

國家와 社會의 協力思考

發表 : Prof. Dr. Depenheuer

翻譯 : 金明龍*

차 례

- I. 협력 - 개념의 개선행렬
- II. 협력의 개념
 - 1. 법적 문제로서 협력
 - 2. 일방적 고권적 결정에 대한 대안으로서 협력
 - 3. 문제의 조건으로서 국가와 사회의 분리
 - 4. 사회적 권위의 수단화로서의 협력
 - 5. 협력파트너로서 조직된 사회
 - 6. 요약
- III. 협력에 대한 조건으로서 사회의 개별화
 - 1. 협력사상의 요구
 - 2. 현대사회 : 개별화를 통한 복잡화
 - 3. 개별화된 사회에 있어서 협력의 한계
- IV. 협력의 한계조건
 - 1. 협력과 실정법
 - 2. 협력과 협력파트너의 균형
 - 3. 협력과 자발성
 - 4. 협력에 있어서 국가의 중립성유지
- V. 결론

* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

I. 협력 - 개념의 개선행렬

헌법과 행정법에 있어서 선량한 운명의 여신, 즉 협력의 여신에 관하여 이야기 해 보자. 만약 우리 모두가 서로 협력한다면, 각자 다른 사람들에게 친절하고, 어떤 누구도 다른 사람에게 고통을 주지 않을 것이다. 왜냐하면 모두들 타협할 준비가 되어 있기 때문이다. 그러한 경우 우리가 직면하고 있는 아직 해결하지 못한 커다란 문제점들이 곧 해결될 수 있을 것처럼 보인다. 국가와 사회의 협력사고는 행정법학의 비교적 새로운 논의대상이다.¹⁾ 양적·질적으로 증가하는 국가과제, 그와 동시에 감소하고 있는 인적·물적인 국가능력에 있어서의 상황의 복잡성의 배후에는 새로이 해명되어야 하고, 발전가능하고 발전이 요구되는 정치의 조중요소로서의 협력사고가 유포되고, 법률적으로 규정되고 있으며, 현실적으로 실현되고 있다.²⁾ 국가와 사회의 협력사고는 개념적인 구별(begriffliche Distinktion), 법적 권한과 관할권을 극복하는데에 적합하므로 장래의 과제의 적절한 해결을 쉽게 할 수 있다.³⁾

새로운 문제상황은 이미 오래 전에 반박되었거나, 낡아 빠졌다고 믿었던 사유모델(Denkmuster)들을 새롭게 토론하게 하는 계기를 제공하였다. 이는 객관적으로 정당한 것과 마찬가지로 경험적으로도 그러하다. 모든 세대들은 전래되고 보장된 헌법상의 성과들을 진정으로 보유하고 살기 위하여 스스로 이들을 취득하고자 노력하여야 한다. 물론 인간은 또한 경험으로부터 배울 수 있다. 어쨌든 종래의 헌법이론적 사유모델은 협력에 대한 논쟁에 있어서 새로이 흥미롭고 편견 없는 균형을 유지한다.

1) Vgl. Rüdiger Voigt(Hg.), Der kooperative Staat, 1995; Gunnar Folke-Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen, in: Die Verwaltung 31(1998), S. 415 ff.; H. H. Trute, Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation, MS(i.E.) m.N.

2) Vgl. Dieter Grimm, (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben - Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; Fritz Scharpf, Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des 20. Jahrhunderts, in: B.-Köhler-Koch, Staat und Demokratie in Europa, 1992, S. 93 ff.; H. H. Trute, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950 ff.

3) Trute (N1), S. 2 f.

사실상 인간이 마지막으로 협력의 대단한 열정(Pathos)으로써 충성을 맹세한 후 이미 한 세대가 지나갔다. 즉 칼 쉴러(Karl Schiller)에 의하여 시작된 공동보조의 행동(Konzertierte Aktion)은 1967년 고용주와 노동자를 타자에 회합시켰다.⁴⁾ 이는 국민보건제도에 있어서의 공동보조의 행동에 대한 모범이었다.⁵⁾ 그러나 무엇보다도 그 당시에 독일 연방주들이 행정법학상 최적의 조직단위로 취급했던 협력적 연방주의의 사고가 왕성하였다.⁶⁾ 1960·70년대의 행복감은 그 이후에 정지되었다. 즉 공동보조의 행동은 그의 영혼을 다하고, 협력적 연방주의는 대중적 사고로부터 오늘날 강하게 유포된 경쟁연방주의의 대조물로 변하였다.⁷⁾

그러나 이러한 절대적으로 단절된 역사적 경험은 협력사고에 대한 현재의 평판을 명백하게 훼손하지는 않았다. 협력에 관한 문헌과 협력회의가 붐을 이루고 있다. 그리고 또한 정치적 현실도 - 시대정신에 대한 확실한 지침 - 협력을 찾고 있다. 즉 슈뢰더(Schröder) 독일총리 정부도 고용주 및 노동자와의 “노동을 위한 동맹(Bündnis für Arbeit)”을 만들고, 1998년 성탄절인사에서 “청소년과의 협정(Pakt mit der Jugend)”을 선언하였다. 합의논의(Konsensgespräche)에 있어서 독일정부는 에너지업체와의 합의된 에너지 정책을 찾고 있다. 모든 곳에서 원형타자가 생겨나고 있다. 여기서 실질적 관계자들이 그들이 가능한 한 모두 찬성할 수 있는 해결책에 관하여 정보를 주며 비공식적으로 서로 협의한다. 협력적 행정국가(kooperativer Verwaltungsstaat)는⁸⁾ 나타나기 시작하였다. 협력이 법원칙(Rechtsprinzip)으로서 태어나게 될 것이다.⁹⁾ 독일 연방헌법재판소는 이미 이를 인정하는 입장을 피력하였다.¹⁰⁾ 하지만 아직도 이상적인 방법에 결여되고 있는 유일한 것

4) Vgl. § 3 Stabilitätsgesetz.

5) Vgl. § 141 SGB V.

6) Hofmann, in: Isensee/Kirchhof (Hg.) HStR I, § 7, Rdnr. 66 f. m.N.: Klatt, VerArch 78(1987), S. 186 ff.; Luthardt, S. 20 ff., in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13/99, S. 12 ff.

7) Schmidt-Jortig, DÖV 1998, S. 746 ff.; Stamm/Merkl, ZRP 1988, S. 467 ff.

8) Vgl. nur in diese Richtung zielend: Schuppert (N 1), S. 435 ff.; Voigt (N 1); Martin Staab, Verwaltungsstruktur im Wandel der Staatsaufgaben - Auf dem Weg zum kooperativen Staat, in: Verwaltungsrundschau 1995, S. 12 ff.

9) Christian Schrader, Das Kooperationsprinzip - ein Rechtsprinzip?, DÖV 1990, S. 326 ff.

10) Vgl. BVerwGE 98, 83, 98 ff.; 98, 106, 120 ff.

은 협력원칙(Kooperationsprinzip)을 헌법상의 국가목표설정(Staatszielbestimmung)의 단계로 높이려는 요청이다.

많은 합의를 이룩하려면 그만큼 더 많은 것을 배려하여야 한다. 협력개념이 너무 보편화되어 있어서 사람들이 자기의 독특함을 드러내어 고립되거나 남에게 미움을 받는 지경이 된다면, 정치적으로 위험하게 될 것이다. 이의제기(Widerspruch)가 더 이상 실현될 수 없다면, 다른 방법이 선택될 것이다. 현재 진행되고 있는 에너지공급에 관한 협의논의가 몇몇의 시위자의 전형적인 논리에 의하여 본의 아니게 수행되지 못하게 된 경우, 합의(Konsens)는 무의미하게 될 것이다. 바로 그 때문에 협력사고는 모두를 관여시키고, 어떠한 자도 배제하지 않으려고 하는 것이다. 따라서 협력에 참여하지 않는 자는 이성을 - 협력을 통한 협의 찾기 - “무의미”로 느껴야만 하는 무력한 무법자(outlaw)로 아주 빠르게 변할 것이다. 이러한 속고로부터 두 가지의 결론이 나온다. 첫째, 모든 협력이론은 협력전체주의(Kooperationstotalitarismus)의 위험을 예방하기 위하여 아웃사이드어(Außenseiter)를 주시하여야 한다. 둘째, 만약 결과가 원하였던 것보다 만족스럽지 못한 경우, 협력사고는 학문적으로 엄격한 시험대에 세워져야 할 것이다. 이하에서는 이것을 간단히 요약해 보려고 한다.

그러나 근본적으로 헌법적 및 국가이론적 전망에서 협력사고에 관하여 무엇을 언급할 수 있을까? 국가와 사회의 협력사고에 있어서 “너희들 서로 친절하냐(Seid nett zueinander)”에 대한 비구속적인 약자보다도 그 이상의 것이 문제되지 않을까? 거기에서는 더욱 더 누구에게나 널리 알려져 있는 배제(Ausgrenzung), 결정(Entscheidung)과 구별(Unterscheidung)의 공포에 대한 낭만적 표현을 나타내지 않는가? 다시 말하면 상호관계 속에서 협력으로 문제를 해결해야 하는 인간의 선을 위한 충족되지 않고 몇게 하기 어려운 조화와 합의에 대한 갈망의 모든 표현을 나타내지 않을까? 루소가 또 다시 흠스와 논쟁하는가?

만약 어떤 자가 국가와 사회의 협력사고를 이해하려고 할 경우, 그는 적어도 어떤 문제에 대하여 무엇으로 실행하여야 하는지를 우선 설명하여야 한다. 협력의 개념은 - 그의 현실적 의미 그 자체, 혹은 그 밖에 - 명백하기 보다는 오히려 상당히 불명확하다. 그러므로 제1단계에 있어서 개별화와 문제논의에 대한 근거를 의미하는 프로그램상의 개념정의를 존재한다. 제2단계에 있어서는 이러한 근거에서 협력사고가 국가이론적으로 제정되어야 할 것이다. 그리

고 나서 모든 협력이 주의하여야 할 몇 개의 헌법적 조건들이 제시되어야 할 것이다. 그때 비로소 협력은 진정한 협력이길 원하며, 그리고 또한 그렇게 불리길 원한다.

II. 협력의 개념

적극적으로 정의된 개념은 내용상의 불명확성을 수반하는 경우가 많다. 이 경우 모든 사람들은 각자의 목적을 위하여 개념을 사용하고, 그를 통하여 개념을 혼란시킨다. 협력개념과 너무 쉽게 결합하는 이익, 희망, 환상 욕망의 다수는 협력개념을 학문적-객관적 분석에 의하여 사실상 중요한 문제가 여과되어야 하는 숨은 그림(Vexierbild)으로 되게 한다. 그러므로 개념구별과 문제제정의 과제들은 처음에 다루어져야 한다.

1. 법적 문제로서 협력

국가와 사회의 협력문제에 있어서 경험적-사회학적 묘사가 중요한지, 행정법학적-조종이론적 구상 혹은 법학적 원칙이 중요한지 그것이 문제된다.¹¹⁾ 만약 이러한 다양한 영역들이 - 특히 사회학적-묘사되는 것과 규범적-결정되는 것 - 서로 구별되지 않는다면, 처음부터 오해에 빠지기 쉽게 되는 것이다. 즉 위험을 무릅쓰지 않고 언젠가 타협할 수 있을 것이라는 말이 서로 어긋난다. 이하에서는 법학적인 것으로서의 테마가 다루어지고, 질문될 것이다. 즉 국가와 사회의 협력이라고 할 때, 법적으로 무엇을 의미하는가? 그리고 만약 협력원칙에 법적 인 의미가 부여되어야 할 경우, 국가이론적 그리고 헌법적 평가가 문제된다.

2. 일방적 고권적 결정에 대한 대안으로서 협력

논의의 출발점은 증가하는 국가임무에 비하여 감소하는 국가의 조종능력에 관한 행정법학적 논쟁을 형성하는 것이다.¹²⁾ 그렇다고 하더라도 이는 또한

11) Vgl. Gertrude Lübke-Wolf, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits, in : Arthur Benz/Wolfgang Seidel(Hg.), Zwischen Cooperation und Korruption, 1992, S. 209 ff.

12) Vgl. Nachweise in N 2.

전혀 새로운 논쟁은 아니다. 즉 그것은 그 근거에 대하여 문제되었던 1970년대의 통치력이었다.¹³⁾ 오늘날에는 무한하게 증가된 복잡성의 결과로서 증가하는 무능력경험으로 인하여 보충적으로 사회적 조종수단을 이용하려는 국가작용의 재조직(Reorganisation)이 문제된다. 이러한 요구를 고려하여 공익에 정당한 작용은 공적 이익주체와 사적 이익주체 사이의 협력을 통하여 보장되어야 할 것이며, 이를 통하여 개인에 대한 공익의 일방적 고권적 관철(einseitige hoheitliche Durchsetzung)은 적어도 부분적으로 대치되어야 할 것이다.

이것은 발단에 있어서 이상적인 사고이다. 만약 사회의 영역에 있어서 지식, 정보, 규정방식, 문제해결의 능력이 이미 존재하거나 혹은 쉽게 동원될 수 있는 경우, 이들은 사회 전체적으로 유용하게 이용될 수 있을 것이다. 사회적 자유, 중앙집권적-자폐적인 문제해결사고의 경쟁이 심사숙고되었다는 것은 이론적으로 증명될 수 있을 뿐만 아니라, 또한 역사적으로 증명될 수 있다.

만약 우리가 앞서서 행하고 구체화능력이 있다면, 협력은 국가의 조종효과의 상승을 목적으로 하는 국가적, 사회적 두 개의 권한영역의 공동협력(Zusammenwirken)을 의미한다.

3. 문제의 조건으로서 국가와 사회의 분리

협력의 문제는 국가와 사회의 분리를 전제로 한다. 나는 이러한 분리를 받아들인다. 왜냐하면 분리가 나보다 먼저 주어졌을 뿐만 아니라, 이러한 분리가 여전히 개인의 자유에 대하여 포기될 수 없는 조건이기 때문이며, - 나는 다시 이 점을 화제에 올린다 -, 그리고 또한 이러한 분리는 헌법상 전제되어 있을 뿐만 아니라, 또한 무엇보다도 여기에서 다루기 어려운 문제를 안고 있기 때문이다. 즉 비록 한편으로는 협력이 이러한 권한분리의 균등화에 초점을 두고 있지만, 다른 한편으로 이러한 분리는 국가와 사회의 협력에 관한 논제 선택에 대한 조건이다.

국가와 사회의 협력은 이러한 국가와 사회의 권한영역의 분리를 전제로 한다. 만약 그렇지 않다면, 사람들은 협력할 필요가 없을 것이다. 그러나 협력은 그의

13) Vgl. Wilhelm Hennis(Hg.), Regierbarkeit. Studien zu ihrer Problematisierung, Bd. 1, 1977; Bd. 2, 1979.

사고에 의하면 모든 권한제한(Kompetezschränke)의 포기(Niederlegung)를 목표로 하고 있다. 협력은 권한에 방향이 설정된 작용에 대한 거부(Absage)를 의미한다. 객관적 문제해결의 관점에서 오히려 과제해결이 작용의 선택을 결정하여야 할 것이다. 그와 반대로 헌법적-권한상 축소된 작용영역은 가능한 조중선택의 한계를 의미하지는 않는다. 그를 통하여 임무에 의하여 작용영역이 권한에 단락지어지고, 법치국가적 자명함처럼 임무수행의 법적 권한이 정하여지지 않는 것은 단지 피상적으로 관찰되어진 것이다. 어쨌든 협력은 개념적으로 당연히 권한을 포괄하고, 그와 동시에 경향적으로 권한을 해체하는 임무수행에 목표를 두고 있으며, 국가와 사회의 분리의 관점에서는 비분리화하는 작용을 한다.¹⁴⁾

따라서 협력사고에 혼신의 힘을 다하는 대변자들이 국가와 사회의 분리로부터 많이 얻지 못하게 된다는 것은 그리 놀랄만한 사실이 아니다.¹⁵⁾ 사실 이러한 근본적인 분리(Fundamentalunterscheidung)는 개념적으로 결정되어진 이래 항상 거듭 이의제기와 거부에 동기를 일으켜 왔다. 그렇지 않은 경우 이러한 근본적인 분리는 이론적 발단으로부터 부적합하고, 역사적으로 낡아 빠졌고, 경험적으로 반박되어진 것으로 보여질 수 있다.¹⁶⁾ 지금은 근본적인 분리에 대하여 조중 이론적 전망에서 이의제기가 되고 있다. 즉 근본적인 분리는 모든 작용을 국가적 혹은 사회적 영역에 그의 다양한 정당성조건으로써 귀속시키면서, 파멸의 근원이 되는 것, 좌절시키지 않는 것인 경우 의미 있는 그리고 적절한 협력이며, 어쨌든 방해하는 것으로서 “전부냐 아니면 무냐(Alles oder nichts)”라는 이의를 제기한다. 이러한 논증 또한 그의 실제적 핵심에 있어서는 타당하지 않다. 왜냐하면 단지 파트너의 권한상의 동일성만이 진정한 협력에 능력이 있기 때문이다. 즉 다른 모든 것은 협력의 개념을 얻지 못한다. 여기에서는 협력사고가 국가와 사회의 분리로부터 긴장상태를

14) Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56(1997), S. 160 ff., 163 ff.

15) Schuppert(N 1), S. 418.

16) Zutreffende Apologie der kategorialen Unterscheidung: E. W. Böckenförde, Die verfassungs-theoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Vorträge G 183 der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, 1973: H. H. Rupp, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR I, § 28.

가져오며, 다시 말하면 이러한 분리는 사실 실질적으로 무력화되고 극복되며, 그러나 법적으로 어떠한 경우에도 폐지되어서는 안 된다는 것에 주의를 주는 것으로 충분하다.

4. 사회적 권위의 수단화로서의 협력

지금까지의 논의의 경과를 다음과 같이 요약할 수 있다. 즉 국가와 사회의 협력은 실질적으로 극복할 수 있다고 생각되는 국가와 사회의 법적인 분리를 전제로 한다. 국가와 사회의 협력은 국가를 통한 사회적 조종수단의 국가적 실행에 그 목표를 두고 있다. 협력사과의 헌법적 파괴력은 이러한 서술로써는 아직 특수한 개념을 형성하지 못하였다. 사실상 헌법상 그리고 행정법상 비교적 덜 중요한 다양한 국가적 활동임무(staatliche Handlungsagenden) 들은 협력개념에 포함될 수 있다. 왜냐하면 국가와 사회의 협력은 국가와 사회의 분리에 그 법적 기초를 두고 있으며, 그리고 다른 특별한 법학적 난점을 야기하지 않기 때문이다. 이러한 국가적 활동임무들은 헌법과 행정법의 인정되고 확증된 제도로 분류될 것이다. 그러나 이와 같이 인정되고 확증된 현상들이 새로운, 그러나 동일하지 않은 파괴력으로써 동일한 논제로 다루어지게 될 경우, 문제의 특수성이 오도될 위험이 존재한다. 따라서 특유한 협력개념을 도출해 내는 것이 유효하며, 그와 동시에 불규칙하지 않고, 정의되지 않은 형태가 확증된 도그마틱으로 잠입해 가고, 거기서 바이러스와 같이 해체작업을 수행하게 된다. 이러한 목적을 위하여 나는 완전성에 대한 요구는 제쳐두고, 우리의 논제밖에 있는 행정법학상의 확실한 근거로써 국가와 사회의 협력의 한 예로 특징지어지는 몇 가지의 행정법적 작용모델을 제시하고자 한다. 만약 이러한 인정된 작용모델 그 자체에 국가와 사회의 법적 협력으로 파악될 수 있는 현상들이 존재하지 않더라도 문제되지 않는다. 즉 이것 또한 하나의 결과일 것이다.

a) 조사의 범위와 절차의 사전조정, 행정절차에의 다양한 관계인과 일반공공의 참여(독일 연방행정절차법 제71c조 제2항), 즉 대표적 이익의 실행, 절차의 투명성 및 기타 청문권¹⁷⁾의 부여는 특별한 의미에 있어서 협력과는 관계없다. 이러한 모든 것은 적법한 행정임무이다. 즉 국가는 고권적으로 결정

17) Vgl. Trute (N 1), S. 20 ff.

하기 전 그에 대하여 정통하고 있다. 여기에서 정치적 신중성의 원칙이 법률적으로 규정되며, 시민에 대한 참여의 제공이 공식화된다 - 원칙상 법학적으로 자극적이거나 혹은 문제시되거나 혹은 국가와 사회의 분리를 법적으로 간접하는 것은 없다. 즉 양자의 책임영역은 항상 보증된다.

b) 이러한 것은 시민의 자기책임성 강화라는 슬로건아래 사실관계조사,¹⁸⁾ 계획법상의 허가심사,¹⁹⁾ 혹은 사업계획과 관련한 건설기본계획²⁰⁾의 시민에게로의 이양에 대해서도 유효하다. 정보청구와 정보제출과 법적 심사에 관한 이러한 의무들은 법적 의무를 형성한다. 그 점에 있어서는 기본권침해²¹⁾가 존재하고, 그 자체의 정당성이 요구된다. 그러나 법적 의무들은 특별한 협력관계의 기초를 포기하지 않는다. 이와 관련하여 항상 거듭 발생하는 개념 “자기책임의 강화(Stärkung der Eigenverantwortung)”가 난점을 야기한다. 법률상의 책임수인은 꽤 정확하게 자기책임의 반대개념이다. 자기책임은 반대적인 것, 다시 말하면 무책임한 행동에 관한 법적인 가능성을 전제로 한다. 이러한 일정한 행동에 관한 법률상의 의무가 - 무책임한 - 양자택일적 행동을 배제하는 것은 바로 자기책임을 위태롭게 한다.

c) 사인의 공무에의 임용제도, 고권적 권능(Hoheitsbefugnis)을 가지는 사인의 공무수탁(Beleihung), 참여를 수반하는 행정행위 혹은 행정계약 또한 국가와 사회의 협력의 전형적인 사안을 특징지을 수는 없다. 이러한 모든 행정작용들은 고권적 그리고 사적인 책임영역의 법적 분리를 고려하여 많은 적든 간에 도그마틱상 보증된 존재를 영위한다.

이러한 모든 사안에 있어서 국가와 사회의 협력에 대하여 행정법학적으로 합당하다고 할 수 있을 것이다. 그로부터 협력적 행정국가의 유형학이 도출되고, 조종이론적인 결론들이 도출된다. 그러나 그러한 점에 있어서 국가와 사회의 분리의 관점 하에 문제화될 수 있는 법학적으로 최소한의 동기유발도 존재하지 않는다. 왜냐하면 이러한 분리는 모든 경우에 있어서 협력을 고려하기 때문이다. 이러한 모든 경우에 있어서 국가와 시민은 각각 어떤 책임을 지며, 각자의

18) Vgl. Trute (N 1), S. 22.

19) Z.B. § 68 BauO NW.

20) §§ 12 BauGB i.d.F. vom 18.8.1997 (BGBl, I S. 2081).

21) Udo Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1997), S. 258.

행동의 평가에 관한 어떤 법적 규정이 적용되는지 언제나 명백하다. 이러한 협력형태는 기본법상 보장된 개인적 이익과 고권적 공익의무를 결합시킨다.

d) 법학적으로 명백하게 정의된 문제를 가지는 특유한 법적 개념에 관하여 협력은 다음과 같은 경우에만 그 효용성을 발휘한다. 첫째, 국가와 사회의 협력을 통하여 양자의 권한영역이 분리되기 어려울 정도로 서로 합류하는 경우, 둘째, 각 개인이 자기통제를 하면서 구속력 있게 행동하도록 동기를 부여받는 경우, 즉 사인들은 고권적 권능을 행하지 않으나, 공익에 있어서 국가의 관심과 지침을 행하며, 이러한 목적을 위하여 그들의 사적인 조종능력을 수단화하는 경우 등이 그것이다. 달리 표현하면 특별한 의미에 있어서 협력을 수단으로 국가는 사회적 힘으로써 공동의 작용에 목표를 두고, 일정한 목표에 대한 책임을 - 국가적 혹은 개인적 - 주역들에게 배분하려 하고, 그와 함께 국가와 사회의 전체 당사자에 관한 책임공동체를 형성하려고 한다. 이러한 목표를 관철하기 위하여 국가는 사회적 권한과 권위를 수단화한다. 이에 대한 예로서 사적인 조직구조의 공익실현²²⁾을 확보하기 위한 독립적 이행보조조직²³⁾의 설립, “노동을 위한 동맹”의 범위 내에서의 노력, 사회적 활동가들의 행정위원회의 동등한 임명²⁴⁾ 혹은 시험 등을 들 수 있을 것이다.

만약 국가가 협력을 강제하거나 혹은 - 미묘하고 유폐된 - 협력거부에 있어서 일방적 고권적 조치로써 위협할 경우, 이러한 종류의 협력관계에는 법적 정당성을 요하는 기본권침해가 존재한다. 그러한 “강제된 협력(erzwungene Kooperation)”의 경우에 있어서 일반적으로 협력이라고 말할 수 있을지 그 여부는 당연히 문제된다. 왜냐하면 협력은 - 좀더 상세히 설명되어야 하는 이유에서 - 협력파트너의 지속적인 동일성을 전제로 하기 때문이다.

그에 반하여 협력에 관하여 법적으로 구속력 없는 국가의 제안이 존재하는 한 - 협력동의에 대한 정치적 사회적 압력이 상당할 수 있다는 것을 배제하지 않는 - , 특별한 의미의 협력에 있어서 사회적 권위의 국가적 수단화가 문제된다. 이러한 개념정의는 물론 다음과 같은 요소의 보충을 필요로 할 것이다.

22) Vgl. zu dieser Fallgruppe Di Fabio (N 21), S. 245 ff.

23) Ebda. S. 249.

24) Vgl. Erhard Treutner, Kooperativer Rechtsstaat. Das Beispiel Sozialverwaltung, 1988.

5. 협력파트너로서 조직된 사회

국가와 사회가 문자 그대로 협력한다는 것은 전적으로 불가능하다. 여기에서 사회의 개념은 자유에 있어서 다양성, 시민의 기본법상의 활동의 총괄에 대한 부호로서 소용된다. 이러한 것으로서의 사회는 또한 협력능력이 없다. 즉 국가는 8000만의 시민과 협력할 수 없다. 그러므로 국가와 사회의 협력은 실제로 항상 협력을 통하여 그리고 협력에 있어서 협력능력이 있기 위하여 혹은 협력능력 있게 되기 위하여 사회가 조직되었다는 것을 전제로 한다. 협력 사상은 비로소 조직된 사회로서 그가 원하는 효능을 발휘할 수 있다. 그러한 범위 내에서 결정절차로서 협력은 국가의 일방적 고권적 결정의 동시적 포기 아래 모든 당사자들의 동의에 목표를 둔다. 즉 협력적으로 얻은 결과에 대하여 모두들 동의할 수 있다(경우에 따라서는 동의하여야 한다). 왜냐하면 모두들 협력에 관계하였기 때문이다.²⁵⁾ 또한 사회와 협력하기를 원하는 국가는 그가 협력할 수 있는 사회적 협력(단체)들을 전제로 하여야 한다. 그러나 - 사회의 영역에 있어서는 자유의 법률이 지배하기 때문에 - 이러한 사회적 단체들은 사회전체를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 사회의 범위 내에 있어서는 자유의 법률이 지배하기 때문이다. 그와 함께 아웃사이더는 협력문제의 헌법적 실마리문제로 될 것이다.

6. 요약

국가와 사회의 협력은 사회적 자기조종능력의 국가적 수단화를 의미한다. 국가는 목표를 제시하고 그의 이행책임을 철회한다. 사적인 파트너는 - 자발적, 간접적 강제 혹은 직접적 강제를 통하여 - 공동의 목표를 위해 그의 사회적 영향, 조종권한 및 사회적 권위를 실현하고, 그에 관여하게 된다. 임무실현에 대한 책임은 나누어지게 되고, 사회는 사실상 공법상의 책임을 지게 된다. 또한 협력이 사회적 파트너에게 공익기여의 의무를 부여함으로써 협력은 시민사회의 관계에서 시민책임²⁶⁾의 형식적인 측면을 형성한다.

25) Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neudr. d. 2. Aufl., 1983.

26) Dazu : Otto Depenheuer, Bürgerverwaltung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), S. 90 ff.

Ⅲ. 협력에 대한 조건으로서 사회의 개별화

언급한 문제정의를 고려하여 우선 아래와 같은 문제가 제기된다. 협력의 목적으로 탁자에 현대사회의 개별화된 시스템들을 가져오는 되는 국가와 사회의 그러한 종류의 협력에 있어서 사회 이론적 발달이 나타나게 될 수 있을까? 국가와 사회가 임무실현과 임무책임을 전체적으로 지게됨으로써 정치적으로 착수된 비분리화(Entdifferenzierung)에 있어서 개별화의 결과로서 다양하고 복잡한 문제의 해결이 존재하는가? 혹은 법률적으로 유효하지 않는 헌법의 범위와 마찬가지로 사회적 발전의 상황에 맞추기 위하여 협력은 어떠한 조건들을 충족시켜야 하는가?

1. 협력사고의 요구

협력사고가 제기하는 요구는 합리적으로 보인다. 다양한 문제들은 실업의 해소 또는 환경보호와 같은 공공복리 또는 특별한 목표들을 설정한다고 해서 해결되는 것이 아니다. 이런 종류의 목표들에 관해서는 한결같이 합의가 필요하다. 왜냐하면 그러한 목표들은 사람들이 선, 진리와 미를 위해 봉사한다는 것과 같이 불확실성을 수반하기 때문이다. 각 방면에서 합의된 목표들은 각각의 관할권을 엄두에 두고 구분해 놓은 행동의 가능성을 짜증스러운 것으로 받아들일 수 있다. 왜냐하면 관할의 구분이 협력을 강제하는 요구로서 나타나기 때문이다. 다른 측면에 있어서는 목표들이 그의 개별화에 있어서만 합의에 적합하다는 것이다. 즉 실무에 있어서 목표들은 사회전체적 발전과 서로 상이한 이익들과 그물처럼 얽혀있다. 그 그물망의 해체는 정치적으로 포기되었고, 사상과 정당 등의 다툼을 통하여 극복될 수 있을 것이다. 협력사고는 이러한 출발점에 있어서 복잡성을 극복하기 위한 프로그램으로 제공된다. 하지만 이하에서는 반대로 주장되었을 뿐만 아니라, 또한 근거의 설정이 이루어진 것이다. 그와 동시에 이러한 기회에 또한 성공적이고 헌법에 합치하는 협력의 진정한 핵심을 찾게 될 것이다. 이러한 목적을 위하여 협력사고는 우선 현대사회의 발전과정에 있어서 대강의 요약으로 분류되어야 할 것이다.

2. 현대사회 : 개별화를 통한 복잡화

국가와 사회의 분리는 - 또한 우리의 문제제기의 이론적 배경 - 헌법적으로 전제되어지는 것과 마찬가지로 헌법 이론적으로 논의의 여지가 있는 자유의 헌법국가와 관련하여 각자의 근본적인 분리를 표현한다. 국가와 사회의 분리는 근본적이고, 합리성을 실현하는 그리고 현대국가의 성숙을 가져온 복잡성을 극복하려는 것처럼 복잡성을 가능하게 하는 분리들에 속한다. 국가와 사회의 분리는 인간에게 감각실현과 삶의 실현을 증개하는²⁷⁾ 완전사회(societa perfecta)로서 공동체(Gemeinwesen)의 아리스토텔레스적 관념의 자리를 대신하였다. 이러한 의미에 있어서 현대의 자유주의적-민주주의적 헌법국가는 더 이상 통합으로서 이해될 수 없다. 정치적-낭만주의적 환상은 항상 현실의 사려 있는 분석을 시도하였지만, 그러나 그 결과는 반대로 나타났다. 즉 현대 국가는 완전사회로서 아리스토텔레스-토마스적 국가의 관념을 개개의 파편으로 부수어 버린 “알력(Entzweiungen)”의 결과로서의 (잠정적인) 극점에 서 있다.²⁸⁾ 다양한 기능시스템에 있어서 - 종교, 경제, 문화, 정치 - 실정헌법은 국가의 개별화의 근대적인 과정에서 국가와 사회의 분리, 즉 정치적 그리고 사회적 분야의 분리으로써 반응하였다.²⁹⁾ 완전사회의 기능적인 개별화 및 국가와 사회의 분리에 있어서 그의 헌법적 반영은 시민들에게 점점 많은 스스로 결정한 자유여지를 달성하게 하였고, 그리고 국가에게, 즉 정치적 장치에 점차 기능을 위임하였다. 즉 그것은 총체적 구속력 있는 결정들의 도출이었다.³⁰⁾ 국가가 사회의 대립물로서 생각되고 공익의무를 지게 되는 반면에 기

27) Klassisch : Aristoteles, Politik, I, III.

28) Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in : ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 ff.; Peter Kolsowski, Gesellschaft und Staat, 1982, S. 47 ff.; Niklas Luhmann, Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, in : ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 1, 1980, S. 9 ff., 27 ff.; ders., Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik, in : ebd., Bd. 3, 1989, S. 65 ff.

29) Vgl. Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung 4, Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, 2. Aufl., 1994; ders., Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in : Der Staat 12 (1973), S. 1 ff., 165 ff.

30) Niklas Luhmann, Soziologie und politisches System, in : Soziologische

본법상 합법화된 사회의 영역에 있어서는 자유원칙(Freiheitsprinzip)이 지배하고 있다.³¹⁾ 사실상 국가와 사회의 이론적 분리는 개인적 자유의 카테고리를 일반적으로 생각할 수 있게 하기 위하여 필요한 조건을 형성한다. 즉 국가는 자유와 관련하여 보호되어야 하는 권력을 형성한다. 그러므로 이러한 분리는 또한 상호간의 사실상의 영향을 통하여 혹은 국가와 사회의 주체들의 협력을 통하여 무력하게 되지는 않을 것이다. 그와 반대로 사실상의 영향과 국가 및 사회의 주체들의 협력은 이러한 분리를 전제로 하며, 이론적 요구와 이러한 분리의 법적 중요성과 관계되지 않는다.

현대사회의 기능적인 개별화는 국가의 자주적인 결정에 근거하지 않는다. 즉 국가 그 자체는 발전의 주인공이 아니라, 그 부산물이다. 그것은 공동체를 개별화하였고, 변화된 환경조건에 적응하였으며, 계속적으로 적응하는 사회적 발전의 기능논리(Funktionslogik)이다. 현대의 개별화된 사회는 현재의 사회적 발전의 상황에 맞는 시스템이며, 경쟁하는 역사적 모든 대안들을 능가한다.

그러나 개별화는 그의 가치를 가진다. 각각의 부분시스템은 그에게 부여되는 임무의 수행을 위하여 그의 특별한 논리에 따른다. 즉 정치는 공동의 구속력 있는 결정들을 준비하여야 하며, 경제는 경제적인 이윤원칙에 방향을 설정하고, 문화는 미(美), 학문과 진리 등에 목표를 둔다. 어떠한 제도, 국가 또한 전권을 행사하지는 않는다. 즉 상반되는 행동은 부당할 것이며, 그 효과의 한계에 매우 쉽게 부딪치게 된다. 국가 또한 종래 사람들이 보아왔던 그런 포괄적인 통일체가 아니라, 오히려 - 다른 모든 기능시스템과 마찬가지로 - 단지 단편적인, 즉 다시 말하면 제한된 국가이다. 이는 하나의 중요한 결론을 가진다. 즉 국가의 조종결여는 모든 수단을 통하여 수정되어야 하는 현대적 비합리성이 아니라, 개별화된 사회의 배후에 있는 국가의 상태(常態)이다. 또한 만약 한편으로는 늘어나는 국가의 임무가 확정되고, 줄어드는 국가의 조종능력이 진단된다면, 왜 이러한 임무가 국가임무이어야 하며, 그로 인하여 국가의 조종능력이 향상되어야 하는가에 대하여 적어도 확실히 답할 수 있을 것이다. 만약 국가가 단순히 단편적인 국가라면, 국가의 조종을 박탈하고 그 해결에서 국가가 자유롭게 되는 영역들이 주어져야 한다는 결론이 나온다. 이는 모두 가능하지는 않

Aufklärung 1, 3, Aufl., 1972, S. 154 ff. 158 ff.; ders., Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, S. 324 ff., 337 ff.

31) Vgl. Josef Isensee, Grundrechte und Demokratie, Doe polare Legitimation des Gemeinwesens, in : Der Staat 20 (1981), S. 161 ff.

으며, 이러한 포스트 모더니즘적인 한계경험은 여기에서는 현실이다.

그 점에 있어서 물론 국가와 그의 기관은 민주주의의 함정이라고 할 수 있는 딜레마에 빠져있다. 즉 정치가는 선출되기 위하여 조종권한에 반하여 국민에게 주장하여야 하며, 사실상 실현할 수 없는 경우라도 마찬가지다. 국가의 전권한성의 도그마, 즉 국가는 지배적인 사회통합의 매개체라는 신념은 거기에서는 계속적으로 유지된다.

3. 개별화된 사회에 있어서 협력의 한계

조종이 개별적인 시스템의 기능논리의 기준에 의해서만 가능하다고 하는 기능상 개별화된 사회의 논리는 타당하다. 환경, 다른 기능시스템들, 또한 개개인들은 시스템 내에서만 수용될 수 있고, 가공 가능한 데이터, 사실들을 결정할 수 있다. 이러한 사회는 중심적이고, 협력적인 조종을 필요로 하지 않는다. 즉 그 사회는 조종되지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 그 사회의 발전은 조화를 이루었다. 즉 이러한 발전은 매일 백만 배의 적응결정들에서 발생한다. 인간과 시스템들은 행동규칙에 근거하여 그들의 행동을 계속적으로 상호 조율한다. 공동의, 제시된 목표 없이 인간과 시스템들은 상호 적응을 통하여 계속적으로 그들의 작용들을 조율한다. 질서는 이러한 종류의 의식된 중심적 조종 없이 오로지 사회적 조화로부터 발생한다.³²⁾ 만약 이러한 묘사가 사회적 현실에 어느 정도 타당할 경우, 이에 근거하여 또한 국가와 사회의 의미 있는 협력의 한계와 범위가 한정될 수 있다.

국가와 사회의 협력의 형태들은 어떤 경우든 비분리화의 결과로 되어서는 안 될 것이고, 될 수도 없다. 즉 이것은 사회의 문명적인 발전에 부적합할 것이며, 현대사회의 문제해결능력을 떨어지게 할 것이고, 사회적 진화과정으로부터 장기간에 걸쳐 아무튼 교정될 것이다. 그로부터 모든 협력은 협력파트너들이 존재하고 있는 시스템들의 기능논리를 고려하고 존중하여야 한다는 결론이 도출된다. 연방수상의 원탁에서는 고용주들은 고용주로 머물고, 고용주들이 공익의무를 지고 있는 국가기관으로 변이하지 않는다. 만약 모든 협력파트너가 협력에 있어서 스스로 협력파트너로서 머물 수 있는 경우에만, 협력 없이는 성공할 수 없다는 신뢰관계가 형성될 수 있다.³³⁾ 그리고 사회적 파트너

32) Erich Hoppmann, Eine universelle Quelle der Ordnung, FAZ v. 12.12.1998.

33) Vgl. Tania Ripperger, Ökonomik des Vertrauens, 1998, S. 191 ff.

의 동일성이 유지되는 경우에만 협력파트너는 공동목표의 의미에서 그의 사회적 권한과 성공적인 협력의 결과로서 조종능력의 부가가치를 가져올 수 있다. 협력이 조화된, 그러나 시스템특유의 작용을 목적으로 정보교환의 개선에 한정되어진 경우, 즉 중심적 협조장치를 통한 분권적 협조장치를 대체하는 경우에만, 협력관계의 모든 파트너는 동일성을 유지할 수 있다. 조종이론가들은 조종능력과 협력의 객관적 획득을 평가하길 원한다.

IV. 협력의 한계조건

이하에서는 국가와 사회의 협력의 평가에 관한 이러한 국가이론적 고려가 몇 가지 헌법적 고려를 통하여 보충되고 증명된다.

1. 협력과 실정법

협력이 그의 실효성을 발휘하려면 본질적으로 비공식적일 수밖에 없다. 왜냐하면 국가와 사회는 법적으로 분리되어 있는 것이기 때문이다. 즉 협력은 어떠한 경우에도 실정법을 대체하지 못하며, 공무원을 그의 공익책임으로부터 면제하지 못한다. 국가는 사회적 단체들과의 협력을 추구할 수는 있다. 그러나 국가는 또한 그 사회적 단체들의 실패를 염두에 두어야 한다. 따라서 협력은 항상 실정법에 근거하여 그리고 실정법을 배경으로 실행된다. 실정법은 국가기관에 대하여 불가분한, 또한 협력을 통하여 구분 불가능한 책임들을 정한다. 그러므로 이러한 책임들은 민주적으로 정당화되고 법치국가적으로 제도화될 수 있다. 그러한 점에 있어서 책임들은 명백하게 정의되어진 것이다. 협력은 국가기관을 결정강제와 고권적 책임인수로부터 면제시키지 못한다. 국가는 협력으로의 도피를 통하여 책임을 면하지 못한다. 총체적으로 국가와 사회의 협력적 책임은 기본적 국가구조원칙들, 즉 법치국가원칙 및 민주주의원칙을 침해할 것이다. 행정과 정부에 있어서 책임주체는 그의 책임을 엄폐하거나 혹은 분리하려는 경향이 있다는 사실은 이해할 수 있다. 그러나 헌법은 그러한 행동을 고려하거나 혹은 정당화하려는 최소한의 동기도 지니고 있지 않다. 책임분리로부터 무책임성으로 이르는 길은 상당히 가깝다. 그러나 헌법은 권한의 권한을 부여하고, 직무담당자를 정당화하고, 이들을 책임에 끌어들인다.

2. 협력과 협력파트너의 균형

협력은 힘의 균형이 이루어지는 경우에만 성공적으로 작용한다. 협력은 협력파트너의 동등함을 전제로 한다. 구조적으로 불평등한 권력에 있어서 협력에의 호소는 단지 진정한 권력관계의 은폐에 기여한다.

3. 협력과 자발성

힘의 균형은 작용하는 협력의 그 밖의 조건, 즉 자발성을 보증한다. 국가는 단지 특별한 의미에 있어서 협력을 유인할 수 있다. 만약 국가가 협력을 강제한다면, 협력의 근본을 건드린 것이다. 협력의 사고가 자제의 사고에 가깝게 놓여 있는 것처럼, 사람들은 “너 나의 형제가 되지 않으려고 한다면, 나는 너의 머리를 박살낼 것이다”라는 유명한 격언으로부터 인식한다. 만약 사회 자신이 해결책을 제시하지 못하는 경우, 이는 법률적 규정으로써 강제하는 국가의 실무에서는 말도 되지 않는다. 그러나 그것은 대체권능의 제공을 가지는 기본권침해이다.

그러나 강제에 의한 협력은 스스로 모순을 안고 있다. 자발적인 협력만이 성공적인 협력의 가장 중요한 조건의 유지를 가능하게 한다. 즉 협력관계의 모든 파트너는 협력에 있어서 스스로 동일성을 유지하여야 한다.³⁴⁾ 협력파트너는 스스로를 부정해서는 안 된다. 그에 반하여 강제된 협력은 모든 부정적 수반현상, 즉 정신적 유보 혹은 비밀스런 장애 등을 가지는 외관상의 협력으로 된다. 그로부터 만약 국가와 사회의 협력이 권한상의 비분리화의 의미에 있어서 법률적으로 규정되면, 협력사고는 이미 배반당한 것이라는 결론이 나온다. 또한 고권적 대체조치를 가지는 법정책적 강제의 검(劍)하에 원하지 않게 협력한다. 그러나 협력의 비형식성, 균등성 및 자발성은 그의 실제적 성과의 비밀일 뿐만 아니라, 국가와 사회 사이의 헌법적 권한배분, 국가적 행위의 법치국가적 책임과 국가활동의 민주적 정당성을 보증한다.

34) Vgl. oben unter III. 2.

4. 협력에 있어서 국가의 중립성유지

협력관계의 모든 파트너는 또한 협력의 범위 내에서 기꺼이 스스로 동일하게 머물 수 있으며, 경우에 따라서는 동일하게 머물러야 한다. 이는 또한 특히 국가에 대해서도 마찬가지다. 국가 또한 항상 협력하는 국가로서, 시민은 항상 시민으로 머문다. 국가는 항상 제한적으로 머물고, 법적 정당성을 필요로 한다. 그에 반하여 시민들은 항상 자유롭다. 국가는 협력을 무조건 추구하여서는 안 된다. 시민은 언제나 협력을 거부할 수 있다. 시민은 항상 공익에 기여하는 활동에 열려 있으나, 스스로 공익의 부담을 지지 않는 기본권의 주체이다.

특히 국가는 또한 협력에 있어서 공익에 대한 의무를 진다. 국가는 사실 사회적 단체들의 사회적 권위를 공익에 기여하도록 수단화하는 것을 시도할 수 있다. 그러나 또한 다른 한편으로는 아웃사이드의 자유를 위하여 그를 사회적 압도로부터 보호하여야 한다. 국가와 사회의 협력은 헌법에 의하여 개개인의 권리에 부담이 되어서는 안 된다. 만약 국가가 단체들에 있어서 효과적인 협력파트너를 얻기 위하여 개인을 보호하지 않고 사회적으로 거대한 단체의 손에 맡긴 경우, 이것은 국가사상의 왜곡일 것이다. 그러므로 개인은 국가와 사회의 각각의 협력의 교정자인 것과 마찬가지로 불가피하게 열린 공간을 형성한다. 그리하여 협력이 사회를 통한 사회의 자기통치로 타락하게 되는 위험이 방지되게 될 것이다.³⁵⁾

결론적으로 국가는 또한 협력에 있어서 사회적 힘들과 일정한 거리를 유지하여야 한다. 협력사고가 기본권의 주체에게 공익의무를 지게 할 위험이 있는 것과 마찬가지로 국가는 사회적 개별적인 힘들을 이행보조자로 만들 수 있는 위험을 지니고 있다. 그러한 한 협력이 아니라, 일방적-고권적, 민주적-정당화된 법률이 공익과 시민의 자유의 제1차적 방패라는 것을 확신할 수 있다.

35) Vgl. Walter Leisner, *Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung*, in: Michael Kloepfer (Hg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich*, 1998, S. 151 ff.

V. 결 론

국가와 사회의 의미 있는 협력은 항상 주어졌으며, 그리고 항상 주어질 것이다. 그러나 그의 본질에 의하면 협력은 비공식적이어야 하며, 비공식적으로 머물러야 한다. 실무는 협력의 제국이다. 이와 반대로 실정법은 권한에 근거하여 불가피하게 지시하며, 의무를 부여한다. 이상의 논의를 요약한다면 다음과 같은 결론에 도달할 수 있다. 국가권력은 협력을 통하여 일방적, 고권적, 공익을 지향하는, 민주적으로 정당화된 권한실현에 관한 책임을 면할 수는 없다. 협력은 권한의 실현을 쉽게 할 따름이지, 어떤 경우에도 결코 권한의 실현을 대체하지는 못한다.