creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 연구

2023년 2월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
박 주 철

공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 연구

지도교수 최 계 영

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2022년 11월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
박 주 철

박주철의 박사 학위논문을 인준함
2023년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

일찍이 이해충돌 규제는 신탁의 법리에 의하여 민법이나 상법과 같은 사법의 영역에서 다뤄지기 시작하여 공적영역으로 점진적으로 이동하였다고 볼 수 있다. 공적영역에서 공적인 직무를 수행하는 사람들의 공익과 사익 사이의 충돌 문제를 주목하고 해결하려는 시도는 오랜 역사를 가지지만 이를 이론적으로 접근하여 체계적으로 분석하고 제도를 마련하려는 시도는 비교적 최근의 일이다. 국제기구나 세계 주요 국가들이 이해충돌 규제를 위한 규범제정을 촉구하거나 실제로 제정하고 있으며, 한국도 이러한 큰 흐름에 동참하고 있는 국가 중 하나로 평가할 수 있다.

부패가 발생하는 일련의 과정 중 공직자가 직면하는 이해충돌을 포착하여 선제적으로 규제하는 일은 부패방지를 위하여 매우 중요한 일이다. 공적영역에서 이해충돌은 부정적 대상으로 인식되는 경향이 있으나, 이해충돌은 공익과 사익 사이의 충돌상황이며 그 자체에 대한 적법과 위법 또는 정당과 부당의 평가는 온당하다고 볼 수 없다. 이해충돌에 관한 오인은 이해충돌 규제를 위한 정책 방향을 세우는 데에 어려움을 주는데, 적어도 공법학의 관점에서 이해충돌과 그로 인하여 초래되는 공직자의 행위를 구분하여 취급할 필요가 있다. 이러한 문제의식을 토대로 하여 세계 주요 국가의 이해충돌 법제를 입법방식, 규제내용, 실효성 확보 수단의 측면에서 비교법적으로 고찰하여보면 한국 법제에 시사가 가능한 몇 가지 지점을 포착할 수 있다.

우선 입법방식에 있어서 한국의 법제는 주무 부처를 달리하는 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」을 이원화하여 운용하고 있다. 그런데 한국의 법제와 같이 동일한 수범자를 대상으로 같은 목적의 경성규범을 이원화하여 운용하는 법제는 비교법적으로 드물다. 이러한 법제는 수범자에 대한 중복규제의 개연성을 높이고 유권해석의 통일을 저해하며 제도 개선의 효율성을 떨어뜨리는 문제가 있다. 따라서 현행 두 개의 법률을 통합하여 일

원화할 필요가 있다. 시급하게는 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」의 중복규제 사항부터 해소되어야 할 것이다.

현행 「공직자의 이해충돌 방지법」의 법명 중 '방지'라는 단어는 적절하지 않으므로 수정이 필요하다. 이해충돌을 공직자가 직면하는 특수한 상황이라고 본다면, 이해충돌은 방지의 대상이기보다 관리나 규제의 대상으로 보는 것이 더 타당하다. 방지는 이해충돌 규제 중 매각제도나 백지신탁 제도와 같은, 이해충돌이 발생하기 전에 그 가능성을 미리 차단하는 일부 제도에서 사용할 수 있는 용어이지만 나머지 다른 이해충돌 제도를 설명하는 데 한계가 있다. 규제가 넓게 보아 관리까지 포함하는 개념이므로 현행 「공직자의 이해충돌 방지법」은 「공직자의 이해충돌 규제법」으로 수정하는 것이 바람직하며, 이는 향후 통합법의 제정에 있어서 고려할 사항이라고 본다.

선출직 공직자는 국민의 대표자로서 국가 사무 전반에 대하여 다양한 직무상 이해관계를 가진다. 특히 입법부 공직자는 자유 위임의 원칙에 따라 직무상 공과(功過)에 관한 재신임을 받음으로써 정치적 책임을 부담하는 것이 원칙이다. 한국의 현행 법제, 특히 「공직자의 이해충돌 방지법」은 행정부 공직자의 직무 특성을 중심으로 법제가 정비되었으며 선출직 공직자의 직무 특성은 충분히 고려하지 않고 마련되었다. 따라서 규범의 분리까지 고려하여 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 차별적 접근을 시도할 필요가 있다고 보며, 이러한 점에서 「국회법」의 일부 차별적 접근의 시도는 긍정적으로 평가할 수 있다.

이해충돌 규제내용 중 한국 법제의 주식매각·백지신탁 제도는 기준 금액을 규제의 진입장벽으로 설정하는 반면 직무 관련성 판단은 규제의 배제 요건으로 고려하고 있다. 이러한 법제 운용은 비교법적으로 매우 이례적이고 제도의 본래 취지에 부합하지 않으므로 직무 관련성을 일차적 요건으로, 기준 금액은 부차적 요소로 전환해야 한다. 재산등록제도 또한 공직자의 현재 재산공개에 초점이 맞추어져 있으므로 재산형성 과정을 포함하여 입체적 감시가 가능한 다양한 사항들이 공개될 수 있도록 해야 한다.

한국 법제는 실효성 확보 수단을 형사처벌과 행정질서벌에 지나치게 의존

하고 있다. 이것은 이해충돌 규제내용에 부합하지 않는 제재를 가함으로써 법제 운용의 실효성을 떨어뜨리는 요인으로 작용한다. 그러므로 개별 이해충돌 규제영역의 특성에 부합하는 다양한 행정적 제재 수단이 모색되어야 한다. 예를 들어 퇴직공직자의 취업·활동 제한의 위반행위에 대하여 연금이나 퇴직금을 삭감토록 하는 해외 입법례를 참조할 수 있을 것이다. 이와 더불어 한국 법제의 불필요한 형사적 제재 수단을 행정적 제재로 전환하는 작업도 함께 병행되어야 할 것이다.

주요어 : 이해충돌, 부패, 입법방식, 규제내용, 실효성 확보 수단

학 번 : 2020-36110

대 목 차

국문초록 ····· i

서 론 ····· 1

연구의 목적 ····· 1
연구의 방법 ····· 3

제1장 이해충돌의 의의와 규제의 목적 ····· 5

제1절 이해충돌과 부패 ····· 5
제2절 개념 ····· 19
제3절 이해충돌 규제의 목적 ····· 77

제2장 이해충돌 규제의 입법방식 ····· 94

제1절 개관 ····· 94
제2절 연성규범(軟性規範)과 경성규범(硬性規範) ····· 95
제3절 입법방식에 관한 그 밖의 쟁점 ····· 113
제4절 비교법적 고찰 ····· 116
제5절 시사점 ····· 134

제3장 이해충돌 규제의 내용 ····· 142

제1절 개관 ····· 142
제2절 기존의 분류방식 ····· 143
제3절 개별 제도의 분류 ····· 153
제4절 시사점 ····· 225

제4장 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단 ····· 245

제1절 개관 ····· 245
제2절 유형과 평가 ····· 246
제3절 비교법적 고찰 ····· 265
제4절 시사점 ····· 281

결 론 ····· 290

참고문헌 ····· 293

Abstract ····· 303

목 차

국문초록 ····· i

서 론 ····· 1

연구의 목적 ····· 1
연구의 방법 ····· 3

제1장 이해충돌의 의의와 규제의 목적 ····· 5

제1절 이해충돌과 부패 ····· 5
Ⅰ. 도입 ····· 5
Ⅱ. 부패의 의의와 원인 ····· 7
1. 문제점 ····· 7
2. 개념 ····· 8
3. 부패의 원인과 대책 ····· 12
Ⅲ. 이해충돌과 부패의 관계 ····· 14
1. 이해충돌의 이해 ····· 14
2. 상호관계 ····· 16
3. 제도설계에 있어서 주의점 ····· 17
제2절 개념 ····· 19
Ⅰ. 논의의 전제 ····· 19
Ⅱ. 이해 또는 이익의 의의 ····· 22
1. 공익의 의미 ····· 23
2. 사익의 의미 ····· 26
Ⅲ. 공직자의 의의 ····· 27
1. 문제점 ····· 27
2. 공직자의 범위 ····· 29
(1) 쟁점 ····· 29

(2) 공기업에 대한 이론적 논의 ····· 31
(3) 공기업 이론과 이해충돌 규범과의 관계 ····· 32
(4) 한국 법제와 평가 ····· 33
3. 공직자의 공익 추구의 의무 ····· 40
(1) 쟁점 ····· 40
(2) 헌법적 근거 ····· 41
(3) 주인·대리인 이론 ····· 43
4. 고위직 공직자의 차별적 접근의 필요성 ····· 45
(1) 쟁점 ····· 46
(2) 법제 비교 ····· 47
(3) 평가 ····· 52
5. 선출직 공직자의 차별적 접근의 필요성 ····· 52
(1) 쟁점 ····· 53
(2) 외국의 법제 ····· 54
(3) 한국의 법제 ····· 58
(4) 시사점 ····· 60
Ⅳ. 충돌의 의의 ····· 65
1. 문제점 ····· 65
2. 의의 ····· 65
(1) 이해충돌과 부패의 구별 ····· 65
(2) 개념 ····· 67
3. 법제 비교 ····· 71
(1) 쟁점 ····· 71
(2) 외국의 법제 ····· 72
(3) 한국의 법제 ····· 75
4. 소결 ····· 76
제3절 이해충돌 규제의 목적 ····· 77
Ⅰ. 도입 ····· 77
Ⅱ. 목적 ····· 78

1. 부패 예방 ····· 78
2. 공공성의 확보 ····· 79
Ⅲ. 특징 ····· 80
1. 예방규범 ····· 80
2. 법정범의 행위규범 ····· 83
Ⅳ. 법제의 목적 규정 ····· 85
1. 외국의 법제 ····· 85
(1) 국제기구 ····· 85
(2) 개별 국가 ····· 86
2. 한국의 법제 ····· 88
(1) 역사적 전개 과정 ····· 88
(2) 이해충돌 규범의 목적 ····· 91
3. 평가 ····· 92

제2장 이해충돌 규제의 입법방식 ····· 94

제1절 개관 ····· 94
제2절 연성규범(軟性規範)과 경성규범(硬性規範) ····· 95
Ⅰ. 도입 ····· 95
Ⅱ. 입법 가능성에 관한 이론적 논의 ····· 96
1. 전통적 견해 ····· 96
(1) 명령적 구조의 부정합 ····· 96
(2) 비례원칙의 문제 ····· 99
(3) 입법기준의 부재 ····· 101
(4) 그 밖의 어려움 ····· 102
2. 새로운 견해 ····· 103
(1) 쟁점 ····· 103
(2) 명령적 구조의 가능성 ····· 104
(3) 비례원칙에 부합 ····· 105
(4) 그 밖의 난점에 관한 극복 논거 ····· 106

3. 소결 ····· 108
Ⅲ. 연성과 경성의 선택 문제 ····· 109
1. 문제점 ····· 109
2. 개념 ····· 109
(1) 구분 기준 ····· 109
(2) 이해충돌 규범에서의 기준 ····· 111
3. 연성 입법과 경성 입법의 차이 ····· 112
제3절 입법방식에 관한 그 밖의 쟁점 ····· 113
Ⅰ. 도입 ····· 113
Ⅱ. 독자적 규범을 통한 입법방식 ····· 114
Ⅲ. 공직자별 입법방식 ····· 115
제4절 비교법적 고찰 ····· 116
Ⅰ. 도입 ····· 116
Ⅱ. 법제 비교 ····· 118
1. 외국의 법제 ····· 118
(1) 미국 ····· 118
(2) 영국 ····· 122
(3) 캐나다 ····· 125
(4) 프랑스 ····· 127
(5) 독일 ····· 129
(6) 그 밖의 법제 ····· 130
(7) 종합 ····· 131
2. 한국의 법제 ····· 132
제5절 시사점 ····· 134
Ⅰ. 도입 ····· 134
Ⅱ. 규범의 통합 필요성 ····· 136
Ⅲ. 일부 조항의 부패방지권익위법으로 이전 필요성 ····· 137
Ⅳ. 법명의 변경 필요성 ····· 139
Ⅴ. 선출직 공직자의 분리 가능성 ····· 140

제3장 이해충돌 규제의 내용 ····· 142
제1절 개관 ····· 142
제2절 기존의 분류방식 ····· 143
Ⅰ. 분류의 방식 ····· 143
1. 예방적 수단과 정보제공적 수단 ····· 143
2. 제거방식, 약화방식, 공개방식 ····· 144
3. 정부 내적 방식과 정부 외적 방식 ····· 147
4. 제재 수단에 따른 분류방식 ····· 149
Ⅱ. 분석과 평가 ····· 149
1. 분석 ····· 149
2. 평가 ····· 151
제3절 개별 제도의 분류 ····· 153
Ⅰ. 이해충돌의 제거 ····· 153
1. 매각 ····· 154
(1) 의의 ····· 154
(2) 외국의 법제 ····· 156
(3) 한국의 법제 ····· 160
2. 백지신탁 ····· 162
(1) 의의 ····· 162
(2) 유형 ····· 164
(3) 외국의 법제 ····· 165
(4) 한국의 법제 ····· 169
3. 겸직금지 ····· 171
(1) 의의 ····· 171
(2) 외국의 법제 ····· 172
(3) 한국의 법제 ····· 178
4. 퇴직공직자의 취업·활동 제한 ····· 180
(1) 의의 ····· 180
(2) 외국의 법제 ····· 182

(3) 한국의 법제 ····· 188
Ⅱ. 이해충돌의 약화 ····· 190
1. 문제점 ····· 190
2. 회피 ····· 191
(1) 의의 ····· 191
(2) 외국의 법제 ····· 192
(3) 한국의 법제 ····· 195
3. 가족 채용·사적 계약체결 제한 ····· 196
(1) 의의 ····· 196
(2) 외국의 법제 ····· 197
(3) 한국의 법제 ····· 200
4. 내부정보를 이용한 이익취득 금지 ····· 202
(1) 의의 ····· 202
(2) 외국의 법제 ····· 203
(3) 한국의 법제 ····· 205
5. 조직 구성의 균형 ····· 206
Ⅲ. 이해충돌의 공개 ····· 207
1. 문제점 ····· 207
2. 재산 신고·등록·공표 ····· 210
(1) 의의 ····· 210
(2) 외국의 법제 ····· 211
(3) 한국의 법제 ····· 216
3. 그 밖의 신고·등록·공표 ····· 218
(1) 의의 ····· 218
(2) 외국의 법제 ····· 219
(3) 한국의 법제 ····· 222
제4절 시사점 ····· 225
Ⅰ. 도입 ····· 225
Ⅱ. 중복규제의 해소 ····· 226

1. 비교법적 분석 ····· 226
2. 한국 법제에 주는 시사점 ····· 230
Ⅲ. 매각·백지신탁 요건의 재설정 ····· 232
1. 비교법적 분석 ····· 232
2. 한국 법제에 주는 시사점 ····· 234
Ⅳ. 가족 채용·사적 계약 금지의 개선 ····· 236
1. 비교법적 분석 ····· 236
2. 한국 법제에 주는 시사점 ····· 237
Ⅴ. 공개방식의 다양화 및 구체화 ····· 240
1. 비교법적 분석 ····· 240
2. 한국 법제에 주는 시사점 ····· 242

제4장 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단 ····· 245

제1절 개관 ····· 245
제2절 유형과 평가 ····· 246
Ⅰ. 도입 ····· 246
Ⅱ. 유형 ····· 247
1. 형사적 제재 ····· 247
2. 행정적 제재 ····· 249
(1) 쟁점 ····· 249
(2) 금전적 수단 ····· 250
(3) 비금전적 수단 ····· 251
Ⅲ. 권리구제에 관한 쟁점 ····· 253
1. 형사적 제재에 대한 구제 ····· 253
2. 행정적 제재에 대한 구제 ····· 254
(1) 사법심사의 가능성 ····· 254
(2) 행정질서벌에 대한 구제 ····· 256
(3) 행정쟁송을 통한 구제 ····· 257
Ⅳ. 평가 ····· 263

제3절 비교법적 고찰 ····· 265
Ⅰ. 도입 ····· 265
Ⅱ. 외국의 법제 ····· 266
1. 미국 ····· 266
2. 캐나다 ····· 268
3. 프랑스 ····· 270
4. 그 밖의 국가 ····· 271
Ⅲ. 한국 법제 ····· 273
1. 공직자윤리법 ····· 273
2. 공직자의 이해충돌 방지법 ····· 276
3. 평가 ····· 278
제4절 시사점 ····· 281
Ⅰ. 도입 ····· 281
Ⅱ. 형사적 제재의 행정적 제재로의 전환 ····· 282
1. 문제점 ····· 282
2. 전환 필요성이 크지 않은 조항 ····· 283
3. 전환 필요성이 큰 조항 ····· 285
4. 소결 ····· 286
Ⅲ. 행정적 제재 수단의 다양화 ····· 287

결 론 ····· 290

참고문헌 ····· 293

Abstract ····· 303

서 론

연구의 목적

이해충돌은 부패와의 관련성으로 인하여 부패와 가까운 개념으로 보거나 부패의 한 유형으로 인식되기도 한다. 이러한 인식은 특히 공적인 영역에서 이해충돌이 부패와 결부되어 발생할 때 두드러지게 나타나는 현상으로 이해충돌과 함께 공직자의 행위가 초래하는 반사회적 결과가 부정적 속성을 지니기 때문으로 이해된다. 부패의 범주를 매우 넓게 보는 시각에서 이러한 인식은 타당할 수 있겠으나 일반적으로 논해지는 협의의 부패 개념에 따르면 이해충돌과 부패를 구분하여 접근하는 것이 가능해진다. 이해충돌은 부패 발생의 주요한 원인이 되는 공직자가 직면하는 특수한 상황으로 이해할 수 있으며 이러한 점에서 부패와 매우 밀접한 관련성을 가진다고 볼 수 있다. 따라서 이해충돌을 이해하기 위해서는 부패와의 관계에서 그 개념을 조망하는 과정이 필요하며, 부패를 예방하기 위해서는 이해충돌 규제가 반드시 요구된다고 볼 수 있다. 다만 부패를 직접적으로 규제하는 전통적 규제 방식과 달리 이해충돌 규제를 위한 독자적 이론의 정립과 함께 제도설계를 위한 정교한 접근법 또한 필요하다고 보는데, 본 논문의 일차적인 목적은 이러한 접근법을 제시하는 것이다.

논쟁의 여지는 있겠으나 한국의 이해충돌 규제는 1980년 「공직자윤리법」 제정을 통해 본격적으로 시작되었다고 평가할 수 있다. 이후 제도 운용에서 발생하는 여러 가지 문제점과 한계 그리고 이해충돌 규율영역의 확대 필요성이 요구되어 2021년 5월 18일 「공직자의 이해충돌 방지법」이 제정되기에 이른다. 한국은 이로써 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 두 개의 경성 형식의 법률을 통해 이해충돌을 규율하는 비교법적으로 독특한 법제를 가진 국가가 되었다. 이러한 법제를 운용함으로써 나타나는 제도상의 난점도 존재

한다고 보는데, 본 논문은 세계 주요 국가의 법제를 비교법적으로 고찰하여 한국 법제에 시사점을 제시함으로써, 새로운 법률의 시행에 즈음하여 이해충돌 제도의 성공적 안착과 모범적 법제 운용을 위한 이론적 토대를 제공하고자 하였다.

주지하다시피 이해충돌 문제는 사적영역에서 발전하여 공적영역으로 넘어온 논쟁적 주제 중 하나인데, 각 영역에서 개념을 비롯한 그 이론적 체계에서 미묘한 차이점을 보인다. 가령 사적영역에서 이해충돌은 기본적으로 사익과 사익 사이의 충돌을 상정하는 반면, 공적영역에서 이해충돌은 공익과 사익의 충돌을 전제로 논의를 전개한다. 이에 따라 사적영역은 신탁의 법리에 근거한 주인·대리인 이론을 중심으로 이해충돌 문제에 접근하지만, 공적영역은 주인·대리인 이론 외에도 공공성의 확보와 같은 공법적 논거로 접근하며 규제의 법적 근거를 헌법에서 찾는다. 향후 이러한 차이점을 포함한 공적영역과 사적영역을 아우르는 이해충돌의 종합적인 이론적 논의가 필요하다고 보는데 이러한 논의의 시작은 당연히 공적영역의 이해충돌에 대한 충분한 숙의와 이해로부터 출발해야 할 것이다. 본 논문은 공적영역에서 이해충돌을 주제로 한 다양한 선행연구의 도움을 받아 향후 공·사 영역을 아우르는 이해충돌에 대한 종합적 논의를 위한 기초로서 공적영역에서 발생하는 이해충돌 문제의 얼개와 그 안에 담긴 구체적 내용을 이해하는 데 도움이 되고자 하였다.

연구의 방법

본 논문은 공적영역에서 논의되는 이해충돌의 개념 요소, 입법의 방식, 규제의 내용, 규제의 실효성 확보 수단을 포함한 이해충돌의 제반 쟁점에 관하여 세계 주요 국가의 법제를 비교법적으로 고찰하는 방식을 사용하였다. 이해충돌 규제를 위한 법제의 운용은 개별 국가가 보유하는 정치·경제·사회·문화적 특성에 따라 매우 다양한 모습을 보이는데, 이러한 점은 비교 대상 국가와 규범을 선택하는 문제를 어렵게 만드는 요인이다. 본 논문은 이해충돌 규제에 관한 비교적 오랜 전통이 있는 미국과 최근에 이해충돌 규제를 위한 독자적 법제를 정비한 프랑스와 캐나다를 중심으로 살펴보았다. 별도의 독자적 규범을 마련하고 있지는 않지만, 공적영역에서 공직자의 일반규범으로 이해충돌 일부 사항을 규율하는 영국, 독일의 법제를 논문의 관련 쟁점 부분에서 고찰하였다. 그 밖의 본 논문의 쟁점을 위하여 설명이 필요한 경우에 경제협력개발기구 회원국 중 이해충돌 규제에 특별히 관심을 두고 있는 체코, 라트비아, 리투아니아 법제를 참고하였다. 결국 미국, 프랑스, 캐나다의 제도를 중심으로 이해충돌 제반 쟁점을 살폈으며, 개별 쟁점의 설명을 위하여 필요한 경우에 추가로 경제협력개발기구 회원국 중 다른 여러 국가의 법제도 함께 살피는 방식을 채택하였다.

개별 국가의 규범 선택은 이해충돌 규제를 위한 독자적 규범을 마련한 법제의 경우에 그 규범의 내용을 중심으로 살펴보았다. 이러한 규범으로는 미국의 「정부윤리법」, 「윤리개혁법」, 프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」, 캐나다의 「이해충돌법」 등이 대표적이다. 다음으로 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범이라고 보기는 어렵지만, 일부 이해충돌 규제사항을 담고 있는 공직자 관련 일반규범을 살펴보았다. 이러한 규범으로는 영국의 「공무원 관리강령」, 독일의 「연방 공무원법」, 에스토니아의 「부패방지법」 등과 같은 규범이 대표적이다. 쟁점 설명을 위하여 필요한 경우, 경제협력개발기구나 유럽평의회와 같은 국제기구의 규범도 추가로 살펴보았다. 한국의 법제는 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 「공직자윤리법」과 「

공직자의 이해충돌 방지법」을 중심으로 살펴보았고 필요한 경우 「국가공무원법」과 같은 공직자 관련 일반규범을 비롯한 여타의 규범도 함께 검토하였다.

위의 기준을 가지고 이해충돌에 관한 사안별 쟁점을 살펴볼 때 개별 국가의 법제가 보이는 공통점과 차이점이 드러날 수 있도록, 가능한 범위에서 법제의 내용을 상세하게 설명하고자 하였다. 그리고 개별 국가나 특정 제도의 틀에 얽매이지 않고 한국 제도에 시사가 가능한 제도적 방안을 탐구하는 데에 집중하였으며 최종적으로 해당 시사점이 한국 제도의 특성에 맞는 수용이 가능한 것인지를 점검한 후 이를 제시하는 과정을 거쳤다. 이로 인하여 부득이하게 한국 제도에 주는 본 논문의 시사점은 별도의 장이 아닌 각 장의 별도 절로 쟁점별로 분리하여 밝히는 방식을 선택하였다.

제1장 이해충돌의 의의와 규제의 목적

제1절 이해충돌과 부패

I. 도입

우리는 언론을 통하여 퇴직공직자가 고액의 수임료를 받고 현직공직자의 의사결정에 부당한 영향력을 행사하는 사례[1]나 공직자가 미공개정보를 이용하여 개발 예정지역에 부동산을 투기하는 사례[2] 그리고 공직자가 피감기관과 사적인 수의계약을 체결하여 재산상 이익을 취득하는 사례[3]를 다룬 보도를 쉽게 접하게 된다. 첫 번째는 공익 추구 의무가 남아있는 퇴직공직자가 사익 추구의 목적으로 과거 지위를 활용함으로써 발생하는 이해충돌 문제가 「변호사법」 위반, 뇌물죄, 직권남용과 같은 부패로, 두 번째는 미공개 정보를 취득하여 이해충돌 상황에 놓인 공직자가 재산상 이익을 취득함으로써 미공개정보 이용 재산상 이익 취득죄[4]라는 부패로, 세 번째는 직무상 피감기관과의 관계에서 발생한 이해충돌 상황에서 뇌물죄, 직권남용과 같은 부패로 이어질 수 있는 사례라고 볼 수 있다.[5] 이러한 사례는 모두 공직자가 직면

---

1) 한국일보, “계약서 뒤에 숨은 편법과 불법… '내맘대로' 법률자문 시장”, 2022. 2. 10. https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2022020813160001892 (2022. 12. 24. 방문) 참조.
2) 경향신문, “감사원, ‘LH 투기 사태’ 감사 결과 발표 … 미공개 정보 이용 직원 8명 징계·수사 요청”, 2022. 7. 26. https://m.khan.co.kr/economy/real_estate/article/202207261539011#c2b (2022. 12. 24. 방문) 참조.
3) 국토일보, “오이밭에서 신발끈 매지 마라”, 2020. 10. 16. https://www.ikld.kr/news/articleView.html?idxno=224937(2022. 12. 24. 방문) 참조.
4) 현행 「공직자의 이해충돌 방지법」 제14조 참조.
5) 첫 번째 사례는 변호사법 위반, 조세포탈죄로 퇴직공직자가 유죄 확정판결을 받은 사례이고(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12127 판결), 두 번째와 세 번째 사례는 2022년 12월 25일 현재 수사가 진행되고 있다. 대법원은 2017도

하는 이해충돌이 적절히 관리되거나 통제되지 못할 때 부패의 주요한 요인이 될 수 있음을 보여주는 대표적인 사례들이다. 이처럼 이해충돌 규제를 위한 제도의 설계는 한 국가가 직면하고 있는 부패 문제와 매우 밀접한 관련성을 갖는다. 이해충돌 제도의 설계는 부패의 원인을 제도적 결함이나 흠결에서 찾고 그에 대한 대책도 제도의 마련으로 해결하고자 하는 부패 예방을 위한 제도적 접근 방법의 하나이며,[6] 당연한 결과로 이해충돌 규제의 일차적인 목적 또한 부패의 예방에 있다고 볼 수 있다.[7]

부패의 개념을 정립하기 위한 몇몇 접근법에 비추어 보면 부패의 개념과 이해충돌의 개념을 구분하여 들여다보는 것이 가능해진다. 이러한 접근 방식은 이해충돌을 부패와 관련하여 살피되, 종래 부패의 원인을 바라보는 개인적 접근 방식의 채택으로 인한 형사처벌 중심의 제도설계를 넘어 이해충돌만의 독자적이고 세밀한 제도의 설계에 도움을 준다. 이해충돌 개념 요소의 설명에 앞서 본 절에서는 부패와의 관계에서 이해충돌의 위치와 이해충돌 규제가 왜 필요한 것인지를 살펴본다. 이러한 과정은 본 논문 전체를 꿰뚫는 핵심적인 논지이며, 본 논문을 통해 달성하고자 하는 궁극의 목적을 위한 이론적 토대라고 볼 수 있다.

이해충돌을 부패와의 관계에서 조망하기 위해서는 부패의 개념이 무엇인지 파악하는 과정이 선행되어야 한다. 이를 위하여 국·내외 문헌에서 논의되는 부패의 개념 정립을 위한 세 가지 접근법을 살펴본 후 이해충돌 관계에

12127 판결에서 “법률 사건을 의뢰받은 변호사라 하더라도 의뢰받은 사건의 해결을 위한 접대나 향응, 뇌물의 제공, 사적인 연고 관계나 친분을 부정하게 이용하는 등 공공성을 지닌 법률 전문직으로서의 정상적인 활동이라고 보기 어려운 방법을 내세워 당해 공무원과 직접·간접으로 접촉하거나 공무원에게 청탁 또는 알선한다는 명목으로 금품 등을 받거나 받기로 하는 등 금품 등의 수수 명목이 변호사의 지위 및 직무 범위와 무관하다고 평가할 수 있을 때에는 변호사법 위반죄가 성립한다”고 판시하였다.

6) 박정훈, “행정부패와 행정법적 집단분쟁 – 병리적 행정현실에 대응한 법윤리적 행정법학 방법론의 모색”, 서울대학교 법학연구소, 1998, 90면은 부패의 원인분석과 제도를 수립하는 데 있어 개인적 접근 방식, 제도적 접근 방식, 체제적 접근 방식의 세 가지 방식을 제시하고 있다. 자세한 내용은 아래 Ⅱ. 참조.

7) 제1장 제3절 Ⅱ. 참조.

서 본 논문이 채택하는 부패의 개념을 정의해 본다. 그리고 채택된 부패의 발생 원인은 무엇이며, 발생 원인을 해소하기 위하여 어떠한 접근 방법이 제시될 수 있는지 살펴본다(Ⅱ). 이러한 과정을 거친 후 이해충돌이 부패와의 관계에서 어떠한 위치를 차지하는지 간단한 예시를 들어 설명해 보고 이해충돌 규제가 부패의 원인을 해소하기 위한 대책으로 어떠한 기능을 수행하는지 검토한다. 그리고 마지막으로 부패와 이해충돌의 관련성에서 이해충돌 규제의 제도설계를 할 때 특별히 주의해야 하는 몇 가지 점들을 총론적 견지에서 살펴본다(Ⅲ).

II. 부패의 의의와 원인

1. 문제점

부패는 동서고금을 막론하고 인류의 역사와 함께하여 왔으며, 현재에도 개별 국가가 직면하는 가장 중요한 문제라고 볼 수 있다.[8] 부패는 정부나 기업에 대한 불신을 초래하여 개별 국가의 국제적 경쟁력을 훼손할 뿐 아니라 정부에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨려 정책에 대한 불신을 초래하고 구성원 사이에 통합을 해치는 가장 주요한 원인이 된다. 이러한 점에서 부패의 척결은 단순히 국민을 대리하는 대표자 선출의 절차적 민주주의를 넘어, 정부의 투명한 정책 수행, 정책에 책임지는 공직자, 정책 및 공직자에 대한 시민의 통제가 담보될 수 있도록 하는 진정한 민주주의를 실현하는 과정이라고 볼 수 있다.[9] 부패한 대표는 진정한 국민의 대표자라고 볼 수 없으며,[10] 만일 어떤 제도가 부패를 척결하지 못함으로 진정한 민주주의를 훼손한다면 책임있는 대표자들에 의한 통치가 이루어질 수 있도록 기존 제도는 폐기·수정되어야 한다. 즉 만일 제도가 민주를 안전하고 평화적으로, 그리고 활발하게

8) 마인섭, “한국 민주주의의 정착과 부패 : 국가(公)와 시장(私)”, 동아시아 문화와 사상 제8호, 2002, 105-106면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 86면.
9) 마인섭, 앞의 논문(주 8), 105-106면 참조.
10) 마인섭, 앞의 논문(주 8), 106면.

유지·발전될 여건을 조성하는 데 방해가 된다면 언제든지 수정될 수 있는 것이다.[11]

이러한 이유로 개별 국가는 부패 척결을 위한 다양한 제도를 설계하고 설계된 제도가 진정한 민주주의를 실현하지 못할 때 수정·보완한다. 이러한 제도의 일차적 목적은 부패의 척결인데 문제는 부패를 어떠한 기준으로 정의내리고 그 발생 원인을 어디에서 찾으며 이에 대한 대책을 어떠한 방식으로 마련하는지이다. 이것은 오랜 기간 학문적으로 깊이 논의되었던 쟁점으로 현재도 매우 다양한 견해들이 제시되고 있어 간단히 정리할 수 있는 문제는 아니다. 이하 부패의 개념 및 원인과 대책을 제시하는 견해 중 학문적으로 널리 수용되는 견해를 소개하고 본 논문에서 이해충돌과의 관계에서 채택하는 부패의 개념을 정립한다. 그리고 정립된 부패의 발생 원인과 대책에 관한 주요한 접근법을 소개하여 이해충돌과 부패의 관계를 조망하기 위한 기본적인 이론적 기초를 제시한다.

2. 개념

부패는 역사적, 문화적 변천에 따라 유동적·가변적으로 결정되는 병리적 현상으로 볼 수 있으며,[12] 이러한 유동성·가변성으로 인하여 그 개념을 정의하려는 시도에 어려움을 겪어 왔다.[13] 특히 학문적으로 부패를 정의 내리고자 하는 시도는 다양한 관점에서 다양한 방식의 접근법으로 이루어져 왔는데,[14] 부패를 개념 짓고자 하는 다양한 접근법만큼이나 부패에 대한 개념도

11) 법치와 민주의 관계에 관해서는 박정훈, “행정법과 ‘민주’의 자각”, 행정법연구 제53호, 2018. 5., 7면 참조.

12) 김영종, “부패학 연구의 새로운 패러다임 : 질적 연구방법론을 중심으로”, 한국부패학회보 제11권 제1호, 2006, 2면.

13) 김해동, “관료부패의 유형”, 행정논집 제28권 제1호, 1989, 144면; 박재윤, “부패방지를 위한 행정법 제도의 쟁점”, 행정법연구 제46호, 2016, 246면 참조. 특히 같은 논문 267면은 부패는 공익과 사익의 형량적 요소를 내포하는 문제 발견적 개념으로 추상성의 한계를 가지고 있다고 설명한다.

14) 이러한 접근법으로는 ① 공직자의 비합리적·도덕적 일탈행위로 접근하는 방법,

다층적이어서 통일적인 정의가 제시되지 않고 있으며, 명확한 정의는 거의 불가능하다는 회의적인 견해까지 존재한다.[15] 그러나 행정학, 정치학, 법학 등 개별 학문 분야에서 부패를 정의하고자 하는 시도는 현재에도 지속되고 있으며,[16] 이러한 시도 덕분에 부패의 개념 정립과 정립된 개념을 통해 부패 예방을 위한 다양한 제도의 설계가 이루어지고 있다.

이러한 과정에서 부패의 개념 정립을 위한 공통된 관점을 찾아가는 모습

---

② 제도 미비에 따른 취약성에서 발생하는 현상으로 접근하는 방법, ③ 시장 교환관계의 왜곡으로 접근하는 방법, ④ 개발도상국의 국가 성장 과정에서 발생하는 부수적 결과로 접근하는 방법, ⑤ 개발과정과 상관없이 보편적·자기영속적 현상으로 접근하는 방법, ⑥ 공익 침해의 관점에서 접근하는 방법, ⑦ 사회문화적 환경과 역사적 전통에 따른 부산물의 하나로 접근하는 방법, ⑧ 관료제의 병폐와 권력의 남용 등 권력관계의 현상의 하나로 접근하는 방법 등이 있다고 한다. 관련 내용은 김영종, 앞의 논문(주 12), 3면 참조.

15) 김용섭, "사회전체적 과제로서의 부정부패방지", 공법연구 제24집 제3호, 1996, 202-203면은 가디너(John Gardiner) 교수의 "45분 내 먹고 마실 수 있는 것을 제외한 모든 것은 부정부패다"라는 발언을 소개하며 부패의 개념 정립의 어려움을 지적하고 있다.

16) 관련 문헌으로는 김영종, 앞의 논문(주 12); 김용섭, 앞의 논문(주 15); 박정훈, 앞의 논문(주 6); 박재윤, 앞의 논문(주 13); 박흥식, "국가 부패 수준에 대한 특수주의와 투명성의 영향", 한국부패학회보 제16권 제4호; Carl J. Friedrich, "Corruption Concepts in Historical Perspective", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017; Jacob van Klaveren, "Corruption as a Historical Phenomenon", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017; John Gardiner, "Defining Corruption", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017; J. S. Nye, "Corruption and Political Development: Cost-Benefit Analysis - The Study of Corruption in Less Developed Countries - ", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017; Mark Philp, "Conceptualizing Political Corruption", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017; Samuel P. Huntington, "Modernization and Corruption", Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017. 참조.

또한 보이는데, 대표적으로 부패를 직책, 시장, 공익의 세 가지 관점을 기준으로 정립하는 방식이다.[17] 직책 중심의 개념 정립은 규범이 부여한 직책상 의무를 위반하였는지가 부패의 주요한 기준이 되고,[18] 시장 중심의 개념 정립은 공직을 하나의 수익 창출의 극대화 수단으로 보아 자신의 권한으로 부가적인 이익(extra income)을 얻었는지가 주요한 기준이 되며,[19] 공익 중심의 개념 정립은 공직자의 특정한 행위가 공공이나 공익에 끼친 손해 등 그 영향을 주요한 기준으로 본다.[20] 부패를 직책 중심으로 바라보는 관점은 가장 일반적이고 전통적인 개념 정립 방식으로,[21] 이러한 방식에 따르면 부패의 개념이 명료해지고 수범자의 행위가 비교적 명확하게 예측될 수 있는 장점이 있으나 규범 내에 부패와 관련된 비윤리적 직무 내용이 담길 수 있고 규범이 곧 윤리와 등치가 될 수 없다는 비판이 제기될 수 있다.[22] 그뿐 아니라 부패의 개념이 규범에 종속되어 그 범위가 지나치게 협소해질 우려 또한 제기될 수 있다. 부패를 시장 중심으로 바라보는 관점은 직책상 부여되는 부수적 이익이라는 객관적 기준에 의한 중립적 방식을 사용함으로써 부패의 개념 정립의 복잡성을 피할 수 있는 장점이 있으나,[23] 모든 부패가 시장 원리의 왜곡에 따라 설명되지는 않는다는 점에서,[24] 때에 따라 부패의 범위가 지나치게 넓어지거나 좁아질 수 있다는 비판에 직면할 수 있다. 부패를 공익

17) 부패의 개념 정립을 위한 이러한 세 가지 기준은 틀은 부패학의 권위자인 하이덴하이머(Anold J. Heidenheimer)가 1970년대 이후부터 공익 중심의 부패 개념과 시장 중심의 부패 개념의 틀을 제시하고 이후 나이(Joseph S. Nye, Jr) 교수에 의해서 직책 중심의 부패 개념이 구체화됨으로써 체계화되었다고 한다. 이와 관련한 내용으로는 Mark Philp, 앞의 논문(주 16), pp. 43-44 참조.

18) John Gardiner, 앞의 논문(주 16), pp. 29-30 참조.

19) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 49 참조. 이러한 이익은 금전적 이익 외에도 권한으로 부여받지 않은 의사결정과정에의 관여를 포함한다.

20) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 44 참조. Philp는 공익 중심의 개념 정립 방법을 칼 프리드리히(Carl Friedrich)의 견해를 인용하여 설명하고 있다. 이와 관련한 내용으로는 아래 각주 31 참조.

21) 박정훈, 앞의 논문(주 6), 88면; 박재윤, 앞의 논문(주 13), 246면.

22) John Gardiner, 앞의 논문(주 16), pp. 29-30 참조.

23) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 49.

24) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), pp. 49-50 참조.

중심으로 바라보는 관점은 직책 중심이나 시장 중심의 관점에 따라 부패의 범위가 지나치게 좁아지거나 넓어지는 부작용을 막을 수는 있으나,[25] 공익이나 공공선(公共善)의 판단은 주관적인 가치평가가 개입되므로 객관적인 부패의 개념 정립 자체를 파괴할 우려를 낳는다.[26]

위 세 가지 접근법 중 어느 것을 선택할 것인지, 그리고 선택한 접근법 중 어느 것에 더 중점을 두는지에 따라 부패의 정의는 달라질 수 있다. 가령 나이(Joseph S. Nye, Jr) 교수는 직책 중심의 개념 접근에 충실하고 공익 중심 개념 접근에 비판적인 입장으로,[27] 부패를 "사적으로 연관된 금전적 혹은 신분적인 이익 때문에, 규범에서 정한 공적 역할에서 일탈하는 행위, 혹은 사적으로 연관된 영향력을 행사하는 것을 막는 규범의 위반행위"로 정의한다.[28] 헌팅턴(Samuel P. Huntington) 교수도 부패를 "공직자가 사익 목적으로 사회적으로 수용된 규범을 일탈하는 행위"라고 정의하면서 직책 중심의 관점에서 부패를 정의하고 있다.[29] 이에 반하여 클라베렌(Jacob van Klaveren) 교수와 같이 시장 중심의 개념 접근에 충실한 견해도 존재하는데 이 견해에 따르면 부패는 "공직자가 부차적인 이익을 얻기 위하여 권한을 남용하는 행위"라고 정의된다.[30] 한편 공익 중심 개념 접근 방식을 수용하고 있는 대표적인 학자인 프리드리히(Carl. J. Friedrich) 교수는 부패를 "어떤 일에 대한 권한을 가진 자가 적법히 제공되지 않은 금전이나 대가에 의하여, 그 대가를 제공한 사람에게 이익을 주고 공익에 손해를 끼치는 행위"라고 정의하고 있다.[31]

---

25) Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, 앞의 책(주 16), pp. 8-9.
26) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 44.
27) Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 44.
28) J. S. Nye, 앞의 논문(주 16), p. 284.
29) Samuel P. Huntington, 앞의 논문(주 16), p. 253; Samuel Huntington, "Political Order in Changing Societies", New Haven and London, Yale University Press, 1968, p. 59. 참조.
30) Jacob van Klaveren, 앞의 논문(주 16), pp. 83-84: 참조. Mark Philp, 앞의 논문(주 16), p. 49는 클라베렌 교수가 시장 중심 접근법을 채택하고 있다고 평가한다.
31) Carl J. Friedrich, 앞의 논문(주 16), p. 15 참조.

국내에서 논해지는 부패의 개념도 약간의 차이를 보이지만 큰 틀에서 보면 앞의 세 가지 접근법에서 정립되고 있는 것으로 보인다. 부패의 개념 정립을 위한 앞의 세 가지 접근법을 소개하는 문헌이 일찍이 존재하였고,[32] 이를 전제로 논의에 따라 부패를 하나의 관점에서 설명하거나 여러 관점을 융합하여 정의하는 경우 또한 눈에 띈다.[33] 이러한 관점의 선택은 부패의 정의를 달리하는 원인이 되며, 그에 따라 당연히 부패에 포섭되는 공직자의 행위도 달라지게 한다.[34]

본 논문에서 이해충돌과 관계 속에서 부패를 논의할 때 전통적으로 논해지는 직책 중심의 접근 방식을 기본으로 하고 여기에 공익 중심 개념 접근 방식을 더하여, 부패를 "공직자가 규범에서 정한 직무상 의무를 위반하여 공익을 침해하거나 사익을 추구하는 행위"로 정의하고자 한다. 이러한 개념은 시장 중심적 개념 접근에서 필요로 하는 왜곡된 시장 거래로 발생하는 부수적 이익의 발생을 필수적 요건으로 하지 않는 점에 특징이 있으며, 종래 공법영역에서 논해지는 협의의 부패 개념과 유사하다고 보아도 무방하다.[35]

3. 부패의 원인과 대책

앞의 부패 개념을 전제로 부패의 발생 원인과 그에 대한 대책에 대해서 짚어본다. 부패의 개념 정립을 위한 다양한 접근법만큼이나 학문적으로 부패

---

32) 대표적인 문헌으로는 박정훈, 앞의 논문(주 6), 88면; 박재윤, 앞의 논문(주 13), 246-247면 참조.

33) 예컨대 김용섭, 앞의 논문(주 15), 203면은 세 가지 접근법을 모두 고려하여 부패를 "공무원 또는 공적 기능과 관련 있는 민간인이 자신의 사익을 도모하기 위하여 상대방과의 사회적인 상당성을 넘는 금전 기타 금품 등의 교환을 통하여 자신의 사익을 꾀하고 이를 통하여 법규범을 위반하거나 공익을 해하는 행위 및 현상"이라고 정의하고 있다.

34) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 248면은 국내에서 논해지는 부패의 개념을 광의의 개념, 협의의 개념, 최협의의 개념으로 삼분하여 고찰하고 있다.

35) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 248면; 최계영, "행정부에서의 이익충돌", 저스티스 통권 제159호, 2017, 286면 참조.

의 발생 원인과 그에 대한 대책도 다양한 관점에서 진단되고 있다. 국내 문헌을 중심으로 살펴보면 부패의 주요한 발생 원인을 하나하나 열거하고 그에 대한 대책을 제시하는 견해도 존재하지만,[36] 일정한 기준으로 그 범주를 나누어 원인을 진단하고 그에 맞는 대책을 제시하기도 한다.[37] 이중 부패의 원인과 대책을 개인적, 제도적, 체제적(상호적)으로 삼분하여 접근하는 방식이 대표적이다.[38]

개인적 접근 방식은 부패의 원인을 비윤리적 또는 비도덕적인 개인적 성격, 습성, 품성 등에서 찾고 이에 대한 대책도 부패를 범한 개인에 대한 강한 처벌이나 윤리적 수준을 높이려는 교육과 같은 개인적 기질의 변화를 촉구할 수 있는 제도를 설계하는 데 집중한다. 이러한 접근 방식은 부패를 범한 특별한 개인의 기질을 분석함으로써 부패 발생의 원인에 대한 미시적 접근이 가능하다는 장점이 있으나 부패 현상에 대한 사회적·제도적 원인을 간과할 수 있으며 정책형성을 통한 거시적 접근 방식을 어렵게 하는 단점을 가지고 있다.[39]

제도적 접근 방식은 부패의 발생 원인을 제도적 흠결이나 결함에서 찾고 그에 대한 대책도 흠결이 있는 제도를 새롭게 설계하거나 결함이 있는 제도를 수정·보완하는 방식이다.[40] 제도적 접근 방식은 개인적 접근 방식보다 부패의 발생 원인에 대한 거시적 시각을 제시하고 그에 대한 대응도 제도를 활용함으로써 구성원들의 행태변화를 꾀할 수 있는 장점이 있다.[41] 그러나

---

36) 가령 김용섭, 앞의 논문(주 15). 200면 각주 2는 ① 윤리적인 가치관의 몰락과 공공의식의 결여, ② 낮은 봉급과 불철저한 공복 의식, ③ 행정절차의 복잡성과 행정의 불투명성, ④ 각종 관계망의 형성을 통한 조직 범죄화, ⑤오도된 능력주의적인 사고, ⑥ 공정한 규칙(rule)·경기원칙의 부재를 부패 발생의 원인으로 진단하고 있다.

37) 김영종, 앞의 논문(주 12), 3-4면; 김해동, 앞의 논문(주 13), 146-151면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 90면 참조.

38) 이하에 관해서는 김해동, 앞의 논문(주 13), 146-151면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 90-94면 참조.

39) 김해동, 앞의 논문(주 13), 147면.

40) 김해동, 앞의 논문(주 13), 149면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 90면.

41) 김해동, 앞의 논문(주 13), 149면.

제도가 정밀하게 설계되지 않거나 설계자가 제도를 악용하는 경우 예기치 않는 새로운 부패와 그로 인하여 발생할 광범위한 부작용이 단점으로 지적될 수 있다.

체제적(systematic) 접근 방식은 부패의 원인을 개인이나 제도에서 찾는 것이 아니라 정부와 국민과의 상호작용의 소산으로 보는 접근 방식이다. 이 접근 방식에 의하면 공직자는 정책을 수립하고 집행하는 과정에서 많은 사람에게 영향을 끼치는데, 이해관계인이 자신에게 유리한 방향으로 정책이 집행되기를 노력하고 바라면서 형성된 관계를 체제(system)라고 본다.[42] 체제적 접근 방식에 의하면 어떠한 제도가 잘 설계되어 있어도 국민이 공직자의 의사결정에 쉽게 영향을 줄 수 있고 그 영향으로부터 공직자가 자유롭지 못한 왜곡된 관계가 형성되면 부패가 발생하게 된다고 본다. 부패의 발생 원인을 제도의 정비 여부와 상관없이 공직자뿐 아니라 외부 요인과의 상호작용에서 찾는다는 점에서 개인적, 제도적 접근 방식과 차이를 보인다. 이러한 접근 방식은 공직자와 국민의 동태적 관계 속에서 부패의 문제에 접근할 수 있는 장점이 있으나 공직자의 정책 수립이나 집행 과정과 무관한 부패를 설명하는 데 적합하지 않다는 단점과 체제 속에는 개인적, 제도적 부패 요소가 모두 녹아있다는 비판을 면하기 어렵다.

이상에서 살펴본 부패의 원인과 그에 대한 대책에 대한 세 가지 접근법을 통하여 아래에서는 이해충돌과 부패가 어떠한 관계에 있는지 조망해 보고자 한다. 이를 통해 부패 예방을 위한 이해충돌 제도를 설계하는 데 있어 특별히 고려해야 할 몇 가지 주의점도 함께 제시해 본다.

III. 이해충돌과 부패의 관계

1. 이해충돌의 이해

이해충돌의 개념에 관한 자세한 설명은 제2절에서 하기로 하고, 본 절에서

42) 김해동, 앞의 논문(주 13), 149-150면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 90면.

는 부패와의 관계에서 이해충돌을 이해하기 위하여, 간단한 예시를 들어 이해충돌을 설명해 보고자 한다. ○○지방검찰청장 甲이 아들 乙에 대한 사기죄 사건을 관내 경찰로부터 기소 의견으로 송치받았다고 가정해 보자. 이 경우 甲은 아들 乙의 사건에 대한 수사를 지휘할 수 있는 위치에 있고 乙의 혐의가 상당한 증거에 의하여 입증되었다면, 甲은 공익을 위하여 기소 처분을 지휘할 것인지 사익을 위하여 불기소 처분을 지휘할 것인지 갈등 상황에 놓이게 된다. 아직 甲이 어떠한 의사결정을 내리지는 않았다면 공익과 사익 사이의 갈등 상황은 계속될 것인데, 이처럼 공직자가 직면하는 공·사익의 충돌상황을 규범적으로 이해충돌이라고 한다.[43] 사건의 수사나 송치와 관련한 누군가의 의도적인 개입이 없었다면 乙에 관한 사건이 ○○지방검찰청으로 송치된 일은 아주 우연한 사정으로 발생할 수 있으며, 이런 경우 이해충돌 발생 자체에 대한 귀책을 甲에게 물을 수는 없을 것이다.

위의 사례를 앞서 살펴본 부패의 개념을 위한 세 가지 접근법 중 직책 중심의 부패 개념에서 살펴보면, 甲이 직면한 상황에서 甲에게 특별한 행위를 요구하는 별도의 규범이 존재하지 않는 한 甲은 아직 어떠한 의사결정을 내리지 않았으므로 규범을 위반하여 직무를 일탈한 부패를 범하였다고 보기는 어렵다. 시장 중심 접근에 의한 부패 개념에 따르더라도 이해충돌 상황만으로 시장의 왜곡을 통해 甲이 얻은 부가적인 이익은, 적어도 의사결정 전에는 없으므로 이를 부패라고 평가할 수 없다. 공익 중심 접근에 의하더라도 그 결과는 마찬가지인데 이해충돌은 공·사익의 갈등 상황일 뿐 공익의 훼손 상태를 초래하였다고 보기는 어려우므로 이를 부패라고 평가하기 힘들다. 이처럼 부패의 개념 정립을 위한 세 가지 접근법 중 어느 견해에 의하더라도 이해충돌을 부패 자체로 포섭하기는 어렵다.

그렇다고 하여 甲에게 아들 乙의 사건에 대한 수사 지휘를 용인하는 일은 무언가 꺼림칙하다. 이러한 불편한 감정은 甲이 놓인 상황을 그대로 방치하

43) 한국의 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조 제4호, 프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제2조, 라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」 제1조, 본 논문의 제1장 제2절 Ⅳ. 참조.

였을 때 곧 발생할 개연성이 높은 불합리한 행위나 결과, 즉 부패가 충분히 예측되기 때문이다. 이러한 이유로 부패를 직접적인 규율 대상으로 삼지는 않지만, 공직자가 직면하는 특별한 상황을 규율하는 별도의 법적·제도적 장치가 필요한데 이것이 이해충돌 규제라고 볼 수 있다. 그리고 이러한 점이 세계 주요 국가가 이해충돌 규제를 위한 규범을 제정하는 이유이기도 하다.

2. 상호관계

부패의 관념은 서구 유럽의 근대화 과정에서 공익과 사익을 분별하려는 인식에서 출발하였다고 한다.[44] 부패의 개념 정립을 위한 세 가지 접근 방식 중 공익 중심 접근법의 관점으로 생각해 보면, 부패는 공직자가 사익을 추구하여 공익이 훼손된 결과라고 볼 수 있다. 일반적으로 이러한 훼손은 공익과 사익이 충돌하는 특수한 상황을 수반하게 되고 이러한 상황에서 추(錘)가 사익으로 기울 때 발생한다. 그러므로 사익 쪽으로 추가 기울지 않도록 제도적으로 공직자가 직면하는 이해충돌을 적절히 통제·관리할 필요가 있으며, 이러한 과정에 실패할 때 이해충돌은 곧 부패 발생의 인자(因子)가 된다.

이해충돌과 부패의 관련성을 볼 때 이는 부패의 원인을 분석하고 그에 대한 대책을 마련하는 세 가지 접근 방식 중 제도적 접근 방식에 가깝다고 평가할 수 있다. 이해충돌 규제는 공직자가 고유하게 보유하는 기질이나 습성을 개선하고자 하는 개인적 접근 방식이나 정부와 국민 간에 형성된 왜곡된 체제를 복원하여 부패를 예방하는 데 중점을 두는 체제적 접근 방식과는 거리가 멀다. 이해충돌 규제는 부패가 발생할 개연성이 높은 공직자가 직면한 특수한 상황과 이러한 상황을 통제·관리함으로써 부패를 예방할 수 있는 제도의 설계에 집중한다.[45] 이러한 점에서 이해충돌의 규제는 공직사회 전반에

---

44) 헌팅턴(Huntington) 교수는 근대화 이전에는 당연하게 허용되었던 것들이 근대화 과정 중 공익과 사익을 분리하려는 인식이 대두하면서 부패로 인식되기 시작하였다고 설명한다. 헌팅턴 교수는 이러한 점에서 부패를 공·사익의 분별에 따른 산물이라고 평가하고 있다. Samuel P. Huntington, 앞의 논문(주 16), p. 254 참조.

대한 행태변화를 촉구할 수 있는 거시적 부패 예방의 제도적 접근 방식이다. 이러한 특성으로 인해 제도설계가 잘못되면 파급효과가 클 수 있다. 결국 이해충돌 규제를 위한 매우 정교한 제도 설계가 필요한데 제도설계에 있어 몇 가지 주의해야 할 점에 관한 각론상의 설명은 제2장 이하에서 살펴보기로 하고 여기에서는 총론적 견지에서 몇 가지만 짚고자 한다.

3. 제도설계에 있어서 주의점

이해충돌과 부패가 시간의 차(差)를 두지 않고 거의 동시에 발생하는 경우도 있지만, 이해충돌을 부패 발생의 전체 구조 안에서 추출하여 부패와 구별하여 바라보는 것은 가능하고 필요한 일이다. 이해충돌 규제는 반가치적 행위인 부패에 대한 직접적 규율과 달리 공직자가 직면한 특수한 상황의 관리·통제에 해당하며 이러한 이유로 제도를 설계하는 과정에서 몇 가지 주의할 점이 있다.

우선 이해충돌 규제가 부패 발생의 원인을 제도적 차원에서 접근하여 그에 따른 대책의 일종으로 마련된 제도이기는 하나 반사회적·반윤리적 행위인 부패를 직접적인 규율 대상으로 삼지는 않는다는 점을 유념해야 한다. 이것은 종래 부패를 직접적인 규율 대상으로 한 행위자 중심 또는 처벌 중심의 형사적 제도설계에서 탈피하여, 정교한 행정적 제도설계가 필요하다는 의미이다. 특히 이해충돌 제도를 설계할 때 이해충돌의 규제와 이를 위반한 행위에 대한 제재 수단의 상당성(비례성)을 준수하였는지를 살피는 일 못지않게 부패 예방 목적과 그 수단인 이해충돌 규제내용 사이의 목적의 정당성이나 수단의 적합성을 살피는 것 또한 매우 중요한 문제가 될 수 있다. 따라서 광범위한 이해충돌 영역 중 부패의 발생 개연성이 높은 개별 이해충돌 영역을 탐색하여 제도를 설계하는 일이 매우 중요한 문제가 된다.

다음으로 대부분의 행정적 제도를 설계하는 과정이 그러하듯 이해충돌 규

45) 이는 부패의 사전 예방을 위한 구조주의적 접근법이라고도 볼 수 있다. 김용섭, 앞의 논문(주 15), 200-201면 참조.

제 제도를 설계하는 데 있어서 향후 제도가 실제 운용되는 과정에서 발생할 수 있는 다른 가치와의 충돌 문제를 정밀하게 검토하고 다른 가치의 훼손을 최소화할 수 있는 최적의 접점을 찾아 나가야 한다.[46] 특히 이해충돌 규제가 공직사회 전체를 규율하는 엄격한 행위규범으로서 기능할 때 공직자에 의한 적극적 행정 목적의 달성과 충돌을 피하기 어렵다. 즉 공직자는 개별 이해충돌 상황에서 요구되는, 제도가 마련한 절차적 행위만을 이행함으로써 행정이 요구하는 사안의 핵심적인 쟁점에 들어갈 필요가 없게 될 수 있다. 이해충돌 규제의 잘못된 설계는 공직자의 복지부동 행태를 규범적으로 보장하는 부작용을 초래할 우려를 낳으며 결과적으로 공직자가 적극적 행정 목적을 실현하는 데 방해 요소가 된다.[47] 비슷한 맥락에서 이해충돌 규제영역이 넓어질수록 그리고 그 규율 내용이 구체적일수록 공직자의 재량영역은 축소될 수 있다.[48] 이는 다양한 개별 행정 사안에 대한 공직자의 의사결정 권한을 축소함으로써 결국 행정의 탄력적 운용을 방해할 개연성을 높이게 된다.

그 밖에 제도 설계 과정에서 주의할 점으로는 제도의 운용비용으로 초래되는 효율성의 문제, 공직자 유형별 특성을 고려하지 않은 설계로 초래되는 실효성 문제 등을 들 수 있다. 이해충돌 규제 과정에서 나타날 수 있는 이러한 제반 문제들은 제도의 설계 전 충분한 검토가 이루어져 시행 전에 반영하는 것이 바람직하나 시행 후에 발견된 경우에도 끊임없이 수정·보완을 통

---

46) 부패방지를 위하여 설계된 행정적 제도를 운용하는 과정에서 발생하는 다른 가치와의 충돌에서 발생하는 내재적 긴장 관계를 상세하게 설명하고 있는 문헌으로는 박재윤, 앞의 논문(주 13), 264-267면 참조.

47) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 265면은 부패방지를 위한 제도들이 엄격한 행위규범의 준수를 요구함으로써 적극적 행정 목적의 실현을 저해할 수 있다고 한다.

48) 규제체계의 유연성을 고려하지 않은 규율 요건의 지나친 구체화는 이해충돌 규제영역에 있어서 규범회피행위를 초래할 수도 있다. 이원우, “경제규제와 공익”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 117-118면은 경제규제 영역에서 규제체계의 유연성 확보와 규범회피행위에 대한 법치주의와 민주주의 원칙에 입각한 해석론적 대응의 필요성을 촉구하고 있는데 이러한 견해는 이해충돌 규제영역에서도 시사하는 바가 크다고 본다.

해 조정되어야 하는 과제라고 할 수 있다.

제2절 개념

I. 논의의 전제

본 논문은 공적영역[49]에서의 이해충돌 규제에 관한 연구를 주된 목적으로 하고 있다.[50] 이미 주지하고 있는 것처럼 사적영역에서 발생하고 있는 이해

---

49) 국내외 문헌을 보면, 공적영역에서 다루어지는 이해충돌은 대부분 공직자의 이해충돌과 관련해서 논해지고 있다. 이러한 이유로 필자는 공직자의 이해충돌 규제를 공적영역에서의 이해충돌 규제로 보아도 무방하다고 보았으며, 본 논문의 제목도 '공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 연구'라고 정하였다.

50) 본 논문의 토대가 된 공적영역에서 이해충돌에 관한 국내의 주요한 선행연구를 소개하면 다음과 같다. 김윤권·오시영, "적극적인 공무원 퇴직 관리를 위한 취업제한제도의 개선방안에 관한 연구" 한국인사행정학회보 제12권 제1호, 2013; 김주영, "공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토", 공법학연구 제14권 제3호, 2013; 박재윤, 앞의 논문(주 13); 박정훈, 앞의 논문(주 6); 박주철, "공직자의 이해충돌 규제 제도에 관한 연구 캐나다 이해충돌 규제 제도와의 비교를 중심으로 -", 서울대학교 석사학위논문, 2020; 박준희, "이해충돌 방지 제도의 경성법화 과정에 대한 연구", 법제처, 2022; 박홍식, "공직자 이해충돌 행위의 개선을 위한 연구-법적·윤리적 시각을 중심으로", 한국행정학보 제42권 제3호, 2008; 윤태범, "공무원 윤리 확보를 위한 직무상 이해충돌 회피에 관한 연구: 미국, 일본, 한국의 비교를 중심으로", 한국인사행정학회보 제4권 제2호, 2005; 이상수, "퇴직공직자의 이해충돌 방지를 위한 행위제한제도의 입법과정 분석에 관한 연구–제도 도입의 동태적 과정을 중심으로, 한국행정학회 하계학술대회 발표논문, 2012; 이유봉, "공직자 이해충돌방지제도 입법방안과 쟁점", 공직자 이해충돌방지제도 입법을 위한 토론회, 2019; 장병연, 김현수, 김진윤, "공직자의 겸직금지 규정에 관한 소고", 한국지방자치연구 제21권 제3호, 2019;전종익, "국회의원의 헌법상 의무와 이익충돌", 저스티스 통권 159호, 2017; 정연주, "공직자 부동산백지신탁제에 관한 헌법적 고찰", 인제대학교 법학연구 제24집 제3호, 2021; 최계영, 앞의 논문(주 35); 최윤영, "미국법상 공직자의 주식백지신탁제도에 관한 고찰", 공법연구 제44집 제2호, 2015. 12; 허찬

충돌 규제의 역사는 상당히 오래되었고 현재도 여전히 활발한 논의의 대상 중 하나이다.[51] 사적영역에서 이해충돌은 민사법의 대원칙인 사적자치 원칙의 토대 위에서 사익과 사익 사이의 충돌상황을 상정하고,[52] 이러한 충돌상황을 어떻게 효과적으로 통제 내지 운용할 것인지를 법적·제도적 관점에서 고찰한다. 반면 공적영역에서 이해충돌 규제에 관한 이론적 논의는 비교적 최근에 활발히 논해지고 있는 영역이다. 공적영역에서 이해충돌 규제는 국가와 지방자치단체를 비롯한 공공단체에 속한 공직자의 직무수행 과정에서 추구할 공익과 사익 사이의 충돌을 상정하고 그로 발생하는 문제점에 주목한다. 즉 사적영역에서 이해충돌의 주체와 달리 공적영역에서 이해충돌의 주체는 공직자라는 특수한 신분을 가지고 있다는 점에서 차이가 있다. 그뿐 아니라 이해충돌 제도의 세부 영역에서, 용어의 용례나 의미가 공·사 영역에 따라 차이가 있음을 확인할 수 있다.[53] 이러한 차이점의 이유를 조금 더 깊이

무, "캐나다 공직자의 이해충돌에 관한 제도의 고찰", 한국행정학회 동계학술대회, 2016.

51) 사적영역에서 이해충돌의 논의는 상사법에서 활발히 이루어지고 있다. 국내 문헌에 한정하여 소개해 보면, 김정연, "자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구", 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2016; 안명현, "합작투자회사에서 발생하는 이익충돌의 문제 - 겸임이사의 충실의무를 중심으로 - ", 서울대학교, 법학석사학위논문, 2012; 이중기, "법인에서의 인식의 귀속과 이익충돌의 인식: 거대 회사에서의 정보차단장치의 효력을 중심으로", 서울대학교 법학 제55권 제4호, 2014; 천경훈, "회사에서의 이익충돌", 저스티스 통권 제159호, 2017. 등 다수의 문헌이 존재한다. 상사법 외에 특히 사적영역에서 변호사의 직무상 이해충돌의 문제와 관련된 문헌으로는, 최진안, "법무법인의 구성원 등의 이익충돌 회피의무에 따른 업무제한 - 변호사법 제52조 제2항의 해석상의 문제를 중심으로", 인권과 정의 통권 434호, 2013; 하정철, "변호사의 현재 의뢰인과의 이익충돌", 조선대학교 법학연구원 법학논총, 2013; 정한중, "변호사의 이익충돌과 변호인의 조력을 받을 권리", 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 제39권 제2호, 2015 등이 있다.

52) 사적영역에서 발생하는 이해충돌은 기본적으로 자연인과 자연인(군집한 자연인을 포함), 법인을 포함한 단체와 자연인, 단체와 단체 사이의 사익의 충돌상황을 상정하고 있다.

53) 「공직자윤리법」에서 이해충돌 개념의 도입과, 「공직자의 이해충돌 방지법」의 영향에 따라, 현재 공적영역에서는 '이해충돌'이라는 개념이 널리 활용되고 있

따라 들어가면, 공·사 영역에 있어서 이해충돌의 철학적 배경, 법적 근거, 제도적 접근 방법이 차이가 있음을 확인할 수 있다.[54] 그러나 공·사 영역의 이해충돌 제도의 유사점과 차이점은 본 논문의 주요한 주제는 아니므로 향후 연구과제로 남겨두고 공적영역의 이해충돌 규제에 대한 설명을 위하여 필요한 한도에서 사적영역의 이해충돌 규제 제도를 언급하기로 한다.

법학 영역의 기초가 형성되는 과정이나 발전시키는 과정에서 불가피하게 비교법적 연구에 많은 부분을 의존할 수밖에 없는데, 이러한 경우에 행정법 영역의 모든 실정법 조문을 개별적으로 검토하는 대신에 비교법학을 통하여 손쉬운 발전 가능성을 선택할 가능성이 있다고 한다.[55] 이러한 우려와 한계를 해소하는 방안의 하나로 개별행정법 영역의 실정법 조문을 깊이 있게 분석하고 독자적인 논리체계를 개발하는 과정이 필요하다.[56] 공적영역에서 이해충돌 규제는 논리체계의 기초가 형성되어 가는 과정이어서 비교법적으로 한국 제도에 시사점을 제시하는 본 논문도 이러한 우려와 한계가 있다. 다만 한국의 실정법 조문을 가능한 범위에서 깊이 있게 분석하고 개별 국가의 법제가 지니는 장단점을 살펴볼 수 있도록 외국 제도를 상세하게 설명하는 방식으로 극복하고자 하였다.

다. 반면, 사적영역에서는 '이해충돌'보다 '이익충돌'이라는 개념이 좀 더 널리 사용되고 있다. 관련 논문으로는 각주 51 참조.

54) 가령 사적영역에서 이해충돌의 해결 근거는 신탁의 법리에 따른 주인·대리인 이론이 대종을 이루지만, 공법에서 그 근거를 찾지는 않는 것으로 판단된다. 반면, 공적영역에서 공직자가 공익을 추구해야 할 의무의 법적 근거를 「헌법」에서 찾을 수 있다고 보는 문헌으로는, 전종익, "공동체로서의 국가와 정부", 서울대학교 법학 제55권 제4호, 2014; 전종익, 앞의 논문(주 50); 장영수, "공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁 제도의 법적 문제점과 개선방향", 고려법학 제70호, 2013. 9. 참조. 다만, 공적영역과 사적영역에서의 이해충돌 규제의 제도상 유사점이 없는 것은 아니다. 가령, 이해충돌이 발생할 때 약화방식의 회피 제도는 공·사 영역 모두에서 활용되는 이해충돌 규제 방안으로 볼 수 있다.

55) 김종보, "행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계", 고시계, 1999. 11., 48-49면 참조.

56) 김종보, 앞의 논문(주 55), 50면.

본 논문은 이러한 전제 아래에서 한국의 공적영역에서의 이해충돌 규제 제도를 세계 주요 국가의 제도와 비교법적으로 고찰한다. 이하 이해충돌의 구성 요소인 '이익', '공직자', '충돌' 순서로 그 개념부터 살펴본다.[57]

II. 이해 또는 이익의 의의

이해충돌이라는 단어 자체에서 일견 확인할 수 있듯, 이해충돌은 이해(利害)와 이해 사이의 충돌상황을 의미한다. 여기서 우선 이해의 의미를 살펴볼 필요가 있다.[58] 이해는 사전적 의미로 '이익과 손해를 아울러 이르는 말'을 뜻하는데,[59] 이해충돌 규제와 관련한 국내외 학술적 문헌이나 세계 주요 개별 국가의 법제에서 설명하고 있는 이해도 이러한 사전적 개념과 크게 다르지 않다고 볼 수 있다. 일반적으로 이해충돌 상황에서 공직자가 사익에 구애됨 없이 직무를 성실히 수행하면서 공적인 이익이 발생한다면, 그로 인하여 공직자 자신의 사적인 불이익[60]이 발생할 수 있고, 반대로 공직자가 사익을 추구하면서 이익을 향유 하고자 하는 경우 공적인 측면에서 손해를 발생케 할 수 있다.[61] 이러한 이유로 이해에서 이익과 손해는 동전의 양면과 같은 분리될 수 없는 서로의 이면에 해당하며, 이해의 충돌은 곧 이익과 이익 사

57) OECD, Managing Conflict of Interest in Public Service – OECD Guidelines and Country Experience, 2003, p. 24는 역사적으로 보면, 공적영역 안에서도 '이해충돌'의 개념을 정립하기 위한 다양한 접근법이 시도되었었다고 한다. OECD는 이해충돌에 대한, 비교적 간명한 개념을 사용하고 있는데, 이는 본 절의 Ⅳ.에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

58) 한국이 사용하는 '이해'의 개념을 영국, 미국, 캐나다는 'interest', 프랑스는 'intérêt', 독일은 'interesse'로 표현하고 있다.

59) 국립국어원 표준국어대사전 참조.

60) 이해충돌 규제에서 이러한 불이익은 이익을 얻을 수 있었으나 얻을 수 없게 되는 결과를 포함하는 개념이다.

61) 예외적으로 공익과 사익이 일치하는 경우도 존재한다. Susan Rose-Ackerman, "Corruption and conflicts of interest", Auby/Breen/Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar, 2014, p. 4. 참조. 자세한 내용은 본 논문의 각주 221 참조.

이의 충돌을 의미하는 것이 된다.[62]

결국 공적영역에서 논해지는 이해충돌에서의 이해는 곧 이익으로 환원될 수 있고 그 이익은 충돌하는 공익과 사익으로 구분할 수 있다. 국내·외 다수 문헌에서 이해충돌을 논함에 있어 공익과 사익 사이의 충돌상황을 전제하고 법적·제도적으로 고찰하는 이유도 여기에 있다.[63]

1. 공익의 의미

공익은 공법 도그마틱에서 매우 중요한 의의가 있지만, 개념 자체가 갖는 역사성과 구체적인 상황에의 제약성으로 인하여 결코 일의적(一義的)일 수 없다고 한다.[64] 다원주의적 민주주의에서 공익은 개별법 영역에서 상이한 뜻으로 해석되며, 어떠한 법적 문제해결을 위하여 채택되었는지에 따라 다른 형태와 의미로 나타난다.[65] 즉 공익은 가치 상대주의를 근간으로 하는 민주주의 체제 내에서 결코 존재론적, 선험적으로 확정된 실체로서 존재하는 것이 아니며,[66] 다양한 고려 요소에[67] 의하여 판단되는 개념이다. 그뿐 아니라

---

62) 이러한 이유로 민사법적 영역에서 '이해충돌'보다 '이익충돌'이라는 개념이 보편적으로 사용되었던 것으로 보인다. 공적영역에서도 마찬가지로 '이익충돌'이라는 용어가 사용되고는 있으나 「공직자윤리법」이나 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 '이해충돌'의 개념이 도입됨에 따라, 점진적으로 '이해충돌'이라는 용어가 사용되고 있다. 시민 사회에서도 적어도 공적영역에서는 '이해충돌'의 개념이 보편화되어가는 듯 보인다.

63) 본 논문에서 또한 '이해'를 '이익'과 같은 의미로 사용한다.

64) 최송화, 공익론 – 공법적 탐구 - , 서울대학교출판부, 2004, 8면.

65) 박정훈, 앞의 논문(주 6), 94-95면; 이원우, 앞의 논문(주 48), 89면; 최계영, 앞의 논문(주 35), 284면; 최송화, 앞의 책(주 64), 9면; Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7. 참조.

66) 박정훈, 앞의 논문(주 6), 94면; Gerard Carney, Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials, Transparency International, 1997, 1면은 개별 국가마다 공익의 정의가 다름을 지적한다.

67) 여기서 말하는 고려 요소로는 공익을 사용하고 있는 법 영역의 위치, 법 영역에 관련한 인적 집단의 성질, 법 영역이 영향권을 형성하고 있는 사물 영역, 공익개념이 법적 문제해결을 위하여 채택된 이유 등이 있다. 관련 내용으로는

공익을 둘러싸고 있는 사실적 요소에 따라 끊임없이 새롭게 인식될 필요가 있는 유동적 개념이라고 할 수 있다.

공익 논의에 관한 다양한 견해들 사이의 접점은 공동선(共同善)이나 공동체라는 관념이 될 수가 있으며, 이러한 관념은 공익을 헌법상 공화주의 원리와 연결될 수 있도록 한다.[68] 여기서 말하는 공화주의는 단순히 군주제를 부정하는 국가의 조직원리에 그치는 소극적 개념을 넘어 국가권력이 구성원을 위하여 봉사하고 국가 구성원은 국가 전체에 봉사하여야 하는 개념으로 이해할 수 있다.[69] 이러한 측면에서 공화주의 원리는 기본적으로 공익의 원리를 함의하며, 실질적 민주주의의 정당화 의무의 이면이라고 평가할 수 있을 것이다.[70]

이해충돌 문제는 공익과 사익 사이의 갈등을 해소하는 데에 그 목적이 있으므로 공익개념을 짚고 넘어가지 않으면 안 된다. 그러나 앞서 살펴본 이유로 인하여 이해충돌 법 영역에서도 공익을 규명하여 개념 짓는 일이란 매우 어려운 일이다.[71] 이해충돌 법 영역에서 고려될 수 있는 다양한 요소, 즉 이해충돌 규범 영역이 공법에서 차지하는 위치, 수범자의 성질과 규율 내용, 공익개념을 사용함으로써 달성하려는 목적 등을 통해 그 개념을 가늠할 수 있겠지만, 그렇다고 하더라도 이해충돌 영역에서 공익의 위치를 탐색해 내기란 결코 쉬운 일이 아니다. 구체적인 개별 사안에 접근하여 살펴보면 공익 판단은 더욱 어려워지는데 이것은 다원적 민주주의 체제 내에서 대의정치를 택하고 있는 대부분의 개별 국가에서, 공직자는 국가의 구성원 전체를 만족시키는 최상의 의사결정을 내리는 것이 매우 어렵기 때문이다. 국가 구성원 일부가 동의하는 정책이나 국가 구성원 일부의 이익을 대변하는 의사결정은

최송화, 앞의 책(주 64), 9면.

68) 이원우, 앞의 논문(주 48), 94면.

69) 이원우, 앞의 논문(주 48), 95면 참조.

70) 이원우, 앞의 논문(주 48), 95-96면 참조.

71) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7. 참조. Andrew Stark, Conflict of Interest in American Public Life, Harvard University Press, 2001, p. 203은 이해충돌의 개별 사안마다 공익이 정확히 어떠한 위치에 존재하는지 알 수는 없는 일이라고 평가하고 있다.

반드시 다른 구성원의 반대나 손해가 따르기 마련이다.[72] 그렇다고 하여 단순히 다수의 구성원을 만족시키는 정책이나 의사결정이 곧 공익을 의미한다고 보기도 어렵다. 이처럼 이해충돌 영역에서도 공익은 확정하기 어려운 매우 추상적 개념으로 실체적으로 감지하기가 거의 불가능하여 개별 사안에서 사익과의 부단한 조정·형량을 통해 확정될 수 있는 상대적 관념이라고 평가할 수 있을 것이다.

다만 공직자가 특정 사안에 관하여 의사결정을 하는 구체적 상황을 놓고 생각해 보면, 공직자가 가지는 사익을 감지하는 것은 가능하므로,[73] 공직자의 사익 추구로 의사결정이 왜곡됨으로 발생하는 이익의 훼손이 존재하는지를 상대적으로 가늠해보는 것은 가능하다. 즉 실질적인 공익이 무엇인지를 적극적으로 개념 짓기는 어렵지만, 적어도 이해충돌 법 영역에서 '공직자의 의사결정에 사익이 개입되지 않아 발생하는 이익' 정도의 소극적인 개념 정의는 가능할 것이다.[74]

이해충돌 영역에서 방법론적 접근으로 소극적 방식의 공익개념이 활용될 수 있다고 하더라도, 공익은 공화주의 체제에서 실질적 민주주의의 정당화 근거에 해당함을 잊어서는 안 될 것이다. 공익은 초법적 차원의 국가권력의 정당화 논거가 될 수 없으며, 특히 지배권력의 정치이념을 위한 포장의 도구로 이용될 수 없다. 공익은 실질적 민주주의 구현을 위한 분석과 논증의 대상으로,[75] 이해충돌 영역에서도 끊임없이 탐색 되고 인식되어야 하는 유동적 관념임을 유념해야 한다.

---

72) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7. 참조.

73) 공직자가 공적인 의사결정을 내릴 때, 의사결정의 상대방과 인적인 관계가 있는지, 의사결정을 통하여 재산상 이익을 얻었는지 등을 의사결정 전과 후에 확보된 제반 정보를 통해 가늠해 볼 수 있다. 가령 공공기관의 인사 담당 공직자가 아들이 입사를 지원한 사실을 알고 있었음에도 적절한 조치를 하지 않은 때 공직자의 사익이 개입하였거나 개입하였을 개연성이 높음을 감지할 수 있다.

74) 이때 공직자의 의사결정이 반드시 당해 사안에 최적의 결과를 도출하지 않는다고 하더라도 상관없다.

75) 최송화, 앞의 책(주 64), 4-12면 참조.

2. 사익의 의미

다음으로 이해충돌에서 충돌하는 이익 중 다른 한 축에 사익이 있다. 사익은 공무를 수행하는 공직자가 보유하는 사사로운 이익으로, 공직자가 가지는 사적인 지위에서 나오는 이익이다. 사익이 공익보다 상대적으로 쉽게 감지됨은 앞서 살펴보았다. 그렇다고 하여 사익을 유형화하고 계측하는 것이 항상 쉬운 일은 아니다. 사익 또한 시대에 따라 사회와 규범이 인식과 평가를 달리하는 상대적 개념에 해당하기 때문이다.

공적영역에서 이해충돌이 문제가 될 때, 공익에 영향을 미치는 사익으로 주로 문제가 되었던 것은 금전적 이익이다. 역사적으로 보면, 금전적 이익은 공직자가 온당한 의사결정을 내리는 데 있어 가장 오랜 기간 해악을 끼친 요인 중 하나이다. 전통적으로 사회는 금전적 이익에 오염된 공직자의 의사결정에 지속적으로 문제의식을 가져왔고, 이해충돌의 규제 또한 외부에서 인식이 비교적 용이하고 명백한 금전적 이익과 같은 직접적 이익이 공적인 의사결정에 영향을 미쳤는지에 주목하였다. 그러나 사회가 점진적으로 복잡다기화됨에 따라 학계나 개별 국가의 법제에서 공직자의 의사결정에 영향을 미치는 눈에 보이지 않는 사익에 주목하기 시작하였다.[76] 이제는 사익을 가시적인 유형적 이익에 한정하려는 견해는 거의 찾아보기 힘들다.

근래에 받아들여지고 있는 견해에 의하면 사익은 결국 공직자가 의사결정을 내리는 데 영향을 미칠 수 있는 일체의 주관적 이해관계라고 정의할 수 있다.[77] 이러한 사익은 크게 유형적 이익, 무형적 이익으로 분류할 수 있다. 유형적 이익은 외부에서 감지가 비교적 쉬운 가시적인 이익으로 공직자가 의사결정과정에서 얻는 금전적·재정적 이익이 대표적이다. 반대로 무형적 이익은 외부에서 인식하기 어려운 비가시적 이익으로 성별·인종·연고에 따른 유대관계, 종교적·정치적·사상적 신념의 충족 등과 같은 것들을 들 수 있다.[78]

---

76) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 264는 사익의 유형으로 사상, 성향, 충성심, 애착 관계를 예로 들면서, 사익의 객관적 접근에서 주관적 접근으로의 전환을 주장한다.

77) OECD, 앞의 책(주 57), p. 25.

사익의 유형에 대한 전통적 견해로부터의 탈피는 공적영역에서 이루어지는 다양한 이해충돌 상황을 파악하고 이에 따른 적절한 규제가 이루어지도록 할 수 있다는 점에서 긍정적이다. 다만, 현재 세계 각국의 다양한 법제에서 논의되고 있는 사익은 유동적인 개념으로, 새로운 사익 개념이 시대에 따라 새로이 등장하거나 변화될 수 있음을 주지하여야 한다. 그리고 의사결정을 내리는 공직자에 따라 보유한 이해관계가 다르므로, 현출되는 사익의 모습이 다양할 수 있음 또한 당연하다. 그러나 공직자가 보유하는 사익 중 금전적·재정적 이익과 같은 직접적 이익은 여전히 공직자의 의사결정에 가장 큰 영향을 끼치고 있으며, 이해충돌 규제에 있어 가장 중요한 사익 중 하나임을 유념해야 할 것이다.

III. 공직자의 의의

1. 문제점

공적영역에서의 이해충돌은 공직자가 직무를 수행하는 과정에서 발생하는데, 여기서 공직자는 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」상 공무원과 다른 개념이다. 물론 공법인인 국가나 지방자치단체와 같은 전통적 행정주체에 소속되어 공적인 직무를 수행하는 공무원이 공직자에 해당함에는 큰 의문이 없다. 이러한 점은 대부분 국가가 이해충돌 법제에서 예외 없이 공무원을 공직자에 포함하는 수범자로 규율하는 데서도 알 수가 있다. 그런데 자본주의의 발전과 산업화의 고도화로 인하여 공공부문이 양적으로나 질적으로 확대·강화됨에 따라, 공적 임무가 전통적인 국가나 지방자치단체와 같은 공법인에만 의존하지 않고, 점차 새로운 형태의 조직에 임무를 분산하는 경향을 보이게 된다.[79] 이에 따라 전통적 공직자에 해당하는 공무원 외에 분산된

78) OECD, 앞의 책(주 57), p. 25는 종교, 정파, 인종, 가족관계, 정책결정자의 선호로 발생하는 사익을 예로 들고 있다. 다만 공적 의사결정에 개입하는 모든 사익을 규제 대상으로 보아야 한다는 의미는 아니다.

79) 이원우, “공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제”, 공법연구 제45집 제3호,

공적 임무를 수행하는 사람들을 공직자에 포섭할 필요성 또한 높아지게 되었다.

결국 공직자를 '공무원 + 알파(α)'로 본다면, 알파의 범위를 어떻게 정할 것인지가 문제가 된다. 공무원을 정부의 기능과 활동의 인적 도구와 수단으로 산정되는 가치중립적인 개념으로 볼 수 있다면, 공직자는 도덕성, 윤리의식, 직무에 대한 책임 등이 강조된 가치 지향적 개념으로 볼 수 있다.[80] 이러한 가치의 개입은 공무원의 범주보다 그 외연이 확대된 모습으로 나타나,[81] 단순히 인적 자원의 개념을 넘어선 공익을 구현해야 하는 주체적 개념으로 이해되기에 이른다.[82]

공직자의 가치 지향적 개념으로 인하여, 공직자의 범주를 어떻게 정할 것인지는 공공부문을 정의하는 사회의 인식에 따라 유동적으로 변할 수 있는 문제라고 볼 수 있다.[83] 이하에서는 공직자의 범위 설정의 문제를 한국의 이해충돌 법제를 중심으로 살펴보고(2.), 공직자에게 공익 추구 의무가 왜 발생하는지 그 근거를 살펴본 후에(3.), 이해충돌 규제에 있어서 선출직 공직자와 고위직 공직자의 차별적 접근의 필요성을 다른 법제와 함께 고찰해 보고자 한다(4. 및 5.).

2017, 279면 참조.

80) 강철승, "공정사회와 고위 공직자 부패방지방안", 한국행정학회 하계학술발표논문집, 2011, 4-5면; 이민호·김영록·윤수재, 공직자 명칭 등에 대한 정의 연구, 한국행정연구원, 2012, 16-17면; 특히, '공무원'과 '공직자' 개념에 대한 차이를 질적으로 연구한 논문으로 윤견수, "한국 행정학의 영역 찾기: 공직과 자리 개념의 재발견", 한국행정학보 제45권 제1호, 2011, 5-6면 참조. 한편, 같은 논문 2면은 학문의 영역, 특히 행정학에서 '공무원' 연구에 비하여, '공직자'에 대한 연구의 빈약함을 지적하고 있다.

81) 윤견수, 앞의 논문(주 80) 3면; 이민호·김영록·윤수재, 앞의 글(주 80), 9면.

82) 이민호·김영록·윤수재, 앞의 글(주 80), 17면.

83) 이민호·김영록·윤수재, 앞의 글(주 80), 17면 참조.

2. 공직자의 범위

(1) 쟁점

공적영역에서 '공'(公) 또는 '공공성'(Ǒffentlichkeit[84])은 실로 다양한 영역에서 정립되고 활용되는데,[85] 공직자의 범위를 결정하는 데 있어서 필요한 개념에 해당한다. 그러나 공 또는 공공성이 지나치게 관념적이고 추상적 개념임에 비추어 보면,[86] 법학에서 공직자를 개체 차원에서 자연인(人) 단위로 추적하여 정의하는 것은 매우 어려운 일에 해당할 뿐 아니라 그 의의가 크다고 보기도 어렵다.[87] 앞서 언급한 바와 같이, 국가가 모든 공적인 직무를

---

84) Ǒffentlichkeit는 공개성, 대중, 국가라는 세 가지 의미를 갖는데, 공개성이라는 절차적·형식적 요소와 국가목적, 공익관련성이라는 실체적 요소가 함께 확보될 때 참된 법치주의가 충족된다고 한다. 관련 내용은 박정훈, 앞의 논문(주 6), 102-106면 참조.

85) 공법에서 공공성은 물적 요소의 성질을 판단하는 데에도 필요한 개념이다.「헌법」 제23조와 제37조 제2항과의 관계에서 도시계획시설의 공공성과 관련하여서는 김종보, "도시계획시설의 공공성과 수용권", 행정법연구 제30호, 2011. 8., 287-292면 참조.

86) 이원우, 앞의 논문(주 79), 281면은 공공성 개념의 불명확성으로 인하여, 공공성을 넓게 파악한다면, 공기업 산정에 있어 공공성을 요구할 것인지는 큰 차이가 없을 수도 있다고 한다.; 한편, 행정법학에서 이것은 공법의 적용 대상 범위와 관련된 문제로, 공·사법의 구별을 어떻게 할 것인지와 관련된 전통적 논제와 맥을 같이 한다고 본다. 행정법학에서 공사법 구별과 관련된 참고가 가능한 글로는, 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2007, 163-241면; 정호경, "공·사법 구별의 역사와 의미에 관한 일 고찰", 법학논총 제23집 제1호, 2006, 203-234면; 김종보, "행정법학의 개념과 그 외연(外延) - 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론(試論) -, 행정법연구, 21호, 2008. 8., 1-22면 참조; 행정학에서 공공조직과 공공성에 대한 현상적 접근으로, Hal G. Rainey and Barry Bozeman, Comparing Public and Private Organizations: Empirical Research and the Power of the A Priori, Oxford University Press, 2000, pp. 450-462. 참조; 정부 역할의 축소와 시장의 역할을 강조하는 신자유주의 체제(ideology)의 특징으로 공(public)과 사(private)의 경계가 불분명함을 지적하는 견해로는, Leslie Holmes, Corruption: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2015, p. 4. 참조.

직접 처리하는 것은 불가능하고 합목적이지 않기 때문에, 결국 공적 성질을 가지는 조직에 그 임무를 부여하여 분산할 수밖에 없다.[88] 그리고 분산된 임무는 조직에 소속된 구성원들에 의하여 수행하게 되므로 공직자의 개념이나 범주는 결국 국가로부터 분산된 공적인 직무를 수행하는 조직의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 결정된다고 볼 수 있다.

공공단체는 국가 밑에서 국가로부터 그 존립 목적이 부여된 공법인을 의미한다.[89] 공공단체는 공법인으로서 국가적 목적 기타 공행정(公行政) 목적을 위하여 국가에 의하여 공법상 임무와 권한이 부여되는 점에서 그 소속 종사자를 공직자로 보는 데 큰 무리는 없다고 본다.[90] 따라서 지방자치단체, 공공조합, 영조물법인, 공법상 재단과 같은 공공단체 소속 종사자는 공직자에 포함이 된다고 보아야 한다.

문제는 산업혁명 이후 사회현상의 급격한 변화와 국민의 행정에 대한 수요에 따라 등장하게 된 재화·역무 등 비권력적 활동을 수행하는 조직, 즉 공기업 종사자들이다. 이러한 조직은 일반적으로 ① 정부나 지방자치단체에 의하여 통제되고 있는지, ② 공공성은 어떻게 관철되는지, ③ 수익적 활동의 비중은 어느 정도인지 등의 요소가 고려되어 내용과 범위가 정해진다. 이러한 점에서 공직자가 소속된 조직의 범주를 설정하는 문제는 공법, 특히 행정법학에서 전통적으로 논의되어 온 공기업[91]의 개념과 범주에 대한 논의와

---

87) 국립국어원 표준국어대사전에 의하면 공직자는 '공무원, 국회의원 따위의 공직에 종사하는 사람'이라고 정의하고 있으나, 공무원, 국회의원은 공직자에 포함되는 직책의 예시에 불과하다는 점을 생각해 보면, 이 정의는 단순한 동어반복에 불과할 뿐이다. 공직자를 개체 단위에서 추적하여 정의 내릴 수 있는 개념요소로 '공'(公)과 '직'(職)을 생각해 볼 수 있으나, '공'의 추상성과 '직'의 개별성은 법학적 접근을 매우 어렵게 한다.

88) 이원우, 앞의 논문(주 79), 279면 참조.

89) 김동희·최계영, 행정법 Ⅰ(제26판), 2021, 46면; 박균성, 행정법강의(제19판), 박영사, 2022, 66면; 정하중·김광수, 행정법개론(제15판), 법문사, 58면 참조.

90) 헌법재판소 전원재판부 1992. 4. 28. 90헌바27 결정은 공공단체 종사자가 국민에 의하여 간접적으로 임용된 공무원이라고 판시하고 있다.

91) 아래 2.에서 자세하게 살펴보겠지만 여기에서 공기업은 「공공기관운영법」상에서 공공기관의 한 유형으로 정하고 있는 공기업이 아니다. 이론상 논해지고 있

맥을 같이 한다고 볼 수 있다. 즉, 공직자의 개념과 범위를 어떻게, 또 어디까지 인정할 것인지의 문제는 곧 공기업의 개념을 어떻게 어느 범위로 보느냐에 따라 결정되는 문제라고 볼 수 있다. 결국 공기업의 개념을 통해 '이해충돌 규제를 위한 규범'[92]에서 수범자인 공직자의 범주를 어느 정도 가늠해 볼 수 있는 것이다.

(2) 공기업에 대한 이론적 논의

행정법학에서 공기업을 정의하기 위하여 그 개념 요소로 종래 ① 주체, ② 목적, ③ 수익성(영리성, 기업성)의 포함 여부에 따라 논쟁이 있었다. 이에 대하여 학문상 견해가 나뉘고 있는데, 광의설은 주체(①)만을 기준으로 국가 또는 지방자치단체가 경영하는 모든 사업을 의미한다고 이해하는 견해라면, 협의설은 주체의 요소에 목적(②), 즉 공익성을 더하여 국가 또는 지방자치단체가 공익 실현을 위하여 경영하는 사업이라고 보는 견해이다. 최협의설은 여기에 수익성(③)을 추가하여 사업 중에서 일정한 수익성을 가지는 사업만을 공기업으로 파악하는 견해이다. 한편, 광의설보다 더 넓게 특허기업까지 공기업에 포함하는 최광의설이 존재한다.[93]

이 중 광의설과 협의설은 '공(公)'을 주체(①)의 측면, 즉 국가 또는 지방자치단체의 지배력으로 정의하는 것으로 충분한가, 아니면 목적(②)의 측면, 즉 공공성이라는 요소까지 포함하여 정의하여야 하는가의 시각차에서 발생

는 공기업은 「공공기관운영법」상의 공공기관 전체, 정부기업예산법상의 정부기업, 지방공기업법상의 지방공사, 지방공단 등이 포함이 되는 매우 광범위한 개념에 해당한다. 이원우, 앞의 논문(주 79), 291면 참조.

92) 이하 본 논문에서 '이해충돌 규제를 위한 규범'을 필요에 따라 '이해충돌 규범'으로 약칭한다.

93) 이상 학설의 소개와 관련하여, 김대인, "공기업에 대한 재고찰", 행정법연구 제33호(2012. 8.), 103면; 박정훈, "公共機關과 行政訴訟 - 공공기관의 '행정청 자격'에 관한 대법원판례의 극복을 위해 -", 행정법연구 제60호(2020), 4-5면; 이원우, 앞의 논문(주 79), 280-281면; 최계영, "지방공기업의 법적 쟁점과 과제", 경제규제와 법, 제8권 제2호(2015), 72-73면 참조.

하고, 협의설과 최협의설은 다시 공기업의 '기업'으로서의 측면, 즉 수익을 창출하는 방식으로 활동(③)하는 측면까지 개념 정의에 포함시켜야 할 것인가에 따라 달라진다.[94] 이 중 전통적인 다수설적 견해는 '공공주체(①)가 공익을 위하여(②) 경영하는 사업으로 기업성(③)을 가지는 기업을 의미한다는 점에서 최협의설에 가깝다.[95] 한편, 공기업을 공공주체가 지분 등에 의해 의사결정에 대해 지배적 영향력을 행사하는 생산 단위로 보면서도 특허기업에 대해서는 특허권 발급이라는 민영화 방식을 통해 민영화된 사기업으로 보아 특허기업은 배제하는 의견[96]도 유력하다.

(3) 공기업 이론과 이해충돌 규범과의 관계

이해충돌 규범은 국가의 임무나 공임무(公任務)를 어떠한 방법으로 부여할 것인지를 정하는 조직규범이거나 공임무를 어떻게 행사할 것인지 그 작용과 직접적으로 관련된 규범은 아니다. 다만 공임무를 수행하는 소속 구성원을 수범자로 한 공적영역에서 부패 발생의 예방 차원에서 제정된 규범의 한 유형에 해당한다. 독일 공법학은 전통적으로 국가 임무(Staatsaufgaben)와 공임무(öffentliche Aufgaben)를 구별하고,[97] 그에 따라 공임무를 수행하는 기관을 어떠한 개념 요소에 따라 구분할 것인지와 관련하여 공기업 이론을 전개하였는데 이것은 이해충돌 규범의 공직자 범위를 설정하는 문제와 무관치 않다. 공적인 영역에서 이해충돌 규범은 이해충돌의 발생 억지와 그로 야기되는 부패가 없는 온전한 국가의 임무나 공임무를 보장한다. 공적영역에서 공공성이나 공정성이 보장된 공임무는 공행정(公行政) 작용의 출발점이라는 점에서 이를 보장하는 행위규범의 일종인 이해충돌 규범의 수범자를 설정하는 문제는 공기업 이론과 밀접한 관련성을 갖는다고 볼 수 있다.

실제 이해충돌 규범의 수범자에 대한 하나의 판단기준으로 공기업에 소속

94) 최계영, 앞의 논문(주 93), 72면.
95) 이원우, 앞의 논문(주 79), 280면.
96) 이원우, 앞의 논문(주 79), 280면.
97) 이원우, 앞의 논문(주 79), 279면 각주 2) 참조.

된 자들을 포함하고 있는 국가들이 존재하며,[98] 이는 한국의 법제도 마찬가지다. 공기업 개념과 범위에 대한 학문적 논의를 떠나, 실제 이해충돌 규범은 공기업의 세 가지 개념 요소 중, ① 주체, ② 목적에 훨씬 큰 비중을 두고 수범자 영역을 정하고 있다. 즉, 이해충돌 규범은 공기업 개념의 3요소 중 ③ 수익성(영리성, 기업성)은 이차적인 고려 요소로 보면서, 규범의 제정 취지와 목적에 따라 좀 더 유연하게 공기업과 관련한 수범 영역을 설정하는 것으로 보인다. 이는 부패의 발생 전 공적영역에서 발생하는 이해충돌에 대하여 선제적으로 대응하고자 하는 국가나 지방자치단체의 통제 가능성 또는 통제 필요성(요소 ①)과 이해충돌과 그에 기인한 부패가 끼치는 공공성의 훼손(요소 ②)을 일차적인 요소로 고려한 것이다.

이해충돌 규범은 직무의 외관으로부터 발생하는 공적 임무의 공공성 훼손을 예방하는 규범이므로, 공적 조직의 수익성 보장이나 보호는(요소 ③) 일차적인 규범제정의 취지나 목적이 될 수 없다. 따라서 이해충돌 규범의 수범자 범위를 획정함에 있어 공기업 개념의 세 번째 요소는 부차적이며, 위에서 살펴본 학설에 따르면, 주체(①)와 목적(②)을 요소로 한 협의설에서 보는 조직에 소속된 자를 수범자로 정하고 있다고 볼 수 있다.

(4) 한국 법제와 평가

1) 공직자 개념의 도입과 유형

한국 「헌법」은 공무원에 대한 명시적 규정을 두고 있는데,[99] 특히 현행 「

98) 공기업 종사자를 공무원으로 보는 법제도 존재한다. 대만(臺灣)은 한국의 공기업에 해당하는 공영사업(公營事業)에 재직하는 종사자를 ① 법률에 따라 임용된 직원, ② 인사 규정에 따라 초빙 또는 고용된 직원, ③ 주주 권한을 행사하여 정부가 선발·파견한 직원, ④ 근로계약에 따라 채용된 직원으로 구분하고 이 중 ①, ②를 공무원 또는 준공무원으로 본다. 詹鎮榮, “台灣公營事業監督之行政法制”, 제14회 동아시아행정법학회 학술대회 발제문 [제2주제 1], 2022. 12. 3. 189-190면 참조.

99) 공무원을 언급하는 규정으로는 「헌법」 제7조, 제29조, 제33조 제2항, 제65조 제1항, 제78조, 제89조 제16호, 제97조, 제100조 참조.

헌법」 제7조 제1항은 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 책임은 공무원이 상관과 소속기관에 법률 위반의 책임을 지는 것을 넘어 국민에 대한 공익 실현의 책임을 지는 것을 의미하며, 이러한 점에 비추어 공무원이 부담하는 성실의 무는 헌법적 명령에 해당한다고 볼 수 있다.[100] 법률에서 공무원 개념은 1948년 「국가공무원법」이 제정됨으로 처음으로 등장하여 현재까지 이어지고 있다. 반면에 「헌법」은 공직자 개념을 명시적으로 사용하고 있지는 않으며, 법률 수준에서 공직자가 본격적으로 언급되기 시작한 것은 1981년 「공직자윤리법」이 제정된 이후부터라고 할 수 있다.[101] 이후 공직자를 수범자로 하는 여러 개별 법률이 제정되어 공직자 개념의 활용이 빈번해졌으나,[102] 공직자의 개념을 명확하게 정의하고 있는 법률은 찾아보기가 힘들다. 다만, 개별 법률마다 수범자인 공직자의 대상 범위를 비교적 명확히 획정하고 있기는 하다.

현재까지 개별법[103]에서 정하고 있는 공직자의 범주를 살펴보면, ① 「국가공무원법」과 「지방공무원법상」의 공무원, ② 「공공기관 운영에 관한 법률」[104]의 공공기관 소속 임직원, ③ 「공직자윤리법」상의 공직유관단체 임직원, ④ 「초·중등교육법」, 「고등교육법」, 「유아교육법」에 따라 설치된 사립학교 및 「사립학교법」에 따른 학교법인[105]의 교직원과 임직원, ⑤ 「언론중재 및 피해구

100) 박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제”, 공법연구 제38집 제1호 제1권, 2009. 10. 339면.

101) 공무원과 공직자 모두 1945년 광복 이후에 쓰이기 시작한 개념이라고 한다. 공직자의 등장과 확대 과정을 한국 법령의 역사적 전개 과정 안에서 살펴보고 있는 글로는 윤견수, 앞의 논문(주 80), 14면 참조.

102) 이러한 법률로는 특히 「공직자윤리법」, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」, 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」, 「공직자의 이해충돌 방지법」, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」, 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 등이 있다.

103) 위의 각주 102에서 소개한 법률을 의미한다.

104) 이하 「공공기관운영법」이라 한다.

105) 단, 국가나 지방자치단체로부터 출연금 또는 보조금을 받는 기관이어야 한다(「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제1호 마목).

제 등에 관한 법률」[106]에 따른 언론사[107]의 임직원으로 구분된다. 이 중 전통적 행정주체인 국가나 지방자치단체 소속 공무원(①)은 공직자를 수범자로 한 모든 법률에서 공직자에 포함되어 있고, ②, ③은 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」을 제외한 나머지 법률에서 공직자에 포함하고 있다.[108] ④는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」[109]에서 국가나 지방자치단체의 출연금과 보조금을 받는 기관에 종사하는 자를 공직자로 보고 있다. ⑤는 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」[110]에서 '공직자등'이라는 정의 규정에 수범자로 포함하고 있어 언론인을 공직자에 포함하여 본 것인지는 분명하지 않으나, 적어도 공직자에 준하여 당해 법률을 적용하겠다는 입법자의 의도는 명확하다고 볼 수 있다.

위의 내용을 보면 공직자의 범주가 개별 법률의 제정 목적에 따라 다소 다름을 확인할 수 있다.[111] 이 중 공무원을 제외한 공직자 중 공법학에서 논해지는 공기업 이론에 의하면, ②, ③, ④에서 공직자가 소속된 조직은 국가 또는 지방자치단체의 지배력이 미친다는 점에서 최소한 넓은 의미의 공기업 개념(광의설)에 의할 때 공기업 범주에 포함될 수 있지만, ⑤의 언론기관은 국가 또는 지방자치단체의 지배력이 미친다고 보기는 어려워 공기업에 포섭된다고 보기는 어렵다. 청탁금지법이 수범자를 넓힌 이유는 언론인의 관례적 부정 청탁과 금품수수를 규제할 필요성이 있다는 사회적 공감대 때문인데,

---

106) 이하 「언론중재법」이라 한다.

107) 방송사업자, 신문사업자, 잡지 등 정기간행물사업자, 뉴스통신사업자 및 인터넷신문사업자를 말한다(「언론중재법」 제2조 제12호).

108) 「공직자윤리법」 제3조 제1항 제11호 및 제12호, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제3호, 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」 제2조 제12호, 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조 제2호, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제2조 제2호 나목 참조.

109) 이하 「부패방지권익위법」이라 한다.

110) 이하 「청탁금지법」이라 한다.

111) 기관(조직)을 기준으로 적용 대상이 되는 공직자의 범주가 좁은 순서에서 넓은 순서대로 열거해 보면, 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 → 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」 = 「공직자윤리법」 → 「공직자의 이해충돌 방지법」 → 「부패방지권익위법」 → 「청탁금지법」이 된다.

이는 사적인 영역에 공적 규율이 침투하는 매우 이례적인 입법 사례라고 평가할 수 있을 것이다. 다만, 헌법재판소는 해당 법률의 수범자 범위에 대하여 위헌이 아니라고 판시한 적이 있다.[112] 이러한 합헌결정에도 불구하고 사적영역에 이르는 적용 범위 및 대상의 광범위함으로 인한 행정처분과 그 집행상의 난점은 여전히 남아있다고 볼 수 있다.[113]

2) 이해충돌 규범에서 공직자 범위

공적영역에서 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 법률은 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」으로 볼 수 있다.[114] 위에서 언급한 바와 같이, 양 법률은 공히, ① 「국가공무원법」과 「지방공무원법」상 공무원, ② 「공공기관운영법」상 공공기관 종사자(임직원), ③ 「공직자윤리법」상의 공직유관단체 종사자(임직원)를 공직자로 보고 있다.

공무원은 전통적·보편적으로 인정된 공직자에 해당하는데, 「국가공무원법」에서 정하고 있는 공무원은 크게 경력직공무원[115]과 특수경력직공무원으로 나뉘고, 경력직공무원을 일반직공무원과 특정직공무원으로, 특수경력직공무원은 정무직공무원, 별정직공무원으로 나뉜다(제2조). 이해충돌 규범의 수범자에는 임기제 공무원도 포함된다(제26조의5). 한편, 「지방공무원법」상의 공

112) 헌법재판소에 의하면 이러한 '공직자등'의 설정은 「헌법」에 위반되지 않는다고 보았다. 즉, 동 법률의 수범자인 언론인, 사립학교 관계자들에 대해서 헌법상 일반적 행동자유권, 평등권을 침해하지 않는다고 본 것이다(헌법재판소 2016. 7. 28. 2015헌마236 등 결정 참조).

113) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 245면.

114) 「청탁금지법」을 부패를 규율하는 부패 규범의 일종으로 볼 것인지 이해충돌을 규율하는 이해충돌 규범의 일종으로 볼 것인지는 논쟁적인 주제가 될 수 있다. 필자는 「청탁금지법」은 직무 관련성이 없는 일정 금액의 금품 수수와 부정 청탁 등을 부패로 보겠다는 입법자의 결단으로 제정된 일종의 부패를 규율하는 법률로 보아서 논문의 대상 법률에서 다루지 않았다. 이에 관련한 내용은 추후 연구과제로 남겨둔다.

115) 직업공무원제에 따라 실적과 자격에 따라 임용되고 신분이 보장되며 정년까지 공무원으로 근무할 것이 예정된 공무원을 말한다(「국가공무원법」 제2조 제2항).

무원 또한 「국가공무원법」과 같은 구분 방식에 의해서 4개의 직종으로 공무원의 유형을 정하고 있다(「지방공무원법」 제2조). 지방공무원 중 임기제 공무원도 수범자에 해당함은 국가공무원과 다르지 않다.

다음으로 공공기관에 대해서 살펴보면, 「공공기관운영법」은 기획재정부장관이 i) 기관에 대한 정부 출연 여부, ii) 정부 지원액이 기관의 총수입액의 일정 비율을 초과하는지 여부, iii) 정부의 지분비율과 임원 임명 권한 행사로 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는지 등을 고려하여 공공기관을 지정할 수 있도록 규정하고 있다(제4조 제1항[116]).[117] 공공기관은 공기업·준정부기관·기타공공기관으로 나뉘는데, 1983년 시행된 「정부투자기관관리기본법」의 정부투자기관과 2004년 시행된 「정부산하기관관리기본법」의 정부산하기관이 '공공기관'이라는 상위개념으로 묶여 현재까지 이르고 있다고 한다.[118] 공기업과 준정부기관은 직원 정원 50명 이상, 총수입액 30억 원 이상, 자산규모 10억 원 이상에 해당이 될 것을 요구한다는 점에서 그 요건이 같지만, 총수입액 중 자체 수입액이 50퍼센트에 해당하는지에 따라 그 이상이면 공기업, 그 이하이면 준정부기관으로 구분된다. 공기업은 다시 자산규모가 2조 원 이상이고 총수입액 중 자체 수입액이 85퍼센트 이상인 시장형 공기업과 이에 이르지 못하는 준시장형 공기업으로 나뉜다. 준정부기관은 국가재정법에 따라 기금을 관리하거나, 기금의 관리를 위탁받았다면 기금관리형 준정부기관이 되고 그 외 준정부기관은 위탁집행형 준정부기관이 된다. 만일, 직원 정원이 50인 미만이면, 수익성 여부와 상관없이 기타공공기관으로 분류된다.[119] 2022년 1월 현재 공공기관은, 공기업 36개(시장형 15

116) 기관에 대한 정부 출연 여부는 제1호·제6호, 정부 지원액이 기관의 총수입액의 일정 비율을 초과하는지는 제2호, 정부의 지분비율과 임원 임명 권한 행사로 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는지는 제3호·제4호·제5호, 설립 주체는 제6호 사안이다.

117) 법 문언상의 개념에는 모두 재정적 내지 경영적 '정부 종속성'만을 그 징표로 하고 있고 공공성은 제외되어 있으나, 이러한 정부 종속성은 헌법상 공공복리(제37조 제2항) 내지 국민경제(제119조 제2항)의 관점, 즉 공공성에 의해서만 정당화될 수 있다는 견해로는 박정훈, 앞의 논문(주 93), 5면 참조.

118) 박정훈, 앞의 논문(주 93), 3면.

개, 준시장형 21개), 준정부기관 94개(기금관리형 13개, 위탁집행형 81개), 기타공공기관 220개로 총 350개 기관이 지정되어 있다.[120]

마지막으로 공직유관단체는 '정부 공직자윤리위원회'가 한국은행, 「공공기관운영법」상의 공기업, 「지방공기업법」상의 지방공사·공단을 포함하여, 정부 또는 지방자치단체의 재정지원 규모, 임원 선임 방법 등을 고려하여 지정한다(「공직자윤리법」 제3조의2 제1항). 지정의 세부 기준은 「공공기관운영법」상의 지정기준과 유사하게 기관의 임원 선임과 출자·출연·보조 등을 통해 정부나 지방자치단체에 대한 종속성을 가지는지로 결정된다.[121] 2022년 7월 1일 현재 공직유관단체는 법정기관 196개(한국은행, 공기업 36개, 지방공사·공단 159개)와 지정기관 1,180개(임원 선임 관여 기관 940개, 재정지원 기관 161개, 재출자·재출연 기관 50개, 업무위탁·대행 기관 21개, 기타공공기관[122] 8개) 총 1,376개 기관이 지정되어 있다.[123] 이 중 공공기관 운영법상의 공기업, 준정부기관, 기타공공기관은 공직유관단체로 지정이 되는데, 현재 350개 중 349개가 공직유관단체에 포함되어 있다.[124] 공직유관단체의 지정

---

119) 공기업의 종류와 분류기준에 대해서는 박정훈, 앞의 논문(주 93), 3면 참조.

120) 공공기관 경영정보 공개시스템 홈페이지 https://www.alio.go.kr/guide/publicAgencyStatus.do (2022. 10. 13. 방문) 참조.

121) 세부적 기준을 살펴보면, 임원 선임 시 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장의 승인·동의·추천·제청 등이 필요한 기관·단체나 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 임원을 선임·임명·위촉하는 기관·단체(「공직자윤리법」 제3조의2 제1항 제5호), 정부의 출자·출연·보조를 10억 원 이상 받는 기관·단체(시행령 제3조의2 제3호), 정부나 지방자치단체의 업무를 위탁받아 수행하거나 대행하는 기관·단체 중 예산 규모가 100억 원 이상인 기관·단체(시행령 같은 조 제4호), 정부나 지방자치단체로부터 출자·출연받은 기관·단체가 단독 또는 공동으로 재출자·재출연한 금액이 자본금의 전액이 되는 기관·단체(시행령 같은 조 제5호), 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 중 제3호부터 제5호까지의 규정에 해당하지 아니하는 공공기관(시행령 같은 조 제6호)을 지정할 수 있도록 규정하고 있다.

122) 「공공기관운영법」상의 공공기관의 한 유형에 해당하는 '기타공공기관'을 말한다.

123) 공직윤리시스템 홈페이지 https://www.peti.go.kr/pldRltnGrop.do (2022. 10. 13. 방문) 참조.

124) 이것은 공공기관의 지정기관은 기획재정부장관으로 연초 1회 지정하는 데 반

기준은 「공공기관운영법」상의 공공기관의 그것과 일부 차이점이 있으나, 정부나 지방자치단체에 대한 종속성만을 개념적 징표로 하고 있다는 점에서 공공기관과 같다고 평가할 수 있다.[125]

3) 평 가

전통적으로 공직자로 인정되어 온 공무원을 제외하고 생각해 보면, 한국 이해충돌 법제는 「공공기관운영법」상의 공공기관과 「공직자윤리법」상의 공직유관단체 종사자를 공직자로 보고 있다. 이중 공공기관(공기업·준정부기관·기타공공기관)이 거의 예외 없이 공직유관단체로 지정됨을 고려해보면, 이해충돌 규범의 공직자 선정의 척도는 결국 정부 공직자윤리위원회가 지정하는 공직유관단체에 소속된 종사자에 해당하는지로 귀결된다.

공공기관의 지정요건과 마찬가지로 공직유관단체 역시 정부나 지방자치단체의 출자·출연·보조를 받았는지, 국가나 지방자치단체가 임원의 선임권을 행사하여 기관의 정책 결정에 지배적 영향력을 행사할 수 있는지를 지정요건으로 규정하고 있다. 법률은 명시적으로 공직유관단체에 정부나 지방자치단체의 종속성 요건을 규정하고 있어 공기업의 첫 번째 개념 요소인 주체의 개념 요소를 충족하고 있다고 볼 수 있다.[126] 다만 두 번째 개념 요소인 공공성은 법률상 요건으로 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 정부나 지방자치단체에 대한 종속성은 해당 기관의 무제한 자유를 제한하는 요소로 작용하고,[127] 헌법상 공공복리(제37조 제2항)나 국민경제(제119조 제2항)의 관점

해, 공직유관단체는 공직자윤리위원회가 반기마다 지정하는 데 따른 시간 차이에 따라 발생하는 것으로 추정된다.

125) 따라서 「공공기관운영법」과 마찬가지로 법률의 합헌성 추정의 원칙에 따라, 지정된 기관들은 헌법상의 공공성에 의해서만 정당화될 수 있다고 보아야 할 것이다. 박정훈, 앞의 논문(주 93), 5면 참조.

126) 실제로 지정된, 한국은행, 공기업 36개, 지방공사·공단 159개, 임원 선임 관여 기관 940개, 재정지원 기관 161개, 재출자·재출연 기관 50개, 업무위탁·대행 기관 21개, 「공공기관운영법」상의 기타공공기관 8개를 보면, 모두 재정지원 또는 인사권의 제한으로 정부나 지방자치단체의 종속을 받는 기관으로 평가할 수 있다.

에서 바라보면, 법률의 합헌성 추정원칙에 따라 공직유관단체의 공공성이 추정될 수 있다고 본다.[128]

공적영역에서 이해충돌 규범은 공적 직무수행의 과정에서 발생하는 부패 발생을 예방하고 공정성 훼손을 방지하여 온전한 공임무를 보장하기 위한 목적에서 제정된 규범이라고 볼 수 있다. 따라서 이해충돌 규범의 수범자를 결정하는 공직유관단체를 정함에 있어 공기업의 개념 요소 중 수익성 요건의 고려가 반드시 이루어져야 한다고 보기는 힘들다. 다만 국가나 지방자치단체의 지배력이 미치는지, 공직자가 소속된 조직이 공공성을 가지는지는 최소한 고려되어야 한다. 이것은 공적영역에서 이해충돌 규범도 행정 조직·작용·쟁송(爭訟) 법제와 함께 궤를 같이하여 공임무를 통합적 시각에서 바라보고 이론을 정립하는 데 일조할 것으로 본다. 현행 한국 이해충돌 법제는 공직유관단체를 정하는 데에 있어 정부나 지방자치단체의 종속성만을 법률상 징표로 규정하고 있으나 법률의 합헌성 추정의 원칙에 따라 공공성이 인정될 수 있다고 보아 그 범주설정에 큰 문제는 없다고 본다.[129]

3. 공직자의 공익 추구의 의무

(1) 쟁점

공직자는 공무원과 공적 임무를 수행하는 조직(공공기관, 공직유관단체 등)의 종사자에 해당한다. 이해충돌 규범은 공직자가 공익을 위해서 이해충돌이 발생하지 않도록 하여야 하며, 만일 이해충돌이 발생할 때 사익을 뒤로하고

---

127) 경제상의 자유를 포함한다.

128) 박정훈, 앞의 논문(주 93), 5면 참조. 정부 종속성만의 요건으로 공공성 요소를 망각시킬 우려가 있다는 점이 한국 공공기관 제도가 직면하는 핵심 문제로, 이는 「행정소송법」 제2조 제2항의 행정청 자격과 직결되는 문제라고 보고 있다.

129) 따라서 현행 이해충돌 법제는 「청탁금지법」에서 문제가 되었던 수범자 범위 설정의 위헌성 시비가 크지 않을 것으로 판단된다.

공익을 위한 의사결정을 내리도록 요구한다. 공직자에게는 왜 이해충돌 발생 시 공익을 추구해야 할 의무가 발생하는 것일까? 무슨 근거로 공직자에게 공익에 따른 의사결정을 요구할 수 있는가? 이 질문에 답을 할 수 있을 때, 이해충돌 규제의 목적과 특성을 온전히 이해할 수 있으며, 규제의 세부적인 설계 또한 이루어질 수 있다.

이해충돌에서 공직자의 공익 추구 의무에 대한 이론적 근거를 제시하는 문헌을 보면 대체로 「헌법」과 같은 규범에서 찾는 견해, 사법에서 발전한 주인·대리인 이론으로 설명하는 견해가 보이며, 두 개의 이론을 혼합하여 설명하는 견해도 있다. 아래에서 공직자의 공익 추구 의무의 발생 근거를 헌법적 근거와 주인·대리인 이론으로 구분하여 설명해 본다.

(2) 헌법적 근거

공직자의 유형 중 공무원은 직접·간접적으로 국민에 의하여 선출되어 국가나 공공단체의 공무를 담당하고 있는 사람이나 선거에 의한 선출 또는 법률에 따른 임명 절차에 의하여 특정한 지위에 취임하여 국가영역의 업무를 담당하는 자를 의미한다.[130] 이러한 공무원은 「국가공무원법」상 공무원과 「지방공무원법」상 공무원으로 구분이 되는데,[131] 「헌법」은 공무원에게 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지우고 있다(「헌법」 제7조 제1항). 「헌법」에서 규정하고 있는 책임은 국민에 대한 정치적·윤리적 책임을 넘어, 주권자인 국민에 대한 법적인 책임을 포함하며,[132] 공무원이 수행하는 직무는 공적 성질을 가지므로 직무수행에 있어 공공성·공정성·성실성·중립성이 반드시 지켜져야 한다.[133] 이러한 직무수행의 공공성과 공정성의 추구는 「헌법」 제7조 제1항에 근거한 의무와 책임에 해당한다. 따라서 공무

130) 성낙인, 헌법학(제22판), 법문사, 2022, 668면; 정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022, 1066면.
131) 성낙인, 앞의 책(주 130), 668면.; 정종섭, 앞의 책(주 130), 2022, 1066-1067면.
132) 성낙인, 앞의 책(주 130), 669면.; 정종섭, 앞의 책(주 130), 2022, 1067면.
133) 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27등 결정 참조.

원이 직무수행 과정에서 이해충돌이 발생한 경우, 직무수행의 공공성과 공정성을 지키기 위하여 사익을 배제하고 공익을 추구해야 할 의무가 발생한다.

비록 「헌법」 제7조 제1항이 공무원이라고 명기하고 있으나 이러한 공익추구 의무는 공무원 외의 공직자에게도 발생한다고 보아야 한다. 한국의 「헌법」은 민주공화국임을 밝히고 있고(제1조 제1항), 대한민국의 주권이 국민에게 있음을 선포함과 동시에 모든 권력이 국민에게서 나옴을 천명하고 있다(제1조 제2항). 이러한 「헌법」 규정은 국민이 부여한 공적인 권력이, 부여받은 자가 본래 소유하는 것이 아니고 국민으로부터 신탁받은 것임을 의미하는 것이다.[134] 이러한 원리는 좁은 의미의 공무원에 한정되는 것은 아니고 국민으로부터 권한을 부여받아 공적 직무를 수행하는 다양한 공공단체 종사자도 포함된다고 보아야 한다.[135] 그러므로 공직자는 업무수행을 함에 있어 국민 전체의 이익을 위하여 공익을 위한 의사결정을 내려야 하며, 사익을 위하여 직무를 수행하여서는 아니 된다. 공직자는 임용 주체가 궁극에는 주권자인 국민이므로 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 지는 특별한 지위에 있고, 그가 담당한 업무가 국가나 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어 공공성·공정성·성실성·중립성 등이 요구되는 것이다.[136]

결국 「헌법」 제7조 제1항에서 책임은 공무원법상의 협의의 공무원에 한정되는 규정이 아니며, 공적 직무를 수행하는 공공단체 소속 종사자를 포함한 넓은 의미의 공직자를 의미하는 규정으로 보아야 할 것이다. 그 밖에 공직자는 헌법상 공공복리 규정(제37조 제2항)이나 국민경제의 관점(제119조 제2항)에서 공적 직무에 대한 공공성의 간접적인 근거를 찾을 수도 있다.[137] 이러한 헌법적 근거에 따라 공공단체에 종사하는 공직자 또한 이해충돌이 발

134) 이유봉, 공직윤리제도 개선을 위한 법제분석, 한국법제연구원, 2013, 46면 참조.

135) 헌법재판소 전원재판부 1992. 4. 28. 90헌바27 결정은 “공무원이란 직접 또는 간접적으로 국민에 의하여 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무 관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 사람들”이라고 설시하면서 공공단체 소속 종사자도 공무원의 일부로 보고 있다.

136) 헌법재판소 전원재판부 1992. 4. 28. 90헌바27 결정 참조.

137) 박정훈, 앞의 논문(주 93), 5면 참조.

생할 때 사익을 배제하고 공익을 추구해야 할 법적 의무가 발생한다고 볼 수 있다.

(3) 주인·대리인 이론

이해충돌에 직면한 공직자의 공익 추구 의무를 헌법상의 근거 외에 사적 영역에서 발전한 주인·대리인 이론으로 설명하기도 한다. 인류는 일찍이 공동생활을 영위하고, 자신의 이익을 보장해줄 권한을 위임할 특정 사람들로 구성된 조직을 구성하는데, 이러한 사람들로 구성된 조직은 구성원 전체로부터 위임받은 권한을 구성원 전체의 이익, 즉 공동체 이익을 위하여 행사할 의무를 부여받는다.[138] 만일 권한을 위임받은 사람들이 공동체 전체의 이익을 위한 권한을 행사하지 않는다고 느낄 때, 위임한 사람은 위임받은 사람을 제거하거나 교체하여 온 것이 인류의 역사라고 해도 과언이 아니다.[139]

사적영역에서 발전하기 시작한 이러한 신인 의무의 법리는 점차 공적영역으로 확대되는데, 특히 공법의 영역에서 국가권력의 성립과 권한의 행사를 위임(delegation)이나 권력·권한의 부여(authorization)로 설명하고 여기에 민사법에서 발전한 신탁의 법리를 적용하여 설명하려는 흐름이 나타나기 시작한다.[140] 특히 이러한 신탁의 법리는 영국 형평법 법원에 의해서 17세기 무렵 일반화되고, 공법상의 권력관계를 설명하는 이론적 토대를 제공하게 된다.[141]

신탁의 법리에서 출발한 주인·대리인 이론은 공직자는 신탁받은 권리를 주인인 국민이 위임한 목적을 위해서만 행사하여야 함을 전제로 하고 있다.

---

138) 로크(John Locke)는 사회계약론에서 인간은 자기의 재산을 효과적으로 지키기 위하여 어떤 기관이 필요하고, 그 기관을 만들기 위한 중간과정으로 계약이 필요하다고 설파하였다. 문종욱, "존 로크의 법사상의 법사학적 고찰", 충남대학교 법학연구 제17권 제1호, 2006, 42면 참조.
139) 문종욱, 앞의 논문(주 138), 45면.
140) 전종익, 앞의 논문(주 50), 106면.
141) 전종익, 앞의 논문(주 50), 106면, 문종욱, 앞의 논문(주 138), 45면.

즉 인민이[142] 국가를 구성하고 그 국가가 공직자를 기관으로 임명한다고 할 때, 대리인인 공직자는 국가의 구성원인 국민에 대한 신인 의무를 부담하게 된다.[143] 대리인인 공직자는 사적인 지위도 함께 보유하고 있어 자신들의 사적 이익을 위하여 권력을 남용하고 의사결정 과정을 왜곡시킬 가능성이 항상 존재한다.[144] 그러나 신인 의무의 법리에 따라 공직자는 국민의 이익에 부합하는 의사결정을 내려야 하며, 공직자의 사익과 공익이 충돌할 때 사익을 뒤로 하고 공익을 추구하여야 할 의무가 있다. 사적영역에서 신인 의무의 법리를 토대로 발전한 주인·대리인 이론을 공적영역에서 일반적으로 적용하는 것이 한계가 없는 것은 아니지만,[145] 공적영역에서 이해충돌을 설명하는 데 주인·대리인 이론이 빈번하게 활용되고 있음은 분명해 보인다.[146]

---

142) 전종익, 앞의 논문(주 54), 289면 각주 53은 국가성립 이전의 '인민'과 국가성립 이후의 '국민'은 구분이 되는 개념으로 구분하여 사용되어야 함을 역설한다.

143) 전종익, 앞의 논문(주 54), 296면.

144) 전종익, 앞의 논문(주 50). 106면은 국회의원의 권한 남용과 의사결정과정의 왜곡 가능성을 제시하고 있다. 이러한 남용과 정책 결정의 왜곡 가능성은 국회의원뿐 아니라 전체 공직자가 가지는 문제라고 볼 수 있다.

145) 가령, 사적영역에서 이해충돌이 문제가 될 때 주인이 누구인지, 주인의 이익(보통은 재산적 이익)은 무엇인지가 공적영역에서 훨씬 구체적이다. 반면, 공적영역에서 이해충돌이 문제가 될 때, 주인(국가의 구성원)은 추상적 관념에 가깝고 국가나 국가를 구성하는 구성원 전체의 이익(공익)을 구체화하기란 매우 어려운 일이다. 이를 지적하는 견해로는, 최계영, 앞의 논문(주 35), 284면 참조. 한편, 국회의원에 대해서 명령적 위임이 허용되지 않는 한국 헌법 체계상 주인·대리인 이론을 그대로 접목하기 어려우나 이해충돌 발생 시 해결방안으로는 신인 의무 법리가 그대로 이용 가능하다는 견해로는, 전종익, 앞의 논문(주 50), 99면. 102면, 110면 참조.

146) 사적영역(특히 자본시장법)에서 신인 의무 법리와 주인·대리인 이론에 대한 상세한 설명으로는 김정연, 앞의 논문(주 51), 75면 참조; 국회의원의 이해충돌의 문제를 신인 의무(특히 충성의무) 법리와 주인·대리인 이론으로 설명 가능하다는 글로는 전종익, 앞의 논문(주 50), 102면, 107면, 115-117면; Gerard Carney, 앞의 논문(주 66), p. 1. 참조. 법제로는 캐나다 「상원의원에 대한 윤리 및 이해충돌 강령」 제2조와 「하원의원에 대한 이해충돌 강령」 제2조에서 신인 의무에 따른 공직자의 공익 추구 의무를 명시하고 있다.

주인·대리인 이론에 의하면, 국가나 지방자치단체 소속 공직자는 이해충돌 발생을 막기 위하여 또는 이해충돌이 발생한 경우, 사익을 뒤로 하고 주인의 이익인 공익을 추구할 의무가 발생하게 된다.[147] 그리고 공공단체 소속 공직자는 이중의 주인·대리인 이론으로 공익 추구 의무가 발생한다고 볼 수 있다. 즉 정부나 지방자치단체에 대한 종속성은 주인인 국민이 공공단체에 권한을 부여하거나, 국민-지방자치단체-공공단체에 권한을 부여하는 2단계 구조로 설명할 수 있다. 이 경우 공적 직무를 수행하는 공직자의 권한은 이를 부여한 주인인 국민에게서 나오는 것이므로, 공직자는 오직 주인이 부여한 권한의 범위 내에서 국민 전체의 이익을 위하여 의사결정을 내려야 한다.[148] 결국 모든 공직자는 이해충돌 상황에서 사익을 뒤로 하고 공익을 추구해야 할 의무가 발생한다.

4. 고위직 공직자의 차별적 접근의 필요성

이해충돌 규제를 수범자인 모든 공직자를 대상으로 동일하게 할 것인지, 아니면 공직자를 일정 기준에 따라 분류하고 차별적인 규제를 할 것인지와 관련한 논의가 있다. 이러한 논의는 크게 두 가지로 볼 수 있는데, 하나는 고위직 공직자와 비고위직 공직자의 차별적 적용의 문제이고, 다른 하나는 선출직 공직자(정무직 공직자)와 비선출직 공직자(특히 행정부 공직자)의 차별적 접근의 문제이다. 우선 이해충돌 규제에 있어서 고위직 공직자와 비고위직 공직자의 차별적 접근에 대한 논의가 왜 발생하는 것인지 살펴보고 한국을 포함한 각국의 입법례를 살펴본 후 간단한 평가를 결론 부분에서 밝힌다.

---

147) 김윤권·오시영, 앞의 논문(주 50), 225면은 주인·대리인 관계의 실패를 일으키는 가장 대표적인 요인이 이해충돌의 문제라고 한다.

148) 김재광, “한국의 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준”, 공법학연구 제9권 제3호, 2008. 8., 12면. 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27등 결정. 그 밖에 공직자의 윤리를 주인 대리인 이론에 근거하여 주장하는 견해로는, 김윤권·오시영, 앞의 논문(주 50), 225면.

(1) 쟁점

주요 국가의 법제를 살펴보면, 일정 직급 이상의 고위직 공직자와 그 외의 공직자를 구별하여 규제를 달리하는 경우가 많다. 이러한 현상은 한 국가의 같은 이해충돌 규제 사안에 대해서 제재의 강도를 달리하여 적용하는 사례에서도 확인할 수 있다. 특히 이러한 경향은 공직자의 재산 관련 이해충돌 규제제도에서 두드러지게 나타나는데, 예를 들어 재산등록 의무의 경우, 모든 공직자가 아닌 일정 직급 이상의 공직자만을 대상으로 의무를 부과하는 방식이다.

통상 직급이 낮은 공직자의 직무는 특정 영역에 한정되는 경우가 많아 해당 공직자는 특정 사안에 대해서만 직무를 수행하면 된다. 즉, 직급이 낮은 공직자일수록 직무 범위가 넓지 않다. 그러므로 해당 공직자가 수행하는 직무와 관련하여 이해충돌이 발생할 여지는 보통 자신이 맡은 직무 범위로 한정된다. 이에 따라 해당 공직자에게 이해충돌이 발생하는 경우, 맡고 있는 직책상 한정된 범위 내의 주무 직무 사안을 관리하거나 통제하는 데 초점을 맞추면 된다. 즉 이해충돌 발생 시 그 규제 방법은 해당 공직자가 개별 직무 사안을 온당히 수행할 수 있는 방향으로 접근하면 되는데, 충돌 상황에서 공익의 추구를 위한 특정한 행위를 요구하거나, 의사결정 후 사후적으로 상급자에게 신고·보고 하는 등 이해충돌 발생과 동시적·사후적 방식이 많이 활용될 수 있다. 가령, 영업허가 직무를 수행하는 공직자가 가족이 신청한 영업허가를 처리해야 하는 경우, 당해 사안의 업무 처리에 한하여 상급자에게 신고하고 회피 등 적절한 조치를 취하도록 하는 방법이나 영업허가 신청에 대한 의사결정 후 이를 기관장이나 직속상관에게 보고하고 그 적절성을 사후에 판단하는 접근법이 활용될 수 있다.

반면, 공직자의 직급이 높아질수록 직무 범위가 넓어지며, 의사결정에 따른 제3자와 공익에 미치는 파급효과가 커지게 된다. 직무 범위가 넓어지고 그 효과가 커진다는 것은, 의사결정이 필요한 사안에 다수의 이해관계자가 존재한다는 의미이기도 하다. 또한 고위직 공직자의 직무 특성상 이해관계자

의 개입이 훨씬 빈번하게 발생한다는 의미가 되고, 고위공직자의 이해충돌 발생 빈도가 비고위직 공직자에 비하여 훨씬 많다는 의미이기도 하다. 이러한 이유로 고위직 공직자의 의사결정은 높은 사회적 관심의 대상이 되고, 사회는 고위직 공직자에게 비고위직 공직자보다 더 높은 수준의 공직윤리와 청렴성을 요구하게 된다. 통상 국민이 고위직 공직자의 이해충돌 문제에 더욱더 민감하게 반응하는 것도 바로 이러한 이유 때문이다.[149]

이 경우, 고위직 공직자의 직무 범위를 당장 수행하는 구체적 직무로 보고 이해충돌을 규제하는 것은 적절한 방식이 아니다. 직급이 올라갈수록 고위직 공직자의 직무는 포괄적일 뿐만 아니라, 하급자의 의사결정에 사실상 영향력을 미칠 수 있는지 여부도 점검해야 한다. 따라서 규제를 위한 동시적·사후적 방식만으로는 제도상의 한계가 존재한다. 고위공직자들을 대상으로 한 차별적인 방식, 즉 포괄적이고 사전적 방식이 고안될 필요가 있다. 이러한 방식은 이해충돌 발생 여지를 아예 차단하는 예방적 방법을 포함한다. 주요 국가들이 시행하고 있는 각종 재산등록·신고제도나 매각·백지신탁 제도는 고위직 공직자가 향후 수행할 포괄적인 직무 범위와 하급자에 대한 사실상의 영향력을 고려하여, 직무 수행 과정에서 이해충돌 발생 소지를 사전 차단하기 위해 고안된 대표적인 제도들이라고 평가할 수 있다.

(2) 법제 비교

1) 외국의 법제

고위직 공직자에 대한 차별적 접근은 각 국가 법제에서 보편적으로 나타나는 현상이다. 여기에서는 미국, 캐나다, 영국, 프랑스의 법제[150]에서 고위

149) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 249면은 제3자와 공익에 대한 막대한 영향을 미치며 고위공직자나 엘리트층이 관여되는 거대 부패(grand corruption)를 방지하는 것이 행정법학에 부여된 핵심과제임을 밝히고 있다.

150) 살펴본 주요 규범을 소개하면 미국은 「연방 법전」 제18편 제1부 제11장 (Bribery, Graft, and Conflict of Interest Act), 1978년 「정부윤리법」(Ethics in Government of 1978), 1989년 「윤리개혁법」(the Ethics Reform Act of 1989)

직 공직자와 비고위직 공직자의 차별적 접근이 어떠한 방식으로 이루어지는지 확인하는 수준에서 검토한다.[151]

캐나다 「이해충돌법」은 당해 법률이 적용되는 연방 행정부 공직자의 범위를 비교적 상세히 규정하고 있다.[152] 그리고 연방 행정부 공직자 중에서 이해충돌 규제를 위한 주요한 제도들을 고위직 공직자라고 평가할 수 있는 '신고대상 공직자'[153]로 한정하여, 해당 공직자들에게 이해충돌 발생 시 공익추구 의무에 대한 좀 더 엄격한 이해충돌 규제를 가하고 있다.[154]

미국은 공직자[155]의 이해충돌을 규제하는 데 있어 공직자의 직급에 따라

이며, 캐나다는 「이해충돌법」(Conflict of Interest Act. S.C. 2006), 「상원의원에 대한 윤리 및 이해충돌 강령」(Ethics and Conflict of Interest Code for Senators), 「하원의원에 대한 이해충돌 강령」(Conflict of Interest code for Members of The House of Commons)이고 영국은 「하원의원 윤리 규범」(Code of Conduct for Members of Parliament), 「상원의원 윤리 규범」(Code of Conduct for Members of the House of Lords), 「장관강령」(Ministerial Code), 「공무원 행동강령」(Civil Service Code), 「공무원 관리강령」(Civil Service Management Code)이다. 마지막으로 프랑스는 「공무원 일반법전」(Code général de la fonction publique), 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」(Loi no 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique)을 중심으로 살펴보았다.

151) 아래 '6. 선출직 공직자의 차별적 접근의 필요성'도 마찬가지이다. 각국 법제의 이해충돌 규제내용에 관해서는 제3장 이하에서 살펴본다.

152) 캐나다 「이해충돌법」의 공직자(public office holder)는 ① 각료, 장관, 정무차관, ② 각료 참모직원 ③ 각료 보좌관, ④ 총독(Governor in Council)이 임명한 자, ⑤ 총독의 승인아래 장관이 임명한 자, ⑥ 각료가 지정한 직위에 상근으로 근무하도록 장관이 임명한 자이다.

153) 신고 대상 공직자(reporting public office holder)는 ① 각료, 장관 및 정무차관, ② 매주 평균 15시간 이상 근무하는 각료 참모직원, ③ 각료 보좌관, ④ 총독이 임명한 자, 총독의 승인으로 장관이 임명한 자(비상근으로 공적 임무와 기능을 수행, 연봉 및 각종 혜택을 받음), ⑤ 총독이 임명한 자, 총독의 승인으로 장관이 임명한 자(상근으로 공적 임무와 기능을 수행), ⑥ 해당 각료가 신고대상 공직자로 지정한 직위에 상근으로 근무하도록 장관이 임명한 자이다.

154) 제3장 이하에서 후술하겠지만, 캐나다는 고위직 공직자로 볼 수 있는 상원의원과 하원의원의 이해충돌을 규율하기 위하여 별도의 강령을 제정하여 시행하고 있다.

차별적 접근을 시도하고 있다. 가령 「1989년 윤리개혁법」[156]은 퇴직한 행정부 공직자의 활동 제한의 경우, 공무원 급여기준인 GS[157]-17 이상의 고위직 공직자를 대상으로 하고 있다.[158] 한편 「윤리개혁법」상 재산등록제도 또한 마찬가지인데, 해당 법률에 따르면 재산등록 의무는 대통령, 부통령, GS-16 이상의 고위공직자, O-7[159] 이상의 고위공직자를 대상자로 한다.[160] 이와 같이 미국은 직급이 높은 고위직 공직자와 비고위직 공직자에 대해 주요 이해충돌 규제 제도를 차별적으로 적용함으로써 고위직 공직자에게 보다 높은 수준의 이해충돌 규제를 가하고 있다고 볼 수 있다.

프랑스의 경우 또한 마찬가지인데, 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 공직자 중 일정 직위(대체로 상위 직급의 공직자)를 가지는 공직자를 '자산 신고제도'와 '이해관계 신고제도'의 수범자로 정하고 있다. 해당 공직자들은 '공적 생활의 투명성을 위한 고등사무국'(Haute Autorite pour la transparence de la vie publicque, HATVP)[161]의 장에게 법률에서 규정하고 있는 일정한 재산과 이해관계 신고서를 제출하여야 하고(제11조), 해당 내용 중 공직자의 개인정보를 제외한 정보가 공개될 수 있도록 규정하고 있다(제12조). 즉, 프랑스 또한 고위공직자의 직무

---

155) 계약직 고용인(employee)을 포함한 공적 직무를 수행하고 있는 자들로 공무원보다 넓은 개념이다. 미국의 공직자 분류에 대한 자세한 내용으로는, 이민호·김영록·윤수재, 앞의 글(주 80), 47-52면 참조.

156) 이하 「1989년 윤리개혁법」을 「윤리개혁법」이라 한다.

157) 일반공무원 급여기준(General Schedule)을 의미한다. 해당 분류는 현재 「연방법전」 제5편 제53장 제5332조에 규정이 되어 있다. 급여가 낮은 순서로 GS-1에서 GS-15까지 있으며, 「윤리개혁법」 적용 당시 GS-18까지 있었는데, 당시 GS-16에서 GS-18까지는 한국의 고위공무원단에 소속된 공직자로 볼 수 있다.

158) 이와 관련된 내용으로, 「윤리개혁법」 제101조에서 「연방 법전」 제207조를 개정하고 있다. 개정된 「연방 법전」 제207조 (a) (2) (ii) 참조.

159) 미국의 군인 직급체계로 O-7은 일반적으로 준장 이상의 직급을 의미한다.

160) 재산등록제도와 관련하여 「윤리개혁법」 제202조는 1978년 「정부윤리법」 제101조를 개정하고 있다. 개정된 1978년 「정부윤리법」 제101조(a), (f)에 따른 규정을 의미한다.

161) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」에 근거하여 설립된 기관이다. 이하, 고등사무국 또는 HATVP라고 한다.

특성을 고려하여 특정 직위의 공직자에게 공익 추구를 위한 좀 더 엄격한 도덕성을 요구하는 규범 형식을 채택하고 있다고 평가할 수 있다.

영국은 이러한 특색이 강하지는 않다. 이는 이해충돌 규제를 주된 목적으로 하는 독립된 규범이 존재하지 않는 데 기인한 탓도 있는데, 「공무원 행동강령」과 「공무원 관리강령」 같은 공무원 전반에 적용되는 규범에서는 직급을 특별히 구분하여 규율하고 있지는 않다.[162] 다만, 장관에 대한 좀 더 높은 윤리적 기준을 마련하기 위하여 「장관강령」을 별도로 제정하여 시행하고 있다. 「장관강령」의 별도의 제정은 영국이 고위공직자의 차별 취급의 필요성을 고려하고 있음을 보여준다. 지금까지 살펴본 국가 외에도 에스토니아,[163] 라트비아,[164] 체코[165] 등 이해충돌 규제를 위한 독자적 규범을 제정하여 시행하고 있는 여러 국가에서 고위직 공직자와 비고위직 공직자의 차별적 접근 방법을 채택하고 있다.

2) 한국의 법제

한국의 「공직자윤리법」은 제정 당시부터 일정 직급 이상의 상위직에 있는 공직자를 수범자로 제정된 법률이다.[166] 비록 직급에 상관없이 모든 공무원에게 적용이 되는 선물 신고제도도 존재하지만(제15조), 「공직자윤리법」은 그 제정 취지가 상위에 속하는 직급의 공직자의 이해충돌을 규제하기 위한 목적에서 출발하였다고 볼 수 있다. 그뿐만 아니라 「공직자윤리법」은 상위직급에 속하는 전체 수범자 중 일정 직급 이상의 고위직 공직자에 대하여 규제 강도를 훨씬 높여, 좀 더 엄격한 규제를 가하고 있기도 하다. 예를 들

162) 참고로 영국의 공직자 개념과 현황을 분석한 내용으로는, 이민호·김영록·윤수재, 앞의 글(주 80), 53-67면 참조.

163) 에스토니아의 「부패방지법」 제13조 제1항 제1호는 이해관계 신고 대상자를 고위직 공직자로 하고 있다.

164) 라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」 제7조는 고위직 공직자의 겸직금지 규제사항을 매우 세분화하여 규율하고 있다.

165) 체코의 「이해충돌법」은 일정 직급 이상의 고위직 공직자를 대상으로 제정된 법률로 볼 수 있다(제2조 참조).

166) 제정 「공직자윤리법」 제3조 제1항 참조.

어, 재산등록제도 대상자 중 고위직 공직자에 해당하는 일부 공직자는 등록된 재산을 관보나 공보에 공개할 수 있도록 하고 있다(제10조). 이처럼 「공직자윤리법」은 이해충돌 규제에 있어 고위직 공직자에 대하여 차별적 접근이 필요하다는 점을 비교적 충실하게 반영한 법률이라고 볼 수 있다. 이렇게 함으로써 고위직 공직자가 높은 윤리의식을 가지고 직무에 부합하는 공익추구 의무를 실현토록 하고 있다.

「공직자의 이해충돌 방지법」은 기본적으로 직급에 상관없이 모든 공직자를 수범자로 한다. 그러나 정의 규정에 '고위공직자'를 별도로 규정함으로써(제2조 제3호),[167] 이해충돌 규제에 있어 비고위직 공직자와 달리 취급한다. 가령 공직 취임 전 민간업무 활동 내역을 신고·공개하도록 하는 제도는 비고위직 공직자는 적용 대상이 아니다(제8조). 가족채용제한 제도(제11조)나 수의계약 체결 제한제도(제12조) 또한 고위직 공직자의 영향력에서 발생하는 이해충돌의 문제를 규제하기 위하여 마련한 대표적인 제도들이다. 이와 같이

---

167) 「공직자의 이해충돌 방지법」상 고위공직자자는 ① 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 국가정보원의 원장 및 차장 등 국가의 정무직공무원, ② 지방자치단체의 장, 지방의회의원 등 지방자치단체의 정무직공무원, ③ 일반직 1급 국가공무원 및 지방공무원과 이에 상응하는 보수를 받는 별정직공무원, ④ 대통령령으로 정하는 외무공무원(④-1. 고위공무원단에 속하는 외무공무원 중 직무등급이 가등급인 외무공무원, ④-2.「공무원보수규정」 제51조에 따른 직무등급이 12등급 이상인 직위의 외무공무원을 말함), ⑤ 고등법원 부장판사급 이상의 법관과 대검찰청 검사급 이상의 검사, ⑥ 중장 이상의 장성급 장교, ⑦ 교육공무원 중 총장·부총장·학장 및 전문대학의 장과 대학에 준하는 각종 학교의 장, 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 교육감, ⑧ 치안감 이상의 경찰공무원 및 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 시·도경찰청장, ⑨ 소방정감 이상의 소방공무원 ⑩ 지방국세청장 및 3급 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 공무원인 세관장, ⑪ 다목부터 바목까지, 아목 및 차목의 공무원으로 임명할 수 있는 직위 또는 이에 상당하는 직위에 임용된 「국가공무원법」 제26조의5 및 「지방공무원법」 제25조의5에 따른 임기제공무원, ⑫ 공기업의 장·부기관장 및 상임감사, 한국은행의 총재·부총재·감사 및 금융통화위원회의 추천직 위원, 금융감독원의 원장·부원장·부원장보 및 감사, 농업협동조합중앙회·수산업협동조합중앙회의 회장 및 상임감사, ⑬ 그 밖에 대통령령으로 정하는 정부의 공무원 및 공직유관단체의 임원이 포함된다.

「공직자의 이해충돌 방지법」 또한 고위직 공직자와 비고위직 공직자를 달리 취급함으로써 이해충돌 발생 시 고위직 공직자에게 더 높은 윤리의식을 촉구하는 규범으로 평가할 수 있다.

(3) 평가

각 국가의 법제마다 일부 차이는 보이지만, 이해충돌 규제 여부나 제재 강도에 있어서 고위직 공직자와 비고위직 공직자를 달리 취급하는 방식은 보편화된 현상이다. 이는 특히 캐나다, 프랑스, 라트비아 등 이해충돌 규제를 위한 독립입법을 마련한 국가에서 두드러지게 나타나는 모습이다. 이러한 현상은 한국 이해충돌 규범에 있어서도 마찬가지인데, 「공직자윤리법」은 일정 직급 이상의 공직자를 대상으로 한 규범으로 볼 수 있고 「공직자의 이해충돌 방지법」은 '고위공직자' 정의 규정을 별도로 마련하여 공익 추구에 대한 더 높은 책임을 부여하고 있다. 이는 고위직 공직자의 직무 특성과 의사결정의 영향력, 이해충돌 발생 가능성의 빈도, 의사결정에 따른 파급효과, 고위직 공직자의 이해충돌에 대한 인식 등을 고려할 때, 필요하고 바람직한 접근 방식이라고 본다.

5. 선출직 공직자의 차별적 접근의 필요성

공적인 영역에서 이해충돌 규제를 함에 있어, 선출직 공직자를 비선출직 공직자, 특히 행정부 소속 공직자와 차별하여 취급할 필요가 있다는 견해가 있다. 이러한 견해에는 선출직 공직자에게 이해충돌 규제가 아예 필요가 없다는 주장부터, 규제의 필요성을 인정하더라도 규제의 강도를 비선출직 공직자와 달리 하여야 한다는 의견까지 다양하다. 이러한 주장들이 왜 제기가 되는지 그 근거와 여러 국가의 입법례를 살펴보고 한국 법제에 대한 몇 가지 시사점을 제시해 보고자 한다.

(1) 쟁점

선출직 공직자에 대한 이해충돌 규제의 차별적인 접근의 가장 주요한 논거는, 대의국가원리를 채택한 정치체제에서 선거를 통하여 선출된 공직자는 다른 공직자에 비하여 공익 추구행위에 대한 자율적 정책 결정 권한이 훨씬 포괄적이라는 점에서 출발한다.[168] 즉, 유권자는 선거를 통해 선출직 공직자의 공적 의사결정에 대한 포괄적인 신뢰를 부여하였다는 것이다. 선출직 공직자가 선거운동 과정에서 특정한 의사결정을 공약하였다 하더라도 그것은 선거에 당선될 목적으로 약속한 것에 불과할 뿐, 공약에 반하는 의사결정을 하였다 하더라도 이것이 공익에 반하는 행위가 될 수는 없다. 선출직 공직자가 한 약속은 불확정적인 것에 불과할 뿐이며, 약속한 선출직 공직자가 반드시 여기에 기속 될 필요가 없다. 선출직 공직자의 의사결정은 선거를 통하여 민주적 정당성이 확보된 것으로 명령적 위임에 따라 정치적 평가를 받을 뿐이다. 결국 선출직 공직자의 직무상 의사결정을 민주적 정당성이 약한 비선출직 공직자의 의사결정과 동일하게 취급하는 것은 부당하다는 점을 지적할 수 있다.[169]

다음으로 선출직 공직자는 국민(또는 주민) 전체의 대표자로서 국가(또는 지역) 전반의 사안에 대하여 다양한 이해관계에 깊이 개입할 수밖에 없는 직무를 수행한다. 즉, 선출직 공직자는 직무 특성상 다양한 이익 사이의 조정을 수행하는 직무상의 특성을 가지므로, 개별 사안에 대하여 의사결정을 내리는 데 있어 일반직 공직자보다 다양한 이해관계에 깊이 개입할 수 있게 된다. 이러한 면에서 선출직 공직자는 비선출직 공직자에 비해 훨씬 빈번하게 이해충돌이 발생할 수 있다.[170] 만일 선출직 공직자에 대하여 비선출직 공직자와 동등한 범위와 동일한 수준으로 이해충돌을 규제할 경우, 선출직

168) Bruno Wilhem Speck, “Conflict of Interest: Concepts, Rules and Practices Regarding Legislations in Latin America”, The Latin Americanist, Spring 2006, p. 71.
169) Bruno Wilhem Speck, 앞의 논문(주 168), p. 71.
170) Bruno Wilhem Speck, 앞의 논문(주 168), p. 71.

공직자의 주요한 직무 중 하나에 해당하는, 국민(주민) 전체에 영향을 미칠 수 있는 사안에 대한 갈등의 해결과 조정업무를 수행하는 데 제약이 가해진다. 선출직 공직자의 이해충돌은 원칙적으로 정당의 자율에 맡기거나, 언론의 감시를 통하여 다음 선거에서 정치적 책임을 물음으로써 족하다는 의견은 이러한 견해에서 출발한다고 볼 수 있다.[171] 결국 선출직 공직자와 비선출직 공직자는 공직 취임 방법, 직무 내용, 직무수행 기간의 제한, 정치적 재신임 여부 등의 이유로 이해충돌 규제의 범위와 수준을 달리하여야 한다는 것이다.

그렇다면 아래에서는 공적영역에서 이해충돌 규제에 대한, 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 차별적 접근이 개별 국가에서 어떠한 방식으로 실현이 되고 있는지를 비교법적으로 고찰해 보고자 한다. 우선 외국의 법제를 살펴보고 한국 선출직 공직자의 차별적 접근이 어떠한 방식으로 이루어지고 있는지를 검토해 본다. 이를 통해 개별 국가의 법제로부터 얻을 수 있는 참고 가능한 몇 가지 시사점을 제시한다.

(2) 외국의 법제

외국의 법제를 살펴보면, 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 차별적 접근은 규범 자체를 분리하여 규율하는 방식과 한 규범 내에 규제를 달리 정하는 방식으로 실현된다. 전자의 대표적인 국가는 영국과 캐나다며 후자의 대표적인 국가는 미국과 프랑스다.

1) 규범을 분리한 국가

선출직 공직자와 비선출직 공직자의 규범 자체를 분리하여 접근하는 국가가 있는데, 대표적으로 캐나다와 영국이다. 캐나다는 선출직 공직자인 상원의원과 하원의원을 규율하는 별도의 규범으로 「상원에 대한 윤리 및 이해충돌 강령」(Ethics and Conflict of Interest Code for Senators)[172]과 「하원에 대

171) Bruno Wilhem Speck, 앞의 논문(주 168), p. 71.

한 이해충돌 강령」(Conflict of Interest code for Members of The House of Commons)[173]이 존재하고 별도로 연방정부 공직자들에게 적용되는 「이해충돌법」을 2006년 제정하였다.[174] 규범의 명칭에서 확인할 수 있듯이 연방정부 공직자를 규율하는 규범은 법률로 제정된 경성형식인 반면, 상·하원의원을 규율하는 규범은 강령으로 연성 규범에 해당한다. 제3장 이하에서 자세히 살펴보겠지만, 규범의 형식상 차이에서 오는 규범 위반행위에 관한 제재의 내용과 강도가 다르다. 그뿐만 아니라 각 규범의 내용을 살펴보면, 선출직 공직자에 해당하는 상·하원의원에 대한 규제사항도 연방 행정부 공직자의 규제사항에 비하여 상대적으로 적다. 이는 캐나다 법제가 선출직 공직자에게 의사결정의 자율적 판단 권한을 보장함으로써, 규제 범위와 강도면에서 행정부 공직자와 차별적 접근을 하고 있다고 평가할 수 있다.

전통적으로 연성 규범을 통하여 이해충돌을 규제하고 있는 영국 또한 캐나다와 같이 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 규범을 분리하여 규율하고 있다. 즉, 선출직 공직자를 규율하는 「하원의원 윤리규범」과 「상원의원 윤리규범」 외에 행정부 공직자를 규율하는 「장관강령」, 「공무원 행동강령」, 「공무원 관리강령」이 존재한다. 비록 해당 규범들은 이해충돌 규제를 위한 독자적 규범은 아니지만, 이해충돌 규제를 위한 일부 내용을 포함하고 있다. 그리고 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 직무 특성에 따라 별도의 규범을 제정하여 운용함으로써, 차별적 접근을 시도하고 있다. 즉, 선출직 공직자의 의사결정의 자율성을 가능한 보장하는 방식의 법제라고 볼 수 있다.

2) 규제내용을 달리 정한 국가

미국의 법제는 규범 자체를 분리하는 방법을 통해 선출직과 비선출직 공직자를 구분하여 규율하는 법제로 평가하기는 힘들다. 그뿐만 아니라 개별 이해충돌 규제 제도를 선출직 공직자라고 하여 달리 취급하고 있지도 않다.

---

172) 이하 「상원 강령」이라 한다.
173) 이하 「하원 강령」이라 한다.
174) 캐나다 「이해충돌법」의 제정역사에 관해서는, 박주철, 앞의 논문(주 50), 27-35면 참조.

다만, 한 규범 안에 같은 이해충돌 규제 제도를 적용하더라도 같은 조의 별도의 항에 선출직 공직자를 규율하는 규정을 두고 적용 요건을 다소 달리하는 경우는 존재한다. 가령, 회전문 금지를 규정하고 있는 연방규정 제207조 (a)항부터 (d)항은 퇴직한 행정부 공직자의 활동 제한을 규정하는 반면, (e)항은 상·하원의원을 포함한 입법부 소속 퇴직공직자의 활동 제한을 규정하고 있다. 활동 제한의 기간도 행정부 공직자들은 대체로 1년간 제한되는 데 반하여, 선출직 공직자의 활동은 상원의원은 2년, 하원의원은 1년으로 제한된다. 그러나 이것은 이해충돌 규제 제도 자체를 배제하는 취지로 보기는 어렵고, 오히려 선출직 공직자의 규제를 강화하는 측면도 존재하여, 선출직 공직자의 직무 특성을 특별히 고려하고 있다고 평가하기는 힘들다. 이러한 모습은 미국의 공직자 이해충돌의 대표적 규범인 미국 「연방 법전」[175] 제18편 제1부 제11장[176] 외에 「정부윤리법」[177]과 「정부윤리법」의 개정 법률로 평가할 수 있는 「윤리개혁법」에서 대체로 일관되게 나타나는 모습이다. 결국 미국은 특별히 선출직 공직자와 비선출직 공직자 사이에 차별을 두고 규제한다고 평가하기는 어려운 국가이다.

프랑스의 대표적인 이해충돌 규범으로는 「공무원 일반법전」[178]과 「공적

175) 미국 「연방 법전」은 연방의 법률을 모두 모아놓은 것으로, 제1편(총론)에서부터 제54편(국립공원 서비스와 관련 프로그램)까지 구성되어 있다. 이해충돌의 규제내용을 담고 있는 부분은 제18편(「형법」 및 「형사소송법」)이다.

176) 미국 「연방 법전」 제18편 제1부 제11장은 제201조부터 제227조 총 27개 조항으로 구성되어 있다. 이하 「연방 법전」은 특별한 언급이 없으면 「연방 법전」 제18편 제1부 제11장을 의미한다.

177) 이하 1978년 「정부윤리법」을 「정부윤리법」이라 한다. 「정부윤리법」은 닉슨(Richard M. Nixon) 정부에서 있었던 워터게이트 사건 이후에 연방 공무원의 윤리성과 청렴성을 강조하기 위하여 제정된, 연방 공무원 모두에게 적용되는 법률이다. 관련 내용은 정하명, “미국에 있어서 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준 – 미국의 1989년 「윤리개혁법」을 중심으로 - ”, 공법학연구 제9권 제3호, 81면; 나채준, 미국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015. 35면 참조.

178) 2021년 11월 24일 오르도낭스 제2021-1574호(Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021) 제4조에 의하여 2021년 11월 24일에 제정된 Code général de la fonction publique를 말한다. 제2021-1574호 법률명령으로 1983년에 제정된 「

생활의 투명성에 관한 법률」[179]이 있다. 이 중 2022년 3월 1일부터 시행되고 있는 「공무원 일반법전」은 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범은 아니나, 일부 이해충돌 규제사항들을 담고 있다.[180] 「공무원 일반법전」은 행정부 소속 공직자를 수범자로 하고 있는데,[181] 특히 행정기관, 독립행정기관, 공공기관, 공공병원 등에 소속된 경력직 공직자뿐 아니라 계약직 공직자까지 규율 대상으로 하고 있다.[182] 반면, 2013년 '자산 신고'와 '이해관계 신고'를 주된 규율 내용으로 하여 제정된 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 선출직 공직자와 비선출직 공직자에 대한 특별한 차별을 두지는 않는다. 고등사무국은 정부 구성원, 지방의 선출직 공직자뿐 아니라,[183] 하원의원과 상원의원에 대해서도 '자산 신고'와 '이해관계 신고'를 받을 수 있도록 규정하고 있다.[184] 결국 공적영역에서 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」을 기준으로 보면, 프랑스는 규제 여부에 있어 선출직과 비선출직에 대해 특별한 차별적 접근은 하지 않되, 규율

공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」(Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des functionnaires)의 대부분 조항이 삭제되었다. 「공무원 일반법전」의 적용대상자는 국가공무원, 지방공무원, 공공병원에서 근무하는 의료직 공무원이다. 이 법전은 한국의 「국가공무원법」이나 「지방공무원법」과 성질이 유사하다고 볼 수 있는데, 공직자가 준수해야 할 의무는 제2장에서 규정하고 있다.

179) 해당 법령의 제정 배경과 내용에 대해서는 제2장 제4절 Ⅱ 참조.

180) 「공무원 일반법전」은 1983년 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」을 포함한 공무원 관련 법률 총 4개를 통합하여 만든 통합법이다. https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A15544 (2023. 1. 17. 방문) 참조.

181) 「공무원 일반법전」 L.1조.

182) 「공무원 일반법전」 L.2조.

183) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」해당 법률 제1조는 공적 직무를 수행하는 공직자뿐 아니라 정부 구성원, 지방 선출직 공직자, 독립행정기관의 구성원, 독립 공공기관의 구성원이 적용 대상임을 밝히고 있다.

184) 다만, 신고내용은 선거법전 제135-1조(LO 135-1 of the electoral code)에 따르도록 하고 있다(「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제20조 제1항 참조). 해당 법률의 시행을 위한 Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique 제1조 및 제2조 참조.

내용 중 일부에 다소 차이를 둔다고 볼 수 있다.

(3) 한국의 법제

1) 이해충돌 규범

「공직자윤리법」은 일정한 직급 이상의 공직자를 수범자로 하나 원칙적으로 규제내용을 선출직과 비선출직을 구별하여 적용하지는 않는다. 재산등록제도나 신고제도는 선출직 공직자에 해당하는 대통령, 국회의원, 지방자치단체의 장,[185] 지방의회의원을 포함한 다른 행정부, 사법부 공직자와 동일하게 적용된다. 이것은 「공직자윤리법」이 마련하고 있는 다른 제도들, 가령 선물신고제도나 퇴직공직자 취업·활동 제한제도에 있어서도 마찬가지라고 볼 수 있다. 개별 제도가 공직자에게 요구하는 법상 요건도 선출직 공직자와 비선출직 공직자 사이에 큰 차이가 없다.

「공직자의 이해충돌 방지법」도 「공직자윤리법」과 마찬가지로 선출직 공직자를 비선출직 공직자와 구별하여 적용하지 않는다. 즉 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 마련하고 있는 제도 모두 선출직 공직자인 대통령, 국회의원, 지자체장, 지방의회의원과 나머지 행정부, 사법부 공직자와 동일하게 취급한다. 이러한 점에서 한국의 이해충돌 법제는 원칙적으로 선출직 공직자를 비선출직 공직자와 차별적으로 접근하는 법제로 보기는 힘들다. 공직자의 차별적 접근의 면에서 한국 법제는 캐나다 법제보다 미국, 프랑스 법제에 조금 더 가깝다고 평가할 수 있다.

2) 국회법

한국 법제가 선출직 공직자에 대한 차별적 접근을 아예 고려하지 않는 것은 아니다. 「공직자의 이해충돌 방지법」 제정에 발맞추어, 2021년 5월 18일 개정된 「국회법」은 국회의원의 직무 특성을 고려한 일부 조항을 마련하였

185) 이하 법문을 그대로 원용하는 등 특별한 경우를 제외하고 '지방자치단체의 장'을 '지자체장'이라고 한다.

다.[186] 대표적으로 「공직자의 이해충돌 방지법」상의 사적 이해관계자 신고제도를[187] 보완하고 있는 「국회법」 조항이다.[188] 사적 이해관계자 신고제도는 공직자와 사적인 이해관계가 있는 사람이[189] 공직자의 직무와 관련하여 공직자에게 특정한 행위를 요구하는 경우,[190] 공직자에게 소속 기관장에게 신고하도록 하고 공직자가 직무에서 회피할 수 있도록 설계된 제도다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자의 주무 직무를 열거하고 있는데,[191] 대부분 행정부 소속 공직자의 직무 사항을 구체화하고 있음을 알 수 있다.[192] 반면 선출직 공직자인 국회의원과 지방의회의원이 수행하는 직무는 소관 위원회 활동과 관련된 청문, 의안·청원 심사, 국정감사, 지방자치단체의 행정사무 감사, 국정조사, 지방자치단체의 행정사무조사와 관계되는 직무라거나,[193] 국회 규칙에서 정하는 직무라고 규정되어 있다.[194] 현재 하위규범에 위임한 국회 규칙은 제정되지 않아, 국회의원과 지방의회의원의 사적 이해관계인에 관한 신고 요건은 앞의 요건이 전부라고 볼 수 있다.

그런데 앞의 요건만으로는 그 직무 내용이 지나치게 포괄이지 않은가 하는 의문이 든다. 직무관련자의 범위를 법문에[195] 충실하게 해석하면, 사적

---

186) 「국회법」 제32조의2부터 제32조의6까지 참조. 「국회법」과 달리 「지방자치법」은 「국회법」같이 정비가 되지는 않았다. 이러한 「국회법」의 시도에도 불구하고 전체적 이해충돌 규범을 통해 볼 때, 한국의 법제를 선출직 공직자와 비선출직 공직자를 차별적으로 취급하는 법제라고 평가하기는 어려워 보인다.

187) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조.

188) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제32조의4 참조.

189) '사적 이해관계자의 범위'는 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조 제6호 참조.

190) 이러한 사람을 '직무관련자'라고 한다. 직무관련자의 범위는 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조 제5호 참조.

191) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항 제1호부터 제16호 참조.

192) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항 제1호부터 제14호 참조.

193) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항 제15호.

194) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항 제16호.

195) 직무관련자는 공직자의 직무수행과 관련하여 이익이나 불이익을 직접적으로 받는 자뿐 아니라 공직자의 직무수행과 관련하여 일정한 행위나 조치를 요구하거나, 계약을 체결하려는 게 명백한 자도 포함하는 넓은 범주의 개념에 해당한다(「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조 제5호).

이해관계자가 국회의원이 소관 상임위원회 법안 심사과정에서 특정 법안이 통과될 수 있는 유리한 발언을 요구한 때 해당 사항을 소속 기관장에게 신고하여야 한다. 그런데 국민 전체의 위임에 따라 국회에서 자유롭게 발언할 권리를 가지는 국회의원에게 이러한 경우까지 사적 이해관계자를 신고하도록 하는 것이 너무 엄격한 규제는 아닌지 고민해 볼 필요가 있다.

「국회법」은 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 마련하고 있는 사적 이해관계자 신고제도를 보완할 수 있는 이해충돌 신고제도를 별도로 마련하여 시행하고 있다.[196] 해당 내용에 의하면 국회의원은 「국회법」상 사적 이해관계자가[197] 의원이 소속된 위원회의 안건 심사, 국정감사, 국정조사와 관련하여 직접적인 이익이나 불이익을 받을 수 있음을 인지하게 된 때, 윤리심사자문위원회에 그 사실을 신고하도록 하고 있다. 「국회법」은 「공직자의 이해충돌 방지법」에 정하고 있는 직무관련자의 범위를 직무의 특성을 고려하여 직접적인 이익이나 불이익을 받게 되는 자로 명확히 하는 방식으로 직무상 자율권을 넓히고 있다. 이러한 시도는 선출직 공직자의 직무 특성을 고려한 차별적 접근을 통하여 제도의 실효성을 높이고 있다는 점에서 긍정적이다.

(4) 시사점

비교법적 고찰을 통하여, 선출직 공직자에 대한 차별적 접근은 크게 두 가지 방법으로 실현되고 있음을 확인할 수 있다. 하나는 캐나다나 영국과 같이 선출직 공직자와 비선출직 공직자를 규율하는 규범을 분리하여 규율하는 것이고 다른 하나는 미국의 일부 법률의 규정에서 보는 바와 같이 하나의 규범 안에 이해충돌의 규제 요건을 달리 규정하는 방법이다. 첫 번째 유형은

196) 「국회법」 제32조의4.

197) 「국회법」상의 사적 이해관계자는 「공직자의 이해충돌 방지법」상 사적 이해관계자 중 '공직자로 채용·임용되기 전 2년 이내에 공직자 자신이 대리하거나 고문·자문 등을 제공하였던 개인이나 법인 또는 단체'를 제외하고 있다. 따라서 「공직자의 이해충돌 방지법」보다 그 범위가 다소 축소된 개념이라고 평가할 수 있다(「국회법」 제32조의4 각호 참조).

대체로 제도 자체의 차별적 적용뿐 아니라 위반행위에 대한 제재의 차등까지 고려한 방법으로 실현되는 법제라면, 두 번째 유형은 제도 자체의 적용과 제재 자체의 차별은 크지 않도록 하되, 직무의 성질상 오는 차이를 일정 정도 고려하는 것이다.

한국은 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」의 내용에 비추어 볼 때, 기본적으로 선출직 공직자와 비선출직 공직자를 차별 적용하는 법제로 평가하기는 힘들다. 양 법률이 선출직 공직자를 비선출직 공직자와 함께 수범자로 정하고, 거의 모든 이해충돌 규제 제도를 비차별적으로 적용하고 있다. 제3장 이하에서 자세하게 살펴보겠지만, 이는 양 법률에서 규정하고 있는 구체적 이해충돌의 규제들이 대부분 선출직 공직자를 비선출직 공직자와 달리 취급할 필요성이 크지 않기 때문이다.[198] 즉, 굳이 선출직 공직자를 차별 적용할 필요성이 크지 않다. 이러한 면에서, 마그나 카르타(Magna Carta) 이후 800여 년 동안 의회 중심의 입헌군주 국가를 완성한 영국과 그 영향 아래 탄생한 캐나다와 같은, 정치체제와 법적·제도적 문화가 다른 국가의 제도를 추종하여 선출직과 비선출직에 대한 규범을 분리하여 규율할 필요성은 크지 않다. 다만 대의제 원리에 따라 민주적 정당성이 확보된 선출직 공직자의 직무상 특성에서 오는 의사결정의 자율적 판단과 권력분립원리에 따른 입법부의 존중 차원에서, 몇 가지 고민해 볼 시사점은 존재한다.

우선, 일부 이해충돌 규제 제도는 행정부 소속 공직자를 염두하고 규정되어 있어 선출직 공직자의 특성에 맞게 차별화된, 좀 더 보완된 제도로의 정비가 필요해 보인다. 앞서 한국 법제에서 살펴본 「국회법」의 이해충돌 신고 제도는 실질적으로 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항을 대체할 것으

198) 차별이 나타나지 않는 제도를 열거해 보면, 「공직자윤리법」상의 ① 재산등록·신고제도, 주식백지신탁·매각제도, ② 선물 신고제도, ③ 퇴직공직자의 취업제한제도, 「공직자의 이해충돌 방지법」상의 ④ 사적 이해관계자 신고 및 회피·기피제도, ⑤ 민간부분 업무활동 내역 제출 및 공개제도, ⑥ 직무관련자 거래신고제도, ⑦ 직무 관련 외부 활동 제한제도, ⑧ 가족 채용 제한제도, ⑨ 수의계약 체결 제한제도, ⑩ 직무상 비밀이용 금지 제도, ⑪ 퇴직자 사적 접촉 신고제도가 있다.

로 보이나, 「국회법」의 「공직자의 이해충돌 방지법」의 적용 특례 조항인 제32조의6에 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조를 대체한다는 명시적 조항이 없어 사적 이해관계자 신고제도가 여전히 적용된다. 향후 적용 특례 조항에 정비가 이루어져야 할 것이다. 아울러 이러한 개정 「국회법」의 취지는 지방의회 의원에게도 동일하게 반영될 필요성이 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」이나 「지방자치법」에서 지방의회의원의 직무 관련 범위를 「국회법」 수준으로 명확히 하여, 사적 이해관계 신고를 위한 제도의 구체화 작업이 이루어져야 할 것으로 보인다.

신고의 대상기관에 관해서도 보완이 필요하다. 사적 이해관계자 신고는 공직자의 소속기관의 장에게 하여야 한다. 즉, 행정부의 경우 해당 공직자가 소관 직무를 수행하면서 사적 이해관계자가 직무와 관련이 있음을 발견한 경우, 소속된 부·처·청의 장에게 신고하고, 소속기관의 장은 해당 공직자의 직무배제 여부를 결정하면 된다. 문언대로 해석하면, 국회의원이나 지방의회 의원과 같은 선출직 공직자의 경우, 사적 이해관계자 신고를 기관의 장인 국회의장이나 지방의회 의장에게 하여야 하고, 의장이 의원을 직무에서 배제할 수 있다는 의미가 된다. 예를 들어, 어떤 국회의원이 소관 상임위에서 안건을 심의·의결하다가 사적인 이해관계자가 직무와 관련이 있다고 인지한 경우, 이를 국회의장에게 신고하고 국회의장이 의원을 심의·의결에서 배제할 수 있다. 그러나 이와 같은 절차가 선출직 공직자의 특성에 맞는 적절한 과정인지는 의문이다. 행정부의 상급 공직자는 하급 공직자에게 직무명령을 할 수 있고 하급자는 상급자의 명령이 법률 위반사항임이 명백한 경우가 아닌 한 상급자의 명령에 복종하여야 한다. 즉, 소속기관의 장과 해당 공직자는 상명하복 관계에 놓여있다. 반면, 선출직 공직자의 경우, 개별의원은 민주적 정당성을 보유한 독립된 기관으로 의장의 결정에 따라 직무행위를 배제 시키는 것이 타당하다고 보기 어렵다.[199] 이 또한 선출직 공직자에 대한 차별

199) 국회의장은 당적을 가질 수 없지만(「국회법」 제20조의2), 대부분 국회의장이 의장으로 선출되기 전 당적을 보유하고 있던 사람이라 당파성을 가진다. 국회의장의 독립적 결정으로 제도가 운용된다면, 정파적 이해관계에 따라 사적

적 접근이 필요한 사안이다.

이 경우 차별적 접근의 방법으로 두 가지 방안을 생각해 볼 수 있다. 의회는 일반적으로 소관 상임위원회를 중심으로 운영되므로 의원의 이해충돌 규제 제도 전반을 기존 상임위원회의 업무로 편입하는 방법이 첫 번째 방법이다.[200] 의원은 상임위원회에 소속되어 업무의 대부분을 수행하고, 이해충돌 또한 대부분 상임위 업무와 관련해서 발생하므로 이해충돌에 대한 즉각적인 대응이 가능하다는 점에서 효율적인 방안으로 생각해 볼 수 있다. 다만, 이 경우 소관 상임위원회 업무를 제외한 나머지 직무[201]에 대해서 이해충돌이 발생할 경우, 대처가 미흡하다는 문제점이 있다. 다른 방안은 국회의원이나 지방의회의원의 이해충돌 문제 전반을 다루는 새로운 위원회를 구성하여 대처하는 방안을 모색할 수 있다. 그러한 의미에서 「국회법」이 외부 위원을 위촉하여 윤리심사자문위원회를 별도의 근거 규정을 마련한 것은, 이러한 시도의 일환으로 긍정적으로 평가할 수 있지만(제46조의2), 별도의 심의·의결 권한 없이 자문 기능만 수행하고 있는 점은 보완이 필요한 부분이다. 별도 위원회를 구성하여 운영할 경우, 선출직 공직자의 업무 전반에 대한 규율이 가능하지만, 상임위원회 소위원회와 같은 작은 구성단위에서 이해충돌 문제에 대처가 즉각적으로 이루어질 수 없다는 단점이 존재한다.

마지막으로 선출직 공직자와 비선출직 공직자에 대한 위반행위의 제재 강도를 동등한 수준에서 부담시키는 것이, 과연 타당한지 고민해 볼 필요가 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」상 사적인 이해관계자 신고제도를 위반한 경우 2천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(제28조 제2항 제1호). 선출직 공직자의 직무 특성을 고려해보면,[202] 사적 이해관계자 신고를 하지 않았다는 이유로 행정상 제재를 가하는 것이 적절한지 의문이다. 그리고 과태료 집

이해관계자 신고제도가 악용될 위험을 배제하기 어렵다.

200) 사적 이해관계자 신고 등 이해충돌 발생사실에 대한 신고나 보고는 상임위원장이나 상임위원회 모두 가능할 것이다.

201) 본회의에서 대정부 질의, 심의, 표결 등을 생각해 볼 수 있다.

202) 선출직 공직자는 사회 각계의 의견을 수렴하고 이해관계를 조정하는 직무를 수행한다.

행의 면에서 볼 때 위반행위의 조사는 국회가 직접 하거나 아니면 감사원, 수사기관이 한 후 국회에 통보하여야 하는데(「공직자의 이해충돌 방지법」 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제21조 제3항), 이러한 절차가 과연 실효성이 있는지 의문이다.[203] 영국이나 캐나다는 상·하원의원의 경우 행정부 공직자와 비교하여, 이해충돌 제재의 범위와 강도를 달리함으로써, 선출직 공직자에 대한 직무상 특성을 고려한 최소한의 재량을 보장하고 제재를 입법부 내에서 해결하도록 촉구하고 있다.[204] 한국의 법제 중 사적이해관계자 신고제도와 같은 절차 위반행위에 대해서는 기관 내 자체 징계 절차를 통한 제재수단에 한정하는 것을 고민해 볼 필요가 있다.[205]

선출직 공직자는 재직기간이 제한되어 있고 명령적 위임에 따라 비교적 넓은 의사결정의 재량권을 부여받은 자이다. 선출직 공직자의 직무상 자율권을 되도록 보장하기 위한 기관 내 징계 등 자체적인 시정의 절차를 존중해 주어야 하는 이해충돌 규제영역이 존재한다. 따라서 선출직 공직자에게 선거를 통한 정치적 책임을 묻는 외에 형사처벌이나 행정상 제재를 가하는 데에 있어 행정부 공직자와 차별화된 접근 방식이 고려될 필요가 있다. 이러한 제도에는 「공직자윤리법」상의 재산등록제도(제5조), 「공직자의 이해충돌 방지법」상의 사적 이해관계자 신고제도(제5조), 퇴직자 사적 접촉 신고제도(제15조) 등이 있다.

---

203) 위반행위에 대하여 선출직 공직자에게 행정상 제재를 가하는 것이 가능하지만 실제 실효적으로 집행이

204) 해당 국가의 관련 규정을 보면 선출직 공직자에 대한 위반행위 제재는 행정부 공직자와 달리 징계 등 의회 내 자체적 해결에 초점이 맞추어져 있다.

205) 징계처분에 대한 근거 규정은 마련되어 있으므로(「공직자의 이해충돌 방지법」 제26조, 「국회법」 제155조 제15조의2), 일부 제도에 대한 선출직 공직자에 대한 행정상 제재의 예외 규정과 같은 조항을 고려해보는 것도 하나의 방법이다. 선출직 공직자로서 향후 선거에서 당해 행위에 따른 정치적 평가, 즉 정치적인 책임을 지는 것은 당연하나 이를 규범의 영역에 담아내는 것은 큰 의미가 없는 일이다.

IV. 충돌의 의의

1. 문제점

일반적으로 공적영역에서 특정 공직자에게 이해충돌이 발생하였다고 언급할 때, 이해충돌 자체와 이해충돌로 야기된 특정한 결과를 뭉뚱그려 표현하는 경우가 있다. 가령, 방송통신위원회 위원이 종합편성채널 재승인 의결을 대가로 채널을 소유하는 기업에 위원의 아들을 취업시킨 경우라든지, 지자체장이 공직에 취임하기 전 근무하던 회사의 특정 사업에 대한 인허가를 승인하면서, 공직에서 퇴직한 후 회사의 임원직을 약속받거나 실제로 임원이 된 경우를 생각해 보자. 우리는 이것을 통상 '이해충돌'이라거나 '이해충돌이 발생하였다'고 표현한다. 그러나 이러한 오인은 이해충돌 규범 제정에 대한 접근 자체를 어렵게 만드는 요인이 될 수 있다.

앞의 예는 공직자가 직면한 어떤 상황과 그 상황으로 야기된 특정 결과의 두 국면으로 나누어 볼 수 있다. 상세한 설명은 아래에서 하겠지만, 이 두 국면은 적어도 법학의 관점에서 달리 표현되고 법리적으로 달리 평가되어야 한다. 그렇게 할 때 이해충돌 규제가 왜 필요한지 그 필요성과 이해충돌 규범의 예방적 규범으로서의 특성을 온전하게 이해할 수 있게 된다. 본 항에서는 이러한 이해를 돕기 위한 전제로써, 이해충돌의 개념을 검토하고 이 개념 정립이 왜 필요한지를 간략하게 설명해 본다. 아울러 이러한 개념 정립을 통하여 이해충돌 규범의 본질적 특성에 대한 제2장 이후의 논의 전개를 위한 주춧돌을 놓고자 한다.

2. 의의

(1) 이해충돌과 부패의 구별

위의 '1. 도입'에서 제시된 두 가지 예에 의하면, 해당 공직자는 직무를 수

행하는 데 있어(예시에서 종합편성채널 재승인 의결이나 특정 사업에 대한 인허가), 사적인 이해관계가 있는 자가 관여된 직무상 의사결정을 내려야 하는 상황에 직면한다(①). 이후 해당 공직자는 특정한 대가(예시에서 아들의 취업이나 공직 퇴직 후 취업)를 받고 사적인 이해관계자에게 유리한 의사결정을 내렸다(②). ①은 공직자가 직무상 의사결정을 내리기 전 단계로, 공직자는 공·사익이 충돌하는 갈등 상황에 놓일 뿐이다. ① 자체는 사회적으로 해악을 끼치는 결과가 존재하지 않는다. 그뿐만 아니라 ①의 상황은 공직자가 의도하여 발생할 수 있지만, 공직자의 의도와 상관없이 발생할 수도 있다. 따라서 ①의 단계에서 공직자가 악(mălum)하다는 평가는 타당하지 않다. 반면, ②의 국면에서 공익과 사익 사이의 갈등 상황은 이미 사라진다. ②의 단계에서는 공직자의 사익 추구행위로 인하여 사회적으로 해악을 끼치는 결과가 발생한다. 이것은 공직자의 의도로 초래된 결과이며, 이 단계에 이르면 공직자에게 악하다고 평가할 수 있게 된다.

위에서 ①은 '이해충돌'로 ②는 '부패'로 대치가 가능하다. ②의 결과는 반드시 ①과 결부되지 않고도 나타날 수 있고,[206] 그 자체가 위법하므로(mălum in se[207]) 규범을 통해 규제할 필요성이 매우 높다. 반면, ①은 그 자체만으로는 유해하지 않으므로 반드시 규제가 예정되어 있지는 않다. 다만 ①은 ②의 발생 가능성을 높이고 ①의 상황에서 ②가 발생하지 않는다고 하더라도, 그 외관에서 오는 공정성에 대한 의심은 규제의 필요성을 요구한다. 따라서 공직자에게 ①의 상황이 발생하지 않도록 특정한 행위를 요구하거나, ①이 발생한 경우, ②로 나아가지 않도록 특정한 행위를 요구하고 이를 준수하지 않은 경우, 제재를 가하게 되는 것이다(mălum in prohibitum[208]). 결국

206) 이것은 부패의 정의를 어떻게 내리느냐에 따라 달라질 수 있지만, 적어도 부패의 개념을 공직자에 의하여 행하여지는 일체의 불법·부당행위로서 비윤리적 행위로 보는 광의의 개념에 따르면, 부패는 반드시 이해충돌과 결부될 필요가 없다. 학문적으로 시도된 부패의 개념을 상세히 설명하고 있는 논문으로는, 박재윤, 앞의 논문(주 13), 246-249면 참조.

207) 형사법에서 자연범(自然犯)을 의미한다. Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 266. 참조.

208) 형사법에서 법정범(法定犯)을 의미한다.

①과 ②는 법적인 평가와 이에 대한 규제의 논리적 접근법이 달라야 한다고 볼 수 있다.[209]

개념상의 혼동은 통상 부패(②)가 이해충돌(①)과 동반하여 나타나는 경우가 많기 때문이다. 이러한 경우에 사회적으로 지탄받아야 할 부패(②)라는 결과가 이해충돌(①)이라는 상황 때문에 발생하였다고 받아들이게 되고 이해충돌과 부패를 뭉뚱그려 '이해충돌' 또는 '이해충돌이 발생했다'라고 표현하는 것이다. 역사적으로 보면 이해충돌의 개념은 다양하게 정의되었는데,[210] 이해충돌을 개념상으로 혼동하는 대부분의 사례는 이해충돌 안에 이해충돌로 야기된 부패도 포함하여 바라보는 일부 시각에서 기인한다. 이러한 시각은 현재에도 여전히 존재하고 있는데,[211] 이러한 시각으로 인하여 이해충돌로 야기된 부패라는 결과에 집중하게 만듦으로써, 이해충돌을 억지가 필요한 그 어떤 부정적인 대상으로 오인하게끔 한다.[212]

(2) 개념

위에서 살펴보았듯 적어도 법학의 관점, 특히 규범을 통한 규제의 관점에

---

209) 형사범(자연범)과 행정범(법정범)의 구별과 그에 관한 합헌성 검토에 대한 접근방법의 차이와 관련하여서는, 박정훈, 앞의 책(주 86), 330-331면 참조; 한편, 이해충돌 규제가 대부분 법정범에 해당함을 전제로, 그 한계점으로 규범의 실효성, 과도한 형사처벌, 형식적인 집행의 문제 등이 나타날 수 있음을 지적하는 견해로는 박재윤, 앞의 논문(주 13), 264면 참조. 특히, 해당 논문 267면은 퇴직공직자의 취업제한 제도의 위반행위와 관련하여 법정범에 대한 자연범에 준하는 형사처벌에 대한 우려를 지적한다. 이와 관련한 상세한 내용은 본 논문 제4장에서 설명한다.

210) OECD, 앞의 책(주 57), p. 24는 이해충돌 개념을 정립하는 문제는 매우 다양한 접근법들이 시도된 오래된 논쟁이라고 보고 있다.

211) 규범으로는 캐나다의 「이해충돌법」과 문헌으로는 United Nation, "United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Anti-corruption Toolkit", p. 16.이 대표적이다. 관련 내용은 아래 '3. 법제 비교' 참조.

212) 그러나 Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 28은 이해충돌 그 자체는 사회적으로 해를 끼치지 않는다고 본다.

서 부패와 이해충돌은 구분되어야 하는 개념이다. 부패는 국가 또는 국제기구마다 달리 규정할 수밖에 없고, 한 국가 내에서 규율 목적에 따라 정의가 달라질 수 있어 그 개념을 명확히 정의하는 것은 매우 어려운 일에 해당한다.[213] 다만 행정법학에서 논해지고 있는 부패의 정의는 가늠해볼 수 있는데, 통상 공직자의 직무 의무의 위반으로서 공익을 침해하거나 사익을 추구하는 일체의 행위라고 정의되고 있다.[214] 한편, 부패의 정의와 관련하여 한국 실정법으로는 「부패방지권익위법」이 거의 유일하게 정의를 내리고 있다.[215] 해당 법률의 정의 규정에 따르면, 부패를 모두 공직자의 특정 행위나 그로 인한 결과로 정의하고 있음을 알 수 있다. 학문적 시각에서나 규범적 시각 모두 부패는 공직자의 의도가 개입된 행위로 초래된 결과에 해당함을 확인할 수 있다.[216]

반면, 이해충돌은 공직자의 특정한 행위나 그로 인하여 초래된 어떠한 결과가 아니다. 이해충돌은 공직자가 일정한 시점에 직면하게 되는 특정한 갈등상황을 의미한다. 경제협력개발기구[217](Organization for Economic Cooperation

---

213) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 246면 참조. 같은 논문 267조는 부패는 공익과 사익의 형량적 요소를 내포하는 문제 발견적 개념으로 추상성의 한계를 가지고 있다고 설명한다. 한편, 박정훈, 앞의 논문(주 6), 88면은 부패의 개념이 직책, 시장, 공익 세 가지 중 어느 것을 중점으로 정의하느냐에 따라 뉘앙스가 달라진다고 한다.

214) 최계영, 앞의 논문(주 35), 286면; 박재윤, 앞의 논문(주 13), 248면에서 소개하고 있는 협의의 부패 개념에 해당한다.

215) 해당 법률에 의하면 부패행위는 ① 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, ② 공공기관의 예산사용, 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위, ③ 가목과 나목에 따른 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위로 구분된다(「부패방지권익위법」 제2조 제4호). 이러한 정의개념 중 ②의 부패행위의 축소해석 필요성에 대해서는, 박재윤, 앞의 논문(주 13), 250면 참조.

216) 최계영, 앞의 논문(주 35), 287면 참조; Peters, “Conflict of interest as a cross-cutting problem of governance”, Peters/Handschin(ed.), Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance, Cambridge, 2012, p. 13.

and Development)는 모든 공직자가 시민의 자격으로부터 나오는 정당한 이익(이해관계)을 가지므로, 이해충돌의 개념이 명확히 정의된 후 관리 되어야 한다는 전제하에,[218] 이해충돌을 정의하고 있다.

> 공직자의 공적인 의무(public duty)와 공직자가 보유하는 사적 지위에서의 이익(private-capacity interests) 사이의 충돌로서, 공직자가 공적 의무 및 책임의 수행에 부당하게 영향을 미칠 수 있는 사적 지위에서의 이익을 보유하는 경우를 말한다. … 이러한 상황(situation)은 현재 발생한 것일 수도 있고, (시간이 지나) 과거에 어느 시점에 이해충돌이 있었다는 사실이 발견되는 경우일 수도 있다.[219]

OECD의 위의 정의에서 주목할 점은 이해충돌을 특정한 시점에 공직자가 직면한 상황으로 인식하고 있다는 점이다. 이 정의에 의하면, 공직자는 공적인 직무와 사적인 이해관계 사이에 갈등이 발생한 시점부터 의사결정을 내리는 시점까지 이해충돌 상황에 놓이게 된다. 만일 공직자가 직무를 수행하는 데 있어 사익과 타협하는 특정한 의사결정을 내렸다면, 그 후 발생한 공익이 훼손된 결과에 대해서 부정행위(misconduct), 권리남용(abuse of office), 부패(corruption) 등의 개념을 사용할 수는 있어도, 이 단계에서 이해충돌이

---

217) 현재 경제협력개발기구 회원국은 호주, 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 칠레, 콜롬비아, 코스타리카, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 이스라엘, 이탈리아, 일본, 대한민국, 라트비아, 리투아니아, 룩셈부르크, 멕시코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인, 스웨덴, 스위스, 터키, 영국, 미국, 총 38개국이다(OECD 홈페이지, https://www.oecd.org/about/, 2022. 10. 10. 방문). 이하 필요에 따라 OECD로 약칭한다.

218) 이하 정의 내리고 있는 '이해충돌'을 OECD는 '실제적(actual) 이해충돌'이라고 설명한다. 그러면서, 공직자의 사적인 이해관계가 자신의 공무수행에 부적절하게 영향을 미치는 것처럼 보이지만, 실제로는 부적절한 영향을 미치지는 않는 '외견적(apparent) 이해충돌' 또는 공직자가 미래에 충돌하는 직무를 수행하게 될 경우, 이해충돌이 발생 될 수 있는 '잠재적(potential) 이해충돌'과는 구별되는 개념이라고 한다. OECD, 같은 지침(주 57), pp. 24-25. 참조.

219) OECD, 앞의 책(주 57), p 24.

라는 용어의 사용은 적절하지 않다.[220] 즉, 공직자가 의사결정을 내린 이후에는 이해충돌은 현재 개념이 아니라 과거의 개념이 되는 것이며, 어느 시점에 그러한 상황이 있었다는 확인의 단계로 넘어가게 된다. 그러므로 공직자가 사익을 추구하는 특정 의사결정을 내려, 궁극적으로 공익에 어떠한 결과를 끼쳤는지는, 이해충돌 발생 여부를 결정하는 핵심적인 요소가 아니다. 설령 사익을 추구한 공직자의 어떠한 의사결정이 역설적으로 공익에 일부 기여하고 있는 측면이 존재한다고 하더라도,[221] 즉 결과적으로 공익과 사익 사이에 충돌이 없는 외관을 띤다고 하더라도 이해충돌이 존재하였다는 사실에는 어떠한 영향을 미치지 못하게 된다.

이러한 OECD의 이해충돌에 대한 정의는, 이해충돌이 부패와 구별되는 개념임을 다시 한번 확인시켜 준다.[222] 부패가 인류 역사를 통틀어 직면하는 사회적 병리학적 현상으로 볼 수 있다면,[223] 이해충돌은 사회 병리적 징후나

---

220) OECD, 앞의 책(주 57), p 25 참조.

221) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 4는 공익적 결과와 사익적 결과가 항상 불일치하는 것은 아니라고 지적한다. Rose-Ackerman은 기업가가 시장(市長)이 되었을 때, 계약조건의 변경, 경쟁제한, 가격조정을 통한 과다한 세금 지출 등의 공익 훼손의 발생 개연성이 훨씬 높지만, 반드시 그러한 것은 아니며, 사익과 시(市)의 이익이 일치할 수 있는 경우가 발생할 가능성은 있다고 한다. 이러한 경우는 매우 드문 일이겠지만, Rose-Ackerman의 생각을 반영한 간단한 사례를 들어본다. 가령 지방자치단체의 건설공사 수의계약을 담당하는 공직자가, 지방자치단체가 자신이 대주주로 있는 건설회사와 다른 회사에 비하여 낮은 단가로 수의계약을 체결하도록 하였다고 가정해 보면, 공사 수주로 인한 매출액과 영업이익 증가에 따른 주가 상승에 따라 얻을 수 있는 사익과 낮은 단가에 따른 지방자치단체의 비용 절감을 통해 얻을 수 있는 일부 공익 실현의 결과가 동시에 발생할 수 있다. 불공정에 대한 산정할 수 없는 정성적 공익 침해의 결과를 배제한다면, 일부 정량적으로 측정이 가능한 공익이 사익 추구의 결과와 항상 배치되는 것은 아니다. 본문의 내용은 사익 추구의 결과는 일부 공익적 결과와 일치할 수도 있지만, 이러한 결과가 이해충돌 발생 사실에는 영향을 미치지 못한다는 취지이다.

222) OECD의 정의는 OECD 회원국뿐 아니라 세계 여러 국가가 이해충돌 개념을 정립하고 이론을 세우는 데 준거를 제공하게 된다.

223) 김용섭, 앞의 논문(주 15), 201면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 89면 참조. 한편, 박재윤, 앞의 논문(주 13), 249면은 부패가 구조적이고 시스템적인 경우, 보다

증상으로 보기는 힘든 개념이며, 그 자체는 가치중립적인 하나의 자연스러운 현상(naturally occurring phenomena)이나 상황(situation)에 가깝다고 볼 수 있다.[224] 그리고 이러한 인식은 이해충돌을 이해하고 그 규제의 방법을 선택하는 데 있어 매우 중요한 출발점이기도 하다.[225] 그러므로 적어도 법학의 관점에서 이해충돌과 부패 등[226] 이해충돌로 야기되는 결과는 명확히 구분되어야 한다.

3. 법제 비교

(1) 쟁점

앞서 2. (2)에서 살펴본 바와 같이, 이해충돌과 그로 인한 결과의 일종인 부패는 엄연히 구분되는 개념이다. OECD가 제시하고 있는 이해충돌의 정의는 학문적으로 규제의 대상으로 이해충돌을 파악하는 하나의 준거가 될 뿐 아니라,[227] 여러 국가의 법제에서 차용하고 있는 개념으로 점차 보편화되는 추세다. 비록 이해충돌의 개념 자체를 정의하고 있는 국가는 많지 않지만, 여러 윤리 규범이나 이해충돌 규범들을 통해 이해충돌이 공직자가 직면한 특정한 상황임을 전제로 다양한 규제 수단을 마련하고 있다.

종합적이고 그 구조적 틀을 변경할 수 있는 행정법적 접근이 필요하다고 본다.

224) Quentin Reed, Sitting on the Fence: Conflict of Interest of Interest and How to Regulate Them, Bergen: U4 Anticorruption Resource Center, 2008, p. 7.

225) 그 이유에 대해서는 제2장에서 구체적으로 살펴본다.

226) 부패의 범위를 어디까지로 보느냐에 따라 이해충돌이 야기한 결과에 대한 평가가 달라질 수 있어 '부패 등'이라고 표현한다.

227) 박을미, "공직자 이해충돌 규제 위반행위의 사법적 효력", 서울대학교, 2018, 9면; 박홍식, 앞의 논문(주 50), 241면; 이유봉, 앞의 글(주 50), 4면; 최계영, 앞의 논문(주 35), 285-286면; 허찬무, 앞의 논문(주 50), 3면; Giovanni Guzzetta, "Legal Standards and Ethical Norms: Defining the Limits of Conflicts Regulations", Trost/Gash(ed.), Conflict of Interest and Public Life-Cross-National Perspectives, Cambridge University Press, 2008, p.23.

3.에서는 이해충돌에 대해 정의 규정을 마련하고 있는 몇몇 국가들의 법제를 소개하고자 한다. 이들 국가 중에는 OECD가 제시하고 있는 정의와 유사한 개념을 차용하여 법제화한 국가가 있는가 하면, 여전히 이해충돌의 개념에 공직자의 특정 비위행위, 즉 이해충돌로 야기된 특정 행위나 결과까지 염두에 두고 정의하는 국가도 존재한다. 이를 토대로 마지막으로 한국 법제를 살펴본다. 이해충돌 정의에 대한 개별 국가의 인식이 보편화되는 추세이므로 이에 대한 비교법적 고찰의 필요성은 크지 않을 것으로 판단된다. 따라서 한국 법제에서 정의하고 있는 이해충돌에 대해 간단한 평가를 내리는 수준에서 'Ⅳ. 3. 법제 비교'에 대한 설명을 갈무리한다.

(2) 외국의 법제

이해충돌의 규제를 위한 규범을 제정하고, 해당 규범 안에 이해충돌 정의 규정을 마련한 국가가 있다.[228] 프랑스는 2013년 공적영역의 이해충돌 규제를 주된 목적으로 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」을 제정하였다. 해당 법률은 이해충돌을 '공직자가 공정하고 독립적인 임무 수행과 활동을 하는 데 영향을 미칠 것으로 보이는 공익과 공익 또는 공익과 사익 사이에 충돌(d'interférence)이 생기는 상황(situation)'이라고 정의한다.[229] 다른 국가에서 찾기 힘든 프랑스의 특색은 공익과 공익 사이의 충돌 상황도 이해충돌로 포함하는 점이나,[230] 기본적으로 공직자가 직면하는 특정한 상황을 이해충돌로

228) 해당 국가 중에는 OECD가 지침을 통해 이해충돌에 대한 개념을 제시하기 전에 잘못된 이해충돌 개념을 사용하다가 새로이 개념을 정립한 체코 같은 국가도 있다.

229) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제2조 참조. 원문은 다음과 같다. Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

230) 이는 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」의 제정을 촉발한 카위작 사건 때문으로 보인다. 카위작 사건에 대한 설명으로는 각주 383 참조.

정의하고 있음은 OECD의 개념과 다르지 않다.

라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」(Par interešu konflikta novēršanu valsts amatpersonu darbībā)은 이해충돌(interešu konflikta)을 '공직자가 본인, 친족, 직무상대방의 개인적·재정적 이익에 영향을 미칠 수 있는 정책 결정이나 참여, 그 밖의 행위를 할 때 발생하는 상황(situācija)'으로 정의한다.[231] 에스토니아 「부패방지법」(Korruptsioonivastane seadus) 또한 이해충돌(Huvide konflikt)을 '공직자가 직무수행 과정에서 자신, 친족, 인척, 법인을 포함한 제3자의 경제적 이익에 현저하게 영향을 미치는 정책 결정을 내리거나 참여하는 경우 발생하는 것'이라고 정의하고 있다.[232]

체코는 1992년 제정된 「공익 보호 방안에 관한 국무위원회법」[233](Zákon České národní rady o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmú)에서 이해충돌(střet zájmú)을 '공직자가 직무의 공정성에 대한 신뢰를 위협하거나 본인, 이해관계인의 부당한 이익을 얻기 위하여 자신의 지위를 남용하는 작위 또는 부작위'[234]라고 정의하고 있었다.[235] 그러다가 2006년에

231) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제1조 제5항. 원문은 다음과 같다. situācija, kurā valsts amatpersonai, pildot valsts amatpersonas amata pienākumus, jāpieņem lēmums vai jāpiedalās lēmuma pieņemšanā, vai jāveic citas ar valsts amatpersonas amatu saistītas darbības, kas ietekmē vai var ietekmēt šīs valsts amatpersonas, tās radinieku vai darījumu partneru personiskās vai mantiskās intereses.

232) 「부패방지법」 제25조 제1항. 원문은 다음과 같다. Huvide konfliktiga on tegemist juhul, kui ametiisik peab tegema oma töö- või teenistuskohustuste raames otsuse või osalema sellise otsuse tegemises, mis oluliselt mõjutab tema enda, tema lähisugulaste või -hõimlaste või juriidiliste isikute majandushuve. 에스토니아는 '상황'(olukord)이라는 개념을 직접 사용하지는 않지만, 가정법적 법문(on tegemist juhul, kui)을 통하여, 공직자가 의사결정을 내리기 전 특정한 상황에서 이해충돌이 발생함을 분명히 밝히고 있다.

233) 이 법률은 하원의원, 상원의원, 내각구성원, 내각구성원이 아닌 중앙행정기관의 장을 수범자로 하여 소득(제6조), 부동산(제7조) 등 재산신고, 활동신고(제5조), 겸직금지(제12a조) 의무를 규정하고 있다.

234) 원문은 다음과 같다. Střetem veřejného zájmu se zájmem osobním se rozumí takové jednání, popřípadě opomenutí veřejného funkcionáře, které ohrožuje

「이해충돌법」이 제정되는데 해당 법률에는 이해충돌의 정의 규정을 별도로 두고 있지는 않았다. 다만 법률의 제2장에서 이해충돌을 제목으로 하는 별도의 장을 마련하고, '공직자가 직무의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 사익 추구행위를 자제할'[236]것을 요구함으로써(제3조 제1항) 이해충돌이 공직자의 직무상 의사결정을 내리기 전 단계에서 발생하는 특정한 상황임을 전제로 하고 있다.[237]

위의 개별 국가가 정의 규정을 마련하여 이해충돌이 공직자가 직면하고 있는 특정한 상황에 해당함을 분명히 하는 것과는 달리 공직자의 비위행위나 그 결과까지 염두에 두고 정의하는 법제도 여전히 존재한다. 예를 들면, 2006년 제정된 캐나다 「이해충돌법」(Conflict of Interest Act)은 이해충돌을 '공직자가 공적인 권한, 임무, 기능을 본인, 친척, 친구, 제3자의 사익을 제공하기 위하여 행사하는 경우(… when he or she exercises …)'라고 정의한다.[238] 해당 정의에 의하면 이해충돌은 공직자가 부정한 의사결정을 행사할

---

důvěru v jeho nestrannost nebo při němž veřejný funkcionář zneužívá svého postavení k získání neoprávněného prospěchu pro sebe nebo jinou fyzickou či právnickou osobu.

235) 「공익 보호 방안에 관한 국무위원회법」 제1조 제2항. 이 정의 조항은 이해충돌을 공직자의 부정한 행위, 즉 작위(jednání)나 부작위(opomenutí)로 규정함으로써 이해충돌을 거의 부패와 가까운 개념으로 보았다. 해당 정의 규정은 2006년까지 이어 오다가 2006년 12월 31일 새로이 「이해충돌법」(Zákon o střetu zájmů)이 제정됨에 따라, 「공익 보호 방안에 관한 국무위원회법」이 폐지됨으로써 결국 폐기된다.

236) 원문은 다음과 같다. Veřejný funkcionář je povinen zdržet se každého jednání, při kterém mohou jeho osobní zájmy ovlivnit výkon jeho funkce. 제1항뿐만 아니라 제2항, 제3항도 공직자가 의사결정 과정에서 사익을 추구하면 안 된다고 규정하거나 공익을 위험에 빠트리면 안 된다고 하고 있어, 이해충돌이 상황에 해당함을 전제로 한다는 것을 확인할 수 있다.

237) 체코의 2022. 1. 7. 개정 「이해충돌법」 제3조 참조. 체코 법제의 이러한 인식은 현재까지도 이어지고 있다.

238) 「이해충돌법」 제4조. 원문은 다음과 같다. 'For the purposes of this Act, a public office holder is in a conflict of interest when he or she exercises an official power, duty or function that provides an opportunity to further his or her private interests or those of his or her relatives or friends or to

때 발생한다고 볼 수 있는데 이해충돌을 공직자가 처한 상황이 아닌 공직자의 특정 행위나 결과도 포함하여 고려하고 있는 것으로 보인다.[239] 캐나다의 정의 규정은 현재까지도 이어지고 있는데, 이해충돌을 그로 인한 결과, 즉 부패와 혼동하고 있는 이례적인 입법례라고 볼 수 있다.[240]

(3) 한국의 법제

한국에서 이해충돌 규제를 위한 목적으로 제정된 최초의 법률은「공직자윤리법」이다. 1981년 제정 당시 해당 법률에는 '이해', '충돌', '이해충돌' 등의 개념 자체가 아예 존재하지 않는다. 그러다가 2005년 5월 18일 개정「공직자윤리법」에서 이해충돌 방지의무 조항(제2조의2)을 신설함으로써, 최초로 이해충돌이라는 개념이 등장한다. 다만, 해당 조항을 새롭게 마련하였음에도 불구하고 별도의 정의 규정은 마련하지 않았다. 그러다가, 2011년 7월 29일 개정「공직자윤리법」제1조 목적 조항에서 해당 법률의 목적이 공익과 사익 사이의 이해충돌 방지에 있음을 분명히 하였으나 역시 이해충돌에 대한 정의 규정은 별도로 마련하지 못하였다.

---

improperly further another person's private interests.' 캐나다「이해충돌법」이 이해충돌의 개념을 이와 같이 정의하고 있다는 것이, 규범 안에 담겨 있는 구체적인 제도들이 다른 국가와 특별하게 다르다는 것을 의미하지는 않는다. 즉, 해당 법률에서 규정하고 있는 재산매각(제17조, 제21조), 재산신고(제22조), 직무회피(제6조, 제21조) 등의 제도들은 이해충돌 규제를 목적으로 한 다른 국가들과 비슷한 규제내용들이다.

239) 그러나 이해충돌이 발생하였다는 사실 자체는 의사결정의 행사 여부에 따라 결정되는 것이 아님은 앞서 살펴보았다.

240) 법령은 아니나 국제기구의 문헌에서도 이러한 이례적인 사례가 발견된다. 예컨대, 'United Nations, "The Global Programme Against Corruption – anti-corruption toolkit", p. 16에서 UN은 "뇌물을 수령 하는 것은 이해충돌을 발생시킨다(The acceptance of a bribe creates such a conflict of interest)"고 표현하는데, 이는 이해충돌과 부패의 개념을 혼동하여 표현하고 있는 대표적 문헌 사례로 평가받고 있다. 관련 내용은 Quentin Reed, 앞의 논문(주 224), p. 8. 참조.

그러다가 2021년 5월 18일 「공직자의 이해충돌 방지법」이 제정됨으로 인하여 최초로 이해충돌의 정의 규정을 마련하게 된다. 해당 법률은 이해충돌을 “공직자가 직무를 수행할 때에 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황”이라고 정의하고 있다(제2조 제4호). 이 정의 규정은 이해충돌이 공직자가 직무수행 과정에서 직면하는, 즉 의사결정을 내리기 전 특정한 상황에 해당함을 분명히 하고 있어 OECD를 비롯한 세계 여러 국가들의 보편적 인식에 동참하고 있다. 「공직자 이해충돌 방지법」은 이해충돌을 이해충돌 이후의 결과(부패)와 혼동하지 않고 비교적 적확한 개념을 정립했다고 볼 수 있다. 이러한 이해충돌 정의는 제2장 이하에서 살펴볼 이해충돌 규범의 목적과 특징을 이해하고 한국의 입법 개선 방향을 수립함에 있어 올바른 방향을 제시할 초석을 놓았다는 점에서 긍정적인 평가가 가능할 것이다.

4. 소결

사람들은 이해충돌을 반드시 규제해야 할 어떠한 부정적인 대상으로 오인한다. 이러한 시각의 근본 원인은 이해충돌과 결부되어 나타나는 공직자의 특정 행위나 결과가 대부분 부정적인 것이기 때문이다. 그러나 이해충돌은 부패와 같은 병리학적 징후나 증상이 아니며, 단지 특정한 상황일 뿐이다.

지금까지 부패와 구별되는 이해충돌의 정의와 각국의 법제에서 이해충돌을 어떻게 정의하고 있는지를 살펴봄으로써, 이해충돌이 공직자가 의사결정을 내리기 전 직면하는 특정 상황에 해당함을 확인하였다. 이해충돌을 그로 인한 결과와 함께 바라보는 시각은 이해충돌 규제를 위한 입법 정책적 방향을 어렵게 만드는 요소이다. 법학의 관점에서 이해충돌과 그로 인한 결과에 대한 접근은 달라야 한다. 이해충돌은 반드시 규제가 예정되어 있지 않으며, 강한 제재 주도의 정책 수립이 반드시 필요한 영역은 아니다. 이하 ‘제3절 이해충돌 규제의 목적’에서 좀 더 상세한 설명을 이어 나간다.

제3절 이해충돌 규제의 목적

I. 도입

제1절에서는 이해충돌의 주요 요소인, '사익', '공익', '공직자', '이해충돌'의 개념에 대해서 살펴보았다. 제1절 Ⅳ. 2.에서 살펴본 바와 같이, 이해충돌을 자연스러운 하나의 현상이나 상황으로 이해한다면, 굳이 그러한 현상이나 상황에 대해서 규제할 필요성이 존재하는지 의문이 든다. 그러나 세계은행(World Bank), 경제협력개발기구(OECD), 국제연합(UN) 등과 같은 국제기관이나 국제기구들은 지속하여 개별 국가들을 위한 이해충돌 규제 시스템 구축을 위한 안내와 모범적인 사례들을 제시해 주고 있다.[241] 그리고 실제 여러 개별 국가들은 이러한 사례를 모범으로 하여 이해충돌 규제 입법을 시도하고 있으며, 이는 한국도 마찬가지이다.

그렇다면, 이해충돌을 규제하는 이유는 무엇인가? 본 절의 주제는 이해충돌 규제의 목적에 대해서 논의한다. 이를 위하여 이해충돌과 부패와의 관계에 대해서 살펴보고, 이해충돌 규제가 부패의 예방에 어떠한 기여를 하고 있는지, 그리고 목적 실현을 위한 수단으로 이해충돌 규제가 가진 몇 가지 특징들을 살펴보고자 한다.

---

241) 이러한 국제기관이나 국제기구들은 회원국이나 개별 국가의 이해충돌 규제 시스템 구축을 위한 각종 문헌과 정기적인 보고서를 발간하고 있다. 대표적으로는 OECD, 앞의 책(주 57); World Bank, OECD, UNODC, "Preventing and Managing Conflicts of Interest in the Public Sector: GOOD PRACTICES GUIDE" - Prepared at the request of the G20 Anticorruption Working Group by the World Bank, OECD and UNODC, 2020. 7.; UN, "Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption", 2018. 등의 문헌이 있다.

II. 목적

1. 부패 예방

현대 법치주의 아래에서는 어려운 일이지만, 자연범은 행위 자체가 내포하는 반사회성으로 인하여 제정법 없이 처벌이 가능한 범죄이다.[242] 자연범이 제정법을 떠나 처벌이 가능하였던 이유는 반사회적인 행위나 결과를 통해 충분히 범죄자의 범의(mens rea)를 추단할 수 있고,[243] 범의를 통한 행위반가치는 범죄자가 악하다는 평가와 함께 처벌을 요구하였기 때문이다. 그런데 자연범이 야기한 훼손된 손해나 공적 가치가 너무 큰 경우라면, 자연범에 대한 형사법적 접근만으로 불충분하여 이를 예방하기 위한 다른 공법적 장치가 필요하게 된다. 이 경우 자연범이 범죄로 나아가기 전 놓이게 되는 공통된 특정 상황에 주목하게 되고, 국가는 그 상황을 통제하기 위한 새로운 규범을 제정할 필요성을 느끼게 된다. 즉, 국가는 자연범의 발생을 억지하기 위하여(행정 목적) 제정법을 통해 새로운 의무를 부과하고 그 의무 위반행위에 대하여, 처벌할 수 있는 법정범을 제정할 수 있는 것이다.[244] 따라서 자연범과 법정범은 상대적·유동적이지만 실질적인 차이가 존재하며, 통상 전자는 형사법적 통제 대상, 후자는 행정법적 통제의 대상이라고 볼 수 있다.[245]

공직자의 부패행위는 행위 자체에 반윤리성·반사회성을 내포하는 일종의 자연범에 가깝다. 개별 국가에서 부패행위(범죄)는 그 반사회성으로 인하여 일반적으로 일반형법전에서 규율하거나, 행정법적 통제가 필요한 경우에도 행정형벌로 비교적 엄하게 그 책임을 묻는다. 형벌을 통한 엄격한 처벌은 위하력을 통한 부패 발생의 억지에 도움이 될 수 있겠으나 이는 범죄 발생 이

242) 박정훈, 앞의 책(주 86), 330면 참조.
243) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 22면은 살인 행위와 절도 행위로부터 범죄자의 범의를 인지하는 것이 가능하다고 보지만, 단순히 이해충돌 규범의 위반 행위만으로는 범죄자의 범의를 인지하는 것이 거의 불가능하다고 본다.
244) 박정훈, 앞의 책(주 86), 330면 참조.
245) 박정훈, 앞의 책(주 86), 330면; 박재윤, 앞의 논문(주 13), 269면 참조.

후의 사후적 대책일 뿐이다. 부패 발생으로 인한 사회적(공적)인 유·무형 가치의 훼손은 돌이킬 수 없고, 회복될 수 있다 하더라도 상당한 노력과 시간이 소요된다. 그러므로 부패 발생 전, 아예 부패가 발생하지 않도록 예방을 위한 대책이 필요하다. 이러한 이유로 부패 발생의 공통된 원인이나 요소를 찾아내고, 그 원인이나 요소에 대한 새로운 통제 필요성(행정 목적)이 촉구된다.

이해충돌은 부패 발생의 대표적인 공통된 요소(원인) 중의 하나이다. 모든 부패가 이해충돌을 전제하고 있지는 않지만, 많은 부패가 공·사익의 충돌상황에서 발생한다. 즉, 이해충돌은 부패의 움을 틔우는 비옥한 토양과 같은 것으로, 자연범으로서의 공직자의 범의는 이곳에서 출발한다. 그러므로 부패 발생의 예방을 위해서, 공직자에게 놓인 특별한 상황인 이해충돌의 규제(통제)가 필요하다. 결국, 부패의 대표적인 징표에 해당하는 이해충돌 규제의 일차적인 목적은 공직자의 부패를 사전에 예방하는 데 있다고 볼 수 있다.[246]

2. 공공성의 확보

이해충돌을 공직자를 비난할 수 없는 가치중립적 상황이라고 본다면, 이러한 상황에서 비록 공직자가 부패를 범하겠다는 내심의 의사, 즉 범의가 형성되었다 하더라도 자연범으로 처벌할 수는 없다. 범의는 공직자의 행위나 행위로 인한 결과 등 외부로 드러난 징표를 통해 추단을 할 수 있는 것이지, 이해충돌(상황)만으로 공직자의 내심에 있는 주관적 상태를 추단할 수는 없기 때문이다.[247] 이 점이 이해충돌 규제의 딜레마이자 독특한 특성인데, 이해충돌 규제는 이해충돌 상황에서 공직자에게 자연범으로서 범의가 있거나 적어도 범의 발생의 개연성이 있다는 전제에서 출발한다. 그러므로 자연범의 범의를 가진 공직자뿐 아니라 범의를 갖지 않는 불특정 다수의 공직자 또한

246) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 263-264면 참조.
247) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 22.

무차별적인 규제의 수범자가 되어버린다.

부패의 범의를 갖지 않는 다수의 공직자도 직접적인 수범자가 된다는 점은 어떻게 정당화될 수 있을까? 이에 대한 대답이 이해충돌 규제의 두 번째 목적인 '공공성(공정성)'에서 찾을 수 있다. 즉, 부패와 관련이 없는 불특정 다수를 규제하더라도, 이로써 침해되는 이익보다 확보될 수 있는 공공성이 더 크다면, 그 규제는 정당화될 수 있을 것이다. 이익의 형량은 부패가 발생하였을 때 끼치는 사회적 파급효과, 부패가 발생하지 않더라도 이해충돌만으로 발생하는 공정성에 대한 의심과 그에 대한 용인의 정도, 공직사회의 경직성에 따른 복지부동 등 공직자에게 미치는 부정적인 영향 등이 종합적으로 고려될 것이다. 이러한 영역으로 한국의 경우, 가족 채용이나 내부정보 이용에 대한 이해충돌 규제가 대표적이다. 이러한 영역에서는, 이해충돌 규제는 부패 발생 여부나 가능성을 떠나, 그 외관으로부터 오는 공정성의 의심을 제거하는 방법으로 공공성이 확보된다고 볼 수 있다.

III. 특징

1. 예방규범

개별 국가가 부패에 관하여 정책을 수립함에 있어서는 크게 두 가지 접근방식이 있다. 하나는 부패 발생 전에 부패 발생을 막기 위한 예방 차원에서 정책을 수립하는 방식이고 다른 하나는 이미 발생한 부패에 대하여 사후적으로 처벌하는 정책을 수립하는 방식이다.[248]

전자의 방식은 부패영향평가[249]나 각종 감사제도와 같이 부패가 근접해 있지는 않지만, 부패 요소를 사전에 탐색할 목적으로 마련된 정책들과 부패신고제도 및 신고자 보호제도와 같이 공직사회에서 이미 발생할 부패를 외

248) Jean-Bernard Auby, Emmanuel Breen and Thomas Perroud, Corruption and Conflict of Interest, Edward Elgar Publishing Limited, pp. xiv-xv.

249) 「부패방지권익위법」 제28조.

부에서 탐색하도록 보장하고 그 신고과정에서 발생할 위험을 줄여줌으로써 부패 예방의 외부 여건을 형성해 주는 정책들이 있다. 그 밖에 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」같이 공직사회 내부정보를 국민에게 공개하도록 함으로써 부패 발생 요소를 외부에서 감시하도록 하거나, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」같이 행정 조달계약의 투명성을 보장하고 이에 관한 관리·감독 사항을 규정함으로써 부패 발생을 간접적으로 예방하는 장치들도 존재한다.

후자의 방식은 공직자의 부패행위에 관한 행위반가치와 결과반가치에 상응하는 처벌을 가함으로써 공직사회의 주의를 환기하는 방식이다.[250] 공무원 범죄를 규정하고 있는 「형법」, 「형법」상 처벌을 가중하는 다양한 특별법, 비교적 경미한 부패까지 아우르는 「청탁금지법」[251] 등이 여기에 해당한다. 이러한 제도들은 부패로 볼 수 있는 특정 행위를 미리 정하고 이에 대한 형사적·행정적 제재를 가하여 공직사회에 위하력(威嚇力)을 줌으로써 부패 예방에 사후적으로 기여하고 있다. 이러한 방식은 부패의 결과를 보고 부패 요소가 존재하였음을 사후적으로 확인할 뿐이어서 부패가 외부로 드러나기까지 부패 발생 요소를 사전 점검할 방법이 없다는 한계가 있다.

이해충돌 규제는 부패 발생에 수반하는 공직자가 놓인 특정 상황을 포착하여, 당해 상황에서 공직자에게 특정한 행위를 요구하고 이에 불응한 행위에 대한 제재를 가함으로써 주의를 환기하는 사전 예방적 수단, 즉 전자의 방식에 가깝다.[252] 이해충돌 상황에 놓인 공직자를 그대로 두면, 이해충돌에

---

250) 예컨대 「형법」 제129조의 규정은 뇌물죄를 처벌하는 규정으로, 해당 규정은 금품 수수와 공무원의 직무 사이의 관련성을 구성요건으로 규정하고 있다. 해당 직무 관련성은 공무원의 이해충돌 상황이 반영된 법문인데, 이해충돌 상황에서 초래된 수뢰행위에 대하여 처벌함으로써 위하력(威嚇力)으로 이해충돌 상황에 놓인 공무원의 주의를 간접적으로 환기한다.

251) 필자는 「청탁금지법」이 부패 규범에 가깝다고 생각하나 이견이 있을 수 있다.

252) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 21-25 참조. 예컨대 공직자가 사적인 이해관계인으로부터 인허가를 신청받은 때에 해당 공직자가 상급 기관에 신고하도록 하는 경우, 아직 부패는 발생하지 않았으나 예방적 차원에서 공직자에게 주의를 환기할 수 있다.

내포된 부패의 위험이 곧 공직자의 추가적 행위로 실현될 수 있으므로 별도의 통제장치를 마련하여 부패를 예방하는 것이다. 이러한 이유로 이해충돌 규범은 향후 초래할 부패를 예방하기 위한 목적으로 마련된 예방규범으로 평가받고 있다.[253]

다른 부패 예방 정책이 부패 발생의 시간적·내용적 근접 여부를 떠나 마련될 수도 있는 제도적 장치라고 한다면 이해충돌 규제는 목하(目下) 발생할 부패를 포함하여 부패 발생의 시간적 근접성과 내용적 밀접성을 포착하여 규제를 가하는 것이 바람직하다. 그렇지 않으면, 법치주의 체제에서 추구되는 다른 가치와의 충돌을 피하기 어렵다. 이러한 점에서 이해충돌 규제는 여타의 부패 예방 정책보다 법정화된 특정한 행위를 정교하게 채택하고 설계하는 일이 중요한 과제라고 볼 수 있다. 그러나 이해충돌 규제를 위한 이러한 과정은 결코 쉬운 일이 아님을 유념해야 할 것이다.[254]

예방 정책으로서 이해충돌 규범이 정교하게 설계되면 곧 발생할 부패의 결과를 선제적으로 막을 수 있게 된다. 이로써 국민은 부패 발생의 우려로부터 안도감을 느낄 수 있고 동시에 공직사회의 신뢰도도 함께 고양될 것이

---

253) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 28, p. 266은 이를 속도를 제한하는 교통단속규범에 비유한다. 도로에서 속도를 제한하는 규제가 있다고 할 때, 규제의 목적은 과속으로 인한 사고를 예방하기 위한 것이지, 제한속도를 넘는 운전행위 자체를 규제하기 위한 목적이 아니라고 한다. 이러한 규제를 함으로써 사고 발생 가능성을 낮추고 시민들이 안도감을 느끼는 것과 같이, 이해충돌 규범도 부패를 예방하고 시민들에게 안도감을 줄 수 있다고 한다. Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 6은 이해충돌의 규제와 관련하여, 공익과 사익의 양립불가능성을 입증하는 것은 어려운 일에 해당하므로 사후적(ex post)인 처벌보다 사전적(ex ante)인 예방이 중요하다고 강조하고 있다.

254) David Hine, “Conflict-of-Interest Regulation in Its Institutional Context”, Trost/Gash, Conflict of Interest And Public Life, Cambridge University Press, 2008, pp. 214-215. 해당 기준은 국민의 정부에 대한 신뢰, 국가의 규모 등 개별 국가가 처한 정치·경제·사회·문화적 특성에 따라 윤리적 허용을 넘는 최소 허용기준에서 설계될 것이다. 이와 관련된 내용으로는 Messick, “Policy considerations when drafting conflict of interest legislation”, Auby/Breen/Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar(2014), p. 115. 참조.

다.[255]

2. 법정범의 행위규범

미국, 프랑스와 같은 국가들은 이해충돌 규범의 위반행위에 대해서 형사적 제재를 하고 있고 이러한 태도는 한국 법제도 마찬가지이다. 제4장에서 자세히 살펴보겠으나 이해충돌 규범의 위반행위 자체는 반윤리성·반사회성이 크다고 보기는 어려운 일종의 법정범이라고 볼 수 있다. 본 항에는 형사법적 시각에서의 이해충돌 규범의 법정범으로서의 특징을 살펴보고자 한다.

공법에서 수범자의 특정 행위를 법정범으로 보아 규제하고 있는 영역은 넓은데, 통상 위반행위의 반윤리성·반사회성은 크지 않으나 반사회적 행위를 미리 예방하지 않음으로써 초래되는 사회적 폐해가 큰 영역에서 규제가 이루어진다. 이러한 영역은 예방의 중요성에 대한 경각심이 높아짐에 따라 새롭게 규제의 필요성을 인지하는 경우가 있는가 하면,[256] 역사적으로 오래전부터 예방의 필요성을 인지하고 규제하는 영역이 존재한다.[257]

일찍이 공직자의 부패에 대한 규범적 접근법은 포괄적·선언적 내용을 담은 행위 준칙을 통한 공직자의 윤리의식에 기대하는 방식이나[258] 자연범인

---

255) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 28; 최계영, 앞의 논문(주 35), 287-288면 참조.

256) 조약을 포함한 다종의 환경 관련 규범은 비교적 최근에 인식된 영역이라고 볼 수 있다. 한국만 해도 「환경정책기본법」, 「대기환경보전법」, 「물환경보전법」, 「자연환경보전법」, 「토양환경보전법」, 「해양환경관리법」, 「환경보건법」, 「환경영향평가법」 등 많은 환경 규범이 제정되었다. 환경에 관한 관심과 예방의 필요성이 점증함에 따라 역사가 오래되지 않은 최근의 법률들이라고 볼 수 있다.

257) 각종 신고·인허가·특허 제도를 마련하고 규범 내 위반행위에 대한 형사적 제재를 가하는 규범이 이 범주에 포함될 수 있다.

258) 전수일, "공무원의 윤리규범과 행동기준에 관한 연구 – 선물, 접대 및 이익수수의 한도를 중심으로 -", 한국부패학회보 제4권 제1호, 1999, 48면은 이러한 규범을 특정 조직의 목적을 달성하기 위하여 조직의 참여자에게 일정한 행위 실천을 요구하는 일종의 행동규범이라고 한다.

부패행위를 사후에 강하게 형사적으로 처벌하는 일종의 정립된 재판규범에 의존하는 방식이었다. 공직사회의 부패를 통제하는 방식으로서 선언적 내용의 행위 준칙과 재판규범의 극단 사이에, 공직자가 놓인 특정 상황을 통제하려는 시도는 비교적 최근의 일이라고 평가할 수 있다.[259] 그러한 중심에 이해충돌 규범이 존재하는데, 이해충돌 규범은 기존에 공직자의 윤리의식에 기대하거나 형사적으로 강력한 처벌에 의존하던 수단에서 벗어난 부패가 빈번히 발생하는 특정 상황에 대한 새로운 규제 수단으로 볼 수 있다. 이는 종래 윤리의 영역에 놓여있거나 엄격한 법적 규제로 처벌하는 영역 사이의 새로운 법정화된 행위 기준의 경계를 긋는 일이라고 볼 수 있다.[260] 이것은 종래 윤리적 문제로 보아 규범으로 규율하지 않던 이해충돌이라는 넓은 회색지대에 규범이 침투하는 것을 뜻한다고 볼 수 있다.[261]

법정범의 일종으로서 이해충돌 규범은, 이해충돌 영역이 매우 광범위하고[262] 특정 영역에서 위반행위에 대하여 비교적 엄격한 제재가 가해지는 점에서 구성요건이 명확하게 적시되어야 한다. 특히 이해충돌 규범 위반행위 중 형사처벌의 대상인 경우 죄형법정주의나 법률유보의 원칙이 당연히 적용되고 이러한 요구는 지극히 당연하다고 볼 수 있다. 해당 구성요건에는 최소한 공직자로서의 정당한 법적 신분 또는 지위(①), 장래의 이해충돌 발생의 개연성 또는 현재의 이해충돌(②), 공직자가 이행해야 할 의무(③)의 세 가지가 포함되어야 할 것이다.[263] 이 중 ①은 수범자를 정하는 신분상 요건으로 이해충돌 규제영역에 따라 차별적인 접근이 이루어질 수 있다. ②와 ③ 또한 규제영역에 따라 달라 정해질 수 있는 가변적인 요건에 해당한다. 결국 규범

---

259) 2003년 UN 반부패협약 제7조 제4항 및 제8조 제5항과 2003년 OECD의 이해충돌 가이드라인은 회원국에 이해충돌 규제 제도 마련을 권고하는 등 이해충돌 규제를 촉구하고 있다. 박정훈, 앞의 논문(주 6), 86면에서 보는 바와 같이 부패가 인류의 역사와 늘 함께 해온 문제라고 본다면, 이를 예방하기 위한 이해충돌의 관심은 비교적 최근의 일이라고 볼 수 있다.

260) 박주철, 앞의 논문(주 50), 86면.

261) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), 22면.

262) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 6.

263) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 23. 참조.

이 모든 공적영역의 이해충돌을 규제하는 것은 불가능하므로, 부패의 움이 트는 이해충돌 영역을 찾아 ①, ②, ③의 요소를 포함하여 죄형법정주의 원칙에 따라 명확한 구성요건을 마련하여 규제하여야 할 것이다. 이 경우 불특정 다수의 공직사회 전반에 대하여 규제가 이루어질 수 있다는 점에서, 공직사회의 능률을 크게 저해하지 않으면서도 관리·통제가 가능한 방안이 충분히 고려되어야 할 것이다.

IV. 법제의 목적 규정

지금까지 이해충돌 규범의 목적과 특징을 살펴보았다. 이러한 목적과 특성은 그 정도는 다르지만, 국제기구와 세계의 개별 국가에서 보편적으로 나타나는 특성으로 볼 수 있으며, 이는 한국 이해충돌 규범에서도 마찬가지이다. 이해충돌 규범의 특성은 제2장 이해충돌 규제의 방법, 제3장 규제의 형식, 제4장 실효성 확보 수단에서 자연스럽게 확인이 가능할 것이므로, 이하에서는 목적을 중심으로 한 법제 비교를 통해 관련 내용을 살펴보기로 한다.

1. 외국의 법제

(1) 국제기구

OECD는 이해충돌 규제의 일차적인 목적이 정부나 공공기관의 소속 공직자가 국민을 위하여 청렴하고 공정하게 공익적 직무수행을 하도록 기여하는 데 있음을 밝히고 있다.[264] 즉, 이해충돌로 발생하는 공직자의 정책 결정(공공성)의 훼손과 그로 인한 국민의 정부에 대한 불신의 예방이 이해충돌 규범의 목적임을 분명히 하고 있다. 아울러 OECD는 최근 공적영역에서 이해충돌에 대한 사회적 관심이 점차 집중되고 있으며, 정부를 포함한 공적 기관의 청렴성과 공정한 의사결정을 유지하기 위한 법제화 및 관리 방식이 필요

264) OECD, 앞의 책(주 57), p. 22.

함을 역설하고 있다.[265] 이러한 이유로 OECD는 소속 회원국이 공직자의 청렴성을 통한 정부에 대한 신뢰 제고를 위하여 이해충돌 개념부터 실무적인 제도 정립에 도움을 주고자 노력하고 있다.[266]

OECD의 이러한 인식은 UN이나 세계은행과 같은 다른 국제기구들도 함께 하고 있다. UN은 「2004년 반부패 협약」에서 공적영역에서 공직자의 직무에 대한 투명성(공공성)을 확보하기 위하여 이해충돌 예방 체계를 채택하고 강화할 것을 촉구하고 있으며(제7조 제4항), 부패 척결을 위하여 회원국에 공직자의 청렴성·정직성·책임 의식을 촉구하고 있다(제8조 제1항). 이를 위하여, 공직자의 직무수행과 관련된, 이해충돌이 유발될 수 있는 공무원의 외부 활동, 취업, 투자, 자산, 선물, 수익에 관하여 관련기관에 신고하도록 조치와 시스템을 마련할 것을 권고하고 있다(제8조 제4항).[267] 한편 세계은행도 OECD의 지침과 UN의 반부패 협약을 인용하면서 이해충돌이 공직자의 의사결정의 공공성에 의심을 일으키고 부패에 이르는 예방 차원에서 관리되어야 할 상황임을 공유하고 있다.[268] OECD, UN, World Bank와 같은 국제기구는 이해충돌 규범의 목적이 부패의 예방과 공직자의 직무의 공공성 유지를 통한 정부의 신뢰 확보에 있음을 분명히 하고 있다.

(2) 개별 국가

세계 개별 국가의 법제도 국제기구와 마찬가지로 이해충돌 규제의 주된

---

265) OECD, 앞의 책(주 57), p. 22.는 사적영역에서 기업의 이익과 주주 또는 일반 시민의 이익 사이의 충돌 문제, 회계법인이 회계감사(auditing)와 컨설팅(consulting)을 같은 고객에게 동시에 제공하는 경우 발생하는 이해충돌의 문제 등을 예로 들고 있으며, 공적영역에서는 공직자가 퇴직 이후 관련 기업체나 비정부기관에 취업하는 경우, 규제기관이 감독해야 할 기업체 사이의 유대로 발생하는 이해충돌 문제 등을 예시로 들고 있다.

266) OECD, 앞의 책(주 57), p. 23-24 참조.

267) United Nations Office on Drugs and Crime, UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, 2004, pp. 10-12.

268) World Bank, OECD, UNODC, 앞의 책(주 241), pp. 1-3.

목적이 부패의 예방과 공공성 확보에 있음을 밝히고 있다. 프랑스의 경우 2011년 10월 19일 「공직 활동의 투명성과 이해충돌 방지에 관한 법안」[269] (제3866호)을 마련하였으나 결국 하원에서 부결되는데, 동 법안은 2013년 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제정의 토대가 되었다. 당시 법안을 발의한 의원들[270]은 제안 이유서에서 프랑스 국민의 선출직 공직자에 대한 부패 인식도와 함께 부패가 공직의 신뢰와 효율성을 떨어뜨리고 있음을 비판하고 있다. 그리고 그 원인이 공직자의 재정 투명성이 확보되지 않은 비공개성에 있음을 지적하면서, 공직자의 청렴성을 통한 공공의 신뢰 회복을 위해서 이해충돌 규제가 필요함을 역설한다.[271] 이러한 배경하에 2013년 제정 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 제1조에서 해당 법률이 공직자의 정직성, 청렴성, 공정성을 확보하는 데 있음을 밝히고 있다.

미국은 1974년 리처드 닉슨 대통령의 워터게이트 사건을 계기로, 공직자 직무의 공개를 비롯한 공공성 확보 방안에 관한 격렬한 논쟁이 있었고 이는 이해충돌 규범의 제정으로 이어진다. 우선 「1977년 입법부 재산공개법안」(Legislative Branch Disclosure Act of 1977)에서, 당시 미국 감사원장 엘머 스타츠(Elmer B. Staats)는 하원 윤리특별위원회에서 입법부를 대상으로 한 당해 재산공개 법안이 미국 공직사회의 신뢰성 확보와 효과적인 이해충돌 규제를 위하여 제정된 것임을 설명한다.[272] 해당 법안을 토대로 결국 「정부윤리법」이 제정되는데, 동 법률의 제정으로 재산공개를 통한 공직사회 부패 예방과 공직으로 취득한 정보를 오용하는 행위를 방지하는 근거 법률이 마

---

269) 법안명은 「Proposition de Loi relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts」이다.

270) 발의 하원의원은 François de Rugy, Yves Cochet, Noël Mnmère, Anny Poursinoff 이다.

271) https://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/13/propositions/pion3866/(inde%20x)/propositions-loi/(archives)/index-proposition (2022. 10. 27. 방문) 참조.

272) https://www.gao.gov/products/102501 (2022. 10. 27. 방문), Document Resume, Statement of Elmer B. Staats, Comptroller General of the United States Before The House Select Committee on Ethics on H.R. 7401 – Legislative Branch Disclosure Act of 1977, p. 1. 참조.

련된다. 이 법률은 「윤리개혁법」으로 이어지고 미국의 대표적인 이해충돌 규범으로 현재까지 그 명맥이 유지되고 있다.

프랑스나 미국뿐만 아니라 다른 국가도 유사한 목적 아래에서 이해충돌 규범을 제정하고 있다. 캐나다의 경우 「이해충돌법」, 「상원 강령」, 「하원 강령」의 목적 규정에서 해당 규범이 직무수행의 투명성, 공공성, 신뢰성 또는 공직자의 청렴성 확보에 있음을 규정하고 있다.[273] 영국은 「장관강령」에서 장관에게 공익(selflessness), 청렴(integrity), 객관(objectivity), 책임(accountability), 공개(openness), 정직(honesty), 솔선수범(leadership)의 7가지 의무를 제시하며, 이해충돌 발생 시 이를 공개하고 적절히 조치할 것을 요구하고 있다.[274] 그밖에 라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」, 에스토니아의 「부패방지법」에서도 이해충돌 규제가 부패를 예방하고 공직자에 대한 정보공개를 통한 공공성의 확보에 있음을 확인할 수 있다.[275]

2. 한국의 법제

(1) 역사적 전개 과정

한국은 세계에서 매우 짧은 시간에 민주화와 산업화를 동시에 달성한 국가로 평가받고 있지만 압축된 성장 뒤에 연고주의, 정경유착과 같은 사회적 병폐도 함께 자리하고 있다. 연고주의는 국가의 시스템이 성숙 되지 않은 사회에서 이해관계인 사이에 신뢰 확보 수단으로 활용이 될 수 있으나,[276] 많은 사회적 부작용을 낳는다. 대표적으로 연고주의로 인해 발생하는 각종 부

273) 「이해충돌법」 제3조, 「상원 강령」 제1조, 「하원 강령」 제1조 참조.

274) https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code (2022. 10. 27. 방문), Ministerial Code, Cabinet office, May 2022, ANNEX A 참조.

275) 라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조, 에스토니아의 「부패방지법」 제1조 참조.

276) 권인석, "공공조직에 있어서 협동, 경쟁, 그리고 연고주의", 한국공공관리학보 제25권 제1호, 2011, 제69면은 공공조직에 보편적 규범이 약할수록, 교환망이 불완전할수록, 미래가 불확실할수록 연고에 의존할 가능성이 있다고 한다.

패 문제는 한국 근현대사가 가진 어두운 그늘이라고 볼 수 있다. 특히 한국은 연고주의가 유독 심각한 국가로 이로 촉발되는 이해충돌 문제와 그로부터 발생하는 부패 문제가 무시할 수 없는 수준이며, 이는 현재에 이르기까지도 사회통합을 해치는 가장 주요한 요소라고 볼 수 있다.

한국은 이러한 환경을 타파하기 위하여 공직자의 윤리의식을 고양하기 위한 연성형식의 여러 규범을 제정하였다. 1961년 9월 29일 내각 수반 훈령 제8호로 발령된 「공무원의 윤리강령」, 1969년 12월 2일 발령된 「공무원의 신조」, 1980년 12월 29일 선포된 「공무원 윤리 헌장」, 1981년 11월 시행된 「복무 선서」 등이 대표적이다. 이들 규범은 공무원이 준수해야 할 추상적·선언적 행동 준칙을 제시할 뿐 구체적인 이해충돌 사항을 담지는 않았다.

제3공화국 당시 이해충돌을 규범을 통하여 규제하려는 시도가 있었으나 실패로 돌아갔고,[277] 1981년 공직자의 이해충돌 방지를 주된 목적으로 「공직자윤리법」이 제정되었다.[278] 한국 법제에서 「공직자윤리법」은 공적영역의 이해충돌 규제를 위한 최초의 독자적 규범이라고 평가할 수 있다.[279]

제정 「공직자윤리법」은 모두 24개 조항으로 구성되었으며, 고위직 공직자

---

277) 4·19혁명 이후 출범한 민주당 정부가 자유당 정부의 만연한 부정부패를 타파하기 위하여 「공무원재산 등록법안」을 제출하였으나, 5·16 군사쿠데타로 폐기되었다고 한다. 관련 내용은 이유봉, 앞의 글(주 134), 27면 참조. 공무원재산 등록제도는 대표적인 이해충돌 규제 수단 중 하나로 볼 수 있다.

278) 제정 「공직자윤리법」(법률 제3520호)은 제정이유를 "공직자의 부정을 방지하고 공무집행의 공정성을 확보함으로써 정의롭고 깨끗한 공직사회를 구현하여 공직자에 대한 국민의 신뢰를 제고하고 아울러 모든 공직자로 하여금 정의·복지사회건설의 선도적 역할을 다할 수 있게 함과 동시에 긍지와 보람으로 맡은 바 직무에 전념할 수 있도록 공직자의 재산등록과 외국인 등으로부터의 수령선물 신고 및 퇴직 후 유관 사기업체의 취업제한 등을 제도화하려는 것임"을 밝히고 있다. 명시적으로 '이해충돌' 개념을 사용하지는 않으나, 법률의 내용은 공직자의 이해충돌 사항을 규제하는 것임은 분명하다. 「공직자윤리법」이 이해충돌의 개념을 처음 사용한 것은 2005. 5. 18. 일부개정 「공직자윤리법」(법률 제7493호)에서 일반조항(제2조의2)을 두면서부터이고 법률의 목적조항(제1조)에 포함하기 시작한 것은 2011. 7. 29. 일부개정 「공직자윤리법」(법률 제10982호)부터다.

279) 제정 「공직자윤리법」의 규제내용은 1983. 1. 1.부터 시행되었다.

의 재산등록제도,[280] 외국으로부터 받은 일정 가액 이상의 선물 신고제도,[281] 퇴직공직자 취업제한 제도를 규정하였다.[282] 제정 「공직자윤리법」은 제도적 측면에서 공직자의 다양한 이해충돌 상황을 아우르지 못하는 한계를 가지고 있으나,[283] 경성 입법을 통하여 실효성 확보 수단으로 형사적 제재까지 가능한 매우 엄격한 규제라고 볼 수 있다. 「공직자윤리법」은 이후 6공화국을 거쳐 여러 차례 개정이 이루어져 현행 「공직자윤리법」에 이르고 있다.[284]

「공직자윤리법」은 공직사회의 다양한 이해충돌을 규율하지 못하는 한계를 가지고 있었고 이러한 한계는 이해충돌로 촉발되는 지속적인 부패의 원인이 된다. 제도가 사회적 현실을 따라가지 못하여 발생하는 부패 문제를 개선하기 위하여 새로운 제도 마련이 촉구되었는데, 2013년에 시도된 이해충돌 방지법안의 제정 노력이 대표적이다. 당시의 입법 시도는 공직사회의 다양한 이해충돌을 「청탁금지법」에 담아내려는 것이었다.[285] 그러나 국회의 강한 반발로 인해 결국 이해충돌 관련 내용은 배제하고 현행 「청탁금지법」과 같은 입법이 이루어졌다.[286] 이후 법률에 담고자 하였던 대부분 내용이 2018년 1월 16일 개정 「공무원 행동강령」에 담기게 된다. 「공무원 행동강령」은 공직자의 다양한 이해충돌 상황을 규율하였다는 점에서 의의는 있으나, 징계 외

---

280) 재산등록의무자를 국가 및 지방자치단체의 3급 이상의 공무원, 시장·군수·구청장, 경찰서장, 5급 이상의 관세청·국세청 소속 공무원, 법관과 검사, 장관급 장교, 교육공무원 중 총장, 정부투자 기관 등 공직유관단체의 임원, 대통령령이 정하는 공무원과 공직유관단체의 직원으로 하였다(제정 「공직자윤리법」 제3조).

281) 제정 「공직자윤리법」 제15조.

282) 제정 「공직자윤리법」 제17조.

283) 이유봉, 앞의 글(주 50), 10면 참조.

284) 정권별 「공직자윤리법」의 개정 내용과 관련하여서는 이유봉, 앞의 글(주 134), 27-40면 참조.

285) 국민권익위원회 주도로 정부가 2013년 8월 5일 국회에 제출한 당시 법안의 명칭은 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌방지법(안)」이다.

286) 입법화 실패 과정에서 국회의 논의와 관련한 구체적 내용은, 박주철, 앞의 논문(주 50), 19-24면 참조.

실효성 확보 수단이 부재하다는 한계가 있었다. 이러한 한계는 「공무원 행동강령」의 개정 이후에도 고위직 공직자들의 이해충돌 문제가 끊임없이 발생하는 원인이 된다.

2021년 3월 한국토지주택공사(LH) 임직원들이 내부정보를 이용해 집단 부동산 투기를 한 사실이 발각되는, 소위 'LH 사태'가 발생한다. 이는 2021년 5월 18일 「공직자의 이해충돌 방지법」이 제정되는 계기가 되었다. 해당 법률이 2022년 5월 19일 시행됨에 따라, 「공무원 행동강령」의 기존 규정들은 2022년 6월 2일 개정 「공무원 행동강령」에서 전부 삭제되었고, 이에 한국 이해충돌 법제는 두 개의 경성형식의 법률로 재편된다.

(2) 이해충돌 규범의 목적

한국은 이해충돌 규범을 제정하기 전 공직자를 규율하기 위한 선언적 의미의 윤리 규범들을 제정하였다. 1961년 9월 29일 내각 수반 훈령 제8호로 발령된 전문 7개 조항의 「공무원의 윤리강령」이 대표적이다.[287] 이후 1969년 12월 2일 박정희 정부의 3선 개헌 직후 대통령 훈령 제27호로 발령된 전문 3개 조항의 「공무원의 신조」가 제정되었으며, 1980년 12월 29일 5공화국 시절 선포된 「공무원 윤리 헌장」도 있다.[288] 제정된 강령, 신조, 헌장은 모두 전통적인 윤리 규범에 해당하는 것으로, 그 안에 담긴 내용은 법령의 준수, 정직, 정의, 창의와 같은 추상적 개념을 통하여 선언적·포괄적 규율 사항을 담고 있을 뿐 부패 예방 목적을 명시적으로 밝히고 있지 않았다.[289]

전통적 윤리 규범의 차원을 넘어 법정범으로서 이해충돌을 규제하기 시작한 법률은 1981년 「공직자윤리법」이다. 「공직자윤리법」은 외국의 법제와 마찬가지로 이해충돌 규범의 주된 목적이 공직 직무의 공정성 확보와 부패 예

287) 전수일, 앞의 논문(주 258), 49면에 따르면, 「공무원의 윤리강령」은 5·16 군사쿠데타 이후 고조된 개혁 분위기 속에서 공무원의 윤리관을 정립하는 데 목적이 있었다고 한다.
288) 전수일, 앞의 논문(주 258), 49-50면 참조.
289) 전수일, 앞의 논문(주 258), 50면.

방에 있다. 즉, 「공직자윤리법」은 제정이유에서 ① 공직자의 부정을 방지하고, ② 공무집행의 공정성을 확보하여 정의롭고 깨끗한 공직사회를 구현하여 국민의 신뢰를 높이기 위하여 제정됨을 분명히 밝히고 있다.[290] 한편, 2021년 제정된 「공직자의 이해충돌 방지법」의 제정이유도 공정하고 청렴한 직무수행이 저해될 우려가 있는 이해충돌을 사전에, 예방·관리하고(공공성 확보) 부당한 사적 이익 추구를 금지함으로써 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하려는 것임(부패 예방)을 밝히고 있어[291] 그 제정 목적이 「공직자윤리법」과 다르지 않음을 알 수 있다.

3. 평가

이해충돌은 부패는 아니지만, 적절히 관리되지 못하면 부패를 낳는다. 이해충돌 규범은 공직자의 윤리의식을 고취 시키고자 계도 목적으로 마련된 전통적 윤리 규범이 발견하지 못한, 근대 법학의 새로운 인식의 결과라고 볼 수 있다. 아울러 윤리를 저버린 부패를 범한 행위자 중심(사람 중심)의 법학에서 관리·통제의 미흡이 낳은 제도 중심 법학으로의 전환이라고 평가할 수 있다. 즉, 이것은 자연범의 형사적 통제에서 법정범의 행정적 통제로의 변화라고도 볼 수 있다.

이해충돌 규범이 행정적 통제의 대상으로 강제를 수반한다고 하여 윤리 규범으로서의 가치가 소실되는 것은 아니다. 공직자가 직면한 모든 이해충돌을 통제하는 것은 가능하지 않고 바람직하지도 않으므로, 규제 필요성이 높은 통제가 필요한 특정 이해충돌 영역을 찾아야 한다. 그러한 의미에서 이해충돌 규범은 구체화된 윤리 규범으로서의 공직자의 행위를 여전히 통제한다고 볼 수 있다.

법정범과 구체화된 윤리 규범으로서 이해충돌 규범은 두 가지 목적을 가

290) 1981. 12. 31. 제정 「공직자윤리법」(법률 제3520호) 제정이유 참조.
291) 2021. 5. 18. 제정 「공직자의 이해충돌 방지법」(법률 제18191호) 제정이유 참조.

진다. 하나는 직접적으로 상황을 통제함으로써 간접적으로 공직자의 행위를 통제하여 부패를 예방한다.[292] 예방의 효과를 달성하기 위해서 공직자가 규범의 목적과 설정한 기준을 저해할 경우, 규범 내에 법정범의 제재에 해당하는, 공직자의 책임을 물을 수 있는 실효성 확보 수단도 마련되어야 한다. 법정범으로서의 이해충돌 규범은 공직자에 대한 무차별적 적용으로 공직사회의 경직성을 야기할 수 있으므로, 규제영역을 설정하는 데 있어 신중해야 한다. 해당 영역은 이해충돌 외관으로 발생한 공정성에 대한 의심을 제거함으로써 발생하는 이익이 공직사회 전체를 규제함으로써 발생하는 손해를 상쇄할 수 있어야 한다. 그러한 점에서 이해충돌 규범의 두 번째 목적은 외관 제거로부터 오는 직무 공정성의 확보라고 볼 수 있다.

국제기구와 세계 여러 국가가 이해충돌 규제의 중요성을 인식하고 있다. UN, OECD, 세계은행과 같은 국제기구는 이해충돌 규제의 목적이 부패 예방과 공적 직무의 공공성 확보임을 밝히고 있을 뿐 아니라 미국, 캐나다, 프랑스, 영국, 라트비아, 에스토니아와 같은 국가들도 부패 예방과 직무의 공공성 확보를 위하여 이해충돌 규범을 제정하였다. 한국도 같은 목적으로 이해충돌 규범을 제정한 바, 이해충돌 규제의 목적에 대한 인식이 세계적으로 보편화되고 있음을 확인할 수 있다.

292) OECD, 앞의 책(주 57), pp. 22-23은 공공정책, 행정 결정, 공공 관리를 수행함에 있어 청렴성을 전반적으로 유지하는 것을 목표로 이해충돌이 관리되지 않을 경우, 공직의 남용을 초래할 수 있음을 인식해야 한다고 한다.

제2장 이해충돌 규제의 입법방식

제1절 개관

개별 국가가 이해충돌 규제사항을 규범으로 제정할 때 해당 규범은 비로소 공직자에 대한 행위규범으로서 존재의의를 가지게 된다. 이해충돌 규범의 제정 양태, 즉 입법방식은 개별 국가가 가지는 정치·경제·사회·문화적 환경에 따라 다르게 나타난다. 어떤 국가는 이해충돌 규범이 공직사회에 대한 엄한 행위규범으로 기능할 수 있도록 강한 실효성 확보 수단과 함께 경성 입법을 하는가 하면, 다른 국가는 공직사회에 대한 기본적인 신뢰를 바탕으로 행위 준칙 수준에서 연성 입법을 하기도 한다. 이처럼 이해충돌 규범의 입법방식은 단순히 규제내용의 외피를 입히는 수준 이상의 문제를 갖는데, 이는 개별 국가가 가지는 공직사회 전체를 평가하는 하나의 척도가 될 수 있다.

현재는 이해충돌에 대하여 규범을 통하여 규제하는 일이 당연하게 받아들여지지만, 이러한 인식은 그리 오래된 일은 아니다. 이해충돌 규제와 관련된 학문적 논의가 본격적으로 시작된 것은 비교적 최근이며, 종래 이해충돌 규제에 대한 비판과 논리적 난점들을 지적하는 전통적인 견해들이 있었다. 비판적 견해들은 공직사회 전체에 광범위하게 퍼져있는 다양한 이해충돌 상황을 어떠한 방식으로 포착할 것이며 어떠한 법 논리로 어떤 기준에 의한 입법할 것인지에 관하여 회의감을 가지고 있었다. 그러나 비판적 논거들은 현대 법학에서 대부분 극복이 가능한 논제들이며, 현재 규범을 통한 이해충돌 규제에 대한 의심은 그리 크지 않아 보인다.

개별 국가가 이해충돌을 입법하는 방식 중 가장 중요한 것은 경성 입법과 연성 입법 중 하나를 선택하는 문제일 것이다. 이러한 입법방식의 차이는 규제내용, 규제강도, 제도 운용의 탄력성을 결정한다. 경성 입법과 연성 입법의 택일이 완료되면, 다음으로 이해충돌 규제만을 위한 독자적 입법방식을 선택

할 것인지가 문제 된다. 독자적 입법방식은 세계 주요 국가에서 비교적 최근에 나타나고 있는 동향으로 이해충돌 이론이 발전함에 따라 그 규제의 중요성이 부각이 되어 나타나는 현상으로 볼 수 있다.[293] 이러한 선택 외에도 개별 국가는 공직자별 직무 특성을 고려한 수범자 영역의 분리 입법방식을 고려할 수 있다. 특히 문제가 되는 수범자 영역은 선출직 공직자들이다.

개별 국가는 위의 사항들을 종합적으로 고려하여 입법방식을 선택하고 있다. 개별 국가가 채택하는 입법방식은 실제 국가의 특성에 따라 탄력적으로 정해지고 있으며,[294] 한국 법제가 가지는 입법방식의 문제점에 주는 시사점 또한 존재한다.

제2절 연성규범(軟性規範)과 경성규범(硬性規範)

I. 도입

이해충돌 개념 요소에 관한 인식의 변천과 논쟁 못지않게,[295] 이해충돌 입법방식에 관한 논쟁과 인식의 변화도 존재하였다. 이러한 논쟁의 핵심은 공적영역에서 이해충돌을 규제한다고 할 때 공직자에 대한 단순 계도를 넘어 구속력 있는 규범을 통하여 규율하는 일이 가능한지에 대한 근원적 의문과 이러한 의심의 극복과정이 포함된다. 이해충돌의 구속력 있는 규범을 통한 규제에 비판적인 견해와 그 가능성을 인정하는 견해의 대립은 첨예하였는데 양 견해 모두 각자의 논거를 가지고 있다. 양 견해의 이론적·법적 다툼과 극복 시도는 비교적 오랜 역사를 가진다고 볼 수 있다.[296]

---

293) 한국은 제19대, 제20대 국회에서 「청탁금지법」에 이해충돌 규제사항을 담으려는 시도가 있었다. 박주철, 앞의 논문(주 50), 25-26면 참조.

294) 이하 외국의 입법방식을 살펴볼 때, 이해충돌 규제내용도 조항의 제목 수준에서 간단히 살펴본다. 규제내용의 자세한 사항은 제3장 참조.

295) 본 논문 제1장 제2절 참조.

296) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 21 참조. 변호사, 판사, 행정기관 등

입법을 통한 규제가 갖는 이론적 취약성을 논하는 전통적 견해는 이해충돌 규범이 갖는 명령적 구조의 부정합성과 비례원칙 위반 문제를 제기한다. 또한 이해충돌 개념 요소의 추상성과 규범에 관한 입법방식에 관한 기준의 부재를 지적한다. 이에 대한 극복 논거는 이해충돌 규범도 명령적 구조를 회복할 수 있으며, 부패 발생이 높은 특정 이해충돌에 주목한다면 비례원칙 위반의 문제도 극복 가능하다고 본다.

이해충돌을 구속력 있는 입법을 통하여 규제한다고 하면, 입법방식에 있어 가장 중요한 문제는 무엇일까? 그것은 경성 입법과 연성 입법의 선택이라고 볼 수 있다. 두 가지 입법방식의 선택에 따라 개별 국가가 공직사회에 가지는 기본적인 인식을 가늠해 볼 수 있게 된다.

II. 입법 가능성에 관한 이론적 논의

1. 전통적 견해

전통적으로는 이해충돌을 입법으로 규제하는 데 대해 부정적인 시각이 강하였다. 이러한 논거 중 이해충돌 규제가 규범의 명령적 구조에 맞지 않다거나 규제목적과 수단 사이의 비례관계가 형성되기 어렵다는 점이 대표적이다. 그리고 이러한 견해는 규범을 제정하기 위한 입법기준이 부재하고 이해충돌을 구성하는 개념 요소가 지나치게 추상적이며 다양한 공직자의 직능별 이해충돌 규제가 가능한지에 대한 의문도 함께 제기한다.

(1) 명령적 구조의 부정합

규범제정에 부정적인 견해는 이해충돌을 규제하는 것이 규범의 본질적 특성에 부합하지 않는다는 점을 지적한다. 규범은 통상 명령을 구성하여 수범자에게 제시하는데, 제시된 명령은 수범자에게 규범이 마련한 특정 행위를

법 실무가들 사이에서 이러한 시도가 수 세기에 이른다고 한다.

따르도록 하거나 특정 행위를 금지하는 모습으로 나타난다. 즉 규범은 수범자에게 행위규범으로서의 특성을 갖는데 이를 규범의 명령적 구조라고 한다.[297] 규범이 명령적 구조를 통하여 특정한 제도의 도입 목적을 달성하기 위해서는 수범자가 따라야 할 행위에 대한 명확한 요건을 제시해야 한다. 그리고 규범 내 요건의 명확화를 위해서는 공통된 여러 사실적 요소로부터, 수범자가 준수하여야 할 행위를 예측하고 추출하는 과정이 필요하다.[298] 그런데 수범자가 준수해야 할 행위의 예측과 추출은 사실적 요소에 대한 정확한 개념화와 그 개념에 대한 평가가 이루어질 때 명확해질 수 있다.[299] 만일 사실로부터 추출할 수 있는 개념과 그로부터 준수해야 할 수범자의 행위를 정하는 것이 어려운 경우 규범의 제정을 통한 규제는 어려워지게 된다.[300]

이해충돌이 문제가 되는 다양한 사실로부터 이해충돌 요소를 개념화하고 수범자가 준수해야 할 특정 행위를 추출하려는 꾸준한 노력에도 불구하고, 영역이 광범위하고 유형이 다양하여 명령적 구조로 규범을 만드는 데 어려움이 있다. 이는 이해충돌과 결부된 행위나 결과, 즉 특정 부패를 규제하는 형사적 규범과 비교해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 가령 공직자가 직무와 관련하여 금전적 이익을 수령하는 사실이 다수 발생한다고 할 때, '금전적 이익의 수령'이라는 공통된 사실로부터 수뢰라는 법률적 개념을 정하고 이것이 끼치는 부정적인 결과를 통해 그 행위가 잘못된 행위라고 평가할 수 있게 된다. 이러한 평가는 곧 입법의 필요성을 촉구하고 해당 행위를 규범을 통해 규제할 수 있게 된다. 공직자가 직무와 관련한 재산상 이익을 받는 공통된 사실을 통해, 따라야 하는 특정 행위를 개념화하는 것은 비교적 어려운 일이 아니다. 그리고 추출된 개념으로부터 공직자가 준수해야 할 단일의 행위, 즉 수뢰행위를 규범을 통하여 규제하는 것 또한 가능한 일이다.

반면 부패 이전 단계인 이해충돌 상황으로부터 공직자가 준수해야 할 단

297) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27.은 이러한 규범의 속성을 규범의 의무론적 구조(deontology structure)라고 설명하고 있다.
298) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27. 참조.
299) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27. 참조.
300) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27. 참조.

일의 행위를 추출하는 것은 어려운 일이 될 수 있다. 우선 이해충돌 자체를 개념화하는 것부터가 쉬운 일이 아니다. 예컨대 퇴직공직자 A가 공직에 있을 때부터 친하게 지냈던 현직공직자 B와 가족 모임 저녁 식사를 한다고 가정해 보자. 이 단계에서 B는 이해충돌 상황에 있는 것인가? 만일 A가 B가 수행하는 직무와 관련이 있는 사기업에 취업한 후 가족 모임 식사를 함께하는 경우는 어떠한가? 더 나아가 A가 B에 인허가 신청을 한 이후 가족 모임 식사를 함께하는 경우는 어떠한가? 이해충돌은 가족 모임 식사가 아닌 A와 B 사이의 둘만의 술자리로 달라질 수 있는가? 이처럼 공통된 사실로부터 규범의 요건인 이해충돌 개념 자체를 추출하는 것부터가 쉽지 않다. 여기에 더하여 이해충돌 발생의 인적 관련성, 직무수행의 범위 등을 더하여 보면, 공통된 사실로부터 추출할 수 있는 규범에 담길 개별 개념 요소들을 객관화하기란 매우 어려운 문제가 되어버린다.

개념 요소의 객관화가 이루어진다고 하더라도 개념에 대한 평가와 수범자가 준수해야 할 행위 기준을 찾는 것 또한 쉽지 않은 문제이다. 즉 규범으로 이해충돌을 규제한다고 할 때 수범자가 준수할 단일의 행위 기준을 찾는 것이 어렵다. 위의 예에서 A와 B의 가족 모임 식사는 그 자체로 나쁜 일이라고 평가하기 어렵다. 따라서 식사를 함께하는 행위 자체를 규범을 통하여 규제하는 것이 적절한지 의문이 들 수 있다. A와 B의 가족 모임 자체를 차단하여야 할 것인지, 아니면 A와 B의 가족 모임은 허용하되 식사비용을 분담하면 족한 것인지, 그것도 아니면 식사했던 사실을 소속기관에 신고하면 족하다고 할 것인지 그 행위 기준이 분명하지 않다.

이해충돌의 개념화와 행위 기준 추출의 난해함은 입법을 통한 규제의 목적 달성이 무엇인지 불분명하게 만든다. 이러한 결과는 이해충돌 규범을 통한 규제에 대한 논리적 가능성과 정당성을 떨어뜨릴 수 있는 요인이 되기도 한다.[301] 이러한 한계를 극복하기 위해서 법적 접근을 포기하지 않으면서도 소위 연성법을 통한 일반조항이나 일반개념을 활용하는 우회적인 방식을 활용하기도 하나,[302] 그렇다고 하여 입법을 통한 이해충돌 규제가 갖는 근원적

301) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27.

난점에서 초래하는 명령적 구조를 극복하는 일은 쉽지 않다. 이러한 난점은 이해충돌이 공직자가 직면하는 특수한 상황일 뿐이라는 본질적 특성으로부터 기인하는 문제라고 볼 수 있다.

(2) 비례원칙의 문제

규범의 입법을 통한 이해충돌 규제의 취약성에 관하여 비례원칙 위반의 우려를 지적하는 견해가 있다.[303] 일반적으로 비례원칙이란 공적 작용의 목적 실현을 위한 수단과 당해 목적 사이에 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 것을 의미하는 것으로 국가의 행정작용뿐 아니라 입법 작용, 즉 규범의 제정행위까지 기속을 하는 전체 공법영역을 지배하는 헌법적 원리로 받아들여진다.[304] 비례원칙은 국가의 공권력 작용을 제한하는 기능을 수행하는데, 심사는 통상 수단이 목적 달성에 적절한 것인지, 목적 달성을 위한 여러 수단 중 침해가 가장 적은 수단을 사용하는지, 수단 사용으로써 발생하는 불이익과 그로부터 발생하는 이익 중 어느 것이 더 큰지를 심사하는 방식으로 이루어진다.[305]

규범의 입법을 통한 이해충돌 규제를 논함에 있어 비례원칙, 특히 목적과 수단 사이에 형량의 어려움을 지적하는 견해가 있다. 앞서 본 바처럼 규범은 명령적 구조를 가지고,[306] 권위를 가진 행위규범으로 규제목적을 달성하는 데 있어 목적과 그 수단 사이에 비례관계가 있어야 한다. 비례원칙 심사 단계 중 상당성, 즉 목적과 수단 사이 이익의 형량이 필요한데 입법의 경우 이

302) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 27.
303) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 215.
304) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8 결정, 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결, 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등 참조. 행정에서 비례원칙에 대한 판례의 심사 경향을 분석하고 있는 문헌으로는 김태호, “행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로 - ”, 공법연구 제37집 제4호, 2009. 6. 참조.
305) 단계별 심사로 적합성, 필요성, 상당성을 의미한다.
306) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 28.

것은 규제의 가능성을 가늠하기 위한 기술적, 경제적, 정치적 자원들이 전방위적으로 고려됨을 의미한다.[307] 문제는 규제 대상이 모호할수록 규범의 목적은 불분명할 수밖에 없게 되고, 목적이 불분명한 규범은 다양한 자원을 고려한 비용편익 평가를 어렵게 한다는 점이다.[308] 이해충돌을 규제하려는 이유는 이해충돌이 초래하는 악화할 결과를 사전에 차단하기 위한 것이지만, 가치중립적 개념인 광범위한 이해충돌을 규제한다고 하였을 때 발생할 수 있는 목적과 수단 사이의 형량, 즉 정치·경제·사회·문화적 요소들을 고려한 비용편익분석을 해내기란 쉬운 일이 아니다. 가령 앞서 든 예에서 퇴직공직자 A와 현직공직자 B의 가족 모임의 식사를 규범을 통해 규제한다고 할 때, 부패의 예방이라는 공익목적과 이를 규제하는 수단 사이의 형량을 해내기란 쉬운 일이 아니다. 이것은 광범위한 영역의 정제화된 개념의 확립이 어려운 이해충돌 규범이 내포하는 필연적 한계로 지적된다.[309]

형량이 가능하다 하더라도 소위 상당성 심사기준을 충족하기가 어렵다는 점이 지적된다. 상당성 원칙이란 수단을 통하여 달성하려는 공익이 그로부터 초래할 수 있는 사익의 침해 등 다른 불이익을 능가해야 함을 의미한다. 그리고 이러한 상당성이 규범의 입법에서도 충족되어야 함은 당연하다. 문제는 규범을 통하여 규제하려는 대상이 불분명하고 규제로써 발생하는 결과도 분명하지 않다는 점이다. 이로써 달성하려는 공익 또한 불분명해지고 이것이 비례원칙의 형량의 대상인 공익 우위의 모호성을 낳게 된다. 이해충돌 규범은 일반적으로 이해충돌에 놓이지 않도록 또는 이해충돌에서 악화한 결과로 나아가지 않도록 특정한 행위를 요구하는 절차적 행위규범의 성격을 가진다.[310] 그러므로 이해충돌의 규범은 부패의 의도와 직접 연결되지 않은 수많은 수범자에 대해서 단순 절차 규정의 위반만으로 제재가 가해진다.[311] 즉

---

307) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 28.
308) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 29.
309) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), pp. 28-29 참조.
310) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 215. 참조. 부패범죄를 규율하는 규범은 부패의 실체적 내용을 규율한다는 점에서 차이가 있다.
311) 반면, 부패범죄를 규율하는 규범은 공직자의 고의가 존재하는지 실제적인 사익이 존재하는지 엄격한 입증을 통해 규율이 이루어진다.

규범이 부패가 발생하기 전 특정 상황에 대해서 규제를 한다는 점, 단순 절차위반 사항만으로 규제가 가해진다는 점, 절차적 행위규범의 위반이 반드시 반사회적 결과를 초래하지는 않는다는 점에서 규제를 통하여 달성하려는 공익 달성의 목적과 수단 사이가 비례적이지 않다는 점이 지적된다.[312]

(3) 입법기준의 부재

앞서 살펴본 이론적인 난점들을 극복하더라도 규범의 입법을 통해 규제한다고 할 때 어떠한 입법형식을 선택할 것인지가 문제가 된다. 그런데 이해충돌 규범의 입법방식에 대한 명확한 기준이 존재하지 않는다는 점이 규범의 입법을 통한 규제를 어렵게 하는 또 하나의 이유로 지적되고 있다.[313] 앞서 살펴본 이론적 논거들이 주로 이해충돌이 내포하고 있는 본질적 특성에서 기인하는 난점이라면, 규범의 형식의 문제는 여기에 더하여 사회적 합의를 통한 정책의 문제와도 결부된 문제라고 평가할 수 있다.

이해충돌 규범 형식은 구속력의 유무에 따라 경성형식과 연성형식으로 나눌 수 있다. 연성형식은 규칙, 강령, 지침, 선언 등 다양한 규범 형식으로 다시 세분화할 수 있다. 그런데, 이해충돌을 규제할 때 입법의 형식을 어떠한 기준으로 선정해야 하는지 명확한 기준의 제시가 없다. 실제 개별 국가의 법제를 보면, 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범도 입법의 형식이 다르게 나타나고, 한 국가 내에서 수범자에 따라 그 입법의 형식이 다르게 나타나기도 한다. 이것은 입법의 형식을 선택하는 기준이 없다는 점에서 더 나아가, 개별 국가가 다양한 형식을 혼합하여 운용한다고 하더라도 혼

312) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 215.은 부패의 고의가 없지만, 절차 규정의 준수에 부주의한 공직자들이 정치적 반대 세력의 표적이 될 수 있음을 지적하기도 한다. 비록 절차 규정의 위반에 대한 제재의 수준을 행정적 제재로 낮춘다고 하더라도, 부패의 의사가 없는 공직사회 전체를 상시 긴장 상태에 놓이게 하는 막대한 비용을 초래하게 된다는 점에서 공익의 우월성이 분명하지 않다는 문제점도 지적될 수 있을 것이다.

313) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 216.

합된 규범 상호 간에 이상적인 배합이나 활용의 기준이 없다는 의미이기도 하다.[314] 이러한 현상이 나타나는 이유는 이해충돌의 규범이 부패로 나아가기 전 법과 윤리의 모호한 경계에 놓인 특정 상황에 대하여 공직자의 특정 절차적 행위를 촉구하는 규범이기 때문이다. 규범의 입법형식을 선택하는 명확한 기준이 존재하지 않는다는 점은 실제적인 면에서 규범을 통한 규제의 어려움을 낳는다고 평가된다.[315]

(4) 그 밖의 어려움

그 밖의 어려움으로 이해충돌 규범의 경우 구성 개념의 법률 해석이 어렵다는 문제가 있다. 예컨대 '공익', '사익', '이해', '충돌' 등의 개념은 관념적·추상적 개념에 해당한다.[316] 이는 다른 규제영역에 비하여 도드라진 특징으로, 개념에 포섭되는 명확한 사실의 한계와 그에 관한 법률의 해석이 특별히 요구된다고 볼 수 있다. 이러한 한계의 설정과 정제된 법률 해석의 어려움은 이해충돌 규범의 입법을 통한 규제를 어렵게 하는 또 다른 논거로 제시되고 있다.

공적영역에서 발생하는 이해충돌을 규제한다고 할 때, 수범자는 공직사회 전체가 될 수 있다. 예컨대 한국 「공직자의 이해충돌 방지법」의 적용 대상 기관은 14,900여 개이고, 수범자인 공직자는 대략 200만 명에 이를 것으로 추산하고 있다.[317] 문제는 대상 기관이 국가기관, 공공기관, 공직유관단체 등으로 다양하고, 그 안에서 공적인 업무를 수행하는 공직자 또한 선출직, 비

314) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 216.
315) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 217. 참조.
316) 가령 공익과 관련하여 Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61) p. 7.은 공직자가 내리는 정책 결정은 특정 집단에 이익이 되는 데 반하여, 다른 집단에는 손해를 끼칠 수밖에 없다고 하면서, 민주주의에서 광범위한 일반의지(comprehensive general will)는 없다고 한다. 로즈애커만(Rose-Ackerman) 교수는 어떠한 공적인 정책 결정이 쟁점과 시간을 초월하여 항구적일 수는 없다고 주장한다.
317) 국민권익위원회, "국민권익위, 이해충돌방지법 D-18, 14,900여 개 공공기관 제도 시행 만전 기해야", 2022. 5. 2.(월) 보도자료 참조.

선출직, 영구직, 임시직 등 그 유형이 다양하다. 다양한 유형의 공직자는 각자 수행하는 직무가 다르고 직무에 따라 부여되는 책임과 의무도 달라질 수밖에 없다. 이것은 하나의 규범을 공직사회 전체에 적용하는 통합적인 접근을 어렵게 만드는 요소이다.[318] 획일화된 하나의 규범으로 특정 이해충돌을 규제한다고 할 때, 과연 다양한 유형의 공직자 각각의 직무 특성에 맞게 규율하는 것이 가능한지 의문이 들 수 있다. 이러한 점이 규범의 입법을 통한 이해충돌 규제의 또 다른 어려움으로 지적되고 있다.[319]

2. 새로운 견해

(1) 쟁점

이해충돌을 공직자가 직면할 상황이라고 본다면,[320] 이해충돌을 규범을 통하여 규제한다는 것은 특정한 상황을 규제한다는 의미가 된다. 이것은 공직자가 범하는 선과 악, 적법과 불법, 정당과 부당의 구분이 분명한 예방되어야 할 특정한 공직자의 행위를 규제하는 것과 다르다.[321] 부패는 규범을 통한 규제가 요구되지만, 이해충돌은 규범을 통한 규제가 필연적으로 예정되어

---

318) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 217.

319) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 217 참조. 이와는 반대로 이해충돌에 대한 학술적 접근이 매우 광범위하여(extremely broad), 규제를 어렵게 한다는 지적도 존재한다. 이 견해는 학계에서 논의되는 이해충돌 규제의 접근을 크게 ① 금지나 처벌에 중점을 두는 기계적 접근법(focus on mechanics), ② 규제의 효과가 발생할 것인가에 주목하는 효과 중심 접근법(focus on effects), ③ 공직자에게 어느 정도에서 이해충돌을 규제할 것인가에 집중하는 규범적 접근법(focus on normative aspects)이 존재하는데, 각각의 견해는 이론의 통합적 시도보다 관념적 수준의 토론에 그치고 있다고 비판한다. 관련 내용은 David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 213 참조.

320) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 23.; 최계영, 앞의 논문(주 35), 286면.

321) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7.은 이해충돌을 규범으로 규율하는 것보다 부패를 규범으로 규율하는 것이 더 쉽다고 한다.

있지 않다. 특정 이해충돌에 대한 규제의 필요성이 존재하여, 규범을 통한 규제가 가능하더라도 규범에 담을 규제의 대상·형식·방법 등에 있어서 명확한 기준 제시가 어렵다. 앞서 살펴본 규범을 통한 규제의 어려움을 지적하는 논거들은 대부분 이해충돌의 가치중립적인 본질적 특성으로부터 기인하는 문제라고 볼 수 있다.

규범을 통한 이해충돌 규제의 어려움에도 불구하고 세계의 많은 국가가 규범을 통한 이해충돌 규제의 시도를 포기하지 않고 있으며, 실제 법제를 정비하여 시행하고 있다. 이러한 현상은 앞서 들었던 규범제정의 난점들로 제시되는 다양한 논거들이 극복하지 못할 절대불변의 진리가 아님을 보여준다. 기존의 논거들은 새로운 관점이나 시도를 통해 대체하거나 보완할 수 있다.

(2) 명령적 구조의 가능성

규범을 통한 이해충돌의 규제가 소위 규범의 명령적 구조에서 정합적이지 않다는 난점을 지적하는 논거는, 적법과 위법이 불분명한 사안에서 어떠한 명제나 명령을 구성하고 제시하는 것이 어렵다는 점에서 일견 타당해 보인다. 규범은 위법을 규율하고자 할 때, 논리적 가능성과 정당성이 확보되고 규범의 필요성에 대한 설득도 가능해진다. 이에 더하여 수범자의 일정한 행위를 제한하는 규범의 목적 달성을 설명하기도 쉽다.

반면, 이해충돌은 공직자 본인의 의도와 전혀 상관없이 직면할 수 있으며 고의든 과실이든 수범자의 주관적 구성요건, 즉 내심의 의사가 개입하기 어렵다. 이해충돌 그 자체만으로는 법적인 평가의 대상이 되기는 어려우므로 이해충돌 자체에 대한 규제 또한 어렵다고 볼 수 있다. 이러한 점이 광범위한 이해충돌 영역을 규범을 통하여 규제하는 데 대한 규범의 정당성을 후퇴시키는 이유이기도 하다.

그러나 이해충돌 규범의 예방적 규범으로서의 목적과 특징에 주목하면, 규범의 명령적 구조는 회복될 수 있다. 규범의 명령적 구조는 부패와 같은 자연범적 성질을 가지는 행위나 범죄를 설명할 때 훨씬 쉽지만, 이를 예방하기

위한 법정(法定)의 행위를 명령하는 것이 불가능하지 않다. 사회적으로 크게 해악을 끼치는 특정 자연범의 가교역할을 하는 이해충돌 영역에서 그 예방을 위한 법정의 행위를 정하고 이를 명령하면 된다. 이때 수범자가 준수해야 할 단일의 행위는 자연범의 규율과 같은 특정 행위의 억지가 아니라 설정된 법정의 행위에 대한 절차준수가 될 것이다. 이것이 일반적으로 이해충돌 규범을 절차적 성격의 규범이나,[322] 예방적 규범이라고 지칭하는 이유이다.[323]

결국 이해충돌 규범의 명령적 구조의 정합성은 단순히 자연범을 규율하는 행위규범과 같은 수준의 행위 추출 가능성에서 찾을 수는 없다. 이해충돌 규범에서의 명령적 구조의 정합성은 법정의 절차적 명령을 내릴 충분한 근거가 있는지로 귀결되고 이는 법정의 행위가 그로 야기된 사회적 폐해와 얼마나 중요한 가교역할을 하는지로 결정되는 것이다. 그리고 이를 판단하기 위해서는 법정의 행위를 명령하지 않음으로써 발생하는 사회적 해악과 법정의 행위를 설정함으로써 발생하는 공익 사이의 형량을 통해 결정될 것이다.

(3) 비례원칙에 부합

이해충돌 규범은 목적과 수단 사이에 형량이 어렵다거나, 형량이 가능하더라도 상당성을 충족시키지 못한다는 논거에 대해서 살펴본다. 이 논거는 가치중립적인 이해충돌의 특성과 이해충돌 영역의 광범위함으로 인하여 발생하는 내재적인 한계를 지적한다. 이러한 점에서 기본적으로 이해충돌 규범의 명령적 구조의 부정합성을 드는 논거와 맥을 같이한다고 볼 수 있다. 따라서 비례원칙의 상당성을 지적하는 논거 또한 앞서 살펴본 명령적 구조를 회복하기 위한 논거와 같은 접근으로 해소될 수 있다.

비례원칙 위반과 목적과 수단 사이의 형량의 난점을 지적하는 주장은, 이해충돌 규범에 대한 소위 비용편익 평가가 어렵다고 본다. 또한 부패 예방의 목적을 이해충돌 규범을 통하여 실현하는 것이 과연 효율적인지 의문을 제

322) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 215.
323) 본 논문의 제1장 제2절 Ⅲ. 참조.

기한다. 위법이 명확한 부패를 규범을 통하여 규제한다고 할 때, 기술적, 경제적, 정치적, 사회적 자원들을 고려한 형량이 쉽고 분명하지만, 이해충돌 규범은 그렇지 않다는 것이다. 부패 규제규범의 필요성과 정당성은 높지만, 이해충돌 규범은 부패의 의도가 없는, 아직 위법의 범주에 들어가지 않은 불특정 다수의 공직자가 수범자가 되는 점을 지적하면서 그로 인한 형량을 어떻게 할 것인지를 의문을 제기한다. 즉, 가치중립적 사안에 대하여 규범을 통해 제재할 정도의 공익이 존재하는지를 입증하는 것은 어려운 일이므로 이해충돌 규범의 정당성과 효율성에 대한 의문을 품게 만든다고 지적한다.

그러나 이러한 논거를 모든 이해충돌 영역에 일반화하여 획일적으로 제시하는 것은 타당하지 않다. 이해충돌 영역 중 규범의 목적과 수단 사이에 형량이 가능하고 상당성을 충족시킬 영역을 찾을 수 있다. 앞서 살펴보았듯 이해충돌의 광범위한 영역 중 특별히 부패의 가교가 되는, 규율의 필요성이 상당한 영역을 탐색하여 특정한 법정(法定)의 행위를 설정한다면, 상당성 요건을 충족시킬 수 있다. 예컨대 내부정보를 이용한 사익 추구행위의 위험은 부패의 가교역할이 예정된 대표적인 이해충돌 규제사항으로 국제기구나 몇몇 주요 국가에서 법제화 되어 있는 이해충돌 영역에 해당한다. 이때의 비용편익 분석을 통한 형량은 이해충돌 규범을 설정함으로써 생기는 부패의 예방이 얼마나 효과를 발휘하는지 가늠하는 방법으로 이루어질 수 있다.

이에 더하여 비례원칙 위반의 난점은 수범자인 공직자 유형별로 다양화하거나, 법률·강령·지침·선언 등 규범의 형식을 차별화함으로써, 규제의 실효성 확보를 위한 제재의 강도를 달리함으로써 충분히 극복될 수 있다. 결국 비용편익분석을 통한 형량이 가능한 이해충돌 영역, 즉 부패의 가교역할을 수행하는 법정의 행위를 찾는 문제가 본질적인 문제에 해당하지, 비례원칙 위반의 가능성을 논거로 규범을 통한 규제 자체를 포기할 일은 아니다.

(4) 그 밖의 난점에 관한 극복 논거

형식 기준의 부재나 수범자 유형의 다양성으로 인한 이해충돌 규범을 통

한 규율의 난점을 지적하는 논거들은 결국 이해충돌 규제 시 과연 통일된 하나의 준거를 제시할 수 있는지를 지적하는 주장이다. 이러한 논거들은 이해충돌이 광범위한 개념으로,[324] 공적인 영역에서 매우 다양한 모습으로 나타나는 점에 주목한다.

그러나 세계 개별 국가마다 법·사회·문화적 특성에 맞는 이해충돌의 인식과 규제의 필요성을 판단할 수 있다는 점을 생각해 보면 개별 국가가 갖는 규제의 기준이 달라지는 것은 지극히 당연하다고 볼 수 있다.[325] 그러므로 공직자의 유형마다 그리고 실효성 확보 수단의 제재 강도에 따라 규범 형식이 달라질 수 있는 일이다.

오히려 이해충돌 규범이 반드시 통일적 형식과 기준이 필요한 것인지 반문할 수 있다.[326] 이해충돌의 가치중립적 본질적 특성은 규범제정에 있어 예방의 필요성에 따라 해당 영역마다 수범자와 형식을 달리할 수 있음을 예정한다. 이러한 특성은 명령적 구조의 회복과 비례원칙 위반을 극복하는 논거임과 동시에 규범이 획일적 시각에서 제시되기 어려운 영역에 해당함을 방증한다. 이해충돌 규범의 통일적 기준이 부재함을 지적하는 견해나 형식 선택에 있어 그 경계가 불분명함을 지적하는 논거는 예방적 규범으로서 이해충돌의 규범이 갖는 본질적 특성을 간과할 우려가 있다.

한편, 이해충돌 구성 개념이 추상적이고 관념적이어서 법률 해석의 난점을 지적하는 견해에 대해서 살펴본다. 이해충돌 구성 개념이 추상적인 특성을 갖는 것은 분명하다. 그러나 주요 국제기구와 학계의 노력으로 특정 이해충돌 영역에 대한 정제화된 개념 획정과 그에 대한 해석이 이루어지고 있으며, 개별 국가의 법률 해석 또한 누적되고 있다. 따라서 이러한 주장은 규범을

---

324) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 6은 이해충돌은 광범위한 개념(broad umbrella term)이라고 하고 있다.

325) 특정한 부패를 대부분 국가에서 경성형식으로 규제하는 것과는 달리, 같은 이해충돌의 문제라도 규제조차 하지 않는 국가가 있는 것에서 이해할 수 있다.

326) 절대적 통합 이론이 매력적으로 느껴질 수는 있으나, 통합 이론은 순연한 공익 기준(pure public-interest model)을 전제로 하는 것으로, 실제로는 공익의 개념 정의를 더 어렵게 만들어 혼란만 부추길 수 있다고 주장하는 견해로는 David Hine, 앞의 논문(주 254), pp. 217-218. 참조.

통한 규제의 어려움은 될 수 있어도 규범을 통한 규제의 불가능을 의미한다고 보기는 어렵다.

3. 소결

규범의 입법이 명령적 구조에 적합하지 않다거나 비례원칙의 상당성 심사의 어려움을 지적하는 논거는 이해충돌에 내포된 본질적 특성에 집중하지만, 이해충돌 규제가 갖는 예방적 규범으로서의 특성에 주목하지 못한다. 입법의 어려움에 대한 논거의 한계는 광범위한 이해충돌 영역에서 부패의 가교역할을 하는 중요한 이해충돌 영역을 찾고, 개별 국가가 보유하는 정치·경제·사회·문화적 특성에 맞는 규범 형식과 실효성 확보를 위한 제재의 강도를 조율하는 방식으로 극복될 수 있다고 본다. 이러한 과정이 정치(精緻)하면 정치할수록 규범에 대한 정당성은 더욱 확보될 수 있을 것이다.

결국 규범의 입법을 통한 규제의 난점을 주장하는 견해는 입법을 통한 규제의 당위까지 배척시키는 논거가 되기는 어렵다. 사회적 해악을 끼치는 부패의 가교역할을 하는 주요한 이해충돌 영역은 존재하며, 이를 규제함으로써 부패 발생을 차단할 법정화된 행위규범은 분명 필요하다고 볼 수 있다. 최근 세계적으로 이해충돌 규범을 입법하기 위한 노력이 진행되고 있으며 규범의 형식·내용에 있어 공통된 모습 또한 찾아볼 수 있다.[327] 경제협력개발기구 또한 주요한 규제의 형식으로 법률(laws), 강령(code), 지침(guideline)과 같은 규범들을 예정하고 있는데,[328] 이러한 점에 비추어 보면 전통적으로 규범의 제정에 부정적인 견해의 논거만으로는 더 이상 규범의 입법을 막기는 힘들어 보인다.

---

327) 제도의 내용 면에서 퇴직공직자 취업제한 제도, 재산등록·백지신탁 제도가 대표적이다.

328) OECD, 앞의 책(주 57), pp. 27-28.

III. 연성과 경성의 선택 문제

1. 문제점

개별 국가가 이해충돌을 규범을 통하여 규제하기로 한다면 일차적으로 고려할 입법방식은 경성 입법과 연성 입법의 선택 문제가 될 것이다. 이것은 개별 국가가 가지는 부패의 인식 수준과 그 국가가 놓여있는 특수한 사회문화적 환경을 보여준다.[329]

경성 입법과 연성 입법의 차이를 판단하는 사전적인 절차로 경성규범과 연성규범의 구분 기준이 문제가 될 수 있다. 이와 관련하여 다양한 견해들이 제시되며, 각자의 견해는 그 나름의 타당한 논거들이 존재한다. 이해충돌 규제를 위한 제도설계도 기본적으로 이러한 견해들을 바탕으로 하고 있다.

2. 개념

(1) 구분 기준

일반적으로 경성규범은 수범자에게 법적 구속을 직접적으로 미치는 규범을 의미하고, 연성규범은 직접적인 법적 강제력을 갖지는 않으나 간접적·실질적으로 수범자의 행위에 영향을 미치는 규범으로 이해할 수 있다.[330] 그러나 연성규범과 경성규범의 구분에 관한 다양한 학술적 논의에도 불구하고, 판단기준이 되는 '직접적', '간접적'. '실질적' 개념은 해석 여하에 따라 그

329) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 25.

330) 최난설헌, "연성규범(Soft Law)의 기능과 법적 효력 - EU 경쟁법상의 논의를 중심으로 - ", 인하대학교 법학연구 제16집 제2호, 2013. 7. 31., 92-93면; 위준석, "연성규범의 새로운 양상 - FATF와 확산금융방지를 중심으로 - ", 국제법학회논집, 2018, 108면; Francis Snyder, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", The Modern Law Review, 1993. 1., p. 32. 참조. 연성법은 전통적으로 국제법이나 행정법 등 공법영역에서 자주 활용되는 방식이라고 한다.

의미가 달라져, 경성규범과 연성규범의 경계를 명확히 획정하는 일을 어렵게 한다. 이러한 이유로 연성규범을 경성규범과 달리 직접적인 국가의 제재로 뒷받침되지 않는 규범으로 보는 견해,[331] 국가의 규율이 강제될 수 있는 규범을 경성규범으로 보고 그 외 규범을 총칭하여 연성규범으로 보는 견해,[332] 입법기관의 입법 절차를 거친 법률만을 경성규범으로 보고 그 외의 규범을 모두 연성규범으로 보는 견해,[333] 입법기관의 입법 절차를 거친 것은 아니나 입법권을 위임받은 행정부의 법규명령까지 경성규범에 포함하는 견해 등 다양한 견해들이 제시되고 있다.[334]

경성규범과 연성규범을 앞의 기준에 따라 구분한다고 하여도 연성규범의 외연을 어디까지 넓힐 수 있는지에 대해서도 여러 견해가 제시된다. 대부분의 견해는 연성규범에 통상 규범으로 인식되는 규칙, 지침, 협약을 포함하고 있으나 그 범위를 넘어 정책 사례집이나 정책평가를 포함하는 견해가 있는가 하면,[335] 여기서 더 나아가 법원의 판례까지 연성규범 성질을 가진다는 견해 또한 존재한다.[336]

학술적으로 경성규범과 연성규범을 구분하기 위하여 제시되는 기준은 대부분 가치판단 여하에 따라 유동적으로 변할 수 있는 것들이어서 명확한 경계를 획정하기가 힘들다.[337] 이러한 기준들은 국가의 제재 가능성, 규범의

---

331) Melvin A. Eisenberg, “The Architecture of American Corporate Law: Facilitation And Regulation”, 2 Berkeley Bus. L. J., 2005, p. 182 참조.

332) 최난설헌, 앞의 논문(주 330), 88면 참조.

333) 박준희, 앞의 논문(주 50), 7면; 김향기, 행정법개론(제9판), 탑북스, 283면(미우라 하로키, “이주노동자문제와 동아시아 다층 거버넌스: 연성법 관점에 기반한 분석과 함의”, 한국정치학회보, 2012. 3., 233면에서 재인용).

334) 최난설헌, 앞의 논문(주 330), 93면 참조.

335) 미우라 하로키, 앞의 논문(주 333), 229면은 연성법에 선언적 법률조항, 권장기준, 업무지침, 행정계획, 위탁 규정, 사례집, 정책평가도 포함된다고 본다.

336) Ethan Bueno de Mesquita, Matthew Stephenson, “Informative Precedent and Intra-judicial Communication”, 96 AM. POL. SCI. Rev., 2002 , p. 755.

337) 최난설헌, 앞의 논문(주 330), 93면 참조. 가령 법률 외 법규명령까지 경성규범으로 보는 견해의 경우, 행정규칙 형식의 법규명령은 경성규범으로 볼 수 있는 것인지, 만일 법규명령으로 볼 수 있다면 다른 행정규칙과 차이는 무엇인지, 그리고 법규명령으로 볼 수 없다면 그 이유는 무엇인지 설명하기가 쉽

규율 내용 및 성질, 연성규범의 기능적 측면[338] 등을 평가 요소로 고려하여 경성규범과 연성규범의 구분 기준에 대한 논의를 무용화할 우려마저 없지 않다. 반면 입법부의 정식 절차를 거친 규범을 경성규범으로 그 외의 규범을 연성규범으로 보는 견해는 규범의 형식 기준에 따라 가장 명확하고 간명한 기준을 제시하고 있다고 본다. 다만 일반적으로 법적인 구속력을 인정하기가 어려운 정책 사례집, 정책평가, 사법부의 판단에 불과한 판례는 연성규범에서 제외하는 것이 타당하다고 본다.

(2) 이해충돌 규범에서의 기준

본 논문은 앞서 살펴본 입법부의 정식 절차를 거친 규범을 경성규범으로 그 외의 규범을 연성규범으로 보는 견해에 따라 이해충돌 규범의 입법방식을 평가할 때도 법률 형식을 경성규범으로, 법률 외 규범 형식을 연성규범으로 보고 논의를 전개한다. 이러한 기준은 경성규범과 연성규범을 구분하는 다양한 기준에 따르면 경성규범을 가장 좁게 보는 시각에 해당하지만,[339] 해당 기준에 따른 구분 결과에 관한 이론의 여지가 거의 없고 이해충돌 규범의 입법방식에 대한 명확하고 간명한 논의 전개에 도움을 줄 수 있다.

세계 주요 국가가 이해충돌 규범을 입법하는 형식은 크게 법률과 강령으로 나누어 볼 수 있다. 이 중 입법부에 의하여 제정된 법률은 수범자의 위반 행위에 대한 형사적 제재부터 행정적 제재에 이르기까지 국가가 직접적 강제를 통한 법적 구속력을 부여하고 있다는 점에서 경성규범에 해당한다는 점에 큰 의문이 없다. 강령은 전통적으로 정부나 정부로부터 공임무를 부여받은 공공기관이 공법 분야에서 제정하는 규범 형식으로, 특히 행동강령은

지 않다.

338) 연성규범의 기능에는 예비 법률로서의 기능, 법률 보충적 기능, 법률을 선도하는 기능이 있다고 한다. 최난설헌, 앞의 논문(주 330), 97-98면 참조.

339) 다른 구분 기준에 의하면, 한국의 「공무원 행동강령」은 법명이 강령으로 되어 있으나 법률의 위임에 따른 대통령령으로 제정된 법적 구속력을 가지는 경성규범으로 평가될 여지가 없지 않다.

역사적으로 기관 구성원의 행동 준칙을 제시하는 대표적인 연성규범으로 평가되어왔으며,[340] 이해충돌 규제영역에서 법률 제정을 선도하는 예비적 규범으로서 기능을 수행하였다는 점에서 연성규범으로 볼 수 있다.[341]

3. 연성 입법과 경성 입법의 차이

개별 국가가 이해충돌 규제를 위하여 연성 입법과 경성 입법 중 어떠한 입법방식을 선택하느냐의 문제는 기본적으로 그 국가가 가지는 정치·경제·사회·문화적 여건에 따라 결정될 것이다. 다만 경성 입법과 연성 입법의 선택에 따른 몇 가지 차이점이 발생하게 된다.

이해충돌 규제를 위한 경성 입법은 입법과정에서 반드시 입법부를 거쳐야 하므로 연성 입법보다 훨씬 까다롭고 복잡하여 입법에 실패할 개연성이 높다.[342] 경성 입법은 공직자에게 규율 내용을 따르도록 하는 계도 목적이 없지는 않으나, 이러한 수준을 넘어 이해충돌의 발생과 관련된 공직자의 특정 행위에 대한 강한 강제력 통한 행위의 요구나 억지에 중점을 두고 제정되는 경향이 있다. 이에 따라 경성 입법은 공직자의 규율 위반사항에 대하여 통상 형사처벌을 포함한 강한 제재 수단을 함께 마련함으로써, 국가가 위반행위에 대한 강한 강제력이 발휘할 수 있도록 설계된다. 이러한 이유로 경성 입법과정에는 죄형법정주의 원칙이나 법률유보의 원칙에 대한 고려가 필요하며, 공직자가 준수해야 할 행위 태양을 되도록 구체적이고 상세하게 담아야 한다. 한편 경성 입법은 공직자의 의무 불이행에 대한 집행 절차, 사법심사의 방법

---

340) 최난설헌, 앞의 논문(주 330), 93면은 EU 차원에서 윤리강령(code of conduct)을 연성규범으로 보고 있다.

341) 특히 캐나다 이해충돌 법제의 역사적 전개 과정을 보면, 이러한 특성이 뚜렷하게 나타난다.

342) 가령 캐나다는 1988년 1차례, 1991년 2차례, 1993년 1차례 총 4차례 이해충돌 규제를 위한 경성 입법 시도가 있었으나 의회, 특히 야당과의 마찰로 실패하였다. 관련 내용으로는 Andrew Stark, “Conflict of Interest in Canada”, Trost/Gash(ed.), Conflict of Interest and Public Life, Cambridge, 2008. 126면 참조. 한국 또한 2015년 이해충돌 경성 입법에 실패한 경험을 가진다.

까지 포함하여 마련될 수 있으며,[343] 연성규범만으로 이해충돌 제도의 실효성을 담보할 수 없을 때 강한 제재 수단을 마련하기 위하여 시도되기도 한다.

연성 입법은 행정부 주도로 훨씬 쉽고 탄력적으로 이루어질 수 있으며, 이에 따라 이해충돌 규제에 관한 사회·문화적 환경 변화에 신속하게 대응할 수 있다. 연성 입법은 입법과정에서 입법부를 거칠 필요가 없으므로 기관 내 실무자들에 의해서 제정되는 경우가 많다.[344] 연성 입법은 일반적으로 기관 소속 구성원의 행동 기준을 내부 규범으로 제정하는 방식으로 이루어지며, 입법의 목적이 공직자의 계도에 초점이 맞추어진다.[345] 따라서 경성 입법에 비하여 규율 사항에 대한 구체성이 떨어지고 성실, 충실, 정직과 같은 일반·추상적 개념이 자주 활용되는 특징을 갖는다. 연성 입법의 유형은 규칙, 강령, 지침 등으로 획일적인 유형 선택의 기준은 없으나, 그중 강령(code)을 선택하는 법제가 가장 많다. 다만, 입법 유형에서 오는 한계 때문에 규범 내 실효성 확보 수단의 강도가 경성 입법보다 훨씬 약하다고 볼 수 있다.

제3절 입법방식에 관한 그 밖의 쟁점

I. 도입

이해충돌 규제를 입법하는 방식은 경성규범과 연성규범의 선택 문제에 한정되지 않는다. 개별 국가가 연성규범과 경성규범 중 하나의 입법방식을 선택하였다면, 다시 제도 운용을 위한 기술적 측면을 고려한 다른 기준에 따른 입법방식을 선택하는 문제가 남게 된다. 세계 주요 국가의 입법방식에 비추

343) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 25는 이러한 형식에는 이해충돌로 발생하는 뇌물, 부패, 가족 채용(nepotism) 등에 대한 형사, 행정, 민사적 제재까지 담길 수 있다고 한다.
344) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 25.
345) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 25.

어 보면 여기에는 크게 두 가지 입법방식에 대한 고민이 있는 것으로 보인다. 우선 주요한 이해충돌 규제사항을 한군데로 모아 독자적인 규범을 새로 제정할 것인지 아니면 이미 존재하는 법률에 이해충돌 규제사항들을 담아낼 것인지가 첫 번째 고려할 사항이다. 다음으로 공직사회에 존재하는 다양한 수범자를 어떻게 분류하여 수범자 특성에 맞는 차별적 접근을 실현할 것인지가 두 번째 고려사항이다. 연성규범과 경성규범의 선택 문제가 규범상 효력의 차별을 기하기 위한 입법방식의 선택 문제라면, 나머지 입법방식은 규범상 효력의 문제보다 제도 운용상의 기교적·기술적 고민에 따른 차이라고 볼 수 있다.

이하에서는 독자적 입법방식 선택의 문제와 수범자 영역의 분리 문제에 대한 고민이 왜 발생하는지 각각의 입법방식 선택에 따른 장점과 단점을 중심으로 관련 내용을 설명하고자 한다. 이러한 과정은 제4절의 비교법적 고찰을 통해 세계 주요 국가의 법제를 이해하고 제5절의 한국 법제의 시사점을 제공하는 데 도움이 될 것으로 본다.

II. 독자적 규범을 통한 입법방식

개별 국가가 이해충돌 규제를 위하여 연성규범과 경성규범 중 하나의 입법방식을 선택하였다면, 다음으로 이해충돌 규제사항만을 모아 독자적인 규범을 제정할 것인지를 고민해야 한다. 만일 이해충돌 규제사항만을 담은 독자적인 규범을 제정하지 않기로 한다면 규제사항을 기존에 존재하는 규범에 담아내는 방식을 선택할 수 있다. 세계 주요 국가 중 기존 규범에 일부 이해충돌 규제사항을 담아내는 방식을 보면, 주로 전통적인 공무원 관련 규범이나 부패방지 관련 규범에 해당 내용을 담아내는 방식을 취하며, 현재도 이러한 입법방식을 택하고 있는 국가들이 여전히 존재한다(이하 '전통적 입법방식'이라 함).[346]

346) 이러한 형태의 규범 형식에는 이해충돌로 발생하는 뇌물, 부패, 가족 채용(nepotism) 등에 대한 형사, 행정, 민사적 제재를 함께 담고 있다고 한다.

독자적인 새로운 규범을 제정하는 입법방식은 이해충돌 규제사항만을 따로 모아 규율하는 방식으로 최근 국제기구의 입법 촉구나 다른 국가의 법제를 본받아 점차 늘어나는 추세이다. 이러한 추세는 국가 단위에서 전통적으로 자각하지 못했던 이해충돌 영역의 새로운 인식과 함께, 사회적으로 관련 입법의 요구가 증가함에 따라 나타나는 현상으로 볼 수 있다. 독자적 규범의 입법방식은 연성규범과 경성규범의 선택에 특별한 영향을 받지 않는 입법방식이라고 볼 수 있다(이하 '새로운 입법방식'이라 함).

전통적 입법방식은 일반적으로 개별 국가의 공무원법과 같이 수범자의 채용·직위·직급·징계 등 인사 사항, 성실의무·복종의무·품위유지의무 등과 같은 준수 사항과 함께 행위규범으로서 일부 이해충돌 규제사항을 담는 방식으로 볼 수 있다. 전통적 방식은 수범자와 관련된 망라된 규율 사항을 하나의 규범 안에 담을 수 있는 장점이 있지만 일부 이해충돌 규제사항만을 규율하고 있어 공적영역에 발생하는 중요하고 다양한 이해충돌 규제가 어렵고 규제사항의 파편화로 인하여 이해충돌 규제목적에 관한 관심의 집중도를 떨어뜨리는 단점이 있다. 이와는 반대로 새로운 입법방식은 공적영역에서 발생하는 이해충돌 규제사항을 하나의 규범 안에 담아냄으로써 이해충돌 규제목적에 관한 관심을 높일 수 있는 장점이 있으나 수범자에 대한 다른 규율 사항에 관해 별도의 입법을 해야 하는 번거로움이 있다.

III. 공직자별 입법방식

다양한 유형의 공직자로 구성되는 공직사회 전체를 하나의 규범으로 규율하는 일은 자칫 특정 범주의 공직자가 갖는 고유한 특성을 반영하지 못할 수 있다는 우려를 낳는다. 이것은 단순히 법문이 명확하다고 해결될 수 있는 문제가 아니며, 해당 공직자를 대상으로 마련된 전체 법체계를 온전히 이해하고 규범 내 제도를 설계할 때만 이러한 우려가 해소될 수 있다. 가령 공직자의 소속 기관장이 이해충돌 사항에 관한 직무배제를 명할 수 있다는 제도

Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 25.

를 마련했을 때, 행정부 공직자에 대한 직무배제는 기관장에 의하여 쉽게 이루어질 수 있지만 국회의장의 국회의원에 대한 직무배제 명령은 훨씬 복잡한 문제를 낳을 수 있다.

이러한 이유로 규제사항에 따라 공직자 유형별, 특히 입법부 공직자와 행정부 공직자의 차별적 접근이 필요하다.[347] 세계 주요 국가의 법제에 비추어 보면 이러한 차별적 접근을 두 가지 방법으로 실현하는 것으로 보인다. 첫 번째는 한 규범 내에 수범자 유형에 따라 규율 내용을 달리하는 입법방식이고 두 번째는 아예 수범자별로 분리하여 규범을 제정하는 입법방식이다. 개별 국가의 이러한 입법방식의 선택은 주로 입법부 공직자와 행정부 공직자의 차별적 접근을 실현하는 데 주된 목적을 가지는 것으로 보인다.

첫 번째 입법방식은 별도의 규범을 제정함으로써 발생하는 번거로운 절차를 피할 수 있는 장점이 있지만, 규율 내용이 복잡해지고 다양한 법률 해석을 낳아 제도 운용의 실효성을 떨어뜨리는 단점이 있다. 반면 두 번째 입법방식은 공직자 유형의 특성에 맞는 규범을 별도로 제정함으로써 공직자의 독립적 지위를 보장하고 직무 특성에 맞는 소속기관의 자율적 판단권을 존중해 줄 수 있다는 점에서 장점이 있다. 다만 별도의 규범을 제정해야 하는 번거로운 절차를 거쳐야 하고, 수범자별 규제의 차별적 접근은 규범 내 규율사항은 달리함으로써 달성될 수 있다는 점에서 굳이 규범을 분리할 필요가 없다는 비판을 받을 수 있다.

제4절 비교법적 고찰

I. 도입

이해충돌 법제를 마련하고 있는 개별 국가는[348] 이해충돌 규제의 입법방

347) 제1장 제1절 Ⅲ. 참조.
348) 본 절에서 규범의 입법방식과 관련하여 살펴볼 국가로는 경제협력개발기구 회

식과 관련하여 세 가지 특징을 보이는데, 우선 경성 입법방식을 채택하는 법제와 연성 입법방식을 채택하는 법제로 나뉜다. 경성 입법방식은 강한 실효성 확보 수단과 함께 부패 예방을 위한 공직자의 행위 통제를 목적으로 제정되는 경향이 있는 반면에 연성 입법방식은 공직자의 강력한 행위 통제보다 계도에 초점을 맞추어 행정부 주도로 훨씬 쉽고 탄력적으로 시도되고 있다.

다음으로 공직자 관련 일반규범에 이해충돌 일부 규제내용을 담아내는 법제가 있는가 하면, 이해충돌 규제만을 위한 독자적 규범을 제정한 법제가 있다. 전자는 전통적으로 겸직금지나 직무 회피와 같이 공직자가 직면할 수 있는 일반적 이해충돌 상황을 고려하여 다양한 공직자 관련 규율 내용을 혼합하여 입법하는 방식이고 후자는 이해충돌 규제의 필요성이 강조되는 최근의 경향에 발맞추어 다양한 이해충돌 상황을 고려하여 규제내용을 담아내는 입법방식이라고 볼 수 있다.

마지막으로 수범자와 관련하여 선출직 공직자와 비선출직 공직자를 분리하지 않고 입법하는 방식과 선출직 공직자의 직무 특성을 고려하여 수범자를 분리하는 입법방식으로 나눌 수 있다. 해당 입법방식의 차이는 국민을 대표하는 입법부 소속 공직자의 독자적 결정권을 존중하는 차원에 따른 입법방식의 차이라고 볼 수 있다. 규범 내 이런 특징을 가장 잘 보여주는 것이 실효성 확보 수단의 적용 측면에서 나타나는 차이이며, 분리 입법을 택하는 법제는 규율 내용을 위반한 선출직 공직자에 대하여 입법부의 독자적 자율권을 통해 자체적으로 실효성 확보 수단을 실행하도록 보장하고 있다.

원국 중 이해충돌 규제만을 위하여 독립된 규범을 제정하고 있는 미국, 캐나다, 프랑스와 부패인식지수(CPI)가 비교적 높은 영국이 있다.

II. 법제 비교

1. 외국의 법제

(1) 미국[349]

미국은 경성형식의 법률을 통한 제재 중심의 규제 전통을 이어오다가 근래 연성형식의 규범을 통한 예방에 중점을 두고 있다.[350] 그렇다고 하여 경성 규범을 통한 형사처벌 중심의 문화가 완전히 사라진 건 아니다. 다만, 연성형식의 규범을 통한 과징금을 포함한 행정적 제재 수단, 예방을 위한 훈련과 교육의 방식이 다양하게 활용되고 있다.[351]

이해충돌 규제를 주된 목적으로 하는 독자적인 규범으로는 「정부윤리법」과 「정부윤리법」의 개정법으로 볼 수 있는 「윤리개혁법」을 들 수 있다. 미국이 공직사회 부패의 심각성을 인식하고 개혁의 강도를 높이기 시작한 것은 워터게이트 사건 이후라고 볼 수 있다. 이에 따라 카터(James Earl Carter Jr.) 정부에서 「정부윤리법」이 제정되었고 이 법률은 부시(George H. W. Bush) 정부 시절 「윤리개혁법」으로 개정되기에 이른다. 「정부윤리법」은 제1장 '입법부 공직자의 재산공개', 제2장 '행정부 공직자의 재산공개', 제3장 '사법부 공직자의 재산공개', 제4장은 '정부윤리청(OGE)', 제5장은 '퇴직공직자의 이해충돌', 제6장은 「연방 법전」 제7장은 '상원 법률고문실[352]'로 구성

---

349) 미국의 부패방지제도를 소개한 글로는 나채준, "미국의 공직자 부패방지 제도에 관한 비교법적 고찰", 영남법학 제42집, 2016; 윤태범, 앞의 논문(주 50); 이유봉, 앞의 글(주 50); 정하명, 앞의 논문(주 177); 최계영, 앞의 논문(주 35); 최윤영, 앞의 논문(주 50) 참조.

350) OECD, 앞의 책(주 57), p. 232.

351) OECD, 앞의 책(주 57), p. 233.

352) 상원 법률고문실의 고문과 부고문(副顧問)은 상원의 다수당과 소수당 원내대표들의 추천을 받아 정치적 고려 없이 대통령이 임명하고 임명은 상원의 인준을 받아야 한다. 법률고문실의 역할은 ① 상원의원과 공직자들이 직무수행으로 민사 소송을 받거나 상원에서 증언으로 소환받았을 때 방어, ② 상원 소

되어 있다. 「정부윤리법」은 재산공개제도와 퇴직공직자의 활동 제한제도를 규정하고 있다.

이해충돌 규제와 관련한 「정부윤리법」의 내용은 「윤리개혁법」으로 승계된다.[353] 「윤리개혁법」은 총 11개의 장 41개의 조항으로[354] 구성되어 있는데 각 장의 제목을 간략히 살펴보면, 제1장은 '퇴직공직자의 행정부와 사법부 기관에서의 행위 제한', 제2장은 '연방 공직자의 재산공개', 제3장은 '선물과

속 위원회의 조사를 돕는 것, ③ 상원의원을 위해서 개입이 필요할 때 또는 의회의 책임과 권한을 보호하기 위하여 소송의 조언자로 출석, ④ 상원 위원회와 공직자에 법률 조언을 한다. https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-RIDDICK-1992/pdf/GPO-RIDDICK-1992-127.pdf (2022. 11. 11. 방문) 참조.

353) 「윤리개혁법」의 제정으로 동일 내용을 규율하고 있는 「정부윤리법」의 조항은 폐지·개정된다.

354) 해당 조문의 제목을 요약 정리하면, 제101조(퇴직공직자의 활동 제한 - 「연방법전」 제207조의 개정 조항), 제102조(제101조의 발효일), 제201조(「정부윤리법」 제2장 및 제3장의 폐지), 제202조(연방 공직자의 재산공개), 제203조(임명을 위한 대통령 자문위원회), 제301조(상급자에 대한 선물), 제302조(여행 승인 권한), 제303조(연방 공직자에 대한 선물), 제401조(「연방 법전」 제202조의 개정), 제402조(「연방 법전」 제203조의 개정), 제403조(「연방 법전」 제204조의 개정), 제404조(「연방 법전」 제205조의 개정), 제405조(「연방 법전」 제208조의 개정), 제406조(「연방 법전」 제209조의 개정), 제407조(벌칙과 금지명령 - 「연방 법전」 제216조의 개정 조항), 제501조(조사를 위한 상원 윤리위원회의 감사원에 대한 송부), 제502조(이해충돌 요건을 충족하지 못한 불승인 판매), 제503조(정부 차량의 사용), 제504조(1971년 「연방 선거운동법」 개정), 제505조(「연방 법전」 제37편 舊 조항의 삭제), 제506조(고위직 공직자의 재인증), 제507조(특정 법률의 일부 조항의 효력 정지), 제601조(겸직 제한 - 「정부윤리법」 제5장의 개정 조항), 제602조(기부금의 세금 처리), 제603조(제6장의 발효일), 제701조(공공서비스와 보상에 대한 시민위원회), 제702조(급여의 조정), 제703조(고위직 공직자의 급여 수준), 제704조(입법부, 행정부, 사법부 특정 공직자의 연봉 산정 방법의 개정), 제705조(특정한 급여를 받기 위한 고위 판사의 재직기간), 제801조(선물의 수수), 제802조(공적 자원의 사용), 제803조(하원 위원회의 행동 규칙 개정), 제804조(사례 수수 금지와 겸직 제한), 제805조(여행 비용 환불에 대한 제한), 제806조(규칙 제정 권한의 실행), 제901조(선물 및 영행), 제902조(재산공개서의 송부), 제903조(상원 이해충돌 규칙의 개정), 제1001조(의회의 법률 제정권한), 제1101조(상원의원의 급여조정과 사례비의 삭감)이다.

여행', 제4장은 '미국「연방 법전」 제18편의 개정', 제5장은 '다른 윤리규정의 개정', 제6장은 '외부 고용의 제한과 사례금 수수의 금지', 제7장은 '공공서비스와 보상에 대한 시민위원회', 제8장은 '하원 규칙의 개정', 제9장은 '상원에 대한 규제', 제10장은 '의회의 입법권', 제11장은 '수당과 사례금의 조정'이다. 주요 이해충돌 규제내용으로는 재산공개제도와 퇴직공직자의 활동 제한이 있다. 특히 퇴직공직자의 활동 제한은「연방 법전」 제207조를 개정한 것으로「연방 법전」 제207조와 규제내용이 같다.

다음으로 독자적인 입법형식은 아니지만「연방 법전」은 이해충돌 규제내용을 담고 있다. 즉,「연방 법전」 제18편 제1부 제11장「뇌물, 부당이득 및 이해충돌 방지 법률」(Bribery, Graft and Conflict of Interest Act, 18 U.S.C. 11)에서 이해충돌을 규율하고 있는데, 해당 장은 총 27개 조항으로[355] 구성되어 있다.[356] 이 중 공직자의 부패행위와 관련 있는 조항은 제201조(뇌물

355) 각 조항의 제목을 간략히 살펴보면, 제201조는 공직자와 증인의 뇌물죄, 제202조는 정의, 제203조는 의회 구성원과 공직자가 정부에 영향을 미치는 행위에 대한 보상, 제204조는 연방청구법원 또는 연방순회항소법원에서의 의원의 활동, 제205조는 정부와 관련되는 청구 및 기타 사안에 대한 공무원과 종사자의 활동, 제206조는 퇴직 장교의 면제, 제207조는 퇴직한 공무원, 종사자 및 행정부·입법부의 선출직 공직자의 제한, 제208조는 개인의 재정적 이해관계에 영향을 미치는 행위, 제209조는 미연방만이 지불하는 공무원과 종사자의 보수, 제210조는 임명직 획득을 위한 제공, 제211조는 임명직 획득을 위한 수락 및 요청, 제212조는 금융회사 조사관에게 대부금 또는 사례금 제공, 제213조는 금융회사 조사관의 대부금 또는 사례금 수수, 제214조는 연방준비은행 대부의 획득과 기업어음 할인을 위한 제공, 제215조는 대부금 획득을 위한 수수료 또는 선물의 수수, 제216조는 처벌 및 금지명령, 제217조는 농가부채 조정 대가 수령, 제218조는 이 장을 위반한 업무처리의 무효화, 미연방의 권리회복, 제219조는 외국 기관의 대리인으로 활동하는 공무원과 종사자, 제224조는 운동경기에서의 뇌물, 제225조는 반복된 금융범죄 기업, 제226조는 금융 범죄를 계속해서 저지르는 기업, 제227조는 민간단체의 고용 결정에 대한 의원의 부당한 영향이다. 중간에 빠진 조항들은 조문이 이동하거나 폐지되었다.

356) 동 규정들은 1961년 미 의회가 뇌물 및 이해충돌에 관련된 내용을 통합된 형사처벌 법률로 정비한 것이다. 관련 내용은 이성기, "미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구", 미국헌법연구 제23권 제2호, 2012. 8., 제97면 참조.

죄)로 볼 수 있고 이해충돌과 규제와 관련 있는 조항으로는 제203조(정부에 영향을 미치는 사안에 대한 공직자의 보상)[357], 제204조(의회 의원의 연방청구법원이나 연방순회항소법원에서의 활동 제한), 제205조(정부에 영향을 미치는 청구나 사안에 대한 공무원과 종사자의 활동), 제207조(행정기관과 입법기관에서 퇴직공직자·종사자·선출직 공직자의 활동 제한), 제208조(재정적 사적에 영향을 미치는 행위), 제209조(겸직금지 의무) 등이라고 볼 수 있다.

미국은 1960년대 이후 연성형식의 규범을 활용하기 시작하는 데 현재 대표적인 규범이 「연방 규정」(C.F.R.) 내 '행정부 소속 직원에 대한 윤리적 행동 기준'(Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch)이다. 해당 기준은 「연방 법전」 제208(a)조를 구체화하고 있는 재정적 이해관계가 있는 행위의 회피조항이 있다.[358] 그 밖에 겸직금지 규정,[359] 직무관련 자산의 매각과 백지신탁과 관련한 상세한 규정[360]들이 대표적이다.

미국은 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범인 「정부윤리법」과 「윤리개혁법」을 시행하고 있다. 이에 더하여 「연방 법전」에서 이해충돌을 규제함으로써 경성형식의 법률을 주요한 이해충돌 규제 형식으로 택하고 있는 국가이다. 형벌 중심의 경성 규범은 규제의 경직성을 낳았고 이를 탈피하고자 계도나 예방 중심의 연성 규범으로 전환하고 있는 과정이라고 볼 수 있다.[361] 연성형식과 경성형식을 혼합하여 중층적으로 이해충돌을 규

---

357) 허락받지 않는 보상을 금지하는 제203조는 이해충돌과 결부되어 공직자가 특정사안(소송, 신청, 재결, 계약, 청구, 분쟁, 기소, 체포, 구속, 그 밖에 국가가 당사자이거나 실질적 이해관계가 있는 사안)에 대한 대리행위의 대가로 보상받는 경우를 규제하고 있다. 보상은 공무원이 요구, 희망, 수수, 동의하는 등 공무원이 인지한 상태에서 수수, 약속할 것이 요구되므로 동 규정은 이해충돌과 결부된 부패행위를 규제하는 취지로 보인다. 다만, 공직자의 대리행위에 대한 정당한 보상이 있을 수 있으므로 이해충돌 사안에 대한 활동 금지나 겸직금지의 효과도 있다는 점에서 이해충돌 규제 조항으로도 볼 수 있다고 평가한다.

358) 「5 C.F.R.」 §2635.402(a).

359) 「5 C.F.R.」 §2635.802.

360) 「5 C.F.R.」 §2634.1005, 「5 C.F.R.」 §2634.401 - §2634.414 참조.

361) OECD, 앞의 책(주 57), p. 266; 최계영, 앞의 논문(주 35), 292-293면 참조. 캐

제하려는 시도는 행정적 조치를 통한 공직사회 자체 시정의 가능성을 열어두는 제도의 탄력성을 기하고 있다. 그러함에도 불구하고 미국은 비교법적으로는 제재 강도의 측면에서 상당히 높은 수준의 억지책을 마련하고 있는 경성형식 주도의 국가라고 볼 수 있다. 한편 비선출직 공직자를 규율하는 별도의 규범을 시행하지는 않으며, 같은 규범 내에서 특정 이해충돌 영역에 있어 규율 내용을 다소 달리할 뿐이다.

(2) 영국

영국은 이해충돌 규제를 주된 목적으로 하는 독자적인 규범을 시행하고 있지는 않다. 다만 연성형식의 공직자 일반규범인 강령에 일부 이해충돌 규제내용을 담아내는 방식을 택하고 있다. 대표적인 규범으로는 「장관강령」(Ministerial Code), 「공무원 강령」(Civil Service Code), 「공무원 관리강령」(Civil Service Management Code)이 있다.

「장관강령」은 영국 내각의 장관들이 공직 수행에 있어 준수하여야 할 행위 기준을 제시하고 있는 규범으로, 1997년 노동당 정부인 토니 블레어(Tony Blair) 총리 시절에 최초로 채택되었다. 이후의 집권 정부마다 해당 강령을 채택하고 있으며, 마지막 채택은 2022년 5월 27일 보수당의 보리스 존슨(Boris Johnson) 정부에서 이루어졌다.[362] 「장관강령」 중 이해충돌 규제에 관한 내용으로는,[363] 제1장 일반 원칙(general principle)에서 장관은 수행

나다가 연성형식의 규범에서 경성형식의 규범으로 발전되어 온 것과 상반된다.

362) https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code (2022. 11. 11. 방문) 참조. 「장관강령」은 내각사무처 내에 있는 '공정윤리단'(Propriety and Ethics Group)에 의해서 운용된다. 「장관강령」의 역사와 구성에 관해서는 박경철, 영국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 31-33면 참조.

363) 이하의 내용은 국민권익위원회 홈페이지에 2013. 11. 29. 게시된(https://acrc.go.kr/board.es?mid=a10106000000&bid=1006&&act=view&list_no=26473&tag=&nPage=3, 2022. 11. 11. 방문) 부패방지관련 해외 입법례를 참조한 후, https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code(2022. 8. 7. 방문)에 게시된 최

하는 직무와 사익 사이에 이해충돌이 발생하지 않도록 하고 심지어 이해충돌의 외관조차도 드러나지 않도록 주의를 할 것을 규정하고 있다(제1.3조(f)).[364] 장관이 하원의원 출신일 경우 하원의원의 지위에서 나오는 유권자 대표로서의 역할과 장관의 지위에서 나오는 역할을 엄격히 분리할 것을 요구함으로써(제1.3조(h)), 중첩되는 공적 지위에서 나오는 이해충돌에 대한 주의적·선언적 의미의 규정을 두고 있다. 이에 따라 장관이 속한 선거구에 영향을 미칠 수 있는 결정을 소관 부처에서 의사결정을 내릴 경우, 이해충돌 가능성을 방지하기 위하여 특별한 주의를 기울여야 한다(제6.4조). 이러한 원칙을 기본으로 「장관강령」은 장관의 사익 추구행위에 대한 주의(제6.7조), 사적 이해관계에 대한 신고(제7.3조), 겸직의 금지(제7.13.조, 제7.14조, 제7.15조), 퇴직 후 활동 제한(제7.25조), 선물이나 향응에 대한 신고제도(제7.22조, 제7.24조)를 규정하고 있다.

「공무원 강령」[365]은 공무원의 다양한 행위 기준들을 제시하고 있지만, 이해충돌 규제와 관련된 내용을 상세하게 규정하고 있지는 않다.[366] 다만, 공직자가 준수해야 할 선언적 의미의 이해충돌 방지의무를 제시하고 있을 뿐이다. 가령 「공무원 강령」은 공무원이 지켜야 할 핵심 가치 중 하나로 '청렴

근의 「장관강령」(영국 정부가 2022년 5월 27일 채택함)의 내용을 번역하여 작성한 것임을 밝힌다.

364) 「장관강령」은 장관 외에도 보좌관(Parliamentary Private Secretary)의 이해충돌을 규제하고 있다. 즉, 내각의 장관들은 총리의 서면 승인(written approval)을 얻어 보좌관을 임명할 수 있는데(제3.6.조), 보좌관들은 정부 구성원은 아니지만 자신의 직무와 사익 사이에 이해충돌이 발생하거나 발생하는 것처럼 보이면 안 된다(제3.7.조). 보좌관들은 안건에 대하여 장관에게 건의할 때, 이해관계인과 안건에 대해 협의해서는 안 되며, 의사결정의 과정에서 영향력 행사를 암시해서도 안 된다(제3.12.조).

365) 「공무원 강령」은 2010. 11. 11. 영국 의회에 제출된 「통치구조개혁법」(Constitutional Reform and Governance Act 2010) 제5조 제5항에 따라 제정됨으로써 법적인 근거가 마련되었다. 「공무원 강령」의 형성과정에 대해서는 박경철, 앞의 글(주 358), 38면 참조.

366) 「공무원 강령」은 총 20개의 조항으로 구성되는데, 이해충돌과 관련된 것으로는 제3조와 제7조를 들 수 있다.

성’(integrity)을 들고 있다. 「공무원 강령」은 청렴성을 공무원이 자신의 사익보다 공익을 우선하여 수행할 의무라고 정의하고 있다(제3조). 동 규정은 청렴성에 대한 정의를 통해, 공직자의 이해충돌 방지를 위한 선언적 의미를 담고 있다고 평가할 수 있다. 그 밖의 이해충돌 규제의 내용이라고 볼 수 있는 것으로, 내부정보를 이용한 사익 추구행위 금지 규정이 거의 유일하다(제7조).

「공무원 관리강령」은 공무원의 채용부터 퇴직 후 활동까지, 단계별 상황에 따라 공직 관리의 전반적 사항을 규율하고 있다.[367] 제4장은 공무원이 준수해야 할 행위 기준을 담고 있는데, 내용 중 일부는 이해충돌 규제와 관련이 있다. 관련 내용에는 내부정보를 이용한 사익 추구행위의 금지(제4.1.3.c.조, 제4.3.8.조), 이해관계인과 사적 계약의 체결금지 의무(제4.3.1조), 이해관계가 있는 직무 활동에서의 배제 의무(제4.3.2.조, 제4.3.3.조), 퇴직공직자 취업제한 제도(제4.3.4.조), 이해관계가 있는 자산의 신고와 매각제도(제4.3.9.조)를 규정하고 있다.

위에서 살펴본 강령들은 이해충돌의 규제를 주된 목적으로 제정된 규범들은 아니다. 규범의 명칭에서 알 수 있듯이 영국은 연성형식의 공직 관련 일반규범 안에 다양한 행위 기준 중 하나로서 이해충돌을 규제하고 있으며 그것도 공직사회 자체의 예방과 계도에 중점을 두고 있다.[368] 따라서 각 규범 안에 제재의 수단이 강하지 않고[369] 추상적이고 선언적 수준의 규율 내용도

---

367) 「공무원 관리강령」 또한 2010년 「통치구조개혁법」에 근거하고 있는데, 구성은 제1장 ‘임명’, 제2장 ‘공무원 조직에서의 공정한 기회 보장’, 제3장 ‘직장에서의 건강과 안전’, 제4장 ‘행동 준칙과 규율’, 제5장 ‘고위공무원’, 제6장 ‘인사관리’, 제7장 ‘보수와 수당’, 제8장 ‘공무수행 비용’, 제9장 ‘근무조건’, 제10장 ‘인사이동’, 제11장 ‘퇴직’, 제12장 ‘직무수행으로 인한 법률분쟁에서의 비용지원’의 총 12개 장으로 이루어져 있다. 이 중 이해충돌 규제에 관한 내용은 대체로 제4장 ‘행동 준칙과 규율’에서 규정하고 있다.

368) 영국의 2006년 「부정행위방지법」(Fraud Act 2006)은 공·사 영역에서 이루어지는 업무담당자의 사취행위를 규율하는, 즉 부패범죄(자연범)의 형사처벌을 위하여 마련된 규범으로 예방규범으로서 이해충돌 규범과 성격을 달리한다.

369) 「공무원 행동강령」은 징계 규정이 존재하지 않고 「장관강령」 제3.3조는 징계 가능성을 암시하고 있을 뿐이다.

다른 국가의 입법례에 비하여 상대적으로 많은 편이다.

(3) 캐나다

캐나다는 미국보다는 아니지만 다른 국가와 비교할 때, 상대적으로 이른 시기에 이해충돌 규제에 관심을 가진 국가라고 볼 수 있다. 캐나다는 행정부 공직자와 선출직 공직자를 구분하여 별도의 규범을 제정하여 이해충돌을 규제하는 이례적 법제를 보유한 국가이다. 연방 공직자들의 이해충돌을 규제하기 위하여 2006년 「이해충돌법」이 제정되었고 선출직 공직자의 경우 「상원 강령」과 「하원 강령」이 시행 중이다.

「이해충돌법」은 이해충돌 규제를 주된 목적으로 하는 독자적 규범으로 연방 공직자들을 수범자로 하여 규율한다. 종래 연방 공직자에 대해서 지침, 강령 등 연성형식의 규범으로 이해충돌을 규제하다가, 규제의 실효성이 떨어지고 이해충돌에 기인한 부패사건이 빈번하게 발생하자 경성형식의 법률로 이해충돌을 규제하기 시작하였다.[370] 「이해충돌법」이 담고 있는 규제사항으로는 이해충돌 발생 소지가 있는 각종 활동과 자산에 대한 신고제도이다. 여기에는 자산 신고, 이력 신고, 선물 신고(제22조), 겸직 신고(제24조)가 포함된다. 그 밖에 이해관계 규제로는 이해충돌 시 직무의 회피(제21조), 자산 매각과 백지신탁 제도(제27조) 등이 있다.

「상원 강령」[371]은 상원 구성원의 예측이 가능한 이해충돌 문제에 대한 지침을 제공하기 위하여 제정되었다.[372] 「상원 강령」은 상원의원의 권한이 국민으로부터 신탁받은 것임을 밝히면서, 이해충돌을 방지하고 청렴성에 대한 대중의 신뢰를 유지·강화하기 위해 공적 의무를 이행할 것을 요구하고 있다(제2조(2)(b)). 이에 따라 상원의원은 직무를 조정하여 이해충돌 발생을 방지하고 이해충돌이 발생한 경우, 공익을 보호하는 방향으로 의사결정을 내려야

370) 캐나다 이해충돌 규제 제도의 역사적 발전과정과 관련하여서는, 박주철, 앞의 논문(주 50), 27-33면 참조.
371) 「상원 강령」은 총 68개 조문으로 구성되어 있다.
372) 「상원 강령」 제1조 (b).

한다(제2조 (2) (c)). 「상원 강령」의 주요 이해충돌 규제내용으로 직무상 취득한 정보의 사용을 통한 사익 추구행위 금지(제10조), 직무상 회피 제도(제13조, 제14조), 선물·여행 신고제도(제17조, 제18조), 사적 계약 제한제도(제20조), 재산공개 제도(제27조, 제28조)가 있다.

「하원 강령」[373]의 목적은 하원의원의 사익보다 공익을 우선하는 기준을 제시하거나 공익과 사익의 조화로운 해결방안을 명확히 제시함으로써 국민에게 투명한 공직사회를 제공하는 데 있다(제1조 (b), (c)). 「하원 강령」은 「상원 강령」과 마찬가지로 하원의원의 권한이 국민으로부터 신탁받은 것이므로 이해충돌을 방지하기 위하여 정직하게 공적 임무를 수행할 것을 요구한다(제2조 (b)). 이에 따라 하원의원은 예측이 가능한 실제적 이해충돌이 발생하지 않도록 적절히 조치해야 하며, 이해충돌이 발생한 경우, 공익을 보호하는 방식으로 의사결정을 내려야 한다(제2조 (d)). 「하원 강령」의 이해충돌 규제내용으로는 내부정보를 사용한 사익 추구행위 금지 제도(제10조), 직무 회피 제도(제12조, 제13조), 선물·여행 신고제도(제14조, 제15조), 사적 계약체결 제한제도(제16조), 재산공개제도(제20조) 등이 있다.

캐나다는 전통적으로 이해충돌 규제를 자제하다가 영국적 전통을 기반으로 연성형식으로 규제하였으나 근래에는 일부 규범을 경성형식으로 변경한 국가이다. 규범 형식의 측면에서 비교법적으로 독특한 특징을 보이는데, 이해충돌 규제를 위하여 선출직 공직자인 의회 의원과 행정직 공직자를 분리하여 규율하고 있다. 그리고 이해충돌 규제를 주된 목적으로 하는 독자적인 법제 형식을 택하고 있다. 그뿐 아니라 선출직 의원의 경우 연성형식 규범을, 연방 공직자의 경우 경성형식의 규범을 통해 규율하는 혼합된 규범 형식을 택하고 있다. 이러한 법제는 공무원 특성에 따른 차별화된 규제가 가능하고, 민주적 정당성이 존재하는 의회의 경우 독립기관의 자율적 의사 결정권을 부여할 수 있다는 장점이 있다.

373) 「하원 강령」은 총 34개의 조문으로 구성되어 있다.

(4) 프랑스

프랑스는 종래 1983년에 제정된 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」[374]의 일부 조항을 통하여 이해충돌을 규제하였고, 해당 법률의 일부 내용은 2016년 제정된 「공직윤리와 공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」까지 이어졌다. 그러다가 2019년 공직 관련 법제 구조의 간소화를 위하여 「공직 개혁법」이 제정되었다. 법률 제정에 따라 2021년에 오르도낭스[375]가 제정되면서 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」의 대부분 조항이 삭제되었다. 그리고 같은 해 「공무원 일반법전」이 제정됨으로써 해당 법전에서 이해충돌 규제가 이어지고 있다.[376] 한편 프랑스는 2013년 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」을 제정하였는데 해당 법률은 '이해충돌' 개념을 처음으로 규범 내에 정의한,[377] 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범으로 볼 수 있다. 이에 프랑스는 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범을 보유하는 국가가 되었다.

「공무원 일반법전」의 구성은 총 8권(livre)으로, 이 중 이해충돌 규제와 관련된 내용은 대체로 제1권 제2장 '공무원의 의무'에 포함되어 있다. 「공무원 일반법전」은 이해충돌의 개념을 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」과 마찬가지로, '공익과 공익 또는 공익과 사익 사이의 충돌로 인하여 공무원이 공정하고 독립적인 임무와 활동을 수행하는 데에 영향을 주거나 영향을 줄 수

374) 해당 법률은 당시 공직사회 행정개혁을 담당하고 있던 정무차관 아니세 르 포르(Anicet Le Pors)의 이름을 따 '르 뽀르'(Le Pors) 법이라고 부르기도 한다.

375) Ordonnance n° 2021-1189 du 15 septembre 2021.

376) 가령 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」 제25조는 공직자의 영리 행위를 금지하는 겸직금지 조항이다. 해당 조항은 현재 삭제되었으며 현재는 「공무원 일반법전」 L121-3조에 규정되어 있다.

377) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제2조 참조. 동 조항은 프랑스에서 '이해충돌'의 개념을 최초로 명문화하였다는 데 의의가 있다. 관련 내용은 이유봉, 공직부패 종합대책법으로서의 부정청탁 및 이해충돌 방지법안에 대한 분석 연구, 한국법제연구원, 2012, 163면; 전훈, 프랑스의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 36면 참조.

있는 상황'으로 정의하고 있다.[378] 공무원은 본인이 인지한 이해충돌 상황을 방지하거나 즉시 제거하여야 하며,[379] 공적 직무수행에 전념할 의무가 있다.[380] 한편 고위직 공무원은 임명 후 2개월 이내에 자신의 자산 및 재무상황을 공직생활 투명성을 위한 고등사무국에 신고하여야 한다.[381] 이처럼 「공무원 일반법전」은 공직자에 대한 전반적인 사항을 규율하는 동시에 공무원에게 이해충돌을 규제를 가하고 있다.

프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 2012년 말부터 2013년 초에 불거진 소위 카위작 사건의 영향으로 제정되었다.[382] 카위작 사건은 당시 프랑스 사회에 큰 파장을 일으켰고 공직자의 이해충돌 규제에 대한 필요성을 전 국민이 공감하는 계기가 되었으며, 경성형식의 형사처벌이 가능한 독자적 이해충돌 규범을 탄생케 하는 계기가 되었다. 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 총 3개의 장 35개의 조문으로 구성되어 있다.[383] 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」에서 정의하는 이해충돌의 개념은 앞서 살펴본 「공무원 일반법전」의 정의와 같으며,[384] 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」의

---

378) 「공무원 일반법전」 L121-5조.
379) 「공무원 일반법전」 L121-4조.
380) 「공무원 일반법전」 L121-3조.
381) 「공무원 일반법전」 L121-10조.
382) 프랑수아 올랑드(François Gérard Georges Nicolas Hollande) 대통령이 이끄는 사회당 정부의 경제재정부 예산장관이었던 제롬 카위작(Jérôme André Cahuzac)은 스위스 은행에 60만 유로의 비자금을 예치하면서, 탈세, 자금세탁 혐의로 검찰수사를 받았다. 사회당 정부 출범 10개월 만에 카위작은 예산장관직을 사퇴하고 사회당으로부터 축출된다. 카위작은 해당 사건에서 탈세, 재정사기(fraude fiscale) 등의 혐의가 인정되어 결국 4년 징역형에 2년 집행유예에 해당하는 유죄의 판결을 받게 된다.
383) 구성은 제1장 이해충돌 방지와 공적 생활에서의 투명성(La prévention des conflits d'intérêts et la transparence dans la vie publique), 제2장은 형사처벌(Dispositions pénales), 제3장은 추가사항(Dispositions finales)으로 되어 있으며, 법률을 시행하기 위한 데크레는 공적 생활 투명성을 위한 고등사무국에 재산상황 신고와 이익 현황 신고에 관한 2013년 12월 23일 데크레 2013-1204호이다(Décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité pour al transparence de la vie publique).
384) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제2조 참조. 프랑스는 명시적으로 공익과

이해충돌 규제의 주된 내용은 공직자의 재산공개제도와 이해관계공개제도이다.[385]

프랑스의 이해충돌 규범은 「공무원 일반법전」과 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」로 대표될 수 있고 모두 경성형식인 법률에 해당한다. 이 중 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적 규범으로 평가할 수 있으며 선출직과 비선출직을 분리하여 규율하고 있지는 않다. 프랑스는 이해충돌 규제내용을 위반한 공직자에 대하여 형사처벌까지 예정하고 있어 비교적 규제 강도가 강한 국가로 평가할 수 있다.

(5) 독일

독일에는 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 독자적인 법률이 존재하지 않는 것으로 보인다. 이해충돌에 대한 일반적인 정의는 없지만, 여러 규범이나 문서에서 이해충돌 방지의 원칙을 확인할 수 있다.[386] 특히 「연방 공무원법」(Bundesbeamtengesetz, BBG)[387]과 각주(州)의 공무원법에서 규정하고

공익 사이의 충돌도 이해충돌 개념에 포함하고 있는 이례적인 국가이다. 이것은 카위작 사건에서 보는 바와 같이 공직자가 공적영역 내에서 국가 예산의 전용을 통해 일으키는 공익과 공익 사이의 충돌상황에 따른 것으로 보인다.

385) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제2항, 제3항.

386) OECD, 앞의 책(주 57), p. 172.

387) 독일 「연방 공무원법」은 1953년에 제정된 이후 2009년 2월 5일에 전면 개정되었다. 현행 법률은 2021년 6월 28일 개정되어 2021년 7월 7일 시행되고 있다. 현행 「연방 공무원법」은 총 13개의 장 147개의 조문으로 이루어져 있다. 각 장을 살펴보면, 제1장 일반 규칙(Allgemeine Vorschriften), 제2장 공무원 신분(Beamtenverhältnis), 제3장 경력(Laufbahnen), 제4장 파견, 전보 및 배정(Abordnung, Versetzung und Zuweisung), 제5장 공무원 해고(Beendigung des Beamtenverhältnisses), 제6장 공무원의 법적 지위(Rechtliche Stellung im Beamtenverhältnis), 제7장 공무원 대표(Beamtenvertretung), 제8장 연방인사위원회(Bundespersonalausschuss), 제9장 고충 및 법적 보호(Beschwerdeweg und Rechtsschutz), 제10장 특별한 법적 관계(Besondere Rechtsverhältnisse), 제11장 법인 재편에 따른 인사이동(Umbildung von Körperschaften), 제12장 긴장·긴급상황과 해외근무(Spannung's und Verteidigungsfall, Verwendungen im

있는 성실·공정 의무,[388] 포상·선물 등 수수 금지 의무,[389] 외부 활동 금지 의무[390]와 같은 규정들은 이해충돌 규제의 토대가 된다.[391] 그리고 많지는 않지만, 직접적인 이해충돌 규제 수단으로 볼 수 있는 몇몇 제도가 있다. 가령 현행 「연방 공무원법」의 공직자의 겸직금지 제도[392]나 퇴직공직자의 취업제한 제도가 여기에 해당한다.[393]

(6) 그 밖의 법제

그 밖의 이해충돌 규제를 주된 목적으로 독자적 법률을 제정한 국가로는 체코와 라트비아가 있다. 체코는 2006년 12월 31일 새로이 「이해충돌법」을 제정하여 시행하고 있으며, 라트비아도 2002년 5월 10일 「공직자의 이해충돌 방지법」을 제정하여 시행하고 있다.

개별 국가뿐 아니라 국제기구 또한 이해충돌 규범을 제정하여 시행하고 있다. 유럽평의회 각료위원회(Council of Europe)[394]는 소속 공직자의 공정한

Ausland), 제13장 경과 및 최종조항(Übergang's und Schlussvorschriften)으로 구성된다. 이 중 이해충돌 규제의 이론적 기초를 제공하는 부분은 제6장에 규정되어 있다. 「연방 공무원법」의 구조와 내용에 대해서는, 전주열·김수홍·김봉철·김성배·서보국, 해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석, 한국법제연구원, 2015. 11. 13., 215-229면 참조.

388) 「연방 공무원법」 제60조.

389) 「연방 공무원법」 제71조.

390) 「연방 공무원법」 제101조.

391) 최계영, 앞의 논문(주 35), 299면 각주 55 참조; OECD, 앞의 책(주 57), pp. 172-173.

392) 「연방 공무원법」 제97조, 제98조, 제99조.

393) 「연방 공무원법」 제105조. 확인된 규범만으로 판단해보면 독일은 공무원 일반 규범 안에 이해충돌 규제에 관한 일부 규제사항을 포함하는 방식으로 규율한다. 다만, 독일은 독자적인 이해충돌 규제와 관련한 규범의 발달이 이루어져 있다고 보기는 어려워 규범 형식을 평가하기에 조심스럽다.

394) 2022년 12월 17일 현재 각료위원회에 소속된 각료는 46개국(알바니아, 안도라 공국, 아르메니아, 오스트리아, 아제르바이잔, 벨기에, 보스니아 헤르체고비나, 불가리아, 크로아티아, 사이프러스, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 조지아, 독일, 그리스, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 이탈리아, 라트비아, 리

직무수행을 담보하기 위하여 「공직자 행동강령 기준」(Model code of conduct for public officials)을 제정하여 시행한다. 「공직자 행동강령 기준」은 동 기준의 제정 목적을 공직자가 직무를 수행하는 과정에서 이행해야 할 행동을 구체화하여 청렴성과 공정성을 충족할 수 있도록 돕기 위함임을 분명히 하고 있다.[395] 이 기준에는 이해충돌과 관련한 규정도 존재하는데, 우선 '이해충돌'은 공직자가 자신의 공정하고 객관적인 직무수행에 영향을 미치거나 영향을 미치는 것으로 보이는 사익을 가진 경우 발생한다고 규정하고 있다(제13조 제1항).[396] 이해충돌이 발생하면, 공직자 본인이 가장 먼저 이를 인지할 수 있으므로, 공직자는 ① 모든 이해충돌에 대해 주의를 기울여야 하고, ② 이해충돌을 회피하기 위하여 적절한 조치를 하며, ③ 조속히 이를 상관에게 공개하고, ④ 상관이 내리는 최종 결정(이해충돌 상황으로부터의 배제, 사익의 처분 등)을 따를 것을 요구하고 있다(제13조 제3항). 이에 따라 사적 이해관계 신고제도(제14조), 겸직 제한(제15조) 등을 규정하고 있다. 유럽연합의 「공직자 행동강령 기준」은 연성형식의 규범으로 제재 수단이 규정되어 있지 않아, 주로 계도 목적으로 제정된 규범임을 알 수 있다.

(7) 종합

외국의 법제를 통해 이해충돌 규범 형식의 특징을 살펴보면, 국가마다 법적·문화적 특성에 따라 규범 형식이 다양하게 나타난다. 연성형식의 규범을 통한 예방과 계도에 초점이 맞추고 있는 영국과 같은 국가가 있고, 경성형식

히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰타, 몰도바, 모나코, 몬테네그로, 네덜란드, 북마케도니아, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 산마리노, 세르비아, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인, 스웨덴, 스위스, 튀르키예, 우크라이나, 영국의 외무장관으로 구성되어 있다. https://www.coe.int/en/web/cm/members-cm (2022. 12. 31. 방문) 참조.

395) 「공직자 행동강령 기준」 제2조.

396) 여기에서 공직자의 사익은 공직자 본인뿐 아니라 가족, 가까운 친족, 친구 및 공직자와 사업적 · 정치적 관계에 있는 개인 또는 법인의 이익이 포함된다(「공직자 행동강령 기준」 제13조 제2항).

규범을 통한 이해충돌 억지에 초점이 맞추어진 프랑스 같은 국가도 있다. 연성형식 규범의 토대 위에서 연방 공직자를 대상으로 경성형식의 법률로 전환한 캐나다와 같은 국가가 존재하는가 하면, 경성형식의 규범을 토대로, 경성형식에서 초래하는 제도 운용상의 경직성과 공직사회가 느끼는 압박을 탈피하고자, 연성형식의 규범을 마련한 미국과 같은 국가도 있다. 미국에서의 이러한 시도는 이해충돌 규제의 유연성을 확보하는 결과를 낳았다.

특정 이해충돌 규제 수단이 반드시 특정 규범 형식에 구속되지 않음도 확인된다. 가령 이해관계의 등록·신고제도의 경우, 미국과 프랑스는 법률에서,[397] 영국은 강령에서,[398] 캐나다는 법률[399]과 강령[400]에서 규정한다.

이해충돌을 주된 목적으로 독자적 규범을 택하는지도 개별 국가마다 다르다. 미국, 캐나다, 프랑스는 경성의 독자적 규범을 가지는 국가로 평가할 수 있고,[401] 영국은 공직자 일반규범 안에 이해충돌 규제내용을 담아내는 방식을 택하고 있다. 이처럼 경성인지 연성인지, 독자적 규범인지 아닌지 그 외피를 입히는 문제는 다양한 모습이 될 수 있음을 알 수 있다. 그러므로 규범의 입법방식의 측면에서 억지 중심의 경성형식을 추종하거나, 계도 중심의 연성형식이 옳다는 단선적 주장, 독자적 입법방식과 그 외의 방법이 타당하다는 주장은 지양되어야 할 것이다.

2. 한국의 법제

한국의 법제는 이해충돌 규제를 주된 목적으로 제정된 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」이 있다. 두 법률은 모두 경성형식의 규범에 해당하며 각 법률은 원칙적으로 다른 내용을 규율하고 있다.[402]

---

397) 미국의 「윤리개혁법」 제103조, 프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 참조.
398) 「공무원 관리강령」 제4조.
399) 「이해충돌법」 제22조.
400) 「상원 강령」 제27조, 「하원 강령」 제20조.
401) 캐나다 의원들에 대한 규제는 여전히 연성형식의 규범으로 이루어지고 있다.
402) 두 법률 사이에 중복규제의 문제가 없는 건 아니다. 관련 내용은 제3장 제4절

현행 「공직자윤리법」[403]이 마련한 주요한 이해충돌 규제내용으로는 ① 고위직 공직자의 재산등록·공개제도,[404] ② 주식의 매각·백지신탁 제도,[405] ③ 기관별 주식·부동산 취득 제한·신고제도,[406] ④ 외국으로부터 받은 선물 신고제도,[407] ⑤ 퇴직공직자의 취업·활동 제한제도가 있다.[408] 1981년 제정 「공직자윤리법」에서 규정하고 있던 규제내용이 여전히 대종을 이루나, 총 58차의 개정과정에서 새로운 제도가 도입되고 기존 규제의 내용도 훨씬 정교하게 정비가 되었다.

「공직자의 이해충돌 방지법」은 「공직자윤리법」에서 규율하는 제한된 이해충돌 규제내용 외에 공직자의 직무수행 과정에서 발생하는 다양한 이해충돌을 규제하고 있다는 점에서 의의가 있다. 대체로 고위직 공직자를 수범자로 하는 「공직자윤리법」과 달리, 「공직자의 이해충돌 방지법」은 직급에 상관없이 공적 직무를 수행하는 공직자[409] 대부분을 수범자로 하고 있다는 점이 특색이다. 구체적 규제내용을 살펴보면, ⓐ 공직자의 사적 이해관계자 신고·회피 제도,[410] ⓑ 부동산 보유·매수신고제도,[411] ⓒ 고위직 공직자의 민간부문 업무 활동 내역제출 및 공개제도,[412] ⓓ 공직자의 직무관련자와의 거래신고제도,[413] ⓔ 직무 관련 외부 활동 제한제도,[414] ⓕ 가족 채용 제한제

Ⅱ 참조.

403) 2022년 1월 4일 법률 제18682호로 개정되고 2022년 7월 5일 시행된 법률을 말한다.

404) 「공직자윤리법」 제3조, 제10조.

405) 「공직자윤리법」 제14조의4.

406) 「공직자윤리법」 제14조의15, 제14조의16.

407) 「공직자윤리법」 제15조.

408) 「공직자윤리법」 제17조, 제18조의2, 제18조의4.

409) 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 공직자는 ① 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」에 따른 공무원과 그 밖에 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 사람, ② 「공직자윤리법」 제3조의2에 따른 공직유관단체와 「공공기관운영법」 제4조에 따른 공공기관의 장과 그 임직원, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」 또는 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 국립·공립 학교의 장과 교직원을 말한다(제2조 제2호).

410) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조.

411) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제6조.

412) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제8조.

도,[415] ⓖ 수의계약 체결 제한제도,[416] ⓗ 직무상 비밀 이용 금지제도,[417] ⓘ 퇴직자 사적 접촉 신고제도가 있다.[418]

「공직자윤리법」의 제정은 기존 연성형식의 추상적 윤리 규범을 넘어 최초로 경성 입법을 통하여 이해충돌을 규제하기 시작하였다는 역사적 의미가 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 이해충돌 규제내용의 제한으로 발생하는 사회적 병폐를 막고자 여러 번의 입법 시도 끝에 결국 경성 입법화되었다. 한국 법제는 두 경성 규범을 통하여 공직사회의 계도보다 엄격한 행위통제에 중점을 두고 있으며 위반행위에 대한 제재도 매우 강하다고 볼 수 있다. 그리고 이해충돌 규제를 위한 독자적 입법방식을 택하여 공직사회의 이해충돌 규제에 특별한 관심을 두고 있다. 다만 규제내용을 선출직과 비선출직 구분없이 적용하고 입법부 공직자에 대한 별도의 취급은 하지 않고 있다.

제5절 시사점

I. 도입

지금까지 이해충돌 규제의 입법방식을 중심으로 외국의 법제들을 비교법적으로 고찰하여보았다. 미국 법제는 전통적인 경성형식의 법제에서 오는 형벌 중심의 제도 운용에 따른 경직성을 탈피하고자 연성형식의 규범을 더하여 운용하고 있다. 캐나다는 연성형식의 규범을 통한 규제의 전통을 갖는 국가였으나 행정부 공직자, 특히 총리와 장관의 이해충돌과 이것이 초래한 부

413) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제9조.
414) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제10조.
415) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조.
416) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제12조.
417) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제14조.
418) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제15조.

패 문제가 연이어 발생함에 따라 연방 공직자에 관해서 경성형식의 법률을 제정하여 규율하는 국가로 변모하였다. 영국은 여전히 연성형식의 규범을 통한 규율의 전통을 고수하고 있으며, 프랑스는 경성형식의 법률 중심으로 이해충돌을 규율하는 국가로 평가할 수 있다. 독일은 아직 독자적 이해충돌 규제를 발전시켰다고 보기는 어려워 입법방식의 판단을 내리기에 조심스럽다. 그 밖에 경제협력개발기구 회원국 중 이해충돌 규제를 독자적인 경성형식의 법률로 규율하는 국가로는 체코, 라트비아가 있다.

역사적 전개 과정을 보면 한국은 연성형식 규범에 일부 이해충돌 규제사항을 담아내는 방식을 선택한 적도 있으나, 1981년 이후 원칙적으로 경성형식의 입법을 통하여 이해충돌 규제를 한 국가이다. 한국은 2021년 「공직자의 이해충돌 방지법」을 제정함으로 「공직자윤리법」과 함께 이원화된 두 개의 경성형식의 법률을 운용하고 있다. 두 개의 법률은 이해충돌 규율영역을 달리하고 있는데, 이러한 법제 운용은 비교법적으로 매우 독특한 구조이다. 그리고 제4장에서 자세히 살펴보겠지만, 경성형식의 규범에 따른 규제 강도도 다른 국가에 비하여 높다고 평가할 수 있다. 본 절에서는 규범의 형식 측면에서 외국 법제로부터 비교가 가능한 몇 가지 시사점을 도출해 보고자 한다. 이러한 시사점은 앞서 살펴본[419] 규범 형식의 유형에서 개별 국가가 취하는 세 가지의 태도에 규범의 포기와 정치적 책임을 통한 해결방식도 포함되는 점,[420] 형식의 선택은 개별 국가의 정치·경제·사회·문화적 환경에 따라 선택할 수 있는 점,[421] 실제 법제도 입법방식에 있어 다양한 모습을 띠고 있는 점, 경성과 연성형식을 가르는 기준이 불분명하다는 점을 염두에 두고 실현 가능성을 고려하여 제안된 것이다.[422]

---

419) 제2장 제3절 Ⅱ. 1. 참조.

420) Giovanni Guzzetta, 앞의 논문(주 227), p. 26.

421) Susan Rose-Ackerman, 앞의 책(주 61), p. 4.은 개별 국가는 규범의 형식을 경성, 연성(강령, 지침, 내규), 규범의 자제(윤리적 권고나 정치적 압박)를 자유롭게 선택할 수 있다고 한다.

422) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 216.

II. 규범의 통합 필요성

세계 주요 국가의 입법방식을 보면, 이해충돌을 규제하지 않다가 연성형식에서 경성형식으로 변화하면서 실효성 확보 수단이 점진적으로 강화되는 법제가 있는가 하면,[423] 경성형식의 규범을 시행하다가 탄력적 제도 운용이 요구됨에 따라 연성형식의 규범을 더하는 법제도 있다.[424] 그러나 개별 국가가 반드시 두 가지 입법과정을 거쳐 규범을 제정하지는 않으며, 역사적 환경에 따라 입법방식의 선택이 다를 수 있음은 당연하다.[425] 한국의 법제는 이해충돌 규범이 존재하지 않다가 경성형식의 규범인 「공직자윤리법」을 제정함으로써 이해충돌 규제를 본격화하였고 현재는 다른 경성형식의 규범인 「공직자의 이해충돌 방지법」을 마련하여 시행하고 있다.

이 시점에서 한국의 법제의 두 개의 법률을 통합하는 문제에 대한 진지한 고민이 필요해 보인다. 두 법률은 이해충돌 방지라는 같은 목적을 가지며[426] 일부 비슷한 규제사항이 존재할 뿐 아니라,[427] 수범자 범위도 거의 같다고 볼 수 있다.[428] 비록 이해충돌 규제영역을 달리하고 규제사항을 차별화하고 있으나 이해충돌 규제라는 같은 목적을 위해 주무 부처를 달리하면서까지[429] 규범을 이원화하는 것이 타당한지 의문이다. 이원화된 법제의 운용은

---

423) 캐나다의 법제가 대표적이다. 관련 내용으로는 박주철, 앞의 논문(주 50), 27-35면 참조.

424) 미국의 법제가 대표적이다. OECD, 앞의 책(주 57), p. 233 참조.

425) 가령 영국의 법제는 여전히 연성형식의 전통을 지켜가고 있으며, 프랑스는 경성형식의 법제를 가진 국가라고 평가할 수 있다.

426) 「공직자윤리법」 제1조와 「공직자의 이해충돌 방지법」 제1조의 목적 규정 참조.

427) 가령 「공직자의 이해충돌 방지법」의 고위공직자(제2조 제3호)는 「공직자윤리법」의 재산등록 공개 대상 공직자(제10조 제1항)와 거의 일치한다.

428) 「공직자윤리법」 제14조의16(기관별 부동산 취득의 제한)과 「공직자의 이해충돌 방지법」 제6조(공공기관 직무 관련 부동산 보유 · 매수 신고)는 도입 취지가 비슷하다.

429) 「공직자윤리법」은 인사혁신처가 「공직자의 이해충돌 방지법」은 국민권익위원회가 담당 부처에 해당한다.

행정해석의 오류를 낳을 수 있고 제도 개선의 효율성을 떨어뜨릴 수 있다.[430]

이해충돌 규제를 주된 목적으로 경성형식의 규범을 입법한 국가 중 한국과 같은 법제는 찾기 힘들다. 캐나다의 「이해충돌법」, 프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」, 체코의 「이해충돌법」, 라트비아의 「공직자의 이해충돌 방지법」은 독자적인 경성형식의 이해충돌 규범으로 볼 수 있고 미국은 「윤리개혁법」[431]과 「연방 법전」을 통해서 이해충돌 규제를 위한 두 가지의 경성형식의 법률을 운용하고 있으나, 「연방 법전」 제18편은 '범죄와 형사절차'의 전체 내용 중 일부 이해충돌 규제사항을 담고 있어 독자적 규범으로 보기는 어렵고, 「윤리개혁법」에서 「연방 법전」의 대부분 내용을 담아 규정하고 있으므로,[432] 한국과 같이 두 개의 경성형식의 독자적 규범을 이원화하여 운영하는 법제로 볼 수 없다.

향후 두 법률을 통합하고 주무 부처를 일원화함으로써, 규범의 목적을 실현하기 위한 통일적인 행정해석의 토대를 마련하는 것이 바람직하다고 본다. 이러한 통합은 법률의 정비를 포함한 제도 개선의 효율성을 높일 수 있을 것이다. 한국 법제에서 이러한 통합의 시도가 있었는데,[433] 결국 실패하였으나 제도 개선의 방향에 있어서 그 타당성을 지지한다. 이 점에서 캐나다, 라트비아, 체코의 법제는 한국 법제에 주는 시사점이 존재한다.

III. 일부 조항의 부패방지권익위법으로 이전 필요성

「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」의 통합문제와 함께 「공직

---

430) 이에 관한 보충적인 설명은 제3장 제4절 Ⅱ. 참조.

431) 「정부윤리법」은 이해충돌 규제를 위한 독자적 경성형식의 규범으로 볼 수 있으나 「윤리개혁법」으로 개정되었다고 평가할 수 있으므로 「윤리개혁법」 외에 별도로 논할 실익은 크지 않다고 본다.

432) 이에 관해서는 제4장 제3절 Ⅱ. 1. <표 1> 참조.

433) 제20대, 제21대 국회의 심상정 의원이 발의한 「공직자의 이해충돌 방지 및 윤리에 관한 법률안」을 말한다.

자의 이해충돌 방지법」의 일부 조항을 「부패방지권익위법」으로 이전하는 작업이 필요하다고 본다. 한국 이해충돌 법제에는 이해충돌과 결부되어 발생하는 특정 부패행위를 규율하는 조항들이 일부 존재한다. 가령 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자가 공공기관 물품을 사적으로 사용·수익하는 행위를 금지하고 있으며,[434] 공직자가 직무로 인하여 취득한 비밀·미공개정보를 이용한 재산상 이익을 취득하는 행위를 금지하고 있다.[435] 「공직자윤리법」은 퇴직공직자가 현직공직자에게 부정한 청탁·알선하는 행위를 금지하고 있다.[436] 개별 규범이 마련하고 있는 이러한 제도들은 이해충돌이 초래하는 특정 부패행위를 규율하는 특징을 가진다.

공직자가 공공기관 물품을 사적으로 사용하거나 수익하는 행위를 금지하는 제도를 이해충돌 법제로 규제하는 일은, 해당 위반행위의 위법성 정도가 매우 넓어 부패규범으로 획일적인 제재를 가하는 것이 어려우며 위반행위의 태양이 이해충돌 상황과 결부되어 있다는 점에서 불가피한 면이 있다고 본다. 퇴직공직자가 현직의 공직자에게 부정한 청탁행위나 알선행위를 금지하는 조항은 「공직자윤리법」의 퇴직공직자의 활동 제한 사항 중 하나의 행위태양을 별도로 정한 것으로 다른 규제 사안과 분리하여 규율하기 어려운 점이 있다.

다만 공직자가 내부정보를 이용하여 재산상 이익을 취득한 행위는 「부패방지권익위법」으로 이전하는 것이 바람직하다고 본다. 전통적으로 공직자는 내부정보를 획득함으로써 이해충돌 상황이 발생한다고 본다. 이 상황에서 공직자는 내부 정부를 이용하여 부패와 직접 관련되지 않는 방식으로 활용할 수 있을 것이나 부패행위의 목적으로 활용할 수도 있다.[437] 이 중 부패행위를 대상으로 직접적인 규제를 가할 수 있는데 내부정보를 이용하여 부정한 재산상 이익을 얻은 행위는 부패의 성질을 가지고 있다고 볼 수 있으며, 이는 특히 사회·문화적 관점에서 한국에서 두드러진다고 볼 수 있다. 한국 법

434) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제13조.
435) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제14조.
436) 「공직자윤리법」 제18조의4 제1항.
437) 제3장 제3절 Ⅰ. 5. 참조.

제는 종래 해당 규제를 「부패방지권익위법」에 마련하였다가[438] 2021년 초에 발생한 소위 'LH 사태'를 계기로 수정·보완하여 제정 「공직자의 이해충돌 방지법」에 두게 되었다.[439] 그러나 해당 조항은 1993년 6월 11일 개정 「공직자윤리법」(법률 제4566호)에서 최초 도입된 후, 공직자의 위반행위가 부패성질을 띤다는 점을 고려하여 2001년 제정 「부패방지법」(법률 제6494호)에 옮겨진 법제 역사가 있다. 해당 규제의 위반행위에 대해서 현행 「공직자의 이해충돌 방지법」은 가장 중한 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있어 다른 이해충돌 규제사항과 조화를 이루지 못하고 있다. 규범의 전체 체계의 정합성을 제고시킨다는 면에서 해당 조항을 기존 「부패방지권익위법」에 다시 위치하도록 개정하는 것이 타당하다고 본다.

IV. 법명의 변경 필요성

위에서 살펴본 규범의 통합과 함께 법명에 대한 고민이 필요하다. 이해충돌 규범에 담긴 규제의 내용을 자세히 들여다보면 크게 이해충돌 발생을 사전에 막는 제도와 이해충돌 발생 후 특정한 행위를 요구하는 제도가 있다.[440] 이해충돌이 공직자가 직면하는 상황이라고 본다면,[441] 전자는 상황이 발생하지 않도록 하는 방법이고 후자는 상황이 발생한 후 공직자가 취해야 할 조치를 요구하는 방법으로 볼 수 있다. 이중 전자의 경우는 이해충돌 자체의 발생을 막는다는 의미에서 '방지'나 '예방'이 맞는 표현이나 후자의 경우는 이해충돌이 이미 발생한 상태이므로 방지나 예방이라는 표현이 적절하지 않다.[442] 예컨대 주식의 매각이나 백지신탁은 공직자가 직무를 수행하기

438) 구(舊)「부패방지권익위법」 제7조의2 참조.
439) 현직공직자뿐만 아니라 퇴직공직자까지 수범자를 넓혔고 구성요건 중 비밀정보 이용행위를 미공개정보 이용행위까지 넓혔다.
440) 본 논문의 제3장 참조.
441) 제1장 제1절 Ⅳ. 참조.
442) 반면 부패는 상황이 아니라 반사회적 행위이므로 '방지'나 '예방'의 표현이 적절하다.

전에 직무 관련성을 고려하여 이루어지므로 이해충돌 방지가 맞는 표현이 될 수 있지만, 사적 이해관계인 신고는 이해충돌이 발생한 후이므로 더 이상 이해충돌의 방지는 이루어질 수 없는 것이다.

그런데 현행 「공직자의 이해충돌 방지법」은 많은 제도가 이해충돌 발생을 전제로 하고 있어 방지라는 법명은 적절하지 않다. 오히려 매각, 백지신탁, 퇴직공직자 취업제한 제도가 있는 「공직자윤리법」이 이해충돌 방지나 예방 목적에 훨씬 더 가깝다. 이해충돌을 가치중립적 특수한 상황이라고 본다면, 이해충돌은 방지의 대상을 넘어 관리 또는 규제의 대상으로 보는 것이 적절하다. 따라서 이해충돌 발생을 전제한 제도가 상당수 존재하는 「공직자의 이해충돌 방지법」은 방지라는 명칭을 규제로 변경하는 것이 적절하다고 보인다.[443] 비교법적으로 법명에 방지나 예방을 사용하는 법제가 없는 것은 아니나,[444] 독자적 규범을 가지고 있는 미국, 프랑스, 캐나다는 법명에 이해충돌의 방지나 예방이라는 표현을 사용하지 않고 있다. 한국도 「공직자의 이해충돌 방지법」을 「공직자의 이해충돌 규제법」으로 변경하는 것이 바람직하며, 이러한 점은 통합규범의 제·개정과정에서 충분히 고려되어야 할 필요성이 있다고 본다.

V. 선출직 공직자의 분리 가능성

앞서 2.에서 살펴본 규범의 통합이 목적 실현을 위한 제도의 통합이라면, 본 절의 분리는 직무 특성에 따른 수범자의 분리를 의미한다. 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 직무상 특징에 따른 이해충돌 규제의 차별적 접근의 필요성이 요구됨은 앞서 제1장 제1절 Ⅲ. 6.에서 살펴보았다. 공직자의 유형에 따른 차별적 접근은 미국과 같이 규범 내에 규제내용을 달리함으로써 실

443) 규제는 관리를 포함하는 개념으로 볼 수 있다. 「행정규제기본법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」과 같이 한국에서 '규제'의 법명을 가지는 규범은 어렵지 않게 발견할 수 있다.

444) 라트비아는 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 방지(novēršanu)라는 단어를 사용한다.

현될 수도 있지만, 규범을 분리함으로써 실현될 수도 있다. 실제 캐나다는 큰 틀에서 선출직 공직자와 비선출직 공직자를 분리하는 별도의 규범을 제정하여 시행하고 있다. 규범을 분리하는 방법을 통해 유형별 공직자 직무상 특성에 따른 규제의 내용과 강도를 달리하여, 입법부의 독립성과 자율성을 상당한 수준에서 보장하고 있다.

한국은 원칙적으로 이러한 분리 방식을 택하지 않고 있으며, 규율 내용의 측면에서도 선출직과 비선출직을 구분하여 취급하지 않는다. 그러나 한국도 공직자의 유형에 따른 직무 특성에 따른 차별적 접근의 필요성이 있다고 본다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 행정부 공직자의 직무 특성을 중심으로 규제사항을 담고 있고, 선출직 공직자의 직무 특성은 특별히 고려하지 않고 있다. 캐나다와 같이 경성과 연성의 차이를 둘 필요까지는 없지만, 규범의 분리까지 포함하여 선출직 공직자의 직무상 특성을 어떠한 방식으로 반영할 것인지 고민할 필요가 있다. 「국회법」의 몇몇 개별규정은 이러한 고민이 반영된 결과로 볼 수 있다.[445] 상위법을 위반하지 않는 범위에서 직무 특성을 고려한 구체적인 하위규범을 마련하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다고 본다.

445) 「국회법」 제4장의2 '의원의 이해충돌 방지' 부분 참조.

제3장 이해충돌 규제의 내용

제1절 개관

제1장은 이해충돌과 부패의 관계, 이해충돌을 구성하는 개념 요소, 이해충돌 규제의 목적을 중심으로, 제2장은 이해충돌 규범의 입법방식을 중심으로 살펴보았다. 개별 국가가 이해충돌 규제의 필요성을 인식하고 입법방식을 선택하였다면, 어떠한 규제내용을 담아낼 것인지가 문제가 된다. 이에 제3장은 이해충돌 규제의 내용을 구체적으로 살펴본다.

우선 본 장의 제2절은 이해충돌 규제내용의 분류체계를 몇몇 선행연구를 통해 살펴본다. 이를 통하여 선행연구의 분류체계가 실제로는 상호간 큰 차이가 없으며, 단지 규제내용을 바라보는 관점에 따라 논의를 달리할 뿐임을 확인할 수 있다. 이러한 논의를 통해 본 논문은 크게 이해충돌의 제거, 이해충돌의 약화, 이해충돌의 공개의 세 가지 분석의 틀 안에서 개별 국가의 규제내용을 분석하고자 한다.

제3절은 이해충돌의 제거, 이해충돌의 약화, 이해충돌의 공개의 세 가지 방식이 주요 국가의 법제에서 어떻게 실현되는지 살펴본다. 이러한 과정을 통하여 개별 국가의 규제내용에서 공통된 특징과 함께 국가별 고유한 특성도 확인할 수 있게 된다.

제4절은 외국의 규제내용에 견주어 한국 법제의 규제내용을 비교법적으로 고찰한다. 이러한 과정을 통하여 한국 이해충돌 법제가 가지는 규제내용의 특성을 살펴봄과 동시에 외국 법제로부터 반면교사로 삼을 수 있는 시사점을 제시해 본다.

제2절 기존의 분류방식

이해충돌의 규제내용에 어떠한 것들이 있으며, 어떤 기준에 따라 분류할 것인지에 관한 선행 논의가 존재한다. 이러한 논의는 크게 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 분류하는 방식, 제거방식·약화방식·공개방식으로 분류하는 방식, 정부 내적 방식과 정부 외적 방식으로 분류하는 방식, 제재 수단에 따라 분류하는 방식이 있다. 본 절은 이해충돌 규제내용과 분류방식에 대한 선행 논의를 살펴본 후, 이에 대하여 간략히 평가하고자 한다.

I. 분류의 방식

1. 예방적 수단과 정보제공적 수단

첫 번째 분류방식은 이해충돌 규제내용을 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 구분하는 방식으로 가장 넓은 범주에서 분류하는 전통적 방식이라고 할 수 있다. 예방적 수단은 공직자가 이해충돌 상황에 놓이는 것을 사전에 차단하거나, 만일 공직자가 특정 이해충돌 상황에 놓인 때에는 그 이후의 행위로 나아가는 것을 제한하는 규제내용을 의미한다. 정보제공적 방식은 이해충돌 상황에서 공직자의 의사결정은 허용하되, 이해충돌과 관련된 정보를 공직사회 내·외부에서 인지할 수 있도록 공직자에게 정보를 알리도록 하는 규제내용으로 볼 수 있다.[446]

예방적 수단은 이해충돌에 놓인 공직자가 사적 이해관계가 있는 특정한 의사결정에 영향을 미치지 못하도록 하는 데에 중점을 둔다. 가령 특정 주식회사의 일정 지분을 보유하는 공직자가 해당 주식회사와 이해관계가 있는 회사와 계약을 체결하는 의사결정을 내리지 못하도록 하는 방안이 대표적이다.[447]

---

446) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 114.
447) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 114. 참조. 한국의 「공직자의 이해충돌 방지법」

반면, 정보제공적 수단은 이해충돌이 발생하기 전이나(ⓐ), 발생한 후(ⓑ)에 의사결정에 편향(bias)이 발생하는지를 살펴볼 수 있도록 이해충돌 관련 정보를 공개하는 방식이다.[448] 예컨대 ⓐ의 경우 공직자의 재산공개 제도, ⓑ의 경우 퇴직공직자의 취업 신고제도[449]가 대표적이다. 공개는 공직자가 직무를 담당하기 전뿐만 아니라 직무를 수행하는 중에도 이루어질 수 있으며, 공개의 상대방은 감독기관과 같은 공직사회 내부일 수도 있고, 이를 넘어 관보에 공표하는 방식을 통해 공직사회 외부, 즉 국민에게 공개될 수도 있다.[450]

두 가지 방식 중 어떠한 방식을 선택할 것인지는 개별 국가의 특성에 따라 다를 수 있다. 일반적으로 국민의 정부에 대한 신뢰가 높으면 높을수록, 그리고 국가의 규모가 작으면 작을수록 정보제공적 수단이 높게 활용될 수 있다고 한다.[451] 이러한 현상은 정보제공적 수단이 국민의 신뢰를 바탕으로 공직자의 이해충돌 상황을 용인하는 수단에 해당하기 때문으로 판단된다. 반대로 국민의 정부에 대한 신뢰가 낮을수록 예방적 수단을 활용할 가능성이 높을 것이다.

2. 제거방식, 약화방식, 공개방식

제거방식(removal), 약화방식(neutralization), 공개방식(exhibition)으로 구분하는 견해는 앞서 살펴본 예방적 수단과 정보제공적 수단을 좀 더 세분화한 방식이라고 볼 수 있다. 이 구분법은 공직자가 직면하고 있는 이해충돌 상황

제12조도 계약업무를 담당하는 공직자 등이 이해관계 있는 자와 물품·용역·공사 등의 수의계약을 체결할 수 없도록 규정하고 있는데, 이는 해당 분류기준에 의하면 예방적 수단에 해당한다고 평가할 수 있다.

448) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 115.

449) 한국의 「공직자윤리법」은 기관업무 취업 심사대상자가 취업 심사 대상 기관에 취업할 때 소속 기관장에게 신고하도록 하고 있는바(「공직자윤리법」 제19조의4 제2항), 해당 제도는 대표적인 정보제공적 수단에 해당한다.

450) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 115.

451) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 115.

에서 공익과 사익을 어떠한 방법으로 조정할 것인지에 주목하며, 특히 앞서 살펴본 예방적 수단을 조금 더 구체화하여 규제내용의 유형을 제거, 약화, 공개의 세 가지로 구분한다.[452]

제거방식은 공직자가 이해충돌이 발생하지 않도록 공익적 가치를 위하여 특정한 행위를 할 것을 요구하거나(ⓐ), 이해충돌이 발생한 경우, 공익을 위한 특정 행위를 선택할 것을 요구하는(ⓑ) 방식이다. 가령 ⓐ는 LH공사 사장으로 취임할 예정자에게 개발 예정지구 부동산을 매각하도록 하는 규제를, ⓑ는 국민건강보험공단 이사장이 재직 중 특정 제약회사 주식을 추가로 보유하게 된 때, 일정 비율을 초과하는 범위에서 해당 주식을 매각하도록 하는 규제를 생각해 볼 수 있다. 제거방식은 공직자의 사익 추구 가능성을 처음부터 배제할 수 있다는 점에서 가장 효과적인 방법의 하나라고 평가된다.[453] 제거방식은 공직자가 공직을 내려놓을 필요까지는 없으나, 직무수행 과정에서 사익 추구로 인한 편향의 발생을 근원적으로 제거하는 방식이라고 볼 수 있다. 세계 주요 국가에서 공직자에게 겸직을 금지하는 방식이나 재산매각을 통해 특정 재산의 보유를 금지하는 방식으로 널리 활용되고 있다.[454]

약화방식은 공익적 의사결정을 내려야 하는 공직자가 자신이 현재 이해충돌 상황에 있음을 인지할 때 의사결정에 편향이 발생할 수 있음을 스스로 인정하고 결정 절차에 관여하지 못하도록 하는 방식이다.[455] 예컨대 중앙노동위원회 위원이 본인의 아들이 임원으로 있는 기업의 부당노동 행위 결정 과정을 회피하도록 하는 방식이 대표적이다. 이러한 방식은 통상 이해충돌이 발생한 후의 방식으로 공직자가 본인이 이해충돌 상황에 직면하고 있음을

452) 최계영, 앞의 논문(주 35), 289면; Mattarella, “The conflicts of interest of public officers: Rules, checks and penalties”, Auby/Breen/Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar(2014), p. 33; Quentin Reed, 앞의 논문(주 224), pp 9-12 참조. 특히 리드(Reed)는 표현만 달리할 뿐 마타렐라(Mattarella) 교수와 거의 같은 구분 방식을 제시하고 있다.

453) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 33.

454) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 33.

455) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 33.

받아들이되, 의사결정 과정에서 바람직하지 못한 결과[456]가 발생하지 않도록 예방하는 방식이다. 약화방식은 이해충돌 상황을 용인하되 결정 과정에 참여 여부를 일차적으로 공직자에게 맡긴다는 점에서 제거방식에 비하여 덜 효과적이라고 평가하는 견해가 있다.[457] 약화방식은 공직자 스스로 인정하지 않으면 이해충돌을 외부에서 인지하기가 어렵고 공직자의 의사결정이 오염되었다는 사실을 부패 발생 후에야 비로소 알게 된다는 점에서 이러한 지적은 일견 타당하다.

약화방식은 중요한 국가적 의사결정이 지연되거나 방해될 우려가 있다는 단점 때문에 고위직 공직자나 정무직 공직자에게 적합한 방식이 될 수 없다는 평가가 있다.[458] 그러나 공직자의 직급이 높을수록 업무 범위가 넓어지고 그 영향력이 강해지므로 오히려 직급이 높은 고위직 공직자에게 더욱 필요한 제도라는 반대 의견을 제기할 수 있다.

공개방식은 이해충돌 관련 정보를 소속기관의 감독기관이나 상급 기관과 같은 공직사회 내부, 혹은 언론이나 국민과 같은 공직사회 외부에 알리는 방식이다. 이러한 방식은 통상 이해충돌 상황에 놓인 공직자가 이해충돌에도 불구하고 의사결정을 내릴 수 있음을 전제로 한다.[459] 공개방식은 주인·대리인 이론에 의하여 쉽게 설명되는 방식인데, 주인인 국민이 의사결정을 내리는 대리인인 공직자에 대한 정보를 알아야 한다는 이론에 기초하고 있다. 다만, 공개방식은 대의제 원리에 기초한 명령적 위임에 따른 공직자의 책임주의 원칙을 위태롭게 한다는 점에서 부적절한 방식으로 평가되기도 한다.[460]

---

456) 부패가 발생하는 경우뿐 아니라 그렇지 않더라도 공정성 시비로 인한 사회적 비용이 초래되는 경우를 포함한다.

457) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 34.

458) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 34.

459) 다만, 공직자가 의사결정을 내리기 전에 공개방식을 활용하는 방법도 가능하다. 마타렐라(Mattarella) 교수는 공개방식을 독자적으로 또는 제거방식과 약화방식과 함께 활용할 수 있다고 밝히고 있다. 관련 내용은 Mattarella, 앞의 책(주 453), p. 34. 참조.

460) 공개방식에 대한 비판적 견해로는 Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 257-258 참조.

그러나 공개방식은 공직자에 대한 상시적인 감시 기능을 강화하고 공직자의 결정이 편향되어 있는지를 이해충돌 전과 후에 확인할 수 있다는 점에서 매우 유용한 방식이라고 볼 수 있다.[461] 공개방식은 제거방식이나 약화방식이 채택되고 있는 이해충돌 규제영역에서도 광범위하게 활용될 수 있다는 점에서,[462] 세계 여러 국가에서 보편적으로 활용되는 방식이다.

3. 정부 내적 방식과 정부 외적 방식

규제내용을 정부 내적 방식과 정부 외적 방식으로 구분하는 견해는 이해충돌 규제의 방법적 측면에 집중하기보다 규제가 필요한 영역, 즉 이해충돌이 발생하는 영역에 집중한다.[463] 정부 내적 방식은 정부가 특정 기관을 구성하는 과정에서 또는 이미 기관이 구성된 경우라면 기관의 운영과정에서 발생하는 이해충돌을 어떻게 효율적으로 규제할지를 모색하는 과정에서 마련된 규제이다. 반면 정부 외적 방식은 이해충돌 문제를 기관 운영의 관점에서 해결하기보다 미시적으로 개인과 관련된 이해충돌 요소를 해소하는 데에 집중하는 규제를 의미한다.

정부 내적 방식은 '회피'(recusal)와 '조직 구성의 균형'(balance) 두 가지 수단이 대표적이다. 회피는 앞서 2.의 약화방식에서 살펴본 회피와 동일한 방식으로 개념이 같다. 반면 조직 구성의 균형은 정부 내 기관을 구성하는 과정에서 이익집단을 대표하는 다양한 구성원들이 참여하게 하여 기관이 직무수행을 할 때 구성원들이 대표하고 있는 이익집단들의 이익을 적극적으로 추구함으로써 이해충돌을 예방하는 방식이다. 조직 구성의 균형은 공적인 의

---

461) Mattarella, 앞의 책(주 453), p. 35.

462) Mattarella, 앞의 책(주 453), p. 37 참조.

463) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 237-238은 미국의 이해충돌 규제 역사에서 보이는 대표적인 규제방식으로 4가지를 들고 있다. 스타크(Stark) 교수가 들고 있는 4가지 유형은 회피(recusal), 조직 구성의 균형(balance), 매각(divestiture), 공개(disclosure)인데 이 중 회피와 조직 구성의 균형은 정부 내적인 방식으로 매각과 공개는 정부 외적인 방식으로 분류한다.

사결정을 내리는 과정에서 발생하는 이해충돌을 자연스러운 현상으로 보고 이를 용인하는 차원을 넘어 적극적으로 당해 상황을 활용하여 기관 내 힘의 균형을 통해 이해충돌을 예방하는 역설적 방식이라고 볼 수 있다. 가령 한국의 경제사회노동위원회나 최저임금위원회와 같이 소속 구성원이 이익집단을 대표하여 직무수행을 하는 특성을 가진 합의제 기관에 유용한 방법이라고 볼 수 있다.[464] 정부 내적 수단으로 회피와 조직 구성의 균형 중 어떠한 규제를 선택할지는 기관의 인적 구성의 대체가 가능한지, 기관의 운영상 특정한 이해집단의 참여가 필요한지, 기관의 의사결정이 합의제로 이루어지는지 등에 따라 결정할 수 있다.[465]

정부 외적 방식은 정부의 조직 구성이나 구성된 조직의 운영과는 직접적 관련성이 적고 공직자 개인과 관련된 이익이나 이해관계의 변화를 촉구하는 점에서 정부 내적 방식과 구분된다.[466] 예컨대 공직자가 보유하는 재산의 매각·백지신탁이나 이해관계 공개는 대표적인 정부 외적 방식에 해당한다. 정부 외적 방식은 통상 공직자가 보유하는 물적 대상인 재산에 관하여 빈번히 활용되며, 공직자가 수행하는 직무의 범위가 넓어 개별 직무를 추적하여 이해충돌을 규제하기 어려운 경우 전면적·포괄적 규제방식으로 활용될 수 있다.[467]

정부 외적 방식은 정부 내적 방식보다 직무 관련성이 덜 필요한 규제방식이라고 한다.[468] 가령 공직자가 소유하는 특정 재산의 공개, 매각, 백지신탁은 공직자의 특정 직무와 결부되는 경우에 한정되지 않는다.[469] 일반적으로

---

464) 이러한 점에서 '조직 구성의 균형'이 공직사회 전반을 규율하는 이해충돌 규제 수단이라고 보기에는 한계가 있다.

465) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 237.

466) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 238.

467) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 238.

468) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 238은 직무상 이해관계가 없는 공직자에게 정부 내적 방식인 회피(recusal)를 명하는 것은 규제의 목적에 아무런 도움이 되지 않다는 점을 지적한다. 즉, 이 경우 정부 외적 방식이 더 적절하다.

469) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 238 참조. 예컨대 한국의 「공직자윤리법」 제4조는 직무 관련성을 고려하지 않고 일정 직급 이상의 공직자에 대하여 재산을 공개하도록 하고 있다. 다만, 정부 외적 방식이라도 직무 관련성을 고려하여

정부 내적 방식은 인적 요소에, 정부 외적 방식은 물적 요소에 관한 규제에 친근하나 이는 절대적 기준은 아니다.

4. 제재 수단에 따른 분류방식

제재의 강도에 따른 분류방식은 이해충돌 규제에 대한 제재의 유형에 따른 분류방식이다. 이 분류법은 이해충돌 규제내용의 기술적인 방식보다 제도의 실효성 확보 수단에 더 주목한다. 이 견해에 의하면 공직자가 이해충돌을 위반한 행위는 범죄화되어 처벌이 필요한 영역과 처벌보다 사전적 금지를 통한 통제나 관리에 중점을 두는 영역이 있다고 본다.[470] 통제나 관리가 중심이 되는 대표적인 규제는 공개, 매각, 회피와 같은 유형이, 범죄화하여 처벌이 필요한 영역은 내부정보 이용행위가 대표적이나 이는 개별 국가의 상황에 따라 달리 정해질 수 있다.[471]

II. 분석과 평가

1. 분석

이해충돌 규제는 공직자가 직면하는 공익과 사익의 충돌상황에 대한 규범을 통한 규율을 의미한다. 이해충돌은 유형이 매우 다양하고 이에 대응한 규제도 제각각이어서 제한된 몇몇 기준에 따라 이를 분류하기 쉽지 않다.[472] 앞서 살펴본 규제의 분류와 관련한 선행의 다양한 논의들은 이러한 특징을 잘 보여준다. 그러나 규제의 분류 방법이 다양하다는 것이 곧 이해충돌 규제

제도를 설계하는 방안이 가능하다.

470) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7. 참조.

471) Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), p. 7. 참조.

472) David Hine, 앞의 논문(주 254), p. 215 참조. Hine은 이해충돌 규범의 체계와 규제를 어떠한 판단기준에 따라 설계할지 의견이 다양하여 어려움에 직면하게 된다고 한다. 이해충돌 규제의 분류기준에 관한 다양한 견해는 Hine의 주장이 일견 타당함을 보여준다.

의 본질적 특성에 차이가 있다는 것을 의미하지는 않는다. 앞서 살펴본 기존의 분류 방법들은 이해충돌 규제를 각각 다른 관점에서 바라볼 뿐이다.

규제를 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 구분하는 방식은 이해충돌 규제의 목적이 어디에 있는지 주목하는 가장 포괄적인 분류방식으로 볼 수 있다. 이해충돌 규제의 목적은 이해충돌 상황이 발생하지 않도록 하는 것(①), 이해충돌 시 공직자에게 공익을 위한 특정한 의사결정을 내리지 못하도록 함으로써 상황이 악화하지 않도록 하는 것(②), 그리고 이해충돌 상황과 그러한 상황에서 공직자의 의사결정은 용인하되 해당 정보를 외부에서 인지하도록 하여, 공직자의 주의 환기와 감독기관의 관리·통제가 가능하게 하는 것(③)이다.

①, ②의 목적을 달성하기 위한 규제를 예방적 수단으로, ③의 목적을 달성하기 위한 수단을 정보제공적 수단으로 분류할 수 있다. 정보제공적 수단이 이해충돌 발생 전이나 공적 의사결정 전에 활용됨으로써 예방적 효과가 없는 것은 아니나, 정보제공 그 자체만으로는 이해충돌의 발생이나 공직자의 의사결정을 직접적으로 제한할 수는 없다. 이러한 점에서 정보제공적 수단은 예방의 목적보다 공직자의 의사결정에 편향[473]이 발생하였는지 관리·감독하는 데에 주된 목적이 있다고 할 수 있다.

제거방식, 약화방식, 공개방식으로 분류하는 견해는 예방적 수단과 정보제공적 수단 중 예방적 수단을 다시 두 가지로 세분화한 방식으로 볼 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이[474] 제거방식은 이해충돌이 발생할 우려가 있거나 이해충돌이 발생한 경우, 공직자에게 사익을 버리고 공익을 선택하도록 하는 방식이고 약화방식은 이해충돌이 발생한 경우, 되도록 공직자가 의사결정에 관여하지 않도록 하는 방식이다. 공개방식은 정보제공적 수단의 다른 명칭에 지나지 않는다. 이러한 점에서 제거방식, 약화방식, 공개방식으로 분류하는 견해는 앞서 살펴본 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 분류하는 견해의 구체화 형태라고 평가될 수 있다.

---

473) 여기서 편향은 위법, 부당, 불공정을 포함한 넓은 개념이다.
474) 제3장 제2절 Ⅰ. 2. 참조.

정부 내적 방식과 정부 외적 방식으로 나누는 견해는 개별 규제가 국가조직의 구성이나 운영과 결부되는지에 중점을 두는 분류방식이다. 정부 내적 방식으로 조직 구성의 균형은 특정 기관의 인적 구성 과정에서 채택할 수 있는 반면에 회피는 구성된 조직의 운영과정에서 이해충돌이 초래하는 악화할 행위나 결과를 중화(中和) 또는 약화하는 방식이다. 정부 외적 방식은 정부의 조직 구성·운영과는 직접적인 관련은 없는 나머지 이해충돌 규제 수단을 의미한다. 이 견해는 앞서 분류방식에서 살펴본 개별 규제를 정부 조직 구성과 결부되는지에 따라 재편하고 있을 뿐 규제가 갖는 본질적 특성을 재해석하고 있지는 않다.

제재 수단에 따라 분류하는 견해는 규제의 위반행위를 범죄화하여 형벌로 규율할 필요성이 있는 영역과 행정적 제재를 포함한 그 외의 제재로 규율할 영역을 구분한다. 이 분류방식은 규제의 태양(態樣)보다 규제 위반에 대한 가벌성의 정도에 중점을 두고 있다. 따라서 개별 국가의 법 문화적 특성에 따라, 그리고 한 국가 내에서는 시대의 흐름에 따른 가벌성에 대한 인식에 따라 분류기준이 달라질 수 있다. 이 견해 또한 앞서 살펴본 분류방식의 개별 규제를 가벌성의 정도에 따라 재편할 뿐 새롭게 해석하지는 않는다.

2. 평가

이상에서 살펴본 이해충돌 규제의 분류방식 중 어느 하나의 분류방식이 다른 분류방식을 배제하고 있지 않다. 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 분류하는 견해는 제거방식, 약화방식, 공개방식으로 분류하는 견해로 구체화될 수 있으며,[475] 반대로 제거방식, 약화방식, 공개방식으로 분류하는 견해가 예방적 수단과 정보제공적 수단의 좀 더 포괄적인 분류방식으로 재편되는 것도 가능하다. 그리고 두 견해의 정보제공적 수단과 공개방식은 같은 규제의 다른 표현에 불과할 뿐이다.

정부 내적 방식과 정부 외적 방식으로 분류하는 견해 또한 위에서 살펴본

475) 최계영, 앞의 논문(주 35), 289면 참조.

두 가지 견해로 규제를 재편하는 것이 가능하다.[476] 다만, 정부 내적 방식 중 조직 구성의 균형은 조직 구성 전 단계에서 인적 구성을 어떻게 편성할 것인지에 따라 나타나는 간접적인 이해충돌 규제 효과를 고려한 것이고 이해충돌의 직접적 규율을 상정하지는 않는다. 이러한 이유로 세계 주요 국가의 이해충돌 법제가 조직 구성의 균형을 별도로 규율하는 경우는 거의 찾아보기 힘들다. 이해충돌 규제를 논함에 있어 정부 조직의 구성과 관련성을 포착하여 분류의 기준을 제시하는 것이, 과연 실효성과 타당성을 갖는 것인지는 의문이다.[477]

제재 수단에 따라 분류하는 견해 또한 다른 분류방식으로 재편하는 것이 가능하며, 그 반대의 경우도 가능하다. 다만 이 견해는 규제의 기술적 내용에 집중하기보다 이해충돌 영역의 가벌성에 중점을 둔다는 점과 개별 국가의 특수성에 따른 주관적 기준이 되기 쉽다는 비판을 면하기 어렵다.

이해충돌 규제는 넓게 예방적 수단과 정보제공적 수단으로 분류할 수 있고, 해당 분류기준에서 다시 제거방식, 약화방식, 공개방식으로 구체화할 수 있다. 나머지 선행 분류기준 또한 앞의 두 가지 방식으로 재편할 수 있으므로 결국 모든 선행 견해들은 이해충돌 규제를 바라보는 관점의 차이에 불과하다는 결론으로 귀결될 수 있다. 이처럼 선행 분류기준이 다른 이유를, 관점의 차이에서 찾을 수 있다면, 개별 분류방식의 이론적 우열을 따지는 일은 의미가 크지 않다. 다만, 본 논문은 이해충돌 규제를 비교적 객관적으로 분류하면서도 상대적으로 세분화하고 있는 제거방식, 약화방식, 공개방식으로 분류하는 견해를 토대로 논의를 전개한다.

---

476) 스타크(Stark) 교수가 제시하는, 미국에서 자주 활용되는 4가지 이해충돌 규제(회피, 조직 구성의 균형, 매각, 공개) 중 정부 내적 방식인 회피와 조직 구성의 균형은 일종의 약화방식으로 평가할 수 있고, 매각·백지신탁은 예방적 수단이나 제거방식의 일종으로 볼 수 있다. 그리고 스타크 교수가 언급하는 공개는 정보제공적 방식이나 공개방식과 같다고 보면 된다.

477) 간접적인 이해충돌 규제 효과를 낳는 조직 구성의 균형을 제외하면, 정부 내적 방식으로 회피만 남는다. 결국 정부 내적 방식과 정부 외적 방식으로 분류하는 견해는 회피와 나머지 규제 수단으로 분류되는데, 이러한 견해가 행정학 외 법학의 관점에서 실효성을 갖는지는 회의적이다.

제3절 개별 제도의 분류

앞서 살펴본 분류방식은 규제의 이해를 돕기 위하여 제시되는 편의상 분류기준으로 학자마다 견해가 다를 수 있다. 본 논문은 제거방식, 약화방식, 공개방식을 기본적 틀로 하되, 규제가 공직자의 행위를 어떠한 범주에서 제한하는지를 부차적 척도로 하여 목차를 이해충돌의 제거, 이해충돌의 약화, 이해충돌의 공개로 정하고 개별 규제를 재편한다.

부차적인 척도는 앞의 세 가지 분류기준의 경계가 비교적 명확한 매각, 백지신탁, 공개 외에 위치가 모호한 일부 규제의 존재로 인하여 부득이하게 마련된 것이다. 따라서 공직자의 겸직금지나 퇴직공직자의 취업제한과 같이 전면적·포괄적 행위 제한을 예정하는 규제는 이해충돌의 제거로, 공직자의 특정 행위를 제한하는 부분적 규제는 이해충돌의 약화로 구분하였다. 다만, 퇴직공직자의 활동 제한은 퇴직공직자의 부분적 행위를 제한하는 면이 있으나 이는 취업제한 제도에 부수(附隨)하는 제도로 볼 수 있어 취업제한 제도와 함께 설명하기로 한다.[478]

I. 이해충돌의 제거

이해충돌의 제거는 이해충돌이 포괄적으로 발생하지 않도록 공직자에게 특정 행위 이행을 요구하는 방식으로 볼 수 있다. 이해충돌의 제거는 이해충돌 발생 전과 후에 모두 활용될 수 있고 특정한 유형이 정해져 있지는 않다. 이 방식은 공직자의 직무를 고려하여 장래에 발생할 수 있는 이해충돌을 예견하고 선제적으로 이해충돌 발생 가능성을 제거한다. 이러한 점에서 공직자가 공직에 취임하기 전에 활용하는 것이 바람직하나 이해충돌이 발생하기 전이라면 취임 후에도 이러한 방식이 활용될 수 있다. 이해충돌의 제거는 공직자가 공직 취임 후 직무수행 과정에서 이해충돌을 직면한 때에도 활용될

478) 이것은 규제내용의 이해를 돕기 위하여, 필자가 편의상 마련한 분류기준으로 앞서 언급한 것처럼 다른 분류기준이 제시될 수 있다.

수 있다. 이 경우 규범은 공·사익의 갈등이 분명한 상황에서 공직자에게 사익을 배제하고 공익을 선택할 것을 요구하게 된다.

이해충돌이 발생하기 전에 활용되는 제거방식의 대표적인 예로 공직자의 직무와 관련 있는 재산을 매각하거나 백지신탁 하도록 강제하는 경우가 있으며,[479] 이해충돌 발생 후의 제거방식 활용의 예로는 퇴직공직자가 퇴직함으로써 발생하는 이해충돌을 포괄적으로 제한하기 위하여 직무 관련성 있는 기관에 취업을 제한하는 퇴직공직자 취업제한 제도가 대표적이다.

제거방식은 전통적으로 공직자가 보유하는 재산에 대해서 매각이나 백지신탁을 요구하는 것과 같이 물적(物的) 대상에 대해서 행해지는 것이 일반적이나 반드시 여기에 제한되지 않는다. 가령 공직자가 겸직을 통해 사익을 추구함으로써 발생하는 공익 훼손을 사전에 차단하기 위하여 인적(人的) 대상에 대해서 활용될 수 있는 겸직금지 제도가 있다. 인적 대상에 대한 규제는 통상 공직자에게 어떠한 행위를 하도록 요구하기보다 특정한 행위를 하지 못하도록 하는 금지규범의 형식이다. 그리고 공직자의 행위를 담보하기 위하여 위반행위에 대한 각종 형사적·행정적 제재를 함께 규정할 수 있다.[480]

1. 매각

(1) 의의

한국의 「헌법」은 국민의 재산권을 보장한다.[481] 공직자는 국민의 공복(公僕)으로 국민을 위하여 공익을 추구할 의무를 부담하는 특수한 지위를 가지지만 그렇다고 하여 국민의 한 사람으로서 사적(私的) 지위가 사라지는 것은

---

479) 매각은 공직 취임 전과 후에 활용이 가능한 제도이다. 공직 취임 후 일정 금액 이상의 주식을 취득한 경우, 초과 금액을 매각하도록 규정하고 있는 한국의 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 참조.

480) 가령 한국의 「공직자윤리법」은 퇴직공직자의 취업제한 위반행위에 대하여 형사처벌하고 있다(「공직자윤리법」 제29조).

481) 「헌법」 제23조.

아니다. 따라서 공직자가 헌법상 재산권을 향유(享有)할 수 있다는 점에는 특별한 의문이 있을 수 없으며 당연한 논리로 공직자는 본인이 소유하는 재산을 사용·수익·처분할 기본권을 가진다. 다만 국민의 기본권이 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률에 따라 제한될 수 있듯,[482] 공직자의 재산권도 같은 목적으로 제한될 수 있다.

공직자가 공적인 지위를 가지고 특정한 의사결정 권한을 보유하였다는 이유로 재산을 증식하고자 한다면, 즉 만일 공직자가 이해충돌 상황을 재산증식의 수단으로 활용하고자 한다면 이는 공익을 훼손하는 행위로 평가할 수 있으며, 공공복리를 위하여 공직자의 재산권을 제한할 필요가 생긴다. 이때 공익의 훼손을 막기 위한 가장 효과적인 방법은 공직자가 소유재산을 처분하도록 하여 직무와 재산 사이의 연결고리를 아예 끊어놓는 것이다. 이러한 방식을 통하여 공직자는 소유재산으로부터 발생하는 사익을 추구할 유혹에서 벗어날 수 있고 공직자의 공적인 의사결정이 왜곡될 가능성은 사라지게 된다. 매각제도는 이해충돌 발생 전에 공직자에게 소유재산을 처분하도록 요구하는 제도로,[483] 공익을 위하여 사익 추구의 대상인 재산권을 처분케 함으로써 이해충돌 발생 인자를 소각한다는 점에서 대표적인 제거방식으로 평가받는다.[484] 매각제도는 공직자가 보유하는 물적 대상인 재산에 가해지는 이해충돌 규제 수단으로 볼 수 있으며, 통상 공직자의 취임 전에 활용하는 것이 이상적이나 공직 취임 후에도 이해충돌 발생 가능성이 존재할 때 활용이 가능하다.

매각은 채권, 펀드, 부동산을 포함한 공직자가 보유하는 모든 재산이 대상이 되나 통상 주식에 대해서 이루어진다. 매각제도는 공직자의 직무 관련 여부를 고려함 없이 일정한 직위나 직급의 공직자 전반을 수범자로 하여 규제

---

482) 「헌법」 제37조 제2항.

483) 물론 이해충돌이 발생한 후에도 매각제도를 활용할 수 있다. 가령 재산의 가액이 특정 금액을 넘는 경우 그 한도에서 재산을 매각하도록 요구하는 경우가 대표적인 방법이다.

484) Mattarella, 앞의 책(주 453), p. 33. 매각제도가 제거방식에 해당함에는 이론상 큰 다툼은 없어 보인다.

할 수도 있으나 대체로 직무와의 관련성을 고려하여 특정 직무영역의 공직자에 대해서 규제가 이루어진다.[485] 매각제도를 공직자의 직무 관련 여부를 고려함 없이 설계할 때는 헌법상 재산권 침해 소지가 발생할 수 있고[486] 이해충돌 규제의 효과가 반감될 우려가 발생하므로 되도록 직무 관련성을 고려한 제도설계가 필요하다고 본다.[487]

(2) 외국의 법제

1) 미국

미국은 일찍이 공직자가 사익을 추구할 목적으로 공적인 의사결정을 내릴 때 그 판단이 오염될 수 있음을 우려하였다.[488] 이에 따라 공직자의 공적인 의사결정이 공직자가 가지는 사익의 개입으로 왜곡되는 것을 사전에 차단하기 위한 목적으로 매각제도를 마련하여 시행하고 있다.[489]

---

485) 한국「공직자윤리법」은 주식 매각제도를 시행하고 있다. 수범자는 고위직 공직자와 금융 사무를 관장하는 일부 직종의 공직자로 하고 있으며 일정 금액이 넘는 주식을 보유한 때 주식백지신탁 심사위원회로부터 직무 관련성 여부에 관한 심사를 받는다(제14조의4 제1항).

486) 주식의 매각 및 백지신탁의 기본권 침해에 관하여서는, 장영수, "개정 공직자윤리법에 대한 헌법적 검토 : 주식백지신탁제도를 중심으로", 고려대학교법학연구원, 고려법학 제46호, 2006, 52-82면 참조. 반면, 재산권, 평등권 침해에 해당하지 않는다는 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌가65 결정 참조.

487) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 238은 농림부 공직자가 송아지 사료 관련 정책의 의사결정을 하는 데에 있어 기술(tech) 관련 펀드를 매각하도록 요구하는 것이 이해충돌 규제에 무슨 의미가 있는지 반문하고 있다.

488) United States v. Mississippi Valley Generating Co. 364 U.S. 520, 549(1960) 참조. 대법원은 정부예산국의 무보수 중계자(consultant)인 공직자가 투자은행 직원의 신분을 동시에 가지고 정부를 대리하여 체결한 계약의 효력을 부인하였다. 해당 계약은 공직자가 소속된 투자은행에 이익이 되었는데, 대법원은 해당 계약으로 인하여 부패가 실제로 발생하였는지, 정부가 실질적인 손해를 입었는지, 공직자가 계약 당시 이해충돌을 인지하였는지는 계약의 효력을 부인하는 데에 결정적인 요소가 아니라고 판시하였다. 당해 판례는 주식매각제도와 직접 관련된 사건은 아니지만, 공직자의 공적인 의사결정이 사익의 개입 또는 그 외관(外觀)의 형성으로 인하여 왜곡되는 문제를 짚고 있다는 점에 그 의의가 있다.

「정부윤리법」은 행정부 공직자들에게 재산을 신고하도록 하는데,[490] 공직자의 신고 대상 소득금액은 매우 낮게 설정되어 있으며, 신고재산의 기준 금액도 그 하한을 열어두고 있다.[491] 정부윤리청장이나 윤리담당관은 신고된 재산이 공직자의 직무와 관련성이 있다고 판단되면, 공직자에게 관련 내용에 관한 소명을 요청할 수 있다. 만일 공직자의 소명에도 불구하고 재산의 보유가 법령을 위반할 소지가 있다고 판단하는 경우,[492] 정부윤리청장은 공직자에게 적절한 조치를 취할 것을 명령할 수 있으며, 공직자는 적절한 조치의 하나로 보유재산을 매각하거나 백지신탁 할 수 있다.[493] 이러한 내용의 「정부윤리법」의 규정은 큰 변화 없이 「윤리개혁법」에 승계된다.[494]

법률에는 위 내용만 담겨 있고 매각 절차에 관하여 자세히 규정하고 있지는 않다. 다만 하위규범에 해당하는 「연방 규정」[495](Code of Federal Regulation)은 그 요건과 절차를 정비하고 있다.[496] 「연방 규정」에 따르면 이해충돌에 놓인 공직자는 매각을 포함하여 소유재산에 관하여 적절히 조치할 것을 서면이나 구두로 동의하고(ethics agreement), 동의한 날로부터 3개월 내에 약

489) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 235는 미국의 매각제도가 1960년대에도 규범 내에서 발견되는 이해충돌 규제 수단이라고 밝히고 있다.

490) 「정부윤리법」 제201조.

491) 「정부윤리법」상 신고 소득금액 기준은 100달러이다. 「윤리개혁법」은 동 금액을 200달러로 개정하였다. 재산 신고 기준 금액의 하한에는 제한이 없다(「정부윤리법」 제202조 (a) (1) (B), 제202조 (d) (1), 「윤리개혁법」 제202조 참조).

492) 「정부윤리법」 제206조 (b) (2) (B).

493) 「정부윤리법」 제206조 (b) (3) (A), (C).

494) 「윤리개혁법」 제202조 참조.

495) 「연방 규정」은 행정부에서 제정한 행정입법을 모아서 미국 국립문서기록관리청(National Archives and Records Administration)이 편찬한 것으로, 법률을 모아 편찬된 「연방 법전」(United States Code, USC)과 다르다. 본 논문에서 영어 약칭이 필요한 경우 「연방 규정」을 「CFR」 또는 「C.F.R」로, 「연방 법전」은 「USC」 또는 「U.S.C」로 표기한다.

496) 관련 내용은 「C.F.R」 Title 5 – Administrative Personnel, Chapter XVI – Office of Government Ethics, Part 2634 – Executive Branch Financial Disclosure, Qualified Trust, And Certificate of Divestiture, Subpart J - Certificate of Divestiture, §2634.1001 – §2634.1008 참조. 이하 「연방 규정」 제5편을 칭할 때는 「5 C.F.R.」로 표기한다.

속한 조치를 하여야 한다.[497]

공직자가 매각 증명서[498](Certificate fo Divestiture)를 발급받고자 할 때는 윤리담당관에게 서면으로 증명서의 발급을 요청할 수 있다. 공직자가 매각 증명서를 요청할 때는 매각 대상인 재산[499]과 재산을 취득한 배경에 대한 설명서, 공직자[500]가 매각에 동의한다는 동의서를 함께 제출하여야 한다. 이 때 공직자는 재산이 매각요건을 충족한 날짜와 공직자가 매각에 동의한 날짜를 밝혀야 한다.[501] 윤리담당관은 공직자로부터 받은 요청서와 함께 의견서를 첨부하여 정부윤리청(OGE)에 제출한다. 윤리담당관이 제출하는 의견서는 소유재산과 공직자의 직무 사이에 「연방 법전」 제208조 해당하는 직무 관련성에 따라 매각의 필요성에 관한 내용이 포함된다.[502] 윤리담당관은 해당 공직자에 대한 최근의[503] 재무 보고서나 재직보고서, 공직자의 직위에 따라 적용되는 법령을 함께 제출해야 한다.[504]

정부윤리청은 윤리담당관이 제출한 요청서와 의견서를 검토한 후 공직자가 보유한 재산이 매각요건을 충족한다고 판단하면 재산매각에 관한 결정을 내리고 매각 증명서를 발급한다. 정부윤리청이 발급한 매각 증명서는 윤리담당관에게 보내지며, 윤리담당관이 다시 해당 공직자에게 전달하게 된다.[505]

---

497) 「5 C.F.R.」 § 2634.802. 따라서 공직자는 재산매각과 백지신탁을 선택할 수 있으며, 재산매각을 하는 데 정부윤리청의 사전 승인이 필요한 것은 아니다.

498) 매각 증명서는 연방의 이해충돌 법령이나 행정명령에 따라 특정 재산의 매각을 결정하는 내용이 담긴 서면을 의미한다(「윤리개혁법」 제1043조 (b) (2) 참조).

499) 매각재산은 주식에 제한되지 않으며 만일 주식회사의 주식이라면 주식 수(數)를 포함하여야 한다.

500) 공직자의 배우자와 미성년자녀를 포함한다.

501) 「5 C.F.R.」 §2634.1005 (a) 참조.

502) 「5 C.F.R.」 §2634.1005 (b).

503) 최근은 매각 결정 이전의 12개월 동안을 의미한다. 「5 C.F.R.」 §2634.1005 (b)(1) 참조.

504) 「5 C.F.R.」 §2634.1005 (b) 참조.

505) 「5 C.F.R.」 §2634.1005 (f) 참조.

2) 캐나다

캐나다는 연방 공직자를 대상으로 재산매각 제도를 운용한다. 캐나다「이해충돌법」은 재산매각 제도의 수범자를 '신고 대상 공직자'로 정하고,[506] 해당 공직자가 원칙적으로 관리재산(controlled assets)을 보유할 수 없도록 규정하고 있다.[507] 여기서 관리재산이란 정부의 정책이나 공직자의 의사결정에 따라 그 가치가 직·간접적으로 영향을 받는 재산을 의미한다. 관리재산의 유형으로는 주식, 채권, 신탁자산, 펀드, 기업어음, 약속어음, 외국 정부의 증권, 퇴직연금, 교육 연금, 선물(future), 외국 통화, 스톡옵션, 담보증권, 지식재산권 등이 포함된다.[508]「이해충돌법」 제20조는 일종의 예시 규정으로 볼 수 있으며, 공직자가 보유하는 그 밖의 재산이 정부의 정책에 따라 직·간접적 영향을 받는다면 관리재산이라고 볼 수 있다.

캐나다 법제에 따르면 수범자인 공직자는 공직에 임명된 후 120일 이내에 관리재산을 공정시장가액(arm's length transaction)으로 매각하여야 한다. 공직자가 재산을 매각한 후에는 매각재산에 관한 매각증서를 이해충돌·윤리위원장[509]에게 제출하여야 하며,[510] 만일 공직자가 재산을 매각하지 않거나 윤리위원장에게 매각증서를 제출하지 않은 때에는 500 캐나다 달러의 과징금을 부과받게 된다.[511] 캐나다의「이해충돌법」이 규정하는 연방 행정부 공직자에 대한 재산매각 제도는「상원 강령」이나「하원 강령」에는 별도로 마련되지 않아 의회 의원의 재산 매각제도는 운용되지 않는 것으로 보인다.

---

506) 연방 공직자 중 일부 고위직 공직자에 해당한다. 캐나다「이해충돌법」 제2조 제1항의 '신고 대상 공직자' 참조.

507)「이해충돌법」 제17조.

508)「이해충돌법」 제20조.

509) 캐나다「이해충돌법」과「하원 강령」을 관장하는 이해충돌 및 윤리위원회(Office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner)의 장을 말한다. 이하 '윤리위원장'이라 한다.

510)「이해충돌법」 제27조 제7항.

511)「이해충돌법」 제52조 (f).

3) 영국

영국은 미국, 캐나다와 같이 재산매각 제도가 세부적으로 정비된 국가라고 보기는 힘들다. 다만 「공무원 관리강령」은 공무원이 보유한 재산이 현재 자신이 수행하는 직무와 관련성이 있다고 판단되는 경우,[512] 이를 소속 부처에 신고하도록 하고 있다. 소속 부처는 공무원이 보유한 재산과 공무원의 직무 사이에 관련성이 존재하여 재산을 매각(disposal)할 필요가 있다고 판단하는 경우 공무원에게 재산매각을 명령할 수 있고, 공무원은 부처의 명령에 따라야 한다.[513] 이처럼 영국은 이해충돌 발생을 차단하기 위한 추상적·선언적 수준의 재산매각제도를 마련하고 있다.

4) 유럽평의회 각료위원회

영국과 비슷한 수준의 추상적 재산매각 제도를 마련한 국제기구로 유럽평의회 각료위원회가 있다. 각료위원회가 제정한 「공직자 행동강령 기준」에 따르면 소속 공직자가 직무수행과 관련한 이해충돌을 초래할 수 있는 이익(advantage)을 보유하고 있는 경우, 각료위원회는 해당 공직자에게 보유하고 있는 이익을 처분할 것을 결정할 수 있다. 해당 공직자는 각료위원회가 내린 결정을 따라야 한다.[514]

(3) 한국의 법제

재산매각 제도는 공직자가 소유하는 직무 관련성 있는 재산이라면 그 종류를 불문하고 그 대상으로 할 수 있다. 미국과 캐나다는 공직자가 보유하는 다종의 재산에 대한 재산매각 제도를 운용하고 있는 반면에 한국은 현재 주식에 대해서만 매각제도를 도입하여 시행하고 있다. 한국도 과거 주식 외 부

512) 직무와 관련성이 존재하는지를 판단하는 재산은 공무원 본인, 동거인을 포함한 배우자, 직계가족의 주식, 증권, 사업상 이익 등을 포함한다.
513) 「공무원 관리강령」 제4.3.9.조.
514) 「공직자 행동강령 기준」 제13조 제3항.

동산 매각제도의 도입이 시도된 적이 있었고 다른 재산에 대한 매각제도 설계 필요성에 관한 문제의식은 여전히 존재하지만,[515] 현재까지 주식 외 다른 재산에 대한 매각제도는 현실화되지 않았다.

한국의 주식 매각제도는 미국의 「정부윤리법」의 영향을 받아 도입되었다고 평가된다.[516] 2005년 5월 18일 개정 「공직자윤리법」(법률 제7493호)은 특정 직위와 직무에 종사하는 공직자가[517] 3천만 원을 초과하는 주식을 소유하게 된 경우[518] 주식을 매각하도록 규정하였다.[519] 만일 공직자가 주식매각을 면하고 싶다면 주식백지신탁 심사위원회에 직무 관련성 심사신청을 하여 주식과 직무 사이의 관련성이 없다는 점을 결정받아야 한다.[520] 한국 주식매각제도는 일정 가액 이상의 주식 소유를 기본적인 요건으로 하고 직무 관련성은 공직자가 주식매각을 면하고 싶을 때 심사신청을 통하여 판단 받을 수 있도록 하였다.

2005년 당시 마련된 주식 매각제도는 큰 변화 없이 현행 「공직자윤리법」에 이르고 있다. 현행 「공직자윤리법」은 재산등록 공개 대상 공직자, 기획재

---

515) 정연주, 앞의 논문(주 50), 249면은 공직자 소유부동산 매각제도의 도입이 시도되었으나 재산권을 과도하게 침해한다는 이유로 입법화에 실패하였다고 진단한다. 제21대 국회에서 2020. 7. 17. 제출된 신정훈 의원의 「공직자윤리법」 개정안과 2022. 7. 22. 제출된 윤재갑 의원의 「공직자윤리법」 개정안을 통해 공직자의 부동산 매각제도의 도입이 시도되고 있으나 아직 입법되지 않았다.

516) 최윤영, 앞의 논문(주 50), 512면 참조.

517) 해당 법률에 따르면 재산등록 공개대상자와 재정경제부, 금융감독위원회 소속 공직자이다(「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 참조).

518) 해당 법률은 주식매각 기준 금액을 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액이라고 규정하였고(「공직자윤리법」 제14조의4 제1항), 당시 「공직자윤리법 시행령」은 기준 금액을 3천만 원으로 정하였다. 3천만 원을 초과하였는지는 공직자 외 이해관계인(배우자, 직계존속, 직계비속)이 보유한 주식 모두를 포함하여 판단한다. 3천만 원 기준 금액은 현행 「공직자윤리법」까지 이어지고 있다.

519) 공직자가 매각을 원하지 않는다면 백지신탁을 하는 것도 가능하다. 즉, 공직자가 직무 관련성 있는 주식을 3천만 원 초과하여 보유하는 때에는 매각과 백지신탁 중 하나를 반드시 해야 한다.

520) 「공직자윤리법」 제14조의5 제6항. 행정자치부, 2010 공직윤리제도 운영지침 – 주식백지신탁, 2010, 168면 참조.

정부, 금융위원회 소속 공무원이[521] 소유한 주식의 총 가액이 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액을 초과할 때,[522] 초과하게 된 날부터 2개월 이내에 해당 주식을 매각하고 등록기관에 신고하도록 하고 있다.[523] 공직자가 주식의 매각을 면하고 싶으면 주식백지신탁 심사위원회에 직무 관련성 심사청구를 하여야 하며,[524] 심사청구를 받은 주식백지신탁 심사위원회는 공직자가 주식 관련 정보에 직·간접적으로 접근할 수 있는지, 주식에 영향력을 행사할 수 있는지를 기준으로 직무 관련성을 판단한다.[525] 공직자가 주식을 매각한 후에는 등록기관의 장에게 신고하여야 하고 등록기관의 장은 신고내용을 공개하도록 하고 있다.[526] 한국 법제의 고유한 특징으로는 일정 금액을 넘는 경우에만 규제 대상이 되고 직무 관련성 판단은 공직자의 필요에 따라 심사받도록 하는 점이다.

2. 백지신탁

(1) 의의

이해충돌 규제의 제거방식 중 하나로 볼 수 있는 백지신탁은 공직자가 공

---

521) 기획재정부의 금융정책·은행·증권·보험 등 금융에 관한 사무를 관장하는 국(본부·단·부·팀을 포함) 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 및 4급 이상 공무원(이에 상당하는 공무원 포함)과 금융위원회 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 및 4급 이상 공무원(이에 상당하는 공무원을 포함)을 말한다(「공직자윤리법 시행령」 제27조의3).

522) 주식매각 제도 도입 당시 기준 금액과 같은 금액으로 3천만 원이다(「공직자윤리법 시행령」 제27조의4).

523) 현행 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 참조. 해당 요건은 주식 매각제도 도입 당시의 요건과 거의 같다.

524) 현행 「공직자윤리법」 제14조의5 제6항. 그 밖에 공직자는 소속기관의 장에게 주식과 직무 관련성이 없는 직위로 변경 신청할 수도 있다(「공직자윤리법」 제14조의13 참조).

525) 현행 「공직자윤리법」 제14조의5 제1항, 제7항, 제8항.

526) 현행 「공직자윤리법」 제14조의14 제1항.

직 취임 전과 후로 하여 소유재산을 수탁기관에 맡기고 수탁기관이 공직자의 재산을 관리·수익·처분할 수 있도록 하는 방식이다. 백지신탁 제도는 매각제도의 도입과 마찬가지 이유로 도입되는데, 공직자가 직무 관련성 있는 재산을 소유하는 때에는 공적인 의사결정을 왜곡시키는 결과가 발생하기 때문이다. 백지신탁 제도는 매각제도와 마찬가지로 공직자가 소유하는 특정 재산과 공직자의 직무 사이의 연결고리를 미리 제거하는 방식이라고 볼 수 있다. 다만 즉각적이고 직접적인 제거방식인 매각과 달리 그 과정을 수탁회사에 맡기는 일종의 연장된 제거방식으로 볼 수 있다.

공직자가 소유재산을 수탁기관에 맡기게 되면 공직을 수행하는 동안에는 해당 재산과 관련된 정보를 확인할 수 없게 되는데, 이로써 공직자가 자산증식을 위하여 공적 의사결정을 왜곡하는 행위를 사전에 차단할 수 있게 된다. 공직이 끝나면 자산을 돌려주는 보관신탁과 달리 백지신탁을 받은 수탁기관은 주식의 매각할 수 있어 매각제도의 효과를 우회적으로 얻을 수 있다.[527] 백지신탁 제도는 공직자의 소유권 박탈을 즉각적으로 실현하는 것은 아니어서 매각제도에 비하여 재산권 제한의 강도는 약하다고 평가할 수 있다. 그러나 궁극적으로 공직자가 재임하는 동안 소유재산에 관한 관리·수익·처분 권한을 박탈하므로 매각제도와 마찬가지로 정교한 제도설계가 필요하다고 본다.[528]

백지신탁 제도의 대상이 될 수 있는 재산의 종류는 매각과 마찬가지로 특별한 제한이 없다. 따라서 주식뿐 아니라 채권, 펀드, 부동산 등 공직자가 소유하는 재산이 공적 의사결정에 영향을 미칠 수 있다면 모두 백지신탁의 대상이 될 수 있다. 다만 매각제도와 마찬가지로 백지신탁 제도 또한 공직자의 재산권을 침해할 소지가 있으므로,[529] 재산과 공직자의 직무 사이의 관련

527) 한편 보관신탁이 이해충돌 문제를 해결하는 데에 취약하다는 견해로는 장영수, 앞의 논문(주 54), 제346면 각주 39 참조. 반대로, 일정한 제도적 보완을 전제로 한국 법제에 보관신탁도 고려할 수 있다는 의견으로는 이유봉, 앞의 글(주 134), 126면 참조.
528) 장영수, 앞의 논문(주 54), 제344면 참조.
529) 장영수, 앞의 논문(주 54), 제345면.

성 심사는 엄격하게 이루어지는 것이 바람직하다.

(2) 유형

학문적으로 이해충돌 규제와 관련한 공직자의 재산신탁을 논할 때, 크게 인정된(qualified) 백지신탁, 인정된 분산신탁, 보관신탁의 3가지 유형으로 분류하여 검토되는 것으로 보인다. 인정된 백지신탁은 세계 주요 국가의 법제에서 가장 빈번하게 활용하는데, 수탁기관이 수탁받은 공직자의 재산을 처분하여 새로운 재산을 취득하거나, 수탁받은 재산을 운용·투자하여 다른 새로운 재산을 취득하는 방식으로 이루어진다. 수탁기관이 공직자의 재산을 처분하거나 재투자함으로써 기존 재산은 변형되고 이 과정에 관한 정보를 알 수 없도록 공직자를 백지상태(blindness)로 두는 방식이다. 인정된 백지신탁은 재산신탁의 유형 중 가장 일반적으로 활용하는 방식이라고 볼 수 있다.[530]

인정된 분산신탁은 공직자가 소유하는 기존 재산에 대한 자산 비율을 분산시켜 공직자의 재산과 관련한 공적 의사결정에 대한 영향력을 분산·감소시키는 방식이다.[531] 수탁기관은 공직자의 여러 재산 중 특정 재산의 가액이 총재산 가액의 일정한 비율이나 일정한 상한 금액을 넘지 않도록 여러 종류로 분산시킬 수 있다. 가령 공직자 甲의 총재산 가액 중 A 회사 주식 비율이 15%, B 회사 주식 비율이 35%, C 회사 주식 비율이 45%, D 회사 주식이 5%라고 가정해 보면, 수탁기관은 각 회사의 주식이 총재산 가액의 30%가 넘지 않도록 A 회사 주식 25%, B 회사 주식 25%, C 회사 주식 25%, D 회사 주식을 25%로 분산하거나 특정 회사의 주식 일부를 팔아 다른 재산으로 대체하여 자산 비율을 조정할 수 있다. 이렇게 함으로써 특정 재산의 과다 소유로 인한 의사결정의 영향력을 분산하는 방식이라고 보면 된다. 인정된 분산신탁은 공직자가 여러 재산을 보유하고 있는 때 유용한 방법이 될 수 있고 백지신탁에 비하여 재산권 침해 소지가 적다는 이점은 있으나 재산

530) 최윤영, 앞의 논문(주 50), 519면.
531) 최윤영, 앞의 논문(주 50), 519면.

매각 제도나 인정된 백지신탁보다 이해충돌 발생을 방지하는 효과가 크지 않다는 단점이 있다.

보관신탁은 공직자가 공직에 있는 동안 수탁기관이 공직자의 재산을 보관하고 있다가 공직이 끝나면 다시 원상태로 돌려주는 방식이라고 볼 수 있다. 보관신탁에 의하면 공직자는 기존 재산 외에 직무 관련성이 있는 새로운 재산을 취득하는 것이 금지되지만, 기존에 소유하던 보관된 재산과 직무 관련성 있는 의사결정을 내릴 수 있는 위험을 여전히 갖는다는 문제가 있다. 보관신탁은 공직자의 재산권 보장에 충실한 방식이기는 하나 재산신탁 방식 중 이해충돌의 방지 효과가 가장 떨어지는 방식이라고 평가할 수 있다. 이러한 이유 때문인지 신탁제도를 운용하는 국가 중 보관신탁을 채택하는 법제는 거의 찾아보기 힘들다.

(3) 외국의 법제

1) 미국

미국은 매각제도와 마찬가지로 백지신탁 제도를 마련하여 시행하고 있다. 「정부윤리법」은 입법부, 행정부, 사법부 공직자가 직무 관련성 있는 재산을 소유하는 경우 이를 백지신탁 하도록 규정하고 있다.[532] 「정부윤리법」의 규정 내용 중 행정부 공직자를 중심으로 살펴보면, 정부윤리청장이나 윤리담당관은 공직자가 소유하는 재산이 직무 관련성이 있어 재산의 계속 소유가 법률의 위반 소지가 있다고 판단될 경우,[533] 공직자에게 해당 재산에 대한 백지신탁을 명령할 수 있다.[534] 공직자는 백지신탁 명령이 내려지면 공직자와 이해관계가 없는 수탁기관, 변호사, 회계사 등에게 해당 재산을 백지신탁 하여야 한다.[535] 공직자의 재산을 수탁받은 자는 신탁된 재산을 관리·통제하면서 공직자와 이해충돌을 일으키는 재산은 처분할 수 있다.[536] 공직자는 수탁

532) 「정부윤리법」 제102조 (e), 제202조 (f), 제302조 (f) 참조.
533) 「정부윤리법」 제206조 (b) (2) (B).
534) 「정부윤리법」 제206조 (b) (3) (A).
535) 「정부윤리법」 제202조 (f) (3) (A).

받은 자의 관리·통제·처분과정에 관한 정보를 취득하거나 개입하는 것이 엄격하게 금지된다.[537] 「정부윤리법」의 백지신탁 제도는 큰 변화 없이 「윤리개혁법」에 계승되어 시행되고 있다.[538]

미국의 백지신탁 제도의 세부적인 내용은 「연방 규정」에 비교적 상세히 규정되어 있다.[539] 「연방 규정」은 재산신탁의 유형을 인정된 백지신탁과 인정된 분산신탁으로 구분할 수 있다고 보고 있으며,[540] 미국 법제가 재산신탁 제도를 마련한 이유가 공직자가 직면하는 실질적 이해충돌을 방지하기 위함임을 분명히 하고 있다.[541] 「연방 규정」은 수탁기관이 독립적 지위를 가지고 공직자가 인지하지 못한 상태에서 신탁재산을 관리·처분할 권한을 부여하는 백지신탁과 분산신탁 제도를 채택하고 있는 것이다.[542]

미국의 백지신탁 제도는 공직자가 소유하는 주식뿐 아니라 채권, 뮤추얼 펀드, 부동산 등을 포함한 다양한 재산이 대상이다. 해당 재산은 수탁기관이 처분하거나 1천 달러 이하가 될 때까지 신탁된다.[543] 그러므로 공직자가 신탁한 재산이 무엇인지 알고 있는 경우 1천 달러 이하의 소유재산에 대해서는 공적 의사결정을 통하여 영향을 미칠 가능성은 여전히 존재하게 된다. 다만 신탁재산이 다른 재산으로 완전한 전환이 이루어졌다면 공직자의 백지상태(blindness)가 유지되는 한 이해충돌 발생 가능성은 크지 않을 것이다.

한편 공직자는 일정 요건을 충족할 경우,[544] 인정된 분산신탁을 신청할 수

---

536) 「정부윤리법」 제202조 (f) (3) (C).
537) 「정부윤리법」 제202조 (f) (3) (B).
538) 「윤리개혁법」 제202조 참조.
539) 「5 C.F.R.」 §2634.1005, §2634.401 - §2634.414 참조.
540) 「5 C.F.R.」 §2634.402 (g).
541) 「5 C.F.R.」 §2634.401 참조.
542) 여기에서 말하는 처분이란 신탁재산에 대한 재투자를 포함하는 넓은 개념이다. 「5 C.F.R.」 §2634.401 참조.
543) 「5 C.F.R.」 §2634.403 (a).
544) 인정된 분산신탁의 주요 요건은 ① 재산이 유가증권일 것, ② 특정 경제영역이나 지리적 영역에 집중된 유가증권의 가치가 총 유가증권 가치의 20%를 초과하지 않을 것, ③ 단일 법인의 유가증권 가치가 총 유가증권 가치의 5%를 넘지 않을 것 등이다. 5 C.F.R. § 2634.406 참조.

있다. 인정된 분산신탁은 일반적으로 시장에서 쉽게 유동화되기가 쉬운 재산에 대해서 이루어지는데 미국 법제는 유가증권에 대해서 제도를 설계하여 운용하고 있다.[545] 인정된 분산신탁은 공직자가 신탁한 재산의 일정 비율이 그대로 유지되고 다른 사람에게 이전되지 않을 수 있다는 점에서 백지상태가 완전하지 않을 수 있으며 이러한 점에서 이해충돌을 완전히 방지할 수 없다는 단점이 있다.[546]

미국의 정부윤리청(OGE)은 공직자의 재산신탁을 승인하는 유일한 기관으로 공직자가 재산신탁을 원하는 경우를 대비하여 문의 절차를 마련하고 있다.[547] 공직자는 문의 과정을 포함하여 정부윤리청에 백지신탁을 신청할 수 있는데 신청 과정에서 자신이 원하는 수탁자를 정부윤리청에 제안할 수도 있다.[548] 정부윤리청은 공직자의 문의나 신청에 대하여 수탁자의 요건 충족 여부와 함께 신탁자와 수탁자 사이의 정보교환 금지 원칙과 같은 재산신탁에서 필요한 사항을 공직자에게 설명해야 한다. 공직자는 정부윤리청에 문의 절차를 마치게 되면 수탁기관과 신탁과 관련한 상담을 할 수 있는데, 상담 과정에서 수탁기관에 수탁기관의 사업 이력, 자산관리의 정책 및 철학, 고객의 유형, 업무성과, 자산관리 자격 등 필요한 정보를 질문할 수 있다.[549] 이 과정에서 공직자는 수탁기관에 자신이 소유하고 있는 재산 중 특정 자산을 유지하라던지, 특정 자산을 매입하라던지 등 재산의 관리·통제에 관한 구체적 지시를 할 수 없다.[550] 공직자가 이러한 과정을 거쳐 수탁기관을 선정하게 되면, 정부윤리청은 수탁기관이 관련 규정상 요건을 충족하는지 심사하게 되고 최종적으로 수탁기관을 선정할 수 있다.[551] 정부윤리청장은 공직자가 제안한 수탁기관이 적격 요건을 갖추었다고 판단하여 선정된 때에는 수탁기관에 서면으로 공직자 재산신탁 수탁기관임을 승인하게 된다.[552]

---

545) 「5 C.F.R.」 §2634.403 (b).
546) 「5 C.F.R.」 §2634.403 (b).
547) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (a) 참조.
548) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (a) 참조.
549) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (b).
550) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (b).
551) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (c).

2) 캐나다

캐나다는 연방 공직자에 대하여 백지신탁 제도를 마련하여 운용하고 있다. 「이해충돌법」은 공직자 재산에 대한 매각제도 외에도 백지신탁 제도를 규정하고 있는데, 공직자는 소유하는 관리재산을[553] 매각하는 대신에 백지신탁을 할 수도 있다.[554] 캐나다 법제는 미국과 같이 공직자가 소유하는 다양한 재산을 백지신탁 할 수 있도록 하고 있으나 미국 법제에서 활용하고 있는 인정된 분산신탁을 별도로 규정하고 있지는 않다.

「이해충돌법」에 따른 백지신탁의 요건은 ① 신탁재산을 수탁기관에 등록할 것,[555] ② 공직자는 신탁재산에 관한 관리·통제 권한을 갖지 않을 것, ③ 수탁기관은 재산의 관리·통제에 대하여 공직자에게 지시받지 않을 것, ④ 신탁재산은 신탁계약서나 증서에 기재할 것, ⑤ 백지신탁 기간은 공직자의 재직기간으로 할 것, ⑥ 수탁기관은 신탁관계가 종료 후 공직자에게 신탁재산을 인계할 것,[556] ⑦ 법률로 허용되는 정보를 제외하고, 수탁기관은 공직자에게 신탁재산에 관한 정보를 제공하지 않을 것, ⑧ 수탁기관은 신탁에 따른 수입을 받을 수 있고 신탁재산의 자본금을 추가하거나 인출 할 수 있을 것, ⑨ 수탁기관 윤리위원장이 만족할 수준에서 신탁자와 공정하게 거래할 것,[557] ⑩ 수탁기관은 공인된 개인 또는 기관일 것,[558] ⑪ 수탁기관은 윤리위원장에게 매년 정기보고서[559]를 제출할 것이다.[560]

---

552) 「5 C.F.R.」 §2634.404 (d).

553) 관리재산의 유형은 앞서 살펴본 제3장 제3절 Ⅰ. 1. 매각제도 참조.

554) 「이해충돌법」 제27조 제1항 (b).

555) 단, 퇴직연금은 제외한다(「이해충돌법」 제27조 제4항 (a)).

556) 이것은 수탁기관이 계약 종료까지 신탁재산이나 전환된 재산을 보유하는 경우 이를 공직자에게 인계하라는 의미이지 신탁재산을 그대로 보관하였다가 인계하는 보관신탁을 의미하는 것이 아니다.

557) 여기서 말하는 공정거래 가액은 윤리위원장이 만족할 수준이어야 한다(「이해충돌법」 제27조 제4항 (i)).

558) 수탁 업무를 수행할 수 있는 자격을 갖춘 신탁회사나 투자회사를 포함한 공인된 회사를 의미한다.

559) 신탁관계를 설정한 날이 도래할 때마다 수탁자는 신탁의 종류와 시장가를 정확히 입증하는 연례 보고서와 신탁재산의 조정의 있는 경우 관련 내용, 신탁을 통해 얻은 전년도의 순수입 및 수탁자의 수수료를 윤리위원장에게 제출하

공직자가 수탁기관과 백지신탁 계약을 체결한 때에는 그 계약서나 증명서 사본을 윤리위원장에게 제출하여야 한다.[561] 만일 공직자가 이를 이행하지 않으면 500 캐나다 달러 이하의 과징금을 부과받을 수 있다.[562]

(4) 한국의 법제

한국은 주식의 매각제도와 마찬가지로 주식의 백지신탁 제도를 도입하여 시행하고 있다.[563] 2005년 5월 18일 개정 「공직자윤리법」은 미국의 「정부윤리법」을 모태로 하여 주식의 매각제도와 함께 백지신탁 제도를 함께 도입하였다.[564] 제도 도입 당시 규율 내용은 현행 「공직자윤리법」(법률 제18682호)에 이르기까지 큰 변화 없이 이어지고 있는데,[565] 이는 미국의 재산신탁 중 인정된 백지신탁 제도와 유사하다고 평가할 수 있다.

한국의 주식 백지신탁 제도의 요건은 앞서 살펴본 주식 매각제도의 요건과 거의 유사하다. 특정 직위나 직종의 공직자[566]가 일정 가액 이상의 주식을[567] 보유하게 된 경우 백지신탁을 하여야 한다.[568] 만일 공직자가 주식의 백지신탁을 면하려면 주식백지신탁 심사위원회에 주식과 직무 사이의 관련성이 없음을 심사청구하고 이에 관한 결정을 받아야 한다. 공직자가 직무 관련성 심사를 청구하면 주식백지신탁 심사위원회는 공직자가 주식을 발행한 기업의 경영이나 재산상 권리에 관한 상당한 정보를 입수하거나 영향을 미

여야 한다(「이해충돌법」 제27조 제4항 (k)).

560) 「이해충돌법」 제27조 제4항 참조.

561) 「이해충돌법」 제27조 제7항.

562) 「이해충돌법」 제52조 (f).

563) 주식 외에 다른 재산권에 대해서도 백지신탁이 필요하다는 견해에 대해서는, 최윤영, 앞의 논문(주 50), 524면. 부동산의 백지신탁제도 입법화 시도는 본 논문 각주 516 참조.

564) 최윤영, 앞의 논문(주 50), 512면 참조.

565) 현행 「공직자윤리법」은 제14조의5부터 제14조의16까지 주식의 백지신탁 제도를 상세히 규정하고 있다.

566) 주식 매각제도 대상 공직자의 범위와 같다.

567) 3천만 원이다(「공직자윤리법 시행령」 제27조의4 참조).

568) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호.

칠 수 있는 직무를 수행하는지 판단한다.[569] 만일 주식백지신탁 심사위원회가 주식과 직무 사이에 관련성이 있다고 판단할 경우, 공직자는 당해 주식을 2개월 이내에 매각하거나 백지신탁 하여야 한다.[570]

공직자와 수탁기관 사이에 백지신탁 계약이 체결되면, 수탁기관[571]은 계약 체결일로부터 60일 이내에 신탁된 주식을 처분하여야 한다.[572] 공직자는 수탁기관의 신탁재산에 대한 관리·운용·처분에 관한 정보를 요구할 수 없고 수탁기관의 관리·운용·처분에 관여할 수도 없다.[573] 다만 공직자는 수탁기관이 주식을 처분할 때까지는 이해충돌이 발생하므로 「공직자윤리법」은 신탁계약 체결일로부터 수탁기관이 주식을 처분할 때까지 공직자가 주식 발행기업의 경영이나 재산상 권리에 영향을 미칠 수 없도록 별도 규정을 마련하고 있다.[574] 신탁계약의 당사자인 수탁기관도 공직자에게 신탁재산에 관한 정보를 제공할 수 없다. 다만 수탁기관이 공직자에게 신탁재산의 기본적인 운용 방법을 제시하는 일은 가능하다.[575]

---

569) 주식백지신탁 심사위원회는 직무 관련성 판단을 위하여 공직자가 주식을 발행한 기업에 관한 ① 정책이나 법령의 입안·집행, ② 각종 수사·조사·감사, 검사, ③ 인가·허가·면허, 특허, ④ 조세의 조사·부과·징수, ⑤ 법령상 지도·감독, ⑥ 예산의 편성·심의·집행, 공사, 물품 계약, ⑦ 법령상 사건의 심리, 심판을 수행하는지 살피게 된다(「공직자윤리법 시행령」 제27조의8 제1항 각호).

570) 대통령령에서 정하는 나름의 기준에도 불구하고 주식백지신탁 심사위원회의 판단에 지나치게 의존할 경우, 직무 관련성의 객관성과 일관성이 떨어질 수 있다는 비판으로는 장영수, 앞의 논문(주 54), 제348-349면 참조.

571) 수탁기관은 신탁업무를 수행하는 기관으로서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자나 집합투자업자이어야 한다(「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 바목).

572) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 가목 본문. 만일 수탁기관이 60일의 기간 내에 처분이 어려운 사정이 있다면 공직자윤리위원회의 승인을 받아 30일을 연장받을 수 있다(「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 가목 단서).

573) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 나목.

574) 「공직자윤리법」 제14조의11 참조. 공직자가 주식과 관련된 이해충돌 상황에 직면한 경우라면 해당 직무를 회피해야 한다(「공직자윤리법」 제14조의11 제2항). 단, 법령이 공직자에게 해당 직무를 직접 수행하도록 정하거나 공직자가 회피할 수 없는 때에는 직무 관여가 가능하다(「공직자윤리법」 제14조의11 제3항).

575) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 다목.

수탁기관이 신탁재산 관리·처분에 선관주의의무를 게을리하지 않았다면 신탁업무 수행으로 인한 손해에 대하여 책임을 지지 않는다.[576] 공직자는 주식백지신탁 계약체결 사실을 등록기관의 장에게 신고하여야 하며, 수탁기관은 백지신탁 한 주식을 처분한 때에 공직자윤리위원회에 통보하여야 한다.[577] 처분 사실을 통보받은 공직자윤리위원회는 그 사실을 공개하여야 한다.[578]

3. 겸직금지

(1) 의의

매각과 백지신탁이 공직자의 물적 요소인 보유자산에 대한 제거방식임에 반하여, 겸직금지는 인적 요소인 공직자의 행위에 대한 제거방식이라고 볼 수 있다. 공직자가 공적인 직무 외에 다른 직무를 수행할 수 없게 함으로써 이해충돌을 예방하는 전통적인 제거방식이다. 이해충돌이 문제가 될 때, 겸직의 대상은 반드시 지속성을 가지는 업종에 한정되지는 않는다.

공직자가 겸직하게 될 경우, 두 가지 측면에서 이해충돌 문제가 발생할 수 있다. 우선 공직자가 본연의 공적 직무 외에 다른 직무를 수행하여 공직에 전념하지 못함으로써 발생하는 공익의 훼손 문제가 첫 번째이다.[579] 이 문제는 공직자의 성실의무와 직접적인 관련성을 가지며, 공적 직무와 겸직하는 직무 사이에 직접적인 관련성이 없더라도 발생하는 이해충돌의 부수적 문제라고 볼 수 있다. 두 번째는 겸직을 통하여 공적 직무를 사익 추구를 위한 도구로 이용할 위험, 즉 겸직하고 있는 다른 직종에 유리한 의사결정을 내릴 위험이 있다. 두 번째 위험은 이해충돌로 야기되는 직접적 위험으로 볼 수 있다.

---

576) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항 제2호 마목.
577) 「공직자윤리법」 제14조의8 제2항 제1호 참조.
578) 「공직자윤리법」 제14조의14 참조.
579) 김재광, 앞의 논문(주 148), 21면 참조.

겸직은 그 자체로 위법하다고 볼 수 없지만, 공직자가 자신의 권한을 남용함으로써 사익을 추구할 환경을 제공한다고 볼 수 있다.[580] 이러한 환경에서는 공직자의 추가적인 의사결정에 의하여 부패가 발생할 수 있으므로 겸직이 내포하고 있는 위험을 제거할 필요가 있다. 이러한 방식은 이해충돌 발생 자체를 제거하는 매우 효율적인 방식으로,[581] 세계 대부분 국가에서 활용되고 있다.

다만, 겸직금지는 공직자의 직업의 자유나 일반적 행동의 자유 침해 문제를 일으킬 수도 있으므로 영리 추구의 목적이 크지 않은 겸직의 경우 허용이 가능하다고 본다.[582] 학문적으로 다양한 영역에서 겸직의 의미, 범위, 분류방식이 논해지고 있으나,[583] 이해충돌과 관련하여 특별히 문제가 되는 것은 공직을 남용할 우려가 있는 영리 목적의 업종이라고 볼 수 있다.

(2) 외국의 법제

개별 국가의 법제를 보면 공직자의 겸직금지를 이해충돌 규범에서 규정하는 경우가 있는가 하면, 공무원 관련 일반법을 포함한 개별 법률에서 규정하는 경우가 있다. 이것은 앞서 살펴본 바와 같이 겸직금지가 공직자의 성실의무와 직접적인 관련이 있기 때문이다. 이러한 경우까지 헤아리면 겸직금지를 규정하고 있는 규범들은 셀 수없이 많은데, 이해충돌 규범 외 이러한 규범까지 고려하여 공직자의 겸직금지 의무를 규정하고 있는 주요 개별 국가의 법제를 간단히 소개해 본다.

1) 미국

---

580) 장병연, 김현수, 김진윤, 앞의 논문(주 50), 28면 참조.
581) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 33 참조.
582) 공직자의 겸직금지는 개인의 자유보다 우선하는 공익적 가치가 보호되어야 하는 한계에서만 정당화될 수 있다고 한다. 장병연, 김현수, 김진윤, 앞의 논문(주 50), 35면.
583) 장병연, 김현수, 김진윤, 앞의 논문(주 50), 27-29면 참조.

미국의 경우 「정부윤리법」이 「연방 법전」 제5편에서 개정되면서,[584] 일부 공직자의 겸직을 금지하고 있다.[585] 「정부윤리법」은 의원, 비경력직, 일반직 보수체계의 15급(GS-15) 이상으로 분류된 직위의 공직자나, 일반직 보수체계 상에 없는 직위나, 일반직 보수체계의 15급에서 받을 수 있는 최저 기본보수의 120퍼센트보다 많은 공직자는 겸직이나 외부 고용이 제한된다고 규정하고 있다.[586] 제한되는 겸직은, ① 신인관계(fiduciary relationship)를 수반하여 전문적인 서비스를 제공하는 회사, 합명회사, 협회, 법인 또는 기타 단체에 가입하거나 고용관계를 통하여 보수를 받는 행위, ② 의원·공무원·종사자의 이름을 회사, 합명회사, 협회, 법인 또는 기타 단체가 사용하도록 승낙하는 행위, ③ 신인관계를 수반하는 전문 직업에 종사하고 보수를 받는 행위, ④ 협회, 법인 또는 기타 단체의 임원이나 이사회의 이사로서 보수를 받기 위해서 근무하는 행위, ⑤ 교수활동(teaching)을 통해 보수를 받는 행위이다.[587]

미국 「연방 법전」도 겸직금지 제도를 두고 있다. 공직자[588]는 법원의 판결이나 결정 과정에서 심리, 신청, 청구행위 또는 계약, 민사상 분쟁, 고발·고소, 기소, 체포를 포함한 연방정부가 당사자이거나 직접적·실질적인 이해관계를 갖는 특정사안과 관련하여, 대리인이나 변호인 등의 자격으로 대리업무에 대한 보상을 요구, 수령, 수락을 금지한다.[589] 그뿐 아니라 공직자는 적법한 공무수행 외에 일정한 보수를 받고 정부를 상대하는 상대방을 대리하거

584) 해당 내용은 U.S.C. 제5편 정부기관과 종사자(Government Organization and Employees)의 부록(appendix) 「정부윤리법」에서 찾을 수 있다. https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title5/USCODE-2011-title5-app-ethicsing-sec502 (2022. 11. 6. 방문) 참조.

585) 2012년 1월 3일부터 시행되었다.

586) 「정부윤리법」 제202조.

587) 「정부윤리법」 제502조 (a).

588) 「연방 법전」 제201조 (a) (1)은 '공직자'를 연방 의회 의원(Member of Congress), 대의원, 상주 대표, 컬럼비아 구를 포함한 미연방·부처·기관·지국을 대리 또는 위임을 받아 직무상 기능을 수행하는 공무원, 종사자, 일반인, 배심원이라고 정의하고 있다.

589) 「연방 법전」 제203조 (a).

나 변호하는 행위를 금지하고 있다.[590] 공직자는 연방 행정부, 독립행정기관, 컬럼비아구의 공직자가 예외적으로 허용된 경우가 아닌 한,[591] 미연방 정부가 아닌 다른 개인, 사원, 협회, 기업, 기타 조직으로부터 보수를 받는 행위가 금지된다.[592] 이와 같은 규정은 겸직을 통해 발생하는 이해충돌 상황을 차단하기 위하여 마련된 규정으로 위반행위는 형사처벌 대상이 된다.[593]

한편, 미국 연방 규정(CFR)도 공직자의 공적 의무와 충돌하는 외부 고용이나 외부 활동을 금지하고 있다.[594] 특수경력직원(non-career employee) 또한 연간 급여의 15퍼센트를 초과하는 외부 근로소득을 받을 수 없도록 규정하고 있다.[595]

2) 영국

「장관강령」은 장관이 정부 정책과 이해충돌이 발생할 수 있는 비정부 기구와 연관된 행위를 할 수 없도록 하고 있는데,[596] 특히 정부에서 운영비를 지원받는 단체의 후원자로 활동할 수 없도록 하고 있다.[597] 그뿐 아니라 장관은 공직에 취임하면, 상·하원의 특별위원회나 합동위원회의 회장이나 회원

590) 「연방 법전」 제205조 (a).

591) ① 공직자가 전 사용자가 운용하는 선의의 연금, 퇴직연금, 보험, 배당(profit-sharing), 주식 상여(stock bonus), 기타 직원후생·급부제도(employee welfare or benefit plan)에의 계속 참여, ② 특수정부종사자, 무보수로 근무하는 정부의 공직자가 받는 보수, 기부금, ③ 미국 「연방 법전」 제5편 제41장에 따른 기부금, 상금 또는 기타 경비의 제공 및 수령, ④ 행정기관의 직원교류 프로그램에 참여하는데 부수적인 실제 이주비용의 지불이나 수령, ⑤ 제351조 또는 제1751조에 규정된 범죄 발생 중에 부상을 당한 공무원이나 종사자가 「국세법」의 제501조(c)(3)에 규정된 조직으로부터, 제501조(A)에 따라 면세된 기부금 또는 금품 수령, ⑥ 미국연방규정 제5편의 제37장에 따라 파견된 민간부문 단체의 종사자가 단체로부터 보수와 수당을 받는 행위를 의미한다(제209조(b) 내지 (g)).

592) 「연방 법전」 제209조.

593) 「연방 법전」 제216조.

594) 5 C.F.R. §2635.802.

595) 5 C.F.R. § 2636.304 참조.

596) 「장관강령」 제7.12조.

597) 「장관강령」 제7.13조.

직에서 사직해야 한다.[598] 해당 겸직의 제한은 장관이 의회 활동 과정에서 부당한 영향력을 행사함으로써 발생하는 이해충돌의 위험을 미연에 방지하기 위한 취지로 볼 수 있다.

한편 장관은 노동조합에 가입할 수는 있으나, 조합 활동 과정에서 이해충돌 문제가 발생하지 않도록 각별한 주의를 기울여야 한다. 장관은 노동조합의 활동에 적극적으로 개입할 수 없으며 노동조합의 직위를 갖거나 노동조합으로부터 특정한 보수를 받을 수 없다.[599]

3) 캐나다

캐나다 「이해충돌법」은 연방 소속 공직자가 직무상 권한을 행사하거나 임무를 수행하는 데 있어서, 외부의 고용 제안에 의하여 영향을 받아서는 안 된다고 규정하고 있다.[600] 공직자는 다른 업종에 고용되거나 전문직에 종사하는 행위, 사업이나 상업을 관리·운영하는 행위, 법인 등 기관의 임원이 되거나 임원직을 유지하는 행위, 조합·협회의 직위를 가지는 행위, 기관의 유급 고문이 되는 행위, 인적회사의 업무 담당 사원이 되는 행위가 금지된다.[601] 공직자가 고용의 제안을 받거나 외부의 고용 제안을 수락한 경우, 7일 이내에 윤리위원장에게 문서로 신고하여야 한다.[602] 만일 신고 의무를 위반한 경우, 500달러 이하의 과징금이 부과될 수 있다.[603]

4) 프랑스

「공무원 일반법전」은 공직자가 자신에게 맡겨진 업무에 전념할 것을 요구

598) 「장관강령」 제7.14조.
599) 「장관강령」 제7.15조.
600) 「이해충돌법」 제10조.
601) 「이해충돌법」 제15조 제1항.
602) 다만 수락 신고의 경우 신고의 상대방이 다른데, ① 각료나 장관의 경우에는 총리에게, ② 정무차관의 경우에는 그 정무차관이 보좌하는 장관에게, ③ 그 밖의 차관의 경우에는 추밀원의 서기에게, ④ 그 밖의 신고 대상 공직자의 경우에는 관련 장관에게 신고한다(「이해충돌법」 제24조 제2항).
603) 「이해충돌법」 제52조 (c).

하며,[604] 수익을 위한 사적인 활동을 직업으로 수행할 수 없다고 규정함으로써 원칙적으로 겸직을 금지하고 있다.[605] 이에 따라 공직자는 ① 회사를 창업하거나 인수하는 행위, ② 영리회사나 영리협회의 경영 조직에 참여하는 행위, ③ 외국이나 국제 법원에서 공직자가 관여된 분쟁에 자문이나 변론하는 행위, ④ 공직자가 속하거나 관련된 행정부의 통제를 받는 회사의 인수나 소유행위, ⑤ 상근직을 겸하는 행위가 금지된다.[606] 다만 예외적으로 상급기관은 공직자의 직무수행과 양립 가능하다고 판단할 때 겸직을 승인할 수 있다.[607] 상급 기관이 겸직의 승인과정에서 직무와 양립 가능 여부를 판단하는데 의문이 있다고 판단할 때는 지정 윤리담당관에게 의견을 구할 수 있다. 윤리담당관의 의견에도 불구하고 상급 기관이 겸직 판단을 내리기 어렵다면, 고등사무국에 판단을 요청할 수 있고 고등사무국은 공직자의 겸직 여부를 결정한다.[608]

공직자가 겸직금지 의무를 위반한 때 징계 절차가 진행될 수 있고 금지된 활동으로 얻은 수입은 급여에서 삭감하는 방법으로 상환해야 한다.[609] 위의 겸직금지와 관련한 규제사항은 대부분 종래 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」에서 규율하던 내용으로,[610] 2019년 제정된 「공직 개혁법」의 공무원 법제의 간소화 절차에 따라 마련된 2021년 「공무원 일반법전」에서 정비된 내용이다.

5) 독일

독일 「연방 공무원법」은 공무원의 겸직에 대한 제한 규정을 두고 있다. 우선 「연방 공무원법」은 공적 속성의 부차적 업무(Nebenamt)와 사적 속성의 부차적 업무(Nebenbeschäftigung)를 구분하고 있다.[611] 만일 공무원이 수입이

604) 「공무원 일반법전」 L121-3조.
605) 「공무원 일반법전」 L123-1조.
606) 「공무원 일반법전」 L123-1조 제1항부터 제5호까지 참조.
607) 「공무원 일반법전」 L123-7조, L123-8조 참조.
608) 「공무원 일반법전」 L123-8조.
609) 「공무원 일반법전」 L123-9조.
610) 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」 제25조의7 제1항, 제3항 참조.

있는 사적 속성의 부차적인 업무를 수행하려면 반드시 소속 최상위기관 승인을 받아야 한다.[612] 공무원의 겸직이 공익에 부정적인 영향을 미친다면, 승인이 거부될 수 있다.[613] 법문상 승인 거부 사유는, ① 공직자가 공적 직무수행에 영향이 있을 정도로 겸직에 노동력(Arbeitskraft)을 쓰는 경우, ② 공직에 이해충돌이 발생하는 경우, ③ 겸직이 소속기관이 수행하는 직무와 같은 경우, ④ 공정성에 영향이 있는 경우, ⑤ 공무원이 장래 수행할 직무수행에 지장을 주는 경우, ⑥ 행정의 명예를 훼손시킬 수 있는 경우이다.[614] ①에 해당하는지는 공적 직무 시간의 5분의 1을 초과하는지가 고려될 수 있고, 만일 공직 활동에 따른 급여의 40퍼센트를 초과하는 급여를 받는 경우 승인은 거절될 수 있다.[615] 공무원은 해당 승인을 받기 위해서 겸직의 유형과 범위, 보수, 금전적 혜택에 대한 증거를 포함하여 승인에 필요한 증거를 제출하여야 한다.[616]

최상위기관은 5년을 초과하지 않는 범위에서 기간과 조건을 붙여 서면으로 공무원의 겸직을 승인할 수 있다.[617] 최상위기관은 공직자가 조건을 준수하지 않거나 공익을 훼손하는 경우 승인을 즉시 취소해야 한다.[618] 이상의 최상위기관의 권한은 하위 기관에 위임할 수 있다. 공무원은 겸직 관련 변경사항이 있는 경우 즉시 서면이나 전자적 방법으로 보고해야 한다,[619]

6) 유럽평의회 각료위원회

유럽평의회 각료위원회는 소속 공직자가 공직 수행과 양립 불가능한 외부 수익을 받는 행위를 금지하고 있다. 「공직자 행동강령 기준」에 따르면 공직

611) 「연방 공무원법」 제97조 제2항 및 제3항.
612) 「연방 공무원법」 제99조 제1항.
613) 「연방 공무원법」 제99조 제2항.
614) 「연방 공무원법」 제99조 제2항.
615) 「연방 공무원법」 제99조 제3항.
616) 「연방 공무원법」 제99조 제5항.
617) 「연방 공무원법」 제99조 제4항.
618) 「연방 공무원법」 제99조 제4항.
619) 「연방 공무원법」 제99조 제5항.

자는 적절한 공적 직무수행과 양립할 수 없게 하거나 저해하는,[620] 유급·무급을 불문한 외부의 활동, 거래, 기능을 수행할 수 없다.[621] 만일 공직자가 겸직을 원한다면 소속기관에 반드시 알리고 해당 사항을 승인받아야 한다.[622] 소속기관은 공직자가 겸직으로 인하여 올바른 공무수행이 저해된다고 판단할 경우, 겸직을 금지할 수 있으며 공직자는 소속기관의 조치사항을 준수하여야 한다.[623]

(3) 한국의 법제

한국은 「헌법」에서 시작하여 법률, 대통령령에 이르기까지 여러 규범에서 공직자의 겸직을 금지하고 있다. 「헌법」은 대통령은 국무총리·국무위원·행정각부의 장 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다고 규정하고 있다.[624] 이는 대통령에게 헌법상 부과되는 공익 실현의 의무에 따라,[625] 대통령이 직무수행에 전념할 수 있도록 마련된 규정에 해당한다.[626]

「국가공무원법」은 공무원은 공무 외에 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속 기관장의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없다고 규정하고 있으며, 영리에 해당하는 업무의 한계를 시행령에 위임하고 있다.[627] 시행령인 「국가공무원 복무규정」은 공무원의 직무 능률을 떨어뜨리거나, 국가의 이익에 상반되는 사익 취득을 금지하는 업무의 한계를 열거하고 있다.[628]

---

620) 공직자가 양립 가능성이 불분명하다고 판단되는 경우 상관의 조언을 구하도록 하고 있다(「공직자 행동강령 기준」 제15조 제1항 제2문).
621) 「공직자 행동강령 기준」 제15조 제1항.
622) 「공직자 행동강령 기준」 제15조 제2항.
623) 「공직자 행동강령 기준」 제15조 제3항.
624) 「헌법」 제83조.
625) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 1131-1159면.
626) 성낙인, 앞의 책(주 130), 581면.
627) 「국가공무원법」 제64조.
628) 열거된 사항은 ① 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖의 영리적인 업무를 스스로 경영하여 영리를 추구함이 뚜렷한 업무, ② 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖에 영리를 목적으로 하는 사기업체의 이사·감사 업무를 집

이로써 「국가공무원 복무규정」은 겸직금지의 이유가 이해충돌의 제거에 있음을 분명히 하고 있다.[629]

선출직 공직자에 해당하는 국회의원, 지자체장, 지방의회의원들의 겸직금지는 개별 법률에 규정을 두고 있다. 「국회법」은 국회의원에게 직무 외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사할 수 없도록 하되, 예외적으로 본인 소유의 토지·건물의 임대업 등 의원 직무수행에 지장이 없는 업무에 한해 겸직을 허용하고 있다.[630] 그리고 국회의원이 당선 전부터 의정활동에 지장을 주는 영리업무에 종사하고 있는 때에는 임기 개시 후 6개월 이내에 해당 영리업무를 휴업하거나 폐업하도록 하고 있다.[631] 그뿐만 아니라 국회의원은 소관 상임위원회의 직무와 관련한 영리 행위를 하지 못하도록 별도의 규정을 마련하고 있다.[632]

「지방자치법」은 지방의회의원에게 공사의 직을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는데, 특히 지방자치단체의 재정적 지원을 받는 기관이나 단체의 임직원이 된 경우 그 겸하고 있는 직에서 사임하여야 한다.[633] 지자체장도 특정 직위의 겸임을 금하고 있다. 겸임의 대상에는 농업협동조합, 수산업협동조합, 산림조합, 엽연초생산협동조합, 신용협동조합, 새마을금고의 임직원이나 지방공기업의 임직원 등, 지자체장이 겸임한다면 공적 의사결정이 왜곡되고 사익추구가 가능한 직위가 포함된다.[634] 「국회법」과 「지방자치법」의 겸직금지 규제사항들은 선출직 공직자가 공적 직무를 수행하는 과정에서 발생할 수 있

행하는 무한책임사원·지배인·발기인 또는 그 밖의 임원이 되는 것, ③ 공무원 본인의 직무와 관련있는 타인의 기업에 대한 투자, ④ 그 밖에 계속적으로 재산상 이득을 목적으로 하는 업무이다(「국가공무원 복무규정」 제25조). 「국가공무원 복무규정」의 해당 규정과 유사한 내용의 하위규범으로는 「법원공무원 규칙」 제88조, 「국회인사규칙」 제53조, 「선거관리위원회 공무원 규칙」 제231조, 「헌법재판소 공무원 규칙」 제100조 참조.

629) 「국가공무원 복무규정」 제25조.
630) 「국회법」 제29조의2 제1항.
631) 「국회법」 제29조의2 제1항.
632) 「국회법」 제40조의2 참조.
633) 「지방자치법」 제43조 제5항.
634) 「지방자치법」 제109조 참조.

는 이해충돌 문제를 포괄적으로 제거하고자 마련한 규정으로 평가할 수 있다.

개별 법률에 더하여 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자의 직무와 관련한 외부 활동을 제한하는 규정을 별도로 정하고 있다.[635] 공직자는 ① 대가[636]를 받고 직무관련자에게 사적으로 노무·조언·자문 등을 제공하거나, ② 소관 직무와 관련된 지식이나 정보를 타인에게 제공하고 대가를 받거나, ③ 공직자가 소속된 공공기관이 이해관계를 가지는 사안에서 공공기관의 상대방을 대리·조언·자문·정보를 제공하거나, ④ 외국의 기관·법인·단체 등을 대리하거나, ⑤ 직무와 관련된 다른 직위에 취임하는 행위가 금지된다. 이는 활동기간의 장단을 떠난 넓은 의미의 겸직금지 제도라고 볼 수 있다.

4. 퇴직공직자의 취업·활동 제한

(1) 의의

퇴직공직자 취업·활동 제한제도는[637] 퇴직공직자가 현직공직자에게 영향을 미칠 가능성을 배제하기 위하여 도입된 대표적인 이해충돌 규제 수단 중 하나이다.[638] 퇴직공직자가 현직공직자에게 영향력을 행사하는 경우, 두 가지 측면에서 이해충돌의 문제가 발생한다.

첫 번째는 퇴직공직자가 재직 중 퇴직 후 취업할 가능성이 있는 기관에

---

635) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제10조.

636) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제10조 제1호부터 제5호 참조.

637) 퇴직공직자의 이해충돌 규제 제도는 퇴직공직자의 취업뿐 아니라, 취업 이후 활동을 포함한다. 개별 국가의 법제마다 다르지만, 퇴직공직자의 취업 여부에 중점을 두고 규제 수단을 마련하는 경우가 있고, 취업은 허용하되 그 활동의 제한에 중점을 두고 규제 수단을 마련하는 경우가 있다.

638) 소위 전관예우를 통한 퇴직공직자의 현직공직자에 대한 부당한 영향력 행사가 초래하는 사회적 병폐를 제거하기 위한 목적으로 볼 수 있다. 영미 법제에서 회전문 인사 제도(revolving door)의 개선 논의는 퇴직공직자의 취업·활동 제한제도의 논의로 볼 수 있다.

대한 업무를 처리하는 경우, 장래 취업을 목적으로 왜곡된 의사결정을 내림으로써 공익을 해칠 수 있다.[639] 두 번째는 퇴직공직자가 퇴직한 후 현직공직자에게 영향력을 행사할 경우, 현직공직자는 친분 등 사적인 이해관계나 사적 이익의 공유를 목적으로 의사결정을 왜곡시킬 수 있다. 이러한 점에서 취업·활동 제한제도는 퇴직 후에 규제가 가해지지만, 퇴직 후뿐만 아니라 퇴직 전 현직에서의 공익 추구의 목적을 위해서도 이해충돌 방지의 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 즉, 퇴직공직자의 퇴직 전 직무와 관련 있는 기관에 취업을 금지함으로써 퇴직 전과 후에 이해충돌 상황을 사전에 차단하고 부패[640]를 예방할 수 있게 되는 것이다. 그러므로 퇴직공직자의 취업·활동 제한제도는 이해충돌 규제방식 중 제거방식에 해당한다고 볼 수 있다.

일반적으로 제거의 모습은 퇴직공직자의 취업을 일정 기간 금지하거나 취업을 허용은 하되 퇴직 전 직무와 관련성이 있는 특정한 활동을 일정 기간 금지하는 방식으로 이루어진다.[641] 취업이나 활동을 일정 기간으로 제한하는 이유는, 퇴직 후 시간이 흐름에 따라 퇴직공직자의 현직에 대한 영향력이 감소되고 지나치게 장기간의 제한은 퇴직공직자의 기본권, 특히 직업 선택의 자유를 침해할 개연성이 있기 때문이다.[642] 그러므로 퇴직 전 직무와 취업기관 사이의 직무 관련성 심사는 신중하게 이루어져야 한다.[643] 이러한 이유

---

639) 김윤권·오시영, 앞의 논문(주 50), 225면; 이상수, 앞의 논문(주 50), 17면 참조.

640) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 98-100은 퇴직공직자가 범할 수 있는 부패 유형으로 영향력 행사(influence), 알선(ingratiation), 부당이득(profiteering), 입장 변환(side-switching)을 들고 있다. 스타크 교수는 입장 변환을 공직자가 재직 중 취한 입장을 퇴직 후 민간부문에서 정반대로 바꾸는 태도라고 설명한다.

641) 박영원, "퇴직공직자 취업제한제도의 개선방안", 한국정책학회 하계학술대회, 2009, 59면 참조.

642) 퇴직공직자 취업제한 제도의 부작용에 대해서는, OECD, Post-Public Employment: Good Practices for Preventing Conflict of Interest. 2010. pp. 18-19 참조. 한편 직업선택의 자유의 관점에서 퇴직공직자의 취업제한 제도를 완화해야 한다는 견해로는 Forcese, C, "Public Policy Issues and the Oliphant Commission", Independent Research Studies, Library and Archives Canada Cataloguing in Publication, 2010, p. 31-33. 참조.

643) 「공직자윤리법 시행령」 제32조 참조. 한편, 퇴직공직자의 직업선택의 자유로 엄

로 인하여 퇴직공직자의 취업·활동의 제한 방식이나 기간을 획일적으로 정하는 데 어려움이 따르지만,[644] 몇몇 국가에서 방식상의 공통점을 찾아가는 모습을 보이기도 한다.

(2) 외국의 법제

1) 미국

미국은 퇴직공직자의 취업금지 자체보다 퇴직공직자의 부당한 활동을 제한하는 데 중점을 두고 있다.[645] 특히「연방 법전」제18편 제1부 제11장 제207조는 퇴직공직자의 활동을 제한하고 있다. 행정부 공직자[646]는 퇴직 후 특정사안을 대리하여, ① 행정부나 컬럼비아구(the District of Columbia)가 당사자이거나 직접적·실질적 이해관계를 가지고 있는 사안, ② 퇴직공직자가 공무원이나 종사자로서 직접적이고 실질적으로 참여했던 사안, ③ 참여 시점에서 특정한 당사자가 관여한 사안에 관한 특정한 문제에 관해서 영향을 미치기 위하여 현직공직자와 정보를 교환하거나 현직공직자를 방문하는 행위를 영구적으로(permanent) 금지한다.[647] 또한 행정부 공직자는 퇴직 후 2년 내에 ⓐ 미연방이나 컬럼비아구가 당사자이거나 직접적이고 실질적인 이해관계를 가지는 사안, ⓑ 공직자가 미연방·컬럼비아구에서 퇴직하기 전 1년 동안 공직자로서 공식적인 책임 하에 진행했던 사안이나 진행 중인 사실을 알 수 있었던 사안, ⓒ 특정 당사자가 관련된 사안에 대해서 현직공직자에게 의도적으로 영향력을 행사하기 위해 정보를 교환하거나 방문을 하는 등 관여행위를 금지하고 있다.[648] 행정부 퇴직공직자에게 적용되는 위의 두 가지

격한 직무 관련성 심사가 필요하다는 취지의 판례로는 대법원 2010. 3. 11. 2009도4673 판결 참조.

644) 박영원, 앞의 논문(주 642), 2009, 72면 참조.

645) 퇴직공직자가 수행하는 일종의 로비활동을 제한하고 있다.

646) 미연방의 행정부(미연방의 독립행정기관 포함)와 컬럼비아구의 공무원이나 직원(특수종사자 포함)을 의미한다.

647)「연방 법전」제207조 (a) (1).

648)「연방 법전」제207조 (a) (2).

사항은 행정부의 직접적인 이익이 관여된 사안으로 금지되는 행위태양은 거의 같으나, 하나는 퇴직공직자의 직접적 대리행위(representation)를 영구적으로 금지하고 있으며, 대리행위 수준이 아닌 관여행위(concerning)는 2년 동안 제한하고 있다.

이 외에도 진행 중인 특정 무역이나 계약(any ongoing trade or treaty)을 미국을 대표해서 실질적으로 교섭하였던 공직자나 해당 정보에 접근할 수 있었던 공직자는 퇴직 후 해당 무역과 계약 교섭과 관련하여 다른 사람을 대리하거나 도움, 조언을 주는 행위를 1년 동안 금지하고 있다.[649] 고위직 공직자는 현직공직자의 특정한 행위가 필요한 사안에 영향을 끼칠 목적으로 현직공직자와 정보를 교환하거나 방문하는 행위가 1년 동안 금지된다.[650] 그 밖에 부통령을 포함한 최고위직 공직자(very senior personnel)는 퇴직 후 2년 이내에, 현직공직자의 특정한 행위가 필요한 사안에 영향력을 행사할 의도로 정보교환이나 방문행위를 할 수 없도록 하고 있다.[651] 입법부 소속 공직자 중 퇴직한 상원의원은 의회 공직자에게 영향력을 행사할 목적으로 현직 의원이나 입법부 공직자와 정보교환이나 방문하는 행위를 금지하고 있다.[652] 하원의원이나 나머지 입법부 공직자의 유사한 행위제한 기간은 모두 퇴직 후 1년이다.[653]

미국의 퇴직공직자 활동 제한제도의 특징은 공직자별로 활동 제한 기간에 차별을 두고 있다는 점이다. 즉 퇴직공직자가 과거 행정부 공직자인지, 입법부 공직자인지, 고위직 공직자인지, 비고위직 공직자인지, 현재 활동이 정부에 어떠한 영향을 끼치는지 등에 따라 차이가 있다. 미국 법제를 보면 퇴직공직자의 활동 제한 기간은 영구, 2년, 1년의 세 가지로 나눌 수 있는데, 영구적 제한은 공직자가 정부의 직접적 이익이 결부된 사안의 상대방을 대리하거나 대표하는 행위다. 이는 공직자의 현저하고 실질적인 공익 훼손 행위

649)「연방 법전」 제207조 (b) (1).
650)「연방 법전」 제207조 (c) (1).
651)「연방 법전」 제207조 (d) (1).
652)「연방 법전」 제207조 (e) (1) (A).
653)「연방 법전」 제207조 (e) (1) (B), .

를 영구적으로 차단하기 위하여 마련된 제도이다. 그 밖에 공익에 미치는 영향과 공직자의 영향력의 정도에 따라 제한 기간은 달라지는데, 부통령과 상원의원 같은 최고위직 공직자의 퇴직 후 활동은 일반적으로 2년으로 제한되고 있으며, 일반 공직자와 하원의원, 그 밖의 입법부 소속 공직자는 퇴직 후 활동을 1년으로 제한하고 있다. 미국은 특정 기관에 취업 자체를 금지하기보다 직무 관련성 있는 퇴직공직자의 부당한 활동을 제한하는 데 주로 초점을 맞추고 있다. 퇴직공직자의 활동을 제한하고 있는 「연방 법전」을 위반할 경우, 형사처벌을 받는다.[654]

2) 영국

영국은 퇴직공직자 취업·활동 제한제도를 「장관강령」과 「공무원 관리강령」에서 정비하고 있다. 「장관강령」은 장관이 퇴직 후에 발생하는 이해충돌을 방지하기 위하여, 장관이 퇴직한 후 2년 동안 정부를 대상으로 한 로비활동을 금지하고 있으며, 퇴직 후 2년 내 새로 취업하기 전에 독립자문위원회(Independent Advisory Committee on Business Appointments)의 자문을 반드시 거치도록 하고 있다. 장관은 독립자문위원회가 결정한 사안에 따라야 할 의무가 있다.[655]

「공무원 관리강령」은 퇴직한 공무원이 취업하고자 할 경우, 소속하였던 부처가 취업 대상 기관이 공무원이 수행하였던 직무와 직·간접적인 관련이 있는지를 고려하여 취업 여부를 허가할 수 있도록 하였다.[656] 공무원은 소속기관의 허가 없이 미리 취업하거나 취업 사항을 공표하는 행위를 할 수 없다.[657] 취업제한의 대상이 되는 기관은 영국과 국외 소재의 공기업, 민간 기업, 외국 정부, 외국 정부의 산하기관이고 취업 기관과 직무 사이의 관련성은 독립자문위원회에서 판단한다. 독립자문위워회는 직무 관련성을 판단하여 공직자가 퇴직 전 소속하였던 부처에 통보한다.[658] 다만 「공무원 관리강령」

654) 「연방 법전」 제216조.
655) 「장관강령」 제7.25.조.
656) 「공무원 관리강령」 제4.3.4.조.
657) 「공무원 관리강령」 제4.3.조의 부록 A.6. 참조.

내에 위반행위에 대한 별도의 처벌 규정은 없으며, 퇴직공직자의 자발적 신청 행위와 독립자문위원회의 승인에 따라 취업 여부가 결정된다고 볼 수 있다.[659]

3) 캐나다

「이해충돌법」은 퇴직공직자의 취업·활동 제한을 제3장에서 비교적 상세하게 정하고 있다. 퇴직공직자는 재직 중에 수행했던 직무와 지위를 적절하지 않은 방식으로 이용할 수 없는데,[660] 특히 정부가 당사자인 소송, 거래, 협상, 사건에 대한 대리행위를 하였거나 자문을 제공하였다면, 해당 사안에 대하여 상대방을 대리할 수 없다.[661] 그리고 퇴직공직자가 직무수행 과정에서 취득한 미공개 정보를 이해관계를 가지는 사람에게 제공하는 등 자문행위를 할 수 없다.[662] 그뿐 아니라 퇴직공직자는 퇴직 전 1년 동안 자신이 직접 직무상 거래했던 단체와 용역계약을 체결하거나, 임직원으로 취업할 수 없으며,[663] 보수 유무를 불문하고 퇴직 전 1년 동안 속했던 부서, 조직, 이사회, 위원회, 법원에서 다른 사람이나 단체를 대리하는 행위를 할 수 없다.[664] 특히 각료, 장관 출신 퇴직공직자는 현직의 각료나 장관에게 건의·진정을 할 수 없다.[665]

4) 프랑스

프랑스는 종래 1983년 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」에서 퇴직공직자의 취업이나 활동을 제한하였는데,[666] 해당 조항은 2021년 오르도낭스

658) 국회입법조사처, 퇴직공직자 취업제한제도의 현황과 개선방안, 2009. 12. 9., 23-24면.
659) 국회입법조사처, 앞의 글(주 659), 25면 참조.
660) 「이해충돌법」 제33조.
661) 「이해충돌법」 제34조 제1항.
662) 「이해충돌법」 제34조 제2항. 해당 조항에서 이해관계인은 의뢰인, 사업 동료, 사용자 등을 의미한다.
663) 「이해충돌법」 제35조 제1항.
664) 「이해충돌법」 제35조 제2항.
665) 「이해충돌법」 제35조 제3항.

(Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021)에 의하여 폐기되고 관련 내용은 현재 「공무원 일반법전」에 정비되었다. 종래 퇴직공직자의 취업·활동 제한은 1993년 「부패방지 및 경제생활과 공적 절차의 투명성에 관한 법률」[667] 에 근거하여 설립된 공직윤리위원회에서 수행하다가, 2019년 「공직 개혁법」에 따라 고등사무국 직무로 재편되었다. 그러나 이 법률 또한 2021년 오르도낭스에 의하여 폐지되어 현재 해당 내용의 법적 근거는 2021년 제정된 「공무원 일반법전」이며, 여전히 고등사무국이 직무를 수행한다.[668]

「공무원 일반법전」은 퇴직공직자[669]가 사법(私法) 영역의 회사나 단체가 수행하는 영리활동에 참여하고자 할 때, 퇴직공직자가 소속하였던 기관의 상급 기관이 이해충돌 해당 여부를 판단하도록 규정하고 있다.[670] 상급 기관은 공직자가 새로운 업(業)을 시작하기 전 3년간 수행한 공직 활동을 기준으로 이해충돌 여부를 판단한다. 만일 상급 기관이 이해충돌 해당 여부를 판단하는데 의문이 든다면, 지정 윤리담당관에게 의견을 들을 수 있다. 지정 윤리담당관의 의견에도 불구하고 의문이 해소되지 않는다면 상급 기관은 고등사무국에 심사를 요청할 수 있다.[671] 고등사무국은 회부 후 2개월 이내에 관련 의견을 전달하게 되는데, 의견은 ① 이해충돌이 아님(de compatibilité[672]), ② 판단 유보(de compatibilité avec réserves),[673] ③ 이해충돌임(d'incompatibilité)[674]

---

666) 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」 제25조의8 제2항 제3호.

667) Loi n° 93-122 du 29 janvier relative à la prévention de la corruption et à la transparance de la vie économique et des procédures publiques.

668) 「공직 개혁법」 제34조, 「공무원 일반법전」 L124-10조부터 L124-20조 참조. https://www.fonction-publique.gouv.fr/reforme-cadre-de-controle-deontologique-dans-la-fonction-publique (2023. 1. 4. 방문) 참조.

669) 퇴직공직자는 영구적인 퇴직이든 일시적인 퇴직이든 구분하지 않는다(「공무원 일반법전」 L124-10조 제2호).

670) 「공무원 일반법전」 L124-4조.

671) 「공무원 일반법전」 L124-4조.

672) compatibilité의 사전적 의미는 양립 가능하다는 것으로 퇴직공직자가 취업하여도 이해충돌이 발생하지 않는다는 의미이다.

673) 유보의견은 공직 퇴임 후 최대 3년 동안으로 할 수 있다(「공무원 일반법전」 제124-14조).

674) 퇴직공직자로부터 필요한 정보를 얻지 못한 경우에도 이해충돌에 해당한다고

의 세 가지이다.[675] 고등사무국이 상급 기관에 2개월 이내로 의견을 제출하지 않은 때에는 이해충돌에 해당하지 않는다는 의미로 볼 수 있다.[676] 고등사무국의 의견에 이견이 있는 퇴직공직자의 원소속기관은 고등사무국으로부터 통보받은 시점으로부터 1개월 이내에 재심의를 요청할 수 있으며, 고등사무국은 1개월 이내에 새로운 의견을 제시할 수 있다.[677]

5) 독일

독일은 구 「연방 공무원법」[678]부터 현행 「연방 공무원법」(BBG)에 이르기까지 퇴직공직자 취업제한 제도를 마련하여 시행하고 있다. 현행 「연방 공무원법」[679]은 정년이 되기 전 퇴직한 공무원은 퇴직한 후 5년 동안, 정년에 달하여 퇴직한 공무원은 3년 동안 퇴직 전 5년간 수행한 직무와 관련있으며, 공익에 부적절한 영향을 행사할 수 있는 때 퇴직 당시의 재직 기관의 상급기관에 신고하도록 규정하고 있다.[680] 퇴직공직자의 신고 의무는 공익에 부적절한 영향을 끼친다면 무급의 취업이라도 상관없이 적용된다. 퇴직공직자가 공익에 부적절한 영향력을 끼칠 우려가 있다고 판단하는 경우 취업은 금지된다.[681] 퇴직공직자의 취업금지는 공직자가 퇴직 당시 재직하였던 기관의 최상급 기관에 의해서 공표되고 공표된 취업제한은 신고의무 기간동안 유지된다. 다만 최상급 기관의 해당 권한은 하급 기관에 위임할 수 있다.[682] 현행 「연방 공무원법」의 규정은 구 「연방 공무원법」에서 규정하던 내용과 거의 같다.[683]

판단할 수 있다(「공무원 일반법전」 제124-14조).

675) 「공무원 일반법전」 제124-14조.

676) 「공무원 일반법전」 제124-14조.

677) 「공무원 일반법전」 제124-17조.

678) 2009년 2월 5일 제정된 법률을 말한다. 국회입법조사처, 앞의 글(주 659), 25-26면 참조.

679) 2021년 6월 28일 개정되고 2021년 7월 7일 시행된 법률을 말한다.

680) 「연방 공무원법」 제105조 제1항.

681) 「연방 공무원법」 제105조 제2항.

682) 「연방 공무원법」 제105조 제3항.

683) 구 「연방 공무원법」 제69a조 참조. 현행 「연방 공무원법」 규정은 연방 법무부

(3) 한국의 법제

제정 「공직자윤리법」은 퇴직공직자의 사기업체 취업을 제한하는 제도를 일찍이 도입하였다. 제정 「공직자윤리법」은 퇴직공직자가 퇴직일로부터 2년 동안 퇴직 전 2년 이내에 담당하였던 직무와 관련성이 있는 일정한 규모 이상의 영리사기업체에 취업하는 행위를 제한하고 있었다.

한국 법제에서 퇴직공직자의 취업제한 제도는 2011년 7월 29일 개정 「공직자윤리법」(법률 제10982호)에서 중요한 변화가 겪는데,[684] 당시 개정법은 취업 후 퇴직공직자가 직무 관련 부적절한 행위를 규제하는 제도를 신설하고, 퇴직공직자가 현직공직자에게 공정한 직무수행을 저해하는 부정한 청탁·알선행위를 하는 것을 금지하였다.[685] 그뿐 아니라 종래 취업 심사 대상 기관에서 제외되었던 일정 규모 이상의 법무법인, 회계법인을 취업제한 기관에 포함함으로써 취업제한 제도를 시행하는 과정에서 발생하는 규제의 공백을 보완하였다.

이러한 제도는 큰 변화 없이 현행 「공직자윤리법」에 이어지고 있다. 다만 현행 「공직자윤리법」은 퇴직공직자가[686] 퇴직일부터 3년간 퇴직 전 5년 동안 소속하였던 부서나 기관의 업무와 직무 관련성이[687] 있는 심사대상기관

홈페이지 http://www.https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html (2022. 11. 6. 방문) 참조.

684) 이상수, 앞의 논문(주 50), 1면은 2011년 7월 29일 「공직자윤리법」 개정을 30년 만에 가장 큰 폭의 개정이라고 평가하고 있다.

685) 김윤권·오시영, 앞의 논문(주 50), 227면 참조. 현행 「공직자윤리법」 제18조의4에 해당한다.

686) 하위규범에서 정하는 공직자를 포함하는데, 이러한 공직자에는 부당한 영향력 행사 가능성 및 공정한 직무수행을 저해할 가능성 등을 고려하여 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙, 대통령령으로 정하는 공무원과 공직유관단체의 직원을 포함한다(「공직자윤리법」 제17조 제1항 참조).

687) 법문은 '밀접한 관련성'이다. 밀접한 관련성이 있는 업무라 함은 ① 직접 또는 간접으로 보조금·장려금·조성금 등을 배정·지급하는 등 재정보조를 제공하는 업무, ② 인가·허가·면허·특허·승인 등에 직접 관계되는 업무, ③ 생산방식·규격·경리 등에 대한 검사·감사에 직접 관계되는 업무, ④ 조세의 조사·부과·

에[688] 취업할 수 없도록 제한하고 있다.[689] 이때 직무 관련성의 심사는 부서를 기준으로 판단하되 고위직 공직자 중 일부는[690] 앞서 살펴본 부서가 기준이 아니라 기관업무를 기준으로 직무 관련성을 판단한다.[691]

「공직자윤리법」은 퇴직공직자가 재직 중에 직접 처리한 업무를 퇴직 후에

징수에 직접 관계되는 업무, ⑤ 공사, 용역 또는 물품구입의 계약·검사·검수에 직접 관계되는 업무, ⑥ 법령에 근거하여 직접 감독하는 업무, ⑦ 취업심사대상기관이 당사자이거나 직접적인 이해관계를 가지는 사건의 수사 및 심리·심판과 관계되는 업무, ⑧ 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 업무를 말한다(제17조 제2항).

688) 취업 심사대상기관은 ① 자본금과 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 영리 목적 사기업체, ② ①의 사기업체의 공동이익과 상호협력 등을 위하여 설립된 법인·단체, ③ 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, ④ 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 회계법인, ⑤ 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 세무법인, ⑥ 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 외국법자문 법률사무소 및 합작법무법인, ⑦ 「공공기관운영법」 제5조 제3항 제1호 가목에 따른 시장형 공기업, ⑧ 안전 감독 업무, 인·허가 규제 업무 또는 조달 업무 등 대통령령으로 정하는 업무를 수행하는 공직유관단체, ⑨ 「초·중등교육법」 제2조 각호 및 「고등교육법」 제2조 각호에 따른 학교를 설립·경영하는 학교법인과 학교법인이 설립·경영하는 사립학교, ⑩ 「의료법」 제3조의3에 따른 종합병원과 종합병원을 개설한 의료법인, 비영리법인, ⑪ 기본재산이 일정 규모 이상인 사회복지법인, 사회복지시설을 운영하는 비영리법인, ⑫ 방위산업분야의 사기업체 또는 법인·단체, 식품 등 국민 안전에 관련된 인증·검사 등의 업무를 수행하는 사기업체 또는 법인·단체로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 사기업체 또는 법인·단체이다(「공직자윤리법」 제17조 제1항 각호 참조).

689) 다만, 공직자윤리위원회로부터 취업 심사 대상자가 퇴직 전 5년 동안 소속하였던 부서 또는 기관의 업무와 취업 심사 대상 기관 간에 밀접한 관련성이 없다는 확인을 받거나 취업 승인을 받은 때에는 예외로 한다(「공직자윤리법」 제17조 제1항 단서).

690) 해당 공직자는 ①「공직자윤리법」 제10조 제1항의 공개대상자, ② 고위공무원단에 속하는 공무원 중 ① 공개대상자 외의 공무원, ③ 2급 이상의 공무원, ④ 공직유관단체의 임원, ⑤ 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 특정 분야의 공무원과 공직유관단체의 직원을 말한다(「공직자윤리법」 제17조 제3항 각호 참조).

691) 「공직자윤리법」 제17조 제3항.

취급할 수 없도록 하였다.[692] 같은 목적으로 기관업무 취업 심사대상자[693] 또한 퇴직 전 근무한 기관이 취업 기관에 대하여 처리한 업무를 2년 동안 취급할 수 없도록 하였다.[694] 그뿐 아니라 퇴직공직자는 현직공직자의 공정한 직무수행을 저해할 수 있는 부정한 청탁·알선행위를 할 수 없다.[695] 한국의 퇴직공직자 취업·활동 제한제도에 대해서는 공직자의 직무 특성을 고려하지 않은 획일적 적용이 문제점으로 지적되기도 한다.[696]

II. 이해충돌의 약화

1. 문제점

이해충돌의 약화는 일반적으로 이해충돌은 용인하되 그로 인하여 공직자의 의사결정이 왜곡되는 것을 최대한 방어하는 방식으로, 가령 이해관계 있는 사안에 대한 회피 제도가 대표적이다.[697] 이해충돌 제거가 이해충돌 발생 자체를 차단하는 데에 초점이 있다면 회피 제도와 같은 이해충돌의 약화는 이해충돌의 발생을 전제로 활용된다는 특징이 있다. 통상 재산의 매각이나 백지신탁 제도와 같은 이해충돌의 제거가 물적 요소에 대해서 이루어지는

692) 「공직자윤리법」 제18조의2 제1항.

693) 기관업무 취업 심사 대상자는 ① 「공직자윤리법」 제10조 제1항의 등록재산 공개대상자, ② 고위공무원단에 속하는 공무원 중 제1호에 따른 공개대상자 외의 공무원, ③ 2급 이상의 공무원, ④ 공직유관단체의 임원, ⑤ 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 특정 분야의 공무원과 공직유관단체의 직원을 의미한다(「공직자윤리법」 제17조 제3항).

694) 「공직자윤리법」 제18조의2 제2항.

695) 「공직자윤리법」 제18조의4 제1항.

696) 김재광, 앞의 논문(주 148), 19면은 퇴직공직자 취업제한 제도의 문제점으로, ① 법령상 '취업' 개념의 불분명, ② 취업제한 기간의 일률적 적용으로 인한 제도의 실효성 문제, ③ 취업 대상 기관의 적은 자본금 규모를 지적하고 있다. 마찬가지로 한국 취업제한 기간의 획일적 적용에 대한 비판적 견해에 대해서는, 박영원, 앞의 논문(주 642), 72면 참조.

697) 최계영, 앞의 논문(주 35), 298면 참조.

데에 반하여 이해충돌의 약화는 주로 인적 요소에 관하여 활용된다. 회피 제도는 대체 자원이 많은 조직에서 신속하게 이해충돌 문제를 해소할 수 있다는 장점이 있으나 공직자가 제도를 준수하지 않을 수 있다는 점에서 실효성을 담보할 수 없다는 단점이 존재한다. 또한 공직자의 직무 특성상 이해충돌이 자주 발생하는 영역의 경우, 효과적인 해결방식이 될 수 없다는 단점 또한 가지고 있다. 특히 고위직 공직자의 경우 직무 범위가 넓어 중요한 의사결정에 관여하지 못하게 되는 상황이 빈번하게 발생하면, 행정의 의사결정 과정이 제도를 통해 왜곡되는 경우도 발생할 수 있다.[698]

회피 제도 외에도 공직자가 특정 의사결정을 내리는 행위를 규범을 통하여 제한하는 제도들이 존재한다. 이러한 제도는 공직자의 이해충돌을 포괄적·전면적으로 배제하려는 이해충돌의 제거와는 달리 공직자의 직무와 관련된 특정한 의사결정에 집중하여 규제를 가한다. 가령 공직자가 수행하는 직무와 관련 있는 기관과 사적 계약을 체결하려는 행위를 제한하거나 직무와 관련 있는 내부정보를 이용하여 재산상 이익을 취득하는 행위를 제한할 수 있다. 이는 공직자가 직면하는 개별 사안에서 규범을 통하여 회피 제도와 비슷한 효과를 발휘한다는 점에서 이해충돌 약화로 분류하기로 한다.

2. 회피

(1) 의의

회피는 이해충돌에 놓인 공직자가 의사결정의 편향(bias)[699]을 우려하여 스스로 의사결정 과정의 참여를 거부하는 방식이다. 공직자가 이해충돌 상황에 직면하면 사익을 추구하는 방향으로 의사결정을 내릴 수 있고, 그렇지 않다고 하더라도 의사결정 참여 자체만으로 외부에서 공정성을 의심받기 때문에

698) 최계영, 앞의 논문(주 35), 298면; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65 결정 참조.
699) 여기에서의 편향은, 결정이 정당하더라도 외부에 이해충돌로 인한 편향의 외관을 줄 수 있는 위험까지 포함하는 넓은 개념으로 볼 수 있다.

의사결정 참여 자체로 발생할 수 있는 이해충돌 이후의 결과를 회석하기 위하여 도입한 제도라고 볼 수 있다. 공익과 사익 중 공익을 택하도록 요구하는 제거방식과 차이가 있다.

회피는 대체가 가능한 직무영역에 있어서, 정부 기관에 다른 대체 공직자가 존재하는 경우 가능한 방식이며, 행정부나 입법부보다 인력의 대체가 수월한 사법 영역에서 좀 더 빈번히 활용된다.[700] 그렇다고 하여 회피 제도가 사법 영역의 고유한 제도는 아니고 행정영역, 특히 행정기관에서 광범위하게 활용되고 있다.[701]

개별 국가의 법제를 보면, 공직자가 이해충돌에서 내린 의사결정의 문제점을 인식하고 회피 제도를 마련한 여러 규범이 존재한다. 많은 국가가 이해충돌 규범 외에도 각종 민·형사 절차법을 포함한 개별법에 회피 제도를 두고 있으며, 이는 한국도 마찬가지이다. 이하에서는 이해충돌 규범을 중심으로 외국의 법제를 살펴보기로 한다.

(2) 외국의 법제

1) 캐나다

캐나다 「이해충돌법」은 연방 공직자가 이해충돌 상황에서 의사결정을 회피할 수 있도록 하고 있다. 즉 「이해충돌법」은 공직자가 의사결정을 내리는 과정에서 스스로 이해충돌에 직면할 것을 인지하거나 합리적으로 예측되는 때 의사결정을 회피할 수 있도록 하고 있으며,[702] 특히 의원의 지위를 함께 가지는 각료·장관·정무차관은 이해충돌이 있는 사안과 관련하여 의회에서의 토론과 투표를 금지하고 있다.[703]

「이해충돌법」은 회피 제도를 담보하기 위하여 회피 절차와 관련된 상세한 규정도 함께 마련하고 있다. 이에 따르면 공직자는 이해충돌이 있는 사안에

700) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 237 참조.
701) 최계영, 앞의 논문(주 35), 303-308면 참조.
702) 「이해충돌법」 제6조 제1항.
703) 「이해충돌법」 제6조 제2항.

관한 토의·결정·토론·투표 과정에서 회피할 의무가 있으며,[704] 윤리위원장은 공직자에게 회피할 것을 명령할 수 있다.[705] 만일 공직자가 이해충돌 사안에 대하여 회피하였다면 신고서(summary statement)를 윤리위원장에게 제출하여야 하는데,[706] 이를 이행하지 않을 때 과징금을 부과받을 수 있다.[707]

「상원 강령」은 상원에 상정된 안건이나 의원이 소속된 위원회에 상정된 안건이 이해충돌에 놓인 사익과 관련이 있다는 합리적 의심이 있으면, 해당 사익의 내용과 성질을 신고(declaration)하여야 한다.[708] 의원은 신고한 내용과 관련 있는 안건에 관한 심의·표결에 참여할 수 없다.[709]

「하원 강령」은 하원의원의 이해충돌 사안에 대한 회피 제도를 별도로 마련하고 있다. 하원의원은 하원에 상정된 안건이나 소속된 위원회에 상정된 안건이 의원의 사익과 이해충돌 관계에 있다면 해당 사익을 구두나 서면으로 신고하도록 하고,[710] 당해 안건의 토론·표결을 제한하고 있다.[711] 이처럼 캐나다가 마련하고 있는 선출직 공직자의 사익 신고제도와 심의·표결권의 제한은 회피 제도의 일종이라고 평가할 수 있다.

2) 영국

「장관강령」은 장관이 수행하는 공적 직무와 재정적·금전적 사익 사이에 이해충돌이 발생하는지 특별한 관심을 기울이고 있다. 장관은 재정적·금전적 사익과 공적 직무 사이의 이해충돌이 발생하지 않도록 노력하는 것에서 나아가 이해충돌의 외관 또한 발생하지 않도록 최선의 노력을 기울여야 한다. 만일 직무와 사익 사이에 이해충돌이 발생할 때 장관은 이를 해소하기 위하여 적절한 조치를 하여야 한다.[712] 그뿐 아니라 장관은 퇴직 후의 취업을 목

704) 「이해충돌법」 제21조.
705) 「이해충돌법」 제30조.
706) 「이해충돌법」 제26조 제2항.
707) 「이해충돌법」 제52조 (e).
708) 「상원 강령」 제12조.
709) 「상원 강령」 제13조, 제14조.
710) 「하원 강령」 제12조.
711) 「하원 강령」 제13조.

적으로 의사결정을 왜곡하여서는 안 되며, 이해충돌이 있는 정책 사안에 대해서는 사무차관이나 독립 보좌관의 조언을 받아서 의사결정을 내려야 한다.[713] 만일 장관이 특정 의사결정을 내림에 있어 이해충돌로 인하여 영향을 받을 수 있고 이에 대한 적절한 조치가 불가능하다고 판단하는 경우, 총리와 논의 후 해당 사안에 대해서 직무를 수행하지 않을 수 있다.[714] 이러한 제도는 회피 제도의 일종이라고 평가할 수 있다.

3) 프랑스

프랑스는 일찍이 공무원이 이해충돌 상황에서 의사결정을 회피하도록 제도를 마련하고 있다. 종래 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」은 공무원 회피 제도를 정하고 있었으나,[715] 동 조항은 폐기되고 해당 내용은 2021년에 제정된 「공무원 일반법전」에서 계속 규율하고 있다.

「공무원 일반법전」은 공무원이 확인할 수 있는 이해충돌을 즉시 방지하도록 하면서, 이해충돌이 발생하면 상관에게 즉시 보고하고 상관이 다른 공무원에게 직책을 이전하는 등 적절한 조치가 취해질 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 만일 공무원이 의사결정에 관한 결재 권한이 있는 때에는 결재를 자제하여야 하며, 공무원이 합의제 기관에 속한 때에는 관련 심의에 참여하는 일을 삼가야 한다. 만일 공무원이 사법적 결정을 수행할 때는 다른 사람으로 교체될 수 있도록 하여야 하며, 공무원이 독립적인 권한을 가진 경우 다른 사람이 해당 권한을 수행하도록 조치하여야 한다.[716] 이상의 프랑스 제도는 회피를 직접적으로 언급하고 있지는 않으나, 이해충돌이 발생한 때 공무원 스스로 직무수행 과정에서 회피할 수 있도록 마련된 제도라고 볼 수 있다.

712) 「장관강령」 제7.7조.
713) 「장관강령」 제7.7조.
714) 「장관강령」 제7.9조.
715) 「공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」 제25조의2.
716) 「공무원 일반법전」 L122-1조 참조.

(3) 한국의 법제

한국 법제에는 공적영역에서 공직자의 회피 제도를 규정하는 법령들이 많다. 판사나 검사와 같은 사법부나 준사법부 소속 공직자에 대한 회피 제도를 규정하고 있는 「민사소송법」이나 「형사소송법」을 제외하더라도 각종 위원회 소속 행정부 공직자의 회피 제도가 정비되어 있다.[717] 이를 통하여 행정심판위원회와 같은 준사법적 기관을 포함하여, 심의·의결의 공정성·객관성 확보가 필요한 다양한 합의제 기관이 회피 제도를 활용하고 있다.[718] 개별 법률에서 마련하고 있는 회피 제도는 「민사소송법」 규정 내용과 과 유사한데,[719] 일반적으로 제척사유와 기피사유가 있는 때에 공직자가 회피할 수 있도록 하는 방식이 활용된다. 개중에는 회피를 공직자의 권능이 아닌 의무 사항으로 규정한 법률도 있는데, 이 중 제척사유에 대해서만 회피 의무를 인정한 법률이 있는가 하면, 제척사유에 한정하지 않고 기피 사유까지 회피를 의무로 정하는 법률도 존재한다.[720]

한국의 이해충돌 규범 중에는 「공직자의 이해충돌 방지법」이 회피 제도를 마련하고 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자가 수행하는 직무에 관하여 공직자와 사적인 이해관계가 있는 사람이 공직자에게 공적 의사결정을 요청하는 상황이 발생한 경우, 공직자는 소속된 기관장에게 신고하고 회피를 신청하도록 하고 있다.[721] 해당 제도는 공직자의 의사결정이 사익이 개입하는 이해충돌로 인하여 왜곡되는 결과를 방지하기 위하여 도입된 제도이다. 다만 이해관계인이 개입되었다 하더라도 공직자의 직무가 ① 다수에게 영향을 미치는 법령의 제정·개정·폐지 업무인 경우이거나, ② 확인·증명을 신청

717) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」은 위원회의 결정 중 국민의 권리·의무와 관련되는 인·허가, 분쟁·조정 등 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 경우, 소속 위원의 회피 사항을 정하도록 규정하고 있다(제6조 제2항 제4호 참조).
718) 최계영, 앞의 논문(주 35), 304면.
719) 「민사소송법」 제49조 참조.
720) 최계영, 앞의 논문(주 35), 306-307면. 해당 법률은 같은 논문 각주 88 참조.
721) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항.

하는 민원에 따라 서류를 발급하는 업무일 때에는 회피할 의무가 없다.[722]

3. 가족 채용·사적 계약체결 제한

(1) 의의

회피 제도 외에 이해충돌을 약화하는 제도에는 규범을 통하여 공직자가 특정한 의사결정에 참여하는 행위를 제한하는 제도들이 있다. 회피 제도가 공직자 스스로 의사결정 과정에서 물러나는 방식이라면, 이러한 방식은 의사결정으로 야기될 수 있는 부패 발생 및 의사결정의 외관으로 오는 불공정성을 규범을 통해서 막아버리는 방식이다. 이중 특히 문제 되는 것은 공직자가 직무를 수행하면서 사익을 추구할 목적으로 공공기관과 수의계약을 체결하거나 가족을 채용하는 경우이다.

만일 공공기관의 수의계약 체결업무를 수행하는 공직자가 본인이 대주주로 있는 기업과 수의계약을 체결한다면, 이해충돌의 문제가 발생함을 쉽게 알 수 있다. 공직자는 직무상 지위를 이용하여 본인이나 본인과 이해관계를 가지는 자의 사익을 추구할 목적으로 수의계약을 체결할 수 있으며 이 경우 공적인 의사결정이 왜곡될 수 있다. 비록 공적 의사결정이 왜곡되지 않았다 하더라도 외관으로부터 공정성이 의심된다. 이러한 결과를 상정하여 규범을 통하여 수의계약 업무를 수행하는 공직자에게 해당 직무 과정에 참여할 수 없도록 한다면 부패를 예방함과 동시에 외관으로부터 오는 불공정성을 불식시킬 수 있다.

마찬가지로 채용 업무를 담당하는 공직자가 본인 가족의 채용 면접에 관여한다면 공적인 의사결정의 왜곡이 발생할 수 있다. 공직자의 의사결정에 실제 왜곡된 결과는 없다고 하더라도 가족의 채용 면접에 참여하였다는 사실만으로 외관으로부터 오는 공정성의 의심이 발생한다. 이러한 때를 상정하

722) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제3항 참조. 이러한 업무는 이해충돌 개입으로 공적 결정이 왜곡될 가능성이 크지 않기 때문으로 보인다.

여 규범을 통하여 공직자가 가족 채용 과정에 개입하는 행위를 규제할 필요성이 있다. 이러한 방식은 공직자의 행위를 포괄적·전면적으로 제한한다기보다 공직자의 특정 행위의 제한에 초점을 둔다는 점에서 이해충돌의 약화로 볼 수 있다.

이러한 방식은 부패 예방과 외관으로부터 오는 공정성의 의심 때문에 활용된다는 점에서 회피 제도와 취지가 같다.[723] 다만 회피를 통해 공직자가 자발적인 이해충돌 방지 노력을 기울일 수 없는 영역에서 유용하게 활용된다.

(2) 외국의 법제

1) 미국

「연방 법전」은 공직자[724]가 연방이나 컬럼비아구를 상대로 하는 청구를 대리하거나 변호인으로 활동하는 행위, 연방이 직접적·실질적인 이해관계를 갖는 특정사안에 관하여, 연방기관[725]의 상대 당사자를 대리하거나 변호인으로 활동하는 행위를 금지한다.[726] 이뿐 아니라 공직자는 예외적인 경우가 아니라면,[727] 사법절차[728]나 법적 절차[729]의 재정적 이해관계를 가지는 특정

723) 정부에 대한 신뢰가 없는 국가에서는 이러한 현상이 두드러질 수 있다. 정부의 신뢰를 고려하여 규제의 수단이 달라질 수 있다는 견해로는 Messick, 앞의 논문(주 254), p. 115 참조.

724) 각주 589 참조.

725) 연방의 부처, 기관, 법원, 군사법원, 사무국, 민간·군사·해군 위원회를 포함한다.

726) 「연방 법전」 제205조 (a) (2). 공직자가 활동에 대가로 사례금이나 이익을 받은 경우, 형사처벌까지 가능하다(「연방 법전」 제205조 (a) (1)).

727) ① 공무원이나 종사자가 채용에 책임을 갖는 고위직 공직자와 사법절차나 기타 법적절차·신청·판결이나 기타 결정의 요청·계약·민사상 분쟁·고발·고소·구속 또는 기타 특정사안의 성격과 배경에 대해 먼저 논의를 하고, 재정적 이해관계를 완전히 공개하고, 정부가 그 공무원이나 종사자로부터 기대하는 복무의 청렴성에 영향을 미칠 가능성이 없을 정도로 그 이해관계가 너무 미미하다고 사전에 서면으로 결정을 받은 경우, ② 정부윤리청장이 제정한 규정에

사안에 직접적·실질적으로 참여하는 행위를 금지하고 있다.[730] 만일 공직자가 재정적 이해관계를 가지는 사법절차나 법적 절차에 참여한 때에는 형사처벌을 할 수 있다.[731]

또한 「연방 규정」은 공직자가 본인 또는 이해관계인[732]이 금전적 이익이 결부된 특정 사안에 실질적으로 참여하는 것을 금지하고 있다.[733] 그뿐 아니라 「연방 규정」은 공직자가 인적·사업적 관계에서 이해충돌에 놓이는 경우, 의사결정에 참여하는 것을 금지한다.[734] 이에 따르면 공직자가 직무를 수행하는 특정 사안이 이해관계인에게 i) 직접적·잠재적으로 재정적 영향을 미칠 가능성이 있거나, ii) 이해관계인의 대리인 지위가 됨을 인지하거나, iii) 외부에서 일반인이 공정성의 의문을 제기할 수 있다고 판단될 때 소속 기관장에게 이해충돌을 알리고 해당 사안에 참여하지 말아야 한다.[735] 그 밖에 「연방 규정」은 공직자가 공직에 취임하기 전에 고용주로부터 과다한 보수를 받은

따라, 이해관계가 너무 희박하거나 사소하여 그런 규정을 적용받는 공무원이나 종사자의 청렴성에 영향을 미칠 수 없는 것으로 판단되어 면제되는 경우, ③ 「연방자문위원회법」(Federal Advisory Committee Act)에서 정의한 자문위원회에 근무하는 특수정부종사자의 경우, 종사자의 임명을 책임지는 고위공무원이 「정부윤리법」에 따라 제출된 재산공개보고서를 검토한 후에, 그 종사자의 근무 필요성이 수반된 재정적 이해관계로 인하여 발생되는 이해충돌의 가능성보다 훨씬 중대하다고 서면으로 인증한 경우, ④ 수반된 특정사안에 의하여 영향을 받는 재정적 이해관계가 그 공무원이나 종사자 또는 그의 배우자, 부양자녀가 인디안 지위 등과 같이 타고난 권리 때문에 발생한 경우를 말한다(제208조(b)).

728) 결정, 승인, 승인의 거부, 권고, 조언, 조사를 포함한다.

729) 신청, 판결이나 결정의 요청, 계약, 청구, 분쟁, 고발, 기소, 구속 등을 포함한다.

730) 「연방 법전」 제208조 (a) 참조.

731) 「연방 법전」 제216조.

732) 여기에는 공직자의 배우자, 자녀, 공직자가 관여하고 있는 기관, 장래 취업할 기관 등이 포함된다. 「5 C.F.R.」 §2635.402(2) 참조.

733) 여기서 '특정 사안'은 신청, 판결, 계약, 청구, 기소, 고발, 체포 등 사법절차나 법적 절차를 의미하며(「5 C.F.R.」 §2635.402(3)), '참여'는 결정, 승인, 추천, 조사, 조언 등을 의미한다(「5 C.F.R.」 §2635.402(4)).

734) 「5 C.F.R.」 §2635.502.

735) 「5 C.F.R.」 §2635.502(a).

때에는 해당 고용주 또는 장래 취업할 고용주와 관련이 있는 직무에 관여하는 행위를 금지하고 있다.[736]

공직자가 특정 사안에 참여하거나 대리인이 된다고 하여 반드시 공익 훼손의 결과를 초래하지는 않는다. 그러나 미국 법제가 마련하고 있는 이러한 제도들은 공직자가 공적 의사결정에 참여할 때 부패 발생의 개연성이 있고 부패가 발생하지 않더라도 공직자의 의사결정 참여 자체의 외관으로부터 오는 불공정성을 일반인이 용인하기 어렵기 때문에 도입되었다고 볼 수 있다. 이는 규범으로 회피와 같은 결과를 도출하는 약화방식의 일종으로 평가할 수 있다.

2) 영국

「공무원 관리강령」은 공무원이 직무수행 중 이해충돌에 놓여있음을 인지한 경우, 해당 사안을 상관에게 보고하여 상관이 적절한 조치를 할 수 있도록 하고 있다.[737] 그리고 공직자가 부처와 사적인 계약을 체결할 때는 이해관계가 있는 사익을 충실하게 공개하고 상관의 승인을 얻어야 한다. 이러한 조치를 한 경우가 아닌 한, 부처와 공직자가[738] 사적 계약을 체결하는 행위는 금지된다.[739] 이 제도의 실효성을 확보하기 위하여 공직자가 소속된 부처는 해당 공직자에게 경제적 이해관계가 있는 자료를 요청할 수 있도록 하고 있다.[740] 한편 「공무원 관리강령」은 파산한 공무원이 공공기금을 사용하는 직무에 종사할 수 없도록 하고 있고,[741] 국유재산에 대한 특수 정보를 알게 된 공직자는 국유재산 처분업무를 수행하지 못하도록 하고 있다.[742] 영국 법제가 마련하고 있는 이러한 제도는 모두 공직자가 이해충돌 상황에서 의사

736) 「5 C.F.R.」 §2635.503.
737) 「공무원 관리강령」 제4.1.3.c.조.
738) 공직자 외에 공직자의 동업자, 공직자가 임원인 회사를 포함한다(「공무원 관리강령」 제4.3.1.조).
739) 「공무원 관리강령」 제4.3.1.조.
740) 「공무원 관리강령」 제4.3.1.조.
741) 「공무원 관리강령」 제4.3.2.조.
742) 「공무원 관리강령」 제4.3.3.조.

결정을 내림으로써 발생하는 부패 발생과 개연성과 의사결정의 외관에서 오는 불공정성을 해소하기 위한 목적으로 도입된 것으로 약화방식으로 볼 수 있다.

3) 캐나다

「이해충돌법」은 윤리위원장이 공직자의 직무수행에 영향이 없고 이해충돌이 발생하지 않는다고 별도로 승인하지 않는 한, 원칙적으로 공직자가[743] 공공기관과 사적 계약을 체결하지 못하도록 하고 있다.[744] 「상원 강령」은 또한 원칙적으로 상원의원이 정부나 연방기관과 사적인 계약을 체결하는 행위를 금지하고 있다.[745] 다만 상원 윤리담당관[746]이 ① 특수한 상황으로 사적 계약이 공익에 부합하고, ② 사적인 계약이 상원의원의 직무수행에 영향을 미치지 않는다는 의견을 서면으로 승인하는 경우 상원의원과 정부 사이에 사적인 계약체결이 가능하도록 규정하고 있다.[747] 「하원 강령」도 마찬가지인데, 하원의원이 정부나 연방기관과 사적인 계약을 체결하는 행위를 금지한다. 다만 윤리위원장이 하원의원의 직무에 지장이 없다고 보아 이를 승인하는 경우 예외적으로 사적인 계약을 체결할 수 있다.[748]

(3) 한국의 법제

한국 법제에는 공직자가 특정 의사결정에 관여하는 행위를 제한하는 약화방식의 제도가 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공공기관이 기관 소속의

743) 장관과 정무차관을 말한다.
744) 「이해충돌법」 제13조.
745) 여기서 '사적인 계약'이란 하도급 계약, 사업상 계약을 포함하는 개념이다(「상원 강령」 제20조).
746) 상원 윤리담당관은 상원 윤리위원회(Office of the Senate Ethics Officer) 수장으로 하원의원과 연방 공직자의 이해충돌을 소관하고 있는 윤리위원장(Office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner)과 다른 사람이다.
747) 「상원 강령」 제20조.
748) 「하원 강령」 제16조.

고위공직자, 채용 담당 공직자, 산하기관의 감독기관 소속 고위공직자, 자회사의 모회사인 공공기관 소속 고위공직자[749]의 가족을 원칙적으로 채용할 수 없도록 규정하고 있다.[750] 해당 제도는 특정 공직자의 공공기관에 대한 부당한 영향력 행사를 방지하고 외관으로부터 오는 불공정성을 없애기 위한 목적으로 마련된 제도라고 본다. 다만, 공공기관이 특정 공직자의 가족을 공개채용시험이나 다수를 대상으로 하는 채용시험을 통해 선발할 수 있다. 만약 일정 요건[751]을 충족하는 경우 다수를 대상으로 하지 않는 채용에서도 선발할 수 있다.[752] 만일 특정 공직자가 가족이 채용될 수 있도록 지시·유도·묵인할 때 3천만 원 이하의 과태료 처분을 받게 된다.[753]

한편, 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공공기관이 고위공직자, 계약업무를 담당하는 공직자, 산하 공공기관의 감독기관 소속 고위공직자, 해당 자회사의 모회사인 공공기관 소속 고위공직자, 상임위원회 위원으로서 직무를 담당하는 국회의원 등과 수의계약을 체결할 수 없도록 하고 있다.[754] 다만 수의계약 체결 물품의 생산자가 1명뿐인 경우 등 예외적인 상황에서는 수의계약 체결이 가능하다.[755] 만일 위의 열거된 공직자들이 공공기관과 수의계약이 체결되도록 지시·유도·묵인하는 경우 3천만 원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있다.[756]

한편 「공직자윤리법」은 부동산 관련 정보를 취득하거나 이와 관련된 업무

749) 이하 '특정 공직자'라고 한다.
750) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제1항.
751) 해당 요건은 ① 공무원으로 재직하였다가 퇴직한 사람을 퇴직 시에 재직한 직급으로 재임용하는 경우, ② 임용 예정 직급·직위와 같은 직급·직위에서의 근무경력이 해당 법령에서 정하는 기간 이상인 사람을 임용하는 경우, ③ 국가공무원을 그 직급·직위에 해당하는 지방공무원으로 임용하거나, 지방공무원을 그 직급·직위에 해당하는 국가공무원으로 임용하는 경우, ④ 자격요건 충족 여부만이 요구되거나 자격요건에 해당하는 다른 대상자가 없어 다수인을 대상으로 할 수 없는 경우이다.
752) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제2항.
753) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제3항, 제28조 제1항 제1호.
754) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제12조 제1항 본문.
755) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제12조 제1항 단서.
756) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제12조 제2항, 제28조 제1항 제2호.

를 하는 부서의 공직자가 관할 부동산을 새로 취득하는 행위를 제한할 수 있도록 하고 있다.[757] 이러한 제도는 부동산을 통한 부패 발생 여부와 관계없이 규범을 통하여 특정 행위가 제한된다는 점에서 약화방식의 일종으로 볼 수 있다.

4. 내부정보를 이용한 이익취득 금지

(1) 의의

공직자는 공적인 직무를 수행하면서 일반인이 알기 어려운 정보를 얻을 수 있으며 이러한 정보를 정책 목적 외로 활용하는 경우 부패가 발생한다. 공직자가 내부정보를 이용한 특정 행위를 통제·관리하는 문제는 전통적으로 이해충돌 규제의 영역에서 다루어진다. 이해충돌에서 문제가 되는 정보는 공직자가 관련 직무를 직접 취급하여 얻은 정보뿐 아니라 그 조직에 소속되어 있음을 이유로 취득하는 정보도 포함된다. 따라서 해당 정보는 반드시 비밀로 지정될 필요가 없으며 공직자 신분을 이유로 알 수 있는, 외부에서 알기 어려운 미공개된 정보이면 이에 포함된다. 가령 국토교통부 부동산정책과에서 결정한 택지개발지구를 공간정보정책과에서 근무하는 공직자가 업무협조 회의에 참석하여 알게 된 경우, 해당 정보는 이해충돌 규제 대상의 정보가 될 수 있다.

공직자는 직무상 내부정보를 취득할 수 있는데, 외부에서 알 수 없는 내부정보를 취득함으로써 이해충돌에 빠지고 이를 어떠한 방식으로 활용하느냐에 따라 부패를 범할 수 있다. 즉 내부정보를 이용하는 모든 행위가 곧 부패가 되는 것은 아니다. 가령 경기도 내 영화산업 진흥을 위한 바우처 사업을 추진하는 경기도청 소속 공무원이 용인시에 사는 가족에게 특정일부터 도내 영화관에서 선착순으로 영화표를 할인해준다는 정보를 알려주었다고 가정하

757) 이러한 권한을 지자체장이나 공직유관단체의 장에게 부여하고 있다. 「공직자윤리법」 제14조의16 참조.

였을 때, 이해충돌 상황에서 특정 행위로 나아간 것이지만 이를 규제하는 별도의 규범이 없는 한 사회상규로 통용되는 행위로 볼 수 있다.

전통적으로 공직자가 내부정보를 이용하는 행위는 곧바로 부패라고 인식되기보다 이해충돌 문제로 보아왔다. 세계 여러 국가의 법제를 살펴보면 여전히 이러한 시각이 존재하는데, 이것은 정보의 활용보다 비밀의 누설에 규제의 초점을 맞추고 있는 형사법적 전통에 영향을 받아서이다. 그리고 특정 규제영역을 제외하면,[758] 내부정보를 이용한 사익 추구행위는 그 스펙트럼이 매우 넓어 부패에 이르지 않는 행위로 보아 규제의 필요성을 크게 느끼지 않은 데도 원인이 있다.

그러나 공직자의 내부정보를 이용한 사익 추구행위에 대하여 점차 불공정을 넘어 일종의 부패로 보는 사회적 시각이 강해지고 있으며, 이는 특히 한국과 같은 법제에서 도드라지게 나타나는 현상이다. 내부정보를 이용하여 재산상 이익을 취득을 금지하는 규제는 공직자의 행위를 포괄적으로 배제하는 것이 아니라 공직자가 취급하는 특정 직무정보를 활용하지 못하도록 하는 이해충돌의 약화방식이라고 볼 수 있다.

(2) 외국의 법제

1) 영국

영국은 「공무원 강령」에서 내부정보를 이용한 사익 추구행위를 금지하고 있는데, 공무원은 직무를 수행하는 과정에서 취득한 정보를 사익 추구의 목적으로 활용할 수 없다.[759] 다만 「공무원 강령」에서 규정하고 있는 제도는 공무원에게 단순한 행위 기준만 제시하고 있을 뿐 위반행위에 대한 처벌규정은 존재하지 않는다.[760]

---

758) 공적영역에서의 규제는 아니지만, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제174조의 미공개 중요정보 이용행위 금지 제도가 대표적이다.

759) 「공무원 강령」 제7조.

760) 다만 위반행위 태양에 따라 「공무원 강령」 외 다른 법령에 따라 행정적·형사적 제재가 가해질 수 있다. 관련 내용은 박경철, 앞의 글(주 358), 39-40면 참조.

「공무원 관리강령」은 공무원이 공적인 직무를 수행하는 중 취득한 정보를 본인이나 이해관계를 가지는 자를 위하여 오용하지 말 것을 규정하고 있다.[761] 공무원은 직무의 특성상 특별한 예외적인 사항이 없는 한 자유롭게 주식이나 유가증권을 취득할 수 있으나, 내부정보를 이용하여 본인이나 이해관계인의 재산적 이익에 영향을 줄 수 있는 행위에는 관여할 수 없도록 하고 있다.[762]

2) 캐나다

캐나다는 공직자가 내부정보를 이용하여 재산상의 사익을 추구하는 행위를 이해충돌 문제로 보고 이를 규제한다. 「이해충돌법」, 「상원 강령」, 「하원 강령」은 모두 내부정보를 이용한 공직자의 사익 추구행위를 규제하고 있다.

「이해충돌법」은 공직자가 사익을 추구하기 위하여 공적인 직무에서 취득한 정보를 사익 추구의 목적으로 이용할 수 없도록 규정하고 있다.[763] 「상원 강령」은 상원의원의 사익을 위한 직무수행을 금지하고 있으며,[764] 사익 추구를 위하여 자신의 지위를 남용하지 못하도록 하고 있다.[765] 이에 따라 상원의원은 의원의 지위로부터 얻은 정보를 사익 추구의 목적으로 사용할 수 없으며,[766] 내부정보를 이용하는 행위뿐 아니라 다른 사람에게 해당 정보를 전달하는 행위도 금지하고 있다.[767] 「하원 강령」 또한 하원의원의 내부정보를 이용한 사익 추구행위를 규제하고 있다. 하원의원은 직무수행 과정에서 사익

761) 「공무원 관리강령」 제4.1.3.c조.
762) 「공무원 관리강령」 제4.3.8.조.
763) 「이해충돌법」 제8조.
764) 「상원 강령」 제8조.
765) 「상원 강령」 제9조.
766) 「상원 강령」 제10조 제1항.
767) 「상원 강령」 제10조 제2항 참조. 여기서 말하는 사익이란 a) 개인 또는 단체의 자산 가치의 증가 또는 보존, b) 개인 또는 법인 부채의 제거 또는 감소, c) 개인 또는 단체의 재정적 이해관계 획득, d) 계약, 사업 또는 직업으로 인한 개인 또는 단체의 소득 증가, e) 고용으로 인한 소득의 증가, f) 법인, 협회, 노동조합 또는 비영리단체의 이사 또는 임원, g) 합자회사의 임원이 되기 위한 목적으로 취하는 조치를 의미한다(「상원 강령」 제11조 참조).

을 추구하는 행위가 금지되며,[768] 지위를 남용하여 다른 사람의 의사결정에 영향을 끼칠 수 없다.[769] 이에 따라 하원의원은 공직으로 인하여 취득한 정보를 사익 추구를 위하여 이용할 수 없으며,[770] 다른 사람이 사익 추구의 목적으로 사용할 것을 알고 있음에도 정보를 전달하는 행위도 금지된다.[771]

3) OECD 지침

개별 국가는 아니지만, OECD는 공직자가 공적 직무를 수행하는 과정에서 일반인이 접근하기 어려운 내부정보(inside information)를 취득한 경우, 당해 정보를 부적절한 사익을 추구할 목적으로 사용하는 것을 이해충돌의 문제라고 보고 있다.[772] 여기에서 내부정보는 공공단체에서 공직자의 직무상 기능을 위하여 수집된 정보로서 일반 대중들이 얻기 어려운 정보를 말한다.[773] 즉, 이해충돌이 문제가 되는 내부정보는 통상의 비밀정보보다 넓은 개념이라고 볼 수 있다. 이러한 정보는 오용으로부터 특별히 보호되어야 할 필요성이 있는 정보라고 볼 수 있다.[774] OECD는 공직자의 내부정보를 이용한 사익 추구행위는 퇴직한 후에도 발생할 수 있으므로 이에 대한 적절한 규제가 이루어져야 한다고 보고 있다.[775]

(3) 한국의 법제

한국은 공직자의 내부정보를 이용한 사적 이익의 취득 행위를 이해충돌 문제로 크게 인식하지 못하고 있다가 1993년 6월 11일 개정「공직자윤리법」(법률 제4566호)에서 최초로 규율하기 시작하였다(제23조). 해당 조항에 따르

768)「하원 강령」 제8조.
769)「하원 강령」 제9조.
770)「하원 강령」 제10조 제1항.
771)「하원 강령」 제10조 제2항.
772) OECD, 앞의 책(주 57), p. 18., p. 26., p. 102.
773) OECD, 앞의 책(주 57), p. 33.
774) OECD, 앞의 책(주 57), p. 33.
775) OECD, 앞의 책(주 57), p. 140.

면, 공직자가 직무상 취득한 비밀을 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득한 때에는 형사처벌을 받도록 하였다. 법문상 구성요건은 직무상 비밀을 이용하여야 하므로 이해충돌 규제의 효과가 크지 않았다. 해당 조항은 2001년 7월 24일 「부패방지법」(법률 제6494호)으로 옮겨 가면서 「공직자윤리법」에서 삭제된다. 「부패방지법」의 내용은 기존 「공직자윤리법」의 조항과 같이 공직자가 업무 처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하는 경우 형사처벌 하도록 규정하였다(제50조). 이후 개정 「공직자윤리법」(법률 제10982호)은 공직자가 재직 중 취득한 정보를 부당하게 사익 목적으로 이용하는 행위를 금지하는 선언적 의미의 규정을 신설하게 된다(제2조의2 제3항).[776]

2021년 5월 18일 제정 「공직자의 이해충돌 방지법」은 기존의 「공직자윤리법」이나 「부패방지법」 규정이 '비밀정보'를 이용한 사익 추구행위만을 처벌하고 있는 점에서 실효성을 개선하였다. 이에 따라 공직자가 직무수행 중 알게 된 비밀뿐만 아니라 소속 공공기관의 불특정 다수가 알 수 있도록 공개되기 전의 정보인 미공개정보를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득한 행위에 대해서도 처벌할 수 있도록 규정하였다.

5. 조직 구성의 균형

이해충돌 규제 수단의 전통적 분류방식 중 정부 내적 방식으로 '조직 구성의 균형'(balance of interest)이 논해진다.[777] 이것은 각 직능을 대표하는 기관의 구성원을 균형 있게 배치하여, 구성원이 대표하는 이해관계자들의 이익을 최대한 발휘하도록 하는 방안이다.[778] 이렇게 기관을 구성함으로써 다양

776) 박준희, 앞의 논문(주 50), 4면 참조.
777) 관련 내용은 제3장 제2절 Ⅰ. 3. 참조.
778) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 28; 특히 Susan Rose-Ackerman, 앞의 논문(주 61), pp. 9-10은 이해관계를 가진 당사자(party) 사이의 균형은 당사자들 사이의 논쟁에 대한 허용을 의미하고, 이것이 표면적인 독립된 결정권자의 결정보다 더 정치적으로 수용이 가능한 결론에 도달할 수 있다고 한다.

한 이해관계인들의 이익을 대변하도록 하여, 이해충돌을 다른 이해충돌로 상쇄하도록 하는 방안으로 볼 수 있다. 이처럼 이해충돌 상황을 극대화함으로써 역설적으로 이해충돌을 희석할 수 있는 방식으로 미국에서 1970년대 이후 회피 제도의 대체 수단으로 정치적 고려에 따라 채택이 된 방안이다.[779]

조직 구성의 균형은 공적영역에서 논해지는 전통적인 이해충돌 규제 수단으로 보기는 어렵고 비교적 최근에 논의되는 주제로 볼 수 있다. 이 제도를 굳이 평가해 보면, 공익과 사익의 택일방식은 아니므로 제거방식이라고 보기는 어렵고 특정 정보를 공개토록 하는 공개방식도 아니다. 이는 약화방식인 회피의 보완방식으로 평가받을 수 있으므로 약화방식의 일종으로 볼 수는 있다.[780] 다만 이러한 방식은 기관구성의 다양화를 추구함으로써 이해충돌 방지 효과를 간접적으로 발생시키는 점, 공직자를 직접적 수범자로 하여 규율할 수 없는 내용에 해당하고 오히려 기관의 조직규범에 정해지는 것이 타당한 점에서 이해충돌 규제를 위한 학문적·법제적 논의에서 거의 다루지 않고 있다. 이러한 점에서 이 수단에 대해서는 법제 비교를 생략하기로 한다.

III. 이해충돌의 공개

1. 문제점

이해충돌의 공개는 개별 국가가 이해충돌의 제거나 이해충돌의 약화를 채

779) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 237.

780) 한국에도 이해충돌의 사전 방지를 위한 조직 구성의 균형을 반영하고 있는 법령이 있다. 예컨대, 최저임금법은 최저임금위원회를 고용노동부에 둔다고 규정하고 있고(제12조), 위원회의 구성은 ① 근로자를 대표하는 위원 9명, ② 사용자를 대표하는 위원 9명, ③ 공익을 대표하는 위원 9명으로 구성된다(제14조 제1항 각호). 각 위원은 근로자, 사용자, 공익을 대변하며 각 집단의 이익을 위하여 공적 결정을 수행한다. 각각의 위원들이 대변하는 집단의 이익을 최대한 발현함으로써 근로자의 이익, 사용자 이익, 공익이 서로 충돌하고 충돌과정에서 최저임금과 관련한 하나의 균형이 잡힌 최적화된 결정이 내려지는 원리이다.

택하는지와 상관없이 가장 빈번하게 보편적으로 활용되는 방식이다.[781] 공개방식은 이해충돌이 발생하기 전에 활용이 가능할 뿐 아니라 이해충돌과 결부된 의사결정을 한 후에도 활용할 수 있다. 그뿐 아니라 특정 이해충돌 영역에 제거방식이나 공개방식의 규제 제도가 정비되어 있다고 하더라도 공개방식을 함께 활용할 수 있다.[782] 개별 국가의 법제를 보면 공개방식은 대체로 공직자가 보유하는 물적 요소에 관하여 이루어지는 경우가 많으나 반드시 이에 제한되지는 않는다. 예컨대 재산 신고·등록·공개는 물적 요소에 대한 공개방식에 해당하고 공직자의 특정 의사결정을 윤리담당관이나 상급 기관에 신고·등록하도록 하는 제도는 인적 요소에 대한 공개방식에 해당한다.[783] 다만, 이해충돌 규제의 목적이 있다고 하더라도 가치관, 사상, 종교, 정치 성향[784]과 같은 공직자의 내밀한 정보와 결부된 인적 요소는 공개방식이 적절하지 않다.[785] 따라서 공개방식은 공직자의 사생활의 비밀과 자유와

781) Mattarella, 앞의 논문(주 453), p. 37.

782) 가령 고위공직자의 가족 채용을 규제하고자 할 때, 공직자가 감독기관에 고위공직자의 가족이 취업을 시도하였다는 정보를 제출하도록 의무를 부과하는 한편, 소속기관이나 감독기관은 고위공직자의 가족 채용을 금지하는 방식으로 제도를 병행하여 운용하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 박주철, "공직자의 이해충돌 규제 제도에 관한 연구 - 캐나다 이해충돌 규제 제도와의 비교를 중심으로 -", 행정법연구 제65호, 2022, 24면 참조.

783) 두 가지 성질이 동시에 나타나는 경우도 존재한다. 예컨대 선물 신고제도는 수수한 선물의 신고와 동시에 공직자의 선물 수수 행위에 대한 신고의 성질도 함께 가진다.

784) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 257은 일반적으로 공직자는 재정적 이해관계보다 정치적 이해관계가 공개되는 것을 더 부담스러워한다고 밝히고 있다.

785) 헌법재판소 전원재판부 2007. 5. 31.자 2005헌마1139 결정 참조. 헌법재판소는 「공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」 제8조 제1항의 위헌 여부가 문제가 된 사안에서 "4급 이상의 공무원에게 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 당해 법률조항은 사생활 보호의 헌법적 요청을 거의 고려하지 않은 채 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 질병명과 그렇지 않은 것을 가리지 않고 무차별적으로 공개토록 하고 있으며, 일정한 질병에 대한 비공개요구권도 인정하고 있지 않다며, 그 공개 시 인격이나 사생활의 심각한 침해를 초래할 수 있는 질병이나 심신장애 내용까지도 예외 없이 공개함으로써 신고 의무자인 공무원의 사생활의 비밀을 심각

같은 기본권이 침해되지 않는 범위에서 활용되어야 한다.

이해충돌이 발생하기 전의 공개방식은 향후 공직자가 수행할 직무와의 관련성을 외부에서 인지하게 함으로써 다른 규제방식과 함께 이해충돌을 차단하는 기능을 수행한다. 예컨대 건설회사 주식을 보유하는 국회의원이 농림축산식품해양수산위원회에서 국토교통위원회로 소관 상임위원회를 바꾼다고 할 때, 이미 등록된 자산 상황을 보고 주식의 매각이나 백지신탁이 이루어질 수 있도록 조치함으로써 직무상 발생하는 이해충돌의 문제를 제거할 수 있다. 이는 공개방식이 제거방식과 함께 규제의 효과를 발생케 하는 경우이다.

한편, 이해충돌이 발생한 후의 공개방식은 직면한 이해충돌 상황을 외부에서 인지하게 함으로써 이해충돌 상황을 적절히 대처할 수 있게끔 한다. 예컨대 카지노 사업 특허를 결정하는 공직자가 직무수행 중 과거 자신이 이사로 있었던 회사가 특허를 신청한 경우, 이해충돌이 발생하였음을 윤리담당관이나 상급자에게 알리고 의사결정을 회피하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이는 공개방식과 약화방식이 혼합된 해결방안으로 볼 수 있다.

이처럼 공개방식은 공적 직무수행의 투명성과 신뢰성을 보장하는 면에서 독자적 존재의의를 가지지만, 다른 이해충돌 규제 수단과 결합하여 활용할 때 더욱 큰 효과를 발휘할 수 있다.[786] 이러한 이유로 세계 여러 국가에서 다양한 이해충돌 규제영역에서 공개방식이 활용된다. 그중 가장 대표적인 제도가 공직자의 재산 신고·등록·공표제도이나, 점진적으로 다른 이해관계 사안에 대해서도 공개방식이 늘어가고 있다.

하게 침해하고 있다"고 판시하고 있다. 공개방식의 한계를 가늠해 볼 수 있는 판례라고 볼 수 있다.

786) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 250 참조.

2. 재산 신고·등록·공표

(1) 의의

공직자의 재산 신고·등록·공표 제도는 개별 국가가 채택하는 대표적인 공개방식으로 한국을 비롯한 세계 주요 국가에서 활용되고 있다.[787] 통상 재산은 유동성이 있어 이전이 쉽고 활용 방법도 다양해서, 공직자는 공적 의사결정을 통하여 가시적이며 직접적인 사익을 추구할 수 있다. 즉 공직자는 직무관련성이 있는 소유재산을 이전·활용하거나 직무관련성이 있는 재산을 새롭게 취득하는 방법으로 사익을 추구할 수 있으며, 사익 추구를 위한 목적으로 공적인 의사결정을 왜곡할 수 있다. 그러므로 공직자의 재산과 의사결정 사이의 관계를 추적·확인하는 일은 매우 중요한 문제라고 볼 수 있다.

재산공개제도는 공직자의 현재의 재산 상태의 확인과 공적 직무를 수행하는 과정에서 재산의 변화과정을 추적함으로써 의사결정의 공정성과 투명성을 확보하는 데에 그 목적이 있다. 제거방식인 재산매각·신탁제도가 공직자의 소유권에 대한 변화를 꾀하여 직무와 재산 사이의 연결고리를 끊어내는 방법이라면, 재산공개제도는 재산의 존속을 보장하되 공직사회 내·외부에서 공직자의 직무수행 중 재산권의 변화를 인지하도록 함으로써 의사결정에 왜곡이나 편향이 발생하였는지 점검하는 방식이라고 보면 된다. 재산공개제도는 부수적으로 공직자의 직무수행 방향을 예측하고 이를 감시하는 기능을 수행함으로써 공직자의 의사결정 과정의 투명성을 보장할 수 있다.[788] 가령 투기과열지구에 고가주택을 보유한 국토교통위원회 소속 국회의원이 소관 상임위원회에 어떠한 발언과 표결을 하는지 예측하고 이해충돌로 초래할 권한 남용 등 위법행위에 대한 감시와 대응을 할 수 있도록 한다.

---

787) 이하 '신고·등록·공표'를 일괄하여 지칭할 때 '공개'라 표기한다.
788) 같은 취지로는 김재광, 앞의 논문(주 148), 17면 이하 참조.

(2) 외국의 법제

1) 미국

미국은 종래 1978년「정부윤리법」제1장, 제2장, 제3장에서 각 입법부, 행정부, 사법부 공직자의 재산공개제도를 마련하여 운용하다가, 1989년「윤리개혁법」에서「정부윤리법」규제내용을 큰 변화 없이 개정하고 제2장으로 통합한다. 따라서「윤리개혁법」제2장에서 정하고 있는 재산공개제도는「정부윤리법」의 제도와 크게 다르지 않다고 볼 수 있다.

「윤리개혁법」은 일정 직급 이상의 고위직 공직자를 수범자로 하여 재산공개제도를 마련하고 있는데, 재산공개 대상자는 대통령, 부통령, 대통령 후보자, 부통령후보자, 행정부, 사법부를 포함한 각 부처 소속 고위직 공직자다.[789] 고위직 공직자는 자신이 소속된 부서를 관할하는 윤리담당관에게 재산의 내용을 제출하여야 한다.[790] 다만 수범자 중 대통령과 부통령은 정부윤리청장에게 재산의 내용을 제출한다.[791] 정부윤리청장은 대통령과 부통령으로부터 제출받은 내용을 즉시 국민이 접근할 수 있도록 공개하여야 하며,[792] 다른 공직자의 재산 신고내용도 소속된 행정청과 소관 윤리청이 누구든지 접근하여 우편 등을 통하여 사본을 받아볼 수 있도록 조치하여야 한다.[793] 이러한 점에서 미국 법제는 공직자가 단순히 소관 부처에 재산 신고를 하는 것에 그치는 것이 아니라 실질적으로 국민에게 재산을 공개하는 제도를 마련하고 있다고 평가할 수 있다.

공직자가 제출할 재산의 내용에는 정부로부터 받는 소득 외에 연간기준으로 일정 금액 이상의 배당소득, 임대소득, 이자소득, 자본소득을 포함하는 소득과 관련된 정보가 있다.[794] 해당 정보에는 부동산, 주식, 채권 등의 거래형

789)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제101조 (f).
790)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제103조 (a).
791)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제103조 (b).
792)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제103조 (d).
793)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제105조.
794)「윤리개혁법」제202조,「정부윤리법」제102조 (a).

태, 거래일, 거래가격 등이 포함되어야 한다. 그뿐 아니라 공직자가 여행 중 특정인으로부터 이익을 받은 일정 금액 이상의 교통, 숙박, 음식비용과 일정 금액 이상의 선물에 대한 정보도 제출 대상 재산에 포함된다.[795] 공직자가 일정 금액 이상의 부채를 가지고 있다면 그 부채와 관련된 정보,[796] 주식, 채권, 선물, 증권형 재산의 거래로부터 발생한 이익,[797] 공직자가 공직 취임 전에 2년 동안 근무했던 곳에서의 직위,[798] 장래의 고용보장에 대한 약정이나 전 고용주로부터 계속 지급되고 있는 보수[799] 등을 포함한 다양한 소득 정보를 제출해야 한다.

2) 캐나다

캐나다 연방 공직자는 「이해충돌법」에 따라 공직에 임명된 후 60일 내 윤리위원장에게 재산 신고서를 제출해야 한다.[800] 신고서에 포함하여야 할 재산의 내용에는 ① 공직자가 소유하는 모든 자산의 내용과 그 가격, ② 공직자가 부담하는 채무의 내용,[801] ③ 공직자가 공직에 임명되기 전 12개월 동안 받은 모든 소득과 임명된 이후 12개월 동안 받은 모든 소득의 내용, ④ 공직자가 임명 이전에 2년간 참여한 특정한 영리활동의 내용,[802] ⑤ 공직자가 임명 이전에 2년간 자선활동이나 비상업 활동에 참여하였던 내용, ⑥ 공직자가 임명 이전 2년간 수탁자, 유언 집행자, 청산인으로 활동한 내용, ⑦ 그 밖에 윤리위원장이 필요하다고 인정하는 재산 관련 정보이다.[803] 신고 대

795) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (b).
796) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (d).
797) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (e).
798) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (f).
799) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (g).
800) 「이해충돌법」 제22조.
801) 공직자가 부담하는 보증 채무(contingent liability)를 포함한다.
802) 「이해충돌법」 제15조에 규정된 모든 활동을 의미한다. 여기에는 ① 고용되거나 전문 직업에 종사하는 행위, ② 사업 또는 상행위를 관리·운영하는 행위, ③ 법인·조직의 이사·간부가 되거나 계속 근무하는 행위, ④ 조합 또는 전문 협회에서 직위를 가지는 행위, ⑤ 유급 고문이 되는 행위, ⑥ 합명회사의 업무 담당 사원이 되는 행위가 포함된다.

상 공직자 중에 각료, 장관, 정무차관은 가족의 구성원 모두의 재산정보가 신고서에 포함될 수 있도록 하여야 한다.[804] 신고한 재산의 내용에 변동사항이 있는 때에는 공직자는 변동이 발생한 후 30일 내 윤리위원장에게 소명 신고서를 제출하여야 한다.[805] 만일 공직자가 신고서를 제출하지 않거나 재산의 변동에 대한 소명 신고서를 제출하지 않으면 500달러 이하의 과징금 처분을 받을 수 있다.[806]

캐나다는 연방 행정부 공직자뿐 아니라 의회 의원에 대해서도 재산공개제도를 마련하여 운용하고 있다. 「상원 강령」은 상원의원이 상원의 요청이 있는 경우 수시로 또는 매해 정기적으로 소유재산의 내용을 공개하도록 하고 있다. 상원의원이 공개해야 할 내용은 ① 의원과 배우자의[807] 고용 사항과 활동 내용, ② 의원과 배우자가 회사의 임원, 인적회사의 파트너일 경우 그 활동 내용, ③ 의원과 배우자가 비영리 기관에서 임원, 관리자, 고문, 명예직에 있는 경우 그 지위, ④ 의원과 배우자가 고용, 계약, 사업, 투자로부터 2,000 캐나다 달러 이상을 받는 경우 그 소득의 성질, ⑤ 의원, 이해관계 있는 회사, 인적회사, 가족이 정부나 공공기관으로부터 도급이나 하도급받은 경우, 그 성질과 계약금액을 포함한 관련 내용, ⑥ 의원과 배우자가 부담하는 10,000 캐나다 달러 이상의 자산과 부채의 성질, ⑦ 의원이 직간접적으로 이익을 받는 신탁관계, ⑧ 그 밖의 의원이 「상원 강령」과 관련이 있다고 생각되는 추가적인 정보다.[808] 상원 윤리담당관은 공직자가 신고한 재산 내용에 관한 요약서를[809] 국민에게 공개하여야 한다.[810]

---

803) 「이해충돌법」 제22조 제2항.
804) 「이해충돌법」 제22조 제3항.
805) 「이해충돌법」 제22조 제5항.
806) 「이해충돌법」 제52조 (a).
807) 상원의원의 동거인을 포함하는 개념이다.
808) 「상원 강령」 제27조 제1항, 제28조 제1항.
809) 요약서의 내용에는 i) 상원의원의 고용, 직업, 사업과 활동 사항, ii) 회사, 수익형 신탁기업, 조합에서의 상원의원의 임원 지위 및 활동 사항, iii) 협회, 비정부 기관에서의 이사, 임원, 후원자, 고문, 명예직 지위, iv) 12개월 동안 2,000 캐나다 달러 이상의 수입에 대한 출처와 성질, v) 상원의원 또는 가족이 캐나다 정부나 기관과 체결한 계약, 하도급의 출처와 성질, vi) 상원의원의 10,000

「하원 강령」 또한 하원의원의 재산공개제도를 마련하여 시행하고 있다. 「하원 강령」에 따르면 하원의원은 윤리위원장이 정기적인 재산 내용을 검토하기 위하여 지정한 날이나 하원의원의 선출이 공고된 날로부터 60일 내 의원과 가족의 재산을 공개하여야 한다.[811] 하원의원이 공개해야 할 재산의 내용은 ⓐ 의원과 가족의 자산이나 부채의 가치,[812] ⓑ 의원과 가족이 과거 12개월 동안 받았거나 향후 12개월 동안 받을 1,000 캐나다 달러를 초과하는 소득의 출처와 그 금액, ⓒ 캐나다 정부나 공공기관과 계약을 체결하거나 하도급을 통하여 의원, 가족, 이해관계가 있는 민간 기업이 과거 12개월 동안 받은 모든 이익과 향후 12개월 동안 받을 이익의 출처와 성질, ⓓ 신고할 이해관계가 있는 법인이 있는 경우, i) 법인의 활동, 수입원에 대한 정보, ii) 해당 법인이 소속된 다른 법인의 이름, iii) 법인과 이해관계가 있는 모든 사람의 이름과 주소, iv) 법인이 소유한 부동산, ⓔ 의원이나 가족이 보유하고 있는 기업, 협회, 조합, 인적회사의 임원 지위, ⓕ 윤리위원장이 요구하는 재산 관련 기타 정보이다.[813] 윤리위원장은 제출된 신고서의 요약서[814]를 국민에게 공개하여야 한다.[815]

캐나다 달러 이상의 자산과 부채, vii) 상원의원의 현재 또는 장래 수익이 발생하는 신탁관계, viii) 제12조에 따라 선언된 이해관계, ix) 제17조 및 제18조에 따라 제출된 선물, 여행의 내용, x) 공개된 내용의 변동사항 등이다(제31조 제1항).

810) 「상원 강령」 제30조 제1항.

811) 「하원 강령」 제20조.

812) 기준 금액은 i) 신용 카드 금액이 10,000 캐나다 달러를 초과하고 6개월 이상 연체된 경우, ii) 다른 모든 자산은 10,000 캐나다 달러를 초과하는 경우이다.

813) 「하원 강령」 제21조.

814) 공개될 정보는 i) 제20조에 따라 제출된 명세서에 언급된 소득, 자산, 부채의 출처와 성격, ii) 제21조 제1항 (c)에서 언급된 계약, 하도급의 출처와 성격, iii) 명세서에 언급되고 있는 계열사의 이름, iv) 선물, 혜택, 여행경비, 제21조 제3항에 따라 회원이 제출한 명세서 사본, v) 제21조 제1항 (e)에 따라 공개된 기업, 협회, 조합, 합명회사의 이름, vi) 명세서에 공개된 모든 신탁을 포함한다(「하원 강령」 제24조 제1항).

815) 「하원 강령」 제23조.

3) 프랑스

미국과 캐나다와 마찬가지로 프랑스 또한 공직자의 재산 신고제도를 마련하여 시행하고 있다. 「공무원 일반법전」은 고위직 공직자에게 임명 후 2개월 이내에 공직자가 소유하는 모든 재산의 재무 상황을 고등사무국에 신고하도록 하고 있다.[816] 만일 공직자가 신고내용을 빠뜨리거나 허위의 내용을 신고한 때에는 3년 이하의 징역이나 45,000유로 이하의 벌금형에 처할 수 있다.[817] 고등사무국은 공직자가 신고한 재산에 대하여 공직자에게 설명을 요구하거나 관련 자료를 요구할 수 있으며, 만일 공직자가 고등사무국의 명령을 이행하지 않은 때에는 1년 이하의 징역이나 15,000유로의 벌금에 처할 수 있다.[818]

「공적 생활의 투명성에 관한 법률」은 재산 신고제도를 별도로 마련하여 공직자가 소유하는 재산의 재정적 상황을 신고하도록 하고 있다.[819] 동 법률에 따라 일반공직자, 선출직 공직자, 지자체장, 유럽의회 프랑스 대표 등 법률에 따라 임명된 공직자[820]는 고등사무국에 재산을 신고하여야 한다. 공직자가 신고해야 하는 재산은 ① 건물, ② 유가증권, ③ 생명보험, ④ 당좌계좌, 통장계좌 등 저축상품, ⑤ 일정 금액 이상의 동산, ⑥ 토지, 자동차, 보트, 비행기, ⑦ 영업권, ⑧ 해외에 소유한 동산, 부동산, 계좌, ⑨ 기타 자산, ⑩ 부채이다.[821] 공직자가 재산 신고내용을 누락 하거나 허위로 신고한 때에는 3년 이하의 징역과 45,000유로의 벌금형에 처할 수 있다.[822] 고등사무국장은 공직자가 신고한 재산에 대하여 공직자에게 설명과 관련 자료 요구를 명령할 수 있는데, 만일 공직자가 해당 명령을 준수하지 않는 때에는 1년 이하의 징역과 15,000유로의 벌금형에 처하게 된다.[823]

---

816) 「공무원 일반법전」 L122-10조.
817) 「공무원 일반법전」 L122-20조.
818) 「공무원 일반법전」 L122-16조, L122-21조 참조.
819) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제2항.
820) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제1조.
821) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제2항.
822) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제26조 제1항.
823) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제26조 제2항.

(3) 한국의 법제

비교법적으로 보면 한국의 공직자 재산공개제도는 그 역사가 비교적 오래되었다고 평가할 수 있는데, 1981년 제정 「공직자윤리법」은 공직자 재산등록제도를 마련하여 시행하였다. 다만 제정 「공직자윤리법」은 공직자가 등록한 재산에 대한 비공개를 원칙으로 하되,[824] 대통령령이 정하는 공직자의 등록사항은 공개할 수 있도록 하였으나 시행령에 관련된 내용이 미비 되어 있었다. 제정 「공직자윤리법」의 등록재산의 비공개 원칙과 예외적 공개의 기조는 계속 이어져 오다가 1993년 6월 11일 개정 「공직자윤리법」(법률 제4566호)에 이르러 공개원칙으로 전환되었고 현행 「공직자윤리법」까지 이어지고 있다.

현행 「공직자윤리법」은 재산등록 대상자를 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원 등 중요 직책을 수행하는 정무직공무원과 특정 직급 이상의 공무원, 검사, 판사 등 사법부 공직자로 하고 있다.[825] 재산등록의 인적 범위는 공직

824) 제정 「공직자윤리법」 제10조 제1항 제1문.

825) 현행 「공직자윤리법」 제3조 제1항 각호. 대상자는 ① 대통령·국무총리·국무위원·국회의원 등 국가의 정무직공무원, ② 지방자치단체의 장, 지방의회의원 등 지방자치단체의 정무직공무원, ③ 4급 이상의 일반직 국가공무원 및 지방공무원과 이에 상당하는 보수를 받는 별정직공무원, ④ 대통령령으로 정하는 외무공무원과 4급 이상의 국가정보원 직원 및 대통령경호처 경호공무원, ⑤ 법관 및 검사, ⑥ 헌법재판소 헌법연구관, ⑦ 대령 이상의 장교 및 이에 상당하는 군무원, ⑧ 교육공무원 중 총장·부총장·대학원장·학장 및 전문대학의 장과 대학에 준하는 각종 학교의 장, 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 교육감 및 교육장, ⑨ 총경 이상의 경찰공무원과 소방정 이상의 소방공무원, ⑩ 제3호부터 제7호까지 및 제9호의 공무원으로 임명할 수 있는 직위 또는 이에 상당하는 직위에 임용된 「국가공무원법」 제26조의5 및 「지방공무원법」 제25조의5에 따른 임기제공무원, ⑪ 「공공기관운영법」에 따른 공기업의 장·부기관장·상임이사 및 상임감사, 한국은행의 총재·부총재·감사 및 금융통화위원회의 추천직 위원, 금융감독원의 원장·부원장·부원장보 및 감사, 농업협동조합중앙회·수산업협동조합중앙회의 회장 및 상임감사, ⑫ 제3조의2에 따른 공직유관단체의 임원, ⑬ 「한국토지주택공사법」에 따른 한국토지주택공사 등 부동산 관련 업무나 정보를 취급하는 대통령령으로 정하는 공직유관단체의 직

자 본인과 사실혼 관계를 포함한 배우자, 직계존속, 직계비속이다.[826] 등록할 재산은 소유자 명의와 관계없이 대상자가 사실상 소유하는 재산이다.[827] 공직자가 등록할 재산은 ① 부동산에 관한 소유권·지상권·전세권, ② 광업권·어업권·양식업권, 그 밖에 부동산에 관한 규정이 준용되는 권리, ③ 동산·증권·채권·채무 및 지식재산권,[828] ④ 합명회사·합자회사·유한회사의 출자지분, ⑤ 주식매수선택권이다.[829]

공직자는 등록의무자가 된 날부터 2개월이 되는 날이 속하는 달의 말일까지 등록의무자가 된 날 현재 소유하는 재산을 등록한다.[830] 공직자가 등록한 재산에 변동이 있는 때에는 등록기관에 변동사항을 신고하여야 한다.[831] 공직자윤리위원회는 공직자가 등록한 재산에서 누락이 된 재산이 있거나 잘못된 내용이 있는지는 심사할 수 있고, 필요하면 공직자에게 자료의 제출 요구나 서면질의 등을 할 수 있다.[832] 공직자윤리위원회는 공직자가 i) 등록재산의 허위 기재, ii) 중대한 과실로 인한 누락, iii) 허위의 자료 제출, 거짓 소명 등 불성실한 재산등록, iv) 직무상 알게 된 비밀을 이용한 재물·재산상

원, ⑭ 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령으로 정하는 특정 분야의 공무원과 공직유관단체의 직원이다.

826) 다만, 혼인한 직계비속인 여성과 외증조 부모, 외조부모, 외손자녀, 외증손 자녀는 제외한다(「공직자윤리법」 제4조 제1항 제3호 단서 참조). 동 규정에 대한 남녀 차별로 인한 평등권 침해의 위헌성과 개정 방향에 대해서는, 김재광, 앞의 논문(주 148), 15-16면 참조.

827) 「공직자윤리법」 제4조 제1항.

828) ① 소유자별 합계액 1천만 원 이상의 현금(수표 포함), ② 소유자별 합계액 1천만 원 이상의 예금, ③ 소유자별 합계액 1천만 원 이상의 주식·국채·공채·회사채 등 증권, ④ 소유자별 합계액 1천만 원 이상의 채권, ⑤ 소유자별 합계액 1천만 원 이상의 채무, ⑥ 소유자별 합계액 500만 원 이상의 금 및 백금(금제품 및 백금제품을 포함), ⑦ 품목당 500만 원 이상의 보석류, ⑧ 품목당 500만 원 이상의 골동품 및 예술품, ⑨ 권당 500만 원 이상의 회원권, ⑩ 소유자별 연간 1천만 원 이상의 소득이 있는 지식재산권, ⑪ 자동차·건설기계·선박 및 항공기를 의미한다(「공직자윤리법」 제4조 제2항 제3호 각목).

829) 「공직자윤리법」 제4조 제2항.

830) 「공직자윤리법」 제5조 제1항.

831) 「공직자윤리법」 제6조.

832) 「공직자윤리법」 제8조.

이익을 취득한 사실을 발견한 때에는 경고, 시정조치, 과태료 부과, 허위 등록 사실의 공표, 해임이나 징계 의결을 요구할 수 있다.[833] 공직자윤리위원회는 등록 대상 공직자 중 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원을 포함한 정무직공무원과 고위직 공직자에 대하여 등록사항을 관보나 공보에 게재하여 국민에게 공개하여야 한다.[834]

3. 그 밖의 신고·등록·공표

(1) 의의

공개방식이 비단 재산에 대해서만 이루어지지 않음은 앞서 언급하였다. 각국의 법제를 보면, 재산상 이익과 결부된 공직자의 과거 경력과 특정 행위도 공개 대상이 될 수 있다. 공개 대상 정보는 공직자의 기본권을 침해하는 경

833) 「공직자윤리법」 제8조의2.

834) 「공직자윤리법」 제10조 참조. 등록재산의 공개대상자는 ① 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 국가정보원의 원장, 차장 등 국가의 정무직공무원, ② 지방자치단체의 장, 지방의회의원 등 지방자치단체의 정무직공무원, ③ 일반직 1급 국가공무원 및 지방공무원과 이에 상응하는 보수를 받는 별정직공무원, ④ 대통령령으로 정하는 외무공무원, ⑤ 고등법원 부장판사급 이상의 법관과 대검찰청 검사급 이상의 검사, ⑥ 중장 이상의 장성급 장교, ⑦ 교육공무원 중 총장·부총장·학장 및 전문대학의 장과 대학에 준하는 각종 학교의 장, 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 교육감, ⑧ 치안감 이상의 경찰공무원 및 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 시·도 경찰청장, 소방정감 이상의 소방공무원, ⑩ 지방 국세청장 및 3급 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 공무원인 세관장, ⑩ 제3호부터 제6호까지, 제8호 및 제9호의 공무원으로 임명할 수 있는 직위 또는 이에 상당하는 직위에 임용된 「국가공무원법」 제26조의5 및 「지방공무원법」 제25조의5에 따른 임기제 공무원, ⑪ 공기업의 장·부기관장, 상임감사, 한국은행의 총재·부총재·감사, 금융통화위원회의 추천직 위원, 금융감독원의 원장·부원장·부원장보, 감사, 농업협동조합중앙회·수산업협동조합중앙회의 회장, 상임감사, ⑫ 그 밖에 대통령령으로 정하는 정부의 공무원 및 공직유관단체의 임원, ⑬ 제1호부터 제12호까지의 직에서 퇴직한 사람이다.

우가 아니라면, 특별한 제한이 없다. 예컨대 징병제 국가에서 공직자와 가족의 병역사항도 등록·신고의 대상이 될 수 있으며, 공직 취임 전 취업 상황도 공개 정보에 포함될 수 있다. 다만, 공직자의 내밀한 영역은 공개에 적합하지 않은 경우가 있고 이때에는 공개방식 외에 다른 수단이 동원되는 것이 바람직하다.[835] 이러한 공개방식의 기능과 효과는 재산 공개제도의 그것과 크게 다르지 않다. 개별 국가의 법제를 살펴보면, 재산공개 외에 다양한 형태의 공개방식이 활용되는데 아래에서 그 내용을 살펴본다.

(2) 외국의 법제

1) 영국

「장관강령」은 장관이 공직에 임명이 된 후, 해당 부처의 사무차관에게 이해충돌을 일으킬 수 있다고 생각되는 모든 사적 이해관계를 서면으로 제출하도록 하고 있다.[836] 「장관강령」은 장관이 제출할 이해관계를 구체적으로 정하지는 않으나, 해당 조항은 포괄적 의무규정으로 재산 상황을 포함하는 넓은 의미의 개념으로 판단된다.

장관이 140파운드를 초과하는 선물을 받은 경우, 장관이 소속된 부처는 분기마다 해당 내용을 공개하여야 한다.[837] 또한 장관은 지위로 인하여 접대(hospitality)를 받았다면 해당 사실을 사무차관에게 알려야 하고, 장관이 소속 부처는 분기마다 해당 내용을 공표하여야 한다.[838]

2) 캐나다

「이해충돌법」은 공직자가[839] 12개월 동안 200 캐나다 달러를 초과하여 선

835) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 258-259는 사적정보의 공개가 오히려 공직자의 의사결정을 방해할 수 있다고 지적한다.
836) 「장관강령」 제7.3조.
837) 「장관강령」 제7.22조.
838) 「장관강령」 제7.24조.
839) 공직자의 가족을 포함한다.

물이나 이익을 받은 때에는 금액을 초과한 날로부터 30일 이내에 윤리위원장에게 신고하도록 하고 있다.[840] 공직자가 공직 외의 고용을 제안받은 때에는 7일 이내에 윤리위원장에게 관련 내용을 신고하여야 하며,[841] 고용을 수락한 때에는 공직자의 직위에 따라 윤리위원장, 총리, 장관, 추밀원 서기에게 7일 이내에 신고하여야 한다.[842] 공직자가 이해충돌에 상황에 있거나 이해충돌 상황에서 적절히 조치한 경우, 관련된 내용을 공표한다.[843] 한편 윤리위원장은 공직자에게 직무 회피 명령을 내릴 수 있는데,[844] 해당 명령을 이행한 공직자는 이행 내용을 윤리위원장에게 제출하여야 한다.[845] 공직자가 윤리위원장의 명령을 따르지 않거나 이행 내용을 제출하지 않을 때, 500 캐나다 달러 이하의 과징금을 부과받을 수 있다.[846]

「상원 강령」은 상원의원이 의전상 관례로 받을 수 있는 정도의 선물이나 이익은 허용하지만,[847] 그 금액이 12개월 동안 500 캐나다 달러를 초과하는 때에는 초과한 후 30일 이내에 선물이나 이익의 성질, 출처, 상황에 대한 설명서를 상원 윤리담당관에게 제출하여야 한다.[848] 또한 상원의원은 직위와 관련하여 후원받은 여행비용이 500 캐나다 달러를 초과한 때에는 여행을 종료한 후 30일 이내에 상원 윤리담당관에게 관련된 설명서를[849] 제출해야 한다.[850]

「하원 강령」은 하원의원이 직위와 관련된 선물이나 이익을 12개월 동안 200 캐나다 달러를 초과하여 받은 때에는 초과 후 60일 이내에 그 성질과

840) 「이해충돌법」 제23조.
841) 「이해충돌법」 제24조 제1항.
842) 「이해충돌법」 제24조 제2항.
843) 「이해충돌법」 제25조.
844) 「이해충돌법」 제30조.
845) 「이해충돌법」 제26조 제1항.
846) 「이해충돌법」 제52조.
847) 「상원 강령」 제17조 제2항.
848) 「상원 강령」 제17조 제3항.
849) 설명서는 여행경비를 지급한 사람·기관, 목적지, 여행목적, 여행 기간, 상원의원의 후원을 받은 사람의 존재 여부, 이익의 성격을 포함해야 한다(「상원 강령」 제18조 제2항).
850) 「상원 강령」 제18조 제1항.

출처를 윤리위원장에게 제출하도록 규정하고 있다.[851] 그리고 하원의원은 후원받은 여행비용이 200 캐나다 달러를 초과할 때, 이익을 받은 후 60일 이내에 윤리위원장에게 관련 설명서[852]를 제출하여야 한다.[853]

3) 프랑스

프랑스는 공직자의 재산공개제도 외에도 이해관계와 관련된 내용을 신고하도록 규정하고 있다. 「공무원 일반법전」은 공직자가 자신이 보유하는 이해관계를 임명권자나 상급 기관에 신고하도록 하고 있다.[854] 상급 기관은 신고된 사항을 보고 공직자가 이해충돌에 있다고 판단하는 때에는 공적인 의사결정을 내리기 전에 적절한 조치를 취해야 한다.[855] 상급 기관은 이해충돌 여부에 대한 판단을 내리기 어려운 경우 고등사무국에 판단을 맡길 수 있으며,[856] 고등사무국은 2개월 이내에 해당 사안을 판단해야 한다.[857]

「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 또한 공직자에게 이해관계를 신고하도록 규정하고 있는데,[858] 이해관계를 신고해야 할 공직자는 앞서 살펴본 재산공개 대상 공직자와 같다.[859] 공직자가 신고할 이해관계는 ① 임명 당일에 보수나 사례금을 받은 전문적인 활동, ② 공직에 임명되기 전 5년 동안 수행한 보수나 사례금을 발생시키는 전문적인 활동, ③ 임명 당일이나 공직에 임명되기 전 5년 동안 수행한 자문 활동, ④ 임명 당일이나 공직에 임명되기 전 5년 동안 정부 기관, 공공단체, 민간단체 참여 내용, ⑤ 임명일에 회사의 자본에 대한 재정적 참여 내용, ⑥ 이해충돌을 일으킬 수 있는 자원봉

851) 「하원 강령」 제14조 제3항.
852) 설명서에는 여행경비를 지급한 사람·단체의 이름, 의원과 동반한 사람의 이름, 목적지, 여행목적, 기간, 받은 혜택의 성질, 금액을 포함하여야 한다(「하원 강령」 제15조 제2항 참조).
853) 「하원 강령」 제15조 제1항.
854) 「공무원 일반법전」 L122-2조.
855) 「공무원 일반법전」 L122-3조.
856) 「공무원 일반법전」 L122-4조.
857) 「공무원 일반법전」 L122-5조.
858) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제3항.
859) 본 논문 제3장 제3절 Ⅲ. 2. (2) 참조.

사 활동, ⑦ 임명 당일이나 공직에 임명되기 전 5년 동안 선출직이나 임명직에 있었던 사실이다.[860]

4) 유럽평의회 각료위원회

유럽평의회 각료위원회는 소속 공직자가 가지는 이해관계 내용을 신고하도록 규정하고 있다. 공직자가 각료위원회에 신규로 임용이 된 때에는 이해충돌이 발생할 수 있는 내용을 신고하고, 공직에 임용이 되기 전에 미리 이해충돌을 해소할 것을 요구하고 있다.[861] 공직자가 공직에 임용된 후에도 직무수행 중 사익이 공적 직무에 영향을 미칠 가능성이 있다고 판단되면 당해 이해충돌을 정기적으로 신고하도록 하고 있으며, 인사이동 등 직무의 변화가 있을 때마다 공직자가 가지는 이해관계의 성질과 범위를 신고하도록 하고 있다.[862]

(3) 한국의 법제

한국의 법제도 이해충돌 규범 내에 다양한 공개방식을 규정하고 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자가 직무수행[863] 중 직무관련자가 사적인

860) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제3항 제1호부터 제9호 참조. 이 중 제6호와 제8호는 프랑스 헌법재판소에서 위헌결정을 받아 본문에 열거하지 않았다(n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013 결정 참조).

861) 「공직자 행동강령 기준」 제13조 제5항.

862) 「공직자 행동강령 기준」 제14조.

863) 인가·허가·면허·특허·승인·검사·검정·시험·인증·확인, 지정·등록, 등재·인정·증명, 신고·심사, 보호·감호, 보상 또는 이에 준하는 직무 등을 의미한다. 그 밖의 직무는 행정지도·단속·감사·조사·감독에 관계되는 직무, 병역판정검사, 징집·소집·동원에 관계되는 직무, 개인·법인·단체의 영업 등에 관한 작위 또는 부작위의 의무 부과 처분에 관계되는 직무, 조세·부담금·과태료·과징금·이행강제금 등의 조사·부과·징수 또는 취소·철회·시정명령 등 제재적 처분에 관계되는 직무, 보조금·장려금·출연금·출자금·교부금·기금의 배정·지급·처분·관리에 관계되는 직무, 공사·용역 또는 물품 등의 조달·구매의 계약·검사·검

이해관계가 있는 자임을 알게 된 때 소속 기관장에게 그 사실을 서면으로 신고하도록 하고 있다.[864] 그리고 부동산을 직접 취급하는 공공기관[865] 소속의 공직자는[866] 공공기관의 업무와 관련한 부동산을 보유·매수하는 경우 소속 기관장에게 신고하여야 한다.[867] 그 밖의 공직자는 만일 소속 공공기관이 부동산 개발 업무를 하는 때에, 관련 부동산을 보유·매수하는 경우 소속 기관장에게 신고하여야 한다.[868] 공직자가 직무관련자와 금전, 유가증권, 부동산 등을 거래한 경우, 이를 신고하여야 하며,[869] 퇴직공직자와 사적인 접촉을 하면 이를 신고하여야 한다.[870] 한편 고위공직자는 공직에 임용되거나 임기를 개시하기 전 3년 동안 민간 부문의 활동 내용을[871] 소속 기관장에게

수에 관계되는 직무, 사건의 수사·재판·심판·결정·조정·중재·화해 또는 이에 준하는 직무, 공공기관의 재화 또는 용역의 매각·교환·사용·수익·점유에 관계되는 직무, 공직자의 채용·승진·전보·상벌·평가에 관계되는 직무, 공공기관이 실시하는 행정감사에 관계되는 직무, 각급 국립·공립 학교의 입학·성적·수행평가에 관계되는 직무, 공공기관이 주관하는 각종 수상, 포상, 우수기관 선정, 우수자 선발에 관계되는 직무, 공공기관이 실시하는 각종 평가·판정에 관계되는 직무, 국회의원 또는 지방의회의원의 소관 위원회 활동과 관련된 청문, 의안·청원 심사, 국정감사, 지방자치단체의 행정사무감사, 국정조사, 지방자치단체의 행정사무조사와 관계되는 직무, 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 직무이다(「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항 각호 참조).

864) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제5조 제1항. 공직자는 소속 기관장에게 신고와 함께 해당 직무에서 회피할 의무도 있다. 즉 이해충돌의 공개와 약화가 혼용된 방식으로 볼 수 있다.

865) 해당 공공기관은 ① 「한국토지주택공사법」에 따른 한국토지주택공사, ② 「새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법」 제36조의2에 따른 새만금개발공사, ③ 「지방공기업법」 제2조 제1항 제7호 또는 제8호의 사업을 경영하는 지방공사 또는 지방공단으로서 국민권익위원회가 고시하는 기관을 의미한다(「공직자의 이해충돌방지법 시행령」 제6조 참조).

866) 공직자의 배우자, 생계를 같이하는 직계존속이나 직계비속을 포함한다.

867) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제6조 제1항.

868) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제6조 제2항.

869) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제9조.

870) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제15조. 사적인 접촉은 골프, 여행, 사행성 오락을 같이하는 행위를 의미한다.

871) 활동 내용은 재직하였던 법인·단체 등과 그 업무 내용, 대리, 고문·자문 등을

제출하여야 하고.[872] 소속 기관장은 해당 내용을 공개할 수 있다.[873]

「공직자윤리법」은 공직자가 외국이나 외국인으로부터 선물을[874] 받은 때에 소속 기관장에게 이를 신고하고 인도하도록 하고 있다.[875] 부동산 관련 업무를 취급하는 부서의 공직자는 국가기관의 장,[876] 지자체장, 공직유관단체의 장에 의하여 부동산 취득을 제한받을 수 있다. 다만 공직자가 상속이나 불가피하게 부동산을 취득하는 경우,[877] 이를 신고하여야 한다.[878]

이해충돌 규범 외에도 이해충돌 사안을 공개하도록 하는 개별 규범이 있다. 한국은 징병제 국가로 공직자, 특히 고위공직자나 그 자녀의 병역의무 이행 여부를 매우 민감한 문제로 인식하고 있다. 1998년 대통령 선거를 앞두고 병역 비리가 큰 사회적 문제로 대두되자, 고위공직자나 그 직계비속에 관한 병역사항의 신고·공개를 제도화하여 공직을 이용한 부패를 방지할 목적으로 1999년 5월 24일 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」이 제정되었다.[879] 해당 법률은 제정 당시 수범자가 1급 이상 고위공직자로 병역사항만을 관보에 공개하도록 하였으나, 2004년 법률의 개정을 통하여 4

한 경우 그 업무 내용, 관리·운영하였던 사업 또는 영리 행위의 내용이 포함된다(「공직자의 이해충돌 방지법」 제8조 제1항 참조).

872) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제8조 제1항, 제2항.

873) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제8조 제4항.

874) 선물은 그 선물 수령 당시 증정한 국가 또는 외국인이 속한 국가의 시가로 100달러(미국) 이상이거나 10만 원 이상인 선물로 한다(「공직자윤리법 시행령」 제28조 제1항).

875) 「공직자윤리법」 제15조 참조. 받은 선물은 신고 즉시 국가나 지방자치단체로 귀속된다(「공직자윤리법」 제16조 제1항 참조).

876) 국회는 국회 사무총장, 법원은 법원행정처장, 헌법재판소는 헌법재판소사무처장, 중앙선거관리위원회는 중앙선거관리위원회 사무총장을 말한다.

877) ① 증여나 유증을 통하여 부동산을 취득하는 경우, ② 담보권 행사나 대물변제의 수령 등으로 부동산을 취득하는 경우, ③ 근무·취학 또는 결혼 등 일상생활을 영위하는 데 반드시 필요한 부동산을 취득하는 경우로서 업무 관련 정보를 사적 이익을 위하여 부당하게 이용한 것이 아니라고 인정되는 경우를 말한다(「공직자윤리법 시행령」 제27조의14 제2항 각호).

878) 「공직자윤리법」 제14조의16. 종래 주식에 관해서만 적용하던 것을 소위 LH 사태를 계기로 부동산 취득까지 그 범위를 확장했다.

879) 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」 제정이유 참조.

급 이상 공직자로 수범자를 확대하였고, 공개내용도 질병명, 병역처분 내용, 공개방식도 관보 외에 인터넷을 포함하도록 하였다. 그러나 4급 이상 공무원의 질병명에 관한 부분의 공개는 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라,[880] 공직자가 질병명, 심신장애 내용, 처분 사유의 비공개를 요구할 수 있도록 제도가 개선되었다.[881] 해당 법률은 공직자가 병역면제라는 사익을 추구하기 위하여 공적 지위를 남용하는지를 병역처분 전후로 확인·감시하는 이해충돌 규제의 대표적인 공개방식이라고 평가할 수 있다.

제4절 시사점

I. 도입

지금까지 이해충돌 규제를 어떠한 방식으로 분류할 것인지에 대한 논의로부터 도출된 제거방식, 약화방식, 공개방식의 선택과 해당 기준에 따른 개별 국가의 이해충돌 규제를 살펴보았다. 개별 이해충돌 규제는 때에 따라서 이러한 분류기준과 아귀가 완전히 들어맞지 않을 수도 있으나, 대체로 이 세 가지 분류방식으로 설명할 수 있고 이는 한국의 규제를 설명할 때도 마찬가지이다.

개별 국가의 구체적 규제내용은 한국의 법제가 수용할 수 있는 몇 가지 시사점을 제시해 준다. 우선 한국 법제의 중복규제 문제를 살펴본다. 이는 제2장의 시사점에서 살펴본 규범의 통합 문제나 주무 부처의 일원화와 관련한 쟁점과 맥을 같이한다. 다음으로 제거방식의 대표적인 제도인 매각과 백지신탁 제도에서 금액 기준의 재설정 문제에 대해서 짚어본다. 그리고 현행 「공직자 이해충돌 방지법」상의 가족 채용 제한제도와 수의계약 체결 제한제

880) 헌법재판소 전원재판부 2007. 5. 31.자 2005헌마1139 결정 참조. 판시내용의 요약은 주 786 참조.

881) 「공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」 제8조 제3항.

도의 문제점과 「공직자윤리법」상의 재산등록제도의 한계와 개선점에 대해서도 아울러 살펴본다.

II. 중복규제의 해소

1. 비교법적 분석

공법학에서 제도를 설계할 때, 유사한 규제라도 그 목적이 다르면 비록 피규제자의 입장에서는 동일하다고 느끼더라도 중복된 규제가 불가피한 면이 있다. 그러나 이러한 이유가 아니라면 중복규제는 법질서의 통일성, 행정의 대국민에 대한 단일성, 법적 안전성을 저해하여 일사부재리 원칙, 비례원칙, 적법절차 원칙 등과 같은 법치주의의 제원리에 반할 우려가 있으므로, 특정한 제도를 설계하고 운용하는 과정에서 반드시 점검해야 할 과제라고 볼 수 있다.[882] 중복규제는 대개 규제기관이 복수일 때 문제가 되는데, 넓은 의미의 중복규제는 하나의 대상·행위에 대한 여러 기관에 의한 복수의 규제가 중첩되는 것을 의미하며, 좁은 의미의 중복규제는 하나의 대상·행위에 대한 동일·유사한 목적과 내용을 지닌 규제가 서로 다른 규제기관에 의해 중첩적으로 이루어지는 경우를 의미한다.[883] 중복규제의 해소 방안이 논의되는 것은 대체로 후자의 경우, 즉 좁은 의미의 중복규제가 문제 될 때 발생한다고 한다.[884]

이해충돌 규제는 공익목적의 달성을 위하여 국가가 사회적 과정에 개입하는 사회규제의 일종으로서 공직자를 수범자로 하여 공적영역에서 직무 활동으로 발생하는 부패 예방을 주된 목적으로 제재가 가해지는 특징이 있다. 비록 수범자가 공직자라는 특수성을 가진다고 하더라도 규제를 통하여 궁극적

882) 이승민, “온라인 플랫폼에 대한 중복규제 방지 방안”, 한국경쟁법학회, 2022, 4면 참조.
883) 이승민, 앞의 논문(주 883), 12-13면. 이에 더하여 중복규제의 의의, 유형, 발생원인에 관한 자세한 설명으로는 같은 논문 12-25면 참조.
884) 이승민, 앞의 논문(주 883), 13면.

으로 초래하는 결과는 공직자가 국민의 지위에서 향유할 수 있는 기본적인 사익 추구의 권리를 제한하는 효과를 가진다. 그러므로 중복규제가 가지는 법질서의 통일성, 법적 안정성의 훼손을 비롯한 불합리의 해소는 이해충돌 규제를 위한 제도설계 과정과 무관하지 않으며 꼭 점검되어야 할 과제라고 볼 수 있다.

이와 같은 이유로 외국 법제도 이해충돌 규제 제도를 설계할 때 중복규제의 문제를 고려하고 있다. 미국은 이해충돌 규제를 포함한 공직자 윤리업무 전반을 총괄하는 정부윤리청에서 「정부윤리법」, 「윤리개혁법」, 「연방 규정」을 포함한 윤리 규범을 관장한다.[885] 정부윤리청의 전신은 1978년 「정부윤리법」에 따라 설립된 연방의 인사관리국(Office of Personal Management)에 소속된 하나의 기관에 불과하였으나, 1989년 「윤리개혁법」 제정으로 독립기관의 지위를 가지게 된다.[886] 정부윤리청은 기관의 직무상 목적을 정부의 의사결정, 즉 공직자의 의사결정이 재정적 편향(financial bias)으로 인하여 발생하는 이해충돌로 왜곡되는 현상을 막는 데 있음을 분명히 밝히고 있다.[887] 이에 따라 정부윤리청은 이해충돌 규범을 포함한 부패 발생의 사전 예방을 주된 목적으로 제정된 윤리 규범의 제정과 유권해석, 각 행정부를 담당하는 윤리담당관의 지원·교육, 관리자급 고위직 공직자의 윤리적 공약의 준수 모니터링, 공직자의 각종 윤리 프로그램 준수 확인 등의 업무를 수행하고 있다.[888] 정부윤리청은 이와 같은 직무수행을 통하여 이해충돌 규범의 제·개정과 유권해석 권한을 총괄하고 규범의 위반행위 판단을 위한 기준을 제시함으로써 행정부나 법무부 등의 원활한 수사나 감사가 이루어지도록 하여 형사·민사·행정적 강제의 원활한 이행에 도움을 주고 있다.[889]

---

885) 정부윤리청은 단순히 이해충돌 규제만을 담당하는 것이 아니라 공직자의 윤리교육과 관리자와 직원들 사이의 갈등 예방 등 직원윤리와 관련된 다양한 직무를 수행하는 기관이다. 관련 내용은 나채준, 앞의 글(주 177), 45-46면 참조.

886) 나채준, 앞의 글(주 177), 45-46면 참조.

887) 정부윤리청 홈페이지 https://www.oge.gov/web/oge.nsf/about_what-we-do (2022. 12. 28. 방문) 참조.

888) U.S. Office of Government Ethics, OGE Agency Profile, 2020, p. 8. 참조.

889) U.S. Office of Government Ethics, 앞의 책(주 889), p. 6. 참조.

미국은 윤리 규범의 총괄 기관인 정부윤리청을 통한 일원화된 이해충돌 규범의 제·개정작업과 유권해석을 통하여 중복규제를 최소화하고 있다. 가령 「윤리개혁법」은 「정부윤리법」의 규제를 큰 틀의 변화 없이 승계하였으며, 새로운 규범의 제정으로 불필요하게 된 「정부윤리법」의 내용을 삭제하였다. 그뿐 아니라 「윤리개혁법」은 기존 「연방 법전」에서 규율하고 있는 이해충돌 규제를 그대로 인용하면서 일부 내용을 개정하는 방식을 취함으로써 같은 목적을 위하여 규율하고 있는 중복된 내용의 규제를 최소화하고 있다고 평가할 수 있다.[890]

프랑스의 이해충돌 규제는 종래 1993년 「부패방지 및 경제생활과 공적 절차의 투명성에 관한 법률」에 근거하여 설치된 공직윤리위원회와 2013년 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」에 근거하여 설치된 독립기관인 고등사무국으로 이원화되어 있었다.[891] 공직윤리위원회는 1993년 총리 산하에 설치된 기관으로,[892] 공직자가 공직을 그만두고 민간에 취업하거나 회사를 인수하는 경우, 회사에서 수행하는 공직자의 활동이 종전의 직무와 관련성이 있는지를 심사하였다.[893] 반면 고등사무국은 2013년 출범 초부터 공직자의 재산공개제도와 이해관계공개제도를 관장하고 있다. 두 기관은 같은 목적인 이해충돌 규제의 부분적 기능을 별도로 수행하다가 2019년 「공직 개혁법」의 제정에 따라 기존 공직윤리위원회의 퇴직공직자 취업 심사 업무를 고등사무국이 이전받아 2020년 2월 1일부터 수행하게 되었고 이는 2021년 제정된 「공무원 일반법전」을 근거로 현재까지 이어지고 있다.[894] 이로써 프랑스는 이해충돌

890) 관련 내용은 본 논문 제4장 제3절 Ⅱ. 1. 참조.
891) 프랑스 부패방지 기관에 관한 자세한 설명은, 전훈, “프랑스에서의 부패방지 법제”, 강원법학 제47권, 2016, 76-81면 참조.
892) 「부패방지 및 경제생활과 공적 절차의 투명성에 관한 법률」 제87조 참조. 동 규정은 「공직윤리와 공무원의 권리 및 의무에 관한 법률」 제10조에 따라 삭제되었으나, 같은 규정에서 윤리위원회가 총리 산하기관임을 밝히고 있다.
893) 프랑스 공직사회에 만연한 소위 팡토플라쥬(pantouflage)를 규제하기 위한 기관으로 한국은 공직자윤리위원회가 퇴직공직자 취업·활동 제한을 심사하고 있다.
894) 「공무원 일반법전」 L124-10조 참조.

규제를 주된 목적으로 마련한 퇴직공직자의 취업·활동 제한과 공직자의 재산공개제도, 이해관계공개제도를 고등사무국이 주관하게 되었다. 그리고 프랑스는 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」과 「공무원 일반법전」의 이해충돌 규제목적의 여러 제도가 중첩되지 않게 함으로써 중복규제 문제를 최소화하고 있다.

캐나다는 2006년 제정된 「연방책임법」에 근거하여[895] 연방 공직자의 이해충돌을 규율하기 위하여 제정된 「이해충돌법」과 「연방의회법」에 근거하여 하원의원의 이해충돌을 규율하기 위하여 제정된 「하원 강령」을 관할하는 독립기관으로 '이해충돌 및 윤리위원회'를 설치하고 그 권한을 윤리위원장에게 부여하였다.[896] 윤리위원회는 「이해충돌법」과 「하원 강령」에 관한 규제의 적용과 해석지침을 제공하고 있으며, 공직자에게 이해충돌 관련 교육과 정보제공을 포함한 조언을 하고 있다. 그뿐만 아니라 해당 규범을 위반한 공직자에 대해서는 위반행위 조사와 함께 그에 대응한 제재를 가하고 있다. 한편, 「연방의회법」에 근거하여 설치된 '상원 윤리위원회'는 상원의원의 이해충돌을 규율하는 「상원 강령」을 관할하고 있는 상원으로부터 독립된 별도의 기관이다.[897] 상원 윤리위원회는 「상원 강령」의 적용과 해석을 담당하며 당파를 떠나 상원의원에게 이해충돌과 관련된 적절한 상담과 조언을 하고 있다.[898]

캐나다는 공직자의 이해충돌을 규제하기 위한 독자적인 두 개의 위원회를 설치하여 운용하고 있다. 이것은 전통적으로 하나의 총괄 기관을 통해 이해충돌 규제를 담당하는 미국이나 이해충돌 규제기관의 관할 조정을 통한 기관의 일원화 시도를 경험한 프랑스와는 다른 구조라고 평가할 수 있다. 다만 캐나다가 이해충돌 규제를 위한 중복된 기관을 설치하고 있다고 하더라도, 「이해충돌법」, 「하원 강령」, 「상원 강령」이 수범자가 분리된 별도의 규범으로 이해충돌 규제를 위한 독자적 기능을 하도록 함으로써 규제의 중복 적용을

895) 「연방책임법」 제2조 및 제3조 제6항.
896) 「연방의회법」 제86조 제1항.
897) 「연방의회법」 제20.1조 및 제20.5조 제1항 참조.
898) https://seo-cse.sencanada.ca/en/about-us/mandate/opinions-and-advice/ (2023. 1. 4. 방문) 참조.

피하고 있다.

2. 한국 법제에 주는 시사점

한국의 이해충돌 법제는 크게 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」 두 법률로 대표되고 각각의 법률의 관할 부처가 다름은 앞서 살펴보았다.[899] 입법론적으로 이러한 방식이 바람직한지 논하는 것은 차치하더라도,[900] 종래 프랑스와 같이 각각의 관할 부처가 이해충돌 규제를 분점하여 부분적 기능을 별도로 수행하는 일은 가능하다고 본다. 다만 한국 법제의 각 규범은 이해충돌 규제를 위한 같은 목적을 위하여 제정되었으므로,[901] 같은 내용을 중복하여 규제하는 일은 되도록 피하는 게 바람직하다고 본다. 그러나 규제 중에는 부처의 주도로 제출된 법안이 각 규범 내에 중복적으로 반영되어 수범자에 대한 중복규제의 위험이 없지 않거나,[902] 해당 규범이 아닌 다른 규범에 들어가는 게 타당해 보이는 규제도 찾아볼 수 있다.

「공직자윤리법」은 부동산에 대한 정보를 획득하거나 이와 관련된 업무를 수행하는 공직자가 상속, 증여, 유증, 담보권 행사, 대물변제, 근무, 취학, 결혼, 관련 정보를 이용하지 않은 부동산을 취득한 때에 기관장에게 신고하도록 하고 있다[903]. 해당 규제의 신고 요건은 그 범위가 너무 넓어,[904] 관련된

---

899) 제2장 제5절 Ⅱ. 참조.

900) 소관 부처를 이원화함으로써 발생할 수 있는 단점에 대해서는 제2장 제5절 Ⅱ. 내용 참조.

901) 「공직자윤리법」 제1조, 「공직자의 이해충돌 방지법」 제1조의 목적 조항 참조.

902) 이러한 현상은 특히 이해충돌과 관련한 부패의 문제가 사회적으로 큰 파장을 일으킬 때 발생할 수 있다. 2021년 초에 발생한 한국토지주택공사 직원들의 미공개정보를 이용한 집단 부동산 투기행위, 소위 LH 사태는 이해충돌이 부패 발생의 원인이 되는 과정을 잘 보여주는 사례라고 볼 수 있다. 이 사건을 계기로 당시 사회적 파장과 함께 제도 개선을 위한 입법들이 다수 이뤄지는데, 개중에는 중복규제가 문제 되는 내용이 존재한다.

903) 「공직자윤리법」 제14조의16 제1항, 「공직자윤리법 시행령」 제27조의14 제2항.

904) 해당 요건 중 '관련 정보를 이용하지 않은 부동산 취득'은 너무 넓은 요건에 해당하여 앞서 열거된 요건들을 거의 무색하게 만든다.

업무를 수행하는 공직자이기만 하면 대부분의 부동산 취득은 기관장에게 신고해야 할 것으로 보인다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 부동산을 직접적으로 취급하는 공공기관의 공직자가 소속 공공기관의 업무와 관련된 부동산을 보유하고 있거나 매수하는 때에는 소속 기관장에게 서면으로 신고하도록 하고 있다.[905] 해당 규제의 요건은 공직자가 공공기관 업무와 관련된 부동산을 취득하는 방법을 구체적으로 제시하고 있지 않으므로, 공직자의 업무와 관련된 부동산이기만 하면 원칙적으로 신고해야 한다. 그런데 만일 택지개발 지정업무를 수행하는 한국토지주택공사 소속 직원 甲이 소속 부서가 지정한 택지개발지구 내에 자녀 취학을 목적으로 아파트를 매수했다고 가정하면, 甲은 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」의 관련 규제를 동시에 적용받을 것이다. 이는 부동산 관련 업무를 수행하는 공직자의 내부정보를 이용한 부동산 취득행위를 규제하기 위한 똑같은 목적의 중복규제에 해당한다고 볼 수 있다.

중복규제사항은 아니지만, 법률과 부처를 이원화함으로 발생하는 또 다른 문제점으로 해당 규범에 적합하지 않은 규제가 들어감으로써 제도의 실효성을 확보할 기회를 놓치게 된다는 점이다. 「공직자의 이해충돌 방지법」의 고위공직자에 대한 민간업무 활동 내용 신고제도는 현직공직자의 과거 이해관계를 신고하는 제도라고 볼 수 있다. 해당 제도는 공개방식의 이해충돌 규제방식으로 공직자의 이해충돌 발생 가능성을 사전에 파악함으로써 향후 공적 의사결정의 왜곡을 감시·방지하는 제도이다. 이와 관련하여 「공직자윤리법」은 일찍이 재산공개제도를 마련하여 상당한 수준에서 정비된 운용을 하고 있었으므로 유사한 규제의 도입에 따른 실효성을 담보할 수 있었다. 그러나 이 제도는 「공직자의 이해충돌 방지법」에 규정됨으로써 세부 운용 방식에 관한 새로운 체계를 세워야 하는 부담을 안게 되었다.[906] 해당 규제를 프랑스의 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」이 마련한 방법과 같이 재산공개제

905) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제6조 제1항.

906) 현재 국민권익위원회 주관 하에 운용하고 있는 해당 제도는 실무적으로 공직자의 형식적 신고에 그치고 있다. 제3장 제4절 Ⅴ의 내용 참조.

도와 함께 규율하는 게 어땠을까 하는 아쉬움이 남는다.

비교법적으로 한국은 중복규제 위험과 규범의 정합성과 실효성을 떨어뜨리는 요인을 구조적으로 가지는 법제라고 볼 수 있다. 이것은 두 개의 독립된 기관이 같은 목적의 규제를 각자 부분적으로 수행함으로써 발생하는 문제이다. 이에 대한 바람직한 방안이 무엇인지 숙의가 필요하겠지만 적어도 현행 법제가 안고 있는 중복규제는 시급히 정비되어야 할 것이다.

III. 매각·백지신탁 요건의 재설정

1. 비교법적 분석

이해충돌 발생을 방지하기 위하여 공직자의 재산매각이나 백지신탁 제도를 설계할 때 우선 고려해야 할 요건은 공직자가 소유하는 재산과 수행하는 직무 사이의 관련성 존재 여부라고 볼 수 있다. 공직자가 수행하는 직무와 아무런 관련이 없는 재산의 매각이나 백지신탁은 이해충돌 방지를 위한 효과를 전혀 거둘 수 없으며 공직자의 재산권을 침해할 우려만 키울 뿐이다.[907] 재산과 직무 사이의 관련성은 다양한 요소에 의하여 결정될 수 있으나 공직자가 소유재산에 관한 의사결정을 내릴 수 있는지, 재산과 관련된 기업 등 이해관계인에게 영향을 미칠 수 있는지가 가장 핵심적인 심사 요소라고 볼 수 있다. 공직자가 소유하는 재산의 가치가 얼마인지는 직무 관련성과 직접적인 관계가 없으며,[908] 단지 공직자가 의사결정의 영향력을 행사할 것인지 그 가능성을 가늠하는 부차적 기준에 해당한다. 공직자 재산에 대한 매각이나 백지신탁 제도를 마련하고 있는 법제는 대체로 이러한 인식을 토대로 제도를 설계하고 있다.

미국은 공직자에게 소득과 재산을 신고하도록 하고 신고내용이 이해충돌

907) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), pp. 237-238 참조.
908) 공직자가 소유하는 재산의 가치가 아주 작더라도 직무와 관련성 자체를 부정하기는 힘들다.

로 발생하는 법률 위반의 소지가 있다고 판단되는 때에는 재산을 매각하거나 백지신탁을 하도록 하고 있다.[909] 공직자가 신고해야 하는 소득의 기준 금액은 매우 낮게 설정되어 있으며 신고 대상인 재산의 기준 금액도 그 하한을 열어두고 있다.[910] 따라서 공직자가 소유하는 재산과 수행하는 직무 사이에 이해충돌이 발생할 가능성이 있다면 직무 관련성을 인정하는 데에 재산의 금액의 다과는 결정적인 요소가 아니다. 이에 따라 「연방 규정」은 공직자가 윤리담당관에게 재산매각 증명서를 요청하는 경우, 「연방 법전」 제208조를 포함한 법률 위반사항 유무에 대한 의견서를 제출하도록 하고 있는데, 「연방 법전」 제208조는 공직자의 의사결정이 이해충돌로 왜곡되는 경우를 규정하고 있을 뿐 재산이 일정 금액 이상일 것을 요구하고 있지는 않다. 이러한 재산의 매각제도의 요건은 기본적으로 백지신탁 제도에 있어서도 마찬가지라고 볼 수 있다.[911] 다만 미국의 백지신탁 제도는 수탁기관에 신탁재산이 처분되거나 1천 달러 이하가 되면 공직자와 정부윤리청에 통보하도록 하고, 그때까지 백지신탁 제도가 유지되므로 백지신탁의 기준 금액은 1천 달러로 보아도 큰 무리는 없을 것으로 판단된다.[912]

캐나다 또한 재산매각 제도나 백지신탁 제도를 적용할 때 공직자가 소유하는 재산과 직무 사이의 관련성, 즉 이해충돌의 발생 가능성을 일차적 요소로 고려하고 있다. 「이해충돌법」은 유가증권이나 투기성 있는 공직자의 재산을 관리재산으로 규정하면서,[913] 관리재산이 정부의 의사결정이나 정책에 직간접적인 영향을 받는 재산임을 명시적으로 규정하고 있다.[914] 「이해충돌법」에 열거된 관리재산은 기준 금액이 없고 공직자는 공직에 임명된 이후 의무

---

909) 「정부윤리법」 제206조 (b) (3), 「윤리개혁법」 제202조 참조.
910) 「정부윤리법」은 소득 기준 금액을 100달러로 정하였으며, 「윤리개혁법」은 동 금액을 200달러로 개정하였다. 재산 신고 기준 금액의 하한에는 제한이 없다(「정부윤리법」 제202조 (a) (1) (B), 제202조 (d) (1), 「윤리개혁법」 제202조 참조).
911) 「5 C.F.R.」 §2634.403 (a) (2) 참조.
912) 「정부윤리법」 제202조 (f) (3) (C) (iii), 「윤리개혁법」 제202조 참조.
913) 「이해충돌법」 제20조. 동 조항은 열거된 관리재산이 예시 규정에 해당함을 밝히고 있다.
914) 「이해충돌법」 제20조.

적으로 관리재산을 매각하거나 백지신탁을 하여야 하므로 재산의 기준 금액은 직무 관련성 판단에 일차적 요소가 아니다. 다만, 윤리위원장은 공직자가 소유하는 재산 가치가 낮아 직무와 이해충돌을 일으킬 가능성이 없다고 판단하는 때, 장관과 정무차관을 제외한 공직자에 한해서는 매각을 면제할 수 있도록 하고 있다.[915] 여기서 면제 대상이 되는 기준 금액은 법에 명시적으로 제시되어 있지는 않아 윤리위원장의 주관적 판단에 맡겨져 있으나 통상 30,000 캐나다 달러[916] 수준에서 결정되는 것으로 판단된다.[917]

이처럼 재산매각과 백지신탁 제도가 상당한 수준으로 정착된 미국과 캐나다 법제는 공직자의 재산과 직무 사이의 관련성을 우선적 요건으로 고려하고 있으며, 재산의 금액은 직무 관련성을 판단하는 부차적 요소나 종속 요건으로 심사한다. 해당 법제의 제도 운용은 소액의 재산이라도 공직자의 의사결정을 왜곡시킬 가능성이 있다는 점을 참작한 것으로 볼 수 있으며 이해충돌 발생 소지를 애초 차단하고자 하는 제거방식의 취지에 충실한 체계라고 판단된다.

2. 한국 법제에 주는 시사점

비교법적으로 볼 때 한국 법제는 미국과 캐나다 법제와 달리 재산매각 제도나 백지신탁 제도의 적용 요건을 독특한 구조로 설계하여 운용하고 있다. 「공직자윤리법」은 제도의 도입 당시부터 주식의 기준 금액을 제도의 진입장벽으로 설정하였고 이에 따라 소관 부처는 실무적으로 공직자가 소유한 주식이 해당 기준 금액을 넘는 때에만 제도를 적용하는 것으로 보인다.[918] 주

915) 「이해충돌법」 제27조 제10항. 따라서 장관과 정무차관은 금액과 상관없이 관리재산을 매각하여야 한다.

916) 2023. 1. 2. 환율 기준 한화 약 2천7백9십3만 원에 해당한다.

917) 「이해충돌법」의 주무 부처인 '이해충돌 및 윤리위원회' 홈페이지에 소개된 내용이다. https://ciec-ccie.parl.gc.ca/en/rules-reglements/Pages/CategoriesAssets-CategoriesBiens.aspx (2023. 1. 2. 방문) 참조.

918) 행정자치부, 앞의 글(주 521), 167면 참조. 진입장벽이 되는 기준 금액은 3천만 원이다.

식과 공직자의 직무 사이의 관련성 심사는 재산매각이나 백지신탁을 면하고자 하는 공직자가 주식백지신탁 심사위원회에 청구할 때 결정받도록 하고 있다. 이러한 법제에 따르면 공직자는 현행 기준 금액인 3천만 원 미만으로 주식을 보유하기만 하면 직무 관련성 여부를 떠나 주식 보유가 가능해진다. 그뿐 아니라 공직자가 보유한 주식이 3천만 원을 초과하고 일정 기간 내[919] 심사청구를 하지 않으면 직무 관련성 존재 여부를 불문하고 주식을 매각하거나 백지신탁 하여야 한다. 이러한 운용은 직무 관련성의 판단을 부차적 요소로 고려하여 이해충돌 규제 제도의 취지를 퇴색시킬 수 있는 본말이 전도된 매우 의아한 방식으로 보인다.

공직자가 소관 직무와 관련이 있는 주식을 3천만 원 미만으로 소유하고 있으면 공적 의사결정이 왜곡되지 않는 것인가? 공직자의 의사결정이 왜곡되지 않는다고 하더라도 의사결정의 외관으로부터 오는 공정성의 의심은 한국 사회에서 용인이 가능한 것인가? 공직자가 직무 관련성 없는 주식을 3천만 원을 초과하여 소유하고 있다고 하여, 단지 직무 관련성 심사청구를 하지 않았다는 이유로 재산권의 존속 보장을 박탈하는 것은 과연 온당한 것인가? 현행 법제로부터는 이러한 의문에 대한 타당한 답을 끌어내기가 힘들다.

이것은 한국의 법제가 직무 관련성을 제도 적용의 우선적 요건으로 고려하지 않고 부차적 요건으로 규정하고 있어 발생하는 문제이다. 따라서 공직자의 재산을 매각하거나 백지신탁을 함에 있어서 직무 관련성 요건을 미국이나 캐나다 법제와 같이 일차적 요건으로 고려하되 주식의 금액은 부차적인 요건으로 전환할 필요가 있다. 이를 위하여 현행 「공직자윤리법」에서 설계된 제도의 진입단계에 놓인 기준 금액을 폐지하거나 직무 관련성 요건의 부차적 고려 요소로 뒤로 물리는 개정작업이 필요하다고 본다. 이러한 작업이 급진적으로 보인다면, 현행 법제의 주식 기준 금액을 낮추고 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 심사를 필수적 절차로 전환하는 것도 방안이 될 수 있다. 공직자의 공적인 의사결정은 소유재산 금액과 상관없이 왜곡될 수 있으며, 이러한 이해충돌로 왜곡될 의사결정을 막아내는 것이 재산매각

919) 「공직자윤리법」은 금액 초과 후 2개월로 정하고 있다(제14조의5 제6항).

제도나 백지신탁 제도가 추구하는 최우선의 목표임을 잊어서는 안 될 것이다.

IV. 가족 채용·사적 계약 금지의 개선

1. 비교법적 분석

공공기관이 공직자의 가족을 채용하거나 공직자와 사적인 계약을 체결하는 행위가 곧바로 부패를 의미하지는 않는다. 공공기관이 채용하고자 하는 공직자의 가족이 자격요건을 충분히 갖추고 있거나 공직자가 사적 계약의 당사자로서 계약조건을 충족하고 있다면, 공익 훼손의 결과는 실제로 발생하지 않을 것이다. 그러나 가족 채용과 사적 계약을 체결하는 과정에서 공직자가 직권을 남용되는 사례나 부정한 금품이 오고 가는 사례를 쉽게 접하게 된다. 비록 이러한 일이 발생하지 않는다고 하더라도 공공기관이 소속 공직자의 가족을 채용하였다는 사실, 공공기관이 공직자와 사적 계약을 체결하였다는 사실 자체를 사회·문화적으로 용인하기 어려운 국가들이 존재한다. 이러한 점에서 가족 채용이나 사적 계약의 제한과 같은 이해충돌 규제는 개별 국가의 고유한 특징이 두드러지게 나타나는 제도라고 볼 수 있다.

외국 법제를 보면 공직자가 가족을 채용하는 행위를 직접적으로 규율하는 내용을 찾기는 힘드나 공직자의 재산상 이익과 결부된 특정한 의사결정에 관여하는 행위는 쉽게 찾아볼 수 있다. 미국은 「연방 규정」에서 공직자가 금전적 이익이 결부된 특정 사안의 의사결정에 참여하는 것을 금지하고 있고 이러한 행위에는 법적인 계약이 포함된다.[920] 그리고 공직자가 사업적으로 이해충돌에 놓이는 때에는 의사결정에 참여하는 행위를 금지하고 있다.[921] 영국 또한 공직자가 공공기관과 사적 계약을 체결할 때는 상관의 승인을 얻도록 함으로써 해당 절차에 공직자가 관여하지 못하도록 하고 있다. 상관의

920) 「5 C.F.R.」 §2635.402(3)), §2635.402(4).
921) 「5 C.F.R.」 §2635.502.

승인이 없는 한 공직자는 공공기관과 원칙적으로 사적 계약을 체결할 수 없다.[922] 캐나다 또한 윤리위원장이 공직자의 직무수행에 영향이 없고 이해충돌이 발생하지 않는다고 별도로 승인하지 않는 한, 공직자가 공공기관과 사적 계약을 체결하지 못하도록 하고 있다.[923] 상원의원과 하원의원에 대해서도 유사한 기준에 의해서 사적 계약 체결행위를 제한하고 있다.[924]

공직자가 가족을 채용하거나 공공기관과 사적인 계약을 체결하는 행위는 부패 발생의 개연성이 있고 부패가 발생하지 않더라도 공직자가 의사결정에 참여함으로써 그 외관으로부터 오는 불공정성을 일반인이 용인하기 어렵기 때문에 도입된 제도이다. 따라서 이해충돌로 야기되는 외관의 제거도 제도의 중요한 목적이라고 평가할 수 있다.

2. 한국 법제에 주는 시사점

한국 법제는 이해충돌 규제를 위한 약화방식의 하나로 공직자의 특정한 행위가 부패에 해당한다고 보기는 어렵지만, 공직자가 공적 의사결정에 참여하는 것 자체를 규범으로 제한하는 제도들이 존재한다. 대표적으로 공공기관이 공직자의 가족 채용을 제한하는 제도와 공공기관이 공직자와 사적 계약을 체결하는 행위를 제한하는 제도를 들 수 있다.[925]

한국은 다른 나라와 달리 가족 채용 제한제도를 법률에 명시적으로 마련하고 있는데, 이는 한국에서 해방 후 현재까지 공직자의 영향력 행사를 통한 부정한 방법으로 가족을 채용하는 사례가 많았고 이에 따라 형성된 공직자의 가족 채용에 대한 사회·문화적 부정적 인식이 매우 크기 때문으로 보인다. 이러한 점에서 한국에서 공직자의 가족 채용은 공직자의 위법행위 개입 여부를 떠나 그 외관으로부터 오는 불공정성을 더 이상 용인하기 힘든 정도에 이르렀다고 볼 수 있으며 이러한 문제를 해소하려는 방편으로 해당 제도

922) 「공무원 관리강령」 제4.3.1.조.
923) 「이해충돌법」 제13조.
924) 「상원 강령」 제20조, 「하원 강령」 제16조 참조.
925) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조, 제12조 참조.

가 도입되었다고 평가할 수 있다.

한국의 가족 채용 제한제도는 채용의 행위 주체를 공공기관으로 하여, 공공기관이 공직자의 가족 채용을 원칙적으로 금지하도록 규정하고 있다. 다만 공개경쟁 채용시험과 같이 채용의 외관으로부터 오는 공정성을 담보할 수 있는 예외적인 경우, 공직자 가족을 채용할 수 있도록 하였다. 그런데 「공직자의 이해충돌 방지법」은 이외의 추가적인 예외 사유로 다수를 대상으로 채용하지는 않지만, ① 퇴직공무원을 퇴직 시 재직한 직급으로 재임용하는 경우, ② 임용 예정 직급·직위와 같은 직급·직위에서의 근무경력 요건을 충족하는 경우, ③ 국가공무원을 같은 직급·직위의 지방공무원으로, 지방공무원을 같은 직급·직위의 국가공무원으로 임용하는 경우, ④ 자격요건 충족 여부만이 요구되거나 대상자가 없어 다수를 대상으로 할 수 없는 경우에는 공직자의 가족을 채용할 수 있도록 규정하고 있다.[926] 이러한 예외 사유는 공공기관의 공직자 가족 채용 제한제도의 도입 목적을 고려하면 지나치게 넓으며, 특히 ④의 예외 사유는 의사결정권자의 주관적 판단이 개입될 수 있어 제도의 도입 취지를 몰각시킬 우려마저 있어 보인다. 현행 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 규정하고 있는 예외 사유 중 채용의 외관으로부터 오는 공정성을 담보하는 공개채용을 그대로 두되 나머지 예외 사유는 삭제하는 방향으로 개정이 이루어져야 할 것으로 보인다. 만일 이것이 어렵다면, ①, ②, ③의 내용을 기본 요건으로 하되 적어도 채용을 원하는 다수의 경쟁자가 참여할 수 있도록 하여 외관으로부터 오는 최소한의 공정성을 담보할 필요가 있다. 어느 모로 보나 ④의 예외 사유는 시급히 삭제할 필요가 있다고 판단된다.

다음으로 「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자가 공공기관의 가족 채용 의사결정을 지시·유도하거나 묵인하는 행위에 대해서 행정질서벌로 제재를 가하고 있다. 지시·유도는 공직자가 월권으로 가족 채용 과정에 관여하는 위법한 행위로 평가할 수 있으므로 공직자에게 행정적 제재를 가하는 일이 당연하다고 보인다. 그런데 묵인이 과연 어떤 의미인지가 분명치 않아 해석의

926) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제2항 제2호 가목에서 라목.

여지가 발생한다. 여기서 묵인의 의미는 지시·유도와 병렬적으로 열거됨으로서 지시·유도에 비견하는 부작위를 의미하거나 아니면 공직자가 채용 과정에 참여하였으나 아무것도 하지 않고 가만히 있었던 것으로 해석될 수 있다. 그런데 행정적 제재에 대한 법률유보의 원칙과 명확성의 원칙을 생각해 보면, 전자로 해석될 개연성이 높아 보인다. 만일 전자로 해석된다면 공직자가 가족 채용 과정에 단순 참여하는 외관만으로 공정성의 의심을 낳을 수 있다는 점에서, 제도의 도입 취지와는 거리가 멀다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 현행 조항의 '묵인'을 공직자의 가족 채용행위의 '참여' 수준으로 명확히 하는 개정방안을 고민해 볼 필요가 있으며, 이로써 이해충돌 규제의 취지를 살릴 필요가 있다고 생각한다.

한국의 법제 중 수의계약 체결 제한제도 또한 행위 주체를 공공기관으로 하고 있으며, 원칙적으로 공공기관이 공직자와 수의계약을 체결할 수 없도록 한다.[927] 다만, 예외적으로 해당 물품의 생산자가 1명뿐인 때 등 불가피한 사유가 있는 경우 공공기관은 공직자와 수의계약을 체결하는 것이 가능하다. 「공직자의 이해충돌 방지법 시행령」의 불가피한 사유는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」이나 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」에서 정하는 불가피한 사유를 차용하고 있다.[928] 해당 법

927) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제12조 제1항.

928) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」상의 불가피한 예외 사유를 보면, ① 공사와 관련하여 장래 시설물의 하자에 대한 책임 구분이 곤란한 경우로서 직전 또는 현재의 시공자와 계약하는 경우, ② 작업상 혼란이 초래될 우려가 있는 등 동일 현장에서 2인 이상의 시공자가 공사를 할 수 없는 경우로서 현재의 시공자와 계약하는 경우, ③ 마감공사와 관련하여 직전 또는 현재의 시공자와 계약하는 경우, ④ 접적지역 등 특수지역에서 시행하는 공사로서 사실상 경쟁이 가능하지 않은 경우, ⑤ 특허공법을 적용하는 공사 또는 「건설기술 진흥법」 제14조에 따라 지정·고시된 신기술, 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제7조에 따라 인증받은 신기술이나 검증받은 기술, 종전의 「전력기술관리법」(법률 제13741호로 개정되기 전의 것) 제6조의2에 따라 지정·고시된 새로운 전력기술 또는 「자연재해대책법」 제61조에 따라 지정·고시된 방재 신기술을 적용하는 공사로서 사실상 경쟁이 불가능한 경우, ⑥ 해당 물품을 제조·공급한 자가 직접 그 물품을 설치·조립 또는 정비하는 경우, ⑦ 이미 조달

령에서 정하고 있는 불가피한 사유는 물품과 기술의 대체 불가능성, 전문성, 독자성, 비호환성을 이유로 발생하는 문제를 비교적 상세하고 구체적으로 열거하고 있다는 점에서 가족 채용 제한제도와 달리 이해충돌 규제의 취지에 크게 저촉된다고 보기는 어려워 보인다. 다만, 공직자가 공공기관과 사적 계약체결에 개입하는 행위에 대한 행정적 제재를 부과하는 것은 가족 채용 금지제도와 같은 문제를 안고 있다. 따라서 '묵인'을 공직자의 '참여' 수준으로 명확히 하는 개정방안을 고민해야 한다고 본다.

V. 공개방식의 다양화 및 구체화

1. 비교법적 분석

세계 주요 국가의 법제를 살펴보면 공직자에게 이해충돌과 관련된 다양한 내용의 공개를 요구하고 있지만 크게 두 가지 공개방식이 주종을 이루는 것으로 판단된다. 하나는 공직자의 재산공개제도이고 다른 하나는 이해관계공개제도라고 볼 수 있다. 이 중 재산공개제도가 좀 더 빈번히 활용되는 방식인데 이 제도는 공직자의 현재 소유재산을 파악하여 향후 공적 의사결정에 어떠한 영향을 미치는지 가늠하기 위하여 설계된 제도이다. 공직자가 소유하는 현재의 재산은 공적 의사결정에 직접적 영향을 미치는 가시적 정보에 해당하므로 해당 정보를 파악하는 것이 중요하다. 다만 공적인 의사결정은 현

된 물품의 부품교환 또는 설비확충 등을 위하여 조달하는 경우로서 해당 물품을 제조·공급한 자 외의 자로부터 제조·공급을 받게 되면 호환성이 없게 되는 경우, ⑧ 특허받았거나 실용신안등록 또는 디자인등록이 된 물품을 제조하게 하거나 구매하는 경우로서 적절한 대용품이나 대체품이 없는 경우, ⑨ 해당 물품의 생산자 또는 소지자가 1인뿐인 경우로서 다른 물품을 제조하게 하거나 구매해서는 사업목적을 달성할 수 없는 경우, ⑩ 특정인의 기술·품질이나 경험·자격이 필요한 조사·설계·감리·특수측량·훈련 계약, 특정인과의 학술연구 등을 위한 용역계약, 관련 법령에 따라 디자인공모에 당선된 자와 체결하는 설계용역 계약의 경우, ⑪ 특정인의 토지·건물 등 부동산을 매입하거나 재산을 임차 또는 특정인에게 임대하는 경우이다(제26조 제1항 제1호).

재의 재산뿐 아니라 과거나 미래의 이해관계에도 영향을 받으므로 재산공개 제도를 보완하기 위하여 이해관계를 공개하는 별도의 제도가 마련될 필요가 있다. 실제 세계 주요 국가의 법제를 살펴보면, 공직자의 현재 재산의 공개와 함께 재산의 형성과정을 포함한 과거의 활동 내용을 포함하여 미래에 보장된 고용관계까지 공개하도록 하고 있다.

미국은 공직자가 보유한 재산을 신고하도록 규정할 뿐 아니라,[929] 정부로부터 받는 소득 외에 연간기준으로 200달러 이상의 배당소득, 임대소득, 이자소득, 자본소득과 관련된 정보를 공개하도록 하고 있는데,[930] 해당 정보에는 재산의 거래형태, 거래일, 거래가격 등이 포함된다. 그뿐 아니라 공직자가 공직 취임 전 2년 동안 근무했던 곳에서의 직위나[931] 장래 고용보장에 대한 약정, 이전 고용주로부터 지급되고 있는 보수 또한 신고하도록 하고 있다.[932] 캐나다는 연방 행정부 공직자와 입법부 공직자에게 기본적으로 현재의 재산을 신고하도록 하면서도,[933] 공직자가 공직에 임명되기 전 이해관계 사항도 함께 신고하도록 하고 있다. 연방 공직자의 신고사항을 중심으로 살펴보면, 공직자는 12개월 동안 받은 소득과 임명된 후 12개월 동안 받은 모든 소득의 내용과 임명 전 2년간 참여한 영리활동, 비영리활동, 수탁자, 유언 집행자, 청산인으로서의 지위와 활동 내용을 신고하도록 하고 있다.[934] 프랑스 또한 공직자가 소유하는 현재의 재산에 관한 신고를 원칙으로 하면서도 재산의 형성과정을 포함한 공직자의 이해관계를 파악할 수 있는 이해관계공개제도를 운용하고 있다. 공직자가 신고할 내용에는 공직에 임명되기 전 5년 동안 수행한 보수나 사례금을 발생시키는 전문적인 활동, 자문 활동,

---

929) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (b)
930) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (a).
931) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (f).
932) 「윤리개혁법」 제202조, 「정부윤리법」 제102조 (g).
933) 「이해충돌법」 제22조, 「상원 강령」 제27조 제1항, 제28조 제1항, 「하원 강령」 제20조.
934) 이해관계 상황까지 신고하도록 하는 캐나다 법제 운용의 태도는, 공개 대상의 기간 등 일부 요건을 달리하는 것을 제외하면, 입법부 공직자에게도 마찬가지라고 볼 수 있다.

정부나 공공기관, 민간단체에서 참여한 활동, 선출직이나 임명직 활동이 포함되고 그 밖에 이해충돌을 일으킬 수 있는 자원봉사 활동까지 신고하도록 하고 있다.[935]

이러한 개별 국가의 법제를 살펴보면, 공직자의 현재 재산의 형성과정, 공직자의 과거와 미래의 활동, 공직자와 밀접한 이해관계를 가지는 사람이나 기업 등을 파악함으로써 공직에 있는 동안 공직자의 공적 의사결정이 왜곡될 가능성이 있는지 입체적으로 살펴볼 수 있도록 설계되었음을 알 수 있다. 이러한 법제 운용은 단순히 공직자의 현재 재산에 집중하고 향후 재산의 변동사항을 파악하는 수준으로는 이해충돌 규제를 통해 목적을 달성하기 힘들다는 점을 보여준다.

2. 한국 법제에 주는 시사점

한국의 법제는 제정 「공직자윤리법」에서 재산등록제도를 마련하여 현행 「공직자윤리법」의 등록된 재산의 원칙적 공개제도에 이르고 있다.[936] 그런데 「공직자윤리법」에서 요구하는 등록·공개 대상 재산을 보면, 공직자의 현재 재산에 초점이 맞추어져 있음을 알 수 있다. 공직자윤리위원회는 공직자 재산의 형성과정을 파악하기 위하여 공직자에게 재산등록 후 변동사항을 신고하도록 하는 수준에 머물러 있다. 이러한 운용 방식은 공직자의 과거나 향후 활동, 현재 재산의 형성과정을 보여주기는 매우 미흡하여 향후 공적 의사결정의 왜곡이 존재하였는지 파악하는 단선적 시각을 제공할 뿐이다.

이러한 점을 보완하기 위하여 「공직자의 이해충돌 방지법」은 고위공직자가 공직 취임 전에 민간에서 활동한 내용을 신고하고 그 내용을 공개하는 제도를 정비하였다. 해당 제도에 의하면 고위공직자는 임기를 개시한 날부터 30일 내 과거 3년 동안 민간 부문에서 활동한 업무 내용을 제출할 의무가 있다.[937] 공직자가 제출해야 하는 내용에는 공직자가 재직한 법인·단체, 수

935) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제3항.
936) 관련 내용은 본 논문 제3장 제3절 Ⅲ. 2. (3) 참조.

행한 업무의 내용, 대리행위, 고문·자문의 역할을 한 때는 해당 내용, 관리·운영한 사업, 영리 행위의 내용이 포함되어야 한다.[938] 신고내용 중 공직자가 법인·단체 등에 재직한 때에는 법인·단체의 명칭, 소재지, 근무 기간, 직위·직급, 담당 업무를 포함하여야 하며, 대리행위나 고문·자문의 역할을 한 때에는 기관명, 소재지, 활동기간, 담당 업무를 포함하여야 한다.[939] 공직자가 만일 사업을 관리·운영한 때에는 업체 이름, 소재지, 근무 기간, 직위·직급, 담당 업무의 내용을 제출하여야 한다.[940]

그러나 해당 제도의 도입에도 불구하고 한국 법제의 재산공개제도나 이해관계공개제도는 공직자의 공적 의사결정의 왜곡을 입체적으로 가늠하기에 미흡한 수준이 아닌가 하는 생각이다. 우선 「공직자의 이해충돌 방지법」의 고위공직자에 대한 민간활동 공개제도의 도입 취지는 높이 살만하나, 이해충돌 규제 대상의 수범자가 고위공직자로 한정되어 있어 실무적으로 많은 공적 의사결정을 내리는 관리자급 이상의 공직자를 배제하고 있다는 문제점이 있다. 고위공직자가 신고해야 하는 내용도 민간에 있을 때 수행한 일부 영리활동으로 제한되어 있고 대상 내용도 구체성이 떨어져 제도가 실효성을 발휘할 수 있을지 매우 의문이다.[941]

현행 한국 법제의 재산공개제도나 이해관계공개제도는 공직자의 현재 재

937) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제1항.
938) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제11조 제2항.
939) 「공직자의 이해충돌 방지법 시행령」 제11조 제1항 제1호, 제2호.
940) 「공직자의 이해충돌 방지법 시행령」 제11조 제1항 제3호.
941) 실제 고위공직자 중 한 명이 해당 제도를 이행하는 과정에서 과거 5년간 대형 법률사무소에서 재직했던 민간 업무 활동 경력을 단 두 줄로 제출한 적이 있다. https://www.hani.co.kr/arti/area/capital/1049433.html (2022. 11. 16. 방문) 참조. 해당 기사에 따르면 해당 고위공직자는 신고서의 '대리, 고문·자문 등' 항목에 "2017년 12월 ~ 올해 3월"이란 근무 기간과 함께 "국제 통상환경, 주요국 통상정책 연구 분석 및 소속 변호사 자문", "주요국 경제 변화에 따른 국내 경제정책 방향 분석 및 소속 변호사 자문"이라고 제출한 것으로 보도하고 있다. 보도가 사실이라면 고위공직자가 자문을 수행한 대상자, 이해관계 여부, 자문금액 등을 파악할 수 없어서 향후 공적 의사결정의 왜곡을 파악하고자 하는 제도의 도입 취지를 전혀 달성하지 못하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

산이나 이해관계의 피상적 확인 수준에 그치고 있어 공직자가 의사결정을 내리는 과정에서 발생하는 왜곡된 판단을 입체적으로 감시하기가 어려운 구조라고 판단된다. 이러한 점에서 미국, 프랑스, 캐나다 법제는 한국 법제에 시사하는 바가 크다. 외국의 법제는 단순히 공직자가 소유하는 현재 재산공개를 넘어 공직에 임명되기 전 과거의 영리활동, 소득금액, 자원봉사를 비롯한 비영리활동을 포함한 공직자의 직무수행 과정에서 발생할 수 있는 이해충돌 관련 정보를 넓고 구체적으로 신고할 수 있도록 하고 있다. 이렇게 함으로써 공직자의 이해충돌로 인한 의사결정 왜곡과정을 면밀하게 감시할 수 있도록 하는 것이다. 한국 법제도 외국의 법제가 이러한 방식을 왜 택하고 있는지 그 취지를 생각하여야 하며, 이해충돌 규제목적에 부합한 공개방식의 전환을 고려해야 한다. 가령 「공직자의 이해충돌 방지법」의 민간활동 신고제도는 「개인정보 보호법」의 목적을 훼손하지 않는 범위에서 고위공직자가 수행한 영리활동의 상대방인 의뢰인, 의뢰인과의 관계, 의뢰내용, 수임액 등 고위공직자가 자문한 상대방을 신고할 수 있도록 조정되어야 한다. 이렇게 함으로써 고위공직자가 공적 의사결정을 내릴 때 민간에서 이해관계를 맺은 의뢰인과 발생하는 이해충돌 문제를 감시하고 대응할 수 있을 것이다.

제4장 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단

제1절 개관

규제사항을 담고 있는 대부분의 규범이 그러하듯 이해충돌 규범도 규범 내에 담긴 다양한 규제사항을 담보하기 위한 별도의 실효성 확보 수단, 즉 제재의 수단이 마련되어야 한다. 이해충돌 규범이 규제사항을 잘 정비한다고 하더라도 개별 위반행위에 대한 실효성 확보 수단을 마련해 놓지 않는다면, 당해 규범은 강제력 없는 단순한 행위지침 수준으로 전락하고 만다. 또한 규범 내 실효성 확보 수단을 마련한다고 하더라도 개별 규제사항의 도입 취지와 제도의 운용에 조화할 수 있는 수단이 아니게 되면, 해당 제도는 결국 실효성을 확보하지 못하게 되거나 규율 대상 영역인 공직사회에 복지부동과 같은 부작용을 초래할 개연성이 높아진다. 이러한 고민 속에서 세계 주요 국가의 법제는 이해충돌 규제사항에 맞는 적절한 실효성 확보 수단을 찾아 규범을 정비하고 있고 이러한 수단 중에는 한국 제도에 주는 중요한 시사점도 발견된다.

이러한 점들을 전제로 본 장에서는 이해충돌 규범에서 주로 활용되는 실효성 확보 수단에 관해서 살펴본다. 이하에서 자세히 살펴보겠지만 개별 국가는 정치·경제·사회·문화적 특성에 따라 실효성 확보 수단을 마련하고 있고 규제의 내용만큼이나 다양한 모습을 띠고 있다. 가령 규범 내에 하나의 실효성 확보 수단만을 활용하는 경우가 있는가 하면(캐나다 「이해충돌법」), 여러 실효성 확보 수단을 함께 활용하는 규범도 존재한다(미국 「윤리개혁법」, 한국의 「공직자윤리법」). 그러나 이렇듯 다양한 실효성 확보 수단도 형사적 제재와 행정적 제재의 범주를 벗어나지는 않는다는 점에서 크게 두 가지 유형으로 구별할 수 있다.

이러한 관점에서 제2절에서는 이해충돌 규범에서 실효성 확보 수단의 유

형을 크게 형사적 제재 수단과 행정적 제재 수단으로 이분하여 살펴보기로 한다. 그리고 이해충돌 영역에서 규제내용에 적절한 실효성 확보 수단을 찾아 제도를 정비해야 할 필요성을 제시해 보고자 한다. 제3절에서는 세계 주요 국가들이 어떠한 실효성 확보 수단을 마련하고 있는지 구체적으로 살펴본다. 이와 같은 과정을 통하여 개별 국가마다 실효성 확보 수단이 다양한 모습을 띠고 있음을 확인할 수 있다. 이와 더불어 한국의 이해충돌 규범 내 실효성 확보 수단이 역사적으로 어떠한 변천 과정을 거쳐 전개되었고 현재의 모습은 어떠한지 살펴본다. 이러한 비교법적 고찰을 통하여 제4절에서 외국의 법제에서 얻을 수 있는 한국의 제도에 관한 몇 가지 시사점을 제시해 보고자 한다.

제2절 유형과 평가

I. 도입

제2장의 이해충돌 규범의 입법방식과 제3장의 이해충돌 규제의 내용과 더불어 제4장의 이해충돌 규범의 실효성 확보 수단 또한 이해충돌의 본질적인 개념과 특성으로부터 분리되기 어려운 문제라고 볼 수 있다. 왜냐하면 이해충돌 규범에 대한 실효성 확보 수단은 이해충돌 규제의 실효성을 담보하기 위한 수단으로 규제사항의 위반행위를 그 요건으로 하고 있기 때문이다. 따라서 규범의 실효성 확보 수단을 적확하게 활용하기 위해서는 개별 규제사항의 목적과 내용을 명확히 이해하는 것이 필수적이다.

이러한 이해를 위하여 다음과 같은 점들이 충분히 고려되어야 할 것이다. 우선 대부분의 이해충돌 규제사항은 이해충돌이 발생하지 않도록 하거나 이해충돌이 발생한 후 특정한 행위를 요구하는 내용들이다. 규제의 내용은 공직자라는 신분이 아니라면 특별히 제한되지 않는 취업, 활동, 재산의 보유와 같은 가치평가가 어려운 행위들이다. 가령 특정 주식회사의 주식을 보유하거

나 특정 직장에 취업하는 행위는 누구에게나 허용되는 행위에 해당한다. 그러므로 공직자 또는 퇴직공직자가 이와 같은 규범 위반행위를 하였다고 사회적 해악을 직접적으로 끼쳤다고 하기는 어렵다.

그러나 직접적으로 사회적 해악을 끼친다고 평가할 수는 없더라도 사회적 해악을 예방하기 위한 규제사항을 위반한 행위에 대한 법적인 평가는 온당하다. 여기에 형사적 제재가 포함될 수 있음 또한 당연하다. 다만 형사적 제재는 수범자의 이익 침해가 가장 강력하므로 최후의 수단으로 활용될 필요가 있다.[942] 따라서 이해충돌 규제의 목적과 특성을 충분히 고려하여 매우 제한된 범위에서 활용되어야 할 것이다. 이 과정에서 실효성 확보 수단을 통해 달성하려는 목적과 개별 수단 사이에 비례관계가 형성되어 있는지, 즉 비례원칙 위반사항은 없는지 세심한 검토가 필요하며 이는 나머지 행정적 수단의 활용에 관해서도 마찬가지라고 볼 수 있다.

II. 유형

1. 형사적 제재

이해충돌 규제사항의 위반행위에 대하여 형사적 제재가 활용될 수 있다.[943] 형벌의 최후 수단으로서의 성질에 비추어 보면 수범자의 행위가 반사회적 성질이 크면 클수록 형사적 제재의 정당성이 더 확보된다고 볼 수도 있을 것이나, 반사회성이 형사적 제재의 필수적 요건이라고 보기는 어렵다. 수범자의 위반행위가 비록 반사회성을 갖지 않거나 반사회성이 크지 않다고 하더라도 특정한 행정 목적을 달성하기 위하여 제정법을 통하여 형사처벌이

942) 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018, 15면; 배종대, 형법총론(제16판), 홍문사, 2022, 36면; 신동운, 형법총론(제12판), 법문사, 2020, 4-5면; 이용식, 형법총론(제2판), 박영사, 2020, 8면 참조.

943) 이해충돌 규제 위반행위에 대한 형사적 제재는 부패 예방을 위하여 설계된 특정 제도를 위반한 행위에 해당하므로 자연범(自然犯)에 대한 처벌이 아닌 법정범(法定犯)에 대한 처벌이라고 볼 수 있다.

가능할 수 있다.[944] 반사회성은 개별 국가가 처한 법적·문화적 환경에 따라 변할 수 있는 가치평가가 개입된 유동적 관념에 해당하므로, 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단을 마련할 때 위반행위의 반사회성 존재 여부에 반드시 구속될 필요는 없다고 본다. 오히려 규제의 행정 목적 달성을 훼손하는 행위에 해당하는지, 실효성 확보 수단으로 형사적 제재 수단이 그 목적과 비례관계에 있는지에 더 주목하는 것이 중요하다.

이해충돌 규제사항의 위반행위가 그 자체로 반사회성이 크지 않음에도 형사적 제재가 배제되지 않는다고 한다면, 어떤 경우에 형사적 제재가 활용될 수 있는지 그 기준이 필요하다. 그것은 결국 이해충돌 규제를 통해 달성하려는 행정상 목적 달성을 훼손하는 행위인지가 관건이 될 것이다. 이해충돌 규제의 목적이 부패의 예방과 공정성의 확보에 있다고 본다면, 이러한 목적을 직접적으로 훼손하는 수범자의 위반행위가 대상이 될 것이다. 그리고 이러한 훼손의 판단은 수범자의 위법행위가 고의 등 의도를 가진 것인지,[945] 단계별 절차나 여러 절차의 의무이행 중 일부를 이행하지 않은 것인지,[946] 위반행위로 초래된 결과가 회복이 가능한 것인지 등 제반 사항들을 종합적으로 고려하여 이루어져야 할 것이다.

이해충돌 규제의 실효성 확보 수단으로 형사적 제재 수단을 활용할지 결정할 때 위반행위의 행정 목적의 훼손과 더불어 목적과 수단 사이의 비례원칙이 준수되고 있는지 살펴야 한다. 이 경우 비례원칙을 준수하였는지는 두 가지 측면에서 고려될 수 있을 것이다. 첫 번째는 제재 수단으로 형사적 제재를 선택할 때 발생하는 문제로, 만일 형사적 제재가 아닌 행정적 제재 수단으로 규제의 목적을 달성할 수 있다면 형사적 제재 수단은 되도록 피하는

944) 김남진·김연태, 행정법 Ⅰ(제25판), 법문사, 2021, 584면; 박균성, 앞의 책(주 89), 428-429면; 박정훈, 앞의 책(주 86), 330면 참조.

945) 수범자의 의도가 개입된 것이라면, 부패 예방이나 공정성 확보의 목적 달성은 요원하거나 이미 훼손되었다고 평가할 수 있을 것이다. 예컨대 허위의 자산을 신고하거나 신고 사항을 고의로 빠뜨린 경우는 이해충돌 규제목적을 직접적으로 훼손한 행위가 될 개연성이 높다.

946) 단계별 절차의 일부를 이행하지 않은 것이면 행정 목적의 회복 가능성이 존재한다고 볼 수 있다.

것이 바람직하다. 다음으로 형사적 제재를 선택하였다면 규제의 목적 달성을 위하여 위반행위에 대한 적정한 형량을 설정하였는지에 대한 검토가 필요하다. 이러한 고려 요소에 대한 검토를 소홀히 한다면, 실효성 확보 수단은 비례원칙을 위반할 개연성이 있다.

부패 예방을 위하여 특정한 제도를 설계하고 해당 제도 내에서 형사적 제재를 활용하기 위해서는 위반행위에 대한 체계적인 이해와 명확한 범죄구성요건이 필요하다.[947] 부패의 예방을 일차적 목적으로 하는 이해충돌 규범에서 실효성 확보 수단으로서 형사적 제재를 활용하는 경우에도 이러한 이해와 요건이 필요하다. 따라서 이해충돌 규범 내에 형사적 제재 수단을 활용하기 위해서는 개별 규제의 목적과 위반행위가 그 목적에 어떠한 영향을 미치는지, 형사적 제재는 위반행위 억지에 적절하여 그 목적 달성에 기여하고 있는지 등 위반행위에 대한 규범 내 체계적인 이해가 반드시 전제되어야 한다. 이러한 이해가 철저할수록 이를 토대로 한 범죄구성요건도 명확히 정해질 것이다.

2. 행정적 제재

(1) 쟁점

형사적 제재 외에 이해충돌 규제의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 행정적 제재가 활용될 수 있다. 형사적 제재가 위에서 살펴본 요소를 고려하여 엄격한 절차에 의해서 설계되고 사법기관의 심사를 통하여 부과되는 제재에 해당하는 반면에 행정적 제재는 형사적 제재보다 좀 더 탄력적으로 설계가 될 수 있으며 행정기관의 심사를 통해 비교적 신속하게 부과되는 점에서 차이가 있다. 다만 행정적 제재가 탄력적으로 설계될 수 있다고 하여 그 한계가 없는 것은 아니며, 다음과 같은 점이 충분히 고려되어야 할 것이다.

---

947) 김종보, “재건축・재개발과 형사처벌 - 건설분야 부패방지제도의 일부로서 - ”, 서울대학교 법학 제60권 제2호, 2019, 97면.

행정적 제재는 이해충돌 규제의 목적을 직접적으로 훼손하는 경우가 아니더라도 탄력적으로 활용할 수 있을 것이나, 형사적 제재와 마찬가지로 수단과 목적 사이에 비례관계가 형성되어야 함은 당연하다. 따라서 다양한 행정적 제재 수단 중 위반행위에 부합하는 제재 수단이 설계되어야 하며, 제재의 강도가 약한 다른 제재의 수단으로 규제목적을 달성할 수 있다면 굳이 강한 수단을 활용하는 일은 피해야 한다. 다만 위반행위의 태양이 다양한 경우에는 제도 운용의 탄력을 위하여 하나의 위반행위에 대한 여러 행정적 제재 수단을 설계하는 것은 가능하다. 이러한 과정을 거쳐 특정한 행정적 제재 수단을 선택하였다면 금액과 같은 세부적 기준은 규제목적 달성에 비례적으로 설정되었는지 검토과정이 필요하다.

행정적 제재의 경우에도 법률유보의 원칙과 명확성의 원칙이 적용되어야 하므로 위반행위의 요건이 명확해야 한다. 행정적 제재의 경우 형사적 제재보다 탄력적으로 활용될 수 있으므로 개별 규제사항의 규범 내 체계적 위치와 규제의 목적에 대한 정확한 이해가 더 중요할 수 있으며, 이러한 이해를 전제로 위반행위에 부합하는 수단이 설계되어야 한다. 이 경우 이해충돌 규제의 위반행위가 대체로 일신전속적 성질을 가지고 있어 대체 집행이 어려운 경우가 존재함을 염두에 둘 필요가 있다. 행정적 제재는 크게 보면 금전적 수단과 비금전적 수단으로 나눌 수 있는데, 세계 주요 국가의 법제에서 실제 활용되고 있는 수단을 중심으로 살펴본다.

(2) 금전적 수단

이해충돌 규제 위반행위 대한 행정적 제재 수단 중 금전적 수단으로는 크게 과징금, 행정질서벌, 연금액의 박탈·삭감과 같은 유형을 들 수 있다. 과징금은 행정법상 의무 위반에 대하여 행정청이 위반행위자에게 부과·징수하는 금전적 제재 수단이다. 이는 경제법상 의무를 위반한 자의 불법적 이익을 박탈하기 위하여 활용된 원래의 과징금에서 점차 행정법상 의무를 위반한 자에 대한 금전적 제재로 변형되어 활용되고 있다.[948)]

반면 행정질서벌은 비교적 약한 행정법상 의무 위반에 대하여 형법에 형(刑)의 명칭이 없는 과태료가 과하여지는 행정벌의 일종으로 볼 수 있다.[949] 행정질서벌은 일반적으로 행정 법규 위반행위가 행정 목적을 직접적으로 침해하지는 않지만, 행정 목적 달성에 장해가 되는 정도의 비위행위에 해당하는 때에 과해진다.[950]

연금액의 박탈·삭감은 두 가지 유형으로 나눌 수 있는데 현직공직자의 위반행위에 대하여 향후 퇴직 시에 받을 연금을 박탈하거나 삭감하는 방식과 퇴직공직자의 위반행위에 대하여 이미 수령하고 있는 연금을 박탈하거나 삭감하는 방식이다. 이 중 퇴직공직자에 대한 연금액의 박탈·삭감은 위반행위자에게 징계는 큰 의미가 없다는 점에서 징계를 대체할 수 있는 실효성 확보 수단으로 평가할 수 있다.

이러한 금전적 수단들은 실제로 세계 주요 국가의 법제에서 활용되는 제재 수단들이다. 이러한 수단은 공직자의 특정한 행위를 요구하기 위한 간접강제 방법으로 활용되기보다 이미 위반한 행위에 대한 과벌로서 가해지는 경우가 대부분이다.

(3) 비금전적 수단

행정적 제재 중에 금전적 수단 외에도 비금전적 수단이 활용될 수도 있다. 이러한 제재 수단에는 징계, 금지명령, 참정권의 제한과 같은 유형들이 포함된다.

징계는 공공기관의 내부 질서, 즉 특별행정법관계를 유지하기 위하여 내부질서를 문란하게 한 자에 대하여 과하는 제재 수단이다.[951] 징계는 감봉과

948) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 601-602면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 2021, 482-483면; 박균성, 앞의 책(주 89), 437-438면; 정하중·김광수, 앞의 책(주 89), 486-487면.

949) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 585면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 525면.

950) 대법원 1969. 7. 29.자 69마40 결정 참조.

같은 금전적 수단도 있으나 파면, 해임, 정직, 강등과 같은 비금전적 수단이 대종을 이룬다.[952] 징계는 형사처벌이나 행정질서벌과 목적을 달리하므로 하나의 위반행위에 징계를 부과함과 동시에 나머지 제재를 병과 하는 것은 일사부재리의 원칙에 저촉되지 않는다.[953] 이해충돌 규범 내에 형사적 제재나 금전적 수단을 활용하기 어려운 경우 비금전적 수단에 의존할 수밖에 없는데 대체로 징계가 자주 활용된다. 징계는 형사적 제재와 금전적 제재에 종속되지 않으며 그 목적도 다르므로 내부 질서를 문란케 한 사유로 탄력적으로 활용될 수 있다. 이해충돌 규범을 징계 중심으로 운영하는 법제가 존재하며,[954] 이 경우 통상 공직자의 성실의무나 품위유지의무 위반을 이유로 징계 관련 일반규범과 결합하여 처분이 내려지게 된다.

그 밖에 비금전적 수단으로 금지명령, 시정명령, 참정권 제한과 같은 수단을 활용할 수도 있다. 금지명령은 위반행위가 진행 중인 때 위반행위자에게 당해 행위를 멈출 것을 명하는 임시처분 성격의 제도라고 볼 수 있다. 반면 시정명령은 감독기관이 위반행위자의 위반사항을 회복할 것을 명하는 제도로 위반행위가 이미 종료된 경우에도 부과될 수 있다는 점에서 금지명령과 다르다. 참정권의 제한은 투표권, 선거권, 피선거권, 공무담임권과 같은 권한을 제한하는 방법이라고 볼 수 있다.[955] 이러한 방식들은 널리 활용되는 수단은 아니지만, 다른 제재 수단과 함께 활용함으로써 제도의 실효성을 보완하는 제도이다.

---

951) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 583면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 514면; 김철용, 행정법(전면개정 제10판), 고시계사, 2021, 445면.

952) 이러한 이유로 실효성 확보 수단 중 비금전적 수단으로 분류하였다.

953) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 583면; 홍정선, 행정법원론(상)(제29판), 박영사, 2021, 699면; 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2021, 343면; 정하중·김광수, 앞의 책(주 89), 474면.

954) 프랑스는 형사처벌 외 징계를 주요한 실효성 확보 수단으로 활용하고 있으며 한국의 제정 「공직자윤리법」도 징계 중심으로 실효성 확보 수단을 활용한 법률로 평가할 수 있다.

955) 이용우, “해방후 프랑스의 ‘국민부적격’과 공민재판부”, 서양사론 제107호, 2010, 184-185면 참조.

III. 권리구제에 관한 쟁점

공직자는 앞서 살펴본 실효성 확보 수단에 대응한 권리구제 수단을 갖는다. 그러므로 대부분 국가의 이해충돌 법제는 권리구제 수단을 별도로 마련하고 있지는 않다. 이는 한국의 법제도 마찬가지인데, 결국 공직자의 권리구제 수단은 형사법령과 행정법령 그리고 각 영역에서 논의되는 법이론에 의존할 수밖에 없다. 이하 한국 법제를 중심으로 권리구제에 관한 쟁점을 살펴본다.

1. 형사적 제재에 대한 구제

실효성 확보 수단 중 형사적 제재는 대체로 이해충돌 규범의 주무 부처나 공직자 소속기관의 고발로 수사가 개시된다. 가령 공직자윤리위원회가 재산등록 사항을 심사하기 위하여 공직자에게 출석을 요구하였으나 이에 응하지 않은 경우, 공직자를 고발할 수 있다.[956] 또한 공직자윤리위원회는 「공직자윤리법」의 형사적 제재가 가능한 규제를 위반한 공직자에 대해서도 고발할 권한을 가진다.[957] 「공직자의 이해충돌 방지법」은 소속 기관장이 공직자가 신고한 부동산 매수 사항을 보고 매수행위에 법령 위반사항이 있으면 고발하도록 규정하고 있으나,[958] 나머지 위반사항에 대해서는 따로 고발의 근거 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 소속 기관장이 법령을 위반한 공직자를 고발할 수 있음은 당연하다고 본다.[959]

고발에 따라 형사절차로 진입하면, 공직자는 당사자대등주의나 무기평등의 원칙을 전제로 한 형사법 이론과 형사소송법에 따라 구제받게 된다. 공직자는 수사 과정에서 변호인의 조력을 받을 수 있으며,[960] 변호인을 수사기관의

956) 「공직자윤리법 시행령」 제11조 제3항.
957) 이때의 고발은 위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 의결로 이루어진다(「공직자윤리법 시행령」 제19조 제2항 제5호).
958) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제7조 제4항 참조.
959) 「형사소송법」 제234조.

신문에 참여하도록 할 수 있다.[961] 공직자가 수사기관의 수사 과정에서 가장 필요한 것은 고발 내용과 공직자윤리위원회의 의사록과 같은 혐의 관련 증거들이겠으나 수사의 비닉성으로 관련 자료를 수사기관으로부터 열람·복사하기가 힘들 것이다. 이 경우 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 정보공개 청구를 하여 공공기관을 통하여 관련 증거를 우회적으로 확보하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

공직자는 기소 후 공판준비와 공판절차에서 변호인의 조력을 받을 수 있다.[962] 공판단계에 공직자는 「형사소송법」이 마련한 절차에 따라 증거를 열람·복사할 수 있으며,[963] 확보된 증거를 통하여 방어권을 행사할 수 있다. 유죄의 확정판결이 있을 때까지 공직자는 무죄로 추정되며, 범죄혐의에 대한 거증책임은 검사가 부담한다. 검사는 증거를 통하여 합리적 의심이 없는 정도의 증명에 이르도록 범죄사실을 입증해야 할 의무를 진다.[964]

2. 행정적 제재에 대한 구제

이해충돌 규범은 일반적으로 공직자의 위반행위에 대한 행정적 제재를 통하여 실효성이 확보된다. 이러한 현상은 한국 법제에 특히 도드라진 현상이기도 한데, 결국 공직자는 대체로 행정적 제재에 대응한 과태료 재판이나 행정쟁송을 통하여 권리구제를 받게 될 것이다. 공직자가 활용하게 될 행정적 구제 수단을 논할 때 짚어볼 몇 가지 쟁점들이 있다.

(1) 사법심사의 가능성

종래 행정법관계를 권력관계와 관리관계로, 권력관계를 다시 일반권력관계

960) 「형사소송법」 제30조.
961) 「형사소송법」 제243조의2.
962) 「형사소송법」 제30조.
963) 「형사소송법」 제35조, 제185조, 제266조의3.
964) 「형사소송법」 제308조.

와 특별권력관계로 구분하던 것이 행정법학계의 통설적 견해이다.[965] 일반권력관계는 국가 통치권에 복종하는 대국민과의 관계를 의미한다면, 특별권력관계는 특별한 공법상 원인에 따라 특수한 행정 목적의 필요한 한도 내에서 권력관계 주체에게 포괄적 지배권이 인정되는 관계를 의미한다. 전통적으로 특별권력관계에서는 권력 주체의 포괄적 지배권이 인정되어 특별권력을 발동하는 때에도 개별적·구체적 법률의 근거를 필요로 하지 않는다거나 법률의 근거 없이 제한될 수 있다고 보았다. 특히 사법권의 기능이 일반시민의 법질서를 유지하는 데 있는 것으로 보아 권력 주체의 행위에 대해서는 사법심사가 미치지 않는다고 보았다.[966]

그러나 특별권력관계 이론은 19세기 후반 독일의 외견적 입헌군주제하에서 군주와 시민 세력의 타협적 산물로서 행정에 대한 특권적 지위를 보장하기 위하여 도입된 이론으로, 법치주의·민주주의·의회주의 원칙에 입각한 현대의 헌법체제 아래에서는 그 기반을 상실하였다고 볼 수 있다. 특별권력관계도 법 관계라는 점은 부인하기 어려우므로 일반권력관계와 차이가 없다고 본다.[967]

이해충돌 규범의 수범자인 공직자는 공공단체의 특수한 행적 목적을 수행하기 위하여 특별한 공법상 원인에 의하여 권력 주체와 권력관계를 형성하였으므로, 공직자는 전통적 시각에 의하면 특별권력관계의 권리 객체의 지위에 있다.[968] 이해충돌 규범의 실효성 확보를 위하여 권력 주체가 공직자에게

---

965) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 122-125면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 2021, 114면; 김철용, 앞의 책(주 952), 68-89면; 박균성, 앞의 책(주 89), 97-99면; 홍정선, 앞의 책(주 954), 144-145면 참조.

966) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 128면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 2021, 114면; 박균성, 앞의 책(주 89), 102-103면; 홍정선, 앞의 책(주 954), 144면 참조.

967) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 125면은 둘 사이의 질적 차이는 없다고 한다. 그 밖에 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 2021, 119면; 박균성, 앞의 책(주 89), 103면; 홍정선, 앞의 책(주 954), 152면 참조.

968) 다만 이해충돌 규범의 수범자 중 퇴직공직자는 특별권력관계가 해소된 상태라고 할 수 있다.

제재를 가할 때 사법심사가 가능한지 의문이 들 수 있으나, 전통적인 특별권력관계에서도 공직자가 가지는 국민으로서의 지위에까지 영향을 미치는 때에는 사법심사의 대상이 되었다.[969]

이해충돌 규범이 마련한 행정적 제재는 공직자의 재산권, 직업선택의 자유, 일반적 행동자유권을 포함한 국민의 지위에서 누려야 할 기본권을 직·간접적으로 제한하므로 사법심사의 대상으로 보아야 함에 의문이 없다. 특히 법치주의와 민주주의에 원칙에 입각한 현대 헌법하에서 일반권력관계와 본질적 차이가 없는 특별권력관계 이론을 들어 권력 주체의 행위에 대한 사법심사를 배제하는 일은 상상하기가 힘들다.

(2) 행정질서벌에 대한 구제

한국의 이해충돌 법제는 규범의 실효성 확보를 위하여 행정적 제재 수단으로 행정질서벌과 징계를 규정하고 있으며 이중 실무적으로는 거의 행정질서벌, 즉 과태료 중심으로 운용되고 있다. 과태료는 행정청이 공직자의 이해충돌 규제 위반행위에 대하여 가하는 공권력의 행사로는 볼 수 있으나 2007년 12월 21일에 제정된 「질서위반행위규제법」이 마련되어 있으므로,[970] 해당 법률에 따라 권리구제를 받을 수 있다.

행정청이 위반행위를 한 공직자에게 과태료를 부과하기 위해서는 사전 통지 및 의견제출 절차를 반드시 거쳐야 한다.[971] 의견제출 절차를 거쳤음에도 행정청이 위반행위에 대한 과태료 부과가 필요하다고 판단할 때, 공직자에게 과태료 부과 처분을 할 수 있다. 공직자는 과태료 부과 처분에 대하여 불복할 수 있으며, 불복은 과태료 부과 통지를 받은 날부터 60일 이내에 행정청

969) 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 128면; 김동희·최계영, 앞의 책(주 89), 2021, 114면; 홍정선, 앞의 책(주 954), 152면 참조.

970) 한국의 이해충돌 규범인 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」은 「질서위반행위규제법」 제2조, 「질서위반행위규제법 시행령」 제2조의 '질서위반행위'에서 제외되는 법률로 보기 힘들다.

971) 「질서위반행위규제법」 제16조 및 제17조.

에 이의를 제기하는 방법으로 이루어진다. 공직자가 이의를 제기하면, 과태료 부과 처분은 즉시 효력을 잃고,[972] 이의제기를 받은 행정청은 의견과 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하게 되고, 과태료 재판이 개시된다.[973]

「공직자윤리법」은 공직자윤리위원회가, 「공직자의 이해충돌 방지법」은 소속 기관장이 「비송사건절차법」에 따라 과태료 재판 관할 법원에 통보하도록 규정하고 있다.[974] 과태료 재판이 개시되면, 법원은 심문 기일에 당사자의 의견을 듣고 이유를 붙인 결정으로 재판하게 된다. 공직자가 법원의 재판 결과에 불복할 때는 즉시항고를 할 수 있으며, 즉시항고는 결정에 대한 집행정지의 효력을 갖는다.[975] 이처럼 과태료 부과 처분에 대한 구제 절차는 별도의 법률에서 마련되어 있고 이러한 점에서 과태료 처분은 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 보기 힘들다.[976]

(3) 행정쟁송을 통한 구제

1) 사법심사 대상

행정청은 이해충돌 규범을 위반한 공직자를 징계할 수 있다. 징계는 특별

---

972) 「질서위반행위규제법」 제20조.

973) 「질서위반행위규제법」 제21조, 제36조.

974) 「공직자윤리법」 제30조 제5항, 「공직자의 이해충돌 방지법」 제28조 제4항. 그 밖의 조사기관이나 수사기관은 「공직자의 이해충돌 방지법」 위반행위가 과태료 부과 대상이라고 판단할 때 법 위반행위가 발생한 공공기관에 통보하며, 당해 공공기관이 과태료 재판 관할 법원에 통보하도록 하고 있다(「공직자의 이해충돌 방지법 시행령」 제21조 제3항 참조).

975) 「질서위반행위규제법」 제38조.

976) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011두19369 판결 참조. 대법원은 "「질서위반행위규제법」이 행정청의 과태료 부과 처분에 대하여 당사자가 이의제기를 통해 불복할 수 있도록 하고 있고, 이의제기가 있으면 그 효력이 상실되도록 함으로써 국민의 권리 의무 등에 직접적으로 어떠한 영향을 미치지 못하도록 하는 한편, 법원으로 과태료의 부과 여부 및 그 당부를 「질서위반행위규제법」에 의한 절차에 의하여 판단하도록 하고 있으므로 헌법상 보장된 재판청구권의 행사를 제한하고 있다고 볼 수도 없다"고 판시하였다.

행정법관계 내부의 질서유지를 위하여 내려지는 행정행위에 해당하므로 사법심사 대상인 처분이라고 볼 수 있다.[977] 공직자는 행정청의 징계처분에 대하여 행정쟁송을 통하여 구제받을 수 있다. 다만 공직자윤리위원회가 위반행위를 하였다고 판단한 공직자에 대하여 소속기관의 장에게 징계 의결을 요구하는 행위 자체는,[978] 행정기관 상호 간 내부적 행위로 볼 수 있고 아직 공직자에게 어떠한 징계처분이 내려질지 구체적으로 알 수 없을 뿐만 아니라 소속기관의 광범위한 재량적 징계 판단권이 유보되어 있으므로 처분이라고 보기는 힘들다. 즉 공직자윤리위원회의 징계 의결의 요구만으로는 공직자의 법적 지위에 불안을 야기하고 있다고 보기는 어렵다.

그 밖에 이해충돌 규범에는 행정청이 실효성 확보 수단을 행사하기 전에 행하여지는 중간적 행위들이 있다. 가령 주식백지신탁 심사위원회가 심사하는 주식과 공직자의 직무 관련성에 관한 결정 통지나,[979] 공직자윤리위원회의 퇴직공직자 취업제한 심사통지,[980] 공직자윤리위원회의 취업 해제 요청과 같은 것들이다.[981]

「공직자윤리법」은 공직자가 주식을 3천만 원을 초과하여 보유하는 경우 원칙적으로 주식을 매각·백지신탁 하도록 하고, 공직자가 이를 면하기 위해서는 주식백지신탁 심사위원회의 심사를 받아 직무 관련성이 없다는 결정을 받아야 한다. 만일 주식백지신탁 심사위원회가 직무 관련성이 있다고 결정한 경우, 공직자는 해당 결정을 통지받은 날로부터 2개월 이내에 매각하거나 백지신탁 하여야 한다. 따라서 공직자는 해당 결정의 통지만으로 법률상 지위에 변동을 받으므로 이는 사법심사 대상인 처분이라고 보는 것이 타당하다.

공직자윤리위원회가 공직의 소속기관에 하는 취업제한 심사통지나 취업의

977) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두48684 판결, 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018두49383 판결, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두47472 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2014두35638 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2012두25552 판결 등 참조.
978) 「공직자윤리법」 제22조, 「공직자윤리법 시행령」 제15조.
979) 「공직자윤리법」 제14조의4 제1항, 제14조의5 제7항 참조.
980) 「공직자윤리법」 제18조.
981) 「공직자윤리법」 제19조.

해제 요청은 비록 행정기관 사이의 절차이지만 소속 기관장에게 공직자윤리위원회의 결정을 재판단할 재량을 부여하지 않는다. 그뿐 아니라 소속기관은 공직자윤리위원회의 판단에 기속되어 취업제한 기관장에게 해임을 요구하면서,[982] 취업제한 기관장에게 지체하지 않고 요구를 따르도록 하고 있으며, 조치 내용을 소속 기관장에게 통보하도록 규정하고 있다.[983] 이처럼 공직자윤리위원회의 퇴직공직자 취업제한 심사통지나 취업 해제 요청은 공직자의 직업의 자유를 제한할 우려를 키워 법률상 지위를 불안정하게 만드는 행정작용으로 사법심사 대상인 처분에 해당한다.[984]

2) 원고적격

행정쟁송을 통하여 권리구제를 받으려면, 쟁송을 제기하는 자가 청구인적격이나 원고적격을 가져야 하는데,[985] 이러한 적격성은 처분을 다툴 법률상 이익이 있는 자가 가진다. 행정청이 처분을 내릴 때 처분의 상대방에게는 일반적으로 원고적격이 인정되고 특히 처분이 침익적 성질을 가질 때는 '직접상대방'이론에 따라 원고적격은 당연히 인정할 수 있다. 다만 처분의 직접상대방이 아니라면, 제3자는 처분과 관련한 법률상 이익이 있는 때에만 원고적격이 인정될 수 있다.[986]

이해충돌 규범은 수범자를 공직자로 하며 위반행위에 대한 규제도 대체로 공직자에 대해서 이루어진다. 만일 행정청의 처분이 공직자를 직접 향한다면 공직자가 규제의 직접 당사자로서 원고적격을 가짐에는 큰 의문이 없다. 다

982) 「공직자윤리법」 제19조 제1항.
983) 「공직자윤리법」 제19조 제1항.
984) 이러한 점에서 원심인 대전고법 2018. 2. 14. 선고 2017누13156 판결의 판단을 파기한 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018두38932 판결의 판시 내용은 지극히 타당하다고 본다.
985) 「행정심판법」 제13조, 「행정소송법」 제12조 참조. 이하 '청구인적격'을 별도로 언급함 없이 '원고적격'을 중심으로 논의를 전개한다.
986) '법률상 이익'의 개념에 관하여서는, 권리회복설, 법률상 보호되는 이익설, 보호가치 있는 이익구제설, 적법성보장설 등의 학설이 있으나 본 논문에서 자세한 설명은 생략한다.

만, 이해충돌 규범에는 제3자의 원고적격을 인정할 것인지 검토가 필요한 처분이 있다. 가령 공직자가 소유한 주식이 배우자의 주식과 합하여 가액이 3천만 원을 초과할 때, 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 존재 결정에 대해서 배우자가 원고적격을 보유하는지 문제가 될 수 있으며, 공직자윤리위원회의 퇴직공직자에 대한 취업 불승인 결정에 대해서 퇴직공직자를 고용하고자 하는 회사가 원고적격을 가지는지가 문제가 된다.

공직자의 배우자는 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 결정에 따라 공직자 신분이 없음에도 불구하고 소유재산의 존속 보장권을 박탈당한다. 마찬가지로 퇴직공직자를 고용하고자 하는 회사도 공직자윤리위원회의 취업 불승인 결정에 따라 헌법상 보장된 직업의 자유[987]가 제한된다. 두 사안 모두 행정청의 행정작용에 따라 자신의 법률상 이익을 위협받으므로 원고적격이 인정된다고 볼 수 있다. 그 밖의 해당 처분으로 인하여 반사적·사실적·경제적 이해관계를 가지는 자는 원고적격이 인정되기 어렵다.[988]

3) 하자의 승계

하자의 승계는 일정한 행정 목적을 위하여 두 개 이상의 행정행위가 단계적으로 연속하여 행해지는 때, 선행행위의 하자를 후행행위의 위법 사유로 주장할 수 있는가의 문제이다. 일반적으로 행정행위는 공정력(公定力)이 있어 취소되기 전까지 유효한 것으로 통용이 되고 만일 원고가 제소기간 내에 이를 다투지 않으면 불가쟁력이 발생하여 더 이상 다툴 수 없게 된다. 만일 하자의 승계를 인정할 수 있다면, 선행행위에 불가쟁력이 발생한 후라도 그 행위의 위법을 이유로 후행행위의 효력을 다툴 수 있게 된다는 점에서 논의의 실익이 발생한다.

한국의 이해충돌 법제에서도 행정청의 중간적 행위로 인하여 하자의 승계

---

987) 헌법상 직업의 자유에는 영업의 자유와 기업의 자유가 포함된다. 관련 내용으로는 성낙인, 앞의 책(주 130), 1470면 참조.

988) 이러한 법리는 이해충돌 규범에서 예정하는 행정청의 다른 처분도 마찬가지다.

가 문제 되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 결정 통지, 공직자윤리위원회의 퇴직공직자 취업제한 심사통지나 취업 해제 요청은 처분성을 갖는다. 만일 공직자가 각 위원회의 판단에 불복하여 심사·결정을 이행하지 않고 제소기간이 도과하였다면, 징계처분 등 후행행위에서 불가쟁력이 발생한 선행행위의 위법을 다투어 위법 판단을 받을 수 있는지가 문제가 된다.

주식백지신탁 심사위원회의 결정이나 공직자윤리위원회의 심사·결정은 공직자가 재산을 보유하거나 퇴직 후 사기업에 취업함으로써 이해충돌이 발생할 수 있는지를 확인하기 위한 목적의 처분이라고 볼 수 있다. 반면 징계처분 등 그 후속 처분은 공직자의 의무 위반행위에 대한 제재를 위한 별도의 목적을 가진 처분으로 그 행정 목적을 달리한다. 또한 각 위원회가 실시하는 심사나 결정의 과정은 공직자의 청구로 개시되므로 공직자는 선행행위가 있었다는 사실을 이미 인지하고 있으며, 그 결과를 통보받는 절차도 법제에 마련되어 있다. 따라서 공직자가 해당 처분에 대한 행정쟁송을 통하여 다투는 데에 특별한 장애는 없으며 후행행위에서 불가쟁력이 발생한 개별 위원회의 결정이나 심사통지를 다툴 실익은 없다고 보아도 무방하다. 공직자는 각 위원회 심사나 결정을 통지받은 후 가구제 수단을 활용하여 제소기간 내에 행정쟁송을 통해서 처분의 위법 여부를 다투면 족할 것이다.

4) 가구제(假救濟)

행정쟁송의 가구제란 본안판결 확정 전에 다툼의 대상이 된 처분의 효력이나 절차의 속행으로 인하여 회복할 수 없는 결과에 이르는 것을 방지하기 위한 잠정적인 구제 제도를 뜻한다. 한국의 법제는 프랑스 법제와 같이 집행부정지(執行不停止) 원칙을 택하고 있어,[989] 본안에서 승소하더라도 승소 판

989) 「행정소송법전」(Code de justice administrative) L-4조. 프랑스 집행부정지 원칙의 이론적 근거는 행정행위의 적법성 추정에 있다고 한다. 관련 내용으로는 박현정, “프랑스 행정소송법상 긴급소송제도 : 2000년 개혁 이후의 긴급가처분(référés d'urgence) 제도를 중심으로”, 서울대학교 대학원, 2005, 4면 참조.

결의 실효성을 확보하기 위한 별도의 가구제 제도가 필요하다. 한국 법제에 마련된 행정쟁송법상 가구제는 「행정소송법」과 「행정심판법」의 집행정지와 「행정심판법」에만 존재하는 임시처분이 있다.

이해충돌 법제에서 마련하고 있는 실효성 확보 수단 중 과태료 처분은 행정쟁송법의 대상이 되는 처분은 아니다. 과태료 처분은 행정행위의 형식으로 부과는 되지만 공정력 및 자기집행력이 인정되지 않고 당사자의 이의제기만으로 실효된다는 의미에서 이의제기를 해제조건으로 하는 행정행위로 볼 수 있다.[990] 따라서 과태료 처분에 대한 가구제는 필요가 없게 된다. 다만, 징계처분은 행정청이 부과하는 침익적 처분으로 개별 사안에 따라 요건이 충족되면 공직자는 행정쟁송 과정에서 집행정지를 활용할 수 있을 것이다.

공직자나 취업제한 기관장이 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 결정, 공직자윤리위원회의 퇴직공직자 취업제한 심사통지나 취업 해제 요청을 쟁송 과정에서 다툴 때도 가구제 수단을 활용할 수 있다. 문제는 주식백지신탁 심사위원회의 직무 관련성 결정이나 공직자윤리위원회의 취업제한 심사통지를 집행정지한다고 하여 곧바로 공직자가 주식 보유 자격이나 취업 자격을 얻지는 못한다는 점이다. 이해충돌 법제가 마련하고 있는 해당 제도는 원칙적 금지, 예외적 승인의 구조를 가져 해당 처분들은 수익적 행정행위를 거부하는 성질을 띤다. 따라서 공직자는 가구제를 통하여 주식을 보유하거나 취업할 수 있는 별도의 지위를 승인받아야 하는데 당해 처분의 집행정지만으로 이러한 지위가 확보되지 않는다.[991] 따라서 이 경우 한국의 현행 법제상 「행정심판법」상의 임시처분이 거의 유일한 가구제 수단이 될 수 있을 것으로 판단된다.

반면, 공직자윤리위원회의 취업 해제 요청은 공직자가 취업 된 상태에서 발동되는 처분이므로, 해당 처분의 집행정지만으로 공직자의 현재의 취업상

990) 박정훈, 앞의 책(주 86), 346면.

991) 한국 「행정소송법」의 집행정지에 프랑스 집행정지 가처분의 이행명령제도 도입과 그 구체적 방안을 설명하고 있는 문헌으로는, 박현정, 앞의 논문(주 990), 124면 참조. 해당 문헌이 제시하고 있는 방안으로 본문에 제시된 문제점은 해결될 수 있다고 본다.

태는 유지된다. 따라서 퇴직공직자나 취업제한 기관장은 당해 처분에 대해서 본안에서 다투면서 가구제로 집행정지를 활용할 수 있다.

IV. 평가

이해충돌을 공직자가 직면한 특수한 상황으로 이해할 수 있고 이해충돌 규제는 그 상황의 발생을 막기 위한 행위를 요구하거나 상황의 발생 후에 일정한 행위를 요구하는 방식으로 이루어진다.[992] 그러므로 가치평가가 어려운 상황의 통제에 관한 위반행위는 그 자체만으로는 반사회적 해악이 크다고 보기는 어렵다.[993] 다만 이러한 특성에도 불구하고 부패 예방 등 이해충돌 규제의 목적 달성을 위해서는 형사적 제재를 포함하여 개별 영역의 위반행위에 대한 온당한 평가와 그에 대하여 책임을 물을 수 있는 실효성 확보 수단들이 필요하다.[994]

이해충돌 규범 내 형사적 제재는 이해충돌 규제의 목적을 직접적으로 훼손하는 위반행위에 대하여 비례원칙을 위반하지 않는 범위에서 범죄구성요건을 명확하게 규정하는 방식으로 마련되어야 한다.[995] 이러한 점에서 형사적 제재는 행정적 제재로 실효성을 확보하기 어려운 불가피한 경우에 제한적으로 활용하는 것이 바람직하다.[996] 다만, 위반행위의 태양이 다양하여 형사적 제재와 행정적 제재의 경계를 명확히 하는 일이 곤란한 경우에는 두 가지 방식을 혼합하여 활용하는 방식도 가능하다고 본다.[997]

---

992) Quentin Reed, 앞의 논문(주 224), p. 7 참조.

993) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 28.

994) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 122은 이해충돌 규제사항의 위반행위에 대하여 형사적 제재가 가능하다고 보고 있다.

995) Andrew Stark, 앞의 책(주 71), p. 266은 이해충돌 실효성 확보 수단을 형사법적인 관점에서 조망할 때 이를 일종의 법정범(malum in prohibitum)에 대한 규제라고 평가하고 있다.

996) 박정훈, 앞의 책(주 86), 338면은 행정형벌은 행정 목적과 사회 공익을 침해하는 매우 제한된 범위에서 과해져야 한다고 한다.

997) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 122. 참조. 이 경우 두 가지 제재는 목적을 달리하므로 일사부재리의 원칙이 적용되지는 않는다.

행정적 제재는 사법기관으로부터 심사받아야 하는 형사적 제재 수단보다 위반행위에 대한 대처가 신속하고 간명한 절차로 실효성을 확보할 수 있다는 장점이 있다. 이러한 행정적 제재 수단은 다시 금전적 수단과 비금전적 수단으로 나눌 수 있는데, 양자는 주로 수범자가 이미 위반한 행위에 대한 과벌로서 부과된다는 공통점이 있다. 금전적 수단으로는 과징금과 행정질서벌이 주로 활용되며, 드물지만 연금의 박탈·삭감제도를 활용하는 법제도 존재한다. 비금전적 수단으로는 징계, 금지명령, 시정명령, 참정권 제한과 같은 유형이 있으며, 징계가 가장 보편적으로 활용되는 수단이다. 실효성 확보 수단으로 징계를 설계할 때는 피징계자의 의견진술권이나 이의신청권을 규범 내에 마련하는 것이 바람직하다.[998]

규범이 실효성 확보 수단을 마련할 때는 제도의 목적과 수단 사이의 비례관계가 형성되도록 하여야 한다. 이것은 제재 수단의 선택에서부터 선택된 수단의 세부 기준에 이르기까지 제도설계의 전체 과정에서 이루어져야 하며 형사적 제재와 행정적 제제를 검토하는 데에 차별을 두어서는 안 될 일이다. 비례원칙 위반 가능성에 관한 검토는 개별 이해충돌 규제사항이 전체 규범 체계에서 어떠한 위치를 차지하는지 명확한 이해가 있을 때 가능한 과정이라고 볼 수 있다.

이상에서 살펴본 기본적인 원칙을 토대로 실효성 확보 수단을 마련하는 것이 필요하지만 실제로 세계 주요 국가의 법제를 보면 실효성 확보 수단의 활용 형태가 다양한 모습을 띠고 있음을 확인할 수 있다. 이는 기본적으로 개별 국가가 처한 정치·경제·사회·문화적 환경이 다른 데서 기인하지만, 개별 이해충돌 규제영역에 관한 공직사회의 신뢰와 정치적 환경의 영향이 가장 큰 것으로 보인다. 즉 공직사회의 신뢰가 떨어지거나 이해충돌 제도의 마련이 특정 사건과 결부되면, 규범 내 실효성 확보 수단의 강도가 강해지는 경향이 나타난다. 이하 제3절에서는 실제 세계 주요 국가의 법제에서 실효성 확보 수단이 어떻게 활용되고 있는지를 살펴보기로 한다.

---

998) Messick, 앞의 논문(주 254), p. 122. 참조.

제3절 비교법적 고찰

I. 도입

본 장의 제2절에서 이해충돌 규제를 위한 실효성 확보 수단은 크게 형사적 제재와 행정적 제재로 나뉘고 행정적 제재는 다시 금전적 수단과 비금전적 수단으로 구분됨을 살펴보았다. 특히 형사적 제재와 행정적 제재를 가르는 기준은 위반행위자의 의도된 행위인지, 위반행위로 초래된 결과가 회복 가능한지, 형사적 제재를 통한 제도의 목적을 행정적 제재로 달성할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 보았다. 그리고 형사적 제재는 되도록 제한된 범위에서 활용될 필요가 있다는 점도 함께 살펴보았다.

본 절에서는 세계 주요 국가에서 이해충돌 규제의 실효성을 확보하기 위해 어떠한 제재 수단들을 활용하는지 살펴보고 비교법적으로 고찰해 보고자 한다. 이 과정을 통하여 실효성 확보 수단이 규제의 내용만큼이나 다양하게 활용되고 있음을 확인할 수 있게 될 것이다. 개별 국가 중에는 이해충돌 규범의 연성형식에서 오는 특징 때문에 형사적 제재와 같은 강한 제재 수단을 활용하지 않는 법제가 있는가 하면, 행정상 제재 중 금전적 수단을 중심으로 실효성 확보 수단을 마련하는 법제, 형사적 제재 중심으로 실효성을 확보하는 법제, 형사적 제재 수단과 행정적 제재 수단을 적절히 혼용하여 활용하는 법제 등 다양한 모습을 띤다.

이어서 한국 법제의 실효성 확보 수단의 특징도 함께 살펴본다. 현행 법제를 살펴보기에 앞서, 우선 이해충돌 규범 내에 담긴 제재 수단이 어떠한 과정을 거쳐 변화되었는지 그 역사적 변천 과정을 살펴본다. 이에 더하여 현행 이해충돌 규범에서 나타나고 있는 실효성 확보 수단은 어떠하고 현행 법제가 어떤 제재 수단을 중심으로 운용되고 있는지도 함께 검토한다. 이러한 과정을 통하여 한국의 법제는 형사적 제재와 행정적 제재가 혼합된 형태로 실제 행정적 제재 중 금전적 수단 중심으로 운용되는 법제임을 확인할 수 있게 될 것이다. 이러한 과정을 통해 비교법적 관점에서 한국의 법제에 대한

몇 가지 시사점을 제시해 보고자 한다.

II. 외국의 법제

1. 미국

미국은 실효성 확보 수단으로 형사적 제재를 활용하는 역사적 전통을 가지는 법제로 볼 수 있는데,[999] 이러한 역사적 전통은 현재의 법제에도 남아 있다. 「연방 법전」의 이해충돌 규제사항의 위반행위에 대한 형사적 제재 수단들이 대표적으로, 「연방 법전」 제18편 제1부 제11장은 이해충돌 규제사항을 위반한 행위에 대하여 형사적 제재를 부과할 수 있도록 규정하고 있다(제216조). 즉 제11장의 제203조(정부에 영향을 주는 사안에 대한 공직자의 수익 행위), 제204조(의회 의원의 연방 청구법원이나 연방 순회항소법원에서의 활동 제한), 제205조(정부에 영향을 미치는 청구나 사안에 대한 공직자의 활동), 제207조(행정기관과 입법기관에서 퇴직공직자·공직자·선출직 공직자의 활동 제한), 제208조(사적인 금전상 이익에 영향을 미치는 행위), 제209조(겸직금지)를 위반한 공직자는 형사처벌을 받을 수 있는데, 위반행위자 중 위반행위에 단순 가담자는 1년 이하의 징역에, 의도적으로 위반행위를 한 자는 5년 이하의 징역이나, 5만 달러 이하의 금액 또는 공직자가 위반행위로 인하여 얻은 위법한 수익 중 높은 금액의 벌금에 처할 수 있다(제216조 (a)).[1000] 그리고 징역형과 벌금형은 병과가 가능하다(제216조 (a)(1)).

아울러 미국은 행정적 제재 중 금전적 수단도 활용하고 있다. 「연방 법전」은 위의 위반행위에 대해서 위반행위자에 5만 달러 이하의 금액이나 공직자가 위반행위로 인하여 얻은 위법한 수익 중 더 높은 금액의 과징금(civil penalty)[1001]을 부과할 수 있도록 제도를 마련하고 있다(제216조 (b) 제1문).

---

999) 형사적 제재를 통한 이해충돌 규제의 역사는 1860년대 미국 남북전쟁 시기부터 100년 이상의 역사를 가진다. OECD, 앞의 책(주 57), p. 233; 최계영, 앞의 논문(주 35), 291면 참조.

1000) (a)항은 벌금형의 상한이 (b)항의 과징금의 상한과 같음을 명시하고 있다.

미국의 과징금은 행정법상 의무확보 수단으로서 행정기관이나 법원의 민사절차에 의해서 과해지는 금전 부과를 의미하는데, 행정벌과 인·허가 등의 취소·정지가 적당하지 않다는 지적에 따라 도입된 제도로 볼 수 있다.[1002] 과징금은 법무부 장관이 연방 지방법원에 민사소송을 제기하여 진행되고 법원에 의해서 위반행위가 입증될 때 부과된다(제216조 (b)). 과징금의 부과와 형사적 제재는 그 목적을 달리하므로 일사부재리의 원칙에 저촉되지 않아 상호 영향을 미치지 않는다(제216조 (b)). 이에 더하여 미국은 행정적 제재 중 비금전적 수단도 활용하고 있는데, 위의 위반행위에 대하여 금지명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 금지명령은 법무부 장관이 공직자가 「연방 법전」의 이해충돌 규제사항을 위반하는 중이라고 판단하는 합리적인 이유가 있는 경우, 연방 지방법원에 그 행위를 금지하는 명령을 신청하는 일종의 가구제로 볼 수 있다(제216조 (c)).

「윤리개혁법」 또한 기본적으로 「연방 법전」과 유사한 실효성 확보 수단을 활용하고 있다. 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이 「윤리개혁법」의 많은 조항이 「연방 법전」의 개정 조항에 해당한다.

<표 1> 「연방 법전」 규정에 대응되는 「윤리개혁법」 조항

구 분	내 용							
연방 법전	207조	202조	203조	204조	205조	208조	209조	216조
윤리개혁법	101조	401조	402조	403조	404조	405조	406조	407조

1001) 과태료 제도는 한국, 독일, 일본의 일부 국가에만 있는 제도이고, 개별 국가가 운용하는 과태료도 그 특징이 각각 다르다. 가령 독일의 과태료는 행정형벌에 가깝고 한국은 행정형벌과 독립된 행정질서벌로 파악하고 있다. 필자는 미국의 금전적 제재인 civil penalty가 한국의 과징금제도에 더 가깝다고 판단하여 과징금이라고 번역하였으며 이는 캐나다의 금전적 제재도 같다. 이에 따라 캐나다 「이해충돌법」의 금전적 제재 수단을 과태료로 번역한 필자의 석사논문(박주철, 앞의 논문(주 50))의 오류를 본 논문에서 바로잡는다.

1002) 미국 과징금의 도입 배경과 형사벌, 인·허가 등의 취소·정지와의 차이점에 대해서는, 박윤흔, “미국의 민사금전벌제도”, 미국헌법연구, 1990, 59-60면 참조. 과징금 부과 절차가 똑같지는 않으나 한국과 과징금 제도와 유사하다고 볼 수 있다.

특히 「윤리개혁법」 제407조는 「연방 법전」의 벌칙조항인 제216조의 개정 조항에 해당하므로 「윤리개혁법」 규제사항의 위반행위에 대해서 「연방 법전」과 같은 방식의 형사적 제재와 행정적 제재가 가해질 수 있다. 한편으로 「윤리개혁법」 중 「정부윤리법」 개정 조항에 해당하는 제202조(연방 공직자의 재산공개), 제601조(겸직금지)의 위반행위에 대해서는 과징금이 부과될 수 있는데, 제재의 대상에는 고의나 과실에 의한 잘못된 정보의 재산등록과 백지신탁 제도의 절차위반 행위 등이 포함된다(제202조).

기존의 미국의 처벌 중심의 실효성 확보 수단은 1960년 이후로 이해충돌 규제를 통한 부패의 예방 측면이 강조되면서 연성 규범의 제정과 함께 변화를 보이게 된다.[1003] 특히 경성 규범을 구체화하고 있는 연방 규정 내에 담긴 이해충돌 규제사항을 위반한 공직자에게는 시정조치나 징계처분이 내려질 수 있도록 보완하였다.[1004] 즉 정부윤리청장이 위반행위자에게 위반행위에 관한 시정조치를 명하거나 관계 기관에 위반행위자에 대한 징계처분을 권고할 수 있는 제도를 마련하였다.[1005] 이러한 시정조치나 징계처분은 경성 규범의 실효성 확보 수단과 함께 부과될 수도 있지만,[1006] 공직자 소속기관에 자체적인 판단과 재량을 부여함으로써 기존 제도 운용의 경직성을 완화하는 기능을 하고 있다.

2. 캐나다

캐나다는 기본적으로 이해충돌의 발생이나 이해충돌 상황에서 공직자의 특정한 행위는 허용하되, 이에 관한 정보를 공직사회 내·외부에 알리는 공개 방식을 택하고 있다. 실효성 확보 수단도 형사적 제재보다 행정적 제재 중심으로 제도를 운용하고 있다. 연방 공직자는 「이해충돌법」에서 규정하고 있는 규제사항을 이행하지 않은 경우, 윤리위원장에 의하여 500 캐나다 달러 이

1003) 최계영, 앞의 논문(주 35), 292-293면 참조.
1004) 「5 C.F.R.」 § 2635.106(a).
1005) 「5 C.F.R.」 § 2635.106(b).
1006) 「5 C.F.R.」 § 2635.106(a).

하의 과징금(administrative monetary penalty)을 부과받을 수 있다(제52조). 윤리위원장이 과징금을 부과할 때는 공직자가 5년간 「이해충돌법」을 위반한 이력이 있는지, 과징금 부과가 위반행위자에게 법률을 준수하도록 하는 목적인지 충분히 고려하여야 한다.[1007] 과징금 통지서를 받은 위반행위자는 30일 이내에 과징금을 납부하여야 하는데, 과징금을 납부하면 위반행위를 인정한 것으로 보아 모든 절차가 종료된다. 과징금 부과에 이견이 있을 때는 윤리위원장에게 의견서를 서면으로 제출할 수 있다.[1008] 30일 이내에 과징금을 납부하지 않거나 서면 의견서를 제출하지 않으면 미지급 과징금은 연방 법원이나 관할 법원에서 국가채무로 인정되고 징수 절차에 따라 회수된다.[1009] 실효성 확보 수단으로서 연방 공직자에게 적용되는 이러한 과징금제도는 「상원 강령」이나 「하원 강령」이 적용되는 선출직 공직자에게는 해당하지 않는 실효성 확보 수단이다.

「상원 강령」에 따르면 상원 의회는 의원이 강령을 위반하는 경우 제제를 부과하거나 시정조치를 명할 수 있도록 규정하고 있다(제44조 제1항). 상원 의원이 강령을 위반하면 상원 윤리담당관은 예비 심사와 조사절차를 진행하는데 이 과정에서 의원은 자신의 의견을 진술할 수 있다. 상원 윤리위원회[1010]는 의원이 강령상의 의무를 위반했다고 판단한 때에는 보고서에 위반행위자에 대한 적절한 조치나 제재의 권고를 포함하여 제출할 수 있다. 권고사항에는 1867년 캐나다 「헌법」 제31조(상원의원의 자격상실)를 참작하여,[1011] ① 선물이나 이득의 반환, ② 적절한 모든 조치, ③ 상원 의회에 접

1007) https://ciec-ccie.parl.gc.ca/en/investigations-enquetes/Pages/AMPRegime-RegimePenalites.aspx (2022. 11. 18. 방문) 참조.

1008) 공직자가 의견서를 제출하는 경우 윤리위원장은 재심사를 통해 금전벌의 완화 여부를 다시 통지하게 된다.

1009) https://ciec-ccie.parl.gc.ca/en/investigations-enquetes/Pages/AMPRegime-RegimePenalites.aspx (2022. 11. 18. 방문) 참조.

1010) '상원 윤리위원회'는 「상원 강령」의 소관부서로 정파성을 갖지 않고 있는 독립된 기관이다. https://seo-cse.sencanada.ca/en (2022. 11. 18. 방문) 참조. 「이해충돌법」과 「하원 강령」을 소관하고 있는 '이해충돌 윤리위원회'와는 다른 기관이다.

근 제한·금지, ④ 상원 의회가 의원에게 부여한 임무·의무·권한의 배제, ⑤ 의원의 발언권·표결권 제한, ⑥ 사과 명령, ⑦ 견책·훈계·경고, ⑧ 직무 정지 등이 포함될 수 있다(제49조 제4항). 상원의회는 보고서에 대한 채택 여부를 표결로 결정하며(제44조 제2항), 표결 결과에 따라 위반행위자에 대한 제재가 실행된다(제50조).[1012]

「하원 강령」은 「상원 강령」과 같이 실효성 확보 수단을 자세하게 규정하고 있지는 않으나, 강령의 위반행위에 관한 적절한 제재를 내릴 수 있도록 규정하고 있다. 제재의 절차는 상원에서의 절차와 유사한데, 윤리위원장은 위반행위에 대한 조사의 요청이 있는 경우 조사를 개시하고(제27조), 조사를 마무리하면 하원의장에게 보고서를 제출한다. 보고서에는 ⓐ 조사의 결론, ⓑ 제재의 권고, ⓒ 제재 권고의 이유를 포함하여야 한다(제28조 제6항, 제7항). 하원의장은 제출받은 보고서를 차기 회기에 의회에 상정하고, 상정된 안건은 심의 후 표결 절차를 거친다(제28조 제1항). 하원이 표결로 보고서를 채택한 때에는 위반행위자에게 제재가 가해진다(제28조 제1항·제6항 참조).

3. 프랑스

프랑스는 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」을 통해 공직자가 재산이나 이해관계 상황을 신고하도록 규정하면서,[1013] 법률에서 정하는 신고 사항 중 일부를 제출하지 않거나 허위 정보를 제출한 때 3년 이하의 징역과 45,000유로 이하의 벌금에 처할 수 있는 형사적 제재 수단을 마련하고 있다. 이러한 형사적 제재에 더하여 참정권(les droits civiques) 제한과 같은 행정적 제

1011) 캐나다 「헌법」 제31조는 상원의원의 자격상실에 관해서 규정하고 있다. 자격 박탈의 사유는 ① 2회기 연속 출석을 하지 않은 경우, ② 외국에 충성, 복종 등의 맹세·선언하거나 외국 시민권, 시민에게 부여되는 특권을 얻는 행위를 하는 경우, ③ 파산한 경우, ④ 반역죄나 중죄를 범한 경우, ⑤ 재산권 또는 거주권을 상실한 경우다. 따라서 단순히 이해충돌 규범을 위반한 행위에 의해서 상원의원 자격이 박탈되지는 않는다.

1012) 위반 대상 상원의원에게 표결권이 부여되지 않음은 당연하다(제51조 제5항).

1013) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제4조 제2항, 제3항.

재도 더하여 부과될 수 있도록 하고 있다.[1014] 고등사무국은 공직자가 신고를 이행하지 않거나 신고내용이 미흡한 경우 추가로 신고를 요구하거나 필요한 자료를 요구하는 등 명령을 내릴 수 있으며, 만일 공직자가 고등사무국의 명령을 따르지 않는 때에는 1년 이하의 징역과 15,000유로의 벌금에 처할 수 있다.[1015]

「공무원 일반법전」은 공무원이 직무를 수행하는 과정에서 규범을 위반한 경우, 공무원에게 징계를 내릴 수 있도록 규정하고 있다.[1016] 따라서 「공무원 일반법전」이 규정하는 겸직금지를 비롯한 이해충돌 규제사항의 위반행위에 대하여 징계처분이 내려질 수 있다.[1017] 한편 퇴직공직자가 취업제한 제도를 위반한 때에는 징계의 실효성이 크지 않으므로 퇴직 후 3년 동안 지급된 연금액의 20퍼센트 한도 내에서 연금액을 삭감 조치할 수 있는 행정적 제재 수단을 마련하여 시행하고 있다.[1018]

프랑스는 이해충돌 규제를 위한 독자적 규범인 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 위반행위에 대해서는 형사적 제재를 주된 제재 수단으로 활용하면서, 이와 더불어 「공무원 일반법전」과 같은 공무원 일반규범을 비롯한 이해충돌 관련 법령의 위반행위에 대해서 징계, 연금 삭감, 참정권 제한과 같은 행정적 제재 수단도 함께 활용하고 있다.

4. 그 밖의 국가

영국은 「장관강령」, 「공무원 강령」, 「공무원 관리강령」의 연성의 규범을 통해 이해충돌을 규제하는데, 연성의 규범에서 오는 특성으로 인하여 강령 위반행위에 대해서는 형사적 제재를 활용하지는 않는다. 다만 「공무원 관리

1014) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제26조 제1항. 참정권 제한의 구체적 내용은 프랑스 「형법전」(Code pénal) 제136-26조, 제131-27조 참조.
1015) 「공적 생활의 투명성에 관한 법률」 제26조 제2항.
1016) 「공무원 일반법전」 L125-1조. L530-1조부터 L533-6조 참조.
1017) 징계의 유형은 「공무원 일반법전」 L533-1조 참조.
1018) 「공무원 일반법전」 L124-20조 제2호 참조.

강령」에서 징계 절차에 대해 비교적 상세히 규정하고 있다. 이에 따르면 공무원의 징계는 공무원이 속한 부처의 책임하에 이루어지는데(제4.5.1조), 부처는 공무원의 위반행위 사실과 이것으로 인하여 발생한 기관의 명예훼손, 직무수행의 방해나 손해를 명확하게 한 후에 징계 절차를 개시하여야 한다(제4.5.2조). 이러한 징계 절차는 사법절차와 별개로 진행하거나 병행하여 진행할 수 있다(제4.5.2조). 징계 절차가 진행되는 동안 공무원은 직무가 정지될 수 있으며, 정지된 기간동안 급여가 제한될 수 있다(제4.5.10.조). 이러한 징계 절차는 「공무원 관리강령」 외에 다른 강령의 이해충돌 위반행위에 관해서도 적용된다고 볼 수 있다.[1019]

독일은 독자적인 이해충돌 법제가 정비된 나라는 아니지만 「연방 공무원법」에 겸직금지, 퇴직공직자의 취업제한을 포함한 이해충돌 규제의 이론적 토대가 되는 몇몇 규정이 있고 이를 위반한 행위에 대해서는 「연방 징계법」(Bundesdisziplinargesetz, BDG)에 따라 행정적 제재를 가할 수 있다. 「연방 징계법」의 행정적 제재는 현직공직자인지 퇴직공직자인지에 따라 제재의 수단이 다른 점이 특색인데, 현직공직자의 위반행위에 대하여 견책, 징계금(懲戒金),[1020] 감봉, 강등, 연금 수급 자격의 박탈(Aberkennung des Ruhegehalts)이 가해질 수 있고 퇴직공직자의 경우에는 수령하고 있는 연금의 삭감이나 연금 수급권의 박탈이 가능하도록 규정하고 있다(연방 징계법 제5조).

1019) 「장관강령」은 장관의 특별보좌관(special adviser)을 규범의 수범자로 정하면서(제3.2조), 특별보좌관이 징계받는 경우 장관이 책임을 진다고 규정하고 있다(제3.3조). 이러한 규정의 내용에 비추어 보면, 「장관강령」 위반행위도 징계사유에 해당한다고 볼 수 있다.

1020) 징계금(Geldbuße)은 공직자의 월 급여의 한도 또는 급여가 없는 경우 500유로의 범위에서(2022년 12월 1일 환율 기준으로 한화 약 678,611원) 부과되는 행정적 제재 수단이다(「연방 징계법」 제7조). 한국 법제에 대칭되는 용어가 없어 징계금이라 칭한다.

III. 한국 법제

1. 공직자윤리법

1981년 제정 「공직자윤리법」은 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단으로 형사적 제재와 행정적 제재 중 비금전적 수단인 징계를 활용하였다. 행정적 제재 중 금전적 수단에 관한 별도의 제도는 마련되지 않았다. 제정 「공직자윤리법」의 관련 내용을 구체적으로 살펴보면, 퇴직공직자 취업제한 제도를 위반한 공직자에게 형벌을 부과함으로써,[1021] 유일하게 형사적 제재를 부과할 수 있도록 하였으며(제24조), 재산등록이나 선물 신고 위반행위에 대해서는 징계할 수 있도록 하였다(제22조). 퇴직공직자는 현직에 있지 않으므로 징계가 실효성 확보 수단으로 기능을 하지 못하는 점을 생각해 보면, 결국 제정 「공직자윤리법」의 주요한 실효성 확보 수단은 징계라고 볼 수 있다. 이러한 흐름은 쭉 이어져 오다가, 1993년 6월 11일 개정 「공직자윤리법」(법률 제4566호)에서 변화를 보인다. 개정 「공직자윤리법」은 기존 퇴직공직자 취업제한 제도 위반 외에 형사적 제재 사항을 추가하고 처음으로 법률 내 행정적 제재 중 금전적 수단에 해당하는 행정질서벌[1022]을 실효성 확보 수단으로 마련한다. 추가된 형사적 제재 대상은 직무상 비밀을 이용하여 재물을 취득한 행위(제23조)[1023]와 재산등록을 거부한 행위(제24조)[1024]다. 처음으로 도

1021) 위반 공직자에 대하여 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.

1022) 행정질서벌은 과거의 법 위반에 대한 제재를 주된 목적으로 하는 금전적 부담이다. 박균성, 앞의 책(주 89), 413면; 김남진·김연태, 앞의 책(주 945), 564면; 김철용, 앞의 책(주 952), 437면 참조.

1023) 이해충돌로 야기된 일종의 부패행위에 대한 처벌로 볼 수 있다. 위반 공직자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.

1024) 재산등록을 거부한 공직자에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고, 공직선거후보자가 정당한 사유 없이 등록 대상 재산에 관한 신고서를 제출하지 아니한 경우, 6월 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다.

입된 행정질서벌 부과 대상은 허위로 재산등록행위(제8조의2 제1항 제2호)를 한 경우이다.[1025] 기존의 징계 부과 제도는 그대로 유지하나, 위반행위 태양에 따라 제1호에서 제8호까지 세분화하였다는 점이 개선점이다(제22조).

「공직자윤리법」(법률 제4566호)은 계속 시행되다가 2001년 7월 24일 개정된다. 개정된 「공직자윤리법」(법률 제6494호)은 2001년 7월 24일 「부패방지법」(법률 제6494호)이 시행됨에 따라 실효성 확보 수단에서 약간의 변화를 보인다. 기존 직무상 비밀을 이용한 재물취득 행위에 대한 형사처벌 규정을 「부패방지법」으로 이동시킨 것이다(제50조). 이로써 개정 「공직자윤리법」의 형사적 제재의 대상은 퇴직공직자 취업제한 위반행위와 재산등록 거부행위로 축소된다. 이후 2005년 5월 18일 개정된 「공직자윤리법」(법률 제7493호)은 미국의 재산매각·백지신탁 제도를 참고하여 주식매각·백지신탁 제도를 신설하고 이에 관한 실효성 확보 수단도 함께 마련한다. 실효성 확보 수단으로는 주식백지신탁을 거부하거나(제24조의2) 신탁된 재산의 관리에 관여한 때(제28조의2) 형사적 제재를 가할 수 있도록 하였다.[1026] 2006년 12월 28일 개정 「공직자윤리법」(법률 제8098호)은 공직자윤리위원회가 재산등록 사항을 심사하면서 필요한 경우 재산의 형성과정[1027]의 소명을 요구할 수 있는 제도를 신설하고 공직자가 필요한 자료를 제출하는 등 소명하지 않거나, 허위자료를 제출하거나 허위 소명을 한 때 행정질서벌을 부과할 수 있도록 하였다(제30조 제1항).

이후 큰 변화 없이 실효성 확보 수단이 시행되다가 2011년 7월 29일 개정 「공직자윤리법」(법률 제10982호)에서 퇴직공직자를 대상으로 한 규제사항이 추가됨으로써 변화를 겪는다. 개정 「공직자윤리법」은 기존 퇴직공직자 취업제한 제도 외에 퇴직공직자의 행위 제한제도를 신설하고 위반행위에 대해서 형사적 제재 수단을 마련하였다(18조의4). 즉 퇴직공직자가 소속하였던 기관

1025) 위반 공직자에 대하여 2천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

1026) 거부행위나 관여를 한 공직자는 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

1027) 재산의 취득 일자, 취득 경위, 소득원 등을 의미한다(「공직자윤리법」 제8조 제13항).

의 임직원에게 부정한 청탁이나 알선한 때 형사처벌을 가할 수 있도록 하였다(제29조 제3호).[1028] 그리고 공직자윤리위원회로부터 좀 더 간명하게 취업 가능 여부를 확인받을 수 있는 절차를 마련하고[1029] 이러한 확인 절차조차 거치지 않은 공직자에게 행정질서벌을 부과할 수 있도록 하였다(제30조 제3항 제1호).[1030] 또한 퇴직공직자가 퇴직 후 1년간 수행한 업무 명세서를 공직자윤리위원회에 제출하는 제도를 신설하고(제18조의3) 업무 명세서를 제출하지 않거나 허위로 제출한 때 행정질서벌을 부과할 수 있도록 하였다(제30조 제3항 제2호).[1031] 이후 2014년 12월 30일 개정 「공직자윤리법」(법률 제12946호)은 '기관업무 취업심사대상자'[1032] 개념을 신설하고, 퇴직일부터 10년 동안 취업 심사 대상 기관에 취업한 경우, 취업 일로부터 1개월 이내에 취업한 사실을 퇴직 전 소속기관의 장에게 신고하도록 하였다(제19조의4 제2항). 만일 퇴직공직자가 기간 내에 신고하지 않은 때는 행정질서벌을 부과할 수 있도록 하였다(제30조 제3항 제4호).[1033]

2015년 12월 29일 개정 「공직자윤리법」(법률 제13695호)도 실효성 확보 수단의 변화가 있었다. 개정 「공직자윤리법」은 재산공개 대상 공직자가 보유하거나 백지신탁을 한 주식을 발행한 기업에 관한 경영·재산상 권리에 영향을 미칠 수 있는 행위를 할 수 없도록 직무회피 규정을 신설하고(제14조의

1028) 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

1029) 제정 「공직자윤리법」부터 공직자윤리위원회의 승인을 받게 되면 퇴직공직자의 취업이 가능하였는데, 그 절차를 간소화한 제도이다.

1030) 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

1031) 해당 제도는 퇴직공직자의 업무 취급 제한제도나 활동 제한제도의 실효성을 확보하기 위한 보완적인 제도라고 볼 수 있다. 해당 의무를 위반한 공직자는 1천만 원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있다.

1032) 기관업무 취업 심사 대상자는 ① 「공직자윤리법」 제10조 제1항의 등록재산 공개대상자, ② 고위공무원단에 속하는 공무원 중 제1호에 따른 공개대상자 외의 공무원, ③ 2급 이상의 공무원, ④ 공직유관단체의 임원, ⑤ 그 밖에 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 특정 분야의 공무원과 공직유관단체의 직원을 의미한다(「공직자윤리법」 제17조 제3항).

1033) 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

11 제1항), 회피가 가능함에도 이를 이행하지 않은 때 과태료 처분을 할 수 있도록 하였다(제30조 제3항 제1호). 만일 공직자가 직무에 관여한 경우, 그 내용을 공직자윤리위원회에 신고하여야 하며(제30조 제4항), 신고하지 않은 때 과태료를 부과받을 수 있다(제30조 제3항 제1호).[1034]

2019년 12월 3일 개정 「공직자윤리법」(제16671호)은 징계사유를 행정질서벌 대상이 될 수 있도록 대폭 개정한다. 즉 재산등록이나 재산의 변동사항 신고를 기간 내에 하지 않은 경우, 재산등록을 허위·불성실하게 한 경우, 공직자윤리위원회의 등록사항 심사에 응하지 않은 경우, 주식백지신탁 계약이 해지되기 전 새 주식을 취득한 경우, 주식백지신탁 계약의 법정 해지사유[1035]가 아님에도 해지한 경우, 외국에서 받은 선물을 신고하거나 인도하지 않은 경우는 행정질서벌을 부과할 수 있도록 하였다.[1036] 그리고 2020년 12월 22일 개정 「공직자윤리법」(법률 제17754호)은 주식백지신탁 심사위원회가 공직자가 기간 내에 주식을 매각하지 못한 때, 허위의 자료를 제출한 때, 자료 제출을 거부한 때에 관련 내용을 공직자윤리위원회에 통보할 수 있는 제도를 신설하였다. 관련 내용을 통보받은 공직자윤리위원회는 공직자에 대하여 경고·시정조치, 행정질서벌을 부과할 수 있고, 관계 기관에는 해임을 포함한 징계 의결을 요구할 수 있다(제14조의5 제11항). 개정 「공직자윤리법」은 실효성 확보 수단에 있어 큰 변화 없이 현행 「공직자윤리법」(법률 제18682호)까지 이어지고 있다.

2. 공직자의 이해충돌 방지법

제19대와 제20대 국회의 이해충돌 방지법의 제정 실패 이후[1037] 제정법에 담고자 하였던 대부분 규율 사항들은 「공무원 행동강령」을 비롯한 행동강령

1034) 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.
1035) 「공직자윤리법」 제14조의10 제2항.
1036) 「공직자윤리법」 제30조 제3항 제1호 내지 제5호, 제7호 참조.
1037) 법률 제정과 관련한 실패에 대해서는 박주철, 앞의 논문(주 50), 17-24면 참조.

으로 편입된다. 행동강령은 「부패방지권익위법」 제8조에 따라 공직자가 소속된 공공기관의 하위규범으로 제정되는 징계처분의 근거 규정이다. 그러다가 2021년 5월 18일 「공직자의 이해충돌 방지법」이 제정됨으로 인하여 행동강령 내 기존 규제사항은 삭제 개정된다. 「공직자윤리법」이 약 40여 년 동안 실효성 확보 수단에 여러 번의 변화를 겪으면서 현재에 이른 데 반하여, 「공직자의 이해충돌 방지법」은 2022년 5월 19일에서야 비로소 시행된 법률이다. 현행 법률의 실효성 확보 수단을 살펴본다.

현행 「공직자의 이해충돌 방지법」은 「공직자윤리법」과 마찬가지로 형사적 제재, 행정적 제재 중 금전적 수단과 비금전적 수단을 모두 활용한다. 이 중 형사적 제재 사항은 직무상 비밀·미공개정보를 이용한 재산상 이익취득 행위가 유일하다(제27조). 제도의 목적 달성을 위한 주요한 실효성 확보 수단은 행정적 제재 중 금전적 수단인 행정질서벌이라고 볼 수 있다. 이 중 공직자가 가족이 채용될 수 있도록 지시·유도·묵인한 행위, 이해관계자와 수의계약이 체결되도록 지시·유도·묵인한 위반행위는 규범 내 가장 중한[1038] 행정질서벌대상이다.[1039] 공직자가 사적인 이해관계자를 신고하지 아니한 행위(제5조), 부동산 보유·매수를 신고하지 않은 행위(제6조), 공직자가 직무 관련이 있는 자와 거래를 신고하지 않은 행위(제9조), 직무 관련 외부 활동 행위(제10조), 공공기관의 물품의 사적인 사용·수익 행위(제13조)[1040]에 대해서는 2천만 원 이하의 과태료 처분이 내려질 수 있다. 마지막으로 고위공직

1038) 3천만 원 이하의 과태료 처분이 내려진다.

1039) 해당 위반행위는 이해충돌 상황에서 공직자가 가족을 채용하는 행위 자체만으로 악하다는 평가가 반드시 수반되는 것은 아니다. 다만, 가족 채용에 지시·유도·묵인(부작위)과 같은 위법한 행위 태양이 개입할 때 공직자를 악하다고 평가할 수 있다. 따라서 이 규정은 이해충돌보다 부패행위에 대한 제재라고 보는 것이 타당하다.

1040) 공공기관의 물품의 사적 사용·수익은 그 행위 태양과 수익액에 따라 위법성의 차이가 있겠으나 기본적으로 악한 행위로 평가할 수 있다. 그러므로 이 행위는 부패에 가깝다고 보인다. 다만 형사법으로 규율하기 어려운 경미한 사안까지 포섭하기 위해서 이해충돌 규범에서 행정질서벌로 규율하는 접근법은 지지받을 수 있다고 생각한다.

자가 민간에서의 업무 활동 내용을 제출하지 아니한 행위(제8조)와 공직자가 직무 관련 퇴직공직자와의 사적인 접촉을 신고하지 아니한 행위(제15조)에 대해서는 가장 경한 1천만 원 이하의 행정질서벌에 처할 수 있다. 한편 법률은 위의 위반행위 모두가 징계 대상이 됨을 밝힘으로써(제26조), 비금전적 수단도 활용하고 있다.

3. 평가

지금까지 한국의 이해충돌 규제를 위한 실효성 확보 수단의 역사적 전개 과정과 내용을 살펴보았다. 이 과정에서 한국 법제에 나타나는 주요한 몇 가지 특징을 확인할 수 있는데, 우선 금전적 수단인 과태료 중심의 제도가 마련되기까지 비금전적 수단인 징계 중심의 제도 운용이 상당히 오랜 기간 지속되었다는 특징이 있다. 징계가 큰 의미가 없는 퇴직공직자의 위반행위에 대한 형사적 제재를 제외해 보면,[1041] 제정 「공직자윤리법」의 모든 규제사항은 징계로 실효성을 확보하였다고 보아도 무방하다. 이러한 징계 중심의 제도 운용은 1993년 6월 11일 개정 「공직자윤리법」에서 행정질서벌이 도입되기 전까지 지속되었고, 이후 규범 내 새로운 제도가 하나둘 신설됨에 따라 행정질서벌 중심으로 재편된다. 징계는 현행 「공직자윤리법」과 제정 「공직자의 이해충돌 방지법」에서도 명문으로 규정하고 있는 실효성 확보 수단에 해당한다.[1042] 다만 공직자의 일반규범 내 성실의무나 품위유지의무 위반으로 징계처분이 가능하다는 점에서,[1043] 한국과 같이 별도의 징계 사항을 열거하

1041) 퇴직공직자의 취업제한 제도에 대한 형사적 제재의 문제에 관해서는 본 장의 제4절 시사점에서 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

1042) 「공직자윤리법」 제22조, 「공직자의 이해충돌 방지법」 제26조 참조. 2018년경 행동강령에 들어온 이해충돌 규제사항의 실효성 확보 수단도 징계였다.

1043) 대법원 2019. 12. 24. 선고, 2019두48684, 판결, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두47472 판결 등 다수의 판례에서 대법원은 “공무원의 성실의무는 공무원의 가장 기본적이고 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 내용으로 한다.”, “품위는 공직의 체면, 위신, 신용을 유지

여 근거 규정을 두는 법제는 드물다. 이것은 「공직자윤리법」의 법명에서도 확인할 수 있듯 이해충돌 규범이 공직자의 부패 예방을 위한 계도 차원의 행위규범으로 출발하여 나타나는 특색이라고 볼 수 있다.

다음 특징으로 한국의 법제는 행정적 제재 중 금전적 수단 중심으로 실효성 확보 수단을 활용하고 있다. 「공직자윤리법」상 제재 수단의 역사적 변천 과정을 보면, 징계 사안에 대한 금전적 수단의 필요성이 요구됨에 따라 점진적으로 행정질서벌 중심으로 변모하게 된다. 이에 따라 현행 「공직자윤리법」은 명문으로 대부분 위반행위에 대하여 징계할 수 있도록 규정하고 있지만, 해당 징계 사안에 대하여 행정질서벌을 별도로 부과할 수 있도록 정비가 되어 있다.[1044] 다만 실제 실효성 확보 수단의 운용 실태를 보면, 아래 <표 2>[1045]에서 보는 바와 같이 징계는 거의 활용되지 않고 있고 행정질서벌 중

하고, 주권자인 국민의 수임을 받은 국민 전체의 봉사자로서의 직책을 다함에 손색이 없는 몸가짐을 뜻하는 것으로서, 직무의 내외를 불문하고, 국민의 수임자로서의 직책을 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품을 말한다.", "구체적으로 어떠한 행위가 품위손상행위에 해당하는가는 수범자인 평균적인 공무원을 기준으로 구체적 상황에 따라 건전한 사회통념에 따라 판단하여야 한다." 등의 설시를 하고 있다. 이러한 판시 내용에 비추어 보면, 비록 별도의 징계 규정이 없다고 하더라도 공직자가 부패 예방을 위한 이해충돌 규범을 위반한 행위는 징계사유에 해당한다고 볼 수 있다.

1044) 현행 「공직자윤리법」에서 징계와 행정질서벌이 모두 가능한 사항은 ① 재산등록, 변동사항 신고 등을 기간 내에 마치지 아니한 경우(제22조 제1호·제2호, 제30조 제3항 제1호), ② 공직자윤리위원회에 등록재산 형성과정을 거짓으로 소명하거나 거짓 자료를 제출한 경우(제22조 제4호, 제30조 제2항 제2호), ③ 공직자윤리위원회에 등록재산 형성과정에 대한 소명 또는 자료 제출을 하지 않은 경우(제22조 제5호, 제30조 제2항 제3호), ④ 재산등록을 허위로 하거나 불성실하게 한 경우(제22조 제7호, 제30조 제3항 제2호), ⑤ 공직자윤리위원회의 재산등록 사항 심사에 응하지 아니한 경우(제22조 제8호, 제30조 제3항 제3호), ⑥ 주식취득 제한 기간에 주식을 취득하거나 신고하지 아니한 경우(제22조 제14호, 제30조 제3항 제4호), ⑦ 법정 해지사유가 없음에도 주식백지신탁계약을 해지한 경우(제22조 제17호, 제30조 제3항 제5호), ⑧ 외국 또는 외국인에게 받은 선물을 신고나 인도하지 아니한 경우(제22조 제19호, 제50조 제3항 제7호)이다.

심으로 제도가 운용되고 있음을 확인할 수 있다.

<표 2> 정부 공직자윤리위원회의 제재 수단 운용 현황

구분	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	총
①	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1
②	61	62	71	86	144	178	262	545	770	625	2,804

① 해임 또는 징계 의결 요구 건수, ② 과태료 부과 대상자 통보 건수

또한 「공직자의 이해충돌 방지법」은 직무상 비밀·미공개정보를 이용한 재산상 이익취득 행위를 형사처벌 하는 외 나머지 모든 규제사항에 대해서 행정질서벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 한국 법제의 가장 주요한 실효성 확보 수단은 행정질서벌이라고 평가할 수 있고 이러한 점은 행정적 제재 수단의 획일성에 대한 비판의 단서가 될 수 있다.

마지막 특징은 형사적 제재 수단이 상당히 많다는 점이다. 「공직자윤리법」은 재산등록 거부행위(제24조), 주식백지신탁 거부행위(제24조의2), 재산등록 심사를 위한 출석 거부행위(제26조), 주식백지신탁 관여 금지 위반행위(제28조의2), 퇴직공직자의 취업 및 활동 제한에 대한 위반행위(제29조)를 형사적

1045) 해당 표는 필자가 2022년 11월 1일 「공직자윤리법」의 주무 부처인 인사혁신처에 정보공개를 청구하여 2022년 11월 28일 받은 정보를 정리한 것이다. 필자가 정보공개를 청구한 내용은 다음과 같다. ① 「공직자윤리법」 제22조에 따라 공직자윤리위원회가 해임 또는 징계 의결을 요구한 연도별 건수(1983년 1월 1일 법 시행일로부터 2022년 11월 1일 현재까지), ② 「공직자윤리법」 제30조에 따라 공직자윤리위원회가 관할 법원에 과태료 통보한 연도별 건수(과태료 제도가 처음 시행된 1993년 7월 12일부터 2022년 11월 1일 현재까지), ③ 「공직자윤리법」의 각 형벌 조항의 위반행위에 따라 형사처벌을 받은 연도별 건수 또는 공직자의 명수(형사처벌 제도가 처음 시행된 1993년 7월 12일부터 2022년 11월 1일 현재까지). 이 중 ①, ②에 관해서 정부 공직자윤리위원회의 최근 10년간 통계 내용을 받았으며, ③은 부존재 결정을 통보받았다. 주무 부처인 인사혁신처는 향후 법무부나 대검찰청 등을 포함한 타 부처의 협조를 통해 ③의 통계자료를 확보·관리하는 것이 바람직해 보인다.

제재를 가할 수 있도록 규정하고 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」 또한 직무상 비밀·미공개정보를 이용한 재산상 이익의 취득 행위(제14조, 제27조)에 대해서 형사적 제재 수단을 활용하고 있다. 형사적 제재 수단은 제한된 범위에서 활용될 필요가 있다는 점에서 이러한 수단에 대한 전반적인 검토가 필요하다고 본다. 아래에서는 이러한 한국 법제의 특징을 토대로 외국 법제에서 참고가 가능한 몇 가지 시사점을 제시해 보고자 한다.

제4절 시사점

I. 도입

개별 규제 사안에 대한 적절한 실효성 확보 수단을 마련하는 일은 규범의 성패를 좌우한다. 따라서 규범을 정비하는 과정에서 개별 이해충돌 상황의 특성과 전체 규범 내의 위치를 이해하고 그에 맞는 적절한 제재 수단을 마련하는 일은 매우 중요한 일이다. 규제사항의 정확한 이해 없이 마련된 실효성 확보 수단은 반드시 제도 운용에 부작용을 일으킨다는 점을 염두하고 형사적 제재와 같은 강한 억지 수단에서부터 금전적·비금전적 행정적 제재 수단의 활용을 통해 이해충돌 개별 규제사항과 조화될 수 있도록 정비하는 과정이 필요하다.

본 장의 제3절에서는 세계 주요 국가들의 법제를 실효성 확보 수단을 중심으로 살펴보았다. 개별 국가의 법제는 제2장에서 살펴본 규제의 입법방식이나 제3장에서 살펴본 규제의 내용만큼이나 다양한 모습을 띤다. 그럼에도 불구하고 개별 법제가 마련한 실효성 확보 수단에는 한국 법제의 운용에 참고가 가능한 시사점을 일부 찾을 수 있다. 이하에서는 외국의 법제가 한국의 법제에 주는 이해충돌 규제의 실효성 확보 수단에서의 몇 가지 시사점을 제시해 보고자 한다.

시사점으로 제시할 사항은 다음과 같다. 우선 한국의 법제는 이해충돌 규

제사항에 조화롭지 않은 형사적 제재 수단이 일부 존재한다고 본다. 형사적 제재 중 일부를 행정적 제재로 전환할 것을 조심스레 제시해 본다. 행정적 제재의 경우 한국 법제는 징계와 행정질서벌로 이원화 되어 있고 실무적으로 거의 행정질서벌 중심으로 운용된다.[1046] 일원화된 방식의 한국의 행정적 제재 운용은 부과 금액의 다과를 통한 차이를 두는 외의 위반행위에 대한 차별적 접근을 어렵게 하여 경직성을 낳는다. 외국의 법제가 활용하는 행정적 제재 중에는 한국 법제에 참고할만한 다른 수단들이 존재하므로 향후 법제 정비 과정에서 고려할 필요가 있다.

II. 형사적 제재의 행정적 제재로의 전환

1. 문제점

형사적 제재는 앞서 본 바와 같이,[1047] 이해충돌 규제의 목적을 직접적으로 훼손하는 위반행위에 대하여 비례원칙을 위반하지 않는 범위에서 제한적으로 활용되어야 한다. 형사적 제재의 적절성 판단은 위반행위자의 의도가 개입되었는지, 규제사항 전체 절차에서 위반행위가 차지하는 비중이 얼마인지, 위반행위로 초래된 위법 상태의 회복 가능성은 존재하는지 등을 종합하여 결정되어야 할 것이다.

그런데 한국 공직사회가 갖는 신뢰도가 선진국 수준에 이르지 못하고 있어서인지,[1048] 한국의 법제는 아래의 <표 3>과 같이 실효성 확보 수단으로 형사적 제재를 적지 않게 활용하고 있다.

1046) 제4장 제3절 Ⅲ. 3. 참조.
1047) 제4장 제2절 Ⅱ. 1. 참조.
1048) 국제투명성기구가 발표하는 2020년, 2021년 부패인식지수에서 한국은 OECD 회원국 중 중하위권에 머물고 있다.

<표 3> 한국 이해충돌 규제 법제의 형사적 제재

구 분	조 항	내 용	법정형 (징역형)
①	제14조	- 직무 비밀·미공개정보 이용 재산상 이익의 취득 행위	7년 이하
②	제24조	- (ⓐ) 재산등록 거부행위	1년 이하
	제24조의2	- (ⓑ) 주식백지신탁 거부행위	1년 이하
	제26조	- (ⓒ) 재산등록 심사를 위한 출석 거부행위	6개월 이하
	제28조의2	- (ⓓ) 주식백지신탁 관여 금지 위반행위	1년 이하
	제29조	- (ⓔ) 퇴직공직자의 취업제한 위반행위	2년 이하
	제29조	- (ⓕ) 퇴직공직자의 활동 제한 위반행위	2년 이하

①「공직자의 이해충돌 방지법」, ②「공직자윤리법」

개별 형사적 제재 사항을 보면, 직무상 정보를 이용한 재산 취득 행위는 이해충돌에서 공직자의 의도적 사익 추구로 공익을 훼손한 행위를(①), 재산등록 거부행위나 주식백지신탁 거부행위는 이해충돌 발생을 차단하기 위하여 마련한 제도를 공직자가 의도적으로 불이행한 행위를(②-ⓐ, ②-ⓑ), 재산등록 심사 시 진술 청취를 위한 출석 거부행위는 이해충돌 발생을 차단하기 위한 재산등록은 하였으나 제도 운용에 추가로 필요한 절차를 의도적으로 불이행한 행위를(②-ⓒ), 주식백지신탁 관여 금지 위반행위는 이해충돌 상황에서 백지신탁은 하였으나 백지신탁 제도의 백지성(blindness)을 지키지 않음으로써 제도 목적을 훼손한 행위를(②-ⓓ), 퇴직공직자의 취업제한 위반행위는 이해충돌을 발생시킨 행위를(②-ⓔ), 퇴직공직자의 활동 제한 위반행위는 이해충돌 발생시킨 후 여기에 더 나아가 공익을 훼손하는 특정한 행위를(②-ⓕ) 처벌하고 있다. 아래에서는 개별 사항의 형사적 제재의 행정적 제재로의 전환 필요성을 구체적으로 검토해 본다.

2. 전환 필요성이 크지 않은 조항

직무상 정보를 이용한 재산 취득 행위(①)는 공직자가 공적 정보를 가지고

사익을 추구함으로써 공익을 직접적으로 침해한 행위라고 볼 수 있다. 이러한 행위는 위반행위자의 의도가 개입된 행위로 이로 인한 공익 훼손의 회복은 많은 시간이 소요되거나 때에 따라서는 불가능할 수 있다. 위반행위로 인한 공정성 훼손에 따른 공직사회 내·외부에 미치는 폐해가 크며 이해충돌 규제의 도입 목적을 직접적으로 몰각시키는 행위라고 볼 수 있다. 비교법적으로 이러한 위반행위에 대해서 행정적 제재를 통한 접근을 시도하는 법제가 없지는 않으나,[1049] 한국의 해당 위반행위에 대한 사회적 인식에 비추어 보면 형사적 제재는 그 타당성을 훼손하고 있다고 보기는 어렵다.[1050]

재산등록 거부행위(②-ⓐ)나 주식 백지신탁 거부행위(②-ⓑ)는 직무 관련성이 있는 재산으로부터 발생하는 이해충돌 발생을 사전에 차단하기 위하여 마련한 제도를 공직자가 의도를 가지고 위반한 행위라고 볼 수 있다. 이러한 위반행위로 인하여 제도의 도입 취지는 훼손되며, 위반행위 상태는 공직자의 의지로 회복이 요원하다고 볼 수 있다. 이러한 위반행위는 전체 절차의 일부를 불이행한 것이 아니라 종국적 불이행 상태를 초래한다는 점에서 가벌성이 적다고 보기도 어렵다. 미국과 프랑스도 유사한 제도에서 형사적 제재를 활용하고 있으며 한국 법제의 법정형의 상한은 1년 이하의 징역으로 수단과 목적 사이에 비례관계가 형성되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 비록 절차 위반사항에 대한 위반행위에 해당하지만 이에 대한 형사적 제재는 과도하다고 보기 어렵다.

1049) 캐나다는 연방 공직자에게 공적인 직무에서 취득한 정보를 사익 추구의 목적으로 이용하지 못하도록 하면서(「이해충돌법」 제8조), 윤리위원장이 이와 관련한 적절한 조치를 명령할 수 있도록 하고 있다(「이해충돌법」 제30조). 공직자는 윤리위원장의 명령을 이행하고 그 명세서를 윤리위원장에게 제출하여야 하는데(「이해충돌법」 제26조 제2항), 만일 명세서를 제출하지 않으면 과징금 부과 처분을 받게 된다(「이해충돌법」 제52조).

1050) 해당 위반행위는 공직자가 이해충돌 상황에서 반사회적 성질을 가지는 특정 행위에 나아간 것으로 볼 수 있으며 거의 자연범에 가깝다고 평가할 수 있다. 이러한 이유로 한국 법제 중 가장 강한 형사적 제재 사항에 해당한다. 해당 위반행위의 규제조항의 규범 내 체계 정합성의 문제는 본 논문 제3장 제4절 시사점 참조.

주식백지신탁 관여 금지 위반행위(②-ⓓ)는 공직자가 백지신탁 한 재산의 관리·수익·처분에 개입하는 행위를 의미하는데, 이러한 행위는 백지신탁 제도를 정면으로 훼손하는 행위로 볼 수 있다. 위반행위는 공직자의 의도로 발생하며 소유자가 백지상태의 재산정보를 알게 되었다는 점에서 제도의 훼손은 거의 회복이 불가능하다고 볼 수 있다. 비록 비교법적으로 미국과 캐나다와 같은 국가가 행정적 제재 수단인 과징금을 활용하여 실효성을 담보하고 있지만 징역형의 법정형 상한을 1년 이하로 정하고 있는 점에서 비례원칙을 위반하였다고 보기는 어렵다. 이러한 점에서 해당 위반행위에 대한 형사적 제재 수단을 활용하는 것은 가능하다고 본다.

퇴직공직자의 활동 제한 위반행위(②-ⓕ)는 퇴직공직자가 재직 중 처리한 업무를 취급하거나 재직 중인 공직자에게 부정한 청탁이나 알선하는 행위를 의미한다. 이는 퇴직공직자의 단순 취업행위를 넘어 이해충돌 상황에서 부패발생의 개연성을 높이는 의도적 행위로 부정의 목적이 개입되어 있다는 점에서 제도의 목적을 훼손할 뿐만 아니라 행위의 반사회적 성질 또한 띠고 있다.[1051] 퇴직공직자의 이러한 행위로 인하여 공직사회에 대한 훼손된 신뢰는 회복이 어렵다고 볼 수 있으며 법정형의 상한도 2년 이하의 징역으로 하한이 열려 있다는 점에서 비례원칙을 위반하였다고 보기는 어렵다.

3. 전환 필요성이 큰 조항

공직자윤리위원회가 재산등록을 심사하기 위하여 한 출석요구를 거부하는 행위(②-ⓒ)는 위반행위자의 의도가 개입된 행위에 해당하나 형사적 제재 수단까지 활용하는 것은 지나치게 과도하다고 판단된다. 출석요구는 재산등록 제도의 실효성을 담보하기 위한 일종의 중간 절차 과정의 위반행위로, 제도를 담보하기 위하여 서면 제출 등 출석의 대체 방법도 선택할 수 있다. 「민사소송법」이나 「행정소송법」이 증인 출석요구 위반행위에 대해 행정적 제재 수단을 택하고 있는 데에 비추어 균형에 맞지 않고, 형사적 제재 외 다른 행

1051) 이러한 점에서 부패와 근접한 행위라고 볼 수도 있다.

정적 수단으로도 실효성 담보가 가능하지 않다고 보기도 어렵다. 위반행위자의 불출석으로 재산등록제도의 목적이 훼손되었다면, 형사적 제재 수단을 마련하고 있는 재산등록 거부행위로 처벌하면 충분하다고 보며, 특별히 중간단계의 절차 위반행위까지 형사적 제재를 동원할 필요는 없다고 본다. 이는 비교법적으로 매우 드문 실효성 확보 수단으로 보인다.

퇴직공직자의 취업제한 위반행위(②-ⓔ)는 퇴직공직자가 이해충돌의 발생을 막기 위한 제도의 목적을 훼손하는 의도적 행위에 해당하나, 위반행위에 형사적 제재 수단을 활용하는 일은 지나치다고 판단된다. 퇴직공직자 취업제한 제도는 퇴직공직자에게 전직과 직무 관련성 있는 기관에 취업을 제한하는 제도로 퇴직자의 직업선택의 자유를 침해하지 않는 범위에서 제도가 운용되어야 하며,[1052] 직무 관련성을 포함한 제반 사정을 고려하여 공직자윤리위원회의 승인을 얻음으로써 예외가 인정되고 있다. 따라서 위반행위에 대한 제재를 가할 수 있음은 별개로 사후 승인과 같은 별도의 제도를 통해 훼손된 목적을 회복할 가능성이 있다고 본다. 또한 프랑스나 독일의 실효성 확보 수단에서 보는 바와 같이 연금 수급권의 박탈이나 지급받고 있는 연금액의 삭감과 같은 퇴직공직자에 적합한 행정적 제재 수단으로 제도의 목적을 달성할 수도 있다고 본다. 그러므로 현행 형사적 제재는 행정적 제재로 전환될 필요가 높다고 판단된다.

4. 소결

형사적 제재는 다른 수단과의 중복을 피하고 행정적 대체 수단으로 같은 목적을 달성할 수 있다면 되도록 자제할 필요가 있다.[1053] 그런데 현행 한국의 이해충돌 법제는 행정적 제재로의 전환 가능성이 있는 사안에 관해서도 형사적 제재를 활용하고 있다. 그러므로 「공직자윤리법」의 일부 실효성 확보 수단의 재조정이 필요하다고 본다.[1054]

1052) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도4673 판결 참조.
1053) 박윤흔, 앞의 논문(주 1003), 61면 참조.

재산등록 거부, 주식백지신탁 거부, 백지신탁 관여 금지 위반행위, 퇴직공직자의 활동 제한 행위에 대한 형사적 제재는 한국의 사회적 환경에서 활용할 수 있는 범위에 있다고 하더라도,[1055] 재산등록 심사를 위한 출석 거부행위나 퇴직공직자 취업제한 위반행위에 대한 형사적 제재는 행정적 제재로의 전환이 필요하다고 본다. 억지 효과가 강한 형사적 제재가 반드시 제도의 실효성을 담보하는 것은 아니며, 과도한 제재가 선진적 제도라고 평가되는 것도 아니다. 따라서 해당 사안에 대해서는 형사적 제재를 행정적 제도로 전환할 필요가 있으며, 이러한 전환은 개별 이해충돌 규제사항과 조화됨으로써 한국 법제 운용의 탄력을 부여할 수 있을 것이다.

형사적 제재 수단에서 오는 제도 운용의 경직성을 탈피하고자 1960년 이후 행정적 제재로 전환을 모색하였던 미국의 법제는 한국의 법제에 시사하는 점이 있으며, 캐나다 법제도 선출직과 비선출직 공직자를 막론하고 형사적 제재 수단의 활용을 되도록 자제하고 있다. 이러한 외국의 법제를 반드시 추종할 것까지는 없지만, 한국의 법제 중 적어도 불필요한 형사적 제재는 행정적 제재로 전환하는 것이 바람직하다고 본다.

III. 행정적 제재 수단의 다양화

한국의 법제는 실효성 확보 수단으로 형사적 제재 외에도 행정적 제재도 함께 마련하고 있다. 한국 법제는 이해충돌을 규제하던 초기에는 징계 중심으로 운용하다가 현재는 행정질서벌 중심으로 운용하고 있다. 행정질서벌이 징계보다 압도적으로 많이 활용되는데, 최근 10년간 정부 공직자윤리위원회

1054) 「공직자윤리법」상의 행정법적 제도와 형사처벌의 체계상 부조화와 행정형벌의 헌법적 정당성에 대한 엄격한 심사의 필요성이 요구된다는 견해로는 박재윤, 앞의 논문(주 13), 266-267면 참조.

1055) 재산등록 거부나 주식백지신탁 거부행위는 공직사회 신뢰 회복 등 한국의 사회적 환경의 개선에 따라 캐나다나 미국과 같은 행정적 제재로의 전환도 모색될 수 있다고 본다. 재산등록 의무 위반행위에 대하여 형사처벌로 접근하는 데 따른 문제점을 지적하는 견해로는 박재윤, 앞의 논문(주 13), 260면 참조.

의 행정질서벌 부과 대상자 통보 건수는 2,804건에 해당하지만, 징계 의결을 요구한 건수는 단 1건에 불과하다.[1056] 이러한 점에서 한국 법제 운용은 기본적으로 위반행위를 전제로 사후 처벌을 염두하고 마련된 실효성 확보 수단으로 평가되며 다양한 이해충돌 규제영역의 특성을 고려하지 못한다는 비판에서 벗어나기 어렵다. 획일적 행정적 제재의 운용은 법제 내에 개별 이해충돌 규제 사안에 적합한 실효성 확보 수단이 정비되지 않았음을 방증하고 있다.

이해충돌을 단순한 억지의 대상이 아니라 관리되고 규제되어야 할 대상으로 본다면, 행정질서벌로 금전적 부담을 지우는 외에 개별 규제사항에 맞는 다른 행정적 제재를 고민해 볼 필요가 있다. 이러한 점에서 세계 주요 국가의 법제는 참고가 가능할 것이다. 미국의 진행 중인 위반행위에 일종의 가처분 효과를 담보하는 금지명령, 프랑스의 참정권 제한이나 퇴직공직자의 연금액 삭감, 독일의 현직공직자에 대한 연금 수급권의 박탈·삭감 및 퇴직공직자의 퇴직금 박탈·삭감, 캐나다의 위반행위자에 적절한 조치를 명할 수 있는 시정명령권은 한국 법제에 시사하는 바가 있다고 본다.

한국 법제에서 행정적 제재의 다양화에 대한 변화의 기미가 아예 없는 것은 아니다. 2020년 12월 22일 개정 「공직자윤리법」(법률 제17754호)은 주식백지신탁 심사위원회의 심사과정에서 위반행위자의 허위 자료 제출 등 위법행위에 관하여 공직자윤리위원회의 시정조치 권한을 마련하였는데,[1057] 규제사항에 맞는 실효성 확보 수단을 추가로 마련하였다는 점에서 긍정적 변화라고 평가할 수 있다. 그러나 이 정도의 개선 수준만으로는 행정질서벌 중심으로 운용되는 현행의 한국 법제에 큰 변화를 주기는 어렵다. 행정적 제재의 다양화를 통한 과감한 정비가 필요하다고 보는데 아래에서 몇 가지 사례를 제시해 본다.

우선 캐나다 법제와 같이 이해충돌 관리를 위하여 규범 내 규제사항을 포괄하는 일반적인 시정명령 권한을 주무 부처나 공직자 소속기관에 부여하는

1056) 제4장 제3절 Ⅲ. 3. 참조.
1057) 「공직자윤리법」 제14조의5 제11항 제1호.

방안을 고려할 수 있다. 이러한 행정적 제재 수단은 공직사회 자체 시정을 통해 처벌 중심의 제도 운용에서 관리 중심의 제도 운용으로 전환하는 데 일조할 것이다.[1058] 그뿐 아니라 시정명령 권한은 다른 실효성 확보 수단과 결합하여 제도의 탄력을 기할 수 있게 한다. 가령 시정명령 후에도 위반행위자가 특정 사안을 이행하지 않은 때에 형사적 제재나 행정적 제재를 가함으로써 과벌 중심의 제도 운용의 완충 역할을 할 수 있을 것이다.

퇴직공직자의 취업제한 위반행위에 대한 형사적 제재의 부적절성은 앞서 살펴보았다.[1059] 이러한 위반행위에 대해서는 행정적 제재를 활용할 필요가 있는데, 프랑스나 독일의 법제와 같이 이미 수급받은 퇴직금이나 연금액을 삭감하는 방안도 좋은 대안이 될 수 있다.[1060] 이러한 방안은 퇴직공직자에 부여된 일정한 혜택을 제한하는 것으로 개별 수범자의 특성에 맞는 적합한 제재 수단이 될 수 있다. 그러므로 퇴직공직자 취업제한 제도의 실효성을 담보하기 위하여 현행 한국 법제의 형사적 제재 수단을 행정적 제재로 전환함과 더불어 행정질서벌 외 다른 행정적 제재도 고려할 필요가 있다고 본다.

앞의 두 가지 대표적인 사례 외에도 현행 한국 법제의 행정질서벌 중심의 획일적 행정적 제재의 활용에서 탈피하여 개별 규제영역에 맞는 예방과 억지가 조화를 이룰 수 있는 행정적 제재 수단의 다양화를 고민해야 한다. 이때 미국, 캐나다. 프랑스, 독일의 제도를 참고할 수 있을 것이다.

1058) 이러한 방식은 특히 규제 수단 중 공개방식과 접목됨으로 효과를 볼 수 있다. 한국 개별 이해충돌 규제 제도에서 제거방식을 공개방식으로 전환하거나 병행할 경우의 이점에 대해서는 박주철, 앞의 논문(주 783), 168-172면 참조.

1059) 제4장 제4절 Ⅱ. 참조.

1060) 박재윤, 앞의 논문(주 13), 260면 참조.

결 론

다산 정약용 선생은 목민심서 율기육조(律己六曹) 제2조 청심(淸心)에서 '궤유지물 수약미소 사정기결 사이행의'(饋遺之物 雖若微小 思情旣結 私已行矣)라고 하였는데, 이는 '선물로 보낸 물건이 비록 아주 작은 것이더라도 누군가를 생각하는 감정(思情)이 생기면 사사로운 행위를 행한 것'을 뜻하는 것으로 풀이된다.[1061] 이는 이해관계가 결국 공익을 해친 사사로운 행위와 같다는 것으로, 현대적 의미로 재해석하면 이해충돌이 부패 발생의 인자가 될 수 있으므로 이해충돌의 통제·관리에 각별히 주의할 것을 주문하는 경구로 이해할 수 있을 것이다.

본 논문은 점증하는 이해충돌에 관한 관심과 규제의 필요성에 대한 인식의 확대에 발맞추어 세계 주요 국가들의 제도를 비교법적으로 고찰함으로써 한국의 제도에 시사점을 제시하는 데 목적을 두고 있다. 이를 위하여 이해충돌 개념의 정립, 이해충돌 규제의 목적과 특징, 규범의 형식, 규제내용, 규범의 실효성 확보 수단을 미국, 영국, 캐나다, 프랑스를 중심으로 살펴보았다. 부패와 그 예방의 문제가 개별 국가가 처한 정치·사회·경제·문화적 요인들이 어우러져 도입된 것임에 비추어 보면,[1062] 이러한 다수의 개별 국가의 다양한 제도를 망라한 연구는 보편적 기준의 제시가 어려운 한계가 존재함을 인정한다. 특히 넓은 규제영역과 개별 국가의 고유한 특성이 두드러지게 나타나는 이해충돌 규제의 문제는 더욱 그러할 것이다.

그럼에도 불구하고 경제협력개발기구와 같은 국제기구와 개별 국가들이 이해충돌 규제에 대한 보편적 접근을 위해 공동의 노력을 기울이고 있으며 한국도 독자적인 이해충돌 규범을 마련하면서 이러한 큰 흐름에 동참하고 있다. 한국의 제도는 세계적 흐름에 부합하는 이해충돌 개념의 정립과 이해

1061) 한양원. 정약용의 목민심서, 나무의 꿈, 2019, 41면; 박정훈, 앞의 논문(주 6), 87면 참조.

1062) 박정훈, 앞의 논문(주 6), 96면.

충돌 규제의 특성에 부합하는 규범의 목적을 제시하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만 세계 주요 국가의 법제와의 비교를 통해 여러 제도 개선 사항을 도출하였는데, 그중에 특히 강조하고 싶은 것은 다음의 사항들이다.

첫째, 규범의 입법방식 측면에서 같은 목적을 가지는 「공직자윤리법」과 「공직자의 이해충돌 방지법」을 통합하고 주무 부처를 일원화하여 법률의 제정 목적을 실현하기 위한 통일적인 행정해석의 토대를 마련하는 것이 바람직하다. 아울러 규범의 분리를 포함하여 규율 내용의 측면에서 선출직 공직자와 비선출직 공직자의 직무 특성에 따른 차별적 접근을 고민해 볼 필요가 있다. 「공직자의 이해충돌 방지법」은 행정부 공직자의 직무 특성을 중심으로 규제 사항을 담고 있고, 선출직 공직자의 직무 특성을 고려하지 않아 실효성이 크다고 보기 어렵다. 규범을 분리하는 것이 가능하지 않다면, 적어도 몇몇 제도를 「국회법」과 같은 개별 법률에 담아내는 방식도 고민해 볼 수 있을 것이다.

둘째, 한국 법제의 규제내용 중 시급히 개선이 필요한 사항들이 눈에 띈다. 우선 이해충돌 규범 주무 부처의 일원화와 개별 법률에서 규정하는 중복규제 문제를 해결해야 한다. 이는 정책적 문제와도 결부되는데, 주무 부처의 분산은 불필요한 중복규제를 양산하므로 이를 차단할 방안을 고민해야 한다. 매각이나 백지신탁 충족 여부를 판단할 때 공직자의 직무 관련성을 1차 기준으로 금액은 2차 기준으로 설정해야 한다. 현행 법제는 금액을 1차 기준으로 하여 규제의 진입장벽을 설정하고 있어 이해충돌 제도의 취지에 부합할 수 없고 직무의 공정성을 담보하기도 어렵다. 따라서 직무 관련성 판단을 필수적 절차로 하거나 현행 기준 금액을 낮추는 방안을 고려할 필요가 있다. 가족 채용이나 사적 계약의 체결은 그 외관만으로 직무 공정성의 의심을 낳으므로 지시·유도·묵인뿐 아니라 단순 관여도 규제할 수 있는 근거 규정을 마련하는 방안이 필요하다. 마지막으로 현행 재산공개제도는 공직자의 현재의 재산 상황의 공개에 중점을 두고 있으므로 재산을 형성하게 된 과거의 이해관계까지 공개할 필요가 있다. 그 대상도 구체적이어야 한다.

셋째, 한국 법제의 실효성 확보 수단에 있어서도 개선할 점이 보인다. 한국의 이해충돌 규범은 형사적 제재 수단이 지나치게 많고 그 대상에는 이해충돌 규범의 취지에 부합하지 않는 단순한 절차위반 사항도 포함하고 있다. 이러한 사항에 관해서는 형사적 제재 수단을 행정적 제재 수단으로 재편하는 과정이 필요하다. 아울러 획일적인 행정적 제재 수단을 개별 이해충돌 영역에 맞는 대체 가능한 다른 수단으로 변경할 필요가 있다. 비교법적으로 금지명령, 시정명령, 연금이나 퇴직금의 삭감·박탈, 참정권 제한과 같은 행정적 제재 수단을 참고할 수 있다. 아울러 이해충돌 규범 내에 부패행위에 대한 규제사항은 규범의 정합성을 떨어뜨리므로 부패 관련 법률로 이전하는 과정이 병행되어야 할 것이다.

행정법학이 용어를 정의하는 조항, 적용 범위를 정하는 조항, 국가의 역할, 국민 상호 간의 관계 등에 대한 기본적 이해를 전제로 하지 않으면, 입법과정에서 기본적 질서를 정하는 제도설계에 정당한 기여가 어렵다고 한다.[1063] 이해충돌 규제는 개별 국가가 갖는 정치·경제·사회·문화적 요인에 따라 매우 다양한 모습을 띠고 이론적 체계가 형성되어 가는 과정에 있으므로, 이러한 요구가 더욱 충족되어야 한다. 이해충돌 규제 법제만큼 개별 국가가 보유하는 정치·경제·사회·문화적 특성에 따른 다양한 모습을 드러내는 영역도 드물 것이다. 그러한 점에서 일찍이 개별 국가가 갖는 법체계 전체를 헤아리지 못하는 비교법적 연구 방법이 갖는 함정에 대해 우려하는 학문의 눈에, 본 논문이 얼마나 자유로울 수 있을지 의문이다. 본 논문의 한계와 빈틈은 이후의 연구를 통해 극복하고 메우고자 한다. 특별히 한국의 새로운 이해충돌 규범의 출발과 함께 보조를 맞추어 향후 보다 실증적인 연구를 과제로 남기고 글을 매듭짓는다.

1063) 김종보, 앞의 논문(주 86), 9면.

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김남진·김연태, 행정법 Ⅰ(제25판), 법문사, 2021.

김동희·최계영, 행정법 Ⅰ(제26판), 2021.

김유환, 현대 행정법, 박영사, 2021.

김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제13판), 박영사, 2018.

김철용, 행정법(전면개정 제10판), 고시계사, 2021.

김향기, 행정법개론(제9판), 탑북스, 2010.

박균성, 행정법론(상), 박영사, 2014.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2007.

박 준·정형준·전종익·천경훈·최계영·김정연, 이해충돌에 관한 법적연구, 박영사, 2018.

배종대, 형법총론(제16판), 홍문사, 2022.

성낙인, 헌법학(제22판), 법문사, 2022.

신동운, 형법총론(제12판), 법문사, 2020.

이용식, 형법총론(제2판), 박영사, 2020.

정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022.

정하중·김광수, 행정법개론, 법문사, 2021.

한수웅, 헌법학, 법문사, 2011.

한양원, 정약용의 목민심서, 나무의 꿈, 2019.

홍정선, 행정법원론(상)(제29판), 박영사, 2021.

2. 논문

강철승, “공정사회와 고위 공직자 부패방지방안”, 한국행정학회 하계학술발표논문집, 2011.

권인석, “공공조직에 있어서 협동, 경쟁, 그리고 연고주의”, 한국공공관리학보 제25권 제1호, 2011.

김대인, “공기업에 대한 재고찰”, 행정법연구 제33호, 2012.

김영종, “부패학 연구의 새로운 패러다임 : 질적 연구방법론을 중심으로”, 한국부패학회보 제11권 제1호, 2006.

김용섭, “사회전체적 과제로서의 부정부패방지”, 공법연구 제24집 제3호, 1996.

김윤권·오시영, “적극적인 공무원 퇴직 관리를 위한 취업제한제도의 개선방안에 관한 연구” 한국인사행정학회보 제12권 제1호, 2013.

김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2016.

김재광, “한국의 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준”, 공법학연구 제9권 제3호, 2008.

김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 행정법연구 제30호, 2011.

김종보, “재건축・재개발과 형사처벌 -건설분야 부패방지제도의 일부로서-”, 서울대학교 법학 제60권 제2호, 2019.

김종보, “행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계”, 고시계, 1999.

김종보, “행정법학의 개념과 그 외연(外延) - 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론(試論) -, 행정법연구, 21호, 2008.

김주영, “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토”, 공법학연구 제14권 제3호, 2013.

김태완, “이해충돌방지”, 국방과 기술, 2015.

김태호, “행정법상 비례의 원칙 -대법원 판례를 중심으로-”, 공법연구 제37집 제4호, 2009.

김해동, “관료부패의 유형”, 행정논집 제28권 제1호. 1989.

나채준, “미국의 공직자 부패방지 제도에 관한 비교법적 고찰”, 영남법학 제42집, 2016.

마인섭, “한국 민주주의의 정착과 부패 : 국가(公)와 시장(私)”, 동아시아 문화와 사상 제8호, 2002.

문종욱, “존 로크의 법사상의 법사학적 고찰”, 충남대학교 법학연구 제17권 제1호, 2006.

미우라 하로키, “이주노동자문제와 동아시아 다층 거버넌스: 연성법 관점에 기반한 분석과 함의”, 한국정치학회보, 2012.

박영원, “퇴직공직자 취업제한제도의 개선방안”, 한국정책학회 하계학술대회, 2009.

박윤흔, “미국의 민사금전벌제도”, 미국헌법연구, 1990.

박재윤, “부패방지를 위한 행정법 제도의 쟁점”, 행정법연구 제46호, 2016.

박정훈, “公共機關과 行政訴訟 - 공공기관의 ‘행정청 자격’에 관한 대법원판례의 극복을 위해 -”, 행정법연구 제60호, 2020.

박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제”, 공법연구 제38집 제1호 제1권, 2009.

박정훈, “행정법과 ‘민주’의 자각”, 행정법연구 제53호, 2018.

박정훈, “행정부패와 행정법적 집단분쟁(병리적 행정현실에 대응한 법논리적 행정법학 방법론의 모색)”, 서울대학교 법학연구소, 1998.

박을미, “공직자 이해충돌 규제 위반행위의 사법적 효력”, 서울대학교, 2018.

박주철, “공직자의 이해충돌 규제 제도에 관한 연구 캐나다 이해충돌 규제 제도와의 비교를 중심으로 -”, 서울대학교 석사학위논문, 2020.

박주철, “공직자의 이해충돌 규제 제도에 관한 연구 - 캐나다 이해충돌 규제 제도와의 비교를 중심으로 -”, 행정법연구, 2022.

박준희, “이해충돌 방지 제도의 경성법화 과정에 대한 연구”, 법제처, 2022.

박현정, “프랑스 행정소송법상 긴급소송제도 : 2000년 개혁 이후의 긴급가처분(référés d'urgence) 제도를 중심으로”, 서울대학교 대학원, 2005,

박홍식, “공직자 이해충돌 행위의 개선을 위한 연구-법적·윤리적 시각을 중심으로”, 한국행정학보 제42권 제3호, 2008.

박홍식, “국가 부패 수준에 대한 특수주의와 투명성의 영향”, 한국부패학회보 제16권 제4호, 2011.

안명현, “합작투자회사에서 발생하는 이익충돌의 문제 - 겸임이사의 충실의무를 중심으로 - ”, 서울대학교, 법학석사학위논문, 2012.

윤견수, “한국 행정학의 영역 찾기: 공직과 자리 개념의 재발견”, 한국행정학

보 제45권 제1호, 2011.

윤태범, “공무원 윤리 확보를 위한 직무상 이해충돌 회피에 관한 연구: 미국, 일본, 한국의 비교를 중심으로”, 한국인사행정학회보 제4권 제2호, 2005.

이계오, “국제투명성기구의 부패인식지수 산출방법의 소고”, 한국품질경영학회 추계학술발표논문집, 2009.

이상수, “퇴직공직자의 이해충돌 방지를 위한 행위제한제도의 입법과정 분석에 관한 연구–제도 도입의 동태적 과정을 중심으로, 한국행정학회 하계학술대회 발표논문, 2012.

이상학, “부패인식지수(CPI)제고를 위한 반부패 정책 방향”, 한국정책학회 동계학술대회, 2018.

이성기, “미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구”, 미국헌법연구 제23권 제2호, 2012.

이승민, “온라인 플랫폼에 대한 중복규제 방지 방안”, 한국경쟁법학회, 2022.

이용우, “해방후 프랑스의 ‘국민부적격’과 공민재판부”, 서양사론 제107호, 2010.

이유봉, “공직자 이해충돌방지제도 입법방안과 쟁점”, 공직자 이해충돌방지제도 입법을 위한 토론회, 2019.

이원우, “경제규제와 공익”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006.

이원우, “공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제”, 공법연구 제45집 제3호, 2017.

이중기, “법인에서의 인식의 귀속과 이익충돌의 인식: 거대 회사에서의 정보차단장치의 효력을 중심으로”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 2014.

위준석, “연성규범의 새로운 양상 - FATF와 확산금융방지를 중심으로 - ”, 국제법학회논집, 2018.

장병연, 김현수, 김진윤, “공직자의 겸직금지 규정에 관한 소고”, 한국지방자치연구 제21권 제3호, 2019.

장영수, “개정 공직자윤리법에 대한 헌법적 검토 : 주식백지신탁제도를 중심으로”, 고려법학 제46호, 고려대학교법학연구원, 2006.

장영수, “공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향”, 고려법학 제70호, 2013.

전수일, “공무원의 윤리규범과 행동기준에 관한 연구 – 선물, 접대 및 이익

수수의 한도를 중심으로 -”, 한국부패학회보, 1999.

전종익, “공동체로서의 국가와 정부”, 서울대학교 법학, 제55권 제4호, 2014.

전종익, “국회의원의 헌법상 의무와 이익충돌”, 저스티스 통권 159호, 2017.

전 훈, “프랑스에서의 부패방지 법제”, 강원법학 제47권, 2016.

정연주, “공직자 부동산백지신탁제에 관한 헌법적 고찰”, 인제대학교 법학연구 제24집 제3호, 2021.

정하명, “미국에 있어서 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준 – 미국의 1989년 윤리개혁법을 중심으로 - ”, 공법학연구 제9권 제3호, 2008.

정한중, “변호사의 이익충돌과 변호인의 조력을 받을 권리”, 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 제39권 제2호, 2015.

정호경, “공·사법 구별의 역사와 의미에 관한 일 고찰”, 법학논총 제23집 제1호, 2006.

조재현, “부정청금지법의 위헌성에 관한 논의”, 한국부패학회보 제20권 제4호, 2015.

천경훈, “회사에서의 이익충돌”, 저스티스 통권 제159호, 2017.

최난설헌, “연성규범(Soft Law)의 기능과 법적 효력 - EU 경쟁법상의 논의를 중심으로 - , 인하대학교 법학연구 제16집 제2호, 2013.

최계영, “지방공기업의 법적 쟁점과 과제”, 경제규제와 법, 제8권 제2호, 2015.

최계영, “행정부에서의 이익충돌”, 저스티스 통권 제159호, 2017.

최윤영, “미국법상 공직자의 주식백지신탁제도에 관한 고찰”, 공법연구 제44집 제2호, 2015.

최진안, “법무법인의 구성원 등의 이익충돌 회피의무에 따른 업무제한 - 변호사법 제52조 제2항의 해석상의 문제를 중심으로”, 인권과 정의, 통권 434호, 2013.

하정철, “변호사의 현재 의뢰인과의 이익충돌”, 조선대학교 법학연구원 법학논총, 2013

허찬무, “캐나다 공직자의 이해충돌에 관한 제도의 고찰”, 한국행정학회 동계학술대회, 2016.

3. 기타 문헌

국회입법조사처, 퇴직공직자 취업제한제도의 현황과 개선방안, 2009.

김현희, 캐나다의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

나채준, 미국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

박경철, 영국의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

박규환, 독일의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

배성호, 일본의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

이민호·김영록·윤수재, 공직자 명칭 등에 대한 정의 연구, 한국행정연구원, 2012.

이유봉, 공직부패 종합대책법으로서의 부정청탁 및 이해충돌 방지법안에 대한 분석 연구, 한국법제연구원, 2012.

이유봉, 공직윤리제도 개선을 위한 법제분석, 한국법제연구원, 2013.

인사혁신처, 공직자의 공·사익 이해충돌 방지를 위한 인사관리체계 도입방안, 인사혁신처, 2016.

장원규, 오스트리아의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

전주열·김수홍·김봉철·김성배·서보국, 해외 주요국의 국가공무원에 관한 법제분석, 한국법제연구원, 2015.

조재현, 싱가포르의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

전 훈, 프랑스의 공직자 부패행위에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2015.

정부법무공단, 주식백지신탁제도 이해충돌방지수단의 다양화방안에 관한 연구, 안전행정부, 2013.

한국법제연구원, 공직윤리 강화를 위한 공직자윤리법 정비방안, 인사혁신처,

2016.

한국법제연구원, 행위제한제도 해외사례 파악 및 제도도입 방안 연구, 인사혁신처, 2014.

행정자치부, 2010 공직윤리제도 운영지침 - 주식백지신탁, 2010.

Ⅱ. 외국 문헌

1. 단행본

Andrew Stark, Conflict of Interest in American Public Life, Harvard University Press, 2001.

Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, Political corruption : concepts & contexts / editors, Routledge, 2017.

Auby/Breen/Perroud (ed.), Corruption and Conflict of Interest – A Comparative Law Approach, Edward Elgar, 2004.

Christoph Demmeke and Timo Moilanen, The Pursuit of Public Service Ethics – Promises, Developments and Prospects, B. G. Peters and Jon Pierre (eds), The SAGE Handbook of Public Administration (2nd ed.), 2012.

Hal G. Rainey and Barry Bozeman, Comparing Public and Private Organizations: Empirical Research and the Power of the A Priori, Oxford University Press, 2000.

Leslie Holmes, Corruption: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2015.

Samuel P. Huntington, Political Order in Changing Societies, New Haven and London, Yale University Press, 1968.

Trost/Gash(ed.), Conflict of Interest and Public Life, Cambridge, 2008.

2. 논문

Andrew Stark, “Conflict of Interest in Canada”, Trost/Gash(ed.), Conflict of Interest and Public Life, Cambridge, 2008.

Bernardo Giorgio Mattarella, “The conflicts of interest of public officers: Rules, checks and penalties”, Auby/Breen/Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar, 2014.

Bruno Wilhem Speck, “Conflict of Interest: Concepts, Rules and Practices Regarding Legislations in Latin America”, The Latin Americanist, Spring 2006.

Carl J. Friedrich, “Corruption Concepts in Historical Perspective”, Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

David Hine, “Conflict-of-Interest Regulation in Its Institutional Context”, Trost/Gash, Conflict of Interest And Public Life, Cambridge University Press, 2008.

Ethan Bueno de Mesquita, Matthew Stephenson, “Informative Precedent and Intra-judicial Communication”, 96 AM. POL. SCI. Rev., 2002.

Forcese, C, “Public Policy Issues and the Oliphant Commission”, Independent Research Studies, Library and Archives Canada Cataloguing in Publication, 2010.

Francis Snyder, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, The Modern Law Review, 1993.

Gerard Carney, “Conflict of Interest: Legislators, Ministers and Public Officials”, Transparency International, 1997.

Giovanni Guzzetta, “Legal Standards and Ethical Norms: Defining the Limits of Conflicts Regulations”, Trost/Gash(ed.), Conflict of Interest and Public Life–Cross-National Perspectives, Cambridge University Press, 2008.

Ian Greene, “Conflict of Interest and the Canadian Constitution: An Analysis of Conflict of Interest Rules for Canadian Cabinet Ministers”,

Canadian Journal of Political science, 1990.

Jacob van Klaveren, “Corruption as a Historical Phenomenon”, Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

John Gardiner, “Defining Corruption”, Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

J. S. Nye, “Corruption and Political Development: Cost-Benefit Analysis - The Study of Corruption in Less Developed Countries - ”, Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

Kenneth Kernaghan, “Codes of Ethics and Public Administration: Progress, Problems and Prospects”, Public Administration, 1980.

Mark Philp, “Conceptualizing Political Corruption”, Political corruption : concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

Mary Dawson, “Canada’s Federal Conflict of Interest Regime: History, Present Course and Future Directions”, 30th Annual Canadian Administrative Law Seminar, 2013.

Mary Dawson, “Conflict of Interest and Ethics Commissioner, The 2013-2014 Annual Report in respect of the Conflict or interest Act”, Office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner, 2014.

Melvin A. Eisenberg, “The Architecture of American Corporate Law: Facilitation And Regulation”, 2 Berkeley Bus. L. J., 2005.

Messick, “Policy considerations when drafting conflict of interest legislation”, Auby / Breen / Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar, 2014.

Nikolay Nikolov, “Conflict of interest in European public law”, Journal of Financial Crime, Vol. 20 Iss. 4, 2013.

Peters, “Conflict of interest as a cross-cutting problem of governance”, Peters / Handschin(ed.), Conflict ofInterest in Global, Public and Corporate Governance, Cambridge, 2012.

Samuel P. Huntington, “Modernization and Corruption”, Political corruption :

concepts & contexts, Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, editors, Routledge, 2017.

Susan Rose-Ackerman, “Corruption and conflicts of interest”, Auby / Breen / Perroud(ed.), Corruption and Conflict of Interest - A Comparative Law Approach, Edward Elgar, 2014.

Todres, Elaine, “The ethical dimension in public service”, Canadian Public Administration, 1991.

2. 기타 문헌

OECD, Managing Conflict of Interest in the Public Service - OECD Guidelines and Overview, 2003.

OECD, Post-Public Employment: Good Practices for Preventing Conflict of Interest. 2010.

Quentin Reed, Sitting on the Fence: Conflict of Interest of Interest and How to Regulate Them, Bergen: U4 Anticorruption Resource Center, 2008.

United Nations, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Anti-corruption Toolkit, 2004.

United Nations, Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2018.

U.S. Office of Government Ethics, OGE Agency Profile, 2020

World Bank, OECD, UNODC, “Preventing and Managing Conflicts of Interest in the Public Sector: GOOD PRACTICES GUIDE - Prepared at the request of the G20 Anticorruption Working Group by the World Bank, OECD and UNODC, 2020. 7.

Abstract

A study on the regulation of conflict of interest in public life

Park Joo-cheol
Major in Administrative Law
The Graduate School of Law at Seoul National University

It can be seen that the regulation of conflicts of interest began to be dealt with according to the legal principle of trust in the judicial realm, such as civil law or commercial law, and gradually moved to the public realm. Attempts to pay attention to and resolve conflicts between the public and private interests of those who perform public duties in the public domain have a long history, but attempts to approach them theoretically, analyze them systematically, and prepare systems to manage them are relatively recent. International organizations and major countries around the world are demanding, or actually enacting, norms to regulate conflicts of interest, and Korea is participating in this wider trend.

It is very important to prevent corruption by preemptively regulating conflicts of interest faced by public officials during the course of corruption. In the public domain, there is a tendency to see conflicts of interest in a negative light, but conflicts of interest are conflicts between public and private interests, and seeing them in terms of legal versus illegal or just

versus unjust cannot be considered fair. The misperception of conflicts of interest makes it difficult to establish a policy direction to regulate conflicts of interest. At least from the perspective of public law, it is necessary to distinguish between conflicts of interest and the actions of public officials that result from them. Based on this awareness of the problem, by comparatively examining the conflict of interest laws of major countries in terms of legislative methods, regulatory content, and means of securing effectiveness, several points can be identified relevant to Korean legislation.

First, in terms of legislative method, the Korean legislative system is operated by dualizing the 「Public Service Ethics Act」 and the 「Act on The Prevention of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」, which come under the jurisdiction of different departments. However, laws that dualize and operate hard norms for the same purpose targeting the same perpetrators, such as the Korean law, are comparatively rare. These laws increase the probability of overlapping regulations applying to offenders, hinder the unification of authoritative interpretation, and reduce the efficiency of institutional improvement. Therefore, it is necessary to integrate and unify the two current laws. The overlapping regulations of the 「Public Service Ethics Act」 and the 「Act on The Prevention of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」 need to be urgently resolved.

The word ‘prevention’ in the current 「Act on The Prevention of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」 is not appropriate, so it needs to be revised. If conflicts of interest are viewed as a special situation faced by public officials, it is more appropriate to regard conflicts of interest as targets to be managed or regulated rather than prevented. Prevention is a term that can be used in some remedies that block the possibility of a conflict of interest before it occurs, such as a divestiture or a blind trust among regulations for conflicts of interest, but it has

limitations in describing other conflicts of interest remedies. Since regulation is a concept that includes management in a broad sense, it is desirable to revise the current 「Act on The Prevention of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」 to the 「Act on The Regulation of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」, which is a matter for consideration in the enactment of the integrated law in the future.

Elected public officials, as representatives of the people, have various interests in the overall state affairs. In particular, it is a principle that public officials in the legislative branch assume political responsibility by receiving re-confidence regarding the merits and demerits of their duties according to the principle of free delegation.The current legislation in Korea, in particular the 「Act on The Prevention of Conflict of Interest Related to duties of Public Servants」, was reorganized around the duty characteristics of public officials in the administration and was prepared without sufficient consideration of the duty characteristics of elected officials. Therefore, considering the separation of norms, it is necessary to try an approach that discriminates between elected and non-elected public officials, and in this respect, some discriminatory approaches in the 「National Assembly Act」 can be evaluated positively.

According to conflict of interest regulations, the stock divestiture and blank trust remedies under Korean legislation sets a standard amount as a barrier to entry into one regulation, while the judgment of job relevance is considered to be a requirement for exclusion from regulation. Since the operation of such a legal system is very unusual in terms of comparative law and does not correspond to the original purpose of the system, it is necessary to convert duty relevance to a primary requirement and the standard amount to a secondary factor. The property registration system is also focused on disclosing the current property of public officials, so various

matters of interest that can be monitored in three dimensions, including the process of property formation, should be made public.

The Korean legal system relies too heavily on criminal punishment and administrative order punishment as a means of securing effectiveness. This is a factor that reduces the effectiveness of legal operation by imposing sanctions that do not conform to the content of the conflict of interest regulation. Therefore, various means of administrative sanctions that meet the characteristics of individual conflicts of interest regulation areas must be sought. For example, foreign legislative precedents that allow pensions or severance pay to be reduced for violations of restrictions on employment and activities of retired public officials can be referred to. In addition, work should be carried out in parallel in the Korean legal system to convert unnecessary criminal sanctions into administrative sanctions.

Key words : Conflict of interest, Corruption, Legislative method, Regulatory remedy, Means of ensuring effectiveness

***Student Number* : 2020-36110**