

## 民主的 法治國家에 있어서 權利와 法律에 관한 現代的 諸問題

Hans A. Engelhard  
朴 英 道\* 譯

### 〈解 說〉

現代國家는 국민생활의 모든 方面에서 정치적·경제적 및 사회적 상황에 대응하여 복잡다양한 目的과 內容을 실현하기 위하여 다양한 수단을 사용하여 統治作用을 행하고, 국가가 사회에 있어서 각종 矛盾이나 弊害 등을 제거하기 위하여 적극적인 역할을 담당하여 個人의 尊嚴, 인간다운 生活保障을 도모하고 있다. 즉 현대의 積極國家는 단순히 법적·정치적 차원에서의 형식적인 自由와 平等만이 아니라 사회적·경제적 차원에서의 실질적인 自由와 平等을 實現하기 위하여 사회경제생활에 적극적으로 介入·配慮하고 社會的 正義의 관점에서 자유경쟁시장의 모순점을 시정하려 한다.

그 결과 國家의 이러한 역할에 대응하여 法の 守備範圍도 단순히 종래의 교환적 내지 교정적 정의 뿐만 아니라 사회경제적인 利益과 負擔의 적정한 할당이라는 配分的 正義로 까지 확대되고 있는 등 시민의 사회경제생활의 질적 향상을 지향하는 다양한 公共政策의 실현을 위한 중요한 手段으로서 기능하고 있다.

그러나 現代國家의 이러한 기능은 자유주의에 있어서는 시민의 自律에 맡겨졌던 문제영역이 國家에 의한 規制(staatliche Regulierung)의 대상이 되고, 그 규제가 法の 形態를 취하게 되면서 이른바 「生活世界의 식민지화」, 「官僚主義的·法的 간섭」, 「管理世界」, 「規範의 氾濫」, 「法律完壁主義」 또는 「法化(Verrechtlichung)」라는 새로운 현상에 직면하게 되었다<sup>1)</sup>. 이와 같은 국가에 의한 規制의 擴大가 개인

\* 韓國法制研究院 責任研究員

1) Rüdiger Voigt(Hrsg.), 「Verrechtlichung. Analysen zur Funktion und Wirkung von

의 자유를 제한하는 것이라는 위기에 직면하여 獨逸에서는 1970년대 이후 과도한 「法化」에 따른 「國家 내지 政治의 기능마비」 또는 「統治無能力(Unregierbarkeit)」현상을 비판하고, 現代法에 대한 새로운 진단과 해명을 시도하고 있다.

그 가운데 특히 주목되고 있는 것은 獨逸의 「進歩的」 학자들에 의해 주장되고 있는 「포스트모던法 모델」로서 이 경향을 대표하는 學者로는 私法學者인 토이프너(Gunter Teubner)가 주장하는 「自省的 法(Reflexives Recht)」理論과<sup>2)</sup> 經濟法學者인 비트헤르트(Rudolf Wiethölter)가 주장하는 「法の 節次化(Prozeduralisierung)」理論이다<sup>3)</sup>. 이 兩人의 이론은 루만(Nikolas Luhmann)의 시스템이론으로부터 많은 示唆를 얻으면서, 社會國家의 實現 = 法形式에 의한 社會介入 = 個人의 自由剝脫이라는 법화현상을 진단하여 그에 내재하는 각종 모순을 解消하기 위하여 새로운 法모델을 구상하려는 것이라 할 수 있다.

여기에서 소개하는 內容도 역시 증대하는 法規의 過剩化 및 法化現象에 관한 問題狀況을 진단하고 이에 어떻게 對處할 것인가라는 점을 둘러싸고 獨逸聯邦法務部가 각계의 전문가를 초청하여 개최한 포럼인 「보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利가 획득될 수 있는 가(Mehr Recht durch weniger Gesetze?)」라는 토론회 가운데 聯邦法務部長官인 Hans A.Engelhard의 기초강연 「民主的 法治國家에 있어서 權利와 法律에 관한 現代的 諸問題(Aktuelle Fragen von Recht und Gesetz im demokratischen Rechtsstaat)」를 번역한 것이다<sup>4)</sup>.

연방법무부는 이 포럼을 통하여 法規의 過剩化 내지 法化的 문제성을 법학적 관점·사회과학적 관점·법정책적 관점 등으로 부티의 分析을 통하여 다음과 같이 진단하고 있다. 즉

---

Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse», Königstein/Ts 1980, S.15f.

2) Gunter Teubner, 「Verrechtlichung-Begriff, Merkmale, Grenze, Auswege」, in : Friedrich Kübler(Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1985 ; Ders., 「Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive」, ARSP 68/1982, S. 13-59.

3) Rudolf Wiethölter, 「Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht」, in : Gert Brüggemeier/Christian Joerges(Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, ZERP/MAT 4, 1984, S. 25f.

4) 이 포럼은 1986년 8월 3일 獨逸聯邦法務部 주최로 개최되었으며, 동 포럼의 資料는 1987년 3월에 獨逸聯邦法務부의 「法實際研究 (Rechtstatsachenforschung)」 간행자료로서 발간되었다. 아울러 이 刊行資料는 본 研究院이 독일연방법무부의 슈트렘펠(Dieter Strempe) 博士로부터 입수한 것이다. 이 기회를 빌어 귀중한 資料를 보내주신 博士에게 感謝를 드린다.

첫째로, 法規의 過剩化 내지 法化는 법치국가하에서는 어떤 의미에서는 피할 수 없는 現象이라고 할 수 있으며, 원래 人權保護를 목적으로 하는 法治國家가 그러한 現象하에서 역작용을 미칠지도 모른다는 非難의 사태가 발생한다는 점.

둘째로, 社會的 法治國家에 있어서는 국민생활에 대한 國家의 후견적 개입이 필요하게 되나 社會生活關係가 복잡하게 되면서 法規의 詳細化의 요청이 발생함과 동시에 그 지나침으로 인해 法規制의 硬直化現象이 발생하며 거꾸로 상세화의 반대의 요청(어떤 의미에서의 一般條項化)이 상세화의 限界의 문제로서 등장하는 것도 부정할 수 없다는 점.

세째로, 社會的 法治國家라 할지라도 그것은 어디까지나 자유주의적 국가사상의 修正原理로서 등장하는 것이며, 법은 法主體로서 자유로운 인격자를 예정하고 있다. 人間의 行動의 매우 상세한 분야에 이르기까지 法律로서 규제하는 것은 위의 이념에도 반하며, 그것이 결국 遵法精神을 空洞化하며, 법의 權威의 실추와도 연결됨을 주의하지 않으면 안된다는 점 등이다.

그리하여 聯邦法務部는 이 과잉된 法規의 주된 生産者라는 의미는 아니나 그러나 「聯邦政府의 公證人(Notor) 내지 法律顧問(Justitiar)」으로서 이러한 사태의 진전을 우려하고 있다. 즉 연방법무성은 科學技術時代에 있어서 생활관계의 복잡화의 결과 국민의 모든 생활영역에서 지나친 法化가 촉진되며, 그 결과 法の 實效性의 저하, 法の 受容度의 저하 및 法の 指導性의 저하 등을 우려하면서 法化의 원인 및 결과의 포괄적인 분석에 의해서 立法에 관한 전요원의 意識의 轉換의 계기를 부여하려고 하고 있는 것이다. 특히 여기에서 소개하는 聯邦法務部長官의 기초연설문 가운데 독일이 현재 직면하고 있는 問題狀況을 엿볼 수 있다.

이하 長官의 기초연설문 전문을 소개하면 다음과 같다.

### 「民主的 法治國家에 있어서 權利와 法律에 관한 現代的 諸問題」

「보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利가 획득될 수 있는가」를 테마로 한 이 討論會에 참가하여 준 여러분을 진심으로 환영한다. 여러분이 本人의 초대에 응해준 것을 기쁘게 생각한다. 이것은 本人에게는 聯邦政府와 마찬가지로 여러분이 이 테마에 중대한 意義를 인정하고 있다는 확실한 증거이다.

우리들은 단순히 본의 라인타알(Rheintal)한 氣候를 피하기 위하여 Friedrich-Neumann財團의 마가레텐궁전(Margarethenhof)에 여러분을 초빙한 것은 아니다.

「보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利가 획득될 수 있는가」라는 테마는 오늘날 法政策的 問題일 뿐만 아니라, 특별한 自由의 문제이기도 하다. 그러므로 토마스 델러(Thomas Dehler)는 「우리들 自由主義者에게 있어서 權利란 자주 중요한 기본권 및 자유권에 내재하는 自然權을 의미하는 것이며, 法律이 인정한 권리가 아니다. 權利란 모든 계층에서 人間의 공동생활의 基礎이며 保障이다」라고 서술하였다.

이 討論會의 테마에 관하여 학자·정치가·법관 및 변호사·경제·노동조합·소비자연맹·언론계 등 各界 代表와 토론할 기회를 맞게 된 것은 本人에게 커다란 기쁨이다. 여러분들의 폭넓은 實務經驗과 學術的 知識으로 부터 보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利 나아가서는 보다 많은 自由·正義 및 法的 安定성이 획득될 수 있는가의 문제에 대한 단서 내지 전망을 기대하는 것이다.

立法機關은 우리의 법질서 및 사회질서에 의거하여 모든 次元에서 계속적으로 法規를 「生産」한다. 그러나 전문지나 언론의 비판을 주의깊게 살펴보면 立法機關이 오류를 범하고 있다는 印象을 불식할 수가 없다. 즉 法은 법규에 의해서 法適用者에게 보다 간단하게 된다는 뜻이 아니라면 國民에게 예측가능하게 되는 것도 아니다. 알트만(Rüdiger Altmann)은 法律過剩의 증대화에 의해 「合法性의 판단에 대한 확신 및 그와 동시에 法과 法律의 조화에 대한 信賴가 희박화되고 있다」고 한다.

本人이 보는 견지에서는 우리의 意見交換은 세가지 주요한 목적을 가지고 있다고 생각된다. 즉 첫째, 우리사회의 法律思想上的 의식변혁으로의 유도를 위한 法化的 원인 및 결과의 分析의 강화. 둘째, 法과 法律과의 관계를 위한 새로운 解決策의 단서로서의 모색. 셋째, 法化的 基本問題를 위한 연구전망의 전개가 그것이다.

法化現象은 특히 다음의 세가지 問題領域에 분명하게 제시되고 있다.

- 法規의 過剩化(Normenflut)
- 日常生活의 法化(Verrechtlichung der Lebenswelt)
- 法的 規制의 限界(Grenzen rechtlicher Regulierung)

우리가 보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利가 획득될 수 있는가라고 묻는다면 우리는 많은 法律을 가지고 있음을 가정하게 된다. 「法規의 過剩化(Normflut)」, 「條文的 複雜化(Paragrafendickicht)」 또는 「法律의 인플레이(Gesetzesinflation)」라는 슬로건이 논의를 지배하고 있다.

圖書館에서 더욱 두꺼워지는 法令官報로 가득찬 매우 긴 서가를 관찰하면 언뜻 이러한 점이 판명되고 있음이 확인된다. 法律刊行資料는 최근 수년간 10배에 달하고 있다. 즉 오늘날에는 1년간에 100년전이라면 10년간분에 상당하는 정도의 法律資料가 발간되고 있다.

1976년에는 聯邦官報 제1부를 구성하는 3권은 총 3,884面の 기록을 달성하였다. 그러나 우리들의 法規의 過剩化에 대한 고뇌에도 불구하고 작년에는 적어도 2,560面에 이르는 2권의 聯邦官報가 간행되었다.

이러한 卷數 및 面數는 그 증명력에 한계가 있기는 하나 法の 非可視性과 증대하는 肥大化 및 복잡화한 「法律資料」의 증가를 제시하는 하나의 증거이다. 확실히 法律資料의 증가에 의하여 발생한 문제는 법률의 整理, 資料整理의 자동화 및 情報提供 등과 같은 기술적인 수단에 의해서 충분히 경감될 수 있으나, 그러나 그 숫자는 여전히 印象的이다.

여하튼 法務部는 국내연방법을 1869년 이래 전체로서 35,000건의 立法文書を 1963년 12월 31일 현재 정리하여 聯邦官報 제3부에 공식 수록하였으며, 약 75,000건의 個別規定을 지닌 3,500건의 기본이 되는 법률이 그것이다. 그 후 계속하여 1984년까지의 20년 사이에 약 70,000건의 個別規定을 지닌 새로운 7,000건의 立法文書가 공포되었다.

연방법무부의 계획에 의하면 이 과도한 法規는 1988년 말경에 정리되어 현재의 조문에 수록되게 되어 있다. 이 때 약 90,000건의 개별규정을 가지는 적어도 합계 5,000건의 基本이 되는 法律이 예정되고 있다. 그러나 여기에서 구체적으로 문제가 발생한다. 즉 과연 약 90,000건의 개별규정의 내용이 國家가 그 기능을 거두기 위하여 진정 필요한 聯邦法의 法規量인가.

이 문제에 대답하는 경우에는 法律의 量에 있어서도 - 전자보조수단의 투입에도 불구하고 - 양적으로 최선의 상태가 있으며, 그 위에 의거하여 質的 向上을 도모하는 것이 등장함을 인식하여야 한다.

法規는 오로지 이 量 때문에 그 효력을 상실하고 있으며, 그 目的을 달성할 수 없는 상태에 있다. 그것은 우선 첫째, 情報傳達의 문제이다. 그 이유는 國民에게 적시에 전달되지 않는 法律은 國民에게 遵守될 수 없기 때문이다. 사정에 따라서는 法規는 양적인 - 또한 질적인 - 이유에서 오히려 非生産的으로 작용하며 法規가 촉진하거나 보호하려는 價値를 손상하기도 한다.

그렇게 된다면 법은 그 意義를 상실하게 될 것이다. 여하튼 그러한 轉換이 발생하는 포인트에 그 목표를 두는 것은 기초적 연구가 중요한 공헌을 할 수 있는 주요한 政策上的 관심사이다. 양적인 문제의 대다수가 法律의 整理, 法規데이터뱅크 및 國民에게 친근한 정보에 의해서 극복될 수 있으며, 過剩法規가 일정한 방법으로 개관할 수 있더라도 보다 많은 法律이 自由, 正義 및 法的 安定性의 의미에서 보다 많은 權利를 의미하는가의 문제는 여전히 미해결인 채로 있다.

이 문제는 예를 들면 정치·경제·노동·가정·교육·여가 등 사법 및 행정을 초월한 거의 모든 영역에서 우리 生活領域을 둘러싼 立法의 증대가 지니는 보다 질적인 문제인 것이다. 요컨대 國家에 의한 사회의 統制이다. 법규작성기관에 관해서는 이러한 관계에 있어서 立法을 세가지의 現象形態로 구별할 수 있다.

—法律의 形式에 있어서의 法化：議會主義化(Parlamentarisierung)

—行政에 의한 法化：官僚主義化(Bürokratisierung)

—判決書類의 形式에 있어서의 法化：司法化(Justizialisierung)

우리는 오늘 특히 제 1의 현상형태를 거론하기로 한다.

과거 10년간에 法化에 의한 자유제한적 효과가 명백하게 되었다. 즉 國民은 보다 한층 완벽하게 保護되고, 계획에 편입되고, 指導되고 있으며 국민의 자유를 위태롭게 하는 것은 國家의 自由保障的手段 그 자체인 것이다. 그러므로 개인의 生活領域에의 증대한 침해의 결과 우리는 法律에 의한 보다 많은 自由라는 목표로 향하는 도상에서 이미 그 頂点を 넘어서고 있지는 않는가라는 문제가 발생하고 있다. 여하튼 보다 많은 法律이라는 방향으로의 새로운 발전을 억제할 수 없다면 완전한 法化에 도달하는 결과가 된다. 그 결과로서 한편으로는 個人的 국가에의 의존도가 다른 한편으로는 國家에 대한 請求權思想이 고집할 수 없을 정도로 높아지게 되었던 것이다.

法化를 이와 같이 본다면 보다 많은 法律은 적어도 自由와 正義의 균형을 혼란케 하는 결과를 도출할 수 있다. 따라서 개개의 法律에 관련하여 어떠한 種類와 範圍의 法律이 적당한가를 기본적으로 확정하고, 自由와 正義의 필요한 균형, 나아가서는 法과 法律의 조화를 보장하려는 시도는 법학자와 사회학자의 연구의 모든 출발점이 될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 기타의 문제 즉 立法文書의 증대에 의해서 자각된 법적 통제의 限界에 관해서 간단하게 피력한다. 法治國家에 있어서 법이란 헌법상의 가치기준의 범위내에서 政策을 社會的 現實로 전가하는 전형적인 수단이다.

국가·사회·개인의 가능한 한의 광범위한 獨立이라는 자유주의적인 전제하에서 조차 社會的 法治國家에서는 결국 法的 安定性의 이유에서 행동을 제어하는 法規의 필요성을 무시할 수는 없다. 그러므로 行政 및 司法에 있어서 법은 노동력시장에 있어서 임금과 마찬가지로 國家의 가장 중요한 制御手段으로 이해되고 있다. 이것은 최근의 학설에서는 솔직히 「規制的 法(regulatorisches Recht)」, 즉 국가가 개입하는 경우의 특별한 法律類型으로 간주되고 있다.

그러므로 法治國家가 규제수단으로서의 法을 더욱 한층 이용하는 것은 불가사의한 것이 아니다. 그러나 規制手段으로서의 法의 기능은 그 한계를 노출하고 있다.

聯邦共和國과 같은 고도로 발달한 복잡한 산업사회는 社會制御의 問題(Steuerungsproblemen)에 직면하고 있다.

이와 관련한 대응전략은 두가지 방향으로 전개되고 있다. 하나는 立法理論에 의거한 현대적인 지식을 구사하여 法規의 質의 向上을 논의하는 것이다. 여기에는 법률을 「非精密化(Entfeinerung)」하는 조치가 고려된다. 이것은 세부규정으로 부터 概括的 立法(Rahmengesetzgebung)으로의 경과조치이다. 이것에 의해 法規의 細部規律(Regelungstiefe)은 완화된다. 나아가 법률은 一般條項이나 不確定概念을 빈번히 적용함으로써 「탄력적(Flexibilisierung)」으로 운용되어야 할 것이다.

그 한에 있어서 內務部長官과의 협력에 의해 연방법무부가 개발한 「聯邦法規에 관한 審査條項(Prüffragen für Rechtsvorschriften des Bundes)」은 시사하는 바가 많다. 다른 한편 法理論과 法社會學의 영역에서는 보다 한층 빈번하게 해결방법으로서 自己規制에 의한 제어가 논의되고 있다. 이 이론에 의하면 社會的 行動을 직접 法規化하는데 대신하여 법은 조직 및 절차의 제어 및 제어권의 새로운 分配만에 제한되어야 할 것이다.

勞働法上 여기서는 임금교섭제도가 역사적인 사례를 제공하고 있다. 이것은 다음과 같이 요약된다. 즉 國家에 의한 法的 中央統制에 대신하여 전문적인 自己制御를! 여기에서 우리는 유망한 解決의 실마리를 찾아낼 수 있다.

本人의 연설의 마지막으로 또 한번 「보다 적은 法律에 의해 보다 많은 權利가 획득될 수 있는가」라는 문제를 제기한다면 다음과 같이 要約하여 답변할 수 있다. 우리가 새로운 역사적·기술적 또는 사회적인 所與性에 적응하기 위하여 法律의 制定 또는 개정을 필요로 하는가에 관하여 논의의 여지는 없다.

法律의 數 및 그 範圍는 국가에게 맡겨져 있는 사명에도 의거하고 있다. 그와는 별도로 法治國家, 法的 安定性 및 權利平等의 원칙은 어떤 일정의 불가피한 量의 법률을 필요로 한다. 그러나 우선 처음으로 문제를 해결하는데 現行法으로는 불충분한가의 여부가 항상 문제로 지적되어야 한다.

오로지 積極性을 과시하거나 결코 문제를 해결할 수 없는 法律은 제정되지 않아야 하는 점에 관하여는 특히 우리의 見解는 일치하고 있다. 구태의연한 법률(Alibigesetz)은 問題를 해결할 수도 없으며, 問題를 악화시킬 따름이다. 그것은 나아가 法的 權威 나아가 우리 전부가 따라야 할 法律文化를 衰退시키게 되는 것이다.

