

생존배려 개념의 기원* **

- 법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계 -

양 천 수
영남대 교수

< 目 次 >

- I. 문제제기
- II. 방법론적 기초
- III. 헌법이론적 기초로서 사회국가 원칙
- IV. 사회보장법 체계 개관
- V. 포르스트호프의 사회보장법 체계에 대한 소감
 - 결론을 대신하여

I. 문제제기

18-19세기의 고전적인 자유주의적 법치국가와는 달리, 현대 헌법국가에서는 사회국가원칙이 국가의 구성원리로 자리 잡고 있다. 이에 따라 행정법 도그마틱도 침해행정법 중심의 전통적인 모습에서 탈피하여¹⁾, 새롭게 급부행정법이나 사회보장행정법을 행정법 도그마틱의 중요한 부분으로 받아들이게 되었다. 헌법상의 사회국가원칙이 행정법 도그마틱에도 스며든 것이다.

그런데 이러한 새로운 행정법 영역, 특히 사회보장행정법 영역과 관련해서는

* 심사위원 : 김명연, 은승표, 김현준

** 이 논문의 완성도를 높이는 데 기여해준 영남대학교 대학원의 탁영남 조교에게 감사한다.

1) 박정훈 교수는 이를 제1단계 행정법이라고 말한다. 이에 관해서는, 박정훈, 행정법, 김문환 편, 법학의 이해, 길안사, 1998 참고.

다음과 같은 중요한 문제가 등장한다. 과연 국가가 행정법을 매개로 하여 어느 정도까지 시민사회에 개입할 수 있는가 하는 문제가 바로 그것이다. 전통적인 침해행정법에 따르면, 원칙적으로 국가와 사회는 구별된다(국가-사회 이원론).²⁾ 이러한 기본원칙에 입각하여, 국가는 시민사회의 안전보장과 질서유지를 위해서만, 바꿔 말해 경찰활동을 위해서만 보충적으로 공권력을 발동할 수 있다. 이 경우에 국가는 반드시 의회가 제정한 법률에 따라서만, 그리고 이 법률의 범위 안에서만 시민들에게 공권력을 행사할 수 있을 뿐이다.³⁾ 만약 국가가 이 한계를 일탈하여 공권력을 행사하면, 이러한 국가의 행위는 위헌·위법적인 것이 된다.

하지만 이러한 기본구도는 급부행정법 영역이나 사회보장법 영역에서는 그대로 들어맞지 않는다. 그 이유는 다음과 같다. 침해행정법, 가령 경찰행정법에서는 공권력을 발동하는 것 그 자체가 시민의 기본권이나 주관적 공권을 제한하는 침익적(侵益的)인 것이었다.⁴⁾ 그러나 급부행정법이나 사회보장행정법에서는 공권력을 행사하는 것 자체가 시민에게 해가 되지는 않는다. 오히려 행정작용 자체는 이 행정작용의 수범자에게 이익이 될 수 있다. 이러한 이유에서 침해행정법의 기본구조는 급부행정법이나 사회보장행정법에 그대로 원용할 수 없다.

그렇다면 이렇게 급부행정법이나 사회보장행정법에서는 국가의 행정작용이 유익하므로, 이를 무조건 허용해야 하는가? 그렇지 않다. 아무리 이러한 행정작용이 수익적 행정작용으로서 직접적인 수범자에게는 이익이 될 수 있다 할지라도, 이러한 행정작용에 대해 한계를 설정하지 않고, 이를 무제한적으로 허용하면, 결과적으로 시민의 자유영역을 심각하게 훼손할 수 있다. 왜냐하면, 설사 수익적 행정작용이라 할지라도, 직접 상대방이 아닌 제3자에 대해서는 간접적으로 침해를 불러일으킬 수 있기 때문이다. 예를 들어, 수익적 행정작용을 할 때 수반되는 비용부담 문제를 생각하더라도, 위 주장은 설득력을 갖는다. 그러므로

2) '국가-사회 이원론'에 관해서는 우선 E.-W. Böckenförde, 김효전 역, 국가와 사회의 헌법 이론적 구별, 법문사, 1989 참고.

3) D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 291-296.

4) 엄격하게 말해, 경찰행정은 그 직접 당사자에 대해서는 침해적인 것이지만, 다른 제3자, 바꿔 말해 일반 공중에 대해서는 간접적으로 이익이 되는 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면, 경찰행정으로써 질서가 유지되고, 사회가 안정되면, 결과적으로 일반 공중, 즉 다른 시민들에게 이익이 되기 때문이다.

이러한 행정법 영역에서는 과연 국가가 어느 범위에서, 그리고 무엇을 근거로 하여, 후견적으로 공권력을 발동할 수 있는지가 문제된다.

그러면 이 문제를 해결할 수 있는 열쇠는 어디에 있을까? 이에 대해서는 여러 가지 해답을 제시할 수 있겠지만, 그 중에서도 가장 핵심적인 것으로 '생존배려'(Daseinsvorsorge) 개념을 들 수 있다. 왜냐하면, 급부행정법 그리고 무엇보다도 사회보장행정법은 이 생존배려 개념과 맞물려 발전해 왔다고 말해도 과언이 아니기 때문이다. 그렇지만 생존배려 개념 자체가 직접 어떤 해답을 제시해줄 수 있는 것은 아니다. 법학방법론의 관점에서 볼 때, 이 개념 역시 불확정 개념이어서, 그 의미론적인 폭이 넓기 때문이다.⁵⁾ 그 때문에 결국 문제의 초점은, 이 생존배려 개념을 어떻게 구체화할 것인가에 달려 있다고 말할 수 있다.

생존배려 개념을 구체화하는 문제는, 기본적으로 법률해석에 관한 문제다. 따라서 법개념을 어떻게 해석하고 구체화할 것인가에 대해서는 정답이 없는 것처럼(방법다원주의)⁶⁾, 생존배려 개념을 어떻게 그리고 어떤 범위로 구체화할 것인가도 정답이 없는 문제인 것 같다. 하지만 그렇다고 해서 이 문제를 숙고하는 것을 포기해서는 안 된다고 생각한다. 그렇다면 무엇을 근거로 하여 이 개념을 구체화할 것인가? 이에 대해서는 일단 생존배려 개념이 특히 문제가 되었던 독일의 공법학에서 이 개념을 어떻게 구체화했는가를 살펴보는 것도 참고가 될 수 있다고 생각한다. 그 가운데서도 생존배려 개념을 처음 제안한 독일의 공법학자 포르스트호프(E. Forsthoff)가 이 개념을 어떤 의도에서 제안하고, 어떻게 구체화했는가를 검토하는 것은 그 무엇보다도 의미가 크다고 생각한다. 이 글은 이러한 문제의식에 입각하여, 아래의 쟁점을 중심으로 하여 논의를 전개하려 한다. 즉 포르스트호프는 기본적으로,

- 어떤 방법론적 기초 위에 서있는가(II)?
- 어떤 헌법이론적인 기초에 입각하고 있는가? 특히 사회국가를 어떤 시각으로 보고 있는가(III)?
- 사회보장법 체계를 어떻게 구상하고 있는가(IV)?

5) 불확정 개념에 관해서는 이상돈, 새로 쓴 법이론, 새창출판사, 2005, 단락번호 [2] "법률적 삼단논법과 인식론적 오류"(특히 55-57쪽) 참고.

6) 이에 관해서는 위의 책, 단락번호 [3] "법인식에서 법칙성의 한계와 비법칙성"(특히 78-80쪽) 참고.

II. 방법론적 기초

포르스트호프가 자신의 사회보장법 체계 안에서 어떻게 생존배려 개념을 구체화하고 있는지 해명하려면, 먼저 그가 어떤 방법론적 기초 위에 서 있는지 알 필요가 있다. 필자는 포르스트호프의 방법론적 기초로서 크게 두 가지를 제시할 수 있다고 생각한다. 첫째는 '자유주의적 법치국가 원칙'이고, 둘째는 '현실성을 고려한 행정법 도그마틱 구성'이라 할 수 있다.

1. 자유주의적 법치국가 원칙

우선 자유주의적 법치국가 원칙을 포르스트호프의 방법론적 기초로 언급할 수 있다. 여기서 자유주의 법치국가 원칙은 근대 서구 계몽주의가 낳은 법원칙 또는 국가의 구성원리라고 일컬을 수 있다. 그렇다면 이러한 자유주의적 법치국가 원칙은 어떤 내용을 담고 있는가?

1) 자유주의

자유주의적 법치국가 원칙은 다시 자유주의와 법치국가라는 두 구성부분으로 나눌 수 있다. 일반적으로 자유주의는 공동체주의 또는 전체주의와 대립하는 의미로 사용된다.⁷⁾ 자유주의는 전체주의나 공동체주의와는 달리, 한 개인, 다시 말해 한 주체에 무게중심을 두고 있다. 따라서 자유주의는 어떤 단체나 집단 또는 국가와 같은 전체 조직보다는 각 개별 주체의 이익을 우선시 한다. 무엇보다도 각 주체가 누릴 수 있는 자유를 최대한 보장하는 것에 가장 최고의 가치를 둔다. 하지만 여기서 주의해야 할 점은, 자유주의가 자유를 우선시 한다고 해서, 그것이 반드시 제약 없는 방종마저 허용하는 것은 아니라는 점이다. 이것은 서구 자유주의의 이념적 바탕이 된 사회계약론, 그 가운데서도 칸트(I. Kant)가 제시한 법과 자유의 구상에서 잘 드러난다.

7) 자유주의와 공동체주의에 관해서는 많은 문헌을 대신해서 K. Seelmann, 윤재왕 역, 법철학, 지산, 2000, 232쪽 아래; 이인숙, 공동체주의에 대한 연구: 자유주의와 관련해서, 고려대 철학박사 학위논문, 1994 참고.

사회계약론에 따르면, 인간은 본래 자유롭게 태어난 존재이다.⁸⁾ 하지만 인간은 자연상태에서 “만인에 대한 만인의 투쟁상태”에 있게 되거나(홉스), 아니면 비록 투쟁상태까지 이르지 않는더라도, 자신의 자연적 권리, 즉 자연권을 적정하게 행사할 수 없게 된다(로크). 이 때문에, 자연적 권리를 지니고 있는 각 인간 주체는 자신의 권리를 가장 최적으로 행사하기 위해 사회계약을 체결한다. 그리고 이러한 사회계약에 따라 국가를 창설한 후, 이 국가에게 각 주체가 본래 갖고 있던 주권을 양도한다. 그러므로 각 인간 주체는 무제한적으로 자유로울 수는 없고, 다만 타인의 자유를 침해하지 않는 한도에서만 자유로울 수 있다. 이렇게 사회계약론에 따르면, 인간은 본래 자유로우나, 타인과 조화될 수 있는 한에서만 자유로울 수 있는 것이다.

한편 근대 계몽주의를 확립한 칸트는 다음과 같이 법 개념을 정의하면서, 인간이 지닌 자유의 한계를 인상 깊게 서술한다. 칸트에 따르면, “법이란 한 사람의 자연적 자유가 다른 사람의 자연적 자유와 자유의 일반법칙에 따라 양립할 수 있도록 하는 조건의 총체”이다.⁹⁾ 이렇게 칸트가 정의한 법 개념에서 우리는 두 가지 의미 있는 관점을 추출할 수 있다. 첫째, 한 사람의 자유는 다른 사람의 자유와 양립할 수 있는 한에서만 인정될 수 있다는 것이고, 둘째, 법이 이러한 자유를 제한할 수 있다는 것이다. 홉스나 로크의 사회계약론에서와 마찬가지로, 이러한 칸트의 법 개념에서 우리 인간은 한편으로 자유롭지만, 다른 한편으로는 다른 사람의 자유를 위해 제한받을 수 있다는 점을 이끌어낼 수 있다. 한마디로 말해, 인간의 자유는 상호적으로만 인정할 수 있다는 것이다(상호성원칙).¹⁰⁾

이와 아울러, 칸트는 인간이 실천이성을 지닌 자율적인 존재로서 자유를 행사할 수 있다고 한다. 칸트에 따르면, 인간은 실천이성을 지닌 존엄한 존재이다.¹¹⁾ 따라서 인간은 자신의 실천이성을 사용하여, 당위의 세계에서 선험적으로 존재

8) 서구의 사회계약론에 관해서는 심재우, T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상, 법률행정논집 제17집, 1979. 12, 119-142쪽; 심재우, 칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학, 법철학연구 제8권 제2호, 2005, 7-26쪽; 임재홍, 근대 인권의 확립, 인권법교재발간위원회 편저, 인권법, 아카넷, 2006, 20쪽 아래 등 참고.

9) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, *Einleitung in die Rechtslehre*, § B, S. 337.

10) 이러한 상호성원칙에 관해서는 K. Günther, 주현경 역, 국가임무의 변화와 조종법의 위기, 이상돈 엮음, 대화이론과 법, 법문사, 2002, 121-130쪽.

11) 이에 관해서는 임마누엘 칸트, 이원봉 옮김, 도덕 형이상학을 위한 기초 놓기, 책세상, 2002.

하는 도덕법칙을 발견할 수 있다고 한다. 그리고 인간은 이러한 도덕법칙과 합치할 수 있도록, 자신의 준칙(Maxime)을 자율적으로 만들어 갈 수 있다고 한다. 요컨대, 칸트에 따르면 인간은 실천이성을 지닌 존엄한 존재로서 도덕적인 준칙을 자율적으로 준수할 수 있는 주체이다(자율적인 주체).

이러한 사회계약론과 칸트의 자유 및 법 개념은, 포르스트호프가 바탕으로 삼았던 자유주의의 내용을 구체화하는 데 중요한 시사를 한다. 첫째, 인간은 실천이성을 지닌 자율적인 존재라는 점이다. 둘째, 인간은 본래부터 자연적인 자유를 갖고 있으나, 이 자유에는 일정한 한계가 있다는 것이다. 그 한계는 바로 자신의 자유가 타인의 자유와 양립할 수 있어야 한다는 것이다(상호성원칙에 의한 한계). 셋째, 인간은 자신의 실천이성을 행사하여, 이러한 자유의 한계를 자율적으로 지킬 수 있다는 것이다. 그렇지만 모든 인간이 계몽된 것은 아니므로, 인간의 자율성이 더 이상 발휘될 수 없는 경우에는 국가가 법을 통해 개입하여, 이러한 자유의 한계를 유지해야 한다는 것이다. 이러한 이유에서 넷째, 국가는 인간, 즉 시민이 서로에 대한 자유의 한계를 자율적으로 준수할 수 없는 경우에만, 보충적으로 시민사회에 개입할 수 있다는 것이다.

2) 법치국가

법치국가는 이러한 자유주의적 구상과 긴밀하게 연결되어 등장하였다.¹²⁾ 위에서 말한 것처럼, 자유주의는 기본적으로 인간이 실천이성을 지닌 자율적인 주체임을 전제로 한다. 그 때문에 국가는 최소한의 범위에서만 자율적인 시민들이 모여 구성한 시민사회에 개입할 수 있을 뿐이다. 만약 국가권력이 시민사회에 개입하려면, 일정한 형식적·내용적 근거를 지녀야 한다. 여기서 이러한 근거를 제공해주는 것이 곧 법치국가 이념이다. 법치국가 이념에 따르면, 국가권력은 각 시민의 권리를 보장하기 위해서만 시민사회에 개입할 수 있다(내용적인 근거). 각 시민들이 자율적으로 자유의 최적화를 달성할 수 없을 때 비로소 국가가 강제로 이러한 자유의 최적화를 달성하기 위해 시민사회에 개입하게 된다. 그러나 이렇게 국가가 시민의 권리를 보장하기 위해 시민사회에 개입할 수 있

12) 법치국가 원칙에 대한 종합적인 연구는 P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986.

다고 해서, 국가가 무작정 권력을 행사할 수 있는 것은 아니다. 여기서 국가는 다시 일정한 형식적인 근거를 갖추어야 한다. 즉 시민의 대표자인 의회가 제정한 법률이라는 형식을 통해서만 국가는 시민사회에 개입할 수 있는 것이다(형식적인 근거). 이것이 법치국가 개념이 갖고 있는 핵심적인 내용이라 할 수 있다.

3) 자유주의적 법치국가 원칙의 예

이러한 자유주의적 법치국가 원칙은 포르스트호프가 전개한 사회보장법 체계의 방법론적 기초로서 작용한다. 나아가 이 원칙은 포르스트호프가 밀고 나간 자신의 공법학 전체에 대한 기초가 되기도 한다. 이는 포르스트호프가 전개한 국가와 사회의 분리, 헌법해석론, 사회국가 개념, 생존배려 개념에서 지속적으로 확인할 수 있다. 여기서는 이 가운데서 국가와 사회의 분리 및 헌법해석론을 간략하게 살펴보고자 한다. 사회국가 개념과 생존배려 개념은 해당 부분에서 더욱 자세하게 검토하기로 한다.¹³⁾

(1) 국가와 사회의 구별

포르스트호프는 기본적으로 국가와 사회를 구별한다.¹⁴⁾ 포르스트호프의 시각에서 볼 때, 국가와 사회는 전혀 별개의 실체이다. 그러므로 국가를 규율하는 원리와 사회를 규율하는 원리는 서로 다를 수밖에 없다고 한다. 가령 국가영역은 엄격한 법치국가 원칙이 규율한다(법치국가 원칙). 그러므로 모든 국가권력은 원칙적으로 법률에 근거를 두어 행사해야 한다(법률유보원칙). 이에 반해, 사회영역에서는 원칙적으로 사적자치 원칙이 적용된다(자유주의). 이는 인간을 자율적인 실천이성을 지닌 독립된 주체라고 이해하는 자유주의의 당연한 결과라

13) 아래의 IV. 참고.

14) 이에 관해서는 E. Forsthoff, 헌법률의 개조, 계획열 번역, 헌법의 해석, 고려대학교 출판부, 1992, 89-124쪽 참고; 물론 이러한 평가는 좀 더 신중하게 내릴 필요가 없지 않다. 왜냐하면, 포르스트호프는 나치가 지배하던 시기에 자유주의적 법치국가 원칙에 바탕을 둔 행정법학을 버리고, 나치에 호응하는 전체주의적 행정법학을 제시한 적도 있기 때문이다. 이에 관해서는 W. Meyer-Hesemann, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg · Karlsruhe, 1981, S. 97ff; 그러나 이러한 부분은 포르스트호프 그 자신이 그리 자랑스럽게 생각할 만한 부분이 아니므로, 여기서는 포르스트호프가 애초에 기초로 삼았던 것을 중심으로 살펴보고자 한다.

할 수 있다.¹⁵⁾ 이러한 포르스트호프의 국가-사회 이분론은, 국가와 사회를 일원적으로 파악하려는 콘라드 헤세(K. Hesse)의 견해와 차이를 보인다.¹⁶⁾

(2) 헌법해석론

포르스트호프가 자유주의적 법치국가 원칙을 자신의 방법론적 기초로 삼고 있다는 점은, 그의 헌법해석론에서도 확인할 수 있다.¹⁷⁾ 포르스트호프는 사비니(F. C. v. Savigny)가 정립한 법률해석론을 기본적으로 헌법해석에 대해서도 그대로 관철하고자 한다.¹⁸⁾ 그러면서 스멘트(R. Smend)가 새롭게 제시한 정신과학적 해석방법론이 헌법이 규범성, 특히 헌법의 법치국가적 측면을 파괴할 수 있다고 비판한다. 여기서 포르스트호프의 비판점을 분명하게 하기 위해, 먼저 스멘트의 헌법해석론을 소개하도록 한다.

스멘트가 제시한 정신과학적 헌법해석방법론은 그가 구축한 새로운 헌법이해와 밀접하게 연관되어 있다.¹⁹⁾ 스멘트는 바이마르 공화국 당시 팽배해 있던 법실증주의적 헌법학에 반대하여, 칼 슈미트가 결단주의적 헌법이론을 내놓은 것과 거의 같은 시기에 통합론적 헌법이론을 제시한다.²⁰⁾ 여기서 스멘트는 빌헬름 딜타이(W. Dilthey)의 정신과학에 힘입어²¹⁾, 헌법을 단순히 규범적으로만 이해

15) 포르스트호프의 국가-사회 이분론은 그의 학문적 스승이라 할 수 있는 칼 슈미트에게서도 찾아 볼 수 있다. 칼 슈미트 역시 국가와 사회를 엄격하게 구별한다. 이에 관해서는 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1954, S. 126, 200; 또한 이를 소개하는 문헌으로 양천수, 합법성과 정당성: 칼 슈미트의 이론을 중심으로 하여, 영남법학 제25호, 2007. 10, 105-108쪽.

16) 국가와 사회의 관계에 대한 헤세의 논의에 관해서는, K. Hesse, 계획열 역, 헌법의 기초 이론, 박영사, 2001, 35쪽 아래 참고.

17) 이에 관해서는, E. Forsthoff, a.a.O., Fn. 14, 89-124쪽 참고.

18) 사비니의 법률해석론에 관해서는 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl, Berlin usw. 1991, S. 11ff.

19) 스멘트의 헌법해석론에 대해서는 계획열 편역, 앞의 책 각주16, 31-36쪽 참고; 스멘트의 통합론적 헌법이해에 관해서는 계획열, 통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고, 법학논집 제29집, 1993. 12, 69-86쪽 참고.

20) 칼 슈미트의 결단주의적 헌법이해에 관해서는 심재우, 결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념: 존재론적 헌법개념의 확립을 위한 비판적 고찰, 헌법과 현대법학의 제문제, 1975, 108쪽 아래; 양천수, 앞의 논문, 98-100쪽 등 참고.

21) 구체적으로 말하면, 딜타이(W. Dilthey)의 정신과학적 해석학을 이어받고 있는 테오도르 리트(T. Litt)의 철학을 수용하고 있다. 이에 관해서는 김선택, 헌법이론의 전제로서 국가개념: 스멘트의 통합론적 국가관, 법조 제359호, 1986. 8, 80-105쪽.

하지 않는다. 대신 스멘트는 헌법을 국가의 통합을 가능케 하는 매개물로 이해한다. 스멘트에 따르면, 국가란 일정한 통합과정이라 일컬을 수 있는데, 이러한 통합을 가능케 하는 것이 바로 헌법인 것이다. 특히 헌법을 이해하고 해석하며, 이를 실천·준수하는 가운데서 비로소 국가는 통합을 실현해 나갈 수 있다. 이처럼 스멘트의 시각에서 볼 때, 헌법해석은 그 무엇보다도 중요한 지위를 누린다. 그런데 스멘트는 자신이 독자적으로 제안한 헌법이해와 마찬가지로, 헌법해석 역시 기존의 실증주의적 헌법해석론과는 다르게 구상한다. 스멘트는 삼단논법에 기반을 둔 전통적인 법률해석과는 달리, 헌법을 전체적으로 해석할 것을 강조한다. 전통적인 법률해석론처럼 헌법이 규정하는 문언에 엄격하게 구속되어 헌법을 해석할 것이 아니라, 헌법의 전체성, 즉 전체적인 헌법이해에 기초를 두어 헌법을 해석할 것을 강조한다.

그러나 포르스트호프는 이러한 스멘트의 헌법해석방법론이 헌법의 규범성을 파괴할 수 있다고 경고한다. 왜냐하면, 스멘트가 헌법해석의 기초로 삼고 있는 정신과학적 해석론은, 그 기준이 분명하지 않아 예측가능성이 없고, 이로 인해 헌법의 법치국가성을 파괴할 수 있기 때문이라고 한다. 물론 그렇다고 해서 포르스트호프가 전통적인 법실증주의적 헌법해석론을 그대로 따르는 것은 아니다. 그는 켈젠(H. Kelsen)의 순수법학처럼 존재와 당위를 엄격하게 나누는 것도 아니고, 그렇다고 오토 마이어(O. Mayer)처럼 개념법학적 해석론을 따르는 것도 아니다.²²⁾ 포르스트호프 역시 법규범이 규정하는 법적 개념이 선험적으로 구성되는 것이 아니라, 일정한 경험적인 목적에 의해 구체화되는 것이라는 점을 인정한다.²³⁾ 그런데도 그는 헌법해석의 방법론과 법률해석의 방법론을 구별하는 것에 반대한다. 그 이유는 무엇일까? 필자는 이를 다음과 같이 이해할 수 있다고 생각한다. 즉 포르스트호프는 자신이 방법론적 기초로 삼은 자유주의적 법치국가 원칙을 헌법해석에서도 그대로 관철하고자 한 것이다. 그 근거를 다음과 같이 말할 수 있다. 우선 포르스트호프는 전통적인 법률해석론이 강조하는 것처럼, 헌법이 규정하는 문언에 충실하게 헌법을 해석함으로써, 법관 또는 헌법재판관의 자의를 가능한 한 억제하고, 이를 통해 헌법의 수범자인 시민의 자유를 최대한 확보하고자 한 것이라고 이해할 수 있다. 만약 이러한 이해가 타당하다

22) 마이어-헤제만(W. Meyer-Hesemann)에 따르면, 포르스트호프의 방법론은 오토 마이어의 방법론과는 분명 구별된다. W. Meyer-Hesemann, a.a.O., S. 17ff, 82ff.

23) W. Meyer-Hesemann, a.a.O., S. 84ff.

면, 여기서 우리는 자유주의의 관점을 이끌어낼 수 있다. 나아가 포르스트호프는 헌법의 전체성을 강조하는 스멘트의 헌법해석론을 거부함으로써, 헌법해석의 명확성을 추구하고, 이를 통해 헌법해석의 법치국가성을 유지하고자 하였다. 여기서 우리는 법치국가 원칙을 헌법해석에서도 관철하려는 포르스트호프의 태도를 읽을 수 있다.

2. 목적론적·제도적 사고

나아가 목적론적·제도적 사고를 포르스트호프의 방법론적 기초로 언급할 수 있다. 이러한 포르스트호프의 방법론적 태도는 오토 마이어와 비교할 때 차이가 난다. 독일 행정법의 아버지라고 불리는 오토 마이어(O. Mayer)가 한편으로는 자유주의적 법치국가에 서 있으면서도²⁴⁾, 다른 한편으로는 법실증주의적·개념법학적 사고에 기초를 두고 있었는데 반해, 포르스트호프는 마이어처럼 자유주의적 법치국가에 서 있으면서도, 그와는 달리 목적론적·제도적 사고에 바탕을 두고 있었다. 그렇다면 법실증주의적·개념법학적 사고와 목적론적·제도적 사고 사이에는 어떤 차이가 있는가?

1) 오토 마이어의 법실증주의적·개념법학적 사고

우선 양자 사이의 방법론적 차이를 분명하게 하기 위해, 오토 마이어가 기초로 삼았던 법실증주의적·개념법학적 사고를 간략하게 언급한다.²⁵⁾ 개념법학은 19세기 독일 법학, 특히 로마법학이 낳은 역사적 산물이다.²⁶⁾ 개념법학은 명료하고 분석적인 법적 개념을 정립하고, 이를 체계화하는 것을 법학의 임무로 삼는다. 독일 민법학의 독특한 개념인 '법률행위'(Rechtsgeschäft)는 이러한 개념법학이 낳은 대표적인 산물이라고 말할 수 있다. 또한 독일 민법전이 취하고 있는

24) 이제는 행정법학의 고전이 된 '침해유보설'은 바로 이와 같은 자유주의적 법치국가 원칙을 분명하게 드러내는 것이라 할 수 있다. 오토 마이어의 침해유보설을 포함한 법률유보론 전반에 대한 설명은 김남진, *행정법의 기본문제*, 법문사, 1994, 23쪽 아래.

25) 이에 대해서는, W. Meyer-Hesemann, a.a.O., S. 17ff; 또한 류지태, *행정법 방법론 소고*, 행정법의 이해, 법문사, 2006, 7쪽 아래.

26) 개념법학에 대해서는 기본적으로 양천수, *개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향*, 법철학연구 제10권 제1호, 2007. 5, 233-258쪽.

판덱텐 체계도 개념법학이 내놓은 성과라 할 만하다.²⁷⁾ 이와 같은 개념법학은 경험적인 요소를 배제하고, 법적 개념 그 자체만을 논의의 대상으로 삼는다.²⁸⁾ 또한 이러한 개념법학은 공법학을 중심으로 하여 전개되던 법실증주의와 결합하여, 19세기에서 20세기 초반까지 독일 공법학의 지배적인 방법론으로 자리 잡고 있었다.

독일 행정법학의 기초를 세운 오토 마이어도 이러한 개념법학적 방법론에 입각하고 있었다. 마이어는 행정법학의 경험적인 측면을 연구하기보다는, 행정법학의 일관된 전체 체계를 세우는 데 더욱 노력을 하였다.²⁹⁾ 가령 마이어가 민법학의 법률행위 개념을 원용하여 정립한 ‘행정행위’(Verwaltungsakt)개념은, 마이어의 방법론과 인식관심이 어디에 있었는지를 대표적으로 드러내준다. 영미의 행정법학이 사법학과 분명하게 구별되지 않은 채 전개되어온 것에 비해, 독일의 행정법학이 민법학과는 구별되는 독자적인 지위를 누리게 된 데에는 오토 마이어가 기여한 바가 크다. 하지만 마이어의 법실증주의적·개념법학적 사고는 이러한 체계성이라는 장점 때문에, 오히려 행정법학이 실제적이고 경험적인 측면을 무시하게 되는 데 기여하고 말았다.

2) 포르스트호프의 제도적·목적론적 사고

그러면 포르스트호프가 방법론적 기초로 삼는 제도적·목적론적 사고는 어떤 내용을 담고 있는가?

(1) 비경험적인 행정법학 비판

에른스트 포르스트호프는 그의 기념비적인 논문 “급부주체로서 행정”(Verwaltung als Leistungsträger)에서 그 당시의 지배적인 행정법학인 오토 마이어의 법실증주의적·개념법학적 방법론이 안고 있던 문제점을 지적한다.³⁰⁾

27) 이러한 개념법학이 등장하고 성장하는 데는 대부분 로마법학자이자 민법학자였던 사비니, 푸흐타, 빈트사이트 그리고 초기의 예링 등이 기여하였다. 위의 논문, 235-243쪽.

28) 물론 사비니가 전개한 ‘역사법학’은 법학의 역사적 생성과정에 주목한다는 점에서, 순수한 개념법학적 사고형태라고 말하기는 어려울 것이다.

29) 오토 마이어의 행정법학에 관해서는 W. Meyer-Hesemann, a.a.O., S. 32ff.

30) E. Forsthoft, *Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart · Berlin, 1938, S. 2; 이 논문에서

즉 행정법학이 경험적인 측면을 무시하고 있다는 것이다. 원래 독일 행정학(관방학)의 기초를 세운 로렌츠 폰 슈타인(L. v. Stein)의 경우만 하더라도, 슈타인은 경험적인 요소를 고려하여 행정법학을 전개하였다. 그런데 포르스트호프에 따르면, 이러한 경향이 아쉽게도 그 후에 등장한 행정법 도그마틱에서 사라지고 말았다. 그렇지만 포르스트호프는 당시의 지배적인 행정법학에 반대하여, 행정법학에 경험적인 요소를 끌어들이려 한다. 이러한 맥락에서 포르스트호프는 막스 베버(M. Weber)가 수행한 법사회학적 작업을 긍정적으로 평가하기도 한다.

(2) 목적론적인 사고

그렇다면 포르스트호프는 어떻게 경험적인 요소를 행정법학에 끌어들이는가? 이는 포르스트호프가 전개한 목적론적인 사고에서 분명하게 찾아볼 수 있다.³¹⁾ 포르스트호프에 따르면, 행정법이 정립하고 추구하는 개념은 자기목적적인 것이 아니다. 이러한 개념은 일정한 목적에 봉사한다고 말한다. 그런데 여기서 말하는 목적은 바로 경험적인 측면에서 부여되는 것이다. 이 목적은 '사회현실'(soziale Wirklichkeit)에서 발견할 수 있다. 그런데 포르스트호프에 따르면, 사회현실은 끊임없이 변하게 된다. 그리고 이렇게 사회현실이 변하게 되면, 이에 발맞추어 사회현실 속에서 새로운 요구가 등장한다. 예를 들어, 도시화가 촉진됨으로써, 이러한 도시화에 적합한 새로운 '생활형식'(Lebensform)이 필요하게 되는 것을 들 수 있다. 이렇게 사회현실이 변함으로써 등장한 새로운 요구가 일정한 '목적'을 구성한다. 그리고 이렇게 등장한 목적은 '목적론적 윤리'를 통해 정당한 것으로 승인되고, 이렇게 정당성을 획득한 목적은 다시 '구체적인 질서 내용'을 구성한다. 포르스트호프에 따르면, 궁극적으로 법 개념은 이러한 구체적인 질서내용으로부터 도출된다. 포르스트호프가 처음으로 제시한 '생존배려' 개념은 이러한 목적론적 사고를 통해 도출한 전형적인 예라 할 수 있다. 왜냐하면, 생존배려는 도시화가 촉진되고, 이에 따라 '기능영역'이 증가하면서³²⁾, 사회현실 속에서 등장한 목적에 부응하기 위하여 등장한 개념이라고 말할 수 있기

서 포르스트호프는 '생존배려'(Daseinsvorsorge) 개념을 처음으로 제시한다.

31) 포르스트호프의 목적론적 사고에 대해서는 W. Meyer-Hesemann, aa.O., S. 84ff.

32) 이 개념은 뒤에서 다시 설명한다. 아래의 IV. 1. 참고; 이에 대한 포르스트호프의 설명은, E. Forsthoff, aa.O., Fn. 30, S. 4ff.

때문이다. 이러한 과정을 다음과 같이 도식화할 수 있다.

<도식> 법 개념의 구성과정

사회현실의 변화 ⇨ 새로운 목적 개념 등장 ⇨ 목적론적 윤리를 통한 정당화
⇨ 구체적인 질서 형성 ⇨ 새로운 법 개념 도출

(3) 제도적 사고

포르스트호프가 “급부주체로서 행정”에서 펼친 목적론적 사고는 후에 제도적인 사고로 정착된다. 포르스트호프에 따르면, 사회현실이 필요로 하는 것에 부응하여 목적론적으로 구체화된 질서내용이 바로 ‘제도’(Institution)이다. 이러한 제도는 사회적·역사적으로 실재하는 구체적인 질서라고 한다. 그리고 이러한 제도는 아직 법을 통해 개념화되지 않은 것으로서, 사회현실 속에서 경험적으로 실재하는 법적 개념의 전단계(前段階)에 해당한다고 한다.³³⁾

그런데 사실 이와 같은 제도적 사고는 포르스트호프가 처음으로 전개한 것은 아니다. 제도적 사고는 그의 학문적 스승이라 할 수 있는 칼 슈미트(C. Schmitt)의 구체적 질서사고에서 이미 찾아볼 수 있다.³⁴⁾ 더 위로는 칼 슈미트에게 영향을 미친 모리스 오리외(M. Hauriou)에게서도 발견할 수 있기 때문이다.³⁵⁾

III. 헌법이론적 기초로서 사회국가 원칙

33) 이러한 ‘제도’에 대한 종합적인 연구로는 B. Rüthers, “*Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen: ein Beitrag zur politisch-kritischen Funktion der Rechtswissenschaft*”, Bad Homburg v.d.H. [u.a.], 1970 참고.

34) 칼 슈미트가 기본권 이론 가운데서 제시한 ‘제도보장 이론’은 바로 이런 제도적 사고를 반영하는 것이다. 슈미트의 제도보장 이론에 관한 최근의 문헌으로는 조한상, 제도보장 이론의 공법적 의미와 문제점, 극북방향, 부산대학교 법학연구 제48권 제2호, 2008. 2, 59-84쪽.

35) 칼 슈미트, 김효전 역, 바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장, 합법성과 정당성, 교육과학사, 1993, 151쪽 아래.

지금까지 포르스트호프의 방법적 기초가 되는 자유주의적 법치국가 원칙과 목적론적·제도적 사고를 검토하였다. 이제 포르스트호프가 정립한 사회보장법 체계의 헌법이론적 기초가 되는 사회국가원칙을 간단하게 살펴보기로 한다. 여기서는 포르스트호프가 사회국가 개념을 어떻게 이해하는지를 - 특히 법치국가 원칙과 관련하여 - 중심으로 하여 논의하기로 한다.

1. 사회국가의 기원

20세기 초반 새롭게 등장한 사회국가 개념은, 19세기에서 20세기 초반에서 걸쳐 독일에서 전개된 사회주의 투쟁이 낳은 결과물이라 할 수 있다.³⁶⁾ 특히 로렌츠 폰 슈타인과 강단사회주의자들 그리고 독일 사회민주당(SPD)을 창립한 페르디난트 라살레(F. Lassalle)의 수정주의적 사회주의 운동을 기반으로 하여 사회국가 개념이 등장하였다.³⁷⁾ 가령 국가를, 자본주의 시장경제질서를 옹호하는 상부구조로 치부한 맑시즘(Marxismus)과는 달리, 라살레 식의 수정사회주의는 헤겔의 국가철학을 수용하여, 국가를 통해 사회주의가 실현될 수 있음을 인정하였다.³⁸⁾ 이러한 수정사회주의는 급진적인 계급혁명을 강조한 맑시즘과는 달리, 점진적이고 개량적인 사회개혁을 추진하였다. 국가를 통해 자유방임주의 시장경제질서가 야기한 폐해를 극복하려는 사회국가는, 바로 이러한 역사적 맥락에서 등장하였다.

20세기에 이르러 이러한 사회국가 개념은 법적인 개념으로 흡수되었고, 특히 헤르만 헬러(H. Heller)등을 통해 '사회적 법치국가'라는 개념으로 자리 잡게 되었다.³⁹⁾ 전후 사회국가 개념은 '사회적 시장경제질서' 개념과 더불어 독일 공법학에서 중요한 자리를 차지하게 되었다. 나아가 독일 기본법 제20조 제1항이

36) 사회국가 개념에 관해서는 우선 홍성방, 사회국가 해석모델에 대한 비판적 검토, 안암법학 창간호, 1993, 148쪽 아래; 정태호, 사회국가의 개념과 본질, 고려대 법학석사 학위논문, 1984 참고.

37) 사회국가의 기원에 관해서는 제희열, 헌법학(상), 박영사, 1995, 325-327쪽.

38) 이런 라살레의 생각이 간명하게 표현된 소책자, F. Lassalle, 서석연 역, 노동자 강령, 범우문고, 2004 참고.

39) H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1930, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 1971, S. 443ff.

‘사회적 연방국가’(ein sozialer Bundesstaat)라는 규정으로써 사회국가 개념을 수용함으로써⁴⁰⁾, 이제 사회국가는 독일 헌법의 기본원리로 정착되었다.

2. 사회국가 논쟁과 포르스트호프의 사회국가 개념

그렇지만 전후 독일의 공법학계에서는 독일 기본법 제20조 제1항이 규정한 사회국가 개념을 어떻게 구체화하고 그 위상을 정할 것인가에 관해 논쟁이 이루어졌다. 이 논쟁은 기본적으로 사회국가가 헌법의 기본원리인 법치국가와 충돌할 염려가 있다는 데서 촉발되었다. 이에 대해서는 크게 법치국가와 사회국가가 서로 대립한다고 보는 진영과, 양자가 헌법의 틀 안에서 양립할 수 있다고 보는 진영으로 나누어져 논쟁이 진행되었다. 가령 스멘트 학파를 대변한 콘라드 헤쎄(K. Hesse)는 자유주의 시각에 입각하여 법치국가와 사회국가를 조화시키려 하였다.⁴¹⁾

이러한 콘라드 헤쎄의 태도와는 달리, 포르스트호프는 법치국가와 사회국가가 서로 양립할 수 없다고 한다.⁴²⁾ 포르스트호프는, 독일 기본법이 새롭게 수용한 사회국가 개념이 기존의 법치국가 원칙과 충돌할 수 있다고 지적한다. 왜냐하면, 법치국가는 원칙적으로 국가와 사회의 분리를 전제로 하여, 국가의 소극성을 강조하는 데 반해, 사회국가는 오히려 국가와 사회의 동일성 그리고 사회에 대한 국가의 적극적인 개입을 강조하기 때문이다. 이러한 이유에서 포르스트호프는 민주주의나 법치국가와 마찬가지로 사회국가를 국가의 구성원리로 수용하면, 자칫 자유주의적 법치국가 이념을 침해할 수 있다고 지적한다. 이 때문에, 포르스트호프는 사회국가가 법치국가처럼 헌법의 구성원리가 될 수는 없다고 한다. 사회국가는 법적으로 의미가 없는 정치적 선언에 불과하다고 한다.

여기서 분명하게 알 수 있듯이, 포르스트호프는 자유주의적 법치국가 원칙을 고수하려 한다. 다만 자유주의적 법치국가 원칙이 제대로 작동할 수 없는 영역, 가령 ‘기능영역’과 같은 경우에 대해서만, 사회국가 개념이 보충적으로만 그리고 급부행정의 형식을 빌어 개입할 수 있다고 한다. 한 마디로 말해, 포르스트호프

40) 독일 기본법 제20조 제1항 : “독일 연방공화국은 민주적·사회적 연방국가이다.”

41) K. Hesse, *계회열 역, 헌법의 기초이론*, 박영사, 2001 참고.

42) E. Forsthoft, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: *VVDStRL* 12, 1954, S. 14ff; 이러한 태도는 전통적인 침해행정과 새로운 형식의 급부행정이 서로 양립할 수 없다는 시각에서도 발견할 수 있다.

는 사회국가를 국가의 구성원리로 보는 것에 대해서는 소극적이다.

IV. 사회보장법 체계 개관

자유주의적 법치국가 원칙을 고수하면서, 사회국가에 대해 소극적인 포르스트호프의 태도는 사회보장법 체계에서도 일관되게 나타난다. 비록 생존배려 개념을 처음으로 제안한 포르스트호프이긴 하지만, 그는 생존배려를 매개로 하여 국가가 사회영역에 적극적으로 개입하는 것에 대해서는 소극적인 태도를 보인다. 요컨대, 포르스트호프는 생존배려가 인정되는 영역을 가급적 최소화하고자 하였다. 그 대신 포르스트호프는 각 시민이 지니고 있는 자율성을 최대한 존중하고자 하였다. 그 때문에 포르스트호프는 급부행정 영역에서도 시민의 자율성에 기반을 둔 '참여'를 강조한다. 아래에서는 이러한 포르스트호프의 사회보장법 체계를 - 생존배려 개념을 중심으로 하여 - 간략하게 개관하고자 한다.

1. 기본 개념

1) 지배영역과 기능영역

포르스트호프는 “급부주체로서 행정”이라는 논문에서 생존배려 개념을 이끌어내기 위해 ‘지배영역’(beherrschter Raum)과 ‘기능영역’(effektiver Raum)이라는 독자적인 개념을 사용한다.⁴³⁾ 포르스트호프에 따르면, 지배영역과 기능영역은 인간이 자신의 생존(Dasein)을 영위해 나가는 두 가지 상이한 생활공간이다. 여기서 지배영역이란 인간 주체가 독립적인 주체로서 생존을 영위할 수 있는 공간을 말한다. 그 예로서, 포르스트호프는 농장(Hof), 경작지(Acker), 집(Haus) 등을 언급한다. 이에 반해, 기능영역이란 이러한 지배영역을 넘어서 생활이 이루어지는 공간으로서 기능성 또는 효율성이 지배하는 영역이다. 이러한 기능영역은 산업화의 결과로서 등장한 영역이다.

포르스트호프에 따르면, 산업화가 본격적으로 이루어지기 이전의 유럽에서는

43) E. Forsthoff, aa.O., Fn. 30, S. 4ff.

주로 지배영역이 존재하였다. 하지만 19세기에 이르러 산업화가 본격화되면서, 유럽의 생활공간이 변하게 되었다. 즉 산업화에 따라 노동에 대한 수요가 증가하였고, 이에 따라 도시의 인구가 늘어나게 되었다. 그 결과 전통적인 지배영역 대신에 기능영역이 등장하기 시작하였다. 그런데 문제는, 이러한 기능영역에서는 인간이 자율적인 존재로서 자신의 생존을 영위하기 어렵다는 데 있다.

2) 사회적 수요와 사회부조

이렇게 산업화에 따라 새롭게 등장한 기능영역에서는 각 개인이 독립된 주체로서 자신의 생존을 책임질 수 없다. 이러한 이유에서 기능영역에서는 개인이 아닌 사회가 대신 생존을 영위할 수 있게 할 필요성이 대두한다. 포르스트호프는 이를 '사회적 수요'(soziale Bedürftigkeit)라고 말한다.⁴⁴⁾ 전통적인 지배영역에서는 이러한 사회적 수요가 별로 존재하지 않았다. 이러한 사회적 수요는 산업화 및 기능영역의 출현과 밀접한 관련을 맺는 개념이다. 달리 말해, 사회적 수요는 자본주의가 태생시킨 개념이라 일컬을 수 있다.

그런데 여기서 한 가지 구별해야 할 개념이 있다. 포르스트호프는 이러한 '사회적 수요'와 '사회부조'(soziale Fürsorge)를 구별해야 한다고 말한다.⁴⁵⁾ 왜냐하면, 사회적 수요는 - 포르스트호프에 의하면 - 경제적 상황과는 무관한 개념이기 때문이다. 본래 사회부조는 빈곤, 질병, 그 밖의 긴급한 상황을 대상으로 하는 개념이다. 이에 반해, 사회적 수요는 반드시 여기에만 한정되는 개념은 아니라고 말한다. 이러한 맥락에서 '배려'(Vorsorge)와 '부조'(Fürsorge)는 구별해야 하고, 같은 맥락에서 '생존배려'와 '사회부조' 역시 구별해야 한다고 말한다.⁴⁶⁾ 생존배려가 '사회적 수요'와 관련을 맺는 개념인데 반해, 사회부조는 경제적 상황과 관련을 맺는 개념이기 때문이다.

3) 생존배려와 생존책임

44) E. Forsthoff, aa.O., Fn. 30, S. 5.

45) E. Forsthoff, aa.O., Fn. 30, S. 6.

46) 필자는 이렇게 사회적 수요와 사회부조를 구별하는 포르스트호프의 태도에서, 사회보장법에 대한 혹은 사회국가에 대한 그의 소극적인 태도를 읽을 수 있다고 생각한다.

(1) 점취와 생존배려

지배영역과는 달리, 기능영역에서 인간은 자신의 물건을 사용하는 것만으로는 필수적인 재화 또는 생활재를 취득할 수 없다. 그 대신 기능영역에서 인간은 다른 이들이 만들어 놓은 재화를 '점취'(Appropriation)함으로써만 자신의 생존을 영위할 수 있다.⁴⁷⁾ 그러면 이러한 점취는 어떻게 할 수 있는가? 기능영역에서 살아가는 인간이 스스로 이러한 점취를 할 수 있는가? 그렇지 않다. 사회적 수요가 등장한 이유는, 기능영역에서 살아가는 인간은 스스로 점취를 할 수 없기 때문이다. 이로 인해 이러한 점취 또는 사회적 수요는 다른 그 누군가가 대신 충족시켜 주어야 한다. 바로 이러한 이유에서 생존배려가 등장한다. 포르스트호프에 의하면, 생존배려란 점취의 필요성을 일반적으로 만족시키는 일련의 행위를 뜻한다.⁴⁸⁾ 그리고 현대 산업국가에서 점취를 만족시키는 생존배려는, 기본적으로 국가의 행정작용을 통해 충족되어야 한다고 말한다.

(2) 생존배려의 두 가지 스펙트럼

그런데 이러한 생존배려 개념과 관련하여, 뢰프너는 '넓은 의미의 생존배려'와 '좁은 의미의 생존배려'를 구별한다. 물론 포르스트호프 자신은 이렇게 생존배려 개념을 세분화하는 것을 의도하지는 않았다. 그렇지만 뢰프너의 개념구별 방식은 생존배려를 이해하는 데 의미가 없지 않으므로, 여기서 간략하게 소개하려 한다.⁴⁹⁾

뢰프너는 사회보장법 영역에서 크게 세 가지 개념을 구별한다. '넓은 의미의 생존배려', '좁은 의미의 생존배려' 그리고 '사회급부'가 바로 그것이다. 넓은 의미의 생존배려는 단순히 개별 시민을 대상으로 하지는 않는다. 그 대신 전체 공동체 혹은 국가질서를 그 대상으로 한다. 이는 전통적인 자유주의적 국가가 지향했던 임무와 비슷하다. 이에 대해, 좁은 의미의 생존배려는 개별 시민을 대상

47) 이 용어는 본래 사회학자인 막스 베버에게서 비롯된다. 이 개념에 대한 자세한 분석은 D. Scheidemann, *Der Begriff Daseinsvorsorge: Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forstoffs*, Göttingen [u.a.], 1991 참고.

48) E. Forsthoff, aa.O., Fn. 30, S. 6.

49) 이에 관해서는 이은선, 생존배려(Daseinsvorsorge)개념에 관한 연구: 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)의 이론을 중심으로, 고려대 법학석사 학위논문, 2002 참고.

으로 한다. 물론 원칙적으로 국가의 구성원인 시민은 자기 스스로 생존배려를 할 수 있어야 한다. 그렇지만 모든 인간이 현실적으로 동등한 능력을 지니고 있는 것은 아니다. 이 때문에, 국가가 후견적으로 개별 시민들이 생존을 유지할 수 있도록 도와줄 필요가 있다. 좁은 의미의 생존배려는 바로 이러한 요청 때문에 등장한 것이다. 한편 사회급부는 다음과 같은 점에서 좁은 의미의 생존배려와 차이가 있다. 즉 좁은 의미의 생존배려가 재화나 급부를 직접 제공하는 것과 관련을 맺는 개념인데 반해, 사회급부는 재화나 급부를 제공하는 데 필요한 수단과 관련을 맺는 개념이라고 한다.

이처럼 뢰프너는 넓은 의미의 생존배려를 공동체 전체에 연결시키고, 좁은 의미의 생존배려는 각 개인들에 연결시킨다. 그렇다면 포르스트호프가 제안한 생존배려는 어디에 속할까? 포르스트호프는 생존'배려'를 '부조'와 구별한다는 점, 그리고 사회적 수요를 사회부조와는 달리 경제적 상황과는 무관한 개념으로 구성한다는 점에서, 그의 생존배려는 넓은 의미의 생존배려를 포함하는 것으로 이해할 수 있다.

(3) 생존책임

앞에서 본 것처럼, 기능영역에서는 인간이 독자적으로 재화를 생산할 수 없으므로 타인의 재물을 점취해야 한다. 이 때문에 사회적 수요가 등장한다. 그리고 이러한 사회적 수요를 충족시키는 것이 바로 생존배려다. 여기서 누가 이러한 생존배려를 부담해야 하는지가 문제될 수 있다. 이것이 곧 '생존책임'(Daseinsverantwortung)의 문제다. 생존책임은 생존배려의 부담을 책임지는 것을 뜻한다. 포르스트호프는 "급부주체로서 행정"에서 이러한 생존책임이 처음에는 개인적인 책임에서 출발하여, 사회적인 책임으로 나아가고, 그 다음에는 정치적인 책임으로 이행되고 있다고 진단한다.⁵⁰⁾ 지배영역이 중심을 이루던 사회에서는 각 개인이 생존책임을 부담해야 했는데, 사회가 발전하고 산업화가 진척되면서, 그리고 이에 따라 기능영역이 증가하면서, 이제는 생존책임을 개인이 아닌 사회가, 더 나아가 정치를 대변하는 국가가 부담해야 할 필요가 등장하였다는 것이다. 이러한 이유에서 이제 생존책임은 국가, 즉 공법학의 과제가 되어야 한다고 말한다. 이에 따라 처음에는 사회현실적인 개념으로 출발하였던 생존

50) E. Forsthoff, a.a.O., Fn. 30, S. 6ff.

배려는, 법적인 개념으로 전환하게 되었다.

2. 생존배려의 실현방안

그렇다면 이제 이러한 생존배려의 책임, 즉 생존책임을 어떻게 실현할 수 있을까? 이에 대해 포르스트호프는 전통적인 영조물 행정 그리고 사법(私法)의 한계를 모두 지적하면서, 참여에 바탕을 둔 급부행정을 구체적인 실현방안으로 제안한다.⁵¹⁾

1) 전통적인 영조물 행정과 사법(私法)에 대한 비판

포르스트호프는 기존의 영조물 행정이 생존배려를 실현하는 데 적합하지 않다고 비판한다. 왜냐하면, 포르스트호프가 보기에 전통적인 영조물 행정에서 수익자는 수동적인 대상에 불과했기 때문이다. 전통적인 영조물 행정은 시민을 자율적인 주체로 파악하지 않는다고 한다. 그러나 그렇다고 해서 사법을 통해 생존배려를 실현할 수 있는 것도 아니라고 한다. 사법은 전적으로 사적자치에만 입각하고 있기 때문이라고 한다. 그러나 포르스트호프가 지배영역과 기능영역이라는 두 개념을 구별하고 있는 데서 알 수 있듯이, 인간은 지배영역에서는 자율적인 주체로 살아갈 수 있지만, 기능영역에서는 자율적으로 살아가는 데 한계가 있다. 따라서 사적자치를 기본원칙으로 삼는 사법만으로는, 이렇게 각 주체가 자율적으로 살아갈 수 없는 기능영역에서 생존책임을 실현하기가 쉽지 않다. 이러한 이유에서 새로운 형식을 갖춘 행정수단이 필요할 수밖에 없다고 말한다.

2) 침해행정과 급부행정 분리

그렇다면 어떤 형식의 행정이 생존배려를 실현하는 데 적합할 수 있는가? 이와 관련하여, 포르스트호프는 기본적으로 침해행정과 급부행정을 분리한다. 침해행정에서는 '자유'가 문제되는데 반해, 급부행정에서는 '참여'가 문제가 되기 때문이라고 한다.⁵²⁾ 그런데 포르스트호프에 따르면, 이렇게 자유를 강조하는 침

51) 아래의 서술에 관해서는 E. Forsthoff, a.a.O., Fn. 30, S. 45ff.

52) 이러한 언명은 W. Meyer-Hesemann, a.a.O., S. 88ff.

해행정과 참여를 강조하는 급부행정은 서로 조화되기 어렵다. 양 영역은 서로 대립하는 관계로 밖에 남을 수 없다고 한다.⁵³⁾

3) 참여에 기초를 둔 급부행정

이러한 침해행정과 급부행정 가운데 생존배려를 실현할 수 있는 수단은 바로 급부행정이라 할 수 있다. 침해행정은 시민의 자유를 보장하는 데 주력하기 때문이다. 물론 여기서 급부행정을 지칭한다고 할 때, 그것은 기존의 영조물 행정과 같은 행정형식이 되어서는 안 될 것이다. 오히려 포르스트호프에 따르면, 시민의 참여에 기초를 둔 급부행정만이 생존배려를 제대로 실현할 수 있다. 급부행정 역시 - 포르스트호프의 생존배려 개념 자체가 시사하는 것처럼 - 각 시민이 지니고 있는 자율성에 기반을 두어 이루어져야 하기 때문이다. 그렇다면 이제 남은 문제는, 시민의 참여에 입각한 급부행정법을 어떻게 구체화·제도화할 것인가가 될 것이다.

V. 포르스트호프의 사회보장법 체계에 대한 소감 - 결론을 대신하여

이 글의 성격상 어떤 구체적인 결론을 내리는 것은 어려우므로, 여기서는 포르스트호프의 사회보장법 체계에 대한 필자의 소감을 간단하게 피력하는 것으로써 글을 마치고자 한다.

포르스트호프의 사회보장법 체계는 규범적인 요소와 경험적인 요소를 동시에 고려하고 있다는 점에서, 일단 긍정적인 평가를 내릴 수 있다고 생각한다. 기본적으로 법학은 규범학이지만, 그렇다고 해서 경험적인 요소, 즉 사회현실을 전적으로 도외시해서는 안 되기 때문이다. 만약 그렇게 된다면, 법학은 자기목적적이고 맹목적인 것으로 전락할 수 있다.⁵⁴⁾ 나아가 인간의 자율성에 기반을 둔

53) 이러한 포르스트호프의 생각은 법치국가와 사회국가가 서로 양립할 수 없다는 것과 상응한다. 왜냐하면, 법치국가는 침해행정과 연결되고, 사회국가는 급부행정과 연결되기 때문이다.

54) 이와 비슷한 맥락에서 예링(R. v. Jhering)은 19세기 당시 사법학을 지배하고 있던 개념법학을 비판하였다. R. v. Jhering, 양창수 역, 다시 지상에서: 어떻게 개선할 것인가?, 양창수 편역, 독일민법학논문선, 박영사, 2005, 31쪽 아래.

포르스트호프의 생존배려 개념도 의미가 없지 않다. 특히 사회국가적 법제화가 과도하게 이루어져, 하버마스(J. Habermas)가 말한 '생활세계의 식민지화', 혹은 '조종의 트릴레마'나 '정부의 실패'가 크게 논란이 되고 있는 요즘 시점에서, 이렇게 시민의 자율성과 참여에 기반을 둔 포르스트호프의 생존배려 개념은 시사하는 바가 적지 않다.⁵⁵⁾ 아울러 자유주의적 법치국가를 엄격하게 준수함으로써, 사회보장법의 규범성과 예견가능성을 확보하고자 하는 포르스트호프의 시도 역시 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나 이러한 포르스트호프의 사회보장법 체계가 과연 지금 우리가 처한 현실에 적합한 것인지는 의문이 없지 않다. 모든 이론은 그 이론이 처한 구체적인 상황과 무관하게 전개되거나 적용될 수 없다. 물론 지금의 우리 사회에서도 - 신자유주의의 영향 아래 - 세계화나 규제완화가 큰 화두가 되고 있다. 그러나 서구 유럽사회가 그랬던 것처럼, 우리 사회가 과연 과도한 사회국가 법제화를 경험하고 있는지 의문이다. 오히려 우리 사회는 사회국가를 가장한 국가독점자본주의를 경험했을 뿐이라고 말할 수 있지 않을까? 이러한 근거에서 필자는 아직도 사회국가적 법제화를 필요로 하는 곳이 도처에 산재해 있는데, 성급하게 신자유주의와 규제완화를 부르짖는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 오히려 우리 상황에서는 기존의 사회국가 모델이 추구하는 바를 면밀하게 되짚어 보고, 이를 가능한 한 현실에 적합하게 실현하고자 노력하는 것이 필요하다고 생각한다.

주제어 : 생존배려, 목적론적·제도적 사고, 지배영역, 기능영역, 사회적 수요, 사회부조, 포르스트호프

55) '생활세계의 식민지화'에 관해서는 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt/M., 1981, S. 522ff; '조종의 트릴레마'에 관해서는 이상돈·홍성수, 법사회학, 박영사, 2000, 227쪽 아래.

참 고 문 헌

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 1995.
- 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994.
- 류지태, 행정법 방법론 소고, 행정법의 이해, 법문사, 2006.
- 박정훈, 행정법, 법학의 이해, 길안사, 1998.
- 이상돈, 새로 쓴 법이론, 세창출판사, 2005.
- 이상돈·홍성수, 법사회학, 박영사, 2000.
- E. Forsthoff, 헌법률의 개조, 계희열 편역, 헌법의 해석, 고려대학교 출판부, 1992.
- E.-W. Böckenförde, 김효전 역, 국가와 사회의 헌법이론적 구별, 법문사, 1989.
- F. Lasselle, 서석연 역, 노동자 강령, 범우문고, 2004.
- K. Günther, 주현경 역, 국가임무의 변화와 조종법의 위기, 이상돈 역음, 대화 이론과 법, 법문사, 2002.
- K. Hesse, 계희열 역, 헌법의 기초이론, 박영사, 2001.
- K. Seelmann, 윤재왕 역, 법철학, 지산, 2000.
- R. v. Jhering, 양창수 역, 다시 지상에서: 어떻게 개선할 것인가?, 독일민법학 논문선, 박영사, 2005.
- 계희열, 통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고, 법학논집제29집, 1993. 12.
- 김선택, 헌법이론의 전제로서 국가개념: 스멘트의 통합론적 국가관, 법조 제 359호, 1986. 8.
- 심재우, 결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념: 존재론적 헌법개념의 확립을 위한 비판적 고찰, 헌법과 현대법학의 제문제, 1975.
- _____, 칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학, 법철학연구 제8권 제2호, 2005.
- _____, T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상, 법률행정논집 제17집, 1979. 12.
- 양천수, 개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향, 법철학연구 제10권 제1호, 2007. 5.
- _____, 합법성과 정당성: 칼 슈미트의 이론을 중심으로 하여, 영남법학 제25

호, 2007. 10.

이은선, 생존배려(Daseinsvorsorge)개념에 관한 연구: 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)의 이론을 중심으로, 고려대 법학석사 학위논문, 2002.

이인숙, 공동체주의에 대한 연구: 자유주의와 관련해서, 고려대 철학박사 학위논문, 1994.

임마누엘 칸트, 이원봉 옮김, 도덕 형이상학을 위한 기초 놓기, 책세상, 2002.

임재홍, 근대 인권의 확립, 인권법교재발간위원회 편, 인권법, 아카넷, 2006.

정태호, 사회국가의 개념과 본질, 고려대 법학석사 학위논문, 1984.

조한상, 제도보장 이론의 공법적 의미와 문제점, 극복방향, 부산대학교 법학연구 제48권 제2호, 2008. 2.

칼 슈미트, 김효전 역, 바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장, 합법성과 정당성, 교육과학사, 1993.

홍성방, 사회국가 해석모델에 대한 비판적 검토, 안암법학 창간호, 1993.

B. Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen: ein Beitrag zur politisch-kritischen Funktion der Rechtswissenschaft, Bad Homburg v.d.H. [u.a.], 1970.

C. Schmitt, Verfassungslehre, Berlin, 1954.

D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990.

D. Scheidemann, Der Begriff Daseinsvorsorge: Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs, Göttingen [u.a.], 1991.

E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, 1954.

E. Forsthoff, Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart · Berlin, 1938.

H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1930, in: Gesammelte Schriften, Bd. II, 1971.

J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, Frankfurt/M.,

1981.

K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl, Berlin usw.,
1991.

P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für
das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen,
1986.

W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft,
Heidelberg · Karlsruhe 1981.

[Zusammenfassung]

Ursprung des Begriffs der Daseinsvorsorge

- Eine rechtsphilosophische Untersuchung über das Sozialrechtssystem von Forsthoff -

Yang, Chun-Soo

Professor, Yeungnam Univ.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge von Ernst Forsthoff. Dabei beruft sie sich auf eine rechtsphilosophische Sicht. Der Autor ist also daran orientiert, die rechtsphilosophische Ursprung des Begriffs der Daseinsvorsorge von Forsthoff zu untersuchen.

Zunächst widmet sich die vorliegende Arbeit den methodologischen Grundlagen des Sozialrechtssystems von Forsthoff (II). Dabei stehen der liberale Rechtsstaat und das teleologisch-institutionelles Denken im Vordergrund. Danach kommt der Sozialstaat als verfassungstheoretische Grundlage für das Sozialrechtssystem von Forsthoff in Betracht (III). Abschließend geht die vorliegende Arbeit darauf ein, das Sozialrechtssystem von Forsthoff zu skizzieren (IV). Vor allem konzentriert sich der Autor darauf, zwischen dem Begriff des 'beherrschten' und 'effektiven Raum', und zwischen dem Begriff der 'sozialen Bedürftigkeit' und der 'sozialen Fürsorge' zu unterscheiden. Darüber hinaus versucht der Autor, den Begriff der 'Daseinsvorsorge' und der 'Daseinsverantwortung' zu erklären.

Schlüsselwörter : Daseinsvorsorge, teleologisch-institutionelles Denken, beherrschter Raum, effektiver Raum, soziale Bedürftigkeit, soziale Fürsorge, Forsthoff