

# 규범창설대화로서 입법평가\*

양 천 수\*\*

## Contents

---

- I. 서 론
  - II. 입법평가의 필요성
  - III. 입법평가의 법철학적 의의
  - IV. 입법평가의 기준과 방법
  - V. 맺음말
- 

---

\* 유익한 심사의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사를 드립니다.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사

## I. 서론

오늘날 추진되는 정책은 모두 법정책이라 할 수 있을 만큼 법은 현대 국가에서 정책을 실현하는 데 필수적인 수단이 되고 있다.<sup>1)</sup> 매년 많은 수의 입법제안이 이루어지고 새로운 법이 제정된다. 우리 삶의 거의 모든 영역에서 법이 제정되어 개입한다. 이로 인해 입법을 자율적인 사회에 대한 규제로 파악하는 진영에서는 이를 '과잉입법'이나 '과잉규제'로 문제 삼기도 한다. 이러한 과잉규제 때문에 우리 사회의 자발성이나 창의성이 억제되고 있다는 것이다. 따라서 정책의 수단으로 사용되는 입법이 '과잉입법'이라는 이름 아래 비판적으로 취급되지 않기 위해서는 입법 자체가 합리적인 입법으로서 정당화될 수 있어야 한다.<sup>2)</sup> 그렇게 해야만 비로소 정책 역시 합리적인 정책으로 평가될 수 있기 때문이다.

그러면 어떻게 해야 합리적인 입법을 할 수 있을까? 입법평가제도가 이에 대한 한 가지 방안으로 거론된다.<sup>3)</sup> 입법을 하는 과정에서 미리 입법평가절차를 거침으로써 입법이 실패하는 것을 사전에 막는 것이다. 이러한 근거에서 이미 오래 전부터 입법평가제도를 도입하자는 논의가 진행되었다.<sup>4)</sup> 그렇지만 여전히 입법평가는 제도화되지 않고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 상황에서 이 글은 입법평가를 제도화하는 데 기여한다는 측면에서 법철학의 견지에서 입법평가의 의미와 필요성, 기준과 방법 등을 고찰하고자 한다.

---

1) 이는 우리 헌법이 기본원리로 채택하고 있는 법치주의의 견지에서 볼 때 당연한 것이라 할 수 있다. 법치주의에 관해서는 Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986; 김도균/최병조/최종교, 「법치주의의 기초: 역사와 이념」, 서울대학교출판부, 2006 등 참고.

2) 이 문제에 관해서는 우선 양천수, 「합리적인 법정책의 방향과 기준: 전략물자에 대한 법적 통제를 예로 하여」, 『영남법학』 제24호, 영남대학교 법학연구소, 2007, 69-94면 참고.

3) 입법평가제도에 관해서는 우선 박영도, 「입법평가제도에 관한 연구」, 『입법학연구』 제2집, 한국입법학회, 2002 참고.

4) 이에 관해서는 한국법제연구원, 「환경영향평가모델을 통한 입법평가제도의 도입방안」, 한국법제연구원, 2007; 최윤철, 「입법평가제도의 도입을 위한 전제조건」, 『입법정책』 제7권 제1호, 한국입법정책학회, 2013, 13-47면 등 참고.

5) 다만 환경영향평가와 같은 개별적인 평가제도는 도입되고 있다.

## II. 입법평가의 필요성

### 1. 입법의 법철학적 의의

입법평가를 본격적으로 다루기에 앞서 입법이란 무엇인지, 법철학 및 법이론의 견지에서 볼 때 입법은 어떤 의미를 갖는지 간략하게 살펴보도록 한다.<sup>6)</sup> 입법이란 쉽게 말해 실정법을 제정하는 과정을 말한다. 이 점에서 구체적인 법적 분쟁에 실정법을 적용하는 사법과 구별된다. 입법이 적극적인 법적 작용이라면, 사법은 소극적인 법적 작용인 것이다. 이렇게 법을 제정하는 과정인 입법은 법철학의 견지에서 볼 때 다음과 같은 의미를 지닌다.

먼저 입법은 흔히 정책의 수단으로 사용된다. 국가 또는 정치체계가 특정한 정책을 펼치고 실현하고자 할 때 그 수단으로 입법을 활용하는 것이다. 이는 현대국가의 기본원리인 법치주의의 그리고 이에 따른 법치행정에 비추어 볼 때 아주 당연한 것이라 할 수 있다. 다음으로 규제이론의 측면에서 보면, 입법은 규제를 생성하는 과정이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 입법을 한다는 것은 법으로 수범자의 행위를 제한하거나 새로운 제도 또는 체계를 형성하는 과정이기 때문이다.<sup>7)</sup> 나아가 입법은 실정법이 규율하는 영역을 확장한다는 의미에서 '법제화'(Verrechtlichung)라는 의미도 지닌다.<sup>8)</sup> 그 만큼, 아주 당연한 말이지만, 실정법이 증가한다는 것을 뜻한다. 뿐만 아니라, 법철학의 측면에서 볼 때, 특히 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)가 정립한 '법의 대화이론'(Diskurstheorie des Rechts)의 시각에서 보면, 입법은 바로 '규범창설대화'(Normbegründungsdiskurs)라는 성격을 지닌다. 풀어 말하면, 입법은 '법적 대화'(Juristischer Diskurs)의 일종

6) 입법 및 입법과정 그리고 입법학 전반에 관해서는 박영도, 「입법학입문」, 한국법제연구원, 2008; 홍완식, 「입법학 연구」, 피앤씨미디어, 2014; 심우민, 「입법학의 기본관점: 입법논증론의 함의와 응용」, 서강대학교 출판부, 2014; 김종철 외, 「입법과정의 현대적 재구성(혁신) 방안 연구」, 한국법제연구원, 2017 등 참고.

7) 이러한 '규제의 이중적 성격'에 관해서는 양친수, "지역균형발전과 법학전문대학원 인가: 법정책의 관점에서", 「영남지역발전연구」 제38집, 영남대학교 영남지역발전연구, 2008, 17-30면 참고.

8) 법제화에 관해서는 G. Teubner, "Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in: F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt/M., 1984 참고.

으로서 기존에 없던 규범을 새롭게 창설하는 대화과정이라는 것이다. 입법이 규범창설대화라는 측면은 입법평가와 관련하여 중요한 의미를 지니므로 아래에서 다시 상세하게 다루고자 한다.<sup>9)</sup>

## 2. 입법의 실패

그러면 입법평가, 즉 입법과정을 평가하는 작업은 왜 필요한 것인가? 이에 관해서는 그 동안 다양한 연구가 진행되었는데,<sup>10)</sup> 이를 단적으로 말하면 ‘입법의 실패’를 그 이유로 제시할 수 있다. 입법의 실패는 크게 세 가지로 유형화할 수 있다. 입법의 흠결, 집행결손, 입법의 부작용이 그것이다.

### (1) 입법의 흠결

첫째, 입법이 흠결된 경우를 들 수 있다. 이를 헌법학에서는 ‘입법부작위’라고 말한다.<sup>11)</sup> 물론 엄격하게 말하면, 이는 입법 자체를 하지 않은 것이므로 입법이 실패한 것이라고 말할 수는 없을 것이다. 그렇지만 가령 형법학에서 특정한 요건이 충족된 경우에는 작위에 의한 범죄와 부작위에 의한 범죄를 동등하게 취급하는 것처럼, 입법이 이루어져야 하는데 이루어지지 않은 경우 역시 넓은 의미의 입법 실패에 포함시킬 수 있을 것이다.

### (2) 집행결손

둘째, 입법은 이루어졌지만 입법에 따라 제정된 법이 집행되지 않는 경우를 들 수 있다. 이를 ‘집행결손’이라고 말하기도 한다.<sup>12)</sup> 이렇게 집행결손이 발생하

---

9) 아래 III.3. 참고.

10) 이를 핵심적으로 보여주는 김기표, “이제 입법영향평가제도의 도입을 준비해야 할 때이다”, 「법제」 제651호, 법제처, 2012, 2-5면 참고.

11) 입법부작위에 관해서는 박규하, “헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고: 헌법소원과 관련하여”, 「외법논집」 제19집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005, 163-185면 참고.

12) 집행결손 문제를 다루는 연구로는 전현욱, “지적재산권과 형법정책”, 「경원법학」 제3권 제2호,

면 입법 당시에 설정한 목적을 달성할 수 없다는 점에서 이는 입법의 실패에 해당한다. 바람직한 입법은 본래 설정한 규범목적에 따라 완전하게 집행이 이루어지는 경우라 할 수 있기 때문이다. 그렇지만 집행결손이 발생하지 않도록 입법을 하고 이를 완벽하게 집행하는 것은 현실적으로 불가능하다. 아무리 입법이 완벽하게 이루어졌다 할지라도 집행기관이 안고 있는 시간적·인적·물적 자원의 한계로 인해 어느 정도의 집행결손은 발생할 수밖에 없기 때문이다. 예를 들어, 형사법 규범은 형사사법기관에 의해 집행되는데, 여러 현실적인 제약 때문에 형사사법기관은 선별적으로 범죄를 수사·기소·재판할 수밖에 없고, 이로 인해 이른바 '숨은 범죄'(Dunkelziffer)가 발생할 수밖에 없다.<sup>13)</sup> 물론 그렇다고 해서 최대한 집행결손을 억제하기 위한 노력을 포기할 수는 없을 것이다.

다만 이러한 집행결손과 관련해 특별히 언급해야 할 문제가 있다. 바로 '상징 입법'(symbolische Gesetzgebung)에 관한 문제이다.<sup>14)</sup> 상징입법은 의도적으로 집행결손을 유발하다는 점에서 우리가 주목해야 하는 동시에 피해야 하는 입법이다. 물론 입법은 필연적으로 언어를 사용할 수밖에 없고, 언어 그 자체는 상징성에서 자유로울 수 없다는 점에서 모든 입법은 일정 정도 상징성을 담을 수밖에 없다. 또한 이러한 입법의 상징성 중에는 우리가 긍정적으로 평가할 수 있는 부분도 없지 않다. 예를 들어, 형사법 영역에서 특정한 적극적 일반예방을 도모하는 상징입법은 상징입법이라는 이유만으로 부정적으로 재단할 수는 없다.<sup>15)</sup> 문제는 집행결손을 의도하거나 또는 집행결손이 발생할 것이라는 점을 예견하면서 상징입법을 추진하는 경우이다.<sup>16)</sup> 대중의 때로는 감정적이면서 정치적인 여

---

경원대학교 법학연구소, 2010, 241-261면 참고.

13) 숨은 범죄는 '암수범죄'라고 지칭되기도 한다. '숨은 범죄'로 지칭하는 경우로는 배종대, 「형사정책」, 홍문사, 2017 참고; '암수범죄'로 표현하는 경우로는 Hans Joachim Schneider, 손동권 (역), "암수범죄에 관한 연구", 「형사정책연구」 제34호, 한국형사정책연구원, 1998, 193-222면 참고. 형사정책학 영역에서는 주로 암수범죄라는 용어를 사용한다.

14) 상징입법에 관해서는 Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebung*, Ebelsbach, 1989 참고.

15) 이러한 맥락에서 형벌이 수행하는 상징적 기능 역시 긍정적으로 평가하는 Klaus Günther, "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?", in: C. Prittwitz/M. Baurmann/K. Günther/L. Kuhlen/R. Merkel/C. Nestler/L. Schulz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, S. 205 ff. 참고.

16) 이를 지적하는 빈프리트 하제머, 원혜옥 (역), "상징적인 형법과 법익보호", 배종대/이상돈 (편역), 「형법정책」, 세창출판사, 1998, 318면 아래; 최석윤, "상징형법에 대한 비판적 고찰", 「비교형사

론에 대응하고자 집행결손이 발생하리라는 점을 알면서도 정치적 상징성을 추구하기 위해 입법을 하는 경우가 바로 여기에 해당한다. 이러한 상징입법은 필연적으로 집행결손을 야기하는 불합리한 입법이라는 점에서 실패한 입법이라고 말할 수밖에 없을 것이다.

### (3) 입법의 부작용

셋째, 입법이 본래 설정한 목적을 달성하지 못할 뿐만 아니라, 더 나아가 의도하지 않았거나 예상하지 못한 부작용이 발생하는 경우를 들 수 있다. 이러한 예로서 '규제의 역설' 또는 '조종의 트릴레마'가 발생하는 경우를 들 수 있다.

#### 1) 규제의 역설

'규제의 역설'(paradox of regulation)은 시장의 자율성을 강조하는 신자유주의 시장주의자들에 의해 주로 주장된다.<sup>17)</sup> 신자유주의 시장주의자들에 따르면 입법, 그 중에서도 시장에 대한 입법은 새로운 규제를 만드는 과정에 해당한다. 왜냐하면 시장에 대한 입법, 이를테면 '공정거래법' 등과 같은 경제입법은 시장의 자율성을 억압하는 것이기 때문이다. 이들에 따르면, 시장은 자율적으로 재화를 가장 효율적으로 배분할 수 있는 체계이다. 따라서 경제입법으로 시장에 간섭하고 이를 규제하면 오히려 시장의 효율성을 침해할 뿐만 아니라, 입법이 의도하지 않은 부작용까지 유발한다고 주장한다. 따라서 시장 개입을 목적으로 하는 경제입법은 입법목적을 달성하지 못할 뿐만 아니라 부작용까지 야기하는 규제의 역설에 빠질 수밖에 없다고 비판한다. 따라서 이렇게 시장을 규제하는 입법은 완화하거나 철폐하는 것이 타당하다고 말한다.<sup>18)</sup>

---

법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 151-164면 참고.

17) 이에 관해서는 김영평/최병선/신도철 (원저), 「규제의 역설」, 삼성경제연구소, 2006 참고.

18) 이러한 맥락에서 심지어 규제를 '사회적 부패'라고 비판하기도 한다. 이에 관해서는 양천수, "사회적 부패로서 규제: 규제개혁론에 대한 비판적 고찰", 「한국부패학회보」 제19권 제3호, 한국부패학회, 2014, 41-63면 참고.

## 2) 조종의 트릴레마

‘조종의 트릴레마’(regulatorisches Trilemma)는 독일의 법사회학자 토이브너(G. Teubner)가 현대 사회국가에서 진행되는 법제화가 어떤 문제에 직면하는지를 보여주기 위해 제시한 것이다.<sup>19)</sup> 조종의 트릴레마는 신자유주의자들이 강조하는 규제 역설을 독일의 사회학자 루만(N. Luhmann)이 정립한 체계이론의 견지에서 재해석한 것이라고 말할 수 있다.<sup>20)</sup> 체계이론을 범 영역에 수용해 독자적으로 발전시킨 토이브너는 규제의 역설이 강조하는 것처럼 사회체계의 자율성을 제대로 고려하지 못하는 법제화는 실패할 수밖에 없다고 말한다. 토이브너는 이를 ‘조종의 트릴레마’로 표현한다.<sup>21)</sup> 사회를 특정한 방향으로 ‘조종’(Steuerung)하고자 하는 법제화, 즉 입법은 본래 설정한 목적을 달성하는 데 실패하고 오히려 트릴레마에 빠지고 만다는 것이다.<sup>22)</sup>

토이브너는 규제되는 대상인 사회와 이를 규제하는 법 모두 체계이론에서 말하는 ‘사회적 체계’(soziales System)라는 점에 주목한다. 루만에 따르면, 사회적 체계는 자기생산적 체계로서 한편으로는 다른 사회적 체계에 열려 있으면서도, 다른 한편으로는 닫혀 있다. 사회적 체계는 한편으로는 다른 사회적 체계와 소통으로써 정보를 교환한다는 점에서 열려 있다. 이를 ‘인지적 개방성’(kognitive Offenheit)이라고 부른다. 그러나 다른 한편으로 사회적 체계는 자기생산적 체계로서 이렇게 다른 사회적 체계로부터 전달 받은 정보를 자신이 설정한 프로그램과 코드에 따라 내부화한다. 이에 따라 사회적 체계가 수행하는 ‘작동’(Operation)은 다른 사회적 체계에 직접 영향을 미치지 않는다. 이를 ‘작동적 폐쇄

19) G. Teubner, a.a.O., S. 313 ff.; 이상돈/홍성수, 「법사회학」, 박영사, 2000, 227면 아래 참고; 토이브너의 법사회학 일반에 관해서는 한국법사회학회 (편), 「현대 법사회학의 흐름」, 세창출판사, 2017, 제4장 참고.

20) 루만의 체계이론에 관해서는 우선 N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984 참고.

21) 이는 독일의 비판적 실증주의자인 한스 알버트(H. Albert)가 규범의 최종적인 근거설정 문제로 제시한 ‘뮌헨하우젠 트릴레마’(Münchhausen Trilemma)를 응용한 것이라고 말할 수 있다. 뮌헨하우젠 트릴레마에 관해서는 H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1991, S. 15 참고.

22) ‘Trilemma’는 ‘삼중고’로 번역되기도 한다. 가령 James E. Herget, 장영민 (역), 「현대독일법철학」, 세창출판사, 2010, 49면. 다만 ‘Dilemma’ 역시 일상에서 ‘딜레마’ 그대로 사용하는 경우가 많다는 점에서 이 글에서는 트릴레마 역시 원어 그대로 사용하고자 한다.

성'(operative Geschlossenheit)이라고 부른다.<sup>23)</sup> 이를 법체계에 적용해 보면, 법체계가 독자적으로 설정한 프로그램과 코드에 따라 수행되는 규제는 다른 사회적 체계들에 직접 영향을 미칠 수 없다는 것이다. 다른 사회적 체계들 역시 자기생산적 체계로서 법체계가 수행하는 규제를 자신이 설정한 프로그램과 코드에 따라 수용하기 때문이다. 바로 이러한 문제로 인해 토이브너는 규제가 트릴레마에 빠지게 된다고 말한다.

이때 말하는 트릴레마란 '법과 정치의 상호 무관심', '법에 의한 사회적 통합의 와해', '사회에 의한 법적 통합의 와해'를 말한다. 이를 간략하게 소개하면 다음과 같다. 먼저 '법과 정치의 상호적 무관심'이란 법과 정치가 각각 독자적인 사회의 부분체계로서 자기생산적인 성격을 갖기에 서로 직접 소통하는 것은 어렵다는 점을 보여준다. 법체계와 정치체계는 각각 독자적인 프로그램과 코드로써 서로 소통을 하기에 완전한 상호이해는 불가능하고, 결국 서로가 서로에 대해 무관심해진다는 것이다. 다음으로 '법에 의한 사회적 통합의 와해'는 법체계의 자기생산적인 성격으로 인해 사회적 체계들이 무엇을 원하는지를 정확하게 포착하지 못해 그 결과 오히려 법적 규제에 의해 사회적 통합이 와해된다는 것을 뜻한다. 마지막으로 사회에 의한 법적 통합의 와해는 사회적 체계들의 요청이 무분별하게 법체계에 투영됨으로써 이번에는 법체계의 규범성을 와해시킨다는 것을 말한다. 이처럼 특정한 입법이 조종의 트릴레마에 빠진다는 것은 그 입법이 사회가 요청하는 것을 적절하게 포착 및 반영하지 못해 실패했다는 것을 뜻한다.

#### (4) 사법의 정치화

이외에도 입법의 실패로서 사법의 정치화를 언급할 수 있다. 사법의 정치화란 법체계의 논리, 즉 법체계의 프로그램과 코드인 '조건 프로그램'과 '합법-불법' 코드에 따라 법적 분쟁을 처리해야 하는 사법작용이 그렇게 하지 못하고 정치적 논리에 지배되는 현상을 지칭한다.<sup>24)</sup> 사실 사법의 정치화는 독자적인 입법 실패

23) 인지적 개방성과 작동적 폐쇄성에 관해서는 N. Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie*, 2. Aufl., Heidelberg, 2004, S. 91 ff. 참고.

24) 사법의 정치화에 관해서는 박범영, "사법권에 의한 정치의 통제: 사법의 정치화", 「입법정책」



의 유형으로 파악하기보다는 조종의 트릴레마에서 말하는 '사회에 의한 법적 통합의 와해'에 대한 대표적인 경우에 속한다고 말할 수 있다. 정치체계의 논리가 과도하게 입법과정에 투영됨으로써 입법이 규범적인 성격보다 정치적인 성격을 강하게 띠게 되고, 이로 인해 이러한 입법으로 제정된 법을 구체적인 법적 분쟁에 적용해야 하는 사법이 정치화되는 것이다. 또한 집행결손을 유발하는 정치적 상징입법에 의해 사법의 정치화가 발생하기도 한다. 대중이 바라는 요구에 정치적으로 대처하기 위해 상징적인 차원에서 입법을 하면, 이러한 입법으로 제정된 법은 규범적인 성격보다는 정치적인 성격을 강하게 띠기 때문에 이러한 법을 구체적인 법적 분쟁에 적용해야 하는 사법은 정치화될 수밖에 없다. 그런데 사법부는 애초에 정치적 기관이 아니므로 이처럼 정치적 성격이 강한 법을 다루는데 한계를 지닐 수밖에 없다.<sup>25)</sup> 따라서 어찌 보면 사법의 정치화란 바로 '사법의 실패'라고도 말할 수 있다. 그리고 이렇게 사법이 실패했다는 것은 입법 역시 실패했다는 것을 시사한다.

### Ⅲ. 입법평가의 법철학적 의의

이처럼 입법은 본래 설정한 목적을 성공적으로 달성하는 경우도 있지만, 상징입법에 따른 집행결손이나 조종의 트릴레마에 봉착함으로써 입법목적은 달성하지 못하고 실패하는 경우도 발생한다. 바로 이러한 근거에서 입법평가제도가 필요할 수밖에 없다. 입법을 하는 과정에서 입법평가를 거침으로써 입법이 실패하는 것을 사전에 방지하는 것이다. 입법을 하는 과정에는 많은 시간적·물적·인적 자원과 비용이 소요된다. 따라서 이렇게 많은 자원과 비용을 투입하여 실현한 입법이 실패하지 않도록 하기 위해 입법평가가 요청되는 것이다. 그러면 법철학의 견지에서 볼 때, 입법평가는 어떤 의미를 지니는가? 이를 아래에서 살펴볼도록 한다.<sup>26)</sup>

제8권 제1호, 한국입법정책학회, 2014, 22-64면 참고.

25) 이 문제를 다루는 양천수, "행정에 대한 사법적 통제범위의 법정책: 기초법학의 관점에서", 「공법학연구」 제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2016, 173-199면 참고.

26) 입법평가를 법철학의 견지에서 살펴봄으로써 왜 입법평가가 필요한지, 입법평가를 어떻게 실현

## 1. 입법의 반성적 과정으로서 입법평가

우선 입법평가는 입법의 반성적 과정에 해당한다. 토이브너가 강조한 것처럼, 특정한 입법이 실패에 부딪히지 않기 위해서는 '반성적 법'(reflexives Recht)의 면모를 갖추어야 한다.<sup>27)</sup> 달리 말해, 사회가 요구하는 바와 해당 입법이 사회에 미칠 영향을 분석한 후 이를 다시 입법에 '환류'(feedback)할 수 있어야 한다. 이때 입법의 반성적 과정에서는 크게 세 가지 지점에 관심을 기울여야 한다.<sup>28)</sup> 첫째는 입법으로써 '산출'(output)하고자 하는 것이 규제대상인 사회가 요구하는 바에 상응하는지, 이러한 산출이 사회에 어떤 영향을 미칠 것인지를 평가하여 환류하는 것이다. 둘째는 입법이 기존의 법체계에 어떤 영향을 미치는지, 특히 기존의 법체계와 정합성을 이룰 수 있는지를 평가하여 환류하는 것이다. 셋째는 입법이 원래 설정한 목적 이외에 어떤 부작용을 일으킬 수 있는지, 이를테면 자연환경이나 성평등 영역에서 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 평가하여 환류하는 것이다. 입법평가는 바로 입법의 반성적 과정으로서 이러한 역할을 수행해야 하는 것이다.

## 2. 입법논증으로서 입법평가

다음으로 입법평가는 입법논증에 해당한다. 여기서 '입법논증'이라는 개념은 입법학 전문가인 심우민 교수가 제안한 것인데, 그에 따르면 성공적인 입법을 위해서는 입법과정을 입법논증이라는 측면에서 파악할 필요가 있고, 이러한 맥락에서 입법평가는 입법논증의 일환으로 이해할 수 있다.<sup>29)</sup> 입법과정을 입법논증 과정으로 파악한다는 것은 입법과정을 법적 논증의 일환으로 이해한다는 것을 말한다. 법철학의 측면에서 볼 때 이는 다음과 같은 의미를 지닌다. 첫째, 법적 논증은 특정한 법적 판단이 정당성과 합리성을 획득하도록 하는 과정이므로, 입법을 입법논증으로 파악한다는 것은 이러한 입법이 정당성과 합리성을

---

해야 하는지에 관해 유익한 법철학적 근거를 획득할 수 있다.

27) 이에 관해서는 G. Teunber, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M., 1989 참고.

28) 이는 입법평가의 실질적 기준으로 설정된다. 아래 IV.4. 참고.

29) 이에 관해서는 심우민, 전거서, 295면 아래; 심우민, "입법평가와 입법논증: 연계 가능성 모색을 위한 시론적 연구", 「입법평가연구」 제3호, 한국법제연구원, 2010 등 참고.

갖추도록 하는 것이라고 볼 수 있다.<sup>30)</sup> 둘째, 법적 논증이론이 시사하는 것처럼, 입법에서 절차적 합리성이 중요하다는 점이다. 셋째, 법적 논증이론에서 제시하는 다양한 논증기준이 시사하는 것처럼, 입법논증에서도 입법의 정당성과 합리성을 확보할 수 있도록 다양한 논증기준이 요청된다는 것이다. 특히 최근 사회과학 영역에서 흔히 사용하는 정량적 기준 이외에도 이른바 정성적 기준이 요청된다는 점을 보여준다.

그런데 이처럼 입법을 입법논증의 견지에서 이해하고자 한다면, 그 만큼 입법평가의 중요성이 제고될 수밖에 없다. 왜냐하면 현행 입법절차 안에서도 입법논증을 구현할 수 있는 영역이 존재하기는 하지만, 별도의 입법평가를 마련하는 것이야말로 입법의 정당성을 확보할 수 있는 논증공간을 확보하는 것이라고 말할 수 있기 때문이다.

### 3. 규범창설대화로서 입법평가

나아가 입법평가는 '규범창설대화'(Normbegründungsdiskurs)라는 의미도 갖는다. 이는 이 글이 주장하는 가장 핵심적인 테제에 해당하므로 상세하게 다루도록 한다.

#### (1) 규범창설대화의 의의

먼저 규범창설대화란 무엇인지 간략하게 살펴본다. 규범창설대화는 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)가 철학자 아펠(K.-O. Apel)과 더불어 발전시킨 '대화윤리'(Diskursethik)를 도덕적인 규범영역에 적용하여 제시한 개념이다.<sup>31)</sup> 여기서 규범창설대화란 쉽게 말해 규범을 새롭게 만드는 대화를 말한다. 이때 '대화'(Diskurs)는 일상적인 대화를 뜻하는 것이 아니라, 토론과 논증으로

30) 법적 논증이론에 관해서는 많은 문헌을 대신하여 로베르트 알렉시, 변종필/최희수/박달현 (역), 「법적 논증이론: 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론」, 고려대학교출판부, 2007; 울프리트 노이만, 윤재왕 (역), 「법과 논증이론」, 세창출판사, 2009 참고.

31) '대화윤리' 또는 '담론윤리'에 관해서는 위르겐 하버마스, 이진우 (역), 「담론윤리의 해명」, 문예출판사, 1997 참고.

이루어지는 대화를 뜻한다.<sup>32)</sup> 또한 대화는 대화 참여자들의 자유롭고 평등한 참여와 토론 등으로 진행되는 ‘합리적 대화’(rationaler Diskurs)를 전제로 한다. 아울러 여기서 말하는 ‘규범’은 기본적으로 도덕적 규범을 뜻한다. 따라서 이러한 전제를 고려하면, 규범창설대화란 도덕적 규범을 새롭게 만들어 가는 대화로서 모든 관련자들이 자유롭고 평등하게 참여하여 새롭게 만들 규범에 관해 토론 및 논증을 하는 과정이라고 풀어 말할 수 있다.

이러한 규범창설대화는 구체적인 상황에서 규범을 적용하는 것에 관한 토론 및 논증 과정을 지칭하는 규범적용대화(Normanwendungsdiskurs)와 구별된다.<sup>33)</sup> 독일의 법철학자 클라우스 귄터(Klaus Günther)가 제시한 규범적용대화는 규범 창설대화가 부딪힌 한계를 극복하기 위해 제안된 것이다.<sup>34)</sup> 규범창설대화에서는 규범의 ‘타당성’(Gültigkeit)이 문제가 된다면, 규범적용대화에서는 규범적용의 ‘적절성’(Angemessenheit)이 문제가 된다는 점에서 양자가 차이가 있다. 그렇지만 규범창설대화와 규범적용대화는 모두 도덕적인 규범과 관련을 맺는 대화라는 점, 하버마스가 강조한 보편화가능성 원칙을 충족해야 한다는 점, 합리적 대화를 전제로 한다는 점에서 공통점도 갖는다. 다만 규범적용대화는 입법과정보다는 사법과정과 더욱 관련을 맺는다는 점에서 이 글에서는 이를 자세하게 다루는 것은 피하면서 아래에서는 규범창설대화에 논의를 집중하고자 한다.

클라우스 귄터에 따르면, 규범에 관한 대화에는 규범창설과 규범적용이라는 두 유형이 존재한다. 이 중에서 규범창설대화는 특정한 규범적 주장이 담고 있는 명제적 내용이 과연 타당한지를 심사하는 과정에 해당한다.<sup>35)</sup> 달리 말해 특정한 규범을 만드는 과정에서 규범을 제안하는 주장이 과연 타당한지를 합리적 대화

32) 철학에서는 이를 ‘답론’으로 번역하기도 한다. 이는 ‘토의’ 또는 ‘논의’로 번역되기도 한다. 이 글에서는 이상돈 교수의 번역을 좇아 대화로 번역한다. 이러한 경우로는 이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 홍문사, 1994 참고.

33) 규범적용대화에 관해서는 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt/M., 1988; K. Günther, “Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral”, in: M. Herberger/U. Neumann/H. Rüßmann (Hrsg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP Beiheft Nr. 45 (1992), S. 36-76 등 참고.

34) 클라우스 귄터의 법철학에 관해서는 양친수, “법과 대화이론: 클라우스 귄터의 대화이론적 법이론”, 「법철학연구」 제4권 제2호, 한국법철학회, 2001, 159-194면 참고; 클라우스 귄터는 클라우스 귄터로 지칭되기도 하지만, 이 글에서는 ‘귄터’로 지칭하기로 한다.

35) 규범창설대화에 관해서는 기본적으로 K. Günther, a.a.O., S. 43 ff. 참고.

에 따라 논의하는 과정이 바로 규범창설대화인 것이다. 하버마스가 정립한 대화윤리에 따르면, 특정한 규범적 주장이 '타당성'을 획득하기 위해서는 크게 두 가지 요건을 충족해야 한다. 첫째, 규범창설대화가 합리적 대화에 따라 이루어져야 한다. 둘째, 규범창설대화가 보편화가능성 원칙을 충족해야 한다.

규범을 만드는 규범창설대화가 합리적 대화에 따라 이루어져야 한다는 것은 두 가지 측면을 암시한다. 먼저 규범창설대화는 진리합의이론에 바탕을 두고 있다는 점이다.<sup>36)</sup> 이에 따르면, 규범은 '실체'(Substanz)로서 이미 전제되어 있는 것이 아니라 합리적 대화라는 절차를 통해 합의되는 것이다. 나아가 규범창설대화는 규범과 관련을 맺는 모든 이들이 자유롭고 평등하게 참여할 수 있어야 한다는 요건을 충족해야 한다는 것이다.

한편 규범창설대화가 합리적 대화를 거치기만 하면 곧바로 타당성을 획득하는 것은 아니다. 이때 규범창설대화는 하버마스가 강조한 보편화가능성 원칙을 충족해야 한다. 여기서 보편화가능성 원칙이란 특정한 규범적 주장에 의해 야기되는 이익과 불이익을 모든 관련 당사자들이 동의를 하는 경우에만 이러한 규범적 주장은 보편성을 획득할 수 있다는 원칙을 말한다. 규범창설대화가 이러한 보편화가능성 원칙을 충족하는 경우에만 규범창설대화를 통해 만들어진 규범은 보편적인 규범이 될 수 있다.

## (2) 입법절차와 규범창설대화

앞에서 살펴본 것처럼, 규범창설대화는 본래 대화윤리의 맥락에서 정립되었다. 따라서 규범창설대화는 도덕적인 규범을 정립하는 방안으로 언급된다. 그런데 현대사회에서 중요한 규범은 도덕적인 규범이라기보다는 오히려 법규범이라 할 수 있기에 규범창설대화, 더 나아가 '대화원칙'(Diskursprinzip)을 법규범에도 적용할 수 있는지가 문제된다.<sup>37)</sup> 달리 말해, 법규범을 만드는 입법절차와 법규범

36) 진리합의이론에 관해서는 J. Habermas, "Wahrheitstheorie", in: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M., 1984 참고.

37) 이 문제를 정면에서 다루는 하버마스의 저서로서 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M., 1992, Kap. III. 참고.

을 적용하는 사법절차를 규범창설대화과 규범적용대화과 파악할 수 있는지가 문제된다. 이에 관해서는 논쟁이 전개되었고, 하버마스 자신도 여러 번 태도를 바꾸었기에 이를 판단하는 것은 쉽지 않다.<sup>38)</sup> 다만 이 글에서 필자는 독일의 법철학자 알렉시(R. Alexy)를 따라 입법절차나 사법절차 모두 법적 대화, 더욱 정확하게 말해 도덕적 대화의 '특수한 경우'(Sonderfall)로 이해하고자 한다.<sup>39)</sup> 이에 따르면, 입법절차는 규범창설대화과 특수한 경우라고 말할 수 있을 것이다.

사실이 그렇다면 현재 우리 법제도가 마련하고 있는 입법절차를 규범창설대화과 이해할 수 있을까? 알렉시가 제시한 '특수한 경우 테제'(Sonderfall These)를 수용하면 입법절차를 규범창설대화, 최소한 규범창설대화과 특수한 경우로 파악할 수 있을 것이다. 다만 우리 입법절차가 실제 현실에서 어떻게 진행되는지를 고려하면, 이를 전적으로 규범창설대화라고 규정하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면 규범창설대화과를 포함하는 규범적 대화는, 하버마스가 강조하는 것처럼 합리적 대화라는 상당히 이상화된 상황과 조건을 전제로 하기 때문이다. 물론 바로 이 점에서 규범창설대화과가 정당한 규범을 산출할 수 있는 것이기도 하지만 말이다. 그렇지만 현실적으로 진행되는 입법절차는 하버마스가 제시하는 합리적 대화 및 보편화가능성 원칙을 제대로 충족하고 있다고 말하기 어렵다. 이는 무엇보다도 루만이 정립한 체계이론의 시각에서 입법절차를 관찰할 때 그 어려움이 분명하게 드러난다.

### (3) 정치체계와 법체계의 구조적 결합으로서 입법

체계이론의 관점에서 보면, 입법절차는 두 가지 성격을 모두 갖는다. 한편으로 입법절차는 실정법을 만드는 법적 절차라는 성격을 갖는다. 이 점을 고려하면 입법절차는 법체계가 설정한 원칙, 절차, 논리를 따라야 한다. 그러나 다른 한편으로 입법절차는 여당과 야당이 국회에서 펼치는 정치적 투쟁과정을 반영하는

---

38) 하버마스의 태도 변화에 관해서는 양친수, "절차주의적 인권구상의 이론적 기초: 하버마스와의 토이브너의 이론을 중심으로 하여", 「인권이론과 실천」 제7호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2010, 37-73면 참고.

39) 알렉시의 '특수한 경우 테제'에 관해서는 로베르트 알렉시, 전거서 참고.

절차라는 점에서 정치적 절차라는 성격도 갖는다. 이 점을 감안하면, 입법절차가 현실적으로 '적과 동지의 구분 및 투쟁'이라는 정치적 논리를 따르는 것도 이해가 된다. 그런데 체계이론은 이렇게 입법절차가 정치적 성격과 법적 성격을 모두 갖는 점을 설득력 있게 설명한다. 체계이론에 따르면, 입법절차야말로 정치체제와 법체제가 구조적으로 결합하는 과정이기 때문이다. 바로 이 점에서 입법절차는 정치체제의 성격과 법체제의 성격을 모두 갖고 있는 것이다.<sup>40)</sup>

이러한 입법절차의 이중적 성격, 즉 정치적·법적 성격을 고려하면 현실의 입법절차를 곧바로 이상적인 성격을 갖는 규범창설대화로 파악하는 것은 적절하지 않다. 물론 입법절차가 실정법을 산출하는 기능을 수행한다는 점을 감안하면, 이상적으로는 입법절차가 규범창설대화가 되도록 하는 것이 필요할 것이다. 그렇지만 현실적으로는 입법을 하는 과정에서 정치적 투쟁과 협상이 발생하고, 현대 민주적 법치국가에서는 이러한 현상이 어찌 보면 당연한 것임을 감안하면, 입법절차를 완전하게 규범창설대화로 실현하는 것은 쉽지 않다. 따라서 규범창설대화의 이념을 실현할 수 있는 다른 절차 및 공간을 생각할 필요가 있다.

#### (4) 규범창설대화로서 입법평가

바로 이러한 근거에서 입법절차를 규범적으로 완전하게 만들어줄 수 있는 입법평가가 필요하다. 입법평가야말로 규범창설대화로서 기능을 수행할 수 있기 때문이다. 위에서 지적한 것처럼, 입법절차는 정치적 성격도 갖기 때문에 상호이해를 지향하기보다는 전략적인 모습을 지닐 가능성이 더 높다.<sup>41)</sup> 그런데 이렇게 여당과 야당 사이의 전략적인 정치적 투쟁 및 협상에 의해 입법이 진행된다면, 자칫 이를 통해 제정된 실정법이 법이 갖추어야 할 규범성보다는 정치적인 성격을 가질 가능성이 더 높다. 집행결손을 의도하는 정치적인 상징입법이 가장 대표적인 경우라 할 수 있다. 사법의 정치화를 초래하는 입법 역시 마찬가지 경우에

40) 이에 관해서는 니콜라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014, 539면 아래 참고.

41) '전략적 행위'와 '상호이해지향적 행위'라는 대립구도는 하버마스가 자신의 주저인 「의사소통행위이론」 제1권에 치열하게 다루었던 문제이기도 하다. 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 「의사소통행위이론」 1, 나남출판, 2006 참고.

해당한다. 이는 결국 입법의 실패로 이어질 것이다. 따라서 정치적 성격을 갖는 입법절차가 합리적이면서 정당한 입법을 할 수 있도록 하려면, 이러한 정치적인 성격과 거리를 둘 수 있는 절차를 마련해야 한다. 입법절차가 규범창설대화에게 가깝게 실현될 수 있도록 보완하는 절차가 요청된다. 필자는 입법평가절차가 바로 이러한 역할을 수행할 수 있다고 생각한다. 입법평가절차를 입법절차 안에 배치하면서 정치적인 성격과 거리를 두는 규범창설대화로서 설계하고 실현한다면, 입법절차의 정치적인 성격이 초래하는 입법의 실패를 예방할 수 있을 것이다. 바로 이 같은 연유에서 입법평가는 규범창설대화로서 필요하고 또 그렇게 자리매김해야 한다.

## IV. 입법평가의 기준과 방법

논의의 마지막으로 이렇게 입법의 반성적 절차이자 입법논증의 과정으로서 그리고 규범창설대화로서 그 의미를 갖는 입법평가의 기준과 방법을 어떻게 설정할 수 있을지 간략하게 살펴보도록 한다.

### 1. 개관

#### (1) 실체적 기준과 절차적 기준

입법평가의 기준과 방법을 개관해 보면 이는 크게 다음과 같이 구분할 수 있다. 먼저 입법평가의 기준은 절차적 기준과 실체적 기준으로 구분할 수 있다. 절차적 기준에서는 입법절차가 현행 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 진행된 것인지를 문제 삼는다. 만약 입법과정에서 절차적 하자가 발생하면 이는 '절차적 정당성'을 상실한 것으로서 이를 통해 제정된 법률은 타당하지 않은 것으로 추정할 수 있다. 실체적 기준에서는 합리적이고 정당한 법률을 산출하는 데 필요한 기준을 입법절차가 준수했는지를 문제 삼는다. 이상적인 규범창설대화 따르면, 입법절차가 합리적 대화에 따라 이루어지고 보편화가능성 원칙을 충족하면



이를 통해 산출된 법은 곧바로 정당성을 획득할 것이다. 그렇지만 현대 다원주의 사회에서 진행되는 입법절차가 현실적으로 보편화가능성 원칙을 충족하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 바로 이러한 이유에서 절차적 기준 이외에도 실체적 기준이 별도로 필요할 수밖에 없다.

## (2) 법체계 내부의 기준과 외부의 기준

이러한 실체적 기준은 다시 다음과 같이 구분할 수 있다. 법체계 내부와 관련된 기준과 법체계 외부와 관련된 기준이 그것이다. 법체계 내부와 관련된 기준에서는 새로 만들어지는 법률이 기존의 법체계와 규범적으로 정합적인지를 문제 삼는다.<sup>42)</sup> 이를테면 그 동안 축적된 법적 원칙이나 논리 등을 적절하게 고려하고 있는지, 기존에 존재하는 법들과 체계적으로 모순되지 않는지 등을 검토한다. 이에 대해 법체계 외부와 관련된 기준에서는 입법을 통해 만들어지는 법률이 규제대상인 사회의 요청을 적절하게 반영하고 있는지, 이를테면 각 사회적 체계들의 목적과 합리성을 적절하게 고려하고 있는지, 비례성원칙을 준수하고 있는지, 기타 의도하지 않은 부작용은 없는지 등을 문제 삼는다.

## (3) 양적 평가방법과 질적 평가방법

이렇게 새로 만들어질 법이 규제대상인 사회의 요청을 적절하게 반영하고 있는지, 비례성원칙을 준수하고 있는지 등을 판단할 때 다음 두 가지 방법이 사용된다. 양적 평가방법과 질적 평가방법이 그것이다.<sup>43)</sup> 오늘날 사회과학 영역에서 즐겨 사용되는 양적 평가방법에서는 수학적·통계적 방법을 이용한 이른바 '비용-편익 분석'이 주로 문제가 된다. 질적 평가방법에서는 이러한 양적 평가방법

42) 법체계의 정합성에 관해서는 강일신, "맥코믹의 정합성이론에 대한 비판적 고찰", 『영산법률논총』 제11권 제1호, 영산대학교 법률연구소, 2014, 155-174면; 강일신, "정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서", 『법철학연구』 제17권 제1호, 한국법철학회, 2014, 225-248면 등 참고.

43) 이러한 연구방법에 관해서는 노성호/구정화/김상원, 『사회과학 연구방법론』, 박영사, 2018; 백영민, 『방법론적 사유: 입말로 풀어쓴 사회과학 연구방법론』, 한나래아카데미, 2018 등 참고.

을 제외한 방법들이 주로 문제가 된다. 예를 들어, 수법자들의 목소리를 직접 청취하는 것 등을 들 수 있다.

## 2. 입법평가 자체의 기준

그러면 본격적으로 입법평가 기준에는 무엇이 있는지 살펴보도록 한다. 이때 가장 먼저 고려해야 하는 것은 입법절차를 평가하는 절차 자체가 정당해야 한다는 것이다. 바꿔 말해, 입법평가절차가 규범창설대화로서 실행되어야 한다. 이는 입법평가절차 역시 다음 두 가지 요건을 충족해야 한다는 점을 뜻한다. 첫째, 입법평가절차는 합리적 대화로써 실행되어야 한다. 둘째, 입법평가절차는 보편화가능성 원칙을 충족해야 한다. 그러나 현실적으로 이러한 두 가지 요건을 완전하게 충족한다는 것은 거의 불가능하다. 그러므로 현실적으로 입법평가절차는 다음과 같이 실행되어야 한다. 첫째, 적법한 절차에 따라 입법평가가 이루어져야 한다. 둘째, 가능한 한 입법평가 관련 전문가들이 자유롭게 평등하게 참여하여 토론 및 논증을 하는 방식으로 입법평가절차가 실행되어야 한다. 달리 말해, 입법평가가 편향적으로 실행되지 않도록 해야 한다. 특히 정치적 성향과 논리가 배제될 수 있도록 해야 한다.

## 3. 절차적 기준

입법절차에 대한 평가기준으로 우선 절차적 기준을 언급할 수 있다. 이에 따르면, 입법은 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 이루어져야 한다. 이는 우리나라가 국가의 기본원리로 채택하고 있는 입헌주의 및 법치주의에 비추어 볼 때 그리고 규범창설대화의 기본전제를 고려할 때 아주 당연한 것이라 말할 수 있다. 적법한 절차를 따르지 않은 입법절차는 위법한 것이므로, 이러한 입법을 통해 제정된 법률 역시 정당성을 획득할 수 없다.

## 4. 실체적 기준

### (1) 출발점

다음으로 실체적 기준을 제시할 수 있다. 여기서 실체적 기준이란 입법으로 생산되는 법률이 정당하고 합리적인 것, 법철학적으로 말하면 정의를 실현하는 법률이 되도록 하는 기준을 말한다. 그러면 이를 가능하게 하는 실체적 기준은 무엇인가? 이러한 의문에 대해서는 독일의 법철학자 라드브루흐(G. Radbruch)가 내놓은 법이념이 좋은 참고가 된다.<sup>44)</sup> 라드브루흐는 법이 추구해야 하는 이념으로 법적 안정성, 목적합리성, 정의를 제시한다. 이는 흔히 넓은 의미의 정의로 파악된다. 그런데 이러한 기준은 한편으로는 여전히 추상적이고, 다른 한편으로는 복잡화·다원화·전문화되고 있는 현대사회에 비추어 볼 때 시대에 적합하지 않은 측면이 있다. 따라서 이는 재해석할 필요가 있다. 필자는 루만이 정립한 체계이론의 관점과 하버마스가 내놓은 이원적 사회이론의 관점을 활용하여 라드브루흐가 언급한 법이념의 기준을 다음과 같이 재해석할 수 있다고 생각한다. 법체계 내부의 안정성, 체계합리성, 생활세계적 타당성이 그것이다.<sup>45)</sup>

먼저 라드브루흐가 말하는 법적 안정성은 독자적인 사회적 체계인 법체계 자체의 안정성으로 재해석할 수 있다. 다음으로 라드브루흐가 베버(M. Weber)의 합리성 개념을 수용해 내놓은 목적합리성은 '체계합리성'(Systemrationalität)으로 재해석할 수 있다.<sup>46)</sup> 이에 따르면, 법은 사회의 기능체계가 독자적으로 설정한 체계합리성을 고려해야 한다. 나아가 구체적 타당성을 의미하는 정의는 '생활세계'(Lebenswelt)를 살아가는 일반인들이 구체적인 상황에서 볼 때 타당한 것을 의미하므로, 이는 '생활세계적 타당성'으로 재해석할 수 있다. 이렇게 재해석된 법이념의 기준들은 각각 다음과 같이 입법평가의 기준으로 활용될 수 있다. 법체계 자체의 안정성은 법체계 내부 기준인 법체계의 정합성으로, 체계합리성은

44) 이에 관해서는 구스타프 라드브루흐, 에릭 볼프/한스 페터 슈나이더 (편), 최종고 (역), 「법철학」, 삼영사, 2011 참고.

45) 이에 관해서는 별도의 논문에서 상세하게 다루고자 한다.

46) '체계합리성'에 관해서는 N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt/M., 1973 참고.

법체계 외부 기준인 목적의 정당성과 목적-수단의 적합성으로, 생활세계적 타당성은 좁은 의미의 비례성원칙으로 자리매김 할 수 있는 것이다.

## (2) 법체계 내부 기준으로서 법체계의 정합성

입법평가의 실질적 기준으로서 먼저 법체계의 정합성을 언급할 수 있다. 이는 법체계 내부에 관한 기준이다. 입법으로 새롭게 만들어지는 법률이 기존의 법률들과 체계적으로 정합성을 이루는지가 평가대상이 된다. 예를 들어, 새롭게 입법되는 형사 관련 법률이 소급입법이거나 명확성원칙을 중대하게 훼손하는 경우에는 법체계의 정합성을 위반하는 것으로서 타당하지 않다고 말할 수 있다. 입법되는 법률이 기존의 법률들과 체계적 정합성을 이루어야만 비로소 라드브루흐가 강조한 법적 안정성을 실현할 수 있다.

## (3) 법체계 외부 기준

다음으로 법체계 외부 기준을 언급할 수 있다. 이는 입법되는 법률이 설정한 목적을 적절하게 실현할 수 있는지와 관련을 맺는다. 바꿔 말해, 법률이 목적에 맞게 규제대상을 규율하고 조종할 수 있는지가 평가대상이 되는 것이다. 이에 관해서는 종래 비례성원칙이 핵심적인 역할을 수행하였다.<sup>47)</sup> 필자는 이러한 비례성원칙을 다음과 같이 재해석할 수 있다고 생각한다.

### 1) 목적의 정당성

첫째, 입법되는 법률이 설정한 목적이 정당해야 한다. 여기서 목적이 정당하다는 것은 크게 다음 두 가지 의미로 새길 수 있다. 규범적 정당성과 체계합리성이 그것이다. 먼저 입법목적은 규범적인 차원에서 볼 때 정당해야 한다. 이를 평가할 때는 입법목적이 우리 헌법이 설정하고 있는 규범적 원리나 가치 등을 존중하

---

47) 비례성원칙에 관해서는 우선 이준일, "헌법상 비례성원칙", 「공법연구」 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 24-43면 참고.

고 있는지, 개별 실정법 영역에서 발전시킨 법적 원리들, 가령 법익보호 원칙 등을 따르고 있는지를 평가해야 한다. 다음으로 입법목적이 규제되는 사회영역의 합리성, 즉 사회적 체계의 합리성을 고려하고 있는지 평가해야 한다. 예를 들어, 학문체계를 규율하는 법을 새로 입법하는 경우에는 해당 법이 설정한 입법목적이 학문체계의 합리성을 적절하게 고려하고 있는지 평가해야 한다.

## 2) 규제수단의 적합성

둘째, 입법되는 법률이 원용하는 규제수단이 입법목적을 달성하는 데 적합해야 한다. 여기서 규제수단이 입법목적을 달성하는 데 적합한지를 평가하기 위해서는 규제수단이 체계합리성을 적절하게 고려하고 있는지를 판단해야 한다. 예를 들어, 교육체계를 규율하기 위해 입법되는 법률이 원용하는 규제수단이 교육체계의 체계합리성을 적절하게 감안하고 있는지를 평가해야 한다.

## 3) 규제수단의 최소침해성

셋째, 입법되는 법률이 원용하는 규제수단이 규제대상에게 가장 적은 피해를 주는 수단이어야 한다. 가장 적은 피해를 주는 수단인지 여부를 판단할 때는 규범적인 관점뿐만 아니라 경제적 관점 등을 포함한 다양한 관점을 활용해야 한다. 이를테면 규범적인 측면에서는 형벌이 수범자에게 가장 피해를 많이 주는 규제수단일 수 있지만, 경제적 관점을 고려하면 형벌로서 벌금보다 파면이나 해임과 같은 중징계가 더욱 피해를 야기하는 규제수단이 된다. 왜냐하면 이를 통해 수범자는 경제적 존립근거를 상실할 수 있기 때문이다.

## 4) 좁은 의미의 비례성

넷째, 규제로써 얻게 되는 이익과 이를 통해 규제대상이 입게 되는 피해 사이에 좁은 의미의 비례관계가 형성되어야 한다. 다시 말해, 입법목적을 실현함으로써 획득하는 이익이 규제를 통해 잃게 되는 이익보다 더 커야 한다. 이를 평가하

기 위해서는 우선적으로 '비용-편익 분석'이라는 양적 분석방법을 활용해야 할 것이다. 이러한 경우는 보통 공익이라는 규범적 가치와 기본권이라는 규범적 가치, 즉 규범적 가치와 가치가 서로 충돌하는 경우이므로, 규범적 관점만으로 평가하는 데 한계가 있기 때문이다. 해당 입법이 이른바 '최적화'를 실현하고 있는지를 평가하기 위해서는 '비용-편익 분석'이라는 양적 분석방법을 사용할 수밖에 없다. 다만 이러한 양적 분석방법이 절대적인 객관성을 담보하는 것은 아니므로, 질적 분석방법 역시 이 과정에서 보충적으로 활용해야 한다.<sup>48)</sup> 이를테면 좁은 의미의 비례성을 획득하는 과정은, 라드브루흐의 개념으로 다시 말하면 구체적 타당성을 획득하는 과정이고, 이를 재해석하면 '생활세계적 타당성'을 획득하는 과정이므로, 입법으로 예상되는 결과가 일반인의 관점에서 볼 때 타당할 수 있어야 할 것이다.

## 5) 목적 외부 기준

다섯째, 입법되는 법률이 본래 설정한 목적 이외에 다른 어떤 영향을 사회에 미치는지 평가해야 한다. 예를 들어, 경제체계를 규율하는 입법이 자연환경에 어떤 영향을 미치는지, 교육체계를 규율하는 입법이 '성평등'에 어떤 영향을 미치는지 등을 평가해야 한다. 이러한 경우에는 「환경영향평가법」이나 「성별영향분석평가법」 등과 같은 개별법이 존재하는 경우가 많으므로, 해당 법률에 따라 입법목적 이외에 어떤 영향을 미치는지 평가할 수 있을 것이다.<sup>49)</sup>

## V. 맺음말

지금까지 법철학의 시각을 원용하여 입법평가가 어떤 의미를 지니는지, 왜 필요한지, 그 기준은 어떻게 설정할 수 있는지 살펴보았다. 이에 따르면, 입법평가는 입법의 반성적 과정으로서, 입법논증으로서 그리고 규범창설대화로서 그

48) 이를 지적하는 김종철 외, 전거서, 231면 아래 참고.

49) 이 중에서 '성별영향분석평가'에 관해서는 차선자 외, 「입법의 성평등영향분석을 위한 분석방법 및 지침개발 연구」, 국회입법조사처, 2016 참고.

의미를 갖는다. 특히 입법평가는 입법절차가 정치적 논리에 휘말리지 않으면서 합리적이고 타당한 법률을 생산하는 규범창설대화로 자리매김하는 데 기여한다. 그 점에서 입법평가는 상징입법이나 사법의 정치화, 규제의 역설 등으로 입법의 실패가 빈번하게 발생하는 오늘날의 상황에서 성공적인 입법을 실현하는 데 필요한 제도라고 말할 수 있다. 여러 현실적 여건으로 입법평가가 여전히 제도화되지 않고 있는 지금 상황에서 이 글은 입법평가가 어떤 법철학적 의미를 지니는지 보여주하고자 노력하였다.

논문투고일 : 2018.10.12

심사개시일 : 2018.10.15

게재확정일 : 2018.10.23

## 참고문헌

- 강일신, "맥코믹의 정합성이론에 대한 비판적 고찰", 「영산법률논총」 제11권 제1호, 영산대학교 법률연구소, 2014.
- 강일신, "정합적 법해석의 의미와 한계: 원리규범충돌의 해결이론 관점에서", 「법철학연구」 제17권 제1호, 한국법철학회, 2014.
- 김기표, "이제 입법영향평가제도의 도입을 준비해야 할 때이다", 「법제」 제651호, 법제처, 2012.
- 김도균/최병조/최종고, 「법치주의의 기초: 역사와 이념」, 서울대학교출판부, 2006.
- 김영평/최병선/신도철 (편저), 「규제의 역설」, 삼성경제연구소, 2006.
- 김종철 외, 「입법과정의 현대적 재구성(혁신) 방안 연구」, 한국법제연구원, 2017.
- 노성호/구정화/김상원, 「사회과학 연구방법론」, 박영사, 2018.
- 박규하, "헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고: 헌법소원과 관련하여", 「외법논집」 제19집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005.
- 박범영, "사법권에 의한 정치의 통제: 사법의 정치화", 「입법정책」 제8권 제1호, 한국입법정책학회, 2014.
- 박영도, "입법평가제도에 관한 연구", 「입법학연구」 제2집, 한국입법학회, 2002.
- 박영도, 「입법학입문」, 한국법제연구원, 2008.
- 배종대, 「형사정책」, 홍문사, 2017.
- 백영민, 「방법론적 사유: 입말로 풀어쓴 사회과학 연구방법론」, 한나래아카데미, 2018.
- 심우민, "입법평가와 입법논증: 연계 가능성 모색을 위한 시론적 연구", 「입법평가연구」 제3호, 한국법제연구원, 2010.
- 심우민, 「입법학의 기본관점: 입법논증론의 함의와 응용」, 서강대학교 출판부, 2014.



- 양천수, “법과 대화이론: 클라우스 쿤터의 대화이론적 법이론”, 「법철학연구」 제4권 제2호, 한국법철학회, 2001.
- 양천수, “합리적인 법정책의 방향과 기준: 전략물자에 대한 법적 통제를 예로 하여”, 「영남법학」 제24호, 영남대학교 법학연구소, 2007.
- 양천수, “지역균형발전과 법학전문대학원 인가: 법정책의 관점에서”, 「영남지역발전연구」 제38집, 영남대학교 영남지역발전연구, 2008.
- 양천수, “절차주의적 인권구상의 이론적 기초: 하버마스과 토이브너의 이론을 중심으로 하여”, 「인권이론과 실천」 제7호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2010.
- 양천수, “사회적 부패로서 규제: 규제개혁론에 대한 비판적 고찰”, 「한국부패학회보」 제19권 제3호, 한국부패학회, 2014.
- 양천수, “행정에 대한 사법적 통제범위의 법정책: 기초법학의 관점에서”, 「공법학연구」 제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2016.
- 이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 홍문사, 1994.
- 이상돈/홍성수, 「법사회학」, 박영사, 2000.
- 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 「공법연구」 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009.
- 전현욱, “지적재산권과 형법정책”, 「경원법학」 제3권 제2호, 경원대학교 법학연구소, 2010.
- 차선자 외, 「입법의 성평등영향분석을 위한 분석방법 및 지침개발 연구」, 국회입법조사처, 2016.
- 최석윤, “상징형법에 대한 비판적 고찰”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 최윤철, “입법평가제도의 도입을 위한 전제조건”, 「입법정책」 제7권 제1호, 한국입법정책학회, 2013.
- 한국법사회학회 (편), 「현대 법사회학의 흐름」, 세창출판사, 2017.
- 한국법제연구원, 「환경영향평가모델을 통한 입법평가제도의 도입방안」, 한국법제연구원, 2007.
- 홍완식, 「입법학 연구」, 피앤씨미디어, 2014.

- 울프리트 노이만, 윤재왕 (역), 「법과 논증이론」, 세창출판사, 2009.
- 구스타브 라드브루흐, 에릭 볼프/한스 페터 슈나이더 (편), 최종고 (역), 「법철학」, 삼영사, 2011.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014.
- 로베르트 알렉시, 변종필/최희수/박달현 (역), 「법적 논증이론: 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론」, 고려대학교출판부, 2007.
- 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 「의사소통행위이론」 1, 나남출판, 2006.
- 위르겐 하버마스, 이진우 (역), 「담론윤리의 해명」, 문예출판사, 1997.
- 빈프리트 하쎄머, 원혜욱 (역), “상징적인 형법과 법익보호”, 배종대/이상돈 (편역), 「형법정책」, 세창출판사, 1998.
- James E. Herget, 장영민 (역), 「현대독일법철학」, 세창출판사, 2010.
- Hans Joachim Schneider, 손동권 (역), “암수범죄에 관한 연구”, 「형사정책연구」 제34호, 한국형사정책연구원, 1998.
- H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1991.
- Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt/M., 1988.
- Klaus Günther, “Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral”, in: M. Herberger/U. Neumann/H. Rüßmann (Hrsg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP Beiheft Nr. 45 (1992).
- Klaus Günther, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, in: C. Prittwitz/M. Baumann/K. Günther/L. Kuhlen/R. Merkel/C. Nestler/L. Schulz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002.
- J. Habermas, “Wahrheitstheorie”, in: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M., 1984.
- J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M., 1992.
- Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das*

- Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986.
- N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt/M., 1973.
- N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984.
- N. Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie*, 2. Aufl., Heidelberg, 2004.
- G. Teubner, "Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in: F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt/M., 1984.
- G. Teunber, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M., 1989.
- Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebung*, Ebelsbach, 1989.

## 국문초록

오늘날 추진되는 정책은 모두 법정책이라 할 수 있을 만큼 법은 현대 국가에서 정책을 실현하는 데 필수적인 수단이 되고 있다. 이러한 상황에서 어떻게 해야 합리적인 입법을 실현할 수 있을지가 문제가 된다. 이에 관해서는 입법평가제도가 중요한 해결책으로 거론된다. 입법을 하는 과정에서 미리 입법평가절차를 거침으로써 입법이 실패하는 것을 사전에 막는 것이다. 이러한 근거에서 이미 오래 전부터 입법평가제도를 도입하자는 논의가 진행되었다. 그렇지만 여전히 입법평가는 제도화되지 않고 있다. 이러한 상황에서 이 글은 법철학의 시각을 원용하여 입법평가가 어떤 의미를 지니는지, 왜 필요한지, 그 기준은 어떻게 설정할 수 있는지 살펴보았다. 이에 따르면, 입법평가는 입법의 반성적 과정으로서, 입법논증으로서 그리고 규범창설대화로서 그 의미를 갖는다. 특히 입법평가는 입법절차가 정치적 논리에 휘말리지 않으면서 합리적이고 타당한 법률을 생산하는 규범창설대화로 자리매김하는 데 기여한다. 그 점에서 입법평가는 상징 입법이나 사법의 정치화, 규제의 역설 등으로 입법의 실패가 빈번하게 발생하는 오늘날의 상황에서 성공적인 입법을 실현하는 데 필요한 제도라고 말할 수 있다. 여러 현실적 여건으로 입법평가가 여전히 제도화되지 않고 있는 지금 상황에서 이 글은 입법평가가 어떤 법철학적 의미를 지니는지 보여주고자 노력하였다.

### 주제어

입법평가, 규범창설대화, 입법의 실패, 상징입법, 조종의 트릴레마, 토이브너, 권터

## Abstract

Legislative Evaluation as 'Normbegründungsdiskurs'

Yang, Chun-soo\*

Law are today an essential means of realizing policies in modern countries as if today's policies were all legal. In such a situation, it is very important problem how to make reasonable legislation. In this regard, the legislative evaluation system is considered as an important solution. In the process of legislating, it is necessary to pass legislative evaluation procedures to prevent legislative failure in advance. On this basis, a lot of discussions on introducing the legislative evaluation system have been under way for a long time. However, the legislative evaluation system is still not institutionalized. In this context, this paper examines the meaning of the legislative evaluation system, why it is necessary, and how to set its standards and methods by using the perspective of legal philosophy. According to this paper, the legislative evaluation is a reflective process of legislation, a legislative argumentation and a norm making discourse (Normbegründungsdiskurs). In particular, the legislative evaluation contributes to establishing legislative process as a norm making discourse that produces reasonable and relevant legislation without being disturbed by political logic. In this respect, legislative evaluation can be said to be a necessary system for realizing successful legislation in today's situation where legislative failure is frequent due to symbolic legislation, politicalization of judiciary, paradox of regulation. In a situation where the legislative evaluation system is still not institutionalized due to various reasons, this paper is trying to show its legal philosophical meanings.

### Key Words

legislative evaluation, norm making discourse, legislative failure, symbolic legislation, regulative trilemma, Teubner, Günther

\* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.