

합리적인 법정책의 방향과 기준*

- 전략물자에 대한 법적 통제를 예로 하여 -

양 천 수

영남대 전임강사, 기초법

< 目 次 >

- I. 글을 시작하며
- II. 전략물자
- III. 전략물자수출 통제의 필요성과 가능성의 의의
- IV. 전략물자수출에 대한 법적 통제의 방향 및 기준
- V. 결론요약

I. 글을 시작하며

1. 개념법학적 방법론과 법실증주의가 지배하던 19세기 자유주의적 법치국가 아래서는 '법정책'이 그리 큰 의미를 갖지 못했다. 왜냐하면, 법은 개인의 자유가 최대한 실현될 수 있도록 그 외적인 테두리를 소극적으로 보장하는 데 임무를 두었기 때문이다.¹⁾ 그러나 20세기에 접어들어 새롭게 "사회국가적 법모델"이 등장하게 됨으로써²⁾, '법정책'은 법학 안에서 점차 그 중요성을 획득하게 되었다. 사

* 심사위원 : 이재승, 이부하, 김현준

1) 이러한 '자유주의적 법모델'에 대해서는 우선 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2006, 41쪽 아래.

2) 이러한 변화과정을 간략하면서도 정확하게 묘사하는 문헌으로 D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 291 ff.

회국가적 범모델 아래서 법은 단순히 개인의 자유 영역을 외적으로 그리고 소극적으로 보장하는 데 그치지 않고, 이를 넘어서 적극적으로 개인과 사회 영역에 개입하고, 이를 통해 개인과 사회가 나아가야 할 방향을 형성하는 임무까지 부여받게 되었기 때문이다.³⁾ 다시 말해, 법이 행하는 역할이 소극적인 "규제법" (intervenierendes Recht)에서 적극적인 "조종법" (regulatorisches Recht)으로 바뀌면서⁴⁾, 이제 법이 일정한 공공정책을 실현하는 데 적합한 조종매체가 될 수 있는지, 법이 복잡한 사회구조 안에서 어떤 결과를 낳을 수 있는지, 국가와 사회가 요구하는 정책을 실현하기 위해서는 법이 어떻게 짜여야 하는 지가 부각되고 있는 것이다. 그런데 이러한 문제는 주어진 실정법을 해석하고 적용하는 데 중점을 두는 종전의 법도그마틱이 달성하기 어렵다. 물론 법관은 목적론적 해석이나 적극적인 법형성을 통해 실정법의 한계를 넘어설 수 있고, 이를 통해 어느 정도 정책적인 효과를 달성할 수도 있다. 그렇지만 여기에는 분명 한계가 있다. 오히려 위에서 제시한 문제들은 법과 공공정책을 결합시킨 '법정책'이 더욱 적절하게 다룰 수 있다. 그 때문에 현대 사회국가 아래에서 법정책은 그 어느 때보다 중요성을 더해가고 있는 실정이다. 이와 동시에 과연 우리가 추구해야 하는 합리적인 법정책은 무엇인지가 여러 영역에서 등장하고 있다.⁵⁾ 이 글에서는 "전략물자"에 대한 법정책을 예로 하여, 전략물자를 합리적으로 조종하기 위해서는 법정책이 어떤 방향과 기준을 취해야 하는지 알아보도록 한다. 달리 말해 합리적인 법정책은 어떤 방향과 기준을 추구해야 하는지를, 전략물자에 대한 통제를 예로 하여 검토하도록 한다. 이러한 시도는 북한의 핵도발 때문에 그 어느 때보다 국제적인 긴장이 높아진 요즘 시점에서 볼 때, 매우 의미가 큰 작업이라 할 수 있다.

2. "전략물자"는 그 자신이 안고 있는 속성 때문에, 전략물자에 대한 거래관계, 특히 한 국가를 넘어서 이루어지는 전략물자수출은 일정한 범위에서 통제해야 할 필요가 있다. 여기서 우리는 전략물자수출을 통제하기 위한 가장 대표적인 통제 수단으로 '법적인 통제수단'을 우선적으로 떠올릴 수가 있다. 왜냐하면, 전략물자

3) 이상돈, 앞의 책(주 1), 55쪽 아래.

4) G. Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Frankfurt/M. 1984, S. 312.

5) 가장 극명한 예로서 최근 우리 사회의 가장 큰 이슈가 되고 있는 부동산 문제에 대해 정부가 어떤 규제정책, 즉 법정책을 추진해야 하는가 하는 문제를 거론할 수 있다.

를 수출하는 것을 통제한다는 것은 곧 국민의 자유와 권리를 제한하는 것인데, 우리 한국은 '법치국가'로서 원칙적으로 법을 통해서만 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있기 때문이다(헌법 제37조). 뿐만 아니라, 법은 일정한 행위를 규제하는데 즉각적인 규제효과를 낼 수 있는 가장 강력한 수단으로 인식되고 있는 점도 한 이유가 된다.

그런데 이렇게 전략물자수출을 법적으로 통제한다고 할 때, 우리는 다음과 의문을 제기할 수 있을 것이다.

- 전략물자수출을 규제하기 위해 반드시 법적 규제수단을 동원해야 할 필요가 있는가?
- 법적 규제수단을 투입해야 할 필요가 있다면, 과연 어떤 경우에, 어느 정도에서 법적 수단을 투입해야 하는가?
- 법적 수단 이외에 다른 규제수단을 통해 전략물자수출을 통제하는 것은 생각해볼 수 없는가?

이 글은 바로 이러한 문제들에 초점을 두어, 전략물자수출을 통제하기 위한 법정책은 어떤 방향을 추구해야 하는지 그리고 어떤 기준을 따라야 하는지 살펴보고자 한다. 다만 이 글은 어떤 상세하고 구체적인 방향이나 기준을 제시하기보다는, 법철학적·법사회학적인 논증에 기반을 두어 다소 추상적이고 대략적인 윤곽을 제시하는 데 만족하고자 한다. 실제적인 정책에 즉각적으로 활용할 수 있는 대안이나 방안에 대해서는 다른 연구에 맡기고자 한다. 여기서 개략적인 결론만을 미리 언급한다면, 전략물자수출을 통제하기 위한 법정책이 성공하려면, '간접적이고 다원적인 법정책'을 추구해야 할 필요가 있다는 점을 тезис로 제시하고자 한다.

II. 전략물자의 의의

전략물자수출에 대한 법적 통제를 논의하기 위해서는, 그 전에 전략물자란 도 대체 무엇을 뜻하는지 개념적으로 확정해야 할 필요가 있다. 왜냐하면, 전략물자

개념을 분명하게 확정해야만, 통제의 대상과 범위 역시 분명하게 규정할 수 있기 때문이다.

1. 전략물자수출에 대한 국제법적 규율

전략물자의 개념을 확정하기 위한 일환으로 현재 국제법에서는 어떻게 전략물자를 규제하고 있는지 확인하는 것이 도움이 된다. 전략물자수출을 통제하기 위한 국제법의 규제현황을 분석하면, 현행 국제법은 아직 전략물자를 통일적으로 규제하기 위한 국제법적 수단을 마련하지 않았음을 발견할 수 있다. 대신 각기 다원적이고 상이한 국제법적 규율을 통해 전략물자를 규제하고 있을 뿐이다.

현재 전략물자수출을 통제하기 위한 국제 협정 및 국제기구·단체로서 크게 "바세나르 협약"(Wassenaar Arrangement), "미사일기술 통제체제"(Missile Technology Control Regime), "전략물자 수출통제제도" (catch all), "오스트레일리아 그룹"(Australia Group), "쟁거위원회" (Zangger Committee)를 거론할 수 있다.⁶⁾ 이들 국제협약 등이 규제하는 전략물자로는 핵·화학·생물학 무기 등과 같은 "대량파괴무기", 총·포·검과 같은 "재래식 무기", 미사일 및 무인비행체 그리고 이와 관련된 기술, 군사적인 목적으로 사용될 수 있는 "군수품"·"방위산업물자", 핵·화학·생물학 무기와 같은 "대량파괴무기" 개발에 기여할 수 있는 각종 핵물질·화학물질·생물학물질 관련 기술 및 설비·물자 등을 거론할 수 있다. 이러한 국제협약의 규율태도에 따라 전략물자를 한마디로 말하면, 전략물자란 인간의 생명을 앗아갈 수 있는 군수물자 일반을 지칭하는 것으로 이해할 수 있다.

그러나 전략물자를 단순히 이렇게 군사 관련 물자에만 한정하는 것은 다소 좁은 시각이라고 생각한다. 왜냐하면, 한 국가의 생존이나 경제발전이라는 측면에서 볼 때, 군사 관련 물자 이외에도 전략물자로서 규정할 만한 것들이 있을 수 있기 때문이다. 예를 들어, 현재 우리의 수출을 주도하는 반도체나 핸드폰·고화질 TV의 핵심기술이나 핵심설비 역시 전략물자에 포함시킬 수 있다고 말할 수 있다. 왜냐하면, 이러한 기술이 외국에 넘어갈 경우, 우리의 경제, 더 나아가 우리의 생존 자체를 위협할 수 있는 위험이 생기기 때문이다.

6) 이에 대한 간단한 설명으로는 <http://blog.daum.net/soykim/1245428>(방문일자: 2006. 7. 12.).

2. 전략물자 개념 확정

이렇게 본다면, 전략물자는 두 가지 차원에서 그 개념을 확정해야 할 필요가 있다. 첫째는 우리에게도 도움이 될 수 있지만, 다른 외국에게는 치명적인 위협이 될 수 있는 "군사 관련 물자", 둘째는 다른 외국에게는 이득이 될 수 있지만, 우리에게도 위협이 되는 "핵심기술 관련 물자"가 그것이다.

(1) 군사 관련 물자

군사 관련 물자를 수출하는 것은, 단기적으로는 우리에게 이득이 될 수 있다. 그러나 타국에 대해서는 위협이 되며, 장기적으로는 전쟁발발 가능성을 높임으로써, 우리뿐만 아니라, 타국 모두에게 거대한 위협이 될 수 있다. 이 군사 관련 물자를 유형화하면 다음과 같다.

- 핵·화학·생물학 무기와 같은 대량파괴무기
- 재래식 무기
- 미사일 및 무인비행체
- 대량파괴무기 관련 물자·기술 및 설비
- 재래식 무기·미사일·무인비행체 관련 물자·기술 및 설비
- 기타 방위산업물자 및 군사용으로 사용될 수 있는 민수품

(2) 핵심기술 관련 물자

핵심기술을 수출하는 행위는 타국에게는 이득이 될 수 있지만, 국가 전체적으로 볼 때 우리에게도 거대한 위협이 될 수 있다. 왜냐하면, 우리의 수출산업 기반 자체가 송두리째 위협을 받을 수 있기 때문이다. 이러한 것으로 반도체·핸드폰·고화질 TV의 기술 혹은 자동차 핵심기술처럼 우리가 국제경쟁력을 갖고 있는 최첨단 기술 및 이와 관련한 설비·물자를 들 수 있다.

(3) 범위 확정의 어려움

그러나 사실 전략물자의 대상과 범위를 분명하게 확정하는 것은 쉽지 않다. 우선 군사용으로 사용될 수 있는 민수품의 범위를 구체화하는 것이 쉽지 않다. 왜

나하면, 군사적으로 사용되는가 여부는 구체적인 상황이나 사정에 따라 달라질 것이기 때문이다. 또한 이처럼 미묘한 경우에는 각국의 이해관계에 따라 그 범위를 바라보는 시각에서 차이가 나타날 수도 있다. 나아가 핵심기술의 범위도 그리 분명한 것은 아니다. 과연 어떤 기준에 의해 핵심기술인지 아닌지를 판단하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 그러므로 이렇게 그 범위를 분명하게 확정하기 어려운 전략물자에 대해서는 좀 더 융통성 있게 규제해야 할 필요가 있다. 뒤에서 언급할 "간접적이고 다원적인 법정책"⁷⁾은 무엇보다도 이러한 영역에 초점을 맞추어야 할 것이다.

III. 전략물자수출 통제의 필요성과 가능성

1. 필요성

전략물자를 수출하는 행위를 규제하기 위해서는, 그 논리적 전제로서 이렇게 전략물자수출 행위를 규제할 필요가 있는지 검토해야 한다. 전략물자를 수출하는 행위는 그 속성상 한 국가 혹은 다른 국가들에 대해 '위험'을 창출한다는 점에서, 이를 규제할 필요가 있다. 여기서 위험은 - 독일의 사회학자 울리히 벡이 언급한 것처럼⁸⁾ - 한 국가의 존립체계를 뒤흔들 만큼 거대한 것이다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면, 아래와 같다.

(1) 군사 관련 물자

군사 관련 물자를 수출하는 행위는 일시적으로는 물자 판매국과 물자 수입국에게 이득이 될 가능성은 있다. 물자 판매국은 수출대금을 확보함으로써 경제적인 이득을 증진시킬 수 있고, 물자 수입국은 자신들에게 필요한 군사 물자를 확보함으로써, 국방을 강화하는 데 기여할 수 있기 때문이다. 그러나 장기적으로 보면, 군사 관련 물자를 수출함으로써 전 세계에 무기보유가 더욱 증대하게 될 것이고,

7) 아래의 IV. 1. 3) 참고.

8) U. Beck, Risikogesellschaft: Auf den Weg in eine andere Moderne, Frankfurt/M. 1986; 이에 대한 국내 번역서로는 홍성태 옮김, 『위험사회』, 새물결, 1997 참고.

이에 따라 국제분쟁이 발생할 가능성은 더욱 높아질 것이다. 국제분쟁 발발은 단기적으로는 어느 일부 국가에 이득을 안겨줄 가능성도 있지만, 장기적으로 보면 모두가 피해를 입게 될 위험이 더 큰 게 사실이다. 더군다나 인간의 생명을 대가로 하여 이득을 취한다는 것은, 이미 도덕적인 견지에서 볼 때 정당화할 수 없는 일이다. 따라서 군사 관련 물자를 수출하는 것은 위험을 창출하는 행위라고 볼 수 있고, 그러므로 이를 법적으로 규제할 필요가 있다.

(2) 핵심기술 관련 물자

핵심기술을 수출하는 행위는 핵심기술 수입국에게는 큰 이득을 줄 수 있는 행위가 될 수 있지만, 핵심기술 수출국에게는 치명적인 위험을 안겨줄 수 있다. 핵심기술을 보유하는 것이 의미를 가질 수 있는 것은, 이 핵심기술을 통해 한 국가가 국제무역 시장에서 비교우위를 점할 수 있기 때문이다. 그런데 만약 핵심기술을 함부로 수출하면, 그 동안 누려왔던 비교우위의 지위를 상실할 수 있다. 그 결과 수출시장을 잃어버리고, 경제성장이 둔화됨으로써, 지독한 경기침체의 늪에 빠지게 될 것이다. 그렇게 되면, 실업이 증가하고, 한 국가를 지탱하던 국민경제체제는 허물어지고 말 것이다. 현대의 세계화된 자본주의 시대에서 국민경제체제가 허물어진다고 하는 것은, 곧 한 국가의 생존기반이 사라진다는 점을 뜻한다. 그러므로 핵심기술을 함부로 수출하는 행위는 해당 국가에게 거대한 위험을 창출하는 행위로서 법으로 규제해야 할 필요가 있다.

(3) 중간결론

이상의 논의가 보여주는 것처럼, 전략물자를 수출하는 행위는 일정한 방식으로 규제해야 할 필요가 있다. 다만 여기서 우리가 주의해야 할 점은, 한 국가 안에서 전략물자 그 자체를 생산하는 것은 굳이 규제해야 할 필요가 없다는 것이다. 왜냐하면, 군사 관련 물자를 생산하는 것은 한 국가를 방위하기 위한 차원에서 필요한 일이기 때문이다. 침략전쟁은 국제법상으로 금지되지만, 방위전쟁은 국제법상으로 합법적인 것으로 인정된다.⁹⁾ 우리 헌법 역시 방위전쟁은 허용한다(헌법 제5조 제1항). 더욱이 핵심기술을 고안하는 것은, 한 국가의 측면에서 볼 때 적극적으로 권장해야 할 필요가 있다.

9) 유병화, 『국제법 II』, 진성사, 1995, 677쪽 아래.

이외에 우리가 여기서 주의해야 할 점은, 전략물자수출을 법으로써 통제할 필요성이 있다고 해서, 곧바로 전략물자수출에 대한 법적 통제 가능성을 도출할 수 있는 것은 아니라는 점이다. 설사 통제 필요성을 인정할 수 있다 하더라도, 이렇게 통제하는 것이 법이 허용하는 범위를 넘어서는 것이라면, 법적 통제 가능성을 인정할 수 없는 경우도 존재하기 때문이다. 그러므로 전략물자수출에 대한 통제 가능성은 별도로 고찰해야 한다.

2. 통제 가능성

전략물자수출에 대한 통제 가능성을 고찰하려면, 가장 무엇보다도 전략물자수출 통제가 헌법이 보장하는 거래의 자유(헌법 제10조, 제23조)나 직업선택의 자유(헌법 제15조)를 침해하는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 한 개인이나 단체는 직업선택의 자유를 행사하여, 전략물자를 수출하는 행위를 자신의 직업으로 할 수도 있다. 또한 우리 헌법 및 민법이 기본적으로 인정하는 거래의 자유에 따라 전략물자를 다른 국가의 개인 혹은 단체에게 수출할 자유를 요청할 수도 있다. 만약 이렇게 전략물자를 수출하는 것이 직업선택의 자유나 거래의 자유에 속하는 기본권의 한 내용이라고 말할 수 있다면, 전략물자수출을 통제하는 행위는 위의 기본권을 '침해'하는 것이라고 말할 수도 있다.

그러나 주지하다시피, 자유나 권리 혹은 헌법이 보장하는 기본권은 절대적인 의미를 갖는 것은 아니다. 달리 말해, 기본권은 일정한 제한 없이 절대적으로 행사할 수 있는 것은 아니다. 그 이유는 만약 한 사람 혹은 한 단체의 권리를 무제한적으로 인정하면, 다른 사람이나 단체의 권리가 침해될 수 있기 때문이다. 따라서 모든 이들의 권리나 자유를 최대한 보장하기 위해서는 일체의 제한을 허용하지 않는 절대적인 권리를 인정하기보다는, 일정한 목적과 사유가 존재하는 이상, 일정한 방법에 따라 권리를 제한할 수 있게 하는 것이 더욱 바람직하다. 우리 헌법은 모든 기본권은 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해 필요한 한도에서 제한할 수 있도록 하고 있다(헌법 제37조 제2항).

그러나 이에 대해 다시 다음과 같은 반론을 생각할 수 있다. 즉 자유시장체제는 본래 "보이지 않는 손"에 의해 스스로 가장 나은 방향으로 나아갈 수 있으므로, 전략물자수출 행위도 자유시장체제의 보이지 않는 손에 맡겨 버리면, 자연스

롭게 가장 좋은 방향으로, 달리 말해 위험을 감소시키는 방향으로 수출거래가 이루어지도록 할 수 있다는 것이다.¹⁰⁾ 그러므로 전략물자 수출시장이라는 자유시장을 법으로써 통제하거나 관리하려 하는 것은, 전략물자 수출시장의 자율성을 해치는 것으로서 허용할 수 없다고 말할 수도 있는 것이다.

하지만 자본주의 역사가 보여주는 것처럼, 시장이 "보이지 않는 손"에 의해서 자율적으로 움직일 것이라는 이념은 현실적으로 실현하기 힘든 것이 사실이다. 오히려 시장에서는 자유가 증대할수록 오히려 자유를 억압하고자 하는 독·과점 현상이 증대하였다. 이른바 "시장의 실패"가 나타난 것이다. 자유시장경제를 기반으로 하는 "자유주의 법모델"을 대신해 "사회국가적 법모델"이 등장한 것도 바로 이러한 이유 때문이다.¹¹⁾ 더군다나 자유자본주의에서 상정하는 "완전경쟁시장" 역시 일종의 이상화된 시장으로서 현실에서 찾아보기 힘든 것 또한 사실이다. 그러므로 신자유주의가 주장하는 것처럼, '시장의 자율적인 자기조종 능력'을 이유로 하여 전략물자수출에 대한 법적 통제에 반대하는 것은, 그리 타당한 주장이 아니라고 할 수 있다.

이상의 논의에 따르면, 우리는 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 전략물자를 수출하는 행위는 헌법이 인정하는 거래의 자유나 직업선택의 자유에 해당할 여지가 있다. 그러나 이 두 자유는 헌법에 따라 제한할 수 있는 기본권이다. 그런데 전략물자를 수출하는 행위는 특히 국가안전보장에 거대한 위협이 될 수 있는 행위이다. 더군다나 전략물자를 수출하는 행위에 대한 규제를 시장의 자율에 내맡길 수도 없다. 그러므로 전략물자수출 행위는 헌법이 인정하는 방법에 따라 제한할 수 있다. 그렇다면 남은 문제는 과연 어떻게, 어느 범위에서 전략물자수출 행위를 법적으로 통제할 수 있는가 하는 점이다.

IV. 전략물자수출에 대한 법적 통제의 방향 및 기준

위에서 우리는 전략물자를 수출하는 행위를 법으로써 통제하는 것은 필요하고 또한 가능한 일임을 확인하였다. 이제 남은 문제는 과연 어느 정도에서 그리고

10) 이는 보통 "신자유주의자"들이 사용하는 논증이다. 이에 관해서는 아래의 IV. 1. 1) (1) ①.

11) 이상돈, 앞의 책(주 1), 단락번호 [4]-[5] 참고.

어떤 방법으로 전략물자수출을 통제하는가 하는 점이다. 이에 대해 헌법 제37조 제2항은 한 가지 방향을 시사한다. 즉 전략물자수출을 통제하는 것은 "비례성 원칙"에 합치하게 이루어져야 한다는 것이다. 이와 유사하게 독일의 형법학자인 모니카 포스(Monika Voß)는 합리적인 형사입법의 방향으로서 크게 두 가지를 제시한다.¹²⁾ 첫째는 범익침해 혹은 사회유해성을 막기 위해 형법을 투입해야 하고, 둘째는 이렇게 형법을 투입하는 행위가 비례성 원칙에 합치해야 한다는 점이다. 이러한 모니카 포스의 주장은 전략물자수출에 대한 법적 통제의 기본 방향을 설정하는 데 유용한 지침이 될 수 있다. 그러나 이밖에도 우리는 전략물자수출에 대한 법적 통제를 실현하는 데 기초가 되는 다양한 기본 방향을 언급할 수 있다. 여기서는 범법학적·범사회학적인 논증에 바탕을 두어, 전략물자수출에 대한 법적 통제의 기본 방향을 설계해 보도록 한다.

1. 기본 방향

(1) 직접적이고 과도한 통제방식 회피

우선 과도한 규제 일변도의 통제방식은 지양해야 한다. 그 이유는 과도하게 전략물자수출을 통제하는 경우, 이른바 "규제의 역설"¹³⁾ 때문에 통제 자체가 소기의 목적을 달성하지 못할 수 있기 때문이다. 이 문제는 다시 두 가지 차원으로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째는 인식론적인 차원에서 규제의 역설이 발생할 수 있다는 점이고, 둘째는 집행의 차원에서 직접적이고 과도한 전략물자수출 통제는 자칫 "집행결손"을 낳을 수 있다고 하는 점이다.

a. 인식론적인 차원에서 본 규제의 역설

① 과도하게 그리고 직접적으로 법을 통해 전략물자수출을 통제하면, 본래 의도한 바는 실현할 수 없고, 오히려 부작용만 낳을 수 있다고 하는 점은 무엇보다도 "신자유주의" 계열의 학자들이 강조하여 왔다.¹⁴⁾ 오스트리아의 "제도주의" 그

12) M. Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebung, Ebelsbach 1989, S. 140 ff.

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

14) 이에 대해서는 김대근, 『형법적 규제에 대한 범경제학적 접근 - 형법경제학 -』, 고려

리고 밀턴 프리드만을 중심으로 한 "시카고학파"에 연원을 두고 있는 신자유주의는, 국가가 법을 통해 너무 직접적으로 시장에 개입하면, 시장질서를 조종하려는 본래 목적은 달성할 수 없고, 오히려 정부의 과도한 개입 때문에 시장질서가 파괴되고, 정부의 효율성도 떨어질 수 있다는 "정부의 실패"를 주장한다. 따라서 이러한 정부의 실패 현상을 막기 위해서는, 정부 혹은 국가는 기본적으로 시장이 자율적으로 작동할 수 있도록 이에 대한 법적 테두리를 그어주는 보충적인 역할만 수행해야 한다고 말한다. 이들에 따르면, 과도한 직접적인 규제는 필연적으로 규제의 역설을 맞이할 수밖에 없다. 이러한 신자유주의자들의 주장은 전략물자수출에 대한 법적 통제에도 어느 정도 적용할 수 있다. 따라서 전략물자수출에 대한 과도한 법적 통제로부터 비롯할 수 있는 규제의 역설 - 예를 들어 전략물자에 대한 암시장 형성 - 을 피하려면, 과도하고 직접적인 규제방식을 피해야 할 필요가 있다.

② 한편 규제의 역설은 독일의 법사회학자인 토이브너(G. Teubner)가 정립한 "조종의 트릴레마"를 통해서도 설명할 수 있다. 토이브너는 독일의 사회학자인 니클라스 루만(N. Luhmann)의 "체계이론"을 법에 수용하여, 체계이론적인 법사회학 이론을 전개한다. 그는 무엇보다도 사회국가적인 법모델이 야기하는 과도하고 직접적인 법제화가 어떤 부작용을 낳는지를 설명하기 위해, 루만의 체계이론을 원용한다. "조종의 트릴레마"는 토이브너가 사회국가적인 법제화가 도달할 수밖에 없는 역설을 체계이론의 관점에서 잘 보여준다. "조종의 트릴레마"는 (딜레마가 아닌) "트릴레마"라는 용어가 암시하듯이, 사회국가적 법제화를 통해 정치체계와 법체계 그리고 사회체계 사이에서 발생할 수밖에 없는 혼란상황을 보여준다. 토이브너는 이를 "법과 정치(정책)의 상호 무관심", "법에 의한 사회적 통합의 와해", "사회에 의한 법적 통합의 와해"라는 과정으로 정리한다.¹⁵⁾ 법과 정치의 상호 무관심은 법체계와 정치체계가 점점 세분화되고 이에 따라 각 체계가 자신들의 독자적인 논리와 합리성에 의해 지배됨으로써, 필연적으로 서로 무관심해질 수밖에 없음을 보여준다. 정치체계는 정치적 논리에 입각하여 법을 통해 사회를 규제하려고 하지만, 법체계는 자신이 축적한 법적 합리성과 도그마틱에 의해 사

대학교 법학석사학위 논문, 2005, 5쪽 아래 참고.

15) 상세한 설명은 G. Teubner, a.a.O. (주 4), S. 313 ff; 이상돈/홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000, 227쪽 아래.

회적 문제를 해석하고 규제하려 한다. 이러한 무관심은 법체계와 사회체계에서도 마찬가지로 등장한다. 한편으로 법체계는 자신의 관점에 따라 사회를 파악하고 규제하고자 한다. 그러나 서로를 지탱하는 합리성과 논리가 다른 관계로, 법체계가 투입하는 법적 수단은 사회를 조종하기보다는, 오히려 사회의 자율성을 억압하거나 파괴한다. 하버마스가 표현한 "생활세계의 식민지화"¹⁶⁾는 "법에 의한 사회적 통합의 와해"를 달리 표현한 것이라고 말할 수 있다. 다른 한편으로 사회체계는 자신들에 담겨 있는 논리, 즉 사회적 혹은 현실논리를 법체계 안에 관철시키려 함으로써, 법체계가 축적해왔던 법적 통일성이나 개념의 체계성은 '현실의 요청'이라는 미명 아래 파괴해 나간다(사회에 의한 법적 통합의 와해).

이처럼 사회국가적인 (과도한) 법제화는 조종의 트릴레마 현상 때문에 필연적으로 본연의 임무를 수행하는 데 실패할 수밖에 없다. 이러한 분석은 전략물자수출에 대한 법적 통제에도 그대로 적용할 수 있다. 만약 우리가 사회국가적인 법제화에 상응하게 전략물자수출을 과도하게 직접적으로 통제하게 되면, 우리는 필연적으로 조종의 트릴레마 현상에 부딪히게 될 것이다. 이는 우리가 원래 의도했던 결과는 아닐 것이다.

b. 집행의 차원에서 본 집행결손

전략물자수출을 법으로써 직접 그리고 과도하게 통제하는 것은 집행의 차원에서도 문제가 될 수 있다. 그 이유는 모든 일탈행위에 대한 법적 제재를 집행하지 못하는 "집행결손"이 발생할 수 있기 때문이다. 전략물자수출 행위를 과도하게 규제하면, 그만큼 많은 수의 일탈행위가 발생할 가능성이 크다. 가령 만약 법이 다소 느슨하게 전략물자수출 행위를 통제하면, 전략물자에 해당하여 수출하지 못하는 품목은 그만큼 줄어들 것이다. 그렇게 되면 전략물자수출을 통제하는 법에 위반하는 일탈행위도 줄어들 것이다. 반대로 법이 과도하게 전략물자수출 행위를 규제하려 한다면, 전략물자에 해당하여 수출하지 못하는 품목도 이에 비례하여 늘어날 것이고, 따라서 일탈행위의 가능성도 더 증가할 것이다. 그러나 이렇게 법이 전략물자수출 행위를 많은 부분에서 금지한다고 해서, 이러한 금지에 따른 일탈행위에 대해 법적 제재를 그대로 집행할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면, 법 집

16) 위르겐 하버마스, 장춘익 옮김, 『의사소통행위론 - 기능주의적 이성 비판을 위하여 - 2』, 나남출판, 2006, 513쪽 아래.

행을 담당하는 사법체계는 인적·물적·시간적인 차원에서 자원의 한계를 안고 있기 때문이다. 이 한계 때문에 사법체계는 모든 일탈행위를 규제할 수 없다. 따라서 사법체계는 '선별적'으로 전략물자수출 통제에 대한 위반행위를 규제·집행할 수밖에 없다. 하지만 이는 법이 본래 의도했던 것이 아니다. 이렇게 선별적으로 법적 통제수단을 집행하면, 규제를 받게 되는 수범자들은 자신들이 재수가 없어 억울하게 걸려들었다고 생각할 것이다. 그렇게 되면, 법적 통제의 형평성이나 법적 안정성을 추구하기 힘들어진다. 결국 법이 추구해야 하는 정의 실현에도 멀어지게 된다.

(2) 상징입법 회피

두 번째 기본 방향으로서 전략물자수출 통제를 위한 법정책은 “상징입법”(symbolische Gesetzgebung)을 피해야 한다는 점을 들 수 있다. 여기서 상징입법이란 입법자가 “아무런 효과 없이 금지된 행위를 단순히 억압하고 줄이려는” 기망적인 의도에서 입법을 행하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 쉽게 말해, 겉으로는 금지하는 척하면서, 실제로는 허용하는 입법 혹은 그 반대의 입법을 상징입법이라고 할 수 있다. 이것이 '상징'입법인 이유는, 법을 통해 금지한다는 그 상징성 자체만을 의도하기 때문이다. 이러한 상징입법은 위에서 언급한 “집행결손”과 결합하여 일종의 정치적 의도나 이데올로기를 실현하려 한다.

이러한 상징입법을 전략물자수출에 대한 법적 통제에 적용하면, 다음과 같은 문제가 나타날 수 있다. 즉 입법자는 겉으로는 전략물자, 가령 군사물자를 수출하는 행위를 통제하면서도, 실제로는 비밀리에 이에 대한 수출을 허용하는 법정책을 펴으로써, 장기적으로 볼 때 전쟁 발발 위험을 더욱 증가시킬 수 있다는 것이다. 더군다나 암시장을 통해 군사물자를 거래하는 것이므로, 군사물자수출에 대한 ‘거래비용’은 더욱 증가할 수 있고, 자칫 이것이 발각될 경우 국가 신뢰도는 치명적인 손상을 입을 수 있다. 더욱 중요한 문제는, 상징입법은 국가정책의 기본 참여자인 국민을 우롱한다는 것이다. 그러므로 단지 상징적으로만 전략물자수출을 통제하려는 법정책은 우리가 피해야 할 그 무엇이다.

17) 배종대, “정치형법의 이론”, 『법학논집』, 제26집(1991), 243쪽; 상징입법 일반에 관해서는 M. Voß, Symbolische Gesetzgebung, Ebelsbach 1989.

(3) 간접적이며 다원적인 법정책 추진

전략물자수출을 통제하기 위한 법정책은, 간접적이며 다원적인 법정책을 추진해야 한다. 이는 위에서 언급한 직접적이고 과도한 법정책에 대한 대안이라고 할 수 있다. 그렇다면 이렇게 간접적이고 다원적인 법정책을 추진해야 하는 이유는 무엇인가? 단순히 직접적이고 과도한 법정책이 문제를 노정하기 때문에, 이러한 방향을 선택해야 하는 것인가? 그렇지 않다. 간접적이고 다원적인 법정책을 추진해야 하는 것은, 이미 이론적인 배후근거를 갖고 있다. 무엇보다도 "조종의 트릴레마"를 제시한 독일의 법사회학자 토이브너가 이에 대한 설득력 있는 이유를 제시한 바 있다.

a. 간접적인 법정책의 이론적 근거와 적용

① 토이브너는 간접적인 법정책의 이론적 근거로서 "반성적 법" (reflexives Recht) 구상을 제시한다.¹⁸⁾ 반성적 법 구상은 토이브너가 조종의 트릴레마 현상을 극복하기 위한 해결책으로 제안한 것이다. 그렇다면 과연 어떻게 반성적 법 구상은 자신의 기획을 성공시킬 수 있는가?

일단 반성적 법 구상은 직접적인 조종을 포기한다. 만약 직접적인 조종을 시도하려 한다면, 앞에서 언급했던 규제 역설이나 조종의 트릴레마 문제가 나타날 것이기 때문이다. 대신 토이브너는 반성적인 법 구상으로서 간접적인 조종을 시도한다. 즉 반성적 법 구상에 따르면, 법의 임무는 사회적인 문제, 가령 전략물자 수출과 같은 문제를 직접 규제하려 하지 않고, 사회가 스스로 이 문제를 자율적으로 해결할 수 있도록 그 외적인 테두리만을 보장하는 데 있다. 이를 "자기조종의 조종"¹⁹⁾이라고 한다. 달리 말해, 반성적 법 구상에 따르면, 법은 사회가 자율적으로 전략물자수출과 같은 문제를 해결할 수 있도록 사회적인 상황이나 맥락을 조종하는 데 제일차적인 임무가 있다.

그러나 "자기조종을 조종"한다는 주장은 무척 추상적인 답변이다. 이 때문에 토이브너는 반성적 법 구상을 실현하기 위한 구체적인 전략으로서 다음 세 가지를 제시한다. 첫 번째 전략으로는 법적 통제를 담당하는 입법자와 그 규제대상이 되

18) 아래의 서술은 기본적으로 양천수, "1980년대 이후 전개된 독일 법사회학의 현황 - 토이브너의 이론을 중심으로 하여 -", 『법과 사회』 제30호(2006), 130쪽 아래에 의존하였다.

19) G. Teubner, 이상돈 옮김, 『법제화 이론』, 한국법제연구원, 2004, 56쪽 아래.

는 사회현실(사회체계), 달리 말해 "주변세계"(Umwelt)가 서로 관찰하도록 하는 방안이다. 이러한 상호관찰을 통해 입법자는 사회현실에 대한 정보를 추적하고, 반대로 사회현실은 입법자의 의도를 파악하여, 입법자의 의도에 합치할 수 있는 자율적인 규제방안을 개발할 수 있다.

두 번째 전략으로는 체계간섭을 통해 의사소통적인 연결성을 확보하는 것이다. 즉 법체계와 주변세계인 사회체계가 체계간섭을 통해 의사소통적으로 서로 연결될 수 있도록 하는 것이다. 그러나 토이브너는 서로를 연결해주는 데 동인이 될 수 있는 정보와 동기부여가 부족한 경우가 많아, 대부분의 경우에 이렇게 의사소통적으로 연결시키려는 시도는 실패할 가능성이 높다고 한다. 이는 법체계와 사회체계가 서로 닫힌 체계이고, 따라서 서로에 대해 무관심하기 때문에 발생하는 당연한 결과일지 모른다. 그러나 토이브너는 법적인 "대안정책"(Optionspolitik)을 통해 이 문제를 어느 정도 극복할 수 있다고 한다. 즉 법정책을 펼칠 때, 어느 일방적인 해결책만을 제시하는 법정책을 내놓는 것이 아니라, 선택 가능한 다양한 정책을 제시함으로써, 법체계와 사회체계가 서로 의사소통을 펼칠 수 있도록 하는 동기부여를 제공할 수 있다고 한다.

세 번째 전략으로는 조직화를 통해 체계 사이를 서로 연결시키고자 하는 것이다(조직화를 통한 체계연결). 이는 달리 말해, 법체계와 사회체계가 서로 구조적으로 연결될 수 있는 데 필요한 조직화·절차·권한 등을 절차주의적으로 재해석된 법을 통해 제도화하지는 것을 말한다. 토이브너가 반성적 법을 통해 강조하는 "간접적 조정"이나 "컨텍스트 조종" 혹은 "자기규제의 조정"은 바로 이를 달리 표현한 것이라 할 수 있다. 이러한 전략에 의하면, 법은 법체계와 사회체계가 구조적으로 연결될 수 있도록 직접 규율하거나 조종하는 역할을 수행하지는 않는다. 대신 법은 법체계와 사회체계가 자발적으로 연결되는 데 필요한 조직·절차·권한 등에 대한 외적(형식적) 테두리를 마련하는 데 만족해야 한다. 이를 통해 법체계와 사회체계가 자발적으로 그리고 각 컨텍스트에 적합하게 의사소통을 통해 연결될 수 있다. 토이브너는 이러한 예로서 집단적 노사관계법이나 공동결정법에서 진행되고 있는 일종의 법적 개혁을 거론한다.

② 이러한 토이브너의 반성적 법 구상을 전략물자수출에 대한 법적 통제에 적용하면, 아래와 같은 결론을 얻을 수 있다. 우선 입법자는 전략물자수출 행위를

과도한 법으로써 직접 통제하려는 의도를 버려야 한다. 대신 입법자는 간접적으로 전략물자수출을 '조종'하려고 해야 한다. 이는 다음 세 단계로 이루어진다. 먼저 전략물자수출을 통제하려는 입법자와, 전략물자수출을 담당하는 개인이나 단체는 서로 관찰하는 과정을 거쳐야 한다. 이를 통해 통제를 담당하는 법체계(입법자)와 통제를 받는 전략물자수출 주체(사회체계)가 서로 연결될 수 있는 계기를 마련해야 한다. 이를 통해 서로에게 적합한 통제방안을 마련할 수 있도록 강구해야 한다. 두 번째 단계는 법체계의 대표인 입법자와 전략물자수출 주체가 서로 연결되도록 하는 것이다. 이는 "대안정책"을 통해 실현될 수 있다. 즉 전략물자수출 통제에 대한 법정책을 펼칠 때, 어느 일방적인 해결책만을 제시하는 법정책을 내놓는 것이 아니라, 선택 가능한 다양한 정책을 제시함으로써, 입법자와 전략물자수출 주체가 서로 의사소통을 펼칠 수 있도록 할 수 있다. 마지막 단계는 입법자와 전략물자수출 주체가 서로 구조적으로 연결되는 데 필요한 조직화 · 절차 · 권한 등을 절차주의적으로 재해석된 법을 통해 제도화하는 방안이다. 가령 통제 대상이 되는 전략물자를 구체적으로 선정할 때, 입법자와 수출 주체가 일정한 절차과정을 통해 서로 협의할 수 있도록 제도적 장치를 마련하는 것이다. 다시 말해, 전략물자에 대한 결정권한을 입법자에게만 부여하는 것이 아니라, 수출을 담당하는 관련자 역시 전략물자 대상을 결정하는 과정에 참여할 수 있는 권한을 부여하는 정책이 한 예가 될 것이다. 이러한 정책에 의하면, 경우에 따라서는 입법자가 즉각적으로 전략물자수출을 통제하려 하기보다는, 먼저 전략물자수출 관련자가 자율적으로 전략물자수출을 통제할 수 있도록 하는 것이 더욱 나은 방안이 될 수 있다. 이러한 반성적 · 간접적인 법정책을 통해 우리는 전략물자수출 행위를 더욱 적절하게 규제할 수 있다.

b. 다원적인 법정책의 이론적 근거와 적용

① 다원적인 법정책도 일정한 이론적 근거를 갖고 있다. 다원적인 법정책은 다원주의에 바탕을 둔다. 그런데 다원주의는 단순히 개방적인 민주주의가 작동하기 위해 요청되는 정치적 이념 정도의 의미에 그치는 것은 아니다. 다원주의는 일정한 철학적 · 사회학적 근거를 갖추고 있다. 그 중에서도 우리는 '합리성 개념의 다원화 · 세분화'를 중요한 근거로 거론할 수 있다.

합리성 개념은 무엇이 과연 합리적인 행위인가를 판단하는 기준이다. 흔히 우

리는 합리성하면, "목적합리성"을 떠올린다. 즉 어떤 행위나 수단이 어떤 목적을 달성하는 데 적합하거나 효율적인 경우에, 우리는 이 행위나 수단을 '합리적'이라고 말한다. 그러나 여러 철학자나 사회학자들이 지적한 것처럼, 합리성 개념이 이렇게 목적합리성에만 한정되는 것은 아니다. 합리성이라는 이름 아래 우리는 각기 상이한 판단기준을 떠올릴 수 있을 것이다. 예를 들어, 사회철학자인 하버마스(J. Habermas)는 합리성 개념 아래 "인지적 합리성", "규범적 합리성", "표출적 합리성"이라는 세 가지 차원이 담겨 있음을 지적한다. 더욱 중요한 점은, 사회가 복잡해지고 다양해짐에 따라 합리성 개념도 세분화된다고 하는 점이다. 예를 들어, 서구의 합리화 과정을 치밀하게 연구한 막스 베버(M. Weber)는 서구 사회가 "형식적 합리성"을 통해 근대화되면서, 근대화가 가속화될수록 이 "형식적 합리성"이 다시 "실질화"되고, 그에 따라 합리성 개념도 분화된다고 설명한다. 나아가 독자적인 "체계이론"에 따라 사회를 설명하려 한 루만은, 사회가 복잡해지고 다양해짐에 따라 사회를 구성하는 사회체계가 세분화되고, 이에 따라 체계합리성도 세분화된다고 지적한다. 마지막으로 토이브너는 이러한 시각을 법 영역까지 끌어들이, 합리성 개념이 세분화되면서 법의 개념, 법의 규율영역, 법적 합리성 역시 세분화된다고 주장한다.²⁰⁾

이러한 주장들을 정리하면, 우선 우리는 사회를 지탱하는 합리성이 다양하게 세분화되고 다원화된다고 말할 수 있다. 가령 합리성은 사회체계가 정치체계, 경제체계, 도덕체계, 예술체계 등으로 세분화됨에 따라, 각기 정치적 합리성, 경제적 합리성, 도덕적 합리성, 예술적(미학적) 합리성으로 세분화된다. 이와 더불어, 이러한 영역을 규율하는 법의 합리성 역시 세분화된다. 이는 달리 말하면, 법의 판단기준이 세분화된다는 것을 의미하고, 이는 곧 각 영역에 따라 법이 다원적으로 적용되어야 함을 뜻한다.

② 이러한 이론적 기초에 따라 전략물자수출에 대한 법적 통제를 바라보면, 어떤 결론을 도출할 수 있는가? 우리는 크게 두 가지 차원에서 다원적인 법정책을 적용할 수 있다. 첫째는 전략물자수출을 통제하기 위한 법체계를 다원화한다는 것이고, 둘째는 법적 수단을 다원화한다는 것이다. 그리고 첫 번째 차원은 다시 두 가지 차원으로 나누어 볼 수 있다. 즉 국제법의 영역에서 전략물자수출을 통

20) 이에 관해서는 G. Teubner, 이상돈 옮김, 위의 책(주 19), 69쪽 아래.

제하기 위한 법체계를 다원화하는 방안과, 국내법의 영역에서 법체계를 다원화하는 방안이다.

먼저 국제법의 영역에서 전략물자수출을 통제하기 위한 법체계를 다원화하는 방안을 검토한다. 현재 국제법의 영역에서는 전략물자수출을 규율하기 위해 다양한 국제협정 및 기구 등이 존재한다. 현재의 규율상황은 다원적이라 할 수 있다. 그런데 이러한 상황에 반대하여, 현행 국제법의 규율상황을 통합하여, 통일된 규제체계를 마련하는 것을 생각할 수 있다. 이러한 방안은 다원주의에 반대하는 단일화된 법체계를 정립하려는 방안이다. 이러한 방안은 법체계를 단일화함으로써, 전략물자수출에 대한 법적 통제를 더욱 효율적으로 수행할 수 있다는 장점을 논거로 내세울 수 있다. 그러나 이러한 방안은 "법다원주의"의 관점에서 볼 때 그리 타당하지 않다.²¹⁾ 일단 국제법의 영역에서는 통일된 법체계를 유지하고 집행할만한 법적 기구나 조직체가 존재하지 않는다. 또한 과연 어느 범위에서 전략물자를 정할 것인가에 관해서는 세계 각국의 다양한 이해관계가 얽힐 수 있다. 예컨대, 과연 어떤 경우에 민수품을 전략물자로 볼 것인가에 관해, 각종 이해관계가 충돌해 쉽게 결정을 내릴 수 없을지 모른다. 따라서 이러한 경우에는 각기 다원적인 법체계를 인정하고, 이러한 법체계가 서로 경쟁할 수 있도록 하는 것이 더욱 바람직하다. 요컨대, 국제법의 영역에서는 전략물자수출을 통제하기 위한 법체계를 다원적으로 해놓을 필요가 있다.

그러나 국내법의 영역에서는 사정이 달라질 수 있다고 생각한다. 국내법의 경우에는 법체계를 집행하고 심사할 단일한 법적 조직체가 존재한다. 집행부와 사법부가 그것이다. 또한 국내법의 영역에서는 통일된 법체계를 마련함으로써, 전략물자수출 행위를 더욱 효과적으로 통제할 수 있다. 전략물자의 범위를 결정하고 판단할 때 문제가 발생하는 경우에는, 사법부나 헌법재판소를 통해 이의를 제기할 수 있는 가능성도 제도화되어 있다. 그러므로 국내법의 영역에서는 전략물자수출 행위를 통일적으로 규율할 만한 통일된 법체계를 구상하는 것도 가능하고 또한 바람직하다고 말할 수 있다.

그렇다면 국내법의 영역에서는 다원적인 법정책을 어떻게 실현할 수 있는가? 바로 법적 통제수단을 다원화함으로써, 우리는 국내법 영역에서도 다원적인 법정

21) 법다원주의에 관해서는 G. Teubner, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, in: ders. (ed.), *Global Law Without a State*, 1997, p. 3 ff.

책을 실현할 수 있다고 생각한다. 여기서 법적 수단을 다원화한다는 것은, 예를 들어 전략물자수출 행위를 통제하기 위해 형법과 같은 수단만을 원용할 것이 아니라, 민사법이나 행정법의 법적 수단도 원용하는 방안을 뜻한다. 달리 말해, 전략물자수출 관련자가 법적 규율을 위반한 경우, 형법만을 부과할 것이 아니라, 손해배상, 행정법상의 조치 등을 다원적으로 원용하는 것이다. 뿐만 아니라, 자율적인 관리·통제 방안도 인정하여, 기본적으로 자율적인 통제 방안을 우선적으로 적용하고, 법적 강제조치는 보충적으로 적용하는 방안도 강구할 수 있다.

③ 이상의 논의를 정리하면, 우리는 다음과 같은 구체화 전략을 도출할 수 있다.

- 국제법 영역에서 다원적인 법체계 마련
- 국내법 영역에서 단일화된 법체계 구축
- 국내법 영역에서 다원적인 법적 수단 강구
- 자율적인 통제방안의 우선 적용
- 사전적인 통제방안의 우선 적용
- 사후적·강제적 법적 수단의 보충적 적용

(4) 대화적인 법정책

마지막으로 대화적인 법정책을 들 수 있다. 대화적인 법정책을 간단하게 언급하면, 법정책을 추진할 때 모든 관련자들이 자유롭고 평등하게 이 법정책 과정에 참여할 수 있도록 제도적으로 보장해야 함을 뜻한다.²²⁾ 이러한 대화적인 법정책은 무엇보다도 독일의 사회철학자인 하버마스의 "대화이론적 법이론"(Diskurstheorie des Rechts)에 기반을 둔다.

a. 이론적인 근거

대화이론적 법이론은 하버마스가 1992년에 공간한 『사실성과 타당성』에서 잘 드러난다. 대화이론적 법이론은 "대화원칙"에서 출발한다. 하버마스는 "대화원칙"에 바탕을 둔 대화이론적 법이론, 달리 말해 "법의 대화이론"을 통해 현대의 사회

22) 이러한 대화적인 법정책은 이미 국내에서 이상돈 교수에 의해 각 영역에서 수행되고 있다. 가령 이상돈, 『형법학』, 법문사, 1999 참고.

국가 아래에서 볼 수 있는 "생활세계의 식민지화" 문제를 해결하고자 한다. 그러면 "대화원칙"이란 무엇을 뜻하는가? 하버마스는 말한다.²³⁾

"행위규범은 그것이 합리적 대화에 참여하는 모든 가능한 관련자들로부터 동의를 받을 수 있는 것인 한에서만 타당하다."

말하자면, 대화원칙에서는 합리적 대화과정을 통한 동의가 가장 핵심적인 표지라 할 수 있다. 여기서 "합리적 대화"란 모든 가능한 참여자들이 자유롭게 평등하게, 일체의 외적인 장애 없이 논증적인 대화 과정에 참여하여 자신의 주장을 펼치고, 이에 대해 논증하거나 근거를 제시하는 과정을 지칭한다. 합리적 대화에서는 '자유롭고 평등한 참여'가 가장 전면에 등장한다. 하버마스에 따르면, 이러한 대화원칙은 법의 대화이론에서는 "민주주의 원칙"으로 전환된다. 이 민주주의 원칙에 따르면²⁴⁾,

"법률은 그것이 법적으로 짜인 대화적 법정립 절차에서 모든 범동료들로부터 동의를 받을 수 있는 것인 한에서만 정당한 효력을 주장할 수 있다."

이러한 민주주의 원칙이야말로 대화적 법정책이 추구해야 할 방향을 잘 보여준다. 이것의 핵심을 짧게 말하면, 그것은 입법·행정·사법 영역에서 가능한 모든 관련자들이 '최대한 참여하는 과정'에서 법을 정립하고 집행하며 적용하는 것이라고 할 수 있다.

b. 대화적인 법정책에 따른 전략물자수출 통제

이러한 대화적인 법정책을 전략물자수출에 대한 법적 통제에 적용하면, 우리는 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 즉 전략물자수출에 대한 법적 통제를 행할 때, 가능한 한 모든 관련자들이 자유롭고 평등하게 참여하여 전략물자의 범위, 통제 방법, 통제강도, 통제수단 선택 등에 관해 토론할 수 있도록 제도적으로 보장해야 한다는 것이다. 물론 여기서 주의해야 할 점은, 이러한 토론과정이 단순히 전략물

23) J. Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt/M. 1992, S. 138.

24) J. Habermas, a.a.O.(주 23), S. 141.

자 문외한에 의해 진행되어서는 안 된다고 하는 점이다. 전략물자수출을 통제하기 위한 법적 대화가 성공할 수 있으려면, 전략물자에 대해 전문가적인 지식을 갖고 있는 관련자들이 참여할 수 있도록 해야 한다. 이 때 다양한 관점이 최대한 교환될 수 있도록 해야 한다. 이런 점에서 보면, 전략물자수출을 통제하기 위한 법적 대화는 "전문가적인 대화"가 되어야 한다.²⁵⁾ 한편 이러한 결론은 위에서 언급한 간접적·반성적 법정정책과 통하는 점이 없지 않다. 그 이유는 간접적·반성적 법정정책과 대화적 법정정책은 큰 틀에서 보면, "절차주의"를 지향하는 법정정책이기 때문이다. 이러한 점에서 보면, 전략물자수출을 통제하기 위한 법정정책은 궁극적으로는 '절차주의적인 법정정책'을 지향해야 한다고 말할 수 있다.

2. 법정정책의 기준

지금까지 우리는 전략물자수출 행위를 통제하는 법정정책을 짤 때, 어떤 기본 방향을 추구해야 하는지 살펴보았다. 이제 우리는 구체적으로 법정정책을 마련하고 집행할 때, 어떤 기준에 의거해야 하는지 다루어야 할 필요가 있다. 이에 관해 여기서는 두 기준을 언급하고자 한다. 첫째는 법익보호 기준이고, 둘째는 비례성 원칙이다.

(1) 법익보호 기준

우선 전략물자수출을 통제하기 위한 법정정책은 법익보호 기준에 따라 마련해야 한다. 법익이란 "법적으로 보호해야 할 이익"을 말한다.²⁶⁾ 법익 개념은 본래 독일 형법학에서 등장한 개념인데, 이제 이 개념은 단순히 형법학에만 머물러 있는 것이 아니라, 이를 넘어서 다른 법 영역까지 포괄하는 상위 개념이 되었다고 할 수 있다. 왜냐하면, 민법학에서도 법익 개념을 언급하기도 하기 때문이다. 그러면 전략물자수출을 통제하기 위한 법정정책이 법익보호 기준을 따라야 한다는 것은 무엇을 말하는가? 입법자는 전략물자수출 행위가 실제로 법익을 침해하거나 위태화하는 경우에만 강력한 법적 수단을 투입해야 한다는 것을 뜻한다. 따라서 민수품을 수출하는 경우처럼, 설령 경우에 따라 민수품이 군수품으로 유용될 가능성

25) 전문가적인 대화에 관해서는 이상돈, 『법이론』, 세창출판사, 2005, 299쪽 아래.

26) 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2006, 56쪽.

이 있다 하더라도, 민수품 수출행위가 법익을 침해하거나 위태화하지 않는 이상, 선불리 이 행위를 규제하거나 처벌하는 것은 삼가야 할 필요가 있다. 다만 핵심 기술을 수출하는 행위의 경우에는 문제가 없지 않다. 왜냐하면, 핵심 기술을 수출하는 행위가 도대체 법익을 침해하거나 위태롭게 하는지가 그리 분명한 것은 아니기 때문이다. 그러므로 이러한 경우에는 규제대상이 되는 핵심 기술의 범위를 명확하게 구체화해야 할 필요가 있다고 생각한다. 그렇지 않은 경우에는 제재 수단이나 강도를 완화해야 할 필요가 있을 것이다.

(2) 비례성 원칙 기준

두 번째 기준으로서 비례성 원칙을 들 수 있다.²⁷⁾ 비례성 원칙이란 공법과 형사법에서 일반적인 법원칙으로 승인한 것으로서, 법적 투입은 일정한 목적을 달성하는 데 비례적인 것이어야 함을 뜻한다. 여기서 비례적인 것은 다음 세 가지 하부원칙으로 구체화된다. 첫째는 적합성 원칙이고, 둘째는 필요성 원칙이며, 셋째는 좁은 의미의 비례성 원칙이다.

a. 적합성 원칙

적합성 원칙은 전략물자수출을 합리적으로 통제하기 위해 투입되는 수단이 적합한 것이어야 함을 뜻한다. 이 원칙에 따르면, 전략물자수출 행위를 규제하기 위해, 우리는 이에 적합한 법적 수단을 선택해야 한다. 여기서 "적합하다"는 것의 의미가 불분명하지 않을 수 있는데, 이것의 의미는 위에서 첫 번째 기준으로 제시한 법익보호 기준과 결부시켜 볼 때, 분명해진다. 즉 법적 수단은 전략물자수출로 인해 침해되거나 위태화되는 법익을 보호하기에 적합한 수단이 되어야 한다는 것이다.

그런데 이에 관해 신자유주의가 주장하는 것처럼, 법적인 수단은 전략물자수출 시장을 통제하기에 적절하지 않다고 반론을 제기할 수도 있다. 오히려 법적인 수단은 이 시장의 자율성을 해할 수 있다는 것이다. 그러나 이미 앞에서 논증한 것처럼²⁸⁾, 신자유주의의 주장은 서구 자본주의가 "시장의 실패"를 경험한 바 있다는

27) 비례성 원칙에 관해서는 이준일, "기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형", 『공법연구』 제29집 제1호(2000), 110쪽.

28) 위의 III. 2.

역사적 경험을 충분히 설명하지 못한다. 물론 직접적이고 과도한 법적 규제가 전략물자수출 행위를 성공적으로 통제할 수 없음은 분명하다. 그렇지만 이 때문에 법이라는 수단이 전략물자수출 행위를 통제하는 데 적합한 수단이 될 수 없다고 논증하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

b. 필요성 원칙

두 번째 하부원칙인 필요성 원칙은 전략물자수출 통제라는 목적을 달성하기 위해 꼭 필요한, 즉 부작용이나 침해가 적은 수단을 선택하라는 원칙이다. 이는 달리 "최소침해 원칙"이라고도 한다. 이러한 필요성 원칙은 앞에서 언급한 기본 방향인 "간접적이고 다원적인 법정책"에 합치하는 기준이라고 할 수 있다. 따라서 입법자는 사전예방적이고 자율적인 통제방안으로도 충분히 해당 전략물자수출을 통제할 수 있는 경우에는, 이러한 수단을 우선적으로 선택해야 한다.

c. 좁은 의미의 비례성 원칙

마지막으로 좁은 의미의 비례성 원칙은 전략물자수출을 통제하려는 목적을 위해 법적 수단을 투입할 때, 이렇게 법적 수단을 투입함으로써 얻는 이익이, 이렇게 법적 수단을 투입함으로써 발생할지도 모르는 손실(가령 전략물자수출 관련자의 기본권 제한 등)보다 더 커야 할 것을 요청한다. 이 원칙은 달리 "상당성 원칙" 혹은 "적절성 원칙"이라고 표현하기도 한다. 그러나 사실 과연 어떤 수단이 전략물자수출 통제라는 관점에서 볼 때 "상당한가" 혹은 "적절한가" 판단하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면, 이에 대한 분명한 기준이 존재하지 않기 때문이다. 따라서 이 문제는 궁극적으로는 합리적인 논증을 통해 그때그때 개별적으로 판단해야 할 것이다.

(3) 중간결론

이상의 논의를 우리는 다음과 같이 정리할 수 있다. 전략물자수출 행위를 통제하기 위해 법정책을 마련하고 추진할 때, 무엇보다 법적 수단을 선택할 때 우리는 법익보호와 비례성 원칙을 기준으로 삼아야 한다. 먼저 법정책은 전략물자수출 행위를 통해 침해되거나 위태화될 수 있는 법익을 보호하는 데 초점을 맞추어야 한다. 나아가 법적 수단은 이 법익을 보호하는 데 적합한 것이어야 하고, 최소

한의 침해를 낳는 것이어야 하며, 전략물자수출 통제라는 목적을 달성하기 위해 "적절한 것"이어야 한다.

V. 결론요약

지금까지 우리는 전략물자수출 행위를 통제하기 위해 법정책은 어떤 방향과 기준을 따라야 하는지 법철학적·법사회학적인 논증을 중심으로 하여 살펴보았다. 이를 다음과 같이 요약할 수 있다.

먼저 통제 대상이 되는 전략물자의 개념을 확정하였다. 이에 따르면, 전략물자는 "군사 관련 물자"와 "핵심기술 관련 물자"로 유형화할 수 있다. 그러나 이 개념규정은 그리 명확하다고 할 수 없다. 왜냐하면, 예를 들어 과연 어느 범위까지 핵심기술로 인정할 것인지 분명한 것은 아니기 때문이다.

다음으로 전략물자수출에 대한 법적 통제의 필요성과 가능성을 논증하였다. 이에 따르면, 전략물자수출 행위는 기본적으로 거대한 위험을 창출하는 것이므로, 이에 대해 규제하는 것은 필요하다. 나아가 전략물자수출 행위를 통제하는 것은, 수출 관련자가 지닌 직업의 자유나 거래의 자유를 제한하는 것이 될 수 있지만, 우리 헌법은 일정한 요건 아래 모든 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있으므로, 이렇게 수출을 통제하는 것은 가능하다.

마지막으로 전략물자수출에 대한 법적 통제의 기본 방향과 기준을 제시하였다. 이 글에서는 "직접적이고 과도한 통제방식 회피", "상징입법 회피", "간접적이고 다원적인 법정책 추진", "대화적인 법정책 추진"을 기본 방향으로 제시하였다. 아울러 전략물자수출에 대한 법적 통제의 기준으로는 "법익보호"와 "비례성 원칙"을 제안하였다.

주제어 : 법정책, 전략물자, 규제의 역설, 조종의 트릴레마, 상징입법, 다원적인 법정책, 대화적인 법정책

[Zusammenfassung]

Richtungen und Maßstäbe der rationalen Rechtspolitik

- Am Beispiel der Regulierung von 'strategischen Gütern' durch das Recht -

Yang, Chun-Soo
Professor, Yeungnam Univ.

Der Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die rationale Rechtspolitik. Genauer gesagt: Es handelt sich um die Frage, an welchen Richtungen und Maßstäben wir sich orientieren sollten, um die rationale Rechtspolitik zu verwirklichen. Die vorliegende Arbeit behandelt die Frage am Beispiel der Regulierung von strategischen Gütern' durch das Recht.

Zunächst versucht die vorliegende Arbeit, den Begriff des strategischen Guts zu definieren (II). Danach geht sie der Problematik der Notwendigkeit und der Möglichkeiten der Regulierung der strategischen Güter durch das Recht nach (III). Nach der vorliegenden Untersuchung ist es im Prinzip erforderlich, die Ausfuhr der strategischen Güter mithilfe des Rechts zu regulieren, weil sie ein 'Risiko' verursacht.

Schließlich versucht die vorliegende Arbeit, Richtungen und Maßstäbe der Rechtspolitik der strategischen Güter zu liefern (IV). Als grundlegende Richtungen schlägt der Autor in dieser Arbeit die "Vermeidung der direkten und übermäßigen Intervention der Ausfuhr der strategischen Güter", die "Vermeidung der symbolischen Gesetzgebung", die "vorrangige Befolgung der indirekten und pluralistischen Rechtspolitik der strategischen Güter", die "diskursive Rechtspolitik" vor. Zugleich schlägt die vorliegende Arbeit als Maßstäbe der Rechtspolitik der strategischen Güter den "Rechtsgüterschutz" und den "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" vor.

Schlüsselwörter : Rechtspolitik, Strategische Güter, Paradoxie der Regulierung, regulatorisches Trilemma, Symbolische Gesetzgebung, pluralistische Rechtspolitik, diskursive Rechtspolitik