

내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거와 보호범위*

Eine Untersuchung über den Schutz von Whistleblowing

박경철(Park, Gyung-Chul)**

ABSTRACT

In diesem Artikel handelt es sich um die verfassungsrechtliche Grundlage des Schutzes von Whistleblowing und seinen Schutzbereich. Die Gewissensfreiheit schützt nicht nur die Freiheit der inneren Gewissensentscheidung, sondern auch die Freiheit des Handelns entsprechenden einer Gewissensentscheidung. Die Freiheit des Handelns entsprechenden einer Gewissensentscheidung steht in engstem Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit, der Kunstfreiheit und der Wissenschaftsfreiheit usw. Normalerweise haben die Meinungsfreiheit, die Kunstfreiheit und der Wissenschaftsfreiheit als *lex specialis* den Vorrang. Aber Whistleblowing ist zu schützen nicht auf Grund von der Meinungsfreiheit, sondern auf Grund von der Gewissensfreiheit, besonderes der Freiheit des Handelns entsprechenden einer Gewissensentscheidung mit Berücksichtigung von der Existenzbedingungen in der modernen Kapitalismus-Gesellschaft. Schutzgut der Gewissensfreiheit ist die moralische Identität des Einzelnen. Wenn Whistleblowing nicht geschützt wird, kann die moralische Identität des Einzelnen im Arbeitsplatz leicht beeinträchtigt werden.

Die Gewissensfreiheit enthält ein subjektives Recht und eine objektive wertentscheidende Grundsatznorm. Durch die Ausstrahlungswirkung der Gewissensfreiheit sollten sich alle Staatsorgane und die Bürger an das Grundrecht binden. Daraus sollten die Staatsorgane den Schutz von Whistleblower konkretisieren und gewährleisten. Im geltende Korruptionsverhütungsgesetz wird Whistleblowing geschützt. Aber nach geltenden Korruptionsverhütungsgesetz wird nur Whistleblowing über die Korruption im öffentlichen Bereich, nicht Whistleblowing über die Korruption im privaten Bereich schützt. Und Whistleblowerschutzbedingungen im geltenden Korruptionsverhütungsgesetz ist sehr eng. Das geltende Whistleblowerschutzsystem bedarf einer grundlagenen Reform.

Key Words : 내부공익정보제공행위(Whistleblowing), 양심의 자유(Die Gewissensfreiheit), 기본권의 객관적 가치규범성(Grundrecht als objektive wertentscheidende Grundsatznorm), 국가의 기본권보호의무(staatliche Grundrechtspflicht), 도덕적 자동성(moralische Identität des Einzelnen)

* 이 논문은 2005년도 강원대학교 학술연구조성비로 연구하였음(This study was supported by the Research Grant from Kangwon National University).

** 강원대학교 법과대학

1. 서론

역대 정부는 부정부패추방 내지 부패척결을 중요한 정책목표로 삼고 이를 실현하기 위한 입법과 제도를 형성하기 위한 노력을 하여 왔다. 특히 1993년 김영삼 정부가 등장하면서부터 부정부패를 추방하기 위한 제도와 법률이 체계적으로 형성되기 시작하였다. 김영삼 정부는 ‘공직자윤리법’을 개정하여 그 적용범위를 확대하고, ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령’(1993년)¹⁾과 ‘행정절차법’(1996년)과 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’(1996년)을 제정하여 국가작용과 금융거래의 투명성을 강화하였다. 그리고 1998년 출범한 김대중 정부는 ‘부패방지법’(2001년)을 제정하여 부패척결 및 부패예방을 위한 직접적인 법적 기반을 마련하였고 이에 관한 업무를 담당하는 독립기구로 ‘부패방지위원회’²⁾를 이 법에 따라 창설하였다. 2003년 출범한 노무현 정부는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’을 개정하여 정보공개의 명확한 기준설정과 전자시스템을 이용한 신속한 정보공개를 추구하였고, 기업경영의 투명성을 높이기 위하여 ‘증권관련 집단소송법’(2004년)을 제정하였다.³⁾

그런데 이러한 입법적·제도적 노력에도 불구하고 국제적 반부패운동시민단체인 국제투명성기구(Transparency International: TI)의 ‘2006년 부패인식지수(Transparency International Corruption Perceptions Index 2006)’에 따르면 2006년 현재 한국의 부패인식지수(Corruption Perceptions Index: CPI)⁴⁾는 10점 만점에 5.1점이며, 조사대상 163개국 가운데 42위, 경제협력개발기구(OECD)에 가입한 30개국 중 23위로서 한국의 부패인식지수는 경제협력개발기구 가입 국가들의 평균치인 7.18점에 비해 무려 2점이나 낮은 것으로 나타났다.⁵⁾ 또한 국제투명성기구(TI)의 ‘한국의 반부패시스템 실태보고서 2006(National Integrity System Country Study Report - Republic of Korea 2006)’에 따르면 한국의 부패인식지수는 1999년도의 3.8점을 최저로 한 이후 지속적으로 개선되고 있음을 보여주고 있지만⁶⁾ 다른 한편으로는 역대 정부의 부패추방과 부패예방을 위

1) 그 이후 1997년 국회가 법률로서 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’을 제정하면서 폐지되었다.

2) 그 이후 2005년 7월 21일 부패방지법의 개정으로 ‘부패방지위원회’는 ‘국가청렴위원회’로 변경되었다.

3) 역대 정부의 부정부패추방을 위한 입법적·제도적 노력에 관한 자세한 것은 Transparency International(TI), 『한국의 반부패시스템 실태보고서 2006(National Integrity System Country Study Report - Republic of Korea 2006)』, 17면 이하 참조. http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2006/nis_korea.

4) TI의 부패인식지수(CPI)는 다국적 기업 최고경영자 등 각국의 기업인과 국가 애널리스트 등을 상대로 실시한 국가별 공직자의 부패 정도에 관한 설문조사를 종합 분석해 평가한 수치로서 10점을 최고점으로 하며 10점에 가까울수록 부패가 없는 투명한 사회이다.

5) Transparency International(TI), “Transparency International Corruption Perceptions Index 2006”, 5면. http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi. 이러한 한국의 부패인식지수는 한국의 경제규모에 비하면 매우 낮은 수준이고 따라서 경제규모에 비하여 매우 부패한 사회라는 지적이 있다. http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/169996.html 참조.

한 입법적·제도적 노력에도 불구하고 한국에서 부정부패문제가 크게 개선되지 않고 있는 것으로 나타났다. 국제투명성기구의 부패인식지수가 절대적 기준이 될 수는 없겠지만⁷⁾ 이러한 결과는 역대 정부가 제정하여 시행중인 각 종 제도가 부패방지와 부패추방을 위한 실효적인 내용을 갖추고 있지 못함을 반증하는 것이라고 할 것이다. 이런 점에서 부패방지를 위한 여러 제도와 입법태도에 대한 재검토가 필요하다. 그 중에서도 특히 소위 내부고발자보호제도 내지 내부공익정보제공자보호제도에 관한 현재의 입법태도에 대한 재검토가 필요하다.

소속하고 있는 단체나 기관 또는 관련을 맺고 있는 단체나 기관의 불법행위나 반사회적 행위 등을 알리는 소위 ‘내부고발행위’⁸⁾ 내지 내부공익정보제공행위는 사회의 부패를 예방하고⁹⁾ 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위한 행위임에도 불구하고 장소와 시대에 따라 정도의 차이는 있지만 단체 내부의 부정부패를 시정하기 위하여 단체 내부에서 이익을 제기하거나 외부에 알리는 내부공익정보제공자는 단체나 동료구성원으로부터 생명의 위협을 비롯한 신체적·정신적·경제적 보복의 위협에 처하는 것이 일반적이다.¹⁰⁾ 이런 점에서 내부공익정보제공행위 보호제도는 공적·사적 단체나 기관의 부패

6) Transparency International(주 3), 앞의 보고서, 14면.

7) 국제투명성기구가 발표하는 부패인식지수의 문제점에 관하여 자세한 것은 박재완, “반부패의 전략과 전술: 예방과 처벌”, 한국행정학회 1999년도 특별세미나 발표논문집, 95면 참조.

8) whistleblowing은 내부고발 또는 양심선언, 공익정보제공, 공익제보 등으로 다양하게 표현되고 있다. whistleblowing을 직역하면 ‘호루라기 부는 행위’라고 할 수 있는데, 이는 호루라기를 울림으로써 사회에 경각심과 주의를 환기시키는 기능을 표현하고 있다는 점에서 반드시 단체나 조직의 내부자를 개념적으로 전제하고 있는 것은 아니다. 이런 점에서 whistleblowing은 ‘내부고발행위’라는 표현보다는 ‘공익정보제공행위’라고 표현하는 것이 더 적절하다. 다만 단체나 조직의 구성원이나 단체나 조직의 부패에 연루된 자가 소속조직이나 단체의 불법행위나 부패를 가장 잘 알고 있고 그래서 내부구성원이나 가담자에 의한 정보제공 내지 폭로의 경우 그 신빙성이 높고, 현실적으로 공익정보제공행위의 대부분은 단체나 조직의 구성원이거나 구성원이었던 자 또는 조직이나 단체의 불법적 행동에 연루된 자의 폭로라는 점에서 whistleblowing을 ‘내부고발행위’로 이해하였던 것이다. B. A. Garner, “whistleblower”, in: Black’s Law Dictionary, 8th., , p. 1627. 참조. 이 논문에서는 단체나 조직의 구성원이거나 구성원이었던 자 또는 조직이나 단체의 불법행위 등에 연루된 자의 공개 내지 제보행위는 ‘내부공익정보제공행위’ 혹은 ‘내부공익제보’라고 칭하고, 그렇지 않은 자에 의한 공개 내지 제보의 경우를 ‘일반공익정보제공행위’ 혹은 ‘일반공익제보’라고 칭한다. 국가청렴위원회에서는 부패방지법에 의한 공직자의 신고를 ‘내부공익신고’라고 표현하고 있다.

9) 특히 내부고발은, 사무의 성격상 일반인이 잘 알지 못하는 전문성을 띠고 있거나 조직의 활동이 외부에 노출되지 않는 배타적이고 폐쇄적 성향을 가진 조직의 탈법적 활동에 관한 폭로의 경우 특히 부패방지에 큰 기여를 한다. 유사한 취지: 박홍식, 『내부고발의 논리』, 나남출판, 1998, 43면.

10) 우리나라의 경우 1990년 이후 20명의 내부고발자에 대한 조사 가운데 내부고발에 대한 보복으로 90%가 징계 또는 해고를 당하였으며, 55%가 현재까지 무직상태에 있다고 한다. 그밖에 85%가 내부고발로 인해 가족까지 불이익을 당하였고(17명), 내부고발로 인한 스트레스로 자살을 생각한 경우(12명)도 60%에 달한다고 한다. 그리고 미국의 경우 233명의 내부고발자들에 관한 조사 가운데 내부고발에 대한 보복으로 90%가 해고 또는 강등되었고, 27%는 소송을 당하였고, 26%는 심리 및 물리 치료를 받았고, 25%는 알콜남용을 겪었고, 17%는 가정을 잃었고, 15%는 이혼 당했고, 10%는 자살을 시도하였고, 8%는 파산하였다. 박수현, “미연방내부고발자보호법에 관한 고찰”, 『토지공법연구』 제37집, 2007.8., 227면, 각주 4에서 인용. 내부공익정보제공자에 대한 조직의 대응 내지 보복행태에 관하여 자세한 것은 박홍식, 앞의 책, 40

를 예방하고 막기 위해서 뿐만 아니라 일정한 공적·사적 단체에 고용되어 삶을 영위하거나 아니면 일정한 공적·사적 단체와 관련을 맺으면서 살아갈 수밖에 없는 현대 고도 자본주의사회에서의 인간 실존의 조건에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위 보호제도는 인간이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 살아가기 위해서 반드시 필요한 제도로 하고 할 것이다.

현재 내부공익정보제공행위는 여러 개별법률¹¹⁾ 등에 규정되어 보호되고 있으며, 특히 행정부패 방지를 위하여 공직사회의 일정한 부패행위¹²⁾에 대한 내부공익정보제공행위 보호를 부패방지법에 규정하고 있다. 하지만 이와 같은 내부공익정보제공행위 보호제도는 내부공익정보제공행위 자체의 보호의 당위성이라는 관점에서 형성된 것이 아니라 행정목적 내지 입법목적 달성의 수단으로 또는 공익제보자 보호의 현실적 필요성에 따라 그때그때마다 임시방편적으로 규정되었다.¹³⁾ 그 결과 보호되는 내부공익정보제공행위의 범위가 제한적이어서 내부공익정보제공행위가 체계적으로 보호되지 못하고 있다. 이것은 근본적으로 ‘왜 내부공익정보제공행위가 보호되어야 하는가’ 하는 내부공익정보제공행위 보호의 당위성에 대한 이론적 연구나 이해 없이 입법이 이루어졌기 때문이다. 이런 점에서 올바른 내부공익정보제공행위 보호제도를 형성하기 위해서는 그리고 내부공익정보제공행위를 보호하는 일반법 제정의 필요성을 밝히기 위해서는 먼저 내부공익정보제공행위 보호의 당위성 즉 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거에 대한 연구가 선행되어야 한다고 본다.¹⁴⁾

내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거와 그 보호범위를 밝히기 위하여 먼저 내부공익정보제공행위의 유형을 살펴본다(Ⅱ). 논리적으로는 ‘내부공익정보제공행위’가 무

면 이하, 87면 이하 참조.

- 11) 근로기준법 제104조, 산업안전법 제52조, 남녀고용평등법 제14조 제3항, 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제15조의3, 특정범죄신고자 등 보호법 등.
- 12) 부패방지법상 “부패행위”란 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, 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, 그리고 이와 같은 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위를 의미한다(제2조 제3호).
- 13) 같은 취지: 박홍식, “내부고발자의 보호와 현실-보호법제정을 요구한다”, 『사회비평』 통권 35호 (2003 봄호) 151면. 이러한 비판은 공직사회에 대한 내부공익정보제공자 보호에 관한 일반법(Whistleblower Protection Act 1989)은 있으나, 사적 영역에서의 내부공익정보제공행위를 보호하는 입법을 각 중 개별 법률에서 규정하고 있는 미국의 법제에 대하여도 제기되고 있으며, 심지어 내부공익정보제공자보호에 관한 미국의 모델은 내부공익정보제공자보호의 정신을 실현하는데 실패하였다는 평가도 있다. Sherly Groeneweg, *Three Whistleblower Protection Models: A Comparative Analysis of Whistleblower Legislation in Australia, the United States and the United Kingdom*, Public Service Commission of Canada 1 (2001), p. 14ff..
- 14) 이 논문은 이런 관점에서 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거와 이에 입각한 보호범위에 관한 연구에 국한한다. 내부공익정보제공행위의 보호방법에 관한 문제까지 다루기에는 지면의 제약이 있을 뿐만 아니라 기본적으로 보호방법에 관한 문제들은 입법정책적 문제로서 내부공익정보제공행위 보호의 당위성에서 논리필연적으로 도출되는 것은 아니라는 점에서 다음 기회에 다루기로 한다.

엇인지가 정의되어야 할 것이지만, 내부공익정보제공행위의 정의와 관련하여 여러 가지 견해가 있고 그에 따라 내부공익정보제공행위의 보호범위 내지 보호정도도 달라진다는 점에서 여기서는 가장 넓은 의미로 정의하고 최광의의 내부공익정보제공행위에 포함될 수 있는 내부공익정보제공행위의 유형을 살펴본다. 두 번째 내부공익정보제공행위 보호제도의 헌법적 근거가 무엇인지 살펴보고자 한다(Ⅲ). 내부공익정보제공행위 보호제도의 근거로서 행정부패 방지, 국민의 알권리 실현, 의사표현의 자유, 양심의 자유 등이 주장되고 있는데, 과연 내부공익정보제공행위 보호제도의 헌법적 당위성을 어디에서 찾아야 할 것인가를 내부공익정보제공행위의 법적 성격, 즉 내부공익정보제공행위가 어떠한 기본권의 실현에 해당하는지를 살펴본다. 개인의 자율성을 존중하고 자신의 삶을 자기 스스로 결정하고 행동할 것을 보장하고 이를 위하여 기본권을 보장하는 헌법의 정신에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위 보호의 당위성은 국민이 누리고 향유하는 기본권에서 찾아야 할 것이기 때문이다. 이를 바탕으로 하여 내부공익정보제공행위의 보호범위를 살펴본다. 끝으로 이러한 연구결과를 바탕으로 하여 내부공익정보제공행위 보호제도의 입법방향을 지적하면서 마무리하고자 한다.

II. 내부공익정보제공행위의 정의에 대한 재검토와 유형

1. 내부공익정보제공행위의 정의에 대한 재검토

내부공익정보제공행위 또는 내부고발행위를 어떻게 정의할 것인가 하는 문제는 그 주체, 정보수신인의 종류, 정보의 내용, 정보제공의 시기, 동기 등에 따라 달라질 수 있고 그런 만큼 내부공익정보제공행위의 정의에 대해서는 다양한 견해가 있다. 이것은 내부공익정보제공행위의 개념정의와 보호받을 수 있는 내부공익정보제공행위의 요건을 서로 혼동한 결과이기도 한데, 이로 인하여 내부공익정보제공행위를 어떻게 정의하느냐에 따라 내부공익정보제공행위의 보호범위가 달라진다. 따라서 선부른 개념정의는 내부공익정보제공행위의 보호범위를 축소시키는 결과를 초래할 수 있음을 유의하여야 한다.

일반적으로 광의의 내부공익정보제공행위란 영리나 비영리, 민간이나 공공 등의 단체나 기관에 소속된 피용자나 임원 기타 구성원이나 구성원이었던 자가 소속단체나 기관의 활동으로 특정 또는 불특정의 제3자의 권리를 침해하는 불법행위를 하였거나 불필요한 해악을 초래하였거나 그러한 활동을 수행하도록 명령을 받은 경우 그리고 다른 피용자나 임원 기타 구성원이 위와 같은 불법행위 등을 하고 있다는 것을 알게 된 경우 이를 조사할 수 있는 회사내부의 기관이나 책임자 또는 외부의 국가기관이나 시민단체나 언론매체를 이용하여 대중에게 이런 사실을 알리는 행위를 의미하는 것으로 이해된다.¹⁵⁾ 그런데 이러한 광의의 개념정의 역시 내부공익정보제공행위에서의 ‘내부’를

15) 유사한 취지: 박수현, 앞의 논문, 227면; 박홍식, 앞의 책, 31면 이하; 장화익, “근로자 내부고

형식적·조직적 차원에서 이해하여 일정한 단체에 소속되어 있거나 있었던 임직원들만을 공익정보제공행위의 주체로 이해하게 한다. 하지만 내부공익정보제공행위 보호제도의 목적 그리고 현대 고도자본주의사회에서 인간 실존의 특성을 고려할 때 내부공익정보제공행위에서의 ‘내부’를 실질적·기능적 관점에서 이해할 필요가 있다. 즉 조직화·전문화·분업화되어 있는 현대 산업사회에서 내부공익정보제공행위에서의 ‘내부’는 단체나 기관의 피용자나 임직원뿐만 아니라 단체에 소속된 자가 아니라고 할지라도 공적·사적 단체가 제공하는 서비스를 이용하고 있는 상황에서 공적·사적 단체로부터 단체의 위법행위에 대한 협조를 요청받거나 요청에 따라 협조한 경우를 예상할 수 있다는 점에서 단체나 기관에 소속된 임직원이 제공하는 정보가 구조적이고 고질적인 부패행위를 적발하고 제거하는데 더욱 효과적이며¹⁶⁾ 실제로 있어서 단체에 소속되어 있는 구성원에 의한 공익정보제공행위가 대부분을 차지하고 있지만, 단체나 기관의 업무를 이용할 수 밖에 없는 지위에 있는 외부자도 포함하여 이해하는 것이 타당하다. 1995년 10월 노태우대통령비자금사건이 대중에게 공개된 것도 은행측이 전직대통령인 노태우대통령의 불법적 정치자금을 은닉하기 위하여 대출 등 은행서비스를 이용하는 경제적 약자인 고객에게 명의대의를 요청한 것에 대해서 고객이 이러한 사정을 국회의원에게 제보하면서 비롯되었다. 그리고 이 제보자 역시 다른 내부고발자의 경우처럼 조직(은행)으로부터 거래중단, 대출금상환요구 등의 보복을 당하였을 뿐만 아니라 검사에 의하여 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령’위반으로 공소가 제기되었다는 점에서 보호의 필요성 역시 단체나 조직의 구성원 못지않다.¹⁷⁾ 이런 점에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위를 최광의로 정의하여 ‘단체나 조직의 구성원이거나 구성원이었던 자 또는 조직이나 단체의 불법적 행동에 연루된 자가 조직이나 단체의 불법행위나 반사회적 활동 등을 제보하거나 공개하는 행위 일반’을 의미한다고 할 것이다.

2. 내부공익정보제공행위의 유형

내부공익정보제공행위를 최광의로 이해할 때 내부공익정보제공행위는 공익제보의 주체, 공익정보의 수신인, 공익제보의 동기, 공익정보의 성질, 공익정보의 제공방법 그리고 공익제보의 시기 등에 따라 여러 유형으로 분류할 수 있다.¹⁸⁾ 어떠한 유형의 내부공익정보제공행위에 해당하는가에 따라 내부공익정보제공행위의 보호여부나 보호의 정도

발보호제도 국제비교: 영·미·일의 사례와 시사점”, 『노동정책연구』 제7권(2007), 230면 참조. 한편 박수헌교수는 내부고발이란 ‘조직내에서의 잘못을 증명하는 정보를 개인이 공개하는 것’을 의미한다고 하여 단순한 조직내의 잘못을 공개하는 것이 아니라 이를 증명하는 정보를 함께 공개하는 것을 내부고발로 이해하고 있다.

16) 박홍식, 앞의 책, 43면.

17) 자세한 것은 박홍식, “고난의 「A Few Good Men」”, 『부정부패의 사회학』, 나남출판, 1997, 129면 이하 참조.

18) 공익정보제공행위의 유형에 관하여 자세한 것은 박홍식, 앞의 책(주 9), 34면.

를 명확히 할 수 있다는 점에서 논의의 실익이 있다.

첫째, 내부공익정보제공행위는 공익정보제공행위의 주체에 따라 조직이나 단체의 구성원 또는 구성원이었던 자에 의한 ‘형식적 내부공익정보제공행위’의 경우와 조직이나 단체에 관련된 외부인에 의한 ‘실질적 내부공익정보제공행위’의 경우로 나눌 수 있다.

둘째, 공익정보의 수신인이 누구인가에 따라 단체나 조직 내부의 불법행위나 비리 등을 직속상관이나 다른 상급자 내지 감사부서 등 단체 내부의 제도적 통로를 통하여 비리사실을 보고하거나 신고하는 ‘내부형 내부공익정보제공행위’와 이를 외부의 다른 기관에게 제보하거나 신고하는 ‘외부형 내부공익정보제공행위’로 나눌 수 있다. 대외적으로 공개되지 아니한 내부형 내부공익제보 역시 내부공익정보제공행위로서 보호되어야 하는지, 외부형 내부공익제보를 하기 전에 먼저 내부형 내부공익제보를 하여야 하는가 하는 것이 문제될 수 있다.

셋째, 외부형 내부공익제보의 경우에도 정보의 수신인의 지위에 따라 제보사실에 관한 수사나 조사의 권한있는 국가기관 예컨대 국회, 검찰·경찰, 감사원, 행정부내 감사부서 등에 대한 제보의 경우와 시민단체나 대중언론매체를 통한 일반국민에 대한 제보의 경우로 나눌 수 있다. 양자의 구별실익은 정보수신인이 누구냐에 따라 제공되는 정보의 성질에 따른 보호여부나 보호정도가 달라질 수 있다는 점에 있다.

넷째, 내부공익정보제공행위는 불법행위의 시정 내지 공공복리 증진이라는 도덕적·공익적 동기에 따른 행동일 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다. 도덕적·공익적 동기에 따른 공익제보의 경우 당연히 보호되어야 할 것이지만, 그렇지 않은 경우 개인의 이익추구 내지 형사처벌 면제 또는 단체나 조직에 대한 배신감 내지 복수심 등을 이유로 공개한 경우 내부공익정보제공행위로서 보호하여야 하는가 하는 문제가 제기된다. 내부공익정보제공행위는 조직이나 단체로부터 해고되기 전에 하여야 한다는 견해¹⁹⁾는 기본적으로 내부공익정보제공행위는 도덕적·공익적 동기에서 이루어져야 하는 것이고, 소속단체나 조직에 대한 보복감정에서 하는 경우 보호하기 곤란하다는 것을 전제로 하는 견해라고 할 수 있다.

다섯째, 정보제공의 방법에 따라 익명의 방법으로 내부공익정보를 제공하는 경우와 실명의 방법으로 내부공익정보를 제공하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 그 외에도 위에서 언급한 것처럼 재직중에 공익정보를 제공하는 경우와 이직후에 공익정보를 제공하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

III. 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거

1. 서설

19) 김형철, “내부고발자의 도덕성 고찰”, 『철학과현실』, 2002년 여름호(통권 제53호), 2002. 6, 180면.

내부공익정보제공행위 보호의 당위성과 근거에 대해서는 부정부패 방지와 사익보다 공익을 우선하는 행정윤리 확립의 차원에서 행정학계에 의하여 오래전부터 주장되었다.²⁰⁾ 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거에 관하여는 지금 현재까지 깊이 연구되지는 않았고 단지 피상적으로 국민의 알 권리, 표현의 자유 내지 언론의 자유, 또는 양심의 자유 등을 근거로 하여 보호되어야 한다는 주장이 있을 뿐이다. 그러나 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거는 내부공익정보제공행위가 헌법적으로 어떠한 의미를 가지는지 특히 어떠한 기본권에 근거하여 정당화될 수 있는가 하는 문제와 밀접한 관계를 가지고 있다. 즉 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거는 내부공익정보제공행위의 법적 성격을 먼저 밝힌 후 이와 관련하여 살펴보는 것이 논리적 순서라고 할 것이다. 내부공익정보제공행위의 법적 성격을 명확히 하지 않은 채 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거를 국민의 알 권리 실현 내지 부패의 제거·방지 등의 공익 실현에 두는 견해는 두 가지 문제점이 있다. 먼저 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거를 알 권리 실현, 부패의 제거와 방지 등의 공익실현에 두는 경우 보호받아야 할 또는 보호될 수 있는 내부공익정보제공행위의 범위는 매우 다양하게 주장될 수 있어 내부공익정보제공행위의 최소한의 보호범위를 확정하기 곤란하다는 문제점이 있다. 즉, 제보되거나 공개된 공익정보의 내용이 중요한 사항에 관한 국민의 알 권리 실현이나 중대한 공익에 관련된 고발(정보제공)의 경우에 국한될 수도 있고, 경우에 따라서는 국민의 알 권리 실현에 조금이라고 기여하거나 사소한 공익실현을 위한 것이라고 할지라도 공익에 기여하기만 하면 보호될 수 있는 것으로 이해될 수 있다는 점에서 내부공익정보제공행위의 보호범위를 어떻게 할 정할 것인가 하는 것은 입법자의 입법정책에 의하여 결정된다는 문제점이 있다. 이런 견해에 따르면 보호의 범위를 명확히 제시할 수 없게 됨으로써 실제의 입법과정에서 관련당사자의 상충하는 주장으로 말미암아 보호범위가 축소되거나 적용과정에서 입법목적 달성에 실패하기 쉽다는 문제점이 있다.²¹⁾ 무엇보다도 내부공익정보제공행위를 보호해야 하는 근거로 내부공익정보제공행위가 국민의 알 권리 실현에 기여한다거나 행정부패를 방지함으로써 공익을 실현한다는 점을 제시하는 견해는 근본적으로 내부공익정보제공행위의 문제를 공동체의 이익과 소속단체나 기관의 이익이 충돌하는 문제로 보는 문제점을 가지고 있다. 즉 이와 같은 견해는 개인의 행위가 사회적으로 어떤 의미를 가지고 있는지, 사회적으로 어떠한 효용을 가지고 있는가 하는 점을 먼저 고려하는 입장이라는 점에서 내부공익정보제공행위 자체가 행위주체와 관련하여 어떠한 헌법적 정당성을 가지고 있는가 하는 측면을 부차적인 것으로 보는 문제점이 있다.²²⁾ 이런 태도는 우리 헌법질서가 예정하는 인간은 “공동

20) 박홍식, 앞의 책(주 9), 108면; 박재완, 앞의 논문, 92면; 정현영, “행정윤리의 성립가능성 및 확립방안”, 『한국행정학보』 24, 1990, 849면.

21) 박홍식, 앞의 책(주 9), 92면 이하 참조. 미국에서 내부고발자보호법(WPA)이 제정된 배경에 관하여 자세한 것은 박수현, 앞의 논문, 228면 이하 참조.

22) 유사한 취지: Martin H. Malin, Protecting the Whistleblower from retaliatory

체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체”²³⁾여야 한다는 인격주의적 인간상과 조화될 수 없다. 국민주권의 통치질서는 개인의 자율성을 대전제로 하는 통치질서이다. 이런 점에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거는 일차적으로 행위자 자신의 자유와 권리의 측면에서 우선적으로 고려되어야 할 것이다. 이런 점에서 행정부패 방지 내지 국민의 알 권리 실현이라는 내부공익정보제공행위가 가지는 긍정적 기능을 이유로 내부공익정보제공행위를 보호하여야 한다는 주장은 주객이 전도된 논리라고 할 것이다. 그러므로 내부공익정보제공행위의 법적 성격에 관하여 먼저 살펴본 후 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 내부공익정보제공행위의 법적 성격

1) 기존의 논의

내부공익정보제공행위의 법적 성격에 관하여는 단지 피상적으로 표현의 자유 내지 언론의 자유, 또는 양심의 자유에 해당하므로 이를 보호하여야 한다는 주장이 있을 뿐이다.

표현의 자유에 근거를 두는 견해²⁴⁾는 특별한 설명 없이 단체나 조직의 구성원으로서 상관으로부터 불법행위를 하도록 권유받았거나 또는 직무상 알게 되었을 때 이를 내심에 담아 두고 있지 않고 이와 같은 사실을 단체내부에서든 단체외부에서든 대외적으로 표현한다는 점에서 내부공익정보제공행위는 표현의 자유 내지 언론의 자유에 근거하는 행위이고 따라서 내부공익정보제공행위자를 보호하는 제도는 언론의 자유에 근거하여 보호되는 것이라고 판단하는 듯하다.

양심의 자유에 근거를 두는 견해²⁵⁾는 소속조직이나 단체 등에 의하여 자행되는 불법행위나 반사회적 행위 등에 가담하거나 가담할 것을 요청받거나 직무상 소속조직의 불법행위나 반사회적 행위를 알게 된 경우 단체 구성원의 반응은 크게 묵종, 방관, 상관에 보고하거나 직무수행을 거부하는 등의 내부적 이의제기, 외부에의 공개 등 네 가지 모습으로 나타나는데, 소속 단체의 활동이 자신의 윤리적 가치판단에 비추어볼 때 위법하거나 반사회적이라고 판단되는 경우 소속구성원은 자신의 양심의 요청에 따를 것인지 아니면 조직의 명령이나 요구에 충실할 것인지, 공공의 생명·건강·재산 등에 대한

discharge, Journal of Law Reform(University of Michigan), 16:2(1983), p. 318.

23) 헌재 2003. 10. 30. 선고 2002 헌마 518, 헌재공보 제86호, 1044면.

24) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2007, 657면 각주 58; 김형철, 앞의 논문, 179면: 장화익, 앞의 논문, 228면, 246면 참조; 노상헌, “내부고발과 근로자의 법적 보호”, 『노동법학』 제18호(2004.6), 162면.

25) 박홍식, 앞의 책(주 9), 9면, 44면 참조.

이익을 존중할 것인지 아니면 조직의 명예와 이익을 존중할 것인지 선택하여야 하는 양심의 갈등을 겪게 되는데, 이 때 묵종·방관하는 경우 자신의 인간으로서의 존엄성에 대한 상실감 내지 양심의 고통을 크게 느끼게 되는 반면에 “내부고발은 개인의 양심과 인간실존의 문제이다. 이것은 정사와 선악의 분별에 대한 침묵의 거부”²⁶⁾라는 점에서 내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유에 해당한다고 한다. 이것은 단순한 개인의 양심 내지 도덕성의 실현에 그치는 것이 아니라 공공복리에 부합하는 양심실현이라는 점에서 보호되어야 한다고 한다.

2) 양심실현의 자유와 표현의 자유의 관계

내부공익정보제공행위의 법적 성격을 표현의 자유로 이해할 것인지 아니면 양심실현의 자유로 이해할 것인지 하는 문제는 양심실현의 자유와 표현의 자유의 관계를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제와 관련되는데, 이 문제에 대한 대답은 궁극적으로 적극적 작위에 의한 양심실현의 자유를 양심의 자유의 보호범위에 포함시키고 그 독자성을 인정할 것인가 여부에 따라 달라진다. 양심실현의 자유는 작위에 의한 실현과 부작용에 의한 실현으로 나눌 수 있는데, 부작용은 단순히 아무 것도 하지 않는 것이 아니라 법적으로 요구되는 작위의무를 이행하지 않는 것을 의미한다는 점에서 부작용에 의한 양심실현의 자유는 양심에 반하는 법적 작위의무로부터의 자유의 경우 문제된다. 반면에 적극적 작위에 의한 양심실현의 자유는 내면에서의 양심상의 결정을 언어, 문자, 영상, 그림 등으로 실현할 수 있는 자유를 의미한다. 따라서 적극적 작위에 의한 양심실현의 자유는 대체로 표현의 자유, 학문의 자유, 예술의 자유 등 다른 기본권과 경합하는 경우가 보통이다.

작위에 의한 양심실현의 자유와 표현의 자유가 경합하는 경우를 국한하여 놓고 보면 부작용에 의한 양심실현의 자유만이 양심의 자유의 보호범위에 속하고 작위에 의한 양심실현의 자유의 독자성을 인정할 수 없다는 견해²⁷⁾에 의하면 각종 기본권의 행사여부는 궁극적으로 기본권주체인 개인의 자유로운 양심에 따른 결정을 당연히 전제로 하므로 작위에 의한 양심실현의 자유를 독자적으로 인정할 실익이 없고 따라서 양심실현의 자유와 표현의 자유 등 다른 기본권의 관계는 일반법과 특별법의 관계에 있고 따라서 양심실현의 자유는 표현의 자유 등에 항상 흡수되어 양심실현의 자유가 독자적으로 보호되는 경우는 없다고 이해한다. 한편 작위에 의한 양심실현의 자유를 양심의 자유의 보호범위에 포함시키고 그 독자성을 인정하는 견해²⁸⁾는 양심실현의 자유와 표현의 자

26) 박홍식, 앞의 책(주 8), 44면.

27) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006, 479면; 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 797면 이하; 장영수, 앞의 책, 657면; 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007, 279면; 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2005, 471면. 이들의 주장은 양심실현의 자유 중에서 부작용에 의한 양심실현의 자유 즉 양심에 반하는 행위를 강요받지 않을 자유만 인정하는 견해이다.

28) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2006, 518면 이하와 527면; 이준일, 『헌법학강의』, 홍

유 등 다른 기본권이 경합하는 경우 구체적이고 개별적으로 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 기본권을 찾아서 문제를 해결하는 노력을 하여야 한다는 점을 강조한다. 생각건대 양심의 명령에 따른 일정한 작위가 양심의 자유에 근거하여 보호를 받을 수 없다면 양심의 자유는 실질적으로 내심의 자유에 그치고 따라서 기본권보장의 실효성이 약화될 뿐만 아니라 양심실현의 자유와 표현의 자유 등의 관계를 일률적으로 일반법과 특별법의 관계에 있는 것으로 이해하여 양심실현의 자유가 독자적으로 존재할 가능성 자체를 인정하지 않는 것은 기본권의 경쟁관계를 최약효력설에 따라 해결하는 문제점이 있으며,²⁹⁾ 이는 궁극적으로 일정한 갈등상황에서 개인의 구체적이고 절박한 양심적 실존의 실현으로서 양심실현의 자유와 대화와 토론을 통하여 수정될 수 있는 추상적인 양심, 사상, 경험 등의 ‘보다 객관화된 표현’인 표현의 자유와의 근본적인 차이³⁰⁾를 간과하고 있다는 문제점을 지니고 있다. 물론 내면에서의 양심상의 결정을 언어나 문자로 외부적으로 표현하는 경우 이를 작위에 의한 양심실현의 자유에 해당하는 것으로 볼 것인지 아니면 표현의 자유 등에 해당하는 것으로 볼 것인지는 매우 어려운 문제이기는 하지만, 개개 사안마다 구체적으로 검토하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 기본권을 찾아내는 노력을 하여야 한다.³¹⁾ 또한 작위에 의한 양심실현의 자유를 인정할 수 없는 이유로 이를 인정하는 경우 제각기 자신의 양심을 주장하면서 법질서의 준수를 거부하거나 타인의 권리를 침해할 우려가 있다는 점을 내세운다.³²⁾ 하지만 이는 모든 기본권행사에서 발생할 수 있는 문제이지 양심실현의 자유에만 존재하는 문제는 아니며, 양심실현의 자유의 독자성을 인정하고 이를 보장하여야 한다고 하여 양심실현의 모든 경우를 보장하여야 한다는 것은 아니며, 개인의 양심실현으로 인하여 법질서를 침해하거나 타인의 권리를 침해하는 경우 개인의 양심실현의 자유와 법질서 내지 타인의 권리를 형량하여 이들을 조화시키기 위하여 법률로써 양심실현의 자유에 일정한 제한을 가할 수 있는 것이다.

내부공익정보제공행위는 헌법적으로 볼 때 작위에 의한 양심실현의 자유로서의 성격과 표현의 자유의 성격을 모두 내포하고 있고 이에 따라 내부공익정보제공행위의 경우 양심실현의 자유와 표현의 자유가 경합관계에 있다. 즉 단체나 조직의 구성원이 아닌 외부자가 단체나 조직의 불법행위 등에 가담할 것을 요청받거나 가담한 경우 이를 대

문사, 2007, 544면 이하; 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004, 337면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007, 453면; 강경근, 『헌법』, 법문사, 2004, 622면 참조. 헌법재판소는 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심실현의 자유로 나누고, 양심실현의 자유에 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 포섭하고 있다. 헌재 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1, 16-2(상), 151면 이하 참조.

29) 허영, 앞의 책, 527면.

30) 양심의 자유의 보호대상으로서의 양심과 표현의 자유 내지 사상의 자유의 보호대상으로서의 의견, 사상, 확신 등과의 차이에 관해서 자세한 것은 허영, 앞의 책, 513면 참조.

31) 기본권의 경쟁론 내지 경합론에 관하여 자세한 것은 허영, 앞의 책, 402면 이하 참조.

32) 홍성방, 앞의 책, 471면; 권영성, 앞의 책, 479면 각주 4.

내외적으로 알리는 경우는 작위에 의한 양심실현의 자유 내지 표현의 자유에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 단체나 조직의 구성원의 경우에는 단체에 대하여 충실의무 내지 비밀유지의무를 지는데, 이때 소속 단체의 불법행위나 반사회적 행위 등에 가담하거나 수행하는 것이 자신의 양심에 반하여 용인할 수 없어 이를 대내외적으로 알리는 경우 부작위에 의한 양심실현의 자유만 인정하는 견해에 의하면 내부구성원 등은 양심에 반하는 작위의무로부터의 자유에 근거하여 내부구성원 등은 충실의무나 비밀유지의무의 이행을 거부할 수 있는데 그치게 되고, 단체 등의 불법행위 등을 외부에 알리는 경우 양심실현의 자유는 당연히 표현의 자유에 흡수되므로 이는 표현의 자유에 해당하게 된다. 하지만 적극적 작위에 의한 양심실현의 자유를 인정하는 경우 내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유로서의 성격과 표현의 자유로서의 성격이 경합하게 되고 개개의 사안마다 구체적으로 검토하여 양심실현의 자유에 해당하는지 아니면 표현의 자유에 해당하는지를 판단하게 된다.

생각건대, 내부공익정보제공행위와 관련되는 문제상황은 그렇게 행동하지 않으면 도덕적 자동성과 순수성을 상실하게 되는 상황에서의 행위자의 ‘양심적 실존’의 실현과 해당 단체의 명예권·이익이 충돌하는 상황인 반면에 표현의 자유에 의하여 보호되는 의사표현이나 사실전달행위와 관련되는 문제상황은 자기 자신의 구체적이고 절박한 양심적 실존의 문제라기보다는 대화와 토론을 통하여 변화·수정될 수 있는 추상적인 양심, 사상, 경험 등의 ‘객관화된 표현’의 자유와 타인의 인격권·명예권의 갈등·충돌상황이라고 할 것이다. 즉 공익정보제공행위자의 지위를 기준으로 조직이나 단체의 불법행위 등에 관한 공익정보제공행위를 분류해보면 i) 소속 단체나 조직의 불법행위 등에 가담한 내부구성원에 의한 공익정보제공행위, ii) 소속 단체나 조직의 불법행위 등에 직접 가담하지 않았지만 직무와 관련하여 소속 단체의 불법행위 등을 알게 된 내부구성원에 의한 공익정보제공행위, iii) 단체나 조직의 불법행위 등에 관련되거나 협조를 요청받은 외부인사에 의한 공익정보제공행위, vi) 단순히 일정한 조직이나 단체의 내부비리를 전해들은 내부구성원과 외부인사에 의한 공익정보제공행위로 나눌 수 있다. i), ii), iii)의 경우는 최광의의 내부공익정보제공행위에 해당하는 경우인 반면에 vi)의 경우는 일반공익정보제공행위이다. vi)의 경우는 표현의 자유 내지 언론의 자유에 근거하는 것으로 이해되지만 i), ii), iii)의 경우는 단체나 조직의 불법행위 등을 대내외적으로 알릴 것인지 아니면 침묵 내지 묵종할 것인지 하는 문제에 진지하고 절박하게 직면하게 되는데, 이는 현대 고도자본주의사회에서 자주 직면할 수 있는 양심적 실존의 문제라고 할 것이다. 즉 고도로 전문화·분업화·조직화된 현대 자본주의사회에서 개인은 공적 단체이든 사적 단체이든 일정한 단체에 소속되어 자신의 노동력을 제공하고 그 대가로 생활을 영위해야 하는 것이 일반적이며, 그리하여 소속 단체는 그 구성원에게 생활의 기본적 수요를 충족시킬 수 있는 수단인 동시에 타인과 인간적 유대관계를 형성하고 개성을 신장할 수 있는 장소로서의 의미를 가진다. 그런데 자신이 소속된 단체나 조직이 불법행위나 반사회적 행위 등을 자행하고 있음을 알게 된 경우 구성원은 심

각한 양심의 갈등상황에 놓이게 된다. 자신의 안락한 삶을 위하여 소속단체의 불법행위 등을 묵인·묵종할 것인지 아니면 자신의 양심과 공공복리를 실현하기 위하여 이를 교정하는데 필요한 노력을 할 것인지, 예를 들어 상관에게 보고한다든가, 아니면 외부에 이런 사실을 알릴 것인지 등을 진지하게 고민하게 될 것이다.³³⁾ 이런 상황에서 자신의 양심의 명령에 따라 이를 상관이나 외부에 알리는 경우 이를 단순히 표현의 자유에 불과하다고 판단하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 따라서 내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유의 고유영역에 해당하고 따라서 표현의 자유에 근거하는 일반공익정보제공행위보다 보호의 필요성은 더 크고 절박하다고 이해하는 것이 타당하다.³⁴⁾

3. 내부공익정보제공행위 보호의 헌법적 근거

위에서 살펴본 것처럼 내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유에 해당한다고 할 것이다.³⁵⁾ 내부공익정보제공행위는 조직화·관료화되어 있는 현대 고도 자본주의사회에서 조직이나 단체에 대한 맹목적인 복종을 거부하고 개인의 양심을 실현함으로써 개인의 인간으로서의 존엄과 가치를 수호·실현하기 위한 행위일 뿐만 아니라 더 나아가 국민의 알 권리를 비롯한 생명·신체·재산 등의 권익을 보호하고, 외부인이 감지할 수 없는 조직 내면의 불법적·반사회적 활동을 통제하여 부패를 예방하고 단체나 조직의 투명성과 책임성을 실현하는 효과가 있으며³⁶⁾ 또한 정치권력이나 상관의 부당한 압력이나 간섭을 배제할 수 있어 직업공무원제를 강화시키며³⁷⁾ 특히 행정조직이 낱알이 전문화, 다양화, 분업화되어가고 막대한 예산을 필요로 하는 행정국가화 경향에 대응하여 행정권력에 대한 내부적 통제수단으로 작용하는 등 공익실현에 기여하는 행위라는 점에서 보호의 필요성은 더욱 크다.

그럼에도 불구하고 공익과 양심을 실현하기 위하여 내부공익정보제공행위를 하는 경

33) 이러한 갈등상황은, 일상생활에 필요불가결한 서비스를 공적·사적 단체 등이 독과점으로 공급하여 이용강제의 상황이 발생하는 경우 이용자가 공급자로부터 일정한 불법행위 등에 협조할 것을 요청받은 경우 이용자에게서 나타날 수 있고, 대기업과 중소기업의 관계에서 중소기업주에게도 나타날 수 있다.

34) 한편 미국의 경우에는 연방헌법에서 양심의 자유를 명문으로 보장하고 있지 않기 때문에 내부공익정보제공행위는 수정헌법 제1조 언론의 자유에 근거하여 보호되어야 하는 것으로 이해된다.

35) 그 외에도 내부공익정보제공행위의 헌법적 근거를 양심과 표현의 자유와 더불어 청원권에서 찾는 견해도 있다. 강경근, “부패방지의 법제적 고찰”, 『아태공법연구』 제11집(2003), 44면. 그런데 청원권은 국가에 대하여 일정한 사항에 대한 원망을 주장할 수 있는 기본권이므로 사적 단체나 기업에 대하여 단체나 조직의 운영이나 활동과 관련하여 일정한 원망을 주장하거나 국민에게 직접 소속단체의 불법행위나 비리를 폭로하는 것은 청원권의 보호범위에 속하지 않는다. 따라서 청원권을 내부공익정보제공자 보호의 헌법적 근거로 이해하는 경우 내부공익정보제공행위의 여러 유형 중에서 권한있는 국가기관에 제보하는 경우에만 의미를 가질 수 있을 뿐이라는 한계를 가지고 있다.

36) 박수현, 앞의 논문, 226면 이하 참조.

37) 유사한 취지: 박재완, 앞의 논문, 93면.

우 소속 조직으로부터 해고, 징계, 승진에서의 탈락, 종래의 업무와 전혀 다른 업무부서의 배치나 근무지 변경, 동료들의 배치 등 공식적·비공식적 보복을 받는 것이 보통이다. 이와 같은 행태는 고도 자본주의사회에서 조직속에서 살아가야 하는 개인의 양심의 자유를 실현할 수 없게 할 뿐만 아니라 직장에서 해고나 근무지 변경 등의 경우 근로의 권리나 인간다운 생존을 할 권리를 위협받거나 가족과 이별하는 등의 고통이 따르게 된다는 점에서 양심실현의 자유가 보장되면서도 소속 단체에서의 법적 지위가 침해되지 않도록 국가는 법제도를 마련하여야 한다. 특히 인간의 존엄과 가치를 유지·수호하기 위한 최소한의 정신적 요구이며 사상의 다원성을 요구하는 자유민주주의의 기본적인 요소인 양심의 자유가 지니는 객관적 가치규범성³⁸⁾에 비추어볼 때 모든 국민과 국가권력은 이를 존중하여야 한다. 사인 상호간에도 타인의 양심의 자유를 침해하여서는 아니 되며, 국가기관은 양심의 자유가 실현될 수 있도록 법을 해석·적용하여야 하며³⁹⁾ 특히 국가는 공익에 부합하는 개인의 양심실현으로 인하여 개인이 직장에서 부당하게 해고당하거나 기타 불이익을 받지 않도록 법률을 제정하여 이를 보호할 의무가 있다고 할 것이다.⁴⁰⁾ 현행 부패방지법에서는 일정한 내부공익정보제공행위를 보호하고 있으며(제32조(불이익처분금지), 제32조의2(불이익추정), 제33조(신변보호), 제35조(책임 감면) 등), 내부공익정보제공행위를 한 자에게 신분상의 불이익처분 등을 하는 자에게는 과태료를 부과하고 있으며(제53조), 국가청렴위원회의 시정요구를 불이행할 경우에는 형사처벌하도록 규정하고 있다(제52조의2).

다만 내부공익정보제공행위를 양심실현의 자유에 근거하여 보호한다고 하더라도 양심실현행위가 타인의 권리나 사회질서 등을 침해하지 않도록 일정한 한계를 준수하여야 하며, 또한 구체적인 보호방법이나 보호정도는 공익실현의 측면 즉 국민의 알 권리를 비롯한 생명·신체·재산 등의 권익보호 실현, 부패 방지 및 권력통제 등의 측면에서 구체적으로 개별적으로 판단되어야 한다. 하지만 국민의 알 권리 실현이나 부패방지 등

38) 양심의 자유의 객관적 가치규범성에 관하여 자세한 것은 허영, 앞의 책, 514면 이하 참조.

39) 따라서 법원은 구체적 사건이 내부공익정보제공행위와 직접 관련된 경우 오늘날 관료화된 조직사회에서 개인의 양심실현의 자유가 가지는 의미를 고려하여 재판하여야 한다. 이런 점에 비추어볼 때 일정한 요건을 갖춘 내부공익정보제공행위는 이를 보호하는 명문의 법규정이 없더라도 정당행위 내지 정당방위의 논리에 입각하여 보호되어야 할 것이다. 하지만 대법원은 무단으로 근무지를 벗어나서 영외에서 국군보안사가 민간인을 사찰하고 있음을 폭로한 윤석양이병의 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다고 하면서 군무이탈죄의 성립을 인정한 것에는 문제가 있다(대판 1993. 6. 8. 선고 93도766). 윤석양이병이 입영하게 된 과정과 보안사에 배치된 경위 그리고 일반사회와 유리된 군대조직의 특수성 등을 고려할 때 그리고 자유민주주의헌법질서의 근간을 훼손하는 군인에 의한 민간인사찰이라는 내용의 중대한 위법성 등에 비추어볼 때 윤석양이병이 보안사의 민간인사찰사실을 폭로하기 위하여 탈영한 것은 소속조직 내부의 비리와 부정을 시정하기 위한 불가피한 방법이었다는 점에서 윤석양이병의 폭로행위는 정당행위로서 보호되어야 할 것이다. 다만 윤석양이병이 위와 같은 사실을 폭로하는 기자회견 후 부대에 복귀하지 않은 시점부터 군무이탈죄가 성립한다고 이해하는 것이 타당하다. 대법원이 윤석양이병사건에서 군무이탈죄의 성립시기를 명확히 하지 않은 것은 윤석양이병의 폭로행위가 양심실현의 자유에 의하여 보호되는 내부공익정보제공행위라는 점을 간과한 결과라고 할 것이다.

40) 국가의 기본권보호의무에 관하여 자세한 것은 전광석, 앞의 책, 202면 이하 참조

의 공익적 측면은 내부공익정보제공행위를 보다 넓게 보호하기 위한 논리로 사용되어야 할 것이다. 그렇지 않고 내부공익정보제공행위의 보호범위를 축소하는 경우 양심의 자유가 침해되는 문제가 발생할 수 있다.

IV. 내부공익정보제공행위의 보호범위

1. 서설

내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유에 근거하는 것으로 국민의 알 권리 등 권익보호와 부패의 예방과 교정, 기관내 권력통제라는 공익에 부합하는 행위라는 점에서 보호되어야 할 것이다. 다만 구체적인 보호방법이나 보호정도는 위에서 언급한 것처럼 국민의 권익보호와 사회 전체의 부패방지 등의 차원에서 달라질 수 있다. 여기서는 보호받는 또는 보호받을 수 있는 내부공익정보제공행위에 해당하는지 여부를 검토하기 위하여 내부공익정보제공행위가 되기 위한 정보의 내용 즉 ‘어떤 정보를 공개하여야 하는가?’를 먼저 살펴본 후 위에서 언급한 내부공익정보제공행위의 유형에 따라 즉 ‘누가 제공하여야 하는가?’, ‘누구에게 공익정보를 제공하여야 하는가?’, ‘무엇 때문에 제보하여야 하는가?’, ‘어떻게 정보를 제공하여야 하는가?’를 순차적으로 살펴본다.

2. 제공된 정보의 성질: 어떤 정보를 공개하여야 하나?

1) 제공된 정보의 공익성

내부공익정보제공행위로 인정되기 위해서는 제공된 정보가 단순한 내부정보이어서는 아니 되고 소속 조직이나 단체의 불법행위나 부정 등을 시정하기 위하여 이에 관한 사실이나 정보를 제공할 때 공익성을 띠게 된다. 단체나 조직에 소속된 구성원 특히 고용된 자는 소속단체에 충실의무와 비밀유지의무를 지고 있지만, 구성원의 충실의무와 비밀유지의무는 소속 조직의 업무와 활동이 적법하고 사회적으로 허용된 정당한 것일 때에만 인정된다는 점에서 내부공익정보제공행위는 구성원의 소속 조직에 대한 충실의무와 비밀유지의무 위반에 해당하지 않는다고 할 것이다.⁴¹⁾

구체적으로 무엇이 내부의 공익정보인가 하는 문제는 매우 다의적 개념이라고 할 수

41) 다만 공익정보제공행위가 다른 법령에 의하여 금지되어 있는 경우 예컨대 타인의 금융정보를 제공하여 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’에 위반하는 경우 정당행위의 법리에 따라 그 정당성여부가 다시 검토되어야 한다. 따라서 법원이 정당행위의 법리를 적극적으로 적용하지 않는 경우 법적 책임을 면할 수 없게 된다. 이런 문제점을 예방하기 위해서는 정보제공이나 공개행위가 다른 법령에 의하여 금지되어 있는 경우라도 내부공익정보제공행위에 해당하는 경우 이에 대한 책임을 감경·면제하는 규정을 두어야 한다. 현행 부패방지법은 제35조에서 신고로 인하여 그와 관련된 자신의 범죄가 발견된 경우에 그 신고자에 대하여 형을 감경·면제할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다.

있는데, 내부공익정보제공행위가 양심실현의 자유에 근거하여 보호되어야 한다는 점을 고려할 때 소속 조직이나 단체의 범죄행위나 강행법규위반의 행위에 국한할 필요는 없고 사회 대다수 구성원의 정의관념에 의할 때 사회적으로 허용되지 아니한 행위는 모두 공익정보에 해당한다고 할 것이다.⁴²⁾ 현행 부패방지법에 의하면 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위, 공공기관의 예산사용이나 공공기관 재산의 취득·관리·처분 또는 공공기관을 당사자로 하는 계약의 체결 및 그 이행에 있어서 법령에 위반하여 공공기관에 대하여 재산상 손해를 가하는 행위, 그리고 이와 같은 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위를 알리는 경우를 보호받는 내부공익정보제공행위로 규정하고 있다.

2) 제공된 정보의 진실성

보호받는 내부공익정보제공행위의 범위와 관련하여 제공된 내부공익정보는 진실에 부합하여야 하는가, 그리고 그 입증책임은 누구에게 있는가 하는 것이 문제된다. 논리적으로 보면 제공된 내부공익정보는 진실에 부합하여야 보호될 수 있고, 증거법의 일반 원칙에 따르면 주장하는 자 즉 공익정보제공자가 이를 입증하여야 할 것이다. 하지만 이렇게 이해하는 경우 단체의 구성원 등은 진실에 대한 확신과 이를 입증할 증거방법이 없으면 내부공익정보제공을 할 수 없고 그에 따라 내부공익정보제공을 제한하는 결과를 초래하고, 또한 오늘날 과학기술의 발전에 따라 사회는 갈수록 분업화·전문화되고 있고 단체의 구성원이라고 하여 소속단체가 하는 모든 업무를 자세히 알 수 없는 경우도 있으므로 공익정보제공자의 과거와 현재의 직무 등에 비추어 공익정보제공자가 정보의 내용이 진실에 부합한다고 믿을 합리적 이유가 있는 경우 즉 선의·무과실인 경우에는 보호되는 내부공익정보제공으로 이해하는 것이 타당하다.⁴³⁾ 그리고 제공된 정보의 내용이 진실에 부합한다고 믿을 합리적 이유가 있는지 여부에 대한 입증책임은 소속단체

42) 영국의 공익정보공개법(The Public Interest Disclosure Act 1998) 제43B조에 의하면 소속 조직의 범죄행위, 법률이나 계약상의 의무위반행위, 위증이나 증거제출거부 등으로 오심을 발생시킬 수 있는 행위, 개인의 건강과 안전에 대한 침해행위, 환경훼손행위에 관한 정보를 제공하거나 이러한 행위에 대한 고의적인 증거은폐행위를 알리는 경우를 내부공익정보제공행위로 규정하고 있다. 영국의 공익정보공개법의 내용에 관한 자세한 것은 노상현, 앞의 논문, 169면 참조; 김성천, 『소비자안전과 내부고발자보호방안』 한국소비자보호원, 2005, 127면 참조. 미국의 내부고발자보호법(WPA) 5 U.S.C. § 2302(b)(8)(A), (B)에 의하면 공무원 또는 공무원이 되고자 하는 자가 법규위반 또는 중대한 오관리, 과도한 자금낭비, 권한남용, 또는 공중의 보건과 안전에 대한 실질적이고 구체적 위험을 야기할 우려가 있는 사실을 공개하는 경우를 보호받는 내부공익정보제공행위로 규정하고 있다. 일본의 경우 법령위반의 범죄행위만을 보호받는 공익정보로 규정하고 있다. 2004년 6월 18일 공포된 일본의 공익통보자보호법 제2조 제3항에 의하면 개인의 생명·신체의 보호, 소비자 이익의 옹호, 환경보전, 공정경쟁의 확보, 그 밖에 국민의 생명·신체·재산 등의 이익보호에 관한 법률에 규정된 일정한 범죄행위와 위의 법률에 근거한 행정처분에 위반하는 행위가 범죄행위로 되는 경우 해당처분의 원인이 된 사실을 알리는 경우를 보호받는 공익정보로 규정하고 있다. 일본의 공익통보자보호법에 관한 자세한 것은 김성천, “일본의 공익통보자보호법”, 『법제』 통권 제576호(2005.12), 61면.

43) 이를 선의요건(good faith)이라고 한다. 현행 부패방지법 제27조도 같은 태도이다.

내지 사용자에게 있다고 할 것이다. 즉 소속 단체나 사용자가 제보자가 자신이 알고 있는 정보가 거짓임을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였음을 입증하여야 한다.

3) 제공된 정보내용의 중대성 여부

내부공익정보제공행위는 소속단체나 관련단체의 일정한 불법행위나 반사회적 행위에 관한 사실을 대내외적으로 알리는 것이므로 신고자 내지 제보자의 개인적 의견이나 비리행위에 대한 일반적인 비난이나 비판이 아닌 비리행위에 관한 특정할 수 있는 구체적인 사실이 포함되어 있어야 한다.⁴⁴⁾ 그런데 내부공익정보제공행위는 소속단체의 명예 내지 이익을 침해하는 바가 크므로 소속단체가 불법행위나 반사회적인 활동을 함으로써 중대한 공공복리의 침해 내지 다수 개인의 권익에 엄청난 침해를 초래하고 있을 때 이를 시정하기 위한 것일 때 보호되어야 한다는 주장이 있다.⁴⁵⁾ 생각건대 소속단체의 행위가 불법행위나 반사회적 행위인 경우 소속단체의 명예나 이익을 보호할 필요가 없으므로 여기에 더하여 중대한 공공복리의 침해가 있어야 한다는 주장은 타당하지 않으며, 내부공익정보제공행위는 헌법적으로 양심실현의 자유에 해당하므로 소속 단체의 행위가 불법행위 내지 반사회적 행위인지 여부가 중요한 것이고 이로 인하여 침해되는 이익의 경중은 부차적인 것이며, 내부공익정보제공행위는 중대한 공익과 관련되는 일회적·이벤트적 행위로 이해할 것이 아니라 일정한 단체 속에서 그리고 단체에 의존하여 살아가는 사람들의 일상적인 양심실현행위로 이해하여야 한다는 점에서 소속단체나 관련단체의 불법행위나 반사회적 행위에 관한 정보이면 족하다고 할 것이다.

3. 정보제공의 주체: 누가 내부공익정보를 제공할 수 있는가?

내부공익정보제공행위는 단체나 조직에 소속된 구성원이 하는 경우(형식적 내부공익정보제공행위)와 단체나 조직의 불법행위 등에 관련된 외부인이 하는 경우(실질적 내부공익정보제공행위)로 나눌 수 있는데, 내부공익정보제공행위를 양심실현의 자유로 이해하는 한 내부공익정보제공행위를 보호하는데 있어서 형식적 내부공익정보제공행위와 실질적 내부공익정보제공행위를 구별할 이유는 없다고 할 것이다. 현대 고도자본주의사회에서 단체나 조직에 의존하여 살아갈 수밖에 없는 현실에서 양자는 모두 유사한 상황에 처해 있기 때문이다.

현행 부패방지법은 보호받는 정보제공의 주체에 관해서 법 제25조에 의하여 누구든지 신고할 수 있고, 법 제32조에서는 누구든지 이 법에 의한 신고 등을 이유로 소속기관·단체·기업 등으로부터 징계조치 등 어떠한 신분상 불이익이나 근무조건상의 차별을

44) 박수현, 앞의 논문, 231면. 각주 18 참조.

45) 김형철, 앞의 논문, 174, 176면; 박홍식, 앞의 책(주 9), 33면.

받지 아니하며(동조 제1항), 신고를 이유로 신분상 불이익이나 근무조건상의 차별을 당하였거나 당할 것으로 예상되는 때에는 국가청렴위원회에 해당 불이익처분의 원상회복·전직·징계의 보류 등 신분보장조치와 그 밖에 필요한 조치를 요구할 수 있음을 규정하고 있을 뿐만 아니라(동조 제2항) 특히 누구든지 신고로 인하여 인·허가 등의 취소, 계약의 해지 등 경제적·행정적 불이익을 당한 때에는 위원회에 원상회복 또는 시정을 위하여 인허가, 계약 등의 잠정적인 효력유지 등 필요한 조치를 요구할 수 있음을 규정하고 있는 점에 비추어볼 때 현행 부패방지법은 형식적 내부공익정보제공행위뿐만 아니라 실질적 내부공익정보제공행위와 일반공익정보제공행위도 폭넓게 보호하고 있다.

4. 정보의 수신인: 누구에게 정보를 제공하여야 하나?

1) 내부형 내부공익정보제공행위와 외부형 내부공익정보제공행위

내부공익정보제공행위는 정보의 수신인이 누구인가에 따라 내부형 내부공익정보제공행위와 외부형 내부공익정보제공행위로 나눌 수 있는데, 내부공익정보제공행위는 대외적 공개의 경우에만 국한되고 따라서 외부형 내부공익정보제공행위만 보호되는가? 아니면 직속상관 등 단체 내부의 제도적 통로를 통하여 단체의 불법행위 등을 고지하거나 보고하는 경우도 보호되는 내부공익정보제공행위인가? 외부형 내부공익정보제공행위가 보호받기 위해서는 반드시 내부형 내부공익정보제공행위를 하여야 하는가가 문제된다.

내부공익정보제공행위는 불법행위나 반사회적 행위의 형태와 상관없이 일반적으로 일정한 진행과정을 거친다고 한다.⁴⁶⁾ 즉 대부분의 사례들에서 단체의 구성원은 자신의 조직이 불법행위를 하거나 공공의 안전과 재산에 심각한 악영향을 주는 제품을 생산하는 등 반사회적 활동을 하고 있음을 알게 된 경우 먼저 내부경로를 통하여 공식적으로 또는 비공식적인 방법으로 불법행위 등의 시정을 직속상관이나 조직의 고위층에게 호소하지만, 이들이 이를 외면, 무시하거나 심지어 이를 항명 또는 불복종 등으로 간주하여 해고, 해직, 좌천 등의 불이익을 당한 뒤에야 이를 외부에 공개적으로 고발하는 형태를 취하고 있다고 한다. 이런 점에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위는 조직외부에 알리는 행위뿐만 아니라 조직내부에서의 공식적 혹은 비공식적 고지행위를 포함하는 것으로 이해하여야 한다. 뿐만 아니라 내부공익정보제공행위를 제한적으로 이해하려는 입장에서는, 단체나 조직에 소속되어 있는 구성원은 조직에 고용되어 노동력을 제공하고 그에 대한 대가로 단체나 조직으로부터 보수를 받고 있다는 점에서 사용자인 단체 등에 대하여 충실의무를 지고 있다는 점에서 외부형 내부공익정보제공행위를 하기 전에 구성원은 먼저 단체 내부에서 의견제기절차를 거쳐야 한다고 주장한다. 생각건대 단체나 조직의 구성원은 단체에 대하여 충실의무를 지고 있고 단체의 자율성을 존중해야

46) 박홍식, 앞의 책(주 9), 37면.

한다는 점에서 원칙적으로 외부형 내부공익정보제공행위를 하기 전에 먼저 내부형 내부공익정보제공행위를 하여야 한다고 할 것이다. 다만 이를 요구하기 위해서는 일정한 전제조건이 갖추어져야 한다. 먼저 소속단체 내부에 불법행위 등의 신고를 접수·조사하는 독립된 부서를 의무적으로 두게 하여야 하고,⁴⁷⁾ 신고 내지 고지를 이유로 불이익을 가할 수 없도록 하는 한편, 내부공익정보제공자를 보복하는 조직내의 관리자에 대한 형사처벌을 비롯한 제재수단을 법률로 규정하는 것이 필요하다. 그리고 소속 단체의 내부절차를 거치더라도 상관 등이 이미 당해 불법행위 등을 알고 있어 불법행위 등의 신속한 교정이나 개선이 이루어질 수 없는 사정이 있거나 국민 건강이나 안전에 직접적인 위험을 야기할 가능성이 현저하고 절박하여 내부의 모든 이의제기절차를 거치고 난 후에 외부에 공개하는 경우 오히려 국민의 건강이나 안전에 대한 위험을 방지할 수 없는 경우⁴⁸⁾ 그리고 내부의 이의제기절차를 거침으로 인하여 본인이 피해를 입을 것이 명백한 경우에는 예외가 인정되어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 요약하면 단체의 자율성 존중이라는 차원에서 원칙적으로 내부형 내부공익정보제공행위가 외부형 내부공익정보제공행위보다 우선적으로 고려되어야 하지만 일정한 경우 예외를 인정하여야 할 것이다.

2) 정보수신인이 권한있는 국가기관인 경우와 일반 국민인 경우

외부형 내부공익제보의 경우에도 정보수신인의 지위에 따라 제보사실에 관한 수사나 조사의 권한있는 국가기관 예컨대 국회, 검찰·경찰, 감사원, 행정부내 감사부서에 대한 제보의 경우와 시민단체나 대중언론매체를 통한 일반국민에 대한 제보의 경우로 나눌 수 있다. 양자의 구별실익은 정보수신인이 누구냐에 따라 공개되는 정보의 성질에 따른 보호요건이나 보호정도가 달라질 수 있다는 점에 있다. 정보의 공개가 법령에 의하여 특별히 금지되어 있는 경우, 예컨대 국방 또는 외교에 관한 기밀로 법령에 의하여 공개가 금지되어 있는 경우 이런 정보를 수사나 조사의 권한있는 국가기관에 공개하는 경우와 달리 일반대중이나 대중언론매체에 공개하는 경우에는 보호받기 어렵다고 할 것이다.⁵⁰⁾ 다만 이 경우 공개가 금지되어 있는 정보 자체가 적법하게 수집되었음을 전제로 한다고 할 것이다. 국가기관이 위법하게 수집한 정보는 비록 그것이 국방이나 외교상의 기밀에 해당한다고 할지라도 이는 위법한 정보라는 점에서 국가기밀로서 보호가 치성이 없다고 할 것이다.⁵¹⁾

47) 미국은 내부고발자보호법(WPA 1989)을 통하여 연방정부내에 부패신고 접수 및 처리업무를 관장하는 독립된 부서를 두고 있고, 2002년에 제정한 사베인-옥슬리 기업개혁법(Sarbane-Oxely Corporate Reform Act. 2002)에 의하여 모든 상장기업은 내부에서 이의를 제기할 수 있는 절차를 만들도록 규정하고 있다.

48) 유사한 취지: 박홍식, 앞의 책(주 9), 127면.

49) 이에 관한 입법례에 관해서는 장화익, 앞의 논문, 234면 참조.

50) 5 U.S.C. § 2302(b)(8)(A), (B) 참조. 자세한 것은 박수현, 앞의 논문, 230면 이하 참조. 일본이나 영국의 경우 정보수신인을 다양하게 규정하면서도 정보수신인의 지위에 따라 보호요건을 달리하고 있다. 자세한 것은 장화익, 앞의 논문, 249면 참조; 노상현, 앞의 논문, 170면 이하 참조.

현행 부패방지법은 부패방지법에 의한 신고만을 보호대상으로 하고 있는데, 그 결과 수사기관, 감사원, 국가청렴위원회, 피신고자의 소속기관이나 감독기관 등 권한있는 국가기관에 신고하거나 제보한 경우에만 부패방지법에 의하여 보호하고 있다(법 제25조와 제26조 그리고 제35조의2). 이것은 소속단체 내지 기관의 자율성을 경시하고 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 국회 또는 언론매체 등을 이용한 외부형 내부공익정보제공행위는 부패방지법에 의하여 보호되지 못한다는 점에서 입법론적으로 타당하지 않다.

5. 내부공익정보제공행위의 동기: 무엇 때문에 제보하여야 하나?

양심실현의 자유를 내부공익정보제공행위 보호의 주된 헌법적 근거로 이해한다고 하여 정보제공의 동기가 반드시 순수한 도덕적·공익적 동기에 기인하여야 하는가 하는 것이 문제된다. 생각건대 소속 단체의 불법행위 등에 대한 국가기관의 수사가 진행되자 단체의 불법행위에 관련된 당사자가 이에 관한 정보를 국가기관에 제공하는 경우에도 내부공익정보제공행위로 보호되어야 할 것이다. 왜냐하면 공익정보제공자가 수사기관의 수사가 개시되는 등의 구체적인 행위상황에서 소속 단체의 위법한 행위를 인식하고 이에 대하여 수사기관 등 담당부서에게 알리는 경우 자신의 법적 책임을 감면받기 위한 동기도 있겠지만 동시에 자신의 양심을 회복하는 과정이라고 이해할 수 있기 때문이다. 제공된 정보의 내용이 불법행위 내지 반사회적 행위에 관한 것이라면 동기의 순수성은 보호정도⁵²⁾에 영향을 미칠 뿐이고 보호여부에 영향을 미친다고 할 수는 없다. 만약 정보공개의 주된 동기가 공익적일 것을 요구하는 경우 내부공익제보를 막는 결과를 초래할 것이다. 왜냐하면 공익적 동기에서 주로 공개한 것인지, 아니면 사적 복수심 내지 반발심에 의한 공개인지 그리고 무엇이 주된 동기인지 판단하는 것은 지극히 곤란하고 따라서 그 판단에 법관 등의 자의나 편견이 개입할 우려가 클 뿐만 아니라,⁵³⁾ 이를 조

51) 헌법재판소는 군사기밀보호법상의 보호되는 '군사상의 기밀'은 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 경우에 한한다고 판시하고 있다(헌재 1992. 2. 25. 선고 89헌가 104, 판례집 4, 64~113 참조). 헌법재판소는 89헌가104결정에서 정보획득의 적법성을 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추 것을 요구하고 있는데, 이것은 군사기밀로 확정하는 절차뿐만 아니라 정보획득의 절차 역시 적법할 것을 전제로 하는 의미로 새기는 것이 타당하다.

52) 예컨대 부패방지법 제36조의 포상 및 보상의 여부나 범위 또는 제35조의 책임의 감경·면제 등에 영향을 줄 뿐이다.

53) 감사원의 '효산종합개발 콘도사업 특혜의혹'에 대한 청와대의 압력에 의한 부당한 감사중단 사실을 폭로한 전 감사원 직원 현준희씨 사건에서 나타나는 것처럼 내부공익정보제공행위와 관련된 해고무효 등 부당징계의 효력을 다투는 소송이나 명예훼손 등의 사건에서 내부공익정보제공행위의 정당성을 입증할 수 있는 자료는 소속조직이 가지고 있으며, 소속조직이 성실히 증거조사에 협조하지 않거나 심지어 증거를 조작하는 경우 법원이 적극적으로 증거조사를 하지 않으면 진실을 밝힐 수 없고 그에 따라 내부공익정보제공행위자는 보호될 수 없게 된다. 이에 관한 자세한 것은 김창준, "진실을 파헤치고자 한 노력으로 내부고발자를 보호한 소중한 판결- 감사원 내부비리 고발자 현준희 씨 파기환송심 판결", 인터넷 참여연대(http://www.peoplepower21.org/article/article_view.php?article_id=18431) 참조. 특히 현준희씨

사하는 과정에서 공익제보자의 사생활 등이 대중에게 공개되는 등 공익제보자의 인격권과 명예권이 침해될 우려가 있으며,⁵⁴⁾ 일반적으로 국가기관이나 대중언론매체 등 외부에 소속단체의 불법행위 등을 고발을 하기 전에 먼저 소속단체에 공개하여야 보호되는 내부공익정보제공행위로 이해하는데, 소속단체에 먼저 단체의 불법행위 등에 대한 이의를 제기한 후에 외부에 공개하기 전에 소속단체에서 제보자에게 해고, 전직, 징계 등의 처분을 하고 그 이후에 그 구성원이 소속 단체의 불법행위 등을 외부에 공개하는 경우 공개동기의 공익성 내지 도덕성이 쉽게 의심받을 수 있기 때문이다. 따라서 내부공익정보제공자의 공개 동기, 즉 공익적·도덕적 양심에 입각한 공개인지 여부는 보호받는 내부공익정보제공행위인지 여부를 판단하는 기준이 되어서는 아니 된다고 할 것이다. 현행 부패방지법도 공익정보제공의 동기를 고려하지 않고 공익정보제공자를 보호하고 있다.

6. 정보제공의 방법: 어떻게 정보를 제공하여야 하나?

실명으로 내부공익정보를 제공하는 경우가 익명으로 제공하는 경우보다 더 보호의 필요성이 크다고 할 것이다. 그러나 익명으로 제공한다고 하여 확실적으로 보호되지 아니 한다고 이해하는 것은 타당하지 않다. 경우에 따라서는 익명으로 공개하는 것이 불가피한 경우도 있고 또 소속단체의 불법행위 등의 실태를 밝히고 이를 증명하는데 더욱 효과적일 수 있기 때문이다. 따라서 익명으로 내부공익정보를 공개하는 경우에도 이를 보호할 것인가 하는 것은 소속단체로부터의 부당한 보복을 받을 가능성이 있는지, 보복의 정도 그리고 소속단체의 불법행위 등의 실태를 밝히고 이를 증명하는데 얼마나 효과적인가 하는 점을 고려하여 결정되어야 한다. 즉 익명으로 하지 않으면 신분보장이나 고발내용의 입증이 곤란해지거나 비리교정의 효과가 약화되는 특별한 사정이 있는

사건의 경우 1심·2심법원은 출판물에 의한 명예훼손죄 성립여부에 대하여 현준희씨의 고발내용이 허위라고 보기 어려우며, 현준희씨의 내부고발은 감사원이 외부 권력기관의 압력에 굴하지 않고 독자적으로 감사업무를 수행하여야 한다는 의도에서 이루어진 것이기 때문에 특정개인을 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없음을 이유로 무죄를 선고하였으나 대법원은 현준희씨를 제외한 감사원 전 직원이 현준희씨와는 다른 증언을 하고 있음을 근거로 원심판결을 파기하고 원심으로 환송하였다(대판 2002.8.23. 선고 2000도329). 환송심은 철저한 증거조사를 통해 다시 현준희씨에 대하여 무죄를 선고하였다(서울중앙지법 2006.10.18. 선고 2002노8743). 현준희씨 사건은 내부공익정보제공행위에 대한 법관의 가치관과 그에 따른 심리자세가 내부공익정보제공행위자의 보호에 중요한 의미를 지님을 잘 나타낸다. 이런 점에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위를 보호하는데 있어서 법관의 자의를 배제하는 제도적 장치를 마련하여야 한다.

미국에서 1978년의 공무원개혁법(Civil Service Reform Act 1978)에 규정된 내부공익정보제공자보호제도를 더욱 확대·강화하기 위하여 내부고발자보호법(WPA)을 제정하면서 내부고발자의 동기를 묻지 않도록 규정하고 있는데, 이것은 법원 등이 내부고발자의 주요동기가 공익을 위해서가 아니라 사적 동기에 의한 것이라는 이유로 보호를 거부하였기 때문이다. 이에 관해서 자세한 것은 박수현, 앞의 논문, 231면, 각주 18 참조.

54) 노상헌, 앞의 논문, 178면 참조.

경우에는 예외적으로 익명의 내부공익정보제공일지라도 사후에 공익정보제공자가 밝혀지는 경우에는 내부공익정보제공자로서 보호하여야 할 것이다.⁵⁵⁾ 현행 부패방지법 제28조에서는 기명의 문서로써 신고하여야 한다고 규정하고 예외를 인정하지 않고 있는데, 입법론적으로 볼 때 바람직하다고 할 수 없다.

V. 결론

일정한 공적·사적 단체에 고용되어 삶을 영위하거나 아니면 일정한 공적·사적 단체와 관련을 맺으면서 살아갈 수밖에 없는 현대 고도자본주의사회에서의 인간 실존의 조건에 비추어볼 때 인간이 소속 조직 내에서 자신의 양심을 실현하면서 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 살아가기 위해서는 내부공익정보제공행위가 반드시 보호되어야 한다. 그럼에도 불구하고 내부공익정보제공행위 보호에 관한 현행 법제도는 내부공익정보제공행위 자체의 보호의 당위성이라는 관점에서 형성된 것이 아니라 행정목적 내지 입법목적 달성의 수단으로 또는 공익제보자 보호의 현실적 필요성에 따라 그때그때마다 임시방편적으로 형성되었기 때문에 내부공익정보제공행위를 보호하는데 많은 문제점을 노정하고 있다.

어떤 제도이든 단지 지금 현재의 필요성만으로 완결되고 흠결없는 내용으로 형성될 수 없고 그 제도의 근거에 관한 헌법이론적이고 학문적 뒷받침이 되어 있을 때 보다 완결적이고 실효적인 제도로 형성될 수 있다고 할 것이다. 현대 고도자본주의사회에서의 인간 실존의 조건에 비추어볼 때 내부공익정보제공행위는 양심실현의 자유의 한 태양으로서 보호되어야 한다는 관점에서 볼 때 첫째, 공적 영역이든 사적 영역이든 불문하고 내부공익정보제공행위를 보호하는 일반법을 제정하여야 한다.⁵⁶⁾ 둘째, 조직화·전문화·분업화되어 있는 현대 산업사회에서 내부공익정보제공행위에서의 ‘내부’를 실질적·기능적으로 이해하여 일정한 공적·사적 단체에 소속되어 있는 구성원에 의한 공익정보제공행위의 경우뿐만 아니라 일정한 공적·사적 단체가 제공하는 서비스를 이용할 수밖에 없는 등 행정적·경제적으로 공적·사적 단체와 의존관계에 있는 외부자도 내부공익정보제공행위자가 될 수 있음을 인정하고 이들의 공익정보제공행위도 보호하여야 할 것이다. 셋째, 공적 단체이든 사적 단체이든 내부공익정보제공행위가 이루어지는 일반적인 진행과정이나 단체의 자율성 존중 내지 구성원의 소속단체에 대한 충실의무에 비추어볼 때 원칙적으로 외부형 내부공익정보제공행위를 하기 전에 먼저 내부형 내부공익정보제공행위를 하여야 한다고 할 것이다. 이를 위해서 단체 내부에 불법행위 등의 신고를 접수·조사하는 독립된 부서를 의무적으로 두게 하여야 하고, 신고 내지 고지를 이

55) 일본의 公益通報者保護法에 의하면 익명의 통보라도 통보자가 사후에 특정되면 본법에 의하여 보호됨을 규정하고 있다. 장화익, 앞의 논문, 250면 참조.

56) 같은 취지: 박홍식, 앞의 논문(주 13), 151면; 노상현, 앞의 논문, 182면; 이진국·황태정, 『부패방지법상 내부공익신고자 보호제도의 문제점과 개선방안』, 한국행정연구원, 2003, 82면; 장화익, 앞의 논문, 255면 이하 참조.

유로 불이익을 가할 수 없도록 내부공익정보제공자에게 불이익을 가하는 조직내의 관리자 등에 대한 형사처벌을 비롯한 제재수단을 법률로 규정하는 것이 필요하다. 또한 조직 내부의 이의제기절차를 거치더라도 시정될 가능성이 없는 경우 등 합리적 이유가 있는 경우에는 예외를 인정하여야 한다. 넷째, 정보수신인이 권한있는 담당부서 내지 국가기관이든 일반 국민이든 내부공익정보에 해당하면 보호하여야 할 것이다. 다만 내부공익정보를 직접 일반국민에게 공개하는 경우에는 권한있는 담당부서 내지 국가기관에 공개하는 경우에 비하여 공개내용의 공익성이 명백하고 진실성을 입증할 수 있는 증거자료 제시 등 보다 엄격한 요건이 요구된다고 할 것이다. 그 외에도 정보제공의 방법에 있어서 익명의 내부공익정보제공행위도 사후에 공익정보제공자가 밝혀지는 경우 일정한 조건하에 이를 내부공익정보제공행위로 이해하고 보호하여야 할 것이며, 그리고 정보제공의 동기에 있어서 제공된 정보의 내용이 불법행위 내지 반사회적 행위에 관한 것이라면 동기의 순수성 내지 공익성은 보호정도에 영향을 미칠 뿐이고 보호여부에 영향을 미쳐서는 아니 된다고 할 것이다.

고도로 조직화된 현대사회에서 결사의 자유가 일반적이고 효과적으로 성취되는 정도 즉 자유롭게 단체나 조직을 결성하고 단체 등의 이름으로 자유롭게 활동할 수 있는 정도와 결사가 개인의 자율성을 보존하는 정도가 그 사회가 개인의 자유를 보장하는 정도의 척도라고 할 것이다.⁵⁷⁾ 현행 헌법질서에서 근로자의 단결권 등 노동3권은 기본권으로 보장받으며 임금인상이나 근로조건의 개선을 위한 노동자의 노동조합결성이나 단체행동 등을 이유로 사용자가 노동자를 해고하거나 불이익을 주는 것을 금지하고 있기에 위반하는 경우 형사처벌하여(노동조합 및 노동관계조정법 제81조, 제90조) 근로자의 노동3권을 보장하고 있는 것과 마찬가지로 조직에 소속되어 살아가야 하는 현대사회에서 조직내부의 불법행위 등을 대내외적으로 알리는 행위는 양심실현의 자유의 구체적 실현으로서 기본권으로 보장되어야 하고,⁵⁸⁾ 이를 보호하기 위한 제도적 장치를 흠결 없이 마련하여야 한다.

57) George Sabine, "The Two Democratic Traditions", 『The Philosophical Review LXI』 (1952. 10), 강정인 옮김, 「민주주의의 두 전통」, 『현대 민주주의론의 경향과 쟁점』, 문학과 지성사, 1994, 80면.

58) 같은 취지: 노상헌, 앞의 논문, 162면. 그러나 노상헌은 국민에게는 법질서준수의무가 있음을 이유로 국민에게는 내부고발행위를 할 의무가 있다고 이해하고 있는데, 국민에게 법질서준수의무가 있다고 하여 타인의 위법행위를 고발할 의무가 있다고 이해하는 것은 논리의 비약이며 내부공익정보제공행위를 양심실현의 행위라고 이해할 때 이는 어디까지나 국민의 권리행사이고 행사여부 즉 내부공익정보제공행위를 할 것인가 여부는 국민이 자율적으로 결정할 문제이다. 이를 의무화하기 위해서는 법률의 제정이 필요하며 이와 같은 입법은, 헌법재판소는 부정하고 있지만, 양심의 자유를 침해할 소지가 있다.

<참고문헌>

- 강경근, 『헌법』, 법문사, 2004.
- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006.
- 김성천, 『소비자안전과 내부고발자보호방안』 한국소비자보호원, 2005.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007.
- 박홍식, 『내부고발의 논리』, 나남출판, 1998.
- 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2007.
- 이진국·황태정, 『부패방지법상 내부공익신고자 보호제도의 문제점과 개선방안』, 한국행정연구원, 2003.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2007.
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007.
- 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2006.
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2005.
- 강경근, “부패방지의 법제적 고찰”, 『아태공법연구』 제11집, 2003.
- 김성천, “일본의 공익통보자보호법”, 『법제』 통권 제576호, 2005.12.
- 김형철, “내부고발자의 도덕성 고찰”, 『철학과현실』, 2002년 여름호(통권 제53호), 2002. 6.
- 박수현, “미연방내부고발자보호법에 관한 고찰”, 『토지공법연구』 제37집, 2007.8.
- 박재완, “반부패의 전략과 전술: 예방과 처벌”, 한국행정학회 1999년도 특별세미나 발표 논문집.
- 박홍식, “고난의 「A Few Good Men」”, 『부정부패의 사회학』, 나남출판, 1997.
- 박홍식, “내부고발자의 보호와 현실-보호법제정을 요구한다”, 『사회비평』 통권35호, 2003 봄호.
- 장화익, “근로자 내부고발보호제도 국제비교: 영·미·일의 사례와 시사점”, 『노동정책연구』 제7권, 2007.
- 정현영, “행정윤리의 성립가능성 및 확립방안”, 『한국행정학보』 24, 1990.
- George Sabine, “The Two Democratic Traditions”, 『The Philosophical Review LXI』 (1952. 10), 강정인 옮김, 「민주주의의 두 전통」, 『현대 민주주의론의 경향과 쟁점』, 문학과 지성사, 1994.
- Martin H. Malin, Protecting the Whistleblower from retaliatory discharge, Journal of Law Reform(University of Michigan), 16:2(1983)
- Transparency International(TI), National Integrity System Country Study Report-Republic of Korea 2006.
- Transparency International(TI), Transparency International Corruption Perceptions Index 2006.

Sherly Groeneweg, Three Whistleblower Protection Models: A Comparative Analysis of Whistleblower Legislation in Australia, the United States and the United Kingdom, Public Service Commission of Canada 1 (2001).

www.surfcoast.vic.gov.au/Council/Documents/WhistleBlowers/Whistleblowers_Protection_Act.pdf

저자는 서울대학교 법과대학을 졸업하고 연세대학교 대학원에서 법학박사학위를 취득하였다. 지금 현재 강원대학교 법과대학 조교수로 재직중이다. 관심분야는 기본권론중에서 조직사회에서의 개인의 지위와 관련된 헌법적 문제, 헌법재판제도, 헌법소원제도, 국민주권, 민주주의론, 법치국가론, 정부형태론 등이다.

