

헌법상 반부패조항으로서 헌법 제46조에 대한 헌정사적 비판*

Criticism of Article 46 of the Constitution from the perspective of the
constitutional history of Korea

이 승 태(Lee, Seung Taek)**

ABSTRACT

This study begins with the awareness of the need to explain why Article 46 of the current Constitution, which is one of the provisions for preventing corruption, imposes the obligation of integrity and anti-corruption on “members of the National Assembly” only, instead of requesting it for the entire public sector. When examining the introduction path of Article 46 of the current Constitution, the following doubts could be raised. At that time, the military dictatorship, which had the initiative to amend the constitution, branded politicians such as members of the National Assembly as corrupt groups and used the constitutional amendment as a means of propaganda to secure the legitimacy of military rule. This study attempts to analyze this issue from a constitutional interpretation perspective and a constitutional history perspective to confirm this more accurately.

In summary, the results of this study are as follows: 1) from a constitutional interpretation perspective, Article 46 of the constitution does not have a special significance or function as a provision against corruption in the constitution, 2) the obligation of National Assembly members to maintain integrity in Article 46(1) and the prohibition of abuse of their position in Article 46(3) were included in the constitution as propaganda tools to label National Assembly members as a strong factor of corruption and abuse of power and to secure the legitimacy of military rule, and 3) the obligation to prioritize national interests in Article 46(2) is given the meaning of binding to the Political Party and free Mandate from a constitutional theory perspective, but is associated with securing the legitimacy of military rule in terms of its introduction.

The sharp blade of fighting corruption is a necessary tool for the success of a democratic constitutional state. However, sometimes it is necessary to reflect critically on the historical fact that this tool was used as a tool to cover up the unclean power. And based on this reflection, it is necessary to understand Article 46 of the Constitution again and discuss its existence.

Key words: Prevention of corruption, Article 46 of the Korea Constitution, duty of integrity, prohibit

* 본 연구는 2022년 한국부패학회·동아대학교 법학연구소·제주대학교 법과정책연구원이 공동개최한 동계학술대회에서 발표한 것을 수정·보완한 것임.

이 연구는 충남대학교(교육·연구 및 학생지도비)에 의해 지원되었음.

** 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

abuse of positions, prohibit abuse of privileges, duty of members of the National Assembly.

I. 서: 부패방지의 당위와 대한민국헌법

법치국가에서 부패방지는 준법 의무와 마찬가지로 헌법상 명시적 규정이 없다고 해도 반드시 실현되어야 하는 요청이다. 왜냐하면 부패행위는 객관적이고 공정한 법의 집행을 저해하고, 정의와 평등의 원칙을 훼손하는 행위로¹⁾, 공동체 결정의 공정성과 신뢰를 파괴하여²⁾ 법치국가의 성립 기반 자체를 붕괴시키는 결정적 요인이기 때문이다. 이상적 규범 체계를 완벽하게 갖춘 국가라 해도 규범 실현 과정에 있어서 공무 수행 주체가 사사로운 이익을 위해 자의적으로 법을 집행한다면 법치의 실현은 요원할 뿐이다. 따라서 부패방지 요청은 실정헌법적 근거가 없다고 해도 법치국가 원리에 내재하는 당위의 하나라고 할 수 있다.

부패방지는 민주주의 실현을 위한 전제이기도 하다. 민주주의 국가에서 국가 작용은 원칙적으로 국민의 의지에 따라 국민을 위해 이뤄져야 하는 위임 사무의 처리라고 할 수 있으며, 수임인에 대한 국민의 공적 신뢰 없이는 국가 작용이 그 정당성을 확보할 수 없다. 따라서 공직 수행에 있어서 권한 남용과 사익 추구 근절을 내용으로 하는 부패방지의 요청은 민주주의 실현을 위한 기본 전제이다.³⁾

이렇듯 부패방지는 민주적 법치국가 실현의 당연한 요청이다. 너무나 당연한 요청이기에 부패의 척결과 방지 주장은 그 자체로는 비판되기 어려우며, 국민 다수의 지지를 획득하는데 용이하다. 따라서 스스로 정당성을 획득하지 못한 권력이 이를 동원하여 자신을 포장하는데 이용하기도 쉽다. 본 연구는 부패방지의 당위성을 동원한 헌정파괴세력의 행위를 헌정사적 관점에서 비판적으로 조망하고, 이를 치유할 수 있는 방안을 모색하는 것을 목적으로 한다.

이 연구의 문제의식은 헌법 제46조⁴⁾에서 출발한다. 당연한 내용이기에 비판적 의식을 갖지 않고 지나칠 수 있는 규정이지만 동시에 비교헌법적 차원에서 발견하기 어려운⁵⁾ 헌법

1) 유지태. “법치주의 관점에서 본 부정부패방지 논의”. 공법연구, 24.3, 1996, 190면.

2) 신정규. “지능정보사회에서 부패방지의 공법적 과제”. 부패방지법연구, 4, 2021, 5면.

3) 이승택. “이해충돌방지법에 관한 헌법적 검토”. 한국부패학회보, 26, 2021, 53면.

4) 제46조 ①국회의원은 청렴의 의무가 있다.

②국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.

③국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

5) 이경선. 「헌법상 국회의원의 의무와 입법윤리에 관한 연구」, 국내박사학위논문 서강대학교 대학원, 2017. 85면.; 사단법인 한국헌법학회 편, 「헌법주석(국회, 정부)」, 경인문화사, 2018. 118면.

규정이라는 점에서 그 도입 배경을 탐색할 필요성이 있다고 할 수 있으며, 전체 공직 영역에 요청해야 할 의무를 왜 ‘국회의원’에 한정하여 명시하였는지를 설명할 필요성도 있다. 특히 동 규정을 두고 “정치불신과 국회의 지위 저하에 작용하는 조항”이며 “정치 조작의 구체적인 조치가 헌법에까지 제도적 분식”하였다고 통렬하게 비판한 헌법학자의 회고⁶⁾를 학술적 차원에서 구체적으로 논증해보는 것도 필요하다는 점에서 다음과 같은 가설을 가지고 본 연구를 시작한다.⁷⁾

현행 헌법상 반부패조항으로서 헌법 제46조는 국회를 중심으로 한 정치 세력을 부패세력으로 낙인찍고 군인 지배의 당위성을 확보하기 위한 선전 수단으로 동원된 규정이다.

본 연구는 이러한 가설을 현재의 헌법해석 논의와 헌정사적 분석을 통해 검토하고 헌법상 반부패조항의 해석과 보완을 위한 방안을 제시하고자 한다. 이를 위해서 먼저 현행 헌법상 반부패조항의 구조와 체계를 조망하고, 헌법 제46조에 관한 해석론을 정리하여 그 고유의 의미가 형성되었는지를 검토한다.(Ⅱ) 다음으로 헌법 제46조의 도입 경로와 배경을 헌정사적 관점에서 분석하여 가설에서 제기하고 있는 의도를 확인할 수 있는지를 검토한다.(Ⅲ) 이러한 연구를 통해 헌법 제46조의 문제점을 명료하게 정리하고, 헌법상 반부패조항의 개헌론에 관한 하나의 관점을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 헌법상 반부패조항의 구조와 헌법 제46조 해석론

1. 헌법상 반부패조항의 구조

부패행위란 공직자가 직무와 관련해 지위와 권한을 남용하거나 법령을 위반해 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위를 핵심으로 한다.⁸⁾ 이러한 부패행위 방지를 위한 헌법 규범은 크게 내용적, 권력분립적, 절차적 층위로 나뉘볼 수 있다. 내용적 층위의 반부패조항은 헌법 직접적으로 공직자에게 일정한 실체법적 의무를 부과하거나 국가에 과제를 제시하여 입법 의무를 부과하고 부패방지를 위한 법률의 헌법적 근거를 제시하는 방식이라고 할 수 있다. 또한 권력분립적 층위는 권한 남용 등의 부패 유발 요인이 있는 권한의 담당 주체를 상호 견제하도록 하는 방식이라고 할 수 있으며 절차적 층위는 법령 위반을 통해 이익을

6) 한상범, 『헌법이야기』, 현암사, 1998. 296-297면.

7) 이러한 문제의식은 다른 연구를 통해 이미 간략하게 제기한 바 있으며, 본 연구를 통해 구체적 논증을 하고자 한다. 이러한 문제제기를 다른 연구로 이승택, 앞의 논문, 7-8면.

8) 이승택, “부패방지와 헌법상 연좌제 금지”, 한국부패학회보, 25(2), 2020, 146면.

도모하는 행위에 책임을 물을 수 있는 절차를 설정하는 방식이라고 할 수 있다. 현행 헌법은 이러한 세 층위의 반부패조항을 모두 명시적으로 두고 있다.

먼저 내용적 층위의 반부패조항을 살펴보면, 헌법 전문의 ‘사회적 폐습과 불의의 타파’, 헌법 제1조 제2항과 헌법 제7조 제1항 및 헌법 제46조 등을 들 수 있다. 헌법 전문의 사회적 폐습이란 폐해가 많은 관행을, 불의란 사회적 부정의를 의미하는 것으로 이 가운데에는 부정부패가 포함된다고 할 수 있고⁹⁾, 모든 권력은 국민으로부터 나오며, 공무원은 국민의 봉사자로 국민에게 책임을 지도록 규정한 헌법 제1조 제2항과 헌법 제7조 제1항은 공무원의 충실의무를 규정하는 것으로¹⁰⁾ 공직 부패방지의 직접적 근거를 제시하는 것이라고 할 수 있다. 또한 헌법 제46조는 국회의원의 청렴 의무, 국가이익 우선 의무, 지위 남용 금지 의무를 규정한 것으로 국회의원의 부패방지를 위한 헌법 직접적 내용 규정이라고 할 수 있다. 이러한 내용적 층위의 반부패조항은 그 자체로 작동하여 부패방지 기능을 수행한다기보다는 입법을 통한 구체화를 통해 규범력을 확보하는 것이며, 부패방지를 위한 공직자의 기본권 제한 입법의 근거로 공직자가 아닌 국민보다 상대적으로 광범위한 기본권 제약을 정당화하는 규범적 근거로 작동한다고 할 수 있다.

“권력은 부패하는 경향이 있으며, 절대 권력은 절대 부패한다”는 격언에서 알 수 있듯이 국가 권력의 부패방지를 위해서 더 직접적으로 작동하는 헌법적 도구는 권력분립이다. 이러한 측면에서 헌법의 국가기관 형성 및 권한 배분은 부패방지를 위한 권력 상호 간의 견제와 균형을 내재적 원칙으로 한다. 물론 권력분립은 권력 제한의 목적뿐만 아니라 권력의 안정성과 정당성 부여를 목적으로 한다고 할 수 있지만¹¹⁾ 최상위의 헌법기관 사이의 권한 남용을 억제하기 위한 거의 유일한 도구는 동등한 위치의 다른 권력에 의한 통제라고 할 수 있기 때문에 헌법상 반부패조항의 중심에 권력분립 원칙과 이를 실현하는 헌법 규정이 있다고 할 수 있다.¹²⁾ 이러한 측면에서 현행 헌법의 권한 배분 및 견제를 위한 다양한 규정¹³⁾들을 헌법상 반부패조항이라고 분류할 수 있다.

절차적 층위의 반부패조항은 더 직접적으로 부패를 규율하고 책임을 묻는 수단이다. 헌법

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

10) 현재 2012. 8. 23. 2010헌가65, 판례집 24-2상, 384면.

11) 이부하, “권력분립원리의 재고찰”, 법학논고, 55, 2016, 3-4면.

12) 유사한 관점에서 부패방지의 핵심 이슈라고 할 수 있는 이해충돌 문제를 제어하기 위한 수단으로 권력분립을 제시하고 있는 연구로 Orentlicher, David, “Conflicts of Interest and the Constitution.” Wash. & Lee L. Rev. 59 (2002): p. 723-731.; 조재현, 강혜림, “사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지 입법에 관한 연구.” 한국부패학회보, 26(2), 2021, 70면.

13) 예를 들어 국회의 입법권과 대통령의 거부권, 정부의 예산편성권과 국회의 예산심의권, 대통령의 행정권과 국무회의의 심의권, 대통령의 조약체결권과 국회의 동의권 등 상호긴장이 존재하는 다양한 층위의 헌법 규정들을 헌법상 반부패 기능을 수행하는 규범이라고 할 수 있다. 물론 이러한 헌법 규정 상호 간의 권한 배분이 정당국가적 현실에 의해 해체되고 있다는 점에서 권력분립의 재구성 논의는 부패방지 실현이라는 관점에서도 지속적으로 사유될 필요가 있다.

제29조 제1항 국가배상청구권, 헌법 제63조 해임건의제도, 헌법 제64조 국회의원 자격심사 및 징계제도, 헌법 제65조 탄핵제도, 헌법 제97조 감사원 직무감찰제도 등이 절차적 층위의 반부패조항이라고 할 수 있다. 물론 다양한 형태의 부패행위는 법률을 통해 규율하고 제재할 수 있지만 헌법적 층위에서 다뤄야 하는 것은 그 법률을 직접 만들고 운영하는 고위 공직자의 부패방지라고 할 수 있으며, 이상의 규정과 제도들은 국민이 직접 공직자의 책임을 묻는 절차, 기관 내부 규율을 통해 구성원의 책임을 묻는 절차, 여러 기관이 연계하여 함께 책임을 묻는 절차 등을 통해 고위 공직자의 부패를 방지하는 장치라고 할 수 있다.

이러한 구조적 인식은 부패방지가 헌법의 단일한 규정을 통해 실현되는 과제가 아니며, 헌법 전체의 체계적 기획을 통해 실현된다는 것을 보여준다. 또한 헌법에 청렴과 반부패를 명시하는 것만으로 부패방지라는 목표가 실현되는 것이 아니며, 적절한 체계로 구성된 내용적, 권력분립적, 절차적 층위의 규범들이 각각의 역할을 수행함으로써 헌법기관의 부패행위 통제가 이뤄질 수 있다는 점을 시사한다고 할 수 있다. 다시 말해, 헌법적 강령으로서 부패방지 선언만으로는 규범력을 갖춘 반부패조항이 될 수는 없다는 것이다.

2. 헌법 제46조 해석론

헌법 제46조에 관한 헌법 해석론은 대체로 헌법주석서나 헌법교과서에서 조문의 내용을 간략하게 해설하는 정도이며, 조문 자체를 헌법학적 층위에서 분석하는 작업은 극히 드물다.¹⁴⁾ 다만 헌법 제46조 제2항 국가이익 우선 의무는 대의제의 자유 위임의 근거 및 정당기속의 한계 등의 측면에서 학술적으로 다루어지는 경우가 있다.¹⁵⁾ 헌법에 도입된 시점에서부터 기산하면 제46조 제3항의 경우 약 60년, 제46조 제1항과 제2항의 경우 약 40년이 경과했음에도 동 규정에 대한 헌법 해석론이 축적되지 않고 있는 이유는 구체적 헌법 현실에 동 규정이 적용되는 사례가 많지 않았거나, 실질적 헌법 규범으로 작동하지 않거나 ‘헌법의 통일성 원리’¹⁶⁾에 관여하는 부분이 적기 때문이라고 추정할 수 있다. 본 연구는 헌법 제46조에 대한 해석론적 발전 시도가 아닌 헌정사적 고찰을 통한 비판을 중심으로 하고 있기 때문에 이하에서는 현재까지 제시된 헌법해석을 간략하게 정리하도록 한다.

현행 헌법 제46조는 1980년 헌법 제82조에서 조문 순서 변경만 이뤄진 것으로 조문 내용과 구조가 갖춰진 것은 1980년이라고 할 수 있다. 1980년 개정된 헌법에 대한 교과서 성격의 책으로 매우 빠르게 출간된 것은 당시 헌법개정심의위원회 심의 위원이면서 위원회 산

14) 다만 입법윤리의 문제와 연결하여 헌법 제46조를 상세하게 분석한 박사학위논문이 있다. 이 논문도 국회의원에 한정하여 청렴의무 등을 부과하고 있는 것에 의문을 제기하고 있기는 하지만 이를 국회의원 지위의 특수성으로 정리하고 있다. 관련하여 이경선, 앞의 논문, 3-4면, 8-96면. 참고.

15) 대표적인 예로 한수웅, “국회의원의 자유위임과 교섭단체의 강제”, 중앙법학, 21(3), 2019. 12-18면.

16) Konrad. Hesse, 계희열 역, 『통일 독일헌법원론』, 박영사, 2001. 40면.

하 9인소위원회 간사위원을 담당한 박일경의 『제5공화국 헌법』이었다.¹⁷⁾ 이 책에서도 헌법 제46조에 대한 설명의 분량은 매우 적지만 다음과 같은 설명으로 그 입법의 취지를 제시하고 있다.

“(헌법 제82조 제1항 및 제3항) 이것은 종전 우리 의회정치의 병폐였던 국회의원의 부정·부패를 막아 정의로운 정치사회의 구현을 기하려는 것이다. 그리고 헌법은 종전의 국회의원들이 너무나 그 지역선거구의 이해관계만 따지고 고차적인 국가이익을 경시하였던 폐단을 없애기 위하여 (헌법 82조 제2항)을 규정하고 있다.”

이후부터 지금까지 출간된 다수의 헌법교과서들도 구체적인 해석을 크게 발전시키지는 못하였고, 조문 자체를 서술하거나¹⁸⁾ “의원이 부정부패에 물들고 그 신분을 악용하여 경제적 이익만을 추구하는 혼탁한 정치풍토 속에서는 진정한 대의민주주의는 꽃필 수 없기 때문”이라고 하면서 조문의 목적 혹은 규정 이유를 설명하는 방식¹⁹⁾, “의원이 지위나 특권을 남용하여 이권에 개입할 경우에는 징계의 대상”이라고 하면서 규정의 효과를 설명하는 방식²⁰⁾ 등이 있다. 또한 좀 더 상세한 조문별 해석을 제시하면서 청렴의무에 대해 모든 공직자에게 요구되는 헌법상 의무이지만, “국회의원은 국민의 대표자이기 때문에 이를 특히 강조하여 명문으로 정하고 있는 것”이라고 설명하고, 재산의 신탁 등을 그 실현 방법으로 제시하고, 국회의원 본인에게만 한정되어 적용된다고 적용 범위를 제시하는 해석도 있다.²¹⁾ 그리고 헌법 제46조 제1항과 제3항에 대해서 헌법에 명시적으로 규정할 만큼 중요한 규범이 아니라고 보는 비판적 견해도 있다.²²⁾

이 밖에도 의원직무의 광범위성과 차별성, 헌법제정권자의 특별한 의지 표현, 의원 부패에 대한 사회적 공분 등을 규정 이유로 제시하고, 헌법 제46조의 “청렴”, “국가이익”, “양심” 등 추상적 개념을 구체적으로 설명하면서 각 의무 사이의 관련성을 분석 및 비교법적 검토를 통하여 조문의 입체적 의미를 밝히고자 하는 연구도 있는데 이 연구에서는 헌법 제46조가 부패방지를 위한 하위 규범의 근거가 되며, 국회의원에게 상대적으로 더 강한 부패방지 의무가 부과하고 있기 때문에 이를 실효적으로 적용할 필요성이 있다고 하면서, 청렴·국익 우선·사익 추구 금지 의무는 의정 활동 전반, 특히 입법 활동의 통제 원리로 작동해야 한다고 주장한다.²³⁾

17) 머리말이 1980년 헌법 공포일인 1980년 10월 27일에 작성되었고, 1981년에 바로 출간되었다. 박일경, 『제5공화국 헌법』, 일명사, 1981.

18) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004, 1097면.; 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2019, 920면.

19) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016, 991면.

20) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1999, 839면.

21) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016, 1203면.

22) 전광석, 『한국헌법론』 집현재, 2017, 692면.

23) 그리고 이러한 토대 위에서 입법 통제 제도로 입법 이익 소명, 각계여론조화, 국회의원의 대민 접촉 기록 및 절차화, 입법안 특혜성 심사 및 입법평가제 도입 등을 제안하고 있다. 이경선, 앞의 논문.

이러한 해석론들을 종합하여 정리해보면, 1) 헌법 제46조 제1항 국회의원의 청렴 의무는 국민의 대표인 국회의원에게 국민의 신뢰받는 공직자가 되기 위해 필수적으로 갖춰야 할 덕목이라고 할 수 있는 청렴결백을 공직자의 대표로 부여한 헌법적 선언이라고 할 수 있으며, 2) 헌법 제46조 제2항은 국회의원의 의무와는 다소 거리가 있는 자유 위임 원리의 근거라는 해석과 개인적, 지역적 이익 혹은 정당이나 정파의 이해관계보다 국가의 이익을 우선시 할 의무를 부여함을 내용으로 한다고 할 수 있다. 또한 3) 헌법 제46조 제3항은 국회의원의 지위 남용 금지 혹은 이권운동 금지를 내용으로 하여 헌법이 우려하는 국회의원의 부패행위 유형을 명시적으로 규정한 것이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 해석들은 1) 대통령도 국민 대표성을 갖는다는 점, 모든 공직자의 덕목이자 의무라면 모든 공직자를 대상으로 하는 것이 더 효과적이라는 점 등에서 비판될 수 있으며, 2) 국회의원의 의무를 규정하는 조항에서 자유 위임에 관한 규정을 두는 것은 헌법 체계상 적절하지 않다고 할 수 있다는 점²⁴⁾, 특정 세력 등의 이해관계에 치우침 없는 권한 행사를 내용으로 하는 것은 이미 국민 전체의 봉사자로서 모든 공무원에게 헌법 제7조 제1항을 통해 선언하고 있다는 점에서 비판된다. 그리고 3) 형법이 아닌 헌법이 수많은 부패 유형 중 하나의 유형만을 특정하여 규정하는 것은 적절하지 않으며, ‘구체적 권력형 비리 유형을 일반화해 적시한 것은 의회사적 차원에서 보면 매우 수치스러운 규정’²⁵⁾이라고 볼 수도 있다.²⁶⁾

3. 소결

헌법상 반부패조항에 대한 구조적 분석을 통해 헌법 실현의 중요 목표 중 하나인 부패방지가 선언적, 강령적 규정만으로는 이뤄질 수 없음을 알 수 있었다. 따라서 헌법 제46조가 진정으로 부정부패에 물들어 신분을 악용하고, 사익만을 추구하는 혼탁한 정치풍토를 바로 잡아 사회정의를 실현하고자 하는 것이었다면 국회의원에 대한 탄핵 혹은 소환과 같은 헌법적 특수 절차를 마련하거나 양원제 도입 및 상하원 사이의 교차적 징계 절차를 통한 국회 내적 견제 강화 등의 시도가 더 적절한 수단이라고 할 수 있다. 또한 헌법해석론적 분석에서 살펴본 바와 같이 헌법 제46조는 그 자체의 고유한 의미를 축적하지 못하였고, 헌법 규범으로서 실효적으로 작동하지 못하고 있다고 할 수 있다. 따라서 잠정적으로 헌법 제46조는 반부패조항으로서 헌법개정세력의 불충분한 기획이거나 혹은 부패방지라는 목적 이외

24) 이러한 시각에서 헌법개정시 헌법 제46조 제2항을 별도로 분리하여 다른 조항에 규정해야 한다는 견해도 있다. 사단법인 한국헌법학회 편, 『헌법주석(국회, 정부)』, 경인문화사, 2018. 118면.

25) 이경선, 앞의 논문, 21면.

26) 이 밖에도 청렴의무와 지위 남용금지 의무는 이를 구체화하는 법률 규정이 존재하지 않으면 단순한 선언에 불과할 수 밖에 없다는 비판도 있다. 이러한 견해로 전종익, “국회의원의 헌법상 의무와 이익 충돌”, 저스티스, 159, 2017, 116면.

에 다른 의도가 존재할 가능성이 있다고 평가할 수 있을 것이다. 이하에서는 다른 의도의 존재 가능성을 헌정사적 분석을 통해 좀 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 헌법 제46조에 대한 헌정사적 분석과 비판

1. 헌법 제46조의 연혁

헌법 제46조에 대한 헌정사적 분석을 위해서는 동 규정이 어떤 경로에 의하여 헌법에 규정되었고, 변화를 겪었는지를 우선 살펴볼 필요가 있다. 이를 위해서 헌법 제46조의 도입과 변경 연혁을 간략하게 정리하면 다음과 같다.

제1항 청렴 의무 및 제2항 국가 이익 우선 의무	1980년 10월 27일 개정 헌법 제9호에 의해 도입 “제82조 ① 국회의원은 청렴의 의무가 있다. ② 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”
	1987년 10월 29일 개정 헌법 제10호에 의해 위치 변경 “제46조 ① 국회의원은 청렴의 의무가 있다. ② 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”
제3항 지위 남용 금지 의무	- 1962년 12월 26일 개정 헌법 제6호에 의해 도입 “제40조 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 법률이 정하는 기업체와의 계약 또는 그 처분에 의하여 재산상의 권리나 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.”
	- 1972년 12월 27일 개정 헌법 제8호에 의해 규정 내용·위치 변경 “제81조 국회의원은 그 지위와 특권을 남용하여서는 아니된다.”
	- 1980년 10월 27일 개정 헌법 제9호에 의해 규정 내용·위치 변경 “제82조 ③ 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.”
	1987년 10월 29일 개정 헌법 제10호에 의해 위치 변경 “제46조 ③ 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.”

정리해보면 헌법 제46조 제1항과 제2항은 1980년 헌법에 의해 도입되어 동일한 내용으로 현행 헌법에 이어지고 있으며, 제3항은 1962년 헌법에 의해 도입되어 1972년 유신헌법에 의해 간략한 규정으로 변경되었다가 1980년 헌법이 최초 도입된 규정과 거의 유사한²⁷⁾ 규정

27) 1962년 헌법 제40조에서는 ‘기업체’ 앞에 법률유보가 있었지만 1980년 헌법 제82조 제3항에서는 이를 제외하였다.

으로 복원하여 다시 도입하여 현행 헌법에 이르고 있다. 이를 통해 공교롭게도 이 규정들은 군사쿠데타라는 헌법 파괴적 수단으로 집권한 군부독재 세력의 헌법개정 작업을 통해 도입되었다는 점을 알 수 있다.

이하에서는 이 규정들이 도입된 배경과 경로에 관하여 시간의 순서에 따라 헌정사적 분석을 시도한다.

2. 1962년 5차 개헌과 국회의원의 지위 남용 금지 규정의 도입

(1) 시대적 배경: 4.19혁명과 5.16쿠데타

타국의 기존 법제를 계수하는 방식이 아니라 독자적으로 새로운 규범을 출현시킨다는 것은 상당한 사회적 논의와 비용이 수반되지 않고서 가능한 일이 아니다. 국회의원의 지위 남용금지 의무 규정은 당시 우리가 오랜 기간 표방해왔던 선진국 헌법 어디에서도 찾아보기 어려운 규정이다. 따라서 이러한 규정이 아무런 논의 없이 갑자기 나타나 헌법에 도입된다는 것은 거의 불가능에 가까운 일이다. 지위 남용금지 의무 규정에 관한 헌정사적 분석은 이 규정이 형성된 직접적 과정보다는 우선 뿌리를 찾는 것에서 출발한다. 이를 위해서 먼저 1962년 이전의 시대 상황과 지위 남용 관련 법제를 검토해볼 필요가 있다.

이승만정권의 장기집권은 4.19 혁명에 의해 막을 내렸다. 4.19 혁명의 핵심 의제는 ‘누적된 부정부패의 책임자인 대통령, 국회의원, 대법관의 일괄 사퇴’, ‘부정선거 무효 및 책임자 처벌’, ‘부정축재자 처벌과 부패 방지’에 있다. 특히 이를 상세하게 보여주는 시국선언문²⁸⁾에서는 “공적 지위를 이용하거나 권력 측과 결탁하여 부정축재한 자는 관군민을 물론하고 가차없이 적발처단하여 국가의 기강을 세우고 부패와 부정을 방지하라”는 엄중한 명령을 하고 있다.

이러한 4.19 정신의 실현을 위해 성립된 과도정부 및 1960년 헌법²⁹⁾과 동헌법에 기초한 민주당의 장면 내각은 즉각적 성과를 보이지 못하였고, 부정선거 및 부정축재자에 대한 제재를 소급적으로도 가능³⁰⁾할 수 있도록 하는 또 한번의 헌법개정³¹⁾이 이뤄지게 된다.³²⁾ 그

28) 조선일보, 1960년 4월 26일. “시국선언문”.

29) 1960년 6월 15일 개정. 헌법 제3호.

30) 헌법부칙 “이 헌법 시행당시의 국회는 단기 4293년 3월 15일에 실시된 대통령, 부통령선거에 관련하여 부정행위를 한 자와 그 부정행위에 항의하는 국민에 대하여 살상 기타의 부정행위를 한 자를 처벌 또는 단기 4293년 4월 26일 이전에 특정지위에 있음을 이용하여 현저한 반민주행위를 한 자의 공민권을 제한하기 위한 특별법을 제정할 수 있으며 단기 4293년 4월 26일 이전에 지위 또는 권력을 이용하여 부정한 방법으로 재산을 축적한 자에 대한 행정상 또는 형사상의 처리를 하기 위하여 특별법을 제정할 수 있다.”

31) 1960년 11월 29일 개정. 헌법 제4호.

32) 이에 관한 자세한 과정과 개헌의 쟁점에 관해서 김대홍, “4·19 혁명과 반부패제도.” 法史學研究, 62.

러나 민주당 정부에 의한 4.19 정신의 실현 시도는 군사쿠데타에 의해 종결되고 만다.

(2) 법제사적 기원: 부정축재처리법

이상의 시대적 배경에서 살펴본 바와 같이 1960년 우리 국가 권력에게 요청된 가장 중요한 시대정신은 부패의 척결과 방지였다. 이를 위해 소급입법이 가능하도록 하는 헌법개정까지 감행한 민주당 정부는 입법을 통해 부패청산을 시도한다. 이렇게 도입된 부정축재특별처리법³³⁾은 “국가공직 또는 정당의 지위나 권력을 이용하거나 사위 기타 부정한 방법으로 재산을 축적한 부정공무원 등에 대한 행정상, 형사상에 있어서 특별처리에 관한 사항을 정하려는 것”이라고 제정 이유를 밝히고 있으며, 이를 위해 부정축재처리 대상에 상세한 정의 및 절차를 규정하고 있다. 그러나 이와 같이 상세한 규정을 마련하는 과정은 결국 부정축재자 대상 범위 규정을 위한 지난한 투쟁의 과정으로 이어졌고, 4.19 혁명 이후 1년의 시간이 지난 후에야 비로소 법률을 제정할 수 있었다. 그리고 이 과정에서 벌어진 국가적 혼란과 민주당의 내분, 자본가와 정치권력의 유착은 민주당 정권에 대한 국민적 불신을 야기하였다고 평가된다.³⁴⁾³⁵⁾

이러한 상황에서 쿠데타로 권력은 잡은 군부 세력은 부패의 척결과 방지라는 시대정신을 이른바 5.16 정신 중 하나로 선전하며 정당성을 획득하고자 하였다.³⁶⁾ 민주적·헌법적 정당성을 확보하지 못한 군부 세력은 폭력을 통해 권력을 일시적으로 지탱할 수는 있지만 이것이 장기화될 수 없다는 것을 간파하고 있었으며, 국민이 열망하는 것을 실현할 능력을 보여줌으로써 사후적 정당성을 획득하는 것을 목표로 삼았다고 할 수 있다. 특히 부패 척결에 관해서 쿠데타 후 12일만인 5월 28일 “부정축재처리기본요강”³⁷⁾을 발표하고, 익일 부정축재처리위구성³⁸⁾과 동시에 부정축재자 26명을 구속³⁹⁾하는 등 적어도 외형적으로는 4.19 혁

2020, 141-151면.

33) 부정축재특별처리법. 법률 제602호 1961년 4. 17일 제정.

34) 실제로 민주당 법안에서 논쟁 끝에 도입된 부정축재자 자진신고가 신고기한을 하루 앞둔 1961년 5월 16일까지 단 한 건도 없었다는 것을 보면 이러한 법안 도입의 비효율성이 심각했다는 것을 알 수 있다. 경향신문, 1961년 5월 16일. “부정축재자적발키로”.

35) 공제육. “4·19 및 5·16 이후 부정축재자 처리과정에 대한 연구.” 상지대학교 論文集, 21. 1999. 89-106면.

36) 쿠데타 직후 군부는 “1. 반공체제 강화, 2. 국제협약과 유엔헌장 준수, 3. 부패와 구악일소, 4. 자주경제력함양, 5. 국토통일의 힘 양성, 6. 혁명완수 후 양심적 정치인에 정권이양”의 육개 정책을 발표했다. 경향신문, 1961년 5월 16일. “군서 무혈 쿠데타 군사혁명위설치, 계엄령선포”; 이후 첫 기자회견을 가진 장도영 군사혁명위원회의장은 과거 십년 동안 사회 각 분야와 정계에 파고든 부패를 일소할 결의를 굳건히 하면서 공산주의운동이 증대하고 있으므로 이를 막아내야 한다고 강조했다. 동아일보, 1961년 5월 19일. “반공 민주사회 확립을 천명”.

37) 부정축재처리기본요강. 국가재건최고회의령 제20호, 1961. 5. 28., 제정.

38) 경향신문. 1961년 5월 29일. “부정축재처리위구성”.

39) 동아일보. 1961년 5월 29일. “부정축재자 26명을 구속”.

명 이래 국민이 가졌던 열망에 신속하게 부응하는 모습을 보여줬다. 그리고 1961년 6월 14일 부정축재특별처리법을 폐지하고, 부정축재처리법⁴⁰⁾을 제정·시행한다. 이전 법률은 3.15 부정선거 관여를 매개로 하여 구정권 세력과 이에 협조한 자들에 한정하여 부정축재자 개념을 규정한 법률이었다면 이 법률은 이러한 한정을 두지 않고 있어서 상대적으로 더 광범위한 규율을 내용으로 하는 차이가 있다고 평가할 수 있다.⁴¹⁾

이 법률 제2조⁴²⁾는 공무원 등이 “지위나 권력을 이용하여” 국가재산을 불법적으로 가로채거나 부정하게 재산을 축적한 행위를 부정축재로 정의하면서, 이러한 행위의 유형으로 국가 및 공공기관, 기업체와의 계약, 용자, 인허가, 외자 독점, 조세 포탈 등을 명시하고 있다. 여기에서 바로 국회의원의 지위 남용 금지 의무 규정의 법제사적 기초를 만날 수 있다.

40) 부정축재처리법. 법률 제623호, 1961. 6. 14., 제정.

41) 군부세력의 부정축재처리법이 민주당의 특별처리법보다 완화된 것이라고 평가하는 견해도 있으나 부정이득 가액의 범위를 축소했다는 측면에서 이렇게 볼 수도 있지만 근본적으로 민주당의 법률은 부정축재 행위와 대상을 “3.15 부정선거를 위해” 혹은 “3.15 부정선거에 관련한 사실이 현저한” 경우로 부정축재의 개념을 제약하고 있다는 점에서 부정축재 대상의 확대했다고 보는 것이 타당하다. 완화된 것으로 평가하는 견해도 공제욱, 앞의 논문, 107면.

42) 제2조 (부정축재자의 정의) ①본법에서 부정공무원이라 함은 단기 4286년 7월 1일 이후 단기 4294년 5월 15일까지에 다음 각호의 1에 해당하는 공무원, 정당인 또는 국가요직에 있던 자로서 그 지위나 권력을 이용하여 국가재산의 횡취 기타 부정한 방법으로 총액 5천만원상당 이상의 재산을 취득 축적한 자를 말한다.

1. 국가 또는 지방자치단체의 공무원
2. 공법인의 임원으로서 국가 또는 지방자치단체의 장이 임명하는 자와 그 임명이나 선임에 관하여 국가 또는 지방자치단체의 장의 동의를 요하는 공공단체의 임원
3. 은행의 임원과 국영기업체의 임원으로서 국가가 임명하는 자
4. 법령에 의하여 공무원의 신분을 가진 자 및 국가 또는 지방자치단체의 위촉에 의하여 공공의 사무를 처리하는 자
5. 주식의 과반수를 정부가 소유하거나 주식의 과반수를 정부가 소유하는 법인이 그 주식의 과반수를 소유하는 법인의 임원 또는 관리인
6. 정당중앙위원이상의 간부급인 지위에 있던 자

②본법에서 부정이득자라 함은 단기 4286년 7월 1일 이후 단기 4294년 5월 15일까지에 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 국공유재산이나 귀속재산의 매매계약이나 임대차계약(契約條件의 變更을 포함한다. 以下 같다)등으로 인한 취득 점유에 의하여 총액 1억원상당 이상의 부정이득을 취득한 자
2. 부정한 방법으로 총액 10만원 이상의 정부 또는 은행보유외환의 대부를 받거나 매수한 자
3. 금융기관으로부터 용자를 받고 총액 5천만원 이상의 정치자금을 제공한 자
4. 국가 또는 공공단체의 공사도급이나 물품매매의 입찰에 있어서 담합 또는 수의계약을 하거나 관허사업의 인허가를 부정하게 얻어 총액 2억원상당 이상의 부정이득을 취득한 자
5. 외자구매외환 또는 그 구매외자의 배정을 독점함으로써 총액 2억원상당 이상의 부정이득을 취한 자
6. 조세에관한법률에 위반하여 총액 2억원 이상의 국세를 포탈하거나 국세징수의무를 이행하지 아니한 자
7. 재산을 해외에 도피시킨 자

③ <생략>

“제40조 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 법률이 정하는 기업체와
의 계약 또는 그 처분에 의하여 재산상의 권리나 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위
하여 그 취득을 알선할 수 없다.”

위 헌법 규정에서 ‘국회의원’ 부분만을 제외하면 나머지 내용은 결국 부정축재처리법의 부정축재 행위를 간략하게 정리한 것이라고 할 수 있다. 즉 지위를 이용하거나 부정한 방법으로 국가 등과의 계약이나 국가 등의 처분에 의해 권리나 이익 등을 취득한 것이 바로 부정축재라고 할 수 있으며, 1962년 헌법 제40조의 국회의원 의무 규정의 내용은 국회의원의 부정축재 및 그 알선 행위를 금지하는 것을 의미한다고 할 수 있다.

(3) 헌법으로의 편입: 국회의원과 부정축재 방지의 결합

이상에서 살펴본 바와 같이 1962년 헌법 제40조 ‘지위 남용 금지’ 규정은 당시의 가장 심각한 부패 문제였던 부정축재에 대한 금지의 상징으로 헌법에 편입된 것이라고 볼 수 있다. 만약 이 규정이 모든 공직자를 주체로 했다면 그러한 상징으로 충분한 의미를 가질 수 있었을 것이다. 그러나 1962년 헌법개정에는 지위 남용 금지의 주체를 국회의원으로 한정하여 헌법에 도입한다. 이하에서는 이 헌법개정 과정을 살펴보고 국회의원으로 한정된 이유를 찾아본다.

1962년 헌법은 5.16으로 권력을 찬탈한 군부 세력의 주도⁴³⁾에 의한 헌법개정⁴⁴⁾의 산물이다. 따라서 군부 세력의 논의 과정을 분석해야 하지만 이에 관한 공적인 자료는 찾기 어렵다.⁴⁵⁾ 다만, 당시 개헌과정의 핵심 가이드라인은 박정희 국가재건최고회의 의장의 1961년 8월 12일 성명⁴⁶⁾이었다. 그 내용은 다음과 같다.

혁명정부는 구악을 일소하고 새로운 민주체제의 터전을 마련한 다음 혁명공약 제6항에
천명한 바와 같이 하루 속히 정권을 민간에게 이양하기 위한 시기와 방안을 예의검토해오

43) 5.16 직후 군부세력은 국가재건최고회의라는 기구를 통해 통치를 시작하였고, 1962년 5월 19일 제1차 본회의에서 헌법기초위원을 선출하였고, 1962년 7월 11일 제54차 상임위원회에서 헌법심의특별위원회를 설치하였다. 또한 헌법개정심의를록에서도 헌법개정 작업의 주요 문제를 ‘혁명정부의 기본 방향’, ‘국가재건최고회의의 근본방침’ 등을 기초로 하고 있다는 것이 명시적으로 나타난다. 대한민국국회, 『헌법개정심의록』 제1집, 1967. 14면, 445면

44) 이를 두고 헌법개정이 아니라 헌법제정이라는 견해도 있으며, 개정이냐 제정이냐는 헌법개정심의위원회가 구성된 직후부터 논쟁을 벌인 사안이었으며 위원회는 종국적으로 헌법개정으로 결정하였다. 대한민국국회, 『헌법개정심의록』 제1집, 1967. 45면, 110면 참고.; 동아일보, 1962년 3월 19일. “새헌법에 양론 유진오박사-한태연교수 개정이나? 제정이나?”

45) 국가재건최고회의 제1차 본회의 및 제54차 상임위원회 회의록 정도가 군부 세력의 논의 공적인 자료라고 할 수 있으며, 이 논의에서는 헌법기초위원회, 헌법심의특별위원회 설치의 결의했다는 사실만 기재되어있을 뿐 구체적인 헌법개정의 방향과 내용에 대한 논의는 없다.

46) 동아일보, 1961년 8월 12일. “박의장성명전문”

던바 아래와 같은 국가재건최고회의의 최종결정을 전국민에게 공포한다.

1. 혁명정부는 정권이양에 앞서서 진정한 민주정치질서를 창건하고 구악의 재발을 방지하기 위하여 최소한 아래와 같은 기초과업을 완수한 연후에 민간정부에게 이양한다.
- 첫째, 정치적 사회적 모든 구악을 발본색원하고 청신한 사회기풍과 법질서를 확립하고,

<중략>

2. 정권이양시기

<중략>

3. 정부형태, 국회구성 등에 관한 구상

가, 정부형태: 대통령책임제를 채택한다.

나, 국회의 구성: 100 - 120 명의 단원제로 한다.

다, 선거관리: 철저한 국가공영제로 한다.

라, 구정치인: 구정치인 중 부패부정한 정치인은 정계진출을 방지하기 위한 입법조치를 취한다.

4. 이상은 혁명정부가 혁명공약을 실천하고 조국의 민주적인 번영을 기할 수 있는 확고한 토대를 마련하기 위한 최소한도의 시간이라고 판단하며 정부형태, 국회구성 등은 앞으로 광범한 국민여론을 참작하여 신헌법에 반영할 것이다.

이러한 개헌 방침은 쿠데타 직후 제시한 반공, 반부패의 명분과 맥을 같이 한다고 할 수 있으며, 이 성명에서 말하는 “구악”의 핵심은 4.19로 심판받은 이승만 정권뿐만 아니라 이후 출범한 민주당 정권의 부정부패를 내용으로 하는 것이었으며, 특히 민주당 정권은 내각제를 채택하여 국회의원이 총리와 장관직 등 행정부의 중추를 담당하였기 때문에 정권의 부패가 곧 국회의원의 부패와 연결되었다고 할 수 있다. 특히 8.12 성명과 함께 국가재건최고회의의 공보실은 “민주당정권의 부패상”에 대한 상세한 발표를 한다. 이 발표에는 부정선거 실시, 정치자금 불법 수수, 국고손실 행위, 뇌물수수 행위 등의 부패행위 관련자를 명시하면서 구악의 핵심에 민주당이 있음을 확실하게 선전한다.⁴⁷⁾ 결국 군부는 ‘기존 정치세력은 모두 부패하고 타락하였기 때문에 군에 의한 혁명적 변화와 새로운 통치 질서가 필요했음’이라는 명분을 통해 자신들의 비민주적·반헌법적 군사 행동 및 국정 개입의 정당성을 획득하고자 했다고 할 수 있다.

또한 국회의원의 지위 남용 금지 규정은 개헌심의회위원회 논의 과정에서 명시적으로 논의되지 않았으며, 당시 위원들의 의견들과는 상당한 거리가 있다. 물론 동 위원회에서든 국회의원의 부정부패 방지 방안 관련 논의는 다수 있었지만 주로는 겸직금지 필요성⁴⁸⁾, 양원제를 통한 국회 내부의 견제 체계⁴⁹⁾, 단원제 국회 구성시 국회를 견제할 수 있는 별도 기관 설치⁵⁰⁾, 민선 이외 대통령 지명 자격의원 도입⁵¹⁾, 국회의원에 대한 탄핵 문제⁵²⁾ 등에 관한

47) 동아일보, 1961년 8월 12일. “민주당정권의 부패상”

48) 전문위원 박일경 “가령 국회의원은 정부와 무슨 계약을 하는 그와같은 법인이라든가의 임원이 될 수 없다, 이와 같은 것이 외국헌법, 중남미헌법계통에 많이 나옵니다.” “헌법개정심의록”, 제1집, 125면.

49) “헌법개정심의록”, 제1집, 특히 260면-282면.

논의였다. 다만 국회의원이 이권에 대한 행동을 못하도록 헌법에 규정할 필요가 있다는 주장이 있었지만 특별한 논의없이 지나간다.⁵³⁾ 그리고 개헌심의위원회의 회의록은 헌법 개정 요강 및 공청회 의안 마련 단계까지만 남아있고 이후 조문화 작업과 조문별 토론의 기록은 남아있지 않다. 구체적인 조문화 작업은 지역별 의견수렴 헌법공청회가 진행된 이후 1962년 9월에서 10월에 걸쳐 진행된 것으로 추정되며, 이 시점에 국회의원의 지위남용 금지 의무 도입과 관련하여 가장 직접적인 공적인 기록으로 찾아볼 수 있는 것은 1962년 9월 7일 법무부장관 조병일이 국가재건최고회의 의장에게 보고한 “개헌의 문제점”⁵⁴⁾이라는 문서이다. 이 문서는 다음과 같이 당시 진행중인 개헌 작업을 기록하고 있다.

B. 국회의원의 부정부패를 방지하는 방안으로 국회의원이 동일선거구에서 연속하여 2회 이상 당선 못되도록 하는 대책 또는 국회의원이 자기나 또는 직계존비속과 국가와의 계약을 체결하지 못하도록 하는 대책 등이 논의되고 있다.

이 기록의 내용으로 추정해보면 9월까지 국회의원 지위남용 금지 규정 시안은 없었다고 할 수 있으며, 개헌심의위원들의 공식적 논의가 아닌 군부 세력이 주도한 작업 과정에서 이 규정이 조문화되었다고 볼 수 있다. 1962년 11월 1일 조문화 작업을 마쳤고⁵⁵⁾, 11월 5일에 개헌안이 공고된다. 특히 박정희는 11월 1일 조문화된 개헌안을 축조검토하는 헌법개정심의 위원회에 직접 참석하여 민정 이양시 자칫 잘못하면 그 날부터 다시 구악이 고개를 들 염려가 있다고 경고하고 이를 방지할 개헌안을 발의해야 한다고 강조했다⁵⁶⁾고 한다.

당시 1962년 헌법 제40조 도입 배경을 상세하게 설명하는 자료는 찾아보기 힘들다. 헌법 개정 작업에 참여한 헌법학자들이 개헌 직후 펴낸 교과서에 도입배경에 대한 설명은 없고 그 의무 위반은 징계 사유가 된다는 설명⁵⁷⁾만 하거나 국회의원의 징계 사유 중 하나로 제 40조를 설명하면서 지위남용과 권리 취득이 인과관계가 있어야 하며, 타인은 국회의원과 무관한 타인이 아니라 권리를 취득시키겠다고 의욕하는 타인이어야 한다는 등 구체적 성립

50) “헌법개정심의록”, 제1집, 특히 328면-332면.

51) 전문위원 김운태 “민선기관인 국회하고 민선대통령이 임명하되 그 임명하는 범위를 제한할 수 있는 자격조건을 제정한다면 (중략) 전체 국민의 일반적 이익을 대변하는 인물이 나설 수 있는 제도가 마련되지 않을까 이런 생각도 듭니다” “헌법개정심의록”, 제1집, 284면.

52) “헌법개정심의록”, 제1집, 특히 339면-343면.

53) 전문위원 강병두 “국회의원에 대해서 이권에 대한 행동을 못하도록 헌법에 규정할 필요가 있어요. 그러니까 정권 잡아서 좀먹자는 것이니까 그 사람들을 절대로 국회하고 계약도 못하도록 엄격한 규정을 두면 비교적 낫습니다.” “헌법개정심의록”, 제1집, 특히 312면.; 이 주장이 적어도 공식적으로 기록된 헌법개정심의 과정에서는 국회의원의 지위 남용 금지 규정과 가장 밀접하게 관련된 발언이었다고 볼 수 있다

54) 총무처, 개헌의 문제점, 국가기록원, 1962, (국가기록원 관리번호 BG0000307) 23-24면.

55) 경향신문, 1962년 11월 1일. “개정헌법 조문화완료”.

56) 경향신문, 1962년 11월 2일. “독재정권 나타나지 않고 책임있는 자유보장토록”

57) 한태연, 헌법, 법문사, 1963. 437-438면.

요건을 설명⁵⁸⁾하고 있다. 지금까지 발견된 배경에 관한 설명은 다음과 같다.

“여기서 하나 특기해둘 것은 (헌법 제40조)라는 규정이 제5차 개헌으로 헌법에 삽입된 점이다. 이것은 과거 그러한 불미스러운 일을 한 국회의원들이 많았기 때문이지만 그런 규정이 헌법에 없더라도 그러한 행위를 할 수 없음은 말할 것도 없다.”⁵⁹⁾

“개정헌법안 40조의 규정은 국회의원들이 지난날에 이권에 많이 관여했던 악폐를 제거하고 정치적 부패를 방지하기 위한 것으로 정치적 강령의 의미가 짙은 것입니다.”⁶⁰⁾

마지막으로 한 가지 더 주목해야 할 점은 1962년 헌법은 국회의원 정수의 범위를 헌법에 명시하고 이전보다 규모를 대폭 축소하여 국회의 국민 대표성을 위축시켰고⁶¹⁾, 정당공천 의무화⁶²⁾, 당적 이탈시 의원 자격 상실⁶³⁾ 등을 통해 국회의원의 정당기속성을 강화하는 등 국회의원에 대한 여러 통제 장치를 도입하고 있다는 점이다. 이러한 1962년 헌법의 태도는 동 헌법의 국회의원을 헌법일반이론적 층위의 국민 대표로 인식하기보다 오히려 제헌국회 성립 이래 경험적 축적된 한국의 국회의원을 특수화하여 헌법에 반영한 것이라고 평가할 수 있다. 또한 62년 헌법은 부칙 제4조⁶⁴⁾를 통해 군부가 만들어둔 정치활동정화 및 부정축재 관련 법률에 대해서 국회의 입법 권한을 박탈하는 규정을 두어 구정치세력과 그들에 의해 운영될 수 있는 국회에 대한 불신을 명백하게 보여주고 있다고 할 수 있다.

정리해보면, 1) 헌법 개정은 군부 세력이 주도했다는 점, 2) 부정축재 등의 구악 척결 및 부패방지는 쿠데타와 군인 지배의 정당성 확보를 위한 선전의 핵심 도구였다는 점, 3) 군부 세력은 헌법개정을 통해 국회의원에 대한 통제를 강화하고자 했다는 점, 4) 헌법개정심의위원회에서 지위 남용 금지 의무 규정 도입에 대한 실질적 논의는 없었다는 점 등에서 국회의원의 지위 남용 금지 규정은 군부에 의해 헌법에 편입된 것임을 강하게 추정할 수 있다. 결국 국회의원의 지위 남용 금지 규정의 헌법으로의 편입은 ‘국회의원’으로 표상된 구정치

58) 박일경, 새헌법, 박영사, 1963. 188면.

59) 김기범, 헌법강의, 법문사, 1963. 319면.

60) 동아일보, 11월 17일. “개헌 문답”; 이 개헌 문답은 헌법안 공고 이후 관련된 질의가 많아서 동아일보가 이를 수합하여 헌법개정 심의에 참여한 전문위원 및 법률가들의 자문을 받아 이뤄진 것이라고 한다. 하지만 구체적으로 개별 문답에서 답변한 사람이 누구인지를 기록하지는 않고 있다.

61) 1962년 헌법 제36조 ② 국회의원의 수는 150인 이상 200인 이하의 범위 안에서 법률로 정한다.; 실질적으로 쿠데타 전의 의원수는 291명이었으나 이후에는 175명으로 축소되었다.; 이러한 조치를 대표성의 위축으로 평가하는 연구로 박명림, 박정희 시기의 헌법 정신과 내용의 해석: 절차, 조항, 개념, 의미를 중심으로, 역사비평, 2011, 109-139. 115면.

62) 1962년 헌법 ③ 국회의원 후보가 되려는 자는 소속정당의 추천을 받아야 한다.

63) 1962년 헌법 제38조 국회의원 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다. 다만, 합당 또는 제명으로 소속이 달라지는 경우에는 예외로 한다.

64) 헌법 부칙 (헌법 제6호 1962년 12월 26일) 제4조 ① 특수범죄처벌에관한특별법·부정선거관련자처벌법·정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다. ② 정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 이를 개폐할 수 없다.

세력에 부패와 부정축재의 이미지를 부과하는 작업을 헌법을 통해 수행한 것이라고 평가할 수 있다.

3. 1980년 8차 개헌과 국회의원의 청렴 의무·국가이익 우선 의무 규정 도입

(1) 시대적 상황: 유신 체제와 12.12쿠데타

민주적 헌정을 완전히 질식하게 만들었던 유신 체제는 10.26으로 저물게 된다. 그러나 민주화에 대한 국민의 기대는 오래 가지 못하였고 12.12 쿠데타를 시점으로 신군부 세력의 권력탈취 작업이 시작된다. 독재 연장을 시도하는 신군부에 대한 시민적 저항을 무력으로 짓밟은 신군부는 계엄령 선포, 국가보위비상대책위원회 설치, 최규하 대통령 사퇴 압박, 전두환의 대통령 취임 등의 흐름으로 그 작업을 일단락 짓는다.⁶⁵⁾

당시의 시대정신이 민주화에 있었음은 서울의 봄과 광주민주화운동을 통해 잘 알 수 있다. 10.26 이후 대통령 권한대행이 된 최규하는 유신헌법 철폐에 대한 국민적 의지에 따라 새 헌법의 4대 원칙⁶⁶⁾을 제시하면서 개헌 작업을 진행시켰으나 이른바 5.17 조치로 개헌의 주도권은 신군부에게 넘어간다. 따라서 1980년 헌법 개정 과정은 신군부가 권력을 장악하기 이전의 작업과 이후의 작업으로 나뉘볼 수 있을 것이다.

(2) 청렴 의무의 법제사적 기원: '청백리' 제도와 군인복무령

1980년 헌법을 통해 헌법규정에 편입되었고 국회의원에게 일정한 의무를 부과하는 외형을 갖는다는 면에서 공통점을 보이지만 실질적으로 국회의원의 청렴의무와 국익우선의무는 상당한 차이를 갖고 있다. 왜냐하면 청렴의무를 헌법에 선언적으로 부여하는 방식의 법제도나 헌법적 논의는 1980년 이전 거의 찾아볼 수 없으나 국익우선 의무에 관한 논의는 헌법 이론적으로 상당한 축적을 갖고 있기 때문이다. 당대 가장 영향력 있는 헌법전문가 중 한 사람이라고 할 수 있는 한태연은 1963년 발표한 헌법 교과서에서 다음과 같이 국회의원의 의

65) 1980년 헌법 개정의 시점의 시대적 배경 및 헌법 개정의 구체적 과정에 관해서는 이병규, 제5공화국 헌법의 성립과 정부헌법개정 활동, 헌법학연구, 23.4, 2017, 109-189. 참고; 김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000. 612-639면. 참고.

66) 최규하 대통령은 1979년 12월 21일 대통령 취임사를 통해 “특별한 사정이 없는 한 1년 정도면 국민의 대다수가 찬동할 수 있는 내용이 담기 헌법을 마련할 수 있을 것으로 생각하며 (중략) 새헌법은 ①국가의 계속성을 수호하고 국가보위를 확고히 할 수 있고, ②정치권력의 남용과 부패발생을 사전에 방지할 수 있는 장치를 마련해야 하며, ③극단적인 국론분열과 사회혼란을 초래할 소지가 없어야 하며, ④사회정의와 형평의 구현이 자유경제체제 자체에 도전하는 결과를 빚어서는 안됩니다”라고 개헌의 기본 방향을 밝혔다. 조선일보, 1979년 12월 22일. “취임사<전문>”.

무 중 국민전체 이익을 우선하는 양심에 따른 행위 의무에 대해 설명한다.

국회의원은 정치적, 법적 양면에 걸쳐서 특수한 지위를 차지하고, 따라서 이에 대응하는 각종의 특권을 가지고 있는 까닭에, 또한 여기에 따라서 일반국민이 부담하는 의무와 구별되는 **특수한 의무**를 지게 된다. 물론 법적으로 볼 때에는 의원은 오직 그 **양심에만 따라서 행위**할 뿐이고, 기타 어떠한 세력으로부터의 지지도 받을 필요는 없다. 그러나 여기에서 의원의 행위의 준칙이 되는 그 이른바 「양심」이란 개인의 이익을 표준으로 하는 양심이 아니라, **국민전체의 이익을 표준으로 하는 양심**을 의미하고 있다. 따라서 의원은 그 행위에 있어서 신문 및 기타 대중의 여론을 존중해야 할 것은 물론, 또한 전체의 이익과 그 소속정당의 이익이 대립될 때, 의원은 그 소속정당의 여하를 막론하고 전체의 이익을 위하여 행하지 않으면 아니 될 사회적, 정치적 의무를 진다.⁶⁷⁾

이미 1960년대에 형성된 이러한 헌법이론적 차원의 인식은 1980년 헌법상 국회의원 국익 우선 의무 규정 편입에 직간접적 근거가 되었고, 영향을 주었으리라고 추정해볼 수 있다.

하지만 이와 달리 청렴 의무는 헌법이론적·법제도적 층위에서 찾아보기 어려운 규정이라고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 청렴 의무에 집중하여 그 법제사적 기원을 분석하기로 한다.

청렴이라는 개념의 법제사적 기원은 조선시대 청백리 제도에서 유래한다. 청백리는 청렴한 공직자를 의미하는 것으로 의정부, 육조, 경조의 2품 이상 당상관과 사헌부, 사간원의 수뇌가 천거하여 청렴결백한 관리를 선정, 청백리라는 칭호를 부여하는 제도이며, 청백리에게는 포상 및 그 자손의 우선 채용 기회가 주어졌다.⁶⁸⁾ 다산 선생은 목민심서에서 특히 공직자의 청렴을 강조하면서 청렴의 중요성과 의미를 다음과 같이 정리한 바 있다.

“청렴은 수령의 본무인데, 모든 선의 원천이며 모든 덕의 근본이다. 청렴하지 않고 능히 수령 노릇할 수 있는 자는 없을 것이다.”⁶⁹⁾

“수령 노릇을 잘하려는 자는 반드시 자애로와야 하고, 자애로와지려는 자는 반드시 청렴해야 하고, 청렴하려는 자는 반드시 검약해야 한다. 절용은 수령의 으뜸되는 임무이다.”⁷⁰⁾

“어중(馭衆)하는 방법은 위엄과 믿음 뿐이다. 위엄은 청렴에서 생겨나고 믿음은 성실에서 나오는 것이니, 성실하고도 능히 청렴해야 이에 못사람을 복종시킬 수 있는 것이다.”⁷¹⁾

이와 같이 청렴은 직무 수행 영역 뿐만 아니라 생활 전체에 있어서 탐욕을 멀리하고 청빈함을 추구하는 것을 내용으로 하는 삶의 태도 또는 철학으로 공직자가 지향해야 할 덕목

67) 한태연, 앞의 책, 436-437면.

68) 청백리 제도에 관한 자세한 내용은 김재문, “조선왕조의 청백리에 관한 법이론과 정신 ; 청백리의 개념·목적·선발방법·자격·처우 및 자랑스런 청렴한 공직자님들”. 사법행정, 46(10), 2005. 24-52.; 이서행, “朝鮮朝 清白吏 公職倫理에 관한 研究”. 한국학(구 정신문화연구), 375호, 1989, 171-200.

69) 역주 목민심서 1권 제2부 율기 육조 제2장 청심

70) 역주 목민심서 1권 제2부 율기 육조 제5장 절용

71) 역주 목민심서 2권 제5부 이전 육조 제2장 어중

이라고 할 수 있으며, 법적 의무로 부과되는 것은 어려운 관념이라고 할 수 있다. 또한 소수에게 혜택을 부과하는 청백리 제도로 관료 사회 전반의 부패 방지를 도모하는 것은 효과적 제도라고 평가하기는 어려우며, 조선의 부패상은 이를 경험적으로 보여준다⁷²⁾. 따라서 근대화된 대한민국에서 청렴의 정신을 덕목으로 삼기는 했지만 이를 공직자 의무의 중심 개념으로 활용하는 것은 곤란한 일이었다고 할 수 있다.

이러한 청렴 개념이 우리 법률에서 처음 등장하는 것은 4.19 이후 부패척결을 강조하던 장면 정부의 「감찰위원회법」 제11조⁷³⁾이다. 동 법률은 감찰위원의 임용자격을 규정하면서 “청렴공정”이란 개념을 사용하고 있으며, 이것이 대한민국 국회가 처음으로 “청렴”이란 개념을 법률에 활용한 사례라고 할 수 있다. 이후 1963년 종전 국가공무원법을 폐지하고 제정된 국가공무원법 제61조⁷⁴⁾⁷⁵⁾에서는 법률의 본문이 아닌 표제어에 “청렴의 의무”가 등장한다. 이 국가공무원법은 국가재건최고회의가 1962년 헌법개정 및 민정이양을 앞두고 국가공무원법을 전면적으로 수정⁷⁶⁾하면서 도입된 것으로 그 내용은 군부 세력의 주도하에 결정되었다고 할 수 있다.

하지만 이러한 규정들이 1980년 헌법상 청렴의 의무의 법제사적 기원이라고 단정하기는 어려운 측면이 있다. 왜냐하면 감찰위원회법 제11조의 “청렴공정”은 공직 영역 종사자 중 부패방지를 위한 엄격한 직무 수행의 담당자로서 모범이 될 수 있는 공직자 선정을 위한 종합적 인재상의 개념으로 활용되었다는 점에서 의무 개념과는 거리가 있고 1963년 국가공무원법 제61조의 “청렴의 의무”는 조문제목(표제 또는 표제어)으로 활용된 것으로 통상적

72) 다산 선생도 목민심사에서 “우리 조선조에 청백리(淸白吏)로 뽑힌 자가 통틀어 110명인데, 태조(太祖) 이후에 45명, 중종(中宗) 이후에 37명, 인조(仁祖) 이후에 28명이었다. 경종(景宗) 이후로는 드디어 이렇게 뽑는 것조차 끊어지고, 나라는 더욱 가난해지고 백성은 더욱 곤궁하게 되었으니, 이 어찌 한심하지 않은가”라고 개탄한 바 있다. 역주 목민심서 1권 제2부 율기 육조 제2장 청심 본문.; 다산 선생의 청렴 사상에 관해서는 김택, 이흥기, “조선 시대 다산 정약용의 淸廉思想研究”, 한국행정사학지, 42, 2018. 181-195. 참고.

73) 제11조 (감찰위원의 임용자격) 감찰위원은 청렴공정한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자 중에서 임명한다.

1. 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 자로서 7년이상 판사, 검사, 2급이상의 입법, 행정, 사법기관의 공무원 또는 변호사의 직에 종사한 자
(2호-6호 생략)

74) 제61조 (청렴의 의무) ①공무원은 직무와 관련하여 직접 또는 간접을 불문하고 사례·증여 또는 향응을 수수할 수 없다.

②공무원은 직무상의 관계 여하를 불문하고 그 소속상관에 증여하거나 소속공무원으로부터 증여를 받아서는 아니된다.

75) 이 밖에도 1963년 제정된 중앙정보부직원법 제20조, 지방공무원법 제53조에 국가공무원법 제61조와 동일한 규정을 두고 있다.

76) 국가재건최고회의 산하 분과위원회인 내부위원회는 “국가공무원법개정에 대한 연구지침(결의안)”을 통해 민정이양을 위한 준비작업으로 국가공무원법 개정 방향과 내용 마련을 위한 준비를 지시하였고, 이후 1962년 9월 11일 법안으로 제출되었다. 폐지제정의 형식으로 도입된 국가공무원법은 1963년 3월 29일 수정가결되었으며, 동년 4월 17일 공포, 동년 6월 1일 시행되었다.

법률 개념으로 보기에 차이가 있으며⁷⁷⁾ 그 내용도 공무원의 직무상 수수 금지 및 공무원 상호간 증여 금지로 한정되어 있기 때문에 포괄적 의미의 청렴 의무를 구성하는 것과는 차이가 있기 때문이다.

법률은 아니지만 청렴의 의무가 포괄적 의무 부여의 취지로 활용된 사례는 1950년 대통령령으로 제정된 군인복무령⁷⁸⁾ 제6조와 제7조, 군인복무규율⁷⁹⁾ 제4조이다. 그 내용은 다음과 같다.

군인복무령 (1950년-1966년)

제6조 군인은 청렴검박하고 무용을 숭상하여야 한다.

제7조 군인은 낭비하여 가산을 탕진하고 또는 그 분에 넘치는 부채를 하여서는 아니된다.

군인복무규율 (1966년-1991년)

제4조 (강령) ⑦검소와 근면 군인은 검소하고 근면한 생활태도와 청렴결백한 살림을 자랑으로 삼아야 한다. 사치와 허례허식 그리고 태만은 군인정신을 쪼먹는 것이니 모름지기 군인은 청백한 품성과 검소한 기풍·근면한 습성을 길러야 하며 나아가 국민의 부담을 덜기 위하여 경비와 물자를 절약 선용하여야 한다.

군인복무규율 (1991년-2016년)

제11조 (청렴 및 검소의 의무)

①군인은 항상 청렴결백하고 검소하게 생활하여야 한다.

②군인은 직무와 관련하여 직접 또는 간접을 불문하고 사례·증여 또는 향응을 주거나 받아서는 아니된다.

③군인은 직무상의 관계여하를 불문하고 그 소속상관에게 증여하거나 소속부하로부터 증여를 받아서는 아니된다.

이러한 규정을 토대로 보면 “청렴”이란 법 개념은 1950년부터 1980년까지 한국 사회의 강력한 엘리트 집단 중 하나였던 군인들의 핵심 덕목으로 활용된 개념이었다는 점을 알 수 있고, 단순히 직무 영역의 부패 금지만이 아니라 생활 전반의 검소, 절약의 태도를 갖춰야 한다는 의미를 가지고 있었다는 점도 확인된다.

77) 조문제목의 법적 성격에 대해서는 입법자 의사의 존중 측면에서 법적 효력을 인정해야 한다는 견해와 조문 이해의 도움을 위한 것이지 조문 내용을 구성하는 것이 아니라는 점에서 법적 효력을 부인하는 견해로 나뉘는데 조문제목 변경을 위해서 법률개정 절차가 필요하다는 점에서 법적 효력을 부인할 수는 없지만 조문제목은 국회본회의 심의·의결이 종료된 이후 자구정리 절차에서 삽입되었다는 점에서 조문내용과 동일한 효력을 인정하는 것은 어렵다고 한다. 이에 관한 연구로 이흥민, 명순구, “민법상 조문제목의 법적 효력 -민법 제정과정상의 문제점을 중심으로-”, 법조, 61(10), 2012, 110-114면.

78) 군인복무령 [시행 1950. 2. 28.] [대통령령 제282호, 1950. 2. 28., 제정]

79) 군인복무규율 [시행 1966. 3. 15.] [대통령령 제2465호, 1966. 3. 15., 제정]; 군인복무규율은 군인복무령을 대체하여 군인의 복무에 관한 기본 규정으로 이후 2016년 군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제정으로 폐지된다.

이상의 논의를 정리해보면 1980년 헌법에 등장한 청렴의 의무라는 법 개념의 법제사적 기원은 조선시대의 청백리 제도에서 연유하는 모범적 관료 혹은 리더에 관한 관념이 한국 전쟁 이후 강력한 힘을 갖게 된 군인들의 생활 덕목으로 활용되어 군인복무령을 통해 실정법 제도에 도입된 것에 있다고 할 수 있다. 그리고 실질은 별론으로 하더라도 청렴결백과 검소함을 법적 의무로 부여받고, 그 말을 오랜 기간 암기하고 외치며 살아온 군부 세력이 집권하여 헌법을 통해 국회의원의 의무로 이를 활용했다고 추정해볼 수 있다.

(3) 헌법으로의 편입: 국민 대표의 특수성 혹은 부패 낙인의 강화

1980년 헌법개정 작업은 최규하 대통령 주도 기간과 5.17 조치 이후 신군부 주도 기간으로 나뉘어 살펴볼 필요가 있다. 물론 최규하 대통령 주도 기간에도 12.12 쿠데타로 강력한 실권을 장악한 신군부의 영향이 존재했다고 할 수 있지만 1980년 5월 17일 전까지는 국회와 정부, 사회 등 다양한 영역에서 헌법개정에 관한 논의가 진행되었기 이를 구별할 필요가 있다.⁸⁰⁾

우선 분명하게 확인되는 것은 국회 헌법개정안⁸¹⁾을 비롯한 각계 시안 중 대표적인 헌법안이라고 할 수 있는 민주공화당안, 신민당안, 대한변협안, 6인 연구안 등의 헌법안⁸²⁾에서 국회의원의 청렴의무 규정은 발견되지 않는다는 사실이다. 또한 최규하 대통령 취임 이후 헌법개정을 위해 설치, 운영한 헌법연구반 활동에서도 공무원 일반의 부패방지를 위한 대책 마련 논의가 있었으며, 오히려 국회의원의 한정된 의무가 아닌 국회의원의 지위 남용 금지 규정을 통합하여 공무원의 부패방지에 관한 실효적 규정을 신설하자는 의견이었을 뿐이다⁸³⁾. 또한 5.17 조치 이전 정부헌법개정심의위원회가 마련한 공청회 사항을 보면 총강 부분에서 “공무원의 부패방지조항을 헌법에 두는 경우 어떤 내용을 규정하면 좋겠습니까?”라는 사항과 국회가 아닌 정부 부분에서 “정치권력의 남용과 부정방지를 위하여 어떤 제도적 장치가 필요하다고 생각합니까?”라는 의견 수렴 부분이 발견되는데⁸⁴⁾ 이 역시 국회의원의 청렴의 의무 도입을 의도하거나 예정하고 있다고 보이지는 않는 부분이다. 이러한 측면에서 신군부 집권 이전 및 신군부 이외의 집단에서 논의된 헌법개정 논의에서는 청렴의 의무 규정 도입이 다뤄지지 않았다고 볼 수 있다.

80) 1980년 개헌의 상세한 일정에 관해서는 이병규, 앞의 논문, 117-119면.

81) 1979년 11월 26일 국회 본회의 결의안으로 채택되어 운영되었으며, 다수의 공청회와 위원회 토론을 통해 1980년 5월 14일 헌법개정안을 공개하였다. 당시 운영된 헌법개정심의특별위원회 회의(1-22차) 동안 ‘청렴의 의무’에 관한 언급은 한 차례도 기록된 바 없다.

82) 법제처, 각계헌법개정시안(민주공화당안, 신민당안, 대한변협안, 6인연구안), 법제처, 1980.; 당시 각계 시안은 국회의원의 지위남용금지의무에 관해서 유신헌법의 간소화 규정 유지, 1962년 헌법의 상세 규정 회복, 간소화 규정과 상세 규정 모두 규정 등의 의견 차이를 보인다.

83) 법제처, 헌법연구반 보고서, 법제처, 48면

84) “헌법개정심의위원회 제7차 회의록”, 1980. 5. 12. 29-31면. 이병규, 앞의 논문, 143-144. 재인용.

현행 헌법 제46조 제1항과 제2항의 뿌리가 되는 1980년 헌법 제82제 제1항과 제2항에 관한 공식적인 기록은 1980년 8월 18일 제23차 헌법개정안요강작성위원회에서의 시안 검토를 통해 등장한다.

문홍주 위원: 시안 81조 (의원의 특권 남용금지)을 심의하겠습니다.

박윤혼 간사: 시안 81조 낭독

윤근식 위원: 제2항에서 국회의원은 선거인으로부터 독립하여 양심에 따라 직무를 행한다고 했는데 이건 문제가 있습니다. 정당정치를 하는 이상 선거인으로부터 독립한다는 것은 있을 수 없으면 이는 중국 정당정치를 부정하는 결과됩니다.

박윤혼 간사: 위원의 특권남용금지조항을 말씀하시면서 같이 논의를 해주셨으면 하는 것이 있습니다. 첫째, 국회의원의 직업화를 방지하기 위해서 국회의원의 임기에 관하여도 연임금지조항을 넣어 제한할 것인지의 여부 문제와 둘째 국회의원의 보수에 관한 사항은 법률로 정하도록 하되 그 임기기간동안 이를 변경할 수 없도록 할 필요가 있는지의 여부, 셋째, 국회의원을 명예직으로 하는 규정을 헌법에 둘 것인지의 여부를 같이 좀 논의해 주시기 바랍니다.

전봉덕 위원장: 이런 규정을 두면 마치 우리나라 국회의원은 아주 유치한 사람들만 있는 것 같아 인상이 좋지 않습니다. 국회의원은 당연히 부정을 해서는 안되는 것인데 이것을 헌법에 꼭 넣어야 될 것인지..... 좀 창피한 생각이 듭니다. 어떻게 법률로 하면 안될까요?

서일교 위원: 법률로 해도 좋겠지요

문홍주 위원: 그러면 2항은 삭제하는 것으로 하지요

서일교 위원: 2항은 중요하다고 봅니다. 일본 같은 예를 보면 국회의원도 당선되면 그 이튿날부터 선거구에만 신경을 씁니다. 사실 우리도 선거구 압력 때문에 얼마나 많은 국고낭비가 있었습니까. 적어도 지역구의 이익을 위반하더라도 부끄러워 하지 않은 양심의 기준 같은 것이 필요하다고 봅니다.

문홍주 위원: 그러면 제1항과 2항을 합치면 어떨까요. 박간사 문안 한번 만들어 보세요.

박윤혼 간사: “국회의원은 양심에 따라 직무를 행하며 청렴의 의무가 있다”는 정도가 되겠습니다.

박동서 위원: 차라리 1항의 청렴의무는 삭제하고 2항은 서일교 위원 의견대로 하고 3항은 시안대로 나누면 어떨까요?

권중돈 위원: 선언적이지만 1항의 청렴의 의무는 중요하다고 보는데요. 즉 국회의원의 정신적 지주가 있어야겠다 이말입니다.

문홍주 위원: 서일교 위원 아까 말씀하신 것 다시 한번 말씀해 보세요.

서일교 위원: “선거인은 국회의원에 대하여 부당한 청탁을 하여서는 안되면 국회의원은 양심에 따라 직무를 수행한다”라는 취지입니다. 구체적인 문안은 다듬어야겠지요.

윤세창 위원: “국회의원은 선거인의 지시에 따라 부당한 청탁을 하여서는 안되며.....”로 하면 어떨까요?

김승환 위원: “선거인의 지시에 따라”라는 말은 좀 곤란하지 않을까요?

최호진 위원: 서일교 위원의 의견중 그 후단만 살려서 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 수행한다”고 하면 어떻습니까?

박일경 위원, 서일교 위원: 그렇게 하는 것이 좋겠습니다.

문홍주 위원: 그러면 제2항은 최호진 위원 말씀대로 하기로 하고 제3항은 그대로 할까

(일동 찬성)

문홍주 위원: 그러면 시안 81 의원의 특권남용금지에는 다음과 같이 결정합니다.

81. (의원의 특권남용 금지)

- ① 국회의원은 청렴의 의무가 있다.
- ② 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 수행한다.
- ③ 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가, 공공단체 또는 법률이 정하는 기업체와의 계약이 그 처분에 의하여 재산상의 권리, 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

이상의 요강작성소위원회의 심의 과정을 보면 우선 이미 마련된 시안에 대해 “우리나라 국회의원은 아주 유치한 사람만 있는 것 같아 인상이 좋지않”으며, “창피한 생각”이 든다고 하면서 적극적으로 반대 의사를 밝힌 전봉덕 위원장은 당시 정부헌법개정심의위원회 부위원장이면서, 요강작성소위원회 위원장을 맡고 있었다는 점에서 이 위원회가 주도적으로 이 규정을 마련했다고 보기는 어렵다. 또한 전봉덕 이외에도 삭제에 찬성한 서일교, 박동서 위원 등이 있었음에도 원안이 통과되었으며, 박윤훈 간사가 언급하고 있는 것처럼 국회의원의 연임제한, 보수 변경 금지 또는 명예직 운영 등 더 강화된 국회의원 통제 장치 마련 논의를 정부에서 요구하고 있었다는 점에서 국회의원의 특권남용 금지 규정에 대한 정부, 즉 신군부의 영향을 추정해볼 수 있다.

또한 국회의원의 청렴의 의무를 비롯한 특권남용 금지 규정이 신군부에 의해 어떻게 동원되었는가를 살펴보면 이 규정을 헌법에 편입시킨 의도를 분명하게 알 수 있다. 실제로 당시 헌법학자들은 대체로 이 규정에 특별한 의미를 부여하지 않았지만⁸⁵⁾ 전두환은 이 규정을 개정 헌법의 핵심 중 하나로 언급하며 강조하였다. 이러한 모습은 전두환의 다음과 같은 헌법안 공고 특별담화⁸⁶⁾에 선명하게 드러난다.

헌법개정 발의자인 본인은 개정안을 마련함에 있어서 새시대의 이념과 상충하는 구시대의 비리는 인적·제도적인 것을 포함한 모든 면에서 근원적으로 단절시켜야 한다는 점을 대원적으로 삼았습니다. (중략)

이와 같은 잘못된 현상들은 특히 정치 분야에서 두드러지게 나타나 화합과 건설의 정도보다 상쟁과 부패의 사도가 주류를 이루는 비극적 상황을 초래하고 말았습니다. 그 와중에서 사도의 정치는 사회의 비리와 도의의 타락을 유발시켜 그 악순환으로 폐습에 물든 정치인까지도 낡기에 이르렀습니다.

파당적 이해에 집착해온 나머지 민의를 참되게 수감대변하는 대승적 차원의 정당은 발전할 수 없었고 명예와 권세와 재부를 탐욕하는 정치꾼은 많았지만 국가민족의 장래를 사심없이 내다보는 참된 의미의 정치가는 많지 않았던 것이 우리의 체험이었습니다. (중략)

국민여러분, 헌법개정안이 목표로 하고 있는 새 시대의 정치상은 자유주의와 권위주의의 양극논리가 가져오는 악순환으로부터 탈피하여 자유와 질서의 조화가 이룩된 가운데 안정

85) 본 논문 II-2 참고.

86) 조선일보, 1980년 9월 30일. “전대통령 헌법개정안 공고 특별담화 전문”.

속에서 착실한 정치발전을 이룩하자는 것입니다. 이 목표를 달성하기 위하여는 무엇보다도 지난날의 경험에서 헌정질서의 역기능으로 작용해온 선동, 비리, 파쟁권모술수, 부정부패 등의 폐습을 이 땅에서 영원히 추방하는 것이 선결문제로 등장하고 있습니다.

국회의원에 관해 국익우선의무 조항과 청렴의무 조항을 두고, 공무원에게 청렴을 강조한 것이나 대통령선거 방법에서 선거인단에 의한 간접선거를 채택한 것은 공직을 지난날의 폐습으로부터 건전하게 보호하기 위한 것입니다.

이상의 헌법개정안 공고 특별담화의 논리를 간략하게 정리하면 정치 분야의 부패와 타락이 심각하여 국회의원의 청렴 의무 조항을 마련하였으며, 이를 통해 공직을 과거의 폐습으로부터 보호한다는 것이다. 그리고 또한 이러한 공직 보호를 위해 대통령도 국민의 직선이 아닌 선거인단에 의한 간접선거를 택했다고 말한다. 당시 일부 의원내각제를 주장하는 개헌안을 제외하면 개헌에 관한 대체적 의견은 대통령 직선제를 주장하고 있었으나 전두환은 이를 받아들이지 않았고, 간선제의 유지를 정치의 부패와 연결시켜 정당화하였다. 그리고 이러한 자신의 논리를 포장하는데 국회의원의 청렴의 의무와 국익우선의무의 도입을 동원하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

5.16 쿠데타 세력이 권력을 잡고 가장 먼저 진행한 일 중 하나가 부정축재자 구속이었다.⁸⁷⁾ 신군부 역시 5.17 비상계엄 직후 김종필 당시 민주공화당 총재 및 이후락 등 박정희 정부의 주요 인사를 권력형 부정축재 혐의로 전격 체포⁸⁸⁾하면서 권력 장악과 정당화 명분 쌓기를 동시에 시도한 바 있다. 부패척결이라는 외침이 갖는 힘을 경험적으로 체득한 신군부는 ‘부패척결과 사회정의’라는 명분으로 그들의 정권을 정당화하였고, 국회의원의 청렴 의무 도입은 이러한 정당화 작업의 헌법적 상징이었다고 할 수 있다.

V. 결: 독재의 상처와 헌법

지금까지 현행 헌법 제46조가 군인 지배의 당위성 확보를 위해 동원된 선전 수단으로 헌법에 편입되었다는 가설에 관한 헌정사적 연구를 진행하였다. 이를 간략히 정리해보면, 1) 헌법해석론적 관점에서 헌법 제46조는 헌법상 반부패조항으로서 특별한 의의와 기능을 갖지 못하고 있다는 점, 2) 헌법 제46조 제1항 국회의원 청렴 의무 및 제3항 국회의원 지위 남용 금지 규정은 국회의원을 부정축재 및 부패의 위험 요인을 강하게 가진 기관으로 낙인 찍어 군인 지배의 정당성을 확보하는 데 활용한 선전 도구로서의 성격을 갖고 헌법에 편입되었다는 점, 3) 헌법 제46조 제2항 국익우선 의무는 헌법이론적 층위에서 자유위임, 정당

87) 본 논문 III-2-(2) 참고.

88) 경향신문. 1980년 5월 18일. “계엄사 발표 부정축재·소요조종 혐의 26명 조사 김종필, 김대중씨 등 연행”

기속의 한계를 규율하는 의미를 부여받고 있지만 도입의도 면에서는 군인 지배의 정당성 확보와 연관을 갖는다는 점 등을 확인할 수 있었다.

반공은 군사독재권력의 전가의 보도였다. 그리고 우리는 이제 그 전가의 보도가 어떻게 악용되었고, 그로 인해 민주적 헌법국가의 이상이 얼마만큼 훼손되었는가를 충분히 인지하고 있다. 그러나 한반도의 전쟁 위험과 반공을 전면에 내세우면서 실행된 72년 유신이 사실은 북한에 사전 통보하고 북한의 남침이 없을 것이라는 알면서 이뤄졌다는 것이 백일하에 들어난⁸⁹⁾ 현재에도 여전히 반공을 동원하고자 하는 기획과 시도가 사라졌다고 할 수는 없다. 부패방지란 화두도 마찬가지로의 구조를 가지고 있다. 부패 척결의 예리한 칼날은 민주적 헌법국가의 성공을 위해 반드시 필요한 도구이다. 하지만 때로는 이 도구가 부정의한 권력의 치부를 은폐하기 위한 도구로 동원되었다는 역사적 사실을 망각하지 않고 이를 비판적으로 바라보는 성찰도 필요하다. 그리고 이러한 성찰을 토대로 헌법 제46조를 다시 이해하고 그 존속을 논의할 필요가 있다.

그러나 우리 사회에는 뿌리깊은 정치 권력에 대한 불신이 존재한다. 헌법 제46조는 그 불신의 경험적 축적이 만든 산물처럼 비춰질 수 있다. 하지만 국회의원에겐 한정하여 부당한 부패방지 규범의 의도가 쿠데타로 획득한 권력의 내재적 부정의함을 감추고 외부에서 정당성을 획득하기 위한 기획의 성격이 있음이 명확한 이상 이를 단순히 방치하는 것은 바람직하지 않다. 물론 이것이 단순히 헌법 제46조에 대한 삭제제를 의미하는 것은 아니다. 이미 고유한 규범적 가치를 획득한 규정의 경우 헌정사적 맥락의 문제만으로 헌법 규정 자체로서의 자격을 박탈할 수는 없는 것이다. 또한 헌법 제46조를 과거 국회의원들의 타락과 부정부패의 기억으로 삼아 더 이상 그러한 일탈이 반복되지 않도록 해야 한다는 시각도 가질 수 있다. 하지만 헌법이 권력에 의해 악용된 사례라는 측면도 간과해서는 안될 것이며, 개헌은 이러한 사유 모두를 공론장 위에 펼쳐두고 진행하는 작업이 되어야 할 것이다. 본 연구는 그러한 공론장을 위한 준비의 하나라고 할 수 있을 것이다.

헌법상 반부패규정의 논의는 간단한 문제가 아니다. 개인의 사익 추구 욕망이 공직자로서의 충실성과 윤리를 넘어서는 순간 부정과 부패가 발생한다고 생각하는 것은 지나치게 인간과 부패의 연관을 단순화하는 것이다. 부패의 알고리즘은 간단한 것이 아니다. 오로지 자신의 탐욕을 충족시키기 위해 권력을 차지하고자 하는 사람부터 국가를 위해 살아온 자신의 헌신과 공로에 대해 충분한 대가를 받지 못했다고 생각하는 사람, 마치 땅에 떨어진 지갑을 줍듯 적은 리스크로 너무 쉽게 차지할 수 있는 눈 앞의 과실을 지나치는 것은 누구도 할 수 없는 일이라고 생각하는 사람, 주어진 권한과 재량은 너무나 크고 주관과 객관을 나눌 판단의 기준은 선명하지 못한 기로에서 모두가 내민 유혹의 손길 앞에 선 사람까지 부

89) 양승함외 2인 편, 『한국대통령 통치사료집 VIII: 박정희 유신체제의 형성』, 연세대학교 국가관리연구원, 8-19면. 참조: 박명립. “박정희 시기의 헌법 정신과 내용의 해석: 절차, 조항, 개념, 의미를 중심으로”. 역사비평, 96, 2011, 117-118면.

패에 이르는 동기와 경로는 모두 다르다.⁹⁰⁾ 인류 역사 내내 대부분의 국가공동체를 괴롭히고 이로 인해 일부 국가는 끝내 패망을 맞게 만든 부패 문제를 몇 줄의 헌법 규범으로 해결할 수 있으리라 믿는 것은 어리석은 판단임이 분명하다. 이러한 관점에서 선언적 규정보다는 권력 상호 간의 견제와 균형, 권력 행사의 지도 원리와 한계를 헌법에 규정하는 것이 반부패 관점에서 개헌의 합리적인 방향이라고 할 것이다.

헌정사적 관점이 현행 헌법에 대한 해석을 모두 지도해야 하는 것은 아니다. 그러나 그릇된 의도로 헌법을 이용한 독재자들이 남긴 헌법의 상처를 막연히 헌법개정권력의 특별한 결단으로 이해하거나 무비판적으로 방치하는 경로의존적 태도는 우리 헌정의 발전을 위한 바람직한 태도라고 할 수는 없다. 이 연구를 통해 헌법 제29조 제2항으로 대표되는 합리성 혹은 통일성을 결여한 헌법 규정 뒤에는 헌법을 악용한 권력이 자리하고 있다는 명제를 다시 한번 확인할 수 있었다. 앞으로 다가올 개헌을 위해 현행 헌법의 불합리한 규정에 관한 더 철저하고 비판적 분석이 필요할 것이다.

90) 부패방지를 위해서는 공직자로서의 자질 평가, 신분 보장과 적절한 대우, 감시와 제재 체계 구축, 권한과 재량 행사의 적정성 확보 등 다양한 층위가 종합적으로 맞물려 있음을 예시적으로 서술한 것이다.

참고문헌

단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1999.
- 김기범, 『헌법강의』, 법문사, 1963.
- 김영수, 『한국헌법사』, 학문사, 2000.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004.
- 박일경, 『새헌법』, 박영사, 1963. 188면.
- 박일경, 『제5공화국 헌법』, 일명사, 1981.
- 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2019.
- 양승환 외 2인 편, 『한국대통령 통치사료집 VIII: 박정희 유신체제의 형성』, 연세대학교 국가관리연구
원,
- 전광석, 『한국헌법론』 집현재, 2017.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016.
- 한상범, 『헌법이야기』, 현암사, 1998.
- 한태연, 『헌법』, 법문사, 1963.
- 정약용, 다산연구회 역, 『역주 목민심서』, 2018.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016.
- Konrad. Hesse, 계획열 역, 『통일 독일헌법원론』, 박영사, 2001.
- 사단법인 한국헌법학회 편, 『헌법주석(국회, 정부)』, 경인문화사, 2018.

논문

- 공제욱. “4·19 및 5·16 이후 부정축재자 처리과정에 대한 연구.” 상지대학교 論文集, 21. (1999):
87-115.
- 김대홍. “4·19 혁명과 반부패제도.” 法史學研究, 62. (2020): 139-169.
- 김주영. “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토: 체계성 및 이해가능성 심사를 중
심으로.” 공법학연구, 14.3, (2013): 175-209.
- 김택, 이흥기. “조선 시대 다산 정약용의 清廉思想研究”. 한국행정사학지, 42, (2018): 181-195.
- 김재문. “조선왕조의 청백리에 관한 법이론과 정신; 청백리의 개념·목적·선발방법·자격·처우 및
자랑스런 청렴한 공직자님들”. 사법행정, 46(10), (2005).24-52.
- 이서행. “조선조 청백리 공직윤리에 관한 연구”. 한국학(구 정신문화연구), 375, (1989). 171-200.
- 류지태. “법치주의 관점에서 본 부정부패방지 논의.” 공법연구 24.3 (1996): 189-198.
- 박명림. “박정희 시기의 헌법 정신과 내용의 해석: 절차, 조항, 개념, 의미를 중심으로”. 역사비평, 96,
(2011): 109-139.
- 신정규. “지능정보사회에서 부패방지의 공법적 과제”. 부패방지법연구, 4, (2021): 3-28.
- 이부하. “권력분립원리의 재고찰”. 법학논고, 55 (2016): 1-22.
- 이승택. “이해충돌방지법에 관한 헌법적 검토”. 한국부패학회보, 26, (2021): 49-71.

- 이승택, “부패방지과 헌법상 연좌제 금지”. 한국부패학회보, 25(2), (2020): 145-167.
- 이경선, 『헌법상 국회의원의 의무와 입법윤리에 관한 연구』, 국내박사학위논문, 서강대학교 대학원, 2017.
- 이병규, “제5공화국 헌법의 성립과 정부헌법개정 활동”. 헌법학연구, 23.4, (2017): 109-189.
- 전종익, “국회의원의 헌법상 의무와 이익충돌”. 저스티스, 159, (2017): 99-123.
- 한수웅, “국회의원의 자유위임과 교섭단체의 강제”. 중앙법학, 21(3), (2019): 7-56.
- 조재현, 강혜림, “사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지 입법에 관한 연구.” 한국부패학회보, 26(2), (2021): 65-84.
- Orentlicher, David. “Conflicts of Interest and the Constitution.” Wash. & Lee L. Rev. 59, (2002): p. 713-766.
- 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980.
- 대한민국국회, 『헌법개정심의회』 제1-3집, 1967.
- 총무처, 『개헌의 문제점』, 국가기록원, 1962, (국가기록원 관리번호 BG0000307)

투고일자 : 2023. 02. 28

수정일자 : 2023. 03. 30

게재일자 : 2023. 03. 31

<국문초록>

헌법상 반부패조항으로서 헌법 제46조에 대한 헌정사적 비판

이 승 택

본 연구는 현행 헌법의 부패방지를 위한 근거 규정 중 하나인 헌법 제46조가 전체 공직 영역에 요청해야 할 청렴 및 반부패 의무를 ‘국회의원’에게만 한정하여 부당한 이유에 대한 설명의 필요성이 있다는 문제 의식을 가지고 출발한다. 현행 헌법 제46조의 도입 경로를 살펴볼 때, 당시 개헌의 주도권을 장악하고 있던 군인 독재세력이 헌법상 국회의원의 반부패 의무 규정을 도입한 것에는 국회를 중심으로 한 정치 세력을 부패세력으로 낙인찍고 군인 지배의 당위성을 확보하기 위한 선전 수단으로 동원한 의도가 있다는 의구심을 가질 수 있었으며, 본 연구는 이를 더 정확하게 확인하기 위한 헌법해석론적 관점 및 헌정사적 관점에서의 분석을 시도하였다.

그 결과를 정리해보면, 1)헌법해석론적 관점에서 헌법 제46조는 헌법상 반부패조항으로서 특별한 의의와 기능을 갖지 못하고 있다는 점, 2) 헌법 제46조 제1항 국회의원 청렴 의무 및 제3항 국회의원 지위 남용 금지 규정은 국회의원을 부정축재 및 부패의 위험 요인을 강하게 가진 기관으로 낙인찍어 군인 지배의 정당성을 확보하는 데 활용한 선전 도구로서의 성격을 갖고 헌법에 편입되었다는 점, 3) 헌법 제46조 제2항 국익우선 의무는 헌법이론적 층위에서 자유위임, 정당기속의 한계를 규율하는 의미를 부여받고 있지만 도입의도 면에서는 군인 지배의 정당성 확보와 연관을 갖는다는 점 등을 확인할 수 있었다.

부패 척결의 예리한 칼날은 민주적 헌법국가의 성공을 위해 반드시 필요한 도구이다. 하지만 때로는 이 도구가 부정의한 권력의 치부를 은폐하기 위한 도구로 동원되었다는 역사적 사실을 망각하지 않고 이를 비판적으로 바라보는 성찰도 필요하다. 그리고 이러한 성찰을 토대로 헌법 제46조를 다시 이해하고 그 존속을 논의할 필요가 있다.

주제어: 부패방지, 헌법 제46조, 청렴의 의무, 지위 남용 금지 의무, 특권 남용 금지 의무, 국회의원의 의무