

사이버공간과 부패 :

사이버공간에서 일어나는 부패의 규율

Cyberspace and Corruption : The Regulation on Corruption in Cyberspace

정 필 운(Jung, Pil Woon)*

ABSTRACT

This is a study on the Regulatory issues concerning Corruption in Cyberspace. An outline of this study is as follows :

Cyberspace or the online world has seen tremendous growth in the past decade, and this has inevitably brought with it a host of new problems. In particular, corruption has also grown in proportion to the expansion of cyberspace, which in turn has been witness to many new forms of corruptions.

Policy-makers can use aggressive policies to combat corruption problems in cyberspace. They may also opt to take measures to sanction individual actions in parallel with or in lieu of aggressive policies. It is up to policy-makers to decide on the best methods.

This paper stipulates that not only legal codes but also technical codes should be used in regulating corruption in cyberspace, and proposes a Layer Model, which is a regulation system derived from a consideration of the technical codes. According to this model, cyberspace would be divided into a physical layer, a logical layer and a contents layer. It is argued that legal codes should be used in the physical layer and that technical codes should be used in the logical layer, while the contents layer would require the use of both legal and technical codes. Other factor such as social norms, morals and ethics, guide-lines, and positive laws that act to regulate the corruption impulse must be also be recognized as independent functions. Furthermore, there is a need to ensure the independent functions of civil sanction, criminal sanction and administrative sanction.

In conclusion, to regulate the corruption in cyberspace effectively, appropriate regulation needs to be decided upon and the independent roles played by of each regulatory methods must also be guaranteed.

Key words : 사이버공간, 부패, 사이버부패, 레이어 모델, 물리적 레이어, 논리적 레이어, 콘텐츠 레이어, 연성법, 법적 제재

* 한국전산원 선임연구원

I. 문제의 제기

사이버공간은 지난 세기말 우리에게 주어진 가장 큰 선물이다. 우리는 현실공간에서 경험하는 많은 종류의 경험을 그 안에서 한다. 그 안에서 사무를 보고, 쇼핑을 하고, 공부를 하고, 정보를 얻고, 게임을 하고, 다른 사람들과 교류한다. 어떤 사람은 현실공간에서 하는 것보다 더 많은 경험을 그 안에서 하기도 한다. 현실공간에서는 여러 가지 장애로 할 수 없는 일을 사이버공간에서 경험할 수 있다. 우리들 대부분은 이미 그 안에서 살고 있다!

이렇게 사이버공간에서 사는 사람이 많아지고, 그 시간이 늘어나고, 그 이용범위가 늘어나면서 사이버공간에서 일어나는 문제도 증가하고 있다. 부패(corruption)도 마찬가지다. 현실공간에서 일어나던 부패가 사이버공간에서 일어나기도 하고, 사이버공간의 출현으로 새로운 형태의 부패가 나타나기도 한다.

입법자가 이러한 사이버공간에서 일어나는 부패(corruption in cyberspace)문제를 해결하고자 할 때 그것을 해소하기 위해 국가가 일정한 정책수단을 강구하여 그것을 적극적으로 해결하도록 할 경우도 있지만, 이러한 적극적인 정책수단과 더불어 또는 이러한 적극적 정책수단을 대체하여 이와 연관된 인간의 직·간접적인 행위를 제재하는 경우도 있다. 이러한 경우 입법자가 선택할 수 있는 수단에는 어떠한 것들이 있을까? 선택할 수 있는 여러 규율수단 중에서 당해 문제를 가장 효과적으로 해결할 수 있는 수단은 어떤 것일까?

사이버공간에서 일어나는 부패에 관해서는 이미 선행연구자들의 수준 높은 연구가 있었다.¹⁾ 이 글은 이러한 연구의 결론인 법, 제도, 윤리, 기술 등에 의한 종합적 대책에 의한 통제라는 시각을 유지하며,²⁾ 규범적 측면에서 사이버공간에서 일어나는 부패를 해결하기 위해 입법자가 선택할 수 있는 규율수단에 관해 살펴보고, 그 장단점을 분석하여 구체적 문제해결을 위한 최적의 수단을 선택하는데 기준을 제시하는 것을 목적으로 한다.³⁾

1) 예를 들어 김영종, 『부패학』, 숭실대학교 출판부, 2001, 458면 이하; 한국전산원, 『전자부패의 존재양식과 대처방안에 관한 연구』, 한국전산원, 2002 등.

2) 김영종, “사이버공간에서의 부패: 행정윤리적 접근”, 『한국부패학회보』 제10호, 2002; 한국전산원, 주1의 책, 61면.

이 글은 이러한 목적을 달성하기 위하여 다음과 같은 순서로 서술한다. 우선 부패의 개념과 사이버공간에서 일어나는 부패에 관해 간단히 살핀다(Ⅱ). 그리고 사회문제를 해결하기 위하여 인간의 행위를 규율하는 수단에 관해 고찰하고(Ⅲ), 이러한 규율수단 중 다른 영역과 비교하여 사이버공간에서 특별히 고려해야 할 점이 무엇인지 고찰한다(Ⅳ). 그리고 그 규율수단 중 법과 법을 제외한 다른 사회규범에 관해 고찰한다(Ⅴ,Ⅵ). 마지막으로 이상의 논의를 정리하며 글을 마치려 한다(Ⅵ).

Ⅱ. 부패의 개념과 사이버공간에서 일어나는 부패

사회과학의 거의 모든 개념과 마찬가지로 부패(corruption)에 관해서도 합의된 정의가 없다.⁴⁾ 부패의 개념에 관한 몇 가지 학설을 소개하면 다음과 같다.⁵⁾ (i) 부패현상을 권력의 비합리적·도덕적 일탈행위로 보는 윤리도덕설이 있다. (ii) 부패현상을 공익위반의 결과로 보는 공익설이 있다. (iii) 부패현상을 사회문화적 환경과 역사적 전통의 부산물로 이해하는 사회문화적 접근설이 있다. (iv) 부패현상을 관료제의 병폐와 권력의 남용으로 보는 권력관계설이 있다. (v) 부패현상을 개발도상국가의 제도적 취약성에 기인한다고 보는 제도적 접근설이 있다. (vi) 부패현상을 행위의

3) 정보통신기술(IT; Information Technology)와 부패의 관계를 살펴보면, 우선 IT가 부패를 방지하고 사회의 투명성을 제고하는데 하나의 수단으로서 기능하는 면이 있다. 전자정부에서 IT를 이용한 전자조달이나 전자세무신고에 의해 국가를 청렴하게 하는 것이 그 하나의 예이다(이러한 측면에서 수준높은 연구로는 남궁근 외, 『전자정부를 통한 부패통제 : 이론과 사례』, 한울아카데미, 2002). 한편 IT기술을 이용하거나 IT가 만들어 낸 사이버공간에서 부패행위를 하거나 부패를 방지하기 위한 제도를 저해하는 행위를 하는 측면도 있다. 이 글은 이 중에서 후자의 측면에 대한 연구이다.

4) 개념은 “일정한 존재를 지시하는 의미체”이다. 따라서 개념은 추상성과 상징성을 그 본질적 요소로 한다. 개념설정은 모든 이론의 출발이지만, 그것은 이러한 추상성으로 말미암아 쉽지 않다. 역사적으로 오래된 개념일수록 그리고 사회적으로 많이 쓰이는 개념일수록 개념화는 어려워진다. 따라서 이러한 부류의 개념들은 개념화의 문제가 하나의 연구주제로 등장한다. 이러한 부류의 개념들을 연구에서 사용해야되나, 이것을 자세히 규명하는 것이 부적절할 경우, 그 연구 내에서 개념화하여 사용하는 것이 필요하다. 때론 연구결과에 따라 개념은 다시 개념화되기도 한다. “모든 개념론은 논쟁의 시작이자 끝이다.”

5) 이하의 논의는 김영중, 주3의 책, 7면 이하.

결과와 효과면을 지정하고 순기능과 역기능으로 역할을 나누어 보면서 개발도상국에서의 근대화의 부산물로 보는 입장이 있다. (vii) 부패현상을 선·후진국을 막론하고 어느 국가에서나 발생하는 보편적 현상이고 자기 영속적 현상이라고 파악하는 후기기능주의설이 있다. (viii) 부패현상을 교환하지 않아야 할 상품이 교환되는 경우라고 상정하여 특수한 이익 추구로 보는 시장 교환관계설이 있다.

위의 각 학설들은 부패의 한 측면을 파악하는데는 유용하나 부패의 모든 면을 포괄하기에는 부족하다. 따라서 위의 각 학설을 통합한 통합적 개념정립이 필요하다.⁶⁾ 이러한 통합적 시각에 따르면 부패란 사회일반인들이 바라는 기대(expectation)를 저버린 비도덕적이고 불법적인(illegal) 일탈행위(deviant behavior)로 청렴한 공직이나 사회풍토를 저해하는 현상이라고 정의할 수 있다.⁷⁾ 여기서는 부패를 국가영역 (또는 공직)에만 국한시키지 않고 사회영역 (또는 기업)까지도 포괄하는 광의로 파악하고자 한다.⁸⁾

사이버공간에서 일어나는 부패는 현실공간의 부패가 IT기술을 이용하여 발생하거나 사이버공간으로 옮겨와 발생하는 부패와 사이버공간의 출현으로 새롭게 발생하는 부패로 나누어 볼 수 있다. 전자의 예로는 국가정보원 고위간부가 휴대전화의 문자서비스를 이용하여 특정 대통령선거후보진영에 국가기밀을 제공하거나, 면허시험장 전산실장이 면허시험장 컴퓨터를 조작하여 운전면허낙방기록을 면허증 분실로 인식하도록 한 뒤 운전면허를 부정발급한 사건 등을 들 수 있다.⁹⁾

후자의 예로는 IT기술을 이용하여 정부의 능률을 향상하고 입찰과장의

6) 김영종, 주3의 책, 8면 이하.

7) 부패방지법 제2조 3호에서는 부패행위를 다음과 같이 규정하고 있다.

제2조 제3호 부패행위라 함은 다음 각목의 1에 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 규정한 행위나 그 은폐를 강요, 권고, 제의, 유인하는 행위

8) 이렇게 부패를 광의로 파악한 입법례로는 호주의 부패방지법(Independent Commission against Corruption Act) 제8조가 있다.

9) 한국전산원, 주1의 책, 82면, 83면.

투명성을 제고시켜 부패를 방지하고자 도입한 전자조달시스템을 개발단계에서부터 계획적으로 허점을 만들어, 시스템 운영이후 전자입찰과정에서 시스템을 조작하여 부정낙찰을 받게 해준 사건을 들 수 있다.¹⁰⁾

사이버공간에서 일어나는 이러한 부패에 효과적으로 대응하기 위해서는 현실공간과는 다른 사이버공간의 의사소통 시스템 구조를 분석하여 이에 근거한 규율체계를 확립하여야 한다.¹¹⁾

Ⅲ. 인간행위의 규율수단

1. 네 가지 규율수단

사회적으로 어떠한 문제가 생겼을 때 이를 해결하기 위해 우리가 동원할 수 있는 수단은 무엇이 있을까?

하나의 예를 들어보자.¹²⁾ 아이들이 포르노물을 보는 것은 성장에 악영향을 미치고 또 다른 사회적인 문제점을 야기하는 것으로 일반적으로 알려져 있다. 따라서 아이들이 포르노물을 보는 것을 사회적으로 규율할 필요가 있다. 더욱이 인터넷이 발달하여 이를 통해 포르노물이 광범위하게 유포되면서 이 문제를 어떻게 해결할 것인가가 더욱 사회적인 문제가 되고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 아이들이 포르노물을 보는 것에 영향을 미치는 제약요인을 찾아 적절히 대응하는 것이 필요하다. 이러한 요인에는 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있다.

가장 먼저 법을 생각해 볼 수 있다. 우리나라는 현재 형법 제243조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제41조·제42조·제42조의2, 제62조, 제65조 등을 통해 음란물 유통을 규율하고 있다.

그 다음으로 법을 제외한 다른 사회규범을 생각해 볼 수 있다. 법규범에 의한 처벌 이전에 사회는 전반적으로 아이들에게 포르노물을 파는 사람에게 돈벌이를 위해 도덕적으로 타락한 행위를 하고 있다는 비난을 가할 것이다. 이러한 사회적 시각이 포르노물 판매를 억제하는 것은 의심의

10) 한국전산원, 주1의 책, 90면.

11) 정필운, 『사이버스페이스 법리학』, KT문화재단, 2005, 195면 이하 참고.

12) 이하의 예는 로렌스 레식 저, 김정오 역, 『코드: 사이버공간의 법이론』, 나남, 1999, 391면 이하 참고.

여지가 없다.

부모나 학교 선생들은 아이들이 포르노물을 보는 것에 대해 죄의식을 심어준다. 대부분의 아이들은 포르노물을 구하는 과정이나 시청과정에서 죄의식을 느끼게 된다. 또한 사회규범은 아동을 포르노물로부터 보호하는 정책을 뒷받침한다.

국가는 포르노물 판매자가 아이들에게 포르노물을 파는 것을 방지하기 위해 판매자가 포르노물을 판매할 때 지켜야 할 가이드라인을 제정하여 이를 제약할 수도 있다.

시장 역시 아이들이 포르노물을 접하는 것을 제약하는 요인 중 하나이다. 시장에서 포르노물은 하나의 상품으로 유통된다. 이 상품을 구입하기 위해서는 돈이 필요하다. 포르노물 가격이 포르노물 시청에 제한을 가하는 것이다. 대체로 아이들은 자신이 처분할 수 있는 많은 돈을 갖고 있지 못하다. 포르노물 판매자들은 지불능력에 따라 차별하기 때문에 결과적으로 아동들이 포르노물을 구입하지 못하도록 협조하는 것이다.

마지막으로 구조를 생각해 볼 수 있다. 현실공간에서 아이들은 자신을 어른으로 숨기고 포르노물을 구입하는 것이 매우 어렵다. 수염을 붙이고 죽마에 올라탈 수는 있겠지만 판매자에게 자신을 어른으로 속이기란 그리 쉽지는 않다. 이렇게 대면구조를 취하는 현실공간은 어린이들이 포르노물을 구입하여 시청하는 것을 비교적 효과적으로 규율하게 된다.

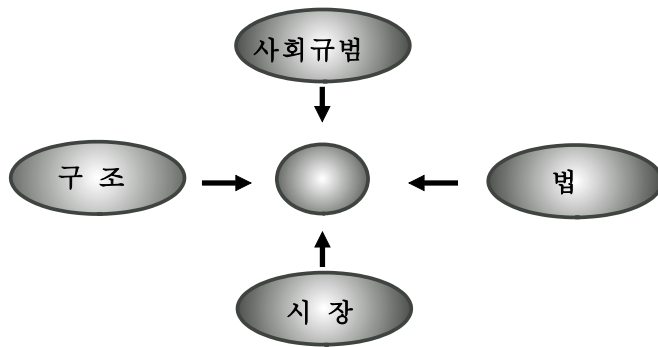
이렇게 사회적으로 바람직하지 못하다고 판단되는 사회문제가 발생했을 때 그것에 영향을 미치는 제약요인과 우리가 동원할 수 있는 규율수단은 법, 법을 제외한 다른 사회규범, 시장, 구조 등을 생각해 볼 수 있다.¹³⁾ 따라서 우리가 사회적으로 바람직하지 못하다고 평가되어 우리의 규율을 필요로 하는 사회문제를 접하는 경우에는 늘 이와 같은 규율수단을 고려해야 할 것이다.

이상과 같은 규율수단을 그림으로 정리해보면 다음과 같다.¹⁴⁾

13) 레식 교수는 미첼(Mitchell)이 나열한 법, 관습, 구조에 시장을 추가하여 위와 같은 네 가지를 규율수단으로 나열하고 있다. 그러나 규율수단이 이 네 가지에 한정되는 것만은 아닐 것이다.

14) 로렌스 레식 저, 김정오 역, 주12의 책, 203면.

<그림 1> 사회문제를 해결하는 규율수단



2. 현실공간과 사이버공간의 규율수단의 차이점¹⁵⁾

그렇다면 현실공간에서의 규율수단과 사이버공간에서의 규율수단은 어떻게 다른가? 그것은 규율할 환경의 차이에서 연유한다.

위의 예를 가지고 계속 논의를 전개해보자. 우선 법을 생각해 보자. 위에서 서술한 바와 같이 현행 형법은 제243조에서 음란물 유통을 금지하고 있다. 그러나 이 형법 제243조로는 사이버공간에서 유통되는 음란물을 규율할 수 있을지가 의문스러웠고, 실제로 우리 대법원은 “형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 법에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 볼 수 없”어 형법 제243조는 적용할 수 없다고 하여, 형법 제243조로는 사이버공간에서 유통되는 음란물을 규율할 수 없다고 판시했다.¹⁶⁾ 이러한 입법의 흠결을 막기 위해 우리 입법부는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호를 규정하여 사이버공간을 통해서 유통되는 음란물에 대처하고 있다.

그 다음으로 법을 제외한 사회규범의 측면을 보자. 사회규범의 측면에서 보면 근본적인 차이는 없어 보인다. 차이가 있다면 인터넷을 통해 포

15) 이하의 논의는 정필운, 주11의 책, 67면 이하 참고.

16) 대법원 1999. 2. 24. 98도3140.

포르노물이 널리 널리 있고, 이로 인해 어른이나 아이들이나 포르노물에 대한 경계심이 느슨해졌다고 생각할 수 있다. 따라서 포르노물을 파는 사람이나 아이들의 죄의식이 다소 약해졌다고 추측해 볼 수도 있다.

시장이라는 제약요인의 변화는 위의 두 변화보다 좀 더 크다. 정보기술의 발달로 포르노물의 복제비용이 거의 들지 않는다. 유통비용도 현저하게 든다. 따라서 시장에서 포르노물의 가격은 굉장히 싸졌다. 과거에 포르노 비디오테이프 한 개 값이면 이제는 포르노 사이트에 가입하여 한 달 동안 그 사이트의 모든 포르노물을 싣것 볼 수 있다.

더구나 이렇게 복제와 유통비용이 거의 없기 때문에 웬만한 포르노물은 공짜로 구할 수도 있다. 따라서 시장이라는 제약요인은 이 문제에 있어 제약의 정도가 현저히 약화되었고, 따라서 효과적인 규율수단이 되지 못하게 되었다.

마지막으로 구조를 생각해 보자. 현실공간에서 아이들의 포르노물 구입을 규율하는 가장 결정적 제약요인은 아이들이 자신이 성인이라는 것을 위장하기 어렵다는 점이다. 그러나 사이버공간에서는 이러한 구조가 근본적으로 변화하였다. 초기 사이버공간에서 아이들은 자신의 신분을 밝힐 필요조차 없었다. 그 결과 우리 모두가 알고 있는 것처럼 아이들이 포르노에 무방비로 노출된 것이었다.

사회는 이러한 문제에 대해 먼저 신원확인제도를 도입하였다. 포르노물을 취급하는 사이트에 들어가기 위해서는 자신이 성인이라는 것을 확인받고 들어가도록 한 것이다. 그러나 로그인 방식과 같은 신원확인제도는 아이들이 아버지나 어머니의 신원을 이용하여 자신이 성인인 것처럼 속여 포르노물에 접하는 것에는 효과적이지 못했다. 그리하여 수호천사와 같은 응용소프트웨어를 만들어 아이들이 포르노물에 접근하는 것을 전보다 효과적으로 봉쇄할 수 있게 되었다.

위와 같은 예는 우리에게 무엇을 말해주는가? 그것은 사이버공간에서 어떠한 사회문제가 발생했을 때 우리가 어떻게 그것을 해결해야 할 것인지를 알려준다. 법학자나 법실무가들은 사회문제가 발생하면 그것을 법이라는 수단을 통해서 해결하려고 한다. 하지만 사회문제를 효율적으로 해결하기 위해서는 법이라는 요인뿐만 아니라 이 문제에 영향을 끼치는 다른 요인들도 고려하여 이를 규율수단으로 활용해야 한다. 법은 그러한 수단 중 단지 하나일 뿐이다.¹⁷⁾

17) 여러 규율수단은 때론 독자적으로, 때론 중첩하여 하나의 문제 해결을 위해

IV. 사이버공간에서 일어나는 행위규율의 특수성 : 규범적 코드와 기술적 코드

1. 구조와 구조를 결정하는 기술의 중요성

사이버공간에서 발생한 사회문제의 해결에는 특히 위에서 말한 ‘구조’와 그 구조를 결정하는 ‘기술’에 주목해야 한다.

구조도 사이버스페이스 상의 행위를 규제한다. 코드. 지금의 사이버공간을 만들어내는 소프트웨어와 하드웨어는 여러분의 행동방식에 대한 일련의 제약을 만들어낸다. 이 제약들의 실체는 다양하다. 그러나 이 제약들은 사이버스페이스에 접속하려고 할 때 경험하는 조건들이다.

어떤 장소(예를 들어, AOL과 같은 온라인 서비스 사이트)에서 여러분은 접속하기 전에 패스워드를 입력해야만 한다. 한편 다른 장소에서 당신은 신원증명과 상관없이 접속할 수 있다. 어떤 곳에서는 당신이 관여한 거래내역이 다시 당신에게 연결되게끔 추적되고, 어떤 곳에서는 당신이 원할 경우에만 연결된다. 어떤 장소에서 당신은 단지 수령인만 들을 수 있는 언어로 이야기하도록 선택할 수 있는 반면(암호화를 통하여), 어떤 곳에서는 암호화가 선택사항으로 되어 있지 않다.

코드, 소프트웨어, 구조, 프로토콜 등이 이러한 사양을 만들어낸다. 이것은 코드 작성자가 선택하는 사양이다. 그들은 어떤 행위를 가능 혹은 불가능하게 함으로써 다른 행위를 제약한다. 코드는 특정한 가치들을 새

작용한다. 입법자는 규율수단의 선택에 있어 되도록 최소한의 규율을 하는 것이 바람직하다. 이와 관련하여 파멜라 사무엘슨 교수는 다음과 같이 말한다. “규율은 “예측가능하고, 최소한이고, 일관성 있고 간단해야 한다 (predictable, minimalist, consistent, and simple)”라고 제안했던 이유 중의 하나는, 문제를 풀기보다는 더 만들어내는 경향이 있는 균형을 잃은 법제정을 피하기 위해서다. 현명한 접근방식이란 우선은 최소한의 접근방식을 취하고, 만약 그 이상의 규율이 필요하다는 것이 경험으로 판명되면, 그때 기존의 법을 고쳐서 나머지 문제점들을 해결해 가는 것이다” Pamela Samuelson, “Five Challenges for Regulating the Global Information Society”, *Regulating the Global Information Society*, Christopher T. Marsden ed., Routledge, 2000, 320면; 파멜라 사무엘슨 저, 방동희·정필운 역, “정보사회에 대비한 입법의 원칙”, 『법학연구』, 연세대학교 법학연구소, 2005.12., 276면 참고

겨 넣기도 하며, 다른 가치들을 불가능하게 하기도 한다. 이러한 점에서 현실세계의 코드 구조가 규제인 것처럼 이 코드 역시 규제이다.¹⁸⁾

사이버법학 연구로 유명한 미국 스탠퍼드 법과대학원(Stanford Law School)의 로렌스 레식 교수는 사이버공간의 법리학적 연구와 대안제시를 위한 전제로 두 가지 코드(Code)의 개념을 제시한다.

‘동부 연안 코드’와 ‘서부 연안 코드’가 바로 그것이다. ‘동부 연안 코드’란 의회가 제정한 성문법을 의미하며, ‘서부 연안 코드’란 사이버공간을 작동하게 하는 소프트웨어와 하드웨어 내부에 새겨져 있는 명령을 의미한다. 그의 이러한 비유는 성문법 제정이 주로 미국의 동부 연안에 있는 워싱턴을 중심으로 이루어지고, 기술적 코드 제작은 주로 미국의 서부 연안에 있는 실리콘밸리, 레드먼드 등을 중심으로 이루어지는 데 착안한 것이다.¹⁹⁾

사회문제를 해결하고자 할 때, 현실공간에서는 단지 법이라는 것에 초점을 둬으로써 많은 문제들을 해결할 수 있었지만, 정보기술의 발전에 기반한 정보사회에서는 기술적인 변화까지도 고려해야만 한다는 것이다. 그에 따르면 사이버공간에서는 기술적 요소인 ‘코드’라는 것이 법과 유사한 역할을 한다.

오늘날 이러한 법률가들의 난폭함에는 차이가 있다. 그러한 차이는 코드에 존재한다. 그 코드라는 것은 동부 연안 코드 제작자(워싱턴의 입법자들에 의해 구조화된 코드(성문법규)를 의미하는 것이 아니고, 서부 연안 코드 제작자(소프트웨어 코드와 그것에 짜 맞추어 들어간 통제적 요소)에 의해 구조화된 코드를 말한다. 그 견해 차이는 이러한 통제의 시스템이 그것을 승인해야만 하는 구조 속으로 짜 맞추어질 수 있다는 데서 기인한다. 미셸 푸코(Michael Foucault)에 따른 보일(Boyle) 교수의 표현처럼 암호화와 통제는 전선(wires)에 새겨 넣어진다. 그리고 이러한 훈육체계(discipline)가 전선에 암호화되어 새겨지면 이는 변호사들이 단순히 과도한 행위를 하는 경우보다도 더욱 중요해지게 된다.

다시 말하면, “당신은 이것을 원도 장치에서 읽을 수 있으며, 매킨토시에서는 불가능합니다”라는 전자서적(e-book)의 과도함은 공갈보다도 더 심한 것이다. 이러한 훈육체계는 그 이면에 수학적 계산을 지니고 있는 일련의 통제라고 할 수 있다. 우리는 그것을 암호화라고 부르며, 이제 이

18) 로렌스 레식 저, 김정오 역, 주12의 책, 206-207면.

19) 로렌스 레식 저, 김정오 역, 주12의 책, 134면 이하.

러한 통제들은 그것을 방어해주는 법적 권력을 가지게 된다. 우리는 그러한 것을 디지털 밀레니엄 저작권법(the Digital Millennium Copyright Act)이라고 부른다.²⁰⁾

이상과 같은 주장은 미국의 상황에만 국한된 것이 아니고, 정보화 선진국인 우리 사회에도 타당한 주장이라고 생각한다. 다만 ‘동부 연안 코드’와 ‘서부 연안 코드’는 미국의 상황을 고려한 표현이므로, 필자는 이를 ‘규범적 코드’와 ‘기술적 코드’라고 표현할 것을 다른 글에서 주장한 바 있다.²¹⁾

이와 같은 점이 바로 사이버공간이 현실공간과 다른 차이점이다. 같은 사회문제라도 그것이 작동하는 공간이 현실공간이나 사이버공간이나에 따라 규율요인인 법, 법을 제외한 사회규범, 시장, 구조, 그리고 구조를 결정하는 기술 등이 그 정도에 있어 차이를 보일 뿐만 아니라 다르게 작동한다. 특히 사이버공간에서는 구조와 구조를 결정하는 기술이라는 규율요인을 주목해야 한다.

2. 규범적 코드와 기술적 코드의 상호작용

이러한 규범적 코드와 기술적 코드는 각각 독자적 영역에서 자율적으로 움직이는 것이 아니다. 이들은 각각 사이버공간에서 제약요인으로 작동하면서 상호영향을 주고받는다. 이것이 우리에게 무엇을 시사하는가?

우리가 어떠한 법적 문제를 해결하고자 할 때, 예를 들어 정보의 보호와 이용의 조화 문제를 해결하고자 할 때, 법학의 전통적 관점에 따르면 지적재산권법 차원에서 보호정도를 형량하여 입법을 하거나 법률을 해석할 것이다. 그리고 이러한 입법이 입법제량권을 벗어난 예외적인 경우에만 헌법적 심사를 할 것이다.

그러나 위와 같은 필자의 입장에서는 이러한 경우 문제해결은 오로지 규범적 코드에 초점을 맞춘 채 이루어질 수 없다. 문제해결은 규범적 코드와 구조 또는 구조를 결정하는 기술적 코드 사이의 상호작용을 고려하여야 한다. 그러한 상호작용 속에서 규범적 코드가 작동하는 것이다. 정보의 보호정도는 정보를 보호하는 법에 의해서 결정될 뿐만 아니라 그러한

20) 로렌스 레식 저, 정필운·심우민 역, “혁신의 구조”, 『연세법학연구』 제11집, 연세법학회, 2005, 311면,

21) 정필운, 주11의 책, 71면 이하.

정보를 보호하는 법이 존재하는 기술적 하부구조에 의해서도 결정된다.²²⁾

3. 기술적 코드를 고려한 행위규율시스템의 한 예 : 레이어 모델

위에서 살펴본 바와 같이 규범적 코드와 기술적 코드가 사이버공간에서 적용되는 ‘법’이고 규범적 코드를 확립할 때 기술적 코드를 고려해야 된다면, 사이버공간에서 제대로 작동할 수 있는 법적 규율체계를 확립하기 위해서는 그 대상인 의사소통 시스템 구조를 분석하고 이에 근거하여 법적 규율체계를 확립할 필요가 있다. 이러한 한 예가 될 수 있는 것이 이른바 레이어 모델이다.

요차이 벤클러(Yochai Benkler)는 의사소통 시스템에 대한 분석을 위해 ‘물리적 레이어’, ‘논리적 레이어’, ‘콘텐츠 레이어’라는 개념을 사용한다.²³⁾ 이러한 레이어 구분을 이용하여 정립한 법적 규율체계를 일반적으로 ‘레이어 모델(layer model)’이라고 한다.²⁴⁾

이러한 레이어 모델은 일반적인 의사소통 시스템의 레이어 구분인 OSI 7 레이어 모델과 팀 버너스 리(Tim Berners-Lee)의 4단계 레이어 모델(전송, 컴퓨터, 소프트웨어, 그리고 콘텐츠)²⁵⁾을 규범적 분석을 위해 단순화시킨 것이다.²⁶⁾

이러한 레이어 모델에 따르면 인터넷은 다음과 같은 세 개의 레이어로 구성된다.

22) 이에 관해 자세한 것은 정필운, 주11의 책, 74면 이하 참고.

23) Yochai Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", Federal Communications Law Journal 52, 2000. 참고.

24) 전석호·김원제, 『유비쿼터스 사회와 방송』, 커뮤니케이션북스, 2005, 148~167면, 은 국내 문헌 중에서는 드물게 레이어 모델에 대해 개괄적인 설명을 하고 있다. 이하에서는 요차이 벤클러의 이론을 응용한 로렌스 레식(Lawrence Lessig)의 설명을 기초로 전개하도록 하겠다.

25) Tim Berners-Lee, 『Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor』, HarperSanFrancisco, 1999, 129~130면 참조.

26) Lawrence Lessig, 『The Future of Idea』, Random House, 2001, 23~25면 참조.

1) 물리적 레이어 (physical layer)

전선(wires), 케이블(cables), 컴퓨터, 그리고 컴퓨터들을 연결시켜주는 전선 등이 존재하는 층위를 일컫는 말이다. 이 부분은 특정인(개인 혹은 법인)에 의해 소유되는 레이어로서 재산권 체계에 의하여 규율이 이루어지는 공간이다. 이러한 물리적 레이어는 현실공간의 재산권을 형성하는 법률인 ‘규범적 코드’에 의해 규율되는 영역이다.

2) 논리적 레이어 (logical layer)

넷(net)을 움직이게 하는 프로토콜(protocol)²⁷⁾이 존재하는 층위를 의미한다. 이 레이어는 e-to-e(최종사용자에서 최종사용자까지)라는 원칙에 입각하여 설계되었기 때문에 이 부분은 본질적으로 자유롭다고 할 수 있으나, 이 레이어 위에 일련의 기술적 규율의 규칙이 추가됨으로써 결국에는 규율이 가능한 공간으로 변해간다.

이러한 경향을 광대역 통신망 기술의 발달을 예로 들어 설명하여 보자. 초기 인터넷 네트워크는 누구든지 기본 사용료만 지불한다면 사용할 수 있는 공간이었으나 광대역 통신망 사업자들은 투자수익 회수 등을 위한 목적으로 논리적 레이어의 프로토콜들을 변화시킨다.

따라서 초기에 개방적이었던 기술적 코드인 프로토콜은 폐쇄적이고 차별적인 규칙들로 변화해간다. 결국 통제되는 공간이 된다는 것이다. 이러한 레이어의 변화는 기술적 코드에만 한정되는 것이 아니고 규범적 코드에 의하여 뒷받침된다. 이 영역에서의 규율에 규범적 코드와 기술적 코드

27) 정보기기 사이, 즉 컴퓨터끼리 또는 컴퓨터와 단말기 사이 등에서 정보교환이 필요한 경우 이를 원활하게 하기 위하여 정한 여러 가지 통신규칙과 방법에 대한 약속, 즉 통신의 규약을 의미한다. 통신규약이라 함은 상호간의 접속이나 절단방식, 통신방식, 주고받을 자료의 형식, 오류검출방식, 코드변환방식, 전송 속도 등에 대하여 정하는 것을 말한다. 일반적으로 기종(機種)이 다른 컴퓨터는 통신규약도 다르기 때문에 기종이 다른 컴퓨터간에 정보통신을 하려면 표준 프로토콜을 설정하여 각각 이를 채택하여 통신망을 구축해야 한다. 대표적인 표준 프로토콜의 예를 든다면 인터넷에서 사용하고 있는 TCP/IP가 이에 해당된다. 강남훈 교수는 인터넷은 TCP/IP(Transmission Control Protocol/Internet Protocol)라는 통신규약(프로토콜)에 입각해서 전 세계의 컴퓨터들을 연결한 네트워크로 정의할 수 있다고 하면서, 정보혁명의 요소 중 하나인 네트워크의 경우에도 기술의 근본에 인간과 인간 사이의 약속이 존재하고 있다는 사실을 확인할 수 있다고 설명한다. 강남훈, 『정보혁명의 정치경제학』, 문화과학사, 2002, 36면.

가 상호 보완하며 규율 작용을 하는 것은 분명하지만 중국적으로 가장 중요한 규율요소로 등장하는 것은 기술적 코드이다.

3) 콘텐츠 레이어 (contents layer)

주어진 특정 의사소통 시스템 안에서 말해지거나 쓰이는 내용들이 존재하는 층위이다. 이 층위는 자유와 통제가 뒤섞여 있는 공간이라고 할 수 있는데, 저작권법이나 각종 규율규범에 의하여 통제되는 직접적인 층위이다.

이 층위에서 가장 문제되는 것은 단연 지적재산권이다. 이 층위도 역시 규범적 코드와 기술적 코드가 상호 작용한다. 규범적 코드의 예로는 각종 저작권 관련 법안을 들 수 있고, 기술적 코드로는 암호화(cryptography), 신원인증, 워터마킹(watermarking) 등을 예로 들 수 있다. 이러한 콘텐츠 레이어에서 사회적 갈등 모습은 마치 과거 냉전체제의 이데올로기적인 갈등과 같이 첨예하다.

<표 1> 레이어 모델에서 각 레이어의 특징

구분	물리적 레이어	논리적 레이어	콘텐츠 레이어
통제 또는 자유	통제	원래 자유. 점차 통제	통제와 자유가 혼재
규율수단	규범적 코드	기술적 코드>규범적 코드	기술적 코드=규범적 코드

사이버공간에서 행해지는 행위규율수단의 선택에서 레이어 모델을 적용하면 각 레이어별 특성을 고려한 적절한 규율수단을 선택할 수 있다는 장점이 있다. 또한 정보통신사업자의 규율에 레이어 모델에 입각한 규율 시스템을 적용하면 융합(Convergence)현상이 가속화되는 현 시점에서 규율의 공백, 중복과 같은 혼선을 피하고 규율의 일관성을 유지할 수 있다는 장점도 가지고 있다.²⁸⁾

이러한 레이어 모델을 통한 규율모델의 실제적 적용에서 한 가지 주의할 점은 구체적 법적 문제가 어느 하나의 특정한 레이어에 한정해서 발생하는 것이 아니라는 점이다. 어떤 법적 문제는 어느 한 레이어상에서만

28) 이에 관해 자세한 것은 정필운, 주11의 책, 199면 이하 참고.

문제가 발생하여 그 레이어상에서의 규율만으로 문제해결이 가능한 경우도 있지만, 대부분 문제들은 둘 또는 셋 모두의 레이어상에서 각각 문제가 발생하고 그 모두에서의 규율을 필요로 한다. 따라서 위에서 제시한 레이어 모델을 실제로 적용하여 커뮤니케이션 시스템의 문제에 대한 법적 규율책을 마련하기 위해서는 각 레이어별로 나타날 수 있는 문제점을 찾아내고, 당해 레이어의 특성에 맞는 적합한 규율수단을 동원하는 지혜가 필요하다.

V. 법을 제외한 다른 사회규범에 의한 부패의 규율

1. 개관

법을 제외한 다른 사회규범에는 윤리, 도덕, 종교 등 다양한 종류의 것들이 있다.

윤리란 각 개인이 양심을 기초로 하여 올바른 것이라고 생각하는 규범을 말한다. 이런 규범은 순전히 개인적인 것일 수 있지만 대개 집단적인 성격을 띠고 있다. 그 대표적인 예는 전통윤리와 종교윤리이다. 이러한 의미의 윤리는 보편적이지 않다는 특징을 가지고 있다. 헌법은 이러한 의미의 윤리에 대한 형성과 그에 따른 삶을 제19조 양심의 자유, 제20조 종교의 자유를 통해 보장하고 있다.²⁹⁾

도덕이란 윤리적으로 올바른 것에 대한 한 사회의 지배적인 견해를 말한다. 그 대표적인 예는 ‘다른 사람을 정당한 이유없이 죽이지 마라’, ‘다른 사람의 물건을 훔치지 마라’ 등을 들 수 있다.

이렇게 본다면 법규범이 도덕규범을 수용하는 것은 별 문제가 되지 않고 오히려 장려되어야 한다. 도덕에 녹아있는 공동체의 근본가치의 실현은 법의 중요한 임무 가운데 하나이기 때문이다. 그러므로 많은 경우 법규범은 그 규정형식에 있어서 차이를 보일 뿐, 도덕규범과 그 내용에 있어 일치한다.

그러나 법규범은 윤리규범에 대해서는 중립성을 유지하여야 한다. 한 개인이나 집단의 윤리는 다른 개인이나 집단에게는 비윤리일 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 법규범이 윤리규범을 수용한다면 그것은 법에

29) 이에 관해 자세한 것은 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2005, 237면 이하 참고.

의한 윤리적 심정테러(Gesinnungsterror)라고 할 수 있다.³⁰⁾

2. 연성법

위에서 제시한 것과는 조금 성질이 다른 사회규범이 있다. 이른바 가이드라인(guide-line)이라고 불리우는 일련의 규범군이 그것이다. 가이드라인이란 행정부나 사회단체 등에서 어떤 사회문제를 해결하기 위해 행위자가 따라야 할 구체적 행동지침을 법규범의 형식을 취하여 제정한 것을 말한다. 행정부가 제정한 가이드라인은 그 형식은 실정법과 다르지 않지만, 규범적 효력이 없다는 점에서 실정법과 결정적으로 구별된다. 그러나 행위자에게, 특히 행정부에 지대한 영향을 받는 사업자에게 그것은 실정법 이상의 사실상 효력을 가진다. 사회단체가 제정한 가이드라인은 그 형식이 실정법과 같지만, 행위자에게 행위기준을 제시하는 정도의 의미를 가질 것이다. 하지만 그것이 협회와 같은 사업자들의 집단적 모임에서 자율규제(self-regulation)의 목적으로 제정된 것이라면 그것도 상당한 사실상 효력을 가진다고 할 것이다.

이러한 가이드라인은 아직 규범의 형성을 하기에는 이르지만 규율은 필요한 분야에서, 행위자에게 모범적인 구체적 행위지침을 제시하여 그에 따른 행위를 유도하지만 그 행위를 법적으로 강제하지는 않는다는 점에 그 본질이 있다고 할 수 있다.³¹⁾ 이러한 의미에서 가이드라인은 연성법(soft law)의 일종이다. 또한 많은 가이드라인은 시간이 흐름에 따라 실정법(경성법; hard law)으로 발전하여 그 분야에서 중요한 규범으로 작용할 개연성이 높다.³²⁾

30) Henkel, 『Rechtsphilosophie』, 1977, 85면. 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2005, 199면에서 재인용.

31) 파멜라 사무엘슨 교수는 기술발전에 앞서서 법을 만드는 것을 경계하는 취지의 서술을 하고 있다. Pamela Samuelson 저, 방동희·정필운 역, 주17의 글, 278면 이하 참고.

32) 이러한 연성법의 증가추세를 부정적으로 평가할 것이 아니라 시대적 필요의 산물로 긍정적으로 인식할 필요가 있다. Pierre-Marrie Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", Michigan Journal of International Law, 12권, 1991, 422면.

3. 부패규율을 위한 법을 제외한 다른 사회규범의 역할

현대와 같이 국가에 의한 실정법이 발달하여 대부분의 사회문제를 실정법을 통해 해결하려는 경향이 있어도 법을 제외한 다른 사회규범의 역할은 여전히 유효하다. 다른 사회규범을 법규범으로 전환하는 것은 다음 몇 가지 점에서 바람직스럽지 않다.

첫째, 법에 의한 분쟁종식은 사실상의 한계가 있다. 법에 의한 분쟁종식은 말 그대로 분쟁의 ‘종식’일 뿐, 분쟁의 ‘해결’이 아니다. 입법자는 법에 의한 분쟁종식의 이러한 한계를 분명히 인식하여야 한다. 나아가 사회분쟁의 해결은 법에 의하는 것보다 비공식적인 사회규범을 토대로 개인의 자율적 통제와 집단의 내부 통제를 통해 해결을 하는 것이 바람직한 경우도 얼마든지 있다.

국가는 인간 내면을 지배하는 윤리·도덕을 일깨워 부패문화의 개혁을 추진할 수 있으며, 부패방지를 위한 법·제도적 노력과 더불어 진행하여야 한다.³³⁾ 왜냐하면 부패의 원인은 제도적 측면 뿐만 아니라 행위자적 측면도 있기 때문이다. 그리고 이러한 행위자적 원인에서 기인한 부패의 방지에는 윤리·도덕교육이 필수적이라고 할 수 있다.

둘째, 법을 제외한 다른 사회규범 가운데 오직 ‘비공식적 규범’의 형태를 취할 때만 유효한 것들이 있다. 네티즌이 다른 네티즌과 신뢰를 유지하며 사이버공간에서 활동할 수 있기 위한 행동방식 등이 그것이다. 이러한 다른 사회규범을 공식화하면 그것은 더 이상 이전의 사회규범이 가졌던 의미를 가질 수 없게 된다. 왜냐하면 이에 따라 행동하는 네티즌의 행동을 더 이상 예의있는 특별한 행위라고 받아들이지 않고 지나치게 공식적이고, 전형적인 행위라고 받아들일 것이기 때문이다. 이러한 규범은 네티즌들 내부에서 그들끼리 형성하고 준수할 때만 효과적일 수 있다.

사이버공간에서 부패행위를 할 개연성이 높은 직역종사자들의 업무를 적절히 통제하기 위한 매뉴얼 중 지나치게 세부적인 내용은 감독자와 당해 직역종사자들끼리 형성되고 준수할 때만 효과적일 수 있다.³⁴⁾

33) 김영중, 주3의 책, 473면 참고.

34) 사이버공간에서 부패행위를 할 개연성이 높은 직역종사자들이 지켜야 할 매뉴얼에 관해서는 J. Van Dyun, 『The Human Factor in Computer Crime』, Princenton: Detrocelli Books, 1985. 김영중, 주3의 책, 468면 이하에서 재인용.

VI. 규범적 코드에 의한 부패의 규율 : 법적 제재

1. 개념과 기능

법적 제재(sanction; Sanction)란 규범위반에 대하여 책임이 있는 자에게 그 위반에 대하여 부과하는 일체의 불이익한 법적 결과를 말한다.³⁵⁾

제재의 기능³⁶⁾은 다음 세 가지이다.

첫째, 제재는 응보적 기능이 있다. 제재는 규범위반자에게 정당한 응보(gerechte Vergeltung)를 가하는 기능이 있다. 규범위반은 악행이므로 악행을 행한 자에게 그 악행에 상응하는 위해를 가하는 것이 바로 제재라고 한다.

둘째, 원상회복적 기능이 있다. 원상회복적 기능이란 침해된 규범의 이익을 규범이 준수되었을 때와 등등한 상태로 회복하는 것을 의미한다. 이러한 제재의 원상회복적 기능은 강제이행 및 민사법적 손해배상 등에서 나타나게 된다.

셋째, 예방적 기능이 있다. 예방적 기능은 다시 일반예방적 기능과 특별예방적 기능으로 나눌 수 있다. 일반예방적 기능은 제재를 사회에 대한 위하적 작용으로 이해하여 제재의 목적은 일반인들에게 위하에 의하여 장래의 규범위반을 방지하고, 일반인에게 규범의식을 강화하여 법질서를 준수하도록 유도하는 것을 말한다. 특별예방적 기능이란 규범위반자 스스로에 대한 경고의 기능을 의미한다.³⁷⁾

이러한 법적 제재에서는 민사법적 제재, 형사법적 제재, 행정법적 제재 등이 있다. 이하에서 자세히 설명한다.

2. 민사법적 제재

법적 책임으로서 민사책임과 형사책임은 가장 오래되고 대표적인 제도이다. 오래전에는 두 책임이 분화되지 않았지만, 적어도 서양 근대에서 이 두 책임은 분화되었다. 민사책임은 ‘가해자와 피해자 사이에 손해와 이익’

35) Wolff, Bachof, Stober, 『Verwaltungsrecht』 2권. 2000, §65 Rn.3

36) 제재의 목적, 정당성과도 직결된다.

37) Röhl, 『Allgemeines Rechtslehre』, 1994, 188면 이하.

을 분담하는 것을 그 목적으로 하고, 형사책임은 가해자에 대한 제재를 통해서 그가 위반한 ‘규범의 준수’를 유도하고 규범의 효력을 유지하는 것을 목적으로 한다.

따라서 민사법적 제재는 이러한 행위자에게 이러한 민사책임을 지우는 것이라고 정의할 수 있고, 구체적으로는 계약관계에 있는 사람들 사이의 관계에서 타인에게 손해를 끼치는 행위에 대해 책임을 지우는 채무불이행에 의한 손해배상책임과 계약관계가 없는 사람들 사이에서 손해를 끼치는 행위에 대해 책임을 지우는 불법행위에 의한 손해배상책임을 행위자에게 지우는 것이다.

부패사건의 민사적 제재는 가해자가 피해자에게 끼친 손해에 대해 채무불이행이나 불법행위에 의한 손해배상책임을 묻는 형태가 될 것이다. 특히 공직자 부패사건의 경우 피해자는 대개 국가가 될 경우가 많을 것이며, 이 경우 국가는 부패공직자에게 손해배상책임을 물을 것이다. 또한 부패공직자가 타인에게 손해를 끼친 경우 국가는 피해자에게 국가배상을 하고, 부패공직자에게 ‘국가배상법’ 제2조 제2항에 따라 구상권을 행사할 수 있다. 우리 ‘회계관계직원 등의 책임에 관한 법률’은 회계 관계직원이 고의 또는 중과실로 그 의무에 위반한 행위를 함으로써 국가 등의 재산에 손해를 끼친 때에는 변상책임이 있다고 특별히 규정하고 있다(회계관계직원 등의 책임에 관한 법률 제4조 제1항). 이렇게 공직자 부패사건의 경우 부패공직자가 국가에 대해 변상을 하는 것은 엄격한 의미에서 민사법적 제재가 아니라 행정법적 제재라고 할 수 있다.

3. 행정법적 제재

1) 개관

행정법적 제재는 크게 국민이 행정법상 의무위반을 한 경우 제재를 가하는 측면과 공무원이 의무위반을 한 경우 국가 또는 지방자치단체가 사용자로서 제재를 가하는 측면이 있다.

전자의 행정법적 제재는 이른바 행정의 실효성 확보수단으로 논의되는 직접적 강제수단인 행정강제(행정상 강제집행, 행정상 즉시강제), 간접적 강제수단인 행정형벌, 행정질서벌(과태료), 범칙금과 새로운 의무이행확보수단이라고 일컬어지는 수익적 행정행위의 취소·철회, 범위반 사실의 공표, 공급거부, 관허사업의 제한 등을 포함한다.³⁸⁾

행정이 직접 의무이행상태를 실현시키는 직접적 강제수단으로는 행정처분을 통한 의무부과와 그 이행을 기다렸다가 이행하지 않는 경우에 비로소 실행하는 강제수단인 행정상 강제집행과 이러한 처분과 집행절차가 생략된 채 바로 실행하는 행정상 즉시강제로 나누어 볼 수 있다. 강제집행은 금전급부의무에 대한 강제집행인 강제징수, 대체적 작위의무에 대한 대집행, 작위의무를 포함하는 부작위, 수인의무에 대한 행정청의 직접강제, 비대체적 작위의무 내지는 부작위, 수인의무의 불이행에 대한 이행강제금 등이 있다.

의무불이행에 대한 불이익을 부과하는 심리적 강제를 통하여 의무이행을 담보하는 간접적 강제수단은 행정형벌, 행정질서벌, 범칙금 등으로 나눌 수 있다. 행정형벌은 형사소송절차에 따라 형법상의 형명에 있는 벌칙이 과하여지는 것이고, 행정질서벌이란 비송사건절차법의 규율을 받는 과태료를 뜻한다. 범칙금은 일정한 금액의 납부를 통고하고, 피통고자가 그 기간 내에 이를 납부하지 않는 경우 형사소송절차에 따라 형벌을 가하는 것이다. 새로운 의무이행확보수단은 각각이 하나의 범주로 묶기에는 다소 이질적이지만, 직접적 강제수단이 아니고 행정작용의 형식으로 이루어지므로 행정형벌, 행정질서벌, 범칙금과는 상이한 법적 규율이 이루어지고 구속력, 예선적 효력(공정력), 존속력, 집행력 등의 행정행위의 효력이 부여된다는 점에서 공통적이다.

행정불법에 대한 제재에 대한 일반적 권한은 헌법 제40조, 제66조 제4항, 제101조 등에서 도출되는 권력분립의 원칙에 따라 행정부에 있다.³⁸⁾ 헌법재판소는 "행정권에는 행정목적실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, '제재를 통한 억지'는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있"다고 실시하였다.⁴⁰⁾ 다만 이러한 제재들은 항상 헌법 제101조와 제111조에 따라 법원과 헌법재판소의 사후심사 아래 놓여있게 된다.

후자인 공무원의 의무위반의 경우 행정법상 제재는 징계벌과 변상책임 등이 있다. 변상책임은 이미 설명하였으므로 여기서는 징계벌에 관하여

38) 이에 관해 자세한 것은 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2004, 451면 참고.

39) 독일의 경우 기본법 제20조에서 도출되는 권력분립의 원칙에 따라 보장된 행정권한에서 찾을 수 있다. 이에 관해서는 Wolff, Bachof, Stober, 주35의 책, § 65 Rn. 33.

40) 헌재결 2003.7.24, 2001헌가25.

간단히 살펴본다.

징계란 공무원이 공무원으로서 부담하는 의무를 위반하였을 때, 공무원 관계의 질서유지를 위하여 공무원법에 따라 당해 공무원에게 과하는 법적 제재를 말한다.⁴¹⁾ 이러한 징계별은 목적, 내용, 대상 등에서 형벌과 구별되고, 따라서 징계별과 형벌의 병과는 헌법 제13조 제1항의 일사부재리 원칙에 반하지 않는다.

징계별에는 공무원의 신분을 박탈하여 공무원관계를 배제하는 파면, 공무원의 신분을 박탈하고 공무원관계를 배제하는 면에서는 파면과 동일하나 공무원임용제한이 짧고 퇴직급여금의 감액이 없는 해임, 공무원의 신분을 보유하되 일정기간 직무에 종사하지 못하게 하는 정직, 보수를 감액하는 감봉, 행위에 대하여 훈계하고 회계하게 하는 견책 등이 있다(국가공무원법 제78조 이하, 지방공무원법 제69조 이하).

2) 규범현실의 문제점과 대책

사이버공간에서 행위규율수단의 하나로서 행정법적 제재에 관하여는 우선 그 본질에 관해 그 동안의 연구가 미흡하였고, 입법자나 행정관료 등 법실문가들에게 제대로 알려져 있지 않았다.

또한 행정불법에 대한 행정권의 행정제재와 형사불법에 대한 사법권의 형사제재의 경계확정의 문제가 제대로 해결되지 않았다.

그간 우리 행정법 학계에서는 위와 같은 구별기준 중 대체로 윤리, 도덕 등의 기준에 의거하여 형사범과 행정범의 차이를 자연범과 법정범의 차이로 파악하여 왔다.⁴²⁾ 나아가 형사범에게는 형사형벌을 부과하고, 행정범에게는 행정형벌과 행정질서벌을 부과할 수 있다고 설명하며, 행정형벌과 행정질서벌 양 자의 구별보다는, 형사형벌과 행정형벌의 구별을 전제로 행정형벌의 형법총칙 규정의 적용의 특수성에 관해 논해왔다.

그러나 고의, 과실, 위법성의 인식, 책임능력, 법인의 책임, 타인의 행위에 대한 책임, 공범, 경합범과 누범 등 종래 행정형벌이 형사형벌과 다른 특수성이라고 언급된 내용의 실질을 살펴보면, 양 자 사이에 실질적인 차이가 없다고 생각한다.

행정형벌이나 형사형벌이나 모두 범죄에 대한 제재로서의 형벌이라는 점에서 동일하다. 행정형벌의 특수성의 예로 언급되는 것들은 행정형벌의

41) 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2005, 299면.

42) 김성수, 주38의 책, 503면 이하.

본질에서 나오는 차이점이 아니라 개별법에서의 특별한 규정에 의해 형법 총칙 중의 일부가 수정, 배제되는 것에 불과하다.⁴³⁾ 행정형벌이나 형사형벌이나 모두 형벌로서의 공통점을 지니고 있음이 오히려 중요하다. 행정형벌의 특수성으로 서술되던 내용들은 일반적인 것이 아니라 오히려 예외에 불과하며 그것은 이미 형법 제8조에 의해 인정되는 일부 개별법의 특별한 규정에 의해 인정되는 당연한 것이다.

따라서 이러한 구별보다는 형사불법에는 형벌을 부과하고 행정불법에는 행정질서벌을 부과한다는 원칙 아래, 형사불법과 행정불법의 차이점에 대한 논의를 통해 행정형벌의 과잉현상의 대안으로 제시되는 행정형벌의 행정질서벌로의 전환을 추구하는 것이 바람직하다.

<표 2> 형사불법과 행정불법의 구별기준⁴⁴⁾

구별	형사불법	행정불법
불법적인 행위의 침해 목적	인간공동생활에 필수적인 권리와 자유를 침해	행정법적인 질서유지의무 침해
비난의 정도	윤리적 비난	윤리와 관련없는 비판
제재 주체	사법부	행정부
제재 목적	응보, 일반예방, 특별예방	강력한 의무이행 촉구

이러한 구별기준에도 불구하고 양자의 구별은 어렵고, 넓은 중간영역이 존재한다. 이러한 중간영역에서 행위규율수단의 선택은 입법자에 의해 해결된다. 입법자에게는 형벌을 가할 수 있는 행위와 그렇지 않은 질서위반행위를 규율하는데 있어 비교적 넓은 범위의 재량이 부여되는 것이다.⁴⁵⁾ 하지만 입법자에게 이렇게 넓은 입법형성권이 부여되어 있다고 하더라도 양자의 핵심적인 영역을 박탈하는 것은 허용되지 않는다. 행정법적 제재가 필요한 영역에 이를 실질적으로 형사처벌과 다를 바 없다고 보아 이를 모두 사법권에 귀속시키는 것은 행정목적 실현을 위한 법적 수단

43) 박정훈, “협의의 행정벌과 광의의 행정벌”, 『법학』 제41권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 290면 참고.

44) 이하 형사불법과 행정불법에 관한 구별기준에 관해 자세한 것은 Wolff, Bachof, Stober, 주35의 책, §65 Rn.38 참고.

45) BVerfGE 45, 272, 289; 27, 18, 29.

의 경직성을 초래하여 효율적 행정권 행사를 저해하게 된다. 또한 형사법적 제재가 필요한 영역에 행정법적 제재를 선택하는 것은 법원의 형사사법권을 침해하는 위헌적 행위이다.

이러한 일반이론을 부패행위규율에 적용하여 보면, 입법자는 특정한 부패행위를 형사불법으로 판단하고 형벌을 동원하는 것을 능사로 삼을 것이 아니라, 당해 부패행위가 형사불법에 해당하는지, 행정불법에 해당하는지 신중하게 판단하여 형사불법으로 판단하였을 경우에는 형벌을, 행정불법으로 판단하였을 경우에는 행정질서벌을 부과하도록 하는 것이 타당하다.

4. 형사법적 제재

1) 개관

위에서 서술한 바와 같이 형사책임은 행위자에 대한 제재를 통해서 그가 위반한 ‘규범의 준수’를 유도하고 규범의 효력을 유지하는 것을 목적으로 한다. 형사법적 제재는 행위자에게 형벌과 보안처분이라는 형사책임을 지우는 것이라고 정의할 수 있다.

부패행위에 대비하여 우리 ‘형법’은 제129조 이하의 뇌물죄, 제122조의 직무유기죄, 제123조 직권남용죄, 제127조 공무상비밀의 누설죄, 제355조 횡령죄, 배임죄, 제357조 배임수증죄 등을 규정하고 있고, ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’, ‘특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’, ‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률’, ‘국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법’, ‘금융지주회사법’ 등 많은 특별법이 마련되어 있다.

2) 규범현실의 문제점과 대책

사이버공간에서 해결해야 할 법적 문제가 생겼을 때 입법논의에서는 법에 의한 규제, 특히 형법적 규제를 선호한다. 그 첫 번째 이유는 형벌을 거의 모든 종류의 사회적 갈등을 해결하는 최고수단(prima ratio)으로 인식하기 때문이다. 민사채무의 이행은 물론이고, 윤리적 갈등도 형벌에 의존하려고 한다.

두 번째 이유는 모든 일탈행위의 의미를 윤리적 관점에서 해석하고, 그에 대한 제재로서 형벌도 윤리적 관점에서 해석하기 때문이다. 이에 따라 형벌은 그 행위에 의해 실추된 윤리를 다시 바로 세우는 수단으로 인식된

다.

그러나 이처럼 윤리를 토대로 범죄와 형벌을 해석하게 되면, 범죄의 원인에 대한 과학적 접근이 봉쇄되고 범죄를 범죄자 개인의 잘못된 인격의 탓으로만 돌리게 된다. 부패의 경우 제도적 부패(institutionalized corruption)마저도 우연적 부패(accidental corruption)로 해석하는 우를 범할 수 있게 되는 것이다. 그 뿐만 아니라 윤리주의적 범죄해석은 문화영역을 폭력적으로 재단하고, 예술의 자유와 과학의 발전을 심각하게 위축시킨다. 예를 들어 사이버공간의 일탈행위도 기술의 발전에 따른 특유한 일탈행위라기보다는 ‘사이버윤리’라는 새로운 윤리를 저버린 행위로 파악된다. 이런 윤리주의적 해석은 사이버공간의 일탈행위의 구조적 원인에 대한 과학적 분석의 계기를 해소해 버린다.

또한 범죄와 형벌에 대한 윤리적 해석은 범죄에 대한 제재를 지나치게 강하게 만든다. 형이상학적 윤리에 의해 욕구와 본능은 강력하게 억압되고, 이 억압된 욕구와 본능은 강한 응징과 보복의 감정으로 전황되어 예측할 수 없는 형태로 외부에 분출되기 때문이다. 더 나아가 형벌의 윤리적 해석은 형벌의 현실적인 효과에 대하여도 무관심하게 만든다. 즉 형벌은 결과에 대해 맹목적으로 된다.

이러한 문제상황을 극복하고 형사법적 제재의 남용을 막기 위해서는 범죄와 형벌에 대한 의미에 대한 재해석이 필요하며, 이는 형법이라는 법제도의 의미와 그 기능에 대한 올바른 이해에서 출발한다.⁴⁶⁾

3) 범죄에 대한 이해⁴⁷⁾

(1) 범죄의 실질

① 권리침해

18세기 이후 서구에서는 오직 ‘사회에 유해한 행위’만을 범죄로 파악하기 시작했다.

여기서 ‘사회유해성’은 개인의 권리를 침해하거나 그럴 위험이 있는 행

46) 형사법적 제재 확대의 경계와 형사법 위반에 대한 제재의 집행력은 분명히 구별되어야 한다. 부패에 대한 형사법적 제재를 최소화할수록, 부패행위를 하여 형사법을 위반했을 때 그것의 적발과 처벌의 확률은 더욱 높여야 한다.

47) 이하의 논의는 이상돈, 주30의 책, 133면 이하 참조.

위를 가리킨다. 근대법에서 말하는 ‘권리’는 ‘자유를 누리는 이익’이며, 그 자유는 모든 시민들이 공평하게 누려야한다는 제한적인 의미를 갖는다. 근대형법의 임무는 바로 그런 권리를 형벌로 제재함으로써 모든 시민에게 자유를 공평하게 보장하는 것으로 이해되었다. 여기서 자유는 형법이 보호해야 할 이익, 즉 법익이다. 형법의 임무는 ‘법익의 보호’에 있다.

여기서 개인의 자유와 권리를 직접적으로 침해하지 않고, 단지 문화적으로 전승된 형이상학적 윤리에 위반한 것뿐인 행위를 범죄로 규정하는 것은 바람직스럽지 않다. 문화적 동질성을 재생산하는데 기여하는 이러한 법률들은 예컨대, 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률⁴⁾의 많은 벌칙조항을 들 수 있다.

② 규범의 효력의 회복

이러한 의미의 권리침해는 민법상 불법행위와 그 실질이 같다. 민법상 불법행위보다 중대한 경우인 경우가 많지만 언제나 그런 것만은 아니다. 민법상 불법행위는 권리침해로 인한 손해의 전보를 위한 것이고, 형법상 범죄는 그 권리침해에 의하여 효력이 부정된 규범의 효력(Geltung der Norm)을 회복하기 위한 행위이다.

③ 중대한 일탈행위

범죄는 일체의 일탈행위 중 중대한 일탈행위이다. 여기서 중대성은 앞에서 서술한 ‘인간의 기초적인 공존조건’, 즉 앞에서 권리 또는 자유라고 표현한 법익의 침해인지 여부에 따라 판단한다.

(2) 범죄의 형식

범죄가 성립하기 위해서는 실정법률이 미리 범죄로 규정하여야 한다. 죄형법정주의의 요청이다. 이 규범의 형식은 국회에서 제정한 법률의 형식을 취해야 한다. 근대 형법은 자유의 공평한 향유를 보장하기 위한 제도이며, 범죄는 그러한 공평성을 깨뜨리는 행위이다. 국민국가(nation-state)단위에서 개인들 사이에 이성적인 합의 형성을 극대화하는 제도는 바로 의회제도이다. 따라서 죄형법정주의에서 말하는 법률은 오직 국회에서 비판과 토론을 거쳐 제정한 법률만을 의미한다.

그러나 한국의 실정형법은 많은 경우 범죄의 실질적 내용을 정하는 권한을 국회에서 행정부에게 이양하고 있다: 위임입법의 폭발적 증가.

IV. 결론 : 정책적 시사점

이상의 논의를 통해 얻은 정책적 시사점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 법학자나 법실무가들은 사이버공간에서 부패문제가 발생하면 그것을 법이라는 수단을 통해서 해결하려고 한다. 하지만 문제를 효율적으로 해결하기 위해서는 법이라는 요인뿐만 아니라 이 문제에 영향을 끼치는 다른 요인들도 고려하여 이를 규율수단으로 활용해야 한다. 법은 그러한 수단 중 단지 하나일 뿐이다.

둘째, 사이버공간에서는 여러 규율수단 중 구조와 그 구조를 결정하는 기술에 주목해야 한다. 구조와 그 구조를 결정하는 기술은 그 동안 우리가 현실공간에서 구축해 왔던 법규범을 수정하여 적용하거나 전혀 다른 법규범을 정립하도록 요구한다. 나아가 기술은 그 자체의 영향력이 막강하여 독자적으로 행위를 규율하는 요인으로 작용한다. 따라서 이 글에서는 양 자의 상호작용에도 주목해야 한다는 점을 강조하였다.

셋째, 이 글에서는 사이버공간에서 부패에 제대로 대처할 수 있는 규율체계를 확립하기 위해서는 기술적 코드를 고려하여야 한다고 주장하며, 그 한 예로 레이어 모델을 제시하였다. 레이어 모델은 사이버공간에서 의사소통 시스템 구조를 물리적 레이어와 논리적 레이어, 콘텐츠 레이어로 구분하고 그 각각의 특성에 적합한 규율수단을 선택할 수 있는 기준을 제시해 준다. 이에 따르면 물리적 레이어에서는 규범적 코드를, 논리적 레이어에서는 기술적 코드를 주규율수단으로 규범적 코드를 부차적 규율수단으로, 콘텐츠 레이어에서는 기술적 코드와 규범적 코드 모두를 규율수단으로 사용하여 효율적으로 부패를 규율할 수 있음을 보여준다.

넷째, 윤리, 도덕 등 법을 제외한 다른 사회규범도 사이버공간에서 효율적인 부패규율수단으로 작동할 수 있다. 법이 부패규율의 수단으로 사용되어 문제해결을 위한 적절한 수단이 되지 못하는 경우 법을 제외한 다른 사회규범은 부패규율의 적절한 수단이 될 수 있다. 또한 오직 '비공식적 규범'의 형태를 취할 때만 효과적인 규범내용의 경우 법을 제외한 다른 사회규범은 빛을 발한다. 또한 가이드라인 등으로 불리우는 연성법은 법규범을 적용하는데 적절치 않은 영역에서 빛을 발하는 독자적 의미가 있는 규범형식이다.

다섯째, 사이버공간에서 부패규율수단으로 법적 제재를 선택하는 경우에도 민사법적 제재와 행정법적 제재, 형사법적 제재의 원래의 목적을 충분히 고려하여 규율수단을 선택하여야 한다. 민사법적 제재는 가해자와 피해자 사이에 손해와 이익을 분담하는 것을 그 목적으로 하고, 형사법적 제재는 윤리와 관련된 규범의 위반자가 위반한 규범의 준수를 유도하고 규범의 효력을 유지하는 것을 그 목적으로 한다. 행정법적 제재는 행정의무를 부과하고 그 의무위반자에 대해 제재를 가하여 행정법상 의무이행을 촉구하는 것을 그 목적으로 한다. 삼 자는 독자적 목적이 있기 때문에, 각각을 독자적으로 부과할 수도 있고 목적에 부합한다면 중첩적으로 부과하는 것도 가능하다.

머리말에서도 밝힌 바와 같이 이 글은 규범적 측면에서 사이버공간에서 일어나는 부패를 해결하기 위해 입법자가 선택할 수 있는 규율수단에 관해 살펴보고, 그 장단점을 분석하여 구체적 문제해결을 위한 최적의 수단을 선택하는데 기준을 제시하였다. 따라서 국가가 사이버공간에서 일어나는 부패를 해결하기 위한 윤리적 업무환경조성, 시스템의 안정성과 보안성 향상을 위한 내부의 핵심역량 강화, 관리자의 정보통신기술능력의 향상 등과 같은 적극적 정책수단에 대해서는 다루지 않았다. 사이버공간에서 일어나는 부패에 효과적으로 대처하기 위해서는 이러한 수단 등을 종합한 대책에 의한 통제가 반드시 필요하다.

정보통신기술의 발달로 인해 사이버공간에서 사는 사람이 더욱 많아지고, 그 시간이 늘어나고, 그 이용범위가 더욱 더 늘어날 것은 명약관화하다. 더구나 유비쿼터스 컴퓨팅 기술의 발전에 따라 앞으로 전개될 세상에는 현실공간과 사이버공간이 융합되어 그 경계가 희미해지고, 서로 즉각적으로 반응할 것으로 예상되고 있다. 따라서 우리 사회를 청렴하고 투명하게 가꾸기 위해서는 IT와 사이버공간에 대한 이해와 그를 이용한 부패에 대해 더욱 많은 관심과 연구가 꼭 필요하다는 점을 지적하며 글을 맺는다.

참 고 문 헌

- 강남훈, 『정보혁명의 정치경제학』, 문화과학사, 2002.
 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2004.

- 김영중, 『부패학』, 숭실대학교 출판부, 2001.
- 김영중, “사이버공간에서의 부패: 행정윤리적 접근”, 『한국부패학회보』 제10호, 2002.
- 남궁근 외, 『전자정부를 통한 부패통제 : 이론과 사례』, 한울아카데미, 2002.
- 로렌스 레식 저, 정필운·심우민 역, “혁신의 구조”, 『연세법학연구』 제11집, 연세법학회, 2005.
- 박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌”, 『법학』 제41권 제4호, 서울대 법학연구소.
- 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2005.
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2005.
- 전석호·김원제, 『유비쿼터스 사회와 방송』, 커뮤니케이션북스, 2005.
- 정필운, 『사이버스페이스법리학』, KT문화재단, 2005.
- 파멜라 사무엘슨 저, 방동희·정필운 역, “정보사회에 대비한 입법의 원칙”, 『법학연구』, 연세대학교 법학연구소, 2005.12.
- 한국전산원, 『전자부패의 존재양식과 대처방안에 관한 연구』, 한국전산원, 2002.
- 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2005.
- Lawrence Lessig, 『The Future of Idea』, Random House, 2001.
- Pamela Samuelson, "Five Challenges for Regulating the Global Information Society", Christopher T. Marsden ed., 『Regulating the Global Information Society』, Routledge, 2000.
- Pierre-Marrie Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", 『Michigan Journal of International Law』, 12권, 1991.
- Röhl, 『Allgemeines Rechtslehre』, 1994.
- Tim Berners-Lee, 『Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventer』, HarperSanFrancisco, 1999.
- Wolff, Bachof, Stober, 『Verwaltungsrecht』 2권, 2000.

Yochai Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", *Federal Communications Law Journal* 52, 2000.

저자약력 : 정필운은 연세대학교 대학원 법학박사과정을 수료하였으며, 현재 한국전산원 전자정부지원단 전자정부기획팀 선임연구원으로 재직중이다. 주요 저서로는 사이버스페이스 법리학 등이 있으며, 주요 논문으로는 헌법, 지적재산권법, 그리고 사이버 법리학 등이 있다. 연세법학학술장려상을 2005년 수상하였다.