

韓國法에 있어서의 法化問題*

徐 元 宇**

I. 序 論

韓國의 法은 一大 轉換期를 맞고 있다. 아마도 우리나라처럼 빈번한 法的 變動이 일어나는 나라는 世界 어디에서도 찾기 어려울 것이다. 특히 지난 10餘年 以來 進行되어 온 民主化過程과 文民政府의 改革에 따른 立法領域에서의 變化와 憲法裁判所와 法院에 의한 判例의 變化, 學說의 發展은 韓國法에 엄청난 變化를 招來하였다. 成文法令만 近 4000여 개를 헤아리며, 그것도 하루가 멀다 하고 새로운 法令이 만들어지고 바뀌고 있다. 韓國法이 이처럼 극심한 變化를 겪고 있다는 것은 그만큼 韓國社會가 急變해 왔다는 것을 의미한다.

解放 以後 韓國社會가 겪었던 變化와 衝擊은 그 內容이나 急激함에 있어 별로 그 類例를 찾기 힘든 것이었다. 그 동안 韓國社會가 體驗한 特殊한 現實이 法을 통해 表出되면서 이제 韓國法의 獨自의인 모습이 形成되어 가고 있고, 특히 民主化가 進展됨에 따라 韓國 特有의 法體系와 法秩序가 서서히 定着되고 있다. 그러나 반면에 있어 韓國法은 韓國社會의 要求를 제대로 受容하는 데 失敗한 경우도 적지 않았고, 또한 그 實效성이 疑問視되는 部分이 相當部分 남아 있는 것도 事實이다. 이런 가운데서도 韓國法은 점점 더 法으로서의 位相과 規範力을 擴大해 나가고 있으며, 加一層 韓國法 特有의 面貌를 갖추게 된다는 것을 否定할 수 없다.

그러나 이처럼 獨特한 모습을 形成하면서 變化해 가고 있는 韓國法의 實相을 全體的, 綜合的으로 파악하려는 努力을 크게 찾아보기 어려우며, 또한 그 全體像을 파악할 수 있도록 해 주는 資料도 마땅하지 않은 것이 오늘의 現實이다. 이 글은 이상과 같은 韓國法의 現實을 앞에 놓고, 그것이 現在 그리고 將來에 있어 當面하게 될 問題狀況을 80年代 이후 독일을 비롯한 歐美諸國에서 論議되어 온 바 있는 이른바 「法化」論과의 관련에서 理論的으로 吟味해 봄으로써 종래 우리나라에서 별로 크게 學問的인 關心對象이 되지 못했던 것처럼 느껴지는 法化問題에 대한 關心을 喚起시켜 보려는 데 그 目的이 있다.

* 本稿는 1996. 2. 27. 韓日比較法文化硏究會에서 발표한 論文이다.

** 서울대학교 법과대학 교수

II. 福祉國家에 있어서의 法的 딜레마

1. 政治學의 領域에서는 現代에 있어서의 이른바 福祉國家에 대한 危機論으로서 財政 危機, 管理 내지 操作의 危機, 正統性的 危機 등이 문제되는가 하면, 意識次元의 問題로서는 新個人主義라든가 相互行爲欲求같은 것이 논의되고 있거니와, 이러한 福祉國家에 대한 全面的 批判 내지는 轉換期에 있는 福祉國家論 등의 事態는 法律學에 있어서도 無關한 것이 아니다. 오늘날 福祉國家는 여러 社會的 領域에 있어서 이른바 「管理型法」이라든가 「資源配分規範」이라 불리는 一定한 政策目標實現을 위한 技術的 法律을 介入시킴으로써 그들 領域을 規制하고 있다. 그런데 轉換期的 福祉國家에 있어서는 福祉國家 자체에 대한 是非보다는 오히려 이러한 政策實現의 道具로서의 法律의 冷嚴한 現實이 클로즈업되고 있다. 사실 現代國家에 있어서 法律의 量的 增大 자체는 不可逆의 過程인 것인 이상, 그에 대한 解決可能한 問題定立은 法律의 量的 增大에 대한 것이라기보다는 그러한 法律을 통한 介入의 樣態에 대한 것일지도 모른다. 이러한 의미에서 J. Habermas가 「法的 濃密化 (Verdichtung)」와 「法的 擴張 (Ausdehnung)」을 구별하고 있는 問題意識은 일응 妥當하다고 할 것이다. 다시 말하자면, 이미 formal한 法的 規制를 받고 있는 領域에서의 法的 關係의 密度를 보다 진하게 함으로써 法的 構成要件을 보다 엄격하게 分割하는 前者의 경우와 informal하게 規制되어 왔던 行爲領域(生活世界)에 새로이 法規規制가 介入하는 後者の 경우와는 그 意味關聯이 다르기 때문이다. 이상과 같은 問題意識에 입각하여 福祉國家에 있어서의 問題狀況을 특히 法的 規制의 介入이라는 視角으로부터 검토하고 그에 대한 解決의 方向을 모색한다는 것은 그 자체 現代의 法律學에 있어서의 중요한 課題라 할 수 있다. 다만, 후술하는 바와 같이 여기서 다루고자 하는 法化에 관한 문제를 이와 같이 단순한 福祉國家 내지 社會國家에 있어서의 法的 規制介入이라는 次元에서만 다루는 것이 적절한가에 대해서는 우리나라와 같은 特殊한 法狀況에 있어서는 보다 깊이 吟味해 보아야 할 문제라 할 것이다.

2. 歐美諸國의 경우, 市民革命의 遂行과 市民社會의 形成을 통해 權利觀念이 확립되어 그것이 오히려 現代法에 대하여 번거로움을 惹起시키기 때문에 「權利로부터의 解放」 혹은 傳統的 權利觀念의 轉換을 위해 여러 가지 새로운 試圖가 모색되고 있는데 반하여, 우리나라의 경우, 戰前에 있어서는 물론, 戰後에 있어서조차 市民法上的 權利觀念은 本質的인 면에 있어서 未定着인 채로의 狀態에 있다. 그리고 憲法의 人權論의 確立을 바탕으로 하여, 그 實定法에 있어서의 反映으로서 各法의 領域에 있어서의 個別的 權利의 確立을 國民의 立場에서 서서 理論적으로 展開한다는 것이 오늘의 民主主義法學의 하나의 중요한 課題임을 否認할 수 없다. 그리하여 이러한 理解에서는 歐美諸國에서의 「權利로부터의 解

放」 혹은 傳統的 權利觀念의 轉換의 試圖가 당연히 否定的으로 評價되어야 할지도 모른다. 現代資本主義는 70年代에 있어서의 經濟危機에 직면하여 危機의 克服, 管理를 課題로 하게 되었으나 歐美에서는 이미 確立되고 定着되어 있는 權利가 이러한 課題遂行에 오히려 번거로움을 주기 때문에 그 相對化가 꾀하여진다고 하는 脈絡에서 權利觀念의 轉換이 志向된다고 할 수 있다. 실제로 新自由主義論者들을 중심으로 하는 規制緩和의 主張은 이러한 脈絡에서의 反權利論이라 할 수 있다. 우리나라의 경우, 애당초 權利觀念의 定着도가 낮기 때문에 그 만큼 危機克服의 課題遂行은 容易하며, 官僚制的·權力的 支配로부터의 國民의 權利保護를 위하여 民主主義法學의 課題는 端的으로 말하여 權利化, 法化의 推進이라고도 말할 수 있는 것이다.

그러나 이 글에서 논하고자 하는 法化論은 일응 위에서의 것과는 별도의 脈絡에서 문제되어지는 反權利論=反法化論에 관한 것이며, 그것은 現代의 福祉國家가 惹起시킨 歷史의 成果를 正當하게 評價한다고 하는 觀點에서의 「權利로부터의 解放」論, 「法の 限界」論에 관한 것이며, 權利化, 法化를 통하여 福祉國家化 그 自體가 가져오게 되는 病理의 告發이며, 그에 대한 對策에 관한 것임을 밝혀 두기로 한다.

3. 종래 우리나라에서는 반드시 충분히 意識되어 오지 못한 이상과 같은 의미에서의 法化論이 제기하는 問題에 대하여 注意를 환기시키고자 하는 데 이 글의 目的이 있거니와, 사실, 「權利로부터 逃避할 것인가, 그렇지 않으면 權利에 매달려야 할 것인가」라는 問題 自體는 생각하기에 따라서는 극히 單純한 圖式的 二分論일 수도 있다. 그러나 法現象이 오늘날처럼 날로 複雜하게 되면 될수록, 가장 單純한 것 같으면서도 가장 重要한 것을 看過하기 쉬울 수가 있는 것이다.

우리나라와 같은 狀況을 앞에 놓고, 「權利에 매달린다」는 것의 딜레마를 논한다는 것은 우리의 現實을 外面한 外國偏向의 無責任한 論議라 批判받을 수도 있을 것이다. 그러나 첫째로는, 다 같은 人間의 自由의 實現을 지향하는 法律學이 한편으로는 權利化, 法化를 課題로 하는가 하면, 다른 한편으로는 權利化, 法化의 矛盾의 克服을 문제삼는다고 하는 課題意識의 相違 自體가 彼此의 法現象이 法觀念의 相違를 反映하는 것이 아닌가 생각된다. 또한 둘째로는, 이러한 問題가 독일이나 美國 등 歐美諸國에서 주로 논해지고 있다고 하는 사실은 우리나라가 그러한 歐美諸國과 비슷한 정도로 福祉國家화된 段階에서나 논해야 할 將來의 課題로서 뒤로 미루어 버릴 성질의 것은 결코 아니라 할 것이며, 權利化, 法化라고 하는 福祉國家化의 手段에 대하여 社會關係를 權利關係, 法的 關係로 編成한다고 하는 것의 意味를 진솔하게 吟味한다는 것은 매우 重要한 基本的인 論點을 提供하는 것이라 할 수 있다. 그리고 셋째로, 이러한 法化에 관한 諸問題가 우리가 지향하는 法的 正義의 實現에 어떻게 연관되며, 또한 연관되어져야 할 것인가에 관한 問題 등은 우리가 놓여

있는 特殊한 狀況에 있어서도 留意하여야 할 普遍性을 지니는 論議가 될 수 있는 것이 아닌가 생각된다. 오히려 逆說의으로는 우리나라의 特殊한 狀況 때문에 「權利에 매달려야 한다」는 것이 強力하게 要請되고 있으면 있을수록, 이러한 法狀況 自體가 內包하고 있는 矛盾에 대하여 한결 깊은 反省이 必要한 것이 아닌가 생각되기도 한다.

III. 法化的 概念과 研究關心

1. 私的 生産過程에 內在하는 自己否定的 傾向=資本主義의 內部矛盾의 激化와 더불어 後期資本主義國家는 法에 의한 社會規制를 不可避한 것으로 하고 있으며, 福祉國家(社會國家)의 性格을 띠게 된다. 이 경우, 法이라 함은 社會成員의 自律을 前提로 하며 法的 安定性을 保障하는 形式性이 아니라, 福祉國家·社會國家의 政治的 介入要請을 위한 道具로서 社會成員의 行動을 規制하는 實質法이라 할 수 있다. 70年代 以來 당시의 西獨을 중심으로 「法化(Verrechtlichung)」라고 하는 用語가 빈번하게 쓰이게 되었으나, 그 경우 法化라 함은 介入的 社會國家가 이러한 實質法을 사용하여 社會를 規制하는 것이라 일응 이해되고 있다. 그리고 法化는 이상과 같은 現象을 말하는 概念인 동시에 그것에 대한 否定的 評價를 포함하고 있었다. 70년대에 있어서의 政治學의 主要테마의 하나가 社會國家의 配分要求와 民主的 參加要求의 「過剩한 擴大」와, 國家의 統制能力의 低下를 云謂하는 「統治不能」이었다고 할 경우, 이에 대응하는 法律學의 테마가 다름 아닌 「法化」論이었다. 그것은 60年代 後半에 시작하여 80年代 初에 막을 내린 SPD政權 下에서 전개된, 社會國家에 의한 規制法을 통한 社會介入·規制에의 다양한 觀點으로부터의 批判이었다.

2. 現代國家는 이제 一般的 生産條件의 確保라고 하는 經濟시스템에의 消極的 關與를 넘어서서 그 再生産過程에 직접 介入하며 市場의 失敗解決을 스스로 떠맡게 되었다. 이 경우, 國家에 의한 規制는 法을 手段으로 하여 행해지는 경우가 많거니와, 그 理由는 그 밖의 規制에 의하는 것보다 效果의이라는 것 외에, 法은 첫째로 現代福祉國家에서는 代替可能하며, 任意로 投入되는 政治的 範疇에 속하는 것이며, 둘째로 開放된 節次에 의하여 特殊利益의 벽을 깨뜨리고 政治的 過程을 통해서는 收斂하기 어려운 「擴散利益」參入의 機會를 주며, 셋째로 市民的 法治國家의 時代로부터 끊임없이 이어져 내려온 憲法國家上的 正當化要求에 相應할 수 있는 것이기 때문이다. 그리하여 規制가 法的 形態를 취하게 됨에 따라 그 事態는 우선 經濟團體·保守政黨에 의하여 個人의 行動領域에 대한 制限으로서 政治的 論議의 對象이 되고, 그것이 더욱 擴散되어 廣範한 論難을 불러일으키게 되었고, 學問領域에 있어서도 예컨대 「生活世界의 植民地化」, 「官僚主義的·法的 干涉」, 「法律의 氾濫·洪水」, 「法律完全主義」, 「法律道具主義」 등과 같은 標語 아래 사방으로부터 「法化」

現象에 대한 批判이 야기됨에 이르렀다.

이러한 論議는 法化現象의 다양한 측면에 미치며 그 내용도 多岐하지만, 「法化」를 단순히 政策決定次元의 개념으로 認識하고 그것에 대하여 단순한 政策的 提言으로서의 「非法化」를 代置시켜 「法化」現象의 驅逐을 주장할 것인가, 그렇지 않으면, 그것을 不可逆의 歷史的 發展過程으로서 받아들인 다음, 그것이 야기하는 非機能的 諸結果에 대하여 심도 있게 고찰해야 할 것인가가 하나의 爭點을 이루고 있거니와, 우리에게 있어 보다 깊은 關心의 對象이 되는 것은 두 말할 나위도 없이 後者의 立場이라 할 수 있다.

3. 「法化」를 法의 단순한 量的 擴大로서만 파악할 것 같으면, 이제까지의 歷史 가운데서 그와 동일한 現象을 얼마든지 발견할 수가 있다. 이에 대하여 J. Habermas는 「法化」를 餘他的 歷史段階와의 比較를 용납하지 아니하는 特殊한 性格을 가지는 것으로 이해한다. 즉, 그는 네 가지 「法化」推進力-市民國家·法治國家·民主的 法治國家·社會的·民主的 法治國家-을 區別하고, 現代의 「法化」를 社會的 民主的 法治國家 아래에서의 特殊形態로 규정한다. 餘他的 세 가지 法化가 自由를 實現하는 機能을 가지는 것인 데 대하여 이 第4段階의 法化는 自由實現機能과 함께 社會國家의 實現=「法形式에 의한 社會介入」에 의한 「生活世界」에서의 人間關係의 「物化」=自由剝奪까지도 歸結하는, Ambivalent한 性格을 가진다고 함으로써, 法化가 가지는 社會國家의 規定을 중시하고 있다.

4. 한편, 現代社會에서의 法化에 대한 把握方式에 관해 G. Teubner는 다음과 같은 네 가지를 들고 있다.⁽¹⁾ 첫째는 法規範이 危機的인 狀況으로까지 增大하여 複雜化하는 것(規範의 氾濫說)이며, 둘째는 法的 節次가 紛爭을 社會的 脈絡으로부터 疎外시키는 것(紛爭의 收用說)이며, 셋째의 法化概念은 勞動運動이 法認됨으로써 體制化된다는 것(非政治化說), 그리고 넷째는 實質的 正義의 實現을 위해 社會國家의 政治的 道具인 介入主義的인 規制立法이 만들어져 원래 形式的 規制를 원칙으로 하였던 法이 特殊化나 目的·結果志向 등과 같은 現代의 變容을 받게 되었음을 의미한다는 것(實質化說)이다. 그리하여 이 實質化說에 입각하는 것이야말로 法化의 包括的이며 中心的인 문제파악을 가능케 하는 것이며, 餘他的 세 가지 法化概念도 社會國家의 發展과 그것이 행하는 社會的 統制와 관련될 때만 비로소 적절하게 이해될 수 있다고 한다. 이와 같이 Teubner는 法化를 「社會國家의 介入主義」와 그것과 밀접하게 관련되는 「法的 實質化」에 결부시킴으로써 法化問題의 本質을 파악하여 그 論議를 전개하고 있다. 그리고 이러한 立論이 대체로 오늘날 독일의 法

(1) G. Teubner, "Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", Kübler, Friedrich(Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Sozialer Solidarität*, 1984, S. 289-344; 樞澤秀木 譯, 「法化-概念, 特徵, 限界, 回避策-」, 九大法學 59號, 1990, 238-251頁.

화를 둘러싼 論議에 대한 基本的인 理解라 할 수 있다.

5. 이상과 같은 Teubner에 의한 規制法 내지 實質法 中心의 社會國家的 脈絡에서의 法化概念의 認識은, 그 自體, 法化論의 Orientation에 있어 대단히 중요한 것임을 否定할 수 없지만, 經濟法이나 社會法 등에 의한 福祉國家(社會國家)의 行政統制·介入을 주로 염두에 둔 法の 實質化에 관한 설명이라는 점에 그 基本的인 性格이 있다. 그러나 그러한 基本的인 視角에 대해서는 다음과 같은 批判이 가해지고 있음을 留意할 필요가 있다.

즉, 예컨대 Teubner에 의하면, 規範의 氾濫說은 法化的 量的 側面에 사로잡혀 現代에 있어서의 法の 變容이라는 質的 側面을 看過하고 있는 것이라 하여 比較的 消極的으로 評價하고 있지만, 예컨대 美國에서 legal explosion이라는 말로 規範의 氾濫이나 法の 爆發이 논해지는 경우, 그것은 現代社會에 있어서 司法法院이 담당하는 役割이 증대하고 大量으로 事件이 提起되고 있다는 것의 意義와 問題點과 관련되는 것이라 할 수 있다. 즉, 「訴訟의 爆發」로서의 「法の 爆發」인 것이다.⁽²⁾ 이것은 단순히 종래부터 法院이 다루어 오고 있었던 事件이 社會의 現代化, 複雜化 등 때문에 增加하고 있다고 하는 「量」의 問題에 그치지 않고, 少額訴訟이나 이른바 現代型 訴訟·政策形成型 訴訟이라고 불리는 것 등, 이제까지 예정되지 아니했던 訴訟類型이 생겨나고, 또한 學校나 家庭 등 이제까지 法院의 對象으로 삼지 아니했던 社會領域까지도 그 對象이 되어, 거기에 司法的 統制가 요청되게 된다고 하는 「質」의 問題이기도 하며, 어쨌든 現代에 있어서의 司法的인 형태에서의 法の 機能과 社會에 대한 關與의 확대 및 그에 따른 딜레마나 法の 過剩負擔의 문제라 할 수 있어 法化概念과도 밀접하게 連關되는 것이라 할 수 있다.⁽³⁾

그리고 마찬가지로 紛爭의 收用說과의 관련에서도 Teubner가 그것을 法化概念과의 관련에서는 비교적 周邊的인 문제로 格下시키고 있는 것도 문제라는 것이다. 왜냐하면, 이 問題에 관해서는 그 論議의 背景에 앞서의 「氾濫說」의 경우와 마찬가지로 法の 現代的인 變容이 있음을 看過할 수 없기 때문이라는 것이다. 司法機構에 의해 다루어지는 紛爭의 變質이나 裁判節次的 柔軟化·多樣化的 要求, 裁判에의 Access 問題, 그리고 裁判에 대신 하는, 혹은 그것을 補完하는 各種 紛爭處理機構 등이 논해지는 것은 社會의 變容과 運動하여 法の 役割이 새로운 局面을 맞이하고 있기 때문이라는 것이다. 즉, 現代社會에 있어서 法的 處理가 요구되는 紛爭이 증가하지 않을 수 없는 客觀的인 狀況이 출현함에 따라 市民側에서도 「普遍的 正義에의 Access」, 「Macro Justice」 등과 같은 슬로건에서 볼 수 있는 바와 같이, 法的 正義의 社會의 구석구석까지의 貫徹要求가 높아지고 法的 機關의 利

(2) Marc Galanter, "Reading the Landscape and Don't Know (and Think We Know) about our Allegedly Contentious and Litigious Society", *UCLA Law Review*, Vol. 31 No. 4, 1980, pp. 5-11.

(3) Galanter, 1980, pp. 17-20.

用이 넓어져 가고 있다는 것이다. 그 때문에 費用이나 紛爭構造의 性질上, 古典的 模型을 前提로 하는 法的 紛爭處理에는 適合하지 아니하는 紛爭까지도 法的 解決이 구해지게 되며, 또한 社會的 弱者에 의한 Access 障害가 問題視되기도 한다는 것이다.⁽⁴⁾ 現代社會에서는 여러 가지 裁判外 紛爭處理機構가 생겨나고 法律家의 役割도 擴大되어 가고 있다.⁽⁵⁾ 收用說에 관한 諸論議의 射程도 이상과 같은 극히 現代的인 狀況까지도 視野에 넣은 것인 이상, 社會國家的 規制法을 정면으로 논하지 아니하였다고 해서 그것이 現代의 法과 社會의 理念에 관련이 약한 「古典的」·「周邊的」인 論議여서 法化論으로서는 不充分하다고 하는 見解는 規制法問題야말로 法化問題의 核心이라고 하는 立場에서의 지나치게 偏向的인 立論이라는 指摘 등이 가해지고 있는 것이다.

IV. 法化問題의 接近모델

法化問題를 설명하기 위한 理論모델은 여러 가지가 있으나, 그 主要한 社會學的 模型로서 종래 가장 빈번하게 論議의 對象이 되어 온 것은 주지하는 바와 같이 N. Luhmann에 의해 대표되는 시스템論과 J. Habermas에 의해 대표되는 行爲理論의 입장이라 할 수 있다. 이 두 개의 社會理論이 그 抽象的 레벨이나 論理의 흐름에 있어서는 반드시 社會國家에 의한 法的 介入에 중점을 두는 것을 요청하는 것이 아님에도 불구하고, 具體的인 문제 파악의 레벨에서는 매우 그것과 緊密한 關聯性을 지니고 있어 現代國家에 있어서의 法化現象을 이해하는 데 크게 도움을 주고 있다.

1. 시스템論的 接近

(1) 시스템論은 近代·現代社會의 展開를 社會의 複雜性과 機能分化의 昂進이라는 觀點으로부터 파악하여, 現代社會를 各種 機能을 담당하는 여러 部分시스템으로 이루어지는 水平構造의 社會로서 인식한다. 그리하여 이들 각각의 部分시스템이 相互間 긴밀하게 連關되면서도 高度의 自律性을 가진다는 것이다. 自律的인 各 部分시스템은 저 마다의 獨自的인 構造·論理를 가지며, 스스로의 要素를 自己產出한다(시스템의 自律性). 따라서 이러한 社會시스템은 그것을 넘어서서 餘他의 시스템을 規制할 수 없는 일정한 限界·境界를 가지게 된다. 法은 (그리고 政治와 經濟 기타 많은 社會領域도 마찬가지로) 이러한 自律的인 部分시스템의 하나가 된다. 즉 法시스템에는 그것이 중요한 役割을 담당하는 現代社會의 基本構造이기 때문에 자기의 構造의 許容度를 넘어서는 여러 가지 要求가 餘他의 法

(4) 小島武司, 「正義의 綜合시스템을考える—마크로·ジャスティス試論—」, 民商法雜誌 79卷 臨時增刊(3), 1978, 1-17頁 참조.

(5) 拙稿, 「現代型 行政訴訟과 法曹의 役割」, 人權과正義 1994/2, 88-94面.

部分시스템으로부터 강요되게 되면 自己의 構造에 過剩負擔을 끼치면서까지 그에 對應하려 든다. 한편 法시스템의 이러한 對應은 자기의 論理에 따른 特殊, 「法的」인 것이 될 수밖에 없기 때문에 다른 시스템의 要求에 언제나 對應할 수 있는 것은 아닐 뿐더러, 다른 시스템을 그대로 直接統制할 수도 없다. 그럼에도 불구하고, 그것을 굳이 敢行하려고 하게 되면 法시스템 自體뿐만 아니라, 다른 시스템과의 關係나 그 內部에도 惡影響을 미치게 되거나, 이러한 事態가 法的 機構의 肥大化나 「法的 實質化」라고 하는 法化現象의 本質이 된다는 것이다. 즉 시스템論에 있어서는 法化問題는 相互 自律性과 獨自的인 論理·限界性을 가진 法시스템과 餘他的 各 部分시스템間的의 이상과 같은 緊張關係로서 파악되고 있다.⁽⁶⁾

이상과 같은 시스템論에 입각한 說明은 一般論으로서도 확실히 나름대로의 說得力이 있다. 전술한 司法의 機能擴大 등도 法시스템의 過剩負擔의 一形態로 볼 수 있다. 다만, 이러한 法化모델은 抽象度가 너무 높은 것이기 때문에 具體的인 法化的 諸問題 등이 理論모델 속에 여하히 자리매김할 것인가의 문제가 있다. 그리하여 이러한 試圖의 하나가 역시 Teubner의 이른바 「規制의 Tri-lemma」라 불리는 定式化이다.

(2) Teubner는 社會의 部分시스템을 法化問題와의 關係에서 法시스템·規制法에 의한 社會國家政策의 擔當者인 政治시스템·그 規範對象인 社會시스템이라는 세 가지로 나누어, 위에 본 바와 같은 시스템論의 認識의 觀點에서 法化的 現象形態를 「相互無關」·「法的 解體」·「規制法에 의한 社會解體」라고 하는 세 가지로 類型化한다.⁽⁷⁾

「相互無關」이라 함은 政治의 期待가 法에 대해서, 그리고 法的 期待가 社會에 대하여 (혹은 각각 反對方向으로) 反映하지 않게 되어 相互의 連携가 취해지지 않게 되는 事態를 말한다. 政治시스템에서의 빈번한 政策變容이나 ad hoc한 妥協의 結果로서의 立法이 法시스템側의 適應能力의 限界를 넘어서버려 法解釋이나 法實務가 그것에 對應할 수 없게 되어 버리거나, 비록 法시스템側에 政治의 要請이 받아들여졌다 하더라도 그것이 에컨대 經濟나 教育과 같은 各 社會시스템의 固有한 論理를 고려하지 아니한 것이었기 때문에 實效性을 缺하게 되는 경우 따위가 그것이다.

둘째의 「法的 解體」는 法이 政治와 社會의 挾攻을 받아 이들의 論理에 迎合함으로써 法固有의 自律性을 喪失하는 事態를 말한다. 政治의 道具로서의 社會介入을 행하는 規制法에 있어서는 恣意·專斷의 抑制, 原理에 의거한 整合의 理由附與, 普遍化可能性, 體系性 등과 같은 法內在의 價値가 政治와 社會의 論理로 말미암아 붕괴되고 解體되어진다는 것이

(6) Günther Teubner, ed., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, 1988, pp. 3-10, 12-33.

(7) Teubner, *ibid.*, pp. 252-261; 釋譯, 142-150頁.

다.⁽⁸⁾

끝으로 「規制法에 의한 社會解體」라 함은 規制法이 다른 社會시스템에 介入함으로써 自律的으로 스스로 組織化하고 再生産하고 있는 規制對象의 構造나 條件이 破壞되는 것을 말한다. 家族이나 敎育과 같은 親和的 領域이 形式的 要件에 의해 規律되고, 人間의 生存이 金錢的 請求權으로 換算되며, 經濟領域이나 勞動關係의 ダイナ미즘은 合法·不法이라는 code에 의해 固定化, 非政治化되어 버리는 現象을 말한다.

이상과 같은 定式化는 종래 個別的으로 논해져 왔던 法化의 諸問題에 대한 시스템論的 立場에서의 一貫된 體系的 說明이며, Macro的인 觀點에서의 展望이라 평가된다. 그러나 抽象的인 레벨에서의 法에의 過剩負擔, 各 시스템의 機能不全이라고 하는 法化의 原理的인 把握이 여기서는 주로 政治시스템과의 關聯에서 논해지고 있으며, 社會國家가 사용하는 介入의 道具로서의 規制法의 問題로서 다루어지고 있다. 즉, 行政의 손에 의하지 아니 하는 法的 正義調達の 擴大라고 하는 문제같은 것은 그다지 重視되지 않고 있다. 앞서도 지적한 바이지만, 이상과 같은 行政統制 中心의 見解는 시스템論의 視角으로부터 반드시 必然的으로 導出되는 것은 아니라 할 것이지만, 대체로 종래의 法化論者의 論議에서는 그것이 暗黙的으로 前提되어 있었던 것으로 생각되며, 이 점은 다음에서 보는 行爲理論的 모델에 있어서도 基本的으로는 다를 바 없다고 할 것이다.

2. 行爲理論的 接近

(1) 시스템論的 接近에 대하여 Habermas에 의해 대표되는 行爲理論⁽⁹⁾은 生活世界와 시스템이라고 하는 二元論에 의거하고 있다. 生活世界라 함은 相互的인 言語에 의한 交流 (communication)를 媒體로 하여 統合되는 行爲領域, 다시 말해서 討論에 바탕을 두는 諒解와 合意가 行爲調整의 手段이 되는, 이른바 communication的 合理性을 가지는 日常實踐的인 行爲領域이다. 그리하여 이러한 生活世界야말로 人間의 生에 있어 意味있는 「社會의 自律領域」이라는 것이다. 한편, 여기서 말하는 시스템이라 함은 構成員의 意思로부터 獨立되어 있는 特定한 目標나 成果를 指向하여 權力과 貨幣라고 하는 脫言語的인 媒體를 통하여 目的合理的으로 統合되어지는, 形式的으로 組織되어진 行爲領域이며, 구체적으로는 國家(行政)시스템과 經濟시스템이 그것이다. 近代 및 合理化의 過程은 生活世界의 communication的인 日常實踐의 合理化·分化가 進行되고, 그와 더불어 두 개의 시스템이 分離

(8) 이른바 普遍主義型 法으로부터의 非法化(delegalization)와 普遍主義型 法에 대한 反法化(anti-legalization)의 現象을 의미한다. 拙稿, 「現代法을 보는 視角」, 考試界 1989/2, 166-168面; 田中成明, 現代法理論, 1984, 53-55頁; Luhmann, "The Self-Reproduction of Law and Limits", Teubner ed., *Dilemma of Law in the Welfare State*, 1986, p. 119 등 참조.

(9) Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981; 樗澤秀木, 「介入主義法の限界とその手續化—『法化』研究序說—」, 法の理論 10號, 1990, 158-173頁.

獨立되어 저마다 獨自的인 論理에 의해 機能하고 있는 過程으로 파악된다. 그러나 國家와 經濟가 逆으로 communication的인 諒解의 메커니즘에 의거해야 할 生活世界의 行爲調整을 諒解의 메커니즘을 필요로 하지 아니하는 시스템의 制御媒體(權力, 貨幣)에로 轉換시킴으로써 그것을 浸蝕하게 된다. 즉, 「資本主義的 成長의 結果로서 經濟와 國家(行政)라고 하는 部分시스템이 더욱 더 복잡하게 되어 더욱 더 깊이 生活世界의 Symbol的 再生産의 內部에 侵入해 온다」⁽¹⁰⁾는 것이다. 이것이 近·現代社會에 있어서의 이른바 「生活世界의 植民地化」의 문제라 할 수 있다. 그렇다면, 이와 같이 近代社會의 形式性과 實質性과 관련하여 M. Weber에 의해서도 문제삼아졌던 疎外나 物象化, 官僚制, 社會的 相互作用 등을 둘러싼 여러 가지 社會理論을 現代의 觀點에서 再構成한 것이라 할 수 있는 社會行爲理論, 그리고 특히 Habermas의 이른바 「生活世界의 植民地化」라는 命題가 여기서의 主題인 法化問題와 어떻게 관련되는 것인가가 문제이다.

(2) Habermas에 의하면, 法은 社會國家段階에 이르기까지는 기본적으로 自由의 保障을 가져오는 것이었다. 즉, 거기에서는 法은 近代市民社會를 기초지우고, 國家의 支配權을 憲法으로 限界지우며, 또한 市民에게 政治參加를 保障한다고 하는 過程을 거쳐 分化되는 두 개의 시스템 가운데 主로 政治시스템, 즉 近代國家의 絕對權力을 馴化시키고 그것에 對抗한다고 하는 役割을 담당해 왔다는 것이다(이러한 政治레벨의 自由의 制度的 保障의 法을 그는 「制度로서의 法」이라 부른다). 그러나 社會國家段階에 와서는 法에 의한 이상과 같은 自由保障의 歷史的 對抗運動은 經濟시스템까지도 그 射程 속에 집어넣게 된다. 이 경우, 法은 勞動關係나 企業活動과 같은 形式的으로 組織된 시스템領域뿐만 아니라, 종래에는 그러한 形式的인 法的 制限媒體가 미치지 아니했던 生活世界에 대해서도 일정한 援助나 措置를 부여함으로써 거기에서 생기는 여러 가지 問題에 대처하지 않을 수 없게 된다는 것이다. 그러나 이러한 社會國家의 法的 支援은 金錢的 保障이나 權力에 의해 뒷받침된 行政措置와 같은 시스템媒體와 結付되어 目的合理的으로 구성되지 않을 수 없다(이러한 法을 그는 「媒體로서의 法」이라 부른다). 이러한 「媒體로서의 法」이 informal한 生活世界의 行爲連關에 介入하게 되면 行爲連關은 生活世界를 統合하는 諒解메커니즘으로부터 切斷되어 權力·貨幣를 媒體로 하는 메커니즘에 接合되어 生活世界의 植民地化가 진행됨으로써, 自由를 보장하려던 것이 오히려 自由를 剝奪하게 되는 法化的 Dilemma, Ambivalence를惹起하게 된다는 것이다.⁽¹¹⁾

이러한 「媒體로서의 法」에 의한 「生活世界의 植民地化」는 앞서의 Teubner의 「規制法에 의한 社會解體」에 포함되는 것이며, 이 또한 基本的으로는 社會國家의 介入主義를 염두에 둔 것이라 할 수 있다. 다만, Habermas의 경우, 오늘의 法化問題를 近代 以來의 法에 의

(10) Habermas, 1981, p. 374

(11) Habermas, 1981, pp. 358-381.

한 正義追求·自由保障의 漸進的 擴大의 延長線에서 파악하고 있다는 點은 注目할 만한 것이라 할 수 있다.⁽¹²⁾

V. 從來의 法化모델의 問題點

1. 이상에서 보아 온 바와 같이 法化에 관한 종래의 基本的인 理解는 이상의 두 개의 理論모델이 다 같이 社會國家의 介入主義와 結付된 規制法의 問題를 그 주된 關心對象으로 삼고 있는 반면, 行政的인 規制權行使와는 그 位相을 달리하는, 法에 의한 正義追求에 대한 比重이 相對的으로 약할 뿐만 아니라, 그것을 具體的으로 그리고 充分하게 그 理論속에 含有시키지 못하고 있다고 하는 問題點을 간직한다는 批判이 가해지고 있다.

그리하여 첫째로 문제되는 것은 종래의 一般的인 法化理解는 그 對象領域을 필요 이상으로 限定시키고 있는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다. 이른바 現代型 訴訟 등과 관련된 司法의 役割擴大나 法曹人의 活動領域의 廣範化, 現代的인 裁判外 紛爭處理機關의 增大 등은 法과 國家權力과의 癒着과 그 歸結이라는 社會國家의 規制法의 문제에 비하더라도 결코 周邊的인 것도 아니고, 또한 그것으로 還元되어지는 것도 아니라는 것이다.⁽¹³⁾ 現代的인 法의 機能擴大라고 하는 점에서는 兩者는 그 本質을 같이하는 것이며, 그것은 예컨대 特別權力關係의 立憲化, 그리고 行政參加나 情報統制의 制度化 등을 통한 行政에 대한 統制關心의 高揚, 기타 이들에 그치지 아니하는 憲法原理의 社會에의 浸透의 努力(國家의 基本權保護義務에 관한 論議 등)과도 連動하고 있는 過程이라 할 수 있다는 것이다. 이들은 모두 法에 의해 實質的 正義를 獲得하려는 움직임이며, 넓은 의미에서의 「法の 實質化說」의 射程 속에 들어가야 할 문제라고도 할 수 있다는 것이다. 그런데 종래의 「實質化說」에서는 이러한 문제를 適切하게 다루어 왔다고 할 수 없으며, 規制法 中心으로 法化의 消極面을 강조하는 것에 力點을 지나치게 두어 왔다는 것이다.

둘째의 問題는 종래의 論議에서는 法에 의한 正義追求의 主體로서의 市民의 모습이 제대로 나타나지 아니한다는 점이다. 規制法 中心의 見解에서는 法使用의 主體인 市民은 立法者나 行政官僚를 除外하고는 적어도 法化의 問題性이 논해지는 脈絡에서는 그 모습이 喪失되고 있으며, 기껏해야 受動的인 受益者·統制客體로서 나타나는 데 지나지 않게 된다는 것이다. 따라서 社會國家에서의 規制 내지 介入이 “무엇”을 위한 그것인가와 함께 “누구”를 위한 그것이며, 또한 누구에 의한 그것인가에 관한 關心을 排除할 수 없는 것인 한,

(12) 실제로 그는 規制法에 의한 「植民地化」와는 별도로 「制度로서의 法」이 推進하고 있는 「法化」를 예컨대 特別權力關係의 立憲化 등의 形態로 현재도 進行中에 있는 過程이라고 하면서 積極적으로 평가하는 徵兆가 있다. Habermas, 1981, pp. 374-381.

(13) 田中(成), 1984, 143-155頁.

그것이 그 나라 그 社會에 있어서의 正義追求의 擴大라고 하는 보다 넓은 脈絡 속에서 法化問題가 위치지워져야 한다는 의미에서, 歷史적으로 連續性있는 法의 主體로서의 市民이나 法律家の 役割論 같은 것이 문제삼아지지 않으면 아니된다는 것이다.

셋째로 문제되는 것은 특히 「法에 의한 社會解體」라든가 「生活世界的 植民地化」라는 脈絡에서 뚜렷이 엮을 수 있는 것이지만, 종래의 見解에서는 行政權力의 介入과 法的 統制가 거의 同一視되거나, 後者が 前者에 吸收되는 傾向이 있는 것같이 느껴진다. 바로 이러한 점이 政治와 法이 癒着하고 있는 社會國家의 介入主義的 法規制의 問題點이라 할 수 있을는지도 모르지만, 그러나 「社會國家」의 問題性과 「法的 統制」의 問題性은 반드시 언제나 一致하는 것이 아님은 비단 學問的인 用語次元만의 것이 아니라 法化問題의 考察에 있어서도 現實的 重要性을 가지는 것이 아닌가 생각된다. 이 점은 예컨대 日本이나 우리나라에서의 行政指導 등, 法에 의거하지 아니하는 行政의 問題點이 지적되고 있는 반면, 美國에서는 司法에 의한 憲法原理의 教育機關에의 貫徹이 오히려 柔軟한 教育實踐이나 教育行政을 阻害하고 있는 것으로 비난되고 있는 例(社會國家的 政策實現遂行과의 關係에서의 行政과 法的 對立 問題) 등에서 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 法은 行爲에 대한 規制力이나 指針提示機能을 가지는 것이지만, 그렇다고 해서 그것이 언제나 行政權力과 一致하는 것은 아니라 할 것이며, 이러한 문제는 法化問題를 논하는 경우에도 마찬가지로 아닌가 하는 것이다.

2. 요컨대 社會國家의 規制法을 중심으로 하는 종래의 法化的 모델은 現代에 있어서의 法의 機能擴大라고 하는 基本的 問題設定의 射程에 비추어 不充分한 것이며, 法化的 積極面의 評價나 法主體의 位置附與 등에 문제가 있다는 것이다. 오로지 行政의 肥大화와 연관시켜 法의 機能擴大를 논한다는 것은 그 자체 확실히 現代的인 意義가 인정되지만, 그렇다고 해서 論議를 그것에만 收斂해 버린다는 것은 法化論의 潛在的인 可能性을 矮小化해 버릴 우려가 있으며, 특히 우리나라와 같이 최근에 이르러서야 겨우 近代法的 規制原理가 社會적으로 浸透하는 조짐을 보이고 있는 社會에 있어서는 있어야 할 法과 社會의 關係性을 展望하려고 할 경우 그다지 有效한 指針을 제시해 주지 못할 우려가 있는 것이 아닌가 생각되기도 한다. 따라서 이상과 같은 問題點을 감안하여 종래의 論議까지도 包攝할 수 있는 보다 넓은 視野를 設定해 나아갈 必要가 있는 것이 아닌가 생각된다.

이와 같이 생각할 때, 社會國家의 法規制·法的 實質化의 原點인 동시에 그것에 머물지 않는 法의 機能擴大까지도 커버할 수 있는 基本的인 契機를 찾는다고 할 것 같으면, 그것은 어디까지나 法을 통하여 어떤 實質的인 價値·正義를 社會에 貫徹·擴大해 나아간다고

하는 主體的 關心에 있는 것이라 할 수 있다.⁽¹⁴⁾

그리하여 문제를 이와 같이 法에 의한 正義調達の 擴大라고 하는, 法化的 原點이며 또한 現在도 進行中인 過程으로서 再把握한 다음, 이러한 의미의 法の 擴大가 社會의 自律 領域과의 사이에서 惹起시키고 있는 摩擦로서 法化的 問題性도 위치지을 必要가 있다는 것이다. 다시 말하자면, 社會國家的인 法規制의 擴大는 어디까지나 이상과 같은 法の 現代의인 機能擴大의 一環이며, 政治化된 法の 介入主義의 問題도 法的 正義를 社會 속에 浸透시키고자 하는 試圖의 하나인 것으로 생각하여야 할 것이라는 의미에서 「規制法의 介入主義」 自體는 法化的 本質인 것이 아니라 그 現象形態의 하나로 認識하여야 한다는 것이다.

法化的 問題를 이상과 같이 파악할 경우에는 아직도 前法化的 段階에 있는 近代法의 모델은 法の 말하자면 核心部라고도 할 수 있는 自律의이고도 普遍主義的 性質의 것이며, 그 制度的 形態로서의 裁判 등과 같은 것만을 法으로서 중요한 地位가 주어지며, 法的 正義의 妥當한 部分이 그러한 法에 本來的으로 適合의인 社會領域 內에 限定되어 있다는 의미에서 法的 領域과 대부분의 여타의 社會領域이 隔離되어 있는 狀態라 할 수 있으며, 近代法의 消極性이라든가 形式的 性質이라고 하는 것도 다름 아닌 그러한 狀態의 反映이라 볼 수 있을 것이다.

그러나 複雜化한 現代社會에서는 이러한 分居는 이미 容納되지 않으며, 法的 正義의 擴大要求가 높아짐과 더불어 法の 機能도 擴大되며, 종래의 法の 妥當領域을 넘어서는 部分에 까지 法이 影響을 미치게 된다. 즉, 法과 그것이 具現하는 諸價値가 法시스템의 中心部分으로부터 擴散되어 종래에는 法の 對象으로 삼지 아니하였던 社會領域에까지 波及하여 照明되어 가는 事態에 이르게 된다는 것이다. 近代의인 「普遍主義型」의 法的 空間의 둘레에 「政治權力의 命令, 強制, 그리고 道德, 宗教, 習俗 등과 같은 社會規範과 보다 直接的으로 交錯하고 있는 領域에 있어서 생기고 있는 諸問題에 法的으로 對處하는 채널」로서 「管理型 法」이나 「自治型 法」이 顯在化하고 있음을 지적하면서 그들의 對立, 相補의 通時的이고도 또한 共時的인 ダイナ미즘과 緊張關係 속에서 法을 統合的으로 파악할 것을 주장하

(14) 社會에 있어서의 法の 擴大는 共同體的인 傳統的인 規制가 弛緩되었기 때문에 그것에 機能的으로 代替하기 위해 自動的으로 생겨나는 것처럼 흔히 논해지기도 하지만, 法的 規制가 필요한 條件이 客觀的으로 존재한다는 것과 실제로 法이 사용되는 것과는 그 位相을 달리하는 問題이며, 後者를 위해서는 法에 의한 規制를 바라는 市民의 意思가 不可缺한 것이다. 이 점과 관련하여 田中(成) 教授는 「國家를 비롯하여 公權力機構가 不可不 肥大化되어 가는 現代社會에 있어서 個人의 自由와 創意的 協同에 의한 自律的인 社會關係의 形成·維持의 餘地가 더욱 더 減縮되고 있거니와, 그럴수록 한층 個個의 市民을, 단순히 法에 의한 社會統制의 對象·客體로서 파악할 것이 아니라, 오히려 法的 機構를 自律的인 社會關係의 維持·形成을 위한 하나의 方式으로써 連關·再編成해 나가는 主體로서 위치지우는 視角의 重要性은 아무리 強調해도 지나치다 할 수 없을 것이다」라고 現代法에서의 主體的 視角의 重要性을 강조하고 있다(現代法概論, 35-36頁. 또한 今井弘道, <市民的政治文化>의時代へ, 1995, 68-81頁 참조).

는 見解⁽¹⁵⁾도 이에 準하는 것이라 할 수 있다.⁽¹⁶⁾

VI. 結 言

法化的 問題를 이상에서와 같이 이해하는 경우, 法을 規制領域으로부터 될 수 있는 대로 排除하여 市場原理나 紛爭이 發生한 社會過程에다 問題를 맡겨 버리는, 이른바 非法化나, 혹은 法規制를 단순히 弛化함으로써 法化를 推進시키는 法效率化는 그 어느 것이나 問題解決의 길은 아닌 듯하다. 前者는 法化的 積極面을, 後者는 消極面을 저버리고 있기 때문이다. 따라서 취해야 할 길은 그 어느 것도 아닌, 「第3의 길」이라 할 수 있으며, 거기에서는 法은 自己에게 固有한 論理나 自律性を 살리는 동시에 高度로 複雜하고 多様な 外部와의 應答性を 갖춘 것이지 않으면 아니될 것이다. 그리하여 그 重心은, 一方的 「決定」에서가 아니라 節次나 交渉, 參加, 討議, 自省, 相互關聯性, 試行錯誤와 「過程」에 놓여지는 것이며, 그 構造도 흔들림이나 不確定性, 多様性, 分散성과 같은 것에 對應할 수 있는 柔軟性を 가지는 것이라야 할 것이다. 이러한 새로운 法の 모델의 諸論議의 바탕을 이루고 있는 것으로 생각되는 基調는 法을 어디까지나 堅固하고도 客觀的인 構造를 가지는 外在의 所與로서 파악하는 固定的인 既成觀念에 대한 反省과 같은 것이 아닌가 생각된다.

韓國의 法시스템은 傳統的인 生活世界에 西洋近代法을 接合하여 成立된 것이라 할 수 있으나, 經濟나 政治·行政의 領域에 비할 때 法이나 社會의 餘他 領域의 自律성은 아직도 그다지 강하다고 할 수 없으며, 아직도 相當部分 이상에서 論議해 온 바 있는 法化에 관한 理念的 모델과의 隔差가 있음을 否認할 수 없다. 그리고 韓國에 있어서의 法化的 實相에 대해서는 어디까지나 實證的 研究에 기대해야 할 것이지만, 그럼에도 불구하고 法에 의한 正義追求의 增進的 擴大라고 하는 一般的인 레벨에서는 韓國社會도 法化가 갖가지 逆機能을 간직하면서도 서서히 進行되고 있으며, 또한 계속 그러할 것으로 생각된다. 즉, 韓國의 特殊한 位相을 간직하면서도 社會法, 行政法의 肥大化가 계속될 것은 두 말할 나위도 없고, 또한 各種의 裁判外紛爭處理機構의 叢生이나 裁判의 現代化, 辯護士의 職域 擴大에 따른 役割增大, 市民參加의 制度化 등과 같은 것도 날로 進展해 갈 것이다. 家庭이나 學校教育, 勞動, 經濟, 福祉 등의 여러 個別領域에 있어서 法이 차지하는 位置도 점차

(15) 田中(成), 1984, 44-55頁.

(16) 또한 現代의 裁判外의 다양한 紛爭處理機構의 存在를 積極적으로 評價하는 한편, 이들을 裁判의 中心으로부터 바깥쪽으로 향할수록 紛爭發生의 脈絡에 密着된 非法的 要素를 가지는 것으로 되게끔 同心圓의 넓이를 가지는 시스템으로서 構想하고, 社會에 있어서의 法的인 「正義의 總量을 最大化하고 不正義를 最小限度로 抑制하기 위해 多元的인 法道를 綜合한 正義의 Total System을 構築하지 않으면 아니된다」고 하는 小島武司 教授의 問題關心(小島, 1978, 8頁)도 오늘에 있어서의 法の 機能擴大의 積極面을 評價하고 있는 것으로 볼 수 있다.

增大해 가고 있으며, 傳統的인 共同體의 統制의 漸次的인 減縮과 市民性의 成熟, 國際化와 地方化의 多面的인 深化(Glocalization)와 같은 事態는 法이 스며들어갈 수 있는 空間을 不可避하게 넓혀 갈 것임에 틀림이 없다.

法化問題의 本質이 法에 의한 自由의 保障(=正義具現)의 擴大와 그에 따른 逆機能과의 Ambivalence라고 할 것 같으면, 우리들은 우리가 살고 있는 社會 속에서의 그 具體的인 樣相을 올바르게 描寫해 넘과 동시에 단순히 現代에 있어서의 鳥瞰的인 法의 變容이나 法理論만이 아니라, 法化를 推進하기도 하며 그 否定的인 影響에 슬기롭게 對處해야 할 個個의 法主體가 가지는 意義와 役割에 대해서도 眞지한 洞察이 요청되는 것이 아닌가 생각 된다.

〈Résumé〉

“Verrechtlichung” in Korean Legal System

Won Woo Suh *

In western countries, the modern concept of “right” had taken root with the advent of civil society. The concept now creates a wide range of difficulties in modern society. A variety of attempts are thus being made to transform the traditional concept of right or to achieve the so-called “liberation from the right.” On the contrary, the concept of right has not yet been established in Korean society. Thus, in order to protect citizens from bureaucracy of authoritarian control, Korea’s democratic legal community should advance the right-consciousness of the advance of welfare state, however, a flood of laws is now inundating Korea society as well, causing a number of difficult problems.

With this situation in mind, this paper purports to examine the phenomenon of “Verrechtlichung” in Korean society. The paper will first deal with the significance of “Verrechtlichung” in modern society. It will then explore the two sociological models, namely the behavior theory model and the system theory model. In particular, the paper will deal with the problems of each model and, finally, attempt to make some specific suggestions for Korea.

* Professor of Law, Seoul National University