

부패방지과 헌법상 연좌제 금지*

Prevention of corruption and prohibition of the guilt by association

이 승 택(Lee, Seung Taek)**

ABSTRACT

The prohibition of the guilt by association was one of the important requests of Korean society in the 20th century. Also securing the integrity, trust, and anti-corruption of public officials is a national task that has an important value as one of the essential requirements for establishing a democratic rule of law. The prohibition of the guilt by association and anti-corruption do not have a close connection with each content itself. However, as corruption issues related to the family of public officials continued, the need for regulation of the family of public officials was demanded. In response to these demands, there has always been a debate over the guilt by association in the process of introducing an anti-corruption system for public officials' families.

For the constitutional judgment on this debate, this study presented the meaning and judgment criteria of the constitutional prohibition of the guilt by association in more detail. Based on these criteria, this study examined the regulations on public officials' families under the Public Service Ethics Act and the regulations on public officials' spouses under Improper Solicitation and Graft Act. It came to the conclusion that both regulations did not fall under the guilt by association. In order to achieve a harmonious realization of the prohibition of the guilt by association and anti-corruption system, it is necessary to abandon fears of violations of the prohibition of the guilt by association and to provide more detailed anti-corruption laws based on the clear recognition that regulations on the family of public officials do not unconditionally result in the guilt by association.

Key words: Prevention of corruption, prohibition of the guilt by association, guilt by association, implicative system, Improper Solicitation and Graft Act, Public Service Ethics Act

* 본 연구는 2020학년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음.

** 상명대학교 조교수, 법학박사

I. 서: 부패행위와 가족

법률상 부패행위의 개념은 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위를 핵심으로 한다.¹⁾ 즉 부패행위는 공직자의 직권남용 사익추구 행위라고 할 수 있다. 이러한 부패행위는 작위에 의해 이뤄지는 것만이 아니라 부작위에 의해 수행되는 경우도 포함되며, 공직자가 주체가 되어 이뤄지는 행위뿐만 아니라 객체가 되는 경우도 부패행위가 성립될 수 있다.²⁾ 이와 같은 부패행위에 관한 법적 개념에 대해서 부패방지 및 경각심 확산 차원에서 가능한 넓은 의미의 부패 개념을 사용하자는 주장도 있으나 부패 개념의 과도한 확대는 법 집행 과정의 자의성 개입 문제 및 공직자의 법 적용에 대한 예측가능성 침해 등의 문제를 야기할 수 있다는 비판도 존재한다.³⁾ 법제도적 차원에서 부패방지 문제를 다루는 본 연구에서는 다양한 부패 개념에 대한 모색보다는 명확한 부패행위 개념의 적용이 필요한 영역이기 때문에 가능한 법률적 개념 범위 내에서 부패의 의미를 사용하고자 한다.

국민 전체에 대한 봉사자로서 공직자⁴⁾가 자신의 직무 수행을 통해 사적 이익을 추구하는 행위는 어떤 경우에도 허용될 수 없는 것이며, 헌법상 지위와 신분의 보장을 받는 공직자는 자신의 부패행위에 대한 더 엄격한 책임 부과를 수인하여야 한다. 우리 법제는 공직자의 부패방지를 위하여 다양한 법제도적 장치를 두고 이러한 공직자의 부패방지를 위한 법제도를 형성해왔다. 하지만 다양한 공직자 가족의 부패행위와 부패범죄들은 공직자 부패방지라는 목적 달성이 단순히 공직자에 대한 통제만으로 완전할 수 없음을 보여주었다.⁵⁾

이러한 공직자 및 공직자 가족과 그 친인척의 행위 전반을 통제할 수 있는 부패방지대책 마련을 위해 역대 정부들은 다양한 방식으로 부패방지대책을 마련해왔다. 특히 부정부패 척

1) 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “부패행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위

나. 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

다. 가목과 나목에 따른 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위

2) 부패행위 개념에 관한 연구로 김진영(2017), 부패 개념에 대한 고찰, 한국부패학회보, 22(4): 81-100. 참고.

3) 김진영(2017), 위의 논문, 96면.

4) 대한민국헌법 제7조 ①공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.

5) 지난 30년간 한국 사회 부패의 발생구조와 변화트렌드를 분석한 연구에 따르면 부패유형 또는 부패기제로서 연고주의에 있어서 전반적으로 친인척 관련 부패가 가장 많았다고 할 수 있으며, 이러한 공직자의 친인척의 부패행위를 통제하는 것은 부패방지의 핵심기제 중 하나였다고 할 수 있다. 자세한 내용은 김은경 외 3인(2015). 한국사회 부패의 발생구조와 변화트렌드 분석(Ⅰ). 형사정책연구원 연구총서, 1-362. 특히 제5장 내용 참고.

결을 최우선 국정 개혁 과제로 채택하였던 김영삼 정부⁶⁾는 형식적으로 운영되던 공직자윤리법상 공직자의 재산등록과 공개를 실질화하여 부패방지를 위한 적극적이고, 사전 예방적 정책을 시행하였다. 이러한 공직자 재산등록제도는 1981년 도입 이래 등록대상 재산을 본인 뿐만 아니라 본인의 배우자, 직계존속, 직계비속을 포함시키고 있어 부패방지를 위한 대상으로 공직자 가족을 통제범위로 인식하는 태도를 보여왔다. 이러한 등록대상의 범위는 비교법적으로도 가장 광범위한 것으로 분류되고 있어서⁷⁾ 공직자 가족의 평등권 침해 및 연좌제 금지 위반 등의 우려가 존재하고 있다.

표면적 측면에서 연좌제 성격을 갖고 있는 법제도는 비단 공직자윤리법상 재산등록제도 뿐만 아니라 공직선거 후보자의 배우자 또는 직계존비속의 중대한 선거범죄를 이유로 후보자의 당선을 무효화하는 공직선거법 265조나 학교법인 이사장의 배우자 및 직계존비속의 학교장 임명 제한을 규정한 사립학교법 제54조의3 제3항⁸⁾ 등을 들 수 있으며, 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률 제8조 및 제9조, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 제2조 제2호 내지 제3호 등에도 이러한 표면적 구조가 나타난다.

우리 헌법 제36조는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다고 규정하고 있다. 이는 전근대적 가부장제의 가족 구조에서 탈피하여 가족 구성원 각자가 자율성을 가진 평등한 존재임을 강조하고 규범화하는 태도라고 할 수 있다.⁹⁾ 이러한 태도는 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지를 통해서도 다시 한번 확인된다. 하지만 개인의 독립성과 자율성을 중심으로 인식된 헌법상 가족제도는 가족 결합 부패행위의 현실 앞에서 여러 고민을 만들고 있다. 특히 가족을 이용한 재산 은닉행위나 뇌물수수 등 공직자 사익추구의 효과적 수단으로 가족이 이용되는 이상 공직자 가족에 대한 규제를 외면할 수 없는 것도 현실이다.

본 연구는 부패방지를 위하여 적용되고 있는 법제도상 다양한 연좌제적 요소에 대해 헌법적 차원에서 지나친 기본권 침해 혹은 연좌제 금지 원칙에 대한 위반이 존재하는지에 관한 검토를 목적으로 한다. 부패방지라는 목적이 정당하다고 하더라도 우리 헌법상 과잉금지 원칙에 위반되는 경우에는 기본권의 침해로 위헌이라고 할 수 있으며, 헌법이 명시적으로 금지하고 있는 연좌제 금지 위반에 해당하는 경우에도 위헌적 제도라고 할 수 있을 것이다.

6) 김영삼 대통령 취임사 “(생략) 친애하는 국민 여러분. 개혁은 먼저 세 가지 당면과제의 실천으로부터 시작해야 합니다. 첫째는 부정부패의 척결입니다. 둘째는 경제를 살리는 일입니다. 셋째는 국가기강을 바로 잡는 일입니다. (생략)”

7) 김태균(2010), 공직자 재산등록제도의 입법적 개선방안에 관한 연구, 한국법제연구원, 56-59면.

8) 제54조의3(임명의 제한) ③학교법인의 이사장과 다음 각 호의 어느 하나의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없다. 다만, 이사장수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할 청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다.

1. 배우자

2. 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

9) 법제처(2010), 헌법주석서II(제2판), 제36조

따라서 본 연구는 우선 헌법상 연좌제 금지의 연혁과 의의에 관해서 살펴보고(Ⅱ), 이를 토대로 여러 부패방지법제에서 구체적으로 나타나는 연좌제에 관한 논쟁을 분석하여 그 위헌성을 검토하도록 한다.(Ⅲ) 이러한 논의를 통해 공직자 가족 부패 혹은 가족을 이용한 부패행위를 차단하고자 하는 공익과 헌법상 연좌제 금지 및 자기책임주의 요청의 실현이 조화를 이룰 수 있는 지점이 무엇인지에 관하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 헌법상 연좌제 금지의 연혁과 의의

1. 한국 사회에서 연좌제 유지 요인과 위헌성

연좌제는 1980년 헌법개정을 통해 그 금지가 헌법에 명시되기 이전 한국 사회의 오랜 병폐 중 하나였다.¹⁰⁾ 연좌제의 역사는 과거로 거슬러 올라가면 고조선, 삼국시대, 고려, 조선시대 등 한반도의 역사 속에서 형법 체계의 한 부분을 차지하고 있었음을 분명하게 인식할 수 있다.¹¹⁾ 그러나 1894년 갑오개혁을 기점으로 형사책임의 개별화 원칙이 적용되기 시작하면서 연좌제는 폐지된 바 있다.¹²⁾ 물론 조선 말기 형사법 체계의 근대적 개혁을 위한 다양한 움직임들이 존재하였고, 이에 대해서 여러 평가들을 할 수 있지만 근대적 의미의 형법 체계를 갖추었다고 평가하기는 어려운 면이 분명히 존재한다.¹³⁾ 하지만 조선 말기에도 연좌제가 근대적 형법 체계에 반하는 부당한 형벌 부과 방식이라는 인식이 존재하였음을 알 수 있으며, 이후 일제강점기와 독재 정권에서 여러 근거를 통해 동원되었지만 연좌제의 문제점에 대한 인식은 그 이전부터 분명히 존재하였다고 할 수 있다.

하지만 연좌제는 계속되었다. 연좌제는 자신이 어떤 행동을 했는지와 무관하게 타인의 행위를 이유로 처벌을 받아야 하는 예측할 수 없는 공포의 굴레였으며, 대중을 순응하게 만드는 잔인한 국가 폭력의 칼날이었다. 국권피탈기 일제는 조선인의 감시와 통제를 위해 가장

10) 연좌제 피해에 관한 피해자의 경험에 대한 연구로는 김은재, 김성천(2016), 연좌제 피해자들의 국가 폭력 경험에 대한 사례연구, 비판사회정책, (51), 244-291.; 여현철(2018), 국가폭력에 의한 연좌제 피해 사례 분석, 국제정치연구, 21(1), 171-191.

11) 연좌제의 연혁 및 근대 이전 연좌제의 구체적 형태에 관해서는 윤재수(1983), 연좌(緣坐)와 연좌제고(連坐制攷), 석당논총, 8, 89-106. 참고.

12) 1894년 6월 28일 의안(議案) “연좌율(緣坐律)을 물시(勿施)하는 건(件)”에서 “罪人自己外, 緣坐之律, 一切勿施事”라는 고종의 결정을 통해 조선에서의 연좌제도는 공식적으로 폐지되었다. 하지만 이는 회의의 안전에 불과한 것으로 실제 법적 효력이 있었는지가 의문이라고 지적하는 견해도 있다. 류부곤(2012), 조선말기 형사법과 근대적 형사입법활동에 대한 평가, 형사정책, 24(1): 94면. 연좌제의 폐지에 관하여 당시 역사를 다루고 있는 저서로는 정교 저/조광 편/이철성 역주(2004), 대한계년사 제2권, 소명출판, 58면. 참고.

13) 류부곤(2012), 위의 논문, 98-111면.

효과적인 수단이라고 할 수 있는 연좌제를 멈출 생각조차 하지 않았다. 해방 이후 이어진 남북대립, 분단, 한국전쟁, 냉전과 같은 대립의 시기에 권력을 장악한 독재자들에게도 연좌제는 포기할 수 없는 수단이었다. 월북자 가족 또는 한국전쟁기 이른바 부역자 가족은 끊임 없이 정체성을 의심받으며 각종 감시와 차별을 받아왔다.¹⁴⁾ 이후 연좌제 폐지가 총선과 대선 때 몇 차례 공약으로 제시되었지만 그것은 단순한 구호에 그칠 뿐이었다.¹⁵⁾ 그렇게 연좌제는 계속되었다.

이와 같이 연좌제가 근대 법치 체계를 구축한 한국 사회에서 지속되었던 이유는 여러 가지를 지적할 수 있다. 물론 그 이유의 기저에 가족을 하나의 행위 책임 집단으로 구성하고 개인의 자율성과 존엄성을 인정하지 않는 전근대적 혹은 가부장제적 폐습을 극복할 만큼 공동체관과 개인관이 성숙하지 못했다는 점을 지적할 수도 있다. 그러나 근본적으로 연좌제가 지속되었던 핵심적 이유는 그것이 국민을 감시하고 통제하며 순응하게 하는 효과적 수단이었기 때문이다.

교화와 덕치를 이상으로 하는 유교적 국가 운영과 불합리한 연대책임의 확장 도구인 연좌제는 근본적으로 양립하기 어려운 방향성을 갖는다.¹⁶⁾ 그럼에도 연좌제를 적극 활용한 조선의 사례를 분석해보면 그 핵심에는 불안정한 왕권에 대한 도전을 박멸하려는 정치적 목적이 중심에 놓여있음을 알 수 있다.¹⁷⁾ 연좌제는 국가적 정당성 기반을 확고하게 갖추지 못한 정치 세력에게 있어 그 도전자와 그를 추종할 수 있거나 배경이 될 수 있는 집단 모두를 일거에 제거하고 무력화하는 매우 효과적인 수단이었다. 경쟁자를 제거하고 권력의 독점을 강화하며, 정치적 경쟁에 개입하지 않은 다른 세력들에게 공포와 두려움을 안겨주는 수단으로써 연좌제는 해방 이후 분단된 국가의 권력을 장악한 독재 세력에게 포기할 수 없는 핵심 무기가 되었다고 할 수 있다.

그렇다면 1948년 헌법 제정 이후 대한민국의 헌정에서 연좌제는 허용될 수 있는 합헌적 수단이었는가? 연좌제 금지 원칙이 헌법에 명시되지 않았다는 것이 연좌제가 합헌적 수단으로 인정될 수 있는 근거인가? 이 두 질문에 대한 대답은 모두 그렇지 않다는 것이다. 물론 위헌성의 검토를 위해서는 구체적인 연좌제가 상정되어야 하지만 당시 한국 사회에서 활용된 연좌제가 만들어낸 차별과 신분상 불이익 등을 기준으로 하면 모두 헌법상 평등 원칙 위반 및 과잉금지 원칙 위반을 구성할 수 있다.

법적 보호 의무가 있는 자에게 그 의무 불이행에 따른 책임을 묻는 것은 합리적 책임 부

14) 해방 이후 연좌제 피해 상황에 대한 질적 사례연구로 김은재, 김성천(2016), 연좌제 피해자들의 국가 폭력 경험에 대한 사례연구, 비판사회정책, (51), 244-291. 참고.

15) 동아일보, 1966.05.03. 기사, “連坐制 폐지 檢討”; 동아일보, 1967.01.25. 기사, “連坐制 철폐”; 이 기사들에 따르면 민주공화당은 이미 1963년 대선 및 총선 공약으로 연좌제 폐지를 내세웠고, 66년 폐지를 추진 중이며, 이는 1967년 총선을 준비하는 포석이라는 분석이 있었다.

16) 김영범(1990), 연좌제(連坐制)의 역사적 전개와 그 의미망(意味網)-조선시대(朝鮮時代)를 중심으로, 사회와 역사(구 한국사회사학회논문집), 24, 346면.

17) 김영범(1990), 위의 논문, 337-344면.; 윤재수(1983), 앞의 논문, 96-100면.

과이다. 그러나 단순히 혈연적 연결 고리가 있다는 이유만으로 다른 합리적 근거 없이 불이익한 처우를 부과하는 것은 헌법이 금지하는 차별행위라고 할 수 있다. 동시에 연좌제를 일종의 기본권 제한으로 보고 과잉금지 원칙을 적용하는 경우 수단의 적합성을 충족하기 어려울 뿐만 아니라 피해의 최소성과 법익의 균형성 측면 모두에서도 결코 합리적 수단으로 인정되기는 어려울 것이다. 이러한 헌법 이론적 논의를 넘어서 개인의 존엄성과 인권 존중을 바탕으로 성립되는 민주적 법치국가에서 연좌제는 허용될 수 있는 성질의 법제도라고 할 수는 없을 것이다.

따라서 연좌제 금지가 헌법에 명시되지 않았다는 이유로 1980년 이전까지의 연좌제가 정당화되는 것은 아니다. 이것은 명백한 국가 폭력이었으며 위헌적 기본권 침해행위였다고 평가할 수 있다. 현재 대한민국에서 연좌제에 대한 고민은 많지 않다. 그러나 연좌제의 문제점을 명확하게 인식하고 경고하지 않는다면 헌법이 어떤 말로 이를 금지한다고 하더라도 국가 권력이 이러한 수단을 다시 동원하지 않으리라는 보장은 없다. 따라서 본 연구는 이러한 관점에서 연좌제의 성격을 갖는 법제도를 분석하고, 그것이 부패방지라는 정당한 목적을 설정하였다고 하더라도 충분한 합리적 근거 없이 단순히 혈연적 연대책임을 부과하고 있다면 그것은 명백히 헌법질서에 반하는 제도라는 점을 밝히고자 한다.

2. 헌법상 연좌제 금지의 도입 과정과 그 한계지점

연좌제 폐지를 위한 시도는 여러 차례 반복되었다. 1967년 1월 25일 김형욱 당시 중앙정보부장은 사상관계 연좌제 철폐 담화를 발표하면서 “본의 아닌 이들의 행적을 면밀히 검토하여 개전의 정이 현저하여 국가재건에 이바지할 수 있는 5만 1백 66명에 대해 애국시민으로서의 재생의 길을 열어 국민의 참다운 권리와 긍지를 향유케하는 온전을 베풀었다”고 말하였다.¹⁸⁾ 이러한 조치는 당시까지도 최소 5만 명의 시민에 대한 연좌제가 남아있었음을 보여주는 것과 함께 여전히 중앙정보부에서 개전의 정이 현저하다는 판단을 받지 못한 시민에 대한 연좌제는 계속된다는 것을 의미하였다.

1971년 내무부는 연좌제 완전 폐지라는 발표를 통해서 신원조사 유효기간 확대 및 조사기간 단축을 발표하였다. 당시 박경원 내무부 장관은 “일부 신원조사대상자들이 불순세력에 속아 본의 아닌 과오를 저질렀던 경우에도 사회활동에 제약을 받고 있음을 없애기 위한 조치를 취하는 것”이라고 밝히면서 연좌제에 의한 공무원 임용 제한 및 해외여행 제한 등의 조치를 축소하였다.¹⁹⁾

이러한 시도들이 완전한 연좌제의 철폐로 이어지지 못했다는 것은 다름 아닌 1980년 헌법개정 논의 과정을 보면 분명하게 알 수 있다. 1979년 대통령 살해사건으로 발생한 대통령

18) 경향신문, 1967. 1. 26. 기사. “5万名에 再生의門”

19) 경향신문, 1971. 3. 22. 기사. “內務部발표 連坐制완전廢止”

궐위 상황에서 최규하 당시 대통령 권한대행은 동년 11월 10일 개헌 추진을 발표하였으나, 결국 12.12 쿠데타로 군부를 장악한 신군부가 1980년 5월 17일 비상계엄을 전국으로 확대하고 동년 5월 31일 국가보위비상대책위원회(이하 국보위)를 출범시키면서 개헌을 주도하게 되었다. 이 과정에서 당시 야당인 신민당이 내세웠던 개헌 요구 사항 중 하나인 연좌제 철폐²⁰⁾를 신군부가 수용하면서²¹⁾ 연좌제 철폐 규정이 헌법에 명시되었다.

이러한 과정을 통해 1980년 헌법 제12조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”는 연좌제 금지의 규정을 명시하였다. 하지만 이러한 연좌제 금지의 헌법 규정이 즉시 연좌제의 실질적 철폐로 이어진 것은 아니었다. 왜냐하면 연좌제를 국민의 통제와 정당성 없는 권력 유지에 이용하고자 하는 독재권력이 여전히 국가 권력을 장악하고 있는 이상 헌법상 연좌제의 금지는 한계를 예정하고 있었기 때문이다. 마치 5.16 쿠데타로 권력을 잡은 박정희 군부가 만든 1963년 헌법이 우리 헌법에 처음으로 “인간으로서의 존엄과 가치” 및 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 이를 철저하게 무시한 것과 같이 신군부의 연좌제 폐지도 장식적 헌법을 악용한 정권 선전 이상은 아니었다.²²⁾

국민 통제 장치로 오랜 기간 자리매김한 연좌제가 하루 아침에 사라질 수는 없었을 것이다. 결국 실질적으로 연좌제를 폐지하도록 만든 것은 1980년 헌법 제12조 제3항의 연좌제 금지 규정이 아니다. 연좌제 철폐는 1987년 6월 항쟁으로 얻어낸 형식적 민주주의 정부를 점차 민주화해가는 과정을 통해 국민이 통제와 구별의 대상이 아닌 국가의 주인으로 자리매김하는 과정을 통해 만들어낸 것이며, 헌법재판제도의 도입과 국가인권위원회의 설치 등을 통해 이뤄낸 기본권 보장 및 불합리한 차별 철폐가 함께 형성해낸 결과물이라고 할 수 있을 것이다.

3. 연좌제 금지의 헌법적 의의와 자기책임 원리

우리 헌법은 영장 없는 강제수사의 금지²³⁾, 고문 금지²⁴⁾, 언론·출판·집회·결사의 자유에 대한 허가 및 검열의 금지²⁵⁾ 등과 같이 일정 유형의 기본권 제약행위를 명시적으로 금지한다. 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지도 일정 유형의 기본권 제약행위를 명시적으로

20) 동아일보, 1979. 5. 30. 기사. “신민당 政綱 政策 要旨”; 경향신문, 1980. 1. 26. 기사. “(新民) 改·廢試案 마련 착수”

21) 경향신문, 1980. 8. 1. 기사. “國保委, 內務部에 계획樹立시행示達 連坐制 전면철폐”; 동아일보, 1980. 9. 9. 기사. “改憲審委 의결 새憲法試案 확정”

22) 한겨레, 1988. 11. 26. 칼럼. “아직도 살아있는 연좌제”; 한겨레, 1996. 9. 2. 기사 “현대판 연좌제”.

23) 헌법 제12조 제1항 및 제12조 제3항

24) 헌법 제12조 제2항

25) 헌법 제21조 제2항

금지하는 규정으로 이해할 수 있다. 기본권 제약행위의 금지 규정은 기본권의 구성요건 단계에서 일정한 제약행위 유형 자체를 금지하는 것이기 때문에 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 의한 기본권 제한에 앞서 적용되는 것이며,²⁶⁾ 일정한 기본권 제약행위가 헌법에서 금지하는 제약행위의 유형에 해당하는 경우에는 비례성 심사 이전에 그러한 제약행위에 해당하는 것만으로도 기본권 침해를 구성한다.²⁷⁾ 따라서 연좌제 금지의 헌법적 의미는 일차적으로 일정한 기본권 제약행위에 대한 명시적 금지 또는 기본권 제한의 헌법 직접적 한계라고 할 수 있다. 이러한 헌법 규정 방식은 고문, 검열, 연좌제와 같이 오랜 기간 국민의 기본권에 심각한 침해를 초래한 국가의 행위 유형을 절대적으로 금지하여 국민의 기본권에 대한 위협을 최소화하고자 하는 태도라고 할 수 있다.

또 다른 측면에서 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지는 우리 헌법이 개인 책임의 원칙 또는 자기 책임의 원칙을 헌법적으로 수용한 결과라고 할 수 있다.²⁸⁾ 이러한 자기 책임 원칙의 헌법적 수용은 사람을 독립된 인격체로 인식하지 않고 일정 공동체에 부속된 존재로 인식하였던 전근대적 인간관에 대한 단절을 명확하게 선언한 것이다. 또한 개인은 독립된 인격적 주체로서 자신의 행위에 대한 책임만을 부담하며 자신의 책임이 없는 행위와 사건들로부터 자유로운 존재로 인식되는 근대적 인간관을 헌법에 담았다고 평가할 수 있다. 우리 헌법재판소는 자기 책임 원칙에 관하여 다음과 같이 판시한 바 있다.

“자기책임원칙은 자기결정권의 한계논리로서, 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임원칙은 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고, 자기책임원칙에 반하는 제재는 그 자체로 헌법위반을 구성한다.”²⁹⁾

이상의 헌법재판소 결정에서 보는 바와 같이 자기 책임 원칙은 “근대법의 기본 이념”이며, “법치주의에 내재하는 원리”라고 할 수 있기 때문에 헌법에 명시되지 않았다고 하여서

26) 이준일(2019), 헌법학강의, 홍문사, 356-357면.

27) 대표적인 예로 헌법재판소의 야간옥외집회금지에 관한 헌법불합치 결정에 있어서 헌법재판소는 야간옥외집회를 금지하는 구 집시법 규정이 허가제를 구성하고, 이러한 허가제는 헌법에서 명시적으로 금지한 행위이기 때문에 헌법에 위반된다는 판시를 한 바 있다. 헌법재판소는 “헌법 제21조 제2항은, 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이다. 또한 위 조항은 헌법 자체에서 직접 집회의 자유에 대한 제한의 한계를 명시한 것이므로 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 앞서서, 우선적이고 제1차적인 위헌심사기준이 되어야 한다.”고 판시하였다. 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25. 참고.

28) 법제처(2010), 헌법주석서 I (제2판), 511-512면.; 허영(2016), 한국헌법론, 박영사, 381-382면.; 김철수(2004), 헌법학개론, 박영사, 530면.

29) 헌재 2012. 10. 25. 2011헌바99.

우리 헌법 체계가 자기 책임 원칙을 인정하지 않는다고 볼 수는 없다. 오히려 자기 책임 원칙은 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지 규정의 법치국가적 정당성의 근거라고 할 수 있으며, 연좌제 금지의 범위를 친족 뿐만 아니라 모든 타인의 행위로 확대해서 해석할 수 있도록 하는 근거가 된다고 보는 것이 타당하다. 따라서 헌법 제13조 제3항은 한편으로는 근대 법의 이념이자 법치주의의 내재 원리인 자기 책임 원칙을 헌법적으로 확인하는 기능을 수행하는 동시에 자기 책임 원칙의 구체적 실현을 위한 헌법 직접적 근거라고 할 수 있다. 정리해보면 연좌제의 금지는 첫째, 기본권 체계상 기본권 제약행위의 명시적 금지 규정 또는 기본권 제한의 헌법 직접적 한계 규정이라고 할 수 있으며, 그 의미는 기본권 제한의 정당성에 관한 논증 절차에 있어서 헌법 제37조 제2항의 비례성 심사보다 앞서 적용되는 판단 기준이라는 것이다. 둘째, 자기 책임 원칙의 실현 규정이라고 할 수 있다. 여기서 자기 책임 원칙은 스스로 결정하지 않거나 결정할 수 없는 영역에 책임이 없으며, 책임은 자신이 결정한 결과 내지 그와 상관성이 있는 범위에 국한되는 책임부담의 한계를 규정하는 원칙이다. 따라서 연좌제의 금지는 기본권 보장과 법치주의 실현 양 측면에서 그 헌법적 의의를 찾을 수 있다.

4. 헌법 제13조 제3항 연좌제 해당 여부의 판단 기준

1) “자기의 행위가 아닌”

개인에 대한 일정한 처우가 연좌제에 해당하는지 여부를 판단하는 첫 번째 기준은 “자기의 행위가 아닌” 행위에 의한 것이다. 즉 개인에 대한 처우가 당사자의 행위나 당사자의 결정 영역이 아닌 것으로 인해 부가되는 경우 연좌제가 의심될 수 있는 것이다. 이 요건의 핵심적 기준은 결국 개인의 행위 뿐만 아니라 개인이 가지고 있는 책임성의 범위를 어떻게 설정하는가에 달려 있다. 다시 말해, 자기 스스로 결정하고 행위하는 영역이 아닌 경우에도 본인에게 책임을 물을 수 있는 영역이 존재하고 이를 어디까지 확장해서 볼 수 있는가의 문제가 핵심 쟁점이라고 할 수 있다.

헌법재판소는 연좌제 여부 판단에 있어서 “헌법 제13조 제3항은 친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다”³⁰⁾고 판시하여 자기 행위의 범위를 실질적 관련성의 인정이라는 기준으로 치환하고 있다. 즉 원칙적으로 자기의 행위가 아닌 행위로 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이지만 친족 관계의 속성상 특정한 입법 목적의 추구를 위해 그 목적에 부합하는 실질적 관련성이 있는 경우 그것을 이유로 일

30) 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19.

정한 자유를 제약하거나 책임을 부담할 수 있다는 것이며, 이러한 기본권 제한은 연좌제라고 볼 수 없다는 것이다.³¹⁾ 따라서 “자기의 행위가 아닌”의 의미는 자신에게 책임을 부담시킬 수 있는 합리적 근거가 없는 상태를 의미한다는 것이다.

예를 들어 학교법인 이사장의 배우자의 경우에는 이사장과 혼인을 했다는 이유로 자신의 배우자가 이사장으로 있는 학교법인 산하의 학교장이 될 수 있는 자유를 제한받는다.³²⁾ 이러한 기본권 제한은 이사장 또는 그와 이해관계를 공유하는 밀접한 관계에 있는 사람이 법인 산하 학교장을 담당하게 되는 경우 발생할 수 있는 학교 행정에 대한 부당한 간섭과 전횡 가능성을 방지하고 사립학교의 공공성을 강화하는 목적으로 가해지는 것이다.³³⁾ 즉 배우자 관계를 입법목적에 부합하는 실질적 관련성이 있는 것으로 보고 그 관계에 따라 일정한 기본권 제한을 가하는 방식이다. 이러한 방식은 헌법 제13조 제3항의 “자기 행위” 개념의 범위를 넓게 확대하여 자신과 실질적 관련성이 있는 영역까지로 보고 연좌제에 해당하는 제약행위의 범위를 축소하는 해석론이라고 할 수 있다.

그러나 합리적 근거가 없는 이유로 수많은 자유를 억압하고 침해했던 과거 역사에 대한 반성적 의미를 담고 있는 연좌제 금지의 목적과 자기 책임의 원칙이라는 근대법 이념 및 개인의 자율성과 존엄을 보장하는 헌법상의 취지를 고려했을 때 “자기 행위”의 개념 확대는 자칫 기본권에 대한 심각한 침해를 야기할 우려도 존재한다. 특히 과거 월북자 가족에 대한 불이익 부여가 분단 상황 속에서 국가 안전 보장을 목적으로 정당화되었던 사례에 비취볼 때 정당한 목적 그리고 목적에 부합하는 실질적 관련성이 있다는 것만으로 일정한 기본권 제약을 용인하는 것은 연좌제 금지를 무의미하게 만들 수 있다. 따라서 이러한 실질적 관련성에 대한 평가는 동시에 그 관련에 따라 부과되는 불이익한 처우에 의한 기본권 제약의 정도와 함께 비례적으로 고려될 필요가 있다. 즉 실질적 관련성이 높은 경우에는 좀 더 강도 높은 제약이 정당화될 수 있지만, 그 관련성이 낮은 경우에는 제약의 정도도 최소화되어야 하며, 제약을 하는 경우에도 일정한 절차를 통해 기본권 행사가 가능하도록 하여야 할 것이다. 이런 점에서 사립학교법 제54조의3 제3항 제2문의 “이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다”와 같이 실질적 관련성에 대한 개별적 판단 절차를 규정하여 예외적인 허용 가능성을 인정하는 것이 연좌제 금지 규정에 대한 위반을 최소화하는 방식이라고 할 수 있다.

31) 현재 2005. 12. 22. 2005헌마19.

32) 제54조의3(임명의 제한) ③학교법인의 이사장과 다음 각 호의 어느 하나의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없다. 다만, 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다.

1. 배우자

2. 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

33) 1981년 2월 28일 시행 사립학교법 개정 이유.

2) “친족의 행위로”

연좌제는 역사적으로 볼 때 크게 정범과 친족 관계에 있는 자에게 범죄의 책임 여부와 무관하게 형벌 또는 불이익을 부과하는 연좌(緣坐)와 친족 이외의 특정 관계에 있는 자에게 연대책임으로 형 또는 불이익을 부과하는 연좌(連坐)로 나누어 볼 수 있으며, 조선 시대에는 이 두 가지 형태의 연좌제가 모두 존재하였다.³⁴⁾ 연좌(緣坐)는 친족이라는 근거에서 법적 책임을 발생시키는 것으로 책임 확장의 합리적 근거 혹은 실질적 관련성 등에 대한 별도의 고려없이 오로지 친족 관계라는 요소만으로 형벌이나 불이익한 처우를 부과하는 것으로 실질적 관련성을 토대로 법적 책임을 확장하는 연좌(連坐)와 비교할 때 그 기본권 침해의 심각성이 더 크다고 할 수 있다.

헌법 제13조 제3항의 연좌제의 범위에 관한 다수의 헌법해석론은 “친족”의 행위 뿐만 아니라 그 밖의 모든 타인의 행위도 여기에 포함된다고 해석한다.³⁵⁾ 이는 헌법 제13조 제3항이 단순히 연좌제 금지의 의미뿐만 아니라 자기 책임 원칙을 확인하는 규정으로 이해될 수 있으므로 타당한 해석이라고 볼 수도 있다. 하지만 헌법이 명시한 “친족의 행위”라는 개념을 별도의 합리적 근거 설정이나 해석적 차이를 두지 않고 “타인의 행위”로 단순 치환해버리는 것은 헌법이 스스로 제시한 명시적 기준을 무의미하게 만들 수 있다는 점에서 추가적인 해석적 접근이 요구된다고 할 수 있다.³⁶⁾

따라서 결론적으로 헌법 제13조 제3항의 “친족의 행위”라는 개념은 친족 뿐만 아니라 타인의 행위도 포함된다고 해석할 수 있지만 동시에 문제되는 대상이 “친족”인 경우에는 역사적 측면에서 확인할 수 있는 친족에 의한 연좌제 피해의 심각성과 헌법 명시적 기준으로 제시된 “친족”이라는 문구의 효력 등을 고려할 때 연좌제 금지 여부에 대한 판단을 더 엄격하게 할 필요가 있다고 해석해야 할 것이다.

통상 친족 아닌 자에게 책임 범위를 확장하여 부담시키는 경우에는 입법 목적상 일정한 실질적 관련성 등이 존재한다고 할 수 있다. 물론 때로는 실질적 관련성을 찾기 어렵거나 불합리하게 연결된 경우도 존재하였지만³⁷⁾ 이 경우들은 대부분 연좌제의 취지보다는 근대

34) 윤재수(1983). 앞의 논문, 89 - 90.

35) 법제처(2010), 헌법주석서 I (제2판), 511-512면.; 허영(2016), 한국헌법론, 박영사, 381-382면.; 김철수(2004), 헌법학개론, 박영사, 530면.

36) 헌법 명시적 기준에 해석적 차이를 인정하는 대표적인 사례로 헌법 제11조 제1항 제2문의 명시적 차별 금지사유인 “성별·종교 또는 사회적 신분”을 들 수 있다. 헌법재판소는 제대군인가산점에 관한 결정에서 “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다”라고 판시하여 헌법 명시적 기준에 대한 심사기준의 차등에 관해 판시한 바 있다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363. 참고.

37) 대표적인 예로 면세 담배를 공급받은 자의 용도 외 담배 부정 사용 행위에 대해 의무위반행위 주체도 아니고 통제권도 없는 담배제조업자에게 가산세를 부담하게 하는 것을 자기 책임 원칙 위반으로 선언한 헌법재판소의 결정(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27)이나 종업원의 부정의료행위에 대하여 영업

법 이념으로서 자기 책임 원칙 또는 형법상 책임주의가 먼저 적용되어 위헌으로 확인될 수 있는 영역이라고 할 수 있다. 따라서 “연좌제”라는 기본권 제약 행위를 명시적으로 금지하는 헌법 제13조 제3항의 취지는 우선적으로 “친족의 행위”로 인한 형벌 또는 불이익 처우를 엄격하게 금지하는 것으로 이해될 필요가 있다.

3) “불이익한 처우”

“불이익한 처우”란 우선 형벌을 포함하여 모든 영역에 있어서 국가로부터 받는 일체의 불이익한 대우를 포괄하는 것이라고 할 수 있다.³⁸⁾ 우리 헌법은 헌법 제13조 제3항 이외에도 헌법 제39조 제2항에 “불이익한 처우” 개념을 사용하고 있다. 이 두 조문의 “불이익한 처우”가 다른 의미로 인식되어야 할 합당한 근거가 없다면 같은 의미로 이해될 수 있을 것이다. 헌법재판소는 헌법 제13조 제3항의 “불이익한 처우”에 관해서 상세한 해석을 하지 않고 있지만 헌법 제39조 제2항의 “불이익한 처우”에 관해서는 상세한 해석을 하고 있기 때문에 연좌제에서 문제되는 불이익한 처우에 관한 해석에 참고할 필요가 있다. 헌법재판소는 병역 의무 이행으로 인한 불이익한 처우를 금지하는 규정에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다.

““불이익한 처우”라 함은 단순한 사실상, 경제상의 불이익을 모두 포함하는 것이 아니라 법적 불이익을 의미하는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않으면 병역의무의 이행과 자연적 인과관계를 가지는 모든 불이익 — 그 범위는 헤아릴 수도 예측할 수도 없을 만큼 넓다고 할 것인데 — 으로부터 보호하여야 할 의무를 국가에 부과하는 것이 되어 이 또한 국민에게 국방의 의무를 부과하고 있는 헌법 제39조 제1항과 조화될 수 없기 때문이다.”³⁹⁾

위 판례의 취지를 연좌제와 연결하여 본다면 누군가의 친족이라는 이유로 발생하는 사실상의 불이익까지 국가가 통제할 수는 없다고 할 수 있다. 예를 들어 성범죄자 신상공개제도를 규정한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙 제7조 제1항 등 위헌소원에서 청구인은 성범죄자의 신상공개로 인하여 그 가족들의 명예에 중대한 사실적 침해가 발생하여 연좌제 금지 원칙에 반한다고 주장한 바 있으나 헌법재판소는 신상공개 및 고지명령은 성범죄자를 대상으로 하는 것으로 그 친족에게 어떠한 처벌을 가하거나 불이익을 주는 제도라고 보기 어렵다고 판시하여 헌법 제39조 제2항의 불이익한 처우에 대한 해석과 일관된 태도를 보이고 있다고 할 수 있다.⁴⁰⁾

주의 책임여부를 불문하고 양벌규정을 둔 보건의법단속특조법 제6조에 관한 헌법재판소의 위헌 결정(헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10)등을 들 수 있다. 두 사례 모두 연좌제 해당하는지 여부에 대한 판단없이 자기 책임 원칙 및 책임주의 위반을 근거로 위헌을 결정한 바 있다.

38) 김철수(2004), 헌법학개론, 박영사, 530면.

39) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33.

40) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바196.

가족이라는 공동체는 구성원의 행위로 인하여 일정한 사실적 부담을 공유한다. 나의 책임이 없는 가족의 잘못을 이유로 비난받는 것은 분명 부당한 일이다. 하지만 국가가 그러한 비난을 모두 금지하고 차단해 줄 수 있는 것은 아니다. 따라서 사실상 발생하는 불이익의 문제까지 연좌제 금지의 범위라고 하기는 어려울 수 있다. 그러나 때로는 이와 같은 사실상 불이익이 법적 불이익보다 더 심각한 기본권의 침해를 야기하는 경우도 존재할 수 있다. 따라서 그 가족에게 중대한 사실상 불이익을 발생시키는 행위를 국가가 하는 경우에는 자기 책임 원칙과 연좌제 금지 규정의 취지를 고려하여 그러한 불이익 발생을 최소화하기 위한 노력을 강구할 필요성도 있을 것이다.

정리해보면, 헌법 제13조 제3항의 “불이익한 처우”는 국가에 의해 발생하는 일체의 법적 불이익을 의미한다. 다만, 사실상의 불이익인 경우에도 그것이 법적 불이익 이상의 중대한 기본권 침해를 야기할 수 있는 경우에는 연좌제를 금지하는 헌법 규정의 취지를 고려하여 사실상 불이익의 방지를 위한 장치를 마련해야 할 필요가 있다고 할 수 있다.

4) 정리

이상의 내용을 정리해보면, 기본적으로 일정한 국가 작용이 헌법상 금지한 기본권 제약행위인 연좌제에 해당하기 위해서는 ① 자기 행위 또는 자신과 실질적 관련성이 없는 ② 친족이나 타인의 행위로 인하여 ③법적 불이익을 주는 경우에 해당하여야 한다. 여기서 주의할 점은 ① 실질적 관련성은 부가되는 법적 불이익과 비례 관계가 성립되어야 한다는 점, ② 친족이라는 이유로 불이익을 주는 경우 실질적 관련성을 엄격하게 판단할 필요가 있다는 점, ③ 사실적 불이익인 경우에도 법적 불이익 이상의 기본권 침해가 발생할 수 있는 경우 사실적 불이익의 최소화를 위한 고려가 필요하다는 점 등을 들 수 있다.

이러한 내용을 토대로 이하에서는 다양한 부패방지법상 동원된 여러 친족 관련 규제들이 헌법상 금지된 연좌제에 해당하는지를 검토하도록 한다.

Ⅲ. 부패방지제도에서 나타나는 연좌제의 논쟁에 관한 검토

1. 공직자윤리법상 연좌제 논쟁

1) 공직자윤리법상 공직자 가족의 재산등록 및 공개, 주식매각 및 백지신탁 제도

공직자의 재산등록과 수령선물신고 및 퇴직 후 유관 사기업체의 취업 제한 등을 목적으

로 1981년 제정, 1983년부터 시행된 공직자윤리법은 우리나라 공직자의 부패방지 및 청렴성 제고를 위한 제도의 근간이라고 할 수 있다. 동법의 핵심은 공직자의 재산을 등록 및 공개함으로써 재산형성의 투명성을 확보하고 사적 이해 관계에 따라 공직을 수행하지 않도록 하는 것에 있다.⁴¹⁾

이러한 목적 실현을 위해서는 공직자의 재산만을 그 대상으로 하여서는 한계가 있으며, 공직자와 경제적 공동체 관계를 이루는 일정 범위의 가족 재산도 감시의 대상으로 삼아야 할 필요성이 있다. 동법 제4조 제1항 제2호 내지 제3호는 이러한 목적으로 공직자 가족의 재산을 등록 및 공개 대상 재산으로 규정하고 있다.⁴²⁾ 나아가 동법은 2005년 개정을 통해 고위공직자가 직위 또는 직무상 취득한 정보로 주가에 영향을 미쳐 부정하게 재산을 증식하는 것을 방지할 목적으로 주식 매각 및 주식백지신탁 제도를 도입한 바 있으며, 재산등록 대상이 되는 가족의 주식에 대해서 동일한 의무를 부과하고 있다.

이와 같이 공직자의 가족이라는 이유로 재산등록 및 공개, 주식매각 및 백지신탁 의무를 부과하는 공직자윤리법에 대해서 입법단계에서부터 헌법상 연좌제 금지에 해당하는 것이 아니냐는 논쟁이 벌어진 바 있다.⁴³⁾ 특히 주식매각 및 백지신탁 규정에 관해서는 법원이 과잉금지원칙 위반을 이유로 위헌법률심판제청하여 헌법재판소에 의해 판단된 바도 있다.⁴⁴⁾ 이러한 논쟁의 과정에서 연좌제에 해당한다는 주장만이 있었던 것은 아니며 오히려 연좌제 시비를 회피하기 위해 도입된 피부양자 아닌 가족의 고지거부 허용을 두고 가족에 의한 부정축재의 우회로를 열어주고 공직자 재산등록제도를 무력화하고 있다는 비판도 존재한다.⁴⁵⁾

2) 연좌제 해당 여부에 대한 판단

그렇다면 공직자윤리법상 재산등록 및 공개, 주식매각 및 백지신탁 제도는 헌법상 금지된

41) 장영수(2013), 공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향, 고려법학, 70, 334-335면.

42) 공직자윤리법 제4조(등록대상재산) ① 등록의무자가 등록할 재산은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람의 재산(소유 명의와 관계없이 사실상 소유하는 재산, 비영리법인에 출연한 재산과 외국에 있는 재산을 포함한다. 이하 같다)으로 한다.

1. 본인

2. 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)

3. 본인의 직계존속·직계비속. 다만, 혼인한 직계비속인 여성과 외증조부모, 외조부모, 외손자녀 및 외증손자녀는 제외한다.

43) 동아일보, 1981년 5월 2일 기사(사설). “공직자윤리법”; 연합뉴스, 2004년 12월 17일 기사. “행차위 ‘공직자윤리법’ 공청회”; 연합뉴스, 2005년 4월 17일 기사. “공직자윤리법 쟁점과 전망”

44) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65.

45) 이러한 견지에서 피부양자 아닌 가족의 고지거부 제도 폐지를 주장하는 견해로 김태균(2010), 공직자 재산등록제도의 입법적 개선방안에 관한 연구, 한국법제연구원. 55-62면 참고.

연좌제에 해당하는가? 우선 헌법재판소는 이 사안에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“이 사건 법률조항은 본인과 친족 사이의 실질적·경제적 관련성에 근거한 것이지, 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 오로지 친족관계 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제3항에 위배되지 아니한다.”⁴⁶⁾

헌법재판소는 이러한 실질적·경제적 관련성의 근거로 합헌 결정을 내리면서 특히 부부관계 및 독립생계능력이 없는 직계혈족 관계를 하나의 경제적 단위로 인식하고 있다. 그러나 분명한 점은 자신이 아닌 가족(배우자 혹은 직계존비속)이 공직자가 되었다는 이유만으로 자신의 재산을 등록, 공개하게 하고 주식매각 및 백지신탁을 요구하는 것은 외관상 연좌제에 해당할 가능성이 상당하다.

이러한 재산 등록 및 공개, 주식매각 및 백지신탁 제도의 연좌제 해당 여부를 검토해보면, ① 고위공직자의 배우자와 피부양가족은 경제적 관련성이 긴밀하다고 볼 수 있어서 고위공직자의 단순한 친족이 아니라 실질적 관련성이 인정될 수 있는 사람이라는 점, ② 재산 등록 및 공개 의무의 부과는 사생활의 비밀 및 개인정보자기결정권에 대한 제약이라고 할 수 있지만 그 제약이 중대한 것은 아니라고 할 수 있어 실질적 관련성과 충분한 비례 관계에 있다고 볼 수 있다는 점, ③ 주식매각 및 백지신탁 의무의 부과는 재산에 대한 처분권을 제약하는 것으로 중대한 제약이 될 수 있지만 헌법 제23조 제2항에서 규정한 재산권 행사의 공공복리 적합의무를 비취볼 때 정당한 보상이 있다면 그러한 제약이 불가한 것은 아니고, 매각 및 백지신탁 의무가 부당한 손실을 강요하는 것은 아니라고 할 수 있다는 점, ④ 공직자윤리법 제12조 제4항⁴⁷⁾에서 규정한 바와 같이 공직자와 독립된 경제 단위인 경우 이러한 의무를 부담하지 않아도 된다는 점 등에서 연좌제에 해당하지 않는다고 할 수 있다.

이러한 재산 등록 및 공개, 주식매각 및 백지신탁 제도가 연좌제에 해당하지 않을 수 있는 핵심적인 근거는 결국 실질적 측면에서 대상이 되는 가족이 고위공직자와 경제적 공동체 관계를 이루고 있다는 점이다. 따라서 이 제도는 가족이라는 이유만으로 일정한 불이익 부여하는 것이 아니라 고위공직자와 경제적 공동체를 이루고 있는 사람을 우선적으로 가족 관계를 통해 추정하는 방식이라고 할 수 있는 것이다. 특히 경제적 독립성이 입증된 가족의 경우 그 의무를 부담하지 않게 하는 절차를 두고 있다는 점에서 연좌제 위반의 문제를 거의 제거한다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

46) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65.

47) 제12조(성실등록의무 등) ③ 제4조제1항제2호 또는 제3호의 사람은 등록의무자의 재산등록이나 공직자윤리위원회 등의 등록사항의 심사에 성실하게 응하여야 한다.

④ 제3항에도 불구하고 제4조제1항제3호의 사람 중 피부양자가 아닌 사람은 관할 공직자윤리위원회의 허가를 받아 자신의 재산신고사항의 고지를 거부할 수 있으며 3년마다 재심사를 받아야 한다. 이 경우 등록의무자는 고지거부 사유를 밝혀 허가를 신청하여야 한다.

⑤ 제4항에 따른 고지거부에 관한 허가신청 및 심사에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 청탁금지법상 연좌제 논쟁

1) 청탁금지법상 공직자 등의 배우자에 관한 규제

국민권익위원회가 2011년부터 기존 부패방지법제의 한계를 보완하는 종합적 통제장치로 청탁금지법의 제정을 추진한 이후 여러 사회적 논의를 거쳐 2015년 제정된 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 청탁금지법)은 한국의 부패방지법제에 거대한 구조적 변화를 가져왔다. 동법은 청탁금지 대상의 범위를 공직자 뿐만 공직유관단체, 학교, 언론사 등의 구성원으로 규정하였고, 이러한 공직자 등에 대한 일체의 부정청탁을 금지하며, 대가성 여부와 무관하게 금품 수수 행위에 제재를 가하는 것을 주요 내용으로 한다.

청탁금지법은 공직자윤리법과 마찬가지로 법의 실효성을 확보하기 위해서 가족의 행위에 대한 일정한 규제 장치를 두고 있다. 동법 제8조 제4항은 공직자 등의 배우자에게 공직자와 마찬가지로 규정된 금품의 수수를 금지하고 있다.⁴⁹⁾ 또한 동법 제9조 제1항 내지 제2항은 공직자가 그 배우자의 금품 수수 및 수수 약속 등을 안 경우 반환 및 신고 의무를 규정하고 있으며⁵⁰⁾, 이를 이행하지 않은 경우 형사처벌하는 규정을 두고 있다.⁵¹⁾

48) 같은 취지로 장영수(2006), 개정 공직자윤리법에 대한 헌법적 검토-주식백지신탁제도를 중심으로, 고려법학, 46, 73-74면.

49) 제8조(금품등의 수수 금지) ④ 공직자등의 배우자는 공직자등의 직무와 관련하여 제1항 또는 제2항에 따라 공직자등이 받는 것이 금지되는 금품등(이하 “수수 금지 금품등”이라 한다)을 받거나 요구하거나 제공받기로 약속해서는 아니 된다.

50) 제9조(수수 금지 금품등의 신고 및 처리) ① 공직자등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소속기관장에게 지체 없이 서면으로 신고하여야 한다.

2. 공직자등이 자신의 배우자가 수수 금지 금품등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 안 경우

② 공직자등은 자신이 수수 금지 금품등을 받거나 그 제공의 약속이나 의사표시를 받은 경우 또는 자신의 배우자가 수수 금지 금품등을 받거나 그 제공의 약속이나 의사표시를 받은 사실을 알게 된 경우에는 이를 제공자에게 지체 없이 반환하거나 반환하도록 하거나 그 거부의 의사를 밝히거나 밝히도록 하여야 한다. 다만, 받은 금품등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소속기관장에게 인도하거나 인도하도록 하여야 한다.

51) 청탁금지법 제22조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 자신의 배우자가 제8조제4항을 위반하여 같은 조 제1항에 따른 수수 금지 금품등을 받거나 요구하거나 제공받기로 약속한 사실을 알고도 제9조제1항제2호 또는 같은 조 제6항에 따라 신고하지 아니한 공직자등(제11조에 따라 준용되는 공무원행사인을 포함한다). 다만, 공직자등 또는 배우자가 제9조제2항에 따라 수수 금지 금품등을 반환 또는 인도하거나 거부의 의사를 표시한 경우는 제외한다. 제23조(과태료 부과) ⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 그 위반행위와 관련된 금품등 가액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과한다. 다만, 제22조제1항제1호부터 제3호까지의 규정이나 「형법」 등 다른 법률에 따라 형사처벌(몰수나 추징을 당한 경우를 포함한다)을 받은 경우에는 과태료를 부과하지 아니하며, 과태료를 부과한 후 형사처벌을 받은 경우에는 그 과태료 부과를 취소한다.

이와 같은 청탁금지법상 배우자와 관련된 규정은 입법 과정에서 연좌제 금지 위반이라는 논쟁을 만들었다.⁵²⁾ 입법 이후에도 연좌제 문제에 대한 논의는 지속되었으며, 청탁금지법에 관한 연구 중에는 연좌제 금지 위반으로 위헌이라는 주장도 제시되었다.⁵³⁾ 하지만 학계의 다수 주장은 연좌제에 해당하지 않는다는 주장⁵⁴⁾이며, 헌법재판소도 같은 취지로 판결한 바 있다.⁵⁵⁾ 청탁금지법상 공직자 등의 배우자에 대한 규제가 연좌제에 해당하지 않는다는 헌법재판소의 주된 논거는 다음과 같다.

“신고조항과 제재조항은 배우자의 행위와 본인 사이에 아무런 관련성이 없는데도 오로지 배우자라는 사유만으로 불이익한 처우를 가하는 것이거나 배우자가 법률을 위반하였다는 이유만으로 청구인들에게 불이익을 주는 것이 아니다. 배우자가 위법한 행위를 한 사실을 알고도 공직자등이 신고의무를 이행하지 아니할 때 비로소 그 의무위반 행위를 처벌하는 것이다. 따라서 신고조항과 제재조항은 헌법 제13조 제3항에서 금지하는 연좌제에 해당하지 아니하며 자기책임 원리에도 위배되지 않는다.”

이러한 결정의 핵심적 근거는 결국 부부 관계가 경제적 이익을 공유하는 긴밀한 관계라는 것이고, 이러한 경제적 이익 공유 관계는 부패방지 근절을 위해 규제해야 하는 실질적 관련성을 갖는 대상에 포함된다고 보는 것이다.

2) 연좌제 해당 여부에 대한 판단

청탁금지법상 배우자에 대한 규제가 연좌제에 해당하는지를 판단하기 위해서 먼저 연좌제에 해당한다는 견해를 살펴보면, “배우자의 행위를 주된 이유로 처벌하는 것이라는 점에서 자기책임의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제3항에 위반”⁵⁶⁾된다고 주장한다. 그러나 청탁금지법이 처벌하는 대상은 공직자가 신고 의무 등을 이행하지 않은 것이며, 이는 배

2. 자신의 배우자가 제8조제4항을 위반하여 같은 조 제2항에 따른 수수 금지 금품등을 받거나 요구하거나 제공받기로 약속한 사실을 알고도 제9조제1항제2호 또는 같은 조 제6항에 따라 신고하지 아니한 공직자등(제11조에 따라 준용되는 공무원행사인을 포함한다). 다만, 공직자등 또는 배우자가 제9조제2항에 따라 수수 금지 금품등을 반환 또는 인도하거나 거부의 의사를 표시한 경우는 제외한다.

52) 연합뉴스, 2014년 7월 10일. 기사 “김영란법 공청회... 직무관련성·법적용범위 최대 쟁점”

53) 박진우(2015), [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 위헌성에 관한 고찰. 세계헌법연구, 21(1), 158면.

54) 김래영(2015), ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 입법현황과 과제, 한양법학, 26(3), 272-273면.; 송기춘(2015), [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 법적 문제점과 개선방향, 세계헌법연구, 21(3), 59-61면.; 박규환(2016), ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’개정을 위한 연구, 강원법학, 47, 56-57면.; 이부하(2015), 부정청탁금지법의 위헌성 검토, 법과 정책연구, 15(3), 1021면.

55) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236 등.

56) 박진우(2015), 위의 논문, 158면.

우자의 행위와는 다른 행위이다. 즉 배우자가 금품을 수수하거나 수수의 약속을 받은 행위까지는 배우자의 행위 영역이지만 이를 신고하고 반환하는 행위의 문제는 당사자의 문제이고 그 당사자의 행위에 대한 처벌을 내용으로 하는 것이기 때문에 이를 배우자의 행위를 주된 이유로 처벌한다고 볼 수는 없다. 배우자의 행위에 대해서 신고 의무를 부과하는 것이 법체계상 합당한 것이냐는 문제에 대해서는 추가적으로 검토할 필요가 있지만⁵⁷⁾ 적어도 본인의 신고 의무와 배우자의 행위는 별도의 행위를 구성한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 이상의 논지의 연좌제 위반 주장은 동의하기 어렵다.

더 분석적 고찰을 위하여 공직자의 배우자와 공직자를 나누어 청탁금지법상 공직자 등의 배우자에 관한 규제의 연좌제 위반 여부를 검토해보면, ① 공직자 등의 배우자 입장에서 자신의 배우자가 공직자라는 이유만으로 일반적 행동 자유를 제약받는다 할 수 있지만, 그 제약의 내용은 공직자 등의 직무와 관련한 금품 등의 수수 및 수수의 약속을 하는 행위를 금지하는 것이며, 금지된 금품 수수 등의 행위는 부정청탁을 전제하는 행위이기 때문에 원칙적으로 공직자의 배우자 뿐만 아니라 모든 국민에게 금지되고 있는 것이라는 점⁵⁸⁾, ② 동법 제8조 제4항의 금지 규정은 배우자에게 의무를 부과하고 있기는 하지만 그 의무 위반에 대해 배우자 자신을 처벌하는 규정을 별도로 두고 있지는 않다는 점, ③ 부부 관계는 대체로 경제적 공동체라고 할 수 있으며 금전을 매개로 하는 부정청탁 영역에서 이러한 관계는 실질적 관련성이 높은 관계로 볼 수 있다는 점, ④ 배우자를 통한 부정 청탁 사례가 지속되고 있어 이를 근절하기 위한 규제의 필요성은 매우 높은 반면 동법에 의해 공직자의 배우자에게 가해지는 기본권 제약의 정도는 상대적으로 크지 않다는 점 등에서 연좌제 금지 위반에 해당하지 않는다고 볼 수 있다.

또한 공직자 등의 입장에서 살펴보면, ① 배우자가 청탁금지법에 저촉되는 행위를 하였다는 사실을 알게 된 경우 신고 의무를 부과하고 있는데 이러한 신고 의무 부과는 청탁금지법의 대상인 여러 공직자 등이 공유하는 공정한 직무 수행의 요청에 비취볼 때 정당한 요구라고 할 수 있으며 헌법 제13조 제3항의 “불이익한 처우”에 해당한다고 볼 수는 없다는 점, ② 동법상 공직자 등에 대한 처벌은 결국 공직자의 배우자가 한 행위로 인한 것이 아니라 공직자 자신에게 부여된 법적 의무의 미이행을 사유로 부과되는 것이기 때문에 “자기의 행위가 아니”라고 할 수 없다는 점, ③ 부정청탁이 발생한 상황에서 결과적으로 자신과 자신의 배우자에 대한 법적, 도덕적 책임을 면할 수 있는 유일한 선택이 신고 및 반환행위이고 이를 절차적으로 보장해주는 청탁금지법은 오히려 공직자 등에 대한 보호의 의미가

57) 이러한 측면에서 배우자 행위에 대한 신고의무 부과가 기대가능성 없는 행위를 강요하고 있다는 점에서 형법상 책임주의 원칙에 반한다는 주장이 있다. 최정일, 최인규(2019), 죄형법정주의를 통해 본 [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 쟁점에 대한 고찰, 대한정치학회보, 27(4), 136-137면.

58) 제5조(부정청탁의 금지) ① 누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정청탁을 해서는 아니 된다.

강하다는 점 등에서 청탁금지법상 배우자에 관한 규제는 연좌제 금지 위반에 해당하지 않는다.⁵⁹⁾

공직자의 배우자라는 이유로 별도의 규제 대상이 된다는 측면은 분명 연좌제의 의심을 받을 수 있다. 하지만 관련된 청탁금지법의 구체적 내용을 분석해보면 연좌제라기보다는 공직자 부패의 방지 및 부정청탁 금지를 목적으로 우회적 청탁 경로로 이용될 가능성이 있는 부부 관계에 대해서 공직자 및 그 배우자를 보호하고 부정한 청탁 상황에서 신속하게 벗어날 수 있는 절차를 규정한 것이라고 보는 것이 타당하다.

IV. 결: 연좌제 금지와 부패방지의 조화로운 실현

20세기 한반도 역사의 수많은 아픔 속에서 헌법상 연좌제 금지원칙에는 그 명확한 역할과 요청이 존재하였다. 모든 개인이 독립적 자아로 인식되는 가운데 인간으로서의 존엄과 가치를 인정받고, 합리적 근거 없이 법적 책임을 지우는 것을 근절하며, 자신의 행위에 대해서만 책임지도록 하는 자기 책임 원칙을 확립하고자 한 연좌제 금지는 20세기 후반 한국 사회의 중요한 시대적 요청 중 하나였다. 또한 공직자의 청렴성과 신뢰 확보 및 부패방지는 민주적 법치국가를 성립시키기 위한 필수 요건 중 하나라고 할 만큼 중요한 가치를 갖는 국가 과제이다. 표면적으로 두 요청은 서로 긴밀한 연관을 갖지 않는 것으로 보인다. 하지만 공직자 가족과 관련된 부패 문제가 지속적으로 우리 공직 사회의 부패 고리 중 하나로 지적되면서 공직자 가족에 대한 규제가 요청되었고 부패방지법제의 도입 혹은 개혁 과정에서 연좌제 논쟁이 불거졌다.

본 연구는 이러한 논쟁에 대한 헌법적 판단을 위하여 지금까지 간략하게만 연구된 헌법상 연좌제 금지 원칙의 의미와 판단 기준을 좀 더 세밀하게 제시하고자 하였다. 그리고 이러한 판단 기준을 토대로 부패방지법상 대표적인 연좌제 논쟁의 대상인 공직자윤리법상 공직자 가족에 대한 규제와 청탁금지법상 공직자 등의 배우자에 대한 규제가 연좌제에 해당하는지에 대하여 검토하였다. 그 결과 두 제도 모두 연좌제에 해당하지 않는다는 결론에 도달하였다. 물론 연좌제 논쟁으로 인하여 연좌제에 해당할 가능성을 사전에 최대한 차단하는 방식으로 두 제도가 보완 입법되었기 때문에 이러한 결론에 도달하였다고 볼 수도 있다.

59) 따라서 오히려 공직자 등의 배우자 뿐만 아니라 그와 실질적으로 경제적 이해관계를 함께하는 가족 등으로 범위를 넓히는 것이 타당하다고 할 수 있다. 배우자 이외에도 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척 등으로 규제 대상이 되는 공직자 등의 가족 범위를 확대하자는 주장으로 김준성(2017), 부정청탁금지법의 문제점과 개선방안, 영남법학, 44, 224-225면.; 이보다는 좁은 범위지만 4촌이내 친인척으로 확대하자는 주장으로 서보학(2015), [부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률]에 대한 형사법적 검토, 입법학연구, 12(1), 30면.

하지만 다른 측면에서는 오히려 연좌제 금지라는 헌법 규범을 동원하여 공직 사회의 부패방지를 위해 더 엄격한 제도를 형성하는 것을 저해한 것으로 보이는 부분도 있다. 특히 공직자윤리법상 공직자 가족의 재산 등록 등의 규제에서 고지거부 제도를 이용하는 비율이 계속 증가하다가⁶⁰⁾ 2016년 30%를 돌파하였고, 2018년 31.8%, 2019년 27.4%, 2020년 29.9% 등 지속적으로 10명 중 3명의 공직자 가족이 독립생계를 이유로 고지 거부 제도를 통해 재산 등록 등의 규제를 받지 않고 있는 실정이다. 물론 이러한 고지 거부 제도 없이 경제적으로 독립한 가족에 대해서도 재산 등록 및 공개, 주식매각 및 백지 신탁 등의 의무를 부담시키는 경우에는 실질적 관련성 없이 가족이라는 이유로 지나친 불이익을 부과하는 것으로 연좌제에 해당한다는 판단이 도출될 가능성이 높다. 그러나 독립 생계의 경우에도 국가 전반에 영향을 주는 국토 개발이나 경제 정책 등에 영향을 미칠 수 있는 장관 및 국회의원 등 최고위 공직자의 가족으로서 상속 등의 관계로 지속적으로 경제적 이해 관계를 공유하는 직계존비속은 비공개 재산 등록 의무를 부과하여 필요한 경우 이를 감시할 수 있도록 하는 방식의 규제는 충분히 가능할 것이다. 즉 단순히 독립 생계인 경우 공직자윤리법상 모든 의무에서 배제하는 방식의 일괄적 규제가 아니라 공직자의 직위와 역할, 독립 생계 여부 등을 고려하여 차등화된 규제를 도입하는 것은 연좌제 금지와 양립하는 부패방지법제를 마련하는 방안이 될 것이다. 부정청탁금지법도 이와 같은 측면에서 공직자 등의 배우자에 한정된 규제가 아니라 실질적 이해관계를 함께하는 가족 등의 범위로 확대하는 방안도 고려해볼 필요가 있다.

또한 연좌제 금지 원칙에 대해서도 다시 한번 생각해볼 필요가 있다. 과거 월북자나 부역자의 가족이라는 이유로 배제되고 불이익을 받은 사람들의 문제가 연좌제의 중심 문제였다면 최근 연좌제가 가장 많이 언급되는 장소는 고위공직자에 대한 인사청문회장이다. 공직자 가족의 삶이 공직자의 도덕성을 검증하는 핵심 기준이 되면서 청문 대상자를 검증하고 공격하고자 하는 측은 공직자의 가족을 증인석으로 부르려고 고함을 치고, 방어하는 측은 연좌제 금지 위반을 연신 외친다. 공직자의 직권남용으로 그 가족이 특혜를 받았다면 그것은 명백한 부패행위이다. 반면 공직자와 무관하게 이뤄진 그 가족의 범죄 혹은 불법행위의 책임을 공직자에게 묻는 것은 실질적 관련성이 없는 친족의 행위로 불이익을 주는 연좌제에 해당하는 것이다. 결국 핵심은 공직자 그 자신에게 있다. 수신제가라는 낡은 잣대보다는 헌법상 연좌제에 대한 명확한 기준을 가지고 헌법적 요청에 부합하는 방식으로 공직자의 책임을 규명하고 그 적합성을 판단하는 것이 연좌제의 요청과 부패방지의 요청을 조화시키는 길이라고 할 수 있다.

60) 김태균(2010), 앞의 책. 55-62면 참고.

참고문헌

[단행본]

- 김은경 외 3인(2015), 『한국사회 부패의 발생구조와 변화트렌드 분석(Ⅰ)』, 형사정책연구원 연구총서.
 김철수(2004), 『헌법학개론』, 박영사, 2004.
 김태균(2010), 『공직자 재산등록제도의 입법적 개선방안에 관한 연구』, 한국법제연구원.
 박형중(2011), 『부패의 개념과 실태 및 반부패 개혁』, 경제인문사회연구회 발간자료.
 법제처(2010), 『헌법주석서Ⅰ』, 제2판.
 법제처(2010), 『헌법주석서Ⅱ』, 제2판.
 이준일(2019), 『헌법학강의』, 홍문사.
 정교 저/조광 편/이철성 역주(2004), 『대한계년사』 제2권, 소명출판.
 허영(2016), 『한국헌법론』, 박영사.

[연구논문]

- 김래영(2015), '부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'의 입법현황과 과제, 한양법학, 26(3), 255-281.
 김영범(1990), 연좌제(連坐制)의 역사적 전개와 그 의미망(意味網)-조선시대(朝鮮時代)를 중심으로, 사회와 역사(구 한국사회사학회논문집), 24, 324-347.
 김은재, 김성천(2016), 연좌제 피해자들의 국가폭력 경험에 대한 사례연구, 비판사회정책, 51, 244-291.
 김준성(2017), 부정청탁금지법의 문제점과 개선방안, 영남법학, 44, 217-242.
 김진영(2017), 부패 개념에 대한 고찰, 한국부패학회보, 22(4): 81-100
 권건보(2011), [헌법] 연좌제금지와 자기책임의 법리, 고시계, 56(8), 8-19.
 류부곤(2012), 조선말기 형사법과 근대적 형사입법활동에 대한 평가, 형사정책, 24(1): 91-114
 박규환(2016), '부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'개정을 위한 연구, 강원법학, 47, 35-63.
 박진우(2015), [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 위헌성에 관한 고찰, 세계헌법연구, 21(1), 133-163.
 서보학(2015), [부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률]에 대한 형사법적 검토, 입법학연구, 12(1), 25-49.
 송기춘(2015), [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 법적 문제점과 개선방향, 세계헌법연구, 21(3), 39-69.
 심재우(2011), 조선시대 연좌제의 실상 - 『연좌안』 분석을 중심으로, 한국문학, 55, 87-113.
 여현철(2018), 국가폭력에 의한 연좌제 피해 사례 분석, 국제정치연구, 21(1), 171-191.
 윤재수(1983), 연좌(緣坐)와 연좌제고(連坐制攷), 석당논총, 8, 89 - 106.
 이부하(2015), 부정청탁금지법의 위헌성 검토, 법과 정책연구, 15(3), 1003-1026.
 장영수(2006), 개정 공직자윤리법에 대한 헌법적 검토-주식백지신탁제도를 중심으로, 고려법학, 46,

57-82.

장영수(2013), 공직자윤리법에 따른 공직자 재산등록과 백지신탁제도의 법적 문제점과 개선방향, 고려법학, 70, 329-355.

최정일, 최인규(2019), 죄형법정주의를 통해 본 [부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률]의 쟁점에 대한 고찰, 대한정치학회보, 27(4), 127-141.

[신문기사]

경향신문, 1967. 1. 26. 기사. “5万名에 再生의門”

경향신문, 1971. 3. 22. 기사. “內務部 발표 連坐制 완전廢止”

경향신문, 1980. 1. 26. 기사. “新民) 改·廢試案 마련 착수”

경향신문, 1980. 8. 1. 기사. “國保委, 內務部에 계획樹立시행示達 連坐制 전면철폐”

동아일보, 1966.05.03. 기사, “連坐制 폐지 檢討”

동아일보, 1967.01.25. 기사, “連坐制 철폐”

동아일보, 1979. 5. 30. 기사. “신민당 政綱 政策 要旨”

동아일보, 1980. 9. 9. 기사. “改憲審委 의결 새憲法試案 확정”

동아일보, 1981년 5월 2일 기사(사설). “공직자윤리법”

한겨레, 1988. 11. 26. 칼럼. “아직도 살아있는 연좌제”

한겨레, 1996. 9. 2. 기사 “현대판 연좌제”.

연합뉴스, 2004년 12월 17일 기사. “행자위 ‘공직자윤리법’ 공청회”

연합뉴스, 2005년 4월 17일 기사. “공직자윤리법 쟁점과 전망”

연합뉴스, 2014년 7월 10일. 기사 “김영란법 공청회... 직무관련성·법적용범위 최대 쟁점”

투고일자 : 2020. 06. 10

수정일자 : 2020. 06. 15

게재일자 : 2020. 06. 30

<국문초록>

부패방지과 헌법상 연좌제 금지

이 승 택

모든 개인이 독립적 자아로 인식되는 가운데 인간으로서의 존엄과 가치를 인정받고, 합리적 근거 없이 법적 책임을 지우는 것을 공동체에서 근절하며, 자신의 행위에 대해서만 책임 지도록 하는 자기 책임 원칙을 확립하고자 한 연좌제 금지는 20세기 한국 사회의 중요한 시대적 요청 중 하나였다. 또한 공직자의 청렴성과 신뢰 확보 및 부패방지는 민주적 법치국가를 성립시키기 위한 필수 요건 중 하나라고 할 만큼 중요한 가치를 갖는 국가 과제이다. 연좌제와 부패방지는 각각의 내용 자체만으로 긴밀한 연관을 갖지는 않는다. 하지만 공직자 가족과 관련된 부패 문제가 지속적으로 우리 공직 사회의 부패 고리 중 하나로 지적되면서 공직자 가족에 대한 규제가 요청되었고 부패방지법제의 도입 혹은 개혁 과정에서 연좌제 논쟁이 불거졌다.

본 연구는 이러한 논쟁에 대한 헌법적 판단을 위하여 헌법상 연좌제 금지 원칙의 의미와 판단 기준을 좀 더 세밀하게 제시하였다. 그리고 이러한 판단 기준을 토대로 부패방지법상 대표적인 연좌제 논쟁의 대상인 공직자윤리법상 공직자 가족에 대한 규제와 청탁금지법상 공직자 등의 배우자에 대한 규제가 연좌제에 해당하는지에 대하여 검토하였으며 그 결과 두 제도 모두 연좌제에 해당하지 않는다는 결론에 도달하였다.

하지만 이러한 결론의 다른 측면에는 오히려 연좌제 금지라는 헌법 규범을 동원하여 공직 사회의 부패방지를 위해 더 엄격한 제도를 형성하는 것을 저해한 것으로 보이는 부분도 존재한다. 따라서 연좌제와 부패방지의 조화로운 실현을 위해서는 공직자 가족에 관한 규제가 무조건적으로 연좌제로 귀결되는 것이 아니라는 명확한 인식을 토대로 연좌제 위반에 대한 두려움을 버리고 부패방지법제를 더 세밀하게 규정할 필요가 있다.

주제어: 공직자윤리법, 부패방지, 청탁금지법, 연좌제 금지, 헌법 제13조 제3항, 자기 책임 원칙

