

I. 총 론

사실상 행정부패(혹은 공무원 부패)에 대한 법적 대응에 관한 연구는 그렇게 많지 않은 실정이다. 그것은 그 동안 행정부패를 법적인 측면에서 보다는 윤리(개인 혹은 사회수준의 윤리)적인 측면 혹은 정치적인 측면에서 접근하였기 때문이다. 이러한 시각에서의 행정부패에 설명력은 나름대로 상당히 높다고 할 수 있지만, 문제는 분석의 결과로서 그러면 과연 어떠한 처방을 제시할 것인가에 대해서는 막연하고 추상적인 결론을 제시하였을 뿐 보다 실효성있고 구체적인 대안의 제시에는 한계가 있었다. 이와 같은 면에서 행정부패에 대한 법적 접근은 매우 의미있는 것이며, 또한 앞으로 지속적인 연구가 필요하다고 할 수 있다.

또한 이러한 행정부패를 최근에 빈번하게 발생하고 있는 집단분쟁의 문제와 연계시킨 시도는 현실문제에 대하여 무관심하고 등한시하는 학자들에게 많은 시사점을 던져주고 있다는 점에서 매우 긍정적인 의미를 지니고 있다.

이와 같은 박정훈 교수의 시도에 공감하며, 보론의 차원에서 몇 가지 추가논의를 하고자 한다.

II. 부패와 범죄의 관계에 대한 조명 필요

부패(corruption)와 범죄(crime) 양 개념을 일반적으로 혼용하여 사용하고 있으며, 구별에 따른 실익이 별로 없는 경우도 많다. 그러나 논리구성의 측면에서 구별의 필요성도 존재한다. 특히 이것은 형법의 문제와 밀접하게 관련되기 때문이다. 행정 혹은 공무원 부패에 대한 논의는 형법상의 공무원 범죄에 대한 논의 이상의 것을 포괄하는 것이기 때문이다. 즉 부패의 의미를 광의와 협의의 다양한 수준으로 이해할 수 있지만, 그래도 그 핵심은 공공성 혹은 윤리성의 문제이다. 즉 형법상의 범죄로서 부패를 전부 포괄할 수는 없기 때문이다.

따라서 논문에서 언급하는 것처럼, 법과 윤리성, 공공성의 문제는 사소한 것 같지

* 釜慶大學校 行政學科 教授

만 부패와 범죄의 관계를 어떻게 의미지우느냐에 따라 상당부분 해결될 수 있을 것 같다. 예를 들어서 honest corruption(正直한 瀆職)을 예로 들 수 있다. 특정한 자리에 있어서 지득한 정보를 매개로 이익을 취하였을 경우, 이에 대한 처벌의 문제이다.

따라서 부패와 범죄의 의미에 대한 논의가 매우 필요하다. 이것은 단순한 사전적인 논의가 아니라 가치, 윤리, 법의 문제가 되기 때문이다.

III. 부패에 대한 행정학적, 법학적 이해의 문제

공공부문의 부패, 즉 행정부패문제를 논의함에 있어서 행정학의 입장과 법학의 입장에 정리가 필요하다. 행정학과 법학의 구분에 대한 논의 자체가 매우 분분한 것이 사실이기는 하지만, 현실적으로 각기 다른 입장을 지니고 있는 것이 사실이다. 예를 들어서 행정학에서의 부패에 대한 인식은 윤리적인 측면을 강조하고 포괄적인 반면에, 법학의 측면에서는 상대적으로 법리적 해석을 강조하고 미시적이라고 할 수 있다.

문제는 이러한 양자의 입장을 어떻게 수렴시킬 것인가 하는 것이다. 예를 들어서 정부가 들어설 때마다 사정의 한파가 예외없이 몰아쳤는데, 이 때 부패에 대한 칼은 법에 의하여 이루어지고 있다. 그런데 문제는 이에 대하여 많은 공무원들이 제대로 수긍하지 않고 있다는 것이다. 즉 법의 작용에 문제가 있다는 것이다.

행정의 작용이 적극적인 것보다는 소극적인 것이, 잘못되었을 경우 법의 적용을 받을 가능성이 적고, 이것은 부패문제에 있어서도 예외는 아니다.

IV. 공개의 문제

공개성의 문제는 행정학에서도 핵심의 문제이다. 수많은 행정학자들, 시민들이 공개를 주장하고 있다. 공개 자체가 중요한 것이 아니라, 공개를 담보로 행정의 책임성을 직·간접적으로 확보할 수 있기 때문이다.

그런데 문제는 행정청의 역할이 이러한 문제에 있어서는 딜레마에 빠져 있다는 것이다. 즉 행정청은 주어진 규정, 절차, 기준(물론 공정하고 타당하고 합리적으로 결정된 것을 전제로)에 따라서 정책을 결정, 집행하며, 따라서 최종적인 결정 이전의 공개는 관련 이해당사자들의 다툼을 초래할 가능성이 있다. 따라서 결정 이전의 단계에서는 비공개 중심, 결정 이후에 모든 내용이 공개될 수 있도록 하는 조치가 바람직하다.

문제는 이런 경우 결정 이후의 공개과정에서 결정과정상의 문제가 나타났을 경

우 이에 대한 사후 구제조치가 용이하지 않다는 문제가 있다. 이에 따라서 행정청은 결정과정뿐만 아니라 결정과정 이후에도 가급적이면 공개를 꺼리는 경향이 있다. 따라서 이와 같은 문제를 어떻게 해결할 것인가가 중요하다.

V. 행정학의 행정법학에 대한 기대

법적, 사실적 판단도 중요하지만, 가치의 문제에 대한 논의가 좀 더 필요하다고 할 수 있다. 행정청이나 공무원의 행정행위는 기본적으로 법에 근거하여 이루어지지만, 실제의 행정과정은 상당히 가치판단적이고, 정치적인 성격이 강하다. 이와 같은 부문에 대해서 법의 적용이 충분히 이루어지지 못하고 있지 않는가 하는 것이다. 행정행위가 법의 테두리 내에서만 이루어질 경우, 과연 그것이 바람직할 것인가에 대해서는 논란의 여지는 있겠지만, 법 혹은 법의 조항이 고려하지 못하는 사항이 너무도 많다는 것이다. 법이라는 것이 하나의 측정수단이라면, 이 세상에는 법으로서 측정할 수 있는 것보다는 측정할 수 없는 것이 너무도 많다.

따라서 논문에서 주장하는 것처럼 법의 공공성을 어떻게 확보할 것인가에 대한 논의가 매우 중요하다고 할 것이다. 이러한 의미에서 본다면 공익을 최고의 가치로 하는 행정학과 법학은 별개의 것이 아니라 하나라는 점에서, 특히 행정법을 중심으로 하는 양 학문의 융합이 더욱 필요하다. 특히 최근 들어와서 행정학 분야에서 행정법이 매우 비중있는 자리를 차지하고 있는 것은 매우 의미있는 현상이라고 할 수 있다.

I.

행정법학은 전통적으로 권력의 기술과 자유의 기술을 조화시키기 위한 접점을 공익성의 계기에서 찾아왔다. 행정법학은 공익을 위한 법학이라고 해도 과언이 아닐만큼 행정법학의 도처에 공익과 공공성의 관념이 뿌리를 내리고 있고, 판례 역시 이러한 공익 또는 공공성의 관념을 거의 일상화하여 사용하고 있다. 그러나 정작 무엇이 공익이고 무엇이 공공적인 것이냐에 관해서는 이론적 갈증을 해소해 줄만한 심화된 법이론적 논증은 찾아보기 어려운 실정이다. 행정법학은 그 동안 공익·공공성 관념에 대한 일방통행식 또는 검증되지 않은 선형적 정의로 일관해 왔을 뿐 이를 천착하기 위한 개방적이고 민주적인 의사소통의 장을 마련하지 못했다. 그런 뜻에서 공공성의 계기를 통해 행정법학의 방법론을 재구축함으로써 오늘 우리 사회가 직면하고 있는 두 가지 주요한 사회병리현상, 즉 행정부패와 집단분쟁에 대응해 나가야 한다는 인식과 관심을 구체화하려고 시도한 점은 매우 적절하고 또 의미있는 일이라고 생각한다. 극히 다양한 발생배경이나 현상형식에도 불구하고 행정부패와 집단분쟁 모두가 그 근저에 공공성에 대한 인식의 결여 내지는 공공성의 실종이라는 공통점을 지니고 있다는 시각 역시 대단히 시사하는 바가 크다고 생각한다.

II.

발표자는 病理的 行政現實에 대한 行政法的 對應의 핵심을 행정에 관한 公共性을 확보하는 데에서 찾았다. 공공성의 확보는 정보공개, 행정결정과정의 투명성, 행정절차의 활성화 및 계획확정절차의 도입, 공직자의 재산공개, 적극적인 대민홍보 등 制度的 次元에서 뿐만 아니라, 무엇보다도 구체적 범법체의 발견·정립을 위한 (협의의) 行政法學의 方法論에서 모색되어야 한다고 결론짓고 있다. 발표자가 주장하는 행정법학 방법론의 再定向(reorientation)은 행정실무, 소송실무 또는 학문적 연구에서, 추상적인 概念的 作業에만 매달릴 것이 아니라, 구체적 사안에 관해 당해

* 서울대학교 行政大學院 助教授

개별행정영역의 行政目的을 철저히 분석하여 公益關聯性을 밝히고, 당해 사안에서 문제되는 모든 —규범적인 것이든, 사실적인 것이든, 정당한 것이든, 병리적인 것이든— 요소들을 숨김 없이 노출시켜 利益衡量·價値判斷의 實質的 論證을 거쳐 공개적 공공성을 획득하는 것으로 이해된다. 그러나 행정법적 차원에서 행정부패와 집단분쟁에 대응하기 위한 대안을 행정법의 법발견 방법론에서 찾아야 한다는 발표자의 소론은 실은 하나의 처방적인(prescriptive) 대안 보다는 하나의 연구방향 나아가 훨씬 더 큰 문제의 시작을 예고한 것이라고 보아야 할 것이다. ‘어둡고 습한 곳에서 자라는 腐敗와 疾病에 햇빛이 비치도록 하는 것은, 행정법학의 관점에서는, 제도의 도입·개선에만 의존할 것이 아니라, 행정법의 법발견 방법론에서부터 이루어져야 한다’는 발표자의 소론에 공감하면서도 보다 더 구체화된 이론적 접근에 대한 아쉬움이 남는 것은 바로 그 때문이다. 가령 일부 언론이나 여론을 통하여 행정부패의 원인중의 하나로 지목되고 있는 행정재량의 문제라든가, 또는 행정부패에 대한 대책으로 주장되고 있는 규제완화나 규제개혁의 문제 등에 있어 발표자의 소론이 어떠한 방향으로 구체화될 것인가 하는 것도 궁금한 점이다. 나아가 제도의 도입·개선이란 것도 실은 아무런 제약없는 상상의 공간에서 나오는 것이 아니라 헌법과 행정법의 기본원리로부터 도출되는 입법론적 당위라고 볼 여지가 있다는 점에도 주의를 환기할 필요가 있지 않을까?

III.

발표자가 적절히 지적한 바와 같이 행정부패와 집단분쟁 모두가 그 근저에 공공성에 대한 인식의 결여 내지는 공공성의 실종이라는 공통점을 지니고 있는 것은 사실이다. 그러한 공공성의 결여 내지 실종이라는 공통점으로부터 행정부패와 집단분쟁에 대한 행정법학적 대응방안을 도출해내는 데에는 많은 어려움이 따를 것으로 예상된다. 행정부패와 집단분쟁은 양자의 공통점 보다는 이질성이 더욱 크지 않을까 생각되기 때문이다. 집단분쟁만 하더라도 토론자의 연구조사 경험에 비추어 볼 때 그 발생배경이나 내용, 사회적 처리과정 등 모든 면에서 극히 다양하고 착잡한 양상을 보이고 있는 것이 사실이다. 설사 그 공통된 특성으로서 공공성의 결여 내지 실종이라는 양상이 확인된다고 하더라도 그 극복방안은 어디까지나 공공성의 회복 또는 재발견을 위한 구체적 처방을 통해 주어져야지, 어떤 의미에서 상당히 거리가 떨어진 행정법학의 법발견이나 방법론적 재정향에 논의의 초점을 맞추어 그 해결을 모색하는 것이 설득력을 가질 수 있을지는 의문이다. 또한 양자의 공통점으로 지적된 공공성의 결여 내지 실종을 행정법학의 방법론적 차원에서 극복한다고 할 때 거기에는 간과할 수 없는 ‘실종된 연계’(missing link)가 가로막고 있는 것은

아닌가? 이러한 문제점들은 양자의 공통점으로 포착된 공공성의 결여 내지 실종이라는 계기를 통하여 사실 극히 이질적인 양상을 지닌 두 가지 병리현상에 대한 대응책을 포괄적으로 도출·규명하려는 발표자의 원대한 법이론적 포부에 기인한 것이 아닐까 생각된다. 행정부패의 경우 부패구조에는 정경유착이니 과도한 규제, 권력의 사유화, 부패통제의 주체가 되어야 할 지배엘리트 자체의 부패에 대한 보편화되다시피 한 혐의, 부패통제기관의 비독립성으로 인하여 생기는 부패통제의 불공정성·실패가능성의 문제 등 단순화되기 어려운 우리 나라 법철실의 실상이 적나라하게 담겨 있다. 이러한 문제를 공공성의 결여 내지 실종이라는 계기에 착안하여 행정법학의 방법론적 차원에서 극복하려고 시도한다면 이를 과연 구체적인 법적 대응책으로 고려할 수 있는 것인지 문제되어야 할 것이다.

IV.

문제는 행정부패나 집단분쟁에 공통적으로 내재하고 있는 공공성의 결여 내지 실종 속에 법적으로 유의미한, 따라서 그 구체적인 대안을 찾을 수 있고 또 그 타당성과 결과를 통제할 수 있는 문제가 어떠한 메카니즘을 통해 작동하고 있는지를 규명하는데 있다고 생각한다. 집단분쟁의 경우 현행법이 제공하는 분쟁회피수단이나 해결수단 뿐만 아니라 그 발생원인이 된 문제를 해결할 수 있는 방안을 함께 고려함으로써 보다더 현실적인 법적 해결방안을 모색할 필요가 있지 않을까 생각한다. 가령 집단분쟁의 발생원인이 법적 보호의 불충분성이나 법제도의 미비 등에서 발생한 것인지를 물어야 하며, 그렇다면 그러한 문제를 해결하기 위한 법적 대안은 무엇인지를 밝혀야 할 것이다. 또 집단분쟁이 발발해도 효과적인 분쟁해결수단이 존재하지 않거나 분쟁당사자들에 의하여 제대로 사용되지 못하고 있는지를 검토하여야 하며, 그렇다면 그것이 집단분쟁의 고착화·장기화 등에 어떠한 영향을 미치는지, 이에 대한 다른 종류의 해결책에 비해 비교우위를 가진 법적 수준에서의 해결책은 무엇인지를 밝힐 필요가 있을 것이다. 만일 이 두가지 물음이 모두 부정적으로 응답되는 사정이라면, 집단분쟁에 대한 통상적인 법적 절차의 적용가능성을 검토하는 것외에 별도로 법적 대응방안을 강구할 필요가 있을까? 물론 집단분쟁의 저변에 깔려있는 공공성(인식)의 결여 내지 실종이라는 계기는 그 자체로서 중요한 연구의 대상이며, 또한 행정법의 법발견 방법론 차원에서 공공성을 이론적으로 분석·논증하여 재정립하는 것은 행정법학자의 본령에 속하는 중요한 과제임에 틀림이 없다. 그러나 앞에서 본 바와 같은 탁월한 문제인식에 비해 집단분쟁의 문제를 바람직한 방향으로 해결하도록 이끌어 주는 구체적 처방이 제시되지 못한 것은 여전히 아쉬움이 남는 점이다. 오히려 집단분쟁에 대한 법적 해결방안들이나 부패통

제를 위한 법적 대응책들 중 몇 가지 예를 선정하여 발표자의 지론인 행정법원리 이론을 적용함으로써 그 적용결과를 구체적으로 논증하였다더라면 그러한 의문의 상당부분이 해소될 수 있지 않았을까 생각해 본다.