

## 민사법의 구조변동과 부패 개념의 변화\*

– 기초법학의 관점에서 –

### The Structural Change of Civil Law and the Change of the Concept of Corruption

양 천 수(Yang, Chun Soo)\*\*

#### ABSTRACT

The corruption problem is today one of the most important problems of our society. To resolve the corruption problem, our government has also recently enacted a new anti-corruption law so called 'Kim Youngran Act'. Corruption has traditionally been a main problem in the public law area. It has not been an important issue in the private law area. This article starts from this point. This article argues that the reason of why the corruption problem has not been a main issue in the private law area could be found in the relationship between the corruption concept and the basic principles of civil law. Before the emerging of the modern law, the corruption concept had been related to moral or ethic for a long time. It had been a kind of moral concepts. However, the 'formal rationalization' and the 'rule of law' of the modern law made corruption transfer from a moral to legal concept. According that, civil law regulated the corruption concept in the private law area. According to the modern civil law, a certain act is not a corruption insofar as it does not violate the private autonomy or the rights of others. Especially, the violation of the rights of others plays an important role in determining whether there is a corruption or not. We could call this phenomena as the legalization of corruption. This legalization of corruption made its concept narrowly. However, the structural change of the modern society has caused the change of this modern private concept of corruption. First of all, civil law is meeting its re-moralization and re-materialization. Then, the corruption concept is also in the processing of its re-moralization and re-materialization. Finally, it results in the expansion of the corruption concept. For example, the acts which were allowed as social custom in the past are today recognized as a new kind of corruption. This article deals with this change of the corruption concept and its limits.

\* 이 글은 지난 2015년 7월 3일 금요일 경상대학교 법과대학에서 열린 한양법학회에서 필자가 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 그 날 필자의 글에 생산적인 토론을 해주신 경상대학교 법과대학의 김병두 교수님과 영산대학교 법학과의 권경희 교수님께 감사를 드린다. 아울러 유익한 심사의견을 제시해주신 익명의 심사위원들에게도 감사를 드린다.

이 논문은 2015학년도 영남대학교 학술연구조성비 지원에 의한 것임.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

Key words: corruption, civil law, private autonomy, violation of rights, structural change of the modern society, structural change of civil law, re-moralization, re-materialization

## I. 서론

최근 사회적으로 논란이 되었던 이른바 ‘김영란법’이 시사하는 것처럼,<sup>1)</sup> 부패는 우리 사회에서 여전히 현재적인 이슈가 되고 있다. 공직자를 검증하기 위한 각종 청문회 자리에서 부패는 해당 인물의 공직적합성을 판단할 때 최우선적인 판단기준이 되고 있다. 부패는 우리 사회가 전면적으로 투쟁해야 할 ‘공공의 적’이 되고 있다. 이를 반영하듯, 현 박근혜 대통령은 정치개혁을 실현하기 위한 최우선적인 과제로서 ‘부정부패척결’을 강조하고 있다.<sup>2)</sup>

이처럼 부패는 우리가 척결해야 할 사회의 악으로 각인되고 있다. 그러나 이러한 부패 개념이란 도대체 무엇인가 라는 질문을 던지게 되면, 우리는 결코 풀기 쉽지 않은 난관에 봉착하고 만다. 왜냐하면 부패 개념이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 파악하는 것은 쉽지 않기 때문이다.<sup>3)</sup> 그렇다면 그 이유는 무엇 때문인가? 이에 대해서는 두 가지 측면에서 대답을 찾을 수 있다. 첫째는 공시적인 측면이고, 둘째는 통시적인 측면이다. 첫째, 공시적인 측면에서 볼 때, 부패 개념은 마치 ‘정의’나 ‘미덕’처럼 추상성이 강한 일반 개념이어서 이를 명확하게 개념화하는 것이 쉽지 않다. 더군다나 부패 개념을 바라보는 시각이나 관점이 다양하다는 점, 바로 이 점 때문에 부패를 구체적으로 개념화하는 것이 쉽지 않다는 점도 지적할 수 있다. 둘째, 통시적인 측면에서 볼 때, 부패 개념은 역사적 상황에 의존한다. 거의 모든 개념이 그런 것처럼, 부패 개념 역시 ‘역사적 개념’이다. 사회적 구조나 상황이 바뀌게 되면, 부패 개념 역시 변화해 왔다는 점이 이를 시사한다.

이 글은 바로 이러한 통시적인 측면에 초점을 맞추어 부패 개념의 변화과정을 조명해 보고자 한다. 특히 민사법 영역에서 부패 개념이 어떻게 변화되어 왔는지를 검토해 보고자 한다. 이를 위해 이 글에서는 필자가 주된 전공으로 삼는 기초법학의 관점을 원용하고자 한다.

1) 이 문제에 관해서는 많은 문헌을 대신해서 홍완식, “『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안』에 대한 입법평론: 일명 ‘김영란법’에 대한 입법평론”, 『토지공법학회』제67집(2014. 11), 269-288쪽 참고.

2) 이를 보여주는 주진, “박근혜 대통령 “과거의 부정·비리·부패 척결 ‘정치개혁’ 계기 삼아야””, 『아주경제』(2015. 5. 4. 11:25)(<http://www.ajunews.com/view/20150504112104042>)(방문일자: 2015. 10. 11. 19:39) 참고.

3) 이 점을 지적하는 양천수, “기초법학의 관점에서 본 사회부패의 개념, 정당화 근거 및 정책”, 『한국부패학회보』제11권 제4호(2006. 12), 3쪽 아래 참고.

## Ⅱ. 서구의 근대화와 부패 개념의 형식적 합리화

### 1. 도덕적 개념으로서 부패

부패 개념은 오랫동안 도덕 및 윤리와 밀접한 관련을 맺어 왔다. 부패 개념은 일종의 도덕적 개념이었다. 우리 공동체가 부패를 혐오하면서 이를 공동체의 적으로 파악한 이유는 부패가 반도덕적이고 반윤리적인 개념이자 행위였기 때문이었다. 부패행위를 자행한 자는 반도덕적인 인물로 각인되었다. 부패행위자는 공동체의 미덕을 침해한 자로서 공동체의 적으로 간주되었다. 이러한 시각은 법체계가 비약적으로 발전한 오늘날에도 여전히 남아 있다. 법치주의가 확고하게 정착하고, 법체계가 독자적인 사회의 부분체계로서 작동하고 있는 오늘날에도 많은 사람들은 도덕적인 이유에서 부패를 자행한 자들을 비난한다.<sup>4)</sup> 이처럼 부패 개념은 도덕적인 개념으로서 거의 언제나 도덕적 판단과 함께 해왔다. 그런데 이러한 경향은 법체계가 독자적인 사회적 체계로서 분화되기 시작했던 서구의 근대화 이전에 더욱 일상적인 현상으로 자리매김하고 있었다. 법과 도덕이 분명하게 구분되지 않고, 종교권력이 세속권력을 압도하였던 전근대사회에서는 일정한 행위를 부패행위로 규정하는 데 도덕적 기준이 결정적인 판단기준으로 원용되었다.

### 2. 서구의 근대화와 부패 개념의 형식적 합리화

#### (1) 형식적 합리화로서 근대화

그러나 이러한 경향은 서구사회가 근대화과정을 겪으면서 바뀌게 된다. 근대화가 과연 무엇을 뜻하는지에 관해서는 많은 논란이 있지만, 사회학자 막스 베버(M. Weber)의 주장을 빌어 말하면, 근대화의 핵심적 특징으로서 ‘형식적 합리화’를 거론할 수 있다.<sup>5)</sup> ‘형식적 합리화’는 ‘실질적 합리화’에 대비되는 개념으로서, ‘형식적 합리성’이 전체 사회의 작동과정을 판단하는 기준으로 자리매김하는 과정을 뜻한다. 베버에 따르면, 근대 이전의 사회인 전근대사회에서는 실질적 합리성이 사회를 지배하였다. 이에 반해 근대사회에서는 형식적 합리성이 사회 전체를 지배한다. 내용적인 판단기준보다는 형식적인 판단기준, 경험적으로 확인하기 어려운 관념적인 기준이나 내용보다는 제도화된 형식이나 절차 등이 더욱 중요한 판단기준으로 작용한다. 이는 철학적으로는 관념론을 대신하여 실증주의가, 법적으로는 자연

4) 법체계를 독자적인 사회의 부분체계로 보는 시각으로는 G. Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt/M., 1989); 니콜라스 루만, 윤재왕 (옮김), 『사회와 법』(새물결, 2014) 등 참고.

5) 베버에 관해서는 김명숙, 『막스 베버의 법사회학』(한울, 2003) 참고.

법론을 대신하여 법실증주의가 중심적인 지위를 차지하게 되었음을 뜻한다. 이에 따라 실질적 합리성의 핵심적 요소였던 도덕이나 종교의 지위가 약화되고, 이를 대신해 제도화된 법체계가 더욱 우선적인 사회의 판단기준으로 정착하게 되었다. 체계이론(Systemtheorie)의 관점에서 말하면, 근대화가 진행되면서 형식적 합리화의 총체인 실정법체계가 사회의 독자적인 기능체계로서 독립분화 되기 시작했다고 말할 수 있다.

## (2) 부패 개념의 형식적 합리화

이처럼 근대화를 통해 형식적 합리화가 진척되고, 법치주의가 전체 사회를 규율하는 기본 원리로 뿌리내리면서 부패 개념 역시 형식적 합리화 과정을 겪게 된다. 이는 다음과 같이 이루어진다. 범영역에서 종전의 자연법론을 대신하여 법실증주의가 지배적인 법이념으로 자리매김하면서, 도덕과 법규범을 통합적으로 사고하는 종전의 사고방식 대신에 법과 도덕을 분리하는 법실증주의적 사고방식이 새롭게 등장한다.<sup>6)</sup> 이에 따라 부패 개념 역시 두 가지 측면으로 분리된다. ‘도덕적 의미의 부패 개념’과 ‘법적 의미의 부패 개념’이 그것이다. 도덕적 의미의 부패 개념에서는 종전처럼 도덕적 판단이 부패 개념을 결정하는 데 여전히 영향을 발휘한다. 그러나 법체계가 독자적인 기능체계로 성장하고, 이에 반비례하여 도덕이나 윤리가 수행하는 역할이 점차 약화되면서 도덕적 의미의 부패 개념 역시 그 역할이나 기능이 약화된다. 이와 달리 법체계의 사회적 기능이 강화되면서 법적 의미의 부패 개념이 차지하는 비중 역시 높아진다. 사회적 행위와 갈등을 판단하고 해결하는 데 법체계가 본격적으로 동원되면서, 사회적 부패 행위 역시 법적으로 재해석된다. 이는 무엇보다도 부패 개념이 법적으로 제도화되고, 이러한 부패 개념을 실제 법적 분쟁에 적용하는 과정에 법원이 개입하는 방식으로써 이루어진다. 이렇게 부패 개념은 형식적 합리화의 과정을 걷는다. 이는 동시에 부패 개념이 탈도덕화의 길을 걷는다는 것을 시사한다. 도덕적 부패 개념의 자리를 상당 부분 법적 부패 개념이 대신하게 된 것이다.

## Ⅲ. 근대 민법과 부패 개념의 자유주의화

요즘도 그렇지만 부패 개념은 공적 영역, 즉 법적 주체의 관계가 수직적 구조를 형성하는 공적 영역에서 주로 문제가 된다. 법적 주체가 상호적으로 평등함을 전제로 하는 사적 영역에서는 그 동안 부패 개념이 크게 부각되지 않았다. 그 점에서 사적 영역에서는 부패행위가

6) 이에 관해서는 노베르트 회르스터, 윤재왕 (옮김), 『법이란 무엇인가?: 어느 법실증주의자가 쓴 법철학 입문』(세창출판사, 2009) 참고.

정면에서 언급되는 경우가 많지 않았고, 이로 인해 무엇이 부패행위인지 여부도 분명하지 않았다. 그 이유는 사적 영역을 규율하는 민법이 갖고 있는 성격과 무관하지 않다. 왜냐하면 사적 영역에서는 법적 의미의 부패 개념이 기본적으로 민법을 통해 규율되고 있는데, 민법은 부패 개념이 아닌 다른 개념으로써 실질적 부패행위를 규제하고 있기 때문이다.

## 1. 민법의 법적 성격

공적 영역과는 달리 사적 영역에서 그 동안 부패 개념이 심각하게 논의되지 않았던 이유를 밝히려면, 우선 민법의 법적 성격부터 고찰할 필요가 있다.

### (1) 근대법

첫째, 현행 민법은 ‘근대법’(modernes Recht)이다. 이는 민법이 법의 근대성을 고스란히 갖고 있다는 점을 뜻한다. 법의 근대성이 무엇인지를 밝히는 것은 쉽지 않은 일이지만,<sup>7)</sup> 필자는 ‘자기결정에 따른 자기책임’을 핵심내용으로 하는 ‘자유주의’와 ‘<주체-객체 모델>’이 법의 근대성을 구성하는 핵심징표라고 생각한다.<sup>8)</sup> 이러한 이유에서 민법은, 아래에서 다시 살펴보듯이, 자유주의 법모델에 속하는 가장 대표적인 법이 된다.

### (2) 사적 영역의 기본법

둘째, 민법은 사적 영역의 기본법이다. 민법은 공법과 사법을 통틀어 가장 오랜 역사를 자랑할 뿐만 아니라, 다른 법의 논리적·체계적 기초가 된다. 민법에서 성장하고 정착된 법도그마틱, 즉 ‘법리’는 다른 법 혹은 법학에 수용되거나 응용되었다. 이를테면 행정법학에서 가장 중요한 개념 가운데 한 가지라고 할 수 있는 ‘행정행위’ 개념이 민법상 법률행위 개념에 기반을 둔 것이라는 점은 널리 알려진 사실이다.<sup>9)</sup> 이러한 민법은 다른 모든 사법의 기본법인 동시에 사적 영역을 규율하는 기본법으로서 그 힘을 발휘한다. 말하자면, 민법은 사적 영역을 규율하는 헌법과도 같은 위상을 지닌다. 그 때문에 학자에 따라서는 헌법과 민법의 관계를 어느 한 쪽이 다른 한 쪽을 지배하는 수직적인 관계가 아니라, 서로가 서로를 존중하는 수평적인 관계로 파악하기도 한다.<sup>10)</sup> 그런데 이렇게 민법이 사적 영역의 기본법이 된

7) 이에 관해서는 양천수, “법의 근대성과 탈근대성: 하버마스와 투렌의 기획을 중심으로 하여”, 『법학연구』(부산대) 제50권 제1호(2009. 6), 161-191쪽 참고.

8) <주체-객체 모델>은 아래 III.1.(5)에서 다시 설명한다.

9) 이에 관해서는 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어(Otto Mayer)”, 한국행정관계연구회 (편), 『공법학의 형성과 개척자』(박영사, 2007), 1쪽 아래.

10) 양창수, “헌법과 민법: 민법의 관점에서”, 『서울대학교 법학』제109호(1999. 2), 61-80쪽 참고.

다는 것은 우리의 논의와 관련하여 어떤 의미를 지니는가? 이는 다음과 같이 대답할 수 있다. 민법이 사적 영역의 기본법이 된다는 것은, 민법이 채택하고 있는 기본원리가 사적 영역을 규율하는 기본원리로 작용한다는 점을 뜻한다는 것이다. 이는 아래에서 더욱 분명해진다.

### (3) 자유주의적 법

셋째, 민법은 자유주의 법모델에 속하는 가장 대표적인 법이다.<sup>11)</sup> 가장 전형적인 자유주의적 법인 셈이다. 이는 민법이 기본원리로 삼고 있는 사적자치 원리, 소유권 존중 원리, 과실책임 원리에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 자기결정에 따른 자기책임을 핵심내용으로 하는 사적자치 원리에서 이미 우리는 이러한 원리가 그 얼마나 자유주의와 밀접한 관련을 맺고 있는지 확인할 수 있다. 자기결정 자체가 자유주의의 핵심내용에 속하기 때문이다. 또한 법적으로 완전한 소유권 개념을 제시하면서 이러한 소유권을 법적으로 보장하는 민법의 태도에서도 자유주의의 흔적을 발견할 수 있다. 자유주의의 철학적 기초를 놓은 로크(J. Locke)의 자연권이론이 자기소유이론에 바탕을 두고 있다는 점이 이를 예증한다.<sup>12)</sup> 마지막으로 과실책임원리 역시 자유주의의 맥락에서 읽을 수 있다. 왜냐하면 과실책임 자체가 행위자의 자유를 최대한 보장하기 위해 등장한 원리이기 때문이다.<sup>13)</sup> 과실책임원리에 따르면, 행위자는 자신에게 과실이 있는 경우에만 채무불이행 책임이나 불법행위책임을 부담한다.<sup>14)</sup> 이는 반대로 말하면, 과실이 없다면 그 어떤 나쁜 결과가 발생하였다 하더라도 행위자에게 책임을 물을 수 없다는 것이 된다. 이를 통해 행위자의 자유는 그 만큼 증대한다. 바로 이 점에서 과실책임원리는 행위주체의 자유를 가장 중요시 하는 자유주의와 연결된다.

### (4) 권리중심적 법

넷째, 민법은 권리를 중심으로 구조화된 법이다. 민법은 채권과 물권을 기반으로 하여 청구권, 형성권 등 다양한 권리로 촘촘하게 짜여 있다. 이러한 이유에서 가령 독일의 민법학자 메디쿠스(D. Medicus)는 청구권(Anspruch)을 중심으로 하여 독일 민법 전체를 재해석하기도 하였다.<sup>15)</sup> 민법이 권리를 중심으로 하여 구조화되어 있다는 점은 민사소송실무에서

11) 이에 관해서는 양천수, 『민사법질서와 인권: 민법과 인권의 상호연관성을 중심으로 하여』(집문당, 2013), 92-94쪽 참고.

12) 이에 관해서는 윤재왕, “자연법과 역사: 존 로크 법철학의 양면성?”, 『강원법학』제34권(2011. 10), 355-387쪽 참고.

13) 이를 지적하는 양천수·이동형, “문화와 법체계 그리고 비교법학: 민법상 거래안전의무를 예로 하여”, 『민족문화논총』제36집(2007. 9), 121-152쪽 참고.

14) 이를 보여주는 민법 제390조 단서 및 제750조 참고.

도 확인할 수 있다. 왜냐하면 민사소송실무에서는 원고의 청구 그리고 이에 대한 피고의 부인이나 항변을 중심으로 하여 판결서를 작성하기 때문이다.<sup>16)</sup> 이처럼 민법은 권리를 토대로 하여 구성되어 있기에, 특정한 법적 주체에게 손해배상청구권이 인정되는가 여부를 판단할 때도 상대방의 행위로 이러한 법적 주체의 권리가 침해되었는지 여부가 문제해결의 출발점이 된다. 이는 사적 영역에서 부패행위가 존재하는지를 판단할 때도 마찬가지이다. 민법의 관점에서 볼 때, 일정한 행위가 부패행위로 평가되기 위해서는 이러한 행위가 타인의 권리를 침해해야 한다. 타인의 권리를 침해하지 않았다면, 해당 행위가 아무리 도덕적으로 문제가 있다 하더라도 이를 부패행위라고 평가하기는 쉽지 않다.

#### (5) <주체-객체 모델>을 수용한 법

다섯째, 민법은 <주체-객체 모델>을 수용한 대표적인 법에 해당한다. 여기서 <주체-객체 모델>이란 존재론적인 측면에서 주체와 객체를 각각 독립된 존재로 파악한 후, 이러한 주체와 객체가 행위를 통해 서로 연결된다고 보는 모델을 말한다. 이러한 <주체-객체 모델>은 서구 근대성의 핵심을 이루는 내용이자 서구 근대철학의 존재론적 바탕이었다. 칸트(I. Kant)에게서 가장 극명하게 드러나는 <주체-객체 모델>은 사비니(F.C.v. Savigny)를 중심으로 한 판데텐 법학자들에 의해 독일 민법에 수용되었다.<sup>17)</sup> 이는 민법 중에서도 ‘총칙’(Allgemeiner Teil)에서 쉽게 발견할 수 있다. 이를테면 민법 총칙은 ‘권리주체’(人)와 ‘권리객체’(물건) 그리고 권리주체와 권리객체를 연결하는 ‘행위’(법률행위)를 중심으로 하여 구성되어 있기 때문이다. 이러한 <주체-객체 모델>은 각 권리주체가 존재론적으로 독립되어 있다는 것을 전제로 한다는 점에서, 각 개별 주체의 우선성을 강조하는 자유주의와 연결된다.

## 2. 사적 영역에서 부패 개념의 자유주의화

### (1) 사적 부패행위의 민법 의존성

그러면 위에서 살펴본 민법의 법적 특성은 사적 영역의 부패 개념에 대해 어떤 의미를 지니는가? 앞에서 언급한 것처럼, 형식적 합리화에 기반을 둔 근대화가 진척되면서 부패 개념은 도덕으로부터 분리되어 법적인 개념으로 제도화되었다. 부패 개념 역시 형식적 합리화

15) 디터 메디쿠스, 정진명 (역), 『독일민법의 기초: 청구권 근거에 대한 기초서』(법원사, 1999) 참고.

16) 이를 보여주는 사법연수원, 『민사실무 II』(사법연수원 출판부, 2015), 185쪽 아래 참고.

17) 이에 관한 상세한 내용은 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』제10권 제1호(2007. 5), 233-258쪽 참고.

의 길을 걷게 된 것이다. 그렇게 되면서 부패 개념은 법적 제도에 의존하게 되었다. 무엇이 부패행위인지를 도덕이 아닌 법이 결정하게 된 것이다. 이는 어쩌면 법치주의의 당연한 결과일지도 모른다. 이에 따라 사적 영역에서 발생하는 부패행위는 사적 영역의 기본법인 민법에 의존하게 되었다. 무엇이 사적 부패행위인가 하는 점을 사적 영역의 기본법인 민법이 규율하게 된 것이다. 바로 이러한 까닭에서 민법의 특성을 규명하는 것이 중요하다. 왜냐하면 민법의 규범적 특성이 사적 부패행위를 밝히는 데 고스란히 반영되기 때문이다.

## (2) 권리침해행위로서 부패행위

그러면 어떻게 민법이 사적 영역의 부패 개념을 확정하는 데 영향을 미치는가? 우선적으로는 권리침해 여부가 부패 개념을 판단하는 데 중요한 역할을 수행한다. 타인의 권리를 침해하는 행위가 바로 부패행위인 것이다. 이는 권리를 중심으로 하여 구조화된 민법의 특성에 기반을 둔다. 다른 한편 부패행위란 타인의 권리를 침해하는 행위라는 점을 반대로 추론하면, 타인의 권리를 침해하지 않는 이상 특정한 행위가 설사 윤리적인 비난대상이 된다 하더라도 이를 부패행위라고 판단할 수 없다는 결론을 이끌어낼 수 있다. 이렇게 권리침해 여부가 사적 영역의 부패 개념을 판단하는 데 핵심적인 지위를 차지함으로써, 부패 개념은 자연스럽게 윤리적 판단과 멀어진다.

정치철학적인 측면에서 보면, 이는 ‘옳음’(the right)을 ‘좋은’(the good)보다 우선시 하는 자유주의와 관련을 맺는다. 왜냐하면 롤스(J. Rawls)와 같은 자유주의 철학자는 옳음을 좋음보다 우선시 하면서, 이러한 옳음이 권리로 구체화된다고 보기 때문이다.<sup>18)</sup> 따라서 자유주의에 따를 때, ‘정의’(justice)에 관한 문제는 옳음에 관한 문제이자 권리에 관한 문제이다. 공동체가 무엇을 좋은 것으로 여기는지, 무엇을 미덕으로 바라보는지 여부는 정의를 판단하는 데 영향을 미치지 않는다.<sup>19)</sup>

이와 마찬가지로 자유주의적인 민법에 따를 때, 부패 개념은 권리를 기준으로 하여 판단되어야 한다. 무엇이 좋은 것인가에 관한 사적 공동체의 관념이나 윤리적 판단은 기본적으로 부패 개념을 판단하는 데 영향을 미치지 않는다.

## (3) 상호적 합의에 의존하는 부패 개념

그런데 이보다 더욱 중요한 점은 민법의 영향으로 사적 영역에서 문제되는 부패 개념이

18) 이에 관해서는 J. Rawls, *A Theory of Justice: Original Edition* (Cambridge, Massachusetts: London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005) 참고.

19) 바로 이러한 이유에서 자유주의를 비판하는 M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, second edition (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 참고.



각 권리주체의 상호적 합의에 의존하게 되었다는 것이다. 이는 민법이 기본원리로 삼고 있는 사적자치에 기인한 것이다. 민법에 따르면, 각 권리주체는 자율적인 의사형성 및 합의를 통해 민법상 임의규정을 배제하고 새로운 법규범을 만들 수 있다. 계약이 가장 대표적인 예에 해당한다. 이는 사적 영역에서 상호적 합의가 가장 중요한 법적 원천이자 정당화 근거라는 점을 보여준다. 원칙적으로 상호적 합의가 존재하면, 상호적 합의가 의도하는 내용은 규범적으로 정당화된다.<sup>20)</sup> 이로 인해 특정한 내용이 각 당사자 사이의 자율적인 합의에 바탕을 두는 이상, 민법 제103조나 제104조에 해당하지 않는 한, 내용적으로 정당한 것이 된다(민법 제105조). 이를 반대로 추론하면, 자율적인 상호적 합의만 존재하면, 해당 행위는 부패행위가 되지 않는다는 결론을 이끌어낼 수 있다. 상호적 합의가 부패 개념을 배제하는 것이다. 이는 부패행위를 판단하는 데 심중한 의미를 갖는다. 이를테면 어느 일방이 이른바 ‘갑’으로서 ‘을’에게 영향력을 행사하며 다소 부당한 계약을 체결한다 할지라도, 이러한 계약이 민법 제103조나 제104조에 해당하지 않는 이상, 이러한 행위는 자율적인 상호적 합의에 기반을 둔 것이기에 부패행위라고 판단할 수 없다는 결론을 이끌어낼 수 있다.

#### (4) ‘살아 있는 법’으로서 사회적 관행(?)

상호적 합의가 부패 개념을 배제한다는 결론은 실제로 다음과 같은 의미를 갖는다. 사적 영역에 존재하는 각종 사회적 관행을 ‘살아 있는 법’(lebendes Recht)으로 정당화할 수 있다는 것이다.<sup>21)</sup> 이미 언급한 것처럼, 사적 영역은 사적자치가 지배하는 공간으로서 법이 명백하게 규율하지 않는 영역이 다수 존재한다. 또한 법적 규율이 존재하는 경우에도 해당 법적 규율이 ‘임의규범’이어서 실효성을 갖지 않는 경우도 많다. 이러한 공간에서는 상호적 합의가 법을 대신하는 경우도 있고, 사회적 관행이 ‘살아 있는 법’으로서 작동하기도 한다. 이러한 사회적 관행은 때로는 ‘사회적 전통’으로서, 또 때로는 ‘사실인 관습’으로서 사적 영역의 법적 행위를 구속한다. 민법 역시 이를 규범적으로 긍정한다. 이를테면 민법 제106조는 “사실인 관습”이라는 표제 아래 “법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.”고 규정하기 때문이다. 사실인 관습이 법률행위의 핵심요건인 의사표시의 해석기준으로 작용하는 것이다. 이러한 사회적 관행은 많은 경우 사적 영역의 구성원들에 의해 명시적 또는 묵시적으로 수용된다. 이는 사회적 관행이 사적 영역에서 활동하는 각 당사자들의 합의 또는 승인에 바탕을 두는 것이라고 말할 수 있다. 바꿔 말하면, 사회적 관행 역시 각 당사자들의 상호적 합의에 기반을 두고 있는 셈이다. 그 때문에 사회적 관행은 ‘살아 있는 법’이 되

20) 이를 지적하는 마이클 샌델, 이창신 (옮김), 『정의란 무엇인가』(김영사, 2010), 제4장 참고.

21) ‘살아 있는 법’ 개념에 관해서는 우선 E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München, 1913) 참고.

어 사적 영역의 각 당사자들을 구속한다. 그러므로 특정한 행위가 사회적 관행에 합치하면, 해당 행위는 정당한 행위로서 부패행위가 될 여지가 적어진다.

그런데 문제는 사회적 관행 중에는 합법과 불법의 경계 사이에 서있거나 선량한 풍속 또는 기타 사회질서에 위반되는지 여부가 불명확한 경우가 있다는 것이다. 예를 들어, 식사대 접이나 경조사비용 부담 또는 다소 과다한 선물제공, 리베이트 등 당사자의 합의를 위반하는 것도 그렇다고 당사자의 권리를 명백하게 침해하는 것도 아닌 사회적 관행이 다수 존재한다는 것이다.<sup>22)</sup> 최근 공익광고에서 나온 ‘내가 보면 선물, 타인이 보면 뇌물’, ‘우리가 하면 단합, 타인이 보면 담합’ 등과 같은 행위도 이러한 경우에 해당한다. 현재 상황에서는 이러한 사회적 관행들이 비판의 도마에 올라 있지만, 전통적인 민법의 관점에서 보면, 이러한 관행들은 상호적 합의를 명백하게 위반하는 것도, 그렇다고 타인의 권리를 명백하게 침해하는 것도 아니기에 부패라고 말하기 어렵다. 바로 이 점에서 근대적 민법에 따라 부패 개념을 판단하는 것은 필연적으로 한계에 부딪힐 수밖에 없었다.

#### IV. 민사법의 구조변동과 부패 개념의 변화

그러나 이러한 특징을 보였던 사적 영역의 부패 개념은 오늘날 민사법이 구조변동을 겪으면서 변화를 맞고 있다. 결론부터 말하면, 민사법이 구조변동을 경험하면서 부패 개념이 탈자유주의화·재도덕화의 길을 걷고 있다는 것이다.

##### 1. 현대사회와 민사법의 구조변동

###### (1) 현대사회의 변화

현대사회는 그 어느 때보다 급격한 변화를 맞고 있다. 이러한 변화는 크게 세 가지로 요약해서 말할 수 있다. 복잡화, 다원화, 전문화가 그것이다. 우선 현대사회는 그 어느 때보다 복잡해지고 있다. 특히 21세기를 전후로 하여 현대사회가 ‘정보화사회’ 또는 ‘지식기반사회’로 진입하면서 사회의 복잡성은 놀라울 정도로 증대하고 있다. 하루하루 생산되는 정보의 양이 엄청나게 증가하면서 사회의 복잡성 역시 덩달아 심화되고 있다.<sup>23)</sup> 나아가 현대사회에서는 다원성이 늘어나고 이로 인해 ‘탈중심화’가 강화되는 다원화가 급격하게 진척되고 있다. 사회 전체를 통일적으로 규율하던 윤리나 객관적 가치, 이념, 종교, 문화 등이 사라지

22) 근로관계에서 나이를 중요한 요소로 취급하는 것도 이 같은 사회적 관행에 속한다.

23) 이를 잘 보여주는 빅토르 마이어 쾨베르거·케네스 쿠키어, 이지연 (옮김), 『빅데이터가 만드는 세상』

(21세기북스, 2013) 참고.

고, 이를 대신해 다양한 가치, 이념, 종교, 문화 등이 경쟁적으로 등장한다. 사회의 기능을 담당하던 사회적 기능체계들도 각기 다양한 기능적 부분체계들로 ‘독립분화’되고 있다.<sup>24)</sup> 과거 정치권력은 국가공동체를 통일적으로 규율하는 힘을 갖고 있었지만, 이제는 단지 사회의 한 부분체계로서 매우 제한적인 기능을 수행할 뿐이다. 마지막으로 이렇게 사회가 다원화되면서, 각기 다원화된 사회의 영역이나 체계들의 전문성은 더욱 심화되고 있다. 이는 사회의 복잡화와 다원화가 한 데 어우러진 결과라고 말할 수 있다. 사회 각 영역의 전문화가 심화되면서, 영역 간의 장벽은 높아지고, 이를 통해 기능적 다원화는 더욱 촉진된다. 그러나 이러한 전문화는 기존의 다원화를 심화시키는 것에 그치는 것이 아니라, 각 영역 간의 재통합을 유도하여 새로운 사회적 영역이 출현하도록 기여하고 있다. 요즘 유행하는 ‘융복합’이라는 개념이 시사하는 것처럼, 전에는 존재하지 않았던 영역들이 기존 영역의 종적·횡적 재통합을 통해 새롭게 출현하고 있는 것이다.

## (2) 민사법의 구조변동

이렇게 현대사회가 구조변동을 겪으면서 민법을 포함하는 넓은 의미의 민사법 역시 구조변동을 맞고 있다. 민사법이 직면하고 있는 구조변동을 아래와 같이 말할 수 있다.

### 1) 민사법의 내적 분화

가장 우선적으로 언급할 만한 것은 민법을 포함하는 전체 민사법이 내적 분화를 겪고 있다는 점이다. 위에서 지적한 것처럼, 근대 이후 사적 영역은 기본적으로 민법이 규율하고 있었다. 이외에 상인을 위한 특별법으로서 상법이 병존하고 있었다. 그런데 이 같은 <민-상법 이원적 체계>는 현대사회가 구조변동을 겪으면서 이에 걸맞게 복잡화·전문화·다원화의 길을 걷고 있다. 이는 전체 민사법이 내적으로 분화되는 결과로 이어진다. 민법은 민법 이외에 ‘주택임대차 보호법’ 등과 같은 민사특별법으로 분화되고, 상법에서는 회사법이나 보험법 등이 독자적인 법규범으로 성장하고 있다.<sup>25)</sup> 이외에 과거 민법의 일부를 구성하였던 노동법이나 경제법 등이 독자적인 사회법으로 분화되었다. 심지어는 금융법 등과 같은 새로운 법규범이 형성되고 있다.

### 2) 민사법의 관할영역 경합

이렇게 민사법이 내적으로 분화되면서, 민사법이 관할하는 영역도 분화되고 있다.<sup>26)</sup> 예를

24) 이를 논증하는 니콜라스 루만, 장춘익 (옮김), 『사회의 사회 1-2』(새물결, 2014) 참고.

25) 물론 형식적인 면에서 회사법이나 보험법은 여전히 상법의 테두리 안에 있다.

26) 이에 관한 상세한 분석은 양천수 외, 『현대사회와 민사법의 구조변동』(경인문화사, 2011), 19쪽 아래

들어, 민법은 경제영역의 가장 기본이 되는 경제적 생활세계를, 상법이나 노동법, 경제법 등은 경제적 영역의 전문화된 하부체계를 규율한다. 그러나 이러한 관할영역이 정확하게 구획된 채 유지되는 것은 아니다. 사회가 복잡·전문화되고 사회의 각 영역이 종적·횡적으로 재통합하면서, 민사법의 각 관할영역들도 상호적으로 경합하고 있기 때문이다. 특히 사적 영역의 기본법인 민법이 규율하는 영역이 경제적 생활세계를 넘어서 경제적 하부체계까지 확장되기도 한다.

### 3) 민사법의 법적 진화

이렇게 민사법이 규율하는 영역이 경합하고 중첩되면서 민사법은 내적·규범적으로 새로운 도전을 맞고 있다. 새로운 법적 진화가 그것이다.<sup>27)</sup> 이는 기존의 판례법 법체계를 넘어서는 새로운 전문법이 민사법 영역에서 등장하고 있는 상황을 통해 예증할 수 있다.<sup>28)</sup> 도산법이나 금융법 등이 이 같은 전문법의 예에 해당한다. 도산법과 금융법은 사회구조와 법체계가 각각 분화되고 재통합되면서 새롭게 출현한 법적 진화의 산물이라고 말할 수 있다. 요컨대, 도산법이나 금융법 등은 민사법이 사회의 구조변동에 적응하는 과정에서 내놓은 새로운 법적 형태인 셈이다.

### 4) 공법과 사법의 경계 약화

민사법이 규율하는 관할영역이 경쟁 및 중첩되고, 이에 따라 민사법이 새로운 법적 진화를 경험하게 되면서, <국가-사회 이원론>에 기반을 둔 공법과 사법의 확고한 경계 역시 허물어지고 있다. 공법과 사법의 상호교착이 점차 심화되고 있다.<sup>29)</sup> 이를테면 공법은 민영화를 통해 사법의 형식을 취하게 되고, 반대로 사법은 내용적인 면에서 공법의 성격을 강화하고 있다. 달리 말해, ‘공법의 형식적인 사법화’, ‘사법의 내용적인 공법화’가 지속적으로 이루어지고 있는 것이다. 이 중에서도 ‘사법의 내용적인 공법화’는 사적 영역의 부패 개념과 관련하여 중요한 의미를 지니므로 아래에서 더욱 상세하게 다루도록 한다.

참고.

27) ‘법적 진화’에 관해서는 양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 『법철학연구』제15권 제2호(2012. 8), 163-202쪽 참고.

28) ‘전문법’에 관해서는 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』제39호(2002. 11), 113-151쪽 참고.

29) 이에 관해서는 G. Teubner, “Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht”, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (1998), 10쪽 아래 참고.

### (3) 영향

#### 1) 민사법의 공법화

현대사회 및 민사법이 다 함께 구조변동을 겪으면서 나타나게 된 영향 가운데 가장 주목할 만한 것은 민사법이 내용적인 면에서 공법화되고 있다는 점이다. 이는 민사법이 규율하는 이익이 사익에서 공익으로 바뀌고 있음을 시사한다. 이는 크게 세 가지 측면에서 관찰할 수 있다. 가족법의 공법화, 각종 민사 특별법의 등장, 회사법의 공법화가 그것이다.

첫째, 오늘날 민법의 한 부분인 가족법은 지속적으로 내용적인 측면에서 공법화되고 있다. 여기서 내용적인 측면에서 공법화되고 있다는 것은, 법적 형식은 민법의 형태를 띠고 있지만 그 내용은 특정한 권리주체만의 이해관계를 넘어서 사회 전체의 이익과 관련을 맺게 되는 현상을 말한다. 달리 말해, 형식은 민사법인데 실질적으로는 마치 공법처럼 공익을 보호하는 법으로 작용한다는 것이다. 잘 알려진 것처럼, 가족법은 민법 중에서도 가장 사적인 영역을 규율하는 법이다. 전통적으로 가족관계는 제3자가 함부로 개입할 수 없는 가장 내밀한 영역으로 간주되었다. 이 때문에 가족법학자들은 민법상 재산관계와는 구별되는 가족관계의 특수성을 강조하고는 하였다.<sup>30)</sup> 그렇지만 이러한 경향은 최근 들어 지속적으로 바뀌고 있다. 무엇보다도 여성주의와 남녀평등주의가 가족관계에 스며들면서 가족법의 규율 내용은 단순히 특정한 사적 권리주체의 문제로만 그치는 것이 아니라, 사회 전체의 관심사로 변모하게 되었다. 이를 예증하는 것이 바로 가족법에 대한 헌법재판소의 통제이다.<sup>31)</sup> 헌법재판소는 헌법상 기본권을 토대로 하여, 사적자치와 전통을 부르짖는 보수적인 주장들을 물리치고 일부 가족법 규정들을 위헌으로 결정한 바 있다.

둘째, 근대 민법의 자유주의적 원리를 교정하기 위한 각종 민사특별법이나 사회법이 등장하고 있다는 점도 민사법의 공법화를 예증한다. 예를 들어, ‘주택임대차 보호법’이나 ‘상가임대차 보호법’ 등은 주택임대차나 상가임대차 문제가 더 이상 임대인과 임차인만의 문제가 아니라는 점을 보여준다. 또한 근로기준법 등과 같은 노동법은 근로관계가 더 이상 사적자치로 해결될 수 있는 관계가 아니라는 점을 시사한다. 왜냐하면 이들 문제들은 사적자치의 지배를 받는 각 개인의 문제가 아니라, 사회 전체의 이익, 즉 공익과 관련을 맺는 문제로 변모했기 때문이다.

셋째, 회사법과 같은 조직법 등에서 이루어지는 변화는 민사법의 공법화를 가장 극적으로 보여준다. 상법상 회사법이 엄두에 두는 회사는 공익법인과는 달리 이익을 추구하는 상사회사를 기본으로 한다. 물론 이러한 기본전제는 오늘날에도 큰 틀에서는 바뀌지 않고 있다.

30) 이 문제에 관해서는 박영규, “가족법상의 법률행위의 특수성 문제”, 『민사법학』 제38호(2007. 9), 381-409쪽 참고.

31) 이에 관해서는 윤진수, “헌법이 가족법의 변화에 미친 영향”, 『서울대학교 법학』 제45권 제1호(2004. 3), 233-270쪽 참고.

하지만 최근 들어 상사회사는 거대한 변화의 파도를 마주하고 있다. 상사회사는 단순히 주주와 같은 내부구성원들의 이익만을 추구해서는 안 되고, 이를 넘어서 해당 상사회사와 관련을 맺는 이해관계인 모두의 이익을 도모해야 한다는 관념이 등장하고 있는 것이다. 이는 윤리경영이나 기업의 사회적 책임, 더 나아가 인권경영 등을 통해 구체화된다.<sup>32)</sup> 만약 상사회사가 사적자치의 대상이자 회사구성원들의 사유재산에 불과한 것이라면, 오늘날 전 사회적으로, 더 나아가 전 지구적으로 요청되는 기업의 사회적 책임이나 인권경영 등을 제대로 설명하기 어렵다. 이는 현대 자본주의 사회에서 상사회사가 사회적으로 미치는 영향이 결코 적지 않다는 점과 무관하지 않다. 상사회사야말로 가장 대표적인 자본주의적 단체로서, 여기에는 주주와 같은 내부구성원뿐만 아니라 근로자, 하청업자, 소비자, 지역주민 등과 같은 다수의 이해관계인이 얹혀 있다. 그 때문에 상사회사의 이익은 사회 다수 구성원들의 이익과 관련을 맺을 수밖에 없다. 이는 특히 대기업의 경우에 심화된다. 예를 들어, 삼성전자나 현대기아자동차가 우리 사회에서 차지하는 역할이나 기능을 고려하면, 이들 기업을 단순히 이견회 회장 일가나 정몽구 회장 일가만의 것으로 치부할 수는 없다. 이러한 이유에서 정부 역시 경우에 따라서는 이들 기업들에 공적 자금을 투입하거나 세제혜택을 베푸는 것 등과 같은 각종 혜택을 베풀기도 하는 것이다.<sup>33)</sup>

## 2) 민사법의 재도덕화

이렇게 민사법이 실질적으로 공법화되면서, 근대의 형식적 합리화를 통해 탈도덕화되었던 민사법은 다시 도덕화되고 있다. 여기서 민사법이 재도덕화되고 있다는 것은, 각 권리주체 간의 상호적 합의와 권리를 중심으로 하여 구조화된 민사법에 도덕이나 윤리와 같은 객관적 가치가 다시 스며든다는 것을 뜻한다. 물론 위에서 민사법의 ‘재도덕화’라고 했지만, 이렇게 민사법을 ‘실질화’하는 것은 도덕에 한정되는 것은 아니다. 헌법을 필두로 한 공법체계가 규정한 객관적 가치질서나 인권 등도 여기에 포함된다.

첫째, 도덕이나 윤리와 같은 전통적인 규범들이 민사법의 각종 법적 행위를 판단하는 데 동원되고 있다. 그 결과 이를테면 민법 제103조가 규정하는 공서양속 위반행위, 제104조가 규정하는 폭리행위 또는 민법 제2조가 규정하는 신의칙 위반행위의 인정범위가 다시 확장되고 있다.

둘째, 민사법과 대별되는 공법이 규율하는 객관적 가치질서가 민사법에 투영되고 있다. 무엇보다도 헌법이 규정하는 기본권이 민사법관계에 적극적으로 영향을 미치고 있다. 현재

32) 이에 관해서는 양천수, 『기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 기업의 사회적 책임(CSR)과 범준수프로그램(CP)에 관한 연구』(한국형사정책연구원, 2010) 참고.

33) 이러한 맥락에서 회사법을 공법으로 파악하는 Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities* (Chicago · London: The University of Chicago Press, 2010), 29쪽 아래.

의 헌법 도그마틱에 따르면, 기본권은 주관적 공권의 지위뿐만 아니라 객관적 가치질서의 지위도 갖는다.<sup>34)</sup> 이렇게 객관적 가치질서의 지위를 갖는 기본권은 국민과 국가의 관계뿐만 아니라, 사적 개인과 개인의 관계까지 방사되어 효력을 발휘한다.

셋째, 지난 2000년을 전후로 하여 새롭게 대두하고 있는 인권도 민사법이 실질화되는 데 영향을 미치고 있다. 물론 인권이 민사법에 완전히 새로운 것은 아니다. 왜냐하면 민사법이 규정하는 각종 권리들도 모두 근대적 인권에 기원을 두기 때문이다.<sup>35)</sup> 그러나 민법이 규정하는 권리는 자유주의적인 인권에 연원을 두는 반면, 최근 새롭게 민사법에 영향을 미치는 인권은 자유보다는 평등을 지향하는 사회적 인권이라고 말할 수 있다. 이러한 사회적 인권은 자유주의를 지향하는 권리 중심의 민사법을 평등 지향적으로 바꾸고자 한다. 이러한 근거에서 차별금지가 민사법 영역에서 새로운 쟁점으로 대두하고 있다.<sup>36)</sup>

## 2. 부패 개념의 변화

이렇게 오늘날 민사법이 구조변동을 겪으면서 사적 영역에서 통용되던 부패 개념도 변화를 맞게 되었다.

### (1) 부패 개념의 재도덕화

이미 살펴본 것처럼, 자유주의적인 근대 민법이 사적 영역을 규율하면서, 사적 영역의 부패 개념도 자유주의의 맥락에서 규정되었다. 부패 개념은 탈도덕화되었고, 상호적 합의와 권리침해 여부를 기준으로 하여 파악되었다. 각 권리주체의 자율적 의지가 부패 개념을 판단하는 데 핵심적 역할을 하였다. 이를 달리 표현하면, 부패 개념이 주관화·개별화된 것이라고 말할 수 있다. 그런데 민사법이 구조변동을 겪으면서 민사법은 객관화·재실질화의 길을 걷게 되었고, 이에 따라 부패 개념도 객관화·재실질화의 과정을 밟게 되었다. 쉽게 말하면, 부패 개념도 재도덕화되고 있다는 것이다. 여기서 부패 개념이 재도덕화된다는 것은, 민사법의 경우처럼, 객관적 도덕이나 윤리 또는 공법이 규율하는 객관적 가치질서나 사회적 인권 등이 부패 개념을 판단하는 데 영향을 미치는 것을 뜻한다. 그 이전에는 각 권리주체가 상호적으로 맺은 합의를 위반하였는지 여부 또는 타인의 권리를 정당한 사유 없이 침해하였는지 여부로 부패 개념을 판단했다면, 이제는 특정한 행위가 상호적 합의를 침해하지 않았거나 타인의 권리를 명백하게 침해하지 않은 경우에도 이러한 행위가 차별금지나 사회적 연대성 또는 공정성과 같은 객관적 가치를 침해한 경우에는 부패로 파악될 수 있게 된

34) 장영수, 『헌법학』 제4판(홍문사, 2009), 486쪽 아래.

35) 양천수, 앞의 책(주11), 96쪽 아래.

36) 양천수, 앞의 책(주11), 122쪽 아래.

것이다.

## (2) 부패 개념의 확장

이렇게 부패 개념이 재도덕화·객관화·재실질화되면서, 부패 개념의 인정 범위도 확장되고 있다. 과거에는 부패행위로 파악되지 않았던 행위들이 이제는 부패행위로 파악될 여지가 높아진 것이다. 물론 민법에서는 부패 개념을 본격적으로 지칭하는 경우가 많지 않으므로, 구체적으로 어떤 측면에서 부패행위가 확장된 것인지 예시하는 것은 쉽지 않다. 다만 민법상 신의성실원칙이나 권리남용금지원칙의 적용범위가 확장되고 있다는 점, 폭리행위금지의 적용범위 역시 확장하고자 하고 있다는 점, 불법행위의 인정영역이 확장되고 있다는 점을 통해 이를 간접적으로 확인할 수 있다. 하지만 무엇보다도 민사법에서 과거에는 큰 문제가 되지 않았던 새로운 문제영역이 등장하고 있다는 점이 부패 개념의 확장현상을 잘 예증한다. ‘사회적 관행의 부패행위화’가 바로 그것이다.

## (3) 사회적 관행의 부패행위화

민사법이 재도덕화·객관화·재실질화되면서 부패 개념의 범위가 확장되고 있다는 점은 다양한 사회적 관행이 부패행위로 취급받기 시작했다는 점에서도 확인할 수 있다. 사회적 관행은 한편으로는 ‘사실인 관습’으로서, 다른 한편으로는 사회적으로 합의 또는 승인된 것으로서 부패 개념에서 벗어나 있었다. 그렇지만 민사법이 구조변동을 겪으면서, 특히 헌법 또는 인권의 가치가 민사법에 스며들면서 종래 타당한 것으로 인정되었던 사회적 관행도 비판의 도마에 오르게 되었다. 이는 현 정부에서는 ‘비정상화의 정상화’라는 명목으로 다루어지고 있다. 이른바 ‘갑과 을의 관계’에서 비롯하는 각종 불공정한 행위, 다양한 차별적 행위, 과도한 전세금 인상행위와 같은 폭리행위 등이 이러한 예에 속한다.<sup>37)</sup> 무엇보다도 갑과 을의 관계에서 발생하는 각종 부당한 행위들은, 설사 이러한 행위들이 갑과 을의 상호적 합의에 기반을 두었다 하더라도, 점점 사회적 부패행위로 관심의 초점이 되고 있다. 물론 이러한 사회적 관행 가운데는 명백하게 부패행위라고 판단하기 애매한 행위도 다수 존재한다. 그렇지만 종전에는 사회적으로 공론화되지 않았던 사회적 관행들이 논쟁의 초점이 되고 있다는 점에서 부패 개념이 점차 확장되고 있다는 점을 읽어낼 수 있다.<sup>38)</sup>

37) 이를 흥미롭게 분석하는 강준만, 『갑과 을의 나라: 갑을관계는 대한민국을 어떻게 지배해왔는가』(인물과사상사, 2013) 참고.

38) 이른바 ‘김영란법’도 사회적 관행으로 인정되던 과도한 접대나 선물행위 등을 부패행위로 파악하고 규제하기 위해 마련된 것이다. 이러한 점에서 볼 때, ‘김영란법’의 제정 그 자체가 ‘사회적 관행의 부패행위화’ 경향을 잘 예증한다. 바로 이 때문에 ‘김영란법’에 대한 사회적 저항 역시 만만치 않다. 이를 보여주는 박은중, “김영란법, 반대잡으려다 초가삼간 불태울 우려”, 『교육평론』제269호(2015. 4),



#### (4) 현대사회에서 사적 부패행위의 유형화

사실이 그렇다면, 오늘날 사적 영역에서 문제되는 부패행위는 어떤 유형으로 어디까지 확장되고 있는가? 이를 상세하게 다루는 것은 필자의 역량을 넘어서는 일이므로, 아래에서는 부패행위의 유형을 몇 가지로 간략하게 언급하는 것으로 만족하고자 한다.

##### 1) 권리침해행위

타인의 주관적 권리를 침해하는 행위는 예나 지금이나 여전히 부패행위의 핵심적 지위를 차지한다. 민사법에서는 타인의 재산권을 침해하는 행위가 특히 문제가 될 것이다. 물론 이러한 행위는 대부분 민법상 불법행위나 형법상 범죄로 취급될 것이다. 일반적으로는 이러한 행위를 부패행위라고 지칭하지는 않는 듯싶다. 다만 타인이 부여한 신뢰를 파괴하고 타인을 기망함으로써 손해를 입히는 각종 사기행위는 전형적으로 타인의 권리를 침해하는 행위로서 사적 부패행위라고 부를 수 있을 것이다.

##### 2) 횡령·배임행위

사적 영역에서 가장 대표적인 부패행위로 언급할 만한 것으로는 횡령·배임행위를 들 수 있다. 이 중에서도 횡령행위야말로 가장 오랜 역사를 지니고 있는 부패행위라고 말할 수 있다. 배임행위, 그 중에서도 배임수재행위 역시 공적 영역의 부패행위에 비견되는 부패행위에 해당한다. 이러한 횡령·배임행위는 한편으로는 상호적 합의를 위반하는 행위이자, 다른 한편으로는 타인의 권리를 침해하는 행위로서 전형적인 근대적 부패행위에 해당한다.

##### 3) 신의칙 위반·권리남용행위

타인의 권리를 침해하지도 않고 그렇다고 상호적 합의를 위반하지도 않는 행위인데도 사회적 부패행위로 취급할 만한 행위로는 신의칙 위반 혹은 권리남용행위를 언급할 수 있다. 이러한 행위는 타인의 권리침해나 상호적 합의위반이라는 주관적 기준을 넘어서 신의성실 원칙과 같은 객관적 기준을 위반한 행위에 속한다. 이는 민사법이 제도덕화됨으로써 점점 그 중요성이 높아지고 있다.<sup>39)</sup>

93-95쪽 참고.

39) 이에 관한 분석으로는 박윤직 (편), 『민법주해II』(박영사, 1992), 109쪽 아래(양창수 집필) 참고.

## 4) 폭리행위

폭리행위는 근대 민법이 직접 규정하고 있을 만큼 오랜 역사를 지닌 부패행위이다. 주로 매우 높은 이자율을 요구하는 고리대금업이 이러한 폭리행위의 전형에 해당하였다. 고리대금업이 야기하는 사회적 폐해 때문에 민법은 사적자치를 대원칙으로 천명하면서도 고리대금업을 규율하기 위해 민법 제104조에서 이를 금지하는 규정을 두었다. 그렇지만 판례는 민법 제104조가 규정하는 폭리행위를 매우 제한적으로만 인정하였고, 이 때문에 입법자는 고리대금업을 규제하기 위해 ‘이자제한법’이라는 특별민법을 제정하기도 하였다. 한 때 국제통화기금(IMF) 등의 요구로 ‘이자제한법’이 폐지되기도 했지만, 고리대금업의 사회적 폐해 때문에 이는 다시 부활하였고, 점점 더 강도 높게 이자율을 통제하고 있다. 같은 맥락에서 폭리행위의 적용범위를 확장하고자 하는 시도 역시 제시된다.<sup>40)</sup> 이는 폭리행위의 사회적 부패성이 최근 들어 더욱 짙어지고 있다는 점을 보여준다.

## 5) 차별적 행위

차별적 행위는 근대 민법에서는 크게 부각되지 않았던 행위로서 최근 들어 새롭게 부패행위로 떠오르고 있다. 사적자치가 지배했던 근대 민사법에서는 차별적 행위가 크게 문제되지 않았다. 설사 어떤 부분에서 차별이 존재한다 하더라도, 상호적 합의가 존재하는 한, 이는 사적자치에 따른 결과로서 문제가 되지 않는 행위였다. 그렇지만 인권사상, 그 중에서도 평등을 지향하는 사회적 인권사상과 헌법상 평등권 등과 같은 기본권 등이 사적 영역에 투영되면서, 합리적 근거를 갖지 않는 차별적 행위가 새로운 부패행위로 부각되게 되었다. 이는 처음에는 남녀차별 문제로 출발해서, 최근에는 장애인차별, 성소수자차별 등의 문제로 확산되고 있다.<sup>41)</sup> 이른바 ‘갑과 을’ 관계에서 빚어지는 차별적 행위 역시 이러한 범주에 포함시켜 파악할 수 있다.

## 6) 불공정행위

불공정행위도 근대 이후 새롭게 부각된 부패행위에 속한다. 불공정행위는 특정한 행위가 타인의 권리를 침해하지도 상호적 합의에 위반하지 않는데도, 공정성이라는 사회적 가치 혹은 미덕을 침해함으로써 사회적 부패행위로 비난받는 경우이다. 차별적 행위와 더불어 가장 대표적인 현대적 사적 부패행위라고 말할 수 있다. 최근 사회적으로 이슈가 되고 있는 ‘갑과 을’의 문제는 차별적 문제이기도 하지만, 동시에 불공정행위에 속하는 대표적인 부패행

40) 이에 관해서는 배성호, “불공정한 법률행위의 재검토 소고”, 『인권과 정의』 제324호(2003. 8), 30-43쪽 참고.

41) 이러한 차별 문제에 관해서는 인권법교재발간위원회 (편), 『인권법』(아카넷, 2008), 255쪽 아래 참고.

위이가 되기도 한다. 민사법은 이러한 불공정행위를 규율하기 위해 경제법이라는 새로운 법 영역을 만들어냈다. 사적 부패행위의 확장에 대응하기 위해 민사법이 새로운 법적 진화를 감행한 것이다.

## V. 사적 영역에서 일반적 부패 개념의 정립 및 규제 필요성 - 결론을 대신하여

지금까지 사적 영역을 규율하는 민사법이 구조변동을 겪으면서 어떻게 부패 개념이 변화되고 있는지를 조감해 보았다. 마지막으로 결론을 대신하여 사적 영역에서 적용될 수 있는 일반적 부패 개념을 정립하는 것이 과연 필요한지, 이를 규제할 수 있는 부패 관련 규범을 제정할 필요가 있는지 간략하게 언급하도록 한다.

### 1. 사적 영역에서 일반적 부패 개념의 정립 필요성

주지하다시피 일반적 부패 관련 규범을 갖고 있는 공적 영역과는 달리, 사적 영역에는 부패 개념을 직접 규정하는 법규범이 존재하지 않는다. 사적 영역에서 문제되는 부패행위들은 민법이나 근로기준법 등과 같은 사회법 및 경제법 등이 각기 규율하고 있을 뿐이다. 그 때문에 사적 영역에서 일반적으로 통용될 수 있는 부패 개념도 아직 법적으로 확립되지는 않았다.

사실이 그렇다면, 공적 영역과 마찬가지로 사적 영역에서도 일반적으로 적용될 수 있는 일반적 부패 개념을 법적으로 정립할 필요가 있을까? 그러나 필자는 이에 대해 부정적으로 생각한다. 그 이유는 다음과 같다. 먼저 부패 개념이 현재 변화하는 과정에 있다는 점을 지적할 필요가 있다. 민사법의 구조변동은 완결된 것이 아니라, 여전히 현재진행형인 상황에 놓여 있다. 그 때문에 부패 개념 역시 변화하는 와중에 서있다. 이러한 상황에서 일반적 부패 개념을 정립하고자 하는 것은 자칫 변화하고 있는 부패 개념의 모습을 적절하게 포착하지 못할 수 있다. 나아가 부패행위가 무엇인지에 관해서도 여전히 관점의 차이가 존재하고 있다는 점에 주목해야 한다. 최근 ‘김영란법’ 제정을 둘러싼 논쟁이 시사하는 것처럼,<sup>42)</sup> 어떤 행위를 부패행위로 볼 것인가에 관해서는 다양한 관점이 존재한다. 물론 타인의 권리를 명백하게 침해하거나 상호적 합의를 위반하는 행위는 손쉽게 부패행위의 범주에 포함시킬

42) 이를 보여주는 이승욱, “그물망 넓히는 사이 큰 고기 내뺄 구멍 ‘송송’ 김영란법, 고위공직자 비리 규정 대폭 삭제… 국회에서 알맹이 빠져”, 『시사저널』 제1325호(2015. 3. 10), 24쪽; 이명웅, “김영란법 유감, 사립학교 교직원까지 포함해야 하나?”, 『새교육』 제726호(2015. 4), 10-13쪽 등 참고.

수 있을 것이다. 그렇지만 폭리행위나 차별적 행위 또는 불공정행위의 경우에는 이를 세부적으로 파고들 때 관점의 차이가 존재할 수 있다. 이를테면 신자유주의적 관점에 서있을 때는 이러한 행위를 가급적 부패행위로 인정하지 않고자 할 것이다.<sup>43)</sup> 이와 달리 평등주의적 자유주의의 관점에서 볼 때는 이러한 행위들 역시 부패행위로 파악할 가능성이 높다.<sup>44)</sup> 이러한 상황에서 사적 영역에서 통용될 수 있는 일반적 부패 개념을 이론적으로가 아닌 법적·제도적으로 정립하고자 하는 것은 아직은 시의적절하지 않다고 생각한다.

## 2. 사적 영역에 대한 일반적 부패방지법의 입법 필요성

이러한 맥락에서 보면, 사적 영역에 대한 일반적 부패방지법을 입법하는 것은 아직 불필요해 보인다. 그 이유를 두 가지로 언급할 수 있다. 첫째, 부패행위를 규제하는 일반적 부패방지법을 제정하기 위해서는 그 전제로서 사적 영역에 적용될 수 있는 부패 개념을 확립해야 한다. 하지만 위에서 지적한 것처럼, 현재 사적 영역에서 논의되는 부패 개념은 변화하는 와중에 있으므로, 이를 정립하는 것은 쉽지 않고 또한 적절하지도 않다. 둘째, 현재 넓은 의미의 민사법에 속하는 개별법들이 각자의 영역에서 발생하는 부패행위를 규율하고 있고, 지금으로서는 이러한 규제정책에 큰 문제가 없어 보인다. 따라서 이러한 상황에서 사적 영역에 대한 일반적 부패방지법을 제정하는 것은 상징성은 있어 보이지만 합리적인 법정책이라고 판단되지는 않는다.

## 3. 사적 영역의 경직성과 연대성 사이에서

공적 영역에서도 그렇지만, 사적 영역에서 부패행위를 규제하는 것이 언제나 장점만 갖는 것은 아니다. 요즘 라디오 공익광고가 시사하는 것처럼, 국가 또는 법체계가 집중적으로 규제하고자 하는 부패행위는 친밀한 인간관계와 부정한 인맥관계, 선물과 뇌물, 사회적 연대와 담합 사이에 놓여 있는 행위들이다. 이러한 행위들을 모두 부패행위로 규정하여 철저히 규제하면 그 만큼 우리의 사적 영역은 깨끗하고 정확해질 것이다. 정의론의 차원에서 바꿔 말하면, 이는 교환적 정의, 법적 안정성 또는 개인적·자유주의적 정의가 철저히 실현되는 상황이라고 말할 수 있다. ‘나’와 ‘너’의 개인적 주체성 그리고 ‘나의 것’과 ‘너의 것’이라는 개인적 권리관계가 명확하게 구분되는 상황인 것이다. 그러나 우리의 사적 영역, 더 나아가 우리의 사회 및 국가공동체가 이렇게 변모하면, 자칫 우리 공동체를 끈끈하게 묶어 주던 사회적 연대의식이 약화될 수 있다. 서로 간에 주고받던 선물이 뇌물로 파악되고, 친

43) 이에 관해서는 마이클 샌델, 앞의 책(주20), 제3장 및 제4장 참고.

44) 평등주의적 자유주의에 관해서는 마이클 샌델, 앞의 책(주20), 제6장 참고.

밀하고 끈끈한 인간관계가 타파되어야 할 인맥이나 연고로 취급되어 금지되면, 우리는 자칫 타인과 연대하고자 하는 의식을 일찌감치 포기할 수도 있다. 그렇게 되면, 우리 사회는 이른바 따뜻한 情이 사라진, 깨끗하지만 건조한 사회로 전락할 수도 있다. 이 점에서 부패행위를 규제하는 것은 쉽지 않다. 언제나 사회의 경직성과 연대성 사이에서 적절한 조화점을 모색해야 하기 때문이다. 물론 그렇다고 해서 이를 성급하게 포기하는 것도 경계해야 할 것이다.

## 참고문헌

- 곽윤직 (편), 『민법주해I』(박영사, 1992).
- 강준만, 『갑과 을의 나라: 갑을관계는 대한민국을 어떻게 지배해왔는가』(인물과사상사, 2013).
- 박영규, “가족법상의 법률행위의 특수성 문제”, 『민사법학』제38호(2007. 9)김명숙, 『막스 베버의 법사회학』(한울, 2003).
- 박은중, “김영란법, 빈대잡으려다 초가삼간 불태울 우려”, 『교육평론』제269호(2015. 4).
- 박정훈, “독일 공법학과 오토 마이어(Otto Mayer)”, 한국행정관례연구회 (편), 『공법학의 형성과 개척자』(박영사, 2007).
- 배성호, “불공정한 법률행위의 재검토 소고”, 『인권과 정의』제324호(2003. 8).
- 사법연수원, 『민사실무 II』(사법연수원 출판부, 2015).
- 양창수, “헌법과 민법: 민법의 관점에서”, 『서울대학교 법학』제109호(1999. 2).
- 양천수, “기초법학의 관점에서 본 사회부패의 개념, 정당화 근거 및 정책”, 『한국부패학회보』제11권 제4호(2006. 12).
- 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』제10권 제1호(2007. 5).
- 양천수, “법의 근대성과 탈근대성: 하버마스와 투렌의 기획을 중심으로 하여”, 『법학연구』(부산대) 제50권 제1호(2009. 6).
- 양천수, 『기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 기업의 사회적 책임(CSR)과 범준수프로그램(CP)에 관한 연구』(한국형사정책연구원, 2010).
- 양천수, “새로운 법전화론의 가능성”, 『법철학연구』제15권 제2호(2012. 8).
- 양천수, 『민사법질서와 인권: 민법과 인권의 상호연관성을 중심으로 하여』(집문당, 2013).
- 양천수·이동형, “문화와 법체계 그리고 비교법학: 민법상 거래안전의무를 예로 하여”, 『민족문화논총』제36집(2007. 9).
- 양천수 외, 『현대사회와 민사법의 구조변동』(경인문화사, 2011).
- 윤재왕, “자연법과 역사: 존 로크 법철학의 양면성?”, 『강원법학』제34권(2011. 10).
- 윤진수, “헌법이 가족법의 변화에 미친 영향”, 『서울대학교 법학』제45권 제1호(2004. 3).
- 이명웅, “김영란법 유감, 사립학교 교직원까지 포함해야 하나?”, 『새교육』제726호(2015. 4).
- 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』제39호(2002. 11).
- 이승욱, “그물망 넓히는 사이 큰 고기 내뺄 구멍 ‘승승’: 김영란법, 고위공직자 비리 규정 대폭 삭제… 국회에서 알맹이 빠져”, 『시사저널』제1325호(2015. 3. 10).
- 인권법교재발간위원회 (편), 『인권법』(아카넷, 2008).
- 장영수, 『헌법학』제4판(홍문사, 2009).
- 주진, “박근혜 대통령 “과거의 부정·비리·부패 척결 ‘정치개혁’ 계기 삼아야””, 『아주경제』(2015. 5. 4. 11:25).
- 홍완식, “『부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안』에 대한 입법평론: 일명 ‘김영란법’에 대한 입법평론”, 『토지공법학회』제67집(2014. 11).
- 니콜라스 루만, 장춘익 (옮김), 『사회의 사회 1-2』(새물결, 2014).
- 니콜라스 루만, 윤재왕 (옮김), 『사회의 법』(새물결, 2014).

- 빅토르 마이어 원베르거 · 케네스 쿠키어, 이지연 (옮김), 『빅데이터가 만드는 세상』 (21세기북스, 2013).
- 디터 메디쿠스, 정진명 (역), 『독일민법의 기초: 청구권 근거에 대한 기초서』(법원사, 1999).
- 마이클 샌델, 이창신 (옮김), 『정의란 무엇인가』(김영사, 2010).
- 노베르트 회르스터, 윤재왕 (옮김), 『법이란 무엇인가?: 어느 법실증주의자가 쓴 법철학 입문』(세창출판사, 2009).
- E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München, 1913).
- Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities* (Chicago · London: The University of Chicago Press, 2010).
- J. Rawls, *A Theory of Justice: Original Edition* (Cambridge, Massachusetts: London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005).
- M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, second edition (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).
- G. Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt/M., 1989).
- G. Teubner, “Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht”, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (1998).

투고일자 : 2015. 11. 11

수정일자 : 2015. 12. 29

게재일자 : 2015. 12. 31

## &lt;국문초록&gt;

## 민사법의 구조변동과 부패 개념의 변화

- 기초법학의 관점에서 -

양 천 수

부패 문제는 오늘날 우리 사회가 관심을 기울이고 있는 중요한 문제 가운데 한 가지이다. 부패 문제를 해소하고자 정부는 ‘김영란법’으로 불리는 새로운 부패방지법을 제정하기도 하였다. 그런데 부패는 전통적으로 공법 영역에서 주로 문제가 되었다. 사법 영역에서는 부패 문제가 그리 이슈가 되지 않았다. 이 글은 이러한 문제의식에서 출발한다. 이 글은 그 동안 사법 영역에서 부패 문제가 크게 이슈가 되지 않았던 이유는 부패 개념이 민사법의 기본원리와 밀접하게 관련을 맺어왔기 때문이라고 주장한다. 근대법이 등장하기 이전에 부패 개념은 도덕 및 윤리와 밀접한 관련을 맺었다. 부패 개념은 일종의 도덕적 개념이었다. 그렇지만 ‘형식적 합리화’가 진행되고 법치주의가 정착하면서 부패 개념은 도덕적 개념에서 벗어나 법적 개념으로 바뀌게 된다. 이에 따라 사적 영역에서는 민사법이 부패 개념을 규정하였다. 근대 민사법에 따르면, 일정한 행위가 사적자치를 위반하거나 타인의 권리를 침해하지 않는 한 부패 개념으로 인정되지 않는다. 특히 권리침해 여부가 부패를 판단하는 데 가장 핵심적인 역할을 한다. 이렇게 부패 개념이 탈도덕화되면서 부패의 인정영역도 좁아진다. 그렇지만 현대사회가 구조변동을 겪으면서 이러한 근대적·사적 부패 개념은 변화를 맞고 있다. 우선 현대사회가 구조변동을 경험하면서 민사법의 구조 역시 변화하고 있다. 민사법이 재도덕화·재실질화되고 있는 것이다. 이에 따라 부패 개념 역시 재도덕화·재실질화된다. 이로 인해 부패의 인정범위 역시 확장된다. 이를테면 과거에는 사회적 관행으로 용인되었던 행위들이 새로운 부패 행위로 인정되고 있다. 이 글은 이러한 변화과정을 추적하면서 여기에 어떤 한계가 있는지를 분석한다.

주제어: 부패, 민사법, 사적자치, 권리침해, 현대사회의 구조변동, 민사법의 구조변동, 재도덕화, 재실질화