

R. 알렉시의 원칙과 규칙 구별 이론에 대한 하나의 단상

은 승 표*

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 우리 사법부에서의 법해석 내지 판결의 실상
- III. 법규 해석·구체화의 이상적인 경우와 현실적인 경우
- IV. 프리드리히 물러의 법구조화 이론
- V. 니클라스 루만의 법 효력의 재언어도식화 : 법효력의 상징성
- VI. 결론 : 로버트 알렉시의 원리(형량)/규칙(포섭)-구별이론과 평가

I. 서론

1. 알렉시 원리이론 요약¹⁾

Dworkin은 규칙과 원리는 서로 논리적으로 차이가 있다면서, 규칙은 ‘모든 것 아니면 전무 형식’의 형태로 적용의 특성을 가지지만, 원리는 잠정적-당위의 특성을 가지는 것으로 보고 ‘중요도’의 문제로서 형량을 위한 개념이라고 주장한다. 법의 적용방식에 있어 원리는 형량 그리고 규칙은 포섭이라고 한다. 이것은 원리란 주어진 규정이 없는 경우에도 개인의 권리를 위해 적용될 수 있는 모든 척도를 의미하는 것으로, 법과 법적 권리·의무 역시 원리를 근거로 성립

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 자세한 것은 박진완, “규칙과 원리로서의 기본권”, 『공법연구』 제34집 제1호, 한국공법학회, 2005. 11, 273-300면과 이부하, “원칙이론과 헌법재판적 형량”, 『법학논고』 제46호, 경북대학교 법학연구원, 2014. 5, 37-57면 참조.

될 수 있다는 것이고, 법적 기준이 존재하지 않는 어려운 사례(hard case)의 경우에도 서수적인 우월규칙(우선 순위관계)이 적용되어 법관이 어떠한 재량을 갖지 않는다는 것을 의미한다. 원리의 확정은 본질적으로 도덕적 고려를 전제하는 것으로 본다.

Alexy는 이러한 원리를 그가 원리의 특성을 가졌다고 주장하는 헌법상 기본권에게까지 확장시켜서 확정적-당위로서의 규칙과 구별하고, 원리의 특성을 당장 충족될 수 없는 명령으로 ‘최적화 명령’²⁾을 포함하고 있는 그리고 헌법상 비례성 원리와 직접 관련이 있는 것으로 구체화 내지 섬세화 시키고 있다. 알렉시는 독일 연방헌법재판소의 가치이론을 규칙과 원리의 구조적 차이가 이론적 기반이 되는 원리이론과 대등한 것으로 본다. 법질서가 존재하는 한, 절대 포기할 수 없는 가능성인 현실생활에서 발생하는 모든 법적 분쟁에 대한 해결 가능성을 규칙과 원리를 구분하는 그의 원리이론이 제시하는 것으로 본다.³⁾

1) 원리이론의 장점

(1) 공리주의와 도덕과 법의 분리명제에 대한 대안으로 적어도 원리에 관한 한에 있어, 실질적 도덕이론적 입장에서 합리적 규범논증 시도를 하고 있다. (알렉시는 도덕의 법질서에의 투입을 인정한다.⁴⁾) 이점에 대해서는 박진완

2) 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 『공법연구』 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009. 6, 25-44면. 그곳에서는 알렉시를 따라 비례원칙에서 최대화명령을 의미하는 적합성원칙과 최소화명령을 의미하는 필요성원칙은 경험적 논증을 본질로 하는 반면, 최적화명령을 의미하는 좁은 의미의 비례성원칙은 규범적 논증을 본질로 한다고 본다. 그리고 평등권에 대한 제한의 경우에는 비례성원칙이 적용되지 않는 것으로 보는데, 비례성원칙은 충돌하는 법익의 우월관계를 비교할 때 적용되고 평등권의 경우에는 대상의 같고 다름에 대한 비교가 문제가 되기 때문이라고 주장한다. 그러나 이 두 번째 평등권관련 사안에 대해 김주환, “일반적 평등원칙의 심사모형”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2013, 173-201면에 의하면 “일반적 평등원칙의 심사기준과 방법은 ... 비교집단사이에 본질적으로 같은 점이 있는 지 여부를 판단하는 방법, 자의금지원칙과 비례성원칙이 적용되는 영역이 있다”고 한다. 이 같은 견해의 차이가 평등권과 일반적 평등원칙과의 차이에서 비롯되는 지 여부는 분명하지 않은 것으로 보인다.

3) 이에 덧붙여 자세한 것은 박진완, 앞의 “규칙과 원리로서의 기본권”, 273면 이하 참조.

4) 법에의 도덕 투입을 인정하는 학자들은 셀 수도 없이 많다. 드워킨, 알렉시, 하버마스, 셸넬, 라도이어, 헤어 등. 인권은 도덕적이고 기본권은 법적이라는 우리나라의 다수의 의견이나, 김철, “정의란 무엇인가: 자유주의와 공동체주의의 가치, 자유와 평등, 형평”, 『사회이론』 제39호, 한국사회이론학회, 2011년 봄/여름, 37-74면에서는 철학의 자유주의와 공동체주의, 곧 자유와 평등의 형평을 주장한다. 그는 또한 자유주의와 개인주의를 구별하며, 자유와 평등은 상보적인 것이지 모순적인 것이 아니라고 주장한다. 당대 최고의 사상가들인

독일의 위르겐 하버마스과 니클라스 루만은 법/도덕에 대해 강조점을 달리한다. 이상돈에 의하면 하버마스는 인권에 대하여 인권은 오히려 바탕부터 법적 본성을 지니고 있으며 “인권이 기본권의 지위를 요구하는 것은 인권의 의미에 속하는 것”이다. 다시 말해 인권은 한편으로 도덕적인 정당화 기제를 가지고 있지만, 다른 한편으로 실정법 질서에 연결되어 있다. 인권은 이미 제정된 실정법상 기본권을 구체화(해석)하는 과정에서 배후 근거로 작용하기도 하고, 새로운 기본권 목록을 추가하는 근거가 되기도 한다고 서술한다고 소개한다. 이상돈은 하버마스가 인권이 도덕과 실정법에 연관되어 있다는 점에서 “이중적 의미성” 또는 “아누스적 본성”이라고 부른다고 한다(이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2005, 89면). 더 이상의 하버마스의 인권의 도덕성과 실정법성에 대한 자세한 연구는 위르겐 하버마스(저)/은준용(옮김), “인간 존엄의 착상과 인권들의 현실적인 유토피아”, 「유럽헌법연구」 제12호, 유럽헌법학회, 2012. 12, 507-530면 참조. 그리고 니클라스 루만의 도덕과 법의 관계에 대하여는 정성훈, “법의 침식과 현대성의 위기 - 루만의 체계이론을 통한 진단”, 「법철학연구」 제12권 제2호, 한국법철학학회, 2009, 331-356면에 의하면 루만이 도덕이나 정치와도 깊은 관련이 있는 규범을 현대 사회에서 법이 사실상 독점하게 되었다고 보고, “정의”를 도덕적·윤리적 개념으로 보는 것이 아니라 법체계의 컨팅겐즈(Kontingenz, 필연적인 것도 불가능한 것도 아닌 성질) 도식으로 본다(인과도식에서 컨팅겐즈 도식화로)고 한다. 그러므로 이 컨팅겐즈 공식은 무엇이 정의로운 법인지 여부를 확정해 주는 ‘결정의 공식’이 아닌 ‘컨팅겐즈 공식’이기 때문에 시대마다 다른 정의관에 의한 법의 변화 가능성을 드러낸다고 한다.(정성훈, 앞의 “법의 침식과 현대성의 위기 - 루만의 체계이론을 통한 진단”, 332면). 정성훈에 의하면 법/도덕-구별과 관련하여 루만이 선과 악의 코드가 권력의 코드를 압도하는 윤리적 정치는 오히려 폭력적 갈등을 부추긴다고 보면서, 도덕에 의한 법과 정치의 통일이나 사회적 통합의 지향을 거부한다고 한다고 소개한다. 그렇지만 정성훈, “사회의 분화된 합리성과 개인의 유일무이한 비합리성”, 「사회와 철학」 제25집, 사회와 철학 연구회, 2013. 4, 737-752면에 의하면 루만은 사회적 체계들의 기능적 분화는 주된 분화 형식일 뿐인 것이며, 국가와 같은 분절, 제1세계/제3세계 같은 중심과 주변, 자본계급/노동계급 같은 기존의 분화 형식들을 제거하지 못한 형식이고, 완전한 내포의 이상은 - 내포가 배제를 다른 면으로 하는 형식인 한에 있어서 - 완성이 될 수 없다고 한다고 한다. 또한 이 경우 앞에서 루만이 도덕/법-구별을 강조한 것과는 다르게, 법, 정치, 경제와 같은 (사회적) 기능체계들의 자율성이 탈도덕화를 통해 보장되는 것이지만 기능체계들의 코드가 무력화되는 지점에 도덕(선/악)이 강하게 개입되는 것으로 본다(정성훈, 앞의 “사회의 분화된 합리성과 개인의 유일무이한 비합리성” 747면 이하). 황제노역, 전관예우, 고문번호사제도, 재벌의 사면복권의 남용 등이 판을 치는 황금만능주의의 사회가 바로 기능체계들의 코드가 무력화되는 사회일 것이다. 결국 루만도 법에 도덕의 개입을 인정·추천하는 것이 된다. 물론 이 경우 존재론적 도덕을 말하는 것은 아니고 총체 사회적·집단적이긴 하여도 시대마다 다른 정의관을 가진 도덕일 것으로 생각이 된다. 여기서 어떤 한국의 국무총리후보자가 전관예우 변호사였기는 하지만 ‘도덕을 어겼는지는 몰라도 법을 어기지 않았다’는 주장을 한 것이 기억이 된다. 도덕의 위반은 (형사)처벌의 대상은 아닐지 몰라도 선이 아니라 악하다는 의미이다. 루만에 대해 보다 자세한 것을 원하는 분에게는 칼-하인즈 라도이어(저)/은승표·은준용(옮김), “테리다와 루만의 경우의 법과 정의 - Luhmann 체계이론의 토대에 대한 하나의 비판”, 「유럽헌법연구」 제14호, 유럽헌법학회, 2013. 12, 439-510면을 추천한다. 그곳에 의하면 “‘수행적인 동어반복’의 생산적 핵심 즉 ‘마치...처럼(als ob)’의 방법의 절차화는 - Luhmann의 체계이론적으로 독해하면 - (부분-)체계들의 분화(구별화) 절차에서 사실상 자체적으로 구성된 법의 자율성과 다르지 않은 것에 존재한다. 그러나 분화(구별화)는 - 한편으로 ‘단순한 삶’과 다른 한편으로 언어를 통한 수행적인 소외와 아니고, 비록 법과 다른 사회적 (부분-)체계들의 비중심화와 다중 텍스트화에 종속되는 이미 하나의 존재하는 탈-구별된 것이라고 하더라도 - 집단적인 질서

교수와 이부하교수도 별 다른 반대의견을 제시하지 않는다. 현대에 있어 유명한 법철학·법사회학자인 위르겐 하버마스(Jürgen Habermas)는 법과 관련하여 자연법의 도덕적 원리가 근대 입헌국가에서 실정법의 원리가 되었다고 보고, 그러므로 법의 정당성(평등성)은 두 가지 절차 즉 법적 절차와 도덕적 절차의 결합을 통해 형성된다고 하면서, 헌법의 해석이 헌법학 자체가 아니라 법이론(법리法理, 법사회학, 법철학)에 의해 해석되는 추세가 이러한 경향을 반영한다고 주장한다.⁵⁾ 우리 헌법재판소는 “종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다.”⁶⁾고 하여 하버마스의 절차주의적 주장을 뒷받침하고 있다.

- (2) 법질서의 통일성과 그리고 헌법주의와 입법주의의 구별이 가능하도록 한다.
- (3) 독일연방헌법재판소의 소위 가치론⁷⁾의 불확정성 극복이 가능하다.

2) 원리이론에 대한 여러 비판⁸⁾

- (1) 헌법주의에 반하는 입법주의 측면에서 보면, 원리이론은 헌법을 자연법과 이성법의 대응물로 해석하는 입장에서 헌법의 원칙들을 고려하는데, 그것은 실

를 전제하게 된다“(473면)고 비판한다.

- 5) 이행봉, “하버마스의 법철학: 절차주의적 패러다임을 중심으로”, 『사회과학연구』 제22권 제1호, 경상대학교 사회과학연구소, 2006, 241-277면.
- 6) 현재 2004.3.25. 2001헌마710 결정(정당법 제1호 등 위헌확인).
- 7) 가치란 무엇인가, 가치와 사실의 관계, 가치판단의 정당성 등 가치와 관련된 여러 문제에 대한 철학적 연구. 옛날부터 가치는 선(善)인가 미(美)인가라는 문제로서 철학적으로 관심의 대상이 되어 왔지만, 그것을 폭넓게 가치로서 논하게 된 것은 19세기 말부터이다. 니체는 모든 가치의 가치전도를 주장했고, 그와 더불어 마이닝(A. Meinong, 1853~1920, 오스트리아의 철학자, 심리학자)의 가치에 대한 연구, 독일 서남학파의 가치철학 등이 가치론의 선구를 이루고 있다. 오늘날에는 여러 가지 입장의 가치론이 존재한다. 가치론 [Theory of value, axiology, 價値論] (철학사전, 중원문화, 2009).
- 8) 이부하, 앞의 “원칙이론과 헌법재판적 형량”, 37-57면을 참조.

- 정법의 한계(도그마틱=실정법 해석규칙)를 넘어서는 것으로 본다(드라이어).
- (2) ‘최적화 명령’에 대한 비판으로 입법의 독자성과 입법자의 입법형성의 자유를 침해한다(M. Kaufmann)고 본다. 이는 형량의 합리성 보장을 목표로 하여 독일연방헌법재판소가 객관적 가치질서로서의 기본권의 이중적 성격을 인정하기 위한 헌법적 관례의 전개과정인 비례원칙 전개과정의 생생한 묘사조건들만을 충족시킬 수가 있다는 것이다.
- (3) 최적화원칙이 형량을 필수적 요소로 하는데, 이는 형량과정의 비합리성으로 인한 법적 안정성을 상실시킨다.
- (4) 법원을 통한 입법형성권의 과도한 제한으로 사법국가로의 발전이 우려된다.
- (5) 결국 이런 비판들은 모두 법 적용 형식으로 원리인 기본권 규범의 적용방식인 형량과정에 대한 적극적 검토 요구가 타당한가 여부에 대한 물음인 것으로 보인다.⁹⁾

본 글은 위와 같은 알렉시의 원리이론에 대해 하나의 의견을 제시해 보고자 하는 것이다.

II. 우리 사법부에서의 법해석 내지 판결의 실상

우리 법 재판실무는 법의 ‘역동적’ 안정성에 대해 이야기한다.¹⁰⁾ 서울지방법원 부장판사 김대웅 판사¹¹⁾는 다음과 같이 언급한다. “해석의 여지가 없는 완전성을 갖춘 법 규정도 있을 수 있지만 대부분의 법 규정은 추상적 규범의 성격을 가지고 있어 그 적용 단계에서 법원의 판결을 통해 구체화되는 과정을 거친다. 또한 법조문은 죽어있는 문자가 아니고 역동성이 있기에 조문의 문구 자체는 변동이 없더라도 이를 둘러싼 법적 상황이 변함에 따라 법관은 올바른 법 적용의 결과를 도출하기 위하여 변화한 법적 상황에 맞추어 법을 해석해야 할 책무

9) 박진완, 앞의 “규칙과 원리로서의 기본권”, 273-300면.

10) 법의 역동적 안정성에 대한 법리적 연구에 대해서는 이계일, “볼킨(J. Balkin)의 ‘살아있는 원본주의’ - 헌법을 예로 살펴 본 법의 안정성과 역동성”, 『법철학연구』 제15권 제1호, 세창출판사, 2012, 271면 이하를 참조하세요.

11) 김대웅, “관례변경과 형벌불소급의 원칙(대법원 1999. 7.15 선고 95도2870 전원합의체 판결)”, 『헌법판례해설 I』, 대법원 헌법연구회, 2010. 8, 245면.

가 있다. 이것은 법해석의 변동을 의미하는 것으로서 구체적으로 판례의 변경으로 나타난다. 법원이 행하는 법해석은 법규범의 적용 단계에서 필연적으로 이루어지는 것으로서 해석의 변경 또한 처음부터 예정되어 있다.” 그리고 이규진 판사¹²⁾에 의하면 2002헌바24 결정은 “실질적으로 동일한 내용의 법률조항에 대하여 합헌의 판단을 하였던 종전의 91헌마11 결정과는 다른 각도에서 위헌판단을 한 결정이라고 할 수 있는바, 법률의 위헌여부를 판단함에 있어 항상 새로운 입장에서 다른 시각으로 바라보아야 한다는 자세가 요구된다.”고 한다.

우리 헌법재판소는 다음과 같이 언급한다. “... 법문의 의미가 명확하지 않거나 특정한 상황에 들어맞는 규율을 하고 있는 것인지 모호할 경우에는, 입법목적이나 입법자의 의도를 합리적으로 추론하여 문언의 의미를 보충하여 확정하는 체계적, 합목적적 해석을 할 수도 있고, 유사한 규범이나 유사한 사례로부터 확대 해석을 하거나 유추해석을 하여 법의 흠결을 보충할 수도 있으며, 나아가 법률의 문언 그대로 구체적 사건에 적용할 경우에는 오히려 부당한 결론에 도달하게 되고 입법자가 그러한 결과를 의도하였을리가 없다고 판단되는 경우에는 문언을 일정 부분 수정하여 해석하는 경우도 있을 수 있다.”¹³⁾ 또한 대법원은 ‘음란성’에 대한 ‘최종적 판단의 주체가 법관’이라고 한다.¹⁴⁾ 그리고 헌법재판소는 이런 음란 개념이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 한다.¹⁵⁾

이러한 판결들에 있어서 입법권과 사법권의 관계는 헌법상 관점에서 어떻게 해석하여야 하고, (헌)법의 규범성과 입법부, 행정부, 사법부의 재량 및 국민의 자유를 어떻게 이해하고 어디에서 근거를 찾아야 하는가? 하는 문제를 야기한다.

Ⅲ. 법규 해석 · 구체화의 이상적인 경우와 현실적인 경우

우리가 인권을 함께 고려하는 공익목표(헌법상 국가안전보장, 질서유지, 공공복리)와 세 가지 공익요소(법이념 = 법의 안정성, 정당성, 합목적성)를 모든 사

12) 이규진, “마약사범 중형가중에 비추어 본 법정형에 대한 입법 형성권의 한계(헌법재판소 2003.11.27. 선고 2002헌바24 결정)”, 『헌법판례해설 I』 대법원 헌법연구회, 2010. 8, 253면.

13) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 헌재 2012.5.31. 2009헌바123 결정, 구 특정범죄 가중처벌법 등에 관한 법률 제2조 제1항 위헌소원 등 헌재 2012.12.27. 2011헌바117 결정.

14) 대판 1995.2.10. 94도2266.

15) 헌재 1998.4.30. 95헌가16 결정.

안형성에서 실현되어야 할 정의·형평(헌법 전문과 민사소송법 제202조)의 관점에서 법의 기본이념으로 인정한다면, 우리는 사유실험의 형식(실험입법, 실험적 해석·구체화) 하에 법규의 해석·구체화의 이상적 경우 내지 문제가 없는 경우와 그리고 현실적인 경우 내지 문제가 있는 경우를 아래와 같이 구분해야만 하겠다. 결과적으로는 일반적·추상적인 법률은 그 자체로 논리학상 ‘일반화의 오류’를 내포할 수밖에 없다는 것이 되겠다.

1. 이상적인 경우

전형적인 또는 비전형적인 경우에 모든 것을 잘 알고 있는 정당한 입법자가 인권을 함께 고려하는 공익목표를 준수하고, 또한 좋고, 옳고(정당하며), 효율적이고, 언어적으로 명백한 규정을 만들고, 천사와 유사한 사람들이 그것을 준수하는 상태를 우리는 추상할 수 있겠다. 이런 시나리오에서는 사람들이 평등하게 계속 정제적인 관계와 진정한 불충분성 문제를 전제하지 않는다면, 완벽한 공익과 인권이 실현되게 될 것이다. 이런 상태는 법규정립 과정에서 그리고 법규 적용시에 나타날 모든 문제에 대해 모두 같이 생각하고 모두 해결되어 있다는 것이 될 것이다.¹⁶⁾ 여기에는 소송 중재적인 기관의 존재는 더이상 필요하지 않게 된다. 다시 말해 변호사나 검찰과 법원이 불필요한 존재가 된다. 이 경우에는 입법자의 주관적 의지가 법규를 객관적으로 의지화한 것과 합치하게 되는 것이다. 역사적으로 이야기되고 의도되어진 것은 항상 동일시 될 수 있으며, 현재 하나의 법규를 통해 의미 있게 의도한 것과의 차이가 없는 것이 된다.

2. 현실적인 경우

그러나 위와 같은 이상적인 경우란 유감스럽게도 혹은 다행하게도 없다. 실

16) Günther K., Ein normativer Begriff der Kohärenz Für eine Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 20, 1989, 163면이하. 181면에서는 이와 비교할 수 있는 “완벽한 규범의 이상”에 대해 언급한다. 이 완벽한 규범의 이상은 규범의 타당성과 적절성은 “우리가 모든 개개인의 단지 사유가능한 적용의 경우에만 정당화될 수 있고 일반적으로 준수된다고 이야기할 수 있다는 것을 의미한다.” 그러나 이것은 케이스로부터 새로운 공익 관점 그리고 새로운 공익 문제들이 도출될 수 있는 것이기 때문에 우리들에게는 불가능한 것이다.

현할 수 없는 이상이라 유감스럽지만, 현재를 살아가는 사람들에게 법과 관련하여 할 일이 있겠기에 오히려 다행하다. 그러므로 소위 회의주의와는 거리가 멀다. 법 실무에서는 인권을 함께 고려하는 공익목표들과 아울러 공익요소의 주된 이념인 법의 안정성, 정당성, 합목적성(효율성, 경제성, 실효성)의 도움으로 분류되어야 할 문제들이 항상 다시금 나타나게 된다. 아래에서는 자세한 언급은 자제하고 목록만을 언급하기로 한다.

- 1) 법규의 불안정성과 흠결: 언어의 일반화에서 간편화로의 성격변화의 문제
- 2) 모든 상이한 법규들이 상이한 결과를 가져오는 모순성
- 3) 원초적 부당성과 비-합목적성(효율성, 경제성, 실효성)
- 4) 변화로 인한 추후의 부당성과 비-합목적성
- 5) 변화에 대한 법질서의 연성(유연성)과 경성(건고성)
- 6) 입법자의 작위와 부작위

법안정성의 목표란 관점에서 보자면, 이 모든 경우에 공익 관점의 입법적 해석·구체화는 충분하지가 못하고, 정당성 또는 합목적성(실효성=실현가능성, 효율성과 경제성)이라는 공익요소와 대립관계에 놓이게 된다.¹⁷⁾ 이 경우에는 세 가지 공익요소의 관점에서 입법적 법규를 넘어서는 법원의 해석·구체화 필요성이 있게 된다.¹⁸⁾ 입법자가 좋지 않은 작업을 해놓았다면, 즉 법원이 법규가 흠결되거나, 상호 모순되거나, 불합리하거나, 그리고 수많은 부당한 법규들과 교우하게 된다면, 혹은 입법자가 책임 있는 결정의무를 해태한 경우에, - 물론 이 모든 것에 대해서도 결국 법원이 결정·판결할 일이겠지만 - 법원의 작업 비용이 얼마나 많이 확대되어야 할까. 이런 경우에 법원은 그 제약된 가능성 때문에 제기된 합법적인(허용된) 소송에 대해 판결을 함에 있어 엄청난 부담을

17) 단지 첫 번째 언급한 경우에는 법규정의 구체화의 정도에 단어의 고유한 의미에서의 흠결(Lücke)이 있게 된다. 그럼에도 불구하고 학설들은 다른 위에 이야기된 내용들을 모두 포함하는 흠결 개념을 매우 광범위하게 사용하고 있다. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., Springer-Lehrbuch, 1991, 366면 이하 법 흠결(Rechtllücke)에 대하여는 375면 이하, 그리고 평가(가치부여) 흠결(Wertungslücke)에 대해서는 R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., C.H.Beck, 1990, 59면 이하 참조.

18) Mettenheim, C.v., Recht und Rationalität, J.C.B.Mohr, 1984, 106면 이하에서는 완벽하지 않은 입법적 법규정이 있는 경우에는 법원은 합리성 원칙을 지향해야 한다고 서술하고 있다. 이 서술은 사람들이 세 가지 공익요소들의 광의의 합리성으로 이해하는 한에 있어 올바른 것으로 생각된다.

지게 되고, 물론 특정의 알려진 익숙한 효과가 나타난다고 생각되면 위의 대체적인 방식의 입법에 흥미를 가지게 되는 것으로 변화할 수 있게 되는 부담을 지게 된다. 여하튼 이런 일을 모든 판결을 할 경우에 일반적으로 일어나는 일인 것으로 보인다. 그리하여 위에 언급된 법 실무상 법의 역동적 안정성이 문제가 되는 것이다. 물론 이런 상황 하에서는 여기서의 논의 대상을 넘어서는 그에 합당한 하나의 법리 곧 정의와 형평의 법리를 필요로 하게 된다.

IV. 프리드리히 물리의 법구조화 이론¹⁹⁾

여기서는 사법국가화 즉 입법부의 입법재량이 현저히 침해된다는 반론에 대해 물리의 법리를 통해 생각할 기회를 가져 보도록 하자.

첫째 물리(Friedrich Müller)는 규범(Norm)과 규범문언(Normtext)을 구분하고, 입법자인 국회에서는 규범을 만드는 것이 아니라, 신호기능(Signalwirkung)과 한계기능(Grenzwirkung)을 가지는 규범문언(규범프로그램)만을 만드는 것이라고 한다. 물리는 이런 그의 고유의 규범이론을 가지고 법규해석·구체화 시에 법규범을 통해 이미 실현이 된 (정언)명령(Imperativ)을 추후 집행하는 것이라는 추상으로부터 규범의 해석·구체화를 해방시키고자 한다. 그의 ‘법구조화 이론(Strukturierende Rechtslehre)’은 법규범이 법적 사건 이전에 현실적으로 존재하는 것으로 생각해서는 안 된다는 점에서 다른 통상적 법적용모델과 다르며²⁰⁾, ‘확립된 형상을 가진 의미론적 구성체(Topik, ‘문제변증론’으로 번역하기도 한다)’이론이 법 생산이 아니라 곧 법의 창설이 아니라 자체적으로 규범문언에 구속적인 구체화 경과절차의 의미로서 법 작업을 이해²¹⁾하고 있는데서 ‘법구조화이론’과 근본적인 차이를 보이게 된다.(결국 사법부의 법해석은 법규범의 창설행위라는 것이다.) ‘입법’과 대치되는 ‘집행권력’ 즉 행정부나 사법부에서의 ‘법규들의 집행 혹은 적용’ - 그러니까 한편으로 권력이 추상적-일반적인 법규를 발표하고, 다른 한편으로 그 법규와 관련하여 그 법규로부터 도출되는

19) F. Müller, Juristische Methodik, 4.Aufl., Duncker & Humblot, 1990 참조.

20) 그러나 규범과 규범문언을 구분하는 태도에 대해 비판하고 있는 계희열(편역), 「헌법의 해석」, 고려대학교출판부, 1993, 74면 이하와 비교하라.

21) 문제변증론이 문제 자체에 초점을 맞추어 그것에 맞는 규범체계를 찾아내는 방법론이라고 하더라도 이런 점은 분명하다.

것이 개인의 개별적 행동을 규율한다는 규범이론은 물리에 의하면 더 이상은 그런 방식으로 유지될 수가 없고, 법 실현은 그렇다면 이제부터는 유효한 법규의 규범문언에 방법론적으로 소원(遡源)할 수 있는 법규범의 구체화(작업하여 얻는 것, 구성)이다. 그리하여 법규문언과 구별되는 바로 판결이 규범이 된다. 이것은 기존의 민주주의원칙·법치국가원칙·권력분립원칙(입법부는 법의 정립, 행정부는 법의 집행, 사법부는 법의 적용을 담당해야 한다는 원칙)의 개념에 커다란 변화를 야기하는 것이지만, 법의 현 상황을 그대로 표시한 것이며, 이 이론으로 헌법 규범적으로 논증된 권력분립이론을 약화시키는 것이 아니라 오히려 강화시키게 될 것으로 보며, 특히 입법부의 권한을 약화시키는 것은 아니라고 주장한다. 왜냐하면 권한의 구분과 배분의 즉 상반적 관계의 독트린으로서의 기능이론(기능적 권력분립) 그리고 공적 권력들과 개별적 기능의 상반적 통제가 이제 오히려 현실에 가깝게 파악될 수 있게 할 것이기 때문이라는 것이다. 결국 입법당국은 사실상 정상적으로 법규범이나 판결규범을 정립하는 것이 아니라, 성문헌법에 의해 권한이 부여된 규범프로그램(Normprogramm, 언어 자료들로부터 형성된 규범문언)만을 정립하는 것이다. 물리의 법규범의 구조에 대한 연구에 의하면²²⁾ 모든 법규범의 경우에는 이미 언급한 바와 같이 법규범과 그 법규범과 관련이 있는 사회적 법현실의 일 단면(규범규율영역, Normbereich)은 구분되어야만 한다. 또한 규범규율영역은 규범자체의 구성적 구성요소를 형성한다. 왜냐하면 규율하는 것과 규율되는 것이 한 규범 내에서 서로 다르게 될 수는 없겠기 때문이라는 것이다. 전통적인 한 규범의 구성요건(Tatbestand)과 법적 효과(Rechtsfolge) 사이의 구분과는 다르게 ‘규범규율영역’이란 표현은 법현실의 사유적인 파악을 위한 개념일 뿐만 아니라, 규범프로그램이 형성적으로 관여하여 포착한 법 현실 그 자체와 관련이 있다. 그리하여 사회적 법현실과 그것을 규율하는 규범프로그램사이에는 해체할 수 없는 상호연관이 있음이 분명하게 되었다.

사회적 법현실들 사이의 진정한 대립과 갈등들이 규범프로그램 속에 함축되는 평가들을 근거로 규범정립을 통해 충족될 수 있는 규범화의 필요성에 대한 논거가 된다.²³⁾ 즉 물리의 ‘규범(Norm)/현실성(Wirklichkeit)-도식’이란 축 혹은

22) F. Müller, a. a. O., 140면 이하.

23) 이에 덧붙여 F. Müller, *Essais Zur Theorie von Recht und Verfassung*.: Hrsg. von

‘규범프로그램(Normprogramm)/규범규율영역(Normbereich)-도식’ 위에서의 규범과 규범문언의 구분은 규범규율영역을 법규범의 대칭축 내지 경계선으로써가 아니라 그 법규범의 구성부분으로써 다루게 되는 것을 말함으로써, 법현실의 법구체화에의 투입이 가능하게 되었으며, 그리하여 이 구분의 축 위에 사회과학들의 판결 경과과정으로의 진입가능성을 볼 수가 있다. 내 생각으로는 이것으로 어떤 법적 근거로 법 현실이 법구체화 시에 감안되어야 하는가 하는 문제는 분명히 해결될 수 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 그리고 ‘규범/사건(Norm/Fall)-도식’이란 축 위에서 규범과 규범문언의 구분을 통해 법실증주의가 수사학적 외피 뒤에 언어적으로 선-주어진 의미를 은닉하려 했던 복잡한 의미화 경과과정을 충분히 볼 수가 있다. 이곳에 유형학(구분, N. Luhmann)을 통한 인문학(특히 언어학)의 법구체화 과정에의 진입을 볼 수가 있다. 이와 같은 점들은 프리드리히 물러의 법구체화 방법론에 대한 중요한 기여임을 기억할 필요가 있겠다.²⁵⁾ 결국 입법부는 법프로그램만을 만들고, 사법부가 법규범을 창설한다는 서술로서 이에 우리는 동의할 수 있겠다.

둘째 이와 관련하여 일반적으로 법에 결합이 있는 경우 법관에 의한 ‘법의 연계재형성(Rechtsfortbildung)’에 대해 언급해 보기로 하자. 종종 법률이 - 다양하고 서로 다른 이유들을 근거로 하지만 예를 들어 법규 발포 시에 현재의 문제 상황이 존재하지 않았거나 혹은 알지 못했거나 혹은 사회적 사실(기술, 경제, 사회적 구조)이 변화된 경우에 또는 법 공동사회에서 중요한 가치 추상에 새로운 정향이 요구되는 때에는 - 법관을 법규문언 없이 판결을 하도록 유기하는 경우가 있다.²⁶⁾(특히 입법부작위) 이와 같이 입법부가 사법부를 거의 완전히 외롭게 놓아둔 영역은 예를 들어 특히 노동쟁의법 분야와 건설행정법의 형량명령 분야가 있다. 이러한 경우에는 법관이 그의 법리적 작업수행을 할 수 있는 규칙이 없게 된다.

Ralph Christensen, Duncker & Humblot(Berlin), 1990, 131면 이하 참조.

24) 물러이론의 문제변증론적 요소를 비판하는 견해와의 비교는 계획열(편역), 앞의 「헌법의 해석」, 74면 이하 참조.

25) 이런 점에서 장영수 교수가 제기한 “물러가 만든 새로운 용어들로만 설명될 수 있는 그의 이론이 기존 개념에 대한 혼란을 감수할 수 있는 정도로 새로움을 담고 있는지 그리고 해석 실무 상 어느 정도의 실익을 가져 올 수 있는지에 대한 냉정한 평가가 필요하다” 문제는 어느 정도 상대화될 수 있는 것으로 보인다(장영수, 「헌법총론」, 홍문사, 2002, 151쪽과 비교하라).

26) Bernd Rütters, B., Richterrecht - rechtswidrig oder notwendig?, AöR 113, 1988, 281면 이하.

이런 경우에 법관은 어떻게 하여야 할까? 한편으로 독일 연방대법원장이었던 센들러(Sendler)에 의하면 법규가 없는 경우에도, 사법보장의무(재판거부금지)를 이행하도록 강제되어 있는 법관은 잘 잘못을 떠나 조정해야 하는 법정투쟁을 위한 근거를 판결의 근본토대로부터 도출해 내기 위해 총체적 법질서로부터 ‘가치’를 이끌어내어야 한다고 주장한다. 여기에는 일반적으로 ‘전통적’ 법리(도그마틱)는 더 이상 도움을 줄 수가 없다는 것이다.²⁷⁾ 이 경우 소위 이 고유 단계의 법관법(판례법)의 경우에는 법관은 다른 정당화가 필요하다. 판사들은 그 정당성을 그 국민들이 그러한 사태전개를 수용하는 데에서 찾을 수 있다고 한다. 그리하여 독일연방헌법재판소는 판례법이 법의 결함을 보완하는 방식으로 법규를 수정해야 하는 경우 ‘일반적 정의관’과 ‘일반적 법적 확신’과 같은 척도에 재어 보아야 한다고 한다.²⁸⁾ 그러나 다른 한편 물리는 이처럼 법규가 없는 경우에도 ‘헌법조항’들에 준거할 수 있으므로 센들러나 독일연방헌법재판소의 일반원리는 불필요하다고 한다(다행스럽게도 우리 헌법전문은 정의와 인도에 대해 규정해 놓고 있다). 그리고 기본권을 총체적 가치질서(Wertordnung)로 보면서 가치(價値)들(큰 이야기들) 상호간에 충돌이 있는 경우에는 ‘법익형량(法益衡量, Güterabwägung)’에 따라 판단해야 한다는 수차례에 걸친 독일연방헌법재판소 결정례²⁹⁾들을 물리는 의문시한다. 또한 그런 절차는 법치주의가 요청하는 (규범적) 헌법의 구체화 방식에 배치된다고 한다. 역사적으로나 현실적으로나 독일 본 기본법의 기본권은 폐쇄된 가치시스템들이나 청구권(請求權) 내지 권리의 시스템이 아니라는 것이다. 물리에 의하면 헌법의 여타의 부분들과의 긴밀한 기능적-규범적 연계는 기본권을 헌법규범 중 자체적으로 폐쇄된 (가치의) 한 그룹으로 다루는 것을 허용하지 않는다. 또한 기본권의 사안적-규범적 연계는 무엇보다 체계적(맥락적) 해석의 관점을 통해 가치시스템이란 암묵적 전제를 통하지 않고도 통찰될 수가 있다. 그리고 다시금 의문시되는 ‘헌법의 일반적 가치들의 질서’와 병존적으로 기본권이 ‘가치시스템’이란 것을 수용하는 것³⁰⁾은 모순과 잘못된 예시적 설명 그리고 독일연방헌법재판소에 의해서도 입증되지 못한, 역시

27) Horst Sendler, Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl., 1988, 836면.

28) BVerfGE 34, 290; 65, 195. 수용에 따른 법관의 법확대형성에 관한 노력에 대하여는 J. Berkemann, KritV 1988, 41, 49면.

29) 예를 들어 BVerfGE 76, 1, 41, 49.

30) BVerfGE 10, 59, 81.

현행 헌법으로도 논증불능의, 실체법적으로도 그리고 기능법적으로도 견지(堅持)가 불가능한 체계복수주의(Systempluralismus)적인 주장을 내포하게 된다고 한다.³¹⁾ 이에 덧붙여 그에 의하면 독일연방헌법재판소는 정당하게도 위와 같은 ‘가치’-확정적 판결의 경향에서가 아니라, 규범규율영역(規範規律領域, Normbereich, 규범이 규율하고자 한 사실영역) 분석에 의해 지지되는 일련의 판결에서 본 기본법의 기본권을 규범규율영역의 분석을 통한 각각의 기본권의 사리적 보장으로, 그리고 의설적(擬設的) 체계가 아닌 실질적 의미를 가지도록 설명 가능한 각각의 고유가치적인 그리고 역사적으로 각각 다르게 정초된 - 개인적, 정치적 그리고 사안적 자유보장을 위한 - ‘개별적 규범들의 공동질서의 총체’로 다루고 있다고 한다.³²⁾ 이것으로 가치이나 헌법규정이냐의 문제를 둘러싼 논쟁은 어느 정도 해결되는 것으로 보인다. 그러나 물러의 두 번째 주제인 법의 연계형성 곧 법에 결함이 있는 경우에 대한 처방에 있어서는 위의 물러의 체계적(맥락적) 해석의 관점의 경우에도 각 헌법규정들 간(공익/기본권, 기본권/기본권)의 형평의 문제가 위의 알렉시의 최적화이론 주장에서 보는 바와 같이 여전히 남아 있게 되며, 그리하여 다시금 법과 도덕의 관계가 문제 시 될 수 있는데 헌법학자들에게도 유명한 당대 독일의 저명한 법사회학자인 위르겐 하버마스에 의하면 헌법이 기존의 도덕적 내용을 헌법에 규정한 것으로 보고 있다.³³⁾

V. 니콜라스 루만의 법 효력의 재언어도식화 : 법효력의 상징성³⁴⁾

이 모든 것들을 니콜라스 루만의 체계이론을 통해 다시 천착해 보기로 하자.

31) Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961, 58면 이하; Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (Berlin/NEW YORK: Walter de Gruyter), Heft 20, 1963, 81면 이하; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., Karlsruhe, 1988, 118면 이하.

32) 이에 덧붙여 자세한 것은 F. Müller, a. a. O., 59면 이하 참조.

33) 위르겐 하버마스(저)/은준용(옮김), “인간 존엄의 착상과 인권들의 현실적인 유토피아”, 『유럽헌법연구』 제12호, 유럽헌법학회, 2012. 12, 507-530면.

34) Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993; Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft A, B.*, Frankfurt, 1997 참조.

이러한 법적 상황 하에서 루만의 (법)체계의 작동적 폐쇄성(자동창발성, Autopoiesis)이론이 현대의 이론역사에 정통한 자들에게 그리고 법이론, 과학이론, 미학, 교육학과 같은 매우 이질적 영역들에서 신뢰를 구축하도록 하고 있기 때문이다. 그의 체계이론에 의하면 자동창발(자기생산)되는 (사회)체계의 통일성이 필연적으로 (사회의) 자기서술의 통일성에 상응(합치)해야만 한다는 것을 수용해야만 하는 것을 의미하지 않는다는 것은 분명하다고 한다. 사회 전체의 돌아가는 형세(작동)를 정확히 모두 서술할 수가 없다는 것이고, 법적 사건의 경우에도 마찬가지라고 볼 수 있다. 물론 이 이론에 대해서는 보다 자세한 설명이 필요하지만, 여기서는 연구범위를 넘어서므로 생략하기로 하겠다.³⁵⁾ 이런 (법적) 형세의 관점에서 보면 법리(법이론)는 추상화를 통해 도움을 주어야만 하겠다. 그리고 그 가능성의 하나는 법리에서 (법)체계내적 이용가능성, 즉 법리의 (법)체계 내에서의 짜 맞춤의 가능성을 - 고전적인 법리와는 다르게 - 일단 제외시키는 것이 된다. 그리하여 결국 우리는 법체계에서의 법의 효력근거를 효력조건으로 추상화시키게 된다(효력근거→효력조건).³⁶⁾

그러한 때에는 이미 선재하는 것이 무엇인지를, 즉 법체계 그 자체가 바로 법 효력의 조건이라는 사실을 수용할 수가 있고, 보다 확신을 가지고 적절히 언어 도식화할 수가 있게 된다. 법체계가 없다면 어떤 법도 효력이 없다(이것은 입법부가 만든 법률이 아니라 법체계 자체가 법 효력의 조건이라는 것이다). 그리고 그는 법체계의 중심을 사법부라고 한다. 이런 경우에는 그렇다면 도대체 무엇 때문에 (법)효력에 대해 이야기되어야만 하는가 하는 문제에 다다르게 된다. 다시 말해 우리는 도대체 무엇 때문에 법체계 자체가 법 효력이란 상징을 가지고 작업해야 하는가 하는 문제를 해명해야만 한다. 이에 대한 대답은 '상징적인 것'의 특수하게 '성과에 대한 기쁨에 들떠 요란하게 자랑스러운 기분'에 있는 것이 아니다. 그것이 의미하는 바는 완전히 실용적으로 구별의 통일성(형식, Form)의 상징화가 다른 구별, 즉 효력 있는 법과 효력 없는 법의 구별을 (법)체계내로 투입할 수 있는 기회를 마련해 주게 된다고 하는 것이다.

법 효력이란 상징의 정초는 - 하나의 새로운 구별, 즉 그것들(효력과 비-효력

35) Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft B., Frankfurt, 1997, 1138면 참조.

36) Luhmann의 체계이론은 어떤 경우든 전적으로 체계의 자기서술이 상호작용맥락에 의해 변화된다는 추상을 통해 서술된다. 바로 여기서 체계복잡성의 표식을 보는 Robert Rosen, Complexity as a System Property, International Journal of General System 3, 1977, 277-232면을 보라.

의 구별)의 통일성(형식, Form)이 효력이란 용어 내에서는 더 이상 상징화될 수 없는 - 효력과 비 효력의 - 구별에로 이어지게 된다. 체계는 단지 구별들만을 - 통일성 그 자체는 아니고 - 절차화 한다. 왜냐하면 어떤 것을 관찰하고 표시하는 것이 문제가 되면 구별은 필수적인 것이기 때문이다. 그리하여 효력이란 상징은 모든 규범들의 구별에 상반되는, 또한 합법과 불법의 구별에 상반되는 추가적 구별영역들을 체계 안으로 끌어들이게 된다. 불법(Unrecht) 역시 효력 있는 불법이어야만 한다. 그리고 이것은 불법이 결코 효력 없는 법과 같은 것이 아니라는 것을 의미한다. 이런 결론 및 언어정의는 매우 중요하다!(법 효력문제와 법의 합법/불법-구별은 별개의 문제라는 것이다.) 우리에게 기호와 표시된 것 사이에 구별을 해야만 하는 기호학 역시 예를 들어 미국실용주의자 퍼스Pierce의 의미에서의 '해석자'인 어떤 '제3자'를 인정해야만 한다는 것을 인식한다면, 그리고 법률가들이 (1) 하나의 텍스트의 (2) 의미를 (3) 해석해야만 한다는 것에 익숙하다는 것을 인식한다면, 우리는 보다 덜 불쾌한 사회에 있게 될 것이다. 이것이 하나의 상징으로서의 법효력에 관한 니클라스 루만의 서술을 간략히 요약한 것이다.

VI. 결론 : 로버트 알렉시의 원리(형량)/규칙(포섭) - 구별이론과 평가

1. 알렉시 원리이론의 비판에 대한 하나의 반론

위와 같은 법리로 무장하여 알렉시의 원리이론에 대해 천착해 보자.

- (1) 우선 형량의 임의성 비판에 대하여 다음과 같은 견해가 있을 수 있겠다. 우리의 사유 자체가 바로 구별과 비교형량이 아닌가? 하는 것이다. 정의와 함께 조절적 개념으로 평가되는 '형평'은 바로 부분원칙으로 구별·비례·비교를 요구한다(우리 민사소송법 제202조 참조). 그리고 계량적 비교가 불가능한 경우에 있어서 계량적 비교에서 서수적(우선순위적, 서열적) 비교로 변환을 고려해야 한다. 우리 헌법상 헌법재판소가 전가의 보도로 사용하는 비례원칙이 바로 서수적 형량을 사용하지 않는다면 공익과 사익(기본권) 혹은 기본권과 기본권 사이의 상당성 여부에 대해 결정할 수 없게 될 것이다.

형평과 그것을 위한 형량을 법제도화 하기는 매우 어려운 것이 사실이다. (호세 욘파르트³⁷⁾) 그러나 독일의 판례들에서 인정되어 현재 입법화되어 있는 독일의 건설계획법의 ‘형량명령’이 보여 주고 있고, 이런 형량명량을 법치국가의 원리에서 도출하여 법제도 전반에 확장할 것을 주장하는 견해도 있다.³⁸⁾ 사실 정의 나아가 형평을 구현하기 위해 필수적인 형량의 임의성에 대한 의문을 어느 정도 해소시키기 위해 현행 법제도가 권력분립 그 자체(입법부의 헌법재판에 의한 외부 통제, 행정부의 행정소송에 의한 사법부의 통제)와 법원조직의 자체통제를 위한 합의부, 삼심제, 재심, 국민참여재판, 나아가 헌법재판(소수자 보호)을 규정하고 있는 것은 아닐는지? 계량화가 불가능한 경우에 서수적(서열적) 비교 외에 다른 대안이 있겠는가? 비교가 불가능하다면 우리 헌법재판소의 비례원칙은 어떻게 될 것인지? 칼-하인즈 라도이어³⁹⁾는 다음과 같이 언급한다. “포섭(Subsumtion)의 법 내적 논리는 결정(판결)절차에서 형량(Abwägung)들을 통해 양보되거나, 조정되는 보다 많은 역사적 관점들을 가지는 작동에 항상 보다 강력히 굴복한다. ...사회적 법은 수많은 상이한 지위관계들을 인정하고 창출했다. 약한 법 주체들이 그들의 권리를 행사할 수 있게 해주는 범주들을 설계했다. 그것을 통해 법체계는 하나의 새로운 변종을 얻게 된다. 법률관계의 파편화는 형량(Abwägung)들을 통해 개별 부분체제의 유연한 형식들의 상용성(相容性)을 요청한다. 그리고 일반적 법률과 배분된 사회적 경험의 조절에 대한 새로운 형식의 사회적 규범들 및 기술적 지식규칙의 생산과 안정화의 길을 열어놓았다.”

- (2) 알렉시의 원리이론에서 헌법원칙들의 고려가 어쩌서 실정법적 한계를 넘어서는지에 대한 명확한 대답을 아직 찾을 수 없다.
- (3) 법적 안정성의 한계(위의 역동적 법의 안정성)와 사실인정의 자유심증주의(정의·형평에 따른 경험칙과 논리)는 법체계 전체의 실상에 대해 다시 생

37) 호세 욘파르트(지음)/정중휴(역), 『법철학의 길잡이』, 경세원, 2011 참조.

38) 강현호, “계획적 형성의 자유의 통제수단으로서 형량명령”, 『토지공법연구』 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8, 203면 이하. 특히 형량명령을 법치국가의 원리로서 파악하고 있는 김혜룡, “법치국가의 원리로서의 형량명령”, 『외법논집』 제34권 제1호, 한국의국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2010. 2, 219면 이하.

39) Karl-Heinz Ladeur(지음)/은승표·은준용(역), 앞의 “테리다와 루만의 경우의 법과 정의 - Luhmann의 체계이론에 대한 하나의 비판”, 440-510면.

각하게 한다. 결국 사법부가 해결해야 할 문제가 아닐지? 그러므로 위에 언급한 사법부의 자체통제를 넘어서 독일에서 채택되고 있는 재판소원제도의 도입이 요청되고, 학문(특히 법학)에 의한 감시강화(법학자들의 판례평석화대, 판례에의 학자논문인용명시)가 독일에서 논의되고 있고 실제로 어느 정도 이루어지고 있다.

(4) 사법국가화 비판에 대해서는 다음과 같은 이유로 사법부의 법체계 중심성(중앙관청성)을 인정해야만 하는 것 아닌가 하고 생각한다.

- 입법부가 제정한 법률의 프로그램(계획)성 즉 규범/규범프로그램-구별(앞의 프리드리히 물러), 법 효력의 상징성·변위성·인칭대명사성·실존주의의 존재연표성(형식계산)(앞의 니클라스 루만), 다시 말해 법 문언은 하나의 의미만을 가지는 것이 아니고 복수의 의미를 가질 수 있으며, 그리하여 바로 (최종적으로 사법부의) 해석을 필요로 한다.
- 법률이 없는 경우에 - 법률이 있는지 없는지에 대해서도 법원이 결정하는 것이지만 - 법원의 재판거부금지원칙(특히 입법부작위의 경우)에 대해 생각하면 결국 사법부가 법규범을 창설해야만 하는 것이 아닌가?
- 특히 민사법원이 판결의 준거로 사용하는 계약의 법규적 성질이 존재한다. 계약이 법규적 성질이 없다면 계약불이행책임과 같은 것을 계약에 근거하여 왜 법관이 판결해야 하는가? 그리고 법규가 계약보다 더 많을까? 결국 법규정이 법적 판결의 모든 근거가 되는 것이 아니지 않는가? 그리고 결국 법원이 계약자유원칙에 따르는 계약을 근거로 법적 책임을 확정해야 하지 않겠는가? 민법의 일반규정인 제103조와 제104조는 다음과 같이 규정하고 있다. 민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다. 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다. 이러한 민법의 일반규정의 해석을 헌법에 맞추어 해석해야 하겠으나, 헌법이 너무 일반적 추상적이라면 결국 도덕(사회적 규범, 공정)에 따라 판단할 수밖에 없지 않겠느냐는 것이다.
- “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법 제103조)”에서 헌법과 법률은 일반적·추상적이어서 그 자체적으로 논리학상 일반화의 오류를 내포할 가능성이 높다.

- (5) 입법주의는 결과적으로 입법부 입법형성권의 무제한의 재량을 인정하게 될 수 있는 것으로, 헌법상의 ‘헌법 개정의 엄격성’을 무의미하게 만들 수 있다.
- (6) 각 (사회적) 체계들의 독립성을 인정하면서도, 사회의 전체성(도덕)을 우리는 부인할 수는 없는 것이 아닌가(결국 도덕적인 개입, 칼-하인즈 라도이어⁴⁰)?.
- (7) 알렉시의 기본권 관련 최대화·최소화원칙과 아울러 ‘최적화원칙’은 입법자의 재량을 어느 정도 제한하는 것을 부인할 수가 없으나, 사법부의 권한도 역시 한계 지워서 입법부와 사법부에 대해 어느 정도 헌법의 규범성을 보장해 준다. 그렇지 않다면 헌법재판소가 존재하는 이유인 헌법의 규범성은 어떻게 발견할 수 있겠는가? 위르겐 하버마스가 알렉시의 ‘최적화이론’을 반대하는 이유는 그의 ‘소통적 행위의 (합의)이론’이 아니라 법체계의 중심 기관으로 인정되는 사법부에의 권한부여란 니클라스 루만의 체계이론적 요소를 가지고 있기 때문일 것이다.
- (8) 형량은 법학에서 일반적으로 사용하는 법의 구체화(해석)도구라는 점이다. 예를 들어 민사법의 비례원칙(민법 제104조)과 특히 손익상계, 형사법의 비례원칙⁴¹과 특히 작량감경, 행정법의 비례원칙과 특히 건축계획법상 ‘형량 명령’, 무엇보다도 헌법상 비례원칙과 그에 따르는 (법익)형량을 들 수 있다. 사실 비례원칙은 정의의 조절적·절차적 원칙으로서 형평원칙(우리 민사소송법 제202조)의 하나의 분칙으로 우리 헌법상으로는 법치주의원리, 헌법 제37조 제2항 및 (평등권이 아니라) 일반적 평등원칙(헌법 제11조 제1항 제1문)으로부터 도출되는 것임은 주지의 사실이다.

결국 박진완교수에 의하면 “제한되거나 한계를 정할 수 있는 권리 즉 외부적으로 제한될 수 있는 권리는 항상 원리에 의해 보장된다. 외부적으로 제한되거나 축소될 수 없는 권리 즉 내부적으로 한계가 설정될 수 있는 권리는 항상 규칙에 의해 보장된다”고 한다.⁴² 이 견해에 일단 대체로 동의할 수 있겠다. 이것은 결과적으로 법에의 도덕의 투입을 용인하는 결과를 가지게 되는데, 법학의 폐쇄성에 대한 비판이 되는 것이고 결국 도덕 등을 연구하는 철학, 사회학 등과의 학제적 연구가 반드시 필요하다는 것을 의미한다. 여하튼 알렉시의 원리

40) 위의 논문, 439-510면.

41) 강우예, “비례원칙에 대한 비판적 분석 - 미국의 논의를 중심으로”, 『형사정책연구』 제77권, 한국형사정책연구원, 2009, 393-416면.

42) 박진완, 앞의 “규칙과 원리로서의 기본권”, 297면.

이론이 헌법규정들 사이의(특히 앞의 물러의 ‘체계적 해석’ 시에) 최적화 도도를 통하여 입법자뿐만 아니라 사법부도 역시 권한을 제약하여 헌법(정치적 법)의 규범성을 어느 정도 확보해 보려고 시도한 점은 높이 평가된다. 다만 규칙 역시 확정적이지 않은 불확정적이고 잠정적인 경우가 있을 수 있으며, 결과적으로 형량이 역시 필요한 경우가 있게 된다는 점과, 그리하여 규칙/원리-구별의 확정성/잠정성 구분은 상대적인 정도의 차이일 뿐이라는 점만은 분명히 언급해 두기로 하자.⁴³⁾ 결국 법의 해석·구체화에는 법도그마틱을 통한 포섭과 그리고 형량이 분명 정도의 차이는 있을 수 있겠으나, 둘 다 모두(어쩌면 항상) 필요한 법적(입법, 행정, 사법) 작업의 수단들이란 것이 나의 생각이다. 그리고 포섭과 형량 나아가 정의와 형평은 법철학, 법사회학 나아가 철학, 사회학과의 학제적 공동연구를 필요로 한다.⁴⁴⁾ 마지막으로 입법자가 제정한 법 문언과 함께 법을 같이 구성하는 도덕을 포함하는 규범규율영역(물러)을 같이 고려하는 법체계 그 자체가 바로 법 효력의 조건이라는 사실을 수용할 수가 있고, 보다 확신을 가지고 적절히 언어 도식화할 수가 있다. 결국 법체계의 중심은 어디 까지나 입법부가 아니고 사법부 조직이라는 결론이 가능하겠다. 이와 함께 이행봉⁴⁵⁾은 위르겐 하버마스를 따라 기존의 자유주의적 법패러다임과 (공공)복리주의적(예: 경제성장) 법패러다임을 넘어서는 하버마스의 절차주의적 패

43) 이 점에 대하여는 알렉시가 인간존엄에 대해 설명하면서 ‘규칙으로서 인간존엄’과 ‘원칙으로서 인간존엄을 구별’하고 있는데 대해 인간존엄은 비교형량의 대상이 되지 않는다고 비판이 되고 있다. 이부하, “인간의 존엄 개념에 관한 헌법이론적 고찰 - 독일헌법학이론을 분석하며”, 『성균관법학』 제26권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2014. 6, 1-22면. 그러나 인간존엄이 “최고의 가치이자 기본권보장을 목적으로 하는 국가의 존재 이유인 절대적 기본권”이라고 하지만, 인간존엄이 최고규범이라는 것은 의문이 없었으나 절대적이라는 것이 무엇을 의미하는지가 그렇게 분명한 것은 아니고, 법의 최고 이념인 정의 개념조차도 그때그때 다를 수 있는 다원주의적인 것이며(임의영, “사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: M. Walzer의 ‘다원주의적 정의론’을 중심으로”, 『행정논집』 제43권 제2호, 서울대학교 한국행정연구소, 2009 여름, 1-18면), 따라서 인간존엄도 그때그때 장소에 따라 달라질 수 있는 다원주의적인 것이라는 점만을 언급해 두기로 하자. 사형제도에 관한 우리나라에서의 헌법재판 및 논쟁들과 유엔의 2015년 한국에 대한 사형제폐지권고에 대해 생각해 보세요. 오히려 헌법의 엄격한 최고 규범성을 위해 ‘최적화 원칙’이 필요했던 것은 아닐까?

44) 임의영, 앞의 “사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: M. Walzer의 ‘다원주의적 정의론’을 중심으로”, 1-18면; 박균성, “획일규제에서 형평규제로의 변화모색”, 『공법연구』 제43집 제4호, 한국공법학회, 2015. 6, 135-160면. 그곳에는 형평규제로 인한 권한의 자의적 행사, 부패의 확대 등 부작용을 해소하기 위하여 - 아직 충분한 것으로는 보이지 않지만 - 형평규제의 여건 조성을 위한 다양한 방법이 모색되어 있다.

45) 이행봉, 앞의 “하버마스의 법철학 : 절차주의적 패러다임을 중심으로”, 241-272면.

러다임의 조건과 가능성을 탐색하고 있다. 그에 의하면 하버마스는 근대법의 이원성을 그의 법관련 주저서인 ‘사실성과 효력성(Faktizität und Geltung)’을 통하여 사실성과 - 특히 법의 실효성에 대해 주목한다면 - 법이 효력성을 가지기 위해 필수적인 정당성 간의 곧 법사회학과 법철학 간의 긴장관계로 파악하고 문제의 해결을 위하여, 실증주의적 경험적 방식을 상쇄할 규범적 차원의 복원은 정당성 문제에 대한 새로운 관심에서 찾아야 하는 데, 특히 국가정책의 단순한 소비자로 전락한 국민의 주권을 회복하여 민주주의를 제고하기 위해서 입법과정의 민주적 절차(절차주의)가 필수적이라고 주장한다. 이러한 입법과정의 민주화가 확실히 입법부가 제정하는 법률들(법 프로그램들=법 문언)의 민주성을 분명 제고해 주고 또한 그렇게 되어야만 하겠지만, 그렇다고 법률의 최종적인 해석과 판결권한을 가지는 사법부의 법체계 중심성에 어떤 변화를 가져오는 것은 아니겠다(루만의 체계이론과 하버마스의 소통적 행위이론의 융·복합). 다만 사법부의 자체통제를 넘어 입법과정의 민주적 절차화는 앞에 언급된 알렉시의 ‘최적화이론’, (이미 언급된) 학문 특히 법학의 추가적 사법부 감시(제도) 제고, 재판소원제도가 알렉시 비판자들이 두려워하는 민주적 정당성이 축소된 사법부의 전횡을 분명 상당한 정도 축소시킬 수는 있을 것이다.

투고일 : 2015.11.3. / 심사완료일 : 2015.11.23. / 게재확정일 : 2015.12.20

[참고문헌]

- 강우예, “비례원칙에 대한 비판적 분석 - 미국의 논의를 중심으로”, 『형사정책연구』 제77권, 한국형사정책연구원, 2009.
- 강현호, “계획적 형성의 자유의 통제수단으로서 형량명령”, 『토지공법연구』 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8.
- 계희열(편역), 『헌법의 해석』, 고려대학교출판부, 1993.
- 김대웅, “판례변경과 형벌불소급의 원칙(대법원 1999. 7.15 선고 95도2870 전원합의체 판결)”, 『헌법판례해설 I』, 대법원 헌법연구회, 2010. 8.
- 김주환, “일반적 평등원칙의 심사모형”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2013.
- 김해룡, “법치국가의 원리로서의 형량명령”, 『외법논집』 제34권 제1호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2010. 2.
- 박균성, “획일규제에서 형평규제로의 변화모색”, 『공법연구』 제43집 제4호, 한국공법학회, 2015. 6.
- 박진완, “규칙과 원리로서의 기본권”, 『공법연구』 제34집 제1호, 한국공법학회, 2005. 11.
- 칼-하인즈 라도이어 (저)/은승표 · 은준용 (옮김), “데리다와 루만의 경우의 법과정의 - Luhmann 체계이론의 토대에 대한 하나의 비판”, 『유럽헌법연구』 제14호, 유럽헌법학회, 2013. 12.
- 위르겐 하버마스 (저)/은준용 (옮김), “인간 존엄의 착상과 인권들의 현실적인 유토 피아”, 『유럽헌법연구』 제12호, 유럽헌법학회, 2012. 12.
- 이계일, “볼킨(J. Balkin)의 ‘살아있는 원본주의’ - 헌법을 예로 살펴 본 법의 안정성과 역동성”, 『법철학연구』 제15권 제1호, 세창출판사, 2012.
- 이규진, “마약사범 중형가중에 비추어 본 법정형에 대한 입법 형성권의 한계(헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌바24 결정)”, 『헌법판례해설 I』, 대법원 헌법연구회. 2010. 8.
- 이부하, “원칙이론과 헌법재판적 형량”, 『법학논고』 제46호, 경북대학교 법학연구원, 2014. 5.
- _____, “인간의 존엄 개념에 관한 헌법이론적 고찰 - 독일헌법학이론을 분석하며”, 『성균관법학』 제26권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2014. 6.
- 이상돈, 『인권법』, 세창출판사 2005.
- 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 『공법연구』 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009. 6.

- 이행봉, “하버마스의 법철학 : 절차주의적 패러다임을 중심으로”, 『사회과학연구』 제22권 제1호, 경상대학교 사회과학연구소, 2006.
- 임의영, “사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: M. Walzer의 ‘다원주의적 정의론’을 중심으로”, 『행정논집』 제43권 제2호, 서울대학교 한국행정학회보, 2009 여름.
- 장영수, 『헌법총론』, 홍문사 2002.
- 정성훈, “법의 침식과 현대성의 위기 - 루만의 체계이론을 통한 진단”, 『법철학연구』 제12권 제2호, 한국법철학학회, 2009.
- _____, “사회의 분화된 합리성과 개인의 유일무이한 비합리성”, 『사회와 철학』 제25집, 사회와 철학연구회, 2013. 4.

Berkemann, J., KritV 1988.

Ehmke, H., Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe, 1961.

Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (Berlin/NEW york: Walter de Gruyter), Heft 20, 1963.

Günther K., Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 20, 1989.

Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Karlsruhe, 1988.

Jakobson, R., Verschieber, Verbkategorien und das russische Verb, in : ders., Form und Sinn, Sprachwissenschaftliche Betrachtungen, München 1974.

Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., springer-verlag, 1991.

Luhmann, N., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt, 1993.

_____, N., Die Gesellschaft der Gesellschaft A, B., Frankfurt, 1997.

Müller, F., Juristische Methodik, 4. Aufl., Duncker & Humblot, 1990.

F. Müller, Essais Zur Theorie von Recht und Verfassung.: Hrsg. von Ralph Christensen, Duncker & Humblot(Berlin), 1990.

Rosen, R., Complexity as a System Property, International Journal of General System, 1977.

Rüthers, B., Richterrecht - rechtswidrig oder notwendig?, AöR 113, 1988.

Sendler, H., Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl., 1988.

Spencer Brown, G., *Laws of Form*, New York, 1979.

Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., C.H.Beck, 1990.

[국문초록]

R. 알렉시의 원칙과 규칙 구별 이론에 대한 하나의 단상

은 승 표*

로버트 알렉시의 원리이론이 연구대상이다. 제한되거나 한계를 정할 수 있는 권리 즉 외부적으로 제한될 수 있는 권리는 항상 원리에 의해 보장된다. 외부적으로 제한되거나 축소될 수 없는 권리 즉 내부적으로 한계가 설정될 수 있는 권리는 항상 규칙에 의해 보장된다. 이것은 법에의 도덕의 투입을 용인하는 결과를 가지게 되는데, 법학의 폐쇄성에 대한 비판이 되는 것이고 결국 도덕 등을 연구하는 철학, 사회학 등과의 학제적 연구가 반드시 필요하다는 것을 의미한다. 여하튼 알렉시의 원리이론이 입법자뿐만 아니라 사법부도 역시 권한을 제약하여 헌법(정치적 법)의 규범성을 어느 정도 확보해 보려고 시도한 점은 높이 평가된다. 그러나 규칙 역시 확정적이지 않은 잠정적인 경우가 있을 수 있으며, 결과적으로 형량이 역시 필요한 경우가 있게 된다는 점과, 그리하여 규칙/원리-구별의 확정성/잠정성 구분은 상대적인 정도의 차이일 뿐이라는 점만은 언급해 두기로 하자. 결국 법의 해석·구체화에는 법도그마틱을 통한 포섭과 그리고 형량이 정도의 차이는 있을 수 있겠으나, 둘 다 모두 (어쩌면 항상) 필요한 법적(입법, 행정, 사법) 작업의 수단들이란 것이 나의 생각이다. 그리고 포섭과 형량 그리고 정의와 형평은 법철학, 법사회학 나아가 철학, 사회학과의 학제적 연구를 필요로 한다. 마지막으로 법 효력의 근거는 법체계 자체일 수밖에 없으며, 그 법체계의 중심은 사법부 조직이라는 결론이 가능하다.

주제어 : 역설, 원칙이론, 최적화 명령, 형식적 원칙, 인식적 불확실성

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

[Abstract]

Basic human rights as Rule and Principle

Eun, Soong-Pyo*

This article focuses on an analysis of the Principle theory R. Alexy's. Principle theory comes under criticism under the reason of following grounds. The balancing power of the Constitutional court is widely criticized for its arbitrary character, because it takes no account of argumentation, which is distinguished from motivation.

This paper responds to this criticism with F. Müller's and N. Luhmann's legal theory. To understand the location of F. Müller's and N. Luhmann's legal theory well, I contemplate the process of unfolding law's paradox. This process includes legal/illegal codification, conditional programming, valid/invalid, etc. However, the process of unfolding paradox never eliminate the paradox of law.

This paper reveals the meaning of separation of powers mainly from language perspective and seeks to reformulate the principle considering today's reality.

Key words : Paradox, Principle Theory, Optimization commands, Formal principle, epidemic uncertainty

* Professor, Law School, Yeungnam University

