

기초법학의 관점에서 본 사회부패의 개념, 정당화 근거 및 정책

Begriff, Rechtfertigungsgründe und Rechtspolitik von sozialer Korruption - Aus Sicht der Grundlagen des Rechts -

양 천 수(Yang, Chun Soo)*

ABSTRACT

Die vorliegende Arbeit versucht, die Problematik von sozialer Korruption aus Sicht der Grundlagen des Rechts zu behandeln. Zunächst geht sie darauf ein, erkenntnistheoretische Probleme bezüglich des sozialen Korruptionsbegriffs zu untersuchen (II). Nach der Untersuchung der vorliegenden Arbeit bestehen im Hinblick auf den Korruptionsbegriff zwei Phänomene: zum Ersten gibt es das Phänomen, dass der Korruptionsbegriff ständig erweitert wird. Zum Zweiten besteht das Phänomen, dass die Korruption als ein eigentümlicher regulatorischer Begriff anerkannt wird. Diese Phänomene haben jedoch folgende Problematik: zunächst ist es nicht leicht, ob und wie man die Korruption aus juridischer Sicht zu definieren. Des Weiteren führen die zwei Phänomene dazu, dass es schwierig ist, einen Rechtspolitikmißerfolg von einer Korruption zu unterscheiden.

Warum ist es schwierig, den Korruptionsbegriff zu definieren? Aus erkenntnistheoretischer Sicht liefert die vorliegende Arbeit drei Gründe: zunächst sind Perspektiven der Korruption plural und verschieden. Sie kollidieren manchmal miteinander. Danach tritt das Problem auf, wie wir mit der “sozialer Gewohnheit” umgehen können und sollen. Zum Schluss sollte man berücksichtigen, dass der Korruptionsbegriff vom sozial-historischen Kontext abhängt.

Die vorliegende Arbeit will versuchen, unter Berufung auf die Rechtfertigungsgründe der Korruption die Schwierigkeit der Definition der Korruption zu lösen (III). Dazu beruft sich die Arbeit auf die “prozedurale Gerechtigkeitstheorie”, vor allem die “Diskurstheorie” von Habermas.

Schließlich liefert die vorliegende Arbeit die Richtungen einer rationalen Rechtspolitik der Korruption (IV). Sie stellt die These auf, dass die Rechtspolitik der Korruption “indirekt”, “plural” und “diskursiv” sein soll.

Key Words : Korruption(부패), Erweiterung des Korruptions Begriffs(부패개념의 확장),
soziale Gewohnheit(사회적 관행), prozedurale Gerechtigkeitstheorie(절차적 정의론),
Diskurstheorie(대화이론), diskursive Rechtspolitik(대화적 법정책)

1. 문제제기

‘사회부패’는 우리 인류가 이 지구상에 등장한 이래, 오랜 동안 인류와 함께 존재해 왔다. 일찍부터 인류는 이 사회부패가 지닌 문제의 심각성을 인식하고 있었다. 부패는

* 영남대학교 법과대학 교수 · 법학박사.

한 국가의 존립기반 자체를 흔들어 버릴 수 있기 때문이었다. 역사를 보면 금방 알 수 있듯이, 많은 국가가 전성기를 누리다가 쇠퇴기를 거쳐 멸망까지 이르게 된 배후에는, 거의 언제나 사회부패가 자리 잡고 있었다. 서구 문명의 근간을 이루었던 그 찬란한 로마제국이 멸망하게 된 것은, 게르만 민족의 침략을 받기 이전에 이미 사회부패로 로마제국의 건실한 기틀이 무너져가고 있었기 때문이었다. 이처럼 사회부패 문제는 오래 전부터 한 국가 혹은 사회가 살아남기 위해 반드시 넘어서야 할 ‘사회의 악’으로 인식되고 있었다. 이는 오늘날에도 여전히 타당하다. “형식적 합리성”에 바탕을 둔 “근대화”의 수혜를 입은 오늘날의 많은 국가들은, 민주적 법치국가 원칙을 기반으로 하여, 사회부패 문제를 해소하고자 노력하고 있다. 그러나 국가 조직 그리고 사회 곳곳에는 여전히 부패가 사회문제로서 존재하고 있는 실정이다. 그 때문에 세계 각국은 “부패인지수”(Corruption Perceptions Index) 등을 통해 개별 국가들의 ‘국가청렴도’를 측정하고 있고, 이를 통해 해당 국가가 선진 국가에 해당하는지 여부를 평가하기도 한다. 우리나라도 이미 오래 전부터 이러한 사회부패 문제를 인식하고 있었고, 이를 해결하기 위해 많은 노력을 기울여 왔다. 이러한 일환으로 지난 2001년 7월 24일에 “부패방지법”을 제정하고, 이를 토대로 “부패방지위원회”(오늘날의 “국가청렴위원회”)를 설치하여, 사회부패 문제를 해결하고자 적극적으로 노력하고 있다.

이러한 노력 덕분에 우리 사회의 사회부패 문제는 과거에 비해 많이 나아진 편이다. 그러나 서구의 선진 국가들과 비교해 볼 때, 우리는 여전히 많은 사회부패 문제를 안고 있다. 심지어 최근 발표에 의하면¹⁾, 우리의 국가청렴도는 얼마 전보다 더욱 떨어져 전체 163개국 가운데 42위라는 불명예스러운 점수를 받기도 했다. 이를 반영하듯, 요즘 들어 심심치 않게 듣게 되는 “법조비리 사건”은, 아직도 부패 문제가 우리 사회 깊숙이 자리 잡고 있음을 보여준다. 그렇다면 왜 아직도 우리 사회는 부패로 고민을 해야 하는가? 서구 “근대법”을 계수해 시행한 지도 어느덧 50여년을 넘어서었는데, 왜 아직도 우리는 ‘전근대적인’ 부패 문제를 앓아야 하는 것일까? 이러한 문제에 대해 우리는 여러 방식으로 대답할 수 있을 것이다.²⁾ 그 중에서도 경제적인 관점은 이 문제를 해결하는 데 아주 유용한 대답을 제공한다. 즉 부패는 경제적인 효율성 때문에 발생한다고 하는 것이다. 다시 말해, 법을 준수함으로써 얻는 경제적 이익보다, 부패를 저지름으로써 얻는 경제적 이익이 더 크기 때문에, 부패를 저지른다는 것이다.³⁾

그러나 사회부패 문제는 이러한 한 가지 관점만을 동원해서는 쉽게 해결할 수 없다. 부패 문제는 좀 더 복잡한 양상을 띠고 있기 때문이다. 무엇보다도 부패 개념과 관련하여 부패의 범위를 분명하게 확정하기 어렵다는 점, 부패를 바라보는 시각 사이에 모종의 불일치가 발생하고 있다는 점, 부패는 절대적인 개념이 아니라, 시간과 공간이라는

1) 지난 2006년 11월 7일 MBC 뉴스 참고.

2) 이를 치밀하게 다루고 있는 김영중, 『부패학 - 원인과 대책 -』, 숭실대학교 출판부, 1992.

3) 이러한 경제적인 관점에서 부패 문제를 종합적으로 분석하는 문헌으로 이종원/김영세, 『부패의 경제』, 해남, 2000.

측에 의존하는, 한 국가나 사회 공동체의 구성방식과 무관하지 않은 개념이라는 점 때문에, 문제는 더욱 어려워진다.

이 글은 이러한 문제의식에 입각하여, “기초법학”⁴⁾의 시각에서 부패 문제, 그 중에서도 우선적으로 부패 개념과 관련한 인식론적인 문제들을 다루려 한다(II). 그리고 나선 왜 우리가 부패를 규제해야 하는지, 부패를 법으로써 규제하는 것은 어떻게 정당화할 수 있는지 고찰하고자 한다(III). 마지막으로 부패 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 어떤 법정책을 추진하는 것이 바람직한지 간단하게 언급하려 한다(IV).

2. 부패 개념에 관한 인식론적 문제

1) 부패 개념의 확장 현상

부패 개념에 관한 인식론적 문제를 파악하려면, 먼저 일반적으로 부패 개념을 어떻게 정의하는지 살펴볼 필요가 있다. 부패 개념은 이미 다수 학자들에 의해 각기 다양하게 정의되고 있는데⁵⁾, 부패 개념을 가장 공식적으로 정의내리고 있는 것으로 일단 부패방지법을 거론할 수 있다. 부패방지법 제2조 제3호는 “부패행위”를 세 가지 유형으로 나누어 규정한다. 이에 의하면 “부패행위”란, 첫째 “공직자가 직무와 관련하여 그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위”, 둘째 “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”, 셋째 이 두 가지 경우에서 규정한 “행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위”를 뜻한다. 이러한 “부패행위”의 구체적인 예로서, 우리는 ‘정치적 부패’나 ‘뇌물수수’, ‘인사비리’ 등을 떠올릴 수 있다.

하지만 부패방지법 제2조 제3호가 규정하는 내용이 보여주는 것처럼, 부패방지법은 “부패행위”를 주로 ‘공공기관’ 혹은 ‘공권력의 남용’을 기준으로 하여 규정한다. 이러한 개념정의는 부패를 바라보는 전통적인 이해에 합치하는 것이기는 하다. 왜냐하면, “국제투명성기구”(Transparency International; 이하 “TI”로 약칭한다)나 “세계은행”은 “사적인 이익을 위한 공권력 혹은 위임된 권력의 남용”을 부패로 규정하고 있기 때문이다.⁶⁾ 그러나 이렇게 ‘공권력 남용’이라는 기준으로써 부패 개념을 설정하는 것은, 부패

4) “기초법학”이란, 실정법을 해석하고 적용하는 데 초점을 두는 실정법 해석론(법도그마틱)과 구별되는 법학의 학문분과로서, 실정법의 근거나 기초를 ‘체계비판적 인식관심’에서 다루는 것을 주된 임무로 한다. 영미에서는 이를 “Jurisprudence”라고 하고, 독일 법학에서는 이를 “Grundlagen des Rechts”라고 한다. 법철학이나 법사학, 법이론, 법사회학 등이 대표적인 기초법학에 속한다.

5) 이에 관해서는 우선 윤동호, 『국제사회의 반부패동향과 한국의 부패방지시스템 진단』, 한국형사정책연구원, 2002, 23쪽과 각주 (1)에 소개된 문헌 참고; 또한 김영중, 『부패학』, 47쪽 아래; 이종원/김영세, 『부패의 경제학』, 31쪽 아래 등 참고.

6) TI Source Book, 김찬곤 역, 『부패방지는 시스템개선으로』, TI, 1999 참고; 윤동호, 『국제

문제를 해결하는 데 그리 적절하지 않다. 왜냐하면, 사회부패는 공적 영역뿐만 아니라, 사적 영역에서도 발생하고 있기 때문이다. 가령 우월적인 지위의 대기업과 미약한 지위의 중소기업에서 볼 수 있는 경조사비용 요구, 물건 강매, 집대 강요 등은 사회의 건전한 거래관계를 파괴하는 부패행위로 볼 여지가 있다. 이러한 이유에서 부패방지법은 우리 사회에서 발생하는 사회부패 문제를 적절하고 포괄적으로 해결하는 데 미흡할 수 있다. 그 때문에 부패 개념을 더욱 확장해서, 사적 영역에서 발생하는 부패 현상까지 모두 부패 개념에 포함시켜 규제하고자 하는 견해들⁷⁾도 찾아볼 수 있는 상황이다. 이를 반영하듯, “유엔 반부패 세계계획”(The UN’s Global Programme against Corruption)은 부패를 “사적인 이익을 위한 권력 남용”으로 정의하기도 한다.⁸⁾

그런데 부패 개념을 확정하기 위한 이러한 논의에서 우리는 몇 가지 현상을 읽어낼 수 있다. 우선 부패 개념이 점차 확장되는 현상을 지적할 수 있다. 과거 부패 개념은 공공기관 혹은 공적 영역에 기반을 두고 있었다. 그렇지만 사회가 발전하고 복잡해지면서, 이제 부패 개념은 사적 영역에서 발생하는 각종 일탈행위도 포함하는 쪽으로 확장되고 있다. 만약 우리가 부패 개념을 법으로써 규제하고 통제해야 할 대상으로 본다면, 이렇게 부패 개념이 지속적으로 확장되는 현상은, 그 만큼 법이 개입해야 할 영역이 증가하고 있음을 나타낸다. 나아가 부패 개념의 확장 현상은 私益이 많은 부분 公益으로 편입되는 현상, 즉 ‘私益의 公益化’ 현상을 시사하기도 한다. 그 이유를 다음과 같이 설명할 수 있다. 공익과 사익을 구분하는 전통적인 이분론에 따르면, 공익은 국가 영역, 즉 공적 영역의 이익을 뜻하고, 사익은 사적 영역의 이익을 뜻했다. 이에 상응하게 공법은 공익을 실현하기 위한 수단으로, 그리고 사법은 사익을 실현하기 위한 수단으로 인식해 왔다. 이러한 이분론의 시각에 따르면, 부패는 전통적으로 공익을 해치는 일탈행위에 해당했다. 사익을 해치는 일탈행위는 굳이 국가가 적극적으로 개입할 필요가 없는 것으로서, 기본적으로 사적자치에 바탕을 둔 私法을 통해 충분히 해결할 수 있는 그 무엇이었기 때문이다. 그러나 사회가 복잡해지고 세분화되면서, 그리고 이에 따라 공적 영역과 사적 영역을 분명하게 구분하기 어려운 영역이 분화 · 발전되어 가면서⁹⁾, 전통적인 시각에서 볼 때 사적 영역에 해당하는 이익이 부패 개념에 포섭되는 현상이 발생하고 있는 것이다. 즉 전통적인 이분법에 따라 볼 때는 사익에 해당했던 각종 이익들

사회의 반부패동향과 한국의 부패방지시스템 진단』, 23쪽에서 다시 인용.

7) 가령 김거성, “부패방지위원회와 부패방지법 - 그 한계와 극복방안 -”, 『부패방지법과 부패방지위원회의 성과와 한계』(반부패지도 제작을 위한 제2차 토론회), 2002. 9, 22쪽; 윤종설, “청렴문화 정착을 위한 반부패기구의 제도화 방안”, 『부패방지법과 부패방지위원회 성과와 한계』(반부패지도 제작을 위한 제2차 토론회), 2002. 9, 10쪽; 윤동호, 『국제사회의 반부패동향과 한국의 부패방지시스템 진단』, 25쪽.

8) 윤동호, 『국제사회의 반부패동향과 한국의 부패방지시스템 진단』, 23쪽.

9) 이에 관해서는 G. Teubner, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, in: Zeitschrift für die Rechtssoziologie (1998), S. 10 ff.; 또한 이러한 맥락에서 전통적인 공법과 사법 모두에 해당하지 않는 새로운 법 영역으로서 “중간법”을 제시하는 이상돈, “공정거래질서와 형법정책”, 『법제연구』, 제25호; 이상돈, “부실감사책임 - 과잉규제와 탈규제 사이에”, 『규제연구』 제13권 제1호(2004) 참고.

이 그 중요성을 획득하면서, 점차 공익 개념 안으로 편입되는 현상이 나타나고 있는 것이다.¹⁰⁾ 사실 우리는 이러한 현상을 우리 주위에서 쉽게 접할 수 있다. 예를 들어, 기존에는 가장 사적인 영역으로 평가받았던 가족관계에 관한 이익이 공적인 문제로 평가받는 것이나, 회사와 소액주주라는 회사 내부의 관계를 공적인 문제로 바꾸고 있는 각종 ‘소액주주 운동’에서, ‘사익의 공익화’ 현상을 찾아볼 수 있다.

두 번째 현상으로 부패 개념이 ‘독자적인 규제 개념’으로 성장 · 정착하고 있다는 점을 지적할 수 있다. 과거 부패 개념은, 엄밀한 의미에서 볼 때, 법적인 개념이라기보다는, 도덕적 · 사회적인 개념이었다. 왜냐하면, 부패 개념이 지칭하는 많은 현상들은, 형법, 공법 등과 같은 각종 실정법이 개별적으로 규정하고 있는 것들이 대부분이었기 때문이었다.¹¹⁾ 말하자면, 부패 개념은 각종 실정법이 규제하고 있는 개념을 집합적으로 지칭하는 ‘집합개념’(Sammelbegriff)에 해당하였다. 그런 부패 개념이 지난 2001년 부패방지법이 제정됨으로써, 일종의 ‘법적인 시민권’을 획득하게 된 셈이다. 그런데 이러한 현상은 역사적 · 사회학적으로 볼 때, 그리 특별한 것은 아니라고 말할 수 있다. 우선 역사적인 견지에서 보면, 우리가 현재 사용하는 많은 법적 개념은 19세기 독일의 법학, 그 가운데서도 이른바 “개념법학”(Begriffsjurisprudenz)이 대부분 정립해 놓은 것들이라는 점을 지적할 수 있다.¹²⁾ 예를 들어, 현행 민법이 사용하고 있는 상당수 개념은, 원래부터 있던 선형적인 개념이 아니라, 독일의 법학자 사비니(F. C. v. Savigny)와 푸흐타(G. F. Puchta) 등이 정립한 것들이다. 말하자면, 모든 법적인 개념은 오랜 역사를 통해 형성된 가공개념인 것이다. 따라서 부패 개념이 새로운 규제 개념으로 자리 잡고 있다는 점은, 이러한 시각에서 볼 때 그리 새로운 것은 아니다. 또한 사회학, 특히 “체계이론”(Systemtheorie)의 시각에서 볼 때, 새로운 개념이 등장하는 것은 어찌 보면 자연스러운 현상이다. 독일의 사회학자 루만(N. Luhmann)의 체계이론에 따르면, 사회가 발전하면서 사회는 점점 복잡해지고 세분화된다.¹³⁾ 이에 따라 개념과 체계 역시 분화되면서, 기존에는 없었거나 그 중요성이 그리 크지 않았던 개념이나 영역이 등장한다. 형법학자이자 법이론가인 이상돈 교수가 제시한 “전문법”이라는 개념은, 이러한 현상이 법영역에서 어떻게 펼쳐지고 있는지 극명하게 보여주는 한 예라 할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 점에서 볼 때, 부패 개념이 새로운 규제 개념으로 성장하고 있는 현상은 당연한 것이라 할 수 있다.

10) 사법에서 문제되는 공익 문제에 대해서는 제철웅, “사적 자치와 공익의 상호관계”, 『서울대법학』 제47권 제3호(2006), 121-154쪽.

11) 예를 들어, 가장 대표적인 부패로 언급할 수 있는 ‘공무원 부패행위’에 관해 형법은 제122조 아래에서 “공무원의 직무에 관한 죄”로 규율하고 있다.

12) 개념법학에 관해서는 우선 H. Schlosser, *Gründzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg 2005, S. 151 ff.

13) 이러한 루만의 체계이론을 개관하고 있는 발터 리제 쉼퍼, 이남복 옮김, 『니콜라스 루만의 사회사상』, 백의, 2002 참고.

14) 전문법 구상은 이상돈, 『법철학』, 법문사, 2003, [6] “전문법 - 이성의 지역화된 실천” 참고.

2) 부패 개념 확장에 따른 문제점

그러나 이렇게 부패 개념이 확장되는 현상이 긍정적인 면만을 낳는 것은 아니다. 부패 개념의 확장 현상은 부정적인 면도 낳고 있다. 이를 두 가지로 말할 수 있다. 첫째는 과연 어느 범위까지 부패 개념에 넣을 것인지가 문제된다. 만약 사적 영역에서 발생하는 거의 모든 일탈행위를 부패 개념에 넣어 규제하려 한다면, 이는 오히려 얻는 것보다 잃는 것이 더욱 많게 되는 방안이 될 수 있다. 그 이유는 이렇게 사회의 모든 행위를 부패 행위로써 규율하려 할 때, 이는 일종의 “과잉규제”로 나아갈 수 있고, 그러면 “규제의 역설”¹⁵⁾로 오히려 규제는 실패로 돌아갈 수 있기 때문이다. 그렇게 되면 사회를 지탱하는 자율성 역시 파괴될 수 있다. 따라서 부패 개념을 무작정 확장하기보다는, 일정한 범위에서 합리적으로 그 개념의 폭을 조정해야 할 필요가 있다. 이 때 과연 어느 범위까지 부패 개념을 설정할 것인지 물음을 제기할 수 있는데, 이 물음은 그리 쉽게 대답할 수 없다는 데 문제가 있다.

둘째는 부패 개념이 확장되면서, 많은 경우 정책이 실패한 경우, 즉 ‘비합리적인 정책’을 펼친 경우와, 부패를 저지른 경우를 명확하게 구별하기 어렵게 되고 있다는 점이다. 예를 들어, 국가나 한 기업이 정책이나 경영을 잘못해, 정책실패나 경영실패를 야기했을 때, 부패 개념에 대한 섬세하면서 전문적인 감수성을 갖지 않은 많은 시민들 - 심지어 법 - 은 이러한 행위를 많은 경우 부패행위로 판단하는 경우를 찾아볼 수 있다. 일종의 경영실패를 판례가 배임죄로 처벌하는 것이나¹⁶⁾, 부실감사를 형법상 죄로 파악하는 것이 좋은 예가 된다.¹⁷⁾ 최근 문제가 되고 있는 정부의 부동산정책 실패에 관해, 명확한 증거 없이 정부의 부패를 문제 삼는 것도 한 예가 될 수 있다. 그러나 이렇게 ‘부패행위’와 ‘정책실패’를 분명하게 구별하지 못하면, 그 결과 책임귀속 구조가 파괴되고, 이와 더불어 예측가능성도 확보할 수 없게 된다. 왜냐하면, 정책실패나 경영실패는 많은 경우 예측하기 어려운 구조적 혹은 우연적인 요소 때문에 발생하는 경우가 많기 때문이다. 그렇게 되면, 법체계 자체가 와해되는 심각한 문제가 초래할 수도 있다. 따라서 부패 개념이 무작정 확장되는 데 합리적인 제동을 걸 필요가 있다.

3) 부패 개념 확정이 어려운 이유

위에서 우리는 ‘부패 개념의 확장’ 현상과 관련하여, 부패 개념의 합리적인 범위를 정확하게 확정하는 것이 어렵다는 점을 언급하였다. 그렇다면 왜 이것이 어려운 것일

15) 이에 관한 개괄적인 접근으로는 김영평/최병선/신도철(편저), 『규제의 역설』, 삼성경제연구소, 2006.

16) 이를 치밀하게 분석하는 이상돈, 『윤리경영과 형법』, 신영사, 2005, 27쪽 아래.

17) 이상돈, 『부실감사법』, 법문사, 2004, 특히 32쪽 아래.

까? 가장 결정적인 이유로서 ‘부패 개념에 대한 인식론적인 문제’를 거론할 수 있다고 생각한다.

(1) 부패 개념을 바라보는 관점의 다양성과 불일치

우선 부패 개념을 바라보는 관점이 다양하게 존재하고, 더 나아가 이 관점이 종종 서로 일치하지 않는다는 점을 꼽을 수 있다. 이를 우리는 철학과 사회과학에서 등장한 “참여자 관점”과 “관찰자 관점”을 원용하여 예증할 수 있다.¹⁸⁾ 여기서 참여자 관점은 어떤 행위나 단체에 참여하는 관련자들이 갖는 관점을 말하고, 관찰자 관점은 어떤 행위나 단체를 관찰자의 지위에서, 달리 말해 중립적인 위치에서 바라보는 관점을 뜻한다. 이러한 참여자 관점과 관찰자 관점을, 달리 “내부적 관점”과 “외부적 관점”으로 지칭하기도 한다. 일정한 사회 현상을 파악하는 관점이 이렇게 참여자 관점과 관찰자 관점으로 분화된다는 것에서, 우리는 사회 현상을 바라보는 시각이 다양하게 ‘분화’될 수 있음을 어느 정도 추측할 수 있다.

이러한 참여자 관점과 관찰자 관점을 원용하여 부패 개념을 파악하면, 무엇을 부패로 판단할 것인지에 대해 일종의 불일치가 발생할 수 있음을 어느 정도 발견할 수 있다. 예를 들어, 대기업과 중소기업 사이에서 볼 수 있는 경조사비용 요구 관행이나, 접대문화 등을 이 두 관점으로써 분석해 보자. 먼저 관찰자 관점에서 보면, 이러한 행위들은 일종의 사회 부패로 판단할 수 있다. 이것은 공정한 거래 혹은 경쟁을 저해하는 것으로서, 근절해야 할 그 무엇으로 볼 여지가 있다. 이와 달리 참여자 관점, 특히 대기업에 속한 관련자들의 참여자 관점을 통해 이러한 행위를 보면, 이는 거래관계에서 필연적으로 요구할 수 있는, 일종의 ‘사회적 관행’으로 판단할 여지도 있다. 중소기업 참여자들의 관점에서 보더라도, 이러한 행위는 - 억울한 면도 많이 있긴 하지만 - 거래를 하는 과정에서 어느 정도 감수해야 하는 일종의 ‘문화’로 해석할 여지도 있다. 그런데 이렇게 각 관점에 따라 부패인지 아닌지가 그리 명확하지 않은 행위들을 부패 개념으로 포섭시켜 법적으로 처벌하려 한다면, 이는 자칫 현실을 무시한 처사로 비칠 가능성이 없지 않다.

한 예를 더 들어보도록 하자. 이상돈 교수는 이 두 관점을 원용하여, “부실회계감사” 문제를 치밀하게 분석한 적이 있다.¹⁹⁾ 이상돈 교수의 연구에 따르면, 관찰자 관점에 따라 부실회계감사를 바라보는 이들은, 부실회계감사를 일종의 범죄로서 규제하고자 하는 경향을 많이 보인다. 이와 달리, 회사에 참여하는 관련자들의 관점에서 이 현상을 보면, 부실회계감사는 피하기 쉽지 않은 구조적인 문제가 된다. 요컨대, 부실회계감사 현상에 대해서는 각 관점이 대변하는 “통제 · 처벌지향적 인식관심”과 “관리 · 예방지향적 인식관심”이 서로 대립한다.²⁰⁾ 이러한 상황에서 어느 한 쪽의 관점만을 수용하여 부실

18) 참여자 관점과 관찰자 관점에 대해서는 우선 양천수, “법 영역에서 바라본 참여자 관점과 관찰자 관점”, 『안암법학』 제23호(2006), 89쪽 아래.

19) 이상돈, 『부실감사법』.

감사회계를 취급하는 것은 그리 바람직한 것이라 말하기 어렵다.²¹⁾

이처럼 부패라는 사회 현상을 바라보는 관점이나 시각은 통일되어 있지 않다. 더군다나 많은 경우 각 관점은 서로 충돌을 일으키기도 한다. 이런 근거에서 볼 때, 부패 개념을 무작정 확장시키고자 하는 것은, 부패 개념에 연관되어 있는 수범자들로부터 반발을 받을 수도 있음을 주의해야 한다.

(2) 이른바 ‘사회적 관행’ 문제

두 번째로 지적해야 할 문제로 ‘사회적 관행’ 문제를 들 수 있다. 부패의 개념과 범위를 확정할 때, 우리는 사회적 관행을 어떻게 취급해야 하는가? 이 문제를 짚고 넘어가야 하는 이유는, 우리가 한편으로는 부패라고 지칭하는 것들은, 다른 한편으로는 일종의 사회적 관행으로서 그 정당성을 주장하는 경우가 많기 때문이다. 이 문제는 위에서 살펴본 관점의 분화 및 불일치와도 관련을 맺는다. 예를 들어, 대기업이 중소기업으로부터 접대를 받거나, 경조사비용을 받는 것들은, 한편으로는 사회부패로 볼 수 있지만, 다른 한편으로는 사회적 관행으로 볼 여지도 있다. 그렇다면 이런 경우 우리는 어떻게 사회적 관행으로 어느 정도 승인 받고 있는 행위들을 무조건 배척해야 하는가? 그러나 이렇게 무조건 배척할 수만은 없는 이유가 세 가지 있다. 첫째 이러한 행위들은 한 조직이나 공동체 안에서 지속적으로 반복되어 왔다는 것이다. 둘째 이렇게 반복해서 행해지면서, 이 행위들은 사회 구성원들에 의해 어느 정도 승인을 받았다는 점이다. 셋째 사회 현상을 파악하는 관점이 다양해지면서, 이렇게 사회적 관행으로서 반복되는 행위들이 과연 부패에 해당하는지, 그것은 확고하게 타당하지 않은 것인지 판단하기 어렵게 되었다는 것이다.

사회 현실 속에서 일정한 사회적 관행이 존재하고 있을 때, 이러한 사회적 관행을 무작정 배척해서는 안 된다고 하는 요청은, 이미 다수의 법(사회)학자들이 주장을 한 적 있고, 심지어 현행 실정법 역시 부분적으로 이를 요구하기도 한다. 예를 들어, 독일의 법사회학자인 에를리히(E. Ehrlich)는 법 개념을 분석하는 과정에서, 국가가 제정한 국가법뿐만 아니라, 사회 속에서 자생한 “살아있는 법”(lebendiges Recht)도 법으로서 인정할 수 있다고 주장한다.²²⁾ 또한 현행 민법은 ‘관습법’을 法源으로 인정할 뿐만 아니라(민법 제1조)²³⁾, 선량한 풍속이나 강행법규에 반하는 않는 “사실인 관습” 역시 법률

20) 이상돈, 『부실감사법』, 5쪽 아래.

21) 이와 비슷한 문제현상으로서 ‘증권거래에서 내부자거래 문제’, ‘이자제한 문제’, 아파트 건설에서 ‘분양원가공개 문제’, ‘개발이익환수 문제’ 등을 거론할 수 있다. “참여자 관점”에서 이러한 문제들을 다루고 있는 최근 문헌으로 김남근, “부동산 문제를 중심으로 한 양극화에 대한 법적 대응”, 『한국 사회의 양극화와 법적 대응』(2006년 법과사회이론학회 추계학술대회 자료집)(2006. 11.); 이현옥, “채무 문제를 중심으로 한 양극화에 대한 법적 대응”, 『한국 사회의 양극화와 법적 대응』(2006년 법과사회이론학회 추계학술대회 자료집)(2006. 11.)

22) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig 1913.

23) 이는 스위스 민법 제1조에서 비롯한다. 양창수, “법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론 - 크라머의 『법학방법론』 -”, 『민법연구』 제6권, 박영사, 2001, 12쪽.

행위를 해석하는 데 대한 기준으로 인정하기도 한다(민법 제106조). 물론 민법 규정이 분명하게 시사하는 것처럼, 만약 관행이 실정법 체계에 반하거나 “선량한 풍속 기타 사회질서”에 반하는 경우에는 원용할 수 없다. 그러나 문제는, 우리가 사회적 관행이라고 일컫는 행위들에 대해서는 - 관점의 불일치 때문에 - 쉽게 그것이 위법한 것이라고 말하기 어렵다는 것이다.

위와 같은 이유 때문에, 만약 우리가 사회적 관행이라고 부르는 것들을 손쉽게 사회부패로 낙인찍으려 한다면, 이는 수범자들의 반발을 불러일으키는 처사가 될 가능성이 있다. 이러한 이유에서 부패 개념을 사적 영역에서 지속적으로 확장시키려는 움직임은 어려움을 겪는다.

(3) 부패 개념의 사회적·역사적 구조 의존성

세 번째 가장 결정적인 이유로서 부패 개념이 사회적·역사적 구조에 의존하는 일종의 ‘유동적’ 개념이라는 점을 언급할 필요가 있다. 해석학적 법이론이나 현대 다수의 언어이론이 제시한 것처럼, 언어적 개념의 의미내용은 존재론적으로 미리 확정되어 있지 않다.²⁴⁾ 언어 개념의 의미내용은 사회적·역사적 맥락에 의존하는 유동적인 그 무엇이다. 그러므로 언어로 구성되는 각종 개념 역시 이러한 운명에서 벗어나기 힘들다. 부패 개념 역시 마찬가지다. 부패라는 개념이 지시하는 의미내용은, 공동체 혹은 사회가 처해 있는 역사적·구조적·의사소통적 맥락에 의해 그때그때 구성된다. 예를 들어, 첩을 두는 행위는 오늘날의 시각에 따르면 “선량한 풍속 기타 사회질서”에 반하는 것이지만, 과거에는 일종의 사회적 관행으로서 승인되는 경우가 많았다. 반대로 “동성결혼”은 과거에는 허용할 수 없는 금기행위였지만, 오늘날 점점 허용되는 사회적 행위로서 취급받고 있는 실정이다.²⁵⁾

이러한 상황은 형법상 범죄에서도 마찬가지로 찾아볼 수 있다. 형법상 범죄를 결정하는 데 가장 중요하게 작용하는 기준은 “법익” 개념이다. 여기서 법익은 ‘형법으로 보호할 만한 이익’이라고 정의할 수 있는데, 이런 법익을 침해하는 것이 곧 형법에서 말하는 ‘실질적인 범죄’가 된다. 범죄란 법익을 침해하는 사회적 일탈행위이다. 그런데 발표자는 다른 연구에서 이 법익 개념은 일종의 해석학적 개념으로서 사회와 역사라고 하는 맥락에 의존하는 것임을 논증한 바 있다.²⁶⁾ 사정이 그렇다면, 형법상 범죄 역시 선형적으로 확정되어 있는 개념이 아니라, 그때그때의 시간과 공간에 의존하는 유동적인 개념인 셈이다.

이처럼 사회적 일탈행위인 부패 그리고 범죄는 미리 확정되어 있는 개념이 아니다.

24) 이를 치밀하게 논증한 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 53쪽 아래.

25) 이를 법사회학의 관점에서 분석하는 오정진, “동성결합과 결혼체계의 자체생산”, 『성균관법학』 제18권 제1호(2006), 277쪽 참고.

26) 양천수, “형법상 법익 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성”, 『고려법학』 (2006)(발간예정) 참고.

그것은 우리가 그때그때의 상황에 따라 구체화해야 할 개념이다. 바로 이런 근거에서 부패 개념을 확정하는 작업은 어려울 수밖에 없다.²⁷⁾

3. 부패 규제의 정당화 근거

1) 필요성

위에서 우리는 한편으로 부패 개념의 확장 현상을 지적하면서, 다른 한편 부패 개념을 합리적으로 설정하고자 하는 시도가 왜 어려운지 인식론의 견지에서 검토하였다. 이러한 분석이 타당하다면, 우리는 부패 개념을 규정하고, 이를 법으로써 규제하려는 노력을 포기해야 하는가? 그러나 부패 개념의 범위를 합리적으로 설정하는 것이 어렵다고 해서, 이것이 곧 부패 개념을 법으로써 규제할 수 없음을 뜻하는 것은 아니다. 그 범위가 유동적이기는 하지만, 우리는 우리 사회체제 전반을 좀먹을 수 있는 부패 개념이 있다는 점을 부인할 수 없다. 그러면 그런 부패 개념을 우리는 어떻게 인식하고 구체화할 수 있는가? 이 문제를 해결하기 위한 방안으로 발표자는 부패 개념을 직접 규정하려는 것 대신, 다른 우회적인 방안을 선택하려 한다. 그것은 부패에 대한 법적 규제의 정당화 근거를 밝힘으로써, 부패 개념의 합리적인 범위를 확정하는 방안이다. 그것이 가능한 이유는 무엇인가? 어디까지 부패로 볼 것인가 하는 문제는, 왜 우리는 일정한 사회적 일탈현상을 부패로 보아야 하는가 하는 문제와 연관되어 있기 때문이다. 이는 아래에서 더욱 상세하게 논증하기로 한다.

2) “절차적 정의론”을 통한 정당화 시도

왜 우리는 일정한 사회적 일탈행위를 부패로 규율하면서, 이를 규제하고자 하는가? 우리는 무엇 때문에 부패를 근절해야 하는가? 이에 대해서는 여러 가지 이유를 들 수 있겠지만²⁸⁾, 여기서 발표자는 “正義”를 키워드로 제시할까 한다. 즉 부패는 그것이 우리 사회 공동체를 지탱하는 데 기초가 되는 정의를 침해하는 것이기 때문에, 우리는 이 부패를 규제해야 하는 것이다.

그런데 문제는 정의라는 기준이 그리 분명한 것은 아니라는 것이다. 법철학과 사회철학의 연구 성과를 일별하면 알 수 있듯이, 정의에 대한 이론인 정의론은 아주 다양하게 전개되어 왔다. 여기서 이러한 다양한 정의론 모두를 상세하게 검토할 수는 없다. 따라서 여기서는 발표자가 취하는 정의론인 “절차적 정의론”²⁹⁾, 그 중에서도 하버마스

27) 이와 유사한 맥락에서 김영중, 『부패학』, 199쪽은 다음과 같이 말한다: “(· · ·) 엄격하게 말한다면 부패의 개념의 실체는 사회과학의 철학적 접근과 사회의 구조적 성격과 특징에 따라서 다르고 사회적 변동의 정도에 따라서도 그 접근과 방법이 다를 수 있다.”

28) 이에 관한 상세한 내용은 이종원/김영세, 『부패의 경제학』, 123쪽.

(J. Habermas)가 제시한 “대화이론적 정의론”에 따라 정의를 어떻게 파악할 수 있는지 검토하고자 한다.³⁰⁾

독일의 사회철학자인 하버마스는 정의 개념을 일종의 절차적인 개념으로 파악한다. 하버마스에 따르면, 정의는 존재론적으로 확정되어 있는 개념이 아니라, 일정한 절차과정을 통해 발견하는 개념이다. 따라서 하버마스에 따르면, 정의 그 자체가 아니라, 정의를 발견해가는 절차조건이 더욱 중요한 의미를 갖게 된다. 그러면 우리는 어떻게 정의를 절차적으로 발견할 수 있을까? 이에 대한 대답으로 하버마스가 내놓는 것이 “대화원칙”(Diskursprinzip)이다. 이를 하버마스는 다음과 같이 말한다.³¹⁾

“행위규범은 그것이 합리적 대화에 참여하는 모든 가능한 관련자들로부터 동의를 얻을 수 있는 것인 한에서만 타당하다.”

여기서 하버마스는 정당한 행위규범을 발견하기 위한 원칙으로 대화원칙을 언급한다. 이러한 대화원칙은 정의를 발견하기 위한 원칙으로도 이해할 수 있다. 즉 이에 따르면,

“어떤 이념이 합리적 대화에 참여하는 모든 가능한 관련자들로부터 동의를 얻을 수 있는 것이라면, 우리는 이 이념을 정의라고 말할 수 있다.”

여기서 알 수 있듯이, 대화원칙에서는 합리적 대화과정을 통한 동의가 가장 핵심적인 표지이다. 여기서 합리적 대화란 모든 가능한 참여자들이 자유롭고 평등하게, 일체의 외적인 장애 없이 논증적인 대화 과정에 참여하여 자신의 주장을 펼치고, 이에 대해 논증하거나 근거를 제시하는 과정을 지칭한다. 한편 하버마스에 따르면, 이러한 대화원칙은 법 영역에서는 “민주주의 원칙”으로 전환된다. 이 민주주의 원칙³²⁾에 따르면,

“법률은 그것이 법적으로 짜인 대화적 법정립 절차에서 모든 법동료들로부터 동의를 받을 수 있는 것인 한에서만 정당한 효력을 주장할 수 있다.”

이렇게 대화원칙과 민주주의 원칙을 통해 우리는 정의 혹은 정의로운 법규범을 발견할 수 있다. 그러나 여기서 우리는 다음과 같은 물음을 던질 수 있다. 대화원칙에서 강조하는 합리적 대화는 구체적으로 어떻게 실현할 수 있는가? 이에 대해 하버마스는 “이상적 대화상황”이라는 조건을 제시하는데³³⁾, 이는 다음 두 가지로 요약해서 말할 수 있다. 첫째는 자유롭고 평등한 참여와 토론이고, 둘째는 이러한 자유롭고 평등한 참여와 토론을 가능케 하는 절차적 의무이다. 만약 우리가 이 두 조건을 최대한 지키면서 논증적 대화에 임한다면, 우리는 합리적 대화를 가능하게 할 수 있고, 또 이를 통해 정의를 발견할 수 있다.

29) 개괄적인 설명으로는 윤재왕, “법적 논증이론과 절차적 정의”, 『법과 사회』 제5권(1992), 213쪽 아래 참고.

30) 하버마스의 이론에 대해서는 이상돈/홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000, 103쪽 아래.

31) J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1994, S. 138.

32) J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 141.

33) J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, in: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M. 1984, S. 177-178.

여기서 우리는 정의가 무엇인지 어느 정도 구체화할 수 있다. 즉 절차적 정의론에 따르면, 정의란 합리적 대화과정이라고 하는 절차를 통해 발견해 나가는 그 무엇이다.

위에서 우리는 절차적 정의론을 원용하여, 정의가 무엇인지 구체화하였다. 그리고 이렇게 합리적 대화과정을 통해 구체화되는 정의를 사회적 일탈행위인 부패가 침해하기 때문에, 이러한 부패를 규제하는 것이 정당화된다고 하였다. 그런데 이러한 절차적 정의론은 부패 개념을 확정할 때도 의미 있는 기준으로 사용할 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 부패란 일종의 사회적 일탈행위이다. 부패란 우리가 정의로운 것으로 받아들일 수 없는 그 무엇이다. 즉 부패란 정의에 반하는 사회적 일탈행위이다. 여기서 우리는 아래와 같은 명제(a)를 도출할 수 있다.

명제(a): 부패란 정의에 반하는 사회적 일탈행위이다.

그런데 우리가 절차적 정의론을 수용하면, 정의 그 자체보다는 정의를 발견하는 데 기초가 되는 절차조건이 더욱 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면, 정의는 이러한 절차과정을 통해 발견해 나가는 것인데, 만약 이러한 절차과정 자체가 왜곡되면, 우리는 정의를 올바르게 발견할 수 없기 때문이다. 사실이 그렇다면, 명제(a)는 아래와 같은 명제(b)로 바뀌 말할 수 있다.

명제(b): 부패란 정의 혹은 정의를 발견하는 데 기초가 되는 절차조건을 침해하는 사회적 일탈행위이다.

한편 우리는 합리적 대화를 가능케 하는 절차조건으로서 핵심적인 두 가지를 위에서 언급하였다. 그것은 첫째 자유롭고 평등한 참여와 토론이고, 둘째 이러한 자유롭고 평등한 참여와 토론을 가능케 하는 절차적 의무이다. 이 두 요건을 명제(b)에 대입하면, 우리는 아래와 같은 명제(c)를 도출할 수 있다.

명제(c): 부패란 정의 혹은 정의를 발견하는 데 기초가 되는 두 절차조건, 즉 자유롭고 평등한 참여와 토론 그리고 이러한 자유롭고 평등한 참여와 토론을 가능케 하는 절차적 의무를 침해하는 사회적 일탈행위이다.

바로 위의 명제(c)에서 우리는 부패 개념을 어떻게 확정해야 하는지 한 가지 방향을 얻을 수 있다. 이에 따르면, 우리는 다음과 같이 부패 개념을 확정할 수 있다.³⁴⁾

우선 정의 그 자체를 침해하는 것은 부패가 된다. 여기서 정의는 합리적 대화를 통

34) 우리는 이러한 부패 개념을 ‘절차적 부패 개념’이라고 말할 수 있다.

해 발견한 그 무엇을 말한다. 법의 영역에서 보면, 이러한 정의는 민주주의 절차를 통해 제정된 법규범이 담아내고 있는 이념이라고 말할 수 있다. 따라서 부패는 일단 법규범이 규정하고 있는 각종 명령이나 요청 등을 침해한 것이라고 말할 수 있다. 그러나 여기서 주의해야 할 점은, 현실적으로 민주주의 절차 자체가 완벽할 수는 없기 때문에, 이를 통해 제정된 법규범도 완전하게 정의로울 수는 없다는 것이다. 따라서 법규범이 규정하는 명령이나 요청을 침해한 것이 곧 부패라고 하는 명제는 잠정적인, 즉 “반증 가능한” 것이라 할 수 있다.

나아가 합리적 대화를 가능하게 하는 절차조건을 침해하는 경우, 우리는 이러한 행위를 부패라고 말할 수 있다. 즉 자유롭고 평등한 참여를 침해하는 행위는 절차조건을 침해하는 행위로서 부패라 말할 수 있다.³⁵⁾

그렇다면 이렇게 절차적 정의론에 따라 확정한 부패 개념이 어느 정도 타당할 수 있는지 검증해 보도록 한다. 우선 가장 전통적인 부패라 할 수 있는 ‘뇌물죄’를 예로 분석해 본다. 뇌물죄를 부패로 파악하는 이유는 여러 가지로 말할 수 있다.³⁶⁾ 그렇지만 절차적 정의론의 시각에서 보면, 뇌물을 주는 행위는 다른 참여자가 자유롭고 평등하게 국가 행정에 참여하는 것을 침해하기 때문에, 말하자면 합리적 대화를 가능케 하는 절차조건을 침해하기 때문에, 부패라 말할 수 있다. 그 밖에 각종 정치적 부패나 인사비리 등도 이러한 절차적 부패 개념에 따라 이해할 수 있다. 그렇다면 사적 영역에서 발생하는 각종 일탈행위는 어떻게 파악할 수 있는가? 예를 들어, 각종 ‘배임행위’나 ‘배임수증’ 같은 행위도 자유롭고 평등한 참여를 저해하는 행위로 볼 여지가 있다.

물론 이러한 절차적 부패 개념도 반드시 명확한 기준을 제시한다고 말하기는 쉽지 않다. 왜냐하면, 절차조건 그 자체도 더욱 구체화해야 할 필요가 있기 때문이다. 사실 “자유롭고 평등한 참여”라는 요소 그 자체도 상당히 추상적인, 따라서 모호한 개념이다.³⁷⁾ 이러한 이유에서 부패 개념을 확장할 때 다음과 같은 단계적인 방법을 쓸 필요가 있다고 생각한다. 우선 현행법이 범죄나 제재대상으로 규제하고 있는 행위는 일단 부패로 인정할 수 있을 것이다. 왜냐하면, 그것은 정의 그 자체를 침해한 것이기 때문이다. 그리고 아직 확실하게 범죄로 규정하지 않았거나, 혹은 범죄나 제재대상으로 규정하기는 했지만 논란이 심한 경우에는, 이러한 일탈행위가 절차적 부패 개념에서 말하는 절차조건을 침해하는 경우에만 부패로 보는 것이다. 이러한 점에서 보면, 구조적인 문제에서 비롯한 정책실패, 가령 요즘 문제되는 부동산 정책실패 등은, 그것이 이러한 절차

35) 여기에는 ‘정보제공의 평등’도 포함시킬 수 있다고 생각한다. 왜냐하면, 각종 정보가 넘쳐나고, 어떤 행위를 하기 위해서는 다양한 정보를 필수적으로 갖고 있어야 하는 현대 정보화 사회에서는, 자유롭고 평등한 참여를 가능하게 하기 위해서 ‘평등한 정보제공’이 반드시 전제가 되어야 하기 때문이다.

36) 형법학에서는 뇌물죄가 “국가기능의 공정성”이라는 법익을 침해한다는 근거에서 범죄로 파악한다. 더욱 구체적으로 말하면, 뇌물죄는 공무원이 수행하는 “직무행위의 불가매수성”을 침해하기 때문에 범죄로 인정된다. 배종대, 『형법각론』, 제6전정판, 홍문사, 2006, 813쪽.

37) 이러한 측면에서 대기업과 중소기업 사이에서 볼 수 있는 각종 접대나 경조사비용 요청이 “자유롭고 평등한 참여”나 “공정한 경쟁”을 침해하는 행위라고 분명하게 말하기 쉽지 않다.

조건을 침해한 것이 아닌 한, 부패라고 말하기 어렵다.

3) 법경제학에 따른 정당화

위에서 우리는 부패 개념을 절차적 정의론에 따라 규정하였다. 그런데 이러한 개념 정의는 요즘 새로운 법학방법론으로 부각되고 있는 법경제학의 시각과도 상응하는 점이 있다.³⁸⁾ 법경제학은 법적 규제의 정당성 근거로서 경제학적 분석을 동원한다. 예를 들어, 이자를 법으로써 규제한다고 했을 때, 법을 통해 얻는 이익이, 법을 통해 규제할 때 발생하는 비용이나 “외부효과”보다 큰 경우에만 이자에 대한 법적 규제를 허용하는 것이다. 이러한 법경제학은 시장의 자율성을 그 전제로 한다. 만약 우리가 시장의 자율성을 보장할 수 있다면, 자율적인 시장 안에서 작동하는 “보이지 않는 손”에 의해 우리는 “최대다수의 최대행복”을 누릴 수 있다는 것이다. 따라서 법은 이러한 시장의 자율성을 저해하는 행위를 규제해야 한다.

이렇게 법경제학이 강조하는 전제를 우리는 달리 “공정한 경쟁”이라고 말할 수 있다. 즉 법경제학에 따를 때 법이 필요한 이유는, 시장에서 펼쳐지는 공정한 경쟁을 저해하거나 침해하는 행위를 법으로써 규제해야 하기 때문이다. 그렇다면 법경제학의 시각에서 부패는 어떻게 말할 수 있을까? 부패는 자유롭고 평등한 참여를 침해하는 행위이다. 즉 그것은 자유롭고 평등한 참여를 전제로 하는 시장의 자율성을 침해하는 것이다. 달리 말해, 부패는 법경제학에서 강조하는 “공정한 경쟁”을 침해하는 행위이다. 그러므로 시장이 자율적으로 작동할 수 있도록 우리는 부패를 법으로써 규제해야만 한다. 그렇게 하는 것이 “최대다수의 최대행복” 혹은 “파레토 최적”을 달성할 수 있는 길이기 때문이다.

4. 부패에 대한 법정책의 방향

지금까지 우리는 “절차적 정의론”에 따라 부패 개념을 어떻게 확정할지, 왜 우리는 이 부패를 법으로써 규제해야 할 필요가 있는지 살펴보았다. 마지막으로 부패를 법으로써 규제하고자 할 때, 어떤 규제방향을 택해야 할지, 즉 부패에 대한 법정책을 합리적으로 추진하려면, 어떤 기본방향을 선택해야 할지 개괄적으로 다루도록 한다. 아울러 부패에 대한 법정책을 추진하는 과정에서 “국가청렴위원회”는 어떤 역할을 맡아야 할지에 대해서도 간단하게 언급하도록 한다.

38) 법경제학에 관해서는 박세일, 『법경제학』, 개정판, 박영사, 2000; Jeffrey L. Harrison, 명순구 역 『법경제학』, 세창출판사, 2006; 박세일/김일중 (공편), 『법학과 법집행』, 법문사, 2001.

1) 법정책의 방향

부패에 대한 법적 규제를 합리적으로 추진하려면, 어떤 법정책을 추진해야 할까? 우선 직접적이고 과도한 규제방식은 피해야 할 필요가 있다. 그 이유를 두 가지 차원에서 제시할 수 있다. 첫째는 인식론적인 차원에서 “규제의 역설”이 발생할 수 있다는 점이고, 둘째는 집행의 차원에서 직접적이고 과도한 부패 규제는 자칫 “집행결손”을 낳을 수 있다는 점이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는, 직접적인 규제보다는 “간접적인 조종”을 통해 부패 문제를 조종하려고 하는 것이 더욱 바람직하다.³⁹⁾ 여기서 간접적인 조종을 한다는 것은, 부패 문제를 국가가 직접 규율하고 통제하기보다는, 사회의 각 관련자들이 자율적으로 부패 문제를 규율 · 통제하도록 하고, 국가는 이렇게 부패 문제를 자율적으로 해결할 수 있도록 법적 테두리를 마련하는 데 그 임무를 두어야 한다는 것을 뜻한다.⁴⁰⁾

나아가 획일적인 법정책보다는 ‘다원적인 법정책’을 추진하도록 해야 한다. 여기서 다원적인 법정책이란 부패를 규제할 때 선택하는 수단을 다원적으로 마련해야 한다는 점을 뜻한다. 이 방안은 위에서 언급한 간접적인 조정과 맥락을 같이 한다. 즉 국가는 부패를 규제하기 위해 처벌 일변도의 규제수단을 선택하기보다는, 먼저 각각의 사회 영역이 부패 문제를 자율적으로 해결할 수 있도록 하는 수단을 선택해야 한다. 자율적으로 문제를 해결하는 데 실패하는 경우에도, 일종의 구조정책을 통해 부패 문제를 근원적으로 해결할 수 있도록 해야 한다. 이 방안도 실패한 경우에 비로소 형사처벌 같은 직접적인 규제방안을 투입해야 하는 것이다. 요컨대, 각각의 상황에 적합하게 규제 및 조종수단을 선택함으로써, 수범자들이 수긍할 수 있는 부패 규제 정책을 추진해야 한다.

마지막으로 대화적인 법정책을 추진해야 할 필요가 있다. 여기서 대화적인 법정책이란 부패 개념을 설정할 때나 부패에 대한 규제수단을 선택할 때, 가능한 한 관련자들이 자유롭고 평등하게 참여 · 토론할 수 있도록 하고, 이를 통해 부패 개념 및 수단선택에 관해 최대한의 “관점교환”이 이루어질 수 있도록 제도적으로 보장해야 한다는 것을 말한다. 물론 여기서 주의해야 할 점은, 이러한 참여 · 토론과정을 부패에 대한 전문적인 지식이 없는 문외한이 단순하게 주도해서는 안 된다고 하는 점이다. 부패 문제를 통제하기 위한 법적 대화가 성공할 수 있으려면, 부패에 대해 전문가적인 지식을 갖고 있는 관련자들이 참여할 수 있도록 해야 한다. 이런 점에서 보면, 부패를 규제하기 위한 법적 대화는 “전문가적인 대화”가 되어야 한다.⁴¹⁾

39) “간접적인 조정”을 체계적으로 정립하고 있는 G. Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt/M. 1984, S. 334.

40) 이러한 “간접적인 조정” 정책은 “경조사비용 요청”이나 “집대문화”처럼, 부패인지 여부를 분명하게 확정할 수 없는 경우에 유용하게 적용할 수 있는 정책이라 할 수 있다.

41) 전문가적인 대화에 관해서는 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 299쪽 아래.

2) 국가청렴위원회의 역할

위에서 우리는 부패에 대한 합리적인 법정책을 추진하기 위해, 간접적인 조정 중심의 법정책, 다원적인 법정책, 대화적인 법정책을 그 방향으로 제시하였다. 그렇다면 이러한 상황에서 국가청렴위원회는 어떤 역할을 수행해야 할까? 이 문제는 아주 중요한 문제이고, 또 그 동안 이에 대한 연구가 진행되기도 하였다.⁴²⁾ 그렇지만 이를 여기서 상세하게 다룰 수는 없다. 여기서 발표자는 이상돈 교수가 국가인권위원회(인권위)에 대해 부여한 지위, 즉 “인권위는 국가(특히 법무부)와 시민사회 사이에 자리잡고, 인권위의 활동은 인권담론과 공론형성의 촉매제로 기능하는 것이어야 한다”⁴³⁾는 지위를 그대로 국가청렴위원회에게 부여할 수 있다고 생각한다. 이는 곧 국가청렴위원회가 간접적이고 다원적인 부패 법정책을 추진하는 데 중심적인 역할을 수행해야 하고, 이 때 국가청렴위원회는 부패에 관여하는 각 “국가기관들 사이의 법적 대화를 촉진시키는 ‘의사소통촉매기능’”⁴⁴⁾을 수행하는 역할을 맡아야 함을 뜻한다.

참고문헌

- 강현호, “독일의 법조인양성시스템의 개혁”, 『한국법학교육과 법조실무의 국제경쟁력 - 도전과 응전』 (2004년 제4회 한국법률가대회 발표자료), Session IV: 법학교육의 국제적 시각.
- 김기창, “영국의 법조인 양성 및 선발제도 개관”, 『한국법학교육과 법조실무의 경쟁력 - 도전과 대응』 (2004년 제4회 한국법률가대회 발표논문집).
- 김기창, “법학전문대학원(가칭)의 구성과 운영”, 『안암법학』 제20호(2005).
- 김병기, “독일의 법조인양성제도와 ‘Trier 주법무장관회의’를 중심으로 한 개혁 논의”, 『공법연구』 제30집 제3호(2002. 2.).
- 김영환, “법적 논증이론의 전개과정과 그 실천적 의의”, 한국법철학회 편, 『현대법철학의 흐름』, 법문사, 1996.
- 김인현, “지정토론문(I)”, 『안암법학』 제20호(2005).
- 김정오, “법조인양성제도의 개혁 : 법학교육의 소프트웨어를 중심으로”, 『법과 사회』, 2003년 상반기 제24호.
- 김창록, “사개추위 초안의 구조적 문제점”, 『법과 사회』, 2005년 상반기 제28호, 9쪽 아래.
- 박강우, “미국 법학교육의 과거의 현재”, 『법과 사회』 2005년 하반기 제29호.
- 박종보, “법학전문대학원법안의 설치 · 운영상 문제점”, 『법과 사회』, 2005년 상반기 제

42) 가령 홍현선, “부패방지법과 부패방지위원회의 역할” 『형사정책연구』 제13권 제2호(2002), 5-28쪽.

43) 이상돈, 『인권법』, 세창출판사, 2005, 195쪽.

44) 이상돈, 『인권법』, 241쪽.

- 28호, 29쪽 아래.
- 방승주, "'2003 법조인양성개혁법'에 따른 독일의 사법시험제도", 『서울대학교 법학』, 제45권 제4호(2004. 12.).
- 신창섭, "미국의 로스쿨과 법학교육", 『안암법학』 제20호(2005), 34쪽.
- 양창수, "예링의 사비니 추도문", 양창수, 『민법산책』, 박영사, 2006.
- 양창수, "법적 사고의 구체적 전개 - 사법시험 채점소감 -", 양창수, 『민법산고』, 박영사, 1998.
- 양창수, "법학교육의 문제점 - 민법교수의 입장에서 -", 양창수, 『민법연구』 제4권, 박영사, 1997.
- 이근관, "영국의 '사법시험'제도에 관한 고찰", 『서울대학교 법학』, 제45권 제4호(2004. 12.).
- 이상돈, 『법철학』, 법문사, 2003.
- 이상현, "지정토론문 (2)", 『안암법학』 제20호(2005).
- 이시우, "독일의 법학교육의 현황과 전망", 『고시계』 (1995. 6.).
- 이응세, "지정토론문 (1)", 『안암법학』 제20호(2005).
- 최갑선, "독일 법학교육의 내용과 방법", 『법과 사회』 제12호(1995).
- 최광준, "독일의 법학교육", 『법과 사회』 제9호(1994).
- 한상희, "법학전문대학원의 교육방향 및 교육과정", 『법과 사회』, 2005년 상반기 제28호.
- R. v. Jhering, 양창수 역, "다시 지상에서 - 어떻게 개선할 것인가?", 『서울대학교 법학』 제39권 제3호(1998. 11.).
- 프레데릭 헨리 로슨, 양창수/전원열 역, 『대륙법입문』, 박영사, 1994.
- Der Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft (Hrsg.), *Kommentiertes Vorlesungsverzeichnis: Johann Wolfgang Goethe-Universität*, Sommersemester 2005.
- Gilles/Fischer, Juristenausbildung 2003, in: *NJW* (2003).
- Luhmann, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974.
- Möllers, Thomas M. J., *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 2. Aufl., München 2002.
- Schlosser, H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10. Aufl., Heidelberg 2005.

저자약력 : 저자 양천수는 독일 프랑크푸르트 대학에서 법학박사학위를 취득했고, 현재 영남대학교 법과대학 교수로 재직중이다. 주요논문으로는 “법존재론과 형법상 행위론”, “개념법학과 이익법학을 넘어서는 법도그마틱 구상”, “법문화와 처분 불가능성” 등이 있다.