法學論集

第 32 輯 1996. 12.

高麗大學校 法 科 大 學
高麗大學校 法學研究所

編 輯 委 員

金 亨 培 · 金 日 秀 · 李 基 秀

蔡 利 植 · 鄭 燦 亨

刊 行 辭

法學論集 제32輯을 발간하게 되었다. 이번호는 3부분으로 나누어진다. 맨 앞에는 「法律·制度의 史的 考察과 改正方案」에 관한 법학연구소 주최 國際學術會議(1996년 10월 11일)에서 발표한 論文을 특집으로 실었다. 憲法, 行政法, 刑事訴訟法에 관한 立法論 및 그 批判과 大陸法·英美法의 比較, 經濟憲法의 槪念, 美國消費者保護法의 發展과 現況에 관한 글들이다. 중간에는 일반논문으로 法思想, 로마法과 憲法, 刑法, 民法, 商法에 관한 글을 실었고, 마지막에는 그동안 法學硏究所와 比較法硏究所의 초청으로 내한하여 발표한 논문으로 외국의 교수와 법률실무가의 發表原文과 번역문을 함께 실었다. 다만, 中國 北京市 人民檢察院의 何訪拔 檢察長의 論文은 번역문만 실었다. 여러 가지 사정으로 原文을 함께 인쇄하지 못하여 송구스럽다.

大陸法界國家의 법학의 발전은 좋은 學術論文을 통한 法律解釋과 法律改正案의 提示, 이를 근거로 한 명쾌한 판례의 집적과 法形成, 이에 연이은 法改正으로 그 결실을 볼 수 있겠다. 그를 위하여 外國法의 연구가 필요하며 외국법학자 및 법률실무가의 교류도 그런 차원에서 의미가 있다. 그래서 이번에 발간하는 法學論集은 그 동안 대부분 논문만을 모은 기본틀을 벗어나 쎄미나를 통한 학술발표회, 외국법조인들을 초청하여 행한 국제학술교류와 연구를 통하여 발표된 논문들을 일반 학술논문과 함께 편집하여 실었다. 이런 관점에서 이번 法學論集의 출간이 법학발전에 한 발자국의 이바지가 있었으면 한다.

바쁘신 중에도 고려대학교를 방문하여 좋은 논문을 발표해 준 외국의 법학자와 법실무가, 좋은 글을 써 준 동료교수, 좋은 학술지가

되도록 편집에 수고한 편집위원과 교정에 힘써 준 연구원들 그리고 이 책의 출간을 위해 재정적 도움을 준 청촌문화재단의 金萬洙 이사장님, 제일제당의 李在賢 상무님께 감사드린다.

1996년 12월 23일

독일 튜빙엔대학교 연구실에서
법학연구소 소장 이 기 수

法學論集 第32輯

目 次

刊行辭 ..... 이기수 i

[特輯] 法律·制度의 史的 考察과 그 改革方案

현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제 ..... 장영수 1

行政作用 當事者의 法的 地位保障을 위한 制度改善 論議 — 현행 行政節次法案과 行政情報公開法案의 문제점을 중심으로 ..... 류지태 27

형사소송법개정과 법치국가의 침윤 — 1995년 제8차 형사소송법개정에 대한 비판 ..... 이상돈 53

Zur Gegensätzlichkeit von Common Law und Civil Law ..... Eugen Bucher 91

영미법과 대륙법의 대조성 ..... 최병규 역 119

Über das Konzept der "Wirtschaftsverfassung" ..... Knut Wolfgang Nörr 139

경제헌법(Wirtschaftsverfassung)의 관념에 대하여 — 독일역사상의 한 章 — ..... 이준섭 역 163

Consumer Law — Its Development and Present State in the U.S. — ..... Gerald J. Thain 183

미국에서의 소비자보호법의 발전과 현황 ..... 이대희 역 213

[論文]

韓非子의 法思想 ..... 심재우 231

로마刑法의 發展 過程(II) ..... 조규창 265

憲法上 人間의 尊嚴과 價値 ..... 계희열 301

형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판
— 위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에
관하여 — ····· 김선택 ····· 329

非典型契約의 解釋論 — 金融리스契約의 法的 性質을
중심으로 — ····· 김형배 ····· 369

會社形態의 탄력적 운용과 資本會社의 규제완화 ··· 이기수 ····· 397

[講演]

Werdegang und Arbeitsweise des Technischen Richters
····· Jürgen Schmidt-Kolb ····· 445

技術判事의 任用과 裁判活動
····· 유진희 · 최병규 역 ····· 463

The Role of Industrial Property Attorneys and
Special Courts in the Protection of Industrial
Property Rights ····· Dieter K. Speiser ····· 477

産業財産權保護를 위한 辨理士와 特別法院의
役割 ····· 이기수 역 ····· 495

International Trade Laws and Policies Between
Korea and the United States ····· Charles R. Irish ····· 509

한미 통상관계에 관한 미국의 법률과 정책
····· 이대희 역 ····· 545

1996 Report of the Surgeon General on Smoking and Health
The Context for Change : The Efficacy of Interventions
for Smoking Prevention and Control ····· Gerald J. Thain ····· 577

미국에서의 담배광고에 관한 규제 ····· 이대희 역 ····· 601

Das Widerrufsrecht in neueren Verbraucherschutzgesetzen
····· Manfred Wolf ····· 621

새로운 消費者保護法律의 撤回權
····· 최병규 역 ····· 641

中國檢察機關의 相對不起訴 性質에 關하여
····· 何訪拔/이만희 역····· 657

현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원

張 永 洙*

》목 차《

Ⅰ. 헌법재판제도의 이념적 기초와 헌법소원제도의 출발점
Ⅱ. 헌법소원제도의 연혁과 각국의 입법례
Ⅲ. 현행헌법 및 헌법재판소법상 헌법소원의 의의와 대상
Ⅳ. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 인정여부와 구체적 결과
Ⅴ. 헌법소원의 제청요건과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용성
Ⅵ. 맺음말 : 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 해석론적 의의와 입법론적 개선의 요구

Ⅰ. 헌법재판제도의 이념적 기초와 헌법소원제도의 출발점

1. 헌법재판제도의 이념적 기초 : 실질적 법치주의 실현을 통한 기본권보장

헌법재판제도가 오늘날과 같은 형태로 발전된 것은 비교적 최근의 일로서 근대헌법의 탄생 이후로도 많은 시간이 흐른 후이다. 그러나 헌법재판제도의 광범한 보급은 현대헌법의 가장 두드러진 특색의 하나라고 할 수 있다. 몇몇 국가에서 나름의 발전을 보여 오던 헌법재판제도

* 고려대학교 법과대학 조교수

는[1] 20세기 중반이후로 세계 각국에서 광범하게 도입되기 시작하였고, 최근에는 헌법재판제도를 인정하지 않는 국가가 오히려 예외에 속하게 된 것이다.[2] 물론 오늘날 각국이 채택하고 있는 헌법재판제도의 유형과 구체적 실현방식에 있어서 상당한 차이를 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 오늘날 헌법재판제도는 성문헌법국가의 가장 핵심적인 요소의 하나로 다루어지고 있다.[3]

이처럼 헌법재판제도가 광범하게 보급되게 된 데에는 무엇보다 **민주주의의 보편화**라는 현실과 더불어 **법치주의의 실질화**에 대한 요청이 가장 큰 원인으로 작용하였다. 민주주의가 보편화됨에 따라 헌법의 민주적 정당성 및 이에 기초한 헌법의 규범력이 강화되었고, 이에 따라 헌법의 효력을 담보하기 위한 헌법재판의 중요성이 더욱 부각되었으며, 특히 형식화된 법치주의 아래에서 독재적 국가권력의 폐해를 경험한 경우에 입법을 포함한 국가권력행사의 내용적 정당성에 대한 헌법적 통제가 더욱 절실하게 요청되었던 것이다.[4]

결국 오늘날 헌법재판제도가 광범위하게 보급되고 있는 것은 **헌법을**

---

1) 헌법재판제도의 역사적 발전에 관하여는 한병채, 헌법재판론, 1994, 3쪽이하; Ulrich Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S.1-62; Konrad Zweigert, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S.63-75 참조.

2) 한병채, 앞의 책(주 1), 32쪽 이하 참조.

3) 우리 헌법의 경우도 - 헌법재판기관이 헌법위원회, 대법원, 헌법재판소 등으로 바뀌었고, 그 권한범위 및 구체적 운용에 있어서도 큰 차이를 보여 왔지만 - 헌법재판제도 자체는 제헌헌법에서 현행헌법에 이르기까지 계속 인정되고 있다.

4) 이러한 사정은 과거 독재적 국가권력에 의하여 민주주의, 법치주의의 침해 내지 형해화를 경험한 나라일수록 헌법재판제도의 도입에 더 적극적이라는 점에서도 확인된다. 예컨대 제2차 세계대전 이후의 독일과 일본, 프랑코 이후의 스페인, 공산정권의 붕괴후 러시아를 비롯한 헝가리, 폴란드와 같은 동구권 등에서 주목되는 현상의 하나가 기존의 헌법재판제도를 강화함으로써, 또는 헌법재판제도를 새로이 도입함으로써 국가권력의 남용과 오용을 막으려고 노력했다는 점이다.

통한 국가권력행사의 정당성 통제 및 이와 결부되어 있는 실질적 법치주의를 통한 기본권보장이라는 헌법재판제도의 이념적 기초와 불가분의 관계에 있는 것이다.

2. 헌법소원제도의 출발점 : 기본권에 대한 사법적 보장의 실질화

헌법재판제도의 가장 기본적인 출발점이 되었던 것은 위헌법률심사제도라고 할 수 있다. 헌법재판이 인정되기 이전의 전통적인 권력분립체계 속에서는 입법권의 행사에 대한 효과적인 사법적 통제수단이 존재하지 않았고, 결국 헌법이라는 최고규범을 기준으로 법률에 대한 사법적 통제를 인정하는 문제가 중심이 되어[5] 헌법재판이라는 새로운 영역이 인정되기 시작한 것이다.[6]

그러나 오늘날 위헌법률심사에 못지 않은, 경우에 따라 그 이상으로 커다란 현실적 비중을 차지하고 있는 헌법재판유형이 헌법소원이라고 할 수 있다. 헌법소원을 헌법재판의 한 유형으로 인정하고 있는 입법례는 위헌법률심사의 경우에 비하여 상대적으로 적은 편이다. 그러나 일단 헌법소원제도를 인정하고 있는 국가의 경우에는 그 이용도가 가장 높을 뿐만 아니라 헌법소원심판을 통하여 국가질서 전반에 커다란 영향

---

5) 근대적 헌법재판의 기원을 영국에서 법의 지배(rule of law), 특히 보통법의 지배를 강조한 Coke판사의 주장에서 비롯되는 것으로 보는 견해는 결국 국왕의 제정법에 대한 보통법의 우위, 즉 보통법에 의하여 국왕이 제정한 법률을 통제하려는 생각이 헌법재판의 출발점이라고 보는 것이다. 또한 연방대법원의 위헌법률심사를 중심으로 발달된 미국의 헌법재판제도도 법률에 대한 사법적 통제가 근대적 헌법재판의 출발점임을 뚜렷하게 보여주고 있다.

6) 이에 따라 위헌법률심사는 헌법재판의 최소한의 핵심부분으로 인식되고 있으며, 헌법재판을 담당하는 독립된 기관으로 헌법재판소를 구성하지 않고 일반법원에 의한 최소한의 헌법재판만을 인정하는 경우에도 위헌법률심사는 인정되고 있다.

을 미치는 결정이 내려지는 예도 적지 않은 것이다.[7]

이처럼 헌법소원의 현실적 비중이 높아진 것은 헌법소원의 기능에, 즉 헌법소원이 가장 직접적으로 국민의 기본권을 보호하는 작용을 한다는 점에 기인하는 것으로 볼 수 있다. 물론 오늘날 헌법소원은 **개인의 기본권보장** 이외에도 **합헌적 국가질서의 유지**라는 측면에서도 커다란 의의를 갖는 것으로 인정되고 있다.[8] 그러나 역시 헌법소원제도의 비중은 개인의 권리구제쪽에 더 많이 놓여져 있고,[9] 이러한 개인의 권리구제를 중심으로 한 국가질서의 형성이야 말로 — 국민을 위한 국가(권력)질서의 형성과 유지라는 — 민주주의의 기본적 출발점에 부합되는 것이기도 하다.

이와 같은 헌법소원제도의 실제 활용을 통한 국민의 기본권보호는 결국 기본권에 대한 사법적 보장을 헌법소원이라는 헌법재판의 한 유형을

---

7) 예컨대 우리 나라의 경우도 12.12 및 5.18사건 불기소처분에 대한 헌법소원(1995.1.20 94헌마246; 1995.12.15 95헌마221, 233, 297[병합]), 국회의원 지역선거구 획정에 관한 헌법소원(1995.12.27 헌법재판소결정 95헌마224, 239, 285, 373[병합]) 등과 같이 개인의 권리보호 뿐만 아니라 국가질서 전체에 중대한 영향을 미치는 사건들이 적지 않게 헌법소원의 형태로 제기·검토되었으며, 이러한 사건들에 대한 헌법재판소의 결정을 통하여 국가질서가 새롭게 형성되는 예가 적지 않다.

8) 권영성, 헌법학원론, 1996, 1038쪽; 김철수, 헌법학개론, 1996, 1146쪽; 1992. 2.24 헌법재판소결정 91헌마111; 1995.7.21 헌법재판소결정 92헌마144; E. Benda/E.Klein(Hrsg.), Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, S.140ff.; Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.II, 1987, S.737-848 (828); Hans Spanner, Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25.jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), Bd.I, 1976, S.374-395 (376); BVerfGE 33, 247(258f.); 38, 26(28); 45, 63(74); 51, 130(139) 참조.

9) 이 점에서 헌법소원은 위헌법률심사제도와 상당한 차이를 보이고 있다. 물론 구체적 규범통제의 형태로 위헌법률심사를 하는 경우에는 개인의 권리침해를 중심으로 한 재판의 전제성이 문제되기 때문에 헌법소원에 근접하는 현상을 보이게 되지만, 그 경우에도 '법률 자체의 합헌성'을 따지는 위헌법률심사와 '공권력에 의한 개인의 기본권침해'를 문제삼는 헌법소원의 중점이 놓여 있는 바는 각기 다르다고 할 수 있다.

통하여 실질화하는 것이 현실적으로 필요하다는 것, 다시 말하자면 기본권에 대한 사법적 보장이 기존의 권력분립체계 속에서는 충분히 확보되지 못하였다는 것을 반증하고 있다고도 말할 수 있을 것이다.

II. 헌법소원제도의 연혁과 각국의 입법례

1. 헌법소원제도의 뿌리

헌법소원제도의 뿌리를 어디에서 찾을 수 있는가에 대하여는 이론이 적지 않다. 그러나 헌법소원의 원형을 독일의 Verfassungsbeschwerde에서 찾는 일반적 견해에 따를 때 헌법소원제도의 뿌리는 1818년 바이에른의 헌법소원(Beschwerde zum Schutz verfassungsmäßiger Rechte)에서 찾을 수 있다고 한다.[10]

그러나 당시의 헌법소원은 오늘날과 같이 개인의 권리구제를 위한 제도로서가 아니라 '주의회의 권리' 내지 '등족의 권리'를 구제하는 수단으로 인정되고 있었으며,[11] 그 이후의 발전도 순탄한 것만은 아니었다. 그 용어가 정립되기까지도 많은 우여곡절이 있었고, 제도의 내용이 오늘날과 같은 형태로 확립되는 데에는 더욱 많은 곡절을 겪어야 했다.[12]

2. 독일의 헌법소원제도

1949년 서독의 기본법이 제정되는 과정에서 연방헌법재판소의 권한

---

10) 이에 관하여는 정태호, 헌법소원의 개념과 역사적 발전, 안암법학 제4집, 1996, 101-158(103이하)쪽 참조.
11) 정태호, 위의 글(주 10), 122쪽 이하 참조.
12) 이에 관한 상세한 내용은 정태호, 위의 글(주 10), 121쪽 이하 참조.

범위와 관련하여 헌법소원제도를 도입할 것인가, 또 어떠한 형태로 도입할 것인가에 관하여 많은 논의가 있었으나[13] 결과적으로 1949년의 기본법 제정 당시에 헌법소원은 연방헌법재판소의 권한목록에서 배제되었다. 그러나 서독 기본법 제93조 제2항은 기본법에 명시된 권한 이외의 권한을 법률에 의하여 연방헌법재판소에 부여할 수 있음을 규정하였고, 이 규정에 기초하여 헌법소원은 연방헌법재판소법에 의하여 도입되게 되었다.

이처럼 법률상의 제도로 인정되어 오던 헌법소원제도가 서독의 기본법에 수용된 것은 1969년 1월 29일의 제19차 기본법개정에 의해서였다. 이 기본법개정은 무엇보다 긴급사태에 대한 헌법적 규율을 그 중심내용으로 하고 있었으며, 이에 따른 기본권의 포괄적 제한 가능성에 대한 균형추로서 시도된 헌법재판소의 권한 강화 및 — 기본법 제20조 제4항에 저항권을 도입하는 형태로 이루어진 — 기본권보장 강화의 일환으로서 헌법소원제도의 헌법적 수용이 이루어진 것이다. 이에 따라 서독의 헌법소원제도는 기본법 제93조 제1항 4a호에 의하여 "누구나 공권력에 의하여 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리가 침해되었다는 것을 이유로 제기"할 수 있도록 규정되고 있으며, 연방헌법재판소법 제90조 이하에서 상세한 절차가 규정되고 있다.[14]

이와 같이 독일의 헌법소원제도는 그동안 내용의 변천을 적지 않게 겪어 왔고, 또 현재에도 연방헌법에 의한 헌법소원과 각주의 헌법에 의한 헌법소원의 내용과 절차가 부분적으로 상이한 점은 있으나 대체로 — 포괄적인 권한을 갖는 강력한 헌법재판소의 구성과 활동을 전제하여 — 헌법소원의 대상범위를 매우 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.

---

13) 이에 관한 상세한 내용은 정태호, 위의 글(주 10), 133쪽 이하 참조.

14) 또한 바이에른, 헷센 등의 주(州)헌법도 개인의 기본권보호를 위한 헌법소원을 인정하고 있으며, 1990년 독일이 통일된 후에는 구동독지역에 구성된 브란데부르크(Brandenburg), 메클렌부르크-포어폼머른(Mecklenburg-Vorpommern), 작센(Sachsen), 작센-안할트(Sachsen-Anhalt), 튀링엔(Thüringen) 등의 주들이 각기 주헌법을 통하여 헌법소원제도를 도입하였다.

3. 오스트리아의 헌법소원제도

오스트리아의 헌법소원제도는 1867년 12월 31일의 국가기본법(Staatsgrundgesetz) 제3조 b호에 의하여 규정된 이래 현재까지 인정되고 있으며, 현행 오스트리아 연방헌법 제144조 제1항은 헌법재판소가 "소원청구인이 행정청의 처분에 의해서 헌법에 보장된 권리를 침해당했다고 주장하는 경우, 또는 위법적인 명령, 위헌적인 법률, 불법적인 조약의 적용에 의하여 자신의 권리를 침해당했다고 주장하는 경우에 제기되는 소원에 대하여 심판한다……"고 규정하고 있다.[15] 그리고 그 구체적 절차는 헌법재판소법 제82조 이하에 규정되어 있다.

오스트리아의 헌법소원제도에서 특이한 것은 헌법소원의 대상을 행정청의 작용에 한정시키고 있으며, 이 문제를 중심으로 헌법재판소와 행정재판소의 관할범위에 관한 미묘한 문제들이 발생된다는 점이다. 원칙적으로 행정작용에 대한 헌법소원의 제기는 구제절차를 먼저 거쳐야 하지만 절차를 거칠 필요가 없는 행정행위(verfahrensfreie Verwaltungakte)에 대하여는 직접 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 인정되고 있으며, 경우에 따라서는 청구인이 헌법재판소에 대한 소원과는 별도로 행정법원에 소를 제기하거나 일정한 요건하에 헌법재판소가 청구인의 신청에 의하여 사건을 행정법원에 이송할 수 있다는 것이다.[16] 그 결과 한편으로는 헌법재판소와 행정재판소의 관할범위의 한정이 매우 어려운 문제로 제기되며,[17] 다른 한편으로는 헌법재판소의 결정과 행정법원의

---

15) 그 구체적 내용에 관하여는 Wallter-Mayer, Grundriβ des österreichschen Bundesverfassungsrechts, 7.Aufl., 1992, S.420ff. 참조.

16) 오스트리아헌법 제144조 제3항. 이에 관하여는 또한 Wallter-Mayer, a.a.O. (Anm. 15), S.426 참조.

17) 이에 대하여는 헌법상 보장된 권리의 침해인가 아니면 법률상 보장된 공권의 침해인가를 원칙적 기준으로 판례에 의한 구체화가 진행되고 있다. 구체적인 예에 관하여는 정태호, 위의 글(주 10), 149쪽 참조.

판결이 충돌할 수 있다는 문제가 제기되는 것이다.[18] 이러한 오스트리아의 헌법소원제도는 많은 면에서 독일의 헌법소원제도와 대조된다. 포괄적인 권한을 가진 헌법재판소가 사실상 행정재판소의 판결에 대한 사후심의 역할을 하는 독일의 경우와 달리 양자의 관할권이 원칙적으로 분리되고 있는 점이 그러하며, 헌법소원의 대상을 — 법원의 재판을 포함하여 — 광범위하게 인정하고 있는 독일의 경우와는 달리 행정청의 처분행위에 대한 소원을 중심으로 하고 있다는 점이 그러한 것이다.[19]

4. 기타 국가의 헌법소원제도

(1) 스위스의 헌법소원제도

스위스의 헌법소원제도는 독일, 오스트리아의 경우와는 달리 헌법재판소가 아닌 일반법원이 헌법소원에 대한 심판권을 갖는다는 특징을 갖고 있다. 헌법재판소를 독립된 국가기관으로 구성하여 헌법심판소원권을 부여하는 대신에 연방법원의 권한의 하나로서 헌법소원심판권을 인정하고 있는 것이다.[20]

이러한 헌법소원의 대상은 '주(Kanton)의 공법상의 명령(öffentlich-rechtliche Anordnungen)'에 한정된다. 즉 연방의 행위 또는 기관내부적인 결정, 사실상의 행위, 사법적인 행동 등과 같은 그밖의 주의 행위는 헌법소원의 대상으로 인정되지 않는 것이다.[21] 그 결과 스위스의 헌법소원제도는 개인의 권리구제수단으로서 뿐만 아니라 연방이 주의 권

18) 오스트리아에서의 지배적 견해는 헌법재판소가 행정재판소의 결정에 구속되지 않는 것으로 본다고 한다. Wallter-Mayer, a.a.O.(Anm.15), S.421.

19) 물론 오스트리아에서도 행정작용에 대한 헌법소원만이 인정되는 것은 아니다. 오스트리아 연방헌법 제139조 제1항 제3문 및 제140조 제1항 제4문은 위헌적 법령에 의하여 직접적으로(즉 집행행위의 매개 없이) 권리를 침해받은 경우 헌법소원에 의하여 이를 다툴 수 있도록 하는 것도 인정하고 있다.

20) 스위스헌법 제113조.

21) 이에 관하여는 정태호, 위의 글(주 10), 150쪽 이하; Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2.Aufl., 1988, S.55ff. 참조.

력행사를 감독하는 수단으로 활용되고 있다.[22]

(2) 스페인의 헌법소원제도

프랑코의 독재하에 있던 스페인이 민주화되면서 제정된 1978년 12월 29일의 스페인헌법은 제9장에서 헌법재판소의 설치를 규정하였고, 제161조 제1항 b호에서 기본권의 침해에 대한 헌법소원에 대한 심판권을 헌법재판소의 권한으로 인정하였다.

스페인의 헌법소원제도에서 특징적인 것은 '정당한 이익'을 주장할 수 있는 모든 자연인과 법인, 나아가(스웨덴의 옴브즈만과 유사한 기능을 담당하고 있는) 호민관(Defensor del Pueblo)과 검사도 헌법소원제청권을 갖는다는 것이다.[23] 그밖에 법원의 재판에 대한 헌법소원은 인정되지만[24] 법률에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다는[25] 것도 특이한 점으로 지적될 수 있을 것이다.

(3) 멕시코, 아르헨티나의 구제(Amparo)절차

전통적인 헌법소원제도와는 구별되지만 멕시코, 아르헨티나 등에서 인정되고 있는 이른바 Amparo절차라는 것도 개인의 기본권침해에 대하여 인정될 경우에는 헌법소원에 유사한 측면을 갖는 것으로 지적되기

---

22) 이에 관하여는 정태호, 위의 글(주 10), 154쪽 참조.

23) 검사에게 헌법소원제청권이 인정되는 것은 스페인에서의 검사의 활동영역과 무관하지 않다. 스페인에서는 로마이래의 법전통에 따라 검사의 권한이 형사소추에 국한되지 않고 법원활동의 합법성 준수에 대한 통제, 시민의 권리 및 법률상 보호되는 공익의 보호 등에까지 미치고 있는 것이다. 이에 관하여는 정태호, 위의 글(주 10), 155쪽; Rüdiger Zuck, a.a.O.(Anm.21), S.65 참조.

24) 스페인의 헌법재판소는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 있을 경우 소원제청인의 기본권이 침해되었는지를 확인하고 이를 보장 또는 회복하는 데 국한하고 있을 뿐 법원의 공적 활동에 대한 그밖의 판단은 자제한다. Rüdiger Zuck, a.a.O. (Anm.21), S.66.

25) 법률이 기본권을 침해했다는 헌법소원이 제기되면 해당재판부는 이를 전원합의부에 회부하여 규범통제절차에 의한 법률의 위헌성심사를 할 수 있도록 한다. Rüdiger Zuck, a.a.O.(Anm.21), S.66.

도 한다.[26]

III. 현행헌법 및 헌법재판소법상 헌법소원의 의의와 대상

1. 현행헌법 및 헌법재판소법상 헌법소원의 의의와 본질

현행헌법 제111조 제1항 제5호는 "법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판"을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있으며, 이에 따라 헌법재판소법 제68조 이하에서 헌법소원심판의 대상과 요건, 절차 및 효과 등이 규정되고 있다.

이처럼 헌법에서 헌법소원심판에 관한 사항을 정하지 않고 전적으로 법률에 위임하는 태도는 — 특히 헌법소원을 처음 도입하게 되어 그 기본적 성격과 구조에 관해서조차 이해의 편차가 크게 나타나고 있는 우리의 상황에서는 — 헌법재판소법에 의한 헌법소원제도의 구체화와 관련하여 많은 논란의 소지를 제공하고 있으며, 실제로 현행 헌법재판소법의 헌법소원심판에 관한 규정들에 대하여는 많은 비판적 논의가 전개되고 있다. 헌법소원의 본질에 대한 이해와 직접 결부되어 있는 헌법소원의 대상에 관한 문제, 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정[27]을 비롯하여 그밖에 헌법소

---

26) Rüdiger Zuck, a.a.O.(Anm.21), S.62f.

27) 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 규정은 '기본권보장의 방법과 절차'라는 문제와 불가분의 관계속에 있을 뿐만 아니라 대법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로 '현행헌법상의 권력분립체계가 어떻게 구성되어야 할 것인가' 라는 문제와도 직결되어 있으며, 나아가 헌법재판소에 의한 변형결정의 실효성 등과도 연결되기 때문에 이에 대한 관심은 점차 높아지고 있다.

원의 절차에 관한 문제,[28] 헌법소원인용결정의 효력범위 및 집행에 관한 문제[29] 등이 논란의 대상이 되고 있는 것이다.

이러한 문제들을 둘러싼 견해의 대립은 헌법소원의 의의와 본질에 대한 이해에서 시작된다. 국민의 기본권이 국가권력의 행사에 의해 침해되었을 경우 이를 구제하는 수단으로서 헌법소원이 인정된다는 것, 그러나 또한 헌법소원은 개인의 권리구제 뿐만 아니라 전체국가질서를 합헌적으로 유지하는 기능도 하고 있다는 점에 대해서는 견해의 일치가 존재하는 것으로 보인다.[30] 그러나 한걸음 더 나아가서 헌법소원이 본질상(법원의 재판을 포함한) 모든 국가작용을 그 대상으로 하는 것인가 아니면 입법정책에 따라 그 대상범위를 결정할 수 있는 것인가? 위헌명령·규칙에 대한 헌법소원은 과연 헌법소원의 본질상 당연히 인정되어야 하는 것인가 아니면 현행헌법은 이를 배제하고 있는 것으로 해석되는가?[31] 등의 구체적 문제에 있어서는 첨예한 견해 대립이 나타나고 있는 것이다.

앞서 헌법소원에 관한 각국의 입법례에서 살펴 보았듯이 헌법소원의 제도유형은 매우 다양하다. 따라서 어떤 특정의 유형, 예컨대 독일식의 헌법소원제도만이 유일하게 타당한 것이며, 다른 유형의 헌법소원제도는 헌법소원의 본질에 반한다고 보는 것은 옳지 않을 것이다. 그러나 그것이 어떤 제도에게 헌법소원이라는 이름을 붙일 수 있기 위하여 갖추어야 할 최소한의 개념요소 내지 본질적 징표가 있다는 것을 부정하는 것으로 이해될 수는 없을 것이다. 결국 문제의 해결은 헌법소원의 본질적 개념징표에 속하는 부분과 그렇지 않은 부분을 구별하는 데에서

---

28) 정당해산심판이나 권한쟁의심판과는 달리 헌법소원심판에 대하여는 가처분에 관한 규정이 없다는 점이 입법상의 미비점으로 지적되기도 한다. 허영, 한국헌법론, 1996, 820쪽.

29) 김명규, 헌법소원의 이론, 고시계 1989.6, 103-120(116이하)쪽 참조.

30) 위의 주 8 참조.

31) 이에 관한 논의는 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의, 1989년 11월호, 73-82쪽; 이석연, 현행헌법소원제도의 특색, 고시계 1992.3, 68-79(73이하)쪽 참조.

시도될 수 있는 것이다. 하지만 그 경계는 뚜렷하지 않다. 가장 기본적인 징표, 즉 국가권력에 의한 개인의 기본권침해를 구제하기 위한 수단이라는 점을 제외하고는 과연 어떠한 것들이 헌법소원제도와 그밖의 제도를 구별하는 뚜렷한 기준이 될 수 있는지 조차 명백하지 않으며,[32] 현행헌법 및 헌법재판소법상의 헌법소원의 대상에 관한 학설상 및 실무상의 논란은 상당부분 이러한 문제를 반영하고 있다.

2. 현행헌법 및 헌법재판소법상 헌법소원의 대상

헌법재판소법 제68조 제1항은 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다.

이 규정에서 나타나듯이 헌법소원의 대상은 원칙적으로 **모든** — 기본권을 침해하는 — **공권력의 행사 또는 불행사**이다. 헌법재판제도의 이념적 기초가 실질적 법치주의의 실현을 통한 기본권보장에 있으며, 헌법재판의 한 유형인 헌법소원제도의 출발점이 기본권에 대한 사법적 보장의 강화에 있음을 생각할 때, 이러한 태도는 매우 당연한 것으로 보인다. 모든 공권력을(가급적 예외없이[33]) 헌법적 통제의 대상하에 둠으로써 — 헌법재판 및 헌법소원의 기본적 출발점에 부합되는 — 기본권에 대한 두터운 사법적 보장을 확보할 수 있기 때문이다.

그러나 또한 동조항은 **법원의 재판에 대한 헌법소원을 명시적으로 배제**하고 있다. 이것은 한편 오스트리아나 스위스, 스페인 등과 같이 헌법소원의 대상을 모든 공권력(의 행사 또는 불행사)이 아닌 특정한 유형의 공권력(의 행사 또는 불행사)에 국한하는 예들에 비추어 볼 때 헌법

32) 그것은 앞서 설명한 남미의 Amparo절차와 같은 예를 헌법소원에 유사한 제도로 취급하는 Rüdiger Zuck의 태도에서도 확인된다.

33) 그러나 예컨대 아주 예외적으로 인정되는 통치행위에 대하여서는 헌법소원심판이 배제되는 경우도 생각해 볼 수 있을 것이다.

소원제도의 본질에 반하는 것은 아니며, 입법정책에 맡겨져 있는 일, 즉 헌법적으로 허용될 수 있는 일로 보여진다. 하지만 다른 한편으로는 다름 아닌 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하는 것은 헌법소원의 실효성을 현저하게 떨어뜨리게 만들며, 결국 헌법소원을 통한 국민의 기본권보장이라는 헌법소원의 본질적 기능조차도 매우 약화시킨다는 점에서 매우 많은 문제를 야기한다는 것도 간과될 수 없다.

그것은 무엇보다도 행정소송의 대상이 포괄적이며(행정소송의 개괄주의), 따라서 헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정작용은 거의 대부분 행정소송이 대상이 된다는 것에서 비롯된다. 이와 같이 기본권을 침해하는 대부분의 행정작용이 법원의 재판을 받게 된다는 것은 헌법소원제기에 있어서의 보충성의 요청[34]과 결합하여 결과적으로 행정작용에 대한 헌법소원의 제기를 불가능하게 만드는 것이다.[35]

이에 따라 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제한 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정이 위헌이라는 주장이 일각에서 대두되는가 하면, 다른 한편에서는 그 합헌성을 강조하는 가운데 이 문제는 현재 헌법재판소의 결정을 기다리는 상황을 맞고 있다.

3. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제와 이에 대한 문제제기

헌법재판소법 제68조 제1항에서 '법원의 재판'을 헌법소원의 대상 가운데서 배제하는 것이 합헌인가의 여부를 판단하기 위하여는 먼저 이

34) 헌법재판소법 제68조 제1항 단서. 이에 관하여는 허영, 헌법소원제도의 이론과 우리 제도의 문제점, 고시연구 1989.4, 51-62(61)쪽 참조.

35) 이와 관련하여 법원의 판결과 상관없이 원행정처분에 대한 헌법소원을 인정하여야 한다는 주장도 매우 강력하게 제기되고 있다. 이 문제에 관하여는 황도수, 원처분에 대한 헌법소원, (헌법재판소) 헌법논총 제6집(1995), 191-248쪽; 정태호, 원행정처분의 소원대상성에 관한 소고, (헌법재판소) 헌법논총 제6집(1995), 249-304쪽 참조.

규정의 의미를 명확히 하는 것이 선행되어야 할 것이다. 이와 관련하여 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제한 헌법재판소법 규정의 입법취지가 무엇인가에 관하여 많은 논의가 있었으며,[36] 결국 동조항의 위헌성 문제까지 제기되어 이 문제를 중심으로 한 첨예한 견해의 대립이 나타나고 있는 것이다.

(1) 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제가 합헌이라는 주장의 논거

지금까지 이 규정과 관련하여 그 합헌성을 인정하는 입장에서 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제가 정당하다는 논거로 제시하는 것은 대체로 다음의 몇가지로 정리될 수 있을 것이다.

첫째, 헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'이라고 규정함으로써 헌법소원의 유형에 대한 명확한 태도를 취하지 않고 있으며, 따라서 구체적으로 — '법원의 재판'을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것을 비롯하여 — 어떠한 유형의 헌법소원을 인정할 것인지에 관한 결정은 입법자에게 맡겨져 있다는 것이다.

둘째, 현행헌법의 체계상 사법권은 대법원을 정점으로 하는 법원에 속하며, 재판절차에 대한 최종적인 판단권이 헌법상 대법원에게 부여된 이상 법원의 재판에 대한 헌법재판소의 관여를 인정할 필요가 없다는 것이다.[37]

셋째, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 인정하게 되면 헌법재판소가 헌법상의 최고법원인 대법원 위에 위치하는 제4심이 됨으로써 헌법의 취지에 반하게 되며, 법원의 권위의 손상을 가져온다고 한다.

---

36) 특히 헌법재판소법의 초안의 처음 법무부에 의해 만들어질 당시에는 이와 같은 규정이 없던 것이 나중에 삽입된 것과 관련하여서 많은 추측이 행해지기도 한다. 이에 관하여는 이시윤, 헌법소원심판에 관한 소고, 고시계 1989. 12, 144-155(151)쪽 참조.

37) 이러한 주장은 명령·규칙에 대한 대법원의 최종적 심사권을 규정한 헌법 제107조 제2항의 규정의 해석과도 연관되어 있다. 즉 대법원의 관할사항과 헌법재판소의 관할사항이 헌법에 의해 나뉘어지고 있으며, 대법원의 판단을 다시금 헌법재판소에 의해 검토되도록 하지 않고 있다는 것이다.

그밖에 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하면 헌법소원사건의 폭주로 인하여 헌법재판소의 부담이 극도로 증대된다는 문제를 지적하기도 한다.

(2) 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제가 위헌이라는 주장의 논거

반대로 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것이 위헌이라는 주장의 논거로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.

첫째, 헌법소원은 본질적으로 법원의 재판을 대상으로 한다는 것이다. 비록 오스트리아의 경우 법원의 재판을 그 대상에서 제외시켰다고는 하지만 그로 인하여 헌법소원의 본질이 바뀌지는 않는다고 한다. 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않고서는 헌법소원의 본질적 요소인 '헌법재판을 통한 기본권보장'을 기대할 수 없다는 것이다.

둘째, 현행헌법은 법원에 의한 재판과는 별도로 헌법재판소에 의한 심판을 인정하고 있으며, 이러한 헌법재판소에 의한 심판의 결과(특히 헌법재판소의 변형결정)가 실효성을 갖기 위하여는 헌법재판소에 의한 헌법해석 및 법률해석이 일반법원에 의해 지켜지도록 통제할 필요(해석의 통일성!)가 있기 때문에 법원의 재판에 대한 통제수단으로서 이에 대한 헌법소원이 인정되어야 한다는 주장이 있다.

셋째, 헌법소원의 본질적 특성인 보충성의 원리도 재판을 헌법소원의 대상으로 했을 때에 비로소 그 제도적 의의가 있는 것이며, 이를 무시하고 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하면서 보충성의 원리를 인정할 경우에는 기본권침해의 문제가 가장 많이 발생되는 행정작용에 대한 헌법소원이 사실상 불가능하게 된다는 것이다.

이러한 주장들의 결론으로서 헌법재판소법 제68조 제1항에서 법원의 재판을 배제하고 있는 것은 법치주의에 반하며 위임입법의 한계를 벗어난 것이라는 주장이 나오고 있으며, 그밖에 국민의 재판청구권, 평등권 등의 기본권을 제한하는 것으로서 그 제한이 헌법상 기본권제한시에 요구되는 과잉금지의 원칙 등에 위배되기 때문에 위헌이라는 주장도 제기

되고 있다.

이와 같은 합헌론과 위헌론의 대립 가운데서 특징적인 것의 하나는 현행헌법 및 헌법재판소법상의 헌법소원제도를 독일의 헌법소원제도와 비교하는 것이 논의의 중요한 부분을 차지해 왔다는 점이다. 위헌성을 주장하는 견해들은 독일의 헌법소원제도를 원용하면서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 현실적 필요성을 강조하는 반면에 합헌성을 주장하는 견해들은 독일의 헌법소원제도와 우리의 헌법소원제도가 '입법적으로' 다르게 형성되었다는 것을 부각시키고 있는 것이다. 즉 이 문제는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 헌법소원의 본질에 해당되는 부분인가 아니면 입법정책에 따라 달리 처리될 수 있는 것인가에 따라 결론이 내려질 수 있는 것이다.

그러나 앞서 살펴 본 것처럼 헌법소원제도의 본질에 속하는 사항이 어디까지인가의 문제는 결코 간단하지 않다. 따라서 이 문제는 오히려 헌법의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우와 부정할 경우의 구체적 결과에 대한 검토, 그리고 법원의 재판에 대한 헌법소원을 허용할 경우 그 요건과 절차 및 효과는 어떻게 하여야 할 것인가의 문제에 대한 검토와 연결시켜서 고찰하는 편이 의미 있으리라고 생각된다.

Ⅳ. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 인정여부와 구체적 결과

1. 법원의 재판에 대한 헌법소원배제의 현실적 파급효

(1) 법원의 재판에 대한 헌법소원과 기본권의 사법절차적 보장

법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제하는 것은 일차적으로 법원과 헌법재판소의 관계에서 많은 문제를 야기한다. 그 중 법원의 재판과 헌법

재판소결정 사이의 규범해석의 통일성 문제, 양자 사이의 위상에 관한 문제 등에 관하여는 이미 많은 논의가 진행된 바 있다. 그러나 법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제가 현실적으로 기본권보호와 관련하여 어떠한 구체적 파급효를 미치는가에 대하여는 좀 더 깊이 있는 검토가 필요할 것이다.

먼저 법원의 재판에 대한 헌법소원이 제4심이 되는가 아니면 법률심과는 구별되는 헌법심으로서 다른 차원의 것으로 보아야 하는가의 논의는 오히려 실질적으로 큰 의미를 갖지 못한다는 점을 명백히 할 필요가 있다고 생각된다. 보다 중요한 것은 헌법소원 내지 이를 포함한 헌법재판제도, 나아가 헌법 그 자체의 기본적 이념을 실현하는 것, 즉 국민의 자유와 평등을 최대한 실현시키는 것이다. 이런 맥락에서 생각할 때, 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 국민의 기본권보장에 도움이 된다면 그것이 제4심이 되느냐의 여부는 본질적 문제가 될 수 없는 것이다.

그런 맥락에서 판단할 때, 법원의 재판에 대한 헌법소원은 기본권에 대한 사법적 보장의 강화를 의미할 수 있을 것이다. 물론 경우에 따라서는 그 실효성이 생각만큼 크지 않을 수도 있다.[38] 그러나 그러한 문제들 때문에 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제한다는 것은 설득력이 약하다.[39] 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원이 배제됨으로 인하여 원행정처분에 대한 헌법소원의 제기도 불가능하게 된다고 볼 때에는 더욱

---

38) 예컨대 법원이 늘 기본권을 충분히 고려하는 가운데 판결을 내렸고, 그 결과 법원의 재판에 대한 헌법소원이 법원의 판결을 뒤집는 형태로 나오는 것을 찾기 어려운 상황도 상정할 수 있을 것이다. 또한 그런 가운데 오히려 헌법재판소의 업무부담만 늘어남으로써 헌법재판소의 신속한 결정 및 이를 통한 안정된 법적 지위의 확보에 어려움이 발생되는 상황도 상정할 수 있다.

39) 외국의 입법례를 살펴 보아도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 실제 큰 비중을 차지하고 있음을 쉽게 확인할 수 있으며, 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정함으로써 파생되는 문제들에 대하여는 또 다른 해결(예컨대 헌법재판소 재판관수의 확충을 비롯한 기구확대)을 구할 수 있을 것이다.

그러하다.[40]

또한 독일의 경우 다른 공권력의 행사와 마찬가지로 법원의 재판에 대해서도 헌법소원이 허용되는 것은 물론 그것이 현실적으로 가장 중요한 비중을 차지하고 있다는 점도 참고될 수 있을 것이다. 독일의 경우 대부분의 헌법소원이 법원의 재판만을, 또는 법원의 재판과 행정작용을 함께 헌법소원의 대상으로 삼고 있는 것이다.[41]

(2) 법원의 재판에 대한 헌법소원과 헌법해석

헌법소원은 공권력에 의한 기본권침해를 그 대상으로 하고 있다. 이에 따라 기본권침해의 직접성, 현재성, 자기관련성 등이 헌법소원의 제기요건으로 인정되고 있다. 그러나 헌법소원의 문제는 비단 구체적인 기본권침해 및 이에 대한 현실적 구제수단으로서의 기능 뿐만 아니라 기본권을 중심으로 하는 전체헌법질서를 수호하며 국가질서를 합헌적인 것으로 유지하는 기능도 담당한다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

국내외의 학설과 판례에 의하여 일관되게 인정되는 이러한 헌법소원의 기능은 결국 헌법재판소에 의한 헌법해석이 전체 국가기관에 의해 존중되고 실현됨으로써 가능해진다. 그러나 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하게 되면 헌법소원의 객관적 기능도 동시에 크게 약화될 수 밖에 없다. 특히 헌법재판이 활성화된지 오래되지 않았기 때문에 법원의 재판에서 헌법해석의 문제가 그동안 큰 비중을 차지하지 못해 왔음을 고려할 때 이 문제는 더욱 큰 현실적 의미를 갖게 되는 것이다.

법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제는 공권력과의 관계에서 뿐만 아니라 사법질서에도 상당한 영향을 미친다. 즉 기본권의 대사인적 효력

---

40) 결국 이러한 주장은 법원의 재판이 기본권에 대한 사법적 보장기능을 충분히 수행하기 때문에 법원의 재판에 대한 헌법소원은 사실상 별로 필요하지 않다는 생각을 바탕에 깔고 있는 것이다. 그러나 법원의 재판에 대한 신뢰를 담보로 그에 대한 헌법소원을 배제하는 것은 행정부에 대한 신뢰를 담보로 법원의 재판(행정소송)을 배제하자는 논리와 크게 다를 바가 없을 것이다.

41) Dieter Dörr, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeβpraxis, 1990, S.46.

의 문제와도 무관하지 않은 것이다. 국내의 통설이라 볼 수 있는 간접효력설에 따르면 사법관계에 있어서 기본권은 사법의 일반조항을 매개로 하여 간접적으로 사법상의 계약관계 등에 영향을 미치게 된다. 그러나 그 구체적 판단은 사법상의 일반조항을 해석하는 법관에게 달려 있으며, 결국 법관의 해석여하에 따라 기본권이 사법질서내에서 실현되는지의 여부 및 정도가 달라지는 것이다. 따라서 법원의 재판이 얼마나 헌법적 기준에 합치되고 있는가의 문제가 미치는 파장은 그만큼 더 크다고 할 수 있으며, 이에 따라 법원판결의 합헌성(즉 기본권합치성)에 대한 통제의 필요성도 그만큼 더 크다.

2. 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우의 문제점

그렇다고 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 인정하는 것이 항상 긍정적인 효과만을 가져오는 것은 아니다. 오히려 그로 인하여 복잡한 문제가 야기되는 측면도 생각될 수 있다.

(1) 제도적 측면 : 대법원과 헌법재판소의 관계

가장 먼저 생각될 수 있는 것은 대법원과 헌법재판소의 관계를 어떻게 정립할 것인가의 문제이다. 국민의 기본권보장이라는 대전제에 따라 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정한다고 하더라도 그것이 곧 헌법재판소를 대법원의 상급기관으로 인정하는 것으로 이해될 수는 없기 때문이다.

이는 헌법재판작용의 성격에 대한 이해, 즉 헌법재판이 사법작용인가 아니면 제4의 국가작용인가 라는 문제[42]와도 무관하지 않다. 우리가 헌법재판을 제4의 국가작용으로 이해할 경우에는 마치 국회에 대한 위헌법률심사의 경우와 유사한 형태로 생각하는 것이 가능할 것이다. 즉 양

42) 이에 관하여는 장영수, 현행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위, (고려대학교 법학연구소) 법학논집 제30집, 1994, 31-67(43이하)쪽 참조.

자는 우열관계에 있는 것이 아니라 대등한 독립기관이라는 권력분립의 기본구조를 유지하는 채, 단지 성질이 다른 국가작용에 의한 통제기능이 강화되는 것으로 이해될 수 있는 것이다.

반면에 헌법재판작용을 사법작용으로 이해할 경우에는 대법원과 헌법재판소의 관계가 더욱 민감한 문제로 떠오르게 된다. 이 경우 한편으로는 양기관의 우열관계를 인정할 것인지의 문제가, 다른 한편으로는 그 구성원의 자격과 선출방식, 지위 등에 관한 민감한 문제들이 제기될 수 밖에 없는 것이다.[43]

(2) 운용의 측면 : 재판에 대한 헌법소원의 구체적 운용

법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우 과연 어떠한 형태로 운용할 것인가의 문제도 간단하지는 않다. 그동안 제한된 범위에서 재판에 대한 헌법소원을 인정하자는 주장, 예컨대 법원의 재판에 의해 절차적 기본권이 침해된 경우에 한하여 헌법소원의 대상으로 하자는 의견도 제시된 바 있었다.[44]

그와는 별도로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 어떤 단계에서 인정할 것인가도 문제될 수 있다.[45] 확정판결이 있은 후에 그 재판에 대한 헌법소원을 인정할 것인가? 아니면 대법원의 확정판결이 있은 후 그에 대한 헌법소원을 인정할 것인가? 또 재심과 헌법소원심판과의 관계는 어떻게 설정해야 할 것인가의 문제도 단순하지는 않을 것이다.

우리가 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우에는 이와 같이 제도운용과 관련하여서도 검토하여야 할 문제점이 적지 않으며, 이에 대한 합리적 규율은 법원의 재판에 대한 헌법소원의 인정에 앞서 해결되어야 할

43) 예컨대 박일환, 재판에 대한 헌법소원, 인권과 정의 1989.11, 73-82(79)쪽에서는 헌법재판소가 사실상 제4심으로 운용될 수밖에 없음을 전제로 그 구성원의 자질이 제3심(즉 대법원)보다 우수해야 함을 강조하고 있다.

44) 이시윤, 위의 글(주 36), 152쪽; 김학성, 헌법소원의 의의·종류·쟁송대상, 고시계 1991.9, 76-89(85)쪽.

45) 이는 헌법소원의 보충성이라는 요건과도 직결되어 있다.

과제라고 할 수 있다.

V. 헌법소원의 제청요건과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용범위

1. 헌법소원의 일반적 제청요건

헌법소원이 제기되기 위하여는 **공권력의 행사 또는 불행사에 의한 기본권의 침해**와 이러한 **기본권침해의 직접성**,[46] **현재성**,[47] **자기관련성**[48]이 요청되며, 또한 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다는 **보충성**을 갖추어야 한다.

다만 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 법원의 재판에 대하여는 헌법소원이 배제되고 있다. 그러나 여기서는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정될 경우를 가정하여 헌법소원의 일반적 제청요건을 적용해 보는 것도 의미 있을 것으로 생각된다.

2. 법원의 재판에 의한 기본권침해와 헌법소원의 제청요건

(1) 공권력의 행사 또는 불행사에 의한 기본권의 침해

법원의 재판에 의한 기본권의 침해가 문제되는 경우는 법원의 재판 자체가 공권력의 행사임이 명백하므로 공권력의 행사 또는 불행사에 의한 기본권의 침해라는 요건은 특별히 문제될 여지가 별로 없을 것이다.

---

46) 청구인은 공권력작용으로 인하여 직접적으로 기본권이 침해되어야 한다.

47) 기본권의 침해는 공권력의 작용과 현재 관련이 있어야 하며, 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로는 헌법소원을 제기하기에 충분치 않다.

48) 청구인은 공권력작용에 대하여 스스로 법적으로 관련되어야 한다.

(2) 기본권침해의 직접성, 현재성, 자기관련성

또한 법원의 재판에 의한 기본권의 침해를 주장하는 사람은 대부분 소송당사자일 것이다. 따라서 이미 법원의 재판이 진행되고 있었다는 사실 그 자체를 통하여 기본권침해의 직접성과 현재성, 자기관련성 등의 요건도 대부분 충족될 것이다.

(3) 헌법소원의 보충성

법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기하기 위하여는 다른 법률상의 구제절차, 즉 상소나 재심 등의 절차를 완전히 거칠 것을 요구하는 것이 필요할 것이다. 이러한 의미에서 보충성의 원칙은 법원의 재판에 대한 헌법소원에 대해서도 인정될 수 있을 것이다.

그러나 본인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 상소를 하지 못하였거나,[49] 법원의 확립된 판례가 존재하는 등의 사유로 상소가 사실상 무의미하다고 인정되는 경우에는 헌법재판소가 보충성의 예외를 인정하는 것도 고려될 수 있을 것이다.[50]

3. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 인정범위

우리가 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정할 경우 그 범위를 어디까지로 할 것인가에 관하여는 독일의 예가 좋은 참고가 될 수 있을 것이다.

독일연방헌법재판소의 판결에 따르면 법원의 재판에 대한 헌법소원은

---

49) 이 경우 상소권회복에 관한 문제(민사소송법 제160조, 형사소송법 제345조 이하)가 제기될 수 있다.

50) 예컨대 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외를 인정하는 1989년 9월 4일의 헌법재판소결정 88헌마22; 1992년 4월 14일의 헌법재판소결정 90헌마82 참조.

원칙적으로 판결의 주문을 대상으로 한다. 판결의 이유에 대한 헌법소원은 그 이유가 관련당사자에 대한 독자적인 침해를 내포하고 있을 때에만 예외적으로 허용되는 것이다.[51]

그리고 이른바 중간재판(Zwischenentscheidung)에 대하여 독일연방헌법재판소는 독립적인 중간재판과 종속적인 중간재판을 나누어 취급하고 있다. 종속적인 중간재판에 대하여는 종국재판과 더불어서만 헌법소원의 대상이 되지만 독립적인 중간재판은 그 자체로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 것이다. 그러나 후자의 경우에도 매우 엄격한 조건하에서만 독립적인 헌법소원의 제기가 인정될 수 있다. 즉 중간재판이 관련당사자에게 완전히 제거될 수 없는 법적 불이익을 가져오며,[52] 그 재판에 의해 그 이후의 재판절차에 있어 중요한, 그러나 그 이후의 심급에서 검토되거나 교정될 수 없는, 법적 문제가 결정되어야 한다[53]는 요건을 갖추어야 하는 것이다.[54]

Ⅵ. 맺음말 : 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 해석론적 의의와 입법론적 개선의 요구

이상 헌법소원에 대한 외국의 입법례에 대한 검토 및 현행헌법소원제도의 본질에 대한 검토를 출발점으로 하여 현행 헌법재판소법 제68조 제1항 후단에 의한 '법원의 재판에 대한 헌법소원의 배제'와 관련된 여러 쟁점들을 검토해 보았다.

---

51) 그러나 독일연방헌법재판소는 이러한 예외의 인정에 대하여 소극적이다. Dieter Dörr, a.a.O.(Anm.41), S.47f. 참조.
52) BVerfGE 1, 322(324f.).
53) BVerfGE 24, 56(61).
54) 이러한 요건에 따라 수색결정, 압수결정, 증거배제결정, 체포명령 등이 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

지금까지 검토한 바에 따르면 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 규정이 합헌이라는 주장과 위헌이라는 주장은 각기 나름의 논거를 갖고 있는 것으로 보인다. 그러나 헌법의 이념, (헌법소원제도를 포함한) 헌법재판제도의 본질과 취지에 비추어 볼 때 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하는 태도의 타당성은 인정되기 어렵다고 보인다.

하지만 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 태도가 바람직하지 않다는 판단이 동조항이 위헌이라는 결론으로 반드시 연결되는 것은 아니다. 법률의 규정이 위헌으로 인정되기 위하여서는 단순히 그 내용이 바람직하지 않다는 것만으로는 충분치 못하며, 그 규정이 헌법의 명문규정 내지 헌법의 기본적 가치와 양립될 수 없는 것으로 판단되어야 할 것이다. 그렇다면 과연 헌법재판소법 제68조 제1항 후단은 헌법의 명문규정 또는 헌법의 기본적 가치와 충돌되는가?

헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률에 의한 헌법소원'이라고 규정하고 있다는 점, 그리고 오스트리아의 예에서 보듯이 헌법소원이 필연적으로 재판에 대한 헌법소원을 내포하는 것은 아니라는 점을 생각한다면 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 헌법의 명문규정에 반하기 때문에 위헌이라고 보는 데에는 — 앞서 살펴본 바와 같이 위헌론의 논거에 타당한 부분이 많으며, 현실적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 바람직함에도 불구하고 — 실정법해석의 한계를 생각할 때 어려움이 있을 것이다.

그렇다면 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 헌법의 중심가치인 기본권보장과 양립될 수 없기 때문에 위헌이라고 인정될 수 있는가? 실제로 일부 위헌론자들에 의하여 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 재판청구권 또는 평등권에 대한 침해로서 위헌이라는 주장이 제기되고 있다. 그러나 과연 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 위헌임을 면할 수 없을 정도로 재판청구권이나 평등권을(비례원칙에 반하여) 과도하게 제한하고 있는가? 이 문제에 대한 답변도 소극적이 될 수밖에 없을 것

같다. 헌법상 인정된 헌법소원심판청구권을 재판청구권의 한 내용으로 인정하는 것까지는 긍정한다 하더라도 그 구체적 내용과 범위는 결국 사법제도의 구체적 형성, 즉 헌법재판소법에 의해 구체화된 헌법소원제도의 유형에 따라 인정될 수밖에 없는 것이다. 또한 평등권의 침해를 인정하기 위한 전제로서의 차별의 합리성에 대한 판단도 일차적으로 입법자에게 맡겨져 있으며, 헌법재판소는 명백한 위헌의 경우를 제외하고는 입법자의 형성의 자유를 존중해야 한다는 점을 고려하여야 할 것이다.

결국 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단이 명백히 많은 문제들을 안고 있음에도 불구하고 이를 해석상 위헌이라고 판단하기에는 어려움이 클 것으로 보인다. 실제로 우리의 실정법 가운데 바람직하지 않은, 입법론적 개선이 요청되는 규정은 많지만 그 모든 규정을 위헌이라고 판단하기는 어려운 것처럼 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 규정도 입법론적 개선이 절실하게 요청되는 예의 하나로 인정될 수는 있어도 당장 위헌이라고 보기는 어렵다는 것이다. 우리는 헌법해석 및 법률해석을 통하여 구체적으로 타당한 결과를 가져오기를 희망하지만, 해석의 한계를 지키는 객관성 유지를 통하여 법질서의 안정성을 확보하는 것은 그 이상으로 중요한 것이기 때문이다.

결론적으로 말하자면 법원의 재판에 대한 헌법소원이 현행헌법상 당연히 인정되는 것으로 해석하여 헌법재판소법 제68조 제1항 후단을 위헌으로 해석하는 것은 곤란하다. 하지만 헌법소원이 제기능을 발휘하기 위하여 법원의 재판에 대한 헌법소원의 인정이 절실하게 요청된다는 것을 외면해도 된다는 것은 결코 아니다. 다만 이 문제의 해결은 해석자의 과제가 아닌 입법자의 과제인 것이다.

行政作用 當事者의 法的 地位保障을 위한 制度改善論議

— 현행 行政節次法案과 行政情報公開法案의 문제점을 중심으로 —

柳 至 泰*

》目 次《

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 行政節次法案의 問題點
1. 一般論
2. 立法豫告된 法案의 개별적 문제점 검토
3. 小 結
Ⅲ. 情報公開法案의 問題點
1. 一般論
2. 法案의 個別的 問題點
3. 小 結
Ⅳ. 맺는말

Ⅰ. 머리말

오늘날 행정작용의 당사자들은 단순한 행정작용의 객체로서의 지위가 아니라 행정작용의 목적을 달성하는 데에 주요한 의미를 갖는다. 따라서 행정작용을 규율하는 법체계가 지향하여야 할 내용에는, 이러한 행정작용의 당사자들의 행정과정에 적극적으로 참여할 수 있는 가능성을 보장하고, 이를 통하여 행정작용이 공정한 내용으로 형성될 수 있는 환경을 조성하는 것도 포함되어야 한다. 행정작용과정에의 참여문제는 절차적 측면에서의 법적 규율을 요구하게 하며, 이러한 참여가 실효적으로 가능하기 위하여는 다시 당사자들이 자신의 이해관계를 주장하거나

* 高麗大 法大 敎授 · 法博

대변할 수 있기 위한 정보를 획득할 수 있는 가능성이 체계적으로 보장될 것을 필요로 한다. 우리나라에서도 이러한 방향의 법제도개선이 그간 지속적으로 주장되어 왔으며, 이를 반영하여 1996년 정기국회에서는 1996년 8월 1일 입법예고되었던 행정절차법안과 1995년 7월 입법예고되었던 정보공개법안이 그 심의를 기다리고 있다. 그러나 이러한 법안들은 그 취지에 비추어 적지 않은 문제점을 나타내고 있으며, 그 문제점은 당해 법안의 실효성을 측면에서도 영향을 미치고 있다. 本稿는 이러한 문제점들을 행정작용 당사자의 법적 지위확보를 위한 측면에서 검토하는 것은 그 목적으로 한다.

Ⅲ. 行政節次法案의 問題點

1. 一般論

(1) 行政節次의 意義

行政節次는 그 機能에 있어서, 行政主體로 하여금 신중한 행정작용을 하도록 유도함으로써 올바른 행정작용이 행해질 수 있게 하여 이를 통하여 공정한 행정작용을 확보하는 機能과 행정과정에 시민을 일정한 지위를 갖는 當事者로서 참여할 수 있도록 보장함으로써, 행정과정을 민주적으로 운영할 수 있게 하는 機能을 수행한다. 이러한 機能수행을 통하여 行政節次는 현실적으로 事前的인 權利救濟制度로서의 機能도 수행하게 된다[1]. 이러한 行政節次는 그 내용의 개별적 형성에 있어서 일정한 理念의 支配를 받게 되는 데, 이때 특히 주요한 의미를 갖는 理念으로는 行政節次의 權利保護理念과 行政能率實現의 理念을 들 수 있다[2].

---

2) 이러한 논의에 대한 상세한 설명은 拙著, 행정법신론, 1996, 310면이하 참조.

(2) 行政節次의 立法化문제

행정절차를 입법화하는 작업은 다른 법영역의 경우와 비교하여, 그 입법을 통하여 규율하여야 하는 대상인 행정작용유형의 다양성으로 인하여 비교적 늦게 시작되었다. 그러나 행정절차를 입법하는 경우에는 다음의 사항들이 신중히 고려되어야 한다.

① 行政의 多樣性의 고려

행정처자의 입법은 행정절차를 일반화·통일화한다는 것을 의미한다. 그러나 행정절차의 대상인 행정작용은 다양성과 전문성을 특징으로 하므로 일반적이고 통일적인 법적 규율하에 놓기에는 적지 않은 문제점을 안게 된다. 따라서 행정절차의 입버에 있어서는 개별 행정작용의 다양성, 전문성에 상응하여, 특수한 행정분야는 일반적인 행정절차법이 아닌 별도의 개별법률절차에 따른 규율을 인정해야 할 필요성이 있게 된다. 이러한 이유로 하여 또한 입법내용에 있어서는 지나치게 완벽한 내용의 규정은 止場될 필요가 있다.

② 現實的인 行政法體系의 고려

행정절차는 행정작용과 관련되는 규율이므로, 그 입법에 있어서는 행정작용의 법체계에 대한 특색이 고려되어야 한다. 英美法系에서는 절차법위주로 법이 형성되어 왔고, 정도의 차이는 있지만 여전히 절차법이 강한 비중을 차지하고 있기에 행정절차의 입법도 절차법위주의 내용으로 구성되게 된다. 그러나 우리나라와 같은 大陸法系에서는 실체법위주로 형성되어 왔기에 행정절차법의 내용에서 이러한 사정이 적절하게 반영되는 것이 필요하게 된다. 따라서 절차법적 문제와 밀접한 관련을 갖거나, 행정절차법에서 동시에 취급될 것을 필요로 되는 행정작용에 관한 실체법적 사항도 규율될 필요가 있게 된다.[3)]

---

3) 이에 해당하는 것으로서는 행정계획, 행정행위의 취소권이나 철회권제한, 부관, 공법상 계약에 관한 규정 등을 들 수 있다.

③ 行政實務與件의 고려

행정절차법은 행정기관에 의하여 적용되고 구체화되는 것이므로 구체적인 행정기관의 실무나 운영여건도 고려되어야 한다. 행정절차에 익숙하지 않은 상황에서 급격하고 완벽한 내용의 행정절차의 적용의무를 부과하는 것은 오히려 부작용과 혼란만을 야기할 수 있게 되며, 경우에 따라서는 법규범과 현실이 서로 괴리되는 문제점도 나타낼 수 있게 된다. 따라서 행정절차의 입법은 현실적 수용상황을 고려하여 점진적으로 내용을 강화하는 것이 필요하다.

(3) 行政節次의 內容

행정절차를 법률에 의해 통일적으로 규율하는 경우에도 어떠한 내용을 그 규율사항으로 포함할 것인가는 통일적으로 설명될 수 없으며, 각국의 입법태도여하에 달려 있다고 말할 수밖에 없다. 따라서 각국간의 행정절차내용의 획일적인 평면적 비교는 용이하지 않으며, 바람직하지도 않을 것이다.

2. 立法豫告된 法案의 개별적 문제점 검토

1996년도의 행정절차법안은(이하 法案으로 약함) 연혁적으로는 1987년도에 입법예고된 행정절차법안, 1989년도의 국민의 권익보호를 위한 행정절차에 관한 운영지침(국무총리 훈령), 1994년도의 총무처시안을 기초로 한 것이고, 그밖에도 행정규제 및 민원사무기본법, 1994년도의 日本의 行政手續法, 독일의 연방행정절차법 등을 참고로 하여 만들어진 것이다.

(1) 形式的 問題

法案은 전체 체제나 용어사용면에서 통일성을 결여하는 문제를 안고 있다고 보인다. 물론 한 법률의 외부적 체계가 언제나 모든 점에서 安

全性과 一貫性을 구비할 수는 업을 것이다.[4] 그러나 체계성과 사용용어의 통일성이 잘 유지된 법률로부터는 당해법률의 구조나 내용파악상 적지 않은 이점을 줄 수 있으며, 특히 그 대상이 새로운 법률인 때에는 현실적인 교육적 효과와 홍보적 효과도 기대할 수 있을 것이다. 특히 행정절차법은 그 규율대상이 실체적인 행정작용과 밀접한 관련을 갖게 되므로, 그 내용은 독일의 예를 보더라도 행정법의 이론발전에 많은 영향을 미칠 수 있게 된다. 이러한 점에 비추어 法案은 다음의 문제점이 지적될 수 있을 것 같다.

가. 用語의 문제

A. 제2조(定義)

이 조문의 定義규정은 그 표현에 있어서 전체내용과 비교하여 매우 복잡한 문제를 안고 있다.

a. "處分" 규정(제2호)

이에 관해 法案은 현행 행정심판법과 행정소송법 제2조 1항 1호의 표현을 그대로 옮기고 있다. 그러나 이러한 행정쟁송법상의 표현은 주지하는 바와 같이 학계에서 이른바 쟁송법상의 처분개념의 이해와 관련하여 대논쟁의 대상이 되고 있다. 이른바 二元論에 따르게 되면 비권력적 사실행위도 행정절차의 대상인 '처분'에 해당하게 될 것이다. 그러나 행정절차에 관한 법률규정에 쟁송법상의 이해관계를 반영한 처분개념정의가 포함되는 것은 타당할 수 없다. 따라서 해석상의 혼란을 방지하기 위하여도 다른 표현을 채택하는 것이 바람직하다. 이의 대안으로서는 1987년도의 안 제2조 2호, 1994년도의 시안 제2조 2호에서의 개념 정의로 대체하는 것이 바람직하도고 보인다.

b. "行政指導" 규정(제3호)

---

4) 이러한 점에서 법률의 외부적 체계의 完全性을 전제로 하여 일정한 해석방법론을 도출하려는 Savigny식의 시도는(이에 대해서는 Savigny, Juristische Methodenlehre, 1951, S.18, 37, 46) 물론 바람직하지 않다.

이는 일본 行政手續法 제2조를 그대로 옮기고 있는 것이나, 특히 뒷부분의 "…처분에 해당하지 아니하는 작용" 부분은 제2호의 "처분"의 개념정의부분과 충돌될 수 있는 소지가 있는 것으로 보인다. 즉 이 定義규정을 그대로 이해한다면 행정지도는 사실행위로서 처분에 해당하지 않는 것인 바, 그렇다면 과연 제2호에서 말하는 '그밖에 이에 준하는 행정작용'에는 무엇이 해당할 것인가가 문제로 된다. 개인적 견로는 이러한 定義 규정자체를 1987년도의 안이나 1994년도의 시안처럼 두지 말거나, 굳이 두고자 한다면 뒷부분의 '처분에 해당하지 아니하는 작용' 부분은 삭제하는 것이 바람직하다고 생각된다.

c. "聽聞" 규정(제5호)

법안에서는 청문의 대상을 '처분'에 한정하고 있으나, 법안 제25조 1항의 해석상, 다른 법령등에서 聽聞의 실시를 규정하고 있거나, 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에는 처분이외의 행정작용에 대해서도 가능하다고 보아야 하므로, '처분'의 용어보다는 '행정작용'의 용어가 보다 더 융통성있는 융어로 생각된다. 또한 앞으로의 동 법률의 발전추세로 보아 그 적용영역이 넓혀질 것이 예상되므로, 이를 미리 반영할 필요성의 견지에서도 확장의 필요성이 있다고 생각된다.

d. "의견제출" 규정(제7호)

이 경우도 그 대상을 '처분'에 한정하고 있으나, 제55조가 행정지도에도 의견제출을 허용하고 있으므로, 법안 전체의 통일성을 유지하기 위해서도 '행정작용'으로 정정하는 것이 필요하리라고 본다. 이는 다른 측면에서 법안 제55조에서 규정되고 있는 행정지도는 '처분'에 해당하지 않는다는 제2조와 3호와 충돌될 문제도 야기한다.

B. 제3조(適用範圍)

제2항의 제5호와 제6호가 일본법 표현을 그대로 옮겨서 '처분 또는 행정지도'라고 하고 있으나, 이는 포괄적인 용어로서 '행정작용'으로 변경하는 것이 바람직하다고 보인다.

C. 제4조(信賴保護)

제4조는 1987년 법안을 그대로 답습한 것이며, 이는 다시 세무행정에서 통용되는 원칙을 원용한 것이다(국세기본법 제15조, 제18조 3항 참조). 그러나 제4조의 표제로 사용되고 있는 '신뢰보호'는 제2항에서는 타당하지만, 제1항은 그 내용에 있어서 오히려 신의성실의 원칙을 규율하고 있으므로, 전체의 표제로서는 '일반원칙'으로 하는 것이 체제에 맞는 것으로 보인다.

D. 제5조(투명성)

제5조는 그 표제를 '투명성'으로 하고 있으나, 그 내용은 오히려 의사표시의 '명확성'을 설명하고 있다. '투명성'이란 절차과정의 공개 등을 그 내용으로 한다고 보아야 할 것이다. 또한 다른 측면에서 볼 때에도 제5조는 제4조가 행정절차의 일반원칙을 규정하고 있는 것과 비교할 때에, 어떠한 체제로 이해되어야 할 것인가가 의문이다. 이를 또 하나의 행정절차의 일반원칙을 규정하고 있는 것으로 보기는 어려울 것이다. 사견으로는 이 조항은 불필요한 것으로 보이며, 따라서 삭제가 바람직하다고 보임.

E. 제10조 3항(당사자등)

제10조 3항에서는 특이하게 제2조의 개념정의규정과 별도의 조항을 통하여 '당사자등'의 개념정의를 시도하고 있다. 그러나 그 내용에 비추어 보아 별도로 취급하여야 할 필요성을 찾기 어려우므로, 오히려 제2조의 정의규정에 포함하는 것이 체계적이라고 본다. 이때의 대안으로서는 제2조 8호를 신설하여, '당사자등'이라 함은 행정청이 행하는 행정작용의 상대방 또는 특정처분을 구하는 신청을 하는 자 및 행정청의 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하는 처분의 이해관계인을 말한다." 라고 규정하는 것도 한 방법이라고 생각된다.

F. 제11조 3항 및 제15조(通知용어의 문제)

법안의 종전의 1987년도의 안 제9조 3항, 1994년도의 시안 제5조 3항등과는 달리 "신고"가 아니라 새롭게 "통지"라는 용어로 모두 통일하고 있다. 그러나 전체적으로 보아 법안에서의 "신고"는 사인이 행정청을 상대방으로 하고(제19조 참조), "통지"는 행정청이 사인에게 행하는 것으로 사용되고 있다(제12조 6항 단서, 제24조 1항, 2항, 제28조, 제33조 1항, 제35조 7항, 제46조 2항, 제48조 4항, 제57조 3항). 행정청을 대상으로하여 행하는 통지행위가 법령상의 의무로 되는 경우가 "신고"의 의미라면(법안 제2조 4호의 참조), 제11조 3항이나 제15조의 경우는 '통지'의 용어보다는 오히려 '신고'의 용어가 더 타당한 것이 아닌가 생각된다. 따라서 종전과 같이 "신고"용어로 사용하는 것이 필요하다고 본다.

G. 제16조 2항

본 조항은 종전의 규정중에서(1987년 안 제14조 2항, 1989년 시안 제10조 2항) 우편송달에 관한 규정을 삭제하면서, 종전의 제3항을 제2항으로 만들면서 오류를 범하고 있다. 즉 본 조항에서 "… 제1항 및 제2항의 규정에도…"의 표현은 잘못된 명백한 오류이다. 따라서 이는 제2항을 제3항으로 하거나, 제2항에서의 "제2항의 규정에도…"의 표현을 제3항으로 정정하여야 할 것이다.

H. 제24조 1항(처분의 사전통지)

동 조항은 "…권익을 침해하는 처분을 하는 경우에…"라고 하여 '제한'과 '침해'의 용어를 구별하지 않고 있다. 그러나 양 개념은 그 효과면에서 차이가 분명하므로, 명확하게 구분하여 사용되어야 한다. '군익을 침해'하는 처분은 違法한 처분이므로, 사전에 통지하여야 할 절차적 요건이 사실 불필요한 것이다. 따라서 이 표현은 "제한" 또는 "제약"의 용어로 정정할 것이 필요하다(일본 행정수속법 제2조 4호도 참조).

그 밖에도 "당사자에게"의 표현이 두 번 반복되고 있으나, 앞부분의 "당사자에게"의 표현은 삭제하여도 문맥상 문제가 없으리라고 생각된

다. 또한 제1항 2호는 '당사자'에 관한 사항만을 그 통지대상으로 하고 있으나, 제1항 2문은 통지의 대상을 이해관계인도 포함하고 있고, 제30조 1항, 제38조 1항 3호 및 제10조 3항과의 전체 체제에 비추어 보아서도 "당사자등"으로 바꾸는 것이 타당하다고 보인다.

I. 제26조 1항(처분의 이유제시)

동 조항은 "…根據와 理由를 제시하여야 한다.…"라고 되어있으나, 법적 용어로서의 "根據"와 "理由"는 서로 구분되어야 한다고 생각한다[5]. 理由는 행정결정의 일부분으로서 행정기관이 당해 결정을 내리기 위하여 고려하였던 중요한 사실적 및 법적 根據를 그 구성내용으로 하는 것이다. 이에 반해 根據란 행정기관이 자신의 결정을 발령하기 위하여 그 원인으로 작용하였던 주관적인 고려내용을 말한다. 따라서 하나의 행정결정에는 이를 정당화하는 여러개의 주관적인 根據가 존재할 수 있으나, 이러한 根據중의 일부가 행정결정의 理由로서 외부에 표시되어지는 것이다. 이로 인해 당해 처분에 理由로서 제시되었던 根據가 처분을 지지하지 못하는 根據라는 것이 밝혀지는 경우에는 이를 정정할 필요가 생기게 되며, 이로 인해 처분의 根據변경문제가 발생하는 것이다. 그러나 處分의 理由는 일단 외형적으로 處分에 附記되는 이상, 그 형식적 요건을 충족하는 것이 되어 더 이상 법적 문제를 야기하지 않게 되어 理由의 변경이란 존재하지 못하게 된다. 따라서 處分理由는 이것이 欠缺된 경우에 후에 다시 보충하는 절차적 하자의 치유로서 事後追完의 문제가 생길 뿐이다. 이러한 점에서 행정청이 처분시에 제시(또는 부기)하여야 하는 것은 理由가 되어야 한다. 따라서 동 조항은 "…당사자에게 법적·사실적 根據를 그 理由로서 제시하여야 한다."라고 하는 것이 타당하다(법안 제35조 1항의 표현참조).

J. 제35조 1항(청문의 진행)

---

5) 이에 대해서는 拙著, 앞의 책 488면이하 참조.

동 조문에 있는 "…그 원인이 되는 사실 및 법적 근거 등을 설명하여야 한다."의 표현은 "그 원이 되는 법적·사실적 근거 등을…"로 변경하는 것이 부드러운 표현이라고 본다.

K. 行政廳과 行政機關의 용어

제2조 3호(행정지도), 제55조(의견제출)는 일본법을 그대로 옮기고 있는 조문으로서, 용어마저 그대로 직역하고 있다. 그러나 일본법에서는 行政廳에 대한 개념정의가 따로 없는 데 반하여 우리 법안에서는 정의규정을 되고 있는 차이를 간과해서는 안될 것이다. 따라서 제2조 3호와 제55조에서 사용되고 있는 '行政機關'의 용어는 '行政廳'으로 모두 변경되어야 한다고 생각된다. 물론 실정법이나 학술적인 용어에 있어서 행정청과 행정기관의 용어는 엄격하게 구별하여 사용하고 있지는 않다. 그러나 법안이 행정청의 개념을 그 중심개념으로 사용하는 태도를 표방하고 있는 이상(제2조 1호 참조), 그 용어사용은 통일적으로 될 필요가 있으리라고 본다.

나. 體制의 문제

법안의 전체체제상 제57조와(절차비용의 부담) 제58조는 (참고인 등에 대한 비용지급) 제6장 보칙에 넣기보다는, 제1장에 제6절을 신설하여 제20조와 제21조로서 규정하는 것이 타당하다고 보인다.

(2) 內容上의 問題들

가. 適用範圍 — 제3조

이 조문은 일본법의 영향을 가장 많이 반영하고 있는 조문이다. 그러나 그배제범위에서 재외공관장의 처분행위도 현실적으로 배제하여야 할 필요가 있을 것이다(1987년도의 안 제3조 2항 7호, 1994년도의 시안 제3조 2항 7호; 독일법 제2조 3항 3호 참조).

나. 行政應援 — 제8조 4항

이 규정은 종전의 1987년도의 안이나 1994년도의 시안에는 없던 규정으로서, 독일 행정절차법 제5조 5항을 후단부분만 제외하고, 대부분 그대로 옮겨 놓고 있다.

그러나 이 조문은 먼저 行政應援이라는 것이 행정청 상호간의 관계에 관한 내용으로서 행정청과 사인과의 관계와는 직접적인 관계가 없으므로, 그 내용상 행정절차의 한 내용으로서 편입이 가능한 지가 의심스럽다고 보인다. 또한 그 구체적 내용면에서도 문제가 있어 보인다. 즉 행정응원 신청시에 요청을 받은 행정청이 이를 거부하는 때에, 응원을 요청한 행정청이 계속 요구하는 경우에는 응원여부에 관한 최종적 결정을 1차적으로는 요청받은 행정청의 감독행정청이 하고, 제2차적으로는 요청한 행정청의 감독행정청이 결정하도록 하고 있다. 그러나 신청한 행정응원을 거부하는 것은 두행정청사이에 분쟁이 발생하고 있는 경우이므로, 분쟁해결차원에서 이를 해결하는 것이 필요하다고 보인다. 따라서 우선적으로는 중립적인 지위에 있는 감독관청이 결정하는 것이 필요하다. 따라서 두 행정청의 공통적인 감독관청이 존재하는 가를 검토하여, 존재하는 때에는 이 행정청으로 하여금 결정하도록 하는 것이 필요하다. 이러한 공통적인 감독관청이 없을 때에는 요청받은 행정청의 사정을 반영하여야 하며, 따라서 요청받은 행정청의 감독관청이 결정하도록 하여야 할 것이다(독일 행정절차법 제5조 5항 참조). 이때에 요청받은 행정청이 스스로 그 자체로서 최고의 감독관청이 되는 때에는 요청받은 행정청이 종국적으로 스스로 결정하도록 하는 것이 타당할 것이다[6]. 법안의 내용처럼, 최종적으로 응원을 요청한 행정청의 감독관청이 결정하도록 한다는 것은 응원을 요청한 행정청과의 일체관계에 비추어, 응원을 강요하게 만드는 결과가 기대되며, 이는 응원을 요청받은 행정청에 대한 지나친 개인이 될 것이다.

다. 代理人의범위 — 제13조

6) Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6 Aufl. 1996, § 5 Rdnr. 38

법안은 대리인의 범위에 대하여 1987년도의 안과는 달리, 범위를 구체화하고 잇지 않다. 이와 관련하여 대한 변협은 총무처에 보낸 행정절차법안에 대한 의견서에서, 대리인의 자격을 원칙적으로 변호사로 한정하고, 예외적으로 다년간 전문직에 재직하였던 자로 특정할 필요가 있다고 주장하고 있다. 그러나 행정절차에서의 대리인은 반드시 법조실무가일 필요는 없으며, 변호사들이 행정절차의 전문가라고 보기도 어려우며, 수임료 등의 부작용을 고려하더라도 그 자격을 제한할 필요는 없다. 오히려 변호사 강제주의로 인하여 그 비용부담이 추가로 소요되는 때에는 취지와는 달리 행정절차의 이용이 시민들로부터 멀어질 수 있는 부작용도 우려된다고 본다. 이러한 점에서 일본행정수속법 제16조 1항, 독일 행정절차법 제14조 1항과 같은 맥락의 법안규정은 타당하다고 보인다.

라. 송달의 방법 — 제16조

송달의 방법으로서 제1항은 대표적으로 우편·교부의 방법을 규정하고, 교부에 대해서는 제3항이 규율하고 있으나, 우편에 의한 구체적인 송달방법에 대해서는 종전규정과는 달리(1987년도의 안 제14조의 2항, 1994년도의 시안 제10조 2항 참조) 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그 이유에 대한 검토가 필요하다고 보인다.

마. 신고 — 제19조

제19조 2항 내용은 "신고"행위의 법적 성격에 비추어 당연한 요건을 서술하고 있는 것에 불과하므로, 법안에 별도로 규정할 필요가 없는 것으로 보인다. 입법기술상 당연하거나 해석상 명확한 세부적 내용을 법률에 규정하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 이러한 점에서 '기간계산에 관한 규정'인 1987년도의 안 제16조 나 1994년도의 시안 제13조의 내용은 일반원칙으로서 당연히 통용되는 것이므로, 법안에서 새로이 규정하고 있지 않으며, 이러한 점은 타당하다고 보인다. 같은 맥락에서 19조 2항은 굳이 규정하지 않아도 좋은 규정으로 보인다.

바. 처리기간 — 제22조

당사자의 행정작용의 신청에 대해 이를 행정청이 처리하는 기간은 당사자의 권리실현을 위하여 매우 중요한 의미를 갖는 것이다. 따라서 이에 관한 사항은 명확하여야 하며, 예측가능하여야 한다. 이러한 점에서 제3항에서의 "지체없이"라는 표현은 행정편의적 관점만을 고려한 것으로 보이며, 제5항에서 '처리기간에 산입하지 아니하는 기간'을 대통령령에 정하는 것은 포괄적인 위임입법으로 보인다. 사견으로는 제3항의 "지체없이" 부분을 '연장기간이 시작되기 전에'로 구체화하여야 하며, 제5항의 산입하지 아니하는 기간은 그 구체적인 유형을 법안에 구체화할 필요가 있다고 생각한다.

사. 처분의 사전통지방법 — 제24조

불이익한 처분을 발령하기 위하여 반드시 당사자등에서 사전통지를 하여야 한다면(제1항 참조), 당사자 등의 주소를 확인할 수 없거나 통상의 방법으로 통지할 수 없는 경우에 대한 통지방법에 대해서도 언급이 필요하게 될 것이다.

아. 이유제시 — 제26조

이유제시의무를 배제하는 경우는 이유부기의무의 실효성을 위하여 비교적 명확하여야 하며, 제한적이어야 한다. 이러한 점에서 법안이 그 배제상유로서 들고 있는 제1항 4호에서의 "긴급을 요하는 경우"라는 사유는 재검토가 필요하다. 이는 예외사유로서는 그 표현이 매우 불명확하다.

또한 이러한 사유 존재시에 이행해야 하는 행정청의 행위의무내용도 매우 불충분하다고 보인다. 즉 이러한 사유는 일본 행정수속법 제14조 1항 단서를 참조한 듯하나, 일본법에서도 이때에 행정청은 원칙적으로 처분후 상당한 기간내에(당사자의 요청을 불문하고) 그 이유를 반드시 제시하도록 하고 있다(동법 제14조 2항, 3항). 사견으로는 이러한 문제의 조항은 다음과 같이 정정할 수 있다고 보인다.

제26조 1항 4호 : 행정작용의 특성상 사전에 이유제시를 하는 때에는 그 목적달성이 불가능한 경우

제26조 2항 : 행정청은 제1항 제1호내지 3호의 경우에 처분후 당사자의 이유제시 요청이 있는 경우에는 그 이유를 제시하여야 한다. 행정청은 제4호의 경우에는 당사자의 소재가 불분명하거나 처분후에 이유를 제시하는 것이 곤란한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 처분후 상당한 기간내에 그 이유를 제시하여야 한다.

자. 행정자절차에 의한 행정작용의 반영문제

행정작용의 현실에서 오늘날 중요한 문제로서 인식되고 있는 행정자동절차에 따른 행정작용도 행정절차의 내용에서 반영될 필요가 있다[7]. 이러한 점에서 법안은 제16조 6항, 제46조 1항에서 이러한 내용을 일부 반영하고 있으나, 다른 부분에서는 규정을 흠결하고 있다.

보완이 필요한 부분으로서는, 제26조 1항의 이유부기의무의 배제사유로서 추가하는 문제와 제27조에서 행정처분의 방식으로서 추가하는 문제가 검토될 수 있을 것이다.

차. 聽聞節次의 문제

聽聞은 행정절차에서 가장 오랜 역사를 갖는 것이고, 오늘날 가장 보편화되어 있으며 가장 중요한 절차내용이다. 이는 영국법의 自然的 正義의 原則에서 출발한 것으로서, 관련되는 양당사자로부터 의견을 들어 공정한 결정을 내리도록 하는 것이 본래의 이념이다. 우리나라의 경우에도 聽聞은 개별법에서 이미 가장 주요한 행정절차로서 규정되고 있다. 식품위생법 제64조, 건축법 제75조, 공중위생법 제24조 등이 이에 해당한다. 이러한 중요성에 비추어 법안도 매우 많은 조문을 할애하고 있으나, 개별적 내용에서는 약간의 문제들이 지적되어야 한다고 생각된다.

---

7) 이 문제에 대한 상세한 논의는 金重權, 행정자동절차에 관한 법적 고찰, 고려대 박사학위논문, 1993, 참조

㉠ **청문사유의 문제 – 제25조**

청문은 행정절차의 핵심적 규정으로서 당사자의 권리보호를 위하여 중요한 의미를 갖는다. 이때에는 구체적인 절차의 공정성과 객관성확보도 중요하지만, 청문 개최사유의 객관성도 중요한 의미를 갖는다. 법안 제25조 1항에서 규정하고 있는 청문사유는, 법령상의 사유와 행정청의 판단에 따른 사유만을 규정하고 있을 뿐, 당사자의 신청가능성에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 행정결정과정에 당사자의 참여권을 보장하여 행정과정의 민주화를 달성하려는 것이 행정절차의 기능이라면, 이러한 참여가능성을 보장할 수 있는 방법이 그 사유면에서 반영되어야 할 것이다. 따라서 제25조 1항 제3호로서 추가하여, '당사자의 신청이 있는 경우'를 규정하는 것이 필요하다고 본다.

㉡ **청문절차의 객관성 · 공정성 확보문제 – 제31조 1항, 제32조**

또한 법안내용에는 청문주재자에 관해 단순히 "…행정청이 지명하는 직원 또는 기타 대통령령에서 정하는 자가 주재하되…" 라고 하여, 청문주재자의 제3자성이나 객관적 지위를 확보할 수 있는 장치가 마련되고 있지 않다. 따라서 중립성을 확보하기 위하여는 다음과 같이 변경하는 것이 필요하다고 본다.

제31조 1항 : "청문은…기타 대통령령이 정하는 자로서, 당해 행정결정에서 제3자적 지위를 갖는 자가 주재하여야 한다."

또한 같은 차원에서 청문주재자의 공정성확보를 위하여 청문주재자의 제척사유로서, 제32조 1항 5호로 추가하여 "자신이 당해 행정사무를 직접 처리하는 자인 경우" 규정을 보완하여야 할 것이다.

㉢ **청문절차의 원칙문제 – 제33조 1항, 제34조, 제38조 1항 6호**

청문절차에서 당사자등이 문서열람등을 요청하는 때에는, 청문절차의 실효성 제고를 위하여도 원칙적으로 이를 허용하여야 한다. 그러나 법안 제33조 1항 2문은 이러한 신청에 대해 거부할 수 있는 가능성을 원칙적으로 강조함으로써, 불허될 수 있는 측면이 강조되고 있다. 오히려 이러한 표현보다는 "이 경우 행정청은 제3자의 이익을 해할 우려가 있

거나 기타 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 거부할 수 없다"라는 표현이 필요하다고 본다.

마찬가지의 문제가 聽聞의 公開문제에서도 나타난다. 즉 제34조는 "다음 각호의 1에 해당하는 경우 이를 공개할 수 있다." 라고하여 청문절차의 비공개를 원칙으로 하는 인상을 주고 있다. 이는 일본 행정수속법 제20조 6항을 참조한 것으로 보이며 행정의 편의를 강조하고 있는 것이나, 청문절차의 공정성확보를 위하여는 그 공개를 원칙으로 하고 합리적 사유하에서 비공개로 하는 것이 그 취지에 합당할 것이다. 이와 같이 공개를 원칙으로 하는 경우에는 제38조 1항 6호의 청문조서의 기재사항도 변경되어야 한다. 따라서 다음과 같이 변경될 필요가 있을 것이다.

제34조 : "청문은 다음 각호의 경우를 제외하고는 이를 공개하여야 한다"

1. 당사자 등이 모두 비공개의 신청을 한 경우
2. 공개하면 청문의 목적을 현저하게 달성하기 어렵다고 행정청이 인정하는 경우

제38조 1항 6호 : 비공개로 한 경우에는 그 이유

㉣ 청문의 병합·분리문제 — 제36조

청문의 병합·분리는 기술적 문제이므로, 이는 행정청보다는 실제 담당자인 청문주재자가 행하는 것이 실질적이다. 또한 그 절차의 진행도 직권에 의하는 경우외에도 당사자 등의 신청에 의하여도 가능하도록 하는 것이 필요하다.

㉤ 청문의 결과와 처분결정문제 — 제41조

청문절차는 절차의 단순한 수행자체의 의미보다는 청문절차를 통한 결과가 구체적처분에서 반영되도록 하여야 한다. 이에 따라서 제41조 2항은 '청문의 결과를 적극 반영하여 처분하여야 한다'라고 하고 있으나, 이러한 점은 구체적으로 처분의 이유제시(또는 이유부기) 과정에서 나타나야 한다고 본다. 따라서 다음과 같은 대안을 제시할 수 있다고 본다.

제41조 2항 : "행정청은 청문을 실시한 경우에는 … 이를 적극 반영

하여 처분하여야 한다. 이때 청문의 결과에 대한 평가는 당해 처분의 이유제시에서 나타나야 한다."

카. 행정심판의 문제 – 제42조

행정심판 전치주의가 행정소송법의 개정으로 임의적 절차로 변하고 있으므로(물론 그 효력발생은 1998년부터 시작된다), 이러한 사정이 제42조에 반영되어야 한다. 따라서 다음과 같이 변경되어야 한다.

제42조 : "청문을 거친 … 하는 경우에는 다른 법률의 규정에 의하여 행정심판을 거치도록 되어 있는 경우에도 행정심판을 거치지 아니할 수 있다."

타. 공청회 – 제25조 2항

공청회도 행정절차의 주요내용으로서 당사자의 권리보호를 위한 절차이다. 따라서 공청회 개최사유의 객관성도 중요한 의미를 갖는다. 법안 제25조 2항에서 규정하고 있는 공청회의 사유는 청문의 경우와 마찬가지로, 법령상의 사유와 행정청의 판단에 따른 사유만을 규정하고 있을 뿐, 당사자의 신청가능성에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 제25조 2항에 제3호를 추가하여, 그 사유로서 일정수 이상의 당사자가 신청하는 경우를 두는 것이 필요하다고 보인다.

파. 입법예고절차

㉠ 주체 – 제45조 1항

행정입법의 주관 행정청이 廳이 되는 때에는 소속 院, 部의 長의 승인을 얻도록 되어 있는 바, 이러한 사정이 제1항에 규정될 필요가 없을지 다시 검토가 필요하다고 보인다(1987년도의 안 제59조 1항, 1994년도의 시안 제37조 1하 참조).

㉡ 의견제출자 – 제48조 1항

의견제출을 할 수 있는 당사자를 "누구든지"라고 하는 것은, 그 해석상 국민뿐아니라 외국인도 가능하다는 결론을 도출하게 한다. 입법과정

에 참여할 수 있는 당사자의 요건으로 국적요건을 완화할 필요가 있는지의 검토가 다시 필요하며, 사견으로는 국적요건을 포함한 문구로 하여 "모든 국민은 누구든지"로 변경하는 것이 바람직하다고 보인다.

㉢ **입법에 대한 청원 — 제50조**

법안 제50조의 사항은 이미 청원법에 규정하고 있는 사항이다(제50조 1항은 청원법 제4조 3호에, 제50조 2항은 청원법 제6조 3항에 규정). 따라서 이러한 별도의 규정이 필요한 것인가에 대해 서 재검토가 필요하다고 보인다.

하. 行政指導절차

行政指導절차에 관한 사항은 거의 일본법내용을 옮겨놓고 있다. 이로 인해 용어마저 일본식 표현이 그대로 번역되어 표현되고 있다. 특히 "행정지도에 관계하는 자"의 표현은(제53조 2항, 제54조 1항, 2항) 그 대표적인 예이다. 이는 문맥이 통하는 다른 용어로 변경하는 것이 필요하다고 보인다. 대안으로서는 "행정지도에 관계하는 자"의 표현을 "행정지도를 행하는 행정청"으로 변경할 수 있다고 본다.

부수적인 논의이지만, 제56조에서는 그 표현상 행위주체가 나타나고 있지 않다. 이는 일본법의 번역·해석상 약간의 오류가 아닌 가 생각된다. 주체를 포함하여 표현하게 되면, "동일한 …… 행정지도를 하고자 하는 때에는, 행정청은 이들 행정도지에 …"라고 할 수 있을 것이다.

3. 小 結

물론 동 법안의 문제점으로는 이외에도 실체법적 규정이 공백이 지적될 수 있을 것이다. 이는 행정계획의 확정절차, 부관, 공법상의 계약 등이 검토될 수 있을 것이다. 그러나 행정절차의 급격한 실시로 인한 영향을 고려한다면 너무 완벽한 내용보다는 행정실무여건의 성숙도에 상응하는 내용부터 서서히 시행하는 것이 바람직하며, 이러한 점에서 실

체법적 규정의 보완은 향후 입법과제의 문제로 돌릴 수 있다고 보인다.

Ⅲ. 情報公開法案의 問題點

1. 一般論

오늘날 情報는 그 양이 증대하면서 이를 처리하는 기술을 가진 주체에게 집중되는 현상을 야기하고 있다. 따라서 개인이 갖는 정보는 기술적인 한계와 시간적인 한계, 전문성의 한계 등에서 인해 제약이 따르지 않을 수 없으며, 이때문에 적지 않은 영역에서 다른 주체에 의한 정보제공에 의존하지 않을 수 없게 된다. 이때에 나타나는 주체로서는 대표적으로 행정기관을 들 수 있다. 행정기관은 정보를 축적하는 기술이나 이를 뒷받침하는 공권력 등으로 인해 엄청난 양의 정보가 수집, 축적되고 있으며 이로 인해 시민에 대한 영향력이 크게 나타나고 있다.

이러한 행정기관의 情報, 즉 行政情報는 한편으로는 일정한 목적을 위하여 그 사용이 제한되는 情報保護의 필요성이 제기되며, 다른 면에서는 公開의 필요성도 제기된다. 後者의 경우는 理論的인 논거에 있어서 ㉠ 헌법상의 권리인 국민의 알 권리의 실현을 위한 필요성에서 제기되며, 이를 통해 정보의 유통과정에서 국민을 그 주권자적 지위에서 보장하게 된다[8]. ㉡ 또한 개별적인 경우에 있어서 행정정보는 행정처분의 상대방이나 이해관계인이 行政節次과정에서 자신의 권익을 보호하기 위한 필요성에서 공개될 필요가 있고[9], 그밖에 행정소송에서 자신의 권익을 적절하게 방어하기 위하여 서도 공개될 필요가 주장된다. ㉢ 그밖에도 일반적인 차원에서는 국가기관의 행위에 대한 최후의 감시자로서의

8) 桂禧悅, 憲法學(上), 1996, 220면이하
9) 이러한 점에서 行政節次와 行政情報公開는 서로 보완관계에 있다고 볼 수 있다.

국민의 기능을 위해서도 行政情報는 공개될 필요가 있다. 즉 잘못된 행정작용이 행해지지 않도록 시민을 통한 감시와 통제를 행하기 위해서, 그리고 이를 통해 행정작용의 공정성을 확보하기 위해서도 行政情報는 원칙적으로 公開되어야 한다.

2. 法案의 個別的 問題點

1995년 7월에 입법예고된 '공공기관의 정보공개에 관한 법률안'은 (이하 法案으로 약함) 情報保護를 목적으로 하여 1994년에 제정된 '공공기관의 개인정보보호에 관한 법률'을 情報公開측면에서 보완하는 성격을 갖는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 洞 法案은 정보공개의 제도적 취지에 비추어 적지않은 문제점을 내재하고 있다.

(1) 請求權의 主體 — 제6조 1항

法案은 정보공개의 청구주체로서 제6조 1항에서 '모든 국민'으로 표현하고 있고, 외국인은 대통령령에 의해 그 주체성 여부를 정하도록 하고 있으나(제6조 2항), 法人에 대해서는 언급을 하고 있지 않다. 그러나 실정법 체계에서 '모든 국민은'의 의미는 法人의 용어를 포함하고 있지 않더라도 대상행위의 성격에 따라서 法人의 주체성여부가 결정되는 것이 통상적이며, 이에 따라 별도로 큰 문제를 야기하지는 않는다(예컨대 헌법규정의 기본권주체문제). 따라서 정보공개청구의 행위성격상 法人도 그 해석상 주체로서 포함된다고 보아야 한다.[10]

(2) 情報公開 對象範圍 — 제7조 1항

대상범위문제는 情報公開와 반대의 이해관계에 있는 情報保護의 필요

10) 미국에서의 통계에 의하면 정보자유법에 따라 정보를 가장 많이 청구하는 주체는 法人인 민간기업이라고 한다. 이에 대해서는 彭元順, 매스컴뮤니케이션 법제이론, 1990, 290면 참조.

성과의 상관관계를 적정하게 조화ㅎ하여야 한다는 점에서 검토되어야 한다. 이에 비추어 지나치게 情報保護의 이해관계만을 강조하는 입장은 타당하지 못하다. 따라서 법령상 정보공개 재베요건을 규정함에 있어서, 공익의 이해관계를 지나치게 상적으로(또는 불확정개념으로) 표현에서 규율하는 것은 자제되어야 한다. 이러한 입장에서 법안 제7조 1항 제3호에서 정보공개 배제요건으로서 "…기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보"라는 식의 표현은 수정되어야 한다고 본다. 이때의 공익의 실체는 매우 불명확하며, 같은 공익을 대상으로 하고 있으면서도 다른 호에서의 표현들은 비교적 구체적인 공익적인 사정의 모습들을 반영하고 있는 것과 비교하여도 문제라고 보여진다. 또한 제7조 1항 제9호에서는 사기업의 비밀보호를 목적으로 하여 "…법인등의 정당한 이익을 해할 우려가 있는 정보"도 정보공개 배제사유로 하고 있다. 그러나 정당한 이익의 실체도 또한 좀 더 구체화될 필요가 있다고 보이며, 이러한 표현은 당해 제9호의 앞부분에 이미 영업상의 비밀보호가 배려되고 있으므로 "…공개될 경우 법인들의 영업상 비밀의 명백하게 침해될 우려가 있다고 인정되는 정보"식의 표현으로 구체적인 표현사용이 바람직하다고 보인다.

(3) 非公開의 期間문제 — 제7조 2항

공공기관은 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개의 필요성이 없어진 때에는 정보를 공개하여야 하나, 이때의 비공개가 가능한 기간에 대해 동 조항은 아무런 사항을 규정하고 있지 않다. 그러나 이러한 비공개 기간의 구체적 모습은 국민의 알 권리 실현차원에서는 매우 중요한 의미를 갖는 것이므로, 구체화에 관련된 규정을 둘 필요가 있을 것이다.

(4) 제3자의 이해관계보호문제 — 제9조 3항

정보공개가 제3자와 이해관계를 갖는 때에는, 그 정보의 공개여부와 관련하여 제3자에게의 통지절차 및 제3자의 의견정취절차가 반드시 선

행되어야 한다. 이는 자신의 정보에 대한 자기결정권을 보장하기 위한 목적과 정보공개의 남용 및 부작용을 방지하기 위하여도 필요할 것이다. 그러나 법안은 제3자에게 통지하도록 하고 있으나, 의견청취는 필요한 경우에 한하여 할 수 있도록 하여 예외적으로만 허용하고 있다. 그러나 오히려 제3자의 의견청취도 원칙적으로 허용하는 것이 필요하다고 본다. 따라서 제9조 3항은 "…제3자에게 지체없이 통지하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 그에 대한 의견을 청취하여야 한다."로 변경하는 것이 바람직하다고 보인다.

(5) 情報公開審議會의 문제 — 제10조

법안은 제10조에서 정보공개여부를 심의하는 기관으로서 핵심적인 역할을 하는 情報公開審議會을 설치·운영하도록 하고 있으나, 그 構成이나 運營에 관한 사항은 제2항에서 행정입법으로 포괄적으로 위임하고 있으나, 그 構成이나 運營에 관한 사항은 제2항에서 행정입법으로 포괄적으로 위임하고 있다. 그러나 情報公開審議會의 구성이나 운영에 관한 사항은 그 결정과정의 공정성을 확보하기 위하여, 중립적인 지위에 있는 위원이 임명가능하도록 하여야 하며, 이러한 사항은 법률규정을 통하여 규정하는 것이 필요할 것이다. 따라서 제10조 2항의 규정에 대해서는 포괄적인 위임입법의 문제점이 지적되어어야 할 것이다. 특히 이 審議會의 구성원으로서 심의위원은, 적어도 절반정도가 비공무원인 (또는 민간인) 위원으로 구성되어야 할 것이 필요하다.

(6) 公開節次의 문제 — 제13조

정보공개절차는 당사자의 신청방식이 서류신청에 의하여 시일이 소요되는 것이든, 즉시 또는 구술처리에 의한 것이든 구체적인 節次에 대한 예측가능한 내용이 확보되어야 한다. 따라서 제13조와 같이 즉시 또는 구술처리가 가능한 정보의 공개절차 등에 관한 모든 사항을 대통령령으로 위임하는 것은, 역시 포괄적 위임입법의 문제를 야기하게 된다고 보아야 할 것이다.

(7) 異議申請 및 行政審判의 문제 — 제16조, 제17조

가. 對象 行爲主體의 문제

법안 제16조 1항에 따르면, 公共機關의 長이 행한 처분 또는 부작위에 대해 청구인은 이의신청이나 행정심판을 제기할 수 있는 바, 이때의 公共機關의 법적 성격이 검토될 필요가 있다. 즉 公共機關이란 제2조 3호의 정의에 따르면, 국가, 지방자치단체, 정부투자기관 기타 대통령령이 정하는 기관이 되나(이는 미국 정보자유법상의 정부기관의 개념정의 확대를 참고한 것으로 보인다), 이때에 公共機關으로서 설명되는 정부터자기관은(정부투자기관 관리기본법 제2조에 따라 정부가 납입자본금의 5항이상을 출가한 기관) 문제로 될 수 있다. 즉 정부투자기관은 이때의 다른 주체와는 달리 그 성질상 行政廳으로서의 성질을 갖지 못하므로, 외부적으로 處分행위를 발할 수 없다. 處分행위는 行政廳이 주체가 되어 행하는 법집행행위이고(행정절차법안 제2조 2호 참조), 행정청이란 법령등에 의하여 행정권한을 행사하거나 위임 도는 위탁받은 공공단체나 그 기관 또는 개인을 의미하게 된다(동 법안 제2조 1호). 그러나 정부투자기관에게는 행정권한 행사가 위임 또는 위탁되어있지 않으며, 따라서 行政廳의 지위를 가질 수 없게 된다. 그러므로 처분의 존재를 전제로 하여 이에 대해 이의신청이나 행정심판을 제기할 수 있도록 하는 것은 논리상 문제가 된다.

이러한 법안상의 문제점을 해결하기 위하여는 대안으로서 1) 논리의 통일성을 기하기 위하여 제2조 3호의 공공단체의 개념중에서 정부투자기관을 제외하는 방법과, 2) 정부투자기관을 제외할 수 없다면 정부투자기관에게 법률규정에 의하여 처분을 발령할 수 있는 권한을 授權하는 규정을 두는 방법을 생각해 볼 수 있다(법안 제17조 4항고 유사한 취지). 개인적으로는 後者의 방법이 타당하다고 보이며, 이에 따르게 되면 제16조 3항은 "공공기관의 장은 … 통지하여야 한다. 이때에 공공기관으로서 정부투자기관의 장의 결정은 행정쟁송의 대상인 처분으로

본다"라는 식으로 정리할 수 있을 것이다.

나. 異議申請의 결정주체의 문제

법안 제16조 2항에 의하면 異議申請의 결정주체는 처분 또는 부작위를 행한 공공기관의 장이 된다. 이는 異議申請이라는 법적 개념자체에 비추어 본다면 큰 무리없이 조화될 수 있을 것 같으나, 정보공개거부가 대상행위인 때에는 실효적 권리구제제도로서의 의미가 문제로 검토되어야 하리라고 본다. 즉 자신의 정보공개거부결정에 대해 異議申請을 받아 스스로 다시 정정할 것을 기대한다는 것은 매우 어려울 것이다. 따라서 異議申請제도가 실효적인 권리구제로 되기 위하여는 그 중립성이나 객관성이 보장될 수 있는 독립적인 지위를 갖는 기관을 법률규정에 의해 신설하여, 이 기관에 대해 제기할 수 있는 가능성이 보장될 필요성도 검토되어야 할 것이다. 이를 위하여는 이른바 정보공개(또는 자유)위원회제도의 도입도 검토할 필요가 있을 것이다.

(8) 權利 또는 利益의 개념문제 — 제16조, 제17조, 제18조

법안은 權利 또는 利益의 침해를 받은 때에 이의신청(제16조), 행정심판(제17조) 및 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있다(제18조). 그러나 이때의 利益의 개념은 그 실체가 불분명하여 해석상 문제가 생길 수 있다. 사실상 이익이나 간접적 이익, 문화적 이익, 정신적 이익 등의 해석이 가능하게 되며, 이는 그 해석의 결과에 따라서는 종국적으로는 권리구제제도의 범위를 지나치게 확장될 수 있는 소지도 나타나게 된다. 따라서 用語의 사용상 權利 또는 利益의 개념보다는 행정심판법과 행정소송법상 사용되고 있는 용어인 '法律上 利益'의 개념으로 변경하는 것이 타당하다고 생각된다.

(9) 主要 文書目錄 作成의 문제 — 제21조 1항

정보공개제도의 실효성을 확보하기 위하여는 일반인이 정보의 소재나

그 유형을 알 수 있는 제도적 장치가 마련되는 것이 필수적이다. 따라서 일정한 공개대상정보를 그 내용으로 하는 주요문서목록을 작성하여야 한다. 그러나 법안은 이러한 목록작성을 위한 의무만을 규정하고 있을 뿐, 구체적인 시한이나 절차, 방법 등에 대해서는 언급하고 있지 않다. 사견으로는 이러한 목록작성에 관련된 규정도 법안에 마련될 필요가 있다고 보인다. 예컨대 정보를 취득한 날로부터 일정한 기간내에 작성하여야 하고, 정보 목록의 목적, 종류, 취득년월일, 보관기관, 관리자 및 작성자의 이름 등을 기재하도록 하는 절차등이 검토가능한 내용이 될 것이다.

(10) 行政訴訟上의 特則문제 — 제18조

법안은 정보공개와 관련하여 청구인이 권리나 이익의 침해를 받은 때에는 행정소송을 제기할 수 있도록 하고, 이러한 행정소송절차에서 제2항과(비공개의 절차) 제3항의 특칙을(정보제출거부의 권리인정) 인정하고 있다. 이는 나르매로 실질적인 근거가 존재한다고도 평가할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 정보공개여부에 대한 청구인의 이해관계는 행정소송절차의 시간적인 측면에서도 배려되어야 한다고 본다. 즉 행정소송의 제기후에 일정한 장시간이 경과한 후에 판결이 나오게 되는 경우에는 개별적인 경우에 따라서는 당사자의 정보공개요청의 이해관계가 무의미하게 될 수도 있게 된다. 따라서 특칙으로서 법원으로 하여금 제소일로부터 일정한 기간내에 판결하도록 하는 규정도 마련할 필요가 있다고 본다.

3. 少 結

정보공개제도의 실효성은 제도자치만으로는 불충분하다. 정부의 의지와 행정기관의 적극적인 태도 및 법원의 정보공개원칙에 따른 적극적 판결 등이 필요하며, 국민들이 이 제도를 자신의 사익을 위하여 남용하

지 않는 성숙한 시민의식도 제도 성패의 중요한 관건이다.

따라서 미국의 정보자유법 시행의 경험을 보더라도 제도의 구체적인 운영을 보아가면서, 그 문제점을 지속적으로 보완하려는 태도가 필요하다고 생각된다.

Ⅳ. 맺는말

행정절차법과 정보공개법은 행정작용의 올바른 형성을 보장하기 위해 중요한 의미를 갖는 법률 등이다. 그러나 한편으로 행정을 운영하는 주체로서는 기존의 행정실무에 있어서 상당한 영향을 받게 되는 민감한 법률로서의 의미도 갖게 된다. 입법예고된 동법안들의 내용을 검토하면서 느끼게 되는 생각은 아직도 행정실무에서는 이러한 법률안의 수용에 대한 소극적이라는 점이다. 법률이라는 것이 올바른 규범적 내용을 통하여 행정실무를 지도해가며 이를 통하여 새로운 행정실무를 만들어가는 기능도 갖는 것이지만, 다른 면에서 법률이 실효성이라는 것이 실무적인 여건으로부터 어느 정도의 영향을 받는 것이라면, 실무적인 여건 또는 무시할 수 없는 현실이라는 사실도 간과해서는 안되리라고 본다. 따라서 위에서 검토한 동 법안의 현재의 문제점들을 건그러 하여 法案의 無用性이나 가치상실이라는 성급한 결론으로 바로 이어갈 필요는 없으며, 그 내용이 동 法案의 실효성자체를 전체적으로 무의미하게 할 정도가 아니라면 이러한 法案의 문제점들은 점진적으로 개선의 방안을 통하여 그 해결을 모색하는 지혜도 필요하다고 본다. 1987년 입법예고되었던 행정절차법안이 10년이 다 되도록 끝내 입법으로 성안되지 못한 경험을 생각해본다면, 지금 우리에게 필요한 것은 커다란 발걸음을 떼는 것어야 하며, 완벽한 발걸음만을 요구할 수는 없을 것이다.

형사소송법개정과 법치국가의 침융

— 1995년 제8차 형사소송법개정에 대한 비판 —

李 相 暾*

》차 례《

Ⅰ. 형사소송법개정의 두 축
: 민주화와 기능적 효율성
1. 정치적 민주화의 요청
2. 형사사법의 기능적 효율화의 요청
3. 제8차 형사소송법개정과 범죄투쟁력의 강화
Ⅱ. 수사절차에서 범죄수사의 역량강화
1. 인신구속권한의 강화
2. 공소시효의 정지
3. 인권보장장치의 실천력 한계
Ⅲ. 공판절차에서 법치국가의 침융
1. 피고인의 방어권 강화와 소송경제의 강화
2. 법치국가성의 침융
Ⅳ. 개정의 바른 방향
1. 범죄투쟁력강화와 법치국가성의 이율배반성
2. 바른 법정책의 방향

Ⅰ. 형사소송법개정의 두 축 : 민주화와 기능적 효율성

형사소송법은 1954년에 제정된 이래로 지난 1995년까지 여덟 차례에 걸쳐 개정되어 왔다. 이러한 형사소송법의 개정을 좌우하는 힘은 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 정치적 민주화와 형사사법의 기능적 효율성.[1)]

1. 정치적 민주화의 요청

* 고려대학교 법과대학 교수

1) 이러한 시각을 처음 제시한 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사 1996, 7쪽.

먼저 형사소송법의 개정을 추진하는 첫번째 힘은 '정치적 민주화의 물결'이다. 민주주의가 성숙한 단계에 이르지 않은 사회에서 정치적 역학관계의 변화는 어김없이 형사소송법 개정 속에 반영된다.

(1) 정치상황과 형사소송법 개정의 상관관계

이 점은 현행 형사소송법의 개정역사를 살펴보면 쉽게 확인할 수 있다. 이제까지 여덟 차례에 걸친 형사소송법개정의 주변에는 크고 작은 정치권력의 변화가 소용돌이 치고 있다. 5.16 혁명이 있은 뒤인 1961년의 제1차 개정이 그렇고, 유신체제가 출범한 후인 1973년의 제3차 개정이 또한 그러하다. 5.18사태가 있은 뒤인 80년의 제5차 개정과 6.29 선언에 뒤따른 87년의 제6차 개정도 역시 예외가 아니다. 이처럼 80년대까지 형사소송법의 개정역사는 민주화 진행의 등락에 따라 특히 수사절차상의 '인신구속'에 —부분적으로는 공판절차상의 참여권에— 관련된 제도들이 법치국가원칙을 실현하는 정도에 따라 좌우되어 왔다.

(2) 민주화되어야 할 영역의 중심이동

그러나 문민정부가 들어선 90년대의 우리 사회에서 형사소송법 개정을 떠미는 주된 힘은 이제 더 이상 '정치적 민주화의 물결'이 아니다. 문민정부 아래에서는 정권의 정당성을 확보하기 위해 형사소송법의 법치국가적 역량을 높이는 상징적 정치행위가 더 이상은 필요하지 않기 때문이다. 물론 이것이 형사소송법개정에서 민주화의 요청이 반영될 여지가 없어졌다는 것을 뜻하지는 않는다. 특히 수사절차에는 아직도 민주화의 요청이 더 실현되어야 하는 많은 문제영역들이 남아 있다. 예를 들면 다음과 같은 문제영역을 들 수 있다.

- 임의연행의 형식을 빌린 수사기관의 불법체포·감금
- 피의자신문에서 불법적 형태(예 : 철야신문)의 극복

- 수사절차에서 변호받을 권리(예 : 변호인의 피의자신문참여권)의 철저한 보장
- 체포·구속피의자에 대한 기본권(예 : 접견교통권, 보석청구권)의 보장
- 수사절차에서 피의자·변호인의 정보권확대

그럼에도 불구하고 민주화의 요청이 실현되어야 할 영역에서 중점의 변화가 있음은 부인할 수 없다. 왜냐하면 정치적 민주화를 요구하는 의사소통적 교류의 힘이 직접영향을 미칠 수 있는 소송법상, 특히 수사절차상의 권리나 제도는 위에서 열거한 바와 같은 영역을 제외하고는 별로 남아 있지 않기 때문이다. 이것은 형사소송법의 민주주의적 역량, 다시 말해 민주주의원칙(Demokratieprinzip)의 실현정도는 이제는 '정치적 의사소통적 교류'의 영향력, 즉 정치적 상황변화의 떠미는 힘에 의해서가 아니라 '법전문가들의 이성적인 의사소통적 교류'의 힘, 즉 합리적인 법적 대화[2](juristischer Diskurs)에 의해 비로소 강화될 수 있음을 뜻한다. 그렇기 때문에 형사소송의 개정도 과거에 비해서 상대적으로 많은 부분이, 일반인이 그 문제를 들여다 볼 수 없는 공판절차상의 제도(예 : 간이공판, 공판조서작성 등)영역에서 이루어지고 있다.

2. 형사사법의 기능적 효율화의 요청

형사소송법의 개정을 추진하는 두번째 힘은 '형사사법의 기능적 효율성(Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege)'이다.

(1) 기능적 효율성

이 기능적 효율성은 소송경제(Prozeßökonomie)와 비슷한 개념이긴

2) 이 개념에 대하여 자세한 것은 이상돈, 법이론, 박영사, 1996, 제3장 제1절 참조.

하지만 다음 두가지 점에서 차이가 있다.

A. 탈근대적 개념 '소송경제'라는 개념은 사회경제적 토대의 특정한 역사적 단계를 전제로 하지 않는다. 이에 반해 형사사법의 '기능적 효율성'이란 개념은 고도산업사회 또는 후기산업사회라는 사회경제적 토대의 특정한 역사적 발전수준을 전제로 한다. 우리사회에서는 1960, 70년대부터 산업화가 급속하게 이루어졌고, 과학과 기술의 성장을 발판으로 한 산업화의 거듭된 진행은 사회 곳곳에 수많은 다양한 위험원을 발생하게 만들었다(위험사회화). 이런 산업화와 위험사회화의 진행에 따라 각종 위험원을 예방하고 관리하기 위한 실체형법(부수형법)도 양산되었다. 그리고 실체형법의 증가는 형사범죄의 증가를 의미하는 것이었고, 형사범죄의 증가는 다시 형사사법의 업무증가로 이어졌다. 계속된 업무증가는 형사사법을 점점 더 큰 '과부하'상태에 빠뜨리고, 마침내 오늘날에는 형사사법의 심각한 기능저하나 마비가 염려될 정도의 지경에 이르게 되었다. 그러나 '법조인들의 집단엘리트성'을 유지하려는 법조인의 성향과 사법의 인적·물적 자원을 늘리는 예산의 배정을 외면하는 '긴축재정정책'은 그런 기능저하나 마비를 형사사법의 확대개편(예 : 법관의 증원)이나 실체형법의 살빼기(예 : 비범죄화)에 의해 해결하려 하지 않고, 소송을 형성하는 행위나 절차의 경제성을 높임(예 : 공판의 간이화)으로써 해결하려고 하고 있다.

이와 같은 해결의 기본관점 배후에는 형사사법을 '사회적 하부체계'(Subsystem)의 하나로 보는 사회학이론이 숨어 있다. 그런 이론의 대표는 루만(Luhmann)의 체계이론(Systemtheorie)이다. 체계이론적 발상에 의한다면 한 '체계'가 갖고 있는 문제는 그 체계가 스스로 생산한 것이며 그 문제의 해결도 체계에 의하여, 즉 체계 스스로가 자신을 구성하는 요소들의 행위방식을 변화시킴으로써 이루어진다. 이것을 형사사법에 적용해보면, 후기산업사회에서 과부하(過負荷) 상태에 빠져 업무마비의 직전에 있는 형사사법의 '체계'(System)는 그런 위기상황을

초래한 구조적 모순을 그대로 놔둔 채, 형사사법의 '행위'(Handlung) 방식만 자신의 '기능'을 '효율화'하는 방향으로 재편함으로써 그런 위기를 극복하게 된다는 결론이 나온다. 이처럼 '형사사법의 기능적 효율화'는 소송경제의 사회역사적 중립성과는 달리 후기산업사회의 맥락에서 체계이론적 경향의 이해구조 속에 들어가 있는 개념이라 볼 수 있다.

B. 반가치적 개념 그러나 체계이론에서도 인정하듯이 문제해결을 위하여 체계내 요소들의 행위방식을 변화시킨 체계는 이미 그 변화 이전의 체계에 머물러 있지 않고, 새로운 체계로 변모하게 된다. 그리고 그 체계는 또 다시 새로운 문제를 생산하며 다시 같은 방식으로 해결한다. 이런 순환적 과정 속에서 체계는 항상 변화하는 것이며 고정된 그 무엇일 수는 없다. 이 점을 형사사법체계에 적용해보면 이렇게 된다. 형사사법체계가 업무마비의 문제를 오로지 체계내재적으로 해결한다면 —예컨대 법원이 소송을 경제성이념에 편향된 채 진행한다면— 형사사법체계는 그 체계가 이제까지 보여온 모습(예 : 피고인의 권리와 원칙을 지키는 법치국가적인 형사소송)과는 다른 체계로 변모하는 셈이 된다. 그러나 이 개편은, 형사소송에서(특히 피고인의) 권리와 법치국가적 원칙들이 일종의 '법가치'(Rechtswerte) 또는 '법문화'(Rechtskultur)[3]라고 보는 한, —다시 말해 비판(이론)적 관점에 서는 한— '가치중립적인 것'이 아니라 '반(反)가치적인 것'이라고 보아야만 한다. 그렇기 때문에 후기산업사회적 맥락에서 형사사법의 '기능적 효율성'이란 개념필연적으로 '법가치'와 '법문화'에 반한다는 부정적 의미를 갖고 있다. 여기서 기능적 효율성과 소송경제의 두 번째 차이점이

3) 하쎄머(Hassemer)는 비록 역사적으로는 변화가능한 것이나 오늘의 우리에게 포기될 수 없는 법가치(Rechtswerte), 다시 말해 비록 연역적으로나 기하학적으로 입증할 수는 없으나, 침해 또는 기능화할 경우 우리의 역사적인 경험이나 전통이 바른 법의 발전에 역행하게 되는 그런 법체계의 규범적 수준을 법문화(Recthskultur)라고 부르고 있다 : Hassemer, Unverfügbares im Strafprozeß, Maihofer-festschrift, 1988, 200쪽.

드러난다. 우리나라 학자들이 '소송경제'라고 말할 경우 그것은 형사소송의 실무 뿐만 아니라 이론에서도 '추구되어야 할 것', 적어도 '외면되어서는 안되는 것'이라는 의미를 함축하고 있기 때문이다. 즉 소송경제는 '가치부합적인 것'이거나 적어도 '가치중립적 것'이라는 함의를 갖고 있다. 이에 반해 기능적 효율성은 체계이론적으로는 '가치부합적인 것'이지만 비판이론적으로는 '반가치적인 것'이라는 차이가 있다.

3. 제8차 형사소송법개정과 범죄투쟁력의 강화

문민정부가 출범한 이후 본격적인 첫 개정인 1995년의 형사소송법 개정에서도 이상의 두 가지 법개정의 힘을 확인할 수 있다. 우선 수사절차부분의 법개정에서는 주로 정치적 민주화의 요청이 개정의 '배후힘'으로 작용하였다고 할 수 있다. 특히 인신구속에서 인권보장을 도모하려는 체포제도의 도입에서 이 점을 확인할 수 있다. 그러나 민주화의 요청은 -적어도 민주적 법치국가의 기본 골격이 잡힌 선진국이나 선진국에 진입하려는 국가에서는- 법전문가들의 섬세한 법이론적 대화에 의해 가공되지 않고는 '바른'법개정으로 이어질 수 없다. 오히려 그런 경우 민주화의 요청은 범죄용의자를 시민의 적으로 몰아 세우고 강력하게 진압하는 정책으로 변질되기 쉽상이다. 그런 정책에서는 범죄자 뿐만 아니라 일반 시민까지도 진압의 피해자가 될 위험성이 높아진다. 이번 법개정이 가져온 수사절차의 제도변화는 그런 경우로부터 크게 벗어나지 않는다.

이러한 수사절차부분의 개정과는 달리 공판절차의 개정에서는 민주화의 요청이라는 배후 힘보다는 형사사법의 기능적 효율화의 요청이라는 '이끄는 힘'이 개정의 주된 원동력이었다고 할 수 있다. 공판절차의 제도적 합리성을 실현하는 경제성원칙의 실현이라는 차원을 넘어서 '권리'와 '원칙'을 일그러뜨리는 경제성편향의 법정책이 새로운 제도 속에 침전되고 있다. 결국 1995년의 법개정의 주된 내용은 수사절차에서 범

죄수사의 역량을 강화하는 정책과 공판절차에서 범죄심판의 효율성을 높이는 정책으로 요약할 수 있다. 이것은 곧 국가의 범죄투쟁력 강화를 의미한다.

II. 수사절차에서 범죄수사의 역량강화

수사절차에서 이루어진 이번 법개정의 가장 큰 특징은 한편으로는 피의자의 인권보장을 강화하면서도 다른 한편으로는 수사기관의 인신구속권한 등을 강화하는 이율배반성에 있다. 이러한 이율배반성은 인권보장의 강화를 대체로 상징적인 차원에 머물게 하고 인신구속권한의 강화를 현실적인 것이 되게 한다면 즉각 해소된다. 개정법률은 대체로 그러한 경향을 보인다.

1. 인신구속권한의 강화

개정법률의 특징은 한마디로 인신구속의 실무현실을 합법화(Legalisierung des statusquo)하는 데 있다고 할 수 있다.

(1) 인신구속체계의 변화

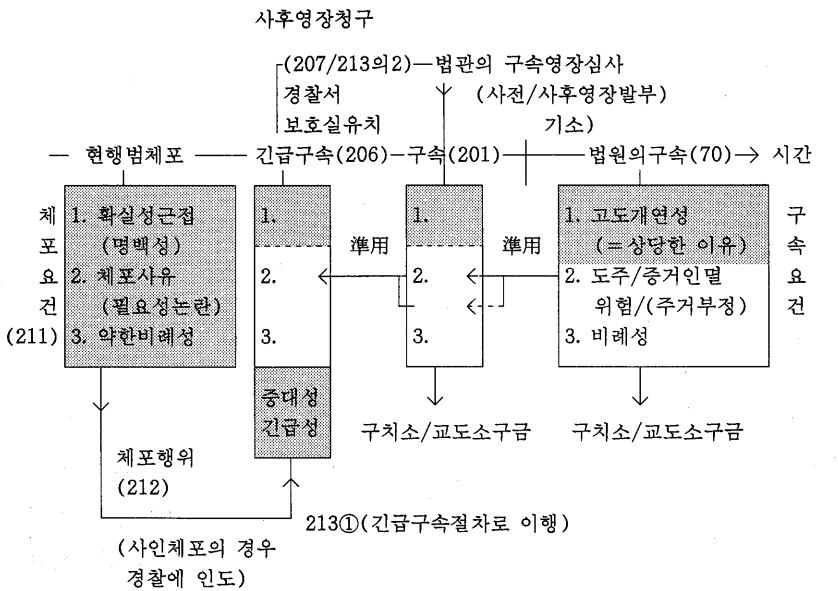
이 점을 살피기 위해서는 먼저 인신구속체계의 변화를 이해해야만 한다. 인신구속제도의 재편은 1995년의 법률개정이 수사절차에 가져 온 가장 큰 변화라고 할 수 있다. 이 법개정에 의해 인신구속제도들은 세 단계의 순차적 체계에서 두단계의 병렬적 체계로 짜여지고 있다.

A. 현행법상의 인신구속체계

개정전 인신구속의 체계는 세가지의 형태, 즉 구속(제201조) → 긴급

구속(제206조) → 현행범체포(제212조)로 이루어져 있었다. 이러한 법전상의 규정순서는 긴급구속이 구속요건을 전제로 하고 있고 현행법체포제도가 긴급구속에로의 이행을 지시하는 규정(제213조의2)을 전제로 하고 있음을 고려한 입법기술적 선택이다. 그러나 실무에서 수사기관이 인신구속을 실제로 행하는 순서는 대개 법조문순서와는 정반대로 현행범체포(또는 불법적인 임의동행) → 긴급구속 → 구속의 순으로 이루어진다. 이는 인신구속의 시간적 단계적 진행이기도 하다. 아래 그림 1이 이와 같은 구속의 실제적, 시간적 진행과정과 각 인신구속의 요건을 요약하여 보여주고 있다.

그림 1 : 개정전의 인신구속체계

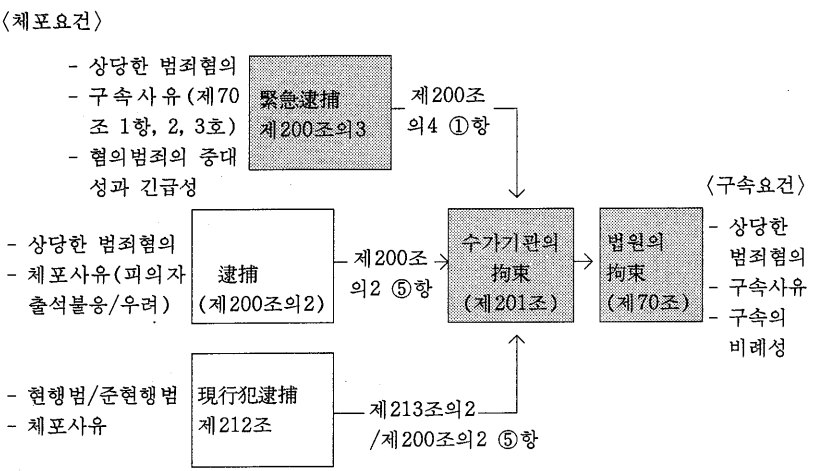


B. 개정법률상의 인신구속체계

개정전 법률이 인신구속제도들을 구속을 종착점으로 하는 일원적 체

계 속에 짜넣고 있는 반면, 개정법률은 인신구속제도들을 拘束과 逮捕로 이원화하고, 각각을 서로 독자적인 제도로 구성하고 있다. 개정법률상의 구속은 개정전과 마찬가지로 拘束은 법원에 의한 구속(제70조)와 수사기관에 의한 구속(제201조)로 이루어 진다. 새로 도입된 逮捕에는 영장없이 행하는 체포와 사전체포영장에 의하는 체포(제200조의2)이 있다. 영장없이 행하는 체포는 다시 現行汎逮捕(제212조)와 긴급체포(제200조의3)가 있다. 긴급체포는 구속의 요건과 혐의범죄의 중대성 및 사태의 긴급성을 요건으로 한다. 이 세가지 종류의 체포는 체포한 지 48시간 이내에 (제201조에 의한) 구속영장의 청구를 해야하는 시간적 제한이 있다. 각 제도의 요건과 상호관계 및 진행과정을 아래 그림 2가 보여 주고 있다.[4]

그림 2 : 개정법률상의 인신구속체계



이처럼 인신구속체계를 이원적 구조로 짜고, 그렇게 함으로써 현행범

4) 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1996, 210쪽.

체포나 과거의 긴급구속과 구속 사이의 관계도 순차적 관계가 아닌 이원적·병렬적 관계로 파악할 수 있게 하는 기초제도는 바로 '사전영장에 의한 체포'(제200조의2)제도라고 할 수 있다. 체포제도를 통하여 긴급구속은 긴급 '체포'라는 새로운 옷을 입을 수 있게 되었고,[5] 현행범체포도 구속이나 긴급구속과는 다른 예외적인 인신구속제도가 아니라 구속과 독립된 '체포'라는 인신구속제도를 구성하는 세 유형 가운데 하나로 새롭게 자리매김할 수 있게 되었다.

C. 체포영장제도의 실제기능

a) **체포영장제도의 입법취지** 이러한 체포영장제도의 도입을 두고 임의동행과 보호실유치 등의 탈법적 수사관행을 근절할 수 있는 규범적 장치가 마련된 것으로 이해하는 견해도 적지 않다. 체포제도가 구속(제201조)에 선행하여 피의자의 인신의 자유를 적법하게 제한하는 제도라는 점에서 그러한 기대를 가져볼 수도 있을 것이다.[6] 그러나 다음 두가지 요소를 고려하면 그러한 기대는 너무나 소박한 희망에 불과함을 알 수 있다.

- **체포사유** 피의자를 체포하기 위하여는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 피의자출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때이어야 한다(제200조의2 ①항 제1문 전단).
- **영장청구권** 피의자체포영장은 검사만 청구할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받을 수 있다(제200조의2 ①항 제1문 후단)

b) **구인제도와 유사한 기능** 체포제도는 실무적으로는 구속요건

5) 이러한 변모는 당연한 것이라는 견해는 이재상, 개정 형사소송법상의 체포와 구속제도, 고시연구 1996. 5, 18쪽.

6) 그러나 체포가 구속에 반드시 선행되어야 하는 것(소위 逮捕前置主義)은 아니다.

을 충족시키는 수사자료를 아직 확보하지 못한 상태에서 이용된다. 즉 수사기관이 체포영장에 의해 피의자를 짧은 기간 동안 체포함으로써 수사를 진전시키고, 그에 따라 구속요건을 충족시킬 수 있는 자료를 확보한 후 다시 구속영장을 발부받을 수 있게 하는 것이다. 그러나 개정법률은 사법경찰관이 그러한 체포영장을 발부받으려 하는 경우에는 검사의 청구를 거치도록 하고 있다. 그러나 현재 경찰실무를 볼 때 사법경찰관이 '임의동행'이나 '긴급체포'(제200조의3)에 의하지 않고 검사를 경유하여 법관으로부터 체포영장을 발부받는 번잡한 절차를 밟을 것으로는 예상되지 않는다.[7] 따라서 경찰에 의한 임의동행의 탈법적인 인신구속은 체포제도의 도입에도 불구하고 결코 사라지지 않을 것이다.

결국 체포제도를 이용하는 것은 주로 검사가 될 것이다. 특히 개정법률상의 체포제도는 피의자가 검사의 출석요구(제200조)에 불응할 때 검사의 대응수단으로 사용될 것이다. 따라서 체포제도는 구속사유가 존재할 필요가 없다는 점만을 제외한다면 사실상 사전영장에 의한 구인(Vorführung)에 가까운 제도로 운영될 것이다.

c) **체계정돈적 기능** 이상의 점들을 종합해보면 체포영장제도의 주된 기능은 불법적 인신구속의 수사관행을 타파하는 데에 있다기 보다는 인신구속체계를 이원적 구조로 다시 짜는 데에 있다고 볼 수 있다. 즉 체포영장제도는 현행 인신구속제도에 대해 '비판적 기능'(systemkritische Funktion)을 수행하는 것이 아니라 단지 인신구속의 체계를 기존 방식과는 다르게 정돈하는 기능, 즉 '체계정돈적 기능'(systemzuordnende Funktion)만을 수행할 뿐이다.

(2) 인식구속의 확대

그러나 체포영장제도의 도입에 의한 인신구속체계의 정돈은 가치중립

7) 체포영장청구권까지 검사에게 인정할 경우 신속한 체포가 가능할 것인지에 의문을 제기하는 견해는 이재상, 앞의 글, 17쪽.

적인 변화에 그치지 않는다. 더 나아가 여러 학자들의 의견처럼 피의자 구속제도의 改善이나 피의자의 인권강화를 뜻하는 것은 더욱 더 아니다. 체포영장제도에 의해 새롭게 정돈된 인신구속체계는 그 이전의 인신구속체계에 비하여 오히려 수사기관의 인신구속 권한을 더욱 확대하고 있기 때문이다. 아래에서 이 점을 설명하기로 한다.

A. 현행범체포기간의 장기화

현행범체포에 관해서 개정법률은 전혀 손을 대지 않은 것처럼 이해되기도 한다.[8] 법률개정으로 인한 준용규정의 기술적 변경(제213조의2)이나 경미범죄에 대한 현행범체포를 제한하는 규정에서 벌금액의 현실화(제214조)만 눈에 띄기 때문이다. 그러나 제213조의2에서 준용되는 규정 가운데 현행 제207조(긴급구속과 영장발부기간)가 제200조의2 ⑤항(체포)로 바뀐 것은 중대한 변화이다.

a) 제213조의2의 제한해석 현행범체포는 누구든지 할 수 있다(제212조). 그러나 일반시민이 현행범을 체포하면 수사기관에게 현행범을 인도하고(제213조 ①항), 사법경찰관리는 인도받은 현행범을 경찰관서에 동행함을 요구할 수 있다(같은 조 ②항). 이 때 개정전 법률을 놓고 학계의 다수견해와 경찰실무는 제213조가 준용하는 제207조를 근거로 현행범체포는 48시간 또는 72시간 동안 할 수 있는 것으로 이해하였다.[9] 그러나 개정전 제213조의2는 현행범을 체포하여 범죄혐의를 조사한 결과 긴급구속의 요건이 충족되는 경우에만 제207조를 준용하는 것이라고 해석할 수 있다(제한해석). 제207조는 어디까지나 긴급 '구속'에 관한 것이지 현행범 '체포'에 관한 것은 아니기 때문이다. 이러

8) 차용석, 개정형사소송법상의 체포와 구속, 고시계 1996. 2, 88쪽.

9) 이러한 해석은 우리 법원의 실무인 것으로도 보인다. 그 예로 1996년 7월 16일 서울지법 남부지원 H판사가 술취한 행인의 주머니를 뒤져 금품을 훔친 혐의로 경찰이 신청한 K군에 대한 구속영장을 기각하면서 실시한 이유에서도 잘 나타난다 : "…이 경우 K군은 현행범이므로 계속 구속할 필요가 있다고 인정될 때에는 48시간 이내에 사후구속영장을 처해야 하고 사전영장이 청구될 수 없다…"(사법감시, 1996. 9, 17쪽에서 인용).

한 제한해석에 따르면 수사기관은 현행범에 대하여 신원을 조사한 후 긴급구속의 요건이 충족되지 않는다고 판단되면 즉시 석방해야 한다. 그런 조사와 판단을 함에는 경찰관직무집행법상의 임의동행(경찰관직무집행법 제3조 ②항)에 의하여 불심검문대상자를 경찰서에 머무르게 할 수 있는 최대시간인 6시간(같은 법 제3조 ⑥항) 이상을 사용할 수는 없다고 해석함이 타당하다.[10]

b) **제한해석가능성의 봉쇄** 이에 반해 개정법률 제213조의2는 긴급 '구속'의 사후영장청구에 관한 규정(개정전 제207조, 개정후 제200조의4 ①항)을 준용하지 않고 '체포'에 관한 규정(제200조의2 ⑤항)을 준용한다. 이 준용에 의하면 위와 같은 해석이 더이상 가능할 수 없다. 제200조의2 ⑤항은 "체포한 때부터 48시간이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야" 하는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 따라서 수사기관은 현행범체포를 사실상 종래의 긴급구속과 같은 시간(48시간+판사의 영장발부시까지의 시간)동안 할 수 있게 되었다.

c) **실무현실의 합법화** 그러나 이러한 변화는 -입법자가 의식한 것이든 의식하지 못한 것이든간에- 현행범체포에 관한 실무현실의 변화로 이어지지는 않을 것이다. 수사실무는 이미 현행범체포를 긴급구속의 최대기간(48시간 또는 72시간) 동안 해오고 있기 때문이다. 그러므로 개정법률은 단지 이미 터잡혀 있는 경찰수사의 잘못된 실무현실을 합법화하는 법적 조치에 불과하다.

B. 무영장인신구속제도로 변질된 긴급구속

개정법률은 범죄의 중대성여부를 가리지 않고, 상황의 긴급성을 따지지 않고 피의자를 강제연행하여 경찰서에 유치시키는 경찰의 실무현실을 다음의 제도들에 의하여 적어도 부분적으로는 합법화할 수 있게 한다.

- 긴급체포의 요건 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·

10) 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1996, 232쪽.

무기 또는 장기 3년이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 증거인멸 또는[11] 도망의 위험이 있는 경우에(제70조 ①항, 2, 3호) 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다함은 피의자를 우연히 발견한 경우등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.

– **긴급체포자에 대한 구속의 요건** 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때로부터 48시간이내에 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다(제200조의4 ①항). 구속영장을 청구하지 아니하거나 발부받지 못한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(같은 조 ②항).

a) **무영장체포** 개정법률 제200조의3이 개정전 법률 제206조 ①항을 거의 그대로 수용하면서도 긴급 '구속'이라 하지 않고 긴급 '체포'라고 한 것은 그렇게 함으로써 긴급 '구속'을 실질적으로 無令狀人身拘束制度로 변질시킬 수 있기 때문이다. 개정 전의 '긴급구속'은 무영장 인신구속제도가 아닌 사전영장주의의 예외에서만 인정될 뿐 여전히 영장주의의 통제아래 놓여 있었다. 왜냐하면 개정전 제207조는 구속영장

11) 제200조의3 ①항은 "…제70조 제2호 및 제3호에 해당하는 사유…"라고 규정한다. 우리말의 '및'이란 '동시에'(and)를 의미하기 때문에 제200조의3 ①항을 문자대로 해석하면 긴급체포사유로는 증거인멸의 염려나 도망의 염려가 모두 갖추어진 경우에만 충족되는 것이므로 '및'이라는 문언은 입법오류라고 보는 견해도 있다(오영근, 앞의 글, 42조). 그러나 우리말의 '및'은 '그 밖의 또'라는 뜻으로서 맥락에 따라 '동시에'(and)라는 의미로 사용될 수도 있고 '또는'(or)이라는 의미로 사용될 수도 있을 것이다. 따라서 그런 문언을 두고 입법의 오류라고 까지는 말할 수 없을지 모른다. 그러나 적어도 '현명한 입법'이 아니라고는 말할 수 있을 것이다.

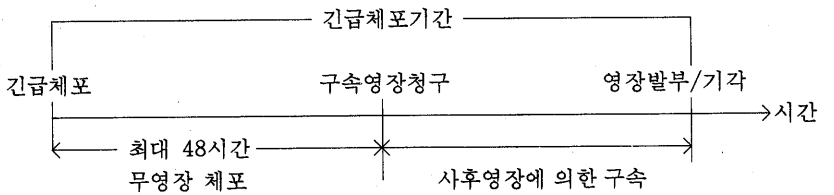
청구의 대상자인 피의자를 '…피의자를 구속한 경우'라고 규정함으로써 긴급구속이 구속임을 명시하고 있기 때문이다. 따라서 제207조의 해석으로는 수사기관이 긴급구속을 하고 사후구속영장을 청구하는 경우 관할지방법원판사는 구속의 요건 뿐만 아니라 긴급구속 당시 긴급구속의 요건이 충족되었는지(긴급구속의 적법성)도 심사하여야 했다. 이에 반해 긴급 '체포'는 문자 그대로 '사후구속영장에 의한 구속'으로부터 벗어나 현행범 '체포'처럼 영장없이 행하는 인신구속의 한 종류로 이해될 수 있다. 개정법률 제200조의4 ①항이 48시간 이내에 구속영장을 발부받아야 하는 것이 아니라 단지 '청구'하도록 규정하고 있는 것이 바로 이 점을 뒷받침한다. 물론 긴급체포후 최대 48시간까지도 '사후체포영장에 의한 체포'로 볼 여지가 없지는 않다. 개정법률은 긴급체포는 '피의자를 우연히 발견한 경우등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때'에만 할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다(제200조의3, 단서). 그러나 개정법률은 긴급체포후 '사후체포영장'이 아니라 '구속영장'을, 그것도 발부받도록 하는 것이 아니라 '청구'하면 되는 것으로 규정하고 있다. 따라서 제200조의 3, 단서조항은 단지 무영장체포의 요건을 다소 제한하는 것에 불과하다. 그렇다면 제200조의3 ①항은 결국 무영장체포의 제도를 만들어 놓고 있다고 볼 수 밖에 없다.[12] 말하자면 개정법률은 수사기관에게 긴급체포라는 이름아래 [최대 48시간+판사의 구속영장발부의 결정에 실제로 소요되는 시간] 동안 영장없이 인신구속을 할 권한을 부여하고 있다고 할 수 있다.[13] 더욱이 이러한 권한은 검사 뿐만 아니라 사실상 경찰에게도 보장되고 있다.

b) **긴급체포의 이중적 성격** 그러나 이 무영장체포제도는 제200조의4 ①항을 좀더 엄격하게 분석한다면, 이론적으로는 두가지 형태의

12) 차용석, 앞의 글, 85쪽.

13) 판사의 구속영장발부기간이 지체되면 피의자는 며칠이라도 체포되어 있을 수가 있는 셈이 된다. 이에 대한 비판으로 손동권, 개정형사소송법의 피의자구속제도에 관한 검토, 사법감시, 제3호, 15-18쪽.

인신구속을 규정하고 있다고 해석할 수도 있다. 첫째 긴급체포후 "피의자를 구속하고자 할 때"부터 구속영장발부를 받을 때까지는 '사후구속영장에 의한 긴급구속'이 될 수 있다. 이 때 구속영장청구가 기각되고, 수사기관이 구속영장을 청구하기로 하는 결정을 함에 있어 재량의 한계를 벗어났다면 —즉 구속요건의 충족여부에 대한 의무합치적 심사를 하지 않았다면— 그 기간동안의 피의자구속은 불법체포감금에 해당하게 된다. 둘째 긴급체포한 후 구속영장을 청구하기까지인 최대한 48시간까지의 피의자체포는 무영장체포가 된다.



이렇게 이론적으로는 두가지로 나누어 볼 수 있으나 실천적으로는 제200조의 3, 4(緊急逮捕)는 긴급체포하여 구속영장발부결정에 대한 결정이 나올 때까지 수사기관에게 영장없이 허용되는 피의자인신구속의 제도로 이해될 것이다. 개정법률이 발효되면 수사기관도 아마 제200조의3, 4를 [48시간+영장발부결정시까지의 시간]까지는 영장없이 피의자를 구속할 수 있게 하는 근거규정으로 활용하게 될 것이다. 그러나 체포는 사전체포영장에 의한 것을 원칙(영장주의)으로 한다면, 영장없이 하는 긴급체포는 그 원칙의 예외로서 긴급체포의 기간은 영장에 의한 체포기간보다 훨씬 짧아야 한다. 그렇기 때문에 입법론적으로 긴급체포 후 지체없이 체포영장을 받도록 하자는 주장은 타당하다고 볼 수 있다.[14]

c) 미약한 절차적 보장 이상의 분석에서 어쨌든 개정법률상의

14) 오영근, 인권보장 및 위헌결정 입법상의 오류시정과 관련하여, 고시연구 1996. 5, 40쪽; 이재상, 앞의글, 19쪽.

긴급체포는 결코 '구속'과 절연된 체포로 이해할 수 없음을 알 수 있다. 즉 긴급체포는 '체포의 일종'이면서 동시에 '사후영장에 의한 구속'의 성격을 유지한다고 보아야 한다. 그러나 이러한 해석도 수사기관이 긴급체포시 그 요건충족에 대한 의무합치적 심사를 게을리하지 않는 한 수사기관의 무영장인신구속을 불법적인 것으로 규정지을 수는 없다. 그러므로 여기서 수사기관이 그런 인신구속권한을 남용할 경우에 대한 통제장치가 요구된다. 개정법률은 그런 통제장치로서 긴급체포에 대한 적법절차규정의 준용(제200조의5) 이외에 다음과 같은 절차적 보장을 강구하고 있다.

- **검사의 사후승인** 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 얻어야 한다(제200조의3 ②항).
- **긴급체포서의 작성** 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 긴급체포서를 작성하여야 한다(제200조의3 ③). 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 긴급체포의 사유 등을 기재하여야 한다(제200조의3 ④항).

그러나 무영장인신구속의 악용가능성을 방지하는 제도로는 검사의 사후승인이나 긴급체포서의 작성만으로는 너무나 미약하다.

ㄱ) 승인제도에서 예외의 원칙화 첫째, 검사의 사후승인제도는 개정전 제206조 ②항의 '원칙적 사전승인-예외적 사후승인'이라는 경찰의 긴급구속에 대한 검사의 승인제도를 오히려 약화시킨 것이기 때문이다. 물론 수사의 실무현실에서 제206조 ②항의 원칙과 예외는 뒤바뀌어 왔다. 따라서 개정법률 제200조의3 ③항이 제206조의 '예외'를 '예외없는 원칙'으로 만든 것은 개정전 법률 아래서는 위법한 실무현실을 합법화하는 규범적 정비에 불과하다.

ㄴ) 긴급체포의 논증의무 둘째로 긴급체포서의 작성은 수사기관에게 긴급체포에 대한 이유를 논증할 의무를 부과하는 제도라고 할 수 있다. 판결이유설시의무로 인해 법관이 어느 정도까지는 자의적 심

증형성을 하기 어렵게 되는 것처럼 긴급체포서작성의 부담은 수사기관으로 하여금 자의적인 불법체포를 할 수 없도록 어느 정도의 제한기능은 하게 될 것이다. 그러나 여기서 '자의적인 불법체포'의 억제기능은 단지 긴급체포의 요건충족에 대한 수사기관의 판단이 '의무합치적 심사'일 것을 보장할 뿐이며 실질적인 불법체포를 막는 보장책은 될 수 없다는 점에 그 근본적인 한계를 갖고 있다.

ㄷ) 입법론 만일 수사필요상 긴급체포를 무영장체포제도로 남겨두어야 한다는 점을 현실론으로 받아들여야 한다면, 적어도 미국헌법수정 제4조처럼 상당한 범죄혐의(probable cause)가 있는 경우에 그리고 중죄의 경우에 국한하여 영장없이 피의자를 체포할 수 있게 하고, 더 나아가 체포후 지체없이 법관에게 피의자를 대동하여 심문을 받게 하고 또 그 자리에서 보석받을 권리를 인정하는 것이 필요할 것이다. 그러나 제200조의3과 제200조의4는 개정전 제206조와 제207조로 각각 환원시키고 실무현실을 그 규정의 인신보호수준으로 끌어 올리는 것이 더욱 바람직한 입법이 될 것이다.

2. 공소시효의 정지

개정법률은 범죄후 국외로 도피하는 범인이 공소시효의 완성으로 인해 처벌할 수 없게 되는 사태를 막기 위해 "범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다"는 규정(제253조 ③항)을 신설하였다.

3. 인권보장장치의 실천력 한계

개정법률은 이상과 같이 인신구속체계의 변화에 의해 수사기관의 인신구속권한을 사실상 확대하면서도 다른 한편으로는 특히 다음과 같은 제도를 통하여 피의자의 인권을 보장하려 시도한다.

- **구속영장실질심사제** 체포영장에 의하여 체포된 피의자, 긴급체포된 피의자, 현행법인으로 체포된 피의자에 대해 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정한 때에는 피의자를 심문할 수 있다(제201조의2 ①항).
- **피의자에 대한 직권보석** 피의자에 대한 구속적부심청구가 있는 경우에 법원은 구속된 피의자에 대해 피의자의 출석을 보증할만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제3항의 석방을 명할 수 있다(제214조의2 ①항).
- **체포구속장소의 감찰강화** 지방검찰청검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회이상 관하 수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다(제198조의2 ①항). 검사는 적법절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치시킬 것을 명하여야 한다(같은 조 ②항).

첫째, 피의자심문제도는 법원이나 경찰에 상당한 업무증가를 가져오므로 사실상 이용이 활발하지 않을 것이다.[15] 제201조의2가 피의자심문을 재량사항으로 규정하고 있는 점은 이러한 예상을 뒷받침한다. 또한 피의자에 대한 사전심문(vorherige Anhörung)은 때로는 구속의 목적달성을 위태롭게 한다는 점에서 —즉, 구속의 기습적 성격과 모순된다는 점에서[16]— 사전심문의 생략이 이론적으로 헌법상의 적법절차(헌법 제12조 ①항)에 위반하는 것은 아니다.[17] 그렇기 때문에 피의자구속에서

15) 비슷한 우려의 견해로 백형구, 개정형사소송법의 내용과 특색, 고시계 1996. 2, 67쪽.

16) Fezer, Strafprozeßrecht, 2.Aufl., 1995, 58쪽.

17) 이러한 점을 규정하는 독일형사소송법 제33조 ④항은 헌법재판소에 의해서도 위헌이 아니라도 판시를 받은 바 있다(BVerfGE 9, 89, 97쪽 아래.)

인권보장은 사전심문제도보다는 체포와 구속후 즉시 법관에게 피의자를 데리고 가 법관으로 하여금 피의자에 대한 신문을 행하게 하는 제도에 의해 더욱 더 충실하게 실현될 수 있을 것이다. 둘째, 피의자보석제도도 법원이 직권으로 그것도 임의적 보석의 형태로만 인정된다는 점에 커다란 실천적 한계가 있다.[18] 셋째, 개정법률 제198조의2는 개정전에 비하여 감찰구속장소의 범위를 '경찰국, 경찰서의 피의자 구속장소'에서 '수사관서의 피의자 체포·구속장소'로 넓혔고, 감찰의 범위도 '불법구속'에서 '적법절차에 의하지 아니한 체포·구속'으로 넓혔으며, 감찰권의 검찰송치명령이외에 즉시 석방명령권으로까지 확대하였다. 그러나 이러한 감찰제도의 규범적 강화는 인권보장에 크게 기여하지는 않는다. 검찰이 자신의 수사보조기관이며 미묘한 견제적 관계에 있는 경찰을 실제로 감찰하려는 의지와 현실적인 가능성이 높아지지 않는 한 그런 제도 강화는 단지 상징에 불과할 뿐 인권보장의 현실로 이어지기 어렵기 때문이다. 따라서 이상의 제도들의 실천력은 인식구속의 권한이 강화됨으로써 피의자의 인권이 침해될 위험성을 제거하는 데에는 충분하지 않은 것으로 보인다.

III. 공판절차에서 법치국가의 침윤

1. 피고인의 방어권 강화와 소송경제의 강화

1995년의 법개정에 의한 공판절차의 개정에서 피고인의 방어적 참여

18) 제214조의2는 피의자의 체포·구속은 적법하나 그 집행의 필요성이 탈락한 경우에도 체포·구속의 적부심을 청구해야 하는 체계적 문제성을 안고 있다. 또한 같은 조 ①, ②, ③항은 "체포 또는 구속"이라는 표현을 쓰고 있으나 ④항에서는 "구속된 피의자"라는 표현만 쓰는 오류도 범하고 있다(오영근, 앞의 글, 45쪽).

권을 보장하는 제도의 신설도 없는 것은 아니다. 예를 들면 다음과 같은 것을 들 수 있다.

- 공판정에서의 증거조사로서 증거된 서류에 대한 열람등사권(제55조①항),
- 공판정에서 신문내용의 속기나 녹취를 신청할 권리(제56조의2),
- 증거된 서류의 열람 또는 등사권 부여(제292조②항),
- 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서 불이익변경금지원칙의 적용확대(제457조의2)

이 제도들은 공판절차의 개정부분 가운데 학계와 법조계에서 펼쳐져 온 합리적인 법적 대화의 힘이나 정치적 민주화의 힘 그 어느 하나에 환원시킬 수는 없다. 정치적 민주화의 힘은 개정을 추진하는 에너지로, 합리적 법적 대화의 힘은 개정의 이론적 방향을 잡는 힘으로 작용했을 것이다.

또한 1995년의 법개정에서는 형사사법의 기능적 효율성 추구라는 부정적 함의를 갖지 않은 채 공판절차에서 경제성만을 좀 더 높이는 제도의 변화도 얼마간 찾아 볼 수 있다. 예를 들면 다음과 같다.

- 공소장변경에 의해 사물관할이 단독판사에서 합의부관할로 변경된 경우 단독판사가 합의부로 사건을 이송함(제8조 ②항)
- 대표변호인제도 : 수인의 변호인이 있는 때에는 재판장은 당사자의 신청이나 직권으로 대표변호인을 지정할 수 있고 그 지정을 철회 또는 변경할 수 없게 함(제32조의2 ①, ②항). 대표변호인은 3인을 초과할 수 없고(같은 조 3항), 대표변호인에 대한 통지 또는 서류의 송달은 변호인 전원에 대하여 효력이 있게 함(같은 조 ④항).
- 소송서류작성의 간소화 : 판결서 기타 대법원규칙이 정하는 재판서를 제외한 재판서에 서명날인을 기명날인으로 갈음하게 하고

(제57조 ③항), 소환장의 서명날인도 기명날인으로 바꿈(제74조)
— 원심법원은 항소기록이나 상고기록을 검찰청을 경유함이 없이 직접 상소법원에 송부함(제361, 377조)

이상의 소송경제를 도모하는 개정내용은 비교적 그 내용이 형사소송의 법치국가성을 일그러뜨리는 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 적어도 이런 규정들과 아래(Ⅲ)에서 상세하게 다루는 공판절차의 잘못된 개정내용들을 모두 '소송경제' 또는 '신속한 재판의 원칙'이라는 집합개념 아래에서 이해하는 것은 잘못이다. 소송경제라는 가치부합적 또는 가치중립적 함의의 이론언어 아래에서 형사사법의 기능적 효율성에 편향된 법정책과 법개정이 위 제도들과 함께 은근슬쩍 정당한 것으로 간주되고 마는 경향이 있기 때문이다.

2. 법치국가성의 침용

그러나 이러한 제도들이 1995년의 형사소송법개정에 의해 공판절차에 일어난 제도변화 가운데서 차지하는 비중은 —아래에서 설명하는 개정내용과 비교해볼 때— 양적으로 보나 질적으로 보나 매우 작은 것이라고 할 수 있다. 공판절차의 영역에서 1995년의 형사소송법개정을 주도한 힘은 바로 '민주화의 요청' 또는 '민주주의원칙'이라기 보다는 '형사사법의 경제성 효율성'에 지향된 법정책이었다. 이는 오늘날 형사소송이 당면하고 있는 문제는 경제성이나 효율성의 관점에서 그 원인이 분석되고, 또 해결도 그런 관점에서 모색되고 있다는 데에서 비롯될 것이다. 어쨌든 1995년의 법개정에서 등장한 공판절차에 관한 법정책 가운데 반(反)법치국가적인 것은 크게 1) 소송주체의 왜곡, 2) 심증형성의 간이화, 3) 공판의 투명성 약화라는 세 영역에서 수행되고 있다.

(1) 소송주체의 왜곡

재판의 공정성은 먼저 범죄사실인식(심증형성)의 주체가 공평성을 갖고 있어야 한다. 이를 위해서는 법원이 '공정하게 구성'되어야 하고, 법원의 인식에 논증적인 영향을 미칠 수 있는 피고인과 변호인의 소송참여가 보장되어야 한다. 그러나 개정 형사소송법은 다음과 같은 제도들을 도입함으로써 그러한 보장을 위태롭게 만든다.

- 소송지연을 이유로 공정한 법원의 구성에 대한 회의를 차단함(1)
- 피고인의 참여권을 배제함(포괄적인 방어권의 배제)(2)

A. 법원구성의 공평성에 대한 회의의 차단

개정 형사소송법이 법원구성의 공평성을 약화시키는 제도는 피고인측으로 하여금 기피신청 자체를 하지 않도록 유도하고, 기피신청을 한 경우에도 그에 대한 재판을 간이화하는 것이다.

- **구속기간불산입** 기피신청이나 공소장변경 및 피고인의 심신상실이나 질병으로 인해 공판절차가 정지되는 기간은 구속기간에 산입하지 않는다(제92조 ③항).
- **간이기각결정의 확대** 기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백하거나 제19조의 규정에 위배된 때에는 신청을 받은 법원 또는 법관은 결정으로 이를 기각한다(제20조 ①항).

a) **구속기간불산입** 개정법률 제92조 ③항은 피고인측으로 하여금 법원구성의 공평성에 대한 회의 자체를 추구하지 못하도록 유도한다. 기피신청을 할 경우 피고인은 기피신청에 대한 재판절차가 진행되는 기간이 구속기간에 산입되지 않게 되는 불이익을 감수해야만 하기 때문이다. 이런 입장은 '구속기간만료의 임박'을 기피신청으로 인한 소송진행정지의 예외적 사유인 '急速을 요하는 경우'(제22조)에 해당하는 것으로 인한 소송진행정지의 예외적 사유인 '急速을 요하는 경우'(제22조)에 해당하는 것으로 본판례[19]와 같은 맥락에 있다고 할 수 있다. 그

러나 이러한 입법을 '형벌권의 적정한 실현'[20]을 위한 제도로 보는 것은 잘못이다. 기피신청으로 인한 공판절차의 정지(제22조)는 한편으로는 피고인의 질병 등으로 인한 공판절차의 정지(제92조 ③항, 제306조 ①, ②항,)와는 달리 피고인에게 '歸責事由'(Verschulden)가 없고, 또 다른 한편으로는 공소장 변경으로 인한 공판절차의 정지(제92조 ③항, 제298조 ④항)와는 달리 피고인이 새롭게 방어이익을 얻는 것도 아니기 때문이다. 물론 기피신청이 소송지연을 목적으로 하는 경우에, 공판절차의 정지로 인한 소송지연은 피고인에게 귀책사유가 있다고 말할 수 있으므로 구속기간의 불산입과 같은 불이익이 돌아갈 수도 있다. 그러나 개정법률 제20조 ①항이 바로 그런 경우에 공판절차를 정지하지 않고 간이기각결정을 내림으로써 소송지연을 방지하도록 하고 있다. 따라서 제20조 ①항 이외에 제92조 ③항을 두는 것은 기피신청권의 과잉제한을 초래한다고 볼 수 있다.

b) 간이기각결정　　제20조 ①항은 대법원의 법형성[21]의 결과를 반영한 규정이다. 이에 따르면 소송지연을 목적으로 함이 명백한 기피신청에 대해서는 '공판절차도 정지함이 없이' 그것도 기피당한 법관 자신이 곧바로 기각결정을 내릴 수 있다. 그러나 이러한 제도 역시 기피신청권에 대한 과잉제한을 가져올 위험이 있다. 기피신청에는 대개 소송지연의 결과가 초래된다는 점에 대한 인식과 의욕이 수반되기 마련이다. 그러므로 제20조 ①항은 '오로지' 소송지연만을 목적으로 하는 기피신청에 대하여만 적용되어야 한다. 그러나 피고인측의 기피신청이 '오로지 소송지연'만을 목적으로 하는지(排他的 訴訟遲延의 目的) 아니면, 공평한 법원의 구성이라는 목적과 함께 소송지연도 목적으로 하는지(竝行的인 訴訟遲延의 目的)는 제20조 ①항이 규정하듯 '明白하게'판명되지는 않는다. '소송을 지연시킬 목적'이란 피고인의 내면상태를 가

19) 대판 1990. 6. 8, 90도646.
20) 정영일, 개정형사소송법과 형벌권의 적정한 실현, 고시연구 1996, 5, 27쪽.
21) 대판 1991. 12. 27, 91모79; 대결 1987. 3. 30, 87모20.

리키는 '성향개념'[22](Dispositionsbegriff)이기 때문이다. 즉 성향개념은 간접사실과 간접증거에 의해서 '추론'될 수 있을 뿐이지만, 그러한 간접사실과 증거는 그 수가 너무 많을 뿐만 아니라 그 많은 것 중에 선별하는 기준은 물론, 선별된 것에 대한 평가까지 법관의 주관에 지나치게 의존하는 것이기 때문이다. 더욱이 범죄고의를 판단하기 위한 간접사실과 증거의 수집도 게을리하고[23], 고의입증절차의 부담을 줄이기 위해[24] 고의를 엄격한 증명(제307조)의 대상에서 제외시키고 있는[25] 법원의 실무현실을 고려하면 간이기각결정사유로서 '소송지연의 목적'에 대한 판단은 거의 법관의 자의(恣意)에 의존하게 될 것으로 예상할 수 있다. 그러므로 소송지연의 목적을 이유로 한 기피신청의 간이기각결정은 '사실상' 기피신청권의 과잉제한을 가져오게 될 것이다. 이러한 과잉제한은 특히 소송지연의 목적이 피고인에게 있다는 이유로 증거신청을 기각하는 실무와 결합하게 되면 피고인의 방어적 참여권을 극도로 제한하게 될 수 있다. 다시 말해 소송지연의 목적은 〈법원의 부당한 증거신청기각 → 피고인의 기피신청 → 법관의 신속한 간이기각결정〉의 순서로 이루어지는 피고인의 방어적 참여권에 대한 제한을 정당화하는 논증도구로 전락할 위험이 있다.[26]

B. 피고인의 공판참여권과 능력의 제한

개정 법률은 이처럼 법원의 공평한 구성에 대한 보장을 약화시킬 뿐만 아니라 더 나아가 아래의 제도들을 통하여 피고인측의 (포괄적인) 공판참여권 마저 상당히 제한하고 있다. 이러한 제한은 법원의 심증형성을 점점 더 '독단적인 인식행위'가 되게끔한다.

---

22) 이 개념에 관해서 배종대, 형법총론, 1996, 230쪽; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, 183쪽 참조.

23) 이 점에 관해 자세하게는 이상돈, 고도산업사회에서 고의구속의 절차적 지평, 손해목박사화갑기념논문집, 1993, 81-96쪽.

24) 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사 1996, 458쪽.

25) 대판 1969. 3. 25, 69도99.

26) 이러한 것은 실제로 판례(대결 1991. 11. 7, 91모79)에서도 엿보인다.

- **피고인 결석재판의 확대** 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석없이 공판절차를 진행할 수 있다(제277조의2).
- **불구속재판의 축소** "피고인이 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때"에는 보석불허사유(제95조 6호), 보석 또는 구속집행정지취소사유(제102조 ①항 4호) 및 구속적부심을 청구한 피의자에 대한 법원의 직권보석불허사유(제214조의2 ④항 4호) 및 구속적부심을 청구한 피의자에 대한 법원의 직권보석불허사유(제214조의2 ④항 2호)가 인정된다.
- **신체구속금지의 완화** 재판장은 피고인이 폭력을 행사하거나 도망할 염려가 있다고 인정하는 때에는 피고인의 신체의 구속을 명하거나 기타 필요한 조치를 취할 수 있다(제280조 단서).
- **상고심참여배제** 상고심의 공판기일에는 피고인의 소환을 요하지 아니한다(제389조의2)

a) **결석재판의 확대** 개정법률 제277조의2는 이론적으로 타당성이 없다. 왜냐하면 피고인의 구속이 추구하는 목적은 피고인의 공판정 출석을 확보하여 공판절차를 관철하려는 데에 있기 때문이다. 물론 제277조의2가 구속과 함께 피고인의 공판정출석을 확보하는 '이중의 안전장치'라고 할 수도 있다. 그러나 구속된 피고인을 교도관리가 강제로 출정시키지 못하는 경우란 거의 생각할 수 없다.[27] 설령 피고인이 완강히 거부하는 경우라도 몇 차례에 걸쳐 또는 공판기일을 새로이 지정하여 출정을 강제함에도 피고인의 출석이 확보되지 않는 경우란 있을 수 없

27) 백형구, 개정형사소송법의 내용과 특색, 고시계 1996. 2, 70쪽.

다. 이런 제277조의2의 사실적인 불필요성을 고려할 때, 제277조의2라는 안전장치는 피고인의 출석거부에 대비한 장치라기 보다는 법원으로 하여금 공판기일을 다시 열지 않고 곧바로 재판을 할 수 있게 하는 사건의 '신속처리장치'라고 봄이 타당하다. 사건의 신속처리를 위하여 피고인의 공판기일출석권을 과잉제한하는 것은 지양되어야 한다.

b) 불구속재판의 축소 개정법률 제95조 6호, 제102조 ①항 4호 및 제214조의2 ④항 2호는 우선 범죄피해자를 보호하기 위한 제도임이 분명하다.[28] 이러한 피해자의 지위 강화는 -근대형사소송법에서 피해자는 '주변적인 지위'에 놓였던 상황과 비교할때- "범죄피해자의 재발견"[29](Wiederentdeckung des Verbrechensopfers) 또는 "근대적 성격의 제도와 현대적 인권상황 사이의 괴리극복"[30]이라는 차원에서 이해된다. 그러나 피해자 지위의 강화는 피고인 권리나 지위의 약화를 대가로 치러야 한다. 다시 말해 피해자보호와 피고인보호는 형사소송에서 '제로섬게임'에 놓여 있다. 구체적으로 보면 위 규정들에 의한 불구속재판의 축소가 가져오는 실제결과는 피고인의 방어의지와 능력의 현저한 약화이다. 그 까닭은 구속된 피고인은 시간이 흐를수록 심리적 불안이 커지고 -그런 불안을 틈타 브로커들이 설치며- 무죄주장보다는 자백과 선처호소로 유도하는 변호인의 전략을 따르게 된다. 특히 피고사건이 중범죄가 아닐수록 이런 피고인의 무죄방어의지는 더욱 더 약화된다. 이러한 사실상의 지위약화는 때로는 무고한 피고인까지도 범행을 시인하게 만든다. 바로 그러한 역기능이 위 규정의 제정이 초래할 수 있는 고유한 기능일 것이다. 왜냐하면 강력범죄나 성폭력범죄에 대하여는 제102조 ①항 4호와 같은 내용을 규정하고 있는 특정강력범죄의 처벌에

---

28) 박일환, 형사소송법 중 개정법률안에 대한 의견, 국회법제사법위원회의 '형사소송법 중 개정법률안에 관한 공청회'(1995. 11. 1)의 발표자료집, 9쪽.

29) Weigend, Das Opferschutzgesetz, WJW 87, 1170쪽; Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, ZStW 1984, 761쪽 아래 참조.

30) 정영일, 앞의 논문, 29쪽.

관한 특례법 제6조와 성폭력특별법 제20조 ②항이 이미 같은 역기능을 발휘하고 있기 때문이다.

더 나아가 또한 위 규정들이 지향하는 피해자의 보호도 '실제적'이기보다는 '상징적'이다. 피고인의 보복가능성은 그가 구속상태에 있건 불구속상태에 있건 별 차이가 없는 것이며 피해자가 증언을 함에 있어 갖게 되는 두려움도 별 차이가 없기 때문이다. 그러므로 위 규정들을 '실체적 진실발견의 발견'을 위한 제도라고 보는 것[31]은 매우 잘못된 생각이다. 피해자 등의 진술을 유도하는 실제기능은 매우 미약한 반면, 피고인의 방어의지와 능력을 현저히 약화시킴으로써 진실발견을 어렵게 만드는 역기능은 매우 강할 것으로 예상되기 때문이다.

c) 신체구속에 의한 심리적 무기대등의 약화 피고인이 설령 불구속재판을 받는다고 해도 개정법률은 제280조 단서에 의해 다시 한번 공판정에서 피고인의 방어의지를 제압할 가능성을 열어 놓고 있다. 제280조 단서는 강력범죄가 아닌 사건에서 비로소 새로운 의미를 가질 수 있다. 강력범죄의 경우에는 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제11조와 성폭력특별법 제20조 ②항에 의해 같은 내용의 신체구속[32]을 재판장이 할 수 있기 때문이다. 즉 개정법률 제280조 단서는 주로 강력사건이 아닌 사건을 겨냥한 것이고, 바로 그렇기 때문에 제280조가 들고 있는 공판정에서의 신체구속요건으로서 '피고인의 폭력행사'에서 폭력개념은 '정신화'될 것으로 예상할 수 있다. 이렇게 되면 그것도 가벼운 범죄에 대하여도 원칙적으로 포승한 상태에서 공판이 진행되는 현실이 전개될 수도 있다.

그러나 포승을 당한 피고인은 아무리 변호인의 보호를 받는다고 해도 법원이나 검사와 심리적으로 대등한 상태를 유지할 수는 없다. 즉 피고

31) 백형구, 앞의 논문, 62쪽; 정영일, 앞의 논문, 28쪽.

32) 제280조 단서는 '신체구속'이라고 규정하나 이는 피고인의 구속(Untersuchungshaft)과는 구별되어야 한다. 따라서 제280조 단서는 "…때에는 '포승'(또는 수갑을 채우는)등 필요한 조치를 할 수 있다"라는 식으로 규정함이 더 적절하다(같은 생각, 정영일, 앞의 논문, 32쪽).

인의 방어의지는 위축되는 반면, 검사의 공격적, 권위주의적 태도는 강화되고, 법원은 피고인의 변론을 들으려 하기 보다는 단죄하려는 태도를 갖게 되기 쉽다. 따라서 제280조 단서는 다른 권리규정에 의해 보장되는 무기대등원칙을 심리적으로 무력화시키는 기능을 하게 될 것이다.[33] 그렇게 무력화된 상태에서 피고인이 법원·검사와 함께 진정한 의미의 '소송의 주체'지위를 누리기는 매우 기대하기 어렵다.

d) **피고인의 상고심참여배제** 개정법률 제389조의2는 형사소송규칙 제161조 ①항을 그대로 옮겨 놓은 규정이며, 또한 지금까지의 상고심의 실무현실을 반영한 규정이라 할 수 있다. 이처럼 상고심의 공판절차에서 피고인의 참여를 배제하는 것[34]은 상고심은 법률심이라는 논리에 기초하고 있다.[35] 그러나 상고심은 법률위반뿐만 아니라 원심의 사실오인도 심사한다(제383조). 사실오인여부를 심사함에 있어 상고심은 하급심과는 달리 증거조사를 하지 않고 상고이유서와 소송기록만을 토대로 —검사와 변호인의 변론에 의해— 원심법원의 심증형성에 하자가 있는지를 심사한다는 점에 차이가 있을 뿐이다. 따라서 [상고심=법률심]이라는 논리로 피고인의 공판참여권을 완전히 배제하는 것은 근거가 없다. 피고인의 변론에 의해 상고법원은 하급심의 사실인정의 합리성에 대해 더욱 쉽게 의심을 가질 수 있다는 점에서 필요한 경우에는 피고인에게 상고심 공판기일출석을 보장하는 것이 바람직하다. 이 경우 독일형사소송법 제350조처럼 공판기일출석을 피고인의 권리로 하고 의무로 할 필요는 없을 것이다.

(2) 심증형성의 간이화

---

33) 정영일교수는 비슷한 비판을 토대로 제280조 단서는 헌법상의 무죄추정원칙(헌법 제27조④항)에 반할 소지가 있다고 본다(정영일, 앞의 논문, 33쪽).

34) 물론 공판기일출석권만 배제될 뿐 공판기일통지서를 송달받을 권리는 피고인에게도 인정된다(규칙 제161조 ①항 단서).

35) 이에 대한 비판으로 이상돈, 형사소송에서 항소심과 상고심의 공판형태, 안암법학 창간호(1993), 338-370쪽.

공판절차에서 법원의 심증형성의 합리성을 보장하는 핵심제도는 구술주의와 직접주의(전문법칙)이다. 개정법률은 다음과 같은 제도들에 의해 법원의 심증형성의 합리성을 심각하게 파괴한다.

- **간이공판절차의 전면확대** 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 수 있게 함(제286조의2).
- **무선서감정촉탁제도** 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 공무소·학교·병원 기타 상당한 설비가 있는 단체 또는 기관에 대하여 감정선서(제170조)없이 감정을 촉탁할 수 있고(제179조의2 ①항), 그 기관이 지정한 자로 하여금 감정서의 설명을 하게 할 수 있다(제179조의2 ②항).
- **외국거주자의 진술에 대한 전문법칙의 예외확대** 외국거주로 인하여 진술할 수 없는 자의 진술을 담은 조서나 서류는 그 진술 또는 작성이(제314조), 그리고 그 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술은 그 진술이(제316조②항), 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

A. 간이공판의 전면확대

a) **공판간이화의 법정책** 개정법률 제286조의2는 간이공판을 경미한 사건(개정전법 제286조의2)에 국한시키지 않고 모든 범죄에 확대하고 있다. 물론 개정법률은 1973년 경미한 사건에 대한 간이공판제도가 도입된 이래 1991년의 특정강력범죄에(특정강력범죄처벌에 관한 특례법 제12조) 그리고 1994년 성폭력범죄에 각각 확대적용되어(성폭력특별법 제20조) 온 형사소송간이화 정책의 연장선 위에 있다. 이러한 확대는 물론 실무계에서 꾸준히 주장되어 왔고[36], 또한 어느 정도 예상할 수도 있는 바였다. 간이공판은 사법의 인적 물적 자원을 증가시키지

36) 대표적으로는 이재홍, 간이공판절차, 월간고시 1993. 6, 54쪽; 정동욱, 수사와 재판절차의 신속한 진행 확보방안, 고시계 1994. 2, 108쪽.

않고는 —이것은 법조인의 집단엘리트성을 해체하지 않고는 법조인들에게 기대하기 어려운 일인데— 도저히 해결할 수 없는 형사사법의 과중한 업무부담을 덜기 위해서는 불가피한 궁여지책일 것이기 때문이다.

b) 형사소송의 죽음 그러나 간이공판은 '공판의 단순한 간이화'가 아니라 '공판의 형해화'(形骸化)를 의미한다. 공판절차에서 심증형성의 합리성을 보장하는 핵심제도인 직접주의(특히 전문법칙)가 전면적으로 배제되고(제318조의3), 정보수집의 극대화와 정보수집의 합리성(상호주관성)을 보장하는 법률상의 증거조사방식이 대부분 배제(보기 : 증인상호신문제[제161조의2, 규칙 제75조 내지 제81조]의 배제)되거나 생략되기 때문이다. 극단적으로 말하면, 증거조사는 사실상 "증거조사함"이라는 파란색 스템프를 찍는 것이라고 볼 수도 있다. 이에 대해서는 '피고인이 자백한 사건은 단순명백한 사건이 된다'는 도그마가 제시되기도 한다. 그렇기 때문에 단순명백한 자백사건에는 형사사법의 자원을 절약하고, 부인(否認)사건에 형사사법의 자원을 좀 더 집중시킬 수 있다고 한다. 즉 형사사법의 자원배분의 합리성이 간이공판의 정당화기초가 된다. 그러나 이것은 과부하가 걸린 형사사법체계의 구조적 문제가 '복잡성을 축소하는 도그마틱'[37]으로 변질된 것이라 할 수 있다. 이 변질은 적어도 형사소송에서는 '소송의 본질적 구조'를 파괴한다. 그런 파괴는 설령 경미한 사건의 경우에는 감내할만한 것이라고 볼 수 있을지는 모르겠으나 중대한 범죄의 유형에는 허용될 수 없다. 중대한 범죄의 유형에서는 간이공판으로 추구하는 목적(형사사법의 기능적 효율성)과 간이공판이라는 수단이 침해하는 이익(직접주의의 와해나 간이공판을 통하여 피고인이 받게 될 제재)사이의 비례성(균형성)이 있다고 볼 수 없기 때문이다. 즉 비례성원칙(특히 균형성원칙)은 개정법률 제286조의2가 위헌적인 것임을 말해준다.[38]

---

37) Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974 참조.

38) 이에 대한 비판적 논의로 자세하게는 이상돈, 간이공판의 법정책, 안암법학 제2집(1994), 401-419쪽.

B. 무선서감정촉탁제도

실무에서 보면 법원의 감정명령에 따라 감정을 한 공무원, 의사, 교수, 교사 등이 피고인이나 고소인 등 소송관계인으로부터 허위감정죄로 고소당할 것을 염려하여 감정을 거부하는 사태가 적지 아니하다. 개정법률 제179조의2는 바로 그런 재판실무상의 애로를 해소하기 위한 규정이다. 그러나 전문가의 감정은 오늘날 많은 경우, 범죄사실인정에서 결정적인 증거가 된다. 그래서 감정인은 흔히 '법관 뒤의 법관'이라 불리기도 한다. 따라서 감정의 정확성은 사실상 판결의 정확성을 보장하는 밑바탕이 된다. 형사소송에서 감정의 정확성 확보는 다음 두 가지의 절차적 보장이 없이는 불가능하다.

- 감정다원주의의 보장 감정결과는 감정인이 누구이며, 어떤 이론과 어떤 감정방법에 의하느냐에 따라 달라진다. 따라서 적어도 당사자에게 감정인신문신청권을 최대한 보장함으로써 법원은 다양한 감정결과를 고려할 수 있어야 한다.
- 감정의 진실성 보장 감정이 아무리 이론과 방법에 따라 그 결과가 달라질 수는 있다고 할지라도 감정인 자신이 판단하기에 검증되었다고 보이는 이론과 방법에 의해 감정을 행하고 그 결과를 거짓없이 보고해야 한다.

감정다원주의를 보장하는 것은 제169조[39] 또는 제294조(감정인신문신청권)이고, 감정의 진실성을 보장하는 것은 제170조(감정선서제도)와 형법 제154조(허위감정죄)이다. 개정법률 제170조의2는 바로 감정의 진실성에 대한 절차적 보장을 배제한다. 이러한 절차적 보장의 약화는 민사소송법 제314조(鑑定의 囑託)를 모델로 하고 있다. 그러나 형사소송은 민사소송이 형식적 진실에 만족할 수 있는 바와는 달리 진실

39) 제169조에 의한 법원의 감정명령에서도 당사자에게 특정인을 감정인으로 신청할 권한이 보장되는가에 관하여 긍정설(신동운, 형사소송법, 1996, 710쪽)과 부정설(법원실무제요[형사], 385쪽 참조.)이 대립한다.

발견의 목표를 추구해야 하기 때문에, 형사소송에서 감정의 정확성을 담보하는 절차적 보장제도는 민사소송의 경우보다 더 강화된 것이어야 한다. 그러므로 감정의 진실성에 대한 절차적 보장을 민사소송의 수준으로 낮추는 개정법률 제170조의2는 타당하지 않다. 이 점은 민사소송 제309조의 鑑定人忌避와 같은 또 다른 절차적 보장제도가 형사소송에는 없다는 점을 고려하면 더욱 더 설득력을 갖는다. 따라서 감정선서제도는 형사소송에서 예외없이 지켜져야 한다.

C. 전문법칙의 예외 확대

개정법률 제314조와 제316조 ②항은 전문법칙을 더욱 완화한다. 이 규정들에 따르면 외국의 수사기관에 의하여 작성된 내국인과 외국인의 진술조서는 물론이고, 수사기관 앞에서 진술한 후 장기간 외국에 거주하기 위하여 출국한 참고인의 진술조서나 진술서, 또는 그 조서의 내용과 같은 진술을 할 전문증인도 증거로 사용할 수 있게 된다.

a) **증인신문청구제도의 부분적 무력화** 이렇게 되면 제314조와 제316조 ②항에 의해 검사는 많은 경우 증인신문청구(제221조의2)를 이용하는 것과 같은 효과를 얻을 수 있게 된다. 다시 말해 제221조의2에 의한 증인신문의 결과를 담은 —제311조에 의해 전문법칙의 적용이 배제되는— 법관 작성의 증인신문조서와 외국거주 증인의 진술조서 또는 진술서는 증거능력 인정면에서 동등하게 취급되는 셈이 된다. 이렇게 되면 적어도 증인이 수사기관 앞에서 진술하고 공판절차가 열린 때에 외국에 나가 있을 것이 예상되는 경우에 검사는 제221조의2를 이용하지 않게 될 것이다. 즉 제221조의2는 부분적으로 무력화된다.

b) **근거없는 전문법칙의 배제** 그러나 '외국거주'라는 사유는 전문법칙의 적용배제에서 그런 동등한 취급을 근거지을 수 없다. 그 이유는 세 가지이다. 첫째는 제221조의2에 의한 절차에서 작성되는 증인신문조서의 작성주체는 고도의 신뢰성이 인정되는 법관에 의해 작성되는 것인 반면 외국거주자의 진술조서나 진술서의 작성주체는 수사기관이거

나 그 외국거주자라는 점이다. 둘째는 제221조의2에 의한 증인신문에는 피의자·피고인 및 변호인이 수사에 지장이 없는 한 참여(반대신문)할 수 있지만, 외국거주자의 진술조서나 진술서에 대하여는 그 진술에 피의자·피고인 및 변호인이 반대신문의 기회를 갖지 못한다는 점이다. 그리고 셋째는 전문법칙의 배제근거에서 차이가 있다는 점이다. 즉 제221조의2에 의한 증인신문조서는 그 진술 또는 작성이 고도로 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이므로 '필요성'을 검토할 여지없이 증거능력을 인정할 수 있다. 이에 반해 외국거주자의 진술조서나 진술서는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것임을 보장할 수 없고, 더군다나 국외여행이 손쉬운 오늘날의 교통통신상황을 고려하면 외국거주자가 법정에 출석할 수 없다는 이유로 그의 진술조서나 진술서를 증거로 불가피하게 사용할 '필요성'을 인정할 수는 없다. 또한 단순한 주소불명만으로는 제314조의 "기타사유"에 해당하지 않는 것으로, 즉 필요성을 인정하지 않는 판례의 태도[40]를 고려해 보더라도 외국거주 그 자체만으로 전문증거사용의 '필요성'을 인정하지 않는 것은 너무나 당연하다.

(3) 공판의 투명성 약화

심증형성의 합리성은 증거수집의 합리성에 의해서만 보장되지는 않는다. 아무리 많은 증거가 아무리 엄격하게 조사되더라도 법관의 심증은 자유롭게 형성될 수밖에 없기 때문이다. 더욱이 자유심증주의(제308조)는 바로 이를 제도적으로 보장하고 있다. 그러나 법관의 자유심증이 자의적인 사실인정이 되어서는 안된다. 재판의 공개(헌법 제27조 ③항, 제109조, 법원조직법 제57조 ①항)는 바로 그러한 자의적인 심증형성의 가능성을 통제하는 최소한의 조건이다. 개정법률은 바로 그러한 최소한의 조건을 다소나마 약화시키는 방향으로 나아가고 있다. 개정법률

40) 대판 1985. 2. 26, 84도1697.

제285조는 검사의 기소요지진술을 재판장의 재량사항으로 전환시켰기 때문이다. 물론 제285조는 지금까지의 실무현실을 합법화한 것에 불과하다. 즉 실무는 거의 대부분의 사건에서 검사의 기소요지진술을 생략해 왔다. 그 이유는 피고인은 공소장의 부본을 송달받음으로써 공소사실의 내용을 이미 알고 있고, 또한 법정에서는 검사의 피고인신문(제287조 ①항)을 통하여 피고사건의 윤곽이 드러날 수 있기 때문이라는 것이다. 그러나 개정의 진정한 이유는 기소요지진술을 생략함으로써 소송진행을 더욱 신속히 하려는 데 있다고 본다. 검사의 모두 진술은 단순한 '의식'이 아니라 공개주의를 실질적으로 활성화하기 위한 전제이기 때문이다. 즉 비법률가인 방청객은 검사의 모두진술을 통해서 비로소 공판에서 무엇이 문제되고 있는 것인지(소송의 주제)를 '체계적'으로 알 수 있게 되고, 또한 그럴 때에만 법원의 공판진행에 대한 이해와 (무언의) 통제가능성을 가질 수 있는 것이다.

Ⅳ. 개정의 바른 방향

1. 범죄투쟁력강화와 법치국가성의 이율배반성

이상에서 1995년의 형사소송법개정에 의해 수사절차와 공판절차에 일어난 가장 큰 변화내용들을 살펴보았다. 그러한 변화내용에 대해 비판적으로 검토한 결과를 요약하면 다음과 같다.

- 민주화의 요청은 주로 수사절차의 개정에 단지 '상징적'이거나 '실천력'이 미약한 제도로 반영되었다. 그런 상징적 민주화의 사이비 정당화기능에 의해 엄호받는 가운데 수사절차개정의 핵심은 수사기관의 인신구속권한의 확대 등 수사기관의 범죄투쟁역량을 강화하는 데에 집중되어 있다.

— 공판절차에서는 주로 형사사법의 기능적 효율성의 이념이 지배하였다. 그 결과 법원구성의 공평성과 피고인의 방어적 참여권(또는 주체로서의 지위)은 약화되었으며, 법원의 심증형성은 극도로 간이화되고 편의주의의 정신으로 왜곡되었다. 또한 심증형성의 투명성도 약화되었다.

한마디로 1995년 법개정의 핵심은 '형사사법의 범죄투쟁력 강화'라고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 범죄투쟁력의 강화는 형사소송에 이제까지 구현되어 온 법문화의 규범적토대 위에서 이루어지지는 않는다. 범죄투쟁력의 강화를 위해서 우리는 필연적으로 피의자 기본권의 보장을 약화시키고 형사재판의 '소송으로서의 권위와 위엄'을 훼손시키는 결과를 댓가로 치뤄야만 하기 때문이다. 다시 말해 범죄투쟁력의 강화와 형사절차의 민주적 법치국가성은 일종의 '제로섬게임' 안에 들어와 있다. 뒤의 것에서 마이너스현상이 일어나지 않고는 앞의 것에서 플러스현상도 일어날 수가 없다.

2. 바른 법정책의 방향

이것은 형사소송법의 개정문제야말로 민주적 법치국가성의 등락이 가장 인상적으로 드러나는 법정책의 핵심영역임을 보여준다. 이 영역에서의 법정책은 다른 영역에서 보다도 '국가권력을 절제하는 정책'이어야 하고, 또한 '절차적 정당화'의 요청을 특히 충실하게 충족시키는 정책이어야 한다.

(1) 절제된 법정책

첫째, 민주적 법치국가성의 등락이 인상적으로 드러나는 법정책의 핵심영역에서 국가는 무모하고 담대한 정책을 수행해서는 안된다. 1995년의 형사소송법개정은 바로 그와 같은 거칠은 정책의 표본이라 할 수

있다. 형사소송법개정과 같은 영역에서 국가는 시민의 기본권을 섬세하게 살피고, 시민사회의 자유영역을 존중하면서, 권력사용을 극도로 절제하는 그런 법정책을 추진하여야 한다.

(2) 절차적 정당화의 요청

둘째, 국가는 자신이 추진하려는 법정책을 전문가들의 의사소통적 교류의 한 가운데 올려 놓고 충분한 비판과 토론을 거치게 하여야 한다. 그런 '절차적 정당화'(produzerale Rechtfertigung)의 요청을 엄격하게 충족함이 없는 법정책은 정당성을 얻을 수 없다는 것이 오늘날의 지배적인 법이론의 흐름이다. 민주적 법치국가성의 등락이 인상적으로 드러나는 형사소송법정책의 영역에서 그러한 요청은 더욱 더 절실하다. 그러나 이번의 법개정은 그런 요청을 충분하게 만족시키지는 못한 개정이라 할 수 있다. 졸속입법이라는 학계의 비판이 바로 이를 증명해준다.

ZUR GEGENSÄTZLICHKEIT VON COMMON LAW und CIVIL LAW

Prof. Dr. Eugen Bucher*

I. Ausgangspunkt

Die zivilisatorischen Entwicklungen der modernen Welt führt in zunehmendem Masse zu einem "unitarischen Habitus": Im Stil der Lebensführung; in den Naturwissenschaften, in Technik oder Medizin verschwinden lokale Traditionen immer mehr. Im Bereich des Rechts dagegen behalten die übrkommenen regionalen Besonderheiten nach wie vor ihre grundlegende Bedeutung. — Wenn wir die Privatrechtsordnungen sämtlicher Länder betrachten, die an der wesentlichen europäsch-amerikanischen Zivilisation teilhaben, lassen sich zwei grundlegend unterschiedliche Gruppen erkennen. Mangels anderer kurzer Bezeichnungen bezeichnen wir hier die beiden Gruppen als jene des CIVIL LAW und des COMMON LAW, damit ihnen Bezeichnungen beilegend, welche in letzterem Bereich gängig sind.

Zu dem Bereich des Common Law gehören im wesentlichen die Gebiete der englischen Sprache (mit den wichtigsten Ausnahmen von Schottland und des Staates Louisiana der USA) sowie weitgehend die

* Universität Bern, Schwitzerland

früheren Kolonien oder sonstige Einflussbereiche Englands (so etwa Indien oder Israel). — Länder des Civil Law sind alle übrigen: Die Länder Kontinentaleuropas und Lateinamerikas sowie jene, die kulturell von diesen beeinflusst wurden; dazu gehöen die Gebiete des ehemals von der Sowjetunion beherrschten "Ostblocks", sodann Aegypten, Syrien und weitere Bereiche des "Vorderen Orients". Wenn der Aussenstehende sich ein Urteil erlauben darf, nimmt aber auch weitgehend der "Ferne Osten" an der in Kontinentaleuropa begründeten Tradition teil; es darf wohl Korea, zusammen mit Nationalchina und Japan, zu den engen Verwandten der deutschsprachigen Jurisprudenz gerechnet werden. Eine Sonderstellungen zwischen den beiden Welten nehmen etwa die kanadische Provinz Quebec, die skandinavischen Staaten oder Südafrika ein.

Das Erkennen der Unterschiedlichkeit verlangt nach der Erklärung deren Ursachen. Diese Frage wiederum fürrt zwangsläufig zu den historischen Ursprüngen der beiden betrachteten Rechtskreise zurück; Verständnis der Zusammenhänge ist auch hier ohne historische Betrachtung nicht möglich.

Die hier betrachtete Gegensätzlichkeit in den elementaren juristischen Strukturen muss die Folge elementarer historischer Gegebenheiten sein. Auf solche können wir uns im Folgenden beschränken. Die auszuwertenden historischen Fakten sind allgemein bekannt und, wenigstens soweit sie zur Sicherung der aufgestellten Thesen unentbehrlich sind, durchwegs unbestritten. Mehr als punktuellen quellenmässige Nachweise anzugeben kann der Schreibende (der sich selber als "historisch interessierten Nichthistoriker" versteht), nicht zu seiner Aufgabe machen.

II. Landläufige Deutungen – Erste Befunde

1. Ausgangspunkt

Bis vor kurzem ging die Meinung allgemein dahin, dass das Recht im englischen Sprachbereich grundlegend von den Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Tradition abweichen würde, und dies in einem solchen Masse, dass gegenseitiges Verstehen nur mit grossem Zusatzaufwand möglich sei. Diese Meinung ist heute in England noch g änzlich herrschend. In Kontinentaleuropa und in den USA wird sie nun allerdings teilweise in Frage gestellt. So konnte James GORDLEY, Professor in Berkeley/USA, in der neugegründeten Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) einen Aufsatz veröffentlichen, dem er den Titel gab "Common Law und civil law : eine überholte Unterscheidung", und den Eröffnungsaufsatz dieser Zeitschrift konnte Reinhard Zimmermann, einer der Herausgeber und vor allem Verfasser des berühmt gewordenen Werkes "The Law of Obligations" unter die Überschrift stellen : "Der europäische Charakter des englischen Rechts", in dem auch er die Gegensätzlichkeit zwischen England und dem Kontinent relativiert (vgl. ZEuP 1/1993 p. 4–51p. 498 –518).

Der Schreibende möchte gegenüber den genannten Autoren die genau entgegengesetzte These vertreten. Zwar ist ohne weiteres einzur äumen, dass sämtliche Rechtsordnungen infolge nationaler Eigentü mlichkeiten ihrer Rechtstradition alle möglichen Besonderheiten des

positiven Rechts aufweisen, und in mancherlei Hinsicht sind innerhalb der Länder des Civil Law-Bereiches die Lösungen sehr unterschiedlich, während Übereinstimmungen mit den Löungen im englischen Sprachbereich wenigstens im Endergebnis gefunden werden können. Wenn wir jedoch nicht an der Oberfläche bleiben, sondern auf die Grundstrukturen zurückgehen, dann verschwinden innerhalb jedes der beiden grossen Rechtsbereiche die Unterschiede; je mehr wir in die Tiefe gehen, machen sie einer Übereinstimmung Platz, während umgekehrt die Gegensätzlichkeit zum anderen Bereich zunehmend mehr Gewicht erhalten. Zu diesen Grundstrukturen gehören die Rechtsquellen, die die Rechtssicherheit gewährleistenden Strukturen, das methodische Instrumentarium, mit dem die Rechtsinhalte dargestellt und vorgestellt werden, oder praktischer gesagt: Die Denkweise und die Ausbildung der Juristen.

2. Gesetzesrecht oder Richterrecht : Unterschiedlichkeit der Rechtsquellen

Wenn man einen gebildeten Laien des englischen Sprachbereichs fragt : "Was ist Recht?", so lautet die wahrscheinlichste Antwort : "Recht ist, was die Gerichte entscheiden". Die selbe Frage auf dem Kontinent wird mit gleicher Wahrscheinlichkeit die Antwort hervorrufen : "Recht ist, was die Gesetze anordnen". Das Phänomen Recht wird am einen Ort als Richterrecht, am anderen als Gesetzesrecht verstanden. Dies ist eine Gegensätzlichkeit nicht bloss des Rechtsverstädnisses, sondern des Wesens des Rechts selber, wie sie grundlegender nicht sein könnte.

3. Unterschied des gegebenen bzw. fehlenden Einflusses des römischen Rechts

Jedenfalls im englischen Sprachbereich und von seiten gebildeter Juristen wird man auf die Frage nach der Unterschiedlichkeit als Antwort den Hinweis erhalten, dass auf dem Kontinent das römische Recht massgeblichen Einfluss ausgeübt habe, solcher Einfluss jedoch in England fehle. Unter englischsprachigen Juristen ist die Auffassung tief verwurzelt, dass die (ihn befremdenden) Besonderheiten der kontinentalen Rechtsordnungen auf diesen Einfluss zurückzuführen seien. Dem entsprechend bezeichnet er das dem Common Law gegenü bergestellte kontinentale Recht als "Civil Law" (und die diesem zuzurechnenden Länder als civil law countries, dessen Juristen als civilians) : Civil Law heisst in dieser Diktion (die auch auf dem Kontinent im Terminus "Zivilrecht" lebt) nichts anderes als römisches bzw. in romanistischer Tradition stehendes Recht. Die Behauptung eines wesensbestimmenden Einflusses des römischen Rechts entbehrt indessen, wie der Engländer richtig erkennt, jeder Grundlage, von einigen Spezialbereichen (bes. dem Erbrecht) hier einmal abgesehen, die vom kanonischen Recht und damit indirekt vom römischen Recht in der Tat tiefgreifend beeinflusst sind.

4. Weitere Elemente.

a) Gegensatz zwischen Praktiker-und Wissenschaftsrecht

In der kontinentalen Rechtsentwicklung haben die Wissenschaft bzw. die sie tragenden juristischen Fakultäten einen entscheidenden

Einfluss gehabt und besitzen einen solchen auch heute noch. Ganz anders im englischen Sprachbereich. Dessen Recht wird zutreffend als Praktikerrecht bezeichnet, während der Wissenschaft kaum Einfluss zukommt.

b) Schwerpunkt im materellen Recht oder aber im Prozessrecht

Im englischen Sprachbereich gilt das Hauptaugenmerk dem Prozess und dem Prozessrecht, während in der kontinentalen Tradition das materielle Recht im Vordergrund steht und der Prozess lediglich als Mittel ohne Selbstwert zu dessen Verwirklichung verstanden wird.

c) Gegensatz des gegebenen bzw. fehlenden "evolutionären" Elements in der Rechtsfortbildung

Das Common Law ist traditionsgebunden. Im englischen Sprachbereich wird das Recht als etwas Gewachsenes (und Wachsendes), damit als eine gewissermassen von der Natur gegebene Grösse verstanden. Im kontinentalen Verständnis ist das Recht dagegen vom Menschen geschaffen; es steht zu dessen Disposition, die Menschen haben die Verantwortung für dieses und sollen es, falls es nicht genügt, verbessern. Diese Auffassung schliesst die Möglichkeit der Diskontinuität ein, dh. lässt Sprünge in der Rechtsentwicklung zu. Dies ist, im Vergleich zur englischen Auffassung, ein "evolutionäres" Element; erst dieses schafft den ideologischen Hintergrund des Entstehens von Kodifikationen, mit denen der Gesetzgeber Traditionen zu beendingen und neues Recht zu schaffen beansprucht.

III. Versuch der Synthese: Frage nach einheitlicher Ursache der Einzelphänomene

1. Notwendig ist Suche nach dem elementaren und zentralen Merkmal der Verschiedenartigkeit

Die genannten Elemente der Unterschiedlichkeit der beiden Rechtskreise haben sachlichen Zusammenhang, ja decken sich teilweise. Es liegen nicht unabhängige Einzelsymptome vor, sondern viel eher die aus verschiedenen Blickwinkeln beobachteten verschiedenen Aspekte ein und derselben Sache. Zu berücksichtigen sind vor allem die folgenden Gesichtspunkte: - was gewährleistet Voraussehbarkeit und Kontinuität des Rechts? - was ist Gegenstand und Ziel der juristischen Ausbildung ? - was oder wer veranlasst die Fortentwicklung des Rechts ? - welche Vorstellungen bestehen im Laienpublikum wie unter Juristen, wenn von "Recht" ("derecho"/ "droit"/"diritto" — "law") gesprochen wird ?

Man kann nicht bei der Beobachtung von Einzelphänomenen der Verschiedenartigkeit stehen bleiben, sondern muss versuchen, dieselben auf einen gemeinsamen Nenner zurückzuführen. Nur die Frage nach der Herkunft dieser Struktur-Verschiedenheiten kann weiter führen.

Die Einzelphänomene stehen unter sich nicht in einem Kausalverhältnis, das als solches untersucht werden könnte: Das Beeinflusstsein durch die romanistische Tradition einerseits und die Durchkodifizierung des Rechts anderseits, beides charakteristisch für

das Civil Law, stehen nicht im Verhältnis von Ursache und Wirkung zu einander (sowenig als dies für das Fehlen dieser Elemente im englischen Sprachbereich gilt). Es muss m.a.W. die ausserhalb dieser Einzelphänomene liegende gemeinschaftliche Grundursache derselben gesucht werden.

2. "Faktizität der Gerichtspraxis" und "Theorie des richtigen Rechts" als je massgebliche Elemente

a) Grundthesen

Oben (Zif. II) wurde versucht, die hervortretendsten Symptome der Unterschiedlichkeit anzudeuten. Ist die Aufgabe gestellt, diese Symptome auf einen gemeinsamen Ursprung zurückzuführen, muss je für jeden der beiden Rechtskreise jener Gesichtspunkt ermittelt werden, der geeignet wäre, für die festgestellten Merkmale eine kausale Entstehungsgrundlage zu konstituieren. Das führt zu den folgenden zwei Thesen (lit.b und c):

b) Faktizität der Gerichtspraxis als das den Common Law-Rechtskreis bestimmende Element.

Im gerichtlichen Urteil verwirklicht sich das Recht. Es ist vorerst das einzige aller rechtlichen Phänomene, das äusserlich wahrnehmbar ist und als Faktum qualifiziert werden kann. In "ursprünglichen" Rechtsordnungen ist das Verständnis und die Darstellung des Rechts vorab auf das Sichtbare, dh.den Prozess ausgerichtet. Das Recht wird als eine Summe von Klage- und Verteidigungsmöglichkeiten verstanden; abstrakte, vorprozessual gegebene Normen bestehen nicht. Dies ist noch heute der Standpunkt des englischen Sprachraums. Offen eingestanden wird dies in der Theorie der "Realistic Jurisprudence" :

Über Rechtsregeln und Gerechtigkeit kann und soll nicht gesprochen werden; rationaler Erfassung zugänglich ist allein die Gerichtspraxis, weshalb eine Lehre von "Recht" nichts anderes sein kann als die Formulierung der Wahrscheinlichkeit künftiger Gerichtsentscheidungen bezogen auf hypothetisch vorausgesetzte Streitsituationen. ((Dieser bis heute nicht überwundenen Konzeption steht allerdings die traditionelle Sicht gegenüber, die unterstellt, dass dem Richter materielle Rechtsregeln vorgegeben wären. Es wird gesagt, dass der Richter in seinem Entscheid seit je vorbestehendes Recht anwende bzw. finde (to find the law), das, wenn die gleiche Entscheidsituation noch niemals aufgetreten ist, zwar bisher im Dunkel blieb, aber trotzdem bestand. Da jedoch konsequent darauf verzichtet wird, diese Regeln ausserhalb der Begründung konkreter Gerichtsentscheidungen zu formulieren und in generell-abstrakten Regeln sichtbar zu machen, ist diese Formel eine Fiktion, dh. der Versuch, die Rechtsprechung mit einem ideologischen Ueberbau auszustatten, was aber im übrigen diese Position die Deutung und Handhabung des Rechts in keiner Weise beeinflusst.))

Der Verzicht, über eine Systematisierung der bisherigen Gerichtspraxis hinauszugehen und aus ihr durch Abstraktion vorprozessual geltende materielle Rechtsnormen zu deduzieren, schliesst zum vornherein die Entwicklung abstrakter theoretischer Konzepte aus, dh. das, was auf den Kontinent "wissenschaftliche Erfassung" des Rechts heisst. Das Rechtsverständnis des englischen Sprachraums ist gegenüber jenem der kontinentalen Tradition vor allem durch das Negativmerkmal gekennzeichnet, dass ihm alle Einflüsse der Verwissenschaftlichung des Rechts abgehen. Rechtliche Aussagen werden grundsätzlich nur auf konkrete Einzelphänomene

bezogen und kommen als generalisierende Regeln nicht vor.

c) "Theorie des richtigen Rechts" als Angelpunkt des Rechtsverstä ndnisses des Civil Law - Rechtskreises.

Der gemeinsame Nenner der hier betrachteten komparatistischen Besonderheiten des Rechts des Civil Law-Bereiches liegt in dessen "Verwissenschaftlichung". Im Gegensatz zum englischen Sprachbereich wird in der Civil Law-Tradition das Recht als eine Sache betrachtet, die sich rational erfassen lässt und die mit gedanklicher Durchdringung verfeinert, verbessert und weiter entwickelt werden kann und muss. Institutionelle Träger dieser Beschäftigung mit dem Recht sind die Universitäten. Die Gerichte haben wenigstens im traditionellen Konzept keine rechtsschöpfende Funktion; deren Aufgabe ist es allein, anhand der vorgegebenen Gesetzesregeln (diese allenfalls ergänzt durch von der Doktrin entwickelten Grundsätze) die vor sie gebrachten Streitfälle zu entscheiden.

d) Zusammenfassung

Der Ursprung der Unterschiedlichkeit der Rechtskreise auf ist den Umstand zurückzuführen, dass wohl im Bereich des Civil Law, nicht aber jenem des Common Law durch rationale Operation ein System generell-abstrakter Normen bzw. materiellen Rechts entwickelt wird, das sich den sichtbaren Mechanismen der Streiterledigung (Gerichtsbarkeit) überlagert und für diese bindend wird. Die spezifischen Eigentümlichkeiten des Civil Law-Bereichs (Entwicklung eines differentierten dogmatischen Systems, Durchkodifizierung des Rechts usw. bis hin zu den Besonderheiten juristischer Ausbildung oder Literatur) lassen sich insgesamt auf diesen hier abkürzend als "Verwissenschaftlichung" bezeichneten Vorgang zurückführen,

umgekehrt die Besonderheiten des Common Law-Bereichs durch das Ausbleiben desselben Vorgangs erklären.

e) Schlussfolgerung

Die grundsätzliche Durchkodifizierung des Rechts (Zif. II/1) im Bereich des Civil Law wie auch die Bedeutung der Gesetzgebung im dortigen Rechtsverständnis lässt sich nur erklären mit dem Einfluss der Wissenschaft : Die "Kodifikationsidee" ist von Rechtstheoretikern oder Rechtsphilosophen des 17. und 18. Jahrhunderts entwickelt (welcher wissenschaftliche Einfluss seither das moderne kontinentale Rechtsverständnis prägt, das weitgehend Recht und Gesetzgebung indentifiziert). Durchkodifizierung des Rechtsstoffes ist ein Produkt der Wissenschaft, die sich ohne wissenschaftliche Aufarbeitung des Rechtsstoffes nicht denken lässt. - Die entgegengesetze Lage im englischen Sprachbereich findet seine Erklärung im Fehlen des Einflusses der Wissenschaft.

Der Einfluss des römischen Rechts (Zif.II/2) im Civil Law-Bereich stellt sich ihrerseits als Ergebnis des Einflusses der Wissenschaft dar: Weder lässt sich römisches Recht ohne Anwendung anspruchsvoller wissenschaftlicher Methode erfassen, noch wäre im ausgehenden Mittelalter auf dem Kontinent eine Rechtswissenschaft denkbar, welche nicht die römischen Quellen zur Grundlage der Betrachtung gemacht hätte. — Das Fehlen des Elementes Verwissenschaftlichung des Rechts in England erklärt das Fehlen grösseren Einflusses des römischen Rechts im Bereich des Common Law und die Eingrenzung des romanistischen Einflusses auf (vorab durch das kanonische Recht bestimmte) Sonderbereiche, und dies trotz Kenntnis vom römischen Recht und dessen Unterrichtung an den englischen Universitäten.

Dass auf dem Kontinent der Schwerpunkt der Betrachtung im materiellen Recht (Zif.II/3) liegt, ist die Folge der geschilderten wissenschaftlichen Ausrichtung : Erst die Wissenschaft ermöglicht es, das Modell das materiellen Rechts als eines der Gerichtspraxis vorgegebenen Normensystems zu konzipieren. Ist einmal der erste Schritt getan, entwickelt die Betrachtungsweise eine Eigendynamik: Als Zweck des Rechts erscheint schliesslich bei dieser Betrachtung die Verwirklichung materieller Regeln, denen gegenüber der Prozess bloss ein untergeordnetes Mittel darstellt. - Dass in England eine Verwissenschaftlichung nicht stattfand, erklärt umgekehrt das dortige Verharren im herkömmlichen, auf den Prozess ausgerichteten Rechtsverständnis.

Was oben (Zif.II/4) als "revolutionäres Element" der Privatrechtsordnung bezeichnet wurde, lässt sich ebenfalls auf die Verwissenschaftlichung des Rechts zurückführen. Denn die Wissenschaft unterstellt, dass das Recht menschlicher Vernunft "verfü gbar" sei; entsprechend vindiziert sie die Verantwortung für dessen Richtigkeit. Die "Kodifikationsidee" unterstellt, dass Recht von Menschenhand geschaffen werden könne und dürfe. Das rationalistische Naturrecht hat denn auch eigentliche Umwälzungen ausgelöst: Nur beispielshalber seien genannt die Zulassung der Forderungsabtretung oder der Stellvertretung oder das Abgehen vom römischen Kontraktsystem durch Statuierung der Vertragstypenfreiheit.

Ähnliches liesse sich in der Tradition des Common Law nicht vorstellen.

Ⅳ. Darstellung der unterschiedlichen historischen Entwicklung von Civil Law und Common Law

1. Ausgangspunkt

Hier wurde die These aufgestellt, dass sich die Unterschiedlichkeiten zwischen dem Civil Law und dem Common Law auf die im ersten Fall gegebene, im zweiten Fall fehlende Verwissenschaftlichung (im oben definierten erweiterten Sinn und unter Einschluss der durch Wissenschaft geschaffenen Haltung, der zufolge als Rechtsordnung die Summe vorprozessual gegebener, generell-abstrakter Normen betrachtet wird). Ist diese zutreffend, ist die Aufgabe gestellt, die Ursachen des Stattfindens oder Ausbleibens dieses Vorgangs zu erklären. Die Periode der Untersuchung ist die erste Hälfte des nun zu Ende kommenden Jahrtausends : Um die Jahrtausendmitte sind die hier betrachteten elementaren Grundstrukturen der beiden Rechtskreise bereits weitgehend ausgebildet; deren seitherige Weiterentwicklung scheint die zwangsläufige Folge des "Gesetzes, nach dem sie angetreten". Aus genanntem Grund kann sich die Betrachtung des Common Law denn auch in vorliegendem Zusammenhang zur Hauptsache auf die Entwicklung in England unter Ausschluss der USA beschränken.

2. Common Law

Das englische Recht kann nur von dessen Geschichte her erfasst werden, und diese beginnt für den Modernrechtler mit dem Jahr 1066, dh. der Eroberung durch die Normannen. Die hier betrachtete Unterschiedlichkeit der Rechtsentwicklung muss durch die Verschiedenartigkeit der sozio-politische Lage auf dem Kontinent und in England in den auf die normannische Eroberung folgenden Jahrhunderten bedingt sein.

Die Normannen waren hart durchgreifende Organisatoren; sie wollten das eroberte Gebiet in Ordnung halten und unter Kontrolle bringen. Anfänglich stellten sie zahlenmässig eine Minderheit dar; dies bedingte, dass die bisherigen Ordnungselemente (dh. die bei der Eroberung bestehenden Feudalstrukturen) vorerst erhalten bleiben mussten. Hinsichtlich der Organisation des Rechtswesens bedeutete dies, dass bisherige Gerichtsbarkeiten vorerst weiterbestanden, wä hrend die Gerichtsbarkeit der normannischen Eroberer bloss Ausnahmecharakter hatte, sich auf besonders wichtige Bereiche konzentrierte und erst nachträglich zu alleiniger Herrschaft gelangte. Der schwelende Kampf zwischen Eroberern und Eroberten um Machtstrukturen bedingte eine Konkurrenz der Gerichtsbarkeiten; diese hat die Rechtsentwicklung entscheidend beeinflusst. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Institut des "Writ" (lateinisch breve; ähnlich auch form of action) zu sehen, dh. die vom normannischen König bzw. dessen Kanzler dem Kläoger auszustellende Klagebewilligung (gleichzeitig auch Jurisdiktionsbefehl an das Gericht bzw. Einlassungsbefehl an den Beklagten). Ursprünglich liegt bloss ein

organisatorisches Instrument vor, das klarstellt, dass in einem konkreten Streitfall die vom normannischen König eingesetzen Gerichte tätig werden sollen. Vorerst galt wohl die Regel, für alle Klage-Gattungen auch Writs zur Verfügung stellen (von Bracton so formuliert: Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum). In der Folge werden aber die Klagstatbestände, für welche Writs verfügbar waren, festgeschrieben, typisiert und limitiert, was ein Zugeständnis an die bisherigen Feudalherren zur Erhaltung deren Gerichtsbarkeit darstellte (die Provisions of Oxford, 1258 erlassen unter Henry III). Für die weitere Entwicklung ist das Statute of Westminster des Jahres 1285 wichtig, das den Bereich der königlichen Gerichtsbarkeit wiederum ausweitet insofern, als per analogiam Writs in consimili casu gewährt werden durften, dh. in einem ähnlichen Fall. Damit wurde einem Anliegen des Publikums entgegengekommen, das aus hier nicht darzustellenden Gründen grosses Interesse hatte, an die Königsgerichte gelangen zu können und nicht auf die Lokalgerichtsbarkeit angewiesen zu bleiben. Die Writs, ursprünglich ein Instrument der Zuständigkeitsordnung und prozessrechtiche gesehen lediglich eine Prozessvoraussetzung, damit materiellrechtliche Bedeutung: Wo ein Writ, da eine Klage und ein materiellrechtlicher Anspruch, oder umgekehrt: wo kein Writ, auch kein Recht. Dies war jedenfalls das Ergebnis im Zeitpunkt gänzlichen Untergangs der an keine Writs gebundenen Lokalgerichtsbarkeit. Ein Beispiel zur Illustration der Bedeutung der Writs für die Weiterentwicklung des materiellen Rechts: Weil für Vertragsklagen ein Writ nicht zu Gebote stand, wurde auf (insbesondere deliktsrechtlichen und quasideliktischen) Umwegen erreicht, im Falle ausbleibender Erfüllung trotzdem den Zugang zu den Gerichten zu erlangen. In diesem Fall

hatte der prozessuale Hintergrund der Entwicklung materiellrechtliche Folgen, die bis heute weiterwirken, nämlich in der Beschränkung der vertraglichen Nichterfüllungssanktionen auf Schadenersatz unter Ausschluss des Realexekution.

Die vorstehenden banalen, im Ergebnis von niemandem bestrittenen Feststellungen geben eine Erklärung des Nicht-Stattfindens einer Verwissenschaftlichung wie auch des Unterbleibens der auf dem Kontinent vollzogenen Verlagerung der Rechtsbetrachtung von der Gerichtspraxis weg und hin zu einem theoretisch entwickelten System materiellen Rechts. Hier nur stichwortartige Hinweise:

Das für die weitere Entwicklung entscheidende Moment ist die Kompliziertheit des Verfahrens und die prozessualen Hindernisse gegenüber der Erlangung von Rechtsschutz, damit verbunden die Fokussierung des Interesses der Rechtssuchenden auf das Verfahren und die in ihm verfügbaren Rechtsbehelfe. Dies ist der Hintergrund, vor dem sich ein professioneller Anwaltsstand herausbilden kann, dem in der Fortbildung des Rechts die Hauptfunktion zukommt und der auch den Richterstand bestellt. Die vom Juristenstand geforderten Qualifikationen sind allein jene des Prozesspraktikers; die Ausbildung des praktizierenden Juristen erfolgt denn auch nicht etwa wissenschaftlich und an Universitäten, sondern im Rahmen der Anwalts-Innungen, in der Praxis und durch Praktiker. Dieses Umfeld ist wenig geeignet, das Augenmerk vom Prozess wegzuleiten und ein Bedürfnis aufkommen zu lassen nach der Vorstellung von materiellem Recht als einer Summe von vor - und ausserprozessual beachtlichen Regeln. Die Lehre dieses materiellen Rechts wäre ja in die Zuständigkeit der Universitäten gefallen.

((Eine Rechtstradition der Normannen, die durchzusetzen diese ein

Interesse gehabt hätten, scheint nicht bestanden zu haben (Nicht zu vergessen die Geschichte der Normannen: Zwei oder drei Jahrhunderte vor der Eroberung Englands aus dem Norden kommend, die Normandie erobernd und als "Nord-Männer" dieser ihren Namen gebend, dürfen sie als ein Volk von seefahrenden Räubern mit Machtgier und Organisationstalent bezeichnet werden, die vom Wasser her mit ihren Überfällen weiteste Küstenbereiche über Europa hinaus verunsichern, jedoch nur ausnahmsweise und punktuell Sesshaftigkeit üben, die ja ihrerseits Voraussetzung rechtlicher wie jeglicher sonstiger Kulturleistung darstellt). Das römische Recht schliesslich, das zwar an den Universitäten unterrichtet wurde und in England des 12. Jahrhundert wohl ebenso leicht zur Kenntnis genommen werden konnte wie auf dem Kontinent, bot sich für die königliche Gerichtsbarkeit ebenfalls nicht an: Dies hätte den Konflikt mit den Herren der überkommenen Lokalgerichtsbarkeit heraufbeschworen, welche ohne Zweifel an ihren bisherigen Rechtstraditionen festhalten wollten, war aber auch für die Normannen selber ohne jedes Interesse. Die genannten Zusammenhänge wirkten alle gemeinsam in einer Richtung: Konflikte im Rechtsbereich auf prozessuale Zuständigkeitsfragen zu reduzieren, das materielle Recht auf technisch-prozessuale Fragen zurückzuführen, was im Lauf der Entwicklung dazu führt, Recht und Gerichtspraxis zu identifizieren.))

3. Civil Law

Auf dem europäischen Kontinent als dem Ursprung der Civil Law-Tradition liegen Verhältnisse vor, welche die spiegelbildliche Umkehrung der Verhältnisse in England sind. Dem eine straffe und

einheitliche Ordnung durchsetzenden Zentralismus der Normannenherrscher stand auf dem vielfach grösseren Raum Kontinentaleuropas eine heute schwer vorstellbare Vielfalt der Verhältnisse gegenüber. Offenkundig ist die kulturelle und sprachliche Buntheit wie auch die Zersplitterung der staatlichen Strukturen. Für die Entwicklung des Rechts ist wohl am bedeutsamsten die allgemeine Unstabilität und Ungewissheit der Verhältnisse, was Unzuverlässigkeit (und gar teilweises Fehlen) der Gerichtsbarkeit bedeutet; wo ein Urteil erstritten werden konnte, war dessen Vollstreckbarkeit ungewiss. Die Unsicherheit der rechtlichen Verhältnisse macht wissenschaftliche Feststellungen über geltendes Recht schwierig; wo Aussagen möglich sind, haben sie nur ganz beschränkte lokale Geltung.

Diese banalen und unstreitigen allgemeinen Feststellungen lassen ohne weiteres den negativen Schluss zu, dass die Praxis der Gerichte, die in England zum Kristallisationspunkt des rechtlichen Bewusstseins wurden, auf den Kontinent diese Funktion nicht übernehmen kann. Ein allgemein gültiges Recht, ein "Common" Law besteht nicht. Dies alles schliesst aus, dass die Gerichtspraxis zum Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung oder zum Ansatz einer professionellen Juristenausbildung hätte werden können.

Dieser negative Hintergrund des Fehlens von "rechtstragenden Institutionen" vermag die Bedeutung zu erklären, welche das Rechtsstudium an den Universitäten und das dort gelehrte römische Recht Studium erlangen konnte. Bald nach Entdeckung des Digesten-Manuskripts und der Entstehung von Universitäten in Oberitalien haben sich viele tausende von Studenten aus dem ganzen europäischen Raum auf diesen Unterricht gestürzt. Dieser Ausbildungsgang

entwickelt eine Eigendynamik; die anschliessenden Gründungen von Universitäten im ganzen kontinental-europäischen Raum ist wohl weitgehend die Folge der Anziehungskraft des juristisch-romanistischen Studiums, das auf dem Kontinent zu einem eigenständigen Kulturphänomen wird. Diese Entwicklung geht auf eine Mehrzahl von Faktoren zurück, deren Gewichtung ungeklärt und jedenfalls umstritten ist und Programm künftiger Forschung sein sollte. Unrealistisch ist wohl die Vorstellung, dass die Berufspläne der Studenten entscheidend gewesen seien : Im ausgehenden Mittelalter waren Berufspositionen mit juristischen Qualifikationserfordernissen noch zu wenig zahlreich. Aus dem gleichen Grunde darf m.E. auch der vom deutschen Kaiser proklamierten formalen Geltung des römischen Rechts bezüglich der Atraktivität des Studiums in der Frühperiode kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden; das Interesse der Studenten war im Bereich der reichsfremden europäischen Gebieten, z. B. in Frankreich oder Spanien, kaum geringer (anders als hier aber Paul Koschaker, Europa und das römische Recht, 1.Aufl. München 1947 und viele nachfolgende Aufl.). Ausschlaggebend war viel eher, dass die Rechtswissenschaft erste und vorläufig einzige säkulare Geisteswissenschaft war: Deren Studium ist die erste Möglichkeit nichtkirchlicher Ausbildung, wird damit zur Ausbildung in weltlichen Dingen schlechthin.

Auch in England fanden die römischen Quellen Interesse und wurden an den Universitäten zum Studiengegenstand gemacht. Aber dieses Studium war von antiquarischem Interesse bestimmt oder diente der Allgemeinbildung; die im römischen Recht Ausgebildeten hatten aufgrund ihres Studiums keinen Zugang zur Rechtspraxis, wurden wohl kaum als Juristen betrachtet. Ganz anders nun auf dem

Kontinent: Aufgrund der genannten Umstände entstand an den kontinentalen Universitäten eine weitgehend einheitliche, an den römischen Quellen orientierte, aber in der weiteren Entwicklung in mancher Hinsicht autonom sich entwickelnde Rechtskultur. Diese fand Beachtung und konnte sich durchsetzen, weil die in England gegebene Alternative, gefestigte Gerichtspraxis, nicht vorhanden war. Die an den Universitäten vermittelte Lehre hatte nicht das real gegebene, im Leben sich durchsetzende, heute würde man sagen, das "geltende" oder das "positive" Recht zum Gegenstand. Es war vielmehr die Lehre von einem anzustrebenden, idealen, sachlich richtigen und rational konsistenten Recht. Dieses gelehrte Idealrecht ist "gemeines Recht" insofern, als es allen universitären Hörsälen Kontinentaleuropas gemeinsam ist : Lehrprogramme wie Lehrinhalte sind weitgehend identisch, Studenten wie Professoren wechseln in einer "pèlerinage académique" traditionell ihrer Universitäten; Unterrichtssprache ist überall das Latein.

Von der gegebenen oder gar von der ausbleibenden Verwirklichung des unterrichteten Idealrechts in der Gerichtspraxis (die ohnehin von Ort zu Ort sich anders darstellte) nahmen die Fakultäten keine Kenntnis; schon gar nicht wurde in den ersten Jahrhunderten der Rezeptions-Aera die Gerichtspraxis ihrerseits zum Gegenstand von Forschung oder Unterricht. Das auf diese Art gelehrte Recht war nicht heute bestehendes und geltendes, sondern postuliertes Recht, das erst im Lauf der Jahrhunderte zur Herrschaft gelangte.

((Die Deklaration formeller Geltung des römischen Rechts im Reich hat allerdings für die Durchsetzung des römischen Rechts und vor allem die Entwicklung der Wissenschaft Bedeutung erlangt, weil die Geltung nicht eine ausschliessliche, sondern nur eine subsidiäre war,

welche überliefertes lokales Recht bestehen liess. Damit wird eine Konkurrenzsituation zwischen romanistischem Reichsrecht und traditionalem Lokalrecht geschaffen, welche das römische Recht und dessen Anhänger in einmaliger Art herausfordert: Bei der Entscheidung für die Anwendung des gemeinen (römischen) Rechts oder Lokalrecht kam den Gerichten im Ergebnis grösster Ermessensspielraum zu: Es hatte darüber zu befinden, ob das behauptete Lokalrecht notorisch, dh. ihm bekannt sei oder nicht. Im ersteren Fall galt das lokale Recht und wurde von Amtes wegen angewendet, während es im letzteren Falle von der sich auf Lokalrecht berufenden Partei bewiesen werden musste. Diese Beweisführung war naturgemäss schwierig, und deren Erfolg unterlag wiederum der Ermessensentscheidung des Gerichts. Dieses hatte daher im praktischen Ergebnis weitgehend die Möglichkeit, zwischen der Anwendung von Lokalrecht und römischem Recht zu wählen. Die subsidiäre und bedingte Geltung des römischen Rechts hing damit oft davon ab, dass dessen Lösung in der konkreten zur Entscheidung anstehenden Rechtsfrage besser zu überzeugen vermochte als das Lokalrecht.))

((Insgeheim liegt hier vielleicht die Wurzel eines heute noch wirksamen fundamentalen Merkmal der kontinentalen Rechtswissenschaft, deren Aufgabe darin besteht, für die von ihr als geltend behaupteten Grundsätze überzeugende Sachargumente vorzutragen. Niveau-Hebung, Verbesserung der Rechtspflege, Anbieten bestmöglicher Theorien, Wertungen, auch Kritik gehört zur Aufgabe des kontinentalen Juristen, während Derartiges im Bereich des Common Law ausgeschlossen ist. Die dortige Literatur, der ohnehin keine Führungsfunktion, sondern eine blosse

Informationsaufgabe zukommt, muss wertungsfrei-feststellend bleiben, darf nicht Verbesserung anbieten, ist rein referierend und deskriptiv. Arme Kollegen !))

Im Ergebnis wird bestätigt, dass unter den oben (Zif.III/2) genannten Aspekten Verständnis, Handhabung und Entwicklung des Civil Law entscheidend durch den Vorgang dessen Verwissenschaftlichung (oben Zif. III/3) bestimmt ist, die ihrerseits alle diesen Rechtskreis charakterisierenden Merkmale hervorgerufen hat : Es ist die Wissenschaft und die durch sie veranlasste Durchkodifzierung, welche Voraussehbarkeit und Kontinuität des Rechts gewährleistet, sie ist es, welche Gegenstand bzw. Motor juristischer Ausbildung ist, die Weiterentwicklung des Rechts trägt und dessen Vorstellung im Publikum bestimmt.

Die Lehre der Wissenschaft hat Autorität und Führung, der sich die Gerichte unterzuordnen haben, so gut, wie sie heute der Gesetzgebung unterworfen sind. ((- Die Vorrangigkeit des Wissenschaftsrechts vor der Praxis, dh. die Unterordnung der Rechtsprechung unter die Wissenschaft, wird veranschaulicht und dokumentiert durch die anscheinend schon früher teilweise übliche, im 16. und 17.Jahrhundert im Reich (gestützt auf die formale Geltung des römischen Rechts als Reichsrecht) institutionalisierte Einrichtung der "Aktenversendung", dh. die Übermittlung der Prozessakten an eine Rechtsfakultäten zur Begutachtung -und damit wohl auch Entscheidung- einer offenen Rechtsfrage. Nichts zeigt deutlicher als diese Einrichtung, wie sehr die Wissenschaft auf dem Kontinent die Suprematie übernommen und eine Identifizierung von Recht und wissenschaftlicher Doktrin sich durchgesetzt hatte.))

V. Anwendung auf Einzelbeobachtungen

Die Feststellung, dass unsere kontinentale Tradition durch die "Verwissenschaftlichung" des Rechts charakterisiert ist, während im englischen Sprachbereich die Gerichtspraxis das Gepräge gibt, lässt sich auf allen Stufen und sämtlichen Sachbereichen feststellen und bis in Nebensächlichkeiten hinein verfolgen. Hier nur einige wenige Hinweise.

Die Entscheidpraxis der Gerichte als Zentralpunkt des Phänomens "Recht" zu betrachten ist naheliegend und bedarf keiner weiteren Begründung. Viel eher erstaunt die Bedeutung der Wissenschaft, welche diese in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition erlangen konnte. Hier ging es vor allem darum, zu zeigen, wie sehr die "Verwissenschaftlichung" des Rechts unsere Entwicklung bestimmt hat und unsere Rechtstradition auch dann noch bestimmt, wenn heute mit gutem Grund der Gerichtspraxis eine grössere Bedeutung als früher zuerkannt wird.

Im Civil Law ist infolge dessen "Verwissenschaftlichung" die juristische Doktrin von grundlegender Bedeutung, ähnlich auch der akademische Unterricht. Über Doktrin und wissenschaftlichen Unterricht hat das in der Aufklärungszeit formulierte Postulat der Kodifizierung des Rechts seine Verwirklichung erlangt. Ohne doktrinelle Vorbereitung wäre weder das Postulat aufgekommen noch dessen Verwirklichung möglich gewesen; die Gesetzbücher sind gewissermassen die zusammengefasste und in Verse gebrachte Masse

der juristisch-wissenschaftlichen Prosa der juristischen Überlieferung. Weil die Gesetzbücher sich zwangsläufig mit Verkürzungen und Vereinfachung des Rechtsstoffes begnügen müssen, kann und muss in Zweifelsfrage auf die Doktrin zurückgegriffen werden. Diese ist daher in verschiedener Hinsicht eine massgebliche Rechtsquelle. Kein Wunder, dass das Sozialprestige dem Wissenschafter, dh. in erster Linie dem akademischen Lehrer und Verfasser massgeblicher juristischer Werke zukommt.

Im Common Law hat die Wissenschaft vorerst keine Bedeutung. Man kann sich teilweise sogar fragen ob die Publikationen wissenschaftlichen Anspruch erheben; sie sind in erster Linie deskriptiv und beschreiben lediglich den gegebenen Rechtszustand. Dem Autor juristischer Werke und ähnlich auch dem akademischen Lehrer erwächst aufgrund seiner Tätigkeit auch kaum Sozialprestige; dieses kommt vorab dem Richterstand zu, der das Recht schafft und für dieses die Verantwortung trägt.

Das Gesagte ist der Hintergrund der ganz verschiedenen Funktion, welche wissenschaftlicher Kritik in den beiden Bereichen zukommt. Im englischen Sprachbereich muss sich die Literatur weitgehend der Kritik enthalten; diese steht ihr nicht zu. Höchstens ist ein Ausdruck des Bedauerns über eine sich abzeichnende judizielle Entwicklung denkbar, so wie auf dem Kontinent der Erlasst eines Gesetzes beklagt werden darf. Aber da derartige Äusserungen am Rechtszustand nichts ändern, sind sie überflüssig. Im Gegensatz dazu ist im Civil Law-Bereich wissenschaftliche Kritik an doktrinellen Äusserungen wie Gerichtsentscheidungen nicht bloss zulässig, sondern gehört zur eigentlichen Aufgabe des Wissenschafters, der erwarten kann, damit Diskussion anzuregen und die künftige Entwicklung in die richtige

Richtung zu wenden. Natürlich nimmt aus utilitaristischen Überlegungen die Berücksichtigung der Judikatur auch im Civil Law-Bereich in den letzten Jahrzehnten zu. Aber hier ist zu betonen, dass die Doktrin eine Wächterfunktion besitzt und Verantwortung trägt für die Rechtsentwicklung, die nicht unter angloamerikanischem Einfluss vergessen werden darf.

"Verwissenschaftlichung" auf der einen Seite, Abstellen auf richterliche Einzelentscheidungen ist auch der Grund, dass im Common Law-Bereich Dinge möglich sind, die in kontinentaler Tradition nicht denkbar wären. Im Strafverfahren das auf die Spitze getriebene Opportunitätsprinzip mit plea bargaining usw., im zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren die punitive damages: Bei derartigen Erscheinungen ist die zweckmässige Erledigung des Einzelfalles massgeblich, während in unserer Rechtstradition abstrakte Grundsätze das höchste sind (etwa, dass die Schadensersatzpflicht im Relation zum Schaden des Ansprechers stehen muss) und daher derartige Erscheinungen nicht aufkommen lassen. Der Glaube an die Kraft des Verfahrens, das, wenn es korrekt ist, gewissermassen zwangsläufig zu einem richtigen Ergebnis führen muss, ist für den Englischsprachigen charakteristisch. Während im Civil Law-Bereich das Postulat der Menschenrechte aufgekommen ist (die nichts anderes darstellen als eine Veranschaulichung materieller, wenn auch abstrakter, Rechtsgrundsätze), fordert der Englischsprachige, der unseren Glauben an abstrakte Prinzipien nicht teilt, fair trial (wie wenn nicht auch ein korrektes Verfahren, wenn die anzuwendenden Grundsätze nicht gut sind, zu einem bösen Ergebnis führen könnte). Wir glauben, dass bei der Beweisabnahme das an den Zeugen gerichtete Wahrheitsgebot, wenn auch nicht ausnahmslos befolgt, doch immer

noch zu eine, brauchbaren Beweisergebnis führen könne. Im englischen Sprachraum dagegen wird dieser Glaube an die Wirksamkeit von Regeln nicht geteilt, das Heil vielmehr auch hier im Verfahren gesucht: die weitläufigen und in verschiedener Hinsicht problembelasteten Einvernahmen (mit cross examination usw.).

Derartige Symptome -um mehr handelt es sich bei den genannten Beispielen nicht- liessen sich noch zahlreiche finden; sie alle illustrieren, dass die entgegengesetzten Ausgangslagen der Entwicklung in England einerseits, in Europa (zu dem sich England bisher nicht zu zählen beliebte) anderseits, Unterschiedlichkeiten verschiedenster Art zu erklären vermögen.

VI. Betrachtungen zum Schluss

Das Gesagte sollte vorerst einmal zeigen, dass die beiden grossen Rechtskreise nicht bloss oberflächlich verschieden sind, sondern dass die Gegensätzlichkeit ganz tief wurzelt. Die Sachlogik fordert zwar weltweit in zunehmendem Masse übereinstimmende Lösungen, und so werden sich auch im englischsprachigen Raum und im Bereich des "Civil Law" zunehmend übereinstimmende Phänomene finden lassen. Jedoch je mehr man das Grundsätzliche, Strukturelle zurückgeht, um so stärker werden die Unterschiede hervortreten.

Die hier betonten Verschiedenartigkeiten zu kennen soll helfen, viele vielleicht sonst erstaunliche Erscheinungen zu erklären. Ueber die hier besprochenen Fragen nachzudenken mag helfen, die Fachkollegen im anderen Rechtsbereich und deren Denken besser zu verstehen. Aber

vielleicht wichtiger ist noch, dass das gleiche Nachdenken uns aber auch ins Bewusstsein bringt, was in jener Rechtstradition das Wesentliche ist, in die wir selber hineingeboren wurden. Hier wurde betont, dass die "Verwissenschaftlichung" des Rechts auf der einen Seite keineswegs notwendig oder selbstverständlich ist, auf der anderen Seite aber seit rund zwei Jahrtausenden, jedenfalls aber seit der Rezeptionszeit des ausgehenden Mittelalters, zutiefst das Wesen unserer eigenen Rechtstradition ausmacht. Es geschah dies in der hier offen eingestandenen Absicht, jedem, der das Glück hatte, vom Schicksal in die Rechtswissenschaft hingeführt worden zu sein, bewusst zu machen, dass im das Schicksal eine grosse Aufgabe zugeteilt hat, die Aufgabe nämlich, an der Entwicklung des Rechts Verantwortung mitzutragen.

영미법과 대륙법의 대조성*

Prof. Dr. Eugen Bucher**
번역 : 崔 秉 珪***

》목 차《

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 통상적인 의미
1. 출발점
2. 법률법 또는 법관법 : 法源의 상이성
3. 로마법의 영향여부에서의 차이
4. 그 밖의 요소
Ⅲ. 종합에의 시도
1. 상이함에 대한 본질적이고 중심적인 징표를 찾는 것이 필요하다.
2. "법원실무의 사실성"과 "정당한 법에 대한 이론"의 각각의 척도
Ⅳ. 시민법과 보통법의 상이한 전개
1. 출발점
2. 보통법
3. 시민법
Ⅴ. 개별사안에의 적용
Ⅵ. 맺음말

Ⅰ. 문제의 제기

현대세계에서는 문명의 발달로 인하여 점차 공통적인 관행(Unitarische Habitus)에 이르게 된다. 즉 인간이 삶을 영위하는 스타일에서 공통적인 성격을 찾아볼 수 있다. 자연과학, 기술 및 의학분야에서 지방

---

* 이 글은 Bucher 교수가 996년 10월 11일 고려대학교에서 동대학 법학연구소 초청으로 행한 강연의 내용이다.

** 스위스 베른대 교수
*** 고려대학교 법학연구소 전임연구원 · 법학박사

적 전통은 점차 사라져간다. 이에 반하여 법분야에서는 전통적, 지역적 특수성이 여전히 그 기본적인 의미를 갖고 있다. 우리가 서구의 유럽-미국문명을 포함하는 전세계의 私法秩序를 살펴보면 두개의 기본적으로 상이한 유형을 발견할 수 있다. 달리 적당한 표현방법이 없기 때문에 여기서는 이 두가지의 유형에 명칭을 부여하기 위하여 이를 시민법과 보통법으로 표시한다.

본질적으로 영어언어권과 영국의 식민지나 영국의 영향을 받았던 나라(가령 인디아나 이스라엘)가 보통법영역에 속한다. 그 중에 중요한 예외가 되는 것은 스콧트랜드와 미국의 루이지아나주이다. 그밖의 모든 국가는 시민법국가이다. 즉 유럽대륙국가와 라틴아메리카국가 및 문화적으로 이들로부터 영향을 받은 국가들이다. 그리고 구소련의 지배를 받은 동구권 국가들과 이집트, 시리아 및 그밖의 근동국가들도 시민법의 영역에 속한다. 외부에 있는 사람으로서 판단을 하여도 된다면 동아시아도 유럽대륙에서 기원하는 전통을 수용하고 있다. 한국은 중국 및 일본과 함께 독일어권의 법학과 긴밀한 관계에 있다. 이 두개의 법권 사이에서 특별한 지위를 카나다의 퀘벡주, 스칸디나비아국가 또는 아프리카가 차지하고 있다.

보통법과 시민법의 차이를 인식하기 위하여는 그 원인을 살펴보아야 한다. 이 물음은 결국 양법계의 역사적인 기원에로 이르게 된다. 양자의 관계를 이해하는 것도 역사적 고찰이 없이는 불가능하다.

본질적인 법학적 구조에서 보통법과 시민법을 대비하는 것은 본질적인 역사적 사실의 결과로 이해하여야 한다. 아래에서는 그러한 본질적인 역사적 사실에 한정하여 고찰하고자 한다. 평가하여야 할 역사적 사실은 일반적으로 알려진 사실이고 여기에서 제시한 주제를 확인하기에 꼭 필요한 한도에서는 그러한 역사적 사실에 대하여 다툼이 없다. 스스로를 역사에 관심이 있는 비역사가로 이해하는 본인은 이 주제와 관련되는 역사적 사실에 대하여 단지 사안별로 인용을 하여 근거를 제시하는 것만을 과제로 삼는다.

II. 통상적인 의미

1. 출발점

얼마전까지만 해도 영어권의 법은 유럽대륙의 전통법질서와는 다르고 또 이는 양자를 서로 이해하는 것이 많은 노력을 들여야 가능할 정도로 다르다고 이해하고 있었다. 이러한 견해가 오늘날 영국에서는 아주 지배적이다. 유럽대륙과 미국에서는 이러한 견해가 부분적으로만 제기된다. 미국 Berkeley의 교수인 James Gordley는 독일을 비롯한 유럽에서 새로이 창간된 유럽私法雜誌(ZEuP)에서 "보통법과 시민법: 하나의 낡은 구분"이라는 제목의 논문을 발표하였다. 또 이 잡지의 편집인 가운데 1인이고 "채무법"이라는 유명한 저서의 저자이기도 한 Reinhard Zimmermann은 이 잡지의 권두논문으로 "영국법의 유럽법적 성격"이라는 표제를 달았다. 이 글에서 Zimmermann도 영국과 대륙사이의 대비성(Gegens tzlichkeit)을 약화시켰다.[1)]

본인은 앞에서 언급한 논자들과는 정반대의 주장을 하고자 한다. 물론 전체법질서는 각국가의 법전통의 특수성으로 인하여 실정법에서도 다양한 특수성이 있을 수 있고 또 여러 가지 점에서 시민법영역의 국가내에서도 해결방법이 상이할 수 있다는 점은 인정하여야 한다. 그런데 영어언어권의 해결방법에서 일치하는 점은 적어도 최종결과에서 찾아볼 수 있다. 그러나 우리가 피상적인 것에 머무르지 않고 근본구조를 파고들어가면 兩大法領域 사이의 차이가 사라짐을 알 수 있다. 우리가 깊이 살펴보면 볼수록 일치되는 점을 발견할 수 있다. 반대로 타영역에 대한

1) Vgl. ZEuP 1993, S. 4 51, 498 518.

대비성도 많은 비중을 갖고 있다. 이러한 근본구조에 속하는 것은 다음과 같다: 法源, 법적안정성을 보장해주는 구조, 법내용이 표현되고 소개되는 방법론적 기구, 또는 더 실용적으로 표현하여 법률가의 사고방식과 교육.

2. 법률법 또는 법관법 : 法源의 相異性

영미법계국가에서 교육을 받은 신참자에게 "법이 무엇이냐"고 물어본다면 그는 아마도 "法院이 판단을 내리는 것이 법이다"라고 대답할 것이다. 같은 질문을 대륙법계국가에서 한다면 "법은 법률에서 정하는 것이다"라고 대답할 것이다. 법이라는 현상은 어느 곳에서는 법관법(Richterrecht) 이라고 이해되고 다른 곳에서는 法律法(Gesetzesrecht)으로 이해된다. 이는 단순한 법률관계의 대비만이 아니라 아주 근본적인 법질서 자체의 대비성을 나타내준다.

3. 로마법의 영향여부에서의 차이

영미법계국가에서 교육을 받은 법률가에게서는 양법계의 차이성에 대한 질문에서 대륙법계에서는 로마법이 결정적인 영향을 미친데 대하여 그러한 영향이 영국에서는 없었다는 점을 대답으로 얻을 수 있을 것이다. 영어권의 법률가에게는 그들에게는 이해하기 어려운 대륙법질서의 특수성은 이러한 로마법의 영향에 기원하고 있다는 사상이 깊이 각인되어 있다. 영어권의 법률가는 따라서 보통법에 대비되는 대륙법을 시민법(civil law)이라고 표현하고 이에 속하는 나라들을 시민법국가(civil law country)라고 하고, 그 법률가들을 로마법학자(civilian)라고 한다. 이러한 표현방법(이는 대륙에서도 시민법(Zivilrecht)으로 살아있다)에서 시민법(civil law)은 바로 로마법 내지 로마법의 전통에 서 있는 법을 의미한다. 로마법의 본질적인 영향을 주장하는 데에는 영국인들이

정확하게 인식하고 있듯이 각각 그 근거를 제시할 필요는 없다. 교회법의, 따라서 간접적으로 로마법의 영향을 많이 받은 몇몇 특별분야(특히 상속법)에 대하여는 일단 제외한다.

4. 그 밖의 요소

a) 실무가법과 학문법의 대립

대륙법계의 발전에서는 학문과 또 이를 담당하는 법과대학이 결정적인 영향을 미쳤고 또 오늘날도 그러하다. 영미법계국가에서는 상황이 아주 다르다. 영미법계국가를 실무가법으로 표현하는데 이는 정확하다. 그리고 영미법계국가에서는 학문이 영향을 미치지 않는다.

b) 실체법에 주안을 두는가 절차법에 주안을 두는가?

영미법계국가에서는 주안점을 절차 및 節次法에 두는데 반하여 대륙법계국가에서는 實體法이 전면에 서게 되고 소송은 독자적인 가치를 가지지 않는 實體法의 실현을 위한 수단으로 이해된다.

c) 법형성에 있어서 "혁명적" 요소의 존재여부의 차이점

보통법은 전통과 결부되어 있다. 영미법계국가에서는 법은 어떤 자생적인 것(그리고 아직도 생성되는 것)으로 이해하고, 따라서 자연에 의하여 주어진 것으로 보게 된다. 이에 반하여 대륙법계에서는 법은 인간에 의하여 창조된 것으로 이해된다. 법은 인간의 처분에 달려있고 이에 대하여 인간이 책임을 지고 또 기존법이 부족할 때에는 그를 개선할 의무를 부담하고 있다. 이 견해는 불연속의 가능성에 연결되어 있다. 즉 법발전에 있어서 비약을 허용한다. 이는 영미법계국가의 견해에 대비하여 볼 때 하나의 혁명적 요소이다. 이러한 혁명적 요소가 法典을 성립시키는데 대한 이데올로기적인 근거가 된다. 이러한 法典들을 통하여 입법자가 전통을 불식시키고 새로운 법을 마련할 것을 요구하게 된다.

Ⅲ. 종합에의 시도 : 개별현상에 대한 통일적 원인에 대한 물음

1. 상이함에 대한 본질적이고 중심적인 징표를 찾는 것이 필요하다.

양 법영역에 대한 위에서 언급한 요소는 서로 관련이 있고 부분적으로는 겹치는 부분도 있다. 서로 독립된 개별현상이 존재하는 것이 아니라 여러각도에서 관찰된 여러가지의 시각은 하나의 동일한 것이다. 특히 다음의 관점들을 살펴보아야 한다 : 무엇이 법의 예견가능성과 계속성을 보장해 주는가? 법학교육의 대상과 목적은 무엇인가? 법의 계속적 발전을 무엇이 또 누가 유인하는가? 법(Recht, derecho, droit, diritto, — law)이라고 말할 때 법률가들이 읽는 초보자의 잡지에서는 어떠한 생각을 하게 되는가?

관찰을 할 때 개별다양현상에 머무를 수는 없고 개별현상에 대한 공통분모를 찾기위하여 노력하여야 한다. 이러한 구조적 상이성의 기원을 찾는 노력을 계속하여야 한다.

개별현상은 그 자체 연구되어질 수 있는 하나의 인과관계에 서 있지 않다. 한편으로는 로마법전통의 영향, 다른 한편으로는 법의 法典化라는 두 가지의 특징이 시민법의 특징인데, 이는 원인과 효과의 관계에 서 있지는 않다(영미법계국가에서는 이러한 로마법전통의 영향, 법전화가 결여되어 있는데, 앞의 관계가 그에 대하여 원인을 제공하는 것이 아닌 것과 마찬가지이다). 달리 말하면 이 개별현상 밖에 존재하는 공통의 기본원인을 찾아야 한다.

2. "법원실무의 사실성"과 "정당한 법에 대한 이론"의 각각의 척도

a) 기본사항

위에서(II) 兩 法系間의 상이한 현상을 설명하였다. 이러한 상이점에 대하여 하나의 공통원인을 찾는 과제를 설정한다면 확인된 標識에 대한 인과적 판단기초를 창설하는 데 적합한 양법계에 대한 관점을 조사하여야 한다. 이는 다음의 두 부분에서 행하여진다(다음의 b, c).

b) 영미법법역을 결정하는 요소로서 법원실무의 사실성

法院의 판결에서 법이 실현된다. 法院의 판결은 외부에서 인식할 수 있고 또 사실로서 성격지워질 수 있는 것으로서 모든 법적 현상 가운데 유일한 것이다. 원래의 법질서에서는 법을 이해하고 나타내는 것이 우선 눈에 보이는 것, 즉 소송을 향하여 있었다. 법을 제소가능성과 방어가능성의 종합이라고 이해하였다. 추상적이고 소송전에 주어진 규범은 존재하지 않는다. 이것은 영미법계에서는 오늘날에도 존재하는 현상이다. 솔직히 수긍하여 이는 "사실적 법학"의 이론이 된다. 법규 및 정당성에 대하여는 얘기할 수도 없고 얘기하여서도 안된다. 합리적인 파악을 가능하게 하는 것이 법원의 실무이다. 따라서 "법"에 대한 이론은 바로 가정적으로 전제된 당사자의 분쟁상황에 결부된 종래의 법원판결의 내용이 된다〔이러한 오늘날에도 극복되지 못한 생각에 대하여는 법관에게는 성문법규정이 존재한다고 주장하는 전통적인 견해가 대립되어 있다. 법관은 자신이 판단을 내릴때 이미 존재하는 법을 적용하거나 발견한다고(법의 발견) 말하여진다. 이 때 법은 동일한 분쟁상황이 아직 전혀 발생한 적이 없다면 지금까지는 어둠속에 있었지만 그럼에도 불구하고 존재하였던 것이다. 그렇지만 이 법규정을 구체적인 법원판결의 이유밖에서 문장화하고 일반-추상적인 문구로 규정하는 것은 포기되었기 때문에 이러한 형식은 하나의 假想(Fiktion)이다. 즉 이는 판례를

하나의 이데올로기적인 상부구조를 통하여 구축하려는 시도인데, 그밖에는 이로 인하여 법이 의미하는 바와 법에 대한 파악을 하는 것이 전혀 영향을 받지 않는다].

종래의 法院實務를 체계화하는 것을 넘어서서 추상화하는 작업을 통하여 소송전에 존재하는 성문법을 연역하는 것을 포기하는데, 이로 인하여 추상적, 이론적 개념이 발전하는 것이 배제된다. 즉 여기서 추상적, 이론적 개념이라는 것은 대륙법계에서 법의 "학문적 이해"라고 불리우는 것이다. 영미법계의 법률관계는 대륙법전통의 그것에 비하여 특히 消極的 標識에 의하여 특징이 지워졌다. 즉 영미법계국가에서는 법률관계에서 법을 학문화하는 것의 영향으로부터 절연하는 것이 바로 이러한 消極的 標識이다. 법적인 표현은 원칙적으로 구체적인 개별현상에 결부되었고 일반화하는 규정으로는 존재하지 않는다.

c) 대륙법계법역의 법률관계의 출발점으로서 "정당한 법의 이론"

시민법권역의, 여기서 고찰한 비교적 특수성에 대한 공통점은 그 체계화에서 찾을 수 있다. 영미법계와는 달리 시민법계전통에서는 법이 하나의 사항으로서 이해가 되었고 또 이 사항은 합리적으로 파악이 가능하고, 생각의 진행에 의하여 정련되고 개선될 수도 있으며 더 발전시킬 수도 있고 또 그렇게 하여야만 하는 것이다. 이러한 업무를 담당하는 제도적인 기구는 대학이다. 法院은 적어도 전통적인 생각에서는 법창조기능이 없었다. 法院의 과제는 이미 존재하는 법률법[이 법률법은 원리(Doktrin)에 따라 전개된 원칙(Grundsatz)에 의하여 보충이 된다]에 의하여 판단이 요구되어진 분쟁사안을 판단하는 것이었다.

d) 종합

法圈域의 상위성에 대한 근원은 보통법권역이 아니라 시민법분야에서 합리적인 작업을 통하여 일반-추상적인 규범 내지 성문법의 체계가 성립된다는 점에 있다. 이 체계는 분쟁해결의 기구(쟁송가능성)를 포괄하

고 또 이 분쟁해결에 대하여 기속력이 있다. 시민법분야의 특수한 성격(다양한 이론적 체계의 발전, 법의 법전화 및 법학교육이나 참고문헌(학설)의 특수성)은 총체적으로 여기서 축약적으로 "학문화"로 규명하는 과정에서 찾을 수 있다. 이에 반하여 보통법권역의 특수성은 그와 같은 과정이 존재하지 않는다는 점으로 설명할 수 있다.

e) 小結

시민법계국가에서의 법의 법전화(위의 II, 1) 및 법의 이해에서 입법의 의미는 학문의 영향하에서만 설명할 수 있다 : "법전화의 아이디어"는 17, 18세기의 법사학자와 법철학자에 의하여 전개되었다〔상당부분 법과 입법을 확인해 주는 현대의 대륙법계의 법의 이해는 학문의 영향에 의하여 刻印되고 있다〕. 法素材의 법전화는 학문의 소산이고 또 法素材에 대한 학문적 작업이 없이는 생각할 수 없다. 영미법계국가에서의 대립되는 상황은 학문의 영향이 없다는 점으로 설명할 수 있다.

시민법계국가에서 로마법의 영향(위의 II, 2)은 그 자체 학문의 영향을 나타내주고 있다. 훌륭한 학문적 방법론의 적용이 없이는 로마법을 이해할 수 없고 로마법적 기원을 思考의 기초로 삼지 않은 중세의 대륙에서의 법학도 이해할 수 없다. 영국에서 법의 학문화의 요소가 없다는 점은 보통법계국가에서 로마법의 커다란 영향이 없었다는 점을 설명해 주며 또 그로써 (특히 교회법에 의하여 결정된) 특수분야에의 로마법의 영향이 제한되어 있다는 점도 설명이 된다. 그리고 이는 영국의 대학에서 로마법을 알고 있고 또 그에 대한 강의가 행하여졌음에도 불구하고 그러하다.

대륙법계에서는 고찰의 중점이 실체법(materielles Recht)에 있다는 점(II, 3)은 앞에서 언급한 학문적 성격의 결과이다. 학문이 있음으로 해서 실체법의 모델을 法院實務에서 주어진 규범체계의 모델로 파악하는 것이 가능해진다. 첫발자국이 행하여지면 사고방식에 고유한 힘이 발생한다. 그리고 이러한 考察方法에 의할 때 법의 목적으로서 실체법

의 실현이 등장하게 된다. 이 때 그러한 실체법에 대하여 소송은 단순한 下部의 수단일 뿐이다. 영국에서 학문화가 행하여지지 않았다는 점을 볼 때 이곳에서는 전통적으로 소송을 중심으로 법을 파악하는 것을 이해할 수 있다.

위에서(II, 4) 私法秩序의 혁명적 요소로 표현된 것도 마찬가지로 법의 학문화에 연원한다. 왜냐하면 학문에서는 인간의 이성에 의한 법은 처분할 수 있다고 이해하기 때문이다. 그에 따라서 학문은 인간이성에 의한 법의 정당성에 대한 책임도 요구한다. "법전화의 아이디어"에서는 법은 인간이 창조할 수 있고 또 창조하도록 허용이 된다고 이해한다. 이 때 합리적인 자연법은 고유한 변혁이 이루어졌다. 예를 들면 채권양도의 허용, 대리의 허용 또는 계약유형의 자유를 법전화함으로써 로마의 계약체계로부터 벗어난 점을 들 수 있다. 영미법계국가에서는 이와 같은 것을 생각할 수 없다.

Ⅳ. 대륙법과 영미법의 상이한 역사적 전개

1. 출발점

앞에서 시민법과 보통법의 차이는 전자의 경우에는 학문화(체계화)(학문화는 위에서 언급한 바와 같이 넓은 의미로 이해한다. 그리고 학문에 의하여 창조된 행위를 포함하는데, 이 행위에 의하여 법질서는 소송전에 주어진, 일반-추상적인 규범으로 이해된다)가 존재하고, 후자의 경우에는 이것이 존재하지 않는 점에 있다고 하였다. 고찰의 대상이 되는 기간은 이제 끝나가는 1000년대의 전반부가 된다. 1500년대에 여기서 고찰한 양법계의 본질적인 기본구조가 이미 형성이 되었다. 이러한 기본구조의 그 이후의 전개는 이 양법계가 등장하게 된 법률의 효과

이다. 보통법에 대한 고찰은 중요 관련점에서 미국을 제외한 영국의 전개에 한정하려 한다.

2. 영미법

영국법은 그 역사를 통하여서만 이해할 수 있다. 그리고 이 역사는 근대법학자에게는 1066년에 시작된다. 즉 노르만인의 정복을 통하여 시작된다. 이 글에서 고찰하는 법발전의 상이한 점은 노르만인의 상륙이후의 세기에 유럽대륙과 영국의 사회-정치적 상황에 기인하고 있다.

노르만인은 강력한 실천력을 가진 조직을 가지고 있다. 그들은 점령한 지역의 질서를 유지하고 또 통제하려고 하였다. 처음에는 그들은 소수였다. 이는 지금까지 존재했던 질서요소(즉 점령시에 존재하던 봉건주의적 구조)를 유지하여야 한다는 것을 의미한다. 법률제도의 조직과 관련하여서는 종래의 법적 절차제도를 계속 존치하는 것을 의미한다. 그런데 노르만정복인의 법률조직은 단지 예외적인 성격을 가지고 중요한 영역에만 한정하였고 나중에야 일반적인 지배를 취득하였다. 힘의 구조를 위한 지배자와 정복자 사이의 피나는 투쟁은 法院爭訟制度의 경쟁으로 나타났다. 이 점이 법발전에 결정적인 영향을 미쳤다. 이와 관련하여 특히 "명령서"(Writ)제도를 보아야 한다. 즉 노르만왕이나 수상이 原告에게 부여하는 訴의 승인(동시에 법원에 대한 소송명령 내지 피고에 대한 應訴命令)이다. 원래는 조직상의 기구만이 있었다. 여기에서는 구체적인 분쟁사안에서 노르만왕에 의하여 지정된 법원이 판단을 하여야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 우선 모든 소송종류에 대하여 명령서도 제공한다는 원칙이 적용되었다. 그러나 그 이후에 명령서가 발부되는 訴의 구성요건이 기술되고, 유형화되고 제한되었다. 이는 종래의 봉건영주에게는 그러한 法院制度를 준수하라는 것을 의미한다(1258년에 헨리3세에 의하여 발하여진 옥스포드 장정). 그 밖의 발전을 위하여 1285년의 웨스트민스터 법률이 중요하다. 이 웨스트민스터 법률은

왕의 法廷制度의 영역을, 명령서를 유사한 경우에도 적용하도록 확대하였다. 그로써 일반대중의 왕의 법정제도를 이용하려 하는 관심사에 대처하였다. 일반대중이 여기서는 언급하지는 않는 원인에 의하여 지방의 법원이 아닌 왕의 법원에서 처리하는데 대하여 커다란 이해관계를 가지고 있었다. 원래 관할질서기구이며 소송법적으로 보아 소송요건에 불과하였던 명령서가 그로써 실체법적 의미를 갖게 되었다. 즉 명령서가 있는 곳에서는 소송과 실체법상의 청구권이 있고 또 그 반대방향으로도 가능하다. 그러나 명령서가 없는 곳에서는 법도 없었다. 명령서와 관계없는 지역법원제도의 전적인 몰락의 시점에서의 결과이었다. 실체법의 계속적인 발전에 대한 명령서의 의미에 관한 하나의 예를 살펴보자. 계약상의 訴에는 명령서가 인정되지 않기 때문에 (특히 불법행위나 준불법행위적인) 우회의 방법을 이행이 되지 않는 사안도 法院에 이르기 위하여 사용하였다. 이 경우에 그 발전의 소송법적 배경이 실체법적 효과를 가져왔다. 그리고 이 실체법적 효과는 계약상의 채무불이행의 제재를 실제 집행이외의 손해배상에만 한정한다는 점에서 오늘날까지도 계속 효력을 미치고 있다.

결과적으로 누구도 이의를 제기하지 않을 이러한 평범한 사실이 학문화가 이루어지지 않는 점에 대한 설명을 하여주고 있으며 또 대륙법계에서 행해지던 법고찰이 法院實務로부터 동떨어져서 행하여지지 않았다는 점에 대하여도 설명해 준다. 그리고 실체법체계에 대한 이론적 전개에 대하여도 설명하여 준다.

여기에서는 주제어 정도만을 살펴본다 :

계속 발전하기 위하여 결정적이었던 것은 절차의 복잡성 및 권리보호를 취득하는 데에 대한 장애이었다. 그로써 권리보호를 찾는 자는 절차와 그에게 제공가능한 법률구조제도에 주안을 두게 되었다. 이것이 전문적인 변호사가 성립하는 배경이 되었다. 그런데 이 변호사에게 법발전의 주요기능이 주어졌고 변호사에게는 판사자격도 주어진다. 법조인에게 주어지는 자격요건은 소송실무가로서의 자격이었다. 따라서 법률

가를 위한 교육도 대학에서 학문적으로 행하여지는 것이 아니라 변호사 조합에서, 실무에서 그리고 실무가를 통하여 행하여졌다. 이러한 상황은 주안점을 하나의 소송이전에 준수하여야 할 규정의 종합으로서의 실정법이 필요하다는 생각을 하는데는 적당하지 않았다.

〔노르만인이 관철하는데 이해관계를 가졌을 법전통은 확보되지 못한 것 같다. (노르만인의 역사를 또한 검토하지 않으면 안된다. 영국의 정복이 있기 2 3백년전에 북구에서 온 자들이 노르망디를 점령하고 "북쪽인"으로서 이름을 갖게 되었다. 이들은 권력욕과 조직능력을 갖춘 해적민족이었으며, 해상으로부터 그 밖의 해안지역을 습격함으로써 유럽을 불안하게 하였다. 그러나 그들은 예외적으로만 또 단편적으로만 定住를 하였다. 그런데 이러한 定住를 하는 것이 그들의 입장에서는 법적인 그리고 그 밖의 문화적 업적을 위한 전제가 되었다) 로마법은 대학에서 강의도 하긴 하였고 대륙에서처럼 12세기의 영국에서도 인식은 하고 있었으나 왕실의 法廷制度에는 이 로마법이 제공되지 못하였다. 이것이 행하여졌다면 전통적인 지방법원제도의 사람들이 의심의 여지없이 종래의 자신들의 법전통을 고수하려고 하였기에 전통적인 지방법원제도의 사람들과 충돌이 있었을 것이다. 게다가 르만인 자신들도 그에 대한 관심이 없었다. 언급한 사항들은 하나같이 다음의 방향으로 작용을 하였다. 즉 법분야에서의 분쟁을 소송적인 관할문제에로 축소하고 실체법을 기술적-절차적 물음에 귀속시키는 것이다. 이로 인하여 法과 法院實務를 동일시하는 결과가 되었다.

3. 대륙법

시민법전통의 원산지로서 유럽대륙에서는 영국에서의 사정과 反影的인 정반대의 관계에 있다. 노르만인 지배하의 엄격하고 통일적인 질서를 관철하는 중앙주의에 대비하여 유럽대륙의 대부분에서는 오늘날은 상상하기가 쉽지 않은 다양성이 존재하고 있었다. 문화적, 언어적 다양

성이 존재하였고 국가구조가 각각으로 나누어져 있었다. 법이 발전하기 위하여는 일반적인 불안정성 및 法廷制度를 신뢰할 수 없음을 의미하는 관계의 불확실성이 필요하다 할 것이다. 판결을 투쟁하여 얻어야 하는 곳에서는 그의 집행가능성도 불확실하였다. 법적 관계의 불확실성이 존재하는 곳에서는 현행법에 대한 학문적 확인을 하는 것이 어려워진다. 어떤 확인이 가능하다고 하더라도 그는 아주 제한된 지역적 효력밖에 없다.

이러한 평범하고 일반적인 사실확인으로 인하여 곧바로 다음과 같은 부정적인 결론을 내릴 수 있다 : 영국에서는 법인식의 결정점이 되었던 법원실무가 유럽대륙에서는 영국에서 나타났던 기능을 인수할 수 없었다. 일반적으로 적용되는 법, 즉 "보통법"은 유럽대륙에서는 존재하지 않는다. 이러한 모든 사정으로 미루어 볼 때 유럽대륙에서는 法院實務가 학문적 고찰의 대상이 되거나 전문적 법조인교육의 주안이 될 수가 없었다.

"법담당기구"가 없다는 부정적인 배경하에 대학의 법학교육과 대학에서 가르친 로마법이 차지하는 의미를 설명해 줄 수 있다. 로마의 유스티니아누스 황제가 편찬한 학설휘찬의 문헌이 발견되고 북부이탈이아에서 대학이 생긴 후에 바로 전유럽에서 학생들이 이 강의에 몰려들었다. 이러한 교육과정이 하나의 자생력있는 힘을 또 창출하였다. 그 이후에 전유럽대륙에서 대학이 설립되었다. 이 대학설립은 유럽대륙에서 독자적인 문화현상이 된 법학-로마법 교육의 매력의 결과이었다. 이러한 발전은 여러 가지 요인에 기원하고 있다. 그런데 이러한 요소의 의미는 석명이 되지 못하였고 따라서 장차의 연구의 대상이 되어야 한다. 학생들의 직업계획이 결정적이었다는 생각은 비현실적이다. 중세후반에 법률가자격을 갖춘 직업영역은 아직 많지 않았다. 같은 이유로 본인(Eugen Bucher)이 생각하기에는 독일황제가 로마법을 적용한다고 형식적으로 선언하였는데 이것도 대학의 학문의 범주에서 초기에는 결정적인 중요성을 갖지는 못하였다. 같은 유럽에서도 프랑스나 스페인과

같이 법이 다른 외국에 대한 학생들의 관심도 무시하지 못할 정도로 강하였다[이에 대하여 Paul Koschaker(Europa und das römische Recht, 1. Aufl., München, 1947 및 이 책의 많은 개정판)는 다른 견해를 취하고 있다]. 결정적인 것은 법학이 최초의 그리고 당분간은 유일한 세기의 정신학문이었다는 점이다. 법학을 공부하는 것은 교회이외의 교육을 받을 첫 기회였고 따라서 세계의 여러 사실에 대하여 교육을 받을 기회이기도 하였다.

영국에서도 로마法源은 관심을 끌었고 대학에서 연구의 대상이 되었다. 그러나 이러한 연구는 고전적인 관심에 그치거나 일반적인 교육에 그쳤다. 로마법을 전공한 자는 그의 공부를 통하여 법원실무에 갈 수는 없었다. 그러한 자는 법률가로도 취급되지 못하였다. 그러나 이제 유럽대륙에서는 사정이 아주 다르다. 위에서 언급한 사정으로 인하여 유럽대륙의 대학에서는 로마법에 기원을 두는 아주 통일적인, 그러나 시간이 지나면서 일부 견지에서 독자적인 내용을 갖게 된 법문화가 성립되었다. 이 법문화는 준수되고 관철되었다. 왜냐하면 영국에서 주어진 대안으로서 확정된 法院實務가 존재하지 않았기 때문이다. 대학에서 행한 강의는 실제로 주어진 것이 아니라 생활에서 관철되는 오늘날 표현으로 "현행법" 또는 "실정법"을 대상으로 하였다. 오히려 강의내용은 노력해야 할 이상적인, 올바른 그리고 합리적인 견고한 법에 관한 것이었다. 이러한 현행의 이상적인 법은 모든 유럽대학의 강의실에서 공통적으로 강의하는 한도에서는 공통적인 법이었다. 교육프로그램과 교육내용은 상당부분 동일하였다. 학생들과 교수들은 학문의 성지순례를 하듯이 대학을 옮겨다녔다. 강의를 하는 언어는 어디를 가나 라틴어였다.

대학들은 자신들이 강의한 理想法이 법원 실무(이 법원실무는 장소마다 다른 것이었다)에서 실현되든 아니든 인식을 하지 않았다. 로마법계수의 첫 몇 세기동안은 法院實務가 연구나 강의의 대상이 되지 못하였다. 이러한 방법으로 강의한 법은 현재 존재하고 적용되는 법이 아니라 세기가 지나면서 지배력을 취득하는 가정적인 법이었다.

〔로마제국에서 로마법이 적용된다고 형식적으로 선언한 것은 물론 로마법의 관철과 특히 학문의 발전에서 의미가 있었다. 왜냐하면 그 적용은 배타적인 것이 아니라 부수적인 것이었고 전래의 지역법을 그대로 존재하게 하였기 때문이다. 그로써 로마법과 전래의 지역법 사이에 경쟁관계가 성립하였다. 그러한 경쟁관계로 인하여 로마법과 그 추종자들에게 공통의(로마)법을 적용할 것인가 지역법을 적용할 것인가를 결정하는데 법원에게 결과적으로 많은 재량을 부여할 필요가 있었다. 法院은 주장된 지역법이 주지의 것인가, 즉 法院에 알려져 있는가 아닌가를 판단하여야 하였다. 법원에 알려져 있는 경우에는 지역법을 적용하였다. 그리고 그 법은 직권으로 적용되었다. 그러나 그 지역법이 알려지지 않은 경우에는 이를 지역법의 적용을 주장하는 당사자측이 입증하여야 하였다. 그런데 이 입증은 당연히 어려운 것이었다. 그리고 그 성공여부는 다시금 법원의 판단재량에 놓여 있었다. 따라서 법원은 실제결과에서 지역법의 적용과 로마법의 적용 여부에 대한 선택권을 가지고 있었다. 로마법의 부수적인 그리고 조건적인 적용은 따라서 로마법을 적용하는 것이 구체적인 판단에서 그 사안을 지역법보다 더 설득력있게 해결할 수 있는지 여부에 달려있었다〕.

〔여기에 오늘날도 유효한 대륙법계의 법학의 근본적인 요소의 뿌리가 숨어있다. 현대법학의 과제는 어떤 적용을 주장하는 원칙을 위하여 설득력있는 논리주장을 하는데 존재한다. 대륙법계국가의 법률가에게는 법률서비스의 수준향상, 개량 및 가장 타당한 이론의 제공, 평가 그리고 비판을 하는 것이 과제이다. 이에 반하여 그러한 과제가 보통법계국가에서는 배제되어 있다. 영미법계국가의 법률학술문헌은 지도적인 기능이 주어지지 않고 단순히 정보제공의 과제를 갖는데, 따라서 그 문헌이 가치평가 없이 사실확인수준에 머무르게 된다. 불쌍한 동료들이여!〕

결과적으로 위의 III, 2에서 언급한 관점하에 시민법의 이해 및 발전은 학문화(위의 III, 3)에 의하여 결정지워진다는 점을 확인할 수 있다. 이 학문화는 대륙법계를 특징지우는 모든 標識를 초래하였다. 대륙법계

에서 중요한 것은 학문과 법의 예견가능성 및 계속성을 보장하는 법전화이다. 이 학문과 법전은 법학교육의 대상이자 모토이다. 또 학문과 법전은 법의 지속적 발전을 담당하고 일반대중이 법을 이해하는 기준이다. 학문의 교육은 권위와 지도력을 갖는데 이에 法院은 따라야 한다. 이는 法院이 오늘날 입법에 따라야 하는 것과 마찬가지이다〔이는 실무보다 학문법이 우선한다는 것, 즉 판례를 학문의 하위에 위치부여하는 것을 의미한다. 이 사실은 이미 이전에, 즉 16, 17세기에 帝國에서 (로마법이 帝國法으로서 적용된다는 사실에 의거하여) 통상적인 것으로 제도화된 "서류송부"의 제도에서 찾을 수 있다. 즉 이 제도는 어떤 미해결의 법률문제에 대하여 해당 소송서류를 鑑定 — 그리고 판단까지 부탁하는 것 —을 위하여 대학학부에 송부하였던 제도이다. 대륙법계국가에서 학문이 권위를 가졌었다는 점 및 법과 학문적 이론이 동일시되어 관철되었다는 점에 대하여 이 제도만큼 분명하게 설명해 주는 것은 없다고 할 수 있다〕.

V. 개별사안에의 적용

우리의 대륙법계적 전통은 법의 "학문화"에 의하여 특징지워지는 반면에 영미법계국가에서는 법원실무가 결정적이었다. 이 사실은 모든 단계와 전영역에서 확인할 수 있으며, 부수사안에까지도 작용되고 있다. 아래에서 그 몇몇 사항을 검토하여 본다.

법원의 판단실무를 "법"의 현상에 대한 중심점으로 판단하는 것은 자명한 것이고, 그에 대한 더 이상의 어떠한 근거제시를 필요로 하지 않는다. 오히려 학문의 의미가 놀라운 것이다. 이 학문의 의미는 대륙법계국가의 전통에서 찾아볼 수 있다. 여기에서는 법의 학문화가 얼마나 우리의 법발전을 좌우하였는가 및 오늘날 법원실무가 과거보다 더 큰

의미를 갖게 된 때에도 학문화가 우리의 법전통을 얼마나 영향력있게 결정하는지를 보여주는 것이 관건이다.

시민법에서는 시민법의 학문화의 결과로 법학적 이론이 근본적인 의미를 갖는다. 이는 학문적 강의도 마찬가지이다. 법학이론과 학문적 강의에 대하여는 초기 성립시기에 법의 법전화를 실현시켰다. 이론적인 준비가 없이는 그러한 법전화의 요청도 또 그 실현도 있을 수 없었을 것이다. 법전은 법률적 전통에 대한 학문적인 散文을 종합하여 그를 韻文으로 표현한 것이라고 할 수 있다. 입법자는 법소재를 필연적으로 축약하고 간명화하여야 하기 때문에 의문이 있는 경우에는 법이론에 의거하여야 한다. 따라서 법이론이 여러 견지에서 척도가 되는 法源이다. 학자, 즉 우선 대학에서 강의를 하는 자 및 해당 법학책을 저술한 자에게 사회적인 지위가 인정이 되는 것이 놀라운 일은 아니다.

보통법계국가에서는 학문은 우선 의미를 갖지 않는다. 더욱이 일부 법학 저술이 요청을 충족하는지에 대하여도 의문이 제기된다. 영미법계국가에서 저술은 記述的이며 단지 주어진 법상황을 묘사할 뿐이다. 법학저술의 저자 및 강의를 하는 교수도 그 활동에 따른 사회적인 지위를 갖지 못한다. 사회적인 지위는 우선적으로 법을 창조하고 이 법에 대하여 책임을 지는 判事에게 주어진다.

이상에서 언급한 것이 兩法系에서 학문적 비판의 대상이 되는 여러 가지 기능의 배경이 된다. 영미법계국가에서는 법학관계문헌이 그 비판의 대상이 되는 내용을 담고 있다. 그러나 이 때 그 비판은 그 문헌자체에 귀속시킬 것이 아니다. 사법발전의 상황에 대한 유감의 표시정도로는 이해할 수 있다. 이는 대륙법계국가에서 법의 제정자에게 비판이 가해질 수 있는 것과 같다. 그러나 그러한 의견표명이 법상태를 변경시킬 수는 없기 때문에 어떻게 보면 그러한 학문적 표명이 불필요한 것이라고도 할 수 있다. 그에 반하여 시민법계국가에서는 이론적 의견표명 및 판례에 대한 학문적 비판은 허용될 뿐만 아니라 학자의 고유한 과제에 속한다. 그런데 학자는 그러한 비판을 통하여 논의를 촉발하고 장래

의 발전이 올바른 방향으로 나아가는 것을 기대할 수 있다. 실리적인 고려에 의하여 司法實務를 고려할 필요성이 시민법계국가에서도 최근의 수십년 동안 증가하고 있다. 그러나 여기서도 법률이론이 감시자기능을 갖고 법발전에 대한 책임을 진다는 점을 강조하여야 한다. 그런데 이러한 책임은 영미의 영향을 망각하여서는 안된다.

보통법계국가에서는 판사의 개별판결에 초점을 맞추는 것 및 한편에서는 "학문화"로 인하여 대륙법계국가에서는 상상할 수 없는 사항이 가능하다. 형사절차에서 답변협상(plea bargaining)을 통한 기회원칙 등을, 민사의 손해배상절차에서는 징벌적 손해(punitive damage)를 예로 들 수 있다. 그러한 종류의 판단에서는 사안을 합목적적으로 해결하는 것이 중요한데 반하여 대륙법계국가의 법전통에서는 추상적인 원칙이 최상의 것(가령 손해배상청구는 청구자의 손해에 대응관계에 있어야 한다는 점 등)이고 따라서 그러한 합목적적인 판단은 등장하지 않는다. 옳은 경우에 정당한 결과를 얻게 해주는 司法節次에 대한 믿음이 영미법계국가에서는 중요한 특징이다. 대륙법계국가에서는 인권(Menschenrecht)에 대한 요청이 중요하다(이는 바로 비록 추상적이라 하더라도 실질적인 법원칙에 대한 조망을 의미하는 것이다). 반면 추상적인 원칙에 대한 믿음을 갖지 않는 영미법계국가에서는 공정한 재판(fair trial)을 강조한다. 대륙법계국가에서는 증거채택에서 증인에게 설정된 진실발언요청이, 예외가 있을지라도, 필요한 입증을 가져올 것이라는 점을 믿는다. 이에 반하여 영미법계국가에서는 이러한 원칙의 주효성을 믿지 않는다. 목표하였던 바를 오히려 절차에서 찾는다. 즉 바로 여러 견지에서 문제가 있는〔反對訊問(cross examination)을 포함한〕 증인심문(Einvernahme)을 믿는다.

그러한 증상은 많이 찾아볼 수 있다. 그들 모두는 한편에서는 영국에서의 전개, 다른 한편에서는 유럽에서의 전개의 대립되는 출발점에서 여러 가지 종류의 상이함을 설명하여 줄 수 있다는 점을 밝혀준다.

Ⅵ. 맺음말

이상에서 살펴본 것으로부터 兩大法系는 단지 피상적으로만 상이한 것이 아니라 대응성이 아주 깊은 뿌리를 갖고 있음을 알 수 있다. 물론 동일사안의 논리로 인하여 세계적으로 공통된 해결을 요구하고 있고 또 영미법계와 대륙법계에서 점차 공통되는 현상을 발견할 수 있다. 그러나 우리가 더 많이 근본적이고 구조적인 사항에 눈을 돌리면 돌릴수록 兩法系의 차이는 더 강하게 등장한다.

여기에서 설명한 상이성을 인식하고 나면 배경을 이해하지 못하면 이상하게 생각되는 현상들을 이해할 수 있을 것이다. 여기에서 설명한 물음들을 숙고함으로써 他 法系의 법률가들의 주장이나 思考를 더 잘 이해할 수 있을 것이다. 그러나 더 중요한 것은 그러한 숙고를 하더라도 우리 자신이 태어난 저 법전통에서 본질적인 것이 무엇인지를 인식할 수 없다는 점이다. 이 글에서는 법의 학문화가 한편에서는 전혀 필요하거나 자명한 것이 아니라는 점을 강조하였고 다른 한편에서는 법의 학문화가 거의 2000년동안 어쨌든 중세의 법계수시기 이후로 우리대륙법계의 법전통의 본질로 깊이 자리잡은 점을 강조하였다. 솔직히 이러한 강조는, 운명을 법학에 몰입한 행운을 가진 모든 자에게, 법발전의 책임에 동참하도록 하는 커다란 과제가 그 운명 속에는 부여되어 있다는 점을 인식시키는 목적하에 행하였다.

ÜBER DAS KONZEPT DER "WIRTSCHAFTSVERFASSUNG"

Ein Stück deutscher Geschichte

Prof. Dr. Knurt Wolfgang Nörr*

Als die Einheit der mittelalterlichen Welt, jener grandiose Spiegel einer das Götliche und Menschliche umkreisenden Ordnung zerbrach, weil gegen die Angriffe der Philosophie, der Theologie und der politischen Theorie es kein Halten mehr gab, wurde nicht nur der Weg freigemacht, auf dem der Einzelne zu einem neuen Bilde von sich und der Welt gelangen konnte, sondern es öffnete sich auch die M-öglichkeit, neue Ordnungen des menschlichen Zusammenlebens zu entdecken und zu differenzieren, und für sie eine eigene Theorie und Semantik zu entwickeln. Das war, wie jeder weiß, ein kultur- und wissenschaftsgeschichtlich folgenreicher Vorgang, ein Vorgang der Differenzierung und Spezialisierung, ein Vorgang, welcher schöferische Erkenntnisse hervorrief, aber auch Ideologien mannigfacher Art produzierte. Viele Wissenschaftszweige waren an diesen Erscheinungen beteiligt; für unser Thema steht die alt-neue Disziplin der politischen Ökonomie im Vordergrund, der es bestimmt war, mit ihren verschiedenen Ausprägungen und Derivaten in der neueren Wissenschaftsgeschichte die Stellung einer Großacht zu erwerben.

* Universität Tübingen, Bundesrepublik Deutschland

1.

Wenn wir uns in der Terminologie und Semantik dieser neuen politischen Ökonomie umsehen, dann finden wir alsbald den Begriff der Wirtschaftsverfassung etwa bei den Physiokraten französischer Zunge oder bei deutschen Nationalökonomen der historisch-ethischen Schule des 19. Jahrhunderts[1]; aber einen festen Sitz in der Theorie oder im Lehrbuchsystem erlangte der Begriff nicht; er glich eher einem Irrlicht, das da und dort aufleuchtet, sich hin- und herbewegt und rasch wieder erlischt. Wir müssen uns schon in das 20. Jahrhundert begeben, um auf den Begriff in einer schärfer umrissenen Gestalt zu treffen, um eine genauere politische und juristische Botschaft zu vernehmen, die durch den Begriff vermittelt werden soll.[2]

Diese Botschaft, oder besser: die erste, ursprüngliche Botschaft, die der Begriff verkörperte, war teils tralatizischer, teils revolutionärer Art. Wir müssen einen kurzen Blick auf die großen Ereignisse der Geschichte werfen. Als das Deutsche Reich 1918 kapitulierte und mit der Niederlage auch die bismarck-wilhelminischen Strukturen zusammenbrachen, begann der Kampf um die zukünftige Form der Republik, der Kampf um eine Demokratie im westlichen Sinn oder eine Rätediktatur nach sowjetischem Muster. In dieser kritischen Lage sah man in der Erarbeitung einer neuen Verfassung ein Mittel, um die drohende Diktatur abzuwehren. Die neue Verfassung sollte aber nicht nur ein Organisationsstatut darstellen und nicht nur die klassischen

1) Vgl. Rudolf Piepenbrock, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg, 1964.

2) Zu den Ursachen der Verzögerung s. Nörr, Economic Constitution: on the roots of a legal concept, in: The Journal of Law and Religion 11 (1994–95) (= Festschrift John T. Noonan), S. 343.

Grundrechte enthalten, sondern - zum ersten Mal in der europäischen Verfassungsgeschichte - auch Grundsätze volkswirtschaftlichen Zuschnitts zum Ausdruck bringen, mit anderen Worten das wirtschaftspolitische und soziale Programm der neuen Republik in Formen gießen. So kam der Abschnitt über das Wirtschaftsleben in der (nach ihrem Entstehungsort benannten) Weimarer Verfassung zustande.[3] Die 15 Artikel dieses Abschnitts machen deutlich, daß die "volks"wirtschaftliche Idee, das heißt das Politische in der politischen Ökonomie, über das privat- und einzelwirtschaftliche Denken die Oberhand gewonnen hatte, wie es schon längst in verschiedenen Lagern gefordert worden war, so in einem breiten Spektrum der politischen Parteien von den Sozialisten links bis zu den Sozialkonservativen rechts, so auch von führenden Nationalökonomen der historisch-ethischen Schule (und so jetzt aus strategischen Gründen, um der politischen Rätebewegung die Spitze abzubrechen). Zwar enthielt die Charta nach wie vor die wirtschaftlichen Freiheitsrechte des Eigentums, des Vertrags und der Vereinigung, doch alle wurden der politischen und sozialen Teleologie nachgeordnet und zur Disposition des Gesetzgebers gestellt.

2.

Aber wie es die Regel ist, gibt eine Verfassungscharta nicht nur die Parole für die Zukunft aus, sondern in ihr spiegeln sich auch die Sachen und Gedanken der eigenen Zeit, sie berichtet sozusagen auch

3) Vgl. hierzu Nörr, Die Weimarer Nationalversammlung und das Privatrecht, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, 1984, S. 317; ders., Arbeitsrecht und Verfassung: das Beispiel der Weimarer Reichsverfassung von 1919, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht 23 (1992) 361.

vom bestehenden Zustand. Das Neue soll nicht vom Himmel fallen, sondern aus dem gegebenen Bestand hervorwachsen. Dem Wirtschaftsabschnitt der Weimarer Verfassung lag daher ein bestimmtes Wirtschaftsbild, eine bestimmte wirtschaftstypologische Vorstellung zugrunde, die sich an den Realien der wirtschaftlichen Verhältnisse orientierte. Versucht man, diese Realien auf einen Nenner zu bringen, dann helfen die Modelle Euckens und der Ordoliberalen (die schon als klassisch zu bezeichnen sind), also die Zentralverwaltungswirtschaft hier und die Verkehrs- oder Marktwirtschaft dort nicht weiter; Eucken hat natürlich gesehen, daß die reale Wirtschaftsordnung einem Modell per definitionem nicht entsprechen kann, er faßte sie dann aber als bloße Mischung, als bloß es Amalgam von Formen und Elementen auf, die den beiden Modellen zu entnehmen seien: Auf diese Weise wird jedoch der kategoriale Bezug zu den beiden Idealmodellen niemals gelockert und gelöst und so hat die in der geschichtlichen Wirklichkeit auftretende Wirtschaftsordnung keine Chance, unter eine Kategorie gefaßt zu werden, die ihrem Erscheinungsbild am nächsten kommt und ihrer Eigenart, ihrem "Geist" entspricht. Die Geschichte findet gewissermaßen nicht zur Kategorie; wenn sie aber dieses Ziel verfehlt, dann kann sie sich auch nicht verständlich machen.

Wir müssen uns also dem Bann der Modelle und Idealtypen entziehen und uns unbefangen den realen Erscheinungen zuwenden. Natürlich haben sich die Zeitgenossen selbst Gedanken typologischer Art über die Wirtschaftsweise ihrer Gegenwart gemacht; hätten wir sie gebeten, ohne großen theoretischen Aufwand einen Ausdruck, einen Begriff zu nennen, mit dem sie die Wirtschaftsordnung ihrer Zeit charakterisieren würden, dann hätte die Antwort vorzugsweise auf

das Phänomen der Organisation hingewiesen und als Kennzeichen der Epoche die Kategorie der organisierten Wirtschaft vorgeschlagen (manche sprachen auch von "gebundener Wirtschaft"). Der Ausdruck Organisation konnte sich hierbei auf die folgenden drei Bereiche beziehen: Zum einen auf die innere Gliederung des Unternehmens, auf das Gefüge von Kompetenzen und Kontrollen, von Koordinationen und Subordinationen, die zunächst auf der Institution des Eigentums beruhen, in zunehmendem Maße aber sozialpolitisch angereichert wurden, um der politischen Vorstellung vom Unternehmen als dem Produkt von Eigentum und Arbeit näherzukommen (die volkswirtschaftliche und sozialpolitische Bedeutung der inneren Organisation wuchs natürlich mit den Dimensionen, in die das Unternehmen geriet). Zweitens hat Organisation die Außenbeziehungen des Unternehmens zu anderen Unternehmen im Auge, sobald sie sich nicht als Marktsubjekte gegenüberstehen, sondern Verbindungen untereinander eingehen, durch die eine neue Einheit, sei es umfassend oder partiell, entsteht, welche Stetigkeit verkörpern soll und je nach dem Ziel, das angestrebt wird, in lockeren oder festgefügten Formen agiert; als Organisationen in diesem Sinne traten vor allem die Konzerne einerseits und Kartelle andererseits in Erscheinung (wollte man die negativen Seiten der großen Wirtschaftskörper hervorheben, dann sprach man vorzugsweise von Trusts). Unternehmen konnten aber auch kollaborieren, um eine gemeinsame Interessenfront gegenüber dem Staat oder gegenüber den Gewerkschaften zu bilden; so formten sich die Wirtschaftsverbände und die Arbeitgeberverbände. Diese Art der Organisation leitet zu unserem dritten Bereich über, nämlich zur Interaktion zwischen den Wirtschaftskörpern und den öffentlichen oder halböffentlichen

Instanzen in ihrer ganzen Vielfalt, also dem Staate, den Gemeinden, den Gewerkschaften usw.; die volkswirtschaftliche Idee, von der wir sprachen, hatte in erster Linie den Tatendrang des Staates auf dem Gebiet der Wirtschaft im Auge sei es in Form des öffentlichen Unternehmens oder in den vielen Formen der Kontrolle über das private Unternehmen mit den Mitteln der Gesetzgebung und der Verwaltung.[4)]

3.

"Organisation" lautete also das Zauberwort der Stunde, übrigens nicht nur wirtschaftstypologisch, sondern auch im Bereich der Gesellschaft. Die Weimarer Verfassung legte diesen Zustand zugrunde, sie gab sich mit ihm aber noch nicht zufrieden. Der Sozialismus wollte die Wirtschaftsordnung zwar nicht mehr revolutionieren, sie aber durchschlagend revidieren. Das Produkt von Eigentum und Arbeit sollte nun nicht nur die Struktur des einzelnen Unternehmens, sondern die ganze Volkswirtschaft oder zumindest die mächtigen Wirtschaftszweige bestimmen. Zwei Vorkehrungen der Weimarer Verfassung waren hierfür von besonderer Bedeutung. Zum einen wurde die Überführung von Zweigen der Industrie aus der Privatwirtschaft in die sogenannte Gemeinwirtschaft ins Auge gefaßt, Art. 156 Abs. 2 WRV:

> Das Reich kann (…) im Falle dringenden Bedürfnisses zum Zwecke der Gemeinwirtschaft durch Gesetz wirtschaftliche

4) Näheres zur organisierten Wirtschaft bei Nörr, Das Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung 1880 bis 1930: ein Beitrag zur Morphologie der organisierten Wirtschaft, in: Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts (Deutsch-japanisches Symposion in Kyoto vom 1. bis 3. Oktober 1992) 1994, S. 15.

> Unternehmungen und Verbände auf der Grundlage der Selbstverwaltung zusammenschließen mit dem Ziele, die Mitwirkung aller schaffenden Volksteile zu sichern, Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Verwaltung zu beteiligen und Erzeugung, Herstellung, Verteilung, Verwendung, Preisgestaltung sowie Ein- und Ausfuhr der Wirtschaftsgüter nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen zu regeln.

Zweitens sollte das Reichsgebiet mit einer hierarchischen Struktur von Arbeiterräten und Wirtschaftsräten überzogen werden, also von Apparaturen, die gerade nicht das politische Rätesystem konstituieren sollten (ein Apotropäum könnte man diese Vorkehrung nennen), Art. 165 WRV:

> (…) (2) Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat. (3) Die Bezirksarbeiterräte und der Reichsarbeiterrat treten zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligter Volkskreise zu Bezirkswirtschaftsräten und zu einem Reichswirtschaftsrat zusammen. Die Bezirkswirtschaftsräte und der Reichswirtschaftsrat sind so zu gestalten, daß alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung darin vertreten sind. (4) Sozialpolitische und wirtschaftspolitische Gesetzentwürfe von grundlegender Bedeutung sollen von der Reichsregierung vor ihrer Einbringung dem Reichswirtschaftsrat

zur Begutachtung vorgelegt werden. Der Reichswirtschaftsrat hat das Recht, selbst solche Gesetzesvorlagen zu beantragen. Stimmt ihnen die Reichsregierung nicht zu, so hat sie trotzdem die Vorlage unter Darlegung ihres Standpunkts beim Reichstag einzubringen. Der Reichswirtschaftsrat kann die Vorlage durch eines seiner Mitglieder vor dem Reichstag vertreten lassen. (…)

In den Lesungen der verfassunggebenden Nationalversammlung wurden verschiedene Abgeordnete mit dem Bericht über die einzelnen Abschnitte des Verfassungsentwurfs betraut; über unseren Abschnitt, also das Wirtschaftsleben, referierte Hugo Sinzheimer, Abgeordneter der Sozialdemokratischen Partei und gleichzeitig einer der bedeutendsten Wissenschaftler auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Sinzheimer hob in besonderer Weise unsere beiden Artikel hervor[5]; sie würden ineinander greifen und die Wirtschaftsverfassung der neuen Republik verkörpern. Den institutionellen Kern dieser Wirtschaftsverfassung habe man in den Wirtschaftsräten vor sich. Um den Unterschied zwischen den Apparaturen des Art. 156 Abs. 2 und des Art. 165 zu erklären, sprach Sinzheimer im ersten Fall von der Gliederung der Wirtschaftsräte nach "Berufen", im zweiten Fall von ihrer Gliederung nach Territorien. Diese territoriale Gliederung, ihre Pyramide ergibt sich in Art. 165 aus dem Text selbst; was aber Sinzheimer unter der Gliederung nach Berufen in Art. 156 Abs. 2, also hinsichtlich der Gemeinwirtschaft im Auge hatte, müssen wir kurz erläutern.

Noch während der Verfassungsberatungen war die Kohlenindustrie in die Gemeinwirtschaft überführt worden. In groben Zügen sah die

5) Verhandlungen des Reichstages (der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung), Band 328, Stenogaphische Berichte, S. 1748.

Organisation der Kohlenwirtschaft folgendermaßen aus[6]. Die einzelnen Kohlenbergwerke, an denen sich die Eigentumsverhältnisse nicht änderten, die also nicht im strengen Sinn sozialisiert wurden, hat man gebietsweise in Kartelle zusammengefaßt, von denen sich kein Bergwerk ausschließen konnte, so daß es sich um Zwangskartelle handelte, also um Wirtschaftskörper, die nun nicht mehr dem Privatrecht (einem kontaminierten Privatrecht, wohlgemerkt), sondern dem öffentlichen Recht angehörten. Alle diese Zwangskartelle wurden zum "Reichskohlenverband" zusammengeschlossen, der nichts anderes war als ein riesiges Kartell auf der Ebene des Reichs. Kontrolliert wurde die ganze Kartellstruktur durch den "Reichskohlenrat", also jenen Wirtschaftsrat, den Sinzheimer im Auge hatte, als er die neue Wirtschaftsverfassung den Abgeordneten der Nationalversammlung erklärte. Der Reichskohlenrat verkörperte den Grundsatz der Selbstverwaltung, wie er in Art. 156 Abs. 2 als charakteristisches Merkmal der Gemeinwirtschaft hervorgehoben wurde. Zusammengesetzt war der Reichskohlenrat aus Vertretern der Unternehmer, der Arbeiter, der Angestellten, des Handels und der Verbraucher. Man kann den Reichskohlenrat als eine Ständeversammlung bezeichnen, nämlich als eine Versammlung der Kohlenstände. Man kann auch Sinzheimer folgen und auf das Merkmal des "Berufs" abstellen, also von der beruflichen Natur des Kohlenrats sprechen. Der Kohlenrat war freilich seinerseits nicht autonom und unabhängig, sondern er stand unter der Aufsicht des Reichs und zwar konkret unter der Aufsicht des Reichswirtschaftsministers, der

6) Näheres bei Nörr, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1994, 2. Kap.(1).

umfassende Befugnisse hatte und insbesondere den Preis der Kohle herabsetzen konnte, so daß die gemeinwirtschaftliche Organisation der Kohlenindustrie in die Möglichkeiten der politischen Preisbildung mündete. Das Ganze war, wie man leicht erkennen kann, ein wundersames Gebilde, der verwirklichte Traum von wirtschaftspolitischen Ingenieuren und Technokraten; nach der Wirtschaftlichkeit aber dieser Verfassung und nach ihren Kosten (im wörtlichen und im übertragenen Sinn) wagte niemand zu fragen.

Wenn in einem Vortrag eine bestimmte Entwicklung nachgezeichnet werden soll, dann kann man in der Regel nicht kontinuierlich verfahren, sondern muß sich in diskreten Schritten fortbewegen. Der Wirtschaftsverfassung im Sinne Sinzheimers war in der politischen und ökonomischen Wirklichkeit Weimars kein Erfolg beschieden, doch können wir die Gründe hier nicht analysieren. Festzuhalten ist, daß keineswegs alle Weimarer Autoren, die sich mit der Wirtschaftsordnung ihrer Zeit befaßten, dem Urteil Sinzheimers folgten, wonach die Wirtschaftsräte den Kern der Wirtschaftsverfassung ausmachen würden; aber den Begriff der Wirtschaftsverfassung hatte Sinzheimer gewissermaßen präjudiziert und inhaltlich "belegt" und so scheute man sich, ihn auf andere Interpretationen der Wirtschaftsordnung Weimars anzuwenden.

Wir haben also unser erstes Ziel erreicht, den Begriff der Wirtschaftsverfassung in dem Sinn, den ihm am Anfang der Weimarer Republik Sinzheimer verliehen hat; das Unterfutter für diese Begriffsbildung war aus Ingredienzen der organisierten Wirtschaft zusammengesetzt: ein Umstand, an den wir uns noch erinnern werden. Mit der organisierten Wirtschaft als Wirtschaftsweise war die Wissenschaft, wie übrigens auch die öffentliche Meinung,

einverstanden, zumindest wenn wir die tonangebenden Richtungen in Betracht ziehen; wurde Kritik geäußert, so hatte sie nicht die organisierte Wirtschaft als Gesamterscheinung im Auge (wir würden heute von einer mangelnden ordnungspolitischen Kritik sprechen), sondern nur einzelne Elemente hieraus. Von diesen Elementen hatte das Kartell schon vor dem 1. Weltkrieg die Gemüter bewegt; nach 1918 nahm die Kritik an Umfang und Gewicht zu. Freilich wollte kaum jemand am Kartell als einem Wesenselement der organisierten Wirtschaft rühren (in die Kritik wurden nur die privaten Kartelle, nicht die öffentlichen Zwangskartelle einbezogen); sondern lediglich die Mißstände sollten abgestellt werden, die aus den Aktivitäten der Kartelle entsprangen. In diesem Sinne erging auch die Kartellverordnung von 1923. Nur wer den Mut und die Kraft hatte, gegen die herrschenden Strömungen zu schwimmen, konnte das Kartell als solches in Frage stellen.

4.

Wir beginnen, uns unserem zweiten Ziel zu nähern. Das Kartell war von jedermann als unentbehrlich hingestellt und die Unentbehrlichkeit auf vielfache Weise begründet worden; man konnte nun diese Gründe Stück für Stück zerpflücken, oder man konnte, ohne auf sie weiter einzugehen, eine Theorie bilden, die dem Kartell den Boden unter den Füßen hinwegzog. Es war nun dieser zweite Weg, den Franz Böhm wählte, als er das Kartell auf radikale Weise attackierte[7]. Er entnahm der klassischen Schule der Nationalökonomie die Idee des Wettbewerbs

7) Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf: eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933.

und goß sie in juristische Formen; genauer gesagt, maß er ihr die Qualität einer Institution der Rechtsordnung bei.[8] Mancher mag verwundert fragen, wieso der Rückgriff auf die Wettbewerbsidee so spektakulär wirkt und wir ihn als radikal ansehen sollen. Aber als Böhm den Gedanken entwickelte - das Buch erschien 1933 -, galt der Wettbewerb nur als eines von vielen Mitteln, die zur Korrektur der krassesten Auswüchse der organisierten Wirtschaft eingesetzt wurden; als Prinzip aber, das der Wirtschaftsordnung zugrunde liegen und sie gestalten sollte, hatte man ihn weit von sich gewiesen.

Das Kartell als Element des Wirtschaftslebens wollte also Böhm mit Hilfe der Wettbewerbsidee aus den Angeln heben; er hatte in den 20er Jahren als Referent im Reichswirtschaftsministerium das Kartellwesen und die Schäden, die es verursachte, aus nächster Nähe beobachten können. Sobald aber der Wettbewerb nicht nur aphoristisch oder rhapsodisch, sondern prinzipiell ins Spiel gebracht wurde, sobald er sich nicht mehr bloß einem opportunistischem Arsenal einfügen mußte, vielmehr die Qualität eines Ordnungskonzepts gewann (historisch gesehen, wiedergewann), öffnete sich von neuem der Horizont eines auf die Volkswirtschaft als Ganzes ausgerichteten Denkens und Definierens, so daß Böhm nicht zu hoch griff, wenn er als Jurist, wie es mit Sinzheimer schon einer der Väter der Weimarer Charta getan hatte, den Begriff der Wirtschaftsverfassung in Anspruch nahm, ihn nun freilich vollständig umpolte, dadurch aber, ohne es damals zu ahnen, die Weichen für die Zukunft des Begriffs stellte.

---

8) Vgl. zum Folgenden Nörr, An der Wiege deutscher Identität nach 1945: Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus, 1993; ders., Die Leiden des Privatrechts, 3. und 5. Kap.; ders., Franz Böhm, ein Wegbereiter des Privatrechtgedankens, in: Ordo 46 (1995) 27.

Das menschliche Denken, um sich zu entwickeln, bedient sich vieler listiger Manöver; eines von ihnen stellt die Bildung entgegengesetzter Begriffspaare dar. So findet sich in der Antike die Gegenüberstellung von physis und thesis, also von Natur einerseits und menschlicher Satzung, menschlicher Hervorbringung anderseits. Dieser Gegensatz kehrt in der Geschichte unseres Denkens immer wieder, oft in anderem Gewande; wir erinnern nur an die Physiokraten und ihre Unterscheidung zwischen dem ordre naturel und ordre positif, oder an die Überzeugung Hayeks, wonach sich im Rationalismus eine auf den britischen Inseln gepflegte evolutionäre und eine dem französisch-cartesischen Geist entspringende konstruktivistische Schule gegenüberstünden. Böhm hat nun die Gegensätze ganz unbefangen eingeschmolzen. Der Wettbewerb gehört dem Reich der physis an; aber wenn die Wirtschaft in einem Staat als eine solche des freien Wettbewerbs verfaßt sein soll, dann bedarf es des Verfassungsaktes, der Verfassungsentscheidung, also der thesis. Diese Entscheidung konnte Böhm (nach allem, was wir gehört haben) kaum der Weimarer Charta entnehmen, und so rekurrierte er auf zwei ältere Gesetze: die Gewerbeordnung von 1869 und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909. Böhm verwendete also, wie wir Juristen sagen, den Verfassungsbegriff nicht formell, sondern materiell.

Aus der Sicht der deutschen Rechtsgeschichte gehört Böhm zu den großen Innovatoren unseres Jahrhunderts. Vor ihm hat es nur wenige Juristen gegeben, die die Dimension der Volkswirtschaft in ihr Denken einbezogen; wenn sie das taten, dann konnten sie sich aber auch nur eine Volkswirtschaft in den Formen der organisierten Wirtschaft vorstellen. Daß der Wettbewerb und der Markt nicht nur in eine Addition von Einzelwirtschaften mündet, sondern eine Volkswirtschaft

im exakten Sinn des Wortes konstituiert, hatte bisher nur eine leise Stimme verlauten lassen[9]; seit Böhm ist diese (den Nationalökonomen natürlich längst geläufige) Erkenntnis in alle juristischen Stuben gedrungen, auch wenn viele Bewohner am liebsten die Fensterläden geschlossen hätten. Seit Böhm wurde auch der Begriff der Wirtschaftsverfassung vorzugsweise mit Wettbewerb und Markt assoziiert; dann aber ist nicht zu erwarten, daß er außer Streit geblieben wäre.

5.

Wiederum sind wir gezwungen, die Zeiger der Zeit anzutreiben, und so befinden wir uns nun in den Jahren um 1949, als die Bundesrepublik in Westdeutschland gegründet wurde. Der Zweite Weltkrieg hatte in Deutschland wie anderswo ein System der an den Bedürfnissen des Krieges ausgerichteten Zwangswirtschaft zur Folge; daran hielt man auch nach Kriegsende zunächst fest. Doch bald wurden Pläne und Programme für die kommende Normalität der wirtschaftlichen Verhältnisse geschmiedet. Sie reichten von der Planwirtschaft nach sozialistischem Muster über eine Anknüpfung, mehr oder weniger, an die organisierte Wirtschaftsweise der Weimarer Zeit bis zur Markt-und Wettbewerbswirtschaft, wie sie von der ordoliberalen Schule, die sich in der Nazizeit nicht hatte zerstören lassen, verkündet wurde. Das planwirtschaftliche Modell verlor bald an Boden; aber für die beiden anderen Positionen, also die organisierte Wirtschaft und die freie Marktwirtschaft, kann man nicht von klaren Siegen und Niederlagen sprechen. Im Gegenteil, wenn wir die Situation

9) Fritz Kestner, Freiheit und Zwang in der Gewerbeverfassung der letzten hundert Jahre, in: Recht und Wirtschaft 10 (1913) 284.

der die Weichen stellenden Jahre 1948 und 1949 betrachten, dann müssen wir für die Wirtschaftsordnung, die den neuen Staat prägen soll, geradezu von einer doppelten Inszenierung sprechen, von zwei Aufführungen desselben dramatischen Stückes, die voneinander keine Notiz nahmen.

Das ist näher zu erklären.[10] Beginnen wir mit der freien Marktwirtschaft. Sie hatte damals im entscheidenden Jahr 1948, nachdem die amerikanische und britische Zone zum Vereinigten Wirtschaftsgebiet zusammengeschlossen worden waren, Gegner und Bundesgenossen in den verschiedensten Lagern, die sich ungefähr die Waage hielten. Den Ausschlag gab, wenn man historische Entwicklungen auf eine Person zuspitzen will, die Ernennung eines Marktwirtschaftlers, des Professors Ludwig Erhard, zum Chef der Wirtschaftsbehörde des Vereinigten Wirtschaftsgebiets. Wirtschaftspolitik und Wirtschaftswissenschaft bildeten eine wirkungsvolle Allianz, die in Form eines Wissenschaftlichen Beirats auch institutionell verankert wurde. Es gelang, ihn mehrheitlich mit Promotoren der Marktwirtschaft zu besetzen, Eucken und Böhm waren von Anfang an beteiligt. Im Juni 1948, in den Tagen der Währungsreform, wurde der erste und grundlegende Schritt zur Einführung der Marktwirtschaft getan; es handelte sich um das sogenannte Leitsätzegesetz, das die

10) Zum Folgenden Nörr, Im Wechselbad der Interpretationen: der Begriff der Wirtschaftsverfassung im ersten Jahrzwölft der Bonner Republik, in: Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Geisteswissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, im Druck; ders., Über zwei Konstituenten der deutschen Rechtsentwicklung nach 1945, in: Kontinuität und Fremdbestimmung: zum Einfluß der Besatzungsmächte auf die deutsche und japanische Rechtsordnung 1945 bis 1950 (Deutsch-japanisches Symposion in Tokio vom 6. bis 9. April 1994), 1996, S. 366.

Weichen stellte. Das Gesetz (genauer: die Anlage zum Gesetz)[11] umfaßte mehrere Abschnitte; der Abschnitt über die Bewirtschaftung begann mit dem Satz:

> Der Freigabe aus der Bewirtschaftung ist vor ihrer Beibehaltung der Vorzug zu geben;

und entsprechend hieß es für die Preise:

> Der Freigabe der Preise ist vor der behördlichen Festsetzung der Vorzug zu geben.

Ferner sollte, und das entsprach genau den Vorstellungen Franz Böhms, ein Wettbewerbs- und Antimonopolgesetz vorbereitet werden. Dieses Leitsätzegesetz gehört zu den Grunddokumenten der bald ins Leben tretenden Bundesrepublik; in einem größeren Zusammenhang, wenn wir die neuere deutsche Geschichte in Bezug auf die Wirtschaftsordnung betrachten und uns daran erinnern, daß mit den Schutzzollgesetzen von 1879 die organisierte Wirtschaft eingezogen war und seitdem das Feld beherrschte, in einem größeren Zusammenhang also haben wir es, um für einmal den abgegriffenen Ausdruck zu verwenden, mit einem Paradigmenwechsel zu tun, einem Vorgang, der unsere Geschichte in zwei deutlich unterscheidbare Hälften teilt. In der Sprache der Politik und auch der wissenschaftlichen Alltagssprache reüssierte das neue Paradigma unter dem Namen der Sozialen Marktwirtschaft (auf die wir zurückkommen werden); die Nationalökonomen brachten mit Eucken den Begriff der Ordnungspolitik ins Spiel; und die Juristen griffen, wenn sie die

11) Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform, vom 24.6.1948, Anlage (Gesetz- und Verordnungsblatt des Wirtschaftsrates [später: Gesetzblatt der Verwaltung] des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1948, S. 60).

Marktwirtschaft als ein normatives Ganzes unter Einbeziehung des Grundgesetzes als dem Dokument der Staatsverfassung zu interpretieren wünschten, auf das Konzept der Wirtschaftsverfassung zurück.

6.

Allerdings haben wir versprochen, noch die zweite Inszenierung unseres Stückes vor Augen zu führen. Wenige Monate nach der wirtschaftspolitischen Weichenstellung Erhards und seiner Mitstreiter begannen die Vorbereitungen zur Ausarbeitung einer Verfassung für den neuen Staat, einer Verfassung, der dann, um ihren provisorischen Charakter zu unterstreichen, die Bezeichnung Grundgesetz beigelegt wurde. Es ist bekannt, daß in den Beratungen über die zukünftige Charta die Ansicht vorherrschte, hinsichtlich der Wirtschafts— und Sozialordnung der Weimarer Verfassung nicht zu folgen und keinen entsprechenden Abschnitt in das Grundgesetz aufzunehmen. Die prinzipielle Ordnung der Volkswirtschaft sollte der Zukunft, das heißt dem Parlament als einfachem Gesetzgeber überlassen werden. In den Beratungen, wenn ich nichts übersehen habe, findet sich kein Hinweis darauf, daß die Entscheidung vielleicht schon gefallen sei, wie überhaupt marktwirtschaftliche Stimmen unter den Abgeordneten kaum zu vernehmen sind (ausgenommen vor allem Walter Strauß von der CDU, der führende Jurist in der Wirtschaftsverwaltung Erhards).

Die Wirtschaftsordnung der neuen Republik wurde also bewußt nicht in die Verfassung einbezogen. Auf einem ganz anderen Blatt steht aber die Frage, ob nicht den Abgeordneten, als sie die Verfassung berieten und formulierten, ein bestimmtes Bild von dieser

Ordnung vor Augen schwebte, ob also die Texte zu uns nicht wirtschaftstypologisch sprechen können. Und hier werden wir nun in der Tat fündig. Dieser typologische Gehalt des Grundgesetzes ist in Vergessenheit geraten; das hat, soweit es sich um die Juristen handelt, mit den Methoden zu tun, wie Gesetzestexte (in unserem Fall Verfassungstexte) ausgelegt werden. Es gibt mehrere Kunstgriffe, um ein Gesetz auszulegen; zu ihnen zählt die sogenannte subjektive oder historische Interpretation. Diese Art der Auslegung stellt auf den Willen des Gesetzgebers ab. Aber der Jurist muß das Gesetz anwenden und eine Entscheidung treffen; wenn er also historisch auslegt, dann ist eine solche Auslegung wie alle anderen Auslegungsweisen anwendungs- und entscheidungsorientiert. Auf die Ebene der Wirtschaftsordnung übertragen bedeutet historische Auslegung dann, daß der Wille des Verfassungsgebers in Richtung auf diejenige Wirtschaftsordnung ausgelegt wird, die der Interpret für die richtige hält. Auch die historische Auslegung ist auf diese Weise wirtschafts- und verfassungspolitisch motiviert. Ist es trotz aller Anstrengung nicht möglich, das historische Argument der angestrebten Entscheidung dienstbar zu machen, dann läßt man die historische Methode stillschweigend fallen oder ordnet sie den anderen Auslegungsmethoden unter.

All das ist dem Historiker natürlich verwehrt. Man muß also die historische Methode des Juristen von der historiographischen Methode des Historikers (auch des Rechtshistorikers) streng unterscheiden. Historiographisch ist aber nicht zu übersehen, daß das Wirtschaftsbild, das sich in den Texten des Grundgesetzes verfangen hat, eben die organisierte Wirtschaft war, wie wir sie oben skizziert hatten. Wir brauchen nicht einmal auf die Beratungen einzugehen, bei denen man

bisweilen glaubt, sich in einem Weimarer Museum zu befinden, sondern es genügt, den einen oder anderen Artikel des Grundgesetzes zu zitieren. Wie die früheren Verfassungen enthält auch das Grundgesetz Bestimmungen, die die Kompetenz zur Gesetzgebung auf den Bund und die Länder verteilen. Zur sogenannten konkurrierenden Gesetzgebung gehört nach Art. 74 Ziff. 16 "die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung". Diese Formulierung gibt wortwörtlich den Titel der Kartellverordnung von 1923 wieder, also eines Paradetextes der organisierten Wirtschaft. Im selben Katalog (Ziff. 15) und mit ähnlicher Formulierung in Art. 15 wird der Gesetzgeber ermächtigt, Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel "in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft" zu überführen; hier stand der Begriff der Gemeinwirtschaft Pate, wie ihn Art. 156 Abs. 2 WRV verstanden hatte und wie er von Sinzheimer in seine Konzeption der Wirtschaftsverfassung einbezogen worden war.

7.

Das Grundgesetz, wie es aus den Beratungen hervorgegangen ist, nahm also vom Leitbild der Markt— und Wettbewerbswirtschaft, das ein Jahr zuvor gesetzlich festgeschrieben worden war, keine Notiz; es bekannte sich nicht zu ihm, verwarf es allerdings auch nicht. Mit der doppelten Inszenierung, wie wir das nannten, stoßen wir somit auf ein Grundphänomen in der Entstehungsgeschichte der Bonner Republik, auf eine wirtschaftspolitische und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zweigleisigkeit, die sich darin äußerte, daß der einfache Gesetzgeber den Weg zur freiheitlich-geordneten Wirtschaft beschritt und ihn zielbewußt weiterging (oder es zumindest versuchte), daß aber der

Verfassungsgeber hiervor die Augen verschloß und den eingetretenen Entwicklungen nicht Rechnung trug, vielmehr - wenn auch nicht ausdrücklich als Zukunftsprojekt formuliert - mit der organisierten Wirtschaft sympathisierte.

Es ist nicht übertrieben zu behaupten, daß diese wirtschaftstypologische Zweigleisigkeit zu den Wesenselementen der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gehört. Auf die binäre Programmierung, wenn der Ausdruck erlaubt ist, unserer Wirtschaftsordnung stoßen wir ohne Unterlaß; sie kann offen zutage liegen, aber auch hinter einem Schleier verdeckt sein. Ferner können die Zusammenhänge, in denen sie steht, ganz verschiedener Art sein. Im folgenden seien drei Beispiele für solche Zusammenhänge gebracht.

— Um das erste Beispiel zu finden, müssen wir uns der Genetik der Gesetzgebung zuwenden. Für Böhm und seine ordoliberalen Mitstreiter war der Erlaß eines Antimonopol- und Antikartellgesetzes der Prüfstein schlechthin für die freiheitlich geordnete Marktwirtschaft. Er stellte alle seine wissenschaftlichen und politischen Kräfte in den Dienst eines solchen Gesetzes (Böhm war von 1953 bis 1965 Abgeordneter der CDU im Bundestag). Aber schon die Entwürfe, die aus dem Wirtschaftsministerium kamen, mußten darauf verzichten, die reine Lehre in die Tat umzusetzen, und ließen weite Domänen der organisierten Wirtschaft unberührt; als dann in dem siebenjährigen Krieg um das Gesetz, wie man einmal gesagt hat, die organisierten Interessen, allen voran der Bundesverband der Deutschen Industrie, ihren Einfluß geltend machten, mußte die Wettbewerbsidee weitere Terrainverluste hinnehmen.[12] Das Ergebnis, wie es als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1957 verkündet wurde, stellte Böhm alles andere als zufrieden; aber ein erster Schritt war besser als ü-

berhaupt nichts zu tun und gleichgültig zu bleiben. Im Schrifttum zu dem Gesetz wird in der Regel die Formel gewählt, daß das Gesetz auf der Idee des Wettbewerbs beruhe, freilich auch viele Ausnahmen hiervon zugelassen habe, und trotz zwischenzeitlichen Verbesserungen nach wie vor zulasse; wenn wir aber die Dinge beim Namen nennen, dann ist das Gesetz nur zur Hälfte vom Wettbewerb, zur anderen Hälfte aber vom Geist der organisierten Wirtschaft beherrscht. Im Grunde genommen handelt es sich bei unserem Gesetz um ein schizoides Produkt, ein Produkt zweier nicht zu vereinbarenden Inszenierungen der Wirtschaftsordnung, dem man Vergleichbares in der neueren deutschen Gesetzgebungsgeschichte kaum wird zur Seite stellen können.

— Das zweite Beispiel ist theoretischer Natur; wir berühren die Kritik am Begriff der Wirtschaftsverfassung. Eine solche Kritik konnte Gründe der Praktikabilität oder der Ableitungsfähigkeit des Begriffs vortragen (worauf hier nicht weiter einzugehen ist). Sobald aber der Begriff im Sinne Böhms verwendet wurde, nahm die Kritik prinzipielle Züge an. Hier konnte man zwei Wege wählen[13]. Entweder wurde bestritten, daß die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik auf der Markt- und Wettbewerbsfreiheit beruhe, und dann eine Gegenkonzeption entworfen, die gemäß der geschichtlichen Erfahrung gar nicht anders konnte als ihren Stoff der organisierten Wirtschaft zu entnehmen (eine solche Gegenverfassung hat vor allem Kurt Ballerstedt in einer Abhandlung von 1958 entworfen). Oder der Begriff der Wirtschaftsverfassung wurde überhaupt verworfen, eine Attacke, die ihrerseits unterschiedlich motiviert war: die Wirtschaftsverfassung

13) Vgl. Nörr, Im Wechselbad der Interpretationen (oben Fn. 10).

habe - horribile dictu - nur die Erzeugung des Sozialprodukts, nicht seine Verteilung im Auge; der Begriff der Wirtschaftsverfassung würde dazu verleiten, daß die Nationalökonomen und in ihrem Gefolge die Privatrechtsjuristen bei der Interpretation des Grundgesetzes ein Mitspracherecht verlangten (der Kastengeist, der die Verfassungsrechtler um ihr Auslegungsmonopol fürchten ließ); schließlich setze der Begriff der Wirtschaftsverfassung, weil er sich von der Staatsverfassung abhebe, die Trennung von Staat und Gesellschaft voraus, die aber im Lichte des Demokratieprinzips zu verwerfen sei (hier ist in erster Linie Horst Ehmke zu nennen, später Kanzleramtschef unter Willy Brandt, mit der Habilitationsschrift von 1961). Die letzte Spezies der Kritik konnte der wirtschaftlichen Freiheitsidee besonders gefährlich werden; denn war schon die verteilungspolitische Verpönung unseres Begriffs geneigt, den Einfluß des Staats auf die Wirtschaft zu vermehren, so lief die demokratietheoretische Kritik, um ein Stichwort unserer Zeit zu verwenden, endgültig auf die "Kolonialisierung" der Wirtschaft durch den Staat in Form der Mehrheitsherrschaft hinaus.

— Drittens, und wir kommen zum Schluß, ist noch unser Hinweis zu begründen, daß die Zweispurigkeit der Wirtschaftsordnung nicht nur auf offene Weise, sondern auch verdeckt und verschleiert die Bühne beherrscht. Hier ist vor allem der Begriff der Sozialen Marktwirtschaft ins Spiel zu bringen, ein Begriff, der geradezu als Identitätsausweis und Gütesiegel der Bundesrepublik angesehen wird und der daher den unterschiedlichsten Perspektiven ausgesetzt ist; uns geht es um seine die Gespaltenheit der Wirtschaftsordnung gewissermaßen übertünchende Qualität. In groben Zügen können wir in der Sozialen

Marktwirtschaft einen festen Kern und ein weiche Schale unterscheiden[14]. Den Kern bilden Wettbewerb und Marktfreiheit, und nur dieser Kern ist im strengen Sinn theoretisch ausgeformt; hier befinden wir uns im Dominium des Ordoliberalismus. Um diesen Kern legt sich eine breite Schale oder Zone mit unbestimmten Grenzen; wenn von der Sozialen Marktwirtschaft gesagt wird, sie stelle eher ein großes Stück Realität als eine Theorie dar, dann bezieht sich das auf diese Zone, der das Attribut des Sozialen beigegeben worden ist. Sehen wir näher hin, dann können wir aber auch hier unterscheiden und im Sozialen der Sozialen Marktwirtschaft mehrere Bedeutungen spezifizieren; eine dieser Bedeutungen hat nun solche Sektoren der Wirtschaft im Auge, für die, aus welchen Gründen auch immer, die Regeln der Marktwirtschaft überhaupt nicht oder nur in eingeschränktem Maße Geltung beanspruchen könnten, Sektoren also, die sich des Regimes der organisierten Wirtschaft erfreuen sollen. Stellt man diese Bedeutung des Sozialen in Rechnung, dann verwundert es nicht, daß die Soziale Marktwirtschaft keine Schwierigkeiten hatte, die wirtschaftspolitischen Entwicklungen, die die Bundesrepublik durchlaufen hat, terminologisch zu verdauen; also nicht nur das erwähnte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sondern beispielsweise auch die wirtschaftliche Mitbestimmung nach dem Gesetz von 1976 (doch soll die Biopsie der Sozialen Marktwirtschaft hier nicht weitergeführt werden).

---

14) Näheres bei Nörr, Eine Symbiose auf Distanz: Soziale Marktwirtschaft und Rechtsordnung in Deutschland, in: Sozialistische Marktwirtschaft - Soziale Marktwirtschaft: Theorie und Ethik der Wirtschaftsordnung in China und Deutschland, 1996, S. 126.

8.

Überall treffen wir so auf das Phänomen, daß die Dinge nicht beim Namen genannt werden und sie daher in der Lage sind, sich der adäquaten Einordnung und Einschätzung zu entziehen. Wir dürfen nochmals an die Idealmodelle Euckens und seiner Schule erinnern, die dazu geführt haben, daß der fast unermeßliche Raum, der zwischen den Polen der Zentralverwaltungs- und der reinen Verkehrswirtschaft gespannt ist, bloß mit Mischformen und Formverschmelzungen besiedelt wurde (das galt auch für die Erstreckung des Modelldenkens auf andere Bereiche wie die Eigentumsordnung); ungewollt ergab sich hieraus eine Barriere, des Begriffes und der Wirklichkeit, für die der Begriff steht, habhaft zu werden[15] Wäre es aber nicht vielleicht ratsam, die organisierte Wirtschaft als das zu analysieren, was sie ist, das heißt als Wirtschaftstypus und Wirtschaftsordnung eigener Art und eigenen Standes, durchdrungen von einer aus sich geschöpften und nach Ausformung strebenden Teleologie? Dann wäre es möglich, und darauf kommt es an, ihre urtümliche Triebkraft zu erkennen, nämlich das, was man als Gravitation der Macht bezeichnen kann, als die Sympathie, die die Mächte, woher sie auch stammen mögen, zueinander treibt; denn stellt die organisierte Wirtschaft, bei Lichte gesehen, etwas anderes dar als eine heilig-unheilige Allianz der großen Mächte, der "privaten Macht" der Wirtschafts- und Eigentumskonzentrationen, der korporatistischen Macht auf den verschiedenen inter- und paramediären Stufen, und der legitimistischen Macht des Staats in den Formen der Gesetzgebung und öffentlichen Verwaltung?

15) Andere Richtungen und Autoren hatten ganz genaue theoretische und politische Ziele, als sie die Redeweise von der gemischten Wirtschaftsverfassung oder der mixed economy übernahmen; es ging ihnen um die Etatisierung beziehungsweise die Soziologisierung des Privatrechts.

"경제헌법(Wirtschaftsverfassung)"의 관념에 대하여*

— 독일역사상의 한 章 —

Prof. Dr. Wolfgang Nörr**

역자 : 李 俊 燮***

神과 인간을 둘러싼 질서의 거대한 거울이라고 할 수 있는 중세시대의 一體性이 무너지고 철학, 신학 및 정치이론의 비판이 거세어진 결과, 개인들은 새로운 自我와 세계로 나아가는 길이 열렸을 뿐만 아니라, 더불어 사는(공동체의) 새로운 질서를 발견하고 分化시키며 이를 위해 독자적인 이론과 의미론(Semantik)을 발전시키게 되었다. 이는 주지하는 바와 같이 문화사적 그리고 학문사적으로 성공적인 과정이자, 분화 및 전문화의 과정이며, 창조적인 인식의 과정이기도 하였지만, 또한 다양한 형태의 이데올로기를 생산해나가는 과정이기도 하였다. 많은 학문분야들이 이와같은 과정에 참여하였는데, 우리의 테마에서는 新舊의 정치경제학 부문이 두드러진다. 이 부문은 새로운 학문사에서 그의 다양한 刻印과 변형으로 하나의 커다란 영향력을 발휘한 것으로 특징지울 수 있다.

1.

우리가 이와같은 새로운 정치경제학의 언어학상 그리고 의미론 속에서 우리를 둘러보면, 프랑스의 중농학파 또는 19세기 독일 역사윤리학

---

* 이 글은 Nörr교수가 1996년 10월 11일 고려대학교에서 동대학 법학연구소 초청으로 행한 강연의 내용이다.

** 독일 튀빙엔대학 교수

*** 증권거래소 연구위원 · 법학박사

파의 국민경제학이론(National ekonomie)에서 곧바로 경제헌법(Wirtchaftsverfassung)의 개념을 발견할 수 있다.[1] 그러나 그 개념에 대하여는 교과서나 이론 어디에서도 찾을 수 없다; 오히려 그 개념은 여기저기 나타나서 이곳 저곳 비추다가 사라져버리는 도깨비불빛과도 같은 것이었다. 우리가 그 개념을 추론할 수 있는 정밀한 외연적 구조와 정확한 정치적, 법률적 연결점을 인식하게 된 것은 20세기에 이르러서였다.[2]

그 개념이 구체화되는 첫 번째의 연결점은 한편으로는 진화적인 것이었고, 다른 한편으로는 혁명적인 것이었다. 여기서 우리는 역사의 커다란 사건을 잠깐 살펴볼 필요가 있다. 1918년 독일 제국이 무너지고 패전과 함께 비스마르크-빌헬름체제가 붕괴되자, 장래 공화국의 형태를 둘러싼 투쟁이 시작되었는데, 그 투쟁은 본질적으로는 민주주의을 둘러싼 것이거나, 또는 소비에트식의 독재에 관한 것이었다.

이러한 위기상황에서 사람들은 새로운 헌정질서를 만드는 과정에서 점증하는 독재의 위협을 방어하는 수단을 발견하였다. 그 새로운 헌정질서는 단지 국가조직의 헌법만을 의미하거나 고전적인 기본권만을 포함한 것이 아니라, -유럽헌정사에서 처음으로- 국민경제적 구조의 원칙을 표현하고 있다. 다시 말하면 새로운 공화국의 경제정책적, 사회정책적 프로그램의 틀을 형성하고 있는 것이다. 그런 식으로 바이마르헌법에서는 경제질서에 관한 章이 등장하였다.[3] 이 장의 제15조는 정치경제학상 정치적인 의미를 담고 있는 "국민"경제적 사상이 사경제 및 개

1) Vgl. Rudolf Piepenbrock, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg, 1964.

2) 이렇게 지체된 이유에 관하여는 Nörr, Economic Constitution : on the roots of a legal concept, in : The Journal of Law and Regligion 11(1994-1995) (= Festschrift John T. Noonan), S. 343.

3) 이에 관하여는, Nörr, Die Weimarer Nationalversammlung und das Privatrecht, in : Ged chtnisschrift für Wolfgang Kunkel, 1984, S. 317; ders., Arbeitsrecht und Verfassung : das Beispiel der Weimarer Reichverfassung von 1919, in : Zeitschrift für Arbeitsrecht 23(1992), 361.

인경제적 관념을 뛰어넘는 上位개념이라는 점을 분명히 하고 있다. 이와 같은 국민경제관념의 우위에 대한 요청은 특히 정치정당의 측면에서 보면 왼쪽으로는 사회주의정당에서부터 오른쪽으로는 사회적보수주의를 표방하는 정당 (Sozialkonservativen)에 이르기 까지 그리고 역사윤리학파의 국민경제학자 뿐만 아니라 오늘날 정치이념 변혁과정에서 전략적인 이유로 극단을 완화하기 위하여 오랜동안 요구되어 온 바 있다. 바이마르헌법이 여전히 재산권, 계약의 자유, 결사의 자유 등의 경제적 자유권을 포함하고 있지만, 이 모든 권리는 정치적 그리고 사회적 목적을 위한 下位의 개념으로 위치하고 또한 입법자의 재량에 맡겨져 있었다.

2.

그러나 일반적으로 헌법규범은 미래에 대한 슬로건 뿐만이 아니라, 동시대의 상황과 사상을 표현하기 마련이다. 말하자면 헌법은 주어진 현실을 반영하는 것이다. 새로운 것이란 하늘에서 떨어지는 것이 아니라, 주어진 현실로부터 움트는 것이다. 따라서 바이마르헌법의 경제에 관한 章에도 당시의 경제적현실에 지향된 특정한 경제적 형상과 특정한 경제유형적 관념이 기초하고 있다. 만일 이러한 경제적 현실로부터 공통분모를 도출하고자 시도한다면 Eucken(오이켄)이나 고전파로 분류되는 질서자유주의학파(Ordoliberalen)의 모델이 도움을 줄 것이다. 즉 이들 모델에서는 중앙집권관리경제와 시장경제가 그리 거리가 먼 것이 아니다; Eucken은 현실의 경제질서가 미리 정의된 어떤 식의 모델에 부합하지 않는 것이 자연스러운 것이라고 보고, 오히려 양 모델로부터 분리된 형식과 요소들이 단순히 혼합된 또는 융합된 것이라고 파악하였다.: 이런 식으로 양 이상모델과의 범주적 관련성은 단 한 번도 단절되거나 분리된 적이 없고, 역사현실에서 등장하는 경제질서는 단한번도 그 외형에 가장 근접하고, 그 독자성 및 정신에 일치하는 단일한 범주

로 파악될 기회조차 갖지 못하였다고 한다.

역사란 분명히 카테고리로서는 파악할 수 없다; 그러나 만일 역사가 이러한 목적을 흠결하고 있을 때에는 이해할 수 없는 것이기도 하다. 우리는 어떠한 모델이나 이상형으로부터 벗어나 편견없이 현실의 모습에 눈을 돌릴 필요가 있다. 당연히 동시대인은 스스로 그들 시대의 경제방식에 대한 유형적인 종류의 생각들을 형성해왔다; 우리가 커다란 이론적 노력없이 그 시대의 경제질서를 특징지울 수 있는 표현이나 개념을 들어보라고 청했다면, 그 대답은 우선 주저없이 조직(Organisation)의 현상을 들었을 것이고 그 시대의 표현으로서 조직화된(organisierte) 경제의 카테고리를 얘기했을 것이다(또한 "구속된 경제(gebundene Wirtschaft)). 조직이란 표현은 여기서 다음의 세가지 범위와 관련될 수 있었다 : 첫째로 기업의 내부구성, 권한과 통제의 구조, 협력과 종속의 구조와의 관련이 그것인데, 이들은 처음에는 재산권제도에 기초하고 있었다가, 기업에 관한 정치적 관념을 재산과 노동의 산물로서 파악하기 위하여 점차적으로 사회정책적 관념이 짙어진 것들이다(내부조직의 국민경제적 및 사회정책적 의미는 자연히 기업이 처하는 차원과 함께 발전해 나간다). 둘째로 조직(Organisation)은 기업이 다른 기업과 갖는 외부관계에 대하여도 관심을 가지고 있다. 즉 이들이 시장의 주체로서 대응(대칭)하지 않고, 서로 결합해나가고 그럼으로써 일체를 형성하고 영속성을 띠며 그것이 추구하는 목적이 유연 또는 강력한 형식인가에 따라 즉 카르텔 또는 콘체른의 모습으로 나타날 때에는 조직의 개념이 관련된다는 의미이다(만일 거대한 경제적 단체의 부정적 측면을 강조하게 되는 경우 이를 트러스트라고 말한다). 그런데 기업들은 만일 국가나 노동조합에 대하여 자신들의 공동이익을 위한 전선을 구축하고자 하는 때에는 협력할 수도 있다; 바로 이들이 경제단체와 경영자단체이다. 이러한 종류의 조직은 우리를 세 번째 분야로 인도하는 것들인데, 말하자면 경제단체와 국가, 지방자치단체 또는 노동조합등과 같은 공공 또는 半공공기관과의 상호작용에 관한 것이다; 우리

가 얘기한 국민경제 사상은 우선 일차적으로 경제영역에서 국가의 적극적인 역할에 대하여 관심을 갖는데, 그 역할이란 공기업의 형식이든 또는 입법과 행정의 수단을 가지고 私企業을 통제하는 것이든 상관없다.[4]

3.

"조직"이란 용어는 시대마다 그리고 경제유형적으로, 또한 회사의 영역에서 모습을 달리하는 요술의 용어였다. 바이마르헌법은 이러한 상황을 기초로 하였지만, 또한 그러한 상황을 만족스러워 하지도 않았다. 사회주의는 비록 경제질서를 더 이상 혁명화하려고 하지는 않았지만 철저하게 고치려고 하였다. 재산과 노동에 의한 생산은 이제 개별기업의 구조뿐만 아니라 전체국민경제를 결정해야 하며, 적어도 영향력있는 경제분야를 결정해야 하는 것이라고 하였다. 이에 대하여 바이마르 헌법이 강구하고 있는 두가지의 예방수단이 특별한 중요성을 가진다.

그 하나는 私經濟의 산업분야를 소위 공동의 경제(Gemeinwirtschaft)로 이행하는 문제가 직접 다루어지고 있다. 바이마르헌법 제156조 제2항:

독일제국은 공동경제의 목적을 위하여… 긴급히 필요한 경우에는 법률로써 모든 국민의 협력을 이루고, 사용자와 근로자를 경영에 참여시키며 財貨의 생산, 제조, 분배, 소비, 가격형성 및 수출입을 공동의 경제원칙에 따라 규율할 목적으로 자율경영의 기초하에 기업의 조직과 단체를 결합할 수 있다.

둘째로는 全 帝國내에서는 근로자평의회(Arbeiträte) 와 경영위원회라는 계급적 구조가 일반화해야 한다는 것이다. 물론 이제도들이 곧바

4) 조직화된 경제에 관한 상세는 Nörr, Das Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung 1880 bis 1930 : en Beitrag zur Morphologie der organisierten Wirtschaft, in : Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts (Deutsche-japanisches Simposium in Kyoto vom 1. bis 3. Oktober 1992) 1994, S. 15.

로 정치적 평의회체제를 구성해서는 안된다. 바이마르 헌법 제165조: …

(1) 근로자 및 사무직종사자들은 자신들의 사회적·경제적 이익을 위하여 경영근로자평의회, 지역 및 제국근로자평의회에서 법적 대표성을 유지한다.

(2) 지역 및 제국근로자평의회는 전체경제적 목적을 수행하고 각종 사회화법률들을 시행하는 경우에 협력하기 위하여 기업가 및 그밖에 참여시민집단등과 함께 지역— 및 제국경영위원회(Reichswirtschaftsrat)를 구성한다. 지역경영위원회와 제국경영위원회는 사회경제적으로 중요한 직업군들을 모두 포함하여 구성한다.

(3) 제국정부는 사회정책적 및 경제정책적으로 중요한 법률안에 대하여는 상정하기 전에 제국경영위원회에 자문을 위하여 제출하여야 한다. 제국경영위원회는 위와 같은 법률안을 발의할 권리가 있다. 이 법률안에 대하여 제국정부가 동의하지 않는 경우에도 동 경영위원회는 그의 입장을 첨부하여 제국의회에 제출할 수 있다. 제국경영위원회는 그의 1인의 위원을 통하여 제국의회에서 해당 의안에 대하여 변호하도록 할 수 있다.…

헌법제정기관인 제국전국회의(Nationalversammlung)의 讀會에서 각 분야의 대표자(의원)들은 헌법안의 개별 章에 대한 보고를 위탁받았다; 우리가 다루는 경제질서에 관한 章 에 관하여는 사민당 Hugo Sinzheimer의원과 당시 노동법의 대가 한사람이 맡았다. Sinzheimer는 특별한 방식으로 위의 양 조항을 제안하였다[5] 이들 양 조항은 서로 맞물려 새로운 공화국의 경제헌법을 표창하고 있다고 볼 수 있다. 이같은

5) Verhandlungen des Reichtages (der Verfassugngsgebenden Deutschen Nationalversammlung), Band 328, Stenographische Berichte, S. 1748.

경제헌법의 제도적 핵심을 이미 경영위원회 자체에서 발견할 수도 있다. 제156조 제2항과 제165조에 따른 제도의 차이를 설명하기 위하여 Sinzheimer는 첫 번째의 경우에는 "직업"에 따른 경영위원회의 구성에 관하여, 그리고 두 번째의 경우에 관하여는 지역구분에 따른 위원회구성을 언급하고 있다. 후자의 지역적 구성, 즉 피라미드식 구조는 제165조의 법문으로부터 파악될 수 있다; 그러나 Sinzheimer는 이를 제156조 제2항의 직업에 따른 구성으로 , 즉 공동경제와 관련하여 파악하고 있다. 어쨌든 여기서 지역적 구성에 관하여 잠깐 언급하기로 한다.

헌법의 제정논의과정에서 석탄산업이 소위 공동경제(Gemeinwirtschaft)로 편입되었다. 전체적으로 보면 석탄산업은 다음과 같은 외관을 보이고 있다.[6] 소유관계가 변하지 않고 엄격한 의미로는 社會化되지 않은 개별 鑛山을 예외없이 지역단위의 카르텔로 묶어 파악하였는데 이는 곧 강제카르텔(경제단체)이었기 때문에 私法(정확히 말하면 혼합된 私法)이 아닌 公法관계에 속하였다. 이 모든 강제카르텔은 "제국석탄연맹Reichkohlenverband)"이라는 제국차원의 거대한 카르텔로 통합하였다.

전체 카르텔 구조에 대한 통제는 Sinzheimer가 새로운 경제헌법을 설명할 당시 경영위원회(Wirtschftsrat)를 의미하는 "제국석탄연맹"에 의하여 이루어졌다. 제국석탄평의회(Reichkohlenrat)는 제156조 제2항에서 공동경제(Gemeinwirtschaft)의 특징적 標識인 자율경영의 원칙을 구체화하고 있었다. 제국석탄평의회는 기업가, 근로자, 사무직종사자, 상인 및 소비자의 대표로 구성되었다. 일반적으로 제국석탄평의회를 하나의 직능대표자회의(Ständeversammlung)로 표현한다. 즉 석탄산업직무종사자들의 회의라는 것이다. 따라서 "직업"이라는 기준에 초점을 맞추면, 즉 석탄평의회의 직업적 성격으로부터 본다면, Sinzheimer의 말

6) Nörr, Die Leiden des Privatechts : Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschr nkungen, 1994, 2. Kap.(1).

은 옳다. 동 석탄평의회는 물론 그 자체로는 독립적인 것은 아니었고, 아주 광범한 권한과 가격인하결정을 할 수 있는 제국경제장관의 감독하에 있었다. 따라서 석탄산업의 공동경제적 조직은 정치적인 가격결정의 구조로 빠져들 가능성이 있었다. 총체적으로 보면 쉽게 알 수 있듯이, 경제정책의 테크노크래트들의 환상을 실현하는 아주 놀라운 모습이었다; 그러나 그 헌법의 경제성이나 비용에 관하여는(그 문언적 의미 및 해석상의 의미에서) 아무도 감히 의문을 제기하지 못했다.

어떤 강연에서 일정한 발전과정을 서술하고자 할 때에는 대개 계속적으로 다룰 수는 없고, 불연속적인 단계에서 계속 앞으로 나가게 마련이다. Sinzheimer가 의미하는 바의 경제헌법은 바이마르의 정치경제적 현실에서는 결코 성공적인 것이 아니라고 말할 수 있다. 다만 여기서 그 이유를 분석할 수는 없다. 분명히 할 수 있는 것은 바이마르시대에 경제질서를 다루었던 모든 論者들이 결코 위의 경영위원회(Wirtschaftsräte)들이 곧 경제헌법의 핵심을 이룬다고 본 Sinzheimer의 판단에 따른 것은 아니라는 점이다; 그러나 Sinzheimer는 경제헌법의 개념을 어느 정도 예단한 것이고 이를 내용적으로는 증명해보였으므로 사람들은 바이마르경제질서에 대한 다른 해석에 그를 대입하는 것을 꺼려했던 것이다.

우리는 바이마르공화국초기에 Sinzheimer가 사용했던 경제헌법 개념을 파악하고자 했던 첫 번째의 목표는 이루었다; 개념정의를 위한 내부구조는 조직화된 경제의 성분요소들로 구성되어 있었다 : 이는 우리가 꼭 기억해둘 상황이다.

적어도 우리가 주도적인 방향을 관찰하면, 학문상의 논의에서는 경제방식으로서 조직화된 경제를 가지고 이해하고 있었다; 그러나 비판이 제기된 경우에는 이들 학문적 논의들은 조직화된 경제를 전체적인 현상으로 파악하지 않고(우리들은 오늘날 잘못된 질서정책적 비판으로 얘기한다), 이로부터 나온 개별적인 요소들일 뿐이라고 파악하였다. 이러한 요소들 중에서 카르텔이 이미 제1차대전 前에 사람들의 마음을 움직; 1918년 이후에는 범위와 비중에 대한 비판이 증가하였다. 물론 누구도

조직화된 경제의 본질요소로서 카르텔을 관련시키려고 하지 않았다(비판은 오로지 사적인 카르텔에 대한 것이었고, 공적인 강제카르텔에 대한 것이 아니었다); 오히려 카르텔의 활동으로부터 발생하는 폐해가 중지되어야 하는 것으로 보았다. 이러한 의미에서 1923년에 카르텔령(Kartellverordnung)이 나온 것이다. 누구라도 용기와 영향력을 가진 자만이 당시의 지배적 흐름에 거역할 수 있었고, 카르텔을 그러한 것으로 이의를 제기할 수 있었다.

4.

이제 우리의 두 번째 테마에 접근하고자 한다. 카르텔은 모든 사람이 불가피한 것으로 여겼고 그 불가피성은 다양한 방법으로 근거가 제시되었다; 그러나 사람들은 이제 그러한 근거를 하나 하나 비판할 수 있을 뿐만 아니라, 카르텔의 토대를 무너뜨리는 이론을 구성할 수 있게 되었다. 그 후자의 방법이 바로 카르텔을 과격한 방법으로 공격한 Franz Böhm이 선택한 방법이다.[7] 그는 고전적인 국민경제학이론으로부터 競爭理念을 도출하여 이를 법률적 형식으로 재구성한 사람이다; 더 정확히 말하면, 그는 경쟁의 이념에 법제도적 가치를 부여하였다.[8] 여기서 많은 사람들이 질문하는 바는, 경쟁이념에 대한 재이해가 그토록 환상적인가와 우리가 과연 그를 급진적이라고 볼 수 있는가 하는 것이다. 그러나 Böhm이 그의 생각을 발전시켰을 당시에는 —그의 책은 1933년에 출판됨— 경쟁은 오로지 조직화된 경제의 폐해를 시정하는 다양한 수단

7) Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf : eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1993.

8) Vgl. zum Folgenden Nörr, An der Wiege deutscher Identität nach 1945 : Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus, 1993; ders., Die Leiden des Privatsrechts, 3. und 5. Kap.; ders., Franz Böhm, ein Wegbereiter des Privatsrechtgedankens, in : Ordo 46(1995) 27.

중의 하나로서만 취급될 뿐이었다. 그러나 점차 사람들은 경제질서의 기초를 이루고 그 경제질서을 형성하는 원리로서 파악하였다.

Böhm은 경제실체의 한 요소로서의 카르텔을 경쟁이념의 도움을 얻어 개편하고자 하였다; 그는 20세기에 제국경제성에 근무하면서 카르텔의 실체와 그로부터 야기되는 폐해를 가장 가까이에서 관찰할 수 있었다. 그러나 경쟁이 단순히 警句나 이론적인 것이 아니라, 기본적으로 실제 기능을 하고, 더 이상 단순히 기회만을 기다리는 병기창에 머무르지 않고 오히려 질서관념의 성질을 얻자, 전체국민경제에 지향된 사고와 개념에 새로운 지평이 열렸다. 따라서 만일 Böhm이 법률가로서, Sinzheimer와 함께 바이마르헌법을 기초했던 학자가 했던 것 처럼, 경제헌법의 개념을 요구했다면 그렇게 높이 평가받지는 못했을 것이다.

인간적인 사고가 스스로 발전하기 위하여는 많은 노련한 훈련이 필요하다; 그중의 하나가 대조되는 개념쌍을 세우는 일이다. 이는 고대사상에서 실재와 가정, 말하자면 자연과 인간의 인위적 창조를 대비하는 것이 그것이다. 이러한 대칭은 우리의 思想史에서 가끔은 새로운 옷을 입고 회귀하고는 한다; 우리는 중농학파만을 기억하고 그들의 ordre naturel과 ordre positif의 구별만을 기억하고, 또는 합리론을 두고도 영국에서 성장한 혁명적 사고와 프랑스 데카르트류의 구조주의 학파는 구별된다고 하는 Hayek의 논증만을 기억하고 있다. Böhm은 이러한 대비적 사고로부터 벗어나 이들을 완전히 융합하고 있다. 경쟁은 실재하는 독일제국에 귀속된다; 그러나 만일 한 국가에서 경제가 자유로운 경쟁을 하는 경제로서 기초지워지기 위해서는 그때 헌법적 토대와 결단, 말하자면 thesis가 필요하다. Böhm은, 우리가 들은 바로는, 이러한 결단을 바이마르헌법으로부터 도출하지 않고, 두 개의 구법률, 즉 1869년의 영업규칙과 1909년의 불공정경쟁법에 의지하고자 하였다. 말하자면 그는 우리 법률가들이 말하는 바와 같이 헌법개념을 형식적으로가 아니라 실질적으로 사용하였던 것이다.

독일제국사의 견지에서 보면 Böhm은 20세기의 위대한 창조자에 속

한다. 그 이전에는 국민경제의 차원을 독자적인 사상으로 발전시킨 법률가는 거의 없었다; 만일 그러한 사람들이 그런 일을 한다 한들 기껏 국민경제를 조직화된 경제의 형식틀 속에서 관념화하는 일이었을 것이다. 경쟁과 시장이 개별경제분야의 단순한 합성차원이 아니라, 문자그대로 전체국민경제를 구성한다고 하는 것은 당시까지는 지도적인 생각이 아니었다.[9] 비록 많은 사람들이 창의 덧문까지 잠그고 싶어했을 것이지만, Böhm이후에는 이러한 인식은 모든 법률가집단에게 스며들었다(물론 국민경제학파에게는 당연히 오래 걸렸지만). Böhm이후에 경제헌법의 개념도 역시 우선적으로 경쟁과 시장의 관념과 결합하게 된다; 그렇다고 해서 그후 그 개념이 論外의 대상으로 있었다고는 말할 수 없다.

5.

이제 서독의 독일연방공화국이 성립했던 1949년경으로 시간을 돌려본다. 제2차대전은 다른 곳에서와 마찬가지로 독일에서도 전쟁의 필요에 따라 맞춰진 戰時통제경제체제라는 산물을 낳았다; 이러한 산물은 終戰이후에도 유지되었다. 그러나 곧바로 장래의 경제상황을 위한 계획과 프로그램을 고안하였다. 그러한 계획은 사회주의를 모델로 한 계획경제로부터 바이마르시대의 조직화된 경제방식(organiserte Wirtschaftsweise), 그리고 나찌시대에도 살아남은 질서자유주의학파(ordoliberale Schule)에 의하여 알려진 시장 및 경쟁의 경제에 이르기까지가 모두 포함된 것이었다. 계획경제의 모델은 곧바로 기저로부터 와해되었다; 그러나 나머지 두 모델, 즉 조직화된 경제와 자유시장경제에 대하여는 그 승패를 얘기할 수 없다. 다만 역으로 변혁의 시대인 1948년부터 1949까지의 상황을 관찰해보면, 새로운 국가에 각인될 경제질서에 대하여는 서로 아무 것도 모르는 채 똑같은 영화가 중첩상영

9) Fritz Kestner, Freiheit und Zwang in der Gewerbeverfassung der letzten hundert Jahre, in : Recht und Wirtschaft 10(1913) 284.

되는 동시상영과도 같은 것이라고 애기할 수 있다.

이제 이에 관하여 좀더 상세히 설명하고자 한다.[10] 우선 자유시장경제부터 시작해보기로 한다. 시장경제질서는 미국과 영국의 점령지역이 단일 경제지역으로 통합된 이후, 결정적인 해인 1948년에 다양한 영역에서 서로 엇비슷한 비율의 동조자와 반대자를 만났다. 그 역사적 전개과정에서 단일경제지역의 경제관료에 경제학자인 Ludwig Erhard를 任命한 것은 결정적인 方向舵였다. 경제정책과 경제학은 학문적 자문의 형식으로 제도를 정착시키는데 아주 효과적으로 결합하였다. 이로써 시장경제질서가 압도적으로 주도하는 상황이 되었고, Eucken과 Böhm이 이에 처음부터 참여하였다. 1948년 6월에 이루어진 화폐개혁은 시장경제를 향한 첫번째이자 근본적인 걸음이었다;

여기서는 혁명적인 포고령법(Leitsätzegesetz)이 중요한 의미가 있다. 이 법은[11] 여러 章으로 구성되어 있는데; 경영관리에 대한 章은 다음과 같이 시작한다 : 경영관리통제의 해제는 그 유지에 우선한다; 그리고 가격에 대하여는 다음과 같다: 가격통제의 해제는 관청이 정하는 것에 우선한다.

뿐만아니라, 정확히 Böhm의 사상과 일치하는 것인데, 경쟁 및 반독점법을 준비할 것이 요청되었다. 이 포고령법은 곧 탄생하는 연방공화국의 기본문서에 속한다;

---

10) 이에 관하여는 Nörr, Im Wechselbad der Interpretation : der Begriff der Wirtschaftsverfassung im ersten Jahrzwöft der Bonner Republik, in : Kontinuitäten und Diskontunuitäten in den Geistwissenschaftten zwischen den 20er un 50er Jahren, im Druck; ders., Über zwei Konstituenten der deutschen Rechtsentwicklung nach 1045, Kontinuität und Fremdbestimmung : zum Einfluβ der Besatzungsmächte auf die deutsche und japaniche Rechtsordnung 1945 bis 1950 (Deutschen-japanisches Symposion in Tokio vom 6. bis 9. April 1994), 1996, S. 366.

11) Gesetz ber Leitsätzen fpr die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform, vom 24. 6. 1948, Anlage(Gesetz- und Verordnungsblatt des Wirtschaftsrates [später : Gesetzblatt der Verwaltung] des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1948, S. 60).

우리가 경제질서와 관련하여 새로운 독일역사를 관찰하고 또한 1879년의 보호관세법(Schutzzollgesetzen)과 함께 조직화된 경제가 시작되고 활발하게 되었다는 것을 기억한다면, 우리는 그 법을 하나의 패러다임의 변화이자, 우리 역사를 두 개의 분명히 구별되는 반쪽으로 나누어 놓은 과정이었다고 말할 수 있다. 새로운 패러다임은 社會的市場經濟라는 이름으로 정치 및 학문적 용어로 일상적으로 사용되기에 이르렀다(이에 대하여는 다시 詳論); 국민경제학파가 Eucken과 함께 질서정책(Ordnungspolitik)의 개념을 실행에 옮기고; 그리고 법률가들은 그들이 시장경제를 기본법과의 관련하에 규범적 총체로서 그리고 국가헌법의 문서로서 이해하고자 했던 것으로 보아, 경제헌법의 관념에 기초하고 있었다.

6.

그런데 우리는 눈앞에 두 번째의 영화가 펼쳐지기를 기대하고 있다. Erhard와 그 동료들에 의한 경제정책의 개혁이 있은 몇 달 후, 과도기적 성격을 벗어나기 위하여 새로운 국가를 위한 헌법(후에 기본법이라는 명칭이 붙음)의 제정작업을 준비하기 시작하였다. 그런데 잘 알려진 바와 같이 그 제정논의에서 장래의 헌법에는 바이마르헌법상의 경제 및 사회질서를 따르지 말 것이며 기본법에 그와 유사한 章 을 두지 말자는 견해가 지배하고 있었다. 국민경제질서에 대한 기본적인 모습은 미래에, 즉 단순 입법자로서의 의회에 맡겨야 한다는 생각이었다. 필자가 오해하고 있지 않다면, 그 논의과정에서는 그러한 결정(결단)이 이미 내려져 있었다는 어떠한 증거도 발견할 수 없다. 이와 마찬가지로 의원들 사이에서도 시장경제를 주장하는 목소리도 거의 감지될 수 없었다. (다만 CDU의 Walter Strauß는 예외).

어쨌든 새로운 연방공화국의 경제질서는 의식적으로 헌법에 편재되지 않았다. 한편 완전히 다른 측면에서 과연 헌법을 기초했던 의원들에게

는 특정한 경제질서의 형상이 어른거리지 않았을 것인가 그리고 헌법텍스트가 우리에게 경제유형적으로 언급해줄 수는 없는 것인가 하는 문제들이 제기된다. 그런 경우 우리는 사실상 풍부해진다. 기본법의 이러한 유형론적 내용은 망각 속에 빠져 있다; 그런데 법률가들의 입장에서 보면, 법텍스트(여기서는 헌법텍스트)를 어떻게 해석할 것인가 하는 방법과 관련이 있다. 법을 해석하는 데에는 여러 가지 수단이 있다; 여기에는 소위 입법자적 또는 역사해석도 포함한다. 이러한 해석방법은 입법자의 의지에 초점이 맞추어진다. 그러나 법률가는 그 법률을 적용해야 하고 판결을 내려야 한다; 만일 법률가가 역사해석을 한다면 그러한 해석도 다른 모든 해석방법과 마찬가지로 적용과 판결을 지향하고 있다. 이를 경제질서에 대입해보면, 역사해석이란 입법자의 의지를 해석자가 옳다고 생각하는 경제질서에 대한 방향으로 해석하는 것을 의미한다고 할 수 있다. 역사해석도 이러한 방식으로 경제 및 헌법정책적으로 동기부여된다. 그런데 그 모든 노력에도 불구하고 역사적 논의가 얻고자 하는 결정에 기여하지 못하면 그때는 역사해석을 버리고 다른 해석방법을 찾는다. 이 모든 것은 역사학자들이 당연히 거부하는 것이다. 즉 법률가들의 역사해석방법은 역사학자들의 歷史史料的 方法과는 엄격히 구별하여야 한다. 물론 역사사료적으로도 간과하지 말아야 할 점은, 우리가 위에서 본 바와 같이, 기본법텍스트에 얽매여 있는 경제형상이 바로 위에서 얘기한 조직화된 경제(organisierte Wirtschaft)라는 점이다. 우리는 여기서 바이마르박물관에 있는 당시의 논의내용을 언급할 필요는 없고 다만 기본법상의 몇몇 조항을 언급하는 것으로 족하다. 이전의 헌법과 마찬가지로 기본법도 역시 입법권한을 연방과 주에 분배하는 규정을 포함하고 있다. 이와 같은 소위 競合立法을 할 수 있는 분야가 바로 기본법 제74조 제16호의 "경제적 힘의 남용에 대한 방어"에 관한 사항이다. 이 규정은 문언적으로 볼 때 1923년 카르텔령의 제목을 그대로 따온 것이며 또한 조직화된 경제의 壯觀을 보여주는 규정이다. 동조 제15호와 제15조에서 이와 비슷한 규정으로 입법자는 토지, 천연자원 및 생

산수단을 "공동의 소유권 또는 기타 공동관리경제로 이행하는데" 대하여 위임받고 있다; 여기서 , 바이마르헌법 제156조 제2항이 그러했고 Sinzheimer가 그의 경제헌법개념으로 결부시켜 파악했던 것처럼, 공동관리경제(Gemeinwirtschaft)의 개념이 代父역할을 하였다.

7.

입법논의과정에서 나타난 바와 같이 기본법은 이미 그 한해 전에 법률로 규정한 바 있는 시장 및 경쟁경제질서의 형상에 관하여 아무런 표식도 하고 있지 않았다; 이는 기본법이 아는 바도 아니었고, 그렇다고 해서 그 형상을 거부한 것도 아니다. 우리가 표현한 바와 같이 중첩된 화면으로 인하여 우리는 독일연방공화국의 성립사에서 하나의 기본현상문제에 부딪쳐 있고, 또한 경제정책적 및 경제헌법에 관한 양면성에 부닥쳐있다. 그러한 양면성은 다음과 같은 점에서 나타나 있다 : 즉 한편에서는 단순입법자가 자유주의에 기초한 경제의 길로 접어들었고, 그 길을 목적의식을 가지고 계속해서 갔다는 점, 다른 한편에서는 헌법제정권자는 이에 대하여 눈을 감고, 일어나는 발전과정을 고려하지 않고 , —비록 미래의 계획으로 명백히 표현하지는 않았지만— 오히려 조직화된 경제에 동정심을 나타내고 있다는 점이다.

이러한 경제유형론적 양면성이 독일연방공화국역사의 본질요소에 속한다는 사실은 조금도 지나친 얘기가 아니다. 우리는 우리의 경제질서에서 끊임없이 二元的 프로그램화를 만날 수 있다; 그러한 이원적 프로그램화는 명백한 경우도 있지만, 숨겨져 있는 경우도 있다. 뿐만 아니라 이원적 프로그램화의 상호내용은 완전히 다른 종류일 수도 있다. 이하에서는 그러한 관계에 대한 3가지의 예를 들어 본다.

—첫번째의 예를 발견하기 위하여, 입법의 발생사로 눈을 돌려 보자. Böhm과 그의 질서자유주의 동료에게 반독점 및 반카르텔법의 제정은 곧 자유시장경제질서의 試金石이나 다름없었다.

그는 자신의 모든 학문적 정치적 힘을 그 법을 위하여 쏟아 부었다 (Böhm은 1953년부터 1965년까지 CDU의원이었다). 그러나 경제부의 법안들을 보고 그의 순수이론을 실제에 접목하는 것을 포기해야만 했고, 소위 조직화된 경제(organisierte Wirtschaft)가 폭넓게 지배하는 것도 그저 바라보아야 했다; 그리고 입법을 둘러싼 7년간의 싸움과정에서 집단적 이해관계자들 특히 전독일산업연맹(BDI)이 그의 영향력을 행사하게 된 이후에는 경쟁사상은 또한번 그 영역을 상실해야만 했다.[12] 1957년 경쟁제한법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)으로 공포된 결과에 대하여 Böhm은 전혀 만족스럽지 않았다. 그러나 그 첫 번째의 진보는 전혀 아무것도 하지 않았다든지 또는 전혀 변하지 않은 것보다는 나은 것이었다. 이 법을 다룬 대개의 문헌에서는 동법이 경쟁사상을 기초로 하고, 물론 이에 관한 많은 예외를 허용하고 있으며, 그 동안 개선이 있었지만 여전히 예외를 허용한다는 등의 전형적인 서술을 하고 있다. 이 법은 기본적으로 독일입법사에서 유례없는 것으로서 서로 통합할 수 없는 경제질서의 두 그림을 합친 정신분열증적 작품이라는 것이다.

— 두번째의 예는 이론적 성질을 가진다; 우리는 경제헌법의 개념에 대하여 비판하고 있다. 그러한 비판은 그 개념의 실제적 정당성의 근거나 개념도출능력을 제공해줄 수 있었다(이에 관하여는 詳述하지 않는다). 그러나 Böhm이 의미하는 바의 개념을 그 비판은 원칙적인 모습을 인정하고 있었다. 여기서는 두가지 수단을 선택할 수 있었다[13] 그 하나는 과연 연방공화국의 경제헌법이 시장 및 경쟁의 자유를 기초로 하고 있는지, 그리고나서 역사적 경험에 의하여 조직화된 경제의 성분을 분리해내는 것과 똑같이 할 수 있는 반대개념을 상정하고 있는지를 비판하는 방법이다(이미 Kurt Ballerstedt가 그러한 반대개념을 그의 1958년 논문에서 쓰고 있다). 또하나는 경제헌법의 개념자체를 비판하는 방

12) 상세히는 Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 7. Kap.
13) 참조, N rr, Im Wechselbad der Interpretationen(위의 註 10).

법인데, 그 공격은 스스로 상이한 동기를 가지고 있었다 : 즉 경제헌법은 단지 국민총생산에만 관심을 가질 뿐이고, 분배에는 관심이 없다든지; 경제헌법의 개념은 사회적생산의 산물일 뿐이라든지; 또 경제헌법의 개념은 국민경제학파와 사법학자들이 기본법을 해석함에 있어 똑같은 발언권을 요구했었다는 오해를 야기할 수 있다든지(자신들의 해석독점을 빼앗길 것을 우려하는 헌법학자들의 편견); 마지막으로 경제헌법이 정치헌법으로부터 분리된 것이기 때문에 이로 인하여 국가와 사회의 분리를 전제로 하고 있다는 점, 이는 민주주의원리의 견지에서 보면 그릇된 것이라는 점 등의 비판이다(이러한 비판은 먼저 Horst Ehmke, 나중에는 Willy Brandt가 1961년 쓴 그의 교수자격논문에 나타남). 이와 같이 두 번째의 비판방법(경제헌법개념 자체를 비판하는 것)은 특히 경제적 자유주의사상을 위태롭게 할 수 있는 것이다; 왜냐하면 이미 경제헌법에 대한 분배정책적 차원의 폄하는 경제에 대한 국가의 개입의 증대를 요구하는 경향을 보였으므로, 결국 다수결의 형식을 빌어 국가에 의한 경제의 식민화를 낳을 것이라는 민주주의이론에 의한 비판을 받았다.

우리는 아직도 경제질서의 양면성이 공개적인 방식 뿐만 아니라 은폐된 채 그리고 무대를 지배하고 있다는 예를 들어보이는 중이다. 그 세 번째 마지막 예로 사회적 시장경제의 개념이 실제로 기능하기 시작한다는 점이다. 즉 연방공화국의 신분증이자 상품증명으로 간주되고 따라서 아주 다양한 관점에 노출되는 그러한 개념인 것이다; 왜냐하면 그 개념은 경제질서의 조각난 틈을 발라주는 성질을 가지고 있기 때문이다. 대체로 우리는 사회적 시장경제에서 하나의 단단한 核心과 유연한 껍질을 구별해낼 수 있다.[14] 그 핵심을 이루는 것은 경쟁과 시장의 자유이고,

14) 상세는, Nörr, Eine Symbiose auf Distanz : Soziale Marktwirtschaft und Rechtsordnung in Deutschland, in : Sozialistische Marktwirtschaft —Soziale Marktwirtschaft : Theorie und Ethik der Wirtschaftsordnung in China und Deutschland, 1996, S. 126.

이 핵심만이 엄격한 의미에서 이론적으로 형식을 갖추고 있다; 여기서도 우리는 질서자유주의(Ordoliberalismus)의 영역 안에 있음을 알 수 있다. 이러한 核주위에는 아주 광범하고 불특정한 외연을 가진 껍질이 둘러싸고 있다; 사회적 시장경제의 입장에서 말하면, 이는 이론이라기보다는 하나의 장대한 실재하는 부분이고, 그리고 실재하는 부분은 "사회적(Sozialen)"이란 말의 형용사가 부가되는 영역과 관련이 있다. 이를 좀더 상세히 다루어 보면 우리는 사회적 시장경제의 사회적이란 말을 구별하고 그 다양한 의미를 분리해낼 수 있을 것이다; 이 의미들중의 하나는 경제의 일정한 분야에서는 시장경제의 법칙이 전혀 적용되지 않거나 또는 제한된 범위에서만 적용될 수 있는 이유를 설명해줄 수 있다는 의미를 지니고 있다. 즉 조직화된 경제체제를 만족시켜주는 분야에 관해서 말이다. 우리가 사회적이란 말의 이러한 의미를 염두에 둔다면, 사회적 시장경제가 지배한 독일의 경제정책적 발전과정을 언어학적으로 이해하는데 어떠한 어려움도 없을 것이다; 즉 앞서 언급한 경쟁제한법 뿐만 아니라, 1976년의 공동결정법이 그러한 것들이다.

8.

우리는 도처에서 이름을 붙이기 어려워 적절한 자리매김이나 평가를 할 수 없는 그러한 현상을 만나곤 한다. 우리는 다시 한번 중앙집권관리경제와 순수시장경제의 양극사이에 벌어져 있는 무한정한 공간에 단순히 그 양자의 혼합 또는 형식적으로 결합한 형태로써 채우려 한 Eucken의 이상모델이나 그의 학파를 상기해도 좋다 (이는 그러한 모델이념을 재산권질서와 같은 다른 영역에까지 확장하려 하는 것도 마찬가지이다); 이 때문에 바로 그 개념이나 그 개념을 있게한 현실을 파악하는데에 障碍가 생겼다.[15] 그러나 조직화된 경제가 무엇을 말하는지를

15) 다른 방향과 저자들은 그들이 혼합경제 또는 혼합경제헌법이라는 표현을 받아

그 자체로서 분석하는 것은 합리적인 것이 아닐지도 모른다, 즉 고유한 의미와 상태의 경제유형과 경제질서로서 자신으로부터 채워져 스스로 소비되며, 어떤 완성된 형식에 따라 추구하는 목적론적 분석은 현명치 않다는 말이다. 그렇다면 조직화된 경제의 본래적인 추진력을 인식해내는 것이 가능하고, 그것이 결정적인 것일지도 모른다, 말하자면 사람들이 중력으로서 표현할 수 있는 것, 그것은 그 힘의 원천이자 다시 그 힘을 추진하는 공감대 또는 동조감이다; 왜냐하면 조직화된 경제란, 자세히 보면, 神聖한 힘과 世俗的 힘이 결합한 것과는 다른 것이다. 즉 경제 및 재산의 집중이나 조합원의 힘과 같은 "사적 세력"과, 국가의 입법권 및 행정권이 결합된 것과는 다른 것 아닌가?

들였을 때에는, 완전히 같은 내용의 이론적 정치적 목적을 가지게 되었다; 이는 그들에게 있어 정형화 내지 私法의 사회학화를 의미했다.

CONSUMER LAW

– ITS DEVELOPMENT AND PRESENT STATE IN THE U.S. –

Gerald J. Thain*

CONSUMER LAW IN THE UNITED STATES CAN BE SUMMARIZED AS HAVING MOVED FROM AN ORIGINAL CONCEPT OF "CAVEAT EMPTOR" OR "LET THE BUYER BEWARE" IN THE LATE 19TH AND EARLY 20TH CENTURY TO ITS PRESENT STATE WHERE "CONSUMER SOVEREIGNTY" IS THE RULING THEME.

THE DOCTRINE OF "CAVEAT EMPTOR" OR "LET THE BUYER BEWARE" IS AN ANCIENT ONE THAT CAN BE TRACED FAR BACK INTO THE EARLY DAYS OF DEVELOPMENT OF THE ENGLISH COMMON LAW. HOWEVER, THE DOCTRINE REACHED ITS PEAK DURING THE LATE 19TH AND EARLY 20TH CENTURIES WHENTHERE WAS A STRONG BELIEF THAT A TOTALLY FREE AND UNREGULATED MARKET ECONOMY WAS THE MOST EFFICIENT ECONOMIC SYSTEM. LEGAL, POLITICAL AND SOCIAL THEORY WAS ALL DESIGNED TO PROMOTE SUCH A MARKET SYSTEM, INCLUDING AN EMPHASIS ON CAVEAT EMPTOR.[1]

---

* Professor of Law and Consumer Law Professor, University of Wisconsin Law School, USA.

1) SEE HAMILTON, "THE ANCIENT MAXIM CAVEAT EMPTOR," 46 YALE LAW JOURNAL 1133 (1931); BARNARD V. KELLOGG 77 U.S. 383, 388 (1870), WHERE IT IS STATED THAT NO POINT OF COMMON LAW "HAS BEEN BETTER ESTABLISHED OR MORE OFTEN AFFIRMED" THAN THAT OF CAVEAT EMPTOR.

THE HISTORIC DOCTRINE OF CAVEAT EMPTOR WAS DEVELOPED IN THE CONTEXT OF A SOCIETY THAT WAS PRIMARILY RURAL AND AGRARIAN AND WHICH USUALLY INVOLVED THE SALE OF GOODS OR SERVICES BETWEEN INDIVIDUALS WHO LIVED IN THE SAME GENERAL AREA AND WHO NOT ONLY WERE LIKELY TO KNOW EACH OTHER BUT ALSO TO CONTINUE TO LIVE IN THE SAME COMMUNITY. IN SUCH A CONTEXT, THE USE OF "CAVEAT EMPTOR" WAS NOT NECESSARILY HARSH ON PURCHASERS. IF A SELLER TREATED A BUYER UNFAIRLY AND THAT SELLER WAS A PROMINENT RESIDENT OF THE COMMUNITY, IT WAS UNLIKELY THAT THAT SELLER COULD CONSISTENTLY BE UNFAIR TO BUYERS AND STILL MAINTAIN A GOOD REPUTATION IN THE COMMUNITY. PEOPLE WOULD BE AWARE OF THIS, WHETHER THE SELLER WAS SOMEONE WHO REGULARLY SOLD ITEMS TO THE POPULACE OR WAS, FOR EXAMPLE, A FARMER WHO WOULD SOMETIMES SELL OR TRADE FARM ANIMALS OR EQUIPMENT TO OTHER FARMERS.

AS SOCIETY IN THE UNITED STATES EVOLVED FROM A PRIMARILY RURAL SOCIETY AND ECONOMY INTO AN INCREASINGLY INDUSTRIALIZED ONE, THE DOCTRINE OF CAVEAT EMPTOR, WHICH HAD BEEN ONE OF THE DOCTRINES OF ENGLISH COMMON LAW THAT HAD FOUND GENERAL ACCEPTANCE IN THE COURTS AND LEGISLATURES OF THE UNITED STATES BEGAN TO BE CHALLENGED. NO LONGER WERE MOST CONSUMER TRANSACTIONS BETWEEN PEOPLE IN THE SAME GENERAL AREA; NOW, IT HAD BECOME COMMON IN LARGE CITIES WITH MORE TRANSIENT POPULATIONS FOR

BUYERS OF GOODS FOR THEIR OWN USE TO DEAL WITH SELLERS THEY HAD NEVER MET AND WHO DID NOT NEED TO RELY ON THE CONTINUED GOOD WILL OF EVERY PERSON WITH WHOM THEY DID BUSINESS TO CONTINUE TO CONDUCT A BUSINESS. DISHONEST MERCHANTS COULD OPERATE BRIEFLY IN ONE PLACE, THEN TAKE THEIR GAINS AND MOVE TO ANOTHER PART OF THE CITY OR ANOTHER CITY. ALSO, AN INCREASING NUMBER OF SALES WERE MADE BY MAIL ORDER WITH NO PERSONAL CONTACTS BETWEEN THE BUYERS AND SELLERS. THESE TRENDS LED MANY TO BELIEVE THAT THERE SHOULD BE PROTECTION FOR CONSUMERS OF GOODS AND SERVICES FROM PRACTICES OF SELLERS THAT WERE UNFAIR OR DECEPTIVE. THIS WAS BASED IN PART, ON THE THEORY THAT "CAVEAT EMPTOR" MAY HAVE BEEN REASONABLE WHEN APPLIED TO TRANSACTIONS INVOLVING TWO PARTIES OF ROUGHLY COMPARABLE BARGAINING POWER, SUCH AS TWO FARMERS IN THE SAME RURAL COMMUNITY, BUT NOT WHEN APPLIED TO TRANSACTIONS THAT INVOLVED A SELLER OF SIGNIFICANT SIZE AND ECONOMIC POWER WHO WAS DEALING WITH AN INDIVIDUAL PURCHASER WITHOUT COMPARABLE POWER. WHEN TRANSACTIONS INVOLVED PARTIES OF SUCH DISPARITE STRENGTH, THEN THE LAW SHOULD PROVIDE PROTECTION TO THE BUYER/CONSUMER RATHER THAN PLACING THE BURDEN OF RESPONSIBILITY ON HIM OR HER.

THERE HAVE BEEN THREE MAJOR WAVES OF CONSUMER PROTECTION ACTION IN THE UNITED STATES, INSOFAR AS ITS LEGAL STRUCTURE IS CONCERNED.

THE FIRST WAVE OCCURRED IN THE PERIOD AROUND 1906-1919 WITH THEESTABLISHMENT OF THE "PROGRESSIVE" MOVEMENT AND THE ADOPTION OF MEASURES TO OVERCOME THE RULE OF "CAVEAT EMPTOR." DURING THISPERIOD, LAWS WERE ADOPTED BY THE U.S. CONGRESS TO REQUIRE GREATER SAFETY OF FOOD AND DRUG PRODUCTS SOLD TO CONSUMERS. ALSO DURING THIS PERIOD, THE FEDERAL TRADE COMMISSION WAS ESTABLISHED IN 1914. IT IS AN ADMINISTRATIVE AGENCY WITH THE AUTHORITY TO PROHIBIT "UNFAIR"ACTS OR PRACTICES" IN COMMERCE, WHETHER THE UNFAIRNESS IS TO COMPETITION OR TO CONSUMERS. ITS ACTIONS ARE SUBJECT TO REVIEW BY THE FEDERAL COURTS OF THE UNITED STATES, WHICH, BY LAW, ARE EXPECTED TO GIVE REASONABLE DEFERENCE TO THE ACTIONS OF IT AND OTHER ADMINISTRATIVE AGENCIES.[2)]

CONSUMER PROTECTION LAW RECEIVED ITS NEXT STRENGTHENING IN THE UNITED STATES DURING THE 1935-39 PERIOD OF THE SO-CALLED NEW DEAL OF PRESIDENT FRANKLIN D. ROOSEVELT AND HIS ADMINISTRATION. DURING THIS TIME, MANY PROBLEMS RELATED TO THE GREAT DEPRESSION OF THE 1930S WERE ADDRESSED BY NEW LEGISLATION. AMONG SUCH LEGISLATION WERE ACTS INCREASING THE POWER AND JURISDICTION OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION, THE FOOD & DRUG ADMINISTRATION AND OTHER AGENCIES, TO PROVIDE GREATER CONSUMER PROTECTION.[3)]

---

2) SEE MCMANIS "UNFAIR TRADE PRACTICES IN ANUTSHELL" 367-390(1993).

3) MCMANIS, SUPRA,AT P.369

ALSO, DURING THIS PERIOD, AN IMPORTANT PRIVATE ORGANIZATION, CONSUMERS UNION, WAS BORN. IT REMAINS THE LARGEST CONSUMERS ORGANIZATION IN THE U.S. AND IT ENGAGES IN TESTING CONSUMER PRODUCTS AND RATING THEIR QUALITY IN ITS MONTHLY PUBLICATION "CONSUMER REPORTS."[4)]

THE LATEST WAVE OF NEW ACTIVITY IN CONSUMER PROTECTION LAW IN THE U.S. BEGAN IN THE MID-1960S AND CAN BE CONSIDERED, TO A LARGE DEGREE, THE RESULT OF THE ACTIVITY OF ONE MAN, RALPH NADER. MR. NADER IS A LAWYER WHO PUBLISHED IN 1965, A BOOK ENTITLED "UNSAFE AT ANY SPEED" WHICH ATTACKED THE GENERAL MOTORS COMPANY FOR MARKETING WHAT NADER CONSIDERED TO BE AN UNSAFE VEHICLE – THE CHEVROLET CORVAIR. EFFORTS BY GENERAL MOTORS TO INVESTIGATE AND ATTACK NADER'S MOTIVES WERE UNSUCCESSFUL. INDEED, NADER EVENTUALLY RECEIVED A LARGE SETTLEMENT FROM GENERAL MOTORS IN RESPONSE TO A LAW SUIT BROUGHT BY NADER AGAINST THE COMPANY FOR ITS ACTIONS AGAINST HIM. (THE FULL STORY OF THIS EPISODE IS TOLD IN "THE INVESTIGATION OF RALPH NADER" BY THOMAS WHITESIDE (ARBOR HOUSE, 1972). NADER USED THIS SETTLEMENT MONEY TO ESTABLISH THE FIRST OF SEVERAL CONSUMER ORGANIZATIONS AND PUBLIC INTEREST LAW FIRMS, ALL OF WHICH WERE DESIGNED TO REPRESENT CONSUMER INTERESTS BY STUDYING AND REPORTING ON

4) SEE CONSUMERS UNION OF THE UNITED STATES V. THEODORE HAMM BREWING CO., 314 F.SUPP 697 (D.C. CONN 1970).

THE ACTIVITIES NOT ONLY OF COMPANIES PROVIDING GOODS AND SERVICES TO CONSUMERS BUT ALSO THE EFFECTIVENESS (OR LACK OF EFFECTIVENESS) OF GOVERNMENT AGENCIES CHARGED WITH VARIOUS ASPECTS OF CONSUMER PROTECTION. NADER REMAINS VERY ACTIVE TODAY AND IS PERHAPS THE BEST KNOWN LAWYER AND CERTAINLY THE BEST KNOWN CONSUMER ADVOCATE IN THE WORLD. HIS ACTIVITIES HAVE LED TO MANY NEW LAWS, ADMINISTRATIVE RULES, AND MORE AGGRESSIVE ENFORCEMENT OF CONSUMER RIGHTS IN THE U.S.A.

DURING THIS SAME PERIOD, ADDITIONAL CONSUMER PROTECTION MEASURES WERE PASSED, INCLUDING LAWS REQUIRING PRECISE DISCLOSURE OF CONSUMER CREDIT INFORMATION, LAWS PROTECTING DEBTORS FROM HARRASSMENT AND LAWS GRANTING ADDITIONAL POWER TO THE FEDERAL TRADE COMMISSION. ALSO, THE INCREASED INTEREST IN CONSUMER PROTECTION RESULTED IN EVERY ONE OF THE FIFTY STATES IN THE UNITED STATES ADOPTING A STATE LAW OF UNFAIR PRACTICES AND CONSUMER PROTECTION AND A MECHANISM TO ENFORCE THOSE LAWS. USUALLY, ENFORCEMENT WAS PLACED IN THE OFFICE OF THE STATE ATTORNEY GENERAL. IN SOME INSTANCES, A STATE ADMINISTRATIVE AGENCY, SIMILAR TO THE FEDERAL TRADE COMMISSION, WAS ESTABLISHED. IN SOME STATES, SUCH AS WISCONSIN, BOTH APPROACHES WERE USED, WITH THE OFFICESSHARING ENFORCEMENT AUTHORITY.

AS CONSUMER PROTECTION LAWS AND THEIR ENFORCE-

MENT BECAME MORE PROMINENT IN THE U.S., THE DOCTRINE OF CAVEAT EMPTOR CAME UNDER INCREASING ATTACK AND WAS REPLACED BY THE CONCEPT OF "CONSUMER SOVEREIGNTY" AS THE UNDERLYING THEORY OF CONSUMER LAW. THIS IS CONSIDERED AN IDEAL SYSTEM WHICH THE CONSUMER PROTECTION LAWS AND CASES VIEW AS A GOAL, NOT NECESSARILY THE REALITY OF THE ECONOMIC SYSTEM IN ALL OF ITS EVERYDAY OPERATION AS IT AFFECTS CONSUMERS —— BUT A GOAL THAT IS APPROPRIATE AND WHICH SHOULD BESOUGHT.

UNDER THE CONCEPT OF CONSUMER SOVEREIGNTY, IT IS BELIEVED THATMARKETS WORK TO THE GREATEST BENEFIT OF THE CONSUMER WHEN THEYARE CHARACTERIZED BY THREE ELEMENTS :

TRUE COMPETITION;

PERFECT INFORMATION;

MINIMUM GOVERNMENT FIAT.

TRUE COMPETITION IS NEEDED BECAUSE, IN THE ABSENCE OF COMPETING SELLERS, CONSUMERS WILL NOT HAVE MEANINGFUL CHOICES AMONG PRODUCTS. UNDER THE CONSUMER SOVEREIGNTY THEORY, THE ONLY APPROPRIATE SOLE SELLERS ARE NATURAL MONOPOLIES (SUCH AS PUBLIC UTILITIES).

PERFECT INFORMATION MEANS THAT EVERYTHING THAT MIGHT BE RELEVANT TO A CONSUMER'S DECISION TO PURCHASE A PRODUCT EITHER IS AVAILABLE OR CAN EASILY BE OBTAINED. IT ALSO MEANS THAT THERE WILL BE NO FALSE OR MISLEADING STATEMENTS MADE BY SELLERS IN

MARKETING THEIR PRODUCTS BECAUSE SUCH MISINFORMATION CAN DISTORT THE MARKETPLACE.

THE THIRD ELEMENT, MINIMUM GOVERNMENT FIAT, DOES NOT MEAN THAT THE GOVERNMENT WILL NOT BE ACTIVE IN REGULATING THE MARKETPLACE. TO THE CONTRARY, THE THEORY OF CONSUMER SOVEREIGNTY PRESUPPOSES THAT THE GOVERNMENT WILL TAKE ANY NECESSARY STEPS TO INSURE THAT TRUE COMPETITION AND MORE NEARLY PERFECT INFORMATION ARE PRESENT. HOWEVER, IT ALSO ASSUMES THAT THE GOVERNMENT WILL TAKE NO STEPS TO LIMIT CONSUMER CHOICE UNLESS SUCH STEPS ARE FULLY JUSTIFIED. FOR EXAMPLE, THE NEED TO PROTECT THE ENVIRONMENT OR THE SAFETY OF INDIVIDUAL CONSUMERS MAY NECESSITATE CONTROLS ON AUTOMOBILE EMISSIONS OR SAFETY FEATURES ON LAWN MOWERS. HOWEVER, IT WOULD BE INAPPROPRIATE UNDER CONSUMER SOVEREIGNTY FOR THE GOVERNMENT TO REQUIRE ALL MAGAZINES TO BE A SINGLE SIZE, FOR EXAMPLE, BECAUSE THERE IS NO JUSTIFICATION TO TAKE THAT CHOICE AWAY FROM CONSUMERS.

UNDER CONSUMER SOVEREIGNTY AND U.S. CONSUMER PROTECTION LAW, ATTENTION IS GIVEN TO THE NATURE OF THE PURCHASERS OR EXPECTED PURCHASERS OF CONSUMER PRODUCTS. WHEN THE EXPECTED AUDIENCE IS MOSTLY YOUTH OR MOSTLY THE ELDERLY, OR MOSTLY THE POOR OR OTHER DISADVANTAGED GROUPS, THEN THE FOCUS IS PLACED ON THE WAY REASONABLE MEMBERS OF THESE GROUPS WOULD RECEIVE INFORMATION AND THEIR LIKELY

PROBLEMS (IF ANY) WITH A PRODUCT OR SERVICE PROFFERED TO THEM. BY CONTRAST, IF A CONSUMER PRODUCT IS SOLD MAINLY TO A GENERAL AUDIENCE TYPICAL OF THE ENTIRE POPULATION, THEN IT IS THE LIKELY ACTION OF REASONABLE MEMBERS THAT GENERAL AUDIENCE THAT IS THE FOCUS OF ATTENTION.[5]

WHEN THERE IS INADEQUATE CONSUMER SOVEREIGNTY AND AN INJURY TO CONSUMERS RESULTS, THE FOCUS OF ATTENTION BY CONSUMER ADVOCATES IN THE PUBLIC AND PRIVATE SECTORS IS ON THE CONSEQUENCES OF THE CONDUCT. IS THE RESULT OF INAPPROPRIATE ACTIVITY AN ECONOMIC INJURY OF A SIGNIFICANT NATURE TO EACH CONSUMER OF THE PRODUCT OR SERVICE INVOLVED? THIS WOULD BE THE CASE, FOR EXAMPLE, WHEN AN AUTOMOBILE, OR OTHER HIGH PRICED PRODUCT, WAS SOLD WITH MISREPRESENTATION CONCERNING ITS SAFETY OR WARRANTY OR OTHER BASIC MATTERS ASPECTS OF AN AUTOMOBILE.

ANOTHER POSSIBILITY IS THAT THE CONSUMER INJURY WILL NOT BE SIMPLY ECONOMIC BUT PHYSICAL. FOR EXAMPLE, A NON-PRESCRIPTION DRUG WHICH IS INEXPENSIVE AND IS SATISFACTORY FOR THE AILMENT FOR WHICH IT IS USED BUT HAS CONTRAINDICATIONS OR SIDE EFFECTS FOR SOME CONSUMERS. IN THESE CASES, THE PROBLEMS OF CONTRAINDICATION OR SIDE EFFECTS MUST BE DISCLOSED IN A MANNER THAT IS CLEAR AND CONSPICUOUS AND THAT

---

5) SEE CLIFFDALE ASSOCIATES, INC., 103 F.T.C. 110(1984); CF. CHARLES OF THE RITZ DISTRIBUTING CORP. V. FTC, 143 F.2D 676 (2D CIR. 1944).

WILL BE RECOGNIZED BY CONSUMERS OF THE PRODUCT. WITHOUT SUCH DISCLOSURE, THE PERFECT INFORMATION COMPONENT OF THE CONSUMER SOVEREIGNTY MODEL IS NOT MET.

ANOTHER POSSIBILITY OF INJURY WHEN THE CONSUMER SOVEREIGNTY MODEL IS NOT OPERATING IS A SITUATION WHERE FAILURE OF THE MODEL LEADS TO A SMALL ECONOMIC INJURY TO INDIVIDUAL CONSUMERS BUT A SUBSTANTIAL INJURY TO CONSUMERS OVERALL. ONE EXAMPLE OF THIS OCCURRED WHEN A BREAD COMPANY IN THE UNITED STATES MISREPRESENTED THE QUALITY OF ITS BREAD AS MORE NUTRITIOUS THAN WAS ACTUALLY THE CASE. CONSUMERS PAID A SLIGHTLY HIGHER PRICE FOR THIS BRAND OF BREAD BECAUSE OF THEIR ERRONEOUS BELIEF THAT THIS BRAND WAS SUPERIOR TO OTHER BRANDS OF BREAD. ALTHOUGH THE INDIVIDUAL LOSS TO EACH CONSUMER PAYING THIS HIGHER PRICE WAS SMALL FOR EACH PURCHASE, OVER THE COURSE OF A YEAR, THE LOSS TO CONSUMERS WAS MANY MILLIONSOF DOLLARS.[6]

THE IMPACT OF THE INJURY TO CONSUMERS CAUSED BY A VIOLATION OF THE CONSUMER LAWS IS USED BY CONSUMER ADVOCATES AND LAW ENFORCEMENTS AGENCIES TO DETERMINE THEIR PRIORITIES IN ENFORCING THE LAWS.[7]

---

6) SEE ITT CONTINENTAL BANKING CO., 83 F.T.C. 865 (1973), MODIFIED AND ENFORCED, 532 F.2D 207 (2D CIR. 1976).

7) SEE ELMAN, "ADMINISTRATIVE REFORM OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION," 59 GEORGETOWN LAW JOURNAL 777 (1971); KINTER & SMITHY "THE EMERGENCE OF THE FTC AS A FORMIDABLE CONSUMER PROTECTIONAGENCY" 26 MERCER LAW REVIEW 651(1975).

ONE USEFUL WAY OF CONSIDERING CONSUMER TRANSACTIONS AND CONSUMER LAW IS LOOK AT CONSUMER TRANSACTIONS AS A THREE-STAGE PROCESS. THE FIRST STAGE IS THE PRE-PURCHASE STAGE DURING WHICH POTENTIAL PURCHASERS OF CONSUMER GOODS OR SERVICES ARE THE RECIPIENTS OF MARKETING AND ADVERTISING THAT PROMOTES GOODS AND SERVICES. THE QUESTION OF THE QUALITY OF THE GOODS AND SERVICES ALSO MAY BE OF CONCERN AT THIS STAGE BECAUSE IF SHODDY MERCHANDISE IS BEING OFFERED, THE BEST TIME TO PROTECT THE CONSUMER IS BEFORE THE PRODUCT ACTUALLY MAKES IT TO THE MARKETPLACE.

THE SECOND STAGE OF CONSUMER TRANSACTION WHERE CONSUMER LAW MAY BECOME PERTINENT IS THE TIME OF PURCHASE OF THE PRODUCT. ISSUES THAT ARE PARTICULARLY IMPORTANT AT THAT TIME ARE THE QUALITY AND SAFETY OF THE PRODUCT (OR SERVICE), THE NATURE OF ANY WARRANTY THAT IS OFFERED WITH THE PRODUCT, THE QUESTION WHETHER THE PRODUCT OR SERVICE IS BEING OFFERED AT A FAIR PRICE OR NOT, AND THE TERMS OF CREDIT IN THE EVENT THAT THE PRODUCT IS NOT BEING PURCHASED FOR CASH BUT IS BEING SOLD ON A CREDIT BASIS.

THE THIRD STAGE OF CONSUMER TRANSACTIONS WHERE CONSUMER LAW MAY BECOME PERTINENT IS THE POST PURCHASE STAGE. AFTER A PURCHASE HAS BEEN MADE, ISSUES OF THE QUALITY OF THE PRODUCT OR SERVICE MAY SURFACE, AND, IF THERE IS A PROBLEM THAT RAISES QUES-

TIONS OF WARRANTY COVERAGE, AND THE SELLER/WARRANTOR DOES NOT ABIDE BY THE TERMS OF ITS WARRANTY, THERE IS A NEED FOR RECOURSE FOR THE CONSUMER. SIMILARLY, IF THE TRANSACTION WAS A CREDIT TRANSACTION, THE SELLER/CREDITOR IS OBLIGED TO FOLLOW THE TERMS OF CREDIT LAWFULLY AGREED TO AT THE TIME OF THE TRANSACTION. IF THE DEBTOR IS UNABLE TO MAKE CREDIT PAYMENTS IN ACCORDANCE WITH THE TERMS OF CREDIT, THEN THE CREDITOR IS ENTITLED TO TAKE REASONABLE STEPS TO COLLECT ITS JUST DEBT BUT THE CONSUMER IS ENTITLED TO BE FREE FROM HARASSMENT IN THE DEBIT COLLECTION PROCESS. IN THE YEARS BEFORE THE RISE OF CONSUMER PROTECTION LAWS IN THE UNITED STATES, IT WAS NOT UNCOMMON FOR SOME CREDITORS TO PURSUE DEBTORS BY CONTACTING THEM AT SEVERAL TIMES DURING LATE NIGHT HOURS, OR TO SEND MESSAGES TO EMPLOYERS OF DEBTORS BELITTLING THE CHARACTER OF THE CONSUMER, AND SIMILAR ACTIVITIES.

I NOW TURN TO A CONSIDERATION OF SOME OF THE MAJOR WAYS IN WHICH CONSUMER LAW IN THE UNITED STATES ADDRESSES PROBLEMS AT EACH OF THE THREE ABOVE-NOTED STAGES OF CONSUMER TRANSACTIONS.

AT THE PRE-PURCHASE STAGE, CONSUMER LAW IN THE UNITED STATES PROTECTS CONSUMERS PRIMARILY THROUGH THE ACTION OF PUBLIC GOVERNMENTAL UNITS —— MOSTLY ADMINISTRATIVE AGENCIES SUCH AS THE FEDERAL TRADE COMMISSION AND THE FOOD & DRUG ADMINISTRATION(HOWEVER, AT THE LEVEL OF INDIVIDUAL

STATES, THE OFFICES OF THE STATE ATTORNEY GENERALS ARE OFTEN INVOLVED).

ACTIONS TO PROTECT CONSUMERS INVOLVE ENFORCEMENT OF THE LAWS THAT PROHIBIT DECEPTIVE, MISLEADING OR UNFAIR ADVERTISING AND MARKETING PRACTICES AND TO REQUIRE PROPER DISCLOSURE ON PACKAGES AND ADVERTISING OF THE LIMITS OF A PRODUCTS EFFECTIVENESS. FOR EXAMPLE, SELLERS OF PRODUCTS THAT ARE USED TO GROW HAIR ON BALD HEADS MUST DISCLOSE THAT 95% OF ALL BALDNESS IN MEN IS DUE TO A MEDICAL CONDITION KNOWN AS MALE PATTERN BALDNESS AND FURTHER DISCLOSE THAT NO PRODUCT WILL BE ABLE TO CHANGE BALDNESS THAT IS DUE TO THAT CONDITION.

CONSUMER PROTECTION AT THE TIME OF PURCHASE INVOLVES A MIXTURE OF PUBLIC AND PRIVATE LAW ACTIONS IN THE UNITED STATES. AT THIS STAGE, THERE REMAINS THE POSSIBILITY THAT PUBLIC AGENCIES WILL ENFORCE THE RULES AGAINST DECEPTION OR A FAILURE TO PROVIDE THE WARRANTY OR QUALITY OF A PRODUCT REQUIRED BY LAW. THERE IS A GREATER LIKELIHOOD OF LAW SUITS ON BEHALF OF CONSUMERS SEEKING INDIVIDUAL DAMAGES AT THIS STAGE OF THE TRANSACTION THAN AT THE PRE-PURCHASE STAGE. THERE ARE A SIGNIFICANT NUMBER OF CASES WHERE INDIVIDUAL CONSUMERS HAVE WON DAMAGES FROM COMPANIES FOR VIOLATIONS OF CONSUMER LAW, SUCH AS THOSE PROHIBITING MISREPRESENTATION OR REQUIRING THAT SPECIFIC WARRANTY COVERAGE BE PROVID-

ED TO CONSUMERS.[8]

AT THE POST-PURCHASE STAGE OF CONSUMER TRANSACTIONS, AGAIN THERE IS THE POSSIBILITY OF EITHER ACTION BY PUBLIC BODIES OR BY PRIVATE LAW SUITS TO ENFORCE THE APPLICABLE CONSUMER LAWS.

IN THE UNITED STATES, THE TERM "PRIVATE LAW" IS GENERALLY USED TO INDICATE ACTION BY A PRIVATE CITIZEN AGAINST ANOTHER PRIVATE PARTY —— EITHER ANOTHER INDIVIDUAL OR A COMPANY. A "PUBLIC LAW" SITUATION IS ONE THAT INVOLVES ACTION BY A PUBLIC BODY, SUCH AS THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE OF THE INDIVIDUAL STATES OR BY AN ADMINISTRATIVE AGENCY OF THE FEDERAL GOVERNMENT OR ONE OF THE STATE GOVERNMENTS.

IT IS GENERALLY RECOGNIZED THAT THERE ARE LIMITS TO THE ABILITY OF "PRIVATE LAW" ACTIONS TO ENFORCE CONSUMER LAWS, WITH THE RESULT BEING THAT ACTION BY PUBLIC AGENCIES IS GENERALLY GIVEN MORE EMPHASIS BY CONSUMER ADVOCATES IN THE UNITED STATES. THE MOST SIGNIFICANT HURDLE FOR PRIVATE LAW ACTIONS ON BEHALF OF CONSUMER IS THE COST OF PAYING FOR A LAWYER AND THE EXPENSES OF LITIGATION THAT MUST BE PAID BY THE PLAINTIFF —— THAT IS, THE PARTY BRINGING THE ACTION IN A LAW SUIT. THE MAJORITY OF INDIVIDUAL

---

8) SEE "KINNEY & LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY FOR BUSINESS LAWYERS" AT 215-243 (8TH ED. 1995). SEE GENERALLY WESTON, MAGGS & SCHECHTER, "UNFAIR TRADE PRACTICES& CONSUMER PROTECTION" (5TH ED. 1992).

CONSUMER TRANSACTIONS DO NOT INVOLVE SUFFICIENTLY LARGE SUMS OF MONEY TO JUSTIFY THE COST OF A LAW-SUIT, SO INJURED CONSUMERS IN SUCH CASES OFTEN SEEK OR HOPE FOR PUBLIC ACTION. PUBLIC ACTION MOST OFTEN RESULTS IN AN INJUNCTION AGAINST THE COMPANY THAT VIOLATED THE CONSUMER PROTECTION LAWS. IN SOME CASES, FINES MAY BE IMPOSED AND, IN CASES WHERE CER-TAIN SPECIFIC STATUTES ARE VIOLATED, A COMPANY MAY BE COMPELLED TO PROVIDE RESTITUTION TO THE AG-GRIEVED CONSUMERS BY PAYING THE AMOUNT TO INDIVIDU-AL CONSUMERS THAT WAS LOST, DUE TO THE MISCONDUCT OF THE COMPANY.[9]

THERE ARE SOME SIGNIFICANT EXCEPTIONS TO THE GEN-ERAL RULE THAT PRIVATE LAW IS TOO EXPENSIVE AN AVENUE FOR ENFORCEMENT OF CONSUMER PROTECTION. FOR EXAMPLE, LEGAL PROCEDURE IN THE UNITED STATES SOMETIMES WILL ALLOW A "CLASS ACTION" IN WHICH A LAW SUIT IS INITIATED ON BELIEF OF ALL MEMBERS OF AN INJURED CLASS. THESE ACTIONS ARE MOST COMMON WHERE THERE IS TORT LIABILITY FOR AN INJURY TO A GROUP OF PEOPLE CAUSED BY ONE PRODUCT OR ONE COMPANY. EXAM-PLES IN RECENT YEARS IN THE UNITED STATES INCLUDE LAW SUITS FOR THE CLASS OF CONSUMERS HARMED BY UN-DISCLOSED EXPOSURE TO ASBESTOS, WITH RESULTANT PHYSICAL INJURY OR ILLNESS AND THE CLASS OF INDIVIDU-ALS WHO SUFFERED HARM AS A RESULT OF BREAST IM-

---

9) SEE MCMANIS, "UNFAIRTRADE PRACTICES"(1993).

PLANT SURGERY. ANOTHER EXAMPLE WAS AN ACTION ON BEHALF OF ALL CONSUMERS WHO HAD BEEN OVER-CHARGED FOR AIRLINE TICKETS DURING A SPECIFIC PERIOD OF TIME, DUE TO A CONSPIRACY AMONG AIRLINE COMPANIES TO KEEP PRICES HIGHER THAN A TRULY COMPETITIVE MARKET WOULD HAVE PROVIDED(A CLASSIC VIOLATION OF THE "TRUE COMPETITION" ELEMENT OF CONSUMER SOVEREIGNTY).

CLASS ACTIONS ARE NOT WITHOUT CONTROVERSY IN THE U.S. THEY SOMETIMES RESULT IN SETTLEMENTS THAT DO NOT PROVIDE SATISFACTORY COMPENSATION AS FAR AS SOME MEMBERS OF THE CLASS ARE CONCERNED, BUT THE POSSIBILITY OF REJECTING THE SETTLEMENT AND SEEKING DAMAGES ON AN INDIVIDUAL BASIS MAY BE TOO COSTLY AND TIME CONSUMING TO BE PURSUED BY INDIVIDUAL CONSUMERS. NONETHELESS, THE CLASS ACTION IS A POSSIBLE AVENUE FOR REDRESS FOR AGGRIEVED CONSUMERS IN THE UNITED STATES.

ANOTHER POSSIBILITY FOR PRIVATE LAW ACTION TO ASSIST CONSUMERS IS THE USE OF "PUNITIVE DAMAGES." AS THE PHRASE INDICATES, PUNITIVE DAMAGES ARE DAMAGES THAT ARE ASSESSED AS A PUNISHMENT FOR MISCONDUCT BY A COMPANY AND SUCH DAMAGES MAY BE MUCH LARGER THAN THE ACTUAL LOSS SUFFERED BY A CONSUMER. THE THEORY BEHIND PUNITIVE DAMAGES IS THAT AWARDING SUCH DAMAGES WILL PROVIDE AN INCENTIVE TO COMPANIES TO BEHAVE PROPERLY AND THAT CONSUMER APPROPRIATELY. PUNITIVE DAMAGES ARE NOT AWARD-

ED FREQUENTLY BUT THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES IS A MATTER OF CONCERN FOR COMPANIES. ONE AREA IN WHICH PUNITIVE DAMAGES ARE SEEN, WITH SOMEFREQUENCY, IS THAT OF A BAD FAITH DENIAL OF AN INSURANCE CLAIM. WHEN AN INSURANCE COMPANY REFUSES TO PAY A CLAIM THAT A COURT DETERMINES SHOULD PROPERLY HAVE BEEN PAID UNDER THE TERMS OF THE INSURANCE CONTRACT AND IT ALSO DETERMINES THAT THE REFUSAL OF THE INSURANCE COMPANY TO PAY THE CLAIM INITIALLY WAS NOT THE RESULT OF THE COMPANY HAVING A LEGITIMATE BELIEF THAT THE CLAIM WAS NOT COVERED BY ITS INSURANCE BUT A REFUSAL TO PAY IN BAD FAITH —— THEN, SIGNIFICANT PUNITIVE DAMAGES MAY BE OBTAINED. IN A RECENT CASE, AN INSURANCE COMPANY WAS ORDERED TO PAY $100 MILLION U.S. DOLLARS TO A WOMAN WHOSE CLAIM FOR HEALTH COVERAGE IT HAD DENIED IMPROPERLY AND IN BAD FAITH.

PUNITIVE DAMAGES ARE CONTROVERSIAL IN THE UNITED STATES AND THERE HAVE BEEN EFFORTS BY SOME COMPANIES TO SEEK LEGISLATION THAT WOULD LIMIT THE AMOUNT OF SUCH DAMAGES AND THE CASES IN WHICH THEY COULD BE INVOKED. HOWEVER, RALPH NADER, CONSUMERS UNION AND OTHER CONSUMER ADVOCATES IN THE UNITED STATES HAVE BEEN STRONG PROPONENTS OF PUNITIVE DAMAGES AS A WEAPON FOR CONSUMERS AND THEY HAVE PROVIDED STRONG OPPOSITION TO EFFORTS TO LIMIT THE USE OF PUNITIVE DANAGES. CONSUMER ADVOCATES IN THE U.S. BELIEVE THE VERY EXISTENCE OF PUNITIVE DAM-

AGES WILLHELP KEEP MANY COMPANIES AWAY FROM PRACTICES THAT MIGHT HARM CONSUMERS.

ANOTHER POSSIBLE USE OF PRIVATE LAW TO ASSIST INJURED CONSUMERS IS THAT OF SPECIFIED STATUTORY REMEDIES FOR PARTICULAR VIOLATIONS OF LAW. FOR EXAMPLE, THE TRUTH-IN-LENDING LAW IN THE UNITED STATES SETS FORTH THE EXACT MANNER IN WHICH THE INTEREST RATE OF CONSUMER CREDIT MUST BE DISCLOSED AND THE TIME OF THAT DISCLOSURE. ANY FAILURE TO CONFORM WITH THESE PROVISIONS IS THE BASIS FOR A SUIT BY AN INDIVIDUAL CONSUMER, WHO WILL BE AWARDED A SPECIFIC AMOUNT(DEPENDING ON THE NATURE OF THE VIOLATION) AS WELL AS THE FEES FOR THE CONSUMER'S ATTORNEY WHICH MUST ALSO BE PAID BY THE COMPANY VIOLATING THE LAW. IT SHOULD BE OBVIOUS THAT CONSUMER ADVOCATES BELIEVE STATUTORY DAMAGES PROVIDE STRONG INCENTIVES FOR COMPANIES TO ABIDE BY THE PROVISIONS OF CONSUMER PROTECTION LAWS.

IN THE AREA OF PRE-PURCHASE TRANSACTIONS, ADVERTISING THAT IS IMPROPER IS THE TARGET OF MUCH PUBLIC LAW ACTIVITY(AND A SMALL AMOUNT OF PRIVATE LAW ACTIVITY) IN THE UNITED STATES. THERE IS A LARGE BODY OF LAW, AT BOTH THE FEDERAL AND STATE LEVELS, DEALING WITH ADVERTISING. IN GENERAL, IT CAN BE SAID THAT THERE ARE FOUR BASIC TYPES OF MISLEADING ADVERTISEMENTS. THESE FOUR CATEGORIES ARE : DIRECT MISREPRESENTATION; INDIRECT MISREPRESENTATION BY OMISSION;INDISCERNIBLE EXAGGERATION, AND IRRELE-

VANCE.

ADVERTISEMENTS THAT CONTAIN DIRECT MISREPRESENTATIONS PROBABLY ARE THOSE THAT ARE MOST COMMONLY THOUGHT OF WHEN THE TERMS "DECEPTIVE ADVERTISING" OR "ILLEGAL ADVERTISING" ARE USED. THIS CATEGORY COVERS ALL EXPLICITLY FALSE STATEMENTS IN THE ADVERTISING OF A PRODUCT OR SERVICE —— FOR EXAMPLE, A REPRESENTATION THAT A PRODUCT CONTAINS INGREDIENTS THAT IT DOES NOT ACTUALLY HAVE, OR THAT IT IS GUARANTEED AGAINST DEFECTS WHEN THERE IS NO SUCH GUARANTEE OR THAT IT HAS ATTRIBUTES THAT IT DOES NOT IN FACT POSSESS.

AN ADVERTISEMENT WHICH CONTAINS AN INDIRECT MISREPRESENTATION IS ONE IN WHICH WHAT IS SAID IN THE ADVERTISEMENT MAY BE LITERALLY TRUE BUT THE IMPLICATION OF THE ADVERTISING IS UNTRUE BECAUSE OF THE OMISSION OF PERTINENT INFORMATION FROM THE ADVERTISEMENT. A GOOD EXAMPLE IS THAT OF ADVERTISEMENTS FOR PRODUCTS THAT CLAIM TO AID THE GROWTH OF HAIR ON BALD MEN'S HEADS. AS INDICATED EARLIER, BECAUSE OF THE LIMITATIONS OF THE EFFECTIVENESS OF THESE BALDNESS REMEDIES TO ONLY 5% OF BALD MEN, ADVERTISEMENTS FOR THESE PRODUCTS ARE DECEPTIVE UNLESS THEY DISCLOSE THAT THEIR EFFECTIVENESS IS LIMITED TO THAT SMALL PERCENTAGE OF BALD MEN WHO ARE BALD DUE TO SOMETHING OTHER THAN MALE PATTERN BALDNESS, WHICH CANNOT BE CHANGED BY ANY REMEDY OR MEDICATION.

ADVERTISEMENTS THAT ARE DECEPTIVE BECAUSE THEY CONTAIN ONE OR MORE INDISCERNIBLE EXAGGERATIONS USUALLY ARE AIMED AT PARTICULARLY VULNERABLE AUDIENCES, SUCH AS YOUNG CHILDREN. IT SHOULD BE EMPHASIZED THAT EXAGGERATION ALONE IS NOT NECESSARILY DECEPTIVE. IT IS ASSUMED THAT REASONABLE PEOPLE IN A GENERAL AUDIENCE WILL NOT BELIEVE THAT AN ADVERTISEMENT WHICH URGES THE USE OF A CERTAIN GASOLINE IN ORDER "TO PUT A TIGER IN YOUR TANK" WILL NOT LITERALLY EXPECT AN ANIMAL TO BE IN THE GASOLINE THAT WILL BE TRANSFERRED FROM THE PUMP TO THE AUTOMOBILE GASOLINE TANK BUT REALIZE THAT THE TERM SIMPLY IS USED TO INDICATE THAT THE GASOLINE BEING ADVERTISED IS A HIGH OCTANE, HIGH PERFORMANCE GASOLINE. HOWEVER, AN ADVERTISEMENT THAT WAS AIMED AT CHILDREN THAT CLAIMED THAT THE BREAKFAST FOOD BEING ADVERTISED WOULD CAUSE CHILDREN EATING IT TO BECOMING OUTSTANDING PERFORMERS IN VARIOUS SPORTS WOULD BE ANOTHER MATTER. THAT EXAGGERATION PROBABLY WOULD BE CONSIDERED INDISCERNIBLE AND SUBJECT TO ACTION BY THE FEDERAL TRADE COMMISSION OR OTHER ENFORCERS OF LAWS AGAINST MISLEADING AND DECEPTIVE ADVERTISING.

THE FINAL CATEGORY OF POTENTIALLY DECEPTIVE ADVERTISING IS ADVERTISING THAT IS MISLEADING BECAUSE IT USES IRRELEVANT MATTERS TO PROMOTE THE ADVERTISED PRODUCT. THIS CLASSIFICATION IS SOMEWHAT CONTROVERSIAL. ALL SCHOLARS SEEM IN AGREEMENT

THAT IRRELEVANCECAN BE USED TO PROMOTE A PRODUCT IN A DECEPTIVE FASHION BUT NOT ALL AGREE THAT THIS SHOULD BE A CATEGORY FOR LEGAL ACTION. SOME BELIEVE IRRELEVANCE SHOULD BE IGNORED UNLESS IT ALSO INVOLVES A DIRECT OR INDIRECT MISREPRESENTATION. OTHERS BELIEVE THAT IRRELEVANCE SHOULD BE CONSIDERED AN UNFAIR ADVERTISING. BECAUSE OF THESE DIFFERENCES OF OPINION, THERE HAVE BEEN VERY FEW CASES, TO DATE, WHERE IRRELEVANT ADVERTISING HAS BEEN CHALLENGED AS ILLEGAL.

TRADITIONALLY, THE REMEDY INVOLVED BY GOVERNMENT AGENCIES AGAINST DECEPTIVE ADVERTISING HAS BEEN AN INJUNCTION OR ORDER TO CEASE AND DESIST. THIS ORDER REQUIRES THE COMPANY THAT ENGAGED IN IMPROPER ADVERTISING TO CEASE THAT ACTIVITY WITH FINES BEING ASSESSED IF IT DOES NOT. THERE IS ALSO THE POSSIBILITY OF A COMPANY BEING HELD IN CONTEMPT OF AN ORDER IF IT DOES NOT CEASE ADVERTISING HELD TO BE IMPROPER.

BECAUSE CEASE AND DESIST ORDERS (INJUNCTIONS) NORMALLY STOP PRACTICES ONLY AFTER CONCLUSION OF A PROCEEDING, THERE HAS BEEN AN EFFORT OVER THE LAST QUARTER-CENTURY TO DEVISE MORE EFFECTIVE REMEDIES FOR IMPROPER ADVERTISING. THIS HAS RESULTED IN THE OCCASIONAL USE OF "CORRECTIVE ADVERTISING" AGAINST PARTICULARLY EFFECTIVE AND WIDE SPREAD CAMPAIGNS OF DECEPTIVE ADVERTISING. THE CONCERN OF MANY CONSUMER ADVOCATES IS THAT SUCH EFFECTIVE BUT DECEP-

TIVE ADVERTISING CAMPAIGNS MAY CONTINUE TO HAVE CONSUMERS BELIEVE THEM FOR SOME TIME AFTER THEIR DISCONTINUANCE BECAUSE CONSUMERS TEND TO REMEMBER EFFECTIVE ADVERTISING FOR SOME TIME AFTER IT ENDS. THE CONCEPT OF CORRECTIVE ADVERTISING IS THAT THE OFFENDING COMPANY MUST NOT ONLY DISCONTINUE ITS IMPROPER ADVERTISING BUT MUST TELL CONSUMERS, IN FUTURE ADVERTISING, OF THE FALSENESS OF ITS PAST EFFECTIVE, BUT DECEPTIVE, ADVERTISING. THUS, IN THE "LISTERINE" CASE IN THE U.S.(WARNER LAMBERT V. FTC, 562 F. 2D 749 (D.C. CIR. 1977), CERT. DENIED, 435 U.S. 950(1978)), THE COMPANY WAS NOT ONLY REQUIRED TO CEASE FALSE ADVERTISING THAT THE PRODUCT COULD CURE COLDS, BUT ALSO TO DISCLOSE IN ITS FUTURE ADVERTISING THAT, CONTRARY TO ITS PRIOR ADVERTISING MESSAGES THE PRODUCT COULD NOT CURE COLDS. THIS CORRECTIVE MESSAGE WAS REQUIRED UNTIL SUCH TIME AS SURVEYS INDICATED THAT THE GENERAL PUBLIC NO LONGER BELIEVED THAT LISTERINE COULD CURE COLDS.[10]

WHEN PUBLIC AGENCIES IN THE UNITED STATES CONSIDER WHETHER TO CHALLENGE QUESTIONABLE ADVERTISING, THEY USUALLY ENGAGE IN AN ASSESSMENT OF PRIORITY QUESTIONS, USUALLY GIVING THEIR HIGHEST PRIORITY AND GREATEST ATTENTION TO THOSE ADVERTISEMENTS THAT

---

10) SEE ALSO BIG O TIRE DEALERS, INC. V. GOODYEAR TIRE& RUBBER CO. (1977), "KINNEY & LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUALPROPERTY FOR BUSINESS LAWYERS" AT 220 (8TH ED. 1995).

ARE LIKELY TO CAUSE THE MOST DECEPTION —— AND RESULT IN CONSUMER PURCHASES BASED ON MISINFORMATION INSTEAD OF PERFECT INFORMATION ADVERTISING THAT TARGETS THE POOR AND OTHER PARTICULARLY VULNERABLE MEMBERS OF THE POPULATION IS GIVEN PARTICULARLY CLOSE SCRUTINY.[11] IF DECEPTIVE ADVERTISING INVOLVES HEALTH OR SAFETY RISKS WHEN CONSUMERS BELIEVE THEM, THE ADVERTISER IS HELD TO A HIGHER STANDARD OF SUBSTANTIATING ITS CLAIM THAN IN OTHER CASES.[12]

IN THE TIME OF TRANSACTION CONTEXT, THERE ARE BOTH GENERAL AND CONSUMER LAWS THAT ARE RELEVANT. WITH FEW EXCEPTIONS, ANY PRODUCT SOLD TO A CONSUMER IS WARRANTED, BY OPERATION OF LAW, AS BEING MERCHANTABLE —— THAT IS, THE SELLER IS ASSUMED TO ASSERT THAT THE PRODUCT MEETS AT LEAST THE MINIMUM STANDARDS OF SUITABILITY FOR SALE TO THE GENERAL PUBLIC. IF THE PRODUCT IS SOLD AS ONE THAT IS FOR A PARTICULAR PURPOSE, THEN THE WARRANTY OF FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE MAY BE UTILIZED. ALTHOUGH THESE WARRANTIES ARE NOT LIMITED TO CONSUMER TRANSACTIONS, THEY ARE APPLICABLE TO SUCH DEALINGS. ALSO, AT THE PURCHASE STAGE, REQUIREMENTS CONCERNING THE DISCLOSURES OF CREDIT IN

---

11) SEE GENERALLY BAILEY &PERTSCHUK, "THE LAW OF DECEPTION:THE PAST AS PROLOGUE" 33 AMERICAN UNIV. LAW REVIEW 849 (1984).

12) AMERICAN HOMEPRODUCTS, INC., 98 F.T.C. 136 (1981); NATIONAL DYNAMICS CORP., 82 F.T.C. 488(1973).

CONSUMER CREDIT TRANSACTIONS ARE EFFECTIVE, UNDER THE TRUTH-IN-LENDING LAW NOTED EARLIER. THE PRICE OF THE GOODS OR SERVICES MUST BE AS REPRESENTED PRIOR TO THE TRANSACTION OR THE PRIOR REPRESENTATION WILL BE HELD TO BE FALSE. A WARRANTY MUST BE AS REPRESENTED AND CANNOT BE LABELED A "FULL WARRANTY" UNLESS THE REQUIREMENTS FOR THAT LABEL UNDER THE MAGNUSON-MOSS WARRANTY ACT ARE MET.

AS TO SOME OF THE LEADING ISSUES OF CONSUMER LAW PERTAINING TO POST-PURCHASE PROBLEMS, HERE ALSO, THE MAGNUSON-MOSS ACT PLAYS A ROLE. THE MAGNUSON -MOSS ACT GOVERNS MUCH WARRANTY ACTIVITY IN CONSUMER TRANSACTIONS. BEYOND ITS DEFINITIONS OF WHAT CONSTITUTES A WARRANTY THAT A MANUFACTURER OR SELLER CAN CLAIM TO BE A "FULL WARRANTY" OR A "LIMITED WARRANTY," IT ALSO PROVIDES RULES REQUIRING AUTOMOBILE COMPANIES TO ESTABLISH A MECHANISM TO RESOLVE DISPUTES CONCERNING PROBLEMS INVOLVING AUTOMOBILE WARRANTIES ARBITRATION CONDUCTED BY AN IMPARTIAL PARTY IS PROVIDED BY THE MAGNUSON-MOSS ACT. HOWEVER, THE ARBITRATION RESULT MAY BE REJECTED BY THE CONSUMER IF THE CONSUMER IS DISSATISFIED WITH IT AND PREFERS TO PURSUE A REMEDY IN COURT. (THE RESULT OF THE ARBITRATION MAY BE USED IN THE COURT PROCEEDING, HOWEVER.) IF A CONSUMER CAN DEMONSTRATE THAT AN AUTOMOBILE IS A "LEMON" THAT IS, THAT THE AUTOMOBILE LACKS THE BASIC OPERATING AND SAFETY CHARACTERISTICS CONSUMERS ARE ENTITLED TO

EXPECT, THEN THE CONSUMER IS ENTITLED TO HAVE THE COMPANY "BUY BACK" THE CAR, OR REPLACE IT, WITH THE PRICE OF A BUY-BACK USUALLY BEING REDUCED BY THE VALUE, OF THE CONSUMER'S USE OF THE CAR UP TO THE TIME OF THE "BUY-BACK."

AS NOTED EARLIER, THE UNITED STATES HAS A NUMBER OF FEDERAL AND STATE STATUTES THAT ARE DESIGNED TO PREVENT CREDITORS AND BILL COLLECTORS FROM USING UNFAIR OR HARASSING TACTICS IN ORDER TO COLLECT THE DEBTS OWED THEM BY CONSUMERS WHO BECOME UNABLE TOPAY IN ACCORDANCE WITH THE ORIGINAL TERMS OF THE PURCHASE. WHILE THE U.S. LAW RECOGNIZES THE OBLIGATION OF CONSUMERS TO PAY THEIR JUST DEBTS, IT ALSO DEMANDS THAT THE PROCESS OF COLLECTION NOT BE UNDERTAKEN IN WAYS THAT ARE DEMEANING TO THE CONSUMER/DEBTOR.[13)]

IT HAS ALREADY BEEN NOTED THAT CONSUMER LAWS IN THE UNITED STATES INVOLVE STATE AND FEDERAL AGENCIES(AS WELL AS SOME PRIVATE ACTIONS). THE INDIVIDUAL STATES HAVE AN ORGANIZATION KNOWN AS NAAG, OR THE NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL, WHICH, AMONG OTHER THINGS, COORDINATES CONSUMER PROTECTION ACTIVITIES OF THE STATES AND PROVIDES A LIAISON BETWEEN THE STATES AND THE FEDERAL GOVERN-

---

13) WILLIAMS V. WALKER-THOMAS FURNITURE CO., 350 F.2D 445 (D. C. CIR. 1965);JONES V. STAR CREDIT, 298 N.Y.S. 264 (SPECIAL TERM 1969); SEE ALSO 1CONSUMER ADVOCATE, #3, PP.4-6 (OCT. 1995).

MENT AGENCIES IN ORDER TO AVOID UNNECESSARY DUPLICATION OF ACTIVITY AND TO SHARE INFORMATION. NAAG IS NOW SEEKING CONGRESSIONAL AUTHORIZATION TO GIVE THE ATTORNEY GENERAL IN EACH INDIVIDUAL STATE THE RIGHT TO ENFORCE PROVISIONS OF THE FTC ACT IN THEIR STATE COURTS.[14]

AS A GENERAL RULE, PRIVATE INDIVIDUALS CANNOT USE THE LAWS ENFORCED BY PUBLIC AGENCIES TO BRING PRIVATE ACTIONS(UNLESS THERE IS A SPECIAL STATUTE ALLOWING THIS, AS IS THE CASE FOR TRUTH IN LENDING AND ABOUT 1/3 OF THE CONSUMER PROTECTION LAWS OF THE INDIVIDUAL STATES).[15] HOWEVER, THERE ARE SOME EXCEPTIONS, FOR EXAMPLE, THERE IS NOW A CASE IN PROGRESS IN THE CALIFORNIA COURTS IN WHICH A PRIVATE CITIZEN, JANET MANGINI, IS PROCEEDING AGAINST CAMEL CIGARETTES ON THE BASIS THAT THE COMPANY'S "JOE CAMEL" CARTOON ADVERTISING VIOLATES THE STATE LAW THAT IS THE COUNTERPART OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION STATUTE PROHIBITING DECEPTIVE OR UNFAIR PRACTICES. EARLIER, THE FEDERAL TRADE COMMISSION HAD DECIDED NOT TO PROCEED AGAINST THIS ADVERTISING. THE CALIFORNIA COURT AND THE U.S. SUPREME COURT REFUSED TO STOP THE ACTION BY MS. MANGINI, WHO ASSERTED THAT SHE COULD BRING A PRIVATE ACTION TO ENFORCE THIS

---

14) "KINNEY & LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUALPROPERTY FOR BUSINESS LAWYERS" AT 228-29 (8TH ED. 1995).

15) SEE "ADVERTISING LEGAL WARS HEATING UP" AMERICAN BAR JOURNAL, APRIL, 1996, AT PP.32-33.

PUBLIC LAW.

ALTHOUGH THE FOCUS OF THIS PAPER HAS BEEN ON CONSUMER LAW IN THE UNITED STATES, IT IS INTERESTING TO NOTE THAT CONSUMER LAW HAS BEEN DEVELOPING IN EUROPE AS WELL AS IN THE UNITED STATES. THE EUROPEAN COMMUNITY(EC) HAS ISSUED A DIRECTIVE PROHIBITING UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS[16] AND THE UNION HAS GIVEN EXPLICIT RECOGNITION TO CONSUMER RIGHTS.[17].

ALTHOUGH CONSUMER LAW IN THE UNITED STATES CONTINUES TO EVOLVE, IT IS CLEAR THAT THE ONCE STRONG DOCTRINE OF CAVEAT EMPTOR OR "LET THE BUYER BEWARE" IS NO LONGER APPLICABLE TO CONSUMER TRANSACTIONS IN THE UNITED STATES(OR EUROPE). IT HAS BEEN REPLACED BY A MODEL, IN WHICH THE GOAL IS CONSUMER SOVEREIGNTY, WITH ITS STANDARD OF THE BEST ECONOMY, FROM A CONSUMER STANDPOINT, BEING ONE CHARACTERIZED BY TRUE COMPETITION, PERFECT INFORMATION AND NO UNNECESSARY GOVERNMENT LIMITS ON THE MARKET.[18]

IT WOULD BE PRESUMPTUOUS TO CLAIM THAT WHAT HAS BEEN DEEMED APPROPRIATE FOR THE UNITED STATES

---

16) SEE THAIN, "THE E.C. DIRECTIVE ON UNFAIRTERMS IN CONSUMER CONTRACTS: A PERSPECTIVE FROM THE UNITED STATES"2 CONSUMER LAW JOURNAL 127 (1994)

17) SEE MICKLITZ & WEATHERALL, "CONSUMER POLICY IN THE EUROPEAN COMMUNITY: BEFORE AND AFTERMASTRECHT," 16 JOURNAL OF CONSUMER POLICY 285 (1993)

18) SEE W. FRIEDMAN,"LAW AND A CHANGING SOCIETY," 119, 129-57 (2ND ED. 1972); VOKES V. ARTHURMURRAY, INC., 212 SO.2D 906 (DCA FLA. 1968); NICEL INSTITUTE, "STREET LAW:A COURSE IN PRACTICAL LAW" (5TH ED. 1994).

SHOULD BE ADOPTED ELSEWHERE. EACH COUNTRY MUST MAKE THOSE DECISIONS FOR ITSELF. EACH AREA OF THE WORLD WILL HAVE ITS OUN LAWS, CUSTOMS AND TRADITIONS TO CONSIDER. STILL, IT SEEMS LIKELY THAT THE PROBLEMS THAT CONSUMERS FACE OR HAVE FACED ARE LARGELY THE SAME AROUND THE WORLD —— WHETHER THE EFFORTS TO REMEDY THESE PROBLEMS ARE SIMILAR OR DIFFERENT. IT IS WORTH NOTING THAT AT THE ASIAN CONFERENCE ON CONSUMER LAW, HELD IN KUALA LUMPUR IN AUGUST, 1993, FOUR TOPICS WERE GIVEN PRIORITY BY THE ACADEMIC AND PRACTICING LAWYERS IN ABUNDANCE.

THESE FOUR TOPICS WERE:

1. DEVELOPMENT OF STATUTORY REMEDIES FOR CONSUMER PROBLEMS, WITH SPECIFIC PENALTIES FOR VIOLATION OF THOSE STATUTES;

2. PROHIBITION OF UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS;

3. THE REGULATION OF CONSUMER CREDIT, AND

4. ADEQUATE CONSUMER ACCESS TO JUSTICE.

I SUBMIT THAT THESE GOALS ARE CONSISTENT WITH A CONSUMER SOVEREIGNTY MODEL OF CONSUMER LAW.

AS A POSTSCRIPT, I NOTE THAT CONSUMER LAW HAS BECOME A MATTER OF INTEREST AND CONCERN AROUND THE WORLD. THEREFORE, THOSE COUNTRIES THAT ARE HEAVILY INVOLVED IN INTERNATIONAL TRADE ARE WELL SERVED BY HAVING KNOWLEDGE OF WHAT CONSUMERS AROUND THE WORLD EXPECT AS A LEVEL OF FAIR TREATMENT THAT WILL BE COVERED BY THE LAW. WHEN THERE IS A SIGNIFI-

CANT AMOUNT OF CONSUMER LAW, THERE IS GREATER CONSUMER TRUST AND SATISFACTION WITH THE MARKET AND THIS CONSUMER CONFIDENCE USUALLY LEADS TO A STRONGER, BETTER FUNCTIONING MARKET ECONOMY. CONSUMER LAW, THEREFORE, SHOULD BE CONSIDERED AS BEING PROPERLY CATEGORIZED WHEN IT IS LISTED AS A BRANCH OF GENERAL ECONOMIC LAW.

미국에서의 소비자보호법의 발전과 현황*

Gerald J. Thain**
역자 : 이 대 희***

미국에서의 소비자보호법은 19세기말과 20세기초의 "Caveat Emptor"[1] 또는 "Let the Buyer Beware(구매자가 주의하게 하라)"라는 원칙적인 개념으로부터 "소비자주권"이 지배적인 원리가 된 현재의 상태로 발달되어 온 것으로 요약될 수 있다.

"Caveat Emptor" 또는 "구매자가 주의하게 하라"는 원리는 영국의 초기 보통법까지 그 기원을 찾아갈 수 있는 매우 오래된 원리이다. 그러나 이것은 완전히 자유롭고 규제되지 않는 시장경제가 가장 능률적인 경제체제라는 믿음이 팽배해 있던 19세기말과 20세기초에 그 절정에 달하였던 원리였었다. 모든 법적·정치적·사회적 이론은 이같은 시장체제를 증진시키기 위하여 발전되었는데, Caveat Emptor를 강조하는 것도 그 중의 하나이다.[2] Caveat Emptor 원리는 역사적으로 주로 농업위주의 사회에서, 그리고 같은 지역에 거주하면서 서로 잘 알거나 같은 지역에 계속 거주할 개인들간에 상품이나 서비스를 거래하는 사회에서

---

* 이 글은 Thain 교수가 1996년 10월 11일 고려대학교에서 동대학 법학연구소의 주최로 행한 강연의 내용이다.

** Professor of Law and Consumer Law Professor, University of Wisconsin, USA

*** 고려대학교 법학연구소 전임연구원·법학박사

1) Caveat Emptor 원리는 구매자가 스스로 검사하고 판단하고 시험하여야 한다는 규칙을 요약하는 것이다. 이러한 원리는 엄격한 책임과 보증 그리고 기타 소비자보호법이 구매자인 소비자를 보호하는 소비재를 매매하는 경우보다는 법원에 의한 매매와 경매 등에 더 잘 적용될 수 있다[역자 주].

2) Hamilton, The Ancient Maxim Caveat Emptor, 46 YALE L. J. 1133 (1931); Barnard v. Kellogg, 77 U.S. 383, 388 (1870).

발전되었다. 이같은 사회에서는 Caveat Emptor 원리가 구매자에게 반드시 가혹한 것은 아니었다. 만약 상인이 구매자에게 계속 불공정한 취급을 한다면 그는 그 사회에서 훌륭한 명성을 유지하지 못할 것이다. 즉, 상인이 그 지역 사람들에게 정규적으로 판매하는 자이거나 다른 농민에게 가축이나 농기구를 판매 또는 거래하는 농민이거나에 관계없이, 불공정한 취급을 하는 상인은 그 지역사회에서 명성을 유지하지 못한다는 사실을 알게 될 것이다.

Caveat Emptor 원리는 미국의 법원과 입법이 일반적으로 수용했던 영국 보통법상의 원리 중에 하나이다. 그러나 주로 농업위주의 사회와 농업경제였던 미국의 사회가 점점 산업사회로 변화함에 따라서 Caveat Emptor 원리는 도전을 받기 시작하였다. 대부분의 소비자들의 거래는 더 이상 동일지역 사람들간에 행해지지 않게 되었다. 이제 대도시에는 일시적으로 거주하는 인구가 점점 더 많아지게 되었고, 상품의 소비자들은 상인들을 알지 못하면서 거래를 하고 상인도 이제 영업관계를 계속 유지하기 위하여 계속된 선의에 의존하지 않아도 되었다. 정직하지 못한 상인은 한 장소에서 영업을 하여 이익을 챙긴 후 다른 장소나 다른 도시로 옮길 수 있게 되었다. 또한 우편주문에 의한 매매가 점점 증가하게 되었는데, 우편주문의 경우에는 상인과 소비자간에 직접 접촉하지 않는다. 이와 같은 경향으로 인하여 불공정하거나 기만적인 상인의 관행으로부터 상품이나 서비스를 소비하는 자들이 보호되어야 한다고 많은 사람들이 믿게 되었다. 이같은 사실은 Caveat Emptor 원리가 흥정할 수 있는 힘이 서로 거의 대등한 두 당사자간의 거래에서는 적합할 수 있으나, 개별적인 소비자보다 상당히 거대하고 강력한 힘을 가진 상인의 거래에서는 적합하지 않다는 이론에 부분적으로 근거하는 것이다. 이와 같이 대등한 힘을 가지지 않은 자간의 거래에서는 법이 책임을 구매자인 소비자에게 부과시키기보다는 이러한 소비자를 보호하여야 한다.

미국에서의 소비자보호는 법체제에 관한 한 3단계로 발전되어 왔다. 첫째 단계는 1906년부터 1919년까지의 기간으로서, 이 기간동안 혁신

적 운동(progressive movement)이 확립되고 Caveat Emptor 원리를 극복하기 위한 조치가 채택되었다. 이 기간동안에 미국 의회는 소비자에게 판매되는 식품과 의약품의 안전을 더 강력하게 요구하는 입법을 하였다. 또한 1914년에 연방거래위원회(Federal Trade Commission)가 탄생되었다. 연방거래위원회는 불공정(unfairness)이 경쟁에 관한 것이건 소비자에 관한 것이건 관계없이 상거래에서 "불공정한" 행위나 관행을 금지시키는 권한을 가진 행정기관이다. 연방거래위원회의 행위는 연방법원에 의하여 통제되지만, 연방법원은 연방거래위원회와 기타 행정기관의 행위를 법률에 의하여 합리적으로 존중해 주기로 되어있다.[3]

소비자보호법이 상당히 강력해진 제2단계는 루즈벨트대통령 시대의 소위 뉴딜(New Deal) 기간인 1935년에서 1939년 동안이라고 할 수 있다. 이 기간동안에는 1930년대의 대공황과 관련된 많은 문제점들이 새로운 입법에 의하여 처리되었다. 이러한 입법 중에는 소비자를 더 강력하게 보호하기 위하여 FTC와 FDA(Food and Drug Administration) 그리고 다른 기관의 권한을 강화하고 관할을 확대하는 법이 탄생했다.[4] 또한 이 기간동안에 중요한 공공기구가 아닌 소비자동맹(Consumers Union)이 탄생하였다. 이 동맹은 현재 미국에서 가장 큰 소비자기구이며 매월 "Consumer Reports"지를 발간하는데, 제품을 시험하여 Consumer Reports지에 그 품질의 등급을 공개한다.

제3단계의 소비자보호법의 발달은 1960년대 중반에 시작되었고, 대부분 Ralph Nader라는 한 사람의 활동의 결과라고 할 수 있다. Nader는 안전하지 않다고 자신이 판단한 자동차(Chevolet Corvair)를 판매하는 GM을 공격한 "Unsafe at Any Speed"라는 책을 1965년에 출간한 변호사이다. GM은 Nader를 조사하고 공격하려고 하였으나 실패하였다. 결국 Nader는 자신에 대한 GM의 행위에 대하여 소송을 제기하여

3) McManis, UNFAIR TRADE PRACTICES IN A NUTSHELL 367-390 (1993).
4) Mcmanis, supra note, at 369.
5) 이에 관한 자세한 이야기는 Thomas Whiteside, THE INVESTIGATION OF

GM으로부터 상당한 화해금액(settlement)을 받았다.[5] Nader는 이 화해금액을 처음으로 소비자기구와 공익을 위한 Law Firm을 창설하는데 사용하였는데, 이러한 소비자기구와 Law Firm은 소비자에게 상품과 서비스를 제공하는 회사의 행위와 소비자를 여러 방향에서 보호할 책임이 있는 정부기관의 효율성(또는 비효율성)을 연구하고 보고함으로써 소비자의 이익을 대변하기 위한 것이었다. Nader는 오늘날에도 여전히 매우 활동적이며, 아마도 그 평판이 가장 널리 알려진 변호사이며 이 세계에서 가장 많이 알려진 소비자보호 주창자임에 틀림없다. Nader의 활동으로 인하여 미국에서는 많은 법과 행정규칙이 제정되었으며 소비자의 권리를 더욱 더 공세적으로 집행하게 되었다.

또한 이 제3단계의 기간동안에 소비자를 보호하기 위한 조치가 생겼는데, 이러한 조치에는 소비자의 신용에 관한 정보를 정확히 공개하는 것을 요구하는 법과 채권을 변제 받기 위하여 채무자를 보호하는 법, 그리고 FTC에 새로운 권한을 부여하는 법 등이 포함된다. 또한 소비자를 보호하기 위한 관심이 증가함으로써 거의 모든 주들이 불공정경쟁과 소비자보호법과 이러한 법을 이행하는 조치를 채택하게 되었다. 보통 이러한 법은 주검찰총장(Attorney General)의 사무실에 의하여 집행된다. 몇몇 주에서는 FTC와 유사한 주행정기관이 창설되었다. 그리고 Wisconsin주와 같은 몇몇 주에서는 위의 두 가지 방법이 모두 채택되어 검찰총장사무실과 주행정기관이 법을 집행할 권한을 공유하였다.

미국에서 소비자보호법과 이러한 법의 집행이 더욱 더 두드러지게 되자, Caveat Emptor 원리는 점점 더 공격을 받게 되었고, 소비자보호법의 기본적 이론으로서 "소비자주권(consumer sovereignty)"에 의하여 대체되었다. 이 원리는 소비자보호법과 판례들이 목적으로 간주하는 이상적인 체제로 여겨진다. 즉, 이 원리는 소비자들에게 일상적으로 영향을 주는 경제체제에서 반드시 실재하여야 하는 것이 아니라, 적절한 목

RALPH NADER(Arbor House, 1972) 참조.

적이며 추구되어야만 하는 목적이다.

소비자주권이라는 개념 하에서는, 시장이 (1) 진정한 경쟁(true competition)과 (2) 완전한 정보(perfect information) 그리고 (3) 최소한도의 정부간섭(minimum government fiat)이라는 세 요소에 특징 지워질 때 그 시장은 소비자의 이익을 최대한이 되도록 운용된다고 한다.

(1) 상인들이 경쟁을 하지 않으면 소비자는 상품들간에 의미 있게 선택을 할 수 없으므로 진정한 경쟁은 필요하다. 소비자주권이라는 개념 하에서 유일하게 독점이 인정되는 것은 (공익사업과 같은) 자연발생적으로 생기는 독점뿐이다.

(2) 완전한 정보라는 것은 소비자가 상품을 구매하기 위하여 결정하는데 적절할 것으로 보이는 모든 것을 소비자가 이용할 수 있다든가 또는 용이하게 획득할 수 있다는 것을 의미한다. 상인이 상품을 판매할 때 허위 또는 오해를 불러일으키는(misleading) 정보를 제공하면 시장을 왜곡할 수 있다. 따라서 완벽한 정보라는 것은 상인이 판매할 때에 허위나 오해를 불러일으키는 언급을 하지 않는다는 것을 의미한다.

(3) 세 번째의 최소한의 정부간섭은 정부가 시장을 규율하지 말라는 것을 의미하는 것은 아니다. 이와는 반대로, 소비자주권이론은 진정한 경쟁이 존재하고 더욱 더 완벽한 정보가 제공되도록 보장하기 위하여 정부가 모든 필요한 조치를 취하는 것을 전제로 한다. 그러나 이와 동시에 소비자주권이론은 소비자의 선택하는데 있어서 정부가 간섭하는 것이 완전히 정당화되는 경우 이외에는 정부가 간섭해서는 안된다는 것을 가정한다. 예컨대, 환경이나 각 소비자의 안전은 보호되어야 하므로 자동차의 배출가스나 잔디깎는 기계의 안전성에 대한 통제가 필요하다. 그러나 소비자주권이론하에서는 정부가 모든 잡지책의 크기를 동일하게 할 것을 요구하는 것은 소비자의 선택을 막는 것이며, 이러한 제거는 정당화되지 않으므로 정부의 요구는 타당한 것이 아니다.

소비자주권이나 미국의 소비자보호법에서는 소비재를 구매하는 자나 장차 구매하려는 자의 성질에 주의하여야 한다. 즉, 소비재를 구입하려는 구매자가 대부분이 젊은이(youth)이거나 노년층인 경우 또는 대부분이 가난한 사람들이거나 불우한 처지에 놓인 사람들이라면, 이러한 자들이 정보를 받게되는 방법과 그들에게 제공되는 제품이나 서비스와 관련하여 발생할 수 있는 방법에 초점을 맞추어야 한다. 이와는 대조적으로, 소비재가 주로 일반인들에게 판매된다면 관심의 초점은 이러한 일반인들이 취하게 될 행위이다.[6]

소비자주권이 불충분(inadequate)하거나 소비자에게 손해가 발생한다면, 소비자보호 주창자가 그 행위의 결과에 관심의 초점을 맞춘다. 즉, 부적절한 행위로 인하여 관련제품이나 서비스를 소비하는 자에게 중대한 성격의 경제적인 피해가 되는가이다. 이러한 피해의 예로 되는 것은 예컨대 자동차나 기타 고가품이 안전성이나 보증 또는 기타 자동차의 기본적인 성질에 관하여 상인이 잘못 알려서 판매하는 경우일 것이다.

소비자의 피해가 단순히 경제적인 것이 아니라 육체적인 것이라면 어떠한가? 예컨대, 가격이 저렴하며 병에 대하여 만족스러운 비처방약이 어떠한 소비자들에게는 禁忌(contraindication)를 보이거나 부작용을 나타낼 수 있다. 이러한 경우에는 금기 또는 부작용이 명확하고 분명한 방법으로 그리고 소비자들이 인식할 수 있도록 공시되어야 한다. 이와 같이 공시를 하지 않으면, 소비자주권 모델의 완벽한 정보라는 요소가 충족되지 않는다.

소비자주권 모델이 충족되지 않을 수 있는 또 하나의 예는 개별적인 소비자들에 대한 경제적인 피해는 작지만 전체적인 소비자들에 대한 피해가 상당히 큰 경우이다. 이러한 예는 미국의 한 제빵회사가 실제보다 많은 영양분이 있는 것으로 빵의 품질을 잘못 알린 경우에 발생하였다. 이 빵은 다른 빵보다 더 좋다고 소비자들이 잘못 믿었기 때문에 소비자

6) See Cliffdale Associates, Inc., 103 F.T.C 110 (1984); CF. Charles of the Ritx Distributing Corp. v. FTC, 143 F. 2d 676 (2d Cir. 1944).

들은 약간 더 높은 가격을 지불하였다. 더 높은 가격을 지불한 각 소비자에 대한 개별적인 손실은 적은 것이지만, 1년 동안에 이 빵의 소비자 전체에 대한 손실은 수 백만 달러에 달하였다.[7]

소비자보호에 관한 법을 위반함으로써 발생하는 소비자에 대한 손실은 소비자보호 주창자에 의하여 사용될 뿐만 아니라 법을 집행하는데 우선 순위를 결정하기 위하여 법을 집행하는 기관에 의하여서도 사용된다.[8]

소비자의 거래나 소비자보호법을 고려하는데 있어서 좋은 방법은 소비자의 거래를 3단계의 과정으로 나누어서 고찰하는 것이다. 제1단계는 '구입전의 단계'(pre-purchase stage)로서, 이 단계에서는 상품이나 서비스를 구매하려는 자가 판매활동이나 상품과 서비스의 판매를 조장하는 광고의 대상이 된다. 겉만 그럴듯한(shoddy) 상품이나 서비스가 제공된다는 것을 고려하면 소비자를 보호하는 가장 적절한 시점은 그 제품이 실제로 시장에 진입하기 전이다. 따라서 제1단계에서도 상품과 서비스의 품질문제는 중요하다.

소비자보호에 관한 법이 적절할 수 있는 소비자의 거래 제2단계는 '구매시점(time of purchase)'이다. 제2단계에서의 중요한 점은 상품(또는 서비스)의 품질과 안전성, 제품에 대한 보증의 성질, 상품이나 서비스의 가격이 공정한지 여부, 그리고 상품이 현금으로 구매되지 않고 신용에 의하여 구입되는 경우의 신용제공에 관한 조건 등이다.

제3단계는 '구매이후(post purchase)'의 단계이다. 제품이나 서비스의 문제가 표면에 부상할 수 있는 시점은 구입이후의 단계이다. 보증이 적용되는지 않는지에 대한 문제가 발생하거나 상인이나 보증을 하겠다고 하는 자가 보증의 조건을 준수하지 않았을 경우에는 소비자를 보호할

7) See Itt Continental Banking Co., 83 F.T.C. 865 (1973); Modified and Enforced, 532 F.2d 207(2nd Cir. 1976).

8) See Elman, Administrative Reform of the Federal Trade Commission, 59 GEO. L. J. 777 (1971); Kinter & Smithy, The Emergence of the FTC As A Formidable Consumer Protection Agency, 26 MERCER L. REV. 651 (1975).

필요성이 생긴다. 이와 유사하게, 거래가 신용거래인 경우에는, 상인이나 채권자는 거래시에 적법하게 합의된 신용의 조건을 이행할 의무가 있다. 채무자인 구매자가 신용제공의 조건에 따라 지불하지 않았다면 채권자는 자신의 정당한 채권의 변제를 받기 위하여 합리적인 조치를 취할 수 있다. 그러나 채권자가 변제를 받으려는 과정에서 채무자를 괴롭힐 수는 없다. 미국에서 소비자보호법이 존재하기 전에는 채권자가 채무자를 심야에 여러 번 접촉하거나 소비자의 고용주에게 소비자를 비하시키는 메시지를 보내거나 기타 이와 유사한 행위를 하는 것이 이상한 것이 아니었다.

이제 소비자의 거래의 각 단계에서 발생하는 문제를 소비자보호에 관한 법이 처리하는 주요방법을 고려해 보고자 한다.

구매전 단계에서의 소비자보호에 관한 법은 주로 정부의 공공기관 — 대부분 FTC와 FDA— 에 의하여 소비자를 보호한다(그러나 각 주에서는 검찰총장사무실이 종종 관련된다).

소비자를 보호하기 위한 행위에는 기만적이거나 오해를 불러일으키거나 또는 불공정한 광고나 판매관행을 금지시키는 법을 집행하는 것 그리고 제품의 제한적인 효과를 포장에 공시하고 광고할 것을 요구하는 법을 집행하는 것이 포함된다. 예컨대, 대머리에 대한 발모제를 판매하는 상인은 남자 대머리의 95%가 Male Pattern Baldness라고 알려진 의학적인 질환(condition)에 의하여 발생한다는 것을 공시하고 이러한 질환으로 인한 대머리는 어떠한 제품도 머리카락을 자라게 할 수 없다는 것을 공시하여야 한다.

구매단계에서의 소비자보호에는 공공기관에 의한 행위와 사인에 의한 소송제기가 모두 포함된다. 이 단계에서는 공공기관이 법에 의하여 요구되는 제품의 보증이나 품질을 제공하는 것에 대하여 기만하거나 제공하지 않는 것에 대한 규칙을 집행할 수 있다. 이 단계에서는 구매전의 단계보다 개별적인 손해배상을 받고자 하는 소비자를 위한 소송이 훨씬 더 많다. 상인이 상품을 잘못 나타내는 것을 금지하는 법이나 특정한

보증이 소비자에게 제공될 것을 요구하는 법과 같이 소비자보호법을 위반한 회사로부터 개별적인 소비자가 손해배상을 받은 케이스가 상당히 많다.[9]

구매이후의 단계에서도 소비자보호에 관한 법을 이행하기 위하여 공공기관이나 사인에 의한 소송이 있을 수 있다.

미국에서는 일반적으로 "사법(private law)"이라는 용어는 한 시민에 의한 다른 당사자(다른 개인이거나 회사)에 대한 소송(action)을 의미한다. 공법(public law)은 각 주의 검찰총장사무실이나 연방정부나 주정부의 행정기관에 의한 소송을 포함하는 상황이다.

일반적으로 사법에 의한 소송은 소비자보호법을 집행하는 있어서 한계에 부닥치는 것으로 인정된다. 따라서 미국의 소비자보호 주창자는 공공기관에 의한 소송을 강조한다. 소비자를 위한 사적소송의 가장 중요한 방해요소는 변호사에게 지불하여야 하는 비용과 원고 즉, 소송을 제기한 당사자가 지불하여야 하는 소송비용이다. 대부분의 소비자거래는 이와 같은 소송비용의 지출을 정당화시킬 만큼 충분히 많은 액수는 아니고, 따라서 이 경우에 피해를 본 소비자는 종종 공공기관에 의한 소송을 구하려고 하거나 희망한다. 공공기관에 의한 소송에 의하여 소비자보호법을 위반한 회사에 대하여 금지명령(injunction)이 대부분 행하여진다. 일정한 경우에는 벌금이 부과될 수 있으며, 특정한 법이 위반되었을 경우에는 회사의 부당한 조치(misconduct)로 인하여 소비자가 손해를 본 만큼 회사가 지불하게 함으로써 피해를 본 소비자에 대하여 배상(restitution)하게 할 수 있다.[10]

소비자를 보호하기 위하여 사법에 의하는 것이 지나치게 비싸다는 일반적인 원칙에는 중요한 예외가 몇 가지 있다. 예컨대, 미국의 법절차에

9) See KINNEY AND LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY FOR BUSINESS LAWYERS, 215-243 (8th ed. 1995). See generally Weston, Maggs & Schechter, UNFAIR TRADE PRACTICES & CONSUMER PROTECTION (5th ed. 1992).

10) See McManis, UNFAIR TRADE PRACTICES (1993).

서는 집단소송(class action)이 인정되는데, 이러한 집단소송에서는 피해를 받은 집단의 모든 구성원들을 대신하여 소송이 제기된다. 이러한 소송의 가장 대표적인 예는 어느 제품 또는 어느 회사에 의하여 일정한 집단에 가해진 피해에 대한 불법행위(tort) 책임이다. 최근의 예에는 석면(asbestos)에 겉으로 드러나지 않게 노출됨으로써 육체적인 피해와 병에 걸려서 피해를 받은 소비자집단을 위한 소송과 유방확대수술(breast implant surgery)에 의하여 피해를 받은 개인들의 집단을 위한 소송이 포함된다. 또다른 예로서는 일정한 기간동안 항공요금이 지나치게 많이 부담한 소비자를 위한 소송을 들 수 있다. 이 때에 항공사들은 진정한 경쟁이 있었던 것보다 높은 가격을 유지하기 위하여 공모를 하였었다(이러한 것은 소비자주권의 요소인 "진정한 경쟁"의 전형적인 위반이 된다).

집단소송에 대하여 미국에서 논란이 없는 것이 아니다. 집단소송이 그 집단의 구성원에게 때로는 만족스럽지 않은 보상이 되는 화해(settlement)로 끝난다. 그러나 화해를 거절하고 개별적으로 손해배상을 구하는 것은 너무나 많은 비용과 시간이 필요하여 개별적인 소비자가 취할 수 없다. 따라서 집단소송은 피해를 받은 소비자를 구제하기 위한 수단이 될 수 있다.

소비자를 돕기 위한 사법상의 방법이 될 수 있는 예로서 징벌적 손해(punitive damage)를 들 수 있다. 징벌적 손해라는 말 자체가 표시하는 바와 같이 징벌적 손해는 회사에 의한 불법행위에 대한 벌(punishment)로서 평가되는 손해이고 소비자가 실제로 받은 손해보다 그 액수가 훨씬 더 많을 수 있다. 이러한 징벌적 손해의 이론적 기초는 이러한 손해배상을 허용함으로써 회사는 적법하게(properly) 행위를 할 동기를 가지게 된다. 징벌적 손해는 그렇게 자주 허용되는 것은 아니지만 이러한 손해배상이 존재한다는 것 자체는 회사가 고려하여야 할 중요한 문제이다. 징벌적 손해가 비교적 자주 허용되는 분야는 보험금청구를 악의(bad faith)로 거절하는 경우이다. 보험회사가 보험금청구를 거절함으

로써 징벌적 손해가 인정되기 위해서는 다음과 같은 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 보험계약의 조건하에서 보험금이 지급되어야 한다고 법원이 결정한 청구를 보험회사가 거절하였어야 한다. 둘째, 보험회사가 처음에 보험금의 지급을 거절한 원인이 보험금청구가 그 보험에 의하여 전보되지 않는다고 합법적으로 믿었기 때문에 거절한 것이 아니라 악의로 지급을 거절하여야 한다. 최근의 케이스에서, 한 여인이 건강보험에 대하여 보험금을 청구하였으나 보험회사가 부당하게 그리고 악의로 지급을 거절한 적이 있었는데, 이 보험회사는 그 여인에게 1억 달러를 지불하라고 명령을 받았다.

징벌적 손해도 미국에서는 논란이 되는 것이며 몇몇 회사들은 징벌적 손해의 액수와 징벌적 손해가 인정될 수 있는 사유를 제한하는 입법을 하려고 시도하였다. 그러나 Ralph Nader와 소비자단체 그리고 기타 소비자보호 주창자들은 소비자를 보호하기 위한 무기로서 징벌적손해를 강력히 지지해 왔으며, 이러한 징벌적 손해를 제한하려는 노력에 강력하게 반대해 왔다. 소비자보호 주창자들은 징벌적 손해가 존재한다는 것 자체로 인하여 많은 회사들이 소비자에게 피해를 주는 관행을 멀리할 것이라고 믿고 있다.

피해를 받은 소비자를 돕기 위한 사법상의 방법으로서 특별한 법을 위반한 것에 대하여 특정한 법정상의 구제를 제공하는 것이다. 예컨대, 대여할 때의 진실에 관한 법(Truth-in-lending Law)은 소비자에게 제공되는 신용에 대한 이자율과 이러한 이자율의 공시시기를 정확하게 규정하고 있다. 이러한 규정에 조금이라도 위반하게 되면 이것은 개별적인 소비자의 소송의 기초가 되며, 이러한 소송을 제기한 소비자는 변호사비용과 특정된 금액(위반의 성질에 따라서 결정)을 지급 받을 수 있다. 이같이 법에 따른 손해배상에 의하여 회사는 소비자를 보호하는 법을 준수할 강력한 동기를 가지게 된다.

구매전의 단계에서 부당한(improper) 광고는 상당히 많은 공법에 의한 규제대상이 된다(사법에 의하는 경우도 약간 있음). 광고를 규제하

는 것으로서는 많은 연방법과 주법이 있다. 일반적으로 오해를 불러일으키는 광고는 네 가지 형태 즉, (1) 직접적으로 허위설명을 하는 것(direct misrepresentation), (2) 생략함으로써 간접적으로 허위설명을 하는 것, (3) 분간하기 어려울 정도로 과장하는 것(indiscernible exaggeration), (4) 부적당한 것(irrelevance)으로 나눌 수 있다.

직접적으로 허위설명을 하는 광고가 될 만한 것으로는 "기만적인 광고"나 "불법광고"가 있다. 이러한 광고는 상품이나 서비스를 명백하게 허위로 설명하는 모든 것을 포함한다. 예컨대, 실제로는 함유하고 있지 않은 내용물을 함유하고 있다고 나타내는 것, 보증이 없는데도 하자에 대하여 보증한다는 것을 나타내는 것, 또는 실제로는 가지고 있지 않은 특성을 가지고 있다고 나타내는 것 등이다.

간접적으로 허위설명을 하는 것은 광고에서 언급된 것이 문자그대로는 진실이지만 그 광고가 의도하는 것이 적절한 정보를 생략함으로써 진실한 설명이 되지 않는 경우이다. 이러한 광고의 예는 대머리인 남자를 위한 발모제 대한 광고이다. 이미 언급한 바와 같이 이러한 상품의 대머리에 대한 효과는 5%의 대머리 남자에게 제한된다. 따라서 어떠한 방법이나 치료로도 고칠 수 없는 Male pattern baldness 이외의 원인에 의하여 대머리가 된 적은 수의 남자에게만 발모제가 효용성이 있다고 공시하지 않는다면 이러한 발모제의 광고는 기만적인 것이 된다.

분간하기 어려울 정도로 과장함으로써 기만이 되는 광고는 어린이와 같이 특별히 피해를 받기 쉬운 것에 대한 광고이다. 과장 그 자체만으로는 항상 기만이 되지는 않는다. "자동차의 오일탱크에 호랑이를 집어넣기 위해서(in order to put a tiger in your tank)" 어떠한 가솔린을 사용할 것을 권유하는 광고의 예를 들어보자. 이 경우에는 일반적으로 합리적인 사람(reasonable people)이라면 문자그대로 주유소의 펌프로부터 자동차의 오일탱크로 호랑이라는 동물이 들어가리라는 것을 기대하지 않을 것이다. 오히려 이러한 용어는 단순히 광고된 가솔린이 옥탄가가 높다는 것을 나타내는 것이라고 생각할 것이다. 그러나 어린이가 광

고된 음식을 먹으면 그 어린이는 여러 스포츠 분야에서 뛰어난 선수가 될 것이라고 어린이에게 광고를 한다면 문제는 달라질 것이다. 이러한 과장은 아마도 분간하기 어려운 것이 되며 FTC나 오해를 불러일으키거나 기만적인 광고를 규제하는 법을 집행하는 기관에 의하여 규제를 받을 것이다.

기만적인 광고가 될 수 있는 마지막의 유형으로서는 광고가 광고된 제품의 판매를 촉진하기 위하여 부적당한 내용을 사용하는 것이다. 이러한 유형은 어느 정도 논란이 되는 것이다. 모든 학자들은 부적당한 내용이 제품의 판매를 촉진하기 위하여 기만적으로 사용될 수 있다는 것에 대해서는 동의하고 있지만, 이러한 유형이 법적 제재의 대상이 되어야 하는지에 관해서는 일치하지 않은 것으로 보인다. 일부학자들은 부적당한 내용이 직접적으로 또는 간접적으로 허위설명에 해당되지 않는 한 무시되어야 한다고 믿고 있다. 그러나 다른 일부의 학자들은 부적당한 내용은 불공정한 광고로 간주되어야 한다고 믿고 있다. 이와 같이 견해가 다르기 때문에 오늘날까지 부적당한 광고가 불법적인 것으로 도전 받은 케이스는 거의 없다.

전통적으로 기만적인 광고에 대하여 정부기관이 취하는 구제수단은 광고를 중지하도록 하는 금지명령(injunction)이었다. 이러한 명령은 부당한(improper) 광고를 한 회사에게 이러한 행위를 중지할 것을 요구하고 중지를 하지 않으면 벌금이 부과된다. 이외에도 부당한 것으로 판결된 광고를 중지하지 않는 회사는 명령을 모욕(contempt)했다고 판결될 가능성도 있다.

금지명령은 보통 재판절차가 종료한 후에만 광고관행을 중지시키기 때문에 최근 25년동안 부당한 광고에 대한 효과적인 구제수단을 제공하기 위하여 노력해왔다. 이러한 노력에 의하여 광고가 특별히 효과적이고 광범위하게 행하여지는 경우에는 "시정광고(corrective advertising)"라는 것이 종종 사용되어 왔다. 소비자보호 주창자들이 관심을 가지는 것은 매우 효과적이지만 기만적인 광고의 경우에는 그 광

고가 중지되었을지라도 소비자들이 일정한 기간동안 그 효과적인 광고를 기억하고 있다는 것이다. 시정광고의 개념은 위반한 회사는 부당한 광고를 중지하여야 할뿐만 아니라 그 이후의 광고에서 소비자들에게 自社의 효과적이나 기만적인 과거광고가 허위라는 것을 소비자들에게 알려야 한다는 것이다. 따라서 Listerine이라는 감기약에 관한 케이스[11]에서 회사는 자사의 제품이 감기를 낳게 할 수 있다는 허위의 광고를 중단하도록 요구받았다. 뿐만 아니라 이 회사는 과거의 광고와는 반대로 자사의 제품이 감기를 낳게 할 수 없다는 것을 장래의 광고에서 공시하도록 요구받았다. 시정광고는 Lsterine이 더 이상 감기를 낳게 할 수 없다고 일반인들이 믿었다는 것을 소비자반응조사(survey)가 나타내는 시점까지 계속하도록 요구받았다.[12]

공공기관이 문제성 있는 광고를 문제삼을지 여부를 결정하는데 있어서, 공공기관은 보통 어떠한 광고가 가장 문제가 있는지 우선성판단을 한다. 따라서 보통 가장 심한 정도의 기만을 야기하는 광고에 우선성을 두고 가장 많은 관심을 기울인다. 그러므로 가난하거나 특별히 피해를 받기 쉬운 사람들을 대상으로 완전한 정보가 아니라 잘못된 정보에 의하여 소비자가 구매하도록 하는 광고는 특별히 면밀한 조사의 대상이 된다.[13]

만약 광고가 건강이나 안전에 대한 위험을 포함하고 있고 소비자가 이를 믿는다면, 이러한 광고를 한 자는 다른 케이스보다 자신의 주장을 고도로 실증하여야 한다.[14]

---

11) Warner Lambert v. FTC, 562 F. 2d 749 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 435 U. S. 950 (1978).

12) See also Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co. (1977); KINNEY & LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY FOR BUSINESS LAWYERS 220 (8th ed. 1995).

13) See generally Bailey & Pertschuk, The Law of Deception: The Past As Prologue, 33 AM. U. L. REV. 849 (1984).

14) American Products, Inc. 98 F.T.C. 136 (1981); National Dynamics Corp., 82 F.T.C. 488 (1973).

거래가 행해지는 순간과 관련하여 적용되는 법으로서는 일반적인 법과 소비자보호법이 있다. 약간의 예외를 제외하고는, 소비자에게 판매되는 모든 상품은 법에 의하여 판매될 수 있다고 보증된다. 즉, 상인은 자신의 상품이 일반인에 대한 판매에 적합하다는 최소한의 기준을 충족시켰다는 것을 주장하는 것으로 가정된다. 만약 상품이 특별한 목적을 위하여 판매된다면, 그 특별한 목적에 적합하다는 보증이 이용될 수 있다. 이러한 보증은 소비자들의 거래에 제한되지는 않지만 위의 거래에 적용될 수 있다.

또한 구매단계에서도 소비자신용거래의 신용의 공시에 관한 요구조건이 Truth-in-Lending Law에 따라서 유효하다. 상품이나 서비스의 가격은 거래 전에 제시된 것이어야 하며, 그렇지 않으면 그 전에 제시된 것은 허위로 판단될 수 있다. 보증은 반드시 제시된 대로여야 하며 "Magnuson-Moss Warranty Act에 따른 완전한 보증(full warranty)"을 위한 요건이 충족되지 않는 한 "완전한 보증"이라고 레이블을 붙일 수 없다.

구매 이후의 문제에 관하여 소비자보호법의 가장 쟁점이 되는 것에 대해서도 Magnuson-Moss Act가 적용된다. 이 법은 제조자나 상인이 "완전한 보증" 또는 "제한된 보증"이라고 주장하는 것에 대하여 무엇이 보증인가에 대하여 정의를 내리는 것 이외에도, 자동차회사가 공정한 당사자에 의하여 행해지는 자동차보증에 관한 중재를 비롯한 문제점들에 관한 분쟁을 해결하는 제도를 확립하고 요구하는 규칙을 규정하고 있다. 그러나 소비자가 중재에 의한 결과에 만족하지 않고 법원의 구제수단을 선호한다면 중재에 의한 결과를 거절할 수 있다(그러나 중재의 결과는 법원절차에서 인정될 수 있다). 만약 소비자에 의하여 자동차가 Lemon이라는 것, 즉 자동차가 소비자가 당연히 예상할 수 있는 기본적인 작동과 안전성에 관한 특성을 결여하였다고 입증할 수 있다면, 그 소비자는 회사가 그 자동차를 되사도록 하거나 다른 자동차로 대체해 달라고 할 권리가 있다. 회사가 자동차를 되사는 경우에는 그 자동차의

가격은 회사가 되사는 때까지 소비자가 사용한 가치만큼 인하된다.

이미 언급한 바와 같이 채권자나 채권을 회수하는 자들이 원래의 구매조건에 따라 지불할 수 없게 된 소비자로부터 채권을 회수하기 위하여 불공정하거나 괴롭히는 방법을 사용하는 것에 대해서는 이를 금지하는 많은 연방법과 주법이 있다. 미국의 법은 소비자가 자신의 정당한 채무를 지불할 의무를 인정하지만, 채권의 회수가 소비자인 채무자의 체면을 손상시키는 방법에 의하여서 회수되어서는 안된다는 것을 요구하고 있다.[15]

미국의 소비자보호법에는 (사인에 의한 소송뿐만 아니라) 주정부기관과 연방기관이 관계된다는 것은 이미 언급하였다. 각 주들은 전국검사장협의회(National Association of Attorneys General, NAAG)라는 조직을 가지고 있는데, 이 조직은 무엇보다도 각 주의 소비자를 보호하기 위한 활동을 통합하며, 활동이 불필요하게 중복되는 것을 피하고 정보를 공유하기 위하여 주정부와 연방정부의 기관을 서로 연결하는 것이다. 이제 NAAG는 FTC의 규정을 주검찰총장이 자신들의 주에서 집행할 수 있는 권리를 가질 수 있도록 의회로부터 승인을 받으려고 노력하고 있다.[16]

일반적으로 개인은 공공기관에 의하여 집행되는 법에 대해서는 (Truth-in-lending과 각주의 소비자를 보호하기 위한 법 중 약 1/3의 법과 같이 사적소송을 인정하는 특별한 법이 없다면) 사적 소송을 제기하는 법에 의하여 이러한 법을 이용할 수 없다.[17] 그러나 이에 대해서는 약간의 예외가 있는데, 현재 캘리포니아에서 진행중인 케이스를 예로 들 수 있다. 이 소송에서는 카멜 담배회사의 "Joe Camel"이라는 만

15) Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (D.C. Cir. 1965); Jones v. Star Credit, 298 N.Y.S. 264 (Special Term 1969); See also 1 CONSUMER ADVOCATE, # 3. 4－6 (oCT. 1995).

16) KINNEY & LANGE'S OVERVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY FOR BUSINESS LAYWERS 228-29 (8th ed. 1995).

17) See Advertising Legal Wars Heating Up, AM. BAR J. 32-33, Apr. 1996.

화광고가 기만적이거나 불공정한 관행을 금지하는 FTC법에 유사한 주법을 위반했다는 것을 근거로 하여 Janet Mangini라는 여인이 카멜회사에 대하여 소송을 진행하고 있다. FTC는 이미 이러한 광고에 대하여 문제삼지 않기로 이미 결정하였었다. 캘리포니아 법원과 연방대법원은 이러한 공법을 이행하기 위하여 사적 소송을 제기할 수 있다고 주장하는 Mangini여인의 소송을 정지시키는 것을 거절하였다.

이 글은 미국의 소비자보호법에 초점을 맞추고 있지만, 미국에서 뿐만이 아니라 유럽에서도 소비자보호법이 발전하고 있다는 것을 주목하는 것은 흥미로운 것이다. 유럽연합은 소비자들의 계약에서의 불공정한 조건을 금지하는 지침을 발하였고,[18] 유럽연합은 소비자들의 권리를 명백하게 인정하였다.[19]

미국에서 소비자보호법이 계속 발전하고 있지만 한 때 강력했던 Caveat Emptor 또는 "Let the Buyer Beware"의 원리는 미국(또는 유럽)에서 더 이상 적용되지 않는다. Caveat Emptor원리는 소비자주권이라는 새로운 원리에 의하여 대체되었고, 소비자주권은 진정한 경쟁, 완전한 정보 그리고 정부가 시장에 불필요한 간섭을 하지 않는 것으로 특징지워진다.[20]

미국에 적절한 것으로 간주된 것이 다른 나라에서 채택되어야 한다고 주장하는 것은 지나친 것이며, 각국은 스스로 채택할 것인지를 결정하여야 한다. 각국은 각각 다른 법과 관습 그리고 전통을 가지고 있다. 그러나 소비자들이 처한 문제를 구제하는 노력이 유사하거나 다르거나에 관계없이 소비자들이 처하거나 처해왔던 문제는 이 세계 어디에서나 대

18) See Thain, The E.C. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: A Perspective from the United States, 2 CONSUMER L. J. 127.(1994)

19) See Micklitz & Weatherall, Consumer Policy in the European Community: Before and After Mastrecht, 16 J. CONSUMER POL'Y 285 (1993).

20) See W. Friedman, LAW AND POLICY, 119, 129-57 (2nd ed. 1972); Vokes v. Arthur Murray, Inc., 212 SO. 2d 906 (DCA FL. 1986); Nicel Institute, STREET LAW: A COURSE IN PRACTICAL LAW (5th ed. 1994).

체적으로 동일한 것으로 보인다. 1993년 8월 쿠알라룸푸르에서 열렸던 소비자보호에 관한 아시아 학술회의에서 학자들과 변호사들이 우선적인 사항이라고 했던 네 가지의 주제에 주의할 가치가 있다. 이 네 가지 주제는 (1) 소비자들의 문제점 대한 법적 구제책을 개발하고 이러한 법령에 위반하면 특별한 벌금을 부과하는 것, (2) 소비자들이 행하는 계약에 있어서의 불공정한 조건을 금지하는 것, (3) 소비자의 신용에 관하여 규율하는 것, (4) 소비자들이 충분히 재판에 의할 수 있도록 하는 것이다. 나는 이러한 목적이 소비자보호법의 소비자주권의 모델과 일치한다고 생각한다.

이 글에 덧붙여서 소비자보호법은 이제 세계적인 관심사가 되었다는 것에 주목하고자 한다. 그러므로 국제거래에 상당히 관련되어 있는 국가는 세계의 소비자들이 소비자보호법에 의하여 정당한 대우의 수준으로서 무엇을 기대할 것인가를 안다면 유리할 것이다. 소비자보호법이 상당히 많은 시장에 대해서는 소비자들이 더 많이 신뢰하고 만족하게 될 것이고, 이러한 소비자의 신뢰로 인하여 시장경제는 보통 더 강력하고 훌륭하게 기능을 한다. 그러므로 소비자보호법은 그것이 일반적인 경제법의 한 유형으로서 분류될 때에 적절하게 분류된 것으로 간주되어야 한다.

韓非子의 法思想

沈 在 宇*

》차 례《

Ⅰ. 序 言
Ⅱ. 韓非子의 人間觀
Ⅲ. 韓非子의 法治主義思想
1. 法 治
2. 術 治
3. 勢 治
Ⅳ. 結 言

Ⅰ. 序 言

韓非子는 法家의 思想을 대표하는 사람으로서 法治主義를 주장하였다. 法思想史的으로 볼 때, 그의 法治主義思想은 孔·孟에 의한 德治主義와 荀子에 의한 禮治主義를 거쳐 그 다음에 나타난 法思想이다. 그는 儒家에 의한 德治나 禮治로써는 당시의 戰國時代의 社會的 混亂을 극복하는 것은 불가능하다고 보았으며, 오로지 강력한 法治에 의하여서만 그러한 混亂은 극복될 수 있다고 확신하였다. 실제로 그의 法治主義思想은 秦나라의 支配原理로 받아들여져서 秦의 始皇으로 하여금 天下大亂을 平定하고 天下統一을 이룩하게 하였던 것이다.

東西古今을 막론하고 戰爭狀態나 內亂狀態와 같은 不安定한 社會狀態를 극복하기 위한 노력은 강력한 中央集權的 權力國家의 형태로 나타났었다. 西洋에서 宗教戰爭과 內亂의 와중에서 홉스의 〈Leviathan〉이 탄생된 것도 그러한 예의 하나이다. 〈萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態〉를 극

* 고려대학교 법과대학 교수

복하고 安定된 法狀態를 마련하는 것이 〈Leviathan〉의 第一의 目標였다.

韓非子도 君主의 강력한 權威와 힘에 바탕한 專制君主政의 權力國家를 확립함으로써 戰國時代의 戰爭狀態를 극복하고 안정된 統一國家를 마련하고자 하였다. 결국 韓非子의 國家는 東洋의 〈Leviathan〉에 해당하는 것이었다.

그러나 이 韓非子의 〈Leviathan〉은 홉스의 〈Leviathan〉과는 그 目的을 달리한다. 前者는 君主를 보호하기 위한 權力國家이고, 後者는 百姓을 보호하기 위한 權力國家였다. 즉 前者의 國家는 自己目的으로서의 權力國家였고, 後者는 人間을 위한 手段으로서의 權力國家였다. 따라서 韓非子의 國家는 형식적으로는 法治國家이지만 실질적으로는 權力國家를 뜻하는 것이며, 그 반대로 홉스의 國家는 형식적으로는 權力國家이지만 실질적으로는 法治國家를 뜻하고 있다.

韓非子는 이 權力國家의 統治手段을 오로지 法에 의존하였다. 그 法은 刑法을 의미한다. 人間의 行爲를 統制하고 강력한 國家秩序를 세우는 데는 法처럼 효과적인 것이 없다고 한다. 法이 統治의 유일한 手段이라는 의미에서 法治主義라고 일컬어지지만, 그것은 西洋의 法治主義와는 근본적으로 다른 것이었다. 西洋의 法治主義는 이른바 法의 支配의 原理(Rule of Law)로서 "國王도 法 아래에 있다." 즉 權力은 法에 구속된다. 그러나 東洋의 韓非子의 法治主義는 "國王은 法 위에 있다." 즉 權力은 法에 구속되지 않는다. 여기서는 法은 다만 權力을 실현시키는 道具에 지나지 않는다. 韓非子에 있어서 法은 權力者의 意志의 表現이며, 君主의 命令일 따름이다. 君主는 강력한 權力을 가진 가장 尊貴한 존재이며, 百姓은 그의 命令을 받는 단순한 統治客體에 지나지 않는다. 이것을 그는 〈主尊臣卑〉라고 표현한다. 따라서 여기서는 孟子의 民本主義의 표현은 君主主義의 표현으로 바뀔 수밖에 없다. 즉 「民爲貴, 社稷次之, 君爲輕」은 거꾸로 「君爲貴, 社稷次之, 民爲輕」이란 표현으로 뒤집힐 수밖에 없다. 韓非子에 있어서 法이란 君主자신의 主觀的 恣意의

表現 이외에 아무것도 아니며, 그것은 실질적으로 人治主義를 의미한다.

일반적으로 韓非子의 國家論을 "法治主義"라고 한다. 그러나 그것은 당시의 儒家에 의한 德治主義와 禮治主義에 대칭하여 부른 명칭일 뿐, 오늘날의 실질적 法治主義와는 전혀 다르며, 오히려 그 正反對이다. 따라서 韓非子의 法治主義는 실질적으로는 〈人治主義〉〈君主主義〉〈權力實證主義〉이다. 이 점을 그의 理論을 통하여 확인하고 입증하고자 하는 것이 本稿의 目的이다.

II. 韓非子의 人間觀

孟子의 性善說이 德治主義의 근원이 되고, 荀子의 性惡說이 禮治主義의 근원이 되었던 것과 같이, 韓非子의 利己的, 利害打算的 人間觀은 法治主義의 근원이 되고 있다. 韓非子는 人間의 本性을 利益追求에 있다고 보며, 따라서 모든 人間關係는 利益과 損害의 관점에서 行爲動機를 부여하는 利害打算的 存在에 의하여 형성된다. 이것은 이익과 손해를 계산하여 이익을 좇아 행위하는 "悟性的 存在"에 해당한다 할 것이다.[1] 儒家에서의 인간관계는 仁과 義로써 맺어지고, 부모와 자식의 관계는 孝와 親으로써 맺어지고, 君主와 臣下의 관계는 忠과 信으로써 맺어진다고 한다. 그러나 法家의 韓非子에 있어서는 이러한 모든 관계가 利와 害로써 맺어진다는 것이다. 그는 다음과 같이 말한다.

"의사가 환자의 상처에 입을 대고 고름을 빨아내는 것은 骨肉之親의 관계에 있기 때문이 아니라 利益이 있기 때문이다. 수레를 만드는 匠人은 사람들이 富者가

1) 칸트는 人間存在를 感性的 存在, 悟性的 存在, 理性的 存在로 나누고, 悟性的 存在는 利益과 損害를 較量하여 利益되는 쪽으로 行爲動機를 부여한다고 한다.

될 것을 바라고, 棺을 만드는 匠人은 사람들이 많이 죽기를 바라지만, 前者가 仁人이고 後者가 惡人이기 때문이 아니라 사람들이 富貴해지지 않으면 수레가 팔리지 않을 것이고, 사람들이 죽지 않으면 관이 팔리지 않기 때문이다. 사람을 憎惡해서가 아니라 사람이 죽음으로써 利益이 생기기 때문이다."[2]

"또한 부모의 자식에 대한 관계를 보면, 아들이 태어나면 서로 축하하고 딸이 태어나면 죽여 버린다. 아들이나 딸이나 다 같은 부모에게서 태어나는데 아들은 축복을 받고 딸은 죽임을 당하는 것은 老後를 생각하여 먼 훗날의 利益을 계산에 넣고 있기 때문이다. 그러므로 부모의 자식에 대한 관계는 計算하는 마음을 가지고 서로 대우하는 것이다. 하물며 父子之間과 같은 愛情이 없는 다른 人間關係에 있어서는 말할 나위가 있겠는가?"[3]

"임금은 계산으로써 신하를 거느리고 신하도 계산으로써 임금을 섬긴다. 임금과 신하가 서로 쓰는 계산에서 신하는 자신이 損害를 보면서 나라를 이롭게 하는 행동을 하지 않고, 임금은 나라의 損害를 보면서 신하를 이롭게 하는 행동을 하지 않는다. 신하의 감정으로서는 자신을 해친다는 것은 利益이 없다고 여기고 있고, 임금의 감정으로서는 나라를 해치면 친한 사람도 없다고 여긴다. 임금과 신하는 計算으로써 합쳐져 있는 것이다."[4]

"신하는 죽을 힘을 다하여 일하는 代價로 군주에게서 爵祿을 사고, 군주는 爵祿을 신하에게 판다. 君臣間의 관계는 父子間의 관계와 같이 親한 것이 아니며 利害打算에서 나오기 때문이다."[5]

---

2) 『韓非子』, 「備內篇」: "醫善吮人之傷, 含人之血, 非骨肉之親也, 利所加也. 故輿人成輿, 則欲人之富貴, 匠人成棺, 則欲人之夭死也, 非輿人仁而匠人賊也, 人不貴則輿不售, 人不死則棺不買. 情非憎人也, 利在人之死也."

3) 『韓非子』, 「六反篇」: "且父母之於子也, 產男則相賀, 產女則殺之. 此俱出父母之懷衽, 然男子受賀, 女子殺之者, 慮其後便, 計之長利也. 故父母之於子女, 猶用計算之心相待也. 而況無父子之澤乎?"

4) 『韓非子』, 「飾邪篇」: "君臣異心, 君以計畜臣, 臣以計事君. 君臣之交計也, 害身而利國, 臣弗爲也, 害國而利臣, 君不行也. 臣之情, 害身無利, 君之情, 害國無親. 君臣也者, 以計合者也."

5) 『韓非子』, 「難一篇」: "且臣盡死力以與君市, 君垂爵祿以與臣市. 君臣之際, 非父子之親也, 計數之所出也."

"田鮪가 그의 아들 田章에게 가르쳐 말하였다. '군주는 官職과 爵位를 팔고, 신하는 智慧와 努力을 판다.'"[6]

"聖王은 국가를 다스림에 있어 法禁을 엄하게 하는데, 法禁이 분명하니 관리들이 청렴해지고 賞罰을 엄격히 하여 公正해지니 백성들이 자진해서 최선을 다한다. 그러면 나라가 부강해지고 나라가 부강해지니 군대가 강해져서 覇王의 功業이 이루어진다. 覇王이 된다는 것은 군주에게는 최대의 利益이다."[7]

"군주가 이러한 큰 利益을 염두에 두고 政治를 함에 있어 能力에 따라 官職을 맡기고 賞罰을 公平하게 하면, 신하들은 이를 알고 목숨을 다하여 일을 한 즉 공을 세우고 爵祿을 얻게 된다. 爵祿을 얻으면 富貴가 보장된다. 富貴를 얻는다는 것은 신하에게는 가장 큰 利益이다."[8]

이상의 韓非子의 언급에서 특히 주목할 것은, 君主는 自己의 利益을 추구하는 자이지 百姓의 利益을 추구하는 자가 아니라는 점이다. 즉 韓非子의 治道의 目的은 民利民福에 있는 것이 아니라 君利國強에 있다. 이것은 儒家의 民本主義나 仁政思想과는 정반대이다. 荀子는 "백성에게 아무런 利益도 주지 않으면서 利用만 하려 하고, 사랑도 하지 않으면서 부리려고만 하는 임금은 나라를 위태롭게 할 것이다"라고 말한다.[9] 또한 墨子는 兼愛說을 주장하면서 "天下의 모든 사람들이 서로 사랑하면 秩序가 安定되고, 서로 미워하면 混亂해질 것"이라 하며,[10] 그 까닭은 "남을 해치고 자기를 이롭게 하기 때문"이라고 한다.[11]

---

6) 『韓非子』, 「外儲說右下篇」: "田鮪教其子田章曰, 主賣官爵, 臣賣智力."
7) 『韓非子』, 「六反篇」: "聖人之治也, 審於法禁, 法禁明著則官治, 必於賞罰, 賞罰不阿則民用. 民用官治則國富, 國富則兵強, 而霸王之業成矣. 霸王者, 人主之大利也."
8) 『韓非子』, 「六反篇」: "人主挾大利以聽治, 故其任官者當能, 其賞罰無私, 使士民明焉, 盡力致死, 則功伐可立而爵祿可致. 爵祿致, 而富貴之業成矣. 富貴者, 人臣之大利也."
9) 『荀子』, 「富國篇」: "不利而利之, 不愛而用之者, 危國家也."
10) 『墨子』, 「兼愛上篇」: "天下兼相愛則治, 交相惡則亂."
11) 『墨子』, 「非攻上篇」: "以虧人自利也."

일반적으로 韓非子의 人間觀은 荀子의 性惡說에 근거하고 있다고 한다. 韓非子가 人間을 이익추구적 존재로 이해한 점에서는 荀子와 입장이 같지만, 그러한 人間觀으로부터 治道의 原理와 目標를 이끌어 내는 데 있어서는 전혀 다르다. 荀子에서 禮가 추구하는 目的은 人間相互間의 利益衝突을 衡平하게 조정하고 人間의 惡性을 敎化하는 데 있지만, 韓非子에서 法이 추구하는 目的은 君主와 臣下 사이의 利益衝突에서 君主의 利益을 우선시키고 人間의 利害打算的 性質을 이용하여 賞과 罰을 줌으로써 臣下를 君主에게 服從시키는 데 있다.

荀子는 禮가 생겨난 이유를 다음과 같이 말한다. "禮는 왜 생겨났는가? 그것은 사람은 나면서부터 慾望이 있는데, 바라면서도 얻지 못하면 곧 추구하지 않을 수 없고, 追求함에 있어 一定한 尺度와 限界가 없다면 곧 다투지 않을 수 없게 된다. 다투면 秩序가 문란하여 지고, 秩序가 문란하여 지면 窮하여 진다. 옛 임금께서는 그 질서가 어지러워지는 것을 싫어하셨기 때문에 禮義를 制定하여 그 限界를 정함으로써 사람들의 욕망을 고루 충족시켜 주고 사람들이 추구하는 것을 얻게 하였던 것이다. ……이것이 禮가 생겨난 理由인 것이다."[12]

그러나 韓非子에 있어서 法이 생겨난 이유는 이와 다르다. 그에 의하면 "人間은 편안하고 利益이 있으면 그 곳으로 나아가고, 위태롭고 損害가 있으면 그 곳을 떠나는 게 人之常情이다."[13] 이러한 人之常情을 이용하여 利와 害에 法에 의한 賞과 罰을 매달면 모든 신하는 君主의 命令에 복종하게 되어 강력한 支配秩序가 확립될 수 있다는 것이다. 이 점을 그는 다음과 같이 말한다.

"밝은 임금이 신하를 인도하고 통제하는 데는 두 가지 칼자루가 있을 따름이다.

12) 『荀子』, 「禮論篇」: "禮起於何也, 曰, 人生而有欲, 欲而不得, 則不能無求, 求而無度量分界, 則不能不爭, 爭則亂, 亂則窮, 先王惡其亂也, 故制禮義以分之, 以養人之欲, 給人之求. ……是禮之所起也."

13) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」: "夫安利者就之, 危害者去之, 此人之情也."

二柄이란 刑罰과 恩德을 말한다. 刑罰과 恩德은 무엇을 말하는가? 그것은 사람을 죽이는 것을 刑罰이라고 하고, 賞을 주는 것을 恩德이라 말한다. 신하된 사람들은 刑罰을 두려워하고 賞받기를 좋아한다. 그러므로 임금 자신이 그의 刑罰과 恩德을 사용하면 곧 여러 신하들은 그의 威勢를 두려워하고 利로운 쪽으로 달라붙게 된다."[14]

"채찍의 위협과 재갈의 준비가 없다면 비록 造父와 같은 유명한 말몰이꾼이라 할지라도 말을 복종시킬 수 없다. 잣대의 法度와 먹줄의 바름이 없다면 비록 王爾와 같은 유명한 목수라 할지라도 네모꼴과 동그라미를 바르게 그릴 수 없다. 威嚴있는 權勢와 賞罰의 法이 없다면 비록 堯舜같은 임금도 나라를 바르게 다스릴 수 없을 것이다."[15]

"나라를 다스리는 데 法術과 賞罰을 쓴다는 것은 마치 陸路를 갈 때에 튼튼한 수레와 좋은 말을 사용하는 것과 같으며, 물위를 가는 데 가벼운 배와 편리한 노를 사용하는 것과 같다. 이런 것을 이용하는 자는 드디어 나라를 다스리는 데 성공할 것이다."[16]

이와 같이 韓非子는 利害打算的 人間觀을 기초로 해서 法에 의한 賞罰을 통하여 支配秩序를 確立하고자 하였던 것이다. 그래서 그는 "天下를 다스리는 데는 반드시 人間의 感情에 따라야 한다. 人間의 感情에는 좋아하는 것과 싫어하는 것이 있다. 그러므로 賞罰을 사용하여야 한다. 賞罰을 사용하면 곧 禁令은 행하여진다"고 한 것이다.[17] 그러면 賞罰의 禁令을 통하여 韓非子가 궁극적으로 얻고자 한 것은 무엇인가? 그것은

---

14) 『韓非子』, 「二柄篇」:"明主之所道制臣者, 二柄而已矣. 二柄者, 刑德也. 何謂刑德, 曰, 殺戮之謂刑, 慶賞之謂德. 爲人臣者, 畏誅罰而利慶賞, 故人主自用其刑德, 則羣臣畏其威而歸其利矣."

15) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」:"無捶策之威, 銜轡之備, 雖造父不能以服馬. 無規矩之法, 繩墨之端, 雖王爾不能以成方圓. 無威嚴之勢, 賞罰之法, 雖堯舜不能以爲治."

16) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」:"治國之有法術賞罰, 猶若陸行之有犀車良馬也, 水行之有輕舟便楫也, 乘之者遂得其成."

17) 『韓非子』, 「八經篇」:"凡治天下必因人情, 人情者有好惡, 故賞罰可用, 賞罰可用則禁令可立."

바로 富國強兵과 天下統一을 이루는 覇王의 業이다. 이 점을 그는 다음과 같이 표현하고 있다. "그리하여 나라는 다스려지고 군대는 強하여졌고 땅은 넓어지고 임금은 尊貴하여 졌다."[18] 韓非子의 人間觀이 法과 法의 目的에 어떻게 연결되어 있는지 이것으로써 분명히 밝혀졌다.

III. 韓非子의 法治主義思想

韓非子의 法治主義에는 法治만 있는 것이 아니라 術治와 勢治가 합하여져 있다. 法治는 商鞅에서 이어 받았고, 術治는 申不害에서 이어 받았고, 勢治는 愼到에서 이어 받았다. 이 法·術·勢의 三治는 임금이 반드시 간직하고 있어야 할 세 가지 요소(三守)로서 그 어느 하나를 결하여도 다스려지지 않는다는 것이다. 즉 法만 있고 術이 없거나, 術만 있고 法이 없거나, 또 法術이 있어도 勢가 없으면 통치는 제대로 할 수 없다고 한다.

> "이 세 가지는 임금이 반드시 지켜야 할 요소이다. 세 가지 지킬 것이 완전하면 곧 나라가 편안하고 자신도 영화로워지며, 세 가지 지킬 것이 완전하지 못하면 곧 나라가 위태로워지고 자신도 위험하게 된다."[19]

---

18) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」: "是以國治兵強, 地廣而主尊."

19) 『韓非子』, 「三守篇」: "人主有三守, 三守完, 則國安身榮, 三守不完, 則國危身殆." 三守篇의 맨 끝節에서 韓非子는 三劫에 대하여 언급하고 있다. 三劫이란 첫째 〈事劫〉으로서 임금이 勢를 잃고 臣下가 나라의 權勢를 휘두르는 것이며, 둘째 〈明劫〉으로서 임금이 術을 잃고 臣下들의 不忠에 의하여 耳目이 가리워지는 것이며, 셋째 〈刑劫〉으로서 임금이 法을 잃고 臣下들이 刑罰權을 차지하여 멋대로 행사하는 것이다. 이 三劫이 있으면 나라가 亡한다고 한다.

1. 法 治

韓非子의 法은 신하들과 백성들의 어지러움을 다스리는 데 있다.[20] 그는 法을 定義하여 다음과 같이 말한다.

"法이란 文書로써 기록 편찬하여 官廳에 비치해 놓고 백성에게 公布한 것이다."[21]

"法이란 관청에 비치해 놓은 憲令이며 賞罰이 백성들의 마음에 반드시 아로새겨져 있어서 賞은 法을 잘 지키는 사람에게 주는 것이고 罰은 法令을 犯한 사람에게 가해지는 것이다. 이것은 신하들이 따라야 할 規範이다."[22]

"밝은 임금이 다스리는 나라에서는 君主의 命令이 말 중에서도 가장 貴한 말이며, 法은 일 중에서도 가장 適正한 일이다. 말에는 두 가지 貴한 것이 없으며, 法에는 두 가지 適正한 것이 없다. 그러므로 言行이 法令에 따르지 아니할 때에는 반드시 禁해야 한다."[23]

韓非子는 위에서 "言行이 法令에 따르지 아니할 때에는 반드시 금해야 한다"고 말하고 있다. 그러면 法은 어떠한 행위를 금지시켜야 하는가?

"法術이란 여러 신하들과 백성들의 사사로운 行爲를 금하는 것이다."[24]

---

20) 『韓非子』, 「定法篇」:"臣無法則亂於下."

21) 『韓非子』, 「難三篇」:"法者, 編著之圖籍, 設之於官府, 而布之於百姓者也." 韓非子의 法槪念에는 實定法 외의 어떠한 規範도 존재하지 않으므로 〈순수한 法實證主義者〉라고 해야 할 것이다.

22) 『韓非子』, 「定法篇」:"法者, 憲令著於官府, 賞罰必於民心, 賞存乎愼法, 而罰加乎姦令者也. 此臣之所師也."

23) 『韓非子』, 「問辯篇」:"明主之國, 令者, 言最貴者也, 法者, 最適者也. 言無二貴, 法不兩適, 故言行而不軌於法令者, 必禁."

24) 『韓非子』, 「和氏篇」:"法術者, 禁羣臣士民之私邪."

"밝은 임금은 公과 私의 구분을 살피고, 利와 害의 소재를 살펴서 간사한 사람들이 私利를 추구하지 못하도록 한다."[25]

"命令은 반드시 행하여지고, 禁한 것은 반드시 그쳐야 한다. 이것이 君主의 公義이다. 사사로움이 반드시 행하여지고 여러 사람들이 그것을 믿으면, 賞을 주어 독려할 수도 없고 罰을 주어 막을 수도 없다. 이것이 臣下의 私義이다. 私義가 행하여지면 혼란에 빠지고 公義가 행하여지면 다스려진다. 그러므로 公과 私가 구분되는 것이다."[26]

위의 언급에서 알 수 있듯이, 法으로써 금해야 할 행위는 私利를 추구하는 행위이다. 韓非子에 있어서 私利(또는 私益)의 추구는 公利(또는 公益)에 反하는 행위로서 兩 利益은 相合一致되는 개념이 아니라 언제나 相反衝突되는 개념으로 이해된다. 그래서 "私利追求行爲가 성행하면 公利는 소멸해 버린다"고 한다.[27] 그리고 그에 있어서 公利라는 것은 〈나라 全體의 利益〉을 뜻하는 것이 아니라, 〈君主 個人의 利益〉을 뜻한다. 韓非子는 아직 國家와 君主를 개념적으로 구별할 줄 몰랐으며, 〈朕은 곧 國家〉였다.[28] 따라서 公益을 〈나라 全體의 利益〉으로 파악하지 않고 〈君主 個人의 利益〉으로 이해하였다. 그러므로 君主의 利益과 臣下의 利益은 언제나 衝突·相反된다. 다음의 언급이 이 점을 잘 알려주고 있다.

"臣下와 君主의 利益은 서로 다른 것이다. 어떻게 그것을 밝힐 수 있는가? ……君主의 利益은 豪傑로 하여금 能力을 발휘하게 하는 데 있으나, 臣下의 利益은 朋黨을 만들어 私利를 도모하는 데 있다."[29]

---

25) 『韓非子』, 「八經篇」: "明主審公私之分, 審利害之地, 姦乃無所乘."
26) 『韓非子』, 「飾邪篇」: "夫令必行, 禁必止, 人主之公義也. 必行其私, 信於朋友, 不可爲賞勸, 不可爲罰沮, 人臣之私義也. 私義行則亂, 公義行則治, 故公私有分."
27) 『韓非子』, 「五蠹篇」: "私行立而, 公利滅矣."
28) 『韓非子』, 「外儲說右上篇」: "國者, 君之車也."

"임금과 신하는 마음을 달리 한다. 임금은 利害打算으로써 신하를 거느리고 신하들도 利害打算으로써 임금을 섬긴다. 임금과 신하가 서로 쓰는 利害打算에 있어서 신하는 자신이 損害를 보면서 나라(실은 君主)를 이롭게 하는 행동을 하지 않고, 임금은 나라(실은 君主)의 損害를 보면서 신하를 이롭게 하는 행동을 하지 않는다."[30]

"君主의 최대의 利益은 覇王이 되는 데 있다."[31]

"臣下의 최대의 利益은 爵祿을 받고 富貴해지는 데 있다."[32]

이상의 韓非子의 설명에 의하여 法으로써 금해야 할 행위는 公益, 즉 君主의 利益에 反하는 행위임을 알 수 있다. 따라서 그에 있어서 法이라는 것은 君主가 覇王이 되는 길을 방해하는 모든 행위를 금지시키고 이에 대하여 刑罰을 과하는 것이다. 法이 公益에 反하는 私益追求를 금지시킨다는 것은 군주의 이익과 신하의 이익이 충돌될 때 君主의 利益을 우선시킨다는 것을 의미한다. 결국 여기서 法이라는 것은 君主의 命令으로서 君主의 利益을 옹호하는 手段이지 결코 百姓의 利益을 보호하는 手段이 아니다. 韓非子의 法이 이와 같이 군주 개인의 私益을 보호하는 수단이라면, 그것은 公益을 보호하는 法槪念과는 전혀 다르다.

자고로 法이란 인간상호간의 利益衝突을 해결하는 수단으로 이해되어 왔다. 그것은 韓非子의 스승이었던 荀子에 있어서도 그러했다. 荀子는 禮規範이 생겨난 이유를 인간 사이에서 利己的 慾望의 衝突을 막기 위하여 一定한 尺度와 限界를 禮로 정함으로써 사람들의 慾望을 충돌 없이 고루 充足시켜 주기 위함이었다.[33] 이러한 荀子의 禮槪念은 서양의

---

29) 『韓非子』, 「孤憤篇」: "臣主之利, 與相異者也. 何以明之哉. 曰, ……主利在豪傑使能, 臣利在朋黨用私."

30) 『韓非子』, 「飾邪篇」: "君臣異心. 君以計畜臣, 臣以計事君, 君臣之交計也. 害臣而利國, 臣弗爲也, 害國而利臣, 君不行也."

31) 『韓非子』, 「六反篇」: "霸王者, 人主之大利也."

32) 『韓非子』, 「六反篇」: "富貴者, 人臣之大利也."

칸트의 法槪念에 있어서도 마찬가지였다. 칸트에 의하면, 인간은 利己와 慾望을 추구하는 自然的 自由를 가지고 있는데 이 自然的 自由는 一定한 尺度와 限界가 없다면 항상 他人의 自然的 自由와 충돌하여 쟁탈이 벌어지고 無秩序狀態를 가져오게 된다고 한다. 그래서 각자의 自然的 自由의 限界를 그어 서로 충돌되지 않도록 法을 정함으로써 利益衝突을 막는다는 것이다. 그는 法에 대하여 다음과 같이 말한다. "法이란 한 사람의 恣意(自然的 自由)가 다른 사람의 恣意(自然的 自由)와 自由의 一般法則에 따라 서로 兩立할 수 있는 조건의 總體이다."[34] 또한 루소는 法을 〈一般意志의 表現〉이라고 한다. 그는 인간 사이의 特殊意志(私益)의 충돌을 막고 모든 사람의 利益을 平等하게 보장하는 一般意志를 法이라고 하며, 이것을 一般利益 또는 公益이라고 한다.[35]

이러한 法槪念에 비추어 볼 때 韓非子의 法은 전혀 다른 次元에 놓여 있다. 그가 말하는 公益이란 것은 실은 君主 개인의 利益을 말하는 것이며 모든 사람의 이익을 보장하는 公益이 아니다. 이 점에서 韓非子의 法은 客觀性을 缺하고 있다.[36] 그의 法은 君主 자신의 主觀的 恣意의

---

33) 『荀子』, 「禮論篇」, 앞의 註 12) 참조.

34) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, in : Kant-Werke, Bd. 7, 1968, S. 337(hrsg. von Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt).

35) J.J. Rousseau, Du Contrat Social(Der Gesellschaftsvertrag), hrsg. von Heinrich Weinstock, 1968, II.1, S. 54.

36) 韓非子의 法은 단순한 主觀的 恣意의 表現이 아니라 客觀性을 가지고 있다는 주장이 있다. 즉 法은 〈道〉의 法則性에 구속된다는 것이다(尹燦遠, 「韓非子」에서 法의 客觀性의 問題－老子의 道와 관련하여, 哲學 제25집, 1986, 149~171면 참조). 韓非子는 그의 著書에서 老子를 많이 引用하고 있으며, 특히 解老, 喩老, 主道, 揚搉篇 등에서 老子의 〈道〉를 해석하고 있다. 이 篇들은 韓非子의 글이 아니라고 하여 그 眞僞與否가 논란의 대상이 되기도 하지만 그것을 考證하는 일은 여기서 해야 할 일은 아니고, 다만 그것이 法의 客觀性에 해당할 수 있는 지를 살펴보고자 한다.

法의 客觀性이란 것은 法의 배후에 그 法이 구속되어야 할 어떤 客觀的 法則이 있다는 말이다. 法哲學에서는 그것을 〈自然法〉이라 한다. 韓非子는 그의 解老篇에서 道를 다음과 같이 해석한다. "道란 萬物이 그렇게 있게 된 根據이며, 萬物의 理가 머무르는 根源이다. 理란 萬物이 이루어지는 法則이며, 道란 萬物

表現 이외의 아무것도 아니기 때문이다. 다시 말하면, 그의 法은 군주 자신의 主觀的 判斷에 따라 自己의 利益과 충돌된다고 생각되는 모든

이 그렇게 이루어진 根據인 것이다. 그러므로 道란 萬物을 理에 따르게 하는 것이다"(韓非子, 解老篇 : 道者, 萬物之所然也, 萬理之所稽也. 理者, 成物之文也, 道者, 萬物之所以成也. 故曰, 道, 理之者也). 즉 道는 「所以然」이고 理는 「所當然」을 의미한 것이다. 그러나 이 老子의 道는 自然法則을 말하는 것이며 社會法則을 뜻하는 것이 아니다. 社會法則은 人間 사이의 行爲에 적용되는 法則이며 그것은 法의 當爲法則이지 自然의 存在法則이 아니다.

그러면 이 自然의 存在法則이 人間의 行爲法則에 대하여 어떠한 客觀的 法則性을 제시할 수 있을 것인가? 韓非子의 法에서 어떠한 行爲를 금지시키고 어떠한 行爲를 허용할 것인지를 君主의 恣意에 맡기지 않고 客觀的으로 지시해 줄 수 있는 法則性이 道라고 한다면, 그 道는 人間의 行爲에 대하여 무엇을 말하여 줄 수 있을 것인가? 韓非子에 의하면 法은 君主의 利益에 反하는 私益追求行爲를 금지시킨다고 하며, 君權強化에 방해가 되는 모든 行爲를 금지시키고 있다. 그 가운데는, 君主를 업신여기는 것도 法으로 처벌하고, 密告를 안하는 것도 처벌하고, 신하가 책임 맡은 일의 성과를 못 올려도 처벌하고 지나친 성과를 올려도 처벌한다. 이런 것이 韓非子의 法이다.

이러한 法의 禁止와 處罰이 道에 어긋나는지 않는지를 道는 어떤 잣대에 따라 말해 줄 수 있을지 의문이다. 道의 法則性을 부인하는 것이 아니라, 그러한 道의 形而上的 自然法則으로부터 社會의 形而下的 行爲法則을 어떻게 도출할 수 있을 것인지가 문제이다. 俗世의 法은 人間社會에서 行爲를 규율하는 法則이다. 따라서, 法에 있어서는 實定法 자체도 社會法則이지만 그 배후에 있는 自然法도 社會法則이며, 결코 自然法則이 아니다. 法哲學에서 말하는 〈自然法〉을 〈自然法則〉과 혼동해서는 안된다. 日月星辰이 一定한 法則에 따라 움직이고, 萬物의 生成消滅이 法則에 따라 이루어지는 그 自然의 道를 가지고 法이 어떤 人間行爲를 금지시켜야 마땅한지를 알려주지는 못한다.

그러나 東洋의 自然法論에서 老子와는 달리 荀子는 〈道〉라는 이름 아래 自然法則이 아닌 社會法則을 이해하고 있었다. 그는 다음과 같이 말한다. "道란 하늘의 道도 아니요 땅의 道도 아니며 사람이 지켜야 할 道이다"(荀子, 儒效篇 : 道者, 非天之道, 非地之道, 人之所以道也). "하늘은 萬物을 生成하기는 하지만 萬物을 分別하지는 못하며, 땅은 사람을 그 위에 살게 하기는 하지만 사람들을 다스리지는 못한다"(荀子, 禮論篇 : 天能生物, 不能辨物也, 地能載人, 不能治人也). "하늘의 運行에는 一定한 法則이 있으나 그것은 堯임금 때문에 存在하게 된 것도 아니요 桀王 때문에 없어질 것도 아니다. 다스림으로써 그것에 호응하면 吉하고, 혼란으로써 그것에 호응하면 凶하다. 農事에 힘쓰고 쓰는 것을 節約하면 하늘도 가난하게 할 수 없고, 잘 保養하고 제때에 움직이면 하늘도 病나게 할 수 없고, 道를 닦아 道理에 어긋나지 않으면 하늘도 災難을 줄 수 없다(荀子, 天論篇 : 天行有常, 不爲堯存, 不爲桀亡, 應之以治則吉, 應之以亂則凶, 彊本而節用, 則天不能貧, 養備而動時, 則天不能病, 修道而不貳, 則天不能禍). "임금이란

行爲를 금지시키고 이에 대하여 罰을 과한다. 그리고 그 法의 目的은 君主 자신의 利益을 보호함으로써 絶對君主政을 확립하여 覇王이 되는 데 있다. 아마도 韓非子처럼 그의 독특한 法槪念을 가지고 人治主義를 완성시켜 權力國家를 만들어 낸 理論家도 없을 것이다. 그는 결코 實質的 意味의 法治主義와 法治國家의 思想家는 아니다. 그것은 다만 形式的으로 法의 탈을 빌려쓰고 위장한 人治主義와 權力國家의 모습 이외의 아무것도 아니다.

韓非子의 法은 刑法을 의미한다. 刑罰이 따르지 아니하는 法은 그의 法槪念에는 들어 있지 않다. 그러나 韓非子의 刑法에는 현대의 刑法과 같이 罰만 있는 것이 아니라 賞도 들어 있다. 즉 法의 效力을 담보하기 위하여 君主에게는 두 개의 칼자루가 쥐어져 있다. 하나는 채찍이고 하나는 당근인 셈이다. 韓非子는 말한다.

> "밝은 임금이 그의 신하를 引導하고 統制하는 데는 두 개의 칼자루가 쥐어져 있다. 二柄이란 刑罰과 恩德을 말한다. 刑罰과 恩德은 무엇을 말하는가? 사람을 죽이는 것을 刑罰이라 하고 賞을 주는 것을 恩德이라고 한다."[37]

그러면 어떠한 사람에게 賞을 주고 어떠한 사람에게 罰을 가하는가? 韓非子는 "法을 잘 지킨 사람에게는 賞을 주고 法令을 위반한 자에게는 罰을 가한다"[38]고 말한다. 그러나 法을 위반한 자에게 罰을 가한다는

여럿이 모여 잘 살도록 해주는 사람이다. 여럿이 모여 사는 方法이 合當하면 곧 萬物도 모두 그들에게 合當하게 되며, 온갖 家畜들도 그들대로 잘 자라게 될 것이며, 모여 사는 모든 사람들의 삶도 그들의 목숨대로 잘 살게 될 것이다"(荀子, 王制篇 : 君者善群也, 群道當, 則萬物皆得其宜, 六畜皆得其長, 群生皆得其命). 이와 같이 荀子의 道槪念은 사람과 사람이 모여 사는 社會의 法則으로서 〈自然法〉에 해당하는 것이다. 따라서 이러한 荀子의 道는 法의 客觀性을 가지고 있으며, 그것은 人道의 事物의 法則에 따라 발견되는 것이지 天道의 自然의 法則에 따라 발견되는 것은 아니다.

37) 『韓非子』, 「二柄篇」: "明主之所道制其臣者, 二柄而已矣. 二柄者, 刑德也. 何謂刑德, 曰, 殺戮之謂刑, 慶賞之謂德."

38) 『韓非子』, 「定法篇」: "賞存乎愼法, 而罰加乎姦令者也."

것은 이해하기에 어렵지 않으나 賞을 주는 경우는 어떠한 경우인지 명백하지 않다. 그의 말대로 "法을 잘 지킨 사람에게 賞을 준다"면 法을 어긴 犯法者 이외의 모든 사람에게 賞을 주어야 하는데 그렇게 되면 아마도 國庫가 바닥날 것이다. 商鞅은 刑九賞一의 비율로 賞罰의 균형을 잡았다고 한다. 그러나 韓非子가 法을 잘 지킨 사람에게 賞을 준다면 아마도 商鞅과는 정반대로 賞九刑一의 비율이 되었을 것이다. 그러나 현실적으로 古代에서 現代에 이르기까지 그렇게 많은 賞을 준 나라는 없을 것이다.

그런데 韓非子는 다른 곳에서 賞은 단순히 法을 잘 지킨 사람에게 주는 것이 아니라 특별히 功을 세운 사람에게 준다고 한다.

> "밝은 임금은 賞을 功이 없는 사람에게 내리지 않고, 罰을 罪 없는 사람에게 주지 않는다. 지금 襄子는 자기에게 교만하게 굴며 업신여긴 신하들을 처벌하지는 않고 功이 없는 高赫에게 賞을 주었으니 어찌 襄子가 賞을 잘 주었다고 할 수 있겠는가?"[39]

趙나라의 襄子가 晋陽城에서 적에게 포위를 당하였을 때 그 포위망을 뚫고 나와서 高赫이란 신하를 위시하여 다섯 사람에게 賞을 주었는데, 이들은 포위망을 뚫는 데 특별한 功이 있었던 게 아니고 다만 다른 모든 신하들과 같이 襄子를 업신여기고 교만하게 굴지 않고 君臣間의 禮義를 지켰다는 이유로 賞을 주었다는 것이다. 이것은 특별한 功이 없이 다만 襄子의 命令과 禁令을 어기지 않았다는(法을 잘 지켰다는) 이유로 賞을 준 셈인데 그것은 賞을 잘못 주었다는 것이다. 따라서 韓非子의 賞은 이제 와서는 단순히 法을 잘 지킨 사람에게 주는 것이 아니고 적극적으로 功을 세운 사람에게만 준다. 그는 두 경우에 賞을 주고 있다. 하나는 罪를 저지른 자를 官憲에 告發한 경우, 그리고 다른 하나는

---

39) 『韓非子』, 「難一篇」: "明主賞不加於無功, 罰不加於無罪. 今襄子不誅驕侮之臣, 而賞無功之赫, 安在襄子之善賞也?"

君主를 위하여 특별히 功을 세운 자에게 賞을 주도록 되어 있다. 韓非子는 말한다.

"罪를 은닉하는 것에 대한 罰은 반드시 무거우며, 간악함을 고발하는 것에 대한 賞은 믿음있게 厚하게 한다."[40]

"가장 잘 다스려진 나라에서는 간악한 일을 없게 만드는 것을 중요한 일로 삼고 있다. ……그렇다면 아주 작은 간악한 일까지도 제거하려면 어떻게 하면 좋은가? 그것은 사람들에게 內情을 서로 엿보게 하는 것이다. 그렇다면 서로 엿보게 하는 것은 어떻게 하면 좋겠는가? 그것은 마을 전체를 連坐시키는 것보다 좋은 것이 없다. ……숨겨진 나쁜 일을 찾아내어 남의 罪過를 고발하는 자는 連坐의 罪를 벗어나서 賞을 받고, 남의 나쁜 짓을 놓친 사람은 반드시 處罰되고 連坐된다. 이처럼 하면 나쁜 짓에 관련된 자는 모두 告發된다. 그 나쁜 짓이 사소한 것이라도 용납되지 않는 것은 密告와 連坐에 의해 이루어진다."[41]

韓非子의 賞與原則은 일관성이 없는 것 같다. 처음에는 定法篇에서 法을 잘 지키는 사람에게는 賞을 준다고 하였다(賞存乎愼法). 그러나 難一篇에서는 단순히 法을 잘 지켰다고 賞을 주는 것은 賞을 잘못 준 것이며 특별히 功을 세운 사람에게만 賞을 준다고 한다(賞存乎功). 그러나 制分篇에서는 犯法者를 告發하지 않으면 온 마을 사람을 連坐制로 처벌하고, 告發한 자는 賞을 후하게 준다고 한다(賞存乎告過者).

그러나 韓非子는 이 마지막 경우에서 처음의 논리로 다시 되돌아가는 모순을 범하고 있다. 왜냐하면 犯法者를 告發하지 아니한 자가 連坐의 罰을 받는 것이 前提되어 있다면, 犯法者를 告發한 자는 法을 잘 지킨 것뿐이지 특별히 功을 세운 경우가 아니기 때문이다. 犯法者를 告發하는 것 자체가 모든 국민의 法的 義務로 되어 있는 한 그 義務의 履行은

40) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」: "於是犯之者, 其誅重而必, 告之者, 其賞厚而信"

41) 『韓非子』, 「制分篇」: "是故夫至治之國, 善以止姦爲務, ……然則微姦之法奈何, 其務令之相規其情者也. 然則相闚奈何. 曰. 蓋里相坐而已. ……發奸之密, 告過者, 免罪受賞, 失姦者, 必誅連刑, 如此則姦類發矣. 姦不容細, 私告任坐使然也."

法을 어기지 아니한 것뿐이지 功을 세운 경우가 아니다. 그럼에도 이 경우에 후한 賞을 준다고 말하는 것은 信賞의 原則에 어긋난다. 다른 말로 하면, 믿음이 없게 거짓말로 賞을 준다고 한 것에 지나지 않는다.

실제로 韓非子는 賞을 많은 사람에게 줄 생각은 없었던 것 같다. 즉 한 사람에게 후한 賞을 주면 모든 사람들을 격려하는 효과를 가져오므로 賞을 통해 賞을 없애는 결과를 노렸을 것이다. 이 점은 다음의 말에서 확인된다.

> "賞을 후하게 하는 이유를 검토해 보면, 다만 한 사람의 功만을 포상하는 것이 아니라 모든 人民을 격려하는 데 그 뜻이 있다. 賞을 받는 자는 그 利益을 기뻐하며, 또 賞을 받지 못하는 자는 功을 세우려고 노력한다. 이것은 한 사람의 功勞에 보답함으로써 나라 안의 모든 백성을 격려하는 것이 되므로 國家의 統治를 원활히 하려면 어찌 賞을 후하게 주는 효과에 대하여 유의하지 않을 수 있겠는가?"[42]

> "통찰력 있는 君主의 賞罰制度가 분명하다고 하는 것은 賞罰의 차이가 있기 때문이다. 그래서 百姓들은 法을 중시하고 禁令을 두려워하며 감히 賞을 받으려고 기대하지 않고 罰을 받지 않기만을 바란다. 그 까닭에 百姓들은 賞을 기대하지 않고 열심히 일한다고 말하는 것이다."[43]

결국 韓非子는 功 있는 사람에게 賞을 후하게 준다고 말하지만, 그러한 賞을 받는 사람은 소수에 불과할 것이다. 왜냐하면 몇 사람만 賞을 주면 賞의 效果는 모든 사람에게 충분히 기대될 수 있기 때문이다. 아마도 韓非子의 賞은 商鞅의 刑九賞一의 비율에도 못미치는 인색한 賞이었을 것임에 틀림없다.

---

42) 『韓非子』, 「六反篇」: "若夫厚賞者, 非獨賞功也, 又勸一國. 受賞者甘利, 未賞者慕業, 是報一人之功, 而勸境內之民也, 欲治者奚疑於厚賞."

43) 『韓非子』, 「制分篇」: "至於察君之分, 獨分也. 是以其民重法而畏禁. 願毋抵罪而不敢胥賞. 故曰不待賞而民從事矣."

"刑이 많으면 백성이 안정되고, 賞이 많으면 간사한 사람이 생긴다. 그러므로 백성을 다스림에 있어 刑이 많은 것은 다스림의 기본이 되지만 賞이 많은 것은 혼란의 근본이 된다."[44]

"刑을 무겁게 하고 賞을 적게 주는 것은 君主가 백성을 사랑하기 때문이며 백성들은 賞을 받기 위하여 기꺼이 목숨을 바친다. 賞을 많이 주고 刑을 가볍게 하는 것은 君主가 백성을 사랑하지 않기 때문이며 백성들은 賞을 받기 위하여 목숨을 바치지 않는다."[45]

다음은 罰이다. 그러면 罰은 어떻게 가하는가? 우선 韓非子에서 刑罰을 가하는 대상은 貧富貴賤을 가리지 않는다는 점이 주목된다. 모든 사람은 法 앞에서 平等하며 어느 누구도 法을 어기고 刑罰을 피할 수 있는 사람은 없다. 그는 다음과 같이 말한다.

"法은 貴한 사람만 보아주지 않으니 먹줄에 굽음이 없는 것과 같다. 法이 행하여짐에는 智慧있는 자라도 마다할 수 없고, 용감한 자라도 감히 다툴 수가 없다. 刑罰이 행하여짐에는 大臣들도 피하지 아니하고, 착한 사람을 賞줌에 있어서는 匹夫라도 빠뜨리지 않는다."[46]

이 말은 그 자체로서는 〈萬人은 法 앞에서 平等하다〉는 것으로서 상당히 進步的이며 民主的이라 할 수 있다. 그러나 그가 의도한 바는 다른 데 있다고 본다. 中國에서는 周初에 이르기까지의 封建社會는 두 가지 規範에 의하여 秩序가 유지되었다. 그 하나는 禮이고, 다른 하나는 刑이다. 禮는 君子 또는 貴族들의 行爲를 規制하였고, 刑은 庶民 또는 小人들에게만 적용되었다. 禮記에는 "禮는 庶民에게까지 내려가지 않

44) 『韓非子』, 「心度編」: "刑勝而民靜, 賞繁而姦生. 故治民者, 刑勝, 治之首也, 賞繁, 亂之本也."
45) 『韓非子』, 「飭令編」: "重刑少賞, 上愛民, 民死賞. 多賞輕刑, 上不愛民, 民不死賞."
46) 『韓非子』, 「有度篇」: "法不阿貴, 繩不撓曲. 法之所加, 智者弗能辭, 勇者弗敢爭. 刑過不避大臣, 賞善不遺匹夫."

고, 刑은 大夫에까지 미치지 않는다"고 기록되어 있다.[47] 그러나 周末에는 이러한 封建社會의 制度가 상당부분 붕괴되었으며 大國의 영토확장을 위한 전쟁이 벌어지게 되었다. 이러한 社會政治的 變化는 강력한 中央集權政府가 출현하기를 요청하였으며, 支配權을 君主에게 一元化시켜야 할 필요가 생긴 것이다. 따라서 종래에 刑罰權으로부터 제외되어 있던 諸侯나 大夫들도 刑罰權에 복종시켜야만 했다. 즉 萬人이 法 앞에서 平等한 것이 아니라 萬人은 누구나 君主 앞에서 服從하여야 한다. 이러한 필요에서 君主를 제외한 모든 자들에게 階級과 身分과 貴賤에 관계없이 刑罰權을 행사할 수 있도록 한 것이다. 萬民平等思想 때문이 아니라, 萬民을 君主의 支配權 아래 하나로 묶어두기 위하여 刑罰權의 대상에 예외를 인정하지 않았다고 생각된다. 그래서 그는 이어서 다음과 같이 말한다.

"그러므로 위의 大臣이나 士大夫들의 잘못을 바로 잡아주고, 아래의 官吏나 百姓들을 꾸짖어서 어지러움을 다스리고 그릇됨을 결단해 주며 지나침을 견제하고 옳지 못함을 가지런히 해준다. 백성을 통일하는 방법으로는 法보다 좋은 게 없다. 관리들을 엄히 단속하고 백성들을 위압하여 지나친 행동과 위태로운 행동을 물리치고 속이고 거짓된 일을 멎게 하는 데 刑罰보다 좋은 게 없다."[48]

韓非子는 刑罰은 무겁고 엄해야 한다고 한다. 즉 重刑主義와 嚴刑主義이다.

"刑은 무거워야 하며 반드시 가해져야 한다. 그래야 百姓들이 두렵게 여긴다."[49]

"刑罰이 무거우면 감히 貴한 자라도 賤한 자를 함부로 업신여기지 못할 것이며,

47) 『禮記』, 「曲禮篇」: "禮不下庶人, 刑不上大夫."
48) 『韓非子』, 「有度篇」: "故矯上之失, 詰下之邪, 治亂決繆. 絀羨齊非, 一民之軌, 莫如法. 厲官威民, 退淫殆, 止詐僞, 莫如刑."
49) 『韓非子』, 「五蠹篇」: "罰莫如重而必, 使民畏之."

法이 자세하면 임금은 尊貴해져서 侵害를 당하지 않는다. 임금이 존귀하여 침해를 받지 않으면 곧 임금은 강해지고 수비가 단단해 진다."[50]

"法術의 방법을 사용하여 무거운 刑罰과 엄한 處罰을 행하면 곧 覇王의 功을 이룰 수 있다."[51]

그런데 韓非子가 罰을 무겁게 해야 한다고 주장한 이유는 法을 위반한 犯法者 자체를 응징하는 데 목적이 있었던 것이 아니라, 그 犯法者 한 사람을 죽임으로 인하여 다른 모든 사람으로 하여금 犯行을 하지 못하도록 경각심을 불러일으키는 데 있다. 현대적 용어를 빌린다면, 一般豫防의 效果를 얻자는 것이다. 심지어 重罪가 아닌 輕罪에 대해서도 重刑으로 다스리면 輕罪도 생기지 않고 重罪도 豫防될 수 있다는 것이다. 결국 重刑主義로써 刑罰을 쓸모 없게 만든다는 것이다.

"公孫鞅은 말하기를, 刑罰을 시행하면서 가벼운 罪를 무거운 罰로 다스리면 가벼운 罪도 발생하지 않고 무거운 罪도 생기지 않을 것이다. 이것은 刑罰을 통해 刑罰을 없앤다는 것을 말하는 것이다."[52]

"무거운 罰은 罪人 그 자체를 대상으로 하는 것이 아니다. 밝은 임금의 法은 罪를 다스리는 데 목적이 있다. 逆賊을 죽이는 것은 그 處刑 자체에 목적이 있지 않다. 그만을 處刑하는 것은 이미 죽은 자를 처벌하는 것이기 때문이다. 도둑을 處罰하는 것은 이미 체포되어 囚人이 된 자를 處罰하는 것이기 때문이다. 그러므로 惡人 한 사람의 罪를 무겁게 하여 온 國民이 犯行을 하지 않도록 한다고 한다. 이것이 나라를 統治하는 方法이다. 重罰로써 처단하는 것은 도둑 하나 이지만 그것을 보고 두려워하는 것은 모든 人民이다. 그래서 國家가 統治되기를 바란다면 어찌 重刑의 效果에 대하여 잊을 수가 있겠는가?"[53]

---

50) 『韓非子』, 「有度編」: "刑重則不敢以貴易賤, 法審則上尊而不侵. 上尊而不侵, 則主強而守要."

51) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」: "操法術之數, 行重罰最誅, 則可以致霸王之功."

52) 『韓非子』, 「內儲說上七篇」: "公孫鞅曰, 行刑, 重其輕者, 輕者不至, 重者不來, 此謂以刑去刑."

이것은 重刑을 통해 刑罰을 없애고자 한 것이다. 기발한 생각이다. 그러나 옛날이나 지금이나 도둑 한 사람을 處罰함으로 인하여 모든 犯罪가 이 세상에서 사라진다면 얼마나 좋을까마는 그것은 非現實的인 論理의 飛躍이며 幻想일 따름이다.

2. 術 治

韓非子의 術은 君主의 權限이 臣下들에 의하여 潛奪되거나 簒奪되지 않도록 감시하는 術策을 의미한다. 絶對君主政이란 君主만이 絶對的 權限을 갖고 다른 사람들과 그 권한을 나누어 가질 수 없다. 그래서 韓非子는 "能히 홀로 결단을 내릴 수 있는 자만이 天下의 帝王이 될 수 있다"고 한다.[54] 따라서 그에게 있어서는 君主만이 權力을 독점하고 신하들은 그들에게 주어진 정해진 일만을 처리할 수 있을 따름이다. 신하들이 그 정해진 일의 범위를 넘는다거나 모자라게 하면 處罰을 받는다. 이것을 形名術이라고 하는데 名과 實이 언제나 一致할 것을 요구한다. 韓非子가 이러한 形名術을 쓴 것은 신하들의 權限濫用과 誤用을 막음으로써 君主의 意思가 관리의 行政에서 한 치의 어김도 없이 반영, 집행되도록 하기 위한 것이다. 絶對君主政을 유지하려면 신하들의 權限濫用이나 誤用을 항상 경계하고 術로써 統制하지 않으면 안된다. 만일 신하들을 術로써 統制하지 않으면 權力漏水現象이 생길 뿐만 아니라 심지어는 君主의 자리를 簒奪하거나 아니면 허수아비가 된다. 따라서 絶對君主政의 確立을 위하여 術은 法과 마찬가지로 없어서는 안될 중요한 帝王의 道具이다. 그러면 術이란 어떠한 것인가? 韓非子는 말한다.

---

53) 『韓非子』, 「六反篇」:"且夫重刑者, 非爲罪人也, 明主之法也. 殺賊, 非治所殺也, 治所殺也者, 是治死人也. 刑盜, 非治所刑也, 治所刑也者, 是治胥靡也. 故曰重一姦之罪, 而止境內之邪, 此所以爲治也. 重罰者盜賊也, 而悼懼者良民也, 欲治者奚疑於重刑."

54) 『韓非子』, 「內儲說右上篇」:"能獨斷者故可以爲天下王."

"術은 君主가 마음 속에 품고 있으면서 신하들의 여러 가지 端緖를 대조하여 은밀히 여러 臣下들을 統制하는 것이다. 그러므로 法은 드러내는 것이 좋지만 術은 드러나게 해서는 안된다."[55]

"지금 申不害는 術을 강조하였고 商鞅은 法을 강조하였다. 術이란 임무에 따라 벼슬을 주고, 名分을 좇아 內容의 實質을 추궁하며, 生死與奪權을 쥐고서 여러 신하들의 能力을 시험하는 것이다. 이것은 임금이 잡고 있어야 한다."[56]

"어떤 사람이 질문을 하였다. '申不害와 商鞅 두 사람의 말은 어느 편이 나라를 위하여 절실합니까?' 이에 대답하기를, '그것은 헤아릴 수 없다. 사람은 열흘 동안을 아무것도 먹지 않으면 죽고, 큰 추위가 닥칠 때 옷을 입지 않아도 죽는다. 그런데 옷과 먹을 것 어느 것이 사람에게 더 절실하느냐고 묻는다면 곧 그것들은 한 가지라도 없어서는 안된다고 대답할 것이다. 모두 삶을 지탱하는 데 쓰이는 물건이기 때문이다.' ……임금이 術이 없다면 곧 윗자리가 가리워지게 되고, 신하가 法이 없다면 아래에서 혼란을 일으키게 될 것이다. 그러니 이것들은 한 가지도 없어서는 안될 것이며, 모두 帝王이 갖추어야 할 統治의 道具인 것이다."[57]

"임금에게 그의 臣下를 統制할 法術이 없다면, 비록 여러 해의 경험과 훌륭한 재능을 지녔다 할지라도 대신은 여전히 權勢를 얻어 일을 멋대로 처리하고 각기 사사로운 個人의 慾望을 추구하게 될 것이다."[58]

"權勢家란 法令이 없어도 멋대로 행동하고, 法을 어기면서 個人의 利益을 추구하고, 나라를 損害보이면서 자기 집안을 富하게 하고, 그의 權力은 그의 임금을 마음대로 할 수 있는 자이다. 이것이 이른바 〈權勢家〉인 것이다. ……權勢家들이

---

55) 『韓非子』, 「難三篇」: "術者, 藏之於胸中, 以偶衆端, 而潛御群臣者也. 故法莫如顯, 以術不欲見.

56) 『韓非子』, 「定法篇」: "今申不害言術, 而公孫鞅爲法. 術者因任而授官, 循名而責實, 操殺生之柄, 課羣臣之能者也. 此人主之所執也."

57) 『韓非子』, 「定法篇」: "問者曰, 申不害公孫鞅, 此二家之言, 孰急於國, 應之曰, 是不可程也. 人不食十日則死, 大寒之隆, 不衣亦死, 謂之衣食孰急於人, 則是不可一無也, 皆養生之具也. ……君無術則弊於上, 臣無法則亂於下, 此不可一無, 皆帝王之具也."

58) 『韓非子』, 「姦劫弑臣篇」: "人無法術以御其臣, 雖長年而美材, 大臣猶將得勢擅事主斷, 而各爲其私急."

나라의 實權을 쥐고 중요한 일들을 제멋대로 하면 곧 나라 안팎의 사람들이 그들에게 부림을 당하게 된다."[59]

따라서 君主가 그의 權力을 潛奪 또는 剝奪당하지 않으려면 신하들을 術로써 統制하지 않으면 안된다. 이러한 統制 없이는 君權은 확립되지 않으며 實權을 상실한 허수아비로 전락할 위험이 있다. 韓非子는 신하들을 術로써 다스리는 일곱 가지 방법을 內儲說上七術篇에서 언급하고 있다.

"임금이 사용하여야 하는 것으로 일곱 가지 術이 있고, 잘 살펴야 하는 것으로 여섯 가지 微가 있다. 일곱 가지 術이란, 첫째 여러 가지 일의 발단에 대하여 사실을 잘 검토한 후 판단을 내릴 것, 둘째 잘못을 반드시 處罰함으로써 위엄을 세울 것, 셋째 잘한 일은 반드시 賞을 주어 능력을 다하게 할 것, 넷째 일일이 신하들의 말을 들어보고 그 말한 대로 실행하는지 추궁할 것, 다섯째 의심스러운 命令을 내려보기도 하고 거짓 잘못된 일을 시켜 보기도 할 것, 여섯째 아는 것을 감추고 모르는 체 물어 볼 것, 일곱째 반대되는 말을 해보기도 하고 반대되는 일을 시켜 보기도 할 것. 이 일곱 가지는 임금이 사용해야만 할 일이다."[60]

마키아벨리의 權謀術數를 능가하는 術들이다. 이러한 七術은 신하들의 權限濫用을 統制하는 技術로서 신하들에 대한 고도의 不信에서 나온 것들이다. 韓非子에 있어 君臣關係는 忠과 信으로써 맺어져 있는 것이 아니라 利와 不信에 의하여 맺어져 있다. 그래서 君主와 臣下는 마음을 달리하며 서로 相反되는 利益을 추구한다고 한다.[61] 즉 君主의 利益은 臣下에게는 損害이고 臣下의 利益은 君主에게 損害이다. 그런데 韓非子

59) 『韓非子』, 「孤憤篇」: "重人也者, 無令而擅爲, 虧法以利私, 耗國以便家, 力能得其君, 此所謂 重人也. ……當塗之人擅事要, 則外內爲之用矣."

60) 『韓非子』, 「內儲說上七術篇」: "主之所用也七術, 所察也六微. 七術, 一曰衆端參觀, 二曰必罰明威, 三曰信賞盡能, 四曰一聽責下, 五曰疑詔詭使, 六曰挾知而問, 七曰倒言反事. 此七者, 主之所用也."

61) 『韓非子』, 「飾邪篇」: "君臣異心. 君以計畜臣, 臣以計事君, 君臣之交計也."

에 있어서는 君主의 이익은 公益이고, 臣下의 이익은 모두 私益이다. 君權을 확립하려면 君臣間의 利益衝突이 있을 때 君主의 利益을 우선시켜야 하며 臣下들의 私益은 배제되어야 한다. 그 방법이 곧 術인 것이다. 法과 마찬가지로 이 術도 絶對君主에게 權力을 집중시키기 위한 手段이다.

"무릇 君主에게 權力이 집중되는 것을 저해하는 다섯 가지 요소가 있는데, 첫째는 臣下가 君主의 耳目을 가리는 것이며, 둘째는 臣下가 國家의 財政을 자기 마음대로 하는 것이며, 셋째는 臣下가 君主의 재가 없이 命令을 下達하는 것이며, 넷째는 君主가 마음대로 백성들에게 善行을 베푸는 것이며, 다섯째는 臣下가 패거리를 규합하여 朋黨을 조직하는 것이다. 臣下가 君主의 耳目을 가리면 君主는 총명을 잃게 되며, 臣下가 나라의 財政을 장악하면 君主는 백성에게 恩德을 베풀 수 없게 되며, 신하가 마음대로 命令을 발하면 君主는 行政의 統制力을 상실할 것이며, 臣下가 임의로 백성에게 善行을 베풀면 君主는 名義를 잃을 것이며, 臣下가 朋黨을 조직하면 君主는 거느릴 무리를 잃을 것이다. 이러한 것들은 오로지 君主가 독단적으로 장악하고 있어야 할 일들이며, 臣下가 그 權能을 가로채서 행할 일들이 아니다."[62]

"權勢는 臣下에게 빌려주어서는 안된다. 위에서 君主가 하나의 權勢를 잃게 되면 아래에서 臣下들은 百의 權勢를 얻게 된다. 그래서 臣下가 權勢를 얻게 되면 힘이 강해지고, 힘이 강해지면 中央의 官吏들과 地方의 諸侯들을 부릴 수 있게 되며, 그렇게 內外의 官吏들을 부릴 수 있게 되니 君主는 去勢되어 無力해질 것이다."[63]

"官吏가 亂을 일으켰을지라도 선량한 백성이 있을 수 있다는 말을 들은 적이 있으나, 百姓이 亂을 일으켰을 때 잘 다스려진 官吏가 있다는 말은 들은 적이 없다. 그러므로 밝은 임금은 官吏를 다스리지 人民을 다스리지 않는다."[64]

---

62) 『韓非子』, 「主道編」: "是故人主五壅, 臣閉其主曰壅, 臣制財利曰壅, 臣擅行令曰壅, 臣得行義曰壅, 臣得樹人曰壅, 臣閉其主, 則主失明. 臣制財利, 則主失德. 臣擅行令, 則主失制. 臣德行義, 則主失名. 臣得樹人, 則主失黨. 此人主之所以獨擅, 非人臣之所以得操也."

63) 『韓非子』, 「內儲設下編」: "權勢不可以借人. 上失其一, 下以爲百. 故臣得借則力多, 力多則內外爲用, 內外爲用則人主壅."

위의 언급에서 알 수 있듯이, 韓非子의 術은 官吏를 통제하는 수단이다. 즉 術의 대상은 官吏이며 人民이 아니다. 人民은 法의 대상이다. 그의 君主政에 있어서 官吏는 君主의 手足으로서 君主의 意思인 法을 行政을 통하여 집행할 뿐 君主의 統治權에 속하는 立法權, 刑罰權, 賞與權, 財政權, 兵權 등을 가질 수 없다. 그래서 君主는 官吏들에 의하여 이러한 君主의 統治權을 가로채는 越權行爲를 단속하지 않으면 政權維持를 할 수 없다. 官吏들의 이러한 權限濫用을 방지하기 위하여 君主에게 주어진 統制權이 이른바 術이다.

그런데 우리가 여기서 주목해야 할 점은, 術은 法과 같이 有爲的으로 밖으로 드러내서는 안되고 無爲的으로 안으로 감추어야 한다는 것이다. 즉 術은 無爲而術이다. 그리고 韓非子는 이 無爲而術의 正當化根據로서 老子의 無爲而治의 道를 원용하고 있다. 그는 主道篇에서 다음과 같이 말한다.

> "君主는 그가 하고자 하는 바를 밖으로 드러내 보여서는 안된다. 만일 君主가 하고자 하는 바를 드러내 보이면 臣下는 자신의 행동을 그것에 맞추어 꾸미게 된다. 또한 君主는 그의 의도를 드러내지 말아야 한다. 君主가 그 속마음을 드러내 보이면 臣下는 자신의 표현을 달리 꾸밀 것이다. 그래서 君主는 좋고 싫음의 감정을 나타내지 않음으로써 臣下의 本心을 들여다본다고 하는 것이다. 君主는 지략이나 지혜도 감추어야 한다. 그래야만 臣下들이 조심할 것이다. 그러므로 君主는 지혜가 있어도 생각이 없는 것처럼 하여 萬物로 하여금 자신의 자리를 알게 한다. ……道는 볼 수 없는 곳에 존재하며 그 작용은 알 수 없는 곳에 있다. 君主의 道도 그와 같아서 아무 생각과 하는 일 없이 고요하게 앉아 있어도 암암리에 臣下들의 잘못을 다 알아차린다. 따라서 君主는 臣下들의 행실을 보고도 보지 못한 듯, 들어도 듣지 못한 듯, 알아도 알지 못한 듯 하여야 한다."[65]

---

64) 『韓非子』, 「外儲設右下編」: "聞有吏雖亂而有獨善之民, 不聞有民亂而有獨治之吏, 故明主治吏不治民."

65) 『韓非子』, 「主道編」: "君無見其所欲, 君見其所欲, 臣將自雕琢. 君無見其意, 君見其意, 臣將自表異. 故曰 去好去惡, 臣乃見素, 去智去舊, 臣乃自備. 故有智而不以慮, 使萬物知其處. ……道在不可見, 用在不可知, 虛靜無事, 以闇見疵, 見而不見, 聞而不聞, 知而不知."

이것이 韓非子의 無爲而術이다. 그러나 韓非子가 이 無爲而術을 老子의 無爲而治의 道에서 원용하는 것은 槪念의 歪曲이다.[66] 老子의 無爲而治는 人爲的으로 조작하지 않고 자연스럽게 다스려지는 것을 뜻하며, 따라서 그가 理想的으로 생각한 나라는 小國寡民이었다.[67] 그러나 韓非子의 無爲而術은 君主의 無思·無爲·無欲이 아니라 人爲的인 術策을 써서 臣下들을 다스리는 것이며, 또 그가 이상적으로 생각한 나라는 小國이 아니라 統一된 大帝國이었다. 따라서 申不害나 韓非子가 그들의 術治를 正當化하기 위하여 老子의 無爲의 槪念을 끌어들이는 것은 설득력이 없을 뿐 아니라 황당무계하다. 오히려 老子의 無爲而治에 해당하는 統治方法은 儒家의 德治主義이다. 왜냐하면, 德治主義는 法家의 法, 術, 勢와 같은 有爲的인 手段을 써서 統治하는 것이 아니라, 堯舜과 같은 聖君의 德에 의하여 자연적으로 秩序가 유지되도록 하는 것이기 때문이다. 그래서 孔子는 人爲的인 法과 刑으로써 統治할 것이 아니라 無爲的인 德과 禮로써 다스릴 것을 주장하였다.[68]

3. 勢 治

韓非子는 君主에게 法과 術이 갖추어져 있어도 勢가 없으면 제대로 다스려질 수 없다고 한다. 그에게 있어 勢는 法과 術을 실행하는 前提이며 基礎이다. 勢가 없으면 法과 術은 실행되지 않기 때문이다. 따라서 여기서 말하는 勢는 權勢, 權力 또는 威勢, 威力 등을 가리켜 말한다.

---

66) 『韓非子』, 「解老篇」, 無爲·虛靜의 德을 論한 곳을 참조: "夫無術者, 故以無爲無思爲虛也. 夫故以無爲無思爲虛者, 其意常不忘虛, 是制於爲虛也. 虛者, 謂其意無所制也. 今制於爲虛, 是不虛也. 虛者之無爲也, 不以無爲爲有常. 不以無爲爲有常則虛, 虛則德盛, 德盛之謂上德. 故曰, 上德無爲, 而無不爲也."

67) 老子의 『道德經』, 「道常無爲章 第三七」(無爲自化); 「致虛極章 第十六」(無爲·虛靜); 「載營魄章 第十」(無爲而治); 「知其雄章 第二八」(無爲而治); 「上德不德章 第三八」(無爲而德); 「小國寡民章 第八十」(小國寡民) 참조.

68) 『論語』, 「爲政三」: "道之以政, 齊之以刑, 民免而無恥·道之以德, 齊之以禮, 有恥且格."; 『論語』, 「衛靈公」: "無爲而治者, 其舜也與? 夫何爲哉? 恭己正南面已矣."

韓非子에 의하면, "勢는 大衆을 휘어잡는 바탕이다."[69] 臣民의 生死與奪權을 쥐고 天下를 호령할 수 있는 勢가 없으면 君主는 有名無實한 존재에 불과하다는 것이다. 暴君 桀이 비록 난폭하기는 하였지만 貴하기로는 天子였으며 그가 天下를 장악하고 호령할 수 있었던 것은 勢가 컸기 때문이라고 한다. 아무리 어진 마음을 가진 堯舜이라 할지라도 勢가 없으면 단 세 사람도 다스릴 수 없다고 한다. 따라서 韓非子에 의하면, "君主는 은혜롭고 어진 마음을 기르지 말고 威嚴의 勢를 길러야 한다."[70] 勢가 있으면 다스려지고 勢가 없으면 마치 이빨 빠진 호랑이와 같다는 것이다.

> "호랑이와 표범이 사람을 이기고 모든 짐승을 휘어잡을 수 있는 것은 그의 발톱과 이빨이 있기 때문이다. 만일 호랑이와 표범으로 하여금 그의 발톱과 이빨을 잃게 한다면 반드시 사람에게 제압당할 것이다. 지금 權勢가 중요한 것은 임금의 발톱 및 이빨과 같기 때문이다. 사람들의 임금으로서 그의 발톱과 이빨을 잃는다면 그것은 발톱과 이빨을 잃은 호랑이와 표범의 신세처럼 될 것이다."[71]

> "대체로 말이 무거운 짐을 지고도 수레를 끌고 먼 길을 갈 수 있는 것은 근육의 힘 때문이다. 萬乘의 임금과 千乘의 君主가 天下를 제어하여 諸侯들을 정벌할 수 있는 것은 그 威勢 때문이다. 威勢란 君主가 가진 근육의 힘이다."[72]

> "힘이 많으면 다른 사람들이 와서 朝會하고 힘이 적으면 상대에게 朝會한다. 그러므로 밝은 임금은 힘을 기르는 데 노력한다."[73]

韓非子가 통치에는 〈勢〉가 필요불가결한 요소라는 것을 역설하면서

---

69) 『韓非子』, 「八經篇」: "勢者, 勝衆之資也."
70) 『韓非子』, 「六反篇」: "不養恩愛之心, 而增威嚴之勢."
71) 『韓非子』, 「人主篇」: "虎豹之所以能勝人, 執百獸者, 以其爪牙也, 當使虎豹失其爪牙, 則人必制之矣. 今勢重者, 人主之爪牙也, 君人而失其爪牙, 虎豹之類也."
72) 『韓非子』, 「人主篇」: "夫馬之所以能任重, 引車, 致遠道者, 以筋力也. 萬乘之王, 千乘之君, 所以制天下而征諸侯者, 以其威勢也 · 威勢者, 人主之筋力也."
73) 『韓非子』, 「顯學篇」: "力多則入朝, 力寡則朝於人, 故明君務力."

특히 儒家의 〈賢〉에 대비시킨 것은 儒家의 尊賢主義를 반박하기 위한 것으로 보인다. 또한 時代的으로 보아도 "古代에는 德을 숭상하고, 中世에는 智慧를 좇았으며, 오늘날에는 힘을 겨룬다"고 한다.[74] 그래서 그는 다음과 같이 말한다.

"대체로 才能이 있으나 勢力을 가지고 있지 않으면 비록 賢明하지만 못난 사람을 制御할 수 없다. 그러므로 한 척밖에 안되는 材木도 높은 산에 서 있으면 천길이 되는 계곡을 굽어볼 수 있다. 이것은 才能이 뛰어난 것이 아니라 자리가 높았기 때문이다. 桀이 天子가 되어 天下를 制御할 수 있었던 것도 賢明했기 때문이 아니라 勢力이 컸기 때문이다. 堯가 匹夫가 되면 세 집도 바로 잡을 수 없다. 그것은 못났기 때문이 아니라 地位가 낮았기 때문이다."[75]

"愼子가 말하였다. 나르는 龍은 구름을 타고 안개 속을 노닌다. 구름이 개이고 안개가 걷히면 용이나 지렁이는 같은 것인데 그렇다면 그 탈(乘) 것을 잃었기 때문이다. 賢明한 사람이면서 못난 사람에게 굴복하는 것은 權勢가 낮고 자리가 가볍기 때문이다. 못났으면서도 賢明한 사람을 복종시킬 수 있는 것은 權勢가 크고 地位가 貴하기 때문이다. 堯가 匹夫가 되면 세 사람도 다스릴 수 없다. 그러나 桀이 天子가 되면 天下를 어지럽힐 수 있다. 나는 이것으로써 勢力과 地位는 믿기 어렵지 않으나, 賢明과 智慧는 부러워할 것이 없다는 것을 알고 있다."[76]

이것은 愼子의 말을 빌어 尊賢說을 반박하고 重勢輕賢說을 주장한 것이다. 즉 현명하고 현명하지 못함이 治와 亂을 결정할 수 없다는 것이다. 그러면서도 韓非子는 다시 尊賢說의 입장을 두둔하면서 말을 바꾸어 愼子에게 응답시킨다.

---

74) 『韓非子』, 「八說篇」: "古人亟於德, 中世遂於智, 當今爭於力."

75) 『韓非子』, 「功名篇」: "夫有材而無勢, 雖賢不能制不肖, 故入尺材於高山之上, 則臨千仞之谿, 材非長也, 高位也, 桀爲天下, 能制天下, 非賢也, 勢重也, 堯爲匹夫, 不能正三家, 非不肖也. 位卑也."

76) 『韓非子』, 「難勢篇」: "愼子曰, 飛龍乘雲, 騰蛇遊霧, 雲罷霧霽, 而龍蛇與螾蟻同矣, 則失其所乘也. 故賢人而詘於不肖者, 則權輕位卑也. 不肖而能服賢者, 則權重位尊也. 堯爲匹夫, 不能治三人. 而桀爲天子, 能亂天下. 吾以此知勢威之足恃, 而賢智之不足慕也."

"愼子의 말에 응답하면 이렇다. 나르는 龍은 구름을 타고 안개 속을 노닌다. 나는 용이 구름과 안개의 勢를 의탁하지 않았다고 부정하지는 않는다. 비록 그렇기는 하지만, 賢明한 사람을 택하지 못하고 오로지 勢에만 맡겨 놓으면 이것만으로써 족히 다스려질 수 있는가? 나는 아직 그런 것을 보지 못하였다. 대체로 구름과 안개의 勢를 가지고 그것을 타고 노닐 수 있는 것은 龍의 才能이 훌륭하기 때문이다. 이제 구름이 성대하게 덮여 있어도 지렁이는 그것을 탈 수 없으며, 안개가 자욱하게 끼어도 구더기는 노닐 수 없다. 짙고 자욱히 낀 구름과 안개의 勢가 있어도 타고 노닐 수 없는 것은 지렁이와 구더기의 才能이 얄팍하기 때문이다."[77]

이것은 다시 重賢輕勢를 말하는 것으로 보인다. 왜냐하면 아무리 勢力이 있다 해도 賢明이 없으면 그 勢를 탈 수 없기 때문이다. 이것은 응답자로 하여금 法家에 대한 儒家의 입장을 대변케 한 것이다. 그러나 위의 두 입장은 韓非子에게는 다 같이 〈自然之勢〉를 말한 것이지 〈人間之勢〉를 뜻하는 것이 아니므로 君主의 勢와는 아무 상관도 없다고 한다. 다음은 韓非子 자신의 말이다.

"다시 그 응답에 대하여 이렇게 말하였다. 그 사람은 勢를 넉넉히 믿을 수 있어서 그것으로써 다스릴 수 있다고 생각하였다. 愼子에 응답한 사람은 반드시 賢明한 사람을 기다린 후에야 다스린다고 말하였는데 그렇지 않다. 무릇 勢란 것은 이름은 하나지만 그 뜻의 變化는 무수하다. 勢가 반드시 自然에서 오는 것이라면 勢에 대하여 아무것도 말할 것이 없다. 내가 말하는 勢는 人間이 설정한 것을 말한다. ……自然之勢는 人間이 설정한 바가 아니다. 내가 말하는 것은 人間이 얻은 勢일 뿐인데 賢明한 것과 무슨 상관이 있는가?"[78]

---

77) 『韓非子』, 「難勢篇」:"應愼子曰, 飛龍乘雲, 騰蛇遊霧, 吾不以龍蛇爲不託於雲霧之勢也. 雖然, 夫有雲霧之勢, 而能乘遊之者, 龍蛇之材美也. 夫雲盛, 而螾弗能乘也, 霧醲, 而蠆不能遊也. 夫有盛雲醲霧之勢, 而不能乘遊者, 螾蠆之材薄也."

78) 『韓非子』, 「難勢篇」:"復應之曰, 其人以勢爲足恃以治官, 客曰, 必恃賢乃治, 則不然矣. 夫勢者, 名一而變無數者也. 勢必於自然, 則無爲言於勢矣. 吾所爲言勢者, 言人之所設也. ……自然之勢也, 非人之所得設也. 若吾信言, 謂人之所得設也而已矣, 賢何事焉."

"대체로 勢란 반드시 賢明한 자가 쓰고 못난 자가 쓰지 못하도록 할 수 있는 것이 아니다. 賢明한 자가 쓰면 天下가 다스려지고, 못난 자가 쓰면 天下가 어지러워지는 것이다."[79]

堯舜과 같이 어진 임금이 勢를 얻으면 天下가 다스려지고, 桀紂와 같은 暴君이 勢를 얻으면 天下가 어지러워진다는 것이다. 그러나 堯舜과 같은 賢君 또는 桀紂와 같은 暴君은 千年에 한 번 나타날까 말까 하다는 것이다. 따라서 〈보통의 君主〉도 統治를 하자면 勢를 가져야 하는데, 賢君·暴君을 기준으로 하여 勢를 논하는 것은 옳지 않다는 것이다.

"대체로 堯舜 桀紂는 千年에 한 번 나오는 인물이다. ……내가 勢를 말하는 것은 보통사람(中) 때문이다. 보통사람이란 위로는 堯舜에 미치지 못하고, 아래로는 역시 桀紂가 되지 않는다. 法을 안고 勢를 업으면 다스려지고, 法을 등지고 勢를 버리면 어지러워진다. 이제 勢를 없애고 法을 등지고서 堯舜을 기다린다면 堯舜이 이르러서야 다스려진다. 이것은 千年 동안 혼란되다가 한 번 안정되는 것이다. 法을 안고 勢를 업고서 桀紂를 기다린다면 桀紂가 이르러서야 혼란해진다. 이것은 千年 동안 안정되다가 한 번 혼란해지는 것이다. 안정된 때가 千年이고 혼란한 때가 한 번인 것과, 안정된 때가 한 번이고 혼란한 때가 千年인 것은 마치 千里馬를 타고서 내달리는 것과 같아서 서로 간의 거리가 너무나 먼 것이다.[80]

韓非子는 勢를 制度의 問題로 보았으며 사람의 問題로 보지 않았다. 사람이 賢明하건 賢明하지 않건 그것과는 상관없이 制度에 의하여 勢를 얻는다는 것이다. "法을 안고 勢를 업는다"(抱法處勢)는 것은 그것을 두고 한 말이다. 또한 韓非子에 의하면, 勢는 自然之勢가 아니고 人間이 설정한 것이라고 한다(人之所得設). 그렇다면 사람이 絶對君主政을 法

79) 『韓非子』, 「難勢篇」: "夫勢者, 非能使賢者用己, 而不肖者不用己也. 賢者用之, 則天下治, 不肖者用之, 則天下亂."

80) 『韓非子』, 「難勢篇」: "且夫堯舜, 桀紂, 千世而一出. ……吾所以爲言勢者, 中也, 中者, 上不及堯舜, 而下亦不爲桀紂, 抱法處勢則治, 背法去勢則亂. 今廢勢背法而待堯舜, 堯舜至乃治, 是千世亂而一治也. 抱法處勢而待桀紂, 桀紂至乃亂, 是千世治而一亂也. 且夫治千而亂一, 與治一而亂千也, 是猶乘驥, 駬而分馳也, 相去亦遠矣."

制度로 만들어 놓으면 權力은 한 사람의 君主에게 집중되게 마련이다. 韓非子의 法은 君主의 命令이며, 그 命令의 實效性은 刑罰權에 의하여 보장된다. 그리고 이 刑罰權은 君主 한 사람에게만 귀속된다. 그러므로 그 君主가 權力의 자루를 쥐고서 勢를 업으면 絶對君主政의 統一된 秩序體系가 하나의 制度로서 완성되는 것이다.

결국 韓非子에 있어서 法, 術, 勢에 의한 治道의 構造는 한 실에 꿴 구슬과 같아서 法治, 術治, 勢治의 機能이 相互結合되어 하나의 制度로 뭉친 人造人間이다. 홉스는 〈Leviathan〉에서 國家를 〈人造人間〉(an artificial man)이라 하였고, 法을 〈人造사슬〉(artificial chains)이라 한다. 인조사슬의 한쪽 끝은 君主의 입에 연결되어 있고, 다른 한쪽 끝은 臣民의 귀에 연결되어 있다. 君主의 令은 그의 입을 통하여 下達되고 그것은 모든 臣民들의 귀에 전달되어 명령대로 행위하게 된다.[81] 그러나 그 目的은 홉스와 韓非子에 있어서 같지 않다. 홉스는 그러한 君主의 命令에 의하여 〈萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態〉를 극복하고 안정된 法狀態를 만듦으로써 人間을 보호하는 데 있었지만, 韓非子는 臣民을 君主의 노예로 만들어 覇王의 業, 즉 富國強兵의 覇道를 달성하는 데 있었다. 즉 홉스의 國家는 法을 통하여 人間을 보호하려 하였고, 韓非子의 國家는 法을 통하여 君主를 보호하려고 하였다. 한쪽에서는 國家는 人間의 目的을 위한 手段이었고, 다른 한쪽에서는 人間이 國家의 目的을 위한 手段이었다. 결국 韓非子의 國家는 自己目的的 槪念으로서 그것은 "法을 안고 勢를 업은" 강력한 東洋의 〈Leviathan〉으로 탄생되었던 것이다.

81) T. Hobbes, Leviathan, edited by John Plamenatz, 1962, p. 205.

Ⅳ. 結 言

韓非子는 絶對君主政의 體制를 확립하고 君主에게 무한한 權力을 부여하였다. 그 수단으로 사용된 것이 法·術·勢이다.

우선 韓非子는 〈法〉을 통하여 百姓을 統一된 組織體로 만들었다. 그래서 그는 "百姓을 統一시키는 手段으로서 法보다 좋은 것이 없다"고 한다.[82] 君主가 만든 法에 의하여 臣下들과 百姓의 일체의 言行은 통제되며 그것은 刑罰權에 의하여 보장된다. 이것은 君主의 意志인 法을 관철시켜서 一絲不亂한 支配權을 확립하기 위한 것이다. 그래서 "法이 자세하면 君主가 尊貴하게 되고 그 意志를 침해받지 아니하며, 君主가 尊貴하여져서 침해를 받지 아니하면 君主의 權力이 강화된다"고 한다.[83] 이와 같이 君主는 法을 이용하여 "혼자서 四海의 온 天下를 장악하며",[84] "한 사람의 힘으로써 한 나라를 장악한다."[85] 결국 法은 絶對君主政의 制度를 창출하는 가장 확실하고 가장 실효성 있는 手段이다.

다음은 〈術〉이라는 手段이다. 이것은 일단 法에 의하여 絶對君主政이 확립되고 난 다음 그 政權을 유지하는 데 필요한 수단이다. 즉 政權을 유지하려면 大臣이나 臣下들이 君主의 權限을 潛奪 또는 簒奪하는 것을 術로써 막아야 한다. 絶對君主政은 君主 한 사람에게 모든 權力이 집중되어 있는 制度로서 그 君主의 權力을 신하들과 나누어 가질 수 없다. 신하들은 다만 君主의 手足으로서 君主의 意志인 法을 執行할 따름이다. 執行權만 가지고 있는 이러한 신하들이 君主의 立法權과 刑罰權을 잠탈하거나 찬탈하면 君主는 허수아비가 되든지 쫓겨나든지 해야 한다.

---

82) 『韓非子』, 「有度篇」: "一民之軌, 莫如法."
83) 『韓非子』, 「有度篇」: "法審則上尊而不侵, 上尊而不侵則主強."
84) 『韓非子』, 「有度篇」: "故法省而不侵, 獨制四海之內."
85) 『韓非子』, 「有度篇」: "以一人之力禁國."

그래서 韓非子는 "총애하는 臣下가 너무 친근해지면 반드시 君主의 생명을 위태롭게 하며, 臣下가 너무 존귀해지면 반드시 君主의 자리를 바꾸어 버린다"고 한다.[86] 신하들의 이러한 越權行爲를 엄격히 통제하고 감시 감독함으로써 君主의 權力이 약화되거나 침탈되지 않도록 하는 術策이 곧 術이다. 이 術 가운데는 形名術을 위시하여 無爲術, 參伍術, 聽言術, 用人術 등 무한히 많은 術들이 韓非子에 의하여 개발되어 있다. 이러한 모든 術들은 결국 君主의 地位와 權力을 保全하기 위한 術策들이다. 따라서 法이 君主權의 창출과 강화의 적극적인 수단이라면, 術은 君主權의 유지와 강화의 소극적인 수단인 셈이다.

다음은 〈勢〉라는 수단이다. 이것은 君主權의 威勢와 威嚴을 뜻하는 것인데, 이것은 法과 術을 실행하는 基礎條件이다. 즉 法과 術이 君主權의 강화를 위하여 기능할 수 있도록 하는 바탕(資)이다. 韓非子에 있어서 勢는 制度가 만들어 주는 것이지 君主가 賢明한 사람인가 不肖한 사람인가는 문제되지 않는다. 따라서 制度的으로 絶對君主政을 만들어 君主에게 天下를 제압하는 絶對權力을 부여하면, "비록 君主가 不肖하다 할지라도 신하가 감히 그 君主의 權力을 침범할 수 없다"고 한다.[87] 결국 制度에 의하여 주어지는 權力의 威勢도 君主權을 보전하는 수단이다.

이와 같이 韓非子에 있어서 法·術·勢는 君主의 最高權力을 창출하고 유지하고 보전하는 수단들이다. 그 目的은 君主의 權力掌握과 그 장악된 君主의 힘으로써 支配와 統治를 하는 데 있다. 아마도 韓非子만큼 순수한 權力國家를 논리적으로 체계화한 理論家도 찾아보기 힘들 것이다. 일반적으로 韓非子의 國家論을 〈法治主義〉라고 부르지만, 그것은 그 形式에 있어서 法治일 뿐, 그 실질적 내용에 있어서는 〈人治主義〉〈君主主義〉〈權力實證主義〉임이 분명히 드러난다. 따라서 우리는 韓非子의 法治主義가 〈形式的 法治主義〉일 뿐 實質的 法治主義가 아님을 알 수 있다. 실질적으로는 순수한 權力國家思想이다.

---

86) 『韓非子』, 「愛臣篇」: "愛臣太親, 必危其身, 人臣太貴, 必易主位."
87) 『韓非子』, 「忠孝篇」: "人主雖不肖, 臣不敢侵也."

人間은 예로부터 오늘에 이르기까지 두 가지 惡魔에 시달려 오고 있다. 칸트의 표현을 빌린다면, 〈無法의 自然狀態〉(status justitis vacuus)와 〈不法의 自然狀態〉(status injustus)가 그것이다. 前者는 無法天地의 無政府狀態이며, 後者는 不法의 暴政狀態이다. 이 상태를 法哲學的으로 法의 理念에 관계시켜서 말한다면, 前者는 法的 安定性이 결하여 있는 상태이고, 後者는 正義가 결하여 있는 상태이다. 그 어느 곳에서도 人間은 보호되어 있지 않다. 따라서 人間은 그들의 보호울타리로서 前者의 상태에 대처하기 위하여 權力國家를 개발해 냈고, 後者의 상태에 대응하기 위하여 法治國家를 발견해 냈다.

韓非子가 개발한 國家는 前者의 自然狀態에 대처하기 위한 權力國家였다. 戰國時代의 天下大亂을 平定하고 天下統一을 가져오게 한 權力國家論을 전개한 것은 그 당시의 시대적 요청에 맞는 것이었다. 그러나 天下統一을 하고 난 다음에는 그 權力國家는 法治國家로 바뀌었어야 했다. 왜냐하면, 그렇지 않으면 그 無法의 自然狀態는 克服되었지만 다시 不法의 暴君狀態가 나타나기 때문이다. 韓非子의 權力國家論을 받아들인 秦나라가 天下를 統一했지만, 겨우 二代에 걸친 짧은 기간동안만 守成을 할 수 있었고 곧 다시 亡한 것은 결코 우연이 아니다. 긴 안목으로 볼 때, 反人間的이고 非人間的인 體制는 결코 永續하지 못한다. 어느 시대 어느 곳에서도 國家라는 것은 人間을 보호하기 위하여 만들어진 것이다. 따라서 人間을 보호하지 못하는 國家는 그 存在理由 자체를 상실한다. 하나의 國家가 亡하고 다른 국가가 생기는 것은 그 때문이다. 國家가 人間을 보호하지 못하면 그 存在理由를 상실한다는 것은 國家哲學의 事物論理의 法則이다. 國家의 歷史는 그 法則에 따라 진행되어야 하고 또한 그렇게 진행되어 왔다. 韓非子의 國家는 天下大亂의 戰國時代의 歷史에서 필요한 國家일 따름이지 결코 天下統一後의 歷史에서 필요한 國家는 아니다. 秦이 短命한 이유도 아마 거기에 있었을 것이다.

로마刑法의 發展 過程(II)

조 규 창*

》목 차《

Ⅰ. 共和政後期의 刑事法
Ⅱ. 犯罪와 刑罰
1. 特定犯罪處罰法
2. 特定犯罪와 刑罰
3. 刑事處罰에 관한 元老院議決
Ⅲ. 刑事訴訟
1. 陪審裁判의 起源
2. 陪審裁判의 法的 性質
3. 政務官의 權限
4. 陪審員의 資格要件
5. 陪審裁判節次

Ⅰ. 共和政後期의 刑事法

고법시대의 民會裁判은 모든 시민이 민회에 참여하여 國事를 결정할 수 있는 협소한 都市國家의 재판제도로는 적합하였으나, 공화정후기 이래 로마가 지중해 연안의 지배권을 장악하여 거대한 商業帝國으로 발전한 사회·경제사정하에서는 古來의 소박한 농경사회의 刑事法制度를 유지할 수 없었다.

그간 로마의 영토확장과 도시의 인구집중, 노예의 대량반입과 富의 증대로 인한 범죄의 격증에 대처하기 위하여 많은 特定犯罪處罰法이 민회에서 제정되었으며 이러한 특정범죄를 심판할 陪審裁判所가 설치됨으로써, 종래의 민회재판제도는 소멸하게 되었다.

공화정후기에 元老院의 정치적 영향력과 지위강화로 원로원이 형사재

* 고려대학교 법과대학 교수

판권을 취득했으며, 또한 로마의 영토확장으로 로마屬州에도 형사재판권이 확립되었다.

이와 같이 공화정후기의 형사법은 特定犯罪處罰法과 陪審裁判을 중심으로 발전했다. 특히 공화정말에 獨裁官인 Sulla는 내란의 무정부상태를 종식시키기 위하여 다수의 特定犯罪處罰法을 제정하였는데 이 법률을 총칭하여 Sulla의 코르네리아法(lex Cornelia)이라 한다. 또한 Sulla는 陪審裁判制度를 개선함으로써 刑事法의 현저한 발달을 가져왔다.

II. 犯罪와 刑罰

로마刑法에서는 현행법제도와 같이 모든 범죄의 種類와 構成要件 및 이에 귀속될 刑罰을 포괄적으로 규정한 刑法典이 제정된 바 없으며 특정한 범죄를 처벌하기 위한 다수의 單行法만이 제정되었을 뿐이다. 따라서 특정범죄처벌법마다 해당 범죄의 심리를 위한 專屬陪審裁判所가 창설되었으며, 그 결과 特定犯罪數 상당의 常設陪審裁判所가 설치되어 각 배심재판소는 형사재판관할을 달리했다. 이 점에서 현행 法院組織法이 심급과 재판관할을 달리하는 모든 종류의 法院을 포괄적으로 규정한 것과는 재판기관의 설치방법을 본질적으로 달리한다.

요컨대 로마刑事法에서는 실체법이나 소송법을 막론하고 個別主義의 원칙이 지배했음에 반하여, 현행 형사법제도는 包括的 一般主義를 채용했다고 말할 수 있겠다.

特定犯罪處罰法이란 정무관이 제안하여 민회에서 승인하고 원로원이 認准(autoritas partum)한 法律(lex rogata)를 말한다. 본래 平民會議決(plebis scita)은 평민계급만을 구속하였으나 기원전 286년의 Hortensia法이 평민회의결에 모든 시민을 구속하는 法的 效力을 부여함으로써 평민회의결이 法律과 동등하게 취급되었다. 이러한 예로서 평민회의결인

Aquilia財産侵害法을 들 수 있다.

그런데 모든 특정범죄처벌법은 本法의 적용대상인 범죄와 형벌을 규정했으며 또한 本法定犯罪의 형사재판권을 행사할 陪審裁判所의 설치와 동시에 陪審員의 구성수 및 소송진행절차를 상세히 규정했다. 현행 형사법은 범죄를 규정한 實體法과 이에 관한 재판절차인 訴訟法이 분리되었으나, 로마法에서는 실체법과 소송법이 분회되어 있지 않아 特定犯罪處罰法이 범죄와 형벌 및 관할재판소까지를 모두 규정하였다.

모든 특정범죄처벌법이 규정한 特定犯罪事件을 전담할 배심재판소는 통상 하나였으나 경우에 따라 동일한 범죄사건을 심리하기 위하여 다수의 陪審裁判이 설치되기도 하였다. 예를 들면 殺人事件이 폭주한 경우 신속한 재판을 위하여 살인죄 배심재판소를 증설하여 業務量을 분배하기도 했다. 공화정후기에 常設陪審裁判所가 관장한 특정범죄처벌법의 규제대상이 된 범죄로서 大逆罪, 金品喝取罪, 殺人罪, 不正選擧罪, 國有財産侵害와 神物竊盜罪, 僞造罪, 特殊侵害罪, 暴行罪, 略取誘引罪와 끝으로 姦通罪를 들 수 있다.

위와 같이 11개의 犯罪에 대한 특정범죄처벌법이 제정되었고 또한 각개의 法律은 정치, 사회, 경제사정의 변화에 따라 수차 개정되었다. 특별범죄처벌법이 규정한 범죄의 構成要件의 刑罰의 내용을 순차로 검토하면 다음과 같다.

1. 特定犯罪處罰法

(1) 大逆罪(crimen maiestatis)

이미 왕정시대 이래 叛逆罪 또는 利敵罪를 민회재판에서 사형으로 제재했음은 앞서 설명한 바 있다. 공화정후기에 大逆罪에 관한 입법으로 기원전 103년에 호민관인 Appuleius의 제안으로 民會에서 제정한 Appuleia法은 대역죄 처벌을 위한 배심재판소의 창설을 규정했으며, 그 후 기원전 90년에 대역죄에 관한 Varia法이 제정되었다. 그런데

Appuleia法과 Varia法이 설치한 대역죄의 배심재판소가 常設法院이냐 아니면 특별히 설치한 臨時法院이냐에 관하여 논란이 있으나, 지배적 견해는 常設法院이라고 한다. 그 후에도 반역죄에 관한 입법은 계속되어 술라의 Cornelia法과 이어서 Iulia法이 제정되었다. 그런데 Iulia法의 立法者가 Iulius Ceaser인지 아니면 Augustus인지도 분명하지 않으나, 다수 학자는 Augustus가 제정하였으리라 한다. 대역죄란 로마국민의 尊嚴性을 손상시키는 모든 행위를 의미하는 포괄적인 개념이다. 따라서 다른 국가시민의 優越性이나 동맹국시민의 權威를 부인 또는 침해하는 행위는 대역죄에 해당하지 않는다.

이와 같이 大逆罪의 구성요건이 극히 모호하였으며 또한 시대적 변천에 따라 범죄의 내용이 다양하게 구성되었다. 이를테면 최초의 Appuleia法은 로마국민의 意思를 침해하는 행위만을 대역죄로 구성하여 로마국민의 의사에 반한 政務官의 통치권의 행사가 대역죄로 제재되었다.

그러나 Varia法은 대역죄의 범위를 확장하여 이탈리아 同盟國을 로마에 대항하도록 선동, 사주하는 행위를 대역죄로 제재했다. 그 후의 Cornelia法은 종래의 범행내용을 수용하는 한편 國家機關의 權威를 부인하거나 또는 體制顚覆을 위한 결사와 폭동을 모두 대역죄에 포섭하여 범인을 極刑으로 제재할 것을 규정했다. 당시 공화정말의 혁명기에는 政治的 權力鬪爭이 격화하여 元老院議員이나 政務官은 그의 추종자를 선동 또는 교사하여 난동을 일으키는 일이 빈번했다.

그간 대역죄에 관한 법률이 叛逆罪(perduellio)를 폐지하지 않았으므로 이론적으로는 반역죄가 불확정상태로 계속 존속되었다. 이러한 사실은 기원전 63년에 2人叛逆審判官(duoviri perduellionis)이 원로원의원인 C. Rabirius를 반역죄로 民會裁判에 기소하였던 것에서 알 수 있으며, 이 裁判을 마지막으로 민회재판은 소멸하게 되었다. 그러나 그 후 叛逆罪가 대역죄에 흡수되었으며 원수정기에는 Ulpianus가 반역죄를 정의한 바와 같이 대역죄의 특수한 형태를 이루게 되었다.

끝으로 Iulia法은 대역죄의 構成要件을 확장하여 국가에 대한 모든 형태의 반역행위, 즉 敵과 내통하거나 또는 국가전복을 謀議하거나 이의 敎唆, 煽動을 모두 대역죄로 구성했다. 특히 원수정기의 特別審理裁判機關과 法學者는 국가체제의 전복을 元首에 대한 직접적인 侵害行爲로 해석함으로써 국가와 원수가 동일한 人格體로 구성되는 결과를 가져왔으며, 이로 인해 원수에 대한 不敬을 반역죄로 제재했다.

한편 대역죄에 해당하는 여러 범죄가 法學者의 해석활동으로 개별적으로 유형화되었다. 대역죄 중 叛逆罪에 관하여 Ulpianus는 반역이란 敵意로 고무되어 국가 또는 원수에 대항함을 의미한다고 했다. 대역죄의 형벌은 사형이나, Iulia法은 범인을 특별히 水火使用禁止刑, 즉 추방형으로 제재했다. 원수정기에 특별심리재판에서 공화정의 刑罰이 가중되었으며, 또한 대역죄의 경우에는 범인의 사망후에도 刑事訴訟을 진행할 수 있었으며 피고의 유죄판결로 그의 子女 또는 상속인에게 불이익이 귀속되었다.

(2) 殺人罪(crimen homicidii)

이미 왕정시대 이래 尊屬殺人(parricidium)을 민회재판에서 水葬刑으로 처벌했으며, 그 후에는 短劍으로 무장한 刺客의 직업적인 살인행위와 같은 單純殺人(homicidium)을 제재할 목적으로 배심재판이 설치되었다 한다. 이러한 사실은 기원전 142년의 법무관인 Tubulus가 刺殺에 관한 배심재판을 주재했다는 기록으로 보아 분명하다. 그러나 이 배심재판이 살인사건관할의 常設法院인지 아니면 特別法院인지 여부를 알 수 없을 뿐만 아니라 또한 殺人事件을 관장하기 위하여 최초로 창설된 배심법원인지도 분명하지 않다.

한편 殺人事件과 관련하여 이미 오래 전에 毒殺을 처벌할 목적으로 배심재판소가 설치되었으나, 이는 常設法院이 아니라 살인사건이 발생할 때마다 원로원의 결정에 따라 特別犯罪調査委員會를 구성하여 범인을 처벌한 特別陪審裁判所에 지나지 않았다.

이와 같이 살인죄에 관한 常設陪審裁判所가 설치된 바 있으나 기원전 81년에 Sulla가 刺殺과 毒殺에 관한 法律(lex Cornelia de sicariis et veneficiis)을 제정하여 자살과 독살을 비롯하여 기타 살해방법을 불문하고 모든 고의의 살인사건을 常設陪審裁判所가 관할하게 되었다.

그 후 살인사건이 폭주하자 범죄의 종류와 업무를 분담하여 여러 개의 刺殺에 관한 배심재판과 毒殺에 관한 배심재판소를 설치했다. 배심재판에서 살인범을 水火使用禁止刑인 추방형으로 제재한 듯하다. 그러나 원수정기의 특별심리재판에서 형벌을 가중하여 死刑으로 처벌했다. 그런데 술라의 刺殺과 毒殺에 관한 법률은 尊屬殺人 또는 近親殺人에는 적용되지 않았다. 따라서 近親殺人犯은 종래와 마찬가지로 水葬刑으로 처벌했으나, 기원전 55년의 Pompeius의 近親殺害에 관한 法律(lex Pompeia de parricidiis)은 전담관할의 배심재판소를 설치하는 한편 종래의 水葬刑에 갈음하여 범인을 술라의 單純殺人罪의 형벌로 제재했다. 그러나 Augustus는 近親殺害의 배심재판소를 유지하는 한편 범인에 대한 형벌을 水葬刑으로 가중했다.

(3) 暴力罪(crimen vis)

暴力行爲處罰에 관한 최초의 立法인 Plautia法(lex Plautia de vi)이 폭력범을 제재할 배심재판의 설치를 규정했으나, 이 법률의 制定年代는 분명하지 않다. 통설은 本法이 기원전 78년에서 63년 사이에 제정되었으리라 한다. 暴力에 관한 Plautia法은 정무관과 원로원의원에 대한 暴力犯과 군중을 결집하여 폭력을 煽動한 자, 공공건물이나 장소의 無斷占據를 주도한 자와 이에 가담한 자를 처벌했다.

이 Plautia法은 공화정기에 폭력이 난무하는 無政府狀態에서 정치적 위기를 극복하기 위하여 暴動과 騷擾의 진압 및 술라의 대역죄에 관한 법규정을 보완할 목적으로 원로원의 주도하에 제정되었다 한다. 공화정 말에 집정관인 Cicero와 독재관인 Iulius Ceaser가 Plautia法에 따라 暴力犯을 배심재판으로 제재했다. 그 후 폭력범에 관한 Iulia法이 기원전

17년경에 재정되었으나, 입법자가 Iulius Ceaser인지 아니면 Augustus 인지 분명하지 않다. 그런데 法學全集과 고전기 법학자의 文獻은 유리아法을 公的 暴力에 관한 유리아法(lex Iulia de vi publica)과 私的 暴力에 관한 유이라法(lex Iulia de vi privata)으로 구분 설명하고 있음으로 미루어, 單行法律에 두개의 表題를 동시에 수록한 것으로 짐작된다(lex Iulia de vi publica et privata).

Iulia法이 규정한 公的 暴力(vis publica)이란 국가기관의 업무집행을 폭력으로 방해하는 이른바 公務執行妨害와 공공장소에서 무기휴대를 公共에 대한 暴力罪로 구성했다. 또한 공무관이 직권을 남용하여 民會上訴權있는 로마市民을 위법하게 처형하거나 또는 체벌(채찍형)과 고문, 감금한 경우 시민에 대한 폭력행사로서 Iulia法으로 제재되었다.

한편 私的 暴力(vis privata)이란 私人에 대한 폭력행사로서 다수인이 작당하여 타인의 생명, 신체를 침해하거나 財産을 약탈한 경우가 이에 해당한다.

그런데 法學全集이나 고전기 法文獻을 통하여 Iulia法 본래의 법규정을 再構成하기는 용이한 일이 아니다. 마찬가지로 원수정기에 Iulia법규정에 새로이 추가되거나 변경된 내용을 고전후기에 修正된 法規定에서 식별함은 지극히 곤란한 일이다. 왜냐하면 폭력죄에 관한 古典期法이 고전후기의 사회·경제사정에 따라 수정되었으며, 특히 기독교 윤리사상이 刑事法에 반영되어 폭력죄의 구성요건의 확대와 형법이 가중화되었기 때문이다. Iulia法에 따르면 公的 暴力犯은 수화사용금지형으로 추방되었고, 私的 暴力犯은 그의 재산의 3분의 1의 몰수형으로 제재했으며 不名譽의 효과로서 원로원의원과 자치의원, 심판인 등의 公職就任權이 박탈되었다.

(4) 金品喝取罪(crimen repetundarum)

금품갈취죄란 로마정무관의 瀆職罪에 해당한다. 기원전 149년에 호민관인 Calpurnius는 屬州에 파견된 로마總督이 관할 주민에게 위법하게

갈취, 횡령한 金品의 返還과 피해자의 반환청구권을 심리하기 위한 상설배심재판의 설치를 목적으로 하는 喝取金品返還請求에 관한 法律(lex Calpurnia de repetundis)을 제정했다. 그런데 Calpurnia法은 갈취금품의 반환을 규정하였을 뿐이지 피고의 刑事處罰을 규정하지 않았다. 따라서 피고는 갈취한 금품을 반환함으로써 모든 責任을 면할 수 있었다. 그 점에서 Calpurnia法의 반환청구는 민사상 不當利得返還請求와 다를 바 없었다.

그 후 喝取金返還에 관한 Iulia法이 제정되었고, 이어서 기원전 123년에 C.Gracchus 집권시에 Acilia法이 제정되었다. Gracchus는 배심원을 모두 騎士階級으로 교체했으며 또한 배심재판에 民事訴訟의 裁判方式을 도입하는 한편 피고를 喝取金의 2倍額의 벌금으로 제재함으로써 피고는 갈취금의 단순한 반환의무있는 債務者가 아니라 형벌의 대상인 犯人으로 취급되기 시작했다.

이로 인해 그 후에 제정된 Servilia法은 정무관의 金品喝取를 새로운 범죄로 구성하고 범인을 刑罰로 제재했다. 그러나 술라는 그간의 개혁정책을 배척하고 원로원의 寡頭政治를 옹호하여 그의 喝取金品返還請求에 관한 法律(lex Cornelia de repetundnis)에서 종래의 2倍額의 벌금을 單價賠償으로 감경했다. 이는 피고가 모두 元老院階級인 고위정무관이었으므로 이들의 支持를 받기 위한 정치적 배려였음이 분명하다.

그러나 Iulius Ceaser는 집정관 재임시에 Iulia法으로 피고에 대한 單價罰金을 계속 유지하는 한편 刑罰을 가중하여 유죄판결의 피고를 官職解任과 公職就任權의 박탈로 제재했으며 또한 피고는 소송대리인, 심판인, 증인능력을 상실한다고 했다. 특히 Iulia法은 금품갈취죄에 관한 構成要件을 확대하여 瀆職行爲만이 아니라 정무관이 그의 職權을 이용하여 자기의 통치 또는 행정구역내에서 私利를 취득할 목적으로 金錢이나 기타 財産을 강탈·횡령하는 모든 행위는 그의 수단·방법을 불문하고 모두 本法으로 제재할 것을 규정했다. 특히 Iulia法은 收賂의 대가로서 政務官이 재판을 하거나 또는 하지 않거나 行政 또는 裁判業務에 관한

특정한 조치를 취하거나 착수하지 않는 행위도 제재했다.

元首政期에 Iulia法이 규정한 범죄이외에도 刑事慣行상 확립된 범행으로서 屬州에서 로마總督에 대한 폭행과 반항자는 追放刑으로 제재했다. 고전기 로마법학자의 文獻에서 알 수 있는 바 Iulia法이 원수정하에서 끊임없는 수정을 통하여 계속적으로 적용되었으며, 특히 Augustus하에 제정된 元老院議決은 輕犯事件에 대한 배심재판절차를 간소화하여 5人의 원로원의원이 배심원으로 참여하여 재판을 수행할 것을 규정했다. 그러나 이는 訴訟制度의 간소화이지 實體法規定의 변경을 의미하지 않는다. 또한 Iulia法의 범죄내용도 보완되어 관리의 모든 不正行爲와 權利濫用을 비롯하여 주민의 손해와 자신의 이익을 위한 직무집행을 모두 瀆職罪로 처벌했다.

그 후 기원후 47년에 제정된 喝取金品返還에 관한 Cladianum元老院議決은 贈與禁止에 관한 Cincia法(lex Cincia de muneribus B.C. 204)과 訴訟制度에 관한 Iulia法(leges Iuliae iudiciariae)에 반하여 訴訟依賴人에게서 10,000세스테레스 이상의 금품을 취득한 辯護士를 금품갈취범으로 제재하여 피해자는 변호사에게 Iulia法상의 4倍額의 罰金訴訟(actio poenalis in quardruplum de lege Iulia)을 제기할 수 있었다. 그런데 4배액의 벌금소송은 강도의 被害者가 제기할 수 있는 強盜訴權과 일치한다. 이는 法定額 이상의 訴訟受任料를 취득한 변호사를 強盜로 취급하였다는 결과가 된다.

(5) 不正選擧罪(crimen ambitus)

부정선거죄란 立候補者가 정무관에 당선될 목적으로 選擧民을 매수·기망·협박하여 得票를 시도하는 행위를 말한다. 따라서 本法의 적용대상은 政務官의 立候補者이다.

부정선거에 관하여는 이미 기원전 358년에 호민관인 Caius Petelius가 평민회의결로서 政治新參者(homines novi)의 과도한 자기선전행위와 선거민과의 野合을 금지하고 위반자를 按擦官이 처벌하였다 한다.

그 후 기원전 181년의 Cornelia Baebis法과 기원전 179년의 Cornelia Fulvia法은 부정선거범의 처벌을 규정했으나 전속관할의 배심재판소가 설치된 것 같지는 않다. 그 후 1세기 동안 不正選擧法이 제정된 바 없으나 공화정말기에 政治秩序가 문란해짐에 따라 많은 부정선거법이 제정되었다. 정치적 혼란기에 Sulla의 Cornelia法과 Grassus의 Licinia法이 제정되었으나 부정선거범을 刑罰로 제재하는데 실효를 거두지 못했다 한다. 이어서 부정선거처벌법으로 기원전 67년의 Calpurnia法, 63년의 Cicero가 제안한 Tullia法과 53년의 Pompeia法 및 Augustus의 Iulia法을 들 수 있다. 부정선거죄의 성립요건으로서 선거민의 買收, 선거민의 환심을 사기 위한 祝祭의 준비, 유흥과 음식의 제공 등 그 방법을 묻지 않았다.

특히 기원전 55년의 Licinia法은 투표의 방해 또는 부정선거운동을 목적으로 團體(sodalicia)를 결성하거나 이 단체를 부정선거에 이용한 입후보자를 水火使用禁止刑으로 처벌하였는데, 이 범죄를 不正選擧團體結成罪(crimen sodaliciorum)라 한다.

한편 Sulla의 Cornelia法은 부정선거범을 10년간 被選擧權剝奪刑으로 제재했으며, 또한 Calpurnia法은 범인의 被選擧權을 종신박탈하고 원로원의원직에서 除名과 동시에 벌금형으로 처벌했다. 그 후 Tullia法은 형벌을 가중하여 犯人을 10년간 로마와 이탈리아에서 추방하였으며, Pompeia法 역시 범인을 重罰로 제재한 것은 분명하나 刑罰의 내용은 알 수 없다.

Augustus시대에 이르러 共和政體制의 쇠퇴와 동시에 정무관의 선거제도가 정치적 의미를 상실하게 됨으로써 그간의 不正選擧法도 법적 구속력이 완화되었다. 이에 따라 Augustus의 Iulia法은 부정선거범을 15년간 官職就任의 資格停止와 罰金刑으로 제재했다.

그 후 원수정하에서 皇帝가 제국고위관리를 직접 임명함으로써 공화정의 정무관선거제가 任命制로 전환되었고 民會의 소멸과 동시에 選擧制度는 자취를 감추게 되었다.

(6) 國有財產侵害罪(crimen peculatus)

國有財產侵害란 국가관리나 私人이 국유재산, 神物 또는 宗教物을 절취, 횡령, 착복하거나 위법하게 사용함을 의미한다.

그러나 언제부터 국유재산 침해와 無斷使用이 범죄로 구성되었으며 이 犯罪의 전속관할 배심재판이 설치되었는지에 관하여는 資料의 부재로 알 수 없다. Cicero는 국유재산침해죄에 관한 배심재판소가 기원전 75년에 존재하였다고 지적하였으나, 일부 학자는 大逆罪에 관한 배심재판이 설치된 당시인 기원전 103년에 護民官인 Appuleius Saturnius가 배심재판소를 설치하였으리라 하나 분명하지 않다.

현존하는 國有財產과 神物 및 宗教物竊盜에 관한 법률로서 Augutus가 제정한 Iulia法(lex Iulia de peculatu et de sacrilegiis)이 전해지고 있으나 일부 학자는 Iulius Ceaser가 제정하였으리라 한다. 이 法律이 규정한 형벌규정이 法學全集과 Paulus의 意見書에 수록되어 있음으로 미루어 원수정기에 국유재산침해를 Iulia法으로 처벌했음을 알 수 있다.

國有財產侵害에 관한 Iulia法은 국유재산과 신물 및 종교물의 횡령, 절도범을 水火使用禁止刑으로 제재했다. 그러나 후기에 本法의 適用範圍가 확대되어 법률을 수록한 青銅板의 법문과 다른 공문서내용의 변조를 제재했다. 그런데 원수정기에 이러한 국유재산의 毁損과 변경행위를 Iulia法으로 처벌하였는지 아니면 다른 법률로서 제재하였는지는 분명치 않다. Iulia法은 犯人을 수화사용금지형으로 제재했으나 그 후에는 數倍額의 罰金刑으로 제재했다.

원수정기에 刑罰이 완화되었으나 國有財產侵害가 특별형사재판관할로 이관되었다. 또한 殘額返還에 관한 Iulia法(lex Iulia residuis)은 일정한 공공사업을 위하여 國庫金을 취득한 후 사업을 추진하지 않았거나 또는 잔액과 물건의 소지자는 1년 이내에 국고에 반환하여야 하며 이를 위반한 경우 소지한 金額이나 物件價의 3분의 1을 罰金에 가산하여 반환할 것을 규정했다.

(7) 僞造罪(crimen falsi)

이미 술라의 집권기에 遺言證書와 私文書僞造犯을 처벌하였음은 Cicero의 지적으로 미루어 분명하나, 형벌의 내용과 이의 재판절차는 資料의 부재로 알 수 없다. 한편 僞造罪와 관련하여 Gratidianus의 告示는 鑄貨僞造를 벌금형으로 처벌했다.

기원전 81년에 술라가 제정한 僞造에 관한 法律(lex Cornelia de falsariis)은 최초로 위조죄의 전속관할의 常設陪審裁判所를 설치하였다. 본래 Cornelia法은 유언증서와 주화위조만을 제재하여 이 법을 遺言證書와 鑄貨僞造에 관한 法律(lex Cornelia testamentaria et nummaria)이라고도 한다.

그 후 法學者의 해석활동과 원로원의결 및 황제의 告示로서 僞造罪의 구성요건이 확장되어 유언증서의 절취, 위조, 은닉, 변조, 유언자의 사망전의 遺言內容의 공개, 서명날인의 위조, 公認印鑑의 훼손과 파괴 및 鑄貨의 위조, 변조가 모두 僞造罪로 처벌되었다.

원수정기에 원로원의결은 Cornelia法의 유언증서를 모든 문서위조에 적용하여 僞造罪가 현저히 확장되었다. 예를 들면 기원전 16년의 Libonianum元老院議決은 타인의 유언서 작성시에 자신의 利益處分을 위한 文言을 작성한 경우 작성자를 僞造犯으로 처벌하는 한편 遺言을 무효로 처리했으며 이 元老院議決이 그 후 Claudius의 告示에서 재확인되었다(edictum Claudii de falsariis).

이어서 기원후 20년의 Messalianum元老院議決은 변호사나 증인이 상대방의 無罪를 확신함에도 불구하고 犯人으로 고소한 경우 告訴人을 위조범으로 처벌한 것을 규정했으며, 또한 기원후 27년의 Licinianum 元老院議決은 법정의 證據로 제출할 증서나 증인을 사전조작하기로 결탁한 자를 모두 僞造犯으로 제재했다. 끝으로 기원후 29년의 Geminianum元老院議決은 금전적 대가를 수령하고 법정에서 증인 또는 證言을 거부한 자를 역시 위조범으로 처벌했다. 이와 같이 원수정기에 새로이 첨가된 위조범으로서 虛僞證言과 증서작성 등 소송상의 僞證犯

이 주로 이에 해당한다.

Cornelia法은 위조범을 수화사용금지형 즉, 追放刑으로 제재했다.

(8) 姦通罪(crimen ddulterii)

Augustus가 기원전 18년에 姦通處罰法(lex Iulia de adulteriis coercendis)으로 전속관할의 배심재판소를 설치하기까지 姦通을 형사처벌한 法律이 제정되었는지는 알 수 없다.

Plutarch는 Sallustius의 문언을 인용하면서 술라가 姦通에 관한 法律을 제정하였다 하나, 이에 관한 文獻을 찾아 볼 수 없다. 아마도 공화정 초기 이래 妻의 간통을 夫나 家長이 가사재판에서 처벌하였을 것으로 짐작된다. 이는 家長과 夫는 妻에 대한 신분적 지배권 즉 手權者이므로 姦通女에 대한 처벌권을 행사했음은 고대 이래의 로마의 家族構造로 미루어 지극히 당연한 일이었다.

이미 공화정 이래 按擦官은 여성의 음란 또는 부정행위와 간통한 유부녀를 相姦者와 함께 民會裁判에 기소하였다 한다. 공화정말기에 가족구조의 변화로 인한 家의 拘束關係가 약화되어 家長과 夫의 권한이 약화하자 姦通한 妻에 대한 懲戒處罰權을 행사할 수 없게 되었다.

Augustus는 그간 붕괴된 가족구조의 회복과 건전한 性秩序의 확립 및 美風良俗의 유지를 위하여 姦通處罰法으로 性犯罪를 엄중히 제재했다. 간통처벌법은 姦通(adulterium)과 姦淫(stuprum), 近親相姦(incestum)을 중요한 성범죄로 구성했으나 姦通과 姦淫의 한계가 명확하지는 않다.

姦通이란 유부녀가 夫 이외의 제3자와 성관계를 맺음을 말하며, 姦淫이란 처녀나 寡婦(viro vel vidua)가 미혼남성과 성교섭을 가짐을 말하나 범죄의 주체는 윤리적으로 비난할 여지 없는 貞淑을 기대할 수 있는 그러한 여성만이 제재의 대상이 되었다. 따라서 미천한 여성인 창녀, 포주와 가수, 무희 등 大衆興行業從事女나 숙박소나 역마업에 종사하는 女性은 간음죄에서 제외했다. 끝으로 近親相姦(incestum)이란 친족간

또는 인척간의 性交涉을 말하며 엄중히 제재되었다.

犯罪의 主體는 유부녀와 여성 일반 및 이들의 相姦者이나, 남성의 간통은 이에 포함되지 않았다. Iulia姦通法은 가족원에 대한 家長의 懲戒處罰權을 인정하여 가장은 간음현장에서 체포된 家女와 相姦者를 즉시 살해할 수 있음을 인정했으나 夫는 그의 집안에서 妻가 간통한 때에 한하여 현장에서 체포 후 相姦者와 妻를 즉시 살해할 수 있음을 규정했다. 또한 Iulia法은 현행범이 천민일 때는 즉시 살해할 수 있으나, 귀족인 때에는 증거확보를 위하여 체포한 犯人을 20시간 이상 감금할 수 없다고 했다. 따라서 현행범일 경우에도 20시간이 경과한 때에는 그를 살해할 수 없었다.

위의 즉시 살해할 수 있는 경우를 제외하고 家長과 夫는 姦婦와 相姦者를 배심재판소에 고소할 수 있었다. 간통죄는 親告罪로서 이들만이 고소권을 행사할 수 있었다. 夫는 姦通女인 妻와 즉시 이혼하여야 하며, 夫가 이혼 후 60일 이내에 姦通을 고소하지 않은 경우 시민 중 누구든지 4개월 이내에 고소할 수 있었다. 姦通罪의 고소권 행사기간은 5년으로서 범행 후 5년이 경과함으로써 고소할 수 없었다. 姦通犯의 고소와 관련하여 기원후 61년의 姦通訴訟에 관한 Petronia法(lex Petronia de adulterii iudicio)은 夫가 간통한 妻를 고소하지 않은 경우 相姦者에 대한 告訴權도 상실한다고 했다. Paulus에 의하면 姦通罪의 형벌은 姦婦와 相姦者를 각기 다른 장소로 流配(relegatio)했으며 (Sent. 2, 26, 14), 또는 財産刑을 병과하여 相姦者는 그의 재산의 1/2을, 姦婦는 재산의 1/3과 嫁資의 1/2을 몰수했다.

특히 간통처벌법은 간통, 간음으로 金錢的 利益을 취득하거나 또는 이의 편의를 제공한 행위를 姦淫周旋罪로 제재했다. 예를 들면 夫가 현장에서 체포한 姦婦를 용서하거나 姦婦와 즉시 離婚하지 않은 경우를 들 수 있다. 마찬가지로 간통죄로 有罪判決을 받은 여성과 약혼한 자를 역시 姦淫周旋罪로 제재하여 그의 재산의 1/2을 몰수했다.

姦通罪에 포섭된 性犯罪로서 同性淫亂罪가 있다.

현대사회와 마찬가지로 로마사회에서도 同性愛란 남성간의 性的 結合關係(Homosexuality)를 말한다. 로마에서도 일찍부터 여성간의 同性愛(Lesbian)가 행하여 졌으나 입법자나 재판기관이 女性問題에는 개입하지 않았다. 그 이유는 여성간의 同性愛는 男性의 性的 利己心과 로마사회에 직접적인 弊害를 가져오지 않았기 때문이다.

그러나 로마법상 모든 同性愛를 죄악시하여 처벌한 것이 아니라 同寢을 목적으로 生來自由人인 少年이나 자유남성을 납치 또는 유괴한 때에만 淫亂罪(stuprum)가 성립했다. 따라서 상대방이 奴隸, 被解放人 또는 男娼일 때에는 同性淫亂罪가 적용되지 않았다. 이미 공화정기에 同性愛處罰에 관한 Scantinia法이 제정되었다 하나 정확한 年代와 法規定의 내용은 알 수 없다.

공화정기에 民會裁判에 회부된 다음과 같은 同性淫亂事件이 전해지고 있다. 기원전 227년에 按擦官은 호민관인 Scantinius를 아들을 醜行한 죄로 기소하였다. 그러나 다른 同僚護民官이 안찰관의 직무집행에 대하여 拒否權行事를 거절하여 피고는 민회재판에서 有罪判決을 받게 되었다고 한다. 또한 3人執行官(tresviri capitalis)이 퇴역대장인 C. Cornelius가 生來自由少年을 추행한 죄로 구속하자 被告는 문제의 소년이 男娼임을 이유로 무죄를 주장했으나 이 사건에서도 護民官이 拒否權行使를 기피하여 피고는 獄舍에서 사망하였다 한다.

나아가 기원전 105년에 Marius에 의하면 軍隊의 護民官으로 있던 그의 조카가 兵士에게 同性淫亂을 강요하자 이 兵士가 격분하여 그의 조카를 殺害하였으나 적법한 반격으로 인정되어 刑事責任을 부담하지 않게 되었다 한다. 끝으로 기원전 50년에 Caelius Rufus가 피고를 同性愛處罰法(lex Scantinia)에 따라 기소하였으나 피고는 護民官인 Appius가 同性淫亂을 주선하였다고 항변하여 Appius 역시 동일한 犯罪嫌疑로 기소되었다 한다.

위에 인용한 犯罪事件에서 알 수 있는 바와 같이 女性의 음난행위나 姦通罪보다 남성의 同性愛에 관한 處罰法을 제정하였음은 女性의 不貞

行爲를 輕視한 것이 아니라 女性의 性犯罪는 가내문제로서 家長이나 배우자인 夫 또는 친족의 家事裁判(iudicium domesticum)으로 제재할 수 있었으나 男性의 同性愛는 가사재판의 대상으로 될 수 없어 이를 입법적으로 규제한데 기인한다. 공화정후기에 동성애가 법관념상 淫亂罪(stuprum)로 구성되었으나 형벌의 내용은 法源의 不在로 알 수 없다.

(9) 誣告罪(crimen calumniae)

기원전 80년경에 제정된 Remnia法은 누구든지 상대방이 무고하다는 사실을 알면서도 형사처벌을 받게 할 목적으로 惡意로 고소한 자를 처벌하는 한편 誣告에 관한 배심재판소를 설치했다. 그 후 기원전 17년의 刑事裁判에 관한 Iulia法(lex Iulia iudiciorum publicorum)은 진정한 고소권자나 기타 이해관계인의 告訴를 저지할 목적으로 원고가 피고와 通情結託하여 형사고소를 제기한 후 무죄판결로 방면된 경우 관할배심재판은 原審에서 당사자간의 通情結託으로 피고자를 無罪로 방면했음을 확인한 경우 원고를 엄히 제재할 것을 규정했다.

이어서 기원후 61년의 Turpillianum元老院議決은 소송당사자의 訴訟結託(praevaricatio)에 대한 규정을 보완하는 한편 원고의 정당한 이유없는 告訴取下(tergiversatio)를 제재했다. 誣告罪의 형벌로서 Remnia法은 범인의 고소능력을 박탈하는 한편, 그의 이마에 誣告(calumnia)의 표시인 "K"를 烙印했으며 또한 형사재판에 관한 Iulia法은 범인을 不名譽刑으로 제재하여 권리능력을 제한했다.

끝으로 Turpillianum元老院議決은 Iulia法의 형벌을 형사재판의 結託者(praevaricator)와 부당한 告訴取下者(tergiversator)에게 적용하는 한편 고소취하자는 벌금으로 제재했다.

(10) 特殊侵害罪(crimen iniuriae qualificatae)

특수침해죄에 대한 Cornelia法(lex Cornelia de iniuriis)은 人身侵害와 住居侵入을 제재하여 이에 관한 배심재판소를 설치했다. 特殊侵害犯의

재판절차는 다른 배심재판절차와 다를 바 없으나 被害者만이 제소할 수 있었다. 犯人은 벌금형으로 제재되었고, 被害者는 손해배상으로 벌금을 취득했으나 일부 학자는 벌금의 單價賠償額만을 원고가 취득하고 殘額은 국고에 귀속되었다 한다.

원수정기에 元老院議決은 특수침해죄를 확장하여 타인을 誹謗·侮辱하는 문서의 작성·배포를 제재했으며 犯人의 유언능력을 박탈했다.

(11) **人身略取罪**(crimen plagii)

Cicero에 의하면 人身略取에 관한 Fabia法(lex Fabia de plagiariis)이 기원전 63년에 제정되었다 하나, 일부 학자는 그 이전에 입법화되었으리라 한다.

Fabia法은 로마 自由市民은 물론이며 라틴인·외국인을 약취·감금하여 奴隸로 매각하거나 또는 이 사실을 알고 買入한 者를 人身略取罪로 처벌했다. 나아가 자유인만이 아니라 타인의 奴隸를 도망케 하거나 逃亡奴를 은닉 또는 처분한 때에도 本法으로 제재되었다. Paulus에 의하면 主犯은 물론이며 모든 共犯도 처벌하였다 한다(Sent. 5, 30, 1). 인신약취범을 50,000세스테레스의 벌금형으로 제재했으며, 누구든지 범인을 시민법상이 國民訴訟으로 제소할 수 있으며 勝訴한 고소인은 벌금을 취득할 수 있었다.

이와 같이 人身略取罪는 배심재판으로서가 아니라 不法行爲 罰金訴訟으로 제재한 듯 하다.

2. 法定犯罪와 刑罰

위에 기술한 일련의 特定犯罪處罰法은 범죄와 형벌 및 관할재판소의 설치를 규정하고 被告의 유죄확정과 동시에 법정된 刑罰의 귀속을 요건으로 하는 하나의 완결된 法律構成을 하고 있다.

이러한 의미에서 배심재판제도하에서는 罪刑法定主義가 지배했다고

말할 수 있겠다. 그러므로 배심재판에서는 裁判官은 법정형이외에 다른 형벌로 犯人을 제재할 수 없었다.

당시에도 死刑이 법률상 광범히 인정되었으나 사실상 水火使用禁止刑(aqua et igni interdictio)으로 대체되어 死刑囚를 수화사용금지형인 追放刑으로 제재했다. 그런데 犯人의 追放刑은 그의 自進亡命을 허용 내지 묵인하는 방식으로 이루어졌다.

공화정말에 술라의 立法과 그 후에 특정범죄처벌법은 犯人의 死刑을 규정했으나 死刑에 갈음하여 범인을 추방함으로써 사형이 집행되는 일은 거의 없었다. 따라서 술라시대에서 Augustus에 이르기까지 배심재판의 有罪로 범인이 사형되는 일은 거의 없었으며, 당시의 死刑은 흔히 特別審理訴訟과 술라의 凶惡犯의 懸賞手配에 관한 法律(lex Cornelia de proscriptione)과 끝으로 2人殺人審判官의 형사재판에서만 사형수에게 實刑이 집행되었을 뿐이다. 특히 特別審理訴訟에서 범인에게 사형을 집행한 사례로서 Catilina일당의 반역음모사건을 들 수 있다.

이와 같이 陪審裁判에서 범인을 死刑에 갈음하여 水火使用禁止刑으로 제재하자 수화사용금지형이 極刑으로 간주되기에 이르렀다. 따라서 당시에 극형이란 死刑과 수화사용금지의 追放刑을 의미했다. 추방형의 효과로서 범인은 로마市民權을 상실하여 로마에 귀환할 수 없었다. 공화정말에서 원수정기에 이르기까지 특별법상의 極刑은 追放刑이었으며 추방형에는 財產沒收刑(publication bonorum)이 병과되었다.

또한 自由刑으로 섬에 流配刑(relegation in insulam)이 성립했다. 유배형의 기원에 관하여 Paulus는 姦通處罰法(lex Iulia adulteriis)이 최초로 犯人을 유배형으로 제재하기 시작하였다 하나(Sent. 2, 25, 14), 일부 학자는 이보다 후기에 特別審理訴訟에서 채용하였으리라 한다.

또한 名譽刑으로 범인을 관직에서 해임, 官職就任權의 정지, 원로원에서 除名을 들 수 있다. 이들 형벌은 관직취임능력있는 상류지배계급에 대한 추방형의 併科刑으로 또는 독립된 형벌로서 제재기능을 담당했다.

끝으로 財產刑으로 벌금과 재산몰수형 및 금지명령위반의 효과로서

위반자의 재산을 부분적으로 몰수하기도 했다. 이러한 예로서 간통범과 私的暴力犯의 재산몰수 또는 姦婦의 財産沒收 등을 들 수 있다.

배심재판을 주재한 政務官은 배심원의 투표결과에 따라 被告의 유죄 또는 무죄를 선언하였을 뿐이지 刑을 선고하지 않았고 또한 그럴 필요도 없었다. 왜냐하면 被告의 유죄확정에 따라 해당 범죄에 관한 法定刑罰이 당연히 귀속되었기 때문이다. 따라서 陪審裁判制度하에서는 정무관이 피고의 罪質이나 범죄의 社會的 危險性에 따라 刑罰을 가중 또는 정상을 참작하여 量刑을 감경할 수 없었다. 이 점에서 陪審裁判은 정무관의 裁量權 없는 경화된 형벌적 체계를 이루고 있으며 이러한 短點이 다음에서 보는 바와 같이 特別審理訴訟에서 극복되었다.

3. 刑事處罰에 관한 元老院議決

로마元老院은 國事에 관한 諮問機關이지 재판기관이 아니다. 그러므로 元老院의 刑事裁判이란 원로원이 직접 법정을 개설하고 재판절차에 따라 범죄사건을 심리·판결 등의 裁判權을 수행했음을 의미하는 것이 아니라 執政官이 元老院議決에 따라 특정범죄의 처벌을 위하여 창설한 형사재판을 말한다. 이로 인해 元老院議決로서 창설된 형사재판을 政務官과 元老院의 刑事裁判이라고 한다.

그러나 元老院은 일반형사범죄사건의 재판에는 개입하지 않고, 國家安危에 관한 政治犯과 로마사회의 美風良俗을 해하는 종교집단을 처벌하기 위한 형사재판을 설치했다. 政治犯에 관한 元老院의 刑事裁判은 특히 공화정후기에 보수세력인 貴族黨과 민주개혁의 平民黨간에 계속된 권력투쟁시에 정치적으로 중요한 기능을 수행했다.

당시의 支配階級의 이익을 대표한 원로원은 非常事態에 관한 元老院議決(Senatus consultum ultimatum) 또는 國家保衛에 관한 元老院議決(Senatus consultum de re publica deferenda)을 선포하고 그의 政敵인 護民官 Gracchus 형제와 Appuleius Saturninus를 政治犯으로 처형했으

며 또한 Cicero의 제안에 따라 Catilina 일당을 國家叛逆罪로 처단했다. 그 후 Catilina 事件을 재판한 執政官인 Cicero 역시 정치범으로 추방되었다. 그러나 정치범의 처벌을 위한 元老院의 刑事裁判은 政爭에 지나지 않으므로 형사재판제도로서 중요한 의미는 없다.

한편 元老院은 기원전 186년에 美風良俗을 해하는 酒神教徒를 邪教集團으로 처벌할 것을 결정했으며 집정관은 酒神教徒에 관한 元老院議決(Senatus consultum de Bacchanalibus)에 따라 이들에 대한 형사재판에 착수했다.

酒神教는 이탈리아 북부지방에서 발생한 에트르스크人의 宗教이나 교세를 확장하여 로마에까지 침투했으며 그 후에는 전 이탈리아半島에까지 전파되었다. 그런데 酒神教는 퇴폐적인 성적 문란행위와 범죄 및 심지어 살인을 조장하는 惑世誣民의 邪教集團이었다. 당시에 피해자의 고발에 따라 執政官인 Albinus는 酒神教徒는 非行을 은밀히 내사한 후 이들의 범죄실태를 원로원에 보고했으며 元老院은 이들의 처벌을 위한 特別刑事裁判의 설치와 동시에 처벌방침을 결정했다.

元老院은 다른 범죄사건에 우선하여 酒神教徒의 재판을 지시하는 한편 포상으로 信徒에 대한 고발을 장려하고 酒神教司祭의 색출과 宗教儀式에 참석자를 신도와 단순참가자로 구별하여 信徒는 처벌하고 單純參加者는 불문에 부치기로 했다.

元老院議決에 따라 執政官은 로마와 이탈리아 반도에서 酒神教禁止에 관한 告示를 포고했으며 그의 하급관리인 高等按擦官에게는 司祭의 색출을, 平民按察官에게는 信徒의 祕密集會를 저지할 것을 지시하고 특히 3人執行官에게는 신도의 야간집회를 철저히 금지하라고 지시했다.

이어서 執政官은 민중집회를 소집하여 酒神教徒의 罪狀을 공표하고 邪教退治에 시민의 협력을 호소함으로써 장차 예상되는 狂信徒의 騷擾와 暴動을 사전에 방지하는 한편 원로원의결의 내용을 낭독하고 酒神教徒를 고발한 자를 포상할 것과 信徒가 도망한 때에도 罪責을 면할 수 없음을 경고했다.

또한 범죄수사에 불응하는 被疑者는 自白으로 보아 처벌할 것이며 信徒의 도망방지책으로 그의 財產處分을 禁止하여 누구든지 신도의 재산을 매입하거나 은닉하거나 또는 신도의 도망을 幇助한 자를 범인과 동일한 죄로 처벌할 것임을 경고했다. 끝으로 元老院議決은 酒神教徒의 처벌은 民會裁判에 의한 刑의 執行과 달리 모든 범인을 死刑과 財產沒收刑으로 제재할 것을 규정했다.

民衆集會가 있은 후에 로마시에서는 3人執行官이 신도의 夜間逃走를 저지했으며 수많은 信徒가 고발되었다. 이탈리아 반도에서 7,000명 이상의 信徒가 有罪判決로 처형되었고 신도의 일부는 스스로 자살했다. 특히 教主와 司祭가 체포되었으며 이들의 自白과 동시에 死刑이 집행되었다.

그런데 일부 信徒가 로마시에서 도망하여 지방도시에 은거하자 원로원은 이들의 색출과 처벌을 위하여 法務官에게 民事訴訟의 裁判期日을 30일간 연기하여 信徒의 처벌을 우선할 것을 지시했다. 또한 執行官은 지방시에서 신도의 調査와 裁判을 진행하여 이들을 형사처벌했다.

信徒의 처벌은 이들의 罪質에 따라 경중을 달리하여 單純加擔者는 拘留刑에 처하고 犯罪者는 증거에 따라 死刑으로 처단했다. 다만 女信徒의 처벌을 그의 親族에게 위촉했으며 친족이 없을 때에는 政務官이 처벌했다. 집정관은 酒神教의 신전을 파괴했으며 로마와 이탈리아에서 酒神教의 의식을 금지했다. 그러나 이에 대하여 신도는 法務官에게 集會禁止에 대한 異議를 신청할 수 있음을 인정했다. 관할법무관은 酒神教徒處罰을 원로원에 보고하여 그의 諮問에 따라 사안을 처리할 것을 규정했으며 이에 관한 元老院議決에는 최소한 100명 이상의 의원의 참석을 요구했다.

元老院議決이 순수한 종교적 이유로 인한 信仰生活은 보장하였으나 신도의 결속과 집단화를 방지하기 위하여 5人 이상의 信仰集會를 금지하고 특히 信徒의 共同金庫의 설치와 司祭를 둘 수 없다고 했다.

Ⅲ. 刑事訴訟

공화정후기에 새로운 刑事訴訟制度로 채용된 陪審裁判이 공화정말에 통상의 刑事裁判制度로 확립되어 원수정기까지 시행되었다. 그런데 私人이 재판에 陪審으로 참여하여 事實審理에 따라 피고의 有責性을 판단하는 재판제도는 로마法에서뿐만이 아니라, 이미 희랍法과 게르만法에서도 채용된 제도이다. 프랑크帝國의 民衆裁判이 1067년 노르만人의 영국정복에 따라 陪審裁判制度로서 영국에 도입되었으며, 그 후 1791년경에 陪審裁判制度가 영국에서 다시 프랑스에 계수되었고 프랑스法의 영향을 받아 1848년에 독일分邦國이 배심재판제도를 채용했다.

1. 陪審裁判의 起源

古法時代의 民會裁判에서와 달리 공화정후기의 배심재판에서 政務官은 재판장으로서 소송을 지휘하고 사실심리와 법률의 적용 및 판결의 선고는 陪審員이 하였다. 따라서 이러한 배심재판은 로마刑事法制度의 거대한 전환을 가져왔다.

배심재판의 기원에 관하여는 固有法起源說과 희랍法起源說이 대립하고 있으나 분명하지 않다. 지배적 견해인 고유법기원설은 배심재판제도가 屬州總督의 瀆職事件의 심리절차에서 발달하였으리라 한다. 이미 기원전 171년에 스페인總督의 독직사건이 문제되어 元老院은 特別調査委員會를 구성하여 사실로 판명된 경우 喝取金品을 피해자에게 返還할 것을 강제했다. 그 후에도 屬州에서 근무하는 로마관원의 지방민갈취가 빈번하자 기원전 149년의 護民官인 Carpurnius의 제안으로 平民會議決로써 심판인단으로 구성된 陪審裁判所의 설치를 결정하고 訴訟指揮權과

심판인명부작성권을 外人管轄法務官에게 부여한 것을 내용으로 하는 法律을 제정하였으며, 그 후 屬州官吏의 독직사건이 발생할 때마다 審判人名簿에서 선출된 陪審員이 政務官의 소송지휘하에서 독직사건을 심리하였다 한다. 이러한 견해는 Livius가 배심재판은 元老院議決과 平民會議決에 의해 창설되었다고 지적한 것과도 일치한다. 또한 금품갈취사건에서 원고인 屬州의 피해자와 그의 保護者가 소송에 참가하였다는 사실은 法律訴訟의 방식과 유사하며, 나아가 本訴訟이 피고의 刑事處罰이 아니라 순전히 갈취금품의 반환만을 강제하였다는 점은 確定物債務에 의한 返還請求訴訟(condictio per debitii certa res)의 발전형태라 한다.

본래 陪審裁判所는 특정범죄의 심판을 목적으로 설치되어 그의 存續期間은 1년이었으므로 존속기간의 만료와 동시에 당연히 해체되었으나, Centuria民會가 이의 存續을 결정하여 常設陪審裁判所(quaestio perpetuae)가 되었다.

그런데 당시에는 모든 범죄사건에 대해 刑事裁判管轄權을 갖는 현행제도와 같은 刑事法院이 설치된 것이 아니라 特定犯罪의 관할재판소가 法律에 따라 개별적으로 설치되었다. 그 결과 法定犯罪數 상당의 독립된 陪審裁判所가 병존하여 해당 범죄에 대한 재판권을 행사했다. 그런데 모든 배심재판소는 법정범죄에 관한 獨立한 裁判機關으로서 다른 배심재판소와 관할권이 競合하거나 衝突하지 않았다.

한편 特定犯罪處罰法에 규정되지 않은 범죄는 政務官이 직접 재판권을 행사하거나 또는 민회가 선임한 特別審判官이 재판권을 행사하기도 했다. 이로 인해 政務官의 刑罰權行使의 범위가 현저히 축소되는 결과를 가져왔다.

2. 陪審裁判의 法的 性質

본래 범인에게 刑罰을 귀속시킬 것인가의 여부는 피해자 또는 그의 소속집단의 報復意思, 즉 피해자측의 일방적 의사결정에 달렸으나 民事

上의 紛爭은 양당사자가 선출한 審判人의 判定에 승복하겠다는 合意에 기초를 두고 있었다. 그러나 민사소송에서 審判人의 선출과 마찬가지로 刑事訴訟에 있어서도 양당사자가 陪審員의 選出權과 忌避權行使를 통하여 공정한 재판을 기대할 수 있는 가능성을 확보하였다는 점에서 兩訴訟은 일치한다.

또한 民事訴訟은 仲裁契約의 성질상 피고가 應訴에 불응한 경우에는 소송을 개시할 수 없으며 다만 政務官은 재산상의 不利益處分으로 피고의 應訴를 간접적으로 강제할 수 있을 뿐이었다. 이에 반하여 刑事訴訟은 원고의 訴訟告知로 당연히 개시되어 피고의 訴訟受諾이 요구되지 않았다. 이 점에서 민사소송의 任意性과 형사소송의 強制性을 볼 수 있다.

끝으로 民事訴訟에서는 분쟁당사자가 仲裁判定에 승복하겠다는 의사로서 소송에 참가했으나, 刑事訴訟에서는 피고가 자신의 不利益, 즉 刑罰을 면할 목적으로 소송에 참가하는 것이지 判決에 승복하기 위하여 소송당사자가 되는 것은 아니었다. 이 점에서 민사소송의 雙務的 契約性과 형사소송의 片面的 一方性을 양자의 본질적 차이로 구성할 수 있겠다.

3. 政務官의 權限

민회재판에서는 政務官이 公訴權을 행사했으나 陪審裁判에서는 피해자인 私人이 직접 형사소송을 제기하고 정무관은 裁判長으로서 소송을 지휘하였을 뿐이었다. Gracchus시대에 제정된 喝取金品返還에 관한 Acilia法(lex Acilia de repetundarum)은 매년 선출되는 임기 1년의 法務官 중의 1人에게 陪審裁判의 訴訟指揮權을 부여했으며, 법무관은 元老院과 騎士階級出身으로 구성된 450명의 審判人名簿를 작성하고 이를 公告할 의무가 있음을 규정했다.

그 후에 Sulla는 法務官을 8명으로 증원하고, 이 중의 2명은 民事訴訟을, 6명은 刑事訴訟을 관장케 했다. 그러나 형사사건의 증가로 法務

官의 數가 부족하자 덕망 있는 인사를 審判官으로 임명하거나 陪審員團에서 심판관을 선임하여 裁判長으로서 소송지휘권을 행사케 했다. 재판장인 政務官이나 審判官은 소송지휘권이 있을 뿐이지 事實審理나 陪審判決에 관여할 수 없었다.

그러나 민회재판에서 陪審裁判制度의 전환이 종래의 정무관이나 호민관의 刑罰權의 폐지를 의미하는 것은 아니었다. 고위정무관은 政治的 支配權(imperium)에 기하여 형벌권을 행사할 수 있었으며, 특히 陪審裁判所의 전속관할사건인 法定犯罪를 제외한 모든 特別犯罪事件의 재판관할권을 행사하여 범인을 처벌할 수 있었다. 다만 그의 형사판결의 효력은 民會上訴로 제한되었으며 사형판결을 받은 피고는 Centuria民會에 상소하여 판결의 취소를 청구할 수 있었다. 더욱이 陪審裁判所의 재판관할권은 로마市와 이탈리아半島에 한정되었으며, 광대한 屬州에서 발생한 범죄사건은 현지에 파견된 로마政務官이 형사재판권을 행사했다.

이와 같이 공화정후기의 범죄는 特定犯罪處罰法이 규정한 法定犯罪와 법정되지 아니한 特別犯罪로 구별되었으며, 법정범죄는 陪審裁判所가, 특별범죄는 政務官이 재판권을 행사하는 二元的 發達이 이루어졌다.

4. 陪審員의 資格要件

본래의 의미의 陪審이란 민사법정에 배석한 政務官의 諮問(consilium)을 말했으며, 당시의 저명한 법학자가 政務官의 자문으로서 법률문제에 관한 의견을 제공했다. 그러나 형사재판의 陪審員이란 정무관의 자문이 아니라 법률에 따라 선출된 裁判機關이었다. 이러한 배심원의 資格要件과 배심원의 構成數는 역사적 시기마다 그의 내용을 달리했으며, 특히 배심원의 자격문제는 元老院과 騎士階級간의 분쟁의 원인이 되었다.

최초에는 元老院階級이 배심원의 지위를 독점하여 재판권을 남용했으며 이러한 원로원출신들의 階級裁判은 평민의 비난과 원성의 대상이 되

었다.

평민의 수호자인 Caius Gracchus가 집권하지 執政官인 Q. Servilius (B.C. 106)는 원로원계급의 裁判權濫用의 폐해를 제거할 목적으로 원로원계급과 騎士階級을 일정한 비율로 안배한 새로운 배심원의 자격요건을 규정했다. 나아가 그 후의 執政官인 C. Servilius(B.C. 101?)는 원로원계급을 심판인 명부에서 모두 削除하고 전원을 기사계급으로 충원할 것을 내용으로 하는 Sempronia法을 제정함으로써 기사계급이 약 50년간 배심원의 지위를 독점했다.

그간 기사계급은 로마의 對外征服에 편승하여 商去來와 貸金業, 국가의 徵稅入札 및 公共土木工事의 수급을 독점하여 막대한 富를 축적한 신흥자본가계급으로서, 이들은 屬州와 중요한 이해관계가 있었다. 그런데 본래 기사계급이란 Centuria民會의 군사편제상 騎兵部隊를 의미했으나 陪審員資格에 관한 Sempronia法의 제정을 계기로 기사계급의 사회적 지위가 격상하여 政治勢力을 형성함으로써 막강한 영향력을 행사하게 되었다.

그러나 Caius Gracchus의 급진적 개혁이 保守勢力의 저항으로 실패하자 원로원계급은 기사계급을 審判人名簿에서 일소함으로써 다시 배심원의 지위를 독점하는 등 정치권력의 浮沈이 陪審員名簿에 반영되었다.

기원전 70년에 제정된 Aurelia法은 300명으로 구성된 陪審員 중의 100명을 平民有産層(tribuni aerari)으로 충원했으나, 독재관인 Iulius Ceaser는 이를 폐지하고 陪審員을 원로원과 기사계급만으로 구성했다. 그 후 Augustus는 배심원제도를 전면적으로 개혁하여 元老院과 騎士階級 및 일정한 재산있는 모든 平民에게 陪審員의 자격을 부여하여 배심원의 數가 현저히 증가했다. 최초에는 배심원이 300명이었으나 그 후에는 360명, 450명, 850명으로 증가했으며 Augustus시대에는 배심원의 수가 무려 4,000명이나 되었다 한다.

陪審員은 로마市內 또는 都市에 거주하는 30세 이상 60세 미만의 市民임을 要件으로 했으며 선출된 배심원이 公務執行中에는 陪審員의 任

務가 면제 되었다.

5. 陪審裁判節次

(1) 告訴節次

배심재판에서는 被害者의 告訴主義가 채용되어 모든 로마市民인 成熟者는 범인을 고소할 수가 있었으나 유아와 불명예자, 여성은 告訴無能力者로서 고소할 수 없었다. 그러나 여성도 配偶者가 피살된 때에는 고소할 수 있었다. 또한 家男은 家長의 동의 없이 고소할 수 없었으며, 被解放人은 일정한 財産이 있을 때에만 고소능력이 인정되었으나 이 경우에도 政務官의 허가없이는 그의 보호자를 고소할 수 없었다. 다만 보호자가 反逆犯일 때에는 告發義務를 부담했다.

특히 공화정후기의 급변하는 사회·경제사정으로 범죄가 격증하자 고소와 고발이 장려되는 한편, 악의의 고소인 誣告(calumnia)와 告訴取下(tergiversatio) 및 破廉恥한 告訴行爲(praevaricatio)가 엄벌에 처해졌다.

이 중 誣告란 피고가 眞犯이 아님을 알고 있음에도 불구하고 형사처벌을 받게 할 목적으로 고소함을 말했으며, 告訴取下란 원고가 정당한 이유없이 고소를 撤回함을 말한다. 誣告의 경우 피고는 원고를 誣告罪로 고소할 수 있었다. 끝으로 破廉恥한 訴訟結託이란 피고의 無罪放免을 목적으로 한 假裝의 訴訟行爲를 말한다.

원고와 피고는 特定犯罪處罰法에 따라 당사자의 지위가 결정되었다. 예를 들면 喝取金品返還에 관한 Acilia法상의 원고는 屬州의 주민인 피해자였으며 피고는 재산을 갈취당한 로마의 관헌이었다. 그러나 경우에 따라 속주 전체나 地方自治市가 피해자로서 原告가 될 수 있었고, 地方民인 원고는 訴訟代理人이나 保護者의 도움을 받아 소송을 수행했다. 모든 보호자는 그의 後見하에 있는 속주의 주민을 裁判上 또는 裁判外

에서 지원할 의무를 부담했다.

일반형사범죄사건은 被害者의 告訴로 소송이 개시되었다. 피해자가 관할법무관에게 가해자의 범죄사실을 陳述한 후 고소를 申請하면(postulatio), 法務官은 고소사실을 심사한 후 신청이 이유 있다고 판단될 경우 고소를 허가하고 피고소인에게 法廷召喚狀(citatio)을 발부했다. 피고소인이 출석하면 법무관은 審問節次에서 고소사실을 조사하였으며, 피의자가 범행을 否認한 때에도 범죄의 嫌疑와 이를 증명할 만한 상당한 證據가 확보되었다고 판단될 경우 法務官은 기소를 결정했다.

그런데 법무관의 심문절차에서 피의자가 奴隸인 경우 범죄의 自白을 강요하기 위하여 拷問이 행하여졌으며, 특히 主人이 殺害된 경우 피살자의 모든 노예와 인근노예에게 범죄의 자백을 위한 고문이 집단적으로 행하여졌다. 그러나 희랍을 비롯한 東部地方의 刑事制度와는 달리 로마에서 自由人에 대한 고문은 일체 허용되지 않았다. 이는 屬州에서 체포되어 로마로 押送된 使徒 바울이 로마관헌에게 고문당했다는 기록이 성서에 수록되지 않았다는 사실에서 분명히 알 수 있다. 자유인에 대한 拷問禁止는 공화정에서 원수정에 이르기까지 일관성있게 유지되었다.

法務官은 범죄사실에 관한 告訴狀을 작성하고 원고에게 署名을 지시했다. 한편 同一犯罪에 대하여 多數人이 고소를 신청한 경우 법무관은 申請人 중에서 명예롭고 성실한 자를 告訴人으로 지명하고(divinatio), 全員이 고소장에 共同署名(subscriptiones)케 했다. 이어서 法務官이 범죄사건을 告訴人臺帳(nominis delatio)에 기재함으로써 고소절차는 종료되고 배심재판의 審理節次가 개시되었다.

(2) 審理節次

피고가 陪審裁判所에 출정하면 심판관은 10일 이내에 裁判期日을 지정했으며, 이 기간중에 원고는 證人의 확보, 證據의 수집과 보전 등 訴訟準備에 착수했다. 원고는 사정에 따라 재판기일의 연기를 신청할 수

있었으나 최초의 指定期日로부터 100일을 초과할 수 없었다.

원고가 재판기일에 출석하지 않을 경우 訴는 却下되었으며, 피고가 정당한 사유 없이 결석한 때에는 法廷自白을 보아 有罪判決과 동시에 그의 재산을 몰수했다. 초기에는 피고를 缺席裁判으로 제재했으나 후에는 이를 완화하여 法廷召喚後 1년 이내에 출석하지 않을 때에만 財産沒收刑으로 처벌했다.

양당사자가 지정기일에 출정하면 법무관은 審判人名簿에서 陪審員의 선출을 지시했다. 심판인명부는 매년 市民管轄法務官이 작성했으며, 재판시에 政務官, 審判官, 또는 訴訟當事者가 심판인명부에서 法定數의 배심원을 선출했다.

재판에 참여할 배심원의 수는 特定犯罪處罰法에 규정되었으며 일반적으로 法定陪審員數는 범죄의 輕重에 따라 달리하여 32명, 50명, 65명 심지어 100명으로 구성되기도 했다. 예를 들면 喝取金品返還에 관한 Acilia法이 규정한 로마政務官의 瀆職事件에서 원고는 450명으로 구성된 배심원명부에서 100명의 배심원선출을 제안했으며, 피고가 이를 수락함으로써 각기 50명의 陪審員이 선출되었다.

흔히 政務官이 추첨으로 法定數의 배심원을 선출했으나 원고와 피고는 공정한 재판을 기대할 수 없는 正當한 事由가 있을 경우 선출된 배심원을 기피하고 새로이 배심원을 선출할 수 있었다. 그 후 Sulla시대 이래로 양당사자는 法定數에 이르기까지 陪審員의 選出(sortitio)과 忌避(reiectio)를 통하여 감축하는 방식으로 배심원을 직접 선출할 수 있게 되었다. 이 점에서 배심원의 선출은 民事訴訟에서 양당사자가 1人의 審判人(unus iudex)을 선출하는 방식과 다를 바 없었다.

陪審員의 선출에 이어서는 辯論節次가 진행되었다.

A. 辯論節次

변론절차의 개시와 동시에 선임된 모든 배심원은 良心에 따라 公正한 재판을 할 것을 선서하여야 했다. 이어서 소송당사자의 保護者와 辯護

人은 진실의 탐지와 배심원의 공정한 재판을 역설하는 開廷辯論을 개시했으며 법정에는 法律家를 지망하는 청년들이 운집하여 개정변론을 경청했다.

개정변론에 이어 原告의 陳述과 證據가 제출되었고 소송대리인의 本案辯論이 진행되었다. 초기에는 辯論時間의 제한이 없었으며 통상 5시간 내지 6시간이 변론에 소요되었으나 경우에 따라 하루종일 변론이 계속되는 일도 허다했다. 그 후 소송촉진을 위하여 법정에 물시계를 비치하여 물방울이 모두 떨어질 때까지로 변론시간을 제한했다.

소송대리인이 辯論時間의 延長을 신청한 경우 심판관은 裁量에 따라 이를 허용하였으나 불필요한 장광설이라고 판단될 경우 심판관은 신청을 棄却하였고 변론의 종결을 지시했다. 審判官이 변론시간의 연장을 허락한 경우 "辯論人에게 물을 주어라"라고 지시하면, 廷吏는 물시계를 뒤집어 놓았다.

공화정후기에는 辯護士(iurisperitus)의 자격에 제한이 없어 누구든지 17세 이상이면 訴訟代理人으로서 법정에서 당사자를 변호할 수 있었다. 그러나 女性은 변호인이 될 수 없었으며 또한 사회적 평판이 좋지 않은 品位喪失者는 변호사로 활동할 수 없었다. 공화정후기와 원수정기에는 변호사의 자격이 法定된 바 없었으나 專主政期와 특히 유帝法에서는 法學校에서 5년간의 교육과정을 이수한 자에게만 법률가의 자격이 부여되었다. 또한 법률가의 자격취득요건으로는 道德的 品性의 결함이 없어야 했으며, 법률가가 사회적 품위를 손상시킨 경우 法律家의 자격은 박탈되었다. 이미 공화정후기 이래 법률가의 職業的 專門性이 확립되었으며 이들에게는 고도의 職業倫理가 요구되었음을 알 수 있다.

당시의 소송대리인은 修辭學으로 연마한 변호사이자 웅변가로서 배심원을 설득하여 無罪를 확신시키거나 또는 피고에 대한 同情心을 유발하여 무죄판결을 받기에 전력을 다했다. 그러나 로마의 辯護士는 몇 푼의 구전을 받기 위하여 동분서주하는 희랍의 辯士(orator)와는 사회적 품격을 달리했다.

공화정후기 이래 배출된 저명한 변호사이자 웅변가로서는 老 Cato Crassus, Iulius Ceaser, Hortensius, Cicero, Catulus, Asinus pollio, Quintilian, Tacitus, Suetonius와 Plinius를 들 수 있다. 이들은 문필가, 역사가, 철학자, 시인, 수필가이며 傳記作家였다. 이 중의 대표자로서 Cicero를 들 수 있는데, 그의 文集은 공화정기의 法源과 역사적 사실에 관한 귀중한 자료가 되고 있다.

현행법상의 正當防衛, 緊急避難, 自救行爲는 변호사의 法廷辯論을 통하여 발달한 제도이다.

그러나 변호사와 法學者(iurisconsultus)는 명백히 구별되었다. 로마가 인류역사상 유례를 볼 수 없는 위대한 法文化를 남긴 것은 법학자의 창조적인 學問活動의 산물이지 변호사의 법정변론의 결과는 아니다.

B. 證據調査節次

당사자는 직접증거인 人證을 비롯하여 간접증거인 狀況證據 등 증거방법에 제한을 받지 않았으므로 모든 證據를 자유로이 법정에 제출할 수 있었다. 이와 같이 형사재판에서 證據裁判主義와 自由心證主義가 채용되었음에도 불구하고, 로마법상 採證法則이나 證據法은 발달하지 않았다. 그 이유는 審判官의 채증여부와 증거판단은 그의 自由裁量에 따른 주관적 확신에 속하는 事實의 문제이지 法律의 문제가 아니라는 근거에서 로마법학자가 이를 학문적 인식의 대상에서 제외하였기 때문이다.

흔히 辯論節次에서 입증사항에 관한 爭點과 證據調査節次에 제출할 證明의 대상·범위는 訴訟當事者 또는 訴訟代理人이 상호 논의하에 결정했다.

한편 모든 증인은 眞實告知의 宣誓義務를 부담했으며 虛僞陳述은 僞證罪로 제재되었다. 특히 피고의 身元保證人이 법정에 출석하여 피고가 善良한 品性의 명예로운 市民임을 증언하거나 또는 피고를 위한 有力人士의 意見書가 법정에서 낭독되기도 했다.

당사자가 證人을 신청하면 廷吏(praeco)가 증인을 소환했으며 증인

이 정당한 이유 없이 召喚에 불응할 경우 그는 형벌로 制裁되었다(denunciatio sub poena). 또한 심판관은 재량으로 證人數를 제한하기도 했다.

모든 시민에게는 證人能力이 있었으나 20세 미만자와 不名譽者에게는 증인능력이 인정되지 않았으며, 또한 保護者는 분쟁당사자에 대해 訴訟代理人의 지위에 있었으므로 증인이 될 수 없었다.

이와 같이 배심재판의 심리절차는 辯論節次와 證據調査節次로 구성되었으며 원고와 피고에게 동등한 攻擊·防禦의 辯論主義, 證據裁判과 自由心證主義가 배심재판의 심리절차를 지배했다.

(3) 訴訟의 失效와 中斷

刑事訴訟은 원고의 사망, 관할정무관의 職權消滅과 民會의 特赦로 실효되었다. 또한 정무관, 특히 護民官이 배심판결전에 拒否權을 행사함으로써도 심리절차의 진행은 중단될 수 있었다.

소송실효와 소송중단의 차이는 訴訟失效가 그 효과로써 소송이 제기되지 않은 것으로 간주되어 당사자가 처음부터 새로이 소송을 제기할 수 있었던 데 반해, 訴訟中斷은 중단사유의 소멸과 동시에 소송의 진행이 재개된 데서 찾을 수 있다.

정무관의 拒否權行使는 政務官이 관장한 심리절차에 한정되었으며 陪審員의 判決節次에서는 행사될 수 없었다.

(4) 判決節次

A. 陪審員의 投票

심판관은 證據調査節次의 종결과 동시에 배심원에게 判決適狀에 있느냐고 질문했다. 이에 대하여 1人 또는 다수의 陪審員이 사안이 분명하지 않다(non liquet)든가 또는 더욱 자세한 證據調査가 필요하다(ampliatio)고 응답한 경우 심판관은 당사자에게 증거보강을 지시하고

證據調査의 再開를 결정했다. 한편 소송당사자는 辯論의 再開를 합의하여 처음부터 소송을 진행할 수 있었으며(comprendinatio), 변론재개는 통상 당사자간의 합의 후 3일만에 개시되었다.

그러나 특별한 사정이 없는 한 배심원의 判決投票는 證據調査節次의 終結과 동시에 지체 없이 개시되었다. 오늘날 英美法상의 陪審員評決과는 달리 로마의 배심원은 법률문제에 관하여 法律家에게 자문을 구하거나 審判官에게서 지시를 받거나 또는 사안문제에 관하여 배심원간에 의견을 교환하거나 조정을 위하여 법정에서 退去할 수 없었다. 각 배심원은 각자 그의 확신에 따라 묵묵히 투표로써 그의 最終意見을 표시할 수 있을 뿐이었다. 이 점에서 로마陪審員의 최종결정은 評決이 아니라 각자의 判決에 해당한다.

배심원의 판결투표는 平等·祕密投票였으며 재판의 공정성확보를 위하여 다음과 같은 법정방식으로 진행되었다.

모든 陪審員에게는 표백에 왁스가 칠해진 投票木板이 한장씩 배당되었으며 투표판에는 無罪放免(absolvo=나는 무죄를 선고한다)을 뜻하는 A와 無罪(condemno=나는 유죄를 선고한다)를 의미하는 C의 頭文字가 표기되었다. 배심원은 투표에서 그가 원하지 않는 두문자를 손끝으로 문질러 말소함으로써 有罪 또는 無罪를 표시할 수 있었다. 즉 피고의 有罪를 확신하면 무죄를 뜻하는 A字를 말소하고 반대로 無罪를 결정했으면 유죄판결의 두문자인 C字를 손끝으로 말소하는 방식으로 피고의 有責性의 존부를 표시했다. 따라서 투표판에 잔존한 頭文字가 배심원의 최종의사를 표시했다.

투표의 祕密과 公正性을 확보하기 위하여 모든 배심원은 투표시에 한손으로 그의 팔목의 소매를 걷어올리고 다른 판의 손끝으로 投票板에 적시된 記票內容을 가린 채로 투표판을 항아리(投票函)에 떨어 뜨렸다.

모든 배심원의 투표가 끝나면 審判官은 항아리에서 投票板을 한장씩 끄집어 내면서 기표내용과 有·無罪의 투표결과를 발표했다.

피고의 유죄판결에는 多數決의 原則이 적용되었고 贊反同數일 경우에

는 被告의 無罪가 선고되었다. 그런데 한표의 차이로 인한 過半數의 경우 피고에게 有罪가 선고되었는지는 알 수 없으나, 지배적 견해는 압도적 다수결을 요구했거나 또는 特定犯罪處罰法이 유죄판결에 필요한 有罪投票數를 개별적으로 규정하였으리라 한다.

간혹 陪審員이 有·無罪의 頭文字를 모두 말소하고 그 위에 사안이 분명하지 않다(non liquet)는 약자로서 N.L.을 기재하거나 또는 아무런 해명 없이 두문자를 모두 말소한 이른바 白紙投票가 행하여지기도 했는데, 이러한 백지투표를 방지하기 위하여 기원전 111년에 제정된 瀆職罪加重處罰에 관한 Servilia法은 백지투표를 有罪投票로 산정할 것임을 명시했다. 앞서 지적한 바 재판관인 審判官은 소송을 지휘할 수 있을 뿐이지 判決投票權은 없었다.

끝으로 再訴禁止의 原則이 적용되어 피고를 동일범죄로 재소할 수 없었다. 다만 피고의 無罪判決이 원고와의 共謀·結託에 기인한 것이라는 명백한 證據가 있을 때에는 다른 利害關係人이 재소할 수 있었다.

B. 犯人의 亡命權

기원전 69년에 Cicero가 그의 法廷辯論文集(pro Caec. 34,100)에 기술한 바와 같이 범인의 亡命制度는 단절 없이 시행되었음을 알 수 있다. 그러나 망명은 범인에게 死刑을 면할 수 있게 하는 人道的 配慮였지 범인의 權利나 刑罰은 아니었다. 이러한 사실은 범인의 망명이 그의 人格喪失의 법률효과를 당연히 발생시키지 않았다는 점에서 분명하다.

피고의 亡命方式은 공화정전기와 다를 바 없었다. 法務官은 배심원에게 판결투표의 개시를 선언하기 전에 범인에게 水火使用禁止刑을 선고하였다.

범인은 망명중에 水火使用禁止刑이 취소되지 않는 한 로마로 귀환할 수 없었으며, 형벌의 효과로써 그의 人格權과 財産權은 상실되었다.

(5) 民會上訴의 排除

獨裁官인 Sulla가 민회활동을 억제하자 민회재판이 관장하던 중죄재판권을 陪審裁判所가 행사하게 되었다. 이와 같이 배심재판소의 지위가 강화되자 그의 판결에 대한 民會上訴制度가 점진적으로 소멸하게 되었다. 왜냐하면 배심재판의 陪審員은 政務官의 자문기관이 아니라 特定犯罪處罰法에 따라 설치된 裁判機關이었으며 동시에 Centuria民會가 선임한 로마시민의 대표자로서 재판권을 행사하여 배심판결은 배심원 개인의 의사가 아니라 로마全體市民의 의사였으므로 피고의 民會上訴를 인정할 필요가 없었기 때문이다.

법률상으로 陪審判決에 대하여 民會上訴를 허용하지 않겠다는 명문규정은 없었으나 배심재판을 주재한 政務官이 배심판결에 대한 피고의 民會上訴를 거절함으로써 上訴制度가 사실상 소멸하는 결과를 가져왔다. 이에 반발하여 평민계급이 民會上訴의 回復을 시도했으나 성공하지 못했다.

그러나 陪審判決에 대한 민회상소의 배제가 政務官의 刑罰權에 기초한 刑事判決에 대해서도 民會上訴制度가 소멸하게 되었음을 의미하지는 않는다. 特別犯罪事件을 관할한 政務官의 사형판결에 대하여 피고는 Centuria民會에 상소하여 이의 취소를 청구할 수 있었다.

(6) 判決의 執行

피고에 罰金刑을 선고한 경우 심판관은 陪審員團과 심의하여 罰金額을 확정했다. 또한 극형인 死刑이나 追放刑은 政務官이 이를 집행했으나 범인에게 亡命이 허용되었으므로 사형이 실제로 집행되는 일은 거의 없었다.

더욱이 공화정의 最高裁判機關인 Centuria民會는 赦免權을 행사하여 불명예자의 名譽를 회복시키거나 추방자의 歸國許容 및 인격상실자의 復權을 결정할 수 있었다. 원수정기에 民會가 무력화되자 Centuria民會의 사면권을 皇帝가 장악했다.

로마刑法상 懲役刑은 인정되지 않았으나 政務官이 罪人를 장기간 또는 무기한 獄舍에 감금함으로써 사실상 징역형과 동일한 刑罰의 목적을 달성할 수 있었다. 死刑囚나 追放刑의 罪囚가 이에 해당한다.

憲法上 人間의 尊嚴과 價値

桂 禧 悅*

》차 례《

Ⅰ. 人間의 尊嚴性保障의 背景과 立法例
Ⅱ. 人間尊嚴性의 根據와 槪念의 內容
Ⅲ. 人間의 尊嚴과 價値의 法的 性格
Ⅳ. 人間의 尊嚴과 價値의 主體
Ⅴ. 人間의 尊嚴과 價値의 效力
Ⅵ. 人間의 尊嚴과 價値의 制限

우리 헌법 제10조 1문 전단은 『모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, …』라고 규정하고 있다. 이 인간의 존엄성규정에 대한 기본권체계적 해석은 아직도 매우 다양하다. 존엄권의 헌법적 의미·내용 또는 성격 등에 관하여는 아직도 많은 문제가 있다. 이러한 문제들에 대하여 이하에서 간단히 고찰해 보고 정리해 보려고 한다.

Ⅰ. 人間의 尊嚴性保障의 背景과 立法例

인간은 본래 동물과는 달리 존엄성을 가진 존재이다. 그러나 인간의 존엄성은 여러가지 형태로 침해되었다. 古代의 노예제도, 中世봉건시대의 농노제도, 近代산업혁명이후 근로자에 대한 착취와 비인간적 대우, 특히 나치독일과 군국주의일본에서의 대량학살, 강제노동, 인간실험, 고문, 테러, 공산독재체제하에서의 무자비한 탄압, 숙청, 강제노동, 박해등

* 고려대학교 법과대학 교수

인류역사에 있어서 인간의 존엄성에 대한 침해는 끊이지 않았다. 오늘날에도 전쟁, 굶주림과 같은 비참한 온갖 형태의 침해가 끊이지 않고 있다.

다른 한편 인간의 존엄성을 보호하기 위한 노력도 끊임없이 전개되었다. 특히 제2차세계대전후 독일, 일본등 인간의 존엄성을 극심하게 침해했던 패전국들을 비롯한 많은 나라들이 인간의 존엄성보호를 헌법에 명시적으로 규정하게 되었다. 서독의 기본법은 제1조 1항에서 「인간의 존엄성은 불가침이다. 이를 보호하고 존중하는 것은 모든 국가권력의 責務이다」라고 규정하였다. 일본헌법도 제13조 1항에서 「모든 국민은 개인으로서 존중된다」라고 규정하고 제24조에서 「…법률은 개인의 존엄과 兩性의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다」라고 규정하고 있다. 이 밖에 많은 나라들이 헌법에 명시적으로 존엄권을 규정하였다[1]. 우리 헌법도 1962년(제3공화국헌법) 존엄권을 처음으로 규정하였다(제8조).

인간의 존엄성을 보호하려는 노력은 인권보장의 국제화 추세에 따라 국제적 차원에서도 전개되었다.[2] 1945년의 국제연합헌장(前文), 1948년의 세계인권선언(제1조), 1966년의 국제인권규약(A규약 前文)등은 人間의 尊嚴性을 명시적으로 규정하고 있다. 국제인권규약에는 우리나라도 1990년에 서명·가입하였기 때문에[3] 우리 헌법 제6조 1항에 따라 이 규약은 국내법적 효력을 갖는다. 그러나 우리 헌법에는 이미 존엄성규정이 있기 때문에 존엄성규정에 관한 한 실질적으로 별다른 의미가 없다. 1950년의 유럽인권규약은 인간의 존엄성을 규정하고 있을 뿐만 아니라(제3, 4 및 8조) 1953년부터 회원국을 법적으로 구속하고 있다.

---

1) 가령 1945년의 스페인헌법 제1조, 제25조; 1948년의 이태리헌법 제27조 2항, 41조 2항; 1952년의 그리스헌법 제18조; 1961년의 터키헌법 제14조 4항; … ; 이 밖에 자세한 것은 P.Häberle, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, in : Rechtstheorie 1980, S.392ff. 참조.

2) 이에 관하여 자세한 것은 P.Häberle, 위의 논문 (주 1), S.391f. 참조.

3) 국제인권규약에는 1990년 3월 16일 가입동의안에 대한 국회의 의결을 거쳐 동가입서의 기탁을 마친후 1990년 7월 11일부터 효력을 발하게 되었다.

II. 人間尊嚴性의 根據와 槪念 및 內容

인간이 尊嚴性을 가진 價値 있는 存在라는 데는 별다른 이의가 없다. 이에 대하여는 근본적 합의가 이루어져 있다. 인간의 존엄성은[4] 포기할

4) 이에 관하여는 많은 문헌이 있지만 특히 金善擇, 憲法 第9條 第1文 前段「人間으로서의 尊嚴」의 意味와 法的 性格, 1983, 高麗大學校 碩士學位論文; Il-Su Kim(김일수), Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht, Münchener jur. Diss., 1983; G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.1; E.Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in : Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl.1994, S.161ff.; K.Stern, Die Menschenwürde als Fundament der Grundrechte, in : Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, 1988, S.3ff.; R.Zippelius, Bonner Kommentar, Art.1 (Zweitbearbeitung) 1966, (Drittbearbeitung) 1989; P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I 1987, S.815ff.; ders., Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art.2 Abs.1 Verfassung Griechenland 1975, in : Rechtstheorie, 1980, S.389ff.; H.C.Nipperdey, Die Würde des Menschen, in : Neumann-Nipperdey-Scheuner (hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S.1ff.; G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR Bd.81 (1956), S.117ff.; ders., Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S.259ff.; J.M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, 1957; ders. Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 1957, S.137ff.; W. Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, 1958; W. Maihofer/R.F. Behrendt, Die Würde des Menschen, 1967; K.Löw, Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage? DöV 1958, S.516ff.; ders., Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, 2.Aufl. 1971; B.Giese, Das Würde-Konzept, 1975; P.A. Mastronardi, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, 1978; Chr.Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, S.457ff.; N.Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93ff.; W.Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201ff.; E.-W. Böckenförde/R.Spaemann(Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, 1987; P.Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsrecht, 1988; G. Jerouschek, Vom Wert und Unwert der pränatalen Menschenwürde, JZ 1989, S. 279ff.; J.Hruschka, Die Person als ein Zweck an sich selbst, JZ 1990, S.1ff.; H.Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, DöV 1993, S.353ff.;… 참조.

수 없는 인간의 본질적 요소이며 인간의 존엄성은 모든 個個人間 가운데 人間本性의 실체적 핵심으로서 존재한다[5]. 인간의 존엄성이란 모든 個個人間은 그 자체로서 또한 그 자체 때문에 가치 있는 존재임을 의미한다. 그러나 아직 인간이 왜 존엄성을 가지며 도데체 존엄성이란 무엇인가 또한 이 존엄성규정의 보호영역은 어디까지인가에 관하여 분명하고 충분하게 해명되지는 못한 것 같다.

1. 尊嚴性의 根據

① 尊嚴性의 根據로서의 人格性

인간은 동물과는 달리 自律的 形成能力을 가진 理性的 存在이다. 이 천부의 이성적 재능과 사고능력이 다른 생물과 구별된다. 이러한 품성(천부의 이성적 재능) 때문에 인간은 독립하여 자유롭게 스스로를 형성하고 완성 할 수 있게 된다. 이러한 능력이 인간의 존엄성을 규정짓는다.[6] 즉 인간은 동물과는 달리 人格을 갖고 있다. 바로 인간의 人格性(Persönlichkeit)이 존엄성의 근거이며 존엄성을 의미한다. 인격성은 인간에게만 固有한 것이며 人間의 本性, 즉 固有한 價値이다.[7]

② 人間像과 尊嚴性

인간을 어떻게 이해하느냐에 따라, 즉 人間像에 따라[8] 인간의 존엄성은 달리 평가된다. 人間은 과연 어떤 存在인가? 헌법학이 이와 관련하

---

5) K.Stern, 위의 책 (주 4), S.6 참조.
6) K.Stern, 위의 책 (주 4), S.7 참조.
7) H.C.Nipperdey, 위의 논문 (주 4), S.1 참조.
8) 이에 관하여는 특히 G.Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes (주 4), S.259ff.; H.Huber, Das Menschenbild des Rechts, ZSchwR N.F. Bd. 80(1961), S.1ff.; W.Geiger, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für H.-J Faller, 1984, S.3ff.; U.P.Ramser, Das Bild des Menschen im neuern Staatsrecht, Züricher jur. Diss. 1958;… 참조.

여 관심을 갖는 문제는 우선 人間은 다른 人間에 대하여 그리고 共同體에 대하여 어떤 관계를 갖는가라는 것이다.[9] 왜냐하면 이 생활관계들이 곧 憲法生活을 형성하는 중요한 내용이기 때문이다.

우선 人間은 人間에 대하여 Hobbes의 말처럼 이리(homo homini lupus est)인가 아니면 포이어바하(L.Feuerbach)의 말처럼 神(homo homini deus est)인가? 전자의 경우 인간사회는 결국 萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態가 될 것이고 후자의 경우 地上樂園狀態가 될 것이다. 法共同體는 전자의 경우 붕괴될 것이고 후자의 경우 불필요하게 될 것이다. 그러나 인간은 인간에 대하여 이리도 아니고 神도 아니다. 인간은 인간에 대하여 단지 인간일 뿐이다. 즉 인간은 상대방인간을 침해할 수도 있고 도울 수도 있다. 이러한 人間關係에 따라 侵害可能性으로부터 個人格性(主體性, Personalität)을, 扶助可能性으로부터 連帶性(社會性, Solidarität, Sozialität)을 이끌어 낼 수 있다.[10]

다음으로 人間(=個人)의 共同體에 대한 관계를 어떻게 이해할 것인가의 문제가 제기된다. 이에 대해 개인주의 또는 집단주의의 어느 한쪽에 유리하게 이해하는 경우 국가는 올바로 파악될 수 없다. 전자의 경우 국가는 해체되거나 극단적 자유주의국가로 또한 후자의 경우 전체주의국가로 전락되고 말 것이다. 국가는 양자의 상호관련성, 즉 社會的 交錯에 입각하여 이해되어야 한다.[11] 정치적 통일체인 국가는 오늘날과

---

9) 이하 김선택, 위의 논문 (주 4), 20-25쪽 참조.

10) 이에 관하여는 특히 W.Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S.17ff. 참조.

11) 이러한 입장에서 국가를 이해하는 대표적인 학자는 R.Smend이다. 그의 이론에 관하여 자세한 것은 R.Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in : Staatsrechtliche Abhandlungen, 2.Aufl. 1968, 특히 S.125ff.; 拙著, 憲法學(上), 博英社, 1995, 39쪽 이하 참조. Smend의 국가론은 릿트(Th.Litt)의 문화철학에 기초하고 있다. Litt에 따르면 『'나'(=自我)는 오로지 '너'와의 상호작용속에서만 그리고 '공동체'와의 사회적 교착속에서만 자기의 참된 본질을 형성 하는데 도달할 수 있다』고 한다. G.Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes (주 4), S.261 에서 재인용. 자세한 것은 Th.Litt, Individuum und Gemeinschaft, 3.Aufl. 1926 참조.

같은 민주주의시대에 있어서는 이미 형성되어 존재하는 것으로 전제될 수 없고 인간의 끊임없는 의식적 노력에 의해 형성되고 유지된다. 따라서 인간은 국가를 형성하는 구성적 지위를 갖는다. 즉 인간이 없으면 국가도 없다.

요컨대 오늘날의 人間像은 『個人格性(主體性)과 連帶性(社會性)을 함께 가지고 있으면서, 國家形成의 地位에 있는 存在』라고 규정할 수 있다.[12]

③ 우리 憲法上의 人間像

우리 헌법이 보장하려는 존엄성, 즉 인격은 어떤 인격인가? 이 인격성은 인간을 어떤 관점에서 보느냐에 따라, 즉 人間像에 따라 그 평가가 달라질 수 있다. 個人主義的 觀點에서 볼때 인간은 고립적·이기적 개인이다.[13] 반면 集團主義的 觀點에서 볼때 인간은 스스로의 결단에 의해 스스로를 결정할 자유를 소유하지 못하는 본질없는 大衆의 구성분자에 지나지 않는다. 우리 헌법은 個人主義的인 또는 集團主義的인 어느 일방적 人間像에 기초하고 있지 않다. 인간은 불가양의 고유한 가치를 소유하고 있으며 이를 자유롭게 발현할 수 있도록 규정하고 있지만 동시에 인간은 공동체의 구성원으로서 다른 사람들과 다양한 관계를 (부부 및 가정 — 제36조; 신앙공동체의 구성원 — 제20조; 정치적·사회적 공동체의 구성원 — 제8조, 제21조; 지방자치단체 및 국가의 구성원 — 제117조, 제2조; …) 가지며 이 관계를 통해 자기의 구체적 개성의 본질이 형성되고 동시에 공동생활을 형성할 의무를 지게된다. 우리 헌법은 이러한 人間像에 기초한 인간의 존엄성을 보호하려는 것이다.[14]

---

12) 김선택, 위의 논문 (주 4), 25쪽.

13) 이하 K.Hesse(계희열 역), 헌법의 기초이론, 1988, 삼영사, 236-7쪽; 또한 K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn.116 참조; 이 밖에 BVerfGE 4, 7(15f.); 65, 1(44); R.Zippelius, 위의 글 (주 4), Rdnr.14; G. Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art.1 Abs.1 Rn.47ff. 비교참조.

14) 우리 학계는 이 독일의 理論과 判例를 거의 그대로 따르고 있다.

2. 尊嚴性의 槪念과 內容

존엄성이 정확히 무엇인가에 대하여는 학자에 따라 매우 견해가 다양하다.[15] 그런데 우리 헌법은 제10조에서 『…인간으로서의 '존엄과 가치'를 가지며…』라고 규정함으로써 價値라는 말을 덧붙히고 있다. 여기서 價値의 槪念은 또 어떻게 이해할 것인지의 문제가 제기된다.[16] 인간은 원래 가치있는 存在이며 존엄의 개념도 원래 價値槪念이기 때문에 價値라는 말이 불필요하나 그럼에도 불구하고 헌법이 명시적으로 이를 규정한 것은 인간이 價値있는 存在이고 그 尊嚴性도 價値槪念이라는 것을 확인하는 의미가 있으며 더 나아가 우리 헌법의 價値秩序的 性格을 분명히 하는 의의가 있다고 하겠다. 그 이상의 의미를 찾기는 어려우며 따라서 존엄의 개념을 밝히는 것이 중요하다.

① 槪念

인간은 일반적으로 그 인격성 때문에 존엄성을 갖는다고 한다[17]. 그

---

15) 이에 관하여 자세한 것은 Il-Su Kim (김일수), 위의 논문 (주 4), S.33ff. 또한 김선택, 위의 논문 (주 4), 26-41쪽 참조.

16) 국내학자들 가운데는 첫째로 尊嚴과 價値를 구별하여 이해하는 견해가 있고(가령 韓泰淵 : 인간의 존엄이란 인간의 본질로 간주되는 인격의 내용을 말하고 인간의 가치란 이러한 인간에 대한 절대적 평가를 말한다〈憲法學, 2訂版 1977, 302-303쪽〉; 金哲洙 : 인간의 존엄이란 …인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체라고 할 것이고 인간의 가치란 인간의 독자적 평가를 말한다〈321－322쪽〉; …) 둘째로 尊嚴과 價値를 통일적으로 이해하는 견해가 있으며(가령 文鴻柱 : 그 본질 상 그 내용을 일일이 열거할 수 없는 것이나 이는 총체적으로 인간으로서의 自主的인 人格과 價値를 의미한다〈한국헌법, 1995, 215쪽〉; 權寧星 : 인간은 이성적 존재로서 인격의 주체가 될 수 있는데 존귀한 가치가 있다〈293쪽〉; 許營 : 인간의 존엄이란 인격의 내용을 이루는 윤리적 가치를 의미한다〈322쪽〉; …) 셋째로 尊嚴과 價値를 同義語로 보는 견해도 있다(가령 金箕範 : 인간의 존엄과 가치는 결국 同意語이고 인격의 내용과 그 고유한 가치를 형성하는 요소의 총체를 말한다〈한국헌법, 1973, 124쪽〉).

17) 국내학자들의 견해를 살펴 보면 대체로 존엄성과 인격성을 동일시하고 있다. 위 주 16 참조.

런데 그 인격성, 즉 존엄성이란 무엇이며 그 근거는 어디에 있는지가 문제된다. 이에 대하여 인간은 인간이기 때문에 존엄성을 가지며 따라서 인간존엄의 개념은 상세한 法的 定義를 필요로 하지 않는다는 견해로부터[18] 다양한 견해가 있다.

ⅰ. 神學的(基督敎的) 論據와 槪念

기독교적 견해에 따르면 인간은 神의 形象과 同等하게(Gottebenbildlichkeit des Menschen) 창조되었다는 神의 形象論(Imago-Dei-Lehre)을 주장한다.[19] 이처럼 인간은 神의 形象을 가졌기 때문에 고유한 가치인 존엄성을 가지며 다른 모든 피조물과는 구별된다는 것이다. 따라서 인간의 존엄성은 불가침이라는 것이다.[20]

그러나 基督敎人에 대해서나 非基督敎人에 대해서 마찬가지로 적용되는 법질서에서 기독교적 존엄의 개념을 모두에게 인정하게 할 수는 없다. 더욱이 국가는 모든 종교에 대해 중립적이어야 하기 때문에 특정종교의 견해에 따를 수는 없다.[21]

ⅱ. 哲學的 論據와 槪念

哲學的 尊嚴槪念은 인간의 自律性에서 그 근거를 찾고 있다. 인간의 존엄은 자기자신에 대한 이성적 지배에 그 근거를 두고 있다는 생각은 이미 스토아철학에서 찾아 볼 수 있다. 인간은 원래 자유롭고 自己目的的이라는 생각은 후에 Th.Aquinas에게서도 나타난다.[22]

理性에 의해 지도되는 倫理的 自律性은 칸트(I.Kant)윤리학의 중심개

18) H.C.Nipperdey, 위의 논문 (주 4), S.1 참조.
19) 구약성서 창세기 1장 26-28절 참조.
20) 이상 R.Zippelius, 위의 글 (주 4), Rdnr.4 또한 K.Stern, 위의 책 (주 4), S.9 참조.
21) 이상 R.Zippelius, 위의 글(주 4), Rdnr.5 참조. 또한 존엄개념의 헌법적 해석은 世界觀的 中立性을 지켜야 한다는데 대해서는 A.Herdemerten, Grundgesetz-Kommentar(hrsg. von I. von Münch), Bd. I 1975, Rdnr.4 참조.
22) 이상 R.Zippelius, 위의 글(주 4), Rdnr.6 또한 K.Stern, 위의 책(주 4), S. 7 참조.

념이 된다.[23] Kant에 따르면 自律(Autonomie)이 인간적 그리고 모든 이성적 존재의 존엄의 근거라는 것이다.[24] 즉 스스로 세운 法則이외에 어떤 법칙에도 따르지 않는다는데 理性的 存在의 尊嚴이 있다는 것이다. 그렇기 때문에 누구든지 양심적 결정을 위한 그의 능력은 존중되어야 하고 또한 모든 사람은 自己目的的으로 존중되어야 한다는 것이다. 『인간은 인간에 의해 (다른 사람에 의해서나 스스로에 의하여도) 단순히 手段으로 사용될 수 없고 항상 동시에 目的으로 사용되어야 하며 바로 거기에 인간의 존엄이 있다』는 것이다.[25]

그러나 이 개념은 오로지 인간의 道德的 人格만이 절대적 自己目的으로 고려되고 현실적·경험적 人間(즉 육체와 생명 또한 자유와 재산을 가진 인간)이 고려되지 않은 존엄개념이기 때문에 그대로 받아 들이기 어렵다.[26]

iii, 憲法的 尊嚴의 槪念

신학적 또는 철학적 존엄의 개념을 그대로 헌법적 개념으로 받아 들일 수는 없다. 헌법적 존엄성의 개념과 그 의미는 이를 규정하게 된 배경과 현행헌법의 원칙들 및 법원칙들의 해석을 통해 찾아 내야 한다.[27]

---

23) 이하 R.Zippelius, 위의 글(주 4), Rdnr.7 또한 K.Stern, 위의 책(주 4), S. 7f. 참조.

24) I.Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in : W.Weischedel(hrsg.), Kant-Werke, Bd.6, 1968, S.69; Kant보다 약 반세기 앞서 이와 유사한 주장을 August Friedrich Müller(1733)가 하고 있다. 이에 관하여는 J. Hruschka, 위의 논문(주 4) 참조.

25) I.Kant, Metaphysik der Sitten, Kant-Werke, Bd.7 38; 또한 그의 책(주 24), S.61 참조.

26) 도덕적 인격만을 절대적 자기목적으로 보는 경우 경험적 인간은 극복되어야 최상의 도덕적 인격에 도달할 수 있게 될 것이다. 이에 관하여는 H.Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.Aufl. 1962, S.172; 또한 Il-Su Kim(김일수), 위의 논문(주 4), S.42f. 참조.

27) 이러한 해석은 존엄성규정이 채택되던 당시 존엄성의 보장을 요구하였던 지배적인 법윤리적 견해와 이 개념에 대해 그간에 나타난 구체화된 것 그리고 변화된 것 등의 분석을 요구하며 이밖에 존엄개념의 정신사적 기초와 존엄권을 규정하게된 역사적 상황도 고찰대상으로 삼아야 할 것이다.

즉 헌법의 전·후관계에서 우선 존엄의 개념을 찾아야 하고 이것으로 부족할 때에는 法律이나 司法의 原則 또는 憲法實務등에서 찾아야 한다.[28]

이러한 해석의 근거들을 종합하여 볼 때 존엄의 법적 개념은 대체로 다음과 같은 내용이 그 핵심을 이룬다고 볼 수 있다. 즉 존엄이란 인간의 倫理的 價値이며 그것은 固有價値로서 인간에게 그 자신(인간이기) 때문에 주어지며 다른 사물(Güter)이나 목적 때문에 주어지는 것이 아니라는 것이다.[29] 이 존엄성과 더불어 인간의 윤리적 자결권이 존중되어야 하고 인간을 특정의 目的을 위해 단순한 手段으로 사용하는 것은 인간의 존엄성과 부합할 수 없다는 것이다.[30]

결국 존엄성이란 인간이 人格者임(Person-Sein)을 보장하는데, 즉 현대적 용어로 그 正體性(identity, Identität)을[31] 보장하는데 존재한다. 따라서 한편으로 모든 개인과 관련된 權利保障과 다른 한편으로 모든 義務는 인간이 인격자가 되도록, 인격자이도록 또한 인격자로 머물도록 (Person zu werden, zu sein und zu bleiben) 하는 것을 가능하게 해야

---

28) 그런데 우리 헌법에 존엄성규정이 채택된 것은 5.16쿠데타후 1962년의 헌법개정에서이다. 당시 이 규정이 어떤 동기에서 채택되었는지를 확인할 수 있는 자료는 별로 없다. 다른 많은 헌법규정들이 그러하듯 당시의 세계적인 추세에 따른 단순한 모방이 아닌가 생각된다. 아마도 당시의 헌법개정을 정당화시키려는 의도가 숨어 있지 않았겠는가 추측된다.
가령 독일의 경우 존엄권이 헌법에 규정된 것은 나치에 의한 온갖 만행의 反作用이 그 중요한 동기였고 대전후 국제적 차원에서 존엄권이 선언되고 규정되는 일련의 과정도(1945년 12월 20일의 독일점령관리위원회법〈10호 2조 1〉 또한 위 I 참조) 영향을 미쳤다. 1946년의 바이에른(Bayern)支邦憲法을 비롯한 여러 支邦憲法들과 기본법이 명시적으로 존엄권을 규정하였고 헌법재정후 법률의 차원에서는 형법(130조)과 형사소송법(§136a)등에서 구체적으로 규정하고 있다.

29) 바이에른 헌법재판소의 판결에 따르면 『인격자로서의 인간은 최고의 정신적·윤리적 가치의 담당자이며 윤리적 고유가치를 보유하고 있다. … 인간적 인격성의 존엄은 인간에게 인간이기 때문에 주어지는 가치 및 존중의 요청인 것이다』라고 한다.(BayVerfGH 1, 32; 2, 91; 8, 57; 10, 68).

30) 이상 R.Zippelius, 위의 글(주 4), Rn.14 참조.

31) 사회과학적 정체성개념에 관한 槪觀은 P.Häberle, Menschenwürde und Verfassung(주 4), S.404ff. 참조.

한다.[32] 인간이 인격자로서의 正體性이 보장될 때 인간은 단순한 手段으로 또는 客體로 전락되는 것을 막을 수 있게 된다.[33] 즉 개인의 국가에 대한 관계에서 개개인간은 국가권력의 客體가 아니라 主體로서 국가권력의 구성적 지위를 갖게 되며 개인의 개인에 대한 관계에서 一方이 他方의 客體가 아니라 상호 대등한 主體가 된다.

② 內容

우리 헌법상의 인간의 존엄성규정은 독자적인 구체적 내용을 갖고 있는가? 존엄성의 독자적 기본권성에 대하여는 견해가 갈린다.[34] 존엄권의 기본권성을 인정한다면 그 구체적 내용, 즉 그 보호영역은 무엇인가가 문제된다.

인간은 그 인격성 때문에 존엄성이 부여된다고 하면 모든 인간은 그 正體性을 주장할 권리를 갖는다는 것은 당연하다. 그렇다면 존엄권의 내용으로서 우선 인간은 인간임이 보호되어야 한다. 따라서 인간의 格을 부정하는, 즉 인간을 동물이나 물건처럼 취급하는 것(예, 인신매매, 인간실험등) 또는 物的 財貨의 가치를 인간의 가치보다 높이 평가하는 것을 배제해 주도록 요구할 권리가 있다. 또한 인간은 主體로, 즉 目的으로 보호되어야 한다. 따라서 인간을 단순한 客體로, 즉 수단으로 전락시키는 것을(예, 형사절차상 물리적 강제수단의 사용등) 거부하거나 시정을 요구할 권리가 있다.[35]

존엄성의 보호는 분할할 수 없는 통일체로서의 인간을 전체적으로 또한 모든 면에서 보호할 것을 요구한다. 따라서 모든 열거된 또는 열거되지 않은 개별기본권은 존엄성의 보호에 봉사한다. 즉 인간의 존엄과 가치는 전체 기본권보장의 목적이다. 이런 의미에서 모든 개별기본권은

32) 이상 P.Häberle, Menschenwürde und Verfassung(주 4), S.404 참조.
33) 이와 관련하여 G.Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde(주 4), S.127 참조.
34) 이에 관해 자세한 것은 아래 Ⅲ 참조.
35) 이상 김선택, 위의 논문(주 4), 93쪽 이하 참조.

존엄성의 보호영역, 즉 그 내용이 된다. 개별기본권중 어느 하나가 심각하게, 즉 그 본질적 내용마저 침해되는 경우 존엄성은 침해되기 때문에 이런 의미에서 존엄권의 보호영역과 개별기본권의 보호영역은 중복된다. 그렇다고 하여 인간존엄이 곧 이들 기본권의 본질적 내용이라는 것은 아니다.[36] 개별기본권은 각기 자신의 본질적 내용을 갖고 있다. 또한 이처럼 보호영역이 중복된다고 하여 개별기본권규정을 제처 놓고 존엄성규정을 우선 적용해서는 안되고 다만 보충적으로 적용해야 한다. 그러나 존엄권은 개별기본권들의 보호기능을 강화하기 위하여 동시에 적용될 수 있다.

III. 人間의 尊嚴과 價値의 法的 性格

인간의 존엄성규정은 한편으로 客觀的 原理로서의 성격을 가지며 다른 한편으로 主觀的 權利의 성격을 갖고 있다. 즉 존엄권은 二重的 性格을 분명히 드러낸다. 존엄권의 객관적 원리로서의 성격에 관하여는 異議가 없으나 존엄권이 주관적 권리의 성격에 대하여는 견해가 갈린다.

1. 客觀的 憲法原理로서의 尊嚴權

독일의 연방헌법재판소는 일찍부터 인간의 존엄성규정을 헌법의 '中

---

36) G.Dürig는 그렇게 보고 있다. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde(주 4), S.136ff.; 허영교수는 이 견해를 따르고 있다. 한국헌법론, 박영사, 1996, 317쪽 또한 그의 논문, 현행헌법 제8조를 論함, 考試界, 1975, 4월호 86쪽 또한 基本權保障의 意義와 性格, 김도창박사 華甲記念論文集, 1982, 85쪽 이하 참조. 인간존엄과 본질적 내용을 같은 것으로 보는데 대한 비판으로는 김선택, (주 4), 125-126쪽 참조.

樞的 構成原理'로[37] 또한 '最高의 憲法價値'[38] 또는 '基本權的 價値體系에 있어서 最高의 價値'라고[39] 판결하였다.[40] 우리 헌법에 있어서도 인간의 존엄은 이러한 내용들을 마찬가지로 갖고 있다. 인간의 존엄성은 한편으로 헌법의 最高構成原理로 다른 한편 헌법의 統制的 原理로 나타난다.

① 憲法의 最高構成原理

인간의 존엄성을 憲法國家의 最高構成原理라고 할 때[41] 첫째로 존엄성은 모든 국가활동의 목표를 지시하는 定向原理(Orientierungsprinzip)이다. 둘째로 존엄성은 모든 국가생활의 기준을 제시하는 지도원리(Leitungsprinzip)로서 특히 인간에게 유리한 출발을 추정(Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen)하는 근거가 된다.[42] 즉 국가는 인간을 위해 존재한다는 원칙을 확인해 준다(反全體主義的 原理). 셋째로 존엄성은 모든 헌법조항과 법령의 효력이 문제될 때 그에 관한 궁극적인 해석기준이 되고(法의 解釋基準) 헌법조항이나 법령등 법규범에 흠결이 있는 경우 그 보완의 근거가 된다(法의 補充原理).

② 憲法의 統制的 原理

인간의 존엄성은 憲法의 統制的 原理(regulatives Prinzip)로서 헌법생활의 궁극적 한계를 설정한다. 즉 인간의 존엄성은 憲法國家를 구성

37) BVerfGE 50, 166(175); 6, 32(36, 41); 45, 187 (227); 학계에서도 일찍부터 존엄권의 객관적 원리로서의 성격을 인정하였다. 가령 G.Dürig, Der Grundrechtssatz der Menschenwürde(주 4), S.122f.; J.M.Wintrich, Zur Problematik(주 4), S.10; W.Maihofer, 위의 책 (주 4), S.102; … 참조.

38) BVerfGE 33, 23 (29); 30, 173(193); 32, 98 (108); 52, 223 (246) 참조.

39) BVerfGE 50, 166(175).

40) 독일연방헌법재판소의 존엄권에 관한 판결에 대하여 자세한 것은 P.Häberle, Menschenwürde und Verfassung (주 4), S.397ff. 참조.

41) 金哲洙, 헌법학개론, 1996, 324쪽이하; 권영성, 헌법학원론, 1996, 339쪽; 구병삭, 신헌법원론, 1995, 371; …참조.

42) G.Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde(주 4), S.123.

하는 指針이 될 뿐만 아니라 넘을 수 없는 限界가 된다. 인간의 존엄성을 최고의 헌법가치라고 할 때 이는 — 비록 독일기본법 제79조 3항처럼 명시적 개정금지규정이 없더라도 — 헌법개정의 한계가 된다(憲法改正의 限界). 즉 이를 배제하는 憲法改正이나 이에 부합하는 제조건(의 본질)을 후퇴시키는 憲法改正은 허용될 수 없다. 또한 인간의 존엄성을 기본권적 가치체계에 있어서 최고의 가치라고 할 때 존엄성은 기본권제한의 한계가 된다(基本權制限의 限界). 즉 존엄성을 침해할 정도의 기본권제한은 금지된다.

2. 主觀的 權利로서의 尊嚴權(尊嚴性의 基本權性)

우리 헌법상의 존엄성규정이 독자적인 주관적 권리로서의 성격을 갖고 있는가에 대하여는, 즉 존엄성규정의 독자적 기본권성에 대하여는 否認說과 認定說로 갈린다.[43]

① 否認說

i. 否認說의 論據

존엄성규정의 독자적 기본권성을 부인하는 論據는 학자에 따라 약간의 차이를 나타내나[44] 대체로 다음과 같은 것이 대표적이라 할 수 있다. 즉 존엄성규정은 구체적인 主觀的 公權을 보장한 것이 아니라 "다

43) 이에 관하여 자세한 것은 김선택, 위의 논문(주 4), 48쪽 이하 참조.

44) 자세한 것은 김선택, 위의 논문 (주 4), 49-53쪽 참조. 국내학자중 부인론자로는 박일경(신헌법학원론, 1986, 220-1쪽), 문홍주(한국헌법, 1995, 215쪽), 한태연(헌법학, 2訂版 302쪽), 갈봉근(유신헌법론, 1976, 146쪽), 안용교(인간으로서의 尊嚴·價値와 幸福追求權, 月刊考試, 1983, 10월호, 32쪽), 권영성(헌법학원론, 1996, 339-340쪽), 장석권(人間으로서의 尊嚴과 價値·幸福追求權, 단국대학교 법정대학 법학논총 제12집, 1982, 8쪽); … 등이 있다. 허영교수도 부인론의 범주에 속한다고 보이나(그의 논문 〈주 36〉, 86쪽 참조) 그의 교과서에서는 부인 또는 인정을 둘러 싼 논의자체가 무의미하다고 한다(한국헌법론, 1996, 317 쪽 주 1 참조).

른 모든 基本權의 理念的 出發點" 또는 "모든 기본권의 가치적 전제가 되는 客觀的 憲法原理"를 규범화한 것이라고 한다. 좀더 구체적으로 설명해 보면 『제10조 1문 전단은 구체적 기본권을 보장한 조항이 아니라 모든 기본권의 理念的 前提가 되고 모든 기본권보장의 목적이 되는 객관적 헌법원리를 規範化한 것으로 보아야 한다. "모든 기본권의 이념적 전제가 된다"함은 인간으로서의 존엄과 가치가 모든 기본권의 근원(Wurzel aller Grundrechte) 내지 核(Grundrechtskern)이 된다는 의미이고, "모든 기본권보장의 목적이 된다"함은 제10조 1문 전단(존엄성 규정)과 제11조-제37조 1항까지는 목적과 수단이라는 유기적 관계에 있다는 의미이다』 라는 것이다.[45]

ii. 否認說의 由來

이 論據는 독일에서의 논의에서 유래하며[46] 특히 뒤리히(G.Dürig)의 理論에 주로 근거 하고 있다. 그에 따르면[47] 기본법 제1조 1항은[48] 헌법(모든 객관적 법)의 最高構成原理라는 것이다. 제2조 1항의[49] 人格의 自由發現權은 主自由權이고 제3조 1항의[50] 一般的 平等은 主平等權이며 제3조 2항이하의 기본권규정들은 개별자유권과 평등권들이라고 한다. 제2조 1항과 제3조 1항의 主自由權과 主平等權은 개별기본권으로 규정되지 않은 모든 자유와 평등을 포섭하는 포괄적 규정이기 때문에 이들은 전체적으로 하나의 흠결없는 완결된 體系, 즉 價値 및 要請體系(Wert-und Anspruchssystem)를 형성한다는 것이다.[51] 특히 기본법 제

45) 이상 권영성, 헌법학원론, 1996, 339-340쪽.
46) 권영성, 헌법학원론, 1996, 339쪽 또한 보다 자세한 것은 김선택, 위의 논문(주 4), 59-67쪽 참조.
47) 자세한 것은 G.Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde(주 4), S. 117ff.; G. Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art.1 Abs.1 Rn.1ff. 참조.
48) 기본법 제1조 1항 : 인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 責務이다.
49) 기본법 제2조 1항 : 누구든지 他人의 權利를 침해하지 않고 憲法秩序나 道德律에 반하지 않는 限, 자신의 인격을 자유로이 發現할 권리를 가진다.
50) 기본법 제3조 1항 : 모든 인간은 法앞에서 평등하다.
51) G. Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art.1 Abs.1 Rdnr.13 참조.

1조 3항이[52] "뒤따르는(이하의) 基本權은"이라고 명시하고 있기 때문에 제2조 1항부터 (제17조 1항까지만이) 기본권이고 제1조 1항은 기본권이 아니라는 것이다. 존엄성규정의 기본권성을 부인하는 학자들은 대체로 이 說에 동조하거나 유사한 논거를 제시한다.[53] 존엄성규정에서 주관적 권리의 도출을 거부하는 판례도 있었다.[54]

iii. 批判

이 Dürig의 이론은 독일의 기본법이라는 특정의 헌법에서만 가능한 매우 형식적인 이론이며 따라서 독일기본법이외의 다른 헌법에 그대로 적용될 수 없는 이론이다. 더욱이 이 이론은 독일에서도 많은 비판을 받는 이론으로서[55] 결코 지배적 학설이 아니라 소수설이다.[56] Hesse에 따르면[57] 『기본권이 헌법의 내부에서 또는 헌법과 竝行하여 하나의 고

52) 기본법 제1조 3항: 뒤따르는(이하의) 기본권은 직접 효력을 갖는 法으로서 立法, 執行權 및 司法을 구속한다.

53) 자세한 것은 김선택, 위의 논문(주 4), 59-67쪽 참조. 존엄성규정의 기본권성을 부인하는 입장을 밝힌 학자로는 Dürig이외에 von Mangoldt/Klein (Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl. 1957, S.148), Th.Maunz (Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl. 1980, S.124), W.Wertenbruch(위의 논문 〈주 4〉, S. 31f.), E.Stein (Staatsrecht, 6.Aufl. 1978, S.208f.), W.Abendroth (Diskussionsbeitrag, VVDStRL 8, 1950, S.162), W.Apelt(Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 49, S.482; JZ 51, S.353), J.Kratzer (Artikel 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: FS für Laforet, 1952, S.120), P.Lerche (Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, 1953, S.28), F.Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1952, S.3), H. Nawiasky (Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S.26), …등이 있다.

54) OVG Hamburg, DVBl 1951, 312; BVerfGE 1, 97ff.(최소한의 육체적 생존의 보호에 관한 主觀的 公權을 否認).

55) 아래 주 57 참조.

56) 권영성교수는 이 이론이 독일의 지배적 견해라고 한다(헌법학원론, 339쪽). 이 Dürig의 학설이 처음 발표된 직후 이를 따르는 추종자가 적지 않았던 것은 사실이나 지배적 학설이라고는 할 수 없고 아래에서 보는 바와 같이(주 67) 다수설이라고도 할 수 없다. 더욱이 오늘날에는 기본권성을 인정하는 학설이 지배적 견해이고 부인설이 분명히 소수설이다. 이에 관하여는 가령 R.Zippelius, Bonner Kommentar, Drittbearbeitung, Rdnr. 24 참조.

57) K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr. 300ff. 참조.

유한 體系를 이룬다고 하는 假定은 다음과 같은 사실, 즉 기본권은 기본법 제1장에만 규정되어 있지 않고 다른 곳에도 규정되어 있다(예, 제103조, 제38조 1항, …)는 사실에 반한다. 실질적으로 보더라도 이러한 가정은 잘못이다. 기본권은 그 역사적 발전을 볼때 특별히 중요하거나 혹은 특별히 위협받는 개개의 생활영역을 확보하거나 보호하는데 국한된 요점적 보장(punktuelle Gewährleistung)이지 체계적 보장이 아니다. 따라서 기본권은 — 비록 하나의 목록안에 총괄적으로 규정되어 있더라도 — 하나의 體系로 더구나 '흠결없는 體系'로 이해될 수 없다. 확실히 기본법은 '인간의 존엄'이라는 최고의 구성원리와 '뒤따르는(이하의) 기본권'들 사이에 일반적인 그리고 특별한 自由權들과 平等權들로 전개되는 하나의 體系的 關聯을 가정하고 있다. 그러나 기본법에는 그러한 관련에 편입될 수 없는 기본권적 보장들도 포함되어 있다.[58] 무엇보다도 기본권과 객관적 질서가 긴밀하게 얽혀 있기 때문에 기본권을 그 자체 完結된 體系로 이해할 수 없다.[59]』는 것이다. 물론 기본권상호간에는 부분적인 체계적 결합이 있을 수는 있다.[60]

② 認定說

i. 認定說의 論據

존엄성규정의 독자적 기본권성을 인정하는 論據도 학자에 따라 약간의 차이를 나타내나[61] 대체로 다음과 같은 것이 일반적이다. 즉 尊嚴性

58) 예를 들어 국가에 의한 학교감독의 보장 (제7조 1항).

59) U.Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL Heft 22, S.42ff.; ders., Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DöV 1971, 508f. 참조.

60) 이에 관하여는 K.Hesse, 위의 책(주 13), Rdnr. 301 참조.

61) 자세한 것은 김선택, 위의 논문 (주 4), 53-57쪽 참조. 국내학자중 認定論者로는 구병삭(신헌법원론, 1995, 371쪽), 김철수(헌법학개론, 1996, 329쪽), 김남진 · 이강혁(主題中心 憲法, 1982, 264쪽), 이준구(環境權과 人間의 尊嚴 · 幸福追求權, 考試研究, 1982년 3월호, 20-21쪽), 김기범(韓國憲法, 1973, 123-4쪽), 김계환(헌법학강의, 1983, 228쪽), … 등이 있다. 윤세창

規定은 인격적 생존에 불가결한 모든 것을 포함한 包括的 權利라는 것이다. 인정론자들은 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 통일적 개념으로[62] 또는 불가분의 긴밀한 관계에 있는 것으로[63] 파악한다. 이들(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권)은 모두 합하여 포괄적 기본권으로서 규정된 것이며 또한 主基本權인 동시에 협의에 있어서의 인간의 존엄과 행복추구권도 함께 보장하고 있다고 한다.[64]

ii. 認定說의 由來

이 認定說의 論據도 독일에서의 논의에서 유래한다.[65] 특히 主基本權이라든가 包括的 基本權性등이 그러하다. 니퍼다이(H.C.Niperdey)에 따르면[66] 기본법 제1조 1항이 主觀的 公權(및 私權)을 규정하고 있다는데 의심의 여지가 없다고 한다. 이는 基本權이라는 章의 첫머리에 규정된 位置, 그 文句와 그 意味로부터 나오는 결과라는 것이다. 인간의 존

교수도 일반적·포괄적 기본권으로 인정하고 있기 때문에 인정론자로 분류되어야 한다(신헌법, 1983, 126-7쪽). 그런데 부인론자로 분류하는 경우도 있다(예, 김철수, 헌법학개론, 1996, 328쪽 주3).

62) 가령 김남진·이강혁, 主題中心 憲法, 1982, 264쪽.

63) 김철수, 헌법학개론, 1996, 330쪽.

64) 김철수, 헌법학개론, 1996, 330쪽. 협의에 있어서의 존엄권으로 생명권, 일반적 인격권(명예권, 성명권, 초상권), 인격의 형성 및 유지권(알 권리, 읽을 권리, 들을 권리)을 들고 협의에 있어서의 행복추구권으로 신체의 불훼손권, 일반적 행동자유권, 생존권을 들고 있다. 이들에게는 구체적·개별적 기본권으로서의 성격도 인정한다. 이상에 관하여는 김철수, 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 월간고시, 1982년 4월호, 21-25쪽 또한 헌법학개론, 1996, 335쪽 참조. 인간의 실존의 핵심영역에 관련된 개념인 인간으로서의 존엄과 가치와 삶에 있어서 비교적 넓은 범위의 행동영역을 포괄하는 개념인 행복추구를 구별없이 사용해서는 안될 것이다(김선택, "幸福追求權"과 "憲法에 열거되지 아니한 權利"의 基本權體系的 解釋, 安岩法學, 창간호, 1993, 184쪽 참조). 양자는 인간으로서의 존엄과 가치가 인격자의 정태적 존재양상을 보호하는데 (그가 어떻게 있느냐, Wie 'ist' sie) 반하여 행복추구권은 그의 동태적 행동양식을 보호한다는(그가 어떻게 행동하느냐, Wie 'handelt' sie) 점에서 구별할 수 있다. 즉 인간으로서의 존엄과 가치는 자기보존(Selbsterhaltung)과 행복추구권은 자기발현(Selbstentfaltung)과 각각 상응한다(김선택, 위의 논문〈주 4〉, 98쪽 참조).

65) 자세한 것은 김선택, 위의 논문(주 4), 67-79쪽 참조.

66) H.C.Nipperdey, 위의 논문(주 4), S.11ff. 참조.

엄성이 불가침이고 이 존엄성을 존중하고 보호하는 것이 모든 국가권력의 責務라면, 그것은 인간이 이 존엄성에 대한 권리를 가진다는 것을 말하며 또한 인간이 인격권을 가진다는 것을 말한다는 것이다. 제1조 1항은 이 (자연법적) 권리를 확인(실정화)하고 있는 법규라는 것이다. 제2항의 '그런 까닭에' 또한 제3항의 '뒤따르는' 이라는 말을 근거로 존엄성규정의 구체적 기본권성을 부인하는 학설에 대하여 "그러한 정교한 형식주의는 적절하지 못하다"는 것이다. 기본권이 제2조이하의 基本權章에서만 발견되는 것은 아니라는 점을 도외시 하더라도, 제1조 1항이 뒤에 규정된 모든 기본권들의 최종적 뿌리이자 源泉이고 따라서 제1조 1항 스스로가 實質的 主基本權이라는 결과가 제1조 1항으로부터 나온다는 것이다. 존엄성규정의 독자적 기본권성을 인정하는 학자들은 이와 유사한 論據들을 제시한다.[67] 연방헌법재판소는 처음부터 명시적으로 제1조 1항을 기본권이라고 하였고[68] 다른 법원들도 이런 입장에서 판결하

67) 이에 관하여 자세한 것은 김선택, 위의 논문(주 4), 71-79쪽 참조. 존엄성규정의 기본권성을 인정하는 입장을 밝힌 학자로는 Nipperdey이외에 J.M. Wintrich(Zur Problematik〈주 4〉 S.31), K.Löw(DöV〈주 4〉, S.517), R.Zippelius (Bonner Kommentar, Art.1 Abs.1, Zweitbearbeitung, 1966, Rdnr. 32; Drittbearbeitung, 1989, Rdnr.24), E.Benda(Gefährungen der Menschenwürde, 1975, S.11; 위의 논문〈주 4〉, Rdnr. 7f.), H. Coing, Das Grundrecht der Menschenwürde. Der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, SJZ 1947, Sp.641), W.Geiger(Gesetz über das Bundes-verfassungsgericht, 1952, S.277; ders., Grundrechte und Rechtsprechung, 1959, S.31), B.Giese(Grundgesetz, 4.Aufl. 1955, Erl. zu Art. 1, II 1, S.13), G.Leibholz(DVBl 1951, S.197), Kiefersauer(JR 1952, S.81), Mercker(MdR 1953, S.463), H. Krüger(NJW 1953, S.1772), A.Hamman(Das Grundgesetz, 2.Aufl.1961, Art.1, Anm.B), Süsterhenn(in : Festschrift für Nawiasky, 1956, S.144), A.Herdemerten (Grundgesetz-Kommentar 〈hrsg. von I.von Münch, 1975〉, Art.1 Rdnr. 12), N.Luhmann(Grundrechte als Institution, 1965, S.74와 Anm.57), W. Krawietz(Gewährt Art.1 Abs.1 GG dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?, in : Gedächtnisschrift für F.Klein, 1977, S.248ff., 278ff.), Ch.Starck(in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3.Aufl. 1985, Rdnr.17f.), P.Häberle (HdStR, § 20 Rdnr. 74), K.Stern(위의 책 〈주 4〉, § 58 II 5); …

68) BVerfGE 1,343; 12, 123; 13, 152; 15, 255; 61, 137.

였다.[69]

iii. 批判

우선 존엄성규정이 실질적 主基本權으로서 포괄적 기본권이라고 하는 주장은 우리 헌법의 제37조 1항(=국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다)과 같은 규정이 없는 독일의 기본법에서는 적절할 수 있다. 그러나 이 이론을 그대로 우리 헌법에 적용하는 경우 우리 헌법 제37조 1항은 거의 무의미한 조항이 되고 만다. 더구나 존엄성규정을 포괄적 主基本權으로 보고 제37조 1항을 단지 하나의 注意規定으로 보려는 것은[70] 無理라고 하지 않을 수 없다. 제37조 1항의 규정은 이미 건국헌법(제28조 1항)에서부터[71] 지금까지 계속 존속하는 조항인데 반해 존엄성규정은 1962년 (제3공화국)헌법개정 당시 채택된 조항이라는 것을 보더라도 이 조항을 단지 주의적 규정으로 보려는 것은 앞뒤가 뒤바뀌는 꼴이 된다. 즉 제37조 1항은 그에 적절한 의미가 부여되어야 한다.[72]

다음으로 인간의 존엄과 행복추구가 불가분의 긴밀한 관계를 갖는다는 것을 강조하면서 이들(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권)은 모두 합하여 포괄적 기본권이라고 하는 경우[73] 존엄권과 행복추구권을 구별하여 규정한 의미가 상당부분 퇴색되고 만다.

---

69) 가령 BayVerfGE 1, 29, 93; 2, 85; BGHZ 13, 338; BAGE 4, 281; BVerwGE 1, 159.

70) 김철수, 헌법학개론, 1996, 332쪽.

71) 이 규정은 미국헌법 수정 제9조(헌법에 어떤 종류의 권리가 열거되어 있다고하여 인민이 보유하는 기타의 여러 권리를 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 아니된다. Amendment Ⅸ : The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.)의 영향하에 1948년 헌법 제28조에 채택되었다. 유진오, 憲法解義, 명세당, 1949, 67쪽 참조.

72) 이와 관련하여 유진오, 위의 책 (주 71), 66-67쪽 참조.

73) 김철수, 헌법학개론, 1996, 330쪽; 김남진 · 이강혁, 주제중심 헌법, 1982, 264쪽 참조.

③ 結語(私見)

i. 尊嚴權의 主觀的 權利로서의 性格

우리 헌법상 인간의 존엄성규정이 모든 기본권의 '이념적 출발점'이며 모든 '기본권보장의 목표'임에 틀림없다. 그러나 인간의 존엄성규정은 이러한 이념적 성격만을 갖는 것은 아니다. 이 존엄성규정은 구체적 기본권으로서의 성격도 갖는다. 즉 인간은 그 인격성 때문에 존엄성이 부여된다고 하면 모든 인간은 인격자로서의 正體性을 주장할 권리를 갖는다는 것은 당연하다. 그렇다면 우선 인간은 인간임이 보호되어야 한다. 따라서 인간의 格을 부정하는, 즉 인간을 동물이나 물건처럼 취급하는 것 또는 物的 財貨의 가치를 인간의 가치보다 높이 평가하는 것을 배제해 주도록 요구할 권리가 있다. 또한 인간은 主體로, 즉 目的으로 보호되어야 한다. 따라서 인간을 단순한 客體로, 즉 手段으로 전락시키는 것을 거부하거나 시정을 요구할 권리가 있다.

ii. 존엄권과 헌법에 열거되지 않은 기본권의 관계

존엄성규정이 기본권으로서의 성격을 갖는다고 하여 이 규정이 主基本權으로서 포괄적 기본권이라고 할 수는 없다. 독일의 기본법과는 달리 우리 헌법에서는 제37조 1항이 규정되어 있기 때문에 존엄성규정을 (Nipperdey처럼) 포괄적 기본권으로 보아야 할 필요가 없다. 마찬가지 이유로(Dürig처럼) 主自由權(독일기본법 제2조 1항)과 主平等權(독일기본법 제3조 1항)이라는 포괄적 기본권을 설정하여 欠缺없는 기본권체계를 구성할 필요도 없다. 우리 헌법에 있어서는 제37조 1항을 통해 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리를 충분히 보호할 수 있기 때문이다.

그런데 제37조 1항에는 열거되지 않았으나 경시되어서는 안되는 국민의 자유와 권리를[74] 認識할 수 있는 內容的 標識가 규정되어 있지 않

74) 그러한 자유와 권리의 예로서 생명권, 신체를 훼손당하지 않을 권리, 姓名權, 肖像權, 名譽權, 睡眠權, 休息權, 平和的 生存權, 日照權, 악세스權, 등을 들 수 있다.

다. 여기서 바로 인간의 존엄성규정이 헌법의 최고구성원리(법의 解釋原理, 법의 補充原理)로서 제37조 1항의 열거되지 않은 자유와 권리를 인식하는 내용적 표지가 된다.[75] 존엄성규정이 열거되지 않은 모든 '자유와 권리'를 認識하는 內容的 標識가 되는 반면 幸福追求權은 인격의 自由發現權으로서 열거되지 않은 '자유권'을 인식하는 內容的 標識로 보는 것이 적절하다고 생각된다. 자유권에 관한 限 존엄성규정과 행복추구권이 모두 그 기준이 된다. 이처럼 존엄성규정(또는 행복추구권)과 제37조 1항이 개별적 기본권을 형성하는 관계를 '쌍방적 (개별)기본권 창설관계'라고 부를 수 있을 것이다.[76] 이렇게 볼 때 개별기본권의 열거가 例示的이며 헌법의 基本權部分이 欠缺없는 完結된 體系가 아니라 開放體系라는 것이 분명해 진다.

Ⅳ. 人間의 尊嚴과 價値의 主體

헌법 제10조는 『'모든 국민'은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며』라고 규정하고 있으나 內國人만이 아니라 外國人과 無國籍人을 포함하는 모든 人間이 존엄권의 主體가 된다.[77] 인간은 누구나 性別, 年齡, 피부색, 국적, 종교등과 상관없이 존엄권의 주체가 된다. 그러나 존엄권은 肉體·心靈·精神의 總合體(Leib-Seele-Geist-Einheit)인 自然人만이 가질 수 있으며 法人 또는 권리능력없는 社團은 그 주체가 될 수 없다.

모든 인간은 그 신체적·정신적 상태와 상관없이 존엄권을 享有할 수

75) 김선택, "幸福追求權과" "憲法에 열거되지 아니한 權利"의 基本權體系的 解釋, 安岩法學, 창간호, 1993, 196쪽이하 비교참조.
76) 김선택, 위의 논문 (주 4), 90쪽 참조.
77) 박일경교수에 따르면 외국인은 그 주체가 될 수 없다고 한다. 新憲法學原論, 1986, 223쪽.

있다. 精神的·靈的 價値體驗能力에 따른 차별이나[78] '生存의 價値가 있는' 또는 '生存의 價値가 없는'生命(lebenswertes oder lebensunwertes Leben)의 구별은 있을 수 없다. 따라서 신체장애, 불치병자, 정신병자 또는 박약자, 유아, 피후견인, 취인, 마약중독자, 중범죄인, 매춘부등 인간은 누구나 존엄권의 주체가 된다.[79] 존엄권의 주체와 관련하여 제기되는 특별한 문제는 胎兒와 死者의 문제이다.

1. 胎兒의 基本權主體性

먼저 胎兒에게도 존엄권이 있는가에 대하여는 대다수가 긍정하나[80] 부정하는 학자도 없지 않다.[81] 胎兒(Embryo, nasciturs)가 생물학적 독립성이나 행위능력이 없다고 하여 존엄권의 향유자가 될 수 없다고 할 수는 없다. 존엄권의 향유능력이 이 권리를 사실적으로 행사할 자율적 능력을 꼭 전제로 하지는 않기 때문이다.[82] 오히려 문제가 되는 것은 헌법적으로 생명의 형성시기를 정확히 언제부터라고 볼 것인가의 문제이다.[83] 오늘날 의학의 발전으로 인하여 인간의 존엄성은 특히 인공수정이나 수정난의 조작등과 관련하여 생명이 형성되기 전단계에서부터 보호되어야 할 것이다.[84]

---

78) 이러한 차별을 부분적으로 인정하려는 견해가 있었다. 가령 Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I , 2.Aufl. 1966, Art.1 Anm.III 3 c 참조. 이 책의 제3판에서는 종래의 견해를 바꾸었다. 3.Aufl. 1985, Art. 1 Rdnr. 14 참조.

79) 이상 A.Herdemerten, 위의 글 (주 67), Rdnr.10 참조.

80) 가령 R.Herzog, Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens, JR 1969, S.442; H.C.Nipperdey, 위의 논문 (주 4), S.4; G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.1 Rdnr. 24; …

81) Hamman-Lenz, Das Grundgesetz, Bem. B 2; …

82) 자세한 것은 A.Herdemerten, 위의 글(주 67), Rdnr.8 참조.

83) K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, 1988, §70 S.1045ff. 그리고 거기에 인용된 문헌 참조.

84) 이와 관련하여 특히 受胎전 受精卵의 조작행위는 인간의 존엄성을 침해하는 것이 아닌가가 문제된다. 가령 受精卵의 조작을 통한 인간의 복제행위같은 것은 어떤 경우에도 존엄성을 침해하는 것으로서 위헌이라고 보아야 한다.

2. 死者의 基本權主體性

다음으로 死者도 존엄권의 주체가 될 수 있는가의 문제이다. 인간의 시체에는 인격성이 없기 때문에 원칙적으로 존엄권이 없다. 즉 人間을 肉體·心靈·精神의 總合體라고 할 때 死者에게는 정신도 심령도 없을 뿐만 아니라 屍體로 변한 육체밖에 없기 때문에 死者는 존엄권의 주체가 될 수 없다. 존엄권의 주체성은 죽음과 함께 끝나는 것이 원칙이다.[85] 물론 인간의 존엄성은 死後에도 어느정도 작용한다. 가령 葬禮, 亡者의 安息, 遺言 등에 관한 법적 규정들이 그 예이다. 그러나 독일의 연방헌법재판소는 이러한 차원을 넘어 예외적이긴 하지만 死者의 존엄권을 인정하였다.[86] 즉 인간은 인격자이기 때문에 존엄성이 부여되는데 만약 死後에는 이 보편적 존중요구권이 경시되고 卑下된다면 이는 모든 基本權의 기초가 되는 헌법적으로 보장된 인간존엄성의 불가침원칙에 반한다는 것이다. 따라서 존엄권은 死後에도 일정기간 인정되어야 한다는 것이다. 물론 이 경우 존엄권의 주체라기 보다 존엄성에 대한 존중요구권이라고 하겠다.

死者의 존엄권이 인정되는 경우 臟器移植과 같이 시체의 일부분을 떼어 내 이를 활용하는 문제와 시체해부의 문제가 새롭게 논란의 대상이 된다.[87] 물론 生前에 본인의 동의가 있거나 또는 유족의 동의에 따라

85) 이와 관련하여 특히 죽음의 시기의 문제가 제기 된다. 60년대 중반까지만해도 의학적으로 죽음이란 혈액순환과 호흡의 정지를 의미했으나 지금은 腦死(Hirntod) 를 인정하고 있거나 할 단계에 와 있다. 이에 관하여 K.Stern, 위의 책 (주 83), 70 S.1058 참조.

86) BVerfGE 30, 173(194); 이 판결에 대한 자세한 것은 拙稿, 메피스토-클라우스 만 決定, 判例研究 第2輯, 高大 法學研究所, 1983, 7쪽이하 특히 43-4쪽 참조. 또한 이문제와 관련하여 A.Buschmann, Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S.208ff. 참조.

87) 이에 관하여는 H.Trockel, Menschenwürde und medizinisch-biologische Forschung, NJW 1971, S.217ff.; H.Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S.593ff.; F.Bieler, Persönlichkeitsrecht,

시신의 일부를 활용하거나 법규에 따라 시체를 해부하는 경우에는 문제될 것이 없다. 그러나 이러한 동의나 법적 근거에 따라서만 인정하는 경우 죽어가는 생명을 구하고 의학을 발전시켜 공익에 기여하는데 한계가 있다. 따라서 생전의 동의나 법적 근거없이도 臟器를 비롯한 기타 신체의 부분을 移植하는 것이 허용되어야 하고 死因의 규명이나 傳染病의 퇴치등을 위해 시체의 해부와 실험도 허용되어야 한다는 주장이 강력하게 대두되고 있다.[88]

이에 대한 견해는 대체로 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 첫째로 순수한 의학적 연구를 위한 시체의 해부와 실험은 당사자나 유족의 동의없이 허용될 수 없다는 것이다. 둘째로 死因이나 질병의 원인에 대한 병리학적 규명 또는 약물의 부작용에 대한 규명을 위한 시체의 해부와 실험에 대하여는 동의없이도 허용되어야 한다는 견해와 반대하는 견해가 갈린다. 셋째로 타인의 생명을 구하기 위하여 장기를 비롯한 시체의 일부분을 이식하는 것은 동의없이도 허용된다는 경향을 보이고 있다.[89] 둘째와 셋째의 경우 무엇보다도 남용으로 인한 존엄성의 침해가 우려된다. 더욱이 공익이나 선량한 이용목적을 허용의 기준으로 삼는 것은 그 애매성 때문에 조심해야 한다. 屍體의 産業的 利用도 보기에 따라서는 공익에 봉사한다고 強辯할 수 있기 때문이다.[90] 동의없는 시체의 해부나 활용은 엄격한 기준에 따라서만 제한적으로 허용되어야 할 것이다.

Organtransplantationen und Totenfürsorge, JR, 1976, S.224ff.; H.Kübler, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, 1977; R.Zimmermann, Gesellschaft, Tod und medizinische Erkenntnis, NJW 1979, S.569ff.; H.Maurer, Die Medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DöV 1980, S.7ff.; G. Turner, Grenzen der Forschungsfreiheit, ZRP 1986, S.172ff.… 참조.

88) 특히 醫學界는 이를 강력하게 요구하고 있고 腦死의 인정을 통해 장기를 비롯한 신체의 부분을 이식하는 길을 확보하려고 한다.

89) 이상 A.Herdemerten, 위의 글(주 67), Rdnr.24 참조.

90) 물론 아직은 누구나 屍體의 産業的 利用이 존엄성에 반한다고 한다. 가령 G. Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art.1 Rdnr.26 참조.

V. 人間의 尊嚴과 價値의 效力

인간의 존엄성규정은 객관적 헌법원리로서 또한 주관적 권리로서 우선 모든 국가권력에 대하여 효력을 갖는다. 인간의 존엄과 가치는 헌법개정의 대상에서 제외되기 때문에 헌법개정권력도 구속한다. 또한 인간의 존엄성규정은 私人에 대하여도 효력을 갖는다. 즉 사인상호간의 관계에 있어서 존엄권이 개별기본권이나 법률에 의해 충분히 보장되지 못하는 경우 존엄권은 사인에게도 직접 또는 간접으로 적용되며 私人을 구속한다. 존엄권을 직접 또는 간접적용하느냐의 문제는 존엄권의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리내에서 그때 그때 구체적 상황에 따라 판단할 문제이지 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.

VI. 人間의 尊嚴과 價値의 制限

헌법 제10조 1문 전단이 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치는 最高의 憲法價値이며 基本權的 價値體系에 있어서 最高의 價値이기 때문에 어떠한 경우에도 제한될 수 없다. 헌법 제37조 2항에 따르면 『국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다』라고 규정되어 있기 때문에 존엄권을 포함한 모든 기본권이 제한의 대상이 된다고 생각할 수 있다. 그러나 헌법에 근거한 제한일지라도 最高의 憲法價値이며 基本權的 價値體系에 있어서 最高의 價値인 존엄권을 制限한다면 그것은 헌법

의 自己否定을 의미하게 된다. 더구나 우리 헌법에서처럼 존엄권이 包括的 基本權으로서가 아니라 具體的 基本權으로 규정되어 있는 경우 당연한 결과이다. 인간의 존엄과 가치는 제37조 2항에 의한 제한의 대상이 아닐 뿐만 아니라 헌법개정의 대상에서도 제외되며 제76조와 제77조(대통령의 긴급명령이나 비상계엄)에 의한 제한의 대상에서도 제외된다. 이른바 특별권력관계하에서도 제한될 수 없다.

형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판

— 위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 관하여 —

金 善 擇*

》차 례《

Ⅰ. 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌논의를 계기로 한 위헌적 헌법규범 문제의 현실화
Ⅱ. 헌법재판소의 태도
Ⅲ. 헌법문제로서 헌법규범의 위헌성
Ⅳ. 헌법규범의 위헌성에 관한 실체법적 문제
Ⅴ. 헌법규범의 위헌성에 관한 절차법적 문제
Ⅵ. 비교법적 검토— 독일의 예

Ⅰ. 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌논의를 계기로 한 위헌적 헌법규범 문제의 현실화

1951년 9월 8일 법률 제231호로 제정된 국가배상법은 1967년 3월 3일 법률 제1899호로 전문개정됨에 있어서 제2조 제1항 단서에 "다만 군인 또는 군속이 전투, 훈련 기타 직무집행 중에서 발생하였거나, 국군의 목적상 사용하는 진지, 영내, 함정, 선박, 항공기 기타 운반기구 안에서 발생한 전사, 순직 또는 공상으로 인하여 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금 또는 유족일시금이나 유족연금 등을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다."는 문제규정을 두었다. 당시의 헌법 제26조는 "공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 국가 또는 공공단체에 배상을 청구할 수 있다."

* 고려대학교 법과대학 조교수 · 법학박사

고 하여 특정신분에 있는 자에 대한 예외를 규정함 없이 널리 국가배상청구권을 인정하고 있었다. 위 개정국가배상법 제2조 제1항 단서에 대하여 하급법원의 위헌판결이 거듭된 끝에[1] 드디어 1971년 6월 22일 당시 위헌법률심판권한을 가지고 있었던 대법원이 찬성 9대 반대 7로 위헌판결을 하기에 이르렀다.[2]

대법원(다수의견)에 따르면 (i) 군인·군속이 군사원호보상법 등에 의하여 재해보상금, 유족일시금, 유족연금 등을 지급받게 되어 있으므로 그 위에 불법행위로 인한 손해배상도 받게 되면 이중배상이 된다는 주장에 대하여는 양제도는 각각 사회보장적 목적과 손해전보목적을 가지는 것으로 제도적 목적이 다르며, (ii) 그동안의 판례도 양 청구권의 경합을 인정해왔으며, (iii) 입법이유의 하나로서 군인·군속이 피해자가 된 불법행위사고가 많아서 국고손실이 많으므로 이를 최소한으로 감소 내지 방지하자고 하고 있으나 그러한 불법행위사고가 많다는 이유만으로는 군인·군속에 대해서만 배상청구권을 부인하여 그들의 희생위에 국고손실을 방지해야 할 이유가 되는 것은 아니며, (iv) 군인·군속에 대하여 국가에 대한 무정량의 위험근무의무를 부담하는 특별권력관계에 있으므로 그러한 근무임무의 성질상 공무중 피해에 대하여 일반국민과 달리 수인할 의무가 있다는 주장에 대하여는 전투, 훈련 등 직무상 불가피하고 정당한 것으로 인정되는 행위로 인한 피해로서 불법행위의 결과가 아닌 경우의 희생에 한하여 수긍할 수 있는 이론에 불과할 뿐, 다른 공무원의 고의 또는 과실 있는 직무상 위법행위로 군인·군속이 공무 중 입은 손해는 군인·군속이 복종하는 특별권력관계의 내용이나 근무임무에 당연히 포함되는 것은 아니라고 하여, 결국 (v) 국가배상법 제2조 제1항 단서는 당시 헌법 제26조에 보장된 국민의 기본권인 손해배상청구권을 당시 헌법 제32조 제2항에 규정된 질서유지 또는 공

1) 1968. 5. 30. 서울민사지법 67가12829; 1968. 6. 11. 서울민사지법 67가14042; 1971. 2. 23. 대전지법 70가615; 1970. 3. 11. 서울고법 69나1631.
2) 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010판결.

공복리를 위하여 제한할 필요성이 없이 제한한 것이고, 당시 헌법 제9조의 평등의 원칙에 반하여 군인·군속인 피해자에 대하여만 그 권리를 부인함으로써 그 권리 자체의 본질적 내용을 침해하였으며 기본권제한의 범주를 넘어 권리 자체를 박탈하는 규정이므로 당시 헌법 제26조, 제8조, 제9조, 제32조 제2항에 위반된다고 하였다.

한국의 헌법재판사에 있어서 한 획을 그었던 대법원의 위헌판결은 그러나 60년대 월남전참전에서 발생한 전사상자로 인하여 국가배상청구소송의 대부분이 군인 및 그 유족에 의하여 이루어졌고[3] 1959년에 1억원이던 국가배상비용액이 1966년에 10억원을, 1971년까지는 무려 40억원을 상회할 것으로 예견되었던[4] 상황에서 재정적 압박을 받던 정부로 하여금 위헌판결을 받은 법률조항을 개정하는 대신에 오히려 그 조항을 헌법개정을 통하여 헌법조항화하는 "憲法的 暴擧"[5]를 자행하게 만들었다. 이른바 유신헌법으로 불리우는 1972년헌법은 제26조에 제2항을 신설하여 위헌판결을 받은 국가배상법 제2조 제1항 단서규정과 같은 규정을 추가했던 것이다. 헌법재판을 통하여 위헌임이 확인된 법률조항이 "헌법개정을 통해 헌법의 자리를 찬탈하고 들어앉음으로써"[6] 최소한 외견적-형식적으로는[7] 더 이상 위헌여부논란의 대상이 되지 않도록 된 셈이다. 이 개정헌법하에 새로이 대법원을 구성함에 있어서 위 판결에서 위헌의견을 냈던 9인의 대법원판사전원이 재임명에서 탈락하고 사법파동이 초래되었음은 주지하는 바와 같다.[8]

---

3) 국회법사위원회 제59회 회의록 제3호 20쪽에 따르면 90%에 이르고 있었다.

4) 조종현, 국가배상법의 위헌성에 관한 연구(상), 사법행정, 1976년 3월호, 53쪽.

5) 전광석, 국가배상법상 이른바 2중배상금지원칙의 위헌성, 공법학의 제문제(현제김영훈박사화갑기념논문집), 1995, 570쪽.

6) 홍준형, 국가배상법 제2조제1항 단서에 대한 위헌소원, 인권과 정의 226, 1995년 6월호, 80쪽.

7) 이러한 수식을 붙이는 이유는 유신헌법이 헌법의 제정이냐 아니면 헌법의 개정이냐 하는 성격규정논의와 연결되고, 후자로 볼 수 있다면 그 개정이 내용은 차치하고라도 이미 절차상 합헌적이었는가 하는 의문이 제기되므로 형식적 합헌성 자체부터가 명백하다고만은 할 수 없기 때문이다.

나아가 1977년 6월 7일 대법원은 "국배법 제2조 제1항 단서의 규정이 개정전 헌법 제26조 기타의 헌법규정에 저촉되어 그 효력이 없다고 볼 수 없는 이상 원심으로서는 마땅히 이 단서의 규정에 해당되는 것인지의 여부를 살펴서 심리하고 여기에 해당된다고 인정될 때에는 원고의 이 사건 손해배상청구를 기각했어야 할 것이다."라는 요지로 과거의 판례를 변경하였다. 이 새로운 판결은 위 1971년 6월 22일의 판결선고 당시 소수의견을 냈던 법관 7인과 1973년 이후 새로이 임명된 법관 9인 등 16인 전원일치의 의견에 의한 것이었다. 이와 같은 대법원의 판례변경은 판례를 변경할 만한 아무런 객관적 사정변경이나 합목적적 사유가 없었음에도 불구하고 아무런 이유의 설시도 없이 막연히 '헌법 제26조 기타의 헌법규정에 저촉되어 그 효력이 없다고 볼 수 없는 이상'이란 단정적 판단만을 내세워 판례변경을 하고 있다는 점 때문에 도저히 납득할 수 없다는 비난을 피할 길 없었다.[9]

그동안 헌법개정이 여러 차례 있었음에도 불구하고 일단 헌법전에 들어 온 군인 등의 국가배상청구권제한규정은 바뀌지 않았고 약간의 문구수정을 한 외에는 현행헌법(제29조 제2항)에 이르기까지 그대로 존속하고 있다.[10] 이리하여 국가배상법 제2조 제1항 단서는 그 외견적-형

8) "그 파장으로 6공헌법에 의한 헌법재판소가 출범되기까지는 헌법재판은 완전히 막을 내렸으며 헌법재판부재시대가 되었다." 이시윤, 국가배상법에 대한 감회, 고시계, 1992년 4월호, 13쪽.

9) 나석호, 국가배상법 제2조 1항 단서는 합헌인가 위헌인가, 사법행정, 1977년 7월호, 33~34쪽.

10) 헌법 제29조 제2항:"군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할 수 없다."

국가배상법 제2조 제1항 단서 : "다만 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 기타 직무집행과 관련하거나 국방 또는 치안유지의 목적상 사용하는 시설 및 자동차·함선·항공기 기타 운반기구안에서 전사·순직 또는 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다."

식적 합헌성을 헌법규정 자체로부터 담보받게 되었다는 사정과 — 아마도 그에 못지 않게 중요한 사정으로 추정되는 바 — 군부출신인사의 집권이 계속되었다는 사정이 중첩적으로 작용하여 과거의 위헌논의는 마치 옛일처럼 잊혀진 듯이 보여왔다. 그러다가 문민정부 출범과 거의 동시에 새로이 국가배상법 제2조 제1항 단서와 이제는 그와 더불어 그 합헌성담보규정인 헌법 제29조 제2항까지를 대상으로 한 위헌논의가 재개되었다.[11] 헌법재판을 활성화하고자 하는 명백한 의지를 가지고 광범한 권한을 갖는 독일식의 헌법재판제도를 도입한 현행헌법하에서 1988년 9월 출범한 헌법재판소가 이 문제를 다루게 될 것은 시간문제로 보였다. 과연 헌법재판소가 100년의 近代司法史上 가장 명예로운 판결로 꼽히는 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 대법원위헌판결의 의의를 어떻게 인식하고 있으며, 또한 그 판결을 묵살하고 법률의 헌법합치성이라는 법치국가원리의 핵심요소를 치명적으로 유린한[12] 헌법개정에 대하여 어떠한 태도를 보일 지 자못 주목하지 않을 수 없었다.

II. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 1994년 12월 29일 선고한 93헌바 21결정에서 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구

11) 이상철, 국가배상법 제2조 1항 단서의 위헌성, 안암법학 창간호, 1993, 259쪽 이하; 이상철, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌성, 법률신문 1993년 4월 5일자 및 4월 12일자; 강경근, 국가배상청구권과 헌법규정의 위헌심사, 고시연구 1994년 7월호, 75쪽 이하; 최근의 것으로는 전광석(위의 주 5), 539쪽 이하; 홍준형(위의 주 6), 77쪽 이하 참조.

12) 홍준형(위의 주 6), 80쪽.

상권을 행사하는 것이 허용되는지 여부를 둘러싼 위헌소원에서 — 私人이 공동불법행위자로 된 경우 헌법 제29조 제2항의 이른바 이중배상금지원칙의 적용이 배제된다고 해석하는 가운데 — 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌여부문제에 관하여는 헌법 제29조 제2항에 의해서 헌법적으로 해결이 되어 있다는 식으로 단정하고 정작 헌법 제29조 제2항 자체와 관련하여 위헌적 헌법규범으로서 검토가 가능한 지의 문제는 제기조차 하지 않고 있다. 이러한 헌법재판소의 태도에 대하여는 "몰역사적"이고 "우리 법문화의 경박성"을 드러낸 것이라는 신랄한 비판이 가해지기도 하였다.[13]

헌법재판소가 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌문제와 결부하여 헌법 제29조 제2항을 직접 심판대상으로 하여 본격적으로 검토한 것은 1995년 12월 28일 선고한 95헌바3결정에서이다. 헌법재판소는 첫째, 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항이 위헌법률심판의 대상에 관하여, 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항이 위헌소원심판의 대상에 관하여 그것이 법률임을 명문으로 규정하고 있으며 이러한 법률개념에 이른바 형식적 의미의 법률과 그와 동위의 법규범이 포함될지언정 헌법의 개별규정 자체는 그 대상이 아님이 명백하다는 점; 둘째, 헌법개정이 국민투표를 거

13) "헌법재판소는… 일찍이 대법원에 의하여 위헌판결을 받았던 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌여부에 관한 문제를 헌법적으로 해결된 것으로 보는 몰역사적인 태도를 보였다. … 우리가 기대한 것은 과연 음울한 과거를 지닌 헌법 제29조 제2항의 규정은 헌법개정이 이루어지지 않는 한 계속 생명력을 가진다고 볼 수 있는지에 관하여 헌법재판관들이 경륜높은 叡智를 동원하여 헌법 및 국가철학적 성찰을 수행할 수 있으리라는 것이었다. 헌법의 수호자인 헌법재판소의 재판관들이 그렇게도 쉽사리 '국가배상법 제2조 제1항 단서의 헌법적 정당성여부를 헌법적으로 해결된 것'으로 단정한 것을 보고 우리는 또 다시 우리나라 법문화의 경박성을 떠올리면서 개탄하지 않을 수 없다.… 우리가 헌법재판관들에게 국가배상법 제2조 제1항 단서의 헌법적 정당성여부에 관한 헌법적 판단과 헌법 제29조 제2항의 개정이 필요한지 여부에 대한 헌법정책적 입장을 분명히 밝히는 확고한 헌법수호의 의지를 기대한 것은 과욕이었을까."(홍준형[위의 주 6], 89쪽)

치는 데다가, 그간 헌법의 개정절차조항 자체도 여러번 개정된 적이 있고, 형식적으로도 전문까지를 포함한 전면개정이 이루어졌으며, 비교법적으로 보아도 독일 기본법처럼 헌법개정한계규정(독일기본법 제79조 제3항)이라든가 헌법개정을 법률형식으로 하도록 한 규정(독일기본법 제79조 제1항 제1문)을 두고 있지 않으므로, 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이고 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 않을 뿐만 아니라 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다는 점; 셋째, 위 두가지 점에 비추어 볼 때 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정한계론은 그 자체로서의 이론적 타당성 여부와 상관없이 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 원용할 수 없다는 점; 넷째, 현행헌법이 성립과정에서 국민투표에 의해 확정되었고 헌법 제130조 제2항에 헌법개정이 국민투표로 확정되게 되어 있음에 비추어 헌법은 그 전체로서 주권자인 국민의 결단 내지 국민적 합의의 결과라고 보아야 하며 따라서 헌법의 규정을 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력행사의 결과라고 볼 수 없으므로 그것이 헌법소원심판의 대상이 될 수도 없다는 점을 지적하면서 헌법 제29조 제2항을 대상으로 한 부분에 관하여 부적법 각하하였다.

물론 헌법재판소는 헌법이 그 자체 하나의 통일된 가치체계를 형성하고 있어 그 전문과 각 개별규정이 서로 밀접한 관련을 맺고 있고, 따라서 헌법의 제규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있어서 '이념적·논리적으로는' 규범상호간의 우열을 인정할 수는 있다고 보고 있다. 다만 이때의 우열관계는 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면 부인할 수 있는 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다고 하여 소극적인 태도를 견지하고 있다. 헌법재판소가 헌법 제29조 제2항의 위헌여부에 관한 판

단을 구하는 헌법재판에서 결국 헌법의 개별규정 그 자체의 위헌여부를 판단하는 것은 헌법재판소의 권한 밖이라는 논거로서 열기한 위의 이유들을 살펴보건대 헌법재판소가 문제의 무게에 걸맞는 무게있는 논증을 했다고는 도저히 볼 수 없지 않은가 한다. 무엇보다도 실정헌법전내에 명시되어 있는 헌법규정이 문제가 되고 있음에도 그 판단의 기준으로서 바로 그밖의 실정헌법규정이나 그보다 하위에 있는 실정법률규정의 내용에만 의존하는 것은 실정법만능의 사고에 젖은 법률실증주의의 그림자를 보는 것만 같다. 반면에 헌법의 제규정 가운데 헌법의 근본가치가 그 구체성의 정도를 달리 하면서 표현된다고 보면서도 그 헌법의 근본가치가 무엇인가 내지 헌법의 개별규정이 그러한 헌법의 근본가치와 모순될 수도 있지 않을까 하는 생각에 이르지 못하고 있는 것은 그 논증의 깊이에 대한 의구심을 갖게 한다. 외국헌법—여기에서는 독일기본법—에 있는 규정이 우리헌법에 없다고 하여 바로 반대해석을 가능케 하는 것은 아닐 것이라는 점, 게다가 바로 그 외국(독일)의 학설·판례가 우리 헌법재판소가 주목한 해당규정과 상관없이 별도의 — 헌법규범의 — 위헌성심사기준을 찾아 우리 헌법재판소와 다른 방향의 논증을 하고 있는 점,[14] 국민투표의 유무가 헌법제정과 헌법개정의 구별가능성여부를 결정해주는 기준으로서 자명하다고만 볼 수는 없다는 점, 국민투표로 인하여 헌법개정이 공권력행사가 아니라는 결론이 곧바로 도출된다고 말하기는 어렵지 않을까 하는 점 등에 대하여 보다 더 신중한 숙고가 이루어졌어야 했다.

아래에서는 헌법재판소의 태도에 대한 비판적 관점에서 위헌적 헌법규범의 제문제를 우리 헌법의 토대위에서 이론적으로 검토해보기로 한다. 우선 위헌적 헌법규범이라는 개념이 성립될 수 있는가를 중심으로 헌법의 위헌성 문제를 헌법문제로서 분명히 한 후(아래 III), 형식적 헌법규범이 실질적으로 위헌인지 여부를 실체적으로 판단하는데 있어서

14) 아래 VI의 내용 참조.

어떠한 기준이 있을 수 있는지를 검토하고 나서(아래 Ⅳ), 위헌으로 판명된 형식적 헌법규범이 있을 때 이의 위헌성을 심사하고 확인할 수 있는 재판기관과 사법적 심사절차가 있는지 여부를 따져보기로 한다(아래 Ⅴ). 마지막으로 우리보다 앞서 위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 대한 논의를 하였던 독일의 경우를 비교법적인 견지에서 간략히 살펴봄으로써 우리의 논의의 정당성을 간접적으로 확인하면서 맺음하고자 한다(아래 Ⅵ).

Ⅲ. 헌법문제로서 헌법규범의 위헌성 — 위헌적 헌법규범의 개념구성

1. 위헌적 헌법규범이라는 개념[15]과 헌법의 합법성·정당성의 문제

헌법이 헌법에 위반한다는 의미의 위헌적 헌법규범이라는 용어가 개념상 가능한가? 여기에서 헌법의 개념이 2중적으로 쓰이고 있음은 쉽게 알아볼 수 있다. 전자의 헌법(또는 주어부에 쓰이고 있는 헌법)이 형식적 의미의 헌법을 가리킨다는 것이 비교적 분명함에 반하여 후자의 헌법(또는 술어부에 쓰이고 있는 헌법)이 무엇을 가리키는지는 명확하지 않다. 즉 헌법의 위헌성을 가리는 기준으로서의 헌법의 개념범위를 구체화할 필요가 있다.

헌법은 국가의 법질서의 단계에서 최고법의 지위에 있기 때문에 헌법에 대하여 합법성여부를 따지는 것은 헌법제정에 있어서는 문제제기 자

15) 이 개념은 오토 바호프의 유명한 논문 Verfassungswidrige Verfassungsnormen?의 표제로 쓰였는데 바호프 자신도 개념자체에 관한 의문이 있을 수 있음을 인정하고 용어 문제보다는 그 용어가 가리키는 문제의 실질을 주로 논의하자고 강조하고 있다.

체가 곤란하다. 헌법개정에 대하여는 개정후헌법이 개정전헌법에 정하여진 개정조건을 충족시키지 않아 '법적으로는 아직 유효하게 성립하지 못한' 경우에 한하여 '아직 유효한' 개정전헌법을 기준으로 합법성여부를 논할 수 있을 것이다. 이 경우 '법적으로는 존재하지 아니하는' 개정후헌법규범의 개정전헌법위반성을 표현하기 위하여 위헌적 헌법규범이라는 용어를 사용하는 것이 적절하다고만은 할 수 없다. 오히려 기존헌법의 개정절차를 위반하는 개정행위의 위헌성을 추궁하는 것이 옳을 것이다.

헌법에 대하여 그 최후의 효력근거와 관련하여 정당성을 묻는 것은 헌법제정의 경우에 대하여도 헌법개정의 경우에 대하여도 가능하다. 헌법제정의 결과로서의 시원적인 헌법규범이든, 헌법개정의 결과로서의 개정헌법규범이든 형식적 헌법에 해당할 것이다. 이러한 형식적 헌법의 정당성을 헌법제정권력의 주권적 의지·결단에서 구할 것인가 아니면 헌법보다 고차의 법, 즉 초실정적 법이라든가 헌법적 공동체의 구성에 있어서 바탕이 된 근본가치에서 구할 것인가? 전자의 경우 —물론 칼 슈미트처럼 주권적 결단으로서의 헌법과 기타의 헌법률의 구별이 가능하다면 헌법률의 헌법위반성을 논의할 수 있는 여지가 있지만 — 형식적 헌법은 그 제정으로써 자기정당화되나, 후자의 경우에는 실질적 견지에서 그 정당성 여부를 검토할 수 있게 된다. 이 때의 실질적 기준을 다시금 불문의 헌법으로 부를 수 있겠는가 그리고 그런 의미에서 (형식적) 헌법의 위헌성을 말할 수 있겠는가는 문제로 남는다.

2. 형식적 헌법과 실질적 헌법

형식적(의미의) 헌법은 그 내용과 상관없이 주로 형식적 기준, 예컨대 성립절차·명칭·개정곤란성 등에 따라 인정되는 헌법규범을 말하는 바, 우리의 경우 헌법전이라는 형식의 성문법전을 가리킨다. 반면에 실질적(의미의) 헌법은 그 형식과 상관없이 내용을 기준으로 하여 국

가의 기본성격을 형성하는 헌법원리, 국가최고기관의 구성·조직·권한과 그들 상호간의 관계, 국민의 국가 내에서의 기본적인 법적 지위를 규정한 것이면 법단계의 어느 위치에 있건, 즉 헌법, 법률, 명령 그 어느 것이든, 또는 성문의 형식이든 불문의 형식이든 묻지 않고 인정되는 것이다. 형식적 헌법은 대체로 실질적 헌법을 내용으로 하지만 반드시 그런 것은 아니며, 일정한 사항을 일반입법자의 권한으로부터 분리시켜 개폐를 곤란하게 할 필요가 있거나 일정 사항에 헌법적 위상을 부여하기 위하여 헌법의 형식이 기술적으로 이용되기도 한다.

여기에서는 그 내용과 상관없이 성문헌법전내에 규정되어 있어 형식적으로 헌법적 지위를 가지고 있는 헌법규범이 문제된다. 법단계구조에 있어서 형식적 헌법은 최고성을 가지기 때문에 기타의 법규범과 달리 형식적으로는 그보다 상위의 법규범은 존재하지 않으므로 실정법적 측면에서는 다른 법규범에의 위반을 생각할 수 없다. 따라서 실정법적으로는 성문헌법전내에 규정된 형식적 헌법규범 상호간의 서열을 인정한 위에 하위규정의 상위규정 위반을 생각할 수 있을 뿐이다. 그밖에는 헌법의 기본원칙으로서 헌법에 전제된, 또는 헌법에 선행하는 초실정적 법원칙을 인정하여 그것을 실질적 헌법의 한 내용으로 보아 이에 대한 형식적 헌법의 위반을 생각해 볼 수 있다.

3. 형식적 위헌성과 실질적 위헌성

헌법규범의 위헌성은 그 위헌심사기준에 따라 두 유형으로 나누어 볼 수 있다. 형식적 위헌성(=절차상·형식상의 위헌여부)과 실질적 위헌성(=내용상의 위헌여부)이 그것이다. 우선, 형식적 헌법규범이 — 특히 개정을 통하여 — 성립함에 있어서 헌법에 규정된 절차나 형식 등의 조건을 위반하는 경우 형식상 위헌이라고 말할 수 있다. 헌법제정에 의하여 성립한 시원적 헌법규범의 경우에는 형식적 위헌성을 확인할 수 없다. 헌법제정에 있어서는 형식적·절차적 측면의 법적 구속이 인정되

지 않기 때문이다. 다음, 헌법전내에 규정된 형식적 헌법규범들 중에 어떤 규정이 담고 있는 내용이 헌법의 기본원칙 등에 속하는 경우 다른 헌법규범이 그 규정에 위반하는 경우라든가 실정헌법에 선행하는 초실정적 법원칙에 형식적 헌법규범이 위반하는 경우 이는 내용을 기준으로 한 것이므로 실질상 위헌이라고 부를 수 있다.

형식적 헌법규범의 형식적 위헌성은 헌법개정의 경우에 나타난다고 볼 수 있으나 그것은 외견상의 것일 뿐 자세히 들여다 보면 형식적 견지에서 기존헌법에 위반한 헌법개정은 헌법제정으로서는 몰라도 헌법개정으로서는 무효일 것이므로 위헌성여부를 논의할 대상으로서의 형식적 헌법 자체가 존재한다고 보기 어렵다. 또 그것을 헌법제정으로 간주할 경우 형식적 위헌성을 따질 수 없다. 그러므로 여기에서 문제되는 것은 형식적 헌법규범의 실질적 위헌성으로 제한된다.

4. 헌법규범의 위헌성의 헌법문제로서의 두 범주

헌법문제로서의 형식적 헌법규범의 실질적 위헌성문제에 관하여는 두 가지 차원에서 접근하여야 한다. 하나는 실체법적 문제로서, 형식적 헌법규범이 위헌인지 여부를 실체적으로 판단하는 데 관한 것이다. 이는 형식적 헌법규범의 위헌심판기준에 관한 문제로 귀착된다. 다른 하나는 절차법적 문제로서, 형식적 헌법규범의 위헌여부가 실체적으로 가려진다 하더라도 과연 어떠한 기관이 어떠한 사법심사절차를 통하여 그럴 수 있는가 하는데 관한 것이다. 이는 형식적 헌법규범의 사법심사가능성에 관한 문제로 귀착된다. 형식적 헌법규범의 위헌성에 대한 실체법적 판단의 문제와 이를 구체적으로 행할 (사법)주체와 (사법)절차의 문제는 구분되어야 한다.

Ⅳ. 헌법규범의 위헌성에 관한 실체법적 문제 — 형식적 헌법규범의 위헌성심판의 기준

1. 형식적 헌법의 형식적 (성문)헌법 위반으로 인한 위헌성

(1) 헌법개정한계조항위반

헌법개정이 유효하게 성립하려면 성문헌법상의 일정한 절차규정을 준수하여야 하고 나아가 성문헌법상의 실질적·내용적 한계규정을 넘는 내용으로 개정이 이루어져서는 안된다.

우선, 헌법이 스스로 규정하고 있는 헌법개정절차조항을 준수하지 않은 헌법개정이 이루어진 경우 이는 형식적 견지에서 성문헌법을 위반한 것이다. 예컨대 헌법 제128조의 제안권자, 제129조의 공고절차, 제130조 제1항의 국회의결절차, 제130조 제2항의 국민투표절차 등이 헌법규정대로 진행되지 아니한 채로 헌법개정안이 확정되었다면 여기에 해당될 것이나, 이는 형식적 위헌성의 문제이다.

다음, 헌법이 스스로 일정한 내용을 특정하여 헌법개정을 금지하고 있을 때 이를 헌법개정의 실정법적 한계라고 부른다. 이러한 실정법적 헌법개정한계조항을 위반하여 개정불가사항으로 특정된 내용을 개정하는 헌법개정이 감행된 경우 이는 실질적 견지에서 성문헌법을 위반한 것이다. 우리 헌법의 경우 특정내용의 개정을 금지하는 명문규정이 있는지에 대하여는 견해차가 있을 수 있으나, 헌법 제128조 제2항을 상대적인, 실정법적 개정한계로 보아 집권중인 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 목적으로 하는 내용의 헌법개정은 당분간 금지된다고 보는 것

이 옳다고 생각한다.[16] 그렇다면 그러한 내용의 헌법개정이 확정되는 경우 개정한계를 위반한 헌법(개정)으로서 (기존헌법의 견지에서 볼 때) 위헌이라 할 것이다.

그러나 위와 같은 — 절차적인 것이든 실질적인 것이든 — 헌법개정 한계조항은 헌법개정권력을 구속하는 것이지 헌법제정권력까지 구속하지는 못한다. 따라서 그 형식적·절차적 내지 실질적 위헌성에도 불구하고 헌법개정이 관철된 경우 만약 그것을 헌법개정의 외피속에서 헌법제정권력이 행사된 것이라 하면서 헌법개정이 아니라 헌법제정이라고 한다면 그러한 한에서는 더 이상 성문헌법위반을 말할 수 없게 된다. 새로운 헌법에 대해서는 합법성이 아니라 정당성만을 물을 수 있을 뿐이며, 헌법이 정당성을 갖추는 데는 기존헌법의 규정에 따라 성립될 것이 요구되는 것은 아니기 때문이다. 물론 헌법제정에도 일정한 한계가 있을 수 있으며 이는 절차적인 것이라기 보다는 실질적·내용적일 수밖에 없고, 이러한 실질적·내용적 한계는 또한 기존헌법의 존재를 전제로 하지 않으므로 초실정적인 내용일 수밖에 없다.

헌법제정과 헌법개정이 어떻게 구별되는가 및 헌법제정권력과 헌법개정권력이 각각 어떠한 한계하에 놓이는가는 헌법이론적 문제이다. 이 문제와 관련하여 무엇보다도 우리 헌법상의 헌법개정절차가 국민투표로 헌법개정을 확정하도록 하고 있는(제130조 제2항) 관계로 이러한 헌법개정과 역시 국민의사에 의하여야 할 헌법제정 사이를 구별하기가 어렵거나 무익하지 않은가 오해될 수 있다. 그러나 — 하나의 가설에 불과하긴 하지만 어쨌든 — 법적으로는 無인 상태에서, 따라서 특별한 사전적 법적 구속 없이 헌법을 제정하는 이른바 '자연상태에서의 국민'의 지위와 기왕에 존재하는 헌법하에서 '그 헌법에 의하여 조직된 집합체'로서 그 헌법이 인정하는 절차와 실질적 한계내에서 헌법을 개정하는 국민의 지위를 동일하다고 볼 수는 없을 것이다. 그러므로 비록 국민투표

16) 자세한 것은 김선택, 집권연장목적의 헌법개정제안봉쇄조항, 법정고시 1996년 11월호, 102쪽 이하 및 12월호, 76쪽 이하 참조.

를 거쳤다 하더라도 그것을 헌법제정으로 볼 특단의 사정이 없는 한 헌법개정으로 보아야 할 것이고, 따라서 개정한계조항을 위반한 경우 성문헌법위반으로서 위헌무효라 하지 않을 수 없다.

(2) 하위 헌법규정의 상위 헌법규정 위반

성문헌법에 포함된 헌법규정이 그 비중이나 위상에 있어서 다 같은 것이라고 보아야 할 것인가 아니면 내용에 따라서 근본적이고 실질에 있어 보다 원칙적인 헌법규정이 있는 반면에 덜 중요한, 부차적 의미를 가지는 헌법규정이 있어 서로 대비된다고 할 것인가? 헌법에 헌법제정자의 기본결단에 해당하는 기본원칙과 근본규범에 해당하는 내용들을 가진 헌법규정이 있고 기타의 헌법규정은 그러한 기본원칙과 근본규범을 구체화시키는 일종의 부수적 역할을 하는 것으로서 그러한 기본원칙과 근본규범에 합치되어야 한다고 하여, 하나의 동일한 헌법도 그 내부적으로 효력상의 서열이 있는 상위·하위규범들로 단계구조를 형성한다고 보는 견해가 있다.[17] 만약 이처럼 헌법규정 상호간에 기울기를 인정한다면 덜 중요한 헌법규정이 원칙적인 헌법규정과 일치하지 않을 때 이를 이유로 위헌(성문헌법위반)이라고 부를 수도 있을 것이다.

그러나 헌법제정권력자에 의해 제정된 하나의 동일한 헌법 안에 원칙적인 헌법규정과 일견 그에 모순되는 헌법규정이 있을 경우, 양헌법규정 모두가 헌법제정자의 자유로운 결단의 산물로서 상호모순으로 보기보다는 오히려 헌법의 통일성이라는 시각에서 헌법제정자가 원칙과 예외로 규정한 것으로 보는 것이 타당할지도 모른다. 즉 헌법제정자가 스스로 예외를 설정한 것으로 볼 수 있다. 물론 이 경우에 헌법제정자는 그런 식으로 원칙적인 헌법규정에 대한 예외를 인정함으로써 초실정적 법원칙을 위반할 수도 있음은 인정하여야 한다.

---

17) 정연주, 법원의 재판 및 헌법규정에 대한 헌법소원, 전남대법률행정논문집 제2집, 1992, 73~75쪽 및 그곳에 인용된 독일문헌 참조.

또한 — 이는 실제적 가능성은 별로 없으나 — 만약에 헌법제정자가 어떤 헌법규정이 원칙적인 헌법규정과 모순된다는 것을 부지불식간에 간과하고 그러한 규정을 헌법전에 두었다면 어떻게 되는가? 이론적으로만 보면, 그 헌법제정자가 주관적으로 그러한 의사상태에 있었다는 것을 확인한다는 것은 매우 어려우므로 오히려 헌법의 객관적 의사를 중시하여 헌법해석상 원칙규정에 대한 예외가 설정된 것으로 보든지 아니면 양자의 모순을 인정하지 않는 것으로 보아 양자를 조화시켜 해석하라는 요구로 보는 것이 일단 타당할 것이다. 물론 헌법은 전혀 상관성이 없는 단순한 개별규정들의 집합체가 아니라 일정한 국가상, 헌법상을 지향하는 하나의 통일된 전체로서 보아야 한다. 그렇기 때문에 일견 서로 부합하지 아니하는 헌법규정들이 있을 때에는 그들을 헌법의 내재적 통일성이라는 견지에서 서로 조화되게 해석하여야 한다. 그러나 헌법전체에 나타난 헌법제정자의 전체적 의도에 비추어 보나, 헌법 개별규정 상호간의 관계로 보나, 도저히 조화되기 어려운 모순관계가 발견될 경우에는 다른 해결책을 찾지 않을 수 없을 것이다. 해당 헌법규정의 헌법내재적 모순을 확인할 수 있을 것이고, 아마도 헌법전체의 취지에 맞추어 최대한의 제약하에서 적용해야겠지만 경우에 따라서는 그 적용을 배제하지 않으면 안될 경우도 있을 수 있을 것으로 본다.

(3) (헌법전에) 실정화되어 있는 초실정적 법원칙 위반

우리 헌법은 제10조(인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권), 제37조 제1항(헌법에 열거되지 아니한 권리) 등에서 보는 바와 같이 자연법적인, 초실정적인 법내용을 수용하고 있다. 이는 우리 헌법이 초실정적 법원칙을 승인하고 있음을 나타내는 것이다. 그러나 헌법에서 초실정적 법원칙을 인정하고 있는 것은 창설적인 것이 아니고 선언적인 데 불과하다. 초실정적 법내용이 (헌)법전에 수용된다 하여 그 초실정적 성격이 상실되는 것은 아니고 헌법전에의 실정화여부와 상관없이 초실정적

법원칙은 그 자체 효력을 가지기 때문이다.

헌법전에 실정화된 초실정적 법원칙을 내용으로 하는 헌법규정은 기타의 헌법규정, 즉 오로지 헌법전에 실정화됨으로써 헌법적 성격을 가지게 된 헌법규정에 비하여 실질상 우월하다고 볼 수 있다. 따라서 후자의 형식적 헌법규정이 전자의 형식적 헌법규정에 모순될 때 위헌성을 말할 수 있게 된다. 이 경우 실정헌법내의 어떤 규정이 헌법전에 실정화된 초실정적 법원칙을 위반하는 경우 이는 실정헌법을 위반한 것임과 동시에 자연법을 위반한 것이 된다.

예컨대 헌법 제11조 제1항은 일반적 평등원칙을 규정하고 있다. 자의금지 내지 합리적 사유없는 차별 금지를 내용으로 하는 평등원칙은 헌법전내에 실정화되어 있느냐 여부와 상관없이 정의의 핵심적 내용을 이루는 것으로서 그 자체 초실정적 구속력을 가진다. 만약에 일반국민에게 인정되는 기본권이 특수신분에 속함을 이유로 하여 특별한 합리적 근거없이 (법률에 의하여) 제한되는 경우 이는 초실정적 법원칙을 내용으로 하는 실정헌법상의 평등원칙 위반을 면치 못할 것이다. 그러한 기본권제한이 설사 실정헌법내의 어떤 규정(형식적 헌법)을 통하여 이루어지더라도 그 자체만으로 벌써 합헌성이 담보된다고 말할 수는 없다. 그러한 형식적 헌법규정은 초실정적 법원칙을 실정화한 헌법규정이 기타의 헌법규정보다 우월하다는 전제를 받아들인다면 이미 실정헌법위반으로 될 것이다.

2. 형식적 헌법의 실질적 (불문)헌법 위반으로 인한 위헌성

(1) 불문헌법으로서의 헌법관습법위반의 가능성

헌법의 영역에서도 불문법으로서 관습법이 성립할 수 있다. 그러나 불문헌법으로서의 헌법관습법의 위반을 이유로 하여 형식적 헌법의 위헌성을 인정한다는 것은 실제상 가능하지 않다. 헌법관습법이 성문헌법

을 보충하는 한 양자는 아직 충돌하지 않는다. 만약에 성문헌법에 모순되는 헌법관습법이 관철되어 성문헌법의 일부 내용을 더 이상 적용하기 어렵게 되는 경우 그러한 성문헌법내용을 헌법관습법에 위반하여 위헌이라고 말할 수는 없다. 그때에는 신법으로서의 헌법관습법이 구법으로서의 성문헌법내용을 밀어낸 것으로서 신법우선의 원칙이 적용된 예라고 말해야 옳다.

(2) 불문헌법으로서의 (헌법에 실정화되지 아니한) 초실정적 법원칙

실정헌법이 초실정적인 자연법 내지 (근대)법의 기본원리·기본원칙을 남김없이 수용하기란 사실상 불가능하다. 형식적 헌법이 초실정적 법원칙으로서 헌법전에 수용되지 아니한 것에 위반될 수 있다. 이 경우 그러한 초실정적 법원칙을 불문의 헌법(내용)이라고 부를 수 있는가는 별개문제이다. 만약 그렇게 부를 수 있다면 형식적 헌법(성문헌법)의 불문헌법위반, 즉 실질적 위헌이라고 말할 수 있다.

초실정적 법원칙과 관련하여 그것이 지나치게 막연하거나 지극히 주관적이어서 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 주장이 가능할 지도 모른다. 특히 거의 전적으로 실정법질서에만 의존하는 재판운영에 길들여진 우리의 사법실무로서는 자연법이니 초실정적 법원칙이니 (초실정적) 인권이니 하는 — 법률실증주의를 넘는 — 범주들을 원용하기를 두려워할 가능성이 크다. 그러나 여기에서 말하는 초실정적 법원칙이 안정적 사법운영을 깨뜨릴 만큼 자의적이거나 주관적인 것만은 아니다. 그것은 우선 성문헌법에 전제된 것이다. 성문헌법에 규정된 내용에 비추어 그 전제성이 확인되는 것이어야 한다. 즉 성문헌법의 바탕, 기초를 형성하는 내용의 것에 국한된다. 다음, 근대적 입헌주의는 어느 한두나라의 예외적 현상이 아니라 대부분의 선진국에서 보편적으로 받아들여지고 있다. 따라서 근대적 입헌주의의 공통적 특징이라든가 그 핵심을 이루는 가치내용들은 거의 대부분 간주관적으로 확인가능한 것이다. 그

러한 의미에서는, 어느 헌법국가에서 불문헌법이라고 불리울만한 초실정적 법원칙은 일응 — 사회과학적·법학적 의미에서 — 객관성을 가진다고 볼 수 있다.

또한 헌법 제103조에 따르면 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다." 여기에서의 양심을 단순히 법관 개인의 주관적인 태도로 돌려 그것이 법관 갑모의 개인적인 양심이 되어서는 안되고 법조인으로서의 직업적 양심이 되어야 한다고 해석하는 것이 보통이다. 그런데 문제는 직업적 양심의 내용이다. 법조인으로서는 주어지는 실정법질서에 충실하는 것만이 직업적 양심에 부합한다고 말한다면 이는 '헌법과 법률에 의한 심판'외에 별도로 '양심에 따른 심판'을 규정한 의미를 찾을 수 없게 된다. 그러므로 여기에서의 '양심'은 '헌법과 법률'과 같은 실정법질서 바깥에 있는 어떤 내용에 지향되어야 한다. 객관적 질서로서의 초실정적 법원칙이 그 내용이 될 수 있을 것이다.

V. 헌법규범의 위헌성에 관한 절차법적 문제 — 위헌적 헌법규범의 사법심사가능성

1. 헌법규범의 위헌성 심판 주체 — 헌법재판소의 독점적 심판권한

헌법규범의 위헌심판은 규범통제의 일환으로 볼 수 있다. 헌법상 규범통제의 권한은 이원화되어 있다. 법률의 위헌심판은 헌법재판소의 권한으로(헌법 제107조 제1항), 명령·규칙의 위헌심판은 일반법원의 권한으로(헌법 제107조 제2항) 되어 있다. 따라서 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 일반 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 결정에 따라 재판하여야 한다. 이처럼 일반법률의 위헌여부심판도 하지 못하는 일반법원이 형식적 헌법에 대한 실질적 위헌여부를

심판할 권한을 가진다고 볼 수는 없다. 결국 형식적 헌법규범의 실질적 위헌성이 헌법재판소에서 심판할 수 있는 사항인가를 따져 보아야 한다.

문제는 형식적 헌법규범에 대한 위헌판단이 헌법개정과 유사한 효과를 가져오는데서 발생한다. 헌법재판소가 그 주문형식에 있어서 아무리 신중을 기한다 하더라도 위헌판단을 받은 헌법규정이 더 이상 적용되기는 어려울 것이다. 그렇다면 헌법과 법률 아래에서 법판단·법선언작용을 하는 사법기관이 오히려 헌법위에 군림하는 양태가 되는 것일지도 모른다. 특히 우리나라와 같이 (헌법의 제정에 있어서 뿐만 아니라) 헌법의 개정에 있어서도 국민투표를 필수적으로 거치도록 되어 있는 경우에는 개정절차를 거쳐 성립한 형식적 헌법이 국민으로부터 직접 민주적으로 정당화된 것이라고 말할 수 있다. 헌법재판소는 국민을 직접적으로 대표하는 대의기관이 아닐 뿐만 아니라 그 구성에 있어서 국회, 정부, 법원 3자가 관여하여 간접적인 민주적 정당성을 부여하고 있을 뿐이므로 국민이 직접 표결로 확정한 헌법에 변경을 가할 수 있는지 의심스럽지 않을 수 없다. 또한 헌법재판소 역시 헌법에 근거하여 창설·구성·조직되고 헌법으로부터 비로소 일정한 범위의 권한을 부여받은 것이므로 자기존속의 근거인 헌법에 대한 심판 내지는 위헌판단이 그 권한내에 있다고 말할 수 있는 것인지도 문제이다. 그러므로 주권자인 국민의 결단의 산물인 헌법을 헌법재판소와 같은 사법기관이 심판할 수 없다고 볼 수도 있다.

그러나 '자연상태의' 국민이 헌법제정권력자(주권자)로서 국민투표를 통하여 헌법을 제정하는 경우와 '헌법에 의하여 창설된' '일종의 기관으로서의' 국민이 '헌법이 인정한' 헌법개정권력을 가지고 '헌법이 규정한' 절차(국민투표)에 따라 헌법을 개정하는 경우는 구분되어야 한다. 따라서 두 경우에 있어서 국민투표가 동일한 의미를 가지는 것이라고는 볼 수 없다. 헌법제정행위로서의 국민투표는 제헌헌법에 대하여 — 물론 헌법제정의 한계를 인정할 경우 그 한계내에서이긴 하지만 — 광범하고

포괄적인 정당화를 수행하는 반면에 헌법개정행위로서의 국민투표는 개정헌법에 대하여 기존의 헌법의 기본적 동일성과 계속성을 유지하는 한도내에서 부분적 정당화를 수행한다고 보아야 한다. 국민투표가 모든 헌법개정, 모든 개정헌법조항을 전범위에 걸쳐 그대로 정당화하는 것은 아니다. 특히 헌법의 전면개정에 있어서는 국민투표를 통한 국민적 합의의 확인은 전체헌법의 맥락 속에서 헌법의 기본가치나 기본내용에 관하여 이루어지는 것이지 헌법의 개별규정 모두에 대하여 이루어지는 것은 아니다. 국민은 헌법의 제정 또는 개정시 헌법의 '전체성을 결정하는 기본적 합의사항'에 대하여 투표하여 헌법을 확정하는 것이지 개개의 헌법규정을 별도로 검토하지는 못하기 때문이다. 따라서, 국민투표로 인한 직접적·민주적 정당화가 미치지 아니하는 범위내에서 헌법재판소가 심판할 수 있음은 물론이다.

그리고 헌법의 제정 그 자체와 제정행위의 산물로서의 시원적 (제헌)헌법에 대하여는 그것이 바로 헌법재판소의 존재근거가 되므로 그에 대한 심판이 헌법재판소의 권한사항일 수 있을까 하는 의문이 제기될 수 있겠지만, 헌법재판제도가 근대헌법의 성립과 무관하게 역사적 전통을 가진 제도로서 헌법전에 수용된 데 불과하다거나 기존의 헌법에 의하여 헌법재판소가 창설된 이후에 헌법이 개정된 경우에는 그러한 헌법개정행위와 개정헌법에 대한 심판은 가능할 것이다.

또한 — 명령·규칙에 대한 위헌심판의 예외가 있긴 하지만 — 규범통제절차에 있어서 헌법의 최종적·유권적 해석권한을 헌법재판소에 독점적으로 집중시키고 있는 우리의 사법체계하에서 형식적 헌법의 실질적 위헌성을 문제삼는다면 헌법재판소 외에는 달리 심판주체를 찾을 길이 없어 보인다. 헌법재판소의 이와 같은 헌법심으로서의 기능에 비추어 형식적 헌법에 대한 여러 가지 해석가능성의 검토와 형식적 헌법을 상회하는 불문의 헌법적 원칙에 대한 인정여부도 헌법재판소에 맡겨질 수밖에 없다.

2. 헌법규범의 위헌성 심판절차

(1) 위헌법률심판

헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 제1항은 이른바 위헌제청에 관하여, 헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제2항, 동법 제41조 제1항은 이른바 위헌소원에 관하여 각 규정하고 있다. 위헌제청은 전형적인 구체적 규범통제절차를 규정한 것이며, 위헌소원은 우리 헌법재판제도에 특유한 것이다. 이 두 가지는 그 성질상 위헌법률심판의 유형에 해당하는 것으로 인정된다. 우리 헌법상 위헌법률심판의 실질적 근거규정은 헌법 제107조 제1항이다. 헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다."고 규정하여 법원의 제청에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상으로서는 '법률'을, 심판의 기준으로서는 '헌법'을 각 명시하고 있다. 여기에서 문제되는 것은 '법률'과 '헌법' 각각의 개념이 가리키는 범위이다.

만약에 여기에서의 '법률'이 국회에서 일정한 절차에 따라 제정·공포되는 형식적 의미의 법률(또는 효력상 그에 준하는 명령이나 조약 등)에 국한된다면 우리가 문제로 삼고 있는 (위헌적인) 형식적 헌법은 위헌법률심판의 대상이 될 수 없을 것이다. 또한 만약 '헌법'이 형식적 의미의 헌법에 국한된다면 형식적 헌법의 위헌성은 곧 형식적 헌법이 바로 자기자신, 즉 형식적 헌법에 위반된다는 말이 됨으로써 개념적 가능성 자체가 의심받게 된다. (물론 위에서 살펴 본대로 형식적 헌법의 내재적 통일성에 대한 모순을 개별적 헌법규정의 전체로서의 헌법에 대한 위반으로 본다든지, 헌법내 상하위규정간의 갈등을 하위단계에 속하는 개별적 헌법규정의 보다 원칙적인 내용의 상위단계의 헌법규정에 대한 위반으로 본다든지 하여 형식적 헌법의 형식적 헌법위반이라는 용례

가 정당화될 가능성은 열려 있다.) 반대로 '법률'이 실질적 의미의 법률 개념을 채용하고 있다면, 헌법 역시 그런 의미에서는 하나의 법률임에 틀림없으므로 형식적 헌법도 위헌법률심판의 대상이 될 수도 있을 것이다. 또한 만약 '헌법'이 형식적 의미의 헌법에 국한하지 아니하고 실질적 헌법, 특히 불문헌법(헌법관습법이나 초실정적 법원칙)을 포함한다면 형식적 헌법의 이러한 실질적 헌법에 대한 위헌여부를 따져 볼 수도 있을 것이다.

헌법재판소는 전자의 길을 택하여 위헌법률심판의 가능성을 부인하였다. 물론 헌법재판소가 비교법적 예로 들고 있듯이 독일의 경우에는 '법률의 형식'으로써 헌법개정이 이루어지고 따라서 위헌'법률'심판이 가능하겠지만 우리의 경우 '헌법의 형식'으로써 헌법개정이 이루어지므로 반대로 해석된다고 볼 수도 있다. 그러나 이러한 해석방식은 문구의 의미 보다는 지나치게 문구 자체에 치우친 협소한 감이 있다.

(2) 헌법소원심판

헌법 제111조 제1항 제5호는 헌법재판소의 관장사항 가운데 하나로서 '법률이 정하는 헌법소원'을 규정하고 있는 바, 헌법재판소법은 이를 구체화하여 제68조 제1항에 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법소원심판을 청구할 수 있다."고 규정하고 있다. 형식적 헌법이 — 그것이 헌법제정의 결과이든 헌법개정의 결과이든 — 헌법재판소의 헌법소원심판의 대상이 되려면 헌법제정권력 또는 헌법개정권력의 행사가 공권력의 행사에 해당되어야 하고 나아가 해당 헌법규정이 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해하여야 한다.

헌법제정권력 또는 헌법개정권력의 행사가 헌법재판소법 제68조 제1항의 '공권력행사'의 개념 속에 포함되는가? 헌법제정권력은 국가이전적인 '자연상태에서의 힘'으로서 비로소 헌법을 제정하고 그에 입각한

통일적 법질서를 수립함으로써 국가를 창설한다. 그렇게 보면 헌법제정권력을 국가를 전제로 하는 공권력에 포함시키는 것은 곤란한 것으로 보인다. 반면에 헌법개정권력은 헌법에 의하여 창설되고 조직되는 권력이고, 국가내적 권력이다. 물론 입법권이나 집행권, 사법권과 같은 국가권력 보다는 — 그들 권력의 기초를 변경시킬 수 있다는 점에서 — 상위의 권력임은 분명하나 그것이 곧 입법권, 집행권, 사법권을 공권력으로 부르면서 헌법개정권력은 그와는 전혀 다른 성격의 모종의 권력이라고 규정하는 것을 정당화해줄 만한 것은 아니다. 헌법개정권력의 주체가 국민이고 그 권력의 행사방식이 국민투표라는 형식으로 나타나는 것이 특수해 보일 수 있다. 하지만 입법권, 집행권, 사법권의 행사주체는 국가기관일지 모르나 그 보유주체는 의연히 국민이라는 점, 헌법개정권력의 행사가 국민투표로 이루어지는 것은 국민이 직접 그 권력을 행사하기 때문에 불가피하게 선택된 행사방식일 뿐이라는 점을 감안하면 양 권력의 성격 자체를 완전히 다르게 규정짓기 위한 근거로서는 불충분하다. 결국, 헌법재판소의 견해와는 달리, 헌법개정권력의 행사도 공권력 행사의 개념 속에 포함시키는 것이 옳다고 본다.

형식적 헌법규범이 바로 그 헌법에 보장된 기본권을 직접 침해하는 것이 가능한가? 다른 헌법규정에서 보장하고 있는 기본권을 제한하는 헌법규정이 있는 경우 이를 기본권에 대한 헌법직접적 제한 또는 개별적 헌법유보라고 부른다. 헌법상의 기본권보장규정과 기본권제한규정은 보통은 헌법입법자 스스로 의도한 '원칙과 예외의 관계'로 볼 수 있어 특별히 문제삼을 것은 없다. 기본권의 제한은 기본권보장을 통해 달성하려고 하는 개인의 이익이 중요한 공익과 충돌할 때 양자를 조화롭게 최적으로 해결하기 위한 헌법적 방안이다. 따라서 기본권제한에도 일정한 헌법적 한계가 있을 수밖에 없다. 특히 공익을 앞세운 기본권제한이 기본권보장을 공동화·형해화할 때에는 기본권의 본질적 내용을 침해하게 되고 이럴 경우 이미 기본권제한의 정도를 넘어선 것이다. 또한 기본권보장의 이념으로서든 기본권의 가치적 핵심내용으로서든 인간의

존엄과 가치를 핵심내용으로 하는 기본권에 있어서 그러한 기본권의 제한에 있어서 바로 인간의 존엄과 가치를 침해하게 될 경우 역시 허용되는 제한의 정도를 넘는 것이다. 기본권의 본질적 내용(헌법 제37조 제2항)이건 인간의 존엄과 가치(헌법 제10조 제1문)이건 현행헌법에 명시되어 있으나 그 내용으로 보아서는 실정화여부와 상관없이 인정되어야 할 초실정적 법원칙의 성격을 가진다고 보아야 한다. 따라서 헌법제정권력 또는 헌법개정권력의 행사로 성립한 헌법규정 자체에 의하여 다른 헌법규정상의 인간의 존엄과 가치라는 기본권내용부분이나 기본권의 본질적 내용이 침해된 경우 실정화된 초실정적 법원칙에 위반한 경우로서 실질적 위헌성을 인정할 수 있어야 한다고 본다.

Ⅵ. 비교법적 검토 — 독일의 예

독일의 경우 위헌적 헌법규범이 있을 수 있다는 점과 독일연방헌법재판소가 이를 확인할 수 있다는 점에 대하여 독일기본법시행 초창기에 약간의 논란이 있었음[18]을 제외하면 오늘날까지 긍정하는 입장이 지배적임을 알 수 있다.

독일의 판례는 처음에는 불확실한 태도를 보였으나,[19] 바이에른주 헌법재판소가 그 확립된 판례가운데[20] 그리고 독일연방헌법재판소가 그 판례를 통하여 위헌적 헌법규범이 가능하다는 것을 정면에서 인정하기에 이르렀다. 우선 바이에른주 헌법재판소의 유명한 1950년 4월 24일

18) 자세한 내용은 Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? 1951, S. 16ff. 참조.

19) Otto Bachof(위의 주 18), S.14ff. 참조, 특히 독일연방대법원의 초기의 부정적 태도에 대하여는 BGHZ 1, 274(276) 참조.

20) BayVerfGHE n.F. 2, 45(47f.); 3, 28(47f.); 4, 51(59); 9, 1(8f.); 11, 127 (134).

의 판결에 따르면 "어떤 헌법규정 자체가 무효라는 것이 그것 자체가 헌법의 구성부분이라는 이유만으로 벌써 개념상 배제되는 것은 아니다. 매우 기초적이고 헌법에도 선행하는 법의 표현으로서 헌법제정자 자신을 구속하는 헌법원칙들이 있으며 이러한 헌법원칙들은 그러한 지위가 부여되지 못하는 다른 헌법규정들을 그에 위반한다는 이유로 무효라고 할 수 있다."는 것이다. 다음 독일연방헌법재판소도 일찍이 헌법제정(권력)자 자체를 구속하는 초실정적 법이 존재한다는 것을 인정한 바 있다.[21] 즉 시원적인 헌법제정회의조차도 모든 성문법에 선행하는 법원칙에 구속된다는 것이다.[22] 나아가 "헌법에 대하여도 선행하는 법을 표현한 것으로서 헌법제정자 자신을 구속하는 헌법원칙들이 있으며, 그러한 지위를 부여받지 못한 여타의 헌법규정은 그러한 헌법원칙들에 위반됨을 이유로 무효로 될 수 있다. 이는 특히 어떤 헌법규범이 이 헌법 자체의 기본결단에 속하는 근본적 정의의 요청(grundlegende Gerechtigkeitspostulate)을 감당할 수 없을 정도로 무시하는 때에 (in schlechthin unerträglichem Maße mißachtet) 문제된다."고 판결하고 있다.[23], [24]

독일의 학설도 오토 바호프(Otto Bachof)[25]와 요제프 빈트리히(Josef Wintrich)[26]를 중심으로 하여 일찍부터 위와 같은 판례의 입장을 지지

21) BVerfGE 1, 14(18, Ls. 27).

22) BVerfGE 1, 14(61).

23) BverfGE 3, 225(Ls. 2).

24) 이 판결은 문언상 구스타브 라드브루호의 영향을 받았음이 명백하다. 라드브루호는 독일 나치스체제의 붕괴직후 발표한 그의 소논문 '법률적 불법과 초법률적 법(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S.105ff.)'에서 일명 라드브루호공식(Radbruchsche Formel)으로 잘 알려진 다음과 같은 말을 하고 있다:"정의와 법적 안정성이 충돌하는 경우 규정과 실력에 의하여 보장되는 실정법이 내용상으로 부정의하고 합목적적이지 못하다 하더라도, 그것이 정의에 모순되는 정도가 감당할 수 없을 정도에 달해서 당해 법률을 악법으로서 정의에 양보케 해야 하는 경우가 아닌 한, 실정법이 우위를 차지한다고 말함으로써 해결할 수 있을 것이다."

25) Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? 1951.

26) Josef Wintrich, Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 1957, S.137ff.

하였다. 최근의 독일논문에 따르면[27] 그때이후로 위헌적 헌법규범에 대한 논쟁은 잦아들었으며 지난 30년동안 위헌적 헌법규범의 가능성에 의구심을 보이는 진지한 시도는 전혀 이루어진 바 없다고 한다.

뿐만 아니라 위헌적 헌법규범에 대한 사법심사가 가능하다는데 대하여 오늘날 독일의 학계에 더 이상 아무런 다툼이 없다고 한다.[28] 독일연방헌법재판소도 스스로 위헌적 헌법규범에 대한 사법심사권을 자신이 가지고 있음을 명시적으로 강조하였을 뿐만 아니라,[29] 독일연방헌법재판소가 위헌적 헌법규범에 대한 사법심사권한을 독점하고 있음을 인정하는 것이 통설적 견해라고 한다.[30]

독일의 지배적인 학설·판례가 헌법규범의 위헌성여부를 심판함에 있어서 기준으로 삼은 것은 크게 보아 다음의 두가지이다. 첫째는 헌법의 성문규정인데 특히 헌법개정의 실정법적 한계규정인 독일기본법 제79조 제3항에 규정된 개정불가능한 헌법원칙들을 들 수 있다. 독일연방헌법재판소가 판시하고 있는 것처럼 "독일기본법 제79조 제3항은 헌법제정 입법자에 대한 한계로서, 헌법개정법률의 형식적-합법적 방식으로 현행 헌법질서가 그 실질 및 그 기초에 있어서 배제되고 전체주의정권을 사후적으로 합법화하기 위해 현행헌법질서가 남용되는 것을 방지한다는 의미를 가지고 있다."[31] 둘째는 실정헌법에 수용되지 아니한 초실정적 법 그 자체도 헌법개정법률의 (위헌성)심판기준이 된다는 것이 지배적인 견해이다. 헌법제정자가 "초실정적인 것으로 불리우는 규범들을 헌법의 기본결단 속에 수용하여 헌법(독일기본법)에 실정화하였을 때 그 규범들이 그들의 특별한 성격을 상실하는 것은 아니다. 그 규범들을 개별적·구체적으로 규정함에 있어서 특히 그들에 대한 예외를 어

27) Walter Leisner, Verfassungswidriges Verfassungsrecht – Nach dem "Bodenreform-Urteil" des BVerfG –, DÖV 1992, S.432ff.
28) Walter Leisner(위의 주 27), S.436.
29) BVerfGE 1, 14(18, Ls. 27); 3, 225, Ls. 3(235f.).
30) Günter Dürig, Thedor Maunz/ Günter Dürig, GG, Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 83.
31) BVerfGE 30, 1(24).

느 정도까지 인정할 것이냐의 문제에 있어서 그들이 정의의 최후의 한계(letzte Grenzen der Gerechtigkeit selbst)를 넘지 않는 한에서만 입법자(헌법개정자)에게 자유로운 처분이 인정된다."[32]고 본다. 예컨대 평등의 원칙은 그것이 기본법에 실정화되어 있느냐에 상관없이 효력을 가진다는 것이다.[33] 그 본래적 효력근거를 상실하지 않은 채로 헌법전에 수용된 법은 여전히 초실정적 법이라고 부를 수 있다는 것이다. 물론 독일연방헌법재판소는 정의의 한계라는 초실정적 심판기준을 적용함에 있어서 다시금 한계를 그어야 할 필요를 인식하였다. 그리하여 독일연방헌법재판소는 "물론 자유민주주의적 입법자가 이러한 한계를 어디선가 넘을 개연성은 너무 작아서 시원적인 위헌적 헌법규범의 이론적 가능성은 실제적으로는 불가능에 거의 가깝다."[34]라는 견해를 취하고 있고, 실제에 있어서도 실무상 위헌적 헌법규범을 인정하여 위헌무효화한 예는 없다는 점을 특기할 만 하다고 하겠다. 여기에서도 문제의 어려움을 다시 한 번 확인할 수 있다.

32) BVerfGE 3, 225(233).
33) BVerfGE, 1, 208(233).
34) BVerfGE 3, 225(231ff.); 4, 294(296).

非典型契約의 解釋論

— 金融리스契約의 法的 性質을 중심으로 —

金 亨 培*

》목 차《

Ⅰ. 序 說
Ⅱ. 금융리스계약의 法的 性質에 관한 논의사항
1. 금융리스계약의 거래실태
2. 법적 성질에 관한 논의
Ⅲ. 民法規定의 基準法 機能
1. 종래의 견해
2. 典型契約規定에 관한 새로운 해석
3. 리스계약의 성질결정과 전형계약의 의미
Ⅳ. 非典型契約의 종류와 해석
1. 契約性質決定
2. 契約의 분류
3. 典型複合的 및 典型外的契約의 분류와 해석
Ⅴ. 금융리스계약의 법적 성질결정
Ⅵ. 結 言

Ⅰ. 序 說

a) 債權法에 있어서는 계약자유의 원칙이 지배하기 때문에 物權法에 있어서와는 달리 계약의 종류나 계약내용에 관하여 계약당사자가 자유로운 결정을 할 수 있다. 따라서 민법에 규정되어 있는 14가지 典型契約에 관한 법규정들은 任意的 效力(abdingbare Wirkung)을 가진다고 이해되고 있다. 즉, 구체적인 계약의 내용은 원칙적으로 그 계약을 체결하는 당사자의 자유로운 합의에 의하여 정하여진다. 그러나 이러한 합의는 대부분의 경우 불명료할 뿐 아니라 불완전하기 때문에 그 합의내

* 고려대학교 법과대학 교수

용을 명료하고 완전하게 할 規準을 정해놓을 필요가 있다. 그런데 일반 사회에서 행하여지는 구체적 계약의 모습과 내용은 천차만별이어서 이를 일정한 공통점을 기준으로 하여 유형화함으로써 몇가지의 전형적 종류로 분류하지 않고서는 그 규율이 불가능하다. 이러한 과정을 거쳐 탄생한 것이 전형계약의 종류이다. 이와 같은 전형계약은 무엇보다도 약정된 급부의 종류에 의하여 구별될 수 있으며, 이는 다시 전형화된 거래목적의 상이성에 그 기초를 두고 있다. 최근에 민법의 전형계약에 관한 규정은 단순히 任意的 補充的 機能을 가지는 것으로 그치는가, 다시 말하면 계약당사자가 전형계약의 규정내용과 다른 합의를 했을 경우에는 언제나 그 합의내용만이 유효한 것으로 존중되는가 하는 문제가 제기되고 있다.

b) 실제 거래사회에 있어서는 民法典 내에 규정되어 있지 않은 유형의 계약들이 자유롭게 체결되고 있다. 민법전은 그 제정당시에 거래계에서 가장 빈번하고 중요시되는 사용되는 거래유형만을 담고 있을 뿐, 거래계에서 새롭게 형성되고 있는 거래유형에 대해서는 이를 특별히 규정하고 있지 않기 때문이다. 이러한 계약에 있어서 당사자들이 이행과 관련된 여러가지 의무에 대해서뿐만 아니라, 채무가 이행되지 않는 경우에 발생될 수 있는 損害賠償, 擔保責任, 契約의 解除·解止, 消滅時效 등에 관하여 자세한 약정을 한 경우에는 이에 따를 것이지만, 당사자 사이의 特約이나 이를 보충할 事實인 慣習이 존재하지 않을 때에는 어느 전형계약의 규정들을 適用 또는 準用할 것인가하는 문제가 발생한다. 다시 말하면 비전형계약에 대하여 어떤 원리와 방법에 의하여 민법의 전형계약의 규정들을 적용할 것인가 하는 것이 문제된다.

c) 다음에서는 금융리스계약의 법적 성질결정에 관한 논의를 예로 들면서 전형계약이 갖는 기능과 비전형계약의 해석론에 관하여 구체적으로 검토하기로 한다.[1] 여러 신종계약유형중에서 특별히 금융리스를 소

1) 리스는 통상 금융리스와 운용리스로 구분된다. 그런데 운용리스는 불특정다수인을 상대로 범용성이 높은 물건을 리스회사가 조달하여 리스회사의 유지·

재로 삼은 이유는 이미 그 내용이 거래사회에 있어서 하나의 계약유형으로서의 정형성을 가지고 일반적으로 실용되고 있으나, 아직 그에 대한 입법적 해결이 행해지지 않은 채 그 법적 성질에 관한 해석상의 논의가 다양하게 전개되고 있기 때문이다. 따라서 이하에서는 먼저 금융리스계약의 유형적 특징과 그 법적 성질에 관한 논의를 개관하고, 다음으로 민법상의 전형계약규정의 기능과 비전형계약에 관한 해석론을 검토하기로 한다.

II. 금융리스계약의 法的性質에 관한 論議

1. 금융리스계약의 거래실태

금융리스계약은 새로운 거래의 필요성과 거래관행에 따라 발전된 거래유형으로서 그 내용이 형성된 것이다. 정형화된 리스계약의 체결과정과 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

a) 리스계약은 일반적으로 다음의 체결과정을 거친다. i) 특정한 물건을 필요로 하는 리스이용자(User)가 제작자와 판매업자 등의 공급자(Supplier)와 교섭하여 목적물을 선정하고 그 가격을 결정한다. ii) 리스이용자는 리스회사와 이른바 리스계약(법형식으로는 임대차계약)을 체결하고 물건가격·금리·수수료·보험료 등을 기초로 리스기간(대부분 목적물의 경제적 耐久年數에 해당한다)과 리스료를 결정한다. iii) 목적물에 대하여 공급자와 리스회사 사이에 매매계약이 체결되고, 그

관리책임하에 일정기간동안 대여해주고 그 대가를 지급받는 거래유형으로서 본질적으로는 전형적인 임대차계약과 거의 차이가 없으므로 그 법적 성질은 임대차로 이해하는데 이론이 없다. 따라서 리스계약의 법적 성질에 관한 논의는 주로 금융리스에 집중되어 있다.

결과 목적물의 소유권은 리스회사로 이전한다. iv) 목적물은 공급자로부터 리스이용자에게 또는 리스이용자가 지정한 장소로 직접 공급·인도되고, v) 리스이용자가 그 물건이 사용목적에 적합한 것임을 확인하면, 리스회사에 대하여 물건수령증서(借受證)을 교부한다. 이 때부터 리스회사에 대한 리스이용자의 리스료지급의무가 발생한다. vi) 리스회사는 물건수령증서를 교부받음으로써 물건이 공급자로부터 리스이용자에게 아무 이상없이 인도되었음을 확인한 것이 되고, 이어서 공급자에게 물건매매대금을 지급한다.

b) 이와 같은 과정을 통하여 체결되는 리스계약에 대해서 우리나라의 대부분의 리스회사는 이른바 "표준계약서"라고 하는 일반약관을 사용하고 있다. 그 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.[2] i) 리스이용자는 리스계약에 기하여 목적물을 약정한 기간동안 사용·수익하면서 리스회사에 대하여 리스료를 지급하지만, 특약에 의하여 이 기간중에 리스이용자의 중도해지는 금지된다. ii) 목적물에 하자가 발생하더라도 리스이용자가 직접 물건을 선정하였다는 이유로 리스회사의 하자담보책임이 면제되며, "필요한 경우 매도인(공급자)에 대한 하자담보청구권을 리스이용자에게 양도하거나 그 행사를 위임할 수 있다"고 명시하고 있다. 그리고 목적물에 대한 補修와 修繕義務도 리스이용자가 부담한다. iii) 물건에 대한 위험은 리스이용자가 부담한다. 따라서 물건이 리스이용자의 과실없이 멸실되더라도 리스이용자의 리스료지급채무는 그대로 존속하며, 리스이용자는 규정손실금을 지급하여야 한다. iv) 리스회사는 약정된 리스기간동안 물건구입가격 뿐만 아니라 금리, 세금, 보험료, 수수료 등의 비용을 리스료로부터 회수한다. v) 리스이용자의 채무불이행으로 인하여 리스계약이 종료될 경우, 리스이용자는 특약에 의하여 잔존 리스료 또는 그에 상당하는 액을 지급하지 않으면 안된다. vi) 리스기간만료시에 원칙적으로 목적물은 리스회사에게 반환되어야 하는데,

2) 이에 관해서는 崔光濬, 금융리스계약의 사법적 정의와 법적 성질, 고시계 94/8, 59면 이하, 62면 이하 참고.

이 때 비교적 저액의 리스료로 이용자에게 재리스되거나 매도될 수 있다.

2. 法的 性質에 관한 논의

이상과 같은 거래실태를 기초로 한 리스계약의 법적 성질에 관하여는 이미 많은 연구가 행해지고 있다. 리스계약의 법적 성질을 결정함에 있어서 그 전제로서 공통적으로 고려되고 있는 요소는 다음과 같다.

먼저 앞에서 설명한 체결과정을 보면 법형식적으로는 리스회사와 공급자 사이의 매매계약, 리스회사와 리스이용자 사이에 임대차계약이 병존적으로 체결되고 있다. 그리고 리스거래의 주요한 기능이 금융 및 리스물건의 사용·수익에 있다는 점과 부수적으로 리스이용자에게 節稅效果가 있다는 점에서는 이론이 없다. 다시 말해서 통상적으로는 리스이용자가 자신이 필요로하는 물건을 공급업자로부터 직접 구입하고 그 (매매)대금을 지급하여야 할 것이지만, 리스회사가 대신 대금을 치르고 리스이용자는 리스회사에 대하여 리스료라는 형태로 그 대금을 분할변제하게 된다. 다른 한편 그 목적물의 소유권은 리스회사에게 귀속되고 리스회사와 리스이용자 사이에는 임대차라는 법형식이 취해지고 있다. 따라서 리스이용자로서는 자기의 자본을 들이지 않고서도 그 목적물에 대하여 안정적으로 장기적인 利用權을 획득할 뿐만 아니라 리스료 전액을 세법상의 損金으로 처리할 수 있게 된다. 이와 같은 이유에서 리스거래는 '임대, 금융 그리고 매매라는 세가지의 목적을 동시에 달성하고자 하는 복합적인 성질을 갖는 것'[3]이라든가, '매매적 경제기능을 갖는 금융적 임대차'[4]라고 설명되기도 한다. 우리 대법원도 '리스회사가 리스이용자에게 물건이나 시설을 임대하는 형식의 계약이 체결되었다 하더라도 실질적으로는 단순히 물건이나 시설을 대여하는 것이 아니라 리스물건을 취득하는 데 소요되는 자금에 관한 금융의 편의를 제공하는 것

3) 加藤一郎, 椿壽夫 編, リース取引法講座(下), 1987, 2면.
4) 白石裕子, リース契約の基本構造, 早稻田法學會誌 24號(1974), 257면.

을 본질적인 내용으로 한다'[5]고 평가한다. 이와 같이 리스계약의 법적 성질에 관한 논의는 그 법형식과 실질적 내용의 상이를 전제로 하여 수행되어 왔다. 법적 성질의 결정방법이나 접근방법은 대체로 다음과 같이 몇가지 유형으로 분류될 수 있다.[6]

(1) 개별평가형과 종합평가형

먼저 기본적으로 리스거래에 참여하는 리스회사, 리스이용자 그리고 공급자의 3당사자의 관계를 불가분적인 하나의 계약관계 또는 '3면관계(Dreiecksverhältnis)'로서 종합적으로 평가하는 견해와 이를 두 당사자 간의 관계로 분해한 다음 그 관련성을 인정하면서도 하나하나 개별적으로 평가하는 견해가 있다. 이와 같은 구분은 리스계약의 당사자를 누구로 파악하는가라는 문제와 관련된다.

종래의 논의는 이들 3당사자를 각각 독립된 당사자로 전제하고, 그 중에서 리스회사와 리스이용자 간의 리스계약을 추출해낸 다음, 당해 계약의 성질결정을 하는 것이 일반적이었다. 이와 같은 사고방법은 민법이 원칙적으로 두 당사자관계만을 예정하고 있으며 '제3자를 위한 계약'과 같은 3면관계는 예외적으로 인정하고 있다는데서 영향을 받은 것으로 보인다.[7]

그러나 최근에는 리스거래의 실태가 3면관계로서 논해지지 않으면 그 실체가 파악될 수 없다는 종합평가형이 유력하게 주장되고 있다.[8]

---

5) 大判 1986.8.19, 84 다카 503.504; 大判 1990.5.11, 89 다카 17065; 大判 1992.7.14, 91 다 25598 등.

6) 리스계약의 법적 성질에 관하여 학설분류를 시도한 문헌이 적지 않으나, 법적 성질결정의 의의와 전형계약의 기능을 염두에 두고 학설의 분류를 시도한 문헌으로는 河上正二, 契約の法的性質決定と典型契約 — リース契約をてがかりとして 加藤古稀論集(下), 1992, 277면 이하.

7) 河上, 前揭論文, 283면 참고.

8) 예컨대 통상 리스거래의 본질적인 개념표지로서 비용상환의 원칙, 사용권의 이전과 리스료의 분할지급 그리고 3당사자가 거래에 참여하는 3면관계를 들고 있다(Larenz/Canaris, SchR II/2, 1994, S. 102 f.).

이 경우에도 3면관계의 실질적 내용을 비전형(무명)계약으로 파악하는 견해와,[9] 전형계약을 혼합하여 설명을 시도하는 견해가 있다. 예컨대 리스계약이란 공급자로부터 리스회사가 물건의 소유권을 취득하는 계약(제1계약) 및 공급자로부터 리스이용자가 물건의 사용수익권을 얻는 계약(제2계약)이라는 두 개의 계약을 기본으로하고, 제2계약과 관련하여 리스회사가 리스이용자를 위하여 사용수익권에 대한 대가를 대신 치르며, 리스이용자가 그 대금을 리스료라는 형태로 할부변제하는 계약(제3계약) 등 3개의 계약이 불가분하게 결합된 계약이라고 한다.[10] 이 때 리스이용자의 사용수익권은 관습상의 물권적 권리로 이해되고, 리스회사는 리스료에 대한 담보로서 이 사용수익권에 대하여 담보권을 취득하고 있다고 한다. 또 다른 견해로는 금융리스는 공급자와 리스이용자 사이에 매매계약이 체결되었음을 전제로하여, 리스이용자와 리스회사 사이의 리스계약에 의하여 리스회사가 貸主로서 리스이용자와 소비대차계약을 체결하고, 리스이용자는 리스회사에 대하여 이른바 강한 의미의 양도담보를 설정한 것으로 파악한다. 따라서 리스이용자와 공급자 사이의 매매계약의 내용은 공급자가 리스이용자에 대하여 매매계약의 이행으로서 리스이용자의 지시에 따라 리스회사에 대하여 담보적 의미의 소유권을 이전하고, 리스회사는 리스이용자에 대한 소비대차의 이행으로서 공급자에게 매매대금을 대신 지급하는 것이라 한다.[11]

(2) 비전형(무명)계약설과 전형(유명)계약설

리스계약의 법적 성질을 결정함에 있어서는 통상 리스회사와 리스이용자를 2당사자로 하여 평가하는 경우가 많다. 그러나 리스계약을 리스회사·리스이용자·공급자 등의 3당사자계약으로서 보는 경우에도 궁

9) 대표적으로는 神崎克郎, リ ー ス 現代契約法大系(5), 1984, 270면. 이를 3당사자계약설이라고 부르기도 한다.
10) 加賀山茂, 消費者リースの原狀と課題, リース取引法講座(下), 279면, 282면.
11) 片岡義廣, ファイナンス リース契約に關する全裁判例の概要と問題點, リース 11卷 9號, 4면 이하.

극적으로는 비전형(무명)계약 또는 전형계약(특수한 전형계약을 포함)으로 보려는 견해의 대립을 보이고 있다.

일반적으로 비전형(무명)계약설은 성질결정 그 자체에 논의의 의의나 실익을 찾을 수 없다든가(성질결정불요설),[12] 거래성질상 기존의 특정전형계약 자체를 기준으로 삼기에는 부적절하다는 것을 그 근거로 삼고 있다. 이 견해에 따르면 개별적인 법률 효과의 부분을 있는 그대로 반영하면 충분하고 굳이 기존의 전형계약에 포섭하여 이해할 필요는 없다고 한다.[13] 이와는 달리 전형(유명)계약설은 민법의 전형계약규정의 해석론을 통하여 체계적 일관성을 유지하려 하고 있다.[14] 전형(유명)계약설에 속하는 구체적인 견해에 대해서는 후술한다(다음의 (4) 참고).

(3) 형식중시형과 실질중시형

비전형계약설은 일반적으로 계약의 실질을 중시하는 견해라고 보여지지만, 전형계약설중에도 외부로 드러난 법형식을 중시하는 입장과 거래관계의 실질을 중시하는 입장으로 견해가 나뉘어지고 있다.

형식중시형은 계약당사자가 스스로 선택한 법형식을 있는 그대로 존중해야 한다는 태도로서, 리스회사와 리스이용자 사이의 리스계약에 대해서는 전형계약중에서 '임대차계약' 또는 '사용권의 이전'이라는 법형식이 유지되고 있음에 주목한다. 그러나 리스관계에 있어서 리스이용자가 목적물을 이용하는 관계는 리스회사 및 리스이용자 사이의 유기적 리스관계중의 부분적 측면에 지나지 않는다. 리스이용자는 리스관계가 만료할 때까지 실질적으로 리스물건의 시가에 해당하는 대금을 전부 완납하는 것이 일반적인 모습이다. 이와 같이 리스이용자가 리스회사에 대하여 부담하는 반대급부는 실질적으로 매수인의 매매대금지급과 같은

---

12) 예컨대 廣中俊雄, リース契約の法的性質, 私法 38號(1975) 참고.
13) 통상 이러한 견해를 무명계약설로 분류한다. 우리 대법원의 견해도 이에 해당한다고 할 수 있다. 위의 주 5)의 판례 참고.
14) 예컨대 李銀榮, 債權各論, 1992, 293면.

성질을 가진 것이라고 한다면 이 측면이 도외시된 상태에서 리스이용자에 의한 리스목적물의 사용·수익의 측면만이 강조되어서는 안될 것이다. 왜냐하면 당사자가 임대차계약이라는 형식을 취하고는 있지만 그 법형식에 의해서 규율될 수 있는 것은 리스관계는 부분적인 것에 지나지 않기 때문이다.

다른 한편 실질중시형은 당사자의 법형식선택에 구속받지 아니하고, 당해 계약관계의 사회적·경제적 실질을 반영하는 계약유형으로 성질결정을 해야 한다고 한다. 그리고 대부분의 경우에는 당해 법형식과 실질적인 계약내용이 조화될 수 있지만, 그 조화가 불가능한 경우에는 실질을 우선하는 성질결정이 행해져야 한다고 한다. 이와 같은 실질중시형은 다시 당사자가 의도한 경제적 목적 등을 중시하는 주관적 입장과 당해 거래관계의 객관적 기능과 효과로부터 계약관계의 실질을 평가하는 객관적 입장으로 구분될 수 있다. 특히 후자의 견해가 오늘날 리스의 법적 성질결정에 관한 일반적인 태도라고 인식되고 있다.[15]

(4) 리스회사와 리스이용자 관계의 실질평가형

실질평가적 관점을 취하더라도 그 구체적인 내용은 다양하게 전개되고 있다. 다음에 그 중에서도 대표적인 몇가지의 견해를 개관하기로 한다.

a) 임대차계약적 구성

당사자가 부여한 법형식에 특히 충실한 이 견해에 따르면, 리스물건을 구입하는 매수인은 리스회사라는 점, 그 소유권이 계속 리스회사에 머물러 있다는 점과 리스기간만료후 리스회사에 대한 리스이용자의 물건의 반환의무 등이 무리없이 설명될 수 있다고 한다. 다만 리스계약의 특성에 비추어 임대차의 법리를 그대로 적용하는데 부적합한 부분(에컨대 하자담보책임, 위험부담, 보수·수선의무 등에 관한 사항)은 임대차의 강행규정에 반하지 아니하는 범위내에서 그 약관의 유효성이 인정되

15) 河上正二, 前揭論文, 286면 참고.

어야 한다는 것이다. 특히 특약에 의하여 민법상의 임대인의 각종 책임이 배제되고, 물건의 이용과 차임이 엄밀하게는 대가관계에 서지 않는다는 점에서 '특수한 임대차'(atypischer Mietvertrag)라고 한다.[16]

b) 특수소비대차계약적 구성

리스거래의 금융적 기능을 중시하여 리스이용자의 지위가 할부매매의 매수인 또는 양도담보권설정자의 지위와 유사한 것이라는 점에 주목하는 견해로서, 실질적으로는 공급자와 리스이용자 사이에 매매계약이 체결되고, 그 대금을 리스회사가 대신 지급함으로써, 리스회사와 리스이용자 사이에는 실질적으로 금전소비대차계약관계가 성립된다. 그리고 리스회사는 그에 대한 채권담보로서 리스물건에 대하여 강한 의미의 양도담보를 설정한 것으로 볼 수 있다고 한다.[17] 이 견해에 의하면 물건의 선정과 가격교섭이 오로지 공급자와 리스이용자 사이에서만 행해진다는 점과 리스료의 지급의무와 물건의 사용·수익과의 대가관계가 통상의 임대차와는 달리 정해진다는 점 그리고 기한의 이익상실과 당사자간의 면책특약이라는 특수한 리스의 거래관행도 정당화될 수 있다고 한다.

c) 특수한 임대차와 매매의 혼합계약적 구성

리스계약의 법적 성질에 관한 여러 견해는 리스계약이 지니고 있는 여러 특수한 성격으로 인하여 더 이상 순수한 임대차 또는 순수한 매매계약으로 성질결정이 될 수 없다는 점에 있어서는 이미 견해가 일치되고 있다. 다만 그 중에서도 어떤 요소가 금융리스를 법률상의 계약유형에 통일적으로 포섭시킬 수 있을 정도로 강한 특징을 가지고 있는가 하는 문제를 둘러싸고 논의가 집중되어 있다. 이 문제에 대한 올바른 판단을 내리기 위해서는 리스목적물의 실질적 대가를 完濟하게 되는 이른

16) Flume, DB 1972, 4ff. 및 독일의 판례의 견해(BGHZ 68, 118; 82, 121; 112, 65); 權五乘, 금융리스의 法律關係, 인권과 정의 195호 (1992), 10면; 來栖三郎, 契約法, 1974, 295면 등.

17) 李銀榮, 債權各論, 293면.

바 完給리스계약(Vollamortisationsleasing)뿐만 아니라 오늘날 널리 활용되고 있는 未完給리스계약(Teilamortisationsleasing)도 함께 고찰하는 것이 필요하다. 왜냐하면 이와 같은 현실적 고찰을 통하여 금융리스가 지니는 임대차적 요소가 명백하게 드러나게 되고, 따라서 리스를 (특수한) 임대차로서 일차적인 성질결정을 하는 것이 가능하기 때문이다. 그러나 이 경우에도 매매계약적 요소가 결코 간과되어서는 안되며, 경우에 따라서는 매매의 규정 내지 예컨대 할부매매법의 적용이 고려될 수 있다고 한다.[18]

d) 신용계약과 사무처리(위임)계약의 혼합계약적 구성

금융리스는 리스회사가 리스물건의 조달비용에 대하여 리스이용자에게 신용을 주는 것으로서 법적으로는 금융적 기능을 갖는 신용(소비대차)계약으로 분류할 수 있다고 한다. 그런데 리스회사가 갖는 비용상환청구권(Amortisationsanspruch)은 모든 계약에 공통적으로 포함되어 있는 요소가 아니라 특히 사무처리(위임)계약에 특유한 요소라고 할 수 있다. 따라서 리스계약상의 상환청구권은 사실상 위임계약상의 비용상환청구권(Aufwendungsersatzanspruch)과 동일한 성질을 갖는다고 한다. 리스거래의 실태에 있어서 리스회사는 리스물건의 조달을 위하여 리스이용자의 계산으로 거래를 하고, 그 사무를 처리하며, 비용상환약정에 의하여 리스이용자는 적어도 해당 물건의 원가(Einstandspreis)에 대해서는 그 지급을 보증하고 있다는 점을 근거로 들고 있다. 그리고 리스회사는 리스이용자에 대하여 리스물건의 조달을 위한 사무처리를 수행하고 그 때 들인 비용에 대하여는 리스료라는 형식으로 할부변제할 수 있도록 한 것이라고 한다. 이와 같은 관점에서 본다면 금융리스는 신용계약(소비대차)적 요소와 사무처리(위임)계약적 요소가 결합된 혼합계약(Qualifikation als gemischttypischer Vertrag mit kredit- und geschäftsbesorgungsrechtlichen Elementen)으로 설명될 수 있다고 한

18) Emmerich, JuS 1990, 1 ff.

다.[19]

III. 民法規定의 基準的 機能

1. 종래의 견해

a) 종래의 학설은 전형계약의 「存在」意義에 관해서 긍정적 태도를 취하고 있었다. 즉, i) 전형계약은 구체적인 계약의 내용을 명료하고 완전하게 하는 기준을 제공한다는 점에서, 그리고 ii) 거래사회에 존재하는 여러가지 유형의 계약에 대하여 표준적 내용을 제시한다는 점에서 전형계약규정의 필요성을 인정하고 있다. 그러나 전형계약의 규정들이 가지는 「機能」이나 이에 대한 「解釋」方法에 관해서는 소극적 태도를 취하고 있다. 즉, 어떤 계약이 전형계약중의 어느 유형에 해당하느냐에 관해서는 매우 신중을 기해야 한다는 것이다. 따라서 어떤 계약이 전형계약에 해당되는 것으로 인정되는 경우에도 특별한 거래관행이 존재하는가에 관하여 주의해야 함은 물론이고, 더욱이 비전형계약으로 판단되는 경우에는 안이하게 유사한 전형계약의 규정을 類推하여 적용해서는 안된다고 한다. 또한 이른바 混合契約에 있어서도 典型契約規定의 일부분을 기계적으로 적용하는 태도는 경계해야 마땅하다고 한다.[20]

b) 또 하나의 견해는 전형계약의 「存在」에 관해서는 역시 긍정적 태도를 취하지만, 전형계약규정의 적용에 있어서는 포괄적 적용에 반대한다. 즉, 당사자의 의사표시가 흠결되어 있거나 불명료한 경우에, 전형계약의 규정들은 법관에게 준거해야 할 기준을 제공해준다는 의미에서 전

19) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 106.

20) 我妻 榮, 債權各論 上卷, 1954, 45면 이하; 同, 中卷(二), 1962, 219면 이하, 883면 이하. 同旨 : 郭潤直, 債權各論, 48면.

형계약의 존재는 긍정적으로 평가되지만, 전형계약 자체가 그 전체로서 準據의 對象으로 필요한 것은 아니고, 그 계약을 구성하는 개개의 규정들이 基準的 規定으로서 활용될 뿐이라고 한다. 따라서 어떤 계약을 典型契約類型에 적합한 것으로 판단하고 곧바로 해당 전형계약에 관한 모든 규정을 적용해서는 안된다고 한다. 다시 말하면 어떤 계약이 전형계약들 중의 어느 하나의 유형에 해당하는 것으로 판단되더라도 그 계약유형에 관한 규정들을 전체적으로 적용할 것이 아니라, 먼저 어떠한 개별적 구체적 사실요소들이 존재하고 있는가를 확정하는 것이 보다 중요하다고 한다. 따라서 민법전 소정의 전형계약상의 규정들이 각각 어떠한 사실에 착안하여 설정된 것인가를 정확하게 이해하는 것이 중요하다고 한다. 이 견해에 의하면 어떤 계약이 일응 특정의 전형계약에 해당하는 것으로 판단되더라도 그 전형계약상의 특정규정이 전제로 하는 사실이 그 계약내에 존재하지 않는 경우에는 당해 규정을 적용할 수 없다고 한다. 그러나 역으로 전형계약에 해당하지 않는 계약에 대해서도 전형계약의 규정이 전제로 하는 사실이 존재하는 경우에는 그 규정을 적용해야 한다고 한다.[21]

이 견해에 의하면 특히 비전형계약의 「解釋」에 있어서 해당 계약을 억지로 특정한 전형계약의 범주에 맞추어 넣어서는 안된다고 한다. 어떤 계약이 전형계약에 해당하는 것인지 또는 해당하지 않는 것인지는 중요하지 않으며 그 계약에서 제기된 구체적 사실이 민법의 규정에서 예정되고 있는 사실에 합치하면 민법의 해당 규정이 적용되어야 할 것이고, 그렇지 않는 경우에는 민법의 규정이 적용되어서는 안된다고 한다. 민법의 규정을 적용하지 않을 경우에는(이와 같은 경우에는 당사자 사이의 特約이나 事實인 慣習도 존재하지 않을 것이다) 法官에 의한 法形成的 裁判에 의존하여 새로운 규범이 추구되지 않으면 안된다.[22]

c) 이상의 견해들을 요약하면 다음과 같다. 첫째의 견해에 의하면 전

21) 來栖三郎, 契約法, 1974, 739면 이하.
22) 來栖三郎, 契約法, 1974, 743면.

형계약의 존재의의에 대해서는 긍정적 태도를 취하면서도, 전형계약의 규정을 비전형계약에 대하여 적용하는데 있어서는 소극적이다. 이에 반하여 둘째의 견해는 典型契約「規定」의 필요성을 인정하지만 전형계약 자체의 의의에 대해서는 부정적 태도를 취하고 있다. 전형계약에 관한 이와 같은 태도는 대체로 전형계약의 유형 자체를 중요시하지 않는 것이며, 동시에 전형계약규정에 대해서도 標準的 意義를 부여하지 않으려는 것이다. 이러한 견해들은 어떤 계약이 民法典의 어느 전형계약에 속하는가를 확정하려는 것은 별 의미가 없고, 중요한 것은 어떤 事案에 대하여 당사자 사이에 어떤 내용의 합의가 있었는가를 확인하여, 이를 기초로 어떤 법적 효과를 귀속시킬 것인가를 결정하는 것이 중요할 뿐이라고 한다.[23] 따라서 전형계약에 관한 민법의 규정은 구체적 계약의 효과를 지시하는 座標로서 당사자의 의사표시 내지 법률행위의 내용을 해석하는 데 있어서 단순히 보충적 작용을 하는 데 그칠 뿐이라고 한다.

2. 典型契約規定에 관한 새로운 해석

a) 전형계약에 대한 종래의 소극적 견해는 최근에 와서 비판을 받고 있다. 그 직접적인 계기가 되고 있는 것은 約款規制와 消費者保護에 관한 연구에서 비롯된다. 그리고 근래에 와서 리스계약이나 팩토링계약 등 이른바 新種契約이 대두되면서 전형계약 내지 계약유형의 法的性質論이 재검토됨에 따라 전형계약의 의의와 기능은 보다 적극적으로 해석되고 있다. 이와 같은 논의는 결국 混合契約 내지 非典型契約 일반에 대하여도 새로운 해석론적 시도를 촉진하였으며, 드디어는 전형계약론이 계약해석론과 밀접한 관련을 맺게 하는 방법론적 길을 터놓게 하였다.

종래 계약에 대한 해석은 주로 총론적인 관점에서 법률행위의 해석을 중심으로 이루어졌으며 의사표시의 해석에 중점이 주어져 있었다. 다시

23) 鈴木祿彌, 債權法講義(改訂版), 1987, 482면.

말하면 의사표시의 해석과 계약의 성립, 錯誤와의 관계, 법률행위의 무효(제103조 이하 참조) 등이 논의의 주된 대상이었다. 그러나 최근의 계약해석론에 있어서는 유효하게 성립된 「契約」의 의미와 내용을 결정하는 문제가 중점적으로 다루어지고 있다. 따라서 여기에서는 당사자의 의사를 중요시할 것인가, 민법의 임의규정에 대하여 보다 강화된 기준적 효력을 부여할 것인가 하는 것이 문제된다. 이 경우에 전형계약에 관한 민법의 규정은 단순한 임의규정으로서 소극적 의미를 가지는 데 그치는 것이 아니라, 典型的 基準으로서 보다 적극적으로 파악되고 있다.

예컨대 普通去來約款의 작성 및 적용과 관련해서 사업자는 자기에게 유리한 계약조항을 사실상 강제하고 있다. 이와 같은 불공정한 계약조항에 대하여 司法的 規制를 가하기 위한 여러가지 방안이 강구될 수 있으나, 그 하나의 가능성으로서 전형계약에 관한 민법의 임의규정들을 強行化 또는 半強行化하는 방법이 지지를 받고 있다. 이와 같은 태도는 민법의 임의규정이 合理性의 徵表 내지 基準(독일에서는 Leitbild라는 표현을 사용하고 있다)으로 파악될 수 있다는 데 기초하고 있다.[24] 이러한 사고는 특히 約款規制論의 영역에서 전개되고 있다.[25]

---

24) 특히 독일에 있어서는 위와 같은 맥락에서 민법의 임의규정에 관하여 標準的 機能(Leitbildfunktion)을 부여하고 있다(특히 G. Weick, Die Idee des Leitbildes und Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrechts, NJW 1978, 12ff.; Larenz/Canaris, SchR II/2, S.43; 독일의 계속된 判例 : BGHZ 72, 227; 76, 374; 77, 132)..

25) 우리나라의 약관의 규제에 관한 법률 제6조 2항 2호에 의하면 고객이 계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항을 둔 경우에는 公正을 잃은 것으로 추정되어 무효라고 규정하고 있다. 이에 대한 公正性判斷의 基準은 그 계약의 유형이 전형계약에 해당될 때에는 해당 전형계약에 관한 규정이 표준적 징표(Leitbild)로서 작용하게 될 것이다(이른바 Leitbildsfunktion). 여기서 민법의 임의규정은 계약의 해석과 관련해서 보충적 계약해석이라는 이름하에 半強行的 效力을 가지게 된다. 다만 이 법률조항의 法文이 보다 명료하게 표현되었으면 좋았을 것이라는 아쉬움을 남기고 있다. 비교법적으로는 독일 보통거래약관법 제9조(一般條項) 제2항 1호 및 2호의 규정에 의하면 약관의 규정이 법률규정의 본질적 취지와 일치하지 않거나 계약의 성질에서 발생되는 본질적 권리·의무가 제한되어 계약의 목적달성을 위태롭게 할 때에는 공정성의 상실로 인하여 信義則에 따라 무효라고 한다

b) 민법의 전형계약규정에 대하여 기준적 기능을 부여하는 견해는 크게는 두 가지의 이론적 배경을 가지고 있다. 첫째는 19세기 중엽이후에 시작된 민법의 임의규정과 사적 자치와의 관계에 관한 논쟁에서 비롯된다. Savigny는 私的 自治에 의한 권리 의무의 형성이 임의법규보다 우선한다는 견해를 명백히 하면서, 임의법규는 불완전한 의사를 해석하는데 활용되는 수단에 지나지 않는다고 강조하였다.[26] 이와 같은 Savigny의 견해는 自律的 人格과 법률행위에 의한 人格實現을 최고의 가치로 평가하는 그의 법이론에 기초하고 있다. 이러한 그의 사상은 19세기의 판덱텐법학을 지배해왔으며 20세기에 들어서까지 영향을 미쳤다. 그러나 이미 19세기 후반기에 들어오면서 Savigny에 반대하여 Bülow는 개인의 의사와 의사지배에 이의를 제기하였으며, 임의법이 곧 강행성을 가지는 것은 아니지만 구속력을 보유한다고 주장하였다.[27] Stammler도 이에 찬동하면서, 임의법이 개인의 의사에 종속된다는 견해에 반대하였으며, 임의법의 질서기능과 공동사회에서의 직접적 역할을 강조하였다.[28] 이상과 같은 두갈래의 견해는 20세기에 들어와서 민법의 임의규정이 올바른 이익조정을 위하여 기준적 기능을 담당한다는 방향으로 정리되었다. 다시 말하면 법률의 규정은 개인의 자유영역을

[(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentlche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.]. 여기서 법률규정은 주로 민법의 임의규정을 말하는 것이고, 계약의 성질이라 함은 계약의 유형적 성질을 의미한다. 따라서 독일보통거래약관법에 있어서는 우리나라의 약관규제에 관한 법률에 있어서보다 민법의 임의규정의 標準的(半強行的) 機能을 보다 명백히 규정하고 있다.

26) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Ⅰ, 1840, S.57f. Savigny는 불완전한 당사자의 意思를 해석하기 위하여 활용되는 법규정을 仲介的 法規定(vermittelnde Regeln)이라고 부르고 있다(Savigny, a.a.O., S.58).

27) Bülow, AcP 64(1881), 3ff., 46f.

28) Stammler, AcP 69(1886), 1ff.

침해하는 것이 아니라, 오히려 사회적 강자에 대한 安全의 堡壘(Sicherheitsapparrat)로서 이해되기에 이르렀다. 따라서 당사자일방에 의하여 작성된 계약내용에 대해서 민법규정은 基準的 效力을 가지고 작용한다.[29]

둘째는 특히 普通去來約款에 대한 내용통제의 기준으로서 민법의 임의규정을 원용하기 시작하면서 전형계약규정이 公正性을 담보하는 규범으로 이해되기에 이르렀다. 어떤 계약유형에 고유하고 중요한 권리와 의무가 일방 당사자에게 유리하게 또는 불리하게 부여되거나 부과되는 것을 방지 또는 시정하는 통제적 기능을 민법의 임의법규 스스로가 수행하기에 이른 것이다. 따라서 문제된 계약의 성질(Natur)이나 본질(Wesen oder Weseninhalt)에 비추어, 부여되어야 할 권리가 주어지지 않는다거나 또는 부과되어야 할 의무가 면제되는 것은 「契約」상의 正義觀念에 어긋난다는 것이다. 이와 같은 관점에서 約款規制法은 「계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항」(약관의 규제에 관한 법률 제6조 2항 3호), 「법률상의 책임을 배제하는 조항」(동법 제7조 1호), 「담보책임을 배제 또는 제한하는 조항」(동법 제7조 3호)을 무효로 하고 민법의 규정에 따를 것을 전제하고 있다.[30] 여기서 계약은 의사표시 또는 법률행위를 중심으로 분석적 또는 총론적으로 해석되는 것에 만족하지 아니하고 계약유형의 성질을 고려하여 양당사자의 권리 의무를 중심으로 균형적으로 해석되기에 이른 것이다.

이상에서 살핀 바와 같이 민법의 전형계약규정은 19세기에 있어서는 사회적 보편적 기준으로서, 그리고 20세기에 들어와서는 특히 사회적 약자의 보호와 관련해서 標準的 機能을 가지는 半強行的 效力規範으로 이해되기에 이르렀다.

c) 민법의 전형계약은 그 계약의 성질에서 발생되는 중요한 권리·의무에 관하여 규정하고 있다. 이러한 권리·의무의 존재는 해당 계약

29) Schlechtriem, SchR BT, 3.Aufl., 1993, Rn.2(S.2).
30) 독일 약관규제법 제9조 2항 참고.

관계의 公正性確保에 있어서 基準的 徵表가 되는 것이므로, 이를 박탈·면제한다는 것은 정당하지 않다. 따라서 어떤 계약이 민법상의 특정 전형계약에 해당됨에도 불구하고 그러한 유형의 계약에 주어져야 할 권리가 주어지지 않는다거나 또는 의무가 부여되지 않으므로써 계약의 목적달성을 위협하거나 공정성을 해칠 경우에는 이는 마땅히 시정되어야 한다(「약관의 규제에 관한 법률」 참고).

특히 비전형계약에 있어서 이와 같은 계약적 公正性이 확보되기 위해서는 해당 계약이 어떤 유형의 계약으로서의 성질 내지 본질을 보유하는 것이냐를 정확하게 판단하지 않으면 안된다. 다시 말하면 계약의 類型(Typus)과 性質決定(Qualifikation)은 非典型契約 내지 混合契約의 해석에 있어서 중요한 항목을 이룬다.

3. 리스계약의 性質決定과 典型契約의 의미

a) 리스거래는 여러 개의 계약에 의하여 비로소 하나의 거래관계가 완결되는 것으로서, 그 각각의 계약내용에는 당해 거래상황에 의하여 당사자 간의 교섭의 결과로서 확정된 약정내용과 당사자의 다양한 기대가 여러 형태로 혼재되어 있게 마련이며, 이를 둘러싸고 법적 분쟁이 발생하게 된다. 이와 같은 사정에 기초하여 해석자는 당해 계약관계에 대해서 일정한 법적 계약유형을 발견하여, 이를 기초로 계약내용을 보충하고 해석하며, 제기된 법률문제에 대하여 평가를 내리게 된다. 결국 일정한 거래관계 또는 계약관계의 법적 성질을 어떻게 결정하는가는 그 당시의 해석자의 계약유형의 발견방식과 해석작업에 대한 접근방식에 좌우된다고 할 수 있을 것이다.[31]

예컨대 리스계약의 법적 성질결정에서도 i) 당해 계약의 주된 급부내용과 필수적인 요건·효과에 주목하면서 비교적 이와 유사하다고 생

31) 河上正二, 前揭論文, 297면 참고.

각되는 기존의 계약유형에 해당하는 것으로 해석하고(일응 전형계약에 포섭시킴), 그에 대한 일탈부분은 특약에 의한 임의법의 수정이 있었다고 보는 경우가 있는가 하면, ii) 기능면에서 특정한 전형계약의 부분적 유사성을 기초로 하여, 전형계약의 아종으로서 유추를 인정하는 경우도 있으며, iii) 복수의 전형계약의 요소가 결합·융합하고 있다고 보는 경우도 있고, iv) 전형계약의 적용은 어렵다고 판단하여 비전형(무명)계약으로서 독자적으로 처리하는 견해들이 있다. 이러한 접근방법의 차이는 혼합계약의 성질결정과 그 해석에 관한 이론인 '흡수설(Absorptionstheorie)', '결합설(Kombinationstheorie)'의 견해를 거의 반영하고 있다고 할 수 있다(이에 관해서 자세한 것은 다음의 Ⅳ를 참고).

b) 당사자가 어떤 거래관계에서 무엇을 채무내용으로 합의하였는가에 대하여는 구체적으로 당사자의 의사에 비추어 확정하는 것이 중요하다. 그러한 작업은 종국적으로는 법률행위와 계약의 해석론에 귀착된다. 그러나 여기서 주의하지 않으면 안될 것은 계약의 해석이라 하더라도 그 계약유형과 관련된 법규범의 의미와 무관하게 단순한 사실확인의 문제로서 당사자의 합의내용을 탐구하는 것만으로 그치는 것이 아니다. 당사자의 구체적인 합의내용을 탐구하는 경우에도 일정한 관점이 필요하고, 모든 계약법상의 문제에 있어서 법적 평가의 요소가 포함되어 있으며, 해석자는 중요한 사회규범의 일부로서 법규범을 항상 염두에 두지 않을 수 없기 때문이다. 예컨대 계약의 성립에 대해서는 우선 이미 법규범으로서 선행하고 있는 계약유형(전형계약)의 요건·효과와의 관계에서 계약성립을 위한 요소를 탐구하게 된다. 또한 해석과 흠결보충에 있어서도 한편으로 당사자의 의사를 기초로 흠결을 보충하면서도, 다른 한편으로 기존의 계약유형에 비추어 조화될 수 있는 규정을 합리적인 의사로서 보충하기도 한다.[32] 뿐만 아니라 계약서와 거래약관 등에 의하여 명시적으로 계약의 '類型'이 정해져 있는 경우에는 그 유형의

32) 계약의 보충과 임의법규·계약유형과의 관계에 대해서는 山本敬三, 補充的契約解釋, 法學論叢 119卷 2號(1985), 120卷 3號(1986)참고.

계약이 규범적 효력을 가지므로 구체적인 당사자의 합의가 불합리한 또는 위법한 결과를 가져올 때에는 그 계약규범이 합의내용에 개입하게 된다. 일정한 계약유형에 관하여 강행규범이 존재하는 경우에는 그 법률상의 계약유형은 더욱 강력한 강행적인 규범유형으로서의 성격을 가지지 않을 수 없다. 또한 약관이 이용된 부합계약의 경우와 같이 당사자의 합의에 커다란 비중이 주어지지 않은 경우에는 전형계약상의 요소를 수정하는 당사자의 합의 자체가 불완전하기 때문에 사실상 민법의 임의규정이 기준적 역할을 하게되는 것이다.

c) 비전형계약의 법적 성질결정과 전형계약규정의 관계는 특별한 의미를 갖고 있다. 비전형계약의 법적 성질결정을 수행하는 과정에서 전형계약에 관한 법규범이 일종의 모체(matrix)로서의 역할을 담당하고 있기 때문이다.[33] 다시 말하면 전형계약에 관한 법규범은 다양한 거래활동에 대하여 일정한 유형화를 제공하고, 해당 계약규범에 의하여 흠결부분과 불명료한 부분을 보충 내지 확정하거나 계약내용의 공정성을 유지하기 위하여 내용적 평가기준으로서 기능하고 있는 것이다. 그 결과 전형계약은 실제 거래계에서 발생하고 있는 다양한 계약관계를 단순히 구분·해석하는 데 그치지 아니하고, 적극적으로 거래사회를 질서지우는 기준으로서 기능한다. 특히 법적 성질결정이 갖는 이와 같은 기능을 계약의 정당성보증기능이라고 할 수 있다. 예컨대 리스계약을 단순히 소비대차(금융)로서 규정하고 소비대차이외의 계약유형에 속하는 모든 규정들의 적용을 배제한다면 리스계약관계의 공정성확보는 어렵게 될 것이다. 이와 같은 의미의 리스계약에 대한 일면적 성질결정이 정당하지 않다는 것은 더 설명할 필요가 없다. 리스계약관계에 있어서 리스이용자에 대해서는 리스관계가 매매계약이 아니기 때문에 하자담보책임이 적용될 수 없다고 한다거나 또는 리스관계가 임대차관계가 아니기 때문에 목적물의 보수·수선의무에 관한 규정이 전적으로 배제된다고

33) 鈴木祿彌, 債權法講義(改訂版), 1987, 482면 참고.

하는 것도 리스관계의 실체에 비추어 정당하다고 할 수 없을 것이다. 다른 한편 리스관계가 소비대차관계이기 때문에 단순히 그러한 이유에서만 고율의 이자에 대한 규제가 가능하다고 하는 것도 또한 형식논리에 치우친 설명이라 아니할 수 없다.

Ⅳ. 非典型契約의 類型과 解釋

1. 契約性質決定

전형계약이 아닌 어떤 구체적 계약에 대해서 적용될 법규정을 결정하기 위해서는 그 계약이 어떤 契約類型에 속하는 것인가를 먼저 결정하지 않으면 안된다. 다시 말하면 민법에 규정된 전형계약과 그 성질이나 본질이 같은 당사자들의 합의가 있는 때에는 이를 기초로 해당 계약의 類型과 性質을 決定(Qualifikation)해야 한다. 이 경우에 주된 채무가 무엇이고, 급부의 교환은 어떻게 실현되며, 급부장애가 있을 경우에는 어떤 구제조치가 주어져야 하는가를 함께 고려하여야 한다.[34] 계약의 성질결정에 있어서는 무엇보다도 양당사자가 합의한 계약의 실질적 내용이 중요하기 때문에 해당 계약에서 사용된 계약명칭은 결정적 요소가 될 수 없다.[35] 다시 말하면 비전형계약의 성질결정은 그 계약의 목적과

---

34) Esser/Schmidt, SchR Ⅰ, 7.Aufl., S.213.

35) Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S.153. 예컨대 매매계약의 법형식을 취하면서 대가를 '0'으로 한다면 이 계약은 증여로 평가되지 않을 수 없다. 반면에 당사자가 일정한 재산을 금전과 교환하기 위하여 서로 상대방의 급부를 전제로하여 '증여계약서'를 주고 받았다 하더라도 이 계약은 증여가 아니라 매매로 성질결정이 이루어질 수밖에 없을 것이다. 마찬가지로 임대차라는 법형식을 선택하더라도 대가를 수반한 재산권의 완전한 이전을 의도하고 있다면 매매라고 해야할 것이다. 이와 같은 의미에서 당사자에게는 채무내용에 대한 자의적인 계약의 법적 성질결정이 인정되고 있지 아니하다.

채무내용을 고려하여 법률에 규정된 전형계약 중에서 가장 근접한 유형에 해당계약을 包攝(subsumieren)시키는 것이어야 한다.

2. 契約의 분류

(1) 契約의 분류와 契約性質決定

어떤 계약의 성질을 결정한다는 것은 전형계약의 특정유형에 그 계약을 包攝시킴으로써 그 전형계약의 규정들을 적용하는 것을 의미한다. 다시 말하면 전형계약의 어느 유형에 포섭되느냐에 따라 해당 계약에 적용되는 법률규정들이 달라지기 때문에 그 계약에 歸屬되는 법률효과도 달라지게 된다. 따라서 성질결정에 못지않게 전형계약의 분류는 매우 중요하다. 우리 민법에 있어서는 i) 財産權移轉型(증여 · 매매 · 교환), ii) 物件利用型(소비대차 · 사용대차 · 임대차), iii) 勞務利用型(고용 · 도급 · 현상광고 · 위임 · 임치), iv) 기타의 유형(조합 · 종신정기금 · 화해)등으로 분류하는 것이 일반적이다.[36]

(2) 최근의 경향

현대사회에 있어서는 계약유형의 모델과 그 중요성의 분포가 19세기 당시와는 크게 달라지고 있다. 오늘날의 전형계약의 규정은 새로운 과

---

36) 독일에 있어서는 i)재산의 이전형, ii)사용권의 이전형, iii)활동에 관한 계약유형, iv)인적결합형, v) 기타의 유형의 분류(Schlechtriem, SchR II, 3. Aufl., 1993, XI 이하 참고)가 있는가 하면, 이를 보다 세분하여 i)양도형, ii)사용권이전형, iii)고용 및 도급형, iv)보관형, v)채무보전형(보증, 채무약속 등), vi)위험계약형(종신정기금등)으로 구분하는 견해(Esser/Weyers, SchR II, 7.Aufl., 1991, IX 이하 참고)도 있다. 프랑스에 있어서는 특히 Overstake(Essai de classification des contrats spéciaux, th. Bordeau, LGDJ, 1969)에 의한 연구의 성과로 i)移轉型(contrats translatifs) : 권리이전(매매 · 증여등), 권리분배(각종의 물권설정계약등), 지급약속(금전소비대차 등), ii)非移轉型(contrats non translatifs) : 노무(능동)(고용 · 도급 · 운송 · 위임등), 용역부담(수동)(물건의 임차 · 임치 · 보증 · 보험등)의 분류가 평가를 받고 있다.

제를 안고 있으며 또한 새로운 시각에서 해석되어야 한다. 예컨대 현대 사회에서 일반화되어 있는 住宅「賃貸借」, 所有權留保附信用「賣買」(割賦賣買) 등은 19세기에 정립된 전형계약으로서의 임대차와 매매라는 유형모델 및 시각만을 가지고는 합리적으로 규율될 수 없다. 더욱이나 오늘날의 계약관계는 여러가지 요소들에 의하여 복합적으로 이루어지는 경우가 많다(不動産開發契約 또는 信託契約은 그 전형적 예이다). 이러한 상황에서 최근에 「契約의 分析的 類型論」이 새로운 주목을 끌고 있다.[37] 다시 말하면 어떤 계약에 대한 적용규범을 결정하는 데 있어서 당해 계약을 전체적으로 어느 특정된 전형계약에 포섭시키지 아니하고, 그 계약을 구성하는 要素와 당사자 사이의 關係構造를 고려하여 개별적인 분석을 함으로써 적용규범을 종합적으로 추구하려는 것이다.[38] 이와 같은 이유에서 이른바 lease, factoring, franchise, 旅行契約, 養老院入住契約, 醫療入院契約 등 이른바 신종계약의 유형화작업 내지 해석에 있어서도 이들 계약을 단순히 기존의 전통적 계약모델의 어느 하나의 유형에 포섭시키지 것으로 만족하지 아니하고, 각종의 계약유형 중에서

---

37) Bergmanns, Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé : contribution à une théorie générale de contrats, RRJ, 1990. 이 견해에 의하면 적용규정의 결정에 있어서는 要素와 構造의 분류가 중요하다고 한다. 먼저 요소로서는 첫째 당사자의 속성, 목적물의 物的 性質(동산·부동산·무체물), 목적물의 法的 性質(인격권·물권·지적재산권·채권)등의 靜的 要素와 不作爲 또는 作爲등의 動的 要素가 있으며, 作爲에는 물건을 대상으로 하는 행위와 순수한 행위가 있는데 이는 권리의 발생·이전·소멸을 그 내용으로 한다고 한다. 그리고 둘째 이러한 요소들이 결합해서 이루어지는 당사자관계의 유형에 따라 교환형계약(contrats de type synergique)로 나누어지는 구조의 분류가 가능하다. 이와같은 분류는 계약의 유형이 고정화·절대화되지 않도록 하기 위한 體系指向性을 보유하면서 새로운 新種契約의 해석에 보다 신축적으로 대처할 수 있다고 한다(p.444).

38) 이에 관한 일본문헌으로서는 大村敦志, 典型契約論(三), 法學協會雜誌,111卷 12號(1995), 특히 174면 이하 참고.

39) Weick, Die Idee des Leitbildes und Typisierung in gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, Heft 1/2, S.15. 예컨대 信用貸借分割賣買(finanzierter Teilzahlungskauf)에 있어서 2개의 서로 다른 계약유형이 경제적 일체성을 이루면서 하나의 계약으로 통일되어 있다.

해당되는 부분을 추출하여 複合的 構成 내지 解釋을 시도한다. 그리고 이와 같이 복합적으로 이루어진 계약관계를 하나의 통일된 계약형태로 파악하려는 것이다.[39] 이와 같은 分析的 類型論은 여러가지 전형계약의 유형들이 혼합되어 있는 계약형태의 해석에 있어서 합리적 방법을 제공할 수 있다. 특히 금융리스의 경우 그 법적 성질을 임대차와 매매의 혼합계약으로 설명하거나, 소비대차와 사무처리위임계약의 혼합계약으로 설명하는 견해가 이와 같은 방법에 기초하고 있다고 할 수 있다.

3. 典型複合的 및 典型外的契約의 분류와 해석

(1) 典型複合的契約과 典型外的契約

民法典에 규율되어 있지 않은 계약유형중에 실제 거래사회에서 빈번히 이용되고 있는 유형의 계약(verkehrstypische Verträge)이 있는가 하면, 비교적 드물게 이용되는 전형외적 계약들(atypische Verträge)이 있다. 전자에 속하는 것으로는 리스계약·팩토링계약·양로원계약·의료계약·자동판매기설치계약·酒類供給契約·保障契約(Garantievertrag)[40]·병원입원계약·교습계약 등을 예로 들 수 있을 것이며, 후자에 속하는 것으로는 구체적인 경우에 따라 여러가지 형태의 계약들이 있을 수 있다.

(2) 混合契約의 분류

특히 계약해석상 문제가 되는 것은 이른바 混合契約(gemischte Verträge)이다. 혼합계약은 예컨대 식당에서 음식을 주문하여 먹는 경우와 같이 음식물의 引渡를 내용으로 하는 매매, 자리의 사용을 내용으로 하는 임대차, 써비스를 요소로 하는 고용이 하나의 계약관계 속에 포함되어 이루어 지는 계약을 말한다. 혼합계약에 대해서는 여러가지

40) 김동훈, 보장계약에 관한 고찰, 가족사회법의 변동(고정명교수강단35주년기념논문집), 1995, 257면 이하 참고.

분류방법이 제시되고 있으나, i)類型併存的結合型(Typenkonbinationsverträge), ii) 類型相對的結合型(gekoppelte Verträge 또는 doppeltypische Verträge), iii) 類型融合型(Typenverschmelzungsverträge)으로 3分하는 하는 것이 합리적일 것이다.[41]

a) 類型併存的結合型契約

이 유형의 형태는 전형계약에 속하는 여러 계약의 요소들이 해당 계약의 내용을 구성하고 있는 경우의 계약을 말한다. 예컨대 음식점에서 식사하는 경우라든가 양로원에 입원하는 경우와 같이 음식점 또는 양로원측에서 여러 종류의 전형계약상의 급부(음식점측에서는 음식물의 인도, 자리이용의 제공, 노무의 제공을 해야 하고, 양로원측에서는 주거이용의 제공, 음식물의 인도, 노무의 제공, 기타 사무처리등의 급부를 해주어야 하므로 매매·임대차·고용·위임등의 채무가 계약의 내용을 이룬다)를 제공할 의무를 부담한다. 「호텔숙박계약」·「조립 및 설치의무를 부담하는 기계공급계약」 등이 이러한 유형에 속한다.

b) 類型相對的結合型契約

예컨대 건물관리인이 노무를 제공하고(고용상의 주채무의 부담), 건물주는 관리인에게 주택을 임대하는(임대차상의 주채무의 부담) 경우와 같이 급부의무와 반대급부의무가 전형계약상의 주채무에 의하여 이루어지는 계약의 형태를 말한다.[42]

c) 類型融合型契約

예컨대 對價의 價額보다 훨씬 高價의 물건을 반대급부로서 상대방에

41) Esser/Schmidt, SchR I, §12 II(S.215 ff.); Larenz/Canaris, SchR II/2, §63 II(S.46 ff); Medeicus, SchR II, 7. Aufl., §121; Fiketscher, SchR, 8. Aufl., §65 II; Jauernig(Kommentar), Ⅳ 3. zu 305(7. Aufl); Gernhuber, Das Schldverhältnis, 1989, §7 V 3(S.161).

42) Esser/Schmidt, a.a.O., S.217; Jauernig(Kommentar), 7.Aufl., Ⅳ 3, zu 305. Larenz/Canaris(a.a.O., S.47)는 이 유형의 계약을 유형병존적 결합형 계약으로 분류하고 있다.

인도하는 이른바 混合贈與(gemischte Schenkung)가 이에 속한다. 혼합증여는 代價에 해당하는 價額部分은 매매이지만, 그 價額을 넘는 부분은 증여에 해당한다. 이 경우에는 매매와 증여의 혼합이라고 하기 보다는 성질상 유상계약과 무상계약이 혼합된 경우라고 하는 것이 보다 적절할 것이다. 따라서 증여된 목적물에 하자가 있는 경우에 어느 계약유형의 담보책임규정이 적용될 것인가 하는 것이 특히 문제된다.

(3) 混合契約의 해석

a) 序說

혼합계약의 해석방법에 관해서는 結合說(Kombinationstheorie)[43]과 吸收說(Absorbtionstheorie)[44]의 견해가 대립하고 있다.[45] 결합설은 혼합계약중의 각 유형계약의 부분에 대하여 각각 해당 전형계약규정을 적용하려는 것이고, 흡수설은 해당계약의 지배적 요소를 기준으로 하여 나머지 다른 요소들을 흡수함으로써 지배적 계약유형에 관한 법규정만을 적용하려는 것이다. 오늘날 이 두 견해에 대해서는 대체로 회의적이거나 비판적 태도[46]를 취하는 것이 일반적 경향이다. 그러나 비전형계약 내지 혼합계약에 대하여 적용될 규정을 探索하는 일은 결국 그 事案에 적합한 규범을 찾아내는 것을 의미하므로 문제된 계약과의 상대적 관계에서 그 탐색방법이 결정되어야 할 것이다. 그런 의미에서 위의 두 견해는 상대적 타당성을 가지는 탐색방법에 지나지 않는 것으로 이해되

---

43) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S.313; Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, 1. Bd : Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910, S.382f.

44) Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. I , 1902, S.191ff.

45) 각 학설상의 논쟁에 관해서는 Schwark, Zum Verhältnis von schuldrechtlichen Vertragstypen und Vertragswirklichkeit, insbesondere beim Werklieferungsvertrag, Rechtstheorie, 9.Bd,1978, S.91ff.참고.

46) MünchKomm/Söllner[3], Rn.45 zu §305; Staudinger/Löwisch, Rn.25f. zu §305; 郭潤直, 債權各論, 48면.

어야 한다.[47] 다시 말하면 어느 견해 또는 방법이 적절한 것인가 하는 문제는 해당 契約의 性質과 紛爭의 內容에 따라 결정되어야 한다. 어떤 특정 학설이나 방법은 해답을 요하는 事案의 성질과의 상관관계에서 그 타당성여부가 평가되어야 하기 때문이다. 그러므로 양로원계약은 그 계약의 성질상 主債務의 履行과 관련해서는 結合說에 의한 방법에 따라 임대차계약에 관한 규정(제618조 이하)과 고용에 관한 규정(제655조)이 적용될 수 있다(結合主義). 그러나 그 계약의 解止와 관련해서는 분쟁의 성질상 어느 특정 계약유형의 규정을 적용하지 않으면 안된다. 위의 양로원계약에서 양로원으로부터 보살핌을 받는 것이 해당 계약관계의 중요한 내용인 경우에는 제659조 이하의 규정이 적용되어야 할 것이다[고용계약에 관한 解止規定을 적용할 경우에는 양로원에 입원한 노인(사용자)은 임대차계약의 경우보다 유리하게 계약관계를 解止할 수 있다(특히 해지통고기간 및 부득이한 사유에 의한 해지규정 : 제660조 이하 참조)]. 따라서 이 경우에는 임대차의 요소는 결과적으로 고용의 요소에 밀려 후퇴된다(吸收主義).[48] 계약유형의 결합형태를 고려할 경우에 대체로 結合說에 의한 해석방법은 類型併存結合型에 적합하고, 吸收說에 의한 방법은 類型融合型에 보다 적합하다고 할 수 있다. 다음에서는 혼합계약의 형태에 따라 適用規範의 探索과 效果歸屬에 관한 문제점에 관하여 살펴보기로 한다.

b) 類型併存的結合契約의 解釋

47) Larenz/Canaris, SchR II/2, §63 I(S.44); Leenen, Typen und Rechtsfindung, 1971, S.169f.

48) 同旨 : Larenz/Canaris, a.a.O., S.45. Larenz/Canaris(a.a.O., S.45)는 이른바 혼합증여(대가의 가치를 훨씬 넘는 목적물을 인도하면서 나머지 代價部分은 무상으로 증여하는 경우)가 있는 경우에 수증자의 忘恩行爲로 인한 증여자의 해제권(제556조)의 인정은 대가적 부분과 증여에 의한 무상적 부분의 양적 교량에 따라 결정하여야 한다고 한다. 따라서 무상부분이 유상부분보다 크면 증여적 요소가 지배하게(überwiegen) 되므로 수증자의 忘恩行爲에 대하여 증여자는 해제권을 행사할 수 있다. 독일의 판례도 같은 태도를 취한다(BGHZ 30, 120; 123; 107, 156, 158 f.; 112, 40, 53 등 참고).

예컨대 조립 설치의무를 부담하는 기계공급계약의 해석에 있어서는 원칙적으로 結合說에 의한 해석방법이 적절하다고 생각된다.[49] 따라서 목적물의 조립·설치와 인도 및 써비스의 제공 등에 관해서는 이를 각각 분리하여 그 적용규범을 탐색하여야 한다. 그리고 그 목적물이 특별주문에 의한 제작물인 경우에는 도급에 관한 규정을 적용하고, 代替物인 경우에 매매에 관한 규정을 적용해야 한다. 손해배상책임과 담보책임에 관해서는 목적물이 대체물인 경우에는 주로 제581조에 관한 규정이 적용되고, 조립·설치과정중에 손해가 발생한 때에는 제563조·제391조·제390조·제393조가 적용되어 「積極的 債權侵害」로 인한 손해배상책임이 발생하는 것으로 보아야 한다. 그리고 목적물이 제작물인 경우에는 제667조 1항 이하의 규정이 적용된다. 하자가 수급인의 이행보조자에 의한 것인 때에는 제664조·제391조·제390조·제393조가 적용되어야 한다.

類型併存的結合契約에 있어서 하나의 계약유형에 속하는 채무의 장애로 계약전체가 영향을 받는 경우에는 그 불이행부분이 차지하는 비중에 따라 계약의 운명을 결정하여야 한다. 예컨대 조달된 기계의 조립·설치의 하자로 인하여 운전이 불가능하게 된 경우에 그 기계가 製作物(不代替物)이건 種類物(代替物)이건 간에 수급인(또는 매도인)은 제667조에 따라 補修(再組立)義務를 부담한다. 그러나 재조립의 기간이 너무 장기간 소요되어 계약의 목적을 달성할 수 없거나 조립을 맡은 수급인이 기간내에 재조립을 할 수 없는 경우에는 목적물 자체에 하자가 없더라도 도급인(매수인)은 제668조 본문 또는 제544조 및 제545조에 의하여 계약을 해제할 수 있다. 목적물의 인도와 조립은 두개의 유형적 계약의 구성부분이긴 하지만, 그것은 합체되어 단일체로서(als Einhheit) 채무의 내용을 이루고 있기 때문에 組立이 늦어 계약의 목적을 달성할 수 없다면, 그와 같은 경우는 목적물을 인도하지 않는 不履

49) 同旨 : Medicus, SchR II, S.272 f.

行과 마찬가지로 다루어진다.[50] 그러나 기계의 조립상의 하자로 인한 지체가 계약의 목적을 위협할 정도가 아닌 한에서는 단순한 履行遲滯가 문제될 뿐이다.

c) 類型相對的結合契約의 解釋

하나의 계약에서 대립되는 급부와 반대급부가 서로 다른 계약유형의 주채무에 의하여 성립되는 경우(예컨대 건물관리인의 노무제공의무와 건물주의 주택제공의무를 각각 대가적 주채무로 하는 계약)에도 각 채무에 관해서는 해당 계약유형의 법규정이 적용된다(結合主義). 다시 말하면 이행 및 불이행책임에 관하여 각각의 계약유형의 규정들이 적용된다.[51] 그러므로 일방의 채무불이행이 곧바로 상대방의 채무를 소멸케 하지는 않는다고 해석해야 한다. 그러나 일방의 채무불이행이 계약의 존속을 무의미하게 할 정도로 중대한 것인 때에는 계약은 전체적으로 소멸된다(예컨대 제623조·제625조·제661조 등 참조).[52] 다만, 이 경우에도 주택을 사용하는 당사자에 대해서는 주택임대차보호법이 적용되고, 노무를 제공하는 당사자에게는 노동보호법(특히 근로기준법)이 적용되어야 한다.[53] 그리고 무효인 계약을 기초로 이미 노무가 제공된 경우에는 부당이득반환의 법리(제748조)에 의해서가 아니라, 사실적 계약관계의 법리에 의하여 계약상의 임금이 지급되어야 한다.[54]

d) 類型融合型契約의 解釋

이 유형에 속하는 계약의 예로서는 혼합증여를 드는 것이 보통이다. 혼합증여에 있어서는 부분적으로 매매와 증여의 요소가 混在하기 때문

50) Larenz/Canaris, SchR II/2. §63 II(S.51).
51) 同旨 : Esser/Schmidt, SchR I, §12 I (S.217); Medicus, SchR II, §121 (S.276).
52) Esser/Schmidt, a.a.O., S.217; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 116.
53) Esser/Schmidt, a.a.O., S.217; Medicus, a.a.O., S.276.
54) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 52.

에 매매와 증여가 독립·병존적으로 존재한다고 볼 수는 없다. 이 두개의 요소는 급부 또는 반대급부 속에 융합되어 하나의 단일한 계약관계를 구성하는 것이므로 結合說에 의한 해석방법은 원칙적으로 적절하지 않다.[55] 예컨대 100만원에 대한 반대급부로서 300만원 상당의 그림 한 幅을 준 경우에 그 그림의 100만원가치 상당액까지는 매매이고, 나머지 200만원 상당의 부분은 증여라고 관념할 수 있지만, 실질적으로는 두개의 서로 다른 계약이 독립·병존하는 것은 아니다. 그렇다고 이 경우에 매매 또는 증여계약 중의 어느 한 쪽만을 일률적으로 적용하는 것도 타당하지 않다. 예컨대 受贈者(또는 買受人)가 忘恩行爲를 했을 경우에 贈與者(賣渡人)가 계약을 해제(제556조)할 수 있느냐 하는 것이 문제될 수 있다. 혼합증여를 매매로 볼 것이냐 증여로 볼 것이냐에 따라 해제권의 인정여부가 결정된다. 따라서 이 경우에는 매매와 증여를 구체적으로 교량하여 量的 優位(quantitafive Überwiegenheit)[56]에 따라 제556조에 의한 해제권의 인정여부를 결정해야 할 것이다. 다시 말하면 매매의 부분보다 증여의 부분이 크면 증여자는 대금을 반환하면서 목적물의 반환을 청구할 수 있다.[57] 그러나 100만원에 대한 반대급부로서 300만원 가치의 시멘트 1,500포를 인도한 경우에는 1,000포의 증여부분에 대해서만 반환청구할 수 있을 뿐이라고 해석해야 한다. 목적물이 可分給付인 경우에는 分割의 原則이 적용되는 것이 타당하기 때문이다.[58] 반대로 매매의 부분이 증여의 부분보다 큰 경우에는 매수인은 목적물을 보유하고 증여부분에 해당하는 가액을 반환하면 될 것이다. 제555조(서면에 의하지 아니한 증여의 해제)와 제559조(증여자의 담보책임)의 규정도 증여로서의 성질이 보다 지배적인 경우에만 적용될 수 있다.[59] 또한 고용이나 도급계약에 있어서 노무자 또는 수급인에게 위임계약상

55) Medicus, a.a.O., S.274f.
56) 앞의 주 47) 참고.
57) BGHZ 30, 120; Larenz/Canaris, a.a.O., S.56; Medicus, a.a.O., S.275.
58) 同旨 : Medicus, a.a.O., S.275; Schlechtriem, SchR II, Rn.176(S.83).
59) Larenz/Canaris, a.a.O., S.54f.; Medicus, a.a.O., S.266.

의 사무처리채무를 합체적으로 채무의 내용으로 부가하는 경우가 있다(독민법 제675조 참조). 이 경우에도 융합형계약이 성립될 수 있다. 이러한 유형의 계약에 있어서는 계약상의 약정이 없는 한 각 계약의 성질(상업대리인·중개인·운송인)에 따라 상사특별법이 우선적으로 적용될 것이지만, 특별법 규정이 없는 경우에는 채무자의 이행행위에 관해서는 계약의 성질상 위임에 관한 규정(제680조 이하)이 적용되고, 보수·해지·소멸시효(다만 특별규정 : 제163조 ③·④·⑤ 참조)에 관해서는 고용(제656조, 제658조 이하) 또는 도급(제665조 이하)에 관한 규정이 적용되어야 할 것이다. 그리고 비용상환과 손해배상에 관해서는 위임에 관한 규정(제688조, 제687조)이 적용되어야 한다.[60] 이와 같은 계약에 있어서도 여러개의 계약유형의 요소가 혼합되어 있으나 각 계약유형의 요소들이 각각 별도로 취급될 수 없으므로 일체적으로 판단되어야 한다. 다만, 문제된 사안(또는 분쟁)의 성질에 따라 적용될 規範의 目的(Zweck der anzuwendenden Normen)을 고려하여 해당 규정을 탐색하여야 한다.

V. 金融리스契約의 解釋論

1. 법적 성질결정과 해석론의 예

a) 리스계약의 거래실태는 민법전상의 어느 특정 전형계약에 그대로 들어 맞지 않기 때문에 법적 성질에 관한 견해들은 한편으로는 리스계약을 민법전상의 전형계약유형 중 어느 한 유형에 포섭시켜 법리를 구성하고 그 전형계약의 규정을 적용하려고 시도하거나, 이와는 달리 계

60) Jauernig(Kommentar), Anm.3 zu § 675.

약의 분석을 통하여 당해 계약을 전체적으로 어느 특정 계약유형에 포섭시키지 아니하고 그 계약을 구성하는 요소와 당사자 사이의 관계구조를 고려하여 개별적 적용규범을 종합적으로 추구하고자 한다.[61] 후자의 "계약의 분석적 유형론"은 리스계약관계를 전체적으로 하나의 통일된 복합적 계약형태로 파악하려는 것이다.

b) 계약의 분석적 유형론에 따른 리스계약의 법적 성질결정과 그 해석론을 구체적으로 검토하면 다음과 같다. 예컨대 리스계약을 特殊賃貸借와 賣買契約의 混合契約으로 파악하는 견해에 따르면 리스계약의 일반적 거래특징으로서 임대차적 요소를 일차적으로 추출하여 임대차에 따른 법리구성을 시도하고, 부차적으로 매매계약의 규정을 적용하는 해석론을 전개한다. 이와 같은 방법론은 리스계약을 유형융합형의 혼합계약으로 파악하면서 다분히 吸收說의 태도를 취하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 리스계약은 세법상의 특수성을 고려한 임대차로서의 법형식적 특징을 가지고 있으며, 리스회사는 임대인으로서의 기능을 한다는 것이다. 따라서 리스회사는 리스이용자에 대하여 하자없는 리스물건을 조달해야 할 의무를 부담한다고 하고, 이와 상반되는 리스약관의 규정은 보통거래약관법상의 내용통제의 대상이 된다고 한다.[62] 다만 리스거래의 특수성을 고려하여 임대차에 관한 규정이 전면적으로 적용되지 아니하고 부분적으로 수정 내지 변용되는 특수한 임대차로 구성된다. 즉, 리스료는 곧바로 물건에 대한 사용수익의 대가(차임)로서 파악되지 않으며, 그밖에 하자담보책임의 배제, 위험부담의 특약 등에 관해서는 통상의 임대차와는 다른 특성을 가지는 것으로 파악되고 있다. 또한 中途解止의 禁止特約, 중도해지시의 손해배상특약 등 임대차법에 의한 설명이 부적합한 경우에는 임대차에 관한 민법의 규정이 대부분 임의규정이므로 강행규정에 반하지 않는 한(예컨대 우리 민법 제652조 참조) 리스에 관한 약관규정이 유효한 것으로 인정되고, 리스계약의 내용에 흠결이 있는

61) 위의 II. 2 참고.
62) BGHZ 68, 118, 124; 81, 298, 303; 96, 103, 107; 114, 57, 68.

경우에는 민법상의 임대차에 관한 규정이 보충적으로 적용된다. 리스약관의 공정성 심사도 원칙적으로 임대차규정을 기준으로 해야 한다고 한다. 다만 부분적으로 매매관계의 성질을 가지는 것으로 보아야 할 사안에 대해서는 매매계약의 규정이 적용될 수 있다(예컨대 인도후 매매목적물의 멸실에 대한 위험은 매수인이 부담한다는 독일민법 제446조의 경우). 또한 모든 리스계약에 적용될 수는 없지만 적어도 다음과 같은 경우에는 할부매매법의 적용이 가능하다고 한다. i) 계약상 명시적 또는 추단적으로 리스이용자에게 리스물건의 取得權이 부여되어 있거나, ii) 계약체결 당시에 이미 양당사자 사이에 계약기간이 만료되면 당해 리스물건의 경제적 가치가 '0'으로 될 것이라는 사실이 확정되어 있는 경우, iii) 完給리스의 경제적 최종목적을 고려하거나 할부매매법상의 고유한 목적인 소비자보호가 불가피하게 요청되는 경우에는 기타의 요건(예컨대 상인 간의 거래가 아니며, 動産에 대한 有償의 양도가 전제된 경우)이 충족되는 한 할부매매법이 적용되는 리스계약으로 볼 수 있다고 한다.[63]

c) 예컨대 리스계약을 신용(소비대차)계약과 사무처리(위임)계약의 혼합계약으로 이해하는 견해는 — 위의 해석론에 따르면 — 유형병존적결합형 혼합계약으로 이해될 수 있다. 이 견해에 의하면 리스회사는 리스이용자를 위한 사무의 처리로서 리스물건의 구입계약(매매계약)을 체결한다. 리스회사의 이러한 행위는 리스이용자의 이익을 위하여 이루어지는 경제활동으로서 리스계약은 기본적으로 有償의 사무처리계약(entgeltliche Geschäftsbesorgung)[64]으로 볼 수 있다. 이 경우에 리스회사는 자기의 이름으로, 그러나 타인 즉 리스이용자의 계산으로 체결된 구입계약에서 일종의 委託買受人으로서 간접대리행위를 한다. 따라

63) Emmerich, JuS 1990, 4.

64) 독일의 경우에는 無償委任이 원칙이므로 有償의 사무처리에 대해서는 위임에 관한 규정이 직접 적용될 수 없고, 고용 또는 도급의 규정을 준용하고 있다. 그러나 우리나라의 경우에는 有償委任도 인정되므로 위임에 관한 규정이 직접 적용된다.

서 리스회사는 리스이용자에 대하여 사무처리관계상 비용상환청구권(특히 매매대금의 지급)과 보수청구권을 가지며 이러한 청구권을 與信의 대상으로 하는 금전소비대차계약을 체결한 것으로 보게 된다.[65]

리스계약을 신용 및 사무처리의 혼합계약으로 파악하는 경우에 리스이용자는 리스료지급의무로서 물건조달에 지출된 비용의 상환과 함께 보수를 지급해야 한다. 이것이 리스료의 내용이 될 것이다(사무처리계약에 따른 급부의무). 그리고 이 리스료 속에는 신용의 대가로서의 이자가 포함된다. 이에 대하여 리스회사는 주된 급부의무로서 리스이용자에 대하여 리스물건의 移轉義務를 부담한다. 그러나 이 견해에 의하면 리스물건의 이전의무는 다음과 같이 구성된다. 즉, 리스회사는 위의 임대차적 구성에 있어서와는 달리 처음부터 하자없는 물건의 조달의무를 부담하는 것이 아니라 사무처리(위임)계약에 따라 자신이 위임사무를 처리하던 중에 보유하게 되었거나 그 사무처리의 결과로서 취득한 물건을 리스이용자에게 반환할 것을 규정한 민법의 규정(우리 민법 제684조; 독일민법 제667조 참조)에 따른 반환의무만을 부담하게 되는 것이다. 따라서 리스회사는 하자없는 리스물건의 조달자 내지 공급자의 급부능력에 대한 보증의무를 부담하지 않는다는 리스약관의 특약은 단지 선언적인 규정에 불과할 뿐이며, 처음부터 독일보통거래약관법 제9조(우리나라 약관규제에 관한 법률 제6조)의 내용통제의 대상이 되지 않게 된다. 이와 같은 리스계약의 성질결정에 따르면 개별적인 쟁점에 대하여는 유형론적 성질결정과는 관계없이 당사자의 자유로운 약정에 의한 해결이 넓게 인정된다. 그 결과 정형화된 리스거래의 계약내용은 보통거래약관법상의 내용통제의 구속으로부터 벗어나 자유롭게 형성될 가능성이 열려있는 것이다.[66] 물론 이와 같은 법적 성질결정에 따라 신용(소비대차)계약 및 사무처리위임계약의 일반규정은 각각의 급부영역에서 흠결보충적 기능 내지 공정성판단기준으로서의 역할을 수행할 수 있

65) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 106 f.
66) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 111.

을 것이다.

2. 대법원견해의 문제점

우리 대법원은 금융리스계약에 대하여 다음과 같이 판단하고 있다. 즉, '형식에 있어서는 임대차에 유사하나 그 실질은 물적 금융이고 임대차계약과는 여러 가지 다른 특질이 있기 때문에 시설대여(리스)계약은 비전형계약(무명계약)이고 따라서 이에 대하여는 민법의 임대차에 관한 규정이 바로 적용되지 아니한다'고 판시하고 있다.[67] 이와 같은 판례의 견해에 대해서는 이를 특수임대차계약으로 해석하는 견해[68]와 무명계약으로 해석하는 견해[69]로 나뉘어지고 있다. 그러나 대법원은 계속적인 판시내용으로서 '금융리스는 리스이용자가 선정한 특정물건 또는 시설을 그가 원하는 조건으로 새로이 취득하거나 대여받아 그 물건에 대한 직접적인 유지·관리책임을지지 아니하면서 리스이용자에게 일정기간이상 사용하게 하고, 그 기간에 걸쳐 일정대가(리스료)를 정기적으로 분할하여 지급받음으로써 리스물건의 취득원가, 이자, 비용, 위험부담에 따르는 보상 및 이윤 등을 회수하는 것을 내용으로하는 물적 금융을 말하는 것으로서, 리스회사가 리스이용자에게 물건이나 시설을 대여하는 것이 아니라 리스물건을 취득하는데 소요되는 자금에 관한 금융의 편의를 제공하는 것을 본질적인 내용으로 하는 바, 리스계약의 내용은 당사자 사이의 약정(보통의 경우 약관)에 의하여 정하여 지는 것이다'[70]라고 함으로써, 리스계약은 기존의 전형계약의 유형으로 포섭되지 아니하고 이른바 전형외적인 무명계약임을 분명히 하였다. 그러나 대법원은

---

67) 大判 1986.8.19, 84 다카 503.504; 大判 1990.5.11, 89 다카 17065; 大判 1992.7.14, 91 다 25598 등.

68) 崔基元, 금융리스계약에 관한 소고, 법학(서울대) 29권 2호, 66면; 權五乘, 리스계약에 관한 연구, 경희법학 22권 1호, 148면.

69) 李哲松, 리스계약의 법적 성질, 판례월보 194호, 30면; 鄭東潤, 새로운 유형의 상행위 — 리스에 관하여, 徐敦珏博士停年記念論文集, 1986, 87면이하.

70) 大判 1990.5.11, 89 다카 17055.

금융리스계약이 임대차계약과는 여러 가지 다른 특질을 가지고 있다고 할 뿐, 금융리스계약의 본질에 대해서는 아무 것도 규명해내지 못하고 있다. 대법원이 리스계약의 법적 성질로서 제시하는 무명계약(Vertrag sui generis)이란 모든 혼합계약에 공통되는 속성이라고 할 수 있기 때문에 그와 같은 소극적 분류(유명계약이 아니라는 의미의 분류)를 가지고는 계약의 성질을 적극적으로 규명할 수 없다.[71] 그 결과 리스계약을 둘러싼 법률문제에 대하여 당사자의 약정 이상의 판단기준을 제시하지 못할 뿐만 아니라, 리스회사의 약관에 대한 공정성 심사를 위한 기준도 제시할 수 없게 된다.

대법원의 견해와 같이 리스계약을 단순히 무명계약으로 볼 경우에는 계약내용이 당사자의 약정에만 의존하게 되므로 실질적으로 그 법률관계의 형성은 교섭상 유리한 지위에 있는 자의 이익이 되도록 결정되는 것이 보통이다. 따라서 무명계약설을 철저하게 관철한다면 계약의 공정성확보 내지 정당성보증(Richtigkeitsgewähr)은 그 실현이 어렵게 된다. 그러므로 당사자 사이의 계약내용이 공정성에 배치되거나 당사자의 의사내용이 불확실한 경우에는 계약법에 의한 규제를 받지 않을 수 없고, 이 경우에 계약의 성질결정이론을 적용하지 않을 수 없다. 더욱이 오늘날 전형계약이 가지는 계약유형으로서의 의미는 계약의 사회적 전형성을 임의규정으로서 정립해 놓은데 그치는 것이 아니라 전형화된 계약속에 당사자 사이의 법률관계를 공정하게 규제하는 기준적 기능을 함께 보유하고 있다. 이러한 점을 감안할 때 대법원이 취하고 있는 무명계약설은 비판을 면할 수 없을 것이다.

3. 私見

리스계약관계는 기존의 전형계약유형이 예정하고 있는 거래관계와는

71) Larenz/Canaris, a.a.O., S. 60.

그 유형을 달리하는 새로운 형태의 거래관계이다. 따라서 리스계약의 법적 성질을 규명하는데 있어서는 리스거래의 실태를 명확히 파악한 후에 이를 기초로 어떠한 전형계약규정을 적용할 것인지를 판단하여야 한다.

리스계약의 본질적 요소는 이미 위에서 밝힌 바와 같이 시설대여, 즉 물건의 사용·수익을 위한 賃貸借的 給付와 信用給付라고 할 수 있다(우리 대법원은 이 중에서 특히 금융이라는 경제적 실질을 우선하여 물적 금융이라는 표현을 사용하고 있다). 다시 말하면 리스계약은 리스회사측에서 금융의 제공 및 시설대여를 주된 의무로 하고, 리스이용자측에서는 이와 같은 신용을 기초로 종국적으로 리스물건의 전면적인 사용과 수익을 목적으로 하는 계약이라고 할 수 있다. 그러므로 리스계약에 있어서는 물건의 대여를 매개로 하는 신용적 요소(금융적 기능)와 물건의 사용·수익과 관련된 임대차적 요소(사용수익적 기능)가 유형적으로 결합된 혼합계약이라 할 수 있으며, 양자는 서로 어느 한 유형에 흡수되는 것이 아니라, 각 급부관계는 그것대로 어느 정도의 독자성을 유지하면서 해당 전형계약의 규정이 적용될 수 있는 대상이 된다고 판단된다. 따라서 당사자 사이의 약정이 불분명한 경우 또는 규정 자체의 공정성이 문제되는 경우에는 당사자가 의도한 금융으로서의 목적과 임대차의 목적에 부합되도록 해당 전형계약유형의 규정을 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.

이와 같이 리스계약을 전형계약의 유형속에 포섭하여 성질결정을 함으로써 전형계약규정이 추구하려는 계약상의 公正性確保 또는 正當性保證이 리스계약에 있어서도 실현될 수 있을 것이다.

Ⅵ. 結　　言

a) 종래에는 전형계약의 의의와 기능에 대하여 유형 자체를 중요시

하지 않았고, 동시에 전형계약규정에 대해서도 표준적 의의를 부여하지 않았다. 다시 말하면 어떤 계약이 민법전의 어느 전형계약에 속하는가를 확정하려는 것은 별 의미가 없고, 중요한 것은 어떤 事案에 대하여 당사자 사이에 어떤 내용의 합의가 있었는가를 확인하여, 이를 기초로 어떤 법적 효과를 귀속시킬 것인가를 결정하는 것이 보다 중요하다고 강조되었다. 따라서 전형계약에 관한 민법의 규정은 구체적 계약의 효과를 지시하는 座標로서 당사자의 의사표시 내지 법률행위의 내용을 해석하는 데 있어서 단순히 보충적 작용을 하는 데 그쳤을 뿐이다.

그러나 이와 같은 전형계약에 대한 종래의 소극적 견해는 최근에 와서 비판을 받고 있다. 그 직접적인 계기가 되고 있는 것은 約款規制와 消費者保護에 관한 연구에서 비롯된다. 즉, 普通去來約款의 작성 및 적용과 관련해서 사업자는 자기에게 유리한 계약조항을 사실상 강제하고 있다. 이와 같은 불공정한 계약조항에 대해서 여러 가지 司法的 規制方案이 강구될 수 있으나, 그 하나의 가능성으로서 전형계약에 관한 민법의 임의규정들을 強行化(半強行化)하는 방법이 지지를 얻고 있다. 이와 같은 태도는 민법의 임의규정을 合理性의 徵表 내지 基準(Leitbild)으로 파악할 수 있다는 데 기초하고 있다. 그 결과 전형계약에 관한 민법의 규정은 단순한 임의규정으로서 소극적 의미를 가지는 데 그치는 것이 아니라, 普通去來約款에 대한 내용통제의 기준으로서 公正性을 담보하는 규범으로 이해되기에 이르렀다.

b) 특히 비전형계약에 있어서 이와 같은 계약적 공정성이 확보되기 위해서는 해당 계약이 어떤 전형계약유형으로서의 성질 내지 본질을 보유하는 것인가를 정확하게 판단하지 않으면 안된다. 다시 말하면 전형계약과의 관계에서 계약의 類型(Typus)과 性質決定(Qualifikation)은 非典型契約 내지 混合契約의 해석에 있어서 중요한 항목을 이룬다. 왜냐하면 비전형계약의 해석작업을 수행하는 과정에서 전형계약이라는 계약유형에 관한 법규범군이 일종의 모체로서의 역할을 담당하고 있기 때문이다. 그 결과 현실에서 다양하게 생성·발전하고 있는 비전형계약에

대해서도 전형계약에 관한 법규범은 일정한 유형화를 제공하고, 해당 계약규범에 의하여 흠결부분과 불명료한 부분을 보충 내지 확정하거나 계약내용의 공정성을 유지하기 위하여 내용적 평가기준으로서의 기능을 담당하는 것이다.

c) 전형계약이 아닌 어떤 구체적 계약이 어떤 典型契約類型에 속하는 것인가를 결정할 경우에는 먼저 주된 채무가 무엇이고, 급부의 교환은 어떻게 실현되며, 급부장애가 있을 경우에는 어떤 구제조치가 주어져야 하는가를 함께 고려하여야 한다. 특히 현대사회에 있어서는 계약유형의 모델과 그 중요성의 분포가 19세기 당시와는 크게 달라지고 있다. 즉, 오늘날의 계약관계는 여러가지 요소들에 의하여 복합적으로 이루어지는 경우가 많다. 이러한 상황에서 최근에 「契約의 分析的 類型論」이 새로운 주목을 끌고 있다. 이 분석적 유형론은 어떤 계약에 대한 적용규범을 결정하는 데 있어서 당해 계약을 전체적으로 어느 특정된 전형계약에 포섭시키지 아니하고, 그 계약을 구성하는 要素와 당사자 사이의 關係構造를 고려하여 개별적인 분석을 함으로써 적용규범을 종합적으로 추구하려는 것이다. 금융리스, 팩토링 등과 같은 신종계약의 유형화작업 내지 해석에 있어서도 각 계약을 단순히 기존의 전통적 계약모델의 어느 하나의 유형에 포섭시키지 아니하고, 각종의 계약유형 중에서 해당되는 부분을 추출하여 複合的 構成 내지 解釋을 시도한다. 그리고 이와 같이 복합적으로 이루어진 계약관계를 하나의 통일된 계약형태로 파악하려는 것이다. 分析的 類型論은 특히 여러가지 전형계약의 유형들이 혼합되어 있는 계약형태의 해석에 있어서 합리적 방법을 제공할 수 있다.

d) 리스계약의 법적 성질을 규명하는 학설 및 판례의 견해는 매우 다양하게 전개되고 있다. 그 중에는 리스계약의 법적 성질을 기존의 전형계약으로 포섭하여 평가하려는 견해와 그 거래실태가 기존의 전형계약에는 포섭될 수 없다고하여 단순히 무명계약으로 분류하는 견해로 크게 구별되고 있다. 그러나 리스계약의 법적 성질을 단순히 무명계약으로 파악한다면 당사자의 형식적 약정만이 계약의 내용형성에 지배적 영향

을 미치게 될 것이고 교섭상 優位에 있는 자에게 유리하게 그 법률관계의 내용이 형성되는 경향을 띠게 될 것이다. 그 결과 계약의 정당성보증기능은 실현될 수 없게 된다. 오늘날 전형계약의 규정들은 당사자 사이에 다양하게 전개되는 계약관계를 공정하게 규제하는 기준적 기능을 보유하고 있음을 감안한다면, 리스계약을 전형계약의 유형속에 포섭하여 그 통제하에 둠으로써 전형계약규정이 추구하려는 계약상의 공정성 확보가 리스계약에 있어서도 실현될 수 있을 것으로 생각된다.

會社形態의 탄력적 운용과 資本會社의 규제완화

李 基 秀*

》목 차《

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 우리 나라의 會社制度와 그 實狀
1. 상법상의 회사의 종류
2. 中小企業의 會社形態로서의 有限會社
3. 會社의 變化와 現況
Ⅲ. 外國의 實例
1. 오스트리아
2. 스위스
3. 프랑스
4. 영국
5. 미국
6. 캐나다
7. 일본
Ⅳ. 中小企業을 위한 會社法의 改正方案
1. 大小株式會社
2. 1人株式會社
3. 定款自治의 擴大
4. 株主總會의 簡易化
5. 新株引受權의 排除
Ⅴ. 結論

Ⅰ. 머리말

1995년 상법의 회사편부분에 대한 큰 폭의 개정이 이루어졌다. 이는 일부 세계경제분야의 규제완화 내지는 통합화현상과 맥을 같이하는 차원에서 이루어진 것이다. 우루과이라운드 다자간무역협상이 1993년 12월 15일 타결되어 동 협상의 가장 주된 내용인 세계무역기구(WTO)가 1995년 1월 1일에 창설되었다. 우리 나라의 OECD가입이 이루어지면서 규제완화의 세계적인 추세에 더욱 부응하지 않을 수 없는 상황이 되

* 고려대학교 법과대학 교수 · 법학박사

었다. 따라서 회사법개정이 1995년에 규제완화의 차원에서 일부 이루어졌다 하여도 회사법개정논의가 끝난 것이 아니다. 특히 1995년 개정에서 전체적인 입장에서 회사법규제완화의 논의 및 반영은 이루어지지 않았다. 따라서 회사의 규모에 따른 탄력적인 법형태제공이라는 측면에서 회사법에 대한 재조명이 필요한 시점이다. 이러한 견지에서 이 글에서는 우리나라의 會社制度의 實狀, 유럽국가를 중심으로 한 외국에서의 규제완화의 논의를 資本會社를 중심으로 살펴본 이후에 회사형태의 탄력적 운용을 위한 회사법개정방안을 검토·모색하여 본다.

II. 우리 나라의 會社制度와 그 實狀

1. 상법상의 회사의 종류

상법 제170조는 회사의 종류로서 合名會社, 合資會社, 株式會社, 有限會社의 4종류를 규정하고 있으나, 강학상 資本會社와 人的會社로 구분하고 있다. 양자를 구분하는 표준은 독일에서는 회사의 대외관계에서 신용의 기초가 사원이냐 회사재산이냐에 따라서 구분하고, 프랑스에서는 회사의 대내관계에서 사원의 지위이전의 난이에 따라서 구분하고 있다. 즉 人的會社는 대외적으로는 회사 자체의 재산보다도 사원의 신용이나 개성에 중점이 주어지고, 대내적으로는 사원 상호간의 신뢰관계가 두텁기 때문에 사원의 지위의 이전이 제한되는 회사로서 실질적으로는 조합적 실체를 갖는다. 이에 반하여 資本會社는 대외적으로는 사원의 개성이나 신용보다도 회사 자체의 재산적 기초에 중점이 주어지고, 대내적으로는 사원의 지위의 이전이 비교적 용이한 회사로서 자본적 결합체로서의 실체를 갖는다.

상법상 合名會社는 전형적인 人的會社이고, 株式會社는 資本會社의

전형이라 할 수 있다. 合資會社와 有限會社는 양자의 요소를 함께 지닌 중간형태라고 할 수 있으나, 合資會社는 무한책임사원이 중요한 지위를 차지하므로 人的會社에 가깝다고 할 수 있으며, 有限會社는 모든 사원이 유한 책임을 지고 회사의 신용의 기초는 회사의 재산이란 점에서 資本會社의 성격이 강하다고 할 수 있다.

人的會社와 資本會社의 구별은 각 회사의 본질을 간명하게 이해하고, 제 규정의 실질적 의의를 파악하기 위한 중요한 구분방법으로서 회사법에서의 회사의 특징이 모두 이 구별에 의하여 생긴다.

資本會社는 회사의 자본에 기초를 둔 회사로서 (i) 대내적으로는 사원과 회사의 관계가 희박하여 사원이 회사의 업무집행에 관여하는 것은 원칙적으로 요구되지 아니하고 소유와 경영이 분리되어 회사는 제3자 기관에 의하여 운영되고, 출자는 금전 기타 재산에 한하며, 회사의 의사결정은 다수결의 원칙에 따르고 일반적으로 사원의 수가 많으며, 사원의 지위는 자유로이 양도할 수 있는 것이 원칙이며, 1인회사를 인정(다만 有限會社의 경우는 해산사유이다)하며, 청산은 법정청산의 방법에 따른다. 또 (ii) 대외적으로는 사원은 회사채권자에 대하여 개인적으로 책임을 지지 않고 회사재산에 한하여 유한책임을 지기 때문에 회사채권자를 보호하기 위하여 강행법규로 이를 규율하고 있다.

人的會社는 위에서 본 바와 같이 개개의 사원의 개성에 기초를 둔 회사이므로 사원의 개성이 농후하여 (i) 대내적으로는 사원의 수가 적고 사원과 회사의 관계가 밀접하여 사원이 원칙적으로 업무집행에 관여하는 자기기관을 가지며, 의사결정은 전원일치를 요하고, 노무와 신용도 출자로서 인정되며, 사원의 지위는 원칙적으로 이전이나 상속이 제한되고, 사원이 1인으로 된 때에는 해산되며, 청산은 임의청산의 방법으로 할 수 있으며, 내부관계에 관한 규정은 임의법규이다. 또 (ii) 대외적으로는 사원은 회사채권자에 대하여 개인적으로 직접·연대의 책임을 지며, 회사재산은 중요성이 덜하고, 사원의 인적 신용이 회사신용의 기초이다. 따라서 임의규정이 많고, 사적 자치의 원칙이 지배한다.

2. 中小企業의 會社形態로서의 有限會社

1) 有限會社의 特色

有限會社는 株式會社와 마찬가지로 資本團體의 하나이지만, 한편 小規模·閉鎖的·非公開的인 회사의 성격을 가진다.

(i) **資本團體性.** 有限會社는 사원의 출자에 의하여 형성되는 자본중심의 단체로서 자본은 정관의 절대적 기재사항이며, 그 증자는 정관변경의 절차에 의한다. 그리하여 有限會社에 있어서도 회사재산이 회사채권자에 대한 유일한 담보이므로 株式會社와 같이 자본납입의 원칙이 적용된다. 또 자본액 전부에 대하여 출자자가 확정되어야 회사가 성립되기 때문에 자본납입의 원칙은 중요한 의미를 갖는다.

(ii) **小規模閉鎖性** 有限會社는 그 설립절차가 간소화되어 있다. 즉 설립방법에는 株式會社의 발기설립에 해당하는 것밖에 없고 정관에서 각 사원이 인수할 출자좌수가 확정되며, 설립의 경과에 관하여 법원이 선임하는 검사인의 조사절차가 없다.

有限會社는 소규모·폐쇄적·비공개적 회사로서 사원의 개성이 중시된다. 따라서 원칙적으로 사원의 총수를 50인 이하로 제한하고 있으며, 지분의 양도를 제한하고, 지분에 관하여 지시식 또는 무기명식의 증권을 발행하지 못하고 출자인수의 공모, 사채의 발행도 인정되지 않는다.

또한 有限會社는 기관이 간소화되어 있다. 즉 이사는 1인 이상이면 되고 원칙적으로 각 이사가 회사를 대표한다. 감사는 임의적 기관으로 되어 있고, 사원총회의 소집절차가 간소화되어 있다.

2) 有限會社의 立法모델

有限會社에 관한 규정들이 개개의 법질서에서 어느 위치를 차지하고 있건 간에 본질적으로 세 가지 입법모델로 나누어 볼 수 있다.[1] 그러나

1) 李基秀, 有限會社의 諸形態, 企業環境의 變化와 商事法(孫珠瓚教授古稀記念論文集), 1993, 9~11쪽.

이 모델들은 공통적으로 경제적 수요에 맞추어 기업가에게 작은 물적회사를 제공하여 그 사원에게 유한책임의 혜택을 주고자 한다. 동시에 이 회사형태는 공통적으로 공개적인 자본시장으로부터 — 이에 있어서는 무엇보다도 지분거래의 경우에는 — 배제되고 있다. 따라서 최근 독일에서 有限會社의 지분거래를 상장가능하도록 하자는 발상[2]은 단지 하나의 "법기술적"인 변화일 뿐만 아니라 지금까지 전세계적으로 통일된 有限會社의 회사형태에 대한 "근본적 변화(grundstürzende Veränderung)"로 간주되어야 한다. 有限會社의 형상과 그 법현실이 지금까지 서로 합치되었기 때문에 만약 有限會社의 지분거래가 상장가능하게 된다면 有限會社法의 근본적 변화가 초래된다는 얘기다. 이것은 특히 少數와 장래 입사할 사원의 보호문제, 그리고 지금까지 有限會社法을 지배하던 고도의 탄력성 나아가 그를 통하여 확보되어졌던 사원들의 회사형태에 대한 자유로운 형성가능성을 필연적으로 저해하게 된다는 얘기다.

결국 우리는 오늘날 이 세계의 모든 법질서에서 공통적으로 有限會社에서 두가지의 기본적 개념 표지를 확인할 수 있게 된다. 그 하나는 社員의 有限責任 — 이것은 보다 자세히 표현하면 회사채무에 대해서 사원의 책임을 배제시키는 것이다 — 이고, 또 다른 하나는 공개적인 資本市場에서의 持分去來가 불가능하다는 점이다. 이제 이 두가지 개념표지 이외의 것들을 가지고 상기한 세 가지의 有限會社 모델들을 비교해보자.

(i) 有限會社를 株式會社의 일종으로 보는 모델

우선 有限會社를 독자적인 회사형태로 인정하기는 하나 그 규율방식이 지극히 株式會社의 그것에 접근하는 법제가 있다. 예컨대 이탈리아가 그러하다. 이러한 법제에 있어서는 有限會社에게는 株式會社에 적용되는 강행적인 규정과 요구조건들이 감소된다. 예컨대 내부감사의무라든지 재무제표의 공시의무등이 사원에 의한 社內形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)에 의하여 수정되는 것이다. 이러한 현상은 물적

2) Hommelhoff, ZHR 1989, 181 ff.; Claussen, ZHR 1989, 216 ff.

회사 단일주의가 지배하는 법역에서 그러한데 캐나다나 아일랜드가 대표적인 예이다. 그곳에서는 有限會社가 소규모의 株式會社로 다루어지는 것이다.

(ii) 순수한 중간형태로서의 有限會社

이 부류의 법제에서는 有限會社가 株式會社와 人的會社의 중간형태를 형성하고 있다. 여기서도 본질적으로 출발점은 株式會社法이나 동시에 有限會社에 있어서는 人的會社的인 요소를 가미시키고 있다. 물론 이러한 규정들은 대부분 임의적 성질을 띄고 있으며 따라서 사원들은 정관을 어떻게 작성하느냐에 따라 보다 資本會社的으로 또는 정반대로 보다 人的會社的으로 만들 수 있는 것이다. 이 부류는 독일, 덴마크, 그리스 혹은 폴란드의 유한회사법에서 나타난다.

(iii) 有限會社를 독립적인 人的會社로 보는 모델

끝으로 有限會社를 독자적인 人的會社로서 "有限責任社員이 없는 合資會社"로 파악하기도 한다. 이 모델의 출발점은 有限會社 지분의 유동성과 그와 결부된 회사와 사원간의 약한 결합관계를 저지시키는 데에 있다. 동시에 有限會社를 전체 자본시장으로부터 추방시키려한다. 그리하여 자금조달 수단으로서 오로지 전래적인 방법 특히 은행대출만 허용하려한다. 이러한 방식으로 이 모델에서는 有限會社가 대기업 특히 많은 자금수요를 요하는 기업에는 선택되지 못하도록 하고 있다.

이 부류에 속하는 나라로는 현재 프랑스, 룩셈부르그 그리고 루마니아 정도이다.

3. 會社의 變化와 現況

우리 나라의 회사의 변화를 회사의 종류별로 살펴보면 株式會社는 1990년에 61,354개에서 1994년에는 104,893개,[3] 같은기간 有限會社는

3) 이들중 1994년 12월 현재 699개 회사만이 증권거래소에 상장되어 있다. 上場協, 1995년 추계호(제31호), 181쪽.

2,154개에서 4,206개, 合資會社는 2,644개에서 3,807개, 合名會社는 393개에서 738개로 각 회사종류별로 모두 증가하였으며, 특히 株式會社와 有限會社 형태를 취하는 회사의 비율이 증가하는 추세에 있음을 알 수 있다.[4] 한편 이들의 자본금규모를 살펴보면 자본금 5천만원 미만의 회사는 1990년 5,270개에서 5,772개로 소폭증가에 그친 반면에 5천만원 이상 10억원 미만의 회사가 66,873개에서 110,669개로, 자본금 10억원 이상의 회사도 4,495개에서 8,974개로 대폭증가하여 경제규모가 커짐에 따라 회사의 자본금규모도 대형화하고 있음을 알 수 있다.[5] 그리고 이들을 외형규모별로 구분하면 5억원 미만의 영세법인이 1990년에 40,510개에서 60,402개로, 같은 기간 5억원 이상 30억 미만의 소법인은 24,718개에서 43,749개로, 30억 이상 100억 미만의 중법인은 8,048개에서 15,103개로, 100억 이상의 대법인은 3,362개에서 6,158개로 증가하였다.[6]

III. 外國의 實例

외국의 상황을 알아보기 위하여 회사법분야의 규제완화 내지는 중소기업을 위한 회사형태에 대한 논의를 오스트리아, 스위스, 프랑스를 중심으로하여 살펴본다. 미국, 일본 등 그 외의 국가에 대하여도 검토하며 독일의 경우는 다른 곳[7]에서 이미 발표하였으므로 여기에서는 부분적으로 관계되는 부분에서 언급하며 아래의 III부분에서도 고찰한다.

---

4) 국세청, 「국세통계연보」, 1995년, 106쪽.
5) 국세청, 「국세통계연보」, 1995년, 107쪽. 자본금 규모별로 작성된 통계에는 비영리법인과 외국법인을 포함하고 있음.
6) 국세청, 「국세통계연보」, 1995년, 108쪽. 비영리법인과 외국법인 포함.
7) 李基秀, 소규모주식회사, 상사법논총(上)(제남강위두박사 화갑기념), 1996, 231쪽 아래.

1. 오스트리아

1) 논의의 배경

현재 오스트리아에 있는 약 1,000개의 株式會社 가운데 128개(약 13%)만이 상장회사이다.[8] 그런데 상장된 기업의 수가 증가하고 있다. 1989년에는 120개의 상장회사가 있었는데 1993년에는 155개의 내외국 회사가 뷔인(Wien)의 證券去來所에 상장되었다.[9] 이 가운데 내국회사는 1989년에는 81개였고 1993년에는 111개였다. 현재 128개의 內國株式會社가 證券去來所에 상장되어 있는데 이 가운데 111개는 공식적인 거래가 허용된 것이고 17개는 규정된 자유거래가 이루어지는 것이다. 절대적인 수에 있어서 1989년에는 9개, 1990년에는 18개, 1991년에는 11개, 1992년에는 12개의 회사 그리고 1993년에는 3개의 회사만이 (외국회사를 포함하여) 새로이 證券去來所에 상장되었다(이에 增資가 추가된다). 주식의 총거래액은 1989년에 1,432억 3천 4백만 쉴링이었고 1993년에는 2,388억 5천 2백만 쉴링으로 상승하였다.

종래 1994년에는 5개의 회사만이 새로이 거래소에 상장되었고 발행자본금은 266억 쉴링에 달하였다. 上場企業의 모든 주식의 시가총액은 1989년에 2,630억 1천 7백만 쉴링이었고, 1993년에는 3,300억 3백만 쉴링이었다. 내국주식의 새로운 상장액은 1989년에는 14억 9백만 쉴링(명목가) 내지는 93억 4천 5백만 쉴링(시가)이었고, 1993년에는 16억 2천 백만 쉴링(명목가), 108억 3천만 쉴링(시가)이었다. 證券去來所의 거래액은 1989년을 기준으로 2배로 상승하였다.[10]

---

8) Doralt, Die "private" Aktiengesellschaft in Österreich-eine Skitze, AG 1995, 538 ff. 참조.

9) Wiener Börse, Jahresbericht 1993, 36; Doralt, Die "private" Aktiengesellschaft in sterreich-eine Skitze, AG 1995, 538.

10) Doralt, Die "private" Aktiengesellschaft in Österreich-eine Skitze, AG 1995, 538.

다른 한편 오스트리아의 500大 기업 가운데 약 45%가 有限會社, 약 5%가 有限合資會社, 그리고 40%정도만이 株式會社라는 점을 주목할 필요가 있다. 이로부터 알 수 있듯이 오스트리아에서 株式會社는 단지 대규모기업을 위한 법형태라고 주장할 수 없게 되어 있다. 株式會社의 숫자가 1978년에서 1989년 사이에 25% 증가한 반면에 有限會社에서의 증가는 340%에 달하였다. 株式會社의 평균자본은 67% 상승하였다.

株式會社와 有限會社 사이에 자본소유의 분산에 대하여 살펴보면 다음과 같다. 1961년까지는 株式會社가 명목자본이나 회사수에 있어서 월등한 資本會社였다. 1960년대말 이래로는 有限會社가 더 많아졌다. 이때 대략 5만 6천 내지 7만 4천개의 有限會社가 있었다. 1989년 이래로 有限會社가 명목자본에 있어서 株式會社를 앞지르게 되었다.[11] 약 870개의 비상장 株式會社 가운데 최소한 절반이 내외국의 母콘체른의 100% 자회사였다. 그밖의 국영기업이 아닌 또 공공기업이 아닌 株式會社의 상당부분이 1인주주에게 속하거나 또는 가족회사의 형태를 취하고 있다.[12] 한 노동자단체의 조사에 의하면 1989년 株式會社에 대한 연방정부의 소유분은 37%, 분산소유가 11% 그리고 22%는 私個人所有였다. 1978년에는 연방정부 소유분이 50.6%나 되었다(민영화의 과정이 있었음을 알 수 있다). 외국회사나 외국인은 株式會社에 18%로 자본참가하고 있었다. 이와 비교하여 有限會社에서는 1989년에 34%가 외국회사나 외국인인 개인소유였다. 오스트리아 국민은행의 위탁에 의한 한 연구에 의하면 오스트리아에는 주식발행시장의 잠재력이 크다는 점을 알 수 있다. 설문에 응한 260개의 기업 가운데 약 2/3가 자본시장에 참가하는 것을 고려하고 있고 약 1/3이 3~5년 내에 상장할 가능성이 있는 것으로 보고 있다. 물론 普通株에 비해서 의결권 없는 優先株를 선호하는 사실로부터 현재의 사원은 최소한 시작단계에서는 일정한 영

11) Beer/Ederer, Wem gehört Österreichs Wirtschaft wirklich, 52, 55.
12) Kastner, Das österreichische Gesellschaft 2.Aufl., in : Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Ausländische Aktiengesetz(1986), 30.

향력을 행사하려 함을 볼 수 있다.[13]

2) 소규모주식회사를 찬성하여야 할 이유

(1) 오스트리아에서의 기업의 실상

제일 첫 번째 관점은 "기업조직에 있어서 법상태와 현실사이의 괴리"라는 표어로써 그리고 株式法上의 理事會의 독립성에 관련하여 특징지워 지는 것이다. 즉 800개 이상의 상장된 오스트리아 株式會社에 있어서 콘체른 자회사가 지배적 위치를 차지하고 있다. 그밖에 비공개 영역에서는 특히 私1人會社와 가족회사가 존재한다. 이러한 회사 가운데 많은 회사에서는 法狀態가 실제에 일치하지 못하는 상황에 있다. 즉 콘체른에 속한 株式會社의 100% 자회사에 있어서 종속성이 모회사의 형식적인, 법규위반적 지시에 의하여 확고히 되지는 않지만 사실상 승인유보권이 모회사에 있음을 확인 할 수 있다. 이는 계획서를 제출하게 하는 것, 여러 가지 물음에 대한 콘체른 지침을 통하여 행하여 진다.

콘체른에 의하여 指導되지 않고 가족이나 그밖의 일정 집단에게 속하는 1人株式會社나 株式會社에서도 유사한 현상을 발견 할 수 있다.

물론 실제상 외국 大콘체른 및 국내 콘체른이 그 기업정책을 회사의 지시에 의하여 관철하는 것은 드물다. 오히려 시장, 조직준칙 혹은 자금상의 물음에 대한 중요사항에 대한 결정은 콘체른 최상부(Konzernspitze)가 자회사의 理事會와 연락을 취하거나 취함이 없이 행하여 지고 그 이후 자회사의 경영진과의 대화에 의하여 시행된다. 더욱이 자회사의 전문가와 모회사의 해당부서의 전문가 사이에 직접적인 보고채널이 이루어지는 경우가 증가하고 있고 이 때 總理事會가 관여하기도 하고 또 해당부서 擔當 理事가 관여하기도 한다.

株式會社에 있어서 理事會는 업무를 자기 책임하에 어떤 상부의 지시

13) Doralt, Die "private" Aktiengesellschaft in Österreich-eine Skitze, AG 1995, 539.

없이 처리하여야 한다는 법상태로써 콘체른 모회사는 만족한다. 왜냐하면 그 법률고문이 오랜 경험에서 배울 수 있는 다음의 사항을 확인시켜 주기 때문이다. 즉 株式會社에서 법률상 예견된 理事會의 독립성이 콘체른 일상에서 방해가 되지 않는다는 점이 그것이다. 아주 비정상적인 상황이 있지 않을 때에는 의견상충이 있을 때 어떤 형식적 지시권(formales Weisungsrecht) 없이도 모회사가 추진해 갈 수 있다. 콘체른 위계질서와 마찰없이 기능하는 것은 특히 기업구조, 출세기회 및 직무권, 年金請求權에 의하여 확보가 된다. 아무튼 법적으로도 안전한 측면에 서기를 원한다면 매우 큰 콘체른 자회사 기업에서도 有限會社를 선호한다. 가령 Philips－콘체른, AEG, BMW－콘체른, Daimler-Benz－유통회사, Sandoz－콘체른, BASF－콘체른 및 Bayer－콘체른은 오스트리아에서의 활동을 위하여 有限會社를 선호하는데 반하여 가령 국제기름산업체는 오스트리아에서 모두 株式會社의 법형태를 취하고 있다.[14]

구조에 있어서 약간 다르기는 하지만 결과에 있어서는 같은 원리가 가족회사와 1人株式會社에 대하여도 적용된다. 이들 회사에서는 가족의 1인 또는 다수 구성원이 監事會이든 理事會이든 자주 회사경영진의 중요한 위치에 포진해 있다.

또 이로써 직접적인 영향력을 행사한다. 하나 혹은 다수의 가족구성원이 理事이고 가족 소유가 그밖에는 분산되어 있는 상황에서는 물론 理事會의 株主總會로 부터의 독립성에도 가치가 주어진다.[15]

이와 관련하여 최근까지 오스트리아에서 작용을 해왔던 한 관점에 대하여 언급할 필요성이 있다. 즉 株式會社는 자주 그리고 의식적으로 국가에 가까이 있는 산업분야에서 국가나 국가의 特權企業의 영향력을 배제하기 위한 하나의 법적 방파제를 마련하기 위하여 활용되었다. 가령 1985년까지는 국영산업기업의 理事會는 오스트리아산업주식회사(ÖIAG)에

14) Trend-Spezial 3, 1994, Heft 11a, 94ff.

15) Kalss, in : Doralt/Nowotny/Lass, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz, 1995, § 1 Rdn. 18.

대하여 비교적 재량의 여지를 많이 획득하기 위하여 투쟁하였고 또 株式會社 理事會의 독립성 때문에 그들에게는 지시를 내려서는 안된다는 견해를 주효하게 방어할 수 있었다.

법률에 최소한 준칙발동권한이 명시적으로 규정된 이후에 1985년 콘체른化 한 이후에도 학설과 실무상 콘체른 지도부의 결정에 대하여 법적 주장을 가지고 싸워왔다.[16] 株式會社에서 理事會의 강행적 독립성보장에 대한 법적 물음이 정책적으로 의미하는 바는 약화되는 추세에 있는데, 그 이유는 점차 국책기업의 민영화가 추진되고 있기 때문이다.

이제 자본회사로 조직된 오스트리아 연방철도의 형성에 있어서 물음이 최근에 하나의 역할을 하였다. 이 때 법형태로 株式會社를 선택할 것인가 有限會社를 선택할 것인지가 다투어졌는데 결국 하나의 입법적 타협으로 문제를 해결하였다.[17]

Doralt는 株式會社의 법형태를 원칙적으로 유지하면서 탄력성 있게 특히 비상장 콘체른 자회사나 가족회사의 조직규정을 현실에 접근하게 수정할 필요가 있다고 제안하였다.[18]

(2) 자본시장에의 상장

제2의 관점은 기업들, 특히 회사공개를 준비하고 있는 가족회사에 대하여 법률상담을 해 주면서 얻은 경험이다. 여기서 언급하여야 할 것은 OeNB의 조사연구인데, 이 연구는 원래의 주주에게 있어서는 영향력의 관철이 특히 중요하다는 점을 증명해 준다.[19] 회사경영에 대하여 선호하는 영향력행사가능성 및 회사조직을 자유로이 형성할 수 있음을(이는 有限會社에서는 인정된다) 증권시장에 상장하려면 포기하여야 한다고 합리적으로는 물론 주장할 수 있다.

---

16) Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5.Aufl., 491ff.
17) §1, 6, 7, 12 Bundesbahn G, BGBl., 1992, 825.
18) Doralt, AG 1995, 542.
19) Gnan, Berichte und Studien der OeNB 4/1990, 55 ff.; Doralt, AG 1995, 539, 542에서 재인용.

그러나 Doralt는 급진적 변경보다는 株式會社라는 법형태의 일종의 "순차적인 적응"이 심리적으로 더 쉽게 적응할 수 있다고 본다. 가령 상속분할과 관련하여 또는 상속채무를 이행하기 위하여 가지고 있는 주식의 일부를 매각하는 것을 가능케 하기 위하여 또는 추가자기자본을 조달하기 위하여 자본시장이 필요하다고 느끼는 사원은 株式會社의 법형태는 도달되어 있지만 上場 株式會社에서 처럼 엄격하게 적용되지는 않는 타협적인 중간단계를 선택하게 된다. 이는 사원 가운데 큰 집단이 종래 총회의 방법으로 큰 영향력을 가지고 있었을 때에는 특히 타당하다. 물론 이에 대하여는 그로써 회사의 조직변경에 대한 심리적 장애요소가 부분단계로만 나누어지고 또 어느 정도 뒤로, 즉 회사공개에 의한 定款變更에로 연기된다고 물론 주장할 수 있다.

有限會社를 上場 株式會社로 조직변경하는 것은 이것이 2단계에 걸쳐서 점차적으로 행하여 진다면 심리적으로 더 쉽게 관철할 수 있다. 즉 우선 有限會社를 더 많은 탄력성을 가진 私株式會社로 변경한 후에 定款變更을 통하여 上場 株式會社로 조직변경하는 것이 그것이다.

私株式會社는 상장자본회사로 되기 위하여 자본시장에 최종적으로 진입하기 이전의 도약판이 되는 일종의 적응을 위한 법형태인 것이다.

(3) 株式法의 강행법적 성격의 필요성 여부

이러한 관점이 제3의 관점으로 이어진다. 즉 株式法의 강행적 성격이 무엇을 통하여 정당화 되는가 및 왜 有限會社에서는 다른가 하는 점이 그것이다. 대학강의에서는 株式法은 특히 채권자보호의 이유로 그리고 소주주를 보호하기 위하여 강행적이라고 말한다.

그러나 위에서 언급한 바와 같이 대기업들도 자주 유한회사형태를 이용한다는 점을 생각해보면 株式會社에 있어서 채권자보호를 그의 강행법적 성격을 위한 근거제시를 파악할 때에는 有限會社의 채권자보호가 株式會社에서보다 더 나쁘게 되어 있어서는 안된다고 최소한 요구하여

야 한다.[20] 물론 이에 대하여는 株式會社는 최대한의 채권자보호를 제공하는 법형태이고 또 이 점은 株式會社라는 법형태를 선정함으로써 일반대중에게 표어적으로 인식된다고 항변할 수 있다. 그러나 Doralt는 오스트리아에서는 有限會社에서의 채권자보호가 株式會社에서보다 나쁘게 되어 있지 않다고 본다. 이는 특히 有限會社에서는 공개된 및 숨은 배당이 이익배당에 의한 것과는 달리 허용되지 않는다는 점에서 그러하다. 株式會社와 有限會社의 차이는 오히려 형성상의 물음에 불과하고 또 실체에 의하기 보다는 역사적으로 성립된 것이다. 이에 반하여 소주주의 보호에 있어서는 다르다. 여기서는 강행법적 성격이 필요하다고 진정으로 주장할 수 있다. 왜냐하면 입법자는 소주주를 자유로운 定款작성이라는 독단에 놓이지 않게 하려하기 때문이다. 이러한 생각을 받아들인다면 非上場 株式會社에 있어서 최소한 조직분야에서는 강행법적 성격이 포기될 수 있고 또 株式法도 定款의 형성자유를 부여할 수 있다는 귀결로 된다. 채권자보호가 관계되지 않는 한 非上場 株式會社에 대하여 규제완화가 이루어지고 또 최소한 조심스럽게 형성의 자유를 도입하는 것이 정당화된다.[21]

3) 구체적인 제안

(1) 상장능력이 있는 株式會社

상장된 株式會社에 대하여는 현행 주식법규정이 원칙적으로 적용된다. "규제완화"는 고려해 볼 수 있다. 그러나 물론 자본시장에 적응시키기 위한 改良을 위한 개별적인 개선책에 대해서만 논의하여야 한다. 가령 다음과 같은 사항을 들 수 있다.

(i) 1994년에 새로이 도입된 獨逸株式法上의 신주인수권배제규정(獨逸株式法 제186조 제4항)의 도입

---

20) Lutter, GmbHR 1990, 379.
21) Doralt, AG 1995, 543.

(ii) 주주총회에서의 주주의 정보청구권을 관철하기 위한 새로운 내용

(iii) 소수주주권의 개선(비율에 의한 소수주주계산을 명목상의 자본참가액에로 확대하는 것 등)

(iv) 주식시가를 조정하기 위한 자기주식취득의 제한적 허용

이는 현재 제2회사법지침의 국내법화와 관련하여 논의되고 있다.

(2) 私株式會社

有限會社와 현재의 상장능력있는 株式會社(이는 上場株式會社에 대해서는 강제적이다) 사이의 중간단계로서 私株式會社(폐쇄된 주식회사)가 제안된다. 이 私株式會社와 상장능력있는 株式會社 사이의 가장 중요한 차이점은 기관사이의 관계에 대한 법규정이 定款에 의하여 대체될 수 있도록 된다는 점에 있다.

a) 주주총회의 강화

定款으로 일정영업의 경우 주주총회의 동의를 필요로한다고 규정할 수 있다. 그리고 더 나아가 주주총회의 일반적 지시권을 도입할 수 있다. 이 일반적 지시권인정의 경우에는 理事會는 더 이상 "자기책임하에" 기업을 경영하는 것이 아니다. 이 때에는 특히 株式法 제103조, 제70조를 개정하여야 할 것이다. 株式法 제84조에 대하여 적응에 필요한 개정을 해야할지에 대해서는 더 정확한 조사가 필요하다.

b) 연도결산 – 이윤의 사용

연도결산이익의 사용에 관한 새로운 규정은 필요하지 않다. 연도결산을 확정할 권한은 채권자보호이유 때문에 계속하여 理事會와 監事會에 놓여져야 한다. 株式會社에서는 監事會만이 이미 법률에 의하여 계산의 작성에 대한 책임을 묻기 위한 충분한 정보를 갖는다.[22]

c) 監事會

監事會의 강행적 존재는 유지되어야 한다.[23] 이것이 또한 일반대중의

---

22) Pernsteiner, Der Gesellschafter 1995, 32.

23) 반대견해 : Thiery, in : Aktienreform, Die kleine AG(1993), 25ff.

기대에 합치한다고 본다. 즉 일반대중은 그러한 기대를 株式會社라는 법형태와 결부시킨다. 감사회는 株式會社라는 표시에 의하여 계속하여 암시가 되는 것으로 채권자보호를 위한 본질적인 부분이다. 감사회의 임명 및 해임에 대한 규정은 좀더 유연하게 할 필요는 있을 것인데 특히 오스트리아有限會社法에 예견되어 있는 것으로 파견권을 監事會 構成員의 100%까지 확대하는 것을 私株式會社에서도 가능하도록 해주는 것이 바람직하다고 본다. 그렇게 하면 監事會의 구성에 대하여 회사계약이외에서의 의결권기속계약을 체결하는 수고를 덜게 될 것이다.

d) 주주총회를 통한 理事의 임명 및 해임에 관한 권한

이 분야에도 관계자에게 형성의 자유를 부여하고 또 주주총회에 理事의 임명 및 해임권한을 유보시키는 것을 허용하는 것에 대하여 검토해 보아야 한다. 고용계약에 대한 내용결정은 의문이 있는 경우 監事會에 부여되어 있어야 할 것이지만 이것이 강행적으로 적용되어서는 안된다. 감사회의 권한은 주주총회가 임명(및 해임)동의를 定款에 의하여 주주총회에 유보할 수 있다는 한도에서도 약화될 수 있다.

이 점에 있어서의 큰 형성의 자유는 실무상의 상이한 요청에 부합한다. 가령 특히 외국콘체른의 자회사에 있어서는 監事會에 의한 임명이 아주 형식적인 절차인 것에 불과하다는 점을 목격할 수 있다. 그 직책에 임명될 사람들은 이미 오래전부터 공개되는 것이 보통이다. 고용계약의 체결을 위한 監事會의 권한도 국제적 콘체른의 실무상에서는 대부분 형식화되어 있다. 이는 선임 및 해임의 문제는 임의로 주주총회에 맡겨져 있음을 말해준다.

다른 한편 가족회사에서는 사원이 理事의 구성에 영향력행사권을 빼앗기지 않으려 하면서도 특히 사원수가 많은 경우에는 그러한 작업을 실제로 하는 것이 적합하지 않음을 알고 있는 類型도 있다. 이 때 有限會社에 있어서도 理事의 사전선임이 형식상의 권한없이도 監事會에 귀속한다는 점으로 이르게 된다. 업무처리문제를 해결하기 위하여도 有限會社 社員總會는 항상 적합한 것이 아니다.

e) 임기

株式法 제75조 제4항이 임의법으로 되어서 최고 5년이라는 임기기간 및 해임을 어렵게 해 놓은 것을 포기할 수 있겠는가가 문제된다. 5년의 최고임기 및 해임을 중요한 사유가 있는 경우로 한정시키는 것은 강행적이어서는 안된다. 콘체른회사, 가족회사에 있어서 및 株式會社에 있어서도 해임결의의 방법에 의하여(오스트리아株式法 제75조 제4항) 理事를 언제나 해임하는 것이 대부분 보장되어 있다는 점을 모든 실무가들이 알고 있다. 남용은 드문 경우에만 행하여지고 또 그에 대한 입증이 가능하며 소송은 대부분에 있어서 도움이 되지 않는다. 理事를 보호해주는 것은 실제로는 해임을 중대한 사유에 한정하는 것에 의하여 보다는 고용계약의 구체적 내용 및 경영자로서의 개인적 필요성에 의하여 이루어진다. 따라서 그러한 해임제한규정을 삭제하는 것은 실제에 더 접근시키는 것이 될 것이다.

일련의 그 밖의 규정 및 형성가능성이 원래의 조직법이외에서도 예견할 수 있다.

f) 주주총회의 책임 – 기명주식

Thiery는[24] 株主總會의 결정권한은 실효성있는 책임부과와 결부되어야 할 것이라고 주장하였다. 여기에서 주주총회의 책임에 대한 원래의 물음에 대하여는 건드릴 필요가 없다(그러한 물음은 현행법하에서 有限會社法에 있어서도 제기된다). 다만 Thiery의 주장에 대해서는 주주총회의 지배권능확대는 무기명주식에 있어서는 타당하지 않다고 본다. 따라서 그때에는 기명주식에 제한하는 것이 좋다. 그러나 기명주식은 필자의 견해로는 필연적으로 양도가 제한될 필요는 없다고 본다. 물론 양도제한은 보통 이해관계상황에 상응하여야 할 것이고 따라서 의문이 있는 경우에는 그 양도제한이 적용되어야 할 것이다.[25]

---

24) Thiery, in: Die kleine AG(1993), 23, 28.

25) Reich-Rohrwig, in : FS Kastner II, 1992, 376f.; Hannak, in : FS Hämmerle, 132f.

g) 주주의 정보청구권

지금까지 Lutter[26], Roth[27] 및 Thiery[28]가 제안하였던 바와 마찬가지로 주주의 정보청구권은 定款에 의하여 결정될 수 있어야 할 것이다. Thiery[29]의 견해와는 달리 모든 주주가 언제나 열람을 하도록 하는 것은 반대하지만 또 이를 전적으로 배제하여서도 안된다.

h) 주주총회의 소집 및 진행절차의 간이화

위에서 언급한 학자들이 주장하는 바처럼 독일법에 규정되어 있는 주주총회소집간이화, 주주총회의 의사록작성이 규정되어야 할 것이고 또 定款에 의하여 주주의 回覽決議(Umlaufbeschluß)를 가능케 하도록 하여야 할 것이다.

i) 商號上의 부가문구

회사가 상장능력있는 株式會社의 보통의 상태로부터 이탈되고 위에서 제시한 내용을 활용할 경우에는 "私株式會社"라는 商號上의 부가문구가 있어야 한다.[30] Doralt는 이러한 법형태를 영업서류에서 제시하기만 하면 된다고 하였었는데 그 경우에는 상법전 제14조만을 보충하면 된다.[31]

j) 공동결정

독일에서와 같이 어느 정도까지 監事會의 공동결정면제를 요구할 것인가하는 점이 점차적으로 중요한 물음으로 대두된다. 有限會社에서는 300명 종업원까지는 공동결정이 제외되기 때문에 이러한 한계가 어쨌든 주장할 만하다. 1980년 有限會社法 개정시에 필자는 이러한 제안을 한 바 있으나 성과가 없었다. 또 그때 통제를 원하는 社員은 공동결정에 의하여 小規模企業에 있어서도 부담이 지워져서는 안된다고 주장하

---

26) Albach/Lutter, Das Drei-Stufenmodell, 1988.
27) Roth, in : Kapitalgesellschaft im Umbruch, 1 ff.
28) Thiery, in : Die kleine AG(1993), 1ff.
29) Thiery,in : Die kleine AG(1993), 21.
30) Thiery, in : Die kleine AG(1993), 22f.
31) Doralt, AG 1995, 544.

였었다. 아마도 15년이 지난 후에 근로자측이 더 관대해졌다. 그러나 Doralt는 오늘날 1/3同數가 경영학적으로 타당하다고 보기 때문에 이러한 정책적으로 민감한 물음을 무조건 계속 추구하여서는 안될 것이라고 주장한다.[32]

4) 오스트리아에서의 결론

이러한 마지막 검토사항으로부터 오스트리아법에서의 私株式會社의 중점은 독일법으로부터 상당히 벗어남을 알 수 있다. "자본시장차원"은 여러가지 관점가운데 하나에 불과하다. 마찬가지로 중요한 것으로 가족회사와 콘체른회사의 실제사안을 적정히 규율하는 것이 등장한다. 그 한도에서 이 글에서의 제안은 오스트리아법에서의 콘체른의 조직에 대한 한 부분으로도 이해할 수 있다. 이 제안은 Albach와 Lutter가 논의에 회부시킨 아이디어가 오스트리아의 상황에서 어떻게 적용될 수 있을 것인지를 보여줄 것이라고 한다.[33]

2. 스위스

1) 회사법논의의 배경

스위스에는 16,000개의 合名會社, 약 3,000개의 合資會社, 10개의 合資－株式會社(Kommandit－Aktiengesellschaft), 6,600개의 有限會社, 약 14,000개의 協同組合(농업분야에서) 및 170,000개의 株式會社가 있다. 수십년 이래로 항상 株式會社가 늘어나는 방향으로 비율에 있어 변화가 있었던 이들 수자를 보면 株式會社라는 한 그릇속에 이질적인 요소가 있는 스프가 같이 끓여지고 있음을 알 수 있는데 그로 인하여 입맛을 돋구는데 장애요소가 된다. 왜냐하면 큰 이질적인 요소가 커다란 예외에 속하기 때문이다. 스위스사람들이 이러한 융합을 좋아하는지에

32) Ibid.
33) Ibid.

대하여 검토해 보아야 한다.[34] 이러한 수자로부터 株式會社形態에서 "資本的인" 要素와 "人的인" 要素가 뒤섞여 있음을 알게된다. 물론 이 兩 類型을 資本會社領域에서는 株式會社와 有限會社의 경계선만을 따라서 구별짓는 것은 타당치 못하다. 인적요소가 강한 有限會社는 스위스에는 거의 없다고 생각한다. 현존하는 有限會社들은 대부분 1인구조로 되어 있는데 이들 가운데에서는 더욱이 독일과 오스트리아의 모회사에 의하여 설립된 것도 있다. 어쨌든 수자에 관해서 보면 변화의 통계로부터 추가적으로 다음과 같은 결론을 이끌어 낼 수 있다. 즉 1991년 주식법개정 이래로 有限會社의 인기가 증가하고 있음을 알 수 있다.[35] 이는 실무계가 주변여건변화에 얼마나 민감하게 반응하는 것인가를 보여주는 것이지만 이러한 有限會社의 증가는 株式會社에 대한 납입최저자본금을 50,000스위스프랑(명목가로 100,000스위스프랑)으로 인상한 데에 기인하고 있다(스위스채무법 제632조 제2항 및 제621조). 그러한 기회에 有限會社에 대한 회계감사(스위스채무법 제819조 제2항)는 株式會社에 대해서와는 달리(스위스채무법 제727조) 단지 임의적이라는 "실무"가 다시 주목을 받게 된 것이다.

현재의 스위스의 학설에서 보면 다음과 같은 테마로 관심을 집중하게 된다. "株式會社"내에서 더 세분을 해야 하는가 하는 물음은 스위스의 논의에서는 "인적 요소"의 형태의 분리라는 표어에로 이르게 된다. 이 때 논의의 중점은 다음에 관한 것이다. 즉 인적요소의 단체가 (i) 株式會社로 인정된 것인가(認容), (ii) 株式會社로 인정되어야 하는가(考慮) 혹은 (iii) 하나의 별도의 형태를 필요로 하는가(새로운 형성)이다. 그러나 株式會社로서 나타나는 모든 것을 현상적으로 바라보면 公衆會社 및 人的인 株式會社만이 있는 것이 아님을 알 수 있다. 대부분은 1人會社(Einmanngesellschaft)이다.

---

34) Druey, Die personalistische Aktiengesellschaft in der Schweiz, AG 1995, 545.

35) 스위스에는 1991년에 2,769개의 有限會社가 있었는데 비하여 1993년말에는 4,186개 및 1994년에는 6,600개의 有限會社가 있다.

2) 立法

스위스에서 株式會社만이 일방적으로 총애를 받고 有限會社는 비중이 없게 되자 어떤 악의가 있는 것이 아니냐는 의혹이 제기되게 되었다. 1936년에 스위스채무법을 개정할 때 有限會社를 법률에 규정함에 있어서 나쁜 요정이 저울에 앉아 있어서 有限會社를 결정적인 사항에서 독일법에서 보다 불리하게 구성하게 되었다. 원래는 독일법에 의거하였음에도 그러하였다.[36] 스위스의 有限會社는 납입되지 않은 기본자본에 대한 모든 사원의 연대책임이 적용되는 한에 있어서는(스위스채무법 제802조) 合名會社에 한 단계 가까이 서게 되었다. 그러나 더 장애적인 것은 한편으로는 탈퇴가 없다는 점 및 다른 한편으로는 지분의 양도는 4분의 3이라는 가중된 결의를 필요로 한다(스위스채무법 제791조 제2항)는 점에 있었다. 10,000스위스프랑만 있으면 법인을 가질 수 있다는 점이 특히 흥미롭다. 有限會社는 거의 전적으로 가벼운 여성적인 존재가 됨으로써만 유지되고 있었다.

마찬가지로 급한 물음은 株式法 내에서 법이 분할을 도입하여야 할 것인가 하는 점이다. 이 방향으로의 모든 제안은 오늘날까지 분명히 좌절되었다. 이것이 1991년 개정을 준비함에 있어서 기본판단이 되었다.[37] 그러나 새로운 법률이 발하여지지 않았음은 우연이 아니었고 불안정성이 커서 연방법무부가 입법준비기관으로서 설문조사를 한 결과였다. 설문조사결과 다시 부정적인 결과가 나왔다. 또 소위 "회사법 개정 위원회"[38]도 재차 단일적 주식법에 집착하였다.

그러나 1991년개정법은 여러 중요관점에서 차별화를 도입하고 있다. 한편으로 소규모회사들을 제외하는 규정이 있다. 그러한 규정은 다음과 같은 경우에 대해서 두고 있다.

---

36) Wengle, Die Verbreitung der schweizerischen GmbH, Diss. Zürich, 1969, 7, 107.

37) 1983년 2월 23일의 Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts, BBl. 1983 II, 745-997.

38) Groupe de reflexion "Gesellschaftsrecht", 1993년 9월 24일의 최종보고서 (Schlußbericht), 26.

(i) 콘체른 계산에 관한 의무(스위스채무법 제663 e조 제2항)

(ii) 공인회계사(Wirtschaftsprüfer)에 대한 직업교육요건(스위스채무법 제227 b조)

다른 한편 증권거래소의 상장된 또는 대량의 사채채무를 부담하는 회사에 대하여는 더 엄격한 요건을 요구하고 있다. 이러한 종류의 징표는 다음에 대해서 적용된다.

(i) 정관에 의한 주식양도 제한의 요건. 그밖의 경우와는 달리(스위스채무법 제685 b조) 상장된 주식에 대해서는 신규취득제한에 대해서는 비율에 의한 제한만이 가능하다(스위스채무법 제685 d조 제1항).

(ii) 연도결산에 대한 일반적인 접근가능성(스위스채무법 제 697 h조).

상장회사에 대해서는 그밖에도 특별한 공시의무를 부담한다. 즉 가령 그러한 회사는 회사에 알려진 5%이상 대주주를 대차대조표의 부록에 공시하여야 한다(스위스채무법 제663 c조). 이 스위스채무법 제663 c조는 회사법의 자본시장에 대한 가장자리를 보여주는 것이다. 새로운 스위스 증권거래소법, 명령 및 그에 대한 표준시세결정규정은 여기에서 불리하게 작용할 것이고 기업인수규정 이외에 상장회사에 대한 공시도 본질적으로 확대시킬 것이다(1995년 3월 24일 스위스 증권거래소법 제5조 제1항 및 제20~33조).

여기서 흥미로운 것은 세분화하는 척도이다. 스위스에서도 복수의 척도가 존재한다. 즉 일부규정은 기업의 크기에 연결시키고 또 일부규정은 명칭의 유포(Umlauf der Titel)에 연결시킨다. 즉 전혀 人的인 성격에 연결시키지는 않는다. 그럼에도 불구하고 스위스株式法上의 세분화를 위한 명제는 "2분법"이라는 표어하에 얘기가 된다는 점으로부터 이러한 2분의 경향이 완전히 사라진 것은 아님을 알 수 있다.[39] 현행법에 대해서는 특히 세분화가 널리 미치지 않음을 알 수 있다. 가령 무기명주식을 발행하려는 자는 주주총회 소집을 스위스상업공보에 회사의 크

39) Ibid, 21, 25 27.

기 등을 포함하여 공시하여야 한다(스위스채무법 제696조 제2항).

물론 회계의 핵심영역에 대해서는 유럽공동체법의 인수로 인하여 세분화가 규정되어 있다.[40] 그러나 그 규정속에는 人的인 요소가 들어있지 않고 입법동기는 유럽의 법동화에 있고 그 결과 대규모회사에게 요건을 설정하는 것이다. 스위스가 의거하려고 하는 유럽공동체의 기준은 회사구조에 연결시키지 않는다.[41]

현행 株式法에서 人的인 요소에 관한 한 1991년 개정법은 회사경영의 핵심물음에 있어서 그로부터 더 벗어났음을 알 수 있다. 주주총회와 이사회의 권한분배에 대하여 新法은 同等權說을 확인해 주고 있다.[42] 즉 兩 會議는 각각 고유한 결의영역을 갖고 또 최고기관이라는 표현(스위스채무법 제698조 제1항)에도 불구하고 주주총회는 모든 업무집행 사안으로부터 원칙적으로 배제되어 있다. 그로써 이사회에 대한 요건을 정확히 해야 한다는 경향이 있다. 장식적인 이사회 또는 고분고분하게 순응하는 수탁자등에게 책임이라는 칼을 보여주려고 한다. 이 두가지 경향은 전권위임금지(스위스채무법 제716a조)라는 표현과 결부되어 있다.

이 권한위임금지에 따르면 위로는 주주총회에게 아래로는 하부경영기구에게 이사회가 핵심적 과제로 이양하는 것이 불가능하다.[43] 여기에서 오늘날 집중적으로 논의되었던 주식법개정의 중요한 관점을 찾을 수 있다. 이는 초기단계의 논의와는 다르다. 즉 초기단계에서는 우선 공시, 비밀준비금과의 투쟁, 그리고 주식양도제한, 스위스증권의 자본시장유용성이 논의의 중점이 되었었다.[44]

회사법실무에서 매우 넓게 퍼진, 인적요소의 다른 규정에서도 개혁이

---

40) Ibid, 8 12.

41) 1978년 7월 25일의 4. gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/660/EWG 제11조, 제27조; 1990년 11월 8일의 "Mittelstands-Richtlinie" 90/605/EWG 제1조, 제2조, 제6조 참조.

42) Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich, 1992, N.1256.

43) Watter, in : Basler Kommentar N.1 zu Art. 716 a OR.

44) Druey, AG 1995, 547.

쉽게 된 것이 아니라 어렵게 되었다. 이 때 전면에 서게 되는 것은 물론 주식양도제한이라는 사항이다. 주식양도제한은 모든 株式會社에 대해서 계속 존재하고 또 이 때 증권거래소 상장회사와 그밖의 회사사이의 세분화가 적용이 되지만 私會社에 대해서도 1991년 개정에서 완화가 추구되었다.[45] 그때까지는 아주 人的인 요소가 있는 것으로 정관에 의하여 이사회로 하여금 이유설명없이 주주에게 거절할 가능성이 적용되고 있었다(스위스채무법 제686조 제2 a항). 오늘날은 이러한 專斷에 대해서 어떤 기준을 통하여 제한을 가하려고 시도하고 있는데(스위스채무법 제685 b조) 이는 물론 매우 어려운 모험이다. 주식양도금지와 결부되어 오늘날까지 널리 행하여지던 것으로 주식을 매도하려고 할 때 정관에 의하여 타주주에게 우선권을 부여하는 것이 있다. 이사회는 그로써 매각에 대한 승인을 내부적인 절차의 진행과 그 결과에 따를 의무를 지게 되었다. 이것이 新法下에서도 허용될 것인지에 대해서는 다투어지고 있다.[46] 그러나 어쨌든 매수가액이 지분상의 내적가치보다 낮아서는 안된다(스위스채무법 제685b조 제1항). 소수주주에게 이사회에서의 대표권을 확보해주는 정관규정에 대해서는 별로 요구가 없다. 주주기속계약은 계속하여 강하게 회사법에 맞지 않는 것으로 이해되어 법에는 규정되지 않고 회사운영(의결권행사 등)에 있어서도 존재하지 않는 것으로 다루어 진다.[47] 주주는 납입의무이외에 다른 의무를 지지 않는다는 원칙은 엄격히 준수되고 있다.[48]

실무와 법에서 또 과거나 현재에 인정이 되는 人的인 要素는 의결권주식(스위스채무법 제693조 내지 제695조)이다. 같은 의결권이 명목가차이에 따라 1:10까지 정관으로 대여될 수 있다. 그러나 議決權株는 결코 私株式會社에만 한정되지 않고 公衆會社로부터도 특히 외국으로부터

45) Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich, 1992, N.548~564.
46) 허용된다는 견해 : Meier-Schatz, SZE 1992, 224~227; 반대의 견해 : Böckli, Das neue Aktienrecht, N 756f.
47) Baudenbacher, in : Basler Kommentar, N 36f. zu Art. 620.
48) Druey, AG 1995, 548.

의 매수를 저지하여야 할 수단으로 활용되었다. 스위스은행회사(schweizerische Bankgesellschaft)에서의 지배권투쟁에서 의결권주식이 힘을 행사할 수 있는 정도로 주식을 매수하는 것이 용이함으로 인하여 지배력취득을 가능하게 한 것은 아이러니에 속한다. 주식양도제한이라는 수단에 의한 통제는 대기업에서는 매우 어렵다는 것이 입증된 것이다. 그러나 이러한 논의에서 여기에서도 입법자가 인기없는 행위를 하였음을 상기하여야 하는데 그는 議決權株를 정당화시키기는 하였으나 선호하지는 않았던 것이다.[49] 따라서 그에 따르면 의결권특권(Stimmprivileg)은 특권자에게 특별총회에서 그에 대하여 물어봄이 없이 박탈될 수 있다는 것이다.[50]

3) 學說

스위스株式法의 異種性에 대해서는 입법 및 회사실무에서보다 학설에서 관심을 끌었다. 이는 특히 유능하고 민감한 법학자가 스위스에 있다는 점에서 이유를 찾을 수 있다. 즉 Peter Jäggi는 1957년의 유명한 강의에서 株式法을 유형에 맞게 해석할 필요성에 대하여 역설하였다.[51] 그로써 Jäggi는 묵인이라는 의미에서 株式會社法의 형식적 특성을 인정하였다. 그러나 모든 법, 따라서 會社法의 실질적 성격도 필요함을 역설하였고 그로써 株式會社法의 규율대상으로서 지도형상, 어떤 실질적인 형태에 귀속시킬 것을 주장하였다.

이 때 Jäggi는 그 현상으로서 公衆會社를 선택하였다.[52] 그를 모범으로하여 스위스법무장관인 Arnold Koller의 박사학위논문도 작성되어 있다.[53] 그리고 1960년대 말에 매우 실용주의적인 나라에서 새로운 이

49) Werder/Schaub, Enteignet die SBG Stimmrechtspriviligien?, NZ 1994 Nr. 260, 11.
50) Ibid, 11.
51) Jäggi, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31, 1958/59, 57 80.
52) Ibid, 65.
53) Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg /Schweiz, 1967, 56.

론적 논의에로 逆流가 일어났다. 즉 Rolf Bär는 투자에만 관심있고 회사지배에는 관심없는 것으로 지칭한 "전형적인 주주"의 형태를 창시하였다.[54] Walter R. Schleup는 Bär의 견해에 대하여 정면은 아니지만 측면에서 공격하여 관심 내지는 이해관계와 관련하여서는 하나, 즉 기업의 이해관계(Unternehmensinteresse) 만이 있을 수 있다고 하였다.[55] 그러나 이것은 논의를 이탈시킨 것이다. 즉 누가 기업의 이해관계에 반대할 것인가라는 물음을 제기하여 보아야 한다.[56]

Jäggi의 이론 및 모든 이론적 논의로부터 남는 것이 별로 없다. 스위스의 현실주의자, 가령 Alain Hirsch는 모든 株式會社의 99.5%가 비전형적으로 일컬어지는 것을 반대한다.[57] 입법자를 어떤 전형적 형상에 고정하는 것이 판사에 대한 속박인가 아니면 그 반대로 그밖의 유형은 자유로운 법발견에 의하여 적정한 규범을 창조할 권한을 부여해주는 것인가에 대한 법이론적인 물음이 제기되었다. Meier-Hayoz와 Ott와 같이 관점들을 섬세하고 정확하게 파악을 하는데 기여한 사람들에 대해서도 오늘까지도 대가를 지급하지 않았다.[58]

1991년 개정시에도 가령 모든 株式會社에서 增資時의 주주보호가 힘의 희석화 및 자본의 희석화의 역할을 한다는 점이 자명한 것으로 되어 있었는데 이는 현재 격렬한 논쟁의 대상이 되어 있다.[59]

4) 裁判實務

논의의 완성을 위하여 법원실무에 눈을 돌릴 필요가 있다. 여기에서

---

54) Bär, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959, 369~407.
55) Schleup, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, SAG 1960/61, 137~145.
56) Druey, AG 1995, 548.
57) Hirsch, Votum am Juristentag, ZSR 1968 II, 691~695.
58) Meier-Hayoz, Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, FS Hug, Bern, 1968, 377~395; Ott, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 1971 I, 306~338.
59) Druey, AG 1995, 549.

도 增資가 株式法의 문제점으로 등장한다. "landmark" 사례에서 신주인수권배제에 대하여 人的인 관점이 동기로 되었었는데 그 사례는 바로 私株式會社에 관한 것이었다.[60] Wyss와 Fux사이에 전기사업의 경영과 관련하여 다툼이 있었다. Fux는 회사경영에서 탈퇴하고 하나의 경쟁기업을 설립하였다. 원래의 Wyss-Fux-株式會社에서 增資를 할 때 Fux에게 신주인수권을 배제하려고 하였다. 스위스연방대법원은 그를 위하여 필요한 근거가 결여되어 있다고 판시하였다. 경쟁관계에 있다는 것이 신주인수권배제를 위한 근거가 되지 않는다고 하였다. 주주는 충실의무(Treuepflicht)는 지지 않는다는 것이다.[61]

이러한 소수주주에 우호적인 판결에 대하여 다수의 다수주주에 우호적인 판결이 있는데 그 가운데 악명높은 Ringier판결[62]이 대표적이다. 즉 이 판결에서는 신주인수권배제없이 增資가 이루어졌는데 이 증자로 인하여 소수주주는 지주율이 44%에서 6%로 희석되는 것을 감수하던가 주요주주 및 나쁜 경쟁자에게 공헌하는 전자정보처리시설에 같이 자금제공을 하던가 하는 선택을 하여야 하게 되었다. 연방대법원은 소수주주를 도와줄 이유가 없다고 하였다. 소수보호의 원칙은 단지 "유희적 원리"로 치부하였다. 즉 여기에서도 매우 중요한 소수주주의 사안을 검토하려하지 않았다. 소수주주를 보호할 것인가 다수주주를 보호할 것인가에 관한 이 두 가지의 판결은 한가지 점을 공통으로 하고 있는데 바로 人的인 要素가 否認된 점이다.[63]

독일 및 오스트리아의 학자들은 Togal판결[64]을 가지고 문제를 제기할 것이다. 그 사안은 스위스, 오스트리아, 독일 3국에 다 관련된 것이다. 이 사안은 회사해산에 관한 訴이다. 스위스채무법 제736조 제4호에 의하면 "중대한 사유"가 있을 때에는 회사해산이 허용된다. 이전의 판

60) BGE 91 II, 298.
61) Druey, AG 1995, 549.
62) BGE 99 II, 55.
63) Druey, AG 1995, 549.
64) BGE 105 III, 114.

결은 株式會社法이 公衆會社形態에 관계된다는 점에서 대주주간의 人的인 관계가 중요한 이유가 될 수 있다는 점을 부인하였었다. 이 사안에서는 Gerhard Schmidt와 Günther Schmidt라는 형제가 2:1로 쮜리히에 있는 Togal 持株株式會社의 주식을 가지고 있는데 각각 루가노, 뷔인, 뮌헨에 있는 Togal공장의 소유자라고 다투고 있다. Gerhard는 법원의 인정자료에 의하면 자신의 소수주주인 동생을 오랫 동안의 남용행위를 통하여 괴롭혔다. 그러한 행위에 대하여 Günther는 개별적으로 방어할 수 있었지만 그로 인하여 장래 효율적인 공동사업경영이 불가능하게 되었다. 보충성의 원칙에도 불구하고 이 사안에 대하여 해산의 청구를 허용하였다. 그러나 "人的인"이라는 것이 무엇을 나타내는가? 싸움하기 좋아하는 사람 및 같이 매수한 큰 대상물에 대한 약탈자는 대형회사에도 있는 것이다. 이 사안에서 "Günther주주"들이 그 대상물을 지킬 수 있어야 하였다.[65]

5) 스위스의 상황종합

결론은 다음과 같다. 즉 회사실무뿐만 아니라 會社法, 특히 株式法은 스위스에서 획일성의 경향을 분명히 갖고 있다. 人的 要素에 척도를 맞추는 것은 적고 또 적어져야 한다. 이러한 현상은 놀라운 것일 수 있다. 즉 실무가 법적차원 쪽으로 몰고가기 때문에 (강화된) 세분화경향(Differnezierungstendenz)을 기대했었을 것이기에 그러하다. 이에 대해서는 몇가지 考慮가 되고 있는데 그러나 이는 아직 피상적이다.

도대체 "人的인"이라는 것이 무엇을 의미하는가에 대해서도 의문이 있다. 주식양도제한 및 議決權株와 같은 제도를 언급하는 것은 아니다. 가령 Jäggi가 척도를 公衆會社에서 끌어내야 한다고 하였을 때 그의 견해가 정당한 것인가가 문제된다. Druey는 그렇지 않다고 본다.[66] 왜냐하면 Jäggi의 생각이 기초해 있는 토대 자체가 법과 법발전에 의하여

65) Druey, AG 1995, 549.
66) Ibid.

부인되기 때문이다. 즉 어떤 하나의 형태(Typus)에 의거하는 것이 그러하다. 스위스의 주식회사는 모든 것을 자체에 내포하고 있는 바, 크던 작던, 공개적이든 폐쇄적이든, 자본시장에 상장되는 것이건 자체자금조달하는 것이건 그러하다. 왜냐하면 스위스의 주식회사는 "형식적"(formal)이기 때문이다. "株式會社의 게임을 하여야 한다"는 것은 모든 경우에 적용된다. Otto v. Gierke[67]의 시대는 아주 이전의 시대이다. 처음에는 옷(Gewand)이 있었지 형상(Gestalt)이 있었던 것이 아니라고 직물 및 자수의 국가에서는 일컬어 졌다. Gottfried Keller의 소설에 의하면 옷이 사람을 만든다고 되어 있지 그 반대가 아니다. 有限會社에 대한 최근의 통계적 경향이 중요하다 하더라도 人的인 아침서광 이외에는 아무것도 아닐 것이다. 즉 그것은 간단히 하나의 옷이고 또 그것도 값싼 옷이다. 이 옷속에도 여러가지 형상을 집어넣을 수 있다.[68]

그로써 만족을 얻어낼 수 있는지 의문이 제기된다. 1991년 개정에서 人的인 흔적을 찾아볼 수 없지만 중요한 반대적인 움직임은 발견할 수 있다. 누구도 특수한 家族株式會社를 위하여 방어하지도 않고 私株式會社를 위한 영향력있는 보호기구를 위하여 애쓰지도 않는다. 생쥐가 작으면 작을수록 같은 외관으로 코끼리 곁으로 가는 것을 즐긴다.[69]

문제점도 많이 있다. 형식적 특성(formaler Charakter)이 家族株式會社에서는 契約上의, 遺言的인 및 특히 법이외의 화해에 많은 것을 맡기게 된다.[70] 이러한 형식적 특성을 받아들인다 하더라도 사회적 상당성이 결여되었다는 점을 도외시하고도 스위스에서는 아무도 1991년의 개혁이 계란의 노른자를 발견한 것은 아니라는, 특히 콜럼부스의 그것은 더욱 아니라는 생각을 가지고 있다.[71]

---

67) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895, 470~474.
68) Forstmoser, Der Schweizer Treuhänder 11/94, 869~874.
69) Druey, AG 1995, 549.
70) Meier, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich, 1994, N 27~42.
71) Druey, AG 1995, 549.

물론 이러한 형식적 특성 및 보편성(Universalität)에 중요한 정치적 관점을 부여하여야 한다. 즉 株式法은 국민적 관심사가 되었고 그 개혁은 사법상의 입법계획에 있어서 커다란 관심을 일으키고 있다. 그런데 이러한 관심부각이 결과의 품질을 높이지는 못했고 오히려 그 반대였다. 그러나 많은 논의로 인하여 지속적으로 인식을 확대하게끔 되었다. 그러나 형식적 특성은 질서없는 상태에서 공백으로 남아있어 앞으로 회사법에서 개선의 여지가 있다.

시설적 요소(anstaltliches Element)는 "血管的 思考"로써 단체적 요소 곁에서 뿌리를 뽑을 수 없게 정주하고 있다.[72] 단체적인 것은 개개인보호 및 소수보호로서의 윤리적 파토스를 상실한다. 그러나 그럼에도 불구하고 그러한 윤리적 파토스는 강력하게 존재하고 있고 경제적으로는 株主에 의한 기업통제로서 나타난다. 株主民主主義 대신에 자본시장에 대하여 언급하고, 시설(Anstalt) 대신에 경영(Management)에 대하여 말하며, 즉 규제상의 과제는 외부조정과 내부조정의 균형에 있다. 이는 오늘날 "회사지배"(corporate governance)라는 표어로 표현되고 있다.[73]

스위스에서의 법과 실무의 발전으로부터 타인기관의 원칙, 자기자본 제공자와 회사운영의 이중성이 크기가 크냐 작으냐의 문제가 아님을 알 수 있다. 물론 이러한 힘을 갖추는 것이 모든 회사법의 과제라는 것이 아직 중요하지는 않지만 아마도 관계된 지시사항은 된다. 주주제도는 매우 불안정한 크기이다. 이는 주식을 사고 팔 수 있기 때문만이 아니라 완전한 집중으로부터 완전한 분산에 이르기 까지 모든 상태를 어느 방향으로든 다 통과할 수 있기 때문이다. 즉 1인기업가로부터 공중에게 공개하고 그리고 예를들어 다시 기업인수를 통하여 집중되고 다시 분할이 이루어지는 등등이 그것이다. 株主支配라는 것은 주인이 집에 있는 상태 및 완전히 냉철한 시장기구와 같이 매우 이질적인 것을 가리킨다. 외부접촉과 통일을 이루기 위하여 주의의무하에 이해되는 안정화기구

72) Nobel, Anstalt und Unternehmen, Diessenhofen, 1978, 577~602.
73) Druey, AG 1995, 549.

(Stabilisator) 및 경영이 필요하다.

결국 전통적인 의미의 人的인 회사에 대해서는 전망이 좋지 않고 또 안식처를 짓고 그를 협조적으로 경영하려는 기업소유자에게도 전망이 좋지 않다. 형성해야할 과제로 보이는 것은 개개인적요소와 제도적요소를 구별하는 것인데 이는 합작(joint venture) 실무에서 목격할 수 있다. 즉 한편으로는 민법상의 조합의 형태에 가장 가까운 것으로 역할분담을 하는 그리고 다른 한편으로 표준화되고 강행법에 의하여 강하게 주입된 소위 법적 인격의 회사라는 이중회사에 이르기까지 그러하다.[74]

두번째 언급된, 새부내용이 결정되야 할 制度的 會社法에 경영진과 자본투자자 사이의 정확한 기능분배가 있어야 한다. 체계화이익, 안정성과 유동성, 기업과 회사 혹은 지식과 의지로 표현할 수 있는 기본반대관계사이의 기능분배가 있어야 한다. 1인에게 있어서도 법적 태두리가 필요하다. 이에 따라 책임을 지는 자와 자유로이 의사에 기한 행동을 하는 자 사이의 분리가 행하여 진다. 관계가 적으면 적을수록 스스로 행해지는 것도 적다. 이 물음이 커다란 經濟組織法的 의미를 가지고 있음은 부언을 요하지 않는다.

문제점은 형식적인 것(formal)이다. 또 따라서 그 해결도 내용에 관계없는 의미에서 이루어져야 한다. 그러나 회사법의 이러한 질서는 커다란 힘의 충돌로 인한 결과라는 점에서는 상당히 실질적(material)이다. 이 때 힘이라는 것은 국민경제학적, 경영학적 혹은 법적 관점에서 주주의 힘과 경영진의 힘 사이에서 하나의 최상의 상태를 가지는 것이어야 한다. 이러한 힘의 결정은 끝난 것이 아니고 말하자면 지하에서의 지진으로서 입법론으로 행하여져야 하는 것이지 스위스에서 현재 경험하듯이 실무에 의한 화산폭발에 의하여 이루어져서는 안된다. 즉 "株式會社의 게임을 치룬다는 것"은 결코 유희적 장난만은 아니며 결국은 실질적인 특성을 인식하고 인간적인 수요에 따른 의무의 과정으로 파악하

74) Ibid.

여야 한다고 Druey는 주장한다.[75]

3. 프랑스

1) SAS법의 기본내용

폐쇄된 주주범위를 갖는 "소규모 주식회사"에 대한 전형을 최근 프랑스의 Société par actions simplifiée(SAS)에서 찾을 수 있다. SAS는 "소규모 주식회사"에 대해서 설정한 요청을 주목할 만하게 따르고 있다. 즉 SAS법은 20조문으로 간략하고 날씬하게 규정된 SAS를 유한책임 특권을 넓게 미치는 당사자의 형성자유로써 조화적으로 기속시키려 하고 있다. 지난 수십년 동안 주식회사와 유한회사를 운영하면서 발견한 문제점을 극복하기 위하여 SAS라는 새로운 조직형태를 창조하면서 프랑스입법자는 정관의 탄력성 및 기동력있는 적응을 주요 목표로 삼았다. 또 프랑스 입법자는 기본형태에 대한 한 유형에 속하는 간이화된 주식회사로 규정하려고 한 것이 아니라 그 독창성에 있어서 주식회사로부터 벗어나는, 독자적인 새로운 법형태, 즉 간이화된 자본회사를 만들었다. 특히 이러한 독자성 때문에 SAS는 주식회사의 새로운 형태에 대한 모범, 즉 "소규모 주식회사"에 대한 모범으로서 기능할 것이다.

2) 프랑스의 규정내용으로부터의 귀결

SAS법의 20조항은 다음과 같은 규정에서 보충되어야 한다. 즉 상사회사법 제262-1조의 일반적용지시규정이 SAS의 설립, 무효 및 해산 및 회사기관의 임명, 기관의 정보제공의무 및 계산에 대하여 관련짓고 있는 규정이 그러하다. 그럼에도 불구하고 SAS법의 규정범위가 넓지 않음은 주목할 만하고 이는 더욱이 독일유한회사법과 비교하여 보아도

---

75) Ibid, 550; Jäggi(Ungel ste Fragen des Aktienrechts, SAG 31, 1958/59)도 같은 견해이다. 1994년 독일 주식법의 개정과 관련하여서는 李基秀, 소규모 주식회사, 상사법논총(上)(제남강위두박사 화갑기념), 1996, 231쪽 아래 참조.

알 수 있다.

SAS법은 프랑스 입법자가 法定化된, 強制的인 소수주주보호를 거의 전적으로 포기하고 있고 또 SAS가 충분히 기능하는 것을 국가차원에서 보증하기 위한 규정도 두고있지 않기 때문에 간략하고 부피가 적게 되어 있다. 가령 사원총회소집을 위한 규정, 의사일정의 보충에 관한 규정 또는 사원의 정보청구권에 대한 규정을 두고 있지 않다. 다른 한편 입법자는 법률의 이곳 저곳에서 SAS의 정관을 형성하는데 있어서 위임을 하고 있다. 가령 제262-6조에서는 영업경영에 대하여, 제262-10조에서는 사원의 권한 및 결정절차에 대하여 그러하다.

a) 그러나 프랑스의 법이 강제적이든 임의적이든 규정을 두지 않고 또 규정위임을 예정해두고 있지 않은 경우에는 그들에게 이것이 관계되는 한 사원자신이 상응하는 규정을 회사계약에서 할 것임에서 출발하고 있다. 그로써 사원에게 규정내용에 대하여 책임이 있다는 점만을 지시하는 것이 아니라 어떤 항목이나 문제영역이 도대체 규정이 되어야 할 것인지 여부에 관한 물음에 대한 책임이 이전된 것이다. 이러한 국가가 직접규정하는데 절제하고 있다는 원칙은 국가법원의 활동에도 영향을 미치고 있다. 즉 회사의 사원들이 어떤 특정물품, 가령 어떤 요건하에 사원들이 특별총회를 소집할 수 있을 것인가에 대한 물음을 규율하지 않은 채 두었다면 法院이 어느 한 사원의 신청에 의거하여 그러한 총회를 열도록 허여하는 것은 금지된다. 국가의 기구는 非常援助者로 있는 것이 아니다. 문제가 되는 경우에 서로 양해할 것이라고 하는 생각에서 어떤 특정한 물음이 규정없이 SAS법에 머물러 있을 때에는 사원들은 규정하지 않는다는 이러한 판단을 고수할 것이다. 그들이 문제가 된 경우에 예상한 바와는 달리 양해를 하지 않는다면 그 다툼에 대해서는 의견통일이 이루어지지 않고 따라서 다툼은 해결되지 않는다. 다만 소가 제기된 법원이 구체적인 경우에 회사법의 일반원칙을 원용하고 예기할 수 없는 판결을 내리기로 한 경우에는 그렇지 않고 해결이 된다. 그로써 SAS-社員간의 다툼에 있어서는 화해에 의한 분쟁조절절차에 있어

서의 해결에 모든 것이 달려있다고 할 수 있다.

b) 이것이 날씬하고 간략한 형태의 법률상 절제된 조직법규로 인하여 치루어야 할 대가이다. 사원이 자신의 고유한 사무를 자기책임하에 형성하고 또 그들이 자체책임을 이행할 수 없거나 이상적으로 이행하기 어려운 경우에 대한 결과를 부담할 상황에 기원이 있다는 점으로부터 출발할 수 있는 경우의 회사형태에서만 입법자는 책임으로부터 모면할 수 있다. 그밖에 입법자는 회사와 그 조직정관이 외부제3자나 일반인의 요청을 침해할 때에 자신의 특수한 책임을 규정을 통하여 이행하여야 한다. 그러나 그로써 이 분야에서도 포기할 수 없는 제3자보호로 인하여도 법률의 규정이 가능한 한 간이하게 되도록 하여야 할 노력이 배제되는 것은 아니다.

책임능력 및 제3자보호사이의 이러한 관점에 비추어 볼 때 SAS법은 그 이념과 내용에 있어서 매우 부합된다. 즉 증권거래소 상장과 거리가 먼 조직형태로서(제262-3조) SAS는 스스로 1백 5십만 프랑의 최소자본을 가진 회사 또는 國家經營體인(제262-1조) 社員에 있어서만 제공된다. 그에 의하면 자연인과 소규모 및 중간크기의 회사는 사원으로서 배제된다. SAS사원으로 허용된 대회사에 대해서는 그러한 대회사가 그들의 사무를 자체 책임하에 규율할 의사가 있고 또 그러한 상황에 있을 것이 사실상 기대될 수 있어야 한다.

프랑스 입법자가 SAS-社員에게 어떠한 비중을 두는가는 SAS의 계속적 존재가 변경없이 계속 존재하는 그 총사원의 최저자본에 좌우된다(제262-5조)는 점에 의하여 결정된다. 이 모든 것은 자연스러운 것이다. 왜냐하면 프랑스 입법자는 새로운 SAS를 통하여 일반적인 자회사, 공동기업에 대한 조직형태를 제공하려고 했기 때문이다. 따라서 프랑스 입법자는 제3자보호에 있어서도 간략히 규정할 수 있었다. 즉 회사자본은 즉시 또 전액을 납입하여야 한다(제262-2조). 제한되지 않은 또 제한될 수 없는 대표권은 사장(Präsident)의 수중에 놓이게 되는데(제262-7조) 그는 또 법인이어도 된다(제262-8조).

3) 프랑스논의에 있어서 SAS에 대한 생각

프랑스의 논의에서의 몇몇의 의문점으로 인하여 SAS의 이러한 훌륭한 기본사상이 어느정도 빛이 바래게 되었다. 우선 프랑스 주식회사에 대한 SAS의 독자성이 주식법을 포괄적으로 준용함으로써(제 262-1조) 불확실하게 되었고 따라서 SAS정관에 대한 어떠한 규정이 외견상 무한한 형성의 자유가 있어보이지만 사원에게 실제로 허용되는지에 대해서 알 수 없다. 이러한 사정이 프랑스의 법실무에서 여러 가지 해석문제를 야기하고 있다.

다른 한편 프랑스의 실무에서 존재하는 법적 불안정성이 많은 (잠재적인) SAS-社員에게 법규를 보충하는 SAS정관의 어떠한 기업-개별-규정이 행하여져야 하는가가 불투명하기 때문에 가중되고 있다. 그로써 프랑스 입법자가 보완규정으로서 임의법규정을 두고 있지 않고 또 법률상의 위임도 하지 않고 있다는 절제성이 결국 양방향으로 해로운 것으로 입증이 되고 있다.

시간이 지나면 너무 지나친 형성의 자유는 더 나아가 대기업에게는 위험하다는 점이 밝혀질 것이다. 왜냐하면 그 경우에는 그 자유를 책임있게 활용하는데 한계가 있기 때문이다.

4) 법정책을 위한 시사점

Hommelhoff는 SAS의 基本思考에 대해서 몇가지 의문을 제기하고 있다.[76]

첫째로, SAS법규가 주식회사법 및 회사법 일반규정에 대하여 어떠한 관계에 있는지가 밝혀져있지 않은 것같다.

둘째로, 그로부터 원래 SAS법이외에, SAS에 대하여 적용되는 법률규정을 확정하기 위하여는 매우 어려운 해석의 문제가 대두된다.

셋째로, 그로 인하여 진정한 법상태에 대한 불안정성이 크게 되며 또

76) Hommelhoff, AG 1995, S. 535.

법형성상에 있어서의 배려필요성 및 그 外延과 구체적인 내용에 대한 불안정성이 있게 된다.

넷째로, 처음의 프랑스 법문언으로부터 받은 인상과는 달리 날씬하고 간단히 파악하기 쉬운 규정이라는 중심사항이 SAS에 대해서는 완전히 충족되지 않은 것이라는 결과를 알 수 있다.

a) 그렇지만 어찌되었던 독일에서의 "소규모 주식회사"에 대해서 다음과 같은 사실을 확정할 수 있다고 한다.

SAS가 大社員의 공동기업에 맞추어져 있기 때문에 새로운 프랑스법은 독일의 중소규모의 산업체에 대하여 새로운 권리담당자로 파악하기에 곧바로 수용할 수 있는 모범은 못된다. 특히 가족회사에서는 영업을 경영하지 않는 社員 및 그밖의 소수주주들이 많이 있어서 법률상 강제력이 있는 소수주주보호가 포기될 수 없다. 더 나아가 社員과 그 助言者가 회사내부의 분쟁소지가 있는 사안을 개별적인 조직법규를 통하여 사적자치원칙으로 또 예방적으로 해결할 준비가 되어있고 또 그러한 능력을 가지는데 이를 과소평가해서는 안된다. 그렇기 때문에 SAS와는 달리 "소규모 주식회사"라는 법률상의 보통규범은 새로운 회사형태가 공익상으로 잘 기능하도록 하기 위하여 아직도 많은 과제를 내포하고 있는 것이다.

b) 그러나 다른 한편 프랑스에서 새로운 형태의 회사를 고안한 것이 원칙적인 사항 및 상당한 구체적인 사항에 있어서 "소규모 주식회사"에 대한 도움을 줄 것임을 부인할 수 없다. 특히 상장자본회사와 비상장자본회사사이의 구별이 행하여지지 않은 점에서 그러하다. 단지 증권거래소에 상장되지 않은 회사가운데에서 서로 다소 밀접히 결합된, 社員의 수가 조망할 수 있을 정도로 적은 회사만이 있는 것은 아니다. 오히려 그와 같이 非上場會社에 있어서도, 자본시장밖의 인적자본회사에서도 구별이 이루어져야 한다. 즉 한편으로 특히 가족회사의 담당형태로서의 私會社와 다른 한편 SAS와 같은 콘체른구조 및 집단적구조의 구별이 그것이다. 또는 보호라는 측면에서보아 투자자보호를 위한 필요

성이 존재하지 않는 곳에서는 차등되지 않은, 같은 형태, 즉 통일된 소수권자보호를 해줄 여지가 없다. 그렇지 않는다면 매기업이나 콘체른의 규정사항이 중소산업체의 독자적인 사항을 잠식할 위험이 있다. 1994년 8월의 주식법상의 규제완화-법개정이 국가나 공공단체의 콘체른 자회사 및 독자회사에서 간이화된 처리를 위한 요청을 충족시킬 수 있을 것이다. 그렇지만 어쨌든 그 개정이 중소기업의 특수한 사안을 제한하게 될 것이다.

구체적인 사항에 있어서도 프랑스법은 시사점을 제공한다. 즉 가령 社員에게 일정한 규율가능성을 부여해주는 방법으로 법률상의 채권자보호를 간략하게 할 수 있다는 점에서 그러하다. 즉시의 완전납입의 원칙(제262-2조)은 SAS-社員에게 물론 단계적인 자기자본조달을 불가능하게 하지만 단계화함으로 인한 회사설립절차상의 여러 가지 복잡한 사안을 회피하게 해준다. 더욱이 채권자보호는 규정상의 노력이 안드는 최저자본을 증가함으로써 改良되는 경향을 알 수 있다. 그리고 끝으로 마찬가지로 SAS-법규에 의하여 고무된 바로서 "소규모 주식회사"에서의 법률에 의거한 규정상의 비용·노력을 다음의 방법으로 감경시킬 수 있다. 즉 입법절차상에서 법률자체에서 직접 규정하는 것보다 社員에게 규정하도록 위임할 것인지 여부와 어느정도 그러하여야 할 것인지에 대하여 주의깊게 검토함으로써 그러하다. 그밖에 "규정위임"이라는 방법에 대하여 유럽사업장평의회(Europäischer Betriebsrat)에 대한 유럽공동체지침(동 제6조 제2항 및 부록에 있는 포괄적 규정)은 최근에 하나의 방법상 최고로 고무시키는 어떤 모범적 예시를 제공하고 있다.[77]

4. 영국

영국에서는 1907년의 회사법(Company Act)이 公/私會社를 구별하

77) Hommelhoff, AG 1995, S. 535; Kolvenbach, RdA 1994, S. 279, 283.

기 시작하였고 이러한 현상은 1980년까지 지속되었다. 따라서 원칙적으로 회사는 公會社(public company)로 보아 왔고 예외적으로 일정 회사가 私會社(private company)의 요건을 갖추는 경우에는 私會社로 분류되고 있다. 이러한 私會社의 요건이란 (i) 持分의 공개매각의 금지 (ii) 사원수의 50인 이하 (3) 정관에 의한 지분의 自由讓渡禁止 등이다(1907년 회사법 제37조).

그러나 1980년의 회사법을 통해 이러한 전제요건은 사라지게 되었고, 公/私會社의 유일한 구별기준으로는 공개적인 자본시장에의 참여여부만이 남게 되었다. 동시에 公的 有限會社(public limited company; plc)와 有限會社(limited company;Ltd) 혹은 私會社(private company)의 구별이 시작되었다. 그리고 이들 회사들간의 원칙-예외관계가 뒤바뀌어 오늘날에는 limited company가 법률상 원칙적 형태로 된 반면에 별도의 전제요건이 충족되어야 公的 有限會社(plc)가 인정될 수 있게 되었다.

그리하여 이제는 1985년의 회사법 제1조 제3항에서 "私會社는 공회사가 아닌 것을 말한다"라고 규정하고 있다.

유럽공동체내에서의 법적 접근의 영향과 그 효과로 말미암은 이러한 변화로 영국은 영미법계의 다른 국가들로부터 이탈하게 되었다.

5. 미국

미국에서의 법발전은 영국과 유사하였다. 이미 17세기 말에 시작한 회사제도는 18세기말까지 미국의 각 주에 정착되었다.[78] 이 법들은 몹시 탄력적이어서 특별규정을 갖고 있지 않았다. 그러다가 약 50년전부터 학설에 의하여 지분양도를 제한하거나 증권거래소에의 상장을 금지

78) 認可主義(Konzessionssystem)에서 벗어나 準則主義(Normativsystem)로 이전하였다는 의미에서이다. 이에 대해서는, Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 1991, Rn. 13ff. 참조.

시키는 새로운 회사형태가 폐쇄회사(close corporation)의 개념으로 대두되었고 각 회사의 정관에 반영되기도 하였다. 2차대전이 종료되고 난 후에는 각 주의 입법자들은 이러한 소극적인 방법에 공격을 가하고 일반 회사법에 폐쇄회사에 관한 특칙을 두는 적극적인 방법을 취하기 시작하였다. 처음에는 약간의 특칙적 개별규정[79]을 두다가 한 걸음 더 나아가 하나의 章을 두어 규율하는 주가 여러 주에 이르게 되었고[80], 플로리다 같은 주에서는 최초로 1963년에 폐쇄회사를 위한 특별법을 제정하였다. 이제는 미국의 주들 가운데 반 이상이 폐쇄회사에 대한 광범위한 특칙을 두게 되었다. 그러나 이 모든 입법의 공통점은 폐쇄회사를 별도의 독자적인 회사형태로 보는 것이 아니라 회사의 한 類型으로 보고 있다는 점이다. 최근에 들어서는 폐쇄회사에 대한 특칙마련의 현상도 수그러들고 과거로의 복귀현상이 나타나고 있는 바, 그 이유는 경제실제에 있어서 이 폐쇄회사가 달갑게 받아 들여지지 않고 있기 때문이다. 그리하여 폐쇄회사에 대한 특칙은 불필요한 것으로 보게되었으며 일반 규정만으로도 충분하다는 분위기가 팽배하게 되었다.

6. 캐나다

캐나다의 각 주와 연방은[81] 1907년 영국의 회사법에 따른 공회사와 사회사의 구별을 점진적으로 받아들이기 시작하였고 1970 년대 중반에 이르러서는 독자적인 법발전의 길을 걷게 되었다. 물론 이러한 경향이 미국쪽의 영향때문만은 아니다. 과거의 구별기준은 사라졌고 이 때부터는 특정회사가 공개적인 資本市場에 참여하는가의 여부에 따른 새로운

79) 1948년 뉴욕, 1955년 북캐롤라이나, 1952년 남캐롤라이나, 그리고 1972년에는 미시간주 에서 그러하였다.

80) 1967년 델라웨어, 1967년 메릴랜드, 1972년 펜실베니아와 캔자스, 1973년 메인, 1974년 텍사스 등이다.

81) 캐나다에서는 각 주들뿐만 아니라 연방도 회사법에 대한 입법권이 있다. 아래에서는 연방법(Canadian Business Corporation Act)을 고찰대상으로 한다.

구별기준을 두게 되었다. 그러나 영국과는 달리 캐나다의 연방주들은 원칙과 예외의 관계까지 바꾸는 정도에는 이르지 않았다. 즉 캐나다에서는 과거와 마찬가지로 公會社(public company)가 원칙적인 회사형태로서 존재하고 있고, 私會社(private company)는 예외적인 모습으로 남아 있다.

7. 일본

일본의 전체회사 2,768,229개 가운데 주식회사는 43.7%, 유한회사는 52.8%, 합자회사는 2.8%, 합명회사는 0.7%를 차지하고 있으며, 자본의 규모면에서 분류하면 1억엔 미만이 97.6%, 1억엔 이상 5억엔 미만이 약 1.8%이고, 5억엔 이상은 0.6%에 불과하다.[82] 이와 같이 대부분의 자본회사가 소규모·폐쇄적인 중소회사라는 현실에 비추어 대규모·공개적인 회사를 대상으로하는 현재의 회사법을 적용해서는 안된다는 논의가 있었고 그중 대표적인 것이 1人會社設立의 허용에 관한 것으로 1990년에 일부 규정이 개정되었다.

주식회사의 경우 1990년 개정시에 發起人의 人員數에 대한 조항(일본 상법 제165조)이 개정되었다. 그때까지 "주식회사의 설립에는 7人 이상의 발기인이 있을 것을 요한다"고 규정되어 있던 것을 "주식회사를 설립하는 데에는 발기인이 정관을 작성하여야 한다"로 개정한 것이다. 입법자들이 정면으로 1人만으로 설립이 가능하다고 하지 아니하고 7인 이상이란 문구를 삭제하는 방법으로 해석상 1人만에 의한 주식회사의 설립을 가능하게 하였다.[83] 그리고 유한회사법에서도 "사원이 1人으로 된 때"(일본 유한회사법 제69조)를 해산사유에서 삭제하는 방법으로 해석상 1人만에 의한 유한회사의 설립을 가능하게 하였다. 입법취

82) 梁東錫, 日本의 大小會社區分立法에 관한 問題點 硏究, 商事法硏究 제14집 제1호, 78-79쪽.

83) 前田 庸, 會社法入門 第2版, 1991, 21-23쪽.

지에 비추어 해석상 1人만에 의하여 이들 회사의 설립을 가능하게 한 것이다. 일본이 이런 입법의 방법을 취한 이유는 일본상법에도 우리와 같이 "회사는 사단"이라는 규정이 들어 있는데(제52조), 이것과의 저촉을 피하기 위한 것이다.

Ⅳ. 中小企業을 위한 會社法의 改正方案

이러한 외국의 입법동향과 우리 나라의 상황을 고려하여 이하에서는 우리 나라에서의 중소기업을 위한 회사형태를 위한 제언을 하고자 한다. 이 때 특히 독일의 "소규모 주식회사"에 관한 법을 많이 참조하였다.[84]

1. 大小株式會社

회사를 그 규모에 따라 차등하여 규율하는 것은 규모에 따른 탄력적인 운용을 위하여 특히 요청된다. 소규모의 회사에 비교적 대규모의 회사를 염두에 둔 여러가지 번잡한 절차규정을 그대로 적용한다면 과잉규제의 우려가 있으며 그 회사운영에도 많은 어려움이 따르게 되기 때문이다.

여기에서는 그 기준을 위하여 독일의 1985년 12월 19일의 대차대조표준칙법에서의 대중소회사구분기준에 대하여 소개를 하면서 우리 나라에의 적용가능성에 대한 검토를 해본다.[85]

독일의 대차대조표준칙법은 회사를 다음과 같이 세 가지로 나누고 있

---

84) 독일에는 약70만개의 有限會社가 있는 반면 株式會社의 수는 3,200개밖에 되지 않으 며 그 가운데 700개(21.8%)만이 상장회사이다.

85) 李基秀, 西獨改正商法에서의 計算規定과 公示, 現代商事法의 諸問題(李允榮先生停年記念論文集), 1988, 3쪽 아래 참조.

다(독일 상법 제267조)

1) **小規模株式會社**

소규모회사이기 위하여는 다음의 3가지 標識 가운데 최소한 2가지를 넘지 않아야 한다.

a. 借邊에 등재된 결손금액을 공제한 후의 390만 DM의 대차대조표 총액

b. 연도결산서계산일 이전에 12개월 간의 800만 DM의 거래액

c. 연도평균근로자수가 50인

2) **中規模株式會社**

중규모주식회사는 앞의 소규모주식회사를 위한 3개의 標識가운데 최소한 2가지를 넘고 또한 다음의 3가지 標識 중 2가지를 넘지 않는 회사를 말한다.

a. 借邊에 기재된 결손금액을 공제한 후의 1,550만 DM의 대차대조표총액

b. 연도결산서계산일 이전에 12개월간의 3,200만 DM의 거래액

c. 연도평균근로자의 수가 250인

3) **大規模株式會社**

위의 중규모주식회사에 열거한 3가지 가운데 2가지를 넘는 회사를 대규모주식회사라 한다. 그리고 어느 자본회사의 주식이나 그 회사에서 발행한 다른 유가증권이 유럽공동체의 구성국가 중의 어느 나라의 거래소에서 공식매매가 허용되거나 규정된 자유거래에 편입되거나 공식매매를 위한 허가를 신청한 회사는 언제나 대규모 자본회사이다.

이와 같이 독일의 대차대조표준칙법에서 회사를 구분하는 것은 장부를 작성할 때 기준이 되는 것이었다. 그 구분방법은 여러가지 標識를 적용하여 복잡한 면은 있으나, 어느 획일적인 하나의 표준을 이용하는 것보다는 실제에 더 접근한 다양한 분류방법이라 평가할 수 있다.

우리 나라에서도 회사의 크기를 특히 장부작성과 관련하여 분류하려

고 한다면 하나의 획일적인 척도만을 적용하기 보다는 다원적인 標識를 동원하는 방안을 강구하여야 할 것이다. 이 때 물론 증권거래소에 상장된 회사는 대규모회사로 취급해줄 필요가 있다.

2. 1人株式會社

1) 필요성

우리 나라에서도 주식회사를 설립함에 있어서 舊法의 7인 또 1995년 개정법에서의 3인이상의 발기인이라는 요건이 장애요소 가운데 하나로 작용하여 왔음이 사실이다. 어떤 참신한 영업아이디어를 개발한 기업가는 곧바로 주식회사를 설립할 수 있기를 희망한다. 그렇기 때문에 이러한 장애를 제거하여 주식회사를 활성하여 줄 필요가 있다. 3인이상을 설립에 관여시킴으로써 회사의 사기설립이나 회사의 조기파산을 막아보자는 것이 그 의도라고 한다면 실제 이러한 효과가 달성되고 있는 지를 면밀히 검토해보면 오히려 부정적임을 알 수 있다. 따라서 발기인수를 복수로 요구할 필요성은 없는 것이고 이것이 주식회사의 활성화에 많은 기여를 할 것이다.[86]

또한 우리 나라에서도 사후적인 1인주식회사는 오래전부터 허용되고 있다. 그렇다면 굳이 설립단계라고 하여 달리 취급할 필요도 없다.

2) 담보제공여부

구체적으로 1인 설립을 위하여는 다수인의 참가를 포기하는 대가로서 담보를 설정하게 하는 것이 요청된다. 즉 설립시에 납입된 금액을 초과하는 부분에의 담보요구가 그것이다. 이는 현금출자가 완전히 이행되는 것을 보증하기 위하여 필요한 것이다(독일주식법 제36조 제2항 제2문). 담보의 방법으로는 유가증권의 공탁, 부동산에 대한 저당권설

86) 李基秀, 小規模株式會社, 商事法論叢(上)(姜渭斗博士華甲紀念論文集), 1996, 231쪽 아래; Lutter, Das neue "Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts", AG 1994, S.429~447.

정, 동산에 대한 질권설정, 양도담보, 제3자와의 공동채무관계의 성립 등을 들 수 있다.

3) 공시

주식회사가 1인회사로 된 경우 이를 일반인에게 공시할 필요가 있다. 이는 특히 회사의 채권자의 보호를 위하여 요청되는 것이다. 그리하여 1인설립의 경우와 사후에 1인회사로 된 경우에는 회사의 본점소재지를 관할하는 登記法院에의 통지를 의무화하여야 한다.

4) 유럽공동체의 1인회사지침의 참조

유럽공동체의 1인회사지침(제12회사법지침)에 의하면 그 회원국에게는 1인유한회사 또는 특수한 1인기업의 설립을 가능케 할 의무가 부과되어 있다. 만일 회원국이 이를 넘어서서 1인주식회사도 허용한다면 이에 대하여도 동 지침이 적용된다. 따라서 우리 나라에서 1인주식회사설립을 허용할 경우 유럽공동체의 지침을 참조할 필요가 있다.

3. 定款自治의 擴大

중소기업을 위한 회사에서는 정관의 내용결정과 관련하여 당사자의 자치의 폭을 확대하여주는 것이 요청된다.

1) 준비금에 관한 사항

주식회사에서 연말결산을 확정할 때 이익금을 준비금으로 쓰는 액수와 그밖의 금액의 활용에 대하여 정관을 통하여 당사자의 자치의 폭을 넓혀줄 필요가 있다.

2) 주권발행

주주가 단일주권을 발행할 것을 항상 요구하는 것은 오히려 번잡하기 때문에 정관에 의하여 이 단일주권발행청구권을 제한하는 방안이 도입되어야 한다.

4. 株主總會의 簡易化

오늘날 주주총회소집과 관련한 규정을 그대로 적용할 경우 매우 비용이 많이 들고 또 번거롭다. 따라서 이와 관련하여 중소기업에 대하여는 완화하는 내용이 도입되어야 한다.

1) 소집에 관한 사항

주주가 회사에 대하여 파악되어 있는 경우에는 주주총회에 대한 소집을 반드시 서면으로 하는 것을 고집할 필요가 없다는 점 등에서 완화가 필요하다.

2) 전원출석총회

모든 주주 내지 그 대리인이 참석한 경우에는 주주총회소집절차상의 흠결은 치유된다.

3) 총회의사록에 관한 사항

독일에 있어서는 의사록의 공증에 관한 사항이 일부 포기되었다. 즉 중요한 결의를 할 때에만 공증이 필요하도록 된 것이다.

5. 新株引受權의 排除

주주 이외의 제3자에게 신주인수권을 부여하는 경우에는 회사의 지배관계에 변경을 가져오고 또 제3자에게 유리하게 발행하는 때에는 주주의 재산적 이익을 침해하게 된다. 즉 주주의 신주인수권은 자신이 투자한 가치를 확보하고 의결권과 관련하여 상대적인 持株率을 유지한다는 의미에서 중요하다. 이러한 신주인수권에 대한 주주의 이익은 일반적으로 인정되고 있고 독일주식법 제186조 제1항에 의하여 확인되었으며, 유럽공동체 제2지침 제29조에 의하여 유럽에서 법적으로 보장되어 있다. 그러나 회사의 자금조달의 기동성을 꾀하기 위하여는 제3자에게 신주인수권을 부여할 필요가 있다. 이와 관련하여 독일 개정주식법 제

186조 제3항 제4문에서는 신주인수권배제는 현금출자에 의한 증자가 자본의 100분의 10을 초과하지 않고 발행가액이 거래소가격을 실질적으로 밑돌지 않는 경우에는 허용된다고 규정하고 있다.

이에 대하여 상법에는 주주의 신주인수권에 대하여는 정관으로 제한을 가할 수 있게 되어있고(상법 제418조, 제420조 제5호), 여기에서의 제한은 주주의 신주인수권의 완전박탈을 포함하는 것으로 파악하는 것이 다수의 견해이다.

회사의 자금조달상의 이익을 위하여 주주의 신주인수권을 배제하는 것을 명시적으로 허용하여 주면서 그에 대한 일정한 제한적 기준을 법에서 제시하여 주는 입법이 우리에게도 필요하다. 이 경우에는 주식물타기를 방지하도록 하여야 하고 주주가 持株率을 주식매입을 통하여 유지할 수 있어야 한다는 점에서 전제요건을 결정하여야 한다.

V. 結 論

우리 나라에서 상대적으로 주식회사를 선호하여 타 회사형태보다는 주식회사가 많이 활용되고 있음은 사실이다. 그러나 기업운영자의 실수요에 맞는 회사형태로서 우리의 현행 주식회사에 관한 법규는 적합하지 않는 규정이 상당히 있다. 따라서 주식회사에 관한 규정을 회사의 규모에 따라 세분화하고 간이화하는 법개정을 할 필요성이 있다. 다른 한편 반드시 주식회사를 고집할 것이 아니라 유한회사를 활성화하는 방안도 동시에 추진되어야 한다. 기업을 경영하려는 기업가의 판단에 따라 유한회사가 더 적합하다고 결정한 경우 이를 실현할 수 있도록 유한회사를 그러한 소규모기업을 위한 회사형태로 탈바꿈시키고 이를 일반인에게 널리 홍보하여 보다 실리를 추구하는 회사형태선정을 유도하여야 한다. 즉 우리 국민이 좀더 實用主義的 思考를 갖도록 하는 의미에서 기

업인 의식전환캠페인도 법개정작업과 동시에 추진하여야 효과를 거둘 수 있다. 물론 그 가운데 중요한 것은 법적 뒷받침이 있어야 한다는 점이기 때문에 회사법전반을 이러한 취지에서 손질하는 것이 요망되고 있다.

이와 관련하여서는 최근의 규제완화에 관한 외국의 입법례가 좋은 참조가 될 것이다. 그 예로 독일에서는 주식회사의 1인설립을 허용하였고 관련 규제완화조치를 취하였으며, 오스트리아에서는 유한회사와 주식회사 사이의 중간단계로서 私株式會社(private Aktiengesellschaft)가 제안되고 있다. 그러나 특히 이들 외국의 입법이 시행된지 얼마되지 않기 때문에 그 시행경험을 예의 주시하여 우리에게 도움을 줄 수 있는 내용을 발견하려는 노력을 계속 기울여야 한다. 그리고 이들은 모두 하나의 참조사항을 제공해주는데 불과하기 때문에 이를 실제로 도입하기 위하여는 우리 나라의 기업현실과 통계 및 기업문화 등을 종합적으로 검토하여 우리 나라의 실정에 맞는 규제완화, 진정으로 기업운영자를 위한 회사형태가 되도록 하는 검증의 절차를 거쳐야 한다.

Werdegang und Arbeitsweise des Technischen Richters

Dipl.-Ing. Jürgen Schmidt-Kolb*

I. Einführung

Außer der Bundesrepublik Deutschland ist mir kein Land bekannt, in dem es Technische Richter gibt. Als Angehöriger dieser seltenen Spezies möchte ich Ihnen den Werdegang und die Arbeitsweise des Technischen Richters sowie des Vorsitzenden Richters eines Technischen Beschwerdesenates, der auch aus der Laufbahn des Technischen Richters kommt, erläutern.

1. Entstehung des Technischen Richters

Geschichtlich ist der Technische Richter mit der Schaffung des Bundespatentgerichts 1961 entstanden. Bis dahin gab es beim Deutschen Patentamt Beschwerdesenate, die organisatorisch in das Deutsche Patentamt integriert waren. Auch damals waren bereits die Beschwerdesenate mit Technikern besetzt, die bereits die äußeren Zeichen richterlicher Tätigkeiten aufwiesen. Sie dürften Roben tragen und ihr Spruchkörper führte die Bezeichnung "Senat". In einem Urteil

* Richter vom Bundespatentgericht, Bundesrepublik Deutschland

des Bundesverwaltungsgerichts vom Juni 1959 wurde jedoch festgestellt, daß sie aufgrund ihrer behördlichen Organisation beim Deutschen Patentamt - einer Verwaltungsbehörde - nicht ausreichend vor den Einwirkungen der Verwaltungsorgane gesichert waren. Durch die Anbindung an das Deutsche Patentamt war die richterliche Unabhängigkeit nicht sichergestellt. Die Konsequenz aus diesem Bundesverwaltungsgerichtsurteil war die Schaffung des Bundespatentgerichts.

Wegen der Besetzung der bis dahin beim Deutschen Patentamt bestehenden Beschwerdesenate mit Technikern hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil auch mit der Zweckmäßigkeit technisch vorgebildeter Mitglieder befaßt und dazu ausgeführt: "In der Rechtsordnung gibt es kein Juristenmonopol bei der Berufung von Richtern. Die Mitwirkung des nicht juristisch vorgebildeten Bürgers an der Rechtsprechung entspreche sogar dem Wesen einer demokratischen Verfassung in besonderem Maße. Wenn technische Fragen im Vordergrund der Beurteilung stehen, wie dies bei der Gewährung des Patent- und Musterrechtsschutzes der Fall sei, gebietet allein schon das Streben nach einer sachgerechten Entscheidung die weitgehende Einschaltung sachverständiger Techniker."

Dieses Bundesverwaltungsgerichtsurteil war damit nicht nur der Anstoß zur Schaffung des Bundespatentgerichts, sondern auch die Geburtsstunde des Technischen Richters.

2. Einsatzgebiete des Technischen Richters

Im Patentgesetz wird als Voraussetzung für das Technische Richteramt gefordert, daß er "in einem Zweig der Technik sachverständig sein" muß und im übrigen die Voraussetzungen erfüllen muß, die

auch ein Technisches Mitglied des Deutschen Patentamts erfüllt. Darauf komme ich noch später. Im übrigen hat er dieselben Pflichten und Rechte wie ein juristisch vorgebildeter Richter, also ein Berufsrichter, mit dem einzigen Unterschied, daß er nicht beliebig einsetzbar ist, sondern nur beim Bundespatentgericht. Dort sind von den insgesamt 30 Senaten derzeit 20 teilweise mit Technischen Richtern besetzt. In drei Nichtigkeits- und einem Gebrauchsmustersenat wird über rechtskräftig bestehende Patent- oder Gebrauchsmusterrechte entschieden. Diese Senate werden jeweils von einem rechtskundigen, d.h. juristisch ausgebildeten Vorsitzenden geleitet, dem in Abhängigkeit von dem technischen Sachgebiet der zur Entscheidung anstehenden Sache die für diese Gebiete zuständigen Technischen Richter beigeordnet werden. Diese Technischen Richter sind im übrigen stets Mitglieder eines der 16 Technischen Senate. In diesen 16 Technischen Senaten wird, von geringen Ausnahmen abgesehen (Wiedereinsetzung, Streitfälle über Lizenzbereitschaftserklärungen), über noch nicht rechtskräftig bestehende Patente entschieden. Die Minimalbesetzung eines Technischen Senates besteht aus einem Vorsitzenden, der Technischer Richter ist, einem juristischen Mitglied und zwei Technischen Richtern. Diese Mindestbesetzung entspricht dem Spruchkörper, der für eine Entscheidung notwendig ist. Derzeit ist jeder Technische Senat neben dem Vorsitzenden und dem juristischen Mitglied durchgängig mit drei bis vier Technischen Richtern besetzt. Dies führt beim Bundespatentgericht zu einer Gesamtzahl von 16 Vorsitzenden Technischen Richtern und 55 Technischen Richtern.

II. Werdegang des Technischen Richters

1. Voraussetzungen für den Eintritt beim Deutschen Patentamt

Der Weg zum Technischen Richter oder zum Vorsitzenden Technischen Richter führt zwangsläufig - es hat in der Vergangenheit jedenfalls noch keine Ausnahme davon gegeben - über das Deutsche Patentamt. Als Voraussetzung für die Aufnahme eines Technikers beim Deutschen Patentamt schreibt das Patentgesetz (§ 26 II) vor, daß der Bewerber "als ordentlicher Studierender einer Universität, einer technischen oder landwirtschaftlichen Hochschule oder einer Bergakademie sich dem Studium naturwissenschaftlicher und technischer Fächer gewidmet, dann eine staatliche oder akademische Abschlußprüfung bestanden, außerdem danach mindestens fünf Jahre hindurch praktisch gearbeitet hat und im Besitz der erforderlichen Rechtskenntnisse ist".

Die geforderte fünfjährige praktische Tätigkeit in einem Betrieb beruht auf der Überlegung, daß der Bewerber neben den im Laufe des Studiums erworbenen theoretischen Kenntnissen auch praktische Erfahrungen aus der Arbeit in einem Unternehmen aufweisen muß. Dies dient dem Verständnis für die Anmelderseite bei seiner zukünftigen Arbeit als Prüfer, denn der Großteil der Patentanmeldungen kommt bekanntlich aus den Industriebetrieben. Durch dieses Anforderungsprofil für die Einstellung als Prüfer beim Deutschen

Patentamt ist das Eintrittsalter der Techniker durchweg über 30 Jahre, im Durchschnitt um die 35 Jahre, das maximale Eintrittsalter ist - von Ausnahmen abgesehen - auf 40 Jahre beschränkt.

2. Ausbildung beim Deutschen Patentamt

Erfüllt ein Bewerber diese Voraussetzungen, so wird er als Beamter zur Anstellung eingestellt und wird zunächst in patentrechtlicher Hinsicht ausgebildet. Mit dieser Ausbildung wird der gesetzlichen Forderung nach dem Besitz der erforderlichen Rechtskenntnisse Rechnung getragen. Er wird dazu für 1 1/2 Jahre einem erfahrenen Prüfer zugeordnet, der ihn anweist und seine Arbeit überwacht. Diese Zeit wird unterbrochen von mehreren Rechtskursen für öffentliches und insbesondere Patentrecht.

Wenn sich der angehende Prüfer in den ersten 18 Monaten bewährt hat, so wird er zum Hilfsmitglied des Deutschen Patentamts ernannt und bekommt eine eigene Prüfungsstelle zugewiesen. Das bedeutet, daß er nunmehr auch seinen Schriftverkehr selbst unterschreiben kann, was ihm in den ersten 1 1/2 Jahren seiner Ausbildung untersagt war. In den folgenden 1 1/2 Jahren ist er zwar keinem älteren und erfahrenen Prüfer mehr direkt zugeordnet, seine Arbeit unterliegt aber noch einer verstärkten Überwachung durch seinen Gruppenleiter. In der Regel nach Ablauf von 3 Jahren - Bewährung vorausgesetzt - wird der Jungprüfer zum Mitglied des Deutschen Patentamts ernannt. Diese Ernennung erfolgt auf Lebenszeit. Verbunden damit ist im allgemeinen die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit.

Der Prüfer leitet nun selbständig eine Prüfungsstelle mit allen dazugehörenden Aufgaben wie - es seien nur die wesentlichsten

genannt - Abfassen von Bescheiden und Beschlüssen und Mitwirkung im Einspruchsverfahren. Dazu wird von ihm erwartet, daß er englisch- und französischsprachige Dokumente inhaltlich erfassen, verstehen und bewerten kann. Er benötigt die Fähigkeit einen technischen Sachverhalt klar erfassen und in bezug auf Neuheit und Erfindungshöhe überzeugend beurteilen zu könen. Er muß in der Lage sein, sein Urteil verständlich und logisch zu begründen.

3. Übertritt zum Bundespatentgericht

Aus den derart ausgebildeten und im allgemeinen dann zwischen 10 und 15 Jahre beim Deutschen Patentamt beschäftigten Prüfern wählt das Bundespatentgericht seine Technischen Richter aus. Dies erfolgt über eine Ausschreibung der offenen Stellen des Bundespatentgerichts im Deutschen Patentamt. Die Auswahl erfolgt einerseits aufgrund der Beurteilung des Prüfers durch das Deutsche Patentamt, in die vor allem Qualität und Menge der erledigten Sachen eingeht. Andererseits erfolgt sie aufgrund der fachlichen Eignung und der Fähigkeit im Kollegialverfahren arbeiten zu können. Um deutlich zu machen, wie groß die Auswahlmöglichkeit des Gerichtes ist, möchte ich zwei Zahlen nennen: Im gesamten Jahr 1994 waren im Bundespatentgericht fünf Stellen für Technische Richter zu besetzen, denen zirka 750 Prüfer als potentielle Bewerber beim Deutschen Patentamt gegenüberstanden.

Wenn ein Prüfer nun die Hürde der Auswahl genommen hat, so wird er zum Richter kraft Auftrags ernannt. Das bedeutet, daß er sich zunächst 1 Jahr lang bewähren muß, um in das Richterverhältnis auf Lebenszeit übernommen zu werden. Dies ist nicht nur eine formale Angelegenheit, denn es hat in der Vergangenheit bereits mehrere Fälle

gegeben, in denen Richter während ihres Probejahres wieder zum Deutschen Patentamt zurückgeschickt wurden oder auch freiwillig gegangen sind. Während dieses Probejahres ist der Richter voll in einen Technischen Senat integriert und muß sämtliche anfallenden Arbeiten durchführen.

Nach Ablauf des Probejahres erfolgt die Ernennung zum Richter auf Lebenszeit. Damit hat der Technische Richter den Status eines Berufsrichters erlangt. Dies kann das Ende der Laufbahn des Technischen Richters sein, wenn er diese Tätigkeit bis zum Eintritt in den Ruhestand ausführt.

4. Werdegang des Vorsitzenden Technischen Richters

Ich habe eingangs kurz angedeutet, daß die 16 Technischen Senate des Bundespatentgerichts von Vorsitzenden geleitet werden, die Techniker sind, also auch aus der Laufbahn der Technischen Richter kommen. Um Vorsitzender Richter eines Technischen Senats werden zu können, muß ein Technischer Richter zunächst mehrere Jahre in einem Technischen Senat tätig gewesen sein. Sodann muß er, wiederum für mehrere Jahre, beim Deutschen Patentamt die Leitung einer Patentabteilung übernehmen. Der Wechsel vom Bundespatentgericht zum Deutschen Patentamt ist zwingend mit dem Verlust des Richterstatus verbunden. Als Leiter einer der 26 Patentabteilungen des Deutschen Patentamts hat er neben den üblichen Führungsaufgaben die wesentliche Aufgabe, den Vorsitz im Einspruchsverfahren zu übernehmen. Hier kann er zum einen seine Erfahrungen, die er während seiner Tätigkeit als Technischer Richter beim Gericht gesammelt hat, an die Prüfer seiner Patentabteilung wei-

tergeben. Zum anderen kann er selbst Erfahrungen bei der Führung des Vorsitzes im Einspruchsverfahren sammeln. Nach durchschnittlich 5 Jahren, falls ein vom Fachgebiet passender Senat frei ist, ist ein Wechsel zum Bundespatentgericht möglich. Dies ist verbunden mit der Ernennung zum Vorsitzenden Richter eines Technischen Beschwerdesenates.

Bis auf sehr wenige Ausnahmen, wie die Ernennung zum Vizepräsidenten des Bundespatentgerichts oder zum Präsidenten des Deutschen Patentamts, wie wir es vor kurzem erstmalig erlebten, ist dies das obere Ende der Laufbahn des Technischen Richters.

III. Die Arbeitsweise des Technischen Richters

Im zweiten Teil meines Vortrags möchte ich die Arbeitsweise des Technischen Richters erläutern. Ich beschränke mich dabei auf die Tätigkeiten, die in einem Technischen Beschwerdesenat anfallen, wobei ich aber darauf hinweisen möchte, daß die Tätigkeiten eines Technischen Richters im Nichtigkeits- und Gebrauchsmustersenat sehr ähnlich sind.

Wie bereits angedeutet, sind für jede Entscheidung vier Mitglieder des Senats notwendig, ein Vorsitzender, ein juristisches und zwei technische Mitglieder, der erste und der zweite Berichterstatter. Dies entspricht auch der Besetzung der Richterbank bei einer mündlichen Verhandlung. Wenn die Beschwerde im wesentlichen technische Sachverhalte betrifft, wie es in über 90% der Beschwerden der Fall ist, übernimmt der erste Berichterstatter die Vorbereitung. Das

Patentgesetz (§ 87 II) fordert dabei von ihm, daß er "alle Anordnungen zu treffen hat, die notwendig sind, um die Sache möglichst in einer mündlichen Verhandlung oder in einer Sitzung zu erledigen".

1. Zuständigkeit ("Gesetzlicher Richter")

Bereits beim ersten Punkt der Bearbeitung des Falles ist das technische Verständnis des ersten Berichterstatters gefordert. Es gilt festzustellen, ob er für den technischen Gegenstand der Beschwerde zuständig ist. In der Geschäftsverteilung des Gerichtes ist im einzelnen festgelegt, welcher Richter für welchen technischen Gegenstand als erster bzw als zweiter Berichterstatter zuständig ist. Damit wird der Forderung nach dem "Gesetzlichen Richter" Rechnung getragen. Diese schließt eine Bearbeitung der Beschwerden durch beliebige Richter aus.

Es ist vielmehr genau festgelegt, welcher Richter welche technischen Gegenstände als erster Berichterstatter zu bearbeiten hat. Die Überprüfung der Akte auf Zuständigkeit muß sehr gewissenhaft durchgeführt werden, denn die Bearbeitung einer Beschwerdesache durch einen nicht zuständigen Richter führt zu einer falschen Besetzung des Senates. Diese kann mit einer Klage beim Bundesgerichtshof angefochten werden, die sicher zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens mit für diesen Fall zuständiger Besetzung führen würde.

2. Offenkundige Vorbenutzung

Als nächster Punkt bei der Vorbereitung der Akte ist festzustellen,

ob eine offenkundige Vorbenutzung geltend gemacht wird. Der erste Berichterstatter muß dann die mögliche Relevanz der geltend gemachten offenkundigen Vorbenutzung überprüfen. Sollte sich nämlich herausstellen, daß die offenkundige Vorbenutzung für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens nicht wesentlich ist, weil z.B. näherkommende Druckschriften bereits im Verfahren sind, so bedarf es keiner weiteren Arbeiten bezüglich der offenkundigen Vorbenutzung. Bei angebotenem Zeugenbeweis müßte nämlich zur Vorbereitung der Zeugenvernehmung ein Feststellungsbeschluß gefertigt werden, in dem die Punkte zu nennen wären, zu denen der Zeuge befragt werden soll. Der erste Berichterstatter muß daher eine erste Überprüfung des im Verfahren befindlichen druckschriftlichen Standes der Technik durchführen im Hinblick auf das, was mit der offenkundigen Vorbenutzung bewiesen werden soll. Diese Arbeit erfordert in erster Linie technischen Sachverstand, um die Zusammenhänge zwischen in den Druckschriften beschriebenen bekannten Lösungen und dem offenkundig vorbenutzten Gegenstand mit vertretbarem Zeitaufwand sicher beurteilen zu können.

3. Methodik der Vorgehensweise bei der Aufbereitung der Akte

Nachdem diese vorbereitenden Arbeiten abgeschlossen sind, erfolgt die Aufbereitung der Akte für die Entscheidung, mit dem Ziel, Klarheit über den Inhalt der Akten, den zu beurteilenden Gegenstand, den entgegengehaltenen Stand der Technik und die Anträge zu erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, können verschiedene Vorgehensweisen angewandt werden:

Bei einer ersten Methode studiert jedes beteiligte Mitglied des Senates die Akten und bildet sich seine Meinung. Es wird keine schriftliche Stellungnahme erstellt. Kurz vor der mündlichen Verhandlung findet eine Vorbesprechung aller beteiligten Mitglieder statt, in der der Sachverhalt diskutiert wird.

Bei einer zweiten Methode schreibt der erste Berichterstatter einen Bescheid an die beteiligten Parteien, in dem er seine Auffassung über den Fall darlegt. Dieser Bescheid ist nur die Meinung des ersten Berichterstatters und bindet die übrigen Mitglieder bei ihrer Meinungsbildung nicht. Wie bei der ersten Methode findet auch eine Vorbesprechung vor der mündlichen Verhandlung statt.

Die dritte Methode wird von den meisten Senaten angewandt, weswegen ich diese auch ausführlicher behandeln möchte.

4. Votum

Der Kernpunkt dieser dritten Methode ist die Erstellung eines Votums durch den ersten Berichterstatter. Ein Votum ist eine Art Gutachten, in dem alle formellen, rechtlichen und technischen Fragen abgehandelt werden. Die Erstellung eines Votums ist den zuvor erläuterten Methoden insofern überlegen, weil der erste Berichterstatter gezwungen ist, die Begründung für sein Untersuchungsergebnis, das eine Patenterteilung, eine Aufrechterhaltung bzw. beschränkte Aufrechterhaltung, ein Widerruf oder eine Zurückweisung der Beschwerde sein könnte, schriftlich zu formulieren. Dabei werden Schwachpunkte in der Logikbegründung leichter erkennbar als bei einer nur mündliche vorgetragenen Begründung in einer Vorbesprechung.

Um letztlich ein Votum schreiben zu können bedarf es umfangreicher Vorarbeiten. Dabei ist die vollständige Durchdringung der technischen Sachverhalte notwendig.

5. Aktenstudium

Als erstes muß sich der erste Berichterstatter ein Bild über den Streitgegenstand machen. Dazu sind die Anmeldungsunterlagen bzw. die Streitpatentschrift zu lesen. Während des Lesens werden dabei die Bezeichnungen der einzelnen Teile in die Figuren eingetragen. Sein besonderes Augenmerk wird er auf die Patentansprüche richten, aus deren Wortlaut er den Gegenstand geistig abstrahieren muß, der den weitest möglichen Schutzumfang aufweist. Sodann wird er sich dem Studium der Patentamtsakte zuwenden. Er wird sie vollständig lesen und bei den Bescheiden der Prüfungsstelle bzw im Einspruch der Patentabteilung sowie den Eingaben des Anmelders die jeweils abgehandelten Druckschriften des Standes der Technik beiziehen. Dabei wird er besonders angesprochene Textstellen und Figuren in den Schriften kennzeichnen. Weiterhin wird er darauf achten, ob im Laufe des Verfahrens irgendwelche Verzichte ausgesprochen wurden. Letztlich unterzieht er die Beschlüsse der Prüfungsstelle bzw. Patentabteilung einer genauen Überprüfung auf Logik und Vollständigkeit. Diese Beschlüsse sind schließlich die Entscheidungen, gegen die sich die Beschwerdeführer mit ihrer Beschwerde an das Bundespatentgericht gewandt haben.

Als nächster Schritt zur Entscheidungsfindung muß die Gerichtsakte durchgearbeitet werden. Anhand der Druckschriften wird der erste Berichterstatter die Begründungen der Beschwerdeparteien

nachvollziehen. Ziel dieser Aktendurchsicht muß die Kenntnis aller Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien und der geltenden Anträge sein.

6. Zulässigkeitsprüfung

Daraufhin wird der erste Berichterstatter die Zulässigkeit der geltenden Unterlagen, insbesondere der Patentansprüche, prüfen. Er hat dabei festzustellen, ob die beantragten Unterlagen von der ursprünglichen Offenbarung gedeckt sind, oder im Laufe des Verfahrens unzulässig erweitert wurden. Im Einspruchsverfahren hat er zusätzlich zu prüfen, ob das möglicherweise geänderte geltende Patentbegehren auch vom erteilten Patentbegehren umfaßt wird. Da das geltende Patentbegehren häufig stark von den ursprünglich eingereichten Patentansprüchen abweicht, ist die Prüfung auf Zulässigkeit üblicherweise sehr zeitaufwendig. Denn es gilt festzustellen, ob neu in die Patentansprüche aufgenommene Merkmale im jetzt beantragten technischen Zusammenhang irgendwo aus den ursprünglichen Unterlagen für den Fachmann entnehmbar sind. Bei Teilungen oder Ausscheidungen ist zusätzlich festzustellen, ob der Inhalt der abgetrennten Unterlagen vom Gesamtinhalt der Stammanmeldung umfaßt wird.

Mit der Feststellung der Zulässigkeit der geltenden Unterlagen ist der formale Teil der Entscheidungsfindung abgeschlossen.

7. Materiell-rechtliche Überprüfung

Es folgt die materiell-rechtliche Überprüfung. Der erste

Berichterstatter wird sich dazu nochmals den Patentanspruch 1 in seiner weitestmöglichen Auslegung einprägen. Er wird die beschriebenen Ausführungsbeispiele durchsehen, insbesondere bezüglich möglicher Einschränkungen des geltenden Patentanspruchs 1. In diesem Zusammenhang ist es zweckmäßig, daß er die Zeichnungen farbig anlegt. Anschließend folgt ein genaues Studium jeder einzelnen Entgegenhaltung. Es empfiehlt sich auch hier die Zeichnungen mit Farbe anzulegen, damit eine vergleichende Betrachtung einzelner Schriften besser ermöglicht wird. Wichtige Textstellen werden markiert. Um eine Bewertung der Druckschriften im Vergleich mit dem Gegenstand des Streitpatents durchführen zu können, muß sich der erste Berichterstatter noch Klarheit über den zugrundezulegenden Durchschnittsfachmann verschaffen. Dessen fiktive Kenntnisse am Anmeldetag, die sich aus seinem fachlichen Grundwissen und der Kenntnis der gesamten Druckschriften des Standes der Technik zusammensetzen, sind das Maß, an dem die erfinderische Tätigkeit zu messen sein wird.

8. Neuheitsprüfung

Zunächst wird der erste Berichterstatter aber die Neuheit behandeln. Dabei ist gegenüber jeder einzelnen Druckschrift festzustellen, inwieweit jedes einzelne Merkmal des Streitgegenstandes bereits bekannt ist oder nicht. Auch bei der Neuheitsbeurteilung ist der Kenntnisstand des Durchschnittsfachmanns wesentlich. Denn der Fachmann entnimmt einer Druckschrift nicht nur das, was wörtlich in ihr beschrieben wird, sondern auch die Informationen, die er aufgrund seines Fachwissens beim Studium der Schrift quasi mitliest.

9. Prüfung auf erfinderische Tätigkeit

Danach wendet er sich der Frage der erfinderischen Tätigkeit zu. Hier findet kein einfacher Merkmalsvergleich mehr statt, wie bei der Neuheitsprüfung. Es ist vielmehr festzustellen, was war dem Fachmann am Anmeldetag bekannt. Welche Kenntnisse konnte er dem gesamten zusammengefaßten Stand der Technik entnehmen. War es ihm möglich, wenn ihm das zu lösende Problem gestellt worden wäre, aufgrund des Standes der Technik zur patentgemäßen Lösung zu gelangen. Gibt es im Stand der Technik irgendwelche Hinweise oder Anregungen in Richtung der patentgemäßen Lösung. Diese Überlegungen sind sehr zeitaufwendig und stellen im allgemeinen den Kernpunkt der Entscheidungsfindung dar.

Sollte der erste Berichterstatter nach Abschluß all dieser Arbeiten zu einem negativen Ergebnis für den Anmelder oder Patentinhaber kommen, so wird er sich noch Gedanken darüber machen, ob bei einer Einschränkung des Patentbegehrens gegebenfalls eine positive Beurteilung möglich wäre. Damit ist er auch auf den Fall vorbereitet, wenn der Patentsucher in der mündlichen Verhandlung die Patentansprüche ändern sollte.

10. Fertigung des Votums

All diese angesprochenen Überlegungen und Prüfungen fließen in das Votum ein, das der erste Berichterstatter nun fertigt. Es enthält Angaben über alle für die Entscheidung relevanten Daten und Gründe. Beginnend mit der Nennung der geltenden Unterlagen, den Anträ-

gen, der Abhandlung der Zulässigkeit, führt er die Gründe für seine Auffassung zur Neuheit und erfinderischen Tätigkeiten im einzelnen aus. Dabei werden die wesentlichen Druckschriften im einzelnen abgehandelt, die weiter abliegenden Druckschriften werden zu Gruppen zusammengefaßt. Das Votum endet mit dem derzeitigen Entscheidungsvorschlag des ersten Berichterstatters.

11. Weitere Maßnahmen

Um die Arbeitsweise des Technischen Richters noch abzurunden, möchte ich auf die noch folgenden Tätigkeiten bis zur endgültigen Entscheidungsfindung in der mündlichen Verhandlung noch kurz eingehen. Zirka zwei Wochen vor Verhandlungstermin geht die Akte mit dem Votum des ersten Berichterstatters in Umlauf zu den übrigen drei an der Verhandlung beteiligten Mitgliedern. Das juristische Mitglied sieht die Akte dabei insbesondere im Hinblick auf Rechtsfragen durch. Der zweite Berichterstatter führt grundsätzlich dieselben Überlegungen wie der erste Berichterstatter durch. Dies erfordert bei ihm aber einen wesentlich geringeren Zeitaufwand, da sämtliche im Verfahren befindlichen Schriften bereits vom ersten Berichterstatter aufbereitet sind. Kommt er zu einem anderen Gesamtergebnis wie der erste Berichterstatter, so wird er seine Auffassung in einem Gegenvotum darlegen. Der Vorsitzende arbeitet sich ebenfalls gründlich in die Technik ein und legt seine Verhandlungsstrategie im Hinblick auf die vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel fest. Zumindest bei abweichender Meinung von erstem und zweitem Berichterstatter wird der Vorsitzende eine Vorbesprechung durchführen. Hier hat jedes Mitglied nochmals

ausgiebig die Möglichkeit seine Auffassung darzulegen und zu begründen. Häufig kommt es dabei im Gespräch zur Annäherung der Meinungen oder es wird ein von allen tragbarer Kompromiß gefunden.

Die mündliche Verhandlung wird grundsätzlich vom Vorsitzenden geleitet, jedes Mitglied hat jedoch die Möglichkeit Fragen zu stellen. Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn sich im Laufe der Verhandlung das Patentbegehren geändert hat. Der erste Berichterstatter kann dann noch Fragen ansprechen, deren Klärung er für die Beschlußbegründung für notwendig erachtet. Am Ende der mündlichen Verhandlung findet die Beratung statt. Gegenstand der Beratung sind alle Fragen, die die Parteien zu einzelnen Punkten vorgebracht haben. Der Senat wird seine vorläufige Meinung überprüfen und gegebenenfalls abändern. Der erste Berichterstatter wird seine Auffassung eingehend darlegen, wobei er bereits die wesentlichen Punkte der Beschlußbegründung anspricht.

Sodann folgt der Abstimmungsprozeß, wobei in der Reihenfolge erster, dann zweiter Berichterstatter, juristisches Mitglied und Vorsitzender abgestimmt wird. Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung macht der erste Berichterstatter einen Beschlußentwurf, der bei allen Mitgliedern umläuft. Dabei kann jedes Mitglied Änderungsvorschläge machen. Die endgültige Fassung des Beschlusses stellt der Vorsitzende fest. Damit kann die Akte dann geschlossen werden.

Ⅳ. Schluß

Mit diesem kurzen Abriß habe ich versucht, Ihnen einen kleinen Einblick in den Werdegang und die Arbeitsweise des Technischen Richters in der Bundesrepublik Deutschland zu geben. Insbesondere, wenn man sich die Arbeitsschritte bei der Wertung des materiell-rechtlichen Teiles einer Beschwerde nochmals vor Augen hält, ist nur schwer vorstellbar, daß die Effizienz der Technischen Senate beim Bundespatentgericht auch ohne eigenen technischen Sachverstand so hoch wäre, wie sie heute ist. Denn gerade bei der Wertung dieser Fragen, bei denen Patentrecht und Technik sich gegenseitig beeinflussen, ist es weder ausreichend nur Kenntnisse im Patentrecht, noch ausschließlich technische Kenntnisse zu haben, wie es meist beim externen technischen Sachverständigen der Fall ist. Es ist daher sicherlich nicht übertrieben zu sagen, daß das hohe Ansehen, welches das Bundespatentgericht bei den Rechtssuchenden besitzt, sicher auch in der glücklichen Symbiose aus Technikverständnis und Kenntnis des Patentrechts in der Gestalt der Technischen Richter begründet ist. Die gemischte juristische und technische Zusammensetzung der Senate scheint mir die beste Voraussetzung für schnelle, kostengünstige und vor allem sachgerechte Entscheidungen zu sein.

技術判事의 任用과 裁判活動*

Dipl.-Ing. Jürgen Schmidt-Kolb**
역자 : 柳珍熙,*** 崔秉珪****

》차 례《

Ⅰ. 머리말
1. 기술판사의 탄생
2. 기술판사의 배치분야
Ⅱ. 기술판사의 임용
1. 독일특허청에 들어가기 위한 요건
2. 독일특허청에서의 교육
3. 聯邦特許法院으로의 이전
4. 기술판사인 재판장의 육성
Ⅲ. 技術判事의 裁判活動
1. 관할(법률상의 판사)
2. 공연한 先使用
3. 소송서류를 정련하는 방법
4. 판정(Votum)
5. 소송서류에 대한 연구
6. 직법성의 검토
7. 실질적-법적 검토
8. 신규성 여부의 검토
9. 발명적 활동에 대한 검토
10. 판정의 완성
11. 그밖의 조건
Ⅳ. 結 語

Ⅰ. 머리말

독일 이외에 技術判事가 있는 나라는 매우 드물다. 본인은 이러한 특별한 경우에 해당하는 자로서 本發表에서 技術判事와 기술항고부의 재판장의 임용과 재판활동을 소개하고자 한다.

---

* 이 글은 Schmidt-Kolb 판사가 1995년 9월 29일 고려대학교에서 동대학 비교법연구소 초청으로 행한 강연의 내용이다.

** 獨逸聯邦特許法院 判事
*** 서강대학교 법학과 교수 · 법학박사
**** 고려대학교 법학연구소 전임연구원 · 법학박사

1. 기술판사의 탄생

역사적으로 技術判事는 1961년 연방특허법원의 창설과 더불어 탄생하였다. 그때까지는 獨逸特許廳에 항고부가 있었는데, 이것은 조직상 독일특허청 소속이었다. 그 당시에도 항고부는 이미 판사로서의 활동의 외형적인 징후를 보이는 기술자들로 채워졌다. 그들은 법복을 입었고, 그들의 합의체는 "재판부"라는 명칭을 사용하였다. 그러나 1959년 연방행정법원의 판결에서 그들은 독일특허청에서의 행정적 조직으로 인하여 행정기관의 영향으로부터 충분하게 보호되지 못한다는 것이 확인되었다. 독일특허청에 구속됨으로써 법관의 독립성이 보장되지 않았다. 이러한 연방행정법원판결은 聯邦特許法院의 창설이라는 결과를 낳았다.

그때까지 독일특허청에 존재하는 항고부를 기술자로 채웠기 때문에 연방행정법원은 그 판결에서 기술교육을 받은 구성원의 합목적성을 인정하고, 다음과 같이 언급하였다: "법질서에서 판사의 임명에 법률가 독점은 없다. 법률교육을 받지 않은 시민이 판결에 참여하는 것은 특별한 정도로 민주적 질서의 본질에 합치한다. 특허보호와 의장권보호를 실현하는 경우와 같이 기술적 문제가 판단의 전면에 나타나는 경우에는 합당한 결정을 하기 위한 노력만으로도 전문적인 기술자의 대폭적인 개입이 필요하다."

이러한 연방행정법원판결은 聯邦特許法院의 창설을 위한 동기였을 뿐만 아니라 技術判事의 탄생순간이기도 했다.

2. 기술판사의 배치분야

특허법에서는 技術判事의 요건으로 그가 "기술의 분야에서 전문적"이고 그밖에 獨逸特許廳의 기술구성원이 될 수 있는 요건도 충족할 것을 요구한다. 이에 관해서는 나중에 다시 언급한다. 그밖에 그는 임의적으

로 배치되는 것이 아니라 연방특허법원에만 배치된다는 유일한 차이를 제외하고는 법률교육을 받은 법관, 즉 직업법관과 똑같은 권리와 의무를 가진다. 聯邦特許法院에는 총30개 중에서 현재 20개가 부분적으로 技術判事로 채워져 있다. 세개의 무효부와 실용신안부에서는 법적으로 유효하게 존재하는 특허권 또는 실용신안권에 관하여 결정한다. 이 재판부는 법에 정통한, 즉 법학교육을 받은 재판장이 주재하는데, 그에게는 결정해야 할 사안의 기술적 분야에 따라서 그 분야를 담당하는 技術判事가 배속된다. 그밖에 이 기술판사는 15개중의 하나인 기술부의 판사이다. 이 15개의 기술부에서는 몇개의 예외를 제외하고는 아직 법적 효력이 없는 특허에 관하여 결정한다. 기술부의 최소구성은 技術判事인 재판장, 1인의 법률전문구성원, 2인의 技術判事로 이루어진다. 이러한 최소구성은 판결에 필요한 재판부에 상응한다. 현재 각 기술부는 재판장과 법률구성원 이외에 3명 내지 4명의 법관으로 채워져 있다. 그결과 聯邦特許法院에는 총 16~17명의 기술판사인 재판장과 55명의 기술판사가 있다.

II. 技術判事의 任用

1. 독일특허청에 들어가기 위한 요건

기술판사 또는 기술판사인 재판장이 되려면 반드시 獨逸特許廳을 거쳐야 한다. 이에 대해서는 과거에도 예외가 없었고 현재에도 예외가 없다. 독일특허법(제26조 제2항)은 獨逸特許廳에서 기술자를 채용하기 위한 요건으로 지원자는 "대학교, 기술대학이나 농업대학 또는 광산대학의 정식학생으로서 자연과학과 기술분야의 학업을 수행한 후에 국가시험이나 졸업시험에 합격하고, 그밖에 최소한 5년간 계속하여 실무에 종

사하고 필요한 법지식을 갖춘 자"라고 규정하고 있다.

영업분야에서의 5년간의 실무를 요구하는 것은 지원자는 학업기간 동안 습득한 이론적 지식 이외에 기업에서의 작업상의 실제경험도 증명해야 한다는 고려에 근거한다. 이것은 심판자로서의 장래의 업무에서 출원인측을 이해하는데 기여한다. 특허출원의 대부분은 산업분야에서 나오기 때문이다. 독일특허청에 審査官으로 채용하기 위한 이러한 자격요건으로 인하여 기술자의 신입연령은 전반적으로 30세 이상, 평균적으로 35세 이상, 최고 신입연령은 — 예외를 제외하고는 — 40세로 한정된다.

2. 독일특허청에서의 교육

지원자가 이러한 요건을 충족하는 경우에는 그는 행정관리로 임용되고 우선 특허법에 관한 교육을 받는다. 이 교육에 의하여 필요한 법적 지식을 가져야 한다는 법률상의 요구를 충족한다. 그는 이를 위하여 1년 반 동안 그에게 지시를 내리고 그의 업무를 감독하는 경험있는 審査官에게 배속된다. 이 기간은 공법과 특허법을 위한 다수의 법과정으로 나누어진다.

초보의 심리관이 최초 18개월의 수습기간이 지나면 그는 獨逸特許廳의 보조구성원으로 임명되고 고유한 심판직을 부여받는다. 이것은 이제는 그가 1년 반 동안의 교육기간에는 할 수 없었던 서류처리에 스스로 서명할 수 있다는 것을 의미한다. 그 다음 1년 반 동안 그는 연장자이고 경험이 많은 審査官에 직접 배속되지는 않지만, 그의 업무는 그의 부서책임자에 의한 더욱 강화된 감독을 받는다. 일반적으로 3년이 경과한 후에 젊은 審査官은 독일특허청의 구성원으로 임명된다. 이 임명은 평생 유효하다. 일반적으로 이와 함께 평생 행정관리로 임명된다.

이제 審査官은 독자적으로 심판부를 관장하여 거기에 속하는 모든 임무를 — 결정문과 판결문 작성, 항고절차에의 참여 등 — 수행한다. 이

를 위하여 그는 영어문서와 불어문서를 내용적으로 파악하고, 이해하고, 평가할 수 있어야 한다. 그는 기술적 사안을 분명하게 파악할 수 있고, 신규성과 발명의 정도와 관련하여 확실하게 판단할 수 있는 능력을 필요로 한다. 그는 명료하고 논리적으로 자신의 판결의 논거를 제시할 수 있어야 한다.

3. 聯邦特許法院으로의 이전

그런 방식으로 교육받고 일반적으로 10년 내지 15년 동안 독일특허청에서 근무한 審査官중에서 聯邦特許法院은 技術判事를 선출한다. 이것은 독일특허청에서 독일특허법원의 공석을 모집함으로써 이루어진다. 선발은 한편으로는 독일특허청에 의한 審査官의 평가에 근거하여 이루어지는데, 무엇보다도 처리된 사안의 질과 양을 고려한다. 다른 한편 합의절차에서 일할 수 있는 적성과 능력에 근거하여 이루어진다. 법원의 선발가능성이 얼마나 큰지 분명히 하기 위하여 나는 두가지 숫자를 언급하고자 한다. 1994년에 聯邦特許法院에서는 5자리의 技術判事가 채워져야 했는데, 약 750명의 審査官이 잠재적인 지원자로서 獨逸特許廳에 신청하였다.

審査官이 선발의 벽을 넘은 경우에 그는 위탁판사로 임명된다. 이것은 그가 종신토록 판사로 채용되기 위해서 우선 1년 동안 지내야 한다는 것을 의미한다. 이것은 순전히 형식적인 문제가 아니다. 왜냐하면 과거에 이미 판사가 수습기간 동안 다시 獨逸特許廳으로 되돌려 보내지거나 자발적으로 돌아간 경우가 다수 있었기 때문이다. 이 수습기간 동안 법관은 기술부에 완전히 편입되어서 해당업무 전부를 수행해야 한다.

수습기간의 경과후에는 종신 판사로 임명된다. 이로써 技術判事는 직업법관의 지위를 취득한다. 그가 은퇴할 때까지 이 업무를 수행한다면 이것은 技術判事가 걷는 길의 마지막이 될 수 있다.

4. 기술판사인 재판장의 육성

本稿에서 처음에 聯邦特許法院의 15개 기술부가 기술자인, 즉 技術判事가 걷는 길에서도 나오는 재판장에 의하여 관장된다고 설명하였다. 기술부의 재판장이 되려면 技術判事는 우선 수년간 기술부에서 일해야 한다. 그리고 나서 그는 다시 수년간 獨逸特許廳에서 특허과의 책임을 맡아야 한다. 聯邦特許法院에서 獨逸特許廳으로의 이동은 필연적으로 법관지위의 상실과 결합한다. 獨逸特許廳의 26개 특허과 중 하나의 책임자로서 그는 통상의 관장업무 이외에 이의신청절차에서 심판장직을 수행할 중요한 임무를 갖는다. 여기서 그는 한편으로는 그가 법원에서 技術判事로서 활동하는 동안 쌓은 경험을 자기의 특허과의 審査官에게 전달할 수 있다. 다른 한편 그는 이의절차의 심판장직을 수행함으로써 스스로 경험을 쌓을 수 있다. 평균적으로 5년후에, 만일 전문분야에 적합한 재판부가 비어있다면, 聯邦特許法院으로의 이동이 가능하다. 이것은 기술적 항고부의 기술판사인 재판장으로의 임명과 결합된다.

聯邦特許法院의 부원장 또는 獨逸特許廳長으로 임명되는 것과 같은 아주 드문 예외를 제외하고는 이것은 技術判事의 경력으로서는 끝이다.

III. 技術判事의 裁判活動

여기에서는 技術判事의 재판활동에 대하여 설명한다. 그러나 이 때에 기술항고부에서의 활동에 해당하는 부분에 한정한다. 技術判事의 활동은 무효부(Nichtigkeitssenat) 및 실용신안부(Gebrauchsmustersenat)에서와 매우 유사함을 지적하고자 한다.

이미 설명한 바와 같이 모든 판결에서 재판부의 4명의 구성원이 필요

하다. 즉 재판장, 1명의 법률전문인인 구성원 및 2명의 기술전문가인 구성원(제1보고자와 제2보고자)으로 구성된다. 이는 또한 口頭의 심리시에 판사구성에 상응하는 것이다. 보통 90%이상이 그러하듯이 항고가 본질적으로 있어 기술적인 사안에 관한 것일 때에는 제1보고자가 준비를 맡는다. 이 때 독일특허법(제87조 제2항)은 제1보고자가 사안을 가능한한 한번의 口頭審理나 1회의 심리에 의하여 해결하는데 필요한 모든 지시를 다 내릴 것을 요구한다.

1. 관할(법률상의 판사)

사안을 검토하는데 첫번째 점에서부터 제1보고자의 기술적 전문지식이 필요하다. 제1보고자가 항고의 기술적대상에 대하여 관할권이 있는지 여부를 확정하여야 한다. 법원의 업무분담에서 개개의 사안마다 어떤 판사가 어떤 기술적 목적물에 대하여 제1보고자 내지 제2보고자로서 관할권이 있는지 확정해야 한다. 이로써 "법률에 의한 판사"라는 요건을 고려하여 항고사안을 임의의 판사가 처리하는 것이 방지된다. 더 나아가 어느 판사가 어느 기술목적물에 대해서 제1보고자로서 작업하여야 하는가가 정확히 정해진다. 이러한 점은 철저히 확인이 되어야 한다. 왜냐하면 항고사안이 관할권이 없는 판사에 의하여 심리가 될 경우에는 재판부의 구성이 잘못되는 결과에 이르기 때문이다. 이와같이 재판부의 구성이 잘못되면 소로 연방대법원에 가서 파기되고 절차를 관할권이 있는 구성에 의하여 다시할 것이 선고된다.

2. 공연한 先使用

소송사안을 검토할때 公然한 先使用이 주장되었는가를 확정하여야 한다. 그리고 나서 제1보고자가 公然한 先使用이라는 데에 대한 주장의 타당성여부에 대하여 검토하여야 한다. 즉 公然한 先使用이 가령 인쇄

물에 대한 절차가 이미 진행되고 있기 때문에 항고절차의 출발점에서는 중요하지 않음을 확인하면 公然한 先使用과 관련하여서는 더 이상의 작업이 필요하지 않다. 즉 제시된 증인에 의한 증거에 있어서 증인채택의 준비를 위하여 확정결의가 행하여져야 한다. 이 확정결의에서는 증인의 심문이 있어야 한다는 내용을 포함한다. 따라서 제1보고자는 절차중에 있는 기술의 인쇄상태에 대하여 첫번째로 검토하여야 한다. 이 때는 公然한 先使用에 대해서 무엇이 입증되어야 하는가하는 점에 관하여 검토하여야 한다. 이러한 인쇄물에 記述된 해결과 공연히 선사용된 대상과의 사이의 관련을 적정한 시간내에 확실하게 판단할 수 있기 위하여는 우선적으로 기술적 전문지식을 필요로 한다.

3. 소송서류를 정련하는 방법

이러한 준비작업이 끝난이후에 서류의 내용, 판단할 대상물에 대하여 명확한 점을 찾아내기 위하여 또 판결을 내리기 위하여 서류를 정련한다. 이 목표를 이루기 위하여 여러가지 방법이 활용될 수 있다.

제1의 방법에서는 재판부의 모든 관계된 구성원이 서류를 연구하고 하나의 의견을 형성한다. 그러나 서면에 의한 의견서를 작성하지 않는다. 口頭審理가 열리기 직전에 모든 구성원에 의한 사전논의가 있는데 여기에서 사안에 대한 토의가 이루어진다. 제2의 방법에서는 제1보고자가 당사자에 대한 결정을 기재하는데 여기에서 그는 사안에 대한 자신의 견해를 제시한다. 이 결정은 제1보고자의 의견에 불과하고 그밖의 구성원의 의견형성을 구속하지는 않는다. 제1의 방법에서와 같이 여기에서는 구두심리이전에 사전논의가 행하여진다.

제3의 방법이 대부분의 재판부에서 채택하는 방법이다. 따라서 이점에 대하여 이하에서 자세히 검토한다.

4. 판정 (Votum)

제3의 방법에서 핵심은 제1보고자에 의한 판정이다. 판정이라함은 일종의 감정서로서 여기에서 모든 형식적, 법적 및 기술적 물음들을 다룬다. 판정을 작성하는 것은 앞의 두가지 방법보다 우수하다. 왜냐하면 제1보고자는 자신의 조사결과에 대한 이유를 서면으로 작성할 것이 강제되기 때문이다. 그런데 이 조사결과에 따라 항고에 대한 특허부여, 승인 및 제한된 승인, 철회가 될 수 있다. 이 때 논리적인 근거제시에서의 중요논점들이 사전토의에서의 口頭에 의한 근거제시보다 더 쉽게 인식할 수 있다. 최종적으로 판정서를 쓸 수 있으려면 상당히 많은 준비가 필요하다. 이 때 기술적 전문지식을 십분가동하는 것이 필요하다.

5. 소송서류에 대한 연구

첫째로 제1보고자는 분쟁대상에 대해서 어떤 형상을 파악하여야 한다. 그를 위하여 등록서류 및 특허분쟁서류를 읽어야 한다. 이들을 읽으면서 개별부분의 표시를 도형에 기재한다. 그가 특히 주목해야할 바는 특허청구서이고 그 문언으로부터 대상물을 정신적으로 추출해야만 한다. 이 대상물이 가능한 넓은 보호범위를 나타내준다. 그리고나서 제1보고자는 특허서류를 검토하여야 한다. 그는 특허서류를 완전히 읽고 결정을 할 때 특허부서에서의 異議時에 또 등록자의 記述에 다루어진 기술상태에 대한 자료를 각각 적시하여야 한다. 이 때 제1보고자는 특히 언급된 본문위치 및 기록의 도형을 표시한다. 더 나아가 제1보고자는 절차를 진행하는 도중 당사자가 어떤 포기를 할지를 주목하여야 한다. 그리고 검사소 및 특허부서의 결의에서 정확한 검토를 하고 또 논리적 전개나 완전성에 대해서도 신경을 쓴다. 이 결의는 끝으로 판결이 되는데 이 판결에 대해서는 항고자는 다시 聯邦特許法院에 항고할 수 있다.

판결을 하기 위한 그 다음단계로 법원서류를 철저히 작업하여야 한다. 기록에 의거하여 제1보고자는 항고당사자의 주장근거를 검토하여야 한다. 이러한 서류검사의 목표는 당사자의 공격 및 방어수단 및 선정의 내용을 인식하는 데에 있다.

6. 적법성의 검토

그 다음에 제1보고자는 청구된 서류, 특히 청구의 적법성에 대하여 검토하여야 한다. 이 때 그는 청구서류가 원래의 공개내용에 맞는가 아니면 중간에 불법으로 확대되었는가를 확인해야 한다. 이의절차에서는 변경해서 주장할 수도 있는 특허장이 원래 부여된 특허장과 일치하는지를 추가적으로 검토하여야 한다. 주장된 특허내용이 원래 제출된 특허청구서로부터 벗어나는 경우가 자주 있기 때문에 適法性審査는 보통 매우 많은 시간을 요한다. 왜냐하면 새로이 특허청구서에 받아진 징표가 이제 청구된 기술관련 하에서는 원래의 서류에서 어디에서 이끌어질 수 있는지 여부를 확인해야 하기 때문이다. 분할을 하거나 분리를 할 때에는 분리된 서류의 내용이 원장의 신청의 전체내용과 일치하는지 여부를 추가적으로 확인하여야 한다. 적용되는 서류의 適法性을 확정함으로써 판결을 위한 형식적 부분은 종결한다.

7. 실질적－법적 검토

그 다음에는 실질적－법적 검토를 한다. 제1보고자는 이에 대해서 특허청구1을 가장 넓은 해석에 있어서 재차 검토하게 된다. 그는 記述된 시행의 예를 세밀히 살펴보는데 특히 적용되는 특허청구1을 제한하는 것이 가능한지 여부와 관련하여 그러하다. 이와 관련하여 그가 표시에 색깔을 넣어보는 것이 合目的的이다. 그에 이어서 모든 개별 대항사유를 정확히 연구하여야 한다. 여기에서도 개별표시에 대한 고찰이 비교

적 가능하도록 표시에 색깔을 넣는 것이 추천되고 있다. 중요한 부분은 밑줄을 그어 표시를 한다. 대항특허의 대상과 비교하여 인쇄물을 평가하기 위하여 제1보고자는 기초가 되는 평균전문가의 상태에 대하여 분명히 알고 있어야 한다. 평균전문가의 전문적 기본지식 및 기술의 현상태의 전체인쇄물을 조합하는 등록일에서 평균인의 擬制的認識이라는 것이 발명적 활동을 저울질하는 척도가 된다.

8. 신규성 여부의 검토

그러나 우선 제1보고자는 신규성에 대하여 검토하여야 한다. 이 때 개개의 모든 인쇄물에 대해서 분쟁목적물의 개별징표가 어느정도까지 이미 알려져 있는지 여부를 확정하여야 한다. 신규성검토의 경우에도 평균전문가의 인식상태가 중요한 척도가 된다. 왜냐하면 전문가는 인쇄물에서 언어로 記述된 것 뿐만 아니라 자신의 전문지식을 기초로 하여 인쇄물을 연구할 때 거의 같다고 인식하는 情報도 또한 이끌어내기 때문이다.

9. 발명적 활동에 대한 검토

제1보고자는 발명적 활동에 대한 물음을 검토한다. 그러나 여기에서는 신규성검토에서처럼 단순한 징표의 비교는 행하지 않는다. 오히려 무엇이 청구일에 전문가에게 알려져 있었는가를 확정하여야 한다. 전문가가 기술이 전체적으로 조합된 상태에서 어떤 인식을 가질 수 있었는가. 그에게 여기서 해결할 문제가 제시되었다면 기술의 현상태에 의거하여 특허에 합치한 해결을 하는 것이 가능했겠는가. 기술의 현상태에서 특허에 합치한 해결의 방향에 어떤 지시나 동기부여가 있었는가. 이러한 사항을 검토하는 것은 매우 시간을 요하고 또 일반적으로 판결을 내리는데 핵심사항이 된다.

제1보고자가 이 모든 작업을 종결하면서 등록자나 특허보유자에 대한 부정적 결론에 이르면 특허수요에 대한 제한을 할 때 경우에 따라서 어떤 긍정적 판단을 하는 것이 가능했을 것인지에 대해서도 검토해보아야 한다. 이로써 제1보고자는 특허보유자가 口頭審理에서 특허청구내용을 변경할 경우에 대해서도 준비를 하게 된다.

10. 판정의 완성

이상에서의 모든 검토가 이루어지면 판정을 내린다. 이 판정문은 판결을 위해 요청되는 모든 사항과 이유를 담고 있다. 근거서류, 신청서, 적법성검사를 언급하는 것으로부터 신규성 및 발명적 활동에 대해서 자신의 견해에 대한 이유를 제시한다. 이 때 중요한 인쇄물이 구체적으로 다루어지고 또 그밖의 인쇄물이 유형화되고 분류된다. 판정문은 제1보고자의 현재의 판결제안으로 끝난다.

11. 그밖의 조치

技術判事의 활동을 더 묘사하기 위하여 口頭審議節次에서 최종판결이 있기까지 이어지는 활동에 대하여 짧게 언급하려 한다. 심리기간의 약2주전에 제1보고자의 판정서를 포함한 서류가 절차에 참가하는 나머지 3명의 구성원에게 전달된다. 이 때 법률전문가인 구성원은 서류를 특히 법적문제에 중점을 두어 세밀히 검토한다. 제2보고자는 기본적으로 제1보고자와 같은 검토사항을 검토한다. 그러나 이는 그에게는 시간이 많이 소요되지 않는다. 절차에 관계된 모든 서류가 제1보고자에 의하여 작업이 된 것이기 때문이다. 제2보고자가 제1보고자와 다른 종합결론에 이르면 그는 자신의 견해를 반대판정서에 제시를 한다. 재판장은 마찬가지로 철저하게 기술적 사안에 대한 작업을 하고 또 자신의 심리전략을 제출된 공격수단과 방어수단의 관점에서 확정한다. 제1보고자와 제2

보고자가 다른 견해를 취할 경우에는 재판장은 최소한 사전토의를 한다. 이 때 모든 구성원은 다시 한번 자신의 의견을 개진하고 근거제시할 기회를 가진다. 이 때 논의도중 의견이 좁혀지는 경우가 자주 있고 또 모든 구성원이 수용하는 타협점이 발견되기도 한다.

口頭審理는 원칙적으로 재판장에 의하여 주도되지만 모든 구성원은 질문을 할 기회를 가진다. 이 질문기회의 부여는 특히 심리과정에서 특허청구가 변경되었을 때에 중요한 의미를 갖는다. 질문이 있으면 제1보고자는 질문에 답할 수 있고 그를 명쾌히 설명하는 것이 決議의 이유를 위해서 필요하다고 생각한다.

口頭審理의 끝부분에 자문이 있다. 자문의 대상은 당사자가 개별논점들에 대하여 제시한 물음들이 된다. 재판부는 자신의 임시적 견해를 검토하고 경우에 따라서는 그를 변경하기도 한다. 제1보고자는 자신의 견해를 자세히 제시하고 이 때 그는 이미 決議의 근거의 중요논점들을 설명한다.

그 이후에 의견결정절차가 있는데 이 때는 제1보고자, 제2보고자, 법률전문구성원 및 재판장의 순서로 의견결정을 한다. 제1보고자는 口頭審理에 이어서 결정초안을 마련하는데 이 때 이 초안은 모든 구성원에게 전달이 된다. 이 기회에 모든 구성원은 변경을 위한 제안을 할 수 있다. 결의의 최종서는 재판장이 확정한다. 이로써 절차는 종결한다.

Ⅳ. 結　　語

이상의 개괄적인 설명으로 독일에서의 技術判事의 임용과 재판활동에 대하여 일별을 하게끔 시도하여 보았다. 항고의 실질적, 법적부분을 평가할 때 작업절차를 보면 獨逸聯邦特許法院의 기술재판부가 자체기술전문가없이는 오늘날과 같이 높은 효용을 발휘할 수 없음을 알 수 있다.

왜냐하면 특허법과 기술분야가 맞물려 작용하는 이들 문제를 검토할 때 특허법의 지식만 있어서도 안되고 또 기술적 지식만으로도 안된다. 따라서 獨逸聯邦特許法院에서 技術判事의 형태는 기술전문가와 특허법지식전문가가 조화롭게 결합한 것이라고 말할 수 있다. 재판부를 법률적 측면과 기술적 측면을 조화하여 구성한 것이 신속하고 저렴하고 무엇보다도 정당한 판결을 내리기 위한 최상의 요건이라고 생각하는 바이다.

THE ROLE OF INDUSTRIAL PROPERTY ATTORNEYS AND SPECIAL COURTS IN THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

Dipl.-Ing. Dieter K. Speiser*

I. INTRODUCTION

The name "industrial property right" is relatively new and describes a right based solely or mainly on the result of intellectual work, be it an invention or a design or even a promising trademark. Industrial property rights are closely related to the copyright.

Industrial property rights are the modern successors to medieval privileges which were granted to inventors, craftsmen or merchants. In many cases those privileges were sold by the kings for enormous amounts of money and were purchased and used as instruments to set up monopolies which were most useful to reduce or even avoid competition. In contrast thereto, industrial property rights in our time have developed from the simple patent systems in the late renaissance into very important instruments in a market economy serving on the one hand to promote competition and to promote the development and improvement of products and productivity in very many fields of human life and serving on the other hand to protect the ever increasing investments of industry in research and development. Thus, these rights can

* Patent lawyer, Germany

represent enormous values.

In order to become and to remain effective instruments in a competing market economy each industrial property right must describe in the very best available mode what the right shall protect and it must have a well defined distinct scope so that competitors have a chance to see the borderlines between protected and non-protected areas. Defining these areas on the side of the proprietor is an extremely difficult task, and distinguishing on behalf of the competitor bet ween protected and non-protected areas is at least as demanding. What I want to say is that establishing industrial property rights of all kinds, defending such rights and enforcing industrial property rights requires the involvement of very high and the most different skills.

Finding a new and appealing trademark and trying to have such new mark protected in the huge environment of existing marks requires at least marketing and legal skills. Generally the same is true for inventing and protecting industrial designs requiring the skills of a designer and of course legal skills. In the case of patents or utility models the various aspects of establishing, defending and enforcing such rights require engineering or chemical or pharmaceutical or other natural scientific skills besides legal skills, and it is exactly this duality of legal and other skills in combination with the enormous value and importance of industrial property rights in a market economy for a prospering society that form the foundation of an interesting and necessary development.

II. THE ROLE OF INDUSTRIAL PROPERTY ATTORNEYS

Each and every human society beginning in the most ancient times

had developed particular rules which had to be observed by the members of the respective tribe, society or community. The size of the individual communities was small and I assume that the number of rules which had to be observed by the community members did not considera bly exceed the Ten Commands. The chief of the community possibly aided by some wise men provided the legal advice required by the community members. However, the rules of life to be observed by society members increased in number and complexity over the centuries so that a demand came into existence for the services of legal advisers.

It is quite certain that the first legal advisers were familiar with all the rules of life with which their society was confronted but the numbers of rules and complexity continued to grow and grow and grow. The result was an increasing demand for legal advisers specialized in certain areas of the law, be it criminal law, civil law, admini strative law, labour law, international law and so forth. While it is almost impossible to say in which country and when the first patent engineers began to offer their special services which probably took place at the beginning of the 19th Century it is well known that during the last decades of the 19th Century the development of a new profession namely the profession of patent agents or patent attorneys had reached a stage requiring in the interest of the public the institution of certain rules governing the professional activities of those persons offering the services of patent attorneys.

In the United Kingdom, in the United States, in Austria, in Hungary, in Japan and in Germany laws became effective around the tide of the century which all albeit in differing ways required that candidates for the new profession had to have a certain qualification in natural sci-

ences or engineering, had to have a certain practice in the patent profession and had to pass a state examination thereby proving their ability to deal with all legal and/or practical issues of a patent attorney and thereby serve the industry in particular and the economic standing of the society in general. Also, most of the new laws contained provisions allowing pertinent authorities to relegate patent attorneys on the grounds of misconduct.

Since those days we have in a considerable number of industrialized countries two different kinds of legal advisers, namely on the one hand the attorneys at law, the lawyers, the solicitors, barristers, advocates and on the other hand the patent agents and patent attor neys with both groups having generally identical rules of conduct and generally similar provisions for removing members on grounds of misconduct, with both groups requiring university degrees as an essential element of membership and with a considerable distinction between the two groups which distinction is based on the role of the respective group member advising clients in one or the other area.

Attorneys at law have an extremely broad knowledge of the law which extends into all major areas of the law. Also, attorneys at law are particularly well trained in using analytical thinking when applying the law to the most different situations. Generally speaking, however, they have little or no knowledge of natural sciences which since the beginning of industrialization have gained such an enormous in fluence on many aspects of our life and they are not familiar with the synthetical way of thinking of engineers.

In contrast thereto the patent attorneys have a profound knowledge of natural sciences, they are able to approach technical matters with synthetical thinking, and they have the ability to put new technical

concepts or developments into word. While they are k nowledgeable only in restricted areas of the law they are able to apply the law using analytical thinking and they usually have a very deep knowledge of the law and case law in all fields of their legal practice which not only include domestic and international laws but also the respective national laws of many other countries. Moreover, they have something like a built in interface allowing them to freely move between legal and technical worlds and live and think in both of them simultaneously, which also means that they can switch at will between analytical and synthetical thinking.

Due to this professional background, the ever increasing field of industrial property rights became the professional environment for patent attorneys and while attorneys at law right from the beginning on have had the right to represent clients in industrial property matters the number of attorneys at law active in the field of indu strial property rights has remained extremely limited.

One might ask why patent attorneys have been so dominant in the area of industrial property rights almost from the time of their establishment at the beginning of industrialization. I will try to provide answers focussing on patents since they form the most demanding part in the daily work of a patent attorney.

In my view the reason for today's dominating role of patent attorneys as specialized legal advisers originates from the basic requirement of all major patent laws in the world to firstly define technically and legally each particular industrial property right with the tools of the language and to use these tools in such a way that the well known person of ordinary skill in the technical area concerned can understand what is conveyed to him to be the new and inventive tea ching and

such that a judge who might be asked in infringement or in nullity proceedings to define the borderlines of the industrial property right has a chance to reach a just judgement.

Thus, the patent attorney's first and most important role is to apply his specialized legal and scientific knowledges to a new technical solution and by properly wording a patent specification and patent claims is to lay the foundation for a new industrial property right. The dual skills of a patent attorney in this early stage of his activities in addition to what I have already said requires an enor mous intuition regarding technical development in the future and technical possibilites because a major concern of the patent attorney must be the scope of protection provided by the industrial property right laid down by him, not only at the date it is filed in a patent office but with a view to much later dates when competitors might start to try to circumvent the patent. Since patents nowadays mostly have a duration of up to 20 years from the filing date the patent attorney's intuition must reach far into the future. Obviously, all this requires the particular dual skills of a specialist the absence of which would be disatrous not only to the interest of the proprie tor of the industrial property right but also in general to the interest of the society because poorly founded industrial property rights cannot fulfil the purpose of such rights explained in some detail above.

The dual skill of the patent attorney is subsequently needed in the proceedings before the patent office which originally was not so obvious as it is today:

During the discussions for the first patent attorney's act in Germany back in the nineties of the last century there was an intervention by a member of parliament stating that procedural rules to be observed dur-

ing the proceedings before the patent office were simple and respective advice on these procedural rules could be given to ap plicants by an employee of the patent office. The intervention was aiming at a rejection of the patent attorney's bill. However, the majority saw that the knowledge of the procedural rules was only one aspect and they clearly saw that the major part of the patent attorney's role in the proceedings would be a technical and legal evalua tion of prior art and the discussions with the examiners on questions of novelty and inventiveness. Consequently, it was again the dual skill of the specialist that was seen as a badly needed element in the context of establishing industrial property rights.

The same dual skill is required subsequently. Patent laws provide for opposition proceedings. Patent laws have rules concerning the possibility of revoking a patent. The patent laws or the general law include rules governing the enforcement of industrial property righ ts. The laws include provisions regarding the defense against indu strial property rights, and modern export oriented industry is more than ever dependent upon protection in foreign countries so that foreign rules regarding opposition, revokation, enforcement and defense are to be taken into consideration likewise.

While the core of a patent attorney's role in the field of providing legal advice to the public is the area of patents there are quite a number of fields surrounding this central area such as providing ad vice on patent or trademark or design or know how licenses including drafting license agreements or providing advice - at least by German patent attorneys - on the rights of employed inventors under the German Employed Inventor's Act, providing watching services or search services, advising clients on technical developments or on possibil ities of public

funding of research and development and not to forget the participation of the patent attorneys in publicly or privately organized institutions for providing free advice to the less well suited inventors.

With a differing degree from country to country of the intensity of involvement patent attorneys have gained an important role in the respresentation of clients before the courts. During the first deca des of their profession patent attorneys appeared to have been looked at by attorneys at law to be third class attorneys at the best. However, over the many years since then the picture has changed in particular in those countries which required from persons wanting to enter the patent attorney's profession the passing of an increasingly difficult legal state examination. In Germany, for instance, a patent attorney has the right to represent any party in all proceedings before the German Federal Patent Court. The German patent attorney is entitled to represent a party in revokation proceedings before the German Federal Supreme Court. The patent attorney is entitled to plead in all court's proceedings with only the right to put forward motions being reserved for the attorneys at law admitted to such particular court. And since patent attorneys in my country have the same legal privileges as any other attorney, their status and conse quently their role in court's proceedings in industrial property matters have reached a high level.

The role of the patent attorneys, however, is not limited to providing their specialized advice to the industry or individual inventors. Being the specialists in matters of industrial property rights their advice in many cases is asked for and gladly accepted by patent offices and lawmakers. They are also frequently used as courts ex perts in legal proceedings dealing with technical matters in general and indus-

trial property rights in particular.

The development over the last hundred years of the legal environment of the patent attorney's profession clearly follows the development of the demand by the public of patent attorney's services with an original emphasis on technical skills and reduced legal abilities to today's equilibrium of natural scientific and legal skills which at least in my country resulted in the provision of (presently optional) university education of legal abilities of our candidates. And there is no doubt that modern industry needs for the protection of their industrial property the advice of highly specialized and as perfectly as possible educated and trained patent attorneys.

III. THE ROLE OF SPECIAL COURTS IN THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

The development of the numerous rules of life throughout the world did not only result in the demand for legal advisers each specialized in a particular field out of the unbelievably large number of legal fields. The modern development also resulted in a demand for specialized courts. Governments in many countries in consequence of said demand organized special courts to deal with civil matters, with la bour matters, they organized administrative courts to handle disputes between the administration and individuals or groups of individuals, we have the old distinction between criminal and civil courts and within a number of our courts we have divisions specializing on Tenant Law, on Maritime Law, on Building Law and many other well defined fields such as intellectual property matters or Competition Law, Traffic Law, and so forth. Thus, it is obvious that specializa tion is a modern re-

quirement not only for legal advisers but also for our court systems.

Before going into details I would like to repeat that the following remarks will be mainly concerned with the situation in Germany and with a particular focus on patents. Also, when subsequently referring to special courts and their role in the protection of industrial property rights I do not want to distinguish in detail between ordi nary courts on the one hand and those departments of certain patent offices which like the Boards of Appeal at the European Patent Office are quasi judicial bodies only.

In a worldwide perspective, courts having jurisdiction over intellectual property matters are mainly concerned with litigation and more particularly with the enforcement of industrial property rights and with questions of validity of the industrial property right under dispute.

Specialization, as mentioned above, in the major industrialized countries led to the setting up of specialized court divisions having jurisdiction over industrial property right matters. This, alone, ho wever, is not sufficient for the courts to play a particular role in the protection of industrial property rights.

The reason is that providing remedies for plaintiffs and defendants or assisting in settling disputes becomes particularly difficult when industrial property rights in general and patents in particular are at stake, because the judges in these cases are forced to acquaint themselves with technical teachings, with prior art and with alleged ly infringing technical products. Thus, they are confronted with a task for which the majority of them never had any education or trai ning. The matter of the fact is that even special courts set up for the protection of industrial property matters since their judges have no technical

background and have to base their findings on the opi nion of courts' experts require an enormous experience to deliver reliable and predictable decisions on questions of infringement and validity as well as on damages payable by infringers. Thus, to play their role in the area of industrial property rights where the judges have only little expertise outside the law requires apart from spe cialization a sufficiently large workload of cases which alone will step by step help a special court to gain sufficient authority in industrial property right matters.

This having been said let us now look at the situation in a number of different countries.

In the United States a patent infringement litigation normally is tried in one of the 94 U.S. District Courts of which each is located in a different geographical district. This means that on the average each of the 50 states of the United States has two District Courts. This must be seen in comparison with the relatively small number of industrial property rights that are likely to get litigated. Obvio usly, not even a special court will be able to play its role with only a tiny annual workload because the judges will have no chance to build up sufficient experience and authority. The reality is that a part of the special courts can play only a poor role while others which have attracted over a long period of time more than the average number of cases do play an outstanding role. Accordingly, attorneys who have to go to court in industrial property right matters have a clear view of the District Court they should try to go to.

The situation is different when it comes to an appeal which must be heard by the Court of Appeals for the Federal Circuit. This is the only court of appeals in the United States available to patent inf ringement legal proceedings and the consequence thereof is that this particular

court due to the number of cases tried and due to the related experience has gained a high reputation. Consequently, this Central Court of Appeals and a certain number of District Courts in the United States play a decisive role in the protection of industri al property rights and have with the assistance of court's experts expertise in infringement matters, in validity matters and in matters of damages.

In the United Kingdom, the law provides that infringement actions can either be heard by the patent office or by the relatively young Patents County Court or by a special part of the High Court, known as the Patents Court which provides centralized jurisdiction for Eng land and Wales. Due to the number of cases being heard the Patents Court has specialist High Court judges with many years of experience in patent and other intellectual property matters so that this special court is able to serve the public with a high level of exper tise. But again, experts are needed as interpreters between law and natural science to provide technical or natural scientific input.

In Austria the law provides for a centralized single special court for industrial property matters and in order to provide input to the court from outside the legal profession the Austrian law provides that the special court in question is the Commercial Court of Vienna the divisions of which include lay judges with a commercial educa tion.

Again, one centralized special court attracts all the infringement matters of the country and therefore due to its experience can play a valuable role in the protection of industrial property matters.

In Germany the situation is somewhat similar to the situation in the United States in that a total number of 11 District Courts have been designated by the pertinent authorities to hear all patent infrin gement matters. However, for obvious reasons about 3/4 of all patent lawsuits

in Germany are being handled by the patent divisions of just 3 of the 11 District Courts. This clearly indicates that these 3 courts enjoy a particularly excellent reputation in the industrial property field. Their special divisions handle exclusively industrial property cases and their judges normally have many years of experien ce in handling intellectual property matters. Accordingly, these 3 courts in particular play a very important role in Germany in the area of the protection and development of industrial property mat ters.

Unlike the situation in the United States a party in Germany dis satisfied with a District Court decision may appeal to that one of the Upper District Courts being legally tied to the District Court where proceedings started. Centralization, therefore takes places only at the highest instance in civil proceedings namely at the German Federal Supreme Court which is in charge of the revisions to judgements passed by the Upper District Courts. As a result, our Supreme Court has achieved an enormous authority and therefore plays a very important role in the protection of industrial property rig hts.

Mr. Alex Sugden, assistant comptroller at the British Patent Office last year concluded as follows :

> Intellectual property disputes are in the main matters to be decided under civil law and the judicial system should make every effort to deal with them not only fairly but also expedi tiously. Without a proper system for both enforcing rights and also enabling the grant of rights to others to be resisted, an intellectual property system will have no value.

The quoted sentences are perfectly correct, and indeed, specialized courts can play in our present system an important role provided that

those special courts have had sufficient cases to hear and sufficient time to build up the necessary authority.

However, in my view, the present system for a number of reasons cannot be the ultimate solution.

Ⅳ. CONCLUSION

At the beginning of this paper I explained the development of the profession of patent attorneys and the reason for such development, namely the increasing demand for attorneys capable of dealing from own experience and personal availability of technical or other natural scientific expertise with the establishing of industrial property rights and subsequently with their enforcement. The dual skill mentioned above is the key element needed in any intellectual property system.

Obviously, and as far as the enforcement of industrial property rights is concerned this key element is availabe on the part of patent attorneys only. Under the present legal situation it is apart from possible exceptional cases not available in the civil courts worldwide.

Industry has adjusted itself to this situation and appears to have acknowledged, that tradition has so far prevented our special courts to be reorganized in a way making available in the persons of the judges the dual skills repeatedly mentioned before. However, industry at the same time denounces the industrial property system as an expensive and slowly reacting system and companies are often deterred from using the industrial property systems for enforcing industrial property rights because of the perceived costs and complexities of litigation. The situation is less deplorable in the context of ac quiring industrial property rights because at that stage dual skills are available both at the

side of the patent attorneys and at the side of the patent office including their appeal boards. The dual skill is frequently also available in arbitration and adds to the attractiveness of a system which because of its advantages over our present special courts is being used by industry in an increasing number of cases.

It goes without saying that the traditional judges in the special courts with jurisdiction over industrial property matters with sufficient experience do excellent work and it is certainly not their fault that under our present system they have to live and work with technical interpreters rather than with own technical expertise.

I am convinced that the role of special courts in the field of industrial property rights could be improved substantially from an already excellent position by implantation of the above mentioned dual skills into our system of special courts for industrial property matters. Of course, tradition will prevent such a development for a long time to come but I am also convinced that our intellectual pro perty systems will not survive without such implantation. In fact, nobody should be surprised if arbritation on day begins to outrank the traditional legal system unless that system is changed.

Many of you will be aware of the existence of an example for a special court the divisions of which are staffed both with judges with traditional legal education and with judges having like modern patent attorneys an academic education in natural sciences or related fields plus a limited legal education. These technical judges, therefore, have the dual skills allowing them from own expertise to deal with intellectual property matters not only fairly and expeditiously but also comparatively cheaply and particularly fast.

I am talking of the German Federal Patent Court which came into

existence in Germany some 30 years ago following a decision of our Constitutional Court ruling that the former Boards of Appeal within our patent office did not have the qualification of an ordinary judicial forum and therefore were unsuited to deal with complaints against decision of the German Patent Office. Therefore, the Federal Patent Court was set up with jurisdiction over all matters related to the output of the patent office. Accordingly, the Federal Patent Court decides on complaints and appeals as well as on actions for nullity and withdrawal of patents, it decides on the grant of compul sory licenses, and the judges — as just mentioned — are either legal ly qualified judges educated in the traditional way or are technical ly qualified judges having experience in a specific field of technology plus a limited legal education. In order to make sure that at all times and in the case of need the full range of legal education is at the disposal of each division of the Federal Patent Court at least one legally qualified judge is assigned to each division. The German Federal Patent Court was set up as a court of ordinary juris diction. It ranks after the Federal Supreme Court and therefore has the same rank as our Upper District Courts but unlike those the Federal Patent Court is not a State Court but a Federal Court. It might be interesting to note that this special court quickly became the largest German court with the largest number of judges and it quickly achieved a high reputation.

When considering the origin of our Federal Patent Court set up to replace the former patent office Boards of Appeal one has to appreciate that the role of this special court is limited. However, it is limited only in terms of jurisdiction as it cannot deal with matters of infringement. Its influence on the quality of German industrial property rights, however, cannot be overestimated. Thus, this special court indeed can

be used as an example since it proves that modifica tions of the traditional judicial systems can have surprisingly excellent results and that the legal system as such does certainly not suffer from the work of judges with a less traditional legal education.

Thus, it should be emphasized that a special court modelled in principle on this example and having jurisdiction not only over matters arising from the patent office but also over the full range of enforcement of industrial property rights could be the ultimate sol ution.

The conclusion is, therefore, that courts and attorneys dealing with industrial property rights can play their role particularly well if they have at the disposal of each individual the skills of an engin eer, chemist or natural scientist as well as the skills of a legally qualified person and it is obvious that the better the legal educa tion and the better the technical education of a judge or attorney the better will be their ability to act as a bridge between the foreign worlds of law and natural sciences and consequently the better will be the result of their work in terms of predictability, speed of decision and cost and the better will be the role they are playing in the environment of all intellectual property matters.

産業財産權保護를 위한 辨理士와 特別法院의 役割*

Dipl.-Ing. Dieter K. Speiser**

역자 : 李 基 秀***

》차 례《

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 산업재산권 辨理士의 역할
Ⅲ. 산업재산권의 보호에 있어서
의 特別法院의 역할
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

"산업재산권"이라는 명칭은 비교적 새로운 개념으로서, 발명이든 의장이든 또는 상표이든 지적인 작업의 산물에만 기초를 하거나 지적인 작업의 산물에 주로 기초하는 권리를 나타내는 것이다. 산업재산권은 저작권과 밀접하게 관련되어 있다.

산업재산권은 중세의 발명가나 기술자 또는 상인들에게 주어지던 특권으로부터 유래하는 것이다. 많은 경우에 있어서 국왕은 이러한 특권을 상당한 금액을 받고 판매하였으며, 이러한 특권은 경쟁을 줄이거나 심지어 경쟁을 배제하는데 가장 유용한 독점을 확보하는 수단으로서 구입되고 사용되었다. 이와는 대조적으로 오늘날에 있어서의 산업재산권

---

* 이 글은 독일의 Speiser 변리사가 1995년 9월 29일 고려대학교에서 동대학 비교법연구소의 주최로 행한 강연의 내용이다.

** 獨逸辨理士會 理事

*** 고려대학교 법과대학 교수

은 후기 르네상스 시대의 단순한 특허 제도로부터 시장경제의 매우 중요한 도구로 발전되어 온 것이다. 오늘날의 시장경제에 있어서 산업재산권은 한편으로는 경쟁을 촉진시켜 많은 생활분야에 필요한 제품과 생산성을 개발하고 향상시키며, 다른 한편으로는 지속적으로 증가하는 연구·개발에 대한 투자를 보호한다. 따라서 산업재산권은 상당한 가치를 나타낼 수 있다.

산업재산권이 경쟁적인 시장경제 하에서 효과적인 수단이 되고 효과적인 수단으로 유지되기 위해서는 각 산업재산권이 무엇을 보호하여야 할 것인가에 대하여 발명을 실시하는데 가장 적합한 방식으로 표현하여야 하고, 경쟁자가 보호되는 부분과 보호되지 않는 부분의 경계선을 구분할 수 있도록 권리의 명확한 범위를 정하여야 한다. 산업재산권자가 이와 같이 구분하는 것은 극히 어려운 작업이며, 경쟁자의 입장에서도 보호되는 부분과 보호되지 않는 부분을 구분하는 것도 쉬운 작업이 아니다. 모든 종류의 산업재산권을 설정하고, 이러한 권리를 방어하며 집행하는 일은 매우 수준이 높고도 다양한 기술을 필요로 한다.

새롭고 호감이 가는 상표를 설정된 후, 그 상표가 이미 존재하는 거대한 환경에서 보호되기 위해서는 적어도 마케팅 전략뿐만 아니라 법적 기술이 필요하게 된다. 디자이너의 기술과 법적 기술을 요하는 의장을 개발하고 보호하는 것도 마찬가지이다. 특허권이나 실용신안권을 설정하고 이러한 권리를 방어하거나 집행하는 여러 측면에서도 법적 기술 이외에 공학, 화학, 제약 기타 자연과학적인 기술을 요한다. 번영사회를 위한 시장경제에서 산업재산권의 무한한 가치와 중요성과 결합하여, 흥미롭거나 없어서는 안되는 발전의 기초가 되는 것은 바로 이러한 법적 기술이나 기타 기술이 행하는 기능이라고 할 수 있다.

II. 산업재산권 辨理士의 역할

고대시대부터 모든 인간사회에서는 각각의 종족, 사회 또는 공동체의 구성원들이 반드시 준수해야 하는 규칙들이 발전되었다. 공동체의 규모가 작은 경우에 공동체구성원이 준수해야 하는 규칙의 수는 십계명의 수준을 크게 넘지 않았다. 몇몇 현명한 자들의 조언을 받은 공동사회의 족장은 구성원들이 필요로 하는 법적 조언을 하였다. 그러나 사회 구성원들이 준수해야 할 생활의 규칙은 수세기가 지남에 따라서 증가하고 복잡해져서 법적 조언에 대한 서비스가 필요하게 되었다.

초기의 법률 전문가는 그들의 사회가 직면하는 생활의 모든 규칙을 잘 알고 있었지만, 규칙은 점점 더 많아지고 복잡해져 갔다. 따라서 형법, 민법, 행정법, 노동법, 국제법 등과 같이 특정한 분야의 법에 전문화하는 법률전문가가 더욱 더 필요하게 되었다. 아마 19세기 초반에 특허 기술자가 전문적인 서비스를 제공한 것으로 보인다. 그런데 이러한 서비스가 어느 국가에서 그리고 어느 시대에 시작되었다고 말하는 것은 거의 불가능하다. 그러나 1890년대에 새로운 직업, 즉 특허대리인(patent agent) 또는 특허변리사(patent attorney)라는 직업의 발달로 인하여 이러한 자들의 직업적인 활동을 규율할 일정한 규칙의 제정이 일반대중을 위하여 필요한 단계에 이르렀다.

영국, 미국, 오스트리아, 헝가리, 일본 그리고 독일에서는 금세기에 접어드는 시점을 전후하여 특허변리사 등의 새로운 직업을 가지려는 자에게 비록 방식은 다르지만 여러 가지를 요구하는 법이 발효하였다. 즉 이러한 직업을 가지려는 자는 자연과학 또는 공학에 대한 일정한 자격을 갖추어야 하고, 특허라는 직업 분야에서 일정한 정도의 실무경험도 갖추어야 하며, 국가시험을 합격하여 변리사의 모든 법적·사실적 쟁점

을 처리하는 능력을 입증함으로써 특정한 산업이나 사회의 경제적인 지위에 일반적으로 공헌하여야 했다. 또한 대부분의 법들은 해당 관청이 부정(misconduct)을 이유로 하여 변리사의 지위를 박탈하는 것을 허용하는 규정을 포함하고 있었다.

오늘날 상당수의 산업국가에서는 두 종류의 법률전문가가 있다. 첫째, Attorney at law, Lawyer, Solicitor, Barrister, Advocate 등으로 다양하게 불리는 변호사이고, 두 번째로는 특허대리인과 변리사이다. 이러한 두 종류의 법률전문가는 일반적으로 동일한 행동규칙을 가지고 있으며 부정을 이유로 하여 회원을 제명하는 유사한 규정을 두고 있으며, 모두 학사학위를 필수요건으로서 요구하고 있다. 두 종류의 법률전문가의 상당한 차이가 나는 점은 각 분야에서 법률 서비스를 고객에게 제공하는 역할에 기초하는 것이다.

변호사들은 법의 주요 분야에 관련되는 상당히 방대한 법률 지식을 가지고 있다. 또한 변호사들은 여러 가지 상황에서 법률을 적용하는데 있어서 분석적인 사고를 하도록 특별히 훈련이 되어 있다. 그러나 일반적으로 말하면 변호사는 초기 산업화시대 이후 우리 생활의 여러 분야에 상당한 영향을 주었던 자연과학에 대한 지식은 거의 가지고 있지 않거나 전무한 사람들이며, 엔지니어들의 종합적인 사고에는 익숙하지 않은 사람들이다.

이에 반해 변리사는 자연과학에 대한 상당한 지식을 가지고 있으며, 종합적 사고방식으로 기술적인 문제에 접근할 수 있으며, 새로운 기술적인 개념이나 발전상을 언어로 표현할 능력을 가지고 있다. 이들은 비록 제한된 분야에 관한 법률 지식만을 가지고 있기는 하지만 분석적인 사고방식으로 법을 적용할 능력을 가지고 있다. 또한 이들은 보통 모든 법적 실무에 있어서 국내법과 국제법뿐만 아니라 다른 국가의 법과 판례법에 대한 지식도 가지고 있다. 더군다나, 이들은 법학적 세계와 기술적 세계를 자유롭게 넘나들 수 있는 공유점을 가지고 있으며 두 세계에서 동시에 살면서 사고할 수 있는 사람들이다. 이것은 이들이 자유자재

로 분석적 사고와 종합적 사고를 할 수 있다는 것을 의미한다.

이러한 직업적인 배경으로 인하여, 계속 증가하고 있는 산업재산권 분야는 변리사들의 활동 분야가 되었다. 변호사들은 처음부터 산업재산권에 관한 문제에 관하여 고객을 대리할 권리를 가지고 있었지만 이 분야에서 활동중인 변호사의 수는 극히 제한되어 있다.

산업화의 초기에 산업재산권이 확립될 때부터 왜 변리사가 산업재산권 분야에서 지배적인 역할을 해 왔는가 하는 의문이 생길 수 있다. 특허분야에 초점을 맞추어 이 문제에 답해 보고자 하는데, 특허분야가 바로 변리사들의 일상적인 업무의 주종을 이루는 것이기 때문이다.

특화된 법률 전문가로서의 변리사가 지배적인 위치를 차지하게 된 이유는 다음과 같다. 전 세계의 모든 주요 특허법은 먼저 언어라는 도구에 의하여 기술적이거나 법적으로 각 산업재산권을 정의하고 또한 언어를 사용하도록 요구한다. 언어를 사용하는 경우에 해당 기술분야에서 보통의 기술을 가진 자가 그 언어에 의하여 신규의 것이고 진보적인 것이라는 것을 이해하여야 한다. 또한 침해소송이나 무효소송에서 산업재산권의 범위를 정의하도록 요구될 법관이 공정한 판단을 할 기회를 가질 수 있도록 언어가 사용되어야 한다.

따라서 변리사가 행하는 제1차적인 가장 중요한 역할은 그가 가지고 있는 전문적인 법적·과학적 지식을 새로운 기술에 의한 해결에 적용하고, 특허명세서(patent specification)와 특허청구범위(claim)를 적절하게 표현하여 작성함으로써 새로이 탄생할 산업재산권의 기초를 제공하는 것이다. 이미 언급한 것 이외에도 초기 활동단계에 있어서의 변리사의 이러한 二重의 전문능력은 미래의 기술발전과 기술의 가능성에 대한 상당한 직관을 요한다. 왜냐하면 변리사의 주된 관심사는 자신이 기초를 제공한 산업재산권에 의한 보호범위임에 틀림없는데, 특허청에 출원되는 때의 보호범위 뿐만이 아니라 경쟁자들이 산업재산권을 침해하려고 하는 시기의 보호범위도 주요한 관심사가 되기 때문이다. 오늘날의 산업재산권의 존속기간은 출원 후 20년까지이므로 변리사의 직관은 더

먼 미래까지 이르러야만 한다. 이 모든 것들이 전문가로서의 이중의 능력을 요구하는 것은 명백한 것이다. 변리사가 이러한 이중의 능력을 결한다면 산업재산권자의 이익은 극히 불리해지게 된다. 뿐만 아니라 빈약한 기초의 산업재산권으로서는 위에서 언급한 산업재산권의 목적을 달성할 수 없기 때문에 일반적으로 사회의 이익에도 불리하게 된다.

변리사의 이러한 이중적인 능력은 특허청에서의 절차에서도 다음에서 보는 바와 같이 요구되는데, 과거에는 오늘날처럼 많이 요구되는 것은 아니었다.

19세기 독일의 첫 변리사법(Patent Attorney' Act)의 토의과정에서 의회 의원들은 '특허청의 절차에서 준수하여야 할 절차에 관한 규칙은 단순한 것이고 특허청 직원은 이러한 절차에 관한 자문을 출원자에게 할 수 있다'고 함으로써 간섭을 하였다. 이러한 간섭은 변리사법안을 거부하기 위한 것이었다. 그러나 多數는 절차에 관한 지식은 한 측면일 뿐이며, 절차에 있어서 변리사의 주요 역할은 선행기술의 기술적·법적 평가이고 또한 신규성과 진보성에 관한 문제를 심사관과 토의하는 것이라고 이해하였다. 결과적으로 산업재산권을 확립하는 측면에서 매우 필요한 것은 전문가의 이중의 능력이었다.

이러한 변리사의 이중의 능력은 위에서의 절차 이후에서도 요구된다. 특허법은 특허에 대하여 이의를 제기할 수 있는 절차에 관한 규정을 두고 있다. 특허법은 특허권을 철회할 수 있는 가능성을 열어 두고 있다. 특허법 또는 일반법은 산업재산권의 집행에 관한 규칙을 포함하고 있다. 또한 산업재산권에 대한 방어에 관한 규정을 포함하고 있으며, 현대의 수출지향적 산업은 그 어느 때보다도 외국에 의존할 수밖에 없으며 따라서 특허에 대한 이의, 철회, 집행, 방어 등에 관한 외국의 규칙도 마찬가지로 고려되어야 한다.

일반인에 대한 법률자문을 하는데 있어서 변리사의 핵심적인 역할은 특허분야이다. 그러나 이러한 중심적인 분야 이외에도 상표, 의장, 노하우(know-how)의 실시, 실시계약서의 작성, 독일의 고용자발명법(Ger-

man Employed Inventor's Act)상의 고용발명가(employed inventor)의 권리에 관한 자문을 하는 경우 등의 분야가 있다. 이러한 분야에서 변리사는 기술적인 발전이나 연구·개발에 대한 국가의 재원지원의 가능성 등에 대하여 탐색하거나 고객에게 자문을 하고, 발명가들에게 무료로 자문을 하기 위하여 공·사기관의 특허변호사의 참여를 잊지 않도록 자문을 한다.

각국에 따라 개입의 정도는 다르지만 변리사는 법정에서 고객을 소송대리하는 중요한 역할을 하게 되었다. 변리사라는 직업이 생긴 첫 10여년 동안 일반 변호사들은 변리사를 기껏해야 3류 변호사로 여겼던 것 같다. 그러나 그 이후 상황은 많이 변하였는데, 변리사가 되려는 자에게 점점 더 어려워진 국가시험을 요구한 국가에서 상황이 특히 많이 변하였다. 예컨대, 독일의 변리사는 연방법원의 모든 소송에서 당사자를 소송 대리할 권리를 가지고 있다. 독일의 변리사는 연방대법원에서의 무효소송에서도 당사자를 소송 대리할 수 있다. 변리사는 모든 법원의 소송에서 변론을 할 수 있는데, 다만 특별법원에서 변론이 허용된 변호사에게 유보되어 있는 재정신청을 할 수 있을 뿐이다. 많은 국가의 변리사는 다른 국가의 변리사와 같이 많은 법적 권한을 가지고 있으므로, 이들의 지위와 이에 따른 법원에서의 산업재산권에 관한 역할은 상당한 수준에 이르게 되었다.

그러나 변리사의 역할은 산업계나 개인발명가에 대한 특별한 자문을 하는 것에만 한정되어 있지는 않다. 산업재산권에 관하여 변리사는 자문을 하는데 있어서 전문가일 것이 요구되고 특허청과 입법자들에게 전문가일 것이 요구된다. 또한 변리사는 종종 일반적인 기술적 문제, 특히 산업재산권을 처리하는 법률소송에서 법정 전문가(court expert)로서 이용된다.

지난 100여년에 걸친 변리사라는 직업의 법적 환경의 변화는 일반인들이 변리사에게서 요구하는 서비스가 변화한 것과 그 궤를 같이 한다. 이러한 변리사의 서비스는 원래 기술적인 것에 초점을 맞춘 것이었고,

변리사의 법적 수완이 오늘날에는 자연과학과 법적 기술이 균형되기에 이르렀다. 이와 같이 균형을 맞추기 위하여 많은 국가에서 변리사가 되려는 자에게 법적 능력을 위한 대학교육에 관한 규정을 두기에 이르렀다. 현대의 산업은 산업재산권을 보호하기 위하여 매우 전문적이고 가능한 한 완벽하게 교육되고 훈련된 변리사를 필요로 한다는 것은 의문의 여지가 없다.

III. 산업재산권의 보호에 있어서의 特別法院의 역할

이 세계에서 수많은 규율이 발달함으로 인하여 상당히 많은 법 분야 중에서 특정한 분야에 전문화된 법률자문가에 대한 수요가 생겼을 뿐만 아니라 특별법원에 대한 수요도 생기게 되었다. 이러한 수요로 인하여 많은 국가의 정부는 민사문제나 노동문제를 다루기 위한 특별법원을 설립하였으며, 행정부와 개별 국민이나 집단과의 분쟁을 해결하기 위한 행정법원을 설립하였다. 전통적으로 형사법원과 민사법원은 구별되어 왔으며, 법원 내에서는 부동산의 이용에 관한 법(Tenant Law), 해상법(Maritime Law), 빌딩법(Building Law) 등을 전문으로 하는 부분이 생겨났고, 지적재산에 관한 문제나 부정경쟁에 관한 법, 교통에 관한 법 등 매우 세분화된 부분도 생기게 되었다.

상세하게 고찰하기 전에 지금부터 먼저 언급하고자 하는 내용은 주로 독일의 상황, 특히 특허에 초점을 맞춘 것이라는 점을 언급하고자 한다. 또한 특별법원과 산업재산권을 보호하는 특별법원의 역할을 언급할 때 일반법원과 유럽 특허청(European Patent Office)의 항소부(Boards of Appeal)와 같이 準司法機關일 뿐인 특허청의 부서와 상세하게는 구별하지 않으려고 한다.

전 세계적으로 볼 때 지적재산 문제에 대한 관할권을 가지는 법원은

주로 소송, 특히 산업재산권의 집행과 분쟁중인 산업재산권의 유효성과 관련되는 것이다.

위에서 언급한 바와 같이 주요 산업국가에서는 전문화로 인하여 지적재산에 관한 문제에 관할권을 가지는 특별법원을 설치하게 되었다. 그러나 이것만으로는 산업재산권을 보호하는데 있어서 법원이 특수한 역할을 하는데 충분하지 않다.

왜냐하면 원고와 피고에게 구제수단을 제공하고 당사자의 분쟁해결에 도움을 주는 것은 산업재산권, 특히 특허가 관계되어 있다면 매우 어려워지기 때문이다. 이러한 경우 판사는 기술적인 내용이나 선행기술 그리고 침해한 것으로 주장된 기술적인 제품에 대하여 숙지할 것이 강요된다. 따라서 상당수의 판사들이 교육이나 훈련을 받지 않은 일에 부닥치게 되는 것이다. 사실상 산업재산권을 보호하기 위하여 설립된 특별법원의 판사들도 아무런 기술적인 소양이 없고 법정전문가의 의견에 의존하여야 하므로, 특별법원조차도 손해와 침해 그리고 유효성 등에 관한 문제에 대하여 신뢰할 수 있고 예측 가능한 판단을 하기 위해서는 상당한 경험을 필요로 한다. 따라서 판사가 법 이외에는 거의 전문적 지식이 없는 산업재산권 분야에서 변리사가 역할을 하기 위해서는 전문화 이외에 충분한 숫자의 케이스를 필요로 할 것이고, 이러한 케이스만으로도 특별법원은 산업재산권에 관한 문제에서 점차 충분한 판단근거를 얻을 수 있을 것이다.

이제 다른 국가의 사정을 살펴보기로 한다.

미국에서의 특허침해사건은 보통 각각 지리적으로 상이하게 위치해 있는 94개의 연방 제1심법원(district court)중의 하나에서 심리된다. 이것은 미국의 50개의 주가 각각 평균적으로 2개씩의 연방 지방법원을 가진다는 것을 의미하는 것이다. 이것은 소송이 될 만한 산업재산권의 숫자가 상대적으로 적은 것과 비교하여 이해되어야 한다. 심지어 특별법원의 판사들도 케이스의 숫자가 적다면 충분한 경험과 판단의 근거를 쌓을 기회를 가지지 못하므로 심리할 케이스가 적다면 특별법원도 그

역할을 할 수 없을 것이다. 사실상 장기간에 걸쳐서 평균 이상의 케이스를 심리한 법원은 중요한 역할을 하지만 특별법원의 일부는 역할을 제대로 하지 못한다. 따라서 산업재산권문제로 법원에 가야만 하는 변호사는 어느 곳의 연방 제1심법원을 택하여야 하는지 명확히 알고 있다.

그러나 연방항소법원(Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC)에 의하여 심리되어야 하는 상소에 관한 것이라면 사정은 달라지게 된다. 이 연방 항소법원은 미국에서 특허침해소송에 관한 유일한 항소법원이다. 따라서 심리되는 케이스 숫자가 많고 이와 관련되는 경험이 많이 축적되어 상당한 명성을 얻고 있다. 결과적으로 이 연방 항소법원과 몇몇 연방 제1심법원은 산업재산권을 보호하는데 결정적인 역할을 하며 법정전문가의 도움으로 침해문제, 유효성의 문제 그리고 손해의 문제 등에 있어서 전문성을 가지고 있다.

영국에서는 침해소송이 특허청이나 상대적으로 생긴지 얼마 되지 않는 지역특허법원(Patents County Court)이나 고등법원(High Court)의 한 특별부에서 다루어 질 수 있다고 규정되어 있다. 이러한 법원은 영국과 웨일즈 지방에 대하여 관할권을 행사하는 특허법원(Patents Court)이라고 알려져 있다. 특허법원은 심리되는 케이스 숫자가 많기 때문에 상당한 기간 특허와 다른 지적재산권에 관한 경험을 가진 고등법원의 전문가가 있다. 따라서 이러한 특별법원은 상당한 전문성을 가지고 국민들에게 봉사할 수 있다. 그러나 이 경우에도 기술적, 자연과학적 정보를 제공하기 위하여 법과 자연과학과의 교량자로서 전문가가 역시 필요하게 된다.

오스트리아에서는 산업재산권 문제를 관할하는 하나의 특별법원을 설치하도록 규정되어 있다. 법 이외의 분야에서 정보를 법원에 제공하기 위하여 오스트리아 법은 위의 특별법원이 비엔나의 상사법원(Commercial Court of Vienna)이라고 규정하고 있는데, 이 법원의 부서들은 상사에 관하여 교육을 받은 평범한 판사들을 포함하고 있다.

이러한 단일의 특별법원은 모든 침해에 관한 문제를 처리하고, 또한

충분한 경험을 가지고 있으므로 산업재산권을 보호하는데 귀중한 역할을 할 수 있다.

독일에서는 총 11개의 지방법원이 모든 특허의 침해에 관하여 심리를 하도록 지정되어 있으므로 미국의 상황과 약간 유사하다고 할 수 있다. 그러나 모든 특허에 관한 소송의 3/4은 11개의 법원 중 단지 3개 법원의 특허 부서에서 처리되고 있다는 것은 명확하다. 이것은 이 3개의 지방법원이 산업재산권에 관한 분야에서 특별히 현저한 명성을 누리고 있다는 것을 나타내는 것이다. 이러한 법원들의 특별 부서는 산업재산권에 관한 케이스를 배타적으로 처리를 하고 판사들은 보통 지적재산권에 관한 문제를 처리하는데 많은 기간의 경험을 가지고 있다. 따라서 이러한 3개 법원이 산업재산권을 보호하고 산업재산권을 발달시키는데 특히 중요한 역할을 한다.

미국과는 달리 지방법원의 결정에 승복하지 않는 당사자는 상급지방법원(Upper District Court)에 상소를 할 수 있는데, 이러한 상급지방법원은 소송이 시작된 지방법원과 연계되어 있다. 따라서 집중화(centralization)는 민사소송의 최고심, 즉 연방대법원에서 이루어지게 되는데, 연방대법원은 상급지방법원의 판단을 수정할 책임이 있다. 결과적으로 독일의 연방대법원은 상당한 권위를 얻었고 산업재산권을 보호하는데 매우 중요한 역할을 한다.

영국 특허청의 부감사관(assistant comptroller)인 Alex Sugden은 지난해에는 다음과 같은 결론을 내렸다 :

지적재산권에 분쟁은 민사법에 따라서 판단되어야 하는 주된 문제에 해당하는 것이고, 司法制度는 이러한 분쟁을 공정할 뿐만 아니라 신속하게 처리하기 위하여 모든 노력을 다하여야 한다. 지적재산권을 집행하고 지적재산권을 타인에게 부여하지 못하도록 하기 위한 적절한 제도가 없다면 지적재산제도는 아무런 가치가 없을 것이다.

위에서 인용된 말은 매우 옳은 것이다. 사실상 특별법원이 심리할 충분한 케이스를 가지고 있으며 필요한 권위를 쌓는데 충분한 시간이 있

다면 특별법원이 현재의 제도에서 중요한 역할을 수행할 수 있다.

그러나 지금의 제도는 몇몇 이유들로 인하여 궁극적인 해결책이 될 수는 없을 것이다.

Ⅳ. 결 론

이 글을 시작하면서 변리사라는 직업의 발달과 그 발달의 원인, 즉 산업재산권이 형성되고 그 후 이러한 권리의 집행과 함께 자신의 경험과 기술적이거나 기타 자연과학적 전문지식에 의하여 처리를 할 수 있는 변리사의 점증하는 수요를 설명하였다. 위에서 언급한 二重의 기술은 산업재산권제도에서 필요로 하는 주된 요소이다.

명백히 그리고 산업재산권의 집행에 관한 한 이러한 주된 요소는 변리사에게만 구할 수 있는 것이다. 현재의 법제 하에서는 예외적인 경우를 제외하고는 민사소송에서는 이용될 수 없는 것이다.

이제 산업계는 이러한 상황에 적응을 하였다. 또한 산업계는 판사에게 이중의 기술이 이용되도록 하는 방법에 의하여 전통적으로 특별법원이 다시 구성되는 것을 방해했다는 것을 인정하는 것으로 보인다. 그러나 산업계는 동시에 산업재산제도를 비싸고 매우 완만하게 반응하는 제도라고 비판한다. 그리고 회사들은 소송의 비용과 복잡성으로 인하여 산업재산권을 집행하기 위하여 산업재산권제도를 이용하는 것을 종종 제지당한다. 그러나 산업재산권을 획득하는 시점에서는 변리사와 항소부를 포함한 특허청의 측면에서 이중의 기술이 이용될 수 있기 때문에 이 단계에서는 사정이 한결 낳아진다. 또한 이중의 기술은 종종 仲裁에서도 이용될 수 있고 현재의 특별법원에 대한 이점으로 인하여 산업계에 의하여 점점 더 많이 사용되고 있는 제도는 매력이 더해지게 된다.

산업재산권에 대하여 관할권이 있는 특별법원의 충분한 경험이 있는

전통적인 판사는 훌륭한 일을 할 수 있다는 것은 당연한 것이고, 현재의 제도하에서 자신의 기술적인 전문성보다는 기술적인 통역자와 함께 일한다는 것은 그들의 과실이 아니다.

위에서 언급한 이중의 기술을 산업재산권문제를 위한 특별법원제도에 접목함으로써 산업재산권분야의 특별법원의 역할은 현재의 뛰어난 위치로부터 상당히 개선될 수 있다고 확신한다. 물론 전통으로 인하여 이러한 발전은 장기간 방해될 것이다. 그러나 지적재산제도는 위에서 언급한 접목이 있지 않다면 존재할 수 없다고 확신한다. 사실상 이러한 제도가 변경되지 않는다면 중재가 전통적인 법제도보다 우월하기 시작한다고 해서 놀라서는 안된다.

상당수의 여러분들은 특별법원의 예가 존재한다는 것을 알 것이다. 이러한 특별법원의 부서들은 전통적인 법학교육을 받은 판사와 현대의 변리사와 같이 자연과학이나 이와 관련되는 학문과 제한적인 법학교육을 받은 판사로 구성되어 있다. 그러므로 이러한 기술판사(technical judge)는 자신의 전문적 지식에 의하여 공정하고 신속할 뿐만 아니라 비교적 저렴하고 특히 매우 확고하게 지적재산권에 관한 문제를 처리할 이중의 기술을 가지고 있다.

독일의 연방특허법원(German Federal Patent Court)은 헌법재판소의 결정에 따라 약 30여년 전에 생겼다. 헌법재판소는 특허청 내에 있었던 항소부가 정상적인 사법부의 자격을 갖추지 못한 것이고 따라서 특허청의 결정에 대한 청구를 처리하기에는 적당한 것이 아니라고 판시하였었다. 그러므로 연방특허법원은 특허청에서 행해지는 것과 관련되는 모든 문제에 대하여 관한권을 가지는 것으로 설립되었다. 따라서 연방특허법원은 특허의 무효와 철회에 대한 소송뿐만 아니라 청구와 상소에 대하여 재판을 한다. 그리고 연방특허법원은 법정허락(compulsory license)의 허여에 대하여 재판을 하고, 판사들은 전통적인 방식으로 교육을 받은 판사이거나 제한적인 법학 교육과 특별한 기술분야의 경험을 가진 판사이다. 항상 그리고 필요한 경우에는 언제나 모든 범위의 법학 교육

이 연방특허법원의 각 부서에 쓰일 수 있도록 하기 위하여 법학교육을 받은 판사가 적어도 한 명씩 각 부서에 배치된다. 연방특허법원은 일반적인 관할권을 가진 법원으로 설립되었다. 연방특허법원은 연방대법원의 하급심이고 따라서 상급지방법원과 동등한 위치에 있어나 이러한 법원과는 달리 주법원(State Court)이 아니라 연방법원이다.

특허청의 항소부를 대체하여 설립된 연방특허법원의 기원을 알아보기 위해서는 이 특별법원의 역할이 제한되어 있다는 것을 인식하여야 한다. 그러나 연방특허법원은 침해에 관한 문제를 다룰 수 없는 것과 같이 관할권에 관하여 제한되어 있을 뿐이다. 그러나 연방특허법원이 독일의 산업재산권의 특성에 끼치는 역할이 과대 평가되어서는 안된다. 연방특허법원은 전통적인 사법제도를 변형함으로써 상당히 좋은 결과를 가져올 수 있고 법제도 자체로서 전통적인 법학교육을 비교적 적게 받은 판사에 의하여 어떠한 결함이 생기는 것이 아니라는 것을 입증하였다. 따라서 연방특허법원은 하나의 예로서 사용될 수 있다.

따라서 원칙적으로 이러한 예에 따라서 구상되고 특허청의 행위와 모든 범위의 산업재산권의 집행에 대하여 관할권을 가지는 특별법원이 궁극적인 해결책이 된다는 것이 강조되어야 한다.

그러므로 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다. 첫째, 산업재산권을 다루는 법원과 변호사는 법학교육을 받은 자의 기술뿐만 아니라 엔지니어나 화학자 또는 자연과학자의 기술을 가지는 경우에 그들의 역할을 특별히 잘 수행할 수 있다. 둘째, 판사나 변호사의 법학교육과 기술교육이 훌륭하면 훌륭할수록 각각 다른 세계인 법과 자연과학을 연결시키는 역할을 더욱 잘 수행할 것이다. 그러면 예측성이나 판결의 속도, 그리고 비용의 측면에서 그들의 행위의 결과는 더 훌륭해질 것이고 지적재산권의 분야에서 그들이 수행하는 역할도 더 훌륭해질 것이다.

INTERNATIONAL TRADE LAWS AND POLICIES BETWEEN KOREA AND THE UNITED STATES

Charles R. Irish*

Economic relations between Korea and the United States are very substantial. Korea exports more to the United States than to any other country, and it imports from the United States more than from any other country except Japan. From an American perspective, in 1995 American exports to Korea ranked 5th behind Canada, Japan, Mexico, and the United Kingdom, and imports from Korea ranked 8th, after Canada, Japan, Mexico, China, Germany, Taiwan, and the United Kingdom. In 1995, total trade between the two countries amounted to about US $ 50 billion, with United States exports to Korea of more than US $ 25 billion, and Korean exports to the United States of more than US $ 24 billion.

Because of the high level of economic interaction between Korea and the United States, it is inevitable that trade relations between the two countries are watched very closely. Asis true with any close relationship, it also is inevitable that from time to time points of tension emerge in the trade relationship. These trade tensions between Korea and the UnitedStates, however, should not obscure the fact that between the two countries there is a very high level of economic interaction, most of which takes place without excessive tensions or disputes.

The enormous size of the American economy and the tremendous

* East Asian Legal Studies Center Volkman-Bascom, Professor of Law, University of Wisconsin - Madison, USA.

amount of imports into and exports out of the United States also make American trade laws and policies of considerable interest to businesses in Korea and many other parts of the world. The United States has the largest economy in the world. When judged by theIMF's "purchasing power parity", the American economy is more than twice the size of the Chinese economy, which now is the second largest economy in the world. The United States also is the world's largest exporter of goods and services: in 1995, theUnited States exported US $ 784 billion in goods and services, which put the United States ahead of Germany and Japan. The United States also is by far the world's largest importer, with almost US $ 900 billion in imports in 1995. Combined American imports and exports now exceed US $ 1,600,000,000,000.

United States trade laws and policies also are important to much of the rest of the world because of the composition of American imports and exports. It is generally acknowledged that it is preferable to export high value goods and services and toimport low value goods and services. Hence, exports of finished goods are preferred over exports of raw materials, and imports of raw materials and components are favored over imports of finished goods. If the composition of imports and exports of the UnitedStates, Germany and Japan are compared, it becomes apparent why the American market is doubly important to export driven economies, such as Korea's. It also becomes apparent why Japan is so often vilified on international trade matters, while the Americans and the Germans, who export more than the Japanese, receive less attention: In sum, the United States tends to export a substantial amount of low value goods and it imports a verylarge amount of high value goods. Germany has a fairly balanced mix of imports and exports, while Japan tends to export high value goods and imports

low value goods.

For 1993, about 48 percent of U.S. merchandise exports of $465 billion consisted of relatively low value raw materials and semi-manufactured goods. About 52 percent of the exports were high value manufactured goods. On the import side, about 41 percent of the $603 billion in merchandise imports was relatively low value and about 59 percent was high value, manufactured goods. For Germany, low value exports accounted for about 42 percent of the $380 billion in total exports, with high value manufactured goods accounting for 58 percent of the total. On the import side, 57 percent of the total imports of $343 billion werelow value, 43 percent were high value. For Japan, low value exports were 18 percent of total exports of $361 billion, with high value exports accounting for 82 percent. Relatively lowvalue Japanese imports were about 94 percent of total imports of $241 billion, with high value imports only 6 percent of the total. No wonder the American market is so attractive and theJapanese market is often characterized as being closed.

And finally, American trade laws and policies are watched closely because the United States has been the leading force toward market liberalizations over the last 50 years and there is growing concern that the United States may be entering a period of isolation, with a sharp increase in protectionism. Without a doubt, the growth and prosperity in many parts of the world, including Korea, are the product of the open markets of the United States and the market liberalizations the United States has sponsored. But, is the United States growing weary of the economic dislocations caused by free trade? Is the United Statesheaded for another period of isolationism, such as occurred during the Great Depression of the 1930s? The popularity of Pat Buchan-

an and his protectionist policies in the 1996 presidentialcampaign make clear that there is strong protectionist sentiments within the United States.

The primary purpose of my lecture is to explain United States trade laws and policies in the context of the trade relationship between Korea and the United States. The startingpoint is to understand how United States trade laws and policies are made.

1. In the United States, who is responsible for internationaltrade laws and policies?

At the outset, it is important to understand how international trade laws and policies are established in the United States.

a. Congress and the President. Congress and the President

have overlapping responsibilities on international economic policy matters. Congress generally is responsible for enacting laws. Congress also has the power "to lay and collect taxes, duties, imposts and excises" and "to regulate commerce with foreign Nations." Thus, on international trade and investment matters, it is Congress that has broad powers and it guards these powers very carefully. This is critical to understanding U.S. international economic laws and policies: it is Congress not the President which has broad authority to make laws determining U.S. international economic policy. Congress also is very conscious of its extraordinary powers in international economic policy mattersand it not shy about asserting itself.

The President and other members of the executive branch are

responsible for administering the laws passed by Congress. The President also is given authority to conclude treaties and to conduct foreign affairs. The President's treaty making power is limited somewhat by the requirement that many treaties have to be ratified by the U.S. Senate in order to become effective and they frequently need Congress to pass implementing legislation in order to become fully operational in the United States. On the other hand, in the last several decades, the President has made greater and greater use of "executive agreements" which do not require ratification by the U.S. Senate. Some of these executiveagreements have involved very important international economic issues, so the President also is able to significantly influence international economic policies.

Because Congress is composed of over 500 members and it would be too unwieldy for Congress itself to negotiate international economic laws with foreign countries, Congressdelegates the authority for negotiating bilateral and multilateral trade and investment agreements to the executive branch. But what this means is that Congress really holds a very powerful position in developing international economic laws and policies: a great amount of the authority the executive branch has to negotiate agreements affecting international commerce comes from an express and limited delegation of authority fromCongress. Furthermore, the delegation of power extends only to the negotiation of the agreements; final approval of the agreements frequently requires a favorable vote in Congress.

The President is elected by the entire U.S. population, so it is not surprising that the President and the people he appoints to key positions in the executive branch tend to viewinternational trade and investment matters from a national perspective. And from a national

perspective, free trade, open markets and a general absence of restrictions on investment flows will produce the maximum benefits for the entire economy. Thus,largely without regard for which political party the U.S. President represents, the President and his appointees tend to favor open markets and free trade. This point is demonstratedmost clearly by President Clinton's very vigorous efforts to secure passage of the North American Free Trade Agreement in 1993 and the Uruguay Round of GATT in 1994 - two very important international trade agreements which were begun during theRepublican administrations of Ronald Reagan and George Bush. The popularity of Pat Buchanan and his protectionist trade policies in the 1996 presidential campaign is somewhat of an anomaly, but many people think that Mr. Buchanan's popularity is limited to less than 10 percent of the voting population.

Unlike the President, the 535 members of Congress are elected from much smaller sections of the country and their responsibilities and allegiances are much more localized. Thus, for the individual members of Congress, the overall benefits offree trade and a generally open economy are not nearly as important as the impact of free trade and the open economy on their constituents. If, for example, free trade means that thelocal apparel factory will have to shut down, the members of Congress representing that area are very likely to think that the economic dislocations caused by free trade are of much moreimportance than having other parts of the country benefit from access to low cost shirts.

On balance, even within the U.S. Congress there probably are more people supporting free trade and an open economy than not; but it must be remembered that in many instances the free traders are mere-

ly representing the interests of consumers, and theinterests of consumers in getting lower prices and a wider variety of goods and services are not nearly as strong as the protectionist sentiments of a person whose job is threatened by free trade. Hence, while free traders may outnumber the protectionist members of Congress, the protectionist members usually hold their position with greater passion and conviction than do the free traders. It is not surprising, therefore, that Congress has a distinctly protectionist tone; in fact, it may be somewhat surprising that Congress is not even more protectionist than it is.

Given the sizeable powers Congress has over international trade and investment matters and the practical imperative that international economic negotiations be conducted by the executive branch, it becomes clear why there is so much confusion aboutUnited States trade laws and policies. The President, principally through his appointee the U.S. Trade Representative ("USTR"), negotiates international trade agreements and generally takes an open market approach. In the negotiations, however, the Presidentand the USTR must always be aware of what will be acceptable to Congress. There is constant tension between the President's desire to promote free trade and an open economy and the inability to make market opening concessions because of the protectionist pressures in Congress. An agreement that goes too far on free trade may not be approved by Congress; or, if it is approved, Congress may express its displeasure with the President's position by sharply limiting the delegation of authority to the President to conduct future international trade negotiations.

The interaction between Congress and the President can be illustrated with the example concerning the "fast track" procedure for concluding the recent international tradeagreements. Under section 151 of

the Trade Act of 1974 (19 U.S.C. section 2191), Congress has established special rules for its consideration of trade agreements. The special rules weredesigned to limit the authority of the President to conclude trade agreements, while giving the President credibility to negotiate the agreements Congress specifically authorized. Thespecial rules, known as the "fast track" procedure, authorize the President and the USTR to negotiate specific trade agreements, and when the negotiations are completed, the agreements are submitted to Congress where they are considered for passage into law. In the consideration of the agreements, the "fast track" procedure imposes three limits on the powers of Congress: First, congressional committees are prohibited from holding onto the agreements and thereby preventing votes in the full Senate or House of Representatives; second, each house of Congress is obligated to consider the agreements and implementing legislation without the possibility of amendments, since amendments would require renegotiating the agreements with the foreign counterparts; and, third, both the House of Representatives andthe Senate limit the time for debating the agreements, so as to prevent excessive delays in obtaining approval. In effect, the fast track procedure assures foreign countries that Congress will not withdraw concessions made by the executive branch as the agreements were being negotiated. Thus, the fast track procedure puts the executive branch in a much more credible position in its negotiation of multilateral and bilateral trade agreements withforeign countries.

The North American Free Trade Agreement ("NAFTA") and the Uruguay Round of GATT both were submitted to Congress for approval under the fast track procedure. Even though NAFTA was generally regarded as having a favorable impact on the U.S. economy, Con-

gressional approval of the agreement was very much in doubt. As a result, prior to the Congressional vote on NAFTA in November, 1993, the Clinton administration spent an enormous amount of energy and political goodwill persuading members of Congress to vote in favor of the agreement. After extensive and sometimes bitter debates and following some political concessions by the Clinton administration, Congress narrowly approved theagreement.

The Uruguay Round of GATT, a remarkably ambitious multilateral trade agreement involving more than 100 countries and covering areas of trade never before dealt with in amultilateral setting, faced a similarly hostile environment in Congress. Congressional opposition to the Uruguay Round concentrated on the following issues:

* Whether the establishment of the World Trade Organization would lead to an erosion of U.S. sovereignty, especially with respect to Congressional power to regulate international commerce.

* Whether U.S. environmental laws would be characterized as improper restraints on trade, with the result that the U.S. would be obligated to either repeal the laws or make them less rigorous.

* Whether the liberalization of trade rules under the Uruguay Round would enable U.S. and foreign manufacturers to shift production facilities to countries with little or no protection of workers' rights or workers' safety.

Some members of Congress also expressed opposition to the Uruguay Round because it would lead to a reduction in U.S. government revenues. By approving the Uruguay Round, the U.S. obligated itself to lower its tariff rates, which would reduce governmentrevenues by $10 - $15 billion over five years. Since national government revenues exceed $1.1 trillion per year, $10 - $15 billion over five years

is almost statistically insignificant(about 0.2 or 0.3 percent). Therefore, the members of Congress who were basing their opposition on the Uruguay Round's revenue implications probably were disguising the real reasons for their opposition.

As it did with NAFTA, the Clinton Administration spent a great deal of time and energy persuading individual members of Congress to support the Uruguay Round, which Congress finally did in the December, 1994.

The Clinton Administration and Congress currently are negotiating for an extension of the fast track procedures to future trade negotiations. Congress wants the negotiating powersof the President and the USTR to be sharply limited, while the Clinton Administration is pressing for broader negotiating authority. If the fast track procedures are extended, the Clinton Administration will use the procedures to conclude negotiations for Chile to enter the North American Free Trade Agreement. Even though Chilean entry into NAFTA should not be controversial from an American perspective, the Republican controlled Congress is not likely to extend the fast track procedures until after the national elections in November, 1996.

b. Other United States government institutions with responsibilities for international trade and investment matters.

(i) The U.S. Trade Representative.

The President is the most visible person with responsibilities for international trade matters. Much of the President's authority, however, is delegated to the Office of the USTR. The Office is responsible for setting and administering overall trade policy. The USTR also is the

chief representative of the United States for:

— all activities concerning the General Agreement on Tariffs and Trade;

- discussions, meetings, and negotiations in the Organization for Economic Cooperation and Development when such activities deal primarily with trade and commodity issues;

— negotiations in the United Nations Conference on Trade and Development and other multilateral institutions when the negotiations deal primarily with trade and commodity issues;

— other bilateral and multilateral negotiations when trade, including East-West trade, or commodities is the primary issue;

— negotiations concerning the suspension or termination of United States antidumping or countervailing duties; and - negotiations concerning direct investment incentives and disincentives and bilateral investment issues dealing with barriers to investment.

The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 also gave the USTR authority to implement section 301, super 301 and special 301 actions.

(ii) The International Trade Commission.

The International Trade Commission ("ITC") is an independent agency of the government. Six commissioners are appointed by the President for 9 year terms. Since the ITC is intended to be fairly apolitical, no more than 3 commissioners may be from thesame political party and the chairman, who is appointed by the President for a 2 year term, may not be succeeded by a person from the same political party.

The ITC's principal responsibilities include (i) determining whether

goods are being imported in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury to a domestic industry ("escape clause" actions), (ii) making the injury determination in antidumping and countervailing duty actions, and (iii) conducting investigations and making determinations concerning unfair trade practices involving imports under section 337 of the Tariff Act of 1930 (codified as 19 USC 1337).

(iii) The International Trade Administration.

The International Trade Administration (the "ITA") is part of the U.S. Department of Commerce. It is responsible for administering the antidumping and countervailing duty laws as well as a number of voluntary export restraint agreements. The ITA also advises on the analysis, formulation and implementation of international economic policies of a bilateral, multilateral or regional nature. The ITA is especially active in the area of export promotion.

In the last several years, Congress has threatened to abolish the Commerce Department and shift the trade functions of the International Trade Administration to a new office of trade.

The USTR also would be brought into the new office of trade.

(iv) The Committee on Foreign Investment in the United States.

The Committee on Foreign Investment in the United States ("CFIUS") is an interagency committee headed by a representative from the Treasury Department. CFIUS is not directly involved in international trade matters, but instead it is the principal agency responsible for reviewing and making recommendations on foreign acquisitions of U.S. companies if the change of ownership may affect national security. The Committee administers the Exon-Florio provi-

sions of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 that give the President authority to prohibit, suspend, or seek divestiture in the courts of foreign investments that threaten to impair the national security.

The general view is that CFIUS has administered the Exon-Florio provisions in a benevolent, non-protectionist fashion. In fact, CFIUS's liberal administration of the Exon-Florio provisions has prompted calls for more restrictive rules on inbound investment.

(v) Other federal government agencies.

In addition to the organizations listed above, the federal government has a number of other agencies in volved ininternational economic transactions. The Agency for International Development carries out economic assistance programs for less developed countries. The Overseas Private Investment Corporation offers assistance to U.S. investors in finding overseas investment opportunities, provides political risk insurance to protect the investments, and makes loans and loan guaranties to finance the investments. The programs of the Export-Import Bank are designed to help American exporters meet government supported competition from other countries. The Commodity Credit Corporation and the Foreign Agricultural Service are responsible for promoting agricultural exports through loans and loanguarantees. They also provide food assistance to combat hunger and malnutrition in the less developed parts of the world.

While the Commerce Department is the principal agency involved in export promotion, where equipment can be used for both military and non-military purposes (so called "dual use" equipment), the Department of Defense and the State Department are supposed to be closely

involved in licensing of the equipment for export. In late 1995, exports of precision metal working equipment to China became quite controversial because it appears that export licenses were granted by the Department of Commerce, even though there were objections within the Defense Department. With the increasingly aggressive positions of the Chinese involving Taiwan and Southeast Asia, and the recent revelations that the metal working equipment is located in Chinese factories producing missiles and military aircraft, there is growing sentiment that the State Department and the Department of Defense should have greater roles in the export of dual use equipment.

c. State and local governments.

State and local governments are quite active in promoting local exporters. During the last decade as foreign investment into the U.S. has increased markedly, the state and local governments also have intensified their efforts to attract new investors. In Wisconsin, for example, the State's Department of Development has several services designed to assist potential investors and new investors in the state. In Wisconsin, but even more so in other states, it is common for the states or local governments to offer incentives to attract or retain investors. In many instances, the incentive packages are very substantial.

2. United States regulation of imports.

a. Restricting fairly priced imports - the "escape clause."

The American economy is one of the most open and unregulated in the world. There are few places in the world that can match the quali-

ty and diversity of goods and services available within the United States.

In some instances, however, the United States does restrict imports in order to protect American industries. Although the conclusion of the Uruguay Round will cause many of the American protectionist policies to be phased out, the United States still restricts imports of sugar, for example, to protect the domestic sugar and corn syrup industries, and in spite of the enormous benefit our allies in the Caribbean region would receive from opening our markets. At the same time that we claim to be strong supporters of the WTO and the principles of free trade, we adhere to the Multifibre Arrangement under which imports of a wide range of textiles are sharply limited. The Multifibre Arrangement is doubly troublesome because of the clear evidence that the development of a labor intensive textile industries is an effective first step in the process of industrialization. Our continued adherence to the Multifibre Arrangement, thus, is depriving the poorest countries in the world of a proven tool for effective development.

The major legal mechanism for restricting fairly priced imports is the "escape clause." Under the escape clause, four conditions must be satisfied before the International Trade Commission can recommend relief on the grounds that imports are causing injury to a U.S. industry:

1. Imports: an article must be imported into the U.S. in increased quantities;

2. Industry: there must be an industry in the U.S. that produces an article that is like or directly competitive with the imports;

3. Injury: the industry must be experiencing serious injury or facing the threat of serious injury; and

4. Causation: the increased imports must be a substantial cause of serious injury to the U.S. industry, with "substantial cause" defined as a cause that is important and not less than any other cause.

If the International Trade Commission finds that the conditions for granting relief have been satisfied, it may recommend that imports be limited by: (1) an increase in customs duties, (2) tariff-rate quotas, (3) quantitative restrictions,(4) orderly marketing agreements, or (5) any combination of such actions. Where import relief is granted, however, it is intendedthat the relief be for a short time, such as five years, during which the injured industry is expected to either regain its competitiveness or shift to other areas of production in which it can compete.

The U.S. escape clause and the escape clauses that are widely in existence in other countries are expressly sanctioned by Article XIX of GATT. The principal reason for Article XIX is to provide a legal base with which to defuse the internal tensions created by economic dislocations caused by imports.

In connection with both the U.S. escape clause and GATT's Article XIX, it is worth noting that if relief is readily available, then the free trade concessions made by governments have little meaning. On the other hand, if escape clause relief is difficult to obtain, great political pressures build for alternative relief measures which may not be consistent with the underlying principles of GATT. The U.S. automobile industry is a prime example of this phenomenon. In the late 1970s and the early 1980s, the U.S. automobile industry was in a serious slump. The automakers and organized labor claimed that their injuries were due to increased imports from Japan and Europe and sought protection from the imports under the escape clause. The International Trade

Commission, to the surprise of many people, found that the imports were not a substantial cause of automakers' injuries and refused to recommend relief.

The decision of the International Trade Commission generated great pressure on the U.S. government to protect the domestic automobile industry without regard for the formal requirements of the escape clause or our international trade commitments under GATT. Congress responded by threatening protectionist measures so severe that the Japanese automakers "voluntarily" agreed to restrict their imports to the U.S. This voluntary restraint agreement continued in place into 1993, at which point so many Japanese automakers had shifted production facilities to the U.S. that the restraint agreement failed to have much continuing impact on automobile imports.

b. Antidumping and countervailing duties.

The escape clause and voluntary export restraint agreements are designed to provide protection for domestic industries from fairly priced imports.

The United States government (and a great many other governments) also is concerned about protecting domestic industries from imports that either are "dumped" in the U.S. markets or else benefit from a subsidy offered by the exporter's government.

(i) The antidumping duty.

In the United States context, dumping typically refers to sales of imported products in the United States at a price less than they are sold in a foreign market, usually the home market of the exporter. Dumping occurs for a variety of reasons, but the more commonly stated rea-

sons are (i) to get rid of surplus goods without saturating the home market, (ii) to increase profits by taking advantage of low marginal costs which make it profitable to sell in more competitive foreign markets, (iii) to gain entry into a foreign market, and (iv) to drive local industries out of business ("predatory dumping").

In its early antidumping laws, the United States sought to prohibit only predatory dumping. In its present form, however, the antidumping laws apply whenever imported goods are sold in the United States at less than fair value ("LTFV") and the sales at LTFV cause or threaten to cause material injury to an industryin the United States. Sales at LTFV occur when the sales price in the United States is less than the foreign market price. The difference between the United States price and the foreign market price is the "dumping margin," which is the amount of the antidumping duty that is imposed on the dumped goods.

It is well recognized that bringing an antidumping action has a chilling effect on foreign competition. Starting an antidumping action introduces instability into the market because of the uncertainty about the outcome of the action. The importer's cost of retaining counsel is fairly immediate and most often very expensive. The importer also may have to post a bond and consumers of the imported products frequently look elsewhere for noncontroversial substitutes, which oftentimes are products manufactured in the United States. Antidumping actions have beenviewed, therefore, as a deterrent to trade even when the importers are found not guilty of dumping.

Responsibility for administering the antidumping law is split between the ITC and the Commerce Department's ITA. The ITC is charged with determining whether the imported goods are causing or threatening to cause material injury to U.S. industry. The ITA is

responsible for determining the dumping margin. While ITC's administration of the injury determination may be reasonably fair and objective, many people feel that the dumping margin determinations by ITA have a heavy bias in favor of the United States industries. The ITA's increasingly frequent use of the "best information available" is widely cited as an example of the bias towards American businesses and against imported products.

The United States leads the world in the bringing antidumping actions. From 1992 through 1994, there were about 115 antidumping actions begun in the United States; in Australia, there were about 105: in the European Union, about 80; and in Korea there were about 10 antidumping actions. It seems clear that the present U.S. antidumping laws and the comparable laws of Australia, the European Union, Korea and a growing number of other countries are examples of protectionism in a disguised form. The Uruguay Round of GATT will result in some worthwhile reforms of U.S. antidumping laws, principally with the requirement that antidumping orders be of limited duration and reviewed at least every five years. In the post-Uruguay Round negotiations, however, the U.S. is pressing for multil ateral adoption of anticircumvention rules similar to those contained in U.S. trade laws. As a result, it appears likely that U.S. antidumping laws will continue to be used for protectionist purposes by U.S. industries.

There are two reasons, however, why the use of antidumping laws may decline in the United States and elsewhere. First, the frequent use of antidumping actions in the United States and the growing use of antidumping laws in other countries is creating a coalition between American industries that use imported components and United States exporters. Antidumping actions in the United States increase the costs

for American industries using imported components and the greater use of antidumping actions in other countries is diminishing the export opportunities for American exporters. Second, there is recent evidence that the principal beneficiaries of the antidumping action are not the enterprises filing the complaints, but instead are foreign exporters who gain business at the expense of the competitors who are accused of dumping. It is estimated that from 1980 through 1988 Japanese enterprises, which have been the main targets of American antidumping complaints, lost US $ 7.6 billion in annual exports to the United States because of antidumping actions. This was substantially offset, however, by US $ 5.4 billion of gains by Japanese companies which increased exports to the United States after competitors were subjected to antidumping actions. Korean enterprises also have been the frequent target of antidumping actions, but it is estimated that what some Korean enterprises lost because of the American antidumping actions was more than recovered by other Korean enterprises which increased their exports to the United States.

(ii) The countervailing duty.

As is true in many countries, the United States imposes countervailing duties when it finds that foreign products arereceiving export subsidies and are being imported into the U.S. in such a fashion as to cause or threaten to cause injury to U.S. industry. The International Trade Administration within the Department of Commerce is responsible for determining whether foreign products are improperly subsidized and the International Trade Commission has responsibility for the injury determination.

One of the results of the Uruguay Round was to define more precise-

ly the concept of "export subsidy" which gives rise to the countervailing duty. Under the Uruguay Round, three categories of subsidies and remedies are created: (1) prohibited subsidies; (2) permissible subsidies which are actionable multilaterally and countervailable unilaterally if they cause adverse trade effects; and (3) permissible subsidies which are non-actionable and non-countervailable if they are structured so as to limit their potential for trade distortions.

The Uruguay Round prohibits export subsidies, including de facto export subsidies, subsidies based on export performance, and subsidies contingent on the use of local content. Other specific examples of impermissible export subsidies are: (1) currency retention schemes or similar practices which involve a bonus on exports, (2) internal transport and freight charges on export shipments, provided or mandated by governments, on terms more favorable than for domestic shipments, (3) government provision of goods or services for use in the production of exports which are more favorable than for domestic production, (4) the full or partial exemption, remission, or deferral of direct taxes or social charges specifically related to exports and payable by industrial or commercial enterprises, and (5) the allowance of special deductions directly related to exports or export performance.

Non-actionable subsidies include (1) government assistance for industrial research and pre-competitive activity, (2) government assistance for regional development, and (3) government assistance to adapt existing plant and equipment to new environmental standards.

c. Rules of origin.

"Rules of origin" are used to determine the nationality of goods moving in international commerce. If all goods were treated in the same fashion, rules of origin would not be relevant. But, because of the United States now has many trade preference programs and some trade restrictions, the American rules of origin are of considerable importance. Thus, the American rules of origin determine what goods qualify for duty free entry under the North American Free Trade Agreement, the Caribbean Basin Initiative, and the Generalized System of Preferences. American rules of origin also determine the nationality of textiles and apparel for purposes of applying the quotas under the Multifibre Arrangement; and American rules of origin determine when goods are from Iran or North Korea for purposes of applying the trade embargoes against those countries.

The importance of rules of origin also has increased because of structural changes in industrial production. In the past, goods frequently were wholly produced within a single country. Now it is commonplace for goods to be produced in stages in several different countries, with components derived from many jurisdictions. Automobile manufacturers and producers of high-tech electronic products increasingly manufacture in stages in more than one country, with components brought from many other countries. Nevertheless, the laws of many countries, including the United States, persist in requiring that origin be assigned to a single country.

In the United States, the generally applied rule of origin is that goods have their origin where the last "substantial transformation" occurred. Unfortunately, what constitutes asubstantial transformation is

not clear, but instead isdetermined on a case by case basis. Thus, the substantial transformation standard is not predictable - it is not transparent.

In recent years, the importance of the generally applicable substantial transformation standard has diminished. In its place have come more specific and predictable rules in the recently concluded free trade agreements, especially the North American Free Trade Agreement involving Canada, Mexico and the United States ("NAFTA"). The NAFTA rules of origin generally make use of the change in tariff classification standard, although there are a great number of substandards as to the specific changes in tariff classification necessary to qualify goods as having a North American origin. In some instances, such as automobiles, the change in tariff classification is supplemented or overridden by a value added standard. And in other instances, the rules of origin are so restrictive that North American origin only follows if almost the entire production occurs within the North American region. For textiles and apparel, for example, the rules of origin adopt the "yarn forward" standard, which means that textiles and apparel have North American origin only if the yarn is manufactured in North America and all subsequent processing occurs within North America.

Rules of origin have been a continuing source of controversy between other countries and the United States. Between China and the United States, for example, a continuing dispute has been the origin of Chinese made goods shipped to the United States through Hong Kong and Macao. Under the American rules of origin, many of these transshipments are treated as 100 percent Chinese products, without regard for any value added in Hong Kong or Macao. The American rules of origin thus are similar to the rules of origin of many countries in as-

signing a single nationality to goods even where the components of the products came from several different countries. The Chinese claim, with some justification, that the value added in Hong Kong or Macao should not be counted as having a Chinese source. Different rules of origin in Korea and the United States also may account for the difference in the trade accounts - the United States estimates that for 1995 it has a trade surplus with Korea of a little over US $ 1 billion, while Korea estimates that it has a trade deficit with the United States of about US $ 5.5 billion.

Under the continuing multilateral trade negotiations following the Uruguay Round, more transparent rules of origin are being developed. Nonetheless, at least in the American context,rules of origin will continue to be used as a subtle form of protection for American industries.

3. Unfair trade practices and the U.S. government's response.

During the last 20 years, the United States has become increasingly preoccupied with various aspects of international trade. A part of the reason for the American preoccupation with trade is the increased importance of trade-related economic activity for the United States economy. For several years before the 1980s, the United States had a trade deficit, which was disturbing, but did not seem overly important. Also, at the beginning of the 1980s, the United States economy was largelyself-sufficient and somewhat unaffected by the vagaries of international trade (with the notable exception of energy imports). The United States also took some comfort in the knowledge that it was the

largest net exporter of capital in the world. The position of the United States now has changed most significantly. The trade deficit, which temporarily peaked in 1986, is once again growing. It now is of such an enormous magnitude that foreign-held debt obligations soon may be more than the value of all the buildings and machinery, factories and equipment in the United States manufacturing industries. The United States has shifted from being the largest net exporter of capital to the largest net importer of capital - United States external obligations exceed those of any other country in theworld. Within the United States, there now are widespread concerns about the American ability to compete in global markets and very basic questions about whether the United States can sustain its standard of living.

At the same time, the United States continues as the world's largest exporter of goods and services. Since 1986, it isestimated that increased United States exports have created 3.5 million new jobs for American workers. More and more Americans thus depend on exports and export related industries for their jobs, and they question whether their jobs are secure.

Even Americans not directly involved in export oriented industries have a preoccupation with trade in a broad sense. As consumers, Americans benefit greatly from the relatively open markets. There is a great variety of products available for purchase, and their prices are among the lowest in the world. It is cheaper, for example, to buy a Japanese made camera at just about any camera store in the United States than at the duty frees tore in Tokyo's Narita Airport. The benefits Americans receive from trade as consumers, however, are diffused throughout the entire population, and often too little attention is focused on these benefits. Instead, the major harm that industries or par-

ticular parts of the country suffer from international trade is what makes news. These events, which frequently receive widespread publicity, have contributed to the widely held American perception that the United States is often treated unfairly by its trading partners, and that trade with the United States is not conducted on a level playing field.

Given the American preoccupation with trade and the widespread sense in the United States that the United States is not being treated fairly in its international trade relations, it is not surprising that the United States has adopted increasingly more aggressive measures to attack what are perceived as being unfair trading practices. The principal measures are section 301 of the Trade Act of 1979 and section 337 of the 1930 Tariff Act.

a. Section 301, "super" 301 and "special" 301.

Enforcing U.S. rights under trade agreements and combatting unfair foreign trade practices are the purported goals of section 301 of the Trade Act of 1979 and the amendments to it contained in the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (1988 Trade Act, or Trade Act). In general, the statute authorizes and in some cases mandates the United States Trade Representative (USTR) to take action against foreign countries that deny U.S. rights under a trade agreement, or whose acts, policies, or practices are deemed to be unjustifiable, unreasonable, or discriminatory and burden or restrict U.S. commerce. If trade agreement benefits are denied or unjustified acts are involved, the USTR must takeaction against the foreign country. If unreasonable or discriminatory acts are found, the USTR retains the discretion to decide whether to take action.

It is under section 301 that the USTR investigated Korea's shelf life standards for imported meat products. The investigation led to negotiations with Korean trade officials, which resulted in an agreement on shelf-life standards on July 20, 1995. The current controversies involving food inspection procedures, which has been referred to the WTO, and barriers toentry into the Korean telecommunications market also started as investigations under section 301 or its telecommunications counterpart, section 1377 of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. USTR also has indicated that in thefuture the United States may seek to have bribery and corruption treated as unfair trade practices - presumably, these actions would begin under section 301.

Under "super" 301, the USTR is required to identify those countries that present the most consistent trade barriers and market distorting practices. Once barriers are identified and action initiated, a process consisting of consultations and potential domestic responses begins - a process intended to bringthese countries into line with U.S. interests. On September 28, 1995, the USTR issued its annual report under super 301. In spite of Japan's $66 billion trade surplus with the United States, and in spite of China's $30 billion trade surplus with the United States, the USTR did not name either Japan or China as the object of a super 301 investigation. The USTR did say, however, that China's use of non-tariff barriers to restrict U.S. exports of citrus fruits and wheat might be a source of concern in the future.

The purpose of "special" 301 is to identify those countries with inadequate protection of intellectual property rights. In the last decade, a significant source of trade tension between Korea and the United States has been the American claim that Korea does not provide adequate protection of intellectual property rights. As a result of the

American claim, in 1993 Korea was named a "priority foreign country" under special 301.

Although the Korean government has improved the protections available for intellectual property rights, the USTR still regards Korea as having inadequate protections and negotiations with between the Korean government and the USTR are continuing.

In general, as people in Korea know well, the weapons for retaliation under section 301, super 301 and special 301 are powerful: suspending, withdrawing, or preventing the application of trade agreement concessions with the foreign country; imposing duties, quotas, or other import restrictions; and entering into agreements with the foreign country that eliminate or phase out the acts at issue or provide the United States with appropriate compensation. These actions may be taken on a nondiscriminatory basis or solely against the foreign country in question. Further, the response may be taken against goods or economic sectors that have no connection to the acts concerned. Understandably, section 301, super 301 and special 301 have not only caught the attention of U.S. trading partners but have given them cause for concern.

Two trends underscore the significance of the more recent amendments to section 301, super 301 and special 301. The first is the evolution of section 301 over time from a diplomatic, flexible means of solving market access problems to a more rigid, procedural trade remedy statute. The second is the degree to which section 301 became the focus of congressional frustration over efforts to reduce the trade deficit, resulting in an amendment designed to force unilateral action.

b. Section 337. Section 337 of the 1930 Tariff Act prohibits unfair

practices having the effect or tendency of destroying or substantially injuring an efficiently and economically operated U.S. industry, or monopolizing or restraining trade and commerce in the United States. The statute gives the U.S. International Trade Commission the authority to exclude articles from entry into the United States whose importation would injure a U.S. industry, or to order persons over whom it had jurisdiction to cease and desist from importing such articles. In recent years, section 337 has been used primarily by U.S. patent holders to shield themselves against infringements by imported products.

One of the major barriers to use of section 337 in the past was the difficulty of proving that the imported goods were likely to cause injury to the United States holder of intellectual property rights. Under section 337 in its present form, the holders of intellectual property rights are able to bar the entry of infringing goods without showing that importing the infringinggoods would injure the United States holder of intellectual property rights.

c. United States antitrust laws.

The United States long has applied its antitrust laws to foreign businesses and foreign conduct where the foreign conduct has an anticompetitive effect on United States markets. Thus, if foreign aluminum producers agree to limit their exports to the United States so as to keep the U.S. price of aluminum artificially high, the United States government will claim that the foreign agreement is a violation of the United States antitrust laws.

In recent years, the United States government has threatened to apply its antitrust laws to deal with anticompetitive behavior affecting

foreign markets, if the anticompetitive behavior has an adverse impact on export opportunities for American businesses. Thus, if Japanese manufacturers of flat glass try to monopolize the Japanese market for flat glass and exclude American manufacturers of flat glass from exporting to Japan, the United States may claim that the Japanese flat glass manufacturers are violating the American antitrust laws. So far, however, the United States government only has threatened to use the antitrust laws in this fashion; it has not actually done so.

4. Restraints on U.S. exports.

The United States maintains a number of unilateral restraints on exports of high technology exports to Iran, Iraq, Libya and Syria. The United States also has licensing requirements and other restrictions on dual use products and military equipment. In recent months, however, the restrictions on exports of dual use products, including exports of supercomputers, have been liberalized.

In September, 1995, the United States, Russia and 26 other countries agreed to the establishment of a new export control regime to deal with exports of dual use products and conventional weapons before the end of 1995. The new regime is intended to replace the Coordinating Committee on Multilateral Export Controls ("COCOM"), which was disbanded in 1994.

5. The impact of NAFTA on trade and investment between Korea andthe United States.

The North American Free Trade Agreement ("NAFTA") is intend-

ed to eliminate all tariff and non-tariff barriers between the United States, Canada and Mexico over a 15 year period. NAFTA also is scheduled to significantly liberalize trade in services and the movement of investment capital throughout the North American region. If the goals of NAFTA are achieved, at the end of the 15 year period (beginning from January 1, 1994), North America will be essentially a single market, with a population and combined gross domestic product exceeding that of the European Union.

From a Korean perspective, NAFTA presents two issues of great economic importance: (i) To what extent will NAFTA cause a diversion of Korean export trade to the NAFTA region, especially Mexico; and (ii) To what extent will investment be shifted away from Korea into the NAFTA region, especially Mexico? The evidence on these two questions is mixed.

NAFTA is more a reflection of existing realities than new liberalizing rules. The United States economy, which accounts for 85 percent of the economic activity in the NAFTA region, already is very open. U.S. tariff levels generally are very low (with the exception of the tariffs on textiles and apparel and light trucks) and non-tariff barriers are uncommon. The difference between the tariff rates generally applicable in the United States and the duty free levels of NAFTA are so minimal that some importers have ignored the duty free preferences because the administrative costs associated with qualifying for the preferences are greater than the amount of duty they have to pay without the preferences. As a result, many Korean exports to the U.S. already are either duty free or subject to nominal tariffs, so little is to be gained by using Mexico as an export platform to the North American.

Within Mexico, NAFTA represents primarily a regional commitment to maintain the market liberalizing measures unilaterally introduced by the Mexican government prior to NAFTA's becoming effective. In other words, NAFTA did not open the Mexican market; it was opened by the Mexican government before NAFTA became effective.

The NAFTA rules of origin are intended to protect North American industries. One of the most protectionist features of NAFTA are the rules of origin, especially the "yarn forward"standard applicable to textiles and apparel and the requirement that automobile manufacturers have 62.5 percent North American content to qualify for the NAFTA preferences. These rules of origin are designed to keep the NAFTA trade preferences from foreign manufacturers that set up assembly operations in the North American region.

The successful completion of the Uruguay Round reduces the importance of NAFTA and diminishes the threat of trade and investment diversion from Korea. Without question, the NAFTA rules of origin create a serious threat of trade and investment diversion, especially with the textiles, apparel and automobile industries. On the other hand, because of the broad based trade liberalizations contained in the Uruguay Round, most significantly the 10 year phase-out of the Multifibre Arrangement, NAFTA's protectionist rules of origin are likely to create only a short term advantage for North American manufacturers. Without the successful completion of the Uruguay Round, the NAFTA rules of origin might have caused very considerable trade and investment diversion; but with the successful completion of the Uruguay Round, the NAFTA rules of origin only will offer protection for North American industries until the Uruguay Round liberalizations are fully phased in.

The Mexican peso crisis has diminished enthusiasm for new investment in Mexico. There is no doubt that Mexico's financial crisis and the devaluation of the peso have reduced Mexico's attractiveness as an export platform to the North American markets.

On balance, NAFTA does present some threats of trade and investment diversion for Korea. The significance of the threats, however, has been diminished by a number of factors, such as the successful completion of the Uruguay Round, the Mexican financial crisis. The continuing expansion of trade within the Asian region also create significant opportunities for Korea to diversify its trading relations so that the North American market becomes of less importance. Thus, NAFTA's main importance may be as an indicator of the pressures the United States will put on Korea in the years ahead for further liberalizations of investment rules and trade in services.

6. The Impact of the Uruguay Round Agreements on trade between Korea and the United States.

Prior negotiating rounds of GATT brought about major trade liberalizations, but always there were important areas on which agreements could not reached. The successful completion of the Uruguay Round is of special significance because it brings into effect multilateral agreements on some of the most contentious international trade issues where before agreements were not possible. The Uruguay Round also is important because it marks an expansion of trade liberalizing efforts to include services and trade related investment matters. Some of the most significant aspects of the Uruguay Round agreements are

briefly noted below.

Another step in the liberalization of trade in goods. Because the Uruguay Round involved so many difficult issues, it is easy to forget that the Uruguay Round did bring about further reductions in tariffs around the world. Within the developed countries, tariffs on industrial goods will be cut by 38 percentand tariffs on agricultural products will be reduced by 37 percent. As a result, with only a few exceptions, tariffs are not major barriers to access to the markets of developed countries.

From an American perspective, one of the most significant concessions was the agreement to phase-out the Multifibre Arrangement ("MFA") over a ten year period. Although American markets are generally open with low tariffs and few non-tariff barriers, the textile and apparel industries in the United States still are heavily protected under the MFA. The MFA's ten year phase-out, therefore, should bring about a significant opening of the U.S. textiles and apparel markets. Of course, because of the way the phase-out is structured, with about half the liberalization taking place at the end of the 10 year period, the real opening of the U.S. textiles and apparel markets will not occur until January 1, 2005.

Another important concession from an American point of view is the agreement to limit the use of voluntary restraint agreements. Within the United States, trade issues easily can become politicized and in the past when traditional remedies for import relief are not adequate, the affected industries have sought political remedies that may not have been consistent with our GATT obligations. Most commonly the political remedies were in the form of "voluntary restraint agreements" under which foreign importers agreed to limit their exports to

the United States. Of course, they agreed to limit their exports to the United States in order to diminish Congressional pressure for more formal protection of the American markets, so it is not really accurate to characterize the restraint agreements as "voluntary". By accepting GATT 1994, the United States agreed tolimit its import relief measures to the use of the safeguards clause - no longer will it resort to political pressures and the introduction of voluntary restraint agreements.

Of course, one can question the extent to which the United States will abide by the rules it has agreed to and recent history is not very promising. In early 1996, a controversy arose between Mexican tomato growers and the Florida Fruit and Vegetable Association ("FFVA") over tomato imports into the Untied States. FFVA is seeking to limit Mexican tomato imports under a "voluntary restraint agreement".

Some limits on the use of antidumping duties for protecting local industries. United States industries are quite aggressive in attacking low priced imports under the U.S. antidumping legislation. Most of the rest of the world accuses the United States of using the antidumping law to protect its industries in an unfair fashion. Although the Uruguay Round agreements do preserve the antidumping laws of the United States (and now many other countries), they do impose time limits on dumping orders and they did not include the anticircumvention rules strongly advocated by the United States.

Greater protection of intellectual property rights. In the early part of the Uruguay Round negotiations, efforts to introduce greater protection of intellectual property rights were opposed by many of the less developed countries. At the conclusion of the Uruguay Round, however, an agreement was reached that would provide greater protection of

intellectual property rights. This agreement was possible in part because of the growing recognition within some of the less developed countries that access to badly needed technology depended in large part on effective protection of intellectual property rights.

Liberalization of trade in services. One of the Uruguay Round agreements is the General Agreement on Trade in Services -"GATS". The significance of GATS is that it marks the beginning of multilateral efforts to liberalize trade in services and for the next several years, it seems likely that much of the efforts at trade liberalization will focus on trade in services. The continuing negotiations involving telecommunications and financial services demonstrate this emphasis.

More effective rules for the resolution of trade disputes. Annex 2 of the Charter of the World Trade Organization sets out new rules for the resolution of trade disputes. The new rules may make the World Trade Organization very effective in resolving trade disputes. The effectiveness of the dispute resolution process also may lower the temptation of governments (most notably the United States government) to adopt unilateral measures to deal with trade disputes. The American referral of the dispute involving Korean food inspection procedures is a clear indication that the United States will make use of the WTO. On the other hand, when the WTO ruled against the United States in the Venezuelan gas case, the United States said it would appeal the ruling, and even if the appeal went against the United States, it is unlikely we will change the environmental laws that gave rise to the dispute.

한미 통상관계에 관한 미국의 법률과 정책*

Charles R. Irish**
역자 : 이 대 희***

》차 례《

1. 미국에서는 누가 국제통상법과 국제통상정책의 형성에 책임을 지고 있는가?
2. 미국의 수입규제
3. 불공정 무역관행과 이에 대한 미국 정부의 대응
4. 미국의 수출제한
5. 한국과 미국간의 무역과 투자에 대한 NAFTA의 영향
6. 미국과 한국간의 무역에 대한 UR의 영향

한국과 미국간의 경제관계는 매우 중요합니다. 한국의 최대수출국은 미국이며, 또한 일본 다음가는 한국의 최대수입국은 미국입니다. 미국의 견지에서 보면, 한국은 카나다, 일본, 멕시코, 영국 다음가는 제5위의 미국의 수출국이고, 카나다, 일본, 멕시코, 중국, 독일, 타이완(대만), 영국 다음가는 제8위의 미국의 수입국입니다. 1995년 현재, 한국과 미국의 교역량은 약 500억 달러에 달하는데, 미국은 250억 달러 이상을 한국에 수출하고, 한국은 미국에 240억 달러 이상을 수출하고 있습니다.

이와 같이 한국과 미국간의 경제적인 상호작용이 매우 높으므로, 양국간의 무역관계가 매우 면밀하게 주시되는 것은 불가피한 것입니다. 밀접한 관계에서 항상 발생하는 것처럼, 무역관계에서 종종 상호간의

---

* 이 글은 Irish 교수가 1996년 3월 29일 고려대학교에서 동대학 비교법연구소의 주최로 행한 강연의 내용이다.

** East Asian Legal Studies Center Volkman-Bascom, Professor of Law, University of Wisconsin, USA.

*** 고려대학교 법학연구소 전임연구원 · 법학박사

긴장부분이 발생하는 것도 불가피한 것입니다. 그러나 한국과 미국간의 무역에 관한 이 같은 긴장이 발생한다고 해서, 지나친 긴장이나 분쟁의 발생과 관계없이 행해지는 고도의 경제적인 상호작용이 양국간에 존재한다는 사실이 묵과되어서는 안됩니다.

미국의 거대한 경제규모와 수출입량으로 인하여 미국의 통상법과 통상정책은 한국을 비롯한 많은 국가의 거래에 매우 중요한 관심사가 됩니다. 미국은 세계최대의 경제규모를 자랑하고 있습니다. IMF의 "구매력평가(purchasing power parity)"에 의하면 미국의 경제규모는 세계 제2의 경제규모인 중국의 2배 이상이나 됩니다. 또한 미국은 세계 제1의 상품과 서비스 수출국입니다. 즉, 1995년 미국은 7840억 달러어치의 상품과 서비스를 수출하여 일본과 독일에 앞서 있는 상태입니다. 또한 미국은 세계의 제1의 수입국인데, 1995년도의 미국의 수입량은 거의 9000억 달러에 달합니다. 따라서 수입과 수출액수를 합산한다면 1조 6000억 달러에 이르게 됩니다.

또한 미국의 통상법과 통상정책은 미국이 독특한 수출입 구조를 가지기 때문에 세계 국가들에게 매우 중요합니다. 고가의 상품과 서비스를 수출하는 것이 저가의 상품과 서비스를 수출하는 것보다 유리하다는 것은 일반적으로 인정되고 있습니다. 따라서 완제품(완성품, finished goods)의 수출이 원료(raw materials)를 수출하는 것보다 유리하며, 원료를 수입하는 것이 완제품을 수입하는 것보다 유리해지게 됩니다. 미국과 독일, 그리고 일본의 수출입구조를 비교하면 왜 미국시장이 한국과 같은 수출주도의 경제에 한층 더 중요해 지는지 명백해집니다. 또한 일본보다 더 많은 수출을 하는 미국과 독일은 주의를 거의 끌지 못하는 반면에, 왜 일본은 국제통상문제에 있어서 비난을 받는지 명백해지게 됩니다. 요컨대, 미국은 상당량의 저가상품을 수출하는 경향에 있는 반면에, 상당량의 고가상품을 수입하고 있습니다. 독일은 저가, 고가상품의 매우 균형된 수출입구조를 가지고 있으며, 일본은 고가상품을 수출하는 경향이 있고 저가상품을 수입하고 있습니다.

1993년에 미국의 4,650억 달러의 수출중에 약 48%가 상대적으로 저가의 원료와 반가공 상품(semi-manufactured goods)으로 이루어져 있고, 52%가 고가의 상품으로 이루어져 있습니다. 수입측면에서 보면, 6,030억 달러의 수입중에 약 41%가 상대적으로 저가의 상품이고, 59%가 고가의 상품으로 이루어져 있습니다. 독일의 경우에는 3,800억 달러의 수출중에 저가상품은 42%에 달하고, 고가상품은 58%입니다. 독일의 수입측면에서 보면, 3,430억 달러의 수입중에 57%가 저가상품이고 43%가 고가상품이었습니다. 그러나 일본의 경우에는, 3,610억 달러의 수출중에 저가상품 수출은 18%인 반면에, 고가의 상품수출은 94%에 달합니다. 일본의 수입 2,410억 달러 중에 저가상품수입은 94%이고, 고가상품수입은 6%에 불과합니다. 따라서 미국의 시장은 매우 매력적이고, 일본의 시장은 종종 폐쇄적이라고 특징지워지는 것이 놀라운 일이 아닙니다.

마지막으로, 미국은 그동안 50여년에 걸쳐 시장자유화를 위한 주도적인 세력이었지만 보호주의가 급격하게 증가함으로써 이제 미국이 고립기(period of isolation)에 진입하리라는 것에 대한 근심이 증가하였기 때문에 미국의 통상법과 통상정책은 면밀하게 주시되고 있습니다. 한국을 비롯한 많은 국가들의 성장과 번영은 개방적인 미국의 시장과 미국이 지지해온 시장자유화의 산물이라는 것은 의심의 여지가 없습니다. 그러나 미국은 자유무역으로 인한 경제적인 혼란에 대하여 싫증을 내고 있는 것입니까? 1930년대의 공황기처럼 미국은 고립기로 향하고 있는 것입니까? 1996년 대통령선거 운동에서 인기를 끌고 있는 Pat Buchanan과 그의 보호주의 정책은 미국내에서 강한 보호주의 정서가 존재하고 있다는 것을 명백하게 알려주고 있습니다.

오늘 저의 강연의 주된 목적은 미국의 통상법을 설명하고 한국과 미국간의 통상관계의 측면에서 미국의 통상정책을 설명하는 것입니다. 그러기 위해서는 미국의 무역법과 무역정책이 어떻게 형성되는지 이해하는 것이 필요합니다.

1. 미국에서는 누가 국제통상법과 국제통상정책의 형성에 책임을 지고 있는가?

미국에서 어떻게 국제무역법과 무역정책이 형성되는지 이해하는 것은 중요합니다.

a. 의회와 대통령

미국의 의회와 대통령은 국제경제정책(international economic policy)의 문제에 관하여 중복되는 책임을 지고 있습니다. 의회는 일반적으로 입법책임이 있습니다. 또한 의회는 세금(tax, duties, impost, excises)을 부과, 징수하고 외국과의 통상(commerce)을 규율할 권한이 있습니다. 따라서 국제거래와 투자문제에 있어서 광범위한 권한을 가진 것은 의회이고, 의회는 이러한 권한을 매우 조심스럽게 보호하고 있습니다. 이러한 사실은 미국의 국제경제법(international economic law)과 경제정책을 이해하는데 있어서 매우 중요합니다. 즉, 미국의 국제경제정책을 결정하는 법을 만드는 광범위한 권한을 가지고 있는 것은 대통령이 아니라 의회입니다. 또한 의회는 국제경제정책문제에 관한 특별한(extraordinary) 권한을 의식하고 있으며 이러한 권한을 주장하는 것에 대하여 싫어하지는 않습니다.

미국의 대통령과 그 외의 행정부 구성원들은 의회에 의하여 통과된 법을 집행할 책임을 집니다. 또한 대통령은 조약을 체결하고 외교에 관한 사항을 처리할 권한이 있습니다. 대통령이 체결하는 많은 조약이 유효하기 위하여서는 상원에 의한 비준을 받아야 한다는 요구조건이 있으므로 대통령의 조약체결 권한은 제한을 받고, 조약이 미국에서 완전히 실시되기 위해서는 의회가 이행법안을 통과시켜야 합니다. 그러나 최근 몇 십년동안 미국의 대통령은 상원의 비준을 필요로 하지 않는 "행정협

정(executive agreement)"을 점점 더 많이 사용해 왔습니다. 이러한 행정협정중에서는 매우 중요한 국제경제에 관한 쟁점들을 포함하는 것이 있으므로[1] 대통령도 국제경제정책에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 능력을 가지게 되는 것입니다.

미국의 의회는 500명 이상으로 구성되어 있고 의회자체가 외국과의 국제경제법을 협상하는 것은 적당하지 않으므로, 의회는 양자간 또는 다자간의 무역, 투자협정을 협상할 권한을 행정부에 위임하였습니다. 그러나 이것이 의미하는 것은 의회가 국제경제법과 정책을 발전시키는 강력한 지위에 실제로 있다는 것입니다. 즉 국제통상에 영향을 줄 협정을 행정부가 협상할 수 있게 하는 상당 부분의 권한은 명시적 또는 제한적으로 의회가 권한을 위임하는 것으로부터 생깁니다. 더군다나 권한의 위임은 협정을 협상하는데에만 이르고, 협정의 최종적인 승인은 종종 의회가 찬성해야 하는 투표를 요구합니다.

미국의 대통령은 전체 미국 국민에 의하여 선출되고, 따라서 미국의 대통령과 대통령에 의하여 행정부의 주요 직책에 임명되는 사람들이 국제무역과 투자문제를 국가적인 견지에서 보는 경향이 있다는 것은 놀라운 일이 아닙니다. 국가적인 견지에서 보면 자유무역, 개방된 시장, 투자의 흐름(investment flow)에 대한 제한이 일반적으로 존재하지 않음으로써 국가경제에 최대한의 이익이 생길 것입니다. 따라서 대통령이 어느 정당의 출신이냐에 관계없이 대통령과 대통령에 의하여 임명된 사람들은 개방된 시장과 자유무역을 선호하게 됩니다. 이와 같은 점은 Clinton 대통령이 1993년과 1994년에 북미자유무역협정(NAFTA)과 GATT의 우루과이 라운드(UR)를 통과시키기 위하여 매우 강력하게 노력한 것에 의하여 예증될 수 있는데, NAFTA와 UR은 공화당 출신인 Reagan과 Bush 행정부 기간 동안에 시작된 중요한 국제무역협정입

1) 예컨대 GATT는 1945년의 상호무역협정법(Reciprocal Trade Agreements Act of 1945)에 의하여 채택된 행정협정이었다. 그 이후로 GATT에 참여하는데 있어서 대통령이 그 권한을 일탈했는지에 관하여 논란이 있었다.

니다. 1996년의 미국 대통령선거에서의 Pat Buchanan의 인기와 그의 보호주의적인 무역정책은 약간 이례적인 것이지만, 많은 사람들은 Buchanan의 인기가 투표권자의 10% 이하로 제한될 것이라고 생각하고 있습니다.

대통령과 달리 535명의 의회 의원은 미국 전체의 국민에 의해서가 아니라 어느 일정 지역의 선거구민에 의하여 선출되고, 그들의 책임과 충성(allegiance)은 대통령보다 훨씬 더 지역화됩니다. 따라서, 개별적인 의회 의원들에게 있어서는 자유무역과 일반적으로 개방된 경제의 종합적인 이익이 그들의 선거구민에 대한 자유무역과 개방경제의 영향만큼은 중요하지는 않을 것입니다. 예컨대, 자유무역으로 인하여 일정한 지역의 의복공장(apparel factory)이 문을 닫아야 한다면, 그 지역을 대표하는 의원은 셔츠의 값이 인하됨으로써 다른 지역이 이익을 가지게 되는 것보다 자유무역에 의하여 야기되는 그 지역의 경제적인 혼란이 그에게 더 중요하다고 생각할 것입니다.

사실 미국의 의회내에서 조차도 자유무역과 개방경제를 지지하는 사람의 숫자가 그렇지 않은 사람들보다 많은 것 같습니다. 그러나 많은 경우에 자유무역주의자는 단순히 소비자의 이익을 대표하고, 소비자들이 저렴한 가격과 다양한 상품 또는 서비스를 획득함으로써 얻게 되는 이익은 자유무역에 의하여 직장을 잃어 버릴 위험에 처해 있는 사람의 보호주의적인 감정만큼 강력하지는 못합니다. 그러므로, 의회에는 자유무역주의자가 보호주의자보다 그 숫자에서 더 많지만, 보호주의자들이 자유무역주의자들보다 더 큰 정열과 확신을 가지는 위치를 차지하고 있습니다. 그러므로 의회가 명백히 보호주의적인 색채를 취하고 있다는 것은 놀라운 일이 아닙니다. 사실상, 의회가 현재보다 더 강력한 보호주의를 취하고 있지 않은 것이 오히려 놀라운 일입니다.

국제무역과 투자문제에 관하여 의회가 막강한 권한을 가진다는 것과 국제경제 협상이 행정부에 의하여 불가피하게 행해진다는 것을 고려하면, 미국의 통상법과 통상정책에 관하여 상당한 혼란이 있다는 것이 명

백해집니다. 대통령은 그가 임명한 미국 무역대표부(US Trade Representative, USTR)를 통하여 국제무역협정을 협상하고 일반적으로 개방시장의 접근방법을 취합니다. 그러나 협상을 함에 있어서 대통령과 USTR은 무엇이 의회에 의하여 수용될 수 있을 것인가를 항상 인식하고 있어야 합니다. 대통령이 자유무역과 개방경제를 촉진시키려는 욕구(desire)와 의회의 보호주의적인 압력으로 인하여 시장개방을 양허(concession)로서 제공하지 못하는 능력 사이에서는 항상 긴장상태가 존재합니다. 자유무역에 치우치는 협정은 의회에 의하여 승인을 얻지 못할 수도 있습니다. 또는 일단 승인이 되더라도 의회는 미래의 국제통상협상을 행할 대통령에 대한 권한의 위임을 뚜렷하게 제한함으로써 대통령이 취한 입장에 대한 불만을 표시할 수 있습니다.

의회와 대통령간의 상호작용은 최근의 국제통상협정을 체결하기 위한 "fast track"이라는 절차에 관한 예에 의하여 설명될 수 있습니다. 1974년의 무역법(Trade Act of 1974) 제151조 (19 U.S.C. Sec. 2191)에 의하여, 의회는 통상협정을 고려하기 위한 특별 규칙을 확립하였습니다. 이러한 특별규칙은 대통령에게 의회가 특별히 부여한 권한에 따라 협정에 대하여 협상할 수 있는 신뢰성(credibility)을 부여한 반면에 대통령이 통상협정을 체결할 권한을 제한하기 위한 것입니다. "fast track" 절차라고 알려진 이러한 특별규칙은 대통령과 USTR에게는 특정한 통상협정을 협상할 권한이 부여되고, 협정이 타결되면 그 협정은 의회에 제출되어 법으로 통과시키기 위하여 고려됩니다. 이미 타결된 협정을 고려하여 "fast track" 절차는 의회의 권한에 다음과 같은 3가지의 제한을 가하고 있습니다. 즉, 첫째, 의회의 위원회(congressional committee)는 협정을 계속 붙잡아 둠으로써 상원이나 하원의 본회의에서 투표를 하지 못하도록 하는 것이 금지됩니다. 둘째, 협정을 수정하면 외국과 다시 협상하는 것이 필요하므로 상하 양원은 협정과 이행법안을 수정하지 않고 고려해야 하는 의무를 부담합니다. 셋째, 승인을 얻는데 있어서 과도한 지연을 방지하기 위하여 상하 양원은 협정에 대하여 토

의할 시간이 제한됩니다. 사실상 "fast track" 절차는 협상이 진행됨으로써 행정부에 의하여 제공된 양허를 의회가 철회하지 않는다는 것을 외국에게 확신시켜주게 됩니다. 따라서, "fast track" 절차는 행정부가 외국과의 다자간 또는 양자간의 통상협정을 협상하는데 있어서 행정부를 훨씬 더 신뢰할 만한 지위에 있게 합니다.

1993년과 1994년에 NAFTA와 GATT의 UR이 "fast track" 절차에 따라서 승인을 받기 위하여 의회에 제출되었습니다. NAFTA가 미국에게는 매우 유리한 영향을 주는 것으로 일반적으로 간주되었음에도 불구하고 이 협정의 의회에서의 승인여부는 의심스러웠습니다. 그러므로 1993년 NAFTA에 대한 의회의 표결이 있기 이전에 Clinton 행정부는 의원들이 이 협정에 찬성하도록 상당한 정력을 쏟아야 했으며 정치적인 호의(political goodwill)를 베풀어야 했습니다. 광범위하고 신랄한 논쟁을 거쳤을 뿐만 아니라 Clinton 행정부가 정치적인 양보를 하고 난 후에야 의회는 협정을 동의하였습니다.

100개 이상의 국가를 포함하고 이전의 다자간 협상에서 결코 다루어지지 않았던 분야를 포함하는 GATT의 UR은 의회에서 NAFTA의 비준에서와 유사하게 적대적인 분위기에 부딛쳤습니다. UR에 대한 의회의 반대는 다음과 같은 쟁점에 집중되었습니다.

* WTO의 창설이 미국의 주권, 특히 국제통상에 관한 의회의 권한이 침해되는지 여부.

* 미국의 환경법이 무역에 대한 수입제한으로 규정되어 미국의 환경법을 폐지하거나 완화하여야 하는지 여부.

* UR에 따른 통상에 관한 규칙의 자유화로 인하여 미국이나 외국의 생산자들이 생산시설을 노동자의 권리나 안전을 거의 보호하지 않거나 전혀 보호하지 않는 나라로 이동하게 하는지 여부.

어떤 의원들은 UR로 인하여 정부의 수입이 감소된다는 것을 이유로 하여 반대의견을 표시하였습니다. UR을 승인함으로써 미국은 관세율을 인하할 의무를 부담하고, 따라서 100억 달러 내지 150억 달러의 정부

수입이 향후 5년간에 걸쳐서 감소할 것으로 예상되었습니다. 연간 정부 수입은 1조 1천억 달러를 초과하기 때문에, 5년간에 걸쳐서 100억 달러 내지 150억 달러는 통계적으로 중요하지 않은 수치입니다(약 0.2% 또는 0.3%). 그러므로 UR에 대한 반대논거를 정부 수입의 감소에 두려는 의원들은 그들의 반대에 대한 진정한 이유를 숨기고 있었던 것입니다.

NAFTA에서 처럼 Clinton 행정부는 의원들이 UR을 지지하도록 설득하는데 상당한 시간과 정력을 소비해야 했고, 마침내 1994년 12월에 의회는 UR을 지지했습니다.

Clinton 행정부와 의회는 "fast track" 절차를 장래의 통상협상에 연장시키는 협상을 하고 있습니다. Clinton 행정부는 더 광범위하게 협상할 권한을 위하여 압력을 행사하고 있는 반면에 의회는 대통령과 USTR의 협상권이 상당히 제한되기를 원하고 있습니다. "fast track" 절차가 연장된다면 Clinton 행정부는 칠레가 NAFTA에 참가하도록 협상을 할 것입니다. 칠레의 NAFTA 참여가 미국의 견지에서 보면 논쟁이 될 만하지 않을지라도 공화당이 지배하고 있는 의회는 1996년 11월의 선거후까지 "fast track" 절차를 연장하지 않을 것으로 보입니다.

b. 국제통상과 투자문제에 대하여 책임을 지는 기타의 정부기관

(i) 무역대표부 (U.S. Trade Representative, USTR)

대통령은 국제통상문제에 대하여 책임을 지는 가장 두드러진 사람입니다. 그러나 상당 부분의 대통령 권한은 USTR에 위임됩니다. USTR은 일반적인 통상정책을 확립하고 이행할 책임을 집니다. 또한 USTR은 다음과 같은 사항에 대하여 미국 정부의 주된 대표자가 됩니다.

– GATT에 관한 모든 행위

– 주로 통상과 상품에 관한 쟁점인 경우에 OECD에서의 토의, 회의, 협상

— 주로 통상과 상품에 관한 UN의 통상과 개발회의(Conference on Trade and Development)나 다른 다수당사자간의 기구에서의 협상

— 기타 동서무역을 포함한 통상이나 상품이 주된 쟁점인 경우에 양자간 또는 다자간 협상

— 미국의 반덤핑이나 상계관세의 중지 또는 폐지에 관한 협상

— 투자 유인 또는 투자 방해, 그리고 투자에 대한 장벽을 처리하는 양자간의 투자쟁점에 대한 협상

1988년의 종합무역경쟁법(Omnibus Trade and Competitiveness Act)는 USTR에게 제301조, Super 301조, Special 301조를 이행할 권한을 부여하였습니다.

(ii) 국제무역위원회(International Trade Commission, ITC)

ITC는 정부의 독립기관입니다. 6명의 위원(commissioner)은 대통령에 의하여 9년 임기로 임명됩니다. ITC는 완전히 비정치적이기를 의도하기 때문에 단지 3명의 위원만이 동일한 정당으로부터 임명될 수 있고, 의장(chairman)은 대통령에 의하여 2년 임기로 임명되며 동일한 정당 출신자가 연이어 의장이 될 수 없습니다.

ITC의 주된 책임은 (a) 국내산업에 심각한 피해를 줄 정도의 상당한 원인(substantial cause)이 될 만한 증가된 양의 상품이 수입되고 있는지 결정하는 것[긴급수입제한조치(escape clause)에 관한 행위], (b) 반덤핑과 상계관세에 관한 행위에 있어서 피해를 결정하는 것, (c) 1930년 관세법(Tariff Act of 1930) 제337조에 따른 수입과 관계되는 불공정 거래관행에 관한 조사와 결정을 하는 것 등을 포함합니다.

(iii) 국제통상국(International Trade Administration, ITA)

ITA는 미국 상무부(Department of Commerce)의 한 부서입니다. 또한 ITA는 수많은 자발적인 수출제한(voluntary export restraint) 뿐만 아니라 반덤핑법과 상계관세법을 집행할 책임이 있습니다. ITA는 또한 양자간, 다자간, 또는 지역적인 성격의 국가경제정책을 분석하고 수립

하고 이행하는 것에 관하여 조언을 합니다. 특히 ITA는 수출을 촉진하는 분야에서 매우 활동적입니다. 최근 몇 년 동안 의회는 상무부를 없애고 ITA의 통상기능을 새로운 통상국(office)으로 옮기겠다고 위협을 해왔습니다. 이렇게 되면 USTR의 기능도 새로운 통상국으로 옮겨질 것입니다.

(iv) 외국인의 미국투자에 관한 위원회(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)

CFIUS는 재무부의 대표가 이끄는 정부기관간의 위원회입니다. 이 위원회가 국제통상문제에 직접적으로 연관되는 것은 아니지만, 그 대신 이 위원회는 외국인에 의하여 매수될 회사 소유권의 변경이 국가의 안전보장에 영향을 준다면 외국인에 의한 미국회사 취득을 검토하고 이에 관하여 권고할 책임을 지는 주된 기관입니다. 이 위원회는 국가의 안전보장을 손상할 것을 위협하는 외국의 투자를 금지, 중지하거나 또는 법원에서 박탈할 권한을 대통령에게 부여하는 1988년의 종합무역경쟁법의 Exon-Florio 규정을 이행합니다.

CFIUS는 Exon-Florio 규정을 호의적이고 비보호주의적인 방식으로 이행해 왔다고 하는 것이 일반적인 견해입니다. 사실상, CFIUS가 Exon-Florio 규정을 관대하게 이행해 옴으로써 미국에 대한 투자에 관하여 더욱 더 제한적인 규칙을 요구하는 것이 촉발되었습니다.

(v) 기타의 연방정부의 기관

위에서 언급한 기관 이외에도 연방정부에는 국제경제거래에 관련되는 수많은 기관이 있습니다. 국제개발국(Agency for International Development)은 개발도상국(less developed countries)을 위한 경제원조 프로그램을 실행합니다. 해외민간투자회사(Overseas Private Investment Corporation)는 투자자에게 해외투자기회를 발견하는데 원조를 하고, 투자를 보호하기 위하여 정치위험보험(political risk insurance)을 제공하고 투자에 대한 자금을 조달하기 위하여 대여를 하거나 대여에 대한

보증을 합니다. 수출입은행(Export-Import Bank)의 프로그램들도 미국의 수출업자들이 타국의 정부가 지원하는 경쟁에 대항하는 것을 원조하기 위하여 계획된 것입니다. 상품신용회사(Commodity Credit Corporation)와 외국농업부(Foreign Agricultural Service)도 대여와 대여에 대한 보증에 의하여 농업품 수출을 촉진할 책임을 질뿐만 아니라, 개발도상국의 기근과 영양불량을 격퇴하기 위하여 식량을 원조합니다.

상무부가 수출의 촉진에 관계되는 주된 기관이지만, 어떠한 장비(equipment)가 군사적일 뿐만 아니라 비군사적인 목적으로 사용될 수 있는 경우(2중사용 시설)에는 이러한 장비를 수출하기 위한 허가에 국방성과 국무성이 깊숙히 관계합니다. 1995년 말 정밀금속세공장치(precision metal working equipment)를 중국에 수출하는 것을 국방성이 반대했음에도 불구하고 상무부는 외관상 수출을 허가한 것으로 보였기 때문에 중국에 대한 수출은 매우 논쟁이 되었었습니다.

대만과 동남아시아에 대하여 중국이 점점 더 공격적인 태도를 취하고 있고 또한 금속세공장치가 미사일과 항공기를 생산하는 중국의 공장에 위치해 있다는 것이 최근에 밝혀짐으로써 국무성과 국방성이 군사적, 비군사적 목적에 모두 사용되는 장치를 수출하는 경우에는 더 큰 역할을 하여야 한다는 정서가 증가하고 있습니다.

c. 주정부와 지방 정부

주정부와 지방정부도 지역적인 수출업자를 장려하는데 매우 적극적입니다. 최근 10여년 동안에 외국의 미국에 대한 투자가 현저하게 증가하자 각 주정부와 지방정부도 새로운 투자자를 유치하려는 노력을 강화하였습니다. 예컨대, 위스콘신주의 주개발국(State's Department of Development)에는 위스콘신주에 투자를 하려는 사람과 새로운 투자자를 원조할 여러 부서가 있습니다. 다른 주는 말할 것도 없이 위스콘신주에서는 주정부나 지방정부가 투자자를 유치하거나 머물게 하려는 유인을 제

공하고 있습니다. 많은 경우에 이러한 일괄적인 유인은 매우 효과적입니다.

2. 미국의 수입규제

a. 공정하게 가격이 책정된 수입을 제한하는 것 – 긴급수입제한조치 (escape clause)

미국 경제는 이 세계에서 가장 개방적이고 규율되지 않는 경제중의 하나입니다. 미국처럼 상품과 서비스의 품질과 그 다양성을 따라갈 곳은 이 세계 어느 곳에도 거의 찾기 어렵습니다.

그러나 미국은 일정한 경우에 산업을 보호하기 위하여 수입을 제한하고 있습니다. 비록 UR협정을 체결함으로써 수많은 미국의 보호주의적인 정책이 단계적으로 제거될 것임에도 불구하고, 미국은 국내산업, 예컨대 설탕과 옥수수당(corn syrup) 산업을 보호하기 위하여 설탕수입을 여전히 제한하고 있습니다. 만약 이러한 제품에 대한 시장이 개방된다면 카리브해의 미국 동맹국들이 엄청난 이익을 받을 수 있을 것입니다. 미국은 WTO와 자유무역원리의 강력한 지지자인 동시에, 직물수입을 상당히 광범위하게 제한하는 다자간 섬유협정(Multifibre Arrangement, 이하 MFA)을 고수하고 있습니다. 노동집약적인 직물산업의 발달은 한 국가의 산업화과정에서 매우 효과적인 첫 번째 단계라는 것은 명백하므로, 위와 같은 섬유협정은 매우 문제가 되는 것입니다. 미국이 다자간 섬유협정을 계속 고수한다면 세계의 가장 빈곤한 국가는 효과적인 발달을 위한 그 효용성이 입증된 도구, 즉 직물산업을 발전시킬 기회를 빼앗기게 되는 것입니다.

공정하게 가격이 책정된 수입품을 제한하기 위한 주된 법절차는 긴급수입제한조치입니다. 긴급수입제한조치하에서는 수입품이 미국경제에 해를 일으킨다는 것을 근거로 하여 ITC가 구제조치를 권고하기 전에

다음과 같은 4가지 조건이 반드시 충족되어야 합니다.

1. 수입 : 어떠한 물품의 양이 증가되어 미국에 수입되어야 합니다.

2. 산업 : 수입품과 유사하거나 직접 경쟁하는 물품을 생산하는 미국의 산업이 존재해야 합니다.

3. 피해 : 산업은 중대한(serious) 손해를 입고 있거나 중대한 손해를 입을 위협에 처하여야 합니다.

4. 인과관계 : 증가된 수입은 미국산업에 입히는 중대한 피해의 상당한 원인(substantial cause)이 되어야 하고, "상당한 원인"은 중요한 원인과 최소한 다른 원인으로 정의됩니다.

ITC가 구제를 허용할 조건이 충족되었다고 판단한다면 수입을 다음과 같은 방법으로 제한될 것을 권고할 수 있습니다. 즉 (1) 관세의 인상, (2) 세율에 의한 쿼타(tariff-rate quota), (3) 양적 제한, (4) 시장질서협정(Orderly marketing agreement), (5) 위와 같은 여러 행위를 혼합하는 것 등입니다. 그러나 수입에 대한 구제가 허용된다면 그 구제는 5년과 같이 단기간이어야 하는데, 이 기간 동안에 피해를 입은 산업은 경쟁력을 회복하거나 경쟁을 할 수 있는 다른 지역으로 이동할 수 있을 것입니다.

미국의 긴급수입제한조치와 다른 나라에 광범위하게 존재하는 긴급수입제한조치는 GATT 제19조에 의하여 명백하게 인정되고 있습니다. 제19조의 주된 존재이유는 수입에 의하여 야기된 경제적 혼란에 의하여 발생한 국내의 긴장을 해소할 근거를 제공하기 위한 것입니다. 미국의 자동차 산업이 이러한 현상의 좋은 예가 되고 있습니다. 1970년대 말과 1980년대 초에 미국의 자동차산업은 심각한 불황에 처해 있었습니다. 자동차 생산업자들과 노동자들은 자동차산업의 피해가 일본과 유럽으로부터 자동차수입을 증가시킨 것 기인한다고 주장하고 긴급수입제한조치에 따라서 수입으로부터의 보호를 모색하였습니다. 그러나 뜻밖에도 ITC는 수입이 자동차생산업자들의 피해의 상당한 원인이 아니라고 판단하고 구제를 허용하는 것을 거절했습니다.

이와 같은 ITC의 결정은 긴급수입제한조치나 GATT에 따른 국제무역에 관한 의무(commitment)와 관계없이 미국 정부가 국내 자동차산업을 보호하도록 하는 압력을 일으키게 하였습니다. 미국 의회는 매우 엄격하게 보호주의적인 조치를 취하겠다고 위협함으로써 일본의 자동차 생산업자들은 미국에 대한 수출을 "자발적으로(voluntarily)" 제한할 것을 약속하였습니다. 이러한 자발적인 제한 약속(agreement)은 1993년까지 계속되었는데, 이미 이때에는 많은 일본 자동차 생산업자들이 생산시설을 미국으로 옮김으로써, 제한약속이 자동차수입에 계속해서 영향을 끼칠 수가 없었습니다.

b. 반덤핑관세와 상계관세

긴급수입제한조치와 자발적 수출제한 약속은 공정하게 가격이 책정된 수입으로부터 국내산업을 보호하기 위한 것입니다. 긴급수입제한조치 이외에도 미국 정부는 미국시장에 투매(덤핑, dumping)하거나 수출업자의 정부가 제공한 보조금에 의하여 이익을 받는 수입품으로부터 국내산업을 보호하는 것에 관하여서 염려를 하여 반덤핑법과 상계관세법을 두고 있습니다.

(i) 반덤핑관세

덤핑은 전형적으로 미국에서 수입상품을 외국시장(보통 수출업자가 속한 국가의 시장)에서 판매하는 것보다 저렴한 가격으로 판매하는 것을 의미합니다. 덤핑은 여러 가지를 이유로 하여 발생하는 데, 가장 일반적인 이유로서는 (a) 잉여상품을 국내시장에서는 판매하지 않고 처분하기 위하여서, (b) 더 경쟁적인 외국시장에 판매하는 것에 대하여 이윤이 생기게 하는 낮은 한계비용을 이용함으로써 이윤을 증가시키기 위하여서, (c) 외국 시장에 진입하기 위하여, (d) 지역 산업을 파산하게 하기 위하여 (약탈적인 덤핑, predatory dumping) 덤핑이 행해집니다. 미국의 초기 반덤핑법에서 미국은 약탈적인 덤핑만 금지하려고 하

였습니다. 그러나 현재의 반덤핑법은 수입상품이 미국에서 공정가격 미만으로(less than fair value, LTFV) 판매되고, 공정가격 미만으로 판매됨으로써 미국의 산업에 중대한 피해(material injury)를 야기하거나 야기할 위협을 하는 때에는 언제던지 적용됩니다. 공정가격미만의 판매는 미국의 판매가격이 외국시장의 가격미만일 경우에 발생합니다. 미국시장 가격과 외국시장 가격의 차이는 "덤핑마진(dumping margin)"이고, 이 덤핑마진은 투매된 상품에 부과될 반덤핑관세의 액수입니다.

반덤핑 소의 제기가 외국의 경쟁력을 약화시키는 효과를 가진다는 것은 잘 알려진 사실입니다. 반덤핑 소가 시작되면 그 결과가 불확실하기 때문에 시장이 불안정해지게 됩니다. 수입업자의 변호인 고용비용은 즉각적인 것이며 변호사 고용비용은 대부분 매우 비쌉니다. 수입업자는 또한 보증금(bond)을 제공하는 조치를 취하여야 하고, 수입품을 사용하는 소비자는 대체상품을 찾으려 하는데, 이러한 대체상품은 보통 미국에서 생산되는 상품입니다. 그러므로 반덤핑 소는 심지어 그 수입업자가 덤핑하지 않은 것으로 결정된 경우에도 무역을 억제하는 효과가 있다고 인식되어 왔습니다.

반덤핑 법을 이행할 책임은 ITC와 상무부의 ITA 간에 분리되어 있습니다. ITC는 수입된 상품이 미국의 산업에 중대한 피해를 야기하는지 또는 야기할 위협을 하고 있는지를 결정합니다. ITA는 덤핑마진을 결정합니다. ITC가 중대한 피해여부를 결정하는 것이 합리적으로 공정하고 객관적이라고 하지만, 많은 사람들은 ITA가 행하는 덤핑마진의 결정은 미국산업에 호의적인 편견을 가지고 있다고 느끼고 있습니다. ITA가 "이용가능한 최상의 정보(bes information available)"라는 판단의 잣대를 점점 더 많이 사용하고 있는 것은 미국산업에 대해서는 호의적인 편견을 가지고 수입상품에 적대적인 편견을 가진다는 대표적인 예로 인용되고 있습니다.

반덤핑 소를 제기하는데 있어서 미국은 세계에서 선두를 달리고 있습니다. 1992년에서 1994년 까지, 미국에서는 115건, 오스트레일리아에

서는 105건, 유럽연합은 80건, 한국에서는 10건의 반덤핑 소가 시작되었습니다. 따라서 현재 미국, 오스트레일리아, 유럽연합, 그리고 한국의 반덤핑 법은 가장된 형식을 취한 보호주의의 예로 보여집니다. GATT의 UR은 미국의 반덤핑법을 매우 훌륭하게 개혁할 것인데, 이에 의하면 특히 반덤핑 명령(order)의 존속기간은 제한적이어야 하며 최소한 5년마다 검토되어야 한다는 요구조건에 따르게 될 것입니다. 그러나 UR협상 후에 미국은 미국의 통상법에 포함된 규칙과 유사한 기만방지 규칙(anticircumvention rule)을 다수당사자에 의하여 채택하는 것에 대하여 압력을 가하고 있습니다. 따라서 미국의 반덤핑법은 미국의 산업에 의하여 보호주의의 목적으로 계속 사용될 것으로 보입니다.

그러나 미국을 비롯한 여러 나라에서 반덤핑 법을 사용하는 것이 감소할 수 있다는 것에 대해서는 2가지 근거를 들 수 있습니다. 첫째, 미국이 반덤핑 소를 종종 사용하고 다른 여러 나라도 반덤핑 소를 점점 더 많이 사용하게 되면 수입품을 사용하는 미국의 산업과 미국에 수출하는 업자간들은 제휴를 하게 될 것입니다. 미국의 반덤핑 소로 인하여 수입품을 사용하는 미국의 산업은 비용이 증가할 것이고, 다른 나라가 반덤핑 소를 더 많이 사용하면 미국 수출업자의 수출기회는 감소될 것입니다. 둘째, 반덤핑 소의 주된 수혜자는 그 소를 제기하려는 기업이 아니라 덤핑으로 피소된 경쟁자가 희생됨으로써 거래를 할 수 있는 외국의 수출업자라는 것이 최근에 입증되었습니다. 1980년에서 1988년까지 미국 반덤핑소의 주된 타기트였던 일본의 기업은 반 덤핑 소로 인하여 매년 76억 달러를 수출할 기회를 잃은 것으로 추정되고 있습니다. 그러나 경쟁자가 반덤핑 소를 당한 후에 다른 일본기업이 미국에 54억 달러의 수출을 증가시킴으로써, 위의 76억 달러는 상당히 상각되었습니다. 또한 한국의 기업들도 종종 반덤핑 소의 타기트가 되지만, 미국의 반덤핑 관세로 인하여 한국기업들이 잃어버리는 것은 다른 한국기업이 미국에 대한 수출을 증가시킴으로써 회수된 것으로 추정되고 있습니다.

(ii) 상계관세(countervailing duty)

다른 나라에서와 같이 미국도 산업에 피해를 야기하거나 야기할 위협을 할 정도로 외국의 상품이 수출보조금(export subsidy)을 받아 미국시장에 수입이 되는 경우에 상계관세를 부과합니다. 외국상품이 부당하게(improperly) 보조금을 받았는지 여부는 상무부내의 ITA가 관장을 하고, 피해여부의 결정은 ITC가 관장을 합니다.

UR의 결과중의 하나는 상계관세를 야기시키는 수출보조금(export subsidy)을 좀 더 정확하게 정의하는 것이었습니다. UR에 의하면 보조금과 그 구제책은 다음의 3가지로 분류되고 있습니다. 즉, (1) "금지되는 보조금(prohibited subsidy)", (2) 무역에 역효과를 야기한다면, 다수당사자에 의하여 조치가 행해 질수 있고 일방적으로 상계관세를 부과할 수 있는 "허용될 수 있는 보조금(permissible subsidy)", (3) 무역에 대한 잠재적인 왜곡을 제한하기 위한 것이라면, 조치도 제기할 수 없고 상계관세도 부과할 수 없는 "허용될 수 있는 보조금(permissible subsidy)" 등입니다.

UR은 사실상의(de facto) 수출보조금과 수출성과(export performance)에 근거한 보조금, 그리고 일정지역의 생산요소(content)를 사용할 것을 조건으로 하는 보조금 등을 포함한 수출보조금을 금지하고 있습니다. 수출보조금이 허용될 수 없는 특별한 예는 다음과 같습니다. 즉, (1) 수출에 대한 상여금(bonus)을 포함하는 통화억류안(currency retention scheme)과 이와 유사한 관행, (2) 내국인의 선적에 더 호의적은 조건으로 정부가 제공하거나 정부가 강제하는 것으로써 수출을 위한 선적에 부과되는 내국 화물운송비용, (3) 국내생산보다 더 호의적인 수출품을 생산하는데 사용하기 위한 상품과 서비스를 정부가 공급하는 것, (4) 특히 수출에 관련되거나 개인이나 상기업이 지불할 수 있는 직접세 또는 사회적 비용(charge)을 전부 또는 일부를 면제, 감액, 또는 연기시켜주는 것, (5) 수출이나 수출성과에 직접 관련되는 특별 공제

(deduction)를 허용하는 것 등을 들 수 있습니다.

허용될 수 있는 보조금은 (1) 산업 연구와 경쟁 이전의(pre-cmpetitive) 행위를 정부가 원조하는 것, (2) 지역개발을 위한 정부의 원조, (3) 이미 존재하고 있는 공장이나 시설을 새로운 환경기준에 적합하게 하기 위하여 정부가 원조하는 것 등을 들 수 있습니다.

c. 원산지 규정

원산지 규정은 국제 통상에서 이동하는 상품의 국적을 결정하기 위하여 사용됩니다. 모든 상품이 동일한 방식으로 취급된다면 원산지 규정은 적절하지 않을 것입니다. 그러나 미국은 많은 무역특혜프로그램(trade preference program)을 가지고 있을뿐만 아니라 무역을 제한하고 있기 때문에 미국의 원산지 규정은 매우 중요합니다. 따라서 미국의 원산지 규정은 NAFTA, Caribbean Basin Initiative, 일반특혜제도(Generalized System of Preferences)에 따라서 어떠한 상품이 관세없이 미국에 진입할 자격이 있는지 없는지를 결정합니다. 또한 미국의 원산지규정은 다자간 섬유협정에 따른 쿼타를 적용하기 위하여 직물과 의복의 국적을 결정합니다. 그리고 미국의 원산지규정은 이란이나 북한에 대하여 통상금지(trade embargo)를 행하기 위하여 상품이 이란이나 북한으로부터 생산된 것인지를 결정합니다.

원산지규정은 산업생산품의 구조가 변하였기 때문에 더 중요해졌습니다. 과거에는 상품이 한 나라내에서 생산이 되었습니다. 그러나 이제는 상품이 여러 나라에서 각 단계별로 생산되고 상품의 생산요소가 여러 나라에 기원하게 됩니다. 자동차나 고도의 기술이 필요한 전자제품은 한나라 이상에서 각 단계별로 생산되어 그 생산요소가 여러 나라에 기원하게 됩니다. 그럼에도 불구하고 미국의 법을 포함한 많은 국가의 법은 원산지가 한 나라일 것을 계속 요구하고 있습니다.

미국에서 일반적으로 적용되는 원산지규정에 의하면 일정한 상품이

최종적으로 "상당한 변화(substantial transformation)"가 행해지는 곳이 그 상품의 원산지입니다. 불행하게도 무엇이 상당한 변화를 구성하느냐는 명확하지 않으며 오히려 개별적인 사안에 따라 결정됩니다. 따라서 상당한 변화기준은 예견할 수 없고 명확하지 않습니다.

최근에는 일반적으로 적용될 수 있는 상당한 변화기준의 중요성이 감소했습니다. 그 대신 NAFTA에서와 같이 최근에 체결된 협정에서 더 특수하고 예측가능한 규칙이 생겨났습니다. NAFTA의 원산지 규정은 관세분류기준(tariff classification standard)의 변화를 일반적으로 사용하고 있습니다. 그러나 북미원산지라는 상품에 해당되기 위해서 필요한 관세분류의 특수한 변화에 관하여 많은 기준이 존재하고 있습니다. 자동차와 같은 경우에 있어서는 관세분류의 변화가 부가가치기준(value added standard)이 관세분류의 변화를 대체하거나 우선하여 적용됩니다. 또한 어떤 경우에는 원산지 규정이 매우 제한적이어서 거의 모든 생산이 북미지역내에서 행해질 때 북미원산이 인정됩니다. 예컨대 직물이나 의류의 경우에는 원산지 규정은 "Yarn Forward"라는 기준을 따르는데, 이 기준은 실(yarn)이 북미에서 생산되고 그 이후의 모든 과정이 북미에서 행해지는 경우에만 직물이나 의복이 북미원산지의 자격을 얻게 되는 것을 의미하는 것입니다.

원산지규정은 미국과 다른 나라간에 계속해서 논란의 원인이 되어 왔습니다. 중국과 미국을 예로 들어 본다면, 홍콩이나 마카오를 통하여 미국으로 선적되는 것으로서 중국에 의하여 생산된 상품의 원산지에 관하여 끊임없이 논쟁이 되어 왔습니다. 미국의 원산지규정에 의하면, 위에서와 같이 여러 군데를 통한 선적(transshipment)은 홍콩이나 마카오에서 부가된 가치를 고려하지 않고 100% 중국 제품으로 취급됩니다. 따라서 미국의 원산지규정은 상품의 구성요소가 여러 나라로부터 기원한 경우에도 그 상품에 대해서는 하나의 국적만을 인정하는 점에서 다른 많은 나라의 원산지규정과 유사합니다. 이에 대해서 중국은 홍콩이나 마카오에서 부가된 가치는 중국에서 기원한 것으로 계산되어서는 안

된다고 주장하고 있는데, 이 주장은 어느 정도 정당성이 있는 것입니다. 한국과 미국은 각각 다른 원산지규정을 가지고 있는데, 원산지규정의 차이가 무역양에서의 차이점을 설명해주고 있습니다. 즉, 미국은 1995년에 10억 달러를 약간 상회할 정도로 한국과의 무역흑자가 있었다고 추정하지만, 한국은 미국과 약 55억 달러의 무역적자를 기록했다고 추정하고 있습니다.

UR 이후에 계속되는 다수 당사자에 의한 통상협상에 따라서 더 명확한 원산지 규정이 개발될 것입니다. 그럼에도 불구하고 적어도 미국의 견지에서 보면, 원산지 규정은 미국의 산업을 보호하기 위한 미묘한 형태로서 계속 사용될 것입니다.

3. 불공정 무역관행과 이에 대한 미국 정부의 대응

과거 20년 동안 미국은 국제무역의 여러 측면에 점점 더 선입관을 가지게 되었습니다. 이와 같이 무역에 대하여 선입관을 가지게 된 부분적인 이유는 미국 경제에 대하여 무역에 관련된 경제행위의 중요성이 증가되었기 때문입니다. 1980년 이전에 미국은 무역적자였지만 그렇게 중요한 문제인 것 같지는 않았습니다. 또한 1980년대 초에 미국의 경제는 주로 자급할 수 있었고 에너지 수입만 제외하고는 변덕스러운 국제무역에 의하여 영향을 받지 않았습니다. 그리고 미국은 이 세계에서 최대의 자본 수출국이라는 것에 안도하였습니다. 그러나 미국의 지위는 이제 가장 많이 변하였습니다. 1986년에 가장 절정에 달했던 무역적자는 다시 증가하고 있습니다. 미국의 외채가 조만간 제조산업의 모든 빌딩과 기계류, 공장과 설비를 합친 가액 이상이 될 수도 있다는 것은 가장 중요한 문제입니다. 미국은 세계 최대의 순자본수출국에서 이제 최대의 자본수입국으로 변하였고, 미국의 외채는 이 세계의 다른 나라들의 외채를 모두 합친 것을 초과하고 있습니다. 미국의 국제시장에서의 경쟁력에 대해서 모두 근심하고 있으며, 미국이 현재의 생활수준을 유

지할 수 있는 지 여부에 관해서도 매우 기본적인 의문이 존재하고 있습니다.

미국은 위에서와 같은 지위에 처해 있는 동시에 세계 최대의 상품, 서비스 수출국의 지위를 계속 유지하고 있습니다. 1986년 이후로 증가된 미국의 수출은 미국 노동자에게 350만개의 새로운 일자리를 제공한 것으로 추정되고 있습니다. 이제 더욱 더 많은 미국인들이 일자리를 위하여 수출이나 수출과 관련된 산업에 의존하고 있으며, 그들은 자신들의 일자리가 안전한가에 대해서 의문을 가지고 있습니다.

수출지향적인 산업에 직접 관련이 되지 않은 미국인들 조차도 넓은 의미에서 무역에 대한 선입관을 가지고 있습니다. 미국인들은 소비자로서 상대적으로 개방된 시장에 의하여 매우 많은 이익을 받습니다. 미국시장에는 소비자들이 구입할 수 있는 수많은 상품이 있으며, 이러한 상품의 가격은 이 세계에서 가장 저렴합니다. 예컨대, 미국의 어느 상점에서든지 일제 카메라의 가격은 동경의 나리타 공항의 면세점의 가격보다 더 저렴합니다. 그러나 미국인들이 무역으로부터 소비자로서 누리는 이익은 모든 국민들에게 분산되어 있으며, 이러한 이익에 대해서는 거의 주의를 기울이지 않고 있습니다. 미국의 산업 또는 특정 부분이 국제무역으로부터 입게 되는 주요한 손해가 오히려 뉴스거리가 됩니다. 이러한 것들은 널리 알려지게 되고 또한 미국이 종종 무역상대국에 의하여 불공정한 대우를 받고 있을 뿐 아니라, 그 외국이 미국과 하게 되는 거래는 공정하게 행해지지 않는다는 인식을 미국인이 가지는데 기여했습니다.

미국인이 무역에 대하여 가지고 있는 선입견과 미국이 국제무역 관계에서 불공정한 대우를 받는다고 하는 광범위한 의식을 고려하면 미국이 불공정 무역관행이라고 인식되는 것을 공격하기 위하여 점점 더 공격적인 조치를 채택한 것은 전혀 놀라운 일이 아닙니다. 그 주된 조치는 1974년 무역법 제301조와 1930년 관세법 제337조 입니다.

a. 제301조, 슈퍼 301조, 스페셜 301조.

통상협정에 따른 미국의 권리를 이행하고 외국의 불공정한 무역관행에 대하여 싸우는(combatting) 것이 1974년의 무역법 제301조와 1988년의 종합무역경쟁법에 포함된 제301조 개정안의 주된 목표입니다. 일반적으로 이 법은 통상협정에 따른 미국의 권리를 부인하거나 그 행위, 정책, 관행이 정당화될 수 없고, 불합리하고 차별적인 국가와 미국의 통상에 부담을 주거나 제한하는 국가에 대하여 USTR이 일정한 행동을 하도록 권한을 부여하거나 일정한 경우에는 이러한 행동을 강요하고 있습니다. 만약 무역협정에 따른 미국의 이익이 부인되거나 정당화될 수 없는 행위가 관련되어 있다면 USTR은 그 외국에 대하여 일정한 행동을 하여야 합니다. 또한 불합리하고 차별적인 행위가 발견된다면 USTR은 행동을 취하여야 할 것인가 여부를 결정할 재량을 가집니다.

USTR이 한국의 수입쇠고기 제품에 대한 저장수명 기준(shelf life standard)을 조사한 것은 제301조에 의한 것이었습니다. 이러한 조사로 인하여 한국의 통상 공무원과 협상을 하게 되었는데, 이 협상에 따라서 1995년 7월 20일 저장수명 기준에 대한 협정을 하게 되었습니다. WTO에 이송된 식품검사절차와 한국의 통신시장 진입에 대한 장벽을 포함하는 현재의 논란도 제301조에 따른 조사 또는 통신에 해당하는 제301조라고 할 수 있는 1988년의 Omnibus Trade and Competitiveness Act 제1377조에 따른 조사의 결과로 시작되었습니다. USTR은 또한 뇌물과 부패를 장래에 불공정한 무역관행으로 취급하도록 노력하겠다고 지적했는데, 아마도 이것은 제301조에 따라 시작될 것입니다.

슈퍼 301조에 따라서 USTR은 가장 지속적인 무역장벽과 시장왜곡 관행을 나타내는 국가를 지정하여야 한다. 일단 장벽이 지정되고 USTR에 의한 행동이 시작되었다면, 협의와 국내의 대응책이 될 만한 것으로 구성되는 과정이 시작되는데, 이 과정은 지정된 국가들을 미국의 이해와 일치시키도록 하기 위한 것입니다. 1995년 9월 28일에

USTR은 제301조에 의한 연간 보고서를 발표했습니다. 일본이 미국과 660억 달러라는 무역흑자를 보고 있음에도 불구하고, 그리고 중국이 300억 달러라는 무역흑자를 보고 있음에도 불구하고, USTR은 일본이나 중국을 슈퍼 301조의 조사의 대상으로 지목하지 않았습니다. 그러나 USTR은 미국의 감귤류 과일과 밀 수출을 제한하기 위하여 중국이 사용하는 비관세장벽이 장래에 문제가 될 수도 있다고 언급하였습니다.

스페셜 301조의 목표는 지적재산권을 불충분하게 보호하는 국가를 지정하는 것입니다. 최근 10여년간 미국과 한국간의 무역에 관한 긴장상태중에서 가장 중요한 원인이 되었던 것은 한국이 지적재산권을 충분히 보호하지 않는다고 하는 미국의 주장이었습니다. 미국이 이러한 주장을 주장함으로써 한국은 스페셜 301조에 의한 우선감시대상국(priority foreign country)으로 지명되었습니다. 비록 한국 정부가 지적재산권의 보호를 개선했음에도 불구하고 USTR은 여전히 한국이 지적재산권을 충분히 보호하지 않는 것으로 간주하고 있으며, 한국정부와 USTR 간의 협상이 계속되고 있습니다.

한국인들이 일반적으로 인식하고 있다시피 제301조, 슈퍼 301조, 스페셜 301조에 따라서 보복을 하기 위한 무기는 강력합니다. 즉, 외국에게 무역협정에 따른 양허를 정지, 철회, 금지하는 것, 관세, 쿼타, 또는 다른 수입제한 조치를 부과하는 것, 문제된 행위를 제거하거나 점차적으로 제거하기로 하는 협정 또는 미국에 적절한 보상을 제공하는 협정을 외국과 체결하는 것 등을 포함합니다. 이러한 행위는 무차별적으로 모든 나라에 행해지거나 문제된 한 국가에 대하여 행해질 수 있습니다. 또한 미국의 대응은 외국의 행위와 전혀 연관되지 않은 상품이나 경제부분에 대해서도 취해질 수 있습니다. 제301조, 슈퍼 301조, 스페셜 301조는 미국의 무역상대국의 주의를 불러일으켰을 뿐만 아니라 무역상대국에게 근심까지도 불러일으켰습니다.

제301조, 슈퍼 301조, 스페셜 301조에 대한 최근 개정의 가장 중요한 경향은 2가지를 들 수 있습니다. 첫째, 제301조가 외교적이고 융통

성있는 수단에 의한 시장접근문제를 해결하는 방법으로부터 더 엄격하고 절차적인 무역구제법령(trade remedy statute)으로 발전되고 있다는 것입니다. 둘째의 경향은 일방적인 행동을 강요할 목적의 개정에 이르게 되는 것으로써 무역적자를 감소시키려는 노력의 좌절에 대하여 제301조가 어느 정도로 의회의 초점이 되었는가하는 정도입니다.

b. 제337조

1930년 관세법(1930 Tariff Act) 제337조는 능률적이고 경제적으로 운용되는 미국의 산업을 파괴하거나 상당히 손상하는 효과 또는 경향이 있거나, 미국에서의 무역과 통상을 독점하거나 제한할 효과나 경향이 있는 불공정한 관행을 금지하고 있습니다[U.S.C. Sec. 1337(a)(1982)]. 이 법은 수입을 하면 미국의 산업에 손상을 주게 될 상품이 미국으로 진입하는 것을 배제하거나, 이러한 상품을 수입하는 자에게 그 수입을 중지, 단념하게할 권한을 ITC에게 부여하고 있읍니다[19 U.S.C. Sec. 1337(d), (e) & (f) (1982). 최근에는 미국의 특허소유자가 수입상품에 의한 침해에 대하여 방어하기 위한 수단으로서 제337조를 이용해 왔습니다.

제337조를 과거에 사용하는데 있어서 주된 방해가 되어왔던 것은 수입상품이 미국의 지적재산권자에게 손해를 야기하려한다는 것을 입증하기가 어려웠다는데 있었읍니다. 현재의 제337조에 의하면, 지적재산권자는 지적재산권을 침해하려는 상품의 수입이 미국의 지적재산권자에게 피해를 줄 것이라는 것을 입증하지 않고서도 그 상품이 미국의 영토에 진입하는 것을 금지할 수 있습니다.

c. 미국의 독점금지법(anti-trust law)

외국의 행위가 미국시장에 대하여 반경쟁적인(anticompetitive) 효과를 가지는 경우에 미국은 독점금지법을 그 외국의 거래(business)와 행

위에 오랫동안 적용해 왔습니다. 따라서 외국의 알루미늄 생산업자들이 미국에서의 알루미늄 가격을 높은 가격 유지시키기 위하여 미국에 대한 수출을 제한하기로 동의했다면 미국정부는 이러한 수출제한이 미국의 독점금지법을 위반한다고 주장할 것입니다.

최근에 미국정부는 "외국시장에서의 반경쟁적인 행위"가 미국의 거래를 위한 수출기회에 역효과를 준다면 그 외국시장에서의 반경쟁적인 행위를 처리하기 위해서도 독점금지법을 적용하겠다고 위협을 해 왔습니다. 따라서 일본의 유리생산업자가 일본의 유리시장을 독점함으로써 미국의 유리생산업자가 일본에 수출하는 것을 배제하려 한다면, 미국은 일본의 유리생산업자가 미국의 독점금지법을 위반하고 있다고 주장할 수 있을 것입니다. 그러나 지금까지 미국정부는 이런식으로 독점금지법을 사용하겠다고 위협만 했을 뿐이고 실제로는 사용하지 않아 왔습니다.

4. 미국의 수출제한

미국은 이란, 이라크, 리비아 그리고 시리아에 대해서 고도기술품을 수출하는 것을 일방적으로 많이 제한하고 있습니다. 미국은 또한 군사용과 일반용 모두 사용되는 상품(두가지 목적의 상품)과 군사시설에 대해서는 허가를 요구한다든가 또는 다른 제한을 하고 있습니다. 그러나 최근 몇개월동안 슈퍼컴퓨터를 포함하는 두가지 목적의 상품을 수출하는 것이 자유화되었습니다.

1995년 9월, 미국과 러시아 그리고 그외의 26개국은 1995년 내에 두가지 목적을 가진 상품과 재래식무기를 처리하기 위한 새로운 무역통제체제를 확립하기로 동의하였습니다. 이러한 새로운 체제는 1994년에 해제된 COCOM(Coordinating Committee on Multilateral Export Controls)을 대체하기 위한 것입니다.

5. 한국과 미국간의 무역과 투자에 대한 NAFTA의 영향

NAFTA는 미국, 카나다, 그리고 멕시코간의 모든 관세장벽과 비관세장벽을 향후 15년에 걸쳐서 제거하기 위한 것입니다. 또한 NAFTA는 북미지역에서 서비스무역과 투자자본(investment capital)의 이동을 상당히 자유화시키려는 것입니다. 1994년 1월 1일부터 15년이 경과한 후에 NAFTA의 목적이 달성된다면, 북미지역은 인구와 역내총생산에 있어서 유럽연합을 능가하는 단일시장이 될 것입니다.

한국의 측면에서 보면, NAFTA는 경제적으로 매우 중요한 2가지의 쟁점을 제시하고 있습니다. 즉, 첫째, 어느 정도로 NAFTA가 한국의 수출무역을 NAFTA지역, 특히 멕시코로 전환하도록 할 것인가하는 쟁점이고, 둘째로는, 투자가 어느 정도로 한국에서 NAFTA지역, 특히 멕시코로 이동할 것인가하는 쟁점입니다. 이러한 두가지 문제에 대한 해답은 서로 혼합되어 있습니다.

NAFTA는 새로운 자유화의 규칙이라기 보다는 현존하는 현실을 반영하는 것입니다. NAFTA 지역에서 85%의 경제활동을 차지하는 미국 경제는 이미 개방되어 있습니다. 미국의 관세수준은 직물, 의복, 경트럭에 대한 관세를 제외하고는 매우 낮으며, 비관세장벽은 그리 흔한 것은 아닙니다. 미국에 일반적으로 적용될 수 있는 관세와 NAFTA의 면세수준의 차이는 매우 미미합니다. 따라서, 면세 특혜(preference)에 해당하기 위하여 소요되는 행정비용이 특혜없이 지불해야하는 관세의 액수보다 높기 때문에 어떤 수입업자들은 면세 특혜를 무시해 왔습니다. 결과적으로 미국에 대한 한국의 많은 수출은 이미 면세이거나 명목적인 관세에만 적용받게 되고, 북미지역에 대한 교두보로 삼기 위하여 멕시코를 이용하여 얻을 수 있는 것은 거의 없을 것입니다.

멕시코 내에서 NAFTA가 의미하는 것은 NAFTA가 효력을 발생하

기 전에 멕시코 정부가 일방적으로 도입한 시장자유화 조치를 유지하겠다는 지역적인 약속입니다. 바꾸어 말하면, NAFTA가 멕시코 시장을 연 것이 아니고 NAFTA가 효력을 발생하기 전에 멕시코 정부가 이미 개방한 것입니다.

NAFTA의 원산지 규정은 북미지역의 산업을 보호하기 위한 것입니다. NAFTA에서 가장 두드러지게 보호주의적인 것은 (1) 원산지 규정, 특히 직물과 의복에 적용되는 "yarn forward"라는 기준과, (2) 자동차 생산업자들이 NAFTA의 특혜에 해당하기 위해서는 그 자동차의 생산요소중 62.5%가 북미지역의 것이어야 한다는 요구조건입니다. 이러한 원산지 규정은 북미지역에서 조립만 하는 외국의 생산업자가 NAFTA의 무역특혜를 누리는 것을 방지하기 위한 것입니다.

성공적인 UR의 타결은 NAFTA의 중요성을 감소시키고 한국으로부터 무역과 투자를 전환시키는 위협을 감소시킬 것입니다. 의심의 여지없이 NAFTA의 원산지 규정은 무역과 투자전환, 특히 직물, 의복 그리고 자동차산업에 대하여 심각한 위협을 발생시킵니다. 그러나 다른 한편으로는 UR에 포함된 광범위한 무역자유화, 특히 10년간에 걸친 MFA의 단계적인 제거로 인하여 NAFTA의 보호주의적인 원산지규정은 북미생산자에 대하여 단기간의 우위만 창조할 것 같습니다. UR의 성공적인 타결이 없었다면, NAFTA의 원산지규정은 무역과 투자의 상당한 전환을 불러 일으켰을 것입니다. 그러나 UR의 성공적인 타결로 인하여 NAFTA의 원산지 규정은 UR에 의하여 단계적으로 완전히 자유화될 때까지만 북미의 산업을 보호할 뿐입니다.

멕시코의 폐소화 위기는 멕시코에 대한 새로운 투자의욕을 감소시켰습니다. 의심의 여지없이 멕시코의 재정위기와 폐소화의 평가절하는 북미시장에 대한 수출의 교두보로서 멕시코에 대한 매력을 감소시켰읍니다.

요컨대, NAFTA는 한국에 대하여 무역이나 투자전환에 대하여 어느 정도의 위협을 하고 있습니다. 그러나 그 위협의 중요성은 UR의 성공적인 타결과 멕시코의 재정위기와 같은 여러 요소에 의하여 감소되었습니다. 또한 아시아지역 내에서 무역은 계속해서 확대되고 있기 때문에 한국은 무역관계를 다양화시킬 중요한 기회를 가지게 됨으로써 북미 시장의 중요성은 완화되었습니다. 따라서 NAFTA의 가장 중요한 점은 투자규칙과 서비스무역이 더 자유화되기 전의 기간동안 미국이 한국에 행사할 압력을 나타낸다고 하는 중요성입니다.

6. 미국과 한국간의 무역에 대한 UR의 영향

UR 이전의 GATT에 의한 협상이 주요한 무역자유화를 가져왔지만, 중요한 부분에 관해서는 항상 협정을 할 수 없었습니다. UR의 성공적인 타결은 UR 이전의 협상에서는 불가능하였고 가장 논란이 되었던 국제통상에 관한 쟁점에 관하여 다수당사자에 의하여 효과적으로 협정을 하게 하였다는데 그 중요한 의의가 있습니다. UR은 서비스와 무역과 관련된 투자문제를 포함하는 무역자유화 노력을 확장시킨 것이므로 역시 중요한 의의를 가집니다. UR의 가장 중요한 측면들을 다음에서 간단하게 살펴보도록 하겠습니다.

서비스 무역을 자유화시키려는 새로운 방법

UR이 매우 중요한 많은 쟁점들을 포함하고 있다는 사실로 인하여 세계의 관세를 다시 인하시키는 UR의 다른 기능을 망각하기 쉽습니다. 선진국간의 산업상품에 대한 관세는 38% 만큼 인하될 것이고, 농산물에 대한 관세는 37% 만큼 인하될 것입니다. 결과적으로 두, 세가지 정도만을 예외로 한다면, 관세는 선진국시장에 접근하는데 있어서 주된 장애가 되지 않을 것입니다.

미국의 견지에서 보았을 때, 미국이 인정한 가장 중요한 양허는

Multibre Arrangement(MFA)를 10년간에 걸쳐서 단계적으로 제거하기로 동의한 것입니다. 비록 미국 시장은 관세가 저렴하고 또한 비관세 장벽이 거의 존재하지 않으므로 일반적으로 개방되어 있지만, 미국의 직물과 의복산업은 MFA에 따라서 가장 보호되고 있는 분야의 산업입니다. 따라서 MFA가 10년간에 걸쳐서 단계적으로 제거된다면 미국의 직물과 의복시장은 개방될 것입니다. 물론 10년이라는 기간이 끝나는 시점에 반정도의 자유화가 행해지는 MFA의 점차적인 제거로 인하여 미국의 직물과 의복시장은 2005년 1월 1일 까지는 실질적으로 개방되지는 않을 것입니다.

미국이 약속한 다른 양허는 자발적인 제한 동의(voluntary restraint agreement)를 사용하는 것을 제한하겠다는 동의입니다. 미국에서의 통상에 관한 쟁점은 용이하게 정치쟁점화될 수 있으며, 과거에는 수입에 대한 전통적인 구제가 적당하지 않은 경우에 영향을 받은 산업은 GATT의 의무와는 일치하지 않을 수도 있는 정치적인 구제를 시도했습니다. 가장 흔히 쓰이는 정치적인 구제가 바로 자발적인 제한 동의인데, 이에 의하면 외국의 수출업자가 미국에 수출하는 것을 제한하기로 동의하는 것입니다. 물론, 외국의 수출업자는 더욱 더 강력하게 미국시장을 보호하려는 의회의 압력을 감소시키기 위하여 미국에 대한 수출을 제한하기로 동의한 것이므로 제한동의를 "자발적인" 것으로 묘사하는 것은 사실상 정확한 것은 아닙니다. 1994년의 GATT를 채택함으로써 미국은 수입구제조치를 안전장치조항(safeguards clause)에 한정시켰기 때문에 미국은 정치적인 압력과 자발적인 제한 동의를 도입하는 데 더 이상 의존하지는 않을 것입니다.

물론, 미국이 어느 정도로 규칙을 준수할 것인가에 관하여 의문이 있을 수 있는데, 최근에 미국이 행동해온 것을 고찰해보면 미국이 규칙을 지킨다는 것에 대해서는 그렇게 희망적으로 보이지는 않습니다. 1996년 초에 멕시코의 토마토 생산업자와 플로리다 청과협회(Florida Fruit and Vegetable Association, FFVA)간에 토마토를 미국에 수입하는 것

에 관하여 분쟁이 있었습니다. FFVA는 멕시코 토마토 수입을 "자발적인 제한 동의"에 의하여 제한시키고자 시도하였습니다.

지역산업을 보호하기 위한 반 덤핑관세사용의 제한

미국의 산업은 반덤핑법에 따라서 저렴하게 책정된 수입품을 공격하는데 있어서 매우 공세적입니다. 대부분의 나라들은 미국이 자국의 산업을 보호하기 위하여 불공정한 방식으로 반덤핑법을 사용하는 것을 비난하고 있습니다. 비록 UR은 미국과 여러나라의 반덤핑법을 여전히 유지시키고 있지만, 덤핑 결정에 대한 시간적인 제약을 부과하고 있으며 미국에 의하여 강력하게 지지된 반회피규칙(anticircumvention rule)을 포함하고 있지 않습니다.

지적재산권의 보호증대

UR협상 초기에 지적재산권을 더 강력하게 보호하려는 노력은 개발도상국(less developed countries)에 의하여 반대되었습니다. 그러나 UR협상이 끝나갈 시점에 지적재산권을 보다 더 강력하게 보호할 협정이 이루어 졌습니다. 이 협정은 개발도상국들도 자신들이 매우 필요로 하는 기술에 대한 접근여부는 지적재산권을 효과적으로 보호하는데 대부분 달려 있다고 점점 더 인정하였기 때문에 가능한 것이었습니다.

서비스무역의 자유화

UR협정중의 하나가 바로 서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Service, GATS)입니다. GATS의 중요성은 GATS가 앞으로 몇 년동안에 서비스 무역을 자유화시키려는 다수당사자의 노력의 시작이라는 특색을 나타내는 것이고, 무역자유화를 위한 상당한 노력는 서비스무역에 초점이 맞추어 질 것입니다. 통신과 금융서비스를 포함하는 계속되는 협상도 이러한 점을 강조하고 있다는 것을 증명하는 것입니다.

무역분쟁을 해결하기 위한 보다 더 효과적인 규칙

WTO 협정 부속서 2는 무역분쟁을 해결하기 위한 새로운 규칙을 정하고 있습니다. 이러한 새로운 규칙은 무역분쟁을 해결하는데 WTO를 매우 효과적인 것으로 할 수 있습니다. 또한 분쟁해결절차가 효과적이라면 각국의 정부, 특히 미국이 무역분쟁을 처리하기 위하여 일방적인 조치를 취할 유혹을 감소시킬수 있을 것입니다. 미국이 한국과의 식품검사절차를 포함하는 분쟁을 WTO의 분쟁해결기구로 송부한 것은 미국이 WTO를 이용하겠다는 것을 명확하게 지적해 주고 있는 것입니다. 그러나 다른 한편으로는 베네주엘라 가스 케이스(Venezuelan gas case)에서 WTO가 미국에 불리하게 결정을 내렸을 때 미국은 상소한다는 의사표시를 했습니다. 그러나 상소에서도 미국이 패소했음에도 불구하고 미국이 분쟁의 원인이 되었던 미국의 환경법을 변화시킬 것으로는 보이지 않습니다.

1996 Report of the Surgeon General on Smoking and Health The Context for Change : The Efficacy of Interventions for Smoking Prevention and Control

Chapter 5 : Regulatory Efforts

Part 2 : Restriction of Advertising and Promotion (including warnings)

Gerald J. Thain*

Background of Restrictions on Labeling and Advertising

Regulatory efforts attempting to restrict the advertising and promotion of cigarettes were among the earliest responses to the health hazards of cigarette smoking set forth in the January 11, 1964 report on cigarette smoking of the Surgeon General's Advisory Committee. Within one week of the date of that report, the Federal Trade Commission filed a notice of Rule Making (January 18, 1964) that appeared in the January 22, 1964 Federal Register. 29 Federal Register 530-32. The notice set forth the agency's tentative views with respect to the requirements of the Federal Trade Commission Act, as applied to the advertising and labeling of cigarettes, in the light of the report of the Surgeon General's Advisory Committee. In pertinent part, Section 5 of the Federal Trade Commission Act states that "unfair or deceptive acts or practices" are "outlawed" and that the Commission has the

* Professor of Law and Consumer Law Professor, University of Wisconsin Law School, USA.

power to proceed against them as an administrative agency.

The agency stated, in its notice of rulemaking, that it was concerned with "two ways in which cigarette advertising may be unlawfully misrepresenting or concealing the health hazards of smoking. First, the Commission has reason to believe that many current advertisements falsely state, or give the false impression, that cigarette smoking promotes health or physical well-being or is not a health hazard, or that smoking the advertized brand is less of a health hazard than smoking other brands of cigarettes." The Commission went on to state that it had reason to believe that much cigarette advertising current at that time portrayed cigarette smoking as pleasurable or desirable, compatible with physical fitness or indispensable to full personal development and social success, without reminding the consumer of the health hazards of cigarette smoking.

The Commission posited that, if the dangers to health involved in cigarette smoking are so serious that knowledge and appreciation of them would be a material factor in influencing a person's decision whether, or how much, to smoke cigarettes or to smoke a particular brand of cigarettes, then affirmative disclosures of these health hazards may be necessary in cigarette advertising that, absent such disclosures, might tend to cloud or obscure public consciousness of the health perils of cigarette smoking. Following receipt of written comments and materials from interested parties and hearings in March, 1964, before the Commissioners on the proposed rule, the Commission issued, on June 22, 1964, a document entitled "Statement of Basis and Purpose" or its purposed Trade Regulation Rule (a Trade Regulation Rule is, in effect, an administrative statute with the force of law). In this document, the Commission announced that it was adopting a

Trade Regulation Rule that would require warnings on cigarette packages and also in advertisements for cigarettes —— warnings that cigarette smoking is dangerous to human health. Following hearings before the U.S. House of Representatives Committee on Interstate and Foreign Commerce concerning cigarette labeling and FTC Rules, the effectiveness of any Trade Regulation Rule was postponed by the Commission until 1965. In that year, the Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, 15 U.S.C. 1331 et seq. required that the warning "Caution : Cigarette Smoking may be Hazardous to your Health" must appear on every package of cigarettes and further provided that no additional requirement could be added under any federal, state, or local law. The statute also suspended and withdrew the authority of the Federal Trade Commission to require health warnings on cigarette advertising for a three year period. Subsequently, in 1969 Congress passed the Public Health Cigarette Smoking Act prohibiting cigarette advertising on radio and television broadcasting stations subject to FCC regulation and further requiring that each cigarette package contain the warning that cigarette smoking is dangerous to health. The prohibition became effective on January 2, 1971. The Federal Trade Commission, with the congressional restriction against its requiring warnings in cigarette advertising now having expired, issued complaints against the cigarette companies that eventually led to a consent decree requiring the companies to add the statutory package label warning to their magazine, newspapers, and outdoor display advertising. American Brands, Inc. et al., 1972 CCH Trade Regulation Reporter, 19,902.

The prohibition on television and radio advertising was challenged, not by the cigarette companies, but by a group of broadcasters in Capi-

tol Broadcasting Co. v. Mitchell, 333 F. Supp. 582(D.C. Cir. 1971). That case upheld the constitutionality of the congressional prohibition by a two to one vote of the three judge panel. The dissenting judge, Skelly Wright, stated that "a representative of the cigarette industry suggested that [Congress] draft legislation permitting the companies to remove their advertisements from the air." Wright stated that this decision was made because of concern by cigarette companies about the impact of the so-called "fairness doctrine" which had been held applicable to cigarette advertising in Banzhaf v. FCC, 405 F.2d 1082(D. C. Cir. 1968), cert. denied 396 U.S. 842(1969). This had resulted in a requirement that broadcasters that carried cigarette advertisements must "tell both sides of the story" by presenting a significant number of anti-smoking messages. (The Fairness Doctrine of the Federal Communications Commission required that, whenever material covering "a controversial issue of public importance" was aired, broadcasters had an obligation to present, to some degree, both sides of the issue. Prior to the Banzhaf decision, it was not thought that the Fairness Doctrine applied to product advertising for products. The Fairness Doctrine later was rescinded and is no longer in effect.) The prohibition of cigarette advertising on broadcast stations, in the view of Judge Wright, therefore was to the benefit of the cigarette companies because it allowed them to terminate the significant expense of advertising on national television and to devote their promotional dollars to other media, while also ensuring an end to anti-smoking messages on the broadcast media, other than those relatively few messages presented as public service messages.

Support for the view that prohibitions or restrictions of cigarette advertising that are accompanied by a reduction in counter-

advertising efforts may inhibit efforts to prevent or discourage smoking is found in the fact that per capita cigarette consumption in the United States, which had been declining since the 1964 Surgeon General's Report leveled off and then increased following the removal of cigarette advertising from radios and television. It was asserted by some analysts that this indicated that the "counter-commercials" opposing cigarette use, which largely disappeared from the airwaves along with the commercials for cigarettes, were more effective in reducing cigarette consumption than cigarette commercials were in encouraging consumption. Warner, K. "Clearing the Air Waves : The Cigarette Ad Ban Revisited" Policy Analysis 5:4, pp.435-452 (1979).

In 1981, the Federal Trade Commission determined that the federally mandated health warnings had little impact on the public's level of knowledge and attitudes of smoking. In a staff report to Congress, the FTC concluded that the warning was "worn out," too abstract, difficult to remember, and not perceived as personally relevant. "Federal Trade Commission Staff Report on the Cigarette Advertising Investigation." May, 1981. This report became a factor leading Congress to enact the Comprehensive Smoking Education Act of 1984. This legislation required four, more specific, rotating health warnings on all cigarette packages and advertisement :

SURGEON GENERAL'S WARNING : Smoking Causes Lung Cancer, Heart Disease, Emphysema, and May Complicate Pregnancy.

SURGEON GENERAL'S WARNING : Quitting Smoking Now Greatly Reduces Serious Risks to Your Health.

SURGEON GENERAL'S WARNING : Smoking By Pregnant Women May Result in Fetal Injury, Premature Birth, and Low Birth

Rate.

SURGEON GENERAL'S WARNING : Cigarette Smoke Contains Carbon Monoxide.

As in the past, the warnings mandated by Congress represented compromises between the language sought by the Commission and other anti-smoking advocates and those acceptable to the tobacco industry. In 1969, the FTC had recommended a warning on cigarette packages that made specific reference to death, cancer, heart disease, chronic bronchitis and emphysema. As noted, the legislation required the legend only to read : "Warning : the Surgeon General has determined that cigarette smoking is dangerous to you health." The Commission, in urging new labels in the 1980s had recommended that a "circle-and-arrow" format would be more effective than the traditional rectangular format used to display the warning. Congress refused to take this approach. Also, the warnings contained no reference to addiction, miscarriage or death and required no disclosure of tar, nicotine, or carbon monoxide yields.

The 1986 Comprehensive Smokeless Tobacco Health Education Act extended the warning requirements to smokeless tobacco products. Under this act, three rotating warning labels must be displayed on smokeless tobacco packaging and advertising in the circle-and-arrow format that had been recommended earlier by the FTC for cigarette warnings :

WARNING: This product may cause mouth cancer.
WARNING: This product may cause gum disease and tooth loss.
WARNING: This product is not a safe alternative to cigarettes.

Under this act, federal agencies and state and local governments are preempted from imposing additional health warning on smokeless tobacco products and advertisements. Comprehensive Smokeless Tobacco Health Education Act of 1986. Public Law 99-252. February 27, 1986.

As of this date, the United States has experienced approximately a quarter-century of the prohibition of the advertising commercials on radio and television and the shaping of advertising and marketing strategies by cigarette companies that have been developed, taking this restriction into account.

Cigarette Advertising Following the Prohibition of Broadcast Commercials for Cigarettes

Following the first decade of the limitation of advertising practices, the Federal Trade Commission, in May, 1981, issued a staff report on the cigarette advertising investigation. This staff report asserted that "the dominant themes of cigarette advertising are that smoking is associated with youthful vigor, good health, good looks and personal, social and professional acceptance and success, and that it is compatible with a wide range of athletic and healthful activities." Although such advertising made the required general warning about the health hazards of cigarette smoking and the "tar and nicotine" contents of the advertised cigarette, as determined by FTC testing methods, the commercials otherwise made no mention of any of the adverse health consequences of smoking cigarettes.

In reviewing the advertising and marketing plans used by cigarette companies, the FTC staff report indicated, among other things, that a primary theme for the promotion of Salem cigarettes was the associa-

tion of the cigarette with the lifestyle of "young adult males" who are "masculine, contemporary, confident, self-assured, daring/adventurous, mature." It noted a Doral cigarette campaign which sought to project the image of "an independent, self-reliant, self-confident, take-charge kind of person" and the depiction of a "Winston man" as "a man's man who is strong, vigorous, confident, experienced, mature." It made reference to Liggett and Meyers documents indicating that ads for Lark cigarettes that pictured a balloon high above land sought to give the consumer in association with "lightness and exhilaration." Further noted was the company's campaign designed to position Lark as a "youthful, contemporary brand that satisfies the lifestyles of the modern smoking public." Lark ads were to emphasize "moments of post-tension and relaxation." The Eve cigarette smoker was to be portrayed as a "sophisticated, up-to-date, youthful and active woman who seems to have distinct ideas about what she wants."

The Commission staff report detailed the conclusion of a marketing and research firm study, following a number of focus group interviews on the subject of smoking in order to assist the Ted Bates Advertising Agency in developing a marketable image for Viceroy cigarettes, sold by Brown and Williamson. The report summarizing the results of the research asserted that many smokers perceived the smoking habit as a "dirty" and dangerous one engaged in only by "very stupid people." The report concluded:

> Thus, the smokers have to face the fact that they are illogical, irrational and stupid. People find it hard to go throughout life with such negative presentation and evaluation of self. The saviours

are the rationalization and repression that end up and result in a defense mechanism that, as many of the defense mechanisms we use, has its own logic, its own rationale...

Thus, smokers don't like to be reminded of the fact that they are illogical and irrational. They don't want to be reminded by either direct or indirect manner.

According to the Commission staff report, this marketing analysis went on to describe the elements of a successful cigarette advertising campaign, in light of its findings, by stating that since there "are not any real, absolute, positive qualities or attributes of a cigarette," the most effective advertising is designed to "reduce objections" to the product by presenting a picture or situation ambiguous enough to provide smokers with a rationale for their behavior and a means of repressing their health concerns about smoking. To provide a rationale for smoking, the ad must project the image that cigarettes provide the smoker with social acceptance, an acceptable means of rewarding himself or herself, a stimulant, a tranquilizer, a better self-image, etc." The report recommended that advertisers should start from "the basic assumption that cigarette smoking is dangerous to your health" and then try to circumvent the problem but not to fight it because it would be a losing battle.

A particular element of the report, according to the commission staff, was the issue of how to persuade young people to smoke. Here, the marketing report asserted :

For the young smoker, the cigarette is not yet an integral part of

> life, of day-to-day life, in spite of the fact that they try to project the image of a regular, run-of-the—mill smoker. For them, a cigarette, and the whole smoking process, is part of the illicit pleasure category.... In the young smoker's mind a cigarette falls into the same category with wine, beer, shaving, wearing a bra(or purposely not wearing one), declaration of independence and striving for self-identity. For the young starter, a cigarette is associated with introduction to sex life, with courtship, with smoking 'pot' and keeping late studying hours.

The survey then recommended a strategy for attracting young people to start cigarette smoking by presenting the cigarette as one of a few initiations into the adult world and showing the cigarette as part of the illicit pleasure category of products and activities, with to the degree possible under legal constraints, relating the pleasure of smoking cigarettes to those of "pot," wine, beer, sex, etc.

In sum, the recommendation was that successful cigarette advertising either consciously or unconsciously dealt with smoking and health issues by appealing to the repression of health concerns of the consumers of their product and providing a rationalization of relief from tension and the obtaining of pleasure from smoking.

Cigarette Marketing and the Consumer

The FTC staff report of May, 1981 analyzed various data concerning consumer knowledge about the health hazards of smoking and concluded that significant percentages of the population were unaware of the generally accepted medical facts concerning the health hazards of

cigarette smoking. For example, Gallup and Roper studies indicated that 9% to 10% of the total population was unaware that smoking was generally hazardous to health while 13% to 17% of smokers, estimated as constituting from five to ten million people at that time, were unaware of this. These concerns led the Federal Trade Commission, following up on the "Walker Study" of 805 persons, conducted for the agency in 1980, to test the ability of several new health warnings to make people think about the health hazards related to smoking, as well as testing the warnings for their understandability. This was a major factor leading to the adoption of the rotating warnings of various wordings listed earlier, on cigarette packaging.

According to data from the Federal Trade Commission, the tobacco industry has almost quadrupled its marketing expenditures during a time when tobacco consumption has been declining. It is estimated that each day, approximately 3,500 Americans quit smoking and an ddditional 1,200 tobacco customers and former customers die of smoking-related illness. To maintain levels of tobacco use requires approximately 5,000 new smokers be recruited every day (about 2 million a year). Children and youth constitute the most likely source of new smokers. The 1991 National Household Surveys on Drug Abuse Data revealed that the large majority (89%) of persons aged 30-39 who ever smoked daily tried their first cigarette by age 18 and 62% by age 16. Over three quarters —— 77% —— were smoking daily before age 20. At least 3 million teenagers smoked regularly and 3 million people who regularly use smokeless tobacco are under age 21. This situation has led public health professionals to focus attention on the role of advertising and other promotional approaches in making tobacco use attractive to children and youths and in encouraging them to use ciga-

rettes and smokeless tobacco. Youngsters who use tobacco are beginning to do so at ever younger ages. The average age at which boys and girls initiate smoking has declined over the past four decades by 2.4 years overall for Whites, 1.3 years overall for African Americans, and 5.4 and 4.6 years for White girls and African-American girls, respectively. Centers for Disease Control. "Differences in the Age of Smoking Initiation between Blacks and Whites —— United States." 40 Morbidity and Mortality Weekly Report, pp.747-757(1991). During the years 1981-1992, during which time the tobacco industry more than doubled its advertising and promotion expenditures, smoking by high school seniors fell by 3%. The decline for college students was approximately the same as for high school seniors, with the exception of a slight upward trend in cigarette use for 1989-92. National Survey Results on Drug Use for Monitoring the Future Study, 1975-1992, Volume II. National Institute of Health Publication No.93-3598, pp.14,163-165 (1993). This was a dramatic decrease in the rate at which smoking prevalence by youth had been decreasing in earlier years. Moreover, during the period of 1981-1991, per capita cigarette consumption by adults fell by 28%. According to a 1995 report by the Federal Centers for Disease Control and Prevention in Atlanta, 23% of women smoked in 1993, down from 25% the preceding year. This decrease in the number of women smoking accounted for most of a slight overall decrease in the percentage of smokers in 1993 to 25%, which is an all time low. According to the study, while 70% of smokers indicated that they were interested in giving up the habit, only 2.5% succeeded.

The National Survey on Drug use for Monitoring the Future Study indicated the reasons for concern about smoking by youngsters. Teenage smoking rose to 19% in 1993 from 17% in 1992. This is consistent

with the assertion that teenagers are susceptible to implied messages that appear in advertising directed to the general public that :

1. Tobacco use is a rite of passage to adulthood.
2. Successful, attractive people use tobacco.
3. Tobacco use is normal.
4. Tobacco use is safe and healthful.
5. Tobacco use is relaxing in social situations.

There have been studies showing a positive correlation between the ability of adolescents to recall a particular advertisement, logo, or brand insignia and smoking intent, initiation or level of smoking. "Relationship Between High School Students Smoking & Recognition of Cigarette Advertisements" J. Pediatrics 110:3, pp.488-491(1987); "Does Tobacco Advertising Target Young People To Start Smoking?" Journal of the American Medical Association 266:22, pp.3154-3158 (1991). The key variable in such studies has been exposure to cigarette ads. Young people who maintain an interest in smoking retain more information from cigarette ads. It is questionable whether this correlation can be used to determine a causal link between consumption and exposure to advertising, in a strict scientific sense. However, it does appear that experimentation with cigarettes affects the extent to which individuals recognize information presented in cigarette advertisements and that this recognition may influence smoking-related behavior over time in a variety of ways. For example, attentiveness to ads may reinforce smoking behavior by providing the smoker with examples of the values and benefits of smoking, such as reassurance that popular people use tobacco.

The "Joe Camel" Advertising and Promotion Controversy

The most discussed advertising promotion of the 1990s indisputably was the advertising campaign for Camel cigarettes featuring a cartoon character called Old Joe Camel. Assertions were made that this campaign improperly targeted minors, seeking to make cigarette smokers of them. These concerns were heightened in the wake of the 1994 Surgeon General's Report on Smoking and Health focusing on adolescents. That report, in summary, stated that those who smoke usually begin by age 18, that most adolescent smokers become addicted to nicotine, that tobacco addiction often leads to other drug addiction, that tobacco use creates psycho-social risk facts, that effective cigarette advertising has negative affects on adolescents and the growing efforts by communities to reduce use by adolescents(by enforcing provisions that prevent sales to adolescents, reducing sales from vending machines, etc.).

The cartoon character of Old Joe Camel has been used by R.J. Reynolds in its advertising campaign for Camel cigarettes since 1988. The character appears, in addition to print advertising, on products disseminated by the company such as matchbooks, store exit signs, mugs, and soft drink can holders. According to the Supreme Court of California in its decision in the Mangini case, the advertising apparently has been effective in targeting adolescents in that the number of teenage smokers who chose Camel cigarettes rose from 0.5% in 1988 to somewhere between 25 and 33% in 1992. Teenage smokers accounted, according to the court, for about 476 million dollars of Camel sales in 1992, compared with 6 million dollars in 1988. Mangini v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 31 Cal. Rept. 2d 358(1994) affirming 21 Cal. Rept. 2d 232(Ct.

App. 1993).

The Federal Trade Commission, after a staff investigation, declined, by a 3-2 vote, to issue a complaint charging that advertising using the Old Joe Camel character violated section five of the Federal Trade Commission Act by inducing minors to smoke. A private action was brought in California state court by an individual named Janet Mangini, who asserted that the practices violated the Federal Trade Commission Act and the California statutory law of unfair competition —— California Business and Profession Code, Section 17200. There is no private right of enforcement of the Federal Trade Commission Act. (Holloway v. Bristol-Myers Corp., 485 F.2d 986 (D.C. Cir. 1973).) However, the California Unfair Competition Law authorizes actions for injunctive relief not only by specified state and local officers but also by persons acting for the interest of themselves or the general public. Unfair competition is defined to include "any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising……" California Business and Professional Code 17200. R.J. Reynolds, in contesting this action, asserted that federal law pre-empted any action in the state courts. The Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, as amended by the Public Health Cigarette Smoking Act of 1969(15 U.S.C. 13304(b) provides that "no requirement or prohibition based on smoking and health shall be imposed under State law with respect to the advertising or promotion of any cigarettes the packages of which are labeled in conformity with the provision of this chapter." The Supreme Court of California rejected the preemption argument and held that the cause of action against the advertising as improperly targeting minors would stand. The United States Supreme Court refused to grant certiorari. This result means

only that the case will proceed, not necessarily that the plaintiff Mangini will prevail on the merits when the matter is heard before the trial court. By contrast, an effort in the state of Washington to prohibit "Joe Camel" advertising, by a private action using that state's law, failed. (The Sparks decision, citation presently unavailable.) However, the decision of the Supreme Court of California indicates that, at least in some instances in some jurisdictions, it will be possible for private parties acting as representatives of the general public to bring an action of the nature normally brought only under specific federal or state law against cigarette advertising.

Recommendation of State Attorneys General Covering Smoking and Children

Although advertising featuring Old Joe Camel has been the major focus of assertions about advertising that leads children to take up smoking, some believe that the key to stopping children from smoking is not just to attack cigarette advertising but to obtain true enforcement of the statutes that forbid the sales of minor to cigarettes. See "Don't Blame Cigarette Ads, Enforce Law on Minors" by Professor Herbert Rotfield in Advertising Age, Vol. 65, No. 51, page 29, December 5, 1994.

Consistent with this concern, twenty-five attorneys general of individual states issued a report on the problem of illegal tobacco sales to minors on December 30, 1994. The report, entitled "No Sale : Youth Tobacco and Responsible Retailing," was the result of an 8-month study by a working group of state attorneys general, found that, nationwide, over one million packs of cigarette and twenty-six million

containers of smokeless tobacco are sold illegally to minors every year. It stated that each day, three thousand new youngsters begin smoking for the first time and as many as one quarter of these new smokers will eventually die of tobacco-related illnesses. The working group concluded that, because very few smokers take up smoking for the first time as adults, strict obedience of laws prohibiting sales of tobacco products to minors and greater control of youth access to tobacco would result in a significant reduction of smoking in the United States.

After a review of retailing practices and meetings with major trade associations and retailers representing convenience stores, gas stations, grocery stores, drug stores and discount merchandisers, the working group called on retailers voluntarily to adopt ten steps for responsible retailing of tobacco. These steps included: the use of "secret shoppers" to check on a store's sales clerks; the use of electronic cash register price scanners that direct cashiers to check a customer's identification whenever a tobacco product is scanned; adoption of in-store measures to hold store managers more accountable for their store's performance; improved training programs for cashiers; placement of tobacco products behind check out counters or in locked cases; use of prominent signs to reinforce the law; removal of youth-oriented displays and advertising, and the elimination of vending machines from retail stores.

The Effectiveness of Bans of Cigarette Advertising

Studies in countries where there have been total advertising bans on the advertising of cigarettes indicate that these prohibitions have significantly reduced smoking in the population as a whole. In 1993, the

Chief Economic Adviser of the Department of Health of the Government of Great Britain reviewed the existing data and stated that advertising tends to increase consumption of tobacco products and that prohibitions of tobacco advertising tended to decrease tobacco use beyond what would have occurred in the absence of such prohibitions. Looking at the countries with the most complete data —— Norway, Finland, Canada and New Zealand —— the British report found that in all four countries prohibitions or restrictions on advertising resulted in an overall decrease in consumption.

A study of trends in 33 countries between 1970-1986, commissioned by the Government of New Zealand, studied 24 free-market economies and 9 centrally controlled East European economies. The overall finding of this study was that : "…the greater a government's degree of control over tobacco promotion, the greater the annual average fall in tobacco consumption and in the rate of decrease in smoking among young people." New Zealand Toxic Substances Board, Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion. New Zealand Department of Health, page xxix(1989).

The report concluded that total advertising prohibitions, on average, are accompanied by falls in tobacco consumption four times faster than in countries where the prohibitions on advertising are partial. In contrast, countries where tobacco has been promoted with virtually no restrictions have seen increases in consumption of 1.7% per year. In countries where advertising was totally banned or severely restricted, the percentage of young people who smoked decreased more rapidly than in countries where tobacco promotion was less restricted. The report concluded that, other factors remaining unchanged, the elimination of tobacco promotion resulted in a reduction in tobacco consump-

tion and smoking prevalence to a level below what otherwise would have been the case.

Tobacco advertising and promotion has changed significantly over the years as the general public has become increasingly aware of the health hazards of smoking. The overt health claims of the 1950s and 1960s that "more doctors recommend" a particular brand of cigarettes or that "scientific studies prove ···" the healthiness of smoking a particular brand have been replaced by visual images in which healthiness is communicated by visualizations of people and settings that portrayed pictures of health although no overt verbalizations of this message were made. Nonverbal techniques can be very effective in obtaining a positive evocative response. See Reed, O. Lee and D. Whitman "A Constitutional and Policy-Related Evaluation Prohibiting the Use of Certain Nonverbal Techniques in Legal Advertising." 2 Brigham Young University Law Review, pp.265-338(1988). However, image advertising, such as that in which smoking is portrayed as an expression of independence, individualism and social sophistication, traditionally has not been subject to regulation. The effectiveness of image advertising in creating acceptance of smoking and encouraging young people to take up the practice is demonstrated by the fact that the three brands most popular among youths(Marlboro, Newport and Camel) utilize a considerable amount of image-based advertising. Atkin, P.P., D.S. Leathar, F.J. O'Hagen, and S.I. Squair "Children's Awareness of Cigarette Advertisements and Brand Imagery." 82 British Journal of Addiction, pp.615-622(1987). Images of cowboys, often used with Marlboro cigarettes and of the cartoon character "Joe Camel," used to promote Camel cigarettes, are images considered more likely to appeal to children than to adults. See Glantz, Stanton A. "Re-

moving the Incentive to Sell Kids Tobacco. A Proposal." Journal of the American Medical Association, 269:6 pp.793-794 (1993). The use of such terms as "mild," "light," "fresh," and "natural," and similar descriptions continue the advertising image of cigarette smoking as consistent with a healthy lifestyle even without overt statements to that effect. These images tie in with the promotion and support tobacco companies give to athletic competitions, such as tennis tournaments and auto races and the advertising displays for tobacco products, often prominent, at stadiums and arenas that are the sites of athletic events. These events are often viewed by millions of people outside the contest itself via television(often, a large percentage of youngsters are in this audience). In this fashion, broadcasting in the United States continues to display advertising for cigarettes even though there are no broadcast commercials for these products, technically speaking.

The efforts of the tobacco industry to maintain sales make it vital, for their economic purposes, for those smokers who quit or die to be replaced by new, usually young, smokers beginning the practice. Phillip Morris and R.J. Reynolds, perhaps in response to criticism of the Joe Camel campaign, have created advertising campaigns focused on the commitment of these companies to educate children about smoking. The campaign depicts smoking as an adult behavior and therefore one which children must wait until they are of legal age before making a decision about whether to engage in the practice. A booklet entitled Tobacco: Helping You Say No has been distributed by R.J. Reynolds to governors, school boards, community groups, and parents who request it. However, the booklet makes no reference to the health and addictive effects of tobacco use. There apparently is no data available indicating the impact, if any, of this booklet on tobacco use by minors.

Cigarette advertisers have asserted, over the years, that advertising and promotion essentially affect market share, not the level of consumption. They also have denied that advertising and promotion campaigns cause young people to decide to begin smoking. A definitive finding of casualty between tobacco promotion and advertising and the consumption of tobacco, especially by youngsters, may not be possible. The import of the statistics from foreign countries that have prohibited or severely restricted cigarette advertising, however, which show smoking by youth falling with the elimination of advertising and promotion, provide the basis for an argument that advertising and promotion is a significant element in the decision of youths to begin smoking.

Because tobacco advertising continues to be characterized by images and themes that appeal to adolescents and to children, actions which would restrict the features of tobacco advertising and promotion that make tobacco use attractive to youths should be considered. State and local regulation advertising, such as prohibiting cigarette advertising on the buses and other vehicles of cities such as Boston, Denver, Portland, New York, Seattle, San Francisco and the state of Utah may also be considered. While interstate campaigns should not be subject to diverse regulatory efforts, totally local activity, such as advertising on city buses or other vehicles that occur within the geographic boundaries of a single state, should be subject to regulation by local authorities, limited only by the constraints of the first amendment. Limitations on billboard advertising of tobacco products also should be a matter suitable for local control. The use of billboard advertising in poorer neighborhoods, often with large minority populations, to promote unhealthy products(especially tobacco and alcohol products, with messages), targeted toward residents of those neighborhoods, has drawn at-

tention and criticism in a number of large U.S. cities. Similarly, local efforts for vigorous enforcement of existing laws prohibiting tobacco sales to minors do not raise questions of federal pre-emption. The pre-emption by the federal government should cover only those actions that would be inconsistent with federal mandates, such as changing the wording of the required warnings of the health hazards of using tobacco products. This is consistent with the recent ruling concerning pre-emption in the Mangini case, noted earlier in this section.

Research that addresses the issues of youth responses to advertising and promotional messages as well as the responses of different ethnic, gender and social classes needs to be conducted in depth. Advertising continues to provide images for self-identity and socialization of youth, in particular, and in-depth studies of tobacco use and its relation to advertising and promotion are vital to a better understanding. Meanwhile, advertising and promotional practices that contradict the tobacco industry's own contention that the decision to smoke is a choice for adults, should receive very close scrutiny not only by federal authorization but also in jurisdictions where legal actions may be brought by an individual, acting as a "private attorney general" such as in California in the Mangini case. Efforts by local communities to enforce laws already on the books that prohibit minors from purchasing tobacco products, along the lines recommended by the working group of state attorneys general in their December 1994 report, should be part of the strategy. Effective enforcement of these laws would blunt, to some degree, advertising and promotional practices that encourage youth to initiate smoking. However, the focus of public health officials should be on the messages disseminated in the advertising and promotion of tobacco products and the response of the public to these messages, espe-

cially the younger members of the public who have not yet taken up smoking. The elimination of broadcast commercials for tobacco products has not prevented advertising campaigns that portray smoking as an activity of healthy, vibrant people. Restrictions on such implied claims should be pursued along with efforts to make the warning of health hazards of cigarette smoking in advertising and labeling more prominent and effective.

References

29 Federal Register 530-32.

American Brands, Inc. et al., 1972 CCH Trade Regulation Reporter, Para. 19,902.

Warner, K. "Clearing the Air Waves: The Cigarette Bar Revisited" Policy Analysis 5:4, pp. 435-452 (1979).

"Differences in the Age of Smoking Initiation between Blacks and Whites —— United States." 40 Morbidity and Mortality Weekly Report, pp. 747-757(1991).

National Survey Results on Drug Use for Monitoring the Future Study, 1975-1992, Volume II. National Institute of Health Publication No. 93-3598, pp.14, 163-165 (1993).

"Relationship Between High School Students Smoking Recognition of Cigarette Advertisements" Pediatrics 110:3, pp.488-491 (1987)

"Does Tobacco Advertising Target Young People To Start Smoking?" Journal of the American Medical Association 266:22, pp.3154-3158(1991).

California Business and Professional Code Sec. 17200

"Don't Blame Cigarette Ads, Enforce Law on Minors" by Professor Herbert Rotfield in Advertising Age, Vol.65, No.51, page 29,

December 5, 1994.

New Zealand Toxic Substances Board, Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion. New Zealand Department of Health, page xxix(1989).

Reed, O. Lee and D. Whitman "A Constitutional and Policy-Related Evaluation Prohibiting the Use of Certain Nonverbal Techniques in Legal Advertising." 2 Brigham University Law Review, pp. 265-338 (1988).

Atkin, P.P., D.S. Leathar, F.J. O'Hagen, and S.I. Squair "Children's Awareness of Cigarette Advertisements and Brand Imagery." 82 British Journal of Addiction, pp.615-622(1987).

Glantz, Stanton A. "Removing the Incentive to Sell Kids Tobacco. A Proposal." Journal of the American Medical Association, 269:6 pp. 793-794(1993).

Cases

Banzhaf v. FCC, 405 F.2d 1082 (D.C. Cir. 1968), cert. denied 396, U.S. 842(1969).

Capitol Broadcasting Co. v. Mitchell, 333 F. Supp. 582 (D.C. Cir. 1971).

Holloway v. Bristol-Myers Corp., 485 F.2d 986(D.C. Cir. 1973).

Mangini v. R.J. Reynolds Tobacco Co., Cal. Reptr. 2d 358(1994) affirming 21 Cal. Reptr. 2d 232 (Ct. App. 1993).

Statutes

Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, 15 U.S.C. 1331 et seq.

The Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, as amended by the Public Health Cigarette Smoking Act of 1969(15 U.S.C. 13304(b).

미국에서의 담배광고에 관한 규제*

Gerald J. Thain**
역자 : 이 대 희***

Labeling과 광고에 대한 제한의 배경

1964년 1월 11일 Surgeon General's[1] Advisory Committee의 흡연에 관한 보고서에는 흡연으로 인한 건강상의 위험을 규정하고 있었는데, 이러한 위험에 대한 초기의 대응 중의 하나가 바로 담배의 광고에 대하여 규범적으로 제한하려는 노력이었다. 이 보고서가 나온 후 1주일 뒤에 연방거래위원회(Federal Trade Commission)는 규칙을 제정하겠다는 공고를 하였는데(1964년 1월 18일) 이 공고는 1964년 1월 22일의 Federal Register에 실렸다. 이 공고는 Surgeon General's Advisory Committee의 견지에서 담배의 광고와 labeling에 적용되는 FTC법의 요건에 관한 FTC의 잠정적인 견해를 나타낸 것이었다. FTC법 제5조는 "불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행"은 "불법"이고 FTC는 행정기관으로서 이러한 행위나 관행에 대하여 소송을 제기할 권한을 가진다고 규정하고 있다.

FTC는 규칙제정에 대한 공고에서 담배광고가 흡연으로 인한 건강상의 위험에 대하여 불법적으로 허위로 나타내거나 위험을 숨길 수 있는

---

* 이 글은 Thain교수가 1996년 10월 14일 숭실대학교에서 행한 강연의 내용이다.

** Professor of Law and Consumer Law Professor, University of Wisconsin Law School, USA

*** 고려대학교 법학연구소 전임연구원 · 법학박사

1) Surgeon General은 미국의 Public Health Service에서 의료에 관한 최고의 관리이다[역자 주].

2가지 방법을 염려하고 있다고 언급하였다. 즉, 첫째, 많은 광고들이 "흡연은 건강을 증진시키거나 몸에 좋다는 것 또는 흡연은 건강에 위험한 것이 아니라는 것, 또는 광고된 담배를 흡연하는 것은 다른 종류의 담배를 흡연하는 것보다 건강에 덜 위험하다는 것"을 허위로 나타내거나 그릇된 인상을 준다고 FTC가 믿을 만한 이유가 있다고 언급하였다. 또한 그 당시의 많은 담배광고들이 소비자들에게 흡연의 위험성을 알리지 않으면서 흡연을 유쾌하거나 바람직하고 육체적인 건강과 양립할 수 있거나 또는 인격적으로 발전해가거나 사회적으로 성공하는데 없어서는 안되는 것으로 묘사하고 있다고 믿을 이유도 있다고 언급하였다.

흡연과 관련된 건강에 대한 위험이 매우 심각한 것이어서 이러한 위험을 알거나 인식하게 된다면 흡연을 할지 않을지 여부와 흡연을 한다면 얼마만큼 할 것인지 또는 어떠한 상표의 담배를 피우고 이러한 상표의 담배를 얼마만큼 피울지를 결정하는데 중요한 요소가 된다면, 담배를 광고할 때 이러한 건강에 대한 위험을 적극적으로 나타내는 것이 필요하며 이렇게 나타내지 않는다면 흡연의 건강에 대한 위험을 공중이 의식하는 것을 가리게 하거나 모호하게 할 경향이 있다고 FTC는 단정하였다. 이해관계인의 의견개진과 자료를 받은 후, FTC는 1964년 6월 22일 "Statement of Basis and Purpose"라는 제목의 서류 또는 거래규제에 관한 규칙(Trade Regulation Rule)으로 의도된 서류를 발간하였다. 이 서류에서 FTC는 담뱃갑과 담배광고에 경고 즉, 흡연은 사람의 건강에 위험하다는 광고를 요구하는 거래규제에 관한 규칙을 채택하겠다고 발표하였다. 미국하원의 '주간 그리고 외국과의 통상위원회(Committee on Interstate and Foreign Commerce)'의 담배의 labeling과 FTC 규칙에 관한 청문회 이후, 거래규제규칙의 유효성은 1965년까지 FTC에 의하여 연기되었다. 1965년에 Federal Cigarette Labeling and Advertising Act[2]는 "경고 : 흡연은 당신의 건강에 위험할 수 있습니

2) 15 U.S.C. Sec. 1331 et seq.

다"라는 경고가 모든 담뱃갑에 나타나야 한다고 요구하였고, 기타의 연방법이나 주법 또는 지역법에 의하여 담배광고에 대한 더 이상의 요구를 해서는 안된다고 규정하였다. 또한 이 법은 담배광고에 대한 건강에 관한 경고를 요구하는 FTC의 권한을 3년동안 연기시키고 철회하였다. 그 후 1969년에 의회는 Public Health Cigarette Smoking Act를 제정하였는데, 이 법은 라디오나 TV방송국에 의한 담배광고를 금지하여 FTC가 제정하는 규칙의 적용을 받도록 하였고, 흡연은 건강에 위험하다는 경고를 담배갑에 포함되도록 요구하였다. 이러한 광고금지는 1971년 1월 2일부터 발효되었다. 담배광고에 경고를 하도록 요구하는 것을 의회가 금지한 것이 해제되자 FTC는 담배회사에 대하여 고소를 함으로써 담배회사의 잡지나 신문 또는 옥외광고에 경고를 추가하는 것을 요구하는 동의명령(consent decree)[3]에 이르게 되었다.[4]

TV와 라디오에 광고를 금지하는 것은 Capitol Broadcasting Co. v. Mitchell케이스[5]에서 담배회사가 아니라 오히려 방송국에 의하여 도전을 받았다. 이 케이스는 참여한 3명의 법관 중 2대 1로 의회가 광고를 금지하는 것에 대한 합헌성을 지지하였다. 반대의견을 낸 Skelly Wright 판사는 "담배산업의 대표자는 담배회사가 광고를 방송으로부터 제거시킬 것을 허용하는 입법을 의회가 하도록 제안하였다"고 언급하였다. Wright 판사는 Banzhaf v. FCC[6] 케이스에 의하여 담배광고에도 적용될 수 있다고 판결되었던 소위 "공정원리(fairness doctrine)"에 대하여 담배회사가 가지는 근심 때문에 위의 판결이 행하여졌다고 언급하였다. 이에 의하여 담배를 광고하는 방송국은 상당한 수의 흡연반대에 대한 메시지를 전달함으로써 "양쪽의 입장 모두 전달(tell both sides of

3) 동의명령은 피고가 유죄를 인정하지 않고서 불법이라고 주장된 행위를 중지할 것을 동의하는 당사자의 동의에 의해 행해지는 판단이다[역자 주].
4) American Brands, Inc. et al., 1972 CCH Trade Regulation Reporter, 19, 902.
5) 333 F. Supp. 582 (D.C. Cir. 1971).
6) 405 F.2d 1082 (D.C. Cir. 1968), cert. denied. 396 U.S. 842 (1969).

the story)"하여야 했다.[7] 그러므로 Write판사의 견지에 비추어 보면, 방송에서 담배광고를 금지하는 것은 방송이라는 매체에서 흡연반대 메시지를 끝내게 한 반면 담배회사가 전국적인 TV 방송망에 광고할 때의 상당한 비용을 지출하지 않게 하고 다른 매체에 집중하도록 하였기 때문에 담배회사에게 유리한 것이었다.

담배광고를 금지하거나 제한하는 것은 광고에 반대하는 노력을 감소케 하는데, 이러한 광고의 금지나 제한이 흡연을 금지하거나 흡연을 하지 않도록 권유하는 노력을 억제할 수 있다는 견해에 대한 지지는 다음과 같은 사실에서 발견될 수 있다. 즉, 미국에서의 1인당 담배소비가 1964년의 Surgeon General의 보고서 이후 감소하다가 라디오와 TV에서 담배광고를 금지한 후 증가했다는 것이다. 이러한 사실은 담배광고와 함께 방송에서 대부분 사라졌던 흡연에 대한 "반대의 광고(counter-commercial)"가 담배소비를 감소시키는데 있어서 담배광고가 담배소비를 증진시키는 것보다 훨씬 더 효과적이라는 것을 나타낸다고 어떤 분석가는 주장하였다.[8]

1981년 FTC는 연방법에 의하여 강제되는 건강에 대한 경고가 일반인들의 흡연에 대한 지식이나 태도에 거의 영향을 주지 못한다고 결정하였다. FTC는 의회에 대한 staff 리포트에서 경고가 "경고로서 의미가 없고," 기억하기에는 너무 추상적이고 어려우며 적절하지 않은 것으로 이해된다고 결론을 내렸다.[9] 이 보고서는 의회가 1984년 Comprehensive Smoking Education Act를 제정하게된 한 요소가 되었다. 이

7) FTC의 Fairness Doctrine에 의하면, "공공에게 중요한 것으로 논란이 될 만한 것"이 방송될 때에는 언제나 방송국은 어느 정도 쟁점에 대한 양쪽의 입장을 나타내줄 의무가 있다. Banshaf 판결 전에는 Fairness Doctrine이 광고대상이 된 제품에는 적용되지 않는다고 생각되었다. Fairness Doctrine은 후에 무효로 되었고 이제 더 이상 그 효력이 인정되지 않다.

8) Warner, K. "Clearing the Air Waves : The Cigarette Ad Ban Revisited," Pol'y Analysis 5 : 4, 435-452 (1979).

9) Federal Trade Commission Staff Report on the Cigarette Advertising Investigation, May, 1981. 그러므로 Write판사의 견지에 비추어 보면,

법은 모든 담뱃갑과 광고에 대하여 다음과 같은 네 가지의 좀 더 상세하게 건강에 대한 경고를 하도록 요구하였다.

Surgeon General의 경고 : 흡연은 폐암, 심장병, 氣腫(Emphysema)을 일으키고 임신을 어렵게 할 수 있습니다.

Surgeon General의 경고 : 지금 금연을 하면 당신의 건강에 대한 중대한 위험을 감소시키게 됩니다.

Surgeon General의 경고 : 임산부가 흡연하면 태아에 손상을 입히거나 조산이 될 수 있고 출산율을 떨어뜨리게 됩니다.

Surgeon General의 경고 : 담배연기에는 일산화탄소(carbon monoxide)가 포함되어 있습니다.

과거와 마찬가지로 의회가 규정한 이러한 경고는 FTC와 흡연반대주창자들이 원하는 경고문구와 담배산업이 수용할 수 있는 경고문구간의 협상에 따른 것이었다. 1969년 FTC는 사망, 암, 심장병, 만성 기관지염 그리고 기종을 언급하는 경고를 담뱃갑에 표시하도록 권고하였었다. 이미 언급한 바와 같이 의회의 입법은 "경고 : Surgeon General은 흡연이 당신의 건강에 위험하다고 결정하였습니다"라는 것만 나타나도록 했었다. 1980년대에 FTC는 담뱃갑에 새로운 표시를 재촉하면서 경고를 표시하는 종래의 사각형의 형태보다는 원과 화살표가 있는 방식이 더 효과적이라고 권고하였다. 의회는 이러한 방법을 받아들였다. 또한 경고는 중독이나 유산(miscarriage) 또는 사망을 언급하지는 않았고 타르나 니코틴 또는 일산화탄소 등을 나타내도록 요구하지도 않았다.

1986년 Comprehensive Smokeless Tobacco Health Education Act는 연기가 나지 않는 담배에도 경고를 하도록 하였다. 이 법에 의하면 FTC가 처음에 권고했었던 "연기가 나지 않는" 담배의 갑과 광고에 다음과 같은 세 가지의 경고가 원과 화살 모양으로 나타나야 한다.

경고 : 이 제품은 입의 암(mouth cancer)을 일으킬 수 있습니다.

경고 : 이 제품은 잇몸질환(gum disease)과 치아손상을 일으킬 수 있습니다.경고 : 이 제품은 담배에 대한 안전한 대체물이 아닙니다.

이 법에 의하면 연방정부의 기관과 주정부 및 각 지역 정부는 연기없는 담배제품과 광고에 건강에 대한 경고를 더 이상 하지 못하게 되어 있다.[10]

오늘날까지 미국에서는 라디오와 TV에 광고하는 것을 금지하고 담배회사들의 광고와 판매방법을 적합하도록 하게 하는데 대략 4반세기가 걸렸다.

방송에 의한 담배광고를 금지한 이후의 담배광고

담배광고를 제한 한 이후 10여년이 지난 후 1981년 5월 FTC는 담배광고의 조사에 관한 staff 보고서를 냈다. 이 보고서는 "담배광고의 주된 논조가 젊음의 혈기와 건강에 좋다는 것, 보기에 좋다는 것, 개인적이거나 사회적으로 그리고 직업적으로 인정받거나 성공했다는 것과 관련되어 있으며 흡연이 운동과 건강상의 다양한 활동과 양립할 수 있다"고 주장하였다. 비록 담배광고가 흡연의 건강에 대한 위험과 광고된 담배의 "타르와 니코틴" 요소에 대하여 경고하도록 요구받았으나, 담배광고는 그 외에는 흡연의 건강에 대한 부정적인 면을 전혀 언급하지 않았다.

담배회사의 광고와 판매방법을 검토하면서 FTC staff 리포트는 무엇보다도 Salem의 주된 광고논조가 담배를 남성적이고(masculine) 자신만만하고 모험적이며 원숙한 "젊은이인 남자"의 생활방식과 관련시키는 것이라고 지적하였다. 또한 이 보고서는 Doral의 광고는 독립적이고 자립적이며 자신이 있고 책임을 지는 이미지를 주려고 했으며, "Winston man"은 "강하고 활기있고 자신있으며 경험많고 원숙한 남자 중의 남자"로 묘사하려고 했다는 것을 지적하였다. 또한 이 보고서는 높이 떠 있는 풍선을 그려 넣은 Lark 담배는 그 담배가 "경쾌함과 명랑함"과 관계 있도록 하려 했다는 Liggett & Meyers의 서류를 언급하였다. 그리고 이 보고서는 Lark에 대한 회사의 광고는 Lark를 "현대의

10) Comprehensive Smokeless Tobacco Health Education Act of 1986. Public Law 99-252. Feb. 27, 1986.

일반 흡연자들의 생활방식을 충족시켜 주는 젊고 동시대의 담배"로 묘사하려 했다는 것도 지적하였다. Lark의 광고는 "과거의 긴장의 순간과 안도"를 강조하려는 것이었다. Eve 담배를 피우는 사람은 "원하는 것에 대하여 명료한 생각을 가진 교양이 있으며 첨단을 걷거나 젊고 활동적인 여성"으로 묘사하려고 했다.

FTC의 staff 보고서는 Brown & Williamson에 의하여 판매되는 Viceroy 담배의 이미지를 개발하려는 Ted Bates Advertising Agency를 돕기 위하여 흡연을 주제로 한 여러 인터뷰를 한 후, 판매와 연구회사(marketing and research firm)의 연구의 결론을 상세하게 기술하였다. 연구결과를 요약한 이 보고서는 많은 흡연가들이 흡연하는 습관을 "매우 어리석은 사람들만이 행하는" "더럽고" 위험한 것으로 인식하고 있다고 주장하였다. 이 보고서는 다음과 같이 결론을 내렸다.

> 따라서 흡연가들은 자신들이 비논리적이고 비합리적이며 또한 어리석다는 사실에 직면해야 한다. 사람들은 자신을 이와 같이 부정적으로 나타내거나 평가하여 일생을 살아가는 것이 어렵다는 것을 발견하게 된다. 이러한 것을 구제하는 것은 각각의 논리와 근거가 있는 방어수단이 되는 합리화와 억제이다. 따라서 흡연가들은 자신들이 비논리적이고 비합리적이라는 사실을 떠올리고 싶어하지 않는다. 흡연가들은 직접 또는 간접적으로 이러한 것들을 떠올리는 것을 원하지 않는다.

FTC의 staff 보고서에 의하면, 이와 같은 판매에 대한 분석은 성공적으로 하게 한 요소를 다음과 같이 언급함으로써 담배광고를 묘사하였다. 즉, 담배는 현실적이거나 절대적인 특질 또는 특성을 가지지 않으므로 가장 효과적인 광고는 흡연가들이 자신들의 행위를 정당화시키거나 흡연에 관한 건강상의 근심을 누를 수 있는 수단을 제공할 정도의 애매한 그림이나 상황을 제시함으로써 제품에 대한 "반대를 감소시키는" 것이다. 흡연을 합리화시키기 위하여 광고는 흡연자에게 사회적으로 인

정받는다는 것, 흡연가에게 보상을 받을 수단을 제공하거나 격려하는 것 또는 진정시키는 것 또는 더 좋은 자아상(self-image) 등을 제공한다는 이미지를 주입하여야 한다. 이 보고서는 광고자들이 "흡연은 당신의 건강에 위험하다는 기본적인 가정"에서 출발한 다음 문제점에 대항하려면 이길 수가 없기 때문에 문제점을 회피하려 한다고 지적하였다.

Staff 보고서에 의하면, 그 보고서의 특별한 요소가 되는 것이 젊은이를 어떻게 흡연하도록 설득시키는가 하는 쟁점이다. 이 보고서는 다음과 같이 주장하였다.

> 젊은 흡연자에게 있어서는 자신들이 아직 보통의 일상적인 흡연자라는 이미지를 주입시키려고 노력을 함에도 불구하고 담배는 생활의 필수적이거나 일상생활의 부분이 아니다. 이들에게 있어서 담배와 흡연을 하는 모든 과정은 정당하지 않은 범주에 해당하는 유쾌함의 한 부분이다. 젊은 흡연가의 마음에서는 담배가 포도주, 맥주, 면도, 브래지어 착용, 독립선언 또는 자아(self-identity) 등과 동일한 범주에 속하는 것이다. 흡연을 시작하는 젊은이들에게 있어서 담배는 성생활의 시작, 구애(courtship), 마리화나(pot)를 피는 것 그리고 늦은 시간에 공부를 하는 것 등과 관련되어 있다.

이 보고서는 그 다음에 젊은이들이 흡연을 시작하도록 유인하는 전략을 지적하였는데, 이러한 전략은 담배를 어른의 세계로 진입하는 몇 가지 중의 하나로 묘사하고 법적 제한 내에서 가능한 것으로서 정당하지 않은 제품이나 활동으로 묘사하여 흡연의 즐거움을 마리화나, 포도주, 맥주, 섹스 등과 관계하도록 하는 것이다.

요컨대, 이 보고서에서 성공적인 담배광고는 담배소비자들의 건강에 대한 염려를 억누르는데 호소하고 긴장을 덜어주는 것을 합리화하고 흡연의 즐거움을 얻게 함으로써 의식적이거나 무의식적으로 흡연과 건강에 대한 쟁점을 다루고 있다는 것이 지적되었다.

담배의 판매와 소비자

1981년 5월의 FTC staff 보고서는 흡연으로 인한 건강상의 위험에 대한 소비자의 지식에 관한 여러 자료를 분석하여 상당한 비율의 사람들이 흡연으로 인한 건강상의 위험에 관하여 일반적으로 인정되고 있는 의학적인 사실을 알지 못하고 있다고 결론을 내렸다. 예컨대, Gallup and Roper 연구에 의하면 13% 내지 17%의 흡연가들(이 비율은 연구 당시의 500만 내지 1,000만명 정도로 추산되는 것이다)이 흡연에 의한 건강상의 위험을 알지 못하고 있었고, 전체인구에 있어서는 9% 내지 10%가 이를 알지 못하고 있었다고 지적되었다. 이러한 염려로 인하여 FTC는 1980년에 805명을 대상으로 실시된 "Walker Study"에 따라서 건강에 대한 새로운 경고를 이해할 수 있는지 여부와 새로운 경고가 사람들에게 흡연에 의한 건강상의 문제를 생각하게 할 수 있는지를 시험하게 되었다. 이러한 시험은 위에서 언급한 것으로서 담뱃갑에 여러 경고를 하도록 하게 한 주된 요인이었다.

FTC의 자료에 의하면 담배의 소비가 감소하고 있는 동안에 담배산업의 판매비용은 거의 4배가 되었다. 미국에서는 매일 대략 3,500명의 흡연자들이 절연을 하며 1,200명의 흡연가와 흡연가였던 사람이 담배와 관련된 병으로 죽어간다. 따라서 담배수요의 수준을 유지하려면 매일 대략 5,000명의 새로운 흡연가를 필요로 하게 되고 이것은 1년에 약 200만명에 달하는 것이다. 어린이와 젊은이들은 바로 이같이 새로운 흡연가의 대상이 가장 쉽게 될 수 있는 사람들이다. 1991년의 National Household Surveys on Drug Abuse Data에 의하면, 매일 흡연을 했던 30세에서 39세에 달하는 사람들 중 다수(89%)가 처음으로 흡연해 보았던 나이는 18세까지였고 62%가 16세까지였다. 3/4이 넘는 77%는 20세 이전에 매일 흡연을 하고 있었다. 적어도 300만명의 10대들이 정규적으로 흡연을 하고 있었고 연기없는 담배를 정기적으로 사용하는 300만은 21세 이하였다. 이러한 상황으로 인하여 공공의 건강전문가들은 광고의 역할과 어린이와 젊은이들에게 담배를 매력적인 것으로 하게 하고 그들이 담배나 연기없는 담배를 상용하는 것을 조장하는 판매방법

에 초점을 맞추게 되었다. 담배를 사용하는 젊은이들은 아주 어린 나이에 흡연을 시작한다. 소년과 소녀가 흡연을 시작하는 평균연령은 과거 40여년 동안 모든 백인들은 2.4세, 모든 흑인들은 1.3세 그리고 백인 소녀와 흑인소녀는 4.6세가 각각 인하되었다.[11] 담배회사들이 광고와 판매비용을 배 이상으로 증가시켰던 1981년에서 1992년까지 고등학교 최고학년 학생들의 흡연은 3% 감소하였다. 대학생들도 1989년에서 1992년까지 약간 증가했던 경우를 제외하고는 위와 비슷한 비율로 감소하였다.[12] 이러한 비율은 상당히 감소한 것이었다. 더욱이 1981년에서 1991년까지의 기간동안 어른들의 1인당 담배소비량은 28%나 감소되었다.

애틀랜타에 있는 Federal Centers for Disease Control and Prevention의 1995년 보고서에 의하면, 1993년에 23%의 여성이 흡연을 하였는데 이것은 1992년보다 25%가 감소한 것이었다. 여성흡연 숫자의 이러한 감소는, 역사적으로 가장 낮았던 25%까지 감소했던 1993년의 흡연가의 비율이 약간 감소하게 했던 것을 대부분 반영한다. 이 연구에 의하면, 70%의 흡연가들이 절연을 하는데 관심을 가진다고 지적하였으나 2.5%만이 성공하였다.

National Survey on Drug use for Monitoring the Future Study는 젊은이들의 흡연에 대한 근심을 가지는 이유를 지적하였다. 10대들의 흡연비율은 1992년의 17%에서 1993년 19%로 인상되었다. 이것은 (1) 흡연은 어른이 되는 통과의례라는 것, (2) 성공적이고 매력적인 사람이 흡연한다는 것, (3) 담배는 정상적이라는 것, (4) 흡연은 안전하고 건강에 좋다는 것 그리고 (5) 흡연은 사회적으로 편안하게 한다는 것 등

11) Center for Disease Control, "Differences in the Age of Smoking Initiation between Blacks and Whites —United States," 40 Morbidity and Mortality Weekly Report, 747-757 (1991).

12) National Survey Results on Durg Use for Monitoring the Future Study, 1975-1992, Volume II. National Institute of Health Publication No. 93-3598, 14, 163-165 (1993).

과 같이 일반인들에 대하여 행해지는 광고에 은연중에 나타나는 메시지에 10대들이 물들기 쉽다는 주장과 일치하는 것이다.

청년들이 특정한 광고, 로고 또는 상표의 상징을 회상할 수 있다는 것과 흡연하려는 의도나 흡연을 시작하려는 것 또는 흡연의 정도와 서로 관계가 있다는 것을 보여주는 연구가 있었다.[13] 이러한 연구에 있어서의 주된 변수는 담배광고에 노출되는 것이다. 흡연에 관심을 가지는 젊은이들은 담배광고에서 더 많은 정보를 얻는다. 엄격하게 과학적인 의미에 있어서 이러한 상관관계가 담배소비와 광고에 노출된다는 것 사이에 인과관계를 결정하는데 사용될 수 있는지 여부는 의심스러운 것이다. 그러나 담배로 시험해보는 것은 담배광고에 나타난 정보를 개인이 인식하는 정도에 영향을 주고, 이러한 인식이 여러 가지 방법에 의하여 계속 흡연과 관련된 행위에 영향을 줄 수 있는 것으로 보인다. 예컨대, 광고에 주의하게 되면 인기있는 사람이 흡연을 한다는 것을 다시 확신시켜 주는 것과 같이 흡연의 가치와 이익을 흡연자에게 제공함으로써 흡연습관을 강화시켜주게 된다.

Joe Camel광고와 흡연의 조장에 대한 논란

1990년대에 가장 논의가 많이 된 광고는 Old Joe Camel이라고 불리는 만화 캐릭터가 나타나는 Camel광고였다. 이 광고는 부당하게 청소년을 대상으로 하여 청소년을 흡연자로 만들려는 것이라고 주장이 되었다. 이러한 근심은 청소년에 초점을 둔 1994년의 Surgeon General's Report on Smoking and Health로 인하여 강조되었다. 요컨대, 이 보고서는 흡연은 보통 18세에 시작되고, 대부분의 청소년 흡연자들은 니코

13) "Relationship Between High School Students Smoking & Recognition of Cigarette Advertisements," 110 J. PEDIATRICS, 488-491 (1987); "Does Tobacco Advertising Target Young People To Start Smoking?" 266 J. AM. MEDICAL ASSOCIATION 3154-3158 (1991).

틴에 중독되고(addicted), 담배에 중독되면 종종 다른 마약에도 중독되게 되고, 흡연은 심리적·사회적으로 위험한 사실을 발생시키고, 효과적인 담배광고는 청소년에 부정적인 영향을 주고 (청소년에게 담배판매를 금지시키는 규정을 집행하거나 자판기로부터 판매하는 것을 감소시키는 등에 의하여) 청소년의 흡연을 감소시키려는 지역사회의 노력에 부정적인 영향을 준다.

Old Joe Camel의 캐릭터는 1988년 이후로 Camel 담배를 광고하기 위하여 R.J. Reynolds에 의하여 사용되어 왔다. 이 캐릭터는 인쇄된 광고뿐만 아니라 성냥첩(matchbook), 가게의 출구표시, 머그 잔, 캔 음료수를 바치는 홀더 등의 제품에 사용되었다. Mangini 케이스에서의 캘리포니아 대법원의 판결에 의하면, 이러한 Old Joe Camel 광고는 청소년들에 대하여 효과적인 것이었는데, 카멜 담배를 선택한 10대의 흡연자들의 수가 1988년의 0.5%에서 1992년에는 25% 내지 33%에 달하였다. 이 판결에 의하면 이러한 비율이 10대 흡연자가 1988년의 600만 달러에 비하여 1992년에 4억 7천 600만 달러 어치의 카멜 담배를 소비했다는 것을 나타낸다는 것이다.[14]

FTC 직원이 조사를 하고 난 후 FTC는 3대 2의 표결로서 Old Joe Camel 캐릭터를 사용하는 광고가 청소년을 흡연하도록 함으로써 FTC법 제5조를 위반했다는 소송을 제기하기를 거부하였다. 그러나 Janet Mangini 라는 여인에 의하여 사적 소송이 캘리포니아 주에서 제기되었는데, 이 여인은 Old Joe Camel 캐릭터를 사용하는 광고가 FTC 법과 캘리포니아의 부정경쟁방지법[15]을 위반하였다고 주장하였다. FTC법에 대해서는 개인이 이러한 법을 집행할 권한이 없다.[16] 그러나 캘리포니아주의 부정경쟁방지법(California Unfair Competition Law)은 주정부

14) Mangini v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 31 Cal. Rept. 2d 358 (1994) affirming 21 Cal. Rept. 2d 232 (Ct. App. 1993).

15) California Business and Profession Code, Sec. 17200.

16) Hollowat v. Bristol-Myers Corp., 485 F.2d 986 (D.C. Cir. 1973).

나 지방정부의 특정 공무원뿐만 아니라 이러한 자들 또는 일반인의 이익을 위한 자에 의하여서도 금지명령(injunction)에 의하여 구제 받기 위한 소송을 제기하는 것을 허용하고 있다. 캘리포니아 법에 의하면, 부정경쟁(unfair competition)은 "불법적이거나 불공정하거나 기만적인 모든 영업활동 또는 영업관행과, 불공정하거나 기만적이거나 진실이 아니거나 오해를 불러일으키는 광고…"라고 정의되어 있다.[17] R.J. Reynolds는 이러한 소송에 대하여 이의를 제기하면서 연방법은 주법원에 의한 어떠한 소송에 대해서도 우선한다(preempt)고 주장하였다. 1969년의 Public Health Cigarette Smoking Act에 의하여 개정된 Federal Cigarette Labeling and Advertising Act에 의하면, "담뱃갑이 이 章의 규정에 일치하여 레이블이 달려져 있다면 담배를 광고하는 것에 관하여 주법으로 흡연과 건강에 기초한 어떠한 요구나 금지가 부과되어서는 아니된다"라고 규정되어 있다. 캘리포니아 대법원은 연방법이 우선한다는(preemption) 주장을 기각하고 부당하게 청소년을 대상으로 하는 광고에 대한 소송원인(cause of action)은 존재한다고 판결하였다. 연방대법원은 이에 대하여 상고(certiorari)를 허가하지 않았다. 이것은 소송이 계속 진행된다는 것을 의미하는 것이고 기초사항이 사실심에서 심리되었을 때 원고인 Mangini 여인이 본안에 대하여 항상 승소한다는 것을 의미하지는 않는다. 이와 대조적으로, Washington주에서는 Washington 주법에 따라 사적 소송을 제기함으로써 Joe Camel 광고를 금지하려는 노력은 실패하였다.[18] 그러나 캘리포니아 대법원의 결정은 적어도 일정한 지역에서 그리고 일정한 경우에는 일반인의 대표자로서 사적 당사자가 담배광고를 규제하는 특정한 연방법과 주법에 따라서만 보통 제기되는 소송을 제기하는 것이 가능하다는 것을 나타내는 것이다.

17) California Business and Professional Code, Sec. 17200.
18) Sparks.

흡연과 어린이에 대한 주 검찰총장의 권고

비록 Old Joe Camel에 의한 광고가 어린이를 흡연하게 하는 광고라는 것이 주장의 주된 초점이지만, 어린이들이 흡연을 못하도록 하는 주된 방법은 단순히 담배광고를 공격하는 것이 아니라 오히려 청소년에게 담배를 판매하는 것을 금지하는 법을 진정으로 집행하는 것이라고 믿는 사람들도 있다.[19]

이러한 염려와 일치하여 25개 주의 검찰총장들은 1994년 12월 30일 미성년자에게 담배를 불법적으로 판매하는 문제에 관한 보고서를 냈다. "No Sale : Youth Tobacco and Responsible Retailing"이라는 제목의 이 보고서는 검찰총장실에 의하여 8개월에 걸친 연구의 결과인데, 이 보고서에 의하면, 전국적으로 100만 갑 이상의 담배와 2,600만개의 컨테이너 분량의 연기가 나지 않는 담배가 매년 청소년들에게 불법적으로 판매되고 있다. 또한 이 보고서에 의하면, 매일 3,000명의 젊은이들이 처음으로 흡연을 시작하며 이러한 숫자의 1/4이 담배와 관련된 병으로 결국 사망한다. 이 보고서는 어른이 되고 난 이후에 처음으로 흡연을 시작하는 사람은 거의 없으므로 청소년에 대한 담배판매를 금지하는 것을 엄격히 준수하거나 젊은이들이 담배에 접할 수 있는 것을 철저하게 규제한다면 미국의 흡연은 상당히 감소할 것이라고 결론을 내렸다.

검찰총장실에서 보고서를 작성하기 위하여 일을 한 사람들은 담배의 판매관행을 조사하고 주요한 거래협회와 편의점, 주유소, 식품점, 약국, 할인상인 등의 대표자들과 회의를 가진 후, 담배소매상들이 담배판매에 관한 10가지 단계를 자발적으로 채택하라고 요구하였다. 이러한 단계는 (1) 판매원들을 체크하기 위하여 "비밀 고객"을 사용하는 것, (2) 담배제품이 판매될 때마다 담배를 사는 고객의 신분 증명서를 체크하도록

19) See Herbert Rotfield, "Don't Blame Cigarette Ads, Enforce Law on Minors," 61 Advertising Age 29, Dec. 5, 1994.

하는 전자가격스캐너를 사용하는 것, (3) 미성년자에게 담배를 판매하지 않는 것에 대하여 가계의 매니저가 더 책임을 지게 하는 조치를 채택하도록 하는 것, (4) 담배를 판매하는 사람들에 대하여 훈련을 시키는 더 좋은 프로그램의 개발, (5) 담배를 계산대에서 보이지 않는 곳 또는 잠겨진 케이스에 두는 것, (6) 법을 이행한다는 표지를 눈에 뛰도록 사용하는 것, (7) 젊음과 관련된 전시나 광고를 제거하는 것, (8) 소매가게에서 자판기를 없애는 것 등을 포함하고 있다.

담배광고금지의 효과성

담배광고를 전면적으로 금지했던 나라들을 연구해보면, 담배광고의 금지로 인하여 흡연인구가 전반적으로 상당히 감소되었다는 것이 나타난다. 1993년 Chief Economic Adviser of the Department of the Government of Great Britain은 여러 자료를 검토하여 광고는 담배의 소비를 증가시키는 경향이 있고 담배광고의 금지는 담배광고의 금지가 없었을 때의 흡연보다 흡연을 감소시키는 경향이 있다고 하였다. 가장 완전한 자료를 가지고 있는 나라, 예컨대 노르웨이, 핀랜드, 캐나다 그리고 뉴질랜드 등을 살펴본 위의 영국의 보고서는 위의 4개의 모든 국가에서 담배광고를 금지하거나 제한함으로써 전체적으로 담배소비가 감소했다는 것을 발견하였다.

뉴질랜드 정부가 의뢰하여 행해진 것으로서 1970년부터 1986년까지의 33개 국가에 대한 연구는 24개의 자유시장경제와 9개의 동유럽의 중앙통제경제를 대상으로 한 것이었다. 이 연구가 일반적으로 발견한 것은 "담배광고에 대한 정부의 통제정도가 크면 클수록 연간 평균담배소비비율의 감소와 젊은이들의 흡연비율의 감소는 더욱 커진다"라는 것이었다.[20]

---

20) New Zealand Toxic Substances Board, health or Tobacco : An End to Tobacco Advertising and Promotion, New Zealand Department of Health, xxix (1989).

이 보고서는 담배광고를 전면적으로 금지한 국가에서는 담배광고를 부분적으로 금지한 국가에서보다 담배소비가 4배나 빨리 감소한다고 결론을 내렸다. 이와는 대조적으로 사실상 담배광고를 제한하지 않고서 담배가 광고된 국가에선 매년 1.7%의 담배소비가 증가하였다. 담배광고가 완전히 금지되거나 엄격하게 제한되는 국가에서의 젊은이의 흡연비율은 담배광고가 덜 제한되는 국가에서보다 훨씬 더 급격하게 감소하였다. 이 보고서는, 다른 요소들이 그대로라면, 담배광고를 금지하면 담배소비와 담배보급은 금지하지 않았을 때보다 그 정도가 낮을 것이라고 결론을 내렸다.

최근 몇 년동안 일반인들이 흡연의 건강상의 위험을 점점 더 알게 됨으로써 담배광고는 상당히 변화하게 되었다. "더 많은 수의 의사들이 특정한 담배를 권고했다"고 하거나 "과학적인 연구가 특정한 담배의 흡연에 대한 건강성을 입증했다"는 식의 1950년대와 1960년대의 광고는 이제 건강이라는 메시지를 말에 의하여 표현하지는 않을지라도 사람이나 건강을 상징하는 그림을 나타내는 세팅을 보여 줌으로써 건강성을 전달하는 시각적인 이미지로 대체되었다. 이와 같이 어떠한 말에 의하지 않는 테크닉은 긍정적인 반응을 얻는데 매우 효과적일 수 있다.[21] 그러나 흡연이 독립이나 개인주의 그리고 사회적으로 교양이 있다는 것(social sophistication) 등을 표현하는 것으로 묘사된 경우와 같이 어떠한 이미지를 이용하는 광고(image advertising)는 전통적으로 규제의 대상이 아니었다. 젊은이들이 흡연을 하게 하고 계속 흡연하도록 하는 이미지를 이용한 광고가 효과가 있다는 것은 젊은이들 사이에 가장 인기있는 3가지 종류의 담배 즉, Marlboro와 Newport 그리고 Camel이 이미지를 기초로 하는 광고를 상당히 많이 이용한다는 사실에 의하여 증명된다.[22] 말보로 담배에 종종 사용되는 카우보이의 이미지와 카멜

21) See Reed, O. Lee & D. Whitman, A Constitutional and Policy-Related Evaluation Prohibiting the Use of Certain Nonverbal Techniques in Legal Advertising, 2 B.Y.U. L. REV. 265-338 (1988).

담배를 광고하기 위하여 사용되는 Joe Camel의 만화 캐릭터는 어른보다는 어린이들에게 더 호소력이 있는 것으로 간주되는 이미지이다.[23] 담배를 광고하는데 있어서 mild, light, fresh, natural이라는 용어와 기타 이와 유사한 표현을 사용하는 것은 비록 그것이 건강한 생활방식을 공공연하게 언급하는 것은 아니지만 흡연이 건강한 생활방식과 일치한다는 이미지의 광고를 나타내는 것이다. 이러한 이미지들은 담배회사가 테니스대회나 자동차경주와 같이 운동경기를 증진하고 지원하는 것과 운동경기가 열리는 운동장에 종종 눈에 띄게 광고를 전시해 놓는 것과 일치하는 것이다. 이러한 운동경기는 (종종 많은 수의 젊은이들이 직접 지켜볼 뿐만 아니라) TV에 의하여 수백만 명의 사람들이 지켜보게 된다. 이와 같은 식으로 미국의 방송은 기술적으로 말한다면 담배방송광고가 없음에도 불구하고 담배광고물을 계속 보여주는 것이라고 할 수 있다.

담배회사는 경제적인 목적에서 담배를 판매하려고 노력하고 있으므로 담배회사에게 있어서 절연하거나 사망한 사람들을 새로운 흡연자들(종종 젊은이들)에 의하여 대체시키는 것이 매우 중요하다. Phillip Morris사와 R.J. Reynolds사는 Joe Camel 광고의 비판에 대응하여 어린이들에게 흡연에 관하여 교육시키는 운동을 하였다. 이 운동은 흡연을 어른들의 행위로 묘사하고 따라서 어린이들은 흡연을 할 것인지를 결정하기 전에 법적으로 흡연을 할 수 있는 나이가 될 때까지는 기다려야 하는 행위로 묘사한다. R.J. Reynolds사는 Tobacco : Helping You Say No라는 이름의 소책자를 정부, 학교 위원회, 지역사회 그룹 그리고 이 책을 원하는 부모에게 나누어 주었다. 그러나 이 소책자에는 흡연으로 인한 건강과 중독에 대한 효과가 전혀 언급되어 있지 않다. 이 소책자에는

22) Atkin, P.P., D.S. Leathar, F.J. Squair, Children's Awareness of Cigarette Advertisements and brand Imagery, 82 BRITISH J. ADDITION, 615-622 (1987).

23) Santon A. Glantz, Removing the Incentive to Sell Kids Tobacco. A Proposal. 269 J. AM. MEDICAL ASSOCIATION 793-794 (1987).

청소년들의 흡연에 대한 영향을 나타내는 자료는 없다.

담배를 광고하는 자들은 수년동안 광고가 필연적으로 시장의 분배에는 영향을 주지만 소비수준에는 영향을 주지 않는다고 주장해 왔다. 또한 이들은 담배광고가 젊은이들로 하여금 흡연을 시작하는 것을 결정하게 한다는 주장을 부정해 왔다. 담배광고와 특히 젊은이들에 의한 담배소비와의 사이에 명확한 인과관계가 있다는 것을 발견한다는 것이 가능할 수 있는 것은 아니다. 그러나 담배광고를 제거함에 따라서 젊은이들의 흡연이 감소하는 것을 나타내는 것으로서 담배광고를 금지하거나 엄격하게 제한한 외국의 통계자료가 뜻하는 취지는 담배광고가 젊은이들이 흡연을 결정하는데 매우 중요한 요소라는 주장에 대한 근거를 제공하고 있다.

담배광고는 청소년과 어린이에게 호소하는 이미지와 논조(theme)에 의하여 계속해서 특징 지워질 것이므로 젊은이들에게 흡연을 매력적인 것으로 만드는 담배광고의 특성을 제한하는 조치가 고려되어야 한다. 보스턴, 덴버, 포틀랜드, 뉴욕, 시애틀, 샌프란시스코 그리고 유타주 등의 도시와 주에서 버스와 기타 차량에 담배광고를 금지하는 것과 같이, 주정부나 지역정부의 광고에 대한 통제가 또한 고려될 수 있다. 여러 주에 걸쳐서 행해지는 광고는 여러 가지의 담배광고규제 노력의 대상이 되지 않지만, 한 주의 지리적인 영역 내에서 생기는 것으로서 버스나 기타 차량에 광고하는 것과 같은 완전히 지역적인 광고행위는 지역정부에 의하여 규제되어야 하는데, 이러한 규제는 수정 헌법 제1조에 의하여서만 제한을 받을 뿐이다. 또한 게시판에 담배를 광고하는 것에 대하여 제한하는 것도 지역정부가 통제하기에 적합한 대상이다. 건강에 해로운 제품(특히 담배와 알코올 제품)을 광고하기 위하여 종종 많은 미성년자가 있는 비교적 가난한 지역에서 게시판에 광고하는 것은 미국의 많은 도시에서 관심과 비판을 불러 일으켰다. 이와 유사하게 미성년자에게 담배판매를 금지하는 법을 활발하게 이행하기 위한 각 지역정부의 노력은 연방법의 우선적용(preemption)의 문제를 야기하지 않았다. 연

방정부에 의한 우선(preemption)은 담배에 대한 건강상의 위험에 대한 경고를 요구하는 법문을 변경시키는 것과 같이 연방법에 의하여 명령된 것과 일치하지 않는 조치에 한정되어야 한다. 이 것은 최근의 Mangini 케이스에서의 연방법우선적용에 관한 결정과 일치하는 것이다.

서로 다른 인종이나 성별 그리고 사회적인 계급이 담배광고에 반응하는 것뿐만 아니라 젊은이들이 담배광고에 대하여 반응하는 쟁점에 대한 연구도 심도 있게 행하여져야 한다. 담배광고는 젊은이들의 자아와 사회화에 대한 이미지를 계속 제공하고 있고 흡연과 흡연의 광고에 대한 관계에 대한 심층적인 연구는 보다 더 잘 이해하는데 있어서 없어서는 안되는 것이다. 또다른 한편으로는 흡연을 결정하는 것은 어른들을 위한 선택이라는 담배회사의 주장과 모순되는 광고관행은 연방정부의 기관에 의한 면밀한 조사의 대상이 되어야 하며 또한 캘리포니아주의 Mangini 케이스에서와 같이 rivate attorney general[24]로서 행동하는 개인에 의한 소송이 가능한 지역에서도 면밀한 조상이 되어야 한다. 미성년자가 담배를 구입하는 것을 금지하는 법을 이행하려는 지역정부의 노력은 1994년의 검찰총장들의 보고서에 권유된 방침과 함께 담배소비를 억제하려는 전략의 일부분이 되어야 한다. 이러한 법을 효과적으로 이행하면 젊은이들이 흡연을 시작하도록 장려하는 광고행위를 어느 정도 둔하게 할 것이다. 그러나 공공의 건강에 책임이 있는 관리는 담배광고에 나타난 메시지와 일반인, 특히 흡연을 시작하지 않은 젊은이들이 이러한 메시지에 대하여 어떠한 반응을 일으키는가에 초점을 맞추어야 할 것이다. 담배를 방송광고의 대상에서 제거시키는 것이 흡연을 건강하고 활기찬 사람들의 행위로 묘사하는 광고를 금지하지는 않았다. 이와 같이 묵시적으로 이미지를 전달하는 광고에 대한 제한은 담배광고와 labeling에서 흡연의 건강상의 위험에 대한 경고를 더 눈에 띄게 하고 효과적인 것으로 하려는 노력과 함께 수행되어야 한다.

---

24) 이 개념은 사적 당사자가 상당수의 사람들을 대신하여 공익을 위한 입법이 추구하는 목적을 증진시키는데 성공하였다면 그 당사자는 변호사비용을 포함한 법적 비용을 회수할 수 있다고 하는 것이다 [역자 주].

Das Widerrufsrecht in neueren Verbraucherschutzgesetzen

Prof. Dr. Manfred Wolf*

I. Vertragsbindungen in Konflikt mit Verbraucherschutz

1. Im Vertragsrecht gilt seit langen Zeiten der Grundsatz, daß die Parteien, nachdem sie sich geeinigt haben, an ihre Willenserklärungen und den daraus abgeleiteten Vertrag gebunden sind (pacta sunt servanda)[1]. Nur bei eng begrenzten Willensmängeln sieht das BGB ein Anfechtungsrecht vor (§§ 119, 123), das die nachträgliche Beseitigung des einmal geschlossenen Vertrags erlaubt, dabei den Anfechtenden aber zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet(§ 122 BGB), sofern er nicht gemäß § 123 BGB arglistig getäuscht oder bedroht worden ist. Die Bindung an den Vertag bleibt nach den hergebrachten zivilrechtlichen Grundätzen darüberhinaus aber gerade auch dann bestehen, wenn der Kunde einen Vertrag übereilt und ohne gründliche Überlegung geschlossen hat. Weder im Falle eines bloßen Motivirrtums noch im Falle der nachträglichen Reue läßt das BGB eine Lossagung vom einmal geschlossenen Vertrag zu[2]. Unüberlegt

* Universität Frankfurt/M, Bundesrepublik Deutschland

1) S. Larenz, Allg. Teil, 7.Aufl. 1989, § 2IIe

2) Zur Unbeachtlichkeit des Motivirrtums s. etwa *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 20 II b; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl. 1996, § 119 Rn 58

abgeschlossene Verträge sieht das BGB lediglich unter den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB als unwirksam an.

2. Das Festhalten an der umfassenden Vertragsbindung hat es geschäftserfahrenen Anbietern ermöglicht, ihre Produkte und Leistungen bei weniger geschäftsgewandten Kunden abzusetzen, ohne daß sich die Kunden zuvor über die Risiken dieser Produkte und deren angemessenen Marktpreis adäquat informieren konnten. Wurden die Risiken und die Überteuerung den Kunden später bewußt, so konnten sie sich vom Vertrag nicht mehr lossagen. Damit war zwar dem zivilrechtlichen Anliegen der Bindung an den einmal geschlossenen V ertrag Genüge getan. Das Anliegen des Verbrauchers sich in ähnlicher Weise umfassend wie der Anbieter über die Vertragsleistung informieren zu können, blieb jedoch unberücksichtigt. Als Folge eines verstärkten Bemühens um eine Verbesserung des Verbraucherschutzes [3] konnte des Festhalten des Verbrauchers an seiner unvorbereitet getroffenen Vertragsentscheidung nicht mehr ohne weiteres gerechtfertigt werden. Dies gab Anlaß zu einer Einschränkung der althergebrachten strengen Vertragsbindung durch die Einführung von Widerrufsrechten in einigen Verbraucherschutzgesetzen. Ob und inwieweit eine solche Einschränkung der Vertragsbindungen gerechtfertigt und dem Schutze des Verbrauchers dienlich ist, soll im folgenden überprüft werden.

---

3) Vgl. zur Betonung des Verbraucherschutzes im EG-Vertrag Art. 129a und Art. 100a Abs. 4 EGV

II. Überblick über die Einführung von Widerrufsrechten

1. Nachdem in den 60er Jahren in großem Umfang ausländische Investmentanteile bei deutschen Kapitalanlegern abgesetzt worden waren und nach anfänglichen Gewinnen für die Anleger erhebliche Verluste entstanden, erließ der deutsche Gesetzgeber im Jahre 1969 ein Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile (AuslInvestmG)[4], worin den Käufer ausländischer Investmentanteilen zum ersten Mal ein Widerrufsrecht eingeräumt wurde(§§ 11 Abs. 1 AuslInvestmG). Zweck dieses Widerrufsrechts ist es nach der Gesetzesbegründung, den Käufern von ausländischen Investmentanteilen einen Schutz vor den Risiken der zumeist an der Haustür und in der Wohnung abgeschlossenen Verträge zu gewähren, bei denen geschulte, mit modernen Verkaufstechniken vertraute Vertreter die Anleger zum Vertragsschluß überredeten. Die darin liegende Ungleichheit der Verhandlungsposition und das damit verbundenen Überraschungsmoment werden ausdrücklich als Grund für das Widerrufsrecht genannt.[5]

Im Anschluß an das InvestmG wurde im Jahre 1970 auch den Erwerbern von Investmentanteilen inländischer Kapitalanlagegesellschaften durch § 23 Abs. 1 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG)[6] ein Widerrufsrecht gewährt.

---

4) S. Gesetz vom 28. 7. 1969 BGBl. 1969 I, S. 986

5) S.BT-Drucks 5/3494 S.23

6) v. 16. 4. 1957 in der Fassung vom 14. 1. 1970, BGBl. 1970 I S. 127

2. Ein weiteres Widerrufsrecht sieht das im Jagre 1976 in Kraft getretene Fernunterrichtsschutzgesetz (FernUSG) in seinem § 4 Abs. 1 vor.[7] Maßgebend für die Einführung dieses Widerrufsrechts war die Erwägung, daß der Unterrichtsteilnehmer prüfen können soll, ob der Fernlehrgang seinen Erwartungen entspricht und er den Anforderungen des Fernlehrgangs gewachsen ist.[8] Aus diesem Grunde beginnt die Widerrufsfrist auch erst nach Eingang der ersten Lieferung des Unterrichtsmaterials und wird auf 2 Wochen ausgedehnt.

3. Während der Verkauf durch geschulte Vertreter an der Haustür beim AuslInvestmG auf einen bestimmten Vertragsgegenstand, den Kauf von Investmentanteilen, begrenzt ist, knaüpft das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und änlichen Geschäften(HaustürWG)[9] mit seinen tatbestandlichen Voraussetzungen generell an den Geschäftsabschluß in bestimmten für den Vertragsabschluß ungeeigneten Situationen an. Maßgeblich für die Gewährung eines Widerrufsrechts war dabei die Überlegung, daß der Verbraucher sich in diesen Situationen aus unsachgemäßen Gründen zum Vertragsabschluß gedrängt fühlen könte und daß ihm dabei regelmäß-ig der für einen Markt- und Preisvergleich erforderliche Uerblick fehlt.[10]

4. Ein weiteres Widerrufsrecht wurde dem Verbracuher durch § 7

---

7) Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht v. 24. 8. 1976, BGBl. 1976 I S. 2525
8) BT-Drucks 7/4245 S.19
9) Gesetz v. 16.1.1986, BGBl. 1986 I, S. 122
10) S. etwa BT-Drucks 10/2876 S. 6f

Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) eingeräumt. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit diesem Widerrufsrecht dem Verbraucher eine Überlegungsfrist zur Verarbeitung der gemäß § 4 VerbrKrG gegebenen Informationen einzuräumen und ihm im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung sowie im Hinblick auf die Tragweite und Schwierigkeit der Vertragsmaterie eine befristete Lösungsmöglichkeit zu geben, um anfällige Kreditverhältnisse, mit denen sich ein Verbraucher finanziell übernimmt erst gar nicht entstehen zu lassen.[11]

5. Schließlich sieht auch das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) in dem neu eingefügten § 8 Abs. 4 ein Widerrufsrecht vor. Auch hier soll für den Versicherungsnehmer als Verbraucher nach Abschluß des Vertrages noch einmal die Möglichkeit des Überdenkens bestehen.[12]

III. Befreiung von der Vertragsbindung und Widerrufszwecke

Die den einzelnen Widerrufsrechten zugrunde liegenden Schutzzwecke bedürfen der Überprüfung im Hinblick darauf, ob sie die teilweise Aufhebung des althergebrachten Grundsatzes der Vertragsbindung zu rechtfertigen vermögen.

1. Trotz unterschiedlicher Regelungen im Detail lassen sich die Schutzzwekke der einzelnen Widerrufsrechte auf gewisse gemeinsame

11) BT-Drucks 11/5462 S. 21; ähnlich zur früheren Regelung in § 1 AbzG BGH v. 25. 4. 96 X ZR 139/94

12) BT-Drucks 11/8321 S.12

Grundlagen zurückführen.

a) Gemeinsame Grundlage für eine erste Gruppe von Widerrufsrechten sind die besonderen Schwierigkeiten des Vertragsgegenstands. Hier sind insbesondere das Widerrufsrecht nach dem Fernunterrichtsschutzgesetz und nach dem Versicherungsvertragsgesetz zu nennen. Dabei steht beim Fernunterrichtsschutzgesetz im Vordergrund die Schwierigkeiten, die Eignung des Unterrichtsmaterials für den Ausbildungserfolg feststellen zu können. Da das Unterrichtsmaterial eine gewisse Vorbildung voraussetzt(z.B. Abitur oder nicht), und die pädagogische Eignung des Materials sowie die Qualität des vermittelten Wissens ebenso der Üoerpraüfung bedarf wie der Zeitaufwand für die Wissensaneignung, soll dem Fernunterrichtsschüler Gelegenheit geboten werden, sich dieser Schwierigkeiten wä hrend der Widerrufsfrist bewußt zu werden und den Vertragsabschluß im Hinblick darauf noch einmal zu überdenken.

Beim Versicherungsvertrag bestehen die Schwierigkeiten in der Komplexität der Vertragsgestaltung. Es bedarf der sorgfältigen Üoerlegung und Prüfung, welche Risiken durch die Leistungsbeschreibung erfaßt werden oder durch Risikoausschlüsse oder Risikobegrenzungen ausgenommen sind. Dieses Leistungsangebot soll, selbst wenn es beim Vertragsabschuß besprochen wurde, noch einmal überlegt und im Hinblick auf die damit verbundenen Belastungen überdacht werden können.

b) An den Vertragsgegenstand knüpft auch das Verbraucherkreditgesetz an. Hier sind es aber neben der Schwierigkeit der Vertragsmaterie vor allem die finanziellen Belastungen und die leichte Verführbarkeit der Kreditaufnahme, vor denen das Widerrufsrecht

schützen soll.

c) Allein an die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrags knüpft das HaustürWG an, wobei der Gegenstand und der Inhalt des Vertrags grundsätzlich gleichgültig sind, sofern es sich nur um Verträge über eine entgeltliche Leistung handelt[13]. Maßgebend ist die überraschende und psychologisch bedrängende Abschlußsituation, in der es im Regelfall an der erforderlichen Marktinformation fehlt. Obwohl auf den Kauf von ausländischen und inländischen Investmentanteilen und damit auf einen bestimmten Vertragsgegenstand gerichtet, ist auch das AuslInvestmG und im Kapitalanlagengesetz vorgesehene Widerrufsrecht durch die besondere Art und Weise des Zustandekommens des Vertrags veranlaßt, da die Vertragverhandlungen außerhalb der ständigen Gesch äftsräume stattgefunden haben müssen.

d) Neben den am Vertragsgegenstand und am Zustandekommen orientierten besonderen Schutzzwecken ist allen Widerrufsrechten der Verbraucherschutz als allgemeiner Schutzzweck gemeinsam. Die Begrenzung auf den Verbraucherschutz ergibt sich in der Regel daraus, daß den in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelnden Personen das Widerrufsrecht nicht zusteht, mögen dafür in den verschiedenen Gesetzen auch unterschiedlichen Formulierungen gewählt sein.[14] Lediglich das

13) Streiting ist, ob Bürgschaftsverträge darunter fallen, verneinend BGH NJW 1991, 975; bejahend BGH NJW 1993, 1013=LM H.7/1993 HWiG Nr. 12m. Anm. *Pfeiffer*, für Vorlage an EuGH jetzt BGH NJW 1996, 930; bejahend für Sicherungsverträge BGH NJW 1996, 55=LM H.2/1996 HWiG Nr. 18/19m. Anm. *M. Wolf*, Versicherungsverträge sind gemäß § 6 Nr. 2 Haustür WG ausgenommen

14) S. im einzelnen § 1 VerbrKrG, § 6 Nr. 1 Haustür WG, § 11 Abs. 3 Nr. 1 AuslInvestmG, § 23 Abs. 2Nr. 1 KAGG, § 8 Abs. 4 Satz 5 VVG

Fernunterrichtsgesetz gewährt das Widerrufsrecht jedem Teilnehmer ohne Rücksicht auf seine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit. Der Sache nach steht aber auch hier der Verbraucherschutz im Vordergrund, weil das Unterrichtsmaterial grundsätzlich der Ausbildung dient und damit typischerweise einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zeitlich vorgelagert ist.

Nach seinem Inhalt ist der vertragliche Verbraucherschutz darauf gerichtet, die gestörte Vertragsparität zwischen Gewerbetreibenden[15] einerseits und Verbrauchern andererseits auszugleichen.

aa) Die gestörte Vertragsparität beruht zum Teil auf der wirtschaftlichen Überlegenheit, die den Gewerbetreibenden vom Vertragsabschluß mit dem einzelnen Verbraucher unabhängig macht und dem Gewerbetreibenden eine Verhandlungsposition des take it or leave it ermöglicht. Das Widerrufsrecht vermag ein Verhandlungsungleichgewicht von dieser Art im Regelfall nicht zu beseitigen, da die Verhandlungsstärke des Gewerbetreibenden gerade darauf beruht, daß der Verbraucher den Vertrag benötigt oder doch wünscht und ein Widerrufsrecht daran nicht ändert. Da das wirtschaftliche Ungleichgewicht aber zumindest eine einseitige Gestaltung der Vertragsbedingungen zu Lasten des Verbrauchers zur Folge hat, ist hier die Inhaltskontrolle nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes der adäquate Schutz, indem der Vertrag mit angemessenen Vertragsbedingungen aufrecht erhalten wird.

bb) Das Verhandlungsgleichgewicht kann aber auch durch

15) Dem Begriff des Gewerbetreibenden werden hier alle selbständig Erwerbstätigen zugerechnet, die gemäß einer vielfach üblichen Definition gewerblich oder(selbständig) beruflich tätig sind

unzureichende Erfahrung und Informationen verursacht sein oder der Verbraucher fühlt sich psychologisch in einer unfreien Verhandlungsituation[16], die seine Entscheidungsfreiheit beim Vertragsabschluß beeinträchtigt. Unter solchen Umständen kann die Entscheidung für den Vertragsabschluß wie auch die Zustimmung zu einzelnen Vertragsbedingungen durch unsachgemäße Vorstellungen beeinflußt sein. Ein Widerrufsrecht ermöglicht hier innerhalb der Widerrufsfrist ein nochmaliges Überdenken der Vertragsentscheidung unter verbesserten Entscheidungsvoraussetzungen, insbesondere aufgrund besserer Information und ohne psychologischen Abschlußdruck. Das Widerrufsrecht dient hier einmal dazu, den Vorbereitungsvorteil des Gewerbetreibenden auszugleichen, der seine Vertragsangebote sorgfältig vorbereiten kann, bevor er sie auf den Markt bringt. Es ermöglicht dem Verbraucher, während des Laufs der Widerrufsfrist, diesen Vorbereitungsvorteil durch nachträgliche Einholung von Informationen und ein nochmaliges Überdenken abzubauen. In gleicher Weise kann sich der Verbraucher während der Widerrufsfrist dem psychologischen Abschlußdruck entziehen und eine unbeeinflußte Entscheidung darüber treffen, ob er am Vertrag festhalten oder sein Widerrufsrecht ausüben will. Die Entscheidung, eventuell am Vertrag festzuhalten, wird noch dadurch erleichtert, daß die Inhlatskontrolle nach dem AGB-Gesetz gerade dann weiterhin möglich bleibt, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht ausübt.

2. Soweit das Widerrufsrecht das gestörte Verhandlungsgleich-

16) Die bedrängende und überrumpelnde Situation wird in der Begründung des HautürWG ausdrüchlich erwähnt, s. BT-Drucks 10/2876 S. 6, 7

gewicht wiederherstellt, vermag es die Befreiung des Verbrauchers von der Vertragsbindung grundsätzlich zu rechtfertigen. Die Vertragsbindung sieht im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutz des Verbrauchers im Geschäftsverkehr vor, daß die Vertragsparteien an der zustandegekommenen Einigung festhalten werden und sich nicht mehr beliebig davon lossagen können. Dies setzt aber voraus, daß die Einigung auf einer selbstbestimmten Entscheidung beruht, die jedem Vertragspartner verantwortlich zugerechnet werden kann.[17] Die Bedingungen für die verantwortliche Zurechnung der vertraglichen Einigung können nicht allein nach sittlich-ethischen Maßstäben der Treue zum gegebenen Wort festgelegt werden. Vielmehr ist im Interesse einer funktionierenden marktwirtschaftlichen Ordnung und im Interesse eines um einen gerechten Ausgleich bemühten Wirtschaftsverkehrs zu berücksichtigen, ob zwischen den Parteien ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht besteht, die jeden Teil die angemessene Wahrnehmung seiner Interessen ermöglicht und die Ausnutzung vorhandener Marktchancen nicht verschließt. Dazu gehört neben einer annähernd gleichen wirtschaftlichen Verhandlungsposition vor allem auch, daß dem Verbraucher die für eine sachgerechte Entscheidung erforderlichen Informationen nicht vorenthalten werden und seine Vertragsentscheidung nicht unsachgemäß beeinflußt wird.

Damit ist nicht gesagt, Daß sich der Verbraucher von jeder unangemessenen Entscheidung wieder lossagen darf. Auch den Verbraucher trifft vielmehr die Verantwortung, sich um die erforderlichen Informationen für eine sachgerechte Entscheidung

17) S. Larenz, Allg. Teil, § 2 II e mit § 191, S. 336Befreiung des Verbrauchers von

selbst zu bemühen. Unterläßt er die dafür zumutbare Anstrengungen, so muß er gleichwohl für seine Entscheidung einstehen und darf sich dann nicht durch ein Widerrufsrecht von der Vertragsbindung lösen.

Bei der Entscheidung für oder gegen Widerrufsrechte geht es deshalb um eine Abwägung, ob die für das Widerrufsrecht vorgebrachten Gründe eine ausreichende Rechtfertigung dafür abgeben, den Verbraucher von seiner Verantwortung für den Vertragsabschluß zu entbinden.

3. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die einzelnen Begründungen für das Widerrufsrecht, so sind Widerrufsrechte, die an die Schwierigkeit des Vertragsgegenstandes (oben III 1a) oder an die psychologische und informationelle Unterlegenheit beim Zustandekommen des Vertrags anknüpfen (oben III 1c), grundsätzlich gerechtfertigt.

a) Wegen der Schwierigkeit des Vertragsgegenstandes kann ein Widerrufsrecht gerechtfertigt werden, wenn es sich schon beim Hauptleistungsgegenstand des Vertrag (essentialia negotii) um einen in kurzer Zeit nicht äberschaubaren komplexen Gegenstand handelt, der der gedanklichen Prüfung bedarf. Die Komplexität von Nebenpunkten und von Vorschriften betreffend die Vertragsabwicklung dürften für sich allein aber nicht als Rechtfertigung für ein Widerrufstecht ausreichen, da insoweit die richterliche Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz zur Verfügung steht, die den Verbraucher ausreichend schützt und deshalb ein Widerrufsrecht grundsätzlich entbehrlich macht.

Bei Versicherungsverträgen und bei Fernunterrichtsverträgen ist

danach das Widerrufsrecht grundsätzlich als berechtigt anzusehen, weil hier die vertragliche Hauptleistung nicht leicht überschaubar ist und die gründlichen Prüfung bedarf, um den Inhalt der angebotenen Leistung feststellen zu können. Bei Kreditverträgen kann dagegen die Komplexität der Hauptleistung nicht ohne weiteres angenommen werden, da die Kreditgewährung sowohl in Form als Darlehen wie in Form der Ratenzahlung im allgemeinen leicht zu überschauen ist und mit den Angaben in § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 im allgemeinen eine rasche Information über die zu erbringende Gegenleistung möglich ist.

b) Ein Widerrufsrecht läßt sich im Falle einer psychologischen und informationellen Unterlegenheit des Verbrauchers beim Vertragsabschluß rechtfertigen, weil der andere Vertragsteil hier die unterlegene Verhandlungsituation entweder bewußt schafft oder doch die unterlegene Verhandlungsituation erkennen kann. Wenn er diese zu seinem Vorteil ausnutzt, so kann er sich wegen der von ihm zu vertretenden Überrumpelung nicht auf die Vertragsbedingungen berufen. Aus diesem Grunde sind sowohl das Widerrufsrecht nach dem HaustürWG wie auch die Widerrufsrechte beim Kauf von ausländischen und inländischen Investmentsanteilen berechtigt.

c) Die Begründung, den Verbraucher vor eigenen unüberlegten Entscheidungen zu schützen, sollte dagegen wegen der grundsätzlichen Eigenverantwortung des Verbrauchers für seine Entscheidungen nicht als Grundlage für ein Widerrufsrecht anerkannt werden. Die berechtigte Ablehnung eines sog. Reurechts durch das BGB, darf nicht durch die Einführung allzu weitgehender Widerrufsrechte unterlaufen werden. Die Rechtfertigung des Widerrufsrechts in § 7 VerbrKrG mit dem Schutz des Verbrauchers gegen die finanziellen Belastungen und

die leichte Verführbarkeit bei Kreditverträgen[18] erscheint so gesehen nicht als ausreichend.

IV. Die Ausgestaltung des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[19] ausgeübt mit der Folge, daß ein rechtswirksamer Vertrag nicht zustande kommt. Der Widerruf muß grundsätzlich schriftlich erklärt werden, wobei aber die Form der eigenhändigen Unterschrift (§ 126 BGB) nicht eingehalten werden muß.[20]

1. Um die mit dem WIderrufsrecht verbundene Rechtsunsicherheit nicht allzulange andauern zu lassen, muß das Widerrufsrecht grundsätzlich innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden. Diese Frist beträgt bei den Widerrufsrechten nach § 11 Abs. 1 AuslInvestmG, § 23 Abs. 1 KAGG, § 4 Abs. 1 Fern USG und § 8 Abs. 4 Satz 1 VVG zwei Wochen. Gemäß § 1 Abs. 1 HaustürWG und § 7 Abs. 1 V erbrKrG ist dagegen die Widerrufsfrist auf eine Woche begrenzt. Während die Widerrufsfrist zum Teil auch ohne Widerrufsbelehrung entweder mit der Aushändigung des Verkaufsprospekts(s. § 11 Abs. 2 Satz 2 AuslInvestmG; § 23 Abs. 2 Satz 2 KAGG), mit der ersten

18) S : oben III lc

19) S.z.B. *Soergel/M. Wolf,* BGB, 12. Aufl. 1988, § 1 HWiG Rn 21; *Palandt/Heinrichs* § 2 HausTWG § 2 Rn 1

20) *Erman/Klingsporn/Rebmann,* BGB, 9. Aufl. 1993, § 1 HWiG Rn 2a; *Palandt/Putzo* § 2 HausTWG Rn 2; *Werner-Machunsky* § 1 HWiG Rn 276

Teillieferung des Unterrichtsmaterials und der Aushändigung der Vertragsurkunde(§4 Abs. 2 FernUSG) beginnt, setzen andere Widerrufsrechte gemäß §2 Abs. 1 Satz 2, 3 HaustürWG und §7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG oder gemäß §8 Abs. 4 Satz 3 VVG eine ordnungsgemäße Belehrung über die Widerrufsrechte in einer gesondert unterschriebenen Erklärung voraus. Ohne diese Belehrung erlischt das Widerrufsrecht gemäß §2 Abs. 1 Satz 4 HaustürWG erst einen Monat nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung und gemäß §7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG spätestens ein Jahr, nachdem der Verbraucher seine auf den Vertragsabschluß gerichtete Willenserklärung abgegeben hat oder nach §8 Abs. 4 Satz 4 VVG einen Monat nach Zahlung der ersten Prämie.

Während die ein- oder zweiwöchige Widerrufsfrist bei den auf der psycologischen und informatiellen Unterlegenheit beruhenden Widerrufsrechten des HaustürWG, des AuslInvestG und des KAGG grundsätzlich als ausreichend angesehen werden muß, um den Vertragsabschluß frei von psychischem Druck und mit nachgeholter Information zu überdenken, ist die ein- oder zweicwöchige Widerrufsfrist bei den mit der Schwierigkeit der Vertragsmaterie begründeten Widerrufsrechten nicht ohne weiteres ausreichend. Bei Versicherungsverträgen wird man eine zweiwöchige Frist zur Information und zur Überlegung über den Leistungsumfang allerdings als ausreichend ansehen können. Beim Fernunterrichtsvertrag wird die erste Teillieferung des Unterrichtsmaterials aber nicht ohne weiteres ausreichen, um sich ein ausreichendes Bild über die Qualität des gesamten Fernlehrgangs zu machen. Die Einräumung längerfristiger Mängelgewähransprüche wäre insoweit sicher die bessere Lösung.

Ebenso ist es bei den Kreditverträgen zweifelhaft, ob sich der

Kreditnehmer innerhalb der einwöchigen Widerrufsfrist die langfristigen Folgen der Kreditbelastung in ausreichender Weise klar vor Augen führen kann.[21] Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint das Widerrufsrecht bei Kreditverträgen wenig geeignet.

Die Überlegungsfrist soll dem Verbraucher grundsätzlich in voller Länge zur Verfügung stehen. Dies wird dadurch erreicht, daß die Absendung des Widerrufs innerhalb der Frist genügt und der Zugang nicht innerhalb der Frist stattfinden muß.[22] Die unzureichende Prüfungsmöglichkeit bei Fernunterrichts- und Kreditverträgen wird dadurch allerdings nicht beseitigt.

2. Dem Widerrufsberechtigten muß grundsätzlich eine Widerrufsbelehrung ausgehändigt werden, aus der er sich über das Widerrufsrecht, Beginn und Dauer der Widerrufsfrist sowie über Namen und Anschrift des Widerrufsempfängers informieren kann.[23] Um der Belehrung die gebührende Aufmerksamkeit zu verschaffen, muß sie grundsätzlich eine drucktechnisch deutliche Gestaltung aufweisen, darf keine anderen Erklärungen enthalten[24] und muß besonders unterschrieben werden,[25] so daß beim zumeist schriftlichen Vertragsabschluß zwei Unterschriften erforderlich sind.

---

21) *Medicus,* Schuldrecht Bes. Teil, 7.Aufl. 1995 Rn 136

22) § 2 Abs. 1 S. 1 HaustürWG; § 7 Abs. 2 S.1 VerbrKrG; § 8 Abs. 4 S. 2 VVG; § 4 Abs. 1 S.2 FernUSG; § 11 Abs. 2 S. 1 AuslInvestmG; § 23 Abs. 2 S.1 KAGG

23) § 2 Abs 1 S. 1 HaustürWG; § 7 Abs. 2 S.1 VerbrKrG; § 8 Abs. 4 S. 3 VVG; § 3 Abs. 2 Nr.5 FernUSG; § 3 Abs. 2 S. 4 AuslInvestmG; § 19 Abs. 2 S.4 KAGG

24) S. § 2Abs. 1 Satz 3 HaustürWG; dazu auch *Löwe* BB 1986, 826, 828

25) § 2Abs. 1 Satz 3 HaustürWG; 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG; § 3 Abs. 4 Satz 2 FernUSG

Aus dem Erfordernis der drucktechnisch deutlichen Gestaltung entnimmt die Rechtsprechung, daß die Erklärung klar und übersichtlich sein muß, vom sonstigen Vertragstext, z.B. durch Fettdruck hervorgehoben sein muß und auch dort wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, nicht mit anderen Erklärungen vermengt werden darf.[26] Da die Unterschrift unter die Widerrufsbelehrung nur als Beweis dafür dient, daß der Unterschreibende von der Belehrung Kenntnis genommen hat, nicht aber darüber, wann dies der Fall war, kann es nützlich sein, sich das Datum der Kenntnisnahme von der Belehrung noch zusätzlich bestätigen zu lassen. Aus dem Erfordernis einer gesonderten Unterschrift entnimmt der BGH sogar, daß sich die Unterschrift nur auf die Belehrung beziehen darf und nicht auch zugleich die Aushändigung der Belehrung bestätigen darf.[27] Da diese Bestätigung für den Beginn der Widerrufsfrist wichtig ist, bedarf es demgemäß beim Vertragsabschluß einer dritten Unterschrift. Damit ergibt sich aber die Gefahr, daß sich der eine besondere Aufmerksamkeit hervorrufende Effekt der Unterschrift abnutzt.[28]

V. Die Rechtslage bis zur Ausüung des Widerrufsrechts

Durch die Ausüung des Widerrufsrechts wird der Vertrag nicht wirksam und entfallen alle Ansprüche aus dem Vertrag. Bereits

26) S.z.B. Palandt/Putzo, BGB, 55. Aufl. 1996, § 7 VerbrKrG Rn 6 mit § 2 HausTWG Rn 6; für eine einheitliche Auslegung trotz unterschiedlichen Wortlauts BGH NJW 1993, 64, 67

27) BGH NJW 1993, 64=LM H.2/1993 § 34 GWB Nr.29

28) So zu Recht *Pfeiffer* in Anm. LMH.2/1993 § 34 GWB Nr.29

erbrachte Leistungen müssen zurückgewährt werden.[29] Wird der Widerruf innerhalb der Frist dagegen nicht ausgeüt, so erlangt der Vertrag volle Wirksamkeit. Nicht eindeutig ist die Rechtslage während der Laufs der Widerrufsfrist.

Während einige Gesetze[30] vorsehen, daß der Vertrag an sich wirksam ist und durch den Widerruf nur die Bindung an den Vertrag betroffen ist(sog. schwebende Wirksamkeit), wird nach der Formulierung in § 1 Abs. 1 HaustürWG und § 7 Abs. 1 VerbrKrG die auf den Vertragsabschluß gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers und damit der Vertrag insgesamt erst wirksam, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung nicht fristgemäß widerruft. Daraus entnimmt die herrschende Meinung, daß der Vertrag vor Ablauf der Widerrufsfrist schwebend unwirksam ist.[31] Die schwebende Unwirksamkeit hat zur Folge, daß dem Vertragspartner des Verbrauchers weder Erfüllungsansprüche noch Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag zustehen.[32] Diese Rechtlosigkeit des anderen Vertragsteils entspricht in vollem Umfang dem verbraucherschützenden Zweck der Widerrufsrechte.

Problematisch ist die Annahme der schwebenden Unwirksamkeit aber insofern, als beim herkömmlichen Verständnis die schwebende Unwirksamkeit absolut für den ganzen Vertrag gilt und damit auch der Verbraucher keinerlei vertragliche Ansprüche zustehen. Der Verbraucher hätte deshalb z.B. bei einem Eigentumsvorbehaltskauf oder bei einem Finanzierungsleasingsvertrag, für die jeweils ein

29) S.insbesondere § 3 HaustürWG
30) § 11 AuslInvestmG; § 23 KAGG; § 4 FernUSG; § 8 Abs. 4 VVG
31) BGHZ 113, 222, 225; 119, 283, 295; BGH NJW 1995, 2290
32) S.etwa BGH NJW 1993, 64;BGH NJW 1996, 2367=LM H.10/1996 § 535 BGB Nr. 153m. Anm. *M. Wolf, Ollmann* WM 1992, 2005, 2009f

Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG besteht,[33] kein Recht zum Besitz und müßte die Sache zurückgeben, was insbesondere bei nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung den Verbraucher ein Jahr lang (s. §7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG) rechtlos stellen würde. Beim Eigentumsvorbehaltskauf stünde ihm kein Anwartschaftsrecht zu und er könnte keine Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel geltend machen. Diese Rechtlosstellung des Verbrauchers erscheint aber mit dem verbraucherschützenden Zweck der Widerspruchsrechte unvereinbar. Dieser Zweck verlangt es, daß dem Verbraucher schon in der Schwebezeit die vertraglichen Rechte zustehen und erst entfallen, wenn der Widerruf tatsächlich ausgeübt wird. Der Verbraucher könnte bei der von der h.M. angenommenen absoluten schwebenden Unwirksamkeit die vertraglichen Rechte zwar erlangen, wenn er auf sein Widerrufsrecht verzichtet. Zum Teil wird davon ausgegangen, daß der Verbraucher mit der Geltendmachung von Erfüllungsansprüchen in Kenntnis des Widerrufsrechts den Schwebezustand beendet[34] und damit praktisch auf sein Widerrufsrecht verzichtet.[35]

Ein solcher Verzicht würde aber dem Verbraucherschutz widersprechen und ist deshalb schon vom Gesetz nicht zugelassen.[36] Dem Verbraucher muß die volle gesetzliche Frist zur Überlegung zur

33) S. § § 1, 3 Abs. 2 Nr. 1 mit §7 VerbrKrG

34) S. MünchKomm/*Ulmer*, BGB, 3. Aufl. 1995, §7 VerbrKrG Rn 26; ähnlich schon *Knütel* AcP 185(1985), 308, 317; MünchKomm/*Habersack* §18 VerbrKrG Rn 4

35) Dafür Fuchs AcP 196(1996), 313, 349 ff, obwohl er Schriftform verlangt(S. 360), die aber beim bolßen Erfüllungsverlangen nicht vorliegt

36) S. § 5 Abs. 3 S.1 HaustürWG; §18 S.1 VerbrKrG;s. auch *Graf v. Westphalen /Emmerich/Kessler*, VerbrKrG, 1991, §7 Rn 44; *Palandt/Putzo* §5 HausTWG Rn 7;wenn diese Vorschriften von Vereinbarungen sprechen, so ist jedenfalls auch und in erster Linie die Willenserklärung des Verbrauchers gemeint, die keine gegenüber dem VerbrKrG nachteiligen Rechtsfolgen herbeiführen kann.

Verfügung stehen und es darf die Sanktion des unwirksamen Vertrags bei nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nicht aufgeweicht werden. Dem Verbraucherschutz kann statt dessen am besten dadurch Rechnung getragen werden, daß man von einer relativ schwebenden Unwirksamkeit ausgeht, die nur zu Lasten des anderen Vertragsteils, nicht aber zu Lasten des Verbrauchers besteht.[37] Dieser könnte danach seine vertraglichen Rechte schon während des Laufs der Widerrufsfrist geltend machen.[38] Der Wortlaut des Gesetzes ("wird erst wirksam") steht nicht entgegen,[39] weil eben auch eine relativ unwirksame Willenserklärung erst durch den nichterfolgten Widerruf voll wirksam wird. Für diese Lösung spricht auch, daß das Gesetz bei anderen Normen, die den unterlegenen Vertragsteil als Verbraucher, Mieter oder Arbeitnehmer schützen, die Unwirksamkeit immer nur insoweit eintreten läßt, als dies für den jeweiligen Schutz erforderlich ist, nicht aber zum Nachteil des Geschützten. Dies zeigen insbesondere zahlreiche sogenannte halbzwingende Normen.[40] Auch die Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz dient einseitig dem Schutz des unterlegenen Vertragsteils.[41] Es entspricht deshalb dem Schutz am besten, auch bei den verbraucherschützenden Widerrufsrechten

---

Im übrigen wäre im Hinblick auf das Vertragserfordernis für den Erlaß in § 397 BGB ohnehin zu klären, ob ein einseitiger Verzicht rechtswirksam und bindend ist

37) S. dazu *M. Wolf* in Anm.zu BGH LM H.10/1996 § 535 BGB Nr. 153; *Jauernig*, BGB, 7. Aufl. 1994, vor § 145 Anm. 6

38) Zu teilweise vergleichbaren Ergebnissen gelangt die Auffassung, die zu Lasten des anderen Vertragsteils, der nicht belehrt hat, den Rechtsgedanken des § 162 BGB heranzieht s. insbesondere *Knütel* AcP 185(1985), 308, 317

39) A.A.*Fuchs* AcP 196(1996), 313, 346f

40) § 5 Abs. 3 S. 1 HaustürWG; § 18 S. 1 VerbrKrG; § § 536 Abs. 3, 541 b Abs. 4, 549 a Abs. 3, 550 a, 550 b Abs. 3, 554 b BGB u.a.

41) S.etwa *M. Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 3.Aufl. 1994, § 9 Rn 4, 105

lediglich eine schutzzweck-begrenzte relative Unwirksamkeit anzuerkennen. Die damit verbundene relative Wirksamkeit ist auch dem nicht geschützten Vertragsteil zumutbar,[42] weil er bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung durch die kurze Widerrufsfrist keinen nennenswerten Nachteilen ausgesetzt ist und eine längerdauernde Phase der Unsicherheit durch eine ordnungsgemäße Belehrung vermeiden kann. Die relative Unwirksamkeit ist deshalb die sachgerechte Lösung.

42) A.A. *Fuchs* AcP 196(1996), 313, 347

새로운 消費者保護法律의 撤回權*

Prof. Dr. Manfred Wolf**
역자 : 崔 秉 珪***

》차 례《

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 민법이외에서의 소비자보호적 철회권
1. 성 립
2. 철회권의 소비자보호내용
3. 철회권을 부여해주는 行態
4. 철회권의 내용
5. 합의에 의한 법규정의 배제
6. 철회의 법적효과
Ⅲ. 민법내의 철회권
1. 성 립
2. 소비자보호적 철회권과의 비교
3. 중간결과
4. 소비자보호적 철회권과 형성권의 관계
5. 批 判
Ⅳ. 結 語

Ⅰ. 머리말

"타인에게 계약체결의 청약을 한 자는 그 청약에 기속한다"고 독일민법 제145조 제1문에 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 독일민법은 일정한 경우에는 이미 한 의사표시로부터 벗어날 수 있는 가능성을 예견하고 있다. 가령 의사형성에 瑕疵가 있을 때에 자신의 의사표시를 철회함으로써 그로부터 벗어날 수 있다. 또 계약의 진행과정에 장애가 발생한 경우에 종종 계약을 해제하거나 해지할 수 있다. 그렇지만 계약체

* 이 글은 wolf 교수가 1996년 3월 8일 고려대학교에서 행한 강연의 내용이다.
** 독일 프랑크푸르트대학 교수
*** 고려대학교 법학연구소 전임연구원 · 법학박사

결에 대한 청약자체는 원칙적으로 "철회"할 수 없다.

그러나 1960년대 말 이후로 입법자는 새로이 제정하는 법률에서 뿐만 아니라 오래전부터 존재하여 왔던 법률에 일방당사자가 자신의 의사표시의 기속력을 "철회"로써 사후에 다시 제거하는 것을 가능케 해주는 규정들을 추가하기 시작하였다.

II. 민법이외에서의 소비자보호적 철회권

1. 성 립

처음으로 1969년에 외국의 투자지분의 매수인에게 철회권을 부여하였다(독일 외국투자지분운영법≪이하 외국투자법이라 한다≫ 제11조 제1항). 그리고 나서 1970년에 내국 자본투자회사의 지분증서를 취득한 자에게도 철회권이 인정되었다(독일 자본투자회사법 제23조 제1항).

1974년에 독일 할부판매법에 할부구매자에게 철회권을 부여하는 제1b조~제1d조를 추가하였다. 1976년에 시행이 된 방송통신교육보호법은 제4조 제1항에, 또 1986년에 제정된 독일 방문판매 등에 관한 법률은 제1조 제1항에 계약철회규정을 두고 있다. 1990년에 보험계약법 제8조에 제4항으로 그러한 계약철회규정을 추가하였고 끝으로 독일 할부판매법 대신에 등장한 1990년의 소비자신용법 제7조 제1항(및 이 규정을 지시하는 제2조 및 제9조 제2항)에 의하여 의사표시를 철회할 수 있다.

2. 철회권의 소비자보호내용

1960년대 초에 독일에서는 외국투자지분에 대한 거래가 상당히 많이

이루어졌는데 이는 대부분 방문판매에 의한 것이었다. 이 때 몇몇의 국제 투자스캔들이 발생하였는데 그로써 독일 투자자들에게 많은 손해가 발생하였다. 이에 대해 입법자는 외국투자법에 있는 철회권을 가지고 외국투자지분을 매수한 자를 방문판매행위의 위험으로부터 보호하려고 하였다. 잘 훈련되고 현대적인 판매기법에 정통한 판매대리자들이 실제로는 유리하지 않은 계약에 관심을 가지는 사람들을 유혹하였다. 이후로 타법률들의 공식입법이유서에 소비자보호를 목표로 하고 있다는 표현을 찾아볼 수 있었다. 이 때문에 독일민법이 규정하고 있는 것과는 달리 그러한 철회권을 "소비자보호적"이라고 표현하는 것이 받아들여졌다. 따라서 이러한 표현을 아래에서도 사용한다.

3. 철회권을 부여해주는 行態

철회권이 있다고 언급된 사람들의 행위가 어떠한 공통점이 있어서 입법자가 그들의 일정한 계약체결을 향한 의사표시를 철회할 수 있도록 해주었는가 하는 물음이 제기된다. 이에 대한 해답의 실마리는 여러 구성요건 요소를 비교해보면 찾을 수 있다. 이때 해당 법률들을 다음과 같은 2개의 부류로 나누어 볼 수 있다.

1) 방송통신교육보호법, 보험계약법 및 소비자신용계약에 관한 법은 입법자가 계약대상의 특수성을 고려하여 철회권을 주었다. 이에 따라 방송통신수업에 참가하는 자, 1년이상의 기간으로 보험계약을 체결하는 자 또는 소비자신용계약을 체결하는 자가 철회권자이다.

2) 이에 반하여 외국투자법, 자본투자회사법 및 방문판매 등에 관한 법률이 속하는 제2부류는 계약성립의 종류 및 방법이 중요한 역할을 한다. 계약체결에 대한 동기가 구매자 내지 고객이 장래의 계약당사자를 찾고 또 계약을 체결하는 것과 같이 구매자 내지 고객에게 있을 때에는

그들에게는 철회권이 없다. 그러나 口頭에 의한 교섭을 통하여 매도인의 통상의 영업장소이외의 장소에서 체결된 때 및 고객이 그의 근무장소 또는 자택, 여흥장소, 교통기관 내에서의 갑작스런 권유에 의하여 하는 경우, 공공의 교통장소에서 유상의 급부에 관한 계약체결을 목표로 하는 의사표시를 하도록 口頭의 교섭에 의하여 계약이 결정된 경우에는 의사표시를 철회할 수 있다. 이 때 반대급부가 소액한계인 80 DM을 넘어야 하고 또 보험계약체결은 제외된다. 그러나 이러한 언급된 장소에서의 계약교섭이 매수인 내지 고객의 사전주문에 의하여 행하여진 경우에는 철회권은 존재하지 않는다.

4. 철회권의 내용

1) 공통규정

위에서 언급한 모든 법률에서 철회는 일방적인, 수령을 필요로 하는 의사표시로 되어 있는데 이때 그 도달은 독일민법 제130조 이하에 의하여 정하여진다. 그밖에 상이한 기간은 각각 제때의 발송에 의하여 준수된다. 이때 철회의 수령자는 遲延에 대한 위험을 부담하고 철회를 하는 자는 멸실위험을 부담한다. 끝으로 자신의 권리에 대하여 고지설명을 받은 철회권자는 철회를 할 때 있어서 근거제시를 할 필요는 없다.

2) 철회기간

철회는 다음의 기간을 준수하여 하여야 한다.

(1) 판매설명서의 교부후 2주의 기간을 준수하여 하여야 한다(외국투자법 제11조 제1항, 제2항 제2문).

(2) 제1의 방송통신교육교재가 서면으로 또는 오디오.비디오를 통하여 도달 또는 수신된 때로부터 2주의 기간을 준수하여 하여야 한다(방

송통신교육보호법 제4조 제1항 제1문). 이때 수강자가 자세한 계약증서의 등본을 보유하고 있는 경우에 한한다(동법 제4조 제2항).

(3) 보험계약의 서명후 2주의 기간을 준수하여 하여야 한다(보험계약법 제8조 제4항 제1문).

(4) 의사표시를 한 이후 1주의 기간을 준수하여 하여야 한다(소비자신용법 제7조 제1항, 방문판매 등에 관한 법률 제1조 제2항).

어떠한 경우이든 철회권자는 자신의 철회권에 대하여 그러한 권리가 있음에 대한 설명을 받아야 한다. 그런데 그러한 설명이 있어야만 기간이 비로소 개시되는 경우가 있다. 예를 들어 소비자 신용법 제7조가 그러하다. 즉 철회기간은 원칙적으로 소비자의 의사표시와 연결되어 있다(동 제1항). 그러나 소비자가 의사표시를 할 때 또 자신의 권리에 대하여 주지를 받은 경우에만 그러하다(동 제2항 제2문). 그 한도에서 권리주지의 시점도 대단히 중요하다. 이때 그 찍힌 날짜가 아니라 실제로 권리주지를 해 준 날짜가 기준이 된다.

3) 철회권의 주지

새로운 법률들에서는 순수한 주지 요청을 넘어서 주지시키기 위하여 특별한 형식을 요하는 규정이 들어가 있다. 가령 주지는 인쇄기술상 분명하게 작성되어 있어야 한다. 즉 명쾌하고 눈에 띄기 쉽게 주지사항을 그밖의 문구로부터 강조할 것(가령 진하게 인쇄하는 방법으로)이 요구되고 이때 또 그밖의 다른 설명을 섞어서는 안된다. 독일 보험계약법에서는 이러한 명문규정을 두고 있지 않더라도 동일하게 취급할 필요가 있다.

내용적으로 주지는 어떤 경우에서든 단순한 지시를 넘어서 철회권을 인식시켜야 한다. 이는 철회권의 중요한 표지(가령 존속기간, 始期, 기간준수, 철회권의 수령자의 이름 및 주소와 같은 것들)가 기재되어 있

어야 한다.

방송통신교육보호법 제3조 제4항 제2문, 방문판매 등에 관한 법률 제2조 제1항 제3문, 소비자신용법 제7조 제2항 제2문에 의하면 고지에 대해서는 그 수령자가 별도로 서명하여야 한다. 이러한 또하나의 형식요건에 의하여 고지에 대한 서명은 공간적으로나 내용적으로 계약체결에 대한 서명과 분리하여야 한다. 따라서 서면에 의한 계약에서 주지가 제대로 된 경우라면 2개의 서명이 필요하다. 주지하였음을 서면에 의하여 확인하도록 하는 취지는 철회권자가 주지사항에 대하여 주의를 더 기울이도록 하고 또 그로써 타방 당사자로 하여금 부가적으로 口頭의 설명을 하도록 하는데에 있다. 그러나 그 외관과는 달리 이러한 서명은 언제 철회권자가 주지를 받았는가에 대한 증거의 효력이 있는 것이 아니라 단지 주지를 인식했다는 점에만 연결이 된다. 이제 철회수령자는 주지의 시점에 대하여 입증책임을 져야 하기 때문에 날짜를 기재 함으로써 별도로 또 주지수령을 표현하는 방법이 추천할 만 하다(이는 철회권자의 제3의 서명을 의미한다.). 철회권자가 자신의 권리에 대하여 주지했다고 하는 계약약관은 독일 약관규제법 제11조 제15호를 위반하여 무효가 될 것이다.

4) 주지를 하지 않았거나 불완전하게 한 경우의 법적 효과

이러한 주지가 행하여지지 않았으면 기간은 개시되지 않는다. 이에 대한 예외는 시간적으로 앞서 제정된 두 개의 법률이다. 이 두 법률은 기간개시를 판매설명서(Verkaufsprospekt)의 교부와 결부시키고 있다. 이때 판매설명서는 각각 철회권 주지내용을 포함하고 있어야 한다.

주지가 행하여지지 않은 경우, 즉 예견된 기간이 개시하지 않은 경우에 철회권은

(1) 방송통신교육보호법 제4조 제3항에 의하여 양 당사자가 계약을 완전히 이행한 때에, 그러나 늦어도 제1의 방송교재 수령후 첫 6개월이

지나면 소멸한다.

(2) 방문판매 등에 관한 법률 제2조 제1항 제4문에 의하여 양 당사자측의 완전한 급부이행후 1개월이 지나면 소멸한다.

(3) 소비자신용법 제7조 제2항 제3문에 의하여 양 당사자의 완전한 급부이행에 의하여, 그러나 늦어도 소비자에 의한 신용계약체결의 의사표시후 1년이 지나면 소멸한다.

(4) 보험계약법 제8조 제4항 제4문에 의하여 제1회 보험료 지급후 1월이 지나면 소멸한다.

5. 합의에 의한 법규정의 배제

외국투자법 제11조 제5항, 자본투자회사법 제23조 제5항에 의하면 철회권은 원칙적으로 포기될 수 없다. 방송통신교육보호법 제10조, 방문판매 등에 관한 법률 제5조 제3항 제1문, 보험계약법 제15a조 및 소비자신용법 제18조 제1문에 의하면 잠재적인 권리자에게 불리하게 내용을 바꾸는 것은 무효이다. 가령 소비자의 철회권행사기간을 연장시켜주는 합의는 가능하다. 방문판매 등에 관한 법률 제5조 제3항 제2문, 소비자신용법 제8조를 주목할 필요가 있는데 이에 의하면 판매설명서에 의한 계약에서 철회권은 무조건의 반환권으로 대체할 수 있다.

6. 철회의 법적효과

계약의 운명이라는 견지에서 철회의 효과는 各法에서 달리 규정하고 있다.

1) 외국투자법 및 자본투자회사법에 의하면 매수인은 자신의 의사표시를 철회하지 않은 경우에만 그에 기속된다. 따라서 기속력은 의사표

시를 할 때 이미 성립한다. 그렇기 때문에 그로부터는 완전한 계약이 존재한다(다툼있음). 원상회복에 관한 특별규정도 이를 보조해 주고 있다. 그에 의하면 철회의 경우에 원래의 매매가격이 아니라 철회가 도달한 이후의 날의 지분의 현가액을 반환하도록 하고 있다. 철회는 이미 성립된 기속력을 사후에 다시 소멸시킨다.

2) 방송통신교육보호법 제4조 제1항에 의하면 수강자는 자신의 의사표시를 철회하면 그에 기속되지 않는다. 이 경우에도 방송통신수강계약이 철회되기 까지는 완전히 유효하다는 점에서 출발하고 있다. 그렇지만 철회는 의사표시를 행한 시점에로 소급하여 미친다.

3) 보험계약법에는 계약체결을 지향하는 의사표시가 철회될 수 있음을 예견하고 있다. 계약 자체의 운명에 대한 명시적 규정은 하고 있지 않다. 그런데 즉시의 보험보호를 부여할 경우에는 철회권이 존재하지 않는다는 예외를 두고 있다(보험계약법 제8조 제4항 제5문). 이 예외는 철회기간이 끝날 때까지는 계약이 유동적으로 무효임을 나타내 준다.

4) 방문판매 등에 관한 법률 및 소비자신용법에 의하면 의사표시는 철회권이 행사되지 않아야 비로소 유효하다. 따라서 계약은 철회기간의 경과까지 내지 철회의 의사표시가 행하여지기 까지 유동적으로 무효이다.

그러나 결과에서 기간에 맞게 행하여진 철회는 유효한 계약이 성립되는 것을 제지하는 것이다. 이미 이행된 급부에 관해서는 가령 부당이득법이나 계약해제에 관한 규정과는 달리 일부 특별규정을 두고 있다.

방송통신교육보호법에 의하면 수강자에게 사용위탁, 물건이용 또는 이미 받은 수업의 가액을 지급할 의무가 없다. 방문판매 등에 관한 법률 및 소비자신용법의 경우에는 물건(혹은 급부)을 규정에 맞게 사용

함으로 인한 가치감소는 고려하지 않는다(방문판매 등에 관한 법률 제3조 제3항).

수강자(또는 고객 혹은 소비자)의 철회는 물건의 멸실이나 상태가 나빠짐 혹은 기타의 사유로 인한 반환불가능으로 인하여 배제되지 않는다는 점이 주목할 만하다. 해당자가 상태악화 혹은 반환불가능에 대하여 책임이 있을 때에는 (감소)가액을 배상할 의무를 진다.

그러나 그들이 자신의 철회권에 대하여 주지를 받지 못한 경우에는 독일 민법 제277조를 준용하여 고의 및 중과실에 대해서만 책임을 진다.

III. 민법내의 철회권

1. 성 립

철회권은 민법에서도 등장한다. 특히 총칙과 채권각론에서는 자주 등장하고 또 친족.상속 편에서도 드물기는 하지만 등장한다. 이러한 권리에 대해서 공통분모를 도출해 내기는 쉽지 않다. 왜냐하면 그 기능과 요건이 다르기 때문이다. 그럼에도 불구하고 여기서 우선 개관을 쉽게 할 수 있도록 도와주는 분류를 최소한 시도는 해 보아야 할 것이다. 그 기능에 의하여 살펴보면 민법상의 철회권은 다음과 같이 분류할 수 있다.

1) 유동적으로 무효인 계약의 소멸

독일민법 제109조 제1항, 제178조 제1문, 제1366조 제2항 제1문, 제1427조 제2항 제1문 및 제1453조 제2항 제1문에 의하면 계약을 승인

하기 까지 타방당사자가 자신의 의사표시를 철회할 수 있고 또 그로써 성립했던 의무로부터 해방될 수 있다.

2) 의사표시의 도달전에의 철회

독일 민법 제130조 제1항 제1문에 의하면 격지자에 대한 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 유효하다.

2. 소비자보호적 철회권과의 비교

소비자를 보호하는 철회권에는 격지자에 대한 의사표시의 부도달이라는 상황도, 종래 행하여지지 않은 법률행위의 부도달의 상황도 존재하지 않고 또 그 철회권에는 계약을 종료시키는 기능도 없다. 소비자보호법에서의 철회권은 그 기능이 유동적으로 무효인 계약의 해소를 가능케 해주는 독일 민법 제109조 제1항, 제178조 제1문과 가장 유사하게 비교해 볼 수 있다.

부분적으로 철회는 종래 유동적이었던 계약을 종국적으로 무효로 만든다(방문판매 등에 관한 법률 및 소비자신용법). 그러나 그밖에는 공통점을 찾아 볼 수 없다. 몇몇의 예만 들자면 위에서 언급한 민법의 규정들은 항상 3당사자 관계에 관한 것이다(가령 계약상대방 — 미성년자 — 법정대리인).

계약의 유효는 여기에서 철회권자의 영향범위 내에 있지 않다. 철회권의 시간적 테두리는 어떤 확정된 기간에 매어 있지 않다. 이미 이행된 급부에 대해서는 특별한 규정이 없어서 이는 부당이득법에 의하여 반환청구를 하여야 한다. 냉정히 고찰해 보면 여기에는 같은 명칭을 가진 여러 도구가 존재한다는 결론에 이르게 된다. 원래 어떤 상황에 있어서도 같지 않은 것이다.

3. 중간결과

중간결과로서 민법이 규정하고 있는 철회권은 어떤 통일적인 기능을 갖는 것은 아니고 또 그 요건이 서로 매우 다르다는 점을 확인 할 수 있다. 이에 반하여 소비자를 보호하는 철회권은 그 기능과 요건 뿐만 아니라 그 법적 효과도 매우 유사한 구조를 갖는다. 그러나 같은 명칭에도 불구하고 민법상의 철회권에 연결점을 두고 있지 않다.

4. 소비자보호적 철회권과 형성권의 관계

민법상의 예외를 정당하는 것이 새로운 철회권에는 적용되지 않기 때문에 이에 대해서는 특별한 정당성의 근거를 찾아야 한다.

1) 비전형적으로 성립된 계약에서의 보호

외국투자법, 자본투자회사법 및 방문판매 등에 관한 법에서는 다음의 견해가 주장된다.

(1) 자본투자회사법상의 철회권과 관련하여 유가증권의 매도는 매수인의 보호를 목적으로 하는 영업법(Gewerbeordnung)상의 규정들에 의하여 규율되고 있다는 점이 주장된다. 영업법 제56조 제1항 제1호 h에 의하면 영업장소 이외에서 (途上營業) 그러한 유가증권을 거래하는 것은 허용되지 않는다. 영업법에 위반하여 성립된 계약에서 철회권은 계약을 해소할 수 있게 해 주는데 이는 매수인이 그밖의 경우에는 할 수 없는 것이다. 왜냐하면 독일민법 제134조는 영업법 제56조 제1항 제1호 h에 위반한 경우에는 적용될 수 없기 때문이다.

(2) 방문판매 등에 관한 법률에서는 방문판매행위의 특수한 성격으

로 인하여 예외가 정당화한다. 여기서는 고객이 어떤 가격으로 구매할 것인가 라는 생각에서 무엇을 찾는 데에 중점이 있는 것이 아니라 고객 자신이 상품제공자에 의하여 방문되어진(찾아진) 것이다(이는 외국투자법과 자본투자회사법에서와 같다). 그로써 그는 사전에 그가 제공된 상품을 그 가격으로 진정 구매하고 싶은지에 대하여 생각할 기회를 갖지 못했다. 계약체결이 대부분의 경우에 거의 회피할 수 없다는 것이다. 그리고 철회권은 이러한 기습적 판매에 대하여 보호하기 위하여 필요하다고 한다. 즉 이러한 경우에는 비전형적으로 성립된 계약에서의 보호필요성 때문에 철회의 기회를 부여하는 것이 정당화 한다.

2) 조망하기 어렵고 복잡한 계약으로부터의 보호

방송통신교육보호법, 보험계약법 및 소비자신용법과 관련하여서는 다음과 같이 설명하고 있다.

(1) 방송통신 수업 수강자는 계약체결시에는 여러 부분급부로 행하여지는 강의의 品質을 알수없고 또 그가 이 과정이 필요한지 및 그의 능력에 상응하는지에 대하여 스스로 판단할 수 없다. 철회권을 부여함으로써 그는 또 한번 숙고기간을 갖게 되고 또 이 기간에는 분쟁을 억지하는 작용이 주어진다. 계약서에 서명함으로써 성립된 기속은 단지 형식적인 의미만을 갖는 것이고 철회기간이 지나야 비로소 종국적인 것이 된다. 의사표시에의 기속원칙은 그러한 단계국면적 계약성립의 경우에는 파괴되는 것이 아니다.

(2) 소비자신용법상의 철회권에 의하여 소비자에게 사후적인 숙고기간이 주어진다. 이는 중요한 경제적 의의가 있는 의무를 충분히 생각하지 않고 확정적으로 부담하는 것으로부터 보호해 주기 위하여 필요하다. 이 숙고기간을 통하여 계약의 내용을 이해하는 것의 어려움을 고려할 것이라 한다.

(3) 보험계약은 상세한 보통거래약관에 규정되어 있다는 점에서 그 규정의 분량이 많기 때문에 이해하기가 어렵다. 사전훈련을 받지 않은 보험계약자는 바로 그러한 계약의 법적내용들을 계약체결단계에서는 이해하기가 어렵다. 이때 철회권이 계약을 다시 한 번 생각해 볼 수 있는 기회를 준다.

이러한 유형의 계약에서는 이해의 난이함 및 복잡성 때문에 그밖의 계약에 비하여 확대된 보호가 필요하다.

5. 批 判

이때 계약체결자는 이러한 계약을 체결할 때 비전형적 계약체결상황 내지 복잡하거나 이해하기 어려운 계약내용 때문에 더 주의를 기울일 상황에 있다는 점을 부인할 수 없다. 그러나 그 계약체결자를 보호하기 위하여 "계약은 이행되어야 한다"(pacta sunt servanda)는 원칙을 파괴하는 것이 정당화 할 수 있을런지는 의문이다. 더 나아가 철회권을 부여함으로써 의도한 보호가 달성될 것인가라는 점도 의문스럽다. 소비자가 할부신용계약에서 계약이 어떠한 장기적인 효과를 가져올 것인가에 대하여 실제로 1주일 내에 판단할 수 있을지 불분명하다. 물론 방송통신수업계약에서는 수강자는 제1수강내용에 대해서 평가할 수 있지만 그로써 장차의 수업의 品質을 보증받을 수는 없다. 이 예만으로도 철회기간의 유용성에 대한 의문을 갖게 된다. 더욱이 철회권의 도입으로 가령 방송통신 수업에서의 수강자를 유리하게 할 수는 있다. 그러나 상황의 유사성으로 인하여 마찬가지로 철회권이 도입되어야 할 일련의 계약이 존재한다. 가령 양로원계약이나 간호계약을 들 수 있다. 끝으로 갑작스러운 계약체결의 상황이 존재할 수는 있지만 해당자는 아무튼 계약을 체결하지 않을 가능성도 갖고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

입법자는 여기에서 민법에 기초하고 있는 법률거래에서의 능력있고

자기책임력 있는 참가자의 형상을 이끌어 내기 보다는 스스로 매우 위험에 빠뜨리는, 의사결정에서 임의로 조작할 수 있는 또 어떠한 유혹에도 놓이는 소비자상에 더 주안을 두고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

이때 다음과 같은 단점에 대하여도 언급할 필요가 있다.

1) 민법이외에서 철회권을 도입함으로써 계약이 유효하게 성립하기 위하여 필요한 중요한 규정들이 여러 특별법에 복잡하게 흩어지게 되었다.

2) 그의 진실성 여부에 관계없이 모든 상품.서비스 제공자는 계약이 성립할 것인가에 대하여 일정시간 동안 불명확한 상황에 빠진다. 반면에 가령 상품수요와 관련한 공급자의 영업상의 수요계획을 세우는 것은 아주 불투명하게만 가능하다. 결국 이는 그의 상품을 비싸게 만드는 요인이 된다. 이러한 短點은 소비자 친화적인 제공을 통하여 철회율을 낮게 하려는 판매자의 소비자측에의 유리한 상품제공을 통하여 보상될 수는 있으나 이는 매우 일부분에 그친다.

3) 철회권에 대한 법규정으로 인하여 부분적으로 할부판매가 전혀 이루어지지 않는 결과를 낳았다.

4) 방송통신수업의 제공자는 수강자로부터 시험적 강의를 하도록 강요당한다. 이때 그는 가령 이미 행하여진 강의나 물품사용의 대가에 대한 청구권을 갖지 못한다. 이러한 규정이 정당화할 것인지는 의문이다.

Ⅳ. 結 語

이러한 단점이 있음에도 불구하고 철회권은 소비자를 보호한다는 점에서 원칙적으로 정당하다. 철회권은 상품을 제공하는 기업과 소비자사이의 교섭력의 동등성을 다시 회복하는데 도움을 준다. 기업에게는 자신이 시장에 등장하기 전에 계약제공을 오랫동안 주의깊게 준비할 수 있다는 유리한 점이 있는 반면에 소비자는 기업의 상품제공을 대부분 준비되지 않은 상태에서 접하게 된다. 따라서 철회권을 통하여 적정한 기간내에 계약에 대하여 다시 숙고할 수 있도록 해야 한다. 그를 위하여 1주일의 기간은 원칙적으로 충분하다. 그러나 철회권은 소비자가 보호를 진정으로 필요로 하는 경우에 한정해야 한다. 특히 방문판매 등에 관한 법률이 규정하고 있듯이 갑작스러운 계약교섭상황에서는 원칙적으로 그러한 보호가 필요한 경우로 인정된다. 그렇지만 조망하기 어렵고 복잡한 계약으로 부터의 보호는 계약상의 급부자체가 생각을 해보고 검토할 필요성이 있는 복잡한 계약목적에 존재하는 몇몇의 경우로만 제한되어야 한다. 이는 보험계약과 방송통신교육계약에서는 긍정적일 수 있다. 그러나 신용제공계약에서는 반드시 그런 것이 아니다. 신용제공계약에서는 소비자가 오히려 숙고하지 않은 금전적인 부담을 지는 것으로 부터 또 그로써 또한 자신의 깊이 생각하지 않은 결정으로부터 보호되어야 한다.

中國檢察機關의 相對不起訴 性質에 관하여*

何 訪 拔**
역자 : 李 萬 熙***

中國憲法의 規定에 따르면, 中國檢察機關은 國家의 專門的 法律監督機關이다. 檢察機關의 기본기능은 3가지 측면을 내포하고 있다. 첫째는 사건受理와 立件 搜査를 통하여, 국가공무원의 職務上 犯罪行爲에 대한 法律監督을 실행하는 것이고, 둘째는 逮捕批准審議, 起訴審議를 행사하고 법정에 출두 公訴維持를 통하여, 국민과 법인의 범죄행위에 대한 法律監督을 實行하는 것이다. 셋째는 위법행위의 교정을 통하여, 公安(경찰), 安全機關에 대한 수사활동, 인민법원의 재판활동 및 감옥관리부서의 집행활동을 합리적으로 실행하고 있는지에 대한 법률감독이다. 현재, 우리나라는 第九次 五個年計劃 실시와 2010년 장기목표를 향하여 매진하고 있는 歷史時期에 있다. 이러한 새 歷史時期에는 두가지 근본적인 전환을 실현해야하는데, 곧 經濟體制는 전통적 計劃經濟로부터 市場經濟로 전환해야하고, 經濟成長方式은 粗放型으로부터 集約形으로 전환해야한다. 15년안에 시장경제체제를 기본적으로 건립하여야 한다. 이런 목표를 실현하기 위해서는 반드시 檢察機關의 法律監督기능을 強化해야 한다. 이것은 우리나라 경제발전의 客觀的 要求이며, 改革潮流의 大勢이고, 사회발전 歷史에 必然的인 것이다.

우리나라와 政府는 改革開放과 經濟發展의 要求에 부응하기 위하여, 최근 몇년동안 많은 法律, 法令, 法規를 잇따라 制定하고 宣布하였다.

---

* 이 글은 何訪拔 검찰장이 1996년 12월 5일 고려대학교에서 동대학 법학연구소 초청으로 행한 강연의 내용이다.

** 중국 북경시 인민검찰원 검찰장.
*** 서울고등검찰청 검사

우리나라는 이미 예전에 존재했던 "無法可依(依存할 法이 없음)"의 局面에서 벗어났다고 말할 수 있다. 현재 당면한 문제는 일부 정부기관 및 행정 法執行機關의 有法不依(법은 존재하지만 의존할 수 없음), 執法不平(法執行이 不公平함), 違法不糾(위법이 교정되지 않음), 濫用職權(직권을 남용함), 地域保護主義 등의 문제가 출현했다는 것이다. 따라서 현재의 상황하에서, 檢察機關 法律監督을 強化하는 기능은 주로 檢察機關의 法執行監督을 強化하고 확실히 해야하는 것이다. 司法機關에 對한 法執行監督의 強化를 통하여, 國家法律의 統一的 實施를 확보하고, 우수한 社會治安秩序를 維持하고, 改革의 深化, 開放의 擴大, 經濟의 發展을 促進시킨다.

우리나라가 금년 3월 17일에 通過시킨, 즉 1997년 1월 1일부터 실시하기로 한 改正 刑事訴訟法은 이런 정신을 완벽하게 구현하였다. 總則 第8條에 "人民檢察院은 法에 의해 刑事訴訟에 대한 法律監督을 施行한다"라고 명확하게 規定하고 있다. 이것은 과거에는 없었던 것이다. 우리나라가 改正한 刑事訴訟法의 뚜렷한 特徵중의 하나는 바로 檢察機關이 法에 의해 刑事訴訟活動에 對한 監督을 基本原則規定으로 삼은 것이다. 따라서 刑事訴訟 중 檢察機關이 法執行監督上의 地位와 기능을 더한층 명확하게 하였다.

刑事訴訟中에서 檢察機關 法執行監督은 刑事訴訟活動에 參加하는 모든 司法機關 및 訴訟參與人을 對象으로하여, 立件, 搜查, 起訴와 裁判, 執行 등 訴訟의 全 過程에서 一貫하고 있다. 그것은 어느 소송부분 혹은 局部에 대한 감독이 아니고, 訴訟일반에 대한 全面的 監督이다. 이로 인해, 새로 改正한 刑事訴訟法은 檢察機關이 起訴審議段階에서 어느 案件에 對한 不起訴決定을 낼 수 있는 權利가 있는 것으로, 舊刑事訴訟法이 규정한 不起訴의 範圍를 擴大하였다.

새로 改正한 刑事訴訟法에서 不起訴를 규정하는 사건은 모두 3가지 類型이 있는데 아래와 같다.

첫번째는 法庭不起訴이다. 곧 검찰기관이 명확한 법정상황에 의거하

여 만들어 낸 終止訴訟節次의 規定으로 형사소송법 수정안 第15條를 근거로 하였다. 곧 아래 열거한 상황가운데 하나이면 刑事責任을 追窮치 않고, 이미 追窮한 것은 사건을 撤回하거나, 不起訴하거나, 審理를 종료하거나, 無罪를 선고한다. (1) 상황이 현저하게 輕徵하고, 危害 정도가 크지 않고, 犯罪라고 인정되지 않는 것. (2) 이미 訴訟 時效期限이 지난 범죄, (3) 特別赦免令으로 刑事處罰이 면죄된 것, (4) 刑事告訴에 의해 이미 처리된 범죄로 告訴되지 않거나, 告訴를 撤回한 것, (5) 범죄 嫌疑者, 被告人이 사망한 것, (6) 기타 法律規定이 형사책임의 추궁을 면제해 준 것이다. 여기서 반드시 주의할 것은 이 6가지 法定不起訴 사건 중 첫번째(범죄라고 인정되지 않는) 경우를 제외하고, 기타(2번째~6번째) 5가지는 모두 범죄 사실이 있고, 충분히 범죄를 구성할 수 있다는 것을 전제로 하며, 다만 訴訟條件이 결여되었을 뿐이라는 것이다. 예를 들면 嫌疑者, 被告人의 死亡과 같은 것이다. 따라서 모든 不起訴가 無罪라는 것은 잘못된 이해이다.

두번째 不起訴는 存疑不起訴(의문존재불기소)이다. 즉 법률로 규정된 수사 절차를 거쳐 檢察機關이 증거가 여전히 부족하고, 起訴 조건에 부적합한 사건에 대해 내린 訴訟節次 中止 결정이다. 그 法律 근거는 改正된 刑事訴訟法 第140條 第4項이다. 이 項은 "보충 수사 사건에 대해 人民檢察院은 여전히 證據가 부족하고, 起訴條件에 부적합하다고 여겨지는 것에 대해 不起訴 결정을 내릴 수 있다"라고 規定하고 있다. 이런 存疑不起訴의 중요 특징의 첫번째는 法律에 의하여 이미 두차례 退補(철회시켜 보충시킬)했으나, 證據가 여전히 부족한 것이다. 두번째는 사건을 中止하는 효력을 갖춘 것이다. 만약 사건을 中止한 후 동일한 사건에 충분하고, 확실한 증거를 得하고, 訴訟時效기간내에 있다면 동일한 사건에 公訴를 제기할 수 있다.

세번째 不起訴는 酌情不起訴(정상참작불기소)이다. 즉 檢察機關이 범죄 상황이 경미하여, 刑事規定에 의하여 刑罰宣告가 불필요하거나, 刑罰을 면죄한 것에 대하여, 人民檢察院은 不起訴 결정(第142條 第2項

規定)을 내릴 수 있다. 반드시 주의해야 할 것은 이 不起訴의 가장 뚜렷한 특징이 不起訴당한 사람이 반드시 범죄 상황이 경미한 사람이라는 것이며, 무죄인 사람에 대해서는 적용할 수 없고, 범죄상황이 嚴重한 사람에게도 적용할 수 없다는 것이다. 그렇지 않으면 이 立法의 원래의 의미를 잃게 된다.

우리나라 法學界와 司法 실무 부서중에서, 범죄 상황이 경미하고 刑事規定에 의하여 刑罰宣告가 불필요하거나, 刑罰을 면제한 것을 人民檢察院이 不起訴 결정을 내릴 수 있는데, 이런 酌情不起訴(정상참작불기소)를 「相對不起訴」라고 말한다. 적지 않은 사람들이 이것에 대해 異見을 가지고 있다. 그들은 檢察機關이 내릴 相對不起訴는 有罪 결정으로, 법원의 유죄판결과 동등한 법률 결과를 야기시킨다고 생각하는 데, 그 이유는 이러한 不起訴의 전제가 바로 범죄 상황이 경미하다는 것이고, 그것은 刑法根據條文 역시 모두 有罪條項이라는 것이다.

나는 이러한 이해가 斷片的인 것이라고 생각한다. 起訴段階부터 어떠한 訴訟 段階든지 모두 "犯罪認定"과 분리할 수 없다. 그렇지 않으면 訴訟活動을 진행할 도리가 없다. "犯罪認定"은 법원의 권한일 뿐 아니라 또한 檢察機關이 刑事訴訟중 직권을 이행함에 있어 소송의 순조로운 진행을 보장하는 권한이다. 따라서 改正된 刑事訴訟法중 여러 군데에서 檢察機關이 嫌疑者 혹은 被告人의 범죄 사실의 유무를 인정할 권리가 있음을 명확하게 규정하고 있다.

우리나라가 새로 改正한 刑事訴訟法 第12條는 "人民法院의 판결을 거치지 않고는 어떠한 사람이든 유죄로 확정할 수 없다"라고 규정하고 있다. 이 규정은 우리나라 法制定의 큰 발전이다. 여기서 우리는 우리나라에서 "有罪確定"은 반드시 법원이 내리며, 법원 이외의 어떤 기관이나 개인도 "有罪確定"을 금지하고 있음을 볼 수 있다. 그러나 개인 혹은 기타 기관이 "유죄"라고 인정하는 것을 결코 금지하고 있지는 않다. 그 다음으로 "有罪確定"은 반드시 법정에서 재판 절차에 따라 판결해야 하고, 檢察機關의 "有罪認定"은 다만 起訴審議段階에서 모종의 행위

가 유죄인지 아닌지를 가리는 일종의 裁量일 뿐이다. 요컨대 유죄와 무죄는 사실 자체가 아니라 사실에 대해 진행한 법률 평가의 결과이다. 이 결과는 재판권을 행사하는 법원만이 법률 절차에 의하여 판결형식으로 내릴 수밖에 없다. 이전에 檢察機關이 相對不起訴중에서 행위자가 사회에 有害性을 가지고 있고 그 행위가 범죄를 구성하고 있다고 인정하나, 實證을 得하지 못해 판결로 결론을 내리기 전에는 法律的인 評價에서 行爲者는 여전히 無罪인 것이다. 여기서 법률상의 무죄는 판결 평가에 의해 무죄인 것을 가르키지만, 결코 檢察機關의 "범죄 인정"을 배제하거나 부인할 수는 없음을 알 수 있다. 그렇지 않다면 起訴審議는 어떠한 의의도 없게 된다.

요컨대 「相對不起訴」의 성질은 바로 검찰 기관이 法律規定에 의하여 범죄 혐의자에게 범죄 행위가 있다고 여겨지지만 또한 소송이 종료되고 공소를 제기하지 않은 刑事制度이다. 그러나 이러한 有罪認定과 법원의 有罪確定 판결은 확연히 다르다. 그것은 어떠한 有罪 법률 결과도 생성하지 못한다. 즉 한편으로 訴訟을 종료하고 한편으로는 또 죄로 사람을 다스리지 않아, 실제로는 無罪 판결과 완전히 일치한다. 우리나라가 改正한 刑事訴訟法 第12條 規定과도 결코 모순되지 않는다.

法學論集 第32輯

1996年 12月 25日 印刷
1996年 12月 30日 發行

編輯 高麗大學校法科大學 法學論集編輯委員會
發行 高麗大學校法科大學 高麗大學校法學研究所
印刷 圖書出版 汎韓
電話 (02)278-6195 Fax.(02)268-9167