는 상황이 일어나지 아니하도록 노력하여야 한다.

- 8) 이 사건은 “청구인 추○현은 금융감독원의 선임조사역(4급)으로 재직 중인 자이고, 청구인 임○필은 이 사건 심판청구 당시 금융감독원의 5급 직원이었으나 2012. 5. 16. 4급으로 승진하여 선임조사역(4급)으로 재직 중인 자이다. 청구인들은 공직자윤리법 시행령 제3조 제4항 제15호 및 제31조가 금융감독원의 4급 이상 직원에 대하여 재산등록의무를 부과하고, 퇴직 후 일정한 취업제한을 규정하여 청구인들의 사생활의 비밀과 자유, 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 2012. 3. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구”한 것이다. 이에 대해 헌법재판소는 “청구인들은 공직자윤리법 시행령 조항의 위헌확인을 구하고 있으나 재산등록 의무 및 취업제한을 가하는 규정은 위 시행령 조항이 아니라 그 근거규정인 공직자윤리법 제3조(등록의무자)와 제17조(퇴직공직자의 관련 사기업체 등 취업제한)이다”라고 하면서 직권으로 심판대상을 법률조항으로 변경하였다.

금융위원회도 금융기관에 대한 감독 및 제재 업무를 담당한다는 점에서 금융감독원과 다를 바 없으므로 금융위원회와 같이 이 사건 재산등록 조항에서 금융감독원의 재산등록 대상을 4급 이상 직원으로 정한 데에는 합리적 이유가 있다. 한편, 한국은행과 예금보험공사의 직원에 비하여 금융감독원 직원의 금융기관에 대한 실질적인 영향력 및 그로 인한 비리 개연성은 훨씬 높다고 보여지므로 금융감독원의 재산등록 대상 직원을 한국은행 및 예금보험공사 직원보다 넓게 4급 이상으로 정한 데에도 합리적 이유가 있다. 따라서 이 사건 재산등록 조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다<sup>9)</sup>.

## 나. 평 가

청구인들은 재산등록의무가 사생활의 비밀을 침해한다고 주장한다. 그런데 공직자윤리법의 재산등록 및 공개는 재산형성 자체에 대하여 직접적인 통제를 가하는 것이 아니라 공직자가 어느 정도의 재산을 보유하고 있는지의 재산 현황과 재산이 매년 어떻게 변화하고 있는지의 재산변동 상황을 등록하게 함으로써 이해충돌의 가능성 여부를 확인하는 방법이다.

1981년 제정된 최초 공직자 윤리법은 제5공화국이 시작되고 소위 사회정화 차원에서 정치적인 목적하에 제정되었고 재산등록의무자를 정무직 공무원과 3급이상의 공무원등을 대상으로 제한적으로 설계하였고 그 등록된 재산은 비공개, 위반에 대한 처벌규정이 미비한 채로 두었다가 이후 1993년 법 개정을 통해 공개대상도 4급이상으로 그 범위를 확대하였고

9) 청구인들은 공직자윤리법 제3조의 재산등록 조항 외에도 제17조의 퇴직후 취업제한 조항에 대해서도 위헌확인을 구하고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 “첫째, 이 사건 취업제한 조항은 금융감독원 직원이 퇴직 이후 특정업체로의 취업을 목적으로 재직 중 특정업체에 특혜를 부여하거나, 퇴직 이후 재취업한 특정 업체를 위해 재직 중에 취득한 기밀이나 정보를 이용하거나, 재직했던 부서에 대하여 부당한 영향력을 행사할 가능성을 사전에 방지함으로써 궁극적으로 금융감독원 직무의 공정성을 확보하고 건전한 금융질서를 확보하려는 것이다. 이 사건 취업제한 조항은 일정한 규모 이상에 해당하면서 취업제한대상자가 퇴직 전 소속하였던 부서의 업무와 밀접한 관련성이 인정되는 사기업체등에의 취업만 제한하고, 조사, 검사 및 감독과 각종 인·허가 업무를 담당하는 부서에서 근무하였던 금융감독원의 직원만을 취업심사대상자에 포함시키고 있으며, 4급 이상 직원만을 포함시키고 있다. 또한 퇴직 후 2년이 경과하면 제한 없이 재취업이 허용된다. 나아가 사전에 취업제한 여부의 확인을 할 수 있는 제도가 마련되어 있고, 일정한 경우 우선취업도 가능하며, 예외적으로 공직자윤리위원회의 승인을 얻어 취업할 수도 있다. 따라서 이 사건 취업제한 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다. 둘째, 금융위원회와 금융감독원은 그 업무가 유사하여 피감기관인 금융기관과의 유착 및 영향력 행사 가능성 측면에서 양자는 다를 바 없으므로 금융감독원 직원의 경우에도 취업제한 대상을 4급 이상 직원으로 정한 데에 합리적 이유가 인정되고, 한국은행 및 예금보험공사의 업무와 금융감독원의 업무는 기본적으로 차이가 있어 금융기관과의 유착 및 영향력 행사 가능성에도 차이가 있으므로, 금융감독원의 취업제한 대상 직급을 한국은행 및 예금보험공사의 경우보다 더 넓은 범위인 4급 이상으로 정한 데에는 합리적 이유가 인정된다. 따라서 이 사건 취업제한 조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다”라고 판시하면서 퇴직후 취업제한을 규정한 공직자윤리법 제17조에 대해서도 합헌결정을 하였다.

등록재산도 공개하고 허위등록시 경고·해임등 징계규정을 마련한 이후 점차적으로 그 내용을 엄격하게 강화하여 오고 있다.

이러한 재산등록 및 공개에 대해서는 공직부패를 근절시키는데 한계가 있고 제도의 허점을 줄여 촘촘한 그물망이 되도록 형성할 필요가 있다고 하면서 획일적으로 직급에 따라 대상을 정하는 것보다는 담당하는 직무의 특성이 충분히 고려될 수 있도록 세분하여 정리할 필요가 있고 단순히 재산의 목록과 가액을 통한 재산의 현황만을 파악하는 것이 아니라 재산 취득 경로와 그 자금원등 재산변동의 흐름과 변화가 정상적인 것인지에 대한 체계적인 분석을 할 필요가 있으며 신고의 적정성에 대한 관리감독 주체인 공직자윤리위원회의 조직을 개선해야 한다는 견해도 있다<sup>10)</sup>. 다만 공직자윤리법은 공직자의 부정부패에 대한 사회적 이슈가 터질때마다 법개정을 해왔고, 그 결과 현행법은 등록대상 재산중 부동산, 비상장주식, 대통령령으로 정하는 재산은 의무적으로 재산의 취득일자, 취득경위, 소득원 등을 기재해야 하지만 그 외 재산에 대해서는 취득일자, 취득경위, 소득원을 기재하거나 소명자료를 첨부할 수 있도록 임의규정으로 두고 있다. 이 점에 대해서는 모든 등록대상 재산에 대해서 의무적으로 취득경위와 소득원을 기재하도록 개정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

그리고 기존에는 각 국가기관, 지자체별로 분산하여 공직자윤리위원회가 관보 또는 공보를 통해 공직자의 재산을 공개하였으나, 향후에는 공직자 재산공개정보를 국민들이 한눈에 볼 수 있게 일목요연하게 통합·게시할 수 있도록 공직자 등록재산창구를 일원화할 필요가 있을 것이고 그 방법은 현재 인사혁신처에서 운영하고 있는 정보통신망을 활용함으로써 통합하여 재산을 공시하면 될 것이다.

더 나아가 현행법은 “직무상 알게 된 비밀”을 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우만을 금지하고 있으나<sup>11)</sup> 본인의 직무상 비밀 외에 ‘소속기관의 미공개정보를 이용’하여 재물 등을 취득하는 경우도 부정한 재산증식 행위로서 이를 방지하기 위한 규정을 도입할 필요가 있다.

한편, 이 사건에서 헌법소송측면에서는 청구인들은 재산등록 부분을 다투면서 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 침해를 주장하고 있지만 재산등록 규정뿐만 아니라 등록된 재

10) 장영수, 공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향, 고려대학교 법학연구원, 고려법학 제70호, 2013., 340면., 윤태범, 우리나라 공직자윤리법의 문제점과 개정방향, 인문사회과학논문집 제34집, 2004., 67면.

11) 공직자윤리법 제14조의2(직무상 비밀을 이용한 재물취득의 금지) 등록의무자는 직무상 알게 된 비밀을 이용하여 재물이나 재산상 이익을 취득하여서는 아니 된다.

산의 공개조항인 공직자윤리법 제10조도 사생활의 비밀과 밀접 관련성이 있을 것이므로 함께 심판청구를 하였더라면 청구인에게 좀 더 유리하였을 것으로 생각된다. 그러나 공직자윤리법상 재산등록 및 공개제도는 공직자가 재산을 형성하는 방법이나 재산 보유의 한도를 규율하는 것이 아니라 형성된 재산을 국가에 신고하여 등록케 하는 방법이므로 그 수단이 적합성이나 침해최소성에 위반된다고 볼 수 없다는 헌법재판소의 결론에는 수긍할 수 있다고 보인다.

## 2. 현재 2021. 9. 30. 선고 2019헌가3 결정 (혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산 사건<sup>12)</sup>)

### 가. 결정요지

이 사건 부칙조항<sup>13)</sup>은 혼인한 남성 등록의무자와 이미 개정 전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자를 달리 취급하고 있는바, 이 사건 부칙조항이 평등 원칙에 위배되는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 하여야 한다. 이 사건 부칙조항은 개정 전 공직자윤리법 조항이 혼인관계에서 남성과 여성에 대한 차별적 인식에 기인한 것이라는 반성적 고려에 따라 개정 공직자윤리법 조항이 시행되었음에도 불구하고, 일부 혼인한 여성 등록의무자에게 이미 개정 전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 하였다는 이유만으로 남녀차별적인 인식에 기인하였던 종전의 규정을 따를 것을 요구하고 있다. 그런데 혼인한 남성 등록의무자와 달리 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 본인이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는

12) 이 사건의 개요는 다음과 같다. 제청신청인은 2004. 2. 18. 법관으로 임용되어, 공직자윤리법 제3조 제1항 제5호에 따라 재산등록의무를 부담하는 혼인한 여성 등록의무자이다. 제청신청인은 2004. 4.경 등록의무자가 된 날의 재산을 최초로 등록하면서 구 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호에 따라 배우자의 직계존속의 재산을 등록한 후, 2016. 2.경 2015. 1. 1.부터 2015. 12. 31.까지의 재산 변동사항을 신고할 때까지 계속하여 배우자의 직계존속의 재산에 대해 변동사항 신고를 하여왔으나, 2017. 2.경 2016. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지의 재산 변동사항을 신고하면서 배우자의 직계존속의 재산을 등록대상재산 목록에서 삭제하고 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정된 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호에 따라 본인의 직계존속의 재산을 등록하였다. 그러자 대법원 공직자윤리위원회는 2017. 12. 28. 제청신청인의 경우에는 공직자윤리법 부칙 제2조에 따라 여전히 배우자의 직계존속의 재산이 등록대상 재산임에도 불구하고, 제청신청인이 배우자의 모(母)의 재산등록을 누락하였다는 이유로 구 공직자윤리법 제8조의2 제1항 제1호의 주의촉구(경고)처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다. 이에 제청신청인은 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(서울행정법원 2018구합58721), 소송 계속 중 공직자윤리법 부칙 제2조에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은 2019. 1. 3. 위 부칙 조항에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

13) 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조(경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자는 제4조 제1항 제3호의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

것은 여성의 사회적 지위에 대한 그릇된 인식을 양산하고, 가족관계에 있어 시가와 친정이라는 이분법적 차별구조를 정착시킬 수 있으며, 이것이 사회적 관계로 확장될 경우에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성하게 될 우려가 있다. 이는 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배되는 것으로 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 평등원칙에 위배된다.

#### 나. 평가

이 사안은 공직자윤리법 조항에 대한 유일한 위헌결정에 해당되는데 다만 공직자윤리법 조항을 심판대상으로 한 것이긴 하지만 재산등록 그 자체의 위헌성을 다룬 것이 아니라 재산등록의무자중 혼인한 남성과 혼인한 여성을 차별취급한 점을 다룬 것이다.

즉, 혼인한 남성 공직자는 본인의 직계존비속 재산을 등록하는 반면, 부칙에 의해 종전대로 등록해온 혼인한 여성공직자는 계속하여 배우자의 직계존비속 재산을 등록하는 것이다. 심판대상인 부칙조항에 의해 남성과 여성이 달리 취급되는 것이고 이에 대한 평등위반 여부를 심사함에 있어 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우, 둘째, 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법자의 입법형성권은 축소되어 엄격한 심사척도가 적용된다. 그런데 헌법 제11조의 성별에 의한 차별금지 및 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족생활에 있어서 특별한 양성평등의 요구에 비추어 보면 남녀의 성별은 헌법이 특별히 차별금지를 명하고 있는 영역이라고 할 것이므로 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 차별 심사를 행하여 그 결과로서 위헌결정을 내린 헌법재판소의 판단 흐름은 일응 수긍할 수 있다.

그런데 이 사건에서 심판대상인 부칙조항에 대해서 현재가 단순 위헌결정을 하게 되는 경우에는 기존부터 시가의 재산을 등록해온 혼인한 여성 공직자는 앞으로는 친정의 재산을 등록하게 될 터인데 그렇다면 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 과거의 재산과 본인의 직계존·비속의 현재의 재산을 모두 등록하게 되어 여성 등록의무자에게 새로운 부담이 발생하고, 이들의 사생활의 비밀과 자유가 과도하게 제한될 여지가 있을 뿐만 아니라 재산등록 및 변동사항 신고 내역의 연속성이 유지되지 아니하여 변동사항에 대한 정기적인 심사를 통해 공직자의 부정한 재산증식을 방지하고자 하는 공직자윤리법의 취지를 달성하기 어려워질수 있다는 문제점은 남게 될 것이다. 다만 이러한 문제점을 해결하고자 입법자는 부칙을 만들어 여성 등록의무자를 배려한 것으로 보이는데 그러한 입법이 오히려 평등권 침해로 판단되어 위헌결정을 받게 됨은 아이러니하다.

## Ⅳ. 주식매각 및 신탁

: 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌가65 결정(국회의원이 보유한 직무관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁 사건<sup>14)</sup>)

### 1. 결정요지

#### 가. 법정의견의 요지

이 사건 법률조항은 첫째, 국회의원으로 하여금 직무관련성이 인정되는 주식을 매각 또는 백지신탁하도록 하여 그 직무와 보유주식 간의 이해충돌을 원천적으로 방지하고 있는바, 헌법상 국회의원의 국가이익 우선의무, 지위남용 금지의무 조항 등에 비추어 볼 때 이는 정당한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 나아가 이 사건 법률조항은 국회의원인 보유자 모든 주식에 대해 적용되는 것이 아니라 직무관련성이 인정되는 금 3천만 원 이상의 주식에 대하여 적용되어 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위 내로 최소화하고 있는 점, 당사자에 대한 사후적 제재수단인 형사처벌이나 부당이득환수, 또는 보다 완화된 사전적 이해충돌회피수단이라 할 수 있는 직무회피나 단순보관신탁만으로는 이 사건 법률조항과 같은 수준의 입법목적 달성효과를 가져올 수 있을지 단정할 수 없다는 점에 비추어 최소 침해성원칙에 반한다고 볼 수 없고, 국회의원의 공정한 직무수행에 대한 국민의 신뢰확보는 가히 돈으로 환산할 수 없는 가치를 지니는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 침해가 그로 인해 확보되는 공익보다 반드시 크다고는 볼 수 없으므로 법익 균형성원칙 역시 준수하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 원고의 재산권을 침해하지 아니한다. 둘째, 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상이 되는 주식의 보유도액을 결정함에 있어 국회의원 본인 뿐만 아니라 본인과 일정한 친족관계가 있는 자들의 보유주식 역시 포함하도록 하고 있는 것은 본인과 친족 사이의 실질적·경제적 관련

14) 이 사안은 ‘당해사건의 원고 배○식(이하 ‘당해사건 원고’라 한다)은 2012. 5. 29. 그 임기를 마친 제18대 국회의원으로서는, 그 임기 중 주식백지신탁심사위원회에 자신과 처 등이 보유하고 있는 주식의 직무관련성 여부에 관하여 심사청구를 하였으나, 주식백지신탁심사위원회는 2008. 10. 8. 당해사건 원고가 국회 기획재정위원회 소속으로서 보유주식 발행기업에 대한 정보접근 및 영향력 행사의 가능성이 있다는 이유로 이 사건 주식의 직무관련성이 인정된다는 처분을 결정하였다. 이에 당해사건 원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 후 그 항소심에서(서울고등법원 2009누16536) “구 공직자윤리법 제14조의4 제1항 제1호, 제2호가 공개대상자 등의 소유주식을 매각하거나 또는 백지신탁한 후 수탁기관으로 하여금 60일 이내에 전부 처분하도록 규정하고 있는 것은 과잉금지원칙에 위배된다”라고 주장하였고, 제정법원은 2010. 4. 28. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제정·한 것이다. 한편 서울고등법원의 위헌제청으로 인해 당해사건인 2009누16536 직무관련성인정결정처분취소는 재판정지된 상태에 있다가 헌법재판소의 2012. 8. 23. 합헌결정이 나오자 원고는 2012. 8. 31. 위 행정소송을 소취하함으로서 당해사건도 종결되었다.

성에 근거한 것이지, 실질적으로 의미 있는 관련성이 없음에도 오로지 친족관계 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제3항에 위배되지 아니한다. 셋째, 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상으로 부동산을 제외하고 있는 것은, 주식과 부동산 간의 환가성·개인생활과의 연관성·변동성 등의 차이를 종합적으로 고려한 합리적인 차별이라 할 것이므로 평등원칙에 위배되지 아니한다.

#### 나. 반대의견의 요지

이 사건에서 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철 4인은 위헌의견을 제시하고 있다. 즉 “첫째, 주식매각 및 백지신탁은 재산권의 중핵인 처분권의 존속 내지 처분시기의 결정권을 박탈한다는 점에서 그 자체로써 재산권을 침해하는 것이고, 나아가 최근과 같이 주식시장이 침체되어 주식가격이 하락하였을 때도 이를 강제로 매각하여야 하는 상황이라면 객관적 교환가치의 점에서도 재산권을 침해한다. 특히 재산증식이 목적인 단순투자자와는 달리 주식의 소유가 기업의 영속적인 경영권 확보와 연계되어 있는 경우에는 그 주식의 매각이 곧바로 기업 경영권의 상실로 이어지고, 이 경우 당해 주식의 처분은 단순히 겉으로 나타난 회사지분권을 처분한다는 차원을 넘어 훨씬 더 중대한 재산상의 손해를 야기할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 국회의원의 이해충돌을 방지하기 위하여 재산권을 침해하는 수단을 선택한 것으로서, 그 입법목적의 달성을 위한 적절한 방법이라 할 수 없다. 둘째, 주식 강제처분과 같은 일반적·사전적인 제한이 아니라 구체적으로 국회의원이 직무상 얻은 정보를 이용하여 실제로 주식거래를 하였을 경우 형사 처벌하거나 그로 인한 부당이익을 환수하는 등 방법으로 이를 강력하게 제재하는 방법을 통하여 사후적·구체적으로 제재를 하는 방안도 있으며, 셋째, 외국의 입법례를 보면, 미국의 정부윤리법(Ethics in Government Act)은 연방의원(Members of Congress)이 재산공개(financial disclosure) 등 다른 법적 의무를 충실히 이행하는 한 이와 별도로 백지신탁의 법적 의무를 부과하지 않고, 캐나다의 이익충돌방지법(Conflict of Interest Act)은 고위공직자가 보유한 상장주식은 그 직무관련성을 따지지 않고 이를 ‘통제자산(controlled assets)’으로 분류하여 매각 또는 신탁하도록 하되, 신탁의 방법을 택하는 경우에는 이 사건 법률조항과는 달리 수탁자가 그 주식을 일정기간 내 매각하여야 하는 규정을 두지 않고 그 처분 여부를 수탁자의 자유에 일임하고 있다는 점을 고려하면 이 사건 법률조항은 국회의원의 이해충돌을 방지하기 위한 방법으로 그 재산권을 덜 침해하는 여러 가지 방법들을 생각할 수 있는데도, 일률적으로 주식을 매각하거나 백지신탁하여 일정 기간 내 처분하도록 강제함으로써 기본권 제한에 있어 피해의 최소성 원칙에 위배하여 당해사건 원고의 재산권을 침해한다”라고 반대의견을 제시하였다.

## 2. 평가

주식 매각 및 백지신탁제도는 공직자가 담당하던 업무상 정보를 이용하여 주식을 취득하고 매각하는 과정에서 차액을 실현함으로써 재산을 증대시키거나 보유주식의 이익과 공익이 충돌하게 되는 상황이 발생함에 따라 2005. 5. 18. 개정 공직자윤리법에서 도입된 것이다. 여기의 주식 매각은 주식매매에 의한 처분행위를 말하고 원래 신탁은 재산을 제3자에게 맡겨서 관리하는 제도이지만 백지신탁(blind trust)은 수탁기관에 위탁한 자신의 재산에 대해 어떻게 관리되고 있고 그 상태가 어떠한지에 대해 전혀 정보를 득할 수 없다는 점에서 백지신탁이라고 한다. 우리의 경우는 공직자는 주식백지신탁계약을 자본시장과금융투자업에 관한 법률에 따른 신탁업자 또는 집합투자업자와 신탁계약을 체결해야 하고 이러한 수탁기관은 신탁계약이 체결된 날부터 60일 이내에 처음 신탁된 주식을 처분해야 한다(공직자윤리법 제14조의4 제1항 제2호). 결국 주식매각이든 주식백지신탁이든 최종적으로는 강제적인 주식의 처분이라는 결과를 낳게 되므로 해당공직자의 재산권 침해의 논란이 있다<sup>15)</sup>.

이에 대해서는 헌법재판소의 위 반대의견처럼 당해 재산에 대한 사용·수익·처분권을 구성요소로 하는 재산권은 당해 재산을 언제, 누구에게, 어떤 방법으로, 얼마에 처분할 것인지를 결정하는 처분권이 그 핵심적인 부분이라고 할 것인데 이 사건 법률조항을 통해 국가가 개인에 대하여 그 소유재산의 처분하도록 강제하는 방법은 설령 그 처분의 대가를 국가가 회수하는 것이 아니라 당해 개인에게 귀속된다 하더라도 결국 그 처분권능을 박탈하는 것이므로 재산권의 본질적 내용을 침해하게 되어 헌법에 위반된다고 볼 수도 있다.

그러나 첫째, 공직자 주식 백지신탁은 임명전에 미리 공직자의 이해충돌을 해소시킬 수 있고, 공직자가 공무 중 지득한 정보를 통해 주식, 부동산을 통한 변칙적 재산증식 방안을 활용할 위험성을 제거할 수 있어 공직자 청렴성 확보에 기여하며, 공직자 재임기간 뿐만 아니라 공직진입 전, 재직 중, 공직 퇴직 후까지 광범위한 시기 동안에 적용될 수 있는 효과적인 공직자 이해충돌 방지 방안이고 오히려 원활한 직무수행에 기여하는 효과를 가져올 수 있으므로 공직자의 부패방지 및 직무집행의 공정성의 확보에 유용하다<sup>16)</sup>.

15) 헌법상 보장된 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상 사법상의 권리를 말하고 이러한 재산권의 범위에는 동산 및 부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론 재산적 가치있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리등이 포함되나 단순한 기대이익, 반사적 이익 또는 경제적인 기회등은 재산권에 속하지 않는다고 본다. 그렇다면 주식은 헌법상 보호되는 재산권에 해당되며 이의 매각이나 백지신탁을 통한 처분강제는 재산권의 존속보장을 제한하고 있다고 볼 수 있다.

16) 김정인, 공직자의 이해충돌 방지와 백지신탁(blind trust): 해외 주요 국가들을 중심으로, 한국공공관리학회보 제35권 제4호, 2021., 299면.

둘째, 재산권에 관한 헌법 제23조 제1항은 ‘재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다’라고 규정하고, 제2항은 ‘재산권의 행사는 공공복리에 적합할 것’을 요구하고 있는바 재산권은 법률로써 규제될 수 있는 헌법상 기본권 중에서도 가장 많은 제약이 가해질 것이 예정되어 있다고 본다. 그리고 재산권에 대한 제한의 허용정도에 관해서 헌법재판소는 “재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉, 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 따라서 헌법재판소도 ”특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다”라고 판시하고 있다<sup>17)</sup>. 결국 기업의 자본지분인 “주식”이라는 재산권이 개인의 인격 발현에 대하여 지니는 의미는 상대적으로 작는데 반하여 사회적 연관성이나 사회적 기능은 뚜렷하므로 국가에 의한 보다 폭넓은 제한이 가해질 수 있다고 할 것이므로<sup>18)</sup> 공직자 소유의 주식에 대한 매각 또는 백지신탁이 재산권 침해라고 보기는 어려울 것이다.

셋째, 헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”라고 규정함으로써 연좌제의 금지를 선언하고 있다. 이러한 연좌제 금지는 헌법상 자기책임의 원칙<sup>19)</sup>이 구체화된 표현이면서 자기책임원칙에 대한 특별 규정이라고 할 수 있지만 친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다고 할 것이다<sup>20)</sup>. 그러나 공직자와 그 가족의 관계는 실질적으로 경제적 공동체라는 관련성을 갖고 있다는 측면에서 공직자와 가족이라는 이유만으로 주식 매각 또는 백지신탁이라는 불이익을 부여하는 것이 아니라 고위공직자와 경제적 공동체를 통해 실질적 관련성을 이루고 있는 사람을 우선적으로 가족 관계를 통해 추정하는 방식이라고 할 수 있는 것이고 공직자윤리법 제12조 제4항에서 규정한 바와 같이 공직자와 독립된

17) 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.

18) 헌재 2003. 11. 27. 선고 2001헌바35 결정.

19) 헌법원리로서의 자기책임의 원리는 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다(헌재 2004. 6. 24. 선고 2002헌가27결정)

20) 헌재 2005. 12. 22. 선고 2005헌마19 결정.

경제 단위인 경우 이러한 의무를 부담하지 않는다는 점<sup>21)</sup> 등에서 보면 헌법이 금지하고 있는 연좌제에는 해당하지 않는다.

넷째, 입법론으로 주식백지신탁 이외에도 부동산백지신탁제도를 도입할 필요도 있다. 부동산 백지신탁은 부동산정책등의 설계와 집행에 직접 관여하는 4급 이상 공직자와 그 배우자, 직계비속 소유의 부동산 중 실수요·실영업용이 아닌 부동산을 중립적 신탁위원회에 맡기도록 하는 제도라고 할 것이다. 그런데 사회지도층과 부동산 간의 보이지 않는 관계로 인해 아무리 많은 부동산정책이 나올지라도 그 실효성이 떨어졌던 사실에 비추어 보면 고위 공직자 및 그 가족의 부동산 소유 문제에 대해 법률적인 제한을 둘 필요가 있다<sup>22)</sup>. 특히 고위 공직자가 여러 채의 집을 갖고 있으면 그 어떠한 부동산 정책을 내놔도 국민의 신뢰를 얻을 수 없다는 점을 생각해 보면 실수요 목적의 1주택을 제외한 나머지 부동산에 대해서는 백지신탁제도가 도입될 필요가 있다. 특히 헌법재판소는 “토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 강하게 관철되어야 한다<sup>23)</sup>”라고 보는 점을 원용해보면 토지를 포함한 부동산에 대한 백지신탁을 도입하더라도 위헌성의 논란은 제거될 수 있을 것이다.

다섯째, 주식과는 다른 형태의 재산형성의 수단이 되고 있는 비트코인과 같은 가상화폐에 대해서도 단기간에 급등을 통한 투기의 성격이 주식보다 더 크다고 할 것이므로 직무관련성이 인정되는 경우라면 매각 및 백지신탁의 대상으로 포함시키는 방안도 검토할 필요가 있을 것이다.

## V. 취업제한

: 헌재 2021. 11. 25. 선고 2019헌마555 결정(금융감독원 직원 취업제한 사건<sup>24)</sup>)

21) 이승택, 부패방지과 헌법상 연좌제 금지, 한국부패학회보 제25권 제2호, 159면.

22) 정연주, 공직자 부동산백지신탁제에 관한 헌법적 고찰, 인하대학교 법학연구 제24집 제3호, 2021., 274면.

23) 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.

24) 이 사건의 개요는 “청구인들은 현재 금융감독원에 3급 또는 4급으로 제직 중인 사람들인데, 금융감독원의 4급 이상 직원으로 하여금 공직자윤리위원회의 승인 없이 퇴직일부터 3년간 퇴직 전 5년 동안 소속하였던 부서 또는 기관의 업무와 밀접한 관련성이 있는 기관에 취업할 수 없도록 한 ‘공직자

## 1. 결정요지

심판대상조항<sup>25)</sup>은 금융감독원 직원이 퇴직 이후 특정업체로의 취업을 목적으로 재직 중 특정업체에 특혜를 부여하거나, 퇴직 이후 재취업한 특정 업체를 위해 재직 중에 취득한 기밀이나 정보를 이용하거나, 재직했던 부서에 대하여 부당한 영향력을 행사할 가능성을 사전에 방지함으로써 궁극적으로 금융감독원 직무의 공정성을 확보하고 건전한 금융질서를 확보하려는 것이다. 심판대상조항은 일정한 규모 이상에 해당하면서 취업제한대상자가 퇴직 전 소속하였던 부서의 업무와 밀접한 관련성이 인정되는 취업심사대상기관에의 취업만 제한하고, 조사, 검사 및 감독과 각종 인·허가 업무를 담당하는 부서에서 근무하였고 4급 이상인 금융감독원의 직원만을 취업심사대상자에 포함시키고 있다. 사전에 취업제한 여부의 확인을 할 수 있고, 일정한 경우 우선취업도 가능하며, 예외적으로 공직자윤리위원회의 승인을 얻어 취업할 수도 있다. 심판대상조항은 2년이던 취업제한기간을 3년으로 연장하였으나, 이는 민관유착의 폐해가 크고 그 피해를 복구하기 어렵다는 점을 고려하는 한편, 금융감독원이 보유한 권한의 성격에 비추어 퇴직한 직원의 부당한 영향력 행사 가능성이 충분히 감소하는 데 필요한 기간으로서 지나치게 길다고 보기 어려우며, 우리 사회가 아직 연고주의 성향을 띠고 있음을 고려하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다. 그리고 금융위원회와 금융감독원의 업무가 유사하여 피감기관인 금융기관과의 유착 및 영향력 행사 가능성 측면에서 양자는 다를 바 없으므로 금융감독원 직원의 경우에도 취업제한 대상을 4급 이상 직원으로 정한 데에 합리적 이유가 인정되고, 한국은행 및 예금보험공사의 업무와 금융감독원의 업무는 기본적으로 차이가 있어 금융기관과의 유착 및 영향력 행사 가능성에도 차이가 있으므로, 금융감독원의 취업제한 대상 직급을 한국은행 및 예금보험공사의 경우보다 더 넓은 범위인 4급 이상으로 정한 데에는 합리적 이유가 인정된다. 따라서 이 사건 취업제한 조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

윤리법 제17조 제1항, 제2항 중 공직자윤리법 시행령 제3조 제4항 제15호 부분'이 청구인들의 직업의 자유 등을 침해한다고 주장하면서, 2019. 5. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구"한 것이다.

- 25) 공직자윤리법 제17조(퇴직공직자의 취업제한) ① (생략) 대통령령으로 정하는 공무원은 퇴직일부터 3년간 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관(이하 "취업심사대상기관"이라 한다)에 취업할 수 없다. 다만, 관할 공직자윤리위원회로부터 취업심사대상자가 퇴직 전 5년 동안 소속하였던 부서 또는 기관의 업무와 취업심사대상기관 간에 밀접한 관련성이 없다는 확인을 받거나 취업승인을 받은 때에는 취업할 수 있다. 그리고 공직자윤리법 시행령 제31조(취업심사대상자의 범위) ① 법 제17조 제1항 각 호 외의 부분 본문에서 "대통령령으로 정하는 공무원과 공직유관단체의 직원"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다. 21. '금융위원회의 설치 등에 관한 법률'에 따른 금융감독원의 4급 이상 직원.

## 2. 평가

### 가. 침해의 현재성 및 청구기간

이 사건은 공권력행사로서 법률조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이라고 할 것이다. 그런데 헌법재판소는 적법요건에 대해서 별도로 판단하지 않고 곧장 본안판단으로 나아갔지만 청구인은 현재 금융감독원의 3급 또는 4급으로 재직 중인 사람들이고 아직 퇴직하기 전이므로 퇴직공무원의 취업제한을 받는 상태라고 할 수 없으므로 침해의 현재성이 문제될 수 있다.

이에 대해서는 헌법재판소는 ‘경조기간중 주류 및 음식물의 접대’를 할 수 없도록 규정한 가정의례에관한법률 조항의 위헌확인 사건에서 “청구인은 혼인을 앞둔 예비신랑으로서 비록 이 사건 규정으로 인하여 현재 기본권을 침해받고 있지는 않으나, 같은 청구인은 이 사건 규정으로 인하여 1998. 10. 17. 결혼식 때에는 하객들에게 주류 및 음식물을 접대할 수 없는 불이익을 받게 되는 것이 현재 시점에서 충분히 예측할 수 있는 경우이므로 현재성의 예외인 경우로 인정된다<sup>26)</sup>”라고 판시한바 있다. 그렇다면 이 사건에서 청구인은 아직 금융감독원에 재직중이므로 퇴직후 취업제한을 받고 있지는 아니하지만 장래 퇴직시에는 취업제한을 받을 것이 현재 시점에서 충분히 예측되어 진다고 할 것이므로 침해의 현재성이 인정된다고 할 것이고 장래의 침해에 대해서 침해의 현재성을 인정하는 경우에는 청구기간 도과의 문제는 발생하지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판 청구는 침해의 현재성을 갖추고 청구기간도 준수함으로써 적법하다.

### 나. 위헌 의견

이에 대해서 재판관 1인은 다음과 같이 상세한 논거를 들면서 반대의견을 피력하고 있다. 즉, “금융감독원 퇴직자의 취업제한은 금융감독원의 업무수행을 함에 있어 공정성과 투명성을 확보하기 위함이므로 그 목적의 정당성은 인정된다. 그러나 금융감독원의 공정한 직무수행은 외적 환경뿐만 아니라 주위의 유혹이나 압력에 굴복하지 않을 수 있는 신분보장 제도, 직원 개인의 자질과 소신 및 열정에 의해서도 상당한 영향을 받을 수 있음에도 오로지 퇴직 후의 취업 자체를 봉쇄하는 것이 불가결한 요청이라고 볼 수는 없다. 더욱이 직원으로 열심히 소신껏 봉직한 다음 그 전문지식과 실무경험을 살릴 수 있는 재취업 기회를 보장하는 것은 직무수행의 성실성을 높이는 긍정적인 유인책으로 작용할 여지도 있다. 심판대상조

26) 현재 1998. 10. 15. 선고 98헌마168 결정.

항은 금융감독원 직원이 가질 수 있는 이러한 기대를 전면적으로 차단함으로써 오히려 직원들의 직무수행 태도를 무기력하게 만들고 방만하게 하여 직무수행의 공정성과 신뢰성을 확보하려는 취지에 역행할 수 있고 직원의 직무수행의 성실성과 공평성을 저해하는 요인이 될 수도 있으므로 적합한 수단이라고 할 수 없다. 미국, 독일, 일본에서도 취업 자체를 제한하는 방법이 아닌 개별 행위를 제한하는 방법으로 퇴직 공직자들의 이해충돌 상황 방지를 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 특히 우리나라와 같이 취업제한기간을 두고 있던 일본도 2007년 국가공무원법을 개정하면서 취업제한기간을 폐지하고 퇴직 공직자의 영향력을 행사할 수 있는 특정한 행위 등을 제한하는 방식을 채택하였는바, 이는 덜 침해적인 대안이 존재함을 시사하고 있는 점을 고려하면, 가장 기본권 제한의 강도가 큰 취업 여부에 대한 제한이 아니더라도, 공정성을 해하고 부당한 영향력을 행사할 우려가 있는 특정한 형태의 행위를 제한하는 방식을 통해서도 부당한 의사결정을 막고 공익을 추구할 수 있는 수단이 존재한다. 그리고 금융위원회법과 공직자윤리법에서는 심판대상조항에 의한 취업제한제도 외에도 이해충돌 방지를 위한 다른 제도들을 이미 도입하고 있다는 점에서도 침해최소성의 원칙도 위배된다. 금융감독원 직무집행에 있어서의 공정성과 투명성 확보라는 공익이 중요하긴 하지만 재직 중 공직윤리를 함양하고 성실히 봉직하던 대다수의 퇴직 공직자에게 재직 중 얻은 직무정보와 인적 네트워크를 활용하여 부당한 유착관계를 형성할 수 있다는 막연하고 추상적인 골레를 씌우고 실제 부당한 직무수행으로 공익이 침해되었는가와 상관없이 퇴직 후 3년이라는 긴 기간 동안 취업을 제한함으로써 받게되는 사익침해가 공익에 비하여 작다고 할 수 없으므로 법익균형성도 위배된다”라는 것이다.

#### 다. 소결

퇴직공직자의 취업제한은 1981년 공직자윤리법이 제정된 때<sup>27)</sup> 규정된 이래로 현재까지 유지되고 있다. 그 과정속에서 제기된 문제점으로는 첫째, 퇴직공직자의 ‘취업’에 대한 명확한 정의 규정이 없이 퇴직 후 취업제한이라고 규정하고 있어서 실제로 공직자윤리법상 취업이 어느 범위까지 말하는 것인지에 대한 혼돈이 있었다. 그래서 공직자윤리법상의 취업에는 해당하지 않지만 사실상 이해충돌을 발생시키는 자문, 고문 등의 각종 로비활동에 대해서는 유명무실할 수 있다는 지적이 제기 되었고<sup>28)</sup> 이후 법률문언이 정비됨으로써 불명확성은

27) 공직자윤리법(법률 제3520호, 1981. 12. 31., 제정) 제17조 (퇴직공직자의 유관사기업체와의 취업제한)

①대통령령이 정하는 직급 또는 직무분야에 종사하였던 공무원과 공직유관단체의 임·직원은 퇴직 일로부터 2년간 퇴직전 2년 이내에 담당하였던 업무와 밀접한 관련이 있는 일정규모이상의 영리를 목적으로 하는 사기업체(이하 “營利私企業體”라 한다)에 취업할 수 없다. 다만, 관할공직자윤리위원회의 승인을 얻은 때에는 그러하지 아니하다.

28) 정신교, 공직자윤리법 제17조의 문제점과 개선방안, 한국부패학회보 제20권 제2호, 111면. 이에 대해서 공직자윤리법은 2014년과 2019년의 2차례에 걸쳐 개정을 통해 제4항에서 “취업여부를 판단하는

상당부분 해소되었다<sup>29)</sup>. 둘째, 대법원은 밀접관련성의 판단 범위에 대해 “시행령에서 규정한 퇴직공직자의 소속부서가 ‘법령에 근거하여 직접 감독하는 업무’란 취업하고자 하는 영리사기업체에 대한 직접적인 감독업무를 담당하는 부서로서 그 감독권한이 법령 및 이에 근거한 내부 업무분장에 관한 규칙에 의하여 상시 고유업무로 부여된 경우를 뜻한다고 해석하여야 할 것이고, 따라서 위 법령상 감독부서가 아니라 그 감독부서의 개별적·구체적 업무위임에 따라 감독부서가 감독권한을 행사하는 데 필요한 범위 안에서 일정한 수입업무를 처리하는 부서에 근무한 경우는 이에 해당하지 아니한다”라고 엄격하게 해석하고 있다<sup>30)</sup>. 이러한 대법원 태도는 밀접관련성의 범위에 관해 규정하고 있는 공직자윤리법 제2항 제6호의 ‘법령에 근거하여 직접 감독하는 업무’ 조문의 해석에도 그대로 적용할 수 있을 것이다. 셋째, 다만 공직자윤리위원회가 밀접관련성을 판단함에 있어서 법 제17조 제6항에 ‘공직자윤리위원회는 제2항 및 제3항의 밀접한 관련성 여부를 판단하는 경우에 퇴직공직자의 자유 및 권리 등 사익과 퇴직공직자의 부당한 영향력 행사 방지를 통한 공익 간의 균형을 유지하여야 하며, 제3항 및 제5항에 따라 업무 관련성이 있는 것으로 보는 퇴직공직자에 대하여 제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 취업 승인 여부를 심사·결정하는 경우에 해당 업무 처리 등의 건수, 업무의 빈도 및 비중 등을 고려하여 해당 취업심사대상자의 권리가 불합리하게 제한되지 아니하도록 하여야 한다’라는 선언적 규정을 두고는 있지만 현실에서는 취업제한결정이 활발하지는 않는다는 문제가 있다. 실제로 경실련이 정부공직자윤리위원회에 정보공개를 청구해 입수한 2016년부터 2021년 8월까지의 퇴직공무원 취업심사 현황자료를 바탕으로 기획재정부·산업통상자원부·국토교통부·중소벤처기업부·공정거래위원회·금융위원회·국세청·금융감독원의 취업제한 심사·취업승인 심사를 받은 퇴직공무원 588명의 취업 현황을 조사한 결과 전체 588명 중 485명(82.5%)이 취업을 허가받았다는 보도가 있다<sup>31)</sup>. 이는 원칙적인 취업제한을 두고는 있지만 82.5퍼센트가 취업허가를 득함으

경우에 상법에 따른 사외이사나 고문 또는 자문위원등 직위나 직책 여부 또는 계약의 형식에 관계없이 취업심사대상기관의 업무를 처리하거나 취업심사대상기관에 조언·자문하는 등의 지원을 하고 주기적으로 또는 기간을 정하여 그 대가로서 임금·봉급을 받는 경우에는 이를 취업한 것으로 본다”라는 규정을 통해 취업범위의 불명확성을 상당부분 제거하고 있다.

29) 공직자윤리법 제17조(퇴직공직자의 취업제한) ④ 제1항에 따른 취업 여부를 판단하는 경우에 「상법」에 따른 사외이사나 고문 또는 자문위원 등 직위나 직책 여부 또는 계약의 형식에 관계없이 취업심사대상기관의 업무를 처리하거나 취업심사대상기관에 조언·자문하는 등의 지원을 하고 주기적으로 또는 기간을 정하여 그 대가로서 임금·봉급 등을 받는 경우에는 이를 취업한 것으로 본다.

30) 결국 대법원은 “퇴직공직자가 금융감독원 기획조정국 소속 지원장으로 근무할 때, 증권검사국으로부터 갑 금융회사 특정 지점의 임의매매사실 여부 등에 관한 조사업무를 위임받아 위 지점에 관한 부문검사를 실시한 후 그 결과를 증권검사국에 통보하였는데, 퇴직일부터 2년 안에 위 갑 금융회사에 취업한 사안에서, 위와 같은 퇴직공직자 소속부서의 처리업무는 위 갑 금융회사 혹은 그 지점에 대하여 ‘법령에 근거하여 직접 그 감독업무를 수행한 경우’에 해당하지 않으므로 취업제한사유에 해당하지 않는다”고 판결하였다. 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도4673 판결.

31) <https://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=208103>

로써 취업제한 조치가 실제로는 그 실효성이 떨어진다는 비판을 제기할 수 있다. 넷째, 현행법은 일률적으로 퇴직일로부터 3년간 취업제한을 하는 것으로 규정하고 있으나 미국의 경우, 퇴직공무원에 대한 이해충돌을 제약함에 있어 공직자 유형별로 그 기간을 영구제한, 2년 제한, 1년 제한의 형태로 구분하여 적용하고 있는 점을 참조하여 우리의 경우에도 전관예우 현상이 빈번하게 발생할 우려가 많은 수사, 금융, 조세등의 권력기관 및 규제기관과 그 외의 일반 국가기관을 구분하여 개별적·구체적인 직종·업무·계급 등의 변수를 고려하여 제한기간을 구분하여 달리 설정할 필요가 있을 것이다.

## Ⅵ. 결론

국민권익위원회가 발표한 2021년도 부패인식도 조사 종합결과를 보면 일반국민의 49.8%, 기업인의 63.8%가 우리나라 공직사회는 부패하였고 그에 대한 대응책으로는 부패행위를 적발하여 처벌을 강화할 필요가 있다고 응답하였다<sup>32)</sup>. 이러한 공직자의 부패는 소수의 권력과 부의 독점을 심화시키고 배제된 다수의 상대적 박탈감과 계층간의 불신과 갈등을 증폭시키고 공직사회와 정부정책에 대한 국민의 불신을 높여서 허무주의와 무정부주의를 확산시킴으로서 민주적 헌법질서에 큰 위기를 가져올 수 있다. 다만 공직 부패행위에 대한 사후적인 형사처벌의 차원에서만 머무르는 것이 아니라 국가권력의 제한과 남용의 억제 및 공직자의 권한 행사에서 지위남용 방지를 통하여 민주주의와 법치주의의 헌법원리가 제대로 작동할 수 있도록 하는 차원에서 공직자윤리법의 필요성과 부패방지의 기능을 바라보아야 할 것이다.

그러나 현행 공직자 윤리법상 공직자의 재산등록 및 공개, 주식 매각 또는 백지신탁, 선물신고, 퇴직후 취업제한의 내용만으로는 공직윤리 확보 및 부패방지의 실효적인 내용이 미흡할 뿐만 아니라 공직자 윤리법이라는 법명과는 달리 공직자가 행동하고 금지해야 하는 내용을 포괄하여 담고 있지 않으므로 헌법상 공직자의 청렴의무를 구체화하는 입법으로서 는 그 형식과 내용에서 좀 더 충실하게 보완이 필요하다고 보인다.

32) 국민권익위원회, 2021년도 부패인식도 조사 종합 결과, 2021. 12., 7면 참조.

## 참고문헌

### 〈단행본〉

- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2022.  
허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013.  
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2021.  
한수웅, 헌법학, 법문사, 2020.

### 〈논문〉

- 김남옥, 이해충돌방지법의 제정과 부패방지, 사단법인 한국부패방지법학회, 부패방지법연구 제3권 제2호, 2020.  
김재광, 한국의 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준, 공법학연구 제9권 제3호.  
김정인, 공직자의 이해충돌 방지와 백지신탁(blind trust): 해외 주요 국가들을 중심으로, 한국공공관리학보, 제35권 제4호, 2021.  
명재진, 공무원의 헌법상 지위, 한국부패학회보 제18권 제3호, 2013.  
박정철, 영국의 반부패전략과 반부패법제, 강원대학교 비교법학연구소, 강원법학 제47권, 2016.  
송기춘, 공직자윤리법상 퇴직 후 취업제한에 관한 법적 논의-공직자윤리법 제17조 등의 개정안에 대한 검토를 중심으로, 헌법학연구 제17권 제3호, 2011.  
이승택, 부패방지과 헌법상 연좌제 금지, 한국부패학회보 제25권 제2호, 2020.  
윤태범, 우리나라 공직자윤리법의 문제점과 개정방향, 인문사회과학논문집 제34집, 2004.  
장영수, 공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향, 고려대학교 법학연구원, 고려법학 제70호, 2013.  
정신교, 공직자윤리법 제17조의 문제점과 개선방안, 한국부패학회보 제20권 제2호, 2015.  
정연주, 공직자 부동산백지신탁제에 관한 헌법적 고찰, 인하대학교 법학연구 제24집 제3호, 2021.

### 〈기타자료〉

- 국민권익위원회, 2021년도 부패인식도 조사 종합 결과, 2021. 12.  
인사혁신처, 공직자윤리법 일부개정법률안, 2022.  
인사혁신처, 공직자윤리법 조문별 제개정이유  
인사혁신처, 규제영향분석서

투고일자 : 2023. 02. 27  
수정일자 : 2023. 03. 30  
게재일자 : 2023. 03. 31

<국문초록>

## 공직자윤리법상 공직부패 방지에 대한 고찰

- 헌법재판소 결정을 중심으로 -

김 현 재

공직 사회의 부패는 사회의 각 영역에 큰 영향을 미치는 각종 법령을 제정하고 이를 집행하고 시행하는 공적영역에서 발생하는 점에서 공정한 경쟁원리 및 시장의 건전성을 해하고 공공에 대한 국민의 신뢰를 깨트림으로써 궁극적으로는 우리 헌법상 기본원리인 법치주의 원리를 포함한 헌법상 기본적인 원리와 가치를 침해한다.

공직윤리로서 청렴성은 공직자가 지녀야 하는 도덕성의 기준으로서 공직자의 행위준칙이고 헌법 제46조 제1항의 국회의원의 청렴의무는 국회의원을 넘어서서 모든 공직자에게도 적용되는 의무이다. 공직자윤리법상 재산등록 및 공개제도는 공직자가 재산을 형성하는 방법이나 재산 보유의 한도를 규율하는 것이 아니라 형성된 재산을 국가에 신고하여 등록하도록 하는 방법이므로 헌법에 위반되지 않는다.

주식은 개인의 인격발현에 대하여 지니는 의미는 상당히 작는데 반하여 사회적 연관성이나 사회적 기능은 뚜렷하므로 국가에 의하여 보다 폭넓게 제한될 수 있는 재산권이다. 주식 백지신탁은 공무원과 가족간의 실질적 관련성에 의한 것이므로 헌법상 금지되는 연좌제에 해당되지 않는다. 퇴직공직자의 취업제한은 퇴직 이후 재취업한 특정 업체를 위해 재직 중에 취득한 기밀이나 정보를 이용하거나, 재직했던 부서에 대하여 부당한 영향력을 행사할 가능성을 사전에 방지함으로써 궁극적으로 직무의 공정성을 확보하기 위함이다.

주제어: 공직사회의 부패, 청렴성, 공직자윤리법, 재산등록 및 공개, 주식 백지신탁, 취업제한

