

# 處分的 法律의 立法論的 檢討

朴英道\*

## 차 례

### I. 問題의 提起

### II. 處分的 法律의 許容性與否

1. 處分的 法律을 認定하는 立場
2. 處分的 法律을 否定하는 立場

### III. 몇가지 檢討

## I. 問題의 提起

19세기의 市民的 法治國家에서는 규범으로서의 法律概念이 증시되었고, 질서를 창출하는 行爲準則으로서의 法律은 국민대표기관인 議會의 동의아래 토론과 공개로 특징되는 節次 가운데 성립하는 하나의 一般的인 規範으로서의 성격을 구비하였다. 그리하여 이 一般的 法律이 자유주의적 정치원리와 시민법질서를 지탱하는 하나의 주축으로서 機能을 수행할 수 있도록 강조되었다.<sup>1)</sup> 그러나 이러한

\* 韓國法制研究院 首席研究員

1) 市民的 法治國家에서의 法律의 意義와 機能에 관한 상세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(I)-立法基礎理論과 立法技術-」, 1991, 61~64面 참조.

法律概念과 機能은 오늘날의 法律의 民主的 把握과는 친숙하지 않은 것임은 널리 승인되고 있으며, 특히 근대적 법치국가구조의 원리이자 一般的·抽象的 規範을 내용으로 하는 실질적 법률개념의 전제인 國家와 社會의 二元論의 붕괴와 産業社會化에 따른 국가적 과제의 증가 등으로 인하여 抽象的 正義의 이념에 입각한 일반적·추상적 법률로서는 問題解決이 불가능하게 되었다. 그리하여 國家的 課題를 더 이상 단순한 질서유지기능에 한정하지 않고 적극적으로 國民의 生存의 보장과 사회생활에 있어서 秩序의 均衡을 유지하기 위하여 등장한 오늘날의 社會國家·給付國家에서는 새로운 사회질서형성을 위하여 법률의 形式과 機能을 대폭 완화하기에 이르렀다. 따라서 오늘날의 社會國家에서는 일반적 行爲準則으로서의 法律과 병행하여 임무부여적·문제해결적 성격을 가지는 동시에 종래의 전통적 法律概念이 강조하는 正義라는 가치뿐 아니라 效率性·目的性이라는 가치도 반영하는 새로운 형태의 法律類型이 출현하고 있다.<sup>2)</sup>

그러한 의미에서 오늘날의 社會國家에서는 일반적·추상적 생활규범으로서의 「規範的 法律」에 대해 특정한 政策目的을 위하여 執行이나 司法을 매개하지 아니하고 직접 국민에게 개별적·구체적인 사항을 규율하기 위한 「處分的 法律(Maßnahmegesetz)」이라는 정책적 법률이 현저하게 制定되고 있다. 그러나 이론적으로 이러한 형태의 法律은 헌법상 權力分立의 原理와 平等의 原則과의 관계에서 많은 문제점이 제기되고 있으나<sup>3)</sup> 극단적인 個別的·具體的인 處分이 아니며, 목적과 수단의 比例原則에 부합하는 處分的 法律에 대해서는 오늘날의 福祉國家의 要請에 적합한 것으로서 일반적으로 승인하고 있다. 어떻든 부득이하게 오늘날의 복지국가적 요청에서 處分的 法律의 필요성을 승인한다 하더라도 處分的 法律의 내용이 개별적·구체적 조치에 관한 것일 때는 그것은 이미 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 하는 行政의 領域에 대한 침해를 의미하게 된다. 따라서 이 문제는 立法이 어느 정도까지 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 할 수 있는가라는 立法의 限界에 관한 문제와 관련되고 있다. 그러한 의미에서 오늘날 무시할 수 없을 정도로 量的 規模로 증대하고 있는 處分的 法律의 개념과 성격을 명

2) 이와 관련한 내용은 韓國法制研究院, 「特例法の 現況과 整備方向」, 1992, 7~10面 참조.

3) 자세한 내용은 朴圭河, 「規範的 法律과 處分的 法律」, 考試研究 1989.1., 62面 이하; 韓泰淵, 「憲法學 - 近代憲法の 一般理論」, 法文社, 1989, 706面 이하 참조.

확히 살펴보는 것은 現代의 立法을 위한 연구에 매우 유용한 논점을 제공하고 있다고 하겠다. 따라서 여기서는 處分의 法律을 둘러싸고 많은 論爭이 제기된 바 있는 獨逸의 處分的 法律에 관한 학설을 소개하는 한편 그에 대한 비판적 견해를 지적하면서 處分의 法律의 문제에 관해 약간의 검토를 시도해 보기로 한다.

## II. 處分的 法律의 許容性與否

### 1. 處分的 法律을 認定하는 立場

#### (1) 「E. Forsthoff」의 見解

獨逸公法學에서 처분적 법률이 본격적으로 논의된 것은 1955년 Forsthoff의 논문에서 비롯하였다.<sup>4)</sup> 그는 市民的 法治國家原理에 입각하여<sup>5)</sup> 이 법치국가의 의미에 있어서 법률은 一般的·抽象的 規範이며 그 법제도적 표현은 특히 古典的 權力分立原理에서 명확하며, 處分的 法律은 이 원리에 반하는 것이라고 한다. 그리하여 이 處分的 法律이라는 특별한 유형의 '非古典的 法律'은 '法治國家의 毀損 (Einbußen Rechtsstaatlichkeit)'을 초래하므로 그 헌법적 허용성 및 그 한

4) Ernst Forsthoff, "Über Maßnahme - Gesetze", in : *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, S. 221f. Forsthoff는 1940년 「法과 言語(Recht und Sprache)」라는 저서에서 법과 그 표현형식으로서의 言語의 문제를 언급하면서, 倫理的 法思想의 직접적 표현으로서의 「法の 創造的 定立」과 본질적으로 목적에 규정되는 技術的 形態로서의 「法の 決斷主義的 定立」을 유형적으로 구별하였다. 그리고 그는 다시 이와 취지를 달리 하는 法律의 개념적 구별을 주장하여 그것에 法的 機能을 부여하려 하였다. 이 시도는 1952년의 이른바 投資援助法(Investitionshilfegesetz)에 대한 憲法所願의 의견서 가운데에서 제시되어, 1955년의 論文 「處分的 法律에 관하여」에서 발표되기에 이르렀다.

5) Forsthoff의 法治國家觀은 憲法과 行政法, 社會國家와 法治國家의 대립적 인식을 전제로 'sozial'의 규범적 파악에 대해 消極的인 立場을 취하였다. Ders., "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat", *VVDStRL*, 12/1954, S. 15ff.

계를 정하여 立法에 의한 法治國家의 毀損에 대처할 것을 요청한다.<sup>6)</sup> 그 이유는 법치국가에 「議會絕對主義(Parlamentsabsolutismus)」와 깊은 관련이 있기 때문이라고 한다.

그는 우선 處分的 法律의 개념에 대해 「處分的 法律은 법치국가적 법률개념의 形式的 標識에 의해서가 아니라, 處分(Maßnahme)의 개념에서 명확하게 될 따름이다」<sup>7)</sup>라고 한다. 또한 그는 處分的 法律의 본질과악에 즈음하여 일반적 규범과 개별행위의 전통적 이원주의의 기초를 이루는 ‘一般的·個別的’, ‘抽象的·具體的’이라는 형식적·법기술적 기준을 포기하고, 處分の 개념에 따른 기준을 모색한다. 이러한 의미에서 그는 處分の 特質이 행위이며 법치국가적 법률과 대비된다는 점, 그 목적과 수단간에 ‘특수한(spezifisch)’ 관계가 존재하는 것으로 본다. 따라서 「處分은 특정 目標(Ziel)로 향하며, 그 목표실현을 위하여 사용되는 수단은 目的(Zweck)에 적합하여야 하며 또한 이에 종속되는 것으로서, 구체적으로 파악할 수 있는 목표설정엔 處分에 고유한 것」<sup>8)</sup>이라 한다. 그리하여 處分的 法律이 ‘處分概念’에 의해 결정적으로 규정된다면 「處分的 法律은 그것이 목표 및 목적으로부터 논리적으로 수단을 획득하는 것으로 특징된다. 그것은 무엇을 定立하거나 할 수 있는 행위가 아니라, 目的實現에 이바지하여 종속되는 규율을 행하는 행위이다. 따라서 處分的 法律은 특정의 정황에 유래하며, 조망가능하며 (Überschaubar) 논리적으로 실행가능한(vollziehbar)한 관계에 있는 법률」<sup>9)</sup>로서 인식한다.

Forsthoff에 의하면 秩序를 수립하는 것이 입법자의 ‘正規(normal)’임무이나, 이러한 확인은 아무런 法的 價値가 없다고 한다. 즉 중요한 것은 法律로서 창설되는 질서는 단순히 目的을 위한 手段이 아니라, 그 고유한 價値를 지닌다는 점 따라서 ‘生活領域을 合目的的이고 正義의 관념에 합치하여 규율하는 法律은 전체로서 합목적성이 면제된다’는 점이다. 그 이유는 그러한 法律은 스스로 가치를 가지기 때문이다. 그러한 법률은 가령 그것이 하나의 사태, 특정한 개별범위의 사람에게만 관련되는 것이라도 노골적인 利害(Interesse)에 의해서 규정되는 것이 아니라, 正義를 위하여도(im Dienste der Gerechtigkeit) 규율하므로 결코

6) Ders., “Über Maßnahme - Gesetze”, S. 222f.

7) Ders., Ebd., S. 224.

8) Ders., Ebd., S. 224f.

9) Ders., Ebd., S. 226f.

處分的 法律이 될 수는 없는 것이다. 여하튼 Forsthoff에 의하면 '正義의 理念'을 지향하는 법률 또는 '正義를 위해서도' 유용할 수 있는 法律은 어떠한 의미에서도 處分的 法律로서 특징될 수는 없게 된다. 그것은 당해 法律의 目的依存性·目的에 의한 被制約性의 어느 것에 관계없이 타당하다고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

결국 그는 處分的 法律의 결정적인 특질로서 處分的 法律을 '處分'의 개념으로 규정한다. 그 경우 處分的 法律은 목적과 수단의 '特殊한 關係' 및 '正義'에 대조되는 순수한 '合目的性'에의 지향성으로 규정한다. 이 의미에서의 處分的 法律은 행위의 본질이라는 점에서 處분에 불과하게 된다. 나아가 그것은 傳統的·形式的 標識에 의해 규정되는 法律의 諸類型으로부터 구별되게 된다. 물론 Forsthoff는 處分的 法律을 헌법질서로 위치하기 위하여 法律概念一般의 擴大를 시도하는 것은 아니며, 오히려 그것을 法治國家의 法律概念과 대치시켜 그 가운데 法治國家의 權力分立原理에 대한 위배를 파악한다. 그 이유는 「法治國家는 일반적·추상적 규범의 의미의 法律의 優位와 운명을 같이 하기」<sup>11)</sup> 때문이다. 따라서 「處分的 法律은 모든 경우에 權力分立을 침해한다」<sup>12)</sup>라는 인식은 그의 주장의 기본적인 전제의 하나라고 할 수 있다. 그리하여 處分的 法律은 「法治國家의 질서구조에 有害(abträglich)한」<sup>13)</sup> 것으로서 원칙으로 허용되어서는 아니되며, 그것을 일반적으로 금지하는 것은 現代國家의 현실에도 부합하는 것이라고 한다. 결국 Forsthoff는 처분적 법률을 인정하되, 그 남용에 대한 보호장치로서 處分的 法律에 있어서 그 목적은 구체적·일의적으로 인식가능하여야 하며, 따라서 목적 및 목적실현을 위한 수단의 적정성을 각각 合憲性和 合目的性의 견지에서 재판적으로 통제할 것을 요청하고 있다.

## (2) 「E. R. Huber」의 見解

Huber는 「經濟憲法論爭」<sup>14)</sup>에서 處分的 法律의 문제성을 지적하여 「基本法은

10) Ders., Ebd., S. 225f.

11) Ders., "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat", aaO., S. 19.

12) Ders., "Über Maßnahme - Gesetze", aaO., S. 227.

13) Ders., Ebd., S. 228f.

14) Ernst Rudolf Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, DÖV, 1956, S. 200ff.

어느 범위에서 법률에 의한 經濟誘導의 處分을 허용하는가」라는 문제를 法治國家原理로부터 볼 때 우선 經濟誘導의 處分의 法律의 헌법적합성이 문제라고 한다. 그리하여 그는 「處分의 法律이란 구체적인 障害에 의해서 규정되며, 이 障害(Störungslage)를 필요하고 적절한 諸般處分으로서 극복할 것을 그 지배적 목적으로 하는 法律」<sup>15)</sup>이라고 한다. 여기에서 Huber는 處分이 법률로부터 구별될 수 있음을 전제로 한다. 따라서 處分의 法律은 「보다 정확히 말하면 法律의 형식의 處分인 것이다. 그것은 障害에 있어서 합목적성·필요성·적절성을 위해 障害를 수반하지 않는 狀態(Störungsfreie Normalsituation)를 수행하는, 본질적으로 법이념에 향하는 법규범과 상치됨으로써 항상 '例外性'을 가진 例外法律(Ausnahme Gesetz)」이라고 부를 수 있다고 한다.<sup>16)</sup>

결국 그의 견해는 處分의 法律이 법률로부터 구별되는 處分의 개념에 의해서 특징지워지고 있다고 하겠다. 이 경우 處分의 法律은 특정의 具體的 事態에 직접 규정되며, 법이념과는 다른 '合目的性'의 고려에 의해서 지배되는 것이라 한다. 따라서 處分의 法律은 「그 내용에 의하면 法價値의 실현 및 계속적 규율로 향하는 規範이 아니라, 정황에 관련되는 결정(Situationsbezogene Entscheidung)이다. 處分의 法律의 문제성은 예외정황을 극복하기 위하여 法律이라는 통상의 形式이 사용되는 데 있다. 따라서 處分의 法律은 원칙적으로 形式과 節次의 남용으로 간주되지 않는다」<sup>17)</sup>라고 한다. 그리하여 그는 입법자의 處分의 法律의 권한을 적극적으로 승인하는 한편, 「處分의 法律에 대한 법적 의문은 法律의 수단 또는 목적으로부터 濫用의 사실, 특히 事物에 반하거나 事物에 부합하지 않은 권한의 사용이 추측되는 경우」<sup>18)</sup>에만 발생한다고 하여 처분적 법률에 대한 裁判的 統制의 擴張을 주장하는 Forsthoff의 見解와는 입장을 달리하고 있다.

### (3) 「C. F. Menger」의 見解

1956년의 獨逸國法學者大會는 그 제1주제로 「規範과 處分으로서의 法律」하에서 處分의 法律의 문제를 다루었으며, 여기에서 Menger는 주제발표를 통하여

15) Ders., Ebd., S. 204.

16) Ders., Ebd., S. 204f.

17) Ders., Ebd., S. 205.

18) Ders., Ebd., S. 205.

處分的 法律을 개념적으로 명확화시켰다.<sup>19)</sup> 그는 헌법에 규정된 절차로서 성립하는 법규를 법률이라고 하고, 그것을 내용에 관해 법규범과 處分으로 나누는 한편<sup>20)</sup> 이를 전제로 법규범과 處分的 法律을 각각 규정한다. 즉 法規範이란 「正義의 기준을 지향하는 확립된 질서로부터 발생하는 行態의 命令(Verhaltensgebot)」이며, 處分的 法律이란 「立法者가 시간적·양적으로 한정된 범위의 사태(Lebenssachverhalten)를 순수하게 합목적적인 法效果에 복종시킬 것을 의도하여 構成要件에 포섭하는 法規」<sup>21)</sup>라고 한다.

여기에서 그는 法規範을 '行態의 命令'과 그 판단·평가의 기준으로서의 '正義'로부터 설명하는 한편, 處分的 法律에 있어서 그 기준을 '합목적성'에 두고 있다.<sup>22)</sup> Menger에 의하면 處分과 법규범은 교차하는 두개의 권역(Kreis)을 이루고 있으며, 양자가 중복하는 부분에 處分的 法律이 존재하고 있다고 한다. 따라서 處分的 法律의 개념적 해명은 '法規範'과 '法律形式의 處分'으로부터 경계를 구분하는 데 있다는 것이다. 따라서 첫째, 법률의 형식을 구비하고 있음에도 불구하고 법규를 창출하지 않는 입법의 제행위(處分)는 법규를 내포하지 않으므로 處分的 法律이라고 지칭될 수 없다. 따라서 그는 「법규를 내포하는 處分的 法律로부터 법률형식의 處分(법규가 아닌 處分)을 구별할 수 있다」<sup>23)</sup>고 한다. 둘째, 法規範과 處分的 法律의 구별에는 '正義'와 '합목적성'이 구별기준이 된다. 즉, 「내용적으로 비정형적인(inhaltliche atypisch) 법률 - Einzelpersonengesetz, Einzelfallgesetz, Zeitgesetz - 에 있어서 개별법률관계가 立法者로 하여금 순수하게 합目的的인 규율의 방향으로 몰아세운다면 그 處分性は 명백하다. 그러나 이러한 법률은 필연적으로 處分的 法律이어야 한다는 것은 아니다. 그 이유는 이것도 일

19) Christian Friedrich Menger, "Das Gesetz als Norm und Maßnahme", *VVDStRL*, 15/1957, S. 4.

20) Ders., Ebd., S. 4f.

21) Ders., Ebd., S. 8.

22) 「法規範은 항상 그것에 의해 규율되는 生活領域의 評價基準(Bewertungsmaßstab)을 正義의 이념으로부터 도출하나, 處分的 法律의 정의를 결정적으로 규정하는 處分에 대해서는 다음의 점이 특징이다. 즉 處分-具體적으로 所與의 事態에 목적에 따라 규정되어 반응하는 의욕된 法的 結果의 실현을 고려한 法的으로 특정할 수 있는 행위-을 행하려는 자는 자기의 行爲의 基準을 正義의 觀念에서가 아니라 필요성 또는 유용성에 따라 정한다」. Ders., Ebd., S. 5.

23) Ders., Ebd., S. 11~17.

차적으로는 유일한 사태를 공정한 기준에 따라 規律한다는 目標에 이바지하기 때문이다」<sup>24)</sup>라고 한다.

Menger는 '본래의 目的指向性의외에 공정한 질서의 수립을 위한 생육력있는 萌芽(entwicklungsfähiger Keim)가 간직된 법률'이 處分的 法律로서 특징되는가의 여부는 그 후의 展開를 기다림으로써 비로소 가능하다고 한다. 즉 「이 萌芽가 일반적 발전에 따라 枯死하는 경우에는 내용이 불명확한 법률은 處分的 法律로서 확정되며, 다른 한편 合目的性이 그 萌芽의 배후에 물러서는 때 이미 그것은 處分的 法律이 아니다」<sup>25)</sup>라고 한다.

이리하여 Menger에 있어서 處分的 法律의 개념은 ①處分的 法律과 법률형식의 處分的의 경우 그것이 法規를 내포하는가의 여부에 따라 구분된다. 즉 '구체적으로 소여의 사태에 目的에 의하여 규정되어 반응하는' 것은 處分的 法律이라는 것이다. ②그 자체 法規를 내포하는 점에서 공통하는 處分的 法律과 法規範은 그것이 '합목적성'을 지향하는가 '정의'를 지향하는가에 따라 구별된다고 한다. 이와 같이 해석하는 경우 處分的 法律은 한편으로 '具體的으로 所與의 事態에 目的으로 규정되게' 되면서, 다른 한편으로 그것은 동시에 '正義'에 대조되는 '合目的性'을 지향하게 되는 것이다.

그리고 Menger는 處分的 法律의 정립에 관한 法的 構造를 권력분립원리에서 구하는 것이 아니라, 기본법의 '實質的 法治國家構造'에서 모색하고 있다. 그에 의하면 기본법은 司法을 그 이외의 국가기능으로부터 명확히 구분하나, 立法과 行政의 기능을 엄격히 구분하는 것은 아니다. 그리하여 이로부터 處分的 法律을 정립하는 입법자에게 두가지의 점이 발생한다. 첫째, 處分的 法律이 법률상 法官의 권능을 침해하는 때 그것은 항상 違憲이라는 점이다. 基本法 제101조제2항에서 규정된 「특별한 사항에 관한 法院」을 설치하는 法律은 추상성, 일반성 및 시간적 무제한성이 필요하다. 즉 그 法律은 …… 특정범위의 事案 또는 사람 또는 특정시기에 대해 발동할 수는 없다」는 것이다.<sup>26)</sup> 그러나 그 때문에 행정의 영역을 위협하는 處分的 法律이 違憲이 되는 것은 아니라고 한다. 또한 處分的 法律과 기본권의 관계에 대해서 「基本權에 의해서 보호되는 자유의 영역과 관련한 處分的

24) Ders., Ebd., S. 24.

25) Ders., Ebd., S. 24f.

26) Ders., Ebd., S. 30.



法律은 위헌이다. 그 이유는 기본권제한법률에 있어서 正義의 기준은 포기할 수 없으며, 단순히 合目的인데 불과한 해결은 불충분하기」<sup>27)</sup> 때문이라고 한다. 그 외에 Menger는 處分的 法律은 「모든 집행의 행위처럼 目的과 手段의 비례원칙에 복종된다」고 한다.

결국 Menger의 견해를 종합하면 그는 處分的 法律을 處分の 속성에 의거하여 파악하며 그것을 處分的 法律의 개념규정에도 적용한다. 그곳에서는 處分的 法律은 구체적 사태와 관련하며 또한 그 事態에 의해서 목적이 규정되며, 따라서 그것은 '合目的性'을 지향하는 것임을 강조한다. 다른 한편 그는 處分的 法律은 法規範과 법률형식의 處分の 성격을 동시에 지니고 있다고 하면서, 그 두가지 유형의 법률로부터 處分的 法律을 확정하는 것이 중요하다고 한다.

#### (4) 「K. Ballerstedt」의 見解

Ballerstedt는 「경제상의 處分的 法律에 관하여」<sup>28)</sup>라는 주제의 논문에서 經濟法의 체계 및 그 실정법적 문제의 해명을 통하여 處分的 法律概念을 논증하려 하였다. 그는 범규범의 창출이 당해목적을 위한 수단으로서 사용되는 것과 같이 處分的 法律은 '경제정책적 목표에 이바지할 것으로 정해진 法律'이라고 한다. 그리고 處分的 法律과 대치되는 것으로서 '實質的 法內容이 내재하는 법률', 즉 Rechtsgesetz를 지적하면서 이 Rechtsgesetz에는 일정한 法制度를 창설·변경·폐지하는 것(institutsgesetz)과 일정한 생활영역을 高權의으로 규율하는 것(Ordnungsgesetz)이 있다고 한다.<sup>29)</sup> 따라서 處分的 法律과 Rechtsgesetz의 구별은 '處分과 法' 및 '正義와 合目的性'의 두가지 관점에서 고찰한다.

Ballerstedt에 의하면 「處分은 자신의 의미·社會的 價値內容을 논리적으로는 외재적인 그 目的으로부터 이해하나, 法은 자신의 의미를 스스로의 가운데 가진다. 그 이유는 正義는 논리필연적으로 合目的性의 기준이 아니라 評價(Wertung)의 그것이기 때문이다」<sup>30)</sup>라고 한다. 즉 處分の 경우 그 윤리적 내용에 관한 판단

27) Ders., "Der Begriff des sozialen Rechtsstaat im Bonner Grundgesetz", *Recht und Staat* 173, 1958, S. 27f.

28) Kurt Ballerstedt, "Über wirtschaftliche Maßnahmegesetz", in : *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt - Rimpler*, 1957, S. 369ff.

29) Ders., Ebd., S. 373.

은 그 가치서열 및 수단의 유용성과 관련하고 있다. 따라서 法은 자기자신을 위하여 존재하며, 處分은 존재하지 않는 것이다. 또한 그는 일반적으로 正義와 合目的性의 관계를 대립적으로 파악하지 않는다면 마찬가지로의 점은 '處分과 法'의 관계에 관해서도 타당하다고 하면서, 그 이유는 「法이라 하더라도 目的으로부터 전혀 자유로울 수 있는 것은 아니며, 가치의 실현이라는 目標로 향하는 것이다. 따라서 法과 處分の 구별은 …… 모순적 대립으로서가 아니라, 辨證法的(dialektisch)으로 이해되지 않으면 안된다」<sup>31)</sup>고 한다.

그리하여 處分的 法律과 Rechtsgesetz의 개념적 관계에 대해 양자는 '辨證法的'으로 파악되어야 하며, 상대적 차이의 관계에 있다고 한다. 따라서 處分的 法律이 시간의 경과에 따라 Rechtsgesetz로 될 가능성은 승인되어야 한다.<sup>32)</sup> 이 경우 Rechtsgesetz가 實質的 法內容(substantieller Rechtsgehalt)을 지니며, 處分的 法律이 실질적으로 합목적성(Zweckmäßigkeit)에 의해서 결정적으로 규정되는 때에만 의미를 가질 수 있다. 즉 「處分的 法律은 경제정책 또는 사회정책목적의 手段이며, 그 실질적 법내용은 Rechtsgesetz와 같이 그 자신 가운데 있는 것이 아니라, 그(處分的 法律)의 상위에 놓여있는 目的에 의해 채용되는 것에 불과하다」<sup>33)</sup>고 주장한다. 따라서 '處分的 法律'의 경우에는 그것이 目的에 의해서 결정적으로 규정되며 그 '實質的 法內容'은 이 목적자신이 지니는 것이며, 그 한에서는 處分的 法律은 「處分으로서 추구되는 목적이 스스로의 측면에서(seinerseits) 일정한 법가치에 이바지하는 내용의 正當化를 필요로 하는 데 있다」<sup>34)</sup>라고 한다.

## 2. 處分的 法律을 否定하는 立場

### (1) 「H.Krüger」의 見解

H.Krüger는 處分的 法律을 형식적으로 파악하여 그 合憲性을 문제로 이를 批

30) Ders., Ebd., S. 376.

31) Ders., Ebd., S. 377f.

32) Ders., Ebd., S. 380.

33) Ders., Ebd., S. 385.

34) Ders., Ebd., S. 371ff.

判한다. 그는 법률을 일반적으로 적용되는 法規로서 파악하면서, 이와 상대하는 개념으로서 處分的 法律로서의 'Individualgesetz'를 지적하고, Individualgesetz를 내용상 'Einzelfallgesetz(개별사안법률)'와 'Einzelpersongesetz(개인적 법률)'로 나눈다.<sup>35)</sup> 이러한 의미에서 그는 處分的 法律을 規範과 行爲의 형식적·기술적 구분기준인 '一般的 - 個別的, 抽象的 - 具體的, 永續的 - 一時的'이라는 표식으로서 파악한다. 그런데 Krüger는 법적 문제로서 處分的 法律의 헌법적 허용성을 고려하면서, 기본권에 제한을 가하는 Individualgesetz는 직접적으로 허용되지 않고 그 이외의 것은 基本法이 허용하는 범위내에서 허용된다고 한다.<sup>36)</sup> 그리고 '基本法이 허용하는 範圍內에서'의 의미는 「法律은 기본권을 제한하지 않는 한이라도 一般的·抽象的인 것을 통례로 한다」<sup>37)</sup>고 해석한다.

그가 處分的 法律을 원칙적으로 인정하지 않는 근본이유는 「法治國家의 진정한 초석으로서 權力分立原理를 규정하는 곳에서는 행정의 家産(Hausgut)을 의미하는 個別事案의 규율은 헌법에서 행정에 보장되는 것이므로 비일반적인 - 따라서 個別事案에만 적용되는 - 高權行爲는 기본법 제19조제1항에 의하면 法律은 결코 아니다」.<sup>38)</sup> 그리하여 Krüger는 處分的 法律을 형식적인 틀에 의거하여 파악하고, 그 헌법적 허용성의 원칙적否認이라는 것으로부터 處分的 法律의 위헌성이 발생하는 것으로 판명한다.

## (2) 「F. Klein」의 見解

위의 Krüger와 마찬가지로 Klein도 基本法 제19조제1항의 해석과 관련하여 處分的 法律을 형식적으로 파악하여 그 개념구성을 비판한다. 즉 그는 基本法 제19조제1항의 문언에 즉응하여 '一般的으로 적용되는' 법률이라는 개념을 새로이 주장하여 그것의 '一般的' 법률에 대한 차이를 설명하고 있다. 즉, 「일반적으로 적용되는 法律이란 일반적 법률이 오로지 그 內容만을 문제로 하는 것과 달리 適用을 문제로 하며 모든 자에게 적용되는 것을 특질로 한다. 환언하면 그것은 受範者

35) Hildegard Krüger, "Die Verfassungswidrigkeit der lex Schrner. Zugleich ein Beitrag zu Art. 19 Abs. I Satz 1 GG", *DVBl*, 1955, S. 758ff.

36) Ders., Ebd., S. 762ff.

37) Ders., Ebd., S. 762.

38) Ders., Ebd., S. 792.

의 범위에만 관련하며 …… 규율되어야 할 事態와는 관련없다. 그곳에 일반적으로 적용되는 법률은 일반적이지 않으면 안된다」<sup>39)</sup>고 한다. 따라서 基本法 제19조 제1항은 「일반적으로 적용되는 法律을 포함하는 뜻이며 그 당연한 귀결로서 Einzelpersonengesetz를 금지하며, 그러나 Einzelfallgesetz를 직접으로 허용하지 않는 것은 아니다. Einzelfallgesetz는 법률로서 규율되어야 할 事案이 특정개인 또는 평등원칙에의 위배가 인지될 수 있을 정도로 일부의 사람에게 구현되는 때, 따라서 Einzelfallgesetz가 Einzelpersonengesetz이기도 한 때 허용되지 않는다. 즉 여기에서 명시적으로 그 허용성이 거절되는 것은 Einzelpersonengesetz이다」<sup>40)</sup>고 한다. 이러한 의미에서 「Forsthoff에 의해서 연구된 이른바 處分的 法律의 많은 부분은 …… Einzelfallgesetz라고 생각된다. 기본법 제19조제1항은 결국 기본권에 제한을 가하는 處分的 法律을 전혀 허용하지 않는 것은 아니고, 그것이 Einzelpersonengesetz인 경우에만 금지되는 것」이라고 한다.

결국 Klein은 基本法 제19조제1항에 의해서 요청되는 법률이 '일반적으로 적용되는' 법률만이라고 한다면 그 대개념으로서의 Einzelpersonengesetz가 배제되는 것은 당연한 귀결이다. 나아가 이러한 맥락에 있어서는 Einzelfallgesetz는 그 자체로서 의미를 지니지 않게 되며, 소극적으로 處分的 法律을 부인하는 것이 된다.

### (3) 「O. Haußleiter」의 見解

Haußleiter는 處分的 法律의 특질을 적용기간에 있어서 '一時性'으로 인식하고, 그 문제성을 이른바 處分的 法律學說에서와는 전혀 다른 방향으로 모색한다. 즉 「處分的 法律이란 Dauerrecht에 대비되어야 할 것이며, 그 본질상 적용에 관해 期限이 붙어지지 않으면 안되는 것이다. 그 이유는 그것은 Dauerrecht와 달리 스스로의 內的 正當化를 놀랄 정도로 단기적내에 상실하기」<sup>41)</sup> 때문이라고 한다. 따라서 이러한 견해에서는 處分的 法律을 당해 규율의 적용기간에 있어서

39) Friedrich Klein, in : Mangoldt/Klein, "Das Bonner Grundgesetz", Bd. I, 1966, Anm. III 2 zu Art. 19 GG.

40) Ders., Anm. III 2 c zu Art. 19 GG.

41) Otto Haußleiter, "Maßnahmenrecht und Dauerrecht auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Verwaltungs- und Gesetzgebung", DÖV, 1956, S. 143ff.

‘永續的’인가 ‘一時的’인가의 형식적·기술적 기준위에서 정하고 있음이 명백하다.

그런데 處分的 法律이 적용상 기한이 부가되어야 할 것이라는 점은 「진정한 處分的 法律은 신속하게 創出되며 또한 신속하게 改正 또는 廢棄되어야 하며 그렇지 않으면 긴급한 경제정책상의 성과를 달성하려는 그 目的을 상실한다」<sup>42)</sup>는 데 있다고 한다. 그래서 그는 處分的 法律의 법적 문제성을 處分的 法律의 입법형식에 있어서 통상의 입법절차가 「매우 硬直되고 오랜, 따라서 부적당한」 한편 基本法 제80조가 범규명령을 위한 授權을 엄격히 한정하고 있는 것에서 본다. 그리하여 여기서는 處分的 法律이라는 범주의 法을 제시함으로써 이른바 「法定立의 한정된 委任」의 문제가<sup>43)</sup> 야기된다고 한다.

#### (4) 「H. Schneider」의 見解

Schneider는 Einzelfallgesetz의 概念의 의의를 논증하고 그 개념구성에서야말로 법률의 ‘處分性’이 정당하게 평가될 수 있다는 견해이다. 그에 의하면 법률의 ‘一般性’에 대해서는 事案의 ‘단일성(Einzigartigkeit)’과 ‘비반복성(Umwiederholbarkeit)’이 대치된다.<sup>44)</sup> 즉 一般的 法律이 사안을 「그 실질에 즉응하여 합리적으로 세분화되는 類型性에서 취급하는 데 대해 Einzelfallgesetz는 단일 사안 또는 복수의 사안을 그들의 個別特殊性에서 취급」<sup>45)</sup>하는 것이라 한다.

Einzelfallgesetz의 개념을 위와 같이 엄격하고 한정적으로 정의하는 그는 그 특질을 「一般的 法律의 적용면제 또는 특권부여, 여하튼 일반적 법질서의 破損(Durchbrechung)」이라고 한다.<sup>46)</sup> 즉, 「현대의 입법실무 가운데에서 이른바 處分的 法律의 우위경향은 필연적이나, 이 점이 이른바 處分的 法律을 합리화할 수 있는가는 의문이다. 目的과 手段의 관계는 處分的 法律에만 제시되는 것인가 또한 내용·목적 및 범위가 미리 정해지는 범규명령을 실질적 處分的 法律로 부를 수 있는가」라고 의문을 제시하면서, 모든 Einzelfallgesetz는 處分的 法律이

42) Ders., Ebd., S. 144.

43) Ders., Ebd., S. 144.

44) Hans Schneider, “Über Einzelfallgesetze”, in : *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1957, S. 159ff.

45) Ders., Ebd., S. 167.

46) Ders., Ebd., S. 168.

나, 모든 處分的 法律이 個別事案에 관련되는 것은 아니라고 한다. 즉, 「處分的 法律의 대부분은 일반성(generelle Natur)을 가지며 현재 유형적인 사태를 파악하나, 그러나 그 자체로서의 個別的인 현상을 파악하는 것은 아니다」<sup>47)</sup>고 한다.

### (5) 「H. Wehrhahn」의 見解

Wehrhahn은 處分的 法律을 그 개념의 論理性和 法的 意義에 대해 비판한다. 개념의 논리성에 대해 그가 비판한 것은 處分的 法律의 내용적 표식으로서의 '目的'의 문제와 관련하고 있다. 그에 의하면 우선 法律概念의 문제 가운데 '法 또는 正義'라는 관념을 도입하는 것은 허용되지 않는다. 그 이유는 그것은 매우 포괄적인 것에 불과하기 때문이라고 한다. 그리고 處分的 法律을 획정하는 '政策的·技術的 目的'이 지닌 문제성에 대해 「현재에 政策的이라는 것은 후일에 공정한 영속적 해결로서 고려되는 것이며, 오히려 '政策的·技術的 目的'에 이바지하는 법률은 동시에 널리 '正義'에도 봉사하는 것」<sup>48)</sup>이라 한다. 따라서 '目的'에 따른 법률의 구별은 '流動的'인 것임을 지적한다.

그는 이처럼 목적의 시점하에서만 다른 法律과 구별될 수 있는 處分的 法律개념에 대해 '目的'개념자체의 문제성을 지적하고, 「목적개념을 기준으로 抽象적으로 행하는 구별은 구체적이지 못하다」<sup>49)</sup>라고 단언한다. 그 이유는 「處分的 法律에 있어서 수단에 대한 目的의 우위는 사후적으로 확인되는 目的論的인 것이며, 그것은 또한 심사의 대상에 불과하며, 그 출발점이 될 수 없는 것」이기 때문이라 한다. 그는 법률의 '目的'이라는 것으로부터 그 '妥當性'을 사법적으로 논하는 방식은 현재 그 실제적 성과가 미흡하기 때문에 어느 정도의 의의가 있는가라는 의문을 제시하고, 따라서 개념기준의 문제성 뿐만 아니라 그러한 概念構成을 의도하는 실제적 법적 의의에 대한 의문을 제시하고 있다.

결국 그는 處分的 法律을 실질적·내용적으로 파악한 후 획정기준으로서의 '目

47) Ders., Ebd., S. 163.

48) Herbert Wehrhahn, "Das Gesetz als Norm und Maßnahme", *VVDStRL*, 15/1957, S. 35ff.

49) Ders., Ebd., S. 49.

的'개념의 부당성을 명백히하고, 그럼으로써 處分的 法律의 개념적 논리성을 비판한다. 이어서 그는 目的과 手段과의 관계에 있어서도 處分的 法律의 논리성을 인정하지 않고, 그 목적론적 성격을 지적하고 手段의 목적적합성을 둘러싼 심사 기준과 심사대상과의 혼동을 설명한다. 그리하여 「法學은 적어도 당분간 이러한 處分的 法律定立이라는 현실에 대해서 法學의 기본적 개념에의 참가를 허용하기 위한 概念이나 論理를 지니고 있지 않다. …… 따라서 處分的 法律의 개념은 社會學의 분야에 타당하며, 그것은 法學상의 개념이 아니다」<sup>50)</sup>라고 하고 있다.

#### (6) 「H. Ehmke」의 見解

Ehmke는 處分的 法律의 개념구성을 비판하고 동시에 그 問題設定의 부당성을 지적한다. 그는 우선 '目的'의 표식에 따른 법률의 개념적 구별에 대해 '正義·合目的性'이라는 유형의 구별에 대한 논리성을 비판한다. 즉, 「정의, 질서, 합목적성이라는 法律의 概念的 區別의 기준을 포기하며 법률이 구체적인 사태에 의해서 구속된다는 점(Bindung des Gesetzes an eine Konkrete Sachverhalt)이 處分的 法律의 개념에 있어서 유익할 수 있는가의 여부」<sup>51)</sup>를 모색한다. 그는 處分的 法律學說에서 주장하는 Rechtsgesetz와 處分的 法律의 구별을 '전통적인' 법영역과 형성과정에 있는 '新種의' 그것, 즉 '법적으로 완성된' 司法領域과 '법적인 형성을 더욱 필요로 하는' 法領域의 구별로 보고, 「그곳에서 존재하는 차이는 '신종의' 법률은 그 許容性 즉 목적과 규율의 ob가 허용되는가의 여부가 심사되며 다른 한편 '전통적인' 영역에서는 이들이 이미 前提되고 있는」 것으로 인식한다.

따라서 Ehmke는 處分的 法律에 있어서 입법자의 법정립행위에의 行政法的 裁量論의 도입을 거부하고, 입법자 '裁量'에 대신하여 '形成의 自由'를 제시한다. 그리고 현대국가의 입법현상 가운데 법 또는 법률개념의 위기를 인정하고, 이른바 處分的 法律學說에 잠재된 「법폐시미즘」을 지적한다.<sup>52)</sup> 즉 독일의 정치적 빈

50) Ders., Ebd., S. 61.

51) Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung - Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregierung*, 1961, S. 63ff.

52) Ders., Ebd., S. 73.

곤, 人權宣言의 결여 내지 국가에 대한 自律的 社會의 취약성 등 일반적으로 특수한 독일적 사정은 헌법의 문제를 법률개념으로 변환시키고 말았다. 그러나 「오늘날의 自由主義秩序에 있어서 실질적인 근본문제는 法律概念이 아니라, 憲法概念에 있다. 그곳에서는 입법자로 하여금 법적 기본질서로서의 헌법을 유지하면서 그 테두리내에서 그의 形成任務를 확보할 것을 요청하는 것이다. 그럼에도 불구하고 限定的인 法律概念으로서 그의 행위능력을 침해하는 것은 …… 본질적인 법적 규제임무를 행정에 맡기거나 非常權力의 찬미에 새로운 힘을 부여하는 어느 것으로」<sup>53)</sup> 귀착하는 결과를 초래한다고 한다.

### (7) 「U. Scheuner」의 見解

Scheuner는 '一般性'과 '永續性'을 법치국가적 법률에 불가결한 요소로 보는 입장에 따르면서도, 處分的 法律의 개념구성에 대해서는 위의 Ehmke와 유사한 비판적 견해를 취한다. 그에 의하면 處分的 法律의 이름하에 행해지는 立法者의 행위에 대한 비판을 통하여 「오늘날의 立法者는 점차 단기적 법률을 일시적으로 制定하거나 연속적인 법률개정을 행하는 것이 문제이며, 그곳에서는 目的指向性, 實際的·政策的인 목표로의 지향을 강조하는 명령(Anordnung)을 處分的 法律로 보려고 하나 개념적으로 볼때 이 處分的 法律개념은 불명확하며, 모순된 것」<sup>54)</sup> 이라고 한다.

즉 「논리적으로 모든 法律에는 正義라는 실질적 가치세계로의 지향요소와 특정한 政策的인 목적으로의 지향요소가 내재한다. 그러한 內容的 價値基準에 따른 법률의 개념적 구별은 '超實定的'으로만 가능하며, 따라서 이를 주장하는 자는 가치질서사고를 부정하는 엄격한 규범적·형식적 법해석의 입장을 취하는 것이다. 따라서 處分的 法律概念은 그러한 의미에 있어서 '矛盾'이라고 한다.<sup>55)</sup> 이러한 비판과 함께 그는 處分的 法律을 법적개념으로서 구성하는 데에도 批判的이다.

53) Ders., Ebd., S. 74f.

54) Ulrich Scheuner, "Die neue Entwicklung des Rechtsstaat in Deutschland", *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860~1960*, Bd. II, 1960, S. 229ff.

55) Ders., "Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit", *DÖV*, 1960, S. 602f.



「立法의 限界를 고려하는 경우 확실히 권력분립의 원리로부터 司法과의 관계에서 구체적 귀결을 도출하는 것은 가능하다. 그러나 그것은 '憲法으로부터 도출될 수 있는' 것이며, 그 때문에 處分的 法律論을 사용하는 것은 결코 아니다」라고 주장한다.

그리하여 Scheuner는 處分的 法律의 개념상의 불명확성을 지적하고 어떠한 법적 의미도 인정하지 않는 한편 나아가 문제설정의 부당성을 단적으로 批判하면서 「處分的 法律概念은 어떠한 법적 내용도 지니지 않으며 단지 社會學的 觀察에 불과한」<sup>56)</sup> 것이라 한다. 아울러 일반적으로 널리 憲法構造의 측면으로부터 다각적으로 검토되어야 할 입법실무상의 문제성은 法律의 概念操作으로는 결코 충분한 해결을 도모할 수 없다고 한다.

#### (8) 「K. Zeidler」의 見解

處分的 法律에 대하여 가장 결정적인 비판을 가한 Zeidler는 '法律'과 '處分'의 개념적 구별, 형식적 개념표식의 문제와 관련한 '古典的 法治國家的 法律'과 '處分的 法律'의 개념구별 및 나아가 법률의 내용적 측면의 문제로 간주되는 '法과 法律의 관계'를 고려함으로써 處分的 法律의 개념비판을 전개한다.<sup>57)</sup> 그는 우선 '處分'이라는 개념이나 제도가 處分的 法律의 개념을 위하여 어떠한 표식이나 논거도 결정적으로 부여하지 않는다는 점을 명확히 한다. 즉 '處分'이라는 관념은 일반 용어상 일의적일 수 있으나 法用語로서는 일의적일 수 없으며, 법정립행위 또는 사법행위를 위하여 사용되는 개념이라고 한다.<sup>58)</sup> 따라서 '處分'의 개념이나 제도로 되돌아가는 것은 處分的 法律概念의 시비에 관한 여하한 논거도 도출할 수 없다는 것이다.<sup>59)</sup> 또한 그는 處分的 法律의 이론적 전제, 환언하면 일정한 특수한 의미를 수반한 '法治國家的 法律'의 개념이 법률개념사상 '古典的'일 수 있는가의 여부, 또한 그러한 법률개념에 의거하면서 處分的 法律의 개념구성을 도모하는 것이 基本法의 헌법질서하에서 적합한 것인가의 여부를 음미한다.

56) Ders., "Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung", *DÖV*, 1969, S. 590.

57) Karl Zeidler, *Maßnahmegesetz und Klassische Gesetz - Eine Kritik*, Berlin, 1961.

58) Ders., Ebd., S. 58f.

59) Ders., Ebd., S. 57ff.

요컨대 그는 「초기 법치국가에서는 法律의 概念에 관한 관념은 한결같지 않았다. 이른바 法治國家의 法律概念은 현재에도 그러한 것처럼 19세기에 있어서 실재의 것(real)이라 할 수 없었다. 일반적·추상적이며 영속적인 法律만이 법치국가의 의미에서의 법률일 수 있다는 통일적 신앙은 理論에 있어서도 實務에 있어서도 자기를 주장할 수 없었다. 그러므로 基本法에 있어서 法律의 態樣을 명확히 하는데 있어서 고전적 제관념을 인용하는 것은 아무런 결정적인 의미도 지닐 수 없다」고 한다.<sup>60)</sup> 그리하여 Zeidler는 處分的 法律概念의 시비에 대하여 적극적으로 이를 비판하지 않으면서 법률개념사의 개관으로부터 그 理論的 所與에 의문을 제시하여 간접적으로 「處分的 法律」을 비판한다.

그런데 Zeidler는 '法'과 '法律'의 구분을 일반론으로서 인정하고, '法律'에 대한 '法'의 우위를 설명하면서 '正義', '法的 安定性' 및 '合目的性'을 '법'개념의 주된 구성요소로서 열거한다.<sup>61)</sup> 즉 「法的 安定性」에서 본다면 '正義'가 '法'의 속성인 것처럼 '法的 安定性'이나 '合目的性'도 이것에 속할 수 있다. 따라서 단순히 합목적성에 불과한 것으로 보거나 秩序를 위해서만 규율하는 법률에도 '法으로서의 資質'이 부인되지 않는다.<sup>62)</sup> 고 한다. 따라서 그는 '合目的性'의 개념표식을 가진 處分的 法律의 논리성을 '法'개념의 분석으로부터 부정하는 것이다. 그에 의하면 「合目的性의 考慮」는 당해규율이 개별사안과 관련하는 경우 處分的 法律의 개념에 있어서 본질적인 것이 당연하다. 즉 '個別目的指向性'의 개념은 '合目的性'과 아울러 處分的 法律을 규정하며, '個別事案의 合목적적인 規율'을 의미함에 틀림없다. 그런데 '합목적성'이라는 것이 법규범성에 대립하지 않는 것은 '法'관념의 복합적 내용으로부터 명확하다. 마찬가지로 個別事案의 規율의 법규범성도 부인할 수 없다. 그러나 결국 같은 점이 '개별사안의 合목적적인 規율'에 관해서도 타당하다. 그 이유는 개별사안을 '合目的性'의 견지에서 규율하는 것은 확실히 '正義' -평균적 뿐만 아니라 배분적 정의- 의 요청에 합치하기 때문이다.<sup>63)</sup> 고 한다.

이와 같이 Zeidler는 '法'개념의 상세한 분석을 통하여 處分的 法律을 실질적으로 개념지우는 제표식의 논리성을 부인한다. 그리고 그의 비판적 고찰은 이러

60) Ders., Ebd., S. 144.

61) Ders., Ebd., S. 148ff.

62) Ders., Ebd., S. 152f.

63) Ders., Ebd., S. 167f.

한 개념비판에 거의 그치고 있으나, 그러나 또한 概念의 실제적 유용성과 관련하여 處分的 法律을 부인하는 결론에 이르게 된다. 따라서 「處分的 法律의 개념규정은 -그것이 이론적으로 근거지울 수 있다 가정하더라도- 순수하게 실제적 이유로부터 부정」되어야 할 것이며, 「區別의 내용적 표식 즉 正義라는 기준으로의 지향을 인용해내는 것은 處分的 法律이라는 개념을 현실로 사용하는 데 있어서 부적당」한 것이 논증된 것이다.<sup>64)</sup> 다만 處分的 法律의 개념이 이미 이론적으로 부정된 이상 이 논의는 말 그대로 '補充的'인 것에 불과하다.

이상 Zeidler에 있어서는 處分的 法律이 법학상 중요한 것임은 이론의 여지가 없으며 따라서 그러한 개념법학적인 비판을 별도로 한다면 현대적인 입법현상을 설명하기 위한 개념으로서의 處分的 法律까지 부정하는 것은 아니다. 그러한 處分的 法律은 확실히 「법률개념의, 다른 유형의 법치국가적 목록의 봉합의 위에 (Nahtstelle des Gesetzesbegriffs zu anderen Typen rechtsstaatlicher Nomenklatur) 있으며, 행정행위나 판결과의 공통점은 명확히 인식가능하다」.<sup>65)</sup> 그러나 「여기에서 주장된 생각에 의하면 법치국가적 법률개념은 處分的 法律도 포섭한다. 處分的 法律은 결코 일반적 법률개념과는 본질적으로 다른 형상이 아니다. 즉 處分的 法律은 현실 가운데 검증될 수 있는 현상에 불과하다. 그 개념은 法社會學의 영역에 속한다」<sup>66)</sup>라는 것이 된다.

### Ⅲ. 몇가지 檢討

이상과 같이 處分的 法律을 둘러싼 주요 견해를 개관하였다. 處分的 法律의 허용성여부에 대한 각 見解를 간략하게 정리하여 보면, 우선 處分的 法律의 관념을 肯定하는 입장을 살펴보면, ①處分的 法律은 국가의 작용유형을 지시하기 위하여 사용되는 전통적·형식적 체표식, 구체적으로는 一般的·個別的, 抽象的·具體的 및 永續的·一時的으로 특징되는 法律類型에 합치하지 않는다는 점이다. ②處分的 法律은 處分の 개념에 의해서 규정된다. 그러나 그 最終의 標識을 어디에 구

64) Ders., Ebd., S. 171ff.

65) Ders., Ebd., S. 203.

66) Ders., Ebd., S. 209.

할 것인가에 대해 논자에 따라 약간의 차이가 있으며, 目的과 手段의 관계의 「특수성」을 강조하거나 「合目的性」의 지향을 보다 강조하는 견해도 있다. 그러나 그러한 차이가 絶對的이라고는 생각되지 않으며, 오히려 고려해야 할 것은 處分 또는 處分的 法律과 대치되는 法律 또는 規範概念의 여하에 있다고 생각한다.<sup>67)</sup> ③ 그리고 處分的 法律의 정립에 즈음하여 立法者를 일정한 전제가 되는 規範의 그것에 비해서 보다 강력한 法的 統制下에 두는 점에서 일치하고 있다.

한편 處分的 法律에 批判的인 立場을 취하는 견해를 살펴보면 處分的 法律이 법적 개념으로서 제기되는 경우 과연 적절한가 또한 어떠한 問題를 내포하고 있는가를 초점으로 한다. 이 경우 處分的 法律의 概念 및 法的 意義의 면에서 직접적으로 處分的 法律에 대한 비판을 전개하는 것이 아니라, 그것을 다른 법률유형으로서 달리 취급하는 한편, 處分的 法律의 법적 의의를 그 자체로서 고려하지 않는 견해(형식적 비판설)와, 處分的 法律概念의 논리성·명확성을 단적으로 비판할 뿐만 아니라 그 法的 意義에 관해서도 적극적으로 批判的인 견해(실질적 비판설)를 취하는 입장이 있다. 前者는 處分的 法律을 규범과 행위의 유형적 구분을 지시하기 위한 형식적·기술적인 구조하에서 파악하려 하는 한편, 後者는 「正義」와 「合目的性」의 준별, 「狀況에 의한 被制約性」 또는 「目的과 手段의 관계」의 특수성 등 處分的 法律概念의 내용적 제표식에 관하여 그 非論理性 또는 非明確性을 논박한다.

결국 處分的 法律을 긍정하는 입장에서 주장하는 「目的과 手段의 '特殊한 關係' 및 '正義'에 대조되는 순수한 '合目的性'에의 지향성(Forsthoff)」, 「구체적인 障害에 의해서 규정되며, 이 障害를 필요하고 적절한 諸般處分으로서 극복할 것을 그 지배적 목적으로 하는 '例外性'을 가진 例外法律(Huber)」, 「立法者가 시간적·양적으로 한정된 범위의 사태를 순수하게 합목적적인 法效果에 복종시킬 것을 의도하여 構成要件에 포섭하는 法規(Menger)」, 「處分的 法律은 경제정책 또는 사회정책목적의 手段이며, 그 실질적 법내용은 Rechtsgesetz와 같이 그 자신 가운데 있는 것이 아니라, 그(處分的 法律)의 상위에 놓여있는 目的에 의해 채용되는 것(Ballerstedt)」 등의 견해는 오늘날의 社會國家的 要請에서 處分的 法律이 다수 정립되고 있는 현실에서 그 概念과 性格을 명확히 제시하여주는 것이라

67) Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzbegriff*, Berlin, 1963, S. 93f.

고 평가할 수 있다.

그러나 반면 法治國家에 있어서 處分의 法律은 허용되지 않는다고 할 수 있다. 그 이유는 한편으로 處分의 法律은 그것이 正當性을 가지고자 하는 경우 障害狀態가 존재하는가라는 문제를 직접 결정할 수는 없고 障害의 성격을 先在하는 것으로 간주해야 하기 때문이다. 障害狀態가 그리고 그와 동시에 국민의 法的 狀態가 處分의 法律에서는 법률에 의하여 확정되는 것이 아니다. 다른 한편 處分의 法律은 障害狀態가 일반적으로 정의되지 않은 채 障害狀態의 존재에 관하여 구체적 사건속에서 직접 決定하기 때문이다. 따라서 處分의 法律은 그것을 법률의 형식을 취하는 處分으로 간주하든 處分의 성격을 가지는 法律로서 간주하든 허용되지 않는 것이다. 그러나 法治國家의 法律概念은 입헌민주주의와 결부되는 것으로서 오늘날의 국가는 立憲民主主義가 아닌 民主主義이며 따라서 입헌민주주의와 결부되는 法治國家의 法律概念은 더이상 존재할 여지가 없는 것이다.<sup>68)</sup> 그리고 급격한 사회변화에 대응해야 하는 오늘날의 國家의 機能에 있어서 엄격한 의미에서 一般的·抽象的 規範의 정립과 個別的·具體的 處分 사이에 이 양자의 성격을 가진 여러가지의 中間段階가 있다. 따라서 극단적인 個別的·具體的 處分의 경우를 제외하고는 이러한 中間的 段階의 기능은 憲法이 이에 대한 금지규정이 없는 한 그것은 立法의 對象이 될 수 있는 것이다. 따라서 극단적인 個別的·具體的 處分의 경우를 제외한 社會的 狀況의 여하에 따른 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 하는 處分의 法律은 사회적 정의에 입각한 社會國家의 法律로서 오늘날 승인되어야 하는 것이다. 결국 오늘날의 社會國家에 있어서는 處分의 法律을 異端視할 것이 아니라 그 정립에 대한 法的 統制의 엄격성을 강조하는 방향으로 나아가야 하며, 그러한 의미에서 處分의 法律의 비판적인 견해에서 제기하는 處分의 法律의 포괄적인 基本權拘束의 活性化에 대해서도 이를 의미있는 것으로 받아들여야 할 것이다.

68) 金承煥, “立法學에 관한 研究 -立法의 主體·原則·技術을 中心으로-”, 고려大 博士學位論文, 1987, 81面.