

# 공직자 부패와 헌법이론

## Official Corruption and Constitutional Theory

강 경 근 (Kang, Kyung Keun) \*

### I. 공직자 부패에 대한 헌법이론

한국의 사회 공동체가 실질적인 민주적 조직체로 법제도(legal system)화할 때 비로서 국가·사회내 시민자유 의 현실적 보장은 가능하게 되고 정부권력에 대한 시민사회적 통제 역시 실현<sup>1)</sup> 된다. 이때 그 성립의 최소표지는 정부권력의 제한과 그 남용의 억제 를 제도화하는 것이다. 이럴 때 요구되는 것이 관료의 월권에 수반되어질 수 있는 부패의 방지이다.

사회가 개인과 기업의 자유로운 경쟁과 창 의라는 헌법적 과제(헌 119조 1항)에 서있는 것이 아니라 국가 영역에서 일상화되어 있는 부패의 반 으로부터 자유롭지 못한다면 국민주 권(헌 1조 1항)에 기초한 국가의 형성과 권력의 구조는 물론 경제, 사회영역에서 국민들이 누려야만 하는 행복추구권(헌 10조 1문) 등의 기본권보장은 공허한 것이다. 그것은 또한 ‘모든 사회적 폐습과 불의를 타파’(헌법전문)하여 ‘우리들과 우리들 자손의 안전·자유·행복의 확보’(헌법전문)하도록 현행헌법 전문이 명시하는 『민주개혁』은 헌법적 명령도 유명무실하게 만든다.

---

\* 숭실대학교 법학과 교수(法·博)

1) 관료가 그 중심적 역할을 행하는 정부가 그 행정적 역할에 의하여 시민사회를 통제할 수 있으리라고 생각하는 공직자의 시혜적 직무수행 태도야말로 시민사회에 있어서의 정부권력에 대한 통제를 실효성있게 하는 것이다. 법과 제도에 의하여 당연히 행해져야 하고 또 행하여질 수 있는 행정활동을 시민으로부터의 명시적 또는 묵시적인 반대급부를 받고 나서야 행한다고 하는 내재적인 인식 그리고 공직자부정에 대한 법치국가적 처벌의 미진함과 일과성 사정 등은 부정부패의 방지를 위한 ‘통일적이고도 단일한 법 제도화’를 항상적으로 요구한다.

공직자 부정부패를 막는 일은 공직자가 국가 통치구조 내지 국가권력 형성구조에 있어서의 모세혈관이기 때문이다. 공무원은 단순히 행정조직의 구성원에 그치는 것이 아니라 주권자인 국민의 수입자이다. 따라서 공직자가 행사하는 국가권력이 민주법치국가에 합치(헌법재판소 1992.11.12. 선고, 91헌가2 결정)되도록 공직자 선임에 있어서의 국민적 정당성의 부여와 국민전체에 대한 봉사자로서의 직무수행을 하도록 하는 일이 중요하다. 그 결과 공직자는 그 임면권자에 대하여서가 아니라 국민에 대해서 직무의 공정성을 보장하기 위한(국가공무원법이나 지방공무원법등의) 청렴의무를 지는 것이다. 공직자가 이러한 책무를 위배하였다면, 선거직 공무원은 다음번 선거시 유권자에 대한 책임이라든지 국회와 헌법재판소에 의한 탄핵이나 국회 해임건의에 의한 책임을 지며, 특수신분자로서의 일반직공무원은 국민에 대한 배상책임 및 국민의 파면청원에 따를 책임은 물론 법률상 민·형사책임을 지게 된다.

부패를 공무원에 의한 개인적 행동으로 이해할 때 제시되는 부패억제책은 개별법률에 의한 형사법적 처벌이라는 사후방지나 개인적 윤리규범에 의존한 사전예방책의 산만한 제도의 제시에 그칠 뿐이다. 그러나 관료부패(bureaucratic corruption)는 그것이 특정국가나 사회의 현존재를 투영한다고 하는 역사적 개념으로 볼 때 그 의미와 그에 대한 제도적 대응책이 보다 명확하게<sup>2)</sup> 드러난다. 때문에 공직자가 부정·부패에 쉽사리 접근할 수 없도록 하기 위한 법제의 정비 역시 헌법이 요구하는 바이기도 한 것이다.

선거로 선출된 공선 공직자(헌 41조 국회의원, 헌 67조 대통령, 헌 118조 지방의회의원, 지방자치단체의장 등)이건 성적(merit)을 기준으로 하여 임명된 직업공무원(헌 7조)이건 그들은 국가를 움직이는 중추적 역할을 한다. 만일 그러한 공직자들이 총체적으로 조직적인 부정과 부패에 길들여져 공정하게 그 직무를 이행하지 아니한다면<sup>3)</sup> 비단 국가재산이나 국민세금 등을 축내는 것에 그치지 아니하고 국가 자체가 조직·제도화된 부정공직자들의 소유물

2) '부정부패'란 말은 헌법이나 법률상 용어로 정착된 개념은 아닌 듯하다. 따라서 그 내용범주는 가변적일 수밖에 없다. 예컨대 '부정부패'란 일련의 법을 집행하는데 있어서 공무원이 공익(public interest)추구라는 본분을 망각하고 사회문화적 규범과 법제도를 위반하거나 일탈하는 행정현상을 일컫는 것이며, 특히 공무원의 초법적 서비스와 이에 대한 반대급부로서의 어떤 종류의 재화가치와의 교환이라는 지대추구(rent seeking) 행위의 조장을 포함하는 것'으로 정의내리기도 한다. 유종해, 행정윤리와 부패, [사회과학논집](연대사회과학연구소), 23-1992

3) 전직 대통령의 재임시 부정축제가 무소불위의 권력적 힘에 의하여 법·제도적 통제도 받지 않고 행하여지는 그 한편에서 시민사회내 구성원들은 그러한 부정부패의 존재도 알지 못한 채 생업을 이어나갔으니, 그것이 오늘 우리 대통령제의 자화상이다. 우리 대통령제가 파행적 정치구조로 전락된 원인의 중요한 일단을 이제야 알 수 있으니 그것은 다른 아닌 대통령을 비롯한 공직자들 특히 정치인들의 부정이 법·제도적 통제를 받지 않고 행하여져 온 것에서 찾을 수 있는 것이다. 이 문제가 철저히 혁파되지 않는다면 어떠한 정부형태나 기능의 구조를 우리가 지닌다 하더라도 그 순기능을 발휘하기란 난망일 것이다.

내지 물권적 지배의 대상이 되어 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고’(헌 1조2항전단)라는 말로 표현되는 국민주권을 허구화 시키는 것이 되니, 단일한 ‘부정부패방지법’을 제정하여서라도 이를 막는것이 국민주권 국가에 기초한 민주법치 국가나 문화복지 사회 구현이 가능한 것이다.

공직부패 척결은 공직자를 품고있는 국가의 임무<sup>4)</sup>이면서 동시에 그러한 정부를 형성시킨 시민사회가 책임질 일이기도 하다. 그러한 점에서 공직자 부패를 조장하는 사회 경제적 각 분야에 대한 국가의 규제권한을 점진적으로 시민사회 자율영역으로 이전시켜야 할 것이다. 이를 위해서 국가 사정기관이 공무원 부정과 비리를 빠짐없이 적발하여 반드시 처벌한다는 『필벌법칙』은 당연히 중요한 일이다. 그러나 이와 더불어 그 부패공직자가 공직으로 매개되는 국가영역으로부터 추방되고 동시에 그러한 직무에 관련된 시민사회체로의 복귀를 상당기간 유보시키는 일종의 사회적 금치산의 상태에 놓여지게 하는 법제 역시 요구된다고 할 것이다.

본고는 공직자부패 및 그 방지에 관한 여러 법제 이론중 특히 국가와 사회에 관련된 헌법 체계 정립을 위한 소고로서의 시론이다. 그러한 만큼 간략하게 서술하되, 단일한 ‘공직자부패방지기본법’의 제정이 헌법상의 논리적 요청이 된다고 함을 제시하는 것에 주된 초점을 맞추어서 쓰고자 한다.

## II. 부정방지법제의 이론과 내용

### 1. 부정방지의 헌법상 이론

모든 국민은 공무담임권(헌 25조)을 기본권으로서 향유한다. 이는 국민각자가 공직에 나설 수 있는 피선거권과 공무원으로 임용될 수 있는 공직취임권을 부여받음을 의미한다. 그런데 실제 공직에 몸담고 있는 공무원들이 공정한 업무처리를 하고 있느냐에 대해서 의심케 할 수 있는 각종의 부패행위에 가담하고 있다면, 또는 업무처리의 공정성과는 관계없이 공직이라는 위치에 있다는 이유만으로 부정한 재물취득을 일삼으면서 그 자리에 계속 머문다면,

4) 공직자의 부정과 비리 그리고 부작위에 의한 미필적 고의를 지닌 직무유기는 그 발생유형과 처벌양태가 각기 다르더라도 국민의 행복추구와 안전에의 권리를 침해한다는 점에서는 같다. 공직자 부정부패를 논할 때 직무관련 금품수수라는 범주외에도, 공무원이 국민전체 봉사자가 아니라 일 당이나 일 집단 추종자로 된단든지 하는 무책임한 공직자 행위 등의 넓은 범위에서 이를 파악해야 한다. 따라서 그 제도적 틀이 되는 법제정비의 주역인 국회라든지 무엇이 규범적으로 올바른 부패척결의 규범인지를 판단·선언하는 법원이나 헌법재판소의 역할을 기초로, 정부의 법 집행 실행의지로서 가시화 된다.

그것 역시 단순한 법률위반의 정도를 넘어서 장래 공직자가 되려는 국민의 공직참여기회를 상실케 함으로써 헌법상 보장되는 국민의 공무담임권이란 기본권을 침해하는 것이 되니, 어떤 면으로는 그러한 경우 부정공직자들이 기왕에 행한 공권력행사에 대해서 헌법소원을 제기하여<sup>5)</sup> 국가행위를 무효로 만들 수도 있을 것이다.

헌법상 기본권인 청원권 구체화 법률인 청원법(법 4조2호)에 보면 국민은 공무원의 비위의 시정 또는 공무원에 대한 징계나 처벌의 요구를 청원할 수 있다. 그렇지만 청원을 수리한 관서는 심사·처리한 결과를 청원인에게 통지하여야 할 뿐(법 9조4항)이기에 전혀 그 강제력은 없다. 따라서 강제적 구속력 있는 단일 부정방지법에 그 내용이 들어갈 것이 요구된다. 그 중요한 부분은 비리적발의 효율성을 보장할 수 있는 내부 비리고발자 보호규정이 될 것이다.

헌법에서는 독립적·총괄적 기능을 지닌 부정방지기관을 규정하고 있는가. 즉 부정방지를 위한 단일입법과 이를 총괄할 수 있는 독립기구의 확충이 현안이라면 그것을 이행시킬 수 있는 근거로서의 헌법적 기초가 있는가이다. 먼저 부정방지를 총괄할 수 있는 독립기관을 지금의 헌법과 법체계속에서 새로이 만드는 것이 이론상으로는 가능할지 모르나 실제로는 지난(至難)하고 도노(徒勞)에 그칠 것이다. 왜냐하면 그 부정방지 대상 공무원이 국가의 전 영역에 걸쳐 있기 때문에 그만큼 그러한 권능을 행사하는 기구의 설정은 어려운 일이기 때문이다.

국회의원은 청렴의무(헌 46조 1항)가 있고, 국가이익을 우선하여 양심에 따른 직무(2항)를 행하기 때문에 그 지위를 남용하여 국가, 공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리, 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없는 것(3항)이다. 행정부 공무원이 속하는 정부의 수반이자 공무원 임면권자(헌 78조)인 대통령(헌 66조 4항) 역시 그 직책을 성실히 수행할 것을 선서(헌 69조)해야 하며, 부패·부패의 범죄를 행하였다면 당연히 형사상소추를 받는 것(헌 84조의 해석상)이다. 법관 역시 양심에 따른 독립한 심판(헌 103조)을 해야 하므로 그 구체적인 직무수행상의 의무는 국회의원과 다를 바 없는 것이다. 그리고 이는 결국 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대해서 책임을 지는(헌 7조 1항) 모든 공직자에 대해서도 그대로 타당하다고 할 것이다.

따라서 탄핵이나 국회의 해임건의 등에 정치적 통제외에 법적·항시적인 부정방지를 위해서는 현재의 감사원을 그 총괄기관으로 하면서 개정법을 통한 보완이 뒤따른다면 현실적

5) 엄격한 헌법이론을 잠시 놓고 본다면, 이들 부정공무원들의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 있다면 국가배상법이 정하는 바에 따라서 국가나 공공단체에 정당 배상을 청구하고, 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니하니(헌 29조1항), 국가는 부정공직자에게 그 구상권을 철저히 행사하여 경제적인 이익형량에 기초한 비용-편익상 일생이 걸리더라도 불법수익의 보전이라는 책무이행을 감당하게 할 수는 없는가 하는 단순한 구상도 해 본다.

## 2. 공직자부패 방지법제 개관

### 1) 부패방지법제의 조건

공직자의 부정·부패를 척결할 수 있기 위한 여러 법과 제도중에서 공직자의 공직의식 양양이라든지 그 규제적 권한의 삭감 등의 거시적·장기적인 제도개혁 내지는 재정·세계적인 대응책은 또 다른 종합적인 시각에서 논한다 하더라도, 미시적이고 단기적인 측면에서 보는 법제 개혁은 세가지의 쟁점으로 정리할 수 있다.

첫째로 공직자 부정을 사정하여 적발하는 총괄적 기관이 있어야 하는가? 있다면 어떠한 기관이 맡아야 하는가 그리고 그 기관의 권한중에 비리 적발을 위한 자료요구권 외에 수사권, 나아가 기소권까지 인정할 수 있는가 등에 대한 쟁점정리가 필요하다. 둘째로 공직자 부정의 적발을 위한 기존의 법제완비가 되어 있는가? 추가할 법제(예컨대 내부비리고발자보호법 등)가 있는가? 기왕의 법제중 개정해야 될 부분은 무엇인가(예컨대 공직자윤리법 등)이며, 셋째 부정 공직자에 대한 필법과 원상복위체계를 갖추고 있는가? 부족하다면 그것은 검찰의 수사미진이 나 기소의 자의에서 나오는 것인가. 또는 법원의 관대한 선고유예 등 관료사법에서 기인하는가 등을 보고 그 대응책(예컨대 특별검사, 기소법정주의 등)이 필요하다면 그 채택의 조건은 무엇이며, 이에 관련한 법제로서 불법취득한 재산몰수를 위한 제도 채택이 언급될 것이다.

그리하여 이러한 사항들을 포함·정리한 단일 [공직자부패방지법]을 제정할 수 있다면 그 실익은 무엇이며 내용은 어떠한가 등의 검토가 필요하게 된다. 현재 산재하고 있는 부정방지 관련법제의 내용을 보다 실질화될 수 있도록 하는 효과가 있다면 단일법 제정의 당위성은 인정될 것이다.

### 2) 형행부패방지법제

#### (1) 윤리규범

우리의 경우 공직자가 부정 부패에 몰들지 말아야 한다는 정언규범이 없는 것은 아니다. 먼저 공무원윤리헌정(1980. 12. 29. 대통령 훈령 제44호)이 있다. 이는 '공무원의 윤리강령'(1961. 9. 29. 내각수반훈령 제8호)에서부터 시작되어 이 강령을 뒤이은 '공무원의 신조'(1969. 12. 26. 대통령훈령 27호)를 거쳐서 나온 것이다. 공무원윤리헌장은 전문, 본문, 공무원의 신조로 되어 있으면서, 공무원의 사명과 덕목, 행동지침을 제시하고는 있으나 부정방지에 관련해서는, '우리는 불의를 물리치고'라든지 '생활에는 청렴' 등의 선언적 연구외에는 보이지 않으며 부정행위를 하지 않아야 될 대상인 국가영역에서는 오히려 '국가에는 헌신과 충성' 등의 추상적이고 종속적인 구절들로 이루어져 조직에의 유착을 조장할 우려가 있는 등 그 구체적인 실현내용은 없다. 그리고 이 공무원윤리헌장의 실천강령(1982. 11. 1. 국무총리 훈령 180호)에서는 다른 사항들에 대해서는 자세한 실천목적이 있음에도 불구하고 부정방지에

대해서는 이권불개입, 청렴정신 등의 선언적 규정외에는 보이지 않는다.

국가공무원법 제55조에 따르면 공무원이 취임할 때에는 선서를 하여야 하는바 그 내용은 부정발본에 앞장선다고 하였고 공무원 복무규정(1983. 3)에서도 마찬가지였다. 그리고 이는 공무원징계령에서 구체화 되어 있다.

## (2) 법규화

### (가) 국가공무원법 등의 부패방지 기능

공무원 윤리헌장이나 복무규정보다 더 강한 규범적 효력을 지니는 법제로서는 국가공무원법과 지방공무원법이 있다.

국가공무원(1991. 5. 31. 법4384호)은 기본적으로 부패방지법이 아니다. 법의 목적에서 잘 나타나고 있다. 즉 이 법은 각급 기관에서 근무하는 모든 국가공무원(경력직 공무원과 특수경력직 공무원을 포함하여, 일반직공무원외에 법관, 검사, 군인, 대통령, 국회의원 기타 고용직 등이 모두 포함(법 2조)된다)에게 적용할 인사행정의 근본기준을 확립하고 그 공정을 기함과 아울러 공무원으로 하여금 국민 전체의 봉사자로서 행정의 민주적이며 능률적인 운영을 기하게 함을 목적(법 1조)으로 하는 것이다. 즉 인사나 임용, 보수, 능률, 복무, 신분보장, 권익보장 규정등 전체적으로 보기에 따라서는 공무원보호법이지 국민을 인식한 공무원 책무법은 아닌 것이다.

다만 그러한 기본적 토대 위에서 여기저기 공무원의 부정등에 대한 억제 규정들을 두고 있다. 즉 공무원은 취임시 선서(법 55조)하며 법령준수하에 성실한 직무수행(법 56조)을 하여야 하고, 직무와 관련하여 직접 또는 간접을 불문하고 사례, 증여 또는 향응을 수수할 수 없으며(법 61조 1항), 그 직무상의 관계 여하를 불문하고 소속상관에 증여하거나 소속공무원으로부터 증여를 받아서는 아니된다(법 61조 2항)는 청렴의무 등을 지닌다. 그리고 이러한 법령명령에 위반하였을 때에는 징계(법 78조)를 받는다(징계의 종류는 파면 해임 정직 감봉 견책이다. 법 79조). 그러나 감사원에서 조사중인 사건이나 검찰 경찰 기타 수사기관에서 수사중인 사건에 대해서는 징계의결의 요구 기타 징계절차를 진행하지 못할(법 83조)뿐만 아니라, 금품 및 향응수수, 공금횡령 유용의 징계사유는 그 발생한 날로부터 3년을 경과한 때에는 징계를 행하지 못한다(법 83조의 3). 더군다나 이들 경우에 벌칙은 다른 법률에서 정하는 바에 따르니(법 84조) 이 국가공무원법에 의한 공직부정 방지란 공무원에게 전혀 위하감을 주지 못함은 물론 공직부정으로 처벌을 받는다고 보다는 형법위반 등으로 벌을 받는다는 착각을 불러오게 할 수도 있다는 점이다.

위에서 언급한 모든 사항은 지방공무원법(1993. 12. 27. 법4613호)에서도 대체로 준용하여 지방자치단체의 공무원 즉 지방자치단체의 경비로써 부담하는 지방공무원에 대해서도 타당하다. 외무공무원법(1987. 10. 24. 법 3933호)이나 경찰공무원법(1991. 11. 30. 법4406호) 그리고 교육공무원법(1993. 12. 27. 법4620호) 역시 그 취지는 마찬가지여서 국가공무

원법이 준용(외무공무원법 23조, 경찰공무원법 30조, 교육공무원법 53조)되어 같은 절차를 거치게 되고 그 의미도 유사한 것이다.

#### (가) 형법의 부정방지 기능

초점은 이제 공직자 부정을 처벌하는 근거법인 형법(1988. 12. 31. 법 4040호)으로 갈 수 밖에 없는데, 그 제2편(각칙) 제7장(공무원의 직무에 관한 죄) 제129조는 수락죄를 규정하여, 공무원(또는 중재인)이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하 징역 또는 10년 이하 자격정지에 처하는 바, 여기에 뇌물이란 금전, 물품 기타의 재산적 이익 등 사람의 수요, 욕망을 충족시키기에 족한 유형, 무형의 일체의 이익(대판 1992. 12. 92도1762)이 포함된다. 이 수뢰죄에 유사한 것이 사전수뢰죄(형 129조 2항), 제3자뇌물제공죄(형 130조), 수뢰후부정청사죄(형 131조 2,3항), 알선수뢰죄(형 132조), 증뇌물전달죄(형 133조)가 있고, 그 범인 또는 정을 아는 제3자가 받은 뇌물 또는 뇌물에 공할 금품은 몰수하고, 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징(형 134조)한다. 그리고 공무원이 직권을 이용하여 횡령·배임 등 '공무원 직무에 관한 죄' 이외의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중(형 135조)하는 것이다. 때문에 뇌물죄 외에도(형 355~361조)에 의하여 취득한 불법수익 등이라든지, 공무상 비밀을 누설하여 또는 그것을 이용하여 불법이득 등을 취하였을 경우에도 공무원 부정범죄의 중요한 내용으로 보아야 한다. 나아가서 행정부가 독점하고 있는 공익정보를 이용하여 수익을 취한 경우(예컨대 명확한 범죄 성립은 되지 않으나 공무원 치부의 전형적인 예이다)에도 몰수대상으로 할 수 있는 특별법제가 마련되어야 할 것이다.

#### (나) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률의 부정방지기능

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(1990. 12. 31. 법 4291호)은 뇌물죄의 가중처벌(법 2조)을 규정하여 수뢰액이 5천만원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고, 1천만원 이상 5천만원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처하고 있어, 형법상의 5년 이하의 징역보다 상당히 가중된 처벌을 하고 있다. 한선수뢰죄도 가중처벌된다(법 3조). 그리고 뇌물죄 적용대상을 확대하여 정부관리기업체의 간부직원도 공무원으로 본다(법 4조 1항). 다만 그 범위는 대통령령으로 정한다(법 4조 2항)고 하기에 그 범주설정은 행정부에 맡겨져 있는등 부정방지법제로서의 실효성은 크지 아니하다.

### 3) 『공직자부패방지기본법』 제정의 필요성

공직자 부정방지와 처벌에 관한 법제정비가 있어야 한다는 점은 각국의 각국의 단일 부정방지법을 보면 알 수 있다. 그리고 각국의 공직자 부정방지 단일기본법에 필수적으로 들어가 있는 내용 중에서 우리에게 결여된 법제는 예컨대 내부비리고발자 보호라든지 특별검사규정 내지는 재산몰수 규정이다. 그리고 이와 더불어 이러한 부패방지를 위한 독립적이고 책임질

수 있는 총괄기관이 확실치 않다는 점이다. 앞에서도 보아 알 수 있듯이 위의 법제와 제도들은 사실 공직자 부정방지의 핵심되는 사안들이다. 또한 감사원내 자문기구로 있는 부정방지위원회의 기능 재인식이 점차 중요시 되고 있다.

자체 감사는 독립성 결여나 전문성 부족 그리고 자체 감사 담당자에서 보이는 ‘한 울타리 의식’ 때문에 실효성 없음이 드러나고 있다. 내부비리 고발자의 보호도 조직체 공직자들의 공모로 이루어질때에는 효험이 반감된다. 이러한 경우 감사원의 정밀감사가 역시 요구되는 것이다. 강력한 무기는 자체감사 담당 감사관의 현저한 직무이행능력 부족시 감사관 교체(권고)권을 감사원에 주는 방안(감사원법개정안 30조의2)도 고려해 볼만 하다.

공무원 부정행위에 대한 우리의 금지법 및 처벌법 체계는 비록 완벽하지는 않더라도 그것 만이라도 지켜진다면 부정방지 및 척결에 필요한 규정은 갖추었다고 여겨지겠지만 공직자의 부정행위는 속속 이어지고, 오히려 투기적(발각되면 징역을 감수하겠다는지 또는 발각되지 않으리란 확신에서), 구조적(같은 직장에 있는 공직자의 공모나 방기등) 부정일뿐 아니라 공무원의 부정행위를 처벌하겠다는 척결의지부터 저하되어 있다. 개별적 부정방지법체계로서는 공직자부정을 잡기란 불가능하다는 것이다.

결국 문제는 ‘누가’, ‘어떻게’ 공직자부정을 적발해서 필벌하고 받은 불법수익 등을 몰수할 것이며, 부정·부패한 공직자를 공직담당이라는 국가영역에서 축출하는 것 외에 사회내에서도 일정기간은 취업할 수 없는 직종의 범주와 그 기간을 확대하여서라도, 공직자 스스로 부정시의 이익형량을 하여 부정의 자발적 억제가 가능토록 하는 법과 제도의 마련이 중요한 것이고, 또한 그것이 보다 실효성 있게 되도록 하는 단일 부정방지법의 제정과 부정방지를 책임있게 담당할 수 있는 총괄기관 확보도 요구되는 것이다.

### Ⅲ. 공직자부패의 사전감시법제 정비

#### 1. 공직자윤리법 법제화 과정과 내용

##### 1) 공직자윤리법 법제화 과정과 내용

제2공화국하인 1960. 11. 24. 우리나라 최초의 공무원윤리확립을 위한 사전적 법제인 「공무원재산등록법(안)」이 국회에 이송되었으나 기존법령으로도 공무원부정에 대한 처벌이 가능하다는 등의 이유로 폐기되었다. 보다 적극적·사전적으로 공직자부정을 적발하여 처벌하겠다는 의지가 없었다고도 할 수 있다. 이후 군사정부하인 1961. 9. 29. 내각수반훈령 제8호로 공무원윤리강령이 공포되고, 공무원재산의 자진신고는 1964. 7. 16. 국무총리 지시로 실시되었으나, 구체적으로 실시된 것은 1980. 3. 29. 공직풍토 개선을 위한 대통령령 제44조에



따른 공무원윤리헌장에 의해서였다. 이어 1981.12. 공직자윤리법이 제정되어 1983년 1월부터 시행되었고 1984년 1월부터는 매년 변동신고를 하게 하였으며, 1985년 1월부터 재산등록자를 확대하였다. 등록재산 공개문제는 1980년 공직자윤리법 제정시부터 중요쟁점으로 되었던 사항으로서 공개에 따른 장·단점이 팽팽히 대립되는 가운데 1984년 7월 6일 민한당 제출법안에서 ‘등록의무자의 재산에 관한 등록사항은 공개를 원칙으로 하며, 그 공개의 방법, 절차와 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다’고 하였으며, 또한 1984년 10월 6일 민주당 제출법안은 ‘등록의무자의 재산에 관한 사항은 공개한다. 다만, 공개의 방법과 절차에 관한 사항은 대통령령으로 정한다’라고 공개법안이 국회내에서 제기되었으나 국회임기종료로 자동폐기된 바 있다. 정부 역시 고위공직자의 등록재산을 공개토록 하는 내용의 [공직자윤리법중개정법률안]을 1988년 11월 10일 국무회의의 의결을 거쳐 국회에 제출한 바 있으나 이 역시 결실을 보지 못했었다.

1993. 6. 11. 공직자윤리법을 개정·공포, 공직자윤리법중개정법률(법률 제4566호, 1993. 6. 11.); 공직자윤리법시행령 개정령(대통령령 제13927호, 1993. 7. 12.) ; 공직자윤리법시행규칙개정령(총리령 제423호, 1993. 7. 12.)하여, 공직을 이용한 재산취득의 규제 등을 통하여 공직자의 부정한 재산증식을 방지하고 공무집행의 공정성을 확보하여 국민에 대한 봉사자로서의 공직자윤리를 확보(법 1조)토록 하였다. 이를 실질적으로 보장하기 위하여 국가는 공직자가 공직에 헌신할 수 있도록 공직자의 생활을 보장하는 등의 공직윤리 확립에 노력함으로써(공직자윤리법 2조) 공직자부정을 방지하여야 할 의무가 있음을 명정하고 있다. 이에 따라 공직자 및 공직후보자의 재산등록과 등록재산공개제를 제도화하고, 공직을 이용한 재산취득의 규제 및 공직자의 선물신고와 퇴직공직자의 취업제한 등을 규정함으로써, 공무집행의 공정성을 확보(공직자윤리법 1조)하도록 한 것이다. 여기의 공직자는 일정 직위 이상의 국가나 지방공무원뿐만 아니라, 공직자유관단체의 임원(법 3조 1항 10호)이나 그 직원(11호)도 포함된다.

공직자윤리법상의 선물신고는 신고대상 선물의 증여자가 외국인인 경우로 한정되어 있기 때문에 일반공무원의 부패근절과는 별로 관계가 없다. 또한 퇴직공무원의 취업제한은 퇴직 2년 이내에 담당하던 업무와 관련이 있는 사기업에의 취업을 퇴직일로부터 2년간 제한하여 어느 정도 공직부정 방지에의 의지를 보이고 있다.

## 2) 공직자윤리위원회의 실사기능 강화

감사원의 예금계좌추적권의 인정여부에 관련된 여러가지 법리적·실무적 쟁점들은 검찰 수사권의 경우에도 그대로 적용되기 때문에 현재 검찰의 실제적 수사기능에 재산공개의 진실성을 의존하고 있는 공직자윤리위원회의 실사기능이 강화되지 않고서는 공직자 재산공개 방식의 통한 부정의 방지는 도로에 그치게 될 것이 확실하다. 따라서 윤리위원회의 실사

기능이 강화되지 않고서는 공직자 재산공개 방식을 통한 부정의 방지는 도로에 그치게 될 것이 확실하다. 따라서 윤리위원회의 실사기능 강화를 위해서는 허위등록혐의의 의심있는 등록의무자에 대한 조사의뢰(법 8조 6항)를 법무부장관이나 국방부장관 아닌(금융기관계 좌추적권이 보장된) 감사원에 의뢰하도록 하며, 부정방지위원회가 독립기관으로 설치된다면 그곳에 맡겨야 할 것이다. 그럴 경우 검사에 의한 조사(동 7항) 외에 특별검사가 담당하기를 원한다.

공직자윤리위원회는 등록재산 상황에 대한 심사가 주 업무인데 과연 교육자와 학식 덕망 있는 자가 반드시 일정수 이상 들어가는 것이 적절한 일인지에 대한 재고를 요한다. 이는 오히려 각 기관 선임권자 재량을 광범하게 인정하여 스스로 잘 아는 인사들로 구성할 여지가 높다. 따라서 그 재량을 좁히기 위하여서 구체적으로는 실제 구성되는 공직자 윤리위에서 차지하는 내부인사의 비율을 축소 내지 제외할 것이며, 전문성을 갖춘 공인 시민단체의 위원 추천권이 인정되어야 한다.

피부양자 아닌 직계 존·비속의 재산등록사항의 고지거부(법 12조 4항, 4조 1항 3호)만으로 재산등록공개를 하지 않도록 하는 것은 재산공유의 전통과 서로 감싸주는 동양적인 가족공동체를 지니고 있는 한국사회의 현실상 법의 존재의의를 감소시키는 주 요인이 되리라 생각한다. 예금계좌 추적권이 인정되지 않는 현상황에서는 더욱 그러하다. '빈한한 공무원과 부유한 존·비속'이 한국적 공직자의 보통 모습이 되지 않게 하려면, 이 조항을 개정하여 최소한 등록은 강제하도록 해야 할 것이다.

### 3) 재산공개범위의 확대

1994년 공직자윤리법 시행령이 개정되어 재산등록대상 공직자의 범위가 확대되어, 1995. 1.부터 국세·관세청, 법무·검찰, 감사원, 소방직, 지방자치단체 및 지방자치단체의 감사관 실 근무직원 모두가 공개의대상이 되었다. 경찰은 경사까지이다. 그리고 1996. 1.부터는 건축·공사·토지·보건위생·환경직 공무원은 9급까지 재산등록을 하고, 경찰은 순경까지 행한다.

## 2. 공직정보의 공개

공직자의 부정을 방지하기 위하여서는 '올바른' 정보 공개법의 제정이 지금의 절실한 과제를 깨달아야 한다. 그럴때에야 비로써 정보공개는 행정민주화는 물론 그 투명성까지도 담보할 수 있게 되어, 정보에 대한 시민의 액세스는 원활하게 된다. 이때 국민은 필요한 정보를 권력자나 관료들의 정보특권층과 차이없이 평등하게 입수할 수 있는 것이다. 그럴때 정보공개는 참뜻을 살아난다. 즉 정부가 보유 관리하고 있는 정보를 알고 싶다 하여 국민이 청구

하면 국가는 보여 준다고 하는 도식적인 권리·의무관계속의 폐쇄회로에 그치지 않게 되는 것이다. 오히려 정보공개제도는 공동체가 생산하고 공동체가 지니는 정보를 국가와 시민사회가 공유하면서 공동으로 판단할 수 있다는 높은 가능성을 주어, 정부의 정책결정이 궁극적으로는 주권자인 국민의 감시하에 놓여져 열린 공동체를 가능하게 하여 공직자부정의 원천적인 봉쇄가 가능하게 되는 것이다.

정보공개제도는 금융실명제에 버금가는 권력실명제이다. 이로써 장막뒤에 숨은 채 무소불위의 강제적 내지 국가 공권력을 행사하여 온 안개세력 내지 부정공직자는 견혀질 수 있다. 그리고 정보공개 제도의 제도화 즉 법제화에 의하여 그러한 사회가 되려면 철옹성 같이 정보를 틀어쥐고 있는 국가영역이 정보공개 여부의 결정권을 좌우할 수 있도록 공정하고 독립성을 지닌 기관이 이를 담당할 수 있게 법에 정해야 한다. 그렇지 못할 경우 국가는 합법적으로 사회에 대한 언론을 닫아 공동체는 여전히 관료적 의사결정에 이끌려 질 수 밖에 없는 것이다. 그러할 때 정보공개법은 기득권력층의 지배이데올로기를 정당화시켜 주는 또하나의 안전판으로 전락한다.

다행히 1996년 11월 정기국회에서는 ‘공공기관의정보공개에 관한 법률’을 제정하였다. 이로써 공동체정보가 국가와 시민사회의 양자간에 공평하게 공유하게 되어 그 한도에서나마 공직자부패의 소지는 줄어 들 수 있다고 할 것이다. 이러한 법제는 우리 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’ 및 ‘행복추구권’, 제21조의 ‘언론의 자유’ 그리고 국민주권주의나 민주주의 등 원리의 구체화라고 할 것이다.

### 3. 부패적발법제의 강화

#### 1) 내부비리고발자보호법 제정의 필요성

부정에 대한 내부의 고발자가 없다면 아무리 내부감사나 감사원의 감사가 행해지고 또한 계좌추적권이 인정된다 하더라도 비리적발은 빙산의 일각에 불과하다. 감사담당부서가 감사할 대상부서와 같은 기관장 소속으로 된 경우 ‘기관장의 의지’에 따라 감사가 실시되기 때문에 선별적이며, 스스로가 관련되는 경우 실제 감사실행이 어렵다. 무작위 선별의 폐해는 인천북구청에 대한 감사가 사실상 유명무실화 했었다는 점에서도 볼 수 있다. 감사담당공무원의 개인적관계나 능력부족에서 오는 한계도 또한 있다. 여기서 공직사회의 내부사정을 가장 잘 아는 공직자가 그 실상을 고발할 경우, 부당한 보복으로부터 보호하여 주는 제도가 요구되는 것이다. 북구청 사건의 경우도 내부공무원의 제보에 의한 것이었다. 더군다나 공직자윤리위의 실사기능이 미비한 상황에서 내부고발 내지 제보는 필수적인 것이다.

“내부보호자고발법”에 따른 고발사실은 특별검사 등의 외부적 전담기구에서 조사하여 공정성을 기해야 한다. 이러한 양심선언자들이 국가보안법이나 공무상 기밀누설죄 등으로

형사처벌을 받지 않도록 하는 헌법 및 법제이론을 제시할 수 있어야 한다. 그것은 헌법상 기본권인 양심자유의 당연한 귀결이기 때문이다. 특히제보자의 이름, 주소 등 신원확인사실의 언급배제는 물론 그를 추정할 수 있는 서류등의 개시금지, 재판장에서의 노출금지 등을 정하여야 그 효력이 담보될 것이다.

내부비리고발자에 취해진 인사조치나 예정된 인사조치와 관련하여 직업공직보호위원회에 시정조치를 청할 수 있는 책소권이 부여된다. 다만 내부비리고발자는 그러한 소청에 대한 직업공직보호위원회의 재결에 대해서는 법원이 심사하도록 할 수 있다.

## Ⅳ. 공직자부패 처벌법제의 개혁

### 1. 공직자부패 기소의 엄정 -특별검사제도

직무관련 공무원범죄의 경우 관대하게 처리한다는 지적이 나오고 있을 정도<sup>6)</sup>로 그 처벌에의 담보기능은 약하다. 여기서 공무원 부패방지와 그 처벌을 위한 권한을 검사에게만 배타적으로 맡기기 어렵다는 공감대가 형성된다면 특별검사제 도입이 타당성있게 된다. 검찰 기소 편의주의에 대한 편의적 운영의 지적때문에 기소법정주의의 광범한 채택필요도 있게 된다.

1978년 제정된 미국 정부윤리법속의 특별검사(special prosecutor) 내지 독립검사(Independent counsel)와 같이 법원에 의해 임명되고 완벽한 신분보장을 받는 검사는 아니더라도 (1992년 이후에는 이러한 유형의 특별검사 제도가 존재하지 않는다), 법무부장관이 외 부변호사로 임명하는 특별검사(special counsel)의 도입이 요구된다. 이 경우 그 임명은 법무부장관의 재량권이 인정되기에 그 관할권은 침해되지 않고 위헌여지도 없다<sup>7)</sup>고 본다.

#### 〈미국에서의 경험〉

1978년 연방의회가 제정한 특별검사규정(the special prosecutor provisions)은 포스트 워트게이트 개혁법률의 한 부분으로서, 그 목적은 특별목적을 위한 특별검사를 임명해서

6) 검찰개혁에 대하여 자세한 것은, 안상수, 검찰개혁입법이 시급하다, 경제정의, 1994년 가을호, 126면 이하 참조).

7) 김창욱 변호사의 논문과 미국 판사의 강연, 시민과 변호사 1994. 5 47면 이하 참조). 1989년 2월 당시 김영삼 민주당총재를 포함한 야당은 특별검사의 임명 및 직무등에 관한 법률안(위 시민과 변호사, 67~77면)을 국회에 제출했으나 노대통령은 반대하였다. 그리고 결국 3당합당시 폐기되었다. 경실련이 일전 서울시민을 대상으로 한 설문조사 결과 국회나 대통령이 임명하는 특별검사제 도입에 72.2%의 찬성률을 보이고 있음은 고무적이다.

지금까지 일반법률에 있었던 법무장관의 재량적 권한(discretionary authority)을, 제정법에 포함된 지위에 대해서는 강행적(mandatory)인 것으로 하는 비상적 절차인 것이다. 1973년 the Watergate burglary에 대한 형사소추의 적정 수행여부는 공중의 관심이자 의문이었다. 도둑은 그 행위로서는 체포되어 기소되었지만 많은 사람들은 그 도둑과 보다 큰 사건간에 커넥션이 있다고 믿었고, 그것이 존재한다면 드러나야 한다고 여겼다. 법무성(The Department of Justice)이 당연히 그 원래의 조사를 담당했었는데, 만일 그 조사와 그로부터 귀결되는 기소가 적절치 못하다면 법무성이 비난을 받을 것은 예상된 일였고, 때문에 신임 법무부장관인 Elliot Richardson은 상원인준청문회(confirmation hearings) 때, 그가 인준된다면 아직 해명이 요구되어지지 아니한 어떠한(any) 범행자에 대한 조사(the investigation)를 새로이 해서 기소(prosecute)할 국민적 명망있는 독립적이고 공정한 변호사(an independent, disinterested lawyer)를 임명하겠다고 약속했다. 그는 약속을 이행하여 Archibald Cox를 임명했다. 콕스는 진실 추적에 있어서 방해물로 인식된 정치적·제도적 영향(the political and institutional influences)에 굴복하지 않으리라 생각됐다. Cox를 특별검사(special prosecutor)로 임명한 것은 전례가 없는 것이었는데, 물론 Teapot Dome 스캔들에서 Harding 대통령의 법무장관 Harry Daugherty가 그 사기 사건에 연루되었기에 Coolidge 대통령은 Owen Roberts 변호사를 그 사건들을 기소하기 위한 목적으로 임명(후에 Roberts는 연방대법관에 지명됐다)했던 예는 있다. Cox를 특별기소자(검사)(special prosecutor)로 임명함에는 특별법이 전혀 요구되지 않았으며, 이는 법무장관에게 특별한 사건에서 정부행위를 다루기 위하여 법무성 밖에 있는 변호사를 임명할 수 있는 권한을 부여하는 일반법률(a general statute)인 28 U. S. C. §15(1976)에 의해서였다. 법무장관은 이 권한을 가끔 민사사건에서는 행사했지만 형사사건에서 그 대리인(private attorney)을 지명한 것은 희귀한 일이었다.

미국의 경우 그 업무가 특별검사에 의한 조사를 받는 관리는 대통령, 부통령, 주요 행정기관의 장, 즉 관료들과, 일정봉급 이상 받는 대통령실 직원, 법무성 고위관료(28 U. S. C. §591(b)(Supp. III 1979)) 및 공직을 떠난 직후의 관료 등이다. 법무장관은 이 범주에 있는 자가 연방형법을 위반했다는 특별한 정보를 받은 때에는 언제나, 그 위반이 사소한 범칙이 아닌한, 예비적 조사(preliminary investigation)를 행한다(28 U. S. C. §591(a), 592(a)). 이 조사에서 법무장관이 받은 특정정보가 너무도 사소한 것이어서 더 이상의 조사나 기소가 보장되지 않는다고 여기면 지정된 법정에 통보한다. 그 통보(notification)로써 절차는 종료된다(28 U. S. C. §5292(b)(1)). 법무장관이 그 사안을 좀더 조사한다거나 기소가 보장된다고 보면 법원에 특별검사의 임명을 요청해야만 한다(28 U.S.C. §592(c)(1)). 그때 특별검사가 임명되어서 그 임명기간동안 다른 방식으로 사건을 파헤치는 등 그의 판단으로써 사건을 조사하고 기소의 주도권을 행사한다(28 U.S.C. §593). 특별검사는 법무성의

모든 조사권과 기소권(the investigatory and prosecutorial powers)을 행사하는 독립된 권한(independent authority)을 지니고 있다(28 U.S.C. §594(a)). 특별검사가 이 권한을 행사함에 있어서는 그가 적당하다고 여기는 정도까지 형법의 진행을 감독하는 법무성의 쓰여진 정책에 합치되어야 한다(28 U.S.C. §594(f)).

특별검사는 결정의 규칙을 바꾸는 것이 아니라 결정자(decisionmakers)를 바꿈으로써 ‘그러한 규칙이 준수되는가’에 관한 독립된 보증을 제공하는 것이다. 그럼으로써 법무성이 정부 고위관료에 대한 형법의 적용을 행할 수 없거나 행하지 아니하는 위험으로부터 형법적 정의제도(criminal justice system)를 지킨다. 즉 위험은 회피되고 공평한 정의(even-handed justice)는 보장되도록 한다. 여기에 아이러니가 있다. 즉 형법집행에서의 정식성과 객관적 타당성을 지키기 위하여 특별검사가 채택된 것이라면 오히려 특별검사규정은, 그가 배제하려고 의도했던 비정식성(irregularity)과 특별취급을, 법과 정책의 불평등한 적용이라든지 책임과 심사없는 자의적 행위 등을 조장한다는 정당한 비판도 받는 것이다. 따라서 특별검사가 중요한 기능을 행사함은 틀림없지만, 주의깊게 행사되어야만 하는 무기이기에 원칙(principles)은 준수되어야 한다. 특별검사의 적용범주와 정도는 오직 고위관리와 정실이 개입될 것이라고 일반시민들이 믿게 되는 정부안의 유력자들(the powerful)의 중죄 진술이 포함되는 사건에 대해서만 적용되어야, 평등한 사법(equal justice)이라는 이념과 법률의 기본목적이 조화를 이루도록 해주는 보호막이 된다. 특별검사에 의한 직무행사가 다른 사람이 공평한 법무성의 손에서 받게 되는 취급과 결국에는 같게 다루어 지게 됨을 보장 받는다면 그때 그 원칙은 특별검사의 임무의 일부가 되어야 할 것이다. 따라서 특별검사의 임무는 모든 범죄의 조사와 기소의 행위를 지배하는 법무성의 확립된 성문방침(written policies)에 따라야 한다.

## 2. 부패공직자 사회복귀 유예

공직자윤리법에는 퇴직공직자의 취업제한 규정(제4장 17~19조)이 있다. 그렇지만 여기에 더하여 부정 비리 행위로 해임되거나 파면된 공직자에 대해서는 유관사기업체에 취업할 수 없는 기간을 대폭(10년 이내) 늘리고, 명령 규칙에서 정하는 영리사기업체의 범위도 넓게 정해야 한다.

## 3. 불법수의 몰수

『공무원부정범죄수익의 몰수 등에 관한 특별법』은 공무원이 특정 범죄행위를 통하여 취득한 불법수익은 추적·환수할 수 있도록(법 1조) 하였다.

### (1) 불법수익의 몰수

형법(법 129~132조)상 수뢰죄, 회계관계직원 등의 책임에 관한 법률에서 규정된 회계관계직원 등이 국고나 지방자치단체에 손실을 미칠 것을 인식하고 그 직무에 관하여 범한 형법(법 355조)상 횡령·배임죄, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(법 2조, 5조)상의 뇌물 국고손실죄 등에 의한 불법적 수익이 그것이다. 몰수대상 재산은 특정범죄 행위로 얻은 ‘불법수익’ 뿐만 아니라 불법수익의 과실이나 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 기타 불법수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산인 ‘불법수익에서 유래한 재산’ 등이 포함된다. 또한 위의 불법재산과 불법수익에서 유래한 재산 및 위의 재산과 그 재산 이외의 재산이 혼합된 재산인 ‘불법수익’등이 있다(법 2조). 몰수는 불법재산 또는 혼합재산이 법인 이외의 자에게 귀속되지 않은 경우에 한하며(법 5조), 몰수시 불법재산과 불법재산 이외의 재산과 혼합된 경우에는 불법재산의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다(법 4조).

### (2) 불법수익의 추정

불법수익의 추정은 입증책임의 완화 내지 전환으로서, 특정공무원 범죄가 일정기간동안 수회에 걸쳐 이루어진 경우 그 기간내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득당시 범인의 재산운용상황 또는 법령에 기한 급부의 수량상황등에 비추어 부당하게 고액이라 인정되고 그 취득한 재산이 특정공무원범죄로 얻은 불법수익등으로 형성됐다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우 그 죄에 관련된 불법수익등으로 추정한다(법 7조). 이는 입증책임을 검사에서 피고인으로 전환하는 것이다.

### (3) 보전명령

재산도피행위의 사전차단을 위해 기소전이나 기소후 검사의 청구 또는 직권으로 법원이 몰수보전이나 추정보전명령을 내려(법 3편) 재산에 관한 처분을 금지하도록 했다.

공직자가 뇌물이나 횡령으로 받은 불법수익 뿐만 아니라 부정한 방법으로 비밀을 누설하거나 이를 이용하여 얻은 불법수익에 대해서도 몰수의 대상이 되도록 하고, 그에 덧붙여 이 법안에는 돈세탁행위 처벌조항이 들어가도록 해야 할 것이다. 그리고 금융기관에게는 검은 돈으로 추정되는 돈의 신고의무를 부여할 것 등이 요구된다. 또한 연금, 퇴직 수당지급등에서도 부정행위에 대한 원상복귀차원에서 몰수 등의 제재가 가해져야 한다.

## 4. 감사원의 부패총괄기관화

### 1) 법제의 수용

부정부패 척결을 위한 법제개혁은, 공직자부정의 적발과 더불어 처벌의 전단계를 담당

하는 대표적인 사정기관으로서의 감사원과 검찰이 현재의 위상 및 권한을 가지고서 그 역할을 제대로 담당할 수 있겠느냐에 대한 검토가 선행되어야 한다. 공직자부정은 직무감찰이나 범죄협약에 대한 조사과정에서 드러난다. 공직자 재산의 등록과 공개를 정하는 것도 부정적 발을 위한 유효한 수단이 되기 때문이다. 그리고 부정은 거의 예외없이 그 반대급부로서의 금전적 이익이 수반되기 때문에 공직자의 재산변동과 보유상황에 대한 사정기관의 ‘알 권리’가 구체적으로 법제화될 때 그 적발과 처벌이 가능하게 된다. 『감사인의 생활규범』을 보면 감사활동은 ‘사전에 자료를 수집·분석하여 완벽한 준비를 하고’ 실시감사에 임해야 하며, 『감사원직원수칙』(1991년 감사원 훈령 110호)에서도 그러하다(9조). 따라서 『감사담당자들의 책임에 관한 지침』(1991년 감사원 훈령 제111호)에 따르면 ‘중요 비리내용이 있었는데도 감시소홀 등으로 이를 발견하지 못한 경우’에는 책임(4조)을 지도록 하고 있는 것이다.

그런 점에서 감사원의 역할이 중요시 된다. 감사원은 비록 대통령 소속(헌 97조)이지만 감사원장은 국회동의를 얻어 임명(헌 98조 2항)될 뿐만 아니라 세입·세출의 결산검사를 대통령외에 차년도국회에도 보고(헌 99조)하는 과정에서 어느 정도 행정부로부터 독립성을 지닐 수 있기 때문에 정부 등에 대한 회계검사는 물론 행정기관 및 공무원에 대한 ‘직무감찰’을 행하는 범주내에서의 부패방지역할은 필수적이다. 다만 감사원법(1973년 법률 제2446호)에 따르면 결산의 확인 및 회계검사(제2절)와 직무감찰(제3절)의 주목적을 ‘행정운영의 개선 향상’(법 20조)에 두고 있어 그 사정기관으로서의 위상이 보장되지 않고 있다. 더군다나 감찰사항도 행정기관의 사무와 그에 소속한 공무원의 직무등(법 24조)으로 되어 있어 정부조직법이나 기타법률에 의하여 설치된 모든 행정기관이 포함되니 감찰대상에 한계는 없는 듯하다. 그러나 바꾸어 생각해 보면 ‘대통령 소속’의 감사원에 대해서 감찰대상기관 선정에의 광범한 재량권을 준 것이 되어, 감사원장이 그 ‘직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다’(법 2조)는 정신을 소신있게 지키지 못할 때에는 정치세력에 의한 선별감사의 강요나 감사의 포기·지체 등으로 또하나의 정권유지기관화가 될 가능성이 있는 것이다.

예컨대 국무총리로부터 국가비밀에 속한다는 소명이 있는 사항이나, 국방부장관이 군기밀 또는 작전상 지장이 있다는 소명이 있는 사람은 감찰할 수 없다(법 24조 4항)고 하므로 사실상 국가의 핵심적 사항에 관여하고 있는 공직자들의 부정·부패에 대해서는 그것이 국가 이익에 미치는 악영향이 지대함에도 불구하고, 국무총리나 국방부장관의 소명 한마디에 감찰 한번 못해보고 일을 끝맺어야 한다는 본질적 한계가 감사원법에 규정되어 있는 것이다. 감사원은 과거 심계원과 감찰위원회를 통합한 기구로서 실제 대만의 간찰원을 제외하면 회계검사기능과 직무감찰기능을 모두 가진 강력한 기관이다. 물론 대통령 소속하에 있기 때문에 그 비중은 낮을 수 밖에 없겠다. 미국·영국의 회계검사기구는 의회소속이며, 일본·프랑스·독일 등은 독립기관이다. 하지만 그 감찰기능을 강화한다면 이를 헌법기관으로 규정(헌 4장 2절 4관)하였기에 실제로는 자유중국의 오권헌법과 다를 바 없는 것이다.



현행 감사원법은 1963. 12. 13. 제정되고, 1973. 1. 25. 개정된 이래 현재까지 그대로 시행되고 있는 바, 부정방지기관으로서의 위상강화를 위해서는, 감사원법 제20조 ‘임무’에 ‘공직자비리에 대한 사정’이라는 문구를 넣을 것이며 제24조 제1항의 감찰사항을 보다 『특정화』시키고, 동 제4항의 소명사항을 삭제하여 『사정을 위한 감찰』이 가능하도록 해야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 감사원의 사정감찰에는 한계가 있다. 즉 감사원이 헌법상 대통령에 소속되어 있기에 국회 및 법원소속 공무원에 대한 감찰은 제외(동 제3항)되어서 사실상 이들 공무원은 자체감사 외에는 감찰의 대상이 되지 않아 국가 전체적인 사정개혁과 부정척결의 법제에는 불완전함이 있는 것이다. 인천 북구청 세무비리사건은 법원이 감독할 책임이 있는 법무사와 결탁하여 이루어진 것임을 상기할 필요가 있다. 때문에 이들 모두를 사정할 수 있는 독립된 부정방지위원회의 설치가 요구되는 것이다.

## 2) 공직자 금융자산 추적권 부여

위와 같은 감사원의 직무상 한계에도 불구하고 하고자 한다면 대단한 사정의 성과를 거둘 수 있을 것이다. 즉 공직자 부정비리에 있어서의 증거가 되는 금전 등의 뇌물에 대한 추적이 실질적으로 가능하다면 부정적발은 물론 기소와 처벌을 원활하게 할 수 있는 것이다. 예컨대 감사원은 감사대상자에게 증거서류 계산서 등의 서류제출요구권(법 25조)을 가지며 직원의 현지 파견 실지감사(법 26조) 그리고 관계자 출석답변 요구, 관계 문부(문부) 물품 제출요구(법 27조)의 제출이나 출석 답변요구권(법 50조)을 행사하여 공직자가 속해 있는 기관에 관계되는 증거와 서류 등을 기초로 그 부정 비리를 적발할 수는 있을 것이다.

그렇지만 문제되는 것이 있다. 즉 공직자가 그 직무부정이나 비리의 대가로 얻은 재물을 민간부문에 속하는 은행등의 금융기관에 맡겼거나 현금화 시켜 자택 등에 은닉했을 경우이다. 이는 경찰이나 검찰 등이 부정의 적발 등을 위한 수사나 공소유지를 위하여서도 항시 부딪치는 문제이다. 또 하나의 문제는 그 재물을 동산이 아닌 토지 건물 등의 부동산의 형식으로 보관할 때의 그 추적의 경우이다. 이때에는 부동산 등기라는 형태로 법원이 관장하는 등기소에 등기부의 형태로 되어 있기에 감사원 등은 위 감사원법의 각 규정에 따라서 열람할 수 있겠다. 그러나 부동산 등기의 경우는 소위 명의신탁이 대법원판례로 인정되어 있어서 실질소유자와 명의자가 다를 수 있는 개연성도 크기 때문에 부정적발을 위한 실효성이 없게 된다. 따라서 명의신탁제도가 부정공직자의 불법적 수익을 감추어 주는 기능을 할 수 없도록 하면서도 지금까지 인정되고 있는 거래의 관행을 손상시키지 않는 법제의 정비에 있어야 할 것이다.

실제 문제되는 것은 은행등에 들어있는 금융자산에 대한 추적이다. 그러나 93년의 금융실명제 시행을 위한 대통령의 긴급재정·경제명령에서 실명제정착을 위한다는 취지를 앞세워 오히려 예금자 등에 대한 비밀보호를 강화시켜, 이것이 금융실명제 정착에 기여했겠느냐에

대한 의문은 차치하더라도 공직자 부정적발을 통한 사정에는 결정적인 후퇴를 준 것이다.

과연 검은 돈도 보호할 필요가 금융실명제의 의의에 속하는가에 대한 의문은, 금융실명제가 철저하게 이루어진 미국에서 행정기관의 법정목적에 위한 계좌추적의 자유로움이라든지 미국 연방법원(제1956조 등)상의 용어이자 법원판례에도 사용되고 있는 '돈세탁'(money laundering) 처벌법인 1986년의 돈세탁처벌법(Money Laundering Control Act)의 엄격한 적용 등을 보면 풀리리라 본다. 금융실명제 이후, 지하금융의 소독과 부패척결이라는 애초의 목적과는 달리, 공직자 뇌물수수사건에서 필수적으로 실시되었던 수표추적 등을 불가능케 하고 있는 바,<sup>8)</sup> 때문에 한개의 수표에 한번의 영장만으로 모두를 해결할 수 있는 입법이라든지, 범죄의심이 있는 경우에는 금융기관의 수사기관에의 보고의무 규정을 둘 필요가 있다.

### 3) 계좌추적권 가능 논리

#### (1) 감사원·검찰·공직자윤리위원회의 계좌추적의 어려움

93년 제1차 공직자 재산공개가 있었던 당시 공직개혁이라는 당위적 목표에 대해서는 누구도 이의를 제기하지 않았지만 재산실사의 공평성문제와 연결되어 재산공개가 오히려 법을 앞세운 집권자의 인치를 조작하는 듯하다는 우려성 조어가 나왔었다. 재산공개 실시에 즈음해서, 결국 재산공개가 관전<sup>9)</sup>인데 이는 엄밀한 실사장치가 없으면 오히려 재산은닉자가 혜택을 본다<sup>10)</sup>고 한 것이다.

8) 이는 실명제 실시후 뇌물사건 기소가 급강하고 있는 사실에서 증명되고 있다. 즉 문민정부 출범후인 93. 2. 25 이후 사정강화 속에서도 실명제 실시전인 8월까지의 6개월간 67건이 기소되었음에도 불구하고, 실명제 실시후 6개월간인 94년 2월까지의 15건으로 급감한 것이다. 특히 94년 2, 3, 4월엔 단 1건의 기소도 없었던 바(법률신문, 1994. 7. 25 1면) 참고로 법원의 집행유예율을 보더라도 작년(1993)에 뇌물죄의 경우가 60.3%로 가장 높은 것을 주목해야 할 것이다. 뇌물수수사건의 경우 당사자끼리 합구하면 실체파악이 어렵다는 상황에서의 계좌추적금지는, 사실상 부정부패척결을 중단하라는 것이나 마찬가지이며, 사정이 그러함에도 입으로만 외치는 엄벌, 일벌백계 등은 형식적인 엄포에 불과한 것이다. '수사초기에 영장을 청구할 정도로 명확한 혐의사실을 소명, 영장 발부반기관 매우 어렵다'는 것이다. 또 발부받더라도 수표추적시 발행 배서, 입금 등 각 단계마다 영장을 받아야지 포괄적 영장도 불가능해 수표환장 추적에 2개월이나 걸린 사례도 있었다. 이 때문에 공무원의 복지 부동과 연결되어 웬만한 금융사건의 수사는 피해 나간다는 것이다(법률신문 1994. 6. 16 1면).

9) 李成春, 1993. 3. 29. 민주당 제67회 정책토론회

10) 朴相千, 위 토론회

그런데 대통령의 긴급재정·경제명령에 의한 금융실명제의 시행은 오히려 금융재산 보유자의 비밀보호를 강화함으로써 지하경제에로의 자금이탈을 막는 등의 저축금융자산의 축적에만 비중을 두었을 뿐, 금융실명제의 참뜻인 경제투명성을 통한 경제민주화는 무시되었던 것이다. 그리하여 감사원과 검찰·공직자 공직자윤리위원회 모두 수뢰·독직·비자금·탈세등의 부정과 관련한 검은 돈 추적에서 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 대통령 긴급재정명령이라는 적법한 절차의 벽에 막혀 있었다.

명령 제4조는 금융거래의 비밀보장이라 하여, 금융기관 종사자는 명의인의 서면상 요구나 동의없이 금융거래 내용에 대한 정보나 자료를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니되며, 누구든지 금융기관 종사자에게 그 정보제공을 요구하여서는 아니 된다고 하면서, 다만 ① 법원의 제출명령이나 법관발부 영장에 의한 요구, ② 조세법률규정에 의한 질문·조사 위한 정보제공요구와 제출의무 있는 과세자료제공 요구, ③ 재무부장관·한국은행 은행감독원장, 증권, 보험감독원장의 감독·검사에 필요한 정보제공요구, ④ 동일금융기관 내부나 금융기관 상호간의 업무상 필요정보 제공요구, ⑤ 기타 법률규정에 의하여 불특정 다수인에게 의무적으로 공개하여야 할 것으로서 당해 법률규정에 의하여 정보등의 제공을 요구하는 경우 등의 예외만 있을 뿐이다.

위 명령 제4조제1항은 법원영장에 의한 정보제공의 요구는 금융기관의 “특정점포” 한정하여 그 거래자의 인적사항, 사용목적, 요구하는 정보의 내용을 청구할 수 있다고 하여 사유재산에 대한 프라이버시보호라는 명목은 사실상 기득권자의 보호체계에 다름이 아니게 되었던 것이다.

위 명령에 따른 과도한 비밀보호규정으로 인해서 어떤 면으로는 이들 기관들의 고의적인 수사방기나 실사기회의 포기를 법적으로 조장한 혐의를 면치 못하는 것이다. 공직자 윤리위원회의 재산실사의 엄정성에 대해서 부동산에 대해서는 위 명령 제4조에 의해서 가능하다고 하나 각 개별적 영장에 의해서 실사할 수 있는 것은 당해기관의 ‘특정점포’라 해서 본점의 전산망을 이용한 일괄조사를 원칙적으로 봉쇄했기에 개별점포단위로 조사할 수 밖에 없는데 전국의 대략 2만5천개나 되는 각 금융기관의 지점에 대한 실사가 현실적으로 불능인 것임은 불문가지의 일이다. 이렇게 개별적 조사만 가능하다는 것은 개별적 선별실사 자체가 인치의 강력한 무기가 될 뿐 공직자에 대한 성실신고 및 부정발견의 법제가 되기에는 부족한 것이다. 더군다나 공직자 개개인의 예금출처 및 사용처 등에 대한 조사는 더욱 불가능한 것이다.

## 2) 계좌추적 가능한 법논리

검찰은 영장없이 개인 예금계좌 추적을 벌일 경우 추적의뢰 기관이나 협조 금융기관 종사자전원을 사법처리키로 방침을 정했었다. 그렇지만 감사원은 피감사기관등에 대한 자료제출요구권을 가진 감사원법을 들어, 은행감독원을 통해 개인 예금계좌 추적 가능하므로 감사원

감사때는 영장이 필요없다는 입장이었다. 즉 입법 보완해서라도 영장없는 개인예금 계좌 추적에 의한 감사방식을 견지한다고 한 것이다.

이 문제는 결국 예금주와 즉 예금정보가 헌법 제17조의 프라이버시(사생활의 비밀과 자유)에 포함되느냐의 헌법해석에 있다. 그 해결은 민주개혁과 부정방지라는 헌법상 목적과 프라이버시라는 기본권적 가치를 균형있게 조화시키려는 전향적인 태도에 달려 있는 것이다. 즉 그러한 헌법해석에 따라서 기존의 금지하는 듯이 보이는 실정법의 대한 헌법합치적 해석을 통하여 정보취득을 가능케 하고 미심쩍은 때에는 당연히 법개정을 행해야 하는 것이다.

그와 같은 법해석 내지 법개정의 정당함에 대한 논거로서는 첫째, 개인 저축계좌등 금융상 정보는 민감한 개인정보(sensitive personal information)에는 속하지만 당연히는 프라이버시의 보호대상 정보에 속한다고는 보기 어렵다는 것이다. 즉 비밀인 사생활정보라기 보다는 거래상의 자료(business records)에 해당되는 것이다.

우리는 지금 금융실명제를 실시하고 있다. 미국 역시 그렇다는 것은 공지의 사실이다. 또 개인 프라이버시에 대한 보호인식도 우리보다 훨씬 높고도 일반화되어 있다. 그럼에도 불구하고 1976년 연방 대법원의 밀러 결정 (U.S.v. Miller, 425 U.S. 435(1976)) 이후 은행정 부상의 정보에는 프라이버시권을 인정하지 않는다고 한 것이다. 그리하여 결제가 끝난 100 달러 이상의 모든 수표거래는 은행이 이를 복사하여 보관하고 (The Bank Secrecy Act) 정부기관의 요구에 반드시 제공해야 한다는 것이다. 돈이나 수표거래가 은행을 매개로 이루어졌다면 이미 프라이버시가 아니라 공개서류일 뿐이라는 것이다. 그리고 그러한 사고방식은 1966년 제정된 미국의 정보공개법(FOIA)의 실시과정에서 점차로 금융거래에 관련된 사항들도 공적 정보로 취급되기에 이른 것이다. 정상적인 자본주의는 올바르게 번돈을 쓰는 일은 떼떽하게 공개해야 되는 것이며 그것이 금융실명제의 의미이고 조세포탈의 방지책 내지 공직자부정의 방지책인 것이다. 1978년의 미국의 금융프라이버시 보호법(The Financial Right to Privacy Act of 1978)은 기본적으로 개인과 금융기관간의 처리에서 나온 금융정보(Financial Information)가 프라이버시 보호대상이 아닌 '거래자료'라는 생각은 견지하지만, 정부관리들이 과연 민감한 개인정보를 정당하고 적절하게 다루겠느냐 하는 의문에 입각하여 그 부적절한 취득·공개·사용에 대한 규제만 규정할 뿐이었다. 그렇지만 정부기관은 시민이 그 공개에 관한 권한을 부여할 경우 (우리의 경우에는 명의자의 서면 동의등)나 사법적 영장(우리의 법관발부영장등)을 받은 경우뿐 만 아니라 정부기관의 행정적 명령장(Subpoena), 심지어는 거기에는 미치지 못하는 공적 서면요구(formal written request)에 의해서도 공개요구를 할 수 있게 한 것이다. 바로 그러한 자료에 대한 정부의 접근은 투명한 경제상황이라는 가치를 위하여 최대한 보장하고 다만 입수된 정보의 부당사용이나 유통을 적극적으로 막는 것이 보다 더 강한 프라이버시 보호책인 것이다.

명령 제4조 제4항에서는 정부기관은 그 알게 된 정보 등을 타인에게 제공 또는 누설하거나

그 목적 외의 용도로 이용해서는 안된다고 하여, 금융실명제에 따로 금융정보의 보호는 정보의 목적외의 사용이나 불순한 유통을 금지하는 이 조항에 의해 보다 실질적으로 보장되는 것이지, 경제정의라는 헌법적(119조) 가치 및 위 명령(1조)상의 목적을 이행하기 위한 것임에도 그 취득자체를 극히 제한하는 것은 부정자금을 보호해 주겠다는 의도로 밖에는 볼 수 없는 것이다.

둘째, 긴급재정 경제명령 제4조 제1항 ‘기타 법률규정’에서 정한 경우는 정보제공요구가 가능하도록 되어 있는바, 여기의 법률에는 감사원법 제50조가 포함된다고 할 것이다. 이에 의하면 감사원은 필요한 경우 감사대상기관 이외의 자에 대하여 자료제출을 요구(1항)할 수 있으며 요구받은 자는 정당사유없는 한 그에 응하여야 하는 것(3항)이다. 세무서나 은행감독기관등 법률상 기관도 요구할 수 있는 것을 헌법상 회계감사와 직무감찰동의 권한을 담당하는 헌법상 기관인 감사원이 청구할 수 없다는 것 역시 헌법체계상 맞지 않는 것이다. 바로 그러한 논리에 의해서 헌법재판소법상 대통령에 대한 탄핵을 결정하기 위하여 자료청구를 할 수 있는 것이며, 국정감사 및 조사에 관한 법률에 의하여 피감사 조사기관에 당연히 자료요구가 가능하며, 또한 공직자윤리법에서 정하기만 한다면 재산실사를 위한 금융자료요구가 가능한 것이다.

셋째로 특히 감사원의 ‘공무원’에 대한 금융자료 입수는 특수신분관계 이론이나 헌법상 임무인 회계감사와 직무감찰이라는 목적을 이행하기 위한 것이다.

### 3) 현재의 법제 개정현황

우리나라의 경우 음성 자금거래에 대한 정보가 체계화되어 있지 않고 금융기관간 금융거래의 상시 교환을 막고 있으며 (긴급명령 4조) 금융기관 상호간, 감독, 검사 법원명령 세무조사 등의 특별한 경우를 제외하고는 유관기관(국세청이나 수사기관 등)에 제공조차 되지 않아 거래자의 자금거래와 관련된 불법활동의 노출위험이 거의 없게 된다. 따라서 불법음성자금에 대한 사전예방 대책이 없는 것이다. 자금세탁방지를 위해서는 부정한 돈에 대한 비밀보장의 완화가 필수적임에도 그러하다. 은행거래비밀보장법이 적용되는 나라에서도 자금세탁이 많기 때문에 그 보완법제가 있다는 것을 알아야 한다.

## V. 공직자부패방지기본법 제정

부패척결은 이제 그 첫걸음을 디딘다는 겸허한 마음으로 정직한 법제개혁이 있어야 한다. 단일 “부패방지법” 제정과 그 총괄기관으로서의 “감사원” 내지 독립한 “부패방지위원회” 설치가 요구되는 이유이다. 부패척결을 실제로 성공시킨 나라들의 경험은 일관된 법제도적

장치와 효율적 사정기구완비였다. 일관된 체계와 논리 속에서 정치세력으로부터 독립한 사정기구의 위상정립으로 연결되어 실질적 실효성을 지닐 수 있게 된다는 것이다.

1993. 2. 10. 대통령직인수위원회는 대통령직속으로 『부정방지위원회』의 설치를 건의하면서 그 설치법(안)을 마련하였으나 이후 백지화되고, 감사원내에 자문기관으로서 『부정방지대책위원회』가 설치되었다. 이제 이를 『부정방지위원회』라는 독립된 기관 내지 대통령 직속기관으로 설치하여야 할 것이다. 그리고 거기에 시민사회의 참여가 있어야 하겠다. 그와 더불어 그야말로 공직자의 윤리기강확립 등을 담당할 감사원 내의 기구설치도 요구된다. 예컨대 『국가기강위원회』와 같은 기구의 설치가 그것이다. 정보공개법이나 행정절차법도 이제 제정된 상황이다. 고위공직자 임명시 국회의 필요적 인사청문회 개최 정치자금 투명성 확보의 철저화 그리고 일본국 대법관에 대해서 행해지는 것과 같은 국민소환제도도 요구된다.

무엇보다 대통령 1인에 과도하게 의존하는 결정과 그에 따른 대통령과 그 주변부 권력의 자의가능성의 常存的 連鎖를 끊어야 한다. 따라서 현행헌법상의 대통령과 대통령실(청와대로 통칭되는) 그리고 국무회의간의 민주 균형을 통하여 국정운영이 제왕적 대통령<sup>11)</sup>과 그의

11) 대통령은 형식상 국가원수(헌법 66조1항)이지만 실질적으로는 정부의 首班(헌66조 4항)이자 행정의 최고 책임자이다. 그리고 그를 보좌하는 국무총리와 국무위원, 행정각부의 장과 함께 행정을 통할하고 국정을 심의한다. 선출된 대통령은 헌법준수와 국가보위, 평화통일, 국민의 자유와 복리증진 및 민족문화 창달노력 등의 직책의 성실수행을 국민앞에 선서(헌69조)한다. 그러기에 대통령의 행정권 행사가 국민의 뜻을 투명하게 반영하여 국정운영이 민주적으로 그리고 법치국가적으로 이루어지도록, 현직 대통령에게는 신분상 특권이 주어져 대통령은 재직중 형사상 소추를 받지 아니한다. 그러나 대통령이라도 그 직무수행 이외의 입장에서는 일반국민과 다름이 없다. 때문에 재직중이어도 민·상사 소송의 상대방으로 된다든지 법원이 아닌 국회와 헌법재판소가 관여하는 탄핵 대상자로 되는 것은 가능하다. 그리고 현직 대통령이라 해도 내란이나 외환의 죄를 범한 경우에는 국정수행으로서의 성격이 있는 것으로 볼 수 없기 때문에 당연 소추(헌84조)될 뿐만 아니라 형사소추를 받지 않는 대통령 재직기간에는 공소시효의 진행이 정지(현재 결정)되게 함으로써, 헌법과 법률에 합치되는 국정수행을 위한 한도에서 재판권배제가 가능하다는 한계를 지우고 있는 것이다. 퇴직한 전직 대통령에게도 그러한 입장에서 역시 재직시 국정수행의 올바른을 담보하도록 그 신분과 예우에 대하여는 법률로 정한다(헌85조). 퇴임후 최소한 그 국가원수로서의 지위에 손상이 가지 않는 정도의 신분과 예우를 하여 국가의 위신을 지키겠다는 헌법의 취지이다. 입법·행정·사법등 한 나라 3부중의 하나인 행정부의 수반에 불과한 대통령을 다른 헌법기관인 국회나 대법원 내지 헌법재판소의 장에 비해서 불합리한 기준에 따른 특별대우를 하겠단든지 공직에서 물러나 그 신분이 일반시민인 전직대통령에게 특별신분을 부여하겠다는 의미는 아닌 것이다. 대통령을 헌법구조상으로 본다면 물론 그는 국가원수(특히 대외적인 측면에서)이고 헌법국가 수호자일 뿐만 아니라 정부의 수반이다. 특히 국정的基本계획과 정부의 일반정책등을 기초로 해서 그가 필요하다고 생각해서 부의한 사항까지 심의하는 국무회의의 의장(헌89조, 88조 3항)이 바로 대통령이다. 따라서 그가 국가의 중요의사 결정에서 차지하는 그 직책과 기능은 포괄적이면서도 직접적이다. 그리하여 대통령은 정부의 수반으로서 모든 행정기관의 장을 지휘·감독(정부조직 법10조)하는데 물론 이는 법령에 의해야만 하는

극소수 측근에 의한 권위적 진행이 아니라 공개된 정보체제하에서의 투명한 의사결정이 이

#### 11) 에서 계속

하는 것이며, 그리고 이러한 대통령의 직무를 보좌하기 위하여 두는 것이 대통령비서실(위 법11조)이다. 대통령의 의사결정에 영향을 미치는 헌법상 제도는 국무회의(헌88조)에서의 심의(헌89조)와 국무총리·국무위원(헌86조, 87조)의 부서관(헌82조)이다. 하지만 그 심의나 부서가 별다른 규범적·사실상의 구속력을 주지 못하는 한 자칫 대통령에게 무소불위한 공화제적 군주로서의 위상만 주게 된다. 그런데 대통령 의사결정에 실제적 영향력이 있는 대통령비서실의 기본적인 조직·구조가 법률로 정함이 없이 포괄적으로 정부조직법의 한 조문(법11조)에서 대통령비서실을 두는 것으로만 되어 있을 뿐 그 구체적인 내용에 대해서는 쉽게 알 수 없다. 대통령 의사결정에 상당한 영향을 미치는 대통령의 제1측근인 대통령비서실에 대한 법률이나 대통령령이 일반인에게 쉽게 발견되지 않는 상황(일반인의 자료 입수범위에서는 가장 큰 편에 속하는 대한민국법전『한국판례연구원편, 청림각 발행』이나 법전『현암사판』의 1995년도판)에서, 대통령의 헌법과 법률상 권한행사가 국민적 통제범주내에 쉽게 들어 와 그 관계된 부정의 소지가 억제되려면, 대통령실의 구성과 조직을 일반국민에게 쉽고 명확하게 알리는 등 대통령령에서 그 업무분담과 한계를 뚜렷이 하여 국가의사 결정과정에서의 비공식적 관여를 가능한 한 배제할 수 있어야 한다. 각급기관에서 근무하는 모든 국가공무원에게 적용할 ‘國家公務員法’에서 대통령은 특수경력직공무원으로서, 그 중에서도 선거에 의해서 취임하기 때문에 정무직공무원(국가공무원법2조3항1호가)이다. 다만 그 적용범위에 있어서 국가공무원법은 그 법이나 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 특수경력직공무원에게는 적용되지 않는 것(위 법3조)이지만, 그 보수와 복무에 관한 사항은 적용이 되니 예컨대 대통령은 법률상으로도 법령준수 및 성실의무(위 법56조)는 물론 그 직무와 관련하여 직접 또는 간접을 불문하고 사패, 증여 또는 향응을 수수할 수 없을(위 법61조1항)뿐만 아니라 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 되고(위 법63조) 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하는 것(위 법64조)이다. 결국 대통령은 헌법상 상당한 지위를 지니지만 그러한 위상은 국가의 기본정책 등의 결정에 있어서 차지하는 위치에 상응하는 한도 내에서의 일일 뿐, 법률적으로는 역시 공무원이라는 신분에 변함없다. 때문에 대통령도 공직자 일반에 해당되는 온갖 의무와 책임 그리고 부정부패로부터 자신을 지킬 책무에 관한 규정이 적용되지 않을 수 없으며, 그러한 점에서는 오히려 일반공직자보다 더 강한 규제를 받을 수록 국민주권이나 민주주의 내지 법치국가적 성격에 합치된다. 바로 그러한 입장에서 대통령부정 방지를 위한 법·제도가 논의되어야 한다. 국회의원 역시 하나의 공무원으로서 청렴의무(헌 46조 1항)가 있고 국가이익을 우선하여 양심에 따른 직무(동 2항)를 행하여야 하기 때문에 그 지위를 남용하여 국가, 공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리, 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없는 것(동3항)이며, 이는 일반 공직자의 경우도 마찬가지인 것이다. 일국의 대통령이“1987. 12. 16. 실시된 대통령선거에서 제13대 대통령으로 당선되어 1988. 2. 25.부터 1993. 2. 24.까지 5년간 대한민국 대통령직에 있으면서, 청와대내 대통령 집무실에서 해군 잠수함기지 건설공사를 수수할 수 있도록 해 준대 대한 사례 및 기업경영과 관련된 경제정책등을 결정하고 금융-세계등을 운용함에 있어서- 그룹에 혜택을 부여하거나 불이익이 없도록 선처하여 달라는 취지로 제공하는 금×××을 교부받은 것을 비롯하여, 총 30개 기업체 대표 30명으로부터, 기업경영에 대한 선처등의 명목으로 합계금 2천3백58억 9천6백만원을 교부받아 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 자”(1995. 11. 16. 서울지방검찰청 검사의 노태우 전대통령(헌 무직)에 대한 구속영장청구에서 인용)로서, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)으로 구속된 것이다.

루어질 수 있도록 대통령권한과 그 결정과정의 범위확정과 투명성을 담보하도록 하여야 할 것이다. 따라서 공직자부정의 적발과 필벌 주체(누가 행하는가)와 방법(어떻게 행하느냐) 내지 불법수익 몰수 그리고 부정 공직자의 공직영역으로부터의 축출, 일정기간내 취업금지 직종, 범주, 기간 확대 등을 통하여, 공직자 스스로의 부정과 처벌간 이익충량하에 그 자발적 억제에 실효성 있게 되도록 하여야 한다. 내부비리고발자 보호라든지 특별검사규정을 포함 하는 단일 부패방지법 및 이를 책임질 수 있는 독립성이 보장되는 감사원을 항상적인 부패방지 총괄기관으로 확고히 하는 등의 적극적 대처가 요구되는 것이다(1996. 12. 26.)