民主的·社會的 法治國家와 法制의 役割
— 獨逸에서의 論議와 관련하여 —

徐 元 宇*

◇차 례◇

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 民主的·社會的 法治國家의 位相
Ⅲ. 法治國家性의 辨證法的 變容
Ⅲ. 法治國家性의 現代的 問題狀況
1. 規範의 洪水
2. 形式의 濫用
3. 非公(正)式의 行政活動
4. 法律適合性의 柔軟性
Ⅴ. 法制發展을 위한 提言
Ⅵ. 맺는 말

Ⅰ. 머리말

우리 憲法의 基本原理는 비록 그 표현에 있어서는 꼭 동일하지는 않지만, 기본적으로 自由國家原理,民主國家原理,社會國家原理의 세가지로 요약될 수 있다. 그러나 이러한 憲法的 價値 내지 基本原理는 그 의미하는 바가 반드시 명확하다 할 수 없고, 그 내용에 관해서도 학자에 따라 그 설명하는 바가 같지 않고, 또한 自由國家原理와 民主國家原理의 상관관계에서와 같이 기본원리 상호간의 관계도 매우 복잡하게 되어 있다. 그리고 비록 내용을 추상적으로는 통일적으로 파악할 수 있다고 하더라도 개개 구체적인 상황에 있어서는 서로 대립적으로 나타나게 되는 경우도 없지 않다.

예컨대 최근 우리들의 비상한 관심의 대상이 되고 있는 土地關聯法制에 있어서도 한편으로는 財産權保障이라는 자유국가적 원리에 입각한 헌법적 가치와 生存權保障

* 서울大學校 法科大學長

이라는 사회국가적 원리에 입각한 헌법적가치가 한데 엉키어 표방됨으로써 토지관련법제의 해석 내지 평가에 있어 심각한 혼선을 빚게 하고 있다. 이러한 문제는 여러가지 면에서 근대국가와 그 사회·경제적인 상황과 그와 관련된 法理念과 構造를 달리하는 현대국가에 있어서의 수많은 당면과제를 해결해 나가기 위해 만들어지는 각종의 행정법규의 해석 내지 이해에 있어 공통적으로 제기될 수 있는 문제라 할 수 있다. 法實證主義에 입각한 종래의 해석론에 있어서는 헌법적 가치 내지 기본원리는 所與의 것으로 전제되며, 주로 법의 實定制度內在的인 해석만으로 만족하였다고 할 수 있다. 그러나 법의 해석 자체가 그 이념적 전제가 되어 있는 헌법적가치 내지 기본원리에 대한 이해와 직결되어 있다는 의미에서 그에 대한 올바른 이해가 중요한 연구과제가 되지 않을 수 없다.

이 글은 이상과 같은 문제의식에 입각하여 21세기를 맞이하는 앞으로의 우리나라의 위상에 대해 우리헌법의 기본원리이며, 동시에 현대국가의 지도이념이라고 할 수 있는 自由國家原理,民主國家原理,社會國家原理의 相關關係라는 관점에서 살펴 본 다음, 최근 커다란 관심의 대상이 되고 있는 法治國家原理의 現代的 問題狀況에 관해 몇몇 독일의 주목되는 논의를 비판적으로 소개하면서 우리나라가 당면할 문제상황을 이해하며, 그에 대응하기 위한 法制의 役割을 평가하는데 기여하려는데 그 목적이 있다.

II. 民主的·社會的 法治國家의 位相

① 주지하는 바와 같이 이른바 社會國家(sozialer Staat)라는 개념은 독일의 기본법 제20조 제1항, 제28조 제1항 등이 「독일연방공화국은 民主的 社會的 聯邦國家이다」, 「州에 있어서의 헌법적 질서는 이 기본법의 의미에 있어서의 共和制的 民主的 그리고 社會的 法治國家의 원칙에 합치되지 않으면 아니된다」는 것을 각각 규정함에 따라 그에 대한 해석 및 평가와 더불어 중요한 관심의 대상이 되어 온 것이라 할 수 있다. 그리하여 K.Hesse도 지적한 바와 같이, 독일의 경우, 「民主制, 社會的法治國家, 聯邦國家는 상호적인 보완과 제약관계」에 있으며, 社會國家의 헌법학적 이해의 시각도 法治國家와의 결합 및 民主制와의 결합을 불가결한 것으로 보고 있다.[1]

1) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15Aufl., 1985, R.271 ; 桂禧悅 譯, 西獨憲法原論, 1985, R.271 참조.

다만, 사회적 법치국가의 개념과 본질 그리고 그 상관관계에 관해서는 이미 우리 학계에서도 잘 소개되고 있는 1953년의 獨逸國法學者大會에서의 Forsthoff와 Bachof의 논쟁이 주목의 대상이 된다. 즉, Forsthoff는 2년전에 제기된 바 있었던 Ipsen의 견해에 대해 비판하면서, 法治國家原理와 社會國家原理의 양립은 곤란하며, 사회국가원리의 「法槪念性」을 인정될 수 없는 것으로 평가한 바 있었다. 즉, 그에 의하면, 「급진적인 사회국가는——이미 법치국가일 수 없으므로」 법치국가를 "사회적"이라고 하는 「형용사를 가지고 왜곡하는 것」은 허용될 수 없다는 것이 었다.[2]

이에 대하여 Bachof는 기본적으로 Ipsen의 해석방향에 찬성하면서 Forsthoff와 정면으로 대립되는 견해를 피력한 바 있었다. 즉, Bachof에 의하면, 「기본법은 사회국가라고 하는 국가목적규정에서 사회적 질서형성을 위한 국가의 과제를 긍정」하고 있으며, 그렇게 함으로써 法治國家가 단순한 法律國家로 타락하는 것을 막고 있으며, 正義國家, 즉 實質的法治國家가 되게끔 하고 있는 것이라 주장하고 있다.[3] 50년대전반에 있어서의 이상과 같은 양론의 대립은 그 후의 독일공법이론에 있어서의 주요한 논점대립의 이른바 원점으로서, 그 자체 매우 흥미있는 내용의 것이지만, 오늘에 있어서는 어쨌든 「Forsthoff의 견해는 관철되지 못한 것」으로 평가되고 있으며,[4] 또한 「사회국가원리가 指導的性格을 가진다」고 하는 Bachof의 견해가 그 뒤의 通說이 되고 있음[5]은 잘 알려지고 있는 바라 할 수 있다.

② 그런데 독일에서의 이상과 같은 논의가 전개되어온 과정에서 Bachof流의 이해가 통설로서 받아들여지게 된데에는 60년대 이후의 독일 公法理論의 두드러진 경향과의 관련성을 빼놓을 수 없다. 그것은 일찌기 Heller와 Smend의 공법이론에 의해 대표되는 이른바 公共性槪念에 관한 이론이라 할 수 있다.[6] 그 특징은 단적으로 말해서 公的인 것 내지 公共性의 개념을 강조하며, 이른바 國家와 社會의 二元的把握을 배척하고 양자를 公共體(Gemeinwesen)의 상이한 機能領域으로서 파악하는

2) E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL, Heft12, S. 33.

3) O.Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL, Heft12, S.39.

4) E.Benda, Der soziale Rechtsstaat; in HdBVerfR. 1983, S.521.

5) K.Stern, Staatsrecht, Bd.1, 2Aufl., 1984, S.887.

6) H.Heller의 공법이론에 관해서는 金孝全, 「헤르만 헬러의 憲法과 國家觀」 公法論叢(栗岡朴一慶博士華甲記念, 1981) 참조. 그리고 R.Smend의 公法理論에 관해서는 韓泰淵, 「Smend學派에 있어서의 基本權理論」 法律 및 政治에 관한 諸問題(白南檍博士還曆記念,1975) ; 拙稿, 「Smend理論과 現代公法學」法哲學과 刑法(石隅黃山德博士華甲記念,1980) 등 참조.

입장이라 할 수 있다.[7]

현재의 지배적인 이론경향을 대표하는 Hesse에 의할 것 같으면,현대국가에 있어서의 憲法은 단지 국가권력에 관련된 法은 아니며,「公共性의 法的基本秩序」인 것이며, 公共體의 政治的統合이 끊임없이 이룩되어지는 동태적이며 개방적인 과정과 절차에 관한 準則이 되는 指導原理를 규정하는 것이 현대헌법의 제일의 과제로 파악하고 있다. 그리하여 이러한 과제수행을 위한 헌법의 기본적인 해석원리로서 Hesse는「憲法의 統一性의 原理」라는 것을 제창하고 있으며, 구체적인 문제의 처리에 있어서는 諸規定,諸原理의 어느 것이나 現實性을 가질 수 있도록 하는 실천적인「整合(調和)性의 原理」를 강조하고 있다.[8]

이러한 憲法의 統一性의 原理와 調和의 原理를 기본적인 해석원리로 하는 경우에 있어서는 社會國家와 法治國家를 二律背反的으로 대치시키고 있는 Forsthoff流의 파악은 용납될 수 없으며, 그러한 생각은 社會的法治國家라고 하는 형태로 헌법에 의해 파악되고 있는 양자의 긴밀한 관련을 명백히 할 수 없게 된다.[9] Hesse에 의하면, 社會國家라고 하는 표방은 현대산업사회에 있어서의 生活諸關係의 복잡화와 사회발전에 따라 발생하는 새로운 과제수행에 대한「國家委託」(staatlich Auftrag)을 의마하는 것이며,「基本法이 스스로 창설하는 國家制度를 社會的法治國家라고 부를 때, 그것은——국가의 과제가 단순한 기득권 내지 현재의 생활질서의 보호나 유지, 혹은 임시적인 개입에 그치는 것이 아님을 의미하고 있다. 기본법이 표방하는 국가는 계획을 세우고, 給付를 하며, 분배하는 국가인 것이며, 그렇게 함으로써 비로소 개인적인 생활과 사회적 생활을 가능케 하는 국가인 것이다」[10]고 한다. 즉, Hesse는 社會國家規定을 국가의 과제설정규정으로서 파악하고 있으며, 이러한 과제수행을 입법자와 집행자에게 의무지우며, 그것을 정당화하는 憲法原理規定으로 이해하고 있는 것이라 할 수 있다.

③ 그런데 여기서 특히 주목되는 것은 기본법이 이러한 원리에 입각한 과제수행을 전면적으로 法治國家의 원리에 합치시키는 형태로 규정하고 있다는 점이다. 즉 이러한 法治國家의 원리와 결합될 社會國家라는 표방에 의한 새로운 과제의 국가위탁은 우선 무엇보다도 立法者의 義務化,立法委託(Gesetzgebungsauftrag)를 의미

7) 拙稿,「社會國家原理와 公法理論의 새로운 傾向——이른바 "公概念" 論議의 展開와 관련하여」現代法學의 諸問題(徐煥珏博士華甲論文集,1981) 참조.

8) Hesse, R.72.

9) Hesse, R.274.

10) Hesse, R.212.

하는데 그치지 않고, 法治國家의 「基準과 形式」이라는 것이 요청되며, 「國家權力의 形成的 授權的 作用도 "形式이 주어지지 않으면 아니되는 것"으로 된다」는 것이다. 그리고 이러한 의미에서의 法治國家는 社會國家의 「국가권력을 제한하기 위한 형식」이라고 할 수 있다는 점이다.[11]

그리고 법치국가와의 관련에 있어서의 [法의 優位性은 法 그 자체에의 구속이라는 의미에서만이 아니라 법의 특정한 내용에 대한 구속이라는 의미에서도 중요한 의미를 가진다. 이것은 이른바 實質的法治國家의 요청이라 할 수 있거니와, 法治國家가 완전한 의미에서의 實質的法治國家가 되는 것은 특히 基本權이나 社會的法治國家라고 하는 표현에서 나타나는 바와 같은 일정한 내용에 의하여 모든 국가권력이 구속되도록 實質化하는 것에 의해서라 할 수 있으며 여기에 있어서 法治國家의 實質性을 부여하는 社會國家의 성격이 잘 나타나게 된다는 것이다.

이 경우, 헌법이 보장하는 基本權은 實質的法治國家의 요소로서 社會國家의 활동을 제약하며 한계를 획정하는 것인 동시에 사회국가의 목표 내지 방향을 규정하는 것으로 파악되게 된다. 그리하여 이러한 맥락에서 Hesse의 基本權觀, 즉 모든 기본권은 「主觀的權利로서 개인의 法狀態를 그 根底에 있어 규정확보」하는 것이며, 동시에 [公共體의 客觀的秩序의 基本要素]이기도 하다고 하는 二重的性格의 파악이 중요한 의미를 가지고 기능하게 된다.[12] 그것은 基本權享有에 社會的義務性이 수반된다는 것을 원칙적으로 승인하는 것이라 할 수 있다.

社會國家와 基本權의 관련에 있어 또 한 가지 간과해서는 아니될 점은 사회국가 규정이 바로 사회적 기본권규정을 의미하는 것이 아니라는 점이다. Hesse에 의하면, 「기본법은 몇몇 주의 헌법에는 포함되어 있기는 하나, '社會的基本權'을 단념하고 있다.… (그러나) 기본법은 그대신 國家委任을 규범화하는 길을 택했다」고 하면서 社會國家規定이 막바로 개인의 청구권을 근거지우는 것으로는 볼 수 없음을 명백히 하고 있다. 사회국가에 있어서의 「國家의 給付를 구하는 實質的請求權의 규율 및 그에 부수되는 財政上의 諸問題의 규율은 오로지 立法者의 과제가 된다」는 점에서 구체적인 개별적 입법에 의하지 않을 것 같으면 명확하게 그 범위가 확정된 개인의 법적 지위란 애당초 생겨날 수 없다는 의미에서 「현대의 사회국가에 있어서의 立法의 意義는 더욱더 증대하고 있다」[13]는 것이다.

이상을 요약하면, 요컨대 社會的法治國家라고 하는 형태를 社會國家와 法治國家

11) Hesse, R. 191.

12) Hesse, R. 279f.

13) Hesse, R. 505.

를 밀접하게 결부시키고 있는 기본법 원리의 의미하는 바는 현대의 산업사회의 발전에 따라 발생하는 諸課題를 生存配慮, 개인의 존엄성 확보의 방향에서 국가 특히 입법자에게 과한다는 점에 있다고 말할 수 있는 것이다.

④ 다음으로 문제되는 것은 이른바 社會的法治國家에 있어서의 民主制原理와의 관련 문제라 할 수 있다. Hesse에 의하면, 「民主制原理는 국가권력이 창설되어 기능하는 정치과정질서의 지도원리」라는 것이며, 「國家權力의 制限形式」이라고 하면서, 社會國家的 課題를 수행하기 위해 발동되는 국가권력을 모두 民主制의 제약아래에서 행사되지 않으면 아니된다는 것이다. 그리하여 다같이 社會國家를 제약하는 法治國家라고 하는 것이 安定性指向의 靜的모멘트를 가지는데 대하여 民主制쪽은 可變性指向의 動的모멘트를 가지는 것으로 파악되고 있다.[14]

즉, 오늘날 生活諸關係의 복잡화에 따라 국가활동이 경제적·사회적 생활에 있어 중요한 의미를 가지며, 국가활동에의 개인의 의존도가 증대하고, 또한 사회적 제집단은 그들의 노력과 기대를 직접 정치권력과 그 중추부, 즉 통치하며 행동하는 국가에 향하게 됨에 따라 그 정치과정에 있어 여러가지 현실적인 對立·鬪爭의 해결 조정이 부단한 과제로서 제기되게 된다는 것이며, 이러한 입장에서는 다수파만이 아니라 소수파까지도 명확하게 일정한 위치를 누리게 된다고 하는 民主制觀으로서 발전하게 된다. 즉 국민내부의 이해대립을 전제로 하는 民主制秩序는 다양한 정치목표의 추구라는 여지를 남기게 하며, 時間的 事項的으로 한정되어 국민의 다수파에 의해 정당화되는 정치적 지배를 근거지울 뿐만 아니라 다원적인 이니셔티브와 代案(alternative) 혹은 多數少數關係의 變動可能性의 보장을 요청하게 된다는 것이다.[15]

그리하여 보다 구체적으로는 定期的인 自由平等選擧선거만이 아니라 複數政黨制, 政黨結成의 自由, 政黨의 機會均等의 보장, 여론형성의 자유를 포함하는 意見表明의 자유나 集會結社의 自由 등을 들 수 있지만, 무엇보다 기능적으로 중요한 것은 平和的 政權交替시스켐의 가능성이 기대된다는 점이다. 다수파정부 정당이 정치지도의 正統化連鎖를 담당하는 존재로서 중시되는데 그치지 않고 소수파반대파정당이 지배적 지도집단을 비판하며 통제함으로써 권력을 억제하며 또한 그때그때의 지배의 자체적인 방향에 대한 대안을 전개할 수 있다는 것은 民主制에 있어 결정적인 기능을 영위하는 것으로 위치지워진다.

---

14) Hesse, R. 272.

15) Hesse, R. 153f.

현대의 산업사회에 있어서의 정치적 대립이 전국민의 관심사로서 여러가지 정당간의 대립의 형태로 집약된다고 하는 인식은 정치적 지배에 있어서의 대립관계를 단순히 古典的인 政府 對 議會의 관계가 아니라 政府와 議會內多數派 對 議會內反對派의 관계로서 파악하는 방향에로 유도하게 된다.[16]

한편, 民主制秩序에 있어서의 다수파와 소수파의 대한관계에 대한 이상과 같은 인식은 社會國家的課題의 立法委任의 중시와 함께 국가작용으로서의 執行權의 중시와 그에 대한 새로운 분류경향을 낳게함을 간과할 수 없다. 주지하는 바와 같이 오늘날 각국의 헌법은 일반적으로 國會(立法)·政府(行政) 그리고 裁判(司法)이라는 세가지 국가작용을 併記하고 있지만, 현대의 민주적이며 사회적인 법치국가에서의 국가작용은 단순히 法的秩序를 창설 보장하는데 그치지 않고 포괄적이며 계획적인 形成과 操縱의 방향으로 향하고 있으며, 오늘날 執行權의 責務는 여러 법률의 집행 이상의 것임을 직시하여야 하며, 이러한 執行權의 과제와 작용의 다양성에 대한 인식으로부터 Hesse는 執行權을 統治(Regierung)와 行政(Verwaltung)으로 나누어 파악하고 있다. 그리하여 統治라고 하는 작용은 말하자면 社會國家的課題의 遂行과 관련하여 「특히 경제과정의 조작을 포함하는 政治的國家指導, 內政外交上의 책임있는 指導」를 가리키는 것으로 보고 있다. 그리고 이러한 統治라는 작용이 「諸政黨의 활동과 밀접하게 결부되고 있는 것은 단순한 事實上의 關係가 아니라 헌법에 의해 적극적으로 의도되고 있는 관계이기도 하다」는 것이다.[17] 정당이 활동할 국가작용 영역은 立法과 바로 이러한 統治이며, 行政과 裁判에는 정당의 영향력행사는 금지된다는 것이다.

여기에서 우리는 行政의 法律適合性의 요청이외에 民主制秩序가 요구하는 統治의 責任性이라는 요청의 독자적인 중요성을 인식할 수 있으며, 현대적인 민주적 社會的法治國家가 그 國家的課題의 구체화를 단순히 立法에만 맡기지 않고 規範化의 요소를 결하는 政府의 統治作用에 대해서도 직접적으로 民主的正統性을 담당하는 의회에 의하여 한계지우고자하는 계기를 발견할 수 있다. 또한 이러한 한계는 구체적으로는 議會內多數派에 의한 적극적인 참가 협력과 의회내 소수파에 의한 실효적인 바판 통제, 즉 責任追及에 의해 획정지워지는 것으로 파악되고 있다.[18]

⑤ 이상, 독일기본법에 있어서 法治國家原理와 民主制原理와의 유기적인 결합속에서 社會國家的 課題가 어떤 내용의 것이며, 그것이 또한 어떻게 파악되고 있는가

16) 拙稿, 「議會內多數派에 의한 政府統制」(韓國議會發展研究會刊, 議政研究 第34輯) 참조.

17) Hesse, R. 531.

18) Hesse, R. 533f.

에 관해 비교적 상세히 검토하여 보았으나, 21세기를 바라보는 우리나라의 國家位相을 생각함에 있어 독일의 民主制的 社會的法治國家의 원리는 우리에게 시사하는 바가 너무나도 크다는 것을 부인하지 못할 것이다. 다시 말해서 우리가 지향하는 21세기의 國家의 課題는 바로 社會國家·法治國家·民主制의 세가지 원리를 실천적으로 구현하는 政策意志를 바탕으로하는 政治的責任의 發現이라 할 수 있는 것이다. 요컨대 이제 국가의 行政을 단순히 立法의 執行作用이라고만 정태적으로 인식할 뿐, 憲法의 具體化作用으로서의 資源配分的 인 價値秩序의 形成이라고 하는 동태적인 기능면을 간과하거나 외면하는 것은 시대착오적인 태도라 하지 않을 수 없는 것이다.

III. 法治國家性의 辨證法的 變容

① 1990년 10월, 독일은 40여년간의 분단에 종지부를 찍고 마침내 東西가 통합되어 하나의 국가가 되었다. 그리하여 그동안 상이한 체제와 이데올로기 아래 살아온 사람들이 하나의 국민으로서 하나의 국가에서 동거하게 되었다는 사실은 아직도 통일의 꿈을 실현시키지 못하고 있는 우리에겐 너무나도 충격적인 부러움이 아닐 수 없었다. 그러나 한편으로는 그동안 너무나도 달랐던 意識과 價値觀에 지배되었던 두 體制가 이러한 극적인 통일에 의해 과연 쉽게 동화될 수 있을 것인가는 커다란 과제가 아닐 수 없을 것이다. 특히 西獨에서는 법이란 권력을 구속하는 도구로 보아온대 대하여[19] 東獨에서는 지배자의 지령이라 파악되어 왔기 때문에[20] 東西의 두가지 法槪念사이에 놓여 있는 골은 매우 넓고도 깊은 것이 아니겠는가 하는 소박한 의문은 南北간의 理念體制를 크게 달리하고 있는 우리에겐 더욱 절실한 성질의 것이 아닐 수 없으며, 다가올 21세기에 어떤 형태로든간에 南北이 통일될 경우, 우

19) 統治權力에 대한 法的制約(legal limitation on government)이 近代立憲主義에 한하지 않고, 널리 「立憲主義」라고 불리우는 政治體制에 있어 本質的構成要素가 된다는 점에 관해서는 C. H. Mcllwain, Constitutionalism : Ancient and Modern, 1958 이외에도 「法의 支配」(Rule of Law)에 관해 논하는 많은 文獻 참조.

20) 森下敏男, 「ソ連における『司法』の『統制』化——社會主義國家システム論序說」(社會主義法研究會 編, 社會主義と司法, 1987), 82面에 의하면, 「近代國家의 立法과 行政의 관계는 소련에 있어서는 『指令』(黨政治局)과 『實行』(政府)의 관계에 대응하고 있다」고 되어 있다. 다만, 그렇다고 해서 이른바 「社會主義的合法性」이라는 것이 「法의 支配의 對立槪念」으로서 전적으로 恣意와 통하는 「人의 支配」와 同義라고까지는 말할 수 없다.

리에게도 현실적인 문제가 되지 않을 수 없는 것이다. 이것은 단적으로 말하자면, 統治權力의 法的拘束이라는 의미에서의 法治國家性(Rechtsstaatlichkeit)의 落差라고도 말할 수 있거니와, 이러한 골을 메꾸는 과제는 필연적으로 상당한 시간을 요하게 될 것이다.

더구나 法治國家의 문제는 단순히 한 쪽의 法治國家性을 덮어 놓고 찬양함으로써 그것의 다른 쪽에의 浸透를 꾀한다고 하는 地域的擴大라는 構圖로서만 이해될 수 있는 간단한 성격의 문제가 아니다. 왜냐하면, 그것은 바로 동쪽에 침투시켜 결과적으로는 독일전역에서 수립될 法治國家의 內實자체가 진지하게 검토되지 않으면 아니될 과제를 던져주는 것이기 때문이다.

즉 西方國家에서 달성된 法治國家性의 현상이 과연 法治國家의 정당한 發展線上에 위치지워지고 있는 것으로 이해할 수 있는 것인가 그렇지 않으면 軌道에서 벗어나 잘못된 방향으로 치닫고 있는 것으로 생각할 것인가라고 하는 대립이 존재하기 때문이다. 그리고 이와 같은 法治國家性理論의 相異는 실은 서독에 있어서의 二大有力政黨간의 國家像 내지 國家의 役割에 대한 견해차이와도 관련되어 있는 것이다.

전자는 대략 70년대에 社會民主黨(SPD) 주도하에서 추진된 立法, 行政上의 措置와 그에 대한 司法的確認을 法治國家의 테두리안에 있는 것으로 평가하며, 現狀을 긍정하는 입장인데 대하여, 그것을 비판하는 후자는 基督敎民主·社會同盟(CDU·CSU)이 聯立與黨이기는 하나 지배적인 정권담당정당으로 존속해온 80년대 중반에서 엿볼 수 있다.

法治國家의 개념을 둘러싼 논쟁의 성격이 이상과 같은 것이라면[21], 그것은 통일후의 독일의 헌법이기도 하는 Bonn基本法이 「憲法的秩序」의 하나의 기둥으로 규정하고 있는 이른바 「社會的法治國家」의 문제에도 중대한 관련성을 가지는 것이 된다. 즉, 法治國家性과 社會國家性이라고 하는 두 개의 國家理念의 結合 혹은 衝突의 문제라 할 수 있다. 이미 고찰한 바 같이, Hesse에 의해 대표되는 오늘의 지배적

21) 「法治國家」를 논한 글로서 80년대에 주목되는 것으로는, K. A. Bettermann, Der totale Rechtsstaat, 1986 ; P. Kunig, Rechtsstaatsprinzip, 1986 ; Hill/Scholz(Hrsg.) Der Rechtsstaat und seine Feinde, 1986 ; G. Püttner, Der Rechtsstaat und seine offene Probleme, DÖV, 1989 ; K. Stern, Das Statasrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2 Aufl. 1984 ; E. Schmidt-Aβmann, §24 Der Rechtsstaat, in : Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1987 등을 들 수 있다.

견해에 의하면, 두 개의 국가원리는 親和性을 가지는 것으로 이해되고 있기는 하지만, 서로 배척하는 가능성도 전혀 배제할 수는 없는 것이다. 특히 社會主義體制를 체험한 국민을 일거에 받아들이게 된 뒤에는 양자의 충돌가능성은 더욱 顯在化될 가능성을 충분히 예측할 수 있는 것이다.

즉, 法治國家性을 지나체게 강조하게 되면, 자칫 社會國家性을 후퇴시키는 결과가 되어 이른바 社會的法治國家와 조화될 수 없는 사태를 낳게 하며, 만일 이와 반대로 社會國家性을 전진시키는 정책이 적극적으로 취해지게 되면, 그것은 社會問題領域을 法治國家에로 도입케함으로써 社會的法治國家와는 잘 조화되겠지만, 私的自治重視型의 法治國家論者의 눈에는 法治國家性의 膨脹으로 비치게 될 것이다. 따라서 法治國家의 發展線上에 위치하는 적정한 社會的法治國家를 모색하기 위해서는 法治國家의 過剩을 경계하고 過少化되기 쉬운 保守主義的立場에서의 法治國家論을 비판적으로 검토하는 과제가 제기되게 되는 것이다.

② 이러한 당면과제와 관련하여 최근 주목되는 것이 K. A. Bettermann의 견해이다. Bettermann은 「法治國家의 辨證法的發展」(Zur Entwicklung und Dialektik des Rechtsstaates)과 「法治國家의 榮光과 悲慘」(Glanz und Elend des Rechtsstaat)이라는 제목의 두 개의 논문을 수록한 『全體的法治國家』(Der totale Rechtsstaat)라는 1986년의 著書에서 法治國家의 「過剩」을 비판적으로 평가하면서 歷史的發展線上에 있어서 과연 「適正한」 法治國家란 어떤 것인가를 탐색하려 하고 있어, 우리나라의 法治國家의 앞날을 생각하는데 있어 여러가지로 시사되는 바가 크다.

Bettermann에 의하면, 法治國家는 法秩序·法的平和의 유지자이며, 또한 市民的自由의 수호자이기 때문에 그 역할에 걸맞는 힘을 가지지 않을 것 같으면 그 본래적인 기능을 수행할 수 없다는 것이다. 즉 「국가가 인권을 효과적으로 보호하며, 보호의무를 실제로 수행할 수 있는 경우에만, 국가의 권력독점 및 그것에 상응하는 自力救濟禁止는 유지된다. 국가가 이러한 가장 오랜 옛날부터의 그리고 본래적인 기능을 수행할 수 없다면, 국가는 그 존재자체가 의문시되며, 또한 스스로에 대한 신뢰와 헌신,……법률에 충실하고 평화적이며 法治國家的인 心性을 가진 시민의 복종도 상실하게 될 것이다」[22]고 말하고 있다.

Bettermann은 이상과 같은 논법으로 국가권력에 대한 法的規制의 緩和, 국가권력의 강화를 강조하고 있지만, 이러한 견해는, 다만 특히 私的權力이 강대화되고 있

22) K. A. Bettermann, Der totale Rechtsstaat, 1986, S. 6.

는 오늘날에 있어서는 국가권력자신에 의한 不法을 초래할 위험성을 내포하는 것이다. 그러나 Bettermann의 이상과 같은 국가권력에 대한 지나친 法的拘束의 強化에 대한 경계는 法的拘束의 內容·對象·範圍에 있어서의 變容이라는 관점에서 바라볼 경우, 그의 이른바 「辨證法的發展過程」에 관한 기술과 함께 매우 주목할 만한 점을 내포하고 있음을 부인할 수 없을 것이다.

그에 의하면 法治國家는 당초 行政의 法律適合性 — 執行部는 法律에 위반해선 아니된다는 것을 의미하는 「法律의 優位」(Vorrang des Gesetzes)— 과 시민의 由와 財產에의 간섭에는 법률에 의한 수권이 필요하다는 것을 의미하는 「法律의 留保」(Vorbehalt des Gesetzes)라고 하는 두가지 원칙을 바탕으로 하여 발전하였으나, 이러한 두가지 원칙은 어디까지나 立法者에 대한 信賴를 그 현실적인 기반으로 하는 것이었다. 그것은 바꾸어 말하자면, 法治國家原理와 民主國家原理(議會主義原理)가 행복하게 만나, 시민적 자유와 정치적 자유가 결합되는 것을 내용으로 하는 「法律國家」(Gesetzesstaat)를 의미하는 것이었다. 즉, 국민대표의 승인이라는 절차를 거쳐 성립되는 議會制定法(法律)은 一般意思를 나타내며 司法權과 行政權의 행사는 이러한 법률과의 합치가 요구되므로 권리보지자의 행동은 被治者와의 合意에 의거하는 것이 된다.

또한, 이른바 「法律의 一般性」에 의하여 동일한 상황에 있는 모든 시민의, 그리고 법률의 규율이 미치는 경우의 모든 시민의 平等取扱이 보장된다. 이러한 平等은 民主主義的要素인 동시에 法治國家的要素이기도 하다는 것이다.

그러나 Bettermann에 의하면, 이상과 같은 法治國家와 議會主義의 蜜月은 그다지 오래 계속되지 못했다고 하면서 立法者에 대한 不信, 의회의 활동의 소산인 법률이 이성적 토의를 거쳐 성립된 것인가의 여부, 그 내용이 正義에 합치되는가의 여부 등에 회의가 생겨나게 되거니와, 그것은 議會制的인 統治시스템 내지 政黨政治 그 자체에 대한 原則的인 不信으로부터 생긴 것이며, 또한 普通平等選擧制의 채용에 의한 의회구성원의 변질에서 연유한다는 것이다. 그리하여 법률은 시민적자유, 특히 私有財產의 保護者로부터 制約者——否定者까지는 아니지만——에로 변질케 된다는 것이며, 이러한 所有權에로의 강력한 개입은 Weimar 헌법 제155조, 제 156조 등과 같이 헌법속에 정착을 보게 되었다는 것이다. 그리고 Weimar 헌법체제를 붕괴시켜 성립된 나찌체제는 이른바 「第3帝國」의 건설과 완성을 위해 전적으로 법률을 이용하였으며, 이러한 形骸化된 法治主義原理아래에서는 국가의 활동이 법률에 의해 법률이라는 토대위에서 행해지는 이상, 그리고 그 활동이 전체에 미치면 미칠수록 法令集도 두터워지기 마련이라는 것이다. 이러한 나찌的合法性의 근거로서의

法律은 사회의 진정한 질서를 지키고, 또한 국가권력을 제약하는 것으로써의 法治國家的機能을 전혀 결여하게 된다는 것이다.

그러나 주지하는 바와 같이, 제2차대전후, 나찌체제하의 「法律」이라는 것에 대한 반성에 입각하여 서독(의 諸 Land 및 聯邦國)의 여러 헌법은 종래와 같은 立法者의 全權을 배제하고, 입법자에게 내용상의 制約을 가하게 되었다. 즉 基本權이 執行府·司法府만이 아니다. 立法府까지도 구속하는 기능이 주어졌을 뿐만 아니라, 일반적으로 立法은 「憲法的秩序에 구속」되게 되었다. 이것은 뒤집어 말하자면, 유권자의 인기에 의존하며 항상 다음 선거를 우려하고 있는 국회의원들, 그리고 그들을 議會에 내어보내는 主權者인 국민까지도 신용하지 않음을 의미하는 것이기 때문에 法治國家性과 議會主義, 나아가서는 民主主義와의 同盟에는 깊은 균열이 생겨나게 되었다는 것이다.[23]

이상과 같이, Bettermann은 法治國家에 있어서의 法的拘束의 內容과 形狀, 對象, 目的 그리고 議會主義 내지 民主主義와의 관계를 정리하고 있거니와, 거기에서의 論点은 시민적 자유의 확보와 代表民主制의 機能條件에 있음은 두말할 나위도 없다. 그리하여 그의 정치철학에서는 大衆民主政下에 있어서의 法治國家에 대한 회의적 태도가 표명되는 것은 당연한 것이며, 이러한 문제의식이 그로 하여금 法治國家原則의 具體的現象形態를 法治國家性의 過剩이라 느끼게 한 것이라 할 수 있다.

그리하여 Bettermann은 이러한 法治國家性의 過剩現象의 구체적인 문제상황으로서 規範의 홍수, 裁判國家化, 執行力의 缺損과 不法의 受忍이라는 세가지 점을 들어 검토하는 한편, 그 각각에 대한 處方箋을 제시하고 있다.[24] 그러나 여기에서는 그 구체적인 검토에 들어가지 않고, 다음으로는 Bettermann과 기본적으로 문제의식을 같이하면서도 Bettermann보다는 한결 긍정적인 관점에서 현대 독일의 法治國家性의 문제상황을 정리하고 있는 G. Püttner의 견해를 소개하기로 한다.

Ⅳ. 法治國家性의 現代的問題狀況

G. Püttner는 「法治國家와 그 未解決의 問題」라는 최근의 주목할만한 논문에서 독일에서의 法治國家論의 歷史的展開過程과 法治國家原則의 內容에 관해 개관한 다음, 현대에 있어서의 法治國家原則이 당면하고 있는 새로운 과제로서 ① 規範의 洪

23) Bettermann, a.a.O., S.7ff.

24) Bettermann, a.a.O., S.18-20ff.

水(Normenflut), ② 形式의 濫用(Formenmißrauch), ③ 非公式의 行政活動, ④ 法律適合性의 柔軟性(Aufweichung) 등 네가지를 들고 있다. 그리고 이들 새로운 課題에 대해서는 독일에 있어서도 아직 未解決의 상태에 있다고 한다.[25] 이제 그 내용을 간단히 소개해 보기로 한다.[26]

1. 規範의 洪水

독일에 있어서는 최근 흔히 「規範의 洪水」라는 말이 쓰이고 있다. 즉, 온갖 생활영역이 「規範化」(Verrechtlichung)되어 가고 있다는 것이다. 이러한 規範化의 근거로서는 Püttner에 의하면, ①行政의 規範欲求, ②法에 복종하는 자는 法的安定性을 필요로 한다는 점과, ③복잡하고도 분업화된 산업사회에 있어서의 규율화의 필요성 등을 들고 있다.[27]

다만 Püttner에 의하면, 오늘날 흔히 規範의 洪水라 불리우는 현상은 주로 專門的規範의 분야에서의 현상을 의미하는 것이지, 아직 일반적으로는 法治國家의 실제에 어떤 위협을 가져오는 현상은 아닌 것으로 비교적 낙관적인 평가를 내리고 있어[28] 주목되거니와, 이 점은 전술한 Bettermann 등 일부 논자들의 비관적인 견해와 그 입장을 달리하는 면이라 할 수 있다.[29]

한편, Püttner는 거꾸로 어떤 분야에 있어서는 法의 欠缺이 나타나는 경우가 있

25) Günter Püttner, Der Rechtsstaat und seine offne Probleme, DÖV, 1989, S. 137ff.

26) 法治國家의 當面課題와 관련해서는 이러한 네가지 과제이외에도 예컨대 國家와 市民간에 있어서의 「距離의 喪失」(Vgl., Michael Klöpfer, Gesetzgebung in Rechtsstaat, in : VVDStRL 40, S. 63ff.), 「立法의 質低下」(auch vgl. VVDStRL 40) 등과 같은 문제가 제기되고있다.

27) Püttner에 의하면, 이미 오래전부터 나타나고 있는 規範의 氾濫現象의 원인을 결코 최근에야 나타나기 시작한 本質性理論의 탓으로 해서는 안된다고 한다. 한편, 독일에 있어서의 規範의 氾濫의 원인에 관해서는 Hans Jochen Vogel, Zur Diskussion um die Normenflut, JZ 1979, 322-323은 여섯 가지 원인을 들고 있으며, Klöpfer는 그 원인 가운데 하나로 法律의 變更이 많은 現象을 들고 있다. 따라서 規範의 氾濫을 시정하는 구제책으로서는 法律의 持續에 대한 信賴利益을 고려하여 撤回制限의 法理를 類推하여 法律의 變更에 일정한 제약을 과하려 하고 있다.

28) Püttner, a.a.O., SS.139-140.

29) 독일의 경우 規範의 洪水現象에 대해서는 「生活世界의 植民化」「官僚主義的 法的干涉」「法律의 氾濫」「法律完全主義」 등의 표현으로 그에 대한 肯定的評價와 否定的 評價가 대립되어 있기도 하고, 또한 그것을 단순한 政策決定形態로 평가하는 論者가 있는가 하면, 불가항력적인 현대사회의 歷史的發展過程으로서 받아들여 그 非機能的 諸結果에 관해 고찰하는 등 다양한 논쟁거리가 되고 있다(Vgl., Rüdinger, Voigt(Hrsg.), Verrechtlichung, 1980, S.15FF.).

는 것을 지적하고 있다. 예컨대 勞動法, 國家責任法 및 遺傳子테크노라시 등의 분야에 있어서는 立法者의 放置(Verlegenheit) 내지 規範化의 객관적 곤란성 때문에 독일에 있어서는 規範의 欠缺 생겨나고 있다는 것이다. 요컨대 이상의 지적에서와 같이 法治國家는 단순히 規範의 過剩에 의해서만 위협을 받는 것이 아니라 欠缺에 의해서도 받고 있음을 알 수 있다. 이러한 規範의 欠缺이 法治國家를 위협케 하는 이유는 보통은 規範欠缺이라는 것이 裁判官法에 의해 메꾸어지기도 하지만 그것은 權力分立違反이라는 혐의가 없지 않기 때문이라는 것이다. 그리고 이러한 한도에 있어서는 내용이 빈약하며 충족을 필요로 하는 이른바 「不確定法槪念」도 또한 規範의 欠缺의 亞種格이 된다는 것이다.[30]

2. 形式의 濫用

Püttner에 의하면, 法治國家와 관련해서는 그 頂点的 狀態라 할 수 있는 司法國家에 대한 비난, 즉 法治國家는 法에 있어서의 形式的 要素가 지나치게 강조되고 있는 것이 아닌가 하는 비난이 없지 않다는 것이다. 이러한 非難의 대상사례로서 흔히 인용되고 있는 聯邦憲法裁判所의 한 判決은 耕地整理法이 전혀 별개의 목적인 産業上의 目的을 위해 收用되어진 사건에 있어 聯邦憲法裁判所는 聯邦建設法도 雇傭의 機會를 늘리고 또한 그것을 통하여 地方의 經濟構造를 改善한다고 하는 목표를 가지고 土地收用을 허용하고 있지 않다고 하면서 그것을 違法인 것으로 判示한 바 있었다. 그러나 이러한 판단에 대해서는 그것이 너무나도 형식적인 것에 치우친 것이 아니었는가라고 하는 비판이 가해지고 있다. 다만 Püttner에 의하면 法治國家라는 것은 어떤 목적을 위한 수용을 위해 쓰인다는 것이 허용될 수 없는 것으로 보고있다.[31]

다음으로 최근 독일에서는 일단 行政的 節次上으로는 좌절된 學校閉鎖(措置)를 法律을 만들어 마구 결정해 버린다거나 혹은 법률로써 建築計劃을 정하거나 하는 法現象이 나타나고 있다는 것이다. 그러나 法治國家라 함은 바로 이러한 形式濫用을 허용하지 아니하는 원칙이라 할 수 있다는 것이다.[32]

3. 非公(正)式의 行政活動

非公式的인 行政活動[33]은 독일에 있어서는 특히 經濟法과 環境法의 분야에서 현저한 것으로 되어 있다. 여기서 非公(正)式的인 行政活動이라고 함은 非公式의 協

30) Püttner, a.a.O., S.139.

31) Püttner, a.a.O., S.140.

32) Püttner, a.a.O., S.140.

商(Absprche) 등을 의미한다. 이 경우 協商으로 말미암은 利點으로는 필연적으로 法律의 柔軟化(Aufweichung)에 있는 것으로 된다. 이 경우 法律의 商業化라고 하는 현상이 일어 날 수 있기때문에 Püttner에 의하면 法治國家의 危機現象이 일어나게 된다는 것이다.[34]

그리하여 이러한 문제에 대해서 非公式的인 行政活動——協商 내지 妥協——의 기능을 긍정적으로 평가하는 견해 가운데도 法治國家原則과의 관계를 고려하여 결코 포기할 수 없는 節次規範과 포기 내지 처분할 수 있는 節次規定으로 나눔으로써 協商내지 妥協을 위한 공간을 좁히려 하는 시도도 없지 않다. 그러나 문제는 어떠한 法이 어디까지 포기할 수 있고 어떠한 法이 그것이 불가능한가가 분명치 않다는 점이라 할 것이다. 요컨데 이러한 근래에 있어서의 非公式的인 行政活動에 대한 法的統制 문제는 法治國家의 엄격한 遵守와 구체적인 경우에 있어서의 行爲를 위한 柔軟性간에 있어서의 올바른 균형을 만들어 낼 수 있는 계기를 마련해 준다는 의미에서 결코 과소평가 할 수 없는 중요한 앞으로의 연구과제가 아닌가 생각한다.

4. 法律適合性의 柔軟性

전술한 正式이 아닌 諒解(Verstandigung) 내지 協商 뿐만 아니라 「大赦」(Amnestie) 등과 같은 法律違反行爲의 無言의 許容(Duldung)도 또한 法治國家의 柔軟化 내지 緩和의 하나로 볼 수 있다.

이 문제와 관련하여 電氣料金을 지불하지아니한 어떤 변호사에 대한 電氣의 供給이 停止된 것을 다툰 한 사건에서 Hamburg上級行政法院은 「公共의 電氣供給企業이라는 것은 供給停止라는 강제수단을 적용함에 있어서는 料金을 지불하지 않으려는 모든 소비자를 평등하게 다루지 않으면 아니된다. 그렇지 않을 때에는 그 모든 顧客에 대한 이 권리는 소멸된다」고 하면서 이 사건에서의 특정지구에서는 비록 전기요금이 지불되지 아니한 때에도 電氣의 供給禁止는 행하여지지 아니하는 것으로 되어있었음을 이유로 本件의 電氣供給停止는 위법한 것으로 판단하였다.[35]

이 사건에 있어서 Püttner에 의하면 결코 平等取扱이 중요한 것이 아니라 法의

---

33) 독일에서의 非公式的인 行政活動에 관한 상세한 검토에 관해서는 金南辰, 「非公式行政作用」 考試界1989년8월호 ; 拙稿, 「非正式的 行政作用에 대한 法的統制」 考試界 1989년 9월호 ; 拙稿, 「行政指導와 法治主義(上,下)」 月刊考試 1992년 8월호, 10월호 참조.

34) 우리나라에 있어서도 行政指導에 의한 法治主義의 空洞化問題는 일찍부터 지적되고 있다(拙稿, 「行政指導의 功過와 評價」 考試研究 1983년 7월호 참조).

35) OLG Hamburg NJW 1988, S.1600.

遵守 내지 法의 實現이야말로 중요했었다고 보고있다. 또한 그에 의하면 法治國家는 「制限된 規律侵犯(begrenzte Regelverletzung)」과는 상용될 수 없다는 것이다. 法治國家에 있어서는 요컨데 예외없이 법은 실현되지 않으면 아니된다는 것이다.[36, 37]

그러나 Püttner에 의하면 이러한 「大赦」를 허용해 가지고서는 法治國家는 상당히 위태로워진다는 것이다. 「好意的 民主主義」(Gefälligkeitsdemokratie)는 有權者의 표를 의식하기 때문인지는 모르나 그것은 어디까지나 政治家로서의 위법한 활동을 용인하는 것이며 그것은 法治國家에 대한 위협에도 연결된다는 것이다.[38] 확실히 위법한 행동이 언젠가는 大赦로 인해 허용될 것이라는 것을 많은 시민이 속으로 느끼기 시작하게 된다는 것은 문제이며 그렇게되면 누구나가 法律이나 法을 지키려는 최초의 사람이 되려고 생각하지 않을 것이라고 경고하고 있다.[39]

V. 法制發展을 위한 提言

다가 올 21세기의 民主的 社會的 法治國家의 位相을 이상과 같은 시각에서 파악할 경우, 그러한 위상을 구체화하며 실현해야 할 法制의 역할 내지 기능은 어떠한 것이여야 할 것인가라고 하는 문제가 제기된다. 그리하여 여기에서는 그 문제를 法制의 發展課題라는 시각에서 인식하여 마땅히 고려되어져야 할 몇가지 점에 관해 필자 나름대로의 의견을 개진해 보기로 한다.

필자의 생각으로는 民主的 社會的 法治國家에 있어서의 法制란 한마디로 국가나 공공단체가 憲法的 價値의 범위 안에서 가정한 政策目的(公共性)을 실현하기 위한 法技術 내지 法制度라 할 수 있다. 따라서 그것은 무엇보다도 民主的 節次에 의해 책정된 政策目的을 실현하기에 적절한 것이지 않으면 아니될 것이다. 21세기의 이른바 民主的·社會的 法治國家의 憲法價値의 내용이 어떠한 것이여야 할 것인가,

---

36) Püttner, a.a.O., S.141.

37) 이러한 Püttner의 견해와는 달리 예컨대, Schmidt－Aßmann에 의하면 生活의 諸問題를 해결하는 法의 機能에 지나치게 기대를 한다는 것은 실망을 느끼게 될 것이라고 하며, 法治國家란 모든 것에 대해 開放되며(offen) 또한 「制限된 規則侵犯」까지로 허용되는 경향에 있는 國家이며 任意性있는 것으로써 나타나는 것으로 파악되고 있다(Vgl., Schmidt－Aßmann, 24 Der Rechtsstaat, in Isensse/Kirchhof(Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1987, S.1041.)

38) Püttner, a.a.O., S.141.

39) Püttner, a.a.O., S.141.

그리고 이른바 法治國家性이 당면하는 문제점 등에 관해서는 위에서 비교적 상세하게 검토한 바와 같거니와, 이제 이상과 같은 價値具現을 위하고 그에 슬기롭게 대응해 나가기 위해 法制가 담당해야 할 역할은 무엇인가. 이 경우 고려되어져야 할 문제점에 관해 극히 개괄적으로 검토해 보기로 한다.

① 첫째로 고려되어야 할 점은 政策目的의 合理性 내지 公共性에 관한 것이다. 法制라는 것이 憲法的 價値의 테두리안에서 일정한 政策目的=公共性을 추구하는 것인 이상, 무엇이 公共性인가, 公共과 私의 구별, 다른 政策과의 整合性이라든가 實施可能性 등을 음미해 볼 필요가 있다. 시대의 변화에 따라 이미 불합리한 것이 되었거나 달성할 수 없는 것으로 되어버린 목적도 있을 수 있음에도 불구하고 구태의연한 法制가 그래도 남아있는 예를 우리는 흔히 목도하게 되는 것이다.

② 둘째로 行政課題와 관련되는 것으로 앞으로 만들어질 法制가 과연 어느 정도의 效果를 올릴 수 있을 것인가, 혹은 기존의 法制가 소기의 효과를 거두고 있는가에 대한 費用效果(便益)分析과 같은 평가가 부단히 이루어져야 할 것이며 미국의 이른바 日沒法(Sunset legislation)과 같은 事後評價를 위한 제도적 장치도 연구되여야 할 것이다. 필요없는 곳에 公金을 낭비하는 것은 삼가하여야 할 것이다. 가급적이면 시간과 비용이 적게 들고, 만약 실패한 경우라도 쉽사리 원상회복할 수 있는 法制가 보다 바람직 할 것이다. 交通公害對策法制로서 막대한 時間과 費用이 드는 道路開設보다는 通行課徵金制같은 것이 더 효과적일 수 있는 경우같은 것을 생각할 수 있다.

③ 셋째로는 法制의 民主性 透明性에 관한 것이다. 사회가 다원화되고 복잡 불투명해짐에 따라 일부의 특수이익이 정치를 움직이는 경향이 현저해진다. 대규모의 公共事業, 公共料金의 인가, 환경규제의 불충분, 國公有地의 拂下 등의 예에서 흔히 볼 수 있는 것과 같이 국민의 눈이 미치지 아니하는 가리워진 장막안에서 非民主的 非公開的으로 法制가 만들어지는 예를 우리는 너무나 많이 경험하게 된다(情報公開制의 導入이 필요하며 궁극적으로는 行政節次法의 施行이 반드시 이루어져야 할 것이다).

④ 네째로 法制의 效率性의 문제이다. 개개의 요망에 응하고 또한 正確性·公平性 등을 확보하거나 혹은 財產權保護 등과 같은 다분히 관념적인 이치에 적합하게 하기 위하여 法制가 자칫 복잡해짐으로써 도리어 나무를 보고 숲을 보지 못하는 결과가 되기 쉽다. 效率性이라 함은 흔히 인간다운 생활을 희생하는 論理라 오해받을지 모르지만, 여기서의 效率性이란 어디까지나 인간다운 생활을 모든 국민에게 보장하기 위한 效率性을 말하는 것이다.

⑤ 다섯째로 監督機能의 限界에 관한 것으로 法制의 많은 경우가 民間活動에 대한 監督 내지 規制인 바, 어떤 行政分野에서는 이러한 權力的手法이 제대로 기능을 발휘못하는 경우가 있다. 따라서 公式的인 規制一邊倒가 아니라 非公式的인 誘引手法이 보다 효과적일 수가 있거나 혹은 전적으로 市場的 메카니즘에 맡기는 것이 政策目的實現을 위해 보다 효과적일 경우가 적지 않다는 것은 이른바 規制緩和論을 둘러싼 최근의 논의에서 쉽게 알 수 있다.

⑥ 여섯째로 고려할 점은 法制의 公平性 내지 衡平性에 관한 것이다. 예컨대, 稅制의 근본은 公平性에 있다고 할 것이거니와 어떤 法制의 내용에 특정계층의 사람이나 지역에 대한 차별취급의 결과를 가져오게 될 경우에는 違憲의 혐의를 받게 될 것이다.

⑦ 少數者 保護의 法制－救濟를 요하는 우선순위에 관한 것으로 行政이라는 것이 일반적으로 다수 국민의 요망에 귀를 기울이게 되는 나머지 비록 소수이지만 진실로 보호 내지 구제를 필요로 하는 사람들에 대한 배려를 자칫 소홀히 하는 法制가 되는 수가 있다. 주민들의 앙케이트方式은 일견 民主的으로 보이지만 실은 多數橫暴의 시스템이 될 수 있으며, 本末顚倒가 되어 구제를 필요로 하는 우선순위가 뒤바뀌는 경우가 없지않음을 유념할 필요가 있다.

⑧ 돈을 쓰는 法制로부터 머리를 쓰는 法制에로 탈바꿈할 필요가 있다. 우리나라의 法制는 稅金을 많이 거두어 그것을 가지고 사업을 행하는 土木行政式인 경우가 많다. 때로는 그것이 景氣浮揚을 위해 파급효과가 크다는 것으로 正當化되기도 하지만 그것은 돈의 낭비이며, 社會的 不公平을 야기시키며 사업효과도 결코 높지 못하다. 머리를 써서 세금을 절약하고 사회적 공평을 확보하며 合理的 效果的인 法制가 되도록 하는 발상이 요청된다고 할 것이다.

⑨ 割據法制의 止揚에 관한 것으로 정부기관은 그의 전문 내지 소속하는 조직을 위해서는 열을 올리지만 나라를 논하지 않으며 大局을 보지 아니하는 경향이 적지 않다. 이것이 우리나라의 行政과 法制를 그릇되게 하는 커다란 원인이 되고 있음은 주지하는 바와 같다. 그리하여 이러한 割據行政을 지양하기 위한 法制시스템의 창조가 커다란 課題가 되어지는 것이다.

⑩ 國際性에 관한 것으로 예컨대, 行政에 관한 法制는 국내만이 아니라 국제적인 調整을 거쳐 정해지지 않으면 아니되는 것이 國際化時代에 있어서의 중요한 한가지 과제가 되고 있다. 특히 각종 상품의 規制基準은 국제적인 조정이 필요하며 地球 規模의 環境破壞라든가 범죄의 국제화에 대응한 國內法制의 정비가 불가피한 오늘날 국제감각없이는 바람직한 法制發展은 결코 기대할 수 없을 것이다.

⑪ 救濟시스템의 合理性과 관련하여 지적할 점은 法制가 적절하게 작동하지 못할 경우에는 피해자의 구제라든가 시정조치의 발동이 필요한데도 불구하고 이러한 배려가 전혀 없거나 불충분한 法制가 많다. 예컨대, 原告適格을 인정하도록 배려한 法律은 극히 드물며, 제기해야 할 訴의 類型과 관련해서도 구제의 규칙이나 절차가 명확치 않아 우리나라에서는 解釋論으로 民事訴訟이다 抗告訴訟이다 하는 식으로 무책임하게 공던지기를 하는 예가 적지 않다.

⑫ 다음으로 法制의 明確性과 관련되는 것으로, 오늘날 法律의 洪水가 두드러지는 한편, 그 내용이 질적으로 科學·技術과 관련된 고도의 전문성을 띠게 됨에 따라 法制는 날로 복잡다기화하여져서 일반국민은 물론 담당 공무원 내지 관계기관 자신들 조차 그 내용을 제대로 이해하지 못하거나, 빈번한 法制改廢에 뒤따라가지 못하는 경우가 적지 않다. 필요불가결한 영역에 있어서의 法制의 迅速 적절한 대응도 중요하지만 그에 못지 않게 그 내용을 알기 쉽게 명확한 것으로 하기 위한 노력을 소홀히 해서는 아니될 것이다. 요컨대 法制는 官의 입장에서의 논의가 아니라 民의 입장에서 본 立法對策이 중시되지 않으면 아니될 것이다. 현대국가에서는 담당 행정기관이 사실상 立法者가 되는 것이 보통이다. 官은 자기에게 불리한 입법은 회피하고 그에게 유리한 입법을 만들려 들며 그에 대한 해석과 운영도 그나마 官便宜主義에 지배되는 경향이 현저하다.

行政法制인 경우 그것을 이해하고 해석하기 위한 傳統的인 行政法體系 내지 理論 자체가 세계 2차대전 이전의 舊獨逸 및 日本의 立憲君主主義 아래에서의 官尊民卑的인 내용에서 아직도 크게 벗어나지 못하고 있다는 것도 法制發展을 저해케 하는 큰 요인이 되고 있음을 간과할 수 없을 것이다.

⑬ 끝으로 한 가지 지적할 점은 形式의 濫用에 관한 것이다. 憲法의 정신이나 규정 등을 감안할 때 마땅히 法律과 命令 그리고 行政規則 등의 規範形式이 구별되어야 함에도 불구하고 그 한계가 분명치 않음으로써 法治主義의 空洞化 내지 形骸化를 가져오는 예가 비일비재하다는 사실은 우리 法制가 반드시 해결하고 넘어가야 할 중요한 과제중의 하나가 아닌가 생각된다.

Ⅵ. 맺는 말

Helmut Coing에 의하면 「……가장 중요한 것은 現代의 法律 가운데는 개개의 法律 그 자체보다는 훨씬 오랜 共同體의 法秩序에 관한 많은 思想이 살아 있다는 것이다. 이들 思想은 傳統에서 부터 연유하는 것이며 그 傳統의 일부는 대단히 오래

전부터의 것이다.」고 말한바 있거니와 現代에 있어서의 法治國家論에 있어서도 이러한 理念(Idee) 내지는 思想(Gedanke)이 가지는 의미는 대단히 큰 것이 아닌가 생각된다.[40] 그것이 헌법에서 규정되어 있기 때문에 法的 拘束力을 가지는 것임에는 틀림없지만 그에 앞서 이러한 理念性 내지 思想性이 지니는 의의는 實定法的 規律 못지않게 중요한 것이라 할수 있다. 그리하여 法治國家가 가지는 法的 拘束力에 있어서도 특히 正義(Gerechtigkeit)라는 관념이 가지는 實體法的 要素가 크게 강조되고 있는 것을 Hesse와 Püttner의 견해를 통해 새삼스레 되새기게 되는 것이다.

Püttner는 「法治國家란 正義 의 實現과 保障을 지향하는 국가이다」라고 말하고 있거니와[41] 요컨데 正義의 觀念을 지탱하는 法意識이 붕괴되면 그때야말로 法治國家의 危機가 초래되는 것이 아닌가 하는 것이 그의 결론이었다고 생각될 수 있는 것이다.

이러한 시각에서 볼때 Bettermann이 지적하는 것과 같이 現代에 있어서 法治國家性이 참담한 현상으로 빠져들게된 최대의 원인은 국가권력의 구속과 제한이라는 法治國家가 가지는 一側面 만의 지나친 肥大가 平和的 秩序維持와 시민의 권익보호를 그 존재이유로 하는 法治國家의 기능을 오히려 위축시킨 결과를 가져오게 함으로써 法治國家의 空洞化·無力化를 낳게한 원인이 되었다는 면을 전혀 부정할 수는 없고, 그의 지적에는 부분적으로는 正鵠를 찌르고 있는 점도 적지 않지만, 역시 法治國家의 참다운 형태로서는 Hesse가 강조하는 民主的인 社會的 法治國家의 실현이 다가오는 21세기에 우리가 지향하는 국가발전의 기본방향이 아닌가 생각된다.

다만, 기본방향으로서의 民主的인 社會的 法治國家에의 실효성있는 발전을 위해서는 Bettermann이나 Püttner 등에 의해 지적된 바 있는 法治國家性의 現象이 지니는 문제에 관해서는 부단한 비판적 검토가 불가결한 것으로 생각되며 당면한 法制의 역할수행도 바로 이러한 비판적 문제의식에 바탕을 두고, 現代에 있어서의 法治國家의 機能變容에 적절히 대응하는 자세를 가다듬는 것으로 부터 출발되지 않으면 아니될 것이다.

---

40) Vgl., Helmut Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 1967.

41) Püttner, a.a.O., S.142.