

사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지법에 관한 연구*

- 이해충돌방지법과 토지거래규제 입법을 중심으로 -

A study on the legislation for the prevention of conflict of Interests to prevent from social corruption

- focus on the Act on the Prevention of Conflict of Interests of Public Officials and land dealings regulation system -

조재현(Cho, Jae Hyun)** · 강혜림(Kang, Hye Lim)***

ABSTRACT

Recent studies have been shown that bureaucratic corruption in Republic of Korea is organized and structured. In other words, it is a form of 'systemic corruption'. It has a tendency to generate and expand its power within organizations or society through myriad informal network. Within a organization/social system, they cement each other and expand and contract over time. That is, it serve as critical mechanisms itself to operate bureaucratic corruption systemized.

However, very little attention has been paid to the factors that produce and enlarge the corruption network. Much previous research has focused on controlling corruption such as approaching methods and strategies. We have to understand the nature of problem rather than find bureaucratic corruption controlling mechanism because the corruption network operates with very complex factors to generate and expand in organizations. In this paper, I will rely on an interdisciplinary approach based on the integrated model of structure-behavior to analyse the nature of corruption network.

Seen from this point of view, this study test theories of bureaucratic corruption generation and corruption networks using DEMATEL method. The expert members participated to evaluate the relationships between critical factors to corruption networks.

Key words: Corruption network, Systemic corruption, Informal network, Interdisciplinary approach, DEMATEL

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 제1저자: 동아대학교 법학전문대학원 교수

*** 교신저자: 경희대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

정부와 지방자치단체는 무수히 많은 윤리적 문제와 결정에 직면하게 되고, 국가행정에서 윤리적 원칙과 기준을 수립하고 유지하기 위하여 법령을 정립해야 한다.¹⁾ 2021. 4. 29. 공직자의 이해충돌방지법(안)이 국회본회의를 통과하였다. 『공직자의 이해충돌 방지법』(이하 ‘이해충돌방지법’이라 함)은 청탁금지법의 핵심적 사항으로서 오래전부터 입법논의가 있었으나, 2015년 청탁금지법만 통과되었다.

이해충돌방지법이 국회를 통과하게 된 결정적 계기를 제공한 사건이 이른바 ‘LH사태’였다. 부동산 민심을 폭발하게 된 트리거(Trigger)가 되었던 LH사태는 한국토지주택공사(LH)의 일부 직원들이 2018년부터 문제인 정부의 3기 신도시 사업지역에 토지를 집중적으로 매입하였다는 의혹이 제기된 사건이다. LH사태는 공직자의 이해충돌에 대한 심각한 문제점을 던져주었다. 공직자의 이해충돌현상은 우리나라에만 국한된 현상은 아니다. 미국에서는 트럼프대통령이 가족과 개인을 위하여 대통령직을 사용하였다는 보고가 연일 이슈가 된 적이 있으며, 이러한 내용은 지속적으로 언론에 보도되었다.²⁾ 프랑스, 독일, 캐나다 등에서도 이해충돌입법을 경쟁적으로 채택하고 있는 것도 그 때문이다.

부패는 오랜 역사에도 불구하고 개념정의가 쉽지 않다. 부패개념에서 가장 광범위하게 사용되는 것이 사적 이익을 얻기 위하여 위임된 권력을 남용하는 이해충돌이라고 할 수 있다.³⁾ 남용이라는 것이 상대적이라는 점에서 더욱 문제가 심각하다.⁴⁾ 부패에 의해 야기된 손상은 그것이 가져오는 물질적 경제적 손실보다 더 치명적이어서⁵⁾ 부패의 통제는 모든 민주국가에서의 궁극적 과제가 되고 있다. 흔히 부패통제의 척도를 투명성으로 이해한다. 미국 연방대법원 판사 브랜다이스(Louis Brandeis)는 조직에서의 투명성을 반부패정책이나 가장 중심적인 해독제로 이해한다. 사회의 질병을 치료하는 것은 공공성이다. 그는 태양이 가장 최선의 살균제이듯이 투명성이 가장 효율적인 경찰이라고 선언하였다.⁶⁾

하지만 투명성이 부패문제를 해결할 수 있는 만능의 수단이라는 점인지에 관해서는 확신할 수 없다. 대부분의 학자들 역시 투명성만으로는 제도적 부패를 근절한다는 것은 충분하

1) J. Kelly Strader, "Skillings reconsidered: The legislative-judicial dynamic, honest services fraud, and the ill-conceived 'Clean Up Government-Act'", 39 Fordham Urb. L.J. 309, 2011, p. 310.

2) Katie Benner, Barr Plans to Throw \$30,000 Holiday Party at the Trump Hotel in Washington: <https://www.nytimes.com/2019/08/28/us/politics/barr-trump-hotel-party.html>

3) Anne Peters, "Corruption as a Violation of International Human Right", 29 Eur. J. Int'l L. 1251, 2019, p. 1254.

4) Pedro Gerson, "Return of the king: Corruption backsliding in AMERICA", 3 Int'l Comp. Pol'y & Ethics L. Rev. 985, 2020, p. 996.

5) Lisa Kern Griffin, "The federal common law crime of corruption", 89 N.C. L. Rev. 1815, 2011, p. 1816.

6) Louis D. Brandeis, What Publicity Can Do, Harper's Weekly, Dec. 20, 1913, p. 11.

지 않다는데 의견이 일치한다. 부패의 통제문제는 공적 부패의 현상이 어떻게 작동하는가에 따라 달리 적용되어야 하는 아주 예민한 문제이다. 제도적 부패의 대부분은 이익의 충돌에서 기인한다. 많은 학자들은 이익의 충돌을 발견하고 그것을 근절하는 것이 제도적 부패의 해결책이라고 본다.⁷⁾

이하에서는 사회적 부패현상에 대한 통제입법으로서 결실을 맺은 이해충돌방지법과 그 밖의 우리나라의 이해충돌방지와 관련된 법체계를 살펴보고, 향후 이해충돌방지에 관한 체계적이고 통일적인 입법을 위한 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

Ⅱ. 이해충돌의 방지와 공정성 확보

1. 이해충돌방지의 입법적 의의와 정당성

이해충돌은 공적 의무와 공직자의 사적 이익 사이의 충돌로서, 공직자의 직무와 관련한 공익과 사익사이의 충돌이나 갈등상황을 의미한다. 이해충돌은 공적 문제에 있어서 정책결정권의 지위에 있는 자가 공적 이익과는 다른 이익을 가지는 경우에 광범위하게 발생할 수 있으며,⁸⁾ 공직자의 특수한 사적 이익이 직무수행이나 결정에서 부적절하게 영향을 미칠 수 있다는 것을 합리적인 사람이라면 알 수 있는 것을 말한다.⁹⁾ 이해충돌방지법은 현실적이고 명백한 이해충돌뿐만 아니라 공적 의무와 사적 이익의 잠재적인 충돌까지도 구속한다.¹⁰⁾ 잠재적인 이해충돌은 공직자가 미래에 이익의 충돌을 가져올 수 있는 사적 이익을 가질 수 있는 경우를 말한다.¹¹⁾

미국에서 이해충돌은 정직한 직무수행 기망이론(honest services fraud, 이하 ‘정직한 직무수행이론’이라 한다.)¹²⁾에 의해 구체화되기 시작한다. 1909년 의회는 정직한 직무수행이

7) Elinor Amit/Jonathan Koranik/Ann-Christin Posten/Miriam Muethel/Lawrence Lessig, “Institutional corruption revisited: Exploring open questions within the institutional corruption literature”, 26 S. Cal. Interdisc. L.J. 447, 2017, p. 465.

8) Robert B Leflar, “The reform of ethics rules in Arkansas government”, Arkansas Law Notes, 2000, p. 66.

9) <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39368002.pdf>. János Bertók, Conflict of Interest: Tools for implementation and Tools for implementation and enforcement, 2007. 8, p. 7.

10) Beth Nolan, “Public interest, private income: Conflicts and control limits on the outside income of government officials”, 87 Nw. U. L.Rev. 57, 1992, p. 82.

11) <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39368002.pdf>, János Bertók(fn 9), p. 9.

12) 배임죄에 관한 명문규정을 두지 않은 미국에서 정당한 업무수행이론이 업무상 배임죄와 유사한가와 관련하여 논의되고 있다. 지유미, 미국의 우편 및 전신사기죄- 우리 형법전상 업무상 배임죄와의 비교를 중심으로-, 『법학연구』 제21권 제2호, 2013, 472면.

론을 법적 시스템에서 구체화하였고, 1970년대 초 부패한 정치인들에게 적용하기 시작하였다. 정직한 직무수행이론은 1988년 연방우편통신사기법(the Federal Mail and Wire Fraud Statute, 18 U.S.C. § 1346¹³⁾)에서 형사범죄로 규정되었다. 이 규정에 의하면 정직한 직무수행으로 보이지 않는 무형의 권리를 제거하기 위한 계획이나 책략에 대한 형사처벌을 그 내용으로 하다. 이 규정은 1970년대부터 피해자로부터 정직한 서비스의 보이지 않는 권리를 제거하고자 하는 의도에 근거하고 있다.¹⁴⁾ 검찰은 공개되지 아니한 공적 의무 위반과 연결될 때 이미 존재하는 의무 위반으로 기소하기 위하여 정직한 직무수행이론을 사용하였다. 이것은 합법적인 것으로 가장한 부패에 대하여 싸울 수 있는 정당한 합법적인 규정이다. 이 규정은 사용자, 주주, 공직자, 시민 등에게 부여된 강화된 의무위반에 기초한 범죄이다.¹⁵⁾ 이 규정의 외부적 한계가 어디까지 적용되는지에 관하여 미국 법원에서 문제되고 있지만, 사적 영역에까지 확대되지 않고 공무원들에 대한 감시규정으로 적용된다면 크게 문제되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁶⁾ 스킬링사건(Skilling v. United States)¹⁷⁾에서 미국 연방대법원은 정직한 직무수행이론에 관한 형사처벌 규정이 막연하여 위헌적이지만, 정직한 직무수행으로 보이지 않는 권리를 위하여 다른 사람을 기망한 책임의 처벌범위를 뇌물이나 공여물을 받은 경우로 좁게 한정한다면 문제되지 않는다고 판결하였다.¹⁸⁾¹⁹⁾

정직한 직무수행이론은 이처럼 뇌물이나 공여물을 받는 경우나 밝혀지지 않은 사적거래, 이해충돌의 형태로 범주화된다. 다만 정직한 직무수행이론에서는 공무원들이 자기 자신의 이익을 증진시키거나 객관적으로 그들 자신에게 이익이 되도록 비밀스럽게 정부의 정책을 결정하고 그들의 이익을 위한 법률적 집행은 정직한 정부나 충성스러운 공무원들에 의해서 시민들에게 제공되지만, 전통적인 사기의 범주에서와 같이 공무원이 돈이나 재산을 취득하는 것이 피해자로부터 직접적으로 오지 않는다는 점에서 이해충돌에 가깝다.²⁰⁾

이해충돌범리 그 자체는 권한 없이 자신의 이익에 특별한 관심을 가져서는 안 된다는 신탁법에서 기인하였다. 신탁법상의 법리가 지금은 공무원과 정부 사이에 확대되었다.²¹⁾ 공무원은 공적 신뢰의 상징이며, 공적 신뢰를 위임받은 수탁자이다. 공직자들이 부패나 불법행

13) 18 U.S.C. § 1346, commonly known as “honest services fraud”.

14) J. Kelly Strader(fn 1), p. 313.

15) Geraldine Szott Moohr, “Another limitation on honest services fraud?”, 32-APR Champion 18, April, 2008, p. 18.

16) Neil Abbott, K.B. Battaglini, “Honest service fraud”, 19-OCT Bus. L. Today 31, 2009, p. 34.

17) Skilling v. United States, 130 S. Ct. 2896, 2931 (2006).

18) Craig M. Bradley, “Not all dishonesty is ‘honest services’ fraud”, 46-DEC Trial 48, December, 2010, p. 48..

19) Craig M. Bradley, “Not all dishonesty is ‘honest services’ fraud”, 46-DEC Trial 48, December, 2010, p. 48.

20) Nicholas C. Johnson, “Legal public corruption: How and why congress needs to reinstate honest services fraud”, 13 Appalachian J.L. 105, 2013, p. 107-108.

21) Nicholas C. Johnson(fn 20), p. 985-986.

위의 혐의를 받게 되는 경우 공직자들에 대한 신뢰가 깨어지게 되면서 민주적 사회의 기반은 약화된다. 공무원은 공적 이익과 사적 이익의 통합을 실현시켜야 하는 공적 의무를 진다. 공적·사적 이익의 통합에 대한 정당성은 모든 외부적 이익이 충성심을 파괴하는 것을 허용하는 것이어서는 안 된다.²²⁾ 이해충돌방지법은 공무원은 자신의 공적의무와 충돌을 가져올 수 있는 자신의 사적 이익이나 행동을 가져서는 안 된다는 것을 명령하고 있다.²³⁾ 이해충돌방지법은 민주적 사회를 위협에 빠뜨리는 악을 직접적으로 겨냥한다. 가끔은 이해충돌입법이 민주적 정부형태의 부패행위를 처벌하거나 막기 위해 그들이 통과시키는 양적 측면에서의 법으로 부적절하게 묘사²⁴⁾되기도 하지만, 민주적 사회의 신뢰회복을 위한 목표 달성을 위하여 예방적 대책으로서 이해충돌방지법이 작동해야 한다. 이러한 예방적 작동의 원리를 해악을 최소화하기 위한 적절한 원리(stitch in time principle)라고 한다.²⁵⁾

2. 이해충돌방지법의 목적과 필요성

이해충돌방지법은 정부공무원이 외부의 수입을 취득하는 것을 금지하거나 그것을 하지 못하도록 하려는 의도는 아니다. 정부공무원들도 외부투자, 주식, 심지어 직업까지도 가지거나 가질 수 있다. 비록 그런 수입은 다른 법률에 의해 금지되거나 장려되지 않을 수 있지만 형사적 이해충돌입법이라고 하더라도 여전히 공법상의 직무와 관련이 되지 않은 외부의 수입을 금지하는 것은 아니다.²⁶⁾ 제도적 전략은 제도적 문제를 공격하는데 사용되어야 하듯이, 이해충돌입법이 정부의 기능에 관한 공적 서비스능력을 손상시키는 개인의 능력을 통제하는데 사용되어서는 안 된다.²⁷⁾

이해충돌방지법의 궁극적 목적은 시민의 보호이다. 공직자는 지위의 남용이나 충돌의 외관은 피해야 하며, 통상적인 정부서비스를 받는 비용을 지불하는 시민들을 보호해야 한다. 정부의 공적 서비스에 대한 이해충돌금지는 공공선(the common good)과 사회의 공정성에 기여하기 위한 정부의 목표이다.²⁸⁾ 민주적 정부에서 공적 직무의 적절한 작동을 위해서는 공무원들이 독립적이고 편파적이지 않아야 한다. 정부의 결정과 정책도 정부의 구조에 적절한 채널 안에서 형성되어야 한다. 공무원의 공적 직무가 개인의 사적 이익을 위해서 사용되어서는 안 된다는 것은 정부의 공적 이익과 사적 이익의 통합에 있어서 확신이다. 통상적인 정부의 서비스를 수령하면서 비용을 지불해야 하는 시민을 보호하기 위한 이해충돌규정은

22) Beth Nolan(fn 10), p. 73.

23) Nicholas C. Johnson(fn 20), p. 985-986.

24) Carolyn G. O'Brien, "Federal criminal conflict of interest", 31 Am. Crim. L. Rev. 569, 1994, p. 569.

25) Beth Nolan(fn 10), p. 82.

26) Beth Nolan(fn 10), p. 63.

27) Beth Nolan(fn 10), p. 147.

28) Beth Nolan(fn 10), p. 71.

공적 이익을 추구하는 정부를 지원하기 위하여 중요한 가치를 보호하고자 해야 한다. 정부에 제공되는 서비스의 통합을 보호하고, 정부의 지위남용이나 충돌의 외관은 피해야 한다.²⁹⁾ 정부의 부적절한 외관은 공무원의 행동에 의해 형성될 수 있으며, 고위공직자일 경우는 보다 더욱 그러하다. 그 때문에 하위직 공직자들의 활동에 대해서는 불필요한 구속이라고 하더라도 고위공직자에게 공적의무에 대한 특별한 구속은 부적절한 외관에 대한 보호를 증진시키는데 적절하다.³⁰⁾

이해충돌을 통제하고자 하는 윤리입법의 목적은 헌법적 민주주의의 당연한 귀결이다. 이해충돌입법에 관한 논의구조를 헌법적 해석의 틀에서 분석을 시도하는 학자들은 많지 않지만, 이해충돌현상이 헌법적 이론의 형성에 결정적 역할을 한다.³¹⁾ 이해충돌의 관심사는 명백히 헌법규정으로부터 나온다. 미국 헌법 제7조 제1항에서는 공무원에 대하여 사적 이익보다 공익을 중시하도록 하는 이해충돌방지 규정을 두고 있다. 헌법적 메커니즘은 공무원들에게 그들의 이익을 위하여 자신의 지위를 이용하는데 한계를 규율한다. 따라서 이해충돌입법은 헌법적 메커니즘에 의한 입법형성을 필요로 한다.³²⁾

이익충돌이론은 기능적 권력분립의 원리를 명확하게 하기 위한 방편으로 분석된다.³³⁾ 권력분립의 이면에는 권력이 남용되는 과정에 대한 관심사가 주요한 것인 것과 마찬가지로 개인적 이해충돌상황에서도 이익의 이면에 있는 권한에 관한 것이 주요한 관심사이다. 따라서 이해충돌의 효과를 최소화하기 위한 주요한 전략으로서 권력분립을 조망할 수 있다.³⁴⁾ 권력분립의 형태는 형식주의(formalism)적 접근과 기능주의(functionalism)적 접근이 있다. 이해충돌분석은 기능적 권력분립이론의 원리에 한계를 제공한다. 헌법이론으로서 기능적 권력분립이론의 주요한 문제는 권한의 확장성이다. 권한의 재분배가 힘의 균형을 방해시킬 정도로 멀리 가는지의 여부를 확정하는 것은 어려운 문제이다. 법원도 이를 판단하기도 쉽지 않지만, 권한의 재분배에 이르게 되는 입법과정에 대한 질적인 판단을 고려함으로써 권한재분배의 방해에 대한 간접적 증거가 있었는지 파악할 수 있다. 이해충돌상황에서 이익이 결정에 영향을 미친다면 그 결과는 신뢰성에 의문을 가질 수밖에 없다. 이해충돌 과정의 적정성 판단은 권한의 재분배과정에서의 판단구조와 유사하다. 기능적 권력통제와 이해충돌에서 ‘과정의 적정성 판단’과 ‘결과의 신뢰성’ 사이의 구조의 유사성이 존재한다는 점에서 이해충돌이론은 기능적 권력분립이론의 헌법적 분석 도구로서 영향을 미칠 수 있다.³⁵⁾

29) Beth Nolan(fn 10), p. 71.

30) Beth Nolan(fn 10), p. 79.

31) David Orentlicher, “Conflicts of interest and the constitution”, 59 Wash. & Lee L. Rev. 713, 2002, p. 714.

32) David Orentlicher(fn 31), p. 720-721.

33) David Orentlicher(fn 31), p. 730.

34) David Orentlicher(fn 31), p. 722.

35) David Orentlicher(fn 31), p. 735.

3. 이해충돌의 규제를 위한 입법적 타당성

이해충돌은 입법적 시스템에 의해 규율된다. 이해충돌상황을 어떻게 규율할 것인가를 결정하는 데 답을 찾아야 하는 것이 정책적 과제이며, 부패를 정의하는 것이 민주적 과정을 규율하는 법의 역할을 정의하는 것이다. 그 때문에 이해충돌상황을 야기하는 공공의 부패가 무엇인지를 파악하는 것이 가장 우선되어야 할 과제이다. 이해충돌은 공적 문제에 있어서 정책결정권의 지위에 있는 자가 공적인 이익과는 다른 이익을 가지는 경우에 광범위하게 발생할 수 있다.³⁶⁾ 공직자들이 그들의 권한을 행사할 때 개인적 이익, 소위 보상(“quid pro quo”)을 위해 부패를 행한다는 점에서 의심의 여지가 없다. 비록 그것이 단지 환심을 사기 위하여 또는 선물이나 또는 기부형식에 의하여 발생할 뿐 거래에 의한 것은 아니라는 점이 명백하지만 결코 바람직하지는 않은 것이다.³⁷⁾

전통적으로 부패는 비용과 이익의 문제로 이해되었다. 사람들은 처벌의 가능성이 낮고, 처벌의 엄격함은 제한되기 때문에 처벌에 대한 비용보다 더 큰 이득이 있다면 부패행위를 하게 된다. 지금은 부패의 발생 모델이 성장하고 있다. 보다 정확하게 말하면 전통적 비용·이익모델에서 균형모델이나 집단적 행동의 문제로 방향이 변하고 있다. 균형모델은 어떤 사회든 높거나 낮은 부패의 지위를 가진 사회의 다중 평형모형을 가지고 있다. 사람들은 개인적 기대가 다른 사람들의 행동에 기초한 균형 속에서 살아간다. 높은 부패의 균형에 위치한 사람들은 개인적 부패행위를 강화시키는 보편적 현상 때문에 스스로 부패행위를 강화시킨다. 낮은 부패의 균형에서는 이와 반대의 현상이 나타난다. 균형은 다양한 이유로 강화된다. 부패가 만연할수록 부패의 처벌가능성은 낮아지기 때문이다. 부패는 그들을 안전하게 해 줄 사법적 정치적 시스템을 인수해버리기도 한다. 균형모델에서 실제로 사람들이 원하거나 믿는 것이 무엇인지는 중요하지 않다. 부패행위가 옳은 것인지 잘못된 것인지는 부패의 양에 의해 결정되는 것이 아니라 그들이 속한 균형모델에 의해 결정된다.³⁸⁾ 균형모델은 집단적 행동문제의 부패 구조와 유사하다. 다른 집단적 행동 문제와 같이 부패도 그것에 대한 이익이 넓게 확산되어 있기 때문에 부패에 대한 비용을 견디게 된다. 사람들이 부패와 싸우고자 하는 것인지의 여부는 중요하지 않다. 심지어 부패가 잘못된 것이라고 믿는 사람들조차도 다른 사람들에 대한 기대 때문에 부패행위를 하게 된다.³⁹⁾

부패의 발생 모델에서 부패통제의 이유를 찾을 수 있다. 통제되지 않은 부패행위는 균형 모델이나 집단적 행동의 문제와 같이 사회를 부패의 정도를 균질화 내지는 집단화시킨다. 부패의 집단화와 균질화는 부패의 강화로 연결되면서 부패가 만연한 약한 민주적 사회구조

36) Robert B Leflar(fn 8), p. 66.

37) Lauren M. Ouziel, “The regulatory challenge of public corruption”, 108 J. Crim. L. & Criminology 639, 2018, p. 642.

38) Pedro Gerson(fn 4), p. 999-1000.

39) Pedro Gerson(fn 4), p. 1001.

를 만든다. 사회의 부패만연 구조의 연결고리를 끊기 위해서는 부패에 대한 규제가 불가피하다.

이해충돌을 규제하는 접근방법은 일반적으로 세 가지 유형으로 구분할 수 있다. 고지의무(disclosure requirements), 선택적 규율(selective regulation), 절대적 금지(absolute prohibition)의 형태가 그것이다.⁴⁰⁾ 고지의무(disclosure requirements)는 이해충돌상황이 발생하는 경우 그러한 상황을 고지해야 하는 의무를 부과하는 방안이다. 고지의무는 최소한의 공격적인 접근방식이다. 고지의무에 기초한 법률규정은 그러한 충돌관계에 있는 사람이 적극적인 결정을 하는데 참여하는 것을 방해하는 것은 아니다. 선택적 규율(selective regulation)은 전면적 금지를 해야 할 상황은 아니지만, 공직자가 충돌상황을 야기한 행위로부터 이익을 받고 있거나 공무에 계속 종사하고 있는 경우 이러한 정책결정이나 고려에 참여하는 것을 자제해야 할 필요가 있는 경우에 선택할 수 있는 접근방법이다. 이것은 일종의 사법적·입법적 자제에 의한 중도적 접근방법이라 할 수 있다. 전면적 금지(absolute prohibition)는 형사적 제재에 의하여 그러한 행위가 발생하지 않도록 이해충돌을 규제하는 가장 강력한 접근방법이다. 전면적 금지체제 하에서 공직자들은 그들의 봉급 외에 공적 직무로부터 선물이나 보상 등의 이익을 받는 것은 금지되며, 잠재적 이해충돌의 발생가능성조차도 없는 경우가 아닌 한 관련 직무에 대한 취업이나 주식 취득 등의 행위도 금지된다.

Ⅲ. 이해충돌방지법의 제정 성과와 사회적 공정성

1. 이해충돌방지법의 제정 성과와 구체적 내용

이해충돌방지법의 제정은 LH사태와 같은 내부정보를 이용한 투기행위에 대한 심각한 사회적 불신과 상대적 박탈감을 해소하고 사회적 투명성 확보에서 한 걸음 더 나아가 부패행위 사각지대 해소에 효과가 있을 것으로 기대된다.⁴¹⁾ 이해충돌방지법은 사적 이해관계자 신고, 공공기관 직무관련 부동산 보유·매수 신고, 민간부문 업무활동 내역 공개, 직무관련자 거래신고, 직무관련 외부활동 제한, 가족채용제한, 수의계약체결제한, 공용물품의 사적 사용수의 금지, 퇴직자 사적 접촉 제한 등의 10가지의 행위기준을 두고 있다.

고지의무조항으로 제5조(사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청), 제6조(공공기관 직무 관련 부동산 보유·매수 신고), 제8조(고위공직자의 민간 부문 업무활동 내역 제출 및 공개), 제9조(직무관련자와의 거래 신고) 규정을 두고 있다. 인가·허가 등 이해충돌방지법

40) Robert B Leflar(fn 8), p. 66-67.

41) 이선중, 이해충돌방지법 제정, 우리가 풀어야 할 숙제는 무엇인가, 『공공정책』 제187권, 2021. 519면.

제5조에서 정하는 직무를 수행하는 공직자는 자신의 직무관련자가 사적 이해관계자임을 안 경우 그 사실을 소속기관장에게 신고하고 회피를 신청하여야 한다. 직무관련자 또는 이해관계자는 그 공직자의 소속기관장에게 기피를 신청할 수 있다.

부동산을 직접 취급하는 공공기관의 공직자는 공직자 자신뿐만 아니라, 배우자, 공직자와 생계를 같이하는 직계존속·비속 등이 소속 공공기관의 업무와 관련된 부동산을 보유하고 있거나 매수하면 이를 소속기관의 장에게 신고해야 하고, 그 외 공공기관의 공직자는 공공기관이 택지개발·지구지정 등 부동산 개발 업무를 하는 경우에 그 부동산을 보유하고 있거나 매수하면 이를 신고해야 한다. 고위공직자가 임용 전 3년 이내에 민간 부문에서 업무 활동을 한 경우 그 활동 내역을 소속기관장에게 제출해야 한다. 소속기관장은 다른 법령이 금지하지 아니하는 범위에서 그 내용을 공개할 수 있다. 공직자는 자신, 배우자, 직계존속·비속 또는 생계를 같이하는 배우자의 직계존속·비속이 공직자의 직무관련자와 금전을 빌리거나 빌려주는 행위, 유가증권을 거래하는 행위, 부동산을 거래하는 행위, 물품·용역·공사 등의 계약을 체결하는 행위를 한다는 것을 알게 된 경우 그 사실을 소속기관장에게 신고하여야 한다.

선택적 규율에 관한 조항으로는 제10조(직무 관련 외부활동의 제한), 제11조(가족 채용 제한), 제12조(수의계약 체결 제한), 제13조(공공기관 물품 등의 사적 사용·수익 금지), 제15조(퇴직자 사적 접촉 신고), 제16조(공무수행사인의 공무수행과 관련된 행위제한 등) 등의 규정을 두고 있다. 공직자는 직무관련 외부활동이 제한된다.

직무관련자에게 사적으로 노무 또는 조언·자문 등을 제공하고 대가를 받는 행위, 소속 공공기관의 소관 직무와 관련된 지식이나 정보를 타인에게 제공하고 대가를 받는 행위, 공직자가 소속된 공공기관이 당사자이거나 직접적인 이해관계를 가지는 사안에서 자신이 소속된 공공기관의 상대방을 대리하거나 그 상대방에게 조언·자문 또는 정보를 제공하는 행위, 외국의 기관·법인·단체 등을 대리하는 행위, 직무와 관련된 다른 직위에 취임하는 행위 등이 제한된다.

공공기관은 소속 고위공직자, 채용업무를 담당하는 공직자, 해당 산하 공공기관의 감독기관인 공공기관 소속 고위공직자, 해당 자회사의 모회사인 공공기관 소속 고위공직자 등의 공직자의 가족을 채용할 수 없다. 해당 공직자는 소속 공공기관에 자신의 가족이 채용되도록 지시·유도 또는 묵인을 하여서는 아니 된다. 공공기관은 소속 고위공직자, 해당 계약업무를 법령상·사실상 담당하는 소속 공직자, 해당 산하 공공기관의 감독기관 소속 고위공직자, 해당 자회사의 모회사인 공공기관 소속 고위공직자, 해당 공공기관이 「국회법」 제37조에 따른 상임위원회의 소관인 경우 해당 상임위원회 위원으로서 직무를 담당하는 국회의원, 「지방자치법」 제41조에 따라 해당 지방자치단체 등 공공기관을 감사 또는 조사하는 지방의회의원, 해당 공직자 등의 배우자 또는 직계존속·비속, 해당 공직자 등이 대표자인 법인 또는 단체, 해당 공직자 등과 관계된 특수관계사업자와 물품·용역·공사 등의 수의계약을

체결할 수 없다. 해당 공직자는 수의계약을 체결하도록 지시·유도 또는 묵인을 하여서는 아니 된다. 공직자는 공공기관이 소유하거나 임차한 물품·차량·선박·항공기·건물·토지·시설 등을 사적인 용도로 사용·수익하거나 제3자로 하여금 사용·수익하게 하여서는 아니 된다. 공직자는 직무관련자인 소속 기관의 2년이 지나지 않은 퇴직자와 골프, 여행, 사행성 오락 등의 사적 접촉을 하는 경우 소속기관장에게 신고하여야 한다.

형사처벌 등의 제재를 두고 있는 절대적 금지규정으로는 제14조(직무상 비밀 등 이용 금지)를 두고 있다. 제14조 제1항에 의하면 공직자는 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 하여서는 안 되며, 이를 위반하여 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 공직자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.⁴²⁾ 동 조 제2항에 의하면 공직자로부터 직무상 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보임을 알면서도 제공받거나 부정한 방법으로 취득한 자는 이를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하여서는 안 되며, 이를 위반하여 공직자로부터 직무상 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보임을 알면서도 제공받거나 부정한 방법으로 취득하고 이를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.⁴³⁾ 동 조 제3항에 의하면 공직자는 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 사적 이익을 위하여 이용하거나 제3자로 하여금 이용하게 하여서는 안 되며, 이를 위반하여 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 사적 이익을 위하여 이용하거나 제3자로 하여금 이용하도록 한 공직자 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.⁴⁴⁾

2. 이해충돌방지법의 의의: 평등원리의 실현과 사회적 공정성의 확보

이해충돌방지법은 평등의 원리를 실현한다. 국가는 공적 서비스에 대하여 국민 모두가 동등하게 이용할 수 있는 평등한 접근을 보장하여야 한다. 평등한 접근의 원리는 공적 이익에 있어서 정부의 역할과 시민적 자유에 대한 보장을 유지하고자 하는 것이다. 공적 서비스에 대하여 동일한 비용을 부담함에도 불구하고 공적 이익과 사적 이익의 충돌상황은 정부서비스의 결과에서 질적 차이를 가져온다. 이해충돌방지법은 공적서비스에 대하여 지불하고자 하는 의지와 접근할 수 있는 능력을 묶는 것을 방지하기 때문에 평등한 접근의 원리를 실현하는 입법이다.⁴⁵⁾ 그것은 개별적 시민의 자유에 대한 보장을 넘어 곧 사회의 공정성 확보

42) 이해충돌방지법 제27조 제1항.

43) 이해충돌방지법 제27조 제2항 제1호.

44) 이해충돌방지법 제27조 제3항 제1호.

에 기여하게 된다.

이해충돌방지법은 부패의 사전 예방이라는 측면에서도 중요한 의의를 갖는다. 이해충돌 방지입법은 예방적 차원에서 부패의 필수적 구성요소로서 핵심적 역할을 한다. 공직자에게 부패방지조치가 이루어지도록 하거나 부패방지조치 안으로 이해관계충돌 상황을 끌어들여, 이를 합리적으로 규제함으로써 이해충돌과 부패행위를 사후적 처벌이 아닌 사전 예방적 통 제장치로 전환한다는 점에 그 의의가 있다.⁴⁶⁾

이해충돌방지법의 제정은 부패방지에 관한 통합 법률의 제정에 기여할 것으로 기대된다. 이해충돌방지에 관한 규정은 개별 법령에 산재해 있다. 청탁금지법, 이해충돌방지법뿐만 아 니라 그 밖의 공직자윤리법 등 반부패법령을 통합하고 부패관련 법체계를 정비할 수 있는 기초를 마련하였다는 점에서도 그 의의가 있다. 국회에서도 이해충돌방지법안의 부대의견을 통해 이를 밝히고 있다.⁴⁷⁾

IV. 그 밖에 이해충돌방지와 관련된 토지거래규제에 관한 법규

1. 공직자윤리법

공직자윤리법은 이해충돌방지의무와 주식취득제한 등에 관하여 규정하고 있다. 공직자윤 리법 제2조의2 이해충돌방지의무규정은 공직자가 수행하는 직무가 공직자의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 해야 할 의무를 국가 또 는 지방자치단체에게 부과한다. 아울러 공직자는 공직을 이용한 사적 이익을 추구하거나 개 인이나 기관·단체에 대하여 부정한 특혜를 제공하는 것을 금지하고, 재직 중 취득한 정보 를 부당하게 사적으로 이용하지 못하도록 하고 있다. 퇴직공직자도 재직 중인 공직자의 공 정한 직무수행을 해치는 상황이 일어나지 아니하도록 노력해야 할 의무가 부과된다. 제14조 의2에서는 공직자윤리법의 적용을 받는 공직자 등이 직무상 알게 된 비밀을 이용하여 재물 이나 재산상 이익을 취득하지 못하도록 규정하고 있다.

45) Beth Nolan(fn 10), p. 79.

46) 김남욱, 이해충돌방지법의 제정과 부패방지, 『부패방지법연구』 제3권 제2호, 2020. 8, 18면.

47) 2109818 의안원문 부대의견: 가. 국민권익위원회는 위원회 소관 반부패 법령들의 통합을 위한 구체 적 향후 계획을 공직자의 이해충돌 방지법 제정 이후 6개월 이내에 국회 정무위원회에 보고하고 통 합을 추진하며, 기타 반부패 법령들도 통합하여 전체 부패 관련 법체계가 정비될 수 있도록 최대한 노력한다. 나. 사학과 언론의 자율성을 존중하여 공직자의 이해충돌 방지법의 적용 대상에 사립학교 교직원과 언론사 임직원을 포함하지 않고 있으나, 그 업무의 공공적 성격을 고려하여 국민권익위원 회는 향후 부처 간 협조 등을 바탕으로 관련 법률 개정을 통해 이해충돌 방지제도 도입에 적극 노력 한다.

https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_T2K1W0Z4H2E0V1Q0J2U9N4E7S4C7R5.

공직자윤리법에 의한 재산등록 공개대상자와 기획재정부 및 금융위원회 소속 공무원 중 대통령령으로 정하는 사람은 본인 및 그 이해관계자가 보유한 주식의 매각 또는 주식백지신탁 계약체결을 하도록 하고 등록기관에 신고해야 한다.⁴⁸⁾ 주식백지신탁계약이 체결된 경우에는 해당 공직자와 이해관계자 누구도 새로 주식을 취득하는 것이 금지된다. 주식백지신탁제도는 공직자의 재산과 그가 담당하는 직무사이 발생하여 이해충돌을 사전에 회피하고, 공직자가 직위 또는 직무상 알게 된 정보를 이용하여 주식거래를 하거나 주가에 영향을 미쳐 부정하게 재산을 증식하는 것을 방지하며, 국민에 대한 봉사자로서 직무전념의무를 다하도록 하기 위해 일정금액을 초과하는 주식을 보유하고 있는 경우에는 그 주식을 매각하거나 그 주식의 관리·운용·처분 권한 일체를 수탁기관에 위임하여 자신의 재산이 어떠한 형태로 존속하는지 알 수 없도록 하는 제도를 말한다.⁴⁹⁾

헌법재판소는 공직자윤리법에서 국회의원으로 하여금 직무관련성이 인정되는 주식을 매각 또는 백지신탁 하도록 하여 그 직무와 보유주식 간의 이해충돌을 원천적으로 방지하는 것을 내용으로 하는 규정에 대하여 “헌법상 국회의원의 국가이익 우선의무, 지위남용 금지의무 조항 등에 비추어 볼 때 이는 정당한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이고, 국회의원이 보유한 모든 주식에 대해 적용되는 것이 아니라 직무관련성이 인정되는 3천만 원 이상의 주식에 대하여 적용되어 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위 내로 최소화하고 있는 점, 당사자에 대한 사후적 제재수단인 형사처벌이나 부당이득환수, 또는 보다 완화된 사전적 이해충돌회피수단이라 할 수 있는 직무회피나 단순 보관신탁만으로는 공직자윤리법과 같은 수준의 입법목적 달성효과를 가져올 수 있을지 단정할 수 없다는 점에 비추어 최소침해성 원칙에 반한다고 볼 수 없다”고 판단하였다. 국회의원의 공정한 직무수행에 대한 국민의 신뢰확보는 가히 돈으로 환산할 수 없는 가치를 지니는 점 등을 고려할 때 법익균형성원칙도 준수하고 있다고 판단하였다.⁵⁰⁾

2021년에는 공직자윤리법에서 기관별 부동산취득제한에 관한 규정을 신설하였다. 공직자윤리법 제14조의16 제1항은 국가기관의 장, 지방자치단체의 장 및 공직유관단체의 장으로 하여금 부동산에 대한 정보를 획득하거나 이와 관련된 업무를 수행한다고 인정되는 부서의 공직자 본인 및 그 이해관계자가 관련 업무 분야 및 관할의 부동산을 새로 취득하는 것을 제한할 수 있도록 하고 있다. 다만, 상속이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 불가피하게 부동산을 취득하여야 하는 경우에는 반드시 국가기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 공직유관단체의 장에게 신고할 의무를 부과한다.⁵¹⁾ 공직자윤리법에서는 그 밖에 이해충돌 직무에 대한 관여 금지,⁵²⁾ 주식과 직무관련성 없는 직위로의 변경 신청⁵³⁾, 기관별 주식취득

48) 공직자윤리법 제14조의4.

49) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65.

50) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65.

51) 제14조의16(기관별 부동산취득의 제한).

52) 제14조의11(이해충돌 직무에 대한 관여 금지) ① 공개대상자등은 다음 각 호의 기간 동안 공개대상

의 제한⁵⁴⁾, 외국 정부 등으로부터 받은 선물의 신고⁵⁵⁾, 퇴직공직자의 취업제한⁵⁶⁾ 등에 관한 규정을 두고 있다.

공직자윤리법에서도 이해충돌방지규정을 두고 있지만, 강제력이 약하고 공적 업무를 담당하고 있는 공직자의 높은 도덕성과 윤리적 판단을 필요로 하고 있어 사실상 이해충돌방지에 한계가 있다는 지적⁵⁷⁾이 있다. 공직자윤리법의 적용을 받는 공직자보다 확대된 공직자의 범위를 이해충돌방지법 제2조 제2호에서 정하고 있다는 점에서 공직자윤리법과는 별도로 이해충돌방지법을 제정한 것은 그 의의가 있다. 향후 이해충돌방지법과 관련한 체계적인 규율은 선언적 성격이 강한 공직자윤리법에 의하기보다는 강제력을 전제로 하는 이해충돌방지법 중심의 규율체제로 통합하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

2. 공공주택특별법

2021. 3. 19. 공공주택특별법 개정안은 국회 국토교통위원회 대안이 제출하여 가결되었다. 개정 전 공공주택특별법에서는 공공주택사업자의 종사자 또는 종사자였던 자가 업무 처리

자등 또는 그 이해관계자가 백지신탁한 주식이나 보유하고 있는 주식과 관련하여 해당 주식을 발행한 기업의 경영 또는 재산상 권리에 영향을 미칠 수 있는 직무에 결재, 지시, 의견표명 등의 방법을 통하여 관여해서는 아니 된다.

- 53) 제14조의13(주식과 직무관련성 없는 직위로의 변경 신청) ① 제14조의4제1항에 따라 주식 매각의무 또는 주식백지신탁 의무가 발생한 공개대상자등은 그 의무가 발생한 날부터 1개월 이내에 공개대상자등 또는 그 이해관계자가 보유하고 있는 주식과 관련성이 있는 직무사항을 명시하여 소속 기관의 장 등에게 직무 변경을 신청할 수 있고, 신청을 받은 소속 기관의 장 등은 신청일로부터 1개월 이내에 해당 직무사항과 무관한 직위로 변경할 수 있다.
- 54) 제14조의15(기관별 주식취득의 제한) ① 국가기관의 장(국회는 국회의사무총장, 법원은 법원행정처장, 헌법재판소는 헌법재판소사무처장, 중앙선거관리위원회는 중앙선거관리위원회 사무총장을 말한다.) 및 지방자치단체의 장은 기업 등에 대한 정보를 획득하거나 영향력을 행사하는 등 공익과 사익의 이해충돌이 발생할 우려가 있는 업무를 수행한다고 인정되는 부서의 제3조제1항 각 호에 따른 공무원이 관련 분야의 주식을 새로 취득하는 것을 제한할 수 있다.
- 55) 제15조(외국 정부 등으로부터 받은 선물의 신고) ① 공무원(지방의회의원을 포함한다.) 또는 공직유관단체의 임직원은 외국으로부터 선물(대가 없이 제공되는 물품 및 그 밖에 이에 준하는 것을 말하되, 현금은 제외한다. 이하 같다)을 받거나 그 직무와 관련하여 외국인(외국단체를 포함한다. 이하 같다)에게 선물을 받으면 지체 없이 소속 기관·단체의 장에게 신고하고 그 선물을 인도하여야 한다. 이들의 가족이 외국으로부터 선물을 받거나 그 공무원이나 공직유관단체 임직원의 직무와 관련하여 외국인에게 선물을 받은 경우에도 또한 같다.
- 56) 제17조(퇴직공직자의 취업제한) ① 제3조제1항제1호부터 제12호까지의 어느 하나에 해당하는 공직자와 부당한 영향력 행사 가능성 및 공정한 직무수행을 저해할 가능성 등을 고려하여 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 공무원과 공직유관단체의 직원(이하 이 장에서 “취업심사대상자”라 한다)은 퇴직일부터 3년간 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관(이하 “취업심사대상기관”이라 한다)에 취업할 수 없다. 다만, 관할 공직자윤리위원회로부터 취업심사대상자가 퇴직 전 5년 동안 소속하였던 부서 또는 기관의 업무와 취업심사대상기관 간에 밀접한 관련성이 없다는 확인을 받거나 취업승인을 받은 때에는 취업할 수 있다.
- 57) 이선중(주 41), 19면.

중 알게 된 지구 지정 등 관련 정보의 누설과 목적 외 사용을 금지하고 있었는데, 개정안에서는 공공주택사업의 종사자 등으로부터 정보를 제공받은 자에 대해서도 이러한 규정이 적용되는 것을 내용으로 하는 보완이 이루어졌다. 그 밖에 개정안에서는 공공주택사업자 등의 주택지구 지정 정보 등을 활용한 부정행위를 지속적으로 예방·관리하기 위하여 국토교통부장관이 매 년 또는 수시로 위반행위에 대한 실태조사를 하도록 하고, 범죄로 인한 이득을 금지하고 장래 범죄가 반복되는 것을 방지하기 위하여 법정형을 강화하는 한편 범죄행위로 취득한 재물 또는 재산상 이익을 몰수·추징하도록 하는 것을 내용으로 하고 있다.

즉, 공공주택특별법 개정안의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

국토교통부, 공공주택사업자, 관계 중앙행정기관, 관할 지방자치단체, 지방공사 등 관계기관, 그리고 주택지구의 지정 제안 또는 지정에 필요한 조사, 관계서류 작성 등을 위하여 용역 계약을 체결한 업체 등에 종사하였거나 종사하는 자는 업무 처리 중 알게 된 주택지구 지정 또는 지정 제안과 관련한 미공개정보를 부동산 등의 매매, 그 밖의 거래에 사용하거나 타인에게 제공 또는 누설해서는 아니 된다. 미공개정보는 자산 또는 재산상 이익의 취득 여부의 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보로서 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전의 것을 말한다.⁵⁸⁾ 공공주택사업자의 종사자 등으로부터 주택지구의 지정 또는 지정 제안과 관련한 미공개정보를 제공받은 자 또는 미공개정보를 부정한 방법으로 취득한 자는 그 미공개정보를 부동산 등의 매매, 그 밖의 거래에 사용하거나 타인에게 제공 또는 누설해서는 아니 된다.⁵⁹⁾ 주택지구의 지정 또는 지정 제안과 관련한 미공개정보를 부동산 등의 매매, 그 밖의 거래에 사용하거나 타인에게 제공 또는 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 재산상의 이익 또는 회피한 손실액의 3배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 재산상의 이익 또는 회피한 손실액의 5배에 해당하는 금액이 10억원 이하인 경우에는 벌금의 상한액을 10억원으로 한다.⁶⁰⁾ 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 5억원 이상으로 징역형을 부과하는 경우, 이익 또는 회피한 손실액이 50억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역으로, 이익 또는 회피한 손실액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역으로 가중한다.⁶¹⁾

위원회 대안에는 2021. 3. 11. 황보승희 의원이 대표발의 한 주택 거래 계약 자체를 무효로 하는 공공주택법 개정안은 포함되지 않았다. 최근 한국토지주택공사 직원들의 내부정보를 이용한 3기 신도시 내 토지 거래 의혹이 불거지면서 부동산정책의 집행을 담당하는 공

58) 공공주택 특별법 제9조 제2항.

59) 공공주택 특별법 제9조 제4항.

60) 공공주택 특별법 제57조 제1항.

61) 공공주택 특별법 제57조 제2항.

공기관 직원의 일탈 행위에 대한 처벌뿐만 아니라 해당 투기행위로부터 얻은 이익의 몰수, 토지거래계약 무효화 등의 조치가 필요하다는 지적이 제기되면서, 주택지구 지정 또는 지정 제안과 관련한 정보를 목적 외로 사용하거나 타인에게 제공·누설한 자 또는 그 자로부터 해당 정보를 받은 자가 그 정보를 이용하여 체결한 토지, 주택 등의 거래 계약은 무효로 하도록 함으로써 부동산 관련 내부 정보의 사적 이용행위를 근절하고 부동산정책의 공정한 집행을 도모하기 위한 개정안이 제안되었다. 공공주택특별법 개정안 제9조 제4항은 주택지구 지정 또는 지정 제안과 관련한 정보를 목적 외로 사용하거나 타인에게 제공·누설한 자 또는 그 자로부터 해당 정보를 받은 자가 그 정보를 이용하여 체결한 토지, 주택 등 부동산의 거래 계약은 무효로 하도록 규정하였다. 하지만 최근 공공주택특별법 개정안에서는 민사법적 제재로서 토지거래를 무효로 하는 내용은 반영하지 않았다.

토지는 주로 매매, 증여, 교환 등의 계약에 의해 이루어지며, 토지거래에 대한 규제는 신의성실원칙, 권리남용금지원칙 등의 사법상 규제와 공법상의 규제 방식으로 이루어진다. 공법상의 규제는 토지거래에 대한 인·허가 등의 직접적인 규제와 경제적 불이익 등을 내용으로 하는 간접적 규제로 구분된다. 토지는 상린성, 공공성과 사회성 등을 그 특징으로 한다.⁶²⁾ 토지는 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고 우리나라의 가용 토지 면적이 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면 국민은 생산 및 생활의 기반인 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능이나 국민경제의 측면에서 다른 재산권에 비해 더 강하게 공동체의 이익을 관철할 것이 요구된다.⁶³⁾ 따라서 원칙적으로 토지의 거래는 사적 자치의 원칙에 따라 개인의 자유에 맡기면서도, 광범위한 사법적·공법적 규제를 함께 부과하게 된다.

공공주택특별법에서도 부동산 투기방지를 위한 공·사법적 규제제도를 두고 있으며, 규제 위반행위에 대해서는 형사적 제재를 부과한다. 공공주택특별법 개정안 중 토지거래 계약 자체를 무효로 하는 사법상의 규제방식은 부동산의 투기를 방지한다는 목적으로 제안되었다. 자신의 권한과 지위를 이용한 투기목적의 부동산 거래는 사회의 공정성을 저해하여 부패의 만연과 균질화를 가져온다는 점에서 이미 취득한 토지도 무효로 하려는 극약 처방에 대한 공감할 수 있는 방안이다. 다만 토지거래계약의 무효라는 사법적 규제는 계약체결의 법리에 따라 거래를 한 선의의 제3자 보호 등의 문제가 발생할 수 있다. 부패방지와 사회적 공정성의 확보라는 목적이 불측의 제3자에 대한 신뢰를 손상으로 이어진다면 제도적 부패에 대한 제도적 전략이 옳은 방향으로 전개된다고 볼 수 없다. 선의의 제3자 보호에 영향을 미칠 수 있는 민사법상의 계약체결의 법리에 의한 규제방식보다는 형사법상의 규제 중심의 현행의 태도가 적절할 것으로 보인다.

62) 김상명, 정부의 규제개혁정책과 토지거래 규제법제 위반의 법률관계, 『법학연구』 제16권 제2호, 2016, 258-259면.

63) 헌재 2021. 4. 29. 2018헌바516.

3. 한국토지주택공사법

한국토지주택공사는 대한주택공사와 한국토지공사가 합병하여 국민의 주거생활의 향상과 국토의 효율적인 이용을 목표로 하여 2009. 10. 1. 출범하였다. 한국토지주택공사는 임대주택의 공급, 도시재생사업, 국토개발과 보존 등의 공적 기능을 강화라는 핵심적 기능을 수행하는 공공성이 강한 조직으로 탄생하였다. 공공성의 상징인 한국토지주택공사가 비전과 목표를 상실한 토지개발과 이익의 창출만 추구한다면 공사의 존재이유는 사라지게 된다.⁶⁴⁾ 한국주택토지공사는 자신의 고유한 업무에서의 사회적 가치의 실현하는 것뿐만 아니라 다른 경제주체들과의 협업을 통한 사회적 가치를 실현하고 구현해야 하는 공공기관으로 설계되었다. 최근의 LH사태는 이러한 한국토지주택공사의 설립취지와 그에 대한 신뢰에 회복할 수 없는 실망감을 주었고, 각고의 혁신적 개혁요구에 직면하게 되었다. 국회는 2021. 3. 19. 한국토지주택공사법 일부 개정안에 대하여 심사하고, 국회법 제51조에 따라 위원회 대안으로 제안하여 한국토지주택공사법 개정안이 의결되었다. 개정안은 공사의 임원 및 직원은 미공개정보를 부동산 거래 등에 이용하지 못하도록 하고, 이를 위반한 임·직원 등에 대하여는 5년 이하의 징역 또는 위반행위로 얻은 이익의 3배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 부과하는 것을 내용으로 한다.⁶⁵⁾ 또한 미공개정보를 이용한 자가 미공개정보를 이용하여 취득한 재물 또는 재산상의 이익은 몰수·추징하도록 하고 있다.⁶⁶⁾

4. 공무원 행동강령

공무원 행동강령에서도 이해충돌방지를 위한 규정을 두고 있다. 공무원은 사적 이해관계의 신고, 고위공직자의 민간 분야 업무활동 내역 제출, 직무관련자 거래 신고, 퇴직자 사적 접촉의 신고 등의 고지의무, 직무 관련 영리행위 등 금지, 가족 채용 제한, 수의계약 체결 제한, 예산의 목적 외 사용 금지, 공용물의 사적 사용·수익의 금지 등에 관한 규정을 두고 있다.

공무원은 자신이 직무관련자인 경우, 공무원의 4촌 이내의 친족이 직무관련자인 경우, 공무원 자신이 2년 이내에 재직하였던 법인·단체가 직무관련자인 경우, 공무원 자신 또는 그 가족이 임직원 또는 사외이사로 재직하고 있는 법인·단체가 직무관련자인 경우, 공무원 자신 또는 그 가족이 직무관련자를 대리하거나 직무관련자에게 고문·자문 등을 제공하거나 해당 대리·고문·자문 등의 업무를 하는 법인·단체에 소속되어 있는 경우, 공무원 자신 또는 그의 가족이 중앙행정기관의 장등이 정하는 일정 비율 이상의 주식·지분, 자본금 등

64) 남상오, 한국토지주택공사의 출범과 정책과제, 『복지동향』 제132권, 2009. 10, 9면.

65) 한국토지주택공사법 제26조 제1항, 제28조.

66) 한국토지주택공사법 제30조.

을 소유하고 있는 법인·단체가 직무관련자인 경우, 그 밖에 중앙행정기관의 장등이 공정한 직무수행이 어려운 관계에 있다고 판단하여 정하는 자가 직무관련자인 경우에는 소속 기관의 장에게 해당 사실을 서면이나 전자문서로 신고하여야 한다.⁶⁷⁾

차관급 이상의 공무원 등 고위공직자는 그 직위에 임용된 날 또는 임기를 개시한 날부터 30일 이내에 임용 또는 임기 개시 전의 민간 분야 3년간의 업무활동 내역을 소속 기관의 장에게 제출하여야 한다.⁶⁸⁾ 공무원은 직무와 관련하여 직무관련자에게 사적으로 노무 또는 조언·자문을 제공하고 대가를 받는 행위, 자신이 소속된 기관이 쟁송 등의 당사자가 되는 직무이거나 소속된 기관에게 직접적인 이해관계가 있는 직무인 경우에 소속 기관의 상대방을 대리하거나 상대방에게 조언·자문 또는 정보를 제공하는 행위, 외국의 정부·기관·법인·단체를 대리하는 행위, 직무와 관련된 다른 직위에 취임하는 행위, 그 밖에 중앙행정기관의 장등이 공정하고 청렴한 직무수행을 저해할 우려가 있다고 판단하여 정하는 직무 관련 행위를 해서는 아니 된다.⁶⁹⁾ 고위공직자는 자신이 소속된 기관, 그 기관의 소속 기관이나 산하기관에 자신의 가족이 채용되도록 지시하는 등 부당한 영향력을 행사해서는 아니 된다.⁷⁰⁾ 고위공직자는 자신이 소속된 기관, 그 기관의 소속 기관이나 산하기관과 물품·용역·공사 등의 수의계약을 체결해서는 아니 되며, 자신의 가족이나 특수 관계 사업자가 고위공직자 자신이 소속된 기관, 그 기관의 소속 기관이나 산하기관과 수의계약을 체결하도록 해서는 아니 된다.

계약업무를 담당하는 공무원은 자신이 소속된 기관과 수의계약을 체결해서는 아니 되며, 자신의 가족이 그 기관과 수의계약을 체결하도록 해서는 아니 된다. 산하기관을 지휘·감독·규제 또는 지원하는 업무를 담당하는 공무원은 자신이 소속된 기관의 산하기관과 수의계약을 체결해서는 아니 되며, 자신의 가족이 그 산하기관과 수의계약을 체결하도록 해서는 아니 된다.⁷¹⁾ 공무원은 직무관련자인 소속 기관의 2년이 지나지 않은 퇴직자와 골프, 여행, 사행성 오락을 같이 하는 행위 등 사적 접촉을 하는 경우 소속 기관의 장에게 신고하여야 한다.⁷²⁾ 공무원은 여비, 업무추진비 등 공무 활동을 위한 예산을 목적 외의 용도로 사용하여 소속 기관에 재산상 손해를 입혀서는 아니 된다.⁷³⁾ 공무원은 관용 차량·선박·항공기 등 공용물과 예산의 사용으로 제공되는 항공마일리지, 적립포인트 등 부가서비스를 정당한 사유 없이 사적인 용도로 사용·수익해서는 아니 된다.⁷⁴⁾ 공무원은 자신, 배우자, 생계를 같이 하는 직계존속·비속 또는 특수관계사업자가 공무원 자신의 직무관련자 또는 직무관련

67) 공무원 행동강령 제5조(사적 이해관계의 신고 등).

68) 공무원 행동강령 제5조의2(고위공직자의 민간 분야 업무활동 내역 제출).

69) 공무원 행동강령 제5조의3(직무 관련 영리행위 등 금지).

70) 공무원 행동강령 제5조의4(가족 채용 제한).

71) 공무원 행동강령 제5조의5(수의계약 체결 제한).

72) 공무원 행동강령 제5조의6(퇴직자 사적 접촉의 신고).

73) 공무원 행동강령 제7조(예산의 목적 외 사용 금지).

74) 공무원 행동강령 제13조(공용물의 사적 사용·수익의 금지).

공무원과 직접 금전대차나 유가증권 거래 등의 행위를 하는 경우에는 소속 기관의 장에게 미리 신고하여야 한다.⁷⁵⁾

공무원 행동강령에서 정하는 이해충돌회피규정은 공직자들에 대한 징계 등의 경고를 함으로써 공직문화를 선도하려는데 기여하는 것은 사실이다. 그렇지만 결국 공무원 행동강령도 공직자윤리법이 갖는 한계를 가지고 있으며, 이해충돌방지를 포함한 공직자의 부패방지를 위한 통합적 입법 필요성은 여전히 진행되어야 한다.

V. 나가며

LH사태를 겪으면서 이해충돌방지법이 통과된 것은 공직사회의 청렴문화의 확산에 대한 기대감을 갖게 한다. 청탁금지법 논의 당시에 이해충돌방지법의 제정 필요성이 충분히 주장되었으나, 결실을 맺지 못하다가 일부 반대에도 불구하고 부패의 가장 핵심적 영역으로 인식되어 온 이해충돌이 법적 규제의 범위에 들어오게 된 것은 다행이다. 정부의 서비스에 대하여 동일한 비용을 지불하고도 공직자의 이해충돌로 말미암아 동일한 서비스를 받지 못하거나 동등한 접근이 이루어지지 않는 시민들이 부패의 영역으로부터 보호되어야 한다. 그것은 곧 공정한 사회의 실현을 의미한다. 부패의 만연이나 균질화에 의해 민주적 사회의 기반이 약화되는 것을 막기 위해서는 공직자의 이해충돌상황에 대한 다양한 규제는 현실적으로 필요하다.

이해충돌방지법 외에도 이해충돌회피에 관한 규정은 공직자윤리법, 공직자 행동강령 등 그 밖에 다른 법령에서 찾을 수 있다. 다만 이해충돌방지의무에 관한 그 밖에 규정들은 강제력이 약하다는 점, 이해충돌회피의무가 적용되는 공직자의 범위가 다르다는 점 등에서 한계를 가진다. 향후 이해충돌방지법을 중심으로 공직자의 이해충돌에 관한 체계적이고 통일적인 규율체계를 정비할 필요가 있으며, 적용되는 공직자의 범위도 사회적 공감대의 형성에 근거해 확정될 필요가 있다.

75) 공무원 행동강령 제16조(직무관련자 거래 신고).

참고문헌

- 김남옥, 이해충돌방지법의 제정과 부패방지, 부패방지법연구 제3권 제2호, 2020. 8.
- 김상명, 정부의 규제개혁정책과 토지거래 규제법제 위반의 법률관계, 법학연구 제16권 제2호, 2016.
- 남상오, 한국토지주택공사의 출범과 정책과제, 복지동향 제132권, 2009. 10.
- 이선중, 이해충돌방지법 제정, 우리가 풀어야 할 숙제는 무엇인가, 공공정책 제187권, 2021.
- 지유미, 미국의 우편 및 전신사기죄 - 우리 형법전상 업무상 배임죄와의 비교를 중심으로 -, 법학연구 제21권 제2호, 2013.
- Anne Peters, "Corruption as a Violation of International Human Right", 29 Eur. J. Int'l L. 1251, 2019.
- Beth Nolan, Public interest, private income: Conflicts and control limits on the outside income of government officials, 87 Nw. U. L.Rev. 57, 1992.
- Carolyn G. O'Brien, Federal criminal conflict of interest, 31 Am. Crim. L. Rev. 569, 1994.
- Craig M. Bradley, Not all dishonesty is 'honest services' fraud, 46-DEC Trial 48, December, 2010.
- David Orentlicher, Conflicts of interest and the constitution, 59 Wash. & Lee L. Rev. 713, 2002.
- Elinor Amit/Jonathan Koralnik/Ann-Christin Posten/Miriam Muethel/Lawrence Lessig, Institutional corruption revisited: Exploring open questions within the institutional corruption literature, 26 S. Cal. Interdisc. L.J. 447, 2017.
- Geraldine Szott Moohr, Another limitation on honest services fraud?, 32-APR Champion 18, April, 2008.
- János Bertók, Conflict of Interest: Tools for implementation and Tools for implementation and enforcement, 2007. 8.
- J. Kelly Strader, "Skilling reconsidered: The legislative-judicial dynamic, honest services fraud, and the ill-conceived 'Clean Up Government-Act'", 39 Fordham Urb. L.J. 309, 2011.
- Lauren M. Ouziel, The regulatory challenge of public corruption, 108 J. Crim. L. & Criminology 639, 2018.
- Lisa Kern Griffin, "The federal common law crime of corruption", 89 N.C. L. Rev. 1815, 2011.
- Louis D. Brandeis, What Publicity Can Do, Harper's Weekly, Dec. 20, 1913.
- Neil Abbott, K.B. Battaglini, Honest service fraud, 19-OCT Bus. L. Today 31, 2009.
- Nicholas C. Johnson, Legal public corruption: How and why congress needs to reinstate honest services fraud, 13 Appalachian J.L. 105, 2013.
- Pedro Gerson, "Return of the king: Corruption backsliding in AMERICA", 3 Int'l Comp. Pol'y & Ethics L. Rev. 985, 2020.
- Robert B Leflar, The reform of ethics rules in Arkansas government, Arkansas Law Notes, 2000.

투고일자 : 2021. 06. 04

수정일자 : 2021. 06. 15

게재일자 : 2021. 06. 30

<국문초록>

사회적 부패방지를 위한 이해충돌방지법에 관한 연구

- 이해충돌방지법과 토지거래규제 입법을 중심으로 -

조재현 · 강혜림

부패개념에서 광범위하게 사용되는 대표적인 개념을 든다면, 사적 이익을 얻기 위하여 위임된 권력을 남용하는 이해충돌을 들 수 있다. 이해충돌은 공적 의무와 공직자의 사적 이익 사이의 충돌로서, 공직자의 직무와 관련한 공익과 사익사이의 충돌이나 갈등상황을 의미한다. 이해충돌은 공적 문제에 있어서 정책결정권의 지위에 있는 자가 공적 이익과는 다른 이익을 가지는 경우에 광범위하게 발생할 수 있다. 따라서 이해충돌을 통제하고자 하는 윤리입법의 목적은 헌법적 민주주의의 당연한 귀결이며, 그에 따라 이해충돌을 방지하고자 하는 궁극적인 입법의 목적은 시민의 보호라고 할 수 있다. 궁극적으로 공직자는 지위의 남용이나 충돌의 외관은 피해야 하며, 통상적인 정부서비스를 받는 비용을 지불하는 시민들을 보호해야 한다. 이해충돌을 규제하는 접근방법은 일반적으로 세 가지 유형으로 구분할 수 있다. 고지의무, 선택적 규율, 절대적 금지의 형태가 그것이다. 최근에 이해충돌방지법이 제정되었다. 이러한 이해충돌방지에 관한 규율은 이해충돌방지법 외에도 공공주택특별법, 한국토지주택공사법, 공무원 행동강령 등에서도 개별 규정을 두고 있다. 이해충돌방지법의 제정은 청탁금지법, 이해충돌방지법뿐만 아니라 그 밖의 공직자윤리법 등 반부패법령을 통합하고 부패관련 법체계를 정비할 수 있는 기초를 마련하였다는 점에서 그 의의가 있으며, 종국적으로 부패방지에 관한 통합 법률의 제정에 기여할 것으로 기대된다.

주제어: 이해충돌, 이해충돌방지법, 공직자, 부패, 토지규제