法學論集

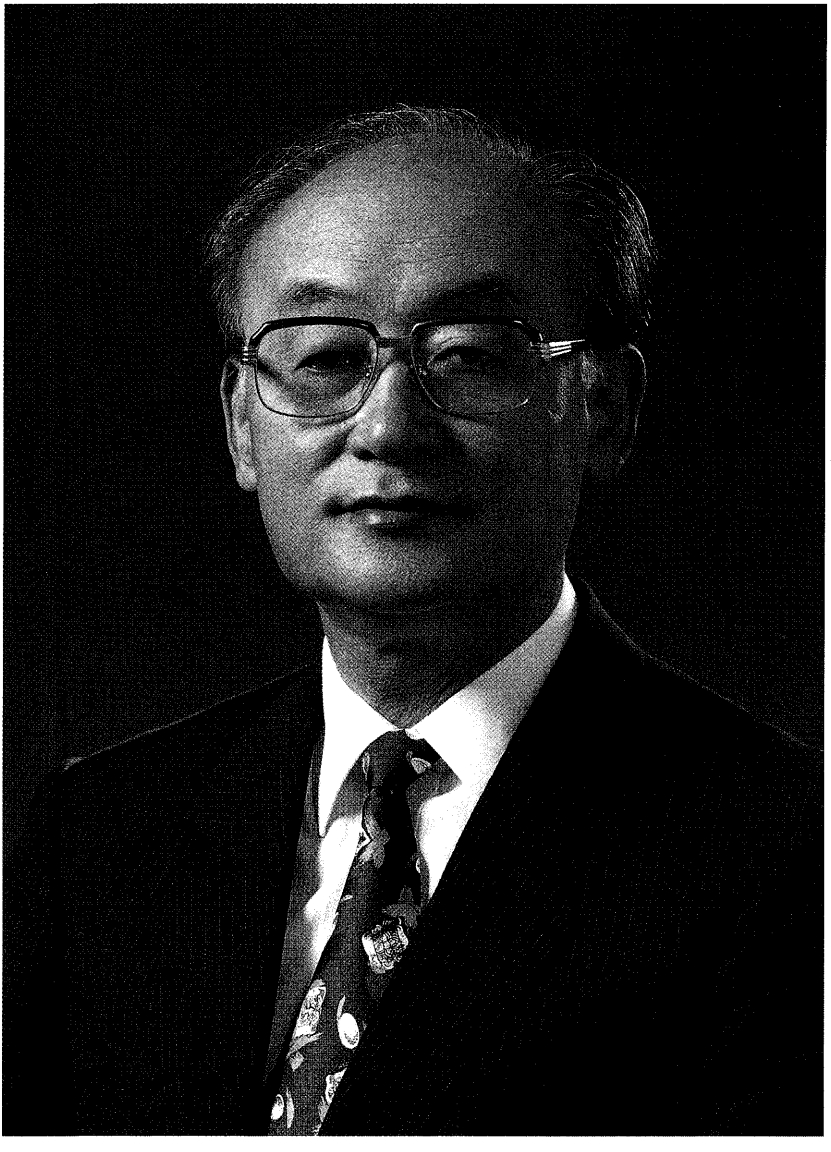
第 33 輯 1997. 8.

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 稙 · 柳 至 泰



金南辰 教授 近影

刊 行 辭

法學論集 제33집을 발간하게 되었다. 이번 호는 金南辰 교수님의 정년 기념호로 만들었다는데 그 의미가 더하다. 전임교수 열여덟분이 공법, 민사법, 형사법, 상사법과 국제법 분야의 옥고를 써 주신 것도 바로 이런 계기가 있었기 때문이다. 논문은 法体系的, 比較法的, 法政策的인 관점에서의 연구와 사례연구 등 다양한 내용을 포함하고 있다.

고려대 법대에서 봉직하다 정년퇴임하는 교수에게 전임교수들이 정년퇴임을 기념하는 글을 모아 법학논집을 봉정하는 좋은 관례가 있어 왔다. 金南辰 교수님은 1984년에 고려대 법대에 오신 이후 13년 동안 후진양성과 행정법 분야의 연구에 몰두하시었다. 특히 고대에 몸담으신 이후에는 인간미 넘치는 따뜻한 마음으로 고려대학교 교수되신 것을 자랑으로 여기시는 高大人이 되고자 노력하신 분으로 여겨진다. 비록 정년퇴임한다고는 하나 이는 강의부담이 덜어진다는 것이지 연구를 중단한다는 의미는 아니다. 그 동안 재직중의 여러 부담 등으로 못하신 연구를 더 깊이 하실 수 있는 자유스러움의 시작이기도 하다. 年富力强하신 김교수님께서 지금까지 행정법 연구에서 보이신 바와 같이 날카로운 판단력, 논리정연성, 언어의 명확성 그리고 새로운 이론의 도입 등으로 앞으로도 광범위한 연구분야에 전념하실 수 있기를 바란다.

제33집 발간에 힘써 준 편집위원과 법학연구소 전임연구원 그리고 간행에 재정지원을 해준 태평양합동법률사무소의 金仁燮 대표변호사님과 주식회사 제일제당의 李在賢 부사장님에게 감사의 인사를 드린다.

1997년 7월 28일

독일 뮌헨 막스플랑크 연구소에서
법학연구소 소장 이 기 수

祝　辭

金 亨 培(高大 特殊法務大學院長)

자신이 선택한 職業에 충실하면서 일관된 자세로 인생을 살아간다는 것은 매우 훌륭한 일입니다. '敎授'라는 社會指標的 職業人은 노력과 인내와 自制의 고리에 구속받으면서도 時代精神에 투철해야 하는 어려움을 안고 있습니다. 金南辰 교수님은 능력과 업적 면에서 뿐만 아니라 學者로서의 眞摯性과 敎育者로서의 品格에서도 드물게 볼 수 있는 '성공한 교수'임에 틀림없습니다. 1959년부터 교수생활을 시작해서 40년동안 한결같이 講壇을 지켜왔습니다. 김교수님은 行政法의 학문적 체계를 현대화하면서 많은 업적을 남기셨습니다. 또한 實務的 感覺에도 남달리 예리하셔서 그의 견해와 이론은 實踐的 貫徹力을 함께 지니고 있음은 주지의 사실입니다. 이론을 왜곡하지 않으면서 사회의 발전에 이바지하려는 김교수님의 調和的 學風은 아마도 그분의 선비적 성품과 무관하지 않을 것입니다. 온화하면서도 원만하시며 다른 사람의 의견을 경청하는 包容力과 남을 칭찬하면서도 자기의 주관이 뚜렷한 김교수님 특유의 主體性은 그 분의 인품과 학문의 폭을 잘 말해주는 대목이기도 합니다. 여기에 더하여 김교수님은 남이 부러워할 만한 건강과 부지런한 성격을 타고 나셨습니다. 정말로 복받은 분입니다.

충청도 선비로서 언제나 더불어 이야기를 나누고 싶은 분, 선배교수로서 존경을 받는 분, 앞으로도 더욱 정진하셔서 많은 업적을 남기시리라 믿습니다.

ad multos annos!

紀 念 辭

金 日 秀(高大 法大 學長)

金南辰교수께서 정년을 맞이하셨다. 아직도 홍안의 젊은이같은 얼굴에 구리빛 팔뚝을 힘있게 저으시며 걷는 선생님의 모습을 보노라면 도저히 정년을 맞으셨다는 실감이 가지 않는다. 그러나 선생님이 27세되던 1959년 3월부터 대학강단에 서셔서 정력적으로 행정법과 헌법분야의 연구업적을 쌓아오시면서 근 40여년간 대학의 강단을 지켜오신 연륜을 생각하면 짐작이 가고도 남는다.

金南辰교수께서는 강단생활 전반부를 건국대, 단국대, 경희대에서 보내셨고, 선생님의 학문연구의 결실이 절정기에 이르렀던 1983년 9월 당시 정년퇴임하신 尹世昌교수의 후임으로 본교에 부임하셨다. 본교에 부임하신 이후로도 새로운 행정법이론을 정력적으로 발전시키셔서 선생님의 文運과 함께 우리대학의 명성에도 크게 기여하셨음은 자타가 공인하는 바이다.

본교에서 후진들을 양성하는 일에도 정성을 쏟으셔서 많은 신진기예의 학자들을 배출하셨고, 이분들이 각처에서 선생님의 학문과 인품을 본받아 학문활동을 계승하고 있으니 孟子三樂이 여기에서도 넘쳐흐름을 엿볼 수 있다.

원만한 인품에 多福한 家庭을 이끄시면서 학문의 귀한 열매들을 본교에 뿌려 놓으시고 정년을 맞이하시는 金南辰선생님께 衷心으로 축하의 말씀을 드린다. 선생님과 同僚敎授로 벗삼는 명예와 즐거움을 누려온 여러 교수들이 정성을 모아 법학논집 제33집을 선생님의 정년퇴임기념호로 꾸며 드리게 된 것을 큰 보람으로 생각하고 함께 기뻐하는 바이다. 비록 정년으로 퇴임하시지만 선생님의 학문과 열정은 이곳에 길이 새겨질 것으로 믿고 존경하는 마음으로 선생님을 정중히 보내 드린다.

김남진 교수 연보

생 년 월 일 : 1932년 8월 8일
출 생 지 : 충청북도 충주시 성내동
본 적 : 서울특별시 은평구 응암동 428-20
주 소 : 서울특별시 서초구 서초동 무지개아파트 6-207

학 력

1951. 8. 충주중학교 6학년 졸업
1955. 2. 서울대학교 법과대학 행정학과 수료(법학사)
1959. 2. 서울대학교 대학원 행정학과 수료(법학석사)
1970. 9. - 1971. 7. Netherland, Institute of Social Studies 수료(diploma 취득)
1975. 8. 단국대학교 대학원에서 박사학위 취득(법학박사)

경 력

1959. 3. - 1965. 건국대학교 법정대학 등 강사
1964. 1. - 1969. 서울특별시 시정연구소 전문위원(시장 발령)
1969. 3. - 1977. 단국대학교 법정대학 조교수, 부교수
1977. 3. - 1984. 8. 경희대학교 법과대학 교수
1980. 8. - 1981. 8. 독일 Freiburg대학교 객원교수(국비파견)

1984. 9. - 1997. 8. 고려대학교 법과대학 교수
1987. 7. - 1989. 7. 한국공법학회 부회장
1989. 7. - 1990. 7. 한국공법학회 회장
현재 국무총리소속 행정심판위원회 위원
국토건설종합계획심의위원회 위원
농업협동조합중앙위원회 자문위원
한국법제연구원 자문위원
한국공법학회 고문
한국토지공법학회 고문
한국행정판례연구회 부회장

김남진 교수 주요저작

I. 저서

1979. 행정법연습(공저) [1994년까지 4판 발행] ……고시연구사
1982. 주제중심 헌법(공저) ……화학사
1985. 행정법개설(공저)……삼영사
1986. 행정법 I [1995년까지 5판 발행] ……법문사
1989. 행정법 II [1996년까지 5판 발행] ……법문사
1989. 행정법의 기본문제 [1994년까지 4판 발행] ……법문사
1989. 객관식 행정법(공저) ……경세원
1994. 주관식 행정법(공저) [1997년까지 2판 발행]……경세원
1994. 토지공법론(공저)……경세원
1995. 경찰법(공저)……화학사

II. 주요논문 (1977년 이후)

1975. 법치행정의 원리에 관한 연구 ……박사학위청구논문
1977. 1. 국가와 지방자치단체와의 관계 ……고시연구
1977. 4. 기본권규정의 행정에의 효력 ……고시계
1977. 5. 공법과 사법의 구별 ……고시계
1977. 6. 공무원관계와 사법규정의 적용 ……고시연구
1977. 7. 행정행위의 적법성과 위법성 ……고시연구
1977. 10. 행정청의 부작위 청구소송 ……고시계
1977. 행정의 법에 의한 기속과 자유 ……경희법학
1978. 1. 무명항고소송을 중심으로 ……고시계
1978. 3. - 4. 행정절차의 법전화 ……법정
1978. 5. 부관의 가능성 ……고시계
1978. 8. 신뢰보호의 법적 기초와 적용영역 ……고시계
1978. 10. 행정소송과 가처분 ……고시연구
1978. 12. 의무화 소송 ……사법행정 216호
1978. 토지재산권의 보장과 규제 ……경희법학
1978. 행정법에 있어서의 신뢰보호의 원칙 ……
……고려대 법률행정논집 제16집
1979. 1. 행정권의 발동을 청구하는 권리 ……고시계
1979. 2. 공무원의 부작위와 국가배상 ……사법행정 218호
1979. 3. 행정의 자기구속의 법리 ……고시계
1979. 3. 행정의 의의 ……고시연구
1979. 5. 행정법의 법원
- 불문법원을 중심으로 - ……고시계
1979. 6. 행정행위의 개념과 징표
- 서독 행정절차법 제35조상의 개념을 중심으로 -…고시계
1979. 9. 의무화소송 ……공법연구 제7집

1979. 10. 경찰책임과 경찰비상사태 ……고시계
1979. 10. 행정행위의 철회
- 수익처분의 철회요건을 중심으로 -……고시연구
1979. 12. 행정규칙의 성질과 효력
- 김도창 박사의 논문과 관련하여 - ……고시계
1979. 12. 경찰권의 근거와 한계
- 새로운 체계화를 시도하며 -……고시연구
1980. 2. 환경오염의 행정규제와 규제청구권 ……고시연구
1980. 4. 옴부즈만과 민원처리 ……고시계
1980. 4. 급부행정의 기본원리 ……월간고시
1980. 6. 공물의 사용관계 ……고시계
1980. 7. 행정법의 불문법원 ……고시연구
1980. 8. 행정강제론의 신·구 경향 ……고시연구
1980. 8. 공물의 일반사용 ……월간고시
1980. 8. 영조물의 이용관계 ……월간고시
1981. 5. 명령·행정행위·일반처분 ……고시연구
1981. 11. 판단여지와 재량 ……고시연구
1981. 11. 사법적 행정활동과 행정사법 ……월간고시
1981. 12. 법에 의한 행정의 원리 ……고시계
1982. 2. 불확정개념의 해석과 적용 ……고시계
1982. 2. 생존배려개념의 의의와 효용 ……고시연구
1982. 2. 행정규칙의 유형과 효력 ……월간고시
1982. 4. 학교교육과 법치주의
- 몇가지 주요문제를 중심으로 -……고시계
1982. 6. 위법 행정행위의 복종의무와 가벌성 여부 ……월간고시
1982. 7. 경찰권 발동의 조건과 대상
- 경찰상의 재량과 판단여지를 중심으로 - ……고시계
1982. 7. 행정법상의 쟁점 ……고시연구

1982. 7. 국가의 감독책임과 배상책임 ……월간고시
1982. 8. 하자없는 재량행사청구권 ……고시계
1982. 8. 행정형벌과 행정행위의 구성요건적 효력 ……고시연구
1982. 9. 민사소송에서의 행정행위의 심사 ……고시연구
1982. 9. 행정절차의 기본적 사상과 요소 ……월간고시
1982. 9. 경찰관의 직무해태로 인한 국가배상 ……판례월보 144호
1982. 10. 판단여지와 행정예측
- 서원우 교수의 논문과 관련하여 - ……고시계
1982. 10. 법관의 임용탈락과 권리구제 ……고시연구
1982. 11. 판단우위의 소재와 이유 ……고시계
1982. 11. 재산권의 공용침해와 손실보상 ……고시연구
1982. 12. 도로의 일방통행조치의 법적 성질 ……고시연구
1982. 하자없는 재량적 결정의 청구권 ……
……김도창박사 화갑기념논문집
1983. 1. 미국에서의 행정에 대한 통제
- 관청행위에 대한 사법심사를 중심으로 - ……고시계
1983. 1. 수용유사의 재산권 침해와 보상 ……고시연구
1983. 2. 프랑스 행정법의 경향과 특색 ……고시계
1983. 2. 재산권의 사회적 제약과 공용침해 ……고시연구
1983. 3. 프랑스의 국가책임법제 ……고시연구
1983. 4. 공법상의 결과제거청구권 ……고시계
1983. 4. 행정행위의 특수성 ……월간고시
1983. 5. 허가의 성질과 효과 ……월간고시
1983. 6. 토지이용계획과 권리보호
- 국토이용계획과 도시계획을 중심으로 -……고시연구
1983. 7. 사회형성적 행정과 행정소송
- 계획에 대한 통제를 중심으로 - ……고시계
1983. 7. 건축허가 철회의 위법성 ……고시연구

1983. 8. 경찰긴급사태와 경찰긴급
- 경찰장해를 일으키지 않은 자에 대한 경찰권의 발동 ·····
·····경찰고시
1983. 9. 공법과 사법의 구별
- 실제문제의 해결을 중심으로 -·····고시연구
1983. 9. 일반처분 ·····월간고시
1983. 10. 토지계획결정의 법적 성질 ·····고시연구
1983. 11. 경찰책임
1983. 12. 취소소송과 소의 이익 ·····월간고시
1983. 12. 시가화조정구역지정과 재산권제약 ·····고시연구
1983. 사회형성적 행정과 권리보호 ·····경희법학
1983. 서독의 신국가책임법에 관한 고찰 ·····경희대 논문집
1984. 1. 행정소송법시안상의 문제 ·····고시연구
1984. 1. 행정소송의 심리 ·····월간고시
1984. 2. 공법상의 계약 ·····고시계
1984. 2. 행정법상의 채권관계 ·····고시연구
1984. 2. 사인의 공법상의 의사표시 ·····월간고시
1984. 3. 공법상 권리관계의 기준 ·····고시연구
1984. 4. 공법상의 권리 ·····고시연구
1984. 4. 수용유사·수용적 침해와 보상 ·····월간고시
1984. 5. 제3자효 행정행위와 권리보호 ·····고시계
1984. 5. 행정행위의 취소와 신뢰보호 ·····고시연구
1984. 5. 행정소송제도의 유형 ·····월간고시
1984. 6. 제3자효 행정행위와 전심절차 ·····고시연구
1984. 6. 공공단체 ·····월간고시
1984. 7. 경찰권발동의 요건과 효과
- 경찰권발동의 근거·한계이론의 재조명 ·····고시연구
1984. 8. 공법계약과 사법계약의 구분 ·····고시계

1984. 8. 경찰비용의 상환 ……고시연구
1984. 8. 법률의 유보원칙 ……월간고시
1984. 9. 특별권력(신분)관계의 특별성 ……월간고시
1984. 10. 불가쟁적 행정행위의 재심사 ……고시연구
1984. 10. 개인적 공의무와 공용부담 ……월간고시
1984. 11. 행정법상에 있어서의 공익 ……월간고시
1984. 12. 자금조성의 법적 문제 ……고시계
1984. 12. 청문을 결한 행정행위의 효력 ……고시연구
1984. 12. 행정행위의 효과·효력 ……월간고시
1984. 행정행위의 구속력·규준력 ……고려대 법학논집 제22집
1984. 북한 행정법의 법원 ……고려대 북한법률행정논총 제6집
1985. 1. 행정절차 ……월간고시
1985. 2. 행정절차와 행정능률·권리보호의 조화 ……고시연구
1985. 2. 행정상의 사실행위 ……월간고시
1985. 3. 이유부기와 하자의 치유 ……고시연구
1985. 3. 행정상의 이행소송 ……월간고시
1985. 4. 행정소송법 개정법률상의 문제 ……고시계
1985. 4. 행정의 자동화와 법적 문제 ……고시연구
1985. 4. 물적 행정행위 ……월간고시
1985. 6. 명예훼손발언의 철회청구소송 ……고시연구
1985. 6. 지방자치의 이념과 효용 ……월간고시
1985. 6. 공무원의 해임처분취소 ……사법행정 294호
1985. 7. 행정처분의 개념과 징표 ……월간고시
1985. 8. 행정의 자기구속 ……고시계
1985. 8. 행정행위의 구속력·규준력·기결력 ……고시연구
1985. 8. 비례의 원칙 ……월간고시
1985. 9. 행정행위의 구속력 ……판례월보 180호
1985. 9. 기업입주계약의 행정법상의 과제 ……고시연구

1985. 9. 행정행위의 재심사 ……월간고시
1985. 10. 행정법학의 구조 ……월간고시
1985. 11. 형사재판과 공정력·구성요건적 효력 ……고시연구
1985. 11. 동의에 의한 행정행위 ……고시계
1985. 11. 행정행위의 하자승계이론 ……월간고시
1985. 12. 행정지도 ……월간고시
1985. 12. 행정법학계의 회고와 전망……사법행정 300호
1985. 행정의 형성적 자유와 판단여지 ……고려대 법학논집 제23집
1985. 중앙정부와 지방정부의 관계발전과제 …한양대 행정문제논집
1986. 1. 취소소송과 소의 이익 ……고시연구
1986. 2. 사생활의 비밀유지와 행정의 적법성 ……고시연구
1986. 3. 행정행위의 부관 ……고시계
1986. 3. 법규명령 ……고시연구
1986. 3. 위법한 공행정작용으로 인한 결과제거청구권 ……월간고시
1986. 4. 부관의 취소청구 ……고시연구
1986. 4. 취소소송의 종료 ……월간고시
1986. 6. 공기업의 특허(특허영업) ……고시계
1986. 6. 형사재판과 선결문제 ……고시연구
1986. 7. 행정심판의 심리 ……월간고시
1986. 7. 지방행정체제 ……지방행정
1986. 8. 건축법위반과 단수조치의 당부 ……고시연구
1986. 8. 행정심판의 재결 ……월간고시
1986. 8. 한국형 복지정책의 방향과 과제 ……치안문제
1986. 9. 행정상의 계획과 기획 ……고시연구
1986. 9. 기속행위와 재량행위 ……월간고시
1986. 10. 하천부지점용허가처분의 취소등 ……판례월보 193호
1986. 10. 행정심판의 불복고지 ……월간고시
1986. 11. 주차금지구역의 지정과 소송요건 ……고시연구

1986. 11. 제3자효 행정행위 ……월간고시
1986. 11. 도시계획 변경처분취소 ……사법행정 311호
1986. 12. 계획재량과 형량명령 ……월간고시
1986. 사인을 위한 공용수용……고려대 법학논집 제24집
1986. 도시재개발사업계획의 변경계획취소청구사건 ……
……고려대 판례연구 제4집
1987. 1. 서독의 지방자치 ……민족지성
1987. 1. 과잉조치금지의 원칙 ……월간고시
1987. 2. 행정처분의 절차법적 통제 ……고시계
1987. 2. 행정상의 감독 ……고시연구
1987. 2. 경찰하명, 경찰명령, 경찰처분 ……월간고시
1987. 3. 제3자효 직무명령과 권리구제 ……고시연구
1987. 3. 조직상 조치에 관한 고찰 ……월간고시
1987. 4. 처분의 소멸과 권리보호의 필요 ……고시연구
1987. 4. 직접강제 · 직접집행 · 즉시강제 ……월간고시
1987. 5. 처분의 기능과 범위 ……고시계
1987. 5. 경제행정의 행위형식 ……월간고시
1987. 5. 부령이 정한 청문을 결한 처분의 효력 ……판례월보 200호
1987. 6. 위법한 도시확장계획과 사정판결 ……고시연구
1987. 6. 경찰허가 ……월간고시
1987. 6. 도시재개발사업계획의 변경계획취소청구사건 ……
……고려대 판례연구 제4집
1987. 7. 공기업법의 법적 문제 ……월간고시
1987. 8. 공무원 임용의 취소와 신의칙 ……고시연구
1987. 8. 경제자치와 법적 문제
- 물적공법단체의 경제자치 - ……월간고시
1987. 9. 공용수용과 이익형량 ……고시계
1987. 9. 주차위반과 법적 문제 ……고시연구

1987. 9. 사회국가와 사회행정법 ……월간고시
1987. 10. 행정작용의 준용법원칙 ……고시연구
1987. 10. 행정상의 강제징수 ……월간고시
1987. 10. 경찰관의 부작위와 배상책임 ……수사연구
1987. 11. 지방자치단체주민의 법적 지위 ……월간고시
1987. 12. 공무원의 겸업금지의무와 한계 ……고시연구
1987. 12. 지방자치단체의 자치입법권 ……월간고시
1987. 행정절차법시안에 대한 관견
- 행정처분에 관한 규정을 중심으로 -……공법연구 제15집
1988. 1. 보상의 대상과 생활보상 ……고시계
1988. 1. 경찰상의 손해보전·비용상환 ……월간고시
1988. 2. 공물의 성립과 소멸 ……고시연구
1988. 2. 공물의 특색 ……월간고시
1988. 3. 조세법의 기본원칙 ……고시연구
1988. 3. 환경보전과 환경행정법 ……월간고시
1988. 4. 즉시강제이론의 재구성 ……고시계
1988. 5. 지방자치단체의 사무와 권한 ……고시계
1988. 5. 행정재산의 사용허가철회와 대집행 ……고시연구
1988. 6. 행정조직의 기초원리 ……월간고시
1988. 7. 행정법의 흠결과 보충 ……월간고시
1988. 7. 국세청훈령의 법적 성질 ……고시연구
1988. 8. 행정규칙의 성질과 효력 ……고시계
1988. 9. 행정상의 단체소송 ……고시연구
1988. 9. 재정하명·재정명령·재정처분 ……월간고시
1988. 9. 지방자치와 대도시 특례
- 지방자치법상의 관계규정을 중심으로 -……지방행정
1988. 10. 교도소와 재소자와의 관계 ……월간고시
1988. 10. 한약업영업허가와 제3자의 법률상 이익 ……고시연구

1988. 11. 공공적 사용수용 ……고시연구
1988. 11. 경찰관의 부작위와 배상책임 ……월간고시
1988. 12. 지방자치와 대도시 특례 ……고시계
1988. 12. 경찰권발동의 근거와 한계
- 개괄적 수권의 경우를 중심으로 -……경찰대 청람
1988. 12. 토지의 공개념 ……월간고시
1988. 12. 행정법의 학계와 판례 ……월간고시
1988. 12. 공공적 사용수용 ……자격고시
1988. 국가의 경제에의 참여와 개입……공법연구 제16집
1989. 1. 제3자효 처분과 행정심판전치주의 ……고시연구
1989. 1. 지방자치와 경찰법
- 경찰작용법을 중심으로 -……동국대 공안행정논집
1989. 1. 조세평등의 원칙 ……세무사
1989. 1. 법률의 기능과 실효성확보 ……월간고시
1989. 2. 국가·지방자치단체상호간의 기능배분 ……월간고시
1989. 3. 입법·사법상의 불법과 국가책임 ……고시계
1989. 3. 토지거래허가제의 위헌성 시비 ……고시연구
1989. 3. 처분의 공정력·구성요건적 효력 ……법조
1989. 3. 토지재산권의 상황구속성 ……월간고시
1989. 3. 지방행정의 발전과제 ……지방행정연수
1989. 5. 통치행위와 사법심사 ……사법행정 341호
1989. 5. 재산권의 가치보장과 존속보장
- 재산권의 공용침해와 관련하여 -……월간고시
1989. 5. 토지수용과 공익성 ……토지개발
1989. 6. 조세평등의 원칙 ……고시연구
1989. 6. 국토개발과 토지공개념
- 국토개발의 과제와 방향 -……국회보
1989. 6. 행정의 법적합성과 상황적합적 탄력성 ……월간고시

1989. 7. 법률에 의한 국가의 배상책임 ……고시연구
1989. 7. '유럽의 지방자치헌장'의 성립과 내용 ……지방자치
1989. 8. 비공식 행정작용 ……고시계
1989. 8. 확언·교시·예비결정·부분인허 ……고시행정
1989. 8. 무하자재량행사청구권 ……월간고시
1989. 9. 토지거래허가제의 합헌성 ……고시연구
1989. 9. 행정개입청구권 ……월간고시
1989. 10. 가행정행위의 법적 문제 ……월간고시
1989. 11. 한국에서의 "법의 지배"
-"법에 의한 행정"을 중심으로 -……고시계
1989. 11. 한국의 토지대책의 목표와 공개념
- 토지공개념제도에 대한 검토 -……국세
1989. 11. 규범구체화행정규칙론 ……월간고시
1989. 11. 보세구역설정특허의 법적 성질……판례월보 230호
1989. 12. 토지공개념에 관한 검토 ……고시행정
1989. 12. 제3자효행정행위와 가구제 ……월간고시
1989. 처분의 공정력, 구성요건적 효력 ……법조 38권 3호
1990. 1. 행정소송의 기능과 한계 ……고시연구
1990. 1. 취소판결의 제3자효 ……월간고시
1990. 2. 행정행위의 부관과 쟁점 ……고시행정
1990. 2. 행정조사와 개인정보보호 ……월간고시
1990. 4. 법제도적 측면에서의 토지정책고찰 ……토지연구
1990. 5. 행정상의 절차재량
- 특히 행정절차운영지침과 관련하여 -……고시계
1990. 5. 과학·기술의 발달과 행정법(학)의 대응 ……고시연구
1990. 6. 행정과 법과의 관계 ……고시행정
1990. 6. 공물의 기능과 환경보전 ……월간고시
1990. 6. 사회단체등록신청반려처분취소청구 ……법률신문 1944호

1990. 7. 지방자치의 법적·사회적 정당성
- 특히 지방적 교육자치를 중심으로 - ……고시행정
1990. 7. 행정소송법상 사법권의 한계……사법행정 355호
1990. 7. 법의 실효성확보방안
- 행정법규의 정비·해석의 관점에서 -……자치행정
1990. 7. 부작위위법확인소송의 원고적격……법률신문 1954호
1990. 8. 공권의 성립요건 ……월간고시
1990. 8. 도시계획사업실시계획인가의 취소……법률신문 1961호
1990. 9. 행정상의 대집행 ……월간고시
1990. 9. 토지수용법 제46조 2항의 위헌여부에 관한 헌법소원 ……
……사법행정 357호
1990. 10. 지방자치단체에 대한 중앙통제 ……월간고시
1990. 11. 행정법상의 권리·의무승계 ……고시계
1990. 11. 법률상 이익의 개념적 혼란과 대책
- 서원우교수에 대한 반론을 겸하여 - ……고시연구
1990. 11. 공무원과 공무원법관계 ……월간고시
1990. 11. 개인정보의 수집 관리와 사생활보호 ……충북대 법학연구
1990. 12. 명령의 하자이론 ……고시계
1990. 12. 한국에서의 토지공개념확대도입을 위한 입법 ……고시연구
1990. 12. 공무원의 위상과 법적 지위 ……감사
1990. 12. 교육공무원법 위헌결정과 대책……판례월보 243호
1990. 북한의 행정법 ……고려대 북한법률행정논총 제8집
1991. 1. 추첨에 의한 선정행위의 법적성질……법률신문 1999호
1991. 1. 행정기관의 법령심사권 ……월간고시
1991. 3. 무효등확인소송과 법률상 이익 ……고시연구
1991. 3. 공물의 성립·변경·소멸 ……월간고시
1991. 3. 조례제정권의 보장과 제약
- 지방의회의 합리적 운영을 위하여 - ……지방행정

1991. 3. 국세청훈령의 법적 성질……판례월보 246호
1991. 4. 자치입법권의 보장과 통제
- 조례제정권을 중심으로 - ……고시행정
1991. 4. 명령·규칙에 대한 헌법소원심판 ……법률신문 2018호
1991. 5. 재량행위와 그의 통제 ……고시연구
1991. 5. 행정상의 신뢰보호의 원칙 ……고시행정
1991. 5. 숙박업 영업허가철회처분취소……법률신문 2030호
1991. 6. 행정주체와 행정기관
- 특히 공무수탁사인과 관련하여 -……월간고시
1991. 6. 행정상 강제집행과 즉시강제 ……자치행정
1991. 6. 공무원법상의 경쟁자소송 ……판례월보 249호
1991. 6. 행정청의 거부행위의 처분성 여부……법률신문 2039호
1991. 6. 헌재 89헌마178결정(1990. 10. 15)에 대한 관견 ……
……저스티스 24권 1호
1991. 7. 취소소송의 대상 ……사법행정 367호
1991. 8. 행정절차상의 문서열람권
- 절차적 권리와 관련하여 -……고시계
1991. 8. 증여세납부통지의 효력……법률신문 2054호
1991. 8. 정보화사회와 행정법체계의 재구성 ……월간고시
1991. 8. 자치단체사무에 대한 지방의회의 관여한계 ……자치행정
1991. 11. 토지공개념의 사상적 기초
- 토지공개념의 전개와 과제 -……사법행정 371호
1991. 11. 공문서복사신청거부조치의 취소청구……법률신문 2079호
1991. 11. 행정행위의 구성요건적 효력 ……월간고시
1991. 12. 기록등사신청에 대한 헌법소원……판례월보 255호
1991. 12. 헌법 89 헌마 178 결정 ……헌법재판자료
1991. 12. 한국 토지공개념 입법의 배경과 현황 ……토지법학
1991. 12. 행정심판법, 행정소송법상의 법률상 이익의 문제점 ……

……법제연구 창간호

1991. 기속행위, 기속재량행위에 붙인 부관의 효력 ……

……고려대 판례연구 제5집

1991. 취소소송의 대상 ……공법연구 제19집

1992. 1. 무효등확인소송과 소의 이익……사법행정 373호

1992. 2. 하천구역공용지정의 형식과 효력 ……법률신문 2099호

1992. 2. 공권과 반사적 이익

- 주요 쟁점을 중심으로 -……월간고시

1992. 3. 기술시대의 행정·행정법

- 정보·통신의 기술혁명과 관련하여 -……고시계

1992. 3. 공물의 공용지정(공물지정) ……월간고시

1992. 3. 기관위임사무의 법적 고찰 ……자치행정

1992. 3. 경찰권발동의 근거와 한계 ……한국소방학회지

1992. 4. 행정법학의 현황진단과 그 처방 ……고시연구

1992. 4. 사인에 의한 행정과제의 수행 ……고려대 법학논집 제27호

1992. 5. 준법률행위적 행정행위의 문제점

- 그의 해체를 주장하며 -……고시연구

1992. 6. 행정법상의 의사표시

- 해석·구속력·취소 등을 중심으로 -……월간고시

1992. 6. 기속행위·기속재량행위에 붙인 부관의 효력 판례월보 261호

1992. 6. 공증행위의 법적 성질 ……법률신문 2127호

1992. 7. 행정법의 헌법구체화법론의 명암

- 행정법의 독자성에 대한 재인식 - ……고시계

1992. 8. 토지 및 토지등에 대한 환매권 ……부동산감정평가

1992. 9. 경찰관직무집행법 제2조의 효력 ……사법행정 381호

1992. 9. 그린벨트와 행정구제 ……월간고시

1992. 9. 대의민주제와 주민참여 ……자치행정

1992. 10. 이송처분의 효력정지 ……사법행정 382호

1992. 11. 도시계획법 제21조(개발제한구역지정)의 위헌심판……
……판례월보 266호
1992. 11. 영조물이용관계와 권리보호
- 최근의 문제와 관련하여 -……고시연구
1992. 11. 명령과 권리보호 ……사법행정 383호
1992. 11. 내인가의 법적성질……법률신문 2166호
1992. 11. 부령이 정한 청문을 결한 처분의 효력 ……행정판례연구
1992. 12. 기속·기속재량행위와 부관 ……고시연구
1992. 12. 정보공개조례안의 위법성여부 ……사법행정 384호
1992. 12. 경찰집행법의 정비 ……경찰대 치안논집
1992. 12. 자치통제와 실효성확보수단 ……자치행정
1992. 12. 개발제한구역의 문제점과 행정구제…고려대 법학논집 제28집
1992. 행정법의 흠결과 보충 ……공법연구 20집
1992. 토지재산권의 공공적 사용수용 ……감정평가논문집 제2집
1993. 1. 국가배상소송과 선결문제 ……고시연구
1993. 2. 공특법상의 환매권 발생의 요건……법률신문 2189호
1993. 2. 지가공시에 따른 취소소송의 능부 ……고시연구
1993. 3. 위법한 과세처분과 배상청구……사법행정 387호
1993. 3. 집행공무원의 명령심사권 ……고시연구
1993. 3. 집행벌·강제금·이행강제금 ……월간고시
1993. 3. 신뢰보호의 원칙 ……자치행정
1993. 4. 개별지가 결정의 법적 성질……부동산감정평가 제13호
1993. 4. 지방행정사무의 민영화와 법적 문제 ……자치행정
1993. 4. 국토이용 법률체계 ……지가정보
1993. 5. 지방자치단체장의 직권규칙의 효력……사법행정 389호
1993. 5. 공무원의 직무해태와 국가등의 배상책임 ……판례월보 272호
1993. 5. 행정소송과 민사소송 ……고시계
1993. 5. 조례와 법률유보원칙과의 관계 ……고시연구

1993. 6. 행정절차입법화의 재추진을 위하여 ……법제연구 4호
1993. 6. 행정행위의 흠의 치유 ……고시연구
1993. 6. 행정법상의 비례원칙 ……월간고시
1993. 7. 행정법의 흠결과 보충 ……고시연구
1993. 8. 「법률의 지배」의 재조명 ……월간고시
1993. 9. 배타적 경쟁자소송에 있어서의 법률문제…인권과 정의 205호
1993. 9. 배타적 경쟁자소송과 원고적격 ……고시연구
1993. 9. 축산협동조합설립인가의 거부처분……법률신문 2248호
1993. 11. 처분의 효력정지결정의 요건 ……고시연구
1993. 12. 행정쟁송과 법률상 이익 재론 ……고시계
1993. 12. 지방자치와 직접민주주의 ……고시연구
1993. 지방자치와 주민참여의 확대 ……
……석정 허영민박사 화갑기념논문집
1993. 「행정쟁송과 법률상 이익」 재론 ……고려대 법학논집 제29집
1994. 1. 지방의회의 법적 지위 ……월간고시
1994. 1. 완주군 의회회의규칙의 무효판결……판례월보 280호
1994. 2. 자동차운송알선사업등록과 부관의 효력 ……법률신문 2286호
1994. 2. 한국법학의 체계와 조류 ……월간고시
1994. 3. 이유부기와 이유의 사후보완 ……고시연구
1994. 3. 동장의 면직처분취소 청구사건……사법행정 399호
1994. 3. 행정규제와 규제영향평가 ……월간고시
1994. 4. 손실보상청구소송의 성질……법률신문 2304호
1994. 4. 사인에 의한 행정과제의 수행 ……월간고시
1994. 5. 법률에 근거없는 대통령령의 효력 ……고시연구
1994. 6. 선행처분의 후행처분에 대한 구속력과 예외…판례월보 285호
1994. 6. 경찰상의 개괄적 수권조항 ……고시연구
1994. 6. 법률·명령·행정행위의 구별 ……고시계
1994. 6. 공용제한과 손실보상 ……고시연구

1994. 7. 경찰상의 개괄적 수권조항 ……고시연구
1994. 7. 행정상의 경고·추천·시사 ……월간고시
1994. 7. 개별토지가격합동조사지침의 법적 성질……법률신문 2330호
1994. 8. 선행처분의 후행처분 구속력과 한계 ……고시연구
1994. 8. 표준공시지가와 개별공시지가 ……국가고시
1994. 8. 행정절차법의 과제
- 행정절차법안의 보완과 시행을 바라며 - ……월간고시
1994. 8. 새로운 행정상 실효성확보수단 ……자치행정
1994. 9. 공특법 제9조 제1항의 합헌결정 ……사법행정 405호
1994. 9. 신고의 수리거부처분의 취소 ……법률신문 2346호
1994. 10. 행정소송법의 개정과 논의 ……고시계
1994. 10. 행정상 사실행위와 행정쟁송 ……고시연구
1994. 11. 행정쟁송과 법률상의 이익 ……고시연구
1994. 11. 훈령위반의 행정처분의 효력 ……법률신문 2363호
1994. 12. 공특법상 이주자의 법적 지위 ……판례월보 291호
1994. 행정절차법의 과제 ……일암 변재옥박사 화갑기념논문집
1994. 부당한 처분의 취소쟁송과 청구인적격고려대 판례연구 제6집
1994. 선행처분의 후행처분 구속력과 한계 고려대 법학논집 제30집
1995. 3. 영조물의 설치·관리하자의 판단기준 ……법률신문 2394호
1995. 4. 行政爭訟と法律上の利益 ……자치연구 71권 4호
1995. 5. 행정행위의 공정력과 구성요건적 효력 ……고시JOURNAL
1995. 6. 환경권에 의거한 건축허가의 일부취소청구 ……고시연구
1995. 6. 어업면허의 우선순위결정의 법적 성질 등 …법률신문 2412호
1995. 6. 민선단체장시대의 지방행정의 변화와 전망 ……지방행정
1995. 7. 흠의 승계와 행정행위의 규준력 ……고시JOURNAL
1995. 8. 피수용자의 행정구제
- 수용재결에 대한 행정소송의 문제를 중심으로 -…고시연구
1995. 8. 처분기준을 정한 부령의 성질과 효력 ……법률신문 2429호

1995. 8. 토지수용재결처분취소 ……판례월보 299호
1995. 9. 피수용자의 행정구제
- 수용재결에 대한 행정소송의 문제를 중심으로 -…고시연구
1995. 9. 법규명령과 행정규칙의 구분과 관계 ……고시JOURNAL
1995. 10. 행정입법 및 행정처분을 중심으로 ……판례월보 300호
1995. 11. 계획제한과 손실보상 ……고시JOURNAL
1995. 11. 직무명령과 복종의 의무 ……자치행정
1995. 12. 조례제정의 법적 문제
- 조례제정권의 범위와 한계의 문제를 중심으로 -……
……법제연구 9호
1995. 12. 수용재결처분에 대한 취소소송등 ……부동산고시
1995. 12. 의회와 집행기관의 갈등
- 자치입법을 중심으로 - ……자치행정
1995. 교섭·합의에 의한 부관의 효력……고려대 판례연구 제7집
1995. 행정법이론의 개혁과 과제……고려대 법학논집 제31집
1995. Die Rolle des Verwaltungsrechts im staatlichen Wandel am Beispiel Südkoreas ……심천 계희열박사 화갑기념논문집
1995. 행정법총론의 개혁론 ……김영훈 박사 화갑기념논문집
1996. 1. 법령과 조례와의 관계 ……고시JOURNAL
1996. 1. 기관위임사무의 재위임의 근거 등 ……판례월보 304호
1996. 3. 사립대교수의 재임용탈락등과 권리구제 ……고시연구
1996. 3. 직무명령과 복종의 의무 ……고시JOURNAL
1996. 5. 국가의 권한과 지방자치단체의 권한
- 권한의 배분과 위임의 문제를 중심으로 -……고시계
1996. 5. 행위재량·판단여지·계획재량의 구별 ……고시JOURNAL
1996. 6. 국책사업특별법의 특정과 자치권 ……자치행정
1996. 7. 행정행위의 부관과 행정쟁송
- 기한에 대한 쟁송의 문제를 중심으로 -……고시JOURNAL

1996. 7. 국책사업과 집중효·구속효·배제효 ……법정고시
1996. 8. 기한부 행정행위와 행정쟁송 ……고시연구
1996. 8. 민간시설물 안전관리와 감독책임 ……지방자치
1996. 9. 자치입법권의 확대 ……자치행정
1996. 10. 자치사무·위임사무의 구별과 승인유보 ……고시연구
1996. 10. 시세감면조례안 무효확인 ……판례월보 313호
1996. 11. 건물철거명령과 대집행과의 관계 ……고시연구
1996. 12. 행정입법의 현황과 문제점 ……고시계
1996. 12. 공무원 개인의 배상책임유무 ……고시연구
1996. 12. 과세처분의 선행행위인 개별공시지가의 위법성 심사……
……판례월보 315호
1996. 행정법의 탈규제화 경향 ……토지공법연구
1996. 시세감면조례안무효확인과 승인유보 ……
……고려대 판례연구 제8집
1996. 하자승계론과 후행정행위구속론 ……
……우제 이명구박사 화갑기념논문집
1997. 2. 행정절차법의 하자의 효과 ……고시연구
1997. 2. 기관소송 ……법정고시
1997. 3. 법률의 명문근거 없는 청문의 요부 ……고시연구
1997. 4. 법률의 지배와 법의 지배
- 독일형 법치주의와 미국형 법치주의 - ……고시연구
1997. 6. 청문을 결한 불이익처분의 효력과 흠의 치유 ……
……판례월보 321호

法學論集 第33輯

目 次

간행사……이기수 …… i

축사……김형배 …… ii

기념사……김일수 ……iii

김남진 교수 연보 ……iv

〈論 文〉

우리 憲法上의 平等權……계희열 ……1

行政訴訟에서의 이른바 裁決主義의 認定可能性 ……류지태 ……33

헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조 ……장영수 ……51

의원내각제적 요소의 권력분산효과……김선택 ……81

조세법에 있어서 법치국가원리……김연태 ……119

현대적 노사관계와 노동법의 개정 ……김형배 ……157
- 1997년 3월 13일의 개정노동법의 평가를 중심으로 -

로마刑法의 發展 過程(Ⅲ)-1 ……조규창 ……173

採用時의 性差別에 따른 損害賠償의 內容과 性格 ……하경효 ……205
- 독일민법 제611 a조 개정내용을 중심으로 -

醫療事故의 不法行爲責任 ……안법영 ……231
- 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH) 判決의 比較 考察 -

金錢賠償 이외의 損害賠償과 그 適用例 ……명순구 ……335

東洋의 自然法思想 ……심재우 ……367

형법상 文書의 槪念……김일수 ……441

진료거부와 응급의료거부 - 이론, 정책, 도그마틱 ……이상돈 ……467

株式買入選擇權에 관하여 ……정동윤 ……503

설립중의 회사에 대한 독일에서의 논의……이기수 ……523

株式讓渡에 관한 硏究……정찬형 ……549
- 定款에 의한 株式讓渡制限을 中心으로 -

代理權濫用의 法理構成 ……김정호 ……605

경제협력개발기구의 법제도적 고찰……박노형 ……635

우리 憲法上의 平等權

桂 禧 悅*

목 차

Ⅰ. 平等思想의 發展과 立法例 및 憲法規定
1. 平等思想의 發展
2. 立法例
3. 憲法規定
Ⅱ. 平等의 槪念과 內容
1. 槪念
2. 內容
Ⅲ. 平等權의 法的 性格
Ⅳ. 平等權의 主體
Ⅴ. 平等權의 效力
Ⅵ. 平等權의 制限
1. 憲法에 의한 制限
2. 法律에 의한 制限

헌법 제11조 1항 1문은 『모든 국민은 法앞에 平等하다』라고 규정하고 있다. 이 규정을 비롯하여 우리 헌법에는 많은 평등에 관한 규정들이 있다. 이처럼 우리 헌법은 평등의 원칙을 헌법생활의 모든 분야에서 그 기초로 삼고 있다. 그런데 구체적인 경우 평등의 원칙을 어떻게 이해하고 적용할 것인가의 문제는 매우 어려운 문제이다.

Ⅰ. 平等思想의 發展과 立法例 및 憲法規定

1. 平等思想의 發展

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

인간은 누구나 한편으로 다른 사람과 차별받는 것을 싫어하며 또다른 한편으로는 다른 사람과 다르기 위해 애쓰며 살아가는 것을 볼 수 있다. 즉 인간은 평등과 자유를 모두 동시에 가지려고 한다. 그런데 자유와 평등은 상호 배타적인 성격이 있기 때문에 조화를 이루기가 쉽지 않다.[1] 어쨌던 인간은 신분, 권력, 부, 신앙, 사상 등 갖가지 이유로 유사이래 항상 온갖 차별과 불평등한 취급을 받으며 살아왔고 다른 한편 인간의 역사는 평등을 실현하기 위한 노력과 투쟁의 역사라고 말할 수도 있다.

평등사상은 이미 고대 그리스시대에 正義의 관념과 결부되어 나타난 것을 볼 수 있다. Aristoteles는 평등을 정의의 요소로 보았고 正義를 平均的 正義와 配分的 正義로 나누었다. 중세시대의 평등사상은 神앞의 平等으로 대변될 수 있고 이 思想은 현실적으로도 중요한 역할을 하였다. 근세에 들어와 이 神앞의 평등사상은 진보적 기독교사상가들에 의해 세속적 영역에도 적용되어야 한다는 주장으로 발전하였고 합리주의적 자연법론자들은 모든 인간의 生來的 平等을 주장하게 되었다. 근대국가의 성립이후 평등의 이념은 법앞의 평등으로 발전하였다. 즉 국가는 모든 사람을 그의 신분, 재산, 신앙 등에 따라 차별하지 말고 평등하게 법을 적용해야 한다는 법적용의 평등으로 발전하였다. 다른 한편 평등의 이념은 평등한 정치적 참여의 요구로 발전하였다.

정치적 영역에서의 평등은 꾸준히 진행되어 오늘날 상당한 정도 실현되었으나 계속해서 제기되는 새로운 문제에 직면하고 있다. 오늘날 평등의 문제는 무엇보다도 경제적 영역에서 어떻게 평등을 실질적으로 보장할 것인가가 중요한 문제로 되고 있다. 물론 사회적 영역이나 문화적 영역에서 평등을 구체적·현실적으로 어떻게 실현할 것인가의 문제도

1) 평등의 문제는 자유와 분리하여 생각할 수 없으며 양자의 관계를 올바로 이해하는 것이 중요하다. 특히 자유와 평등의 배타적 관계에 관하여는 G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art. 3 I Rdnr. 120 참조. 물론 자유와 평등은 배타적 성격만을 갖는 것이 아니라 상호 보완적 또는 제한적 관계를 갖기도 한다. 자유와 평등의 관계에 관하여는 M.Kriele, Freiheit und Gleichheit, in: E.Benda/W.Maihofer/H.-J.Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1.Aufl. 1983, S.129ff. 특히 S.133ff.; F.Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBl 1988, S.863ff.(871) 참조.

여전히 중요한 문제이다.

2. 立法例

평등의 원리는 근세의 인권선언이나 성문헌법에서 예외없이 선언되고 있다. 가령 1776년의 버지니아權利章典(제1조)이나 1789년 프랑스의 인간과 시민의 권리선언(제1조) 또한 미국의 독립선언과 各州憲法을 비롯하여 세계각국의 헌법은 예외없이 평등권을 규정하고 있다. 더 나아가 세계인권선언(제7조)을 비롯한 국제적 인권규약에서도 평등권을 규정하고 있다.

3. 憲法規定

우리 헌법은 건국헌법이래 평등권을 규정하고 있다. 현행헌법은 평등에 관한 많은 규정을 두고 있다. 憲法前文에는 『정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 … 국민생활의 균등한 향상을 기하고』라고 선언하고, 제11조 1항은 법앞의 평등과 차별의 금지를, 2항은 사회적 특수계급의 부인을, 3항은 榮典一代의 原則을 규정하고 있다. 이밖에 제31조 1항은 교육의 기회균등을, 제32조 4항은 근로관계에 있어서 여성의 차별금지를, 제36조 1항은 혼인과 가족생활에 있어서 兩性의 평등을, 제41조 1항과 제67조 1항 및 제116조 1항은 선거와 선거운동에 있어서의 평등을, 제119조 2항은 균형있는 국민경제의 발전을 그리고 제123조 2항은 지역간의 균형있는 발전을 규정하고 있다.

평등을 이처럼 명시적으로 규정하지 않더라도 평등을 보장하는 경우가 많이 있다. 가령 제8조 1항이 정당설립의 자유를 보장함으로써 정당의 기회균등이 보장된다거나 제21조 1항이 언론의 자유를 보장함으로써 소수자가 다수자가 될 수 있는 기회균등이 보장되는 등 자유의 보장을 통해 평등을 보장하는 경우가 있다. 이처럼 자유와 평등은 상호 배타적

성격만을 갖는 것이 아니라 상호 보완과 조화의 밀접한 관계를 갖고 있기도 하다. 또한 기본권규정에 '모든 국민은' 또는 '누구든지' 등과 같은 표현을 통해 평등한 기본권의 실현을 보장하고 있다. 즉 이 표현 가운데는 모든 자유와 권리를 평등하게 향유할 수 있다는 것을 내포하고 있다.

Ⅱ. 平等의 槪念과 內容

1. 槪念

(1) 平等의 槪念과 그 前提

평등의 개념은 논리적으로 우선 둘 또는 그 이상의 對象(개인, 인간집단, 事態, 生活關係 등)을 전제로 한다.[2] 하나의 대상은 같은 시간에 스스로 평등할 수 없다. 이로써 평등은 단 하나의 대상을 전제로 하는 正體(同一)性(Identität)과 구별된다. 이에 반해 평등은 相異한 것들 상호간의 관계이다.[3] 평등에 대한 판단은 대상들을 상호 관련시키고 그것들을 비교하는 사고활동의 결과이다. 여기서 대상들은 결코 전체로서가 아니라 상당수의 특징적인 것들을 고려하여 몇개의 관계만이 비교될 수 있다. 우리는 두개의 사물을 - 어떤 관계(관점)에서 그들이 평등하다는 것을 제시하지 않고서는 - 평등하다고 표현할 수 없다.[4] 이 관점(關点, Bezugspunkt), 즉 이 불가결의 비교점(tertium comparationis, 비교기준〈=

2) W.Windelband, ber Gleichheit und Identität, 1910, S.8: 『평등을 판단하는 논리적 기본전제는 판단자의 知覺에 의해 구별될 수 있는 '다수의 對象'이다』. (K. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR NF Bd.38 〈1951-1952〉 S.172 에서 인용).

3) 이상 W.Windelband, 위의 논문 (주 2), S.8. (K.Hesse, 위의 논문 〈주 2〉, S.172에서 인용).

4) E.Husserl, Logische Untersuchungen Bd.Ⅱ, 1 (3.Aufl. 1922), S.112 (K.Hesse, 위의 논문 〈주 2〉, S.173에서 인용). 또한 G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Abs.1 Rdnr.1 참조.

비교의 제3자〉)이 동일해야 한다.[5]

평등은 결코 대상전체로서가 아니라 하나의 對象이 갖고 있는 특징적인 標識들의 일치와 관련하여서만 판단될 수 있다.[6] 일치하는 표지는 하나이거나 몇개 또는 다수일 수 있지만 그 밖의 표지들은 相異할 수밖에 없다.[7] 다수의 그리고 상이한 대상을 전제하고 있다는[8] 사실로부터 모든 표지가 같다고 하더라도 적어도 시간적 또는 공간적 相異点이 존재할 수밖에 없다는 결론이 나온다. 즉 평등은 相異性을 내포하고 있다.[9] 相異한 표지가 확인되지 않는다면 그것은 동일성을 의미하며 평등이라는 말은 할 수 없다. 시간과 공간을 포함하여 모든 표지가 일치한다는 것은 논리적으로 있을 수 없다. 그것은 동일성을 의미하게 될 것이다.[10] 따라서 문헌에서 널리 사용되고 있는 '絶對的' 平等이란 개념상 있을 수 없다.[11] 평등이란 항상 비교(관계)를 의미하며 따라서 - 적어도 시간적으로나 공간적으로 - 相異한 것을 전제한다. 그렇기 때문에 두 개의 대상이 평등하다고 하는 판단은 이처럼 개념상 필연적으로 존재하는 不平等을 도외시할 수밖에 없다. 여기서 이 불평등은 중요하지 않은 반면 일치

---

5) E.Husserl, 위의 책 (주 4), 같은 곳. tertium comparationis라는 말을 차별기준(Differenzierungskritereium)이라고 意譯 하는 사람도 있다. 가령 M.Gubelt, Art.3 (Gleichheit), in: von M nch/Kunig(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd I 4.Aufl. 1992, Rdnr.16a 참조.

6) 이하 K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.173; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl. 1995, Rdnr. 432; ders., Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtssetzungsgleichheit, in: Festschrift für P.Lerche, 1993, S.121ff.(121). 또한 M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr. 16a 참조.

7) 이와 관련하여 R.Zippelius, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47, 1989, S.20 그리고 거기에 인용된 문헌 참조.

8) 다수의 대상은 그것들이 어떤 점에서이든 구별되는 때에만 존재한다. F. Schoch, 위의 논문 (주 1), S.863ff.(873) 참조.

9) G.Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, 750.

10) K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.173; ders., 위의 책 (주 6), Rdnr. 432.; ders., Gleichheit und Freiheit als Grundprinzipien heutiger staatlicher Ordnung, in: Individium und Kollektiv, Freiburger Dies Universitatis, Bd.9 S.79ff.(이 논문은, 콘라드 헷세 저 (계희열 역), 헌법의 기초이론, 삼영사, 1985, 216쪽 이하에 수록되어 있다. 특히 221-2쪽 참조).

하는 표지들은 중요한(본질적인) 것이다.

둘 또는 여러 대상이 평등한가 또는 불평등한가를 확정하는 것은 결국 비교하는 대상들이 갖고 있는 특징적인 標識들이 본질적인가 아니면 비본질적인가와 연결된다. 즉 이 표지들이 차별기준(Differenzierungskriterium)이 된다.[12] 그런데 구체적인 경우 어느 標識가 본질적 또는 비본질적인가를 객관적으로 확인할 수는 없다. 그러한 확인은 비교가 행해지는 관점에 달려 있다. 즉 관점에 따라 어느 표지가 본질적인지가 결정된다.[13] 달리 표현하면 차별기준의 선택의 문제이다. 이러한 결정은 논리적 성격을 갖는 것이 아니라 오히려 판단자의 主觀이 결정적으로 중요하다.[14] 즉 논리적 사고행위에 의해서가 아니라 가치판단에 근거해서 결정된다.[15]

평등에 대한 판단의 이러한 相對性 때문에 동일한 대상을 한 사람(甲)은 평등하다고 보고 다른 사람(乙)은 불평등하다고 할 수 있다. 왜냐하면 甲의 관점이 乙에게는 중요하지 않을 수 있기 때문이다. 이러한 平等의 相對性을 (=평등에 대한 판단의 主觀性을) 간과하는데 평등개념의 애매성의 원인이 있다. 즉 한 사람의 평등이 다른 사람의 평등이 아닐 수 있고 또한 평등이라는 거창한 말이 결국 어떤 목적에도 봉사할 수 있게 되는 원인이 있다.[16]

---

11) K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.173.

12) M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.16a.

13) W.Windelband, 위의 논문 (주 2), S.8f.: 모든 개별적인 경우에 있어서 무엇이 이 경우에 본질적이어야 또는 아니어야 하느냐에 대한 성찰의 관점이 결정하게 된다. (K.Hesse, 위의 논문 〈주 2〉, S.174에서 인용).

14) K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.174, 198; W.Windelband(위의 논문 〈주 2〉, S.10)에 따르면 최종적으로 直觀(Intuition)의 직접적 체험이 결정적으로 중요하다.

15) H.P.Ipsen, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner(hrsg.), Die Grundrechte, Bd. Ⅱ 1954, S.111 (178); G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Abs. 1 Rdnr.1, 2; M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.17.

16) 이상 K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.174 참조.

(2) 形式的 平等

형식적인 법적 평등이란 '法앞의 平等'을 의미한다. 형식적 평등은 모든 사람에 대하여 그 신분이나 지위와 상관없이 현행법을 예외없이 실현할 것을 요구한다.[17] 즉 모든 사람은 법에 의해 평등하게 의무를 지거나 권리를 가진다. 또한 반대로 모든 국가기관은 현행법을 특정 개인에게 유리하게 또는 불리하게 적용하지 못하도록 한다.[18] 法治國家的 법률개념은 오늘날에도 이러한 내용의 실현을 요청한다.[19]

'法앞에서의 平等'은 곧 '法適用의 平等'을 의미하기 때문에 法의 適用(執行)機關인 司法權과 行政權만이 평등의 원칙에 구속된다. 즉 평등의 원칙은 法適用의 準則일뿐 立法의 準則은 될 수 없다는 것이다. 입법권은 평등의 원칙에 구속되지 않기 때문에 이를 立法非拘束說이라 부르며 법실증주의자들의 주장이기도 하다.[20] 입법비구속설은 바이마르헌법이 제정되던 시기까지만해도 지배적 학설이었다.[21]

(3) 實質的 平等

법을 평등하게 적용하는 것도 중요하지만 법의 내용자체가 불평등한 경우 아무리 법을 평등하게 적용하더라도 평등이 실현될 수 없다. 평등이 실질적으로 실현되려면 법의 내용자체가 평등하지 않으면 않된다. 따라서 實質的인 法的 平等이란 法(內容)의 平等을 의미한다. 법의 내용이 평등하려면 입법과정에서 평등한 법이 제정되어야 한다. 즉 입법자들이 평등의 원칙에 따라 법을 제정해야 한다. 이런 의미에서 실질적 평등을 法制定(定立)의 平等(Rechtsetzungsgleichheit)이라고 표현하기도 한

17) BVerfGE 66, 331(335f.); 71, 354(362) 참조.

18) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr.430; 또한 K.Hesse, 위의 논문 (주 2), S.175ff. 참조.

19) K.Hesse, Der Gleichheitssatz in der Verfassungsentwicklung, AöR Bd.109(1984), S.185.

20) 가령 G.Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14.Aufl. (ND 1965), Art.109 1 (S.522f.) 참조.

21) 이에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 논문 (주 19), S.174ff. 참조.

다.[22] 이처럼 평등의 원칙은 입법의 준칙이 되고 입법권은 평등의 원칙에 구속되기 때문에 이를 立法拘束說이라고 한다.

법적용의 평등이라는 형식적 평등에 대해 立法者도 평등한 사태는 평등하게 취급해야 한다는 새로운 실질적 평등이론이 본격적으로 제기된 것은 바이마르시대에 들어와서였다.[23] 이 새로운 평등이론의 제기와 더불어 법적용의 (형식적) 평등을 주장하는 법실증주의자들과 평등의 원칙에 대해서만이[24] 아니라 헌법학의 광범한 분야에 걸쳐 격렬한 논쟁이 벌어졌다.[25] 결국 독일기본법은 입법권을 포함하는 모든 국가권력이 기본권에 구속된다는 것을 규정함으로써(제1조 3항) 이 문제는 입법적으로 해결되었다. 그런데 법의 내용이 평등해야 한다고 하지만 법의 내용적 평등이란 과연 무엇을 의미하는가의 문제가 제기된다.

① 實質的 平等과 絕對的 平等

법의 내용적 평등, 즉 실질적 평등이란 곧 절대적 평등을 의미하는가? 절대적 평등이란 엄격하게 따지면 - 위에서 지적한 바와 같이 - 개념상 존재할 수 없으나 이미 학계에서 - 부정확하지만 - 널리 사용되고 있는 개념이다. 즉 절대적 평등이란 모든 사람을 모든 면에서 항상 평등하게 취급하는 것을 말한다. 이러한 무제한적 절대적 평등이 적용될 수 있는

22) 가령 K.Hesse, 위의 논문(주 6)의 제목; F.Schoch, 위의 논문 (주 1), S.873; … 참조.

23) 그 대표적 대변자로는 H.Triepel, E.Kaufmann, G.Leibholz, … 등을 들 수 있다. 이들은 바이마르헌법의 평등조항(제109조 1항)을 법적용의 평등으로만이 아니라 입법자도 평등한 사태는 평등하게 취급해야 한다는 법(내용)의 평등으로 해석하였다. 물론 이러한 해석이 평등조항의 원래의 의미와 부합하지 않는다는 것을 인정하였지만 동조항의 '의미변천'을 주장하면서 이처럼 해석하였다(이에 관하여는 G.Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, (1.Aufl. 1925) 2.Aufl. 1959, S.15 참조).

24) 대표적으로 E.Kaufmann/H.Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3, 1927, S.2ff. 특히 Aussprache(S.43ff.) 참조.

25) 실질적 평등을 주장하는 측에서는 실정법의 상위에 있는 질서의 원리, 즉 정의로운 법이 되기 위해 실정법이 지켜야 할 (자연법적) 원리를 주장하게 됨에 따라 자연법론자들과의 논쟁이 불가피 했고 또 다른 한편으로는 평등의 원리에 반하는 법률에 대한 '司法的 審査'의 문제와 관련하여 法律에 대한 司法審査制度의 도입에 대해 열띤 찬·반논쟁이 벌어졌다. 이 문제들은 방법론적 논쟁으로 이어질 수밖에 없었다. 이에 관하여 K.Hesse, 위의 논문 (주 19), S.179ff. 그리고 거기에 인용된 문헌 참조.

경우란 엄격하게 따져 보면 실제로는 있을 수 없고[26] 이를 적용하는 경우 오히려 더 엄청난 불평등을 야기할 수 있다. 이 無制限的 絶對平等說에 대해 인적·신분적 범위에서만 절대적 평등을 주장하는 制限的 絶對平等說이 있다. 즉 신분을 이유로 한 차별은 절대로 금지된다는 것이다. 어쨌던 實質的 平等이란 절대적 평등을 의미한다고 할 수 없다.

② 實質的 平等과 相對的 平等

실질적 평등은 그렇다면 相對的 平等을 의미하는가? 相對的 平等이란 모든 사람을 모든 면에서 항상 평등하게 취급하는 것이 아니라 합리적인 근거나 정당한 이유에 따라 차별하는 것은 인정된다는 것이다. 평등은 이미 그 개념상 相異性과 相對性을 전제(내포)하고 있기 때문에 합리적이고 정당한 근거에 따라 차별을 인정하지 않을 수 없다.[27] 상대적 평등이 실질적 평등의 내용을 부분적으로 설명하고 있으나 충분한 설명이 되지는 못한다.

③ 實質的 平等과 恣意禁止의 原則

실질적 평등이란 모든 사람을 모든 관계에서 항상 평등하게 취급하는 것을 의미하지 않는다.[28] 평등은 이미 그 개념상 相異性과 相對性을 전제(내포)하고 있기 때문에 합리적이고 정당한 근거에 따라 차별을 인정하지 않을 수 없다. 내용적인 법적 평등이란 오히려 평등한 것만이 평등하게 취급되어야 한다는 것이다. 즉 실질적 평등이란 평등한 事態를 불평등하게 規律하는 것을 禁止하는 것이며, 平等한 事例에는 평등한 규정을 적용해야 한다는 것이다.[29] 이런 의미에서 실질적 평등이란 恣意禁

26) 흔히 『모든 인간은 죽음앞에서 (또는 신앞에서) 평등하다』라고 하면서 이를 절대적 평등이라고 하지만 이것은 죽음이라는 하나의 관계에서만 평등할 뿐이다.

27) 우리 헌법재판소도 이런 입장에서 판결하고 있다. 가령 憲裁決 1989. 5. 24, 89 헌가 37 등 병합, 憲判集 제1권 48쪽(금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2의 위헌심판결정); 憲裁決 1990. 10. 8, 89 헌마 89, 憲判集 제2권 332쪽 이하(교육공무원법 제11조 1항에 대한 헌법소원결정); 憲裁決 1989. 11. 20, 89 헌가 102, 憲判集 제1권 329쪽 이하(변호사법 제10조 2항에 대한 위헌심판결정); …

28) 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr.432 참조.

止(Willk rverbot)를 의미한다. 즉 본질적으로 서로 평등한(=같은) 것을 恣意的으로 불평등하게(=다르게) 또는 본질적으로 서로 불평등한(=다른) 것을 恣意的으로 평등하게(=같게) 취급하는 것을 금지한다. 따라서 實質的 平等의 基準은 恣意禁止의 原則이다.[30]

그런데 문제는 무엇이 평등하며 따라서 불평등하게 규율되어서는 안되는가라는 것이다. 이 문제에 관하여는 이미 살펴 본 바와 같이 모든 경우에 妥當한 확정적 해답은 존재하지 않는다. 왜냐하면 여러 사태가 일치한다는 것은 항상 하나 또는 몇 개의 표지와 관련하여서만 확인될 수 있으며, 그 이외의 표지는 상이할 수 있기 때문이다. 둘 또는 여러 대상이 평등한가 또는 불평등한가를 확정하는 것은 결국 비교하는 대상들이 갖고 있는 특징적인 標識들이 본질적인가 아니면 비본질적인가와 연결된다. 즉 이 표지들이 차별기준(Differenzierungskriterium)이 된다.[31]

---

29) K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr.432.

30) 라이브홀츠(G.Leibholz, 위의 책 〈주 23〉, S.72ff.)를 비롯하여 많은 학자들이 지금까지 평등을 이렇게 이해하고 있고 독일의 연방헌법재판소도 초기부터 계속되는 판결에서 恣意禁止의 原則에 따라 판결하였다. 가령 BVerfGE 1, 14(52); 3, 58(135); 17, 319(330); 이밖에 50, 177(191); 54, 11(25f.); 55, 72(89f.); … 참조. 연방행정재판소도 자의금지의 원칙에 기초하여 판결하고 있다. 가령 BVerwGE 39, 1(4); 64, 248(261); … 참조.

그러나 恣意禁止에 대한 비판의 목소리도 적지 않다. 우선 평등의 내용을 恣意禁止로 보는 것은 적정한 심사기준으로는 너무 정확하지 못하다는 것이다 (이에 대하여는 W.Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957, S.49ff.; F.Schoch, 위의 논문 〈주 1〉, S.875; Ch.Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG. Bd. I, 3.Aufl. 1985, Art.3 Rdnr.11; E.Stein in: Kommentar zum GG (AK), Bd. I 2.Aufl. 1989, Art.3 Rdnr.30; … 참조). 또한 평등을 恣意禁止로 보는 경우 입법자가 내려야 할 판단을 부당하게도 연방헌 법재판소가 자신의 주관적 가치판단으로 대체 할 수 있다는 것이다 (이에 대하여는 H.P.Ipsen, 위의 논문 〈주 15〉, S.184; R.Thoma, Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz, DVBl. 1951, S.457〈459〉; G.Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, 98ff. 108f.; … 참조). 이밖에 恣意禁止에 대한 비판에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 논문 (주 19), S.188 Anm.52 참조.

연방헌법재판소는 물론 제1재판부를 중심으로 일찍부터 恣意禁止의 原則에서 벗어나는 견해를 밝혔고 또한 판결들을 내렸다(이에 관하여는 특히 F.Schoch, 위의 논문 〈주 1〉, S.875ff. 참조). 오늘날에는 평등의 기준으로 恣意禁止의 原則만이 아니라 比例의 原則(Verhältnismäßigkeit)을 새로운 기준(Neue Formel)으로 수용하고 있다 (이에 대하여는 아래 주 39 참조).

그런데 구체적인 경우 어느 標識가 본질적 또는 비본질적인가를 객관적으로 확인할 수는 없다. 그러한 확인은 비교가 행해지는 관점에 달려 있다.[32] 즉 관점에 따라 어느 표지가 본질적인지가 결정된다. 달리 표현하면 차별기준의 선택의 문제이다.[33] 예를 들어 '人間'이라는 標識가 본질적인 것으로 간주되면 內國人과 外國人은 평등하게 취급되어야 하나 '國籍'이라는 표지를 본질적인 것으로 볼때 이들의 구별(不平等한 취급)은 허용된다.[34]

실질(내용)적인 법적 평등의 결정적인 문제는 항상 본질적인 것으로 간주되어야하는 표지에 관한 문제,[35] 즉 차별기준의 문제이다.[36] 몇개의 사태가 평등하다는 근거를 제시해 주고 따라서 평등한 취급을 명령하거나 불평등한 취급을 금지시키는 근거를 마련해 주는 표지는 무엇인가의 문제이다. 소극적으로 말하면 비본질적인 것으로 간주되고, 따라서 법적 차별의 근거로 삼는 것이 허용되지 않는 표지는 무엇인가라는 문제이다.

(4) 우리 헌법상의 平等槪念

우리 헌법 제11조 1항 1문은 『모든 국민은 法앞에 平等하다』고 규정함으로써 우선 形式的인 法的 平等을 보장하고 있다. 즉 모든 사람은 법에 의해 평등하게 의무를 지거나 권리를 가지며 반대로 모든 국가기관은 현행법을 특정 개인에게 유리하게 또는 불리하게 적용하지 못하도록 한다. 형식적 평등은 '法適用의 平等'을 의미하기 때문에 法의 適用(執行)機關인 司法權과 行政權만이 평등의 원칙에 구속된다.

우리 헌법은 독일기본법처럼 입법권을 포함한 모든 국가권력이 기본

31) M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.16a.
32) 이와 관련하여 R.Zippelius. 위의 논문 (주 7), S.23f. 참조.
33) M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.16a.
34) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr. 432 참조.
35) 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr. 433.
36) M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.16a.

권에 구속된다는 규정(제1조 3항)을 두고 있지 않기 때문에 입법권이 평등의 원칙에 구속되느냐의 문제는 과거 바이마르헌법하에서처럼 견해가 갈릴 수 있다. 즉 立法非拘束說이나 立法拘束說을 모두 주장할 수 있다. 이 문제는 결국 해석을 통해 확정할 수밖에 없다. 그런데 평등은 법의 내용자체가 평등할 때 비로소 실질적으로 보장될 수 있기 때문에 우리 헌법은 '法適用의 平等' 만이 아니라 '法(內容)의 平等' 도 보장한다고 보는 것이 타당하다(通說).[37]

2. 內容

(1) 一般的 平等의 原則

平等의 內容을 헌법이 직접 구체적으로 규정하지 않은 경우 평등은 입법자가 제정하는 法律에 의해 실현될 수밖에 없다. 그런데 법앞의 평등을 법적용의 평등만이 아니라 법(내용)의 평등으로 보는 경우 입법자도 평등의 원칙에 구속된다. 그렇다면 입법자가 법을 제정하는데 있어서 지켜야 할 평등의 원칙이란 과연 무엇인가가 문제된다. 즉 입법의 준칙이 되고 입법자도 구속되는 일반적 평등의 원칙이란 도대체 무엇인가라는 말이다. 이 문제는 입법자에게만이 아니라 - 헌법재판제도가 도입된 경우 - 제정된 法律이 평등의 원칙에 위반되는지를 심사하는 헌법재판관에게도 마찬가지로 제기된다. 즉 평등의 원칙은 입법의 준칙일 뿐만 아니라 헌법재판적 통제의 준칙이기도 하다.[38]

---

37) 우리 헌법재판소의 견해도 같다. 가령 『우리 헌법이 선언하고 있는 '인간의 존엄' 과 '법 앞에 평등' 은 행정부나 사법부에 의한 法適用上의 平等만을 의미하는 것이 아니고, 立法權者에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 法律을 제정하도록 하는 것을 명하는 法內容上의 平等을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다』(憲裁決 1992. 4. 28, 90 헌마 24, 憲判集 제4권 225쪽 참조).

38) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 6), Rdnr.436 또한 그의 논문 (주 6), S.121 참조. 특히 헌법

그러면 입법의 준칙이 되고 입법자도 구속되며 헌법재판적 통제의 준칙이 되기도 하는 일반적 평등의 원칙이란 과연 무엇인가? 그것은 이미 평등의 개념에서 살펴 본 바와 같이 실질적 평등을 의미한다. 즉 평등한 事態를 불평등하게 規律하는 것을 禁止하는 것이며, 平等한 事例에는 평등한 규정을 적용해야 한다는 것이다. 이런 의미에서 실질적 평등이란 恣意禁止(Willk rverbot)를 의미한다. 즉 본질적으로 서로 평등한(=같은) 것을 恣意的으로 불평등하게(=다르게) 또는 본질적으로 서로 불평등한(=다른) 것을 恣意的으로 평등하게(=같게) 취급하는 것을 금지한다. 독일의 연방헌법재판소는 보다 엄격한 평등의 심사를 위해 恣意禁止의 原則만이 아니라 比例의 原則을 새로운 기준(neue Formel)으로 수용하였다.[39]

법률자체가 평등의 원칙에 부합해야 한다고 할 때 (특히 오늘날과 같은 사회국가에 있어서) 그러한 법률은 古典的 正義의 原則인『각자에게 자기의 몫을 나누어 주라(suum cuique tribuere)』는 의미에서[40] 평등한 것

재판적 통제의 준칙으로서의 평등의 원칙과 관련하여 H.H.Rupp, Art.3 GG als Maβstab verfassunggerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaβ des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. Ⅱ 1976, S.354ff. 참조.

39) 특히 중요한 판결로는 BVerfGE 55, 72(88) 참조; 그후의 판결에서는 이 입장을 계속 유지하고 있다 BVerfGE 82, 60(86); 83, 395(401); 84, 133(157); 84, 197(199); 84, 348(359); 85, 191(210); 85, 238(244); 85,360(383); 87, 234(255); 88, 5(12) 참조. 이문제에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 논문 (주 6), S.122ff.; F.Schoch, 위의 논문 (주 1), S. 875ff.; R.Maaβ, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz? NVwZ 1988, S.14ff.; S.Huster, Gleichheit und Verhältnismäβigkeit, JZ 1994, S.541ff.; … 참조. 또한 위 주 30 참조.

40) 平等이 正義의 내포 또는 正義를 지향하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 가령 G.Leibholz, 위의 책 (주 23), S.72ff.; K.Hesse, 위의 논문 (주 19), S. 186f., 191; ders. 위의 책 (주 6), Rdnr.438; ders., 위의 논문 (주 6), S.121; R.Zippelius, 위의 논문 (주 7), S.11, 23f., 27; …. 이와 관련하여 G.Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, 98ff. 비교참조. G.D rig는 평등조항을 가치체계상 正義대신에 인간의 존엄성에 귀결시킨다. 이에 대하여는 Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Rdnr.4 참조. 우리 헌법재판소도 평등이 正義와 衡平을 지향하는 것으로 이해하고 있다(憲裁決 1992. 4. 28. 90 헌바 24, 憲判集 제4권 225쪽 이하 참조).

은 평등하게, 불평등한 것은 그에 맞도록 불평등하게 취급해야 한다.[41] 즉 입법자에게는 공정한 기준에 따라 평등하게 또는 불평등하게 규율할 과제가 부과된다. 그런데 무엇이 평등하기 때문에 불평등하게 규율해서는 안되는가의 문제는 이미 살펴 본 바와 같이 논리적으로 확답할 수 있는 문제가 아니다. 즉 비교하는 대상의 어떤 표지가 본질적인가의 문제는 비교가 행해지는 관점에 달려 있고 이는 논리적 사고행위에 의해서가 아니라 가치판단에 의해 결정된다. 평등한 또는 불평등한 취급을 공정하게 하는 것은 이 가치판단에 부여된 과제이다. 그런데 무엇이 공정하냐에 대해서는 항상 상이한 견해가 있을 수밖에 없다. 따라서 견해의 일치가 이루어지거나 결단이 내려져야 한다.[42] 결국 이는 가치판단의 문제이다. 물론 가치판단의 기준은 실정법가운데서 어느정도 찾을 수 있으나 그것이 가치판단의 주관적 성격을 바꾸지는 못한다.[43]

(2) 個別的(具體的) 平等權

우리 헌법은 직접 평등의 내용을 구체적으로 규정하고 있는 것들이 있다. 그러한 구체적 내용으로 차별금지의 사유와 차별금지의 영역을 규정하고 있고 또한 특권제도의 금지를 규정하고 있다. 이 밖에도 구체적 평등에 관한 규정은 많이 있다. 즉 우리 헌법은 개별적 평등권에서 本質的 또는 非本質的 標識를 스스로 규정하고 있다.

① 差別禁止事由

제11조 1항 2문 전단은 『누구든지 性別·宗敎 또는 社會的 身分에 의하여 …差別을 받지 아니한다』라고 규정하고 있다. 여기서 性別, 宗敎, 社會的 身分이란 例示된 것뿐이며 이밖에 어떤 사유에 의해서도 차별(불이익이나 혜택)을 받지 아니한다.[44] 즉 이 사유들은 비본질적인 것들

41) K.Hesse, 위의 논문 (주 6), S.121 참조.
42) K.Hesse, 이의 책 (주 6), Rdnr.439.
43) 이상 K.Hesse, 위의 논문 (주 6), S.121 참조.
44) 독일기본법 제3조3항은 우리 헌법 제11조 1항 2문 전단과 유사하나 이는 예시규정이

이기 때문에 이 사유들과 관련하여 불평등한 취급을 하는 것은 금지된다. 그런데 구체적인 경우 어떻게 하는 것이 이 사유들에 의한 차별이 되는지는 불분명한 경우가 많다. 따라서 해석을 통해 합리적 차별인가 아닌가를 확정하는 것이 불가피하다.

(ⅰ) 性別에 따른 差別禁止

유교적 전통의 영향하에 男尊女卑思想이 아직도 뿌리깊은 우리 나라에서 남녀평등이 갖는 의의는 특별하다. 男·女는 법적으로 平等하며[45] 男·女의 性을 근거로 하여 차별하는 것은 금지된다.[46] 특히 제36조 1항의 규정에 따라 婚姻과 家族生活에 있어서 男·女는 평등하며 국가는 이를 보장해야 한다.

그러나 단순히 性을 근거로 한 차별이 아니라 男·女의 객관적인 생물학적 또는 기능적 (分業上의) 차이(im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede)에 근거한 차별이라든가[47] 그 밖에 합리적 근거에 의한 차별은 인정된다. 여자의 근로를 특별히 보호하고(제32조 4항 전단)[48] 여자의 雇傭·賃金 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 금지하는 것은 (제32조 4항 후단) 이러한 사유에 부합한다.[49] 또한 국가가 특별히 母性을 보호하고(제36조 2항) 女

아니라 열거규정으로 본다. 이에 관하여는 M.Sachs, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. Ⅴ 1992, §126, Rdnr.40 참조.

45) 과거 私法上 여성에 대한 (상속순위에 있어서의) 차별이라든가 公法上 여성에 대한 (참정권의) 차별과 같은 것은 오늘날 허용되지 않는다. 즉 私法的 領域에 있어서나 公法的 領域에 있어서 남녀의 차별은 허용되지 않는다.

46) 이에 관해 자세한 것은 G.Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner(hrsg.), Die Grundrechte, Bd. Ⅱ 1954, S.199ff. 특히 S.206ff.; G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Abs.2 und Abs.3; M. Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.80ff.; M.Sachs, Besondere Gleichheits-garantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. Ⅴ 1992, 126 Rdnr. 79ff.; … 참조.

47) 이에 관하여 다음의 독일연방헌법재판소판례 참조. BVerfGE 3, 225(242); 15, 337(343); 37, 217(249); 52, 369(374).

48) 가령 근로기준법 제56조에 따라 여자의 심야근로 및 휴일근무는 금지된다.

49) 고용에 있어서 남녀의 차별(이와 관련하여 1987년에 제정된 男女雇傭平等法 참조)이나 동일노동에 대한 남녀의 임금차별 등은 남녀의 평등에 반한다(男女雇傭平等法 제6조의 2).

子의 福祉와 權益의 향상을 위해 노력하는 것도(제34조 3항)[50] 부당한 男女의 차별이 아니다. 마찬가지로 女性勤勞者에게만 생리휴가를 주는 것이나(근로기준법 제59조) 强姦罪의 처벌대상을 남성에 국한시키는 것은[51] 부당한 차별이 아니다. 男性에게만 병역의무를 지우는 것(제39조 1항, 병역법 제3조 1항)에 대하여도 아직은 부당한 차별로 보지 않는다.[52]

과거 여성의 간통죄만을 처벌한 것[53] 또는 상속과 관련하여 남녀를 차별한 민법규정들에서[54] 볼 수 있듯이 혈통주의를 존중하는 관념이 합리적 차별근거가 된다고 생각했었다.

(ii) 宗教에 따른 差別禁止

종교에 의한 차별과 그로 인한 갈등과 분쟁은 - 그것이 異宗教間이든 기독교의 新·舊教間이든 - 과거에만이 아니라 오늘날에도 세계도처에서 일어나고 있음을 볼 수 있다. 다행히 우리 나라에서는 종교에 의한 차별이 별로 문제되지 않기 때문에 이 문제는 원칙적 의의를 가질뿐 현실적으로는 별로 큰 의의가 없다. 우리 헌법은 종교의 자유(제20조 1항)를 보장함으로써 모든 종교에 대하여 균등한 기회를 부여하고 國教를 인정하지 않을 뿐만 아니라 政教分離의 原則(제20조 2항)을 규정함으로써 국가는 모든 종교에 대하여 중립이다. 이처럼 우리 헌법은 제도적으로 종교에 대한 평등을 보장하고 차별의 근거를 배제하고 있다.

---

50) 이와 관련하여 男女雇傭平等法 제11 - 13조 참조.

51) 强姦罪와 관련하여 우리 대법원도 『刑法 제297조 强姦罪에 있어서 그 객체를 婦女로 한 것은 男·女의 생리적·육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행됨을 보통으로 하는 실정에 비추어 사회적·도덕적 견지에서 피해자인 婦女를 보호하려는 것이고, 이로 인하여 일반사회개념상 합리적인 근거없는 특권을 婦女에게만 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없다』고 하고 있다. 大判 1967. 2. 28, 67 도 1.

52) 그러나 남성만이 아니라 여성에게도 병역의무를 지우는 나라들이 있다. 여기에서 볼 수 있듯이 이 문제는 상황이나 主觀에 따라 달리 평가될 수 있는 여지가 있다.

53) 구형법(제183조 1항)은 여자의 간통만을 처벌하였고 대법원은 이를 合憲이라고 판결하였다(大判 1955. 4. 15, 4287 형비 1). 지금은 쌍벌주의를 채택함으로써 이 문제를 입법적으로 해결하였다(형법 제241조 1항).

54) 1977. 12. 31과 1990. 1. 13의 민법개정을 통해 성별에 의한 차별이 거의 사라졌다. 특히 민법 제1009조 참조.

(iii) 社會的 身分에 따른 差別禁止

평등권이 근세의 인권선언이나 헌법에 처음 채택될 때만해도 그것이 실현하고져 하는 우선적 목표는 신분에 의한 차별의 철폐였다. 오늘날에는 신분에 따른 차별이란 과거에 비하면 거의 무의미하게 되었으나[55] 아직도 그 원칙적 의의를 무시할 수는 없다.

그런데 우리 헌법상의 社會的 身分이란 무엇을 의미하는가에 대하여 견해가 갈리고 있다. '身分'이란 말에 강조점을 두는 先天的 身分說에 따르면 사회적 신분이란 출생과 더부러 형성되는 사회적 지위(人種, 尊·卑屬, 家門, 門閥등)를 말하고 '社會的'이란 말에 강조점을 두는 後天的 身分說에 따르면 사회적 신분이란 선천적 신분만이 아니라 후천적으로 획득한 신분(귀화인, 전과자, 부자, 빈자, 사용자, 근로자, 상인, 농민 등)도 포함한다는 것이다. 선천적 신분설이 사회적 신분의 범위를 너무 좁게 해석하는데 반해 후천적 신분설은 너무 넓게 확대될 우려가 있다는 비판이 있다.

사회적 신분을 선천적 신분에만 국한시키는 것은 너무 협소한 해석이다. 평등의 이념을 보다 적극적으로 실현하기 위하여는 후천적으로 획득한 신분에 의하여 차별하는 것도 허용되지 않는다고 보는 것이 타당

55) 물론 오늘날에도 인종차별과 같이 과거와는 다른 형태의 심각한 신분에 따른 차별이 있다.

56) 우리 憲法裁判所는 상습범에 대한 가중처벌을 사회적 신분에 따른 차별이라고 보지 않는다(憲裁決 1989. 9. 29, 89 헌마 53 憲判集 제1권 302쪽 이하). 또한 憲法裁判所는 누범의 가중처벌을 합리적 차별로서 평등의 원칙에 위배되지 않는다고 판결하였다(憲裁決 1995. 2. 23, 93 헌바 43 憲判集 제7권 1집 222쪽 이하). 그러나 憲法裁判所에 따르면 증여세를 부과하면서 배우자 또는 존·비속에 대하여 재판청구권을 제한하는 것은 평등권에 반한다는 것이다(憲裁決 1992. 2. 25, 90 헌가 69, 91 헌가 5, 90 헌바 3 〈병합〉, 憲判集 제4권 114쪽 이하). 또한 國·公立師範大學 등 출신자를 교육공무원인 國·公立學校敎師로 우선하여 채용하도록 규정한 敎育公務員法 제11조 제1항은 사립사범대학졸업자와 일반대학의 敎職課程履修者가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 제한 또는 박탈하게 되어 결국 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신학교의 설립주체나 학과에 따라 차별하는 결과가 되는바, 이러한 차별은 이를 정당화할 합리적인 근거가 없으므로 헌법상 평등의 원칙에 어긋난다(憲裁決 1990. 10. 8, 89 헌마 89, 憲判集 제2권 332쪽).

하다고 본다. 즉 후천적으로 상당기간 차지하고 있는 사회적 지위는 사회적 신분이라고 할 수 있다. 따라서 귀화인, 전과자, 부자, 빈자, 사용자, 근로자, 상인, 농민 등의 사회적 신분을 이유로 차별하는 것은 금지된다.[56] 다만 후천적 신분의 범위를 지나치게 확대하지 않기 위해 어느정도 제한적으로 해석할 필요가 있다.

(iv) 其他의 事由에 의한 差別禁止

위에서 살펴 본 性別, 宗教 및 社會的 身分만이 아니라 그 이외의 事由에 의한 차별도 허용되지 않는다. 그러한 사유로 言語, 人種, 出身地域, 身體的 障碍, 政治的 信念이나 世界觀 등을 들 수 있다.

② 差別禁止의 領域

제11조 1항 2문 후단은 『누구든지 … 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다』라고 규정하고 있다.

(i) 政治的 領域

정치적 영역에 있어서의 평등은 근대헌법이 평등조항을 규정한 이래 다른 영역에 비해 가장 잘 실현된 영역중의 하나이다. 적어도 선거와 투표 및 공무담임에 있어서의 평등은 상당한 정도 실현되었다. 그러나 아직도 많은 문제들이 있고 또한 새로운 문제들이 계속 제기되고 있다.

선거와 투표에 있어서의 평등권은 (약간의 예외를 제외하면) 국민이라는 표지(제24조)와 최저연령에[57] 의해서만 제한되고 성별, 출신, 재산,

---

이와 관련하여 尊屬殺에 있어서 尊·卑屬의 지위가 사회적 신분에 해당하느냐에 대한 논란이 있으나 우리 형법은 아직까지 존속살에 대한 가중처벌을 반윤리성에 따른 합리적 차별로 보고 있다. 日本判例도 과거 가해자인 卑屬의 反倫理性이 고려되어 尊屬親은 반사적으로 보호받는 데 불과하다고 보아 위헌이 아니라고 판시 하였으나 1973년 4월 4일 이를 변경하여 위헌으로 판시하였고 1995년 형법개정을 통하여 이를 폐지하였다.

57) 공직선거 및 선거부정방지법 제15조 1항 그리고 국민투표법 제7조 참조.

58) 제67조 4항 그리고 공직선거 및 선거부정방지법 제16조 참조.

교육 또는 분별능력에 의한 차별은 인정되지 않는다. 즉 이 표지들은 모두 비본질적인 것으로 간주된다. 피선권에 있어서도 국민이라는 표지와 최저연령에[58] 의해서만 제한된다.[59]

선거의 평등과 관련하여 문제되는 것은 선거구의 인구편차문제와 선거운동에 있어서의 평등문제 등이다. 선거구의 획정에 따라 발생하는 인구편차가 심한 경우 투표의 결과가치가 불평등해 진다.[60] 선거운동과 관련하여 평등을 보장하는 것은 구체적인 경우 매우 복잡하고 어려운 문제를 제기한다. 그러나 바로 이런 문제들을 (가령 선거운동원의 자격과 수, 선거운동의 방법과 기간, 비용, …) 평등하게 보장하고 해결하는 것이 중요하다.[61] 이밖에 선거(또는 참정권)의 평등과 관련하여 많은 구체적 문제들이 제기될 수 있다.[62] 이러한 문제들을 평등의 원칙에 맞게 해결하는 것이 정치적 평등을 실현하는데 있어서 매우 중요하다.

정치적 영역에서 중요한 의미를 갖는 또 하나의 문제는 政黨의 機會均等이다. 이를 근본적으로 보장하는 것은 政黨의 設立의 自由이다(제8조 1항). 政黨의 機會均等에 있어서는 원칙적으로 어떤 集團이 政黨인가 아닌가만이 문제되고 여당인가 야당인가, 대정당인가 소정당인가는 문제되지 않는다. 그러나 일단 정당에 대한 재정(국고)지원이나[63] 선거선

59) 이에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 7 제2절 제2항 Ⅶ 2) 참조.

60) 미국에서는 원래 선거구의 인구편차문제를 정치문제(political question)로 보고 司法審査의 대상에서 제외했으나 1962년 Baker v. Carr 사건에서 종래의 태도를 바꾸어 司法審査의 대상으로 삼았고 인구편차가 부당하게 심한 선거구획정은 평등의 원칙에 반한다고 판시하였다(369 U.S. 186). 이밖에 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 7 제2절 제2항 Ⅶ 3) ② ii 참조.

61) 이에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 7 제2절 제2항 Ⅶ 6) 참조.

62) 가령 정당공천자와 무소속후보자의 기탁금을 차별하는 것 (憲裁決 1989. 9. 8. 88 헌가 6 憲判集 제1권 199쪽 이하 참조: 국회의원선거법 제33조·제34조의 위헌심판), 농업협동조합 등의 조합장들에 대한 지방의회의원입후보를 제한하는 것 (憲裁決 1991. 3. 11. 90 헌마 28 憲判集 제3권 63쪽 이하 참조: 지방의회의원선거법 제28조 등에 대한 헌법소원), 지방의회선거에 있어서의 과다한 기탁금제도 (憲裁決 1991. 3. 11. 91 헌마 21 憲判集 제3권 91쪽 이하 참조: 지방의회선거법 제36조에 대한 헌법소원) 등이 그 예이다. 이들은 우리 헌법재판소에 따르면 평등의 원칙에 반한다.

63) 이에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 7 제2절 제2항 Ⅵ 5) 참조.

전을 위한 방송시간의 배정 등과 같은 경우에는 합리적 차별에 따른 평등의 기준이 적용되어야 한다. 마찬가지로 국회 내에서의 정당활동도 합리적 차별을 통한 여당과 야당의 기회균등이 보장되어야 한다.

공무담임권에 있어서도 모든 국민은 평등한 권리를 가진다(제25조). 공무담임과 관련하여 비합리적으로 차별하는 법률은 위헌이 된다.[64]

(ii) 經濟的 領域

경제적 영역에 있어서의 평등은 모든 사람을 경제적으로 똑같이 (평등하게) 취급하는 것을 의미하지 않는다. 그러한 평등은 사회주의적 경제질서하에서도 실현될 수 없었다. 우리 헌법상 경제적 평등이란 社會的 市場經濟秩序의 틀안에서의(제119조) 평등을 의미한다.[65] 그런데 문제는 경제적 평등을 구체적으로 어떻게 실현할 것인가이다. 특히 경제적 약자의 보호와 평등을 어떻게 실현할 것인가의 문제는 매우 어려운 문제이다. 구체적인 경우 어떤 기준이 본질적 또는 비본질적이라고 보고 평등하게 또는 불평등하게 취급할 것인가가 중요한 문제이다. 가령 담세율, 고용, 임금, 국가적 급부의 제공, 자금조성, 국토개발 등에 있어서 어떻게 하는 것이 평등에 부합하는가는 획일적으로 대답할 수 없고 구체적인 상황에 따라 달리 판단할 수밖에 없다.[66] 경제적 영역에 있어

64) 이와 관련하여 위 주 62 참조.

65) 이에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 9 제2절 제2항 참조.

66) 조세의 평등과 관련된 중요한 判例로는 상속세법 제32조의 2 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원(憲裁決 1989. 7. 21. 89 헌마 38, 憲判集 제1권 131쪽 이하), 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판(憲裁決 1990. 9. 3. 89 헌가 95, 憲判集 제2권 245쪽 이하), 상속세법 제9조 제2항에 대한 헌법소원(憲裁決 1992. 12. 24. 90 헌바 21, 憲判集 제4권 890쪽 이하) 등 참조.
이밖에 경제적 평등과 관련된 중요판결로서 憲法裁判所는 金融機關의 延滯貸出金에 관한 特別措置法 제7조의 3은 金融機關에 과도한 특권을 부여하고 있는 바, … 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반한다고 판결하였다(憲裁決 1990. 6. 25. 89 헌가 98 - 101 병합, 憲判集 제2권 132쪽 이하). 또한 국유잡종재산에 대한 시효취득을 부인하는 국유재산법 제5조 제2항은 평등의 원칙과 … 에 반한다고 판결하였다(憲裁決 1991. 5. 13. 89 헌가 97, 憲判集 제3권 202쪽 이하). 이밖에 勞動爭議調整法 제13조의 2의 제3자개입금지조항은 근로자와 사용자측의 개입을 마찬가지로 금지하기 때문에 평등의 원칙에 반하지 않는 것으로 판결하였다(憲裁決 1990. 1. 15. 89 헌가 103, 憲判集 제2권 4쪽 이하).

서 평등의 실현은 많은 복잡하고 어려운 문제를 안고 있으나 국가는 이를 실현시켜야 할 책임이 있다.

(iii) 社會的 領域

사회적 영역에 있어서의 평등은 봉건적인 신분제도의 소멸로 오늘날 원칙적인 의의를 가질뿐이다. 그러나 나라에 따라서는 인종이나 언어 또는 종교 등의 이유로 사회적 영역에서의 차별이 심각한 문제가 되고 있다. 우리의 경우 사회적 영역에서 제기될 수 있는 평등의 문제는 혼인과 가족에 있어서의 兩性의 차별(제36조 1항), 적자와 서자의 차별, 출신지역에 따른 차별 등이 어느정도 현실성을 가진 것들이라고 하겠다.

이밖에 공공시설이나 교통수단 또는 住居의 이용 등에 있어서의 차별은 금지된다.

(iv) 文化的 領域

문화적 영역에 있어서의 평등과 관련하여 우선 제기되는 문제는 교육의 기회균등이다(제31조 1항).[67] 교육의 기회균등의 보장이 능력에 따른 차별을 부인하는 것은 아니다. 문화적 영역에 있어서의 평등은 이밖에 문화활동에 참여할 수 있는 기회균등의 보장, 즉 문화권 또는 문화적 참여권의 평등한 보장이 중요하다. 문화적 평등권과 관련하여 오늘날과

67) 헌법재판소는 서울대학교가 대학입학고사에서 일본어를 선택과목에서 제외시킨데 대하여 일본어 대신 고등학교교육과정의 필수과목으로서 모든 학교에서 가르치고 있는 한문을 다른 외국어와 함께 선택과목으로 선택하였을 뿐만 아니라 입시요강을 적어도 2년간의 준비기간을 두고 발표함으로써 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 1·2학년 학생들로 하여금 그다지 지장이 없도록 배려까지 하고 있으므로 교육의 기회균등을 침해하지 않은 것으로 판결하였다(憲裁決 1992. 10. 1. 92 헌마 68·76 병합, 憲判集 제4권 659쪽 이하).

미국에서는 흑인과 백인의 共學問題와 관련하여 1896년 Plessy v. Ferguson(163 U.S. 537)사건이래 오랫동안 separate but equal(分離하지만 平等)이라는 이론에 따라 교사, 교육과정, 교원봉급 기타 유형적인 것은 동등하고 교육의 장소만을 분리하는 것은 합헌이라고 하였다. 그러나 1954년 Brown v. Board of Education of Topeka(349 U.S. 294) 사건에서 헌법이 보장하는 평등보호는 현실적 또는 실질적 평등을 의미하는 것이며 분리하지만 평등이라는 것은 흑인에 대한 차별의 의도에서 나온 것으로, 헌법에 위배되기 때문에 黑白人共學은 실질적으로 인정되어야 한다고 하였다. 즉 separate but equal의 원칙은 위헌으로 판결되었다.

같은 사회국가에 있어서는 특히 평등한 문화향유권이 보장되어야 하는데 이는 물론 가능성의 유보하에 있게 된다.[68]

③ 特權制度의 禁止

제11조 2항과 3항은 社會的 特殊階級制度의 否認과 榮典一代의 原則을 규정하고 있다.

(i) 社會的 特殊階級制度의 否認

제11조 2항은 『社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다』라고 규정하고 있다. 사회적 특수계급이란 조선시대의 班常階級制度나 서양에서의 고대 노예제도 또는 귀족제도같은 것을 말한다. 이러한 제도들이 평등의 원칙에 반하는 것은 말할 것도 없다. 따라서 이러한 제도들이 인정되지 않을 뿐만 아니라 어떠한 형태로도 창설하지 못하도록 하고 있다.

(ii) 榮典一代의 原則

제11조 3항은 『勳章 등의 榮典은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다』라고 규정하고 있다. 이는 榮典의 세습을 금지함으로써 특수계급의 발생을 막으려는 것이다. 따라서 영전을 받은 자의 자손에게 조세를 감경하거나 처벌을 면제하는 것 또는 고급공무원채용에 있어서 우대를 하는 것 등은 영전일대의 원칙에 반한다. 그러나 훈장에 수반되는 연금의 지급이나 국가유공자 또는 군경유가족에 대한 구호등은 위헌이 아니다(제32조 6항).

Ⅲ. 平等權의 法的 性格

평등권은 한편으로 主觀的 權利의 성격을 가지며 다른 한편으로 客觀

68) 이상에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학 (상), 10 제1절 제2항 Ⅲ 참조.

的 秩序의 要素로서의 성격을 갖는다. 즉 평등권은 객관적 권리규범으로서 평등취급에 대한 주관적 권리의 근거가 된다.[69]

평등권은 - 일반적 평등의 원칙을 포함하여 - 우선 주관적 권리의 성격을 갖는다.[70] 평등권은 국가에 의한 불합리한 차별에 대한 방어권(= 상황에 따른 방어권, modales Abwehrrecht)이며[71] 동시에 국가에 대해 평등한 취급을 요구할 수 있는 주관적 공권이다. 평등권을 법적용의 평등이 아니라 법(내용)의 평등으로 볼 때 평등권은 입법권을 포함하는 모든 국가권력에 대한 주관적 권리이다.

평등권은 또한 객관적 질서의 요소(기초)로서의 성격을 갖는다. 평등권은 민주주의, 법치국가, 사회국가 및 문화국가질서의 기초가 된다. 즉 객관적 질서의 요소가 된다. 또한 평등권은 모든 기본권의 평등한 보장과 실현을 통해 국가의 모든 객관적 질서의 기초(요소)가 된다. 평등의 원칙은 헌법생활의 모든 분야에 있어서 그 기초가 되는 헌법의 원리이다.

Ⅳ. 平等權의 主體

우리 헌법은 『'모든 국민'은 법앞에 평등하다』라고 규정하고 있으나 평등권의 주체는 국민만이 아니라 모든 인간이다(통설).[72] 즉 외국인이

---

69) 이에 대해서는 L.Osterloh, in: M.Sachs(hrsg.), GG Kommentar, 1996, Art.3 Rdnr. 38ff.; Ch.Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG. Bd.Ⅰ, 3.Aufl. 1985, Art.3 Rdnr.150; F.Schoch, 위의 논문 (주 1), S.867f. 또한 위 11 제2절 제4항 Ⅱ 참조.

70) 평등권의 주관적 공권성을 부인하는 견해도 있다. 가령 N.Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S.167. 그러나 절대다수의 학자들은 이를 인정하고 있다. 가령 M.Sachs, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DöV 1984, S.411ff.; 이 밖에 자세한 것은 G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Abs.1 Rdnr. 275ff.; M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.2 참조.

71) F.Schoch, 위의 논문 (주 1), S.867 참조.

72) 자세한 것은 G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.3 Abs.1 Rdnr.285ff.; M.Gubelt,

나 다국적인 또는 무국적인도 원칙적으로 평등권의 주체가 된다. 다만 외국인의 경우 내국인과는 달리 여러 가지 제한이 따르게 된다(가령 참정권, 토지소유,…). 즉 외국인에 대해서는 국제법과 조약에 따라 평등권이 구체적으로 보장되고 또한 제한된다. 평등권의 주체는 自然人만이 아니라 法人, 法人格없는 團體 또한 政黨도 된다.

Ⅴ. 平等權의 效力

평등권은 對國家的 效力만이 아니라 對私人的 效力도 갖는다.[73] 평등권은 우선 대국가적 효력을 갖는다. 평등권을 법적용의 평등으로 보는 경우 평등권은 行政權과 司法權에 대해서만 효력을 갖게 된다. 그러나 평등권을 법(내용)의 평등으로 보는 경우 立法權에 대해서도 효력을 갖는다. 이미 살펴 본 바와 같이 立法拘束說이 우리 나라에서도 통설이다.

평등권은 또한 對私人的 效力을 갖는다. 기본권의 대사인적 효력의 문제를 제기한 중요한 기본권의 하나가 바로 平等權이다. 즉 남녀의 동일노동에 대한 동일임금의 문제가 私企業에도 적용되는가의 문제와 관련하여 평등권의 대사인적 효력의 문제가 제기되었다. 기본권의 대사인적 효력을 인정할 것인가에 대하여는 이미 살펴 본바와 같이 부정설과 인정설로 견해가 갈린다. 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 경우에도 기본권이 어떤 절차와 방법을 통해 사인상호간의 관계에서 적용되는지에 관하여는 견해가 갈린다. 평등권의 대사인적 효력을 인정하는 경우 평등권을 직접 또는 간접적용하느냐의 문제는 평등권의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리내에서 그때 그때 구체적 상황에 따라 판단할 문제이지 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.

위의 글 (주 5), Rdnr.5-7; A.Bleckmann, Staatsrecht Ⅱ - Die Grundrechte, 3.Aufl. 1989, S.520f. 참조.

73) 자세한 것은 G.Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG Art.3 Abs.1 Rdnr.292ff.; F. Schoch, 위의 논문 (주 1), S.868f. 참조.

Ⅵ. 平等權의 制限

평등권의 제한이란 비교하는 대상 또는 사태들의 본질적 표지가 평등하기(같기) 때문에 평등하게 취급해야 하나 이를 불평등하게 취급하는 경우 이는 평등의 제한으로 나타난다. 이러한 제한조치를 헌법이 직접, 즉 헌법제정자나 개정자가 취하는 경우와 입법자가 취하는 경우가 있다. 입법자에 의한 제한의 경우 이는 헌법재판소의 통제의 대상이 된다.

1. 憲法에 의한 制限

헌법에 의해 평등권이 제한되는 경우 대체로 그 제한을 정당화할 만한 사유를 갖고 있거나 경우에 따라서는 정책적 고려에서 제한되기도 한다.

(1) 軍·警 등의 國家賠償請求權의 制限

모든 국민은 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 경우 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 보상을 청구할 수 있다(제29조 1항). 그러나 군인·군무원·경찰공무원 기타 法律이 정하는 자가 戰鬪·訓練 등 職務執行과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 보상은 청구할 수 없다(제29조 2항). 이처럼 손해배상청구에 있어 군인이나 경찰공무원 등을 차별하는 것은 원칙적으로 평등의 원칙에 반한다.[74] 그러나 헌법이 직접 이를 제한하는 것은 국가재정을 고려한 것이라고 하겠다.

---

74) 과거 제3공화국헌법하에서는 군인·군속에 대한 二重賠償請求의 금지에 관한 헌법규정이 없었기 때문에 이러한 배상청구의 금지는 평등의 원칙에 반한다는 대법원의 판결이 있었다(大判 1971. 6. 22. 70 다 1010).

(2) 軍人 또는 軍務員 등에 대한 軍事裁判

모든 국민은 일반법원에서 재판을 받는 것이 원칙이다(제27조 1항). 그러나 軍人 또는 軍務員 등은 軍事法院의 재판을 받는다(제27조 2항; 제110조 4항). 헌법이 직접 이처럼 차별(제한)하는 것은 군사재판의 특수성을 고려한 것이라고 하겠다.

(3) 現役軍人의 文官任命制限

모든 국민은 공무담임권을 가진다(제25). 그러나 군인은 현역을 면한 후가 아니면 國務總理나 國務委員으로 임명될 수 없다(제86조 3항; 제87조 4항). 군인에 대한 이러한 차별은 軍의 政治的 中立性과 文民政治의 原則을 고려하여 헌법이 직접 제한한 것이라고 하겠다.

(4) 公務員과 防衛産業體勤勞者의 勤勞三權制限

모든 근로자는 원칙적으로 노동조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다(제33조 1항). 그러나 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 이들 권리를 가진다(제33조 2항). 또한 主要防衛産業體에 종사하는 근로자의 단체행동권은 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다(제33조 3항). 이러한 차별은 공무원의 경우 국민전체의 봉사자라는 특별한 지위를 또한 방위산업체근로자의 경우 국방을 고려하여 헌법이 직접 제한한 것이라고 하겠다.[75]

---

75) 우리 헌법재판소는 국가공무원법 제66조 1항이 사실상 勞務에 종사하는 공무원에 대해서만 勤勞三權을 보장하고 그 이외의 공무원에 대하여는 勤勞三權을 제한하는 것은 위헌이 아니며 헌법상 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니라고 판결하였다(憲裁決 1992. 4. 28. 90 헌바 27 - 34, 36 - 42, 44 - 46, 92 헌바 15 병합, 憲判集 제4권 256쪽 참조).

(5) 國家有功者의 優先就業

모든 국민은 취업에 있어서 원칙적으로 균등한 기회를 가진다. 그러나 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 法律이 정하는 바에 의하여 우선적으로 勤勞의 기회를 부여받는다(제32조 6항). 이들에 대한 이러한 우대는 이들의 생계와 애국애족의 정신함양을 고려하여 헌법이 직접 평등의 예외를 인정한 것이라고 하겠다.[76]

(6) 其他

이밖에 헌법이 직접 평등권을 제한한 것이라고 볼 수 있는 예로는 정당과 일반결사의 차별 또는 대통령이나 국회의원과 일반국민의 차별 등을 들 수 있다. 정당의 경우 일반결사와는 다른 특별한 헌법상의 임무를 수행하기 때문에 또한 대통령이나 국회의원의 경우도 일반국민과는 다른 막중한 헌법상의 임무를 수행해야 하기 때문에 이를 고려한 것이라고 하겠다.

2. 法律에 의한 制限

평등을 법적용의 평등만이 아니라 법(내용)의 평등이라고 할 때 입법자는 평등의 원칙에 따라 입법을 해야 한다. 즉 입법자에게는 공정한 기준에 따라 평등하게 법을 제정할 과제가 부과된다. 그런데 무엇이 평등하기 때문에 불평등하게 규율해서는 안되는가의 문제는 이미 살펴 본 바와 같이 논리적 사고행위에 의해서가 아니라 가치판단에 의해 결정된

76) 국가유공자예우 등에 관한 法律 제4조 제1항 제12호 소정의 국가유공자인 公傷公務員에 국·공립학교 교원만을 포함시키고 사립학교 교원을 포함시키지 아니한 것은 평등권을 침해한 것이라는 헌법소원을 헌법재판소는 기각하면서 보훈대상의 범위·내용 등에 관한 입법은 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 입법정책 문제로서 합리적인 근거와 이유 있는 차별이므로 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다고 판결하였다(憲裁決 1994. 6. 30. 91 헌마 161, 憲判集 제6권 제1집 653쪽 참조).

다. 평등한 또는 불평등한 취급을 공정하게 하는 것은 이 가치판단에 부여된 과제이다. 그런데 무엇이 공정하냐에 대해서는 항상 상이한 견해가 있을 수밖에 없기 때문에 견해의 일치가 이루어지거나 결단이 내려져야 한다. 이러한 상황에서 입법자는 광범한 형성의 자유를 가질 수밖에 없다.[77] 따라서 입법자가 제정한 법률이 항상 평등의 원칙에 부합한다고 할 수 없다. 그렇기 때문에 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받는 경우가 적지 않다.

(1) 平等權制限法律

法律가운데는 평등권을 제한하는 규정들이 많이 있다. 가령 i) 公務員에 대한 政黨加入의 制限, 政治活動의 制限, 住居地의 制限, … ii) 軍人·軍務員에 대한 영내거주, 정치활동제한, 집단행위제한, … iii) 受刑者에 대한 서신·통신검열, 집단행동제한, … iv) 前科者 등에 대한 선거권·피선권의 제한, 공무담임권의 제한, … v) 외국인에 대한 토지소유의 제한, 주식소유의 제한, 체류와 출입국의 제한, … vi) 귀화인에 대한 외무공무원임용제한 등 많은 제한이 있다.[78] 이러한 제한들은 합리적이며 그 제한을 정당화 할 수 있는 것으로 간주되고 있다. 그러나 이러한 제한들은 상대적이다.

(2) 違憲 또는 合憲宣言된 平等權制限法律

立法者가 법을 제정하는데 있어서 평등의 원칙을 존중하였는지의 여부는 헌법재판소의 통제대상이 된다. 지금까지 우리 헌법재판소는 평등권과 관련하여 많은 판결을 내렸다. 그중에는 違憲判決을 받은 것도 있고[79] 合憲判決을 받은 것도 있다.[80]

---

77) M.Gubelt, 위의 글 (주 5), Rdnr.23 참조.

78) 이상 김철수, 헌법학개론, 1996, 371쪽; 권영성, 헌법학원론, 362쪽 참조.

79) 평등권과 관련하여 헌법재판소에 의해 위헌으로 선언된 법규로는(이하 김철수, 헌법

학개론, 1996, 372쪽 이하 참조): ⅰ) 私人과는 달리 國家를 상대로 하는 재산권의 청구에는 가집행의 선고를 할 수 없도록 한 소송촉진 등에 관한 특별법 제6조(憲裁決 1989.1.25. 88 헌가 67, 憲判集 제1권 1쪽 이하 참조), ⅱ) 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금을 차별하는 舊國會議員選擧法 제33조(憲裁決 1989. 9. 8. 88 헌가 6, 憲判集 제1권 199쪽 이하 참조), ⅲ) 특정공무원의 辯護士開業地를 제한하는 辯護士法 제10조 2항(憲裁決 1989. 11. 20. 89 헌가 102, 憲判集 제1권 329쪽 이하 참조), ⅳ) 金融機關의 延滯貸出金에 관한 경매절차에 있어서 金融機關에게 우월한 지위를 부여하고 있는 金融機關의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의 2(憲裁決 1989. 5. 24. 89 헌가 37, 96 병합, 憲判集 제1권 48쪽 이하 참조), ⅴ) 金融機關의 延滯貸出金에 대해서는 會社整理法의 규정에 불구하고 경매를 진행시켜 金融機關의 개별적 권리만족을 할 수 있게 규정한 金融機關의 연체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3(憲裁決 1990. 6. 25. 89 헌가 98 - 101 병합, 憲判集 제2권 132쪽 이하 참조), ⅵ) 國·公立師範大學 등 출신자를 교육공무원인 國·公立學校敎師로 우선하여 채용하도록 규정한 敎育公務員法 제11조 1항(憲裁決 1990. 10. 8. 89 헌마 89, 憲判集 제2권 332쪽 이하 참조), ⅶ) 농업협동조합장 등에 대한 地方議會議員의 입후보를 제한하는 지방의회의원선거법 제35조 1항 7호와 지방자치법 제33조 1항 6호(憲裁決 1991. 3. 11. 90 헌마 28, 憲判集 제3권 63쪽 이하 참조), ⅹⅲ) 地方議會議員 候補者에게 관다한 기탁금을 규정한 지방의회의원선거법 제36조 1항(憲裁決 1991. 3. 11. 91 헌마 21, 憲判集 제3권 91쪽 이하 참조), ⅸ) 후에 성립된 租稅債權을 앞서 성립된 擔保物權보다 우선시키는 國稅基本法 제35조 1항 3호(憲裁 1990. 9. 3. 89 헌가 95, 憲判集 제 2권 245쪽 이하; 또한 同旨의 判例로 憲裁決 1991. 11. 25. 91 헌가 6, 憲判集 제 3권 569쪽 이하 〈지방세법 제31조에 대한 위헌심판결정〉 참조), ⅹ) 私有財産과 그 法的 性格이 같은 國有雜種財産에 대하여서까지 시효취득을 배제하는 國有財産法 제5조 2항(憲裁決 1991. 5. 13. 89 헌가 97, 憲判集 제3권 202쪽 이하 참조), ⅹⅰ) 公有財産 중 雜種財産에 대하여서까지 時效取得의 대상이 되지 아니한다고 규정한 地方財政法 제74조 2항(憲裁決 1992. 10. 1. 92 헌가 6,7 병합, 憲判集 제4권 585쪽 이하 참조), ⅹⅱ) 過失로 사람을 致傷하게 한 자가 구호행위를 하지 아니하고 도주하거나 고의로 遺棄함으로써 致死의 결과에 이르게 한 경우에 살인죄와 비교하여 그 법정형을 더 무겁게 규정한 特定犯罪加重處罰法 제5조의 3 제2항 1호(憲裁決 1992. 4. 28. 90 헌바 24, 憲判集 제4권 225쪽 이하 참조), ⅹⅲ) 정당추천후보자에게 별도로 정당연설회를 할 수 있도록 하는 등 선거운동에 있어서 무소속후보자와 비교하여 월등하게 유리하도록 규정한 국회의원선거법 제55조의 3 제7항과 제56조(憲裁決 1992. 3. 13. 92 헌마 37, 39 병합, 憲判集 제4권 137쪽 이하 참조), ⅹⅳ) 1980년 解職公務員에 대한 補償對象者 중 次官級相當의 法官을 제외하는 1980년 解職公務員의 補償 등에 관한 特別措置法 제2조(憲裁決 1992. 11. 12. 91 헌가 2, 憲判集 제4권 713쪽 이하 참조), ⅹⅴ) 신고의무의 이행여부에 따라 과세표준이 평가기준 그 자체를 달리 규정함으로써 신고의무불이행자에 대하여 가산세의 부과외에 또 다른 불이익을 주고 있는 相續稅法 제9조 2항(憲裁決 1992. 12. 24. 90 헌바 21, 憲判集 제4권 890쪽 이하 참조), ⅹⅵ) 당구장영업에만 유독 18세이하 소년의 출입을 금지한 體育施設의 設置·利用에 관한 法律施行規則 제5조(憲裁決 1993. 5. 13. 92 헌마 80, 憲判集 제5권 1집 365쪽 이하 참조), ⅹⅶ) 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 해직공무원과 차별하는 1980년 해

직공무원 등의 보상에 관한 特別措置法 제5조(憲裁決 1993. 5. 13. 90 헌바 12, 13, 92 헌바 3,4 병합, 憲判集 제5권 1집 253쪽 이하 참조), xviii) 정부투자기관의 경영에 관한 결정이나 집행에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없는 직원을 임원이나 집행간부들과 마찬가지로 지방의회의원직에 입후보를 하지 못하도록 하고 있는 舊 地方議會議員選擧法 제35조 등(憲裁決 1995. 5. 25. 91 헌마 67, 憲判集 제7권 1집 722쪽 이하 참조), xix) 民事的 債權債務關係에서 국가에게 우월적 지위를 인정한 舊 國債法 제7조(憲裁決 1995. 10. 26. 93 헌마 246, 憲判集 제7권 2집 498쪽 이하 참조), xx) 국회의원지역선거구간 인구편차로 인한 평등선거 원칙과 투표가치의 평등과 관련된 公職選擧 및 選擧不正防止法 [別表1]의 「國會議員地域選擧區區域表」(헌법재판소는 여기서 선거구간 인구편차가 전국 선거구의 평균인구수에서 상하 60%의 편차를 넘어선 경우 등에 대하여 평등원칙위반을 선언하였다. 憲裁決 1995. 12. 27. 95 헌마 224·239·285·373 병합, 憲判集 제7권 2집 760쪽 이하 참조) 등이 있다.

80) 평등권을 제한하는 법률가운데 헌법재판소에 의해 합헌으로 선언된 것으로는(이하 김철수, 헌법학개론, 1996, 376쪽 이하 참조): i) 勤勞三權의 행사에 있어서 사립학교교원을 일반근로자의 경우와 다르게 취급한 사립학교법 제55조 및 제58조 1항 4호(憲裁決 1991. 7. 22. 89 헌가 106, 憲判集 제3권 387쪽 이하 참조), ii) 한약업사의 허가 및 영업행위에 대하여 지역적 제한을 가한 내용의 약사법 제37조 2항(憲裁決 1991. 9. 16. 89 헌마 231, 憲判集 제3권 542쪽 이하 참조), iii) 제3자개입을 금지하는 노동조합법 제12조의 2(憲裁決 1993. 3. 11. 92 헌바 33, 憲判集 제5권 1집 29쪽 이하 참조), iv) 초등학교 교원에 대해서는 교육위원직의 겸직을 금지하면서 대학교원 등에게는 겸직을 허용하는 地方敎育自治에 관한 法律 제9조 1항 2호(憲裁決 1993. 7. 29. 91 헌마 69, 憲判集 제5권 2집 145쪽 이하 참조), v) 1980년 해직공무원 중에서 특별채용대상을 6급 이하의 공무원에 한정시키고 5급 이상의 해직공무원을 제외시킨 1980년 解職公務員의 補償 등에 관한 特別措置法 제4조(憲裁決 1993. 9. 27. 92 헌바 21, 憲判集 제5권 2집 267쪽 이하 참조), vi) 피선거권의 정지사유로서 선거범의 벌금형하한선을 (국회의원은 100만원으로 하면서) 지방의회의원은 50만원으로 규정한 (따라서 지방의회의원의 피선권은 없어도 국회의원의 피선권은 가질 수 있는) 지방의회의원선거법 제12조 3호(憲裁決 1993. 7. 29. 93 헌마 23, 憲判集 제5권 2집 221쪽 이하 참조), vii) 점유로 인한 부동산소유권의 취득시효제도에 있어서 시효취득자가 시효기간 만료 전의 등기취득자에 대하여는 시효완성의 효과를 주장할 수 있으나 시효기간 만료 후의 소유권이전등기 취득자에 대하여는 이를 주장할 수 없다고 해석되는 민법 제245조 1항(憲裁決 1993. 7. 29. 92 헌바 20, 憲判集 제5권 2집 36쪽 이하 참조), viii) 가집행선고부 판결에 기한 강제집행의 정지를 명하는 재판에 대하여는 불복을 신청하지 못한다는 취지의 民事訴訟法 제747조 및 473조 3항(憲裁決 1993. 11. 25. 91 헌바 8, 憲判集 제5권 2집 396쪽 이하 참조), ix) 안경사의 독점적인 업무범위에 콘텍트렌즈의 판매행위를 포함시킴으로써 안과의사에 대하여 진료행위와 관련이 없는 콘택트렌즈만의 판매행위를 금지하고 있는 醫療技士法施行令 제2조(憲裁決 1993. 11. 25. 92 헌마 87, 憲判集 제5권 2집 468쪽 이하 참조), x) 제1심소장·항고장 및 상고장에 붙여야 할 인지액에 차등을 두어 단계적으로 인상하도록 규정한 민사소송 등 인지법 제3조(憲裁決 1994. 2. 24. 93 헌바 10, 憲判集 제6권 1집 79쪽 이하 참조), xi) 국가를 당사자로 하는 소송에서 인지

를 첨부하지 아니하도록 규정한 印紙貼付 및 供託提供에 관한 特別法 제2조(憲裁決 1994. 2. 24. 91 헌가 3, 憲判集 제6권 1집 21쪽 이하 참조), x ii) 환매권을 규정한 징발재산정리에 관한 특별조치법 제20조의 2 제1항(憲裁決 1995. 2. 23. 92 헌바 12, 憲判集 제7권 1집 152쪽 이하 참조), x iii) 누범가중처벌을 규정한 형법 제35조(憲裁決1995. 2. 23. 93 헌바 43, 憲判集 제7권 1집 222쪽 이하 참조), x iv) 경과실로 인한 실화자에 한하여 피해자의 손해배상청구권을 배제하는 失火責任에 관한 法律(憲裁決 1995. 3. 23. 92 헌가 4, 95 헌가 3, 93 헌바 3, 94 헌바 33 병합, 憲判集 제7권 1집 289쪽 이하 참조), x v) 일정한 경우 가중처벌을 규정한 폭력행위등 처벌에 관한 法律 제3조 2항(憲裁決1995. 3. 23. 94 헌가 4, 憲判集 제7권 1집 342쪽 이하 참조), x vi) 국회의원, 지방자치단체의회의원 등의 경우 예외적으로 사퇴하지 않고 입후보할 수 있음을 규정한 공직선거 및 선거부정방지법 제53조 1항(憲裁決 1995. 3. 23. 95 헌마 53, 憲判集 제7권 1집 463쪽 이하 참조), x vii) 정당과 정당이 아닌 기타의 단체에 대하여 보호와 규제를 달리하고 있는 공직선거법 제87조 등(憲裁決 1995. 5. 25. 95 헌마 105, 憲判集 제7권 1집 826쪽 이하 참조), x viii) 전문증거임에도 불구하고 검사작성의 피의자심문조서에 대하여 일정한 요건하에서 증거능력을 인정할 수 있도록 한 형사소송법 제31조 1항(憲裁決 1995. 6. 29. 93 헌바 45, 憲判集 제7권 1집 873쪽 이하 참조), x ix) 구 조세감면규제법 제88조의 2(憲裁決 1995. 6. 29. 94 헌바 39, 憲判集 제7건 1집 896쪽 이하 참조), x x) 군법무관의 변호사의 자격을 취득하는데 있어서 5년의 복무기간을 규정한 구법무관임용법 부칙 제3항(憲裁決 1995. 6. 29. 90 헌바 43, 憲判集 제7권 1집 854쪽 이하 참조), x x i) 지방세법 제111조 5항 3호(憲裁決 1995. 7. 21. 92 헌바 40, 憲判集 제7권 2집 34쪽 이하 참조), x x ii) 국산영화의 의무상영을 규정한 영화법 제26조(憲裁決 1995. 7. 21. 94 헌마 125, 憲判集 제7권 2집 155쪽 이하 참조), x x iii) 납세의무성립 기준일을 국세기본법상의 그것과 달리 규정한 구 지방세법 제31조 2항 3호(憲裁決 1995. 7. 21. 94 헌바 18, 憲判集 제7권 2집 65쪽 이하 참조), x x iv) 토지초과이득세법 제8조 3항(憲裁決 1995. 7. 27. 93 헌바 1,3,8,13,15,19,22,37,38,39,52,53 병합, 憲判集 제7권 2집 221쪽 이하 참조), x x v) 일반물건의 절취행위에 비하여 특히 중한 형벌을 규정하고 있는 구 군형법 제75조 1항 1호(憲裁決 1995. 10. 26. 92 헌바 45, 憲判集 제7권 2집 397쪽 이하 참조), x x vi) 국민주택건설용지의 양도에 있어 신청을 면제혜택의 요건으로 규정한 구 조세감면규제법 제62조 3항(憲裁決 1995. 10. 26. 94 헌바 7,8 병합, 憲判集 제7권 2집 434쪽 이하 참조), x x vii) 부산직할시검인 계약서제도실시에 따른 시세불균일과세에 관한 조례 제22조 등(憲裁決 1995. 10. 26. 94 헌마 242, 憲判集 제7권 2집 521쪽 이하 참조), x x viii) 기준 시가과세원칙을 규정한 소득세법 제60조, 구소득세법 제23조 4항 등(憲裁決 1995. 11. 30. 91 헌바 1,2,3,4, 92 헌바 17,37, 94 헌바 34,44,45,48, 95 헌바 12,17 병합, 憲判集 제7권 2집 562쪽 이하 참조), x x ix) 기부행위의 정의 및 제한기간 등을 규정한 공직선거 및 선거부정방지법 제112조 및 입후보예정자를 배제한 정치자금에 관한 法律 제3조 8호(憲裁決1995. 11. 30. 94 헌마 97, 憲判集 제7권 2집 677쪽 이하 참조), x x x) 전투경찰선발에 관한 구 전투경찰대설치법 제2조의 3 등(憲裁決 1995. 12. 28. 91 헌마 80, 憲判集 제7권 2집 851쪽 이하 참조), x x x i) 피선거권이 없는 경우를 규정한 폐지된 지방자치단체의장선거법 제12조(憲裁決 1995. 12. 28. 95 헌마 196, 憲判集 제7권 2집 893쪽 이하 참조) 등이 있다.

行政訴訟에서의 이른바 裁決主義의 認定可能性

柳 至 泰*

목 차

I. 原處分主義와 裁決主義
1. 原處分主義
2. 裁決主義
II. 우리나라에서의 裁決主義論議
1. 一般論
2. 裁決主義의 認定可能性
III. 結論

I. 原處分主義와 裁決主義

1. 原處分主義

(1) 意義

행정행위의 발령에 대해 불복하여 행정심판을 제기한 당사자가 이를 통하여도 권리구제가 되지 못하는 때에는 행정소송을 제기하게 된다. 그러나 이때에 행정소송의 대상을 原處分과 裁決중에서 어느 것으로 할 것인가는 입법정책적 사항에 해당하는 문제이다. 原處分만을 원칙적인 행정소송의 대상으로 하는 입장의 배경에는 당사자의 권리구제의 실효성이 중요한 고려사항이 된다. 즉 原處分이 아니라 裁決을 취소소송의 대상으로 하는 때에는 裁決이 취소되더라도 原處分이 취소되지 않으므로, 권리구제가 바로 이루어지지 못하게 된다. 따라서 당사자의 이해관계는 裁決보다는 原處分의 효력에 있다고 볼 수 있으므로, 이를 반영하

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

여 原處分의 효력소멸에 지향된 소송대상을 선정하게 되는 것이다. 그러나 이 원칙하에서도 물론 裁決자체를 다툴만한 독자적인 이해관계가 존재하는 때에는 裁決도 취소소송의 대상으로 할 수 있다. 즉 裁決을 소송의 대상으로 하여 裁決의 효력을 소멸시킴으로써 권리구제가 실현되는 경우에는 裁決을 소송의 대상으로 할 필요가 존재한다. 이는 裁決자체에 고유한 위법이 존재하거나 이로 인하여 비로소 불이익을 받게 되는 제3자가 존재하는 경우에 한한다. 특히 제3자효 行政行爲에 있어서 原處分만을 소송의 대상으로 하게 되는 경우에는, 裁決을 통하여 비로소 불이익을 받게 되는 제3자의 권리구제가 불가능해지게 된다. 이와 같이 原處分을 원칙적인 행정소송의 대상으로 하고, 예외적으로 裁決도 그 자체의 위법성이 존재하는 때에 그 대상으로 하는 입법주의를 原處分主義라고 한다. 따라서 原處分主義하에서는 原處分뿐아니라 裁決도 행정소송의 대상이 될 수 있게 된다.

(2) 立法例

① 독일

原處分主義는 독일의 입법례에서 그 기원을 찾는다. 즉 독일 행정법원법은 취소소송의 대상으로서 행정심판의 裁決을 통해 나타나는 모습으로의 原處分(제79조 1항 제1호)을 원칙으로 하고, 제3자가 裁決을 통하여 비로소 불이익을 받게 되거나(제79조 1항 2호) 裁決이 당사자에 대해 추가적으로 불이익을 포함하는 경우에(제79조 2항) 裁決을 취소소송의 대상으로 할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 당사자는 통일적 소송으로서(Einheitsklage) (裁決의 내용을 내포하는) 原處分을 대상으로 한 취소소송을 제기하거나 아니면 단지 裁決만을 소송의 대상으로 할 수 있게 된다.

따라서 독일에서는 原處分과 裁決은 소송적으로 하나의 단위로서(Einheit) 간주되므로, 위법성이 原處分이 아니라 裁決결정근거에서 존재

하는 때에도, 原處分을 대상으로 하는 소송에서 당해 原處分의 내용을 구성하게 되는 裁決의 違法性도 주장할 수 있게 된다. 이때에 이러한 위법성주장이 인용되면 原處分과 裁決 모두 그 효력을 상실하는 것으로 평가되고 있다.[1] 결국 독일의 입법에 따르면 실질적으로는 裁決을 통하여 최종적으로 나타나게 되는 행정행위의 內容과 그 理由가 사법심사를 통한 통제의 중요한 대상이 된다. 따라서 결과적으로 原處分廳은 일정 범위에서는 裁決廳이 그 결정과정에서 범하는 하자에 대해서도 공동으로 책임을 지게 된다.[2] 그러나 예외적으로 裁決도 독자적인 취소소송의 대상이 될 수 있으며, 이때에는 裁決의 위법성사유만을 주장할 수 있게 된다.

② 일본

일본법도 독일법의 태도를 수용하여 원칙적으로 原處分主義를 채택하고 있다. 이에 따르면 "處分의 取消의 訴와 그 處分에 대한 審査請求를 棄却한 裁決取消의 訴를 제기할 수 있을 때에는, 裁決取消의 訴에 있어서는 處分의 違法을 이유로 하여 取消를 구할 수 없다"고 규정하고 있다(일본 행정사건소송법 제10조 2항). 당해 조문의 입법이유로서는 舊法하의 문제점이 지적되고 있다. 즉 일본 행정사건소송법 이전의 舊法하에서는 原處分의 위법성이라는 동일한 취소사유에 기하여 原處分의 取消訴訟과 裁決取消訴訟을 제기하는 것이 가능하였기 때문에, 당사자가 原處分의 取消訴訟과 裁決의 取消訴訟을 제기하는 경우에 심리판단의 순서, 판결의 구속력의 범위, 법원의 판단의 모순 및 저촉의 문제 등이 발생하였기 때문에, 이를 해결하기 위하여 原處分主義를 채택하였다고 한다.[3]

---

1) Dawin, Der Gegenstand der Anfechtungsklage nach 79 I Nr.1 VwGO, NVwZ 1987, 872(873)

2) Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 10 Aufl. 1994, 79 Rdnr.1; 이러한 이유로 독일에서는 소송에 있어서 처분청과 재결청은 당연히 협력관계에 있게 된다.

3) 濱 秀和, 原處分主義と 裁決主義, 行政法の 爭點, シュリスト 別冊, 1994; 南 博方, 紛爭

그러나 일본법 규정의 태도는 독일의 경우와는 달리 取消訴訟 對象의 특정문제가 아니라, 취소사유인 위법성주장의 내용(또는 제한)측면을 규율내용으로 하고 있는 점에서 그 차이를 갖는다고 볼 수 있다. 즉 裁決의 취소소송을 제기할 때에는 그 대상이 된 裁決에 존재하는 고유한 違法性 事由만 주장할 수 있을 뿐이며(裁決단계에서의 절차적인 하자등을 그 전형적인 예로 보고 있다), 原處分의 위법성사유를 裁決의 취소사유로 주장하지 못하도록 하고 있다. 반면에 原處分의 취소소송을 제기할 때에는 裁決 고유의 하자를 주장할 수는 없으나, 裁決과정에서 原處分의 내용이나 근거가 다소 변화하더라도(이른바 修正裁決의 경우) 이는 原處分자체는 유지하면서 그 법률효과를 변경하는 데 불과하므로, 裁決의 최종적인 모습이 처음부터 原處分으로 존재하고 있던 것으로 이해하여 전체로서 그 위법성사유를 주장할 수 있다고 해석되고 있다.[4]

2. 裁決主義

裁決主義란 일본식 제도로서, 일본에서의 설명에 의하면 原處分과 裁決중에서 原處分에 대한 소송제기는 허용하지 않고 裁決에 대해서만 행정소송의 대상으로 인정하는 원칙을 의미하는 것으로 이해한다.[5] 이러한 원칙의 존재근거는 일본 문헌상 명확히는 나타나고 있지 않으며 제

の 行政 解決手法, 1993, 87면

4) 行政判例百選 II, 1993, 355면 ; 그러나 행정심판을 거치면서 재결청에 의하여 처분청의 발령사유와는 다른 이유로 原處分이 지지되는 경우에, 당해 재결청이 直近 上級監督機關이 아니라 독립된지위를 갖는 제3의 기관이라면 어려움이 발생하게 된다. 즉 이때에도 행정소송의 대상은 原處分이 되고 처분청이 피고가 되므로, 처분청으로서는 자신이 전혀 관여하지도 않은 변경된 근거와관련하여 소송에서 공격방어방법을 강구하여야 한다. 그러나 이때에 처분청이 통상적인 경우와동일하게 제3의 기관으로서의 지위를 갖는 재결청과 협력관계를 구축하면서 소송을 수행하게 되면, 당해 재결청인 제3의 기관이 갖는 독립성이나 중립성이 침해받게 되는 문제가 발생한다(이에대한 상세는 南 博方, 앞의 책, 92면이하 참조).

5) 田中二郎, 行政法(상), 全訂 제2판, 1980, 309면; 濱 秀和, 앞의 글

시되는 주된 논거는, 실정법에서 특별하게 규정하고 있는 경우에 裁決主義가 인정된다는 정도로 나타나고 있다.[6] 그러나 裁決主義의 간접적인 이유로서는, 原處分이 아니라 裁決이 실질적으로 최종적인 처분으로서의 성질을 갖는 경우에 裁決主義의 합리적인 근거가 존재한다는 논거가 제시되거나[7] 裁決節次가 신중하게 되도록 하기 위하여 裁決主義가 채택되고 있다는 주장이[8] 제기되고 있다.

따라서 이러한 논리를 종합하여 보면, 실정법상의 표현으로 이를 통일적으로 일관하여 명확하게 확인할 수는 없지만, 일본에서의 裁決主義의 취지는 裁決이 原處分과 달리 신중한 절차를 통하여 행해져서, 당사자에 대한 실질적인 효과에 있어 裁決을 소송의 대상으로 하는 것이 의미있다고 평가될 때에 인정되는 것으로 볼 수 있다. 즉 裁決이 통상적인 행정기관의 계통으로부터 독립한 行政委員會나 이에 준하는 행정기관인 裁決廳에 의하여, 裁判節次와 유사한 準司法節次에 의해 발령되는 경우에는, 行政審判이 제3의 기관에 의해 신중한 절차를 거쳐서 결정되는 이상, 이러한 절차의 결과를 소송에서도 반영할 필요가 존재하며, 이러한 목적에서 裁決을 소송의 대상으로 하기 위하여 실정법이 이를 명문으로 규정하고 있는 것이라고 평가될 수 있다.[9]

이에 따라 일본의 실정법상 裁決主義가 채택되고 있다고 인정되는 규정들을 전체적으로 검토하게 되면, 한편으로는 裁決자체에 대해서 직접

---

6) 일부 학자에 의하면, 裁決主義는 일본의 실정법상 ㉠ 선거관계쟁송의 경우 ㉡ 技術的檢査에 관한 불복신청에 대한 쟁송의 경우 ㉢. 행정위원회의 재결에 관한 쟁송 등에서 나타나고 있다고 분류하고 있다(이에 대해서는 原田尙彦, 行政法要論, 1996, 312면). 그러나 이러한 유형들을 하나의통일적인 기준에 의하여 검토하기는 용이하지 않을 것이다.

7) 田中二郎, 앞의 책, 309면, 319면; 行政法(2), 南 博方, 原田尙彦, 田村悅一 編, 제3판, 1996, 174면

8) 田中館照橘, セミナー 行政法, 1993, 494면

9) 鹽野 宏, 行政法 II, 제2판, 1994, 35면; 裁決主義는 불복신청의 결정절차가 原處分의 발령단계이상으로 엄격하게 심사되므로, 裁決에 의하여 原處分을 지지하는 경우에는 原處分을 다투는 경우보다는 裁決자체를 대상으로 하여 다투는 것이 적절하다고 인정될 때에 허용된다는 논리도(原田尙彦,앞의 책 312면) 같은 방향의 유사한 논거로 평가할 수 있다.

소송을 제기하도록 하는 표현을 사용하고 있으며[10] 다른 면으로는 이때에 당해 재결청이 行政審判節次를 통하여 인정한 사실에 대해 實質的 證據로서 법원을 구속할 수 있도록 하고 있다.[11] 이는 行政審判이 이른바 準司法節次로서 구성되어 기능하는 때에는 裁決廳이 일정한 절차를 거쳐 인정한 사실은, 그 결론을 지지하는 데에 충분하다고 인정되는 증거인 實質的 證據(substantial evidence)로서 법원이 받아들일 필요가 있으며, 행정심판단계에서 주장하지 않았던 새로운 증거는 특별한 정당화 사정이 없는 한 소송단계에서 더 이상 주장하지 못하도록 하는 것이다. 오히려 이러한 경우에도 행정소송의 대상을 原處分으로 하게 되면, 행정심판절차에서 행해지는 準司法的 節次로서의 의의는 결과적으로 상실되고 말 것이다.[12] 따라서 입법자가 이러한 목적하에서 명문으로 이에 관련된 사항을 규정하는 때에는, 裁決을 행정소송의 대상으로 하는 裁決主義가 인정되는 것으로 이해될 수 있는 것이다.[13]

이러한 일본식의 裁決主義를 인정하게 되면 그 효과로서, 우선 原處分은 原處分主義에서와는 달리 예외없이 행정소송의 대상으로 되지 못하게 된다. 또한 裁決主義는 原處分主義의 예외로서 인정되는 것이므로,

---

10) 예컨대 "裁定을 신청하는 것이 가능한 사항에 관한 訴는 裁定에 대하여 제기할 수 있다"(광업등에 관련한 토지이용의 조정절차 등에 관한 법률 제50조), "이 법률 또는 이 법률에 기한 명령의 규정에 의한 郵政大臣의 처분에 불복하는 자는, 당해 처분에 대한 이의신청에 대한 결정에대하여 취소의 소를 제기할 수 있다"(전파법 제96조의 2)등이 이러한 규정으로 예시되고 있다.

11) 예컨대 "裁定에 대한 소송에 대해서는 裁定委員會가 인정한 사실은 이것을 입증하는 實質的인證據가 있을 때에는 재판소를 구속한다. 前項이 규정한 實質的인 證據의 유무는 재판소가 판단한다"(광업등에 관련한 토지이용의 조정절차등에 관한 법률 제52조; 비슷한 조문으로 또한 전파법 제99조등).가 이에 해당한다. 그러나 일본법에서는 행정심판과 행정소송의 관계에 관련된이러한 實質的 證據의 법칙에 관한 규정이 항상 일관되어 규정되어 있지는 않다. 이 때문에 학설상으로는 이 원칙이 명문으로 규정되어 있지 않아도 그 효력을 인정하여야 한다는 견해가 유력하다. 그러나 일본 최고재판소 판례는 명문으로 이 원칙이 규정되고 있지 않는 한 인정할 수없다고 한다(이에 대해서는 鹽野 宏, 行政法 II, 42면).

12) 鹽野 宏, 행정법 II, 제2판 40면이하 참조

13) 일본에서의 이러한 예로서는 鑛業등에 관련한 토지이용의 調整절차등에 관한 법률 제50조, 제52조, 電波法 제96조의 2, 제99조가 인정되고 있다.

原處分主義를 규정하고 있는 일본 행정사건소송법 제10조 2항의 제한을 받지 않게 된다. 따라서 원고는 裁決取消의 소송을 제기하는 때에도 裁決고유의 하자뿐아니라 原處分의 하자도 주장할 수 있게 된다. 그밖에도 일본에서는 裁決主義하에서는 裁決의 違法이 인정되어 裁決자체가 취소되는 때에는(즉 認容判決의 경우), 그 효력에 의하여 동시에 原處分도 취소되는 것으로 이해되고 있다.[14]

II. 우리나라에서의 裁決主義論議

1. 一般論

현행 행정소송법은 취소소송의 대상으로서 原處分과 裁決중에서 명문으로 原處分主義를 채택하고 있다(제19조). 이에 따르면 행정심판을 거친 행정행위라 하더라도 취소소송은 원칙적으로 原處分만을 대상으로 하여야 하며, 예외적으로 裁決자체에 고유한 위법이 존재하는 때에만 裁決도 대상이 되는 것으로 규정되고 있다. 이러한 규정방식은 취소소송의 대상을 그 내용으로 하고 있는 점에서, 취소사유의 주장제한측면을 내용으로 하고 있는 일본법의 규정태도보다는 독일식 방식에 유사하다고 보인다. 이와 같이 우리나라가 原處分主義를 채택하고 있는 이유에 대해서는 裁決主義를 취하는 경우에는, ① 만일 재결취소판결이 있을 때에 이에 의해 原處分이 당연히 취소되는 것으로 보게 되면 법원이 不告不理의 원칙에 위반되는 결과가 발생하게 되고, ② 原處分에 대한 집행정지를 허용할 것인가의 문제가 발생하게 되며, ③ 그밖에 재판관할이나 피고적격에 관하여도 따로 손질을 하여야 하는 등의 문제점이 존재하기 때문인 것으로 분석되고 있다.[15]

14) 濱 秀和, 앞의 글

15) 金道昶, 行政法(상), 1992, 756면이하 참조

이에 반해 裁決主義는 判例에 의한 해석으로서 인정되고 있다. 대법원 판례에 의하면 일정한 유형에 한정하여 현행법이 裁決主義를 채택하고 있다고 보고 있다. 예컨대 감사원의 변상판정에 대하여 재심을 청구하는 경우에, 再審判定에 대하여 감사원을 당사자로 하여 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있고(大判 1984.4.10, 84누91), 또한 지방토지수용위원회나 중앙토지수용위원회의 수용재결에 불복하여 제기한 異議申請에 대하여 중앙토지수용위원회가 異議裁決을 한 경우에, 異議裁決을 행정소송의 대상으로 하여야 한다고 보고 있다(大判 1991.2.12, 90누288등).

2. 裁決主義의 認定可能性

(1) 一般論

裁決主義는 일본의 영향을 받아 대법원의 판례에 의하여 실정법의 해석으로서 인정되고 있으나, 그 인정근거에 대해서는 검토가 필요하다고 생각한다.

행정소송법상 규정되고 있는 原處分主義에 관한 예외로서 裁決主義가 인정될 수 있기 위하여는, 형식적 측면에서 법적 근거의 존재와, 실질적 측면에서 裁決主義의 존재 필요성이 인정될 수 있어야 한다고 본다. 물론 행정소송법이 原處分主義를 채택하고 있다고 하여 이에 반대되는 원칙이 당연히 부정될 이유는 없을 것이다. 행정소송법은 행정소송에 관한 일반법으로서의 지위만을 갖는 것이므로, 특별한 규율이 필요한 때에는 이에 관한 예외규정도 가능하게 된다. 이와 관련하여 행정소송법 제8조 1항은, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 행정소송법 규정적용이 배제될 수 있음을 예정하고 있다. 그러나 이러한 原處分主義를 배제하는 다른 원칙이 효력을 갖기 위하여는 다른 법률에서 명확하게 이에 관한 사항이 규정되고 있어야 할 것이다.

또한 裁決主義는 原處分主義원칙의 예외로서의 성격을 갖는 것이므

로, 原處分主義를 배제할만한 실질적 이유가 존재할 필요가 있을 것이다. 즉 裁決主義에 의하여 裁決만을 소송의 대상으로 할 때에만 당사자의 권리구제측면이나 법원의 심리상의 유리함등이 인정된다는 사정이 존재할 필요가 있을 것이다.

(2) 法的 根據의 存在

판례에 의해 개별법이 裁決主義를 채택하고 있다고 평가되는 경우는, 감사원법, 노동조합 및 노동관계조정법(구 노동조합법), 교원지위향상을 위한 특별법 및 토지수용법 등을 들 수 있다.

① 감사원법

감사원법에 의하면, 회계관계직원 등에 대한 감사원의 辨償判定이나 징계요구 등에 대하여 이의가 있는 당사자는 감사원에 再審議를 청구할 수 있다(제36조 1항, 2항). 이러한 감사원의 再審議判定에 대하여는 감사원을 당사자로 하여 행정소송을 제기할 수 있다(제40조 2항). 판례가 裁決主義를 도출하는 근거는 제40조 2항에서 再審議判定에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있는 표현에 따른 것으로 보인다(大判 1984.4.10, 84누 91등).

② 노동조합 및 노동관계조정법(구 노동조합법)

근로자나 노동조합이 사용자의 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회나 특별노동위원회에 대하여 救濟申請을 한 때에 이에 대한 救濟命令 또는 棄却決定에 불복하는 때에는, 중앙노동위원회에 그 再審을 청구할 수 있다(제85조 1항). 중앙노동위원회의 再審判定에 대하여 관계 당사자는 그 재심판정사유서의 송달을 받은 날로부터 15일이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수 있다(제85조 2항). 이 경우에도 제85조 2항의 표현으로부터 裁決主義를 도출하고 있다고 평가된다.[16]

16) 尹榮宣, 항고소송대상으로서의 행정심판재결, 특별법연구 제4권, 409면 참조

③ 교원지위향상을 위한 특별법

교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 그 처분이 있은 것을 안 날부터 30일이내에 재심위원회에 재심을 청구할 수 있다(제9조 1항). 교원은 재심위원회의 결정에 대하여 그 결정서의 송달을 받은 날부터 60일이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있다(제10조 3항). 이때에도 제10조 3항의 표현이 裁決主義의 이유가 되는 것으로 보인다(大判 1993.2.12, 92누 13707).

④ 토지수용법

토지수용에 관한 소송에서 대법원판례는 일찍이부터 일관되게 裁決主義를 채택하고 있다. 판례는 토지수용소송에서 裁決主義를 인정하고 있는 이유에 관하여 명확한 직접적인 근거를 제시하고 있지는 않다. 그러나 관련된 판례의 표현을 보면, "-- 토지수용법 제73조내지 제75조의 2의 규정을 종합하면--- 수용재결은 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다 할 것이므로 ---"(大判 1991.2.12, 90누 288), "--- 토지수용법 제73조내지 제75조의 2의 각 규정과 관련하여 -- 수용재결이 아닌 이의재결을 대상으로 행정소송을 제기하도록 해석. 적용한 것은 ---"(大判 1993.1.19, 91누 8050)라고 되어 있는 것으로 보면, 판례의 논거는 단순한 조문의 해석차원에서 裁決主義를 도출하고 있는 것으로 보인다. 또한 이러한 대법원판결 형성에 관여하는 재판연구관의 글에 의하면, 토지수용법 제75조의 2 제1항이 "이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월이내에 행정소송을 제기할 수 있다"는 규정표현이 그 근거라고 해석하고 있다.[17]

⑤ 評價

그러나 이러한 법률규정들의 단순한 표현만을 가지고 이른바 裁決主

17) 趙龍鎬, 판례해설, 감정평가 1996년 봄호, 64면; 尹榮宣, 앞의 글, 410면

義를 도출한다는 것은 문제가 있다고 보여진다. 앞에서 검토한 바와 같이, 裁決主義가 일본에서 인정되고 있는 배경은 행정심판이 제3의 기관 등에 의해 準司法節次를 거쳐서 신중하게 발령된다는 사실을 전제로 하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 관련 법률규정이 裁決을 행정소송의 대상으로서 예정하고 있는 것이외에도, 裁決節次의 결과를 소송단계에서 원용할 수 있도록 하려는 실질적 이유가 바탕이 되어 裁決主義가 인정되는 것으로 이해할 수 있다. 이에 비추어 볼 때에, 문제로 되는 우리나라의 법률규정들인 감사원법이나 노동조합 및 노동관계조정법, 토지수용법의 경우는 그 재결청이 처분청과의 관계에 비추어 제3자로서의 지위에 있지 않으며, 그 裁決節次가 準司法節次로서 평가할수도 없으므로, 무리하게 해석을 통하여 裁決主義를 인정할 필요는 없다고 보인다. 이 때에는 裁決廳과 原處分廳이 동일한 관계이거나 동일한 행정조직의 상하관계로서 볼 수 있는 것이므로, 裁決主義가 아니라 原處分主義 원칙에 따라 原處分만을 행정소송의 대상으로 하여야 한다고 생각된다.[18]

또한 다른 측면에서 판례가 일관되게 裁決主義의 대표적 예로서 제시하고 있는 토지수용법 제75조의 2 제1항은 그 해석에 있어서도, 문제의 표현이 과연 행정소송의 대상을 裁決로 할 것을 예정하고 있다고 볼 수 있는 지에 관해 의문이 제기된다. 즉 판례는 문제의 토지수용법 제75조의 2 제1항의 표현중에서 "-- 이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는" 이라는 표현을 이러한 裁決主義의 해석의 논거로서 원용하고 있으나, 동 규정은 전후 법률규정의 내용에 비추어, 收用裁決에 대한 행정심판인 異議申請에 관하여 규정하고 있는 동법 제73조, 제74조, 제75조

18) 물론 이러한 해석에 따르면, 裁決廳이 제3자로서의 중립적 기관성을 갖는 공무원 소청심사위원회의 결정에 대해서는 裁決廳의 지위나 裁決節次등의 성격만을 본다면 오히려 다른 경우보다 裁決主義의 인정가능성이 높다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 실정법은 이에 관해 특별한 규정을 두고 있지 않으므로, 裁決主義가 인정될 수는 없을 것이다(이러한 점과 관련한 비판에 대해서는 野 宏, 行政法 II, 41면 참조). 반면에 교원지위향상을 위한 특별법상의 再審委員會의 再審決定은 再審委員會의 법적 성격이나 그 결정절차만을 본다면, 실정법상의 표현대로 裁決主義의 가능성이 높게 인정되는 경우로 볼 수 있다.

와 같은 연장선상에서 당사자의 권리구제수단으로서 규정되고 있는 것이며, 異議申請의 裁決을 통하여도 권리구제가 되지 못하는 경우에 통상적인 권리구제의 방법과 원칙에 따라 행정소송을 제기할 수 있도록 하는 것이라고 이해하여야 할 것이다.[19] 이러한 표현에 의해 이른바 裁決主義가 도출되는 것이라면, 이와 비슷한 표현을 두고 있는 다른 법률조문의 해석에 있어서도 동일한 논리에 의해 같은 결론이 인정되어야 할 것이다. 예컨대 지방자치법 제131조 5항(이의를 신청한 자는 --- 그 결정에 불복이 있는 때에는 --- 고등법원에 소를 제기할 수 있다)에서의 행정소송의 대상도 原處分인 사용료 등의 부과처분이 아니라, 裁決인 異議申請에 대한 결정으로 되어야 할 것이다. 그러나 이 조문의 해석상 裁決主義가 인정되는 것이라는 판례는 존재하지 않으며(예컨대 大判 1994.6.24, 94누 2497), 이는 당연한 것이라고 생각된다. 따라서 토지수용법 제75조의 2 제1항의 표현은 그 표현자체만을 보더라도, 이를 통하여 행정소송법상의 原處分主義원칙을 배제하는 裁決主義의 결론이 도출될 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(3) 현실적 이유의 존재

裁決主義가 인정되기 위하여는 또한 原處分主義의 원칙에 의해서는 달성할 수 없는 다른 이해관계도 존재하여야 할 것이다. 따라서 裁決만을 행정소송의 대상으로 하여야 달성할 수 있는 이해관계의 측면도 검토대상이 되어야 한다. 이러한 이해관계로는 다음의 사항을 검토할 수 있다.

① 違法性事由의 주장문제

일본식의 裁決主義의 개념은 앞에서 이미 검토한 바와 같이, 원고가 裁決取消訴訟을 제기하면서 裁決자체의 위법성외에 原處分의 위법성도

19) 같은 취지의 결론: 尹榮宣, 항고소송대상으로서의 행정심판 재결, 특별법연구 제4권, 410면의 주24; 金南辰, 수용재결처분에 대한 취소소송등, 부동산고시(1995.12), 22면.

그 취소사유로 주장할 수 있다는 점에 그 특색이 있다.[20] 행정소송의 대상은 裁決에 한정하면서, 소송의 대상이 아닌 原處分의 위법성도 그 취소사유로서 주장할 수 있다는 논리는 행정소송의 일반원리상 사실 이해하기가 용이하지 않다. 일본에서의 논리는 裁決取消訴訟에서의 취소사유주장을 제한하고 있는 原處分主義의 근거규정인 일본 행정사건소송법 제10조 2항을 제시하고 있다. 즉 裁決主義는 이러한 原處分主義의 예외원칙이므로, 裁決取消訴訟을 제기하면서 취소사유주장에 제한을 받지 않게 되며, 이에 따라서 통상적으로 주장할 수 있는 위법성사유인 裁決의 위법성외에 原處分의 위법성도 주장가능한 것으로 평가하고 있다. 우리의 행정소송법 제19조는 단서에서, "裁決取消訴訟의 경우에는 裁決자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다." 라고 하여 裁決取消訴訟에서는 原處分의 違法을 주장하지 못하도록 하고 있다.[21]

따라서 原處分主義를 배제하는 裁決主義를 인정한다면, 우리나라의 해석에 의하더라도 이러한 제19조 단서규정이 적용되지 않게 되므로, 裁決取消訴訟에서도 原處分자체의 위법성도 주장할 수 있게 된다는 결론으로 이어지게 된다(예컨대 大判 1995.9.15, 93누 20627).

그러나 原處分의 위법성을 이유로 하는 裁決取消訴訟은 실질적으로는 原處分의 위법을 확정하여 그 효력의 배제를 訴求하는 것이므로[22] 原處分主義원칙에 따라 原處分자체의 취소소송을 제기하여 原處分의 위법을 주장하는 경우와 그 효과면에서 차이를 찾을 수 없을 것이다. 따라서 위법성사유 주장측면에서 原處分主義가 아니라 裁決主義에 의하는 경우에만 얻어지는 권리구제상의 장점은 인정하기 어려울 것이다.

② 裁決의 不存在의 경우문제

裁決主義에 의하는 경우에는 原處分을 대상으로 하지 못하기 때문에,

---

20) 芝池義一, 行政救濟法講義, 1995, 67면

21) 또한 해석상 반대로 原處分의 취소를 구하는 소송에서는 위법성사유로서 재결자체의 하자는 주장하지 못하게 된다(大判 1996.2.13, 95누8027).

22) 일본 최고재판소 1975년 11월 28일 판결(行政判例百選 II, 1993, 435면).

언제나 裁決의 존재를 필요로 한다. 따라서 裁決이 장기간동안 또는 정당한 사유없이 발령되지 않는 경우에 당사자는 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 제기할 수는 있으나(행정소송법 제18조 2항 참조), 裁決主義에 따르게 되면 이때에는 裁決의 부존재로 인하여 과연 행정소송의 대상문제를 어떻게 해결할 것인가의 문제가 발생하게 된다. 裁決主義를 관철하면 이러한 경우에는 오히려 권리구제자체가 봉쇄되는 모순에 처하게 될 것이다.

③ 原處分의 執行停止의 문제

裁決主義는 또한 原處分으로 인한 불이익을 잠정적으로 방지하기 위한 執行停止를 신청하는 데에 어려움이 따르게 된다. 즉 原處分의 내용이 形成的이거나 命令的인 때에는 당사자는 그로 인해 바로 불이익을 받게 된다. 그러나 裁決主義에 의하는 한, 행정소송의 단계에서 原處分의 위법성을 이유로 하는 裁決取消訴訟을 제기하면서도 原處分자체의 집행정지신청을 할 수는 없으므로, 행정행위의 당사자가 불이익을 방지하기 위한 방법으로서는 행정심판의 신청시에 제기하는 집행정지외에는 방법이 없게 될 것이다. 행정소송에서 執行停止는 소송의 대상으로서 係屬되고 있는 처분등을 대상으로 하는 것이므로(행정소송법 제23조 2항 참조)[23] 직접적으로 재결취소소송의 대상이 아닌 原處分의 효력정지신청은 불가능하다고 보아야 한다.[24] 따라서 이러한 점에서도 裁決主義를 통하여 당사자의 권리구제상의 장점이 도모되기는 어려울 것이다.

---

23) 拙著, 行政法新論, 1997, 489면 참조

24) 이에 대해서는 本案訴訟의 대상과 執行停止신청의 대상은 동일할 필요가 없다는 해석하에서, 裁決取消의 소송을 本案으로 하여 原處分의 執行停止를 구할 수 있다는 견해가 주장된다(尹榮'宣, 항고소송대상으로서의 행정심판재결, 특별법연구 제4권, 411면). 그러나 執行停止의 요건으로서 本案訴訟의 係屬을 요구하는 것은, 本案訴訟의 대상인 처분과 관련하여 執行停止가 신청된다는 것을 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 따라서 소송의 대상이 아닌 다른 처분의 執行停止를 신청할 수 있다는 논리는 설득력이 없다고 할 것이다.

④ 새로운 違法性事由 주장가능성문제

裁決主義에 의하는 경우에는 原處分의 위법성사유도 주장할 수 있으므로, 前審節次인 행정심판절차에서 주장하지 못하였던 原處分의 위법성사유도 주장할 수 있는 이점이 존재하는 가가 검토의 대상이 될 수 있다. 그러나 이 문제는 取消訴訟의 訴訟物을 어떻게 이해할 것인가와 밀접한 관련을 갖는다. 일반적인 견해처럼 대상이 된 行政行爲의 전체로서의 違法性을 취소소송의 소송물로 이해하게 되면, 개개의 행정행위의 위법성사유는 단순한 공격.방어방법에 불과하게 된다. 따라서 소송법상의 일반적인 원칙대로 원고는 공격. 방어방법을 새로이 추가하거나 변경할 수 있게 된다. 그러나 이러한 결론은 原處分主義에 따르든 裁決主義에 따르든 같은 내용으로 된다. 그러므로 裁決主義가 당사자의 공격.방어방법 주장면에서 原處分主義에 의하는 경우보다 새로운 이점을 가져오지는 못한다고 보아야 할 것이다.

⑤ 裁決主義와 判決의 效力

裁決主義하에서 裁決만을 소송의 대상으로 한다고 할 때에 請求認容判決의 효력은 어떻게 되는 가도 문제가 된다. 즉 原處分의 위법성을 이유로 한 裁決取消訴訟에서 認容判決에 의하여 裁決의 효력이 상실되면, 그 효력에 의하여 原處分도 당연히 효력을 상실하여 바로 신속하게 권리구제가 이루어지는 지 아니면, 소송의 대상인 裁決만 효력을 상실하고 原處分은 효력을 상실하지 않는 것인지가 문제로 된다. 일본의 판례는 前者의 입장을 따르고 있고[25] 우리나라의 견해로는 後者의 견해가 주장되고 있다.[26]

---

25) 일본 최고재판소 1975년 11월 28일 판결

26) 尹榮宣, 앞의 글, 411면; 중앙노동위원회의 再審判定에 대한 취소소송에서 취소판결이 확정된 경우에 그 효력에 의해 당연히 原處分인 救濟命令이나 棄却決定이 失效되는 것이 아니라, 취소판결의 효력이 재결청인 중앙노동위원회를 기속하여, 중앙노동위원회는 그 취지에 따라 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다는 해석도(金亨培, 노동법, 제8판, 1996, 656면 참조) 그 결론에 있어서 같은 입장으로 볼 수 있다.

일본의 판례는 판결의 일반적인 효력차원이 아니라, 裁決主義가 인정되는 실질적 이유측면에서 裁決取消判決에 의하여 原處分도 당연히 그 효력을 상실한다는 결론을 도출하고 있다. 즉 原處分의 違法을 이유로 하는 裁決取消訴訟은 실질적으로는 原處分의 위법을 확정하여 그 효력의 배제를 구하는 소송이라고 볼 수 있으므로, 請求認容判決의 의미란 결국 裁決取消의 형태에 의하여 原處分이 위법하다는 것을 확정하여, 原處分을 취소하고 原處分에 의한 위법상태를 배제하여 당해 原處分에 의해 권리를 침해받은 자를 구제하는 것을 그 취지로 한다고 볼 수 있다고 한다. 이때에 반대로 이와 같은 裁決取消判決이 原處分의 효력에 영향을 미치지 않고, 原處分이 失效하기 위하여는 原處分 取消判決 또는 새로운 행정처분을 요한다고 해석하게 되면, 위법한 행정처분을 받은 자의 권리구제에 충분하지 못하게 된다고 한다. 또한 이러한 결론에 따를 때에는 原處分 取消의 訴와 裁決取消의 訴가 중복되는 문제, 그 각 판결이 저촉되는 문제, 原處分을 취소하는 행정처분의 지체에 따른 위법상태의 계속의 문제, 새로운 행정처분에 대한 분쟁의 야기등의 불합리한 사태가 발생하게 된다고 한다.[27]

그러나 裁決取消判決의 효력으로서 原處分도 당연히 失效되는 가의 문제는 행정소송의 일반적인 원칙에 따라 해결될 문제라고 생각한다. 행정소송에서의 認容判決의 효력은 당사자가 소송의 대상으로 한 처분만을 대상으로 하는 것이며, 그 대상이 아닌 처분에까지 확대될 수는 없을 것이다. 裁決取消判決의 효력으로서 原處分도 당연하게 효력을 상실하게 된다면, 이러한 결과는 행정소송상의 不告不理의 원칙에 반하는 문제를 야기하게 된다.[28] 통상적으로 取消의 確定判決이 발령된 경우에는 判決에 形成力이 인정되므로 대상이 된 처분만 그 효력이 당연히 소멸하게 된다(大判 1991.10.11, 90누 5443 참조). 일본 판례의 입장은 이른바 裁決主義의 취지에 따라 이와 다른 결론을 도출하려는 것이나, 실체도 불분명한 내용인 裁決主義의 취지에 의하여 판결의 효력에 관한 실

27) 行政判例百選 II, 1993, 435면
28) 金道昶, 行政法(상), 1992, 757면

정법인 행정소송법상의 규정적용이 배제된다는 해석은, 한편으로 해석의 한계를 넘는 결론으로 보여지며 따라서 우리나라에서는 수용되어서는 안될 것이다. 따라서 裁決主義에 따를 때에도 原處分자체는 재결취소판결의 효력에 직접적인 영향을 받지 않는다고 보게 되면, 認容判決의 취지에 따라 裁決廳이 특정처분을 발령하지 않는 경우에 당사자는 자신의 권리구제를 위하여 裁決取消의 訴만을 부질없이 반복하여야 하는 문제도 발생하게 될 것이다.[29] 따라서 裁決主義에 따른 이러한 결론들은 결과적으로 原處分主義보다 당사자의 권리구제면에서 유리하다고 볼 수 없으며, 오히려 불리하게 될 것이다.

III. 結論

裁決主義는 일본법상의 해석으로서 학설과 판례에 의하여 특정한 유형에 한하여 일관되게 인정되는 것이나, 학설과 판례의 태도를 보아도 그 명쾌한 논거는 찾을 수 없는 원칙이다. 일본에서는 주로 실정법상의 표현인 "재결에 대하여" 소송을 제기할 수 있다는 부분만을 가지고 裁決主義를 도출하고 있으나, 전체적으로 보아 裁決主義를 관철하기 위하여 필요한 입법상의 다른 규정들을(특히 행정소송법상의 규정들) 결하고 있기 때문에 인정하기 어려울 것이다. 일본에서는 이러한 後者의 문제를 이른바 裁決主義의 취지에 따라서, 또는 原處分主義에 따른 경우와 반대의 결과를 도출하기 위하여 해석차원으로 해결하고 있으나,. 이는 다시 해석의 범위나 한계에 비추어 허용될 수 있는 가 하는 문제에 부딪히게 된다.

물론 原處分主義를 배제하는 裁決主義가 논리적으로 당연히 부정될 필요는 없지만, 개인적 생각으로는 단순하게 그 의미도 명확하지 않은 법률규정의 표현만으로는 裁決主義는 인정될 수 없다고 본다. 특히 실

29) 尹榮宣, 앞의 글, 399면 참조

정법상으로 토지수용법 제75조의 2 제1항의 표현은 그 해석상 입법자의 의사가 裁決主義에 근거하고 있는 것이라고 볼 수 있는 가도 문제라고 생각된다. 우리나라에서 또는 일본에서 이른바 原處分主義가 입법상 채택된 것이, 이전의 법률관계상황이 불확실하거나 당사자의 권리구제면에서 불리하였기 때문에 이를 해결하기 위한 실질적 차원에서 비롯된 것이었다면, 裁決主義의 해석상 인정에 있어서도 마찬가지의 비슷한 논리가 존재할 필요가 있을 것이다. 이러한 관점에서 위에서 실질적 효과면을 중심으로 裁決主義의 의미를 검토하여 보았으나, 현행법하에서는 어떠한 점에서도 裁決主義가 原處分主義에 의하는 경우보다 권리구제면이나 법률관계의 명확성면에서 장점을 도출하지는 못한다고 보여진다. 따라서 결론적으로 裁決主義는 우리의 판례의 태도와는 달리 허용될 수 없으며, 기존의 裁決主義논의내용은 原處分主義에 따라 해결되어야 한다고 본다.[30]

30) 개인적으로는 앞에서 본 바와 같이 일본에서의 일부 논거를 참고하여 裁決節次의 성격이나 裁決廳의 지위 등에 비추어 裁決主義에 따라 재결자체를 소송의 대상으로 이해할 필요성도 검토하여 보았으나, 실질적 측면에서의 근거를 결하므로 그 자체를 결정적 근거로 볼 수는 없고, 이는 裁決主義가 앞으로의 명확한 입법을 통하여 채택될 때에 검토할 하나의 이유정도로 평가할 수 있을 것이다.

헌법체계상 기본의무의 의의와 실현구조

장 영 수*

》목 차《

Ⅰ. 출발점: 현대 민주헌법의 기본구조와 국민의 헌법상의 지위
1. 국가공동체의 발달과 헌법국가의 이념
2. 국가와 국민의 관계: 근대이전과 근대이후
3. 현대 민주헌법의 이념과 기본구조
Ⅱ. 기본의무의 역사적 발달
1. 근대인권선언과 기본의무
2. 헌법의 발전과 기본의무의 변화
3. 우리 헌법상의 기본의무규정의 변천
Ⅲ. 기본의무의 현대헌법상의 의의와 성격
1. 국민의 기본의무의 의의와 범위
2. 기본의무의 법적 성격
Ⅳ. 기본의무의 현행헌법상의 구체화
1. 명문화된 헌법상의 기본의무
2. 불문의 헌법상의 기본의무
3. 기본의무의 법률에 의한 구체화
Ⅴ. 기본권과 기본의무의 상호관계
1. 권리와 의무의 통일성?
2. 법치국가적 영역구분의 원리 (Verteilungsprinzip)
3. 기본의무와 기본권의 제한
Ⅵ. 맺음: 국가와 국민의 정상적 관계에 기초한 기본의무의 이해

Ⅰ. 출발점: 현대 민주헌법의 기본구조와 국민의 헌법상의 지위

1. 국가공동체의 발달과 헌법국가의 이념

법의 대상은 인간의 삶이다. 즉 인간의 삶에 일정한 규범적 요청을 부과함으로써 공존의 질서를 가능케 하는 것이다. 국가공동체의 존재와

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

기능은 이러한 법과 법을 통한 공존의 질서를 위해서 가장 기본적인 전제이다.

그러나 활동력있는 국가공동체의 존재가 법의 존재와 기능을 뒷받침하기는 하지만 법의 정당성까지 확보하지는 못한다. 우리가 헌법국가를 바람직한 국가공동체의 모습으로 인정하는 것은 헌법국가가 단순히 법의 존재와 기능을 통한 안정된 질서를 확보할 뿐만 아니라 내용상으로도 정당한 법에 의한 정의로운 질서를 담보할 수 있는 - 지금까지 고안된 바 - 최선의 국가공동체모델이기 때문이다.

2. 국가공동체와 국민의 관계: 근대이전과 근대이후

어떠한 형태의 국가공동체가 가장 바람직한 것인가에 대하여는 고대의 혼합국가형태론 이래로 많은 논의가 있어 왔다.[1] 그러나 현실적으로 고대 및 중세의 국가(공동체)는 일반적으로 국가권력 및 그 담당자와 동일시되었으며, 국민에 대한 지배의 주체로서 작용해 왔다. 당시 국가와 국민의 관계는 일방적인 지배와 복종의 관계로 형성되어 있었던 것이다.[2]

물론 고대나 중세에도 제한된 형태로나마 국민이 국가에 대하여 갖는 권리가 인정되고 있었다. 폭군방벌론 등의 여러 형태로 나타나는 저항권사상에서 볼 수 있는 제한된 형태의 자연권사상[3]이 대표적인 예가 될

1) 특히 혼합국가형태론이 권력분립원리의 근원으로 지칭되는 것과 관련하여서는 Kurt Kluxen, Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung, in: Festschrift für Gerhard Kallen, 1957, S.219-236, wieder abgedruckt in: Heinz Rausch(Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S.131-152(132ff.) 참조.

2) 군주가 백성을 위해 봉사해야 한다는 도덕적인 요청은 있었으나 국민이 주권자로서 인정되지는 않았다. 따라서 동서양을 막론하고 예외적인 경우에 저항권이 인정되었을 뿐, 국민의 국가에 대한 권리는 인정될 여지가 없었다.

3) 서구의 자연권사상 내지 자연법사상에 관하여는 박은정, 자연법사상, 1987; Werner Maihofer(Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962 참조.

것이다. 그러나 국민에게 유보되어 있는 최후의 권리라는 저항권을 내용으로 하는 자연권사상은 그 현실적 의의가 매우 미약하였으며, 보다 적극적인 국민의 권리로서의 인권은 - 비록 정치참여의 권리 내지 자유가 '자유인인 남자'에게 부여되는 예가 있었지만 - 아직 존재하지 않았다.[4]

중세에 들어와서는 무엇보다 기독교사상이 커다란 영향을 미쳤으며, 이것은 토마스 아퀴나스 등에 의해 발전되어온 신법(神法) 내지 자연법(自然法)의 이해에 영향을 받은 자연권사상에도 마찬가지였다. 특히 기독교의 '신(神)앞의 평등'이라는 사상을 중심으로 모든 인간이 (관념적으로) 평등하다는 생각의 기초가 확립되었으며, 이를 계기로 자연권사상이 보다 발전할 수 있는 계기가 마련되었다. 그에 따라 신법(또는 자연법)에 반하는 국가권력에 대한 저항이 교회법에서 뿐만 아니라 세속의 정치이론에 있어서도 보다 강력하게 주장되었고, 나아가 이성법 내지 자연법사상의 발전은 군주의 지배권력을 제한하는 신분계급들의 권리보장으로 연결됨으로써 근대적 인권의 발달에 중요한 역할을 하기도 했다.[5] 그러나 중세의 자연권사상 역시 모든 국민의 권리라는 사상과는 아직 거리가 있는 제한된 파급효만을 가지고 있었다.

국가와 국민의 관계가 근본적으로 변화하게 된 것은 근대 이후의 일이다. 종교개혁, 인본주의, 합리주의의 대두 등과 더불어 근대적 정치질서가 새로이 형성되면서 자연권사상 내지 인권사상의 발전도 새로운 국면에 접어 들게 되었으며, 모든 인간의 천부적 권리로서 '생명'과 '자유'와 '재산'이 주장되었다. 이러한 기초위에서 국가와 국민의 관계도

4) 기본권의 철학적 기초가 될 수 있는 인간의 존중 내지 존엄, 인간의 자유와 평등에 대한 사상적.철학적 기초는 발견될 수 있으나 그것이 국민의 권리라는 형태로는 아직 발전되지 못했던 것이다. Klaus Stern은 그 원인을 고대인들의 사고가 그들이 살고 있는 국가질서의 틀을 벗어나지 못했기 때문이라고 생각하면서 당시 자유에 대한 이해는 국가내의 자유에 한정되었을 뿐 국가로부터의 자유라는 관점을 생각하지 못하고 있었다(Freiheit im Staat, aber nicht vom Staat)고 보았다(Ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅲ-1, 1988, S.58).

5) Klaus Stern, a.a.O.(Anm.4), S.60ff. 참조.

비로소 일방적인 지배와 복종의 관계가 아닌 권리의무의 관계로 파악될 수 있게 된 것이다.

이러한 근대적 인권사상 및 그에 기초한 국가-국민의 관계의 역사적 발전에 있어서 특히 주목되는 것은 그것이 근대 이래의 민주주의의 정치적 발전과 밀접하게 결합되어 있었으며, 인권 내지 기본권의 발전은 무엇보다 국가권력을 제한하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있었다는 것이다.

3. 현대 민주헌법의 이념과 기본구조

근대적인 인권사상 및 이를 기초로 형성된 정치적 질서를 발전시켜 온 현대적 헌법국가는 민주주의원리를 근간으로 구성되고 있다. 민주주의가 헌법의 가장 중요한 구조원리로서 작용하고 있으며, 그 결과 헌법에 의해 형성되고 유지되는 국가질서도 민주적 과정과 절차에 따르는 것이다.[6]

민주주의는 기본적으로 - 국가권력 또는 그 담당자가 아닌 - 모든 국민을 국가공동체의 중심에 놓고 생각하는 것이다. 따라서 민주주의 내지 현대 민주헌법의 기본이념은 모든 국민의, 즉 인간의 존엄을 인정하고 실현하는 것으로 표현될 수 있다. 현행헌법 제10조 제1문 전단의 '인간으로서의 존엄과 가치'라는 규정이 헌법의 최고이념으로 인정되고 있는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

인간의 존엄성은 일차적으로 자유와 평등에 의해 구체화된다. 인간이 인간으로서 존엄성을 갖고 있다고 말할 수 있으려면 인간이 가축처럼 사육되거나 기계처럼 이용되는 존재일 수는 없어야 한다는 것이 전제되어야 한다. 즉 모든 인간이 인간으로서의 존엄성을 인정받는다면 적어

6) 민주주의에 관하여는 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호, 1993, 67-147쪽 참조.

도 자신의 삶을 자율적으로 결정해 나갈 수 있는 인격적 자율성이 모든 인간에게 보장되어야 하는 것이다. 이러한 인격적 자율성이야 말로 자유의 기초이고 실체라고 할 수 있다. 또한 모든 인간이 존엄하다는 전제를 갖고 출발할 때, 우리는 모든 인간이 존엄하다는 점에서, 따라서 모든 인간이 인격적 자율성을 갖고 있다는 점에서 평등하다는 것을 확인할 수 있다.[7] 그리고 이러한 자유와 평등이 개별적 생활영역 가운데 구체화되어서 기본권으로 나타나는 것이다.

현대 민주헌법은 이러한 이념의 구체화를 위한 구조를 갖추고 있다. 한편으로는 헌법의 근간을 형성하는 민주주의, 법치주의 등의 헌법원리를 규정하는가 하면, 다른 한편으로는 국민의 기본권을, 그리고 이러한 기본권의 보장을 위한 국가권력의 구성과 활동범위 등을 정해 놓고 있는 것이다.

Ⅱ. 기본의무의 역사적 발달

1. 근대인권선언과 기본의무

근대이래의 헌법적 발전은 민주주의와 기본권보장을 중심으로 이루어졌다. 그러나 그것이 곧 국민은 국가에 대하여 권리만을 가질 뿐이고 의무는 전혀 부담하지 않는다는 의미는 아니었다. 이미 미국과 프랑스에서 근대적 인권선언이 시작될 때부터 국가에 대하여 국민이 일정한 사회적·정치적 의무를 부담하는 것을 당연한 것으로 여겨 왔다. 국민은 한편으로는 국가에 대하여 인권으로서의 자유와 평등을 주장할 수 있지만, 다른 한편으로는 이러한 인권이 가능하고 또 보호될 수 있기 위하여 국가조직의 존속과 활동을 위한 일정한 의무를 부담할 수밖에 없다는

7) 이러한 획일적·기계적 평등의 기초위에서 비로소 개별적인 경우에 따른 - 합리적인 차별을 전제로 하는 - 비례적 평등의 적용도 가능하게 된다.

점이 인정되었던 것이다.

이러한 기본의무의 원시적 형태는 근대인권사상의 기초가 되었던 자연법사상 내지 사회계약론에서 발견될 수 있다. 국가조직이 창설되기 이전의 자연상태에서 모든 개인은 자연적 권리를 갖고 있을 뿐만 아니라 서로간에 그러한 자연적 권리를 침해하지 않을 의무를 지고 있다고 보았던 것이다. 그런 의미에서 기본의무는 인간의무(Menschenpflicht), 자연의무(Naturpflicht)로 지칭되기도 하였다.[8] 즉 모든 인간은 자신의 권리를 행사함에 있어서 공동체와의 관련성에 따른 일정한 제약을 받게 되며, 그것은 결국 타인의 권리에 대한 존중에 기초하는 남용의 금지라고 생각되었던 것이다.[9]

18세기 초부터 황금률적인 의미에서 인권과 더불어 발전되어 온 국민의 의무는 국가질서의 유지를 위한 복종의 의무, 국가방위의 의무, 조세의 의무 등의 형태로 구체화되었다. 예컨대 1780년의 매사추세츠헌법 제10조는 "사회의 모든 개인은 법에 따라 그의 생명과 자유와 재산을 누릴 수 있도록 사회에 의하여 보호될 권리를 가진다. 그는 필요할 경우 개인적 서비스나 부담금을 통하여 그의 보호를 위한 사회의 부담을 나누어야 한다"고 규정하였으며, 프랑스인권선언 제13조는 "공공의 군대를 유지하기 위하여, 그리고 행정의 제비용을 위하여 일반적인 조세는 불가결하다. 이는 모든 시민에게 그들의 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다"라고 규정하고 있었다.[10]

이와 같이 근대인권선언의 시기에도 국가의 존속과 활동을 위하여 국

8) 그러나 국민의 기본의무를 인권과 같은 의미에서 인간의무로 이해하는 것은 정당하지 않다. 국민의 인권(기본권)은 국가질서의 기초 내지 국가의 존립근거로 작용한다는 점에서 국가에 앞서는 것이라고 할 수 있다. 그러나 국민의 의무는 국가조직을 전제로 그 존속을 위해 국민이 부담하는 의무이기 때문에 항상 국가내적 의무일 수밖에 없는 것이다. 이에 관하여는 또한 권영성, 헌법학원론, 1997, 617쪽; Hasso Hofmann, Grundpflichten und Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. Ⅴ, 1992, S.321-351(340ff.) 참조.

9) Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.325ff. 참조.

10) 그밖에도 1776년 버지니아 권리장전 제15조와 제16조, 1780년 매사추세츠헌법 제18조, 1789년 프랑스인권선언 서문 및 제4조, 제7조, 제17조 등 참조.

민이 일정한 의무를 부담하여야 한다는 것은 널리 인정되고 있었으며, 이를 명시적으로 규정함으로써 구제도를 무너뜨리고 확보한 시민적 자유가 무책임한 방종은 아님을 확인하였던 예가 적지 않다. 그러나 이와 같은 일반적 인식과는 별도로 기본의무를 지나치게 강조하는 것이 시민의 자유와 권리를 중심으로 진행되어온 시민혁명을 퇴색시키는 것으로 오해될 것을 우려하여 국민의 의무에 관한 명문규정을 두지 않았던 예도 적지 않았다.

2. 헌법의 발전과 기본의무의 변화

근대인권선언의 시기 이래로 국가에 대한 국민의 의무는 많은 변화를 겪어 왔다. 반동적인 정치적 변혁을 여러 차례 경험했던 독일과 프랑스의 경우에는 국민의 기본의무가 갖는 성격 자체에 대한 이해도 상당한 변화를 겪었으며, 지속적인 민주화의 과정을 밟아 온 영국과 미국의 경우에도 - 비록 국민의 의무의 기본성격에 대한 이해의 변화는 적었으나 - 그 내용을 구체화시키는 방향으로 점진적인 변화가 있었던 것이다.

예컨대 공화제가 붕괴되고 왕정으로 돌아간 시기의 프랑스나 비스마르크제국 당시의 독일에서는 공화제적인 국민의 의무가 아닌 신민(臣民)의 의무가 주장되었다. 모든 인간의 자연권으로서의 인권이 국가에 의해 실정화된 기본권으로 편입되는 과정에서 개인의 자유가 축소되었으며,[11] 이와 더불어 기본의무에 대한 이해도 변화되었다. 국가존립의 기초는 더 이상 국민이 아니며, 국가에 대한 국민의 의무는 주권자로서 - 자신의 필요에 따라 - 국가를 존속시키기 위하여 부담하는 의무가 아니라 신민으로서 국가에 봉사하는 의무로 이해되었던 것이다. 이에 따라 법에 대한 복종이 아닌 군주에 대한 충성이 국민의 의무로 인정되었으

11) Eberhard Grawitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S.174ff. 참조.
12) Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.114f. 참조.

며,[12] 19세기의 법실증주의이론은 이를 국가의 대인고권의 발현으로 해석함으로써 정당화시켰다.[13]

다른 한편으로는 현대사회의 변화에 따라 과거와는 다른 성격의 의무가 새롭게 인정됨으로써 국민의 의무가 확대되고 있다는 점도 고려되어야 한다. 산업사회의 발전과 그에 따른 노사간의 갈등 등 여러 문제점의 노출로 인하여 사회국가적 발전이 불가피하게 되고 과거 절대시 되던 재산권에 대하여도 일정한 사회적 제약을 가할 수밖에 없게 되었을 때, 이러한 재산권의 제약을 받아들일 국민의 의무가 새롭게 인정되었다. 또한 국가의 사회적·문화적 활동의 확대 및 교육의 국가적 중요성에 대한 인식의 확대와 더불어 교육의 의무가 추가되었으며, 오늘날에는 환경보호의 필요성이 더욱 절실한 것으로 인정되면서 환경보전의 의무가 국가에게 뿐만 아니라 국민에게도 인정되고 있는 것이다.

3. 우리 헌법상의 기본의무규정의 변천

1948년의 제헌헌법은 제2장에서 '국민의 권리의무'라는 제목하에 제8조부터 제30조까지 23개 조문을 두고 있었다. 그 가운데 국민의 기본의무를 규정하고 있었던 것으로는 납세의 의무를 규정하였던 제29조와 국토방위의 의무를 규정하였던 제30조, 초등교육이 의무임을 규정하였던 제16조, 그리고 근로의 권리와 의무를 규정하였던 제17조를 들 수 있다. 그밖에 제15조가 재산권행사가 공공복리에 적합하여야 함을 규정하고 있었다. 이미 이 당시에 현행헌법에서 인정되는 기본의무의 유형이 - 환경보전의 의무를 제외하면 - 모두 나타나고 있었던 것이다.

이처럼 이미 제헌헌법 당시에 기본의무의 의의와 내용에 대한 기본적인 인식은 오늘날과 크게 다르지 않을 정도로 분명하였다. 전통적인 납세 및 국방의 의무가 인정될 뿐만 아니라 바이마르헌법이래의 새로운

13) Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5.Aufl., 1911, S.140ff.

발전경향에 따라 재산권에 대한 구속이 인정됨을 확인하고 있었으며, 교육의 국가적 중요성에 대한 인식에 기초하여 의무교육이 인정되었되고 있었다. 또한 근로의 권리·의무에 관한 규정은 그 내용이 너무 막연하기 때문에 구체적인 권리와 의무는 구체적 법령이 제정된 후에 비로소 명확해질 것임을 확인하면서 입법의 근본방침으로서의 의미를 부여하는 것도 오늘날의 이해와 크게 다르지 않다.[14]

이러한 기본의무에 관한 헌법규정은 1962년의 헌법개정(제5차개헌)에서 근로의 권리와 근로의 의무를 당시헌법의 제28조 제1항과 제2항으로 분리시킨 형식상의 변화 이외에는 커다란 변화없이 유지되어 오다가 1980년의 헌법개정(제8차개헌)에서 당시헌법의 제33조에 환경권을 신설하면서 국가와 국민의 환경보전의무를 함께 인정함으로써 현행헌법상의 기본의무규정과 같은 구조를 갖추게 되었다.

Ⅲ. 기본의무의 현대헌법상의 의의와 성격

1. 국민의 기본의무의 의의와 범위

현대 민주국가에서 주권자인 국민에게 일정한 헌법적 의무를 부담시키는 것은 그것이 주권자인 국민 자신에게도 필요한 일이라는 관점에서만 정당화될 수 있다. 즉 국민이 일정한 의무를 부담함으로써 비로소 - 국민 스스로가 그의 기본권의 실현과 보호를 위해 필요로 하는 - 국가를 창설하고 유지할 수 있다는 점 때문에 국민은 일정한 의무를 부담하여야 한다는 것이다.

따라서 국민의 헌법적 의무로서 문제되는 것은 윤리적·도덕적 의미에서의 의무가 아니라 법적으로 정형화되고, 헌법에 의해 근거지워지는

14) 유진오, 헌법해의, 1949, 45쪽이하 참조.

의무이다. 즉 국민의 의무는 국가라는 공동체가 존립할 수 있기 위하여 필수적으로 국민들이 부담할 수밖에 없는 것들을 중심으로 체계화될 수 있는 것이다. 이런 맥락에서 일차적인 국민의 의무로서 인정될 수 있는 것으로는 국가창설 및 국가존속을 위한 국민의 질서유지·준수의무, 국가방위의 의무, 국가의 재정적 기초를 제공할 의무 등을 들 수 있다.

그러나 이와 같은 국가의 존립을 위한 최소한의 의무를 넘어서 구체적으로 어느 정도까지 국민이 국가에 대한 의무를 부담할 것인지를 획일적으로 말하기는 어렵다. 한편으로는 현대의 새로운 사회적 상황속에서 국민에게 새로운 의무의 부담이 추가되기도 하지만 다른 한편으로는 최대한의 보장을 지향하는 기본권과는 달리 국민의 의무는 최소한을 지향하고 있다는 점도 고려되어야 하기 때문이다. 따라서 어떠한 것까지 헌법상 국민의 의무로 인정되어야 할 것인가, 또 일단 헌법상의 의무로 인정된 경우에도 구체적인 현실속에서 그것이 국민에게 어느 정도까지의 부담을 요구할 수 있을 것인가는 개별적인 경우에 따라 달리 결정될 수밖에 없을 것이다.[15]

현행헌법은 '제2장 국민의 권리와 의무'에서 국민의 기본권(제10조~제37조)과 더불어 국민의 의무에 관한 명문규정도 두고 있다. 이에 해당되는 것으로는 제38조의 납세의 의무, 제39조의 국방의 의무, 제31조 제2항의 교육을 받게 할 의무, 제32조 제2항의 근로의 의무, 제35조 제1항의 환경보전의 의무가 있으며, 그밖에 제23조 제2항의 '재산권행사의 공공복리적합성'에 관한 규정이 의무를 규정한 것인지의 여부에 대한 논란

15) 예컨대 Ernst Rudolf Huber는 교육의 의무, 국방의 의무, 납세의 의무를 (프로이센헌법에서 인정되었던) 전통적인 3대 기본의무로 보았으며(Ders., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.Ⅲ, 3.Aufl., 1988, S.101), Volkmar Götz는 기본의무를 정치적인 국민의 기본의무와 사회적 기본의무로 분류하여 전자에는 헌법에 대한 충성의무, 국방의 의무, 명예직을 수행할 의무가 속하며, 후자에는 공적인 과제수행의무, 재산권의 의무가 속하는 것으로 보았다(Ders., Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41[1983], S.7-41 [21ff.]). 또한 Josef Isensee는 윤리적 기본의무와 법적 기본의무를 나누어 보면서 법적 기본의무로서 평화의무, 납세의무, 국방의무, 교육의무를 들었다(Ders., Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, S.609-618[616f.]).

이 있다.

여기에서 나타나듯이 '국민의 권리와 의무'에 관한 현행헌법 제2장에서는 국민의 권리, 즉 기본권에 관한 규정이 중심이 되고 있으며 국민의 의무에 대하여는 상대적으로 적은 수의 규정만을 두고 있다. 이것은 외국의 입법례를 살펴보아도 마찬가지이다. 근대인권선언 당시부터 현대에 이르기까지 국가와 국민의 관계에 관한 헌법적 규정은 국민의 국가에 대한 권리, 즉 기본권을 중심으로 발전되었으며, 국민의 국가에 대한 의무의 문제는 상대적으로 가볍게 다루어졌던 것이다.

그러나 이러한 사실은 근대 민주국가의 발전이 기본권을 중심으로 진행되어 왔음을 보여주는 것일 뿐, 기본권이 국민의 의무에 대하여 우월한 지위에 있음을 입증하는 것은 아니다. 이미 근대인권선언 당시부터 - 국민의 의무가 명문화되지 않은 경우에도 - 국가에 대한 국민의 의무가 곧 국가창설의 기초가 된다는 것을 지적하는 견해들이 적지 않았으며, 현실적으로도 국민이 권리만을 많이 누리고 의무는 적게 부담하였던 것은 아니었다. 국민의 의무가 갖는 의의와 성격, 나아가 기본권과 기본의무의 상호관계에 대하여는 아직도 많은 논의가 진행되고 있는 것이다.

2. 기본의무의 법적 성격

이와 같이 국민의 기본의무는 그 구체적인 범위가 - 헌법규정에 의한 명문화와는 상관없이 - 명확하게 한정되어 있기 않기 때문에 기본권적 자유와는 달리 직접 효력을 미치는 규정으로 이해될 수 없다.

기본권적 자유는 - 그 명문화의 여부와 관계없이 - 직접 효력을 갖기 때문에 생명권, 신체의 자유, 언론의 자유 등이 침해될 경우에는 이를 보호하는 구체적 법률규정이 없더라도 이를 기본권침해로 규정하여 이에 대한 헌법적 보호를 요청할 수 있다. 그러나 기본의무의 부과는 헌법상 명문화되고 있는 경우라 할지라도 이를 단지 헌법규정에 근거하여

직접 부과할 수는 없다. 예컨대 조세의 종목과 세율, 징수방식 등을 법률로 구체적으로 정함이 없이 헌법상의 납세의무에 기초하여 국민에게 직접 세금을 징수하는 것은 인정될 수 없다. 국방의 의무에 기초한 징병절차도 법률에 의한 구체화를 필요로 하며, 교육을 받게 할 의무도 역시 교육법 등에 의한 구체적 내용확정을 필요로 하는 것이다.

그것은 무엇보다 기본의무의 부과는 국민의 자유로운 생활영역에 대한 제한으로 작용하기 때문이다.[16] 기본의무가 정당하게 부과되기 위하여는 기본권제한의 경우와 마찬가지로 법률에 의한 구체적인 요건과 절차등을 갖추어야 하는 것이다. 그러므로 헌법상 국민에게 부과되고 있는 기본의무는 그 자체로서 직접효력을 갖는 것이 아니라 법률로써 국민에게 일정한 의무를 부과할 수 있도록 입법자에 대하여 일정한 권한을 부여하는 것, 즉 입법자에 대한 수권(授權) 내지 입법위임으로 이해되어야 할 것이다.

그러나 헌법상의 기본의무가 예외없이 법률에 의한 구체화를 필요로 하는 것은 아니다. 불문의 헌법적 기본의무라고 할 수 있는 법질서에 복종할 의무는 헌법의 근간인 법치주의의 당연한 전제로서 모든 국민에게 묵시적으로 부과되어 있을 뿐만 아니라 그 자체로서 효력을 발한다는 점을 지적할 수 있는 것이다.[17]

Ⅳ. 기본의무의 현행헌법상의 구체화

1. 명문화된 헌법상의 기본의무

현실적으로 국민의 의무에 관한 현행헌법상의 규정들이 매우 추상적이고 단편적이기 때문에 이 몇 개의 규정들이 국민의 의무에 대한 완결

16) Josef Isensee, a.a.O.(Anm.15), S.612.
17) Josef Isensee, a.a.O.(Anm.15), S.612.

된 체계를 구성하고 있는 것으로는 보기 어렵다. 현행헌법은 납세의 의무와 국방의 의무처럼 가장 고전적이고 기본적인 국민의 의무에 속하는 것을 명문화하고 있는가 하면, 교육을 받게 할 의무와 환경보전의 의무처럼 전혀 새로운 성격의 의무에 속하는 것들을 단편적으로 명문화하고 있는 것이다.

(1) 납세의 의무

헌법 제38조에서 규정되고 있는 납세의 의무는 국가의 존속과 활동을 위한 재정적 기초를 마련하기 위하여 국민이 경제적인 기여를 할 의무를 말한다. 따라서 납세의 의무는 현실적으로 국가의 존립을 위한 가장 기본적인 의무라고 할 수 있다.

국민의 납세의 의무에 대응하는 국가의 과세권은 조세법률주의의 원칙에 따라 국민의 대표자인 의회에서 제정한 법률에 따라서만 행사되어야 한다.[18] 국민의 담세능력을 고려한 공정하고 평등한 과세가 되어야

18) 이와 관련하여 지방세법 지방세법 제3조 제1항은 "지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 조례로써 하여야 한다"고 규정하고 있다. 나아가 지방세법 제7조 제2항은 "지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 필요한 때에는 불균일과세를 할 수 있다"고 규정함으로써 적지 않은 문제를 야기하고 있다. 법률의 명시적 위임이 있다는 점에서 지방자치법 제15조 단서의 규정에 위반되는 것은 아니지만 헌법규정에 따른 조세법률주의, 또는 포괄적 위임입법의 금지에 위배되는 것은 아닌지가 문제되는 것이다. 이 문제에 대하여 헌법재판소는 1995년 10월 26일의 94헌마242사건 심판에서 "지방세법이 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항을 조례로 정할 수 있도록 한 것은 지방세법은 그 규율대상의 성격상 어느 정도 요강적 성격(要綱的 性格)을 띨 수밖에 없기 때문이라고 해석된다. 왜냐하면 비록 국민의 재산권에 중대한 영향을 미치는 지방세에 관한 것이라 하더라도 중앙정부가 모든 것을 획일적으로 확정하는 것은 지방자치제도의 본래의 취지를 살릴 수 없기 때문이다. 더구나 지방세법의 규정에 의거하여 제정되는 지방세부과에 관한 조례는 주민의 대표로 구성되는 지방의회의 의결을 거치도록 되어 있으므로 법률이 조례로써 과세요건 등을 확정할 수 있도록 조세입법권을 부분적으로 지방자치단체에 위임하였다고 하더라도 조세법률주의의 바탕이 되고 있는 "대표없이는 조세없다"는 사상에 반하는 것도 아니다" 라고 봄으로써 지방세법규정은 조세법률주의에 반하여 위헌이라거나 포괄적 위임입법의 원칙에 반하여 위헌이라고 볼 수는 없다는 결정을 내렸다.

하며. 조세의 종목과 세율은 반드시 법률로 정하여 국민의 (경제적) 기본권의 침해를 정당화·최소화하여야 하는 것이다.

납세의 의무와 관련하여서는 조세의 부과를 어느 정도로 그리고 어떤 방식으로 하는가는 비단 국가의 재정적 수요를 충당하는 데 있어서 뿐만 아니라 사회국가의 실현 및 경제정책과도 밀접한 관련을 갖고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 누진세제 등을 통한 부의 재분배를 통하여 사회국가적 요청을 실현하는 데 기여할 수 있으며, 나아가 특정 산업분야에 대하여 세제상의 혜택 또는 불이익을 줌으로써 국가적인 지원 또는 억제의 효과를 거둘 수 있으며, 이를 통하여 경제질서를 일정한 방향으로 유도하는 수단으로 이용되기도 한다.

(2) 국방의 의무

헌법 제39조에서 규정되고 있는 국방의 의무는 외적으로부터 국가를 방위하여 국가의 정치적 독립성과 영토의 완전성을 수호할 의무를 말한다. 국방의 의무는 납세의 의무와 더불어 국가의 존립을 가능하게 하는 가장 기본적인 의무에 속한다고 할 수 있다.

국방의 의무의 구체적 내용과 형태는 병역법 등에 의하여 구체화되고 있지만 그 기본적 내용은 군대 또는 예비군 등에서 복무할 의무와 국방목적을 위해 필요한 군사적 조치에 협조할 의무로 구분될 수 있다.

그러나 과거 일반국민에게는 직접적인 국토방위의 의무를 부과하지 않는 대신 납세의 의무만을 부과하고, 군대는 국왕이 - 국민의 세금에 기초하여 - 사적으로 모집, 양성하는 경우가 많았다. 그러나 이 경우에는 군대가 사병화되고, 권력자의 권력유지를 위한 도구로 이용되는 폐단이 많이 문제로 제기되었다. 결국 사병(私兵)화된 군대의 문제점으로 말미암아 종래의 직업군인제 내지 용병제를 중심으로 구성되었던 국방체계는 민주주의의 발전과 더불어 점차 국민의 일반적 병역의무에 기초한 것으로 전환되었다. 종래와 같이 국가의 방위가 특정인 또는 특정 집

단의 이해관계에 관한 것이 아니고 모든 국민의 이해관계에 관한 것이라는 인식하에 프랑스대혁명 직후 시민군의 편성이 이루어졌고, 시민군의 성공적인 정착을 계기로 민주국가에 있어서는 일반적 병역의무에 따른 국민개병제가 점차 정착되었던 것이다.

또한 이를 실질적으로 뒷받침하기 위하여 현행헌법 제39조 제2항은 "누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다"고 규정하고 있다.[19]

(3) 교육을 받게 할 의무

헌법 제31조 제2항에 규정되어 있는 교육을 받게 할 의무는 일정한 연령에 달한 어린이를 보호하는 국민이 그 보호하에 있는 어린이에게 '적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무'를 말한다.

현대사회에 있어서 교육은 개인의 권리로서 뿐만 아니라 국가적 차원에서도 매우 중요한 의미를 갖는다. 교육은 한편으로는 개인의 기본권으로서 자율적 인격발현을 위한 전제가 되며, 직업을 위한 준비로서 큰 의미를 갖고 있다. 그러나 교육은 동시에 민주정치의 발전을 위한 기초가 되며, 국가의 경제적·문화적 발전의 기초가 된다는 측면에서 국가적으로도 중요한 의미를 갖는 것이다.[20]

---

19) 이와 관련하여 군법무관이었던 자가 전역후 변호사개업을 함에 있어서 개업지제한을 규정한 변호사법 제10조 제2항의 합헌성여부가 문제된 바 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 1989년 11월 20일의 89헌가102사건 심판에서 "... 법 제10조 제2항이 변호사의 개업지를 일정한 경우 제한함으로써 직업선택의 자유를 제한한 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라, 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이고, 나아가 합리적 이유없이 변호사로 개업하고자 하는 공무원을 근속기간 등에 따라 차별하여 취급하고 있다. 그러므로 법 제10조 제2항은 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항에 각 위반된다. 또한 병역의무를 이행한 군법무관의 경우는 헌법 제39조 제2항의 경우에도 위반된다"고 보아 변호사법 제10조 제2항에 대하여 위헌결정을 내렸다.

20) 헌법재판소는 1994년 2월 24일의 93헌마192사건 심판에서 "우리 헌법은 문화국가·민주국가·사회국가·복지국가에서 차지하는 교육의 중요성을 감안해서 교육을 모든 국민의 권리로 규정함과 동시에 국가와 국민의 공동의무임을 명백히 밝히고 있다"고 말

교육을 받게 할 의무의 주체는 헌법 제31조 제2항에 따라 학령아동의 보호자, 즉 부모(친권자)나 후견인이다. 이러한 교육을 받게 할 의무는 보호자의 양육권에 따르는 중요한 책임이라고 말할 수 있다. 그러나 교육을 받게 할 의무가 일방적으로 학령아동의 보호자에게만 있는 것은 아니다. 국가도 또한 상응하는 적절한 교육시설을 마련하여 교육이 가능하도록 하여야 하기 때문이다. 예컨대 의무교육의 무상제도 등이 이러한 측면에서 요청되는 것이다.

(4) 근로의 의무

근로의 의무의 성격과 내용에 대하여는 논란의 소지가 많다. 1919년의 바이마르헌법은 1917년의 소련헌법의 영향하에 제163조에서 "모든 독일인은 그 정신적 및 육체적 힘을 공공의 복리에 적합하게 활용할 도의상의 의무를 진다"라고 규정하였고, 1948년의 우리 제헌헌법은 이러한 바이마르헌법의 영향하에 제17조에서 "모든 국민의 근로의 권리와 의무를 가진다"라고 규정하였다. 이러한 발전의 연장선상에서 또한 현행헌법 제32조 제2항이 제헌헌법 제17조의 규정을 이어받아 근로의 의무를 규정함으로써 근로의 의무는 헌법상의 의무로 인정되고 있는 것이다.

이와 같이 근로의 의무를 헌법적으로 규정하고 있는 것은 근로가 갖는 헌법적 의의, 즉 근로의 사회적 비중 내지 책임에서부터 이해될 수 있다. 교육의 경우와 유사하게 근로도 한편으로는 개인의 기본권으로서 자기(인격)발현의 수단 및 생계의 수단으로서 중요한 의미를 갖고 있지

하면서 헌법상 교육을 받을 권리가 "첫째 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜 줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 헌법이 추구하는 문화국가를 촉진시키고, 셋째 합리적이고 계속적인 교육을 통해서 민주주의가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 헌법이 추구하는 민주주의의 토착화에 이바지하고, 넷째 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현시킨다는 의의와 기능을 가지고 있다"고 선언하고 있다.

만, 다른 한편으로는 국가적 차원에서도 경제질서의 기초로서 비중있게 취급되는 것이다.

그러나 이러한 근로의 의무가 직접적인 근로의 강제를 의미하는 것으로 이해될 수 있을 것인가는 매우 의심스럽다. 이미 바이마르헌법이 도의상의 의무라고 표현한 것에서도 나타나듯이 근로의 의무는 공동체내의 생활에서 전제되는 사회적 책임성을 의미하는 것이지, 근로하지 않는 자에게 근로를 강제하는 것으로 이해하기는 곤란한 것이다. 이는 헌법 제12조 제1항에 규정되어 있는 강제노역의 금지와 연결시켜 생각할 때, 더욱 명백해진다. 헌법 제32조 제2항이 근로하지 않는 국민에게 강제근로를 시킬 수 있는 헌법상의 근거로 이해되기는 어려운 것이다. 그러나 근로의 간접적인 강제, 예컨대 적절한 근로의 기회가 제공되고 있음에도 불구하고 근로하지 않는 국민에 대한 세제상의 또는 사회보장에 있어서의 일정한 불이익을 가하는 것은 헌법 제32조 제2항에 따라 허용될 수 있을 것이다.[21]

(5) 환경보전의무

헌법 제35조 제1항에 규정되어 있는 환경보전의 의무는 환경권에 대응하는 것으로서 건강하고 쾌적한 환경을 누리기 위하여 이를 보전할 의무를 말한다.

환경권은 삶의 여건보장에 관한 권리로서 그 대상인 환경 자체의 포괄성에 따라 상당히 넓은 외연을 갖게될 뿐만 아니라 환경침해의 다양성 및 구제방법의 복잡성에 따라 매우 복잡 다양한 내용과 특성을 보인다. 이와 같은 환경권의 포괄성에 대응하여 환경보전의무도 포괄적인 성격을 갖는다.

환경보전은 다양한 측면에서 문제된다. 보전대상인 환경은 침해방식

21) 같은 취지로는 권영성, 헌법학원론, 1997, 625쪽, 허영, 한국헌법론, 1996, 570쪽. 그러나 김철수, 헌법학개론, 1996, 694쪽에서는 근로의 의무는 법적 의무이며, 법률로 근로의 의무를 강제하더라도 합헌이라고 보고 있다.

과 관련하여 대기오염, 소음공해, 수질오염, 자연경관훼손, 방사능오염 등으로 나눌 수 있으며, 이와 관련하여 한편으로는 소극적인 침해의 금지만이 인정될 것인가 아니면 적극적인 환경보호 및 개선까지 요구될 수 있을 것인지가 문제되며, 다른 한편으로는 환경침해의 유형과 관련하여 어떤 정도의 환경보전의무가 각기 국가와 국민에게 인정될 수 있는지가 아직도 명확하게 정리되고 있지는 않다.

그러나 환경보전과 관련하여 가장 근본적인 문제로 제기되는 것은 환경보호와 산업과의 관계이다. 오늘날 환경에 대한 파괴 내지 오염이 전혀없는 상태를 요구하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그동안 진행되어 온 산업화의 과정을 백지로 돌릴 수도 없는 일이며, 지금 현재도 지속적인 산업화가 인간의 생존과 생활을 위해 불가피한 상태가 되어있는 것이다. 그렇다고 환경에 전혀 피해를 끼치지 않는 산업만을 육성한다는 것도 단기적으로는 불가능하다. 따라서 한편으로는 환경의 보호를 요구하면서도 다른 한편으로는 - 약간의 환경파괴를 감수하고라도 - 포기될 수 없는 산업활동을 인정할 수밖에 없다는 데에 환경보호의 복잡성과 어려움이 있다.

결국 문제되는 것은 산업활동을 최대한 합리적으로 보장하면서 동시에 환경피해를 최소화하는 균형점 내지 조화점을 어디에서 찾을 것인가이다. 어느 일방만을 극단화시키는 태도는 더이상 인정될 수 없는 것이다. 나아가 오늘날처럼 산업이 대규모화되고 그 환경파괴의 영향이 국경내에 머물지 않는 상황에 있어서는 환경보호 내지 환경파괴에 대한 대응에 있어서도 국제적인 공동노력이 필수적이라는 점도 지적되어야 할 것이다.

(6) 재산권행사의 공공복리적합의무

헌법 제23조 제2항은 "재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다"고 규정하고 있다. 이 규정은 재산권보장의 상대화 및 재산권의

사회적 구속성을 인정하고 있는 것으로 이해되고 있다. 그러나 그와 더불어 이 규정이 국민의 의무를 규정하고 있는 것으로 보아야 하는지에 대하여 견해의 대립이 있다.[22]

오늘날 자유방임적 시장경제에 기초한 독점자본주의적 경제질서의 한계가 명백해지면서 경제활동에 대한 국가의 일정한 간섭과 규제를 인정하는 사회적 시장경제에 기초한 수정자본주의적 경제질서가 보편화되었고, 그 전제로서 재산권의 상대화 및 그에 따른 재산권행사의 사회적 구속성이 인정되고 있다.

그러나 재산권행사가 공공복리에 적합하여야 한다는 것을 근거로 재산권에 대하여 공권력이 자의적으로 관여하거나 (사회적 유해성 등을 이유로) 특정한 재산권소유자들에게 불이익을 가하는 것, 또는 재산권을 몰수하는 것이 정당화될 수는 없다. 재산권행사의 공공복리적합성에 대한 요청은 법적 기준에 따른 제약을 인정하는 것이지 정치적 의도에 의해 자의적인 내용으로 채워질 수 있는 백지위임은 아닌 것이다.

재산권행사의 공공복리적합성에 대한 요청이 의미하는 것은 재산권이 사회적 관련속에서 사회적 기능을 발하고 있기 때문에 일정한 의무를 부담한다는 것이다. 이를 구체화하는 입법자는 헌법적으로 보장된 기본권으로서의 재산권보장과 사회적으로 정의로운 재산질서의 형성이라는 양 측면을 동시에 고려하는 가운데서 이해관계자의 보호가치가 있는 법

22) 예컨대 김철수, 헌법학개론, 1996, 695쪽에서는 헌법 제23조 제2항에 의한 공공복리적합성을 헌법적 의무로 이해하고 있으나 권영성, 헌법학원론, 1997, 626쪽은 헌법 제23조 제2항을 재산권 자체에 필연적으로 수반되는 내재적 제약성를 명문화한 헌법원리로 이해하여야 한다는 견해를 취하고 있다. 또한 허영, 한국헌법론, 1996, 571쪽은 이를 재산권의 헌법적 한계로 이해하면서 헌법 제23조 제2항의 내용과 성격에 관한 '재산권행사의무설'과 '재산권제한설'의 논쟁을 문제의 본질을 잘못 이해한 불필요한 논쟁이라고 보고 있다. 하지만 국민의 기본의무가 앞서 이야기한 바와 같이 입법위임의 의미를 갖고 있을 뿐 직접적인 효력을 갖지 못한다는 점을 고려한다면 이러한 견해의 대립은 현실적인 차이로 나타나지는 못하게 된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 1989년 12월 12일의 88헌가 13사건 심판에서 "재산권행사의 공공복리 적합의무는 헌법상의 의무로서 입법형성권의 행사에 의해 현실적인 의무로 구체화"된다고 보고 있다.

익들을 비례성에 따라 올바르게 형량함으로써 구체적인 한계를 형성해 나갈 수 있다.

2. 불문의 헌법상의 기본의무

그러나 현대의 새로운 사회적 상황속에서 국민에게 부과되는 의무가 이들 몇 개의 명문화된 헌법상의 의무에 한정된다고는 말하기 어려울 뿐 아니라 심지어 '헌법과 법률을 준수할 의무'처럼 국가질서의 유지를 위한 가장 기본적인 의무 가운데서도 명문화되지 않은 채 당연한 것으로 전제되고 있는 것들이 있다. 따라서 국민의 헌법적 의무가 갖는 의의와 성격, 내용을 전체적으로 조망할 수 있기 위하여는 명문화된 헌법상의 의무 이외에도 몇가지 불문의 헌법상 의무들을 고려하여야 한다.

헌법상 당연히 전제되고 있는 불문의 의무로는 무엇보다 먼저 헌법과 법률을 준수할 의무를 들 수 있다. 우리가 헌법과 법률을 중심으로 하는 법규범을 통하여 공동체를 구성하고 운영하며, 이러한 공동체의 조직과 활동을 통하여 '인간중심, 인간존중의 사회'를 구성하고자 할 때, 모든 공동체구성원이 그 공동체의 기초가 되는 헌법과 법률을 준수하여야 한다는 것은 가장 기본적인 전제이다.

이와 더불어 타인의 권리를 존중할 의무도 중요한 불문의 헌법상 의무로 인정될 수 있다. '자기중심' 아닌 진정한 '인간중심'의 공동체질서를 형성하기 위해서는 자신의 권리만을 주장하고 존중받는 것이 아니라 타인의 정당한 권리도 아울러 존중해주는 것이 필요하다. 서로의 권리를 존중하는 가운데 비로소 인간존중의 사회가 실현될 수 있는 것이다.

또한 자신의 권리를 행사함에 있어서도 공존의 이념을 고려하여야 한다는 것도 불문의 헌법상 의무로 인정될 수 있다. 재산권행사의 공공복

리적합의무처럼 개별기본권 가운데 특별히 그와 같은 의무가 명문화된 경우는 물론이고, 그렇지 않은 경우에도 자신의 기본권을 (정당하게) 행사하는 가운데 타인에게 끼칠 수 있는 침해를 최소화 하려는 노력이 요청된다는 것이다.

3. 기본의무의 법률에 의한 구체화

국민의 헌법상 의무는 직접효력을 갖는 것이 아니라 법률에 의한 구체화를 필요로 하는 것이다. 따라서 앞서 이야기된 모든 헌법상의 의무는 그 자체로서 직접 국민에게 구체적 작위 또는 부작위의 의무를 발생시키는 것이 아니라 구체적인 조건과 방식을 정하는 법률에 의하여 비로소 작위 또는 부작위의 구체적 의무가 발생된다.

예컨대 납세의 의무는 국세기본법, 국세징수법, 기타 각종세법에 의하여 비로소 구체적인 형태를 갖추게 되며, 국방의 의무의 구체적 내용과 형태는 병역법 등에 의해 구체화되고 있다. 교육을 받게 할 의무가 인정되는 조건과 방식 및 내용이 교육법 등에 의하여 구체화되고 있으며, 환경보전의무의 구체적 내용도 역시 각종 법률에 의하여 정해지고 있는 것이다.

그러나 또한 헌법상의 기본의무를 법률에 의하여 구체적으로 규정한 경우에도 그 내용적 정당성의 문제는 여전히 검토의 대상이 될 수 있다. 국민의 헌법상 의무는 어디까지나 국가공동체의 존립을 위해, 즉 인간중심·인간존중의 공동체를 형성하고 유지하기 위해 필요한 범위내에서 주권자인 국민이 법률에 의한 의무부과를 수인하는 것이지 결과 의무자체가 목적이 될 수 없으며, 그렇기 때문에 개별적인 경우에 법률에 의해 부과되는 의무가 과연 정당한 범위내에 머물러 있는지를 헌법적으로 검토할 수 있는 것이다.

Ⅴ. 기본권과 기본의무의 상호관계

1. 권리와 의무의 통일성?

근래의 기본의무에 대한 논의 가운데서는 권리와 의무의 일반적 대응관계를 전제로 하여 헌법상의 기본권과 기본의무도 일정한 대응관계, 심지어 대칭관계에 있다고 보는 견해도 있다.[23] 예컨대 교육의 권리와 교육을 받게할 의무, 근로의 권리와 근로의 의무, 환경권과 환경보전의무, 재산권과 재산권행사의 공공복리적합의무 등에서와 같이 권리는 의무를 수반하며, 기본권은 기본의무를 통해서만 현실화될 수 있다는 것이다. 나아가 헌법적인 권리 자체가 의무로서의 성격을 갖는다는 의미로 이른바 '권리와 의무의 통일성'이 주장되기도 하였다.

특히 사회주의국가의 헌법에서는 이러한 '권리와 의무의 통일성'이 강조되었다.[24] 1977년의 구소련헌법 같은 경우는 전통적인 근로의 의무, 국토방위의 의무, 사회재산의 존중 및 헌법과 법률의 준수의무외에도 '사회적대적인 행동에 대해 타협하지 않고, 공공질서의 수호를 위해 모든 방식을 동원하여 기여할 의무', '어린이를 사회적으로 유용한 노동을 위해 준비시키고, 이들을 사회주의적 사회에 합당한 구성원으로 양육할 시민의 의무(부모만의 의무가 아님!)'가 인정되기도 했다.[25] 이처럼 '권리와 의무의 통일성'을 강조하는 것은 국민으로 하여금 헌법상 인정된 권리를 적극적으로 행사함으로써 국가 및 사회의 발전에 기여할 것을 요구

23) 이와 관련하여 Josef Isensee, a.a.O.(Anm.15), S.614f.는 부모의 친권과 양육의무가 대응하는 것을 예외적 현상으로 보면서 개인의 소극적 지위, 즉 자유가 우위에 있음을 강조함으로써 비대칭을 주장하였다. 이에 관하여는 또한 Hasso Hofmann, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 42(1983), S.42-86 (49ff.) 참조.

24) 허영, 한국헌법론, 1996, 565쪽에서는 구동독헌법 제24조 제2항을 대표적인 예로 들고 있다.

25) 사회주의국가헌법에서의 의무규정에 관하여는 Volkmar Götz, a.a.O.(Anm.15), S.17ff. 참조.

함으로써 결국 권리로부터 의무를 도출하는 결과를 가져오게 된다.[26]

그러나 이와 같이 기본권과 기본의무의 대칭성 내지 '권리와 의무의 통일성'을 그대로 받아들이기는 곤란하다. 비록 기본권과 기본의무가 궁극적으로 공동의 목적을 추구하는 것이라고 하지만, 그것이 곧 양자를 동일시하는 것으로 이해될 수는 없다. (헌)법을 통해 형성하고자 하는 공동체질서는 '인간중심, 인간존중' 이념에 기초하여 형성되는 질서, 즉 인간의 존엄을 최대한 실현시키기 위하여 '상호존중의 의무 내지 이를 위한 사회적 책임의 원칙'위에 서 있는 질서이지만 그러한 의무와 책임이 곧바로 법적 의무로 인정되는 것은 아니기 때문이다. 오히려 그러한 의무와 책임을 어떻게 법적으로 구체화시키느냐의 문제를 중심으로 자유(즉 기본권)의 문제와 의무의 문제가 각기 다른 차원에서 제기되는 것이다.

따라서 헌법적 차원에서 자유의 문제와 의무의 문제는 별도로 검토되어야 한다. 그렇지 않고 자유가 동시에 의무라고 인정하게 된다면 그것은 진정한 의미의 자유가 아니게 된다. 자유의 핵심은 선택의 가능성에 있으며, 기본권으로서의 자유는 적극적 자유만이 아니라 (원칙적으로) 소극적 자유도 포함하기 때문이다. 예컨대 종교의 자유를 인정하면서 종교를 갖지 않을 자유는 부정한다거나, 혹은 종교의 자유를 더욱 축소하여 특정한 종교를 선택할 자유만을 인정한다면 그것은 결국 종교의 자유를 인정하지 않는 것과 다를 바가 없는 것이다.

2. 법치국가적 영역구분의 원리(Verteilungsprinzip)

기본권과 기본의무의 차이는 또한 이른바 '법치국가적 영역구분의 원

26) Volkmar Götz, a.a.O.(Anm.15), S.18에 따르면 구동독의 공식적 헌법주석서(Akademie fur Staats- und Rechtswissenschaft[Hrsg.], Staatsrecht der DDR, 1978)가 이러한 견해를 명시적으로 표방하고 있었다고 한다.

리'[27]라는 관점에서 주장되기도 한다. 헌법국가의 이념은 국민의 자유로운 생활, 즉 기본권을 최대한 보장하고자 하는 것이다. 이에 따라 기본권적 자유는 원칙적으로 무제한이며, 단지 일정한 요건과 절차에 따라 국가권력에 의해 제한될 수 있을 뿐이다. 그러나 국민이 국가에 대하여 부담하는 의무가 기본권처럼 원칙적으로 무제한이라고 생각될 수는 없다는 것이다.

물론 국민의 의무로서 인정되는 것 가운데서도 원칙적으로 무제한적이라고 생각될 수 있는 것들이 있다. 예컨대 평화를 유지할 의무는 매우 포괄적인 의무이며 원칙적으로 무제한적이라고 볼 수 있을 것이고, 그 밖에 살인하지 않을 의무, 도둑질하지 않을 의무 등과 같은 것도 원칙적으로 무제한적 의무라 볼 수 있다. 그러나 이와 같이 소극적인 부작위의 의무와는 달리 - 국민의 의무로서 주로 문제되는 - 적극적인 작위의무의 경우에는 일정한 의무의행의 조건과 방식 등을 정하지 않은 채 무조건적·무제한적 의무로 인정될 수 없다. 예컨대 납세의 의무나 국방의 의무 등은 그 구체적인 납세의 조건과 납세방식, 또는 국방의무의 이행조건과 방식 등을 정하지 않은 채 무조건적·무제한적으로 부과할 수 없다는 점을 생각할 수 있다는 것이다.

그러나 고전적인 법치국가적 영역구분을 오늘날 주장하는 데 대해서는 비판적인 견해가 매우 강력하게 제기되고 있다.[28] 단순히 영역을 구분함으로써 자유와 의무를 구별하는 것은 오늘날 국가의 영역과 사회의 영역(또는 공적 영역과 사적영역)이 더이상 명확하게 구분되기 힘든 상황에서 타당성을 갖기 어려우며, 기본권 및 기본의무의 효력범위에 대한 구별은 양자의 실현조건에 대한 전체적인 검토속에서 확인되어야 한다는 것이다.

분명한 것은 기본권과 기본의무가 그 실현구조와 효력면에서 근본적인 차이를 보인다는 점이다. 기본권은 헌법의 가장 기초가 되는 중심적

27) 이에 관하여는 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S.174f. 참조.
28) Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.344; Josef Isensee, a.a.O.(Anm.15), S.613f.

가치들을 실정화한 것이며 원칙적으로 직접적 효력을 갖는다. 그러나 기본의무는 원칙적으로 입법에 의한 구체화와 일정한 제재를 통하여 비로소 현실적 효력을 가질 수 있다. 그렇다고 헌법상의 기본의무규정이 입법에 의하여 구체화되지 않은 상태에서는 아무런 의미를 가질 수 없다는 것은 아니다. 재산권행사의 적정성여부를 판단함에 있어서 '재산권행사의 공공복리적합의무'가 일정한 기준이 되는 것처럼 헌법상의 기본의무규정이 구체적인 법해석과 적용의 과정에서 일정한 기준으로 작용하는 경우들이 적지 않은 것이다.

3. 기본의무와 기본권의 제한

(1) 기본의무와 기본권제한의 내용적.구조적 유사성

비록 기본권과 기본의무가 그 실현구조 및 효력면에서 적지 않은 차이를 보이고 있다 하더라도 양자는 - 이미 오래전에 게오르그 옐리네크(Georg Jellinek)가 그의 지위론(Statuslehre) 가운데서 국민의 기본의무를 국가에 대한 수동적 지위로 바라보면서 기본권과 함께 취급한 것에서 나타나듯이 - 불가분의 내적 관계속에 있음도 부정할 수 없다. 특히 기본권의 제한은 기본의무와 상당히 많은 점에서 유사성을 갖는다.

기본권제한과 기본의무의 유사성은 무엇보다 국민에 대하여 일정한 부담을 지운다는 점에서 유사하다. 기본권을 통해 형성하고자 하는 국가질서가 '상호존중의 원칙'에 기초하고 있음을 인정할 때, 기본권 그 자체도 일정한 내재적 한계, 즉 타인의 기본권을 존중할 의무 및 - 전체적으로 조화로운 기본권실현의 체계를 위하여 - 일정한 제한을 받아들일 의무를 부담할 수밖에 없다. 기본의무의 고전적 의미는 기본권주체들의 상호제약을 통한 자유권의 제한에서 출발했다는 점을 생각할 때, 이렇게 이해된 기본권제한은 또한 기본의무와 출발점을 같이 하는 것으

로 볼 수 있다.[29]

양자의 유사성은 또한 구체화의 과정에서도 나타난다. 기본권의 제한이 일정한 요건과 절차, 특히 '법률의 형식'을 전제로 한 엄격한 기준과 한계를 요구하는 것과 마찬가지로 기본의무의 부과도 역시 '법률에 의한 구체화'를 필요로 하며, 그 법률의 내용에 있어서도 비례성에 합치할 것이 요구되는 것이다.

(2) 기본의무와 기본권제한의 상이점

그러나 기본의무는 다음의 몇가지 점에서 기본권제한과 다른 특성을 갖는다.

첫째, 기본권의 제한이 기본권주체 상호간의 기본권충돌의 문제를 조정하는 데 일차적인 중점을 두고 있다면, 기본의무는 국가공동체의 존립과 관련되는 사안에 보다 많은 비중을 두고 있다. 궁극적으로는 개인의 기본권과 국가공동체의 필요(공익)이 별개가 아니라고 할 수 있지만, 기본권제한과 기본의무가 일차적으로 나타나는 모습과 그 실현방식의 차이는 이와 같은 기본권상호조정과 공익수행의 차이로부터 설명될 수 있다.

둘째, 기본권의 제한은 특정한 개별기본권과 관련하여서 문제된다. 즉 신체의 자유의 제한, 언론의 자유에 대한 제한으로서 각기 문제되는 것이다. 그러나 기본의무는 국가의 존립과 관련된 일정한 부담을 부과하는 것으로서 어떤 특정한 기본권에만 관련되는 것으로 보기 어렵다. 예컨대 국방의 의무는 신체의 자유를 제약하는 측면 뿐만 아니라 직업의 자유 또는 교육의 권리 등 다양한 기본권을 동시에 제한하는 효과를 가져올 수 있다.[30]

셋째, 기본권은 이른바 '소극적 권한규범', 즉 국가기관의 권한을 제

29) 이런 맥락에서 기본권의 제한을 넓은 의미의 기본의무에 포함되는 것으로 보는 견해도 있다. 이에 관하여는 Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.347 참조.

30) Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.347.

한하는 규범으로 작용한다. 기본권제한이 문제되는 경우에도 이러한 기본권의 근본적 성격은 바뀌지 않는다. 그러나 기본의무는 '가중된 권한규범' 즉 국가기관의 권한을 강화하는 규범으로 작용한다.[31] 따라서 이러한 헌법상의 의무를 정당한 절차에 따라 부과하는 국가기관의 활동에 대해서는 기본권을 주장하여 대항할 수 없다.

Ⅵ. 맺음: 국가와 국민의 정상적 관계에 기초한 기본의무의 이해

국민의 기본의무는 기본권과 더불어 국가와 국민의 관계를 설정하는 중요한 요소이다. 국가공동체가 실현시켜야 할 중심적 가치를 규정하고 있는 국민의 기본권이 국가의 존립근거라면, 기본의무는 이러한 국가공동체의 존립과 활동이 가능하기 위하여 국민들이 부담하여야 할 사항들을 규정하고 있는 것이다. 그러므로 기본권과 기본의무 모두가 '인간존중의 공동체'를 위하여 필요한 것이라고 할 수 있다.

그러나 국가와 국민의 관계를 정상적으로 이해한다면 기본권과 기본의무 사이에는 명백한 선후관계가 있으며[32] 양자의 조화로운 실현을 통한 바람직한 국가공동체의 건설은 이러한 선후관계를 올바르게 이해하는 데 기초하여서만 가능할 것이다. 즉 공동체의 구성원인 모든 개인들이 존엄성의 주체로서 인식되고, 그러한 존엄성의 구체화로서의 기본권이 공동체의 가장 중요한 기초로 인정되며, 기본의무는 이를 실현시키기 위한 이차적인 존재인 것이다.

물론 현실적으로 기본권과 기본의무는 동시에 문제될 수밖에 없다. 예컨대 재산권이 주장되는 경우 재산권의 공공복리적합의무가 이를 제약

31) Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.348.

32) 기본권과 기본의무의 선후관계에 대한 상세한 것은 Hasso Hofmann, a.a.O.(Anm.8), S.348ff. 참조.

하는 것처럼 기본권이 주장되는 경우에 기본의무가 이를 제약하는 형태가 일반적인 것이다. 그러나 양자의 논리적 선후관계를 명백히 했을 때 비로소 올바른 국가이해 및 기본권이해, 기본의무이해가 가능하다. 국가는 어디까지나 그 구성원인 인간을 위해 존재하는 도구에 지나지 않는다. 따라서 '인간의 존엄'에 상응하는 '국가의 존엄'은 있을 수 없다. 인간과 국가를 대등한 두 개의 중심축으로 하여 헌법질서가 형성되는 것이 아니라 '인간의 존엄'이라는 오직 하나의 축을 중심으로 헌법질서가 구체화되는 것이다.

이와 같이 인간의 존엄을 헌법질서의 (따라서 국가공동체 전체의) 중심축으로 인정한다 하더라도 인간의 존엄이 저절로 실현되지는 않는다. 인간의 존엄 및 그 구체화인 기본권은 이를 자신의 소중한 권리로 생각하여 침해로부터 수호하고 실현시켜 나가는 투철한 권리의식, 국가의 의의와 필요성 및 한계에 대한 명확한 인식, 나아가 이를 뒷받침하는 기본의무에 대한 올바른 이해에 기초하여서만 국가와 헌법의 중심가치로서 제 역할을 할 수 있는 것이다.

지금까지 우리의 헌정사는 우리가 이러한 전제들 가운데 어느 하나도 충분히 갖추지 못했음을 보여준다. 투철한 권리의식도, 정확한 국가인식도, 올바른 의무이해도 없는 가운데 오직 정의로운 국가의 건설만을 소박하게 부르짖었던 것이다. 그러나 이제부터는 달라져야 할 것이다. 자신의 기본권으로 정당하게 주장될 수 있는 것이 무엇인지 분명히 알고, 이를 철저하게 지키고 실현시키려는 강한 의지가 필요할 것이다. 그것은 또한 헌법을 수호하는 헌법에의 의지이기도 하다. 이와 더불어 국가의 실체에 대한 정확한 인식, 즉 국가는 국민의 삶에 있어서 매우 중요한 것이기는 하지만 그 실체는 절대선도, 절대악도 아닌 국민의 필요에 의해 만들어진 도구에 지나지 않는다는 것을 늘 염두에 둘 필요가 있을 것이다. 그리고 국민의 기본의무는 자신의 기본권을 올바르게 실현시키기 위해 부담하는 것이라는 것을 분명히 인식하는 가운데 정당한 범위 내에서는 의무의 이행에 솔선하고, 정당한 범위를 넘어서는 의무부과에

대해서는 이를 자신의 권리침해로 분명히 인식하여 저항할 수 있을 때 비로소 기본권과 기본의무의 조화로운 발전 및 이에 기초한 건강한 국가공동체의 건설이 가능할 것이다.

의원내각제적 요소의 권력분산효과

金 善 擇*

목 차

Ⅰ. 헌법사적 측면에서 바라본 정부형태의 의원내각제적 요소에 대한 평가의 허(虛)와 실(實)
Ⅱ. 현행헌법의 정부형태와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가
1. 현행헌법의 정부형태와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가의 요청
2. 대통령에로의 권력집중의 문제와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가의 방향
Ⅲ. 의원내각제적 요소의 권력분산효과와 그 한계
1. 기관상호간통제 - 국회의 대통령 통제수단으로서 의원내각제적 요소
2. 기관내통제 - 집행부내 대통령통제수단으로서 의원내각제적 요소
3. 기타의 의원내각제적 요소의 권력분산효과
Ⅳ. 맺음말

Ⅰ. 헌법사적 측면에서 바라본 정부형태의 의원내각제적 요소에 대한 평가의 허(虛)와 실(實)

1948년 헌법제정시 모든 정치세력의 양해하에 완성단계에 있었던 의원내각제헌법초안[1]이 당시 동헌법하의 초대대통령으로 예정되다시피 했

* 고려대 법대 교수·법학박사

1) 국회헌법기초위원회에서 토대로 삼았던 유진오의 헌법초안은 그 자체 이미 대통령을 행정권의 수반으로 하고(§54), 부통령제를 두며(§55), 국무총리와 국무위원으로 조직된 합의체로서의 내각을 대통령의 국무수행에 동의하는(§71) 기관으로 규정하는 등 대통령제적 요소를 일부 담고 있는 것이긴 하였으나, 대통령의 민의원해산권(§60), 국무총리임명에 대한 민의원의 승인 및 국무총리의 국무위원추천(§72), 내각수반으로서의 국무총리의 지위(§73), 내각의 의결권(§74, §77), 국무총리·국무위원의 국회에 대한 연대책임(§75), 민의원의 내각불신임권(§76), 국무총리·국무위원 등의 국회출석·발언·질

던 이승만의 강요로 일조일석에[2] 대통령제의 권력구조로 변경되었다. 당초 하나의 국가권력구조모델인 의원내각제를 전제로 하여 짜여진 국가권력의 기본틀을 또 하나의 다른 국가권력구조모델인 대통령제로 변경함에 있어서는 장시간의 숙고와 논의가 꼭 필요한 것이었다. 사리가 그러함에도 충분하기는 커녕 최소한도로 필요한 점검의 기회조차 갖지 못하고 국가권력구조가 변경됨으로써 처음부터 들어있던 의원내각제적인 내용과 새로이 들어오게 된 대통령제적인 내용이 일관성없이 혼합되는 기형적인 모습이 되고 말았다. 게다가 의원내각제에 대한 미련을 떨쳐버리지 못한 헌법기초자(유진오)와 정치세력들은 국회본회의에서의 헌법심의과정에서도 의원내각제적인 요소들을 제거하기보다는 오히려 실질화하려는 노력을 경주하기까지 하였다.[3] 결국 한국헌법은 그 권력구조상 골격에 있어서는 대통령제를 채택하였지만 대통령제에 이질적인 여러 요소들을 동시에 내용으로 하는 태생적 모순을 가지고 출발하게 되었다.

그러한 모순은 이승만의 강력한 희망에 의하여 실권을 장악한 대통령직이 헌법상의 국가기관으로서 객관화되지 않고 반대로 - 의원내각제를 희망했던 사람들의 우려대로 - 이승만이라는 인격에 의하여 지배됨으로써 심화되었다. 국가권력구조를 헌법제정 당시의 희망대로 의원내각제로 다시금 변경하여 대통령의 권력기반을 붕괴시키거나 아니면 적어도 헌법상의 의원내각제적 요소를 강화함으로써 대통령독재에 제동을 걸 수 있을지 모른다는 기대심리가 헌법개정논의에 투영되었다. 제1차개헌시에 국무위원을 국무총리의 제청을 받아 임명하도록 한 것(§69)이라든

문답변제(§48)를 규정하는 등 원칙에 있어서 의원내각제였다.

2) 국회헌법기초위원회가 의원내각제헌법초안의 제2독회를 마친 상태에서 당시 국회의장이었던 이승만이 회의장에 나타나(1948년 6월 21일) "만일 이 초안이 국회에서 그대로 헌법으로 채택된다면 자기는 그러한 헌법하에서는 어떠한 지위도 취임하지 않고 민간에 남아서 국민운동이나 하겠다."고 하면서 의원내각제의 채택을 강력히 반대함으로써 그날 밤 한민당간부들이 회동하여 몇 개조문을 연필로 삭제, 가감수정하는 식으로 권력구조를 변경하고 다음날 제3독회를 거쳐 그 다음날 국회본회의에 상정하였다고 한다. 유진오, 헌법기초회고록, 1980, 특히 56~84쪽 참조.

3) 유진오, 헌법기초회고록, 85쪽 이하 참조.

가 국회(민의원)에서 내각(국무원)의 불신임의결을 할 수 있게 한 것(§70의 2)이 그 대표적인 예이다. 이는 의원내각제 개헌안을 제출한 반대세력을 회유하기 위한 방책이었다고는 하지만, 국회에서 간선되던 대통령을 국민직선제로 바꾸어 대통령제적 경향을 강화하는 헌법개정에서 이루어진 것으로, 이론적으로 보면 대통령제적 요소와 의원내각제적 요소가 동시에 강화되어 양자간의 종래의 모순이 더욱 심화되는 기현상이 나타난 셈이다. 그러나 헌정의 실제에 있어서는 강화된 의원내각제적 요소가 대통령과 여당에 의하여 무시됨으로써 아무런 의미를 갖지 못하고 형해화(形骸化)되었다. 나아가 국회를 장악한 대통령과 여당이 종래의 모순을 시정한다는 미명하에 제2차개헌에서 헌법상 의원내각제적 요소 중 가장 중요한 것이었던 국무총리제를 폐지하고, 또한 대통령직의 인격화가 극에 이르게 됨으로써 의원내각제개헌에 대한 희망 역시 최고조에 달하게 되었다.

4월혁명은 이미 군주제에 가깝게 변질되어버린 대통령제정부의 1인독재권력을 붕괴시켰고 입헌주의적 정부를 재건할 계기를 만들어주었다. 의원내각제로의 권력구조변경(제3차개헌)은 이미 예정된 것으로 이론의 여지없이 받아들여졌다. 실질적 집행권이 내각(국무원)에 부여되었고 당연히 부활된 국무총리는 민의원의 동의를 얻어 임명되며 국무총리를 비롯한 국무위원 반수 이상이 국회의원 중에서 임명되어야 했다. 국회가 내각을 불신임할 수 있었고(§71 ③, ④) 역으로 내각도 국회를 해산할 수 있도록 하여(§71 ①, ②) 전형적인 의원내각제정부형태가 도입되었다. 그러나 의원내각제실험은 그 성패 여부를 가늠할 시행착오기간을 통과할 여유도 가져보지 못한 채 9개월만에 5.16군사쿠데타로 돌연 중단되었고, 그 결과 4월혁명도 미완성에 그치고 말았다.

쿠데타세력은 헌정에 있어서 이미 전통이 되어버린 내각을 이른바 국가재건최고회의라는 비입헌적 군사정부하에 설치하여 유지시켰다.

또한 그들에 의하여 주도된 헌법개정(제5차개헌)에서도 국무총리를 두고 종래의 국무원을 국무회의로 명칭만 변경한 채 그대로 유지하였다. 그러나 주목할 만한 것은 의원내각제적 요소가 가졌던 헌법적 의의에 변화가 초래된 점이다. 이는 국무총리임명에 더 이상 국회동의를 요하지 않게 하고(§84 ①), 종래 의결기관이었던 내각을 심의기관으로 명시하는(§83) 등 헌법의 명문규정에서부터 분명히 드러나고 있다. 비록 헌정의 실제에 있어서 제 기능을 하지는 못했지만 적어도 헌법적으로는 집행부 내부의 통제수단으로 대통령의 전단적(專斷的) 권력행사에 대한 견제기능을 맡아줄 것이 기대되어 왔던 의원내각제적 요소가 이때부터 대통령의 국정수행을 보좌하는 기능으로서의 측면을 강하게 갖게 된 것이다. 뿐만 아니라 1962년헌법은 정당국가를 지향하여[4] 정치세력의 재편을 의도하는 등 대통령을 구심점으로 한 강력하고도 능률적인 정부를 확보하는데 주목적이 있었고 결과적으로는 그것이 대통령의 3선개헌(제6차개헌)과 10.17정변(소위 10월유신)의 도화선이 되었다.

국무총리임명시의 국회동의제도는 1972년헌법에서 부활되었으나 동헌법은 입헌주의헌법의 궤도를 벗어나 국회구성 자체를 대통령이 전단하는[5] 체제였으므로 국회동의여부가 문제될 소지가 없었다. 따라서 국회가 국무총리와 국무위원에 대한 해임의결권까지 갖고 국무총리해임시 국무위원들이 연대책임을 진다는 규정(§97)은 대통령의 국회해산권

4) 대통령과 국회의원에 입후보하려면 소속 정당의 추천이 있어야 했을 뿐만 아니라(§36 ③, §64 ③) 국회의원은 당적의 이탈변경이 원칙적으로 금지되어 그럴 경우 의원직을 상실하도록 하였다(§38).

5) 1972년 헌법(제7차개헌)은 국회의원 정수의 3분의 1에 해당하는 수의 국회의원에 대하여 대통령이 일괄 추천하면 이른바 통일주체국민회의에서 후보자전체에 대하여 찬반을 투표에 붙여 당선여부를 결정한다고 규정하였는데(§40), 실질적으로는 대통령에게 국회의원 3분의 1의 임명권을 부여한 것이나 마찬가지였다. 따라서 정부의 성립·존속이 국회의 신임에 의지하여야 한다는 의원내각제의 기본개념과는 완전히 거꾸로 되어 있었을 뿐만 아니라, 집행부와 입법부가 엄격하게 상호 독립되어 있어야 한다는 대통령제의 기본개념과도 정면 충돌하고 있었던 것이다. 결국 소위 유신헌법은 입헌주의와는 거리가 먼 전제주의적 정부형태로 보지 않을 수 없다.

(§59)까지를 염두에 둘 때 허구적인 데 불과하였고, 대통령의 벌거벗은 절대권력을 가리기 위한 엷은 커튼에 불과하였다. 사법심사의 대상이 되지 아니하도록 헌법이 스스로 인정한 초헌법적 비상대권으로서의 긴급조치권(§53), 아무런 발동요건도 통제수단도 마련하지 않은 채 무제한 허용된 국회해산권(§59), 대상과 시기에 제한없이 행사할 수 있어 자기재량에 따라 국민대표기관으로서의 국회를 배제할 수도 있는 국민투표부의권(§49), 입법부(국회)의 3분의 1에 해당하는 국회의원의 실질적 임명권(§40), 대법원장을 비롯한 모든 법관의 임명권(§103), 그리고 정치와 무관한 사람들로 구성된 이른바 통일주체국민회의에서 토론없이 무기명투표로 대통령을 선출한다는 규정(§37, §39)과 그 실제[6]에 이르면 소위 유신헌법의 헌법성에 의문을 갖지 않을 수 없다. 이러한 체제에 대하여 의원내각제적 요소는 말할 것도 없고 입헌주의정부형태의 일종으로서의 대통령제를 운위하는 것 자체가 정당하지 못하다고 아니할 수 없다. 우리가 아는 바 (입헌주의적 의미의) 헌법은 이미 존재하지 않았고, 박정희라는 인격 자체가 말그대로 통치체제를 나타내고 있었다. 1979년 10월 26일 갑작스런 박정희의 사망 이후 초래된 정부의 공백과 당황, 혼란은 바로 이러한 사정을 입증해준다.

하나의 인격에로 권력이 집중된 통치체제에서는 힘을 제어하고 순화시키는 제도적 메카니즘이 그 기능을 상실하기 때문에 통치체제의 구심점이었던 인물이 사라지면 순수한 힘의 무대가 유산으로 남게 된다. 1979년 12.12군사반란과 1980년의 5.17쿠데타, 5.18내란은 제도에 의하여 제어되지 않은 힘의 실체를 보여준 사건들이다. 그러한 사건들을 통하여 실권을 장악한 전두환·노태우를 비롯한 일부 정치군인들에 의해 주도된 1980년헌법은 그 본질에 있어서 소위 유신체제를 계승하였다.

6) 통일주체국민회의에서 행해진 두 번의 명목상의 대통령선거의 결과는 첫번째의 것이 투표자 2,359인 가운데 2,357표, 두 번째의 것이 2,578인 가운데 2,577표가 박정희에게 던져진 것이었다. 통일주체국민회의에서의 대통령간선제가 박정희의 영구집권을 위한 음모에 불과했음이 적나라하게 입증된 셈이다.

긴급조치권은 비상조치권으로 이름을 바꾸어 존속하였고, 국회해산권도 유지되었으며, 특히 통일주체국민회의를 대신하여 대통령선거인단에 의한 대통령간선제가 규정되어 1972년 이래 박탈된 국민의 정부선택권은 회복되지 못하였다.[7] 여전히 대통령에게 권력이 집중되어 있었으므로 헌법에 규정된 각종의 의원내각제적 요소도 집행부내 통제기능은 기대하기 어려웠고 대통령보좌적 의미에 더욱 충실하였다. 결국 1980년헌법에 대해서도 정상적으로 입헌주의적 논의를 펴기에는 무리라고 할 수 있다.

대통령단임제와 평화적 정권교체의 성사를 지상목표로 설정한 전두환정권이 말기에 이르자, 새로운 대통령선거를 앞두고 국민은 정부선택권을 돌려받기 위한 투쟁에 돌입하였고 대통령직선제로의 헌법개정을 요구하게 되었다. 이 때 집권세력이 갑자기 종래 야당의 전유물과 같았던 의원내각제개헌을 들고 나오는 사건이 발생하였다.[8] 이는 정통성없는 군사정권과 국민적 지지기반없이 인위적으로 형성된 여당이 대통령직선제하에서 정권을 계속 유지할 수 있을 지에 대하여 자신이 없었기 때문이었던 것으로 보인다. 국민은 이러한 정부의 제안을 용납하지 않았고, 1987년 6월의 시민항쟁을 통하여 집권당대통령후보의 6.29선언과 대통령의 7.1담화라는 집권세력의 굴복

7) 대의제민주주의를 원칙으로 하는 나라에서 국민의 주권행사는 주로 선거권행사에 의한다고 할 수 있다. 1972년이후 채택된 대통령간선제는 민주적 선거의 대원칙의 하나인 직접선거의 원칙을 부정하는 데 그친 것이 아니고, 통일주체국민회의나 대통령선거인단에 의한 선거가 실제에 있어 집권자(또는 그에 의해 지명된 후보자)에 대한 신임투표(이른바 플레비지트) 이상의 의미를 가질 수 없었고 게다가 부결될 가능성을 기대하기 어려운 것이었으므로, 결국은 대통령선거권 자체가 박탈된 것에 다름 아니었다고 볼 수 있다. 따라서 실질적으로 보면 국민은 선거권행사를 통해 행사하여야 할 주권을 빼앗긴 것이라고 해도 과언이 아니다.

8) 1985년 2.12총선 이후 야당은 대통령직선제개헌을 여당인 민정당은 의원내각제개헌을 주장하여 대립하였다. 이로써 한국헌법사에 있어서 의원내각제가 하나의 국가권력구조 모델로서 아무런 검증없이 누려왔던 프레미엄이 걷히게 되었다. 국민은 여든 야든 집권프로그램으로서는 여하한 정부형태든 상관하지 않으리라는 인식을 체험적으로 획득하게 되었다. 말하자면 의원내각제는 신화의 세계로부터 현실세계로 내려온 셈이다.

을 끌어내는데 성공하였다. 그에 바탕하여 여야가 협상끝에 완전한 합의에 도달하였고 헌법에 규정된 개정절차를 제대로 지켜서 대통령직선제헌법이 제정·공포되고 이듬해 2월 25일 발효되었다.[9] 현행헌법의 헌정사적 의의는 실로 막중하다. 헌법이 그 성립과정에 있어서나 내용에 있어서나 온전하게 정당성을 획득한 헌정사상 최초의 헌법이라는 점에서 그러하고, 그러한 헌법하에 구성되는 정부가 또한 더 이상 정통성의 위기에 시달리지 않게 되어 정국의 안정을 기할 수 있게 되었다는 점에서 그러하며, 또한 무엇보다도 맹목적인 헌법개정 시비가 그 자체 정당화되기 어렵게 되었다는 점에서 그러하다.[10] 현행헌법은 대통령의 국민직선제를 채택하여 국민주권을 회복시키고, 종전에 대통령에게 부여되었던 비상조치권과 국회해산권을 삭제하며 국회의 국정감사권을 부활시키는 등 입법부와 집행부의 불균형을 바로 잡고(권력분립), 헌법재판소를 신설하여 기본권의 사법적 보장을 강화하는 등 입헌주의를 회복하였다. 헌법에 규정된 국가권력구조의 규범적 의미에 대한 논의는 입헌주의하에서 전개되는 경우에 한하여 비로소 의미를 가지는 것이므로 이제서야 다시금 헌법상의 정부형태와 그 의원내각제적 요소에 대한 재평가가 진지하게 요구된다고 할 수 있다.

---

9) 1987년 6월의 시민항쟁은 현행헌법의 성립에서 완성된 것이 아니다. 국민은 헌법개정으로 단순히 대통령선출방법의 하나로서 대통령직선제를 얻어내고자 했던 것이 아니었다. 대통령직선제개헌으로써만이 오랜 군사정권시대를 종식시킬 수 있다는 인식이 자리잡고 있었던 것이다. 그러나 결과는 국민의 여망을 저버린 야권의 분열로 인하여 전두환이 지명한 집권당후보인 노태우에게 권력이 이양되는 전혀 원치 않았던 상황이 벌어지고 말았다. 대통령결선투표제의 도입을 거부하고 3분의 1의 승리를 확신했던 야권인사들의 '역사의식의 무지'와 '소아적 권력욕'으로 말미암아 6월항쟁은 그 완성에 5년간의 유예기간을 더 필요로 하게 되었다.

10) 이제 한국국민도 '자발적으로 지켜야 할' 헌법을 가지게 된 것이다. 헌법이 규범력을 확보하기 위한 기본적 전제로서의 헌법준수의지를 비로소 기대할 수 있게 되었다. 나아가 헌법재판소가 설치·운영됨으로써 헌법이 '법'으로서 다른 국가기관과 국민들의 존중을 제도적으로 확보할 수 있게 된 것도 커다란 변화였다.

Ⅱ. 현행헌법의 정부형태와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가

1. 현행헌법의 정부형태와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가의 요청

1960~61년의 9개월의 짧은 기간 단명했던 의원내각제헌법 운용의 경험을 제외하면, 우리 헌법은 의원내각제적 요소가 가미되긴 하였으나 최소한 명목상으로는 대통령제 권력구조를 원칙으로 하여 왔다. 그러나 대통령직의 수행자가 자기에게 주어진 대통령으로서의 권한을 헌법에 이미 규정되어 있는 제약을 무시하고 전단적으로 행사하거나 아예 헌법위반적 헌법개정을 통하여 그러한 제약을 헌법률적으로 배제하는 등 권력분립에 기초하는 입헌주의의 테두리를 벗어나곤 했다. 헌법전상의 명목적 대통령제는 그 실질에 있어서는 전자의 경우 신대통령제로 전락하였고, 후자의 경우 전제주의에 가깝게 변질되었다. 국가기관의 실질을 가지도록 헌법상 구상된 대통령직은 전근대적인 정치문화의 배경 아래에서 군주의 지위로 오해되었고 그 결과 그 직을 구성하는 인격과 불가분의 관계가 형성되곤 하였다. 권력의 인격화가 헌법관행을 지배(이승만정권시대)하였을 뿐만 아니라 급기야는 헌법전 자체를 지배(박정희의 소위 유신헌법)하기까지 하였다. 이러한 시대를 대상으로 하여 입헌주의적 정부형태를 전제로 하는 대통령제나 의원내각제를 논하는 것은 유명무실한 공론(空論)이라고 하지 아니할 수 없다.

현행헌법은 헌법현실과 관련하여 뢰벤슈타인의 용례를 빌려 말하자면 장식적 헌법의 성격을 극복하였을 뿐만 아니라 명목적 헌법에서 규범적 헌법에로 이행하는 단계의 헌법유형으로 평가할 수 있다. 또한 헌법전

의 내용에 있어서도 완전하지는 않으나 원칙적으로 분립과 억제에 기초하여 국가권력구조가 짜여지고 있음을 볼 수 있다. 따라서 입헌주의의 틀내에서 현행헌법의 정부형태 내지 국가권력구조를 대통령제나 의원내각제 각각에 가까운 요소들로 분류하여 규정해 보려는 노력이 정당화될 수 있다.

현행헌법규정에 있어서 대통령제에 가까운 요소들로서는 (ⅰ) 대통령이 국가원수인 동시에 행정권의 수반으로서 집행부 구성이 일원적으로 나타난다는 점(§66 ①,④), (ⅱ) 대통령이 국민에 의하여 직선되는 점(§67 ①), (ⅲ) 대통령이 임기동안 탄핵의 경우를 제외하면 국회에 대하여 책임을 지지 않고 국회가 대통령에 대하여 불신임결의를 하는 제도가 없다는 점, (ⅳ) 반대로 대통령도 국회해산권이 없다는 점, (ⅴ) 대통령에게 법률안거부권(§53 ②)이 주어져 있다는 점 등을 특히 들 수 있다.

의원내각제에 가까운 요소들로서는 (ⅰ) 의원내각제의 내각과 유사한 국무회의(§88, §89)를 두고 대통령을 의장으로 국무총리를 부의장으로 하고 있는 점(§ 88 ③), (ⅱ) 국무총리를 두고(§86), 임명에 있어 국회의 동의를 받게 한 점(§86 ①), (ⅲ) 국무총리로 하여금 행정각부를 통할하게 하고(§86 ②), 국무위원의 임명제청(§87 ①) 및 해임건의(§87 ③)를 할 수 있게 한 점, (ⅳ) 대통령의 국법상 행위에 대한 국무총리와 관계 국무위원의 부서제도를 둔 점(§82), (ⅴ) 정부에 법률안제출권을 부여한 점(§52), (ⅵ) 국무총리·국무위원·정부위원이 국회에 출석·발언할 수 있게 하고 국회가 이들에 대하여 출석·답변을 요구할 수 있게 한 점(§62), (ⅶ) 국회로 하여금 국무총리·국무위원의 해임을 건의할 수 있게 한 점(§63), (ⅷ) 국회의원과 국무위원의 겸직을 허용하고 있는 점, (ⅸ) 대통령선거시 최고득표자가 2인 이상인 경우 국회에서 대통령결선투표를 하도록 한 점(§67 ②) 등을 들 수 있다.

양요소를 일별해 보면 의원내각제의 핵심적 요소인 정부의 국회해산권과 이에 대응하는 국회의 정부불신임권이 빠져있다는 점이 두드러져 보이고, 이로 인하여 일단 한국헌법의 정부형태를 의원내각제로 부르기는 곤란하다는 판단이 나온다.[11] 반면에 수많은 의원내각제적 요소가 규정되어 있어 양제도가 상호교차하고 있는 까닭에 그저 대통령제로 부르기도 곤란하다는 점이 지적된다.[12] 그렇다고 해서 프랑스헌법학의 용례를 도입하여 반대통령제(半大統領制)로 부르기에는[13] 국회다수파의 지지와 무관하게 집행부의 존속이 보장된다는 점이 걸린다.[14] 결국 그 순

11) 학설은 대개 이러한 생각에 기초하여 한국헌법의 정부형태를 일응 - 수식어가 첨가되기도 하지만 - 대통령제 정부형태로 명명하는 것이 일반적 경향이다. 예컨대 "비교적 순수한 대통령제 정부형태"(문홍주, 제6공화국 한국헌법, 1990, 411쪽)라는 견해, "기본적으로는 대통령제의 골격을 유지하고 있(으므로) … 대통령중심제라고 부르는 것이 타당할 것"(구병삭, 신헌법원론, 1996, 827쪽)이라는 견해, "현행헌법의 정부형태는 기본적으로 대통령제정부형태의 범주에 속하는 것"(권영성, 헌법학원론, 1997, 688쪽)이라는 견해, "대통령제에 의원내각제적 요소를 다소 가미한 절충제라고도 할 수 있(으나)… 우리나라의 慣用으로는 대통령제라 부르고 있다"(김철수, 헌법학개론, 1997, 788쪽)는 견해가 그러하다.

12) 예컨대 "현행헌법의 정부형태는 비록 제도적 기능을 발휘할 수 없는 것이긴 하나 의원내각제적 요소를 가미하고 있고, 부통령제를 설치하고 있지 않을 뿐 아니라 대통령이 긴급명령권 등을 보유하고 있다는 점에서, 외국의 헌법에서는 그 예를 발견하기 어려운 변형된 대통령제의 일종으로서 한국적 정치문화에 특유한 한국형대통령제(미국형대통령제·중남미형대통령제 등에 대응하는)라 할 수밖에 없다."(권영성, 헌법학원론, 1997, 689쪽)는 견해라든가 "현행헌법상의 적지 않은 의원내각제의 요소를 무시한 채 우리 정부형태를 서슴없이 '대통령제'의 유형으로 분류하는 것은 이론상 문제가 … 있다."면서 "대통령중심의 절충형 내지 변형된 대통령제"라고 명명하는(허영, 한국헌법론, 1997, 711쪽) 견해가 있다.

13) "헌법상 정부형태를 이해함에 있어서 뿌리깊게 쌓아 온 대통령제에의 집착을 벗어"나 "半大統領制的인 정부형태를 구축함이 하나의 立憲論的 고려로서 검토되어야 할 것"이라는 견해도 있다. 성낙인, 헌법상 정부형태, 월간고시 1988년 7월호, 99쪽이하(특히 106~107쪽) 참조. 입헌론적 고려로서 새로운 정부형태를 헌법개정을 통하여 추구하는 것은 물론 얼마든지 가능하나 현행헌법의 정부형태를 논의함에 있어서 반대통령제의 명칭하에 논의를 시도하는 것은 오해를 불러 일으킬 소지가 있음을 지적하지 않을 수 없다.

14) 半大統領制에 있어서는 국회의 정부에 대한 책임추궁이 제도화되어 있어야 하고 그것이 정부불신임권의 형태로 나타나는 것이 보통인데, 현행헌법상 규정된 국회의 국무총리·국무위원해임건의제도만으로써는 전혀 충분치 못하기 때문이다. 아래 Ⅲ.1.(3)참조.

수한 형태에 있어서는[15] 의원내각제, 대통령제, 반대통령제(내지 이원집정부제) 중 그 어느 하나의 유형의 정부형태만으로 귀일시키기는 어려워 보인다.

그럼에도 불구하고 그동안 한국헌법의 정부형태가 보통 대통령제에 편향되어 설명되어 온 까닭으로는, 첫째로 헌법제정 당시에 의원내각제를 원칙으로 추진되던 국가권력구조의 기본골격이 대통령제로 변경되었기 때문에 대통령제적 요소를 우선시켜 생각하지 않을 수 없도록 깊은 인상을 받은 점을 들 수 있다. 이러한 대통령우월적 인상은 대통령의 절대권력화와 인격화가 진행되면서 더 굳어져 왔다. 둘째로는 대통령제의 중요한 단점인 대통령독재적 경향을 완화시켜 볼 목적으로 헌법제정시부터 거의 의도적으로 남겨지고 그후에도 그러한 목적에 따라 강화가 기도되었던 의원내각제적 요소가 제 기능을 전혀 못하고 오히려 대통령의 실정(失政)의 방탄벽역할로 전락함으로써 권력분립의 구체화형태인 정부형태를 규정하는 일요소로서 대통령제적 요소에 대응하는 독자적인 비중을 인정하기 어렵게 된 점을 특히 지적할 수 있다. 그러나 이와 같이 헌법현실을 지향하여 헌법을 바라보는 태도에서 의원내각제적 요소의 그릇된 평가가 초래된 것이다. 역대 대통령이 헌법에 명문으로 규정되어 있는 의원내각제적 요소를 관례적으로 무시하였다거나 본래 의도되었던 기능의 정반대방향에서 의원내각제적 요소를 이용하였다고 해서 그러한 탈법적 행위에 맞추어 의원내각제적 요소의 헌법적 의의가 부정될 수는 없다. 헌정의 실제가 헌법규범(의 해석가능성)을 지배하는 것이 아니라 그 반대가 되어야 한다. 즉 헌법규범이 헌정의 실제에 방향을 부여하고 한계를 설정하는 것이 되어야 하므로, 헌법규범은 헌법 자체의 (객관적) 의사를 중심으로 해석되어야 한다. 따라서 헌법이 '법'으로서 그 규범력을 복원해가고 있는 오늘날 의원내각제적 요소가 한국헌법상

15) 의원내각제의 모국으로서 영국을, 대통령제의 모국으로서 미국을, 반대통령제 내지 이원집정부제의 원형으로서 바이마르공화국 또는 프랑스(1962년 이후)의 정부형태를 전제로 한다.

의 정부형태를 규정함에 있어 어떠한 의의를 가지는 지, 그리고 그에 입각하여 정부형태 자체가 어떻게 규정되어야 할 지 헌법규범을 중심으로 새로이 해석되고 평가되어야 할 것이다.

2. 대통령에로의 권력집중의 문제와 의원내각제적 요소의 재해석·재평가의 방향

현행헌법상의 정부형태를 살펴 볼 때 대통령의 권한이 종전의 헌법들에 비하여 상대적으로 약화된 반면 국회의 권한이 강화되었고, 헌법재판기능을 활성화하여 사법권을 수평적으로 확대하면서 동시에 사법권의 독립을 비교적 보장하고 있는 등 권력분립적 요소가 눈에 띄게 강화된 것은 사실이다. 그러나 우리 헌법사의 하나의 전통처럼 되어버린 대통령우월적 요소가 현행헌법에서도 광범하게 유지되고 있다.

대통령에게 우월적 지위가 부여되게 되는 요소로서 우선 지적되어야 할 것은 정부의 2원적 구조이다. 대통령이 국가원수인 동시에 행정권수반으로 규정되어 있어 집행부 구성이 외관상 일원적인 것으로 보이지만, 내부적으로 들여다 보면 의장으로서의 대통령, 부의장으로서의 국무총리, 구성원으로서의 국무위원으로 이루어지는 국무회의가 국정심의최고기관으로서 하나의 원을 형성하고, 행정권수반으로서의 대통령, 집행부 제2인자로서의 국무총리, 행정각부의 장으로 이루어지는 집행부가 국정운영실무기구로서 또하나의 원을 형성한다. 대통령은 두 개의 원 모두에서 최고의 지위에 서며 결정적인 권한을 가진다. 실제의 운영에 있어서는 대체로 정치적 집행기능은 대통령의 전속관할로 하고 고유한 행정기능은 국무총리에 의해서 - 물론 대통령의 명을 받아 행하기는 하지만 - 통할되는 좁은 의미의 행정부에 맡겨 처리하면서도 대

통령이 임의에 따라 관여하는 구조이다. 이러한 구조의 주요한 특징은 통치기능과 행정기능을 불문하고 궁극적인 결정권한은 대통령에게 집중되어 있는 반면에 책임은 국무회의나 행정각부로 분산되고 국무총리가 중간책임자의 지위에 서게 된다는 점이다. 나아가 대통령의 모든 국사행위에 국무총리의 부서를 요하게 함으로써 국무총리의 책임이 강조된다. 이는 집행에 대한 직접적 책임을 져야 할 대통령을 책임의 문제에서 만큼은 제2선에 머물러 있게 도와주는 셈이다. 탄핵사유가 없는 한 5년 임기가 보장되는 대통령으로서는 그때그때 자기가 책임져야 할 사건이 발생한 경우 자기를 대신할 인물을 국무총리나 국무위원 가운데서 골라낼 수 있다. 이는 결국 집행부의 수반이면서도 집행부의 국정운영에 대한 책임을 스스로 지는 것이 아니라 제3자적 지위에서 - 보다 정확히 말하자면 한 단계 높은 위치에서 - 책임을 묻는 게 된다. 국무총리와 국무위원의 임명권(§86 ①, §87 ①)을 가진 대통령은 이들의 해임권을 행사함으로써 그들의 책임을 실현하는데, 이는 실질에 있어서는 자기자신의 책임을 스스로의 권한으로써 면제하는 것이 된다. 이를 통하여 대통령은 통상적인 집행부수반의 지위 이상의 지위, 예컨대 군주제국가의 군주에 비견되는 지위로 관념되게 된다.

둘째, 그러한 대통령의 우월적 지위는 집행부내로만 한정된 것이 아니다. 대통령은 대법원장과 대법관의 임명권(§104 ①, ②), 헌법재판소의 장과 재판관 임명권(§111 ②, ④), 중앙선거관리위원회 위원 3인 임명권(§114 ②), 감사원장과 감사위원 임명권(§98 ②)을 가진다. 국가원수의 지위에서 자기명의의 임명장을 수여하는 의례적인 권한이 아니라 자기 사람을 골라서 임명할 수 있다. 이로써 대통령은 집행부 이외의 다른 국가권력에 대한 실질적인 조직권한을 행사한다. 이러한 대통령의 타권력 조직권한은 국무총리, 국회의장 및 대법원장을 3부요인이라 하여 동렬에 두는 정치적 관행과 맞물려 대통령에게 3권을 초월하는 위상을 부여해준다.

셋째, 통상적인 입헌주의체제와는 거리가 있는 특별한 권한이 대통령에게 주어져 있는 점을 들지 않을 수 없다. 국가긴급권(§76, §77)이라든가 헌법개정발의권(§128 ①), 중요정책국민투표부의권(§72)이 그것이다. 국가긴급사태극복을 위하여 통상적인 입헌주의적 수단으로 불충분한 경우 헌법수호의 1차적 책임을 지고 있는 집행부수반에게 매우 제한되어 있는 범위의 계엄선포권이나 긴급명령권 등의 국가긴급권이 주어질 수는 있다. 그러나 1인의 인격으로 구성되는 대통령이라는 국가기관으로서는 적절히 국민의사를 수렴하여 헌법개정을 제안하기는 어려운 것이 아닌가 생각된다. 반드시 국회의 의결을 거쳐야 된다는 점을 고려하더라도 국회라는 국민의사의 수렴의 장에서 헌법개정안이 나오는 것이 옳을 것이다. 소위 유신헌법에서 도입된 중요정책국민투표부의권은 처음부터 대통령이 국회입법권을 견제하기 위한 수단이었다. 국민투표를 특정 사안, 예컨대 헌법개정안 의결 등에 명시적으로 연결시키는 것은 몰라도 그때그때 대통령의 판단으로 결정된 사안을 국회에서 토의하지 아니하고 국민에게 직접 찬반을 묻는 것은 대의제도의 원칙에 모순되는 것이다. 어쨌든 그러한 예외적인 권한들이 대통령에게 부여됨으로써 과거의 이른바 '영도적' 대통령의 인상이 지워지지 않고 있다.

다음, 헌법전의 규정에 더하여 헌법운용의 실제는 한국에 특유한 준봉건적 정치문화와 결합하여 여전히 대통령 1인에게 권력이 집중되어 왔다. 1988년 현행헌법이 발효된 후 들어선 첫 정부하에서 바로 대통령직을 수행한 인물이 천문학적 규모의 자금과 관련된 비리를 자행할 수 있었던 것도 아무런 통제가 미치지 않는 절대권력의 징후를 보여준다. 1993년 들어선 두 번째 정부는 민간출신이 대통령직에 선출되어 30여년만의 문민정부로서 큰 기대를 모았으나 대통령의 권력이 지나치게 비대하여 비민주적이라는 비판이 끊이지 않고 있다.

제도적으로든 운용현실로든 대통령에로 권력이 집중되는 이러한 현상

을 완화시키기 위한 대안으로서 최근에 다시금 의원내각제에 대한 관심이 높아지고 있다. 정치권 일각에서는 헌법상의 정부형태를 아예 의원내각제로 구조변경하자고 하고, 다른 일각에서는 대통령을 중심으로 하는 현 정부형태를 유지한 채 헌법상의 의원내각제적 요소를 실질화하여 대통령의 권력을 분산시키자고 주장한다. 먼저 전자의 주장에 관하여는 의원내각제모델을 신화의 세계로부터 끌어내려 우리의 현실적 제조건 속에서 과연 적실할 것인지를 따져 본다면 회의적이라고 아니할 수 없다.[16] 그렇다면, 이미 우리 헌법 속에 들어와 있는 의원내각제적 요소들이 대통령의 권력을 분산시키는 기능을 할 수 있을까? 종래 의원내각제적 요소는 거의 그 반대로 기능해 온 것으로 평가되어 왔다. 그러나 입헌주의라고 부르기도 어려운 독재체제하에서라든가, 권위주의적인 신대통령제체제하에서 의원내각제적 요소는 물론이고 무엇이 되었든 헌법상 명시된 대통령억제적 요소가 제대로 작동하기를 기대할 수는 없었기 때문에 객관적 평가가 이루어진 것으로 볼 수 없다.

의원내각제적 요소가 헌법에 규정되었을 때 - 물론 헌법제정자들의 원래의 구상과는 무관하게 거의 우연히 그렇게 되기는 했지만 - 당초 의원내각제적 요소에 기대되었던 것은 대통령통제적 기능이었다. 그런데 1962년헌법이래로 의원내각제적 요소에 대하여 대통령보좌적 기능의 측면이 강조되었다. 두 기능 가운데 어떠한 기능이 - 물론 어떠한 기능도 완전히 무시될 수는 없을테지만 - 우리 헌법상의 정부형태를 입헌주의적으로 운용하는데 더 도움이 될까? 대통령의 권력집중이 문제로 부각되고 있는 오늘의 시점에서 의원내각제적 요소의 대통령통제적 기능의 가능성과 그 범위 및 한계를 짚어 보는 것은 의원내각제적 요소에 대한 일종의 복권작업(復權作業)[17]으로 볼 수도 있을 것이다. 아래에서

16) 이에 대하여 상세한 것은 김선택, 의원내각제의 한국적 적실성, 김호진외, 한국의 도전과 선택, 1997, 180쪽 이하 참조.

17) 의원내각제적 요소가 지난 헌정의 경험에 비추어 아무런 규범력을 발휘하지 못했다 하여 실효성이 없는 명목적인 것으로 치부하고 말 것이 아니라 헌법상 가능한 통제의

현행헌법상의 정부형태의 의원내각제적 요소를 그것이 대통령의 권력을 분산시키는 효과를 가지는지 그 한계는 어디에 있는 지를 중심으로 살펴 보기로 한다. 대통령의 권력을 통제하는 수단의 관점에서, 우선 국회에 주어져 있는 권한으로 나타나는 의원내각제적 요소는 대통령과 국회 상호간 즉 기관간 통제(Inter-Organ-Kontrolle)의 수단으로서, 다음 집행부의 구성과 국정운영절차상 나타나는 의원내각제적 요소는 대통령과 좁은 의미의 행정부간 즉 기관내 통제(Intra-Organ-Kontrolle)의 수단으로서, 각각 조명해보기로 한다.

Ⅲ. 의원내각제적 요소의 권력분산효과와 그 한계

1. 기관상호간통제 - 국회의 대통령통제수단으로서 의원내각제적 요소

(1) 집행부구성에의 관여 · 통제수단 ① - 국회의 대통령결선투표

집행부의 존속이 입법부의 신임에 의지하고 따라서 입법부의 다수의원의 지지를 받는 정파가 집권하여 집행부를 구성하는 것이 의원내각제의 주요한 특색이다. 현행헌법상 집행부는 대통령에 의하여 조직되므로 대통령이라는 기관의 구성이 입법부에 의지하는가가 중요하다. 보통의 경우 국민에 의하여 직접 선출되는 대통령은 국회와 완전히 독립하여 민주적 정당성을 획득하므로 그를 지지하는 정파가 국회내 다수파를 차지하느냐 여부와 상관없이 정권을 유지한다.[18] 그런데 국민직선제에서는

범위를 규명하여 실효성을 나타내도록 조력해야 하는 것이 오히려 타당한 방향이 아닐까!

18) 그렇기 때문에 경우에 따라서는 대통령을 배출하여 집권중인 여당이 원내 소수파가

제도적으로 2가지 문제에 대한 해결책을 가지고 있어야 한다. 첫째는 후보자 가운데 과반수 득표자가 없을 때 최다득표자를 당선자로 할 것이냐 아니면 상위득표자 2인을 대상으로 한 결선투표를 실시하여 과반수 득표자를 가려낼 것이냐 하는 문제이다. 이는 대통령이 외국에 대하여 국가를 대표할 뿐만 아니라 국정의 최고결정기관으로서 국민전체의 의사를 대표하는 대의기관이기 때문에 매우 중요한 문제이다. 우리 헌법은 상대다수대표제를 택하여 결선투표를 실시하지 않도록 하고 있어 대통령의 민주적 정당성과 관련하여 많은 비판을 받고 있다.

둘째는 최고득표자가 2인 이상인 경우 두 후보자 중 누군가를 당선자로 결정할 것인가의 문제이다. 국회의원선거 같으면 연령이라든가 기타 기준에 의하여 미리 우선하는 후보를 법령에 정할 수도 있겠지만 대통령선거의 경우 어떻게 할 것인가 문제이다. 우리 헌법은 그 경우 국회에서 해당최고득표자들을 대상으로 결선투표를 실시하는 방법을 택하고 있다.[19] 물론 전국을 단일선거구로 하는 대통령선거에는 전국유권자가 참여하므로 상대다수로 계산하여 최고득표자가 2인이상일 경우가 발생할 개연성은 거의 영에 가깝다. 그러나 실현가능성과 무관하게 제도적 적실성을 검토해보면 상당한 문제를 발견할 수 있다.[20] 최고득표자가 1인일 경우 국민직선으로 국회와 독립한 정당성을 획득함에 반하여 2인 이상일 경우 국회에서 다시 선거를 거침으로써 국회에도 정당성을 의존하게 되는 차이가 발생하는데 이러한 차이를 정당화할 논거를 찾기 어렵다. 국민직선제를 채택하였다면 결선투표도 국민을 선거민으로 해야

되어 여소야대국회가 발생할 수 있다. 이런 경우 정부와 국회 사이에 갈등이 있을 수 있고, 그것이 심해지는 경우 정국이 경색되고 대통령의 국정운영이 어려워질 수 있다.

19) 헌법 제67조 제2항: "... 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다."

20) 처음부터 직접 국회에서 대통령을 선출하거나(제헌헌법 당시) 혹은 국회에서 결선투표하는 제도를 채택한 것은 현행헌법이 처음은 아니다. 이와 같이 집행부수반인 대통령을 국회에서 선출하는 제도를 채택하게 되면 그 정부형태가 체계적으로 보아 의원내각제에 매우 근접하는 것처럼 보이게 된다.

지 국회간선의 형식이 개재되는 것은 체계정합적이지 못하다. 최고득표자가 2인 이상이라는 우연에 따라서 대통령의 정당성의 원천이 달라지는 것은 이해하기 어렵다. 더군다나 대통령의 임기가 5년이고 국회의 임기(의회기)가 4년으로 서로 다르기 때문에 대통령선거가 있는 해에 기성국회의 다수의석을 점하고 있는 정당의 후보에게 일방적으로 유리하게 될 국회간선제는 정상적인 결선투표의 의미를 갖기도 어렵지 않은가 한다. 또한 그러한 기성국회가 대통령선거에 관한 국민의 의사를 제대로 대표한다고 보기도 어려울 것이다.

현행헌법상의 의원내각제적 요소 가운데 가장 극적인 것은 아마도 대통령선거시 최고득표자가 2인 이상인 때 국회에서 그들을 대상으로 대통령을 선출하는 제도일 것이다. 그러나 이는 실현가능성이 매우 낮은 까닭에 충분한 고려를 거치지 아니하고 채택한 것이 아닐까 하는 의심이 들 정도로 체계모순적인 제도로서 헌법개정시에 국민결선투표제로 변경되어야 할 것으로 본다.

(2) 집행부구성에의 관여 · 통제수단 ②
- 국회의 국무총리임명동의

집행부의 구성에 국회가 관여하는 또 하나의 중요한 의원내각제적 요소로서 국무총리임명에 대한 국회동의제도를 들 수 있다.[21] 현행헌법상 대통령은 5년의 임기동안 탄핵 등 거의 발동될 가능성이 없는 특별한 경우를 제외하고는 정치적 책임을 지는 방식이 제도화되어 있지 않아 대통령은 그대로 유지되지만 국무총리 이하 행정각부의 장, 즉 각료들은 수시로 교체된다. 특히 행정각부의 장은 국무위원 중에서 임명되고 국무위원은 국무총리의 제청을 받아 (대통령이) 임명하기 때문에 특정한 국무총리의 재직기간 동안 마치 당해 국무총리의 내각

21) 헌법 제86조 제1항: "국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다."

이 성립·존속하는 것 같은 외관이 발생한다. 또한 우리 헌법에는 국무회의라는 준내각적 기구가 엄존하고 있고 국무회의 의장은 대통령이지만 관행상 대통령의 참석이 빈번하지 않아 국무총리가 대부분의 국무회의를 주재하는 실정이다. 이렇게 외견상 내각의 장으로 보이는 - 실제로는 대통령이 내각의 장이지만 - 국무총리가 국회의 동의하에 임명되고 그 국무총리의 제청으로 국무위원이 임명되어 국무회의가 조직되므로 집행부구성에 있어서 의원내각제와 다를 바 없는 것처럼 보이게 된다.

그러나 우리 헌법상 국무총리는 전형적인 의원내각제국가의 수상과는 법적 지위가 전혀 다르다. 행정권의 수반도 아니고, 행정권내에서 국가의사를 결정하는 위치에 있지도 아니하다. 다만, 대통령을 보좌하고, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하며(헌법 §86 ②), 국무회의에서 의장인 대통령에 이어 부의장이 되는(헌법 §88 ③) 지위에 있을 뿐이다. 국무총리는 대통령이 자기의 내각(국무회의)과 자기의 행정부를 운영함에 있어 자기를 대신할 수 있는 2인자로서 필요로 하는 보좌역이다. 그는 집행부내의 제2인자이지만 제도적으로는 집행부내의 최고의사결정기관인 대통령의 보좌역할을 벗어나지 못하도록 제도화되어 있다. 의원내각제국가의 수상의 경우 국회의원총선거에서 다수의석을 획득한 특정 정당의 당수가 국가원수로부터 임명을 받는 절차는 의례적인 것이다. 우리 헌법상의 국무총리의 경우 국회의원총선거와 별 상관없이 대통령이 임의적인 실질적 지명권을 갖고 있다.

그렇다면 대통령이 국무총리를 임명함에 있어서 헌법적으로 갖추도록 요구되고 있는 국회동의는 어떠한 실질을 가지는 것인가? 단순히 대통령에게 신중하게 정부를 구성하도록 하는 국회의 압력수단 정도에 불과한 것인가? 국회가 임명동의를 거부하는 경우 어떻게 되는가? 또

는 국회의 동의없이 국무총리를 임명하여 이른바 '국무총리서리'로서 국무총리직을 수행하게 하는 헌법적 관행에는 문제가 없는가?

1948년 제헌헌법(§69 ①)에서는 국무총리는 대통령이 임명하되 국회의 승인을 얻도록 하였었다. 현행헌법(§86 ①)에서는 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하고 있다. 전자는 국무총리 임명에 대한 국회의 '사후승인'을, 후자는 국회의 '사전동의'를 요구하는 식으로 규정하고 있다. "전자는 국회의 승인이 없으면 대통령의 임명행위는 그 효력을 상실하게 되는 민법에서의 이른바 하나의 해제조건을 의미하는데 대하여, 후자는 국회의 동의가 없으면 대통령의 임명행위는 그 효력이 발생하지 않는 하나의 정지조건을 의미"[22]한다. 따라서 현행헌법하에서는 원칙적으로 대통령이 먼저 국무총리(후보)를 지명한 후, 다음 그 후보자에 대하여 국회의 동의를 받고 나서, 마지막으로 그 후보자의 승낙을 얻어 임명하는 절차를 밟아야 할 것이다. 여기에서 국회의 동의는 임명행위의 효력을 완성시키는 효력요건이 될 것이다. 그럼에도 불구하고 우리의 관행은 제1공화국 때부터 최근(적어도 노태우정권때)에 이르기까지 대통령이 먼저 국무총리를 임명하여 '국무총리서리'로서 국무총리직을 일단 수행케 한 후 나중에 국회의 '동의'형식의 '승인'을 얻어 임명행위를 완료하는 수순을 관례화하여 왔다. 이러한 관행을 헌법에 합치하는 것으로 볼 수 있는가? 아니면 헌법변천의 일례로 볼 수 있는가?

이 문제는 국민으로부터 직접 선출된 대통령이 소속하는 정당, 즉 여당이 국회의원총선거에서 패배하여 원내다수의석을 차지 못한 경우 대통령의 국무총리후보지명에 대하여 국회가 동의(안 가결)를 거부할 때 에스컬레이트되어 나타날 수 있다. 대통령은 국회의 의사를 존중하여 재삼재사 다른 국무총리후보를 지명하여야 하는가? 아니면, 국회에서 거부된 자를 국무총리서리로서 그 직 수행을 계속하도록 할 수 있

22) 한태연, 한국헌법에 있어서의 국무총리제, 고시연구 1989년 4월호, 17쪽.

는가? 혹은 여소야대의 국회에서 정치공세가 심각한 수준에 이르러 동의안 가결을 기대할 수 없다고 생각하여 처음부터 국회의사를 묻지 않고 특정인을 국무총리서리로 하여 국무총리직을 수행하도록 할 수 있는가? 우리 헌법상의 정부형태를 무조건 대통령중심제로 지향시켜 놓고 대통령의 정부구성권 내지 조각권(組閣權)만을 일방적으로 강조하다 보면[23] 헌법에 명문으로 보장되어 있는 국회의 동의권이 무시될 수 있다. 국무총리임명에 대한 국회동의제도는 국회로서는 책임을 물을 수 없게 되어 있는 대통령의 국정수행에 관한 책임을 간접적·우회적으로 통제하는 수단이다. 이러한 통제는 집행부의 구성에부터 미쳐야 더욱 효과적일 수 있다. 그런 의미에서 헌법상 명문화되어 있는 국회동의는 필수적인 것으로 보아야 한다. 헌법의 의사는 존중되어야 한다. 따라서 국회에서 명시적으로 동의가 거부된 자의 국무총리직 수행은 헌법에 부합할 수 없다. 다만 국정운영상 국무총리재직이 불가결하고 국회동의여부를 묻기 어려운 객관적으로 명백한 사정이 있는 경우 국회동의안처리시까지의 한정된 기간 동안에 국무총리서리제를 운용하는 것은 불가피한 것으로서 감수될 수밖에 없을 것이다. 국회가 아무런 합리적 근거 없이 다만 대통령을 정치적 곤경에 빠뜨릴 목적으로 수차에 걸쳐 국무총리임명동의를 거부하여 대통령의 정부구성 자체를 봉쇄할 경우에도 마찬가지로 보아야 할 것이다. 이런 경우 정부를 붕괴시키지도 못하면서 정부불신임의 효과가 날 것이고, 국회해산권이 보장되어 있지 않은 이상 헌법장애상태가 야기될 우려가 농후하기 때문이다. 하지만 국회동의권을 공동화하는 수단으로 서리제도가 대통령에 의해 고의적으로 남용되는 것은 헌법위반이 될 것임은 물론이다.

다른 하나의 가능성은 대통령이 소속한 정당이 아닌 야당들에 의해 국회가 지배될 경우 이른바 거국내각이랄까 연립정부를 구상해 볼 여지이다. 즉 국무총리와 몇몇 각료를 야당에 배정함으로써 야당지배국

23) 한태연(위의 주 21, 50쪽)의 입장이 그러하다.

회의 동의를 확보할 수 있지 않겠는가 생각해 볼 수 있다. 야당의원이 국회의 동의를 얻어 국무총리로 임명되어 대통령 및 여당과 잘 협조만 된다면 가장 이상적인 해결책일 수 있다. 그러나 정치적 노선을 달리하는 대통령과 국무총리가 모든 국사행위에 함께 할 경우 무수한 갈등과 혼란이 예상된다. 국무총리가 국회의 신임을 얻는 한 그 직을 유지할 수 있어 대통령에게 국무총리와의 정치적 타협노력을 계속하지 않을 수 없게 강제하지 않는 경우 - 어쨌든 대통령의 재량하에 해임될 수 있을 것이기 때문에 - 야당국무총리의 장기재직은 어려울 것이다. 현행헌법상 집행부의 주체가 될 것을 국민으로부터 직접 위임받은 대통령이 자신의 국정운영구상의 큰 틀안에서 어떻게 집행부를 구성하여 국회와의 협력관계를 유지할 지는 결국 그의 정치적 역량에 달린 문제가 아닐 수 없다. 여소야대의 경우 국회해산권이 규정되어 있지 않고 있는 이상 해당 국회의 임기 동안은 집행부와 국회의 역학관계에 대한 국민의 결정을 일단 존중할 수밖에 없지 않은가 한다.

또 하나의 문제는 대통령의 임기와 국회의원의 임기가 서로 다르다 보니 어떤 국무총리의 재직중 국회의원총선거가 시행되어 새로이 원을 구성하는 경우가 빈번할텐데 이 경우 재직중인 국무총리는 사직하고[24] 다시 대통령에 의해 지명되어 새로운 국회의 동의를 얻어야 하는가 하는 점이다. 제헌헌법(§69 ②)은 "국회의원 총선거후 신국회가 개회되었을 때는 국무총리임명에 대한 승인을 다시 얻어야 한다."라고 규정하여 입법적으로 해결해주고 있었다. 정부의 존속 여부가 국회의 신임에 의존하는 전형적인 의원내각제와는 달리 우리 정부형태하에서 대통령과 정부는 국회와 독립적으로 정당화되고 유지되므로, 새로이 구성된 국회와 매끄러운 관계를 갖기 위해 대통령이 임의로 국무총리의 국회동의절차를 다시 한 번 밟는 것을 정치적으로 고려할 수는 있겠으나,

24) 이때 그에 의하여 제청되어 임명된 다른 국무위원들도 함께 사직하여야 하는가도 문제이다.

제헌헌법 당시와 같은 명문의 규정이 없는 한, 신국회의 재동의가 헌법적으로 요구되는 것이라고 할 수는 없다.

(3) 집행부존속에의 관여·통제수단
- 국회의 국무총리, 국무위원 해임건의

국회는 우리 헌법상 준내각적 성격을 갖는 국무회의의 구성에 있어서 국무총리임명동의권을 통하여 개입·통제할 뿐만 아니라 국무회의의 유지·존속에도 관여한다. 국회는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의에 의하여 국회재적의원 과반수의 찬성으로 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다(헌법 §63 ①, ②). 행정각부의 장, 즉 각료를 직접 대상으로 한 해임건의권은 규정되어 있지 않으나 그들이 국무위원 중에서 임명되는 관계로 국무위원해임건의는 곧바로 특정 장관에 대한 해임건의를 뜻하는 것이다. 이는 대통령이 가지는 정부구성권에 대한 국회의 관여수단으로서 대통령은 자신의 의사와 상관없이 국회에 의해서 해임건의된 국무총리와 국무위원의 유임여하를 진지하게 검토하도록 강요받게 될 것이다. 특히 국무총리에 대한 해임건의는 그의 임명시에 국회가 주었던 동의를 취소하는 의미도 가진다. 국무총리직 수행이 국회의 신임에 의존한다고 볼 수는 없으나 국무총리의 경우 헌법이 국회와의 견련성을 강조하고자 했음을 알 수 있다.

국무총리·국무위원 해임건의가 있을 때 대통령은 이에 응하여야 할 의무가 있는가? 1962년헌법(§59 ①, ③)에서는 "국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다. 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."고 규정하여 해임건의의 (법적) 구속력의 범위가 '특별한 사유'의 해석에 따라서 달라질 수 있어 논란의 소지가 있었다. 1972년헌법(§97 ①)에서는 "국회는 국무총리 또는 국무위원에 대하여 개별적으로 그 해임을 의결할 수 있다."고 규정하여 법

적 구속력을 분명히 인정한 것으로 해석된다. 1980년헌법(§99)에서도 마찬가지 규정을 두고 있었다. 문제는 해임'건의'와 해임'의결'이라는 용어의 차이인 바 국회에서의 의사결정은 어떤 경우이든 의결의 형식을 거치게 되므로 여기에서의 '건의'나 '의결'은 국회에서의 '의결'의 헌법적 의미를 규정하고자 한 것으로 볼 수밖에 없지 않은가 한다. '건의'명목의 국회의결과 '의결'명목의 국회의결이 같은 성격을 가진다고 볼 수는 없겠기 때문이다. 따라서 해임'의결'은 집행부내에서의 해임절차의 형식적 진행을 남겨둔다 하더라도 그 자체로서 이미 실질적으로는 해당 국무총리·국무위원의 해임이 결정된 것으로 보아야 한다. 국무회의에 관한 한 의원내각제에서의 정부불신임권이 규정된 셈이다. 결국 해임'의결'은 대통령에 대하여 법적 구속력을 가지는 것이었다. 반면에 해임'건의'만으로 그 자체 이미 해당 국무총리·국무위원의 해임여하가 결정된 것으로 해석하는 것은 무리이다. 물론 '대통령은 이에 응하여야 한다'라는 별도의 강제규정을 둔다면 별문제이다. 이러한 명문규정의 문제를 떠나서 정부형태를 구조적으로 볼 경우 대통령의 의사와 무관하게 정부구성원을 임의적으로 자리에서 물러나게 하는 최종적 결정을 국회가 내릴 수 있도록 하는 것은 그 자체로서 문제이다. 집행의 책임은 국민에 의해서 직접 대통령에게 주어지는 것이고 집행기능의 수행의 첫 번째 임무는 정부의 구성과 유지일텐데 경우에 따라 이를 국회의 의사에 전적으로 맡긴다면 대통령의 정부구성권 내지 조각권이 형해화할 우려가 있기 때문이다.

국무총리·국무위원에 대한 해임건의에 직접적인 법적 구속력이 인정되지 아니한다고 하여 그것이 (헌)법적 의미를 잃는 것은 아니다. 헌법에의 명문규정 여하를 떠나서 국회의 일반의안 형식으로 여하한 형태의 건의안이든 내는 것이 가능할텐데도 특별한 가중 정족수로 해임건의를 의결하도록 헌법에 제도화하고 있는 취지를 몰각해서는 안된다. 국무총리·국무위원에 대하여 그들이 직무집행에 있어서 헌법이나

법률을 위배한 때에는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의에 의하여 국회재적의원 과반수의 찬성으로 탄핵소추를 의결할 수 있고 만약 헌법재판소가 탄핵결정을 할 경우 그들을 그 직으로부터 파면할 수 있다. 동일한 가중 정족수로 국회에서 행해진 해임건의의결은 법적이라기 보다는 정치적·행정적 성격의 책임을 추궁하는 수단이다. 국민대표기관인 국회의 가중 다수결로써 해임되어야 할 자로 지목된 각료는 국회의 결로 하여 응분의 책임이 있음이 인정된 것으로 보아야 할 것이다. 대통령은 국회에서 인정한 해당각료의 책임을 인정하지 않을 만한 특별한 사유가 없는 한 해당각료를 해임하는 것이 헌법에 해임건의제도를 둔 취지에 부합할 것이다. 따라서 해임건의에 따라서 해임을 하지 않을 경우에는 그 사유를 국회와 국민에게 납득시키기 위한 조치를 취하여야 할 것이다. 이러한 한도안에서 해임건의는 - 해임여부에 대한 최종적 결정권은 여전히 대통령에게 남겨져 있지만 - 법적 의미에서도 구속력을 가지는 것이다.[25], [26]

---

25) 헌법규정 자체가 법적 구속력을 가지는 것은 물론이고 따라서 헌법에 명문화된 국회의 해임건의가 어떠한 의미와 범위의 법적 구속력을 가지느냐를 규명하여야지 법적 구속력이 있느냐 없느냐의 존부문제를 일도양단식으로 묻는 것은 곤란하다. 해임'건의'에 대하여 '해임'조치만이 법적으로 의미있는 - 또는 구속력있는 - 조치라고 생각하는 것은 너무 단순하지 않은가! 국회의 국무총리·국무위원해임건의에 대하여 대통령에 대한 법적 구속력을 인정하여야 할 뿐만 아니라 국무총리에 대한 해임건의시 전국무위원의 총사직으로 자동적으로 연결될 것을 주장하는 견해(성낙인, 국무총리·국무위원 해임건의권의 재검토, 월간고시 1988년 11월호, 81쪽 이하 참조)가 있으나 헌법개정시 해임'의결'이 해임'건의'로 문구수정이 이루어졌다는 점에 비추어 보나 국회로부터 독립하여 민주적 정당성을 국민으로부터 직접 확보하는 대통령이 가지는 독자적 정부구성권 내지 조각권(組閣權)에 비추어 보나 해임건의에 대통령이 반드시 따라야 한다는 의미의 법적 구속력을 인정하기는 어려울 것이다.

26) 통상적인 경우라면 국회에서 일부각료에 대한 해임건의논의를 하는 것만으로도 정부구성주체인 대통령의 권위에 심각한 상처를 입히게 되어 있어 해임건의의결이 가능할 정도의 다수의원이 해임건의에 적극적이라면 국회의결을 기다리지 아니하고 대통령 스스로 해임시키는 것이 정상적일 것이다. 아마도 그 이전에 해당 각료 스스로 사임할 가능성이 클 것이다. 이런 의미에서 해임건의제도가 가지는 사실적 영향력도 무시할 수 없다.

국무총리에 대한 해임건의가 이루어지고 대통령이 이에 응하여 국무총리를 해임하기로 하였다면 이때 대통령은 국무총리 한 사람만 해임할 수 있는가 아니면 전국무위원을 해임하여야 하는가? 또는 국무총리가 해임되는 경우 전국무위원이 함께 총사직하여야 하는가? 이 문제가 제기되는 까닭은 국무위원이 국무총리의 제청으로(대통령에 의해) 임명되었기 때문이다. 그러나 임명절차에 국무총리의 관여가 보장되어 있다고 하여 해당 국무위원이 국무총리를 보좌하는 것은 아니고, 그러한 국무위원에 의하여 구성되는 국무회의가 국무총리 산하의 기관인 것도 아니며, 그러한 국무위원으로 임명된 장에 의해 통솔되는 행정각부도 국무총리의 전속적 지휘하에 있지도 아니하다. 집행부는 그 수반인 대통령에 속하며 대통령에 의하여 구성되는 것이다. 국무총리는 제청을 할 뿐 결정하지는 못한다. 대통령의 구상에 따라 조직된 정부이기 때문에 그 해체도 대통령의 구상에 따라 이루어지는 것이 허용되어야 한다. 정부구성에 있어 대통령의 배려로 국무총리의 의사가 광범하게 반영되었다면 국무총리의 해임 또는 사직시에 비교적 광범한 개각을 예상할 수 있을 뿐, 법적으로는 아무런 제약도 가해지지 않는다.

(4) 집행부 국정운영에의 관여·통제수단
- 정부구성원의 국회출석·답변요구

국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있는데, 국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에도 출석·답변하여야 한다(헌법 §62). 집행부의 국정처리상황에 대한 정보 뿐만 아니라 그에 관한 정부구성원의 의견을 청취하는 것은 국회의 집행부통제의 전제가 되는 수단으로서의 의미를 가진다. 국회나 그 위원회로부터 출석·답변 요구를 받은 국무총리·국무위원이 아무런 합리적 사유 없이 이를 거부할 경우 해임건의 내지 탄핵소추의 대상이 될 것이다.

2. 기관내통제 - 집행부내 대통령통제수단으로서 의원내각제적 요소

(1) 대통령의 정부구성권 견제수단 - 국무회의 구성시 국무총리관여

우리 헌법상 집행부는 전형적인 대통령제 정부형태에서의 대통령에서 행정각부로 이어지는 계선조직 외에 별도로 의원내각제 정부형태의 내각에 해당하는 회의체로서 국무회의를 가지고 있는 것이 중요한 특징이다. 국무회의는 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성된다(헌법 §88 ②). 국무회의를 구성하는 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다(헌법 §87 ①). 이와 같이 국무총리는 국무회의 구성시 국무위원을 대통령에게 제청할 뿐만 아니라 국무위원의 해임을 건의할 수도 있다(헌법 §88 ②). 이러한 국무총리의 국무위원 제청 및 해임건의는 대통령의 정부구성에 있어서 집행부 내부적 통제수단의 하나로 인정될 수 있다.

대통령은 우선 국회의 동의를 얻어 국무총리를 임명한 후에 그 국무총리의 제청을 받아 국무위원을 임명함으로써 국무회의를 구성한다. 이 과정에서 어떤 국무위원이 어떤 행정부서의 책임을 맡는지도 동시에 결정된다. 국무총리의 국무위원 임명제청은 실질에 있어서는 행정각부의 업무의 성격에 따라 전문적인 능력과 경험을 갖춘 인물을 대통령에게 추천하는 의미를 가진다. 국무위원의 제청과 임명이 어떠한 의미를 가질지는 실제의 운용이 어떻게 이루어지느냐에 달려있다. 무엇보다도 대통령의 스타일에 따라 헌법관행이 형성될 여지가 있다. 정부구성권이 궁극적으로는 대통령에게 있으므로 보통은 국무회의와 행정각부 구성에 있어서 대통령이 적극적일 것이고 국무총리의 임명

제청권한은 절차적 의미 이상을 가지기 어려울 것이다. 실제 관행도 거기에서 벗어나지 못하고 있다. 대통령은 누구를 국무총리로 임명할지를 포함하여 정부구성 전반에 관한 자기 나름의 청사진을 가지고서 그후에 임명된 국무총리와 협의를 하되 약간의 조정을 할 뿐인 것으로 알려지고 있다. 결국 국무총리의 제청행위는 거의 요식행위처럼 운용되고 있다.

그런데 만약에 대통령이 외교·국방 등의 문제에 주력하고 내정에 관해서는 국무총리를 중심으로 한 내각(국무회의)에 일임하겠다고 생각한다면 의중에 있는 인물에게 국무총리직을 제의하는 동시에 그에게 이른바 조각권을 부여하여 자신은 다만 국무총리의 구상에 따라 국무위원 및 행정각부의 장을 임명할 수도 있다. 이 경우에 국무총리의 제청행위는 실질적인 것으로 화할 것이다. 나아가 국회의원총선거에서 야당이 승리하는 경우 대통령이 원활한 국정수행을 위하여 야당의원을 국무총리로 임명하고 국정운영을 분담하는 체제로 나갈 수도 있다. 이 경우 국무총리는 정부구성권의 일정지분을 대통령과 나누어 가질 수도 있을 것이다. 헌법상 이 두 경우 다 허용된다고 보지 않을 수 없다. 이 때 외관상 의원내각제에 근접한 집행부 구성이 이루어지게 되겠지만 헌법제도적으로 그것이 반드시 그렇게 되어야 하도록 강제되고 있는 것은 아니다. 그것은 단지 대통령이 자기의 헌법상 권한, 즉 정부구성권을 어떤 방식으로 행사하느냐의 문제에 지나지 않기 때문이다. 결국 대통령에 의해 언제든지 회수될 수 있는 권력분점은 국무총리와 그의 내각지분에 불리하게 작용할 것이지만, 대통령의 권력행사에 상당한 통제력을 구조적으로 가지게 될 것이라는 점은 부인할 수 없다.

대통령은 국무위원 임명에 있어서 국무총리가 임명제청한 범위내의 인물들만을 고려하도록 제약되는가? 이를 인정하면 국무총리에게 실질적 조각권이 부여될 것이고 대통령의 정부구성권은 형해화될 것이므로

부인되어야 한다.[27] 만약 대통령이 국무총리의 제청을 받지 않고 일방적으로 국무위원을 임명한다면 그 효력은 어떻게 되는가? 대통령의 권한은 헌법에서 부여된 것으로서 헌법이 명시하고 있는 제약의 범위 내에서만 정당화될 수 있다. 대통령의 권한의 내용 뿐만 아니라 행사의 형식, 방식, 절차도 그 권한을 규정하는 한 요소가 된다. 따라서 헌법에서 명문으로 국무총리의 제청을 받아 국무위원을 임명하도록 하고 있으므로 이러한 절차가 아무리 요식적으로 충족된다 하여도 그 절차를 무시한 국무위원임명의 효력을 당연히 인정하기는 어렵지 않은가 한다.[28] 반대해석은 임명제청을 정한 헌법규정을 사문화시키고 말 것이고, 이러한 해석은 헌법(입법자)의 의도를 무시하는 것이다.

국무총리는 국무위원의 임명제청권에 더하여 해임건의권을 가진다. 이를 통하여 국무총리의 국무위원 장악력이 강화된다. 이 해임건의도 국회의 해임건의와 마찬가지로 대통령에 대한 직접적 구속력을 인정하기는 어렵다. 대통령이 국무총리의 해임건의를 문면 그대로 따를 것이 강제되지는 않는다는 말이다. 그러나 그렇다고 해서 이 해임건의가 바

27) 이러한 의미에서 임명제청의 내용상의 구속력은 부인된다. 대통령은 제청절차를 거치기만 하면 되고 국무총리가 제청한 인물과 함께 여러 통로를 통해 천거받은 인물들을 종합평가하여 기용여부를 결정할 수 있다.

28) 김철수, 헌법학개론, 1997, 964쪽도 같은 견해이다. 반대견해로서 대표적인 것으로 "국무총리의 국무위원 임명제청은 대통령의 명시적 또는 묵시적 승인을 전제로 하는 보좌적 기능이라는 의미에서 명목적인 권한에 불과하므로 적법요건일 뿐이다. 따라서 국무총리의 제청없이 대통령이 단독으로 한 임명행위도 헌법위반으로 탄핵소추의 사유가 될 수 있을지언정 당연히 무효가 되는 것은 아니다."(권영성, 헌법학원론, 1997, 910쪽)라는 견해를 들 수 있는데 헌법위반이 행위의 효력과 무관하다는 주장을 어떻게 이해하여야 할 지 당혹스럽다. 다른 반대견해로서 "국무총리는 ... 대통령의 포괄적 보좌기관이기 때문에 대통령의 행정부구성에 제청권을 가지고 관여하는 경우에도 그것은 어디까지나 보좌기능에 불과하다... 따라서 대통령은 국무총리의 제청에 기속되지 않으며 국무총리의 제청 없이 국무위원과 행정각부의 장을 임명한 경우에도 그 임명행위가 당연히 무효로 되는 것은 아니다"(허영, 한국헌법론, 1997, 939쪽)라는 견해가 있는데 이 견해는 제청의 내용에 구속되지 아니한다는 점과 그러함에도 제청절차는 반드시 거쳐야 한다는 점을 준별하지 못하고 있다. 제청내용의 강제와 제청절차의 강제를 혼동한 견해이다.

로 법적으로 무의미한 것으로 되는 것은 아니다. 사리상 국회의 해임건의 보다 정도가 약하긴 하지만 국무총리의 국무위원해임건의를 대통령이 간단히 무시할 수는 없다. 헌법에 명문규정을 두지 않았다 하더라도 국무총리가 정부 제2인자로서 대통령에게 구두로든 서면으로든 국무위원의 해임'건의'를 할 수 있을 것은 당연하다. 그러함에도 헌법에 제도화하고 있는 취지에 비추어 여기에서 말하는 국무총리의 국무위원해임건의는 비공개적으로 대통령의 의사를 타진하는 문제의 수준이 아니라 국정운영에 관하여 노선이 맞지 않아 도저히 더 이상은 공동으로 국사를 논할 수 없는 상황에서 제기되는 공개적인 인사정책적 수단으로 보아야 한다. 해임건의를 수용할 지 여부는 최종적으로 대통령에게 맡겨질 수밖에 없다 하더라도, 해임건의를 수용할 수 없는 경우 - 국회의 해임건의에 대한 정도는 아니더라도 - 대통령이 국무총리에 대하여 그 사유를 분명히 하는 가시적인 조치를 취할 의무가 있다고 보아야 이 규정을 둔 취지에 부합할 것이다.

(2) 대통령의 포괄적 정부통할권 견제수단
- 국무총리의 행정각부 통할권

국무총리는 대통령을 보좌할 뿐만 아니라 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할할 권한을 가진다(헌법 §86 ②). 이로써 국무총리는 행정각부의 장에 대하여 상급감독관청의 지위에 서게 되며 행정각부에 대하여 훈령·지시·통첩 등을 통하여 지시·감독·조정할 수 있다. 이러한 권한행사는 '대통령의 명을 받아' 행해야 한다는 제약이 붙어 있으므로, 외견상 대통령의 일방적 지시에 따라 국무총리가 움직일 것으로 보이지만 실은 대통령과 국무총리간 정부운영에 관한 의견조율이 요구된다고 하겠다. 이 한도 내에서 국정운영 전반에 관하여 대통령의 권한행사를 보좌하면서 동시에 통제하는 기능을 수행하게 될 것이다.

(3) 대통령의 개별적 국정행위 견제수단
- 국무회의심의와 부서제도

대통령의 권한행사에 대한 집행부 내부의 통제수단으로 대표적인 것으로 국무회의의 사전심의제도와 국무총리·관계국무위원의 부서제도를 들 수 있는데 이들 모두 의원내각제 정부형태에 뿌리를 두는 제도들이다.

① 국무회의의 심의

의원내각제의 내각과 유사한 회의체를 집행실무부서와 병렬적으로 집행부내에 두는 것이 우리 헌법의 전통이 되어 왔다. 제헌헌법(§68)에서는 국무원이라 부르고 '의결'기관으로 하였었는데, 1962년헌법(§86)에 와서는 명칭을 국무회의라 바꾸고 의결기관이 아니라 '심의'기관의 성격을 부여하여 오늘에 이르고 있다. "심의"기관의 의미가 불분명한 바, 헌법개정이 된 것으로 보아 의사를 결정하는 '의결'기관으로 볼 수도 없고, 그렇다고 전형적인 대통령제정부형태에서의 임의적인 각료회의처럼 대통령자문회의 성격의 기관에 불과한 것으로 볼 수도 없다. 헌법상 필수적으로 경유하여야 하는 최고, 최종의 국정논의의 장소이기 때문이다.

헌법 제89조에는 국무회의 심의를 거쳐야 할 필수심의사항이 열거되어 있다. 그러나 동조 제17호에 "기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항"도 심의하도록 규정하고 있어 정부의 권한에 속하는 중요사항은 거의 모두가 심의사항에 들어간다고 볼 수 있다. 정부의 최종적 의사결정은 대통령의 몫인 바 정부의 거의 모든 중요사항이 국무회의의 심의를 거쳐야 한다는 것은 곧 대통령의 권한행사에 있어서 보좌적인 의미와 더불어 통제적인 의미를 가지는 것이다.

'심의' 기관으로서 헌법이 명문상 성격을 부여하고 있는 관계로 국무회의의 심의와 대통령의 집행부의사결정 사이에 두가지 문제가 제기된다. 첫째로는 집행부가 결정을 내리기 전에 반드시 국무회의의 심의를 거치도록 헌법에 열거된 사항에 대하여 심의를 경유하지 아니하고 대통령이 임의대로 결정을 내렸거나 그 결정에 기초하여 이루어진 국사행위의 효력이 어떻게 되는지 문제된다. 대통령의 권한은 헌법에서 부여된 것으로서 헌법이 명시하고 있는 제약의 범위 내에서만 정당화될 수 있다. 대통령의 권한의 내용 뿐만 아니라 행사의 형식, 방식, 절차도 그 권한을 규정하는 한 요소가 된다. 따라서 헌법에서 명문으로 국무회의 심의를 권한행사의 한 과정으로서 필수적인 것으로 규정하고 있다면 그 절차를 무시한 국사행위의 효력을 인정하기는 어렵다.[29] 반대해석은 필수적 국무회의심의사항을 정한 헌법규정을 사문화시키고 말것이고, 이러한 해석은 헌법(입법자)의 의도를 무시하는 것이다.

국무회의는 심의를 종료함에 있어서 그들의 최종적 의견을 '의결'의 형식으로 정리한다. 이 의결이 '의결' 기관에서 나온 '의결' 과는 성격이 다를 수밖에 없음은 두말할 필요도 없다. 국무회의의 심의결과로서의 의결은 대통령에 의한 집행부의사결정을 구속하는가? 즉 대통령은 그 심의결과를 그대로 수용하여 그에 맞추어 의사결정을 할 법적 의무가 있는가? 국무회의는 그 자체가 의원내각제의 내각과 같은 집행부의사결정기구가 아니라 대통령이라는 최종적 의사결정기관이 의사결정을 내리기 전에 경유하는 바로 전단계의 정책토론기구이다. 따라서 국무회의심의결과에 대통령에 대한 법적 구속력은 인정되지 아

29) 통설적 견해이다. 다만 "국무회의의 성격은 의원내각제의 내각처럼 의결기관이 아니라 대통령의 정책결정을 보좌하는 심의기관에 지나지 아니하는 것이므로, 국무회의에서의 심의절차는 효력발생요건이 아니라 적법요건으로 보아야 한다. 그렇다면 국무회의의 심의절차를 무시한 대통령의 국무행위도 당연 무효가 되는 것은 아니고, 단지 위법(헌법위반)한 행위로서 탄핵소추의 사유가 되는데 지나지 않는 것"(권영성, 헌법학원론, 1997, 923쪽)이라는 異說이 있으나, 행위가 헌법을 위반하였음에도 불구하고 그 효력에 아무런 영향이 없다는 이 견해를 어떻게 이해하여야 할 지 당혹스럽다.

니한다.

그러나 국무회의가 어떻게 구성되는지 돌아보면, 대통령이 국무회의의 심의결과와 다른 의사결정을 내린다는 것이 결코 쉽지 않을 것임을 짐작할 수 있다. 국무회의의 의장이 바로 대통령이며, 국무회의가 대통령의 전체 각료들로 구성된 회의체라는 점을 생각해보면, 대통령은 사실상 국무회의의결에 구속될 것이다. 물론 대통령은 국무회의의 의결과 자신의 의사결정 사이에 괴리가 생기는 일을 미연에 방지하기 위하여 국무회의에 앞서 여러 단계의 실무자회의, 예컨대 차관회의라든가 부처간 협의체라든가 대통령비서실을 통하여 사전 조정할 것이다. 그러나 이렇게 되면 국무회의 자체는 국정사안의 실질적 토론과는 무관한 형식적 통과의례의 장으로 명목기관화하게 되는 문제가 있다.[30]

② 국무총리·국무위원의 부서제도

대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다(헌법 §82). 서면에 의하여야 하는 대통령의 국법상 행위에 있어서 대통령의 서명에 연이어 국무총리와 사안의 주관관서인 행정각부의 장인 국무위원이 서명하게 하는 헌법상의 제도의 취지는 무엇인가? 대통령의 국사행위에 대한 국무회의 사전심의제도와 관련하여 보면 우선은 행정각부를 통할하는 지위에 있는 국무총리는 모든 국사행위에 대하여 관계국무위원은 자신의 주관사무에 관하여 해당 국정사안의 결정에 이르는 과정에서 참여가 보장되게 된다. 이를 통하여 이들은 대통령과 어떤 형식으로든 직접적이든 간접적이든 사안내용에 대하여 의견교환을 하게 되고 따라서 대통령의 전단을 예방할 수 있게 된다. 여기에 부서제도의 기관내 통제수단으로서의 대통령통제적 기능이 발견된다.

---

30) 이에 관하여는 정정길, 국무회의의 허와 실 - 무수정통과율 90%이상을 자랑하는 최고정책회의는 제기능을 다하고 있나?, 월간조선 1987년 6월호 460쪽 이하 참조.

전국무위원의 서명이 아니라 국무총리와 관계국무위원의 서명만을 요하게 하는 것은 해당사안에 대하여 주로 누가 관심을 가져야 하고 전문성을 가져야 하고 나아가 결과를 예견하여야 할 책임이 있는 지를 가리키는 것이다. 물론 모든 국무위원이 국무회의를 전후한 협의과정에 참여하게 되겠지만 주된 책임소재는 해당 사안을 주로 다루는 부처의 장인 국무위원일 것이다. 이로 미루어 부서제도는 책임소재를 분명히 하는 의미도 가진다. 여기에서는 대통령에 대한 보좌기능이 두드러진다.

만약에 대통령이 부서없이 국법상 행위를 감행하는 경우 그 효력은 어떻게 되는 것인지 문제된다. 대통령의 권한은 헌법에서 부여된 것으로서 헌법이 명시하고 있는 제약의 범위 내에서만 정당화될 수 있다. 대통령의 권한의 내용 뿐만 아니라 행사의 형식, 방식, 절차도 그 권한을 규정하는 한 요소가 된다. 따라서 헌법에서 명문으로 부서를 갖추어 국법상 행위를 하도록 규정하고 있다면 그러한 형식을 무시한 행위의 효력을 인정하기는 어렵다.[31] 반대해석은 대통령권한행사에 관하여 부서를 규정한 헌법규정을 사문화시키고 말 것이고, 이러한 해석은 헌법(입법자)의 의도를 무시하는 것이다.

국무회의를 비롯한 국정심의과정에서 자기의 의견이 관철되지 않아 자기의 의사와 반대되는 대통령의 결정이 내려진 경우 국무총리라든가 관계국무위원이 부서를 거부할 수 있겠는가 하는 문제를 논의하는 경우가 있는데, 부서행위가 나중에 국회로부터의 탄핵소추나 해임건의 등 책임을 묻는 단서가 될 수 있으므로 당연히 거부할 수 있다. 물론 임면권을 가지는 대통령의 의사를 거스르게 되므로 해임당할 각오를 하여야

31) 통설적 견해이다. 다만 "부서제도는 대통령의 국법상 행위에 관한 유효요건이 아니라 적법요건으로 보아야 한다."면서 "부서없는 대통령의 국법상 행위도 당연 무효가 되는 것은 아니고 위법행위가 되는 데 지나지 않으며, 국회는 이것을 탄핵소추의 사유로 할 수 있을 뿐"(권영성, 헌법학원론, 1997, 899~900쪽)이라는 異說이 있으나, 위법행위가 유효하다고 주장하는 이 견해를 어떻게 이해하여야 할 지 당혹스럽다.

할 것이다. 그러나 이 경우 반드시 사임의 의사표시와 함께 부서거부의 의사표시를 하여야 하는 것은 아니다. 또한 대통령도 국무총리나 관계 국무위원이 부서를 거부하는 경우 그를 해임하고 부서없이 권한을 행사할 수 있는 것도 아니다.[32] 국무총리 또는 관계국무위원을 새로이 임명하여 부서를 받아 국법상 행위를 할 만큼의 여유도 없을 만한 긴급한 사태는 예상하기 어렵다. 사실 부서거부의 문제는 부서를 정한 법규정의 의미나 내용·효력의 문제라기 보다는 당사자가 규범의 취지를 어떻게 이행할 것인가의 태도의 문제이다. 대통령의 임면권행사가 두려워 모든 대통령의 국사행위에 오로지 동의 이외의 다른 행동을 취할 수 없다면 국사행위에의 참여가 유명무실하게 될 것이다.

3. 기타의 의원내각제적 요소의 권력분산효과

위에서 설명한 요소들 외에도 현행헌법에 규정된 중요한 의원내각제 요소로 들 수 있는 것이 정부의 법률안제출권과 국회의원·국무위원 겸직허용이다. 원래 전형적인 대통령제 정부형태하에서는 입법부와 집행부 사이에 엄격한 권력분립이 강조되다 보니 입법권에 속하는 법률안제출권이 정부에 주어지지 아니하고, 그 대신 국회다수파의 입법에 있어서의 전횡을 집행부차원에서 견제하는 수단으로 법률안거부권이 대통령에게 부여된다. 현행헌법은 대통령에게 법률안거부권을 주면서도(§53 ②, ③) 동시에 이례적으로 법률안 제출권을 국회의원에게만이 아니라 정부에게도 주고 있다(§52). 입법대상이 다기하고 기술화·전문화되고 있어 국회의원이 입법자로서의 기능을 제대로 발휘하기 어렵게 되어가고 있는 마당에 여당의원들을 통할 필요없이 정부가 직접 법률안을 제출할 수 있도록 함으로써 국회가 더욱 통법부화하는 경향을 촉진시키는 감이 있다. 법률안제출권은 대통령과 정부의 권력을 억제한다기 보다는

32) 그러나 권영성, 헌법학원론, 1997, 900쪽은 그러한 견해이다.

오히려 강화하는 측면이 있다.

헌법(§43)은 국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다고만 규정하고 그 구체화는 하위법률에 맡기고 있다. 법률의 규정에 따르면 국회의원은 국무총리·국무위원과 기타 대통령령으로 정치운동이 허용되는 공무원(국회법 제29조 제1항 단서, 국가공무원법 제3조 단서, 국가공무원법 제3조 단서의 공무원의 범위에 관한 규정 제2조)과 정당에 가입할 수 있는 공무원(정당법 제17조 단서, 동법시행령 제3조)을 겸할 수 있게 되어 있다. 따라서 국회의원은 의원직을 유지하면서 국무위원이 될 수 있다. 전형적인 의원내각제라면 국회와 집행부가 인적 구성의 면에서는 상호 구분이 되지 아니한다. 우리 헌법하의 정부형태에서는 국회와 집행부가 상호 독립하여 성립·존속하므로 인적으로 중복될 것이 기대되지는 않는다. 그러나 국회의원은 직접 국민으로부터 선출되어 그 지위의 독자성을 가지므로 정부내의 구성원이 된다 하여도 테크노크래트와는 달리 기술관료적으로 동화되지는 않을 것이고 그런 의미에서 여야를 불문하고 집행부수반으로서의 대통령의 권력행사에 어느 정도 견제적 요소로서 역할할 소지가 있다. 만약 국회가 야당에 의해 지배되는 경우에는 대통령이 국정의 원활한 수행을 위하여 야당의원들을 각료로 임명하여 거국내각을 짜거나 이른바 동거정부와 유사한 형태로 가게 되면 국회의원과 국무위원의 겸직을 허용하는 것이 대통령의 권력을 분산시키는 체제편성에 상당한 정도로 기여하는 셈이 될 것이다.

Ⅳ. 맺음말

우리 헌법은 제정당초부터 국가권력구조의 측면에서 대통령제이든 의원내각제이든 특정한 정부형태모델로만 일관하여 규정하지 않게 되었고, 이러한 헌법입법경향이 큰 변화 없이 지금까지 계승되어 오고 있다.

본래 의원내각제에만 필요한 내각에 준하는 국무회의제라든가 내각의 수장에 준하는 국무총리제는 이미 우리 헌법에 있어서 하나의 전통으로 자리잡고 있다. 그밖의 여러 가지 의원내각제에 친숙한 제도들도 국무회의제와 국무총리제가 존속하는 한 병존할 수밖에 없게 되어 있다.

이와 같이 이른바 의원내각제적 요소들이 제도로서 헌법에 뿌리를 내린 반면에 운용의 실제에 있어서는 원래의 기대를 전혀 충족시키지 못해 왔다. 특정한 인물의 인격에 지배되는 사이비입헌주의 아래에서 권력의 인격화가 진행되었고 모든 국가권력이 1인에게로 집중되었기 때문에 대통령독재를 완화해줄 것으로 기대되었던 의원내각제적 요소는 아무런 순기능을 할 수 없었고 오히려 집행부의 2원적 구성을 통하여 대통령의 책임을 가리우고 막아주는 역기능을 수행하게 되었다. 의원내각제적 요소들에 대한 현실의 부정적 인상이 강력하여 헌법규범이 그들에게 부여한 역할에 대한 규명이 충분히 이루어지지도 못한 상태에서 실효성없는 명목상의 제도로 치부되고 말았다.

헌법이 비로소 규범력을 확보해가고 있는 현행헌법하에서 의원내각제적 요소들에 대한 공정한 재평가가 이루어질 수 있다. 특히 우리의 정부형태논의에 있어서 열쇠라 할 수 있는 대통령권력집중과 그 완화대책의 일부로서 의원내각제적 요소가 본래 헌법제정자의 의도대로 기능할 여지가 있는지를 살펴볼 때가 되었다. 이를 위하여는 의원내각제적 요소들을 대통령중심의 정부형태에 부가된 있으나마나한 악세사리로 취급하려고만 들지 말고 실질화하는 해석이 시도되어야 한다.

우선 국회에 주어져 있는 권한으로 되어 있는 의원내각제적 요소들을 대통령과의 관계에서 기관간 통제수단으로 파악해 볼 수 있다. 국회의 국무총리 임명동의권과 국무총리·국무위원에 대한 해임건의권이 대통령에 대하여 법적 의미있는 모종의 구속력을 가지도록 해석되었다. 반

면에 대통령결선투표를 국회에서 하도록 한 규정은 국민결선투표제로 입법론적 개선이 요망되었다. 그리고 집행부 내부의 기관내통제수단으로서 국무총리가 대통령의 국무위원 임면에 관여하는 권한이라든가 국무회의가 사전심의를 통하여 그리고 국무총리·국무위원이 부서를 통하여 대통령의 국법상 행위에 관여하는 권한도 역시 마찬가지로 대통령에 대하여 법적 의미있는 모종의 구속력을 가지도록 해석되었다. 여기에서 시도된 해석을 통하여 현행헌법상의 의원내각제적 요소에 어느 정도 대통령의 권력집중을 완화시키는 본래 의도되었던 기능을 돌려줄 수 있음을 불충분하나마 보여주었다. 더불어 '왜곡된 헌정현실'이 '헌법해석의 왜곡'을 초래해 왔음을 우회적으로 보여주려고 노력하였다. 헌법의 실현은 헌법전만으로 이루어지지 아니한다. 헌법관행의 뒷받침이 꼭 필요하다. 대통령을 비롯한 국가권력구성자의 헌법준수의지가 발현되어 헌법에 명문으로 규정된 의원내각제적 요소가 헌법관행속에서도 제 기능을 회복하기를 고대한다.

조세법에 있어서 법치국가원리

김 연 태*

목 차

Ⅰ. 독자적인 법영역으로서 조세법
Ⅱ. 조세법의 기본원칙으로서 법치국가원리
1. 법률적합성의 원칙
2. 법적 안정성의 원칙
3. 비례의 원칙
Ⅲ. 결론 요약

Ⅰ. 독자적인 법영역으로서 조세법

오늘날 국가는 질서유지뿐만 아니라 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 많은 과제를 수행하고 있으며, 이를 위하여 필요한 재원의 대부분을 조세에 의하여 조달하고 있다. 또한 조세는 국민 개인 또는 기업의 경제활동에 영향을 주며 그를 조정하는 국가의 중요한 수단이다. 다시 말하면 조세는 국가의 재정확보의 수단일 뿐만 아니라 국가경제에 대한 조정 및 유도의 수단인 것이다. 국가는 조세를 부과·징수함으로써 사회적 책임을 부담하게 되며 자원의 배분에 영향을 주고 국민의 생활배려를 위해 필요한 조치를 취할 수 있게 된다.

현대국가에서 중요한 기능을 수행하는 조세[1]에 대하여 규율하는 법의

* 고려대 법대 교수·법학박사

1) 현대국가에서 조세가 차지하는 비중에 비추어 현대국가를 조세국가라고 부르기도 한다. 조세국가에 대하여는 Isensee, Steuerstaat als Staatsform, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 409 참조.

전체를 조세법이라 한다. 이러한 조세법은 공법과 사법을 구분할 때,[2] 공법에 속하는 것이다. 조세법은 과세권이 있는 국가 또는 지방자치단체와 개인 사이의 법률관계를 규율하는 것이며, 과세관청에게는 고권력이 부여된다. 또한 조세법의 규정은 대부분 개인의 이익을 보호하기보다는 공공의 이익을 위한 것이라 할 수 있다. 따라서 조세법은 공법에 속하는 것이다.

이와 같이 조세법은 공법의 영역에 속하는 것이지만, 법기술적인 형성과 관련하여 민사법에 의지하는 바가 크다. 조세는 개인의 경제적 급부능력, 즉 담세능력을 대상으로 하며 국가는 재산의 획득, 재산의 상태 또는 재산의 사용에 대하여 조세를 부과한다. 따라서 과세요건의 충족여부를 판단함에 있어서는 일반적으로 민사법의 규정에 의존하게 된다. 예를 들면 소득의 발생시점 또는 귀속 및 법적 거래행위의 성립시기 등은 민사법에 의하여 결정하게 된다. 민사법은 납세의무자의 경제활동 및 경제적 급부능력을 객관적으로 적정하게 파악할 수 있도록 규정되어 있기 때문에 조세법은 이러한 민사법의 결정을 기초로 하게 되는 것이다.

그러나 조세법은 민사법의 부속물은 아니며, 사인의 경제활동을 파악하는 데 있어서 민사법을 보조수단으로 사용하는 것이다.[3] 조세법의 목

---

2) 공법과 사법의 구별기준에 관하여는 주체설, 종속설, 이익설, 귀속설 등이 주장되어 왔는데, 위의 어느 학설도 완벽한 기준이 될 수 없다는 것을 이유로 어느 하나의 기준에 의해서가 아니라 복수의 기준을 통해 공법과 사법을 구별해야 한다는 복수기준설이 우리나라의 지배적인 학설이라 할 수 있다. 복수기준설은 법리구성상 문제가 없는 것이 아니나, 위 제설이 어느 것도 완벽한 기준을 제시하지 못하고 단지 일단의 구별기준만을 제시하고 있다는 점에서 구체적인 경우 명확한 문제해결을 위해 피할 수 없다. 이러한 관점에서 우선 종속설과 귀속설의 결합(국가 또는 공권력의 담당자가 일방의 당사자로서 참가하고 있고 강제력을 가지고 활동하는가)에 의하여 문제를 해결하고, 그 기준에 의하여 해결되지 않는 경우 보충적으로 이익설(공익의 실현을 목적으로 하는가)을 적용하는 것이 적당하다고 본다.

3) Birk, Steuerrecht I, 2. Aufl., S. 23 f. 조세법의 영역에 민사법의 규정이 준용되는 경우에 이러한 민사법의 규정은 공법의 구성요소가 되는 것이다. 예컨대 국세기본법 제4조에 의하면 기간의 계산에 대하여 세법에 특별한 규정이 없는 한 민법에 의하도록 되어 있는데, 이로써 민법 제156조에서 제161조까지는 국세기본법의 구성요소가 되는 것이다.

적이 민사법의 규율에 의하여는 달성되기 어려운 경우에는 민사법의 이론 대신에 독자적인 가치결정에 따라야 할 것이다.

조세법은 전통적으로 국가의 침해행정에 관한 법으로서 행정법의 영역에 속하는 것으로 취급되어 왔다. 즉 조세법은 행정법의 이론발달에 많은 영향을 받아 왔다. 그러나 오늘날에는 국가와 국민의 조세법률관계에서 발생하는 법률문제를 전통적인 행정법의 이론만으로는 해결할 수 없는 것이 많다. 조세법은 더 이상 이전에 주장된 것처럼 단순히 행정법의 일부라고 할 수는 없고, 독자적인 개념 및 체계형성이 필요하고 특별한 법원칙이 지배하는 공법에 속하는 독자적인 법영역이라고 하여야 할 것이다.

이와 같이 조세법을 하나의 독자적인 법영역으로 볼 때 조세법 전체를 지배하는 기본원칙을 살펴보는 것은 조세법을 바르게 이해하고 공정한 조세법의 운영과 조세부담의 형평을 보장할 수 있는 기준을 정립하는 것을 의미한다.

II. 조세법의 기본원칙으로서 법치국가원리

조세법은 그 자체 통일적인 법원리에 의하여 지배되고 있는데, 그러한 조세법이 갖는 특질로서 중요한 것으로는,[4] 우선 조세법은 국민의 재산권 또는 경제활동에 대한 침해적 성격을 띠는 것이므로 조세부과처분은 형식적 법률의 근거가 있어야 한다는 것이다. 우리나라 헌법은 제59조에서 조세법률주의를 명시하고 있다. 이와 같이 조세법은 그 침해적 성격으로 인하여 성문법의 형식을 취함이 원칙이며 그로써 예측가능성과 법적 안정성을 보장하고 있다.

4) 문헌에서는 조세법의 특질을 실질적 특질과 형식적 특질로 나누어 실질적 특성으로서 공공성, 과세권자의 우위성을, 형식적 특성으로서 성문성, 강행성, 기술성을 들고 있다 (최명근, 세법학총론, 1996, 43-47쪽 참조).

또한 조세법의 영역에서는 조세부담이 모든 국민에게 각자의 담세능력에 따라 공평하게 부과되어야 한다. 조세법은 당사자의 의사에 관계없이 공평한 실현을 위하여 같은 상황에 있는 자 또는 사실에는 동일하게 적용되고 집행되어야 한다. 다시 말하면 조세관계는 법률에 의하여 획일적으로 규율되고, 과세관청의 재량이 부정되며, 조세를 감면함에 있어서도 법률에 근거하여야 한다. 과세관청과 납세의무자가 법률에 근거하지 않고 서로 합의하여 조세채무의 내용·범위를 변경할 수 없는 것이다.[5]

이로써 법치국가원리와 조세평등의 원칙이 조세법의 기본원칙으로서 중대한 지위를 차지함을 알 수 있다. 다만 여기에서는 조세법의 기본원칙 중 법치국가원리에 대하여만 살펴보기로 한다.[6]

법치국가는 국가권력이 법적인 통제의 대상이 아니며 법적으로 제한을 받지 않고 군주의 자의에 의하여 행사되었던 절대적 권력국가에 대한 반대개념이다. 법치국가에서 과세관청의 조세의 부과·징수는 일정한 법질서에 따라 공정하게 행해져야 한다. 조세의 개인 및 기업의 경제활동에 대한 영향 때문에 조세의 부과·징수는 자의적으로 행해져서는 안된다. 즉 조세는 과세요건이 충족되어 납세의무가 발생한 모든 자에게 부과되는 것이다. 또한 법치국가원리는 행정청뿐만 아니라 입법자에게도 적용되는 법의 일반원칙이다. 따라서 조세법의 영역에서 입법자가 갖는 형성의 자유도 개인의 기본권에 의한 제약을 받을 뿐만 아니라, 헌법상의 법치국가원리에 의한 기속을 받게 된다.

법치국가원리는 다양하고 이질적인[7] 여러 하위의 법원칙으로 구성되

5) 그밖에 경제현상이 복잡해짐에 따라 조세의 실체형성의 핵심이 되는 과세표준의 계산에 있어서 고도의 전문성과 기술성이 요구되기 때문에 조세법의 내용은 복잡해지고 기술성을 띨 수밖에 없다는 것도 조세법의 특질의 하나로 들 수 있다.

6) 조세평등의 원칙에 대하여는 김남진, 조세평등의 원칙, 고시연구, 1989. 6, 37쪽 아래; 조세공평주의, 고시계, 1993. 7, 74쪽 아래 참조.

7) 예를 들면 위법한 행정행위의 취소의 경우에 법치국가원리는 행정의 법률적합성의 측면에서 위법한 행정행위의 취소를 요구하고, 반면에 법적 안정성의 측면에서는 이미

어 있으며, 개별 영역에 따라 상이한 기능을 수행한다. 법치국가원리의 포괄성·불명확성 때문에 조세법의 영역에서 구체적으로 어떠한 내용의 요구를 내포하고 있는지가 밝혀져야 한다. 아래에서는 법치국가원리가 조세법의 영역에서 어떻게 구현되는지를 법률적합성의 원칙, 법적 안정성의 원칙, 비례의 원칙으로 나누어 살펴보기로 한다.

1. 법률적합성의 원칙

법치국가에서 특히 행정은 헌법과 법률에 의한 기속을 받게 된다. 따라서 법치국가원리는 우선 행정의 법률적합성의 원칙을 그 내용으로 한다. 행정의 법률적합성의 원칙에 따라 조세는 법률규정에 적합하며 법률의 범위 내에서 부과되고 징수되어야 한다. 조세법에서 행정의 법률적합성의 원칙은 특히 조세의 구성요건적합성의 원칙으로 표현되는데, 조세의 구성요건적합성의 원칙에 의하면 조세는 법률이 정한 과세요건이 충족되는 경우에만 부과·징수될 수 있는 것이다.

행정의 법률적합성의 원칙은 두가지 요소를 내포하고 있는데, 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙이 그것이다.

(1) 법률우위의 원칙

법률우위의 원칙이란 행정의 법률에의 구속성을 의미한다. 이 원칙에 의해 행정은 적법한 행위를 할 의무를 지게 되며, 그 의무를 위반한 경우에는 그에 대한 책임을 지게 되는데, 구체적으로 어떠한 법적 효과가 발생하는가는 행위의 형식에 따라 상이하게 나타난다.[8]

내려진 행정결정의 존속을 요구한다. 이와 관련하여 법치국가원리는 그로부터 모든 가능한 법원칙이 도출될 수 있는 마술상자와 같은 것이어서 행정법의 일반원칙, 특히 신뢰보호의 원칙을 법치국가원리에서 도출하는 것에 비판에 제기되기도 한다. Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32(1974), S. 203 참조.

8) 이에 대하여는 김남진, 행정법 I, 제5판, 171쪽, 287쪽 아래, 362쪽 참조.

법률우위의 원칙은 행정청에게 기속력있는 법률을 사실상 집행할 것을 요구한다. 납세의무는 의무자의 의사를 고려하지 않고 법률이 정한 요건에 해당하는 모든 사람에게 부과되는 것으로, 과세관청이 납세자와의 합의 또는 계약에 의하여 납세의무를 부담하게 하거나 감면하는 것은 허용되지 않는다. 이것은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다고 규정한 헌법 제38조와 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다고 하여 조세법률주의를 헌법적으로 선언한 헌법 제59조에 반하는 것이다.

(2) 법률유보의 원칙

(가) 조세법률주의

법률유보의 원칙이라 함은 행정이 법률의 수권에 의하여 행해져야 함을 의미한다. 법률유보원칙의 적용영역에 관하여는 견해가 나누어져 있는데, 부담적 행정작용은 법률의 근거가 있어야만 허용된다는 점에는 의견의 일치를 보고 있다. 따라서 조세의 부과·징수는 부담적 처분으로서 항상 법률의 근거가 있어야 한다.

법치국가원리 그 중에서 특히 법률유보의 원칙이 조세법에 통용되는 경우에 조세법의 영역에서는 조세법률주의라는 표현을 사용한다. 즉 조세법률주의란 모든 조세는 국민의 대표기관인 의회가 제정하는 법률에 의해서만 부과·징수할 수 있다는 원칙을 말한다. "대표 없으면 과세 없다"(no taxation without representation), "법률 없으면 조세 없다"(Keine Steuer ohne Gesetz)는 표현은 조세법률주의를 함축적으로 표현한 것이다. 우리 헌법은 제38조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조에서는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"고하여 조세법률주의를 헌법적으로 선언하고 있다. 따라서 과세권자인 국가 또는 지방자치단체는 법률의 근거 없이 조세를 부과·징수할 수 없으며, 국민은 법률에 근거하지 않고는 조세의 납부를

요구받지 아니한다.

(나) 조세우대조치

조세우대조치란 담세력 등 상황이 동일함에도 불구하고 일정한 정책목적을 실현하기 위하여 특정한 요건을 충족하는 경우에 조세부담을 경감하거나 면제하는 것을 말한다. 납세의무자의 경제활동을 일정한 방향으로 유도하려는 목적을 가지고 조세우대조치가 행해지는 것이 보통이다.[9] 이러한 조세우대조치는 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠넘기는 것과 다르지 않다. 따라서 조세우대조치는 조세법의 기본이념을 이루고 있는 공평부담의 원칙을 희생시키면서 특정한 정책목적을 달성하려는 것으로서, 관련 규정은 예외규정의 지위에 있는 것이기 때문에 엄격해석이 요구된다. 즉 감면특혜가 부당히 확대되지 않도록 조세감면요건을 엄격히 해석하고 감면요건사실의 인정도 엄격히 하여야 할 것이다.[10] 또한 조세법의 영역에서 법률유보의 요구는 부담적 조치뿐만 아니라 수익적 처분에도 적용되기 때문에 법적 근거가 없는 조세의 감면은 허용되지 않는다. 조세에 관한 법률규정은 과세관청에게 조세의 부과·징수에 관한 권한을 부여할 뿐만 아니라, 그로부터 법적으로 근거 지워진 조세를 부과·징수할 과세관청의 의무도 도출된다. 과세관청이 이러한 법적 의무로부터 자의적으로 벗어날 수 없는 것이다. 헌법재판소는 조세감면규정에도 조세법률주의가 적용되어야 한다는 것을 분명히 하였다. 즉 조세의 감면에 관한 규정은 조세의 부과·징수의 요건이나 절차와 직접 관련되는 것은 아니지만, 조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호간에는 조세의 전가관계가 있으므로 특정인이나 특정계층에 대하여 정당한 이유 없이 조세감면의 우대조치를 하는 것은 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠맡기는 것에 다름 아니므로 조세감면의

9) 최명근, 세법학총론, 1996, 141쪽.
10) 최명근, 세법학총론, 1996, 144-145쪽.

근거 역시 법률로 정하여야만 하는 것이 국민주권주의나 법치주의의 원리에 부응하는 것이라고 하였다.[11]

(다) 조세법의 법원

조세법은 헌법이 명시한 조세법률주의에 의하여 엄격히 지배되는 법영역이므로 조세법의 법원으로서는 국회에서 법률제정의 절차에 따라 만들어진 형식적 의미의 법률이 그 중추적 지위를 차지하게 되는 것은 분명하다. 그 이외에 국회의 의결을 거치지 않고 과세관청에 의하여 제정되는 법규명령이나 통첩·예규 등 행정규칙 및 불문법원으로서 관습법이나 판례법이 조세법의 법원이 되는지가 문제된다.

(a) 법규명령

법규명령은 형식적 입법절차에 의하여 제정되지 않고 행정청이 정립하는 일반적·추상적인 규정으로서 대외적 구속력을 갖는 법규범에 해당한다. 행정권이 일반적, 구속력 있는 법규명령을 제정할 수 있다는 것은 일견 입법권은 의회에 있다는 권력분립의 원칙에 위배되는 듯 보인다. 그러나 행정권은 자기 고유의 권한으로 법규범의 효력을 가지는 명령을 제정하는 것이 아니라, 의회의 수권에 의해서만 입법활동을 할 수 있으므로 권력분립원칙에 반하는 것은 아니라 하겠다. 다만 권력분립의 원칙에 따라 의회는 중요한 사항에 대하여 직접 규율하고, 수권의 범위와 목적 하에서 세부적인 규정만을 행정권의 법규명령에 위임해야 한다.[12]

행정의 내용이 복잡성, 기술성, 전문성을 띠고 임기응변성을 요구하고 있는 현대국가에 있어서 법규명령의 중요성은 점차 증가하고 있다. 특히 세법에 관한 사항과 법률관계들은 복잡하고 전문적인 것일 뿐 아니라 끊임없이 변천하는 것이어서 법률로써 이를 모두 수용하기에는 기술적

11) 헌재 1996. 6. 26, 93 헌바 2.

12) 예외적으로 헌법은 제76조에 의한 대통령의 긴급재정·경제명령에 대하여 법률과 동일한 효력을 인정하고 있으므로, 이러한 명령으로 국민의 경제적 자유와 권리를 제한할 수 있다.

인 어려움이 많기 때문에 세법은 다른 법률에 비하여 법규명령에 더 많이 의존할 수밖에 없는 것은 사실이다.[13] 그러나 세부적·기술적 사항이 아닌 입법사항을 법규명령으로 제정하는 경우에는 형식적 법률의 명백한 위임이 있어야 하며 수권규정에서 법규명령의 실질적인 규율한계가 구체적으로 정해져야 하는데 현실은 그렇지 못하다. 이는 법치국가원리에 반하는 것이다. 개인의 재산권에 대한 침해는 그 근거가 되는 법률로부터 명확하게 예측할 수 있어야 한다. 이러한 현실은 조세법률주의를 기본이념으로 하는 세법에 있어서 하루 속히 시정되어야 할 것이다.

(b) 행정규칙

행정규칙이란 행정기관이 하급행정기관 또는 그의 구성원에 대하여 행정조직 내부에서 행정조직의 운영, 행정사무의 처리를 규율하기 위하여 발하는 일반·추상적 규정을 말한다.[14] 세무행정에 관한 행정규칙은 규범해석적인 규칙, 재량준칙 및 사안조사에 관한 규칙으로 나눌 수 있는데, 규범해석적 규칙은 세법의 구성요건적 측면에 관련되는 것으로 세법의 통일적인 해석을 가능케 한다. 재량준칙은 재량권을 행사함에 있어서 기준을 제시하고, 사안의 조사에 관한 규칙은 사실관계의 입증완화와 사안의 전개과정에 대한 설명을 간소화하는 기능을 갖는다.

세무행정은 행정규칙이 규정하고 있는 이러한 세법의 해석 및 세무행정운용지침에 따라 시행되고 있기 때문에 행정쟁송에 의하여 부인되지 않는 한 사실상으로는 납세자의 조세부담에 영향을 주고 있다.[15] 행정규칙은 이와 같이 외부영역에 대하여도 효력을 미친다는 것이 인정되지만, 법적 구속력은 헌법상의 평등원칙 또는 신뢰보호의 원칙을 매개로 간접적으로 발생하는 것이므로 그로부터 행정규칙의 법규범적 효력(법원성)을 인정할 수는 없는 것이다. 법원(法院)은 구체적 사건을 판단함

13) 장재식, 조세법, 1995, 35쪽.

14) 김남진, 행정법 I, 제5판, 177-178쪽; 류지태, 행정법신론, 제2판, 208쪽; 홍준형, 행정법총론, 제2판, 361쪽.

15) 장재식, 조세법, 1995, 37쪽; 이태로, 조세법강의, 1997, 11쪽.

에 있어서 원칙적으로 행정규칙에 구속되지 않는다. 다시 말하면 행정규칙은 법원의 심사기준이 되는 것은 아니다. 행정규칙에 규정된 세법의 해석지침을 따를 것인지의 여부는 법원의 독자적인 판단에 맡겨져 있는 것이다.

(c) 관습법

관습법이란 오랜 기간에 걸쳐 동일한 관행이 반복되고, 이러한 관행이 일반국민의 법적 확신을 얻어 법규범으로서 구속력을 가진 것으로 승인된 것을 말한다. 이러한 관습법이 조세법의 법원이 될 수 있는지의 여부 및 정도에 대하여 논란이 있다. 납세자에게 불이익이 되는 경우뿐만 아니라, 이익이 되는 경우에도 관습법의 성립을 부정하는 견해[16]와 조세채무를 성립시키는, 즉 납세자에게 불이익이 되는 관습법의 성립만을 부인하는 견해[17]의 대립이 있다.

우리 헌법은 제38조에서 납세의 의무는 법률로 정할 것을 규정하고, 제59조에서는 조세의 종목과 세율을 법률로 정할 것을 규정하고 있다. 따라서 조세채권·채무를 성립시키는 사항은 형식적 법률로서 규정되어야 하며 관습법에 의하여 납세의무가 성립될 수는 없음은 분명하다. 그런데 국세기본법 제18조 3항에서는 "세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석 또는 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 과세되지 않는다"고 규정하여 납세자에게 이익이 되는 관습법은 성립할 수 있는 것 같이 보이나, 이 규정의 본 뜻은 과세관청의 해석이나 관행을 신뢰한 납세자의 신뢰이익을 보호하기 위하여 소급과세를 금지하는 데에 있는 것이지, 과세관청의 잘못된 관행을 관습법으로 인정하려는 것은 아니다.[18] 과세관청은 이전의 잘못된 해석이나 관행을 새로운 해석 또는 관행에 의하여 시정할 수 있으며, 그에 의하여

16) 장재식, 조세법, 1995, 37쪽.
17) 최명근, 세법학총론, 1996, 57쪽.
18) 장재식, 조세법, 1995, 37-38쪽; 이태로, 조세법강의, 1997, 13쪽.

장래에 향하여는 과세할 수 있는 것이다.

(d) 판례법

조세사건에 대한 법원의 판결은 직접적으로는 당해 사건의 분쟁을 해결함을 목적으로 하는 것이지만, 판결에 나타난 법의 해석이나 운용의 기준은 동종의 또는 유사한 다른 사건에 있어서 과세관청 및 법원에게 하나의 지침이 될 수 있다. 이에 판례가 조세법의 법원이 될 수 있는지가 문제된다.

이에 대하여 대법원의 판례는 심급제에 의해 하급심에 대하여 사실상 구속력을 발휘한다는 이유로 판례법의 법원성을 완전히 부인할 수 없다는 견해가 있다.[19]

그러나 성문법주의를 취하는 우리나라에서는 상급법원의 판결은 당해 사건 이외에는 하급법원을 법적으로 구속하는 효력이 인정되지 않고(법원조직법 제8조), 과세관청도 당해 사건을 넘어서 법원의 판결에 법적으로 구속되지 않으므로 판례의 법원성은 인정할 수 없다.[20] 법적 안정성과 조세평등을 이유로 과세관청은 당해 사건 이외에도 법원의 판례를 존중해야 한다는 주장이 제기될 수 있으나, 행정은 법률에 기속되는 것이지, 법원의 판례에 기속되는 것은 아니므로 그러한 주장은 타당하지 않다. 물론 동종의 다른 사건에 있어서 법원의 판례를 따를 것인지 아니면 그와 다른 결정을 내릴 것인지에 대한 판단이 과세관청의 자의에 맡겨져 있는 것은 아니다. 과세관청이 법원의 판례와 다른 결정을 내리는 데 대하여는 합리적인 이유가 있어야 한다.

이와 같이 판례의 법원성을 인정할 수 없다고 하더라도, 헌법재판소의 위헌결정은 적어도 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력을 일반적으로 상실하게 하고, 법원 기타 국가기관이나 지방자치단체를 기속하므로 법원으로서의 성격을 갖는다고 보아야 한다.[21]

---

19) 홍준형, 행정법총론, 제2판, 74-75쪽.

20) 김남진, 행정법 I, 제5판, 1996, 68-69쪽; 류지태, 행정법신론, 제2판, 35쪽.

21) 류지태, 행정법신론, 제2판, 35쪽; 홍준형, 행정법총론, 제2판, 75쪽.

2. 법적 안정성의 원칙

조세법의 영역에서 법적 안정성의 원칙은 우선적으로 과세관청은 자의에 의해 조세를 부과·징수해서는 안되며, 항상 법률에 근거해서만 조세를 부과·징수해야 한다는 것을 요구한다. 그러나 법적 안정성의 원칙은 자의의 금지뿐만 아니라, 더 나아가 법적 명확성, 투명성, 예측가능성, 기대가능성, 신뢰보호 등을 그 내용으로 한다.

헌법재판소는 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하기 위한 것이 조세법률주의의 이념이라고 하고 있다.[22] 이와 같이 조세법에 있어서 법적 안정성의 원칙은 우선 과세요건 등을 법률에 의하여 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 법적 안정성은 구성요건의 측면뿐만 아니라 법적 효과의 측면에서도 요구되는 것이다. 따라서 법적 요건뿐만 아니라 법적 효과도 법률에 규정되어야 한다.

(1) 과세요건 등의 법정주의

과세요건 등의 법정주의는 내용적으로 조세의 종목, 과세요건 및 조세의 부과·징수절차를 법률로 정할 것을 요구한다. 우선 조세의 종목은 반드시 국민의 대표기관인 국회에서 제정한 법률에 의해서 규정되어야 한다. 헌법 제59조에서도 조세의 종목은 법률로 정한다고 명시하고 있다.

또한 납세의무를 성립케 하는 과세요건(납세의무자, 과세대상, 과세표준, 세율)은 명확하고 상세하게 법률에서 규정하여야 한다. 법률이 아닌 시행령이나 시행규칙으로 과세요건을 규정할 수는 없다. 다만 오늘날 모든 과세요건의 내용과 계산에 관한 상세한 규정을 국회에서 제정하는 법률의 형식으로 정하는 것은 세법의 기술성 및 복잡성 때문에 매우 어

22) 헌재 1994. 6. 30, 93 헌바 9.

려운 일이다. 따라서 법률의 위임에 따라 시행령이나 시행규칙으로 이러한 어려움을 보완할 필요가 있다. 이 경우에 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 하며, 일반적이고 포괄적인 위임은 허용되지 아니한다.[23] 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 시행령이나 시행규칙에 포괄적으로 위임하는 것은 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법규정을 위반한 것이다. 의회는 위임되는 권한의 한계를 명확히 확정하지 않고 입법권의 일부를 행정부에게 위임함으로써 입법부로서의 책임을 회피하여서는 안된다. 또한 행정부는 법규명령제정에 관한 불명확한 수권에 근거하여 의회의 지위를 대신해서는 안되는 것이다.[24] 결론적으로 조세법의 영역에서 과세요건, 즉 납세의무자·과세대상·과세표준·세율은 국회가 제정하는 형식적 법률로 규정되어야 한다. 그에 비하여 전문적이고 기술적인 세부사항을 규율하거나 개념을 구체화 또는 상세화하는 것은 시행령·시행규칙에 위임될 수 있다. 그러나 법률을 변경하거나 보충함으로써 법률을 대체하게 되는 시행령·시행규칙은 허용되지 않는다. 대법원은 모법의 위임한계를 넘어 납세의무의 범위를 확장한 시행규칙에 대하여 조세법률주의 원칙에 위반되어 효력이 없다고 하였다.[25]

마지막으로 법적 안정성의 원칙은 납세의무를 발생시키는 과세요건뿐

---

23) 관련 판례: ① "위임의 근거규정인 법률의 규정 그 자체에서 위임의 범위를 명확히 함과 동시에 구체적으로 위임된 사항의 처리기준, 처리지침을 제시하거나 적어도 그 처리에 대한 대강을 예측할 수 있을 정도로 정하여 두지 않으면 안된다"(헌재 1995. 11. 30, 94 헌바 14).

② "위임입법에 규정될 내용의 대강에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 내지는 특정부분만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단 하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다"(헌재 1994. 6. 30, 93 헌가 15, 16, 17; 헌재 1994. 7. 29, 93 헌가 12; 헌재 1996. 3. 28, 94 헌바 42).

24) BVerfGE 1, 14(60).

25) 대판 1994. 3. 22, 93 누 11920.

만 아니라 조세부과를 위한 절차와 조세의 납부가 이루어지지 아니할 때 징수의 절차도 법률로 정할 것을 요구한다.[26] 조세의 부과 및 징수의 절차를 법률로 정하는 것은 우선 사실관계를 효과적으로 구명할 수 있게 하고, 포괄적인 통제를 가능하게 함으로써 공평한 법적용을 보장하게 된다. 그 이외에 더욱 더 중요한 것은 조세의 부과·징수가 과세관청의 자의에 의하여 행해진다면 납세의무자의 권리가 침해될 수 있으므로 조세의 부과·징수절차를 법률로 정할 것이 요구되는 것이다.[27]

(2) 과세요건 명확주의

법적 안정성의 원칙으로부터 과세요건의 법정주의뿐만 아니라 과세요건 명확주의도 도출될 수 있다.[28] 즉 과세요건을 법률로 규정하되, 납세의무자가 조세부담을 사전에 예측할 수 있을 정도로 과세의 대상·내용·목적·범위 등을 일의적이고 명확하게 규정해야 한다. 과세처분의 적법성 여부에 대한 심사는 과세요건이 법률에 명확하고 자세하게 규정되어 있을 때에만 가능하다.

따라서 일반적으로는 일반조항 및 불확정법개념을 사용하거나 행정청에게 재량을 부여하는 것이 법치국가원리의 명확성의 요구에 반하는 것이 아니지만, 조세법규에서는 일반조항이 존재하지 않으며 불확정법개념을 사용하거나 법률효과를 과세관청의 재량에 맡기는 것이 극히 제한되어 있다. 과세요건 명확주의를 고수하기 위해서는 조세법규에 불확정법개념을 전혀 사용하지 않는 것이 바람직하지만, 입법기술상 불확정법개념의 사용이 불가피한 경우가 있으며, 또한 그것이 과세요건 명확주

26) 동지 판례: 대판 1982. 11. 23, 82 누 221; 대판 1987. 10. 26, 86 누 426.

27) 장재식, 조세법, 1995, 50쪽.

28) 관련 판례: "조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 핵심적 내용으로 삼고 있고 따라서 조세감면 규정은 지나치게 추상적이고 불명확하여 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 없도록 그 규정내용이 명확해야 한다"(헌재 1997. 2. 20, 95 바 27).

의의 예외를 의미하는 것은 아니다. 불확정법개념은 구체적이고 다양한 사안을 일반·추상적으로 표현하기 위하여 사용된다. 그러나 불확정법개념을 해석함에 있어서 일의적이고 명확한 결론에 도달할 수 없을 때에는 명확성의 원칙에 반한다고 보아야 한다. 또한 법률요건의 측면에서 불확정법개념을 사용했을 때 법률효과의 측면에서 과세관청에게 재량을 부여하는 경우가 있는데,[29] 이 경우 과세요건(법률요건)이 충족되면 법률효과의 측면에서 인정된 재량은 소멸된다고 보아야 한다.

(3) 소급과세금지의 원칙

법적 안정성의 원칙의 중요한 요소의 하나는 소급효의 금지, 즉 소급과세금지의 원칙이다. 법적 안정성의 관점에서 납세의무자의 법적 지위가 소급해서 불리하게 되어서는 안된다. 다만 법령의 개정으로 과거의 조세를 경감하는 경우처럼 국민에게 이익이 되는 소급효는 허용된다. 헌법은 제13조 2항에서 "모든 국민은 소급입법에 의하여 … 재산권을 박탈당하지 아니한다"고 규정하여 소급금지의 원칙을 명시하고 있는데, 여기서 재산권의 박탈에는 조세의 부과·징수가 포함되는 것은 당연하다. 또한 국세기본법도 제18조 2항에서 "국세를 납부할 의무가 성립한 소득·수익·재산·행위 또는 거래에 대하여는 그 성립 후의 새로운 세법에 의하여 소급하여 과세하지 아니한다"고하여 동 원칙을 명시하고 있다.

소급과세금지의 원칙과 관련하여 과세기간 또는 과세연도의 도중에서부터 시행되는 새로운 개정세법이 그 시행 전부터 계속되는 사실 또는 법률관계에 대하여 적용되는지가 문제된다. 이에 대하여는 견해가 대립되는데, 우선 하나의 견해는 과세기간 진행 중에 세법이 개정되는 경우에는 개정세법의 시행일을 기준으로 하여 과세표준을 구분계산하고 그

29) 이러한 법률규정을 연결규정, 혼합규정 또는 융합규정이라 한다. 이에 대하여는 홍준형, 행정법총론, 제2판, 202쪽 참조.

시행일 이후의 과세표준계산에 대해서만 개정법을 적용하며 시행일전의 과세표준에 대해서는 그 개정법을 소급적용해서는 안된다는 것이다.[30] 다른 견해는 과세기간의 진행 중에 세법이 개정되었다 하더라도 그 개정세법은 과세기간 개시일 까지 소급하여 적용될 수 있으며, 이는 법률불소급의 원칙에 위배되지 아니한다고 한다.[31] 소급과세금지는 '완결된' 과세요건사실에 대하여 사후법에 의해 과세하는 것을 금지한다는 것이고(진정 소급과세의 금지), 신법 시행일 이전부터 그 시행일 이후까지 계속적으로 진행되고 있는 과세요건사실에 대하여 까지 금지된다는 것은 아니라고 한다(부진정 소급과세). 대법원도 법인세의 경우 과세표준계산의 기간인 사업연도의 종료 당시에 과세요건은 완성되고 그때에 납세의무가 성립되는 것이므로 사업연도의 진행 중 세법이 개정되었을 경우에 그 사업연도종료 당시의 법에 의하여 그 사업연도의 개시일분부터 과세하는 것은 조세법률주의 또는 법률불소급의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시하고 있다.[32]

소급효를 이와 같이 진정 소급효(echte Rückwirkung)와 부진정 소급효(unechte Rückwirkung)로 구분하는 것은 독일의 연방헌법재판소의 판례에 그 뿌리를 두고 있다.[33] 다만 현재에는 진정 소급효와 부진정 소급효라는 표현은 더 이상 발견할 수 없고 과거의 진정 소급효에 해당하는 것을 법률효과의 소급효(Rückwirkung von Rechtsfolgen)라 하고 부진정 소급효를 구성요건의 소급적 연결(tatbestandliche Rückanknüpfung)이라는 용어를 사용하고 있다. 새로운 용어사용이 양자의 구별을 더 명확하게 하는지에 대하여는 의문이 제기되기도 하지만,[34] 여하튼 독일 연방헌

30) 전정구, 한국조세법의 제문제, 1989, 42-43쪽.

31) 최명근, 세법학총론, 1996, 90-93쪽.

32) 대판 1964. 12. 15, 64 누 94. 동지 판례: 대판 1970. 3. 24, 70 누 19; 대판 1983. 4. 26, 81 누 423; 대판 1992. 9. 8, 91 누 13670.

33) BVerfGE 13, 274(278); 13, 279(282 ff.); 18, 135(144) 참조.

34) 이에 대하여는 Vogel, Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht, JZ 1988, 833 참조.

법재판소의 구분에 따르면 진정 소급효(또는 법률효과의 소급효)는 법률이 효력을 발생하기 전에 완성된 사실 또는 법률관계에 대하여 세법의 효력이 미치는 것을 말하는데, 이는 이미 발생된 법률효과를 사후에 변경하는 것이기 때문에 원칙적으로 법치국가원리에 뿌리를 둔 신뢰보호의 원칙에 위배되어 허용되지 않는다고 한다.[35] 다만 중대한 공익상의 이유가 있거나, 보호할 가치가 있는 관계자의 신뢰가 존재하지 않거나 또는 더 이상 존재하지 않는 경우에는 이러한 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있다고 한다. 예를 들면 ① 납세의무자가 법적 상황에 의하여 법률이 소급 적용되는 시점에 그러한 규율을 충분히 예상할 수 있었거나 소급효로 인한 손해가 극히 경미하기 때문에 납세의무자의 신뢰가 보호할 가치가 없는 경우,[36] ② 기존의 법령이 불명확하거나 충분하지 않아 신뢰보호의 근거가 성립하지 않은 경우,[37] ③ 기존의 법령이 무효인 경우,[38] ④ 법적 안정성의 요구보다 공익이 우선하는 경우[39] 등이다. 그에 대하여 부진정 소급효(또는 구성요건의 소급적 연결)는 세법이 현재 진행중인, 즉 아직 종료되지 않은 사실 또는 법률관계에 대하여 장래에 향하여 효력을 발생함으로써 납세의무자의 법적 지위를 사후적으로 불리하게 변경하는 것을 말하는데, 이는 납세의무자의 신뢰를 손상하지 않으므로 원칙적으로 허용된다고 한다.[40]

생각건대 소급효와 관련하여 진정 소급효와 부진정 소급효로 구분하여 전자는 허용되지 않고 후자는 허용된다고 보는 견해는 너무 형식적이고 실제에 있어서 불합리한 결과를 가져올 우려가 있다.[41] 법률규정이 이미 완결된 사실에 관계하는지 아니면 현재 진행중인 사실에 관한 것

35) BVerfGE 63, 343(353); 67, 1(15); 72, 200(272).
36) BVerfGE 37, 363(397 f.); 45, 142(173); 88, 384(404).
37) BVerfGE 45, 142(173).
38) BVerfGE 13, 261(272).
39) BVerfGE 72, 200(258).
40) BVerfGE 63, 152(175);72, 141(154); 79, 29(45 f.).
41) 독일 연방헌법재판소는 원칙에 대한 예외를 인정함으로써 불합리한 결과를 피하려 하고 있다.

인지는 입법기술에 의하여 달라질 수 있는 것이다. 예를 들면 과세기간의 마지막날에 개정된 세법을 적용하는 것은 부진정 소급효에 해당하여 원칙적으로 허용되는 데 반하여, 과세기간의 첫째 날에 개정된 세법을 전년도의 과세대상에 적용하는 것은 진정 소급효가 되어 원칙적으로 허용되지 않게 된다. 그러나 위의 두 사안의 경우 모두 납세의무자의 신뢰를 침해하는 것이라는 점에서 아무런 차이가 없는 것이다. 결국 납세의무자의 법적 지위를 불리하게 변경하는 법률규정의 적법성 여부는 납세의무자의 신뢰보호 및 법적 안정성과 입법자가 법개정에 의하여 추구하려는 공익의 비교형량에 의하여 판단하여야 할 것이다.[42] 법개정에 의하여 달성하려는 공익보다 관계자의 신뢰보호의 필요가 크다면 경과규정을 두어 진행중인 사실에 대한 새로운 법률규정의 적용, 이른바 부진정 소급효도 피해야 할 것이다.

(4) 유추금지의 문제

조세법의 영역에서 법률규정에 공백이 있는 경우에 유추해석에 의하여 그 공백을 메울 수 있는지가 논란이 된다. 이에 대하여 조세법률주의는 납세의무의 한계를 법률에 의하여 명확히 하도록 하고 있는 것이므로 납세의무자에게 불리한 유추적용뿐만 아니라 납세자에게 유리한 유추적용까지도 금지하고 있는 것이라는 견해가 있다.[43] 대법원도 "조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석 하거나 유추해석 하는 것은 허용되지 않는다"거나,[44] "… 조세법률주의의 원칙은 … 그 집행에 있어서도 이를 엄

42) Arndt, Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts, 1988, S. 85 f.; 류지태, 행정법신론, 제2판, 948쪽; 김성수, 조세법의 기본원칙, 한국공법의 이론(김도창박사 고희기념논문집), 1993, 885쪽.

43) 장재식, 조세법, 1995, 54쪽.

44) 대판 1994. 2. 22, 92 누 18603. 동지 판례: 대판 1995. 9. 26, 55 누 7857; 대판 1995. 3. 17,

격하게 해석·적용하여야 하며 행정 편의적인 확장해석이나 유추적용은 허용되지 않음을 의미하는 것이다"라고 하여 같은 입장을 보이고 있다.[45]

반면에 독일의 티프케(Tipke)와 랑(Lang)에 의하면 법률규정의 공백을 메우기 위해서는 납세의무자에게 유리한 유추뿐만 아니라 불리한 유추도 허용될 수 있다고 한다.[46] 또한 독일의 연방재정법원은 납세의무를 성립시키거나 확대하는 유추해석은 금지된다는 입장을 유지하여 오다가 1983년 10월 20일의 판결에서는 일정한 조건하에 납세의무를 확대하는 유추적용에 의하여 조세법의 공백을 메울 수 있음을 인정하고 있다.[47] 연방재정법원은 문제된 사안의 경우 법률에 공백이 있음이 명백하고 법률의 규정이 있는 다른 사안과 동일하게 취급할 것에 대한 입법자의 의도를 도출할 수 있기 때문에 납세의무를 확대하는 유추적용이 가능하다고 하였다. 이 경우 합리적 이유 없이 입법자의 의도에 반하여 동등한 사안을 다르게 취급하는 것은 평등원칙에 반한다고 볼 수도 있다. 그러나 평등원칙으로부터 동일한 사안의 경우 유추적용에 의하여 조세를 부과함으로써 개인의 재산권에 대한 침해를 확대하는 것이 도출될 수 없다. 이것은 조세의 구성요건적합성의 원칙에 반하는 것이다. 평등원칙의 위반은 법률의 공백을 메우기 위하여 유추적용 되어야 할 것으로 주장되는 법률규정을 폐지하거나 법률의 공백을 메우는 입법으로써 해소될 수 있는 것이다. 어떠한 방법으로 평등원칙의 위반을 해소할 것인지에 대한 결정은 입법자가 내려야 하는 것이지, 행정부나 법원이 결정할 사항이 아니다.[48]

생각건대 조세법의 영역에서는 납세의무자에게 유리한 유추적용만이 허용되고 납세의무자에게 불리한 유추적용은 허용되지 않는다고 하겠

94 누 8686; 대판 1991. 7. 9, 90 누 9797; 대판 1990. 5. 22, 89 누 7191; 대판 1987. 5. 26, 86 누 92.

45) 대판 1982. 11. 23, 82 누 221. 동지 판례: 대판 1983. 7. 26, 83 누 151; 대판 1984. 5. 15, 84 누 127.

46) Tipke/Lang, Steuerrecht, 15. Aufl., S. 111 ff.

47) BFH, Urt. v. 20. 10. 1983, NVwZ 1984, 823.

48) Arndt, Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts, 1988, S. 36.

다. 여기서 납세의무자에 불리한 유추해석이 금지되는 것은 법적 안정성의 원칙에서 도출되는 것이지, 유추금지가 적용된 결과는 아니다. 만약 조세법의 영역에도 유추금지가 적용된다고 한다면, 납세의무자에게 불리한 경우뿐만 아니라 납세의무자에게 유리한 유추해석도 금지되어야 할 것이다. 그러나 행정의 법률적합성의 원칙으로부터 침해행정에는 유추금지가 적용되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니기 때문에 다른 행정법 분야에서처럼 조세법의 분야에서도 유추금지는 적용되지 않는다. 결국 납세의무자에게 불리한 유추해석이 허용되지 않는 것은 유추금지가 적용되기 때문이 아니라, 그것이 법적 안정성을 해치기 때문인 것이다.

(5) 신뢰보호의 원칙

(가) 신뢰보호원칙의 근거

신뢰보호의 원칙이란 행정기관의 어떠한 언동에 대하여 국민이 그것의 정당성·존속성을 신뢰한 경우에, 그 신뢰가 보호받을 가치가 있으면 그 신뢰를 보호해 주어야 한다는 것이다.[49]

신뢰보호의 원칙은 학설·판례에 의하여 일반적으로 인정되고 있는데, 그의 법적 근거에 대하여는 신의성실의 원칙 또는 금반언(Estoppel)의 법리에서 구하는 견해, 법치국가원리, 특히 그의 요소로서 법적 안정성에서 구하는 견해, 기본권 또는 사회국가원리에서 찾는 견해 또는 여러 관점을 중첩적으로 적용하여 도출하는 견해 등 여러 주장이 제기되고 있다.[50] 그러나 신뢰보호의 원칙을 법적 안정성이라는 법치국가원리에 뿌리를 두고 있는 법원칙으로 보는 것이 현재 우리나라의 통설이다. 법적 안정성은 행정작용의 존속성에 대한 개인의 신뢰를 보호해야만 보

49) 김남진, 행정법 I, 제5판, 52쪽; 류지태, 행정법신론, 제2판, 947쪽.

50) 이에 대하여는 김남진, 행정법 I, 제5판, 52-54쪽; Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32(1974), S. 201 ff. 참조.

장되는 것이다.

법치국가원리는 내용적으로 법률적합성의 원칙과 법적 안정성의 원칙으로 구성되어 있다. 신뢰보호의 원칙은 경우에 따라 행정의 법률적합성의 원칙과 결합하기도 하고, 경우에 따라서는 서로 충돌되기도 한다. 신뢰보호의 원칙이 행정의 법률적합성의 원칙과 충돌하는 경우 상대방의 신뢰보호를 어디까지 인정할 것인지가 문제되는데, 구체적 사안에 있어서 적법상태의 실현에 의하여 달성되는 공익과 행정작용의 존속성·계속성에 대한 개인의 신뢰보호라는 사익의 비교형량에 의하여 결정되어야 할 것이다.

(나) 신뢰보호원칙의 적용요건

신뢰보호의 원칙에 따라 과세관청의 언동이나 지속적인 행위에 대하여 납세자가 그것의 정당성·존속성을 신뢰하여 어떠한 조치를 한 경우에, 그 신뢰가 보호할 가치가 있으면 그 신뢰를 보호해 주어야 한다. 즉 신뢰보호원칙의 내용은 보호할 가치가 있는 신뢰를 보호해야 한다는 것으로 요약할 수 있는데, 이는 순환명제에 해당하는 것이다. 결국 어떠한 요건 하에, 어느 정도로 납세자의 신뢰가 보호될 수 있는 것인지를 밝히는 것이 신뢰보호원칙의 가장 본질적인 문제라 할 수 있다.

신뢰보호원칙이 적용되기 위하여는 일반적으로 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다.[51]

① 과세관청의 선행조치: 우선 납세자의 신뢰의 대상이 된 과세관청의 언동이나 지속적인 행위가 있어야 한다. 행위의 종류나 형태는 불문한다. 즉 적극적 작위, 부작위, 또는 외형상 나타나는 행위, 추단에 의해 짐작할 수 있는 행위를 포함한다. 어떠한 설명이나 행위가 있어야 함에도 불구하고 침묵이나 부작위로 일관한다면 이것도 신뢰보호의 대상이 될 수 있는 것이다.

---

51) 대판 1995. 9. 29, 95 누 7376; 대판 1990. 10. 10, 88 누 5280; 대판 1987. 5. 26, 86 누 92; 대판 1985. 4. 23, 84 누 593 참조.

② 신뢰의 보호가치성: 선행조치의 정당성 또는 존속성에 대한 납세자의 신뢰가 보호받을 가치가 있어야 한다. 과세관청의 잘못된 언동의 표시 또는 행위가 납세자의 사기·강박·증뢰 등 부정한 방법에 의하여 행해진 경우 또는 납세자 측이 사실의 은폐나 허위사실의 고지에 기인한 경우에는 납세자의 신뢰이익을 보호할 수 없다. 또한 납세자가 선행조치의 위법성을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에도 납세자의 신뢰는 보호받을 가치가 없는 것이 된다.

③ 납세자의 신뢰에 기인한 처리: 납세자가 과세관청의 언동 또는 행위를 신뢰하여 그 신뢰에 기초를 두고 세무상의 처리를 실제로 했어야 한다. 또한 과세관청의 선행조치와 납세자의 조치 사이에 인과관계가 있어야 한다. 즉 납세자는 과세관청의 선행조치의 정당성·존속성을 믿음으로써 일정한 조치를 한 경우이어야 한다.

④ 과세관청의 선행조치에 반하는 행정작용: 과세관청이 과거의 자기 언동 또는 행위에 반하는 세무행정상의 처분을 하여야 한다. 이 처분은 반드시 과세처분에 한정되는 것은 아니고, 그 이외의 납세자에게 불이익이 되는 모든 행정처분을 포함하는 것이다.

⑤ 권익침해: 과세관청이 선행조치에 반하는 행정작용을 함으로써, 과세관청의 언동 또는 행위를 믿고 그에 기초하여 세무처리를 한 납세자의 권익이 침해되어야 한다.

(다) 신뢰보호원칙의 적용례

신뢰보호원칙의 내용은 매우 추상적이어서 이를 구체화하고 유형화하는 작업이 필요한데, 아래에서는 신뢰보호원칙이 조세법의 영역에서 적용되는 구체적 사례에 대하여 살펴보기로 한다.

(a) 새로운 해석 또는 관행의 소급적용금지

국세기본법 제18조 3항에서는 "세법의 해석 또는 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석 또는 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석 또는 관행에 의하여

소급하여 과세되지 아니한다"고하여 신뢰보호원칙의 구체적 내용으로서 새로운 세법해석 또는 관행의 소급적용금지에 대하여 규정하고 있다. 이전의 해석 또는 관행이 잘못된 것임이 밝혀진 경우에 이를 수정하여야 하는 것은 법치국가원리, 그 중에서 특히 행정의 법률적합성의 요청이다. 그러나 수정된 새로운 해석이나 관행을 소급하여 적용하는 것은 소급입법의 경우와 마찬가지로 법적 안정성과 납세자의 신뢰보호를 위하여 허용되어서는 안된다. 이는 법치국가원리의 또 다른 측면에서의 요청이다. 결국 국세기본법 제18조 3항은 행정의 법률적합성에 따라 잘못된 해석이나 관행은 수정하되 납세자의 신뢰보호를 위하여 장래에 향하여서만 효력을 발생하고 소급해서 적용하는 것을 금지하고 있는 것이다. 대법원은 "국세기본법 제18조 제2항(현행 국세기본법 제18조 3항: 필자 보충)의 규정은 법적 안정성과 납세자의 신뢰를 보호하여야 한다는 헌법상 요청의 일단을 확인하고 있음에 불과하다"고 판시하여 국세기본법상 이러한 규정이 없다고 하더라도 당연히 적용되는 원칙으로 보고 있다.[52]

그러나 실제에 있어서 국세기본법 제18조 3항의 적용은 많은 어려움을 가져온다. 특히 과세관청이 일정한 사안에 대하여 과세여부의 의사표현 없이 상당한 기간 동안 과세하지 않다가 새로운 해석을 내려 과세하였을 경우에, 이전에 과세하지 않은 것이 과세누락이냐 또는 비과세의 관행이냐의 판단은 결코 간단하지 않다.

우선 과세관청이 과세요건의 충족사실을 알지 못했기 때문에 과세하지 않았다면 그것은 과세누락으로 보아야 한다. 즉 신뢰보호의 원칙에 의한 비과세관행이 성립하기 위해서는 최소한 과세관청이 과세할 수 있는 정을 알고 있으면서 과세하지 않았어야 한다.[53] 그 이외에 과세관청의 과세하지 않겠다는 언동이 있어야 하느냐가 문제되는데, 이에 대하여 종전의 대법원 판례는 일관되어 있지 않았다.

---

52) 대판 1983. 4. 12, 82 누 203.

53) 장재식, 조세법, 1995, 62쪽.

대법원은 1980년 6월 10일 판결에서 국가가 과세할 수 있는 정을 알면서도 일정기간 한 건도 이를 과세한 일이 없었다면 납세자가 그것을 믿을 수밖에 없고 그로써 비과세의 관행이 이루어졌다고 보아도 무방하다고 판시함으로써 비과세에 대한 과세관청의 언동이 필요 없는 것으로 보았다[54] 그러나 이 판례에 대한 대법원의 소수의견은 과세할 수 있는 정을 알면서 과세하지 않았다는 것만으로는 단순한 과세누락에 해당하는 것으로 볼 수밖에 없다고 하였다. 우선 그들은 조세에 관한 법령은 강행규정이므로 과세요건이 충족되면 과세관청은 법이 정한 바에 따라 소정세액을 징수하여야 하고, 조세의 감면에 관한 구체적인 명문규정이 없는 한 조세채권자가 조세의 감면이나 징수의 유예를 할 수 없는데 이를 합법성의 원칙이라 하였다. 이러한 합법성의 원칙은 납세자의 신뢰보호라는 법적 안정성의 원칙에 우월하는 것이라 하여, 일정기간 동안 과세누락이나 이에 준할 비과세의 사실이 있었다는 것만으로는 납세자에게 받아들여진 국세행정의 관행이 있는 것으로 볼 수 없고, 과세관청이 납세자에 대하여 비과세를 시사하는 무엇인가의 '명시적 언동'이 있고, 일정기간에 걸쳐 과세하지 않음으로써 납세자가 그것을 신뢰하는 것이 무리가 아니라고 인정할 만한 사정이 있는 경우라야만 비과세의 관행이 있는 것으로 보아야 한다고 하였다.

그 후의 대법원 판례는 이러한 소수의견의 입장으로 바뀌었다. 즉 대법원 1983년 12월 27일 판결에서는 "국세기본법 제18조 제2항(현행 국세기본법 제18조 3항: 필자 보충)에 의한 비과세의 관행은 일정기간 동안의 단순한 과세누락이 아니고 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 언동을 한 경우 등에 그 성립을 인정할 여지가 있다고 할 것이다"고 하여 과세관청의 언동을 비과세관행의 성립요건으로 보았다.[55]

그러나 다시 1984년 6월 12일 대법원 판례에서는 비과세관행이 성립하기 위하여 과세관청이 납세자에 대하여 과세를 하지 아니한다는 명시

54) 대판 1980. 6. 10, 80 누 6. 동지 판례: 대판 1983. 9. 27, 82 누 130.
55) 대판 1983. 12. 27, 83 누 297. 동지 판례: 대판 1984. 5. 22, 84 누 55.

적인 언동이 있어야 하는 것은 아니라고 하였다.[56]

그러다가 대법원의 1984년 12월 26일 판결에서는 비과세의 관행이 성립하기 위하여 과세관청의 비과세를 시사하는 언동이 있어야 하지만 과세관청의 언동은 반드시 명시적인 것이어야만 하는 것은 아니고 묵시적인 의향표시가 있는 것으로 볼 수 있는 것이면 된다고 하였다.[57] 다만 묵시적 표시가 있다고 하기 위하여는 단순한 과세누락과는 달리 과세관청이 상당기간의 비과세상태에 대하여 과세하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는 사정이 있어야 한다고 하였다. 이 후 대법원은 이러한 입장을 견지하고 있다.[58]

생각건대 신뢰보호원칙이 적용되기 위해서는 우선적으로 과세관청의 언동이나 지속적인 행위가 있어야 하는데, 그의 종류나 형태는 불문하는 것이다. 즉 적극적인 의사표시뿐만 아니라 어떠한 행위가 있어야 함에도 불구하고 부작위로 일관하는 것도 신뢰의 대상이 되는 것이다. 따라서 비과세의 관행은 과세관청의 과세하지 않겠다는 명시적 언동이 있는 경우에만 성립하는 것은 아니다. 과세관청이 과세할 수 있는 정을 알고 있으면서도 상당기간 과세하지 않았다면, 과세관청이 부작위에 의해 비과세의 사실상태를 장기간 방치한 것으로 신뢰의 대상이 되는 과세관청의 언동이나 행위가 있는 것으로 보아야 할 것이다.[59]

(b) 과세처분의 변경 · 취소 · 철회

(i) 과세처분의 변경

과세관청은 업무의 과중, 인원 및 시간의 부족 등으로 과세처분을 함에 있어서 모든 사실에 대하여 자세히 조사할 수 없는 경우가 많다. 그

56) 대판 1984. 6. 12, 84 누 53.

57) 대판 1984. 12. 26, 81 누 266.

58) 대판 1995. 10. 12, 95 누 9815; 대판 1995. 4. 21, 94 누 6574; 대판 1995. 2. 14, 94 누 12951; 대판 1995. 2. 3, 94 누 11750; 대판 1993. 7. 27, 90 누 10384; 대판 1993. 2. 23, 92 누 12919.

59) 그러나 다른 생각으로는 김두형, 조세법에 있어서 신의성실의 원칙에 관한 판례이론, 월간조세, 1995. 5, 59쪽.

로 인하여 잘못된 과세처분이 발해질 가능성이 많은데, 일정한 조건하에서는 이러한 과세처분을 수정할 기회가 주어져야 한다.

우선 명백한 오기·오산 또는 이에 준하는 명백한 잘못이 있는 과세처분을 수정하는 것은 신뢰보호원칙에 저촉되지 않는다(행정절차법 제25조 참조). 그러나 그 이외의 경우에 과세관청이 과세처분을 납세의무자의 동의 또는 신청 없이 그에게 불이익하게 변경하는 것은 신뢰보호의 관점에서 제한을 받는다. 그에 비하여 과세관청이 납세의무자와 협의하여 그의 동의하에 잘못된 과세처분을 변경하는 것은 원칙적으로 아무런 문제가 없다. 다만 납세의무자에게 이익이 되는 변경의 경우에는 과세처분에 대한 쟁송제기기간이 지나기 전에 납세의무자가 동의하거나 변경을 신청하여야 할 것이다. 쟁송제기기간이 지난 후에 납세의무자에게 불리한 과세처분에 대한 변경신청을 허용하는 것은 행정행위의 불가쟁력에 반하는 것이다. 그러나 납세의무자에게 불이익이 되는 변경은 쟁송제기기간의 경과 후에도 그가 동의하는 한 허용될 수 있을 것이다. 이는 불가쟁력과 관련이 없는 것이다.

독일 조세기본법은 세액에 영향을 미치는 사실이나 증거자료가 있었음이 과세처분 후에 새로이 밝혀진 경우에 있어서 과세처분의 변경에 대하여 규정하고 있다(독일 조세기본법 제173조 참조). 예컨대 납세의무자가 침묵함으로써 과세관청이 일정한 사실의 존재를 모르고 과세처분을 했다면, 그 후에 밝혀진 사실에 의하여 과세처분을 수정하여야 한다. 이 조항은 법적 안정성과 법률적합성의 원칙 사이의 타협의 결과이다. 그러나 이 조항은 결과에 있어서 신뢰보호의 원칙에 반할 수 있다.

생각건대 새로운 사실이나 증거자료의 발견에 의한 과세처분의 변경은 구체적인 경우에 신뢰보호의 원칙 내지 법적 안정성의 원칙과 법률적합성의 원칙의 비교형량에 의하여 결정되어야 할 것이다. 납세의무자에게 불이익이 되는 사실 또는 증거자료를 납세의무자가 고의로 또는 중대한 과실로 그 존재를 알지 못하여 제출하지 않음으로써 과세관청이 잘못된 과세처분을 내린 경우에 있어서 과세처분의 변경은 신뢰보호원

칙에 반하지 않는다. 납세의무자는 과세표준의 신고 및 조세행정의 원활을 위하여 법이 부여하고 있는 의무를 신의에 좇아 성실하게 이행하여야 한다(국세기본법 제15조 참조). 그에 비하여 납세의무자에게 이익이 되는 사실 또는 증거자료가 사후에 밝혀진 경우에, 그에 대한 납세의무자의 중대한 과실이 있으면 과세처분의 변경은 허용되지 않을 수 있다. 그밖에 새로운 사실이나 증거자료가 없는데도, 단지 같은 사실에 대한 법률적 판단을 달리함으로 인하여 과세처분을 불이익하게 변경하는 것은 신뢰보호원칙에 반하는 것으로 허용되지 않는다.

(ii) 과세처분의 취소

위법한 수익적 처분은 신뢰보호의 관점에서 일정한 요건 하에서만 취소될 수 있다. 즉 과세관청의 처분이 납세자의 부정한 방법(예컨대 허위사실의 고지나 사실의 은폐, 강박, 증뢰 등)에 의하여 발하여 진 경우, 수익자가 처분의 위법성을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 등에는 납세자의 신뢰이익은 보호될 수 없다.

그에 비하여 위법한 부담적 처분은 이해관계인에게 이익이 되는 한 장래에 향하여 또는 소급하여 취소될 수 있다. 그러나 당초의 부담적 처분을 취소하고, 동일한 법적 근거에서 가중된 부담적 처분을 새로이 발하는 경우에는 사정이 다르다 할 것이다. 부담적 처분을 불이익하게 변경하는 경우에는 수익적 처분의 취소와 마찬가지로 신뢰보호원칙이 적용되어야 할 것이다.[60] 예를 들어 납세자가 조세를 납부기간 내에 납부하지 않은 경우에 과세관청은 200만원의 가산금액을 부과·징수하여야 하는데, 100만원의 가산금액만을 부과한 경우에 당해 처분은 부담적 처분이지만 관련 납세자에게는 수익적으로 작용하는 것이다. 따라서 위 처분의 취소에는 수익적 처분의 취소에 관련된 신뢰보호원칙이 적용된다.

60) 김남진, 행정법의 기본문제, 제4판, 75쪽 참조.

(iii) 과세처분의 철회

적법한 수익적 처분은 일정한 요건 하에 장래에 향하여 철회될 수 있다. 즉 철회권이 유보된 경우, 부담을 이행하지 않은 경우, 새로이 발생된 사실에 의하여 과세관청이 당해 처분을 발하지 않을 권한이 있고 당해 처분을 철회하지 않으면 공익에 대한 위험이 발생하는 경우 등에는 철회할 수 있다.[61] 예를 들면 납세자에게 납부기한까지 납부할 수 없는 사정이 있어서 그 조세의 징수를 유예하였는데, 납세자의 재산상황이 호전되어 징수유예의 필요성이 없어진 경우 또는 납세자의 재산상황이 현저히 악화되어 유예한 기한까지 유예된 세액의 전액을 징수할 수 없게 된 경우에 과세관청은 징수유예를 철회할 수 있다.[62]

적법한 부담적 처분은 동일한 내용의 처분을 다시 발해야 하는 경우 및 철회를 허용하지 않는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 장래에 향하여 철회될 수 있다. 처분의 적법성은 처분이 효력을 발생할 시점의 법적·사실적 상태에 따라 판단하는 것이다. 따라서 법적 상태나 사실상태가 처분의 효력발생 이후에 변경된 경우에 처분의 철회가 허용될 수 있다. 또한 재량결정의 경우 재량의 범위 내에서 이전 처분의 개선을 위하여 철회할 수 있다.[63]

(c) 확약

납세의무자는 과세처분이 내려지기 전에 그 내용에 대하여 사전에 문의하는 경우가 많다. 이에 대하여 과세관청이 어떠한 사실에 대한 장래의 규율내용을 미리 알려주는 경우가 있는데, 이러한 과세관청의 견해표시에 구속력이 있는지가 문제된다. 과세관청의 자기구속의 의사가 있는 의견표시에 대하여 납세의무자는 그것을 믿고 자기의 장래의 계획을 결정하게 될 것이다.

여기서 구속력 있는 행정청의 의사표시를 확약(Zusage)이라 한다. 즉

61) 독일의 행정절차법 제49조 2항 참조.

62) 국세징수법 제20조 참조.

63) Tipke/Lang, Steuerrecht, 12. Aufl., S. 688 f.

확약이란 행정청이 국민에 대하여 장차 일정한 행정처분을 하겠다던가 또는 하지 않겠다는 약속의 의사표시(Willenserklärung)를 말한다.[64]

그에 대하여 사실적 상태 또는 법률적 관계에 대한 정보제공(예를 들면 법률상 구성요건의 해석에 대한 정보제공)으로서 구속력이 없는 행정청의 지식의 표시(Wissenserklärung)를 교시(Auskunft)라고 한다. 그런데 실제에 있어서 과세관청의 의견표시가 구속력 없는 교시에 해당하는지 또는 구속력 있는 확약에 해당하는지 불분명한 경우가 많다.[65] 이 문제는 결국 해석에 의하여 밝혀질 수 있을 뿐이다.

확약의 효과는 과세관청이 상대방에 대하여 확약한 대로의 행정처분을 해야 할 의무를 부담한다는 데에 있다. 예컨대 과세관청이 납세의무자에게 일정한 사실에 대한 과세여부 또는 과세범위에 대하여 확약을 한 경우에 원칙적으로 과세관청은 그에 반하는 과세처분을 할 수 없다. 이러한 구속력은 신뢰보호의 원칙을 끌어들일 필요 없이 바로 확약의 행정행위성에서 도출될 수 있는 것이다.

그러나 확약의 구속력은 그 확약이 무효인 경우(예컨대 법률에 근거 없는 조세의 감면을 약속하는 경우처럼 법령에 위반되는 내용의 확약 등)에 발생하지 않음은 물론, 그 기초가 되는 사실 및 법상태의 변경에 의하여 또는 과세관청의 취소·철회에 의하여 상실될 수 있다.

우선 확약의 기초가 되었던 사실적 상황이나 법적 상황이 변경된 경

64) 1987년 7월 입법 예고되었던 행정절차법안 제25조 1항은 확약을 "행정청이 어떠한 행정처분을 추후에 하거나 하지 아니할 것을 약속하는 행위"로 정의하였다. 그러나 1996년 12월 31일 제정·공포된 행정절차법에서는 확약에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않다. 확약을 허용하는 명문규정이 없는 경우에도 행정청에게는 행위형식의 선택의 자유가 있고 또한 행정처분의 권한에는 그에 대한 확약의 권한도 포함된다고 보아야 한다. 즉 행정청은 처분권한의 범위 내에서 재량에 따라 확약을 할 수 있는 것이다.

65) 확약의 형식에 대해서 독일의 행정절차법(제38조 1항)과 우리의 1987년의 행정절차법안(제25조 1항)은 법적 안정성을 위해 서면의 형식을 취할 것을 요구하고 있으나, 이러한 명문규정이 없는 경우에는 특정한 형식을 요구하지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 확약은 구술의 형식을 취할 수도 있는 것이다. 다만 과세관청의 구술에 의한 표명은 구속력이 없는 견해표시로 보아야 할 경우가 많을 것이다.

우에는 확약의 구속력은 상실될 수 있는데,[66] 이러한 경우에 당사자는 확약의 이행을 행정청에 강제할 수 없게 되고, 그 확약은 행정청의 별도의 의사표시 없이도 효력을 상실하게 된다.

또한 확약은 일정한 조건하에 취소·철회될 수 있다. 확약의 취소나 철회의 경우에 행정행위의 취소·철회의 제한에 관한 법리를 준용할 수 있을 것이다. 특히 납세의무자가 과세관청의 확약에 기초하여 어떠한 조치를 취하고 난 뒤에 확약을 취소 또는 철회하는 것은 납세의무자의 신뢰보호를 위하여 강한 제한을 받게 된다. 일반적으로 과세관청이 자신의 확약에 반해 다른 행정처분을 발한 경우에 새로운 행정처분이 사정변경 등으로 정당화된다면 종전의 확약은 새로운 행정처분에 의하여 효력을 상실하여 철회나 취소된 것으로 볼 수 있다.[67] 다만 정당한 사유가 없음에도 종전의 확약에 반하는 새로운 과세처분을 하는 것은 신뢰보호의 원칙에 위배되어 위법이라고 보아야 한다.[68]

(d) 교시

과세관청이 조세에 관련된 사실관계에 대하여 자기의 법적 판단의 내용을 통지하는 행위를 교시 또는 정보제공(Auskunft)이라고 한다. 이 경우에 과세관청은 장래에 교시된 내용에 따라 사실관계를 규율해야 할

66) 1987년의 행정절차법안은 제25조 4항에서 "행정청은 불가항력 기타 사유로 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 사실상태 또는 법률상태가 변경된 경우를 제외하고는 그 확약에 기속된다"고 규정하였으며, 독일 행정절차법 제38조 3항은 "확약의 전제가 되었던 사실 및 법적 상황이 변경되어 행정청이 사후에 발생한 사실을 알았더라면 확약을 하지 않았으리라고 인정될 경우 또는 법적 이유에서 확약을 할 수 없었으리라고 인정될 경우에는 그 행정청은 더 이상 자기가 행한 확약에 구속되지 아니한다"고 규정하고 있다.

67) 류지태, 행정법신론, 제2판, 131쪽. 또한 대법원도 세무기관이 비과세통지를 행한 후에 이에 반해 새로이 과세처분을 행한 경우에는 종전의 비과세통지는 과세처분에 의해 철회나 취소된 것으로 본다고 하여 새로운 처분에 의한 확약의 취소·철회를 인정하고 있다(대판 1982. 10. 26, 81 누 69).

68) 대법원은 부가가치세의 면세대상이라는 종전의 국세청장의 회신에 반하여 부가가치세 부과처분을 한 것은 신의성실의 원칙에 위배된다고 하였다(대판 1994. 3. 22, 93 누 22517).

법적 의무가 있는 것은 아니다. 즉 행정청의 자기구속의 의사가 없는 것으로 구속력 있는 확약과 구별된다.

그러나 이로부터 교시에 의해서는 아무런 법적 효과도 발생하지 않는다는 결론을 도출해서는 안된다. 납세의무자는 과세관청이 일정한 사실관계에 대하여 어떠한 판단을 하고 있는지를 미리 문의하고, 이를 기초로 하여 재정적인 조치를 취하는 경우가 많다. 그런데 과세관청이 잘못된 교시를 한 데 대하여 아무런 제재수단이 마련되어 있지 않다면 신뢰보호의 원칙은 공허하게 될 것이다. 반면에 과세관청이 교시로 인한 위험을 전적으로 부담하게 된다면 과세관청은 납세의무자가 원하는 정보를 결코 제공하려 들지 않을 것이다. 결국 구체적인 경우 신뢰보호의 요건이 충족되는지에 따라 교시의 법적 효과가 결정되어야 할 것이다. 교시에 의해 납세의무자가 재정적인 조치를 취할 것이 예상되는 경우에 과세관청은 진실된 내용의 정보를 제공해야 할 법적 의무가 있다. 이는 법치국가원리로부터 도출될 수 있다. 납세의무자가 정당하게 교시의 내용을 신뢰하였고 그 신뢰에 기초하여 재정적 부담이 되는 조치를 취했다면, 교시의 위법성 여부에 따라 과세관청의 손해배상의무가 발생할 수 있을 것이다. 물론 이 경우에 납세의무자는 과세관청에게 교시의 내용대로 이행할 것을 요구할 수는 없다.

(e) 실권

신뢰보호의 요건은 과세관청이 장기간 권리를 행사하지 않고 방치했을 때에도 충족될 수 있다. 과세관청이 조세를 부과할 수 있음에도 부작위로 일관하고 있고 그에 따라 납세의무자가 조세의 납부를 요구받지 않을 것이라고 믿고 일정한 재정적 조치를 한 경우에 과세관청은 더 이상 조세를 부과·징수할 수 없게 된다. 일반적으로 이러한 실권의 법리는 신의성실원칙의 적용결과라고 한다.[69]

공법의 영역에서 행정청의 모순된 행위의 금지는 법치국가원리로부터

69) 김남진, 행정법의 기본문제, 제4판, 76쪽 참조.

바로 도출될 수 있다. 과세관청이 조세를 부과할 것을 예상했다면 하지 않았을 조치를 과세관청이 조세를 부과하지 않음으로써 납세의무자가 한 경우에, 일정한 시간이 지난 후에 과세관청이 조세를 부과·징수한다면, 그것은 권리남용에 해당할 것이다. 과세관청이 일정한 조세를 부과하지 않는 것을 납세의무자가 신뢰하고 그에 기초하여 일정한 조치를 취한 경우에, 사후에 조세의 납부를 청구하는 것은 기대가능성을 넘는 것이다. 납세의무자에게는 뒤늦은 조세의 부과에 의하여 사전에 조세의 부과가 행해졌다면 발생하지 않았을 손해가 발생하게 된다.

실권이 성립하기 위한 권리불행사의 기간은 개별적인 경우에 따라 다르게 나타나는데, 채권자가 조세채권의 성립을 안 날 또는 조세채권이 성립한 날로부터 일정기간이 지난 후에 발생할 수도 있고, 조세채권의 소멸시효기간과 마찬가지의 시간의 경과를 요구할 수도 있을 것이다. 그러나 실권의 제도는 소멸시효제도와 그 취지를 달리하는 것이다. 소멸시효에 있어서는 납세의무자가 권리의 존부에 대한 어떠한 믿음의 상태에 있었느냐는 문제되지 않는다. 그에 비하여 실권의 법리에 있어서 중요한 것은 권리불행사의 기간이 아니라, 납세의무자의 신뢰보호의 문제이다. 구체적인 경우에 신뢰보호요건의 충족 여부를 판단함에 있어서는 신뢰의 대상인 과세관청의 행위가 결정적인 기준이 될 것이다. 과세관청의 행위가 납세의무자의 일정한 조치를 야기하기에 적합한 것일수록 납세의무자의 신뢰가 보호되어야 할 필요성이 클 것이다.[70] 또한 신뢰의 주체는 납세의무자이므로 과세관청의 내부사정, 즉 과세관청의 권리불행사가 의식적인 것이냐 또는 무의식적인 것이냐, 그에 대한 과실이 있느냐 여부는 중요하지 않다.

(f) 불법에 있어서의 평등대우

위법한 행정선례를 신뢰해 온 자가 신뢰보호를 이유로 장래에도 그 선례를 고수해 줄 것을 요구할 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다.[71]

---

70) Arndt, Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts, 1988, S. 91.

이 경우에 동일한 사정에 있는 제3자에게 위법한 행정작용의 청구권을 인정한다면 행정의 법률적합성의 원칙은 공허하게 되고, 위법한 선례를 수정할 수 없게 되어 장래에 향하여도 위법한 상태가 계속 지속하게 된다는 불합리한 결과가 발생한다. 따라서 위법한 행정작용에 대한 청구권은 부인된다고 보아야 한다. 다만 경우에 따라서 제3자에게 손해배상 청구권이 발생할 수는 있을 것이다.[72]

3. 비례의 원칙

비례의 원칙(또는 과잉금지의 원칙)은 개인의 주관적 권리에 대한 제한이 문제되는 한 원칙적으로 모든 국가권력을 기속한다. 따라서 비례의 원칙은 행정청이 불확정법개념을 해석·구체화하거나 재량권을 행사하는 경우에도 적용되는 것이지만, 조세법에 있어서 불확정법개념을 사용하거나 과세관청에게 재량이 부여되는 경우는 극히 제한되어 있기 때문에 비례의 원칙은 조세법에 있어서 입법권의 행사와 관련하여, 즉 입법자의 형성의 자유를 제한하는 원칙으로서 중요한 의미를 갖는다. 그 제한의 범위는 관련된 법익의 중요성과 규율영역의 특성에 따라 다르게 나타난다. 입법자의 형성의 자유를 제한하는 원칙으로서 비례원칙이 적용되는 경우, 그러한 제한에도 불구하고 입법자에게는 새로운 규율의 효과에 대한 일정한 평가여지가 인정됨은 부인할 수 없다.

비례의 원칙은 법치국가원리의 파생원칙의 하나로 보는 것이 일반적인데,[73] 헌법은 제37조 2항에서 "국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할

71) 이에 대하여는 김남진, 행정법의 기본문제, 제4판, 77쪽; Randelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973, 536(542 ff.) 참조.
72) BVerwGE 34, 278(284) 참조.
73) 김남진, 행정법 I, 제5판, 48쪽.

수 없다"고 규정하여 비례의 원칙을 표현하고 있다. 따라서 국가권력은 개인의 기본권을 공익의 보호를 위하여 불가피한 경우에만 그 한도 내에서 제한할 수 있는 것이다. 적합하지 않고 필요한 정도를 넘어서 국가권력을 행사함으로써 개인의 기본권을 제한하는 것은 비례의 원칙에 따라 허용되지 않는다. 이와 같이 비례의 원칙에는 개인의 자유와 권리영역에 대한 공권력의 침해로부터 개인을 보호하는 기능이 있는 것이다.

이러한 (넓은 의미의) 비례의 원칙은 다시 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 좁은 의미의 비례원칙으로 세분된다.

(1) 적합성의 원칙

적합성의 원칙에 따라 법적 규율은 입법자의 목적달성에 적합한 것이어야 한다. 예를 들면 특정 물품의 수입을 억제하기 위하여 관세를 부과한 경우에, 세율이 너무 낮게 책정되어 관세를 부과함에도 불구하고 물품의 수입이 줄어들지 않는다면 그러한 관세는 입법자의 목적달성에 부적합한 것이 된다.

그러나 적합성의 원칙이 입법자의 규율이 최상의, 즉 가장 적합한 수단일 것을 요구하는 것은 아니다. 목적달성에 기여할 수 있으면 충분한 것이다. 법적 규율의 적합성 여부를 판단함에 있어서 입법자에게는 광범위한 판단여지가 있음이 인정된다.[74] 판단여지의 범위 내에서 입법자가 내린 예측결정이 잘못된 것이어서 조세의 부과에도 불구하고 입법자의 목적이 달성되지 못하는 것이 사후에 판명되더라도, 적합성의 원칙에 위배되어 그 법적 규율이 위법하게 되는 것은 아니다. 다만 그 경우에 입법자는 그러한 규율을 장래에 향하여 변경하여야 할 것이다.

---

74) BVerfG, NJW 1971, 1603. 이 판례에 대한 비판적 평석으로는 Kloepfer, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen, NJW 1971, 1585 ff. 참조.

(2) 필요성의 원칙

입법자의 법적 규율은 필요성의 원칙에 따라 입법자가 의도하는 목적달성을 위해 필요하고도 최소침해의 것이어야 한다. 입법자의 목적달성을 위해 적합한 수단이 여러 가지 있다면, 그 중에서 관계자에게 가장 부담이 적은 수단을 선택해야 한다. 그러나 어떠한 수단이 최소침해를 가져오는지를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 입법자가 어떠한 법적 규율을 하는 데에 대한 합리적인 이유가 존재한다면, 그 법적 규율 이외에도 입법자의 목적달성을 위해 다른 효과적인 수단이 있다 하더라도 필요성의 원칙에 위배되는 것이라 할 수 없다. 그렇지 않다면 수단의 선택과 관련하여 입법자에게 인정된 형성의 여지를 제한하는 것이 된다.[75] 결국 필요성의 원칙과 관련하여서도 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정되는 것이다.

(3) 좁은 의미의 비례원칙

좁은 의미의 비례원칙 또는 상당성의 원칙이란 설정된 목적을 위하여 필요한 조치도 그에 의하여 달성되는 공익이 그로 인한 관계자의 자유·권리에 대한 침해보다 클 때에만 허용된다는 것이다. 이 원칙에 의하면 법적 규율의 목적과 관계자의 자유·권리의 제한 사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다. 즉 좁은 의미의 비례원칙은 관련된 이익 사이의 적정한 비교형량을 요구한다. 법적 규율에 의한 자유·권리의 제한과 그를 정당화시키는 이유의 중요성을 비교형량함에 있어서 기대가능성의 한계가 지켜져야 한다. 법적 규율에 의하여 달성하려는 공익보다 관계자의 불이익이 크다면 좁은 의미의 비례원칙에 위배되는 것으로 위법이 된다. 다만 비교형량을 함에 있어서 입법자에게는 광범위한 형성의 자유가 있으므로 관련된 이익의 중요성을 명백하게 잘못 판단하였을

75) Arndt, Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts, 1988, S. 83.

때에만 좁은 의미의 비례원칙에 반하는 것이 된다. 조세법의 영역에서 관계자의 법적 지위를 불리하게 변경하는 법적 규율은 좁은 의미의 비례원칙에 따라 경과규정을 두는 것이 요구될 수 있다.

III. 결론 요약

1. 조세법은 그 자체 통일적인 법원리에 의하여 지배되고 있다. 조세법을 하나의 독자적인 법영역으로 볼 때 조세법 전체를 지배하는 기본원칙을 살펴보는 것은 조세법을 바르게 이해하고 공정한 조세법의 운영과 조세부담의 형평을 보장할 수 있는 기준을 정립하는 것을 의미한다.

2. 행정규칙은 외부영역에 대하여도 효력을 미친다는 것이 인정되지만, 법적 구속력은 헌법상의 평등원칙 또는 신뢰보호의 원칙을 매개로 간접적으로 발생하는 것이므로 그로부터 행정규칙의 법규범적 효력(법원성)을 인정할 수는 없는 것이다.

3. 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 시행령이나 시행규칙에 포괄적으로 위임하는 것은 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법규정을 위반한 것이다.

4. 조세법규에 불확정법개념을 사용하는 것이 불가피한 경우에도 그 불확정법개념을 해석함에 있어서 일의적이고 명확한 결론에 도달할 수 없을 때에는 명확성의 원칙에 반하는 것이다.

5. 소급효를 진정 소급효와 부진정 소급효로 구분하여 전자는 허용되지 않고 후자는 허용된다고 보는 견해는 너무 형식적이고 실제에 있어서 불합리한 결과를 가져올 우려가 있다. 납세의무자의 법적 지위를 불리하게 변경하는 법률규정의 적법성 여부는 납세의무자의 신뢰보호 및 법적 안정성과 입법자가 법개정에 의하여 추구하려는 공익의 비교형량에 의하여 판단하여야 할 것이다.

6. 조세법의 분야에서 유추금지는 적용되지 않는다. 납세의무자에게 불리한 유추해석이 허용되지 않는 것은 유추금지가 적용되기 때문이 아니라, 그것이 법적 안정성을 해치기 때문이다.

7. 과세관청이 과세할 수 있는 정을 알고 있으면서도 상당기간 과세하지 않았다면, 과세관청이 부작위에 의해 비과세의 사실상태를 장기간 방치한 것으로 신뢰의 대상이 되는 과세관청의 언동이나 행위가 있는 것으로 보아야 한다.

8. 비례의 원칙은 조세법에 있어서 입법자의 형성의 자유를 제한하는 원칙으로서 중요한 의미를 갖는다. 그러나 비례원칙에 의한 제한에도 불구하고 입법자에게는 새로운 규율의 효과에 대한 일정한 평가여지가 인정된다.

현대적 노사관계와 노동법의 개정
— 1997년 3월 13일의 개정노동법의 평가를 중심으로 —

金 亨 培*

목 차

Ⅰ. 勞動法改正의 必要性과 方向
Ⅱ. 勞動法의 改正과 勞使關係의 改革
1. 新勞使關係制度의 基本的 前提
2. 勞使關係改革委員會方式에 의한 改正案마련
3. 勞動法改正審議過程에서 나타난 문제점
Ⅲ. 改正勞動法의 構造에 대한 評價
1. 總評
2. 勤勞基準法
3. 勞動組合및勞動關係調整法
4. 勤勞者參與및協力增進에 관한 法律
Ⅳ. 맺음

Ⅰ. 勞動法改正의 必要性과 方向

1. 우리 나라의 평균적 기업들이 근로조건의 최저기준을 정한 근로기준법을 준수할 수 있는 단계에 도달한 것은 1960년대말 1970년대 초이다(그 당시 국민 1인당 GNP는 약 $350이고, 농·어·임업을 제외한 산업의 취업자수[피고용자수]는 약450만이었다).[1] 따라서 우리나라의 노동

* 고려대 법대 교수·법학박사

1) 근로기준법이 처음 제정된 것은 1953년이지만, 근로기준법 위반으로 인한 소송사건이 실제로 증가하기 시작한 것은 1960년대 후반을 지나면서 부터이다. 이 시기에 주로 쟁점이 되었던 것은 퇴직금지급, 시간외수당의 지급, 휴업지급 등 금전적 급부에 관한 사항이었다. 이러한 사정은 이 시기에 이르러 기업체들이 근로기준법상의 급여를 현실적으로 지급할 수 있게 되었음을 반증하는 것이라고 할 수 있다.

조합이 본래적인 노동조합활동을 시작할 수 있었던 것은 엄격하게 말하면 1970년대초 이후부터라고 할 수 있다. 왜냐하면 노동조합이 궁극적 목표로 하는 단체협약은 그 기능상 근로기준법의 최저기준 이상의 근로조건 또는 근로기준법에서 정하고있지 않은 새로운 급여와 조건을 창출·형성해 나가는 것이기 때문이다(근로조건의 개선기능).[2] 그러나 1970년대 초부터 우리나라의 노동조합은 계속적인 경제성장에도 불구하고 安保優先政策에 따른 國家保衛에 관한 특별조치법(1971년 12월 27일 법률 제2312호), 유신헌법(1972년 12월 27일)에 따른 노동법개정(1973년 3월 13일)과 1980년대 초의 제5공화국탄생에 따른 노동법개악(1980년 12월 30일)으로 인하여 1987년 11월(노동3법개정: 1987년 11월 28일, 법률 제3965호, 법률 제3966호, 법률 제3967호)에 이르기까지 약 17년동안 정상적인 활동을 전개할 수 없었고, 집단적 노사관계는 미성숙 내지 마비상태에 머물러 있었다.[3] 우리나라의 노동조합이 제도적으로 노조 본래의 활동을 할 수 있게 된 것은 1987년 말부터라고 해도 과언이 아닐 것이다. 이 시기를 기점으로 노동조합의 설립과 활동이 활발히 진행되면서, 조합과 조합원의 수가 2-3년 사이에 폭증하였고, 노동쟁의 → 단체협약의 체결 → 임금인상으로 이어지는 「집단적 교섭」은 근로자의 지위를 크게 향상시켰으나, 그 반면 기업들에게는 적지 않은 부담을 안겨준

그리고 우리나라의 1인당 GNP와 근로자수 그리고 근로자의 소득수준의 추이를 개관하면 다음과 같다.

연도	1인당 GNP (단위: $)	근로자 수 (단위:만명)	근로자의 월평균소득 (단위: 원)	연도	1인당 GNP (단위: $)	근로자 수 (단위:만명)	근로자의 월평균소득 (단위: 원)
1973	380	450	26,954	1990	5,883	1,095	642,309
1980	1,636	646.4	176,085	1992	7,007	1,156.8	869,284
1987	3,098	919.1	386,536	1995	10,076	1,273.6	1,222,097

2) 이에 관해서는 金亨培, 韓國勞動法의 改正方向, 法學論集(高麗大 法大) 제30집, 1994, 104면 참고.

3) 金亨培, 勞動經濟 40年史, 한국경영자총협회, 1989, 면; 林鍾律, 한국노동법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 法學(서울대), 36권 2호, 1995, 108면 참고.

것이 사실이다. 더욱이 1980년대 말부터 본격화했던 상품·노동시장의 개방화의 물결은 우리나라의 기업에 대하여 市場經濟體制下에서의 냉엄한 경쟁의 논리를 이겨나갈 것을 강요하였다. 노동운동의 활성화에 따른 높은 임금인상과 시장개방에 따른 競爭時代의 도래는 특히 中小企業에 커다란 타격을 주었으며, 1990년을 전후로하여 많은 기업들이 도산하게 되었다. 이와 같은 상황은 급기야 대법원으로 하여금 整理解雇(大判 1991. 12. 10, 91 다 8647 참조)[4] 및 就業規則 의 不利益變更[大判(전원합의체) 1992. 12. 22, 91 다 45165 참조][5]에 관하여 종래의 판례의 태도를 右回轉시키는 사태로 몰고 간 것이다.

---

4) 판례의 견해(大判 1989. 5. 23, 87 다카 2132)에 따르면 정리해고가 유효하기 위해서는, i) 긴박한 기업경영상의 필요성(인원삭감의 필요성), ii) 사용자의 해고회피노력(정리해고의 필요성), iii) 합리적이고 공정한 정리기준에 따른 해고대상자의 선정, iv) 노동조합이나 근로자측과의 사전협의 등이 갖추어져야 한다고 하면서도 그 구체적인 판단기준에 관하여는 1991년 12월 10일의 대법원판결(大判 1991. 12. 10, 91 다 8647)을 기점으로 상당히 변화하고 있다. 즉 대법원은 종래에는 "긴박한 경영상의 필요성"의 의미에 대하여 해고를 취하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 사정으로서, 그와 같은 해고조치를 취하지 않으면 기업이 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있는 경우를 의미한다고 하였다. 그러나 1991년 12월 10일의 판결을 기점으로 최근의 대법원판례는 위와 같이 긴박한 경영상의 사유를 엄격하게 해석하지 아니하고 '기업의 인원삭감조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적 이유 뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 발생하는 산업의 구조적 변화를 이유로하여 실제로 이루어지고 있고 또한 그 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것으로 한정할 필요는 없고 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 보아야 한다'고 하여 이른바 기업의 합리화조치로서의 정리해고를 넓게 인정하고 있다(大判 1995. 12. 5, 94 누 15783; 大判 1995. 12. 22, 94 다 52119 등 참고). 이와 같은 판례의 태도는 근래에 우리 경제가 처한 위기적 상황에서 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 다시 말해서 경기불황과 시장개방 등으로 인하여 기업의 채산성악화 및 기업도산이 증대하면서 기업의 존립 내지 생산성향상을 고려함이 없이 근로자의 해고보호를 강행적으로 유지할 수 없게 되었기 때문이다.

5) 종래의 판례는 취업규칙의 불이익변경에 대하여 근로자의 동의가 없으면 신규입사 근로자에 대해서도 종전의 취업규칙이 계속 적용된다고 하였으나(이른바 절대적 무효설: 大判 1990. 3. 13, 89 다카 24780; 大判 1990. 7. 10, 89 다카 31443; 大判 1991. 12. 10, 91 다 8777 8784), 최근의 대법원판례는 불이익하게 변경된 취업규칙이 기존 근로자의 동

2. 여기서 우리는 우리나라의 노사관계가 새로운 전환기를 맞이하고 있음을 시사해주는 몇 개의 사항들을 명확히 인식하지 않으면 안된다. 첫째는 근로기준법의 해고제한규정(제30조 이하)에 의하여 보호되는 고용인력의 유지와 노동조합법에 의한 협약임금의 상승을 동시적으로 무한히 병행시키는 것은 불가능하다는 「限界性」을 깨닫지 않으면 안된다.[6] 둘째는 노동법에 있어서도 경영학적 사고가 도입되어 근로조건의 개선과 생산성향상이 유기적인 조화를 이룰 수 있도록 새로운 노사관계제도가 형성되어야 한다는 점이다.[7] 重層構造의 각 노동관계법이 차지하는 기능과 한계와 관련하여, 특히 1990년대에 들어오면서 노사협조를 통하여 새로운 노사질서와 노사의 결합관계를 再創造해내야 한다는 주장이 대두된 것은 우연한 일이 아니다.[8] 1960년대초부터 약 30여년동안에 급속한 경제적·사회적 성장을 거듭해오면서 우리는 서구 산업사회가 100년 이상의 기간동안에 달성할 수 있었던 것을 단축해서 경험하고 있다. 특히 두드러진 현상은 근로자들의 교육·기술·의식이 크게 변화하여, 1960년대 초에 있어서의 근로자들의 모습(像)과 비교한다면, 오늘날의 근로자의 「像」은 현대산업사회의 근로자의 모습으로 바뀌고 있다는 점이다.[9] 이미 오늘날의 근로자들은 국가의 후견과 보호에만 의존하는 被

의를 얻지 못하더라도 새로 입사한 근로자에 대해서는 변경된 취업규칙이 적용된다고 하여 종래의 입장을 변경하였다(이른바 상대적 무효설: 大判[全員合議體] 1992. 12. 22, 91 다 45165; 大判 1993. 6. 11, 93 다 11876, 11883). 대법원이 기존의 입장을 변경하게 된 이유는 무엇 보다도 경기의 악화나 기업내적 사정으로 인하여 생산성이 저하되었음에도 불구하고 기존의 높은 수준의 급여를 지속하게 된다면 기업존립을 위태롭게 할 수도 있다는 경영상의 요청에서 비롯된 것으로 보인다. 이에 대해서는 金亨培, 勤勞基準法(제5판), 194면 이하 참고.

6) 이러한 「한계성」을 지적한 문헌으로는 Wolfgang Zöllner, Privatautonomie im Zivilrecht, 「法學論集」(高麗大 法大), 제28집, 1992, 313면; 金亨培, 韓國勞動法의 改正方向, 112면 이하 참고.

7) 金亨培, 世界化時代의 韓國勞使關係의 立法的 課題, 「法과 經濟」(典岡李鐘元博士古稀記念論文集), 1996, 149면 이하 참고.

8) 특히 이에 관해서는 노사관계개혁위원회가 표방한 노동관계법개정의 기본방향 및 추진방향 참고. 勞使關係改革委員會編, '96 勞動關係法·制度 改革案, 1996, 19면 이하 참고.

9) 勤勞者像의 변화모습을 개관하면 다음과 같다. 첫째 근로자의 전반적인 생활수준의 향

保護者의 지위를 벗어나고 있으며, 오히려 적극적인 참여와 대화의 同伴者(Partner)가 되기를 요구하고 있다. 여기서 우리는 산업사회초기에 적용되었던 100여년전의 노동법이 오늘의 산업사회에 그대로 적용될 수 없음을 깨닫지 않으면 안된다.[10]

3. 따라서 현시점에서 우리나라에서 요구되는 노동법은 근로자 또는 사용자 일방에게 힘을 실어주는 그러한 노동법이 아니며, 힘의 대결을 정당화하는 노동법도 아니다. 현대의 노동법의 중심은 근로기준법이나 노동조합법에서부터 점차로 그 무게를 근로자참여및협력증진에관한법률로 이전하고 있다. 오늘날의 노동법은 노사의 참여 및 협력을 가능하게 하는 새로운 노사의 조직을 통하여 대외적 경쟁력 강화와 함께 근로자의 지위개선을 추진해나가는 제도의 개발을 그 기본적 과제로 하고 있다. 노동법은 상대방에 대한 공격수단이 되기 보다는, 새로운 이익과 배분을 가능하게 하는 협력적·형성적 수단이 되어야 한다. 따라서 오늘날의 노동법이론은 武器理論에서 勞使組織理論으로 그 중심을 옮겨가고 있다.

상과 문화적 수요의 확대로 인하여 다양한 생활방식이 전개되고 있고, 그 결과 획일적이고 몰개성적인 근로조건의 일방적 결정은 근로자의 일반적 이해관계와 부합하지 않게 되었다는 점이다. 둘째 근로자의 생활수준의 향상과 학력수준의 상승에 대응하여 근로자의 의식이 매우 성장하였다는 점이다. 특히 고학력 신세대 근로자의 증가로 자기충족적 가치관에 기초한 자기결정의 욕구가 강화되고 있다고 할 수 있다. 이와 같은 현상은 근로조건의 결정과정에 대한 참여의식을 증폭하는 배경이 되고 있다. 셋째 후기산업사회에 있어서 산업구조의 고도화에 따라 종래의 단순 노무직 근로자군에 비하여 서비스업에 종사하거나 전문기술직 또는 관리적 지위에 있는 근로자군이 상대적으로 증가하고 있다. 그 결과 이들 근로자는 기업경영에 있어서 중요한 역할을 담당하며, 사용자와 협의·협동적 관계를 유지하면서 노사관계를 발전시키고 있다. 넷째 세계화·개방화추세에 따라 전세계가 경쟁적 시장경제체제로 돌입하면서 각 기업은 경쟁력의 강화와 생산성향상을 통하여 생존전략을 구상하게 되었고, 근로자로서도 근로조건의 향상이 종국적으로는 기업의 생존 및 성과의 창출과 밀접한 관련이 있음을 인식하고 있다는 점 등을 들 수 있다.

10) 勤勞者像의 변화에 수반한 參與와 責任의 새로운 노동법의 구상에 관해서는 金亨培, 世界化時代의 韓國勞使關係의 立法的 課題, 146면 이하 참고.

4. 이제 세계는 하나의 市場으로 변화하고 있다. 우리나라·미국·독일·호주·일본·인도네시아등 세계 각국은 노사관계에 관한 한 공통된 과제를 가지고 있다. 그것은 한 마디로 요약한다면 생산성향상을 통하여 근로조건을 개선하면서 경쟁에 이길 수 있는 노사조직을 효율화하는 것이다.[11] 독일에서 1980년대 말부터 "協約自律(Tarifautonomie)로부터 經營自律(Betriebsautonomie)로"라는 표현으로 요약되는 문제의식의 변화도 이러한 관점에서 이해되어야 한다.[12]

Ⅱ. 勞動法의 改正과 勞使關係의 改革

1. 新勞使關係制度의 基本的 前提

1996년 4월에 정부가 「新」勞使關係制度를 마련하여 노사관계의 개혁을 단행하겠다는 의지를 표명하고, 노사관계개혁위원회의 기구를 만들어 구체적 개혁작업에 착수하였을 때, 우리는 21세기에 존재하게 될 우리나라의 생산적이고 능률적이며 합리적인 노사관계제도를 창출해 낼 것을 기대하였다. 미래지향적 노동입법, 세계각국이 모색하고 있는 새로운 노동법의 모델을 온 국민은 기대한 것이다. 「협력」와 「책임」을 바탕으로 하는 새로운 勞使關係制度는 위에서 이미 언급한 바와 같이 근로자의 적극적 참여를 제도적으로 보장하면서 협조를 유도하고, 노사의 새로운 組織을 창출해 내는 것을 의미한다. 그러나 이와 같은 「新」勞使關係制度를 구축하기 위해서는 기본적으로 몇가지 점들이 전제되지 않으면 안된다.

---

11) 각국의 노사관계개혁에 관해서는 韓國勞動法學會, 1995년 春季學術發表會 및 政策討論會 "世界化趨勢와 勞動法의 發展", 勞動法學 제5호, 1995, 47면 이하 참고.

12) 특히 Gerhard Müller, Zum Verhältnis zwischen Tarifautonomie und Betriebsautonomie, AuR 1992, 257 ff. 참고.

첫째로 현대적 노사관계에 있어서의 근로자의 「像」에 대한 인식이 바뀌어야 한다. 오늘날의 근로자를 100년전 또는 200년전의 산업화초기단계에 있어서의 근로자와 동일시해서는 안될 것이다. 현대산업사회에서의 근로자는 단순한 보호대상인 피보호자로 전제되어서는 아니되며, 한편으로는 책임을 부담하면서 참여의 기회가 주어지는 파트너로서 인식되어야 한다. 둘째는 오늘날의 노사조직은 경영중심의 협의적·참가적 기능이 강화되어야 한다. 셋째로 노동조합과 사용자의 협약자치는 그 기능을 점진적으로 거시적 관점에서 초기업적 사회적·정책적 방향으로 확대·전환하는 것이 바람직하며, 노조의 국가적 기구에의 참여가 제도적으로 인정되어야 한다. 넷째 정부의 규제적 기능과 역할은 축소되어야 하며, 협의적 역할로 대체되어야 한다.

2. 「勞使關係改革委員會」方式에 의한 改正案 마련

「勞改委」는 공익위원·사용자위원·근로자위원을 그 구성원으로 하는 기구이다.[13] 三者構成의 원리는 이상적으로 노사관계당사자를 포함한 국민적 합의를 이끌어낸다는 의지를 반영하는 것이지만, 실제에 있어서 구성원들 자신이 「노개위」의 활동을 통하여 경험한 것은 이해관계의 첨예한 대립이었다. 新勞使關係制度를 마련하려던 원래의 목표와 이념은 실종되고 말았으며, 단편적이고 국부적인 개정안들이 산발적으로 정리

13) 노사관계개혁위원회(약칭 노개위)는 1996년 4월 24일 대통령의 신노사관계구상에 따라 21세기의 새로운 노사관계의 틀을 정립하기 위하여 같은 해 5월 9일 대통령자문기구로 발족되었다. 노개위는 근로자와 사용자 그리고 공익을 대표하는 위원 30인으로 구성되었으며, 약 6개월의 기간에 걸쳐 11월 7일 신노사관계를 지향하는 노동관계법개정요강을 확정하고, 이어 11월 12일 이를 대통령에게 보고함으로써 노동관계법의 개정작업이 본격적으로 추진되었다. 그러나 노개위의 개정요강은 노사 당사자의 첨예한 이해관계의 대립으로 인하여 합의사항 못지 않게 많은 미합의사항을 남겼으며, 그 후 개정법률안을 확정하기 위하여 발족한 '노사관계개혁추진위원회'(노개추)는 노개위의 합의사항과 관계없이 독자적인 법률안을 마련하여 1996년 12월 26일 여당의원만으로 단독처리하게 된 것이다.

되었을 뿐이라고 「總評」하지 않을 수 없다. 개정된 조항수가 117건에 달한다고 하지만, 당연히 정리되어야 할 내용을 제외한다면, 중요한 개정내용들은 다음과 같은 것들이라고 요약할 수 있다.

첫째 근로기준법에 있어서는 고용구조의 변화에 대응하기 위한 탄력적 근로시간제(제50조)·선택적 근로시간제 제51조)·사업장외근로와 재량근로시의 인정근로시간제(제56조)가 채택되고, 정리해고제(제31조)가 해고의 「정당한 이유」에서 독립·신설되었다는 점이다. 둘째 노동조합 및 노동관계조정법에 있어서는 상급단체로서의 복수노조를 허용한 것(제2조 참조), 조합대표자의 협약체결권을 명시한 것(제29조 1항), 쟁의행위의 기본원칙(제37조)과 노동조합의 지도의무와 책임(제38조)을 정한 것, 쟁의행위중 대체근로를 한정적으로 제한한 것(제43조), 쟁의행위기간중 사용자의 임금지급의무가 없음을 명시한 것(제44조 1항), 공익사업 등의 조정에 관한 특칙(제71조 이하)을 둔 것등이다. 셋째 근로자참여및협력증진에관한법에 있어서는 협의사항을 확대한 것(제19조), 협의회의 의결사항을 신설한 것(제21조), 임의중재기구를 두어 의결되지 않은 사항의 시행을 강화한 것(제24조) 등이다.

3. 勞動法改正審議過程에서 나타난 문제점

특히 금번의 노동법개정심의과정을 통하여 심히 유감스럽게 생각하는 것으로는 다음과 같은 점들을 지적하지 않을 수 없다. 첫째는 노개위에서의 노동법개정안토의가 거의 처음부터 끝까지 노사의 이해대립으로 이어졌다는 점이다. 둘째는 노개위의 「권고안」을 넘겨받은 후 정부에 설치된 노사관계개혁추진위원회나 신한국당에서 졸속으로 노개위의 권고안을 수정하여 時勢에 영합하였다는 국민의 비판을 받았다는 것은 그나마 유지될 수 있었던 노개위안의 신뢰도마저 떨어뜨렸다는 점이다. 특히 정책을 수행하는 행정부와 입법을 담당하는 국회에 믿을만한 전문기구와 전문가가 없었다는 것은 국민들을 실망케하였다. 셋째로 금번의

노동법개정은 한마디로 그 준비가 불충분했으며, 방법에 있어서도 잘 되었다고 볼 수 없다. 적어도 수년전부터 전문가로 구성된 연구원들이 충분한 기초조사와 기본연구를 했어야 마땅한 일이었다. 그리고 더욱 중요하게 생각되는 것은 노동관계법의 전문가로 구성된 法案起草硏究機構로 하여금 노사관계당사자의 이해관계를 초월하여 우리나라의 산업현실이 요구하는 미래지향적이고 객관적인 모델을 개발하도록 했어야 마땅했다는 점이다.[14] 우리나라의 가장 중요한 입법 중의 하나인 노동법의 상당한 부분 이 금번의 개정에서 流失되었다는 것은 매우 아쉬운 일이다. 현대사회에 있어서 특히 특화·전문화된 분야에 있어서는 그 분야의 전문가들로 하여금 판단하게 하고, 정치인들은 그 결과를 수용·활용하는 역할을 담당하는 것이 마땅한 일이다. 이번의 노동법개정은 필요이상의 정치성을 띠고 있었음을 부인할 수 없다. 이와 같은 예는 선진외국에서는 거의 찾아볼 수 없는 일이다.

Ⅲ. 改正勞動法의 構造에 대한 評價

1. 總評

금번에 단행된 노동법개정은 미래지향적 신노사관계의 모델을 제시하지 못했다는 점에서 성공적이라고 할 수 없다. 그러나 다음과 같은 점은 매우 긍정적으로 평가된다. 첫째 노동쟁의와 조정제도를 협약자치를 중

14) 문민정부가 출범하기 전인 1992년 4월에 노동법개정에 대한 각계의 요구에 의하여 노동부장관의 자문기구로서 노사당사자와 학계, 언론계, 법조계 인사 18인으로 구성된 노동관계법연구위원회가 발족된 일이 있다. 이 위원회는 내부적으로 시안을 만들어 심의에 들어가려고 하였으나, 시안공개가 노사관계에 미치는 영향과 그 정치적 이해관계를 고려하여 심의 자체가 보류되면서 위원회의 활동은 휴면하게 되었다.
이에 관해서는 林鍾律, 勞動爭議調整法 改正에 관한 諸問題, 勞動法學 제5호, 1995, 31면 이하; 尹性天, 勞動組合法 改正에 관한 諸問題, 勞動法學 제5호, 1995, 29면 이하 참고.

심으로 노동조합 → 단체교섭 → 노동쟁의 → 조정 → 쟁의행위 → 단체협약이라는 체계속으로 一元化했다는 점이다. 다시 말하면 舊法인 노동조합법과 노동쟁의조정법을 協約自治(Tarifautonomie)를 중심으로 통합한 것은 체계적으로 정당한 것이라고 생각된다[15]. 둘째로 구 노사협의회법을 근로자참여및협력증진에관한법률로 改稱한 것은 법제목상의 방향설정에 있어서는 시의적절한 것이라고 볼 수 있으나, 법률의 실질적 내용은 입문적 단계에 접근했을 정도라고밖에 평할 수 없다. 앞으로 이 분야에 대한 법의 개정은 계속 추진되어야 할 것으로 생각된다.

2. 勤勞基準法

근로기준법은 근로관계 내지 노사관계에 대한 정부의 개입을 가장 강하게 반영하고 있는 법이다. 그러나 근로기준법은 노동법사적으로 보면 근대사회초기의 힘없는(교섭력이 없는) 근로자를 보호하기 위해서 마련된 것이었다.[16] 따라서 현대사회의 근로기준법의 역할은 영세사업장의 근로자를 보호하는 것을 그 주된 사명으로 하고 있다.[17] 우리나라에 있어서는 1970년대 이후부터 근로기준법의 역할과 기능이 상대적으로 감

15) 金亨倍·尹性天·林鍾律·河京孝, 集團的 勞使自治에 관한 法律試案과 立法理由, 1992 참고.

16) 19세기초만 해도 근로자들은 열악한 임금조건과 작업환경 속에서 매일 장시간동안 근로를 하고 있었다. 그리하여 근로자들의 저임금으로 인한 생활고와 공장의 재해에 의한 생명의 위협 및 신체의 장애는 중대한 사회문제가 되었으며, 따라서 근로자들은 자신들의 생존을 유지하고 생활조건을 개선하기 위하여 단결체를 조직하고 이를 통한 단결활동을 적극적으로 전개하기 시작하였다. 그러므로 국가는 이러한 노동문제에 대하여 어떤 대책을 강구하지 않을 수 없었던 바, 근로자의 단결 자체를 금지하는 한편 근로자에 대한 보호입법을 마련하기 시작하였다. 즉 근로자들이 스스로의 투쟁력을 통하여 임금 및 기타 근로조건을 개선할 수 있는 단결 및 단결활동을 법률의 제정을 통하여 금지하거나 단결활동을 공모죄와 같은 형사상의 처벌 내지 불법행위책임과 같은 민사상의 공모책임을 부과함으로써 단결활동 자체를 불법화하였던 것이다. 따라서 국가가 근로자들의 보호를 위해 마련한 근로자보호입법은 다분히 자혜적이고 후견적인 성격을 띠는 보호입법일 수밖에 없었다.

소되기 시작하였다. 기업이 中·大型化하면서 협약자치가 보편화하고 있기 때문이다. 더욱이나 근로자들의 교섭과 협의의 범위가 근로자들의 능력향상으로 인하여 확대되어 가고 있는 현실에 있어서는 「國家에 의한 勤勞條件決定權限」(헌법 제32조 3항)은 상대적으로 그 의의를 상실해가고 있다. 금번 노동법개정에서 탄력적 근로시간제(제50조)·선택적 근로시간제(제51조)·사업장외근로와 재량근로에 있어서 인정근로시간제(제56조)·경영상의 이유에 의한 雇傭調整制度(제31조)를 근로기준법에 규정해 넣은 것은 노사관계제도를 組織理論에 의하여 풀어야 한다는 현대적 노동법이론에 비추어보면 올바른 태도라고 볼 수 없다.[18] 근로기준법에 의하여 사용자(노사당사자의 일방)에게 탄력적 근로시간제를 실시할 수 있는 권한 또는 정리해고를 할 수 있는 권한을 주는 식의 노동관계법은 이른바 武器理論에 기초한 것으로 노사의 協力과 和合을 파괴할 수 있는 소지를 가지고 있기 때문이다. 따라서 변형근로제의 실시나 고용조정에 관한 문제는 기업경영과 관련해서 노사협의를 통하여 노사의 합의를 통해서 도출해내는 것이 보다 진보적이라고 생각된다. 다시 말하면 근로자참여및협력증진에관한법률 제19조(협의사항)와 제24조(임의중재)를 통하여 노사합의에 도달하는 것이 타당하다고 생각된다. 노사협의를 통하여 마련된 제도가 지속적이고 생산적이라고 하는 것은 오랜 노사관계의 實際를 거쳐 실증된 사실이다. 사용자의 지시와 명령은 협의에 의하여 대체되는 것이 현대노동법의 특징이다(독일경영조직법 제102조, 제111조 등 참고). 근로기준법상의 정리해고권을 기초로 사용자가 근로자들을 일방적으로 해고하는 방식은 결과적으로 환부를 치료하

17) 근로기준법의 법제적 성격에 관해서는 金亨培, 勤勞基準法(제5판), 1993, 14면 이하; 同, 韓國勞動法의 改正方向, 117면 이하 참고.

18) 그밖에 이 시기에 개정된 근로기준법의 주요내용을 보면 다음과 같다. 먼저 i) 단시간(part-time) 근로자의 정의와 근로조건결정의 원칙을 채택한 것(제21조, 제25조), ii) 퇴직금의 중간정산제와 퇴직연금보험제의 실시근거를 마련한 것(제34조 Ⅲ·Ⅳ), iii) 일정사업에 있어서 연장근로시간규제를 완화한 것(제58조), iv) 사용자가 유급휴가일을 적극적으로 지정할 수 있는 유급휴가의 대체에 관한 규정(제60조) 등을 신설한 것 등이 그것이다.

려다가 환자를 죽이는 결과를 가져오게 될 수도 있다.

3. 勞動組合및勞動關係調整法

a) 위에서 언급한 바와 같이 노동조합법과 노동쟁의조정법을 통합하여 협약자치를 중심으로하는 하나의 법으로 만든 것은 긍정적으로 평가된다. 동법의 내용과 관련해서는 조합대표자의 단체협약체결권을 명문화한 것(제29조 Ⅰ), 무노동무임금원칙을 채택한 것(제44조), 노조전임자에 대한 급여를 부당노동행위로 규정한 것(제24조, 제81조 ④ 본문) 등은 거시적 관점에서 노동조합의 자주성확보에 긍정적으로 작용할 것으로 평가된다.[19] 특히 제2노동조합의 설립을 — 상급단체에만 우선적으로 인정하고 단위노동조합에 대해서는 5년간 유예한 것이긴 하지만 — 허용한 것은 노동조합의 민주성 내지 선명성확보에 이바지할 것으로 기대한다(제5조, 부칙 제5조). 노동조합의 민주성과 자주성은 서로 밀접한 관련을 맺고 있는 것이므로 민주적 제2노조의 설립은 노동운동의 투명성을 위하여 긍정적으로 작용할 것으로 판단된다. 다만, 기업별 단위에

19) 그밖에 주요 개정내용은 다음과 같다. i) 해고의 효력을 다투는 근로자의 조합원자격의 인정시한에 관하여 개정법에서는 부당노동행위사건에 관련된 자로서 중앙노동위원회의 재심판정시까지로 제한하였다(제2조 ④ 단서 다목). ii) 쟁의행위의 정당성판단기준의 기본원칙을 확립하였다. 즉, 쟁의행위는 목적, 방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니되며 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위에 참여할 수 없다고 규정하였다(제37조). iii) 제3자개입금지규정을 삭제하되 노사당사자가 단체교섭 또는 쟁의행위에 있어서 지원을 받을 수 있는 자를 명시하고, 그 이외의 자가 이에 간여하거나 조종 및 선동하는 것을 금지하였다(제40조). iv) 사용자는 쟁의행위기간중에 그로 인하여 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관련없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다고 규정함으로써, 당해 사업 내에서의 대체근로의 가능성을 열어 놓았다. v) 노동쟁의의 조정과 관련하여 알선과 조정을 거치도록 하던 것을 조정으로 일원화하고(알선의 폐지), 쟁의행위이전에 반드시 조정 또는 중재등의 조정절차를 거친 후에만 쟁의행위를 할 수 있도록 하였다(제45조, 제47조이하). vi) 종전에는 모든 공익사업에 대해서 직권중재를 할 수 있도록 하였으나 필수공익사업의 경우에만 직권중재를 할 수 있도록 하였다(제74조).

서의 제2노조의 설립과 관련해서는 방법론상 많은 문제점이 제기될 수 있으므로 앞으로 신중한 연구가 행하여져야 한다(부칙 제5조 Ⅲ).

b) 근로자참여및협력증진에관한법률에 의하면 노동조합이 단위 사업장의 근로자 과반수로 조직되어 있는 경우에 노동조합 대표자 및 그 노조가 위촉하는 자가 노사협의회의 근로자위원이 되도록 규정하고 있다(제6조 Ⅱ). 기능상 서로 구별되어야 할 단체교섭과 노사협의를 노동조합의 대표자 및 그 위촉자가 이중으로 담당하는 一體二頭의 체계는 여전히 문제가 아닐 수 없다.

c) 국가의 경제활동인구의 대부분이 산업근로자로서 활동하는 사회에서는 근로자들을 대표하는 노동조합은 실질적으로 국민의 중요부분을 대표로하는 기구이기 때문에 초기업적·전국적 규모의 노동조합에 대해서는 적어도 노동정책에 관한 한 입법·사법·행정의 분야에 참여할 수 있는 기회가 주어져야 하며, 노동조합 자체도 그와 같은 방향으로 그 활동범위를 스스로 넓혀가야 한다. 산업화된 국가의 근로자들은 그 국가의 경제적·사회적·문화적·정치적인 모든 분야에서 가장 높은 영향력을 가진 국민여론을 구성하기 때문에 국가의 의사결정과정에 참여할 수 있는 채널을 마련하는 것은 노동조합의 당연한 과제라고 할 수 있다. 따라서 노동조합의 활동범위는 초기업적·국가적 차원으로 확대되어야 하며, 그 조직형태는 기업별에서 지역별 또는 산업별로 그 중심이 옮겨지는 것이 바람직하다고 생각된다. 그러나 현행법은 노조의 자유설립을 원칙으로 천명하고 있으면서도, 기본적으로는 기업별(사업장별) 노조를 전제로 하고 있다(제23조, 제40조, 부칙 제5조 참고). 현행법의 이와 같은 태도는 미래사회에 있어서의 노조의 기능확대와 관련하여 단위노조를 개방하는 방향으로 수정되지 않으면 안된다. 그렇게 하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다고 생각된다.[20] 노조의 조직형태는 마땅히 개방되어야 하고, 어떠한 조직형태를 취할 것이냐 하는 것은 시대적 요청에 따라 근로자들이 스스로 결정해야 할 사항이다.

---

20) 金亨培, 韓國勞動法의 改正方向, 122면 참고.

4. 勤勞者參與및協力增進에 관한 法律

기존의 노사협의회법이 「근로자참여및협력증진에관한법률」로 그 이름을 바꾸었으나, 그 이름에 값하는 충실한 내용을 갖추지 못한 것은 매우 유감스러운 일이다. 1990년을 전후하여 우리나라의 노사관계는 노사협조체제를 구축해야 할 새로운 전환점에 도달했다는 것은 위에서 지적한 바와 같다. 그러나 현행 근로자참여및협력증진에관한법률은 일부 협의사항(제19조)을 확대하고 의결사항(제20조)을 신설하였다는 점에서는 半步前進한 것이라고 할 수 있으나,[21] 급변하는 산업화사회에서의 노사관계의 조직을 보다 경쟁력있는 단계로 끌어올리는 데는 크게 미흡하다고 생각된다. 협의사항을 보다 세분화하고 의결사항을 확대했어야 할 것으로 생각된다. 우리나라에 있어서 이 법이 본 궤도에 오르지 못하는 가장 큰 원인으로는 기업주들의 보수적 성향을 꼽지 않을 수 없다. 현실적으로 개인소유의 중소기업 내지는 창업주에 의하여 경영되는 사업에 있어서는 노사협의제는 상당히 커다란 저항을 받게 된다. 따라서 국영기업이나 주식회사 형태의 대기업의 차원에서부터 진정한 의미의 참가제도를 시범적으로 도입하는 방안도 제안해 볼 만하다. 참가제도의 강화를 위해서는 입법론상 협의사항(제19조)의 상당부분이 의결사항(제20조)으로 전이되어야 하고,[22] 노사가 의결 ⇒ 합의에 도달하지 못할 때에

21) 그 밖의 주요개정내용은 다음과 같다. i) 노사협의회의 근로자위원의 위촉은 노동조합이 근로자의 과반수를 대표할 때에 한하여 위촉하도록 하고, 그외의 경우에는 근로자가 직접 선출하도록 하였다(제6조 Ⅱ). ii) 사용자의 보고 및 설명사항에 관하여 사용자가 이를 해태하는 경우에 근로자위원이 당해 사항에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있도록 하였다(제21조). iii) 노사협의회의 의결사항에 관하여 노사협의회의 의결이 성립되지 아니하거나, 의결된 사항의 해석·이행에 관하여 다툼이 있는 경우에는 노사협의회내에 노사합의로 임의중재기구를 두어 해결하거나 노동위원회의 중재를 요청할 수 있도록 하였다(제24조). iv) 중앙노사협의회를 정부대표가 참여하는 중앙노사정협의회로 확대개편하고 국가의 산업·경제·사회정책과 관련된 주요 노동문제에 관한 노·사·정의 협의기능을 강화하였다(제28조).

22) 예컨대 i) 안전·보건 기타 작업환경 개선에 관한 사항, ii) 인사·노무관리의 제도

는 임의중재(제24조)의 가능성이 주어져야 할 것이다.[23] 이와 같이 근로자에게 실질적인 참가가 보장될 때에 진정한 의미의 협조가 증진될 수 있으며, 명실상부한 「협력과 책임」의 노사관계가 이루어지게 될 것이다.

Ⅳ. 맺 음

1953년에 노동법이 제정되어 그 동안 여러차례의 개정이 있었으나, 미래산업사회에서의 발전적 노사관계의 기틀을 다지는 노동관계법의 개정은 이번에 처음있는 일이었다. 따라서 새 노동법에 대한 기대가 그만큼 컸던 것도 사실이다. 그러나 결과적으로는 그 꿈이 실현되지 못했다고 말하지 않을 수 없다. 오히려 노사관계당사자·정부·국회 그리고 국민들에게 많은 상처를 남긴 것이 또한 사실이다. 다만, 전시대의 비합리적 요소들을 제거한 점, 구체적 현안들과 관련해서 여러가지 문제점들이 정리되었다는 점, 부분적으로 새로운 제도들과 규정들이 마련되었다는 점은 지금까지 있었던 노동법개정에서 찾아볼 수 없는 성과라고 해도 좋을 것이다. 그러나 앞으로 현행 노동법이 우리나라의 노사관계를 어느 정도로 현대화하고 능률적인 것으로 발전시킬 것인지, 그리고 근로자의 지위향상에 어느 만큼 이바지할 것인지는 아직 미지수라고 평가하는 것이 옳을 것이다.

개선에 관한 사항, iii) 경영 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 배치전환·재훈련·해고 등 고용조정에 관한 사항, iv) 작업 및 휴게시간의 운용에 관한 사항, v) 신기계·기술의 도입 또는 작업공정의 개선에 관한 사항, vi) 근로자의 복지증진에 관한 사항 등에 관해서는 이를 의결사항으로 하는 것이 타당하다고 생각된다.

23) 예컨대 독일의 경우에는 노사의 공동결정사항에 관하여 합의가 이루어지지 않는 경우에 그 합의의 도출을 조정하는 기구로서 경영조직법은 중재기구(Einigungsstelle)에 관한 규정을 두고 있다(76 BetrVG). 이 중재기구의 설치와 구성 및 권한에 관해서는 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 8. Aufl, 1996, S. 1883 ff. 참고.

로마刑法의 發展 過程(Ⅲ)-1

조 규 창*

목 차

Ⅰ. 刑事法의 特徵
1. 刑事裁判組織
(1) 皇帝의 裁判權
(2) 元老院의 裁判權
(3) 政務總監의 裁判權
(4) 首都治安監의 裁判權
(5) 消防監과 糧穀調達監의 裁判權
(6) 로마總督의 裁判權
2. 刑事法制度의 變化
(1) 特別審理訴訟의 採用
(2) 犯罪內容의 變更
(3) 刑罰의 多樣化
(4) 裁量刑의 採用
Ⅱ. 犯罪의 種類와 內容
1. 大逆罪
(1) 內亂罪
(2) 越權行爲
(3) 皇帝에 대한 人格侵害
(4) 刑罰
2. 官吏의 瀆職罪
(1) 金品喝取罪
(2) 收賂罪

Ⅰ. 刑事法의 特徵

1. 刑事裁判組織

元首政期의 로마황제와 원로원 및 황제의 고위관리인 政務總監

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

(praefectus praetorio), 首都治安監(praefectus urbi), 糧穀調達監(praefectus annonae)과 消防監(praefectus vigilum)이 재판기관으로서 刑事裁判權을 행사했다. 형사재판기관의 종류와 재판관할권의 내용은 다음과 같다.

(1) 皇帝의 裁判權

이미 기원전 30년에 民會는 Octavius에게 帝國의 모든 범죄사건을 심리·처벌할 수 있는 包括的인 刑事裁判權을 부여했으며, 이에 따라 皇帝는 제국의 最高裁判權者로서 재판관할에 아무런 제한이 없었다. 황제는 하급심에 종속된 범죄사건을 자신에게 이송할 것을 지시할 수 있었으며 또한 그의 관리에게 재판권의 행사를 위임할 수 있었다. Augustus의 재판권행사에 관한 Suetonius에 기술에 의하면 Augustus는 재판장으로서 소송을 공정하게 진행했으며 또한 형벌이 매우 관대하였다 한다(Suet. Aug. 33).

그러나 원수정기에 황제는 단독으로 刑事裁判權을 행사한 것이 아니라 그의 諮問委員을 배석시켜 이들의 견해를 참작하여 사실심리와 유죄여부를 결정했다. 황제의 형사재판에 高位官吏나 元老院議員이 참여했으나, 이들은 단순한 자문기관이지 陪審裁判의 陪審員과 같이 재판에 결정적인 기능을 수행한 것은 아니다. 황제는 자문위원의 의견에 구애되지 않아 이들의 견해를 재판에 참고하였을 뿐이다.

그 후 기원후 1세기말경에 皇帝의 刑事裁判制度가 조직화·관료주의화되기 시작했으며, 2세기초 이래 皇帝의 諮問이 常設機構로 정착되었다. 특히 Hadrianus(117-138 A. D.) 이후에는 많은 저명한 법학자가 황제의 자문위원으로 참여하였고 황제는 이들과 협의하에 立法權과 裁判權을 행사했다. 그 후 150년경에 제국통치를 위한 중앙집권적 관료주의체제가 확립되기 시작함으로써, 황제의 형사재판권은 그간의 기원을 달리하는 재판제도와 범죄 및 형벌제도의 통일화를 촉진하는 주도적 작용을 수행하게 되었다.

황제의 형사재판관할권은 제한이 없음으로 法定犯罪事件에 관하여 그

의 재판권과 배심재판의 관할권이 경합하였으며 또한 大逆罪인 政治犯의 경우 원로원의 형사재판권과도 경합했다. 그러나 황제는 특별한 사정이 없는 한 下級審管轄事件에 대한 재판권을 행사하는 일은 거의 없었다.

皇帝의 刑事裁判은 제국의 최종심으로서 속주의 總督과 元老院 및 政務總監의 판결에 대한 不服上訴事件에 대한 裁判權만을 행사했다. 본래 陪審裁判은 로마시민의 참여에 의한 독립한 재판제도로서 황제가 개입할 수 없었고 또한 배심재판의 판결은 상소가 허용되지 않는 確定判決이었으나, 후에는 이 판결에 대하여도 황제에게 상소할 수 있게 되었다. 한편 Ulpianus에 의하면 Hadrianus는 元老院의 刑事判決에 대한 상소를 금지하였다 하나(D. 49, 2, 1, 2), 황제의 권력강화와 원로원의 정치적 영향의 상실로 인하여 Hadrianus의 上訴禁止가 준수된 것 같지 않다.

또한 皇帝는 特定犯罪의 刑事處罰에 관한 의견을 개진하는 방식으로 형사정책의 방향을 제시하거나 특정범죄사건을 원로원에 통보하고 이의 처벌을 요구하는 諭示를 통하여 원로원의 형사재판에 개입했다. 원로원은 황제의 유시에 따라 特定犯罪處罰에 관한 元老院議決을 제정하거나 기소된 사건은 황제의 유시에 따라 처벌하지 않을 수 없었다.

왜냐하면 원로원은 황제의 유시를 판결의 제안으로 수락하여 피고의 유죄를 표결하지 않을 수 없었기 때문이다. 이를 皇帝의 判決優先權 또는 判決提案權(ius dicendae primo loco sententiae)이라 한다. 그런데 황제의 판결우선권은 그의 정치적 우월성과 권위를 원로원에 확인시키는 수단이기도 했다.

끝으로 황제는 기원전 30년에 民會의 統治權授與에 관한 법률에 근거하여 陪審裁判에서 그의 투표권 행사를 통하여 배심재판에서도 영향력을 행사했다. 배심재판에서 황제의 투표를 知識의 女神의 計算(calculus Minervae), 즉 賢者의 判斷이라 했다. 황제가 배심재판에서 투표권을 행사하게 된 경우로는 무죄방면이 상당하다고 인정된 피고가 陪審員의 근소한 과반수의 有罪投票로 인한 피고의 유죄판결을 저지할 목적으로 또

는 황제 자신의 無罪投票를 다수배심원의 유죄투표와 대비시킴으로써 피고의 무죄판결을 유도하기 위한 목적으로 이용되었다. 황제의 무죄투표에 반한 배심원의 유죄투표는 제국의 최고재판권자인 황제의 권위에 대한 도전으로서 사실상 허용되지 않았다.

(2) 元老院의 裁判權

元首政期에 민회가 정치적으로 쇠퇴하자 元老院이 민회의 立法權과 裁判權을 승계하였다. Augustus하에서 원로원은 민회재판관할인 殺人事件을 관장하여 범인에게 유죄판결 등 활발한 재판활동을 개시했다. 그러나 고유한 의미의 元老院의 刑事裁判權이 Tiberius하에서 확립되어 주로 정치범인 大逆事件과 高位官吏의 瀆職事件을 전담했다.

그 후 元老院의 刑事裁判權이 형식상 Severus시대(193-211 A. D.)까지 유지되었으나 실질적으로는 이미 Commodus(177-180 A. D.) 이래 裁判機能을 상실하게 되었다. 이는 황제의 권력강화는 원로원의 쇠퇴를 가져와 정치적 영향력과 동시에 재판권을 상실하는 결과를 가져왔다.

(3) 政務總監의 裁判權

로마제국의 제2인자인 政務總監은 황제의 警護隊長이며 동시에 이탈리아반도와 속주에 주둔한 로마군대의 總司令官으로서 刑事裁判權을 행사했다. 기원후 2세기 말경에 首都治安監의 刑事裁判管轄權은 로마시와 市界에서 100마일까지 미쳤으나 정무총감은 수도치안감의 재판관할지역을 제외한 모든 이탈리아반도의 재판관할권을 행사했다. 이와 같이 정무총감과 수도치안감은 형사재판의 토지관할을 달리했다(Coll. 14, 3, 2; D. 1, 12, lpr.).

특히 政務總監은 황제의 측근으로서 2·3세기경에 그의 권한은 강화되어 황제에 가름하여(vice sacra) 모든 屬州의 上訴事件을 관장했다. 그의 판결이 황제 자신의 판결로 인정되어 정무총감의 판결에 대하여는

황제에게 상소할 수 없었다. 그러나 정무총감의 관할지역인 이탈리아반도에서 발생한 범죄사건에 대한 그의 판결은 수도치안감의 판결과 마찬가지로 皇帝에게 上訴할 수 있었다.

(4) 首都治安監의 裁判權

황제가 임명한 政務監인 首都治安監은 수도경비사령관이며 동시에 수도의 치안유지를 담당한 帝國의 高位官吏이다. Augustus와 Tiberius시대에 수도치안감은 로마시의 治安警察權만은 행사하였으나, 그 후에는 로마시계에서 100마일 이내에서 발생한 범죄사건의 刑事裁判權을 행사하게 되었다.

수도치안감의 형사재판권의 성립시기에 관한 Tacitus에 기록에 의하면 (Tac. ann. 14, 41, 2) 기원후 61년에 Valerius Ponticus가 遺言證書僞造犯의 처벌을 저지할 목적으로 범인을 재판관할권 있는 수도치안감에게 고소하지 않고, 배심재판의 法務官에게 고소한 訴訟上의 欺罔行爲(praevaricatio)로 인하여 원로원의 형사재판에서 追放刑으로 제재되었다 한다. 이 기록으로 미루어 수도치안감의 형사재판권이 법률상 확립되었음을 알 수 있다.

이와 같이 首都治安監의 刑事裁判이 배심재판이나 황제와 원로원의 형사재판과 동일한 법적 지위를 취득했다. 그러나 수도치안감은 주로 천민이나 노예에 대한 형사재판권을 관장했다. 따라서 國事犯인 大逆罪나 貴族階級의 범죄사건은 황제나 원로원에 이송해야만 했다. 그러나 수도치안감의 관할사건일지라도 황제의 지시에 따라 사건을 황제 또는 다른 관리에게 이송해야 했다.

특히 首都治安監은 로마시의 범죄의 온상인 하층계급에 대한 범죄사건을 관장하였으나, 범죄의 종류에 따른 管轄權의 制限이 없어 殺人犯에서 雜犯에 이르기까지 모든 범죄에 대한 형사재판권을 행사할 수 있었다. 특히 특정범죄처벌법에 규정되지 않은 범죄를 처벌함으로써 배심재판의 기능을 보완하는 작용을 수행했다.

(5) 消防監과 糧穀調達監의 裁判權

황제의 하위정무감으로 糧穀調達監과 消防監이 관할업무상의 형사재판권을 행사했다. 糧穀調達監은 식량의 수급업무를 담당하여 양곡거래상의 폭리행위의 제재와 양곡운반선과 선원의 억류 및 양곡의 수입을 고의로 방해하는 모든 犯法行爲를 罰金刑으로 처벌할 수 있었다(D. 48, 12, 2; D. 48, 2, 13).

이 점에서 糧穀調達監은 공화정기에 시장거래와 경찰권을 행사한 按擦官의 職務를 수행하여 경제사범의 재판권을 행사했다. 또한 消防監은 로마시의 소방업무와 夜間巡察(vigilum)을 담당하여 야간범죄에 대한 형사재판권을 행사했다. 그러나 야간범죄로서 살인, 강도와 같은 重犯事件은 首都治安監의 재판관할로서 재판권이 없었다. 이와 같이 양곡조달감과 소방감은 管轄業務上의 輕犯裁判權을 행사했으며 이들의 판결에 대하여는 上訴가 허용되지 않았다.

(6) 로마總督의 裁判權

로마제국에 병합된 외국의 영토를 屬州(provincia)라 하였으며 속주는 元老院의 屬州와 皇帝의 屬州로 구별되었고, 로마에서 파견된 총독이 속주의 통치권을 행사했다. 원로원의 속주에는 로마원로원에서 前執政官을 總督으로 선임하여 속주에 파견하였으며, 황제의 속주에는 황제가 前法務官을 그의 特使로서(legati Augusti propraetore) 또는 그의 財政官(procurator)을 총독으로 임명했다.

특히 이집트는 皇帝의 直轄領으로서 특수한 법적 지위에 있었으며 皇帝의 政務監(praefectus)이 총독으로 파견되었다. 로마제국은 모든 屬州民의 文化的 獨自性을 존중하여 이들 고유의 관습이나 신앙문제에는 개입하지 않았다. 따라서 모든 속주민은 그들 고유의 문화적 전통에 따라 생활할 수 있었고 屬州民의 自治權을 인정하여 범죄사건에 관한 재판권의 행사를 허용했다.

그러나 屬州民의 重罪事件인 소요, 폭동, 반란 등 로마제국의 권위에 도전하는 모든 政治犯과 살인, 강도, 방화와 같은 흉악범의 중죄재판권은 로마총독이 행사했다. 로마총독이 집행할 수 있는 형벌에는 제한이 없어 사형에서 벌금에 이르기까지 광범한 재량권이 있었다. 다만 살인을 유배형으로 제재할 수 없었고 이러한 형사처벌에는 황제의 승인이 있어야 했다. 그러나 로마총독도 단독으로 刑事裁判權을 행사한 것이 아니라 유력자로 구성된 諮問委員의 의견을 참작하여 재판권을 행사했다.

로마총독은 속주에 체류한 로마시민에 대한 重罪裁判權이 없음으로 범인은 모두 로마로 압송해야 했으며, 이러한 로마시민의 裁判特權이 기원후 2세기까지 유지되었다. 속주민은 로마총독의 판결에 불복하여 로마황제에게 상소할 수 있었다. 최초에는 황제가 상소사건을 직접 심리했으나 기원후 2세기경에는 황제에 가름하여 政務總監이 속주의 上訴事件에 대한 裁判權을 행사하게 되었으며 그의 판결에 대하여 황제에게 再審을 청구할 수 없었다.

2. 刑事法制度의 變化

원수정기에 刑事實體法과 訴訟法上의 많은 제도적 개혁이 이루어졌으며, 이를 요약하면 다음과 같다.

(1) 特別審理訴訟의 採用

共和政期에 陪審裁判과 이와 유사한 소송제도를 채용한 속주의 총독을 제외하고 元首政期에 이르러 황제를 비롯한 모든 제국관리는 特別審理訴訟으로 그의 刑事裁判權을 수행했다. 그런데 배심재판의 소송절차가 상세히 법정되었음에 반하여 特別審理訴訟의 裁判節次는 법률상 규정된 바 없으며 또한 民衆訴訟에 관한 Iulia法(lex Iulia iudiciorum publiciorum)도 통일적인 소송절차에 관해서는 극히 부분적으로 수록하

였을 뿐이지 구체적인 진행절차를 규정한 바 없다.

그 결과 陪審訴訟의 裁判節次가 특별심리소송에 대부분 채용되었으며 특히 배심재판의 본질적 특징인 市民이면 누구든지(quivis de populo) 犯罪嫌疑者를 직접 고소할 수 있는 私人訴追의 民衆訴訟(iudicia populi)의 原則이 계속 유지되었다(D. 48, 1, 1). 그런데 시민의 고소권은 단순히 국가당국에 犯罪事實의 告知와 이의 處罰을 요구할 수 있는 권리나 의무가 아니라, 告訴人이 형사재판에서 원고로서 訴訟을 주도할 수 있는 지위에 있음을 말한다. 당시에는 국가기관이 公訴權을 독점, 행사한 것이 아니라 告訴人이 범인을 기소하고 소송을 진행하여 이를 국가기관이 공소권을 독점행사하는 職權主義裁判과 대비하여 私人訴追主義裁判이라 한다.

따라서 시민의 고소가 있을 경우 擔當官吏는 고소의 형식적 적법성을 확인 후에 被告訴人을 刑事裁判名簿에 기재하는 방식으로 소송을 개시했다. 이미 공화정 이래 범죄를 억제할 목적으로 범인의 고발을 장려하여 피고가 유죄판결을 받은 경우 告發人에게 범인에게서 징수한 벌금이나 몰수한 재산의 일부분을 포상금으로 지급했다. 이러한 예로서 기원전 123년의 Acilia法은 屬州總督의 金品喝取를 고발한 노예에게 포상으로 市民權을 부여할 것을 규정했다.

이와 같이 고발자에게 보상금을 수여하기는 하였으나 사회적으로는 보상금취득을 위한 고발자를 密告者, 諜者 또는 密偵(delator)으로 멸시하였다. 그러므로 자신이나 그의 친족을 침해한 범인을 직접 고소한 자는 訴訟當事者로서 형사재판을 주재할 수 있는 지위가 인정되었으나, 그렇지 않은 경우 고소인은 告發者의 地位에 있게 되었다.

특별심리소송에서 帝國官吏가 市民의 告訴와 告發에 따라 범인의 체포와 범죄를 수사하고 직접 刑事裁判을 개시하고 원고로서 재판을 주재하는 國家訴追主義裁判이 발달하게 되었다. 또한 特別審理訴訟에서는 女性도 자신의 이익을 위하여 고소할 수 있게 되었다.

(2) 犯罪內容의 變更

特別審理訴訟에서 관장한 범죄사건은 일반적으로 特定犯罪處罰法에 따라 陪審裁判所에서 취급한 法定犯罪가 주류를 이루고 있었다. 그러나 사회·경제사정의 변화에 따라 元老院議決과 皇帝의 勅法은 법정범죄의 구성요건을 확대하거나 변경함으로써 법적 수요를 충족할 수 있었다. 따라서 犯罪의 名稱은 共和政期와 동일하나 내용을 달리하게 되었다. 나아가 이러한 범죄내용의 확대와 변경은 특별심리소송의 형벌적 제재에 의한 재판실무를 통하여 달성되기도 했다. 특히 로마의 皇帝와 元老院의 刑事裁判은 제국의 최고재판기관으로서 이들의 判決과 訴訟進行方式이 하급심에 영향을 미치기 시작했다.

원로원의 형사재판은 독립된 재판기관이기는 하였으나 황제의 권위를 능가할 수 없었고 따라서 그의 하급관리인 首都治安監이나 政務總監도 皇帝의 授權行爲에 기초하여 형사재판권을 행사했다. 나아가 황제속주의 총독은 법률상 皇帝의 刑事裁判慣行에 구속되었으며 원로원 속주의 총독도 사실상 황제의 권위에 반하는 형사판결을 할 수 없었다.

그 결과 로마제국은 皇帝의 最高裁判機關을 정점으로 그의 관리가 관장한 지방의 하급재판소에 이르기까지 통일적인 裁判組織과 實體法 및 訴訟制度의 법적 통일이 조성되는 결과를 가져왔다.

이와 같이 법적 통일은 입법이나 법학자의 해석활동이 아니라 오랜 기간에 걸친 裁判實務 또는 刑事裁判慣行을 통하여 완성되었다. 본래 法定犯罪의 확대와 변경은 제한적이어서 이 속에 포섭할 수 없는 새로운 범죄가 성립했으며, 이 범죄는 皇帝의 勅法과 特別審理訴訟의 裁判慣行을 통하여 확립되었다는 의미에서 特別犯罪(crimina extraordinaria)라고 했다. 따라서 특별심리소송에서 제재한 범죄는 법정범죄를 확대·변경한 通常의 一般犯罪(crimina ordinaria)와 새로이 성립한 특별범죄로 구성되었다.

A. 法定犯罪의 擴張

元首政期의 特別審理訴訟에서도 이미 공화정기에 제정된 특정범죄처벌법에 따라 창설된 陪審訴訟이 관할한 범죄사건을 관장했다. 따라서 범죄사건에 관한 裁判管轄에 있어서 특별심리재판과 배심재판간에 아무런 차이가 없었다.

그러나 特定犯罪處罰法으로 규정된 범죄는 소수에 지나지 않았으며 또한 犯罪의 構成要件이 엄격하여 사회·경제생활의 변화에 따라 발생하는 새로운 犯罪와 法定犯罪와 유사한 모든 범죄를 제재할 수 없었다.

이에 대처하기 위하여 皇帝의 勅法과 元老院議決이 법정범죄의 내용을 확장 또는 변경시키는 立法活動으로 법적 수요를 충족시키는 한편 재판관이 구체적 사안에서 법정범죄의 요건을 확대적용하고 재판활동을 통하여 법발견을 이룩할 수 있었다. 이와 같이 공화정기의 법정범죄가 원수정 이후의 입법적 개입과 재판활동을 통하여 수정·변경되었음은 분명하나, 어느 시대에 어떠한 방식으로 이러한 법발달이 이루어 졌는지는 알 수 없다.

이를테면 법정범죄가 입법활동으로 수정·변경되었다면 이것이 勅法에 의한 것인지 아니면 元老院議決로 인한 것인지 法源을 알 수 없으며 또한 재판활동에 의한 법정범죄의 확대적용에 있어서도 이것이 特別審理裁判에 의한 것인지 아니면 이미 陪審裁判에서 법적 수요를 위하여 채용된 결과인지 역시 알 수 없다.

더욱이 法學全集과 기타 法源에 수록된 범죄에 관한 규정이 순수한 古典期의 法規定인지 아니면 專主政期에 새로운 사회경제사정하에서 변경된 것인지 또는 유帝의 法典編纂委員이 비로소 수정한 것인지 역시 분명하지 않다. 배심재판의 법정범죄가 원수정기에 칙법과 원로원의 판결 및 재판활동으로 이의 구성요건이 수정.변경된 범죄의 내용과 형벌은 다음과 같다.

B. 特別犯罪의 成立

特別審理訴訟은 법정범죄를 확장·적용하는 한편 法定犯罪에 포섭할 수 없는 새로운 범죄를 제재했다. 이와 같이 특별심리소송에서 처벌한 일련의 새로운 범죄를 法定된 一般犯罪(crimina ordinaria)와 대비하여 特別犯罪(crimina extraordinaria)라 한다.

특별범죄가 일반범죄와 구성요건을 달리하는 새로운 범죄이긴 하나, 이는 역사적으로 陪審訴訟에서 관장해 온 法定犯罪의 有機的 發展의 産物이다. 당시에 로마법학은 특별범죄를 법정범죄와 대비하여 이의 법규정의 정립과 법리를 구성하고 양자간의 체계적 이론구성을 시도했다.

특정범죄의 종류로서 市民法과 名譽法에서 不法行爲로 제재한 詐欺, 竊盜, 人格侵害와 墓地侵害가 있으며 또한 脫獄罪, 追放者庇護罪, 年少者醜行罪, 割禮罪와 魔法使用의 呪術罪가 있다.

특정범죄의 종류와 내용 및 형벌은 다음과 같다.

법무관법상의 불법행위인 詐欺 또는 惡意(dolus malus)가 특별심리소송에서 詐欺罪(stellionatus)로 제재되었다. 사기죄의 내용은 매우 포괄적이어 타인의 물건을 본인의 허락 없이 담보로 설정하거나, 국가당국에 제공하던가 또는 擔保物의 違法한 賣却處分, 이미 매각한 물건을 다른 물건으로 바꿔치는 행위 등이 詐欺罪를 구성했다.

사기죄의 범인이 귀족이면 有期追放刑 또는 元老院과 騎士階級에서 제명했으며 평민인 때에는 强制勞役刑으로 제재했다. 이미 12표법시대 이래 탈옥수의 형벌을 가중했다. 원수정기에 미결수의 탈옥죄가 성립하여 범인을 처벌했으나 형벌은 탈옥수법에 따라 경중을 달리했다. 또한 누구든지 유죄판결로 로마에서 추방된 자에게 편익을 제공하는 자를 범인과 동일형으로 제재했으며, 婚姻年齡未達(non dum viripotentes)의 소녀를 추행한 범인을 鑛山勞役刑 또는 流配刑으로 처벌했다.

나아가 竊盜가 犯罪로 취급되어 형벌로 제재되었다. 절도에 관하여 2세기의 로마법학자는 Salvius Iulianus는 訴權의 選擇的 競合을 인정하여 범인을 私法上의 罰金支給으로 제재하던가 아니면 特別審理訴訟으로 형

사처벌할 수 있다고 했다(D. 47, 2, 57, 1). 그러나 범인은 흔히 빈곤하여 벌금지급능력이 없었음으로 대부분 형법적으로 제재되었다.

한편 특별심리소송에서 절도죄가 도품과 범행의 수단방법에 따라 정형화되었다. 家畜竊盜(abigei, abactores)란 放牧 또는 가축우리 속의 가축을 절취함을 말하며, Marcus Aurelius는 범인을 鑛山勞役刑 또는 死刑으로 제재했으나 그 후에는 형벌이 완화되었다 한다.

또한 절도범으로 住居潛入竊盜(derectarii), 住居侵入竊盜(scassinatori), 公衆沐浴湯竊盜(balnearii), 錢袋소매치기(sacculatii), 날치기(expilatores)가 있다. Ulpianus는 이들 절도를 重竊盜(atrociores furs)라 했다(D. 47, 18, 1, 1). 한편 절도와 관련하여 상속취득시까지의 相續休眠財産(hereditas iacens)은 私法上 無主物로서 절도의 객체가 될 수 없으나(D. 47, 19, 2, 1), 특별심리소송은 이를 相續財産竊盜罪(crimen expilatae hereditatis)로 구성하여 범인을 처벌했다.

절도의 형벌은 과중하여 범인이 귀족인 때에는 流配刑에 처했으며, 천민이면 有期 또는 終身强制勞役刑이나 鑛山勞役刑으로 제재했다. 한편 강도는 사법상 4배액의 벌금으로 제재되었으나, 원수정초에 暴力에 관한 Iulia法(lex Iulia de vi)은 강도를 폭행죄로 처벌했다. 또한 私法上의 國民訴訟(actio popularis)에서 벌금으로 제재된 묘지침해가 범죄로 구성되었고 끝으로 사법상의 불법행위가 범죄로 전환된 人格侵害(iniuria)를 들 수 있다.

12표법시대 이래 타인의 人格權의 侵害를 사법상의 벌금으로 제재하였고 共和政後期에 Cornelia法은 구타(pulsatio), 채찍(verberatio), 住居侵入(vi domum introire)을 特殊侵害罪로 처벌했다. 그 후 특별심리소송은 중대한 인격침해행위로서 상대방에게 오물을 던지거나 문서나 구술로 욕설, 비방 등 모욕하거나 쌍스러운 말로 질책 또는 여성에 대한 성희롱, 타인을 경멸 또는 무시하는 언동과 귀족계급에 대한 폭행을 모두 重大한 人格侵害(iniuria atrox)로 처벌했다. 인격권침해의 범인은 體罰인 채찍형, 笞刑이나 追放刑으로 또는 죄질에 따라 强制勞役刑 또는 死刑으로 제재했다.

(3) 刑罰의 多樣化

特別審理訴訟에서 法定刑罰과 다른 새로운 종류의 형벌이 광범히 채용되었다. 원수정기의 형벌적의 특징을 刑罰의 多樣性과 量刑의 彈力性 및 형벌의 加重性으로 요약할 수 있다.

원수정기에 형벌이 가중되어 共和政期의 水火使用禁止刑(interdictio aqua et igni)이 死刑과 追放刑으로 대체되었다. 사형에는 斬首刑과 絞殺刑이 있으며 또한 十字架刑(damnatio in crucem)과 火刑(vivi crematio) 및 猛獸刑에는 범인을 맹수우리에 넣어 물려 죽게하는 刑(damnatio ad bestias)과 흥행목적으로 맹수와 싸우게 하는 刑罰(damnatio in ludum venatorium)로 구별되었다.

또한 强制勞役刑으로 범죄의 경중에 따라 범인을 鑛山重勞役刑(damnatio in metallum)과 鑛山勞役刑(damnatio in opus matalli) 및 鑛山補助刑(damnatio in ministerium matallicorum)이 있으며 끝으로 公共勞役刑(damnatio in opus publicum)이 있었다. 猛獸刑과 마찬가지로 범인을 흥행목적으로 싸우게 하는 劍鬪刑(damnatio in ludum gladiatorum)이 있으며 이들 죄수를 刑罰奴라고 했다(D. 34, 8, 3 pr).

공화정과 마찬가지로 犯人의 自進亡命(exilium)이 허용되었다. 그런데 水火使用禁止刑은 범인의 시민권 상실과 재산을 몰수하여 그의 거주를 벽지에 제한하는 追放刑(deportatio in insulam)과 범인의 권리상실 없이 그의 거주만을 僻地(섬 또는 사막에 오아시스)에 제한하는 流配刑(relegatio in insulam)으로 발달했다.

또한 체벌로서 笞刑(fustium ictus)이 있으며 財産沒收刑(ademptio bonorum), 罰金刑(mulctae)과 資格停止 및 기타 경미한 附加刑이 있었다. 특히 원수정하에서 사회신분의 차별이 刑罰法에 반영되어 피고가 元老院, 騎士, 市參事員 계급인 貴族(honestiores)인 때에는 형벌을 경감했으며, 이와 반대로 피고가 賤民階級(humiliores)인 때에는 형벌을 가중했다. 예를 들면 僞造罪(crimen falsi)에 있어서 피고가 귀족이면 追放刑으로 제재했으나, 천민인 때에는 鑛山勞役刑 또는 十字架刑으로 처벌했

다. 이러한 刑罰의 差別化가 그 후 專主政期에 더욱 심화되었다.

(4) 裁量刑의 採用

共和政期의 特定犯罪處罰法은 범죄와 형벌을 규정하여 特定犯罪에는 당연히 法定刑罰이 귀속되는 硬化한 刑罰法體系를 이루고 있었다. 또한 형벌은 법률상 규정된 소수에 지나지 않았으며, 특히 재판관에게 양형의 재량권이 인정되지 않아 범죄와 형벌간에 형평성과 구체적 타당성을 찾아 볼 수 없었다.

이에 반하여 元首政期에는 앞서 기술한 바와 같이 형벌의 수가 증가했고 내용이 다양화되었으며 또한 하나의 형벌은 경중의 단계적 차이가 인정되었다. 특히 裁判官에게 量刑의 광범한 裁量權이 인정되어 구체적인 罪質에 따라 이에 적합한 형벌을 선택할 수 있었다.

제국최고재판기관인 皇帝와 元老院은 모든 裁判官이 그의 裁量權을 공정·적정하게 행사할 것을 규정하였을 뿐이지 재판관의 재량권을 부인하지 않았다. 따라서 勅法과 元老院議決은 재량권행사의 지침이 되었을 뿐이다.

이에 따라 特別審理訴訟의 裁判官은 객관적인 범죄사실뿐만 아니라 被告의 主觀的 責任要件인 犯意(dolo malo, sponte, consulato)를 문제삼기 시작했으며 범의의 정도를 기준으로 有責性을 판단했다. 나아가 被告의 刑事責任能力, 犯行의 動機와 時間, 場所 및 犯行의 手段, 方法과 被害者와의 關係, 罪質 등 모든 사정을 참작하여 피고의 형벌을 그의 재량에 따라 결정했다.

Ⅱ. 犯罪의 種類와 內容

원수정기에 범죄와 불법행위는 분화하여 刑法이 독자적인 法圈을 형

성하게 되었다. Iulius Ceaser와 Augustus의 Iulia法은 Gracchus 이래의 제도적 개혁을 광범히 수용했으며, 이를 기초로 로마법학은 特定犯罪處罰法을 해석·적용하고 法理를 구성하였다.

형사법제도의 합리화에 따라 古法時代의 종교적 주술행위가 범죄에서 제외되었으며, 또한 神政體制의 잔재인 神官의 占術行爲가 公法에서 자취를 감추게 되었다. 특히 家長의 家事裁判權이 국가에 이관되었으며, 국가기관이 미풍양속과 사회질서위반자에 대한 징계·처벌권을 행사함으로써 모든 범죄사건의 재판권을 국가가 독점하게 되었다. 원수정기의 범죄는 특별법에 규정된 法定犯罪와 정무관의 가벌성판단에 따라 형벌로 제재된 特別犯罪로 구별되었으며 범죄의 종류에 따라 재판관할을 달리했다.

이와 같이 범죄의 종류가 증가함에 따라 배심재판소는 國家利益의 침해만이 아니라 社會秩序를 교란하는 행위도 범죄로 제재하였고, 또한 特別審理訴訟에서 제국관리는 倫理的 責務違反도 범죄에 포섭하여 非法的 社會規範違反을 형벌로 제재하는 경향이 증가했다. 특히 범죄와 불법행위가 분화하여 피해자에게 不法行爲로 인한 罰金訴權과 가해자의 처벌을 목적으로 하는 刑事訴權의 선택적 행사를 인정하게 되었다.

원수정기의 범죄를 현행법상의 개념표지에 따라 國家와 社會 및 個人의 法益侵害로 분류할 수 있는데, 이하에서는 국가적 법익침해죄 가운데 大逆罪와 官吏의 瀆職罪에 관해서 살펴본다.

1. 大逆罪

Iulia法이 규정한 叛逆罪가 大逆罪에 포섭되어 敵과 共謀하여 국가의 존립을 위태롭게 한다는 고유한 의미의 外患罪인 叛逆罪는 소멸하게 되었다. 이는 원수정기에 로마는 안정된 거대한 帝國을 유지하여 로마市民이 변방의 蠻族과 내통하여 군사행동으로 로마제국을 전복시킨다는 의미의 반역죄는 발생할 여지가 없게 되었기 때문이다. 특히 공화정전

기에 반역죄의 형사재판권을 행사하던 民會裁判이 소멸하고, 이에 가름하여 대역죄전담의 陪審裁判所가 중대한 國事犯의 刑事裁判權을 행사함으로써 對外的 叛逆(proditio)인 外患罪와 對內的 叛逆(perduellio)인 內亂罪를 구별할 실익이 없게 되었다.

그럼에도 로마법학자는 Iulia法상의 범죄의 구별과 법개념을 慣用하여 叛逆罪(perduellio)와 大逆罪(maiestas)를 구분·사용하고 있으나, 두 犯罪를 구별하는 基準을 제시한 것은 아니다. 흔히 로마법학자는 罪質에 따라 중대한 대역죄를 반역죄라고 하였을 뿐이지 범인의 주관적 책임요건인 로마에 대한 敵對意思(animus hostilis)를 기준으로 외환과 내란죄를 구별한 것은 아니다. 이와 같이 반역죄가 포괄적인 大逆罪에 포섭되었으나, 用語의 慣用上 극악한 대역죄를 叛逆罪로 표시했을 뿐이다. 원수정기에 반역죄가 소멸하고 大逆罪가 國事犯으로 확립된 이유는 모든 권력을 황제가 장악한 원수정체제와 형사소송제도의 변화를 들 수 있다. 이와 같은 정치·재판제도의 구조적 변화에도 불구하고 大逆罪에 관한 Iulia法이 國事犯에 관한 基本法으로 적용되었고 나아가 專主政期에서 유帝에 이르기까지 계속 유지되었다.

그러나 정치체제와 형사재판제도의 변화는 필연적으로 Iulia法의 수정·보완과 확대적용을 요구하였으며 또한 대역죄 개념의 변질을 가져왔다. 본래 Iulia法이 규정한 대역죄란 利敵行爲와 국가의 基本秩序를 교란하는 內亂을 의미하였으나, 元首政期에는 皇帝에 대한 叛逆行爲가 大逆罪를 의미하게 되었다. 이러한 대역죄 개념의 변질은 원수정기의 황제는 國家가 의인화된 인격체로서 神聖視되었고 또한 국가의 권위와 명예의 상징으로 형상화되어 국가와 황제를 동일시 또는 동격화한데 기인한다. 이로 인해 황제에 대한 모욕·비방 등 인격침해가 대역죄를 구성하게 되었다.

그런데 Palus는 元首政期에 特別審理裁判所에서 제재된 대역죄를 정의하기를 大逆罪란 황제에게 武力으로 對抗하던가(arma movere adversus imperaorem) 또는 皇帝의 명령 없이(iniussu imperatoris) 戰爭을

일으키든가 군대를 동원하는 행위로 구성하였음은 본래의 의미의 反逆罪만을 지적했음을 알 수 있다.

대역죄의 주관적 책임요건으로 犯人의 故意를 요구하여, 過失로 皇帝의 肖像을 수거 또는 훼손한 때에는 대역죄가 성립하지 않았다. 범인의 고의를 판단함에 있어서 犯行의 實行與否와 예비, 음모 또는 犯行의 認識과 刑事責任能力 등 犯人의 人的 事項과 모든 客觀的 事情을 종합·평가하여 犯人의 故意를 판단했다. 大逆罪의 未遂犯은 이의 處罰을 법률상 명시적으로 규정한 때에만 범죄로 제재했다. 따라서 內心의 犯意가 외부에 행동으로 표시되지 않는 단순한 犯行의 決心(cogitatio, consilium)이나 意慾(voluntas)은 未遂罪를 구성하지 않았다.

이와 같이 미수범은 원칙적으로 처벌하지 않았으나, 大逆罪의 경우 皇帝의 生命危害와 暴動과 反亂의 선동, 교사는 未遂犯으로 처벌했고 죄질에 따라 財産沒收刑으로 형벌을 경감하기도 했다. 또한 大逆罪人은 종범, 방조범을 불문하고 모든 가담자를 엄중히 제재했으며 대역죄의 고발을 장려하여 告發者를 포상하는 한편 犯罪의 謀議事實을 알고 당국에 고발하지 않은 자를 大逆罪의 共犯으로 처단했다.

元首政期에 大逆罪의 內容은 다음과 같다.

(1) 內亂罪

내란죄로서 國家權力의 찬탈, 國家의 顚覆과 國家公權力에 반항하거나, 이러한 목적으로 集會와 結社, 叛亂의 음모, 예비, 민중을 선동하여 소요, 봉기, 폭동을 일으키거나 또는 폭동, 반란의 교사, 방조 등 Iulia法이 규정한 대부분의 내란죄와 많은 犯罪가 추가되었다. 특히 軍事反亂의 경우 반란군을 진압 중에 사살하거나 또는 진압 후에 주모자와 적극 가담한 군인을 裁判에 회부함이 없이 즉시 死刑으로 제재하였다. 또한 暴動의 경우에도 진압 중에 대항하는 暴徒를 현장에서 사살하거나 또는 폭동진압 후에 재판에서 죄상에 따라 범인을 極刑으로 처단했다.

(2) 越權行爲

政務官 또는 個人이 국가의 통치권을 침해하는 범죄로서 越權行爲와 國家機關에 대한 人身侵害行爲를 들 수 있다.

월권행위로서 정무관이 황제의 지시 없이 임의로 外國과 開戰하거나, 지방총독이 임기만료 후에도 귀향하지 않고 현지에 장기체류하거나, 범인을 임의로 석방하거나 私人이 황제의 허가 없이 公務를 수행한 때에도 월권행위로서 大逆罪로 문책되었다. 또한 정무관과 사인에 의한 통치권의 침해로서 高位官吏의 生命危害, 위법한 貨幣鑄造 및 貨幣犯罪, 私獄의 설치를 들 수 있다. 화폐에 관한 범죄와 특히 사옥의 설치는 專主政下에 엄중히 제재되어 범인을 극형으로 제재했다.

(3) 皇帝에 대한 人格侵害

공화정기에 평민의 보호자인 護民官은 不可侵權으로 보호되어 호민관에 대한 생명과 인신침해를 대역죄로 제재했다. 원수정기에 皇帝가 모든 政務官의 지위와 특히 護民權을 취득함에 따라 황제도 불가침권으로 보호되어 황제의 생명과 신체 및 명예의 훼손, 즉 人格權의 侵害가 大逆罪를 구성하게 되었다. 황제의 생명에 위해를 가하거나 또는 황제의 수명이나 황실가계의 운명을 점친 경우 占術家와 相對方을 대역죄로 처벌했다.

또한 皇帝에 대한 人格侵害罪로 書畵로써 황제를 풍자, 모욕, 비방하거나 황제를 비방하는 惡談(maledicta)도 역시 대역죄가 성립했으며, 나아가 皇帝의 肖像權의 侵害도 역시 대역죄로 제재하여 皇帝의 銅像을 용해, 매각, 훼손하거나 황제의 초상을 제거하거나 또는 함부로 취급한 때에도 황제에 대한 인격침해죄로 문책되었다.

황제에 대한 인격침해를 대역죄로 엄중처벌했으며 犯罪의 內容은 다음과 같다.

가) 국가원수를 상징하는 權標를 휴대하거나 또는 皇帝의 名譽를 침

해한 경우 황제에 대한 反逆意思의 존부를 불문하고 불경죄로서 大逆罪가 성립했다. 예를 들면 황제의 專用服인 紫紅色衣服을 착용하거나 심지어 국가의 허가 없이 이러한 織物을 제작하는 행위도 대역죄로 제재되었다.

나) 황제나 그의 家族, 또는 家系의 장래의 運命에 관하여 占을 치거나 특히 後任皇帝의 承繼問題에 관하여 占星家에게 해답을 구하거나 회답한 경우 신성모독으로 大逆罪가 성립했다. 황제는 사람이 아니라 살아있는 神이므로 그에 관한 일체의 豫言,豫見行爲가 허용되지 않았다. 왜냐하면 사람이 신의 운명을 점 친다는 것은 있을 수 없었기 때문이었다. 나아가 皇帝의 直系卑屬女性과의 姦通을 대역죄로 제재했다.

다) 황제의 肖像을 훼손하거나 盜用하는 것도 不敬罪로 제재되었다. 특히 황제의 초상을 바보 같이 또는 잔인한 모습으로 그리는 행위를 처벌했으며 원로원의결은 황제의 초상을 부당한 자기보호의 수단으로 이용하는 행위를 금지했다. 예를 들면 피의자가 法廷召喚이나 또는 誹謗罪의 처벌을 면할 목적으로 皇帝像을 免責의 標識로서 휴대하는 경우가 이에 해당한다. 특히 軍人은 황제상에 忠誠을 맹세했으며, 따라서 군인이 그의 황제상을 땅바닥에 집어 던지는 것은 곧 군인의 봉기, 즉 반란의 표시였다.

라) 황제의 守護神에 대한 선서의 거부는 로마종교에서 이탈함을 의미했으며, 이는 동시에 황제에 대한 不敬罪를 구성했다. 로마법상 선서는 從屬關係의 표시로서 노예는 主人의 이름으로, 피해방인은 그를 해방한 保護者의 이름으로 선서했다. 마찬가지로 모든 帝國住民에게는 로마主權에 종속되었다는 표시로서 국가권위의 상징인 로마皇帝나 그의 肖像에 선서할 의무가 있었다. 따라서 원수정기에 基督敎徒가 황제의 이름으로(in verba principis) 선서를 거부했음은 황제에 대한 反逆이며 동시에 로마의 宗敎를 부인하는 2중의 대역죄를 범하는 결과가 되었다.

마) 황제에게 虛僞事實을 선서하거나 또는 法定宣誓方式을 준수하지 않은 경우에도 大逆罪로 취급되었다. 그러나 선서방식위반과 허위선서

가 빈번하자 이들을 모두 대역죄로 처벌할 수 없게 되었으므로, 宣誓濫用者의 형벌을 완화하여 政務官의 懲戒·處罰權으로 제재했다.

끝으로 황제는 婦女子를 특별히 보호하여 여성에 대한 性暴行, 誘拐, 殺害, 傷害, 暴行을 皇帝에 대한 대역죄로 문책했다. 공화정기에 인정되지 않았던 부녀자의 특별보호는 元首政期에 皇帝의 神格化와 관련하여 성립한 제도이다.

이와 같이 황제에 대한 불경죄가 대역죄를 구성하게 되었다. 이로 인해 元首政時代의 정치적 혼란기에는 대역죄에 관한 裁判權의 濫用이 빈번했으며, 또한 대역죄가 政敵이나 원한 있는 상대방을 제거하는 수단으로 이용되었다. 대역죄의 특칙으로서 Iulia法은 未成熟者와 女性에게도 告發權을 인정했으며 또한 奴隸와 被解放人도 그의 주인이나 보호자를 대역죄로 고발할 수 있었다.

(4) 刑罰

최초에는 大逆罪를 죄상에 따라 流配刑과 追放刑으로 제재했으나 대역죄사건을 特別審理訴訟에서 관장하고 또한 法定刑에 가름하여 裁量刑이 채용됨으로써 刑罰이 다양화·가중화되어 犯人이 귀족이면 死刑에 처하고, 천민이면 火刑 또는 猛獸刑으로 처단했다. 나아가 유죄판결의 효과로서 범인의 재산을 몰수하고 遺言能力을 박탈하여 범인의 유언은 그의 범행착수 시로 遡及하여 無效가 되었다. 이에 따라 遺産處分行爲인 遺贈, 奴隸解放, 死因贈與는 모두 失效되었고 遺産은 몰수의 대상이 되었다.

그리고 死刑囚의 追慕가 禁止되어(damantio memoriae) 유족은 그의 葬禮式이나 추모하는 祭祀儀式을 거행할 수 없었다. 대역죄사건에 있어서는 被疑者가 이미 死亡한 때에도 訴訟을 개시할 수 있었고 또한 소송진행 중에 피고가 사망한 때에도 소송은 계속 진행되었다. 이와 같이 대역죄사건에서는 사망한 犯人을 생존한 것으로 보아 소송을 진행하여 有罪確定과 동시에 그의 財産沒收와 追慕禁止의 效力이 발생했다. 그러나

유죄판결 전에 피고가 사망한 경우 그의 遺族은 被告의 無罪를 주장할 수 있으며, 이 경우 有罪確認時까지 財産沒收의 執行을 정지했다.

로마法상 일찍이 刑事責任個別化의 原則이 확립되어 범인의 가족에게 大逆罪의 連帶責任을 부인하여 그의 妻子를 형사처벌하거나 不名譽者로 제재하지 않았다. 간혹 Tiberius와 Nero 등 일부 황제가 犯人의 刑事責任을 그의 子女에게까지 확장하는 사례가 없지 않았으나, 이는 皇帝의 恣意的인 刑罰權의 行使이지 법규정에 따른 제재는 아니다. 그러나 범인의 가족은 재산몰수로 相續權을 상실하였고, 범인의 불명예로 인하여 그의 屍體埋葬權(ius sepulcrorum)과 追慕權을 행사할 수 없었다. 끝으로 Paulus는 犯人이 천민이면 맹수우리(bestiis obici)에 던져버리거나 火刑에 처했으며, 귀족인 때에는 斬首刑으로 처벌했다 한다(Sent. 5, 29, 1).

2. 官吏의 瀆職罪

(1) 金品喝取罪

Iulia法이 제정된 이후에 瀆職에 관한 새로운 法律이 제정된 바 없다. 원수정기에는 皇帝의 勅法과 元老院議決 및 法學者의 解釋活動을 통하여 Iulia法規定을 수정 또는 보완하거나 형벌을 가중하는 방식으로 독직죄에 대처했다. 원수정기에도 직권남용과 부정축재의 政務官이 없지는 않았으나 Augustus의 制度改革으로 범죄사건이 공화정기보다 현저히 감소했다.

공화정기의 모든 政務官職은 無報酬의 名譽職이었다. 마찬가지로 속주에 파견된 로마총독도 명예직으로서 아무런 보수가 지급되지 않아 이들은 흔히 現地住民을 착취하였으나 로마당국은 속주총독의 부정축재에 매우 관대한 편이었다. 이는 로마총독의 독직을 형벌로 제재하지 않고 私法上의 不法行爲로 구성하여 피고는 搾取金의 返還 또는 2배액의 罰金支給義務만을 부담했다는 사실로부터 알 수 있다.

Augustus는 독직죄를 예방하기 위하여 모든 속주총독과 하급관리에게 근무지여건에 따른 보수를 지급함으로써 종래의 무보수의 정무관직이 有給官僚制度로 전환되어 속주총독은 금품취득의 정당화의 근거를 상실했다. 나아가 Augustus는 독직의 가장 중요한 원인인 통치자금의 조달에 관하여 속주 행정에 필요한 모든 경비, 예를 들면 總督과 그의 隨行員의 지방순시와 속주의 여러 도시에서 巡廻裁判을 위한 여비와 체재비 등 모든 公的 業務遂行을 위한 비용을 國庫가 부담함으로써 총독이 속주통치비용이라는 명목으로 주민에게서 직접 금품을 징수하거나 갈취할 수 있는 여지를 배제했다.

끝으로 Augustus는 모든 屬州政務官에게 그의 職務를 성실히 수행하겠다는 服務宣誓를 요구하였고, 독직을 皇帝에 대한 宣誓違反罪로 제재함으로써 속주관리의 부정축재와 직권남용이 현저히 감소하게 되었다. Augustus의 改革은 성공하여 帝國의 여러 속주에서 그의 治績을 찬양하는 神殿과 善政碑와 銅像이 세워지고 축제경기가 행하여 졌다.

Augustus 皇帝 이래 모든 帝國官吏에게 보수가 지급됨에 따라 Tiberius 이래 속주관리의 독직을 범죄로 구성하여 元老院의 刑事裁判에서 엄중히 제재하기 시작했다. 이는 그간 공화정기의 私法上의 不法行爲가 일종의 政治的 犯罪로 전환되었음을 말하며 이러한 속주관리의 독직에 대한 엄중한 형사처벌은 속주의 주민을 착취와 업악에서 보호하여 이들의 정치·사회·경제적 지위를 로마시민의 수준으로 향상시키려는 데 있었다. 이에 따라 독직죄의 범위가 확대되어 국가관리의 금품착취나 공공단체에 기증한 금품의 착취만이 아니라 不正蓄財를 위한 權利濫用과 暴行 및 殘酷行爲(saevita)를 포함하게 되었다. 또한 공무를 수행하는 私人인 告訴人, 證人이 금품수령의 대가로 직무를 위배한 때에도 독직죄가 적용되었다.

Claudius는 瀆職에 관한 Augustus의 勅法規定을 일부 개정하는 한편 訴訟受任料의 限度額을 법정하여 법정액 이상의 보수를 취득한 辯護人과 保護者를 瀆職에 관한 Iulia法으로 제재했으며 또한 Nero는 지방총독

에게 운동경기에 참가를 금지하고 속주의 유지로 구성된 謝恩使節團의 로마禮訪制度를 폐지하는 등 매우 고무적인 정책을 추진했으나 후기의 폭정으로 인하여 속주 정무관의 권리남용과 부정부패가 격증하게 되었다.

이어서 Hadrianus는 원로원의원의 속주토지의 賃貸借를 금지했으며 瀆職處罰法을 엄격히 시행했다. 또한 Marcus Aurelius는 政務官의 地緣關係로 인한 불공정한 행정의 폐해를 봉쇄할 목적으로 모든 정무관은 그의 출생 속주의 총독이 될 수 없다고 했다. 그 후 Septimius Severus와 Aurelianus는 Iulia法의 適用이 이완되었다. 원수정기의 독직죄의 내용은 다음과 같다.

A. 犯罪와 裁判管轄

원수정기에 로마總督의 瀆職에 관한 Iulia法規定이 거의 개정된 바 없으나 이의 적용범위가 확장되어 總督을 비롯한 그의 隨行員과 同僚(socii) 및 公奴 등 모든 공직자의 직권남용과 부정행위를 독직죄로 처벌했다. 본래 官廳에 배속된 公奴(ministri)는 독직법이 적용되지 않았으나 法學者의 解釋活動으로 독직죄의 주체가 되었다. 舊法規定에 따라 모든 총독은 그의 妻를 근무처인 속주로 대동할 수 없었다. 그러나 Tiberius時代에 원로원의결은 총독의 비용부담하에 처를 동반할 수 있으나 처의 범행 시에는 처벌하여야 함을 명심하라고 했다.

흔히 속주 총독의 처가 인사청탁과 이권알선 또는 피고의 무죄판결이나 형벌의 경감을 목적으로 증여한 高價의 金品을 수령하거나 또는 政務官의 瀆職罪事件에서 그의 처가 공범으로 피소되는 사례가 빈번했다. 이로 인해 로마총독의 배우자동반을 로마行政法은 원칙적으로 선호하지 않았다. 또한 總督과 下級官吏의 위법한 징세를 금지하여 이를 住民抑壓罪로 제재·처벌했으며, 법정한도액을 초과하는 膳物의 受領을 수뢰로 보아 목적물가액의 4倍額의 賠償義務로 제재했다.

특히 Nero帝는 주민이 부담하게 될 막대한 비용이 소요되는 祝祭行事

를 금지했다. 나아가 속주총독과 관리는 상거래와 특히 고리대금업에 종사할 수 없다는 舊法規定이 계속 시행되었다. 재판권의 남용에 관하여 민·형사재판에서 總督이나 裁判官이 악의로 또는 수뢰로 인한 불공정한 재판을 엄중히 제재하여 범인을 죄질에 따라 裁判官職에서 解任과 동시에 追放 또는 流配刑에 처할 것임을 규정했다. 또한 이 裁判權의 濫用規定이 소송당사자에게 적용되어 매수된 소송당사자를 瀆職處罰法으로 제재할 것임을 명시했다. 그런데 공화정기에는 매수된 當事者나 證人을 僞造罪로 처벌했으나 형벌을 가중하여 瀆職罪로 제재하게 되었다.

끝으로 Augustus는 현직에서 퇴임한 前職總督이 瀆職罪의 被訴를 면할 목적으로 계속 속주에 체류함을 금지하여 모든 총독은 퇴임 후 3개월이내에 로마로 귀환할 것을 지시했다. 이어서 Claudius는 旅行許可制를 신설하여 이탈리아반도를 제외한 帝國內의 모든 屬州를 여행함에는 당국의 여행허가를 받아야 한다고 했다. 따라서 모든 시민의 속주여행에는 일종의 여권에 해당하는 旅行證明書를 소지함으로써 屬州官憲의 보호를 받을 수 있었다. 또한 전임총독의 학정과 부정부패를 조사하기 위하여 필요한 경우 그의 首席行政官(cancellarii, domestici, numerarii, tabularii)은 그의 임기만료 후에도 일정기간 속주에 계속체류를 허가했다.

그런데 이 勅法規定이 퇴임총독에게 적용되어 속주민이 신임총독에게 전임자의 폭정과 금품갈취의 비행을 진정하고, 新任總督은 陳情事實을 소명할 의무가 있었다. 원수정기에 독직죄의 배심재판제도가 소멸하자 元老院이 刑事裁判權을 행사했다. 그러나 황제의 권력강화로 인한 원로원의 정치적 영향력의 상실로 皇帝自身이나 政務總監 또는 屬州의 太守(vicarius)가 모든 정무관의 독직죄사건을 전담하게 되었다.

원수정기에도 소송당사자능력에 관하여는 Iulia法規定이 적용되어 개인이나 지역주민 또는 속주의 전주민이 被害者로서 集團訴訟을 제기할 수 있었다. 속주의 전주민이 피해자인 때에는 被害住民의 請願이나 元老院의 決定에 따라 로마의 保護者가 전체주민의 이익을 위하여 原告로

서 소송을 수행했다. 瀆職에 관한 法律은 旣遂를 犯罪로 규정하여 미수범은 처벌의 대상이 아니였다. 또한 瀆職罪는 폭력죄, 대역죄, Cornelia法의 살인죄와 위조죄 및 공갈죄와 경합하여 被害者는 刑事告訴權을 선택적으로 행사할 수 있었다. 예를 들면 政務官이 폭력으로 주민의 금품을 갈취하거나 위법하게 주민을 死刑에 처하거나 또는 가혹행위로 주민을 억압하는 등의 職權濫用과 정무관이 징세권을 남용하여 違法한 課稅와 이의 徵收는 독직죄, 살인죄, 공폭력죄와 공갈죄를 구성했다.

특히 瀆職罪가 大逆罪와 경합하는 경우로서 속주 총독이 황제의 허가없이 군사행동을 하거나 인접 속주의 경계를 침범하거나 퇴임발령 후 법정기일 내에 귀환하지 않고 속주에 계속 체류하는 등 皇帝의 勅法違反을 들 수 있으며, 殺人罪를 구성하는 경우로서 속주 총독이 刑事裁判權을 남용하여 무고한 주민을 死刑에 처한 경우 Cornelia法에 따라 살인죄로 문책했다. 나아가 皇帝의 勅法은 속주의 총독과 그의 수행관리에게 보수를 지급하는 한편 이들은 금융업이나 상업에 종사할 수 없다고 했다. 원로원계급의 선박소유제한과 영업활동금지는 이미 공화정기에 확립되었다.

끝으로 裁判官의 買收는 Cornelia法의 僞造罪를 구성했으며 또한 政務官의 瀆職罪는 폭력을 행사하여 타인의 금품을 갈취하는 恐喝罪(crimen concussionis)와 경합하였다. 그러나 공갈죄는 정무관의 금품갈취만이 아니라 누구든지 타인을 고소·고발하겠다고 협박하여 또는 고소취하 또는 증언거부, 허위증언의 대가로 금품을 갈취하는 때에도 역시 恐喝罪(concussio)가 성립했다.

B. 刑罰

瀆職罪의 刑罰에는 Iulia法이 적용되어 피고가 갈취한 금품 가액을 평가하여 이의 4배액의 배상으로 제재했다. 그러나 피고의 재산이 모두 재임 시에 속주에서 갈취한 재산일 때에는 배상금액을 제외한 모든 잔여재산을 몰수했다. 瀆職訴訟의 原則이 유지되어 피해자는 갈취금을 취득

한 第3者를(ad quos ea pecunia pervenerit) 제소하여 이의 반환을 청구할 수 있었으며, 가해자가 被訴前에 사망한 경우 1년 이내에 그의 相續人에게 소구하여 갈취금의 반환을 청구할 수 있었으나 상속인은 피상속인의 독직으로 취득한 이익에 한도 내에서 반환의무를 부담했다. 이와 같이 가해자가 피소 전에 사망한 때에도 상속인은 갈취금을 취득한 범위에서 배상의무를 부담했을 뿐이지 4배액의 배상의무를 부담하지는 않았다.

한편 加害者가 起訴後에 사망한 경우 原告는 소송의 중단을 청구할 수 있었다. 被告는 喝取金의 4倍額(quadruplum)의 반환과 追放刑으로 제재되어 다수의 屬州總督과 裁判官이 瀆職罪로 추방되었다. 또한 유죄판결의 효과로서 元老院議員職에서 제명되었고 관직이 박탈되어 公職에 就任할 수 없었으며, 不名譽者가 되어 遺言能力을 상실했다. 끝으로 刑罰權을 남용하여 무고한 시민을 死刑에 처한 경우 殺人罪가 성립하여 직권남용의 정무관을 사형으로 제재했으며, 특히 軍人의 犯罪에는 軍法이 적용되어 범인을 극형으로 제재하였다.

그러나 모든 독직죄의 범인이 法定刑인 벌금, 추방형, 원로원직에서 제명 또는 관직박탈로 제재된 것은 아니다. 배심재판과 달리 特別審理訴訟의 裁判官은 광범한 재량권이 있었음으로 當事者와 罪質에 따라 (vel etiam durius prout admisserint) 형벌을 자유로이 결정할 수 있었다.

(2) 收賂罪

A. 犯罪의 內容

원수정기에 官吏의 職權濫用과 공갈.협박에 의한 金品喝取罪는 현저히 감소했으나, 職務遂行과 관련하여 賂物을 취득하는 사례가 증가했다. 본래 공화정기에 관리의 수뢰죄는 원로원계급에만 적용되었으나 원수정기에는 수뢰죄의 적용범위가 확대되어 모든 公職者에게 적용되었다.

공화정 이래 원수정에 이르기까지 적용된 收賂罪의 내용과 이의 强制效果는 다음과 같다.

가) 민회에서 선출된 執政官을 비롯하여 軍團에 소속된 護民官에 이르기까지 모든 국가관리가 그의 직무와 관련하여 금품을 수령한 경우 返還請求權의 목적이 되었다.

나) 로마 원로원의원이 정무관의 諮問이나 補助者로서 또는 재판의 陪審員이나 國事犯事件의 告訴人 또는 辯護人으로 활동하거나 특히 원로원의 의결 등 公務遂行과 관련하여 외국인에게서 금전을 수령한 경우 賂物返還에 관한 法律이 적용되었다.

다) 정무관이나 원로원의원의 家男이 그의 父의 공무수행과 관련하여 금전을 수령한 경우에도 本法이 적용되었다. 한편 總督의 婦人이 현지에서 금품을 수령한 때에는 본법이 적용될 수 없었으나, 후기에는 부인의 부정행위에 대하여도 總督의 責任이 인정되어 반환청구권을 행사할 수 있게 되었다.

라) 賂物返還에 관한 Iulia法은 정무관이 아니더라도 公職이나 이와 유사한 직무행사와 관련하여 금품을 수령한 경우에 적용되었다. 공화정기에 騎士出身은 정무관의 輔佐官 또는 陪審員으로 활동하였으나, 이들의 수뢰에는 Iulia法이 적용되지 않았다. 그 후 元老院에서 기사계급인 보좌관과 배심원의 직무와 관련한 수뢰에도 본법을 확장적용하기 위한 수차의 시도를 했으나 이들의 반발로 관철되지 않았다.

마) 기사계급 출신이 皇帝의 裁判權에 관여함으로써 裁判業務와 관련하여 금품을 수령한 경우 본법으로 제재되었다. 그러나 기사계급이 元老院裁判에 참여하는 일은 거의 없었다.

바) 陪審員, 公犯罪의 原告와 辯護人이 직무와 관련하여 금품을 수령한 경우,

사) 그의 社會身分을 불문하고 總督의 隨行員이 그의 직무와 관련하여 금품을 취득한 경우,

아) 高位官吏의 지시.명령을 수행하는 모든 下級官吏가 그의 직무와 관하여 수뢰한 경우에도 뇌물반환에 관한 법률이 적용되었다.

한편 私人이 관리의 수뢰를 幇助하거나 또는 금품갈취의 목적으로 官

職者임을 사칭하거나 직권을 행사한 경우, 重罪로 제재되었으나 사인이므로 이들에게 賂物返還法은 적용되지 않았다.

B. 收賂의 制裁

賂物返還에 관한 法律은 관리가 공갈이나 직무에 관련하여 취득한 금품에 대해 被害者가 이를 반환청구할 수 있다고 규정했다. 그러나 返還請求訴訟에서 원고의 立證困難을 구제하기 위하여 모든 국가관리와 辯護士에게 금품의 수령을 금지한 Cincia法을 類推適用하여 본법을 위반한 자에 대하여 제공자는 이의 반환을 청구할 수 있음을 인정했다. 관리의 공갈·수뢰에 대해 피해자가 갖는 반환청구소권의 成立要件은 다음과 같다.

가) 贈與制限法에 따른 法定限度額을 초과한 금품의 수령은 이를 受賂로 본다. 따라서 피해자는 초과분만이 아니라 全額의 반환청구권을 행사할 수 있다. 또한 수뢰가 有償行爲를 가장한 경우가 문제된다. 이는 유상계약에 있어서 급부와 반대급부간의 等價的 相當性을 상실하여 차액을 贈與로 보기에는 법정한도액을 현저히 초과한 경우, 그 契約을 가장한 수뢰로 취급했다.

뿐만 아니라 모든 정무관의 賣買行爲를 贈與로 추정하여 매도인은 대금의 반환 없이 目的物의 반환을 청구할 수 있음을 인정했다. 따라서 매매에 해당하며 대금이 지급되었다는 立證責任은 피고인 買受人에게 있었다. 정무관의 매매사안에서 당사자의 善意나 또는 法律關係는 법적 평가의 대상이 되지 않았다.

특히 總督은 그의 下級官吏로부터 뿐만 아니라 管轄地域住民으로부터 금품을 수령하는 것이 금지되었다. 다만 例外로서 다음의 경우에는 賂物返還訴權에 구속되지 않았다.

ㄱ) 飮食과 飮料 및 이와 유사한 작은 膳物과 같은 물건의 수령은 재산의 증가를 가져오지 않으므로 수뢰죄가 성립하지 않았다.

그러나 수뢰의 脫法手段으로 이러한 물품을 대량으로 수령한 경우 이

물건의 총액이 1년간의 法定贈與限度額을 초과한 때에는 收賂罪가 성립했다. Acilia法은 관리가 1년간 수령할 수 있는 선물의 한도액을 辯護士의 報酬와 마찬가지로 10,000세스텔레스로 규정했다. 또한 Acilia법에 따라 下級官吏는 근소한 선물도 수령할 수 없었으며, 그 취득자를 수뢰죄로 처벌되었다.

ㄴ) 각종의 祝儀金은 수령자의 재산증가를 가져오지 않으므로 수뢰죄가 적용되지 않았다. 특히 축의금은 총독의 선정을 기념하기 위하여 주민이 희사한 금전이 이에 해당했다. 그런데 축의금에 관하여 Cornelia法은 이 축의금을 희사한 目的에 따라 5年 이내에 사용하지 않거나 또는 정해진 用途에 반하여 사용한 경우 違法한 受贈으로 취급할 것임을 규정했다.

ㄷ) 속주에 근무하는 官吏가 그의 親族에게서 받은 선물의 경우에는 뇌물반환법과 증여에 관한 Cincia法이 적용되지 않았다.

나) 관리가 違法하게 타인의 재산을 占有한 때에는 竊盜罪가 성립했으나 피해자는 賂物返還請求訴權을 행사할 수도 있었다. 그런데 뇌물반환청구소권은 법률상 파렴치를 원인으로 한 不當利得返還請求訴權(condictio ob turpem causam)에 해당했으므로 당사자간의 所有權移轉을 전제로 하여서만 행사될 수 있었다. 따라서 절도의 경우에는 행사될 수 없었지만, 피해자의 특별보호를 위하여 이 소권을 절도의 경우에도 행사하는 것이 인정되었다.

다) 古代法에서는 상대방을 협박하여 금품을 제공케 하는 恐喝을 범죄로 규정하지 않았다. 왜냐하면 공갈죄에 있어서 任意의 금품제공과 强迫에 의한 금품제공을 證據로써 구별한다는 것은 지극히 곤란한 일이었으며, 이로 인하여 裁判의 權威와 信賴를 실추시킬 염려가 있어 공갈에 관한 소송을 어느 정도 제한하여 왔기 때문이었다.

그러나 기원후 2세기 이래 공갈범에 대하여 賂物返還請求訴權의 행사가 인정되었으며, 한편 관리가 직권을 남용하여 상대방이 공포로 인하여 금품이나 노무를 제공하고 이를 수령하는 공갈은 독립한 범죄로 취급되었다.

라) 공갈죄를 特別犯罪로 취급하지 않은 것과 동일한 근거에서 官吏의 買受도 특수범죄로 규정되지 않았다. 따라서 관리가 그의 職權의 行使 또는 不行使의 對價로 금품을 수령하는 瀆職行爲는 고대법상 관리의 일반적인 金品受領禁止罪에 해당할 뿐이었으며 독직죄와 같은 獨立한 犯罪로 취급되지 않았다. 그 이유는 모든 금품수령의 동기에 따라 형벌이 가중되어야 하는 것은 아니므로 無償의 수뢰이든 또는 瀆職에 의한 금품의 수령이든 量刑에 아무런 차이가 없기 때문이었다. 이로 인해 법률은 범죄를 개별적으로 유형화하지 않았고 또한 그러할 필요도 없었다. 특히 Iulia法은 일련의 범죄를 나열하였으나 法廷에서 犯行動機의 고려와 동시에 量刑을 달리하지 않는 한 범죄의 태양의 열거는 불필요한 일이었다.

한편 후기에는 양형에 있어서 犯行動機가 고려되기 시작했으나 이때에도 官吏買受에 있어서 양당사자에게 어느 정도로 道德的 非難性이 있는가의 고려는 法的 評價의 대상이 되지 않았다. 따라서 관리를 매수하려는 贈賂者의 惡意에도 불구하고 그는 매수된 관리에 대하여 違法하게 지급한 금품의 返還을 청구할 수 있다고 했다.

그런데 관직의 매수를 어느 정도 허용한 專主政期의 勅法은 관리의 매수를 刑罰로 제재하기 보다는 道義的으로 비난했으며 또한 매수된 관리를 처벌할 경우에도 刑을 매우 경감했다.

마) 관리가 임의로 새로운 稅金을 제정하여 이를 주민에게 부과한 경우 賂物返還法으로 제재되었다. 또한 Iulia法은 戰勝慶祝金의 부과에도 적용되어 속주의 총독은 元老院의 결정 없이 이러한 축하금을 징수할 수 없다고 했다. 이는 관리가 法定稅率에 반하여 세금을 초과징수한 경우에도 적용되었다. 마찬가지로 전주정기에 下級官吏가 세금이나 관청의 각종 手數料와 裁判費用을 징수한 때에도 수뢰죄가 성립했다. 그러나 수뢰죄의 성립요건은 관리의 不當利得에 있었으므로 그가 초과징수한 각종의 공과금을 착복하지 않고 國庫에 귀속시켰을 때에는 賂物返還法이 적용되지 않았다.

끝으로 국가관리의 위와 같은 犯行이 있을 경우 피해자는 지급한 금품의 返還을 청구할 수 있었다. 그런데 로마법학자는 뇌물반환법을 확장하여 다음과 같은 違法行爲에도 본법을 적용했다. 이러한 사례로서는 다음과 같다.

가) 속주에 근무하는 모든 官吏는 그의 관할구역에서 土地買入이 금지되었고 또한 總督은 死亡한 노예를 대체하기 위한 경우가 아니면 노예를 買入할 수 없다고 했다. 모든 政務官은 受贈이나 商去來를 통하여 축재할 수 없었으며 이 규정이 그 후에는 모든 下級官吏에게도 적용되었다. 이 규정에 반하여 국가관리가 취득한 物件에 대하여 거래의 상대방은 이의 返還을 청구할 수 있었다.

나) 元老院議員이나 總督은 영리를 목적으로 船舶을 소유할 수 없었다.

다) 國庫金을 消費貸借로 유용하여 利子를 착복한 경우 國有財産竊盜罪가 성립했으나 경우에 따라 官吏의 收賂罪가 적용되기도 했다.

라) 속주의 총독이 그의 管轄地域을 넘어섰을 경우 大逆罪와 賂物返還에 관한 Iulia法이 적용되었다.

마) Iulia법은 總督이 재직 중에 그의 輔佐官을 강제로 解任할 수 없다고 했다.

採用時의 性差別에 따른 損害賠償의 內容과 性格

— 독일민법 제611 a조 개정내용을 중심으로 —

河 京 孝*

목 차

Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 채용시의 남녀균등대우와 관련된 규정
1. 채용시의 성차별과 손해배상청구권
2. 공무원 임용에서의 남녀균등대우
Ⅲ. 손해배상과 관련된 개별 논점
1. 청구권요건으로서 귀책사유
2. 손해배상의 한도 설정
3. 손해배상의 내용과 성격
4. 입증책임
Ⅳ. 결 어

Ⅰ. 問題提起

우리나라의 男女雇傭平等法은 근로자의 모집 및 채용에 있어서 여성에게 남성과 평등한 기회를 주어야 한다고 규정함으로써(동법 제6조), 근로관계 성립 이후의 근로조건이나 대우에서의 남녀균등대우원칙과 아울러 근로관계 형성단계에서의 균등대우를 도모하고자 한다. 그러나 채용에서의 남녀균등기회보장에 관한 동 규정 위반에 대하여 벌칙규정(동법 제23조, 제24조 참조)을 두고는 있지만, 위반에 따른 私法上의 법률효과에 대하여는 규정한 바가 없다. 따라서 채용시에 性을 이유로 차별을 받은 경우에 사법적 구제의 가능성과 내용에 대하여는 同法의 실효성 확보라는 관점에서 논란이 되고 있다.

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

다른 나라의 경우는 대체로 성차별로 채용되지 못한 지원자의 직접적인 採用請求權을 통한 채용강제의 가능성을 원칙적으로 인정하지 않고, 다만 채용되었더라면 받을 수 있었던 임금을 기준으로 한 손해배상을 인정하고 있다. 그러나 이러한 손해배상의 범위, 내용, 성격에 대한 이해는 나라마다 차이를 나타내고 있다. 이는 性差別에 관한 기본관념 뿐만 아니라 손해배상법리 및 법체계와도 관련된 것으로 볼 수 있다. 또한 채용에서의 男女均等待遇原則과 私的 自律간의 갈등관계를 어떻게 이해하고 해소할 수 있느냐 하는 것도 문제된다. 이 중에서도 특히 논란이 되는 것은 채용시의 성차별로 인한 損害賠償請求權의 근거와 성격을 어떻게 파악하느냐 하는 문제이다. 이와 관련하여 독일민법에서는 채용에서 性을 이유로 한 차별대우를 금지하고 채용시 성차별을 받은 근로자에게 손해배상청구권을 인정한다는 내용을 1980년에 신설·규정(§611 a BGB)한 이래 판례·학설에서 그 내용과 성격에 대해 상당한 논란이 있어 왔다. 더욱이 이 문제는 유럽공동체의 남녀균등대우에 관한 입법지침(76/207 EWG)및 이에 대한 유럽법원의 판례와 관련하여 법리적 측면에서 뿐만 아니라 입법론적·법정책적 관점에서 논의되기도 했다.

따라서 여기서는 독일민법상의 성차별금지 위반의 법률효과를 둘러싼 논의내용을 중심으로 성차별에 따른 損害賠償請求權의 기능과 성격을 살펴 보고, 이를 통하여 우리나라에서의 채용시 성차별의 경우 손해배상청구권의 인정 가능성에 대한 논의기초로 하고자 한다.

Ⅱ. 採用時의 男女均等待遇와 관련된 規定

1. 採用時의 性差別과 損害賠償請求權(§611 a BGB)

(1) 立法經緯

남녀균등대우와 男女同權(Gleichbehandlung und Gleichberechtigung von Männer und Frauen)을 규정한 독일 기본법 제3조 제2항과 제3항은 단체협약이나 경영협정을 통한 규범설정에서는 직접적으로 적용되나, 근로계약 당사자간의 근로관계에는 간접적 효력만이 인정된다.[1] 따라서 남녀균등대우와 동등한 권리를 근로관계에서 충실히 보장하는 동시에 남녀균등대우에 관한 유럽입법지침 76/207 EWG에 따른 입법조치를 요하게 됨으로써 1980년 독일민법전에 勤勞關係에서의 性差別禁止에 관한 규정을 신설하였다(§611 a BGB).[2] 이 규정은 특히 채용에서의 성차별과 관련하여 性을 이유로 부당하게 차별받은 근로자에게 採用請求權이나 履行利益에 대한 손해배상청구권을 인정하지는 않고 단지 信賴利益에 대한 배상만을 인정하였다(§611 a Abs. 2 BGB a.F.). 그런데 이는 사실상 志願費用에 대한 배상으로서 통상 우표와 봉투값에 지나지 않았기 때문에 1984년 유럽법원(EuGH)은 이 규정을 男女均等待遇에 관한 유럽입법지침(Richtlinie 76/207 EWG)에 반하는 내용으로 판단하였던 것이다.[3] 즉 지원비용의 배상에 한정한 독일법의 내용은 입법지침에서 의미하는 制裁로서 불충분한 것이므로 유럽법에 반한다고 하였다.

동 규정의 내용을 입법지침에 부합되게 개정하는 입법조치가 실현되지 않는 동안에는 독일 연방노동법원은 1989년 性을 이유로 채용에 차별을 받은 지원자에 대하여 人格權의 重大한 侵害(erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts)를 이유로 불법행위에 기한 정신적 손해의 배상

---

1) BAG AP Nrn. 4 und 87 zu Art. 3 GG; Gamillscheg, AcP 164(1964), 399 f.; kritisch Zöllner, RdA 1964, 447 f.

2) BGBl. I, S. 1308. 입법지침 제3조 내지 제5조에서 채용과 근로관계에서 남녀동권과 균등대우를 규정하고 있는데, 이를 실현하고자 마련한 입법이다(Das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 24. 6. 1980).

3) EuGH vom 10. 4. 1984(Rs. C - 14/83) = DB 1984, 1042 = BB 1984, 1231; dazu Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1297; Zulegg, RdA 1984, 325.

청구권을 인정하였다.[4] 여기서 精神的 損害는 통상 채용되었더라면 받을 수 있었던 1개월분의 임금 정도로 보았는데, 인격권 침해의 종류와 정도, 사용자의 과실의 정도에 따라 증감이 될 수 있으나, 경과실의 경우에는 책임이 부인될 수 있다고 하였다. 이와 같이 연방노동법원이 신뢰손해의 배상에 한정시킨 민법상의 균등대우 규정의 문제를 극복하고자 人格權 侵害를 이유로 한 慰藉料請求權을 별도로 인정했음에도, 여전히 유럽법원이 기대하는 입법지침에 따른 제재수준에는 미달하는 것이었다. 유럽법원은 근로관계에서의 성차별금지에 관한 입법지침의 실현과 관련하여 채용에서의 성차별에 대한 민사상의 재제는 사용자의 過失이나 개별 국가의 법률에 따른 위법성조각사유와 상관없이 인정되어야 한다고 판단하고 있기 때문이다.[5] 다시 말해 연방노동법원의 판례는 사용자의 성차별에 대한 귀책사유를 요구하는 동시에 免責可能性을 인정한다는 점에서 유럽법원이 설정한 제재규범의 내용과 강도에 미치지 못하는 것이었다. 더욱이 유럽법원은 1993년의 판례에서 사용자의 성차별에 대한 제재는 실효성있고 상당한 정도가 되어야 한다고 하면서, 영국법에 따른 6,250 파운드(약 15,000 마르크)의 손해배상을 효과적인 제재가 아니라고 판단한 바 있다.[6] 이러한 유럽법원의 판례가 민법상의 남녀균등대우 규정(§611 a BGB)의 개정을 불가피하게 한 것이다.

(2) 內容槪觀

1994년 이른바 第2次 男女同權法(Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz = 2. GleiBG)[7]에 의하여 노동법상의 남녀균등대우원칙에 관한 규정의 개정이 이루어 졌다(Art. 7 des 2. GleiBG). 종래의 독일민법 제611 a조

4) BAG AP Nm. 5, 6 zu §611 a BGB mit kritischer Anm. Scholz = NJW 1990, 65 = NZA 1990, 21 = BB 1989, 2118 = DB 1989, 2279.

5) EuGH vom 8. 11. 1990(Rs. C - 177/88), Fall "Dekker" = DB 1991, 286 = NJW 1991, 628 = EzA §611 a BGB Nr. 7.

6) EuGH vom 9. 11. 1993(Rs. C - 132/92), Fall "Birds Eye Walls Limited".

제2항을 개정하고 제3항의 내용을 제3항에서 제5항까지 새로이 구성하였으며, 노동법원법에 제61 b조를 신설·규정하였다. 개정된 독일민법 제611 a조 제2항에서는 채용시의 성차별에 대한 효과로서 損害賠償請求權을 규정하고 있는데, 종래와 달리 신뢰이익의 배상이 아닌 채용을 가정한 3개월분의 임금을 한도로 인정하고 있다(§611 a Abs. 2 BGB i.V.m. §61 b Abs. 1 ArbGG). 이와 관련하여 제2차 남녀동권법에 의해 신설·규정된 노동법원법 제61 b조는 민사상의 손해배상청구권의 소송상 관철에 관련된 규정으로서 개정된 독일민법 제611 a조를 보충하고 있다. 여기서는 근로자 한 명을 채용하는 것과 관련하여 여러 명의 지원자가 성차별을 받은 경우에는 6개월의 임금을, 동시에 다수를 채용함에 있어서는 12개월의 임금을 손해배상 총액의 최고한도(§611 a Abs. 2 BGB i.V.m. §61 b Abs. 2 ArbGG)로서 규정하고 있다.[8] 제3항에서는 성차별의 법률효과로서 근로관계 형성에 관한 청구권, 즉 採用請求權이 인정되지 않음을 명시적으로 규정하였다. 그리고 제4항에서는 제2항에 기한 손해배상청구권은 사용자에 의한 채용거절의 통지 도달 후 2개월 이내에 서면으로 행사하도록 除斥期間(Ausschlußfrist)을 두고 있으며,[9] 제5항은 제2항 내지 제4항의 규정이 승진시의 성차별에 준용됨을 규정하고 있다.

---

7) BGBl. I, S. 1406. 1994년 6월 24일 제정되어 9월 1일부터 발효되었는데 주로 공공행정분야의 여성종사자의 근무조건을 개선시키고 직장과 가정의 조화를 도모하는데 기여하는 입법조치로 이루어져 있다. 이 법에 의해 독일 고용촉진법 등의 관련 규정내용뿐만 아니라 독일민법 제611 a조가 개정되었다. 이에 대하여는 Schiek, Zweites Gleichberechtigungsgesetz, 1994; Mauer, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, BB 1994, 1283; Pfarr, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, RdA 1995, 204; Worzalla, Die Folgen geschlechtsspezifischer Diskriminierung nach dem 2. Gleichberechtigungsgesetz, DB 1994, 2446 참조.

8) 그러나 이 규정은 절차적 내용 뿐만 아니라 성차별 받은 다수 지원자의 소송상의 배상청구권 관철의 경우에 배상한도를 규정하는 실체법상의 내용도 포함하고 있다는 점에서 기술적으로 적절하지 않다는 지적을 받고 있다(Germelmann/Mattheus/Prütting, Rdnrn. 2 und 17 zu §61 b ArbGG).

9) 제소기간(Klagefrist)은 청구권을 행사한 후 3개월 이내로 규정하고 있다(§61 b Abs. 1 ArbGG).

이러한 규율내용이 성차별금지원칙을 위반한 사용자에 관한 실효성있고 상당한 제재로서의 의미를 지니는 것인지에 대하여 회의와 비판이 있다. 특히 채용에서의 성차별에 대한 사용자의 歸責事由를 요건으로 한 것과 손해배상의 최고한도를 설정한 것, 그리고 청구권관철과 관련한 노동법원법상의 규정내용에 비추어 남녀균등대우에 관한 유럽지침에 반한다는 비판이 제기되고 있다.[10]

2. 公務員 任用에서의 男女均等待遇(Art. 33 Abs. 2 GG)

독일민법 제611 a조는 공공부문의 근로자에게 적용되나 公務員에게는 적용되지 않는다. 공무원의 경우에는 기본법 제33조 제2항을 근거로 한 성차별시의 보호가 가능하다. 이 규정에 따르면 지원자는 근로관계 형성에서 적격성, 능력, 전문성에 의해서만 판단받는다.[11] 만약 이 이외의 다른 이유에 의해 채용을 거절당한 경우에도 원칙적으로 採用請求權은 인정되지 않는다. 다만 개별적인 사안에서 근로관계 형성, 즉 채용 이외의 다른 결정이 위법, 특히 재량을 일탈한 것으로 판단되는 특별한 경우에는 채용청구권이 인정될 수 있다. 이러한 예외적 경우를 제외하고는, 적격성, 능력, 전문성의 기준에 따라 고려되지 못한 지원자는 채용거절의 通知를 撤回할 것을 요구하여 기본법이 요구하는 객관적 기준에 따른 판단을 새로이 하도록 할 수 있다.

특히 性差別과 관련하여 공공기관이 위법·부당한 방식으로 다른 지원자를 결정하였으며 구체적 사안내용에 비추어 성차별을 받은 지원자를 채용 내지 승진조치하는 것이 유일한 합법적 결정일 수 밖에 없는

10) Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996, S. 185 f.; Pfarr, RdA 1995, 207 ff.; Steinmeister, Der neue §611 a BGB - Zum Schadensersatz bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen, Der Personalrat, 1995, 9 ff., 10.

11) 예컨대 자유민주적 기본질서에 충실할 수 없는 지원자를 적격성 없음을 이유로 거절할 수 있다(BAG, NJW 1976, 1708 ff.; 1982, 2396; BAGE 33, 43 ff.).

경우에는 예외적으로 採用 내지 昇進請求權이 인정될 수 있다.[12] 이 밖에 성차별적 채용결정에 대하여 정당한 선발절차에 대한 청구를 통하여 당해 기관이 다시 성차별이 없는 합법적 절차와 방식에 따라 결정하도록 할 수 있다.[13] 이러한 공무원법상의 소송은 채용내정자가 임용되기 전까지만 가능하기 때문에, 성차별을 받은 지원자는 당해 기관이 채용내정자를 잠정적으로 임용하지 않도록 이른바 任用禁止假處分을 적시에 신청하는 것이 필요하다.[14] 한편 당해 공공기관은 성차별을 주장하는 지원자에게 선발된 지원자의 인적 사항을 適時에 통지해 줄 의무가 있다고 한다. 왜냐하면 인적 사항을 모르고서는 임용금지가처분신청이 의미있는지 여부에 대한 객관적 검토가 불가능하기 때문이다.[15] 이러한 의무를 위반하게 되면 기본법 제34조와 관련하여 민법 제839조에 기한 직무상 의무위반에 따른 손해배상이 문제된다.[16]

Ⅲ. 損害賠償과 관련된 個別 論点

1. 請求權要件으로서 歸責事由

채용시의 성차별로 인한 손해배상청구권(Anspruch auf Entschädigung)은 사용자의 歸責事由를 요건으로 하고 있다(§611 a Abs. 2 S. 1 BGB). 이 내용은 유럽법원이 성차별금지 위반에 따른 책임을 無過失責任(eine Verschuldensunabhängige Haftung)으로 이해하고 해석하는 것과 충돌되

12) BAGE 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAGE 40, 1 = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG Urt. vom 5. 3. 1996 = SAE 1997, 3.

13) BAG, NJW 1976, 1708.

14) Martens, Wettbewerb bei Beförderungen, ZBR 1992, 129 ff.

15) BVerfG, NJW 1990, 501 f.

16) Steinmeister, Der Personalrat, 1995, 9, 12.

고 있다. 즉, 유럽법원의 판단에 따르면 균등대우에 관한 유럽입법지침(76/207 EWG)이 성차별금지 위반에 대한 제재내용을 구체적으로 명시하지는 않았으나 해당 제재내용은 성차별로부터의 보호를 보장하는데 적합해야 하며 사용자에 대하여 실제적으로 상당한 효과를 지니는 것이어야 한다고 한다. 따라서 만약 과실이 입증된 경우에만 사용자의 성차별에 따른 책임을 인정한다면 均等待遇原則의 실효성이 중대하게 침해될 것이기 때문에 과실을 요건으로 할 수 없다고 하고 있다.[17] 이 문제와 관련하여 법문상의 귀책사유(zu vertreten)는 고의·과실(Verschulden)이 아닌 단순히 客觀的 義務違反(objektive Pflichtswidrigkeit)을 의미한다고 해석하는 가능성이 고려되기도 하나,[18] 이러한 입법지침에 부합하는 해석(richtliniekonforme Auslegung) 시도는 명백한 법문내용에 비추어 허용될 수 없다.

개정된 내용은 연방노동법원의 태도, 즉 人格權 侵害를 근거로 손해배상을 인정하면서 성차별에 대한 사용자의 경과실의 경우에는 배상청구권을 부인한 것에 비하여 진보된 내용으로 평가될 수도 있다. 그러나 문제는 과실의 輕重이 아니라 손해배상의 요건으로 過失 자체를 요구하는 것이 유럽입법지침에 부합하는가 하는 것이다. 이와 관련하여 연방노동법원은 성차별시에 귀책사유를 요구하지 않는 유럽법에 합치되는 방향으로 인격권 침해에 따른 慰藉料請求權(§§823, 847 BGB)을 해석하는 것은 가능하지 않다는 점을 최근에도 확인하고 있다.[19] 이에 따르면 채용에서의 성차별은 一般的 人格權 侵害를 구성하는데, 침해가 重大하고 사용자에게 歸責事由가 있는 경우에는 불법행위에 따른 정신적 손해를

17) EuGH vom 10. 4. 1995(Rs. 14/83, Rs. 79/83), Fall "Colson und Kamann", Fall "Harz" = AP Nm. 1, 2 zu §611 a BGB; EuGH vom 8. 11. 1990, Fall "Dekker" = NJW 1991, 628 = EzA §611 a BGB Nr. 7.

18) Schiek, Zweites Gleichberechtigungsgesetz(앞의 주 7), §611 a BGB Rdnr. 92 ff. 여기서 이러한 해석가능성을 제기하고 있으나, 스스로 이는 해석의 한계를 일탈한다는 점을 인정하고 있다.

19) BAGE 61, 209 u. 220 = AP Nm. 5, 6 zu §611 a BGB.

보전하기 위한 위자료청구권(§§823, 847 BGB)이 인정될 수 있는 바, 이러한 요건이 충족되었는가 하는 것은 과실의 정도, 불이익의 종류와 정도, 인격권 침해의 영향과 지속성, 차별행위의 원인·동기 등을 기초로 판단할 수 있다고 한다. 그리고 채용시의 성차별이 통상적으로 중대한 인격권 침해를 가져온다는 점을 인정한다 하더라도 사용자의 귀책사유가 결여된 경우에는 人格權 侵害에 기한 손해배상청구권은 인정될 수 없다고 판단하였다.[20]

2. 損害賠償의 限度 設定

독일법에서 손해배상의 최고한도를 정하는 것은 無過失責任(예컨대 §§7, 12 Abs. 2 StVG; §10 ProdHaftG)의 경우나 사회정책적 관점에 따른 책임제한과 관련하여 논의되고 있을 뿐이다. 그런데 성차별금지 위반에 따른 손해배상을 새로이 규율하면서 최고 3개월분의 임금범위 내에서 適切한 賠償(angemessene Entschadigung)을 하도록 하였다. 여기에다 노동법원법에서는 성차별을 받은 다수의 지원자가 손해배상을 청구하는 경우에 한 명 채용과 관련하여서는 총 6개월분의 임금을, 채용 인원이 數人인 때에는 총 12개월분의 임금을 한도로만 손해배상을 인정하도록 한 것이다(§611 a Abs. 2 BGB, §61 b ArbGG). 이는 다수가 손해배상을 청구하게 되면 손해배상의 내용이 차별화될 수 있는 동시에 청구권자가 아주 많은 경우에는 사실상 志願費用 정도의 배상에 그칠 수도

20) 브레멘주 평등법 제4조 제2항 2문은 여성고용비율이 상대적으로 낮은 부문에서는 여성이 동등한 자격과 자질을 가지고 있다고 판단되는 경우에 여성에게 자동적으로 승진상의 우선권을 주도록 규정하고 있는데, 동 규정에 의하여 승진에서 탈락한 남성 승진후보자가 성차별을 이유로 제소한 사건(Fall "Kalanke")과 관련하여, 사용자가 비록 유럽법원에 의해 유럽법에 반하는 것으로 판단된(EuZW 1995, 762 m. Anm. Lolitz = NZA 1995, 1095) 위 브레멘주 평등법상의 규정을 적용함으로써 성차별이 문제되었지만, 이는 사용자에게 명백하지 않았으며 사용자는 오로지 현행법에 충실하게 행동했을 따름이라는 관점에서 사용자의 과실과 인격권 침해의 중대성을 부인함으로써 결과적으로 원고의 손해배상청구권을 인정하지 않았다.

있음을 의미한다. 즉, 손해배상액은 법원이 개별 사안의 제반 사정을 기초로 3개월의 임금을 한도로 인정하되, 다수가 성차별을 이유로 손해배상을 재판상 청구하는 경우에는 신설된 노동법원법 제61 b조가 보충적으로 규율하고 있는 것이다. 이에 따라 청구권자 모두에게 인정된 손해배상의 총액이 法에서 정한 최고한도를 넘는 경우에는 다음 [예시]에서 보는 바와 같이 각 청구권자에게 인정되는 배상액은 최고한도액을 기준으로 개별 청구권자의 손해배상액에 비례하여 감액될 수 밖에 없다.

[예시] 6명의 지원자가 채용시 성차별을 이유로 한 손해배상 청구소송에서 승소하였는데, 법원은 2명에게는 최고한도인 3개월분, 2명에게는 2개월분, 나머지 2명에게는 1개월분의 임금을 각각 손해배상으로 인정하고자 한다. 그런데 채용을 가정한 월임금이 3,000 마르크인 경우에 총액은 36,000 마르크 {[2(명) × 3,000(DM) × 3(개월) = 18,000(DM)] + [2(명) × 3,000(DM) × 2(개월) = 12,000(DM)] + [2(명) × 3,000(DM) × 1(개월) = 6,000(DM)] = 36,000(DM)}에 달하는데, 이는 한 명을 채용하는 것과 관련한 총 손해배상액의 한도인 6개월 임금분, 즉 18,000 마르크를 상회한다. 따라서 18,000 마르크를 각자의 손해배상액의 비율에 따라 나눈 액수만이 손해배상 내용으로 인정된다. 즉 3개월 임금을 인정받을 수 있었던 지원자는 4,500 마르크 [18,000 × (9,000/36,000) = 4,500], 2개월 임금을 인정받을 수 있었던 지원자는 3,000 마르크 [18,000 × (6,000/36,000) = 3,000], 1개월 임금을 인정받을 수 있었던 지원자는 1,500 마르크 [18,000 × (3,000/36,000) = 1,500] 를 각각 손해배상으로 지급받게 되는 것이다.[21]

동 규정의 입법이유서에 의하면 이러한 손해배상의 總額制限이 성차별을 받은 지원자와 사용자간의 손해배상 합의를 어렵게 하거나 저해하는 방향으로 작용해서는 안된다고 한다. 따라서 소송 전에 지급한 손해배상을 소송에서 인정된 손해배상과 정산할 수 있으며, 만약 기지급한 액수가 법원에서 인정한 내용을 초과할 때에는 부당이득법에 따른 반환청구도 허용된다고 한다. 그러나 손해배상의 한도는 당사자간의 분쟁에

21) Worzalla, DB 1994, 2448.

서 사용자가 배상액한도 규정에 따른 한정을 법원에 신청하는 경우에 고려된다. 그러므로 당사자간의 소송에 의하지 않은 損害賠償 合意에는 한도액이 적용되지 않는다.

손해배상의 최고한도를 설정하고 있는 이러한 독일법상의 규정내용은 유럽법에 반한다는 견해가 있다. 이에 따르면 손해배상은 성차별로 인한 재정상의 불이익을 보전하는 損害補塡機能(Wiedergutmachungs- oder Schadenskompensationsfunktion)과 함께 성차별을 못하도록 制裁하는 機能(Sanktionsfunktion)도 가지고 있으므로, 배상내용은 개별 사안에 따라 구체적으로 결정되어야 하는 것이지 처음부터 배상의 최고한도를 설정할 수는 없는 것이라고 한다.[22] 특히 이 견해는 유럽법원의 이른바 1993년의 Marschall Ⅱ 판례[23]를 근거로 하고 있다. 그런데 이 사안은 채용에서의 성차별이 아닌 解雇에서의 性差別에 관한 것으로서, 성차별로 인한 해고시 손해배상의 최고한도를 일정하게 정하고 있는 관련 영국법률이 유럽법에 합치되는지가 문제되었다. 여기에서 유럽법원은 남녀균등대우원칙 위반에 대한 실제적이고 효과적인 보호는 개별 사안의 특수성을 고려해야 하고 재정적인 손해보전 조치를 법률효과로 택한 경우에는 차별적 해고로 인하여 발생한 손해가 완전히 보전될 수 있어야만 하는데, 애당초 일정한 수준으로 한정하는 것은 적절한 손해보전 조치를 보장한 것으로 볼 수 없다고 판단하였던 것이다.

이러한 성차별적 해고에 관련된 판례를 채용시 성차별에 그대로 원용할 수 있을지가 문제된다.[24] 여기서는 勤勞關係에서의 性差別과 관련된 것으로서 이에 따른 손해배상으로서의 성격을 지닌 것으로 파악하는 한, 근로관계의 形成과 終了에서의 성차별을 각각 달리 판단해야 할 것

22) Pfarr, RdA 1995, 210. 3개월분의 임금지급에 의해 성차별이 없었더라면 채용되었을 근로자의 손해가 모두 전보되었다고 할 수 있을지는 의문이며, 이는 특히 근로계약이 통상 기간을 정하지 않고 체결되고 있으며, 만약 시용기간(통상 6개월)을 둔 경우에도 사용자는 시용기간 종료후 자의적으로 정식채용을 거절할 수 없다는 점에 비추어 3개월 이내의 임금을 최고한도로 설정한 것은 문제라고 지적하고 있다.

23) EuGH vom 2. 8. 1993(Fall "Marschall Ⅱ"), EAS RL 76/207 Art. 6 Nr. 3.

으로는 생각되지 않는다. 즉 성차별에 따른 손해배상이 인사상의 의사결정에서 性을 이유로 한 불이익 내지 부당한 대우와 관련된 것이라는 점에서는 동일한 차원에서 판단할 수 있다. 물론 성차별에 따른 損害賠償의 內容에 있어서 어느 정도를 기준으로 할 것인가 하는 문제와 관련하여서는 개별 국가의 입법재량이 인정될 수 있다는 점도 부인할 수 없다. 그러나 지원자 다수에 대하여 성차별을 한 경우에 노동법원법에서 總賠償限度를 통해 다시 제한한 것은 쉽게 납득할 수 있는 사항이 아니다. 노동법원법에 이러한 제한규정을 둔 이유는 성차별 받은 자의 損害算定의 곤란과 관련하여 포괄정산 하도록 하기 위한 것은 아니라 성차별행위의 결과에 따른 기업의 부담을 줄여 주고자 한 것이라고 한다.[25] 이에 대하여는 성차별이 다수에 대하여 행하여진 경우라고 하여 성차별 받은 당사자의 손해 정도와 내용이 완화되거나 달라지는 것이 결코 아님에도 불구하고 最高限度를 설정하여 결과적으로 배상내용을 감소시키고 있다는 점에서 비판되고 있다. 이와 더불어 총 배상한도의 설정으로 말미암아 사용자가 성차별에 따른 법률효과, 즉 損害賠償危險의 내용을 사전에 파악할 수 있기 때문에 사용자로 하여금 여성고용에 따른 부담보다는 성차별에 따른 부담(최고 12개월분의 임금)을 선택할 수 있게 하는 가능성을 높혀 줄 우려가 있다는 현실적·정책적 문제도 제기되고 있다.[26]

3. 損害賠償의 內容과 性格

(1) 채용시 성차별금지 위반에 따른 손해배상청구권에 관한 규정

24) Krimphove, a.a.O.(앞의 주 10), S. 186. 이에 따르면 유럽법원의 판시내용은 성차별에 따른 손해배상은 개별 사안에 관련하여(Einzelfallbezogenheit) 정해질 수 있는 것이므로 사전에 최고한도를 설정할 수 없다는 점을 강조한 것이기 때문에 일반화할 수 있고 따라서 채용시 성차별에도 적용될 수 있다고 한다.

25) 입법이유서도 중소기업의 보호를 언급하고 있다(BT-Drucks 12/5468, S. 45).

26) Pfarr, RdA 1995, 209; Sowka, NZA 1994, 967.

(§611 a Abs. 2 BGB)은 계약체결상의 의무위반에 관련된 것이라는 점에서 契約締結上의 過失을 법률에서 규정한 경우라고 할 수 있다. 독일에서의 손해배상원칙인 原狀回復原則에 따르면 성차별을 받은 지원자는 사용자의 성차별금지의무 위반이 없었더라면 있었을 상태로 회복되어야 할 것이다.[27] 그러나 독일민법에서 규정한 손해배상의 내용은 최고 3개월분의 임금을 한도로 한 손해배상청구권을 일반적으로 인정하는 것이다. 즉 성차별로 인한 具體的 損害의 내용과 상관없이 모든 경우에 성차별에 따른 일정한 손해를 배상하도록 규율하고 있다.

성차별에 따른 손해배상의 내용에 관해 채용되었더라면 받을 수 있었던 월보수 기준의 3개월분 임금을 최고한도로 한 규정내용을 긍정하는 견해가 있다.[28] 이 견해에 따르면 동 규정은 근로계약의 繼續的 契約關係로서의 성격에 비추어 불이행에 따른 손해의 完全賠償이 배제될 수 밖에 없다는 점에서 비롯된 불가피한 내용이며, — 부분적이기는 하나 적극적 손해에 대한 배상을 인정함으로써 손해배상의 損害塡補機能(Ausgleichsfunktion)을 하도록 한 것으로 이해하게 되면 — 민법의 전통적인 손해배상체계에 크게 벗어나는 점은 없다고 한다. 그러나 문제는 동 규정의 손해배상 내용을 이렇게 이해하면 消極的 損害의 배상이 포함되기가 어렵다는 점이다. 우선 지원비용은 종래 규정에 따르면 유일한 배상의 대상이었으나, 개정된 내용에는 포섭될 수 있는지 조차 의문이다.[29] 또한 人格權 侵害에 따른 손해배상을 별도로 청구할 수 있는지

27) 원상회복원칙에 따른 계약체결청구권은 계약체결자유의 원칙 때문에 독일에서도 인정하지 않는 것이 일반적 견해이다. Vgl. Larenz, Schuldrecht I, AT, 14. Aufl., 1987, §9 I 3; Jauernig/Vollkommer, BGB, 7. Aufl., 1994, §276 Anm. 4 c; BGH, NJW 1965, 812 ff., 814. 그러나 원상회복원칙에 따른 직접적인 계약체결강제를 인정하는 일부견해도 있다. Vgl. Delbrück, in: FS Werner Weber, 1974, S. 223 ff., 233; Ludwig Raiser, ZHR 111, 1948, 75 ff., 93 ff.

28) Herrmann, Die Abschlußfreiheit - ein gefährdetes Prinzip, ZfA 1996, 31.

29) Larenz, SchuldR I, §9 I 3; Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl., 1996, §325 Rdnr. 15 m.n.W. 물론 성차별과 비용지출간에 인과관계는 없으나 애당초 쓸모없는 것으로 된 비용은 배상될 수 있는 것으로 보고 있다.

도 검토되어야 할 것이다. 이와 관련해서는 손해배상을 月報酬라는 순수한 재산적 관점을 기준으로 규정하고 있는 내용에 대하여 재산적 손해와 정신적 손해를 구분함이 없이 성차별시의 손해배상을 포괄적으로 정한 것으로 보는 견해가 있는 반면, 동 규정상의 손해배상은 精神的 損害에 대한 배상을 의미한다고 해석하는 견해도 있다.[30]

새로 규정된 내용에 따르면 성차별이 없었더라도 채용되지 않았을 지원자도 性差別에 따른 損害賠償의 청구가 가능하다. 즉 성차별과 불채용 간의 인과관계가 없는 경우와 因果關係가 존재하는 경우를 구별하지 않고 손해배상을 오로지 性을 이유로 한 불이익에 관련지우고 있는 것이다.[31] 원래 성차별과 불채용 사이의 인과관계가 없는 경우에는 손해배상법의 일반원칙에 따르면 志願費用이 성차별로 인한 손해로서 배상되어야 한다. 그러나 개정된 내용에서는 이러한 제한을 두지 않고 성차별을 받은 모든 지원자에게 3개월분의 임금을 한도로 한 손해배상청구권을 인정하고 있다는 사실에 비추어 채용되었을 경우를 가정한 積極的 履行利益의 배상을 규정한 것으로 이해하기에는 무리가 있다고 생각된다.

(2) 독일민법 제611 a조 제2항이 성차별에 따른 精神的 損害를 보전하는 것을 포괄하면서도 채용을 가정한 월임금이라는 재산적 측면에서 손해내용을 정하고 있는 것과 관련하여 정신적 손해배상에 대해서는 다른 기준, 예컨대 불이익의 정도, 과실의 輕重에 따라 정해야 한다는 관점에서 비판하는 견해가 있다.[32]

성차별에 따른 손해배상은 "補塡的 機能"과 함께 성차별에 대한 "懲

30) Pfarr, RdA 1995, 209. 법문에서 Entschädigung이라는 개념을 사용한 것은 정신적 손해의 배상을 의미한다고 한다.

31) 인과관계가 필요하지 않다는 점은 동 규정 개정이유서에서도 강조하고 있다(BT-Drucks 12/5468, S. 21, 44).

32) Herrmann, ZfA 1996, 34. 그러나 동 규정이 개정되기 전에 법원은 인격권 침해에 따른 손해배상도 월임금 기준으로 인정한 바 있다(BAG AP Nrn. 5, 6 zu §611 a BGB; BAG, NZA 1990, 21 f.). 이에 대한 비판으로는 Wiese, JuS 1990, 357 ff., 362 참조.

罰的·豫防的 機能"을 함께 가진다고 이해하는 것이 일반적이다. 즉 성차별을 받은 근로자에 대한 손해보전과 함께 性을 이유로 차등대우를 한 사용자에 대한 제재의 의미가 있는 것으로 이해하고 있다.[33] 이러한 손해배상의 二重的 機能에 대해 오로지 손해전보사상에 기초하고 있는 독일 손해배상법 체계에 반하는 해석이라고 비판하는 견해도 있다. 이에 따르면 民事上 損害賠償은 정신적 손해에 대한 배상이라고 할지라도 형벌적 성격을 지닐 수는 없다는 점에서, 성차별에 대한 손해배상을 징벌적·예방적 제재로 인식하는 법관념은 독일법보다는 유럽법이나 유럽법원의 판례에 뿌리를 둔 것으로 보고 있다.[34] 이러한 지적은 독일민법 제611 a조의 생성과 개정과정에 비추어 보면 타당하다. 同條는 남녀균등대우에 관한 입법지침에 따라 신설되었으며, 여기서 규정한 손해배상의 내용이 성차별에 대한 실제적이고 효과적인 제재에는 미흡하므로 유럽법에 반한다는 유럽법원의 판례에 따라 현재의 내용으로 개정되었다. 이러한 점에 비추어 본다면 同條의 손해배상은 독일법의 전통적인 손해배상원칙에 따라 자발적으로 규율된 것으로 보기는 어렵다. 오히려 새로 규정한 손해배상의 내용은 미국법상의 이른바 懲罰的·刑事的 損害賠償(punative/exemplary demages)에 어느 정도 비교될 수 있는 내용으로서 징벌적 손해배상관념을 입법에 반영한 것으로 평가될 여지도 있다. 실제로 입법자의 의사[35] 뿐만 아니라 판례·학설의 일반적 견해[36]에서도 성차별에 따른 손해배상규정은 미국법상의 징벌적 손해배상을 포함한다고 파악하고 있다. 이에 대해 동 규정을 통상의 損害塡補規範(Schadensausgleichnorm)으로 파악하고서 손해배상의 징벌적 기능을 인

33) Vgl. EuGH, NJW 1984, 2021, 2022; BAG, NZA 1992, 22, 23; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, 4. Bd., SchuldR., 3. Aufl., 1995, §611 a Rdnr. 52; Palandt/Putzo, BGB, §611 a Rdnr. 17; 또한 독일민법 제611 a조의 개정이유서 BT-Drucks 12/5468, S. 2, 44.

34) Herrmann, ZfA 1996, 37.

35) 개정안의 입법이유서로 BT-Drucks 12/5468, S. 12, 18, 44.

36) Vgl. EuGH, NJW 1984, 2021, 2022; BAG, NZA 1992, 22, 23; Zuleeg, RdA 1984, 325 ff.(328); Wiese, JuS 1990, 357 ff.(359 f.); MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, §611 a Rdnr. 52; Palandt/Putzo, BGB, §611 a Rdnr. 17.

정하지 않으려는 견해가 있다. 그러나 이러한 이해는 앞에서 지적한 바와 같이 동 규정상의 손해배상의 내용해석에 상당한 어려움을 수반하게 된다.[37] 왜냐하면 채용시 성차별에 따른 손해배상 규정(§611 a Abs. 2 BGB)은 구체적으로 발생한 손해(이행이익 또는 신뢰이익, 재산적 또는 정신적 손해)에 상관없이 月假定賃金을 기준으로 한 배상청구권을 인정하는 한편, 성차별과 불채용 사이의 因果關係의 존재 여부에 관계없이 채용시 성차별을 받은 모든 지원자에게 손해배상청구권을 인정하고 있는데, 위 견해는 이 점을 법리적으로 해명하기가 쉽지 않기 때문이다. 즉 손해배상이 성차별로 인한 불채용에 대한 것이 아니라 채용시의 성차별 자체에 관련되어 인정되고 있으며, 성차별로 인해 실제 발생된 손해의 전보가 아니라 法에서 정한 한도내에서 손해배상을 한다는 사실은 전통적인 손해배상법리에는 부합되지 않는 내용이기 때문이다. 그러나 미국법에서의 懲罰的 損害賠償은 고의적이고 악질적 일탈행위시에 재산적·정신적 손해의 배상과는 별도로 형벌적·예방적 목적을 위해 통상 상당히 고액을 인정하고 있다는 점에서 성차별에 따른 손해배상과 내용적으로 비교될 수 있는 지는 검토를 요한다.

1992년에 독일 연방대법원은 刑罰的 損害賠償을 명하는 미국 판결이 독일내에서 집행될 수 없다는 판결을 한 바 있다.[38] 이 판결에서는 우선 독일의 경우에 민사책임과 형사책임이 분화되어 있으며 국가가 형벌권을 독점하고 있다는 점을 지적하였다. 따라서 독일법에서 懲罰的·刑事的 목적을 지닌 損害賠償의 인정은 가해자를 형사책임과 함께 이중으로 징벌하는 결과가 되는 한편, 손해전보가 아닌 가해행위에 대한 징벌을 통해 일반 공중의 이익에 기여하고자 한다는 점에서 징벌적 손해 배상은 받아 들일 수 없다고 판단하였다. 이처럼 징벌적 손해가 독일 책임법 체계의 기본원칙에 반한다고 판단하면서도 採用時의 性差別과 관련해서는 손해배상의 징벌적 기능을 인정하는 것은 법질서내의 책임내용의 체

37) Herrmann, ZfA 1996, 19 ff.(35 ff.).

38) BGH, NJW 1992, 3096 ff.(3103); dazu Koch, NJW 1992, 3073 ff.; Deutsch, JZ 1993, 266 f.

계적 이해를 혼란시킨다는 비판이 있다.[39] 그러나 성차별시의 손해배상에 관련한 예방적·징벌적 의미는 성차별을 한 사용자가 해당 근로자에 대해 손해배상책임을 부담한다는 私法的 制裁(privatrechtliche Sanktion)의 측면에서 이해해야 하는 것이지, 결코 미국법에서와 같은 엄청난 고액의 刑罰的 損害賠償(Strafschadensersatz)과 비교될 수는 없다고 생각된다. 즉 독일민법상의 성차별시의 손해배상은 성차별로 인한 손해의 塡補를 본질로 하면서 손해배상책임에 내재된 가해행위에 대한 制裁的 意味도 포함하는 것으로 이해될 수는 있으나, 손해전보와는 별도로 가해자에 대한 형벌의 의미를 지닌 미국법상의 손해배상을 의미하는 것은 아니라고 생각된다. 따라서 성차별과 불채용 사이에 인과관계가 없는 경우에도 손해배상을 인정하는 등 전통적인 損害塡補와는 다른 내용으로 규율되었다 하여 미국법상의 징벌적 손해배상개념을 기초로 입법한 것이라고 평가될 수는 없다. 더욱이 개정된 독일민법상의 성차별에 따른 손해배상 내용(§611 a Abs. 2 BGB)도 유럽법이 요구하는 성차별에 대한 효과적인 보호에 미치지 못한다는 비판이 있음에 비추어서도 미국법상의 懲罰的 損害賠償과 동일한 차원에서 이해되기는 어렵다.[40]

(3) 채용시 성차별에 따른 손해배상을 人格權 侵害로 인한 정신적 손해에 대한 배상으로 파악한다면 재산적 손해에 대한 배상문제가 남게 되는데, 이는 개정 이전과는 정반대의 상황이 되는 것이다. 왜냐하면 개정 전은 성차별로 인한 손해의 배상을 信賴利益의 배상에 한정시켰기 때문에 인격권 침해에 따른 손해배상을 별도로 인정하는 것이 문제되었던데 반하여, 현행 규정에 기한 손해배상을 성차별로 인한 人格權 侵害에 대한 賠償으로 보게 되면 재산적 손해의 배상문제가 남겨지기 되기

39) Herrmann, ZfA 1996, 39.

40) 개정된 독일민법 제611 a조 내용이 유럽법에 반하지 않는가 하는 문제와 관련하여 귀책사유를 요건으로 한 것 외에 손해배상을 3개월분의 假定賃金(다수의 성차별의 경우 6개월 또는 12개월분)으로 제한했다는 내용이 중요한 검토대상으로 되고 있다(BB 1995, 1354 f.).

때문이다. 결국 채용을 가정한 월보수를 기준으로 한 손해배상 규정은 근로관계 형성에서의 성차별에 관련한 특수한 손해배상 내용으로 이해할 수 있다고 본다.[41] 그렇다면 여기서의 손해배상이 해고제한법의 一時補償金(Abfindung), 즉 해고가 무효임에도 당사자간의 신뢰가 무너져 근로관계의 지속이 기대될 수 없는 관계로 근로관계 해소의 판결을 구한 경우에 인정되는 일시보상금을 본받아서, 적절한 일시금에 대한 청구권을 보장한 것인가 하는 점이 문제된다.[42] 그러나 해고제한법상의 일시금제도는 해고가 무효임에도 근로관계의 지속을 기대할 수 없는 사정과 당사자 일방의 신청에 기한 법원의 근로관계해소 판결과 관련하여 인정되는 것으로서 남녀균등대우원칙에 반하는 採用時의 性差別과는 성격을 달리하는 것으로 판단된다.[43] 물론 사회적 정당성이 결여된 사용자의 해고가 원인이 되어 근로관계의 지속이 기대될 수 없게 됨에 따라 근로관계 해소라는 결과를 초래했다는 점에서 근로자에 대한 일시금지급은 不當解雇와 무관하지 않다. 그러나 부당해고는 무효로서 근로관계가 계속 존속되는 동시에 부당해고기간 중의 임금지급을 통해 손해가 회복되는 것이 원칙이며, 해고제한법상의 一時補償金은 부당해고임에도 불구하고 예외적인 경우에 법원판결을 통해 인정되는 근로관계 해소에 따른 법률상의 이해조정의 의미를 지니는 것으로서 결코 직장상실에 대한 재산적·정신적 손해의 배상이라고 볼 수는 없다. 이에 반해 성차별시의 손해배상은 性을 이유로 채용 등에서 불이익취급을 하여서는 아니된다는 법규정을 위반한 데 따른 법률효과로서 채용에서 성차별을 당한 근로자에 대한 損害賠償의 의미와 함께 사용자에 대한 私法的 制裁의

41) BVerfG, NZA 1994, 745; BB 1994, 502.

42) Vgl. Scholz, SAE 1984, 252. 여기서 일시금청구권을 보장하는 것이 의미있다는 점을 이미 지적함으로써 입법방향을 시사한 바 있다.

43) 그러나 노동법원법(§61 b Abs. 2 ArbGG)상의 최고배상한도 제한내용에 비추어 해고제한법 제9조, 제10조 내용을 참고로 하여 성차별을 당한 근로자에게 그로 인해 입은 손해의 배상이 아닌 적절한 일시보상금(eine angemessene Abfindung)의 형식에 따른 배상을 보장한 것으로서 진정한 의미의 손해배상청구권이 아니라고 파악하기도 한다(Vgl. Germann/Mattheus/Prütting, Rdnr. 17 zu §61 b ArbGG).

의미도 지닌다고 할 수 있다. 이때 배상되는 손해는 성차별로 인하여 받은 모든 손해를 포괄하는 것으로 입법자는 假定賃金을 기준으로 손해를 산정하고 있다.

독일민법 제611 a조가 개정되기 전에 연방노동법원은 동 규정상의 신뢰손해배상이 재산상 손해에 관한 것이므로 人格權 侵害에 따른 정신적 손해배상을 별도로 인정할 수 있다는 전제하에서, 근로관계 형성과 관련된 성차별은 기본법상의 남녀평등규정(Art. 3 Abs. 2 GG)에 반할 뿐만 아니라 인격계발의 자유(Art. 2 Abs. 1 GG), 인간의 존엄보장(Art. 1 Abs. 1 GG)에도 반하는 것으로 보았다.[44] 그러나 성차별시에 인격권 침해를 근거로 손해배상청구권이 인정될 수 있느냐 하는 점은 논란이 되어 왔다. 성차별시의 慰藉料請求權 인정에 대한 중요한 반론요지로는 다음을 들 수 있겠다.[45] 먼저, 입법자가 독일민법 제611 a조 제2항에서 제재내용으로 信賴損害賠償을 선택하여 종국적으로 규정한 것이므로 입법자의 명백한 결정에 관하여 법원이 판결해서는 안된다는 점이다. 그리고 성차별로 인해 채용에서 배제된 性을 가진 지원자의 인격계발 가능성이 침해될 수 있고 직업상의 능력이 무시되는 결과를 초래한다고 하여 자동적으로 一般的 人格權이 침해되었다고 볼 수는 없다는 점에서, 판례에서 성차별에 따른 일반적 인격권 침해에 따른 손해배상을 인정하는 것은 판례의 법형성권한을 일탈했다는 것이다. 최근에는 월보수를 기준으로 배상하도록 한 개정된 독일민법의 규정이 積極的 損害에 대한 배상을 의미한다고 이해하면서 채용시 성차별의 경우에 인격권 침해를 부인하는 견해도 있다. 이에 따르면 계약체결에서의 성차별이 人格과 관련된다고 하여 바로 인격권 침해가 될 수는 없다고 한다. 그 근거로서 계약을 체결하고자 하는 당사자의 이익은 계약을 체결하지 않을

44) BAG AP Nm. 5, 6 zu §611 a BGB; BAG, NZA 1990, 21 f.

45) Scholz, Anm. zu BAG AP Nm. 5, 6 zu §611 a BGB, Bl. 1121 f.; Wiese, JuS 1990, 357 ff.; Jauernig/Schlechtriem, BGB, §§611 a, 611 b, Anm. 1; Palandt/Putzo, BGB, §611 a Rdnr. 1.

상대방의 자유와의 관계에서 이해되어야 하는데, 만약 性을 이유로 한 차등대우나 기타 객관적 사유에 기하지 않은 계약체결 거부가 인격권 침해를 의미한다고 하면 이로 인한 손해배상의무에 비추어 間接的인 契約强制(mittelbarer Kontrahierungszwang)가 인정되는 결과가 된다는 것이다. 이 밖에 채용시 성차별을 人格權 侵害로 파악하는 것은 법리적인 측면에서 채용시 性을 이유로 차등대우를 받지 않을 계약체결상의 당사자 사이의 相對的 債權關係가 내용적으로 인격계발을 위해 상대방에게 객관적 기준에 의한 계약체결을 요구할 수 있는 絶對權을 인정하는 것이 됨으로써 계약체결의 자유를 상당히 제한하게 된다고 한다.[46] 뿐만 아니라 성차별에 따른 손해배상을 一般的 人格權 侵害에 대한 배상으로 파악하는 것은 — 일반적 인격권이 판례에 의해 불법행위의 보호법익으로서 독일민법 제823조 제1항에서 의미하는 기타의 권리로 인정되고 있는 점과 관련하여 — 不法行爲의 意味와 目的, 즉 타인의 권리와 법익을 계발할 수 있도록 행위케 하는 것이 아니라 타인의 권리와 법익을 침해하지 않도록 하는 점과도 분명히 모순된다고 한다. 그러므로 계약 상대방을 자의적으로 또는 객관적 기준없이 선택했다고 하여 선택받지 못한 당사자의 인격권이 침해되었다고 일반화할 수는 없다는 것이다.

(4) 채용시 성차별에 대하여 假定賃金을 기준으로 인정한 손해배상이 인격권 침해로 인한 慰藉料請求權을 포함한 내용인가, 그리고 성차별로 인한 손해의 補塡機能 뿐만 아니라 성차별을 한 사용자에 대한 懲罰的 機能도 지니고 있는가 하는 문제와 관련하여서는 위에서 간단히 살펴본 바와 같이 논란이 되고 있다. 그러나 분명한 것은 특별히 근로관계 형성과 관련한 성차별로부터의 보호를 위해 채용에서의 균등대우 위반에 따른 법률효과로서 이러한 손해배상을 立法者가 인정하였다는 사실이다. 여기에서 청구권자를 성차별이 없었더라면 채용되었을 자(bestqualifiziert)에

46) Herrmann, ZfA 1996, 41 ff.

한정하지 않고 지원자격과 형식적 지원요건을 갖춘 자로서 성차별을 받은 모든 지원자로 하고 있다. 또한 손해내용은 성차별에 따른 모든 손해를 포괄한 것으로 이해된다. 그러므로 채용시 위법한 性差別을 이유로 하여서는 독일민법 제611 a조 제2항에서 정한 손해배상 이외의 별도의 손해배상이 인정될 수 없는 것이 원칙이다. 다만 사실관계에 따라 부가적 법익침해요건이 있는 경우에는 이에 따른 손해배상청구권이 배제되지 않는다고 해석된다.

4. 立證責任

성차별에 관련된 입증책임에 대하여 채용을 거부당한 근로자가 性差別을 추정하게 하는 사실을 신빙성있게(Glaubhaftmachung) 제시하면, 사용자는 불채용이 性에 관련된 것이 아니라 객관적 사유에 기한 것이거나, 특정 性이 업무수행에 필수적인 전제가 된다는 점을 입증하도록 되어 있다(§611 a Abs. 1 S. 3 BGB). 근로자가 性을 이유로 불이익을 받았다는 신빙성있는 사실(vgl. §294 ZPO)은, 예컨대 객관적 사유없이 특정 性을 대상으로 한 채용공고, 아주 낮은 여성채용비율, 사용자의 성차별적 표현 등에서 인정될 수 있다.[47] 그러나 性을 이유로 한 차등대우를 추정케 해 주는 내용을 알 수 없는 외부지원자의 경우에는 이러한 입증이 결코 쉬운 일이 아니다.[48] 따라서 독일민법 제611 a조의 개정시에 입증책임 관련 규정을 새로이 규율하자는 요구가 야당, 연방상원 등에서 제기된 바 있으나,[49] 이러한 입증책임의 새로운 규율요구는 수용되지 못

47) Schaub, ArbeitsrechtsHandbuch, 7. Aufl., 1992, S. 1241.

48) Steinmeister, Der Personalrat, 1995, 9.

49) Gesetzesentwurf der SPD -Fraktion zur Gleichstellung in Arbeitsleben(BT-Drucks 10/158 = RdA 1986, 251); SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann(BT-Drucks 12/5717); Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetz Teil I des Fraktion Die GRÜDEN(BT-Drucks 11/3728); Stellungnahme des Bundesrats(BT-Drucks 301/1/93).

하였다.[50] 특히 야당의 개정초안은 성차별을 주장하는 지원자가 원하는 경우에 결정절차에 관한 사용자의 說明義務를 규정하고자 하였다. 사용자의 설명의무가 입법을 통해 명확히 되지는 못했다 할지라도 성차별에 따른 손해배상청구에서 解釋論上 당연히 인정될 수 있다는 견해도 있다. 이에 따르면 계약관계에서의 일방 당사자가 과책없이 계약상의 권리의 존재 여부와 내용에 대해 잘 알지 못하고 또한 상대방이 이에 관한 정보를 어렵지 않게 제공할 수 있는 경우에는 信義則(§242 BGB)에 기하여 일반적인 情報提供義務(Auskunftpflicht)가 인정될 수 있다고 하는 것이 판례의 일관된 태도이므로,[51] 이러한 판례에 기초하여 채용에서의 性差別에 따른 損害賠償請求와 관련하여서는 정보제공의무가 인정되어야 한다는 것이다. 이 견해는 독일민법 제611 a조가 근로계약법상의 청구권기초이며 설명의무는 성차별을 받은 지원자가 손해배상청구를 용이하게 할 수 있는 보조수단으로서 기능할 수 있다고 한다.[52] 그러나 이와 같은 사용자의 설명의무를 一般的으로 인정하는 것은 법률에서 정한 입증책임부담을 왜곡시킬 우려가 있게 된다. 입증책임의 원칙상 객관적 제3자 입장에서 판단할 때 性을 이유로 한 불이익대우를 추정하게 할 정도의 신빙성 있는 사실을 근로자가 우선 제시하도록 하고, 사용자는 性에 따른 차등이 아니라는 사실 또는 차등을 정당화 하는 사유가 객관적으로 존재하는 점을 입증하도록 하고 있다. 그런데 만약 인사결정 과정에 대한 사용자의 說明義務가 성차별의 신빙성 있는 사실을 찾기 위한 수단으로 인정되는 것이라고 한다면 입법자가 근로자에게 부담시킨 사항에 대해 상대방이 사실상 또는 간접적으로 제시하도록 하는 것과 다를 바 없기 때문이다.

차등대우가 性이 아닌 다른 객관적 사유에 기인한 것이라는 점에 대한 사용자의 입증과 관련하여 연방헌법재판소는 男女均等待遇에 관한

50) Mauer, BB 1994, 1286.
51) Vgl. BGHZ 81, 21(24); 97, 188(192); LAG Berlin, NZA 1993, 27 f.
52) Steinmeister, Der Personalrat, 1995, 11.

결정을 통해 사용자가 여러 가지 기준과 동기를 근거로 채용을 거절했다 할지라도 性이 그러한 기준 중의 하나였다면 性을 이유로 한 차등대우가 될 수 있다고 판단하였다. 즉 차등대우가 性에 관련되기만 하면 된다는 것이다.[53] 이 밖에 연방헌법재판소는 채용공고나 채용과정에서 없었던 채용기준이 추후에 채용의 결정적인 기준으로 되는 것은 허용되지 않는다고 보고 있다. 이러한 결정내용은 궁극적으로 성차별을 주장하는 지원자에게 유리하게 작용하는 요소로 평가된다.

남녀균등대우에 관한 유럽입법지침(76/207 EWG)은 차등대우가 허용되는 직업과 업무를 구체적이고 상세히 규율할 것을 의무지우고 있다(Art. 9 Abs. 2 der Rechtlinie). 유럽법원이 독일에서 이러한 입법지침상의 의무가 이행되지 않고 있음을 확인한[54] 이후 독일정부는 차등대우가 허용되는 예외적 업무의 목록(Ausnahmekatalog)을 마련한 바 있으나,[55] 이는 법적 구속력이 없는 것이다. 그리하여 1994년 독일민법 제611 a조 개정논의에서 이에 관한 사항을 열거하여 규율하도록 제안되었으나 수용되지 못하였다.

Ⅳ. 結 語

(1) 오늘날 대다수의 사람들이 근로와 직업활동을 통해 인격을 계발하고 실현해 나가고 있다는 점에서 근로생활은 능력개발과 인격실현의 가능성을 부여하는 본질적 요소로 되고 있다. 또한 性을 이유로 직업수행의 기회를 균등하게 가질 수 없다는 것은 인격계발의 가능성을 저해하는 것으로 이해된다.[56] 그러므로 헌법상의 평등원칙, 근로의 권리 그리

53) BVerfG, NJW 1994, 647; BVerfGE 85, 191(206).
54) EuGH vom 21. 5. 1985(Rs. 248/83), Kommission/BRD, Slg. 1985, S. 1459, 1487.
55) BArbBl. 11/1987, S. 40; Jansen, RdA 1988, 36.
56) Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1294(1300); Eisemann, AuR 1988, 231.

고 근로자의 인격권 보호라는 관점에서 근로관계 형성에서의 性差別로부터 근로자가 효과적으로 보호될 수 있도록 법을 해석·적용해야 할 것이다. 그러나 근로와 직업활동을 통한 인격실현의 필요성으로부터 직업활동 내지 근로생활을 할 수 있는 구체적인 職場에 대한 權利가 보장·승인되는 것은 아니고, 근로자의 일반적 인격권이라는 법익은 직업활동 내지 근로계약을 통한 취업이 자의적으로 배제되지 않는 것을 보장할 뿐이다. 따라서 一般的 人格權을 매개로 사실상의 職業活動 내지 就業에 대한 權利가 헌법적으로 보장되었다고 할 수는 없다. 이런 관점에서 성차별에 기한 불채용의 경우에도 사실상의 채용청구권의 보장이 아니라 損害賠償請求權이 자의적 차별에 대한 私法的 制裁로서 기능하는 것이다.

(2) 이처럼 손해배상의 기능과 성격을 성차별에 대한 私法的 제재로 이해하는 한, 사용자의 歸責事由를 요건으로 하는 것이 법체계적으로 타당하다. 그러나 성차별에 따른 손해배상청구권의 기본성격을 진정한 의미의 손해배상이 아니고 해고제한법상의 一時補償金(Abfindung)과 같은 것으로 이해하는 경우에는 반드시 귀책사유를 요건으로 해야 할 필요는 없다고 본다. 이는 결국 채용시 성차별행위를 어떻게 이해하고 이에 대한 법률효과를 어떻게 구성할 것인가 하는 문제로서 立法에 의한 해결이 바람직할 것이다. 특히 우리나라의 경우 채용시 성차별에 대한 벌칙규정을 두고 있으나,[57] 성차별시의 사법상의 법률효과에 대하여는 규정한 바가 없다는 점에서 채용시 성차별이 一般的 人格權 侵害를 구성하는지 여부에 대한 논란은 법리적 측면 뿐만 아니라 현실적으로도 매우 중요한 의미를 지니고 있다고 할 수 있다.

(3) 여성들이 근로생활관계에서 아직까지 상대적으로 불이익을 받고

57) 독일에서는 근로관계에서의 성차별에 대한 벌칙규정은 법정책적 관점에서 바람직한 것이 못된다는 지적도 있다(vgl. Scholz, SAE 1984, 252).

있는 것은 부인할 수 없다. 특히 고용이나 승진기회면에서 그렇고, 고위직의 비율도 상대적으로 낮다고 할 수 있다. 그러나 이러한 현존하는 사실 자체가 헌법상의 남녀평등원칙에 반한다고 할 수는 없으며, 더욱이 이를 직접 시정하는 내용의 규범을 통해 치유하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 무엇보다도 이러한 고용에서의 불평등, 불이익의 원인을 정확하게 분석·검토하여 이를 제거하는 입법조치와 정책을 통해 시정해 나가는 것이 법리적으로나 법정책적으로 옳은 방향일 것이다. 예컨대 여성의 고용과 승진에 장애원인으로 작용할 수 있는 가정에서의 역할과 부담에 관련된 입법상의 지원조치를 통해 남녀고용평등이 이루어질 수 있는 제도적 기반을 완비하는 것이 필요한 것이지, 性役割의 평등화나 여성고용비율을 法으로 강제하여 불평등을 제거하고자 하는 것은 결코 의미있는 발전형태가 될 수 없을 것이다.[58]

58) Vgl. Zöllner, Gleichberechtigung und Gleichstellung des Geschlechter, in: Fests für Strasser, 1983, S. 223.

醫療事故의 不法行爲責任

- 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH) 判決의 比較 考察 -

안 법 영*

목 차

I. 問題의 提起
1. 多汗症 事件
2. 問題의 提起
II. 因果關係
1. 責任歸屬과 因果關係
2. 過失의 重疊과 因果關係의 推定
III. 醫療過失의 判斷
1. 問題點
2. 過失判斷의 基準
IV. 說明義務
1. 判決의 檢討
2. 說明義務 一般
3. 內容과 範圍
4. 獨逸 判決例
5. 說明義務의 履行時期
6. 說明義務違反의 主張과 證明
V. 說明義務違反의 效果
1. 問題點
2. 獨逸 判決例
3. 比較 檢討
4. 責任體系構成의 再檢討
VI. 맺는 말

I. 問題의 提起

1. 多汗症 事件[1]

1990. 7. 28. 환자 J는 손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 증상을 치료하기 위해 피고 Y대학교 산하 YS병원에 입원하였다. J는 사전 검사를 마치고 같은 달 31. 09:40부터

* 고려대 법대 교수·법학박사

1) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결(법원공보 제988호, 1281면 이하).

14:30까지 피고 K로부터 제1·2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경절제 수술을 받았는 바, 수술 후 16:45경 입에 거품을 물고 경련이 시작되었고, 그 후 의식을 찾지 못하였으며 19:50경에는 미열이 발생하고, 20:00경 다시 입에 거품을 물고 다리에 경련이 있었고, 21:00경 전신경련을 일으키는 증상을 나타내었다. 신경외과 당직의 Y는 항경련제를 투여하였으며, 手術醫 K는 23:00경 병원에 도착하여 용태를 본 후, 8. 1. 00:30경 J를 중환자실로 옮겨 기관내 삽관을 하고 산소호흡기를 부착하였고, 그 후 중환자실에서 계속 집중 치료를 하였으나 같은 달 3. 뇌전산화 단층촬영 결과 뇌간 및 소뇌간 부위에 腦梗塞이 나타났으며, 그로 인해 J는 같은 달 17. 01:50경 사망하였다[2]. 이에 J의

---

2) 서울고등법원(서울고법 1993. 9. 2. 선고 93나7886 판결)이 확정한 사실관계는 다음과 같다.
소외 J는 손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 다한증 증상이 있었는데 1990. 6. 12.자 D일보 지상에 피고 K가 과한증(過汗症)이라는 제목으로 "양손의 과한증을 치료하기 위해서는 교감신경을 절단해 낸다. 수술과 동시에 신기하게도 손에 땀이 전혀 안나게 완치된다"는 내용으로 쓴 기사를 읽고, 피고 K에게 진찰을 받았다. 소외 J는 다한증 때문에 현대중앙병원에서 약물치료를 받았으나 호전이 없었다고 말하자, 피고 K는 다한증을 치료하는 확실한 방법은 교감신경 절제술이고, 양손의 다한증을 치료하기 위해 제1흉추 및 제2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경을 절제하는 수술이 필요하다고 이야기하여 소외 J는 같은 해 7. 28. 위 YS병원에 입원하였고, 수술을 받기에 앞서 신경학적 검사, 혈압, 맥박, 호흡수 측정검사, 일반 혈액검사, 뇨(尿)검사, 특수 혈액검사, 혈청검사, 간기능 및 신장기능을 측정하는 임상화학검사, 흉곽 및 경추부 X선검사를 받았는데 모두 정상이었고, 같은 달 30. 심전도 검사를 실시하였는데 수술종료시부터 이완 시작시까지의 곡선이 약간 올라가 재차 심전도 검사를 시행하여 심장내과와 마취과 전문의에게 문의한 결과 전신마취를 하여도 지장이 없다는 의견이 나와서, 피고 K는 소외 J와 원고 J의 父에게 "병은 교감신경이 과민하여 땀이 많이 나는 것이다. 수술의 문제로는 아주 드물게 하지마비가 생길 수 있으며 기흉같은 것이 생길 수도 있다. 그 외에 얼굴에 땀이 전혀 나지 않거나 눈동자의 변화같은 것이 올 수 있다. 아직 의학에서는 알 수 없는 부작용이 있을 수 있다"는 내용으로 설명하고, J로부터 승낙을 얻어 수술을 시행하게 되었다. 피고 K는 같은 달 31. 09:40부터 14:30까지 신경외과 전문의인 소외 O와 신경외과 전공의인 소외 G 및 K 등의 보조를 받아 교감신경 절제수술을 시행함에 있어 먼저 마취과 전문의인 소외 K가 소외 J를 눕힌 상태에서 기도를 통하여 전신마취를 하고, 위 소외 O, 같은 G, 같은 K는 위 소외 J를 엎어 놓은 후 머리를 고정시키기 위하여 머리에 핀을 박고 수술위치를 정하기 위하여 X선 촬영을 한 다음, 피부를 절개하고 피하 지방질을 제거하여 뼈의 주돌기를 노출시키고 근육절개 부위를 정하기 위하여 X선 촬영을 하고 척추를 중심으로 좌우 근육을 절개하여 횡돌기를 노출시키는 시술을 한 다음, 같은 날 11:00경 피고 K에게 연락하여 뒤이어 수술실에 들어 온 피고 K는 위 수술팀들과 함께 횡돌기를 제거하고, 늑골 일부를 제거한 후 현미경을 주입하

부모, 조모, 형제는 手術醫 K와 그가 소속해 있는 학교법인 YS의료원을 상대로 損害賠償을 請求하였다.

대법원은 항소심이 확정한 사실과 手術醫 K의 시술상 過失을 인정한 것을 정당하다고 판시하여, 不法行爲責任과 소속 학교법인의 使用者責任을 인정하고 있다[3) 4)].

여 내부의 교감신경절을 찾아 좌우측의 제1흉추와 제2흉추 사이의 세포덩어리를 제거하고 피를 뽑아내기 위하여 헤모박을 남기고 근육을 닫은 다음 뒤이어 피부를 닫고, 수술종료후 조치로서 머리에 핀을 뽑고 바로 눕힌 후 X선 촬영으로 기흉여부를 점검하여 정상임을 확인하였다. 소외 J는 수술 후 16:45경 입에 거품을 물고 경련이 시작되었고 그 이래 의식을 찾지 못하였으며, 19:50경에는 미열이 발생하고 20:00경 다시 입에 거품을 물고 다리에 경련이 있었고 21:00경 전신경련을 일으키는 증상을 나타내어 위 병원의 신경외과 당직의인 소외 Y는 항경련제를 투여하였으며, 수술의사인 피고 K에게 연락을 해 같은 피고가 같은 날 23:00경 병원에 도착하여 환자의 용태를 본 다음, 다음 날인 같은 해 8. 1. 00:30경에는 J를 중환자실로 옮겨 기관내 삽관을 하고 산소호흡기를 부착하였고, 그 후 중환자실에서 계속 집중 치료를 하였으나 같은 달 3. 뇌전산화 단층촬영 결과 뇌간부 및 소뇌간 부위에 腦梗塞이 나타났고 그로 인해 위 소외 환자는 같은 달 17. 01:50경 사망하였다.

3) 위 사건에서 Y대학교 학교법인소속 YS종합병원과 환자는 위 수술에 관한 包括的 入院契約(sog. totaler Krankenhausaufnahmevertrag)을 체결한 것으로 판단된다. 따라서 不法行爲法 외에 피고 학교법인의 醫療契約 違反도 고려될 수 있다. 不法行爲法과 契約法 적용은 消滅時效, 慰藉料, 補助者에 대한 責任, 立證負擔 등에서 차이가 있으나 판례는 양자의 적용을 명확하게 구별하지 않고 있다. 이러한 경향은 舊訴訟物 理論에 입각한 현행 의료사고 소송실무상 施術誤謬(Behandlungsfehler: Kunstfehler), 說明義務(Aufklärungspflicht) 등의 법리 적용상 차이가 없고, 의사의 注意義務는 동일한 基準에 의해 정해진다는 점에서 정당화될 수 있다. 吳錫洛, 立證責任論, 1996, 168면 이하; 金顯泰, 醫師의 診療過誤에 있어서의 過失의 立證責任을 中心으로 본 考察, 現代民法學의 諸問題, 晴軒金曾漢博士華甲紀念, 1981, 617, 619면 이하; 任熙東, 民事上 醫療過誤 訴訟에 關하여, 裁判資料 第12輯(1982), 413, 432면 이하; 李輔煥, 醫療過誤로 因한 民事責任의 法律的 構成, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料 第27輯(1985), 34면 이하; 梁三承, 醫療過誤로 인한 民事責任의 發生要件, 民法學論叢, 厚巖郭潤直敎授華甲紀念(1985), 746, 749면; 石熙泰, 醫療契約(上), 司法行政(88. 9), 35면 이하; 徐光民, 醫療過誤責任의 法的 構成, 民事法學 第8號(1990), 325면 이하; 金玫中, 醫師責任 및 醫師法의 發展에 관한 최근의 動向, 民事法學 第9·10號(1993), 325, 328면 이하; 曺喜宗, 醫療過誤訴訟, 1996, 75면 이하 참조. 독일 실무에서도 契約法과 不法行爲法 양자에 의한 환자의 보호는 사실상 동일하게 이루어 지고 있다.

Vgl. RGRK/K. Nüßgens, 12.Aufl., 1989, § 823 BGB Anh. II, Rn.4; H. - L. Weyers,

Empfielt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, Bd.I, Teil A, 1978, S.12 ff., 29; E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6.Aufl., 1995, S.1 ff.; Geigel/Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozeß, 20.Aufl., 1990, Kap.14, Rn.211; W. Frahm/W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 1996, Rn.61; W. Groß, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, S.657(664). 包括的 入院契約에서 의사 개인의 책임이 免責될 수 있는가에 관해서 재검토될 수 있겠으나 위 사건의 경우에 환자의 多汗症 치료에 관해 피고 의사의 특정한 시술을 신뢰하여 醫療契約을 체결하고 있다는 점에서 피고 의사 자신의 免責은 어렵다고 판단된다. 나아가 환자와 피고 의사 사이에 附加的 診療契約이 성립되었는가도 검토되어야 한다(vgl. gespaltener Arzt-Krankenhausaufnahmevertrag). Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.29 f.; E. Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2.Aufl., 1991, S.28 ff.; A. Laufs, Arztrecht, 5.Aufl., 1993, Rn.90 ff.; D. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4.Aufl., 1995, Rn.15 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.19 ff., 50; BGHZ 121, 107. 이하에서는 위 판결의 주요 논점인 피고 의사의 不法行爲責任을 중심으로 다룬다.

4) 醫療契約違反에 의한 責任歸屬을 판단함에 있어서는 일차적으로 민법상 어느 典型契約에 해당하는가의 문제가 제기된다. 일반적으로는 (準)委任契約에, 성형수술 등과 같은 의료관계의 유형은 都給契約 등에 포섭시킬 수 있다. 그러나 의료관계의 특수성에 비추어 醫療契約을 독자적 契約類型으로 立法化하는 정책적 검토가 필요하다. 金顯泰, 앞의 논문, 622면; 任熙東, 앞의 논문, 429면 이하; 李輔煥, 앞의 논문, 20면 이하; 石熙泰, 醫療契約(中), 司法行政(88. 11), 56면 이하; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(上), 法曹(1991. 3), 76면 이하; 金天秀, 診療契約, 民事法學, 第15號(1997), 147면 이하; 崔秉祚, 로마法上 醫師의 民事責任, 損害賠償法의 諸問題, 誠軒黃迪仁博士華甲記念(1990), 349면 이하 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O.; Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentages, Bd.II, 1978, S. I 203 ff.; K. Luig, Der Arztvertrag, Vertragsschuldverhältnisse, 1974, S.223 ff.; E. Deutsch/M. Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.II, 1981, S.1049, 1058 ff., 1090 ff.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, 39, 40. 독일에서는 醫療契約의 債務不履行責任은 원칙적으로 勞務供給(雇傭)契約(Dienstvertrag) 違反으로서 독일민법 제661조 이하, 제276조, 제323조 이하 등이 적용되고(vgl. BGHZ 97, 273), 不法行爲責任은 독일민법 제823조 이하가 적용된다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.13 ff.: "die auf den exakt nicht zu beherrschenden endlichen Heilerfolg gerichtete Bemühung"; H. Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, FS für F. v. Hippel, 1967, S.517, 553 f. 오스트리아에서도 의료계약을 勞務供給契約으로 파악하고 있으며(vgl. OGH, JBl 1985, 159; 1989, 110; 1991, 520 usw.), 스위스에서는 委任(Auftrag: Art. 349 ff. OR)으로 구성하고 있으나 그 내용에 있어서는 독일·오스트리아와 다르지 않다(vgl. BGE 110 II 375). 오스트리아와 스위스에서 의사의 不法行爲責任

2. 問題의 提起

현행 민법 제750조는 「故意 또는 過失로 因한 違法行爲로 他人에게 損害를 加한 者는 그 損害를 賠償할 責任이 있다」고 규정하고 있다. 즉, 不法行爲責任은 過失責任原則을 責任歸屬의 기본원리로 하여 加害者의 故意 또는 過失의 違法行爲, 加害者의 責任能力, 損害發生, 因果關係를 그 成立要件으로 한다[5].

위 사건의 특징은 환자 사망의 직접적 원인으로 밝혀진 뇌경색과 피고 의사의 교감신경절제 수술 사이의 因果關係가 의학적으로 규명되지 않았다는 점에 있다. 그러나 대법원은 因果關係를 推定함으로써 종국적으로 損害危險을 피고 의사에게 歸屬시키고 있다. 따라서 피고 의사의 不法行爲責任 成立과 관련하여 위 판결에서는 첫째, 수술행위와 환자의 사망 사이의 因果關係를 推定하여 피고 의사에게 立證負擔을 轉嫁시키고, 둘째, 수술과정 및 수술 후 관리상 注意義務와 說明義務를 위반한 過失을 인정하여 損害賠償責任을 귀속시킨 논점이 주목된다.

이하에서는 因果關係 推定의 根據와 要件(II), 그리고 진료상 過失(III)과 說明義務違反(IV) 등에 관해 獨逸聯邦法院의 判決例와 비교·검토한다.

II. 因果關係

1. 責任歸屬과 因果關係

에는 각각 § 1299 ABGB, Art. 41 OR이 적용된다. Vgl. H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II, 2.Aufl., 1984, S.183; M. Kuhn, Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, SJZ 89(1993), S.257 ff., 284 ff.; A. Laufs, a.a.O., Rn.87 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.3 ff.

5) 郭潤直, 債權各論, 1995, 664, 682면 이하 참조.

가. 問題點

위 사건에서 불법행위책임의 성립에는 피고 의사의 과실행위와 환자 사망 사이에 因果關係가 있어야 하는 것은 자명하다[6]. 因果關係의 판단에 관해서 통설과 판례는 이른바 相當因果關係說을 따르고 있으며, 그 존재는 損害賠償을 청구하는 원고가 主張·立證하여야 한다[7]. 그러나 현대의 여러 事故들에 있어 전형적으로 부각되듯이, 醫療事故에 있어서도 피해자인 환자측은 의사의 진료상 過失行爲와 損害 結果 사이의 因果的 過程을 쉽게 증명하지 못하는 立證困難에 처하게 된다[8].

오늘날 醫療關係에서 의사의 진료행위는 완전한 지배가 불가능한 人間 生命의 有機體를 대상으로 하며, 환자는 통상 醫學的 門外漢이라는 특수한 상황이 전제되어 있다[9]. 따라서 의료사고의 법적 분쟁을 해결하는데 있어서는 적지 않은 法理的 疑問이 제기된다. 위 사건의 경우 환자는 수술 직후 급속하게 건강 상태가 악화되어 사망하게 되었는 바, 그 직접적 원인으로 밝혀진 腦梗塞은 현재 의학 연구에 의하면 주로 심장 및 혈관 病變이 그 주된 원인이며, 위 사건 교감신경절제 수술을 그 원

---

6) 대법원도 위 판결에서 의료상 注意義務違反으로 인한 不法行爲 또는 債務不履行의 責任이 있다고 하기 위하여는 다른 경우와 마찬가지로 의료계약상 給付義務의 違反, 損害 및 義務違反과 損害 발생 사이의 因果關係가 전제되어야 한다고 설시하고 있다. Vgl. E. Deutsch, Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, FS für H. Lange, 1992, S.433 ff.

7) 郭潤直, 앞의 책, 727면; 대법원 1990. 6. 26. 선고, 89다카7730 등 참조. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.435 f.

8) 이러한 立證困難은 오늘날 일련의 事故 분야들에서 전형적으로 나타나고 있는바, 生産者責任, 環境汚染責任 등을 그 예로 들 수 있다. Vgl. BGHZ 51, 91 ("Hühnerpest-Fall"); 92, 143("Kupolofen-Fall"); H. Prütting, Beweiserleichterungen für den Geschädigten, in: KF 1989, S.3 ff. 金亨培, 生産者責任, 民法學硏究, 1986, 458면 이하; 安法榮, 民法上 環境汚染事故의 不法行爲責任 再照明, 한림법학 FORUM 제2권(1992), 73면 이하 참조.

9) 그밖의 문제로서는 의학적 진단에 의해서도 밝혀지지 않은 환자 旣往의 素因이 작용하였거나, 의료계의 신분적 情誼性으로 의료전문가의 鑑定이 객관적이고 공정하게 제시되지 않거나, 환자의 病歷 記錄의 접근 곤란, 그리고 병원 組織의 複雜性 등이 지적된다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.9, 19, 32 ff., 36 f., 46; B. Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1992, S.196; 梁三承, 앞의 논문, 751면; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(下), 法曹(1991. 4), 85면 참조.

인이라고 확증할 수 없다는 데 근본적인 문제가 있다[10]. 그렇지만 항소심은 因果關係를 推定하여 피고 의사측에 立證負擔을 전가시켰으며[11], 대법원도 환자 사망이 「피고측의 의료상의 과실로 말미암은 것으로 추정되는 이상」 원심의 판단은 정당하다고 판결하였다[12]

나. 證明의 緩和

의료사고 소송에도 원칙적으로 민사소송법의 一般原則과 規定이 적용된다. 따라서 원고 환자는 不法行爲의 請求原因 事實, 즉 의사의 진료상 誤謬 내지 過失, 損害, 그리고 因果關係를, 피고 의사는 이에 대한 抗辯(Einrede und Einwendungen) 사실을 立證하여야 한다[13]. 그렇지만 진료과정은 환자에게 전부 또는 대부분 은폐되어 있어 환자로서는 의사의 過

10) 이문호/전종휘/허인묵, 내과학, 1976, 1856면 이하; 서무규, 성인병·노인병학, 1992, 183, 199, 201면 이하; 김명호/김주한, 뇌졸증의 개요, 대한의학협회지 제35권 제8호(1992), 976면 이하; Harrison's principles of internal medicine, 13th ed., 1994, 2249 pp. 피고 의사측은 국립과학수사연구소의 시체 감정에서 조직 검사상 경도의 관상동맥경화라는 소견 제시 등을 근거로 手術과 死亡간에는 因果關係가 없다는 주장을 하였다.

11) 항소심 서울고등법원은 「척추부위를 절개하여 교감신경을 절제하는 수술을 받은 후 뇌경색이 발생할 원인으로 추정할 수 있는 색전은 심장질환에 기인한 경우, 경동맥 내에 형성된 혈전이나 동맥경화 덩어리가 떨어져 나가 뇌동맥을 막는 경우, 지방색전, 공기색전 등으로 추단할 수 있으나, 위 J가 뇌경색에 이르게 된 정확한 원인물질은 선뜻 단정할 수 없는 상태이지만 이 사건 수술과 위 J의 사망 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아볼 수 없고, 위 J가 이 사건 다한증 외에는 특별한 질병 없이 정상적인 생활을 하여 왔고 수술 전 사전검사에서도 특이한 이상증상이 나타나지 아니한 점, 수술 도중 뼈를 통한 색전이 극히 드물지만 발생할 수도 있는데 이 사건의 경우 피고 K가 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 식사를 하느라고 늦게 수술에 참여하여 수술 도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하였으며 위 J가 오랜 수술시간으로 저항력이 다소 떨어질 수 밖에 없었던 점, 수술 후 대처가 완벽하였다고 볼 수 없는 점 등 제반 정황에 비추어 보면, 이 사건 수술과정과 위 J의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다」고 판시하였다.

12) 위 법원공보 1284면.

13) Vgl. BGH VersR 1995, 539; NJW 1994, 1594; NJW 1988, 2949; BGHZ 61, 118(120); BVerfGE 52, 131, 158; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.109; 吳錫洛, 앞의 책, 461면; 朴東涉, 醫療過誤訴訟에 있어서 因果關係(I), 司法論集, 第12輯(1981), 155, 162면; 金玟中, 앞의 논문, 法曹(1991. 4), 85면.

失을 證明하는 것이 사실상 불가능하거나, 완전하게 立證하지 못한다[14]. 그러므로 立證分配의 一般原則을 지키는 한, 환자측은 통상 立證困難(Beweisnot)에 처하게 된다[15]. 그러나 의사측은, 진료에 대한 인간 생명

14) 환자가 의사의 진료행위를 살필 수 없는 원인들은 다양하다. 환자에게는 의학적 전문지식이 결핍되어 있을 뿐 아니라, 이미 질병으로 注意가 약화되어 있으며, 경우에 따라서는 진료의 중요 과정상 마취상태 등에 있고, 진료는 주로 의사의 지배 하에서 이루어진다는 것(醫療의 專門性, 情報의 偏在性, 密室性, 裁量性) 등을 들 수 있다. 梁三承, 앞의 논문, 754면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 1996, 28면 이하 참조.

15) 환자측의 立證困難은 不法行爲法에 국한되는 것은 아니다. 醫療契約違反을 債務不履行責任으로 구성하는 경우에도 醫療契約은 結果債務가 아니라 통상 "하는 채무"(手段債務: obligation de moyens)로서 委任契約 유사의 것으로 파악된다[위 주 4); 대법원 1988. 12. 13. 선고, 85다카1491(법원공보 1989, 제840호, 88면 이하) 참조]. 따라서 의사는 적정한 진료시술에 대한 의무만을 지게 되고, 그 結果危險(Erfolgsrisiko)은 환자 자신이 부담하게 된다. 契約的 給付危險(Leistungsrisiko)은 원칙적으로 履行保證(Erfüllungsgarantie)으로 변경·확장될 수 없다. 특히 의사의 진료상 義務는 客觀化된 專門職業的 注意로서 過責(Verschulden)의 立證轉換은 사실상 의미가 약화되어 있는 바[이하 주 55); Ⅲ 2, 주 68) 참조], 이러한 실체법적 한계는 立證分配(Beweislastverteilung)에 의해 증명이 없는 경우 곧바로 責任危險(Haftungsrisiko)으로 이어지게 된다. 이하 주 31) 참조. Vgl. H. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176(1976), S.145, 155 f.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.109. 吳錫洛, 앞의 책, 170, 176, 181면 이하; 康鳳洙, 醫療過誤訴訟에서의 立證輕減, 法曹, 제26권(1980. 6), 22, 38면 이하; 동저, 醫療訴訟에 있어서 證明責任, 裁判資料 第27輯(1985), 305, 307면 이하; 李輔煥, 앞의 논문, 12면 이하, 41면 이하; 張在賢, 醫療過誤의 民事責任에 관한 法理, 東國大學校 論文集, 第22輯(1983), 128면 이하; 印貞憲, 醫療過誤, 大韓辯協會誌 94(1984. 2), 35, 36면 이하; 梁三承, 앞의 논문, 754, 768면; 石熙泰, 醫療契約(下), 司法行政(88. 12), 65면 이하 참조. 일찍이 독일 帝國法院(RG)은 의료사고를 의료계약위반으로 취급하면서도 醫療의 特殊性에 비추어 原則的으로 환자측이 모든 證明을 하여야 한다고 판결하고 있다. Vgl. RG 21. 5. 37, HRR 1937, Nr.1301: ". . . letzte Rechtfertigung darin, da der Ablauf biologischer und physiologischer Vorgänge im lebenden Organismus nach dem heutigen Stand der Wissenschaft mit menschlichen Erkenntnismitteln kaum jemals mit Sicherheit ergründet werden kann"; H. Stoll, a.a.O., FS für F. v. Hippel, S.554. 학계의 적지 않은 견해가 독일민법 제282조를 적용할 것을 지지하지만 실무는 위 조항의 一般的 適用을 인정하지 않고 있다. Vgl. BGH VersR 1967, 644; NJW 1969, 553(554); VersR 1978, 542(544); NJW 1991, 1540 f.; BVerfGE 52, 131, 146; G. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd.I, 2.Aufl., 1991, 823 BGB, Anh. C II, Rn.85 ffr.; ders., Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, Gedächtnisschrift für R. Brun, 1980, S.93, 95; D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982, S.36 ff.; F. J. Kaufmann, Die Beweislastproblematik im

체의 반응은 전문가인 의사로서도 완전히 예견·지배할 수 없다는 근본적 한계가 있음에도 불구하고, 환자측에 비하여 상대적으로 診療 情報에 관해 현저히 優越한 地位를 갖고 있다.

이러한 문제점을 일찍이 인식한 독일 실무에서는 민사소송의 핵심인 當事者 武器對等의 原則(Grundsatz der Waffengleichheit)을 확립하기 위한 법적 수단을 강구하고 있다[16]. 우리 실무에서도 환자측의 立證困難을 해소하기 위한 시도가 전개되고 있다[17].

Arzthaftungsprozeß, 1984, S.21 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.110.

16) 立證程度 및 立證分配는 독일 의료사고 소송에서도 제 1 순위의 문제 영역으로 지적된다. Vgl. E. Steffen, Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Arzthaftpflicht, ZVersWiss 1990, S.31(39): "Problemfeld Nr.1 der Arzthaftung". 독일 의료사고 소송에서는 診療記錄의 閱覽權(Recht auf Einsichtnahme in die Krankenakten)의 보장, 의사의 診療記錄義務(Dokumentationspflicht) 違反 등의 경우에 立證輕減(Beweiserleichterung)에서 그 轉換(Beweislastumkehr)에 이르는 환자측의 立證困難을 구제하기 위한 다양한 법적 수단이 강구되고 있다. 학계 일부에서는 의료사고 소송에서 立證負擔을 일반적으로 轉換시키려는 견해가 제시되고 있다. 그러나 독일연방법원은 이하에서 살펴지듯이 의사에게 진료상 重過失이 있는 경우에 한정하여 因果關係의 立證을 轉換하고 있다. Vgl. BVerfGE 52, 131, 143 f., 147, 151, 156 f.; RGZ 171, 168; BGH NJW 1959, 2299; BGHZ 61, 118; 72, 132; 85, 327; K. Luig, a.a.O., S.246 f.; H.- L. Weyers, a.a.O., S.20, 32 ff.; G. Walter, Anmerkung, JZ 1978, S.806 ff.; G. Baumgärtel/A. Wittmann, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, JA 1979, S.113 ff.; R. Stürner, Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, S.2334 ff., 2336 ff.; P. Gottwald, Grundprobleme der Beweislastverteilung, Jura 1980, S.225 ff.; ders., Sonderregeln der Beweislastverteilung, Jura 1980, S.303 ff.; D. Franzki, a.a.O., S.221 ff.; H, - L. Schreiber/W. Wachsmut, JZ 1983, S.307 f.; D. Giesen, Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, S.1053, 1061 ff.; ders., a.a.O., Rn.360 ff.; E. Deutsch, a.a.O., S.152 ff.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 107 Rn.5; H. Kötz, Deliktsrecht, 7.Aufl., 1996, Rn.258; K. Geiß, Arzthaftpflichtrecht, 2.Aufl., 1993, S.151 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.108 ff.; MünchKomm/Mertens, § 823 BGB, 3.Aufl.(1997), Fahne Rn.357; 康鳳洙, 앞의 논문, 法曹(1980. 6), 26면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 347면; a.A. R. Stürner, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß, NJW 1979, S.1225, 1226 ff.

17) 診療記錄의 變造에 의한 立證妨害에 대해 법관의 자유로운 심증상 불리한 평가를 인정한 판결은 전방경추융합 수술 사건: 대법원 1995. 3. 10. 선고, 94다39567 판결(법원공보 1995, 제990호, 1587면 이하); 吳錫洛, 앞의 책, 104, 186, 462면 이하; 梁三承, 앞의 논문, 759면; 康鳳洙, 앞의 논문, 裁判資料 第27輯(1985), 325면 이하 참조. Vgl. D. Franzki,

대법원은 위 다한증사건 판결에서 「의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀 낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, ... , 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다」고 판시하고[18], 환자의 사망 원인인 뇌경색이 수술 후에 일어났는 바, 「이 사건 수술과 위 J의 사망 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아 볼 수 없고, 위 J가 이 사건 다한증 외에는 특별한 질병 없이 정상적인 생활을 하여 왔고 수술 전 사전검사에서도 특이한 이상 증상이 나타나지 아니하였는데, 이 사건 치료과정에 있어서 피고 의사가 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술 도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하는 등 수술과정에 있어 소홀한 점이 있었으며 수술 후 사후대처가 소홀했다는 원심 인정사실을 종합하여 보면, 결국 위 J의 사망은 피고 의사의 이 사건 수술과정에서의 잘못으로 인한 것이라 추정할 수밖에 없고, 의료전문가가 아닐 뿐 아니라 수술과정에 참여한 바도 없는 원고들이 피고 의사의 과실을 정확하게 지적하고 전문적인 지식을 동원하여 망인의 사망의 원인을 밝혀 내지 못하였다고 하여 피고들의 손해배상 책임을 부정할 수는 없다」고 판결하고 있다[19].

위 판결 이유에서 제시하고 있듯이 대법원은 환자측의 立證困難을 명백하게 인정하고, 立證負擔을 완화하고 있다. 즉, 피고 의사의 수술행위와 환자 사망 사이의 存在的 原因關係는 의학적으로 밝혀지지 않았으나 진료상 過失行爲와 환자 사망의 結果 사이에 因果關係를 推定하여 피고 의사에게 立證負擔을 轉嫁시키고 있다[20].

---

a.a.O., S.93 ff.; Vgl. E. Deutsch, a.a.O., FS fur H. Lange, 1992, S.436.; BVerfGE 52, 131, 148 f.

18) 위 법원공보 1283면.

19) 위 법원공보 1283면 이하.

20) 위 판결은 의사의 진료상 過失의 立證을 輕減하고 있으며, 다른 原因의 介在可能性 排除를 요건으로 하고 있다. 이와 같이 실무 소송에서 손해 결과로부터 蓋然的 原因 事

이러한 立證轉換은 증명될 要件事實들이 의사측 영역에서 발생하였으므로 의사에 의해 보다 잘 증명될 수 있으며[21], 환자의 생명과 신체의 危害 防止를 목적으로 하는 의사의 職業義務(Berufspflicht)에 의해 정당화된다. 이는 危險領域에 따라 立證負擔을 分配하고[22], 客觀的 注意義務 違反에서 過責(Verschulden)을 推定하는 것이며, 소송상 眞僞不明의 危險(Risiko der Unaufklärbarkeit: non liquet)을 立證負擔 없는 상대방에게

實들을 推論하는 경우, 특히 의사의 진료오류가 되는 원인 사실이 개연적이라고 고려되는 경우에 실무는 存在的 因果關係의 事實上 推定과 過失 判斷을 명확하게 구별하지 않는 경향을 보이고 있다. 망막박리유착 수술 사건: 대법원 1995. 3. 17. 선고, 93다41075 판결(법원공보 1995, 제991호, 1702면 이하); 朴東涉, 醫療過誤訴訟에 있어서의 因果關係(II), 司法論集, 第20輯(1989), 270, 277면 이하; 孫容根, 醫療事故訴訟의 證明責任에 관한 大法院 最近判例의 小考, 民事裁判의 諸問題(下), 松泉李時潤博士華甲紀念(1995), 167, 179면 이하, 187면 참조. Vgl. H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.5: "im Gewande der sog. tatsächlichen Vermutungen"; E. Deutsch, a.a.O., Fs für H. Lange, 1992, S.437: "Die conditio sine qua non bildet der Sache nach eine Beweiserleichterung, die aber als Abbreviatur der Naturgesetzlichkeit nur im Normalbereich der Kausalität wirkt." 나아가 立證輕減에 불과한 것인가, 아니면 立證轉換을 인정한 것인가에 의문이 제기될 수 있다. 위 판결은 궁극적으로 환자 사망의 원인이 의학적으로 불명이므로 因果關係를 사실상 推定하여 立證負擔을 전가시키고 있는 것으로 판단된다. 이하 주 24), 26), 37), 41) 참조. Vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14.Aufl., 1986, 113, S.682 ff., 118 II 4, S.720 ff. 그밖에 의료사고 소송에서 立證程度에 관한 상세한 논의는 유보한다. Vgl. H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.6 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.354 ff.; E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 5.Aufl., 1994, § 4, Rn.57 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.150; 梁三承, 앞의 논문, 752면; 朴東涉, 앞의 논문, 司法論集, 第20輯(1989), 253면 이하; 吳錫洛, 앞의 책, 231면 이하; 대법원 1990. 6. 26. 선고, 89다카7730 판결(법원공보 1990, 제878호, 1558면 이하).

21) Vgl. BVerfGE 52, 131, 143 ff., 148; A. Laufs/W. Uhlenbruck, §§ 107, 109; A. P. F. Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 1987, S.162 ff.

22) "Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich" Vgl. J. Prölss, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, S.901 ff.; ders., Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S.72 ff.; D. Franzki, a.a.O., S.87 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O., § 118 II 2 a), S.719; E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.441: ". . . eine Sphärenbetrachtung, in die insbesondere die Schwere des Fehlers einbezogen wird." 그러나 주의할 것은 이하에서 살펴지듯이[이하 주 40) 참조] 危險領域에 의해서만 立證轉換 여부를 판단하는 것은 허용될 수 없다.

전가시킴으로써 實體的으로 責任危險을 歸屬시키는 결과가 된다[23].

그렇지만 단순히 진료행위상 모종의 過失이 있다는 것만으로 因果關係의 立證負擔을 의사에게 전가하는 것은 일반적으로 허용될 수 없으며, 일정한 要件하에서 예외적으로 신중하게 인정하여야 한다. 過失責任原則이 전제되어 있는 한 의사의 責任(Verantwortung)이 의심스러움에도 불구하고 損害賠償責任을 귀속시키는 것은 정당하지 않다.

다. 因果關係의 立證

위 사건에서 의사의 수술행위와 환자의 사망 사이의 因果性은 일응 存在的 原因關係와 責任歸屬要件으로서의 因果關係로 나누어 볼 수 있다. 전자, 즉 存在的 原因關係가 醫學的으로 부인되는 경우에는 責任成立要件의 사실적 전제가 탈락된다. 또한 原因不明으로 환자측에서 證明하지 못하는 때에도 法的 責任은 원칙적으로 성립될 수 없다[24].

그러나 대법원은 환자가 治療 도중에 死亡한 경우에 있어서는 환자측이 「일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고, 그 결과와의 사이에 일련의 의

---

23) Vgl. H. Stoll, a.a.O., AcP 176(1976), S.145; P. Gottwald, Kausalität und Zurechnung, KF 1986, S.17: "eine selbständige sekundäre materielle Risikozurechnung"; E. Steffen, Beweislasten für Arzt und Produzenten, FS für H. E. Brandner, 1996, S.327(328): "Verlagerung der Beweislast für die Kausalität . . . seine Einstandpflicht zur Garantiehaftung . . . ; Umkehr der Beweislast für das Verschulden führt die Deliktshaftung in Richtung auf die Gefährdungshaftung."; E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.441: "Die Umkehr der Beweislast führt also der Sache nach zu einer Erweiterung der Haftung."; RGRK/K. Nüßgens, Rn.286.

24) 대법원 1977. 8. 23. 선고, 77다686 판결(대법원 판결집 1977, 제25권 2집, 254면 이하); H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.8 참조. 그밖에 事實的 因果關係의 검토는 梁三承, 앞의 논문, 752면; 金先錫, 醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 裁判資料 第27輯(1985), 63, 79면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 99면 이하 참조. 환자의 유일한 腎臟을 수술상 過失로 제거함으로 인해 환자 母의 신장을 이식한 사건에서 心理的으로 매개된 因果關係(psychisch vermittelte Kausalität)를 인정한 독일의 판결례는 "Nierenspende-Fall": BGH JZ 1988, 150(151 f.)(= JR 1988, 199 ff.). 참조. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., Fs für H. Lange, 1992, S.436.

료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다」는 사정을 證明한 경우, 피고 의사측이 「그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것」이라는 것을 證明토록 하고 있다[25]. 따라서 대법원은 因果關係의 證明에 관해 一般原則을 견지하면서도 이를 緩和하고 있다. 즉, 의사의 過失 診療行爲와 損害 사이의 因果關係를 의학적으로 완벽하게 입증하는 것이 아니라 「일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위」를 증명토록 하여 환자측의 立證을 輕減하고 있는 것이다. 결과적으로 위와 같은 판단은 責任을 設定하기 위한 因果關係로서 의학적으로 규명된 存在的 原因關係를 전제하고 있으나, 실질적으로는 規範的 評價에 의한 責任歸屬의 判斷을 내리고 있는 것이다[26]. 그러므로 위 사건 판결에서 대법원은 환자가 치료 도중에 사망하였다는 개별 사건 狀況의 特殊性을 전제하고 있는 바, 위와 같은 證明緩和를 의료사고 일반에 적용할 수 있는가라는 의문이 남는다[27].

독일연방법원은 일찍이 의료사고의 因果關係 證明에 있어서 환자측의 立證負擔을 완화하고 있다[28]. 특히 의사에게 진료상 重過失이 있는 경우

---

25) 위 법원공보 1283면.

26) Vgl. E. v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.395, 402 ff.: " . . . es falsch ist, nach einem besonderen Begriff juristischer Kausalität zu suchen. . . . Es geht allein um Schutzzweck und Schutzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm."

27) 대법원은 위 판결에서 因果關係의 推定을 인정한 이후 전방경추융합 수술 사건(대법원 1995. 3. 10. 선고, 94다39567 판결: 법원공보 1995, 제990호, 1586면 이하), 계류유산 사건(대법원 1995. 12. 5. 선고, 94다57701 판결: 판례공보 1996, 제2호, 188면 이하), 지방종절제 수술 사건(대법원 1996. 6. 11. 선고, 95다41079 판결: 판례공보 1996, 제15호, 2113면 이하)에서도 동일한 논지로 因果關係를 推定하고 있다. 孫容根, 앞의 논문, 187면 이하 참조.

28) 法官의 자유로운 心證形成의 범위에서 立證妨害[위 주 17) 참조], 독일민사소송법 제287조의 緩和된 證明, 表見證明(Anscheinbeweis oder prima facie-Beweis)에 의한 해결을 고려할 수 있다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.35 f.; G. Baumgärtel/A. Wittmann, a.a.O., JA 1979, S.119; H. Stoll, a.a.O., AcP 176(1976), S.146 f. 이에 관한 소개는 康鳳洙, 앞의

에는 因果關係에 관해 의사에게 立證負擔을 轉嫁시키고 있다[29]. 이와 같은 立證轉換은 의사의 重過失 診療行爲로 말미암아 손해 발생 原因의

논문, 裁判資料 第27輯(1985), 311, 325, 328면 이하; 金天秀, 醫師責任訴訟에 있어서의 立證問題에 관한 考察, 法政論叢(1992), 1면 이하 참조. 그러나 대부분의 경우 환자측이 原因關係를 蓋然的으로 주장할 수 없다는 점에서 단순한 立證輕減으로 해결하는 데는 한계가 있다. 예를 들어 表見證明은 의사측에서 다른 원인에 의한 손해발생의 진지한 可能性(ernsthafte Möglichkeit)을 주장하여 反證할 수 있다. Vgl. BGHZ 72, 132(139); D. Franzki, a.a.O., S.46 ff., 103 ff.; W. Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, 1974, S.31; G. Baumgärtel, a.a.O., Gedächtnisschrift für R. Brun, 1980, S.95; D. Giesen, a.a.O., Rn.400 ff., 405; Rosenberg/Schwab, a.a.O., § 114, S.692 ff.; Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrecht, 1984, 11 II, III; E. Schneider, a.a.O., 19, Rn.322 ff.; E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.438; MünchKomm/Mertens, Rn.405 ff. 또한 의료사고 소송에서는 醫療의 特殊性에 비추어 의사의 중대한 진료상 過誤가 확인되지 않거나, 醫學的 見解가 일치하지 않거나, 醫學的 硏究가 전혀 없거나 경험칙상 다수의 원인이 단순한 可能性만을 갖는 경우에는 表見證明은 적용될 수 없다. 梁三承, 앞의 논문, 758면 참조. 그밖에 의사의 진료상 重過失이 있는 경우에 立證轉換이 적용됨으로써 表見證明의 역할은 약화된다. Vgl. D. Franzki, a.a.O., S.55; E. Deutsch, a.a.O., S.153; ders., a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.438: "hauptsächlich für das Verschulden und nur im geringeren Maße für die Kausalität"; 康鳳洙, 앞의 논문, 裁判資料 第27輯(1985), 314면.

29) RGZ 171, 168(171); BGHZ 72, 132(133); 85, 212(216 ff.); 104, 323(332); 107, 228. Vgl. D. Franzki, a.a.O., S.56 ff.; F. J. Kaufmann, a.a.O., S.15 ff.; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.3 ff.; ders., a.a.O., Gedächtnisschrift für R. Brun, 1980, S.96 f.; G. Baumgärtel/A. Wittmann, a.a.O., JA 1979, S.114 ff.; E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.440 ff.; H. Lange, Schadensersatz, 2.Aufl., 1990, § 3 XIII 2 b), S.162 ff.; RGRK/K. Nüßgens, Rn.297 ff.; MünchKomm/Mertens, Rn.409 ff.; 吳錫洛, 앞의 책, 187면; 康鳳洙, 앞의 논문, 法曹, 제26권(1980. 6), 40면 이하; 梁三承, 앞의 논문, 759면 이하; 朴一煥, 醫療訴訟에서의 立證責任, 民事法學 第8號(1990), 369, 374면 이하; 金天秀, 앞의 논문, 法政論叢(1992), 3면 이하; 金尙永, 醫療過誤의 立證에 관한 判例動向, 釜山地方辯護士會誌(1997), 50면 이하. 그밖에 진단과정에서 現狀確認義務(Befundsicherungspflicht)를 違反한 경우에 예외적으로 立證負擔을 전가시키고 있다. 이 경우에도 환자 상태가 확인되었더라면 의사가 하였어야 할 진료와 그 결과에 대해서는 환자가 입증하여야 한다. 독일 실무는 重過失의 경우에 立證轉換 法理의 적용 부담을 덜기 위해 現狀確認義務를 설정한 것으로 밝히고 있다. Vgl. BGHZ 85, 212; 99, 391; BGH, AHRS 6590/12, 17; H. - L. Weyers, a.a.O., S.32 ff.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 156 Rn.56 ff.; E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.39: "prinzipiell beim normalen Beweismaß und bei der Beweislast des Patienten für den Behandlungsfehler und für die Kausalität"; ders., a.a.O., FS für H. E. Brandner, 1996, S.329 ff., 333 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.361.

幅이 확대·전이되어 소송상 환자측의 證明을 더욱 어렵게 한다는 것[30], 그리고 重過失 診療行爲가 환자의 損害를 발생시키기에 적합하다는 蓋然的 因果性(wahrscheinliche Kausalität)을 실체적으로 고려하고 있다[31].

---

30) Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.196: ". . . ein Ausgleich dafür, daß das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitet bzw. verschoben worden ist." 이러한 독일연방법원의 입장에 대한 문제점과 학계의 비판적 검토는 이하 주 46) 참조.

31) Vgl. RGZ 171, 168(171): ". . . der Arzt durch unsachgemäße Behandlung bewußt oder leichtfertig einer Gefahr ausgesetzt hat, die den äußeren Umständen nach gerade die Schädigung herbeigeführen konnte, die dann eingetreten ist."; BGH, VersR 1956, 499; 1958, 849; 1965, 91; NJW 1956, 1835; 1959, 1583; H. - L. Weyers, a.a.O., S.32 f.; H. Stoll, a.a.O., S.156: ". . . , wenn (der Arzt) schuldhaft einen groben Behandlungsfehler begangen hat, der geeignet war den tatsächlich eingetretenen Schaden herbeizuführen." 因果關係와 過失判斷의 관계에 관해서는 金先錫, 앞의 논문, 73면 이하 참조. 일부 견해(金天秀, 앞의 논문, 4면)가 독일연방법원의 立證轉換은, 특히 重過失 判斷과 관련하여 손해발생의 蓋然性 判斷과는 무관한 것으로 소개하고 있다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., S.153; MünchKomm/Mertens, Rn.409; BGH NJW 1986, 1540. 물론 독일연방법원은 위와 같은 立證轉換의 實體的 論據에서 환자 손해발생의 蓋然性을 직접적으로 언급하지 않고 "적합하다"고 표현하고 있다. BGH NJW 1995, 778; BGHZ 85, 212; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.24; 이하 독일 판결례 2 나, IV 4. 참조. 그러나 이러한 논거는 독일연방법원 판사가 적절히 지적하고 있듯이 의사의 진료상 重過失行爲가 "특별히 손해를 야기시킬 경향이 있어" 구체적 損害原因을 不明하게 하였다는 점에 있다. 따라서 非蓋然的이라는 判斷이 있는 경우에는 立證轉換은 인정되지 않는다. Vgl. W. Groß, a.a.O., S.665 L: ". . . deshalb zur Beweislastumkehr führt, weil er wegen seiner besonderen Schadensneigung das Spektrum der für die Schädigung . . . , also die konkrete Schadensursache verdunkelt hat. Davon kann jedoch ernsthaft nicht mehr die Rede sein, wenn sich ein präzises Unwahrscheinlichkeitsurteil hinsichtlich der Kausalität treffen läßt."; D. Franzki, a.a.O., S.92: Verursachungswahrscheinlichkeit; Musielak/Stadler, a.a.O., 15, Rn.266 ff.; 康鳳洙, 앞의 논문, 法曹, 제26권(1980. 6), 42면; a.A. K. Nägens, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes, FS für F. Hauß, 1978, S.287, 295 ff., 298: "Daß sie(die Schadensursache) geeignet ist, hat nichts mit ihrer Wahrscheinlichkeit, sondern nur mit ihrer Möglichkeit zu tun." 최근 독일연방법원 판결은 蓋然性 判斷에 치중하는 경향을 보이고 있다. 이에 관해서는 蓋然性 考慮에 반대하는 견해도 명백히 지적하고 있다. D. Giesen, a.a.O., Rn.409 f.: ". . . , doch will das Gericht Wahrscheinlichkeitserwägungen nicht "gänzlich außer Betracht" lassen."; ders., a.a.O., JZ 1990, S.1063 L; vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.115, 118; K. H. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, FS für H.- J. Bruns, 1978, S.505, 511 ff..

그렇지만 의료사고에 대한 不法行爲責任 歸屬이 過失責任原則을 기초로 하고 있으며, 환자가 의사의 진료상 過失行爲을 증명하여야 한다는 立證分配의 一般原則을 도외시할 수 없다. 결국 의사의 진료상 重過失은 환자측에서 證明하여야 하는 바, 立證困難은 완전히 해소되지 않는다[32) 33)]. 그리고 立證轉換은 의사의 重過失 진료행위가 환자의 損害를 발생시키기에 적합하다는 實體的 責任歸屬의 판단이므로 환자의 손해가 해당 重過失 診療行爲에 의해 발생할 蓋然性이 극히 희박한 경우에는 立證轉換을 배제하여야 한다[34)].

---

32) Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, 1978, S.299 f.; G. Baumgärtel/A. Wittmann, Zur Beweislastverteilung im Rahmen von § 823 I BGB, FS für K. Schäfer, 1980, S.18 f.; D. Giesen, a.a.O., Rn.409, Fn.266. 의사의 진료상 過失에 대한 立證轉換도 일정한 경우에 예외적으로 인정된다. 의사의 支配領域, 특히 병원의 水平的 分業, 技術的 裝備 經營(technisch-apparativer Betrieb)에 있어서 危險을 완전히 배제할 수 있거나, 배제하여야만 하는 때에는 過失을 推定(Verschuldensvermutung)한다. Vgl. "Sog. voll beherrschbare Risiken"; E. Steffen, a.a.O., S.193 ff.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 109 II, Rn.7 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.132 ff.

33) 물론 이를 해소시킬 수 있는 다른 立證輕減의 방법도 적용될 수 있다. 특히 사실상 推定과 經驗則에 의한 表見證明이 적용될 수 있다. 吳錫洛, 앞의 책, 184면 이하; 梁三承, 앞의 논문, 769, 752, 755면 이하; 金顯泰, 앞의 논문, 629면 이하; 孫容根, 앞의 논문, 180면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 207면 이하; 金尙永, 앞의 논문, 41, 46, 48면 이하; 위 주 28); 因果關係 推定과의 혼돈에 관해서는 위 주 20) 참조. 태아의 두부손상에 의한 뇌성마비가 분만 시술에 있어서 심슨겸자와 흡입기의 무리한 사용으로 인한 의사의 過失을 推定한 사례는 대법원 1992. 12. 8. 선고, 92다29904 판결(법원공보 1993, 제937호, 431면 이하) 참조. Vgl. BGH NJW 1987, 2291; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.11; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.143; MünchKomm/Mertens, Rn.406. 독일에서 表見證明은 因果關係보다는 過責(Verschulden) 입증에 적용된다. Vgl. F. J. Kaufmann, a.a.O., S.25 ff. 특히 양자가 함께 판단되는 경우에 表見證明이 적용되며, 過失 證明에서의 立證轉換과의 구별기준이 명확치 않다는 지적은 E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.438 ff. 참조.

34) 이러한 경향은 독일연방법원의 최근 판결들에서 명백히 나타나고 있다. Vgl. BGH NJW 1994, 801; 1995, 778; BGHZ 129, 6. 이하 2 나 독일 판결례 참조. 非蓋然的이라는 立證은 의사측에서 부담한다. Vgl. BGH NJW 1988, 2949; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.118. 나아가 의사가 인식할 수 없는 환자의 非正常的 신체적 素因에 의해 발생한 건강 침해에 대해서도 立證輕減을 배제한다. Vgl. BGH NJW 1995, 1618; W. Groβ, a.a.O., S.665. 의사의 重過失 진료행위와 違法性 關聯이 있는 경우에 立證轉換을 인정한 판결은 "Herzkatheter-Untersuchung-Fall": BGH NJW 1981, 2513 참조. 독일에서 계

대법원도 위 판결에서 법리 구성의 표현상 불명확성을 보이고 있으나 責任歸屬의 論據에 있어서는 독일연방법원과 동일한 방향으로 형성해 나가고 있다고 할 수 있다. 피고 의사의 수술상 過失 외에 환자에게 「의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다」는 것으로써 진료상 過失行爲가 환자의 損害를 발생시켰으리라는 사실적 蓋然性 판단을 뒷받침하고 있다[35]. 그러나 이러한 판단에는 다음과 같은 의문이 제기된다.

일련의 수술과정 이외의 다른 원인이 개재되지 않았다는 것만으로 因果關係를 推定하여 責任을 歸屬시킬 수 없다. 위 판결에서는 개재된 다른 原因이 없다는 證明을 환자측에 요구하고 있으나, 의사측에서 수술 전 검사를 시행하고, 수술을 받기에 적합한 건강 상태라는 진단을 전제하여 수술을 한 이상 이러한 立證分配는 무의미하다. 병원 진료 실무상 수술 전 사전검사를 거치고 있는 한, 모든 수술상 돌발사고는 의사의 診療誤謬에 의해 발생된 것으로 推定될 것이기 때문이다[36]. 이러한 사실적

약상 保護義務, 說明義務 등의 附隨的 義務違反과 不法行爲 責任에 있어서 規範目的에 따라 因果關係의 立證轉換을 인정하려는 견해는 H. Stoll, a.a.O., FS fur F. V. Hippel, 1967, S.558 f.; ders., a.a.O., AcP 176(1976), S.158 ff., 161 ff. 참조.

35) 대법원이 事實的 原因關係를 인정함에 있어서 진료상 중대한 誤謬를 기초로 한 판결례는 대법원 1981. 6. 23. 선고, 81다413 판결; 金先錫, 앞의 논문, 79면 참조.

36) Vgl. BGH NJW 1980, 1333; D. Giesen, a.a.O., JZ 1990, S.1062. 단, 환자측에 立證輕減을 인정하려는 것이라면 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 이러한 판단은 타당하지 않다. 특히 항소심 서울고등법원은 수술 당시의 제반 상황에 비추어 통설과 기존의 판례에 따라 相當因果關係가 있다고 판단하고 있다[위 주 11)]. 그러나 이미 유력한 견해들이 지적하고 있듯이 相當性의 判斷에는 오류가 있다. 金亨培, 因果關係, 民法學硏究, 1986, 346면 이하; 鄭淇雄, 債務不履行에 있어서 損害賠償의 範圍, 債權法에 있어서 自由와 責任, 金亨培敎授華甲記念論文集, 1994, 300면 이하; 朴東涉, 앞의 논문, 司法論集, 第12輯(1981), 155, 158면 참조. 위 사건 판결에서도 피고 의사의 수술상의 과실행위와 환자의 사망 사이에 개재된 특별한 사망 원인이 없다는 것이 수술행위와 사망의 相當因果關係를 인정하는 판단의 기준이 될 수 없다. 相當因果關係說은 責任設定的 내지 責任充足的 因果關係를 원인과 결과의 자연적·존재적 의미의 因果性으로 파악하는 것(條件說)이 아니라 소위 法律的 因果關係로서 責任을 합리적으로 제한하기 위한 規範的 基準으로서 파악하고 있다. 相當性 判斷이 이러한 責任制限의 規範的 機能을 담당하고 있는 바, 相當性은 一般的 또는 事物의 通常的 經過에 비추어 일정한 결과를

가능성은 自然的 原因關係만을 推定할 수 있을 뿐이며, 이로써 立證轉換을 인정하는 것은 原因責任(Kausalhaftung)을 지우는 것과 다를 바 없다[37].

일어나게 하는 것으로 기대되는 조건을 결과의 원인으로 보려는 것이다(郭潤直, 債權總論, 1995, 204면 참조). 통설과 판례는 이른바 折衷的 相當因果關係說을 취하여 손해발생 당시에 보통인(평균인)이 알 수 있었던 사정과 가해자가 특히 알고 있었던 사정을 함께 고찰대상으로 한다. 즉, 일반인과 가해자에게 豫見可能한 條件的 原因事實들로부터 그러한 結果를 초래하는 것이 叡智力있는 客觀的 觀察者의 판단에 비추어 蓋然性이 있는 경우에 因果關係를 인정하려는 것이다(黃迪仁, 現代民法論 Ⅲ, 1987, 148면; 李銀榮, 債權總論, 1991, 232, 255면 이하: O. Mühl, Wahrscheinlichkeitsurteil, Prognosen und Kausalitätsfragen im privaten undöffentlichen Recht, FS für H. Lange, 1992, S.583, 586 ff 참조). 그러나 위 사건에서 환자의 사망 원인인 뇌경색의 발생이 수술에 의한 것인지는 一般人은 물론 전문가인 手術醫도 알 수 없는 상태에 있다. 그럼에도 불구하고 相當因果關係가 있다는 판단은 그 전제가 결여된 오류이다.

37) 事實上 推定의 방법에 의하더라도 "因果關係의 存在가 證明인 이상, 위 의료기관의 잘못은 結果發生의 개연성이 인정될 수 있는 잘못이 아니면 아니되는 것임을 주의하여야 한다"는 것을 지적하는 견해는 梁三承, 앞의 논문, 756면; H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.10 R. 참조. 대법원이 의료행위와 결과 사이에 時間的 近接性과 다른 原因의 不介入으로부터 事實的 原因關係를 인정한 판결례는 대법원 1972. 5. 9. 선고, 71다2731 판결; 대법원 1974. 12. 10. 선고, 73다1405 판결; 대법원 1977. 8. 23. 선고, 77다686 판결; 대법원 1992. 12. 8. 선고, 92다29924 판결 등; 金先錫, 앞의 논문, 80면 이하 참조. 그렇지만 存在的 因果關係의 판단에 국한한다면 진료에 대한 환자의 신체적 반응은 근본적으로 예측할 수 없으므로, 엄밀하게는 의사의 진료행위상 重過失의 施術誤謬도 환자의 손해를 주도한 蓋然的 原因이라고 할 수 없을 것이다. Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, S.296 ff., 298; E. Steffen, Sitzungsbericht I zum 52. DJT, BdⅡ, 1978, S. I 23 ff.; 孫容根, 앞의 논문, 189면. 대법원도 일련의 판결에서 사고 발생의 원인이 될 수 있는 다른 원인이 없다는 것만으로 인과관계를 인정할 수 없다는 점을 분명히 하고 있다. 대법원 1985. 8. 13. 선고, 85다카372 판결(법원공보 1985, 제761호, 1239면 이하)에서는 카나마이신 투약으로 인한 청각장애를 부인하면서 「이와 같은 치료의 부작용으로서 제8 뇌신경마비로 인한 영구난청증세를 초래할 수 있는지 그 인과관계와 원고 P의 구체적인 경우를 심리 판단하였어야 할 것이며 카나마이신의 일반적 설명서와 불법행위로 인한 신체장애에 대한 손해배상 청구사건에 있어서의 피해자의 현증 노동력 상실 정도를 밝히는 일반적 신체 감정에 난청을 일으키는 일반적 원인과 항생제 투여로 인한 난청에 관한 일반적 기술 등에 원고 P는 이 사건 이전에는 그 청력에 아무 이상도 없었다는 증인 등의 확인서 또는 그 증언 등을 보태어 카나마이신의 투여 이외에 다른 청력장애를 일으킬 만한 원인이 없었다는 사실만으로 원고 P가 피고의 적절하지 못한 카나마이신 투여로 제8 뇌신경마비로 인한 영구난청이 되었다고 판시한 조치에는 심리미진과 채증법칙을 위반하여 사실을 그릇 인정하고 그 이유를

물론 대법원은 피고 의사의 진료상 過失行爲를 함께 고려하고 있다. 그렇지만 환자 사망 원인으로 밝혀진 뇌경색에 이르게 된 원인이 의학적으로 규명되지 않은 상태에서 수술 도중 뼈를 통한 (공기)색전이 극히 드물지만 발생할 수도 있다는 단순한 可能性과, 인과적 관련성을 확증하기에는 희박한 진료상 모종의 注意 懈怠를 결부시켜[38] 피고 의사에

갖추지 못한 위법이 있다」고 판결하였으며, 대법원 1984. 7. 10. 선고, 84다카466 판결(법원공보 1984, 제736호, 1425면 이하)에서는 「일반적으로 이완성 자궁출혈을 일으키는 원인은 신체의 빈약, 자궁질병, 임신중독, 쌍생아, 양수과다증, 고혈압등 여러가지 원인이 있을 수 있다는 것이므로 위 망인의 건강상태와 태아의 성장정도가 이완성 자궁출혈의 원인이 된 여부를 판단하려면 먼저 위 망인의 빈혈의 정도, 저혈압의 수치 및 심장 기능의 정도를 보다 구체적으로 파악한 후에 이러한 신체조건과 태아의 성장정도에 비추어 과연 이완성 자궁출혈을 일으킬 가능성이 있는지를 밝혀 보아야 할 것이며, 만연히 추상적으로 위 망인이 빈혈이고 저혈압이며 심장이 약하다는 사실과 태아가 16주 되었다는 사실만 가지고 곧 이완성 자궁출혈의 원인이 되었다고 단정할 수는 없는 것이다. 결국 위 망인의 건강상태와 태아의 성장정도가 이완성 자궁출혈의 원인이 되었다고 단정하기 어려운 이상, 피고가 수술을 거절하지 아니하고 내과전문의에 의한 부작용 유무의 확인을 거침이 없이 수술을 시행한 행위와 위 망인의 사망과 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다」고 판결하였다. 대법원 1983. 11. 22. 선고, 83다카1350 판결(법원공보 1984, 제720호, 103면 이하)에서는 「원심은 반측성안면경련증의 치료를 위한 뇌수술로 인하여 발생하는 후유증인 하지부전마비의 발생 원인으로는 "소뇌혈관이나 뇌간의 손상" "환자의 전신적인 혈관장애" "환자의 특이체질"의 세가지를 예상할 수 있는데 원고 K에게는 전신적인 혈관장애가 없었던 사실(위 가항 기재사실)을 확정하고 이 사실을 원판시 추정 사실을 추인하는 전제 사실로 판시하고 있다. 그러나 . . . 그 중 한가지의 원인관계가 없다 하여 바로 나머지 두가지의 원인 중 어느 한 가지의 원인으로 인한 것이라고 추인될 수는 없을 것이므로 원고 K에게 그 원인의 하나인 전신적 혈관장애가 없었다는 사실만으로는 바로 그 후유증의 발생이 소뇌혈관이나 뇌간의 손상으로 인한 것이라고 추인될 수는 없을 것이고 그것이 원고 K의 특이체질로 인한 것이 아니라는 사실까지 밝혀졌을 때 비로소 그 추인의 전제 사실이 될 여지가 있다 할 것이다. 그러므로 원심이 . . . 추정 사실을 추인하는 전제 사실로 삼으려면 먼저 "환자의 특이체질"이 구체적으로 어떠한 체질을 말하는지를 밝혀 원고 K의 체질이 그에 해당되는지의 여부를 심리 판단했어야 할 것」이라고 하여 因果關係 推定을 부인하였다.

38) 다한증 사건 판결에서는 의사의 진료상 過失 기준을 專門職業的 注意가 아닌 一般人의 常識으로 제시하고 있으며, 판결에 나타난 피고 의사의 진료상 不注意에 대한 구체적 과실 판단에 의문이 제기된다. 위 사건에서 過失 判斷의 검토는 이하 Ⅲ 2 나 참조.

게 立證負擔을 轉嫁시키는 것은 結果責任(Erfolgshaftung)을 지우는 것이다. 이는 현행 민법의 不法行爲 責任歸屬의 기초인 過失責任原則에 반한다[39].

비록 피고 의사의 진료행위와 환자 사망의 결과 사이에 事實的 原因關係가 있을지라도 그에 대한 진료행위의 過失이 없다면 피고 의사에게 법적 책임이 부과될 수 없는 것이다. 또한 이와 반대로 의사에게 진료상 모종의 過失이 있다고 하여 곧바로 손해 결과에 대해 因果關係의 立證負擔을 轉換시킬 수는 없다. 이런 점에서 대법원이 환자측에게 피고 의사의 진료상의 過失 뿐만 아니라 진료행위와 결과 사이에 다른 原因이 介在될 수 없다는 점을 證明토록 하여 진료행위에 의한 손해 발생의 蓋然性을 立證轉換의 요건으로 한 것은 타당해 보인다. 그러나 이미 지적하였듯이 원인불명의 의료사고에서 事實的 原因關係의 蓋然性만으로 실

39) Vgl. G. Baumgärtel, a.a.O., Gedächtnisschrift für R. Brun, 1980, S.93 ff. 原因不明의 의료사고에서 因果關係의 立證轉換은 最後手段이 되어야 한다. Vgl. P. Gottwald, a.a.O., in: KF 1986, S.17: "Damit bleibt die Beweislastentscheidung der Kausalfrage stets Ultima ratio."; H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.6; W. Dunz, a.a.O., S.30: ". . . die Beweislast kein Mittel der optimalen Wahrheitsfindung ist, denn sie setzt nicht einmal voraus, daß die Ursächlichkeit berwiegend wahrscheinlich ist."; R. Stürner, a.a.O., NJW 1979, S.1225 f.; H. Leßmann, Produzentenhaftung im deutschen Recht, JuS 1978, S.433, 438 ff. 損害의 賠償責任歸屬은 責任法(Haftpflichtrecht)의 중심 과제이며, 현행 책임법은 피해자의 손해를 책임있는 가해자 또는 그 사용자 등에게 전가시키는 것이다. 그 전제로서 가해자가 피해자의 法益을 侵害하고, 거래상 요구되는 注意를 違反할 것을 요건으로 하고 있다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.80; H. Stoll, a.a.O., FS für F. v. Hippel, S.558. 不法行爲에 있어서 損害 發生의 因果關係를 推定하고 있는 立法例로는 25 I 6 Preußisches ALR: "Wer aber in der Ausübung einer unerlaubten Handlung sich befunden hat, der hat die Vermutung wider sich, daß ein bey solcher Gelegenheit entstandner Schade durch seine Schuld sey verursacht worden." 참조. 일부 견해(郭潤直, 앞의 책, 797면 이하)는, 민사상 損害賠償이 당사자 사이에 공평·타당한 損害의 分擔을 목적으로 하며, 환자의 立證困難에 비추어 因果關係가 과학적으로 증명되지 않더라도 상당한 蓋然性이 있으면 因果關係를 인정할 수 있다는 입장을 표명하고 있다. 그러나 이러한 견해는 단순히 衡平性 判斷에만 의존하는 것으로서 이미 위에서 지적한 바와 같이 의료사고 소송에서 因果關係의 立證轉換이 곧 實體的 責任歸屬으로 이어진다는 점에 비추어 의문이 아닐 수 없다. 이점에 관한 명확한 지적은 D. Franzki, a.a.O., S.92: "zu allgemein und kaum aussagekräftiger als die . . . Billigkeitserwägungen." 참조.

질적으로 의사에게 責任을 歸屬시키게 되는 因果關係의 立證轉換을 인정할 수는 없다. 의사의 진료행위는 일정한 醫術의 遵守, 자연적 治癒過程과 분리할 수 없으며, 환자의 危害는, 진료행위에서 비롯되기도 하지만, 주로 환자의 疾病에 그 원인이 있어 의사가 危險源을 창출하는 것이 아니라는 의료의 특수성에 비추어, 단순히 證據와의 近接性 내지 危險領域에만 따른 立證轉換은 일반적으로 적용될 수 없다[40),41)]. 이미 강조하였듯이 위 다한증 사건에서와 같이 환자 사망 원인이 규명되지 않은 原因不明(non liquet)의 의료사고에 있어서 因果關係 推定은 實體的 責任歸屬과 직결된다[42)]. 따라서 사실상의 因果的 蓋然性, 진료행위상 모종

---

40) Vgl. G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.33, Fn.107; H. Stoll, a.a.O., FS für F. v. Hippel, S.556 ff.; K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, 1978, S.300; K. Larenz, Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereich. FS für F. Hauβ, 1978, S.225 ff.; H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.10 R. 危險領域에 따른 立證分配를 지지하면서도 독일연방법원의 판결례가 過失責任原則을 견지하는 것과 조화를 모색하는 견해는 D. Franzki, a.a.O., S.91 f.: ". . . die Beweislastverteilung auch den Grunds tzen der materiellen Schadenszurechnung entspricht. . . . die Beweislastsonderregelung im Arzthaftungsrecht . . . beruht . . . auf den Grundsätzen der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, . . . auf der besonders hohen Verursachungswahrscheinlichkeit beim Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers und auf dem Verschuldensprinzip . . . . " 이하 주 42) 참조.

41) 특히 이와 같은 오류는 대법원을 비롯한 주류적 실무가 因果關係의 판단을 소위 相當因果關係說에 따르는 데서 비롯되고 있다는 점이 지적되어야 할 것이다. 위 사건의 항소심 판결이 실증적으로 보여 주듯이[위 주 11); 대법원 1987, 9. 29. 선고, 86다카2780; 1989. 7. 11. 선고, 88다카26246; 1995. 4. 14. 선고, 94다2918 등 참조], 相當因果關係說을 醫療事故의 因果關係 判斷에 적용하는 때에는 相當性 判斷에서 근본적으로 야기되는 不明確性으로 인해 原因責任 내지 結課責任으로 誤導할 가능성이 내재되어 있다. 특히 醫療事故를 비롯한 사고책임 분야들(工業製造物事故, 公害事故 등)에서, 責任歸屬의 規範的 評價는 도외시하고 事實的이고 自然的 因果關係의 확정을 중심으로 責任歸屬을 결정하려는 실무적 경향을 인식할 수 있다. 金先錫, 앞의 논문, 60면 이하 참조. 그러나 醫療事故에 있어서 의사의 責任歸屬은 다른 유형의 責任事故와는 달리 過失責任의 기초를 벗어날 수 없다는 점을 간과하여서는 안 될 것이다. 이하 주 55) 참조.

42) 독일 판결례의 실증적 분석은 H. - L. Weyers, a.a.O., S.45. 독일의 소송 실무에서도 原因不明의 경우에는 환자뿐만 아니라 醫師측에서도 사후에 법정에서, 사전에 병실에서도 사건 과정을 해명할 수 없는 바, 사고 과정이 확정되기 어렵다는 이유만으로 의사에게 責任을 歸屬시킬 수 없음을 명백하게 지적하고 있다. Vgl. A. Laufs/W. Uhlenbruck, a.a.O., § 107 Rn. 4: "spezifische Beweisnöte auf beiden Seiten"; E. Steffen,

의 過失, 그리고 소위 相當性 判斷에 의한 責任歸屬 要件들의 형식논리적 연결만으로는 過失責任原則에 기초한 의사의 民事法的 責任歸屬을 정당화시킬 수 없다. 의사의 過失 診療行爲에 의한 환자측의 損害發生에 대해서만 責任이 成立되며, 또한 違法性 關聯이 있는 損害에 대해서만 賠償責任이 부과될 수 있는 것이다[43].

독일연방법원이 因果關係의 立證轉換을 인정하는 궁극적 當爲性은 過失責任原則에 입각하여 의사의 重大한 過失이 있는 진료행위로 말미암아 손해가 발생하였을 상황에서 환자의 損害 감수가 衡平에 부합하지 않는다는 점에 있다[44]. 결론적으로 독일연방법원의 실무가 발전시켜 온 法理를 긍정적으로 평가할 수 있다면, 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 대법원 판결의 취지가 이에 상응하고, 그 실질적 구성에 있어서 동일한 法理構成을 의도하고 있다면, 의사의 診療行爲에 요구되는 專門職業的 注意義務를 현저히 위반한 重過失行爲와 환자의 損害 사이에 蓋然性이 인정되고[45], 이로써 소송상 환자측의 立證困難을 증대시킬 때에 비로소

---

a.a.O., ZVersWiss 1990, S.39: "nicht allein wegen der Feststellungsschwierigkeiten"; W. Weissauer, Sitzungsbericht I zum 52. DJT, Bd. II, 1978, S. I 35 f.

43) 違法性 關聯과 損害賠償의 範圍에 관련해서는 이하 V 참조.

44) Vgl. RGZ 171, 169(171): "eine gerechte Interessenabwägung"; W. Dunz, a.a.O., S.30: "Die einzige ehrliche Begründung dafür ist die, daß bei ärztlichen Pflichtwidrigkeiten von erheblichem Gewicht die Beweislast dem Patienten billigerweise einfach nicht mehr zugemutet werden kann. . . . Es ist nur gerechtfertigt, wenn der Arzt sich zunächst in vorwerfbarer Weise selbst ins Unrecht gesetzt hat."; K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.300: "eine Wertung, insbesondere eine Abwägung der beiderseitigen schutzwürdigen Interessen", "die Grundsätze der Billigkeit und des gerechten Interessenausgleichs erforderten diese Beweislastumkehr"; G. Baumgärtel/A. Wittmann, a.a.O., JA 1979, S.117; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.33; D. Franzki, a.a.O., S.66; 康鳳洙, 앞의 논문, 裁判資料 第27輯(1985), 318면 이하.

45) 여기에서와 같이 重過失의 진료행위가 있는 경우에 因果關係의 立證轉換을 인정하는 견해는 金玟中, 앞의 논문, 法律新聞, 제1977호(1990. 10. 25.), 11면; 法曹(1991. 3.), 86면 이하; 民事法學 第9·10號(1993), 348면 이하; 이하 주 86) 참조. 대법원 1990. 6. 26. 선고, 89다카7730 판결(법원공보 1990, 제878호, 1558, 1560면)에서는 환자가 교통사고로 상하악골, 협골, 우괘골 골절 등의 상해를 입고 W대학교 의과대학 부속병원 치과에

實體的 責任歸屬의 법기능적 역할을 하는 因果關係의 推定을 인정해야 할 것이다[46].

2. 過失의 重疊과 因果關係의 推定

가. 問題點

위 사건 판결에서 因果關係를 推定하여 피고 의사측에 立證負擔을 轉

입원하여 할로탄 등으로 전신마취를 한가운데 안면골절부위 관혈적정복술을 받고, 그로부터 16일 후 전격성 간기능부전증으로 인한 뇌부종 및 호흡중추마비로 사망한 사건에서 「원심이 인용한 원심의 감정촉탁결과에 의하면 원심감정인 M은 위 환자의 전격성 간기능부전증의 원인은 할로탄마취와 관계되는 것으로 사료되고, 마취약 할로탄의 투여는 간염발생의 원인이 될 수 있으며 마취전에 시행한 간기능검사에서 정상으로 결과가 나왔다 하여 반드시 마취전에는 간에 질환이 없었다고 단정할 수 없다는 것은 의학 상식에 속하는 것이고, 달리 기록상 할로탄 투여 이외의 원인으로 위 전격성 간기능부전증이 발병하였음을 인정할 증거를 찾아볼 수 없는 바, . . . 적어도 할로탄 투여로 인하여 전격성 간기능부전증이 발병한 사실 자체는 인정하지 않을 수 없다 할 것이고, 한편 의학이 고도로 발달된 오늘날에 있어서도 전신마취는 위험한 것으로서 전신마취로 인한 사망은 일반경험상 그 가능성이 있다고 할 것이며 위 원심 인정사실만으로는 위 환자에 대한 전신마취 등 시술과정에서 의사 등의 중대한 과실이 있었다고 인정되지는 아니하므로 이 사건 사고와 위 환자의 사망간에는 상당인과관계가 있다」고 판결하고 있다. 이 판결에서 대법원은 의료사고의 책임을 직접 대상으로 하고 있지는 않으나, 환자 사망의 직접적 원인인 전격성 간기능부전증은 전신마취하의 수술에 의해 통상 발생할 수 있는 것으로서, 의사의 진료상 중과실이 없는 한 수술의 필요를 야기한 교통사고와의 인과관계를 인정한 것은 간접적이나마, 진료행위상 의사의 重過失을 기준으로 환자 사망의 因果關係를 판단하고 있다. 특히 위 사건에서도 환자는 수술 전·후의 검사에서 정상으로 판단되었으며, 그 후 간기능에 이상이 발생되어 갑작스럽게 사망하였는 바, 적어도 수술을 위한 마취에서 할로탄 투여로 인해 전격성 간기능부전증이 발병한 사실 자체는 인정하지 않을 수 없다고 판시하면서도 위와 같이 판단한 것은 위 多汗症 事件 판결에서 因果關係의 判斷과 비교될 수 있다.

46) 이러한 독일연방법원의 입장에 대해서는, 진료행위상 의사에게 요구되는 注意義務違反은 輕過失에서 重過失에 이르기까지 그 판단의 폭이 넓고 유동적이어서 重過失의 진료행위에 대한 因果關係 推定을 인정함에 있어서 그 한계 설정은 용이하지 않다. E. Deutsch, Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen, VersR 1988, S.1, 2 R; 康鳳洙, 앞의 논문, 22, 43면; 이하 주 86) 참조.

嫁시킬 일반적인 환자측의 立證困難은 인정할 수 있다. 그러나 피고 의사의 진료상 不注意가 환자의 사망을 초래하기에 적합한 蓋然性을 인정할 만한 過失行爲에 해당하는가에 의문이 제기될 수 있다. 위 사건에서 환자의 사망 원인인 뇌경색과 교감신경절제 수술 사이에 의학적 原因關係의 存否가 근본적으로 규명되지 못하였으며, 일련의 진료상 파상적으로 저질러진 의사의 過失들로부터 결과 발생의 蓋然性을 인정할 수 없음에도 불구하고 法院은 이를 중첩적으로 고려하여 一般人의 常識에 비추어서도 용인할 수 없는 過失行爲로 평가하고 있다[47]. 그러나 이러한 因果關係 推定은 不注意의 量的 合算으로 質的 判斷, 즉 손해 결과에 대한 過失의 規範的 判斷을 대체하는 것으로서, 사건의 정황만을 고려하여 結果를 合理化하려는 것이라는 비판을 피할 수 없을 것이다.

위 판결에서 대법원은 수술과정과 수술 후에 있어서 피고 의사의 過失을 重疊的으로 고려하는 논거를 제시하고 있는 바, 피고 의사의 過失判斷의 재검토는 이하에 유보하고(이하 Ⅲ 2 나), 우선 總體的 因果性 判斷을 고려하고 있는 최근 獨逸聯邦法院의 판결례와 비교하여 해석론 구성을 시론적으로 검토한다.

나. 獨逸 分娩事件 判決例[48]

원고는, 피고 의사들이 산모 내원시 부득이한 사유 없이 내진을 하지 않았고, CTG(태아감시장치)기록에서 보여지는 바와 같이 긴급 상태임에도 불구하고 子宮內蘇生(intrauterine Reanimation)에 요구되는 陣痛抑制劑가 아니라 분만촉진을 위한 子宮收縮劑를 처방하였으며, 응급 帝王切開術이 아니라 鉗子分娩을 시행한 시술 오류로 신

47) 항소심은 「오랜 수술시간으로 저항력이 다소 떨어질 수밖에 없었던 점, 수술 후 사후대처가 완벽하였다고 볼 수 없는 점 등」 제반 정황에 비추어 相當因果關係가 있다고 판단하고, 상고심도 이를 인용하고 있다. 위 법원공보 1283, 1284면.

48) "Geburtshilfe-Fall" : BGH, Urt. v. 1996. 10. 1 - VI ZR 10/96. 이하에서는 논점에 관계된 부분만을 요약하여 소개한다. 대법원이 분만시 태아의 두부손상과 뇌성마비의 原因關係를 인정하고 의사의 過失을 추정한 판결례는 대법원 1992. 12. 8. 선고, 92다19924 판결(법원공보 제937호, 431면) 참조.

체적·정신적 손상을 입었음을 주장하여 慰藉料의 賠償을 청구하였다[49].

항소심은 위 사건에서 CTG 검진상 긴급상태가 나타났음에도 불구하고 피고 의사들이 태아의 자궁내 소생을 위한 분만진통 억제제의 처방과 제왕절개를 하지 않고 겸자분만을 시술한 것은 확증된 의술을 명백히 위반한 진료상 重過失을 인정하였는 바, 독일연방법원도 이를 인용하였다. 그러나 출산 시도만으로 원고의 건강 손상을 야기할 蓋然性은 거의 없으므로(in hohem Maße unwahrscheinlich) 피고 의사들에게 성장 장애를 야기시킬 수 있는 共同原因이 결여되었다는 점만을 입증토록 하고, 배상의무도 부가적으로 발생된 성장 장애의 손해에 국한시킨 것에 대해서는 다음과 같이 판결하고 있다[50].

---

49) 원고는 1980. 3. 4. 제1 피고 병원에서 출생하였는 바, 分娩 당시 원고의 母는 41세였으며, 당일 11:20 위 병원 입원시 임신중독증 상태여서 고혈압과 심한 부종이 있었고, 이전에 산전진찰을 받은 바 없었으며, 마지막 생리 시기를 알 수 없었다. 최초 분만 시도는 12:00로 기록되어 있으며, 동시에 태아(심음)감시장치(Kardiotokogramm: CTG)를 위해 頭皮電極(Kopfschwartenelektrode)을 설치하였으며, 胎便着色(grünes Fruchtwasser)을 확인하였다. CTG는 "重複合性 減殺"를 나타냈으며, 이에 出産陣痛劑를 처방하고, 산모의 골반저로부터 鉗子分娩術로 원고를 출생시켰다. 출생시 원고의 몸무게는 2.1Kg 이었고, Apgar수치는 5/7/8(출생전 소아과 의사에 의해 검진된 수치는 1/4/8)이었다. 원고는 심한 假死 상태였는 바, 담당 의사들(제 2, 3 피고)에 의해 氣管內 插管, 羊水의 吸引, 10분간의 人工呼吸, 그리고 重曹(중탄산나트륨: Natriumcarbonat) 투여로 소생되었다.

50) 제1심 지방법원이 원고의 위자료 청구를 전부 인용한 반면, 항소심 Braunschweig 고등법원은 긴급히 요구된 제왕절개분만술(Schnittentbindung)을 하지 않고 겸자분만술(Zangenentbindung)을 시행함으로써 야기된 손해에 해당하는 위자료만을 인정하였다. 그 논거로서 異常的 CTG, 産母의 年齡, 자궁경관의 진행상태에도 불구하고 자궁내 소생과 아울러 제왕절개분만으로 태아의 窒息(Asphixie)을 막을 수 있었으나 이를 시행하지 않았으며, 또한 자궁수축억제제의 처방이 불가피했음에도 불구하고 자궁수축촉진제를 투여한 잘못으로 피고 의사들에게 진료상 重過失이 있다고 판단하고 기존의 판례에 따라 立證轉換을 인정하였다. 그러나 專門家 鑑定에서 시술상의 오류만으로 원고의 건강상 손해가 야기될 개연성은 거의 없다는 의견이 제시되었는 바, 항소심은 피고들에게 施術誤謬가 장애의 유일한 원인이 아니라는 立證負擔을 지울 필요가 없다고 판단하고, 施術誤謬는 구체적 사정에 비추어 원고의 건강상 손해를 초래하기에 적합하였으므로, 피고들에게 重過失의 診療誤謬가 후에 발생한 성장 장애의 원인이 되지 않았다는 것만을 증명토록 요구하였다. 또한 소아과 전문의 감정에서는 원고의 뇌손상은 자궁내에서, 그리고 출생시 병합 발생되었을 蓋然性이 가장 크며, 그 중에서도

「항소심은 연방법원 본원의 판례에 따라 중대한 오류가 있는 분만유도시에는 입증경감에서 입증부담의 전환까지 인정하고 있다. 그러나 總體的 因果關聯에 관한 立證負擔의 轉換(Beweislastumkehr für den gesamten Kausalzusammenhang)의 배제는 유일의 원인야기(Alleinverursachung)가 아니라 개별적 원인 기여(jeglicher Ursachenbeitrag)가 극히 非蓋然的(äußerst unwahrscheinlich)인 때에만 인정된다. 共同原因性(Mitursächlichkeit)은 단지 손해의 일부만을 초래하였음이 확정되지 않는다면 가해자에게 모든 손해를 귀속시키기에 충분하다. 의료상 重大한 誤謬가 있는 경우에 일반적으로 立證輕減에서 立證轉換까지 인정한다. 이는 발생된 손해가 다른 原因, 또는 경우에 따라서는 이미 존재하는 것이어서, 시술자측에 부담 지울 수 없는 原因과 함께 야기된 경우에도 인정할 수 있다. 중대한 시술상 오류로 행한 진료에 의해 가능한 損害原因들의 幅(Spektrum)이 확장되고, 이로 인해 의사의 過誤인지 아니면 다른 原因(위 사건에서는 子宮內 旣損傷)으로 손해 결과가 발생했는가를 더 이상 인식할 수 없는 상황을 초래한 것에 대한 補償으로 입증경감과 입증전환을 인정하는 것이다. 시술과정의 해명이 특히 어려운 사건에서 信義則상 환자에게 (완전한) 因果關係의 證明을 기대할 수 없다. 이러한 판단은 가해자 행위로만 손해를 구분지울 수 없고, 그 외의 다른 원인들(예를 들어 유전학적으로 또는 자궁내의 旣損傷에 의한 피해자의 특별한 상태)이 함께 작용한 경우에도 해당한다」고 판시하고 있다(소위 全體的 因果性)[51].

나아가 「항소심은 전문가의 감정에 따라 피고들의 시술상 過誤(fehlerhaftes Vorgehen)가 위 사건의 사정상 원고의 건강상 손해를 초래하기에 적합하다고 판단하였는 바, 이로써 원고에게 立證輕減 내지 立證轉換을 인정하기에 충분하다. 이러한 立證緩和는 모든 개별적 責任設定的 原因關係들이 극히 개연적이지 않을 때」에 비로소 배제된다[52]. 또한 항소심에서는 서로 구분지을 수 있는 原因關係를 확정하지 않은 것과 달리 연방법원은 「인과관계의 "存否"(das "Ob" der Kausalität)뿐만 아니라, 진료행위의

출생시 손상은 적은 부분이라는 의견이 제시되었는 바, 이에 따라 항소심은 피고들에게 귀속되는 원인야기의 부분 몫의 蓋然性 程度에 따라 배상의무범위를 산정하여 1/4의 賠償義務를 인정하였다. 결론적으로 피고들의 賠償義務는 제왕절개술이 아닌 겸자분만술을 시행함으로써 부가적으로 발생한 성장장애의 損害에 限定된다고 판결하였다.

51) "Sog. Gesamtkausalität". Vgl. BGH NJW 1990, 1882(2884). 이와는 달리 소위 部分的 因果性(sog. Teilkausalität)의 경우에는 달리 판단되는 바, 의사의 過誤(Versagen)와 그밖에 시술자측에 귀속시킬 수 없는 사정으로 구분지을 수 있는 손해가 발생된 때가 이에 해당한다. Vgl. BGH LM 276 (Ca) Nr.11; VersR 1964, 49(51); LM 823 (C) Nr.4.

52) 또한 「피고들의 시술상 過誤(Fehlverhalten)는 손상 원인으로 적합하기 때문에 가능한 손해원인들의 폭을 확대하여, 진료과정의 해명을 특별히 어렵게 하였으며, 피고들의

原因性 程度(Ausmaß der Ursächlichkeit)에 관해서도 피고들이 立證負擔을 진다」고 판시하고, 따라서「전문의 기준에 따라 분만유도시 旣損傷(Vorschädigungen)있었는가에 관한 立證도 피고들이 부담한다」고 판결하였다[53].

다. 比較 檢討

독일의 위 分娩事故 判決에 비추어 대법원 판결을 검토해 본다면 우선 독일연방법원은 因果關係의 立證轉換의 要件에 있어서 의사의 진료상 重過失을 전제하고 있다는 점에 큰 차이가 있다. 다한증 사건에서 대법원은 수술과정과 수술 후 사후대처에 소홀한 過失들과 일련의 진료과정에서 다른 원인의 개재가 없다는 사실을 因果關係의 推定 논거로 삼고 있다. 이러한 판단은 이미 지적한 바와 같이 곧바로 정당화될 수 없다. 그렇지만 피고 의사의 不注意가 비록 輕過失에 불과하여 환자 사망을 초래할 蓋然性이 미약해도, 總體的 因果性을 인정하여 피고 의사의 개별 과실행위가 결과 발생에 극히 蓋然的이지 않은 때에만 立證轉換을 排除하는 논거로써 보완할 수 있을 것이다[54]. 代替的 原因, 즉 환자에게 이미 잠재되어 있던 病的 素因(예를 들어 관상동맥경화)이 피고 의사의 수술지체 등으로 인한 환자의 현저한 저항력 감소와 더불어 뇌경색의 共同原因을 이루고 있다는 蓋然性을 인정할 수 있다면 立證轉換은 정당화될 수 있을 것이다. 그리고 뇌경색은 급격히 발병하여 짧은 시간 경과

행위로 인한 손상의 원인야기도 극히 非蓋然的인 것」이 아니라는 점을 강조하여 설시하고 있다. Vgl. BGHZ 85, 212(216 f.); BGH VersR 1989, 80(81); VersR 1994, 52(53); VersR 1995, 46(47).

53) Vgl. BGH VersR 1970, 839(840).

54) 독일연방법원은 시술 의사측에 귀속시킬 수 없는 代替原因이 손해 발생에 함께 작용한 경우에도 總體的 因果性을 인정하고, 나아가 因果關係의 存否뿐만 아니라 그 程度, 그리고 旣往의 原因에 의한 손해 발생의 구별도 의사측에서 증명하도록 판시하고 있다. 이러한 논거는 다한증사건 판결의 損害賠償範圍를 재검토함에 있어서 고려될 수 있다. 다한증 사건에서 환자 사망의 직접적 원인은 뇌경색이며, 이는 주로 심장질환에서 야기되는 것인 바, 위 사건 수술과의 원인적 관련을 의학적으로 인정하기에는 미약하다. 그러므로 환자의 사망이라는 손해 결과에서 얼마 만큼이 진료상 過失行爲에 의해 발생하였는가도 의사측에서 立證토록 할 수 있을 것이다.

로 사망에 이르는 점에 비추어 수술 후 조치가 완벽하였을지라도 환자의 사망 결과를 피할 수 없었다는 抗辯에 대해서도, 사후 대처를 소홀히 한 피고 의사의 과실과 환자 사망의 蓋然的 原因關係를 극히 미약한 것으로 평가할 수 없는 한 立證轉換을 또한 배제할 수 없을 것이다.

그렇지만 위와 같이 總體的 因果性을 인정하여 因果關係의 立證을 轉換하는 데는 근본적인 限界가 있다. 이미 지적한 바와 같이 현행 민법상 의료사고의 손해배상책임이 過失責任原則을 기초로 하고 있는 한, 단순한 原因關係를 推定함으로써 실체적인 法的 責任을 부과할 수는 없다[55]. 또한 독일연방법원은 責任充足的 因果關係에서 總體的 因果性을 인정하

55) 의사의 진료행위는 그 본질에 있어서 환자의 생명, 신체, 건강에 대한 危害를 수반하므로 의사의 활동은 일종의 危險作業(gefahrgeneigte Arbeit)이라 할 수 있다. 따라서 의사의 過失 없이 환자에게 손해가 발생할 수 있다. 그리고 의료사고의 민사법적 책임이 객관화된 전문직업적 책임으로 강화되어가는 경향에 비추어 의사의 過責과는 무관한, 예를 들어 立證轉換을 통한 완화된 原因責任(Kausalhaftung) 내지 危險責任(Gefahrdungshaftung)으로 구성하는 것이 합리적으로 보일 수 있다. 그러나 醫療에는 過失責任의 法倫理가 의사의 職業的 自由의 승인을 전제하고 있으며, 證明 容易 등의 사유만으로 立證轉換을 확대하는 것은 의사에게 과중한 책임을 부과하는 것이 되어 현행 責任體系에 어긋난다. 過失責任原則에 의한 의사의 法的 責任歸屬은 注意義務의 客觀化에도 불구하고 의사에 대한 倫理·道德的 非難을 완전히 부인할 수 없다. 현행 민사책임법체계에서는 醫療事故를 危險責任原理에 의해 해결하는 것은 적절하지 않다. 위 주 40), 이하 Ⅲ 2 가 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.88 ff.; F. J. Kaufmann, a.a.O., S.50 ff.; A. Laufs, Unglück und Unrecht. Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems, 1994; E. Deutsch, Medizinische Fahrlässigkeit, NJW 1976, S.2289; C. - W. Canaris, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, S.2, 16 f.; B. Eisner, a.a.O., S.200 ff.; 李鍾馥, 醫療事故에 있어서 無過失責任, 民事法學 第8號(1990), 356면 이하; 朴一煥, 앞의 논문, 民事法學 第8號(1990), 388면 이하. 의료영역에서 조화된 책임법을 모색한 유럽共同體 委員會(EG-Kommission)의 勞務給付 責任에 관한 指針案(Richtlinienentwurf zur Dienstleistungshaftung)은 철회되었다. Vgl. Europa Report Gesundheit, Sonderausgabe v. 8. 6. 1994.; A. Laufs, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, S.1591(1596). 過責槪念에 있어서 主觀的 요소에 관해서는 J. Esser, SchuldR I, 4.Aufl., 1970, 38 II; E. v. Caemmerer, Die absolute Rechte im § 823 Abs.1 BGB, Ges. Schr. Bd.I, S.575 ff.; H. - L. Weyers, Tillräknelighet eller: Subjektives zum Culpa-Begriff, Festskrift till Anders Agell, 1995, S.709 ff.; E. Deutsch, a.a.O., NJW 1993, S.1506 f. 참조. 나아가 無過失責任의 구조 위에 保險에 의한 해결을 지향하는 法政策的 論議에 대해서는 H. - L. Weyers, a.a.O., S.65 ff., 98 ff.; B. Eisner, a.a.O., S.202; H.

는 점에 차이가 있다. 그렇지만 責任設定的 因果關係를 推定함에 있어서도 의사의 진료상 일련의 過失이 중대하여 환자의 손해발생에 蓋然性을 인정할 수 있으며, 소송상 환자측의 立證困難을 가중시키는 한에서는, 患者保護를 우선하는 법정책적 배려도 당위성을 확보할 수 있을 것이다.

물론 責任設定的 因果關係의 판단에 대해 總體的 因果性을 통해 立證負擔을 전가시키는 것은 의사측에 지나치게 가혹한 責任을 부과하는 것이라는 비판이 제기될 여지가 있다. 이에 대해서는, 현재의 의료관계에서 患者保護를 우선하는 법정책적 고려를 긍정적으로 평가할 수 있다면, 위 독일연방법원의 판결에서 제시한 논거를 재고할 수 있을 것이다. 즉, 의사의 진료 시술상 重大한 誤謬로 인해 損害原因으로 고려될 수 있는 範圍가 확대·전이된 상황에서 의학적 정보와 지식이 결핍된 환자측에게 因果關係의 완전한 證明을 기대하는 것은 信義則에 어긋난다는 것이다[56].

이상의 비교 검토는 대법원이 다한증 사건에서 일련의 過失들을 총괄적으로 고려하는 논거와 관련해서 독일연방법원이 인정하는 總體的 因

Barta, Medizinhaftung, 1995, S.11 ff.; 李鍾馥, 앞의 논문, 362면 이하 참조.

56) 독일연방법원은 일정한 事件經過가 근접되어 있는가에 관한 판단도 중요하지 않다고 판시함으로써 患者保護의 政策的 考慮를 강력하게 표방하고 있다. BGH, a.a.O.: ". . .; darauf, ob ein bestimmter Verlauf naheliegend ist, kommt es nicht an." Vgl. BVerfGE 52, 131, 152; BGH VersR 1988, 721(722); K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.296 f., 299 ff. 因果關係의 立證轉換의 논거로서 환자측의 立證困難의 加重을 고려하는 것은 동일한 현상의 서로 다른 측면을 지적하는 것에 불과하여 법리적 불명확성이 있음에도 불구하고 [위 주 30) 참조] 실무상 장점이 지적되고 있다. 첫째, 重過失 판단이 모호한 경우에 [위 주 45) 참조] 그 한계를 획정하는 역할을 하며, 둘째, 진료상 일련의 경미한 誤謬들이 총체적으로 환자의 負擔을 加重하는 경우에 立證轉換을 정당화할 수 있다는 것이다. Vgl. A. Laufs, a.a.O., Rn.603; "Entscheidend bleibt stets die Beurteilung des Gesamtgeschehens. Auch nicht grobe Fehler können zusammen die Aufhellung des Geschehens so sehr belasten, da eine Beweislastumkehr gerechtfertigt erscheint."; E. Steffen, a.a.O., S.199; K. Geiß, a.a.O., S.152; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.113 a.E.: ". . . daß auch ein Aneinanderreihen einer Vielzahl kleinerer, an sich nicht grober Einzelfehler in seiner Gesamtheit betrachtet dennoch als schwer angelastet und damit eine Beweislastumkehr begründet werden kann."

果性 法理의 補完的 適用可能性을 시론적으로 전개한 것에 불과하다. 결론적으로 다한증 사건에서 因果關係의 立證轉換은 피고 의사의 過失 判斷에 달려 있다고 할 수 있다.

III. 醫療過失의 判斷

1. 問題點

다한증 사건 판결에서 법리적 문제의 일차적 핵심은 因果關係를 推定함으로써 피고 의사의 法的 責任을 일응 인정하고 있다는 점에 있다. 이러한 因果關係의 推定에 의한 立證轉換은 實體的 責任歸屬의 기능적 역할을 하고 있으므로, 그 要件으로서 의사의 진료상 過失 판단은 중요한 의미가 있다.

원고는 (1) 피고 의사가 수술에 앞서 사전 검사로서 마취 및 약물의 부작용에 대한 생체적 특징, 수술장애 요인 등을 완전하게 검사를 하였어야 함에도 면밀한 검사를 시행하지 아니하여 환자의 사인이 될 요인을 점검, 확인하지 아니한 잘못이 있으며, (2) 이 사건 수술은 척추부위를 절개하여 교감신경을 절제하는 수술로서, (가) 피고 의사는 집도의로서 수술 처음부터 수술을 직접 집도하여야 하고 수련의 등에게만 수술을 맡겨서는 아니됨에도 환자가 수술실에 들어간지 3시간이 지난 11:00경 위 병원의 지하 식당에서 아침식사를 하고 있다가 뒤늦게 수술에 참여하였고, (나) 그 결과 환자는 피고 의사가 수술을 할 때까지 척추부위의 피부 및 근육박리 상태에서 오랫동안 방치되었고, 수술을 시행함에 있어서도 늑골 등 절제과정에서 공기 흡입에 관한 위험성을 전혀 인식하지 못한 채, 공기 흡입방지를 위한 본왁스를 제대로 칠하지 않아 골수로 공기가 흡입된 시술상의 잘못이 있다고 주장하였다.

항소심은 「수술 전의 사전검사는 충분한 것이었고 검사를 해태하였다고 볼 자료가 없으며」, 피고 의사 자신이 「직접 시술을 요하는 교감신경 절제술 이전의 준비작업으로 마취, X선촬영 등을 자신과 연락할 수 있는 상태에서 다른 전문의 및 전공의 등에

게 시킨 것은 환자를 방치한 것이라고는 할 수 없고 위 준비작업이 이 사건 사망의 원인을 제공한 것도 아니며, 수술 중에 골수에 본왁스를 수시로 칠하여 출혈방지 및 공기흡입 방지조치를 하였고 수술시행자로서 공기흡입을 방지하기 위하여 본왁스를 바르는 외에 어떤 조치를 취하였어야 하는가에 관한 원고들의 주장, 입증이 없으므로」 피고 의사의 수술 중 過失은 없다고 판결하였다[57].

항소심과 상고심은 「치료과정에 있어서 피고 의사가 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술 도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하는 등」의 소홀함이 있었으며, 「환자가 수술을 받은 다음 회복실을 거쳐 병실로 온 16:15 이래 의식을 찾지 못하였고 같은 날 16:45경부터는 입에 거품을 물고 경련이 시작되어 가족들이 담당간호원에게 증상을 호소하였음에도 21:00경에서야 비로소 조치를 취하였고, 피고 의사도 23:00경에야 연락이 되어 병원

57) 항소심은 (1) 환자는 수술을 받기에 앞서 신경학적 검사, 혈압, 맥박, 호흡수 측정검사, 일반혈액검사, 뇨(尿)검사, 특수혈액검사, 혈청검사, 간기능 및 신장기능을 측정하는 임상화학검사, 흉곽 X선검사, 경추부 X선검사를 받았는데 모두 정상이었고, 같은 달 30일 심전도 검사를 2회에 걸쳐 실시하였는 바 정상범위로 전신마취를 하여도 지장이 없다는 의견이 나와서 이 사건 수술을 받게 된 사실을 인정하여 피고 의사는 수술 전 충분한 사전 검사를 모두 시행하고 환자의 신체상태가 이 사건 수술에 적응할 수 있는 상태라고 판단한 후 수술을 시행한 것으로 판결하였다. 또한 (2) 항소심은 (가) 피고 의사 자신이 직접 시술을 요하는 교감신경 절제술 이전의 준비작업으로 마취, X선 촬영 등을 자신과 연락할 수 있는 상태에서 소외 K 등에게 시킨 사실은 인정하나 피고 의사의 지휘 하에 다른 수술팀이 위 준비작업을 시행한 이상, 피고 의사가 원고들 주장처럼 위 수술과 같은 중대한 수술을 즈음해서 환자를 수술실에 들여 보낸 뒤 3시간 뒤인 11:00경 식당에서 식사를 한 사실이 인정되어 그 수술에 임하는 자세에 다소의 문제점이 있는 것은 사실이지만 이러한 사실만으로는 직접 피고 의사가 위 준비작업을 하지 아니하였다고 하여 전적으로 환자를 방치하였다고 할 수는 없고, 위 소외 K 등의 준비작업인 위 절제술로 환자에게 이 사건 사망의 원인을 제공하였다는 뚜렷한 원고들의 입증도 없으므로 위 소외인들에게 수술의 일부를 시행케 한 것 자체를 피고 의사의 過失이라고 할 수는 없으며, (나) 또한 피고 의사 등 수술팀은 수술 중에 골수에 본왁스를 수시로 칠하여 출혈방지 및 공기흡입방지조치를 한 사실이 인정되며, 또한 수술 시행자로서 위 공기흡입을 방지하기 위하여 본왁스를 바르는 외에 어떤 조치를 취하였어야 하는가에 관한 피고 의사 수술 중의 過失에 대해서는 원고들의 主張과 立證이 없다고 판시하였다.

에 와서 위 환자의 상태를 점검한 것은 적시의 대처라 할 수 없어」 수술 지체와 수술 후 환자를 관찰하고, 그 후유증에 대해 적절한 조치를 취하지 않은 피고 의사의 過失을 인정하고 있다[58].

그렇지만 위 판결의 過失 判斷은 다음과 같은 점에서 보다 합리적 논거로서 구체화되어야 한다. 피고 학교법인 소속 대학병원의 조직상 피고 의사는 科長醫(Chefarzt)로서 해당 전문 分科에서 독자적 의료와 사실상 자주적인 인적 조직을 관리할 수 있는 지위에 있다. 그러므로 피고 의사 자신이 직접 수술을 준비하지 않고, 마취는 소속 병원 해당 전문 분과에서 시행하고, 소외 K 등에게 수술을 준비시키고, 수술 참여를 지체하고, 그리고 수술 후 사후대처에 소홀한 사실에 대한 過失 여부는 소속 대학종합병원 조직체계에 비추어 분석적 검토가 실증적으로 이루어져야 한다.

2. 過失判斷의 基準

가. 專門職業的 注意規準

의사의 수술행위에 義務違反이 있는가는 민법 일반의 過失 判斷, 즉 去來上 요구되는 注意 基準이 원칙으로서 적용된다[59]. 특히 진료가 환자의 생명, 신체와 건강에 침해가 수반될 危害性을 수반하는 경우에는 保護法益의 重要性에 비추어 그 認識·豫見과 結果의 回避 및 期待可能性

58) 그 밖에 피고 의사의 說明義務의 違反을 인정하고 있는 바, 이에 관해서는 이하 IV 에서 검토한다.

59) 독일민법 제276조가 규정하고 있는 過失(Fahrlässigkeit)의 定義로서 "거래상 요구되는 주의(die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)"는 첫째, 규범적으로 "요구되는" 주의로서 慣習이나 일상적 舊態를 고려하지 않고서 가능한 것을 하여야 하며, 둘째, "거래상"의 注意로서 社會關聯的, 즉 기대되어진 行態와 관련됨을 의미한다. Vgl. Prot. II, S.598, 604; J. Esser, a.a.O., 38 III: Der sog. normative Fahrlässigkeitsmaßstäbe; Esser/Schmidt, SchuldR 1/I, 8.Aufl., 1995, 8 III, 2/I, 26 II; H.- L. Weyers, a.a.O., S.16; E. Deutsch, a.a.O., S.183 ff., 480.

이 고려되어야 한다[60]. 그리고 의료사고에 있어 의사의 責任歸屬은 전형적인 職業責任으로서 이에 요구되는 注意는 醫療專門的 基準에 의해 판단된다[61]. 즉, 客觀的 職業責任義務가 그 중심을 이룬다[62].[63] 그러므로 의사의 專門職業的 注意規準은 해당 진료시술이 醫學 및 醫療水準에 상응

60) Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.18 f.: "Umgang mit dem Risiko"; A. Laufs, a.a.O., Rn.471; MünchKomm/Hanau, § 276 BGB, Rn.75 f., 101, 127 ff.; Soergel/Wolf, 12.Aufl., 1990, § 276 BGB, Rn.99 f.; E. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2.Aufl., 1996, Rn.377 ff. 대법원 1987. 1. 20. 선고, 86다카1469 판결(법원공보 1987, 제796호, 364면); 1984. 6. 12. 선고, 82도3199 판결(법원공보 1984, 제734호, 1320면); 金先錫, 앞의 논문, 87면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 法曹(1991. 3), 81면; 曺喜宗, 앞의 책, 117, 123면 이하; 安法榮, 營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果的 標識, 判例硏究 제8집(1996, 高麗大學校 法學硏究所), 218면 이하 참조.

61) "Berufsbezogene Sorgfaltmaßstäbe" Vgl. A. Laufs, a.a.O., Rn.473; A. Laufs/ W. Uhlenbruck, § 99, Rn.7; D. Giesen, a.a.O.: ". . . diejenigen, die sich einem nach besonderen Qualifikationen verlangenden Beruf stellen, bei dessen Ausübung nicht nur über die Sorgfalt jedes vernünftigen Menschen verfügen, sondern dem Qualitätmaßstab gerecht werden, mit dem die Angeh rigen dieses Berufsstands und dieser besonderen Fachrichtung gemessen werden"; E. Steffen, a.a.O., ZVerWiss 1990, S.32: ". . . was Berufshaftung heißt: nämlich Haftung für die in Anspruch genommene Expertenautorität und Expertenqualität"; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.63; RGRK/K. Nüßgens, Rn.179; MünchKomm/Mertens, Rn.367 ff.; 朴東涉, 앞의 논문, 司法論集, 第12輯(1981), 166면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 334면 이하; 李銀榮, 債權各論, 1992, 691면 이하. 따라서 독일연방법원은 의사의 專門職業的 注意義務는 의료전문가의 의견을 참작하지 않고 법관의 판단만으로 확정할 수 없다고 판시하고 있다. Vgl. BGH NJW 1995, 776; A. Laufs, Medizinrecht im Wandel, NJW 1996, S.1571, 1575 ff.

62) 의사의 개별적·구체적 注意義務의 판단에 관해서는 石熙泰, 醫療過失의 判斷基準, 醫療事故處理의 法的 檢討, 大韓醫學協會, 1989, 21면 이하 참조. 의료행위에 요구되는 注意는 궁극적으로 醫療目標를 무엇으로 할 것인가에 귀착된다. 오늘날 전문적 의료기술의 발달, 분업화의 촉진은 증폭되는 의료사고 분쟁에서 쉽게 알 수 있듯이 의사와 환자의 인적 관계의 심각한 변화를 초래하고 있다. 김종근, 우리나라 의료분쟁의 현황과 대책, 1997, 3면 이하 참조. 의료 과학·기술의 발달은 사회 일반의 건강생활 기대를 상승시키고 있으며, 고령화 사회에로의 추이 또한 향상된 醫療給付에의 요구를 촉진하고 있으며, 說明義務의 判決例들이 단적으로 보여 주듯이(vgl. W. Brügmann, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, S.1473, 1477; 이하 IV 4 참조), 醫療行爲에 요구되는 의사의 注意 또한 의학과 의료기술의 발달에 따라 고도화되고 있다. 그러나 기존의 질병들이 의학적으로 완전하게 극복되지 않고 있으며, 후천성 면역결핍증(AIDS), 약물중독 등의 질병은 그 심각성이 더

해 가고 있다. 그렇지만 醫學과 醫療技術의 발달에도 불구하고 이러한 질병 예방에 무력하며, 그 성과도 개별적 사례에서만 가능한 것에 그치고 있어 의학의 개척적 발전이 요청되고 있다. 이를 위해서는 많은 비용과 실험적 의료의 희생이 따르므로 危險과 利益은 비교·교량되어야 한다. Vgl. A. Laufs, Medizin und Recht im Zeichen des technischen Fortschritts, 1978; E. Steffen, a.a.O., S.50 ff. 그럼에도 불구하고 위험을 무릅써야 할 필연성 또한 현대 의학의 지표인 바, 투자의 필요와 경쟁은 새로운 협력적 조직형태로 변화되고 있으며, 이에 따라 의사와 환자의 관계는 匿名化와 商化(Anonymisierung und Kommerzialisierung)되어 가고 있다. 이러한 시대적 상황에서도 의료목표는 개인과 전체 사회의 건강에 이바지하는 것이며, 환자 개인과 공동체 이익이 충돌하는 경우에 전자가 우선되어야 한다(Primat des Individiuums). Vgl. § 1 I B O; Beschluß des deutschen Ärztetages Mai 1994, L 1, 4, DtÄrzteBl 1994, Supplement zu H. 24, 3; The Declaration of Helsinki, 1964; The Declaration of Tokyo, 1975; A. Laufs, a.a.O., NJW 1995, S.1591;「患者權利宣言」, 의료사고가족협의회, 1990. 9. 3.; 金玟中, 患者權利와 醫師의 責任, 法律新聞, 제1977호(1990. 10. 25.), 10면; 동저, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 351면 이하. 특히 生命價值의 尊嚴性에 비추어 腦死者의 臟器移植에 관한 功利主義的 傾向에 대한 비판은 沈在宇, 뇌사자 장기이식의 법적 문제, 省谷論叢(1996), 909면 이하 참조.

63) 독일의 의료사고 법실무에서는 施術誤謬(Kunstfehler, Behandlungsfehler)의 개념이 통용되고 있다. 일반적으로 승인된 의료 기준에 미달되어 부적합한(unsachgemäß) 경우, 즉 의학 수준에 합당한 조치를 결여함으로써 잘못된 진단·진료, 또는 적합한 진료를 하지 않은 때에 施術誤謬를 인정할 수 있다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.49: "ein Unterschreiten des Standards guter ärztlicher Behandlung"; D. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 1983, S.11: ". . . jede ärztliche Maßnahme, die nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft die gebotene Sorgfalt vermissen läßt und damit unsachgem ist" . . . "Behandlungsfehlerhaftung ist . . . Haftung für schlechtes Handwerk". 독일 판례상 개념은 BGHZ 8, 138; BGH NJW 1976, 2291; NJW 1987, 2291(2292) 참조. 독일 학계의 유력한 견해들은 施術誤謬의 개념 및 법기능적 역할에 대해서는 의문을 제기하고 있다. 의사의 의료행위와 승인된 醫術(lex artis)과의 불합치를 곧바로 過失이라고 할 수 없으며(vgl. BGHZ 8, 130, 140; BGH NJW 1961, 600), 또한 의사는 그 직업적 본질이 自由職으로서 전문적 판단에 따른 의료 방법의 자유 선택(Methodenfreiheit)이 보장되어야 하는 바, 시술방법이 미리 정해져 있다는 것은 모순이다(醫療의 裁量性). 대법원 1984. 6. 12. 선고, 82도3199(법원공보 1984, 제734호, 1320면 이하); 1986. 10. 28. 선고, 84다카1881(법원공보 1986, 제790호, 3106면 이하); 1987. 9. 8. 선고, 86다카2095 판결(법원공보 1987, 제811호, 1554면 이하); 1996. 6. 25. 선고, 94다13046(판례공보 1996. 제16호, 2293면 이하); 金先錫, 앞의 논문, 56, 102면 이하; A. Laufs, a.a.O., Rn.484: "Therapiefreiheit"; R. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S.48 ff. 참조. 의사의 職業責任도 다른 직업책임의 유형에서와 다를 바 없이 過失責任의 原則이 적용되는 것에 불과하며 의료 施術誤謬를 달리 취급하여야 할 이유는 없다. 施術誤謬의 개념은 과실 판단의 구체화에 기여하는 한 그 의미

하는지[64], 그리고 해당 의료분야에 있어 사려깊고, 양심적이고, 경험있는 의사로서 일반 의학 내지 그 專門分野에서 가능한 것인가에 따라 판단하여야 한다[65]. 따라서 다른 의사의 意見이나 慣行에 따른 診療를 한 것

가 있을 수 있으나 責任歸屬 判斷에 있어서 고유한 法機能的 役割은 인정될 수 없다. Vgl. A. Laufs, a.a.O., Rn.269; D. Giesen, a.a.O., S.50 f.; Esser/Weyers, § 55 I 1 b). 의료과실을 施術誤謬와 注意義務違反으로서 歸屬의 2단계로 구분하고, 施術誤謬를 外的 注意(äußere Sorgfalt)로 파악하는 견해는 E. Deutsch, a.a.O., NJW 1976, S.2289 f., 2291; ders., a.a.O., NJW 1993, S.1509; ders., Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2.Aufl., 1995, S.132 ff., 480 참조.

64) "Stand der medizinischen Wissenschaft" Vgl. M. Kriele, Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff, NJW 1976, S.355 ff.; H. - L. Weyers, a.a.O., S.17 f.; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1577; § 7 der Berufsordnung für deutschen Ärzte, Deutsches ÄrzteBl. 1988, S.3602. 任熙東, 앞의 논문, 425면:「一般的으로 是認되어 있는 醫學의 原則」; 病理學的 嚴密性이 아니라 臨床醫學의 水準에서 판단되어야 한다는 견해는 金先錫, 앞의 논문, 93면 이하; 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例硏究 IV(1982), 95면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 法曹(1991. 3.), 82면 이하; 印貞憲, 앞의 논문, 38면 참조. 醫療水準을 강조하는 견해는 文國鎭, 社會法醫學, 1991, 141면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 41, 185면 이하 참조. 대법원 1994. 4. 26. 선고, 93다59304 판결(법원공보 1994, 제969호, 1468면 이하):「의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이나 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없다.」; 대법원 1997. 2. 11. 선고, 96다5933(판례공보 1997, 제30호, 730면 이하):「의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안된다.」

65) Vgl. BGH NJW 1961, 600 f.; J. Esser, a.a.O., 38 V; Esser/Weyers, § 55 II 3 d): ". . . Über die Frage, was ein durchschnittlicher besonnener und rechtschaffener Mensch im besonderen Berufs- und Pflichtenkreis des Betroffenen getan hätte."; A. Laufs, a.a.O., Rn.474: "das Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit"; E. Deutsch, a.a.O., NJW 1993, S.1508 f. 대법원은 교통사고 환자가 복통을 호소하는 외에 다른 외상이 없는 데도 혈압이 극히 낮아, 내출혈을 의심하고 특수검사 등을 실시하던 중 환자가 갑자기 호흡곤란 증세를 일으키기 시작하여 급히 개복수술을 하여 본 결과, 하대정맥 및 총장골동맥 파열로 인한 과다출혈로 결국 사망한 사건 판결[대법원 1995. 4. 25. 선고, 94다27151 판결(법원공보 1995, 993호, 1939면 이하)]에서「위 병원의 의사들로서는 수혈을 통하여 위 K의 혈압을 정상으로 끌어 올림으로써 위급한 상황을 넘겨 어느 정도 시간을 확보하게 된

만으로는 통상의 注意를 다했다고 할 수 없으며[66], 그 행위 대상, 즉 患者의 生命과 健康 保護의 重要性에 비추어 專門職業人으로서 요구되는 注意 程度는 고도화되어 있다[67][68]."

상태에서 그 출혈원인을 규명하기 위하여 한밤중에 자택에 있던 비뇨기과 과장까지 병원으로 나와 복강천자와 방광 및 신장에 대한 특수검사를 실시하고, 그래도 이상이 발견되지 아니하자 정밀검사를 위하여 초음파검사를 하려 하였던 것이므로, 이는 그와 같은 상황에서 통상 의사들에게 요구되는 극히 정상적인 진료활동이라 아니할 수 없을 것이고, 이와 달리 위 의사들에게 환자가 외형상 위독한 상태가 아닌데도 각종 검사기법을 통한 원인규명을 생략한 채 내출혈의 원인을 밝혀내기 위하여 환자나 가족의 동의도 없이 새벽 2시 30분경 부터 5시 30분경 사이의 인적, 물적 조건 아래에서 개복수술부터 시행하도록 요구하거나 기대할 수는 없다」고 하여 과실을 부인하고 있다. 그러나 이와는 달리 의사의 역량에 비추어 치료할 수 없음에도 불구하고 진료행위를 하는 경우에는 引受過責(Übernahmeverschulden)이 인정된다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.67 ff.; A. Laufs, a.a.O., Rn.483; D. Giesen, a.a.O., Rn.93; RGRK/K. Nüßgens, Rn.190; E. v. Caemmerer, a.a.O., Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.579. 독일연방법원은 해당 분야에서 요구하는 정도를 능가하는 의학 지식을 갖춘 경우에는 이를 환자를 위해 활용하여야 한다고 판시하고 있다. Vgl. BGH NJW 1987, 1479 m. Anm. v. E. Deutsch; JZ 1987, 877 m. Anm. v. D. Giesen.

66) Vgl. BGHZ 8, 138(140); OGH JBl 1987, 104; 1991, 455 f., 520 f.; BGE 113 II 429; 116 II 519. 일응 최신 의료기술에 의한 진료가 요구된다. 그러나 적정한 인적 요원과 물적 시설 확충의 재정적 가능성(Finanzierbarkeit)을 고려하여야 한다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O.; E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.36 f.; W. Uhlenbruck, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, MedR 1995, S.427 ff., 437; D. Hart, Rechtliche Grenzen der Ökonomisierung, MedR 1996, S.60 ff. 71; H. - J. Rieger, Honorarbegrenzungsmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab, MedR 1996, S.147; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1575. 대법원도 의료시술의 전문성, 난이도 등의 차이와 의료기관의 인적 구성, 물적 시설 및 제공하는 의료 서비스의 질에 따른 의료수가의 차등[대법원 1995. 12. 8.자 95카기16 결정(판례공보 1996, 제3호, 333면 이하) 참조], 그리고 치료계약에 이르게 된 경위, 수술·처치 등 치료 경과와 난이도, 기타 제반 사정에 따라 의료보험수가와 일반의료수가의 차등[대법원 1995. 12. 8. 선고 95다3282 판결(판례공보 1996, 제3호, 336면 이하) 참조]을 인정하고 있다.

67) BGH NJW 1992, 1560; 1993, 2889; 1994, 3008: "Facharztstandard" Vgl. W. Opderbecke/W. Weißauer, Facharztqualität versus formelle Facharztqualifikation, MedR 1993, S.2 ff.; E. Steffen, Der sogenannte Facharztstatus aus der Sicht der Rechtsprechung des BGH, MedR 1995, S.360 f.: ". . . für die Facharztqualität im konkreten Fall . . ., daß der Arzt die Behandlung theoretisch wie praktisch so beherrscht, wie das von einem Facharzt dieses Fachs erwartet werden muß."; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1577; 金先錫, 앞의 논문, 55, 91면 이하.

과실 판단의 時點은 진료행위시를 기준으로 하여야 하며, 시술 후 의학적 인식 및 향상은 고려되지 않는다[69]. 나아가 다수의 의료시술 방법이 일반적으로 승인되어 있거나, 이와는 반대로 승인된 의료시술 방법이 전혀 없는 경우에는 학술적 논쟁에 의해 의사가 法的 責任에 犧牲되어서는 안된다[70].

---

68) 특히 독일 실무에서는 大學病院의 의료시설 등의 기준과 그 소속 科長醫의 注意義務는 고도화되어 있다. 이하 주 80), 81) 참조. 그렇지만 의료에 專門的이고 客觀化된 注意基準을 적용하는 것이 의사에 대한 刑法的 責任非難을 의미하는 것은 아니다. 비록 그 법윤리적 기초에 있어서 職業責任의 民事法的 歸屬은, 비록 主觀的 非難을 완전히 배제하고 있는 것은 아니지만[위 주 55) 참조], 요구되는 質的 水準의 흠결을 金錢的으로 補償시키는 데 있으며, 이러한 목적은 어느 누구도 정확하게 요구되는 주의를 다할 수 없어 이미 예정된 경우에도 적용된다. 이러한 질적 수준의 요청은 人格的 非難 내지 個人的 弱點을 탓하는 것이 아니라 制度로서 醫療(medizin als Institution)에 주어진 信賴에 상응한 판단이다. 즉, 의료의 전문성 내지 전문가로서 의사의 권위가 醫療行爲를 正當化하는 점에 위와 같은 民事責任歸屬의 당위성이 확보되는 것이다. Vgl. E. Steffen, a.a.O, ZVersWiss 1990, S.35 f. 오늘날 醫療法(Medizinrecht)은 患者保護를 목표로 하고 있는 바(Patientenschutzrecht), 醫療職의 司法的 規律(Juridifizierung des Arztberufs)도 患者保護라는 측면에서 이루어지고 있다. 위 주 62) 참조. Vgl. A. Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, S.163; ders., a.a.O., NJW 1995, S.1591. 이와는 반대로 의료관계에서 信賴는 의사의 情報 優越과 환자와의 隔差(Informationsgefalle)로 인해 의료사고를 적당히 무마할 可能性(Vertuschungsmöglichkeit)과 그로 인한 不信의 골이 깊어 진다는 측면에서 의사의 法的 責任을 强化시켜야 한다는 견해는 D. Giesen, Zwischenärztlichem Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, FS für J. Skapski, 1994, S.45 ff.; ders., Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrecht, MedR 1997, S.17. 참조. 특히 說明義務의 발전·강화는 환자가 의료의 客體(Objekt)인 後見的 醫療關係가 아니라 主體(Subjekt)로서의 지위를 갖는 대등적 醫療關係를 형성시키려는 정책적 측면이 지적되고 있다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.123: "Einwilligung ist Gegengewicht zur medizinischen Autorität."; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.52, 66; R. Francke, a.a.O., S.33 ff. 이러한 측면에서 理念類型的인 분석을 통한 醫療行爲의 法制化를 검토하는 견해는 李相暾, 醫療行爲의 法制化와 刑法, 형사정책연구 제8권 제1호(1997), 153, 156면 이하 참조.

69) 특히 소송상 事實審 辯論終結時에 遡及的 判斷은 허용되지 않는다. 대법원 1987. 1. 20. 선고, 86다카1469 판결(법원공보 1987, 제796호, 364면 이하) 참조. Vgl. BGH, Urt. v. 3. 5. 1962 - 1 StR 18/62(= NJW 1962, 1780 ff.); BGH NJW 1983, 2080; A. Laufs, a.a.O., Rn.476; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 99, Rn.7; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.64; 金先錫, 앞의 논문, 96면.

70) Vgl. BGH VersR 1955, 573; E. Deutsch, a.a.O., NJW 1976, S.2291. 權五乘, 앞의 논문,

나. 判決의 檢討

다한증 사건에서 환자는 피고 YS병원에 입원하면서 醫療契約을 체결하였고, 피고 의사는 위 병원에 소속되어 있는 바, 민법 제756조의 使用者責任을 물을 수 있는 요건을 일응 갖추고 있는 것으로 보인다. 그러나 피고 의사가 그 소속 대학병원의 지휘·감독을 받아 사무를 집행하는 민법 제756조의 被用人인가에 의문이 제기될 뿐만 아니라, 나아가 민법 제756조 제2항이 동조 제1항을 準用하고 있는 바, 피고 의사가 代理監督者로서 수술 준비를 한 K 등을 사실상 指揮·監督하는 지위에 있다면 이들에게 수술준비를 위임한 것이 피고 의사의 過失이 되는가를 검토하여야 한다. 민법 제756조의 적용에 있어서 판례와 학설의 지배적 견해는 소위 代位責任說에 따르고 있다[71]. 따라서 수술 준비를 한 K 등에게 過失이 있는 경우에만 그 使用者 내지 代理監督者인 피고 의사가 責任을 지게 될 것이며, 피고 의사가 K 등의 選任·監督에 過失이 없다면 免責될 수 있다. 그러나 실무와 학설은 민법 제756조 제1항 단서의 使用者免責은 거의 인정하지 않는다[72].

여기에서 피고 의사 소속 病院의 使用者責任에 관한 논의는 차치하더라도, 판결 이유가 제시하는 바, 「피고 의사의 지휘 하에 다른 수술팀이

104면 이하 참조.

71) 金亨培, 民法 第391條와 第756條를 比較·檢討함, 民法學硏究, 1986, 398, 402, 414면 이하; 郭潤直, 앞의 책, 739면 이하 참조.

72) 소속 大學病院은 使用者로, 그리고 피고 의사는 그가 관리·통제하는 分科에 대해서는 代理監督者로 파악할 수 있다. 이에 해당하는 法的 構成은 醫療契約의 不完全履行(민법 제390조, 제391조) 내지 不法行爲(민법 제750조, 제756조) 責任이 될 것이며, 따라서 수술 준비를 委任받아 행한 K 등의 過失 내지 수술준비의 委任 자체의 許容 與否에 대해 구체적으로 검토가 있어야 할 것이다. 曺喜宗, 앞의 책, 198면 이하 참조. 독일에서도 최근에는 使用者責任의 免責이 사실상 좁아지고는 있으나, 使用者의 免責이 우리 실무에 비해 넓게 인정된다. 따라서 生産者責任法의 발달 과정에서 확립된 판례에 따라 去來安全義務(Verkehrssicherungspflicht)의 일종인 소위 病院의 組織義務(Organisationspflichten)를 인정하여 예견할 수 있는 危險으로부터 患者를 保護하기 위한 義務가 승인되어 있다. 過失의 推定에 관해서는 위 주 33) 참조. Vgl. A. Laufs, a.a.O., Rn.532 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.142 ff.; E. Deutsch, a.a.O., S.17 f., 78 f.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.86 f.; BGHZ 85, 393 (398); 95, 63(75) usw.

위 준비작업을 시행한 이상, 피고 의사가 . . . 중대한 수술을 즈음해서 환자를 수술실에 들여 보낸 뒤 3시간 뒤인 11:00경 식당에서 식사를 한 사실이 인정되어 그 수술에 임하는 자세에 다소의 문제점이 있는 . . . 」, 그리고 환자가 「. . . 수술을 받은 다음 회복실을 거쳐 병실로 온 16:15 이래 의식을 찾지 못하였고 같은 날 16:45경부터는 입에 거품을 물고 경련이 시작되어 가족들이 담당 간호원에게 증상을 호소하였음에도 21:00경에서야 비로소 조치를 취하였고 피고 의사도 23:00경에야 연락이 되어 병원에 와서 위 J의 상태를 점검한 것」은 수술 후 대처가 완벽하였다고 볼 수 없다고 하고 있다. 그러나 이러한 판단은 피고 의사에게 手術醫로서 요구되는 注意 內容에 대한 구체적 論證 없이, 진료·수술 과정에서 나타난 피고 의사의 行態 전반에 관한 情況 判斷에 의존하고 있다.

첫째, 피고 의사의 책임을 불법행위법에 의해 검토하고 있는 한, 피고 의사가 수술 준비를 K 등에게 위임한 것, 그리고 K 등이 행한 수술준비에 過失이 있는가에 판단의 중심이 놓여져야 할 것이다. 오늘날 綜合病院, 특히 大學病院은 개별 전문분야의 分業的 協力 組織과 機能的 交流에 의해 운영되고 있는 바[73], 위 사건에서도 이른바 水平的 分業[74]에 속하는 마취는 물론[75], 垂直的 分業[76]에 있어서 의사 K 등이 해당 분야의

73) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.152 ff.: "Regelungen über die Kompetenzenverteilung"; A. Laufs/W. Uhlenbruck, a.a.O., §§ 88, 89; D. Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S.85 ff., 127 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.80 ff., 90 ff.

74) 여기에서 水平的 分業(horizontale Arbeitsteilung)은 상이한 협업 규율의 기능적 동등으로서 同僚의 原則(das kollegiale Prinzip)을 의미한다. 예를 들어 위 사건 수술 과정도 외과 - 마취과 - 방사선과 - 임상병리과(Chirurgie - Änasthesie - Röntgenologie - Histologie) 등의 동등한 협업적 과정을 거친 것으로 판단된다. Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.153; E. Steffen, a.a.O., S.107 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.72; BGHZ 89, 263.

75) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.158 ff.: "fachspezifische Eigenrisiken". 이 경우에는 피고 의사에게 使用者責任은 적용될 수 없다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.38.

76) 여기에서 垂直的 分業(vertikale Arbeitsteilung: z. B. ärztlicher Direktor - Chefarzt - Oberarzt - Assistenzarzt - nicht ärztliches Personal)은 분야적 상하질서의 位階原則(das

전문의로서 자격을 갖추고, 이미 피고 의사와 긴밀하게 직무를 수행한 경험을 갖고 있어 患者保護를 信賴할 수 있다면[77], 특별한 예외적 사유가 없는 한 피고 의사가 수술 준비까지 직접 지휘할 것이 요구되지 않는다. 이 점에 있어서 판단 결과는 타당하다. 그러나 수술절차 참여가 늦어져 수술과정상 환자의 저항력을 저하시킨 過失이 있는가는 수술 절차상 시간적 과정을 구체적이고 실증적으로 검토했어야 할 것이다[78].

둘째, 판결은 수술 후 환자의 용태를 관찰하고, 그 후유증에 대하여 적절한 조치를 취하지 않은 不作爲에 의한 피고 의사의 過失을 인정하고 있다. 환자가 수술 후 회복실에서 병실로 옮겨진 다음에는 해당 分科의 진료 하에 놓이게 된다[79]. 위 사건에서도 환자의 급격한 건강 악화는 피고 의사의 管理·支配 領域에서 발생되었다. 그렇지만 피고 의사가 긴급상황에 대비하여 항상 대기하고 있어야 하는 것은 아니다. 피고 의사가 소속된 大學綜合病院은 당직의, 간호원 등을 상시 근무토록 하여 입원 환자들을 돌보고, 필요한 조치를 강구하도록 組織·構成되어야 한다[80]. 따라서 병원조직이 정상적으로 구성·운영되고 있는 한, 피고 의사

---

hiearchische Prinzip)을 의미한다. 따라서 位階에 의한 役割 분담은 책임소재의 분할에 영향을 주게 되어, 민법 제756조 使用者責任의 평가규준이 적용된다. Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.152; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 101 Rn. 1 ff.; E. Steffen, a.a.O., S.105; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.58 f., 70 f., 81.

77) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.85 ff.; E. Steffen, a.a.O., MedR 1995, S.360; ders., a.a.O., ZVersWiss 1990, S.33; 曺喜宗, 앞의 책, 197면 이하: "신뢰의 원칙".

78) 병원의 수술 절차상 마취과에서 재차 문진과 진찰, 진료기록부 등을 검토하여 수술 준비를 확인하고 환자의 활력 증후를 검사하여 마취를 시행한다. 그 후 수술 자세를 잡고 머리를 고정시키기 위하여 머리에 핀을 박고 수술 위치를 정하기 위하여 X선 촬영을 한 다음, 피부를 절개하고 피하 지방질을 제거하여 뼈의 주돌기를 노출시키고 근육 절개 부위를 정하기 위하여 X선 촬영을 하고 척추를 중심으로 좌우 근육을 절개하여 횡돌기를 노출시키는 시술을 한 다음, 수술의에 의한 수술이 시작된다. 따라서 환자가 수술실로 들어간 후 3시간 후에 피고 의사가 식사를 하고 있었던 것은 一般人의 常識으로는 쉽게 이해되지 않는 정황이라고 할 수 있다. 위와 같은 수술절차의 專門的 過程을 기준으로 피고 의사의 수술 지체 여부 및 그 정도, 그리고 사고와의 蓋然的 關聯性을 구체적으로 검증하여 피고 의사의 過失을 결정하여야 할 것이다.

79) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.153.

80) 病院의 組織·構成義務에 대해서는 D. Giesen, a.a.O., Rn.142 ff; A. Laufs, a.a.O., Rn.532

로서는, 회복실에서는 환자가 마취에서 완전히 깨어나 의식 및 활력 증후가 정상상태를 보일 때에 일반 병실로 보내게 되며, 일반 병실에서도 환자의 상태가 정상이 아니라면 인계하지 않는 병원의 日常的 管理·運營 組織을 신뢰할 수 있다. 환자의 긴급한 건강상태의 악화에 대해 병실 당직의나 담당 간호원이 조치를 게을리한 過失이 인정된다면, 당직의나 간호원에 대해 해당 분과의 科長醫로서 피고 의사의 代理監督者責任(민법 제756조 제2항)의 성립 여부를 구체적으로 검토하여야 한다[81].

셋째, 보다 근본적으로는 대법원이 제시한 過失의 判斷基準에 대해 의문이 제기된다. 위 판결에서 대법원은 환자측이 「일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증」하도록 판시하고 있는 바, 一般人의 常識을 의사의 진료상 注意義務의 판단 기준으로 제시하고 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 의사의 의료상 注意義務는 專門職業的 注意規準에 의해 설정되어야 하며, 의학적으로 문외한인 一般人의 評價

---

ff. 참조. 특히 대학종합병원의 組織構成義務에 대해서는 BGH NJW 1994, 1596; H. - D. Lippert, Das Organisationsverschulden in Hochschulklinik - zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, S.2606 ff.; E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.36 f.; W. Groβ, a.a.O., VersR 1996, S.664; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 98, Rn.17, 102, Rn.19; 曺喜宗, 앞의 책, 191면 참조.

81) 위 사건에서 當直醫 措置에 대해서는 위 주 2) 항소심의 사실 확정 참조. 이러한 當直醫 過失은 병원의 組織構成의 缺陷(Organisationsmängel)에서 야기된 것으로서 이에 대해서는 피고 학교법인이 소속 병원의 組織·構成義務를 違反한 것으로 不法行爲責任이 검토되어야 한다. 헌법재판소 1990. 12. 26. 선고, 90헌마45 결정(헌법재판소 판례집, 제2권, 1990, 491면 이하) 참조. 특히 위 사건에서 피고 병원과의 入院契約 외에 피고 의사와의 별개의 給付約束(Wahlleistungsabrede)을 違反한 것인가도 검토되어야 한다. 위 주 3) 참조. Vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.45, 57; K. Geiβ, a.a.O., S.44. 그리고 대학병원의 조직·구성상 科長醫는 해당 分科의 인적·물적 조직을 사실상 자주적으로 구성·관리하고 있는바, 소속 병원의 機關責任(Organhaftung)도 고려할 수 있다. Vgl. "Nierenspende-Fall": BGH JZ 1988, 150 ff.; BGHZ 77, 74 ff.; 95, 63, 70; H. - L. Weyers, a.a.O., S.28; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 104, Rn.2, 12 ff.; E. Steffen, a.a.O., S.35, 37 f.; ders., a.a.O., ZVersWiss 1990, S.33; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.42 ff., 44: "Fiktionshaftung". 피고 의사가 해당 分科의 科長醫로서 의료에 관한 독자적 지위를 갖고 있어도 소속 병원의 使用者責任을 곧바로 부인할 수 없다. Vgl. A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 98, Rn.18; E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.34; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.140 ff.; 曺喜宗, 앞의 책, 197면 이하.

基準은 적용될 수 없는 것이다[82),83)]. 대법원의 이러한 기준 제시는 위 사건의 개별적 상황에 비추어 이해될 수밖에 없을 것이다. 따라서 이러한 관점에서 긍정적으로 평가할 수 있다면, 즉 의학 非專門의 一般人 常識에서 비추어서도 의료상 과실있는 행위로 판단될 수 있는 의사의 진료행위는 의사에게 요구되는 注意를 현저히 결한 重過失 行爲를 의미하는 것으로 해석할 수밖에 없을 것이다. 그렇지만 위 사건에서 법원이 인정하고 있는 피고 의사의 不注意 사실들로부터 一般人의 常識에 바탕을 두고 판단하여도 진료상 요구되는 注意를 현저히 결한 重過失 行爲라고 평가할 수 있는가에는 의문이 남는다. 더욱이 原因不明인 환자의 사망원인, 즉 급격한 發病과 前驅症狀이 없는 것이 특징인 腦梗塞을 초래할 蓋然性이 있는 過失行爲라고 推定하여, 因果關係의 立證을 轉換한 것은 적절하지 않다.

결론적으로 위 판결에서 대법원은 피고 의사의 성의 없는 진료상 일련의 사소한 不注意들을 사후적으로 환자 사망이라는 극단적 사태의 심각성에 비추어 환자에 대한 身體侵害의 違法行爲로 평가하고 있다. 이러한 판단은 위에서 지적한 바와 같이 결과 발생에 대한 蓋然性 없는 정황들을 量的으로 合算하여 過失의 規範的 判斷을 대체하는 것으로서

---

82) Vgl. BGH NJW 1995, 776; W. Groß, a.a.O., VersR 1996, S.664: "Aus rechtlicher Sicht können durch den Richter an den Mediziner keine anderen Sorgfaltsanforderungen gestellt werden, als sie sich nach medizinischen Maßstäben ergeben."; 金先錫, 앞의 논문, 55, 87면 이하. 위 대법원 판결은 소송상 환자측에게 注意義務違反의 立證 程度를 輕減시키려는 의도가 숨겨 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 환자측의 立證輕減에 관해서는 위 Ⅱ 1 나 이하 참조.

83) 대법원은 기존 판결에서 [대법원 1987. 1. 20. 선고, 86다카1469(법원공보 1987, 제796호, 364면 이하] 「과실은 일반적 표준인을 기준으로 하여 요구되는 주의의무를 결한 것」이라는 표현을 쓰고 있으나, 해당 판결에서 「여기에서 일반적 보통인이라 함은 이는 추상적인 일반인이 아니라, 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람을 뜻하는 것」이라고 판시하여 전문직업적 주의기준임을 명백하게 밝히고 있다. 그러나 위 다한증 판결에서는 동일한 의미로 해석할 수 있는 여지가 있을 수 있겠으나, 「일반인의 상식」이라는 표현 자체에서 뿐만 아니라, 위 판결에서 피고 의사의 과실 판단의 기초로 고려한 일련의 사건 상황에 비추어 기존의 판결과는 다른 맥락에서 제시한 기준으로 여겨진다.

타당하지 않다[84]. 수술 결과가 환자 사망으로 나타났다는 것만으로는 의사의 過責(Verschulden)를 인정할 수 없으며[85], 대법원은 이러한 過失 判斷을 기초로 因果關係를 推定하고 있는 바, 환자 사망의 원인인 腦梗塞의 발생원인이 불명인 위 판결 사건에서 더욱 합리성이 결여된다. 의사의 진료상의 過失行爲가 그러한 결과를 초래하기에 蓋然性이 있을 때, 즉 重過失의 診療行爲가 환자의 사망을 초래하기에 적합한 경우에만 責任歸屬 要件으로서 因果關係의 推定이 가능하다[86].

---

84) 위 Ⅱ 1 가 참조. 대법원이 인용한 항소심 판결 이유에 나타나듯이 환자가 「다한증 외에 특별한 질병 없이 정상적인 생활을 하여 왔고 수술 전 사전 검사에서도 특이한 이상증상이 나타나지 않았으나」, 수술 후 환자가 사망한 상황에서 「수술 도중 뼈를 통한 색전의 예가 극히 드물지만 발생된 예」도 있다는 점에서 사건 수술의 경과와 전후의 제반 정황에 비추어 진료행위가 환자 사망을 초래할 蓋然性이 있다고 판단하고 있다. 이는 다른 특별한 원인이 개재되지 않은 한 수술상 오류가 自然的 原因關係로서 사망을 초래할 蓋然性이 있다는 것이지 의사의 過失行爲가 결과를 초래할 蓋然性에 관한 판단은 아닌 것이다. 사후적으로 위 사건의 수술과정과 사후대처에 있어 피고 병원과 의사 등이 성의 없는 진료행위를 하였다는 비난을 피고 의사의 責任歸屬을 결정짓는 因果關係의 推定의 논거로 하는 것은 同情判決이라 아니할 수 없을 것이다.

85) 이러한 판단은 原因 내지 結果責任을 지우는 것으로 정당하지 않다. 위 Ⅱ 1 다 참조. 醫療責任은 過失責任의 原則에 기초하고 있으며, 그러는 한 法倫理的 正當性이 있는 것이다. 위 주 54) 참조. 나아가 동일한 논거상 損害가 없어도 진료상의 過失은 인정될 수 있다. 대법원은 피고 의사가 대장결핵성 임파선염을 위종양 또는 위궤양으로 誤診하여 환자를 개복수술한 사건 판결[대법원 1980. 3. 25. 선고, 79다2280, 2281 판결(법원공보 1980, 제632호, 12738면) 이하]에서 「피고가 원고의 본건 질환에 대한 세밀한 조사를 하지 아니하고 청진, 촉진, 흉곽촬영 등의 진단방법만으로서 원고의 본건 질환을 위종양이나 위궤양으로 속단하여 개복수술을 한 것은 경솔한 처사라고 할 것이나 위와 같이 피고의 개복수술에 의하여 원고의 질환이 확진하기 어려운 대장결핵성 임파선염으로 판명된 이상 위 개복수술로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고는 볼 수 없다」는 항소심의 판단을 인용하였다.

86) 위 주 45) 참조. 독일 실무에서 重過失 판단은 BGH NJW 1959, 1583; NJW 1968, 2291 mit Anm. P. Hanau = ZZP 82(1969), 463 mit Anm. Prölss; BGHZ 7, 198; AHRS 6551 ff.; H. Stoll, a.a.O., S.156 f.; E. Deutsch, a.a.O., VersR 1988, S.2 ff.; A. Laufs, a.a.O., Rn.512 ff., 598 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.406 ff.; E. Steffen, a. a.O., S.196 ff.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, a.a.O., § 110, Rn.4 ff.; MünchKomm/Mertens, Rn.410 참조. 독일 실무에서 施術誤謬가 있는 경우에 重過失을 부인하는 경우는 드물다는 점을 지적하는 견해는 D. Franzki, a.a.O., S.65 참조. 또한 실무상 立證困難이라는 측면과 확립된 醫術의 현저한 違反이 명백하게 구별되지 않고 있으며, 구성요건상 診療行爲의 誤謬를 重過失로

나아가 대법원은 이러한 과실 판단을 因果關係 推定의 논거로 삼는 것에 그치지 않고 있다. 이하에서 살펴지듯이 수술과정과 사후대처상 피고 의사의 과실을 說明義務違反에 의한 責任歸屬, 특히 환자 사망의 모든 損害를 배상시키기 위한 補完的 論據로 추가하고 있다는 점이 주목된다.

IV. 說明義務

1. 判決의 檢討

위 사건에서 환자의 진료는 현행 대학병원의 관례적인 입원절차에 따라서 이루어진 것으로 보인다. 또한 의료시술에 대한 환자의 同意도 요식적으로 갖추고 있다[87]. 그러나 대법원은 피고 의사의 충분한 설명이 없어 환자의 承諾權 侵害, 즉 有效한 同意가 없다고 판단하고 있다.

판단하려는 것인지 아니면 法的 效果의 範圍에서 고려하는 것인지가 불분명하다는 점이 지적된다. Vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.113 f.; E. Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S.1506, 1510: "billigkeitsrechtliche Mischung".; ders., a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.442: "Die Rechtsprechung vom groben Behandlungsfehler beruht auf dem versari in re illicta." 특히 의사의 重過失 診療行爲에 대한 可罰的 要素를 포함하고 있다는 견해는 H. Lange, a.a.O., 3 XIII 2 b) a.E.: ". . . ein systemfremdes pönales Element in die Schadenszurechnung hineinträgt." 참조. 실무측에서는 이를 명백히 부인하고 있다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.196: "Das ist keine Sanktion für Arztverschulden, . ." 참조. 결과적으로 중과실 판단은 소송상 立證 過程에서 해결되어야 할 과제로 연장되고 있으며, 특히 證據法에 保護範圍論(Schutzbereichslehre)의 적용으로 나타난다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.442. 학계에서는 그 실체법적 근거 및 법리구성에 있어서 복잡한 논의가 전개되고 있다. 근본적으로는 實體法은 過失 程度에 따라 請求權 根據를 달리 하지 않는다는 비판적 견해가 제시되고 있다. Vgl. H. Stoll, a.a.O., FS für F. v. Hippel, S.559; P. Hanau, a.a.O., NJW 1968, S.2291 f. 그밖에 비판적 견해들과 이론적 구성의 시도들의 일별은 G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.14 ff.; D. Franzki, a.a.O., S.71 ff. 참조.

87) 위 주 2) 하급심 판결 참조.

「의사는 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 그 환자가 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할」 의무가 있다고 판시하고, 항소심이 「이 사건 수술은 기흉, 하지마비 등의 후유증이 있을 수 있고 전신마취 하에서 수술시간이 3 내지 4시간 정도 소요되고 핵심부분의 수술은 항상 담당과장 등 경험이 많은 전문의가 시행하여야 하는 상당히 고난도의 수술로서 출혈이 심하게 초래될 때 심한 저혈압으로 인한 뇌의 저산소증 또는 중추신경계에 합병증이 있을 수 있는 등 중대하고도 위험한 수술인데도 피고 의사 등은 위 J에게 수술과정상 발생가능한 실제적인 위험성을 진지하고 성의있게 설명하지 아니하고 완치의 측면만을 강조하여 그 설명이 부족하였고, 위 J의 병은 신체나 생명에 영향을 끼치는 병이 아니고 피고 의사의 수술에 임하는 자세도 열과 성을 다하는 모습보다는 쉽게 시행할 수 있는 수술이라는 태도로 임한 사실이 엿보이는 등의 제반 정황에 비추어, 이 사건 수술의 위험성은 위 J가 환자로서 당연히 예측할 수 있는 위험성을 벗어난 정도의 것이므로 결국 이 사건 수술은 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니하고 환자의 승낙권을 침범하여 이루어진 違法한 수술」이라는 판단을 인용하고 있다.

피고 의사의 說明義務違反과 관련해서 위 판결에서 우선 재검토되어야 할 점은 說明義務의 對象 및 그 範圍와 程度이다. 판결에 제시된 논거는 진료 당시의 정황 판단에 의존하고 있으며, 수술 후유증으로 발생한 뇌경색 危險에 관해 피고 의사에게 요구되는 "法的" 說明義務에 관한 구체적인 "規範的 判斷"이 결여되어 있어 立證分配 및 損害賠償의 範圍를 판단함에 있어서 혼란을 초래하고 있다.

2. 說明義務 一般

의료사고 소송에서 의사의 진료행위상 過失 외에 이른바 의사의 說明

義務違反이 責任歸屬要件으로 확립되어 있다[88]. 환자의 有效한 同意가 없이 이루어진 진료행위에서 발생한 의료사고에 대해 의사의 不法行爲 責任의 성립을 인정하고 있으며[89], 그 범위와 정도는 급속도로 확장·고도화되고 있다[90].

說明義務의 法規範的 基礎는 의사의 專斷的 醫療行爲(eigenmächtige Heilbehandlung), 즉 진료행위를 함에 있어서 환자로부터 사전에 有效한 同意(Einwilligung)를 받지 않으면 환자의 自由侵害 내지 自己決定(Selbstbestimmung)을 무시하는 것이라는 데에 있다[91]. 오늘날 의료관계

88) 石熙泰, 醫師의 說明義務와 患者의 自己決定權, 延世行政論叢 第7輯(1980), 287면 이하; 金天秀, 醫師의 說明義務, 民事法學 第7號(1988), 231면 이하; 同著, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 1994 참조. 說明義務違反에 관한 판결례는 점차 증폭되어 가고 있다. 金天秀, 醫師의 說明過誤責任에 관한 國內 判例의 分析, 民事裁判의 諸問題(上), 松泉李時潤博士華甲紀念, 1995, 494면 이하 참조.

89) 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다4321 판결(법원공보 1995, 제986호, 885면 이하); 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결(법원공보 1994, 제969호, 1434면 이하); 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결(법원공보 1994, 제969호, 1440면 이하); 1992. 2. 14. 선고, 91다36710 판결(법원공보 1992, 제921호, 1573면 이하); 1987. 4. 28. 선고, 86다카1136 판결(법원공보 1987, 제802호, 873면); 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결(법원공보 1979, 12135면 이하)등 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.14 f.; BGH NJW 1972, 335. 환자의 사전 동의가 요구되지 않는 예외로서 긴급상황, 특히 의식불명이나 자살 기도 등의 경우에는 법률에 의한 의사의 救護義務가 부과되기도 하며, 의사의 전제적 의료시술은 緊急救護(醫療法 제16조) 또는 事務管理(民法 제734조 이하; 678, 679 BGB)에 의해 정당화된다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.24; A. Laufs, a.a.O., Rn.130 ff., 148 ff.; 金先錫, 앞의 논문, 101면 이하.

90) 독일에서는 1987년 현재 의료사고 소송의 약 2/3에서 說明義務違反이 다투어졌으며, 1995년 현재에는 의료사건 판결의 1/3이 說明義務違反에 의해 근거지워지고 있다. Vgl. A. P. F. Ehler, a.a.O., S.5; B. Eisner, a.a.O., S.195; W. Hempfing, Aufklärungspflicht und Arzthaftung, 1995, S.17; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1577: "Eine Stärkung der Einwilligungsrechte erscheint als Gebot der Zeit." 독일 帝國法院(RG)에서 說明義務違反를 다툰 사건은 불과 14건에 불과하였다. Vgl. W. Brügmann, a.a.O., NJW 1977, S.1476 f. 제2차 세계대전 이후에 급속한 자연과학의 발달과 더불어[위 주 61) 참조] 說明義務違反을 다툰 판결례 또한 증폭되어 오늘날 일별하기 어려운 실정이며, 또한 그 규준도 고도화되어 있다. Vgl. AHRS, 4100 ff. 최근 독일연방법원은 1/35000의 감염위험에 대해서("Kniegelenkpunktion-Fall": BGH NJW 1994, 2414 f.), 그리고 면역주사를 처방하는 의사는 1/15500000의 감염위험에 대해서도("Poliomyelitisimpfung-Fall": BGHZ 126, 386 ff.: sog. Sicherheitsaufklärung) 說明義務를 인정하였다. Vgl. D. Giesen, Aktuelle

에서 의사에게 요구되는 說明義務는 患者保護를 優先하는 醫療職의 倫理로서 고양되어 있으며, 憲法 제10조의 基本的 人權 保障에 의해 뒷받침되는 法規範的 要請이다[92].

환자의 同意는 의사가 환자로부터 동의를 받기 전에 의도하는 해당 진료행위에 관해 충분하고도 이해할 수 있도록 說明한 경우에만 有效하다. 즉, 유효한 동의는 의사의 진료행위 전 그에 관한 적절한 說明이 전제되며[93], 환자의 동의가 전혀 없거나 유효한 동의 없는 진료는 違法으

Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, S.17; K. E. v. Mühlendahl, Ärztliche Aufklärungspflicht bei extrem geringen Risiken, NJW 1995, S.3043; H. Kamps, Der Umfang der Aufklärungspflicht und Haftung, MedR 1995, S.268 f.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, a.a.O., § 63 f.

91) Vgl. BGHZ 29, 176, 181: "Das Recht der Selbstbestimmung, die den einzelnen zukommende Entschließungsfreiheit und die Menschenwürde verlangen gebieterisch nach einer Unterrichtung des Patienten."; R. Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, S.71 ff.; H. - L. Weyers, a.a.O., S.23 ff.; A. Laufs, a.a.O., Rn.168 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.200.

92) 독일에서는 환자의 有效한 同意를 독일 기본법 제1조와 제2조에서 도출되는 개인의 포기할 수 없는 自己決定權(unverzichtbare Selbstbestimmungsrecht)의 표출로서 실체적 정당성을 확보하고 있다. 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 裁判資料, 제27집(1985), 149, 152면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 339면 참조. Vgl. BVerfGE 52, 131, 169 f.: "Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzt fordert, bernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.", 173 f.: "das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität"; A. Laufs, a.a.O., Rn.163: "in vollem Einklang mit dem höchsten Standesgrundsatz: salus aegroti suprema lex"; B. R. Kern/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S.7 ff.; K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.288: "Selbstbestimmungsaufklärung"; D. Giesen, a.a.O., Rn.201 ff., 208; ders., a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.53 ff.; Esser/Schmidt, § 25 IV 2 a; E. Deutsch, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192(1992), S.161, 166 ff.; R. Francke, a.a.O., S.72 ff., 172; MünchKomm/Mertens, Rn.419; a.A. R. Stürner, a.a.O., NJW 1979, S.2336. 의사의 說明義務의 확충에는 의료관계에서 환자의 主體性과 의사와의 對等的 地位를 보장하려는 政策이 고려되어 있다. Vgl. R. Francke, a.a.O., S.38; 위 주 68) 참조.

93) Vgl. Esser/Schmidt, a.a.O.; Esser/Weyers, SchuldR II, 7.Aufl., 55 I 1 a; D. Medicus, SchuldR II, 7.Aufl., 1995, §§ 98 I 1 c, 136 II 4 b; D. Giesen, a.a.O., Rn.201; RGRK/Nüß-

로서 현행 민법상 醫療契約違反의 債務不履行 내지 不法行爲의 損害賠償責任이 성립된다[94].

3. 內容과 範圍

설명의무의 대상은 診療施術의 方法과 危險이며, 診斷에 관한 說明이 그 전제를 이룬다[95]. 그 내용은 단순히 의학 지식을 제공하는데 그치는 것이 아니라 환자로 하여금 合理的 較量에 따른 自己決定이 실질적으로 가능하도록 당시의 醫療水準에 상응하는 사항[96], 특히 해당 진료시술이 해당 환자의 人的 狀況에 의미하는 바를 설명하여야 한다[97]. 종국적으로

---

gens, Rn.199 ff. 독일 학설과 판례의 영향을 받은 스위스와 오스트리아의 경향에 관해서는 D. Giesen, a.a.O., Rn.202; W. J. Steiner, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, S.169 ff.; vgl. "informed consent" 朴一煥, 앞의 논문, 156면 이하; D. Giesen, International Medical Malpractice Law(IMML), 1988, 20 ff.

94) 대법원 1992. 4. 14. 선고, 91다36710 판결(법원공보 1992, 제921호, 1573면 이하); 1994. 4. 15. 선고, 92다25885(법원공보 1994, 제969호, 1434면 이하); 1994. 4. 15. 선고, 93다60953(법원공보 1994, 제969호, 1440면 이하). Vgl. BGHZ 29, 46(53 f.); BGHZ 67, 48(49 f.); BGH JZ 1959, 773 ff.; BGHSt 11, 111(114); D. Giesen, a.a.O., Rn.211; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.161 f. 의사의 說明義務는 의료관계의 구조적 본질에 비추어 醫療契約義務로 구성되어야 할 것이다. 그러나 실무는 說明義務違反을 不法行爲法의 過失로 취급하고 있다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.23. 의료계약위반과 불법행위 책임의 관계에 관해서는 위 주 3, 4) 참조. 진료계약상 설명의무의 구성적 분류는 金天秀, 앞의 논문, 民事法學, 第15號(1997), 159면 이하 참조.

95) Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.18 f.: "Umgang mit dem Risiko"; D. Giesen, a.a.O., Rn.256 ff.

96) 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결(법원공보 1995, 제986호, 885면 이하); 위 주 63) 참조.

97) 합리적 판단력을 갖춘 患者 一般이 아니라 개별 진료관계의 해당 환자를 기준으로 한다. Vgl. "Schilddrüsenmalignom-Fall": BGH NJW 1980, 1333; "Querschnittlähmung-Fall": BGHZ 90, 103(105 ff.); BVerfGE 52, 131, 160, 176 ff., 184; E. Steffen, a.a.O., S.130: "patientenbezogene Aufklärung"; ders., a.a.O., ZVersWiss 1990, S.38; D. Giesen, a.a.O., Rn.272 ff.; ders., a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.56; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.173: "über den zu erwartenden Zustand des Patienten nach dem Eingriff". 따

개별 의료관계에서 의사에게 요구되는 說明義務는 一般條項的 基準에 비추어 구체화되어야 한다[98].

독일연방법원 판례에 따르면 의사의 설명은 시술상 위험에 대해 정확하게 또는 근사치의 발생률을 알려 주어야 할 필요는 없으나[99], 환자가 시술과 결부된 危險 範圍와 程度에 관해 一般的 表象을 갖도록 「總括的으로」(im großen und ganzen) 이루어져야 한다[100]. 說明義務의 대상인 危

라서 해당 환자의 決定이 不合理하고 옳지 않을지라도 決定의 自由는 존중되어야 한다. Vgl. BGH NJW 1974, 1422 f. 李永煥, 患者의 承諾, 釜山大學校 法學硏究, 제27권 제1호(1984, 12.), 65, 67면 참조.

98) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.257: "nicht ohne generalklauselartige Maßstäbe und Kriterienvorgaben"; BGH, LM BGB 823[Aa]Nr.139(A. Laufs/E. Reiling); JZ 1993, S.312(313). 1979년 독일연방법원 결정에서 일부 견해는 헌법의 기본적 가치결정에 합치하는 개방적 해석·적용을 강조하고 있다. Vgl. BVerfGE 52, 131, 171 ff.: ". . . die Einwilligungstatbestände Generalklauseln im weiteren Sinne der Entscheidung, d.h. sie sind Ausdruck grundlegender Rechtsvorstellungen, . . . , daß die rechtliche Beziehung zu anderen sich prinzipiell nicht auf Macht oder Zwang, sondern auf Konsens und auf die Achtung vor der Entschließungsfreiheit gründet. Generalklausen dieser Art stehen bei ihrer Feststellung, Auslegung und Anwendung in besonders eindringlicher Weise der Einwirkung der Grundentscheidungen der Verfassung, insbesondere der in den grundrechtlichen Verbürgerungen zum Ausdruck kommenden Wertungen der Verfassung offen." 독일 학설은 說明義務를 그 대상에 따라 시술 또는 비시술시의 질병의 경과, 진단, 시술 위험에 대해 각각 經過說明(Verlaufserklärung), 診斷說明(Diagnoseaufklärung), 危險說明(Risikoaufklärung) 등으로 나누고 있다. Vgl. B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., 53 ff. E. Deutsch는 경과설명과 위험설명은 의사의 설명의무의 필수불가결의 것으로, 진단설명은 환자가 희망하는 경우에만 설명할 의무가 있는 것으로 파악한다. Vgl. E. Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, S.2585 ff.; ders., Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S.1802 f. 그밖의 상세한 개별 규준들에 관해서는 A. Laufs, a.a.O., Rn.187 ff.; D. Giesen, a.a.O., Rn.259 ff.; 朴一煥, 앞의 논문, 166면 이하; 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 258면 이하; 民事法學, 第15號(1997), 160면 이하; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(下), 法曹(1991, 1.), 78면 이하 참조.

99) Vgl. BGH VersR 1984, 682(683); BGH JZ 1993, 312(314 R).

100) Vgl. BGHZ 29, 46(53); 29, 176(181); BGH NJW 1971, 1887; NJW 1974, 1422; "Querschnittlähmung-Fall": BGHZ 90, 103, 106 ff.(= JR 1985, 65 ff. m. Anm. v. D. Giesen = NJW 1984, 1397 ff. mit. Anm. v. E. Deutsch); BGH JZ 1993, 312(314 R) usw. 독일연방법원은 최근 판결에서("Myelographie-Fall": BGH NJW 1995, 2410 = MedR 1995, 370 ff.) 환자의 질병이 진전되는 경우에 장기간 또는 영구적으로 半身不

害가 수술 일반에 수반되는 것이라면 의사의 說明은 환자의 注意를 환기시키는 정도로 언급함으로써 족하다[101]. 그리고 의료시술에 수반되는 危險은 근본적으로 그 시술로써 환자가 희망하는 健康回復利益에 의해 정당화되는 바, 比例性의 原則이 적용된다[102]. 특히 미용목적의 성형수술이나, 진료적 가치 없이 단지 診斷만을 위한 시술에 대해서는 보다 엄격한 說明義務가 부과된다[103]. 그밖에 환자의 교육과 지식 정도에 따라 설

具(Querschnittlähmung)가 될 수 있다는 진단 결과를 설명함에 있어서 단순히 痲痺(Lähmungen)라고 표현한 것은 일반적으로 충분한 설명이 되지 않는다고 판시하고 있다. 그러나 환자의 팔·다리에 이미 마비증세가 나타난 위 사건 상황에서는 說明義務를 다한 것으로 판결하고 있다. Vgl. A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1578; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.95 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn. 171; 金玟中, 앞의 논문, 法曹(1991, 1), 81면.

101) 예를 들어 독일 판례와 학설에서 언급되는 바, 통상 발생할 수 있는 手術部位의 感染(Wundinfektion: vgl. BGHZ 116, 379, 382 f.), 血栓症(Thrombosen: BGH NJW 1965, 2005 f.), 단순 盲腸手術(unkomplizierte Blinddarmoperationen: BGH NJW 1978, 2337 R; NJW 1980, 633, 635: "eine Operation sei eben eine Operation usw."), 수술 후 癒痕症(Narbenbruch) 등을 들 수 있다. Vgl. B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.96; D. Giesen, a.a.O., Rn.263; 權五乘, 醫師의 注意義務, 民事法學 第8號(1990), 351면.

102) Vgl. BVerfGE 52, 131, 150: "eine wechselseitige Beziehung", 175: "die Verfassungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und des übermaßverbots"; BGH NJW 1971, 1887(1888); OGH SZ 59/18; BGE 108 II 59; H. - L. Weyers, a.a.O., S.24: "einmal durch Art und absolute Höhe des erwarteten Risikos und die mögliche Schwere der Folgen, zum anderen durch das Verhältnis zwischen diesem Risiko und der Dringlichkeit des Eingriffs."; B. R. Kern, Problemstellung, MedR 1995, S.370: "Güterabwägung zwischen Risiko und Nutzen des Eingriffs"; D. Giesen, a.a.O., Rn.286; ders., IMML, Rn.647 ff., 1144 ff.; ders., a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.60 f.: "im einem reziproken Zusammenhang stehen . . ."; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.174: "spezifisches Risiko". 朴一煥, 앞의 논문, 169면 이하 참조. 대법원은 喉頭腫瘍手術 事件[대법원 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결(법원공보 1979, 제618호, 12135면 이하)에서 환자의 지병인 후두신경초종양은 수술로써 적출하지 않을 경우에는 종양이 성장하여 기도압박으로 인한 호흡곤란으로 1년이 지나면 어느 때 질식할 급박한 위험사태가 닥쳐 올지 모르며, 따라서 위 종양 적출을 한다면 발성기능장애는 불가피하므로 생명을 보지하기 위해 위 후유증은 감내할 수밖에 없다는 원심 판단을 인용하면서도 후두종양제거 수술을 한 집도의사들이 환자에게 수술 후 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것만으로서는 환자로서는 수술 후 발성기능 장애의 후유증을 전혀 예상하지 못하였으며 긴급을 요하는 사태도 아니였다면 수술을 승낙한 것으로 볼 수 없다고 판결하였다.

103) 朴一煥, 앞의 논문, 154, 169면 참조; vgl. BGH NJW 1972, 335; NJW 1991, 2349;

명의 범위와 정도를 상대적으로 판단하여야 한다[104]. 특히 해당 환자가 설명을 들어야 할 主觀的 必要性을 중심적으로 고려하여야 하는 바, 後遺症 危害 발생의 통계적 확률에 따라 결정되지 않는다[105].

의사는 통상 환자 일반의 기초적 지식, 예를 들어 전신마취 하에 행하여지는 대수술에 수반되는 창상 감염, 상처 파열, 혈액 손실 등에 관해서는 이미 알고 있는 것으로 신뢰할 수 있다[106]. 그러므로 의사가 說明義務를 적정하게 履行하였는가는 해당 환자와 신뢰할 수 있는 직접적 대

BGHZ 29, 176(182); BGH NJW 1971, 1887(1888); BGHSt 12, 379; BGH NJW 1978, 1206; 直腸鏡檢査 판결 이하 4. 가 참조. Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.286; A. Laufs, a.a.O., Rn.194; MünchKomm/Mertens, Rn.423.

104) Vgl. BGH NJW 1980, 633; NJW 1979, 1933; NJW 1976, 363; NJW 1980, 1903; H. -L. Weyers, a.a.O., S.25, Fn.46 ff.; 朴一煥, 앞의 논문, 169, 172면; 權五乘, 醫師의 說明義務, 判例月報 제212호(1988. 5.), 15(20)면 이하.

105) Vgl. D. Giesen, a.a.O., Rn.272 ff., 275, 307. 설명되어야 할 진료시술의 危險性은 그 의학적 統計가 아니라, 非蓋然的일지라도 해당 診療狀況, 醫師, 病院에서 돌발적으로 발생하는 頻度와 典型性에 비추어 환자의 同意에 의미가 있는가에 따라 판단된다. 독일의 판결례는 BGH NJW 1980, 1905; 위 97), 이하 주 111), V 2. 나 참조. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.130; D. Giesen, a.a.O., Rn.269; E. Deutsch, a.a.O., S.64: ". . . zunächst den Empfängerhorizont des Patienten abzuklären, d.h. seine Erwartungen und die Befürchtungsschwelle auszumessen."; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.100 ff.: "Komplikationsdichte und typische Gefahr", 107 ff.: "Konkrete Kliniksituation"; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1578; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.175; MünchKomm/Mertens, Rn.431. 朴一煥, 앞의 논문, 157면 참조. 대법원은 최근 대동맥판막치환 등의 개심수술 후 나타나는 뇌전색 후유증 발생 확율은 신경학적 장해가 있는 경우는 0.5 내지 1% 이나, 혼돈이나 지적 기능의 장해까지 포함되면 8 내지 10%인 경우에 說明義務를 인정하면서 「의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다」고 판시하고 있다[대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결(법원공보 1995, 제986호, 887면)]. 대법원 1996. 4. 12. 선고, 95다56095 판결(판례공보 1996, 제11호, 1526면 이하) 참조.

106) 환자 개인의 지식, 교육 정도 등의 주관적 상황의 고려에 관해서는 B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.112 ff. 참조. 최근 독일연방법원은 환자 자신은 수술 과정에서 수혈을 요하는 상황이 발생할 것인가는 예측할 수 없으므로 수혈로 인한 간염이나 AIDS 감염 危險을 설명하고, 대안으로서 자신의 헌혈에 의한 예방을 제시하여야 한다고 판시하였다. Vgl. BGHZ 116, 379(383).

화 상황에서 구체적으로 요구되는 바에 따라 결정되어야 한다[107].

다한증 사건에서는 환자는 손바닥에 땀이 많이 나는 불편을 해소하고자 자신의 질병을 이미 여러 의사들과 상담하고 치료 받은 경험이 있으며, 신문 지상에 "과한증(過汗症)"이라는 기사를 보고 새로이 알게 된 교감신경절제 수술을 받기로 결정한 점이 주목된다[108]. 따라서 피고 의사가 전신마취 하의 수술 경험이 없는 환자에게 건강상 급박하고 심각한 위험이 예상되지 않는 질병임에도 불구하고 전신마취의 교감신경절제 수술을 권유하는 것이 比例性에 비추어 타당한가, 그리고 전신마취 하의 대수술에 수반될 수 있는 후유증으로서 腦栓塞症에 대해 어느 정도

107) 朴一煥, 앞의 논문, 164면 이하; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.105 ff: "Konkrete Aufklärung" 참조. 적정한 설명을 위한 방법의 선택은 의사의 재량에 달려 있다. Vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.162; R. Francke, a.a.O., S.180: "Der Umfang der Aufklärungspflicht zieht die Grenze zwischen Selbstbestimmungsrecht und ärztlicher Berufsfreiheit." 의사의 설명의무가 客觀的 事由, 소위 醫學的 禁忌症(medizinische Kontraindikation)에 의해 제한 내지 면제될 수 있는가, 나아가 의사의 診療特權(therapeutische Privileg)에 관해 논의가 있다. Vgl. W. Dunz, a.a.O., S.14. D. Giesen(ders., a.a.O., Rn.309 ff.; D. Giesen/K. Walter, Die klassische Entscheidung, Jura 1991, S.182 ff.) 등은 自己決定權을 우선하여 부정적 입장을 취하는 반면, A. Laufs(ders., a.a.O., Rn.203, 250, 260, 694.; A. Laufs/W. Uhlenbruck, § 64, Rn.20 f.), E. Deutsch(ders., Das thrapeutische Privileg des Arztes, NJW 1980, S.1305 ff.), R. Bodenburg(ders., Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, S.601, 602 ff.) 등은 긍정적 입장을 피력하고 있다. 미국의 실무는 진료적 고려에서 환자에게 중대한 위해를 초래하는 경우에는 설명의무의 제한을 인정하고 있다. Vgl. D. Giesen, IMML, Rn.755 f. 독일연방법원은 소극적인 입장을 취하고 있으며, 아주 제한적으로만 인정하고 있다. Vgl. BGHZ 85, 327(333); 90, 103(109); 106, 146(148 f.); 107, 222(226); E. Steffen, a.a.O., S.148 f.; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.67 ff.; R. Francke, a.a.O., S.174 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.169; MünchKomm/Mertens, Rn.435 ff. 최근 대법원도 개심수술 사건 판결에서 「의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게 하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수 없는 것」으로 판시하고 있다[대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결(법원공보 1995, 제986호, 887면)]. 金先錫, 앞의 논문, 104면 이하; 朴一煥, 앞의 논문, 173면 이하; 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호) 266면 이하; 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 344면 참조.

108) 위 주 2) 하급심 사실확정 참조.

의 구체적 설명이 요구되었는가 등을 검토하여야 할 것이다.

이하에서는 說明義務違反에 관한 독일연방법원의 판결례를 소개하여 비교·검토한다.

4. 獨逸 判決例

가. 直腸鏡檢査 事件[109]

원고는 1979. 7. 3. 우측 대퇴부 내측에 원인불명의 통증이 있어 제1 피고 지방자치단체 S병원에 입원하였다. 제1차 검진을 한 科醫 Dr. K는 원고에게 腫瘍(Tumor)의 가능성을 배제하기 위해 直腸鏡檢査(Rektoskopie)를 권하였다. 위 검사는 제2 피고 首席醫 Dr. B가 시행하였는 바, 시술 중 大腸穿孔(Perforation des Dickdarms: Sigma)이 발생하였다. 제2 피고는 시술을 중단하였고, 방사선 촬영으로 손상을 확인한 후 즉시 수술하였으나 후유증이 나타났다.

원고는 직장경검사에 관해 그 시술의 종류와 방법, 모종의 위험들, 그리고 시술상 통증을 수반할 수 있다는 것에 관해 충분히 설명을 듣지 못했고, 동의하지도 않았으며, 대장천공은 제2 피고의 직장경검사의 過誤(schuldhafter Fehler)로 발생했다고 주장하였다[110].

---

109) "Rektoskopie-Fall": BGH Urt. v. 2. Feb. 1984, VI ZR 188/82 = BGHZ 90, 96 ff. = NJW 1984, 1395 ff. mit Anm. E. Deutsch, S.1802 = JZ 1984, 629 ff. mit Anm. Laufs/Kern, S.631 = JR 1984, 369 ff. mit Anm. D. Giesen = LM 823 (Aa) BGB, Nr.67 mit Anm. E. Ankermann.

110) 원고는 피고들에게 적정한 慰藉料와 直腸穿孔, 그리고 장래 발생할 재산 및 정신적 손해의 배상의무의 확인을 소구하였다. 피고는 直腸鏡檢査에 관해 원고에게 충분히 언급했으며, 대장천공이 발생할 위험은 매우 낮은 併發症率(Komplikationsrate)을 보이기 때문에 의료 시술상 오류를 부인하였다. 지방법원이 제2 피고의 施術誤謬(Behandlungsfehler)를 인정한 것과 달리 항소심은 피고 의사의 설명이 충분치 않아 원고의 同意는 無效(Unwirksamkeit)이므로, 진단시술은 違法하므로 청구는 다음과 같은 논거로서 이유있다고 판결하였다: 「직장경검사에서 대장천공이 발생할 위험은 그 併發症率이 적어 이에 관한 설명은 요구되지 않았다. 그러나 시술 사정에 따라서는 상당한 통증을 수반한다는 것에 관해서 설명되었어야만 했다. 특히 診斷處置(Diagnosemaβnahme)의 適應症이 긴급하게 징표되지 않았다. 따라서 원고가 직장경검사 중 그의 동의를 철회했는가, 그리고 의료오류를 범했는가의 여부와는 무관하게 제

독일연방법원은 직장경검사에 관한 科醫 Dr. K의 설명이 충분하지 않았다는 항소심 판결을 정당하다고 판단하였다.

「위 診斷施術(diagnostische Eingriff)이 원고에게 심리적·물리적으로 편치 않을 것이라는 점을 주지시키지 않았다. . . . 直腸鏡檢査 경험이 없고 이에 관해 들어 본 적이 없는 환자로서는 시술상 통증을 전혀 예견할 수 없으며 자명한 것도 아니다. 자신의 신체에 대한 진료 시술을 결정하려는 환자에게는 그에게 어떠한 것이 발생하는가, 그리고 진단에 예상되는 바를 넘는 통증을 감내하여야만 하는가도 의미가 있다. 환자가 이를 알고 불안하여 무해한 시술을 거부하거나, 경직되어 검사를 곤란하게 할 수 있다고 하여 설명이 유보되서는 안된다. 불안해 하는 환자를 안심시키고, 통증이 수반되는 시술의 불가피성을 환자가 양해하고 협조토록 하는 것이 의사의 임무이다. 直腸鏡檢査에 있어서는 검사 중 통증을 환자가 감내할 수 없을 시에는 그가 원하면 의사는 즉시 중단할 것이라는 정보도 이에 속할 수 있다. 제1차 검사에서 科醫나 제2차 검사 전에 제2피고는 상황에 따라 원고에게 무엇이 발생할 수 있는가에 관해 이야기하지 않았는 바, 원고는 그의 결정 형성에 기준이 되는 모든 사정을 알지 못하였고, 자신의 신체에 대한 自己決定權이 침해되어 直腸鏡檢査에 대한 양해와 수인은 법적 효력이 없다(nicht rechtswirksam).」

독일연방법원은 위 판결에서 특별한 適應性도 없고, 긴급하지도 않은 診斷施術 危險에 대해서는 고도의 說明義務가 있음을 확인하고 있다[111].

2 피고는 독일민법 제823조 제1항, 제847조에 따라 慰藉料를 지불할 책임이 있다. 제2피고에 대한 제1 피고 지방자치단체의 使用者責任도 독일민법 제831조에 의해 성립한다. 제1 피고가 주장하는 바, 제2 피고가 수년의 경험을 지닌 특별히 유능한 의사이고, 담당 科長醫들(Chefarzte)은 제2 피고 의사를 포함해서 해당 科醫師들을 정기적으로 지도 및 교육에 소집했다는 사정은 免責 주장으로는 충분치 못하다. 의사에게 설명의무의 일반적 기본원칙에 관해 교육하고, 그 준수 여부에 관해 표본적으로(stichprobenweise) 통제하는 것은 적법한 병원조직에 속한다. 나아가 원고의 財産的 損害에 대한 양 피고들의 책임은 醫療契約 違反에 의해서도 인정된다. 장래의 精神的 損害에 대해서는 사실상 심리가 더 요구된다.」

111) 독일연방법원은 위 판결[Ⅲ a) (= BGH, NJW 1984, 1396 R)]에서 한편으로는 환자의 증상이 긴박하지 않았고, 증상 원인을 찾기 위한 가능한 진단방법 중 하나인 위 診斷施術의 危險, 특히 直腸穿孔 可能性은 위 검사에 고유한 것이므로 그 발생의 통계적 확률은 단지 1/10000 - 1/20000에 불과하지만 고도의 說明義務가 부과될 수 있으며, 다른 한편으로는 피고 의사가 해당환자 진단 전 3년간 8000건의 무사고 진료

또한 의사의 자세한 설명에 의한 醫學的 禁忌症을 인정하기 보다는 의사로서 환자를 안심시키고, 시술의 불가피성을 양해하고 협조할 수 있도록 할 의무를 강조하고 있다[112].

나. 발목關節手術 事件[113]

원고는 1979. 3. 22. 10미터 높이의 사다리에서 추락하여 우측 발목관절에 분쇄골절을 입었는 바, H 병원에서 전신마취 하에 수술을 받았다. 관절 수술 자체는 성공적으로 이루어졌으나, 뇌손상이 발생하였다. 원고는 제1심에서는 뇌손상이 복합적인 施術誤謬로 발생하였다고 주장하고, 위 병원과 수술의 등을 상대로 위자료와 장래 손해의 배상을 청구하였으나 기각되었다. 항소심에서는 원고가 脂肪塞栓症(Fettembolie) 危險과 전래의 代案的 手術方法에 관한 의사의 說明義務違反을 주장하였는 바, 위자료 청구를 인용하였다.

항소심은 원고 환자의 뇌손상은 위 수술이 없었더라면 발생하지 않았을 腦脂肪塞栓症(cerebrale Fettembolie)으로 인한 것이지만 수술상 施術誤謬는 없는 것으로 확정하였다. 그러나 代替施術과 脂肪塞栓 危險에 대해서는 충분한 설명이 없었으므로 환자의 同意는 效力이 없다고 판결하였다[114]. 연방법원은 항소심이 수술전 환자 스스로의 책임있는 결정을

경험도 고려하여야 한다고 판시하여, 이에 관한 판단을 유보한 항소심 판결을 파기·환송하고 있다. Vgl. B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.76 f.; "Eine medizinische Indikation für einen solchen Eingriff(die reine diagnostische Maßnahme) besteht nicht, desto höher sind die Ansprüche an das Einverständnis und die ihr vorausgehende Aufklärung."; BGH NJW 1984, 1395(1396); D. Giesen, JR 1984, S.372 L. 後遺症 發生率과 說明義務의 관계는 위 주 105) 참조.

112) Vgl. E. Ankermann. LM § 823(Aa) BGB, Nr.67.

113) "Aufenknöchel-Fall": BGH. Zrt. v. 19. 11. 1985 - VI ZR 134/8(= NJW 1986, 780 f.). 이하에서는 연방법원이 위 판결에서 판시한 설명의무 일반에 관한 사항과 직장경 검사 판결에서 소개된 부분들은 생략하고, 주요 논점에 국한하여 소개한다.

114) 항소심(OLG Hamm)은 위 시술이 위법하여 독일민법 제823조, 제847조 내지 제31조, 제89조, 그리고 제831조에 의해 賠償義務가 있다고 판결하고, 그 주요 논거로서 「수술결과로 나타나는 脂肪塞栓은 드문 일반적 危險일지라도 사전에 환자에게 항상 설명하여야 한다. 이러한 후유증의 결과는 심각하므로 대안적인 전래의 골절수술 방법도 설명되었어야 한다. "보다 잘 수술할 수 있다(werde besser operieren)"고 설명하는 것으로 족하지 않다. 환자에게 여러가지 색전증 위험을 지적했더라면 적정한 설명이 이

가능토록 하는 危險 및 모종의 代替的 手術方法에 관한 의사의 說明 內容과 範圍에 관해 지나친 要求를 한 것으로 판단하여 원심을 파기하였다.

「환자가 예정된 수술을 아무런 위험이 없을 것으로 여기고 있는 것이 명백하지 않은 한, 의사로서는 환자가 마취 하에 시행되는 대규모 수술에 따르는 一般的 危險을 고려하고 있는 것으로 전제할 수 있다(darf . . . voraussetzen)」고 판시하고[115], 위 사건에서는 의료전문가의 소견에서 밝히고 있듯이 「단순치 않은 수술에 수반되는 脂肪塞栓 危險도 이에 속하는 것」으로 판단하고 있다[116]. 「색전은 "意外인(überraschend)" 것도 아니며, 색전 위험이 높은 경우를 제외한다면, 위 수술 양태에 일반적인 것도 아니다. 그 밖에 지방색전은 수술 侵襲과 무관하게도 발생할 수 있는 바, 위 사건에서와 같이 환자의 복합골절의 경우에도 그러하다. 그러므로 지방색전의 발생은 모든 대수술에 수반되는 危險이며, 불행한 경우에는 심각한 건강 손상, 심지어 사망에 이를 수 있다는 것은 환자가 알고 있으며, 애당초 감수하여야 한다. 다른 한편으로 위 사건의 지방색전에서와 같이 심각한 영향을 미치는 경우는 매우 드물어서(sehr selten), 일반적 手術危險을 고려하고 있는 환자에게 이를 특별히 적시할 필요가 없다」고 판결하고 있다[117].

독일연방법원은 위 사건에서 전신마취 하의 대수술에 수반되는 一

루어졌을 것」이라고 판시하였다.

115) Vgl. BGH NJW 1974, 1422(1423).

116) 마취시술에 있어서 塞栓 발생을 환자 일반이 예견할 수 있는 危險으로 보는 견해는 B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.141: "Als allgemein bekannt gilt etwa die Möglichkeit der Embolie, weniger die vom Laien überdies oft verdrängte Möglichkeit eines Herzstillstands, über die der Arzt wohl aufklären sollte."

117) 위 사건에서 의사가 "보다 잘 수술할 수 있다"는 설명을 들은 환자로서는 의사가 열등한 것으로 평가하는 전래의 수술방법을 시도할 수도 있다는 것을 인식하고 있었는 바, 환자가 이에 관해 더 이상 묻지 않는 한, 권유하는 시술 방법과 비교하여 代案的 手術方法의 장·단점을 상세하게 설명할 필요가 없었다고 판단하였다. 나아가 전래적 수술방법이 진정한 대안으로 환자에게 의미가 있는 것이라면 함께 고려하여 결정하였을 것인 바, 한편으로 동등한 治癒機會를 제공하며 다른 한편으로는 다른 樣態의 가능한 危險이 설명되어야 했을 것이라고 판시하고 있다. 그밖에 代案的 手術方法에 관한 연방법원의 판단은 NJW, a.a.O., S.780, 2 이하; BGH NJW 1981, 633; NJW 1981, 1319; D. Hart, in: R. Francke/D. Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S.35 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.179; 朴一煥, 앞의 논문, 171면 이하 참조.

般的 危險에 관해서도 수술 일반에 요구되는 總括的 說明으로 족하다고 판시하고 있다[118]. 특히 腦脂肪塞栓症에 관한 판단은 多汗症 事件에서 환자 사망원인이 腦梗塞인 점에서 매우 시사적인 비교 가능성을 제시하고 있다. 우리의 현행 의료 상황에서 환자가 전신마취 하에서 시행되는 수술 일반의 後遺症으로서 腦梗塞을 인지하고 있어 이에 관한 특별한 說明을 요하지 않는 것으로 판단할 수 있는가에 의문이 제기된다. 독일의 위 판결은 시대적으로 1979년 사건이지만 우리의 의료실정에 비추어 환자 일반, 특히 위 사건에서 환자가 塞栓症 危險을 인식할 것을 기대하기는 어렵다고 판단된다[119]. 또한 전신마취 하에 이루어지는 대수술의 危險으로서 腦塞栓症 발생가능성을 수술 일반에 수반되는 危險에 대한 說明義務와 동일시할 수 없겠다[120]. 의사는 해당 수술에 전형적이고 고유한 危險일수록 이에 관해 상세하게 설명하여야 한다[121].

---

118) 위 판결에서 독일연방법원은 「환자에게 모든 가능한 후유증들을 설명해 주어야 할 필요는 없다. . . . 설명은 "總括的으로(im Großen und Ganzen)" 함으로써 족하다. 후유증에 관해 개별적 지적은 非醫療人으로서 認識할 수 없으며 意外的인, 그리고 해당 환자에게 명백하게 의미있는 때에 불가피하게 요구된다」고 판시하였다. 위 3 참조.

119) 시대적 상황에 따른 說明義務의 變化는 독일의 판결례에서도 명백하게 인식할 수 있다. 단편적 예로서 1960년대에는 발생율이 1/50인 危險에 대해서도 설명할 필요가 없다고 판단하였으나(vgl. BGH VersR 1961, 1039), 1980년대에는 발생율이 1/2000의 危險에 대해서도 설명의무를 인정하고 있다(vgl. BGH NJW 1980, 1905). 나아가 1990년대의 說明義務는 위 주 90) 참조. 시대 변화에 따라 환자 일반에게 기대되는 의학적 지식과 정보의 수준도 상대적으로 상승된다고 할 수 있겠으나, 醫療技術의 발전과 比例的 關係를 인정할 수는 없을 것이다.

120) 대부분의 뇌색전증은 그 전색물이 심장내의 혈전에서 떨어져 나온 조각으로 구성되어 있는 바, 전형적인 심장질환이라고 할 수 있다. 따라서 전형적 후유증이라는 점에 비추어 설명의무가 제한될 수 있는가라는 의문이 제기될 수도 있겠으나 대법원은 개심수술 후 나타나는 뇌전색 후유증에 관해 「전형적인 부작용의 하나이고, 원고는 실제로 수술의 결과 우측상하지불완전마비, 실어증, 지능저하, 성격변화 등의 개선불가능한 장해를 입게 된 것이어서 그 위험의 정도도 회복하기 어려운 중대한 것」이라는 점에서 說明義務違反을 인정하고 있다[대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421(법원공보 1995, 제986호, 887면)].

121) 위 주 105); MünchKomm/Mertens, Rn.423, Fn.1262 참조.

다. 比較 檢討

대법원은 수술 참여의 지체와 수술 후 불성실한 조치에 대해 피고 의사의 過失을 인정하고 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 의사의 이러한 過失行爲들에 의해 환자의 腦梗塞이 초래되기에 적합한 蓋然性은 희박하여 그로 인한 환자 사망의 因果關係를 推定하기에는 설득력이 없다. 오히려 판결 결과의 타당성은 피고 의사의 說明義務違反에 비중이 놓여 있다고 판단된다.

위 사건에서 환자는 자신 질병 치유에 관심을 갖고 있던 중, 신문 지상에 "과한증(過汗症)"이라는 제목 하에 피고 의사가 소개하는 교감신경절제 수술에 관심을 보였는 바, 수술 위험에 대한 說明義務의 範圍와 程度는 보다 합리적으로 검토되어야 했다. 피고 의사로서는 교감신경절제 수술로 腦梗塞이 발생할 수 있다는 것을 구체적으로 명시하여 지적할 필요는 없었으나, 예를 들어 피고 의사의 수술 방법은 국내에서 신문보도 대상이 될만한 새로운 치료법으로서 극단적으로는 일종의 실험적 성격마저 지니고 있고, 전신마취하의 대수술로서 적지 않은 미확인 후유증을 예견할 수 있는 수술이며[122], 환자의 질병이 생명·신체에 긴박한 위험을 초래하지 않는 질병임에도 불구하고 경험있는 전문의에 의해 시행되어야 할 고난도 수술이라는 점에서 대학병원 科長醫로서는 환자에게 보다 신중하고도 상세하게 충분한 설명을 하여야만 했다[123]. 따라서 성공적 수술 결과를 확신시키는 것만으로는 의사의 說明義務를 다하는 것이 아니라는 등의 논거들로써 보다 명확하게 판결 이유를 제시하고, 나아가 이러한 취지로 요구되는 說明義務가 환자의 어떠한 危害 防止를 目的으로 하는가를 구체적으로 판단하여야 했을

122) 그러나 위에서 제시한 바와 같이 의사의 설명은 원칙적으로 객관적인 統計的 發生率이 아니라 구체적 醫療狀況에서 해당 환자에게 요구되는 바에 의해 결정되어야 한다. 위 주 100), 107) 참조.

123) 환자의 건강상 긴급하지 않은 수술에 대한 설명의무의 강화는 "肚皮移植手術 事件": 대법원 1987. 4. 28. 선고, 86다카1136 판결(법원공보 1987, 제802호, 873면 이하) 참조. 대학종합병원 科長醫로서의 說明義務에 관해서는 B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.20 참조.

것이다[124].

위 판결에서는 說明義務違反에 의한 責任歸屬 판단에 있어서 의사의 진료상의 과실 정도와 대비하는 기준만을 제시하고, 說明義務가 환자의 어느 法益을 保護하려는 目的으로 요구되는가에 관한 구체적인 분석을 소홀히 하고 있다. 특히 진료행위상 過失과 說明義務違反의 過失를 구별하지 않고, 피고 의사가 환자 진료상 일련의 과정에서 나타난 不注意 내지 無誠意 등을 사후적으로 합산하는 데 그치고 있다[125]. 이러한 판결은 설득력이 없어 醫療界는 물론 승소한 원고측에게 조차도 司法의 不信을 초래하기에 마땅하다.

그밖에 이하에서 살펴보듯이 대법원 판결은 說明의 時期를 전혀 고려하지 않았다는 점을 지적할 수 있다.

---

124) 이러한 說明義務違反에 판결 논거의 비중을 두고 있는 항소심 서울고등법원의 판결 참조 위 주 2) 참조. 일부 견해[權五乘, 醫師의 說明義務, 現代法의 課題(松岩全昌祚博士 古稀紀念), 1987, 346면 이하]는 의사는 우선 일반적인 환자가 통상 관심을 가지고 있을 것으로 생각되는 사항에 대해서만 설명해 주고, 그 이상의 구체적인 사항에 대해서는 당해 환자가 질문을 하거나 의문을 가지고 있는 경우에만 추가적으로 설명해주면 된다고 한다. 이러한 견해에는 의문이 제기된다. 위 多汗症 事件에서도 나타나듯이 환자는 피고 의사의 치료방법에 의해 자신의 질병 治癒가 가능한가에 관심이 집중되어 있으며, 수술에 수반되는 부가적인 危害에 대해서는 충분한 정보를 갖고 있지 않다는 점에서 의사에게 說明義務가 부가되는 것이다. 진료상 危害에 대해 일반 환자가 자발적으로 질문할 것을 기대할 수는 없다. Vgl. A. Laufs, a.a.O., Rn.181; D. Giesen, a.a.O., Rn.272 ff.; 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 254면 이하. 위 견해는 段階的 說明을 최초로 주장한 견해가 요구한 수준에도 못미치는 정도를 의사의 說明義務로서 설정하고 있다는 점에서 의문이 제기된다. Vgl. W. Weissauer, a.a.O., S. I 43 f.: ". . . ein System der Stufenaufklärung, das dem Patienten auf der ersten Stufe eine schriftliche Basisinformation über die gewichtigen allgemeinen und spezifischen Eingriffsrisiken bietet, ihn darauf hinweist, daß es weitere Risiken gibt und ihn auffordert, danach zu fragen, fall sie ihn interessieren."; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.46 f.; D. Medicus, SchuldR II, 7.Aufl., 1995, § 98, Rn.351: "Aufklärung in Stufen". 나아가 독일연방법원의 설명의무의 二元的 構造에 관해서는 이하 주 180), 그 구체적 정도에 관해서는 위 주 100), 이하 주 188) 참조.

125) 위 II 2 참조. 說明義務違反 및 損害賠償의 歸屬範圍에 관해서는 이하 V 참조.

5. 說明義務의 履行時期

가. 問題點

지방법원과 항소심이 확정한 바에 의하면[126], 환자는 1990. 7. 30. 수술 전 검사를 받고서 수술에 의해 발생할 수 있는 하지마비, 기흉 등과 의학적으로 미확인된 부작용이 있을 수 있다는 피고 의사의 說明을 들은 후, 익일 오전(09:40)부터 수술을 받게 되었다. 따라서 환자가 이미 수술하기로 확정하고 입원하여 수술 전 검사를 완료한 후 익일 수술을 시행할 시점에서야 의사가 수술에 따르는 위험을 설명한 것은 설명의무의 목적과 취지에 비추어 적정하지 않다는 의문이 제기된다. 즉, 위 시점에서 환자가 수술의 부작용 및 후유증 등에 관한 危險을 알게 되어서 수술 여부 및 다른 치료 방법의 선택을 재고해 볼 수 있는 여건이 사실상 박탈되어 있다면 有效한 承諾의 前提로서 충분한 說明이 있었다고 할 수 없으며, 수술에 대한 환자의 同意는 無效라고 할 수 있을 것이다.

나. 甲狀腺腫切除手術 事件[127]

원고는 이미 1967. 양측 갑상선절제 수술을 받은 바 있으며, 1986. 2. 17. 주치의의 조언에 따라 피고에게 검사를 받은 결과 갑상선 부위에 두 개의 結節이 있다는 진단이 내려져, 피고 의사는 원고에게 상이한 치료의 가능성(방사선과 요드치료)을 제시하면서, 환자에게 새로운 갑상선 수술을 추천하였다. 원고는 이에 동의하고 수술을 받기 위해 1986. 3. 10. 입원하였다. 입원시에 갑상선종절제 수술(Strumektomie)에 관한 의사의 설명에 대한 注意文을 교부받았다. 익일 피고는 Kocher'scher Kragenschnitt 방식으로 甲狀腺腫結節(Strumaknoten)을 제거하였는 바, 수술 과정에서 원고의 좌측 聲帶神經을 손상시켜 쉰 목소리 증세가 발생하였다.

---

126) 위 주 2) 참조.

127) "Schilddrüsenresektion-Fall": BGH, Urt. v. 7. 4. 1992 - VI ZR 192/91(NJW 1992, 2351 f. = VersR 1992, 960 = MedR 1992, 277 = JZ 1993, 312 ff.). 이하에서는 판결 사건의 개요 및 판결 내용을 요약·소개한다. 喉頭腫瘍手術 事件[대법원 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결(법원공보 1979, 제618호, 12135면 이하] 참조.

원고는 1986. 2. 17. 외래 검진시, 그리고 입원 후에도 피고 의사가 聲帶痲痺 危險을 알려 주지 않았으며, 또한 위험이 적은 다른 방법(Verfahren nach Fuchsig und Kerninger)이 있었으므로 피고 의사에게는 위험이 적은 수술 방법을 제시할 의무가 있었는 바, 이러한 설명을 들었더라면 다른 의사로부터 위험이 적은 방법으로 수술을 받았을 것이라고 주장하여 損害賠償을 訴求하였다[128].

의사의 설명은 適時에 이루어져야 하는 바, 항소심은 의사의 설명은 환자가 수술 여부를 고려할 수 있을 때에만 원칙적으로 합당하다는 관점에서 판단하였다. 독일연방법원도 환자의 自己決定權의 保障이라는 관점에서 항소심의 판단을 정당하다고 판결하였다[129]. 또한 「설명의 시점은 일반적이 아니라 개별 사건의 사정을 고려하여서만 결정되어야 하며, 설명은 요구되는 법익의 보호를 위해 가능한 한 조속히(so frühzeitig wie möglich) 이루어져야 한다」고 판시하고, 피고 의사가 원고에게 시행할 수술을 조언하고, 수술 일정을 약정한 면담일 1986. 2. 17.에 이미 재발 갑상선종절제 수술의 위험(Risiken der Rezidiv-Strumektomie)에 관해 說明할 義務가 있다고 판시하였다[130].

「수술의 불가피성을 설득하고 환자의 사전 결정을 요구한 시점에서부터 수술의로서 피고 의사의 책임은 시작된다. 환자가 중요한 검사 소견을 제시받는 것과는 무관하게

128) 원고는 피고 의사에게 1990. 6. 30.까지의 일실이익, 위자료의 배상, 그리고 성대신경 손상으로 인한 장래의 모든 손해의 배상의무의 확인을 청구하였다. 지방법원은 청구를 기각하였으나, 항소심(OLG Köln)은 청구를 인용하였다. Vgl. OLG Köln MedR 1992, 40.

129) BGH JZ, a.a.O., S.313 L.; BGHZ 106, 153(162); BGH NJW 1974, 1422(1423); NJW 1985, 1399(= JZ 1986, 241). Vgl. H. Franzki, Verh. des 52. DJT, Sitzungsbericht I. Bd.II, 1978, S.121 f.; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.41; D. Giesen, JZ 1985, S.243 usw.

130) Vgl. D. Giesen, Anmerkung, JZ 1993, S.315 f.; E. Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, S.1905, 1907; OLG Celle, NJW 1979, 1251 m. Anm. v, W. Wachsmuth; B. R, Kern/A. Laufs, a.a.O., S.42 f.; A. Laufs, a.a.O., Rn.218 f. Vgl. J. Wertenbruch, Der Zeitpunkt der Patientenaufklärung, MedR 1995, S.306, 308 ff. 최근 독일연방법원은 第2次 수술에 관한 危險도 第1次 수술 전에 說明하여야 한다고 판결하고 있다. Vgl. "Nierenbeckenplastik-Fall": BGH MedR 1997, 28 f.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.194.

일정이 정해진 근간에 수술을 받으려는 자신의 준비를 의사에게 확정적으로(definitiv) 표시하여야 한다면, 이러한 사정은 설명을 통해 환자의 自己決定權을 保障해야 할 의사의 법적 의무에도 영향을 미친다. 이렇게 함으로써 많은 환자는 이미 心理的 防柵(psychische Barrieren)을 형성하게 되는 바, 그 후, 예를 들어 수술 전 당일에 비로소 이루어진 危險 說明이 있은 후(nach einer erst am Tag vor der Operation erfolgenden Risikoaufklärung) 수술 동의를 철회하는 것」은 어렵다는 사실을 지적하고, 환자의 自己決定權을 보호하기 위해서 「환자에게 수술을 감내하는 결정을 요구하고 그 시술의 일정까지 정한 의사로서는 환자에게 시술 않는 경우 또는 기존의 시술방법의 이점 내지 고려되는 다른 수술 방법에 관해 알려 주어야 할 뿐만 아니라, 해당 시술과 결부된 위험에 대해서도 지적해 주어야 하고」, 「입원 후에 위험을 설명하고 얻은 환자의 手術同意의 有效性은, 애당초 그의 질병으로 인해 가능성이 제한되어 있을지라도 개별 상황에서 환자가 내심으로 자유롭게 결정할 수 있는 형편이 여전히 충분했는가에 달려 있다」고 판시하고 있다[131]. 물론 환자가 이미 수술대에 놓여져 있다거나[132], 이미 수술 준비가 이루어져 약물을 투여받고 있는 시점에서는 환자의 자유로운 自己決定은 더 이상 보장될 수 없어 원칙적으로 수술 동의의 사후 追認은 허용될 수 없다[133].

그렇지만 「예외적으로 긴급수술이나 수술 여부를 판단하는 사전 검사가 조속히 이루어질 수 없어 사전 설명이 불가능한 경우, 또는 간단한 수술로서 심각한 위험이 없

131) 위 사건에서 독일연방법원은 환자측의 實證的 主張이 결여되었다는 이유로 損害賠償請求를 인용하지 않았다. Vgl. BGH JZ 1993, 315 L. 이 판결 결과에 대해 비판적인 견해는 D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.57, Fn.77; R. Francke, a.a.O., S.181.

132) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., S.67.

133) BGH JZ, a.a.O., S.314 L: 그밖에 독일연방법원은 「위험 설명이 手術 前夜(Vorabend einer Operation)에 이루어져 환자에게는 意外이며 자신의 장래 생활 영위에 결정적 영향을 줄 수 있는 중대한 시술 위험을 알게 되는 때에는, 환자가 그에게 통보된 사실을 고려하거나 그에 의해 결정을 내린다는 것은 통상적으로 과중한 부담을 지우는 것」이며, 환자로서는 「이러한 시점에서 정상적 마취위험을 어림잡거나, 그에게 제안된 마취방법들의 상이한 위험들을 교량해 볼 수는 있을 것」이라고 판시하고 있다. 항소심도 의사에게 수술 일정을 확약하기 전에 危險을 설명할 一般的 義務가 있다는 관점에서 위 사건에서 환자가 이미 입원에 불가피한 처분 결정을 내리고, 입원 익일에 계획되어 있는 시술을 목표로 내심으로 心理的 防柵을 쌓아 이제는 더 좋은 정보를 갖더라도 수술준비를 철회할 수 없게 되었으므로, 뒤늦은 시점에서야 행하여진 설명에 의해 이전의 同意를 追認하는 것은 효력이 없다고 판단하였다. Vgl. BGH VersR 1974, 752 (753); VersR 1983, 957(958); NJW 1994, 3009 (3011); B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.41; D. Giesen, a.a.O., Rn.235; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.195.

는 수술은 일반적으로 수술 전날에 施術危險을 설명하는 것으로」 충분하며[134], 「수술에 임박하여 그 시행 여부에 대해 재고할 수 없는 환자의 심리적 장벽 형성은 그가 스스로 내심적으로 극복해야 하므로, 이로써만 決定의 自由가 박탈되었다고 할 수 없으며, 다른 구체적 근거, 예를 들어 그에게 알려진 위험의 특별한 양태나 환자에게 결정력이 제한된 특별한 사유가 있어야 한다」고 판시하고 있다[135].

다. 比較 檢討

다한증 사건에서 환자는 신문보도를 접하고 피고 의사와 면담한 후, 입원하여 수술 전 사전검사까지 마치고 그 부작용에 대해 간단한 설명을 들은 후에 수술을 받게 되었는 바, 환자가 다음날 수술을 하기 위해 모든 준비가 완료된 상황에서 교감신경절제 수술에 따르는 심각한 부작용에 관해 설명을 듣고 수술을 승낙하는 구체적 과정에서 이미 형성된 心理的 防柵이나 기타 요소에 의해 자유로운 수술결정에 장애를 받았는가에 관해 보다 상세하게 검토하였어야 했다[136].

우선 피고 의사가 최초 면담시에 手術危險에 관해 說明이 없었다 하여 수술 전날 설명을 듣고 한 환자 同意의 效力을 완전히 부인할 수는 없다. 독일연방법원이 판시하고 있듯이 수술 전날에 비로소 수술위험에 관해 설명한 경우에도 원칙적으로 유효한 동의가 있다고 할 수 있다. 이러한 입장은 心理的 防柵 형성에 비추어 환자의 決定의 自由를 침해할 수 있다는 점에서 한편으로 환자측에 불리한 것으로 보일 수도 있으나, 다른 한편으로는 수술 전 검사를 한 후에야 의사도 수술 위험을 구체적으로 인식하고 설명할 수 있다는 점도 고려하고 있는 것이다[137].

---

134) BGH JZ a.a.O., S.314 L. Vgl. BGH NJW 1994, 3009(3011); J. Wertenbruch, a.a.O., MedR 1995, S.310. 이에 대해 비판적 입장은 D. Giesen, a.a.O., JZ 1993, S.316 f. 참조.

135) BGH JZ a.a.O., S.314 L. Vgl. "Hysterektomie-Fall": BGH NJW 1985, 1399(= VersR 1985, 362 = MedR 1985, 168 = JZ 1986, 241); "Karpaltunnelsyndrom-Fall": BGH NJW 1994, 3009(= VersR 1994, 1235 = MedR 1995, 20); J. Wertenbruch, a.a.O., MedR 1995, S.306 ff.

136) Vgl. D. Giesen, JZ 1993, S.315 f.

137) Vgl. D. Giesen, a.a.O., MedR 1997, S.17(18).

그렇지만 다한증 사건에서는, 환자가 피고 의사와 면담시에 이미 입원하여 수술 받기로 결심하고 수술 일정까지 확정했는지는 명확치 않으나, 만일 그러한 사정이었다면 피고 의사에게는 다음과 같은 점에서 이미 면담시에 手術危險에 대한 說明을 하여야만 했다[138].

즉, 환자의 질병의 양태와 심각성이 없음에 비추어 수술 전 검사를 한 후에야 비로소 手術危險을 설명한 것은 적절하지 않다. 환자가 비록 손에 땀이 많이 나서 생활에 불편함은 있으나 이러한 불편함을 해소하고자 전신마취 하의 교감신경절제 수술의 부작용과 후유증을 감수하고서라도 수술할 것인가를 신중하게 결정할 수 있는 기회를 갖도록 하여야만 했으며, 이러한 교량 하에 환자 스스로 수술하기로 결심하고 입원한 후에도 수술 전 검사를 통해 수술하기에 적합한 건강상태를 갖추고 있는가를 점검하고 그 결과에 비추어진 手術危險을 환자에게 설명하여 환자의 同意를 받아야 했을 것이다. 위 사건에서 수술 전 검사를 완료한 후에 비로소 아주 드물게 일부 부작용이 있을 수 있다는 정도의 설명은 수술을 앞둔 환자에게 위안과 안심, 그리고 용기를 북돋아 주었다고는 할 수 있겠으나, 환자로서는 수술 자체의 결정 및 시작까지 여유를 갖고 再考해 볼 수 있는 여지를 갖지 못한 상태에서 피고 의사가 수술 위험을 설명한 것을 法的 義務를 다한 것으로 보기는 어렵다 할 것이다[139].

---

138) Vgl. D. Giesen, a.a.O.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.192; 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 253면 이하 참조.

139) 대법원은 수술 전날에 환자의 시숙에게 설명한 사건에서 「이 사건 수술을 함에 있어 의사의 병 내용 설명을 숙지하고 자유의사로 승낙하며 수술 중 및 수술 후 경과에 대하여 의사와 병원 당국에 하등 민·형사상의 책임을 묻지 아니하기로 하고 수술 시행을 승인하다는 내용의 부동문자로 인쇄된 수술승인서 용지에 서명 날인한 사실은 인정되나, 그 인정 사실만으로는 동인에 대한 수술 및 그 준비로서의 마취를 함에 있어서 S병원의 의료팀이나 R이 환자나 그 가족에게 이 사건 수술, 특히 전신마취가 초래할 수 있는 위험성이나 부작용에 대하여 설명의무를 다하였다고 볼 수 없으며, 환자가 성인으로서의 판단 능력을 가지고 있는 이상 인척에 불과한 Y의 승낙으로써 동인의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로 동인에 대한 치료행위로서 R의 마취는 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 행위」로 판결하였다[대법원 1994. 11. 25. 선고, 94다35671 판결(법원공보 1995, 제983호, 99면 이하)]. 독일연방법원도 갑상선종절제 수술

6. 說明義務違反의 主張과 證明

가. 問題點

대법원은 다한증 사건 판결에서 說明義務違反의 主張과 證明에 관해 상세하게 판시하고 있지 않으나, 「위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, . . . 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 이 사건의 경우에는 . . . 그러한 위반행위와 위 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 할 것이지만, 원심은 그 판결 이유에서 보는 바와 같이 이러한 설명의무위반만이 위 환자가 사망한 유일한 원인이 되었다고 판단한 것이 아니라 수술에 이르게 된 과정에 그러한 잘못도 있다는 취지이므로, . . . , 위에서 본 바와 같이 소외 환자의 사망이 피고측의 의료상의 과실로 말미암은 것으로 추정되는 이상 원심의 판단은 결국 정당하다고」고 판시함으로써 說明義務違反의 立證을 환자측에 부담시키면서, 환자의 自己決定權을 무시한 人格權 侵害에 대해서는 그 내용을 최소화하여 경감하고, 사망 損害의 賠償請求에 관해서는 이미 의사의 수술진료상 과실행위와 환자의 사망 간에 因果關係가 推定되었다는 것으로써 그 입증을 보완·대체하고 있다. 그러나 이러한 판단은 이미 지적한 바와 같이[140] 說明義務違反과 진료상 注意義務의 違反을 구별하지 않고 있는 것으로서 그 타당성이 의문시된다.

사건 판결에서 수술 전날 피고에게 교부된 注意文(Merkblatt)에는 성대신경손상에 관한 위험은 적시되지 않고, 경우에 따라 나타나는 쉰목소리, 언어 및 호흡장애는 대개 없으며, 그밖의 후유증도 드물다고 기록되어 있었으며, 이에 부가하여 피고 의사가 구두로 갑상선 수술의 위험은 무엇보다도 성대신경 손상과 그 결과로서 쉰목소리가 되는 것이라는 점을 지적하였다 하여도 위 사건에서 환자의 聲帶損傷 危險에 대한 說明으로는 충분치 않다고 판시하였다. Vgl. BGH JZ 1993, 314 R; A. Laufs, a.a.O., Rn.217; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.57.

140) 위 II 2 가, III 2 나 참조.

나. 獨逸의 判決例

독일연방법원은 위 갑상선종절제 수술 사건에서 「원고가 수술 전일에 비로소 시술상 위험을 설명받아 그의 결정의 자유가 보장되지 않았음을 원용한다면, 원고는 그의 이러한 주장을 뒷받침할 수 있는 사실을 實證的으로(substantiiert) 진술하여야 하며」[141], 피고 의사가 원고 환자의 이와 같은 주장에 대항하려면 「그가 시술을 행함에 있어서 환자의 유효한 동의가 있었다는 모든 사실을 반증하여야 하는 바, 피고 의사에게 立證負擔, 즉 피고 의사는 늦은 설명에도 불구하고 원고 환자가 시술에 대해 자유로운 결정을 하였다는 것을 증명하여야만 한다」고 판시하고 있다[142].

그리고 독일연방법원은 환자의 假定的 同意의 抗辯, 즉 피고 의사가 적법하게 설명을 한 경우에도 환자는 수술받기로 결정하였을 것이라는 주장을 고려하여야 하는 바, 그 立證은 피고 의사가 부담하며, 그 정도는 患者의 說明權이 무의미하게 되지 않을 정도로 엄격하게 요구하고 있다. 결과적으로 「환자가 수술 위험을 적시에 알았더라면 수술 결정에 관해 眞正한 葛藤(vor einem echten Entscheidungskonflikt)을 하였으라는 것을 사실심 소송절차에서 주장하여 법관에게 확신을 주는 경우에만 의사가 立證을 負擔한다. 決定의 葛藤에 관한 환자의 實證義務

141) "Substantiierungspflicht(Plausibilitätsprüfung)" 의사가 說明義務를 違反하였다는 단순한 主張에 의해서는 인정되지 않는다. Vgl. BGH NJW 1982, 697(698); NJW 1982, 700; BGHZ 90, 96(100); 90, 103(112); G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.45; MünchKomm/Mertens, Rn.454; Geigel/Schlegelmilch, a.a.O., Rn.219; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.197/S.136.

142) BGH JZ a.a.O., S.314 L; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.51; R. Stürner, a.a.O., NJW 1979, S.2334, 2335. (의료)계약상 說明 내지 助言義務의 違反이 原因關係의 不明으로 인한 法的 危險과 전형적으로 견련되어 있는 경우에 그 保護目的(Schutzzweck)에 비추어 소송상 立證困難으로부터 상대방을 보호하기 위해 立證轉換을 인정하려는 견해는 H. Stoll, a.a.O., FS für F. v. Hippel, S.517, 550 f., 558 f., 그리고 先行行爲와 矛盾된 擧動의 禁止(Verbot eines venire contra factum proprium)의 法理를 적용하려는 견해는 E. Hofmann, Zur Beweislastumkehr bei Verletzung verträglicher Aufklärung- oder Beratungspflichten, NJW 1974, S.1641 ff. 참조. 이 견해에 따르면 의사의 輕過失에 의한 因果關係의 立證轉換도 인정하게 된다. 그러나 醫療事故의 特殊性에 비추어 다른 職業義務의 違反과 동일시하는 것은 타당하지 않다. Vgl. BGH NJW 1973, 1688; H. Stoll, a.a.O., AcP 176(1976), S.160.

(Substantiierungspflicht)는 의사의 假定的 反證에 요구되는 만큼 높게 요구되어져서는 안된다」고 판시하였다[143].

다. 比較 檢討

독일의 판결례에 비추어 다한증 사건 판결에서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 說明義務는 환자 자신의 자유로운 결정의 보장에 일차적 의미가 있는 바, 이에 대한 證明 對象은 환자 자신의 心理的 葛藤이라는 心情的 情況에 불과하다. 그렇지만 대법원은 진료과정의 注意義務違反과 동일시 할 정도의 說明義務違反이 있는 때에 모든 손해의 배상을 청구할 수 있다고 판시하고 있는 바, 이러한 비교적 판단 기준은 양자가 본질적으로 다른 立證 對象, 즉 전자는 專門職業的 醫療水準의 注意基準에 따른 客觀的 判斷인 반면, 후자는 환자 개인의 心情的 狀況에 대한 主觀的 假定的 判斷이라는 것을 혼돈하고 있다. 따라서 상이한 規準에 의해 판단되어야 할 것임에도 불구하고 양자를 동일한 차원에서 등가적으로 비교·교량하는 것은 적지 않은 모순을 초래하게 된다.

첫째, 대법원이 설명의무의 위반 외에 수술과정과 수술 후의 피고 의사의 과실을 중첩적으로 고려하여 원고측에 대한 全損害의 賠償義務를 인정한 무리한 법리를 전개한 근원이 되고 있으며, 둘째, 설명의무위반으로 인한 책임귀속 범위의 획정이 법원의 恣意에 맡겨지게 되어 法的 安定性을 해하며, 셋째, 대법원은 위 판결에서 환자에게 說明義務違反을 證明하도록 하고 있으나 환자가 의사의 설명을 듣고 다른 意思決定을

143) BGH JZ 1993, S.314 f. Vgl. BGHZ 90, 96(100); 90, 103(111 f.); BGH NJW 1989, 2320; NJW 1995, 2410(= MedR 1995, 370 ff.). Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, 1978, S.294; D. Franzki, a.a.O., S.127 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.196. 독일연방법원이 환자측의 실증적 주장을 요구하는 입장을 제시한 것은 80년대 중반부터(최초의 판결은 Querschnittslähmung-Fall: BGHZ 90, 103)이다. 환자가 진지한 갈등을 하였을 것이라는 주장을 함에 있어서 診療措置를 거부하였으리라는 것까지는 필요치 않다. 이러한 주장에 의한 환자측의 입증은 心理的 因果關係에 의존되어 있으며, 독일연방법원은 가능한 蓋然性(mögliche Wahrscheinlichkeit)에 의해 판단하고 있다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.443.

하였으리라는 판단은 환자에 대한 當事者本人審問(Parteivernehmung)에 의존될 수밖에 없을 것이다[144].

위와 같은 문제점은 판결 이유에서 노정되어 있는 바, 대법원은 피고 의사에게 說明義務違反에 대한 법적 책임을 어느 범위까지 귀속시킬 수 있는가의 판단 보다는 피고 의사의 수술상 過失을 추가하는 것에 그치고 있으며, 이러한 논거는 逆으로 설명의무위반이, 환자의 自己決定權 침해를 넘어, 환자 사망이 수술상 誤謬에 그 원인이 있다는 推定 논거를 보완하고 있는 것이다. 그러나 위에서 검토한 바와 같이 因果關係만으로 또는 수술상 過失만으로는 환자의 사망 결과에 대한 법적 책임을 귀속시킬 수 없다. 결국 責任歸屬을 充足시키지 못하는 일면의 要件으로 재차 다른 責任要件을 보완·대체하는 것은 타당하지 않다. 결국 대법원은 다한증 사건에서 수술진료와 因果關係를 사실상 推定함으로써 피고 의사에게 責任을 歸屬시킨 것은 規範的 當爲性이 충분치 못하며, 이를 뒷받침하는 논거들 또한 책임귀속의 요건을 충족시키지 못하는 형식적 법리들을 假裝的으로 連繫하고 있는 것에 불과하다.

이러한 논리 전개는 損害賠償의 歸屬範圍의 판단에도 파급되어 있다[145]. 이를 해결하기 위해서는 위에서 시론적으로 살펴본 總體的 因果性의 法理를 적용하여 해결할 수 있는 여지를 재고해 볼 수 있겠다. 그러나 그 적용에는 일정한 要件的 制限이 있다는 점을 주의해야 할 것이다. 즉, 독일연방법원은 이 법리를 說明義務違反이 아니라 진료상 過失의 責任充足的 因果關係에 적용하고 있으며, 또한 개별적 歸屬要件이 損害 結果에 非蓋然的인 경우에는 입증전환에 의한 責任歸屬을 배제하고 있다. 그러므로 환자의 自己決定을 위한 의사의 說明義務는 진료상 注意義務와 본질적으로 다른 對象이라는 것을 올바로 인식하고, 그 위반을 독자적 責任歸屬要件으로 취급함으로써 합리적인 문제 해결이 이루어질 수 있다[146].

---

144) Vgl. W. Dunz, a.a.O., S.16; H. - L. Weyers, a.a.O., S.34, 45 f.;E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.443.

145) 이하 V 1 참조.

146) 우선적으로 診療目的의 說明義務(threpeutische Aufklärung)와 自己決定의 說明義務

설명의무위반은 독자적인 불법행위책임 구성요건으로서, 대법원이 판시하고 있듯이[147], 원칙적으로 說明義務의 違反 사실은 損害賠償을 請求하는 환자측에서 立證하여야 할 것이다[148]. 그러나 의료사고 소송에서 이

(Selbstbestimmungsaufklärung)를 구별하여야 한다. Vgl. G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.39. 일부 견해가 의사의 설명의무를 「의사의 診療契約上의 義務이기는 하지만 不法行爲責任法上 의사의 注意義務 자체는」 아니라고 하고 있다(李銀榮, 앞의 책, 702면). 설명의무위반은 過失이며, 그 효과로 부여되는 損害賠償은 해당 法益, 즉 人格權의 일종으로서 自己決定權 내지 생명, 신체의 健康을 침해하여 발생한 損害의 塡補이다. 보호법익의 침해로 인한 損害 없는 損害賠償責任이 인정될 수 없듯이 해당 法益의 保護를 목적으로 하는 義務違反 없는 過失도 인정될 수 없는 것은 자명하다. 因果關係의 相當性만으로 責任歸屬은 정당화될 수 없다. 의사의 說明義務는 의료계약관계에서 뿐만 아니라 일반적 醫療關係에서 요구되는 注意義務의 하나이며, 이를 違反하면 不法行爲責任 成立要件으로서 過失이 인정된다.

147) 그러나 대법원은 환자가 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에 설명의무위반의 입증에 관해서는 명확한 판단을 제시하지 않고 있다. 개별 의료상황에서 說明義務가 환자의 自己決定權에 기초한 人格權 保護만을 목적으로 하는지, 그밖에 환자의 생명·신체의 危害 防止를 목적으로 하는가에 따른 차별도 고려될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 구별이 立證分配에 있어서는 원칙적으로 달리 취급하여야 할 이유는 없다. 契約上 說明 내지 助言義務의 違反에 있어서 保護目的에 따른 차별적 취급을 주장하는 견해는 H. Stoll, a.a.O., AcP 176(1976), S.158 ff., 160 참조.

148) Vgl. A. Laufs, a.a.O., VersR 1972, S.6; H. - L. Weyers, a.a.O., S.21; K. Nüßgens, a.a.O., Fs für F. Hauß, 1978, S.291. 결과불법론의 입장에서 침습적 진료행위를 身體侵害의 違法行爲로 전제하는 법리적 구성을 따른다면 설명의무이행은 위법성조각의 정당화사유로서 설명의무의 이행을 의사측이 입증하여야 할 것이다. 行爲不法論의 입장에 비추어 본다면 不法行爲 成立要件으로서 의사의 義務違反, 즉 說明義務違反도 환자측에서 立證하는 것이 원칙이다. 그렇지만 다한증 사건 판결에서 대법원이 기존의 結果不法論의 입장을 전환하여 行爲不法論의 관점에서 판단한 것으로 이해되지는 않는다. 이에 관해서는 이하 V 4 참조. 結果不法論의 입장을 고수하면서도 의사가 설명없이 진료행위를 하는 것은 통상의 의료상황에 비추어 예외 현상으로서 환자측이 立證하여야 한다는 견해는 G. Baumgärtel, a.a.O., Gedächtnisschrift für R. Bruns, 1980, S.105 f.; ders., a.a.O., Rn.49: "Das für die Beweislastverteilung maßgebende Regel-Ausnahme Verhältnis sei ein umgekehrtes." 참조. 그러나 이 견해는 독일연방법원의 판결례가 의료관계에서 의사와 환자의 지위를 대등하게 확립시켜 나가게 됨에 따라 포기되었으며(G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.50), 최근에는 實體法的 立證分配에 배치되는 立證轉換보다는 소송상 "具體的" 立證遂行負擔("konkrete" Beweisführungslast)의 轉換을 통한 해결을 제안하고 있다. G. Baumgärtel, Das Verhältnis von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozeß, FS für H. Nakamura, 1996, S.41, 44 ff. 主觀的 具體的 立證負擔에 관해서는 H. Prütting,

러한 立證分配의 一般原則을 고수하는 것은 적절치 않다. 의료관계에 사실상 전제된 의사의 職業的 專門性과 情報의 優越性에 비추어 환자와의 진료에 관한 대화는 의사의 주도 하에 患者保護를 위해 이루어지며, 이의 법적 의무로서의 표출이 說明義務인 것이다. 따라서 說明義務違反의 立證分配는 의료사고 책임법적 기능과 본질에 비추어 독일연방법원의 견해를 수정적으로 고려해 볼 수 있겠다[149]. 즉, 환자가 충분한 설명을 들었더라면 수술 여부에 대해 잔지한 葛藤을 하였을 것이라는 것을 실증적으로 주장하고, 이를 事實審 法官이 自由心證에 의해 인정하는 경우에 의사측이 이를 反證하도록 하는 것이다[150].

Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S.7 ff.; 29 f. 참조. 그러나 浮動的 訴訟節次에서 事實審 法官의 自由心證에만 의존하는 것은 法的 安定性을 보장하기에 난점이 있을 것이다.

149) 독일 실무에서 基本的 說明義務의 이행에 관해서는 의사가 立證하여야 한다. 의사측에서 환자의 假定的 同意를 주장하는 경우에 환자측에서 진정한 葛藤을 하였을 것이라는 實證的 主張이 요구된다. 기본적 설명에 기초하여 환자가 그 이상으로 自己決定에 중요한 의미가 있는 질문에 적정하게 答하지 않았다는 것, 그리고 同意 撤回의 主張과 立證은 환자가 부담한다. 그러나 진료상 의무위반과 달리 說明義務의 중대한 違反이 있는 경우에 손해 발생의 因果關係에 관한 立證轉換은 인정되지 않는다. Vgl. BGH NJW 1980, 1903, 1904; NJW 1992, 238, 240; NJW 1994, 799, 801; NJW 1994, 3009, 3011; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.58; MünchKomm/Mertens, Rn.458; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.197, 200, 202.

150) 위 주 142), 143) 참조. 본고에서는 의사에게 환자의 假定的 同意(hypothetische Einwilligung), 즉 의사의 충분한 설명이 있었다 할지라도 환자가 同意하였으라는 抗辯의 인정 여부와 그 내용에 관한 상세한 논의는 유보한다. Vgl. BVerfGE 52, 131, 167; E. v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.411, 448 ff.; W. Dunz, a.a.O., S.16 f.; K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.289 ff.(Fn.11, 12), 294; ders, a.a.O., FS für R. Nirk, 1992, S.745 ff.; D. Franzki, a.a.O., S.126 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.196 f.; 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 341면; 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 裁判資料 제27집, 1985, 149(183)면. 金天秀, 앞의 논문, 364면 이하 참조. 대법원도 假定的 同意의 抗辯을 인정하고 있다. 그러나 「의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다」고 판시하고 있다. 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결(법원공보 1994, 969호, 1434, 1436면); 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결(법원공보 1995, 제986호, 887면) 참조. 이점에 관해 독일연방법원의 甲狀腺腫切除手術 事件판결에 대한 비판적 견해는 D. Giesen, a.a.O., JZ 1993, S.318 f., 그리고 의사의 假定的 同意의 抗辯을 부인하는 독일 학계 견해의 일별은 G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.52 참조.

그렇지만 의사도 자신의 說明義務履行을 증명함에 있어 立證困難에 처하게 된다[151]. 독일연방법원은 일련의 판결을 통해 의사의 說明義務違反을 構成要件化하고 있으며, 의사에게 입증상 과도한 요구는 허용될 수 없다고 판시하고 있는 바, 의사가 성실한 설명을 하였다는 多少의 證明(einiger Beweis)으로 족한 것으로 판결하고 있다[152]. 물론 이러한 立證緩和는 환자의 自己決定權 保護를 무의미하게 하는 정도에 이르러서는 안될 것이다. 따라서 의료관계에서 대등한 主體인 환자의 지위를 보장할 수 있는, 즉 환자측의 說明義務違反의 實證的 主張에 요구되는 정도 이상의 立證이 필요하다.

독일연방법원의 위와 같은 판결은 의사의 說明義務履行 證明에 관해 절충적 입장을 표명하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 이에 대해 患者保

151) 이에 대해 의사측에서는 입원, 수술 등에 同意書나 說明書 등을 미리 준비하여 제시하고 환자의 서명·날인을 받는 것이 관행이 되어 있으며, 이로써 소송상 說明義務履行을 증명하고 있다. 그러나 이러한 서류 작성이 의사의 說明義務의 履行을 대체할 수는 없다. 문서에 의한 證明方法을 확보하는 것에 불과하며, 특히 그러한 서면이 시술상 危險에 대한 充分한 說明을 완전히 증명하는 것도 아니며, 오히려 그러한 要式性은 설명의무의 본질과 의미에 배치되기도 한다. 위 주 139); 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993), 345면 참조. 독일연방법원은 事務官僚的 形式主義(bürokratischer Formalismus)에서 벗어나야 한다고 지적하고, 승낙서·설명서 등을 활용하지 않아 소송상 그의 설명의무의 이행을 증명할 방법이 없는 의사도 설명 실행과 그 내용에 대한 증명을 할 수 있는 공정하고 실질적인 기회를 주어야 한다고 판시하고 있다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.25; D. Franzki, a.a.O., S.120; E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.442: "Damit er nicht zu einer probatio diabolica wird, . . ."; Musielak/Stadler, a.a.O., § 15, Rn.261; MünchKomm/Mertens, Rn.442; "Hysterektomie-Fall": BGH NJW 1985, 1399 R(= JZ 1986, 241, 242 m. Anm. v. D. Giesen); BGH NJW 1994, 793. 나아가 환자에게 언어 이해능력이 결여된 경우에는 통역에 의해 설명하여야 한다는 판결은 OLG Frankfurt/M. VersR 1994, 986; OLG München VersR 1995, 95; MünchKomm/Mertens, Rn.443 참조.

152) Vgl. BGH VersR 1978, 542(544); VersR 1981, 730(732); NJW 1981, 2002; NJW 1985, 1399: "Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, daß die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist." 예를 들어 의사가 언제 어떠한 危險에 대해 설명하였는지가 診療紀錄에 남겨져 있거나, 일반적으로 적정한 설명을 한 것을 증명하는 간호원 등의 보조자의 증언으로 충족된다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.39. 시술의 종류와 그 심각성에 따른 설명의 범위와 정도는 BGH NJW 1980, 633 참조.

護를 우선하여 說明義務의 履行에 대해 의사에게 記錄義務를 부과하려는 견해가 있다[153]. 그러나 일정한 교육과정을 거쳐 자격을 갖춘 전문직업적 소양과 그 직업윤리적 기초를 갖춘 醫師職에 대한 환자의 信賴는 유지되어야 한다. 이러한 전제에서만 비로소 醫療關係에서 고도화된 醫師의 客觀的 注意義務는 정당화될 수 있다. 특히 의사의 記錄義務는 診療에 요구되는 한에서 의미가 있는 것이다. 소송상 법적 판단을 위해 診療目的과는 무관한 危險의 설명에 관해서까지 기록할 의무를 부과할 수 없으며, 단순히 진료기록상 흠결이 있다고 하여 의사의 진료상 過失을 인정할 수 없다[154]. 說明義務履行을 기록하도록 하는 것은 형식에 치우쳐 오히려 환자의 自己決定權이 보호되지 못하는 逆機能이 우려되며, 防禦的 醫療(Defensivmedizin)를 조장하게 될 것이다[155].

오늘날 의학과 의료기술의 발달로 의료관계는 고도로 전문화되고 복잡화되어 가고 있으며, 이러한 상황에서 說明義務의 이행은 의사와 환자 사이에 信賴있는 對話에 중점이 두어져야 한다. 환자가 의사로부터 충분한 설명을 듣고 자율적으로 결정할 수 있는 경우에 醫療의 진정한 信賴關係가 형성될 수 있으며, 이 때에 비로소 환자는 診療關係의 대등한 主體로서 책임있는 당사자의 역할을 다하게 된다[156]. 의료행위 자체의

153) G. Baumgärtel, a.a.O., R.55; ders., a.a.O., Gedächtnisschrift für R. Brun, 1980, S.106; D. Giesen, JZ 1986, S.245. Vgl. F. J. Kaufmann, a.a.O., S.67 ff.

154) Vgl. BGH NJW 1985, 1399 R: "Schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt ber die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt sind nützlich und dringend zu empfehlen. Ihr Fehlen darf aber nicht dazu führen, daß der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibt."; NJW 1989, 230(231); 1993, 2375(2376); 1995, 1611; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.44 a.E.: "nur ein Indiz dafür"; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.201; F. J. Kaufmann, a.a.O., S.40 f.; D. Franzki, a.a.O., S.130 ff.; W. Groß, a.a.O., VersR 1996, S.663 f.

155) Vgl. A. Laufs, a.a.O., MedR 1986, S.163 ff.; ders., a.a.O., Rn.26; E. Steffen, a.a.O., FS für H. E. Brandner, S.331; K. Ulsenheimer, Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, MedR 1992, S.127 ff.; BGH NJW 1993, 2375 ff.; D. Franzki, a.a.O., S.133 ff.; 文國鎭, 앞의 책, 142면 이하.

156) Vgl. BVerfGE 52, 131, 178 ff.: "Die Aufklärung des Patienten befreit den Arzt von der Last der alleinigen Verantwortung. Sie macht den Patienten im Hinblick auf die zu

過失을 묻는 것이 아니라 예외적 法理를 통한 우회적인 責任加重은 의사의 職業 倫理에 비추어 용인될 수 없는 사고에 한정하여 예외적으로 허용되어야 할 것이다[157].

V. 說明義務違反의 效果

1. 問題點

다한증 사건에서 원고는 慰藉料 뿐만 아니라 모든 損害의 賠償을 청구하고 있는 바, 대법원은 「그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 때의 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에

---

treffenden Entscheidungen zu einem verständigen Partner. . . . Er wird so zum verantwortlichen Partner des Arztes." 독일연방법원도 이를 명백하게 강조하고 있다. BGH NJW 1985, 1399 R: "Ein Rückzug des Arztes auf Formulare unf Merkblätter, . . ., kann andererseits nicht ausreichen und könnte zudem zu Wesen und Sinn der patientenaufklärung geradezu in Widerspruch geraten. Allein entscheidend bleiben muß das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patienten. Es sollte möglichst von jedem bürokratischen Formalismus, . . . , frei bleiben."

157) 최근 독일연방법원은 說明義務違反에 대해 刑事責任도 인정될 수 있으나, 保護目的에 의한 制限을 유보하고 있다. Vgl. "Surgibone-Dübel-Fall": BGH MedR 1996, 22 ff.; A. Laufs, a.a.O., NJW 1996, S.1578. 진료행위의 刑事責任에 대한 의료계의 비판은 예민한 문제로 대두되어 있다. 다한증 사건에서도 형사고발이 병행되어졌는 바, 대개의 의료사고 소송은 刑事 事件化되는 경향을 보이고 있다. 독일 등의 실무에서도 마찬가지의 현상이 지적되고 있다. 그러나 실무는 형사책임을 거의 인정하지 않고 있으며, 환자측에서도 형사 처벌의 가능성을 예기하기 보다는 民事訴訟의 證據方法의 확보 등을 위한 방편으로 활용되고 있다. Vgl. B. Eisner, a.a.O., S.208; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.50: "mit einem Bein im Gefängnis stehen lassen", "ein kostengünstiges Mittel an Beweise für den Schadensersatzprozeß". 기타 刑事責任 일반에 관해서는 韓景國, 醫療過失에 관한 刑事法的 考察, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料 第27輯(1985), 465면 이하; K. Ulsenheimer, in A. Laufs/W. Uhlenbruck, §§ 138 ff. 참조.

대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다. 따라서 . . . 피고 의사의 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 위 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 할 것」이라고 판시하고, 항소심은 환자의 사망원인이 이러한 說明義務違反에만 있는 것이 아니라, 수술에 이르게 된 과정상 과실을 함께 고려하여 판단하고 있다는 취지로 판결하고 있어 환자 사망이 「피고측의 의료상의 과실로 말미암은 것으로 추정되는 이상」 정당하다고 판결하였다[158].

대법원의 주류적 판례는 민법 제393조의 損害賠償範圍를 판단함에 있어서 소위 相當因果關係說을 따르고 있다. 위 판결 역시 相當因果關係의 존재가 있어야 한다는 것을 제시하고 있다[159]. 그렇지만 相當性 判斷에만 의존하지 않고 피고 의사의 說明義務違反과 수술과정 및 수술 후 義務違反을 함께 고려하고 있다. 위와 같은 논거의 보완·대체는 相當因果關係說의 限界, 즉 相當性 基準으로는 의료사고에서 損害賠償의 歸

158) 위 Ⅱ 2 참조. 대법원은 「. . . 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술 도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하는 등 수술과정에 있어 소홀한 점이 있었으며 수술 후 사후대처가 소홀했다는 원심 인정사실을 종합하여 보면, . . . 사망은 피고 의사의 이 사건 수술과정에서의 잘못으로 인한 것이라 추정할 수밖에」 없다고 판단하고, 나아가 설명의무위반에 의한 손해배상책임의 귀속범위를 결정함에 있어서도 「. . . 원심은 그 판결이유에서 보는 바와 같이 이러한 설명의무위반만이 위 J가 사망한 유일한 원인이 되었다고 판단한 것이 아니라 수술에 이르게 된 과정에 그러한 잘못도 있다는 취지이므로, 이를 소외 망 J의 사망의 원인의 하나로 보았다고 하여 이를 잘못이라고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 소외 망 J의 사망이 피고측의 의료상의 과실로 말미암은 것으로 추정되는 이상 원심의 판단은 결국 정당하다」고 함으로써 진료상 過失을 추가하여 뒷받침하고 있다. 위 법원공보 1284면.

159) 위 판결이 원용하고 있는 1994년 대법원 제3부 판결〔법원공보 1994, 제969호, 1440면 이하: 이하 주 162) 참조〕은 相當性 判斷을 기준으로 하고 있다. 최근 다한증 사건을 판결한 대법원 제2부도 開心手術 사건에서 재차 위 판결을 원용하면서 說明義務違反으로 「모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 相當因果關係가 존재하여야」 한다고 판시하고 있다〔대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결(법원공보 1995, 제986호, 887면 이하〕.

屬範圍를 올바로 획정할 수 없음을 간접적으로 시사하는 것이다[160]. 說明義務違反의 責任歸屬 範圍는 개별 의료상황에서 요구되는 개별 說明義務의 保護目的에 의해 판단하여야 한다. 즉, 注意義務 判斷에 있어서 그 保護目的을 구체적으로 판단·설정함으로써 그 違反의 過失 및 違法性 判斷이 責任歸屬 판단의 중심적 要件이 되어야 한다[161].

또한 위 판결에서 대법원은 의사의 說明義務違反을 二分하여, 즉 慰藉料만을 청구하는 경우에는 설명의무위반에 의한 환자의 自己決定權의 침해 사실만을 主張·立證하면 족하고, 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에는 설명의무위반의 정도가 진료상 注意義務違反과 동일시할 수 있는 정도의 것이어야 한다는 기존의 판결을 원용하고 있는 바[162], 결국 피고 의사의 수술과정의 지체와 수술 후 환자 보호를 소홀히 한 過失들을 부가적으로 고려함으로써 全損害를 배상하여야 할 정도의 說明義務違反의 過失이 있다는 것이다. 그러나 이러한 논거는 대법원이 제시한 "진료상 注意義務違反과 동일시할 수 있는 정도의 설명의무위반"이라는 기준 자체와 일치하지 않으며, 이미 위에서 지적한 바와 같이 진료상 注

160) 위 주 36) 참조. 相當因果關係說은 그 이론적 기초로 삼는 相當性 判斷의 모호성으로 인해 責任歸屬의 要件으로서 因果關係가 담당하여야 할 規範的 機能 역할을 수행할 수 없어, 현행 민법의 해석론으로서 더 이상 합리적인 法規準으로서의 기능적 역할은 기대할 수 없다.

161) 相當因果關係說은 그밖의 사고책임 분야에서도 責任歸屬의 規範的 判斷 機能이 결여되어 있다는 것이 확증되고 있다. 營業權의 過失 侵害에서 相當性 判斷과 이른바 直·間接的 損害를 구별하는 판례에 대한 비판적 견해는 安法榮, 앞의 논문, 205면 참조.

162) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결(법원공보 1994, 제969호, 1440면 이하): 「의사가 위 의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 때의 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.」

意義務違反을 說明義務違反과 동일한 차원에서 보완·교체할 수 없다는 점에서 불합리하다.

그러나 위 판결에서는 說明義務違反으로 인한 의사의 損害賠償責任 範圍에 관한 긍정적인 몇가지 사항이 주목된다. 우선 의료사고에서 손해배상의 범위를 義務違反의 程度에 따라 정함으로써 規範目的說에 접근하고 있으며, 다음으로 의사의 설명의무는 환자의 自己決定權의 保護를 일차적 목적으로 하고 있으나 환자의 생명·신체의 손해 방지도 보호목적에 포함시킴으로써 소극적이나마 진료시술상 注意義務와는 구별하고 있다.

2. 獨逸 判決例

가. 直腸鏡檢査 事件

독일연방법원은 위에서 소개한 직장경검사 사건 판결에서 規範目的說에 따라 판결하고 있다[163]. 항소심이 直腸穿孔에 의한 신체 손해에 대한 책임을 인정한 것과 달리 直腸鏡檢査의 불편함(Unannehmlichkeit)에 관해 의사의 설명상 결함이 있다는 것만으로 책임을 인정하기에는 충분치 못하다고 판시하고 있다.

「환자에게 예정된 診斷施術 전에 상당한 통증이 있을 수 있다는 점을 지적하지 않아, 이 통증이 심각하고 지속적인 건강장애를 초래할 수 있다는 것은 차치하고, 환자를 위해 요구되는 說明이 不完全하므로 위 시술에 관해 적절하게 설명받았다면 환자가 검사를 거절했을 것이라는 판단이 곧바로 자명하게 이루어지는 것은 아니다. 이러한 판단은 환자가 인내심이 있는 경우에는 더욱 그러하다. 본 사건의 원고 스스로가 까다로운 사람이 아니라고 하였으며, 그밖에 검사 중 발생 가능한 통증에 관해 침묵한 것도 전혀 원용하지 않았다. 이와 같은 사정 하에서는 원고가 통증을 우려하여 直腸鏡檢査

163) 위 판결 이전의 독일 실무는 相當性 判斷에 의해 損害賠償의 範圍를 정하고 있다. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.22; BGH NJW 1978, 363.

을 거절하였으리라는 원고의 단순한 주장은 설명의무위반을 인정하기에 충분치 못하다」고 판시하고[164], 說明義務가 있는 危險(aufklärungspflichtiges Risiko), 즉 직장경 검사시의 상당한 통증 발생이 원고에게 발생하지 않았다는 점에서 「直腸鏡檢査가 원고에게 큰 통증을 유발하지 않았다면 그는 검사조치에 의해 아무런 손해도 입지 않았다. . . . 직장경검사로 발생한 腸穿孔은, 이 위험에 대해 피고 의사의 說明義務가 없는 한, 전혀 다른, 원격의 危險(ein anderes, entferntes Risiko)이 실현된 것이므로 이와 같은 판단은 달라지지 않는다. 환자에게 발생한 손해는 유효한 동의가 흠결되어 위법한 신체침해의 責任設定 規範의 保護目的內(in dem Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm)에 들어가지 않는다」고 판단하였다.

그러나 위 사건에서는 「통증 없는 검사에 한해서만 원고의 同意가 미치기 때문에 제2 피고 행위의 違法性은 탈락되지 않는다. 의사의 시술에 대한 환자의 동의는 한편으로 신체의 完全性 侵害와 관련된, 그리고 다른 한편으로는 모종의 危險을 受忍하는 自己危害(Selbstgefährdung durch Inkaufnahme etwaiger Risiken)로 분리되는 意思表示(Willenserklärung)가 아니라, 내용상 양자의 요소를 모두 포함하고 있다[165]. . . . . 의사표시의 법적 의미가 어디에 있는가만을 개괄적으로 표현하는 것이며, 어느 表示內容(Erklärungsinhalt)이 의사의 시술에 대한 同意인가는 무관하다. 表示內容이 명백하여 同意가 有效하게 주어진다면 이는 제한 없이 效力을 가지며, 同意를 하지 않는다면 (또는 이와 동등하게 충분한 설명이 없어 법적 효력이 없는 때에는) 그 意思表示는 의사가 권한 진료를 감수하지 않으려는 것으로서, 달리 이해될 수 없고, 심지어는 총괄적으로 否認하는 것이다. 여기에서 환자의 拒絶 動機는 법적으로 아무런 의미가 없으며, 또한 환자가 假定的으로 후유증 없는 시술에 동의했을 것인가라는 의문도 의미가 없다. 환자가 동의하지 않았다면, 시술이 성공적이어서 환자의 自己決定權을 존중하지 않은 것이 손해를 초래하지 않았어도, 그의 意思에 반해 違法하게 행한 시술에도 同意하지 않은 것」이라고 판시하고 있다.

---

164) 또한 원고는 위와 같은 주장을 전혀 하지 않았는 바, 원고가 어떠한 경우에도 시술에 동의하였으리라는 것을 피고가 명백하게 원용하지 않았다는 사정에서도 피고들에게 불리한 판단을 이끌어낼 수 없으며, 오히려 원고의 이제까지의 주장은 항소심이 판단한 법적 근거로부터 곧바로 自己決定權의 侵害를 인정하기에는 충분치 못하다고 판단하였다. Vgl. BGHZ 90, 103; BGH VersR 1982, 74, 75 f. = NJW 1982, 700.

165) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., S.42; ders., NJW 1982, S.2585. 이에 대해 비판적 견해는 B. R. Kern, JZ 1984, S.632 참조. 여기에서 환자 同意의 법적 성격에 관해서 독일연방법원은 독일민법 제183조의 同意, 즉 法律行爲의 意思表示(Willenserklärung)로 파악하지 않는다. Vgl. BGHZ 29, 33(36); H. - L. Weyers, a.a.O., S.23. 그러나 意思表示에 관한 일반적 解釋原則이 준용된다. Vgl. MünchKomm/Mertens, Rn.447 f.

하지만 연방법원은 이러한 경우에는 다른 법적 근거에 의해 損害賠償 請求權이 탈락될 수 있다고 판시하고, 「진단시술 동안의 현저한 통증이라는 단순한 危險에 관한 의무적 설명은, 환자의 건강 상태에 관한 診斷的 解明의 이점과 시술을 감내하여 복종하여야 하는 신체적 불편함을 고려하여 환자가 시술에 대한 同意 여부를 자유로이 결정할 수 있는 患者의 權利를 보장하여야 한다. 모종의 현저한 痛症 危險에 대해 의사가 說明하는 것은 行爲義務(Verhaltenspflicht)로서 환자가 자신의 건강에 관한 모종의 위험을 감수하려는가의 여부에 관한 자신 고유의 결정이 아니라 발생되는 통증의 결과로 그의 현상태에 대한 모종의 일시적 侵害를 감수하려는 결정을 가능하게 하는 것이어야 한다(soll . . . ermöglichen). 이러한 사건들에 있어서는 통증 있는 診療 危險이 실현되는 한에서만 의사의 義務違反과 환자의 自己決定權 침해 사이에 違法性關聯이 있다. 그러므로 그밖에 侵襲의 無害性에 비추어 설명해야 할 健康侵害의 危險이 없으면 모종의 현저한 통증에 관해 설명하지 않은 것으로써 진단 시술 중 발생한 후유증으로 인한 환자의 건강 침해에 대한 責任法的 歸屬은 이루어질 수 없다」고 판결하였다[166].

위 판결에서 연방법원은 規範目的說(Lehre vom Schutzzweck der Norm)에 따른 손해배상 범위의 획정이 일반적으로 적용되는가에 관해서는 유보적인 입장을 표명하고 있으나[167], 說明義務가 환자에 대한 侵襲的 施術 與否를 결정할 自由에 관련되어 있다고 함으로써 그 保護範圍에는 환자의 自己決定權을 기초하는 人格權 뿐만 아니라 身體侵害에 대

166) Vgl. E. Steffen, Sitzungsbericht I zum 52. DJT, Bd.II Teil I, S.15; D. Giesen, JZ 1982, S.448, 454; BGH NJW 1981, 2131(= VersR 1981, 954).

167) BGHZ, a.a.O., S.101. 연방법원은 위 판결에서 의사가 시술에 따르는 근본적 危險(Grundrisiken)을 설명하지 않았지만 설명의무 없는 다른 危險이 실현된 경우에, 유효한 설명이 없어 환자의 신체에 대한 違法한 施術과 이로 인해 야기된 身體損害 사이에 違法性關聯(Rechtswidrigkeitszusammenhang)이 언제나 결여되는가라는 법적 의문에 관한 판단은 유보하고 있다. 그렇지만 중대한 위험이 없다고 아니할 수 없는 시술에 환자가 아무 것도 모르고 또한 아무런 정보도 없이 同意한 경우에 있어서는, 환자의 自己決定權이 자신의 身體 施術에 대해 決定할 自由를 총괄적으로 포함하는 점에 비추어 의문을 표명하고 있다. 이하 "Schultergelenksinjektion-Fall"(BGHZ 106, 391) 참조. 그러나 학계에서는 일반적 적용을 지지하는 견해가 유력하다. Vgl. OLG Karlsruhe, MedR 1983, 190 ff.; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.151 f.; B. R. Kern, JZ 1984, S.631 f.

한 保護도 포함된다는 견해를 표명하고 있다[168]. 결론적으로 위 판결에서 연방법원은 折衷的 立場을 표명하고 있는 것으로 이해될 수 있으며[169], 說明義務를 그 保護目的에 따라 구별하고, 그 위반에 상응하여 賠償責任의 歸屬範圍를 합리적으로 劃定하고 있다는 점에서 타당하다.

그 후 독일연방법원은 1989년 판결에서 說明義務違反의 損害賠償 歸屬範圍를 구체적으로 수정·보완하고 있다.

나. 肩胛關節注射 事件[170]

환자는 우측 견갑관절의 통증으로 정형외과 전문의인 피고를 찾았는 바, 피고는 우측 견갑관절 莢膜(Gelenkkapsel)에 스테로이드를 함유(kortisonhaltige Diprosone Depot)한 관절내 주사를 처방하였다. 그후 병세가 악화되어 사망하였다. 부검결과 사망 원인은 多發性肺膿瘍(multiple Lungenabszesse)으로 밝혀졌으며, 肺膿瘍은 환자의 우측 견갑관절의 化膿에서 敗血症(Septicopyämie: Blutvergiftung)에 의해 발생되었음이 판명

168) 독일 학계에서는 예상되는 통증에 대한 설명은 疾病經過 說明이며, 직장천공의 발생은 施術危險 說明으로 구분하여 지지하는 견해[vgl. E. Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, S.1985(1989); ders., Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S.1802 f.; ders., Aufklärungspflicht und Zurechnungszusammenhang, NJW 1989, S.2313 f.], 이러한 구별을 지지하지만 설명의무 있는 상이한 危險들을 일괄하여 違法性關聯으로 판단하는 것은 차별적 취급에 난점이 있음을 지적하는 견해(vgl. B. R. Kern, JZ 1984, S.632: 이 견해는 환자의 시술 동의와 그에 따른 설명의무의 내용을 구분한다), 그리고 이와는 달리 설명의무를 구분하는 것은 적절하지 않으며 소위 危險實現說(Risikoverwirklichungstheorie)이 확대 적용되어야 한다는 견해(vgl. D. Giesen. JR 1984, S.372, 373 R) 등이 제시되고 있다.

169) 특히 의사의 설명의무가 고도화되는 경향에 대응하여 의사의 책임을 합리적으로 조절하려는 정책적 고려가 포함되어 있다고 평가할 수 있다. E. Steffen, a.a.O., S.15: dies sei nur gerechtfertigt, wenn der Arzt die Aufklärung ganz unterlasse oder die Operation eigenmächtig erweiterte. 그러나 위 판결이 확고한 것은 아니라는 견해는 K. Nüβgens, Zur hypothetischen Einwilligung des Patienten, FS für R. Nirk, 1992, S.745, 748, Fn.17. 참조. 설명을 요하는 危險 範疇에 비추어 의사가 說明義務를 해태한 것이 특별성을 띠지 않는 사건에 한정하여 保護目的關聯을 통한 배상의무 범위의 교정이 인정된다는 견해는 E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.38 f. 참조.

170) "Schultergelenksinjektion-Fall": BGHZ 106, 391(= NJW 1989, 1533 = VersR 1989, 514 = JR 1989, 286). 이하에서는 위에서 소개한 直腸鏡檢査 판결과 관련된 논점을 중심으로 요약한다.

되었다[171].

항소심은 피고 의사가 주사 처방 전 감염위험에 대해 단지 포괄적으로 설명하였을 뿐 견갑관절마비 가능성은 언급하지 않아 說明義務를 違反하였다고 판단하였다. 연방법원도 「醫師의 診療施術이 적법하기 위해서는 원칙적으로 환자의 同意가 필요하며, 동의는 환자가 施術過程, 그 결과의 豫測과 危險, 그리고 본질적으로 다른 부담이 있는 가능한 代案的 診療, 機會와 危險이 總括的으로 설명되어야만 유효하며, 환자의 自己決定權과 身體的 完全이 保障」되므로, 항소심의 사실 확정에 따라 환자의 사망을 초래한 관절내 주사에 대한 환자의 事前 同意는 그 危險에 관한 불충분한 설명으로 효력이 없다고 판단하였다[172]. 나아가 피고는 상고이유로서, 說明義務違反을 인정할지라도 환자의 사망은 「설명의무가 있는 감염에 의한 견갑관절마비 危險이 아니라, 설명할 필요가 없었던 다른 危險, 즉 주사 감염 후 치명적으로 전개된 패혈증 危險」이므로, 「환자의 損害는 行爲規範의 保護範圍에 포함되지 않아 피고의 過誤와 환자의 損害 사이에 歸屬關聯(Zurechnungszusammenhang)이 없다」고 주장하였으나, 연방법원은 說明義務違反과 이로 인한 損害 사이에는 保護目的에 비추어 責任法的 歸屬關聯이 있다고 판결하였다[173].

독일연방법원은 헌법상 기본권에서 파생되는 自己決定權과 身體的 完全性 侵害의

171) 원고들은 견갑관절내 주사 처방은 적합하지 않았고, 위 주사 처방에 요구되는 無菌處理(aseptische Maßnahmen)를 하지 않았으며, 說明義務를 위반하였다고 주장하였다. 즉, 피고는 환자에게 Kortison 製材의 주사가 갖는 고도의 感染危險(Infektionsrisiko)과 가능한 다른 대안적 진료를 적시하지 않았으며, 병세에 대해 비교적 적은 고충을 가졌던 환자가 정확하게 정보를 얻었더라면 주사처방을 거절하였으리라는 주장을 하였다. 지방법원은 원고들의 청구를 기각하였으나, 항소심에서는 청구를 인용하였고, 연방법원도 피고의 상고를 인용하지 않았다.

172) 그밖에 항소심은 피고 의사가 관절마비 危險에 관해 적정하게 說明하였더라면 환자로서는 決定의 葛藤을 하였으리라는 주장을 인정하고, 환자 사망이 위 주사 처방에 起因하는 것으로 판결하였는 바, 연방법원은 이를 認容하고 있다. Vgl. BGHZ, a.a.O., S.395.

173) 독일연방법원은 直腸鏡檢査 판결에서 規範目的說의 일반적 적용에 관한 판단은 유보하였다[주 160) 참조; BGHZ 90, 101, II. 2. aa)].

正當化로서 환자의 同意, 그리고 決定의 自由를 재차 강조하고[174], 환자의 유효한 동의가 결여된 경우에는 치료행위로 인한 身體 侵襲은 違法하다고 판시하고 있다. 특히 直腸鏡檢査 사건 판결을 견지하여 의사의 시술에 대한 同意는 全體的으로만(nur insgesamt) 주거나 거절될 수 있다고 판시하고[175], 「설명의무 있는 危險의 실현 여부와는 무관하게 說明이 결여되어 환자의 동의가 흠결됨으로써 시술 전부가 違法하게 되며, 過責이 있는 경우에 의사는 원칙적으로 시술에서 야기된 모든 損害 결과에 대해 책임을 지는 것이 타당하다. . . . 이러한 의사의 保證義務(Einstandspflicht)의 限界는, 그 밖의 責任法(Haftungsrecht)에 있어서도 마찬가지로, 위반한 行態規範의 保護範圍에 의해 설정된다. 行爲規範이 그 내용과 목적에 있어서 실제로 발생한 손해의 방지를 고려하고 있지 않는 때에는 그 行態規範 자체는 해당 損害에 대한 책임 근거가 될 수 없다」고 판시하고 있다.

의사의 개괄적인 설명은 의학적 문외한인 환자에게 진료의 利益과 危險에 관한 올바른 表象을 갖도록 하여야 하는 바, 일정 시술 위험들은 환자가 애당초 이 위험들을 시술 양태와 범위에 결부시키고 있지 않을 때에 언급되어야 한다고 설시하고, 「시술 처치에 대한 환자의 수인 여부는 "합리적인" 평균적 환자(vernüftige Durchschnittspatienten)가 아니라 환자 자신의 고유한 규준에 따라(nach seinen eigenen Maßstäben) 결정하여야 하며, 이러한 基本說明(Grundaufklärung)이 결여된 때에는 환자가 의사의 시술을 거부하여 그 결과를 회피할 수 있는 가능성이 박탈된 것이다. 이 경우에는, 매우 드물고, 說明義務가 없는 危險(einäußerst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko)이 현실화된 경우라도 위반한 行態規範의 意味와 目的에 따라 시술로 인한 모든 損害에 대해 책임을 져야 한다. . . . 그렇지만 설명의무 없는 危險이 현실화된 경우에는, 고지되어야 할 危險들의 영향 방향과 환자의 장래 생활영위에 비

174) 그밖에 「동의가 있는 범위에서는 의료시술과 결부된 침해로부터 身體의 絕對的 保護를 포기하는 것이며, 나아가 시술의 附隨影響, 그리고 발생 가능한 후유증으로 야기되는 危險들을 수인하는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 의사에 의한 신체와 건강의 침해에 관한 문제는 주로 患者의 觀點에서 획정되어야만 한다. 이는 환자가 자신의 法益을 의사의 시술에 맡기며, 그 범위에서 처분하는 것이라면 환자의 自己決定이 중심을 이루기 때문이라고」 설시하고(vgl. W. Dunz, Zurechnende Schadensfolgen bei mangelhafter Aufklärung des Patienten, FS für Narr, 1988, S.144, 146), 이로부터 의사의 진료상 주의뿐만 아니라 진료 시술조치에 대한 환자의 同意를 보장할 의사의 行爲義務가 도출되는 바, 의사로서 환자의 자기결정권을 보장하려면 이에 요구되는 판단의 기초(Entscheidungsgrundlagen)를 환자에게 매개하여야만 동의는 유효하다」고 판시하고 있다. Vgl. BGHZ, a.a.o., S.398.

175) BGHZ 90, 96, 101 f.

추어 비교될 수 없으며(nicht vergleichbar), 동시에 의사의 說明 懈怠가, 예를 들어 전체의 危險 範疇의 개별 관점이 상세히 제시되지 않은 것에 불과하여, 비록 특별히 설명되어야만 했으나 이를 알지 못하였다 하더라도 환자가 최소한 시술의 일반적 深刻度에 관해서는 不明한 상태에 놓여져 있지 않았던 경우」에는 예외적으로 책임이 배제될 수 있는 바[176], 賠償義務의 限界는 결국 구체적 사건을 고려하지 않고서는 일반적으로 정해질 수 없다고 판시하고 있다.

위 사건에서도 「견갑마비를 초래할 수 있는 견갑관절의 감염위험은 의사가 설명하여야만 할 시술상 우려된 위험으로서 이것이 실현되어 심각한 後遺症이 나타난 것이다. 특별히 불행한 사정 하에서만 발생하고, 따라서 그에 관해 사전에 부가적으로 설명할 필요가 없었던 위 감염은 더 이상 저지될 수 없어 종국에는 패혈증으로 환자가 사망하기에 이르렀다. 이러한 손해는 피고 의사가 예견할 수 없으며 의사로서 고려할 수 없는 결과이지만 責任을 져야만 한다. 이와 같은 환자 사망이라는 손해는 일반적 施術危險과 관련 없는 다른 범위에 속하는 것이 아니라, 說明에 있어서 총괄적으로 언급되어야 할, 사정에 따라서는 심각한 感染危險의 결과인 것이다. 따라서 위 손해는 피고 의사가 違反한 行爲規範의 保護範圍를 벗어나지 않았으므로 배상되어야 한다」고 판결하고 있다.

독일연방법원은 위 판결에서 說明義務의 規範的 目的을 보다 명백하게 강조하고 있다. 설명의무는 일차적으로 의사의 진료시술에 대한 환

176) 독일연방법원은 이러한 위험은 「원격적인 또는 환자가 감내할 수 있는 危險들로써 대개 해당 환자의 決定에 있어서 모든 그밖의 사정을 고려할 때 결정적인 의미를 갖지 않는 것이다. 直腸鏡檢査 判決에서 說明義務 대상인 危險, 즉 診斷施術(Diagnoseeingriff) 동안에 강한 그러나 일시적인 통증의 감내는 당시에 개별적 상황에 비추어 아마도 설명할 필요가 없었던 直腸穿孔 危險과는 질적으로 다른 것이었다. . . . 직장경검사 사건에서와 같이 說明義務가 있는 痛症危險(Schmerzrisiko)이 현실화되지 않은 경우에는 行爲規範이 위반되어 신체 완전성이 침해되어도, 說明義務의 保護目的을 평가적으로 고찰한다면, 원고가 배상을 요구하는 위법한 施術이 되는 權利侵害는 단지 외양적이며, 우연하게(nur äußerlich und eher zufällig) 腸穿孔이라는 損害로 표출된 것에 지나지 않는다. 불충분한 說明에도 불구하고 의사의 책임이 保護目的의 고려에 의해 탈락되는 사례들은, 전혀 다른 방향으로 目的이 정해져 있는 說明이 결여되어 있는 것에 불과하여, 의사가 환자에게 損害를 賠償하는 것은 正當性(sachliche Rechtfertigung)을 결여하는 것이 일반적이다. 이러한 免責은 例外的이어야만 한다. 실현되지는 않았을지라도 환자가 해당 危險에 대해 올바른 說明을 듣고서 施術에의 同意 여부를 결정함에 있어 葛藤에 빠졌을 것인가는 항상 특별한 검토가 필요하다」고 판시하고 있다. Vgl. BGHZ, a.a.O., S.400.

자의 自律的 決定을 가능하게 하려는 것이다[177]. 그러므로 이에 불가결하게 전제되는 의사의 적정한 설명이 결여된 진료행위는 違法하며, 비록 해당 危害가 현실화되지 않은 때에도 說明義務의 違反은 인정된다. 오늘날 의료관계에서 요구되는 의사의 설명의무의 규범적 취지, 책임법적 체계와 기능적 역할에 비추어 독일연방법원이 直腸鏡檢査 사건 판결과 마찬가지로 위 판결에서 환자 同意의 包括性을 인정한 것은 타당하다[178].

그러나 위 사건에서 문제로 제기된 바, 구체적 損害歸屬(Schadenszurechnung)에 있어서는 난점이 초래된다. 同意를 일괄적으로 파악함으로써 說明義務를 위반한 의사의 진료행위 전부를 違法한 것으로 판단하는 경우에는 그 기준의 포괄성으로 인해 損害의 賠償範圍를 합리적으로 획정할 수 없다. 특히 說明義務의 違反은 있으나 설명을 요하지 않았던 진료시술상 危險이 발생한 경우에 의문이 제기된다[179]. 기타의 危害도 說明하였더라면 환자로서는 해당 진료시술을 거부하였을 것이고, 결과적으로 손해가 발생하지 않았으리라는 假定的 因果論理만으로 賠償責任을 인정하는 것은 過失責任의 原則에 비추어 허용될 수 없다. 의사에게 事前的으로(ex ante) 說明이 요구되지 않은 危害는 진료 후 구체적 손해로서 나타났다는 결과만으로 事後的으로(ex post) 責任을 歸屬시킬 수 없다.

독일연방법원은 위 사건에서 패혈증은 설명되었어야 할 감염위험에서 초래된 後遺症으로서, 관절주사의 감염위험은 환자가 시술 여부를 결정함에 있어서 중요하고, 결정적인 基本的 說明事項에 속하는 것으로 槪念함으로써, 의사가 이러한 설명을 해태한 경우에는 환자의 事前 同意를 얻으려 하지 않은 것과 동등하게 환자의 自己決定權을 침해한 것으로 취급하고 있는 것이다[180]. 이러한 독일연방법원의 태도는 단순한 因果

177) 위 IV 2 참조. MünchKomm/Mertens, Rn.354: "eine wirkliche Entscheidungshilfe".

178) Vgl. MünchKomm/Mertens, Rn.419, 455; Geigel/Schlegelmilch, a.a.O., Rn.216.

179) 위 판결에서도 이에 관해 학계에서는 물론, 실무에서도 불분명한 입장이 대립되고 있다는 점을 상세하게 예시하고 있다. Vgl. BGHZ, a.a.O., S.396 f.

180) 이러한 독일연방법원의 견해는 의사의 설명의무를 二元的으로 구성하고 있다. 그러나

的 判斷이 아니라 해당 說明義務의 保護目的 대상인 危害와 손해의 歸屬關聯性을 고려하여 責任歸屬의 範圍를 합리적으로 劃定하려는 것으로서 타당하다.

3. 比較 檢討

위 독일 판결들에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 환자의 유효한 同意의 전제인 의사의 적정한 說明은 그 법리적 구성에 있어서는 일차적으로 환자의 自己決定權의 保障을 지향하고 있으나 궁극적으로는 환자의 生命과 身體의 保護에 있다고 할 수 있다[181]. 따라서 설명의무를 환자의 自己決定權 내지 "알" 權利의 保障, 즉 人格權 保護에 국한하여 精神的 損害賠償에 한정하거나[182], 이와 반대로 의사의 진료행위 전부를 違法한 것

일차적으로 요구되는 基本的 說明은 최소한 施術의 樣態와 重大性이 심각하게 고려될 수 있는 施術 危害와 함께 적시되어야 한다. 나아가 이러한 설명을 토대로 환자가 상세한 질문을 할 수 있도록 具體的으로 이루어져야 한다. Vgl. Münch-Komm/Mertens, Rn.432, 441: "Basiserklärung"; Geigel/Schlegelmilch, a.a.O., Rn.221; BGH NJW 1996, 777, 779 = LM BGB 823 BGB (Ac) Nr.60 mit Anm. v. E. Deutsch; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.198. 위 주 124), 이하 주 188) 참조.

181) 說明義務는 診療目的과 무관하게 의의를 갖는 것이 아니라, 診療 實現의 目的에 의해 일정한 限界를 지니고 있는 것이다. 石熙泰, 앞의 논문, 司法行政(88. 12), 66면 참조. Vgl. BVerfGE 52, 131, 177: "Dies gilt insbesondere für die unter den konkreten Umständen für den Patienten mit einem Eingriff verbundenen gesundheitlichen Risiken."; E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1989: "Diese(die Entscheidungsfreiheit) ist als Rechtsgut gewissermaßen transparent, hinter ihr wird das zuräeigenen Bestimmung zugewiesene Rechtsgut sichtbar. . . . Der Ersatzanspruch wird zunächst nach dem hinter der Freiheit stehenden Rechtsgut bemessen."; H. Weitnauer, Verh. 44. DJT, Bd.II, F 158.

182) A. Laufs, a.a.O., Rn.176; ders., Die Entwicklung des Arztrechts, NJW 1979, S.1230; 국내에서 이에 따르는 견해는 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 278면; 患者의 自己決定權과 說明義務, 1994, 343면 이하 참조. 이 견해를 따르게 된다면 환자측이 의사의 說明義務의 履行과 그 對象에 대한 立證을 부담한다. Vgl. R. Wiethölter, a.a.O., S.71 ff.; K. Nüßgens, a.a.O., FS für R. Nirk, 1992, S.746; ders., a.a.O., FS für Hauß, 1978, S.288, 290 f. 위 주 148); 이하 V 4 참조.

으로 평가하여 모든 損害의 賠償을 인정하려는 견해[183]도 타당하다고 할 수 없다[184].

다한증 사건 판결에서 대법원이 說明義務의 違反 程度를 고려하여 損害賠償 範圍를 정하려는 입장도 이러한 관점에서는 수긍할 수 있다. 즉, 설명의무의 보호목적을 自己決定權 내지 "알" 權利에 국한된 인격권의 보장에만 한정시키지 않고 개별적 사건 상황에 비추어 환자의 모든 손해의 배상의무를 인정하는 것은 說明義務가 진료상 생명과 신체에 야기되는 危害의 防止도 목적으로 하고 있음을 표명하고 있는 것이다. 그렇지만 대법원이 제시하고 있는 바와 같이 說明義務違反을 진료행위의 過失과 비교하는 기준은 比喩에 불과하여 規範的 分析力과 言明力을 결여하고 있어 法規範的 規準으로서는 적절하지 않다.

대법원은 진료상의 過失들을 양적인 누적적 합산으로 說明義務違反의 違法性 판단을 보완함으로써 피고 의사에게 환자의 모든 損害에 대한 賠償責任을 귀속시키고, 결과적으로 의사측에 과도하게 부과된 책임을 事實審의 專權事項이라는 명분하에 過失相計를 적용하여 재차 교정한 원심 판결을 용인하고 있다. 의사의 說明義務는 의사의 주도 하에 이루어지는 대화를 통해 의학적 정보가 결핍되어 있는 환자로 하여금 진료시술에 관해 自律的인 決定을 내릴 수 있는 판단의 기초를 형성시키는

---

183) 金玟中, 앞의 논문, 民事法學 第9·10號(1993),344면 이하; BGH NJW 1976, 363; NJW 1987, 1230; K. Nüβgens, a.a.O., FS für Hauβ, 1978, S.289, 291. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1985 ff.; MünchKomm/Mertens, Rn.453.

184) 이러한 극단적 견해들에 대해서는 의사의 진료행위를 身體侵害의 違法行爲로 보는 結果不法論에 고착되어 있다는 方法的 誤謬를 지적할 수 있다. 說明義務違反을 精神侵害와 身體侵害로 양분하고, 진료행위가 원칙적으로 違法行爲가 아니라는 입장에서 說明義務를 환자의 자유로운 處分 決定 내지 人格權의 保護에 국한하려는 견해는 結果不法論의 교조적 법리를 전제하여 극단적으로 이를 회피하려는 주장이며, 전래의 입장에서는 유효한 同意가 없는 진료행위는 違法行爲로서 모든 損害를 배상하여야 한다는 결론을 이끌어내고 있기 때문이다. 또한 이러한 논의의 방법적 출발은 독일민법의 입법적 특수성, 즉 소위 絶對的 保護法益의 侵害를 한정적으로 전제한 독일민법 제823조의 實定法的 解釋論의 基盤을 벗어나지 못하고 있는 것이다. Vgl. W. Dunz, Wann verwirklicht sich der Schaden aus mangelhafter Aufklärungüber das Behandlungsrisiko?, MedR 1984, S.184. 說明義務와 違法性의 관계는 이하 4 참조.

데 있는 것이다. 따라서 환자가 의사의 진단, 시술 등에 관해 자주적으로 판단하지 못하고 의사의 권유를 신뢰하여 종속적 판단을 한 것을 過失相計 事由로 한 것은 說明義務의 規範的 目的에 부합하지 않으며, 그 規範的 趣旨에 비추어 本末이 顚倒된 논거라 아니할 수 없다[185]. 이러한 대법원의 판결의 태도는 過失相計 法理를 오도하고, 事實審의 자의적 판단을 放棄함으로써[186] 종국에는 法的 安定性을 해하는 결과를 초래한

185) 항소심은 「소외 환자 J는 의사의 단순한 치료의 대상이 아니라 의료과정에 있어서 주체성을 가지는 당사자로서 의사 K 등에게 자신에게 실시될 다한증 수술에 관한 위험성 또는 관심있는 부분의 설명을 구하고 승낙 여부를 결정할 수 있었다 할 것인데 만연히 일방적인 결과에 관한 설명만을 듣고 수술을 받다가 이 사건 의료사고를 당하게 된 사실을 인정할 수 있는 바, 위와 같은 소외 J 등의 잘못은 이 사건 사고의 발생이나 손해의 확대에 한 원인이 되었다 할 것이나 이는 피고들의 손해배상책임을 면하게 할 정도에는 이르지 아니하므로 피고들이 배상할 손해액을 산정함에 있어서 이를 참작하기로 하되 쌍방의 과실내용과 결과등 제반정황에 비추어 피고들이 부담하여야 할 손해배상의 범위는 전손해의 70%정도로 봄이 상당하다」고 판결하였다.

186) 대법원은 「과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한, 사실심의 전권사항에 속한다 할 것이다. 그러나 원심이 과실상계 사유로서 인정한 소외 망 J가 피고 K 등의 위에서 본 바와 같은 부족한 설명만을 듣고 수술을 받다가 이 사건 의료사고를 당하게 된 사실은, 위에서 판단한 바와 같이 피고의 설명의무위반을 이 사건 사고의 유일한 원인으로 보지 않은 이 사건에 있어서, 원심이 인정한 과실상계의 비율은 형평의 원칙에 비추어 볼 때 오히려 과도하다는 생각이 들지언정 상고이유에서 지적하는 바와 같이 과소하다고 보여지지는 아니하므로 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다」고 판결하고 있다. 대법원의 이러한 판결 논거에는 합리성이 결여되어 있다고 아니할 수 없다. 환자의 과실을 고려하여 과실상계를 인정한다면 의료관계에서 환자에게 요구되는 協力義務의 違反을 구체적으로 판단·설정하여야 했을 것이다. 환자의 協力義務에 관해서는 姜玹中, 醫療事故와 被害者側의 過失, 裁判資料 第27輯 (1985), 123면 이하; 石熙泰, 앞의 논문, 司法行政(88. 12), 67면 참조. 항소심은 의사의 설명의무위반에만 국한하여 過失相計를 인정하였는 바[위 주 185) 참조], 대법원은 피고 의사의 진료상 過失을 고려하여 이를 과도하지 않은 것으로 판시하고 있다. 대법원의 이러한 논거는 설득력이 없다. 환자가 의사를 경솔하게 신뢰한 것을 과실상계의 사유로 한다면, 수술 진료 전 설명에서 부족함을 보였을 뿐만 아니라 실제 수술에서도 올바르지 못하게 시술한 의사를 신뢰한 것은 더욱 큰 경솔을 저지른 것으로서 過失相計의 比率이 높아져야 할 것이기 때문이다. 또한 항소심이 인정한 過失相計의 比率이 과도하다면 상고심으로서 마땅히 심리하여 파기하였어야 할 것이다. 상고이유에 대해 권위적 으름장으로 답변하는 것은 法規範的 判斷이라고 할 수 없다.

다. 다한증 사건 판결에서 인정한 바와 같은 환자의 過失을 인정할 수 있다면 환자가 의사를 경솔하게 신뢰한 점에 있다기 보다는 자신의 질병 治癒에만 관심을 두고 危險한 수술을 무리하게 받으려 한 점에 있다. 그렇지만 의사로서는 환자가 자신의 질병을 치유하기 위해 해당 수술의 필요성 판단을 잘못하고 있는 경우에는 이를 신중히 재고해 볼 수 있도록 하여야 한다. 바로 이 점에 있어서 의사는 불충분한 說明을 하였으며, 이로써 환자가 過信하게 된 것이므로 過失相計의 事由로 적합하지 않다[187].

위에서 소개한 독일연방법원의 판결례에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 의사로서는 환자가 진료에 관해 상세한 질문을 할 수 있을 정도의 基本的 說明을 하여야 하며, 환자의 질문이 없어도 專門家로서 인식할 수 있는 일정한 돌발적 사고의 可能性까지 제시하여야 한다[188].

다한증 사건에서 환자 사망을 초래한 腦梗塞은 그 발생 원인이 불명인 소위 醫院性 疾患인 것이다. 따라서 환자측의 蓋然的 素因 등을 엄밀

187) 의사에게 요구되는 說明 範圍는 해당 환자의 主觀的 狀況에 따라 판단하여야 한다. 위 주 104), 105) 참조. Vgl. BGH NJW 1992, 2354, 2355; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.177; O. Tempel, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1980, S.604, 611; MünchKomm/Mertens, Rn. 432: "Auch die Heranzeihung des § 254 in Fällen, in denen der Patient sein Aufklärungsbedürfnis nicht angemessen zu artikulieren versteht, ist problematisch. . . . Eine mangelhafte "Aufklärung des Aufklärungsbedürfnises" kann allerdings einen Verstoβ des Arztes gegen die Pflicht zu sorgfältiger Anamnese bedeuten." 過失相計를 인정한 최근 대법원 판결례로는 의사의 轉院 권유에 불응한 환자측의 과실을 인정한 대법원 1996. 6. 25. 선고, 94다13046 판결(판례공보 1996, 제16호, 2293 면 이하); 의사의 療養指導에 순응하지 않은 환자측의 과실을 인정한 대법원 1996. 4. 9. 선고, 95다14572 판결 등 참조.

188) 독일연방법원은, 기본적 설명은 이미 자신의 질병에 관해 경험이 있으며 지적이고 교육 수준이 높은 환자가 의사의 설명이 부족하다고 판단하여 질문을 할 정도의 것이어야 한다고 판시하고 있다. 따라서 환자측의 사유로 특별한 설명의 필요성이 결핍된 경우에 인정될 수 있는 過失相計는, 환자의 행동에 비추어 시술상의 문제점을 알고 있어 더 이상의 상세한 설명이 그의 결정을 좌우하지 않을 것이라는 결론에 이르른 경우에 예외적으로 인정될 수 있다고 한다. Vgl. BGH NJW 1976, 363, 364; MünchKomm/Mertens, Rn.441: "die erforderliche Basiserklärung"; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.172, 177. 위 주 100), 124), 180) 참조.

하게 검증하여 피고 의사의 賠償責任 制限 與否와 그 範圍를 판단하였어야 할 것이다[189].

이미 위에서 지적한 바와 같이 原因不明의 의료사고에서 의사의 진료상 重過失이 입증되어 因果關係의 立證轉換이 이루어지게 되면 종국적으로 實體的 責任歸屬과 연결되며, 의료사고로 초래된 모든 것에 대해 의사가 책임을 부담하게 된다. 그러나 의료의 특성상 적정한 진료가 이루어진 경우에도 환자의 질환은 파급적으로 발전되는 성향을 지니고 있어 損害危險 전부를 의사에게만 부담시키는 것은 공평하지 못하다. 이러한 의료사고의 특수한 성질을 감안하여 실무에서는 손해배상의 귀속범위를 사후적으로 교정하기 위해 過失相計, 다른 원인의 寄與度, 위자료 산정에 대한 法院의 裁量性 등으로 衡平性을 확보하려고 한다[190]. 그러나 이러한 경향은 적정한 법리 적용을 통한 합리적 문제 해결로서는 바람직하지 않다.

진료상 요구되는 義務違反은 물론, 說明義務違反에 의한 의사의 損害賠償責任도 관련 義務의 規範目的에 따라 損害賠償의 歸屬範圍를 구체적으로 劃定하여야 할 것이다[191]. 즉, 해당 의료사고에서 해당 설명의무

189) 환자측의 過失(Mitverschulden)이 아니라 손해 발생의 共同原因(Mitverursachen)의 寄與度를 고려하는 것을 의미한다. 대법원 1992. 5. 12. 선고, 91다23707 판결(법원공보 1992, 제923호, 1831면 이하)에서는 태아의 뇌손상에 제대권락현상의 기여도 50%를, 대법원 1994. 11. 25. 선고, 94다1517 판결(법원공보 1995, 제983호, 82면 이하)에서는 교통사고 환자의 기왕증 기여도 20%를, 대법원 1995. 4. 14. 선고, 94다29218 판결(법원공보 1995, 제992호, 1847면 이하)에서는 신생아의 열악한 신체적 소임의 기여도 30%를 인정하고 있다. 위 주 50), 51), 54) 등 참조. Vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.114; 梁三承, 앞의 논문, 761면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 218면 이하 참조. 프랑스 실무는 치유 기회의 상실을 손해배상책임의 근거로 하여 部分賠償을 인정하고 있다(Lehre von der Perte d'une chance). Vgl. E. Deutsch, a.a.O., VersR 1988, S.3 f. 醫院性 疾患(Introgenic disoder)에 관해서는 文國鎭, 앞의 책, 139면 참조.

190) 독일에서 因果關係의 立證轉換 法理 적용이 損害危險의 兩端的 歸屬(Alles oder nichts)를 초래한다는 지적은 D. Franzki, a.a.O., S.65 ff.; E. Deutsch, a.a.O., VersR 1988, S.3 f.; ders., a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.442 참조. 특히 배상책임의 범위를 판단함에 있어서 衡平法的 損害分配(eine billigkeitsrechtliche Verteilung)에 관한 지적은 E. Deutsch, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.445 참조.

191) Vgl. Esser/Weyers, 55 I 1 b), S.544 f.; K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.292 ff.

가 환자의 自己決定權 내지 人格權 保護와 더불어 身體的 完全性도 保護하려는 것인가를 보다 구체적으로 검토하여야 한다. 의사가 진료상 야기될 수 있는 危害를 說明하는 것은 환자로 하여금 그 발생 危險을 의식하고 자율적으로 결정할 수 있도록 하려는 데 있는 바, 說明義務의 保護目的과 그 範圍를 결정함에 있어서는, 특히 환자의 假定的 意思를 전제하고 있다는 점을 고려하여야 한다[192]. 따라서 개별 설명의무가 환자의 생명과 신체의 위해의 방지까지도 목적으로 하는가의 여부는, 한편으로 대상에 있어서 진료상 생명과 신체, 건강의 危害에 관련되어야 하며, 다른 한편으로는 해당 환자에게 의미하는 重要性, 즉 자신의 질병치유의 利益에 비추어 설명된 진료상 발생가능한 危害를 감수하지 않고 診療를 拒否하려는 정도의 것이었는가를 기준으로 판단하여야 할 것이다[193].

물론, 의료관계에서 의사에게 요구되는 注意義務의 保護目的 및 內容은 종국적으로 법원 실무에서 구체화되어야 할 것이다[194]. 현행 민법에서

192) Vgl. E. Deutsch, a.a.O., NJW 1989, 2313: "Die Problematik des Schutzbereichs der Aufklärung wird jedoch besonders akzentuiert durch die berührten Rechtsgüter und die Tatsache, da psychische Kausalität vorliegt. . . . Verletzung und Schaden entstehen durch die Entscheidung des Patienten für den Eingriff, die bei Aufklärung über das Risiko möglicherweise unterblieben wäre, also über die Psyche des Patienten." 위 주 142), 143), 150) 참조. 心理的으로 매개된 因果關係에 관해서는 위 주 24) 참조.

193) Vgl. MünchKomm/Mertens, Rn.455 f.; E. Deutsch, a.a.O., NJW 1989, S.2313 f.: Der Schutzbereich umfaßt den Typ des Risikos und seine Weiterungen, nicht andersartige Risiken. 구체적 기준으로서는 後遺症 發生率을 비롯하여, 전혀 非蓋然的이지 않은 危險에 관해서도, 환자의 의사 결정에 중요한 의미를 갖는 緊急性, 典型性, 결과의 深刻性, 해당 병원의 역량과 경험상 危害 등을 들 수 있다. Vgl. Geigel/Schlegelmilch, a.a.O., Rn.220; BVerfGE 52, 131, 178. 醫療契約關係에서 의사의 說明義務를 주된 給付義務로서 診療義務와 병행하는 독자적 내지 부수적 義務로 파악하는 경우에도[石熙泰, 앞의 논문, 司法行政(88. 12), 64면 이하 참조] 동일한 판단이 적용될 수 있다. Vgl. S. Jungnickel/G. Meinel, Aufklärungsdefizit und verwirklichtes Risiko, MDR 1988, S.458; MünchKomm/Mertens, Rn.420.

194) Vgl. MünchKomm/Mertens, Rn.423 a.E. 이와 관련해서는 독일 실무에서 去來安全義務가 구체화되는 양상을 참고해 볼 수 있다. Vgl. Esser/Weyers, 55 II 3 e). 規範目的論(Normzwecklehre)에 따를지라도 개별 사안에 있어서 法的 義務의 保護範圍는 실무에

의료계약상 給付義務의 不完全履行 또는 不法行爲의 責任歸屬은 一般條項(민법 제390조, 제750조)의 구체화를 필연적으로 수반하는 것이며, 그러는 한 개별 의료에서 의사에게 요구되는 說明義務의 注意內容도 구체적으로 설정되어야만 한다. 특히 損害賠償 範圍를 정함에 있어서 지적되어야 할 점은 민법 제393조의 해석이다. 통설과 판례가 따르는 소위 折衷的 相當因果關係說에 의해서는 相當性 기준의 모호로 인해 책임귀속으로서 損害賠償의 範圍를 올바르게 획정할 수 없다[195]. 제393조의 해석에 있어서도 해당 法的 義務의 保護目的과 그 範圍에 따라 통상 및 특별손해의 귀속범위를 정하는 것이 타당하다[196].

서 구체적으로 결정하여야 한다는 점에서 相當因果關係說과 다를 바 없는 불명료함을 지니고 있다는 비판이 제기된다. Vgl. P. Gottwald, a.a.O., KF 1986, S.12. 그렇지만 責任歸屬 標識의 機能性은 그 구체화의 필요성에 의해서가 아니라 規範的 標識로서 法的 評價를 구체화시킬 수 있는 創出的 有用性이 있는가에 의해 판단되어야 한다. 相當性 判斷은 事實的 因果性으로부터 법적 판단을 구체화시킬 수 있는 分析力과 言明力이 결여되어 있다.

195) 판례의 주류는 相當因果關係說을 따르면서 責任의 成立要件으로서 責任設定的 因果關係와 그 효과로서 賠償責任의 範圍를 결정하는 責任充足的 因果關係를 구별하지 않고 相當性 判斷으로 일괄하여 취급하고 있다. 그러나 현행 민법은 責任成立의 要件規定(민법 제390조, 제750조)과 그 效果로서 損害賠償의 範圍는 별개로 規定(민법 제393조, 제763조)하고 있는 바, 분리하여 인식하여야 한다. 그렇지만 양자를 구별하여 인식한다는 것이 별개의 상이한 責任制限的 規準이 적용되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 責任歸屬 範圍의 限界 設定은 그 成立에 관한 規範的 判斷과 분리될 수 없다. 安法榮, 앞의 논문, 判例硏究 第8輯, 1996, 190면 이하 참조. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1988: "Für eine wertungsjuristische Methode ist Grundschutz und Folgenschutz nicht zu trennen. Die Heranziehung des Schutzbereichs der Tatbestandnorm wird dann vollends unentbehrlich, wenn der Grundschutz der verschiedenen Normen wie in § 823 Abs.1 BGB gleicherma*ß*en gewährt wird."; ders., a.a.O., VersR 1988, S.3.

196) 위 주 33), 140); H. Lange, a.a.O., 4 § XII 3, S.201 ff.; O. Mühl, a.a.O., FS für H. Lange, 1992, S.587 f. 참조. 規範目的說에 따른 민법 제393조의 해석에 관해서는 安法榮, 앞의 논문, 244면 이하 참조. 해당 거래계의 一般的·客觀的 注意義務가 포착하고 있는 保護範圍內의 손해는 通常損害로, 가해 행위자 개인이 손해원인의 사실을 특별히 예견했거나 예견할 수 있어 요구되는 注意義務로써 보호되어야 하는 法益의 損失은 特別損害로 배상되어야 한다. 나아가 直·間接 損害의 구별과 相當因果關係說과 危險性關聯說에 관해서는 安法榮, 앞의 논문, 205면 주 62) 참조.

4. 責任體系構成의 再檢討

의사의 설명의무위반은 의료사고 책임법에 고유하고 특수한 法理로 자리를 굳히고 있다. 그러나 위 사건 판결들의 검토에서도 나타나듯이 醫療事故 責任歸屬體系의 외양적 지위와는 달리 그 實體的 機能性은 재검토가 필요하다[197].

가. 違法性判斷

독일연방법원은 제국법원의 판결[198]에 따라 환자 신체에 대한 의사의 진료 시술을 構成要件에 해당하는 身體侵害行爲(tatbestandsmäßige Körperverletzung)로 파악하고, 이를 정당화할 수 있는 요건으로서 환자의 事前 同意가 필요하다고 판결하였다[199]. 이러한 고전적인 견해에 따르면 민사책임법상 환자의 신체에 대한 의사의 진료행위, 즉 시술상 오류가 없는 진료행위도 절대적 보호법익인 身體에 대한 侵害로서 違法性을 徵表하며, 이를 阻却하기 위해서는 환자의 有效한 同意가 있어야 하는 바, 환자의 동의는 그 본질에 있어서 의사의 違法한 身體侵害行爲를 소극적으로 正當化하는 기능을 하는 것에 불과하였다.

의사의 侵襲的 診療施術이 환자의 身體를 侵害하는 違法한 行爲로 徵表된다(indiziert)는 법리 구성은 結果不法論의 관점이라고 할 수 있다[200].

---

197) 倫理的 측면에서 說明義務의 검토는 E. Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes - Ethische und rechtliche Grundlagen der Information des Patienten -, VersR 1981, S.293 ff.;

198) RGZ, 151, 349(352). 이미 형사법 판결에서는 RG, 31. 5. 1894 Rep 1406/94 (RGSt 25, 375). Vgl. BGH NJW 1959, 825; 1978, 1206; BGE 99 IV 210; 113 Ib 423.

199) Vgl. BGHZ 7, 198(206); BGH NJW 1956, 1106; BGHZ 67, 49; 103, 394; RGRK/Nüßgens, Rn.139 ff; Esser/Weyers, § 55 I 1 b); E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1985 f.; F. J. Kaufmann, a.a.O., S.30 f., 34 f.; D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.51.

200) 違法性 判斷에 관해서는 근본적인 학리적 관점, 즉 結果不法論과 行爲不法論이 대립되어 있다. 民事責任法에 있어서도 不法(違法性) 判斷은 인간의 行態, 즉 法規範이 행위자에게 요구하는 注意義務의 違反行爲를 그 대상으로 한다. 法規範은 評價規範인 동시에 意思決定規範이며, 그 命令과 禁止는 평가된 秩序狀態를 전제하고 있다. 그러

이와 같이 환자의 유효한 동의를 違法性 阻却事由로서 파악하는 고전적 견해는 오늘날 의료사고 소송에서 그 實體的 當爲性이 약화되었음에도 불구하고 그 법리적 구성의 기능적 의미는 잔존하고 있다. 특히 의료사고의 책임법적 기초가 過失責任原則에 놓여 있는 한, 違法性과 立證負擔 分配의 判斷은 밀접한 관계를 갖고 있는 바, 통설과 판례는 이를 기초로 하고 있다[201].

므로 法規範의 違反行爲는 法益侵害 내지 法益侵害의 危險性에 지향되어 있는 行爲로서의 反價値性을 의미한다. 즉, 不法은 行爲와 그 結果를 함께 그 反價値 判斷의 대상으로 한다. Vgl. W. Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S.51 ff.; J. Esser, Handlung-Tatbestandsmäßigkeit-Rechtswidrigkeit-Verschulden, in: KF 1959, S.15 f.; R. Wiethölter, Der Rechtsfertigungsgrund des Verkehrsrichtigen Verhaltens, 1960, S.34 usw. 특히 형법학에서의 논의는 沈在宇, 刑法에 있어서 結果不法과 行爲不法, 法學論集, 第20輯(1982), 129면 이하, 140면; 金日秀, 韓國刑法 I, 1996, 253면; 裵鍾大, 刑法總論, 1996, 165, 257면 참조. 현행 민사책임법에서는 아직도 結果不法論을 극복하지 못하고 있다. 違法性의 本質에 관한 이론적 논의를 차치하더라도 현행 민법의 解釋論으로서 그 適正性에 관한 의문이 제기된다. 독일민법 제823조는 생명, 신체, 건강, 소유권 등의 소위 絶對的 法益의 侵害를 그 구성요건으로 규정하고 있는 바, 독일민법의 입법자는 그 침해가 있는 경우에는 違法性이 徵表되는, 즉 結果不法論에 따르고 있다. 그러나 산업화로 인한 사회생활관계의 변천, 위법성의 본질에 관한 학리 발전, 그리고 독일 민사 실무에서 去來安全義務(Verkehrssicherungspflicht)의 발전적 형성으로 민사법에서도 행위불법론에 의한 수정은 불가피해졌는 바, 학설은 行爲不法論의 입장에 있으면서도 독일민법 제823조의 해석에 있어서는 法益侵害를 전제로 하는 견해가 주류를 이루고 있다. Vgl. R. Wiethölter, a.a.O., S.26 ff.; E. v. Caemmerer, Wandelungen des Deliktsrechts, Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.547; W. Münzberg, a.a.O., S.53, 176 ff., 341 ff.; Esser/Schmidt, Bd.I/2, § 25 III, S.55 ff.; Esser/Weyers, § 55 II 3, S.557; H. Kötz, a.a.O., Rn.98 ff., 103; Soergel/Wolf, § 276 BGB, Rn.22; MünchKomm/Mertens, § 823 BGB, 2.Aufl., 1986, Rn.21 ff., 3.Aufl.(1997), Fahne, Rn.361 ff.; Staudinger/Schäfer, § 823 BGB, Rn.1 ff.; E. Deutsch, a.a.O., S.195 ff., 443 ff.; ders., Allgemeines Haftungsrecht, 2.Aufl., 1996, S.147 ff. usw. 특히 行爲論, 그리고 違法性 判斷에 있어서 直·間接侵害를 구별하는 독일 학설에 대한 비판적 검토는 安法榮, 앞의 논문, 214면 이하 참조.

201) 대법원 1993. 7. 27. 선고, 92도2345 판결(법원공보 1993, 제953호, 2469면 이하); 梁三承, 앞의 논문, 747면 이하; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(下), 法曹(1991, 1), 76면 이하; 民事法學 第9·10號(1993), 339면; 沈在宇, 앞의 논문, 省谷論叢(1996), 923면 이하; 金日秀, 앞의 책, 617면 이하 참조. Vgl. BGH 29, 46; BVerfGE 52, 131, 168; K. Nüßgens, a.a.O., FS für F. Hauß, 1978, S.288 f.; F. J. Kaufmann, a.a.O., S.52 ff.; MünchKomm/Mertens, § 823 BGB, Rn.370. 오스트리아와 스위스도 의사의 진료행

오늘날 의료사고 소송에서 의사의 說明義務違反이 중심적 역할을 하게 되는 근본적 원인은 의료전문가인 의사와 환자 사이의 醫學的 知識과 情報의 격차에 있다[202]. 의학적 문외한인 환자 대부분에게는 복잡하고, 심각한 결과를 초래하는 의학적 시술에 대한 올바른 意思形成이 사실상 불가능하므로 의사의 전반적인 說明이 요청된다. 따라서 환자에게 危害性이 수반되는 醫療行爲뿐만 아니라, 의료관계의 대등한 主體로서 환자의 決定의 自由 내지 自己決定權 尊重이 중심을 이루어 가고 있다. 즉, 환자의 有效한 同意는 의사의 충분한 說明을 듣고 환자가 자신의 생명, 건강, 신체에 대한 自律的 處分을 결정할 것을 전제한다[203].

이와 관련해서 의사의 환자 신체에 대한 침습적 진료행위를 違法한 身體侵害行爲로 볼 수 있는가에 관해 보다 근본적인 의문이 제기된다[204].

위를 원칙적으로 身體侵害의 構成要件에 해당하는 것으로 파악한다. Vgl. OGH, JBl 1983, 373(374); EvBl 1987/31(145): "Verstößt (der Arzt) gegen diese Verpflichtung (der Aufklärung), so hat er eine eigenmächtige Heilbehandlung(§ 110 StGB) zu vertreten und haftet auch bei kunstgerechtem Eingriff für die dadurch eingetretenen Schäden wegen Verletzung dieser Schutznorm(§ 1311 ABGB)."; H. Koziol, a.a.O., S.119; H. Speiser, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, JZ 1988, S.744 ff.(746); BGE 99 IV 208; B. Eisner, a.a.O., S.27.

202) 위 I 1 참조. Vgl. D. Hart, a.a.O., S.5 ff., 21 ff.; B. Eisner, a.a.O., S.196.

203) 위 IV 2, 3; BVerfGE 52, 131, 175 ff.: "Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität", "Voraussetzungen der Abwägungsmöglichkeit" 참조.

204) 醫療行爲의 法規範的 評價에 있어서 의학적 진료행위에는 無害(nil nocere)의 原則이 근본적으로 인정된다. 대법원 1959. 7. 9. 선고, 4921민상504 판결 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.23, Fn.40; H. - L. Weyers/W. Mirtsching, Zum Stand des Arzthaftungsrechts, JuS 1980, S.317 ff.; Esser/Weyers, a.a.O., § 55 I 1; A. Laufs, a.a.O., Rn.174 ff.:"Gebot des nil nocere"; ders., Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, S.2025 ff.; ders., Fortschritte und Scheidewege im Arztrecht, NJW 1976, S.1121(1123); A. Laufs/Uhlenbruck, § 63, Rn.2, 68, Rn.22; MünchKomm/Mertens, Rn.358 ff.; B. Eisner, a.a.O., S.203 ff., 209 ff.; K. Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung(1930), Recht und Medizin, 1990, S.134 ff.; P. Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht (1961), Recht und Medizin, 1990, S.171 ff. 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 278면; 金永煥, 醫療行爲의 刑法解釋學的 問題點, 刑事判例研究, 1994, 54면 이하 참조. 독일연방법원이 의사의 說明義務를 환자의 自己決定權에 초점을 맞춘 것은 사실상 기존의 법리 구성, 즉 유효한 同意가 없는 身體侵害의 不法에

의사의 의료시술은 환자 신체를 훼손하는 것이 아니라 건강의 회복과 치료를 목적으로 하고 있는 바, 이를 違法한 身體侵害行爲로 이해하는 것은 본질에 반하며, 醫療職에 대한 경시라는 것이다[205].

나. 立證分配

위와 같이 침습적 진료행위의 본질을 신체침해행위로 파악하는 것에 대한 비판적 논의에도 불구하고 結果不法論의 관점은 의료사고 소송의 立證分配에서 환자에게 유리한 법리적 기초를 제공하고 있다. 즉, 의사는 身體侵害의 違法行爲를 正當化하기 위해 免責立證, 즉 환자의 유효한 同意와 그 전제로서 적정한 說明義務의 履行을 證明하여야 한다[206]. 그러나 이러한 법리는 說明義務違反 立證에 있어 유리한 환자측이 損害賠償請求를 관철하기 위해 - 경우에 따라서는 의사의 診療誤謬 없이 단순히 - 說明義務違反을 주장하는 경향을 초래하고 있다[207]. 즉, 의료사고

대한 責任(Haftung für Unrecht qua Körperverletzung ohne wirksame Einwilligung)이라는 교조적 법리를 벗어난 것으로 평가할 수 있다. 환자의 동의를 違法性阻却에만 국한한다면 배상범위를 결정함에 있어 規範目的에 따른 違法性關聯 判斷은 이루어질 수 없다. Vgl. Esser/Weyers, § 55 I 1, S.544, Fn.12.

205) Vgl. MünchKomm/Mertens, Rn.360. 이러한 반론에 대한 이견은 D. Giesen, a.a.O., FS für J. Skapski, 1994, S.52. 의료행위가 원칙적으로 適法이라는 관점에서 의사의 진료행위는 醫學的 適應性(Indikation)에 의해 正當化되며, 환자의 同意는 이러한 正當性을 제한하는 것에 불과하며, 따라서 환자의 동의를 넘는 경우에는 정당화될 수 없으나 그 責任은 환자의 同意를 逸越한 한에서만 귀속된다는 견해는 B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.151 ff. 참조. 이에 대한 비판은 S. Jungnickel/G. Meinel, a.a.O., MDR 1988, S.456 ff. 참조. 그밖에 刑事責任에 관해서는 위 주 157) 참조.

206) 權五乘, 앞의 논문, 15(16)면 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O., S.22: "das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung zur Rechtfertigung des Eingriffs"; W. Dunz, a.a.O., S.15; Musielak/Stadler, a.a.O., Rn.276; D. Franzki, a.a.O., 120 ff.; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn.44; H. Prütting, a.a.O., in: KF 1989, S.10 L.

207) Vgl. Esser/Weyers, § 55 I 1 b): ". . . der Sack der Aufklärungspflichtverletzung geschlagen wird, wo der Esel des . . . Kunstfehlers getroffen werden soll."; W. Dunz, a.a.O., S.16; H. Kötz, a.a.O., Rn.96; D. Medicus, a.a.O., 98, Rn.351; W. Brügmann, a.a.O., NJW 1977, S.1473; R. Bodenburg, a.a.O., NJW 1981, S.601 f.; W. Wachschmuth/H. - L. Schreiber, Das Dilemma der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1981, S.1985 f.; E. Deutsch, a.a.O., VersR 1981, S.293 ff.; A. Laufs, a.a.O., Rn.173: "Auffangtatbestand"; D. Franzki, a.a.O., S.122; G. Baumgärtel, a.a.O., Rn. 48 f.; MünchKomm/Mertens, Rn.355,

소송에서 환자측이 의사의 진료상 過失行爲를 증명하기 어려운 때에 의사가 진료상 危害에 대한 事前 說明을 충분히 하지 않은 違法이 있다고 주장하게 되는 것이다. 결과적으로 이러한 설명의무위반의 便宜的 轉用은 일차적으로 因果關係, 違法性關聯, 損害賠償 範圍 등에 관한 法理構成을 오도하며[208], 궁극에는 환자와 의사 사이의 특별한 信賴關係를 깨뜨려[209] 환자의 생명과 건강을 위한 社會的 職業 召命에 충실한 적극적 醫療行爲에서 야기될 수 있는 법적 책임을 회피하기 위한 防禦的 醫療를 초래할 것이다[210]. 따라서 독일의 실무는 양자를 엄격하게 분리하여 취급한다[211].

421; 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 275면 참조.

208) Esser/Weyers, a.a.O., Fn.12; vgl. H.- L. Weyers, a.a.O., S.23 ff. 112; Geigel/Schlegelmich, a.a.O., Rn.218: "Die wohl verstandene Aufklärungspflicht des Arztes darf nicht dazu miβbraucht werden, durch eine sachlich nicht gerechtfertigte überspannung gewissermaβen durch die Hintertür eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung zu schaffen."

209) E. Steffen, Sitzungsbericht I zum 52. DJT, 1978, S.13 f.: ". . . Patientenvertrauen als Kapital für die Therapie dadurch zu zerstören, daβ der Patient auf diese Weise bösgläubig gemacht wird."; E. Deutsch, a.a.O., VersR 1981, S.296 f.

210) Vgl. BVerfGE 52, 131, 170: "Anderseits läβt sich in diesem Bereich sozialer Einbindung in den für das Gemeinwohl unabdingbaren Berufsauftrag des Arztes diesem nicht die ganze Last des Arzt-Patientenverhältnisses auferlegen. . . . Verlangt werden muβ, . . . der auch von Seiten des Patienten mitverantwortlich gefährte Dialog, soll nicht im Blick auf die Folgen beruflicher Haftung die als besonders gefahrgeneigt angelegte Tätigkeit des Arztes in eine defensive Rolle gedrängt werden, die dem Sozialauftrag der Medizin nicht mehr gerecht werden kann." 의료에 관해 전문적 職業責任을 인정하지만 다른 전문직업인, 예를 들어 변호사나 공증인 등에게 요구되는 바와 같이 최선의 확실한 방법을 요구(Gebot des sichersten Weges)하는 것은 아니다(위 Ⅲ 2 참조). 따라서 소극적인 防禦的 醫療(z.B. Formularpraxis)에 대한 우려를 醫師의 保護 내지 患者의 損害로 지나치게 강조되는 것은 또한 옳지 않다[위 주 155) 참조]. Vgl. E. Steffen, a.a.O., ZVersWiss 1990, S.35; K. Nüβgens, a.a. O., FS für R. Nirk, 1992, S.746; B. Eisner, a.a.O., S.203 ff.

211) 다만 代替診療(Behandlungsalternativen)에 대한 설명의무은 구체적 상황에서 실제적으로 고려되는 경우에 인정된다. Vgl. E. Steffen, a.a.O., S.143 ff.; ders., a.a.O., ZVersWiss 1990, S.38: "miβbräuchlichen Berufung des Klägers auf das Aufklärungsversäumnis zur Durchsetzung einer Haftung"; MünchKomm/Mertens, Rn.422; W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.163.

다한증 사건 판결에서 대법원은 환자측이 說明義務違反을 主張·立證토록 하고, 그 실체적 효과로서 損害賠償의 範圍는 違反 程度에 비추어 판단하고 있는 바, 解釋論 構成의 법리로서 위에서 제시한 바와 같은 재검토가 필요할 것이다[212].

다. 解釋論 構成의 檢討

의사의 환자 신체에 대한 侵襲的 診療行爲는 의사와 환자 사이에 의료관계가 성립되어 있음을 전제로 하고 있는 것이며, 이러한 관계가 전제되지 않은 일상의 法益侵害行爲에 관해 민법 제750조가 규율하려는 기타의 不法行爲와 동일시할 수 없다[213]. 醫療는 그 본질상 사회생활의 필수불가결한 制度로서 허용되어 있는 것이다. 의사의 診療行爲에 대한 法的 評價는 그 行爲의 社會的 意味, 즉, 法共同體의 規範的 評價에서 포착되어야 할 것이다. 의료사고를 불법행위 또는 의료계약위반의 채무

212) 위 IV 6 참조. 다한증 사건 판결에서 대법원은 한편으로 의사의 過失 醫療行爲와 환자의 損害 사이의 因果關係를 사실상 推定하여 그 立證을 의사측에 전가시키고(위 II 2 참조), 다른 한편으로는 기존의 結果不法論의 입장에 관한 아무런 의견도 제시하지 않고 그 違法性阻却事由에 해당하는 說明義務履行에 관해서 의사측이 아니라 환자에게 立證토록 하여 法理 構成의 混沌을 보이고 있다. 이러한 태도는 의료사고 소송에서 說明義務違反에 대해 責任歸屬 要件으로서 독자적 지위를 인정하는 것으로 볼 수도 있겠다. 그러나 판례가 違法性判斷의 법리적 기초를 行爲不法論으로 변경한 것으로 평가하는 것은 성급한 결론일 것이다. 오히려 이는 실무가 개별 사건의 구체적 타당성에 집착하여 법리적 구성에 관한 면밀한 검토가 없음을 반증한다. 의료관계에 있어서 의사의 說明義務履行을 소극적인 違法性阻却의 事由로만 파악할 수 없다는 結果不法論的 認識의 法機能的 限界를 노출하고 있는 바, 行爲不法論에 입각한 현행 민법의 해석론 구성이 불가피함을 보여 주고 있다. 설명의무위반에 있어서 立證에 관한 독일의 학계 견해들에 관한 일별은 F. J. Kaufmann, a.a.O., S.36 ff.

213) 대법원 1976. 6. 8. 선고, 76도144 판결(법원공보 1976, 제540호, 9237면): 「피고인이 태반의 일부를 떼어낸 행위는 그 의도, 수단, 절단 부위 및 그 정도 등에 비추어 볼 때 의사로서의 정상적인 진찰행위의 일환이라고 볼 수 있으므로 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다.」; 金永煥, 앞의 논문, 60면:"의사의 치료행위는 . . . 전체적·통일적인 관점에서 파악해야 하며, . . . 형법구성요건은 금지의 실질을 확정하는 불법구성요건이기 때문에 의사의 치료행위는 일상적인 상해행위와 동일선상에 올려 놓을 수는 결코 없다."

불이행책임으로 할 것인가의 민사법 체계의 법리적 구성 문제에 집착하기 이전에 오늘날 의료관계에서 의사에 대한 法規範的 要請을 직시하고, 이를 합리적으로 규율할 수 있는 실천적 법리의 구성을 모색하는 것이 方法的으로 바람직하다.

민사책임법의 궁극적 목적은 損害危險의 적정한 分配와 歸屬에 있다. 의사의 진료행위에서 야기된 사고에 대해 不法行爲法을 適用함에 있어서는 社會的 存在者로서 醫師의 구체적 事故 環境, 즉 醫療關係에서 요구되는 客觀的 注意義務의 受規範者로서의 診療行爲를 평가하여야 한다[214]. 이러한 관점에서 현행 민법상 불법행위책임의 기본적 구성요건인 민법 제750조는 故意·過失에 의한 違法行爲를 그 중심적 요건으로 하고 있는 바, 行爲不法論에 따라 解釋하는 것이 타당하다[215]. 특히 현행 민법 제750조의 二重的 開放性을 갖고 있는 바, 保護法益의 判斷과 동시에 이에 대한 注意義務가 具體化되어야 한다.

오늘날 의사의 진료행위는 환자의 신체 侵襲이라는 結果 또는 그 因果的 外樣 또는 의사가 의도하는 主觀的 目的에 의해서만 평가될 수 없다. 진료행위 그 자체에 대한 適法 또는 違法이 아니라 그 결과로서 초래되는 法益侵害, 즉 환자의 생명·신체·건강 침해라는 危險性을 내포한 行爲가 이루어지는 社會的 關係를 規範的으로 평가·고찰하여야 한다[216]. 환자는 자신의 생명과 신체에 대한 不可侵의 權利를 갖고 있으며,

---

214) 독일 제국법원은 身體의 非損傷性(Unversehrtheit des Körpers: RGZ 151, 349), 위법한 신체침해(rechtswidrige Körperverletzung)이라는 용어를 사용하기 시작하였다. 이러한 槪念標識에 대한 비판은 W. Brügmann, a.a.O., NJW 1977, S.1474 f. 참조. 독일연방법원은 이미 身體侵害(Körperverletzung)라는 용어를 사용하지 않고, 환자의 身體的 完全性에의 侵襲(Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten)이라고 표현하고 있다. Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für R. Nirk, 1992, S.746 f.

215) 安法榮, 앞의 논문, 208면 이하 참조. Vgl. H. - L. Weyers, Der Schleier der Rechtswidrigkeit, in: Liber Amicorum Josef Esser, 1995, S.235 ff. 違法性과 說明義務의 구조적 연계에 대한 지적은 W. Dunz, a.a.O., MedR 1984, S.85: "Sofern sich die Rechtsprechung nicht endlich zur Aufgabe des Erfolgsunrechts entschliet, müβte für die ärztliche Aufklärungshaftung, . . . , eine Nische geschaffen werden, ..." 참조.

216) Vgl. W. Dunz, a.a.O., S.25: "Gefährdungsgedanke"; Esser/Weyers, 55 II 3 d): "Sorgfaltspflichten können erst bei einer bestimmten Wahrscheinlichkeit der Gefährdung

이는 自己決定權으로 보장되는 바, 오늘날 의사의 侵襲的 診療는 환자의 同意에 의해서만 허용된다[217]. 의사의 설명의무는 그 현행 민사책임귀속 체계의 법리적 구성 내지 적용 이전에 醫療關係에서 患者保護를 위한 社會 一般의 法規範的 要請인 것이다. 그러므로 醫療關係에서 환자

---

anderer einsetzen." 說明義務를 違反한, 그러나 적정한 진료행위에 수반되는 부수적 결과는 의사의 영역에서 비로소 창출되는 危險이 아니므로 이를 의사에게 귀속시키는 것은 옳지 않다는 점에서 危害의 觀念에 대한 비판이 피력되기도 한다. 그렇지만 이러한 견해는 타당하지 않다. 의사의 說明義務違反에 대한 責任歸屬은 危險의 原因에 대한 것이 아니라 그러한 危險을 초래할 수 있는 行爲에 대해 法規範이 요구하는 注意의 違反에 대한 責任歸屬을 의미한다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1988 R: "Was gut für einen Menschen ist, soll er nach unserer freiheitlichen Grundordnung in eigener Verantwortung entscheiden. . . . Deswegen und wegen des gestörten Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit für die normale Operation wird man in erster Linie einen anderen Haftungstatbestand als Körper- und Gesundheitsverletzung zu prüfen haben.", S.1989 R: "Es ist zutreffend, daß sie zunächst die Entscheidungsfreiheit des Patienten verletzt. Diese Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist jedoch transparent. Hinter ihr erscheint der Eingriff in den Körper und die Gesundheit, in deren Schutzbereich der Vermögensschaden und die immaterialle Unbill auftreten."

217) 위 IV 2. 대법원은 교통사고로 인한 응급 환자를 개복수술하였으나 하대정맥 및 총장골동맥 파열로 인한 과다출혈로 결국 사망한 사건 판결[대법원 1995. 4. 25. 선고, 94다27151 판결: 위 주 65) 참조]에서 「설명의무위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 위 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습(侵襲)을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 할 것이고, 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다」고 판시하고 있다. 위 사건의 개별 상황에 비추어서는 판결의 結果的 妥當性을 인정할 수 있으나 說明義務가 요구되는 상황적 대상을 수술 등의 과정 및 사망 등의 부정적 결과 발생의 蓋然性이 있는 醫療行爲에 한정함으로써 自己決定權으로 구체화되는 환자의 人格權 保護範圍를 제한한 논지는 타당하지 않다.

의 自己決定權을 保障하기 위해 요구되는 의사의 說明은 그 고유의 規範的 機能에 비추어, 그 違反을 독자적 責任構成要件으로 포착·구성하고, 賠償責任의 歸屬도 이에 상응하게 판단하여야 한다[218]. 따라서 의료관계에서 의사가 說明義務를 적정하게 이행하지 않고 한 진료행위는 민법 제390조 違反의 債務不履行(不完全履行) 또는 민법 제750조의 不法行爲의 責任構成要件을 충족한다. 이러한 관점에서 說明義務違反을 이유로 손해배상을 청구하는 환자측이 이를 主張·立證하도록 판시한 위 대법원의 판결은 타당하다.

醫療關係에서 의사의 說明義務는 환자 자신의 "알" 權利의 充足, 즉 자유로운 自己決定의 보장으로서 人格權 그 자체의 보호에만 그치는 것이 아니라[219], 환자 자신의 생명과 신체, 건강의 보호를 위해 의사로부터

---

218) 양자를 분리하여 고찰하는 점에서는 같으나, 說明義務를 환자의 人格權의 하나인 自己決定權 保護에만 국한하려는 견해는 金天秀, 앞의 논문, 民事法學(제7호), 238, 246, 249면 참조. 刑事法에서도 違法性 모델이 아니라 構成要件的 모델에 의한 해결을 검토하는 견해는 金永煥, 앞의 논문, 61면 이하 참조.

219) 의료관계에서 侵襲的 診療에 대한 환자의 承諾에서 뿐만 아니라 처분가능한 法益에 대한 權利者의 事前 同意를 무시한 때에는 일반적으로 해당 法益만이 아니라 處分決定의 自由(Dispositionsfreiheit)도 침해하게 된다. 따라서 해당 法益의 損害 외에 결정의 자유가 어느 범위에서 보호되어야 하는가를 구체적으로 검토하여야 한다. 설명의무의 위반이 있는 경우에도 진료시술은 성공적이어서 환자에게 생명·신체의 損害가 없거나 해당 損害가 說明義務의 保護範圍 밖에 있는 경우에는 損害가 없어 그 賠償請求의 成立要件은 탈락되어 있다. 그러나 종국적으로 환자의 自己決定權을 내용으로 하는 人格權의 侵害로 인한 不法行爲(민법 제750조)에 의한 損害賠償(慰藉料)의 문제만이 남게 될 것이다. Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, 1978, S.292 f. 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결(법원공보 1994, 제969호, 1440, 1442면)에서는 의사가 설명의무를 다하였다 하더라도 환자로서는 심근경색 등으로 인한 불안정한 협심증으로 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없어 수술 후 심장마비 및 뇌저산소증으로 인한 뇌손상의 손해배상을 부인하였으며, 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결(법원공보 1994, 제969호, 1434, 1436면)에서도 의사의 설명의무위반으로 환자의 승낙권이 침해되었고, 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었으나 환자의 신체장해 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다고 판결하였다. 최근의 하급심 판결[서울지방법원 1997. 2. 19. 선고, 95가합48358(법률신문 1997. 3. 24., 10면 이하)] 은 心房中隔缺損手術에서 의사가 수술위험성을 정확하게 설명하지 않고 수술의 필요성만 강조하여 환자의 보호자들이 수술을 승낙케 함으로써 說明義務를 違反한 경우에 慰藉料의 賠償만을 인정하고 있다. 최근 독일의 下級審(LG Köln)에서는 환자의 同意 없는 후천

진료에 관해 설명을 듣고 이를 기초로 侵襲的 施術의 受忍 여부를 결정하려는 것이므로 궁극적으로 환자의 生命, 身體, 健康 保護를 목적으로 한다. 그러므로 개별 醫療關係에서 의사에게 요구되는 설명의무가 지향하는 實體的 保護目的을 평가·판단하는 데는 구체적이고 분석적인 논증이 있어야 할 것이다[220].

오늘날 醫療生活關係에서 발생하는 설명의무위반 사고에는 해당 醫療關係에 즉응한 적정한 差別的 取扱을 도모할 수 있는 法理構成이 요청되는 바, 현행 不法行爲法 解釋에 있어서 結果不法論에 따른 획일적 違法性 判斷과 막연한 衡平性 判斷에 불과한 相當因果關係說을 극복하고, 行爲不法論의 관점에서 의료관계에서 보호되어야 할 法益에 상응하는 注意義務의 違反을 구체적이고 실증적으로 검토하는 解釋的 轉換이 필요하다[221].

성면역결핍증 항체검사(HIV-Antikörpertest: sog. AIDS-Test)에 대해 환자의 自己決定權 및 人格權 침해로서 慰藉料 賠償을 인정한 판결이 주목된다. 독일 학계의 지배적 견해도 이에 찬성한다. Vgl. LG Köln, NJW1995, 1621(= MedR 1995, 409 ff. mit Anm. v. M. Teichner); AG Möllen, NJW 1989, 775; LG L beck, NJW 1990, 2344; W. Uhlenbruck, Schmerzensgeld wegen HIV-Test ohne Einwilligung des Patienten, MedR 1996, S.206 f.; A. Laufs, a.a.O., Rn.229; D. Giesen, Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, S.1053(1059 f.); ders., a.a.O., Rn.245. 독일연방법원은 慰藉料를 說明義務의 중대한 違反이 있는 경우에만 인정한다. Vgl. W. Frahm/W. Nixdorf, a.a.O., Rn.199. 慰藉料를 身體 完全性의 侵害 자체에 대한 制裁(Sanktion für die rechtswidrige Verletzung der körperlichen Integrität als solche)로서 성질을 파악하여 환자가 적정한 설명을 들었다면 유효한 同意를 했을 때에도 인정하는 견해는 MünchKomm/Mertens, Rn.457 참조. Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., FS für F. Hauβ, 1978, S.293 f.

220) 위 주 181) 참조. Vgl. K. Nüβgens, a.a.O., S.292 f.: "Die Verursachung des weiteren Schadens - die Folgen des zwar lege artis durchgeführten, aber miβlungenen ärztlichen Eingriffs - erhält ihren Unrechtsgehalt aber - sofern feststeht, daβ der Patient bei Aufklärung eingewilligt hätte - nicht im Hinblick darauf, daβ sein Selbstbestimmungsrecht überspielt wurde, daβ ohne (reale) Einwilligung eingegriffen worden ist." 刑事 判決에 있어서도 대법원은 피해자 承諾의 有效性을 고려하고 있으나 이에 전제되는 說明義務의 구체적 範圍와 限界에 대해서는 검토하지 않고 있다. 대법원 1993. 7. 27. 선고, 92도2345판결(법원공보 1993, 제953호, 2469면 이하); 金永煥, 앞의 논문, 62면 참조.

221) 예를 들어 診斷과 환자 疾病의 展開, 그리고 診療施術 過程과 이에 수반되는 危險에 관해 요구되는 의사의 說明은 이를 기초로 환자가 자유로운 決定에 의해 처분을 감

VI. 맺는 말

이상에서 대법원의 多汗症 事件 判決에 대한 검토에서 의료사고의 不法行爲責任에 관한 일부 要件들, 즉, 因果關係, 過失, 說明義務를 중심으로 검토하면서도 인식할 수 있듯이 오늘날 醫療事故는 현행 민법의 실정 규정의 규율범위를 넘는 責任法 分野을 이루고 있다. 따라서 解釋論的 解決을 시도하는 소송 실무에서는 因果關係의 立證分配, 진료상 過失 판단, 說明義務 등에 있어서 法官의 法發展的 規範 形成의 요구 또한 당연히 증폭되고 있다. 그렇지만 개별 사건의 具體的 妥當性에 집착하여 責任歸屬의 基本原理, 즉 過失責任原則을 이탈하는 것은 바람직하지 않다. 현행 민법의 기반을 이루는 規範的 評價 原理, 그리고 法制度의 構成體系를 도외시하고 개별 사안에 대한 法官의 주관적 확신 내지 직관에 의존한 판결들에 의해 형성되는 假裝의 法理는 현행 民事法 秩序의 왜곡과 불안정, 그리고 다른 의료사고의 적정한 해결을 방해하는 결과를 초래하게 될 것이다[222]. 미시적으로는 개별 의료사고의 구체적 타당성을 도모하면서도 거시적으로는 患者保護라는 法政策的 觀點에서 현행

수하려는 法益에 따라 달리 파악되어야 하며, 이로써 그 保護目的과 範圍도 정해져야 한다. Vgl. E. Deutsch, a.a.O., NJW 1965, S.1988: "Die Feststellung des Schutzbereichs ist eine Aufgabe der Auslegung, nicht der Billigkeitsrechtsprechung . . . . Es ist anerkannt, daß sich der teleologischen Auslegung auch der Schutzbereich der Norm als nähere Bestimmung der Rechtsfolge eröffnet". 최근 설명의무를 診療契約상 의사의 독립적 附隨義務로서 告知說明義務와 助言說明義務로 나누고, 전자는 환자의 알 權利에 기여하지만 환자의 自己決定에 도움을 주는 의미는 없고, 후자는 환자의 自己決定權 행사에 기여하는 것으로 나누는 견해가 있다(金天秀, 診療契約, 民事法學, 第15號(1997), 160면 이하). 그러나 이러한 분류는, 診療의 對象的 分類[진단, 경과, 예견되는 위험에 대한 설명 등: 위 주 98) 참조]와 달리, 환자가 자신의 생명과 건강을 보호하기 위해 고지·조언 등으로 이루어지는 의사의 說明을 듣고 自己決定을 하는 일련의 심리적 과정을 그 段階的 標識("알" 權利 -> 自己決定)에 따라 인위적으로 분리하는 것으로서 說明義務違反에 대한 法的 責任歸屬 판단에 있어서 실질적 機能性이 있는가에 의문이 제기된다.

222) Vgl. K. Larenz, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, S.20.

책임법의 책임체계를 기초로한 適正한 法理를 발전적으로 形成·適用하려는 方法的 觀點이 재고되어야 할 것이다[223].

의료사고에 대한 의사의 民事責任은 "의료관계에서 의사에게 요구되는 최선의 치료행위"라는 實體的 義務의 違反에 대한 責任歸屬을 중심으로 하여야 한다. 위에서 비교적으로 살펴본 독일의 판결례들은 오늘날 醫療關係에서 患者保護라는 기본적 시각에 있어서는 대법원의 입장과 일치하고 있는 바, 解釋論에 의한 醫療責任法의 發展的 形成에 많은 것을 시사하고 있다. 우리 실무가 의사사고 소송에서 의식적으로 회피하고 있거나 간과하고 있을지도 모르는 미결의 법적 문제들에 관해서 - 비록 상대적 비교이지만 - 獨逸聯邦法院은 民事責任法의 基本原則에 입각한 價値體系를 견지하면서, 동시에 의료관계에서 새롭게 평가되어야 할 문제점들에 관해 비판적이고 분석적 검토를 주저하지 않고 학계의 논의를 적극적으로 수렴함으로써 醫療責任法의 發展的 形成을 선도하고 있다. 이러한 독일 실무의 자세는 우리의 醫療責任法的 問題 認識과 解決에 있어 자성의 계기를 제공해 주고 있다. 그러므로 독일 판례와 학계의 이론적 논의 그 자체에 집착하여 동일 法理를 맹목적으로 受用하는 자세는 지양되어야 하며, 현행 민사법 질서에서 적정한 法理構成을 모색하려는 比較的 提案으로 고려되어야 할 것이다.

결론적으로 의료사고의 민사법적 해결을 위해서는 사회제도로서 醫療에서 형성되는 生活關係의 실질에 상응하는 올바른 法的 義務의 설정과 합리적 實務를 위한 問題 認識과 接近, 그리고 規範的 價値評價에 있어서 方法的 轉換이 필요하다. 醫療事故에 대한 民事責任法 規律은 진료상 誤謬에 대한 의사의 법적 책임을 중심으로 전개되어야 할 것이며, 환자측의 立證負擔을 완화하는 실체적 내지 절차적 法理, 그리고 說明義務의 구성·적용에 있어서는 醫療目的과 그 기능적 役割에 이바지할 수

223) Vgl. J. Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in : Summum ius - summa iniuria, 1963(= Ders., Wege der Rechtsgewinnung, 1990, S.141 ff.

있도록 醫療關係의 법리적 구성을 보다 구체적으로 합리화하여 적정한 해결을 도모하려는 實務의 노력과 이를 뒷받침하는 學界의 비판적 硏究가 지속되어야 할 것이다.

金錢賠償 이외의 損害賠償과 그 適用例

明 淳 龜*

목 차

I. 문제상황 및 논의방향
II. 민법 제394조의 規範意味
1. 제394조의 立法沿革
2. 제394조에 대한 制限解釋
III. 特定物債權의 목적물로부터 발생한 天然果實의 귀속
1. 문제의 소재
2. 천연과실의 귀속원리
3. 종래 학설의 법리적 문제점과 하나의 다른 시각
IV. 債權侵害를 이유로 한 妨害除去請求權
1. 문제의 소재
2. 종래 학설과 판례의 입장
3. 종래 이론에 대한 비판 및 해결책
V. 맺음말

I. 문제상황 및 논의방향

어떤 법률주체가 다른 법률주체에 속하는 법익을 침해하여 손해를 발생시킨 경우, 그러한 침해행위가 民事責任의 요건을 충족시킨다면 가해자는 피해자가 입은 손해를 배상하여야 한다. 현대 산업사회의 고도화에 규범적 측면에서 대응하여야 할 필요성의 인식은 '損害賠償'이라는 법률효과를 내용으로 하는 民事責任制度의 分類論에도 영향을 미치고 있기는 하나, 전통적 이론체계는 손해배상책임을 契約責任과 不法行爲責任으로 구분하여 왔다. 물론 우리 민법전도 이러한 전통적 체계를 기초로 책임법을 구성하고 있다.

민사책임제도에 관하여 어떠한 분류론을 취하든 민사책임은 손해배상

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

으로 구체화 된다는 점에는 의문이 있을 수 없다. 또한 손해배상을 내용으로 하는 법률관계가 加害者와 被害者 사이의 債權關係라는 점에 대하여도 의문이 있을 수 없다. 물권과 채권의 준별을 내용으로 하는 판덱텐 시스템을 그 체계적 기초로 하고 있는 우리 민법에 있어서 물권관계와 채권관계의 구별은 민법의 일반체계에 합치하며 또한 명확한 법이론을 구성하는 데에 있어서 필수적인 전제라 해도 과언이 아닐 것이다. 그런데 종래 학설에서는 개별 법제도 내지는 법이론을 구성함에 있어서 그 본질이 채권관계로서의 손해배상관계임에도 불구하고 이를 물권적 차원의 문제와 혼동함으로써 법리적 혼란을 일으키는 경우가 발견된다. 그리고 경우에 따라 이러한 법리적 결함은 구민법과 달리 현행 민법이 物權變動에 관하여 對抗要件主義가 아닌 成立要件主義를 채택하고 있다는 점이 간과됨으로써 가중되기도 하는 것 같다.

우리 민법 제394조에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 손해는 금전으로 배상하여야 한다고 규정하여 금전의 지급 이외의 형태로 손해배상이 이루어 질 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 그럼에도 불구하고 종래 학설은 금전배상주의에 집착한 나머지 금전배상 이외의 손해배상을 외형상 이와 유사하게 보이는 다른 법개념과 명확히 구별하지 않는 면이 있는 것 같다. 이러한 학설상의 문제점은 손해배상의 방법을 규정하고 있는 제394조의 규범의미에 대한 편협된 이해에서 비롯되는 것으로 생각된다. 그러므로 이 글에서는 채권관계로서의 손해배상관계가 다른 법률관계와 혼동되어 논의되고 있다고 생각되는 주요문제에 대한 새로운 해결방안을 모색해 보고자 한다.

II. 민법 제394조의 規範意味

損害賠償의 方法에 관하여 우리 민법은 契約責任에 관한 제394조에서 규정하고 이를 제763조에 의하여 不法行爲責任에 준용하고 있다. 이러한

규율태도에 대하여 종래 국내의 학설은 우리 민법 제394조는 손해배상의 방법으로 金錢賠償主義 原則을 규정한 것이라고 설명하고 있다. 이러한 관점은 제394조의 입법연혁 및 우리 민법의 기본구도를 고려해 볼 때 일단은 그 타당성을 인정할 수 있다. 그러나 이 조문 자체가 표현하고 있는 바와 같이 損害賠償이 金錢賠償의 형태로 이루어지지 않는 경우도 있을 수 있다. 그럼에도 불구하고 종래의 학설은 責任法的 效果로서의 損害賠償이 金錢賠償 이외의 형태로 이루어지는 경우에 관한 문제를 지나치게 소홀히 다루지 않았는가 하는 생각이 든다. 그리고 심한 경우에는 金錢賠償 이외의 형태로 이루어지는 損害賠償을 마치 物權法的 次元의 문제로 보는 법리적 혼란을 초래하는 부분도 있는 것 같다.

이러한 문제점을 시정하여 보다 명쾌한 법이론적 기초를 세우기 위하여 다음에서는 제394조의 立法沿革을 토대로 이 규정에 대한 制限解釋의 필요성과 가능성을 살펴보고자 한다.

1. 제394조의 立法沿革

損害賠償의 方法에 관한 立法主義는 크게 原狀回復主義와 金錢賠償主義로 구분된다.

독일 민법은 제249조 제1문에서 "損害賠償의 義務가 있는 자는 賠償義務를 발생하게 한 事情이 없었더라면 존재하였을 狀態를 回復하여야 한다"고 규정하여 원상회복이 가능한 한 損害賠償請求權者는 加害者에게 대하여 金錢賠償이 아닌 原狀回復의 방법으로 손해를 배상할 것을 청구할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 그리고 제251조 제1항에서는 "原狀回復이 불가능하거나 채권자에게 대한 배상이 불충분한 범위에서 배상의무자는 채권자에 대하여 금전으로 배상하여야 한다"고 규정하고 있다. 이와 같이 독일 민법은 손해배상의 방법에 관하여 原狀回復을 원칙으로 하고 金錢賠償을 보충적인 것으로 하고 있다.

한편, 손해배상의 방법에 관하여 우리 민법 제394조는 "다른 意思表示가 없으면 損害는 金錢으로 賠償한다"고 규정하고 있다. 대부분의 경우가 그러하듯, 제394조를 규정한 우리 민법 입법자의 입법의도를 알 수 있는 직접적이며 구체적인 자료는 찾을 수 없다. 다만 제394조의 제정경과에 관한 간단한 자료에 따르면, 이 條文은 舊民法典(즉 현행 日本民法典) 제417조 및 滿洲 民法典 제381조와 동일한 것임을 보여주고 있다.[1] 상황이 이러하다면 일본민법 제417조의 입법연혁에 관한 추적은 우리 민법 제394조의 연혁을 이해하는 데에 있어서 가장 효과적인 방법이 될 수 있을 것이다.

일본 민법 제417조는 '金錢賠償의 原則'을 표제로 "損害賠償은 別段의 意思表示가 없는 한 金錢으로써 그 額을 정한다"고 규정하고 있다. 이 조문에 대하여 일본 학설상의 일반적 견해는 일본 민법은 原狀回復主義가 아닌 金錢賠償主義를 채택한 것으로 보고 있는데, 그 입법이유에 대하여는 금전배상의 便宜性과 合理性을 들고 있다.[2] 그리고 이러한 일본 민법의 규율태도는 日本 舊民法을 기초한 프랑스의 G. Boissonade 교수의 견해를 그대로 답습한 것으로 보고 있다.[3] 현행 일본 민법의 제정과정과 일본 민법의 전반적 체계를 고려해 볼 때 이것은 타당한 입론이라고 생각한다. G. Boissonade 교수의 '日本民法典草案'('Projet de Code Civil') 제406조 제1항은 손해배상의 방법에 관하여 "損害賠償이 訴訟의 주된 내용인 경우에 賠償은 金額으로 정한다"[4]고 규정하였다. G. Boissonade 교수는 이 조문의 입법이유에 대하여 그 정확한 가치평가가 어렵고 채권자가 입은 실제손해 보다 적거나 많을 수 있는 現物賠償(indemnité en nature)을 피하기 위한 것이라고 설명하고 있다.[5] 따라서

1) 《民法案審議錄》 上卷, 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957, pp. 235-236 참조.
2) 能見善久, §417, in 奧田昌道 編集, 《注釋民法(10)》, 東京, 有斐閣, 1987, p. 631.
3) 能見善久, 앞의 글, p. 631 참조.
4) "Quand les dommages et intérêts sont l'objet d'une action principale, la condamnation en fixe le montant en argent"(G. Boissonade, Projet de Code Civil, Tome 2, Des droits personnels ou obligations, Tokyo, Imprimerie Kokoubounsha, 1883, p. 311.)
5) G. Boissonade, op. cit., pp. 322 참조.

채무자가 일정한 물건을 급부하여야 할 의무를 이행하지 않았다 하더라도 법원은 채무자로 하여금 그 물건과 동종의 물건을 제공할 것을 내용으로 하는 판결을 하지 못한다는 것이다. 원래의 물건과 완전히 동일한 물건을 찾는 것이 실제적으로 불가능할 뿐만 아니라, 현물배상은 경우에 따라 原目的物과 채권자의 實際損害 사이의 차이로 인하여 채권관계 당사자 간에 새로운 법적 분쟁의 원인이 될 수 있기 때문이다.[6]

위에서 살펴 본 바와 같이, 일본 민법 제417조는 프랑스 민법을 모범으로 한 것으로 볼 수 있으며 우리 민법 제394조에 대하여도 같은 말을 할 수 있다는 결과가 된다. 일본 민법전 초안에 표현된 G. Boissonade 교수의 입장은 19세기의 프랑스 민법학계의 통설을 반영한 것이다. 바로 여기에서 우리는 간과하지 못할 중요한 사항이 있음을 유의해야 한다. 그것은 다름이 아니라 프랑스 민법에 있어서 金錢賠償이라는 것이 입법론적 측면에서 확고부동한 것이어서 '損害賠償=金錢賠償'이라는 등식이 19세기 이후에도 아무런 변화가 없는가 하는 문제이다. 결론부터 말한다면, 현재 프랑스의 판례와 통설은 金錢賠償 이외의 형태로 이루어지는 손해배상을 상당히 광범위하게 인정함으로써 손해배상의 방법에 관하여 원상회복주의를 채택하고 있는 독일 민법과의 간격이 현저히 좁혀지고 있다는 사실이다.[7] 즉 금전배상의 원칙을 제한적으로 해석하여 現物賠償 또는 原狀回復에 의한 배상방법을 상당한 넓은 범위에서 인정하고 있다. 이러한 사실은 '금전배상주의'라는 것이 결코 불가침적인 원칙은 될 수 없다는 면을 보여주는 대목이다. 일본 민법 제417조를 통하여 우리 민법 제394조의 입법에 절대적인 영향을 미친 프랑스 민법의 상황이 이러하다면 그러한 해석경향은 우리의 입장에서도 고려할 수 있는 문제로 생각된다. 게다가 '損害賠償=金錢賠償'이라는 단순논리가

6) G. Boissonade, op. cit., pp. 322-323 참조.

7) H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. III, 1er vol., 6e éd., Paris, Éd. Montchrestien, 1978, n. 2303-2315 참조.

실제적인 법률문제를 해결하는 데에 있어서 법리적 완결성을 저해하는 요인[8]으로 작용하는 경우가 있을 수 있다면 더욱 그러하다.

2. 제394조에 대한 制限解釋

이 항에서는 금전배상원칙을 규정하고 있는 제394조에 대한 제한해석의 가능성을 검토하고 이 규정을 종래 학설의 입장과는 다른 관점에서 바라보아야 한다는 점을 논증하기로 한다.

A. 制限解釋 可能性의 모색

일본 민법전 초안을 작성할 때에 손해배상의 방법에 관한 G. Boissonade 교수의 입장은 당시 프랑스의 통설에 입각한 것임은 위에서 말한 바 있다. 여기에서 말하는 프랑스의 통설이란 프랑스 민법 제1142조의 규범의미에 관한 해석론을 말한다. 이 조문은 "債務者가 하는 債務 또는 하지 않을 債務를 不履行한 경우에 이들 債務는 價額賠償債務로 轉化된다"고 규정하고 있다. 언뜻 보기에는 이 조문이 '하는 債務'와 '하지 않을 債務'에 국한되고 '주는 채무'에는 적용이 없는 것으로 보이지만 사실은 그렇지 않고 우리 민법학에서 말하는 '주는 債務'의 경우에도 적용되는 것으로써 실제로는 채무일반을 그 효력범위로 하고 있다는 점에 유의해야 한다.[9] 즉 프랑스 민법 제1142조는 사실상 손해배상

8) '損害賠償=金錢賠償'이라는 논리는 실제로 우리 민법이론의 몇 분야에서 법리적 완결성을 저해하는 요인으로 작용하고 있다. 이러한 논점항목에 대하여는 Ⅲ, Ⅳ에서 구체적으로 다루어 질 것이다.

9) 이 조문은 '하는 債務'(obligation de faire)와 '하지 않을 債務'(obligation de ne pas faire)에 관하여 규정하고 있으나 프랑스 민법학에 말하는 '하는 債務' 또는 '하지 않을 債務'는 우리 민법학에서 이해하고 있는 것과는 차이가 있음에 유의해야 한다. 契約을 정의하고 있는 프랑스 민법 제1101조는 "契約은 1人 또는 數人이 다른 1人 또는 數人에 대하여 물건을 供與하거나 어떠한 일을 행하거나 행하지 아니할 의무를 부담하게 하는 合意이다"고 규정하여 계약에 의하여 발생하는 給付의 내용을 3가지로 분류하는 입장을 견지하고 있다. 즉 계약에 의하여 발생하는 급부를 '주는 채무'(obligation de donner), '하는 債務'(obligation de faire) 및 '하지 않을 債務'(obligation de

의 방법에 관한 일반적이며 원칙적인 규정으로 보아야 하며, 손해배상의 방법에 관하여 프랑스 민법은 소위 '金錢賠償主義'를 원칙으로 하고 있다고 말할 수 있다.

프랑스 민법 제1142조의 명문규정에도 불구하고 이 규정을 제한적으로 해석하는 것이 현재 프랑스 판례[10]와 학설의 지배적 견해이다. 이러한 경향의 해석론이 일반화 된 것은 20세기 중반 이후부터라 할 수 있다. 제1142조에 대한 현재 프랑스의 해석론을 효과적으로 이해하기 위하여는 이 조문의 입법배경과 이 조문에 관한 해석론의 변천과정이라는 측면에서 살펴보는 것이 유익하리라 생각된다.

계약책임에 관하여 프랑스 舊法[11]은 로마법의 영향하에 형성된 "nemo precise potest cogi ad factum"[12](누구든지 타인에게 강제로 어떤 일을 할 것을 강요할 수 없다)이라는 원칙에 집착하고 있었다고 한다.[13] 그리고 이 원칙은 '債務者의 人格的 自由의 존중'에 기초하는 것이다. 그런데

---

ne pas faire)로 구분하고 있다. 그리고 제1142조는 그 규정형식에 있어서는 '주는 채무'에는 적용이 없고 '하는 채무' 및 '하지 않을 채무'에만 적용되는 규정이다. 그러나 제1142조는 우리 민법의 입장에서 보면 '주는 채무'로 분류되는 채권관계에도 적용되는 것으로 그 효력범위가 상당히 넓은 규정이다. 예건대, 프랑스 민법학에 있어서는 賣買契約에 기한 賣渡人의 買受人에 대한 目的物引渡債務는 '하는 채무'로 이해될 수밖에 없다. 그 이유는 이러하다. 프랑스에서 엄밀한 의미의 '주는 채무'란 채무자가 物件의 所有權을 이전해 주어야 할 의무를 부담하는 경우를 말하는데, 매매계약이 유효하게 성립하게 되면 즉시 매매목적물에 대한 소유권이 매도인으로부터 매수인에게 이전되는 것이 원칙이기 때문이다(프랑스 민법 제1138조 참조). 그러므로 '주는 채무'는 물건에 대한 소유권의 이전이 즉시 발생하지 않는 특수한 경우(예: 소유권유보부 매매)에 한정되고 그 이외의 경우는 모두 하는 채무로 전환되는 것으로 보아야 한다.

10) Cass. civ. 1re, 3 décembre 1962: Bull. civ., 1962, I, n. 511, p. 433; - Cass. civ. 1re, 10 novembre 1965: Bull. civ., 1965, I, n. 604, p. 458; - Cass. civ. 3e, 21 janvier 1971: J.C.P. 1971, IV, p. 49; - Cass. civ. 3e, 15 février 1978: J.C.P. 1978, IV, p. 126; - Cass. civ. 3e, 13 octobre 1981: D. 1982, Inf. Rap., p. 290; - Cass. civ. 1re, 14 mai 1992: Bull. civ., 1962, I, n. 138, p. 94 등 판례 참조.

11) 프랑스 대혁명 이전의 법인 소위 'Ancien Droit'를 의미함.

12) 이 법언은 "One can bring a horse to the water, but nobody can make him drink"로 달리 표현될 수 있다.

13) G. Viney, Traité de Droit Civil, Les obligations, La responsabilité : effets, Paris, L.G.D.J, 1988, p. 46.

이미 16세기부터 이 원칙의 타당성에 대한 의문이 제기되기 시작하여 舊體制(Ancien Régime) 말기에 이른 시점에서는 '하는 채무'와 '하지 않을 채무'를 위반한 채무자에게 현물배상을 인정하자는 입장이 오히려 일반적인 견해였다고 한다.[14] 이와 같은 일반적 경향에도 불구하고 프랑스 민법전의 기초자가 "nemo precise potest cogi ad factum"를 기초로 제1142조를 규정하기에 이르게 된 입법배경에 대하여는 기록이 없어 자세한 경위는 알 수 없으나 최소한 매우 이상한 상황이라는 점은 분명하다.[15]

제1142조의 입법배경에 대한 의구심은 19세기 말부터 학자들에 의해 적극적으로 표현되기에 이르며, 20세기 중반 이후에는 이 규정을 제한적으로 해석하여야 한다는 것이 절대적 지배설의 입장이 되었다.[16] 이 지배설의 논거를 정리하면 다음과 같다.[17] 첫째, 채무자의 인격적 자유를 존중하는 것도 물론 중요하지만 현물배상이 언제나 채무자의 인격적 자유를 침해한다고 볼 수도 없으며, 이것을 지나치게 강조하다 보면 도리혀 계약내용의 엄밀한 이행이라고 하는 契約의 拘束力의 原則이 침해될 수 있다는 것이다. 둘째, 채무자의 인격적 자유의 측면에서 본다고 하더라도 금전배상이 언제나 채무자에게 유리하게 작용하는 것은 아니라는 것이다. 왜냐하면 채권자는 채무자와의 違約金 特約에 의하여 채무자의 인격을 강제할 수 있는 길이 얼마든지 열려있기 때문이다. 이와 같은 논거를 토대로 프랑스의 지배적 학설은 제1142조를 제한적으로 해석해야

14) W. Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Revue trimestrielle de Droit civil, 1976, p. 700.

15) W. Jeandidier, cit, supra, p. 705 참조.

16) J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, 16e éd., Paris, Puf, 1993, §145; - W. Jeandidier, cit. supra, p. 720; - G. Marty et P. Raynaud, Les Obligations, t. 2, Le Régime, 2e éd., Paris, Sirey, 1989, n. 663; - G. Viney, op. cit., n. 34; - H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit, n. 2308; - Ph. Malaurie èt L. Aynès, Droit civil, Les Obligations, 4e éd., Paris, Cujas, 1993-1994, n. 501; - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 5e éd., Paris, Dalloz, 1993, n. 575; - J.-H. Robert, Les Sanctions prétoriennes en droit privé franç ais, thèse Paris, 1973, p. 377 et s. 등.

17) G. Viney, op. cit., p. 47.

한다고 보고 있으며 학자에 따라서는 제1142조는 現物賠償이 물질적으로 불가능하거나 또는 現物賠償이 債務者의 인격적 자유에 대한 본질적인 침해를 야기시키는 경우에 한하여 보충적으로 적용되어야 한다는 주장을 하기도 한다.[18]

B. 제394조의 規範意味에 관한 하나의 다른 視覺

위에서 프랑스 민법 제1142조에 대한 현대적 해석론을 간략하게 살펴보았다. 이 규정은 일본 민법 제417조를 매개로 우리 민법 제394조의 입법에 영향을 주었다고 평가할 수 있다. 그런데 프랑스 민법 제1142조는 契約債務不履行에 대한 制裁方法을 규정한 것일 뿐 不法行爲債務에 관한 규정은 아니다. 이와 달리 우리 민법 제394조는 제763조에 의하여 不法行爲責任에 준용되고 있다. 따라서 다음에서는 契約債務 不履行과 不法行爲의 경우로 구분하여 제394조의 制限解釋, 즉 損害賠償이 金錢賠償 이외의 형태로 이루어지는 경우를 살펴보기로 한다.

우선 契約債務 不履行의 경우를 보기로 하자.

우리 민법은 제389조에서 强制履行(現實的 履行의 强制)을 규정하고 있다. 채무자에 의한 채무불이행이 있는 경우에 대한 구제방법으로 제389조는 强制履行을 규율하고 바로 다음 조문인 제390조는 損害賠償을 규율하고 있다. 여기에서 우선 문제되는 것이 이들 두 제재수단 상호간의 관계라 할 수 있다. 사실 强制履行과 損害賠償 사이의 관계는 법제에 따라 차이가 있는데, 서로 차이를 보이는 대표적인 법제로서 프랑스 민법과 독일 민법을 들 수 있다. 독일의 경우에는 "債權者는 債權의 效力으로서 債務者에 대하여 給付를 請求할 수 있다"(독일 민법 제241조 전단)는 규정에 기초하여 强制履行(특히 直接强制)을 채무불이행에 대한 제1차적 구제수단으로 하고, 損害賠償을 부차적인 것으로 하는 구조를

18) 특히 G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n. 663. - 1975년 7월 5일 법률로 인정되게 된 履行强制金(astreinte)은 손해배상과는 그 본질을 달리하는 것이기는 하나 이러한 제도를 명문화 한 것은 제1142조에 관한 제한적 해석론과 그 맥을 같이하는 것으로 평가할 수 있다고 본다.

취하고 있는데 반해, 프랑스의 경우에는 채권 자체의 효력에 기한 直接强制를 인정하고 있지 않다.[19] 양 법제에 존재하는 이러한 차이는 채권법에 관한 관념의 차이라기 보다는 오히려 물권질서의 차이에 연유하는 것[20]이라고 볼 수 있는데, 특히 프랑스 민법에서 말하는 强制履行(exécution forcée)은 우리 민법에서 말하는 强制履行과는 구별되는 개념이라는 점에 유의해야 한다.[21] 이러한 이유로 프랑스 민법에서는 '强制履行'(exécution forcée)이라는 용어 보다는 '現物賠償'('réparation en nature' ou 'condamnation en nature')이라는 용어가 보다 일반적으로 사용되어지고 있다.

그렇다면 우리 민법은 강제이행과 손해배상 사이의 관계에 관하여 어떠한 입장을 취하고 있는가? 다른 경우에 있어서와 마찬가지로 立法理由書가 없기 때문에 입법자의 기본구도를 명확히 알 수는 없으나 제389조가 손해배상에 관한 제390조 이하의 규정에 선행하고 있다는 점, 물권변동에 관하여 성립요건주의를 채택하고 있다는 점 및 이 조문이 일본민법 제414조를 거의 그대로 답습[22]하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 우리 민법은 프랑스의 체계와는 거리가 있다고 말할 수 있다. 즉 우리 민법은 채무불이행에 대한 제재방법에 관하여 각각 독립된 제도로서 强制履行과 損害賠償을 배치하고 있다는 것이다. 우리 민법에 있어서 채권의 만족을 얻지 못한 채권자는 채무자에 대하여 强制履行을 요구할

19) M. E. Roujou De Boubée, Essai sur la notion de réparation, Bibliothèque de Droit Privé, t. 135, Paris, L.G.D.J., 1974, Préface P. Hébraud, pp. 182-193 참조.

20) 프랑스 민법에 있어서는 계약의 성립과 동시에 계약 목적물에 대한 물권이 이전되므로 채권 자체의 효력에 기초한 직접강제는 있을 수 없으며, 우리 민법에서의 직접강제는 프랑스 법에서는 물권에 기초한 물권적 청구권의 본질을 가지게 된다는 점을 생각해 볼 것.

21) 제1142조에 대한 충실한 해석을 기초로 19세기까지 프랑스의 일반적 학설은 채무자에 의한 채무불이행이 있는 경우 채무자의 채무는 任意債務(obligation facultative)로 전환된다는 입장이었다. 즉 채무자는 계약에서 정해진 내용을 실현할 의무가 있으나 그에 대신하여 금전을 지급함에 의하여도 채무로부터 벗어날 수 있는 代用權限이 있다는 것이었다(Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n. 638).

22) 《民法案審議錄》 上卷, 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957, p. 233 참조.

수도 있으며, 損害賠償을 청구할 수도 있는 법적 지위에 있으므로 契約債務 不履行의 경우 손해배상의 명목으로 행해지는 現物賠償의 문제는 실제적으로 중요한 의미를 가지지 못한다고 말할 수 있다.[23] 그러나 그 본질에 있어서는 契約債務 不履行을 이유로 한 損害賠償임에도 불구하고 외형상으로는 마치 現實履行의 强制와 유사하게 보이는 상황, 즉 現物賠償이 있을 수 있다는 점을 간과하여서는 아니 될 것이다.

손해배상의 방법에 관하여 우리 민법 제394조는 "다른 意思表示가 없으면 損害는 金錢으로 賠償한다"고 규정하고 있다. 제389조와의 관련성을 염두에 두고 이 조문을 바라본다면, 채무자에 의한 채무불이행이 있는 경우에 채권자가 그 구제방법으로서 강제이행이 아닌 손해배상을 선택하였다면 특별한 사정이 없는 한 손해는 금전으로 배상되어야 한다는 것이다. 종래의 학설은 제394조의 문언으로부터 소위 '金錢賠償主義의 原則'을 이끌어 내고 있는데, 이러한 입장이 부당한 것은 아니다. 그러나 私的 自治原理 및 제394조의 任意規定性에 비추어 볼 때, 종래의 학설은 몇가지 보완되어야 할 필요가 있다고 생각된다.

첫째, 제394조가 그 전단에서 "다른 意思表示가 없으면"이라고 규정하는 바와 같이, 우리 민법에 있어서 채무불이행을 이유로 한 손해배상의 경우 반드시 금전배상으로 귀결되는 것은 아니고 금전배상 이외의 형태로 손해배상이 실현될 수 있는 가능성이 열려있다. 손해배상의 방법에 관한 제394조는 임의규정이며, 이러한 측면에서 볼 때, 배상액의 예정에 관한 제398조 제5항은 제394조 전단과 중복되는 사항을 규율한 것으로 불필요한 규정으로 볼 수 있다.

둘째, 제394조 전단의 '特別한 意思表示'가 의미하는 것이 손해배상청구권자와 그의 상대방 사이의 합의를 의미하는 것인가 아니면 손해배상청구권자의 의사표시를 의미하는 것인가의 문제를 생각해 보아야 한다. 즉 '特別한 意思表示'라는 것이 손해배상채권자가 그의 일방적 의사표

23) 프랑스 민법에서 현물배상으로 논의되는 것의 대부분이 우리나라에서는 債權者가 强制履行, 특히 直接强制를 택함으로써 달성된다.

시에 의하여 채무자에게 금전배상 이외의 형태로 손해배상을 청구할 수 있다는 의미인가 아니면 채권자와 채무자 사이에 손해배상의 방법에 관한 특약이 있는 경우를 경우를 의미하는 것인가 하는 문제이다. 제394조의 입법연혁과 우리 민법의 채무불이행법 체계를 고려해 볼 때, 후자의 의미로 새길 수밖에 없다 할 것이다. 그리고 바로 이러한 관점에서 '金錢賠償主義 原則'을 말할 수 있으며, 우리 민법은 原狀回復을 원칙으로 하고 金錢賠償을 보충적인 것으로 하고 있는 독일 민법의 태도와 구별된다고 말할 수 있다.[24] 그런데 여기에서 한 가지 유의해야 할 사항이 있다. 즉 제394조의 '特別한 意思表示'를 당사자간의 합의로 새겨야 하는 것은 분명하지만 그렇다고 하여 채권자에 의한 금전배상 이외의 형태의 배상청구가 무조건적으로 부인되는 것은 아니라는 것이다. 우리 민법에 있어서 채권자는 원칙적으로 强制履行과 損害賠償을 선택할 수 있는 법적 지위에 있기 때문에 계약채무불이행에 대한 제재가 손해배상으로 진행되는 경우에 원상회복 등의 배상방법이 사실상 특별하게 논의될 여지가 없을 뿐이며, 최소한 이론적으로는 계약관계에 있어서도 금전배상 이외의 방법에 의한 손해배상을 생각할 수 있다고 보아야 한다.

다음으로 不法行爲를 이유로 損害賠償을 청구하는 경우를 보기로 하자.

계약채권관계와는 달리, 불법행위채권관계에 있어서는 채권자와 채무자 사이에 선존하는 법률관계가 없으므로 강제이행과 손해배상과의 관계를 어떻게 보는가의 문제는 없다. 이러한 측면에서 보면, 불법행위에 기한 손해배상채권관계의 경우에는 현물배상이라는 것이 손해배상의 방법으로서 고려되어야 할 필요성이 계약채무불이행의 경우 보다 크지 않을까 하는 생각을 해 볼 수 있다. 실제로 우리 민법은 제394조의 규정에

24) 제394조가 임의규정(특히 보충규정)이며, 따라서 손해배상채권관계 당사자간의 유효한 합의가 있다면 금전배상 이외의 방법에 의한 손해배상이 실행될 수 있다는 점에서 보면 금전배상이라는 것이 오히려 보충적이라는 생각도 할 수 있으므로 우리 민법은 금전배상주의를 원칙으로 하고 있다는 것은 엄밀한 입론으로 보기는 어렵다고 생각된다.

도 불구하고 불법행위의 경우에 제764조에서 "他人의 名譽를 毁損한 者에 대하여는 法院은 被害者의 請求에 依하여 損害賠償에 갈음하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 適當한 處分을 命할 수 있다"고 하여 금전배상이 이외의 형태의 배상을 명문으로 인정하고 있다. 金錢賠償主義가 채무자의 인격적 자유의 침해 방지에 기초하고 있다고 볼 때, 채무자의 자유에 대한 본질적 침해를 가져오는 것이 아니라면 금전배상 이외의 배상도 가능하다는 것이 이 규정의 취지라 할 수 있다. 제764조는 名譽毁損의 境遇에 관한 特則에 불과하므로 이 규정의 규율내용을 일반화할 수는 없다. 그러나 채무자의 인격존중이라는 금전배상주의의 근거를 고려하여 불법행위에 기한 손해배상채권관계에 있어서 금전배상 이외에 침해행위의 중지 또는 원상회복 등의 방법에 의한 배상을 인정할 수 있다는 가능성은 엿볼 수 있다. 계약채권관계와 마찬가지로 불법행위채권관계에 있어서도 손해배상의 방법에 관하여 당사자 사이에 명시적 또는 묵시적 특약이 가능하다(제394조, 제763조 참조). 그러나 비록 이러한 내용의 특약이 없고 다만 피해자인 채권자가 금전배상 이외의 배상을 청구한 경우라 하더라도 법원은 손해의 성질, 원상회복에 의한 배상의 필요성 및 용이성, 채권자와 채무자의 이익비교 등 종합적인 상황을 고려하여 그러한 청구를 인용할 수 있는 권한이 있다고 보아야 할 것이다.

위에서는 금전배상주의의 입법취지를 손상시키지 않는 범위에서 損害賠償이 金錢賠償 이외의 형태로 이루어 질 수 있는 가능성을 계약채권관계와 불법행위채권관계의 경우로 구분하여 논의하였다. 이 논의를 통하여, 금전배상주의가 원칙이라는 전제에 선다 하더라도 금전의 지급이라는 형태가 아닌 다른 방법으로의 손해배상이 가능하며 손해배상이 금전 이외의 방법으로 행해진다 하더라도 그 본질이 손해배상임에는 변함이 없다는 사실을 확인할 수 있었다. 이러한 전제에 선다면 '損害賠償=金錢賠償'이라는 단순논리는 극복되어야 한다.

다음에서는 종래 국내의 학설이 일정한 법률문제를 해결하는 데에 있어서 이와 같은 단순논리에 입각하는 데에서 비롯되는 법리적 문제점을

구체적으로 지적하고 이에 대한 새로운 해결책을 모색하는 기회를 가지고자 한다. 이와 관련한 대표적인 예로써 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속과 제3자의 채권침해를 이유로 한 방해제거청구권을 들고자 한다. 전자는 계약채권관계에서의 문제이며, 후자는 불법행위채권관계에서의 문제이다.

III. 特定物債權의 목적물로부터 발생한 天然果實의 귀속

1. 문제의 소재

민법 제374조는 특정물채권관계의 채무자에게 대하여 목적물을 인도할 때까지 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다는 내용의 소위 '善管義務'를 규정하고 있다. 그리고 이 선관의무는 특정물채무의 履行期까지가 아니라 채무자가 채권자에게 당해 특정물을 실제로 인도할 때까지 존속하게 된다. 이 규정의 효력론과 관련한 논의사항 중에 特定物로부터 발생한 天然果實의 귀속 문제가 있다. 즉 채권성립 후 특정물을 인도할 때까지 사이에 당해 목적물로부터 천연과실이 발생하였다면 이 천연과실은 채권자, 채무자 중 누구에게 귀속되어야 하는가의 문제가 그것이다. 종래의 학설에서 이 문제는 특별한 논의의 대상이 되지 않았으며, 학설상의 이견이 있는 부분도 아니다. 그러나 종래의 해석론은 사실적 측면에서라면 몰라도 최소한 법리적 측면에서는 간과할 수 없는 문제점이 있다고 생각되는데, 그 문제점은 損害賠償의 方法에 관한 이해의 부족에 연유하는 것으로 생각된다.

이하에서는 현행 민법체계 하에서 종래의 해석론이 지니고 있는 법리적 결함을 지적하고, 이에 대한 새로운 해결책을 모색하고자 하며, 논의의 기본방향은 천연과실의 귀속에 관한 사항은 원칙적으로 채권질서가

아닌 물권질서에 속하는 문제라는 것이다.

2. 천연과실의 귀속원리

어떠한 물건으로부터 경제적 수익이 발생한 경우, 그 收益을 果實이라 하고, 그 수익을 발생시킨 물건을 元物이라 한다. 이러한 과실 중에서 특히 天然果實이란 物件의 用法에 의하여 수취하는 산출물을 말한다(민법 제101조 제1항 참조).

현행 민법상 元物과 果實은 모두 물건이어야 하는데, 일정한 물건이 다른 물건으로부터 분리되었다면 그 물건은 독립된 권리객체가 되는 것이므로 一物一權主義의 原則上 그에 대한 物權的 歸屬을 정하여야 할 필요가 있다. 특히 천연과실의 수취권자에 관하여 민법 제102조 제1항은 "天然果實은 그 元物로부터 分離하는 때에 이를 收取할 權利者에게 屬한다"고 규정하여 과실에 대한 소유권 귀속자를 규율하고 있다. 제102조 제1항에 의한다면, 천연과실에 대한 소유권은 천연과실이 원물로부터 분리되는 시점에서 원물에 대하여 수익권을 가진 자에게 귀속한다는 결과가 된다. 왜냐하면 과실은 그것이 천연과실이든 아니면 법정과실이든 간에 원물로부터 발생한 '收益'이기 때문이다.

원물에 대한 수익권자가 천연과실에 대한 소유권자임이 원칙이라고 한다면 천연과실에 대한 소유권 귀속의 문제는 원물에 대한 수익권자가 구체적으로 누구인가 하는 문제로 환언될 수 있다. 민법 제211조가 "所有者는 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다"고 규정하고 있는 바와 같이, 원물에 대한 제1차적 수익권자는 원물의 소유자이다. 그러나 '천연과실의 소유자는 원물의 소유자'라는 것은 원칙에 불과하다. 왜냐하면 일정한 사유에 의하여 원물에 대한 수익권이 원물의 소유자 이외의 자에게 이전되는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 종래의 학설은 원물의 소유자가 아님에도 불구하고 과실에 대한 수

취권이 인정되는 자로서 선의의 점유자(제201조), 지상권자(제279조), 전세권자(제303조), 유치권자(제323조), 질권자(제343조), 저당권자(제359조), 매도인(제587조), 사용차주(제609조), 임차인(제618조), 친권자(제923조), 수유자(제1079조) 등을 들고 있다.[25] 종래의 학설에서는 이들의 과실수취권을 '천연과실의 소유자는 원물의 소유자'라는 원칙에 대한 예외적인 경우로 관념함으로써 이들의 과실에 대한 권리내용과 '천연과실의 소유자는 원물의 소유자'라고 할 때의 원물 소유자의 과실에 대한 권리내용이 동일한 것으로 파악하고 있다. 즉 '과실수취권'을 과실에 대한 소유권과 같은 의미로 해석하고 있는 것으로 보여진다.

종래 학설은 어떤 자가 법률행위 또는 법률의 규정이라는 일정한 사유에 의하여 천연과실에 대한 일정한 권리를 주장할 수 있는 모든 경우를 동일평면상에 있는 등가적인 것으로 이해함으로써 천연과실수취권에 대한 옳바른 이해를 저해하고 있다고 생각된다. 생각컨대, 어떤 자가 천연과실에 대하여 일정한 권리를 주장할 수 있다고 할 때, 그 권리는 경우에 따라 각각 다른 내용을 가지는 것으로 보아야 한다. 예를 든다면, 원물의 소유자, 선의의 점유자, 지상권자, 전세권자, 사용차주, 임차인 등이 천연과실에 대하여 가지는 권리의 내용은 천연과실의 소유권 자체임에 반하여, 유치권자, 질권자 또는 저당권자의 천연과실에 대한 권리는 천연과실에 대한 소유권 자체가 아닌 천연과실의 교환가치[26]인 것이다. 한편, 친권자(제923조 제2항 본문) 또는 환매특약부매매에서의 매수인(제590조 제3항)에 있어서와 같이 입법자가 법률관계의 청산을 간결하게 하기 위하여 상계의 법리를 유추함으로써 마치 이들이 과실에 대하여 권리가 있었던 것과 같은 결과가 되는 경우도 있다.

요컨대, 어떤 자가 천연과실에 대하여 가지는 권리는 소유권 자체일 수도 있으며 다른 것일 수도 있다. 그러나 천연과실에 대한 권리에 있어

25) 金相容, 《民法總則》, 法文社, 1995, p. 335; - 李英俊, 《民法總則》, 博英社, 1987, pp. 910-911; - 郭潤直, 《民法總則》, 博英社, 1994, p. 317.

26) 유치물, 질물 또는 저당물로부터 발생한 과실에 대한 소유권은 이들 담보물의 소유권자에게 귀속하는 것이 원칙이다.

서의 주된 문제는 천연과실의 소유권 귀속에 있음은 물론이다. 여기에서의 주된 논의 대상인 특정물채권의 목적물로부터 발생한 과실의 귀속 문제에 있어서도 천연과실의 소유권에 관한 것이다.

3. 종래 학설의 법리적 문제점과 하나의 다른 시각

문제상황을 보다 명확히 하기 위하여 우선 종래 학설의 입장을 소개하고 이에 대한 비판적 해결책을 제시하기로 한다.

A. 종래 학설의 입장

특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속권자에 관한 종래의 일치된 학설에 의하면, 債務의 履行期를 기준으로 하여 履行期 이전에 발생한 과실은 債務者에게 귀속하고 履行期 이후에 발생한 과실은 債權者에게 인도하여야 한다고 해석하고 있다.[27] 그런데 이러한 입장으로 일관한다면 민법 제587조와의 관계에서 볼 때, 규범충돌이 일어나게 된다. 왜냐하면 제587조 제1문은 "賣買契約이 있은 後에도 引渡하지 아니한 目的物로부터 생긴 果實은 賣渡人에게 屬한다"고 규정하고 있기 때문이다. 즉 이 조문에 따른다면, 채무의 이행기 이후라 하더라도 목적물을 인도하기 전에 목적물로부터 발생한 과실은 매도인, 즉 채무자에게 속한다고 보아야 하기 때문이다.

이와 같은 규범충돌에 대하여 종래 학설은 제587조의 규범내용을 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속에 관한 예외규정[28]이라고 하든가 또는 제587조 제1문은 매수인이 이행기 이후에도 대금지급의무를 이행하지 않는 것을 전제로 한 규정[29]이라고 해석하고 있다. 어

27) 金亨培, 《債權總論》, 博英社, 1992, p. 66; - 郭潤直, 《債權總論》, 博英社, 1994, p. 50; - 李銀榮, 《債權總論》, 博英社, 1992, p. 56; - 金相容, 《債權總論》, 法文社, 1996, p. 48.

28) 특히 郭潤直, 앞의 책 《債權總論》, p. 50.

29) 金亨培, 앞의 책 《債權總論》, p. 66; - 金相容, 앞의 책 《債權總論》, p. 48 등.

느 견해에 의하든 제587조 제1문은 천연과실의 귀속에 관한 특별규정이라는 결과가 되는데, 이러한 종래 학설의 입장은, 이하의 논의에서 알 수 있는 바와 같이, 현행 민법의 기본구조의 관점에서 볼 때 그 타당성이 의심스럽다고 생각된다.

B. 비판적 관점 및 새로운 해결책의 모색

1) 종래 학설에 대한 비판

종래 학설의 입장은 물권변동에 관하여 소위 '성립요건주의'를 채택하고 있는 현행 민법체계와 어울리지 않는 것으로써 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속 문제에 관한 논의에 있어서는 관점의 전환이 요구된다고 생각한다.

논점목록 및 종래 학설의 문제점은 다음과 같다.

첫째, 特定物債權[30]의 目的物로부터 발생한 천연과실 귀속에 관한 문제가 천연과실의 소유권 자체에 관한 것인가 아니면 이와 다른 문제인가 하는 것이 우선적으로 규명되어야 한다. 왜냐하면, 앞에서 언급한 바와 같이, 어떤 자가 天然果實에 대하여 가지는 권리는 소유권 자체일 수도 있으며 다른 것일 수도 있기 때문이다. 그런데 종래 학설에서 논의의 대상이 되어왔던 사항이 천연과실에 대한 소유권 귀속의 측면이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 상황이 이러하다면 特定物債權의 目的物로부터 발생한 天然果實의 歸屬에 관한 사항은 物權的 次元의 문제임이 명백하다고 보아야 한다. 따라서 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실에 대한 소유권자는 민법 제102조 1항과 제211조에 의하여 결정되어야 하며, 이들 규정을 적용한다면 元物인 特定物의 所有者가 그로부터 발생한 천연과실의 소유자로 된다고 보아야 한다.

둘째, "賣買契約이 있은 後에도 引渡하지 아니한 目的物로부터 생긴

30) 민법 제374조가 규율하고 있는 특정물채권관계가 성립되는 경우는 매우 다양하며 그 의미도 각 채권관계에 따라 차이가 있다. 그러나 여기에서는 특히 소유권이전을 내용으로 하는 매매계약을 중심으로 하여 논의하기로 한다.

果實은 賣渡人에게 屬한다"고 규정하고 있는 제587조 제1문을 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속질서에 관한 예외규정 또는 특별규정이라고 할 수 있는가? 우리 민법 제587조 제1문은 일본 민법 제575조 제1항과 동일한 내용이다. 물권변동에 관하여 소위 '대항요건주의'를 채택하고 있는 일본 민법 (일본 민법 제176조, 제177조 참조)에 있어서는 제575조 제1항이 특별한 의미를 갖는다고 보아야 한다. 왜냐하면 대항요건주의의 원칙을 그대로 관철한다면 채권관계의 목적물인 특정물에 대한 소유권은 매매계약의 성립과 더불어 채무자로부터 채권자에게 이전되었으므로 그 특정물로부터 발생한 천연과실에 대한 소유권자는 원물인 특정물의 소유자인 채권자 (즉 매수인)임에도 불구하고 제575조 제1항에 의하면 천연과실에 대한 소유권이 채무자 (즉 매도인)에게 귀속하는 것으로 되기 때문이다. 그러나 일본 민법과는 달리, 물권변동에 관하여 성립요건주의를 채택하고 있는 우리 민법에 있어서 제587조 제1문은 당연한 규정으로 보아야 한다. 왜냐하면 매도인이 매매목적물을 매수인에게 인도 또는 매수인 명의로 등기하기 전까지는 목적물에 대한 소유권은 여전히 매도인에게 있기 때문이다. 이러한 측면에서 볼 때, 우리 민법 제587조 제1문을 특별규정이라고 보는 것은 정당성을 확보할 수 없는 견해라고 하여야 할 것이다. 또한 매매계약에 관한 규정들은 민법 제567조에 의하여 원칙적으로 다른 유상계약에 준용되게 되는 무게가 실린 것이라는 점에서 볼 때에도, 매매계약에 관한 절에 속해있는 제587조를 예외적 규정 또는 특별규정으로 보는 것은 타당한 해석으로 볼 수 없다고 생각한다.

이상의 논의를 통하여 다음의 두 가지 사항이 명백해졌다. 하나는, 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실에 대한 소유권자는 원물인 특정물의 소유자라는 점이며, 다른 하나는, 현행 물권법질서의 관점에서 볼 때 제587조 제1문은 예외규정 또는 특별규정이 아니라 당연한 규정이라는 것이다.

2) 민법 제587조의 의미

제587조 제1문은 예외규정 또는 특별규정이 아닌 당연한 규정이라고 보아야 한다면 이 규정은 과연 구체적으로 어떠한 의미를 가지는 것인가?

제587조 제1문만을 따로 떼어내어 생각해 본다면 이 규정은 현행 물권질서를 고려해 볼 때 당연한 것을 규정한 것으로 볼 수밖에 없다. 천연과실에 대한 소유권은 원물 소유자에게 귀속하는 것이 원칙이기 때문이다. 제587조 제1문의 의미를 보다 정확하게 규명하기 위하여는 제587조의 규율내용을 종합적으로 고찰할 필요가 있다.

제587조 제1문에 이어서 제2문은 "買受人은 目的物을 引渡받은 날로부터 代金의 利子를 支給하여야 한다"고 규정하고 있다. 제1문과 제2문을 서로 연관시켜 해석한다면, 매수인은 그의 주된 급부의무인 대금채무의 이행기가 이미 지났다 하더라도 매도인이 목적물을 인도하고 있지 않는 한 이자를 지급할 의무가 없다는 결과가 된다. 문제의 소재를 명확히 하기 위하여는 우선 이 규정에서 말하는 '利子'의 의미를 생각해 보아야 하는데, 여기에서의 '이자'는 지연배상의 본질을 가지는 것이다. 제2문의 '이자'가 지연배상의 본질을 가지는 것이라면 이는 이행지체에 대한 법적 제재로서의 의미를 가지는 것이라 할 수 있다. 채무자가 이행지체를 이유로 배상책임을 지게되는 시점의 판단기준은 물론 이행기이다. 즉 이행기가 도래하였고 이행이 가능한데도 불구하고 채무자가 이행을 하지 않은 경우인 것이다. 그런데 제587조는 대금지급에 관한 채무자인 매수인이 지체책임을 지게되는 기준시점을 이행기가 아닌 '매도인으로부터 목적물을 인도받은 때'로 규정하고 있다. 이러한 견지에서 본다면, 제587조의 규범내용은 채권법의 일반법리를 일탈하는 것으로 보여지는 것 같기도 하다. 이러한 문제상황에 대하여 종래의 학설은 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 제2문은 매매계약에 있어서의 하나의 특칙으로서 이 특칙은 목적물을 인도할 때까지 매도인은 그 목적물에서 생기는 과실을 수취할 수 있다는 제1문의 규정과 표리의 관계에 서는 것으로서 양당사자의 이익의 균형을 위하여 둔 것[31]이라고 한다.

그 결론에 있어서 이 견해는 정당성을 가질 수 있다. 그러나 제587조를 특별규정으로 보는 것을 전제로 하였다는 점에 대하여는 찬성하기 곤란하다. 제587조 제2문의 규정이 제1문과 서로 밀접한 관계에 있다는 점과 이들 규범이 매도인과 매수인의 이익의 균형유지라는 기능을 수행하고 있다는 점에는 의문의 여지가 없으나, 그렇다고 하여 제587조를 채권법의 일반법리를 일탈하는 단순한 특칙으로 보는 것은 잘못이라는 것이다. 제587조에 대한 옳바른 이해는 쌍무계약으로서의 매매계약의 특성을 감안할 때에야 비로소 가능하다 할 것이다. 제536조는 雙務契約에 있어서의 兩給付 사이의 履行上의 牽連性에 기초한 同時履行의 抗辯權을 인정하고 있다. 제587조는 매매계약에 있어서 서로 償還關係에 있는 두 급부의무[32], 즉 매도인의 목적물인도의무와 매수인의 대금지급의무의 쌍무성에 기초한 규정으로 보아야 한다. 제587조는 매매계약에 기초한 두 급부의무에 관한 동시이행의 항변권을 염두에 두고 매도인과 매수인 사이의 과실과 지연이자에 관한 문제를 규율하고 있는 것이다. 특별한 사정이 없는 한 매도인의 목적물인도의무와 매수인의 대금지급의무는 동시이행관계에 있기 때문에 매도인이 자신의 의무를 이행하지 않는 한 매수인이 대금지급의무를 이행하지 않는다 하더라도 지연배상책임을 부담하지 않는다. 왜냐하면 매수인이 비록 이행기에 의무를 이행하지 않고 있다 하더라도 이러한 지체는 동시이행의 항변권에 따라 위법성이 조각되는 것이기 때문이다. 반면, 매도인의 입장에서 본다면 그의 계약상대방인 매수인이 의무를 이행하고 있지 않는 한 매도인도 선이행을 강제당하지 않는데, 이 때 매도인이 아직 인도하지 아니한 목적물로부터 발생한 천연과실에 대한 소유권을 보유하는 것은 그가 여전히 원물인 당해 목적물에 대한 소유자이기 때문이다.

이상과 같은 관점에서 볼 때, 제587조는 매매계약 당사자 간의 형평기능

31) 郭潤直, 《債權各論》, 博英社, 1992, p. 216; - 金亨培, 《債權各論 (民法要點講義 IV)》, 新潮社, 1996, p. 266 등.

32) 동시이행의 항변권에 관한 일반규정인 제536조의 존재에도 불구하고 민법은 제568조 제2항은 "... 쌍방의무는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다"고 규정하여 매매계약에 있어서의 동시이행원칙을 다시 규정하고 있다.

을 담당하는 단순한 특칙이 아니라 당연한 규정으로 보아야 한다.

3) 천연과실에 대한 소유권과 손해배상청구권의 구별

이상에서는 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속권자에 관한 종래 학설의 문제점을 지적하기 위한 기초작업으로서 특히 민법 제587조의 의미를 새로운 각도에서 생각해 보았다. 이러한 논의를 토대로 다음에서는 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속권에 관한 새로운 관점을 제시하고자 한다.

손해배상의 방법을 규율하고 있는 제394조의 규정형식 그 자체가 보여주고 있듯이 損害賠償債權關係에 있어서 당사자 사이에 배상방법에 관한 특약이 있다면 金錢賠償 이외의 방법에 의하여 배상하는 것이 얼마든지 가능하다. 그리고 손해배상이 金錢賠償이 아닌 現物賠償의 형태로 행해지는 경우에는 그 본질이 損害賠償으로서 債權關係임에도 불구하고 외형적으로는 마치 物權的 次元의 문제와 유사한 모양으로 비춰질 수 있다.

이러한 이유에서 인지 종래 우리나라의 해석론 중에는 현물배상의 문제와 물권질서의 문제가 혼동되어 있는 경우가 발견된다. 특정물채권에 있어서 당해 채권관계의 목적물로부터 발생한 천연과실 귀속의 문제도 그 한 예라 할 수 있다. 앞에서도 언급한 바와 같이 종래의 일치된 학설에 의하면, 채무의 이행기를 기준으로 하여 이행기 이전에 발생한 과실은 채무자에게 귀속하고 이행기 이후에 발생한 과실은 채권자에게 인도하여야 한다. 그런데 이러한 해석론은 채권의 본질과 현행 물권질서의 측면에서 볼 때, 수긍하기 어려운 것이라는 점을 이미 살펴보았다.

종래의 학설에 있어서, 이행기 이전에 특정물로부터 발생한 천연과실이 채무자에게 귀속된다고 하는 것은 채무자가 당해 특정물을 채권자에게 인도 또는 이전등기를 하기 전까지는 원칙적으로 채무자가 그 물건에 대한 소유권자이기 때문이라고 한다.[33] 이러한 주장은 물권변동에 있어서 소위 성립요건주의를 채택하고 있는 현행 민법의 해석상 의문의 여지가 없다.

---

33) 金亨培, 앞의 책 《債權總論》, p. 66.

그런데 여기에서 반드시 지적해야 할 사항은 특정물채무자의 당해 목적물에 대한 소유권자로서의 지위는 채무의 이행기 이후에도 변함이 없다는 것이다. 즉 채무의 이행기는 채권의 목적물에 대한 소유권의 귀속시기를 결정하는 데에 있어서 아무런 역할을 하지 못한다는 것이다.

특정물채권관계에 있어서 당해 특정물로부터 천연과실이 발생했다면 이 과실이 이행기 이전의 것이건 이후의 것이건 관계없이 원칙적인 수취권자는 당해 특정물의 소유자인 채무자라고 하여야 한다. 물론 특정물로부터 발생한 과실이 이행기 이전의 것인가의 여부에 따라 그 과실의 법적 의미에는 차이가 있다. 즉 채무자가 그에게 책임있는 사유로 인하여 이행기에 채권자에게 특정물을 인도하지 않은 경우라면 이는 채무불이행이 되어 채권자는 채무자에게 손해배상을 청구할 수 있는데, 이행기 이후에 특정물로부터 발생된 과실은 채무자가 이행기에 이행하였더라면 취득할 수 있었을 이익으로서 배상범위에 포함되게 될 것이다(민법 제393조 참조). 특정물채권자는 이행기 이후에 특정물로부터 발생한 과실에 대하여 물권적 지배권을 가지는 것은 아니며, 채무자에게 그 과실에 상당하는 부분을 손해배상의 명목으로 청구할 수 있는 것이다. 채권자의 이러한 청구에 대하여 채무자가 채권자에게 그 과실 자체를 인도한다면 이는 채권자와 채무자 사이에 손해배상의 방법에 관하여 묵시적 합의가 있는 것이며, 그 본질에 있어서 現物賠償의 형태로 행해지게 되는 損害賠償인 것이다. 즉 제394조 전단의 '特別한 意思表示'에 의한 손해배상인 것이다.

IV. 債權侵害를 이유로 한 妨害除去請求權

1. 문제의 소재

상대적 권리로서의 채권의 내용은 채무자에 의하여 이행될 수 있고 또한 채무자에 의하여 침해될 수 있는 것이 원칙이다. 만일 채권자가 채무

자로부터 채무내용에 좇은 이행을 받지 못했다면 채권자는 채무불이행법에 따라 채무자를 제재할 수 있다. 그런데 채권자의 권리가 채무자의 행위와는 아무 상관없이 제3자의 행위에 의하여 침해된 경우라면 이는 채무불이행과는 다른 문제로써 다루어 질 수밖에 없다. 이 경우에 제3자에 의한 채권침해행위가 불법행위의 요건을 충족한다면 채권자는 그 제3자에게 대하여 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 있다는 것은 소위 '제3자에 의한 債權侵害'의 용어로 이미 일반화된 이론이다.

제3자에 의한 채권침해와 관련하여 논의되는 여러 사항 중에서 특히 여기에서 논의하고자 하는 것은 제3자의 위법한 행태에 대하여 채권자가 채권 자체의 효력에 기하여 방해상태의 제거를 청구할 수 있는가 하는 것이다. 이 문제에 대하여 종래의 학설이 일치되어 있지는 않으나 대체로 妨害除去請求權은 物權的 請求權의 일종이며 物權과는 달리 債權은 排他性과 公示性이 없다는 점을 전제로 이론을 전개하고 있다. 이러한 입장도 '損害賠償=金錢賠償'이라는 틀에 기초한 것으로 보여지는데, 다음에서는 이러한 종래 이론의 문제점을 지적하고 이에 대한 새로운 해결책을 모색해 보고자 한다. 그리고 논의의 기본방향은 債權侵害를 이유로 한 妨害除去請求의 문제는 不法行爲에 기한 損害賠償이 現物賠償의 형태로 행해지는 경우라는 것이다.

2. 종래 학설과 판례의 입장

채권에 기한 방해제거청구권을 인정할 수 있는가에 대하여 학설은 나뉘어져 있다. 종래 학설을 정리한다면 다음과 같다.

제1설[34]은 權利의 不可侵性에 입각한 견해이다. 이 입장에 의하면, 제3자가 불가침적 권리로서의 채권을 침해한 경우 이 침해행위의 피해자(즉 채권자)에게 사후적인 손해의 전보로서 손해배상청구권이 인정된다

34) 玄勝鐘, 《債權總論》, 日新社, 1982, pp. 103-104; 金曦洙, 《債權總論》, 三英社, 1985, p. 86 참조.

면 방해제거청구권도 인정하는 것이 불법행위제도의 목적에 보다 적합한 것이라고 한다. 이 견해는 제3자에 의한 채권침해의 효과로서 방해제거청구권을 일반적으로 인정하고 있기는 하나 그렇다고 하여 이 경우의 妨害除去請求權과 物權的 妨害除去請求權을 동일하게 보고 있지는 않다. 즉 채권에는 排他性과 公示性이 없으므로 채권에 기한 방해제거청구권이 인정되기 위하여는 侵害行爲의 違法性, 侵害者의 故意·過失 등의 요건이 충족되어야 한다고 본다. 그리고 채권침해를 이유로 방해제거청구권을 인정하는 데에 있어서 당해 채권이 공시방법을 갖추었는가의 여부는 영향이 없다고 한다.

제2설은[35] 상대적 권리로서의 채권의 본질에 보다 무게를 두는 견해로서 학설상 다수설의 지위에 있다. 이 견해에 의하면, 물권과 달리 채권에 있어서는 불가침성이 논리적·필연적 귀결이 아니므로 비록 제3자가 채권을 침해하였다 하더라도 妨害除去請求權을 인정할 수는 없으며, 다만 채권을 보호하기 위하여 필요한 경우에 정책적·예외적으로 방해배제를 인정하는 것은 무방하다고 한다. 이 학설에서는 방해제거청구권이 인정되는 예로 공시방법을 갖춘 채권(특히 賃借權)을 들고 있다. 즉 제3자에 의하여 침해된 채권이 공시방법을 갖춘 경우에 한하여 채권에 기한 방해제거청구권이 인정된다는 것이다.

제3설[36]은 대체로 다수설인 제2설과 뜻을 같이하나 다만 채권이 공시방법을 갖춘 경우 뿐만 아니라 점유를 취득한 채권자에게 대하여도 채권침해를 이유로 방해제거청구권을 인정하고자 한다. 이 견해는 임차권의 경우에 점유를 취득한 임차권은 그 권한있는 점유에 의하여 목적물에 대한 지배적 권능을 보유하게 됨으로써 강화되기 때문에 임차권 자체의 효력에 의하여 방해배제를 청구할 수 있다[37] 고 보는 것이 타당하

35) 郭潤直, 앞의 책 《債權總論》, p. 122; - 金曾漢, 《債權總論》, 博英社, 1980, p. 44; - 金相容, 앞의 책 《債權總論》, p. 127; - 林正平, 《債權總論》, 法志社, 1989, p. 117; - 金錫宇, 《債權法總論》, 博英社, 1977, p. 101 등 참조.

36) 金亨培, 앞의 책 《債權總論》, p. 373; - 金曾漢, 安二濬, 《新債權總論》, 博英社, 1963, p. 85.

37) 金亨培, 앞의 책, p. 372.

다고 한다.

판례에 대하여 본다면, 현행 민법 시행 후 이 문제가 직접적으로 다루어진 판결은 없는 것으로 알고 있다. 다만 1953년의 대법원 판결[38]에서는 "...채권도 법률이 보호하는 권리인 이상 일반인은 이를 존중하여 정당한 이유없이는 이를 침해치 못할 법률상 의무가 있다 할 것이며 만일 정당한 이유없이 이를 침해한 때에는 채권자에 대한 불법행위가 성립되어 채권자는 그 제3자에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있고 또 정당한 이유없이 제3자의 행위로 인하여 채무의 이행이 방해될 염려가 있는 때에는 그 제3자에 대하여 방해행위의 배제를 청구할 수 있을 것이다..."고 판시[39]하여 제1설과 유사한 입장을 보이고 있다.

3. 종래 이론에 대한 비판 및 해결책

위에서 제3자에 의한 채권침해가 있는 경우에 채권자가 그 제3자에게 방해제거청구권을 행사할 수 있는가에 대한 국내 학설의 내용을 살펴보았다. 다음에서는 이들 학설의 문제점 중 중요한 것만을 차례로 지적하기로 한다.

첫째, 종래 학설이 각각 입장의 차이를 보이고 있기는 하나 한 가지 공통적인 것은 妨害除去請求權을 物權的 請求權의 일종으로 보고 있다는 것이다. 즉 제3자에 의한 채권침해가 있는 경우에 이 침해행위가 불법행위를 구성한다면 채권자가 제3자에게 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 것은 분명하나, 단지 채권자에 불과한 자가 物權的 請求權인 妨害除去請求權을 행사할 수 있겠는가 라는 방향에서 문제를 접근하고 있다. 이러한 기본관점을 고려한다면, 종래 다수설이 일반적인 채권침해가

38) 대판 1953. 2. 21. 4285 민상 129: 《大法院判例》, 法典出版社, 1982, pp. 285-286.

39) 이 판결은 제2차 세계대전 이전의 일본 최고법원의 판례와 같은 취지로 볼 수 있으나 현재 일본의 판례는 채권이 배타성 또는 대항력을 갖춘 경우에 한하여 채권에 기한 방해배제청구권을 인정하는 입장에 있다(金亨培, 앞의 책 《債權總論》, pp. 368-369).

있는 때에는 방해제거청구가 인정되지 않고 당해 채권이 공시방법을 갖추어 물권화되는 경우에 한하여 방해제거청구권을 인정할 수 있다고 주장하는 이유를 충분히 알 수 있다. 그러나 이 입론은 타당하지 못하다고 생각한다. 임차권을 예로 들어 이유를 설명하면 다음과 같다. 賃借權者가 일정한 요건하에 對抗力있는 賃借權을 취득하게 되면 그 임차권은 물권과 유사한 효력을 가지는 것은 분명하다. 그러나 그렇다고 하여 당해 賃借權이 物權化되는 것은 아니며 그 본질은 여전히 채권이라는 점에 유의하여야 한다. 일정한 임차권 침해의 경우에 임차권자에게 방해제거청구권을 인정해 주기 위한 이론적 전제로써 '賃借權의 物權化'를 말하는 것은 마치 늑대의 탈을 쓴 양을 늑대라고 말하는 것과 다를 바가 없다. '賃借權의 物權化'라는 것은 일정한 부류의 채권자를 보호해 주기 위한 법정책적 고려의 결과로써 어디까지나 상징적인 표현인 것이지 어떠한 債權이 物權으로 된다는 것을 의미하는 것은 아니다.[40] 만일 대항력있는 임차권을 침해한 제3자에게 대하여 임차인에게 방해제거청구권을 인정해 주어야 할 필요성이 있다면 다른 방향에서의 해결책을 모색하여야 할 것이다.

둘째, 다수설에 해당하는 제2설에 의한다면, 일정한 임차권이 대항력은 갖추었으나 임차인이 점유하지는 않고 있는 경우와 등기는 하지 않았으나 임차인이 목적물을 점유하고 있는 경우, 전자의 임차인에게는 妨害除去請求이 인정되고 후자의 임차인에게는 부정된다는 결과가 되는데, 대항력을 구비하였는가의 여부에 임차권의 본질적 효력내용이 달라

40) 예를 들어 설명해 보자. A는 x부동산의 소유자인 B와 임대차계약을 체결하였다. 그 후 B는 동일한 부동산을 목적으로 C와 다시 임대차계약을 체결하였다. 그런데 A의 임차권은 대항력을 구비하였으나 C는 그렇지 못했다. 채권일반이론에 의하면, 이 경우 A, C 모두 賃借人으로서의 지위에 있다. 물론 賃借人 C의 賃貸人 A에 대한 債權의 내용은 실현되지 못할 상태에 있게 된다. 만일 C의 A에 대한 채권이 채무불이행에 기한 손해배상 또는 해제 등과 같은 방법으로 청산되지 않는다면 C의 A에 대한 법적 지위는 여전히 채권자임에 변함이 없다(債權의 非排他性). 이와는 달리 만일 A가 x부동산의 소유자인 B와의 법률행위에 의하여 x부동산 위에 용익물권을 취득하였다고 가정해 보자. 이러한 경우라면 C는 애초부터 당해 부동산에 대하여 A와 동일한 내용의 권리를 취득하는 것이 불가능하다(物權의 排他性).

진다고 할 수 있겠는가는 의문이다. 그리고 만일 대항력의 구비 여부를 기준으로 방해제거청구권의 문제를 생각하고자 한다면 다음과 같은 이상한 결과가 생길 수 있다. 賃貸借와는 달리 使用貸借의 경우에는 使用借主가 자신의 권리에 대항력을 취득할 수 있는 길이 없다. 다수설에 의하면, 使用借主의 경우에는 어떠한 경우에도 使用貸借契約에 기한 채권자의 지위에서 방해제거청구를 할 수 없다는 결과가 된다. 使用貸借는 그 無償性에 의하여 賃貸借와 구별되는데, 바로 이 無償性을 이유로 使用貸借와 賃貸借 사이에 이러한 현격한 차이를 인정할 수 있겠는가? 요컨대, 債權의 對抗力의 유무는 妨害除去請求權의 인정 여부에 영향을 주는 요소로 보기 곤란하다.

셋째, 그렇다면 채권자가 목적물에 대한 점유를 취득하였는가 하는 것을 방해제거청구권의 인정 여부에 영향을 주는 요소로 생각할 수 있겠는가? 부정적으로 보아야 할 것이다. 채권자가 채권의 목적물을 점유하고 있는가의 여부에 따라 그를 占有者로 볼 수 있는가의 여부를 판단할 수는 있다. 그러나 채권자가 목적물을 점유하고 있느냐 하는 것은 채권 자체의 효력과는 상관이 없는 문제이다. 제3자에 의한 채권침해를 이유로 채권자가 방해배제를 청구할 수 있는가의 문제를 채권 자체의 효력에 관한 것으로 본다면 채권의 자체 효력에 아무런 영향을 미칠 수 없는 占有를 기준으로 방해제거청구의 인정기준으로 삼는 것은 부당하다.[41]

넷째, 종래 학설상 이견이 없는 것으로, 제3자에 의하여 자신의 임차권을 방해당하고 있는 賃借人은 민법 제404조의 債權者代位의 法理에

41) 이와 관련하여 일부 학자는, "占有를 取得한 賃借權에 관하여서도 妨害排除의 效力을 인정하려는 見解가 있다. 그러나 이 경우에는, 債權者는 債權에 基한 占有保護請求權에 의한 보호를 받을 수 있으므로, 그 이상으로 債權에 基한 妨害排除請求權을 인정할 필요는 없다고 생각한다"(郭潤直, 앞의 책 《債權總論》, p. 123)고 한다. 점유를 취득한 채권자가 점유보호청구권에 의하여 보호를 받을 수 있다는 것은 물론 타당하다. 그러나 이로부터 그 채권자에게 債權에 기한 妨害排除請求權을 인정할 필요는 없다는 결론을 이끌어 낼 수는 없다고 생각한다. 점유보호청구권과 채권의 효력은 전혀 별개의 문제이기 때문이다.

따라 당해 목적물의 소유자가 침해자에 대하여 가지고 있는 物權的 請求權으로서의 妨害除去請求權을 代位行使할 수 있다고 한다. 妨害除去請求權의 代位行使를 설명하는 데에 있어서 학설에 따라 차이는 있으나 어느 학설에 의하든 이 경우에는 債權者代位權의 행사요건으로서의 소위 '無資力要件'을 문제삼지 않고 있다. 이 글에서 자세한 논의를 피하겠으나 債權者代位權은 債權의 相對性에 대한 중대한 예외로서 제한적으로 운용되어야 하며 그 중요한 제한요소가 바로 '無資力要件'이라는 점에서 볼 때, 특별한 근거도 없이 無資力要件으로부터 자유로운 영역을 설정하는 것은 債權者代位制度의 취지에 반한다고 생각된다.

이상에서의 논의를 통하여 종래 학설은 모두 법리적 한계를 가지고 있다는 것을 확인할 수 있었다. 그런데 그 한계는 제3자의 채권침해에 있어서 채권자의 妨害除去請求權을 物權的 請求權의 일종으로 보는 데에서 비롯된 것이라고 생각된다. 만일 채권침해를 이유로 한 妨害除去請求權을 物權的 請求權과 절연된 어떤 다른 것으로 볼 수 있다면 종래 학설에서 나타나고 있는 법리적 결함이 극복될 수 있을 것으로 생각한다.

債權에 기한 妨害除去請求權은 그 외형에 있어서 物權的 請求權의 일종인 妨害除去請求權과 유사하다. 그러나 그 본질에 있어서는 물권적 권리와 무관한 것으로 이해될 수 있고 또한 그리 되어야 한다. 즉 여기에서 말하는 방해제거청구권은 不法行爲의 성립 여부가 문제되는 제3자에 의한 채권침해론의 연장선상에서 논의되어야 한다는 것이다. 위에서 살펴본 제2설과 제3설은 어떠한 채권이 대항력을 갖추었거나 또는 점유를 취득한 경우에는 그 채권은 물권에 준하는 권리로 된다는 관념에 기초하고 있다. 이렇게 본다면 그러한 채권을 침해한 제3자에 대하여 債權侵害의 효과로서의 妨害除去請求權을 인정하기 위하여 有責性을 요건으로 보지 않는다는 결과가 된다. 왜냐하면 物權的 請求權은 侵害者의 有責性과는 무관한 것이기 때문이다. 제3자의 채권침해를 이유로 손해배상을 청구하는 경우에는 유책성이 요건이 되고 방해배제를 청구하는 때

에는 유책성이 요구되지 않는다고 보는 것은 제3자의 채권침해에 관한 통일적 이론구성에 도움이 되지 않는다.

요컨대, 채권침해를 이유로 한 방해제거청구에 관한 문제는 그 법률효과가 손해배상으로 귀결되는 '제3자에 의한 채권침해이론'의 한 유형으로서 이해되어야 한다. 즉 이 경우의 妨害除去請求權은 不法行爲에 기한 損害賠償이 金錢賠償이 아닌 現物賠償의 형태로 이루어지는 것으로 보아야 한다. 자신의 채권이 침해당한 채권자는 채권 자체의 효력에 의하여 방해배제를 청구할 수 있는 것이다. 이러한 입장에서 본다면, 채권이 대항력을 갖추었는가 또는 채권자가 목적물을 점유하고 있는가 하는 것이 문제되는 것이 아니라 제3자의 채권침해행위가 不法行爲의 요건을 갖추었는가에 대한 규범평가가 의미를 가지게 되는 것이다. 그렇다고 하여 이러한 권리가 채권자에게 항상 허용되는 것은 아니며, 채권자에 의한 현물배상청구권은 금전배상주의의 원칙을 규정한 제394조의 근본취지(즉 손해배상채무자의 인격적 자유의 존중)를 그 적용한계로 한다. 즉 법원은 손해의 성질, 현물배상의 필요성 및 용이성, 채권자와 채무자의 이익비교 등 종합적인 상황을 고려하여 그러한 청구를 인용할 수 있는 권한이 있다고 보아야 할 것이다.

V. 맺음말

이 글에서는 손해배상의 방법에 관하여 소위 금전배상주의를 규정하고 있는 제394조의 규범의미를 종래의 관점과는 다른 시각에서 접근을 시도해 보았다. 제394조의 입법연혁 및 입법취지를 추적해 본 결과, 이 규정이 제한적으로 해석될 수 있는 것임을 확인할 수 있었다. 제394조가 규정하고 있는 바와 같이 손해배상의 방법에 관하여 당사자 사이에 특별한 약정이 있다면 손해배상이 金錢賠償 이외의 형태로 이루어질 수 있음은 물론, 비록 손해배상의 방법에 관한 합의가 없다 하더라도 금전

배상주의의 기본취지에 반하지 않는 한도 내에서 법원은 현물배상 내지는 원상회복을 요구하는 채권자의 청구를 인용할 수 있는 권한이 있다는 것을 알 수 있었다.

이러한 해석론적 시도는 '損害賠償=金錢賠償'이라는 기존의 틀을 전제로 한 종래 학설상의 법리적 결함을 해결할 수 있다는 실제적인 효용을 발휘한다. 그리고 제394조에 대한 제한적 해석이 실제적으로 적용될 수 있는 중요한 경우로써 특정물채권의 목적물로부터 발생한 천연과실의 귀속과 제3자의 채권침해를 이유로 한 방해제거청구권에 관한 문제를 살펴보았다. 특히 이 두 경우에 있어서 종래의 학설은 그 본질에 있어서 채권법적 차원의 문제를 그 외형에 집착하여 물권법적 차원의 문제와 혼동하고 있다는 점을 지적하였다.

무릇 어떤 개별적인 법이론의 결함은 작게는 바로 그 이론이 직접적으로 통용되는 영역의 기본구조에 대한 오해를 불러올 수 있으며, 더 나아가 심한 경우에는 다른 영역에까지 손상을 입힐 수 있다는 점에서 볼 때, 제394조의 규범의미를 유의하여 생각해 볼 필요성은 충분하다 할 것이다.

東洋의 自然法思想

沈 在 宇*

목 차

(一) 序 言
(二) 儒家의 自然法思想
Ⅰ. 人本主義
Ⅱ. 民本主義
Ⅲ. 德治主義
Ⅳ. 禮治主義
Ⅴ. 人道的 自然法과 職分的 自然法
(三) 道家의 自然法思想
Ⅰ. 自然主義
Ⅱ. 無爲而治
Ⅲ. 無治主義
Ⅳ. 自然의 自然法과 人間의 自然法
(四) 墨家의 自然法思想
Ⅰ. 天志主義와 "하늘"의 自然法
Ⅱ. 尙同主義
Ⅲ. 兼愛主義
Ⅳ. 交利主義

(一) 序 言

東西洋을 막론하고 自然法思想은 古代로부터 現代에 이르기까지 그 흐름의 大長征을 멈추지 않고 있다. 롬멜은 그것을 〈自然法의 永久回歸〉(Ewige Wiederkehr des Naturrechts)라는 말로 표현하고 있다. 自然法은 人間社會가 있는 곳에서는 언제나 떠오르게 마련이다. "社會 있는 곳에 法이 있다"는 말과 같이 社會가 있는 곳에는 언제나 그 일정한 存在樣式이 있어야 하기 때문이다. 그것이 어떻게 있어야 바르게 있는 것인가에 관한 물음이 自然法의 물음에 다름아니다. 이 물음은 人間社會가 존재하는 한 영원한 물음이 될 수밖에 없다. 왜냐하면 우리 人類는 아직도 人

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

間社會의 바른 存在樣式을 찾고 있기 때문이다. 칸트가 그의 『純粹理性批判』에서 "法學者들은 아직도 그들의 法의 槪念에 관한 定義를 찾고 있다"고 말한 것은 바로 이것을 두고 말한 것이다.

法을 찾는 이러한 노력은 西洋에만 있었던 것이 아니라 東洋에도 분명히 있었다. 西洋의 思想家들이 自然法論을 전개한 것과 같이 東洋의 思想家들도 自然法論을 그들의 治道論에서 秩序原理로서 論하고 있다. 法哲學에서 自然法論이 마치 西洋의 專有物인 것처럼 생각하는 것은 착각이다. 西洋의 法哲學에서 여러 가지 自然法槪念이 各世界觀의 차이에서 오고 있듯이, 東洋의 法哲學에서도 各世界觀의 차이로부터 여러 가지 自然法槪念이 생겨나오고 있다.

西洋의 世界觀은 古代, 中世, 近代, 現代에 걸쳐 각각 다른 특색을 보여주고 있으며, 거기에서 각각 다른 自然法槪念의 특징이 나타난다. 즉, 古代의 自然主義的 世界觀에서 自然主義的 自然法槪念이, 中世의 神學的 世界觀에서 神學的 自然法槪念이, 近代의 理性的 世界觀에서 理性的 自然法槪念이, 現代의 實存的 世界觀에서 實存的 自然法槪念이 각각 연역된다. 그리고 그러한 自然法槪念들은 각각 다른 〈本性〉(Natur)을 前提한다. 즉, 自然主義的 自然法槪念은 〈自然의 本性〉으로부터, 神學的 自然法槪念은 〈神의 本性〉으로부터, 理性的 自然法槪念은 〈人間의 本性〉으로부터, 그리고 實存的 自然法槪念은 〈事物의 本性〉으로부터 각각 도출된다.

東洋에서도 各世界觀의 차이로부터 이와 유사한 自然法槪念들이 생겨난다. 즉, 自然主義的 自然法槪念은 道家의 世界觀에서, 人道的·職分的 自然法槪念은 儒家의 世界觀에서, 그리고 宗敎的 自然法槪念은 墨家의 世界觀에서 각각 찾아볼 수 있다. 道家는 道의 自然主義思想에서, 儒家는 仁義禮智의 人本主義思想과 正名論의 思想에서, 그리고 墨家는 天의 天志主義思想에서 人間社會가 어떠한 存在樣式으로 질서지워져야 바른 秩序가 설 수 있는지를 가르쳐주고 있다. 우리는 아래에서 東洋의 哲學者들로부터 더불어 사는 삶의 지혜를 배우고자 한다.

(二) 儒家의 自然法思想

Ⅰ. 人本主義

儒家의 治道論의 출발점은 人間本位의 思想, 즉 人本主義이다. 따라서 儒家에서 倫理, 政治, 法, 國家 등의 개념은 人間의 本性으로부터 도출된다. 孔子는 〈仁〉이라는 東洋的 人性槪念을 가지고 禮, 法, 政治, 國家 등의 모든 治道槪念을 논리정연하게 이끌어 낸다. 그것은 마치 칸트가 〈理性〉이라는 西洋的 人性槪念을 가지고 道德, 倫理, 法, 國家 등의 개념을 연역하는 것과 같다.

孔子는 "仁은 사람다움이다"[1]라고 말한다. 그러면 무엇이 "사람다움"인가? 孔子의 제자인 樊遲가 仁에 관해 물었을 때 그는 "仁이란 사람을 사랑하는 것이다"[2]라고 대답한다. 그러나 여기서 말하는 〈사랑〉은 墨子의 兼愛說에서 주장하는 바와 같은 親疏 없는 보편적 사랑을 뜻하는 것이 아니라, 가까운 사람으로부터 시작하여 먼 사람에게 미치는 親親의 사랑을 말한다. 그래서 "君子가 가까운 사람에게 돈독히 하면 온 백성을 仁으로 興하게 한다"[3]고 말한다. 이와 같이 孔子의 愛人思想은 가까운 父母兄弟에 대한 사랑으로부터 시작하여 먼 사람에게까지 차츰 推及擴張하여 나가서 드디어는 인류 전체에 이르는 사랑의 大同社會를 건설하는 것을 理想으로 하였다. 이와 같이 孔子는 仁을 人間의 本性으로 보고, 그것을 터득하고 기르고 실천하는 것을 자기자신에 대해서는 個人倫理의 實現으로 이해하고, 타인에 대해서는 社會倫理의 實現으로 이해하였다. 前者를 〈修己〉라 하고, 後者를 〈安人〉이라 한다.[4]

---

1) 『中庸』, 「二十章」: "仁者人也."
2) 『論語』, 「顔淵」: "樊遲問, 仁, 子曰, 愛人."
3) 『論語』, 「泰伯」: "君子篤於親, 則民興於仁."
4) 『論語』, 「憲問」: "子路問君子. 子曰修己以敬. 曰如斯而已乎? 曰修己以安人. 曰如斯而已乎? 曰修己以安百姓."

우선 먼저, 仁의 個人倫理的 側面부터 살펴보기로 하자. 사람은 자기의 本性인 仁을 어떠한 방법에 의하여 터득하는가? 孔子에 의하면 그것은 생각(思)과 배움(學)에 의하여 터득한다고 한다. 즉, 생각을 하면 本性을 깨우칠 수 있고 배우면 仁을 터득할 수 있다는 것이다. 그러나 이 〈思〉와 〈學〉의 어느 하나도 소홀히 해서는 안된다고 한다. "배우되 생각하지 않으면 깨달을 수 없고, 생각하되 배우지 않으면 위태롭다."[5] 그래서 그는 "나는 태어나면서부터 알았던 사람이 아니다"[6]라고 말하기도 하며, "나는 일찍이 종일 먹지 아니하고 밤새도록 자지 않으면서 생각하였으나 얻음이 없더라. 배우는 것만 못하다."[7] 그래서 子夏도 "널리 배워서 뜻을 독실히 하며 간절히 묻고 가까운 것부터 생각하면 仁이 그 가운데 있다"[8]고 말한 것이다.

孟子의 性善說은 〈思〉의 개념을 잘 설명하여 주고 있다. 그에 의하면 人間의 本性은 心의 思惟機官의 네 가지 作用으로 나타난다고 한다. 그것은 惻隱之心, 羞惡之心, 辭讓之心, 是非之心이다. "惻隱之心은 仁의 端이며, 羞惡之心은 義의 端이며, 辭讓之心은 禮의 端이며, 是非之心은 智의 端이다. 사람은 四端을 지니고 있으니 그것은 마치 사람에게 四肢가 있는 것과 같다."[9] 이 四端은 心의 思惟機官에 의한 人間의 〈道德的 本性〉이다.

그러나 孟子는 이외에 感覺機官에 의한 人間의 〈自然的 本性〉을 따로 인정한다. "입이 좋은 맛을, 눈이 좋은 빛을, 귀가 좋은 소리를, 코가 좋은 냄새를, 四肢가 편안하기를 바라는 것은 사람의 本性이기는 하나 命이라는 것이 있기 때문에 君子는 이것을 性이라 하지 않는다."[10]

---

5) 『論語』, 「爲政」: "學而不思則罔, 思而不學則殆."
6) 『論語』, 「述而」: "我非生而知之者."
7) 『論語』, 「衛靈公」: "吾嘗終日不食, 終夜不寢以思, 無益. 不如學也."
8) 『論語』, 「子張」: "子夏曰, 博學而篤志, 切問而近思, 仁在其中矣."
9) 『孟子』, 「公孫丑章句上」: "惻隱之心, 仁之端也, 羞惡之心, 義之端也, 辭讓之心, 禮之端也, 是非之心, 智之端也. 人之有是四端也, 猶其有四體也."
10) 『孟子』, 「盡心章句下」: "口之於味也, 目之於色也, 耳之於聲也, 鼻之於臭也, 四肢之於安佚也, 性也, 有命焉, 君子不謂性也."

이어서 孟子는 耳目口鼻의 感覺機官의 作用과 心의 思惟機官의 作用이 서로 어떠한 관계에 놓여 있는지를 다음과 같이 설명한다. "耳目의 感覺機官은 思惟機官의 作用이 없으면 外物의 유혹을 차단할 수 없으므로 外物에 접촉하기만 하면 곧 유인되고 만다. 그러나 마음의 思惟機官은 생각하는 能力이 있기 때문에 생각을 하면 本心을 얻을 수 있고 생각을 안하면 本心을 얻지 못한다. 우리는 이 두 가지 機官(耳目之官과 心之官)을 生來的으로 하늘로부터 받아 지녔으니 먼저 큰 것을 세워 놓으면 작은 것도 빼앗기지 아니한다. 이렇게 하는 것이 大人이 되는 길이다."[11]

여기서 孟子가 "마음의 思惟機官은 생각하는 能力이 있기 때문에 생각을 하면 本心을 얻을 수 있고…… 이렇게 하는 것이 大人이 되는 길이다"라고 말하고 있는데, 이것은 칸트가 "人間은 理性能力이 있기 때문에 그것을 사용하여 자신을 理性的 存在로 만들어 나간다"는 啓蒙主義的 人間觀에 상응하는 것이다. 칸트에 의하면, 人間은 애당초부터 〈理性的 存在〉(Vernunftwesen)가 아니고 〈理性能力이 부여되어 있는 存在〉(ein mit Vernunftfähigkeit begabtes Wesen)라고 한다. 즉, 人間은 태어날 때부터 人間인 것은 아니고 하나의 動物로 태어난 자기를 자연으로부터 부여받은 理性能力을 사용하여 理性的 存在로 만들어 나감으로써 神이 남겨 놓은 "創造의 空白"(das Leere der Schöpfung)을 메운다는 것이다. 이와 같이 人間을 動物的, 本能的 存在(homo phaenomenon)에서 人間的, 理性的 存在(homo noumenon)로 만들어 나가는 人間化作業을 그는 〈啓蒙〉(Aufklärung) 또는 〈啓發〉(Kultur)이라고 한다.[12]

---

11) 『孟子』, 「告子章句上」: "耳目之官, 不思而蔽於物, 物交物則引之而已矣. 心之官則思, 思則得之, 不思則不得也. 此天之所與我者, 先立乎其大者, 則其小者弗能奪也. 此爲大人而已矣."

12) Vgl. I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kant-Werke*(hrsg. von Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968), Bd. 7, S. 516f., 522 u. 580ff.; *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, in: *Kant-Werke*, Bd. 9, S. 36f.; *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Kant-Werke*, Bd. 9, S. 53ff.; *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, in; *Kant-Werke*, Bd. 10, S. 673.

이와 마찬가지로 儒家의 人間觀에 있어서도 사람은 태어날 때부터 仁義禮智를 알고 행하는 道德的 存在가 아니다. 다만 道德的 存在로 될 수 있는 潛在的 能力을 가지고 있을 뿐이다. 그래서 孟子도 그러한 潛在的 能力을 仁義禮智의 〈端〉이라고 말하였던 것이다. 人間은 그 能力을 사용하여 자신을 道德的 存在로 만들어 나가야 하며 그렇게 함으로써 자신을 人間으로 完成시켜야 한다는 것이다. 이것이 〈修己〉의 意味이다. 이러한 修己를 하는 方法이 〈思〉와 〈學〉이다. 心의 思惟能力을 사용하지 않으면 자기의 人性을 깨달을 수가 없고, 배우지 아니하면 생각을 바르게 할 수 없다. 孔子가 "배우되 생각하지 않으면 깨달을 수 없고, 생각하되 배우지 않으면 위태롭다"고 한 것은 바로 이것을 두고 한 말이다.

〈學〉은 東西洋을 막론하고 人間의 啓蒙을 위한 必須條件으로 이해되어 있다. 루소는 『에밀』에서 人間의 啓蒙을 위하여 敎育의 必要性을 피력하였고, 칸트도 그의 『啓蒙이란 무엇인가?』라는 論文에서 이 점을 강조하고 있다. 마찬가지로 栗谷도 『擊蒙要訣』의 序文 맨 첫줄에서 "사람이 이 세상에 태어나서 배우지 아니하면 사람이 될 수 없다"[13]고 말한다. "사람이 되기 위한" 人間化作業, 즉 擊蒙 또는 修己는 자기자신에 대한 義務이다. 이러한 義務가 자기자신에 대하여 주어져 있으므로 그 倫理는 個人倫理이다.

다음은 社會倫理이다. 儒家에 있어서 社會倫理는 個人倫理를 前提한다. 왜냐하면 자기가 仁을 알지 못하면 타인에게 仁을 행할 수 없기 때문이다. 이것은 칸트의 倫理學이 자기자신에 대한 尊重義務로부터 타인에 대한 尊重義務를 이끌어 내는 것과 마찬가지이다.[14]

이미 앞에서 살펴본 바와 같이, 孔子가 "仁은 사람다움이다"(仁者人也)라고 말하였을 때 그 〈人〉은 〈人格〉(Persönlichkeit)을 두고 말하는 것

13) 『擊蒙要訣』, 「序文」: "人生斯世, 非學問, 無之爲人."

14) 칸트 倫理學에서 "人間의 자기자신에 대한 尊重義務"(個人倫理)와 "人間의 타인에 대한 尊重義務"(社會倫理)에 관하여 자세한 것은, 拙稿, 「人間의 尊嚴과 法秩序—특히 칸트의 秩序思想을 中心으로」, 『法律行政論集』 제12집, 고려대 법률행정연구소, 1974, 108면 이하 참조.

이다. 즉, "仁은 人格이다."[15] 이 人格은 자신의 存在를 앎으로써 類推해서 타인의 存在도 알게 된다. 따라서 仁은 社會倫理에서는 자신의 人格性을 미루어서 타인의 人格性을 승인하고 존중할 것을 요구한다. 또한 다른 한편 孔子는 "仁은 사람을 사랑하는 것이다"(仁者愛人)라고 말하였을 때, 그 사랑은 자기를 미루어서 남을 사랑한다는 것을 의미하게 된다. 그러므로 仁은 情的으로는 惻隱之心 또는 同情心으로 나타나고, 智的으로는 同類意識으로 나타난다. 그래서 孟子는 "惻隱之心"은 仁의 端으로서 "不忍人之心"이라 하였고, 荀子는 지식 있는 자로서 "그의 同類를 사랑하는 것"을 알지 못하는 자는 없다고 말하였던 것이다.

孔子는 이러한 社會倫理를 일컬어 "絜矩의 道"라고 한다. "윗사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 아랫사람을 부리지 말 것이며, 아랫사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 윗사람을 섬기지 말아야 한다. 앞 사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 뒷 사람을 앞세우지 말 것이며, 뒷 사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 앞 사람을 따르지 말아야 한다. 오른쪽 사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 왼쪽 사람에게 건네지 말 것이며, 왼쪽 사람에게서 싫다고 느껴진 것으로써 오른쪽 사람에게 건네지 말아야 한다. 이것을 絜矩의 道라고 한다."[16]

이 〈絜矩의 道〉는 西洋에서는 〈黃金律〉(golden rule)이라고 불리우는 것으로서 社會倫理에서의 〈相互性의 原則〉(Gegenseitigkeitsprinzip)에 해당한다.[17]

孔子는 이것을 "네가 바라지 않는 바를 남에게 베풀지 말라"[18]는 消極

15) 梁啓超, 『先秦政治思想史』, 江蘇歷陵古籍刻印社, 1990, 68면.

16) 『大學』, 「十章」: "所惡於上, 毋以使下, 所惡於下, 毋以事上. 所惡於前, 毋以先後, 所惡於後, 毋以從前. 所惡於右, 毋以交於左, 所惡於左, 毋於交於右. 此之謂絜矩之道也."

17) Werner Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, S. 131(沈在宇 譯, 『法治國家와 人間의 尊嚴』, 삼영사, 1996, 152면), *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, S. 86ff.; 法原則으로서의 黃金律에 관하여는, G. Spendel, *Die goldene Regel als Rechtsprinzip*, Festschrift für F. v. Hippel, 1967, S. 493ff.; 沈憲燮, 「黃金律과 法」, 『東西의 法哲學과 社會哲學』(徐燉珏博士 古稀紀念論文集), 법문사, 1990, 188면 이하 참조; 金秉圭, 『法哲學의 根本問題』, 법문사, 1988, 148면 이하 참조.

18) 『論語』, 「顔淵」: "己所不欲, 勿施於人"; 『中庸』, 「十三章」; "己而不願, 亦勿施於人."

的 形態로 표현할 뿐만 아니라 積極的 形態로 표현하기도 한다. "무릇 仁者는 자기가 서고자 할 때 타인도 서게 하며, 자기가 이루고자 할 때 타인도 이루게 한다. 이와 같이 능히 가까이에서 類推해서 取하는 것이 仁을 실현하는 方法이다."[19] 이와 같이 社會倫理에서 자기의 마음으로 미루어 타인에게 미치게 하는 것을 〈恕〉라 한다. 그리고 個人倫理에서 자기의 마음을 다하는 것을 〈忠〉이라 한다. 그래서 曾子는 "선생님(孔子)의 道는 오로지 忠恕로 一貫되어 있다"[20]고 말한다.

이 〈絜矩의 道〉는 자기를 미루어서 남을 생각하는 마음, 또는 자기의 類에 속하는(人類) 同類意識을 자기로부터 類推해서 타인에게로 확장시켜 나가는 社會化現象으로서 人間社會의 秩序的 連帶性을 가능케 하는 社會倫理의 핵심적 개념이다. 그러나 仁을 바탕으로 하는 이러한 人間社會의 秩序形成은 儒家에서는 普遍的 人類愛에서 출발하는 것이 아니라 자기의 個人倫理로부터 미루어서 家族倫理, 社會倫理, 國家倫理에로 推及擴張시켜 나간다. 이것을 儒家에서는 〈修身, 齊家, 治國, 平天下〉라고 한다.[21]

孟子는 이 점을 다음과 같이 말한다. "자기 집의 노인을 공경하는 마음을 다른 집의 노인에게까지 推及하며, 자기 집의 아이를 사랑하는 마음을 다른 집의 아이에게까지 推及한다. 이와 같이 하면 天下는 아주 쉽게 다스려질 것이다."[22] 즉, 자기의 父母兄弟에 대한 사랑을 미루어서 다른 사람의 父母兄弟에 대한 사랑으로 推及擴張하고, 자기 마을 사람, 자기 고장 사람, 자기 나라 사람에 대한 사랑을 미루어서 다른 마을 사람, 다른 고장 사람, 다른 나라 사람에 대한 사랑으로 推及擴張시켜 나가면 온 人類가 仁에 의하여 결합된 〈大同社會〉의 形成이 가능하다는 것이다.

그것을 孔子는 다음과 같이 말한다. "옛날에 큰 道가 행하여진 때가

19) 『論語』, 「雍也」: "夫仁者, 己欲立而立人, 己欲達而達人. 能近取譬, 可謂仁之方也已."

20) 『論語』, 「里仁」: "曾子曰, 夫子之道, 忠恕而已矣"; 『中庸』, 「十三章」: "忠恕, 違道不遠, 施諸己而不願, 亦勿施於人."

21) 『大學』, 「總說」: "修身而後齊家, 齊家以後國治, 國治以後天下平."

22) 『孟子』, 「梁惠王章句上」: "老吾老, 以及人之老, 幼吾幼, 以及人之幼. 天下可運於掌."

있었다. 三代(夏, 殷, 周)의 英賢들이 그 道를 행하였는데, 내가 직접 보지는 못하였지만 기록에 남아 있다. 그 道가 행하여진 세상에는 天下가 모두 萬人의 것으로 되어 있었다. 백성들은 賢者와 能者를 선출하여 관직에 임하게 하였고, 人間相互間의 信賴와 親睦을 도모하였다. 그러므로 사람들은 자기의 父母만을 父母로 생각지 아니하였고 자기의 자식만을 자식으로 생각지 아니하였으니, 老人에게는 그의 생애를 편안히 마칠 수 있게 하였으며, 젊은 장정들에게는 충분한 일을 시켰으며, 어린 아이들에게는 마음껏 성장할 수 있게 하였으며, 과부, 고아, 불구자들에게는 고생 없이 살 수 있도록 돌보아 주었으며, 成年男子에게는 일정한 生業에 종사할 수 있도록 職分을 주었으며, 女子에게는 그에 합당한 남편을 갖게 하였다. 財貨는 헛되이 낭비하는 것을 不道德視하였으나 반드시 자기에게만 私有로 독점하지 않았으며, 노력은 각자의 몸에서 나오는 것이지만 반드시 자기의 私利를 취하기 위해서만 쓰지 않았다. 그러므로 私利私慾을 도모하는 일이 일어나지 않았으며, 盜賊이나 亂賊이 생기지 않았다. 따라서 아무도 대문을 걸어 잠그는 일이 없었다. 이것을 일컬어 大同이라 한다."[23]

물론 孔子 자신은 그 당시 이러한 大同社會에 이르러가지 못함을 한탄하였지만 그것에 대한 희망은 버리지 않았다. "聖人이 천하를 잘 다스려서 한 집안처럼 하고, 나라 전체를 한 몸처럼 하는 것은 반드시 헛된 空想만은 아니다. 필히 만백성의 情을 알고, 인간의 자연스러운 本性을 啓發하여 義로 인도하고, 만백성에게 利로운 것이 무엇인지 밝혀 내어 백성의 근심거리가 되는 것을 샅샅이 찾아내어 그 병통을 제거하고 나면 그러한 大同社會의 실현은 가능한 것이다."[24]

---

23) 『禮記』, 「禮運」: "大道之行也. 與三代之英, 丘未之逮也, 而有志焉. 大道之行也, 天下爲公. 選賢與能, 講信脩睦. 故人不獨親其親, 不獨子其子, 使老有所終, 壯有所用, 幼有所長, 矜寡孤獨廢疾者皆有所養, 男有分, 女有歸. 貨惡其棄於地也, 不必藏於己, 力惡其不出於身也, 不必爲己. 是故謀閉而不興, 盜竊亂賊而不作. 故外戶而不閉. 是謂大同."

24) 『禮記』, 「禮運」: "聖人耐以天下爲一家, 以中國爲一人者, 非意之也. 必知其情, 辟於其義, 明於其利, 達於其患, 然後能爲之."

이 大同社會는 곧 仁의 세계, 즉 인간이 인간답게 살 수 있는 세계이다. 이 인간다운 세계는 인간다운 마음(仁)으로부터 출발한다. 이 仁한 마음이 家族倫理를 거쳐 社會倫理, 國家倫理, 大同社會의 人類共同體倫理에까지 이르러가는 一貫된 構成因子로서의 德目이다. 이것을 일컬어 孔子는 〈一以貫之〉라고 한다. 孔子는 子貢과의 대화에서 다음과 같이 말하고 있다. "賜(子貢)야, 그대는 나를 많이 배움으로써 모든 道理를 다 아는 줄로 생각하느냐? 네, 그렇다고 생각합니다. 그렇지 않겠습니까? 아니다. 나는 하나로써 만 가지를 꿰뚫을 뿐이다."[25] 여기서 말하는 그 하나는 바로 〈仁〉이다. 또한 孔子는 曾子와의 대화에서 말하기를, "參(曾子)아, 나의 道는 하나로써 一貫되어 있다." 曾子 대답이, "네, 그렇습니다." 孔子가 밖으로 나간 뒤에 그의 門人이 曾子에게 묻기를, "방금 선생님께서 하신 말씀이 무엇을 일컫는 것입니까?" 曾子는 이렇게 말했다. "선생님의 道는 오로지 忠恕로 一貫되어 있을 따름이다."[26] 이 忠恕는 推己及人, 즉 자기의 마음으로 미루어 타인에게 미치게 하는 仁의 作用을 말하는 것이다. 〈孝〉는 仁한 마음으로 父母를 섬기는 것이고, 〈義〉는 仁이 각자의 名分에 適宜하게 적용된 것이고, 〈禮〉는 仁이 義에 따라 客觀化된 規範이다. 따라서 孝·義·禮는 仁에 포섭되는 補助的 槪念들이다.

儒家에서는 바로 이 禮가 社會規範으로서의 法이다. 孔子는 그 禮가 仁으로부터 나옴을 다음과 같이 말한다. "顔淵이 仁이 무엇인지를 물었을 때 孔子가 이에 답하되, 자기의 慾望을 극복하여 禮를 행하는 것이 仁이다. 단 하루라도 자기의 慾望을 극복하여 禮를 행하면 天下가 仁으로 돌아올 것이니 仁은 자기에게 달려 있는 것이지 남에게 말미암겠는가! 顔淵이 그 구체적 내용을 묻자 孔子가 말하기를, 禮가 아니면 보지

25) 『論語』, 「衛靈公」: "賜也, 汝以予爲多學, 而識之者與? 對曰然, 非與? 曰非也. 予一以貫之."

26) 『論語』, 「里仁」: "子曰, 參乎吾道一以貫之. 曾子曰唯. 子出, 門人問曰, 何謂也? 曾子曰, 夫子之道, 忠恕而已矣"; 〈一以貫之〉에 관하여 자세한 것은, 胡適, 『中國古代哲學史』, 송긍섭·함홍근·민두기 譯, 문교부, 1962, 117면 이하 참조.

말고, 禮가 아니면 듣지 말고, 禮가 아니면 말하지 말고, 禮가 아니면 움직이지 말라."[27]

Ⅱ. 民本主義

儒家의 人間本位的 人本主義思想은 政治世界에서는 필연적으로 民本主義로 나타날 수밖에 없다. 이 점은 이미 孟子의 "人民이 가장 貴하고, 國家가 그 다음이고, 君主는 가장 輕하다"[28]는 말 가운데 잘 나타나 있다. 또한 荀子의 "하늘이 百姓을 낳은 것은 임금을 위한 것이 아니라, 하늘이 임금을 세운 것은 百姓을 위한 것이다"[29]라는 말 가운데서도 잘 表現되어 있다. 이것은 治道에 있어서 人民이 主人이 되어야 한다는 民本主義思想을 대변해 주고 있다.

儒家에서 확립된 이 民本主義思想은 國家哲學에서 대단히 큰 意義를 가지고 있다. 東西古今을 막론하고 國家가 있으면 支配(治)가 있었는데, 그 支配權의 正當化根據가 어디에 있느냐고 문의되어 왔기 때문이다. 儒家에 있어서는 그 支配權의 正當化根據는 民本主義에 있다. 여기서는 國民은 支配의 手段이 아니라 支配의 目的으로 되어 있으며, 따라서 國家는 國民을 위한 奉仕者에 지나지 않으며 主人이 아니다. 그러므로 儒家에 있어서 國家는 단순히 힘으로써 다스리는 權力團體가 아니라 國民을 보호하고 國民을 교화·계몽하는 倫理團體이다. 이러한 國家의 倫理性이 국가의 지배를 정당화하는 道德性의 基礎이다. 따라서 儒家의 治道原理는 權力主義, 霸道主義, 國家主義가 아닌 民本主義, 王道主義, 德治主義, 禮治主義에 이르러 간다.

儒家의 民本主義는 두 가지 내용을 담고 있다. 그 하나는 國民으로부

27) 『論語』, 「顔淵」: "顔淵問仁, 子曰, 克己復禮爲仁. 一日克己復禮, 天下歸仁焉, 爲仁由己, 而由人乎哉! 顔淵曰, 請問其目, 子曰, 非禮勿視, 非禮勿聽, 非禮勿言, 非禮勿動."

28) 『孟子』, 「盡心章句下」: "民爲貴, 社稷次之, 君爲輕."

29) 『荀子』, 「大略」: "天地生民, 非爲君也, 天地立君, 以爲民也."

터 國家權力이 淵源한다는 점이고, 다른 하나는 國民을 위하여 國家權力이 行使되어야 한다는 점이다. 前者는 統治權獲得에 대한 倫理的 正當化에 관한 것이고, 後者는 統治權行使에 대한 倫理的 正當化에 관한 것이다. 前者에서는 國民主權論이 도출되고, 後者에서는 易姓革命論이 도출된다.

前者의 경우부터 살펴보자. 儒家에 있어서는 國民이 主權者이며 國家權力은 國民으로부터 나온다. 東洋의 儒敎國家는 처음부터 世襲制였던 것이 아니고 二帝三王時代에는 選出制였다. 王位의 世襲은 후에 와서 變質되었던 것이다. 『禮記』에 보면 古代에는 임금이 百姓에 의하여 選出되었음을 알 수 있다. 다음의 孔子의 말이 이 점을 확인시켜 주고 있다. "옛날에 큰 道가 행하여진 때가 있었다. 三代(夏·殷·周)의 英賢들이 그 道를 행하였는데, ……그때에는 온 天下가 모두 萬人의 것으로 開放되어 있었다. 百姓들은 賢者와 能者를 選出하여 관직에 임하게 하고 人間相互間의 信賴와 親睦을 도모하였다. ……그러나 지금에 와서는 그 大道는 이미 사라져 없어졌으며, 天下는 萬人의 것이 아닌 하나의 집으로 변하였다. ……天子와 諸侯들은 世襲하는 것을 禮로 하였으며, 城郭과 溝池를 만들어 閉鎖的으로 자기만의 영토를 굳게 지키고자 하였다."[30]

이것으로써 우리는 二帝三王時代에는 王位는 世襲되지 않았고 選出되었음을 알 수 있다. 물론 그 당시에는 오늘날과 같은 選擧制度는 아직 존재하지 않았을 것이므로 百姓이 指導者를 직접 選出했다기 보다는 民意에 따라 擁立되었을 것으로 본다.

孟子도 이른바 禪讓說을 否認하며 임금은 百姓에 의하여 推戴되었다고 한다. "天子는 사람을 하늘에 薦擧할 수는 있지만 하늘로 하여금 그에게 天下를 주도록 할 수는 없다. ……옛날에 堯임금이 舜을 하늘에 薦擧하였더니 하늘이 그를 받아들여, 그를 人民 앞에 내놓았는데 人民들이 그를 받아들였다. ……하늘이 天下를 그에게 주었으며, 人民이 그에

30) 『禮記』, 「禮運」: "大道之行也. 與三代之英, ……大道之行也, 天下爲公. 選賢與能, 講信脩睦. ……今大道旣隱, 天下爲家, ……大人世及以爲禮, 城郭溝池以爲固."

게 天下를 주었으니 그 까닭으로 '天子가 天下를 남에게 주지 못한다'고 하는 것이다. ……「泰誓」에 '하늘이 보는 것은 우리 人民이 보는 것을 따르고, 하늘이 듣는 것은 우리 人民이 듣는 것을 따른다'고 한 것은 이것을 두고 한 말이다."[31]

이것으로써 알 수 있듯이, 天子가 天命을 받는 것은 民意를 통하여 이루어진다. 즉, 民意는 곧 天意이고, 民心은 곧 天心이다. 그러므로 天子의 統治權은 名目上으로는 天으로부터 부여받지만, 實質的으로는 人民으로부터 부여받는다. 東洋의 王權天授說은 실은 王權民授說임을 알 수 있다. 이와 같이 支配者의 統治權이 國民으로부터 나온다는 것은 오늘날의 民主主義의 國民主權理論에 해당한다. 國民主權論은 西洋에 앞서서 이미 東洋에서 비롯되었음을 알려주고 있다.

다음은 統治權行使의 倫理的 正當化이다. 儒家에서는 統治權의 獲得도 國民으로부터 나오지만 統治權의 行使도 오로지 國民을 위하여 행하여져야 한다. 즉, 民本主義는 統治權이 〈國民으로부터〉 나올 뿐만 아니라 〈國民을 위하여〉 行使되어야 한다는 것이다. 夏의 마지막 임금인 桀과 殷의 마지막 임금인 紂는 유명한 暴君으로서 百姓에 대하여 暴政을 하다가 王位에서 쫓겨나 살해되었는데, 孟子에 의하면 "그들이 天下를 잃은 것은 人民을 虐待하다가 民心을 잃었기 때문"이라고 하며, 民心을 잃지 않기 위하여는 "人民이 바라는 바를 모아다 주고, 人民이 싫어하는 바를 하지 않으면 된다"고 한다.[32]

人民이 바라는 바는 善政과 仁政이요, 人民이 싫어하는 바는 暴政과 虐政이다. "人民이 바라는 바를 베풀고, 人民이 바라지 않는 바를 베풀지 않는 것"은 統治者에 적용되는 絜矩의 道이다. 따라서 儒家에서의 君主는 반드시 仁君, 즉 聖王일 것이 前提되어 있다. 君主가 仁君이 아니

31) 『孟子』, 「萬章章句上」: "天子能薦人於天, 不能使天與之天下. ……昔者, 堯薦舜於天而天受之, 暴之於民而民受之. ……天與之, 人與之, 故曰, 天子不能以天下與人. ……泰誓曰, 天視自我民視, 天聽自我民聽, 此之謂也."

32) 『孟子』, 「離婁章句上」: "桀紂之失天下也, 失其民也. 失其民者, 失其心也. 得天下有道, 得其民, 斯得天下矣. 得其民有道, 得其心, 斯得民矣. 得其心有道, 所欲與之聚之, 所惡勿施爾也."

면 百姓에게 仁을 베풀 수 없기 때문이다. 儒家의 〈仁政〉思想과 〈德治〉思想이 〈王道主義〉로 이어지는 것은 바로 여기에 根據하고 있다. 이것을 孟子는 "德으로써 仁을 행하는 자가 王이다"[33]라고 표현하고 있다.

王道主義의 本質은 聖王이 어버이와 같은 仁慈한 마음을 가지고 愛民과 利民의 善政을 베푼다는 데 있다. 荀子는 이 점을 다음과 같이 말하고 있다. "나라를 다스리는 사람이 百姓을 사랑하지 않고 百姓을 利롭게 하지 못하면서 百姓들이 자기와 친해지기를 바라는 것은 될 수 없는 일이며,"[34] "百姓에게 아무런 利益도 주지 않으면서 利用만 하려 하고 사랑도 하지 않으면서 부리려고만 하는 임금은 나라를 위태롭게 할 것이다."[35] 이와 같이 儒家에서의 임금은 仁政과 善政을 베풀 수 있어야만 임금의 資格이 있으며 그것은 곧 聖人일 것을 바란다. "聖人은 人倫의 極致이다. 임금 노릇을 하려면 임금의 道를 다하여야 하고, 臣下 노릇을 하려면 臣下의 道를 다하여야 한다. 이 두 가지는 다 堯舜을 모범으로 삼아야 할 뿐이다. 舜이 堯임금을 섬기던 대로 임금을 섬기지 않으면 임금을 공경하지 않는 사람이 되고, 堯임금이 人民을 다스린 대로 人民을 다스리지 않으면 人民을 해치는 사람이 된다. 孔子는 '道는 둘이다. 仁이 아니면 不仁이 있을 뿐이다' 라고 말하였다. 人民에게 심한 暴政을 하면 몸은 弑害되고 나라는 亡하며, 그 暴政이 심하지 않더라도 몸은 위태로워지고 나라는 기울 것이다."[36]

仁政과 善政 대신 虐政과 暴政을 일삼는 不仁한 治者는 두 가지 方法에 의하여 임금의 자리를 잃게 된다. 그 하나는 國君을 바꾸는 것이고, 다른 하나는 國君을 죽이는 것이다. 齊나라의 宣王과의 대화에서 孟子는 "君主에 큰 잘못이 있으면 諫하고, 그것을 되풀이하여 諫하여도 들어

33) 『孟子』, 「公孫丑章句上」: "以德行仁者, 王."

34) 『荀子』, 「君道」: "有社稷者, 而不能愛民, 不能利民, 而求民之親愛己, 不可得也."

35) 『荀子』, 「富國」: "不利而利之, 不愛而用之者, 危國家也."

36) 『孟子』, 「離婁章句上」: "聖人人倫之至也. 欲爲君盡君道, 欲爲臣盡臣道. 二者皆法堯舜而已矣. 不以舜之所以事堯事君, 不敬其君者也, 不以堯之所以治民治民, 賊其民者也. 孔子曰, 道二, 仁與不仁而已矣. 暴其民, 甚則身弑國亡, 不甚則身危國削."

주지 아니하면 君主를 바꾸어 버립니다"라고 말하고 있다.[37] 이것은 失德을 한 君主를 廢位하고 다른 사람을 그 자리에 앉히는 易位를 뜻한다. 또 하나의 方法은 暴君을 殺害하는 것이다. "齊나라의 宣王이 묻기를, '湯王이 桀을 내쫓고 武王이 紂를 放伐했다는데 그런 일이 있습니까?' 孟子曰, '옛 기록에 있습니다.' 宣王이 다시 묻기를, '臣下로서 君主를 弑害하는 것이 있을 수 있습니까?' 孟子 이에 답하되, '仁을 해치는 자를 賊이라 하고, 義를 해치는 자를 殘이라고 합니다. 殘賊을 일삼는 자를 一夫라고 합니다. 一夫 紂를 殺害했다는 말은 들었어도 君主를 弑害했다는 말은 아직 듣지 못하였습니다.'"[38]

또한 荀子도 易姓革命에 대하여 다음과 같이 언급한다. "湯王과 武王은 百姓들의 어버이였고 暴君 桀과 紂는 百姓들의 원수인 賊이었다. 지금 世俗의 說者들은 桀과 紂를 임금이라 하고 湯王과 武王을 자기 임금을 살해한 사람이라고 하는데, 그렇다면 이는 百姓의 어버이를 誅滅하고 百姓의 원수인 賊을 웃어른으로 받드는 격이니 상서롭지 못한 말로서 이보다 더한 것은 없을 것이다. 天下가 복종하는 것이 王인즉 天下가 일찍이 桀과 紂에게 복종한 일이 없다. 그런데도 湯王과 武王이 자기 임금을 弑害하였다고 하니 天下에 아직 이런 論理가 있어본 적이 없으며 이는 헐뜯기 위한 망언에 지나지 않는다."[39]

이러한 易姓革命의 思想은 이미 孔子에게서도 발견된다. 그는 『禮記』의 「禮運」篇에서 "만약 禮法에 좇아 仁政을 펴지 아니하는 임금이 있다면 百姓의 재앙을 막기 위하여 그를 權勢의 地位에서 除去하여야 한다"[40]고 말한 바 있다.

---

37) 『孟子』, 「萬章章句下」: "君有大過, 則諫, 反覆之而不聽, 則易位."

38) 『孟子』, 「梁惠王章句下」: "齊宣王問曰, 湯放桀, 武王伐紂, 有諸? 孟子對曰, 於傳有之. 曰, 臣弑其君可乎? 曰, 賊仁者謂之賊, 賊義者謂之殘. 殘賊之人, 謂之一夫. 聞誅一夫紂矣, 未聞弑君也."

39) 『荀子』, 「正論」: "湯武者, 民之父母也, 桀紂者, 民之怨賊也. 今世俗之爲說者, 以桀紂爲君, 而以湯武爲弑, 然則是誅民之父母, 而師民之怨賊也, 不祥莫大焉. 以天下之合爲君, 則天下未嘗合於桀紂也. 然則以湯武爲弑, 則天下未嘗有說也, 直墮之耳."

40) 『禮記』, 「禮運」: "如有不由此者, 在勢者去, 衆以爲殃."

民本主義의 本質은 백성이 主人이며 임금은 그 主人에게 봉사하는 자에 지나지 않는다는 데 있다. 만일 그 봉사자가 善政을 베풀지 않고 惡政을 베풀면 언제라도 그 자리에서 물러나게 할 수 있다. 이것은 民本主義의 당연한 결과이다. 왜냐하면 백성에게 임금을 받아들일 權限이 주어져 있다면 임금을 물러나게 할 權限도 주어져 있기 때문이다. 荀子가 "임금은 배요, 백성은 물이다. 물은 배를 뜨게도 하지만, 물은 배를 전복시키기도 한다"[41]고 말한 것은 바로 이것을 두고 하는 말이다.

儒家에 의한 이러한 易姓革命思想은 支配者의 統治權이 道德性을 상실하면 그것은 이미 正當한 權力으로서의 權威를 상실하고 단순한 暴力에 지나지 않는다는 데 있다. 支配者가 어진 임금이 되지 못하고 不仁을 행하는 暴君이 되면 그것은 이미 임금으로서의 자격을 상실한 한낱 匹夫에 지나지 않는 것이며, 따라서 그러한 暴君을 제거하거나 살해하는 것은 弑逆이나 弑害에 해당하지 않는다는 것이다. 결국 易姓革命論은 暴君에 대항하는 國民의 抵抗權을 國家倫理에 의하여 正當化시켜 주는 理論으로서, 그 學說的 根據는 西洋에서는 社會契約論에 입각한 自然法思想에서, 그리고 東洋에서는 뒤에서 설명할 正名論에 바탕한 自然法思想에서 연유하고 있다.

Ⅲ. 德治主義

仁의 政治는 仁의 君主, 즉 聖君을 필요로 한다. 왜냐하면 儒家에 있어서 政治라는 것은 임금이 德으로써 百姓을 인도하고 仁으로써 百姓을 다스려서 나라를 바로잡는 治道의 作業이기 때문이다. 그래서 孟子는 "德으로써 仁을 행하는 자가 王"이라고 하며, "君主가 仁慈하면 아무도 仁慈하지 않을 수 없고, 君主가 義로우면 아무도 義롭지 않을 수 없고, 君主가 올바르면 아무도 올바르지 않을 수 없다. 한번 君主가 바로잡히

41) 『荀子』, 「王制」: "君者舟也, 庶人者水也. 水則載舟, 水則覆舟."

면 나라도 바로잡힌다"[42]고 한다.

孔子도 같은 말을 한다. "政治는 바른 것을 행하는 것이다. 그대(季康子)가 솔선하여 바르게 행하면 누가 감히 바르게 행하지 아니하겠는가?"[43] "윗사람의 몸가짐이 바르면 命令하지 아니하여도 百姓은 행하고, 그 몸가짐이 不正하면 비록 命令을 하여도 百姓은 따르지 아니한다."[44]

荀子도 다음과 같이 말한다. "임금은 百姓의 根源이다. 根源이 맑으면 흐름도 맑고, 根源이 흐리면 흐름도 흐린 것이다."[45] "임금이 드러내어 밝히면 곧 百姓도 잘 다스려질 것이며, 임금이 바르고 성실하면 곧 百姓도 성실해질 것이며, 임금이 公正하면 百姓도 正直하게 될 것이다."[46]

이와 같이 儒家의 治道는 權力에 의한 法治보다 善敎에 의한 德治를 중요시한다. 孔子는 法治와 刑治보다 德治와 禮治가 더 중요하다는 것을 다음과 같이 일깨워주고 있다. "百姓을 法으로써 인도하고 刑으로써 다스리면, 그들은 法網을 뚫고 刑을 피함을 羞恥로 여기지 아니한다. 그러나 德으로써 인도하고 禮로써 다스리면 羞恥心을 갖게 되고 따라서 行實을 바로 고치게 된다."[47]

그는 또한 다음과 같이 말하기도 한다. "季康子가 孔子에게 묻기를, '無道한 罪人은 死刑에 처하여 人民으로 하여금 겁내게 하여 바른 方向으로 나아가게 함이 어떻겠습니까?' 이에 孔子 답하되, '그대 政治를 함에 있어서 어찌 殺人을 일삼으리오. 그대가 스스로 착하고자 하면 人民도 착하여질 것이다. 君子의 德은 바람이요 小人의 德은 풀이어서, 바람을 맞으면 풀은 반드시 머리숙이느니라.' "[48]

이것은 法과 刑보다 德과 禮로써 다스릴 것을 강조한 말이다. 法에 의한 刑罰로써 다스리기 보다는 德과 禮로써 다스리는 것이 더 바람직하

---

42) 『孟子』, 「離婁章句上」: "君仁莫不仁, 君義莫不義, 君正莫不正. 一定君而國定矣."
43) 『論語』, 「顔淵」: "政者正也. 子帥以正, 熟敢不正?"
44) 『論語』, 「子路」: "子曰, 其身正, 不令而行, 其身不正, 雖令不從."
45) 『荀子』, 「君道」: "君者, 民之原也. 原清則流清, 原濁則流濁."
46) 『荀子』, 「正論」: "上宣明則下治辨矣, 上端誠則下愿慤矣, 上公正則下易直矣."
47) 『論語』, 「爲政」: "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."
48) 『論語』, 「顔淵」: "季康子曰, 如殺無道, 以就有道, 如何? 孔子曰, 子爲政, 焉用殺. 子欲善,

다는 孔子의 이 말을 비현실적이라고 하여 오늘날 귀담아들을 사람은 거의 없을 것이다. 그러나 현대 사회의 그 많은 刑罰法規에 의하여 얼마나 효과적으로 사회질서가 바로잡혔으며 犯法者가 줄어들었는지 한번 반성해 볼 필요가 있다. 孔子는 여기서 특히 死刑의 一般豫防的 效果를 否認할 뿐만 아니라 그 非人道性을 질타하고 있으며, 死刑 이외의 刑罰도 羞恥心을 통하여 그 잘못을 깨닫게 하여 改過遷善하는 特別豫防의 效果에 착안하고 있다. 다시 말하면, 그는 禮를 통한 懲戒로써 敎化하는 것이 法을 통한 刑罰로써 膺懲하는 것보다 더 人間的이며 더 效果的일 수 있다는 확신을 가지고 있다.[49]

孔子는 一般豫防과 特別豫防을 전부 禮로써 한다. 즉, 百姓을 禮에 따라 事前에 敎化시킴으로써 犯罪가 일어나지 않도록 一般豫防을 하며, 그럼에도 犯罪者가 생기면 마찬가지로 事後에도 禮에 따라 敎化시키는 方法에 의하여 特別豫防을 한다는 것이다. 그러므로 一般豫防의 手段은 威嚇가 아닌 敎化이며, 特別豫防의 手段도 應報가 아닌 敎育的 懲戒이다. 이 점을 孔子는 『禮記』에서 다음과 같이 말한다. "禮義에 의한 敎化는 잘못이 아주 微少할 때에 그것을 그치게 하고, 아직 그 形態가 드러나지 않을 때에 그 사악함을 미연에 防止하는 데 있다. 그리하여 사람으로 하여금 자기도 모르는 사이에 나날이 善으로 옮아가고 罪에서 멀어지게 하는 것이다."[50] 또한 "무릇 사람의 知能은 지나간 過去를 볼 수는 있으나 未來를 볼 수는 없다. 禮는 惡의 발생을 미연에 防止하는 것이고, 法은 그것이 발생되고 난 다음에 禁하는 것이다."[51]

孔子의 이러한 敎育刑思想은 西洋에서 現代刑法의 아버지라고 불리우

而民善矣. 君子之德風, 小人之德草, 草上之風, 必偃."

49) 이러한 敎育刑思想과는 달리 法家의 刑罰觀은 應報刑에 입각하고 있으며, 刑罰效果에 있어서도 오로지 重刑主義를 통한 威嚇로써 범죄를 방지하겠다는 一般豫防的 관점만 있을 뿐 特別豫防의 관점은 전혀 없다. 이 점에 관하여 자세한 것은, 拙稿, 「韓非子의 法思想」, 『法學論集』 제32집, 고려대 법학연구소, 1996, 249면 이하 참조.

50) 『禮記』, 「經解」: "禮云, 禮云, 貴絕惡於未萌, 而起敬於微眇. 使民日徙善遠罪而不自知也."

51) 『禮記』, 「禮察」: "凡人之知, 能見已然, 不能見將然. 禮者禁於將然之前, 而法者禁於已然之後."

는 홉스의 刑罰思想과 똑같다. 다만 홉스는 300년 전 사람이고 孔子는 2,500년 전의 사람이라는 차이가 있을 뿐이다. 홉스는 다음과 같이 말하고 있다. "刑罰은 지나간 惡의 크기를 들여다볼 것이 아니라 앞으로 다가올 善의 크기를 들여다보아야 한다. 그러므로 行爲者를 개선하거나 他人을 인도하는 것 이외의 다른 의도에서 刑罰을 과하는 것은 禁止된다. ……장래의 善한 目的에 이바지하지 않는 應報는 아무 目的 없이 사람을 해치는 것이다. 왜냐하면 目的은 언제나 未來指向的인 것이기 때문이다."[52] "刑罰의 目的은 人間의 意思를 强制하는 데 있는 것이 아니라 오히려 그것을 立法者가 바라는 바에 맞추어 形成하고 그렇게 影響지우는 데 있다."[53] "行爲者 자신이나 다른 一般人을 法律遵守에로 인도할 의도 없이 害惡이 가해지는 것은 刑罰이라 할 수 없다."[54] 이와 같이 刑罰觀에 관한 한 孔子는 홉스의 先驅者였음을 알 수 있다.

德治主義의 특징은 法治主義와의 차이에서 분명히 드러난다. 德治主義에서는 질서를 유지하기 위하여 法과 刑을 사용하여 强制하지 않고 德과 禮로써 敎化할 것을 바란다. 따라서 儒家에서의 政治는 근본적으로 敎育을 통하여 하는 것이지 權力을 통해서 하는 것이 아니다. 따라서 政治家도 여기서는 敎育者의 役割을 하는 것이지 權力者의 役割을 하는 것이 아니다. 敎育은 스승의 德으로써 感化시키는 것이지 힘으로써 强制하는 것이 아니기 때문이다. 그래서 儒家에서는 "임금은 百姓의 스승이다"[55]라고 말하기도 하며, "聖人은 百代의 스승이다"[56]라고 말하기도 한다.

權力政治에 익숙해진 현대인의 눈으로 볼 때 지배자가 스승으로서 百

52) Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited and abridged with an introduction by John Plamenatz. M. A. 1962(London), Chap. 15, p. 163.

53) T. Hobbes, *Vom Menschen Vom Bürger*, eingeleitet und herausgegeben von Günter Gawlick, 1959(Hamburg), Kap. 13, Art. 16, S. 215.

54) T. Hobbes, *Leviathan*, Chap. 28, p. 277.

55) 『荀子』, 「王制」: "夫是之謂人師, 是王者之法也."

56) 『孟子』, 「盡心章句下」: "聖人百世之師也."

姓을 敎化하면서 나라를 다스린다는 말에 失笑를 금할 수 없을 것이다. 그러나 현대의 權力政治가 政治의 終局的 目的인 〈人間의 人間化〉에 얼마나 기여하였는지 한번 반문해 볼 필요가 있으며, 또한 權力을 濫用함으로써 人間의 啓蒙을 방해하고 불가능하게 만들었던 우리 인류의 過去의 國家歷史를 한번 돌이켜볼 필요가 있을 것이다. 暴君의 出現으로 인한 權力政治를 法治主義는 완벽하게 차단할 수 있었던가? 그렇지 못하였다면 다른 治道의 方法을 찾아보아야 하지 않겠는가? 우리는 그것을 德治主義에서 찾아보고자 한다.

德治主義의 支配方式의 특징은 힘을 사용하는 것이 아니라 德을 사용한다는 데 있다. 즉, 支配者의 德으로써 백성을 感化시켜서 따라오도록 한다는 데 있다. 따라서 法이나 權力보다 有德한 君子가 필요하다. 德治主義는 본질적으로 有德한 君子에 의한 〈人治主義〉를 의미한다.[57]

荀子는 말한다. "좋은 法이 있어도 어지러워질 수는 있지만, 君子가 있으면서 어지러워진다는 말은 자고로 들어본 적이 없다. 옛말에 '다스림은 君子에서 나오고 혼란은 小人에게서 생겨난다'고 한 것은 이것을 두고 말한 것이다."[58] "法은 다스림의 端이고, 君子는 法의 根源이다. 그러므로 君子가 있으면 法이 비록 省略되었다 할지라도 충분히 두루 펴질 것이다. 君子가 없으면 法이 비록 잘 갖추어져 있다 할지라도 앞뒤로 시행할 順序를 잃고 事態의 變化에 따라가지 못하여 족히 어지러워질 것이다. 法의 올바른 뜻을 알지 못하면서 法을 왜곡하여 적용하는 사람은 비록 博識하다 할지라도 일을 해결함에 당하여 반드시 혼란을 일으킬 것이다. 그러므로 밝은 임금은 사람을 얻기를 서두르고, 어리석은 임금은 權勢를 얻기를 서두른다."[59]

---

57) 梁啓超도 儒家의 德治主義를 〈人治主義〉라고 칭한다. 『先秦政治思想史』, 78면.

58) 『荀子』, 「致士」: "有良法而亂者有之矣, 有君子而亂者, 自古及今, 未嘗聞也. 傳曰, 治生乎君子, 亂生乎小人, 此之謂也."

59) 『荀子』, 「君道」: "法者, 治之端也, 君子者, 法之原也. 故有君子, 則法雖省足以徧矣. 無君子, 則法雖具, 失先後之施, 不能應事之變, 足以亂矣. 不知法之義, 而正法之數者, 雖博臨事必亂. 故明主急得其人, 而闇主急得其勢."

나라에는 法이나 制度가 있지만 이를 운용하고 다스리는 것은 사람이다. 따라서 다스리는 사람이 君子라면 法이나 制度가 다소 未備하고 不完全하다 하더라도 다스려지지만, 그 다스리는 사람이 小人이라면 아무리 法과 制度가 완벽하게 갖추어져 있다 할지라도 제대로 다스려지지 않는다는 것이다. 그래서 荀子는 단호하게 말한다. "어지러운 임금이 있는 것이지 어지러운 나라가 따로 있는 것이 아니요, 다스리는 사람이 있는 것이지 다스리는 法이 따로 있는 것이 아니다."[60]

이와 같이 德治主義는 〈人治〉를 강조하지만 그 人治는 〈有德한 君主의 人治〉를 前提하고 있음을 간과해서는 안된다. 〈失德한 君主의 人治〉는 오히려 易姓革命에 의하여 그 자리를 빼앗아 버리거나 죽여 버린다. 따라서 人治主義에는 두 가지 形態, 즉 聖君에 의한 人治와 暴君에 의한 人治가 있을 수 있는데, 德治主義에서의 人治는 前者의 경우만을 말하는 것이다. 孟子의 다음의 말은 바로 그 점을 알려주고 있다. "오직 仁者만이 높은 地位에 있어 마땅하다. 不仁한 사람이 높은 자리에 있으면 그것은 惡을 人民에게 뿌리는 것이다."[61]

東洋의 德治主義와 西洋의 法治主義는 形式的인 手段에 있어서는 對立되는 槪念으로 보이지만, 實質的인 目的에 있어서는 같다. 즉, 暴君을 統制하겠다는 目標에 있어서는 같다. 다만 그 方法이 다를 뿐이다. 法治主義는 法으로써 暴君의 支配를 막겠다는 것이고, 德治主義는 君主의 德으로써 暴君의 支配를 원천적으로 봉쇄하겠다는 것이다. 그러나 德治主義는 오늘날 非現實的인 面이 있다. 왜냐하면 현대 사회에서 모든 支配者가 堯舜과 같은 聖人도 아니고 또 그러한 聖人일 것을 기대할 수도 없기 때문이다. 따라서 法治主義는 불가피하다. 이 점에 德治主義의 限界가 있다고 보겠다. 그러나 다른 한편 法治主義가 아무리 法으로써 支配者의 權力을 拘束한다 하더라도 支配者가 자기를 拘束하는 그 法을 改廢하여 惡法으로 바꾸든지, 또는 그 法을 그대로 놓아둔 채 애당초 無

60) 『荀子』, 「君道」: "有亂君, 無亂國, 有治人, 無治法."
61) 『孟子』, 「離婁章句上」: "是以惟仁者, 宜在高位. 不仁而在高位, 是播其惡於衆也."

視해 버리고 恣意에 의하여 다스릴 때에는 束手無策이다. 現代版 暴君들은 전부 그렇게 해서 法의 拘束으로부터 解放되었던 것이다. 이 점에 또한 法治主義의 限界가 있다고 보겠다.

우리는 法治와 人治의 關係를 排他的 關係로 보지 말고 相互補完的 關係로 이해해야 할 것이다. 즉, 法治로써 人治의 短點을 補完할 필요가 있고, 人治로써 法治의 短點을 補完할 필요가 있는 것이다. 따라서 德治主義를 神話的·非現實的이라고 하여 무조건 排斥할 것이 아니라 현대사회에서도 그 깊은 뜻과 長點을 살려 活用하는 智慧가 아쉽다 할 것이다.

Ⅳ. 禮治主義

德治主義가 治者 자신의 主觀的 道德規範에 따라 다스리는 것이라면, 禮治主義는 治者와 被治者가 함께 준수해야 할 客觀的 倫理規範에 따라 다스리는 것을 意味한다. 禮規範은 倫理規範으로서 公私生活의 모든 分野에서 規範力을 가지며, 거기에는 家族倫理, 社會倫理, 國家倫理 등이 모두 포함된다. 특히 東洋에서는 이 禮規範이 발달되어 있어서 그것으로써 秩序를 형성하고 유지하는 機能을 하였다. 人間行爲를 통제하는 客觀的 規範이란 점에서 그 機能은 法과 동일하며, 다만 禮規範에는 强制가 수반되어 있지 않다는 점이 法規範과 다를 뿐이다. 그러나 禮規範에는 政治的 强制 대신 社會的 非難이 制裁의 形式으로 따른다.

儒家의 三哲(孔·孟·荀子) 가운데서 특히 禮治主義를 강조하고 禮의 槪念을 이론적으로 정립한 사람은 荀子이다. 그는 德治主義만으로써는 사회질서를 유지하는 데 부족하다고 보았으며, 따라서 主觀的 道德規範 외에 客觀的 禮規範이 필요하다는 것을 인식하고 그것을 이론적으로 근거붙였다.

그는 性惡說的 人間觀으로부터 禮의 발생의 必要性과 當爲性을 설명

한다. "人間의 本性은 惡하다. 善하다고 하는 것은 人爲의 所産이다. 사람은 나면서부터 利益을 좋아하기 때문에 이것을 따르면 爭奪이 벌어지고 辭讓이 없어진다. 나면서부터 질투하고 미워하기 때문에 이것을 따르면 他人을 해치게 되고 忠과 信이 없어진다. 나면서부터 귀와 눈의 慾望이 있어 아름다운 소리와 빛깔을 좋아하기 때문에 이것을 따르면 淫亂이 생기고 禮義와 秩序가 없어진다. 사람의 感情을 좇는다면 반드시 爭奪이 벌어지고 分數를 어기게 되고 秩序가 紊亂해지고 亂暴한 無秩序에 이르게 된다. ……이로써 본다면 사람의 本性이 惡하다는 것이 분명하다."[62] "사람의 本性은 惡하다. 그래서 옛날에 聖王께서는 사람의 本性이 惡하여 음험하고 편벽하여 바르지 못하고 질서를 문란케 하여 다스려지지 않기 때문에, 임금의 權勢를 세워 이들 위에 군림케 하고 禮義를 밝히어 이들을 敎化하고 올바른 法度를 만들어 이들을 다스렸으며 刑罰을 重하게 하여 이들의 惡한 行動을 禁止시켰던 것이다. 이것이 聖王의 다스림이고 禮義의 敎化인 것이다. 지금 시험삼아 임금의 權勢를 없애 버리고 禮義를 통한 敎化를 中止하고 바른 法度의 다스림을 없애 버리고 刑罰에 의한 禁止를 廢止하고 天下의 人民들이 어떻게 어울려 사는지를 한번 보기로 하자. 그렇게 되면 强者가 弱者를 해치고 탈취하며 多數의 무리는 少數의 무리들에게 폭력을 가하여 그들을 굴복시킬 것이다. 天下가 어지럽게 되어 亡하는 꼴을 보는 것은 한참을 기다릴 필요조차 없을 것이다. 그러니 사람의 本性이 惡하다는 것이 분명하다."[63]

荀子의 性惡說은 人間의 〈自然的 本性〉에 근거한다. 그것은 耳目口鼻

62) 『荀子』, 「性惡」: "人之性惡. 其善者僞也. 今人之性, 生而有好利焉, 順是, 故爭奪生而辭讓亡焉. 生而有疾惡焉, 順是, 故殘賊生而忠信亡焉. 生而有耳目之欲, 好聲色焉, 順是, 故淫亂生而禮義文理亡焉. 順人之情, 必出於爭奪, 合於犯分亂理, 而歸於暴. ……用此觀之, 然則人之性惡明矣."

63) 『荀子』, 「性惡」: "人之性惡. 故古者, 聖人以人之性惡, 以爲偏險而不正, 悖亂而不治, 故爲之立君上之勢以臨之, 明禮義以化之, 起法正以治之, 重刑罰以禁之, 使天下皆出於治, 合於善也. 是聖王之治, 而禮義之化也. 今當試去君上之勢, 無禮義之化, 去法正之治, 無刑罰之禁, 倚而觀天下民人之相與也. 若是則夫彊者害弱而奪之, 衆者暴寡而譁之. 天下之悖亂而相亡, 不待頃矣. 用此觀之, 然則人之性惡明矣."

의 感覺機官이 外的인 事物과 접촉하여 자연히 感應하는 感性作用을 말한다. 이와는 달리, 孟子의 性善說은 人間의 〈道德的 本性〉에 근거한다. 그것은 마음의 思惟機官이 事物을 認識하여 價値判斷을 하는 理性作用을 뜻한다.[64] 그런데 荀子는 感性만이 사람의 先天的 本性에 속하며, 理性은 後天的으로 人爲的 作爲에 의하여 얻어지는 것이므로 人間의 生來的 本性이 아니라고 한다. 人間의 感性的 本性은 이와 같이 理性的 本性과는 달리 태어나면서부터 가지고 있는 自然的 本性으로서 그 作用은 利益과 慾望을 追求하게 된다는 것이다. 이러한 慾望의 追求는 그 자체 限界가 없는 것이므로 필연적으로 他人의 慾望과 衝突되어 爭鬪가 벌어지고 無秩序를 가져오게 된다는 것이다. 그러므로 禮規範을 세워 그 慾望의 限界를 그어서 충돌을 막아야 한다는 것이다.

그는 禮가 생겨난 理由를 다음과 같이 설명한다. "禮는 왜 생겨났는가? 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 질서가 紊亂하여지고, 질서가 문란해지면 窮하여진다. 옛 임금께서는 그 질서가 어지러워지는 것을 싫어하셨기 때문에 禮義를 制定하여 그 限界를 定함으로써 사람들의 慾望을 고루 充足시켜주고 사람들이 追求하는 것을 얻게 하였던 것이다. 그리하여 慾望으로 하여금 物件에 窮하여지지 않도록 하고, 物件은 반드시 慾望에 不足함이 없도록 하여 이 두 가지 것이 서로 견제하며 발전하도록 하였는데, 이것이 禮가 생겨난 理由인 것이다."[65] 孔子의 "克己復禮", 즉 自己의 利己的 慾望을 克服하여 禮로 돌아간다는 것도 이 점을 말한 것이다.

荀子의 이러한 禮의 개념은 西洋의 칸트의 法의 개념과 동일하다. 칸

64) 荀子의 性惡說과 孟子의 性善說에 관하여 자세한 것은, 拙稿, 「荀子의 法思想」, 『法學論集』 제29집, 고려대 법학연구소, 1993, 49면 이하 참조.

65) 『荀子』, 「禮論」: "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. 使欲必不窮乎物, 物必不屈於欲, 兩者相待而長, 是禮之所起也."

트에 의하면 人間은 利己와 慾望을 追求하는 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 衝突하여 爭奪이 벌어지고 無秩序를 가져오게 된다고 한다. 그래서 각자의 自然的 自由에 限界를 그어서 서로 충돌되지 않도록 法을 定함으로써 平和로운 共存條件을 마련한다는 것이다. 이것이 法이 생겨난 理由이다. 그래서 칸트의 유명한 法의 定義는 다음과 같이 되어 있다. "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 條件의 總體이다."[66]

이와 같이 荀子의 禮槪念과 칸트의 法槪念은 같다. 이 점은 홉스에 있어서도 마찬가지이다.

홉스에 의하면, 人間은 慾望과 利益을 追求하는 性情 때문에 自然狀態에서는 〈萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態〉[67]에 놓이게 되며 〈人間은 人間에 대하여 늑대〉[68]가 된다고 한다. 따라서 社會契約을 통하여 法과 國家를 세움으로써 그 慾望의 衝突을 막아서 平和로운 共存의 法狀態를 마련해야 한다는 것이다. 그리하여 自然狀態가 극복된 法狀態에서는 〈人間은 人間에 대하여 神〉[69]으로 변한다고 한다. 그는 法의 槪念을 다음과 같이 설명한다. "法을 制定·公布하는 目的은 行動을 制限하려는 것 이외의 아무것도 아니다. 그 制限 없이는 平和는 不可能하다. 이 세상에 法律이란 것은 결국 個人의 自然的 自由를 制限하기 위하여 만들어지는 것이다. 그렇게 함으로써 각 개인은 서로서로 상대방을 해치지 않게 되고 오히려 서로서로 돕게 되는 것이다."[70]

66) I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kant-Werke*, Bd. 7, S. 337. "Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann."

67) T. Hobbes, *Vom Menschen Vom Bürger*, Kap. 5, Art. 9, S. 59f. "status naturalis est bellum omnium in omnes."

68) T. Hobbes, a. a. O., S. 59f. "homo homini lupus."

69) T. Hobbes, a. a. O., S. 59f. "homo homini deus."

70) T. Hobbes, *Leviathan*, Chap. 26, p. 246. "……the end of making laws, is no other, but such restraint; without which there cannot possibly be any peace. And law was brought

이것으로써 알 수 있듯이, 荀子의 禮槪念은 칸트, 홉스의 法槪念과 그 내용이 같다.

따라서 法과 마찬가지로 禮도 客觀的인 行爲準則이며 人間行爲를 統制하여 질서를 세우는 社會規範이다. 다만 그것이 法과 다른 점은 强制가 수반되어 있지 않다는 데 있다. 强制性이 없는 禮規範의 規範力을 의심하는 사람도 있지만, 强制性이 있는 法規範의 規範力을 의심하는 사람도 없지 않다. 현대의 法萬能社會에서도 權力濫用은 사라지지 않고 犯罪行爲는 좀처럼 줄어들지 않고 있는 것이 현실이라면, 法의 强制的 規範力의 限界를 솔직히 인정하여야 할 것이다. 따라서 社會倫理規範으로서의 禮와 强制規範으로서의 法은 서로 排他的인 關係로 놓일 것이 아니라 相互補完的 關係에 놓이는 것이 바람직하며, 특히 〈法은 倫理의 最小限度〉에 머물러야 할 것이다. 社會政策的으로는 禮規範이 지배하는 영역이 크면 클수록 좋다. 모든 사회생활의 영역을 전부 法으로써 統制하는 것은 不可能할 뿐만 아니라 不必要하다. 强制規範은 禮의 最小限度에 그쳐야 하며 兩規範의 支配領域은 서로 존중되어야 한다. 荀子의 禮治主義도 法의 支配領域을 부인한 것이 아니라 主禮從法의 입장에서 兩規範의 지배영역을 안배하였던 것임을 주목하여야 한다.[71]

Ⅴ. 人道的 自然法과 職分的 自然法

儒家의 禮는 道에 따라 制定된다. 道에 따르지 아니하는 禮規範은 自

---

into the world for nothing else, but to limit the natural liberty of particular men, in such manner, as they might not hurt, but assist one another……."

71) 主禮從法에서 禮와 法과의 比率이 어느 정도인지는 확인할 길이 없으나 荀子는 法이 支配하는 領域을 좁히고 있다. 즉, 法에 의한 刑罰은 신중을 기하여 삼가야 한다는 것이다. 그는 「成相」篇에서 다음과 같이 말한다. "治平을 가져 오는 길은 禮義와 刑罰의 두 가지이다. 君子가 그것으로써 몸을 닦으면 百姓은 편안하게 된다. 德을 밝히고 刑罰을 신중히 하여 삼가면, 나라는 잘 다스려져서 온 天下가 太平해질 것이다"(治之經, 禮與刑. 君子以修, 百姓寧. 明德愼罰, 國家旣治, 四海平).

然法에 反하는 것으로서 禮가 아니다.

東洋의 自然法槪念으로서의 〈道〉에는 두 가지가 있다. 그 하나는 人間을 중심으로 하는 道의 槪念이고, 다른 하나는 自然을 중심으로 하는 道의 槪念이다. 前者는 儒家의 道에 해당하는 것이고, 後者는 道家의 道에 해당하는 것이다. 前者는 人間의 本性으로부터 도출된 自然法槪念이고, 後者는 自然의 本性으로부터 연역된 自然法槪念이다.

儒家의 道의 개념은 道家의 道의 개념과는 전혀 다른 次元에 놓여 있다. 前者의 人之道는 後者의 自然之道를 사람을 위하여 利用하고 活用하는 것이며 그 反對는 아니다. 즉, 하늘과 땅이 사람을 다스리는 것이 아니라 그 반대로 사람이 하늘과 땅을 다스린다는 것이다. 그래서 "하늘과 땅은 君子를 낳았고, 君子는 하늘과 땅을 다스린다"[72]고 말하는 것이다.

荀子는 이어서 말한다. "聖王의 功用은 위로는 하늘을 살피고 아래로는 땅에 적절히 알맞게 하여 하늘과 땅 사이에 가득히 차게 하며 萬物 위에 作用을 가하는 것이다. ……그러므로 한 가지 原則과 한 가지 原理는 바로 사람을 위하여 있는 것이니, 이것을 행함을 두고 聖人이라 말하는 것이다."[73]

여기서 "한 가지 原則과 한 가지 原理는 바로 사람을 위하여 있는 것이다"라고 말하고 있는데, 이것은 사람을 위한 治道의 原則, 즉 人道를 뜻한다. 이것은 사람을 保護하고, 사람을 養生하고, 사람을 啓蒙하여 사람답게 살 수 있도록 하는 길을 두고 말하는 것이며, 모든 秩序의 價値判斷의 尺度를 사람을 中心에 놓고 정한다. 여기서는 프로타고라스가 말한 바와 같이 "人間이 萬物의 尺度이다."

이와 같이 儒家의 〈人本主義〉思想은 道의 개념을 파악하는 데 있어서 〈人道〉 이외의 다른 개념을 알지 못한다. 그래서 荀子는 "道란 하늘의 道도 아니요 땅의 道도 아니며 사람이 행하여야 할 道이다"[74]라고 말하

72) 『荀子』, 「王制」: "天地生君子, 君子理天地."

73) 『荀子』, 「王制」: "聖王之用也, 上察於天, 下錯於地, 塞備天地之間, 加施萬物之上. ……故曰, 一與一, 是爲人者, 謂之聖人."

74) 『荀子』, 「儒效」: "道者, 非天之道, 非地之道, 人之所以道也."

며, 孟子는 "仁을 행하는 것은 사람이다. 仁과 사람을 하나의 槪念으로 합쳐서 부른다면 그것이 道이다"[75]라고 말한다. 또한 孔子는 "道는 둘이다. 仁이 아니면 不仁이 있을 뿐이다"라고 말하며, "道는 사람에서 멀지 않다. 사람이 행하는 道가 사람에서 멀면 道라 할 수 없다"라고 말한다.[76]

그러면 사람을 中心으로 한 秩序의 形成은 어떠한 手段에 의하여 어떠한 原則에 따라서 이루어지는가? 儒家에 있어서 그것은 政治라는 手段에 의하여 正義의 原則에 따라 이루어진다.

孔子는 "政者正也"라고 말하였다.[77] 政治란 바른 것을 행하는 것이며 바르지 아니한 것을 바르게 한다는 뜻이다. 또한 孟子는 "義人之正路也"라고 말하였다.[78] 義로움이란 사람이 걸어가야 할 바른 길이라는 뜻이다. 이들의 말은 곧 〈正義〉의 秩序를 세우겠다는 것이다. 儒家의 이러한 正義는 平均的 正義와 配分的 正義의 형태로 나뉜다.

우선 平均的 正義의 秩序原理는 絜矩의 道에서 잘 나타나 있다. 絜矩之道는 "내가 원하는 바를 남에게 베풀고, 내가 원하지 않는 바를 남에게 베풀지 말라"는 命題로 표현된다. 이것은 각자의 人格의 平等性을 前提한다. 男女·老少·身分의 貴賤에 관계없이 모두 〈사람〉임으로 그 人間性을 존중하고 승인한다는 前提下에서만 絜矩의 道는 실현될 수 있다. 즉, 상대방을 同等한 人間存在로 인정하는 同類感情 내지 同類意識의 표현이 바로 絜矩의 道이기 때문이다.

孟子에 의하면 "사람은 모두 他人에 대해서 不忍人之心을 가지고 있다. ……따라서 惻隱之心이 없으면 사람이 아니며, 羞惡之心이 없으면 사람이 아니며, 辭讓之心이 없으면 사람이 아니며, 是非之心이 없으면 사람이 아니다. ……무릇 사람이 자기에게 있는 四端을 남에게 擴充시

75) 『孟子』, 「盡心章句下」: "仁也者人也. 合而言之, 道也."
76) 『孟子』, 「離婁章句上」: "孔子曰, 道二, 仁與不仁而已矣"; 『中庸』, 「十三章」: "道不遠人. 人之爲道而遠人, 不可以爲道."
77) 『論語』, 「顔淵」: "政者正也."
78) 『孟子』, 「離婁章句上」: "義人之正路也."

킬 줄 알면 그것은 마치 불이 붙어 四方으로 번져 나가듯 하고 샘물이 솟아 四方으로 흘러 내려가듯 하는 것인데, 정말 이것을 잘 擴充시킨다면 四海를 보존할 수 있을 것이다."[79] 그러므로 이 絜矩之道는 同類 사이의 同等한 人間性을 前提하고, 그 人間關係를 平面的으로 규율하는 秩序原理를 뜻한다. 이것을 〈平〉 또는 〈均〉이라 한다. 人間關係에 있어서 平均的 正義에 해당하는 秩序原理가 바로 여기에 해당한다.

울피아누스의 "각자에게 그의 것을 歸屬시키라"(suum cuique)는 正義의 命題에서 바라본다면, 絜矩之道는 "각자에게 사람으로서의 人格, 즉 인간으로서의 尊嚴을 승인하고 그의 것으로 歸屬시키라"는 것을 意味하게 될 것이다.

다음은 配分的 正義이다. 儒家에서 이것은 正名之道로 나타난다. 孔子는 그의 正名論에서 政治라는 것은 事物의 이름(名)을 바로잡는 作業이라고 하며, 그것을 職分倫理로써 설명한다. "齊나라의 景公이 孔子에게 政治가 무엇인지 물었다. 孔子가 이에 답하되, '임금은 임금 노릇을 하며, 신하는 신하 노릇을 하며, 아버지는 아버지 노릇을 하며, 자식은 자식 노릇을 하는 것입니다.' 景公이 말하기를, '善하도다. 만일 임금이 임금 노릇을 못하고, 신하가 신하 노릇을 못하고, 아버지가 아버지 노릇을 못하고, 자식이 자식 노릇을 못하면 비록 五穀이 곡창에 가득 차 있은들 어찌 그것을 먹을 수 있으리오.'"[80]

荀子도 이러한 職分倫理를 社會를 하나로 齊一하여 調和시키는 秩序原理로 보았다. "임금은 임금 노릇을 하고, 신하는 신하 노릇을 하고, 아버지는 아버지 노릇을 하고, 아우는 아우 노릇을 하는 것은 하나로 調和되는 齊一의 原理이며, 농군은 농군 노릇을 하고, 선비는 선비 노릇을 하고, 工人은 工人 노릇을 하고, 商人은 商人 노릇을 하는 것도 하나로

79) 『孟子』, 「公孫丑章句上」: "孟子曰, 人皆有不忍人之心. ……由是觀之, 無惻隱之心, 非人也, 無羞惡之心, 非人也, 無辭讓之心, 非人也, 無是非之心, 非人也. ……凡有四端於我者, 知皆擴而充之矣, 若火之始然, 泉之始達, 苟能充之, 足以保四海."

80) 『論語』, 「顔淵」: "齊景公問政於孔子. 孔子對曰, 君君臣臣父父子子. 公曰, 善哉. 信如君不君, 臣不臣, 父不父, 子不子, 雖有粟吾得而食諸."

調和되는 齊一의 道에 속한다."[81]

荀子는 이 職分倫理의 規範化를 〈禮〉라고 하며, 그것을 각자의 利己的 慾望의 충돌을 해소하여 秩序를 세우는 齊一의 原理로 이해하였다. 荀子는 다음과 같이 말한다. "天子가 되어 貴해지고 싶고 天下를 가져 富해지고 싶은 것은 사람의 感情으로서는 모두 다 바라는 바이지만, 그 사람들의 慾心을 따른다면 權勢는 다 받아들여 질 수 없고 財物도 충분할 수 없을 것이다. 그래서 옛 임금께서 생각하신 끝에 이를 위하여 禮義를 制定함으로써 分別을 마련하였다. 즉, 사람에게 貴賤의 等級이 있게 하고, 어른과 아이의 差別을 두게 하고, 지혜 있는 자와 어리석은 자의 能力의 有無를 分別하여 사람들로 하여금 그들에게 합당한 일을 맡겨 각자의 마땅함을 얻게 하였다. 그러한 뒤에야 祿으로 받는 곡식이 많고 적고 두텁고 엷은 均衡이 있게 된 것이다. 이것이 곧 여러 사람들이 모여 살면서 하나로 和合되는 道인 것이다. ……不平等의 平等, 枉曲의 順正, 不同一의 同一이라고 하는 것이 바로 이것이며, 이것을 일컬어 人倫이라 한다."[82]

이러한 職分倫理에 바탕한 正名之道는 人間關係를 垂直的으로 규율하는 秩序原理이다. 이것을 〈和〉 또는 〈齊〉라고 한다. 이것은 配分的 正義에 해당하는 秩序原理이다.

이 原理를 다시 울피아누스의 "각자에게 그의 것을 귀속시키라"는 正義命題에 적용시킨다면 社會的 地位의 職分에 따라 각각 다른 役割과 다른 몫이 配分된다. 이러한 社會的 地位의 이름을 東洋에서는 〈名〉이라고 하며 그 이름에 따른 職分을 〈分〉이라 하며, 西洋에서는 그 名을 〈로서의 存在〉(Als-Sein)라고 하며 그 分을 "로서의 存在"의 〈役割〉(Rolle)이라 한다. 따라서 〈名分〉은 〈"로서의 存在"의 役割〉을 의미한다. 이것이

81) 『荀子』, 「王制」: "君君臣臣父父子子兄兄弟弟, 一也. 農農士士工工商商, 一也."

82) 『荀子』, 「榮辱」: "夫貴爲天子, 富有天下, 是人情之所同欲也, 然則, 從人之欲, 則勢不能容, 物不能贍也. 故先王案, 爲之制禮義以分之. 使有貴賤之等, 長幼之差, 知愚能不能之分, 皆使人載其事, 而各得其宜. 然後使慤祿多少厚薄之稱. 是夫群居和一之道也. ……故曰斬而齊, 枉而順, 不同而一, 夫是之謂人倫."

行爲의 準則으로서 客觀化된 것을 東洋에서는 〈禮〉라 하고, 西洋에서는 〈法〉이라 한다.[83] 따라서 禮 또는 法으로서 規範化된 實定法은 그것을 근거지우고 정당화하는 自然法을 그 배후에 가지고 있다. 그 自然法을 東洋의 儒家에서는 正名論에 바탕한 〈道〉 또는 〈理〉라 하며, 西洋의 實存哲學에서는 存在論에 바탕한 〈具體的 自然法〉 또는 〈制度的 自然法〉이라 한다.[84]

그러면 正名論에 바탕한 道와 理는 어떻게 발견되는가? 그것은 名에 相符한 實을 事物 자체의 本性으로부터 이끌어 냄으로써 가능하다.

〈名〉은 사람이 事物에 대하여 붙인 이름이다. 그 이름은 각 事物마다 그 〈屬性〉에 따라 붙여진다. 그리고 그 이름에 相應한 屬性의 實現을 〈實〉이라 한다. 따라서 〈實〉이라는 것은 事物 자체의 本性의 産物이다.[85] 여기서 〈事物〉이라 함은 物件을 뜻하는 것이 아니라 人間과 人間 사이의 사회생활관계에서 갖는 職分의 〈名〉을 말하는 것이며, 그 名에 相應하는 職分實現을 〈實〉이라 하는 것이다.[86] 그래서 孔子가 말한 "君

83) 東洋의 〈禮〉는 職分을 權利·義務로 分化시키지 않고 統合된 형태로 規範化하지만, 西洋의 〈法〉은 職分을 權利·義務로 分化시켜서 規範化한다. 예컨대, 禮는 父의 職分과 子의 職分을 父父, 子子의 형식으로 規範化하지만, 法은 父의 子에 대한 權利·義務, 子의 父에 대한 權利·義務의 형태로 規範化한다. 따라서 職分은 法的 權利·義務가 分化되기 이전의 母體라 할 수 있으며, 法的 權利·義務는 그 職分의 役割이 양 측면으로 갈라져 있음을 알 수 있다(沈在宇 譯, 『法과 存在—法存在論 序說』, 「譯者序文」, 삼영사, 1996, 7면 참조).

84) 具體的 自然法에 관하여는, Vgl. W. Maihofer, "Die Natur der Sache", in: *Die ontologische Begründung des Rechts*(Hrsg. von Arthur Kaufmann), 1965, S. 85f.
制度的 自然法에 관하여는, Vgl. W. Maihofer, *Recht und Sein—Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954, S. 120ff.(沈在宇 譯, 『法과 存在—法存在論 序說』, 170면 이하 참조).

85) 梁啓超, 『先秦政治思想史』, 77면. "實者事物之自性相也, 名者人之所命也. 每一事物抽出其屬性而命以一名. 覩其名而其「實」之全屬性具攝焉."

86) Dernburg는 事物의 本性(Die Natur der Sache)에서 〈事物〉(Sache)의 개념을 〈生活關係〉(Lebensverhältnis)로 이해한다. "生活關係는 다소간 발전된 경우에도 그 尺度와 그 秩序를 자체 내에 지니고 있다. 事物에 內在되어 있는 이 秩序를 사람들은 事物의 本性이라고 부른다." Radbruch에 있어서도 이 점은 마찬가지이다. 그에 의하면 "事物의 本性은 法理念에 관계된 生活關係의 意味이다." 그러나 이들은 그 〈生活關係〉를 다만 抽

君, 臣臣, 父父, 子子"는 임금이란 이름의 職分에 상응하는 行爲를 하면 임금다운 것이고, 그렇지 아니하면 名은 임금이되 實은 임금이 아닌 것이 되며, 臣下란 이름의 職分에 상응하는 行爲를 하면 臣下다운 것이고, 그렇지 아니하면 名은 臣下이되 實은 臣下가 아닌 것이다. 마찬가지로 어버이로서의 倫理的 職分責任을 다하면 어버이 노릇을 한 것이고, 그렇지 아니하면 名은 어버이로되 實은 어버이가 아닌 것이며, 자식으로서의 倫理的 職分責任을 다하면 자식 노릇을 한 것이고, 그렇지 아니하면 名은 자식이로되 實은 자식이 아닌 것이다. 이와 같이 名과 實이 相符하는 경우를 〈正名〉이라 하고, 名과 實이 相符하지 아니하는 경우를 〈虛名〉 또는 〈亂名〉이라 한다.

결국 孔子의 正名論은 각자에게 주어진 社會的 職分責任을 다할 때 그 事物의 이름에 상응한 實이 있게 되어 社會秩序가 바로잡힌다는 것이다. 名과 實이 相符하지 않는 것을 相符하도록 일치시키는 改革作業이 孔子의 "이름을 바로잡는다"는 正名論의 核心思想이며, 그것이 政治가 해야 할 일이다. 孔子의 "政者正也"는 바로 그것을 두고 한 말이다.

孔子는 正名論을 다음과 같이 말하고 있다. "子路가 말하기를, '衛나라의 임금이 선생님을 기다린 연후에 政治를 하고자 하는데, 선생님은 무엇부터 먼저 시작하시렵니까?' 孔子가 말하기를, '필히 事物의 이름을 바르게 하고자 한다.' 子路가 말하기를, '선생님이 세상 물정에 어둡다고 하는 것이 바로 이것인가 합니다. 어찌 이름부터 먼저 바로잡아야 한다는 것입니까?' 孔子가 말하기를, '속되구나, 由야. 君子는 알지 못하는 바를 말하지 않는 법이다. 이름이 바르지 아니한즉 말이 도리에 맞지 아

象的 一般人(Mensch-Sein)의 측면에서 바라보고 있을 뿐이다. 이와는 달리 Maihofer는 그 〈生活關係〉를 具體的 職分人(Als-Sein)의 측면에서 바라보고 있다. 이 점이 Maihofer의 事物의 本性論의 특징이다. 여기서 〈로서의 存在〉(Als-Sein)는 正名論의 〈名〉에 해당하는 것이고, 그 "로서의 存在"의 〈役割實現〉(Rollespielen)은 正名論의 〈實〉에 해당한다. 따라서 東洋의 正名論과 一致하는 事物의 本性槪念은 Maihofer에서만 찾아볼 수 있다. Maihofer의 "Als-Sein"에 입각한 事物의 本性論에 관하여 자세한 것은, "Die Natur der Sache", a. a. O., S. 52ff. 참조.

東洋의 性理學에 입각한 事物의 本性論, 특히 朱子의 〈事物之理〉를 원용한 事物의 本性槪念에 관하여 자세한 것은, 金秉圭, 『法哲學의 根本問題』, 77면 이하 참조.

니하고, 말이 도리에 맞지 아니한즉 일이 이루어지지 아니하고, 일이 이루어지지 아니한즉 禮樂이 興하지 못하고, 禮樂이 興하지 못한즉 刑罰이 適正하게 행하여지지 아니하고, 刑罰이 適正하지 아니한즉 百姓이 手足을 둘 데가 없어진다. 그러므로 君子는 事物에 이름을 붙이면 반드시 말을 할 수 있게 되며, 말할 수 있게 되면 반드시 行할 수 있게 된다. 君子는 말을 함에 구차함이 없어야 하느니라.'"[87]

荀子도 그의 「正名」篇에서 이와 같은 취지의 말을 하고 있다. "王者가 事物의 이름을 制定하여 그 名이 定해지면 實이 分明해지고, 名이 定해진 대로 行하여지면 그 뜻이 상통하게 된다. 그 뜻이 상통하게 되면 百姓을 잘 이끌어서 통일된 질서를 세울 수가 있다. 그러므로 말을 함부로 쪼개어 멋대로 이름을 만들면 正名을 어지럽히게 되며, 그 결과 百姓으로 하여금 의혹을 사게 하고 爭訟이 벌어지게 되는데, 이것을 大姦이라 한다. 이것은 符節이나 度量衡을 속이는 것과 같은 罪에 해당하는 것이다. ……지금은 聖王이 사라져서 正名을 지키지 못하고 기이한 말이 생겨 名과 實이 一致하지 못하고 是와 非가 分明하지 못한즉 法을 지키는 官吏나 經書를 읽는 선비들조차도 모두 혼란에 빠져 있다. 만일 王者가 다시 일어나면 반드시 옛 이름에 좇아 새 이름을 지을 것이다."[88]

董仲舒에 의하면, 孔子의 『春秋』는 事物의 理致에 따라 이름을 바로잡는 正名의 作業이었다고 한다. "春秋는 事物의 理致를 변별하여 그 이름을 바로잡고 있다. 事物에 이름을 붙여서 그 진실을 얻는 데 있어 털끝만큼도 어긋남이 없었다." "事物의 이름은 事物의 眞實에서 생긴다. 眞實을 얻지 못하면 名이 될 수 없다. 名은 聖人이 事物을 진실하게 하는

87) 『論語』, 「子路」: "子路曰, 衛君待子而爲政, 子將奚先? 子曰, 必也正名乎. 子路曰, 有是哉, 子之迂也. 奚其正? 子曰, 野哉, 由也. 君子於其所不知, 蓋闕如也. 名不正則言不順, 言不順則事不成, 事不成則禮樂不興, 禮樂不興則刑罰不中, 刑罰不中則民無所措手足. 故君子名之, 必可言也, 言之, 必可行也. 君子於其言, 無所苟已矣."

88) 『荀子』, 「正名」: "故王者之制名, 名定而實辨, 道行而志通. 則愼率民而一焉. 故折辭擅作名, 以亂正名, 使民疑惑, 人多辯訟, 則謂之大姦. 其罪猶爲符節度量之罪也. ……今聖王沒, 名守慢, 奇辭起, 名實亂, 是非之形不明, 則雖守法之吏, 誦數之儒, 亦皆亂也. 若有王者起, 必將有循於舊名, 有作於新名."

手段이다." "그러므로 事物의 이름은 事物의 모든 條理를 밝히는 大要이며, 그 大要의 意義를 포착하여 그 가운데 있는 事物을 들여다보면 事物의 是非를 알 수 있고 그 逆順이 명백하게 드러난다."[89] 이것이 儒家에서 말하는 正名의 〈道〉이며, 그 道는 事物의 本性으로부터 나오는 〈理〉, 즉 自然法을 意味한다. 그리고 聖人은 이 自然法에 따라 禮라고 하는 實定法을 만드는 것이다.

결론적으로 말하면, 儒家의 自然法槪念에는 두 가지 道의 槪念이 합쳐져 있다. 그 하나는 絜矩之道이며, 다른 하나는 正名之道이다. 前者는 人間의 本性으로부터 도출된 自然法槪念이고, 後者는 事物의 本性으로부터 도출된 自然法槪念이다. 前者는 普遍的인 〈人間存在〉(Mensch-Sein)에서 연역된 抽象的 自然法이요, 後者는 具體的인 〈職分存在〉(Als-Sein)에서 연역된 具體的 自然法이다.[90]

(三) 道家의 自然法思想

Ⅰ. 自然主義

道家의 自然法槪念은 自然主義的 世界觀에 근거하고 있다. 老子는 自然에 내재되어 있는 法則性을 〈道〉라고 한다. 그는 道를 다음과 같이 설명한다. "어떤 혼돈한 實在가 天地生成 이전에 存在하고 있었다. 그것은 소리도 없고 形象도 없다. 그것은 獨立不變한 實在로서 그 作用은 宇宙萬物에 두루 미쳐 끝이 없다. 그러므로 그것은 天下萬

89) 『春秋繁路』, 「深察名號」: "春秋辨物之理以正其名. 名物如其眞, 不失秋毫之末." "名生於眞. 非其眞弗以爲名. 名者, 聖人之所以眞物也." "名者, 大理之首章也, 錄其首章之意以窺其中之事, 則是非可知, 逆順自著."

90) 人間의 本性에 근거한 抽象的 自然法과 事物의 本性에 근거한 具體的 自然法의 辨證論的 關係에서 파악된 自然法槪念에 관하여는, Vgl. W. Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht*, 1963, S. 21ff.

物을 創造하는 어머니라 할 수 있다. 나는 그 이름을 알지 못하므로 우선 道라고 불러 둔다. ……사람은 땅의 法則을 따르고, 땅은 하늘의 法則을 따르고, 하늘은 道의 法則을 따르고, 道는 自然의 法則을 따른다."[91]

이것으로써 알 수 있듯이, 老子의 道는 〈自然法則〉이다. 日月星辰이 一定한 法則에 따라 움직이고 萬物의 生成消滅이 一定한 法則에 따라 이루어지는 그 自然의 〈道〉는 自然哲學的 槪念에 속하며, 인간의 인식 한계를 벗어나는 形而上學的 槪念이다. 老子는 宇宙自然의 배후에 時空을 초월한 어떤 根源的 本體와 그 法則性이 있음을 깨닫고 그것을 〈道〉라고 이름붙인다.

이 道는 始原的으로 萬物을 있게 하는 根源으로서 그 자체는 〈無〉이다. 반면에 그 無로부터 萬物이 생겨났을 때 그것은 〈有〉이다. 이 無와 有는 同一한 것이지만 〈無〉는 知覺을 초월한 形而上的 世界이고 〈有〉는 知覺可能한 形而下的 世界이다. 따라서 無는 萬物生成 이전의 상태를 가리켜 말하는 것이고, 有는 그 無로부터 萬物이 生成된 이후의 상태를 가리켜 말하는 것이다. 그래서 老子는 말한다. "진정한 道라 말할 수 있는 道는 絶對不變의 固定한 道가 아니다. 진정한 名이라 말할 수 있는 名은 絶對不變의 固定한 名이 아니다. 이름이 없는 〈無〉는 天地를 비로소 있게 하는 시작이며, 이름이 있는 〈有〉는 萬物의 어머니이다. 그러므로 無는 항상 道의 妙用을 形象으로 드러내 보이고자 하며, 有는 항상 形象以前의 無의 상태로 돌아가려고 한다. 이 無와 有의 兩者는 다 같이 道에서 나왔으나 각각 다른 이름이 붙여진 것이다. 이 兩者의 作用은 다 같이 玄妙하다. 玄妙하고 또 玄妙한 것이 森羅萬象을 만들어 내는 妙用의 門이다."[92]

이와 같이 老子의 道는 無에서 시작하여 有로 나타나는 것이므로 "有

91) 『老子』, 「二十五章」: "有物混成, 先天地生. 寂兮寥兮. 獨立不改, 周行而不殆. 可以爲天下母. 吾不知其名, 字之曰道. ……人法地, 地法天, 天法道, 道法自然."

92) 『老子』, 「一章」: "道可道, 非常道. 名可名, 非常名. 無名, 天地之始, 有名, 萬物之母. 故常無, 欲以觀其妙, 常有, 欲以觀其徼. 此兩者同, 出而異名. 同謂之玄. 玄之又玄, 衆妙之門."

는 無에서 생긴다"[93]고 말한다. 따라서 無와 有는 본래 둘이 아니며 하나이다. 그래서 "道는 하나(一)를 낳고, 하나는 둘을 낳고, 둘은 셋을 낳고, 셋은 萬物을 낳는다. 萬物은 모두 陰을 업고 陽을 안으며 沖氣로써 調和된다."[94] "아득한 그 옛날 天地가 개벽되기 이전에 〈하나〉(一)의 道가 있었다. 하늘은 이 하나의 道를 얻어 밝아졌고, 땅은 이 하나의 道를 얻어 안정되었으며, 神은 이 하나의 道를 얻어 靈妙해졌고, 골짜기는 이 하나의 道를 얻어 가득 차게 되었으며, 萬物은 이 하나의 道를 얻어 生育하게 되었고, 임금은 이 하나의 道를 얻어 天下를 바르게 다스리게 되었다. 〈하나〉의 道가 그렇게 만드는 것이다."[95]

老子의 自然觀에서 無와 有는 결코 대립되는 두 개의 개념이 아니었으며 〈하나〉이었다. 天地의 개벽과 萬物의 生成消滅은 그 〈하나〉의 道인 無에서 시작하여 有에 이르고, 그 有는 다시 無로 되돌아가는 영원한 辨證法的 流轉法則의 순환이었다. 宇宙自然의 모든 存在는 결코 絶對不變의 固定되어 있는 것이 아니라 끊임없이 轉化하며 流轉한다. 無는 언제나 有로 轉化하고자 하며, 有는 언제나 無로 轉化하고자 한다. 이와 같이 無와 有가 辨證法的으로 相互轉化하는 運動法則을 〈反〉 또는 〈復〉이라 한다. "되돌아간다는 것은 道의 움직임이며, 柔弱하다는 것은 道의 作用이다. 天下의 萬物은 有에서 生成되고 있지만 有는 無에서 생겨난 것이다."[96]

無에서부터 시작하여 有에 이르고 그 有는 다시 無로 되돌아가는 轉化法則을 통하여 우리는 道의 經緯를 알 수 있다. 老子는 이것을 〈道의 紀〉라 한다. "그것은 위쪽이라 해서 밝지도 않으며 아래쪽이라 해서 어둡지도 않다. 그것은 萬物을 끊임없이 反復하여 生成하는 것으로서 그 이름을 붙일 수가 없다. 그러나 그것은 다시 物이 존재하지 않는 無의

93) 『老子』, 「四十章」: "有生於無."
94) 『老子』, 「四十二章」: "道生一, 一生二, 二生三, 三生萬物. 萬物負陰而抱陽, 沖氣以爲和."
95) 『老子』, 「三十九章」: "昔之得一者. 天得一以淸, 地得一以寧, 神得一以靈, 谷得一以盈, 萬物得一以生, 侯王得一以爲天下貞. 其致之."
96) 『老子』, 「四十章」: "反者, 道之動. 弱者, 道之用. 天下萬物生於有, 有生於無."

상태로 되돌아간다. 이것을 形象이 없는 상태 또는 物이 없는 形象이라고 일컫는다. 그래서 이것을 있는 듯 하면서도 없으며, 없는 듯 하면서도 있는 것이라 말하는 것이다. 그것은 앞에서 맞이해도 그 머리가 보이지 않으며, 뒤에서 따라가도 그 꼬리가 보이지 않는다. 道의 法則性은 태고적부터 오늘에 이르기까지 시종일관되게 萬物을 支配하고 있다. 이 法則을 통하여 存在의 始原인 道를 알 수 있다. 이것을 道의 經緯라 한다."[97]

韓非子는 그의 「解老」篇에서 老子의 道를 적절하게 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이 그렇게 이루어진 根據인 것이다. 그러므로 道란 萬物을 理에 따르게 하는 것이다."[98] 여기서 道는 〈所以然〉이고 理는 〈所當然〉을 의미한다.

그러나 이 道와 理는 自然의 道와 理를 뜻하는 것이며 人間의 道와 理를 말하는 것은 아니다. 즉, 道家의 〈道〉는 自然法則을 말하는 것이며 人間 사이의 社會法則을 뜻하는 것이 아니다. 그것은 自然의 存在法則이며 行爲의 當爲法則이 아니다. 그러한 道의 形而上的 自然法則으로부터 社會의 形而下的 當爲法則을 도출하는 것은 不可能하다. 日月星辰이 一定한 法則에 따라 움직이고 萬物의 生成消滅이 一定한 法則에 따라서 이루어지는 自然法則은 人間社會에서 어떠한 行爲를 禁止시켜야 하고 어떠한 行爲를 許容하여야 마땅한지를 알려주지 못한다. 法哲學에서 말하는 〈自然法〉을 自然哲學에서 말하는 〈自然法則〉과 혼동해서는 안된다. 自然法則인 道로부터 社會法則인 自然法을 이끌어 내려고 하는 시도는 일종의 類比論的 思考에 기인한 것이다. 이러한 思考는 存在事實로부터 價値規範을 이끌어 내는 自然主義的 誤謬(naturalistic fallacy)를 범하고

97) 『老子』, 「十四章」: "其上不皦, 其下不昧. 繩繩不可名. 復歸於無物. 是謂無狀之狀, 無物之象. 是謂惚恍. 迎之不見其首, 隨之不見其後. 執古之道, 以御今之有. 能知古始. 是謂道紀."

98) 『韓非子』, 「解老」: "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."

있는 것이다.[99]

自然의 世界는 因果法則이 지배하는 〈必然〉의 世界이다. 그러나 人間의 社會世界는 當爲法則이 지배하는 〈自由〉의 世界이다. 〈必然〉이 있는 곳에는 〈自由〉는 없으며 그 逆도 마찬가지이다. 人間은 自由意志에 의하여 行爲하는 存在이지 因果法則에 따라 기계적으로 움직이는 存在가 아니다. 따라서 老子의 道의 自然主義的 自然法槪念을 人間社會의 自然法槪念으로 원용할 가능성은 애당초 배제되어 있다.

Ⅱ. 無爲而治

이와 같이 老子의 道로부터 自然法的 〈法槪念〉을 도출하는 것은 불가능하지만 自然法的 〈統治槪念〉을 연역하는 것은 가능하다. 老子의 『道德經』에는 自然哲學과 아울러 實踐哲學이 論하여져 있다. 그 實踐哲學은 無爲自然의 道에 따라 無爲自然의 德으로써 다스리는 〈無爲而治〉이다.

老子는 그의 『道德經』, 「第39章」에서 "아득한 그 옛날 天地가 개벽되기 이전에 〈하나〉(一)의 道가 있었다. ……임금은 이 하나의 道를 얻어 天下를 바르게 다스리게 되었다"[100]고 말하고 있다. 임금이 얻은 그 하나의 道는 〈無爲而道〉이며, 이 道에 따라 다스리는 方法은 "聖人이 아무것도 하지 않는 일을 맡아서 하며 말 없는 가르침을 행하는 것이다."[101] 이것이 임금이 실천하여야 할 〈無爲而德〉이다. 老子는 말한다. "가장 높은 德은 의식적으로 德을 갖고자 하지 않는 것이다. 그럼으로써 오히려 德을 갖게 된다. 가장 낮은 德은 德을 잃지 않으려고 하는 것이다. 그럼으로써 오히려 德을 잃게 된다. 높은 德은 人爲的인 作爲를 안하는 것이며 意識的으로 무엇인가 하고자 하지 않는 것이다. 낮은 德은 人爲的으로

99) 이 점에 관한 지적으로서는, 이승환, 「儒家는 法治에 반대했는가?」, 『철학과 현실』, 1992. 여름호(통권 13호), 266면 이하.

100) 『老子』, 「三十九章」: "昔之得一者. ……侯王得一以爲天下貞."

101) 『老子』, 「二章」: "是以聖人處無爲之事, 行不言之敎."

作爲를 하는 것이며 意識的으로 무엇인가 하고자 하는 것이다."[102]

이러한 無爲自然의 德은 無爲自然의 道에서 오고 있음이 분명하다. "道는 항상 아무것도 안하여도 안되는 것이 없다. 임금이 이 道를 지킨다면 天下는 스스로 질서잡힐 것이다. 만일 이와 같이 질서잡힌 天下에서 백성들이 作爲的으로 무엇인가 하고자 한다면 나는 그것을 이름도 없는 나무토막의 소박함을 가지고서 곧 진정시킬 것이다. 그 이름도 없는 나무토막의 소박함이라면 또한 아무런 욕심도 없는 것이다. 욕심이 없어 고요해지면 온 天下가 스스로 안정될 것이다."[103] "道란 언제나 이름도 없는 것이다. 그것은 소박한 나무토막처럼 비록 작게 보이지만 天下에는 감히 아무도 그것을 마음대로 지배하지 못한다. 임금이 만약 그 道를 능히 잘 지킨다면 만백성은 스스로 따라올 것이다. 하늘과 땅이 서로 和合하여 단 이슬을 내릴 것이고 만백성들은 아무도 명령하지 않아도 스스로 고루 다스려질 것이다."[104]

이것은 임금이 無爲의 道에 따라 無爲의 德으로써 백성을 다스리면 자연스럽게 스스로 질서가 잡힌다는 것을 말하고 있는 것이다. 이것을 〈無爲而治〉라고 한다.

無爲而治는 모든 형태의 有爲而治를 否定한다. 따라서 道家는 法家의 有爲而治를 반대할 뿐만 아니라 儒家의 治道도 有爲而治라고 하여 반대한다.

法家의 다스림은 法으로써 명령하고 刑으로써 강제하는 전형적인 有爲而治이다. 즉, 法家의 治道는 法과 刑으로써 다스리는 〈權道〉이다. 그러나 道家는 無爲自然의 〈天道〉에 따라 다스리기를 바란다. 道家에 의하면, 天道에 따라 다스리면 命令을 하지 않아도 백성은 스스로 따라오고,

---

102) 『老子』, 「三十八章」: "上德不德. 是以有德. 下德不失德. 是以無德. 上德無爲, 而無以爲. 下德爲之, 而有以爲."

103) 『老子』, 「三十七章」: "道常無爲而無不爲. 侯王若能守之, 萬物將自化. 化而欲作, 吾將鎭之以無名之樸. 無名之樸, 夫亦將無欲. 不欲以靜, 天下將自定."

104) 『老子』, 「三十二章」: "道常無名. 樸, 雖小, 天下莫能臣也. 侯王若能守之, 萬物將自賓. 天地相合, 以降甘露, 民莫之令而自均."

刑罰로써 강제하지 않아도 백성은 스스로 질서잡힌다고 한다. 그러므로 刑罰은 不必要하고 無用하다는 것이다. "虐政下에서 백성들이 삶에 지쳐 죽음을 두려워하지 않는다면 어떻게 죽음을 가지고 그들을 두려워하게 할 수 있겠는가? 만약 善政下에서 백성들이 항상 삶의 의욕을 가지고 있어 죽음을 두려워한다면 간혹 犯行者가 생긴다 할지라도 내가 굳이 그를 잡아서 處刑해 보일 필요가 어디 있겠는가? 하늘에는 항상 죽음을 다스리는 자가 있어 天罰을 내린다. 그러나 땅에는 그 죽음을 다스리는 자를 대신해서 사람이 處刑을 한다. 이것을 일러 위대한 木工을 대신하여 나무를 깎는 자라고 한다. 위대한 木工을 대신하여 어설프게 나무를 깎는 사람치고 그의 손을 다치지 않을 사람은 드물 것이다."[105] "天道는 다투지 않아도 잘 이기고, 말하지 않아도 잘 호응하고, 부르지 않아도 스스로 오고, 느슨하면서도 일을 잘 도모한다. 하늘의 法網은 느슨하고 엉성한 것 같지만 하나도 놓치지 않는다."[106]

道家는 儒家에서 仁義禮智의 〈人道〉에 따라 다스리는 것도 반대한다. 왜냐하면 임금이 無爲自然의 天道를 떠나 仁義禮智의 人道에 따라 다스리는 것은 이미 無爲而治가 아니라 有爲而治이기 때문이다. 老子는 말한다. "天道는 마치 활의 시위를 당기는 것과 같다. 높은 것은 낮추고 낮은 것은 들어올리듯 남는 것을 줄여서 모자라는 것을 보충한다. 이와 같이 天道는 남는 것을 줄여서 모자라는 것을 보충하지만 人道는 그렇지 않다. 백성에게서 가뜩이나 모자라는 것을 더 줄여서 남아돌아가는 治者階級을 받들기 때문이다. 누가 그 남아돌아가는 것을 온 천하사람들에게 고루 베풀 수 있겠는가? 그것은 오직 道에 따르는 자만이 할 수 있다."[107] 老子에 있어서 임금은 天道를 실천하는 사람이다. 天道는 마치

105) 『老子』, 「七十四章」: "民不畏死, 奈何以死懼之? 若使民常畏死, 而爲奇者, 吾得執而殺之, 孰敢? 常有司殺者殺. 夫代司殺者殺. 是謂代大匠斲. 夫代大匠斲者, 希有不傷其手矣."

106) 『老子』, 「七十三章」: "天之道, 不爭而善勝, 不言而善應, 不召而自來, 繟然而善謀. 天網恢恢, 疏而不失."

107) 『老子』, 「七十七章」: "天之道, 其猶張弓與. 高者抑之, 下者擧之, 有餘者損之, 不足者補之. 天之道, 損有餘而補不足, 人之道, 則不然. 損不足以奉有餘. 孰能有餘以奉天下? 唯有道者."

태양이 貧富貴賤의 差別 없이 모든 사람을 고루 비추어주듯이 萬物을 관대하게 포용하고 公平하게 베풀어준다. 그래서 그는 말한다. "永久不滅의 道를 알고 실천하면 모든 것을 관대하게 포용할 수 있고, 모든 것을 관대하게 포용하면 公平無私하게 베풀 수 있고, 公平無私하게 베풀 수 있으면 王이 될 수 있다. 따라서 王은 하늘 자체라 할 수 있고, 하늘은 곧 道 자체라 할 수 있다."[108]

이와 같이 天道에 따르는 자만이 가진 자와 가지지 아니한 자를 고룰 수 있으며, 人道에 따르는 자는 그것을 할 수 없다는 것이다. 孔子는 당시의 사회적 혼란을 극복하기 위하여 人道에 따라 仁의 德을 실현시키고자 했고, 孟子는 義의 德을 실현시키고자 했고, 荀子는 禮의 德을 실현시키고자 했다. 그러나 老子는 그러한 人爲的인 人道의 德으로써는 사회는 구제되지 않을 뿐 아니라 그것은 이미 天道를 잃은 後의 일이라고 한다. "그러므로 道를 잃고 난 다음에 德이 나타나고, 德을 잃고 난 다음에 仁이 나타나고, 仁을 잃고 난 다음에 義가 나타나고, 義를 잃고 난 다음에 禮가 나타난다. 대체로 禮라고 하는 것은 충실함과 신의가 얇아진 데서 생기는 것으로서 혼란의 시작이다. 앞을 내다보는 智는 道의 形式的 外華로서 어리석음의 시작이다. 그래서 大丈夫는 그 厚한 것에 따라 처신하지 그 薄한 것에 따라 처신하지 않으며, 그 內實에 따라 처신하지 그 外華에 따라 처신하지 않는다. 그러므로 뒤의 것을 버리고 앞의 것을 취해야 한다."[109] "큰 道가 사라지니 仁義가 생겨났다. 智慧가 생겨나면서 큰 거짓이 있게 되었다. 집안이 화목하지 않게 되자 孝子와 慈父가 생겨나게 되었다. 국가가 혼란해지자 忠臣이 생겨나게 되었다."[110]

老子의 治道思想의 핵심은 無爲自然의 道에 따라 無爲自然의 德으로

108) 『老子』, 「十六章」: "知常容, 容乃公, 公乃王, 王乃天, 天乃道."

109) 『老子』, 「三十八章」: "故失道而後德, 失德而後仁, 失仁而後義, 失義而後禮. 夫禮者, 忠信之薄, 而亂之首. 前識者, 道之華, 而愚之始. 是以大丈夫處其厚, 不居其薄, 處其實, 不居其華. 故去彼取此."

110) 『老子』, 「十八章」: "大道廢, 有仁義. 智慧出, 有大僞. 六親不和, 有孝慈. 國家昏亂, 有忠臣."

써 다스린다는 데 있다. 이러한 最上의 德이 治道에서 사라질 때 차츰 낮은 德目인 仁義禮智가 나타나게 되는데, 이러한 것들을 가지고서는 바로 다스려지지 않을 뿐만 아니라 오히려 혼란만 가중시킨다는 것이다. 그러면 어떻게 해야 하는가? 道家의 대답은 그러한 人道의 다스림을 버리고 다시 天道의 다스림으로 돌아가라고 한다. "聖人이란 觀念을 끊고 智者라는 생각을 버린다면 백성은 百倍나 더 행복해질 것이다. 仁이라는 觀念을 끊고 義라는 생각을 버린다면 백성은 다시 孝子, 慈父로 돌아갈 것이다. 잔꾀를 끊고 利益追求를 버린다면 도둑이 생겨나지 않을 것이다. 이 세 가지만으로는 文章이 부족한 듯 하다. 그러므로 여기에 덧붙여서 말한다면, 본래의 人間本性인 소박함과 질박함을 지니고 無私·無欲의 自然으로 돌아가라는 것이다."[111]

이것은 『不平等起源論』에서 "自然으로 돌아가라!"는 루소를 연상시키는 대목이다. 老子는 그러한 自然狀態를 다음과 같이 묘사하고 있다. "나라는 작고 人口는 많지 않아야 한다. 文明의 利器는 있어도 쓰지 않는다. 백성들은 죽음을 두려워하여 멀리 이사다니지 않는다. 배와 수레가 있어도 타지 않는다. 갑옷과 兵器가 있어도 사용하지 않는다. 사람들은 새끼줄에 매듭을 지어 기억을 돕는 原始的 方法으로 다시 되돌아간다. 그리고 맛 없는 飮食이지만 달게 먹고, 검소한 衣服이지만 아름답게 여기고, 좋은 居處는 아니지만 그것에 安住하고, 그들의 소박한 習俗을 즐긴다. 이웃 나라가 서로 바라보이고 닭과 개짖는 소리가 서로 들리지만 백성은 늙어 죽을 때까지 서로 왕래하지 않는다."[112]

自然狀態의 이러한 原始的 生活樣式은 反文明主義 내지 非文化主義의 典型이다.

孔子는 인간의 創造的 精神能力으로부터 나오는 道德과 文化를 소중

111) 『老子』, 「十九章」: "絕聖棄智, 民利百倍. 絕仁棄義, 民復孝慈. 絕巧棄利, 盜賊無有. 此三者, 以爲文不足. 故令有所屬, 見素抱樸, 少私寡欲."

112) 『老子』, 「八十章」: "小國寡民. 使有什伯之器而不用. 使民重死而不遠徙. 雖有舟輿, 無所乘之. 雖有甲兵, 無所陳之. 使民復結繩而用之. 甘其食, 美其服, 安其居, 樂其俗. 鄰國相望, 雞犬之聲相聞, 民至老死, 不相往來."

히 여기고 그러한 道德과 文化의 힘으로 통일된 大同社會의 建設을 정치의 理想으로 삼았지만, 老子는 오히려 그러한 모든 人爲的 努力을 배제하고 無爲自然의 原始的 村落社會를 國家의 理想으로 삼았다. 그는 그 당시 氏族으로 구성된 村落社會의 소박한 無爲自然의 생활에 착안하여 그 無爲性을 國家統治에도 적용하려 한 것 같다. 그러나 백성이 無私·無欲의 自然狀態에서 平和롭게 살아가는 그 곳에 크건 작건 도대체 國家라는 것이 존재할 理由가 어디 있겠는가. 欲望으로 인한 利益의 충돌이 없어 아무런 다툼도 없고, 外敵에 의한 침해가 없어 戰爭을 해야 할 필요도 없는 그 곳에 도대체 國家가 무슨 필요가 있겠는가.

老子의 小國寡民의 理想國家思想은 그때나 지금이나 非現實的인 理想에 지나지 않으며, 그러한 理想社會에 도달하기 위하여 제시하고 있는 方法도 非現實的이다. 道家는 그러한 理想社會로 돌아가는 方法으로서 〈無欲主義〉와 〈無治主義〉를 제시한다. 인간 세상에서 모든 혼란의 根源은 欲心에 있으므로 治者고 被治者고 간에 모두 그 欲心을 버리라는 것이다. 欲心을 버리면 다툼이 벌어지지 않고, 다툼이 벌어지지 않으면 혼란이 생기지 않고, 혼란이 생기지 않으면 다스릴 것이 없다는 것이다.

道家는 다음과 같이 말한다. "賢者를 숭상하지 않으면 백성들은 서로 賢明해지려고 다투지 않게 된다. 얻기 어려운 財物을 귀하게 여기지 않으면 백성들이 도둑질을 안하게 된다. 欲心나는 것을 보이지 않으면 백성들의 마음이 어지러워지지 않게 된다."[113] "'고기는 연못에서 벗어나서는 안되고 利器는 남에게 보여서는 안된다'고 한다. 저 聖人이라는 것은 天下의 利器로서 天下에 내보여서는 안된다. 그러므로 聖人을 없애고 智者를 포기하면 큰 도둑이 없어질 것이며, 玉을 버리고 진주를 깨버리면 좀도둑이 생기지 않을 것이며, 符節을 태우고 印章을 파기해 버리면 백성들이 순박해질 것이며, 말을 부숴 버리고 저울대를 꺾어 버리면 백성들이 다투지 않을 것이며, 天下의 聖스러운 法을 없애 버리면 백성들

113) 『老子』, 「三章」: "不尙賢, 使民不爭. 不貴難得之貨, 使民不爲盜. 不見可欲, 使民心不亂."

은 비로소 道를 論하게 될 것이다."[114] "天下에 禁令이 많을수록 백성은 더욱 가난해진다. 백성들이 편리한 利器를 많이 가질수록 國家는 더욱 혼란해진다. 사람들이 技巧와 技術을 많이 가질수록 진기한 물건들이 생겨나온다. 法令이 밝아질수록 도둑이 많아진다."[115]

이러한 〈道家的 逆說〉을 우리는 어떻게 이해해야 할 것인가? 道家는 無私·無欲의 自然狀態로 돌아가는 方法으로서, 첫째 모든 欲心나는 것을 백성에게 보여주지 말 것이며, 둘째 欲心으로부터 생기는 利益衝突을 막기 위한 法이나 저울대 등을 전부 없애 버리라는 것이다. 그러나 그렇게 한다고 해서 사람의 欲心을 인간의 本性으로부터 源泉的으로 제거하는 것이 가능할 것인지 의문이며, 또한 그것이 불가능하다면 欲心으로부터 생기는 利益衝突을 어떻게 막을 수 있을지 의문이다. 荀子는 欲望을 인간의 生來的 本性으로 보고 그것을 없애 버리려는 무모한 시도를 하지 않았으며, 다만 그 欲望의 충돌을 막기 위하여 禮라는 法度를 세웠다. 道家와 儒家의 어느편이 옳은 견해인가?

道家는 사람을 無私·無欲의 自然의 世界로 돌아가라고 한다. 그러나 儒家는 人間의 本性은 본래 有私·有欲한 것이므로 自然으로 돌아가서는 안되고 道德과 倫理의 世界로 돌아가라고 한다.

그렇다면 〈無欲〉이 人間의 自然인가 아니면 〈有欲〉이 人間의 自然인가? 道家는 無欲을 人間의 自然으로 보고 있다. 그러나 그것은 〈自然의 自然〉이지 〈人間의 自然〉이 아니다. 道家의 오류는 自然의 自然과 人間의 自然을 同一視한다는 데 있다. 老子는 말한다. "다섯 가지 아름다운 색채는 사람의 눈을 현란케 하고, 다섯 가지 아름다운 음악은 사람의 귀를 어지럽게 하며, 다섯 가지 맛 있는 음식은 사람의 입을 버려 놓으며, 말타고 달리며 사냥하는 것은 사람의 마음을 발광케 하며, 얻기 어려운

114) 『莊子』, 「胠篋」: "故曰, 魚不可脫於淵, 國之利器, 不可以示人. 彼聖人者, 天下之利器也, 非所以明天下也. 故絕聖棄知, 大盜乃止, 擲玉毁珠, 小盜不起, 焚符破璽, 而民朴鄙, 掊斗折衡, 而民不爭, 殫殘天下之聖法, 而民始可與論議."

115) 『老子』, 「五十七章」: "天下多忌諱, 而民彌貧. 民多利器, 國家滋昏. 人多伎巧, 奇物滋起. 法令滋彰, 盜賊多有."

보배는 사람의 행동을 正常에서 벗어나게 한다."[116] 여기서 五色, 五音, 五味, 달리는 말, 보배 등은 自然의 本性을 말하는 것이지 人間의 本性을 말하는 것이 아니다. 물론 人間은 色, 音, 味, 말, 보배 등의 自然의 本性을 人爲的으로 조작하거나 변조할 수 없을 뿐만 아니라 그렇게 해서도 안된다. 왜냐하면 自然에 人爲的인 作爲를 가하면 自然이 파괴되기 때문이다. 그러나 人間에게는 그러한 自然에 대한 耳目口鼻의 欲望이 있다. 따라서 耳目口鼻의 欲望은 人間의 本性에 속한다. 五色, 五音, 五味, 馬, 財 등의 自然이 耳目口鼻의 自然을 훼손한다면 自然이 自然을 훼손하는 셈이다. 自然은 欲望을 갖지 아니하는 것이 그의 本性에 속하지만, 人間은 欲望을 갖는 것이 그의 本性에 속한다. 따라서 自然의 本性과 人間의 本性은 같지 않음에도 불구하고 後者를 前者의 잣대로 재고자 하는 데 道家의 問題性이 있다고 할 것이다.

欲望은 人間의 自然이며 그 자체가 나쁜 것이 아니다. 오히려 그것은 生存을 위하여 神이 人間에게 부여한 本性이다. 배고플 때 먹고자 하는 欲望이 없다면 사람은 生命을 유지할 수 없을 것이고, 추울 때 입고자 하는 欲望이 없다면 얼어 죽을 것이고, 비바람이나 눈이 올 때 그것을 피하고자 하는 欲望이 없다면 제대로 살아갈 수 없을 것이다. 따라서 衣·食·住에 대한 欲望은 人間의 生存을 위하여 缺할 수 없는 本性에 속한다. 이러한 生存을 위한 本能的 欲望은 動植物에게도 마찬가지로 주어져 있다. 다만, 人間의 欲望은 그러한 生存을 위한 단순한 本能的 欲望에서 그치지 않고 보다 좋은 옷을, 보다 좋은 음식을, 보다 좋은 집을 가질 것을 원할 뿐만 아니라 이러한 物質的 欲望을 넘어서 無限한 精神的 欲望까지도 가지고 있다. 人間의 欲望은 限界를 모르며, 바로 이 만족할 줄 모르는 欲望이 모든 混亂의 禍根이며 罪의 根源이다. 그래서 老子도 다음과 같이 말한다. "罪는 欲望을 따르는 것보다 더 큰 것이 없으며, 禍는 滿足할 줄 모르는 것보다 더 큰 것이 없으며, 허물은 더 많

116) 『老子』, 「十二章」: "五色令人目盲, 五音令人耳聾, 五味令人口爽, 馳騁畋獵, 令人心發狂, 難得之貨, 令人行妨."

이 가지려는 것보다 더 큰 것이 없다. 그러므로 滿足할 줄 아는 것으로 足하면 언제나 滿足하다."[117]

여기서 欲望의 節制가 문제되지 않을 수 없는데, 그것은 內的으로는 道德規範에 의하여 節制되고, 外的으로는 禮規範이나 法規範에 의하여 統制된다. 그러나 모든 欲望을 완전히 버리라는 것은 人間의 本性에 反한다. 그것은 人間의 自己保存條件에 反할 뿐만 아니라 人間의 自己發展條件에도 反한다. 인간은 自己保存의 本性뿐만 아니라 自己發展의 本性도 그의 〈自然〉으로 가지고 있기 때문이다. 즉, 인간은 단순히 物質的 欲望뿐만 아니라 精神的 欲望도 아울러 갖고 있다. 知識欲, 名譽欲, 創造欲, 價値追求欲 등이 그것이다. 이러한 것들은 學問, 文化, 藝術, 道德 등의 精神世界에서 나타난다. 이것은 분명히 動物과 다른 欲望의 世界로서 人間에게만 고유하게 주어져 있는 〈理性〉의 創造的 欲望世界이다.

칸트에 의하면, 이러한 精神的 欲望뿐만 아니라 남보다 더 많이 가지려는 欲望, 남보다 더 잘 살려는 欲望, 남보다 더 훌륭하게 되려는 欲望 등등이 人間의 本性에 뿌리박혀 있다고 한다. 이러한 本性이 欲望의 충돌을 가져와서 인간세상에 法을 필요로 하게 하지만, 만일 이러한 本性이 인간에게 주어져 있지 않았다면 인류의 文化와 文明은 단 한치의 發展도 있을 수 없었을 것이라고 하며, 따라서 인류는 영원히 原初狀態의 動物的 自然世界에 머물러 있었을 것이라고 한다. 그러므로 칸트는 人間을 그러한 欲望으로 가득 찬 存在로 創造해준 神에게 원망하지 않고 오히려 감사한다.[118]

이러한 칸트의 人間觀에 의하면 人間의 本性은 〈有欲〉이며 無欲이 아니다. 다만 그러한 有欲으로 인한 欲望의 충돌을 막기 위하여 一次的으로는 道德에 의한 自己節制가 있어야 하며, 그러한 自律的인 節制가 안되면 二次的으로 他律的인 法에 의한 統制가 행해져야 한다는 것이다. 이것이 칸트에 있어서 法이 생겨난 理由이다. 이것은 荀子에 있어서 禮

117) 『老子』, 「四十六章」: "罪莫大於可欲, 禍莫大於不知足, 咎莫大於欲得. 故知足之足, 常足矣."
118) I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, a. a. O., S. 35.

가 생겨난 理由와 같다. 이러한 根據로부터 法과 禮를 통한 人間行爲의 統制는 그 성질상 有爲而治일 수밖에 없으며 결코 無爲而治일 수가 없다.

Ⅲ. 無治主義

그러나 道家는 無欲主義에 바탕한 無爲而治를 주장한다. 老子는 말한다. "聖人은 굶주린 배를 채우기 위한 行動은 하지만 눈의 欲望을 즐기는 行動은 하지 않는다. 그러므로 欲望을 버리고 生存의 本能만 따른다."[119] 이것은 임금이 權威를 위하여 웅장한 宮闕을 짓고 사치스러운 衣服을 입고 山海珍味의 맛 있는 飮食을 즐기는 行動을 해서는 안된다는 것이다. 즉, 生存의 本能만 充足시키고 기타의 모든 欲心은 버리라는 것이다. "그래서 聖人은 欲望을 없애는 것을 欲望하며, 얻기 어려운 보배를 귀하게 여기지 않는다. 그는 배우지 아니하는 것을 배우며, 보통사람이 지나쳐 버리는 根本으로 돌아간다. 그럼으로써 그는 萬物의 自然을 補助하고 감히 人爲的인 作爲를 하지 않는다."[120] "임금인 내가 無爲함으로써 백성들은 스스로 질서잡히고, 내가 고요함을 좋아함으로써 백성들은 스스로 올바르게 되고, 내가 아무 일도 안함으로써 백성들은 스스로 부유해지고, 내가 無欲함으로써 백성들은 스스로 소박해진다."[121]

道家는 이것을 〈無爲而治〉라고 한다. 無爲而治에서는 임금이 아무것도 하지 않고 아무것도 하고자 하지 않는 것이 그의 上德에 속한다. 따라서 "最上의 임금은 백성들이 그가 있다는 것조차 意識하지 못한다. 그 다음의 임금은 백성들이 친근함을 느끼고 칭송한다. 그 다음의 임금은 백성

119) 『老子』, 「十二章」: "是以聖人爲腹, 不爲目. 故去彼取此."

120) 『老子』, 「六十四章」: "是以聖人欲不欲, 不貴難得之貨. 學不學, 復衆人之所過. 以輔萬物之自然而不敢爲."

121) 『老子』, 「五十七章」: "我無爲, 而民自化, 我好靜, 而民自正, 我無事, 而民自富, 我無欲, 而民自樸."

들이 두려워한다. 그 다음의 임금은 백성들이 경멸한다."[122]

그러면 임금이 아무것도 하지 않고 아무것도 하고자 하지 않음으로써 백성들이 그가 있는지 조차도 意識하지 못한다면, 그 임금은 〈無爲而治〉를 하는 것인가, 아니면 〈無治而治〉를 하는 것인가? 老子의 다음의 말은 이 兩者의 구별을 가능하게 해주는 것 같다. "聖人은 無爲하다. 그러므로 失敗가 없다. 그는 무엇을 하고자 집착하지 않는다. 그러므로 잃는 것이 없다."[123] 임금이 이와 같이 아무것도 하지 않고 아무것도 하고자 집착하지 않는다면 失敗할 것도 없을 것이고 잃을 것도 없을 것이다. 이것이 의미하는 바는 〈無治主義〉에 다름아니다.[124] 이것은 마치 흘러가는 물을 손대지 않고 自然스럽게 흘러가게 내버려두는 것과 같이 백성들이 自然스럽게 살아가는 대로 내버려두라는 것이다. 간섭하지 않고 다스리지 않는 것이 道家의 治道의 本質的 核心이다. 이것은 〈無爲而治〉라고 하기 보다는 〈無治而治〉라고 하는 것이 더 정확한 표현일 것이다.

道家의 이 〈無治主義〉는 儒家의 〈德治主義〉와도 구별된다. 儒家의 德治는 아무것도 안하는 것이 아니라 君主 스스로 올바르게 하고, 君主 스스로 성실하게 하고, 君主 스스로 인자하게 行爲함으로써 백성들이 그 德에 感化되어 따라오게 하는 다스림이기 때문이다. 孔子는 그러한 임금으로서 舜임금을 지적했으며 그를 〈無爲而治者〉라고 말하고 있다.[125] 그러나 道家의 無爲而治는 그러한 〈德治〉가 아니라 文字 그대로 아무것도 안하는 〈無治〉를 의미한다. 그것은 德治도 아니고, 禮治도 아니고, 法治도 아닌 無治이다.

이러한 〈無治而治〉는 形容의 矛盾일 뿐만 아니라 政治의 本質에 反한다. 孔子는 政治의 本質을 "政者正也"라고 표현하였다. 즉, 바르지 아니한 것을 바로잡는다는 뜻이다. 그러나 老子는 政治라는 것이 오히려 바르게 있는 것을 바르지 않게 망친다는 것이다. 다시 말하면, 道家의 無

122) 『老子』, 「十七章」: "太上, 不知有之. 其次, 親而譽之. 其次, 畏之. 其次, 侮之."
123) 『老子』, 「六十四章」: "是以聖人無爲. 故無敗. 無執. 故無失."
124) 梁啓超, 『先秦政治思想史』, 104면.
125) 『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."

治主義는 天地自然의 自化의 道를 모범으로 삼아서 人爲的으로 다스리지 않는 것이며, 儒家의 德治主義는 人倫의 極致인 聖人의 道를 모범으로 삼아서 德으로써 다스리는 것이다. 前者는 다스림의 人爲性을 否定하지만, 後者는 다스림의 自然性을 否定한다.

道家의 無治主義는 自然에 人爲的인 干涉이나 作爲를 가하지 말고 自然 그대로 放任해 두라는 것이다. 莊子의 다음의 말은 그러한 無治主義를 가장 적절하게 표현해주고 있다. "天下를 있는 그대로 放任해 둔다는 말은 들었어도 天下를 다스린다는 말은 들어보지 못하였다. 天下를 있는 그대로 두는 것은 사람이 그 自然의 性을 어지럽힐까 두려워하기 때문이다. 天下를 放任하는 것은 사람이 그 自然의 德을 변화시킬 것을 두려워하기 때문이다. 사람이 天下의 그 性을 어지럽히지 않고 그 德을 변화시키지 않는다면 아무것도 다스릴 필요가 없지 않겠는가!"[126]

Ⅳ. 自然의 自然法과 人間의 自然法

그러면 이러한 無治主義에 입각한 〈自然의 自然法〉을 〈人間의 自然法〉으로 원용하는 것이 가능한가? 이미 위에서 살펴본 바와 같이, 自然의 本性과 人間의 本性은 같지 않기 때문에 그것은 不可能하다. 즉, 道家의 自然法은 自然界의 自然法이지 人間界의 自然法이 아니기 때문이다. 人間界의 自然法은 自然의 道에 消極的으로 구속되는 것이 아니라 그 道를 이용하고 활용하여 人道에 맞는 自然法을 積極的으로 찾아내야 하는 것이다. 만약 그렇지 않고 人間界의 自然法이 自然界의 自然法에 구속되어야 한다면, 弱肉强食의 밀림의 自然法에 따라서 人間界에서 强者가 弱者를 억압하고 약탈하고 죽이는 것도 人間社會의 自然法으로 받아들여야 할 것이다. 그러한 밀림의 自然法을 人間社會의 自然法으로 받아

126) 『莊子』, 「在宥」: "聞在宥天下, 不聞治天下也. 在之也者, 恐天下之淫其性也. 宥之也者, 恐天下之遷其德也. 天下不淫其性, 不遷其德, 有治天下者哉!"

들일 수 없다면, 兩自然法은 그 내용에 있어서 같지 않을 뿐만 아니라 오히려 정반대임을 알 수 있다.

아이러니하게도 道家의 自然法觀의 진정한 의도는 그것과 정반대되는 人間社會의 自然法觀으로부터 출발하고 있음을 간과해서는 안된다. 즉, 道家는 그 당시 政治라는 이름 아래 强者인 治者가 弱者인 百姓을 억압하고 수탈하고 죽이는 것을 바라보면서 그러한 政治의 逆機能에 제동을 걸기 위하여 無爲而治를 주장하기에 이르렀던 것이다.

老子는 말한다. "백성들이 굶주리고 있다. 爲政者가 많은 세금을 거두어들여 포식하고 있기 때문에 백성들이 굶주리고 있다. 백성들이 잘 다스려지지 않고 있다. 爲政者가 백성들을 강제적으로 억압하기 때문에 백성들이 잘 다스려지지 않고 있다. 백성들이 쉽게 죽어가고 있다. 爲政者가 자기자신이 호화롭게 살기 위하여 백성들을 수탈하기 때문에 백성들이 쉽게 죽어가고 있다."[127] "朝廷이 심히 부패해져서 백성의 논밭은 황폐해지고 창고는 텅 비어 있다. 그러나 爲政者는 사치스럽게 장식을 한 옷을 입고, 날카로운 칼을 차고, 맛 있는 음식을 싫도록 먹고, 재물이 남아돌아 쌓아 놓고 있다. 이것을 일컬어 도둑의 괴수라고 한다."[128]

莊子는 統治者를 〈大盜〉라 하고 백성의 도둑은 〈小盜〉라 한다. 즉, 聖者니 智者니 하는 임금은 〈큰 도둑〉이고 백성의 도둑은 〈작은 도둑〉, 즉 좀도둑인 셈이다. 莊子는 말한다. "世俗에서 말하는 知者란 큰 도둑을 위하여 물건을 쌓아 두는 자가 아닌가? 이른바 聖者란 큰 도둑을 위하여 물건을 지켜주는 자가 아닌가? 어떻게 그 사악함을 알 수 있는가? ……무릇 방안에 감추어 둔 것을 미루어 아는 것은 聖이고, 앞장서서 들어가는 것은 勇이며, 맨 나중에 나오는 것은 義이고, 可否를 아는 것은 知이며, 고르게 나누는 것은 仁이다. 이 다섯 가지를 갖추지 못하고서 큰 도둑이 된 자는 天下에 없다. ……聖人이 죽지 않으면 큰 도둑도 없

127) 『老子』, 「七十五章」: "民之饑. 以其上食稅之多, 是以饑. 民之難治. 以其上之有爲, 是以難治. 民之輕死. 以其上求生之厚, 是以輕死."

128) 『老子』, 「五十三章」: "朝甚除, 田甚蕪, 倉甚虛. 服文綵, 帶利劍, 厭飮食, 財貨有餘. 是謂盜夸."

어지지 않는다. 비록 聖人이 거듭 나타나서 天下를 다스린다 할지라도 그것은 盜跖을 거듭 利롭게 할 뿐이다. 말이나 섬을 만들어 물건의 量을 달면 그 말이나 섬까지도 훔쳐가고, 저울추와 저울대를 만들어 물건을 달면 그 저울추와 저울대도 훔쳐가고, 符節이나 印章을 만들어 신용의 標識로 만들면 그 符節이나 印章도 훔쳐가고, 仁과 義로써 바로잡으면 그 仁과 義도 아울러 훔쳐갈 것이다."[129]

이것은 統治者가 苛斂誅求로써 백성을 착취하고 수탈하여 못살게 구는 것을 大盜에 비유하여 말한 것이다. 또한 老子가 "天下에 禁令이 많을수록 백성은 더욱 가난해지고, 法令이 밝아질수록 도둑이 많아진다"[130] 고 말한 것도 支配者가 法의 이름으로 백성의 재산을 수탈하여 가난하게 만드는 것을 빗대어 말한 것이다. 당시 支配階級에 의한 수탈이 얼마나 심하였는지 알 수 있을 것 같다. 道家의 自然主義的 自然法思想의 출발점은 이와 같이 國家權力의 濫用에 대한 批判과 抵抗에서 비롯되었음을 알 수 있다. 즉, 그 출발점은 오히려 抵抗的이고 改革的인 人間의 自然法의 파토스와 에토스였지 自然의 自然法의 로고스는 아니었다.[131] 그러나 그 결과로서 제시한 처방은 無治主義 自然法으로 전락하고 말았다. 우리는 이러한 결론에 동의할 수 없다. 왜냐하면 道家의 無治主義 自然法은 不法의 한쪽 문은 막아버렸지만 不法의 다른 한쪽 문은 열어놓았기 때문이다. 칸트에 의하면, 人間의 自然狀態에는 두 가지가 있다고 한다. 하나는 〈無法의 自然狀態〉(status justitis vacuus)이고, 다른 하나는 〈不法의 自然狀態〉(status injustus)이다. 前者는 無法天地의 無政府狀態이고, 後者는 不法의 暴政狀態이다. 그 어느 곳에서도 人間은 保護되어 있지 않다. 道家의 無治主義는 後者의 不法의 自然狀態로 들어가는

129) 『莊子』, 「胠篋」: "世俗所謂知者, 有不爲大盜積者乎? 所謂聖者, 有不爲大盜守者乎? 何以知其然邪? ……夫妄意室中之藏, 聖也, 入先, 勇也, 出後, 義也, 知可否, 知也, 分均, 仁也. 五者不備, 而能成大盜者, 天下未之有也. ……聖人不死, 大盜不止. 雖重聖人而治天下, 則是重利盜跖也. 爲之斗斛以量之, 則幷與斗斛而竊之, 爲之權衡以稱之, 則幷與權衡而竊之, 爲之符璽以信之, 則幷與符璽而竊之, 爲之仁義以矯之, 則幷與仁義而竊之."

130) 『老子』, 「五十七章」: "天下多忌諱, 而民彌貧. ……法令滋彰, 盜賊多有."

131) 金忠烈, 『老莊哲學講義』, 「제4강의」, 예문서원, 1995, 139면 이하, 특히 154면 이하.

入口는 막아버렸지만 동시에 前者의 無法의 自然狀態로 나가는 出口는 열어 놓았다.

道家는 이 無法의 自然狀態를 홉스와 같이 〈萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態〉로 보지 않고 〈萬人과 萬人의 平和狀態〉로 보고 있다. 이러한 假定은 人間의 本性이 〈無欲〉하다는 前提下에서만 가능하다. 그러나 사실은 그렇지 않다. 오히려 人間은 有欲한 存在이다. 國家發生 이전의 社會가 無爲·無欲의 自然의 平和狀態였다면 그 후에 왜 國家가 생겨났는지 그 理由를 알 수 없다.

老子는 無治主義를 주장함에 있어 國家成立 이전의 原始社會의 조그마한 村落共同體를 머리에 그리고 있었다. 人口는 적고, 먹을 것은 부족함이 없고, 欲望의 대상은 생존에 필요한 최소한의 衣·食·住에 국한되어 있었고, 外敵의 침해도 없는 그러한 原始村落共同體에서는 平和롭고 牧歌的인 生活이 가능하였을지도 모른다. 그러나 人口가 증가하고, 먹을 것은 모자라고, 欲望의 대상은 점점 많아지고, 外敵의 침해를 받기에 이른 社會發展段階에서는 이미 그러한 간섭 없고 다스림 없는 無政府狀態의 平和는 더 이상 지속될 수가 없었다. 그래서 루소도 이러한 歷史發展段階에 이르러서는 原初的 自然狀態와는 달리 人類가 그들의 生活樣式을 바꾸지 아니하는 한, 萬人의 萬人에 대한 鬪爭으로 인하여 人種은 멸망하여 버리고 말 것이라고 한다.[132] 그래서 國家가 생겨난 것이다.

그러나 그 國家의 統治權이 濫用되면 백성들은 이번에는 〈不法의 暴政狀態〉에서 신음하게 된다. 그렇다고 道家에 따라 이 不法의 自然狀態를 다시 〈無法의 自然狀態〉로 옮겨 놓는 것은 人間의 問題를 해결하는 처방이 될 수 없다. 道家의 無治主義는 바로 이러한 愚를 범하고 있다. 道家의 功은 國家가 백성을 억압하고 착취하고 죽게 하는 〈不法의 自然狀態〉로부터 인간을 해방시켜 구제하고자 했다는 점이다. 그러나 道家

132) J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*(*Der Gesellschaftsvertrag*), Hrsg. von Heinrich Weinstock, 1968, I. 6, S. 42.

의 過는 無治의 治로써 인간을 〈無法의 自然狀態〉에 버려놓은 채 돌보지 않고 방치했다는 점이라 하겠다.

(四) 墨家의 自然法思想

Ⅰ. 天志主義와 "하늘"의 自然法

西洋中世의 기독교적 自然法思想이 法을 〈神의 意志〉의 표현으로 이해한 것과 같이, 東洋古代의 墨敎의 自然法思想도 法을 〈天의 意志〉의 표현으로 이해한다. 기독교가 〈하나님〉을 意志를 가진 超越的 人格神으로 신앙하는 것과 같이, 墨敎도 〈하느님〉(天)을 意志를 가진 人格神으로 표상한다. 이 점에서 兩宗敎는 유사한 점을 가지고 있으나 來世觀의 有無에서 宗敎로서의 차이가 있다. 즉, 墨敎는 기독교와는 달리 來世觀과 救援의 約束이 없으며, 다만 現世觀에 국한된 사랑의 行爲戒律이 있을 뿐이다. 그 戒律을 〈하늘의 뜻〉, 즉 〈天志〉라고 하며, 이 天志를 따르지 아니하면 〈天罰〉을 받고 그것을 따르면 〈天賞〉을 받는다는 東洋의 天에 대한 소박한 原始信仰에 근거하고 있다. 그러나 여기서 〈하늘의 뜻〉으로 나타나는 戒律은 모든 人間行爲를 구속하는 法度로서 自然法化된다.

墨子는 이 점을 다음과 같이 말한다. "내가 하늘의 뜻을 가지고 있다는 것은 비유하건대 바퀴를 만드는 사람이 원을 그리는 그림쇠를 가지고 있고, 집을 짓는 목수가 네모난 모양을 그리는 곱자를 가지고 있는 것과 같다. 그리고 이 尺度에 맞는 것은 是라 하고 안맞는 것은 非라 하는 것이다."[133] 墨家는 이와 같이 天의 意志를 가지고 모든 人間行爲의 是非를 재는 잣대로 사용한다. 그것이 天志主義的 自然法槪念이다.

---

133) 『墨子』, 「天志上」: "子墨子言曰, 我有天志, 譬若輪人之有規, 匠人之有矩, 輪匠執其規矩, 以度天下之方圓. 曰, 中者是也, 不中者非也."

그러면 이 天志主義的 自然法의 구체적 내용은 무엇인가? 그것은 平等하게 서로 사랑하라는 것과 서로 利롭게 하라는 것이다. 즉, 〈兼愛〉와 〈交利〉가 그 핵심적 내용이다. 이 兼愛와 交利는 하늘의 뜻이며 그것은 모든 人間行爲를 구속하는 法度로서 治道의 原理가 된다. 墨子는 말한다. "옛날 三代의 聖王(禹·湯·文·武)은 하늘의 뜻을 순종하여 하늘의 賞을 받은 자이다. ……그들이 한 일은 위로 하늘을 존중하고, 가운데로 귀신을 섬기고, 아래로는 人民을 사랑하였다. 그러므로 하늘의 뜻은 '이들은 내가 사랑하는 것을 아울러 사랑하였고, 내가 이롭게 하고자 하는 것을 아울러 이롭게 하였다'고 여겼다."[134]

이와 같이 하늘의 뜻에 따라 百姓을 사랑하고 이롭게 하는 임금을 〈聖王〉이라 한다. 이 점은 儒家의 聖王像과 같다. 荀子의 民本主義思想에서는 임금은 오로지 百姓을 위하여 다스려야 하는데 그 治道의 根本內容은 백성에 대한 사랑(愛)과 백성의 이익(利)이다.[135] 이 점에서 儒家와 墨家의 聖王像의 내용은 같지만, 다만 그 正當化根據에 있어서 차이가 있다. 즉, 儒家는 民本主義를, 墨家는 天志主義를 그 正當化根據로 하고 있다.

墨家의 天志主義 自然法觀에 의하면 하늘의 뜻에 따라 백성을 사랑하고 이롭게 하는 聖君에게는 하늘의 賞이 내려지지만, 그 반대로 하늘의 뜻에 거역하여 백성을 미워하고 해치는 임금은 暴君이라고 하고 그에게는 하늘의 罰이 내려진다. 墨子는 桀·紂·幽·厲 등의 暴君을 예로 들면서 다음과 같이 말한다. "그러면 桀·紂·幽·厲王들이 罰을 받은 이유는 무엇인가? 墨子가 말하기를, 그들이 한 일은 위로는 하늘을 욕하고, 가운데로는 귀신을 속이고, 아래로는 백성을 해쳤다. 그러므로 하늘의 뜻은 '이들은 내가 사랑하라고 한 것을 차별하고 미워하였으며, 내가 이롭게 하라고 한 것을 서로 해롭게 하였으니, 사람을 미워함이 넓고 사람을 해롭게 함이 크다'고 여겼다. 그러므로 그들의 壽命을 마치지 못하

134) 『墨子』, 「天志上」: "昔三代聖王, 此順天意而得賞也. ……其事, 上尊天, 中事鬼神, 下愛人. 故天意曰, 此之我所愛, 兼而愛之, 我所利, 兼而利之."

135) 이 글, 앞의 註 34)와 35)를 참조.

도록 하고 그들의 世代를 끝맺지 못하도록 하였으니 오늘날까지도 그들을 비난하여 暴君이라고 부른다."[136] 이와 같이 하늘의 뜻을 따르는 자는 聖君이라 하고 하늘의 뜻을 따르지 아니하는 자는 暴君이라고 한다.

墨子는 聖君의 政治는 〈義로운 政治〉라 하고 暴君의 政治는 〈暴力의 政治〉라고 한다. "하늘의 뜻을 따르는 것은 義로운 政治요, 하늘의 뜻을 거역하는 것은 暴力의 政治이다. 그러면 義로운 政治는 어떻게 하는 것인가? 墨子는 말하기를, 大國이 小國을 공격하지 않고, 큰 家門이 작은 家門을 찬탈하지 않고, 强한 자가 弱한 자를 겁탈하지 않고, 貴한 자가 賤한 자를 업신여기지 않고, 多數가 少數를 억압하지 않고, 지혜로운 자가 어리석은 자를 속이지 않는 것이다. 이것은 위로는 하늘을 이롭게 하고, 가운데로는 귀신을 이롭게 하고, 아래로는 사람을 이롭게 한다. 이 세 가지가 이로우면 天下에 이롭지 않은 것이 없다. 그러므로 天下의 美名이 그에게 붙여지니 〈聖王〉이라고 부른다.

暴力의 政治는 이와는 달리 말은 하늘을 비난하고 行實은 하늘을 거스르고, 大國이 小國을 공격하고, 큰 家門이 작은 家門을 찬탈하고, 强한 자는 弱한 자를 겁탈하고, 貴한 자는 賤한 자를 업신여기고, 多數는 少數를 억누르고, 지혜 있는 자는 어리석은 자를 속인다. 이것은 위로는 하늘을 이롭게 하지 않고, 가운데로는 귀신을 이롭게 하지 않고, 아래로는 사람을 이롭게 하지 않으니, 이 세 가지가 이롭지 않으면 天下에 이로울 것이 없는 것이다. 그래서 天下의 惡名이 그에게 붙여지니 〈暴君〉이라 한다."[137]

이것으로써 알 수 있듯이, 墨家의 治道에 있어 聖君은 仁政과 善政을

136) 『墨子』, 「天志上」: "然則桀紂幽厲得其罰何以也? 子墨子言曰, 其事, 上詬天, 中誣鬼, 下賊人. 故天意曰, 此之我所愛, 別而惡之, 我所利, 交而賊之, 惡人者此爲之博也, 賊人者此爲之厚也. 故使不得終其壽, 不殁其世, 至今毁之, 謂之暴王."

137) 『墨子』, 「天志上」: "順天意者, 義政也, 反天意者, 力政也. 然義政將奈何哉? 子墨子言曰, 處大國不攻小國, 處大家不篡小家, 强者不劫弱, 貴者不傲賤, 多詐者不欺愚. 此必上利於天, 中利於鬼, 下利於人. 三利, 無所不利. 故擧天下美名加之, 謂之聖王. 力政者則與此異, 言非此, 行反此, 猶倖馳也, 處大國攻小國, 處大家篡小家, 强者劫弱, 貴者傲賤, 多詐欺愚. 此上不利於天, 中不利於鬼, 下不利於人, 三不利, 無所利. 故擧天下惡名加之, 謂之暴王."

펴는 임금이고, 暴君은 暴政과 虐政을 행하는 임금이다. 이것은 人道를 실현하는 聖君과 人道에 反하는 暴君을 槪念的으로 구별하는 儒家의 입장과 같으나 이에 대응하는 方式은 다르다. 儒家에서는 聖君은 기리고 칭송하며 暴君은 易姓革命에 의하여 다른 임금으로 바꾸든지 아니면 殺害할 것을 가르치고 있지만, 墨家에서는 聖君은 하늘로부터 賞을 받고 暴君은 하늘로부터 罰을 받는다. 賞과 罰의 內容이 儒家의 그것과 같다 할지라도 賞과 罰을 주는 主體는 같지 않다. 儒家에서는 人民이고 墨家에서는 하늘(天)이다.

墨家에서는 治道의 모든 正當化根據는 하늘에서 나온다. 墨子는 이를 다음과 같이 말한다. "하늘은 義를 바라고 不義를 싫어한다. ……義는 正이다. ……義가 있으면 다스려지고 義가 없으면 혼란해진다. ……天子가 착함이 있으면 하늘은 그에게 賞을 내리며 天子가 허물이 있으면 하늘은 그에게 罰을 내린다. ……하늘은 존귀하고 지혜롭다. 그러므로 의로움의 결과는 하늘로부터 나온 것이다."[138]

이러한 正當化方式은 儒家의 德治에 있어서도 마찬가지이다. "바른 것이란 아래로부터 위를 바르게 할 수 없고, 반드시 위로부터 아래를 바르게 한다. 그러므로 人民은 스스로 바르게 될 수 없다. ……天子가 있어야 그들을 바르게 한다. 그러나 天子도 스스로 바르게 될 수 없고 하늘이 그를 바르게 한다. 오늘날 天下의 선비와 君子들이 모두 天子가 天下를 바르게 한다는 것은 알고 있지만 하늘이 天子를 바르게 한다는 것은 알지 못하고 있다."[139]

또한 聖君이 백성을 사랑하고 이롭게 하는 것도 하늘의 뜻에 따른 것이므로 그것을 〈天德〉이라 하며, 暴君이 백성을 미워하고 해치는 것도 하늘의 뜻에 따르지 아니한 것이므로 〈天賊〉이라 한다. 그리고 聖君에게

---

138) 『墨子』, 「天志下」: "天欲義而惡其不義者也. ……義者正也. ……天下有義則治, 無義則亂. ……天子有善, 天能賞之, 天子有過, 天能罰之. ……天爲知, 然則義果自天出也."

139) 『墨子』, 「天志下」: "然而正者, 無自下正上者, 必自上正下. 是故庶人不得次己而爲正. ……有天子正之. 天子不得次己而爲政, 有天正之. 今天下之士君子, 皆明於天子之正天下也, 而不明於天之正天子也."

주어지는 賞도 〈天之賞〉이라 하며 暴君에게 가해지는 罰도 〈天之罰〉이라 한다.

墨家의 天志主義에서는 모든 人間行爲는 〈하늘의 뜻〉에 의하여 正當化된다. 墨子의 다음의 말이 이 점을 잘 알려준다. "하늘이 바라는 것을 하지 않고 하늘이 바라지 않는 것을 하면 하늘도 역시 사람이 바라는 것을 해주지 않고 사람이 바라지 않는 것을 해줄 것이다. 사람이 바라지 않는 것은 무엇인가? 疾病과 災殃이다. 만약 자신(임금)이 하늘이 바라는 것을 하지 않고 하늘이 바라지 않는 것을 한다면, 이것은 天下의 萬民을 이끌고 天罰을 받을 일을 하는 것이다."[140]

그러면 여기서 임금의 行爲를 正當化하기도 하고 안하기도 하는 그 〈하느님〉은 누구인가? 그것이 임금 자신이 아닌 것은 분명하다. 임금은 行爲拘束의 客體이지 主體는 아니기 때문이다. 墨家의 天志主義가 하나의 宗教인 이상 그것은 君主의 上位에 있는 教主일 수밖에 없을 것이다. 그 教主는 天下第一의 賢仁者로서 하느님의 뜻을 전하고 代行하는 자이다. 이것을 〈鉅子〉라고 한다.[141] 이 鉅子는 西洋中世에 君主의 上位에 위치하면서 君主를 任命하기도 하고 罷免하기도 한 로마法王의 地位에 상응하는 사람이다. 만약 墨教가 東洋에서 현실적으로 政治制度化하였더라면 그것은 西洋中世의 教會政治와 같은 것이 되었을 것이다. 그러나 東洋에서는 鉅子가 法王으로 받아들여지지 않았고, 따라서 政治制度化되지 못하였기 때문에 墨家의 思想은 그 후 治道論에서 완전히 자취를 감추어 버리고 말았다.

---

140) 『墨子』, 「天志中」: "然有所不爲天之所欲, 而爲天之所不欲, 則夫天亦且不爲人之所欲, 而爲人之所不欲矣. 人之所不欲者何也. 曰, 病疾禍祟也, 若己不爲天之所欲, 而爲天之所不欲, 是率天下之萬民以從事乎禍祟之中也."

141) 墨教의 教主인 墨子 死後 墨教徒 가운데서 한 사람의 가장 賢能聖智辯慧者를 後任者로 지정하여 墨教의 總統으로 삼고, 그를 〈鉅子〉라고 했다. 梁啓超는 先秦의 著書에서 墨教 鉅子의 이름 셋이 발견된다고 한다. 그것은 孟勝, 田襄子, 腹蘧 셋이다(『先秦政治思想史』, 130면).

Ⅱ. 尙同主義[142]

天志主義的 自然法思想의 핵심은 하늘의 뜻을 法度로 삼는다는 데 있다. 하늘의 뜻은 兼愛와 交利이다. 즉, 모든 사람은 서로 사랑하고 서로 이롭게 행위하여야 한다는 것이다.

그러나 이러한 하늘의 뜻에 따라 살 수 있기 위하여는 우선 國家라고 하는 政治組織이 필요하다. 왜냐하면 그러한 정치조직이 아직 없는 自然狀態에서는 是와 非에 대한 의견이 일치되지 않아 서로 다투고, 서로 미워하고, 서로 해치기 때문이다. 이러한 萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態를 극복하기 위하여는 指導者를 선출하여 나라를 세우고 政治를 하는 길밖에 없다.

墨子는 이것을 다음과 같이 말한다. "옛날 人類가 처음으로 삶을 시작하면서 아직 法과 政治가 존재하지 않았을 때 사람들의 말은 저마다 달랐다. 그래서 제각기 옳다고 주장하는 바가 일치하지 않고 各人各色이었다. 人口가 증가함에 따라 각기 옳다고 주장하는 바도 점점 증가하였다. 그래서 모든 사람은 제각기 자기가 옳다고 주장하는 바를 是라 하고 남이 옳다고 주장하는 바를 非라고 하여 서로 非難하게 되었다. 그리하여 안으로는 父子兄弟 사이가 벌어져 서로 원망하고 미워하여 和合할 수 없게 되었으며, 밖으로는 天下의 人民들이 모두 물과 불과 독약으로 서로를 해쳤다. 남는 힘이 있어도 서로 나누어 돕지 않고, 남는 財物이 있어도 서로 나누어 갖지 않고, 좋은 方法이 있어도 서로 가르쳐주지 않으니 天下는 혼란해져서 마치 짐승들이 사는 것과 같았다. 무릇 이렇게

142) 여기서 〈尙同〉은 〈上同〉의 뜻이다. 즉, 여기서 〈尙〉字는 어진 사람을 尊尙한다는 뜻이 아니라 〈上〉과 같이 해석하여야 한다. 胡適은 〈尙同〉을 〈法度를 위에서 취한다〉(取法於上)는 뜻으로 새긴다(『中國古代哲學史』, 송긍섭 · 함홍근 · 민두기 譯, 189면); 梁啓超도 이와 마찬가지로 〈尙〉을 〈上〉과 같은 뜻으로 보며, 〈尙同〉을 〈위의 天子의 뜻과 같게 한다〉(上同於天子)는 것으로 해석한다(『先秦政治思想史』, 128면). 결국 尙同主義는 國家의 政治組織에 있어서 最下位에 있는 國民이 그 上位에 있는 君主의 뜻(實定法)과 같게 하고, 君主는 그보다 上位에 있는 하늘의 뜻(自然法)과 같게 하여 統一된 法秩序를 세운다는 것이다.

天下가 혼란한 原因은 통치하는 指導者가 없었기 때문이다. 그래서 天下에서 어질고 현명한 자를 선출하여 天子로 세웠다. 그러나 天子를 세웠으나 그 혼자의 힘으로는 부족하였으므로 다시 天下에서 어질고 현명한 자를 뽑아서 三公으로 세웠다. 그러나 天子와 三公으로도 天下는 넓고 먼 곳에 사는 百姓들의 是非와 利害를 하나하나 분별하여 밝힐 수 없었다. 그래서 天下를 여러 나라로 구획하여 나누고 거기에 각각 諸侯들을 세웠다. 그러나 諸侯들을 세웠으나 또 그 힘이 미치지 못하므로 다시 어질고 현명한 자를 뽑아서 고을에 鄕長을 세웠던 것이다."[143]

이러한 國家成立過程은 西洋의 社會契約論과 흡사하다. 실제로 「墨經」에는 "君主란 百姓들이 總意로 約束하여 세운 것이다. 君主란 百姓들이 선출하여 이름을 붙인 것이다"라는 말이 발견된다.[144] 이와 같이 國家가 成立되면 그때부터 統治者에 의한 政治가 시작된다. 墨子는 이 점을 다음과 같이 말한다. "君主는 나라의 백성들에게 政令을 내린다. 착한 일과 착하지 아니한 일을 들으면 반드시 天子에게 告하라. 天子가 옳다고 판단한 것은 모두 옳은 것이며, 天子가 그르다고 판단한 것은 모두 그른 것이다. 너희들의 착하지 아니한 말을 버리고 天子의 착한 말을 배워야 하며, 너희들의 착하지 아니한 行動을 버리고 天子의 착한 行動을 배워야 한다. 그렇게 되면 어떤 說로써 天下를 어지럽힐 수 있겠는가. 이와 같이 天下가 잘 다스려지는 까닭을 살펴보면, 그것은 오직 天子가 天下의 是非에 대한 온갖 主義·主張을 하나로 統一시킬 수 있었기 때문에 그것으로써 天下가 다스려진 것이다."[145]

---

143) 『墨子』, 「尙同上」: "子墨子言曰, 古者民始生, 未有刑政之時, 蓋其語, 人異義. 是以一人則一義, 二人則二義, 十人則十義. 其人茲衆, 其所謂義者亦茲衆. 是以人是其義, 以非人之義, 故交相非也. 是以內者父子兄弟作怨惡離散, 不能相和合, 天下之百姓, 皆以水火毒藥相虧害. 至有餘力, 不能以相勞, 腐朽餘財, 不以相分, 隱慝良道, 不以相敎, 天下之亂, 若禽獸然. 夫明乎天下之所以亂者, 生於無正長. 是故選天下之賢可者, 立以爲天子. 天子立, 以其力爲未足, 又選擇天下之賢可者, 置立之以爲三公. 天子三公旣以立, 以天下爲博大, 遠國異土之民, 是非利害之辯, 不可一二而明知. 故畫分萬國, 立諸侯國君. 諸侯國君旣以立, 以其力爲未足, 又選擇其國之賢可者, 置立之以爲正長."

144) 『墨子』, 「經上」: "君, 臣萌通約也"; 「經說上」: "君, 以若名者也."

145) 『墨子』, 「尙同上」: "國君發政國之百姓. 言曰, 聞善而不善, 必以告天子. 天子之所是, 皆

墨子의 이러한 설명은 自然狀態에서 각자의 是非判斷이 서로 相反되는 主義·主張에 의하여 統一을 이룰 수 없었던 것을 제3자인 君主의 判斷에 따르게 함으로써 분쟁을 해소하고 질서를 세우는 과정을 말하고 있는 것이다.

이것은 西洋의 社會契約理論에서 그 계약을 〈統合契約〉(Vereinigungsvertrag)으로 이해하는 입장과 같다. 칸트와 홉스는 社會契約을 우선 統合契約으로 본다. 즉, 社會契約은 제1차적으로 萬人의 萬人에 대한 鬪爭狀態를 극복하고 하나의 통일된 질서를 세우는 데 있다. 그러기 위해서는 각자의 是非判斷을 떠나서 모든 사람이 君主의 是非判斷에 따라야 한다. 그것이 君主의 法令이다. 君主의 是非判斷에 따르지 않고 그것에 대하여 다시 국민들이 是非를 거는 것은 統合契約의 本質에 反한다. 따라서 統合契約으로서의 社會契約의 目的은 우선 法을 통한 安定, 秩序, 平和이다. 여기서는 法內容의 正當性與否는 문제되지 않는다. 왜냐하면 不正當한 法이라 할지라도 여전히 秩序지우는 機能은 가지고 있기 때문이다.[146]

그러나 로크와 루소는 社會契約을 〈保護契約〉(Schutzvertrag)으로 이해한다. 즉, 人間의 생명, 신체, 재산, 자유 등을 보호할 것을 目的으로 하는 社會契約이다. 여기서는 法을 통하여 그 保護契約內容을 충족시켜 주어야 한다. 따라서 保護契約으로서의 社會契約의 目的은 法을 통한 正義의 실현이다. 그 法이 이러한 法益保護目的에 反할 때에는 그 法 자체에 대한 是非가 일 수 있고 그 法에 대한 服從을 거부할 수 있다. 여기서는 法內容의 正當性與否가 문제되어 있으며, 그 安定性이 문제되어 있는 것은 아니다. 따라서 그 法의 內容이 不正當하여 服從을 거부할 때에는 언제나 질서는 파괴된다.

是之, 天子之所非, 皆非之. 去若不善言, 學天子之善言, 去若不善行, 學天子之善行. 則天下何說以亂哉. 察天下之所以治者何也, 天子唯能壹同天下之義, 是以天下治也."

146) 東洋에서도 法家의 愼到는 이와 같은 말을 하고 있다. "비록 나쁜 法이라 할지라도 法 없는 것보다는 낫다. 왜냐하면 人心을 統一시킬 수 있기 때문이다"(『愼子』, 「佚文」: "法雖不善, 猶愈於無法, 所以一人心也").

이와 같이 社會契約의 두 가지 目的은 理念上 서로 相反된다. 하나는 〈法的 安定性〉을, 다른 하나는 〈法的 正義〉를 추구하기 때문이다. 이 두 마리 토끼를 함께 잡을 수 없다는 데 社會契約論의 고민과 비극이 있다. 〈無法의 自然狀態〉를 극복하자니 〈不法의 自然狀態〉가 나타날 수 있고, 그 반대로 〈不法의 自然狀態〉를 벗어나자니 〈無法의 自然狀態〉가 다시 나타날 수 있기 때문이다. 이러한 딜레마의 해결은 法哲學에 주어진 영원한 숙제이지만 西洋의 社會契約論者들 사이에서도 이 문제에 대한 완전한 해결이 주어져 있지 않은 것 같다. 왜냐하면 論理的으로는 그 해결이 불가능한 것을 選擇的 決斷을 통하여 처리하고 있을 뿐이기 때문이다.

그러면 東洋의 社會契約論者인 墨子에 있어서는 어떠한가? 여기서도 두 가지의 法理念이 충돌될 때 選擇的 決斷을 통하여 어느 한쪽을 우선시키는 方式으로 해결되고 있다. 墨子는 말한다. "天下의 백성들이 모두 天子의 是非判斷에 뜻을 같이하여 그것에 따른다 할지라도 그 判斷이 하늘의 뜻과 같지 않으면 재앙은 아직 제거될 수 없다. 오늘날 폭풍이 자주 불고 폭우가 잦은 것은 백성들이 하늘의 뜻에 따르지 아니하기 때문에 하늘이 내린 罰이다."[147] 그렇다면 墨子에 있어서의 自然法은 하늘의 法을 말하는 것이며, 君主의 實定法은 그 하늘의 自然法에 따를 때에만 正當化될 수 있다. 君主의 實定法이 하늘의 自然法과 그 內容에 있어서 일치하지 않을 때에는 그 效力이 부인된다. 그래서 墨子는 궁극적인 法의 效力으로서의 刑罰은 하늘이 내리는 〈天之罰〉이지 君主가 내리는 〈人之罰〉이 아니라고 말하는 것이다. 이것은 自然法과 實定法이 충돌될 때에는 自然法이 우선한다는 것을 알려주고 있다.

따라서 尙同主義에 있어서 最上位는 하느님이지 君主가 아니다. 尙同主義의 段階를 順位로 매기면, 最高位段階가 하느님, 그 다음의 中間段階가 君主, 그리고 最下位段階가 國民이 될 것이다. 그러므로 國民들의 뜻은 위로 君主의 뜻에 따라야 하고, 君主의 뜻은 위로 하느님의 뜻에 따

147) 『墨子』, 「尙同上」: "天下之百姓, 皆上同於天子, 而不上同於天, 則菑猶未去也, 今若夫飄風苦雨, 溱溱而至者, 此天之所以罰百姓之不上同於天者也."

라야 한다. 그런데 墨子에 있어서는 國民들이 君主의 뜻에 따랐지만 그 君主의 뜻이 하느님의 뜻에 따르지 아니하였을 때에는 實定法의 효력이 아닌 自然法의 효력으로서 治者와 被治者가 함께 罰을 받아야 한다.

만약 墨家에서 이 最高段階의 권위인 하늘의 뜻을 國民의 統一된 뜻으로 대신할 수만 있었다면, 즉 儒家에서와 같이 〈天意〉를 〈民意〉로 대신할 수만 있었다면 尙同主義는 君主主義의 立法原理가 아닌 民主主義의 立法原理로 원용하는 것이 가능하였을 것이다. 그러나 유감스럽게도 墨家에게서 그것을 기대하는 것은 불가능하다. 왜냐하면 墨家에서는 百姓이 임금의 하늘은 아니었기 때문이다.

Ⅲ. 兼愛主義

墨家의 自然法은 天志主義에 근거하고 있는데, 그 天志의 內容은 〈兼愛〉와 〈交利〉이다. 즉, 모든 사람들이 서로 사랑하고 서로 이롭게 하는 것이 하늘의 뜻이라는 것이다. 天下의 모든 混亂의 原因은 이 하늘의 뜻에 따르지 않기 때문이다. 그래서 墨子는 말한다. "聖人은 天下를 다스리는 것을 職責으로 하는 사람이다. 그러므로 반드시 混亂의 原因을 알아야만 능히 다스릴 수 있고 그것을 모르면 다스릴 수 없다. ……살피건대 混亂이 일어나는 原因은 서로 사랑하지 않기 때문이다. ……자식이 자기는 사랑하면서 아버지는 사랑하지 않으므로써 아버지를 해치고 자기를 이롭게 하기 때문이다. 아우가 자기는 사랑하면서 형은 사랑하지 않으므로써 형을 해치고 자기를 이롭게 하기 때문이다. 신하가 자기는 사랑하면서 군주는 사랑하지 않으므로써 군주를 해치고 자기를 이롭게 하기 때문이다. 이것이 이른바 混亂이다. 마찬가지로 아버지가 자식을 사랑하지 않고, 형이 아우를 사랑하지 않고, 군주가 신하를 사랑하지 않는 것도 天下의 混亂이다. ……이것은 모두 서로 사랑하지 않기 때문이다. 천하의 도적들도 이 점에 있어서 마찬가지이다. 盜는 자기 집은 사

랑하면서 다른 사람의 집은 사랑하지 않으므로써 남의 집의 재산을 훔치고 자기 집을 이롭게 하는 자이고, 賊은 자기 몸은 사랑하면서 다른 사람은 사랑하지 않으므로써 타인을 해치고 자기 몸을 이롭게 한다. 이것은 무엇 때문인가? 모두 서로 사랑하지 않기 때문이다. 뿐만 아니라 大夫들이 서로 남의 家門을 어지럽히고 諸侯들이 서로 남의 나라를 공격하는 것도 마찬가지이다. 大夫들은 자기의 家門은 사랑하면서 남의 家門은 사랑하지 않으므로써 남의 家門을 어지럽혀 자기 家門을 이롭게 하고, 諸侯들은 제 나라는 사랑하면서 남의 나라는 사랑하지 않으므로써 남의 나라를 공격하여 제 나라를 이롭게 한다. 이와 같이 天下를 어지럽히는 것은 모두 여기에 原因이 있는 것이니 그것은 서로 사랑하지 않기 때문이다. ……만약 천하로 하여금 두루 서로 사랑하게 한다면 나라와 나라는 서로 공격하지 않을 것이고, 家門과 家門은 서로 어지럽히지 않을 것이고, 남의 것을 훔치고 빼앗는 盜賊도 있지 않을 것이며, 군주와 신하, 아버지와 자식은 모두 사랑하고 효도할 수 있을 것이니 이렇게 되면 天下는 다스려질 것이다. ……그러므로 천하가 서로 사랑하면 다스려지고 서로 미워하면 어지러워지는 것이다."[148]

위의 墨子의 말은 서로 사랑하지 않는 것이 天下의 모든 混亂의 根源이라는 것이다. "天下의 모든 재난과 찬탈과 원망과 한탄이 일어나는 原因은 서로 사랑하지 않는 데서 생기는 것이다. 그래서 仁者는 이것을 非라고 한다. 그것이 非라면 是로 바꾸어야 한다. 어떻게 바꿀 것인가?"[149]

---

148) 『墨子』, 「兼愛上」: "聖人, 以治天下爲事者也. 必知亂之所自起, 焉能治之, 不知亂之所自起, 則不能治. ……當察亂何自起, 起不相愛. ……子自愛, 不愛父, 故虧父而自利. 弟自愛, 不愛兄, 故虧兄而自利. 臣自愛, 不愛君, 苦虧君而自利. 此所謂亂也. 雖父之不慈子, 兄之不慈弟, 君之不慈臣, 此亦天下之所謂亂也. ……皆起不相愛. 雖至天下之爲盜賊者, 亦然. 盜愛其室, 不愛其異室, 故竊異室以利其室, 賊愛其身, 不愛人, 故賊人以利其身. 此何也? 皆起不相愛. 雖至大夫之相亂家, 諸侯之相攻國者, 亦然. 大夫各愛其家, 不愛異家, 故亂異家以利其家, 諸侯各愛其國, 不愛異國, 故攻異國以利其國. 天下之亂物, 具此而已矣, 察此何自起, 皆起不相愛. ……若使天下兼相愛, 國與國不相攻, 家與家不相亂, 盜賊無有, 君臣父子皆能孝慈, 若此則天下治. ……故天下兼相愛則治, 交相惡則亂."

149) 『墨子』, 「兼愛中」: "凡天下禍簒怨恨, 其所以起者, 以不相愛生也. 是以仁者非之. 旣以非之, 何以易之?"

墨子는 그 方法을 다음과 같이 제시한다. "남의 나라 보기를 제 나라 같이 보고, 남의 집안 보기를 제 집안 같이 보고, 남 보기를 제 몸 같이 보라."[150] "부모, 형, 임금을 제 몸과 같이 보면 어찌 효도하지 않고 자애롭지 않겠는가? 아우, 자식, 신하를 제 몸과 같이 보면 어찌 자애롭지 않을 수가 있겠는가? 그렇게 된다면 불효하고 자애롭지 않은 자가 있을 수 없을 것이다. 도적도 마찬가지이다. 남의 집을 제 집 같이 본다면 누가 훔치겠는가? 남의 몸을 제 몸 같이 본다면 누가 남을 해치겠는가? 그렇게 된다면 盜賊도 있을 수 없을 것이다. 또 大夫들이 서로 남의 家門을 어지럽히고 諸侯들이 서로 남의 나라를 공격하는 것도 남의 家門을 제 家門 같이 여기고 남의 나라를 제 나라 같이 여긴다면 누가 남의 家門을 어지럽히고 남의 나라를 공격하겠는가? 그렇게 된다면 그러한 일도 생기지 않을 것이다."[151]

墨子의 兼愛主義의 내용은 대체로 위와 같이 되어 있다. 네 이웃을 내 몸 같이 사랑하라는 基督敎的 倫理와 맥락을 같이 하고 있다. 兼愛는 서로 사랑하되 나에 대한 사랑과 너에 대한 사랑을 차별하지(別) 말고 평등하게(兼) 사랑하라는 것이다. 즉, 墨家의 兼愛는 〈無差別的 平等愛〉이다.[152] 이것은 普遍的 人類愛를 뜻하며, 세상을 구하는 길은 이 길밖에 없다는 것을 설파한 것이라 하겠다. 墨子는 가히 東洋의 예수라 일컬을 만하다. 그리고 이 사랑의 戒律을 法의 世界로 끌어내려 自然法化하였으며, 그것으로써 實定法의 正當化根據를 삼았던 것이다.

墨家는 우선 兼愛를 〈하느님의 뜻〉(天志)이라고 한다. "하느님의 뜻에 따르는 것은 〈平等〉(兼)이요, 하느님의 뜻에 反하는 것은 〈差別〉(別)이다." "하늘의 뜻을 순종하는 자는 만천하의 人民을 平等하게 사랑한다.

---

150) 『墨子』, 「兼愛中」: "視人之國, 若視其國, 視人之家, 若視其家, 視人之身, 若視其身."

151) 『墨子』, 「兼愛上」: "視父兄與君若其身, 惡施不孝, 猶有不慈者乎? 視弟子與臣若其身, 惡施不慈? 故不孝不慈亡有. 猶有盜賊乎. 故視人之室若其室, 誰竊? 視人身若其身, 誰賊? 故盜賊亡有. 猶有大夫之相亂家, 諸侯之相攻國者乎, 視人家若其家, 誰亂? 視人國若其國, 誰攻? 故大夫之相亂家, 諸侯之相攻國者, 亡有."

152) 梁啓超, 『先秦政治思想史』, 116면 이하.

그 사람을 聖人이라 한다." "聖王이란 平等을 실천하는 사람이며 差別을 실천하는 사람이 아니다. 平等을 실천하지 않고 差別을 실천하는 사람은 暴王이다." 따라서 "平等을 道로 하는 것은 義로운 政治이며, 差別을 道로 하는 것은 暴力의 政治이다."[153]

墨子의 이러한 모든 표현은 兼愛가 하늘의 뜻임을 말하고 있는 것이며, 그것으로써 모든 사람의 行爲의 是와 非를 가려내는 法度로 삼고 있다. 이것이 天志主義的 自然法이다. 그리고 君主의 實定法은 이 自然法을 실현하는 手段이다. 따라서 이 自然法에 어긋나는 實定法은 效力을 가질 수 없다. 즉, 自然法에서 〈옳지 않은 것〉(非)이 實定法에서 〈옳은 것〉(是)으로 뒤바뀌었을 때에는 實定法上의 刑罰은 받지 않지만 自然法上의 刑罰은 면할 수 없다. 實定法을 어기지 않았음에도 刑罰을 받는 것은 自然法이 내린 天罰 이외의 아무것도 아니다.

그러면 그 平等한 사랑으로서의 兼愛는 어떻게 實行可能한가?

墨子는 우선 治者의 兼愛之道에 관하여 다음과 같이 말한다. "'내가 듣건대 天下에 밝은 임금이 되려면 반드시 萬百姓의 몸을 먼저 생각한 후에 제 몸을 생각하며 그런 연후에 비로소 天下에 밝은 임금이 될 수 있다' 고 한다. 그러므로 그의 百姓들을 먼저 돌볼 것이니 굶주리면 먹여주고, 헐벗으면 입혀주고, 병이 나면 보살펴주고, 죽으면 장사지내줄 것이다."[154] 이와 같이 임금이 백성을 제 몸 같이 사랑하면(兼) 다스려진다는 것이다. 이것은 〈仁政〉을 말한 것이다.

墨子는 이어서 "世上은 변하지 않아도 百姓의 習俗은 바꿀 수 있다" 고 한다. 왜냐하면 "百姓의 행동은 그들의 윗사람이 지향하는 것을 따르기 때문이다."[155] 그리고 그는 『周書』, 「洪範」篇에 나오는 다음과 같은 詩

153) 『墨子』, 「天志下」: "順天之意者, 兼也, 反天之意者, 別也"; 「天志下」: "順天之意者, ……兼愛天下之人, ……名之曰聖人"; 「天志中」: "聖王, 從事兼, 不從事別. 暴王, 從事別, 不從事兼"; 「天志下」: "兼之爲道也, 義正, 別之爲道也, 力正."

154) 『墨子』, 「兼愛下」: "吾聞爲明君於天下者, 必先萬民之身, 後爲其身, 然後可以爲明君於天下. 是故退睹其萬民, 飢卽食之, 寒卽衣之, 疾病侍養之, 死喪葬埋之."

155) 『墨子』, 「兼愛下」: "未踰於世, 而民可移也, 卽求以鄕其上也."

句節을 인용한다. "王道는 넓고 넓도다. 치우치지도 않고 기울지도 않네. 王道는 衡平하고 公平하도다. 기울지도 않고 치우치지도 않네. 곧기는 화살과 같고 탄탄하기는 반석과 같네. 君子의 가야 할 길, 小人이 보고 본받아야 할 道로다."[156] 이것은 〈德治〉를 말한 것이다.

이와 같이 墨家에서의 聖王之道는 儒家의 仁政과 德治에 의한 聖王之道와 같다. 다만 墨家에서는 그것을 하늘의 뜻을 순종하는 다스림으로 보았고, 儒家에서는 백성을 위한 다스림으로 보았다는 차이가 있을 뿐이다. 즉, 墨家에서는 하늘은 임금의 하늘이었지만 儒家에서는 백성이 임금의 하늘이었다.

다음은 百姓의 兼愛之道이다. 墨子는 말한다. "'내가 듣건대 天下에 높은 선비가 되려면 반드시 벗을 위하기를 제 몸 같이 하고 벗의 부모를 위하기를 제 부모 같이 해야 한다'고 말한다. 그렇게 실천한 연후에야 천하에 고귀한 선비가 될 수 있다. 그래서 이 선비는 그의 벗을 먼저 돌보아줄 것이니 굶주리면 먹여주고, 추위에 떨면 입혀주고, 병에 걸리면 보살펴주고, 죽으면 장사지내줄 것이다."[157]

이와 같이 墨家에서는 모든 사람이 서로 남을 제 몸 같이 사랑하면(兼) 질서가 잡히고, 남을 제 몸 같이 사랑하지 않으면(別) 질서가 어지러워진다고 한다.

그러나 실제로 이러한 差別 없는 普遍的 人類愛가 현실적으로 실현가능할 것인가?

儒家에서는 사람을 사랑하는 것(愛人)을 仁이라 한다. 그러나 그 仁을 실현하는 動機와 方法은 墨家의 兼愛와 다르다. 그러면 儒家의 사랑과 墨家의 사랑은 어떻게 다르며 어느것이 더 現實的으로 實現可能한가? 儒家의 사랑은 推己及人, 즉 자기를 미루어 남에게 미쳐가는 사랑을 말

156) 『墨子』, 「兼愛下」: "王道蕩蕩. 不偏不黨. 王道平平. 不黨不偏. 其直若矢, 其易若底. 君子之所履, 小人之所視."

157) 『墨子』, 「兼愛下」: "吾聞爲高士於天下者, 必爲其友之身, 若爲其身, 爲其友之親, 若爲其親, 然後可以爲高士於天下, 是故退睹其友, 飢卽食之, 寒卽衣之, 疾病侍養之, 死喪葬埋之."

한다. 즉, 자기를 사랑하는 것으로부터 推及해서 남을 사랑하고, 자기 집을 사랑하는 것으로부터 推及해서 남의 집을 사랑하고, 자기 나라를 사랑하는 것으로부터 推及해서 다른 나라를 사랑하는 方式이다. 이것을 絜矩之道라 한다.

그리고 여기서는 親疏의 差等에 따른 親親之愛가 문제되어 있으며 親疏에 관계없이 모든 사람을 똑같이 사랑하는 平等之愛, 즉 兼愛가 아니다. 兼愛主義에서의 사랑은 나를 사랑하는 것과 같이 남을 사랑하고, 내 집을 사랑하는 것과 같이 남의 집을 사랑하고, 내 나라를 사랑하는 것과 같이 남의 나라를 사랑하는 것을 意味하지만, 儒家에서의 仁의 사랑은 가까운 父母兄弟로부터 시작하여 먼 친척, 그리고 더 먼 사람들에게까지 推及擴張하여 나가는 사랑을 意味한다.

그리고 사랑의 動機도 兩者에 있어서 같지 않다. 儒家에서의 仁은 惻隱之心의 端으로서 同情心 내지 同類意識의 발로로서 사랑이 남에게 미쳐가며, 따라서 사랑의 主體와 客體는 따로 떨어져 있다(別). 그러나 이와는 달리 墨家에서의 兼愛는 내 몸과 똑같이 남을 사랑하라는 것이며, 타인도 자기 몸과 똑같이 나를 사랑할 것을 바란다. 여기서는 사랑의 主體와 客體가 서로 겹쳐서 하나로 합쳐 있으며(兼) 따로 떨어져 있지 않다. 즉, 네 사랑이 내 사랑이고 내 사랑이 네 사랑인 셈이다. 따라서 이 세상에 남이란 없다(天下無人).

이러한 사랑의 極致는 自己犧牲과 自己否定에까지 이르러간다. 예수의 山上垂訓에서 "너의 오른뺨을 때리면 왼뺨도 내주고, 너의 윗저고리를 빼앗으면 아랫바지도 벗어주라"는 것이 바로 그것이다. 그러한 사랑이 宗教的, 道德的 純粹性에 있어서 次元 높은 것임에는 틀림없겠으나 현실세계에서 실현가능한 俗人의 行爲戒律이 되기는 어려울 것이다. 따라서 일반적으로 墨家의 兼愛主義를 훌륭한 사상임에는 틀림없으나 실제로 실현가능할 것인지 의심하는 사람이 적지 않다.[158] 法이 〈倫理의 最小限度〉로서 道德의 極致를 바라는 것이 아니라면, 墨家의 自然法을 俗

158) 예컨대, 梁啓超, 『先秦政治思想史』, 116면 이하.

世에서 현실화하는 데는 限界가 있다고 보겠다.

Ⅳ. 交利主義

墨家에 의하면 兼愛는 서로를 利롭게 하지만 差別은 서로를 害롭게 한다고 한다. 즉, 서로 사랑하면 서로 이롭게 되고 서로 사랑하지 않으면 서로 해롭게 된다는 것이다. 이와 같이 兼愛와 交利는 언제나 서로 상응되는 相關槪念으로 이해되어 있다. 그래서 "하늘은 사람들이 서로 사랑하고 서로 이롭게 하기를 바란다. 그러므로 사람을 사랑하고 이롭게 한 자에게는 福을 내리고, 사람을 미워하고 해친 자에게는 災殃을 내린다고 말하는 것이다."[159] "남을 사랑하면 그 타인도 반드시 따라서 나를 사랑할 것이며, 남을 이롭게 하면 그 타인도 반드시 따라서 나를 이롭게 할 것이며, 남을 미워하면 그 타인도 반드시 따라서 나를 미워할 것이며, 남을 해치면 그 타인도 반드시 따라서 나를 해칠 것이다."[160]

그러면 兼愛에 상응하는 이 交利를 어떻게 이해해야 할 것인가? 「墨經」에는 "義는 利이다"라고 해설되어 있다.[161] 〈義〉란 道德的 槪念이고 〈利〉는 經濟的 槪念인데, 어떻게 의로움(義)이 이로움(利)이 될 수 있는가? 儒家에서는 義와 利는 서로 相容될 수 없는 개념으로 이해한다.[162] 그러나 墨家에서는 義와 利는 서로 一致하는 개념으로 이해되고 있다. 그러나 여기서 利를 義로 볼 때 그 利는 〈交利〉로 이해하여야 할 것이다. 交利는 서로 利로운 것이므로 相互間의 善의 교환으로 이해할 수 있

159) 『墨子』, 「法儀」: "夫奚說以不欲人之相愛相利也. 故曰, 愛人利人者, 天必福之, 惡人賊人者, 天必禍之."

160) 『墨子』, 「兼愛中」: "夫愛人者, 人必從而愛之, 利人者, 人必從而利之, 惡人者, 人必從而惡之, 害人者, 人必從而害之."

161) 『墨子』, 「經上」: "義, 利也."

162) 孔子는 "君子喩於義, 小人喩於利"라고 말하며(『論語』, 「里仁」), 孟子는 梁惠王과의 대화에서 "王何必曰利, 亦有仁義而已矣"라고 말하고 있다(『孟子』, 「梁惠王章句上」).

으며, 그러한 善의 교환은 인간관계에 있어서 마땅하고(宜) 옳은 것(義)이라 할 수 있을 것이다.

또한 「墨經」에는 "利는 얻어서 좋은 것이고 害는 받아서 싫은 것이다"라고 해설되어 있다.[163] 이는 사람이 싫어하는 바와 좋아하는 바에 따라 행동하는 本能을 利用하여 좋아하는 쪽으로 인도하고자 한 것이다. 서로 사랑하면 상호간에 사랑을 교환하는 것이므로 사랑을 주고받는 양쪽이 다 좋아할 것이다. 따라서 서로 좋아하는 交利는 서로 사랑하는 兼愛와 表裏關係에 놓여 있음을 알 수 있다. 즉, 雙方의 사랑은 雙方의 이로움이다. 이것을 社會全體의 입장에서 본다면 萬人의 萬人에 대한 사랑은 萬人의 萬人에 대한 利益이 될 것이다. 墨子는 이것을 〈天下之利〉라고 한다. "그러면 天下의 이로움은 무엇이고 天下의 해로움은 무엇인가? 지금 만약 나라들 사이에서 서로 공격하고, 집안들 사이에서 서로 빼앗으며, 사람들 사이에서 서로 해치고, 임금과 신하 사이에서 서로 자애롭지 못하고 충직하지 못하며, 어버이와 자식 사이에서 서로 자비롭지 못하고 효성스럽지 못하고, 형과 아우 사이에서 서로 화목하지 못하고 조화되지 못하면 이것이 天下의 해로움인 것이다. 그러면 이러한 해로움은 무엇 때문에 생기는 것인가? 서로 사랑하지 않기 때문에 생기는 害인 것이다."[164]

여기서는 서로의 利益이 되는 것은 天下의 利益이 된다고 말하고 있다. 즉, 사람 사이의 相互利益은 곧 社會全體의 利益이라는 것이다.

그러나 여기서 말하는 利益은 주로 精神的 利益에 重點을 두고 말하고 있으나, 그러면 經濟的 利益을 重點에 둘 때에는 어떠한가?

墨家는 특히 生産活動을 하는 勞動의 중요성과 신성함을 강조하며, "일하지 않는 자는 먹지 말라"는 의식이 그의 사고의 바탕에 깔려 있으며, 모든 사람은 자기에게 맡겨진 일에 매진하여 生産性을 최대한으로

163) 『墨子』, 「經上」: "利, 所得而喜也. ……害, 所得而惡也."

164) 『墨子』, 「兼愛中」: "天下之利何也, 天下之害何也? 子墨子言曰, 今若國之與國之相攻, 家之與家之相篡, 人之與人之相賊, 君臣不惠忠, 父子不慈孝, 兄弟不和調, 此則天下之害也. 然則崇此害, 亦何用生哉? 以不相愛生邪."

높일 것을 바란다. 왜냐하면 사람은 다른 짐승들과 달리 勞動을 하여 그의 衣食住를 해결하지 않으면 生存할 수가 없기 때문이라고 한다. 그러나 墨家가 말하는 勞動은 肉體勞動만을 말하는 것은 아니고 分業的 原理에 따라 각자에게 맡겨진 일을 충실히 할 것을 바란다. 이 점을 그는 다음과 같이 말한다. "비유해서 말하면, 흙으로 담장을 쌓는 것과 같다. 흙을 잘 다지는 사람은 흙을 다지고, 흙을 잘 운반하는 사람은 흙을 나르고, 흙을 잘 파는 사람은 삽질을 하면서, 제각기 能한 일을 맡아서 하며 담을 쌓는 것과 같다. 義로운 일을 행하는 것도 이와 같아서 辯論을 잘하는 사람은 변론을 하고, 글을 잘 쓰는 사람은 글을 쓰고, 어떤 일을 잘하는 사람은 그 일에 종사하여 제각기 맡은 일을 잘해내면 義로운 일이 成事되는 것이다."[165] 이와 같이 그 勞動이 肉體勞動이건 精神勞動이건 각자에게 맡겨진 일을 열심히 하면 社會全體의 生產性이 높아져서 國利民福을 가져온다는 것이다.

그러므로 아무 일도 안하고 놀고 먹거나, 生產性을 저해하는 낭비나 사치나 과소비를 해서는 안된다고 한다. 예컨대, "의복은 몸에 맞고 피부가 따뜻하면 족한 것이다. ……繡를 찬란하게 놓고 文采를 다양하게 가꾼 의복은 실제로 따뜻하게 하는 데 도움을 주는 것이 아니다. ……그러한 의복을 노력을 다하여 만든다 할지라도 결국은 經濟的 效用은 아무것도 없는 것이다."[166] 墨子의 「非樂」, 「非攻」, 「非儒」, 「非命」篇 등은 전부 經濟的 效用이 없는 非生產的 行爲를 하지 말라는 것을 적고 있다. 즉, 아무런 經濟的 生產性도 없는 禮樂을 즐기지 말라는 것이며, 모든 것을 파괴하는 戰爭을 하지 말라는 것이며, 시간과 비용을 낭비하는 번잡한 儒敎式 葬禮나 儀式의 虛禮虛飾 등을 하지 말라는 것이며, 宿命論者가 되어 가난을 宿命으로 받아들여 노력하지 않고 일하지 않으며 게으름을 피우지 말라는 것 등이 그것이다.

---

165) 『墨子』, 「耕柱」: "譬若築牆然, 能築者築, 能實壤者實壤, 能欣者欣, 然後牆成也, 爲義猶是也, 能談辯者談辯, 能說書者說書, 能從事者從事, 然後義事成也."

166) 『墨子』, 「辭過」: "衣服, 適身體, 和肌膚而足矣, ……以爲錦繡文采靡曼之衣. ……單財勞力, 畢歸之於無用也."

그러면 이와 같이 즐기지 않고, 낭비하지 않고, 사치하지 않고, 과소비하지 않고 오로지 열심히 일하여 生産을 極大化함으로써 얻은 社會의 財貨는 어떻게 고루 分配할 것인가?

墨子는 그의 「兼愛」篇에서 옛날 法과 政治가 아직 존재하지 않았던 自然狀態에서는 "남는 힘이 있어도 서로 나누어 돕지 않고, 남는 財物이 있어도 서로 나누어 갖지 않고, 좋은 方法이 있어도 서로 가르쳐주지 않으니 天下는 혼란해져서 마치 짐승들이 사는 것과 같았다"고 말한다. 그러면 國家가 세워지고 統治者가 들어서서 法에 따라 政治를 행할 때 어떻게 이러한 自然狀態를 극복할 수 있었을 것인가? 즉, 어떠한 社會原理에 의하여 그러한 自然狀態를 극복하고 "남는 힘은 서로 나누어 돕고, 남는 財物은 서로 나누어 갖는" 社會가 될 수 있었을 것인가?

墨子가 제시하는 처방은 단 한가지이다. 서로 사랑하고 서로 이롭게 하라는 것이다. 이것을 위의 命題에 適用시켜 말한다면, "남는 힘은 相互間의 利益을 위하여 써야 하고, 남는 財物은 相互間의 利益을 위하여 分配한다"는 말로 옮겨 쓸 수 있을 것이다.

이것은 바로 孔子가 『禮記』의 「禮運」篇에서 大同社會를 설명하는 가운데서 "財物을 헛되이 땅에 버리는 것은 싫어하였으나 반드시 자기에게만 私有로 獨占하지 않았으며, 勞動은 각자의 몸에서 나오는 것이지만 반드시 자기의 私利를 취하기 위해서만 쓰지 않았다"[167]는 것에 해당한다.

그러면 墨家의 交利主義 社會原理를 가지고 이러한 大同社會의 실현을 가능하게 할 수 있을 것인가?

이미 위에서 살펴본 바와 같이, 墨家의 交利主義는 그 질서구성원리에 있어 兼愛主義와 表裏關係에 놓여 있다. 즉, 남을 사랑하면 이로움을 주고, 남을 미워하면 해로움을 준다는 것이다. 그러나 남을 사랑하는 데 아무런 限界 없이 내 몸 같이 이웃을 사랑하라고 한다면 그것은 自己犧牲을 前提하지 않을 수 없다. 왜냐하면 예수의 山上垂訓에서 볼 수 있듯

167) 이 글, 앞의 註 23)을 참조.

이, 자기의 손해를 감수하는 자기희생의 利他主義精神이 없으면 진정한 사랑의 실현은 불가능하기 때문이다.

이와 마찬가지로 交利主義에서도 남을 이롭게 하는 데 限界가 그어져 있지 않는 한, 나의 利益을 犧牲시키는 것을 前提하지 않을 수 없다. 왜냐하면 서로가 내 몸과 같이 사랑하고 서로가 내 몸과 같이 이롭게 한다면 너와 나와의 사이에서 내 이익이 곧 네 이익이고, 네 이익이 곧 내 이익이 될 것이기 때문이다. 그래서 墨子는 이것을 〈하늘의 利益〉(上利於天) 또는 〈天下의 利益〉(天下之利)이라고 말하고 있는데, 이것은 모든 個人의 利益이 〈全體의 利益〉에 흡수되어 있는 公益概念이다. 이러한 公益概念은 全體主義的 公益概念이 될 수밖에 없고 個人主義的 公益概念이 될 수 없다. 個人主義的 公益概念은 個人의 利益을 희생시키고 그것을 全體利益으로 환원시키는 것이 아니라 個人의 利益을 前提하되 그 이익이 다른 사람의 利益과 충돌되지 않도록 限界를 그어 각자의 利益이 公平하게 調和되어 있는 秩序原理에 바탕한 公益概念이기 때문이다.[168] 이것은 벤담의 〈최대 다수의 최대 행복〉에 해당하는 것이다.

墨家의 社會理論에 따르면 個人은 완전히 社會에 흡수되어 社會를 構成하는 一分子에 지나지 않게 되며, 따라서 個人은 利益의 主體가 아니다. 墨家의 사회이론이 全體主義 이데올로기로 借用될 유혹을 받는 것은 그 때문이다.

墨家의 交利主義 社會理論은 위에서 孔子가 말한 〈大同社會〉로 돌아가는 原理로 원용될 수도 없다. 大同社會에서는 勞動으로 인하여 얻은 재화를 자기만을 위하여 私有로 獨占하지 않았다고 하는데, 그러한 社會秩序로 환원되자면 不公平한 私有財産制度를 폐지하고 그것을 公平하

168) 荀子의 禮概念, 칸트 및 홉스의 法概念, 루소의 一般意志 또는 一般利益概念 등은 모두 個人의 利益을 前提로 한 公益概念들이다. 이 점에 관하여는, 이 글, 앞의 註 65), 66), 70) 및 J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*(*Der Gesellschaftsvertrag*), II. 1, S. 54를 참조.

169) 『論語』, 「季氏」: "丘也, 聞有國有家者, 不患寡而患不均, 不患貧而患不安, 蓋均無貧, 和無寡, 安無傾."

게 再分配해야 한다. 그래서 孔子는 가난이 문제가 아니라 고루는 것이 문제라고 말하고 있다.[169] 그러나 墨子는 個人의 모든 이익을 全體社會의 이익으로 환원시켰을 뿐 그것을 다시 公平하게 고루는 分配를 하지 않고 있다. 다시 말하면, 交利主義는 不公平한 私有財産制度를 폐지하고 그것을 國有財産制度로 환원시키는 社會原理로서 원용될 수는 있지만 그것을 公平하게 再分配하는 原理로 사용될 수는 없다는 것이다.

결론적으로 말하면, 墨家의 兼愛主義와 交利主義는 하나의 宗教的 도그마로서는 옳고 또한 바람직하다. 그러나 그것은 法原理로는 원용될 수 없다. 왜냐하면 法은 이웃사랑의 宗教的 戒律에 따라 "남을 네 몸과 같이 사랑하라" 또는 "남을 네 몸과 같이 이롭게 하라"는 積極的 命題로부터 출발하는 것이 아니라, 黃金律의 絜矩之道에 따라 "남을 너 자신을 미루어서 미워하지 말라", "남을 너 자신을 미루어서 해치지 말라"는 消極的 命題로부터 출발하기 때문이다. 쉽게 말하면, 法은 他人을 積極的으로 사랑하거나 이롭게 하지 않아도 좋으니 다만 他人을 미워하거나 해치지만 말라는 것이다. 따라서 法은 남을 위한 自己犧牲이나 自己否定을 바라지 않을 뿐만 아니라 規範으로서 要求하지도 않는다. 이 점이 宗教的 規範倫理와 法的 規範倫理의 다른 점이다. 그러므로 墨家의 宗教的 自然法을 世俗的 自然法의 秩序原理로 원용하는 것은 불가능하다고 본다.

형법상 文書의 槪念

金 日 秀*

목 차

Ⅰ. 序　論
Ⅱ. 維持機能
1. 意思表示
2. 文書의 持續性
Ⅲ. 證明機能
1. 意義
2. 法的으로 중요한 事實
(Rechtserhebliche Tatsache)
3. 證明意思(Beweiswille)
4. 證明能力
(Beweisfähigkeit;Beweiseignug)
Ⅳ. 保證機能
1. 意義
2. 名義人과 作成者
3. 作成者槪念의 擴張
4. 作成名義人의 確定
5. 匿名의 文件
6. 代理文書·委任文書의 경우
Ⅴ. 結 論

Ⅰ. 序 論

文書란 文字 또는 이에 대신할 符號에 의해 思想 또는 觀念을 표시한 물체로서, 법적으로 중요한 사실을 증명하기 위한 것이거나 증명할 수 있는 것이어야 함은 물론, 작성자 또는 명의인을 인식시켜 줄 수 있는 것을 말한다.[1] 이 문서개념에 세 가지 구성요소가 있다는 점에 관하여

* 고려대 법대 학장·법학박사

1) Samson, SK, § 267 Rdnr. 9; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 7 등 독일·오스트리아의 通說; 李在祥, 刑法各論(新訂版), 박영사, 1996, 496면 이하; 裵鍾大, 刑法各論(改訂版), 홍문사,

아무 異見이 없다.

첫째, 文字 또는 符號에 의한 意思表示일 것(維持機能)

둘째, 法的으로 중요한 사실을 證明하기 위한 것이거나 증명할 수 있을 것(證明機能)

셋째, 작성자를 인식시켜 줄 수 있을 것(保證機能) 등이 바로 그것이다.

그러나 이들 세 가지 개념구성요소가 문서개념을 이루는 데 각각 어떤 의미를 지니며 상호간의 관계와 그 역할의 중요성에 어떤 차이가 있는지에 관하여는 아직 우리나라에서 진지한 논의단계까지 와 있지 못한 실정이다.

현대인의 생활세계에서 문서가 갖는 중요성은 전세대와 같지 않다. 전자문서나 정보매체의 등장으로 문서가 갖고 있던 역할이 많은 부분 대체되었고, 복사기의 등장으로 문서위조·변조의 기법도 많이 변했다.

그럼에도 불구하고 문서에 관한 죄에서 문서개념이 차지하는 비중은 예나 지금이나 별로 변한 것이 없다. 이 글에서는 문서개념의 세 가지 구성요소들을 그 기능의 측면에서 검토하여, 형법상 문서개념의 내용과 의미를 상세히 논해 보고자 한다.

Ⅱ. 維持機能

문자 또는 이에 대신할 부호에 의한 의사표시라는 점은 형법상 문서개념의 중심표지이다. 이것을 '文字的으로 化體된 意思表示', '문자적으로 나타낸 사상표현', '化體된 思想內容' 등으로 표현하기도 한다[2]. 문자화한 의사표시는 지속성을 지닌다. 따라서 문서의 이같은 기능을 維持機能

1996, 485면; 鄭盛根, 刑法各論(全訂版), 법지사, 1996, 699면 이하; 陳癸鎬, 新稿 刑法各論(全訂版), 대왕사, 1991, 780면; 朴相基, 刑法各論, 박영사, 1996, 515면 이하; 河泰勳, 「複寫文書의 文書性」, 刑事判例硏究 Ⅰ, 박영사, 1993, 205면.

2) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 13.

(繼續機能·永續機能)이라 부른다. 문서가 유지기능(Perpetuierungsfunktion)을 수행하자면 다음과 같은 요건을 필요로 한다.

1. 意思表示

(1) 內容

文書는 사람의 思想·觀念·意思內容을 표시하는 것이다. 여기에서 의사표시는 단순한 사상·의식·관념의 표시를 뜻한다. 민법상의 의사표시처럼 表示意思(Erklärungswille)가 반드시 있어야 하는 것은 아니다. 형법상의 문서개념은 진정문서 뿐만 아니라 허위문서도 포함하기 때문에 표시의사는 형법상 문서개념의 본질적 요소가 아니다. 따라서 민법상 無效·取消事由가 있는 의사표시라도 일정한 형식·요건을 갖춘 것인 한 문서가 된다.

문서는 타인에게 의사내용을 전달하여 인식시킬 수 있는 의사표시 그 자체를 말한다. 문서의 본질은 문서라는 물체가 아니라 그 속에 표현된 사상이나 관념 즉 의사의 표시에 있기 때문이다. 따라서 의사내용의 표시가 없는 명함, 투표용지, 편지지 등은 문면에 사람의 이름·주소·직함 등이 印刷되어 있을지라도 아직 문서가 아니다. 그러나 비록 종이 위에 쓰여져 있지 않더라도 직접 의사표시내용을 담은 것은 문서이다. 예컨대 상품에 찍힌 製造日字·流通期限·價格表示 등도 문서에 해당한다.

물건의 형상이나 그 현존 자체가 증명의 대상인 검증의 목적물이나 표지가 되는 지문·족적·혈흔 따위는 문서가 아니다. 여기에는 의사표시가 없기 때문이다. 마찬가지로 증거표시물에 불과할 뿐 작성자의 의사표시와 상관없는 신발표·옷표·물품예치표·도착번호표·제조상품의 일련번호·상품포장에 찍힌 회사표시·사육가축의 등허리에 찍힌 화인·명찰·문패 따위도 문서라고 할 수 없다.

텔레타이프나 전자적 기계의 작동에 의해 자동적으로 외부상황이 기

록된 기계적 기록은 문서가 아니다.[3] 사람의 생각이나 의사를 직접 표시한 것이 아니기 때문이다. 예컨대 자동차의 주행기록, 환경오염전광판, 택시요금·전기요금·수도요금·전화통화료기록메터기 등이 이에 속한다. 독일형법은 기계적 기록의 변조 및 사용을 처벌하는 별도의 규정을 두고 있는데(제268조), 이 점은 이미 문서변조가 아니라는 점을 전제한 것이다.

(2) 表示의 方法

(a) 一般論

생각 또는 의사의 표시방법은 반드시 문자에 한하지 않고 다른 부호에 의하는 경우라도 무방하다. 다만 표시된 의사내용은 원칙적으로 시각을 통해 해득할 수 있는 것이어야 한다. 문자는 타인의 의사내용을 표현하는 것인 한, 어느나라 문자를 사용했더라도 상관없다. 숫자도 문자의 일종이다. 현재 통용되는 문자를 사용한 경우 뿐만 아니라 과거에 사용했던 죽은 문자(예:페니키아문자)를 사용한 경우도 可讀적인 것인 한 문서가 된다. 符號는 문자에 대신할 수 있는 可讀的 형상을 말한다. 반드시 발음적 부호일 필요는 없다.[4] 예컨대 수학·논리학·통계학의 상징물, 전신부호, 속기용부호, 맹인의 점자 등이 이에 속한다. 그 밖에도 교통사고실황을 기재한 실황조사서도 전적으로 부호만을 사용한 것은 아니지만 문서의 일종이다. 그러나 建築設計圖 또는 機械設備製作圖 등은 비록 많은 부호를 사용하고 있지만 圖畵의 일종으로 보아야 한다. 반면 적법하게 부착된 자동차·오토바이의 번호판, 기호로 만든 군사 또는 도로교통표지판은 公記號(제238조 1항)의 일종으로 보아야 한다.

---

3) 李在祥, 497면; 鄭盛根, 701면.

4) 大判 1985. 6. 25, 85 도 758; 劉基天, 刑法學(各論講義 下), 일조각, 1982, 127면; 黃山德, 刑法各論(6訂版), 방문사, 1989, 135면.

(b) 省略文書

문서는 반드시 법률상의 형식이 완비되어 있을 필요는 없으므로 의사표시는 略式으로도 표현할 수 있다. 省略(略式)文書라도 그 자체로부터 일정한 생각 또는 의사를 해득할 수 있는 것이면 문서로 된다. 따라서 白紙委任狀, 借主나 금액의 기재가 없는 保證書, 입장권, 수하물인환증, 우편물수령시각증명서, 은행의 지급전표나 출금표 등은 문서에 해당한다. 그밖에 郵遞局日附印이나 신용장에 날인된 은행의 접수일부인 등도 문서에 해당한다는 견해가 있으나,[5] 오히려 그 성질상 인장등위조·부정행사죄의 객체 가운데 하나인 公記號 또는 私記號로 보는 것이 좋겠다.[6] 署名 또는 落款 등도 문서인가? 이것도 생략문서의 일종으로서 예술가가 자기의 작품이라는 의사를 표현한 것이므로 문서라고 해석하는 견해도 있으나,[7] 문장이 생략된 상태에서 표시된 서명·낙관은 印章의 一種으로서 印章에 관한 罪의 客體로 보아야 할 것이다.[8]

(c) 複本·謄本·抄本·寫本의 文書性

문서는 명의인의 의사를 표시한 물체 그 자체, 즉 原本(Originale)임을 요한다. 따라서 寫本(Abschriften)·謄本·抄本은 사본·등본·초본이라는 취지의 인증문이 없는 한 문서라고 할 수 없다.

複本(Durchschrift)은 명의인이 일정한 증명을 위하여 처음부터 수통의 문서로 작성한 것이기 때문에, 그것이 법적거래에서 의사표시 자체로서의 기능을 갖는 한 文書의 一種으로 보아야 한다. 비록 인쇄 또는 복사기술에 의한 複本이라 해도 상관없다. 예컨대 음식점의 각 식탁에 비치된 차림표, 호텔방실에 비치된 숙박요금표, 각 가정 또는 개인에게 배달

5) 黃山德, 207면; 鄭盛根, 701면; 李在祥, 498면; 大判 1979. 10. 30, 77 도 1879.

6) 徐壹敎, 刑法各論, 박영사, 1982, 249면.

7) 李在祥, 498면.

8) 陳癸鎬, 783면; 鄭盛根, 704면; 劉基天(下), 135면; 黃山德, 136면; 徐壹敎, 249면; 孫海睦, 註釋 刑法各則(上), 사법행정, 1980, 383면; 朴相基, 517면; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 121.

된 상품구입안내와 가격표 따위를 들 수 있다. 그러나 법적거래에서 애당초 原本의 複製라고 할 수 없는 複本은 문서의 일종으로 볼 수 없다. 예컨대 신문에 기재된 단순한 결혼광고, 사죄광고, 양심선언, 입장표명 등은 독자적인 문서라고 할 수 없다.[9] 신문사 광고국에 제출된 공고문 자체는 문서이지만 신문에 게재된 광고문은 이미 의사표시의 원본성을 요구하고 있지 않기 때문이다.

(d) 寫眞複寫本(Fotokopien)의 文書性

사본과 마찬가지로 전자복사·사진복사본도 의사표시 그 자체를 내포하는 것이 아니라 의사표시의 재현에 불과하고, 사본의 작성자를 인식할 수 없다는 점에서 독일과 오스트리아 및 우리나라의 通說은 이들 사본의 문서성을 부인해 왔다. 그러나 스위스의 學說과 判例는 복사본일지라도 원본으로서의 외관과 증명의사 및 증거로서의 적격을 가지고 거래계의 통용에 제공되었을 때에는 문서성을 인정할 수 있다는 입장이다.[10]

大法院判例도 근 20년간 복사문서의 문서성을 부인해 왔으나,[11] 최근 전원합의체판결로 복사문서의 문서성을 인정하는 쪽으로 태도를 변경하였다.[12] 즉, 「사진기나 복사기 등을 이용하여 기계적인 방법으로 原本을 복사한 복사문서는 문서의 사본이라 하더라도 원본과 동일한 의식내용을 보유하고 증명수단으로서 원본과 같은 사회적 기능과 신용을 가지므로 사진복사한 문서의 사본도 문서에 해당한다」는 판시내용이다.

이 판례변경에 대하여 찬·반논의가 있으나,[13] 문서개념 중 본질적인

---

9) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 24.

10) Hauser/Rehberg, Schweizerisches StGB, 11. Aufl., S. 110; BGE 70 Ⅳ, 169; 100 Ⅳ, 25.

11) 大判 1969. 11. 26, 69 도 85; 1988. 10. 24, 88 도 1680.

12) 大判 1989. 9. 12, 87 도 506.

13) 이 判決을 支持하는 見解로는 金鍊鎬, 「複寫方法에 의한 寫本과 文書僞造罪」, 사법논집 제10집, 1979, 542면; 김시진, 「複寫文書와 文書僞造罪의 成否」, 검찰 1988년 제2집, 286면; 金道彦, 「寫眞複寫에 의한 文書僞造責任」, 155면; 金日秀, 「複寫文書도 文書僞造 및 同 行使罪의 客體인가?」, 法律救助 1992 봄호, 23면: 이를 반대하는 見解로는 李在祥, 498면; 鄭盛根, 709면; 河泰勳, 「複寫文書의 文書性」, 刑事判例硏究Ⅰ, 251면.

구성요소는 의사표시이고, 증명기능과 보증기능은 신축성 있는 개념이므로, 복사본도 원본과 동일한 의식내용과 작성명의를 표시한 재생문서로서 원본과 동일한 외관·증명기능을 가지고 사회거래에서 통용되는 한 문서성을 인정하는 것이 옳다고 본다.

개정형법은 「전자복사기, 모사전송기(팩시밀리) 기타 이와 유사한 기기를 사용하여 복사한 文書 또는 圖畵의 寫本도 문서 또는 도화로 본다」(제237조의 2)는 간주규정을 두어 판례에 의해 확인된 그간의 변화된 법생활을 입법적으로 수용하였다.

> 複寫機에 의한 複寫本이 文書라는 점과 복사행위 자체가 문서위조라는 관점은 구별하여 평가해야 한다. 복사행위 자체는 기존 문서의 단순한 재현에 불과하므로 작성자가 없는 지폐의 복사를 위조라 할 수 있으나, 作成者가 필요한 文書의 複寫는 그 자체로써 僞造가 된다고 할 수 없다. 위조한 원본을 복사한 경우, 위조한 원본 자체의 창출이 문서위조에 해당하고, 이 복사물을 제시·제출·통용시키면 위조문서행사죄에는 해당한다. 그러나 만일 복사기술을 이용하여 원본 자체를 위조하지 않고 原本과 다른 複寫本을 만들어 낸 경우에는 그 複寫本 자체를 僞造文書라고 해야 함은 물론 복사행위도 위조행위에 해당한다고 보아야 할 것이다.[14]

(e) 特殊媒體記錄의 文書性

필름·마이크로필름·비디오테이프·환등기필름·컴퓨터 입력자료와 같이 시각영상을 통해 스크린에 상영되는 의사표시는 아직 문서가 아니다.[15] 그러나 그것이 프린트기에 의해 기록인쇄물로 출력된 경우에는 문서가 될 수 있다. 단지 청각으로만 인식할 수 있는 테이프·레코드 등에

14) 金日秀, 法律救助 1992 봄호, 23면.

15) Kienapfel, Urkunden im Strafrecht Ⅱ, 1984, S. 8; Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 99.

수록된 의사표시도 문서가 아니다. 특히 오늘날 공무원 또는 공무소의 電磁記錄이나 권리의무 또는 사실증명에 관한 私人의 電磁記錄 등 특수매체기록에 대한 僞作·變改를 통제해야 할 필요성이 높아진 반면, 이들을 문서개념에 포함시키기에는 語義의 限界가 있다.[16] 따라서 개정형법은 公電磁記錄僞作·變作罪(제227조의 2)와 私電磁記錄僞作·變作罪(제232조의 2)를 신설하여 이에 대처하였다.

(3) 表示의 程度

의사표시는 客觀的·一般的으로 이해할 수 있는 정도일 때 문서로서의 적격을 갖는다. 객관적으로 이해할 수 없는 것은 법률상 거래에 통용할 수 없기 때문이다. 따라서 필명찰은 문서가 되지만 본인 또는 특정한 당사자만 해득할 수 있는 암호를 사용한 물체는 문서라고 할 수 없다.

또한 의사표시는 具體的·確定的이어야 한다. 의사표시의 정도가 구체적·확정적이지 못하면 維持機能에 부가하여 나타날 證明機能이 흠결되기 때문이다. 따라서 구체성이 없는 단순한 관념·사상을 추상적으로 표시한 데 불과한 것은 문서가 아니다. 예컨대 시가·소설 등의 예술작품이나 연애편지 등은 형법상의 문서가 아니다.[17]

草案·草稿도 구체적·확정적 의사표시라고 할 수 있는 정도에 이르지 않은 한 문서로 볼 수 없다. 대체로 서명이 없는 초안·초고는 미완성의 저작물로서 문서가 아니지만, 확정적인 의사표시의 외관을 가진 서명이 있는 초안·초고는 문서의 일종으로 보아도 좋다.[18]

---

16) 스위스형법 제110조 5호는 文書의 定義에서 「文字 또는 符號」라는 개념을 쓰고 있다. 스위스연방대법원은 1985. 12. 18字 판결에서 이 부호개념을 해석하면서 映像을 통해서만 읽을 수 있는 마이크로필름 및 전자기록물도 문서개념에 포함시켰다. 이에 관하여는 Hauser/Rehberg, Schweizerisches StGB, 11. Aufl., S. 132 참조.

17) 徐壹敎, 250면; 黃山德, 133면; 鄭榮錫, 刑法各論(5訂版), 법문사, 1983, 163면; 吳道根(共著), 註釋 刑法各論, 사법행정, 1986, 526면; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 16.

18) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 26; Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 14a.

2. 文書의 持續性

문서는 정신적인 의사내용을 물체에 化體시켜 그 물체가 지속하는 한 의사표시도 持續性을 지니게 하는 기능을 갖는다. 지속성이 없으면 문서는 법적거래에서 증명기능과 보증기능도 제대로 할 수 없을 것이다.[19]

따라서 모래나 눈(雪) 위에 쓴 문자, 유리창이나 차창에 손으로 쓴 문자 등은 문서에 해당하지 않는다. 흑판에 백묵으로 쓴 글씨도 지속성을 인정하기 어렵다.[20] 지속성이 인정되는 이상 잉크나 먹 또는 타자기·컴퓨터·인쇄기·복사기를 사용하여 만든 문서에 한하지 않고 연필로 수기하여 기재한 문서라도 좋다. 또한 염료를 사용하여 옷감이나 가죽에 글씨를 염색하거나 실을 사용하여 자수를 놓거나 약품을 사용하여 목재·금속판 등을 태워 문자를 刻印한 것도 문서가 된다.

의사가 표시된 물체는 반드시 종이에 한하지 않는다. 布·피혁·플라스틱·목석·금속·도자기는 물론, 심지어 살아있는 동식물의 표피라도 상관없다.

어느 정도 지속성이 인정될 수 있는 것이면 족하고 반드시 永續·永久的일 필요는 없다. 이 점에서 문서의 保存年限은 중요하지 않다.

Ⅲ. 證明機能

1. 意義

문서에 기재된 의사표시는 법적으로 중요한 사실을 증명하기 위한 것

19) 李在祥, 499면; 鄭盛根, 702면; Samson, SK, § 267 Rdnr. 21; Sch/Sch/Cramer, StGB, § 267 Rdnr. 27.

20) 鄭盛根, 702면; 李在祥, 499면.

이거나 증명하기에 유용한 것이어야 한다. 이것을 문서의 증명기능(Beweisfunktion)이라 부른다. 스위스형법은 문서를 「법적으로 중요한 사실을 증명하기 위하거나 증명하기에 유용한 문자 또는 증명할 수 있는 부호」라고 정의하여(§ 110 Zif. 5)이 점을 분명히 하고 있다. 증명기능에서 핵심요소는 법적으로 중요한 사실의 증명이라는 점이다. 그밖에 주관적인 證明意思(Beweisbestimmung)나 객관적인 證明能力(Beweiseignung)은 실무적으로 큰 의미를 갖고 있지는 않다. 제한된 의미에서 증명의사나 증명기능을 고려해야 할 경우에도 양자를 똑같이 중복적으로 요구하는 것은 무리이다.[21] 선택적으로 존재하면 충분하다. 따라서 증명능력은 없으나 증명의사가 있는 경우, 또는 증명의사는 없으나 증명능력이 있기만 하면 문서의 증명기능은 충족된다.[22]

文書의 證明機能은 私文書 뿐만 아니라 公文書에서도 그 개념요소가 된다. 우리형법이 사문서에 대해서만 「權利義務 또는 事實證明에 관한 他人의 文書」라고 규정한 것을 근거로 증명기능은 사문서에서 특히 강조된다는 견해도 있으나,[23] 설득력이 별로 없다. 증명기능은 모든 공문서에 부착된 개념필연적 요소로서 항상 전제되어 있으므로 언급이 생략된 반면, 사문서에 대해 그것을 특별히 언급한 것은 광범위한 사문서의 영역에서 문서개념의 한계를 명시하기 위해서일 뿐이다.[24]

2. 法的으로 중요한 事實(Rechtserhebliche Tatsache)

하나의 사실은 단독으로 또는 다른 사실과 결합하여 권리 또는 법률관계의 發生·存續·變更·消滅·確定에 영향을 미칠 때 비로소 법적으로 중요한 사실이 된다.

---

21) 양자를 중복적으로 요구하는 견해로는 李在祥, 499면; 裵鍾大, 486면.

22) Stratenwerth, BT/Ⅱ, S. 158.

23) 劉基天(下), 133면.

24) 鄭盛根, 703면; 李在祥, 499면; Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 47; 스위스형법 제110조 5호 文書一般 및 公文書에 관한 定義도 이러한 관점에서 출발하고 있다.

오스트리아형법은 [권리 또는 법률관계를 발생·변경·소멸시키기 위하여 발행하였거나 법적으로 중요한 사실을 증명하기 위해 작성한 서류]를 문서로 정의함으로써(§ 74 Zif.7), 권리 또는 법률관계의 발생·변경·소멸에 관한 문서와 법적으로 중요한 사실증명에 관한 문서를 구분하고 있다. 전자를 處分文書(Dispositivurkunden), 후자를 證明文書(Beweisurkunden) 또는 報告文書라고도 부른다.[25] 우리형법은 私文書에 한해 특히 [권리의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서]라고 기술하고 있다. 그러나 公·私文書를 포함한 문서일반이 증명기능을 갖고 있고, 그러한 증명기능은 단순한 사실이 아니라 법적으로 중요한 사실의 증명과 관련한 것이므로, 처분문서와 증명문서의 이론적인 구별은 필요없다. 모든 처분문서는 동시에 증명문서이고, 단순한 증명문서도 실제 권리 또는 법률관계의 발생·변경·소멸과 관련하여 작성되기 때문에 양자는 개념적으로 중첩한다.

그러므로 법률관계와 사실(사회생활의 중요사항)을 마치 확연히 구별할 대상이라도 있는 듯 대칭시키는 것[26]은 실제 별 의미가 없다. 스위스형법의 문서정의에서 보듯이 양자를 포괄하는 넓은 의미에서 '法的으로 중요한 事實'을 증명대상으로 삼으면 그것으로 족하다. 형법적으로 정작 중요한 것은 법적으로 중요한 사실을 내포하는 의사표시와 법적으로 중요하지 않은 사실을 내포하는 의사표시를 구별하는 일이다.

법적으로 중요한 사실인 한 공법관계인가 사법관계인가를 가리지 않는다. 다만 법적으로 중요한 어떤 사실이면 족하므로 반드시 특정 중요사실이어야 할 필요는 없다. 이러한 文書의 例로는 각종 계약서, 각종 신청·청구서, 각종 계산서, 각종 증명서·영수증 외에 각종 회의록·결의록, 업무일지, 고소·고발장, 인사장·유언장 및 이력서·추천서·의뢰서·안내서 따위를 들 수 있다. 반면, 단지 思想을 표현하는 데 지나지 않는 소설·시가와 같은 단순한 예술작품이나 개인의 일기장·연애

25) Kienapfel, WK, 223 Rdnr. 41.
26) 鄭盛根, 703면 이하; 裵鍾大, 487면.

편지·축하 및 위로편지·일상적인 개인의 편지·단순한 메모나 비망록·詩作노트·강의초안·책에서 발췌한 것들을 적어 놓은 독서카드·수수께끼의 해답을 적은 종이 등은 법적으로 중요한 사실을 내포하는 의사표시라고 할 수 없으므로 문서가 아니다.[27]

법적으로 중요한 사실이냐 중요하지 않은 사실이냐는 객관적인 사정을 종합하여 세분해서 판단해야 한다. 이를테면 개인의 편지라 하더라도 일상적인 내용의 편지이면 법적 중요성이 없지만, 贈與나 支給日字變更의 의사표시를 내용으로 하는 편지이면 법적으로 중요한 사실을 담은 문서인 것이다.

3. 證明意思(Beweiswille)

(1) 意義

문서는 법적으로 중요한 사실을 증명하기 위해 작성한 것이어야 한다. 증명의사 없이 만들어진 문서는 나중에 증명에 유용한 자료로 사용될 수 있을 때 비로소 증명의사가 현존하며, 형법상 문서로서의 성격을 획득한다.

그러나 여기에서 증명의사란 말은 너무 강한 표현이어서 오해의 소지가 없지 않다. 문서에서는 작성자의 표시의사가 필요없듯이 증명의사도 그다지 강조할 부분이 못 된다. 증명기능에서 가장 중요한 것은 사실의 법적 중요성(Rechtserheblichkeit)이며, 그것은 문서에 객관적으로 부착된 특성이지, 그에 상응한 입증의사의 현존을 전제하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 법적으로 중요한 사실은 문서개념의 일반적인 해석원리에 따라 객관적으로 규명해야지 주관적으로 규정해서는 안된다. 만약 사실의 법적 중요성이 객관적인 해석의 기준에 따라 현존하는 것으로 평가되면 작성자의 증명의사라는 정신적인 사항은 문서개념의 확정에 별 의

27) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 46.

미가 없어진다. 또한 문서가 작성될 당시의 목적에 따라 사용되었느냐도 문서개념에서 중요하지 않다. 이렇게 본다면 실제 증명의사란 증명에 사용하려는 작성자의 결정에 대한 징표적인 의미를 지닐 뿐이다.[28]

이와는 달리 증명의사는 확정적 의사여야 한다는 견해도 있으나,[29] 무리한 요구이다. 물론 문서에 化體된 의사표시는 확정적이어야 하지만, 증명의사가 확정적 의사나 목적과 같이 강도높은 의식일 필요는 없다. 흔히들 초안이 문서가 아니라고 하지만 불확정한 초안이 문서가 아닌 것은 의사표시가 불확정한 때문이지 증명의사가 불확정한 때문은 아니다. 假契約書, 假領收證이 문서인 것은 본계약서, 본영수증을 작성할 때까지 확정적 증명의사가 있기 때문이 아니라, 확정적 의사표시가 있기 때문이다. 심지어 작성자가 법정에 설 증인에게 미리 테스트해 볼 속셈으로 시험삼아 한번 만들어 본 위조납세필증은 비록 확정된 증명의사조차 없지만 객관적으로 볼 때 사실의 법적 중요성을 지닌 문서임에 틀림없다.[30]

(2) 目的文書와 偶然文書

종래부터 증명의사의 발생시기와 관련하여 目的文書(Absichtsurkunden)와 偶然文書(Zufallsurkunden)를 구분해 왔다. 목적문서는 처음부터 증명의사를 가지고 작성한 문서이고, 우연문서는 사후에 증명의사가 발생한 문서라는 것이다(通說). 그러나 여기에서도 증명의사를 주관적인 의식형태로 볼 것이 아니라, 증명능력을 통해 객관화된 입증의 결정으로 이해해야 한다.

왜냐하면 목적문서라고 하지만 表示意思(Erklärungswille)나 證明意思(Beweiswille)를 필요로 하는 것도 아니고, 목적범의 목적과 같은 의식형

28) Samson, SK, § 267 Rdnr. 32; Tröndle, LK, § 267 Rdnr.50; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 43.
29) 李在祥, 501면; 鄭盛根, 704면; 陳癸鎬, 785면; 裵鍾大, 487면.
30) Kienapfel, Urkunden im Strafrecht Ⅱ, 1984, S. 70.

태는 더더욱 필요로 하지 않기 때문이다. 반면 우연문서라는 말도 형법적 문서개념으로는 성립할 수 없다. 증명에 사용되기 이전에 문서가 아닌 점은 두말할 것도 없고, 증명에 사용된 이후에는 형법상 문서임에 틀림없으나 더 이상 우연이라는 용어와 짝할 수 없기 때문이다. 따라서 우연문서란 표현 자체가 형법적 문서개념으로는 형용의 모순이다. Binding이 양자를 구별하여 대칭시킨 이래,[31] 학자들이 비판없이 답습해 온 까닭에 목적문서와 우연문서라는 구별이 오늘날까지 사용되고 있을 뿐이다.[32] 요컨대 형법상 문서에서 증명능력을 통해 客觀化된 立證의 決定(Beweisbestimmung)이 있는지 여부는 법령이나 서류의 의미·목적·성격을 고려하여 객관적으로 판단해야 한다.[33]

결론적으로 證明意思라는 이름의 證明의 決定(Beweisbestimmung)은 오늘날 문서의 증명기능에서 큰 실천적 의미를 갖고 있는 것이 아니다. 단, 위조와 변조를 구별해야 할 다음과 같은 특별한 사례에서는 아직도 활용가치가 있다. 즉, 이른바 目的文書를 變更한 때는 變造이다. 그러나 아직 증명결정없는 우연문서를 변경한 때에는 두 가지 결론이 가능하다. 먼저 그 서류를 법적 거래에서 행사할 의사없이 변경했다면 형법상 문제될 것이 없다. 그러나 행사할 의도로 변경했다면 변경시 증명결정을 스스로 내린 것이며, 그 결과는 不眞正文書의 창출이다. 따라서 僞造가 된다.[34]

4. 證明能力(Beweisfähigkeit; Beweiseignung)

化體된 의사표시는 법적으로 중요한 사실을 증명하는 데 쓸모가 있는

31) Binding, BT Ⅱ/1, S. 187.

32) 양자 구별에 대한 비판적 견해로는 Samson, SK, § 267 Rdnr. 31; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 39; Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 50; Schilling, Reform der Urkundenverbrechen, 1971, S. 53.

33) Hauser/Rehberg, Schweizerisches StGB, 11. Aufl., S. 132.

34) Samson, SK, § 267 Rdnr. 32.

것이어야 한다. 여기에서 證明能力이란 證明力(Beweiskraft)을 의미하는 것이 아니라, 證明의 有用性(Beweistauglichkeit)을 의미한다.[35] 이러한 유용성은 법률이나 거래관행 또는 당사자간의 합의에 비추어 판단해야 할 사항이지만,[36] 化體된 의사표시가 그 자체 또는 다른 사실과 결합하여 법적으로 중요한 사실의 증명에 어느 정도 기여할 수 있는 것이면 된다.

문서의 증명기능에서 증명능력이란 요소도 실무적으로는 그다지 큰 의미가 없다. 이미 어떤 의사표시가 증명을 위해 결정되었으면, 그것으로써 문서가 되기에 충분하며, 다시 법적 중요사실의 입증에 적합해야 할 것까지는 없기 때문이다. 뿐만 아니라 특정소송절차에서 완전한 증명능력을 확보해야 문서가 되는 것도 아니다. 그러므로 있을 법한 어느 소송절차에서 어떤 방법으로 입증에 기여할 수 있으면 그것으로써 문서가 되기에 충분하다. 심지어 정신질환자가 마구 쓴 의사표시라도 그의 정신병력의 입증에 적합한 文件이라는 점에서는 형법상 문서가 될 수 있다.[37]

다만 문서는 현재 존재하는 법률관계의 증명에 적합한 것이어야 하므로 과거 어느 때 한번 이런 성질을 가졌던 것(예:조선왕조실록)은 형법상 문서가 아니다.[38]

문서의 증명능력은 진정문서만을 전제로 하는가? 부진정문서가 문서위조죄의 객체가 될 수 없다는 점을 들어 이를 긍정하는 견해도 있으나[39], 불합리한 주장이다. 부진정문서 자체가 문서위조·변조죄의 객체가 될 수 없는 점은 사실이지만,[40] 부진정문서라고 해서 증명능력이 전혀 없는 것은 아니다. 문서는 본래 제작 당시와는 다른 목적·용도에 쓰여질 수 있고, 부진정문서가 적어도 장래의 소송절차에서 위조·변조사실의 입

35) Hauser/Rehberg, Schweizerisches StGB 11. Aufl., S. 132.
36) Sch/Sch/Cramer, StGB, § 267 Rdnr. 10.
37) Samson, SK, § 267 Rdnr. 29.
38) 鄭盛根, 703면; Sch/Sch/Cramer, StGB, § 267 Rdnr. 12.
39) 李在祥, 500면; 鄭盛根, 704면; 陳癸鎬, 785면; 裵鐘大, 487면.
40) Samson, SK, § 267 Rdnr. 8; 大判 1986. 11. 11, 86 도 1984.

증에 사용될 수 있으므로, 그것만으로도 증명능력의 의미는 충족시킬 수 있기 때문이다. 증명능력 자체가 실무적으로 큰 의미가 없는 것은 사실이지만, 그렇다고 진정문서와 부진정문서를 증명능력 때문에 구별해야 할 이유는 없다.

Ⅳ. 保證機能

1. 意義

문서가 성립하려면 의사표시의 주체인 작성자를 명시하거나 인식할 수 있도록 해야 한다. 작성자 없는 문서는 문서로 성립할 수 없다. 문서는 작성자를 표시된 의사내용의 담보자·보증인으로 인식시켜 주는 기능을 갖고 있다. 이것을 문서의 保證機能 또는 保障機能(Garantiefunktion)이라 부른다.

문서는 진실한 작성자가 누구냐에 따라 그 증거가치에 차이가 있다. 문서는 의사표시 뿐만 아니라 작성자의 인적 담보를 유지시키는 기능도 하고 있다. 문서의 보증기능은 의사표시의 배후에 반드시 그것을 창출한 작성자가 있음을 확신시켜 줄 뿐만 아니라, 문서의 진정성개념에도 토대를 제공한다.[41]

2. 名義人과 作成者

名義人이란 문서에 나타난 의사표시의 명목상 주체를 말한다. 이에 비해 作成者란 의사표시의 내용을 현실적으로 化體시킨 자를 말한다. 前者를 名目上 作成者(scheinbarer Aussteller), 後者를 實際 作成者

41) Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 27; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 48.

(wirklicher Aussteller)라고도 부른다.[42] 문서의 명의인과 실제작성자가 반드시 일치하는 것은 아니다. 그런데 가명·허무인명의의 문서도 일정한 조건하에서 문서일 수 있기 때문에 실제 문서에서 중요한 것은 명의인이 아니라 현실적인 작성자를 인식할 수 있느냐 하는 점이다. 명의인과 작성자가 일치하는 경우를 진정문서, 불일치하는 경우를 부진정문서라 하지만, 文書僞造·變造罪의 중심개념은 不眞正文書에 있기 때문이다.[43]

3. 作成者槪念의 擴張

作成者는 의사표시를 자기 손으로 직접 쓰거나 서명한 자일 필요는 없고 의사표시의 내용을 정신적으로 창출한 자이면 된다. 이 한에서 物體說보다 精神說이 더 타당하다는 점은 이미 위에서 살펴 보았다.

작성명의인에 대해서는 하등의 제한이 없다. 자연인 뿐만 아니라 법인·법인격 없는 단체·관청·회사라도 가능하다(通說).

작성명의인은 반드시 특정되어야 하는가? 작성명의인이 불특정한 문서는 보호할 실익이 없다는 이유로 특정을 요한다는 見解가 우리나라의 多數說[44]이지만, 엄격한 특정을 요하는 것은 무리이다. 특정된 명의인이 있다고 誤信시킬 정도의 文書(假名·虛無人名義의 文書)이거나 문서의 종류·형식·내용 등 여러가지 사정을 기초로 작성명의인을 인식할 수 있는 문서이면 충분하기 때문에,[45] 반드시 명확한 특정까지 필요로 하는 것은 아니다.

또한 작성자를 인식할 수 있는 정도이면 충분하기 때문에 반드시 작성자의 署名·捺印이 있어야 하는 것도 아니다.[46]

---

42) Samson, SK, § 267 Rdnr. 40ff.

43) Samson, SK, § 267 Rdnr. 8, 39.

44) 徐壹敎, 248면; 孫海睦, 註各(上), 384면; 陳癸鎬, 785면; 鄭盛根, 705면.

45) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 57, 62; 大判, 1973. 9. 29, 73 도 1765.

46) 大判, 1975. 6. 24, 73 도 3432.

4. 作成名義人의 確定

작성명의인의 확정은 실무적으로 형법상 문서와 문서 아닌 것의 한계를 긋는 의미외에 文書의 眞正性의 判斷과 僞造問題 解決에 準據點을 제공한다. 작성명의인의 확정을 위한 기준들을 살펴보기로 하자.

(1) 文書에 나타난 外觀

문서작성명의인의 확정은 단순한 외관만으로도 충분하다. 따라서 인적 보증요소는 실제 작성자보다는 명목상 작성자인 명의인에 촛점을 맞추는 것이 보통이다. 즉, 의사표시가 일정한 사람이나 관청 또는 회사를 그 명의인으로 지목하는 외관을 갖고 있는가를 살펴야 한다. 명의인이 표시된 문서라면 그 명의인이 현존하는 인물인지, 진짜 인물인지는 우선 문제삼지 않는다.

(2) 客觀的인 基準

작성명의인은 객관적인 기준에 따라 문서상으로 인식할 수 있어야 한다. 이 경우 구체적인 文件을 둘러싸고 있는 모든 법적·사실적 사정들이 함께 검토되어야 한다. 그러자면 관련 법규·거래관념·당사자들의 합의사항은 물론 그밖의 모든 중요한 사정들, 이를테면 문서의 종류·형식·내용·필적이나 특별한 인적·장소적·부수적 사정까지 고려해야 한다.

익명으로 시험답안지를 작성해야 할 경우 시험규정에 따라 이름 대신 특정한 번호를 가지고 작성했더라도 작성자의 인식은 가능하므로 문서가 된다. 代理·代表資格을 가지고 문서를 작성하는 경우, 문서에 대리자·대표자인 외관이 나타났으면 족하다. 이 경우 문서에 단지 회사의 도장만 찍혀 있고 대표자의 서명이 없더라도 문서의 성격이 부인되는

것은 아니다.

당사자 사이에서 통할 수 있는 한 작성명의인이 '사랑하는 아내가', '에미로부터', '아들 올림'이라고만 썼더라도 작성자의 인식가능성은 충분하다. 그러나 그 개념 폭이 너무 넓어 작성자를 인식할 수 없을 경우, 예컨대 '한 서울시민으로부터', '한 예비역 장교가' 또는 '김씨문중'과 같은 표시만 있는 경우는 익명의 사상표현에 불과하므로 문서가 될 수 없다.[47]

(3) 署名·捺印

문서의 작성명의인을 잘 인식시킬 수 있는 것 중에 서명·날인보다 더 확실한 것은 없다. 그럼에도 불구하고 서명·날인이 형법상 문서개념의 필수요소는 아니다. 自書에 의한 서명이 있는 경우 단순한 외관만으로 작성자를 인식할 수 있으므로, 진실로 自書에 의한 서명인가의 여부는 문서의 성립에 아무 영향을 미치지 않는다.

서명이 불명확해서 읽을 수 없을 정도인 경우 그 자체만으로 문서성이 배제되는 것은 아니다. 가명문서·허무인명의문서에서처럼 이 경우 다른 객관적 기준에 의해 명의인을 인식할 수 있는지 여부가 문서성의 한계를 긋는다.

(4) 記名文書와 無記名文書

記名文書(benannte Urkunden)란 작성명의인을 명시한 문서를, 無記名文書(unbenannte Urkunden)란 작성명의인을 명시하지 않았으나 의사표시의 내용·형식으로부터 인식할 수 있는 문서를 말한다.

기명문서는 흔히 서명·날인을 통해 작성명의인을 표시한다. 서명·날인이 없더라도 서류의 상단에 인쇄된 성명·주소·직함·전화번호나

47) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 59.

서류의 문맥을 통해 작성명의인이 명시되어 있으면 역시 기명문서에 속한다.

무기명문서는 인적 보증요소가 문서의 전체맥락·부수사정으로부터 밝혀질 수 있으면 충분히 문서로서 성립할 수 있다. 예컨대 자동금전등록기의 계산서, 문자·숫자로 표시된 교통표지판은 무기명문서의 일종이라 할 수 있다(단, 기호로만 되어 있는 교통표지판은 公記號의 一種이다). 전적으로 문서 이외의 사정을 조사해야만 작성자를 탐지할 수 있는 경우, 즉 국립과학수사연구소의 필적감정이나 지문을 통해야만 알 수 있는 경우는 익명의 문건이며, 형법상 문서는 아니다.[48]

5. 匿名의 文件

(1) 意義

익명으로 의사표시를 한 문건은 의사표시의 내용을 담보할 수 있는 보증인이 없기 때문에 문서가 아니다. 익명의 투서, 협박장, 중상모략출판물, 傳單 등은 소송법적 의미의 문서는 될 수 있으나 형법적 의미의 문서는 될 수 없다. 익명의 문건은 의사표시의 주체가, 표시된 의사내용에 대해 의도적으로 책임을 회피하려는 점이 특색이다. 이 점에서 실재하지 않는 死者나 虛無人名義를 사용하여 일반인이 진정한 문서라고 오신할 만한 문서와는 외형상 구별된다. 匿名의 文件은 익명의 성격에 따라 공개적인 익명, 위장된 익명, 본의 아닌 익명 등으로 나누어 볼 수 있다.[49]

(2) 公開的인 匿名

48) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 65; Samson, SK, § 267 Rdnr. 23; Sch/Sch/Cramer, StGB, § 267 Rdnr.17; Tröndle, LK, 267 Rdnr. 34.

49) Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 67ff.

문건에 작성자에 관한 언급이 없을 뿐만 아니라 약간의 암시조차도 없는 경우를 말한다. 이처럼 익명임이 확연히 드러나는 문건은 실제 익명의 투고·투서·제보·건의·항의에서 자주 활용된다. 그러나 작성자의 보증요소가 결여된 이러한 문건은 형법상 문서가 아니다.

(3) 僞裝된 匿名

문건에 작성자의 명의는 표시되었으나 작성자가 구체적으로 누구인지를 특정할 만한 언급이 전혀 없는 경우를 말한다. 이를테면 역사적인 인물명(도산·이순신·세종대왕), 소설의 주인공(장길산·임꺽정·홍길동), 통속적인 이름(김갑동·영자·순자), 藝名(장산곶 매·역도산·엘도라도), 약칭(김모·박씨·DJ)을 사용하는 경우, 이름을 대신할 만한 표현을 사용하는 경우(사랑하는 친구·열렬한 지지자·洛山居士), 심지어 서명 대신 십자가나 사찰표시를 그려넣은 경우를 들 수 있다.

위장된 익명의 문건을 문서로 볼 것인가에 관해 종래 두 가지 견해가 대립하여 왔다. 작성자의 의사를 중심으로 판단해야 한다는 主觀說,[50] 일반인의 인상을 중심으로 판단해야 한다는 客觀說[51]이 그것이다. 주관설에 따르면 위장된 익명의 문건은 작성자가 익명이기를 원한 것이므로 문서가 될 수 없다는 결론에 이른다. 그러나 이렇게 되면 행위자에게 사후적으로 빠져나갈 수 있는 통로를 열어주는 꼴이 되어 문서의 객관적 평가의 원칙에 반한다.

이에 비해 객관설은 위장된 익명의 문건을 다시 세분하여 검토한다. 첫째, 만약 작성자의 위장명칭이 적어도 그 문건의 수령인에게도 隱祕한 것이어서 작성자를 전혀 특정할 수 없다면, 문서의 보증요소는 흠결된 셈이므로, 문서가 될 수 없다는 것이다. 둘째, 이 위장된 익명의 문건

50) Binding, BT Ⅱ/1, S. 200.

51) Sch/Sch/Cramer, StGB, § 267 Rdnr. 18; Tröndle, LK, § 267 Rdnr. 42; Kienapfel, WK, § 223 Rdnr. 69.

이 死者나 虛無人名義를 가지고 특정한 작성자가 있는 양 꾸며서 일반인으로 하여금 진정한 문서로 오신케 할 정도에 이르렀다면, 부진정문서의 성립을 인정하자는 것이다. 위장된 익명의 문건이 구체적으로 첫번째 例인가, 두번째 例인가는 사실판단의 문제로 돌아간다. 물론 의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo) 판단해야 한다.

(4) 死者와 虛無人名義의 文書

이 문제는 작성명의인의 실재요부의 관점에서도 논의되고 있다. 이 점에 관해 우리나라의 學說과 判例는 견해를 달리한다.

먼저 判例는 公·私文書를 구별하여 公文書에는 명의인의 실재를 요하지 않지만 私文書에는 실재를 요한다는 견해를 취한다. 즉 공문서에서 작성자가 허무인인가의 여부는 공문서위조죄의 성립에 영향을 미치지 않으므로 죄가 성립함에 반하여,[52] 사문서의 경우 死者名義의 文書[53]는 물론 虛無人名義의 文書[54]도 私文書僞造罪에 해당하지 않으며, 다만 死者名義의 문서에서 작성일자가 생존시의 일자인 때에 한하여 사문서위조죄가 성립한다는 입장이다.[55] 이에 비해 通說은 公·私文書 구별없이 작성명의인의 실재를 요하지 않는다는 견해를 취한다. 따라서 死者·虛無人名義의 문서라도 일반인에게 진정한 문서로 誤信케 할 염려가 있는 때에는 문서에 해당한다는 입장이다.

생각건대 通說이 옳다. 문서의 보증기능에서 볼 때 公·私文書를 구별해야 할 이유가 없는 점, 문서위조죄는 문서의 법적 거래에 대한 安全과 信用을 보호법익으로 삼는 抽象的 危險犯인 점, 실재하지 않는 인물을 진정한 작성명의인인 양 위장하는 것은 일종의 僞裝된 匿名의 문건이라

52) 大判 1965. 6. 29, 64 도 428; 1969. 1. 21, 68 도 1570; 1976. 9. 14, 76 도 1707.
53) 大判 1960. 8. 10; 4292 刑上 658; 1966. 11. 22, 66 도 1341.
54) 大判 1959. 3. 20, 4291 刑上 591; 1977. 2. 22, 72 도 2265; 1991. 1. 29, 90 도 2542; 1992. 12. 24, 92 도 2322.
55) 大判 1969. 10. 14, 69 도 1480; 1970. 11. 30, 70 도 2231; 1973. 10. 23, 73 도 1138.

는점 등에 비추어 볼 때 일반에게 진정한 문서로 오신케 할 우려가 있는 死者·虛無人名義의 文書도 공·사문서를 구별할 것 없이 문서성을 인정해야 할 것이다.

(5) 本意 아닌 匿名

작성자가 단지 번거로움을 피하거나 너무 서두른 때문에 부주의로 문서에 서명을 하지 않은 채 발송한 때처럼 본의 아니게 익명이 되어버린 경우이다. 사정에 따라서는 일종의 草案과 같은 성격을 띤다. 이 경우 작성자의 인식가능성은 사실확정의 문제로 돌아간다. 의사표시의 내용·종류·형식이나 부수사정을 종합하여 작성자를 확정할 수 있는 한 문서성이 인정된다.

6. 代理文書·委任文書의 경우

문서에 代理·授權을 표시하면서 서명은 본인·위임인명의로 할 수 있고, 대리인·수임인명의로도 할 수 있다. 법적으로 두 가지 모두 가능하다.

대리인·수임인이 대리(대표)·위임사항을 적어두고 本人 X의 代理人 Y라고 서명한 경우에는 代理人·受任人의 文書가 된다.[56] 그 문서에 표시된 의사내용을 대리인·수임인이 보증하는 취지가 드러나 있기 때문이다. 이 경우에는 구체적인 사항에 대해 대리인·대표자·수임인이 그 수권의 범위를 명백히 초월하였거나 그 권한과 전혀 관계없는 권한범위밖의 사항에 대하여 문서를 작성하였을 때에 한해 不眞正文書라고 해야 할 것이다.

반면 대리인·수임인이 본인·위임인명의로 문서를 작성한 경우 본

56) 姜玹中, 民事訴訟法, 605면.

인·위임인이 작성자가 되고 대리인·수임인은 문서작성보조자의 위치에 머문다. 이러한 문서도 의사표시의 내용이 수권된 권한사항의 범위와 일치할 때에는 원칙적으로 眞正文書라고 해야 할 것이다.

문제는 행위자가 허위로 대리·수임인인 양 가장하여 작성한 문서이다. 이 경우는 일종의 위장된 익명의 문건에 해당하지만, 일반인에게 진정한 문서로 오신케 할 우려가 있으므로 부진정문서의 일종으로 보아야 한다. 내용적으로는 유형위조의 일종이지만 형법은 자격모용에 의한 문서작성이라는 별도의 규정을 두고 있다.

Ⅴ. 結 論

이상에서 형법상 문서개념의 구성요소들을 살펴 보았다. 원칙적으로 형법상 문서가 되자면 유지기능, 증명기능, 보증기능이 있어야 한다. 그러나 각 기능의 구성요소 사이에는 다시 경중의 차이가 있고, 변용의 가능성도 있어, 실제 현실적인 문서개념은 사실확정과 더불어 규범적으로 평가해서 결정할 문제이다. 이를테면, 문서의 持續性도 정도의 문제이지 본질적·절대적인 구성요소라고 하기 어렵다. 또한 증명의사나 증명능력도 선택적으로 고려해야 할 대상이지 증명기능의 중복적 요소는 아니다. 증명기능 역시 작성자의 의사가 확인될 수 있는 한 얼마든지 그 변용이 가능하다.

오늘날 문서개념처럼 변용의 가능성이 높은 언어도 없을 것이다. 문서를 통한 현대인의 법생활 자체가 변화속에 있기 때문이다. 그러므로 문서의 법적 개념은 당해 사안의 확정과정에서 생활세계의 변화를 고려하여 가장 올바른 의미를 발견하는 과정속에서 파악되어야 할 것으로 본다.

金南辰선생님께서 停年을 맞이하셨다. 나의 학창시절에도 선생님의 논문은 수험생활의 분주함을 덜어주는 알뜰한 양식이었다. 선생님과 같

은 시기에 고대 법대에 임직을 받아 함께 연구하고 가르치게 된 것이 무척 보람스럽게 여겨진다. 정년을 맞이하셨지만 연구열과 학문적 성과에서 젊은이를 능가하는 힘을 발휘하고 계신 선생님이 자랑스러울 뿐이다. 선생님의 행복과 평강을 주안에서 기원하며 이 글을 바치고자 한다.

진료거부와 응급의료거부 - 이론, 정책, 도그마틱

李 相 暾*

목 차

Ⅰ. 문제상황
1. 의료법체계의 부정합성
2. 세 가지 과제
Ⅱ. 이론과 정책
1. 불법내용의 차별화
2. 정책
Ⅲ. 도그마틱
1. 응급의료거부죄
2. 진료거부죄

Ⅰ. 문제상황

1. 의료법체계의 부정합성

오늘날 사람들은 '의료'라는 말에서 '히포크라테스선서'나 '인술'(仁術)과 같은 윤리적 함의의 언어를 떠올리기 보다는 '서비스'(의료서비스)라는 상업적 언어를 표상한다. 판례도 의사와 환자의 관계를 서비스(雇傭)계약의 관계로 이해하고, 환자를 보호하기 위한 정책의 일환으로 의사에게 고도의 주의의무를 부과하는 경향을 보이고 있다.[1] 이런 경향은 의사를 의료계약이라는 고용계약 위에 한 '당사자'로 올려놓고, 그에게 환자와 단지 '평등한' 관계만을 맺으라고 강요하는 것이라 할 수 있

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

1) 이에 관하여 이상돈, 의료행위의 법제화와 형법, 형사정책연구, 1997 봄호 참조.

다. 이러한 판례의 흐름 속에서는 전통적인 의사상(像), 즉 고도의 직업윤리를 바탕으로 환자의 생명과 건강을 위해 최선을 다하는 후견인의 모습은 점차 설 자리를 잃어가고 있다. 그러나 다른 한편으로 현행 의료법은 의사에게 계약상의 의무를 넘어서는 의무, 다시 말해 각종 '서비스'의 공급자에게 요구되는 일반적인 의무를 넘어서는 '윤리적 색채'의 의무를 부과하기도 한다. 의료법 제16조와 응급의료에 관한 법률(약칭: 응급법) 제4조가 그 대표적인 예이다.

> **의료법 제16조 [진료의 거부금지 등]** ① 의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다. ② 의료인은 응급환자에 대하여 응급의료에 관한 법률이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행하여야 한다.
>
> **응급의료에 관한 법률 제4조 [응급의료의 거부금지 등]** 응급의료종사자는 업무중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료(자신의 면허 또는 자격의 범위안에서 행함을 말한다. 이하같다)를 행하여야 하며 정당한 사유없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.

이러한 규정들은 의사의 의료계약'체결'의 자유를 현저하게 제한한다. 그러나 이렇게 되면 의료법체계의 '정합성'(Coherence, Kohärenz)[2]은 유지되기 어렵다. 왜냐하면 법은 한편으로는 - 판례법을 통하여 - 의사에게 고도화된 서비스'계약'상의 의미를 이행하라고 요구하면서, 다른 한편으로 그 계약관계에 들어가는 과정에서는 - 진료거부금지와 응급의료거부금지규정에 의하여 - 계약의 논리 이전에 있는 전통적인 '의사정신'의 실현을 요구하고 있기 때문이다. 다시 말해 법은 진료의무의 이행에서는 의사의 직업윤리를 신뢰하지 않으면서, 진료관계의 시작과정(진료의무의 인수과정)에서는 의사의 직업윤리를 요구하는 것이다. 의료윤리에 대한 법의 이러한 이중적 태도는 물론 환자의 이익을 보호하기 위한 것이다. 그러나 장기적으로 보면 이렇게 부정합적인 법은 의사의 행동을 조종할 능력을 잃어 버리게 된다. 그런 법은 진료과정에서 뿐만 아

2) 이 개념에 대하여 자세한 것은 이상돈, 법이론, 1996, 316쪽 아래 참조.

니라 그 개시과정에서도 '의사의 자율적인 직업윤리'를 '타율적인 법의 강제'로 대체시킴으로써 의료영역의 고유한 규범과 질서를 파괴시키고, 결국에는 의사들로부터 무관심과 저항에 부딪히게 될 것이기 때문이다(법에 의한 의료영역의 파괴). 물론 우리나라에서 그런 저항이 이미 조직적으로 시작되었다고 말하기는 어렵다. 이미 오래전부터 처벌규정이 있었음에도 불구하고 진료거부나 응급의료거부로 의사가 형사처벌되기 시작한 것은 아주 최근의 일이기 때문이다.

2. 세 가지 과제

그러나 최근에 이루어진 바 있는 진료거부와 응급의료거부에 대한 형사처벌[3]은 의사사회에 커다란 동요와 불안감을 확산시킬 것이다. 두 범죄구성요건은 모두 윤리적 판단에 기초하고 있고, 바로 그렇기 때문에 그 처벌의 한계가 매우 불명확하며, 또한 의사들에게 다른 직업영역보다 상대적으로 무거운 윤리적 행동의 짐을 부과하는 것이기 때문이다. 이런 문제상황은 다음과 같은 의사들의 질의와 행정당국의 회신에서 쉽게 엿볼 수 있다.

[質疑 1] 당원은 신경정신과 단과병원인데, 교통사고로 인하여 두개골 외상 또는 두개강내출혈을 일으켜 당원에서 응급조치도 할 수 없는 상황에서 신경외과가 있는 인근병원으로 이송하였을 경우에 진료거부에 해당합니까? [回信 1] 내원환자의 상태가 비록 신경정신과 전문분야가 아니더라도 의사본연의 임무는 다하여야 할 것으로 사료되며, 환자를 위하여 최선의 방법이 무엇인지와 진료거부해당여부에 대하여는 의사윤리에 의거한 의사의 판단에 따라야 할 것입니다. [質疑 2] 동일건물에 의원과 주택이 있고 건물출입문에 진료시간을 표시하고 있는데, 진료시간외에 환자가 내원했을 경우 의원종사자가 숙직 의료인이 있는 병원급 의료기관 또는 지방자체에서 실시하고 있는 야간당직의원으로 안내했다면 진료거부에 해당합니까? [回信 2] 이는 의사윤리에 관한 문

3) 대판 1993.9.14, 93도1970.

제로 사료되며, 또한 사안에 따라 처리되어야 할 것인바, 동질의에 대한 일률적인 유권해석은 내릴 수가 없습니다.[4]

이 두 가지 질의와 회신의 내용을 살펴보면, 진료거부와 응급의료거부의 금지규정은 다음 세 가지 문제점을 갖고 있음을 추측할 수 있다. ① 첫째, 진료거부와 응급의료거부가 의사들 사이에서는 물론이고 행정당국에게도 혼동되고 있다. ② 둘째, 진료인수의무와 응급의료의무 모두가 의사의 윤리적 의무로 이해되고 있다. 바로 이 점은 두 가지 의무를 구분하지 않게 만드는 원인이 되기도 한다. ③ 셋째, 두 의무는 마치 의사가 진료인수후에 짊어지는 주의의무(진료상의 주의의무)만큼 강한 것으로 이해될 위험이 있다. 의사의 윤리강령의 관점에서 이해하면 할수록 그만큼 더 진료거부와 응급의료거부의 행위는 진료상의 주의의무를 위반한 행위(형법 제268조[업무상과실치사상])와 다르게 취급될 필요가 없게 되기 때문이다.

이러한 문제점을 고려할 때 진료거부와 응급의료거부의 금지규정이 단순한 '윤리강령'이 아니라 형법적인 조항이 될 수 있으려면 다음 세 가지 요청을 충족해야만 할 것이다.

- 진료인수의무와 응급의료의무를 '법적 의무'로 재구성함(문제점 ②의 극복).
- 진료인수의무와 응급의료의무를 차별화함(문제점 ①의 극복).
- 응급의료의무와 진료상의 주의의무를 차별화함(문제 ③의 극복)

첫번째 요청은 무엇보다도 의료법체계의 부정합성을 극복하고 의료영역의 고유한 규범과 질서를 회복하는 출발점이 된다. 그리고 두번째 요청

4) 이준상, 의료법규, 1995, V(예방접종 및 진료거부에 대한 질의회신)에서 요약발췌한 내용(특히 477, 479쪽 참조).

은 진료거부와 응급의료거부의 행위가 불법의 차원에서 갖는 본질적 차이[5]를 밝히고, 그것을 기초로 입법론과 해석론을 펼치기 위한 전제가 된다. 마지막으로 세번째 요청은 두번째 요청과 같은 이유에서 뿐만 아니라, 두 의무가 갖는 도덕철학적 차이를 밝힘으로써 의사가 짊어져야 할 업무상과실치사상(형법 제268조)의 책임과 응급의료거부죄(응급법 제4조, 제57조 ②항 1호)의 책임을 차별화하기 위한 것이다(책임원칙의 실현).

II. 이론과 정책

1. 불법내용의 차별화

그러면 진료거부와 응급의료거부를 형법적 의미의 독자적인 범죄행위로 파악하기 위해서는 이들 거부행위의 불법내용이 진료상의 주의의무 위반(업무상과실치사상의 요건사실)과 어떻게 다른지를 밝혀내야 한다. 달리 말해 이들 거부행위를 형사처벌하는 근거(형벌근거)가 무엇인지 밝혀낼 필요가 있다.

(1) 직업윤리로서 진료인수의무

먼저 의료법 제16조 ①항이 의사에게 부과하는 진료인수의무가 '법적 의무'인지가 문제된다. 적어도 형법은 단순한 윤리적 의무의 위반을 범죄화해서는 안되기 때문이다.[6] 의사가 환자의 진료요구를 거부해서는

5) 이러한 차이는 기본적으로 진료거부죄와 응급의료거부죄는 각기 다른 법적 효과(진료거부죄는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금[의료법 제68조], 응급의료거부죄는 3년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금[응급법 제57조②항 1호])를 발생시키고 있는 형벌조항에서 비롯되는 요청이기도 하다.

6) 이를 '법익보호원칙'의 새로운 지평으로 설명하는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 74쪽 아래 참조.

안된다는 요청을 법적 의무로 구성하는 방법으로 다음과 같은 견해를 생각할 수 있다.

- **공법적 의무설** 의사는 '국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다는 점'(의료법 제2조 ②항)에서 의사의 진료거부의무는 공법상의 의무라고 본다.[7] 분명하지는 않으나 판례도 이런 입장인 것으로 추측된다.[8]

- **독점규제법적 의무설** 의사는 인간의 생명과 건강을 관리하는 업무를 독점하여 이에 종사하고 있으므로 진료를 요청받은 때에는 '독점지위이용금지'나 '법적 지위남용금지'의 원칙에 의해 진료의무를 진다는 견해이다.[9]

A. 공법적 의무

우선 진료인수의무를 공법적 의무라고 보아야 하는 이유로서 단순히 '진료인수의무를 규정하고 있는 의료법이 공법이기 때문이다'라고 말하는 것은 충분하지 않다. 의료법은 왜 공법이라고 보는 것인가? 라는 물음에 답하기 위해서는 다시 그 법이 규정하고 있는 의사의 의무(여기서는 진료인수의무)가 어떤 공공적 성격을 가진다는 점을 근거지어야 하기 때문이다. 따라서 진료인수의무가 법적 의무임을 근거짓기 위해서 '진료인수의무는 공법적 의무다'라거나 '의료법이 공법이다'라고 말하

7) 독일에서도 한때 연방의사규정 제1조 ①항("의사는 전 국민과 개인의 건강에 기여한다")과 일반의사의 서약을 근거로 의사는 국민에 대하여 공법적 관계에서 진료의무를 갖는다는 견해 Spann, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, 1962, 104쪽 아래; Schulz, Arztrecht für die Praxis, 1965, 102쪽 아래)가 풍미했다고 한다(자세한 것은 정현미, 의료법상 의사의 진료거부금지와 응급조치의무, 형사판례연구, 제5집).

8) 서울고법 1993.6.4. 선고, 93노410 판결: '진료거부로 인한 의료법위반죄는 환자측의 요구가 있을 경우 국가가 의료인에게 정당한 이유없이 진료를 거부하지 못하도록 하는 의무를 부과하는 공법상의 의무를 위반한 경우의 처벌규정이다.'

9) 이 견해에 대한 비판적 설명으로 정현미, 앞의 논문, 11,12쪽.

는 것은 '근거지워져야 할 것으로 근거짓는 오류', 즉 선결문제요구의 오류(petitio principii)를 범하는 셈이다. 그래서 진료인수의무를 공법적 의무라고 말할 수 있는 논리가 제시되어만 한다. 다음 두 가지 논리가 그 대표적인 예가 될 수 있다.

첫째는 '진료할 권리'라는 의사의 기본권(특히 직업의 자유)에는 반드시 '진료해야 할 의무'가 내포되어 있다는 논리이다. 즉 기본권에는 반드시 그 기본권의 필수적인 '동반자로서 법적 의무'(korrespondierende Rechtspflicht)가 당연히 내포되어 있다는 것이다.[10] 그러나 이러한 논리는 의사의 '진료의 자유'(직업의 자유)를 뿌리채 흔들어 놓는다. 왜냐하면 기본권(여기서는 진료권)을 법적 의무(여기서는 진료인수의무)로 파악하는 경우, 그 법적 의무의 구체적 내용은 - 의회의 입법절차를 통하여 - 국가가 임의로 조정하게 될 수 있게 되기 때문이다.[11] 즉 의사가 어떤 상황에서 어떤 환자를 진료해야만 의사의 사명을 다하는 것인가를 의사가 스스로 결정하는 것이 아니라, 의료법 제16조 ①항의 '정당한 이유'에 대한 유권해석을 통하여 보건복지부가 결정하는 것이 된다. 그러나 이처럼 기본권의 행사가 시민의 하나인 의사의 '윤리적 의무'로 남아 있지 않고 기본권의 대칭물인 '법적 의무'로 구성된다면, 다시 말해 '진료할 권리'가 '진료할 의무'로 구성된다면 '자유주의'의 이념은 헌법에서 사라지고 그 공백은 국가전체주의나 권위주의적인 관료들의 후견적 활동주의로 메워지게 될 것이다. 이는 이론적으로는 우리 헌법의 가치질서가 허용할 수 없는 일이며, 실천적으로는 의료영역의 자율적인 의사소통구조를 왜곡시킬 것이다.

---

10) 이에 관해서 Smend, Burger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968, 309쪽 아래.

11) 허영교수는 이처럼 기본권이 법적 의무로 역기능하게 되는 변증법적 논리형식과 통치기술에 의해 유지되는 것이 바로 공산주의국가들이었다고 본다(허영, 한국헌법론, 1996, 565쪽).

두번째 논리는 진료인수의무를 헌법이 규정하는 의사의 '근로의 의무'(헌법 제32조 ②항)로 바라보는 것이다. 의료법은 바로 국가가 의사의 근로, 즉 진료의 '의무의 내용'(특히 의료법 제12조-제24조)을 정한 법률이 된다. 헌법상 근로의 의무란 일종의 프로그램규정[12]이지만 '그 내용과 조건이 민주주의원칙에 따라 법률로 정해질 때'에는 법적 의무가 될 수 있다.[13] 여기서 의사의 진료인수의무가 법적 의무가 되려면 진료거부금지규정(의료법 제16조 ①항)이 '민주주의원칙에 따라' 정해진 것이어야 한다. 민주주의원칙이란 제도화된 대화원칙(Diskursprinzip)이다.[14] 대화원칙이란 '하나의 규범은 그 규범의 적용을 받는 모든 사람들이 그 규범의 올바름에 대하여 합의할 수 있을 때에만 타당할 수 있다'는 것을 말한다. 여기서 합의란 '근거지워진 합의'(begründeter Konsensus)만을 의미하며, 이는 자유로운 비판과 토론, 개인들의 욕구를 왜곡없이 해석해내는 이해지평(문화와 언어), 그리고 그렇게 해석된 욕구의 비당파적인 실현과 같은 조건을 충족한 합의를 말한다.[15] 의사의 진료거부를 처벌하는 의료법의 제정과정이 진료계약관계에 들어가는 의사와 환자 사이의 의사소통적 상황을 왜곡없이 해석하는 관점을 - 특히 지나치게 환자편향적인 관점이나 의사와 환자를 대결관계에 놓는 관점의 역기능을 도외시한 채 - 충분히 검토한 것이었는지는 매우 의심스럽다.[16]

---

12) 헌법학에서 근로의 의무는 윤리적 의무라는 견해(문홍주, 348쪽; 권영성 536쪽; 구병삭, 736쪽)와 법적 의무라는 견해(박일경, 242쪽; 김철수, 518쪽)가 대립한다.

13) 허영, 한국헌법론, 1996, 570쪽.

14) Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 140쪽.

15) 이상돈, 법이론, 1996, 268쪽.

16) 정현미 박사도 "의료법 제2조의 규정처럼 의사는 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활을 확보하는 데 사명감을 두고 있으나, 그러한 직업적 책임으로 인하여 항상 일반인의 건강에 기여할 공적인 지위에 있다고 할 수는 없다. 적어도 통상적인 의료행위에서 환자가 진료를 요구하면 정당한 이유가 없는 한 진료를 하도록 하는 것은 의사의 직업상 자유를 침해하는 지나친 요구라고 할 수 있다. 오늘날 의료직은 본질적으로 자유업에 속하지 공적인 직업이 아니기 때문이다(정현미, 앞의 논문, 11쪽)

의료법 제16조 ①항은 오히려 국민보건의 향상이라는 추상적 이념에 반하는 의사들의 심정을 용납치 않겠다는 전체주의적-권위주의적 국가관의 연장선 위에서 이해될 수 있을 것이다.

B. 독점규제법적 의무

어떤 서비스의 공급자가 불공정한 거래행위(예: 거래의 부당한 거절)를 하지 않을 윤리적 의무는, 예를 들면 그 서비스의 시장이 '경쟁적 시장'(competitive market)의 형태를 띨 경우에는 그 시장메커니즘에 의해 자율적으로 상당한 정도 이행될 수 있다. 공정하지 못한 거래자는 그런 시장형태 위에서는 소비자들로부터 신용을 잃고 결국 자연도태되기 때문이다.[17] 이처럼 의료서비스의 시장이 '경쟁적 시장'의 상태에 있다면 의료서비스의 부당한 거절(진료거부)은 시장메커니즘에 의해 어느 정도 통제될 수 있을 것이다. 따라서 이런 경우라면 의사의 진료거부는 형법에 의해 통제될 필요성이 없게 된다.[18] 이에 반해 서비스의 시장이 독점적 시장(monopolistic market)의 형태를 띨 경우에 서비스 공급자의 거래윤리는 - 즉 '공공복리'의 목표실현을 위하여 공정한 거래를 할 윤리적 의무는 - 시장메커니즘에 의해 관철되지 않는다. 서비스공급자가 불공정한 거래를 하는 경우에도 그 서비스의 수요는 - 특히 그 수요가 의료서비스처럼 생존에 필수적인 것인 경우에는 - 별로 감소하지 않기 때문이다. 다시 말해 수요가 불공정한 거래에 대해서 비탄력적(inelastic)인시장에서는 거래윤리가 자율적으로 지켜지기 어렵다. 따라서 서비스공급자의 거래윤리는 시장의 기능에 맡겨둘 수 없고, 법에 의해 강제될 필요가 있게 된다. 바로 여기에 거래윤리상의 의무가 비로소 정당하게 '법적 의무'로 전환될 수 있는 계기가 주어진다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(약칭: 독점규제법)은 그러한 의무로서 '시장지배적 지위의 남용금지'(제3조, 제66조)를 규정하고 있다. 그러나 의료서비스의 시장은 그런

17) 박세일, 법경제학, 1994, 545쪽.

18) 그럼에도 불구하고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 독점적 시장상황에 있지 않은 경우에도 불공정거래행위(법 제23조)를 처벌하는 형벌규정(법 제67조)을 두고 있다.

독점적 시장상태에 있지는 않다. 이 법이 규정하는 요건에 따르면 의료서비스가 독점적 시장의 상태에 있다고 보기 위해서는 한 의사나 병원이 의료시장을 50%이상 장악하거나(제2조 ⑦호 가항), 3명 이하의 의사나 병원이 의료시장을 75%이상(제2조 ⑦호 나항) 장악하고 있어야 한다. 그러나 이는 우리나라 의료시장의 현실이 아니다. 오히려 최근 들어서는 의료서비스의 시장이 본격적으로 '경쟁적 시장구조'로 재편되어 가는 것으로 보인다.[19] 이상의 논의로부터 의사가 진료를 거부해서는 안 되는 의무가 법적 의무라는 주장은 시장지배적지위의 남용금지의 원칙을 통해서는 근거지을 수 없음을 알 수 있다. 물론 의료활동의 경쟁은 면허제에 의해 사전적으로 제한된다는 점을 중시할 수도 있다. 그러나 그 점은 헌법상 직업의 자유에 대한 정당한 제한의 한 형태[20]일 뿐이며, 또한 의사면허를 가진 사람들 사이에 경쟁적 시장구조를 일그러뜨리는 것도 아니다. 따라서 독점규제법적 의미에서도 의사의 진료인수의무는 법적 의무가 될 수 없다.

(2) 인간윤리로서 응급의료의무

A. 윤리적 의무

응급의료의무(의료법 제16조 ②항, 응급법 제4조)도 진료인수의무와 마찬가지로 그 본질은 '윤리적 의무'이다. 응급의료는 의사와 환자 사이에 진료계약이 체결되지 않은 상황에서 이루어지기 때문이다. 이 점은 현행 형법과 판례법을 정합적으로 해석을 하거나 비교법적으로 분석해 보면 분명해진다. 첫째, 형법은 '老幼, 질병, 기타사정으로 인하여 부조를 요하는 자에 대한 보호의무'를 법률과 계약상의 의무에 국한시키고

19) 이 시장구조는 특히 삼성의료원의 출현으로 대학병원과 같은 제3차 의료기관에까지 확대되고 있다.

20) 독일연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 7, 377)에 의하여 확립된 단계이론(Stufentheorie)에 따를 때 이러한 제한은 제2단계, 즉 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당한다.

있고(형법 제271조), 판례도 유기죄해석에서 '社會常規'만으로는 형법적 보호의무를 인정하지 않는다고 보고 있다.[21] 판례에서 말하는 '사회상규'란 일상적인 사회윤리의 법률적 표현이라 할 수 있다. 따라서 법률과 계약관계에 의한 의무가 없는 한, 곤경에 처한 사람을 도울 의무는 (일상적인) 사회윤리적 의무인 셈이다. 여기서 응급법 제4조와 같은 법규정이 없다고 가정해 본다면, 의료계약이 아직 체결되지 않은 한, 응급환자에게 의료행위를 해 주어야 할 의사의 의무는 윤리적 의무일 뿐이며, '(형)법적 의무'가 될 수 없다. 그런 종류의 윤리적 의무를 바로 응급법 제4조가 법적 의무로 전환하고 있는 것이다.

둘째, 응급의료의무의 본질이 윤리적 의무라는 점은 비교법적으로도 어렵지 않게 확인된다. 의사의 응급의료의무를 독일과 오스트리아에서는 다음과 같은 형법상 '부조불이행죄'(扶助不履行罪)에 의해 이행시키고 있다.

독일형법 §323c 사고(Unglücksfall) 또는 일반적인 위험이나 곤경에 있어서, 扶助(Hilfe)가 요구되며 여러 상황에 비추어 특히 자신에 대한 현저한 위험이 없고 다른 중요한 의무의 위반없이 가능하다고 기대되는 扶助를 행하지 아니한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

오스트리아 형법 §95 사고 또는 일반적인 위험에 있어서 사망 또는 현저한 신체상해나 건강훼손의 위험에 처한 사람을 구조하기 위해 필요한 扶助를 행하지 않은 자는 6개월 이하의 자유형 또는 360日數 이하의 벌금형에 처하고, 만약 부조를 행하지 않은 결과 사람이 사망한 경우에는, 그 부조가 행위자에게 기대할 수 없는 것이라 할지라도, 1년 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형에 처한다.

물론 이 규정들은 의사 뿐만 아니라 그 밖의 모든 사람에게 부조의무(扶助義務)를 법적 의무로 요구한다는 점에서 의사에게만 그런 의무의 특수한 형태로서 응급의료의무를 부과하는 우리나라의 법과 차이가 있

21) 대판 1977.1.11, 76도3419.

다. 그러나 독일에서도 위 규정은 주로 의사에게 적용되고 있어,[22] 실천적으로도 우리나라의 응급법 제4조 및 제57조 ②항의 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 독일에서는 이 형법규정을 이웃사랑이라는 오래전부터 내려온 윤리적 명령[23]을 법적 의무로 전환시킨 것이라고 본다. 응급의료의무의 이행에 의해 발생하게 되는 의사와 환자의 민법적 법률관계는 '사회적 부조'[24]의 성격을 띤 (긴급)사무관리(민법 제734조, 제735조)로 취급되는 것도 같은 맥락이다. 다만 응급의료를 행한 의사가 환자에 대하여 갖는 비용상환청구권(민법 제739조)을 환자로부터 실행받을 수 없는 경우에 의사는 응급환자 본인이 부담하여야 하는 금액(미수금)을 응급의료기금(응급법 제28조) 관리기관의 장에게 대불받을 수 있다(응급법 제31조).

B. 인간윤리

그러나 진료인수의무와 응급의료의무에 각각 바탕이 되는 윤리의 효력범위에는 차이가 있다. 진료인수의무는 '병(病)이 있는 곳에 의술이 있다'는 의사정신, 즉 의사의 '직업'윤리(Berufsethik)에 기초하고 있다면, 응급의료의무는 위 판례사안에서도 알 수 있듯이 '곤경에 처한 이웃을 도와주어야 한다'는 이웃사랑의 '인간'윤리에 기초하고 있다고 볼 수 있다. 여기서 인간윤리란 한 공동체에서 함께 살아가는 인간으로서 가져야 할 연대성의식(mitmenschliche Solidarität)을 말한다. 이처럼 응급의료의무의 바탕이 되고 있는 윤리가 '인간'윤리라는 점은 응급의료거부죄와 구조기능적 유사성을 갖고 있는 독일이나 오스트리아 형법의 부

22) 이런 점에서 독일형법 § 323c는 '직업전형적(berufstypisch)이지는 않지만, 직업과 밀접한(berufsnah); 따라서 의사에게 특히 중요한 의미를 지니는 구성요건이라고 할 수 있다: Laufs/Ulsenheimer (u.a.), Handbuch des Arztrechts, 1992, 855쪽.

23) BGHSt 6, 147, 151.

24) 최근에는 사무관리의 윤리적 색채를 지우고, 사무관리를 계약상 또는 법률상 의무없이 행해지는 타인사무의 관리로부터 생기는 관리인과 본인 사이의 재산관계를 조정하는 제도(귀속성설 Zuständigkeitstheorie)로 파악하는 경향이 높아지고 있다(이은영, 채권각론, 1992, 476쪽).

조불이행죄가 윤리적 의무를 수용한 것이라는 사실로부터 쉽게 해명된다. 물론 우리나라의 법은 인간윤리를 일반적인 법적 의무로 전환하지 않고, 단지 의료인의 직업영역에서만 법적 의무로 전환하고 있다는 차이가 있다. 어쨌든 응급법 제4조는 바로 그런 전환의 매체가 되고 있다. 그러므로 법적 의무로서는 진료인수의무와 응급의료의무가 모두 '직업의무'(Berufspflicht)이지만, 윤리적 의무로서는 진료인수의무만이 의사의 '직업의무'이고, 응급의료의무는 '인간윤리적 의무'라고 할 수 있다.

C. 법적의무와 윤리적 의무의 중간지대

여기서 응급의료의무가 진료인수의무보다는 '법적 의무'로 전환될 수 있는 근거를 더 지니고 있다는 점을 이해할 수 있다. 그 첫번째 근거는 앞에서 살핀 바와 같이 응급의료의무라는 윤리적 의무의 보편성, 다시 말해 - 그 윤리적 본질에서 바라볼 때 - 모든 인간에게 응급의료의무에 상응하는 윤리적 의무의 이행이 요구된다는 점(의무이행의 상호적 기대)은 법의 카테고리의 핵심인 '비당파성'(Unparteilichkeit)과 구조적으로 유사하다. 이에 반해 진료인수의무는 의사에게만 요구되기 때문에 그와 평행적인 성격의 의무가 주어지지 않는 다른 직업영역의 사람들과 비교해 보면 의사는 불평등한 부담을 지는 셈이 된다.

두번째 근거는 형법상 원칙인 '법익보호원칙'(Rechtsgüterschutzprinzip)의 관점에서도 응급의료의무는 진료인수의무보다 법적 의무로 전환되어야 할 필요성이 더 높다는 점에서 발견된다. 응급상황이 아닌 경우에는 의사의 진료거부가 있어도 환자는 다른 의사를 선택함으로써 생명과 건강을 유지할 수 있다(법익보호와의 무관성). 이에 반해 응급상황의 경우에 의사의 응급의료거부가 있게 되면 환자는 다른 의사를 찾기 위해 얼마간의 시간을 지체해야 하고, 시간이 지체되면 나중에 진료를 행하는 의사가 그 환자의 생명과 건강을 지킬 수 있는 가능성이나 그 정도도 일반적으로 낮아진다. 즉 응급의료의무는 법익보호와의 모종의 관련성이 인정된다. 물론 이 관련성은 '실제적'인 것일 때도 있지만 단지 '사

유적'인 것으로 머무를 수도 있다. 왜냐하면 응급의료거부죄의 구성요건(응급법 제4조)은 응급의료의 거부가 환자의 생명과 건강이라는 법익을 침해하거나 침해할 어떤 (추상적, 구체적) 위험을 발생시키지 않는 경우에도 인정될 가능성을 열어 놓고 있기 때문이다. 응급의료거부행위가 법익보호와 단지 '사유적인 관련성'만을 갖고 있다는 것을, 다른 말로 바꿔 표현하면 응급의료거부행위는 환자의 생명과 건강을 침해하거나 위태화하는 행위는 아니지만 '느낌상' 환자의 생명과 건강 보호에 '위험스러운 행위'[25]로 인식된다는 것을 뜻한다. 이렇게 해석된 응급의료의무는 환자의 생명과 건강보호에 직접 관계가 없으므로 법익보호원칙의 관점에서 '형'법적 의무가 되기는 어려우며, 윤리적 의무로 남아 있을 수 밖에 없다. 물론 사법상의 또는 행정법상의 의무로 전환할 가능성은 별개의 문제이다. 어쨌든 여기서 제시한 두 가지 구별점으로부터 진료인수의무를 윤리적 의무라고 하고, 뒤에 설명하는 진료상 주의의무를 법적 의무라고 한다면 응급의료의무는 윤리적 의무와 (형)법적 의무의 중간지대에 있다고 말할 수 있다.

(3) 법적 의무로서 진료상의 주의의무

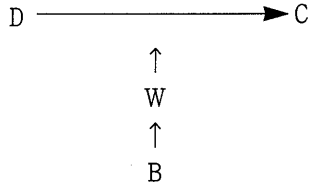
이상에서 살핀 것처럼 진료인수의무와 응급의료의무는 그 본질에서는 윤리적 의무인 반면, 진료상의 주의의무는 법적 의무이다. 여기서 나는 법적 의무와 윤리적 의무를 '보편화가능성'(Universalisierbarkeit)을 기준으로 구별하고자 한다. 즉 윤리적 의무는 그 타당성을 특정 시대, 특정 사회 그리고 특정 사람(집단)만이 승인할 수 있는 의무이지만, 법적 의

25) '위험성'과 '위험스러움'의 형법적 구분에 관해서는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 42쪽 아래 참조: 류지태 교수는 위험성을 위해로 위험스러움을 위험으로 표현하고 있다(류지태, 행정법에 있어서의 위험의 개념, 고시계, 1991, 110쪽). 이러한 용어구분은 추상적 위험범 또는 구체적 위험범에서 볼 수 있듯이 형법학계에 이미 정착된 위험 개념에 관한 언어관용 때문에 형법학에 수용하기에는 아직 좀 이른 감이 있다. 그러나 위험과 위험스러움의 구어적 표현이 갖지 못하는 간명함과 정형성을 갖고 있다는 점에서 그 수용을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

무는 모든 사람이 그 타당성을 승인할 수 있는 의무이다. 그러면 진료상의 주의의무는 왜 법적 의무일까? 의사(또는 병원)는 환자(또는 보호자 등)와의 계약에 의하여 진료를 인수하고 나면, 진료를 행함에 있어 환자의 생명과 신체에 나쁜 결과가 발생하지 않도록(結果防止) '필요하고 적절한 모든 의료적 조치'(줄여서 適正診療)를 취하게 된다. 환자는 바로 이러한 점을 신뢰하고 자신의 몸을 맡기며, 또한 진료비를 지불한다. 바로 이런 의미에서 의사는 - 자신의 의료적 지식과 능력을 다하여 - 환자의 생명과 신체에 나쁜 결과가 발생하지 않게 하는 '보증인'(Garanten)이 된다고 할 수 있다. 그래서 진료상의 주의의무를 형법학에서는 '보증인의무'(Garantenpflicht)라고 부른다. 다시 말해 보증인의무는 적정진료를 다하고, 진료비도 벌겠다는 결정과 그 점을 신뢰하고 자신의 몸을 맡기며, 진료비도 지불하겠다는 결정이 의사와 환자 사이에 교환된 경우에 발생한다. 이러한 보증인의무의 발생에서 나타나는 '계약적 구조'가 바로 의사의 진료상 주의의무(보증인의무)에 법적 의무의 자격을 부여한다. 그런 주의의무는 법적 카테고리를 구성하는 도덕, 즉 '보편화가 가능한 도덕원칙'에 의해 근거지워지기 때문이다. 예컨대 의사가 그런 주의의무를 다하지 않는다면, 어떤 환자도 의사를 신뢰하고 자신의 몸을 맡기는 결정을 내리지 않았을 것이며, 환자가 의사를 신뢰하지도 않고, 진료비도 지불하지 않는다면, 어떤 의사도 환자를 치료하는 결정을 내리지 않았을 것이다. 그래서 의사나 환자는 각자의 계약상 의무를 다해야 한다(pacta sunt servanda). 바로 이러한 행위규범이 의사의 진료상 주의의무를 근거짓는 것이다. 이러한 주의의무의 보편적 구속력은 의사가 그런 주의의무를 다하지 않을 경우에는 의사 뿐만 아니라 환자도 진료계약에 의해 추구하는 자신의 욕구를 적절하게 실현할 수 없다는 현실을 배후로 하고 있다.

진료상의 주의의무가 법적 의무로서 승인될만한 도덕적 타당성을 가진 것임을 아래와 같은 논증구조에 의해 설명할 수 있다. 예를 들면 ① 의사 甲은 환자 乙을 진료할 때

필요한 주의의무를 다해야 한다(Conclusion 결론)는 주장은 ② 甲과 乙은 진료계약을 체결하였다(Data 자료)는 원인을 제시함으로써 설명된다. 이러한 설명은, 즉 D로부터 C로의 (연역적) 이행은 ③ 甲과 乙은 계약내용을 이행하 여야 한다(warrant 근거)는 추론규칙을 도입함으로써 가능해진다. 그러나 W는 예를 들면, ④ 계약이 지켜지면 발생하게 될 결과(예: 의사는 치료비를 벌고, 환자는 병이 낳는 결과)와 지켜지지 않는다면 발생하게 될 결과(예: 의사나 환자는 그러한 각자의 이익을 실현하는 사회적 관계를 맺을 수 없음)나 그 밖의 부수결과를 제시함으로써(Backing 배경) 사람들은 '(W가) 납득할 만한 것으로 보는 충분한 동기'를 형성하게 된다.[26]



이처럼 진료상 주의의무와 응급의료의무는 법적 의무의 자격이 있는 도덕적 의무와 법적 의무의 자격이 없는 윤리적 의무라는 본질적 차이가 있다. 이런 법이론적 이유에서 응급의료의무는 진료를 인수한 경우에 비로소 발생하는 진료상의 주의의무(보증인의무, 결과방지의무)를 자동적으로 발생시키는 것은 아니다. 물론 응급실에서 응급의료를 행한 후 그 병원의 해당전문의가 계속 치료를 하는 경우에는 응급의료의무와 진료상 주의의무는 구분되지 않는 것처럼 보인다. 그러나 그런 경우에도 분명하지 않지만 어떤 시점에(예: 해당전문의의 진료가 시작되거나, 입원수속을 하는 등) 보증인의무를 발생시키는 계약관계가 성립한 것이라고 할 수 있다.[27]

---

26) Habermas, Wahrheitstheorien, in: Vorstudien und Ergänzung zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984(변종필 역, 하버마스의 진리이론, 안암법학 제3집, 1995, 특히 63쪽) 아래 참조.

27) 응급의료에 관한 법률시행규칙 제8조는 응급환자가 아닌 환자를 다른 의료기관(또는 응급실이 아닌 의료시설)에 진료의뢰할 때에는 이에 대한 진료기록을 유지하여야 한다고 규정한다. 여기서 '진료기록'이란 응급의료를 해야할 상황인가를 판단하기 위해 행하여지는 진료를 의미할 뿐이며, 응급의료가 이미 진료인수를 한 것으로 보는 것은 타당하지 않다.

(4) 구성요건의 규범구조

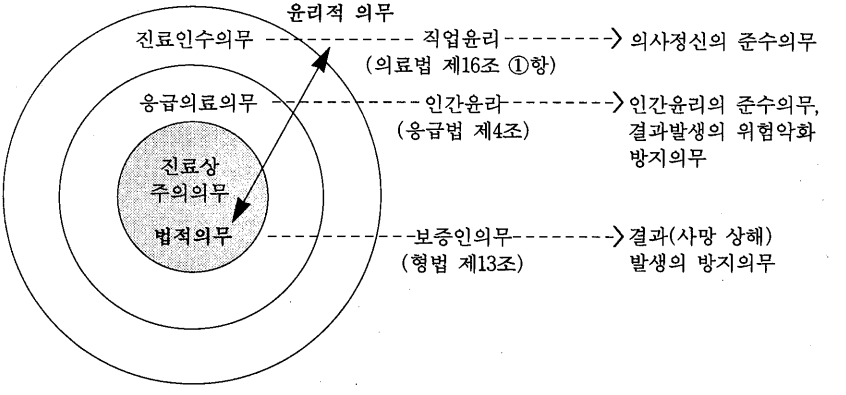
이상과 같은 불법유형의 본질적 차이로부터 진료(인수)거부와 응급의료거부 그리고 진료인수 후의 주의의무위반을 처벌하는 범죄구성요건의 규범구조적 차이가 발생한다. 즉 진료거부죄의 구성요건(의료법 제16조 ①항)과 응급의료거부죄의 구성요건(응급법 제4조)은 '진정부작위범'(echtes Unterlassungsdelikt)의 구조를 띤다. 따라서 환자에게 상해나 사망의 결과가 발생하든 하지 않든 진료거부와 응급의료거부는 '정당한 이유'가 없는 한 기수범으로 처벌된다.[28] 더 나아가 진료거부나 응급의료거부에 의하여 환자의 생명과 신체에 새롭게 위험이 - 추상적인 것이든 구체적인 것이든 - 창출되었을 것도 요구되지 않는다. 따라서 진료거부죄나 응급의료거부죄는 위험범(Gefährdungsdelikt)도 아니다. 이러한 규범구조는 윤리적 의무를 범죄구성요건으로 만드는 경우에 전형적으로 사용되는 구조이다. 이에 반해 진료상 주의의무위반의 범죄구성요건(형법 제268조)은 작위범의 구조(예: 수술상 과실)로 또는 부작위범의 형태(예: 필요한 검사의 누락)로도 실현되는 '부진정부작위범'(unechtes Unterlassungsdelikt)의 구조를 띤다. 또한 환자의 사망이나 상해가 발생한 경우에만 주의의무위반은 처벌될 수 있다. 즉 업무상과실치사상의 범죄구성요건은 '결과범'(Erfolgsdelikt)의 구조를 띤다.

2. 정책

이상의 분석을 정리해 보면 아래와 같은 그림으로 표현할 수 있다. 전형적인 윤리적 의무로 진료인수의무가 자리하고, 전형적인 법적 의무로 진료인수후의 진료상 주의의무가, 그리고 그 중간지대에 응급의료의무

28) 오스트리아 형법상의 부조불이행죄는 환자가 사망한 경우에는 가중처벌한다. 그런 구성요건을 '결과가중적 진정부작위범'(erfolgsqualifiziertes echtes Unterlassungsdelikt)이라 한다(Kienapfel, Die Hilfeleistungspflicht des Arztes, Bockelmann-Festschrift, 1979, 596쪽).

가 자리한다. 그림의 중앙에 위치하는 의무일수록 중한 의무이며 그 위반에 대한 제재도 무겁다.



여기서 세 가지 의무를 형법적 의무로 전환하는 법정책은 위에서 살핀 불법유형의 본질을 고려할 때 다음 세 가지 방향으로 새로이 수립되어야 한다.

- 진료거부죄의 비범죄화(폐지)
- 응급의료의무의 형법적 의무화
- 진료상 주의의무의 계약의무화

(1) 진료거부죄의 비범죄화(폐지)

첫째, 진료거부죄(의료법 제16조 ①항, 제68조)는 원칙적으로 폐지되어야 한다.[29] 진료인수의무는 순수한 직업윤리적 의무이며, 이 의무위반을 형법에 의해 범죄화해서는 안된다. 형법의 임무는 법익보호에 있지, 윤리보호에 있지 않기 때문이다. 현실적으로도 의사는 자신과 환자 사이에 신뢰관계가 형성될 수 없다고 확신한다면 진료를 거부할 수 있어야

29) 같은 주장으로 정현미, 앞의 논문, 16쪽.

한다. 의사와 환자 사이의 신뢰관계 없이는 의료행위의 성공에 필수적인 요소인 의사와 환자 사이의 상호이해적인 의사소통이 전개될 수 없기 때문이다. 따라서 환자가 자신을 진료할 의사를 자유로이 선택하듯 의사도 신뢰관계의 형성가능성에 대한 판단에 따라 자신이 어떤 환자를 진료할 것인가를 스스로 결정할 수 있다고 보아야 한다.[30] 물론 이와 같은 의사의 환자선택권은 응급의료가 요구되는 상황에서는 인정될 수 없다. 즉 의사의 환자선택권은 응급의료거부죄의 규정에서 그 한계를 발견한다. 따라서 진료거부죄가 폐지되기 전까지는 의료법 제16조 ①항의 "정당한 이유"를 최대한 확대해석하는 것이 요청된다.

(2) 응급의료의무의 형법적 의무화

A. 응급의료와 법익보호원칙의 연관형성

둘째, 응급의료거부죄는 최대한 법적 의무를 위반한 범죄로 재구성해야 한다. 즉 응급의료거부죄는 단순히 곤경에 처한 이웃을 도와야 한다는 인간윤리의 위반을 처벌하는 규정, 즉 '착한 사마리아인'의 규정이 아니라, 법익보호의 관점에서 요구되는 긴급행위를 하지 않은 것(不作爲)을 처벌하는 규정으로 이해되어야 한다. 이를 위해서는 응급의료거부행위는 환자의 사망이나 상해의 결과가 발생할 위험의 급격한 악화를 방지할 의무를 저버린 행위로 해석되어야 한다. 응급의료거부죄는 '장래에 있게 될 진료의 실효성을 유지할 의무'에 위반한 부작위를 제재하는 규정이다. 형법이론의 용어로 표현하면, 응급의료거부죄의 규정은 법익보호를 과제로 하는 것이 아니라 '법익보호의 적합성의 유지'를 과제로 하는 것이라 할 수 있다. 이런 점에서 응급의료거부죄는 형법의 관할영역에 '이미' 들어와 있는 범죄구성요건이 아니라 그 '문턱' 바로 앞에 서 있는 일탈행위를 범죄화하는 규정이라고 할 수 있다.[31] 어쨌든 응

30) Hollmann, Ablehnung der Behandlung und unterlassene Hileleistung, DMW 1978, 1469쪽.
31) 이를 독일의 형법이론에서는(범죄행위의) '앞단계(행위)의 범죄화'(Vorfeldkri-

급의료의무를 법익보호원칙의 관점에서 바라볼 때 응급의료거부죄는 법익보호와 전혀 무관한 상황에 적용되어서는 안된다. 예를 들면 수술을 받아도 생명을 건질 가능성이 전혀 없는 환자에 대한 응급의료거부는 비록 윤리적 의무를 저버린 행위이긴 하지만 응급의료거부죄에 해당하지는 않는다.

B. 구조적 불균형

이렇게 응급의료의무를 법익보호원칙의 관점에서 재해석함으로써 법적 의무로 수용할 경우, 현행법은 진료거부죄와 응급의료거부죄의 적용범위에서 구조적인 결함을 갖고 있음을 인정할 수 있다. 즉 윤리적 의무위반인 진료거부죄가 모든 의료인에게 적용되는 반면, 법적 의무의 위반으로 재해석될 수 있는 응급의료거부죄는 - 비록 의료인 이외에 응급구조사 등에게까지 적용범위가 확대되어 있긴 하지만 - "응급의료를 제공하는 업무에 종사하는"(응급법 제2조 ④호) 의료인(및 응급구조사)의 "업무중"(동법 제4조) 일어난 응급의료거부에 대해서만 적용된다. 이런 구조적 불균형은 응급의료거부죄를 독일과 오스트리아 형법상의 '부조불이행죄'처럼 변모하여 형법전에 수용되든가 아니면 적어도 그 적용범위에서 "응급의료종사자"나 "업무중"과 같은 제한을 철폐함으로써 제거될 수도 있다. 윤리적 의무의 위반인 진료인수거부죄를 모든 의료인에게 제한없이 적용하면서 법적 의무의 위반인 응급의료거부죄를 "응급의료종사자"나 "업무중"이라는 표지로써 적용범위를 제한하는 것은 구조적으로 불균형적인 법정책이라 할 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 구조적 불균형은 독일이나 오스트리아의 입법방식보다는 앞에서 주장된 바와 같이 진료거부죄를 폐지함으로써 해결하는것이 바람직하다. 진료거부가 처벌되지 않을 경우에는 응급의료거부죄의 적용범위를 현행법처럼 제한한다고 해도 지금과 같은 적용범위의 구조적 불균형은 등장하지

---

minalisierung)이라고 부른다. 이를 형법의 '법익침해 또는 위태화'에 대한 통제와 구분하여 '위험예방의 형법적 사회통제'로 개념화하는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 47쪽 참조.

않기 때문이다.

(3) 진료상 주의의무의 계약의무화

셋째, 진료상 주의의무(보증인의무)는 계약의 논리에 의해 재구성할 필요가 있다. 우선 의사에게 진료상 주의의무가 언제 발생하는지가 문제된다. 흔히 부작위범론에서 보증인의무는 '보호기능의 사실상 인수'(faktische Übernahme der Schutzfunktion)가 있을 때 발생한다고 한다. 그리고 이러한 보호기능의 인수는 반드시 계약에 의할 것을 요하지 않으며, 일방적으로 보호기능을 맡은 경우에도 보증인지위가 인정된다고 한다.[32] 이를 의료과실에 적용해 보면 의사가 환자의 생명과 건강을 보호하는 기능을 사실상 인수한 때에 의사의 보증인지위가 발생하게 된다. 이러한 인수를 흔히 '진료인수'라고 표현한다. 또한 진료계약(고용계약)에 의하지 않고도 보증인의무가 발생할 수 있게 된다. 여기서 계약에 의하지 않고도 보증인의무가 발생할 수 있는 근거는 의사가 환자에 대한 보호기능을 인수하여 자신의 의료적 능력을 다할 것이라고 환자가 '신뢰'(Vertrauen)한다는 점에서 찾는다.[33]

그러나 이러한 의미의 신뢰는 의사에게 가능한 한 넓게 보증인의무를 짊어지게 함으로써 최대한 환자를 보호하려는 정책이 만들어 낸 허구이다. 왜냐하면 의사편에서 보면 그런 의미의 신뢰는 아마도 의사들이 진료계약없이도 '윤리적 동기'에서 환자를 후견인처럼 보호하던 시대에나 현실이었을 것이기 때문이다(의사의 환자보호에서 윤리적 후견주의). 그리고 이처럼 법령이나 계약없이도 보증인의무가 발생할 수 있다고 하기 위해서는 법령이나 계약 이외에 사회상규(또는 條理)[34]도 보증인의무의 발생근거가 될 수 있다고 보게 된다. 즉 '의사는 환자의 생명, 건

32) 이재상, 형법총론, 116쪽.

33) Laufs/Ulsenheimer (u.a.), Handbuch des Arztrechts, 1992, 840쪽.

34) 이를 인정하는 견해로 이재상, 앞의 책, 114쪽. 부인하는 견해로는 정성근, 1987, 544쪽; 차용석, 형법총론강의, 1988, 307쪽.

강의 후견인이어야 한다'는 윤리가 진료계약없이도 의사에게 보증인의무를 발생시키는 것이다.

그러나 의료가 '인술'(仁術)이 아니라 '서비스'이고, 의사가 '환자의 후견인'이 아니라 단지 치료비와 의료서비스를 교환하는 '계약의 상대방'에 불과한 오늘날의 의료현실에서, 의사의 환자보호기능의 인수는 - 성직자와 같은 품성을 지닌 소수의 의사들을 제외한다면 - 대개는 '계약'의 형태로 이루어진다고 보아야 한다. 다시 말해 신뢰는 계약 이전에 또는 계약 밖에서 발생하는 것이 아니라 계약 이후에 그리고 계약 안에서 비로소 발생하는 것이다.[35] 그러므로 계약의 상호적 구속력에 관심을 전혀 두지 않고 환자로 하여금 의사인 자신이 그의 생명, 건강을 지켜주겠다는 신뢰를 갖게 하는 그런 '고도의 윤리적인 의사상(像)'은 의사의 형사책임을 판단하는 표준이 되어서는 안된다. 형법은 윤리의 최대한을 요구해서는 안되기 때문이다. 물론 여기서 말하는 신뢰의 바탕으로서 진료계약은 유상(有償)일 수도 있고, 무상일 수도 있으며, 또한 명시적일 수도 있고, 묵시적일 수도 있음에 주의할 필요가 있다.

III. 도그마틱

이상의 이론적, 정책적 검토로부터 현행법상 진료거부죄는 최대한 축소(목적론적 축소)해석하여 적용하고, 응급의료거부죄는 범죄구성요건이 갖추어야 할 명확성을 획득하도록 해야 한다는 결론을 이끌어 낼 수 있다. 아래에서는 두 구성요건의 분석적 내용을 정형화함으로써 앞에서 제시한 정책을 지표로 삼는 법률적용의 토대를 마련하기로 한다.

35) 이러한 관점에서 의사의 보증인지위를 인정하는 견해의 연구로는 고봉진, 과실범에서 위험과 위험인수, 고려대 석사학위논문, 1997, 26쪽 아래 참조.

1. 응급의료거부죄

응급의료거부죄는 응급의료종사자(응급법 제2조 ④호)가 업무중 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하였으나 정당한 이유없이 즉시 응급의료를 거부하거나 기피한 경우에 성립한다. 도그마틱상의 문제를 구체화하기 위해 최근에 비로소 형사처벌이 이루어졌던 응급의료거부사건을 예로 들기로 한다.

[교통사고환자에 대한 의료거부]

사안 1992년 2월 3일 01시 40분경 서울 송파구 가락동 600 농수산물도매시장내 도로상에서 카고트럭을 운전하던 A는 피해자 B를 치어 치골, 장골 등 골반골 분쇄골절로 복막후강내 출혈의 중상을 입힌 후 자신의 처인 C와 함께 B를 어떤 영업용택시에 태워 같은 날 01시 45분경 같은 구 석촌동에 있는 남서울병원 응급실에 도착하였다. 그 병원 의사 D는 기본활력측정을 하고 피해자 B의 좌측 고환이 음낭 밖으로 터져나온 것을 집어넣고 거즈를 붙여주고는 장파열 또는 복막염으로 진단하고 상태가 위급하나 그 병원에서는 수술의료진이 없으니 다른 큰 병원으로 가라고 하였다. A와 C는 다시 영업용택시에 B를 태우고 서울중앙병원 응급실로 내원하였으나 그곳 청원경찰 E 등이 이 병원은 교통사고보험계약이 체결되어 있지 않아 교통사고 환자의 보험처리가 되지 않는다고 하여 다시 서울 강동구 길동에 있는 강동성심병원에 갔다. 그러나 그곳 경비원 F가 이 병원은 의료보험환자에 대하여 재판계류중이어서 교통사고 환자를 받을 수 없다고 하며 인근 송천병원으로 가라고 하여, A와 C는 B를 그날 02시 30분경 송천병원 응급실에 내원하게 하였다. 송천병원 응급실 당직의사인 甲은 B의 혈압과 맥박을 측정하고 좌우동공반사검사, 청진기진단, 팔다리의 운동제한진단 등을 시행하여 요추부의 손상으로 인한 하지신경마비 등으로만 진단하고 복강내 출혈이 의심되는 B의 엑스레이촬영도 하지 않고서 병원의 능력으로는 치료를 할 수 없으니 인근의 강동성심병원 등 다른 큰 병원으로 가보도록 종용하였다. A와 C는 중상을 입은 B를 택시에 태우고 서울중앙병원에 다시 내원하게 되었는 바, 같은 날 03시 경 서울중앙병원 응급실 앞 현관에서, C가 이 병원 응급실에 다급하게 들어가 이 병원 응급실 간호사인 乙에게 "밖에 교통사고 환자가 있다. 다시 왔는데 걸을 수가 없다"고 하였고 乙은 인터폰으로 진료보조원 G에게 "움직이지 못하는 환자가 왔어요"라고 연락하였고, G는 즉시 환자운반용 침대를 C와 함께 택시 앞까지 밀고 가서 환자를 옮길 준비를 하였다. 그리고 이 병원 응급실의

사(인턴)인 丙은 乙과 G 그리고 다른 간호사 H,I 등과 같이 응급실 앞에 정차해 있던 택시까지 왔다. 이들은 B 등이 이미 약 1시간 전에 이 병원 응급실에 내원하였다가 보험관계로 되돌아간 후 다시 내원한 구급환자인 사실을 알고 있었다. 이들은 택시의 열린 조수석 문을 통하여 B를 들여다 보았는데 B는 A의 무릎에 머리를 기대고 비스듬히 누운 채로 눈을 뜨고 있었고 심한 외상이나 출혈은 발견되지 아니하였으며, 乙이 어디가 아프냐고 묻자 B는 허리가 아프다고 대답하였고 이에 따라 G는 환자를 더 안전하게 옮기기 위해 응급실로 휠이불을 가지러 갔다. 이 때 택시 옆에 서있던 C가 간호사 乙에게 우리가 가해자이고 강동성심병원을 거쳐서 왔는데 여기서는 보험처리가 되느냐고 묻자 乙은 "우리병원은 보험회사와 계약이 체결되어 있지 아니하여 교통사고 환자의 보험처리가 되지 않는다. 응급환자는 처치가 가능하나 입원할 경우에는 치료비가 많이 나오는데 우선 개인이 부담하고 퇴원시 개인적으로 보험청구를 하여야 하고 이 병원에서 치료하다가 다른 병원으로 옮기려고 하여도 그 서류절차가 복잡하다"는 말을 하였다. 의사 丙도 C가 묻지도 않았는데도 우리병원은 자동차보험진료계약이 되어 있지 않아 보험치료는 할 수 없고 응급조치를 받을 수 있으나 보험이 되는 병원보다 진료비가 많이 나온다. 엑스레이 5-6장을 찍어도 돈이 꽤 나온다는 말을 하였다. 그리고 乙은 다시 영동세브란스병원과 한양대학병원은 보험회사와 계약이 되어 있으니 그 병원으로 가보라고 말했다. C가 그곳에 가면 어떻게 입원을 하느냐고 물었을 때, 乙이 응급실로 가면 된다고 하자, 더 이상 보험치료가 아닌 일반환자로라도 치료를 해달라고 요청하지 않고 B를 데리고 영동세브란스병원으로 데리고 갔다. 그러나 B는 그 병원으로 가는 도중에 사망하였다.

판결요지 대법원은 이 사건에서 甲, 乙, 丙에게 진료거부죄와 응급조치불이행죄 모두를 인정하였고, 양자의 관계는 상상적 경합관계에 있다고 판결하였다(대판 1993.9.14, 93도 1970).

(1) 행위주체의 제한

응급의료거부죄의 행위주체는 응급의료종사자에 국한된다(응급법 제4조). 응급법 제2조는 응급의료종사자를 "의료기관, 응급환자정보센터, 구급차 등을 운용하는 자에 소속되어 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 업무에 종사하는 의료인, 응급구조사"로 규정하고 있다. 여기서 "응급의료를 제공하는 업무에 종사하는 의료인"이란, ① 응급환자에 대한 적정진료를 할 수 있도록 보건복지부령(응급의료에 관한 법률시행규칙

[36]이 정하는 인력, 시설 및 장비를 갖추어야 하는 종합병원(응급법 제7조)과 ② 보건복지부장관이 응급환자를 진료하기 위한 의료기관으로 지정한 종합병원이 아닌 의료기관(응급법 제13조)에 소속되어 응급의료에 종사하는 의료인을 말한다. 응급의학전문의나 레지던트 뿐만 아니라 당직근무로서 응급의료의 업무를 맡은 의료인(당직응급의료종사자[37])도 포함된다.

(2) 행위상황의 불명확성

응급의료거부죄의 행위상황은 "업무중 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때"이다.

A. 개념

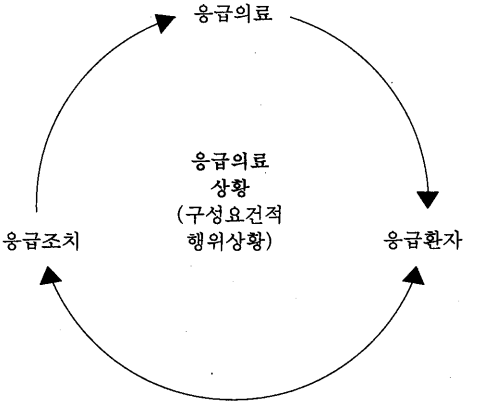
여기서 응급의료란 "응급환자의 발생으로부터 생명의 위험을 회복하기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담 구조 이송 및 진료 등의 조치"(응급법 제2조 ③호)를 가리키며, 응급환자는 "질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급상태에서 즉시 필요한 응급조치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 것으로 판단되는 환자"(제2조 ①호)를 가리킨다. 또한 응급조치란 "응급환자에게 행하여지는 기도의 확보, 심박의 회복 기타 생명의 위험이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요로 하는 조치"(제2 조 ②호)를 가리킨다. 여기서 두 가지 개념문제가 확인된다.

---

36) 1995.1.4. 보건복지부령

37) 응급의료에 관한 법률시행규칙 제4조[비상진료체계] ②항은 응급의료센터의 경우에는 내과, 외과, 정형외과, 신경외과, 소아과, 산부인과, 마취과 전문의의 각 1인 이상을, 그리고 그 밖의 종합병원 및 응급의료기관에서는 외과계열 및 내과계열 전문의 각 1인 이상의 '당직응급의료종사자'를 두어야 한다. 다만 종합병원 및 응급의료기관이 수련병원인 경우에는 3년차 이상의 레지던트로써 전문의에 갈음할 수 있다.

- **순환적 개념정의** 응급의료거부죄의 구성요건적 상황을 표현하는 세 가지 핵심어인 응급의료, 응급환자, 응급조치가 자신의 개념을 정의함에 있어 서로 의존하는 '순환적 개념정의'의 오류를 범하고 있다. 즉 응급의료는 응급환자 개념에 의존하고, 응급환자는 응급조치개념에 의존하고, 응급조치는 응급환자개념과 (실질적으로는) 응급의료개념에도 의존하고 있다.
- **적용범위의 불일치** 응급환자의 개념에서는 생명 뿐만 아니라 심신상의 중대한 위해를 포함하고 있지만 응급의료의 개념에서는 생명의 위험만을 대상으로 하는 적용범위상의 불일치가 있다.



그러므로 응급의료거부죄의 구성요건(적 행위상황)은 불명확성(Unbestimmtheit)에 시달리고 있다고 할 수 있다. 이는 범죄구성요건으로서는 중대한 결함이다. 이 결함을 극복하기 위해서는 응급의료거부죄의 입법취지(ratio legis)를 고려해 구성요건적 상황의 개념을 재구성할 수 밖에 없다. 예를 들면 '즉시 필요한 의료(응급의료)를 받지 아니하면 환자의 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 것이 예상되는 상황'라고 개념정의할 수 있다. 이러한 응급의료상황 자체와 이를 초래하게 만든 원인상황과는 구별할 필요가 있다. 응급법 제2조 ① 호가 말하는 '질병, 분만, 각종 사고 및 재해' 등은 응급의료상황을 초래하는 원인상황을 가리킨다. 이를 응급의료상황과 구별하여 '응급의료

원인상황'이라고 부를 수 있다.

B. 응급의료상황의 실체적 기준

이러한 응급의료상황의 구체적 기준을 어떻게 정할 것인지가 문제된다. 두가지 방법이 생각될 수 있다. 첫째는 결의론적 방법(kasuistische Lösung)이다. 즉 법이 응급의료상황(또는 그 부존재의 상황)에 해당하는 개별사안을 규정하는 것이다. 다음과 같은 응급의료에 관한 법률시행규칙 제7조 ① 항이 그 예이다.

> 응급법 제11조는 응급환자가 아닌 자가 응급실을 통하여 진료를 요청하였을 경우에는 종합병원의 응급실이 아닌 의료시설에 진료를 의뢰하거나 다른 의료기관에 이송하게 할 수 있고(①항), 그 진료의뢰, 이송의 기준 및 절차는 보건복지부령으로 정하도록 하고 있다(②항). 이에 따라 응급의료에 관한 법률시행규칙 제7조 ①항은 '응급환자'를 기준으로 응급의료상황이 아닌 경우를 규정하고 있다. 즉, ① 수축기혈압이 정상인의 100분의 80이상 일것, ② 분당 호흡수가 10-24회일 것, ③ 분당 맥박수가 60-100회일 것, ④ 체온이 섭씨 36-37.5도일 것, ⑤ 의식은 비교적 명료할 것, ⑥ 진료를 요청한 당시에 응급수술을 요하지 아니한 것으로 판단될 것이라는 조건을 충족한 경우에는 응급의료상황이 인정되지 않는다.

그러나 이러한 기준설정은 구성요건적 행위상황으로서 응급의료상황을 구체화하는 데 별 도움이 되지 못한다. 왜냐하면 위의 기준 ⑥에 따르면 ①에서 ⑤의 조건을 충족하여 일단 보통환자로 판단되는 경우에도 의사는 응급수술의 필요여부를 판단해야 하고, 응급수술이란 다시 '즉시 필요한 수술을 받지 아니하면 환자의 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 것이 예상되는 상황'으로 재구성된 구성요건적 상황의 해당여부에 따라 판단되기 때문이다. 또한 이와는 정반대로 ①에서 ⑥의 조건을 모두 충족하는 경우에도 응급치료가 필요하다고 판단되는 상황(예: 맥박, 호흡 등은 정상이나 심장에 통증이 오고 있는 경우)도 있을 수 있기 때문이다. 관료적 판단과 의료적 판단은 일치할

수 없는 것이다.

두번째 방법은 판례가 구체적 사안에 따라 그때 그때 응급의료상황의 해당여부를 판단하여 그 기준을 쌓아 가는 방법이다. 물론 이 경우에도 의료적 판단을 존중하지 않거나 한두 가지의 판단인자로써 도식적으로 판단해서는 안된다. 그럴 경우에 의료적 판단과 법률적 판단은 불일치하게 되며, 그런 상황에서 법이 법률적 판단에 따른 응급의료의무를 형벌로 위협하여 의사에게 이행할 것으로 강요하는 것은 응급의료의무가 본래 윤리적 의무라는 점에 비추어 볼 때 부당할 뿐만 아니라, 의료영역의 자율성을 지나치게 파괴하는 것이 되기 때문이다.

C. 응급의료의 필요성 판단

의료행위가 즉시 필요한가는 어느 시점을 기준으로 판단할 것인지가 문제된다. 다음 두 가지 방법이 있다.

- 사후적(ex post) 판단 환자의 사망이나 상해가 발생한 이후에 비로소 드러나는 사정들을 사후적으로 고려하여 응급의료의 필요성을 판단하는 방법
- 사전적(ex ante) 판단 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때에 의사가 인식할 수 있었던 사정들만을 토대로 평균적인 의료인이라면 내렸을 결정을 기준으로 판단하는 방법

두 가지 판단방법 모두가 의사에게 일장일단이 있다. 먼저 사후적 판단방법에 따르면 의사가 응급의료를 행하지 않은 이후에 그 환자가 응급의료를 받았어도 생명의 위험을 극복할 수 없었다고 볼 사정(환자의 구조불가능성)이 밝혀진 경우에 '응급의료의 필요성'이 부정된다는 점에서 의사에게 유리하다. 응급의료는 "응급환자의 발생으로부터 생명의 위험을 회복하기까지의"라는 문언에 비추어 회복가능성이 없는 경우에는 응급의료의 필요성도 부정된다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 이 판단방법에 의하면 그 밖의 사후적 사정이 응급의료상황의 존재를 근거짓는 것일 경우에는 의사에게 당시 그로서는 할 수 없었던 예측을 요구한

다는 점에서 응급의료거부죄를 과도하게 확장시키는 위험이 있다. 이에 반해 사전적(ex ante) 판단은 정반대의 장단점이 있다. 예컨대 응급의료를 행하였어도 환자의 생명은 구조될 수 없었다는 사실이 나중에 판명되더라도 그런 사후적 사정(환자의 구조불가능성)은 의사의 응급의료의무에 아무런 영향을 미치지 않는다.[38] 그러나 이 판단방법에 따르면 응급의료상황을 근거짓는 그 밖의 다른 사후적 사정들은 고려되지 않으므로 의사에게 유리하게 작용한다. 본질적으로 윤리적 의무인 응급의료의무를 형법적 의무로 전환하려면 ① 형법상의 법익보호원칙에 따라 무의미한 응급의료행위를 요구하는 윤리주의를 배격해야 하고(윤리주의의 배격), ② 책임원칙에 따라 의사에게 가능한 것만을 요구해야 한다(책임원칙의 준수). ①의 요청은 환자의 사망이 불가피했던 경우로 판명되는 경우에는 응급의료상황을 부인함(사후적 판단)으로써 실현될 수 있고, ②의 요청은 응급의료상황을 근거짓는 그 밖의 사후적 사정을 응급의료의 필요성 판단에 고려하지 않음(사전적 판단)으로써 실현될 수 있다.

위의 교통사고환자의 응급의료거부사건에서 서울중앙병원의 응급실 의사(인턴) 丙과 응급실 간호사 乙이 아무런 의료를 행하지 않은 상황이 '응급의료의 필요성'이 인정되는 상황인가 하는 문제는 위 두 가지 판단방법에 따라 다른 대답이 나올 수 있다. 첫째, 환자가 중앙병원에서 영동세브란스병원으로 가는 도중 사망하였으므로 乙과 丙의 부작위가 있은 지 - 새벽 3시에서 4시경의 교통상황과 중앙병원과 영동세브란스병원의 거리를 고려할 때 - 약 20분 이내에 사망한 것으로 추정된다. 이것은 분명하지 않으나 乙과 丙의 행위(부작위)시점에 이미 '환자의 사망이 불가피한 것', 즉 응급의료가 무용한 것이었다고 추정할 수 있다. 둘째, 이러한 추정을 사실이라고 전제할 때 사후적 판단방법에 의하면 乙과 丙의 행위시점에는 '응급의료의 필요성'이 존재하였다고 볼 수 없다. 따라서 乙과 丙에게는 응급의료거부죄가 성립하지 않는다.

38) 같은 취지의 BGHSt 17, 166, 169. 독일학계에서는 사전적 판단의 원칙은 ① 응급의료의 불이행죄는 진정부작위범이라는 점(도그마틱상의 근거), ② 사후적 판단을 할 경우에는 환자가 사망한 최악의 케이스에서 바로 '그 환자의 사망에 의하여 사후적으로 입증된 응급의료의 無用性'을 근거로 응급의료의무로부터 도망갈 가능성을 열어 놓는 것이 되며, 그 결과로 아직 남아 있는 구조의 기회를 말살시킬 우려가 있다는 점(법정책적 근거)에서 그 근거를 찾는다(Kienapfel, 앞의 논문(주28), 596쪽).

D. 응급의료상황의 불인식

의사가 응급의료상황이 존재함을 인식하지 못한 경우에는 형법 제13조(죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다)에 따라 응급의료거부죄의 '고의'가 인정되지 않는다. 응급의료상황을 인식하지 못한 데 의사의 과실이 있어도 형사책임은 지지 않는다. 응급의료거부죄는 고의범이고 과실에 의한 응급의료거부를 처벌하는 규정은 없기 때문이다. 응급의료상황의 불인식여부는 당시 여러 상황요소를 고려하여 추론할 수 밖에 없으나 적어도 중대한 '교통사고'와 같은 응급의료원인상황을 인식한 경우에는 응급의료상황의 인식도 사실상 추정된다고 보아도 무방할 것이다.

(3) 응급의료행위

응급의료거부죄의 행위내용은 응급의료상황에서 응급환자를 위하여 상담, 구조, 이송 및 진료 등의 조치를 취하는 것이다. 물론 구체적으로 어떤 응급의료를 해야 하는지는 그때 그때 사안의 구체적 사정에 따라 달라진다. 다만 다음과 같은 제한이 뒤따른다.

A. 능력상의 제한

응급의료의무는 의무의 종사자가 갖고 있는 면허 또는 자격의 범위안에 있는 응급의료에 국한된다. 예를 들어 전문의의 경우 일반의로서 할 수 있는 의료행위와 자기 전공분야의 전문의료행위를 해야 한다. 다만 의사가 자기능력으로는 할 수 없는 의료행위가 요구되는 경우에는 환자를 다른 의료기관에 이송할 의무가 있다(응급법 제6조 ③항). 여기서 이송은 응급의료 자체도 할 수 없어 다른 응급의료기관에 이송하는 경우(예: 신경정신과에 온 교통사고환자를 신경외과가 있는 병원의 응급실로 이송시키는 경우)와 응급의료는 일단 행하였지만 진료인수 후에 환자를 치료할 능력이나 시설이 없어 다른 병원으로 이송하는 경우(예:

신경외과에 온 교통사고환자에게 고도로 위험한 뇌수술이 필요해 대학병원으로 이송시키는 경우)가 있다.

B. 시간적 제한

또한 응급의료의무는 시간적 제한을 받는다. 즉 응급법 제4조는 응급의료의무를 응급의료종사자의 "업무중"에 국한하고 있다. 따라서 응급실전담의사(응급의학전문의나 레지던트)는 원칙적으로 '근무시간' 대에, 병원장으로부터 공휴일이나 야간에 응급실당직근무의 명을 받은 의사는 그 당직시간대에만 응급의료의무를 진다.

C. 공간적 제한

또한 업무시간중에 응급실의 업무를 맡고 있는 의사의 의료의무의 내용은 응급실과의 공간적 거리에 따라 차등을 둘 수 있다. 구조는 응급구조사의 업무이고 이송은 능력상의 제한에 수반되는 의무이므로 이를 제외하면 의사의 응급의료의무는 상담과 진료라고 할 수 있다. 이 의무를 의사와 응급실 사이의 공간적 거리에 따라 차등화할 수 있다. 예컨대 응급의료업무를 맡고 있는 의사는 병원 안에 있는 경우에는 상담뿐만 아니라 진료도 행하여야 한다. 이에 반해 병원 밖에 머물고 있는 경우에는 전화통신에 의해 상담할 의무만 행할 뿐 병원으로 즉각 되돌아와 응급환자를 진료할 의무는 없다고 볼 수 있다.[39] 물론 이 상담의무에는 응급실에 있는 다른 의료인과 환자에 대한 진료나 타병원으로의 이송여부에 관한 조언을 줄 의무가 포함된다. 이렇게 병원 밖에 머물고 있는 의사의 응급의무의 내용을 축소하는 까닭은 세가지가 있다. 첫째, 현행법상 응급의료의무는 '직업의무'(Berufspflicht)로 구성되어 있어 의사의 일반적

39) 응급의료에 관한 법률시행규칙 제4조 ①항은 '법 제8조 ②항의 규정에 의하여 근무명령을 받은 응급의료종사자는 응급환자진료요청을 받은 경우에 신속하게 의료기관에 도착하여 진료에 임하여야 한다'고 규정한다. 이는 응급실의 응급의료업무를 인수할 의무를 규정하는 것이지 응급실과의 공간적 거리에 따른 그 의무의 이행방법의 차등화가능성을 봉쇄하는 규정은 아님에 주의할 필요가 있다.

행동의 자유를 심각하게 제한하면서까지 과중한 의무를 부담시키는 것은 헌법상 '평등의 원칙'에 반하기 때문이다(이론적인 이유). 둘째, 의사가 응급실을 지키지 않은 점에 대한 비난은 형법적 제재가 아닌 다른 법적 제재의 형태로, 예컨대 병원내의 신분상 징계나 행정법상의 제재(예: 면허정지 등) 등과 같은 직업법적 제재의 형태로 가해질 수 있고, 또한 그것으로 충분하다고 본다(실천적 이유). 그런 의무위반은 직업의무의 위반이기 때문이다. 셋째, 병원 밖에 있는 의사가 응급실에 도착하는 데 걸리는 시간 때문에 응급의료의 적기를 놓쳐버릴 위험이 있고, 그렇기 때문에 의사에게 병원복귀의무 및 진료의무를 부과하는 것은 무용할 수 있기 때문이다. 그보다 전화상담에 의해 다른 의사나 의료인에 의해 응급의료를 하게 하는 것이 더 효과적일 수 있다(정책적 이유).

(4) 정당한 사유

응급의료가 필요한 상황이라도 정당한 사유[40]가 있을 때에는 응급의료를 행하지 않아도 응급의료거부죄가 성립하지 않는다.

A. 구성요건적 요소

여기서 '죄가 성립하지 않는다'는 말은 응급의료거부죄의 구성요건에는 해당하나 위법성(Rechtswidrigkeit)이 조각된다는 것이 아니라 구성요건해당성(Tatbestandmäßigkeit) 자체가 부정되는 것을 뜻한다. 왜냐하면 응급의료의무는 본질적으로 윤리적 의무인데 응급법 제4조는 정당한 사유가 있는 경우에는 응급의료의무를 윤리적 의무로 남겨두고 형법적 의무로는 파악하지 않으려는 프로그램을 갖고 있다고 보이기 때문이다. 달리 말하면 정당한 사유가 있는 경우에도 응급의료거부죄의 구성요건에 해당하는 것으로 본다면 곤경에 처한 이웃을 도우라는 윤리적 성격의 의무와 응급의료의무가 본질적으로 구별될 수 없기 때문이다. 따라

40) 응급법 제4조는 "정당한 사유"라고 표현하고 있으나 의료법 제16조의 진료거부에는 "정당한 이유"라고 표현한다. 표현을 통일할 필요가 있다.

서 정당한 사유는 '구성요건요소', 좀 더 구체적으로 말하면 '소극적 구성요건요소'라고 보아야 한다.

B. 정당한 사유의 구체적 내용

정당한 사유는 크게 세 가지 원칙에 따라 인정될 수 있다. 첫째, 환자의 응급의료거부가 있는 경우에 정당한 사유가 인정될 수 있다. 즉 의사의 응급의료의무는 환자의 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)에서 그 한계를 발견한다. 예를 들어 여호와의 증인인 응급환자가 수혈을 거부하는 경우에 의사는 수혈을 해서는 안된다. 그러나 수혈 이외의 다른 가능한 모든 응급조치는 다하여야 한다.

둘째, 응급의료의무를 탈락시키는 '법외적인 윤리적 근본규범'이 있는 경우이다. 예컨대 응급의료환자가 여럿이라 동시에 응급의료행위를 할 수 없는 경우, 즉 응급의료의무가 충돌하는 경우를 들 수 있다. 이 경우에 어느 한 환자에 대한 의무이행 때문에 다른 환자에 대한 의무를 이행하지 못하게 되는 것은 윤리적으로 정당화된다. 이러한 윤리적 규범은, 예컨대 의사는 동시에 응급의료의무를 이행할 수 없는 경우에는 '위험의 정도가 큰 응급환자에 대하여 응급의료행위를 하라'는 식의 규범으로 구체화될 경우 법규범이 될 수 있다. 이 규범을 명문화한 것이 응급법 제6조 ②항이다. 또한 환자가 자살을 시도하여 의식불명에 있는 경우에는 죽음을 선택한 환자의 의사결정를 존중할 의무와 응급의료의무가 충돌한다. 이 경우에는 어떤 의무를 우선시켜야 하는지는 윤리적 관점에 따라 다를 수 있다. 그러나 이러한 근본문제에 대한 윤리적 관점의 차이는 영원히 극복될 수 없다. 따라서 의사에게 어떤 한 윤리적 관점의 선택을 강요할 수 없다. 따라서 그런 경우에 의사가 자신의 양심에 충실하게 판단을 내린 경우에는 정당한 사유를 인정해야 할 것이다.

셋째, 정당한 사유는 비례성원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)에 의해서도 판단될 수 있다. 즉 어떤 의사의 의료행위가 ① 응급의료의 목적달성에 적합하지 않거나(적합성의 탈락), ② 더 적은 부담을 지는 제3의 의

사에 의해 응급의료가 이루어질 수 있거나(필요성의 탈락), ③ 의사에게 침해되는 이익과 응급환자의 이익이 심각한 불균형상태에 있는 경우(균형성의 탈락)에는 정당한 사유가 인정될 수 있다. 예컨대 장시간의 수술로 심신이 극도로 쇠진하여 응급의료행위를 적절히 할 수 없을 경우에는 정당한 사유가 인정된다(①의 적용례). 그러나 의사의 단순한 피곤이나 심리적 불편(예: 환자의 욕지거리), 보험처리가 안되어 병원의 수익에 불이익이 있을 수 있는 가능성 등을 이유로 한 응급의료거부의 경우에는 응급환자의 생명이나 신체의 중대성에 비추어 정당한 사유를 인정할 수 없다(③의 적용례). 이에 반해 수술을 마친 의사 이외에 응급의료를 행할 의사가 있는 경우에는 정당한 사유를 인정할 수 있다(②의 적용례).

2. 진료거부죄

정책적으로 폐지가 바람직한 진료거부죄는 구성요건적 상황의 제한해석과 정당한 이유의 확장해석에 의하여 그 효력영역을 최대한 축소시킬 필요가 있다.

(1) 구성요건적 상황의 제한해석

진료(인수)거부죄의 구성요건적 행위상황은 '진료 또는 조산의 요구를 받은 때'이다. 진료의 요구가 있는 것인지의 여부가 불명확할 때에는 절차법적으로는 의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)-원칙에 따라 의사의 주장대로 진료의 요구가 없었던 것으로 바라보아야 한다.

위의 교통사고환자거부사건에서 제1심법원은 甲, 乙, 丙에게 응급조치불이행죄(구의료법 제16조 제2항, 제67조)를 인정하고, 벌금형의 선고를 유예하였고, 진료거부죄(구의료

법 제16조 제1항, 제67조)는 인정하지 않았다. 진료거부죄를 인정하지 않은 것에 대하여 법원은 "의료인의 진료거부죄가 성립하려면 그 전제로 환자측의 진료요구가 있어야 하고 그 당시로 보아서는 환자측의 위 피고인들에 대한 진료요구행위가 있었다고 단정하기 어렵고 따라서 위 피고인들이 위 환자측이 보험치료가 되는 병원을 찾는 것으로 생각하고 이에 관해 대답을 하자 더이상 보험치료가 아닌 일반환자로라도 치료를 해달라고 요청하지 아니하고 다른 병원으로 갔다면 위 피고인들의 행위를 진료거부행위라고 보기는 어렵다 할 것이다"고 판시하고 있다.

위의 교통사고환자에 대한 의료거부사건에서 소송에서 진료의 요구가 있었다는 사실을 인정하는 경우에도 의사에게 그러한 사실에 대한 인식이 없었다면 형법 제13조에 의해 진료거부죄의 고의가 탈락하므로 범죄는 성립하지 않는다.

(2) 정당한 이유의 확장해석

진료거부의 정당한 이유는 응급의료거부의 정당한 사유보다 그 범위가 훨씬 넓다. 응급의료상황은 계약자유의 원칙이 타당하기 어려운 예외적 상황이지만 그렇지 않은 보통의 상황에서는 진료계약에 관해 의사와 환자는 계약의 자유를 누릴 수 있기 때문이다. 다시 말해 진료거부의 정당한 이유는 철저하게 '계약의 논리'로 해석되어야 한다. 의협이 보낸 한 질의에 대한 답변에서 보건사회부(현재의 보건복지부)는 다음과 같은 경우를 진료거부의 정당한 이유에 해당하는 것으로 해석한 바 있다[41]

- ① 환자의 병상의 치료에 해당하는 진료시설 혹은 진료과목 등이 없어 그 환자의 진료가 불가능하다고 판단되어 다른 의료기관으로 이송한 경우
- ② 의원에서 의사의 부재 또는 건강상의 이유로 진료를 할 수 없는

41) 문재우, 의료법상에 나타난 의료인의 권리와 의무에 관한 연구, 대한병원협회지, 제20권 제6호(1991.6), 15쪽 이하.

상황에서 휴진게시를 하였을 때
- ③ 병 의원의 입원실 만원으로 도저히 불가능한 경우[42]
- ④ 전신마취를 필요로 하는 수술환자에 대하여 의원에서는 마취전문의의 지원이 불가능한 경우
- ⑤ 환자가 의사의 지시에 불응함으로 인하여 치료의 효과를 기대할 수 없다고 판단되어 다른 의료기관에 전원치료를 권고한 경우
- ⑥ 의사가 고령이거나 일시적 음주 또는 건강상의 이유 등으로 중증환자진료나 수술이 불가능하고 감행하면 환자에게 불이익을 초래할 위험이 있다고 판단되는 경우

이러한 해석은 대체로 계약의 논리를 따르고 있다고 보인다. ①, ③, ④, ⑥은 넓은 의미에서 환자가 원하는 진료계약의 내용을 좇은 이행(민법 제390조)을 하기 어려운 경우이고, ②는 의사에게 휴가의 자유선택이라는 '직업활동의 자유'를 보장하기 위한 경우이고, ⑤는 진료계약에 의해 의사에게 환자의 생명과 건강에 대한 보호의무가 발생하기 위한 전제인 의사와 환자의 신뢰관계가 형성되기 어려운 경우이다. 그러나 이러한 이유들 이외에도 의사가 과로상태에 있거나, 환자의 언행이 불안감을 준다든지, 의사가 판단하기에 적절치 않은 치료행위를 원한다든지 하는 경우[43], 또는 환자가 진료비를 지불할 수 없거나 의사가 원치 않는 왕진을 요구한 경우에도 정당한 이유를 인정해야 할 것이다. 이런 경우에 설령 의사의 직업윤리위반은 있어도 의사와 환자의 기본관계를 계약적 관계로 파악할 경우에 환자의 권리를 침해하는 것은 아니기 때문이다.

42) 서울고등법원 제6특별부, 1992.5.12. 선고, 90구7601판결 참조.
43) Hollmann, Ablehnung der Behandlung und unterlassene Hilfeleistung, DMW 1978, 1469쪽.

주식매입선택권(株式買入選擇權)에 관하여

정 동 윤*

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 株式買入選擇權의 意義·性質
Ⅲ. 株式買入選擇權의 沿革
Ⅳ. 株式買入選擇權의 類型
Ⅴ. 株式買入選擇權의 要件
Ⅵ. 租稅減免을 받기 위한 要件
Ⅶ. 株式買入選擇權의 公示
Ⅷ. 株式買入選擇權의 行使方法과 效果
Ⅸ. 株式買入選擇權의 法理上의 問題點
Ⅹ. 結 論

Ⅰ. 머리말

1996년에 개정된 증권거래법 제189조의 4는 이른바 株式買入選擇權(stock option; share option)제도를 도입하였고, 이것은 동법 부칙 제1조

* 고려대 법대 교수·법학박사

1) 미국에서 주식매입선택권은 1929년 3월에 처음으로 입법적 제재를 받았다. 즉 당시에 델러웨어주 의회는 당시의 일반회사법의 제14조를 개정하고, 그 대신에 델러웨어 일반회사법 제13조에 의하여 회사는 이른바 白地式株式을 발행할 수 있게 하였다. 이에 의하면 최초의 주식인수인이 그들의 주식을 매입한 다음에 이사회의 결의로 주식의 의결권, 명명(종류), 우선권과 상대권, 참가권, 선택권 및 그밖의 권리를 결정할 수 있다고 규정하고 있다. Seligman, Corporations, Cases and Materials(1995), p. 10 참조.
그리고 미국의 개정모범사업회사법(Revised Model Business Corporation Act)(1984) 제6.24조는 「A corporation may issue rights, options, or warrants for the purchase of shares of the corporation. The board of directors shall determine the terms upon which the rights, options, or warrants are issued, their form and content, and the consideration for which the shares are to be issued.」라고 규정하여, 주식매입선택권을 인정하고 있다.

에 의하여 동법이 공포된 1997. 1. 13.부터 시행되고 있다. 주식매입선택권은 미국에서 1920년대에 생성되어 그후에 널리 이용되고 있는 제도로서,[1] 유능한 인재를 확보함으로써 회사의 발전을 꾀하려고 하는 제도이다. 그러나 이 제도는 대주주나 경영진에 의하여 남용될 여지도 없지 아니하므로, 이것을 합리적으로 규율하는 것이 요망된다.

본고에서는 이번에 새로 도입된 주식매입선택권에 관하여 그 연혁, 요건, 행사방법 및 행사효과 등을 중심으로 하여 고찰하여 보기로 한다. 다년간 행정법의 연구에 몰두하여 큰 업적을 남기신 金南辰 교수님의 정년을 맞이하여, 선생의 높은 학덕을 기리면서 앞으로 더욱 건강하시고 행복하시기를 기원하는 바이다.

Ⅱ. 株式買入選擇權의 意義·性質

(1) 주식매입선택권은 회사의 임·직원이 일정한 기간내에 유리한 가격으로 그 회사의 주식을 매입할 수 있는 권리를 말한다. 증권거래법은 법인의 설립과 경영·기술혁신 등에 기여하였거나 기여할 능력을 갖춘 당해법인의 임·직원이 특별히 유리한 가격으로 신주교부 기타 대통령령이 정하는 방법에 따라 당해법인의 주식을 매입할 수 있는 권리라고 이를 정의하고 있다(제189조의 4 제1항). 이 권리는 회사와 임직원 사이의 계약에 의하여 부여된다.

제3자에게 신주발행에 관한 주식매입선택권을 부여하는 경우에는 주주의 신주인수권이 그 한도내에서 배제된다. 신주교부에 의한 주식매입선택권과 제3자의 신주인수권은 다같이 제3자에게 신주를 인수할 수 있는 권리를 부여한다는 점에서 같으나, 주식매입선택권은 제3자에게 특히 유리한 가격으로 신주를 인수할 수 있게 하는 권리라는 점, 기존주주에게 신주를 발행하는 기회에 함께 하는 것이 아니라는 점에서 제3자의 신주인수권과 구별된다.

(2) 이 제도는 회사의 발전에 공헌을 많이 하거나 능력이 있는 경영진과 종업원에 대하여 상여금과 같은 장기적 보상 및 동기를 부여하기 위하여 이용된다. 이 제도를 채택함으로써 최소의 비용으로 유능한 인재를 확보하여 기업의 경쟁력을 높일 수 있고, 임·직원을 잠재적 주주로 만듦으로써 그들에게 주인의식을 심어주는 동시에 책임있는 경영과 열성적인 근무를 확보하며, 가족중심의 경영에서 전문경영인중심의 경영으로 전환시킴으로써 기업소유의 분산을 촉진하고 소유의 구조를 개선하는 등의 효과를 기대할 수 있다.

(3) 제3자가 주식매입선택권을 행사하면 회사의 승낙을 요하지 않고 그 효력이 발생하므로, 그 성질은 형성권이다. 주식매입선택권은 타인에게 양도할 수 없다. 다만 주식매입선택권을 부여받은 자가 사망한 때에는 그 상속인이 이를 부여받은 것으로 본다(증권거래법 제189조의 4 제5항).

Ⅲ. 株式買入選擇權의 沿革

(1) 미국에서는 이미 1920년대에도 주식매입선택권이 이용되었으며, 1930년대 이후에는 1933년 증권법, 1934년 증권거래법 및 1940년의 연방투자회사법 등의 연방법과 주 회사법 및 증권법의 규제를 받게 되었다. 그러나 주식매입선택권에 대하여 연방소득세법상 많은 혜택이 주어졌는데, 이처럼 세제상으로 세금감면의 혜택을 받는 주식매입선택권을 適格(또는 法定)株式買入選擇權(qualified or statutory stock option)이라고 하며, 1964년에 소득세법이 개정되어 세금감면의 혜택이 줄어들기까지는 이 제도가 널리 이용되었다. 그러다가 1964년 세법상의 혜택이 줄어들게 되자 그 이용이 줄어들었고, 1976년의 세법개정(Federal Tax Reform Act of 1976)에 의하여 세금감면의 혜택이 주어지는 이른바 적격주식매입선택

권은 사라지게 되었다. 그러다가 1981년에 경제회복을 위한 세법(Economic Recovery Tax Act of 1981)의 제정에 의하여 奬勵型株式買入選擇權(incentive stock option, I. S. O.)이 도입되었고, 이것은 일정한 요건[2]하에 세제상의 우대를 허용하므로 과거의 적격주식매입선택권의 한 변형이라고 할 수 있다. 그러나 세제상의 혜택이 주어지지 않는 非適格株式買入選擇權(non-qualified stock option, N. Q. S. O.)도 적지않이 이용되고 있다.[3] 비적격주식매입선택권은 法外주식매입선택권(nonstatutory stock option)이라고도 한다.

(2) 미국에서 주식매입선택권이 이용되고 있는 실태를 보면, 그것은 경영진에 대한 보상 내지 보수의 차원에서 널리 행하여지고 있다. 그리하여 대회사에 있어서는 경영진의 보수 중에서 주식매입선택권의 행사에 의한 수입이 상당한 비율을 점하고 있다(다음의 도표를 참조).[4]

2) 주식매입선택권을 행사하여 발행된 주식을 매도할 때까지는 소득세법상 소득으로 신고할 필요가 없고, 실현된 이익은 보통의 소득으로서가 아니라 자본이득으로 취급되어 세법상 유리한 취급을 받는다. 다만 세법상 유리한 대우를 받기 위하여는 주식매입선택권이 부여된 이후 2년이상이 경과한 뒤에 이를 행사하여야 하고, 행사시 이후 적어도 1년이상 주식을 보유하여야 하며, 주식매입선택권을 행사하는 임·직원은 이를 행사하기 3개월 전까지 그 회사에 재직하여야 한다. Henn & Alexander, Corporations(3rd ed. 1983), p. 678.

3) Cary & Eisenberg, Corporations(7th ed. 1995), p. 701 이하 참조.

4) 이 도표는 이용재, 스톡옵션제도의 의의와 도입실태(증권거래소 1997. 1. 출간), 16면으로부터 전재한 것이다.

미국 대회사 사장의 보수 순위

(단위 : $1,000)

기업명	미국 대회사 사장	업종	5년간의 보수 총액	연간 보수 금액			
				합계	기본급+연차상여	기타	스톡옵션 이익
Walt Disney	Michael D Eisner	오락	232,746	8,782	8,775	7	-
Conesco	Stephan C Hilbert	보험	231,651	24,796	7,666	17,130	-
Travelers Group	Sanford Weil	금융	199,673	49,555	5,329	2,255	41,971
HJ Heins	Anthony J Fo 'Reilly	식품	119,144	2,439	1,775	664	-
Green Tree Financial	Layrence Coss	금융	119,108	65,580	65,580	-	-
Forest Labs	Howard Slolmon	약품	79,263	17,050	611	24	16,416
Gateway 2000	Theodore W Waitt	정밀	64,369	61,863	839	-	61,024
Coca-Cola	Robert C Goizueta	식품	59,585	13,086	4,880	1,640	6,566
DSC Communications	James L Donald	통신	55,857	19,388	919	5,981	12,488
Advanced Micro	Walter J Sanders Ⅲ	정밀	54,562	5,033	3,006	2,027	-
Colgate Palmolive	Reuben Mark	소비	54,522	15,877	1,985	2,325	11,567
Mirage	Stephan A Wynn	오락	49,539	3,755	3,750	4	-
Comcast	Ralph J Roberts	통신	49,397	10,026	800	4,552	4,674
General Dynamics	James R Meller	국방	46,481	4,598	2,420	2,178	-
Leucadia National	Ian M Cumming	보험	45,448	29,042	795	251	27,996
General Electric	John F Welch Jr	전기	45,401	13,997	5,250	3,431	5,316
Compaq Computer	Eckhard Pfeiffer	정밀	42,459	17,368	3,625	1,250	12,493
Bear Sterns	James E Cayne	증권	42,026	9,917	4,230	4,774	913
Parametric Tech	Steven C Walske	정밀	41,644	6,195	800	5	5,390
Enron	Kennethb L Lay	자원	41,439	8,621	2,430	1,254	4,937
Merrill Lynch	Daniel P Tully	증권	39,483	6,654	5,144	1,511	-
AIG	Maurice R Greenberg	보험	38,613	10,991	4,150	7	6,834
Nasco	Richard A Manoogian	건설	38,013	5,608	1,407	4,201	-
Applied Materials	James C Morgan	정밀	36,767	12,331	1,688	12	10,631
Autozone	Joseph R Hyde Ⅲ	소매	36,458	1,058	1,053	6	-

주) 굵은체의 기업이 스톡옵션해당 기업

자료) Fortune 誌(1996. 5. 20)

(3) 일본에서는 「特定新規事業實施圓滑化臨時措置法」에 의하여 제한적으로 주식매입선택권을 인정하고 있다. 즉 주식매입선택권을 부여할 수 있는 회사는 통산성장관이 인가하는 벤쳐기업에 한정되어 있어서 일반 상장회사는 이를 부여할 수 없으며, 2006년까지의 한시법으로 되어 있다. 그 결과 1996년 현재 겨우 6개의 벤쳐기업이 주식매입선택권의 실시를 인가받았을 뿐이다. 그리하여 현재 이 제도를 일반 상장회사에까지 가능하게 하기 위한 법률개정의 분위기가 확산되고 있다.[5]

(4) 우리나라에서는 외국과의 합작투자회사 중의 일부와 한글과 컴퓨터사 등 극히 일부의 기업이 주식매입선택권제도를 실시하고 있다고 한다.[6]

Ⅳ. 株式買入選擇權의 類型

주식매입선택권에는 여러 유형이 있는데, 이는 세가지 부류로 나눌 수 있다.[7] 미국의 예를 중심으로 하여 설명한다.

(1) 投資型

위에 설명한 奬勵型株式買入選擇權(I. S. O.)은 일정한 요건하에 세제상의 우대를 허용하면서 유리한 가격으로 회사의 주식을 매입할 수 있는 권리를 부여하는 것으로서, 임·직원에게 주가의 차익과 세금의 혜택 등 두가지 특전을 부여하는 것이다. 미국에서 장려형주식매입선택권의 적격을 취득하기 위하여는 여러 가지 요건을 구비하여야 한다. 즉 ①

5) 이용재, 전게서, 20-22면.
6) 이용재, 전게서, 30-33면 참조.
7) 이용재, 전게서, 7면.

주식매입선택권이 수혜 임·직원의 총수를 규정한 서면에 의한 계획에 따라 부여되어야 하고, ② 위 서면계획은 주식매입선택권을 행사할 수 있는 주식의 최대시장가격을 제한하여야 하며, 1인이 1년간 행사할 수 있는 금액의 총액은 10만불을 초과할 수 없고, ③ 이사회가 계획을 채택한 날로부터 12개월 이전 또는 이후 내에 주주총회에 의하여 승인되어야 하고, ④ 주식매입선택권은 이사회의 결의 또는 주주총회의 승인이 있었던 날 중 앞선 날로부터 10년 이내에 부여되어야 하며, ⑤ 주식매입선택권은 임·직원이 회사에 근무하는 동안 또는 회사를 퇴사한 뒤 3월 이내에 행사하여야 하며, 또 주식매입선택권이 부여된 뒤 10년 이내에 행사하여야 하고, ⑥ 주식매입가격은 주식매입선택권이 부여된 날의 주식의 공정한 시장가격 이상이어야 한다. 위의 요건을 구비하면, 임·직원은 주식매입선택권을 부여받은 때 또는 이를 행사한 때에 연방 소득세의 과세대상이 되지 아니하며, 취득한 주식을 처분하면 임·직원은 장기 자본이득(자산소득)의 세율에 따라 과세되는 이점이 있다.

非適格株式買入選擇權(N. Q. S. O.)은 장려형주식매입선택권과는 달리 세제상의 혜택을 부여하지는 않고, 따라서 권리행사시의 주가가 매입가격보다 높은 경우에 그 차익에 대하여 세금을 공제한 잔액을 차지할 수 있게 하는 것이다.

장려형주식매입선택권과 비적격주식매입선택권의 두 제도는 주식만을 지급대상으로 하고, 권리자는 권리행사시에 미리 약정한 주식대금에 해당하는 자기자금을 투자하여야 하므로, 이를 投資型株式買入選擇權이라고 한다.[8]

(2) 補償型

假想株式計劃(phantom stock plan)은 임·직원에게 주식을 발행하여 주지 않고, 그 대신에 회사의 장부상에 기입되는 일정한 單位(units)를

8) 이용재, 전게서, 7면.

부여하는 것이다. 이 단위는 회사의 주식의 주가에 상당하는 가치를 가지지만, 회사의 실제 주식은 아니므로, 가상주식이라 불린다. 이 단위는 그 단위가 창설될 당시에는 위 회사의 주식의 시장가격과 같은 가치를 가지지만, 이를 부여받은 자가 지정한 날이 도래하면 지정한 날 현재의 주식의 가격을 나타내므로 그 동안의 주가의 상승분(차익)만큼 그 가치가 증가된다. 이 단위가 나타내는 금액은 참가자의 사망, 퇴직 또는 위원회의 승인이 있는 때에는 임의퇴사시에 지급될 수 있다. 가상주식의 단위는 현금, 주식 또는 이 양자가 결합된 형태로 결제될 수 있다. 때로는 가상주식에 대하여 그 동안에 실제로 주식에 대하여 지급된 이익배당액의 금액이 추가 지급되는 수도 있다. 가상주식은 회사의 주식의 시장가격에 따른 수입의 일부를 다음 해로 이연시킬 수는 있지만, 특별한 세법상의 이점은 없다. 그리하여 가상주식계획은 대규모 공개회사에서는 별로 이용되지 않는다고 한다.[9]

株價差益收益權(stock appreciation rights, SARs)은 임·직원에게 이것이 부여된 날의 주가와 이를 행사한 날의 주가와의 차익에 상당하는 금액을 지급받을 수 있는 권리를 부여하는 것이다. 株價上昇補償權 또는 株式評價收益權이라고도 한다. 주가차익수익권과 가상주식의 단위는 다음과 같은 차이점이 있다. 즉 주가차익수익권은 보통 다른 권리, 예컨대 주식매입선택권과 함께 부여되고, 주식에 대한 이익배당금을 받을 권리가 없다. 주가차익수익권은 첫째로 임·직원으로 하여금 주식의 매입대금을 지급할 필요가 없이 주가의 차익을 실현할 수 있게 하여 주기 위하여 주식매입선택권과 함께 부여되는 수가 있다. 이 경우에 임·직원은 주식매입선택권이나 주가차익수익권의 두가지 권리중 어느 하나를 선택하게 되는데, 하나의 권리를 행사하면 다른 권리는 소멸하는 것이 보통이다. 그리하여 임원이 주가차익수익권을 행사하는 경우에는 그는 그 차익을 현금으로 지급받을 것인가 또는 주식으로 교부받을 것인가를 선택한다. 만일 그가 주식을 선택하면 그는 장래에 주가차익을 챙길 기

9) Cary & Eisenberg, op. cit., p. 704 ; Hamilton, Corporations(4th ed. 1990), p. 785 등 참조.

회를 가지게 되고, 만일 그가 현금을 선택하면 그것을 어디에 투자하는가에 따라 그 가치의 증가가 결정된다. 주가차익수익권은 둘째로 관련된 주식매입선택권을 행사한 경우에 세금을 지급할 재원을 마련하기 위하여 주식매입선택권과 함께 부여되는 수가 있다. 이 경우에는 주가차익수익권은 주식매입선택권에 갈음하여서가 아니라 그것에 추가하여 행사할 수 있으며, 주가차익수익권은 현금으로 지급되는 것이 보통이다. 그러나 임·직원이 주가차익수익권의 일부나 전부를 현금으로 지급하여 달라고 선택할 수 있는 권리를 가지는 수도 있다. 또한 주가차익수익권은 주식매입선택권과 관계없이 독립적으로 부여되는 수도 있는데, 이 경우에는 순수 주가차익수익권(naked SARs)이라 부른다. 주가차익수익권을 행사함으로써 지급받는 현금이나 주식의 공정한 시장가격은 임·직원의 총소득에 포함되어 과세된다. 주가차익수익권의 가장 큰 이점은 현금을 투자하거나 비적격주식매입선택권을 행사할 때에 별도의 세금을 지급할 필요가 없이 주가의 차익을 현실적으로 차지할 수 있다는 점이다.

가상주식과 주가차익수익권의 두가지 제도에 있어서는 임·직원은 회사에 자금을 내는 일이 없으므로, 이를 補償型株式買入選擇權이라고 한다.[10]

(3) 全價値型

制限附株式計劃(restricted stock plan)은 임·직원에게 무상 또는 명목적인 가액으로 일정한 주식을 발행하여 주면서 그 주식의 소유권에 대하여 일정한 조건 내지 제한을 가하는 것이다. 일반적으로 임·직원의 주식소유는 그가 일정한 기간동안 회사에 계속 근무하는 것을 조건으로 하며, 약정된 근무기간에 걸쳐 안분비례로 주식을 발행교부하는 수도 있다. 그가 약정된 기간내에 퇴사하는 경우에는 그에게 발행교부한 주식은 몰수(회사에 반환)하는 것이 전형적인 형태이다. 이것은 주식매입

10) 이용재, 전게서, 8면.

선택권을 부여받은 임·직원이 다른 회사에 스카우트되어 퇴사하는 것을 방지하기 위하여 고안된 것이다. 이 경우에 아직 발행하지 아니한 주식의 재매입가격은 임·직원이 납입한 금액이고, 이미 발행한 주식의 재매입가격은 시장가격, 장부가격 또는 제3자가 제공한 가격 중에서 이사회의 결의로 정한다.

實績株·成果株(performance share) 또는 實績單位·成果單位(performance unit)제도는 임·직원의 실적이나 성과에 직접 연결시킨 주식매입선택권이다. 즉 실적주는 임·직원이 일정한 실적 내지 성과를 올린 경우에 일정수의 주식을 교부하는 것이고, 실적단위는 임·직원이 일정한 실적 내지 성과를 올린 경우에 일정한 금액을 지급하는 제도이다. 예컨대 목표율을 100% 달성하였을 때에는 1,000 단위, 70% 이하 달성시에는 300 단위, 120% 달성시에는 1,500 단위를 지급하는 것이다.

제한부주식계획과 실적주 내지 실적단위는 임·직원의 실적에 따라 주식의 전체가치나 특정한 가치를 성과급의 형태로 제공하는 것이므로, 이를 全體價値型株式買入選擇權이라고 한다.[11]

Ⅴ. 株式買入選擇權의 要件

우리나라의 증권거래법이 규정하는 주식매입선택권은 다음의 요건을 갖추어야 한다.

(1) 附與의 主體와 對象者

주식매입선택권을 부여할 수 있는 회사는 주권상장법인, 협회등록법인 및 벤쳐기업(중소기업창업지원법의 규정에 의한 창업자 또는 신기술

11) 이용재, 전게서, 12면.

사업금융지원에 관한 법률의 규정에 의한 신기술사업자로서 중소기업창업지원법의 규정에 의한 창업지원업무에 관한 기준에 적합한 업종을 영위하는 내국법인) 등이다(증권거래법시행령 제84조의 6 제4항).

주식매입선택권을 부여받을 자격이 있는 자는 회사의 설립과 경영·기술혁신 등에 기여하였거나 기여할 능력을 갖춘 당해 회사의 임·직원이 아니면 안된다. 임원이라고 하였지만, 실제로는 이사만이 여기에 해당하게 될 것이다. 당해회사의 임·직원 전원에게 주식매입선택권을 부여하는 것이 가능할까? 만일 이를 허용한다면 그것은 이 제도의 취지를 몰각시키고, 또하나의 종업원지주제도가 생겨나는 것이 될 것이다. 주주의 권익보호를 위하여 이것은 불가하다고 본다. 세법은 종업원 모두를 대상으로 하여 주식매입선택권을 부여하는 경우에는 조세감면의 혜택을 박탈하고 있다(조세감면규제법 제11조의 3 제7항).

당해회사의 임·직원이라도 주요주주, 제1대주주 및 그들의 특수관계인은 자격이 없다(증권거래법 제189조의 4 제1항, 동시행령 제84조의 6 제1항). 여기에서 말하는 주요주주는 증권거래법 제188조 제1항이 규정하는 바와 같이, 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권있는 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 10 이상의 주식 또는 출자증권을 소유한 자와 의결권있는 발행주식총수의 100분의 10 이상을 소유하고 있지 아니한 주주라도 임원의 임면 등 당해 법인의 주요경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 주주를 말하며(시행령 제83조의 3), 제1대주주는 당해회사의 주주로서 본인 및 그 특수관계인이 소유하는 주식의 수가 가장 많은 자를 말한다(시행령 제2조의 4 제3항 1. 가.). 특수관계인은 증권거래법시행령 제10조의 3 제2항이 규정하는 자를 가리킨다.

(2) 附與限度

주식매입선택권에 의하여 부여할 수 있는 주식의 총한도는 주권상장

법인과 협회등록법인의 경우에는 발행주식총수의 100분의 15, 벤쳐기업의 경우에는 발행주식총수의 100분의 50을 넘을 수 없다(시행령 제84조의 6 제5항).

임·직원 1인에게 부여할 수 있는 주식매입선택권의 한도에 관하여는 증권거래법이 특별한 규정을 두지 않고 회사의 자율에 맡기고 있다. 회사는 정관의 규정으로 이를 제한할 수 있을 것이다. 그러나 다음에 설명하는 바와 같이 세법상 우대를 받기 위하여는 동일한 임·직원에게 발행주식총수의 100분의 10의 범위내에서 주식매입선택권을 부여하여야 한다.

(3) 附與의 方法

주식매입선택권은 다음 세가지 방법중의 하나에 의하여야 한다. 따라서 위 세가지 방법 이외의 방법을 정하거나 위 세가지 방법중 두가지를 결합하는 것은 허용되지 않는다(증권거래법시행령 제84조의 6 제2항). 세가지 방법은 ① 주식매입선택권의 행사가격으로 새로이 주식을 발행하여 교부하는 방법(新株發行交付方式), ② 주식매입선택권의 행사가격으로 자기주식을 교부하는 방법(自己株式交付方式) 및 ③ 주식매입선택권의 행사가격과 시가와의 차액(행사가격이 시가보다 낮은 경우의 차액)을 현금 또는 자기주식으로 교부하는 방법(株價差益收益權方式) 등이다(증권거래법 제189조의 4 제1항, 동시행령 제84조의 6 제2항). 신주발행교부방식에 의하는 경우에는 주주의 신주인수권이 제한을 받게 된다. 자기주식교부방식과 주가차익수익권방식으로 자기주식을 교부하는 경우와의 차이는 전자의 경우에는 자기주식을 시가와 관계없이 주식매입선택권을 부여한 당시의 약정가격으로 교부함(그러나 임·직원은 약정가격을 지급하여야 한다)에 반하여, 후자의 경우에는 자기주식을 당시의 시가로 교부받는다(그러나 임·직원이 별도로 주식대금을 지급할 필요는 없다)는 데에 있다. 주식매입선택권의 행사가격은 증권관리위원

회가 정하며, 해당회사는 그 가격을 따라야 한다. 상법이 규정하는 제한된 사유 이상으로 증권거래법상 자기주식의 취득이 허용되는 회사는 주권상장법인에 한하므로(제189조의 2), 위 방법중 자기주식교부방식은 주권상장법인에 한하여 이를 이용할 수 있다.

(4) 定款의 規定

주식매입선택권을 부여하려면 회사의 정관에 이에 관한 규정을 두어야 한다. 이 정관에서는 적어도 다음 다섯가지 사항을 규정하여야 한다. 즉 ① 일정한 경우 주식매입선택권을 부여할 수 있다는 뜻, ② 주식매입선택권의 행사로 교부할 주식의 종류와 수, ③ 주식매입선택권을 부여받을 자의 자격요건, ④ 일정한 경우 주식매입선택권의 부여를 취소할 수 있다는 뜻, ⑤ 주식매입선택권의 행사만료일 등이다. 앞의 네가지는 증권거래법 제189조의 4 제2항이 요구하는 것이고, 마지막 요건은 동조 제4항이 요구하는 것이다.

주식매입선택권의 행사만료일은 주주총회의 특별결의가 있은 날로부터 10년, 즉 선택권을 행사할 수 있는 날로부터 7년으로 정하여지는 수가 많다.

가장 중요한 사항은 어떠한 경우에 주식매입선택권을 취소(철회를 포함한다)할 수 있는가이다. 미국에서 주식매입선택권을 둘러싸고 발생한 분쟁의 상당부분은 이 문제에 관한 것이다. 주식매입선택권을 부여받은 임·직원이 이를 부여받은 날로부터 일정한 기간(상장회사 표준정관은 이를 3년으로 규정하고 있다. 제10조의 3 제4항 제1호) 내에 임의로 퇴임하거나 퇴직한 경우(이것은 경쟁사에 스카우트당하는 경우를 상정한 것이다), 당해 임·직원이 고의 또는 중대한 과실로 회사에 손해를 끼쳐 해임되거나 징계해직된 경우(손해를 끼친 것만으로는 부족하고, 더 나아가 해임 또는 해직되어야 한다), 기타 주식매입선택권 부여계약에서 정한 취소사유가 발생한 경우 등이 이에 해당할 것이다. 회사가 정당한

이유없이 일방적으로 퇴사시킨 경우는 취소사유로 될 수 없을 것이다.[12]

(5) 株主總會의 決議

특정한 자에게 주식매입선택권을 부여하기 위하여는 다시 주주총회의 특별결의를 얻어야 한다(증권거래법 제189조의 4 제1항). 이것은 주주의 이익을 보호하기 위한 것이다. 특별결의로 정하여야 할 사항은 주식매입선택권을 부여받을 자의 성명, 주식매입선택권의 부여방법, 주식매입선택권의 행사가격 및 행사기간, 주식매입선택권을 부여받을 자 각각에 대하여 주식매입선택권의 행사로 교부할 주식의 종류 및 수 등이다(증권거래법 제189조의 4 제3항, 동시행령 제84조의 6 제6항).

(6) 行使期間

주식매입선택권은 위에 말한 주주총회의 특별결의가 있은 날로부터 3년이 경과하여야 행사할 수 있으며, 그 결의일부터 당해법인의 정관에서 정한 주식매입선택권 행사만료일까지만 회사에 대하여 효력을 가진다(증권거래법 제189조의 4 제4항). 위 행사만료일은 결의일부터 7년으로 정하여지는 것이 보통이다.

(7) 附與契約

주식매입선택권의 부여에 관하여는 정관의 규정과 주주총회의 결의에 따라 회사와 임·직원 사이에 구체적인 계약이 체결되어야 한다. 주식매입선택권부여계약서에는 ① 주식매입선택권의 행사가격, ② 위 행사가격의 조정에 관한 사항, ③ 주식매입선택권의 행사기간, ④ 그 행사방법 및 절차, ⑤ 주식매입선택권의 양도 및 담보제공 등의 제한, ⑥ 주식

12) 미국의 예에 관하여는 Henn & Alexander, Corporations(3rd ed. 1983), p. 676 f., 특히 677면 주 9의 판례 참조.

매입선택권의 행사에 따른 법인의 이행기간, ⑦ 주식매입선택권의 취소에 관한 사항, ⑧ 주식매입선택권의 행사 및 그 행사로 취득한 주식의 매매 등과 관련하여 증권거래법 제188조의 2(미공개정보 이용행위의 금지) 및 제188조의 4(시세조종 등 불공정거래의 금지)의 규정에 위반되는 행위를 하여서는 아니된다는 뜻을 포함시켜야 한다(주식매입선택권 운영기준 제4조).

Ⅵ. 租稅減免을 받기 위한 要件

주식매입선택권이 일정한 요건을 갖추면 1997. 1. 13. 이후 최초로 주식매입선택권을 부여하는 것부터 조세감면의 혜택이 주어진다. 세법상 조세감면의 혜택을 받기 위하여는 ① 이를 부여한 법인이 당해 주식매입선택권을 부여하기 전에 주식매입선택권의 수량·매입가격·대상자 및 기간 등에 관하여 주주총회의 결의를 거쳐 당해 임·직원과 약정한 것이어야 하고, ② 주식매입가격이 대통령령이 정하는 가액(자기주식교부방식의 경우에는 주식매입선택권의 부여일을 기준으로 상속세 및 증여세법 제63조의 규정을 준용하여 평가한 당해주식의 시가, 그밖의 방식의 경우에는 위와 같이 평가한 당해주식의 시가와 당해주식의 액면가액 중 높은 금액) 이상이어야 하며(조세감면규제법 제13조의 2 제1항 제2호, 동시행령 제11조의 3 제4항), ③ 주식매입선택권이 다른 사람에게 양도가 불가능한 것이어야 하고, ④ 주식매입선택권을 부여받은 날로부터 3년이 경과한 후에 주식매입선택권을 행사하거나, 또는 3년이 경과한 후에 퇴직한 경우에는 퇴직한 날로부터 3월 이내에 이를 행사하여야 하며, ⑤ 동일인에게 당해법인의 발행주식총수의 100분의 10 범위 내에서 주식매입선택권을 부여하고, 주식매입가격의 연간 합계액이 대통령령이 정하는 금액(5천만원) 이하이어야 하고(조세감면규제법 제13조의 2 제1

항 제5호, 동시행령 제11조의 3 제5항), ⑥ 종업원 모두에게 주식매입선택권을 부여하는 경우가 아니어야 한다(동시행령 제7항). 위의 요건을 갖춘 경우에는 주식매입선택권을 행사함으로써 임·직원이 얻는 이익은 이를 근로소득으로 보지 아니하고 또 이에 대하여는 법인세법 제20조의 규정을 적용하지 아니한다(조세감면규제법 제13조의 2 제1항). 주가차익 수익권방식의 경우에도 같다(동법 제13조의 2 제2항).

주식매입선택권을 행사한 임·직원은 이를 행사한 날의 다음연도 1월분 근로소득을 지급받는 날까지 소득세감면신청서를 원천징수의무자(당해법인)에 제출하여야 한다(연말 정산시에 함께 제출). 그리고 퇴직후 3월이내에 주식매입선택권을 행사한 자는 퇴직일부터 4월이 되는 날까지 이를 제출하여야 한다(조세감면규제법시행령 제11조의 3 제8항).

이에 반하여 임·직원이 주식매입선택권에 의하여 매입한 주식을 양도하는 때에는 소득세법 제94조의 규정을 적용함에 있어서 당해주식의 실제 매입가액을 동법 제97조 제1항 제1호의 규정에 의한 취득가액으로 한다(조세감면규제법 제13조의 2 제3항). 따라서 양도성이 있는 주식매입선택권은 조세감면의 혜택이 없다.

Ⅶ. 株式買入選擇權의 公示

주식매입선택권을 부여하고자 하는 법인은 증권관리위원회에 등록하여야 하고(증권거래법 제3조 제6호), 주식매입선택권부여법인은 지체없이 증권관리위원회가 정하는 바에 따라 선택권부여의 결의내용을 증권관리위원회, 증권거래소 또는 증권업협회에 신고하여야 하며, 신고를 받은 이들 기관은 신고일부터 주식매입선택권 존속기한까지 이를 비치하고 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다(증권거래법 제189조의 4 제8항, 동시행령 제84조의 6 제9항).

Ⅷ. 株式買入選擇權의 行使方法과 效果

(1) 주식매입선택권을 부여받은 임·직원은 회사와의 사이의 약정에 따라 주식매입선택권을 행사할 수 있는 요건이 충족되면 이를 행사할 수 있다. 주식매입선택권을 행사하고자 하는 임·직원은 법인에 대하여 이를 서면으로 신청하여야 한다(주식매입선택권운영기준 제8조 제1항).

(2) 주식매입선택권은 임·직원의 일방적 의사표시에 의하여 그 효력이 발생한다. 따라서 주식매입선택권을 부여받은 임·직원이 이를 행사하면, 회사는 주주총회의 결의와 정관의 규정에 따라 약정한 대로 신주를 교부하거나, 자기주식을 교부하거나, 혹은 주가차익을 현금 또는 자기주식으로 교부하여야 한다. 회사는 주식매입선택권의 부여를 취소하지 않는 한 선택권의 행사에 응하여야 한다(형성권). 법인은 주식매입선택권의 행사에 따라 신주 또는 자기주식을 교부받을 임·직원이 그 대금을 납입기일까지 납입한 경우에는 지체없이 신주 또는 자기주식을 교부하여야 하며, 주식매입선택권의 행사가격과 시가와의 차액을 현금으로 교부하는 경우에는 신속하게 이를 교부하여야 한다(주식매입선택권운영기준 제8조 제2항).

(3) 행사의 효과는 주식매입선택권의 유형에 따라 다르다. 그리하여 신주교부방식에 의하는 경우에는 신주의 주금을 납입한 다음날(상법 제423조 참조) 주주가 되고, 자기주식교부방식에 의하는 경우에는 매수대금의 지급일에 주주가 된다. 또 주가차익을 현금으로 교부하는 방식에 의하는 경우에는 선택권을 행사한 때에 회사에 대하여 차익에 대한 청구권을 취득한다.

다만 주식매입선택권의 행사로 신주를 발행하는 경우에 이익배당에 관하여 증권거래법은 그 청구를 한 때가 속하는 영업연도말에 신주가

발행된 것으로 보되, 정관에 규정을 두면 그 청구를 한 때가 속하는 영업연도의 직전영업연도말을 기준으로 할 수 있다고 규정하고 있다(증권거래법 제189조의 4 제6항, 상법 제350조 제2항). 그러나 신주를 발행하는 경우에는 신주의 주금을 납입한 다음날에 확정적으로 주주가 되므로(상법 제423조 제1항), 주주가 되기 전인 직전영업연도말로 소급하여 이익배당을 하는 것도 부당하고, 또 주주권(이익배당청구권)을 취득하였음에도 불구하고 신주를 발행한 영업연도말까지 이익배당을 하지 않는다는 것도 부당하다. 마땅히 신주의 대금을 납입한 날의 다음날부터 일할배당을 하여야 할 것이다. 그러므로 증권거래법 제189조의 4 제6항은 삭제되어야 할 것이다. 자기주식을 교부받는 경우에는 영업연도 초부터의 이익배당청구권을 취득하는 것은 당연하다.

(4) 주식매입선택권을 행사하여 주식대금이 납입되면 자본이 증가하므로, 이에 따른 변경등기를 하여야 한다(증권거래법 제189조의 4 제6항, 상법 제351조).

Ⅸ. 株式買入選擇權의 法理上의 問題點

주식매입선택권은 株主와 會社債權者의 이익을 침해하고 주식회사의 資本維持의 原則에 반할 염려가 있다. 주식매입선택권의 부여방법으로서 신주발행교부방식에 의하는 경우에는 주주의 신주인수권을 침해하게 된다. 그리하여 증권거래법은 주식매입선택권을 부여하는 경우에는 이를 정관에 기재하고 또 주주총회의 특별결의를 얻도록 하였다. 이로써 주주의 권익을 보호할 장치는 마련되어 있다고 말할 수 있을 것이다.

그러나 주식매입선택권의 부여방법으로서 자기주식교부방식에 의하는 경우에는 교부당시의 주식의 시가보다 저가인 부여당시의 가격으로 이

를 교부하므로 그 차액만큼 회사가 받을 돈을 받지 못하여 회사의 재산이 줄어드는 것이요, 회사의 재산을 사외로 유출하는 것이나 다름이 없다. 이것은 주주와 회사채권자의 이익을 침해하는 것이다. 주주는 정관의 개정결의나 주식매입선택권부여의 주주총회의 결의를 통하여 그들의 이익을 조정할 기회를 가졌다고 말할 수 있겠으나, 회사채권자의 보호를 위한 장치는 없는 셈이다. 또한 주가차익수익권방식에 의하는 경우에도 회사의 재산이 밖으로 흘러나가는 것인데, 주주는 주주총회의 결의를 통하여 그들의 이익을 보호할 기회를 가지지만, 회사채권자로서는 아무런 기회를 가지지 못한다.

이처럼 주식매입선택권은 회사재산의 사외유출로서 회사채권자의 이익을 해할 염려가 있다. 그러나 다른 한편 임·직원에게 주식매입선택권을 부여함으로써 그들이 회사의 경영에 진력하여 더 튼튼한 회사로 성장시키는 것이니 결과적으로 채권자에게 이익이 된다고 말할 수도 있을는지 모른다. 어떻든 임·직원에 대한 주식매입선택권의 부여는 회사채권자나 주주의 이익을 침해하는 면이 없지 아니하므로, 이에 관하여는 그 내용을 상세하게 공시하여 회사와 관련을 가지는 이해당사자가 그 사정을 충분히 숙지하고 회사와 거래관계를 맺도록 배려하는 것이 요망된다. 증권거래법 제189조의 4 제8항은 이러한 요망을 반영한 것이다.

X. 結 論

위에서 이번에 증권거래법에 의하여 새로 도입된 주식매입선택권에 관하여 그 연혁, 미국에서의 이용실태와 유형을 비롯하여, 우리나라에서 인정되는 유형, 요건, 행사절차와 효과, 세법상의 우대내용과 그것에 수반하는 법리상의 문제점에 관하여 고찰하였다.

이 제도는 유능한 인재를 확보하여 기업의 발전을 꾀한다는 좋은 목

적을 가지고 있지만, 이것이 방만하게 운영되는 경우에는 주주와 회사 채권자의 이익을 해할 염려가 있으므로, 처음에는 제한적으로 신중하게 운영하여 보다가 그 결과를 평가분석한 다음에, 문제점을 보완하면서 그 시행을 확대하여 나아가는 것이 좋다고 생각한다. 특히 주식매입선택권을 부여할 임·직원의 범위, 부여할 주식매입선택권의 범위(총한도와 1인당 한도), 주식매입선택권의 행사가격 등에 관하여는 신중한 고려가 있어야 할 것이다.

어떻든 이 제도가 소기의 성과를 거두어 우리 기업의 국제경쟁력을 높이고, 나아가 우리나라의 경제발전에 기여하기를 바라마지 않는다.

설립중의 회사에 대한 독일에서의 논의

李基秀*

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 독일연방대법원의 판례
1. 사실관계
2. 법원의 판단
Ⅲ. 변경된 판례에 대한 비판 및 평가
1. 설립중의 유한회사법에서 확정된 책임구조
1) 회사재산책임
2) 독일 유한회사법 제11조 제2항에 의한 행위자의 책임
3) 불가침성원칙의 결과로서의 사전채무부담책임
4) 정리
2. 설립등기전에 책임을 제한하는 것이 가능한가 ?
1) 책임법상의 내용
2) 사전부담책임결정일의 의미 및 그와 결부된 회사손실위험의 분배
3. 손실위험부담의 효과: 등기시점까지의 무제한의 책임
4. 대외적 책임인가? 대내적 책임인가?
1) 체계에 맞는 해결
2) 대외적 책임의 체계상 모순성
3) 내부적인 손실전보의무를 통한 체계합치
4) 청구의 근거
5) 손실전보책임의 존속기간
5. 손실전보책임으로 인한 청구권의 관철
1) 설립자의 사적재산에 대한 강제집행
2) 손실전보책임으로 인한 청구권의 이사에 의한 적극적 활용
3) 법추급에 있어서의 어려움
Ⅳ. 맺는말

Ⅰ. 머리말

유한회사의 설립사원이 회사재산이외에 책임을 지는 것이 필요한지 그리고 필요하다면 어느범위에서 그러한지 그리고 설립사원이 독일 유

* 고려대 법대 교수 · 법학박사 · 법학연구소장

한회사법 제13조 제2항에 규정된 유한책임의 특권(Haftungsprivileg)을 누리게 되는지의 물음은 회사법상의 논란이 많은 문제가운데 하나이다. 설립사원조직에 대한 학자들의 논의나 판결이 계속되고 있지만 설립중의 회사에 대한 수수께끼는 종래와 마찬가지로 풀지지 않은 상태에 있다. 독일연방대법원은 1996년 3월 4일의 판결[1]에서 설립중에 사원이 제한없는 내부책임을 진다는 쪽으로 판단하여 자신의 종래의 판례를 포기하였고 연방사회법원과 연방노동법원과의 사이에 판례의 상이로 인하여 이 문제가 연방최고법원들의 공동재판부(Gemeinsamer Senat)로 회부되었었다. 그 사이에 연방사회법원 및 연방노동법원[2]도 연방대법원의 견해에 따랐고 따라서 최고법원들의 공동재판부는 절차를 종결하였다. 따라서 독일연방대법원 제2 민사재판부의 법형성에 의하여 무제한의 내부책임이 확고한 최고법원의 판례로서 인정된다고 할 수 있다. 이 글에서는 우선 변경된 독일연방대법원의 판례 가운데 하나를 소개하고 이에 대하여 비판적으로 검토를 한다. 또 어떠한 문제점들이 여전히 남아있는지 또 그로 인하여 유한회사실무에 대하여 어떠한 효과를 미치게되는지에 대하여 검토한다.

Ⅱ. 독일연방대법원의 판례[3]

1. 사실관계

설립중의 유한회사 H는 1990년 11월 3일 피고1에 의하여 설립되었다. 피고1은 1991년 1월 31일 공증인의 인증을 받은 계약으로 그의 지분 50,000 마르크 가운데 각각 13,000 마르크를 피고2와 피고3에게 양도하였다. 사원들은 그리고 나서 원천자본(Stammkapital)을 50,000 마르크 인상

1) BGH, GmbHR 1996, S. 279.
2) BAG, GmbHR 1996, S. 763.
3) BGH v. 27.01.1997, II ZR 123/94.

하기로 결정하였다. 100,000 마르크로 인상된 원천자본출자를 피고1이 48,000 마르크, 피고2와 피고3이 각각 26,000 마르크씩 인수하기로 하였다. 이 자본은 1991년 3월 완전히 납입이 되었다. 1991년 11월 15일 공증인이 인증한 계약에 의하여 피고2는 자신의 지분을 즉시의 물권적 효력을 갖는 것으로 하여 피고3에게 인도하였다.

이 회사는 1991년 2월 13일에 상업등기부에 등기신청되었다. 그리고나서 회사는 영업활동을 개시하였다. 한동안 미루어지고 있었던 등기서류를 다시 발견하고 나서 D 區法院(Amtsgericht)이 1991년 10월 28일의 처분으로 등기신청에 異議를 제기하였다. 등기는 결국 이루어지지 못했다. 1991년 11월 28일 설립중의 유한회사 H의 전재산에 대한 강제집행절차가 신청되었다. 이 절차는 D 區法院의 1992년 2월 13일의 결정에 의하여 개시되었다.

설립중의 유한회사 H의 재산에 대한 강제집행절차의 管財人(Verwalter)인 원고는 피고들에게 회사가 1991년 10월 31일자의 청산에 이르게됨에 있어 입은 손실의 보상을 청구하였다.

2. 법원의 판단

지방법원(Görlitz지방법원)은 訴를 기각하였다. 이에 대한 원고의 항소(Dresden고등법원)도 성공을 거두지 못하였다. 피고1과 피고2에게 한정하였던 上告에서 원고는 자신의 청구를 계속하였다. 상고심에서는 원심을 파기 환송하였다. 원심법원의 견해와는 달리 독일연방대법원[4]은 피고1과 피고2는 H설립중의 유한회사활동으로 인한 것으로서 회사재산에 의하여 塡補되지 못한 손실에 대하여 지분비율에 의하여 책임을 부담한

4) BGH v. 27.01.1997, II ZR 123/94.

다고 판시하였다. 즉 독일연방대법원[5]은 설립중의 유한회사의 사원은 이 회사의 채무에 대하여 무제한의 책임을 진다고 하면서 설립중의 유한회사의 사원에게는 회사의 등기시까지 지속되는 손실전보책임 및 등기에 연결되는 사전부담(대차대조표결손)책임의 형태로 통일적인 설립자책임이 적용된다고 하였다.[6] 또 손실전보책임은 사전부담(대차대조표결손)책임과 마찬가지로 내부적 책임이라고 하였다.[7]

III. 변경된 판례에 대한 비판 및 평가

1. 설립중의 유한회사법에서 확정된 책임구조

1) 회사재산책임

설립중의 회사가 그 회사재산으로 설립과정에서 유효하게 성립된 채무에 대하여 책임을 지는 점은 오래전부터 인정되어왔고 여기에서 또 다른 설명이 필요하지 않다. 그로써 채권자들은 회사재산에 대하여 포괄적인 추급권이 미친다.[8]

2) 독일 유한회사법 제11조 제2항에 의한 행위자의 책임

독일 유한회사법 제11조 제2항의 법률의 규정에 의하면 행위자들은

---

5) BGH v. 27.01.1997, II ZR 123/94.

6) 이는 과거의 독일연방대법원의 판례(BGHZ 80, 129, 144; BGHZ 91, 148, 152)를 부분적으로 변경하는 것이다.

7) 이것도 과거의 독일연방대법원의 판례(BGHZ 65, 378, 383; BGHZ 72, 45, 50)를 부분적으로 변경하는 것이다. BGH v. 27.01.1997, II ZR 123/94.

8) 이에 대하여는 Schütz, Das Modell der Verlustausgleichspflicht im Hafrungssystem der Vor-GmbH, 1994, S. 27 Fn. 157의 자료 참조.

채권자에게 유한회사의 이름으로 한 행위에 대하여 인적으로 무제한의 책임을 진다. 이 규정은 자주 그리고 강하게 비판이되어 왔다. 그런데 이 글에서 이 문제를 자세히 다루는 것은 적당하지 않을 것이다. 독일입법자가 독일 유한회사법 제11조 제2항을 삭제하기로 결정하기 전까지는 법실무는 이를 무시할 수 없다.[9]

3) 불가침성원칙의 결과로서의 사전채무부담책임

회사재산만으로 책임을 제한하는 것은 회사채권자에게 정관에 규정된 담보자본(Garantiekapital)이 책임자금(Haftungsfond)으로 제공된 조건하에서만 허용된다. 이러한 소위 불가침성원칙(Unversehrtheitsgrundsatz)은 회사설립과정에서의 손실로 인하여 채권자들에게 빈껍데기인 회사재산에만 의거하도록 하고 어느 순간에 회사재산은 거의 가치가 없는 상태에서 회사의 성립이 이루어지는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 사원은 유한회사가 항상 적극순재산을 최소한 원천자본액만큼을 유지하도록 하여야 한다.

불가침성원칙을 관철하기 위하여 독일 연방대법원은 소위 사전채무부담으로 인한 책임(Vorbelastungshaftung)을 발전시켰다. 이에 의하면 사원은 성립된 회사에 대하여 설립중의 회사의 활동으로 인한 사전채무부담으로 인하여 정관에 의한 최저자본과 실제의 회사재산가치의 설립등기시의 차액을 보상하여야 한다. 적극순재산이 정관에 의하여 규정된 원천자본 이하로 된 경우에는 설립사원은 유한회사에 그 차액보상금을 지급하여야 한다.[10]

4) 정리

그로써 회사채권자는 설립과정에서는 그때까지 형성된 회사재산에 추

9) 이에 대한 자세한 논의는 Schütz, Das Modell der Verlustausgleichspflicht im Hafrungssystem der Vor-GmbH, 1994, S. 32 ff. 참조

10) 사전채무부담책임 일반에 대하여는 Joost, ZGR 1989, S. 554, 556 ff 참조.

급할 수 있고 그 밖에 채권자가 채무자인 설립중의 유한회사로부터 만족을 받지 못한 경우에는 회사의 이사(Geschäftsfuhrer)에게는 독일 유한회사법 제11조 재2항에 의하여 청구하면 된다. 그러나 이는 동시에 최저출자액(Mindesteinlage)이 설립단계에서 이미 소진되었고 회사영업수행자가 지급능력이 없을 때에는 채권자가 채권의 만족을 받을 수 없다는 것을 의미한다. 출발단계에서의 경제적인 손실에 대한 위험은 따라서 채권자에게 부과되어 있다. 채권자는 회사성립등기가 이루어질 때까지 기다려야 구제가 된다. 왜냐하면 최소한 현재까지의 판례에 의하면 이 시점에서야 사전채무부담책임이 적용되기 때문이다.

따라서 채권자보호를 위한 이러한 흠결에도 불구하고 책임제한이 가능한가 또는 불가결한 채권자보호를 위하여 그 밖의 어떤 책임재산을 끌여들이는 것이 필요한가의 물음을 해결하는 것이 우선적으로 요청된다.

2. 설립등기전에 책임을 제한하는 것이 가능한가 ?

회사설립등기전에 책임을 제한하는 것이 허용되는 가에 대한 물음은 우선 책임제한의 기본구조와 그 요건에 대하여 논의하는 것이 필요하다.

1) 책임법상의 내용

a) 자본형성과 유한책임의 상호의존

원칙적으로 완전상인으로서 활동하는 人的結社에서는 일반책임원칙의 지배를 받고 책임을 제한하는 것은 하나의 예외가 된다. 자본회사의 사원의 자신의 출자에의 책임제한은 특별한 근거를 필요로하는 법질서로

부터 원용된 책임에 있어서의 특권이다. 불가결한 채권자보호를 보장하기 위하여 회사채권자를 법인의 재산에 의거하도록 하는 것은 사원의 인적책임이 없는 것에 대한 상관개념으로서 채권자를 위하여 예비된 책임자금의 확보를 동반하고 나타난다.[11] 유한회사사원의 책임제한의 본질적이고 강행적인 요건은 따라서 독일 유한회사법 제5조 제1항 제1문의 요건에 합치하는 책임자금이다.

그렇지만 설립중의 유한회사의 회사재산은 회사채권자에게 성립된 유한회사의 재산처럼 안전성을 확보해주지 못한다. 설립중의 유한회사의 재산은 성립된 유한회사에서보다 열후하다. 따라서 유효한 채권자보호는 설립중의 유한회사에의 납입재산에 의하여 이룩될 수 없고 그러한 재산은 채권자안전을 위한 충분한 수단이 되지 못한다.

b) 상응하는 채권자안전조치의 필요성

자본회사법에서는 구성원이 인적 책임을 지지 않고 적정한 자본납입의 의무도 없어서 이에 상응하는 채권자보호의 필요성을 인정하고 있음이 통설적 견해이다.[12] 그러나 설립중의 유한회사의 자본형성은 성립된 회사의 그것보다 열후하기 때문에 채권자는 그 채권의 만족을 설립중의 회사의 아직 불완전한 책임자금에만 한정해서는 안된다. 설립중의 유한회사의 자본안전의 흠결 및 채권자 보호의 요청으로 인하여 설립중의 회사 이외에 별도의 책임자금이 필요하다.

c) 결과

설립중의 유한회사에서는 자본제한과 책임제한 사이의 교차적 효력이

11) Wiedemann, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH - unter Berücksichtigung des amerikanischen, deutschen u. franz ösischen Gesellschaftsrechts, in: Wiedemann/Bär/Dabin, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, S. 12.

12) 채권자보호의 원칙에 대하여는 Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I, S. 566 참조.

성립된 社團에서 처럼 주어져있지 않다. 따라서 자본기속의 흠결 및 그와 결부된 채권자보호의 흠결로 인하여 상업등기부에의 설립등기 이전의 책임제한이나 전적인 책임배제가 합당한 것인가의 물음에 대하여는 부정적으로 답하여야 한다. 위에서 언급한 관점 이외에도 이는 특히 사전채무부담책임이 주어지는 날과도 결부되어 있다. 즉 등기시점의 사전채무부담책임은 설립자들에 의하여 설립등기의 날에 납입보증의 인수라는 점에 기인하고 있기 때문이다.[13] 그러나 설립중의 유한회사의 책임구조는 사전채무부담책임과 강행적으로 일치시켜야 한다. 그렇지 않으면 책임상황의 불일치가 발생할 것이기 때문이다. 이러한 이유로 사전채무부담책임의 기준일을 경우에 따라서는 상업등기부에의 등기신청시점으로 앞당기는 것이 필요한지도 검토의 대상이다.

2) 사전부담책임결정일의 의미 및 그와 결부된 회사손실위험의 분배

사전채무부담책임의 결정시점에 대한 물음은 완전히 해결이 되지 않았다. 설립등기시점에 기준을 둘 것인가 아니면 설립등기신청일에 기준을 둘 것인가는 아직 미해결의 문제이다.[14] 그러나 이 때 등기전의 책임제한을 진지하게 논의하려면 이는 사전채무부담책임기준일을 앞당길 때에만 결과적으로 가능하다. 책임제한의 모든 형태는 현저한 결점을 노정하고 있다. 즉 이러한 약점은 등기전의 책임제한과 그 이후에 가동되는 제한되지 않은, 설립중에의 손실에 좌우되는 내부적인 사전부담책임과의 불균형에 존재한다. 그 성질상 책임제한은 설립등기에 의하여 무제한의 책임으로 거리를 두고 전환된다. 따라서 사원의 책임상황이 설립중의 유한회사의 목표가 도달되는 시점에, 즉 설립등기시에 악화된다는 것은 모순된다는 지적이 일고 있는데 이 지적이 타당하다. 이 경우 그 때까지 책임면제가 설립단계에서 성립된 영업손실에 대한 무제한의 책임으로 변환되고 채권자에게는 유한회사의 설립등기보다도 더 좋은

13) Karsten Schmidt, ZIP 1996, S. 353, 355.
14) 同旨: Scholz/K.Schmidt, GmbHG, 8. Aufl., 1993, 11 Rdn. 122.

일은 없음을 알 수 있다. 따라서 설립등기전에 책임면제의 개념을 유용하게 하려 한다면 책임상태의 이러한 불일치를 해소하기 위하여 그 기준일을 앞당겨야 한다.

책임배제를 주장하는 자는 설립등기신청을 한 시점으로 그 기준일을 앞당기자고 주장한다.[15] 그러한 모델은 다음과 같은 결과가 된다. 즉 사전부담책임이 등기신청시점에 가동하여 회사재산의 가치가 기본자본의 가액에 못 미칠 경우에 사원이 그 때까지 성립된 영업손실을 보상하여야 한다. 이러한 고찰방법으로 인한 효과는 크다. 즉 불가침성의 원칙과 그로써 또 사전채무부담책임의 성립시점을 등기신청의 시점과 연결시키면 설립사원들은 이 시점부터 회사재산에의 책임제한의 혜택을 누리게 된다. 여기에서 불가침성원칙의 가동시점과 사원의 인적책임과의 상호의존성을 볼 수 있다. 물론 등기신청일을 기준으로 하는 모델이 실제로 더 좋은 근거를 갖는 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

첫번째로 불가침성의 원칙은 회사성립에 연결되어 있는데 왜 하필이면 등기신청일이 관련시점으로 되어야 하는가 하는 물음이 제기된다. 여기에서 논의하는 견지에 의하면 새로운 결사(Körperschaft)는 회사의 설립(Errichtung) 및 영업개시(Geschäftser öffnung)로써 성립된다. 이러한 관점을 더 전개시키면 사전채무부담책임의 결정일은 등기신청일 이전이 되어야 하고 또 극단적인 해석의 경우에는 회사계약체결시점으로 앞당겨져야 한다는 것이 된다. 사전채무부담책임은 이로써 전적으로 또는 최소한 거의 배제된다. 그 결과로 설립사원은 기본자본이 단지 한번만 완전히 이행이 되기만한다면 회사재산에의 책임제한을 회사의 설립 및 영업개시와 함께 도달하게 된다.

그러나 거의 동일한 작용이 결정시점으로서 등기신청일로써 야기된

15) Derwisch-Ottenberg, Die Haftungsverh ltnisse der Vor-GmbH, 1988, S. 100 ff.

다. 왜냐하면 설립과 등기신청일 사이의 시간간격이 대부분의 경우 매우 짧기 때문이다. 보통 공증인은 회사계약을 작성하면서 동시에 등기신청을 위한 초안을 작성한다. 설립경과를 작성한 후 공증인은 그 위임자에게 상응하는 증서를 교부하는데, 이에는 설립등기를 위한 견본(Muster)이 포함된다. 이사는 보통 기본출자가 이행되면 회사에 대한 설립등기신청을 하게 된다. 현금출자의 경우에는 이러한 짧은 시간적 간격하에서 큰 분량의 영업활동을 찾아보기가 어렵다. 왜냐하면 영업경영은 아직 더 창출이 되어야 하기 때문이다. 그렇기 때문에 설립과정에서의 큰 규모의 손실은 회사설비구축과 등기신청 사이에는 상상하기가 어렵다.

회사손실이 발생하는 중요한 시간대는 등기신청과 경우에 따라서는 오래걸리는 등기시점 사이의 기간이다.[16] 사전채무부담책임(Vorbelastungshaftung)의 기준일을 등기신청일로 함으로써도 사전채무부담책임은 사실상 제거된다. 왜냐하면 회사설립준비중의 손실은 보통 이 시점 이후에 성립하기 때문이다. 그러나 그러한 결과가 독일 유한회사법 입법자의 의도에 합치하는지는 의문이 있다. 또 판례도 사전채무부담금지(Vorbelastungsverbot)를 학설의 제안에 의거하여 폐지하고 사전채무부담책임으로 대체하였다. 왜냐하면 판례는 채권자들에게 효과적인 안전장치를 제공하고자 하였기 때문이다. 사전채무부담금지는 유한회사에서 회사자본의 본질적인 부분이 실제적으로 가치가 없게된 시점에 성립되게 되는 것을 방지하려고 하였다. 그런데 바로 이 위험이 등기신청일에 焦點을 두는 사전채무부담책임의 기준일(Stichtag)에 현실화된다. 새로이 성립되는 채권자에게 등기법원이 등기신청시점에 회사자본상태가 정상적이었다고 인정한 것으로는 전혀 위안이 될 수가 없다. 이는 특히 실제 등기가 이루어진 시점에서는 등기신청 이후에 영업이 악화되어 회사자본 가운데 남아있는 것이 거의 없을 때에 그러하다.

16) Priester, ZIP 1982, S. 1141, 1142, 1149.

이는 특히 최저자본의 요청은 부실한 설립에 대한 방어장치일 뿐이라는 점에서 보아도 문제가 있다. 그러한 부실한 설립뒤에는 설립자의 경제력이 거의 없는 경우이다. 상인적 기업에 대한 재정적 비축으로는 법률상의 최저자본이 아주 불충분하다는 점은 의문의 여지가 없다.[17] 채권자보호에 있어서 이러한 비참한 상황과 그로부터 도출되는 경향에 반하여 사전채무부담책임의 결정일을 앞당기는 것은 법률에 반하여 채권자보호에 추가적인 불리함을 초래하는 것으로서 타당성이 없는 것이다.[18]

성립된 유한회사에서 회사재산이 원천자본의 액 만큼 기속이 된다는 점이 사원의 인적책임을 대체하기 때문에 회사가 그러한 자본액을 통하여 그 존재가 시작되도록 보장되어야 한다. 그런데 이 때 원천자본의 커버여부를 등기신청일에 焦點을 맞추어 결정하면 새로운 채권자의 안전확보는 이미 관념상으로도 불가능하게 된다. 왜냐하면 유한회사를 등기할 때 설립중의 회사의 영업이 손실이 많은 경우에는 원천자본이 큰 손실을 입은 상태에 있을 것이기 때문이다.[19] 그러나 기진맥진한 회사를 회생시켜주는 것이 상업등기의 목적은 아닐 것이다. 만일 그러한 회사를 도와준다면 설립단계에서 경영손실로 인하여 재산이 쇠약해진 때에 파산에 직면한 회사가 상업등기부에 등기가 될 것이고 경우에 따라서는 이미 등기하기 전에 경제적 가치가 없어져버린 책임자금이 공시되는 결과로 된다. 이러한 경우에는 설립단계에서의 자본유지규정을 적용하는 것도 도움이 되지 않는다. 왜냐하면 그로써 회사에의 출자가 달성되지 않고 영업손실은 커버가 되지 않기 때문이다. 따라서 상업등기부에 회사가 등기됨으로써 책임제한이 발효되고 유한회사의 거래상대방은 경우에 따라서는 전혀 가치가 없는 책임자금에 의거하여 만족을 받으라고 하는 것은 채권자보호에 합치하지 않는다. 그리고 실제로 등기된 시점

17) 이에 대하여는 Schütz, aaO., S. 58 ff. 참조.
18) 同旨: Dauner-Lieb, GmbHR 1996, S. 82, 89.
19) Stimpel, FS Fleck, S. 345, 352; Raiser, EWiR 1996, S. 403, 404.

에서의 사전채무부담책임은 새로운 채권자에게 유리한 것이 아니라 그들에게 알려져 있고 그 존재에 대하여 신뢰할 수 있는 책임재산만을 보장해주는 것이다. 더 나아가 늦어도 등기시점에서 작용하는 자본유지규정이 그 존재가 이미 정하여져 있으면서 또 채권자들에게는 회사로부터 보장이 될 수 없는 자본가치를 보호해줄 것인가는 의문이다.[19]

유한회사법자체가 최저자본납입 및 동법 제9조에 의한 현물출자자의 차액책임과 관련하여 과대평가된 현물출자에 대하여 등기신청에 초점을 맞추고 있다는 점을 주장으로 원용할 수 없다. 즉 독일 유한회사법 제9c조 제1문으로부터 법원은 회사가 정규적으로 설비가 이루어진 상태에서 등시신청이 되지 않은 경우에는 등기를 거절하여야 한다. 등기법원은 등기신청이후에 회사재산의 가치가 정관상의 원천자본 이하로 떨어지고 법원에 이러한 사정이 알려진 경우에는 또 등기를 거절하여야 한다.

그로써 법률은 등기신청시점과 실제의 등기시점 사이의 자본손실을 고려하지 않고 있다. 설립사원의 책임과 관련하여서는 종래 언급이 되지 않았던 규정, 즉 유한회사법 제49조 제3항이 중요하다. 그에 의하면 연도결산서나 영업년도중에의 대차대조표에서 원천자본의 절반이상이 상실되었을 때에는 이사는 지체없이 사원총회를 소집하여야 하고 그를 위반하였을 경우에는 동법 제84조 제1호에 의하여 형벌의 제재를 받게 된다. 告示義務를 통하여 회사는 예방조치를 취함으로써 더 이상의 재산구조상의 파탄을 막아야 한다는 의미이다. 이 규정의 목표는 따라서 위기상황의 등장에 대한 하나의 객관적인 척도를 마련하고 사원들에게 행위의 동기를 부여하는 데에 있다.

독일 유한회사법 제49조 제3항의 규정에 의하여 유한회사법은 원천자

19) John, BB 1982, S. 505, 511.

본의 손실을 용납할 수 없다는 점을 표현하고 있다. 물론 유한회사법은 자본에 상응하는 재산을 정규적으로 충전하도록 하기 위하여 자본손실을 계속하여 보충하도록 하는 의무를 사원에게 부과하고 있지는 않다. 그러나 그렇다고 하여 이 것이 사원들에게 한번만의 자본납입으로 영업을 책임제한의 특권하에 운영할 수 있다는 것은 아니다. 특히 책임제한에 대한 상응대가로서 법률상의 요구(유한회사법 제5조 제1항 제1문)에 상응하는 책임자본을 준비하지도 않은 채 책임제한의 특권만을 누린다는 것은 아니다.

따라서 유한회사에서의 재산기속의 의미는 채권자에 대한 일정한 가치를 상실시키는 것을 방지하자는 데에 있다. 이는 특히 회사가 최소한 기본자본에 상응하는 적극순재산을 보유하여야 한다는 것을 말해준다. 그러나 유한회사법이 이미 등기된 유한회사에 대하여 정관상의 원천자본에 해당하는 책임자금을 항상 보유할 것을 요구한다면 광고를 하면서 활동하는 설립중의 회사에서 책임기초에 대한 容認을 요구할 수는 없다. 이는 설립중의 유한회사에서 그렇지 않아도 궁한 채권자보호를 더 벗어나게 할 것이고 특히 유한회사의 불충분한 자본유지 때문에 책임을 지울 수 없게 될 것이다.

상업등기부에의 등기신청에로의 관련기준시점을 앞당기는 것 및 그와 결부되어 있는 것으로서 독일 유한회사법 제13조 제2항에 규정된 책임기초를 앞당기는 것에 대하여는 강력한 반박이 제기되는데 이는 바로 법률에 근거가 있는 것이다. 즉 이러한 반박은 유한회사는 이미 등기신청시에 실체법상 성립된다는 생각을 기초로하고 있다.[20] 또 영업의 개시와 원천자본의 완전한 납입으로 인하여 설립중의 회사가 완전한 법인에 못미칠 바가 없다고 한다. 그로써 불가침성원칙의 연결시점을 앞당기는 것은 상업등기부에의 등기를 완전히 몰각시켜 등기가 선언적인 효력만

20) Stimpel, FS Fleck, S. 345, 354.

을 갖게될 것이다. 그런데 이는 법률의 규정에 반한다. 왜냐하면 독일 유한회사법 제11조 제1항에 의한 등기는 분명히 창설적효력을 갖는 것이기 때문이다.[21] 현행법질서하에서는 등기는 형식적인 의미만을 갖는 것이 아니고 새로운 권리주체 및 책임주체가 성립하는 데에 대한 실체법상 결정적인 구성요건으로서 그의 소급효는 매우 제한되어 있는 것이다.[22] 불가침성원칙의 연결시점을 결정함에 있어서는 어떤 보충이 가능한 법률의 흠결이 있는 것이 아니라 반대의 해석이 불가능한 명시적인 규정이 존재하고 있다. 그리고 이는 단순히 - 법률에 반하여 - 合目的的 思考에 의하여 무시할 수 있는 것이 아니다. 그러한 지나치게 넓게 미치도록 하는 법형성은 독일 유한회사법 제11조 제1항의 명시적규정에 반할 뿐만 아니라 법인이 성립되기 위한 척도인 규범체계를 포기하는 것이다.[23] 왜냐하면 등기법상의 설립통제가 경우에 따라서는 책임자금에 대한 현저한 손실이 발생하였고 이에 대하여 전혀 制裁가 없는 시점에 이루어진다는 점은 유한회사법 및 규범체계상의 가치평가와 일치하지 않기 때문이다. 더 나아가 그러한 기준시점을 앞당기는 해석으로 인하여 독일 자본회사법상의 특징을 이루고 1980년 유한회사법 개정에 의하여 확대된 실질적인 예방체계가 불합리하게 될 것이고 규범체계 그 자체를 의문시하게 된다.

설립중의 유한회사를 격상시키는 것은 따라서 법형성에 의하여 이루어질 수 있는 것이 아니라 설립중의 회사법을 근본적으로 변혁하는 형태로 입법자에 의하여 이루어져야 한다. 기준시점을 앞당기는 것은 독일 유한회사법 제11조 제1항이 상응하게 새로이 문구가 구성되고 법인의 성립시점을 시간적으로 앞당기는 경우에는 법률에 합치

21) 연결시점을 앞당기자고 주장하는 학자들도 회사설립등기가 창설적효력을 갖는다는 점을 진지하게 다투고 있지는 않다. 이에 대하여는 가령 Dauner-Lieb, GmbHR 1996, S. 82, 87; Karsten Schmidt, ZIP 1986, S. 353, 355 참조.

22) 이에 대하여는 특히 Fleck, GmbHR 1983, S. 5, 10 참조.

23) Stimpel, FS Fleck, S. 345, 355.

할 것이다. 따라서 기준시점을 앞당기는 것은 입법론으로나 가능한 것이다. 그러나 해석론상으로는 유한회사법 제11조 제1항은 기속력이 있다.

따라서 불가침성원칙(Unversehrtheitsgrundsatz)의 기준시점을 앞당기는 것 및 회사재산에로 책임을 제한하고 인적사원책임을 배제하는 것은 유한회사법 제13조 제2항에 의하여 등기에 의한 법인성립과 불가분하게 연결되어 있다. 그로써 완전히 책임을 지지않는 것에로 이르게되는 급격한 해결도 좌절되고 자신의 出資에 한정되는 대외적 책임제한도 발생할 수가 없다. 왜냐하면 그런 경우에도 사원은 출자의 이행이후에 등기가 이루어질 때까지 그밖의 모든 책임으로부터 면제될 것이기 때문이다. 이것도 비록 결과에 있어서는 범위에 있어서는 제한되어 있더라도 독일 유한회사법 제13조 제2항의 소급적 효력이 있게되고 따라서 설립중의 사원의 책임이 완전히 면제된다는 항변을 받게 된다.[24]

3. 손실위험부담의 효과 : 등기시점까지의 무한책임

등기시점에까지 효력이 발생하는 사전채무부담책임은 모든 사전책임제한과는 배치된다.[25] 즉 이 경우에는 사원들이 업무수행에 착수하면 등기시점까지의 위험을 부담하고 손실을 보상하여야 할 공통된 의무부담이 문제된다. 그로써 사전채무부담책임은 설립단계에서의 자본위험에 대한 사원에게의 명시적인 위험부담을 내용으로 한다. 따라서 설립중의 유한회사에서는 경제거래에 참여하는 자는 그 위험을 부담하여야 한다는 일반원칙이 적용된다.

---

24) Beuthien, GmbHR 1996, S. 309, 310.

25) Dauner-Lieb, GmbHR 1996, S. 82, 87.

4. 대외적 책임인가? 대내적 책임인가?

이상으로 전적인 책임면제도 출자의 이행에 한정된 책임도 이론적으로 합당하지 않음이 밝혀졌다. 따라서 법적 문제점은 결과적으로 설립중의 회사의 사원이 설립중의 유한회사의 채무에 대하여 채권자에 대하여 직접 대외적으로 책임을 지는가 아니면 단지 대내적으로만 책임을 지는가의 문제에 귀착한다고 주장하는 Beuthien[26]의 견해에 찬성하여야 한다.

1) 체계에 맞는 해결

독일연방대법원이 1981년 3월 9일의 기본적이고도 파장이 큰 판결[27]을 통하여 설립중의 회사법에 하나의 새로운 변화를 가한 이후 학설상으로 점진적으로 새로운 책임개념에 대한 견해가 주장되었다. 새로운 견해는 법형성에 의하여 창출된 설립중의 유한회사의 법적 과제에 모순없이 적용될 수 있는 책임개념을 도출하기 위하여 노력하고 있다. 책임개념을 체계에 맞게 형성하는 것은 설립중의 유한회사를 잠정적인 기업담당자로 격상시키고 또 완성된 사단법에의 점차적인 접근을 이루도록 하여야 한다.

설립중의 유한회사에 대한 그러한 현대적인 고찰을 하기 위하여는 체계에 맞도록 책임법을 수정할 필요가 있다. 일반적으로 시도되는 것으로 설립중의 회사도 완성된 유한회사를 典型으로 하여 구성하여야 하는 것과 마찬가지로 이러한 典型에 법인으로 되어가는 와중에 있는 조직의 책임관계도 법적으로 가능한 범위내에서 맞출 필요가 있다.[28]

---

26) Beuthien, GmbHR 1996, S. 309, 310.

27) BGHZ 80, 129 = GmbHR 1981, S. 114.

28) 이에 대하여는 Schütz, a.a.O., S. 153 참조.

유한회사에 일치하는 책임개념에서 유한회사법은 항상 단체의 재산에 대한 책임으로부터 출발하지, 회사의 대외관계에서 사원의 책임으로부터 출발하지 않는다는 점 및 회사채권자를 위태롭게 하는 것이 회사내부적인 유한회사자체의 사원에 대한 청구권을 통하여 대체된다는 점을 염두에 두어야 한다.[29] 이는 또한 독일 유한회사법 제49조 제3항, 제64조 제1항의 규정내용으로부터 분명하여진다. 이들 규정은 유한회사의 위기시에 사원에게 기업을 갱생시킬 기회, 즉 자본을 추가로 조달하거나 청산절차를 밟거나 이사로하여금 파산절차를 밟도록 하는 등의 기회를 부여하고 있다.

유한회사의 사원은 항상 단체의 내부관계에서만 지급의무를 부담한다.[30] 따라서 사전채무부담책임을 통하여 독일연방대법원은 사전채무부담에 대한 보상을 위한 것으로 체계에 합치되는 해결책을 마련하였다. 이때 사전채무부담책임은 무제한의 내부책임을 의미하고 있다. 이러한 무제한의 내부책임으로 한정되어 있기에 외부적으로는 책임을지지 않는 것이지만 설립단계에서의 영업활동으로 인한 손실위험은 부담하여야 하고 따라서 회사채권자의 이익을 적정히 배려하여 준다.

그 결과 사전채무부담책임이 설립단계에서의 사원책임에 대한 기준척도라는 인식이 힘을 얻게되었는데 이는 합당하다.[31] 설립자책임을 사전채무부담책임에 적응시키는 것만을 통하여 설립자의 책임부담상황을 설립중의 유한회사의 책임법적과제에 부합시키고, 또 등기전후의 책임상황의 모순을 방지할 수 있다. 따라서 설립자책임의 체계에 맞는 개념파악은 필연적으로 등기시점의 사전채무부담책임과 조화시켜야 한다.

---

29) 이 점은 특히 독일 유한회사법 제9조, 제9a조, 제24조, 제26 28조 및 사전부담책임에 의하여 분명하여진다. 이에 대하여는 Stimpel, FS Fleck, S. 345, 361 참조.

30) BGHZ 50, S. 204, 206; Wiedemann, Jura 1970, S. 439, 454.

31) Priester, ZIP 1982, S. 1141, 1150; Meister, FS Werner, S. 521, 549 f.; Roth, ZGR 1984, S. 597, 623 f.

2) 대외적 책임의 체계상 모순성

그러면 대외적 책임이 문제없이 설립중의 유한회사의 책임법적 과제에 귀속시킬 수 있는지가 크게 의문시된다. 특히 대외적 책임은 등기시점에 성립된 사전채무부담책임과 부합되게 하기가 어렵다. 그리하여 대외적 책임은 이미 개념적으로 체계에 맞지 않게 된다. 대외적 책임이 맞지 않음은 대외책임이 제한책임목표를 위하여 노력하는 설립자에게 불리하게 하면서 설립중의 회사의 거래상대방에게 정당하게 기대할 수 있는 것보다 더 많은 책임을 제공하는게 된다. 설립중의 유한회사와 거래를 하는 자는 누구나 사원이 단지 단체에 대하여 출자의 납입에 대해서만 책임을 부담함을 알고 있다. 그런데 설립자책임은 법률거래계의 기대에 의거하여야 한다.[32] 그와같이 특징이 인식된 회사와 거래를 하는 채권자는 특별한 다른 합의가 없는 한 보통 자신의 채권으로 인하여 사원의 개인적 재산에 대하여 추급할 수 있다고 기대하여서는 안되고 또 기대하지도 않을 것이다. 그 결과 채권자보호의 필요성은 채권자들이 보통 기대하지 않는 범위까지 미칠 수는 없다.[33] 채권자의 이익은 전적으로 회사재산으로부터 만족을 받게되는 유한회사에 유사한 책임개념을 따르면 물론 사원이 해당 회사재산을 납입하고 손실의 경우에는 이를 보충하도록 요구할 수 있다. 채권자는 확실히 그리고 정당하게 자신들의 채권이 만족을 받기를 기대한다. 그러나 유한회사와 실제 거래를 하려고 하면 채권자가 설립자의 인적인 책임부담을 기대할 수 없다. 왜냐하면 유한회사나 설립중의 유한회사와 계약을 체결하는 자는 자신의 채권으로 인하여 직접 사원의 사적재산에게까지 추급할 수 있다는 사실로부터 출발하여서는 아니되기 때문이다. 따라서 설립자에게 인적인 책임을 물을 계약상대방의 보호가치있는 이익은 존재하지 않는다.

일반적인 책임원칙이론으로부터도 필연적으로 유한회사설립자의 직

32) Meister, FS Werner, S. 546.

33) Fleck, ZGR 1975, S. 212, 228; Lieb, FS Stimpel, S. 399, 406.

접적인 대외적 책임을 이끌어낼 수 없다. 물론 설립중의 유한회사는 회사재산에 책임이 제한된 법률조직에 귀속시킬 수는 없다. 그럼에도 불구하고 잠정적인 기업담당자로서 평가할 수 있기 때문에 상사회사의 제한된 종류에서 한자리를 차지한다. 따라서 회사채권자에 대한 사원의 무제한적이고 직접적인 대외책임은 설립중의 유한회사가 오늘날 독자적이고, 유한회사에 유사한 회사형태로 인정되고 있다는 점과 부합될 수가 없다. 대외적 책임은 유한회사법상 이질적이고 유한회사에서는 비전형적이다. 그러한 대외책임은 오히려 인적회사법에 그 기원을 두고 있다.[34] 설립중의 유한회사는 그러나 인적회사와는 분명히 다르고, 법률에 규정된 특징을 가지고 있는데, 바로 연속적으로 존재하는 것이 아닌 법인의 필연적인 사전단계이다. 그리고 이 설립중의 유한회사에서는 정관상의 담보자본(Garantiekapital)만에 의하여 제한된 책임을 부담하려는 설립자의 의사가 명시적으로 표시되어 있다. 설립중의 유한회사의 영업위험이 사원에게 부과되어야 하고 책임제한은 상업등기부에의 등기 이전에는 고려되지 않더라도 설립중의 사원에게 유한회사에서 이질적인 대외적 책임을 부과하는 것은 옳지 못하다. 즉 대외적 책임은 사원들로 하여금 예측하기 어려운 범위까지 설립중의 회사의 대외채무관계에 휘말리게 한다. 설립자의 인적인 대외책임은 회사채권자에게 미리 설립중의 회사에 대하여 자신들의 채권을 주장함이 없이도 직접 설립자에게 가서 만족을 얻을 수 있는 가능성을 부여해줄 것이다. 그렇게 되면 자본에 의해서만 유한회사에 참가하고 있던 사원들도 유한회사법에 의하면 이사의 수중에 놓여있는 회사영업수행의 문제에 직면하게 된다. 결국 대외적 책임은 유한회사법의 조직원리에 반한다고 확정지울 수 있다. 따라서 설립과정에 있는 유한회사의 법문화, 자본조직 및 책임관계가 서로서로 조화를 이루고 동시에 회사채권자의 이익도 적정히 고려하는 유한회사에 유사한 책임개념을 창출하는 것이 더 합당하다.

34) Weimar, GmbHR 1988, S. 285, 289.

3) 내부적인 손실전보의무를 통한 체계합치

설립과정에서 무제한의 내부적 塡補責任에 의해서만 설립중의 유한회사법에서 사원의 책임상황이 체계에 맞게된다.

a) 손실전보책임(Verlustausgleichshaftung)은 사전채무부담책임에 합치될 뿐만 아니라 독일 유한회사법 제11조 제2항에 의한 행위자의 무한책임과도 합치된다. 설립단계에서의 영업활동의 손실위험을 피할 수 없는 求償이라는 우회적 방법을 통하여 결과적으로 사원에게 부과하기보다는 설립자에게 즉시 영업손실을 전보하도록 하고 채권자들에게는 유한회사법의 가치평가에 합치되는 회사재산으로 책임자금을 제공하도록 하는 것이 더 합당하다. 행위자의 책임이 해석론상 포기될 수는 없으므로 설립사원의 책임상황은 손실전보책임에 의하여 대표기관의 책임에 맞게 조화되었다.

b) 그러나 손실전보책임이 체계에 합치하는 이유가 또 있다. 즉 손실전보책임은 내부적책임으로 유한회사법의 가치평가에 합치된다. 이미 언급한 바와 같이 유한회사법은 債權者保護를 보장하기 위하여 사원이 항상 회사내부적으로 추가납입을 추구하고 있지만 구성원의 외부관계에서의 직접적인 책임부담을 예견하고 있지는 않다. 손실전보책임의 내부적 塡補義務는 따라서 회사채권자에게 항상 정관상의 담보기금의 액수만큼 제공하여야 한다는 유한회사법의 원칙에 합치된다. 이 때 책임자금은 최소한 독일 유한회사법 제5조 제1항 제1문의 요청을 충족하여야 한다.

4) 청구의 근거

사전채무부담책임은 설립자에게 事前的 事業開始로 인한 성과 뿐만 아니라 채무부담도 하여야 하기 때문에 이 책임을 손실이 성립된 시점, 즉 설립단계에서 이미 부과하는 것이 논리일관적이다. 그로써 설립자에

게는 늦어도 등기가 이루어지기까지 전보하여야 하는 부담만이 부과된다. 등기처리절차동안 설립자가 회사자본의 감소를 전보하면 설립자는 유한회사에로 이월되고 사원들에 의하여 결국은 전보되어야 할 의무부담을 축소시킨다. 따라서 손실전보책임은 설립자의 추가적인 책임이 아니라 사전채무부담책임과 마찬가지로 설립과정에서 발생한 채무에 대한 책임이다. 늦어도 등기시점에는 손실전보책임은 사원들에게 도움이 된다. 왜냐하면 손실전보책임으로 인하여 사전채무부담책임의 범위가 아직 변제되지 않은 채무에로 감소되기 때문이다. 따라서 손실전보책임에 의하여 책임범위의 확장이 있게되는 것은 아니다. 유한회사의 등기가 이루어지고 그로써 사전채무부담책임이 성립되는 것이 전제가 되어야 한다. 왜냐하면 설립중의 유한회사의 형태로의 기업적 활동은 설립자에게는 설립자들이 등기를 위하여 힘쓰고 설립목적이 영업목적보다 단연 우선하는 때에 한하여 허용되기 때문이다. 사원들이 등기절차를 위하여 애쓰지 않고 영업에만 몰두하려고 하면 그 기업은 독일 상법 제128조에 준하는 대외적 책임을 강행적으로 동반하는 부진정한 설립중의 회사로 전환된다.[35]

5) 손실전보책임의 존속기간

설립자의 무제한의 내부책임을 주장하는 학자들은 대다수가 설립자들이 청산 및 파산의 경우에만 책임을 진다고 한다. 이러한 두 가지의 경우에 설립자들이 내부적으로 손실전보책임을 진다는 것이다. 등기가 이루어지면 사원은 어쨌든 사전채무부담책임을 진다는 것이다.

물론 이러한 견해는 회사의 설립준비시로부터 파산절차의 개시나 거절에 대한 결의가 있기까지의 사이에는 최소한 사실상 설립자의 책임제한이 성립된다는 점을 간과하고 있다. 왜냐하면 이 시점까지는 자본전

35) 진정한 설립중의 회사와 부진정한 설립중의 회사의 구별에 대하여는 Schütz, aaO., S. 83 ff.; Kort, ZIP 1995, S. 109, 110 ff. 참조.

보책임이 존재하지 않기 때문이다. 그런데 이는 부당하다. 즉 회사재산에 대한 광범위한 채권자의 책임추궁은 설립자가 영업개시로부터 등기가 이루어지기까지의 전기간동안 그때까지 발생한 영업손실을 전보할 의무를 부담할 경우에만 가능하기 때문이다. 불가침성의 원칙 및 그와 결부된 자본기속과 책임제한의 상호의존관계를 고려하여볼 때 Meister의 견해[36]와 마찬가지로 사원이 계속하여 원천자본을 등기시점까지 침해없이 유지하도록 하는 것이 더 합당하다.

그러나 그러한 지속적인 내부책임은 지속적인 불가침성의 원칙을 요구한다. 그러나 법형성에 의하여 설립중의 유한회사가 광고적인 활동을 하는 것이 허용된다는 점으로부터 볼 때 관련시점을 불가침성원칙의 기준시점까지 계속 인정하는 것이 더욱 합당하다고 본다. 이러한 설립자책임을 둘러싼 종래의 논의는 불가침성원칙의 기준일을 항상 등기신청이나 등기시점에 맞추고 설립중의 회사의 전체적인 국면을 적정히 고려하지 않았기 때문에 만족할만한 결과를 이끌어 낼 수 없었다. 따라서 기존자본의 불가침성에 대한 의무는 영업활동의 착수시에 개시되고 유한회사를 등기부에 등기할 때까지 존속한다. 광고적인 활동에 착수함으로써 사원은 이사로 하여금 등기절차를 밟고 독일 유한회사법 제5조 제1항의 요건에 상응하는 책임자금을 실제적으로 납입하고 설립중의 회사에게 제공하도록 유도할 의무를 부담한다.

5. 손실전보책임으로 인한 청구권의 관철

1) 설립자의 사적재산에 대한 강제집행

社員의 그 단체에 대한 내부관계에서 회사채권자의 회사재산에 대한

36) Meister, FS Werner, S. 521, 550 ff.

추급은 항상 강제집행의 방법으로 행하여진다. 따라서 채권자에게 설립중의 유한회사를 그 商號를 통하여 소를 제기하여 설립중의 회사에게 내려진 급부판결로써 설립자의 사적 재산에 대하여도 강제집행하는 길이 열려있다. 이 때 채권자들은 손실전보책임으로 인한 설립중의 유한회사의 설립사원에 대한 청구권을 압류하여 자신에게 지급하도록 한다. 이러한 방법을 통하여 손실전보책임이 실제적인 권리관철의 관점에서도 사전채무부담책임에 유사하고 설립중의 유한회사의 책임체계에도 부합하게 된다.[37]

2) 손실전보책임으로 인한 청구권의 이사에 의한 적극적 활용

손실전보책임의 의미와 목적은 그러나 강제집행을 가능하게 하는 것이 아니라 설립중의 회사가 경제생활에 참여하고 채권자의 청구권을 회사자체의 재산으로 변제할 수 있도록 회사재산을 갖추는 데에 있다. 따라서 사전채무부담책임에서와 마찬가지로 이사들은 설립중의 유한회사의 손실전보청구권을 적극적으로 행사하여 지급의무를 설립자에게 이행시키도록 하는 의무를 부담한다. 이사들은 또한 이에 대하여 특별한 이해를 갖는다. 왜냐하면 설립진행과정에서 행위자책임으로 인한 인적 청구를 당할 위험에 있고 따라서 설립자가 손실전보책임으로부터의 의무를 실제로 이행하는가에 대하여 고유한 이해관계를 가지고 있기 때문이다.

3) 법추급에 있어서의 어려움

내부적책임의 모델은 대외적 책임의 주장자로부터 비판을 받아왔다. 그 이유는 채권자는 이에 의하여 자신들에게는 매우 어려운 내부적 손실전보에 의하여 채권을 변제받아야 한다는 점에 있다. 그런데 이 경우

37) Schütz, aaO., S. 170.

내부적 손실전보는 - 무제한의 대외적 책임에 비하여 - 채권자의 입장을 불리하게 할 것이라는 점이다.[38] 얼핏보기에는 손실전보책임은 실제로 법적추급에 있어서 어려움이 있는 것같다. 이사들이 설립자의 실제의 지급의무를 조사·확정하여야 하고 또 설립중의 회사의 설립자에 대한 손실전보청구권을 행사하여야 한다. 이에 사원들이 회사재산을 채워놓은 후에 채권자는 채무자에 의한 자신의 채무변제의 가능성을 가지게 된다. 이것이 제대로 행하여지지 않으면 채권자들은 설립중의 유한회사에 대한 채무명의를 얻어서 이에 의거하여 설립자의 개인재산에 대하여 강제집행을 하거나 행위자에게 독일 유한회사법 제11조 제2항에 의한 청구를 하여야 한다. 이것이 채권자에게는 매우 어려운 방법인 것처럼 보인다. 그러나 자세히 검토하여 보면 채권자들은 그러한 방법을 통하여 전혀 불리하게 되지 않는다는 점을 알 수 있다.

무제한의 대외적 책임을 주장하는 학자들의 글을 검토하여 보면 설립중의 사원의 직접적청구만이 설립중의 회사의 채권자의 청구권을 만족시킬 것 같은 인상을 준다. 그런데 이는 다음과 같은 점을 간과한 것이다. 즉 회사나 그 사원이 채권자의 청구권을 만족시켜야만 합명회사의 채권자가 비로소 안도할 수 있는 것과 마찬가지로 설립중의 유한회사의 채권자의 청구권도 우선 관철이 되어야만 한다. 따라서 유한회사의 설립자에 대한 청구권도 독일 상법 제128조에 의거하여 보아도 채권자가 곧바로 만족을 얻을 수 있는 것은 아니다.

실제로 대외적 책임은 채권자에게 쉬운 방법이 될 수는 있다. 즉 회사채권자에 의한 청구에 대하여 설립자가 설립중의 유한회사의 채무를 실제로 자유의사에 의하여, 즉 임의로 이행할 경우만은 대외적 책임이 채권자에게 유리하다. 그러나 이는 유한회사의 설립자의 의사는 단지 단

38) 이를 주장하는 자는 가령 Beuthien, GmbHR 1996, S. 309, 311 ff.; Karsten Schmidt, ZIP 1996, S. 353, 356을 들 수 있다.

체에 대하여 대내적으로만 책임을 지려는 것이고 따라서 사원은 대외관계에서의 지급에 대하여는 보통 부정할 수 있기 때문에 실현성이 희박하다. 그러한 임의의 지급이 이루어지지 않는 한 채권자는 무제한의 대내적 책임으로 인하여 무제한의 대외적 책임에 비하여 더 불리한 것이 아니다.

설립자가 회사채권자에 대하여 자신의 개인재산으로 임의로 지급하지 않는 한 채권자로서는 무제한의 대외적 책임의 관점에서도 법치국가의 권리관철수단으로서 민사소송에 의하여야만 하기 때문이다.

따라서 무제한의 대외적 책임은 사원이 채권자의 청구권을 임의로 이행할 경우에만 채권추급가능성이 용이하게 된다. 그런데 이는 쉽게 발생하지는 않는다. 설립자가 회사채권자의 청구권을 임의로 변제하지 않는 한 채권자는 민사소송을 제기하는 수밖에 없다. 그렇다면 설립중의 회사에 대한 집행명의(Titel)로부터 사원에 대한 강제집행을 하기 위하여는 訴는 채무자, 즉 설립중의 유한회사에 대하여 제기하는 것이 논리적이고 합당하다. 더 나아가 채권자는 설립중의 유한회사에 대한 집행명의로부터 등기 이후에는 유한회사에 대하여도 집행할 수 있다. 왜냐하면 설립중의 회사에 대한 채무는 사전채무부담책임의 과제에 의하여 동일성의 원리에 따라 완성된 단체에게로 이양되기 때문이다. 따라서 회사채권자에게 설립중의 유한회사에 대한 법적 분쟁의 시행만이 주효하고 그 사원에 대한 법적분쟁실행은 의미가 없다고 하는 주장은 문제가 되지 않는다.

IV. 맺는말

1. 상업등기부에의 설립등기는 종래와 마찬가지로 불가침성원칙의 관

련 기준시점이 된다. 따라서 사전채무부담책임은 이 시점에 발효된다. 논리귀결적으로 등기이전에 책임면제나 책임제한은 불가능하다.

2. 상업등기부에의 등기에 연결되는 사전채무부담책임은 설립중의 유한회사의 사원에게 설립단계에서의 영업손실에 대한 손실위험을 부담시킨다.

3. 설립자는 따라서 등기절차진행중에 그때까지 발생한 영업손실을 전보하여야 하고 회사자본을 다시 메꾸어야 한다. 이 경우에 무제한의 대내적 책임이 있게된다. 왜냐하면 그러한 책임만이 설립중의 유한회사의 책임법적 과제에 모순없이 귀속될 수 있기 때문이다. 이에 반하여 유한회사에서의 대외적 책임은 비전형적이고 체계에도 부합되지 않는다.

株式讓渡에 관한 硏究*
- 定款에 의한 株式讓渡制限을 中心으로 -

A Study on the Transfer of Shares -
Focused on the Restriction of the Transfer of Shares by Articles or By - Laws

鄭 燦 亨**

목 차

Ⅰ. 序言
Ⅱ. 우리 商法上 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 규정의 內容 및 立法理由
1. 규정의 內容
2. 규정의 立法理由
Ⅲ. 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 比較法的 考察
1. 獨逸
2. 프랑스
3. 日本
4. 英國
5. 美國
Ⅳ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 要件
1. 定款의 規定
2. 讓渡制限의 公示
3. 理事會의 承認
Ⅴ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 適用範圍
1. 對象株式
2. 對象行爲
Ⅵ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 경우 讓渡承認의 節次
1. 承認請求
2. 承認與否의 通知
Ⅶ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 경우 讓渡承認拒否의 效力
1. 讓渡相對方의 指定請求權
2. 會社에 의한 株式買受請求權
Ⅷ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 立法論上 問題点
Ⅸ. 結語

* 이 論文은 1996년 高麗大學校 校內硏究費에 의하여 작성된 것임.

** 고려대 법대 교수 · 법학박사

Ⅰ. 序 言

(1) 株式讓渡란 「法律行爲에 의하여 株式을 이전하는 것」을 말하는데, 이러한 株式讓渡에 의하여 株主가 회사에 대하여 갖고 있는 일체의 權利義務가 포괄적으로 양수인에게 이전된다(社員權說).[1]

株式을 취득하는 방법에는 크게 原始取得(회사의 設立時 또는 新株發行時에 발행되는 株式을 引受하는 경우, 株式을 無權利者로부터 善意取得하는 경우 등)과 承繼取得이 있으며, 承繼取得에는 다시 包括承繼(相續·合併 등에 의하여 株式을 취득하는 경우)와 特定承繼(株式의 讓渡·競賣·公賣 등에 의하여 株式을 취득하는 경우)가 있는데, 株式讓渡에 의한 취득은 特定承繼의 대표적인 例이며 또한 株式을 취득하는 가장 일반적인 형태에 속한다.

이러한 株式讓渡는 보통 매매·증여·교환 등과 같은 原因行爲(債權行爲)와 구별되고 그의 이행행위로서 행하여지므로 그의 法的 性質은 「準物權行爲」라고 보는 것이 通說이다.[2] 이러한 株式讓渡는 株式을 표창하는 有價證券인 株券의 交付에 의하여 이루어지므로(商 336조 1항) 株式讓渡는 동시에 有價證券인 株券讓渡의 문제가 된다.

(2) 株式讓渡에서 첫째로 문제되는 것은 투자자인 株主의 이익보호(투하자금 회수의 보장)와 會社 등의 이익보호(회사의 자본충실)를 어떻게 조화할 것인가에 관한 것으로서 이는 株式讓渡의 自由와 制限에 관한 문제이다. 株式會社는 人的會社와는 달리 退社制度가 없으므로 社員(株主)의 투하자본회수를 위하여 株式讓渡의 自由를 보장할 필요가 있다. 따라서 商法은 株式은 타인에게 양도할 수 있다고 규정하여(商

1) 拙著, 「會社法講義」(서울 : 弘文社, 1997), 274면.

2) 拙著, 上揭書, 274면 ; 鄭東潤, 「會社法(第四全訂增補版)」(서울 : 法文社, 1996), 220면 ; 蔡利植, 「改訂版 商法講義(上)」(서울 : 博英社, 1996), 627면 ; 李基秀, 「會社法學」(서울 : 博英社, 1996), 382면 ; 徐燉珏, 「第三全訂 商法講義(上)」(서울 : 法文社, 1985), 341면 外.

335조 1항 본문) 원칙적으로 株式讓渡의 自由를 보장하고 있다. 그러나 이러한 株式讓渡의 自由에 대하여 예외적으로 회사 등의 이익보호를 위하여 株式讓渡의 自由가 法律 또는 定款에 의하여 制限되는 경우가 있다. 株式讓渡가 法律에 의하여 제한되는 경우는 다시 商法에 의하여 제한되는 경우와 特別法에 의하여 제한되는 경우가 있는데, 전자에 해당하는 것으로는 權利株讓渡의 제한(商 319조)·株券發行前의 株式讓渡의 제한(商 335조 3항 본문)·自己株式取得의 제한(商 341조 분문)·子會社에 의한 母會社株式取得의 제한(商 342조의 2 1항) 등이 있으며, 후자에 해당하는 것으로는 銀行法에 의한 제한(同法 27조 1항 10호 본문, 17조의 3 1항 본문)·獨占規制 및 公正去來에 관한 法律에 의한 제한(同法 8조, 9조, 12조 1항 1호·4호)·證券去來法에 의한 제한(同法 188조, 189조, 200조, 203조) 등이 있다. 이와 같이 法律에 의하여 株式讓渡를 제한하는 것은 株式讓渡의 自由에 따른 不作用을 방지하기 위한 立法政策的인 것으로 이에 대하여는 立法論上으로서는 몰라도 解釋論上으로는 크게 문제될 것이 없다고 본다. 株式讓渡가 定款에 의하여 제한되는 것은 1995년 改正商法에 의하여 신설된 것인데, 소규모의 주식회사에서 주주 상호간의 人的關係를 존중하여 회사가 바라지 않는 株主의 참여를 막아 經營의 안전을 도모하기 위하여 인정된 것이다.[3] 그런데 이와 같이 定款에 의하여 株式讓渡의 自由를 제한하는 것은 會社에 의한 自律的인 제한으로 會社의 이익만을 치중한 나머지 자칫 투자한 자금을 회수하고자 하는 株主의 이익을 희생하기 쉽다. 따라서 1995년 改正商法은 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 규정(商 335조 1항 단서)을 두면서도 다시 株主의 이익을 보호하기 위한 상세한 규정(商 335조의 2~335조의 7)을 두고 있다. 그런데 定款에 의한 株式讓渡制限을 규정한 商法의 규정은 解釋論上 뿐만 아니라 立法論上도 많은 문제점이 있다. 따라서 本稿는 1995년 改正商法에 의하여 신설된 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 규정을 중심으로 그 解釋論上 및 立法論上의 문제점에 대

3) 孫珠瓚 外 6人(共著), 「商法改正案解說」(서울 : 法文社, 1995), 84면.

한 해결방안을 제시함으로써, 앞으로 이 규정의 시행에 있어 實務 및 立法에 도움을 주고자 한다.

(3) 株式讓渡에서 둘째로 문제되는 것은 株式讓渡方法에 관한 것이다. 商法은 주식회사는 成立後 또는 新株의 納入期日 후에는 지체없이 株券을 발행하도록 하고 있고(商 355조 1항), 株主는 이러한 株券의 交付에 의해서만 株式을 양도할 수 있도록 하고 있다(商 336조 1항). 또한 商法은 記名株式의 양도의 경우에는 회사에 대한 對抗要件으로 名義改書에 대하여 규정하고(商 337조 1항), 이러한 名義改書와 관련하여 많은 문제점이 발생하고 있다. 그러나 株式讓渡의 실제에서 보면 이와 같은 商法의 규정에 따라 株券을 交付하여 株式을 양도하는 경우보다는, 오히려 株券의 交付 없이 株式을 양도하는 경우가 많다. 즉 주식회사의 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6月이 경과하면 (회사가 株券을 발행하지 않은 경우에도) 株主는 株券 없이도 주식을 양도할 수 없으며[4](商 335조 3항 단서), 또한 회사가 株券을 발행한 경우에도 株主는 이를 證券會社를 통하여 預證券 託院에 예탁한 후 증권회사에 구좌(고객계좌분)를 개설한 후 이러한 구좌상의 대체만으로 (株券을 실제로 交付하지 않고) 주식을 양도하고 있다. 이에 더 나아가 1996년 改正證券去來法은 일정한 경우 株券發行前 株式讓渡를 전면적으로 허용하는 규정을 신설하였다. 즉 證券去來法은 株券發行前에 有價證券市場 또는 協會仲介市場에서의 매매거래를 고객계좌부 또는 예탁자계좌부상 계좌간 대체의 방법으로 결제하는 경우에는 商法 제335조 3항의 규정에 불구하고 발행회사에 대하여 그 效力이 있다고 규정하여(同法 174조의 3 4항), 이와 같은 株式의 경우에는 株券發行前이며 또 新株의 納入期日後 6月이 경과하지 않은 경우에도 고객계좌부 또는 예탁자계좌부상의 계좌간 대체만으로 株式讓渡가 가능한 것으로 하였다. 이와 같은 證券去來法上의 규정은 商

4) 이 경우 商法은 株主가 株券없이 株式을 양도할 수 있는 점에 대하여는 규정하고 있으나, 그 양도방법에 대하여는 규정하고 있지 않다.

法 제335조 3항의 예외가 되는 것 뿐만 아니라, 有價證券의 발행을 전제로 하고 또 이를 증권예탁원에 예탁한 것에 기초하는 證券去來法上의 다른 규정(同法 174조의 4, 174조의 7 등)에 대하여도 예외가 되는 규정으로 有價證券의 無券化에 한 걸음 더 나아간 새로운 형태의 株式의 讓渡方法이라고 볼수 있다.[5] 또한 證券去來法은 株式讓渡方法의 특수한 형태로 株式의 公開買受에 대하여 규정하고 있다(同法 21조~27조의 2). 따라서 株式讓渡에서 株式讓渡方法과 관련하여 발행하는 문제점도 많으며, 이에 관하여도 解釋論上 및 立法論上 해결하여야 점이 많다. 그런데 이 점에 관한 硏究는 다음 기회에 미루고, 本稿에서는 앞에서 본 바와 같이 첫째의 문제인 株式讓渡制限에 관한 문제에 국한하여 살펴보되 그 중에서도 定款에 의한 株式讓渡制限을 중심으로 연구하고자 한다.

Ⅱ. 우리 商法上 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 규정의 內容 및 立法理由

1. 규정의 內容

1995년 改正商法 이전에는 「株式의 讓渡는 定款에 의하여서도 이를 禁止하거나 制限하지 못한다」고 규정하여 (改正前 商法 335조 1항), 株式讓渡의 自由를 절대적으로 보장하였다. 그러나 1995년 改正商法은 「株式은 타인에게 이를 양도할 수 있다. 다만 株式의 양도는 定款이 정하는 바에 따라 理事會의 承認을 얻도록 할 수 있다」고 규정하며(商 335조 1항), 定款이 정하는 바에 따라 주식양도를 제한할 수 있음을 규정하였다. 1995년 改正商法은 이와 함께 이러한 定款에 위반하여 한 株式讓渡

5) 이에 관하여는 拙稿, "改正證券去來法—株式·株主에 관한 改正部分," 「考試界」, 1997. 4, 30~31면 참조.

의 效力(商 335조 2항), 讓渡承認의 請求節次(商 335조의 2), 회사가 이를 拒否한 경우 讓渡相對方의 指定請求에 관한 사항(商 335조의 3~335조의 5)과 회사에 대한 株式買受請求에 관한 사항(商 335조의 6) 및 株式讓受人에 의한 承認請求(商 335조의 7)에 대하여 규정하고 있다.

2. 규정의 立法理由

앞에서 본 바와 같이 1995년 改正前 商法은 株式讓渡의 자유를 절대적으로 보장하였으나, 이는 우리 나라의 株式會社가 대부분 非上場會社로서 대체로 소수의 인원으로 구성되고 人的會社에 못지 않는 人的 紐帶를 기초로 운영되는 현실에서 볼 때 非現實的이며, 또한 商法이 記名株式을 원칙적인 형태로 하면서(商 357조 1항 참조) 주식의 절대적 자유양도성을 보장하는 것도 非論理的인 입법태도라는 점 등에서 비판을 받아왔다.[6]

따라서 1995년 改正商法은 소규모 폐쇄적인 株式會社의 경우 회사가 모르는 외부인사(특히 경쟁회사·외국투자자·기타 이질적인 자 등)의 참여를 배제하여 會社機密을 보장하고, 出資價額에 따른 회사내부에 있어서의 持分比率을 유지하여 경영권을 보호한다는 목적 등을 위하여 定款에 규정을 두어 自律的으로 주식양도를 제한할 수 있음을 규정한 것이다.[7] 이러한 商法의 改正은 比較法的으로 볼 때도 대부분의 外國의 會社法이 株式讓渡에 理事會 등의 승인을 얻도록 규정하여 株式讓渡를 자율적으로 제한할 수 있도록 하고 있는 점과 그 취지를 같이 하고 있다고 볼 수 있다.

---

6) 李泰魯·李哲松, 「會社法講義(第5版)」(서울 : 博英社, 1996), 342면 外.

7) 拙稿, "改正商法 중 株式會社의 設立과 株式에 관한 部分의 檢討," 「經營法律」, 제6집 (1996), 26~27면 참조.

Ⅲ. 定款에 의한 株式讓渡制限에 관한 比較法的 考察

1. 獨逸

(1) 獨逸 株式法 (이하 條文引用에서는 '獨株'로 약칭함) 제68조 2항은 「記名株式의 양도에 會社의 同意를 얻도록 할 수 있다. 會社의 同意는 理事會의 결정으로 하는데, 定款으로 監事會나 株主總會의 결의로 할 수 있다. 定款에 회사가 同意를 거절할 수 있는 사유를 규정할 수 있다」고 규정하여, 定款에 의하여 記名株式의 양도를 自律的으로 제한할 수 있도록 하고 있다.

(2) 이러한 獨逸 株式法의 규정이 우리 商法의 그것과 다른 점은 (ⅰ) 양도제한의 대상주식을 명문으로 「記名株式」에 한정하고 있는 점, (ⅱ) 양도의 승인을 하는 자를 우리 商法의 경우와 같이 理事會로 한정하지 않고 「會社의 同意」로 하고 이는 원칙적으로 理事會가 하나 定款에 규정이 있으며 예외적으로 株主總會나 監事會도 할 수 있도록 한 점, (ⅲ) 주식양도에 있어서 會社의 同意의 濫用을 방지하기 위하여 定款에 회사가 同意를 거절할 수 있는 사유를 규정할 수 있도록 한 점 등 이다.[8]

2. 프랑스

(1) 프랑스 商事會社法(이하 條文引用에서는 '佛會'로 약칭함)도 定

8) 獨逸 株式法 제68조 2항에 관한 상세한 소개로는 張敬煥, "株式讓渡의 制限(獨逸 株式法 제68조 제2항의 解釋論을 중심으로)," 「商事法硏究」(韓國商事法學會), 제13집(1994), 60~78면 참조.

款에 의한 주식양도제한을 명문으로 규정하고 있다. 즉 제3자에 대한 株式의 讓渡는 그 명의여하에 관계없이 定款의 규정으로써 會社의 승인을 요한다는 취지를 정할 수 있는데, 다만 일정한 가족적 법률관계(상속, 부부재산공동체의 해체, 배우자·존속 또는 비속에 대한 양도)에서는 그 적용이 배제된다(佛會 274조 1항). 承認機關에 대하여 프랑스 商事會社法은 특별히 규정하지 않고 있는데, 株主總會·理事會·監事會 또는 執行委員會로 定款은 규정할 수 있다고 한다.[9] 이와 같이 定款의 규정에 의하여 株式讓渡가 재한되는 주식은 記名株式에 한한다(佛會 274조 2항). 또한 定款의 규정에 의하여 株式讓渡가 제한되는 경우에 주식을 양도하고자 하는 주주는 양도의 상대방(양수인)의 성명·주소, 양도하고자 하는 주식의 수 및 양도가격을 기재한 書面으로 회사에 대하여 양도의 승인을 청구하여야 한다(佛會 275조 1항 1문). 회사가 이를 승인하는 경우에는 주주에게 通知하여야 하는데, 청구한 날로부터 3月 내에 通知하지 않으면 승인한 것으로 본다(佛會 275조 1항 2문). 회사는 주주가 신청한 양수인을 승인하지 않는 경우에는 理事會·新型理事會 또는 執行委員會는 승인거절의 통지를 한 날로부터 3月 내에 그 주식을 다른 株主 또는 第3者에게 취득시키거나 양도인(주주)의 승락을 얻어 資本減少를 위하여 회사가 취득하여야 하는데(佛會 275조 2항 1문), 이 기간이 경과하여도 주식의 매수가 이루어지지 않으면 회사는 그 주식의 양도를 승인한 것으로 본다. 다만 이 기간은 회사의 청구에 의하여 法院이 연장할 수 있다(佛會 275조 3항). 이 경우 주식의 매매가격에 관하여 당사자간에 協議가 이루어지지 아니하면 法院이 그 價格을 결정하여야 하고(佛民 1843-4조) 이에 반하는 것은 그 효력이 없다(佛會 275조 2항 2문).

증권거래소를 통한 상장주식이 양도된 경우나 주주가 이러한 절차에 따라 양도승인을 받지 않고 주식을 양도한 경우에 회사는 30일의 거래일을 초과하지 않는 범위 내에서 定款이 정하는 기간 내에 (양수인에

9) 조르즈 리뻬르 著·鄭鎭世譯,「프랑스 會社法論」(서울 : 三知院, 1996), 407면.

대하여-필자註) 이를 승인하여야 한다(佛會 276조 1항). 회사가 이러한 양수인에 대하여 승인하지 않는 경우에는 理事會, 新型理事會 또는 執行委員會는 승인거절의 통지를 한 날로부터 30일의 거래일 내에 그 주식을 (다른) 株主 또는 第3者에게 취득시키거나 資本減少를 위하여 회사가 취득하여야 하는데(佛會 276조 2항), 이 기간이 경과하여도 주식의 매수가 이루어지지 않으면 회사는 그 주식의 양도를 승인한 것으로 본다(佛會 276조 4항). 이 경우 주식의 매매가격은 당초의 양도가격으로 하여야 하는데, 승인하지 아니하였던 양수인에 대하여 지급하여야 할 금액은 승인거절의 날에 있어서의 거래소의 가격 이상이어야 하고, 그 날에 上場되지 아니한 때에는 승인거절된 날 또는 상장된 날 중 가장 가까운 날의 거래소의 가격 이상이어야 한다(佛會 276조 3항).

이밖에도 프랑스 商事會社法은 入質株式의 양도제한, 現物出資株式의 양도제한 등에 대하여도 폭넓게 규정하고 있다. 즉 주식양도의 승인절차에 따라 株式入質의 신청을 회사가 승인한 경우에는 入質株式의 質權의 실행에 의한 양수인을 승인한 것으로 보는데, 이 경우 회사는 양수인으로부터 資本減少를 위하여 그 주식을 지체없이 매수할 수 있다(佛會 277조). 또한 現物出資株式은 회사의 설립등기 또는 增資에 따른 변경등기를 한 날로부터 2년을 경과하기 전에는 이를 양도하지 못한다(佛會 278조).

(2) 이러한 프랑스 商事會社法의 규정이 우리 商法의 그것과 다른 점은 (ⅰ) 양도제한의 대상주식을 명문으로 「記名株式」에 한정하고 있는 점, (ⅱ) 양도의 승인을 하는 자를 우리 商法의 경우와 같이 理事會로 한정하지 않고 「會社의 승인」으로 규정하여 定款에 의하여 융통성있게 정할 수 있도록 한 점, (ⅲ) 일정한 범위의 가족간에 양도하는 경우에는 회사의 승인을 배제한 점, (ⅳ) 회사가 승인거절을 하는 경우 양도인(주주)의 신청을 받지 않고 바로 양도상대방을 지정하거나 또는 주식을 매수할 수 있도록 하고 회사가 주식을 매수하는 것은 資本減少를 위하여

하도록 한 점, (v) 위 (iv)의 경우 매매가격에 관하여 당사자간에 협의가 이루어지지 않으면 法院이 그 가격을 정하도록 한 점, (vi) 上場株式에 대하여도 사후에 양수인에 대하여 회사가 승인하도록 한 점, (vii) 株式을 入質하는 경우에도 회사에 대하여 승인신청을 할 수 있도록 한 점 등이다.

3. 日本

(1) 日本의 商法(이하 조문인용에서는 '日商'으로 약칭함)도 우리 商法의 경우와 같이 定款에 의하여 株式讓渡를 制限할 수 있음을 규정하고 있는데, 이는 다음과 같다. 즉 주식은 타인에게 양도할 수 있는데 정관으로 이사회의 승인을 받아야 한다는 뜻을 정할 수 있다(日商 204조 1항). 주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 받아야 하는 경우에 주식을 양도하고자 하는 주주는 회사에 대하여 양도의 상대방과 양도할 주식의 종류 및 수를 기재한 서면으로 양도승인을 신청하고 양도를 승인받지 못한 때에는 달리 양도의 상대방을 지정할 것을 청구할 수 있다(日商 204조의 2 1항). 회사가 주주의 이러한 청구가 있을 경우 양도를 승인하지 아니할 때에는 이사회는 달리 양도의 상대방을 지정하여야 하는데, 이 경우에는 그 뜻을 양도승인의 청구일로부터 2주간 내에 이를 청구한 주주에 대하여 서면으로 통지하여야 한다(日商 204조의 2 2항). 회사가 이러한 기간 내에 양도승인의 통지를 하지 아니한 때에는 주식의 양도에 대하여 이사회가 승인한 것으로 간주한다(日商 204조의 2 3항). 회사가 양도를 승인하지 아니하여 양도상대방을 지정한 경우 양도상대방으로 지정된 자는 이러한 지정통지일로부터 10일 내에 양도인인 주주에 대하여 서면으로 주식을 자기에게 매도할 것을 청구할 수 있는데(日商 204조의 3 1항), 지정양수인이 이러한 기간내에 매도청구를 하지 않으면 주식의 양도에 관하여 이사회가 승인한 것으로 간주한다(日

商 204조의 3 3항). 양수인으로 지정된 자가 이러한 매수청구를 하는 경우에는 최종 대차대조표상 회사에 현존하는 순자산액을 발행주식총수로 나눈 금액에 양도할 주식 수를 곱한 금액을 회사의 본점소재지의 공탁소에 공탁하고 이를 증명하는 서면을 매수청구의 서면에 첨부하여야 한다(日商 204조의 3 1항). 이때 주식을 양도하고자 하는 주주는 1주간 내에 同공탁소에 주권을 공탁하여야 하고, 지체없이 주식양도를 청구한 자에게 공탁의 통지를 하여야 한다(日商 204조의 3 4항). 주식을 양도하고자 하는 주주가 이러한 기간내에 주권을 공탁하지 아니한 때에는 그 주주는 매매를 해제할 수 있다(日商 204조의 3 5항). 주식양도 승인 신청이 있는 경우 회사의 이사회는 회사 자신을 매수인으로 지정할 수 있는데(日商 204조의 3의 2, 204조의 5), 이때 회사의 매도청구는 그가 매수인으로 지정되었음을 통지한 후 30일 내에 개최되는 주주총회의 특별결의를 얻어야 하고, 이 기간 내에 결의가 이루어지지 않으면 승인한 것으로 의제된다. 회사가 양도상대방을 지정한 경우에 매매가액에 관하여 협의가 이루어지지 아니한 때에는, 당사자는 매도청구일로부터 20일 내에 법원에 매매가액의 결정을 청구할 수 있는데(日商 204조의 4 1항), 이러한 결정을 함에 있어서 법원은 매매가액결정의 청구 당시 회사의 자산상태 기타 모든 사정을 참작하여야 한다(日商 204조의 4 2항). 이러한 기간 내에 법원에 매매가액의 결정의 청구가 없을 때에는 매수청구인이 회사의 본점소재지의 공탁소에 공탁한 금액을 매매가액으로 한다(日商 204조의 4 3항). 이때 주식의 이전은 대금 지급시에 효력이 발생하는데(日商 204조의 4 4항), 주식의 매매가액이 양수인으로 지정된 자가 商法 제204조의 3 제2항의 규정에 의해 공탁한 금액을 초과하지 아니할 때에는 매매가액이 확정된 때에 대금의 지급이 있는 것으로 간주하고, 매매가액이 공탁한 금액을 초과하는 경우에는 대금중 공탁한 금액에 상당하는 부분에 대하여 그러하다(日商 204조의 4 5항). 이러한 주식의 매매가액과 공탁금액과의 차액에 상당하는 금액의 지급이 없어 주주가 매매의 해제를 하는 경우에는 회사의 이사회가 주식양도를 승인

한 것으로 간주한다(日商 204조의 4 6항). 주식의 양도에 이사회의 승인을 받아야 하는 경우에 주식을 취득한 자는 회사가 그 주식의 종류 및 수를 기재한 서면으로 취득 승인을 하지 아니한 경우에는 그 주식을 매수할 자를 지정할 것을 청구할 수 있는데, 이 경우에는 제204조의 2 3항·4항 및 전 3조의 규정을 준용한다.

日本 商法이 이와 같이 株式讓渡를 定款에 의하여 제한할 수 있도록 규정한 것은 1966년(昭和 41년)의 改正商法부터이었다. 이와 같이 日本 商法이 株式讓渡를 定款에 의하여 제한할 수 있도록 改正한 이유는 형식적으로는 日本이 1990년(平成 2년) 改正商法時까지 最低資本制度가 없었기 때문에 소규모 폐쇄회사가 많았으며 이러한 회사에서는 주주의 개성이 중요시되어 회사가 바람직하지 못한 주주의 참가를 거부할 수 있도록 한 것이었으나, 실질적으로는 자본자유화에 따른 외국자본에 의한 국내회사의 매수를 방지하기 위한 것이었다.[10]

(2) 日本 商法上 株式讓渡制限에 관한 규정이 우리 商法上 그것과 다른 점은 (ⅰ) 양도승인 신청시에 바로 회사가 그 양도를 승인하지 않는 경우에는 양도의 상대방을 지정하여 줄 것을 청구할 수 있도록 한 점(日商 204조의 2 1항 후단)(우리 商法은 회사로부터 양도의 거부를 통지받은 후 20일 내에 양도의 상대방을 지정하여 줄 것을 청구할 수 있도록 하고 있다 商 335조의 2 4항), (ⅱ) 회사가 주식양도를 승인하지 아니하여 양도상대방(매수인)을 지정한 경우 이러한 매수인은 商法이 정한 주식의 매수대금을 공탁하여야 하고 주주(매도인)는 대상주권을 공탁하도록 한 점(日商 204조의 3 2항·4항)(우리 商法에는 이러한 규정이 없음), (ⅲ) 위 (ⅱ)의 경우에 매매가격이 당사자간의 협의에 의하여 정하여지지 않으면 바로 法院에 매매가격의 결정을 청구할 수 있도록 한 점(日商 204조의 4 1항)(우리 商法은 당사자간에 협의가 이루어지지 아니한 때에는 회사가 지정하는 會計專門家 또는 法院에 그 매수

10) 森 淳二郎 "株式讓渡와 株式買受請求權," 「韓日法學硏究」, 제15집(1996. 12), 132면.

가액의 산정을 청구할 수 있도록 하고, 주주 또는 매수청구인이 會計專門家가 산정한 매수가격에 반대하는 경우에는 法院에 매수가액의 결정을 청구할 수 있도록 하고 있다 - 商 335조의 5 1항 단서, 2항), (iv) 株式의 이전시기에 대하여 代金支給時 등으로 명문규정을 두고 있는 점(日商 204조의 4 4항·5항), (v) 회사의 이사회는 회사 자체를 매수인으로 지정할 수 있도록 하고 이 경우에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 한 점(日商 204조의 3의 2, 204조의 5)(우리 商法은 주주가 회사로부터 양도승인거부의 통지를 받으면 양도의 相對方의 지정 또는 그 주식의 買受를 청구할 수 있도록 하고 있다 - 商 335조의 2 4항) 등이다.

4. 英國

(1) 英國 會社法(Companies Act 1985, 이하 조문인용에서는 'CA'로 약칭함)上 株式은 원칙적으로 定款에 그 양도제한에 관한 규정이 없는 한 자유롭게 양도된다.[11] 즉 英國 會社法은 「株式은 회사의 定款이 정하는 바에 의하여 양도된다. 그러나 1963년 株式讓渡法(Stock Transfer Act 1963)에 의하여야 한다(이 규정은 株式을 단순한 절차에 양도할 수 있도록 하였다)」고 규정하고 있다[CA § 182 (1) (b)]. 그러나 株式은 예외적으로 定款의 규정에 의하여 그 양도가 제한되는데 회사는 定款에 株式의 어떠한 양도제한에 대하여도 규정할 수 있다. 다만 英國 會社法上 株式은 어느 정도 양도성이 있어야 하는 점[CA § 182 (1) (b)]에서 會社가 法人格이 없는 組合에 이르게 할 정도로 하는 株式의 完全讓渡禁止는 인정되지 않는다.[12] 判例는 株式讓渡制限을 아주 엄격하게 해석하여 定款上 애매모호한 점이 있으면 주주에게 株式讓渡의 自由를 인정하고 있다.[13] 회사가 定款의 주식양도제한에 관한 규정에 따라 주식양도의

11) Re Smith, Knight & Co., Weston's Case(1868) 4 Ch App 20.
12) Robert R. Pennington, Company Law(London : Butterworths, 1990), p.342.
13) Re Stockton Malleable Iron Co(1875) 2 Ch D 101.

등록을 거절하는 경우에는, 회사는 양도의 등록신청 후 2月 내에 양수인에게 이를 통지하여야 한다[CA § 183 (5)]. 회사가 이 기간내에 양수인에게 이를 통지하지 않으면, 회사는 그 후 양수인에게 등록을 거절할 수 없고 양수인을 주주로 등록하여야 한다.[14] 그러나 양수인의 권리에 하자가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 회사는 주식양도의 등록을 거절한 것을 양도인에게 통지할 필요는 없고, 또한 이의 懈怠가 그가 주주명부상 株主라는 점과 회사의 해산시 그를 株主로 취급하는 것을 방해하지는 않는다.[15]

公開會社(Public Companies)의 경우에는 실제로 定款에 전액 납입된 주식의 양도를 제한하는 규정을 두지 않는다. 왜냐하면 주식양도를 제한하면 주식의 상장허가(a stock exchange=Admission of Securities to Listings)를 취득하지 못하기 때문이다. 이에 반하여 閉鎖會社(Private Companies)는 定款에 의하여 주식양도를 제한할 수 있도록 法律이 규정하고 있기도 하며,[16] 또한 실제로 그렇게 하는 경우가 많다.

1948년 英國 會社法은 폐쇄회사의 주식양도에 대하여는 定款에 의하여 제한할 수 있음을 규정하였다. 그러나 제한에 관한 특정한 형식이나 제한의 최대한이나 범위에 대하여는 규정하지 않았다. 그런데 실무에서는 두 가지 형식으로 제한되었는데 하나는 1948년 회사법이나 그 이전의 회사법에 의하여 설립된 폐쇄회사에서 定款과는 별도로 제한되는 경우이고, 다른 하나는 定款에 의하여 제한되는 경우이다. 그런데 법률상 제한이 폐지된 이후에 설립된 폐쇄회사의 경우에도 종종 定款에 의하여 주식양도가 제한되고 있다. 폐쇄회사의 주식양도에 대한 제한은 理事會(directors)에 특별한 이유에 의하든(예컨대 양수인을 승인하지 않는 경우)[17] 또는 어떠한 이유에 의하든(예컨대 이유없이 그들의 전적인 재량

14) Re Swaleddle Cleaners Ltd[1968] 3 All ER 619, [1968] 1 WLR 1710.

15) Re European Central Rly Co, Gustard's Case(1869) LR 8 Eq 438.

16) Companies Act 1948 § 28(1) (a) [이 규정은 Companies Act 1980 § 88 (2) 및 Schedule 4에 의하여 폐지됨].

17) Table A 제24조는 공개회사이든 폐쇄회사이든 분할지급된 주식양도에 이러한 제한을 하였다.

으로 등록을 거절할 수 있는 경우)[18] 주식양도의 등록을 거절할 수 있는 권한을 부여하는 것이었다.

理事會가 주식양도의 등록을 거절할 권한을 갖는 경우에 이사회는 이사회의 결의에 의하여 그의 권한을 행사하여야 하므로,[19] 이사회의 투표가 同數로 나뉘어지면 양수인은 등록할 수 있다.[20] 이사회는 주식양도의 등록거절권을 선량한 관리자의 주의의무로써 회사의 이익을 위하여 행사하여야 하고, 그외 다른 목적을 위해서는 행사할 수 없다. 따라서 예컨대 위에서 본 바와 같이 이사회가 양도인에게 그의 주식을 전혀 양도하지 못하도록 그의 권한을 행사하거나,[21] 양도인에 대한 증오심으로 인하여 양도하지 못하도록 하거나,[22] 양수인에 의한 주식취득이 이사들의 회사의 지배를 방해한다는 등으로 주식취득을 하지 못하도록 하는 경우에는,[23] 법원이 회사에게 그 주식양도를 등록하도록 명령할 수 있다. 이사회는 회사의 이익을 위하여 이 권한을 행사하여야 하는 것 뿐만 아니라 정관에 어떠한 이유로도 재량껏 주식양도를 거절할 수 있음을 규정하지 않는 한, 정관에 규정된 하나 이상의 등록거절사유가 있는 경우에만 등록을 거절하여야 한다.[24] 이사회의 승인 또는 승인거절의 입증책임은 이를 주장하는 측에 있다.[25] 이사회의 결정에 불만이 있는 양도인 또는 양수인은 이사회가 부당한 목적으로 또는 정관이 규정하지 않은 이유로 승인하지 않았음을 입증하는 경우에만 이사회의 결정에 불복할 수 있다.[26]

18) 1948년 英國 會社法 Table A, Part Ⅱ, para 3은 폐쇄회사의 주식양도에 이러한 제한을 하고, 이 규정은 1980년 12월 22일 이전에 설립된 폐쇄회사에 대하여도 여전히 적용되고 있다.

19) Moodie v. W & F Shepherd(Bookbinders) Ltd[1949] 2 All ER 1044.

20) Re Hackney Pavilion Ltd[1924] 1 Ch 276 ; Shepherd's Trustees v. Shepherd 1950 SC(HL) 60(이 사건에서 정관은 이사회의 의장에게 결정권을 주지 않았다).

21) Robinson v. Chartered Bank of India(1865) LR 1 Eq 32.

22) Re Ceylon Land and Produce Co Ltd, ex p Anderson(1891) 7 TLR 692.

23) Tett v. Phoenix Property and Investment Co. Ltd [1984] BCLC 599.

24) Pennington, supra at 754.

25) Re Smith and Fawcett Ltd[1942] Ch 304, [1942] 1 All ER 542.

26) Pennington, supra at 755.

(2) 이러한 英國의 株式讓渡制限에 관한 제도가 우리 商法上 그것과 다른 점은 (i) 1980년 英國 會社法 이후에는 株式讓渡制限에 관한 규정이 會社法에서 폐지되었으나, 폐쇄회사에서는 여전히 定款에 의하여 주식양도가 제한되고 있는 점, (ii) 주식양도제한에 따른 양도승인권한에 관하여 理事會가 그의 권한을 남용하지 못하도록 하고 만일 이를 남용하는 경우에는 法院에 이의 구제를 청구할 수 있도록 한 점, (iii) 양도승인을 거절하는 경우 이를 양도인(주주)이 아니라 양수인(양도상대방)에게 通知하도록 한 점[CA § 183 (5)] 등이다.

5. 美國

(1) 美國 會社法에서도 定款 등에 의하여 주식양도를 제한할 수 있음을 규정하고 있는데, 이에 관해서는 改正模範會社法(Revised Model Business Corporation Act, 이하 條文引用에서는 'RMBCA'로 약칭함) 및 델라웨어州 一般會社法(Delaware General Corporation Law, 이하 條文引用에서는 'Del. c.'로 약칭함)의 관련규정을 먼저 살펴보기로 한다. 즉 改正模範會社法에 의하면 基本定款·附屬定款·株主간의 會意 또는 株主와 會社간의 合意에 의하여 회사의 주식양도 또는 주식양도의 명의개서를 제한할 수 있는데[RMBCA § 6.27 (a) 1문],[27] 이러한 주식양도 또는 이의 명의개서에 관한 제한은 本條에 의하고 또한 그 내용이 株券의 前面 또는 裏面에 명확히 기재되는 등 公示되어야 양도인 및 양수인에 대하여 유효하며 이와 같이 公示되지 않는 경우에는 善意의 第3者에 대하여 대항하지 못한다[RMBCA § 6.27 (b)]. 주식양도의 제한은 (i) 회사가 기존주주의 수 또는 동일성에 의존하는 경우 이러한 회사의 지위를

27) 그러나 이러한 주식양도의 제한은 이러한 제한을 하기 전에 발행된 주식에 대하여는 양도인(주주)이 양도제한의 合意 또는 (주주총회 등에서 - 필자 註) 제한에 찬성하는 것으로 표결한 당사자가 아닌 한 영향을 미치지 않는다[RMBCA § 6.27 (a) 2문].

유지하고자 하는 경우, (ii) 연방 또는 주의 證券法상 例外에 해당되는 경우, (iii)기타 합리적인 목적을 위하여 필요한 경우에 인정된다[RMBCA § 6.27 (c)]. 주식양도의 제한방법에는 (i) 주주(양도인)가 회사 또는 가타의 제3자에게 (개별적, 연속적 또는 동시에) 제한받는 주식을 먼저 매도청구하여야 할 의무를 지는 방법, (ii) 회사 또는 기타의 제 3자가 (개별적, 연속적 또는 동시에) 제한받는 주식을 매수하여야 할 의무를 지는 방법, (iii) 회사·특정종류의 주주 또는 기타의 제3자에 대하여 명백히 불합리하지 않는 한 제한받는 주식의 양도의 승인청구를 하도록 하는 방법, (iv) 명백히 불합리하지 않는 한 일정한 자에 대한 주식양도를 금지하는 방법이 있다[RMBCA § 6.27 (d)]. 또한 미국의 改正模範事業會社法上 양도에 제한을 받는 株式에는 株式뿐만 아니라 주식으로 轉換될 수 있는 증권 또는 주식을 인수하거나 취득할 권리를 갖는 証券을 포함한다[RMBCA § 6.27 (e)].

또한 美國의 델라웨어州 一般會社法도 改正模範事業會社法의 그것과 유사하게 基本定款·附屬定款·株主간의 合意 또는 株主와 會社간의 合意에 의하여 회사의 주식양도 또는 이의 명의개서를 제한할 수 있음을 규정하고 있는데[Del. C. § 202 (b) 1문], 이러한 서면상 제한은 그것이 本法에 의하고 또한 그 내용이 株券上에 명료하게 기재되어 公示된 경우에는 제한받는 주식의 株主 뿐만 아니라 유언집행자·관리인·수탁자·후견인 및 기타 모든 주주의 수임인을 포함하여 주주의 모든 상속인 또는 양수인 등에게도 미친다[Del. C. § 202 (a) 1문]. 델라웨어주 일반회사법에 의해서도 주식양도제한에 관한 사항이 株券상에 명백히 기재되지 않으면, 그 주식양도제한은 본법에서 인정하고 있다 할지라도 원칙적으로 無效이다. 다만 이를 사실상 알고 있는 자에 대하여는 有效하다[Del. C. § 202 (a) 2문]. 델라웨어州 一般會社法도 주식양도제한의 방법은 模範事業會社法의 경우와 유사하게 규정하고 있다[Del. C. § 202 (c)].

미국에서의 주식양도제한은 閉鎖會社에만 한정되는 것은 아니고, 公

開會社에도 종종 채택하고 있는데 종업원에게 배정된 일정한 종류의 주식의 양도를 제한하는 것 등이 대표적인 例이다.[28] 또한 美國에서의 주식양도제한은 성문법에 이를 허용하는 규정이 없는 경우에도 판례법에 의하여 그 효력이 인정된다.[29] 다만 그 제한목적이 적법하여야 하는데, 주주의 현 지분을 유지하고 경영권을 보호하기 위하여 제3자에 대한 주식양도를 제한하는 것은 적법하다고 보고 있다.[30] 그러나 제3자에 대한 주식양도를 전면적으로 배제하는 것은 不合理한 것으로 無效로 보고 있다.[31]

美國에서 株式讓渡制限의 일반적 형태로는 (ⅰ) 양도하려는 주주가 제3자 보다 먼저 회사나 기존주주에게 買受權을 주고 이들이 매수를 거절하는 경우에 제3자에게 양도할 수 있도록 하는 방법(優先買受權, Right of First Refusal), (ⅱ)주주가 미리 회사 또는 기존주주와 주식의 매매를 약정함으로써 양도제한을 하는 방법(즉 합의에 따라 일정한 사유가 있으면 주주는 반드시 주식을 회사 또는 기존주주에게 양도해야 하고 회사 또는 기존주주도 반드시 매입해야 하는 의무를 부담함)(주식매매예약, Buy-Sell Agreement with the Corporation or Surviving Shareholders), (ⅲ) 일정한 싯점에 확정된 가격으로 주식을 매수할 수 있는 권리를 회사나 기존주주에게 먼저 부여하는 방법(First Option), (ⅳ) 株式讓渡時 理事會나 株主의 동의를 요하도록 하는 방법(Consent Restraints)등이 있다.[32] 美國에서 주식양도제한의 방법으로 가장 일반적인 것은 위의 (ⅰ)의 방법[33] 및 (ⅱ)의 방법인데, 때에 따라서는 (ⅲ)의

28) Henn & Alexander, Laws of Corporations(St Paul, Minn. : West Publishing Co., 1983), p. 757.

29) Henn & Alexander, supra at 758.

30) Longyear v. Hardman, 219 Mass. 405, 106 N. E. 1012(1914).

31) Greene v. E. H. Rollins & Sons, 22 Del. Ch. 394, 2A. 2d 249(Ch. 1938).

32) Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations(the Foundation Press Inc., 1988), p. 304 ; 朴世和, "株式讓渡의 制限 - 改正商法上의 爭點을 中心으로," 「새울法學」(大田大學校 法文化硏究所), 창간호(1997. 2), 328면.

33) American Bank & Trust Co. of Pennsylvania v. Lied, 487 Pa. 333, 409 A. 2d 377(1979), 外.

방법[34] 및 (iv)의 방법[35]도 이용되고 있다.

위와 같은 회사법(보통법)상의 株式讓渡制限 외에 美國 統一商法典 제8-204조를 채택한 성문법상의 株式讓渡制限이 있다. 統一商法典 제8-204조는 발행인이 하는 株式讓渡의 制限은 이것이 株券上에 명백하게 기재되고 또한 이러한 사정을 알고 있는 자에 대하여는 유효하다고 규정하고 있다(따라서 주식양도제한이 회사와 그의 주주간에는 유효하여 이에 위반하여 주주가 주식을 양도한 경우 회사에 대하여 그 효력이 없을지라도 양수인에 대한 효력은 양수인이 그러한 주식을 양수할 때에 양도제한의 사실을 몰랐다면 회사는 그러한 양수인에 대하여 양도제한을 주장할 수 없다). 이러한 통일상법전 이전의 법인 통일주식양도법(Uniform Stock Transfer Act) 제15조는 株券上에 양도제한이 기재되지 않는 한 定款 또는 기타의 방법에 의한 株式讓渡를 제한할 수 없다고 규정하고 있었다. 따라서 통일상법전 제8-204조는 債券에 그 적용범위가 확대되어 있는 것을 제외하고는 대체로 통일주식양도법 제15조와 유사하다고 볼 수 있다.

(2) 이러한 美國의 株式讓渡制限의 제도가 우리 商法上 그것과 다른 점은 (i) 주식양도제한에 관한 규정이 株式讓渡에 관해서는 회사법에서 규정하고, 이를 표창하는 유가증권인 株券讓渡에 관해서는 통일상법전에서 규정하고 있는 점, (ii) 회사법상 주식양도는 定款에 의해서 뿐만 아니라 株主간의 合意 또는 株主와 會社간의 合意에 의해서도 제한될 수 있는 것으로 하여 매우 폭넓게 인정하고 있으나, 통일상법상의 주권양도는 株券에 명백히 그 제한에 관한 사항이 기재되고 또 이를 알고 있는 자에 대하여만 제한될 수 있는 것으로 하여 매우 제한적으로만 인정하고 있는 점, (iii) 회사법상 주식양도제한의 방법이 매우 다양한 점

34) In re Mather's Estate, 189 A. 2d 586(Pa. 1963).

35) Del. C, § 202 (c)(3) ; Fayard v. Fayard, 293 So. 2d 421(Miss. 1974) 外. 그러나 이를 반대하는 判例로는 Rafe v. Hindin, 29 A. D. 2d 481, 288 N. Y. S. 2d 662(2d Dep't 1968) 外.

[RMBCA § 6.27 (d) ; Del. C. § 202 (c)], (iv) 회사법상 주식양도의 제한을 받는 株式에는 轉換株式·新株引受權證書·新株引受權證券 등도 포함하는 점[RMBCA § 6.27 (e)] 등이다.

Ⅳ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 要件

1. 定款의 規定

會社가 주주의 株式讓渡를 制限하기 위하여는 먼저 定款에 이에 관하여 규정하여야 한다. 즉 定款에 「주식의 양도는 이사회의 승인을 얻어야 한다」라든가, 또는 「주주는 이사회의 승인을 얻어 그가 가진 주식을 양도할 수 있다」라는 취지의 규정을 두어야 한다.[36] 이러한 정관은 原始定款이든 變更定款[37]이든 상관이 없으나, 承認機關은 반드시 理事會로 하여야 한다. 따라서 정관상 승인기관을 代表理事나 株主總會의 決議로 하든가, 또는 정관의 규정 없이 理事會나 株主總會의 決議 등으로 주식양도를 제한하는 것은 허용되지 않는다.[38] 또한 大株主와 기타 주주를 구별하여 大株主가 주식을 양도하는 경우에는 이사회의 승인을 받도록 定款에 규정하는 것은 주주평등의 원칙에 위반되어 그러한 定款의 규정은 無效라고 본다. 그러나 定款에 주식양도에 관한 규정을 두면서 기존

36) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 84면.

37) 日本商法은 주식양도를 제한하기 위한 定款變更은 주주의 이익에 지대한 양향을 미치는 사항이라는 점에서 통상의 定款變更要件(日商 343조)보다도 매우 엄격하게 규정하고 있다. 즉 주식양도제한을 규정하기 위한 定款變更은 「총주주의 과반수의 찬성과 발행주식총수의 3분의 2이상의 다수로써」하도록 규정하고 있다(日商 348조 1항).

38) 同旨 : 金敎昌, 「改正商法 逐條解說」(서울 : 언약, 1996), 112면; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 346면 ; 鄭東潤, 前揭書, 221면(그러나 이사회의 승인을 요하는 경우에 총주주의 동의가 있으면 양도는 유효하다고 한다) ; 李範燦, "定款에 의한 株式讓渡의 制限과 株式買受請求權," 「韓日法學硏究」(韓日法學會), 第15輯(1996. 12), 88면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 84면.

주주사이에 주식을 양도하는 경우에는 이사회의 승인을 요하지 않는 것으로 하거나, 외국인에게 주식을 양도하는 경우에만 이사회의 승인을 받도록 하는 定款의 규정은 有效라고 본다.[39]

이와 같이 株式讓渡를 제한하기 위하여 定款에 규정을 두도록 한 것은 프랑스(佛會 274조 1항) 및 日本(日商 204조 1항)의 立法例와 같으나, 美國의 立法例와는 다르다. 즉 美國에서는 위에서 본 바와 같이 定款뿐만 아니라 株主간의 合意 또는 株主와 會社간의 合意에 의해서도 주식양도를 제한할 수 있음을 규정하고 있다[RMBCA § 6.27 (a) 1문 ; Del. C. § 202 (b) 1문].

2. 讓渡制限의 公示

定款의 규정에 의하여 株式讓渡를 제한한 경우 그 규정은 株式請約書[40](商 302조 2항)와 株券(商 356조)에 기재하고 또 登記하여(商 317조 2항) 이를 공시하여야 한다. 또한 轉換社債와 新株引受權附社債의 청약서·債券·사채원부와 신주인수권부사채의 경우 신주인수권증권에도 양도제한의 사실을 기재하여야 한다(商 514조 1항 5호, 516조의 4 4호, 516조의 5 2항 5호). 회사가 定款을 변경하여 주식의 양도를 제한하는 경우에는 株券을 제출하게 하여 이를 기재하여야 한다.[41] 株式讓渡의 制限에 관한 사항이 이와 같이 公示되지 않는 경우에는(특히 登記되지 않는 경우에는) 善意의 제3자에게 대항하지 못하여(商 37조), 이를 모르고 취득한 양수인은 회사에 대하여도 유효한 株主가 된다고 본다.[42]

위에서 본 바와 같이 美國에서는 株券에 株式讓渡制限에 관한 사항이

39) 同旨 : 金敎昌, 上揭書, 112~113 면.

40) 商法에는 규정이 없으나 회사 성립후 신주발행시의 주식청약서(商 420조 참조) 및 신주인수권증서(商 420조의 2 2항 참조)에도 양도제한의 사실을 기재하여야 한다고 본다[同旨 : 李泰魯·李哲松, 前揭書 345면].

41) 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 85면 ; 李範燦, 前揭論文, 91면.

명백히 기재되어 당사자가 이를 알고 있어야 株式讓渡의 效力이 있음을 규정하고 있어[UCC § 8-204 ; Del. C. § 202 (a) 2문], 株券에 株式讓渡制限에 관한 사항이 기재되어 公示될 것을 매우 엄격히 요구하고 있다.

3. 理事會의 承認

(1) 주식양도의 제한은 위와 같은 商法 제335조 1항 단서 및 定款의 규정에 따라 회사의 理事會의 승인을 받도록 함으로써만 가능하다. 즉 양도의 제한을 받는 株式은 회사의 理事會의 승인이 있는 경우에 한하여 양도될 수 있는 것이다. 따라서 위에서 본 바와 같이 이러한 商法의 규정에 위반하여 定款上 승인기관을 代表理事나 株主總會의 決議로 하든가 또는 定款의 규정없이 理事會나 株主總會의 決議 등으로 주식양도를 제한하는 것은 그 效力없다고 본다.

우리 商法은 이와 같이 日本 商法(日商 204조 1항)과 같이 양도제한을 받는 주식에 대한 양도의 승인기관을 회사의 「理事會」로 한정하고 있으나, 獨逸 株式法은 이를 「會社」로 규정하고 會社의 同意는 원칙적으로 理事會의 결정으로 하지만 예외적으로 定款의 규정에 의하여 監事會나 株主總會의 결의로 할 수 있음을 규정하고 있고(獨株 68조 2항), 프랑스 商事會社法도 「會社의 승인」으로만 규정하고 있고 승인기관에 대하여는 특별히 규정하고 있지 않기 때문에 定款의 규정에 의하여 株主總會·理事會·監事會 등으로 할 수 있다고 해석되고 있다. 또한 위에서 본 바와 같이 英國 會社法의 해석에서는 理事會의 決議에 의하여 회사는 주식양도의 등록(명의개서)을 거절할 수 있다고 보고 있으나, 美國會社法의 경우는 株式讓渡制限의 방법을 매우 다양하게 규정하고 있다. 이와 같이 비교법적으로 볼 때 양도제한을 받는 株式讓渡의 承認機關을 반드시 理事會로 한정하여 商法에서 규정하여야 하는지는 의문이며, 양도제한을 하는 목적과 관련하여 볼 때 自治法規인 定款에 위임하는 것

도 立法論上 검토하여 볼 수 있다고 본다.[43]

(2) 정관의 규정에 의하여 理事會의 承認을 얻어 株式을 양도할 수 있는 주주가 이와 같은 理事會의 承認 없이 주식을 양도한 경우에는, 그 株式讓渡는 會社에 대하여 效力이 없다(商 335조 2항). 이때 「會社에 대하여 效力이 없다」는 의미는 權利株讓渡(商 319조) 및 株券發行前의 株式의 讓渡(商 335조 2항 본문)의 경우와 동일하게 해석할 수 있다고 본다. 따라서 理事會의 적법한 承認없는 이러한 주식의 양도를 代表理事(會社)가 이를 承認(追認)하더라도 원칙적으로 그 效力이 없고, 양도의 당사자간에만 그 효력이 있을 뿐이다[44](商 335조의 7 참조). 그러나 당사자의 승인신청에 대하여 이사회의 승인결의가 없었음에도 불구하고 대표이사가 이사회의 승인이 있은 것으로 당사자에게 통지하고 이를 믿고 주식을 양도한 경우에는 후술하는 바와 같이 당사자가 善意·無重過失인 한 거래의 안전을 위하여 그 양도는 회사에 대하여도 유효하다고 본다. 理事會의 承認없는 주식양도의 效力이 당사자간에는 그 효력이 있는가에 대하여, 日本에서는 과거에 당사자간에도 그 효력이 발생하지 않는다는 絶對說과 당사자간에는 그 효력이 발생한다는 相對說이 대립하고 있었으나, 判例에서는 相對說을 취하였고(양도담보의 사안에서) 또한 1990년 改正商法은 양수인으로부터의 承認請求 등을 명문화하여

---

42) 同旨 : 李範燦, 上揭論文, 91면.

43) 日本의 1986년 商法·有限會社法改正試案은 양도승인기관으로서 理事會 이외에 株主總會를 포함시킬 것을 제안한 바 있다[森 淳二郎, 前揭論文(韓日法學硏究), 134면].

44) 同旨 : 李泰魯·李哲松, 前揭書, 347면 ; 鄭東潤, 前揭書, 228면(同敎授는 다만 1人會社의 경우에는 주주가 이사회의 승인을 얻지 않고 주식을 양도한 경우에도 회사에 대하여 그 효력이 있다고 해석하는데, 조문의 규정으로 보나 또 주주의 이익을 회사의 이익과 동일시 할 수 없는 점에서 볼 때 타당하지 않다고 본다) ; 李範燦, 前揭論文, 89면(그 이유는 주식의 양도를 제한하는 목적은 양도인 이외의 다른 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로 양수인이 주주의 권리를 행사할 수 없는 한 당사자 사이의 효력까지 부정할 필요는 없기 때문이라고 하며, 商法 제335조의 7이 주식의 양수인에 의한 승인청구를 인정하고 있는 것도 그 양도가 당사자간에 유효하다는 것을 전제로 한 것이라고 한다) ; 金敎昌, 前揭書, 115~116면.

相對說을 취한 立法을 하고 있다.[45]

定款에 양도제한을 받는 주식의 양도에 理事會의 승인을 받도록 되어 있는데, 理事會의 승인을 받지 않고 그대신 全株主의 同意를 받은 경우에는 어떠한가, 또한 1人株主인 경우에도 理事會의 승인을 받아야 하는가 등의 문제가 있다. 이에 관하여는 日本의 高等裁判所의 判決이 있어 이것을 중심으로 검토하여 보고자 한다.[46]

[事實關係]

Y주식회사(피고, 피항소인)의 대표이사이며 또한 同회사의 발행주식 총수 1만주 전부를 모유한 A는 X(원고, 항소인)에게 그가 가지고 있는 소유주식 1만주 중 5,000주를 증여하기로 합의하였다. 그 후 Y회사는 5,000주권 2매를 발행하여 A에게 교부하였는데, A는 5,000주에 대하여 X에게로 명의개서가 이루어진 후 주권 1매를 X에게 교부하였다. 그런데 Y회사의 定款은 주식의 양도의 경우에는 理事會의 승인이 필요하다고 규정하고 있는데 위 주식의 양도에는 理事會의 승인이 없었다. Y회사는 그 후 A만이 출석한 주주총회를 개최하여 理事 등을 선임하고 등기까지 마치었다. 이에 X는 1人株主인 경우 이사회의 승인없는 주식양도도 유효하여 X는 Y회사에 대하여 株主의 지위를 취득하는데 Y회사가 발행주식총수의 50%를 소유한 X에 대하여 주주총회 소집통지를 하지 않고 따라서 X의 출석없이 A만이 결의한 위 주주총회결의의 효력은 不存在하다고 주장하였다.

이에 원심은 定款에서 주식의 양도에 관하여 理事會의 승인을 얻도록

45) 森 淳二郎, 前揭論文(韓日法學硏究), 134면.

46) 日東京高裁 1988. 11. 29(判時 1374호, 112면 ; 金法 1292호, 28면). 同旨 : 日東京地判 1990. 6. 27 判決(주식양도제한제도는 주주의 개성이나 지주수가 문제가 되는 폐쇄적 회사에 관하여 양도주주 이외의 주주의 이익을 보호하기 위한 제도인 바, 본건처럼 이른바 1人株主가 그 보유하는 주식전부를 다른 사람에게 양도하고 일인주주의 교체가 생긴 것에 불과한 경우에는 다른 주주의 이익의 보호가 문제될 여지가 없으므로 이사회의 승인이 없는 경우에도 그 양도는 유효하다고 해석하는 것이 상당하다).

한 것은 어떠한 주주가 회사가 원하지 않는 자인가의 선택판단권을 理事會에 준다는 것을 의미하므로 1人會社에서도 理事會는 단지 주주의 뜻에만 따라서는 안되고 또한 주식양도에 理事會의 승인이 필요하다는 것은 1人會社에서도 지켜져야 한다는 점에서, A와 X 사이의 주식양도에는 理事會의 승인을 얻지 않았기 때문에 회사에 대하여 그 효력이 없다는 것을 이유로 訴를 기각하였다. 이에 X는 1人株主가 주식을 양도한 경우 양수인인 그를 주주로 인정하지 않는 것은 현저히 정의에 반하고 또한 권리의 남용이라고 주장하여 항소를 제기한 것이다(이 사건은 그 후 Y가 상고하였으나 最高裁判所에서 訴가 취하되었다).

[判決要旨]

① 日商法 제204조 1항 단서가 정관에 의하여 주식양도에 이사회의 승인을 요하는 것으로 한 것은 주주의 개성과 주주의 지주비율에 의해 중대한 영향을 받는 소규모 주식회사에서 원하지 않는 주주가 출현하는 것을 방지하여 회사경영의 안정을 도모하고 양도주주 이외의 주주의 이익을 보호하기 위하여 어떠한 주주가 회사에 바람직한가에 대한 결정을 이사회에 맡긴 것이다. 그런데 주주는 회사의 존립의 기초가 되는 존재이고 그 의사를 회사의 운영에 반영하기 위한 주주총회는 주식회사의 최고기관이며 이사회의 상위에 있는 것 및 위의 상법 제204조 제1항 단서의 취지에 의하면 동규정이 주식양도의 승인을 이사회의 권한으로 한 것은 그 처리를 신속하고 원활하게 하기 위한 것이고 사안의 성질상 이것을 주주의 의사에 맡기는 것이 부적당한 것이기 때문은 아니라는 것을 고려하면, 정관에 양도제한의 규정이 있는 경우 특정주식의 양도에 관해 주주 전원의 승낙이 있는 때에는 이사회의 승인이 없어도 회사에 대해서도 유효하게 양도를 할 수 있다고 해석하여야 한다. 그리고 이것은 1人株主가 전주식을 보유하는 이른바 1人會社의 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다.

② 위 주주총회는 발행주식총수의 50%를 가지는 X에 대한 소집통지가 없고 또한 그가 출석도 하지 않은 채로 결의하였으므로, 그러한 주주총회는 그 절차에 현저한 하자가 있고 주주총회로서 존재한다는 외형을 가진다고 해석할 수 없으므로 법률상 不存在라고 하여야 한다.

위의 判決에 대하여 주식양도에 理事會의 승인을 요한다고 규정하고 있는 定款의 해석으로서 이에 관한 주주총회의 승인 또는 주주전원의 승낙으로 이사회의 승인에 갈음할 수 있다고 보는 것은 문제가 있으나, 1人會社의 경우에는 그의 특수성으로 인하여 株主가 그의 주식을 양도하는 경우에 理事會의 승인을 요하지 않는다고 해석하여, 그 結論에서는 찬성하나 理由에 대하여는 문제가 있다고 평석하는 견해가 있다.[47] 우리 나라에서도 주식양도에 이사회의 승인을 얻도록 한 취지는 주주들이 원하지 않는 사람이 주주로 가입하는 것을 막는데 있다는 이유로, 이사회의 승인을 요하는 경우에 총주주의 동의가 있으면 양도는 유효하다고 해석하는 견해가 있다.[48]

私見으로 위의 判旨에 반대하고 원심의 判旨에 찬성하는데, 그 이유는 다음과 같다. (ⅰ) 우리 商法 제335조 1항 단서가 주식양도에 理事會의 승인을 받도록 한 취지는 어떠한 주주가 회사가 원하지 않는 자인가의 선택판단권을 회사의 업무집행기관인 理事會에 부여한 것으로 이는 단지 양도주주 이외의 주주의 이익만을 보호하기 위한 것이라고는 볼 수 없다. (ⅱ) 주식양도에 이사회의 승인을 얻도록 한 것은 양도승인의 처리를 신속히 처리하고(주주총회에 양도승인권한을 부여하는 것에 비하여) 또한 주주의 투하자본회수의 조치를 효과적으로 하기 위한 정책적

47) 青竹正一, 「私法判例リマークス 1992(下)」, 111~115면.

48) 鄭東潤, 前揭書, 221면 ; 崔基元, 「第七全訂版 新會社法論」(서울 : 博英社, 1996), 459면 ; 李範燦, 前揭論文, 89~90면 (총주주의 동의가 있는 경우와 1人株主의 경우에는 定款의 규정과 관계없이 이사회의 승인이 없어도 회사에 대하여 효력이 있는 주식양도가 가능하다고 한다).

인 배려가 있으므로 이러한 점을 무시할 수 없다. (iii) 商法에서 理事會의 권한사항으로 한 것은 주주총회의 권한사항으로 한 것과 함께 회사의 권한을 분배한 점에서 이것을 주주총회의 결의사항으로 대체할 수 없다(따라서 이러한 사항은 定款의 규정에 의해서도 주주총회의 권한사항으로 할 수 없다고 본다). (iv) 만일 주식양도에 商法 및 定款이 理事會의 승인을 받도록 규정하고 있는데 이를 주주전원의 동의에 의하여 대체할 수 있다고 하면 이는 商法 및 定款의 규정에 너무나 배치될 뿐만 아니라, 1人會社의 경우에는 처음부터 理事會의 승인이 필요없는 것이 되어 누구를 주주로 할 것인가에 대하여 회사에 그 선택판단권을 부여하고자 하는 商法 제335조 1항 단서의 취지가 무의미하게 되어 부당하다.

Ⅴ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 適用範圍

1. 對象株式

(1) 우리 상법상 주식에는 記名株式과 無記名株式(商 357조)이 있는데, 無記名株式도 讓渡制限을 받게 되는지 여부의 문제가 있다. 우리 상법은 讓渡制限을 받는 주식을 특별히 記名株式에 한정한 것이 아니므로 이론상은 無記名株式도 정관의 규정에 의하여 讓渡制限을 받는다고 볼 수 있겠으나,[49] 無記名株式의 주주는 그가 가진 주권을 회사에 供託하고 언제든지 그의 權利를 행사할 수 있으므로 실제로는 이에 대하여 讓渡

49) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 222면(法文이 기명주식으로 한정하고 있지 않고 또 무기명주식에 관하여도 양도제한의 필요성이 인정되므로, 양도제한의 대상이 된다고 한다) ; 崔基元, 前揭書, 461면 ; 李基秀, 前揭書, 383면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 85면 ; 金敎昌, 前揭書, 113~114면(그러나 우리 나라에서 무기명주식을 발행하고 있는 회사가 없으므로 이 문제는 실제로 제기될 염려가 없다고 본다).

制限을 인정하는 實效를 거두기는 어려울 것으로 본다.[50] 우리 나라에서는 無記名株式을 발행하고 있지 않는 실정이므로 이 문제는 실제로 제기될 염려가 없으나,[51] 立法論으로는 獨逸 株式法 제68조 2항 및 프랑스 商事會社法 제274조 2항과 같이 양도제한의 대상이 되는 株式을 「記名株式」으로 한정하는 것이 타당하다고 본다. 참고로 美國의 模範事業會社法은 주식양도의 제한을 받는 對象株式에 株式으로 轉換될 수 있는 증권 또는 株式을 인수하거나 취득할 권리를 갖는 증권을 포함하고 있는데 [RMBCA § 6.27 (e)], 우리 商法의 解釋으로도 新株引受權證書 또는 新株引受權證券의 양도에는 讓渡制限을 받는 것으로 해석하여야 할 것으로 본다.[52]

(2) 양도제한을 받는 주식이 記名株式이라고 하여도 주식양도의 제한은 앞에서 본 바와 같이 人的 關係가 존중되는 소규모의 폐쇄적인 주식회사에서만 인정되는 것이므로, 증권거래소에서의 자유로운 주식양도를 전제로 하는 株券上場會社의 주식은 그 성질상 양도제한이 인정되지 않는다고 본다.[53] 法務部에서도 주식양도제한에 관한 1995년 改正商法의 규정을 非上場會社에 대하여만 적용키로 하였고, 또한 이와 함께 증권당국은 上場會社의 경우 주식분산과 거래자유의 보장을 위하여 定款에 주식양도제한의 규정을 넣지 못하도록 하는 방안을 마련하고 있다.[54] 비교법적으로 볼 때 프랑스 商事會社法은 명문으로 上場會社의 주식에 대하여도 양도제한을 할 수 있음을 규정하고 있으나(佛會 276조 1항), 英國 會社法의 경우에는 주식양도를 제한하면 상장허가를 취득하지 못하

50) 同旨 : 李範燦, 前揭書, 90면.

51) 同旨 : 李範燦, 上揭論文, 90면.

52) 同旨 : 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 64면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 333면.

53) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 95~96면 ; 李範燦, 前揭論文, 90면 ; 李焄鍾, "定款에 의한 株式讓渡의 제한에 관한 硏究," 「現代商事法論集」(芝石 金麟濟博士 정년기념논문집)(도서출판 두남, 1997), 563~564면 ; 金敎昌, 前揭書, 114면.

54) 한국상장회사협의회, 「上場」, 제252호(1995. 12), 18면.

기 때문에 上場會社의 경우에는 실제로 定款에 주식양도의 제한에 관한 규정을 두지 않는다. 美國 會社法의 경우에는 주식양도의 제한은 폐쇄회사에만 한정되는 것은 아니고, 上場會社에서도 종종 채택하고 있는데 종업원에게 배정된 일정한 종류의 주식의 양도를 제한하는 것 등이 대표적인 例라고 한다.

회사가 數種의 株式을 발행한 경우 定款의 규정에 의하여 일정한 종류의 주식(예컨대, 보통주 등)에 대하여만 주식양도를 제한하는 것은 가능하다고 본다.[55] 數種의 株式이란 自益權의 내용이 다른 주식이기는 하나(商 344조 1항) 이에 대하여는 自益權 외에도 일정한 경우에는 차등을 둘 수 있는 점(商 344조 3항)에서 보거나 또한 일정한 종류의 주식에 대하여만 양도제한을 하는 것이 발행주식 전부에 대하여 양도제한을 하는 것보다 株主에게 不利하다고 볼 수 없는 점 등에서 볼 때, 이를 否定할 이유가 없기 때문이다.

2. 對象行爲

(1) 非上場會社의 記名株式에 대하여 양도제한을 한 경우에도 이는 원칙적으로 매매·증여 등과 같이 特定承繼에 의하여 주식을 취득하는 경우에만 적용된다. 따라서 相續·合併 등과 같이 包括承繼에 의하여 주식을 취득하는 경우에는 적용되지 않는다고 본다.[56] 비교법적으로 보면 프랑스 商事會社法은 일정한 가족간의 양도(상속, 부부재산공동체의 해체, 배우자·존속 또는 비속에 대한 양도)에서는 양도제한의 규정이 배제되는 것으로 규정하고 있으나(佛會 274조 1항), 美國의 델라웨어州

55) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 222면 ; 崔基元, 前揭書, 460면 ; 宋鍾俊, "定款에 의한 株式讓渡制限의 爭點," 「考試界」, 1996. 10, 40면.

56) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 222면 ; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 347면 ; 李範燦, 前揭論文, 89면 ; 金敎昌, 前揭書, 117~118면. 反對 : 日最高判 1973. 6. 15(民集 27-6, 700)(양도담보의 경우에 이사회의 승인을 요한다고 함).

會社法은 이러한 양도제한이 株券上에 명백히 기재되어 公示되기만 하면 양도인(주주)의 상속인 등 모든 양수인에 대하여도 적용된다고 규정하고 있어[Del. C. § 202 (a) 1문] 대조를 이루고 있다.

(2) 株式을 擔保로 제공하는 행위(예컨대, 株式을 質權이나 讓渡擔保의 목적으로 제공하는 행위)나 주주의 채권자가 채무자인 주주의 株式을 押留하는 경우에도 양도제한의 규정이 적용되는가? 주주가 자기의 株式을 擔保로 제공하는 행위나 주주의 채권자가 株式을 押留하는 행위는 特定承繼인 양도라고는 볼 수 없으므로 이러한 행위 자체에 대하여 株主가 理事會의 승인청구를 할 필요는 없다고 본다. 그러나 擔保權者나 押留債權者가 채권실현을 위하여 그 株式을 경매하는 경우 또는 국세나 지방세의 체납절차에 의하여 공매하는 경우에는 양수인이 理事會의 승인청구를 하여야 한다고 본다[57](商 335조의 7). 비교법적으로 볼 때 프랑스 商事會社法은 株式入質의 경우에도 주식양도승인절차에 따라 승인을 받도록 하고 회사가 이를 승인한 경우에는 質權의 실행에 의한 양수인을 승인한 것으로 보는 것으로 규정하고 있다(佛會 277조). 이에 반하여 日本 商法은 과거에는 경매 또는 공매에 의한 취득자만이 會社(理事會)에 대하여 양도승인을 청구할 수 있는 것으로 규정하여 담보권의 실행으로 인하여 주식을 취득한 자를 예정하였으나, 1994년 改正商法은 모든 주식양수인이 회사에 대하여 양도승인을 청구할 수 있는 것으로 하여 一般化하였다. 즉 日本 商法에 의하면 改正 前後를 불문하고 株式의 擔保提供時에는 양도승인청구를 할 필요가 없고, 그 擔保物이 실행되었을 때 양수인이 양도승인청구를 하도록 하고 있다.

(3) 특정한 株主의 주식양도에만 이사회의 승인을 받도록 하거나, 所有株式數의 다과에 따라 이사회의 승인을 받도록 하는 것 등은 株主平等의 原則에 반하므로 그러한 주식양도제한의 규정은 無效라고 본다.[58]

57) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 222~223면 ; 李範燦, 前揭論文, 89면 註 6.

58) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 222면(그러나 외국인에게 주식양도를 하는 경우나 주주 이외의

또한 株主의 주식양도를 전면적으로 금지하거나 사실상 불가능하게 하는 제한도 주주의 투하자금회수를 박탈하는 것이므로 인정되지 않는다고 본다.[59] 회사가 數種의 株式을 발행한 경우 특정한 종류의 주식을 양도하는 경우에만 이사회의 승인을 받도록 할 수 있는가에 대하여 이를 否定하는 견해도 있으나,[60] 이를 肯定하여도 무방하다고 본다[61](商 344조 3항 참조).

비교법적으로 볼 때 英國 會社法에서도 株式은 어느 정도 양도성이 있어야 하는 점[CA § 182 (1) (b)]에서 株式의 完全讓渡禁止는 인정되지 않고 있다.

(4) 양도제한된 주식도 善意取得이 가능하다. 그런데 이 경우 취득자의 善意가 그 주식의 취득에 필요한 理事會의 승인에 갈음할 수는 없으므로, 이때에는 양수인(선의취득자)이 회사에 대하여 양도승인을 청구하고 회사로부터 승인을 받아야 회사에 대하여 주주의 지위를 취득하게 된다[62](商 335조의 7). 이 경우 양수인에 의한 주식양도승인청구가 큰 의미가 있게 된다. 또한 이때 無權利者인 양도인이 전자로부터의 주식취득에 회사에 승인을 받았는지 여부는 선의취득자가 회사로부터 양도승인을 얻는데 아무런 문제가 되지 않는다고 본다.[63]

자에게 양도할 경우에만 이사회의 승인을 받도록 하는 것은 有效하다고 한다); 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 331면. 그러나 日本에서는 이러한 경우에도 승인여부는 완전히 理事會의 재량이기 때문에 주주평등의 원칙을 문제로 삼을 여지가 없다고 보는 견해도 있다고 한다[森 淳二郎, 前揭論文(韓日法學硏究), 135면 참조].

59) 同旨 : 李範燦, 前揭論文, 89면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 84~85면.

60) 宋鍾俊, 前揭考試界(1996. 10) 40면 ; 김동석, "주식양도의 제한," 「法政考試」, 1995. 11, 160면.

61) 孫珠瓚, 「第6訂增補版 商法(上)」(서울 : 博英社, 1996), 648면 ; 박영길, "정관에 의한 주식양도의 제한," 「考試界」, 1996. 4, 129면 ; 金敎昌, 前揭書, 114면.

62) 同旨 : 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 75면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 335면.

63) 同旨 : 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 75면.

Ⅵ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 경우 讓渡承認의 節次

1. 承認請求

(1) 株主(讓渡人)의 讓渡承認의 請求

주식의 양도에 관하여 정관의 규정에 의하여 理事會의 承認을 얻어야 하는 경우에, 주식을 양도하고자 하는 株主(讓渡人)는 회사에 대하여 양도의 相對方 및 양도하고자 하는 株式의 종류와 수를 기재한 書面으로 양도의 承認請求를 할 수 있다(商 335조의 2 1항). 이러한 承認請求는 반드시 書面으로 하여야 하므로, 구두로 하는 것은 그 효력이 없다.[64] 또한 이러한 承認請求書에는 1인 또는 수인의 양도의 상대방(讓受人)을 특정하여 기재하고, (會社가 數種의 株式을 발행한 경우) 주주가 양도할 株式의 종류와 수를 확정하여 기재한 후 記名捺印 또는 署名하여야 한다. 이때 어느 한 사람의 양수인에 대하여는 양수하려는 주식의 전부에 대하여 승인하여야 하고, 그 일부에 대한 승인은 전부에 대한 승인거부로 본다.[65] 이러한 양도인에 의한 승인청구는 주식을 양도하기 전의 事前請求인 점에서, 양수인에 의한 승인청구(商 335조의 7)가 事後請求인 점과 구별된다.

(2) 讓受人의 承認請求

주식의 양도에 관하여 定款의 규정에 의하여 理事會의 承認을 얻어야

64) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 223면 ; 孫珠瓚, 前揭解說(1995), 87면 ; 李範燦, 前揭論文, 91면 ; 李基秀, 前揭書, 398면 ; 宋鍾俊, "改正株式制度의 內容과 特徵," 「考試界」, 1996. 3, 42면.

65) 同旨 : 金敎昌, 前揭書, 119면.

하는 경우에, 주식을 취득한 자(이하 '讓受人'이라 약칭함)도 회사에 대하여 그 주식의 종류와 수를 기재한 書面으로 그 취득의 承認을 청구할 수 있다(商 335조의 7 1항). 위의 株主(讓渡人)가 회사의 理事會의 승인없이 주식을 양도한 경우에도 讓受人은 당사자간에 유효하게 그 주식을 양수하나 회사에 대하여는 주주임을 주장할 수 없다(商 335조 2항). 따라서 이러한 株式讓受人이 회사에 대하여 주주로서의 권리를 행사할 수 있도록 하기 위하여 株式讓受人이 회사에 대하여 그 주식취득의 承認申請을 청구할 수 있도록 한 것이다.[66] 특히 주식을 경매 등의 방법에 의하여 취득하는 경우에는 사전승인이 불가능하거나 부적당하므로 양수인에 의한 사후승인이 큰 의미를 갖는다.[67] 이때의 株式讓受人도 株式讓渡人의 경우와 같이 賣買 또는 贈與 등과 같은 特定承繼에 의하여 주식을 취득한 자에 한하고, 相續이나 合併 등과 같은 包括承認에 의하여 주식을 취득한 자는 제외된다.[68]

株式讓受人이 주식취득의 승인청구를 하는 경우에도 株式讓渡人(株主)이 승인청구를 하는 경우와 동일한 절차에 의한다(商 335조의 7 2항). 다만 이때 주의할 점은 株式讓受人의 주식취득의 승인청구에 대하여 회사가 承認拒否를 한 경우에는 그 株式讓受人은 회사에 대한 관계에서는 주주가 아니지만, 주주가 회사로부터 承認拒否의 통지를 받은 경우와 같이 拒否通知를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 相對方의 指定 또는 株式의 買受를 청구할 수 있는 절차를 밟을 수 있다[69](商 335조의 7 2항, 335조의 2 4항, 335조의 3 내지 335조의 6).

---

66) 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 96면 ; 金敎昌, 前揭書, 129면(회사는 이러한 주식양수인을 주주로서는 받아들이지 아니하지만 매수를 청구할 수 있는 지위만은 받아 들이는 셈이라고 한다).

67) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 227면.

68) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 96면.

69) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 97면. 이때 양수인이 거부통지를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 상대방의 지정 또는 주식의 매수를 청구하지 않은 경우에는, 양도인의 경우와는 달리 회사에 대하여 주주권을 행사할 수도 없고 또 그 주식을 換價할 수도 없다는 이유로 양수인은 다시 승인청구를 할 수 있다는 見解가 있는데[李泰魯·李哲松, 前揭書, 351면], 이때에 양수인은 양도인에게 그 주식을 반환함으로써

비교법적으로 볼 때 이와 같이 양수인에 의한 승인청구를 인정하고 있는 立法例로는 프랑스 商事會社法(佛會 276조) 및 日本 商法(日商 204조의 5)이 있다. 이에 관한 日本 商法의 규정은 우리 商法의 그것과 아주 유사하나, 프랑스 商事會社法의 규정은 上場會社의 주식이 양도된 경우를 포함하고 있다.

2. 承認與否의 通知

(1) 會社는 株主 또는 讓受人으로부터의 위 承認請求가 있는 날로부터 1月 이내에 理事會의 결의를 거쳐 그 承認與否를 書面으로 통지하여야 한다[70](商 335조의 2 2항,335조의 7 2항). 이때 理事會가 이를 承認할 것인지 여부를 결정하는 것은 그의 裁量에 속하는 것이기는 하나 理事들은 회사와의 관계에서 受任人의 지위에 있으므로(商 382조 2항) 善管注意義務로써 合理性의 原則에 따라 이를 결정하여야 한다고 본다.[71] 理事會의 이러한 權限濫用을 방지하기 위하여 獨逸 株式法은 定款에 회사가 同意를 거절할 수 있는 사유를 규정할 수 있도록 하고(獨株 68조 2항 2문), 美國의 模範事業會社法도 株式讓渡制限은 合理性이 인정되는 방법으로 하여야 함을 명문으로 규정하고 있는데[RMBCA § 6.27 (d) (3) (4)], 이는 우리 商法의 해석에서도 참고가 될 수 있을 것으로 본다. 또한 理事會의 승인은 주주가 양도할 주식(또는 양수인이 양수한 주식)의 전부이어야 하고, 이의 일부를 승인하고 일부를 거절하는 것은 인정

換價할 수 있는 여지가 있고 또 조문의 해석상 양도인의 경우와 달리 해석하여야 하는 것도 무리인 점에서 볼 때 타당하지 않다고 본다[同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 228면 및 같은 면 註 1].

70) 이를 發信主義로 보아야 할 것인가 또는 到達主義로 보아야 할 것인가에 대하여 의문이 있으나, 양도인(주주) 또는 양수인을 보호하기 위하여 민법의 일반원칙에 따라 到達主義로 보는 것이 타당하다고 본다[同旨 : 李泰魯, · 李哲松, 前揭書, 349면 ; 鄭東潤, 前揭書, 224면].

71) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 224면 ; 宋鍾俊, 前揭考試界(1996. 10), 41면.

되지 않는다.[72]

주식양도의 승인기관은 이와 같이 理事會인데, 만일 代表理事가 이사회의 승인을 얻도록 한 정관의 규정에 위반하여 承認通知를 한 경우에는, 그러한 承認通知는 代表理事의 違法한(專斷的) 대표행위이나 對外的 行爲로서 거래의 안전을 보호하고 또 株主의 株式讓渡權을 보호하여 주어야 한다는 점에서 볼 때 (주주 및 양수인에게 惡意 또는 重過失이 없는 한) 이를 有效로 해석하여야 할 것으로 본다.[73] 이때 만일 會社가 주주 또는 양수인에게 1月의 기간 내에 理事會의 承認節次를 밟아 승인여부를 書面으로 통지하면 그에 따라 주주 또는 양수인은 필요한 조치를 취할 수 있겠으나, 會社가 그 기간내에 이러한 通知를 하지 않으면 회사는 그 주식의 양도에 관하여 理事會의 決議를 거쳐 승인한 것으로 본다(商 335조의 2 3항, 335조의 7 2항).[74]

(2) 회사가 주주의 승인청구에 대하여 적법하게 승인하고 소정의 기간 내에 승인통지를 한 경우에는 株主는 承認請求書에 기재된 내용대로

72) 同旨 : 李範燦, 前揭書, 92면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 88면, 李基秀, 前揭書, 398면, 宋鍾俊, 前揭考試界(1996. 3), 42면.

73) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 223면, 228면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 88면(다만 이때 주주가 그 사실을 알았느냐 아니냐에 관계없이 그 효력이 있다고 해석하는데, 주주가 惡意인 경우에도 주주의 주식양도를 회사에 대한 관계에서 유효로 보아야 하는지에 대하여는 의문이다. 이는 또한 違法한 代表行爲의 대외적 행위의 효력에 관한 大法院判例의 입장에도 反한다) ; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 350면(다만 양도인은 惡意이나 양수인이 善意라면 양수인의 보호를 위해 승인의 효과가 있으나 이와 반대의 경우는 양수인에 대해서는 승인의 효과가 없어 양수인은 양수의 승인을 청구해야 한다고 하여 善意·惡意의 기준을 양수인을 기준으로 판단하나, 승인통지의 상대방은 양도인(주주)이므로 양도인을 배제하는 것은 문제가 있다고 본다) ; 李範燦, 前揭論文, 92면(株主에게 惡意 또는 重過失이 없는 한 이를 有效로 보아야 할 것이라고 한다) ; 金敎昌, 前揭書, 120면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 337면(양수인이 善意이면 보호되나, 양도인이 善意이더라도 양수인이 惡意이면 보호되지 않는다고 한다).

74) 商法 제335조의 2 3항의 「회사가 주주에게 거부의 통지를 하지 아니한 때」의 의미는 회사의 이사회가 적법하게 승인거부의 결의를 하고 거부의 통지를 하지 않은 때 뿐만 아니라, 승인결의를 하거나 승인결의 또는 승인거부의 결의 등에 하자가 있는 경우라도 거부의 통지를 하지 않은 모든 경우를 포함한다고 본다.

양도의 相對方에게 소정의 주식을 양도할 수 있고, 회사가 양수인의 승인청구에 대하여 적법하게 승인하고 소정의 기간 내에 승인통지를 한 경우에는 양수인은 회사에 대하여도 적법한 株主로서 권리를 행사할 수 있는 것이다. 그런데 회사가 株主 또는 讓受人의 승인청구에 대하여 이를 받아들이기 어렵다고 판단하여 소정의 기간 내에 讓渡承認拒否의 통지를 한 경우에는(회사가 주식의 양도에 관하여 理事會의 결의를 거쳐 승인하였다고 하더라도, 주식의 一部에 관하여만 승인하였거나 또는 條件附로 승인한 것을 통지한 경우에는 전체에 관하여 讓渡承認拒否의 통지를 한 것이 된다.[75] 株主 또는 讓受人은 다음에서 보는 바와 같이 그 拒否通知를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 양도의 相對方의 指定 또는 그 株式의 買受를 청구할 수 있다[76](商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항).

Ⅶ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 경우 讓渡承認拒否의 效力

株主 또는 讓受人이 회사로부터 株式讓渡의 承認拒否의 통지를 받은 때에는, 위에서 본 바와 같이 그 효력으로서 그 통지를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 양도의 相對方을 指定해줄 것을 請求하거나 또는 株式의 買受請求를 할 수 있는데(商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항), 이는 다음과 같다.

---

75) 同旨 ; 鄭東潤, 前揭書, 224면.

76) 日本 商法에서는 회사가 승인을 거절한 경우 買受人을 지정하여 통지하게 되어 있다(日商 204조의 2 1항·2항).

1. 讓渡相對方의 指定請求權

(1) 讓渡相對方의 指定請求

株主 또는 讓受人[77]이 회사로부터 주식양도의 承認拒否의 통지를 받은 때에는 그 통지를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 양도의 相對方을 指定하여 줄 것을 請求를 할 수 있다(商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항). 이러한 청구는 앞의 양도승인의 청구와는 달리 書面으로 할 것을 요구하고 있지 않으므로, 口頭의 청구도 가능하다고 본다.[78] 이는 株主 또는 讓受人에 대하여 그의 투하자금의 회수를 보장하기 위하여 인정된 것이다. 법문상으로는 주주 또는 양수인이 承認拒否의 통지를 받은 경우에 비로소 讓渡相對方의 指定請求를 할 수 있는 것으로 규정되어 있으나, 해석상 주주 또는 양수인이 회사에 대하여 讓渡承認을 청구할 때에 만일 회사가 주주의 指定讓渡相對方 또는 讓受人을 승인하지 않는 경우에는 讓渡相對方을 지정하여 줄 것을 동시에 할 수 있다고 본다.[79] 이와 같이 하는 것이 비용과 시간을 절약할

77) 이사회의 승인을 얻지 못하고 株主가 주식을 양도한 경우 그 讓受人은 회사에 대한 관계에서 어떠한 지위도 갖지 못하므로 그 讓受人은 주식양도의 사후승인을 청구할 수 있는 근거가 없으므로 원칙적으로 사후승인 및 이의 거부시 상대방지정청구나 주식매수를 청구할 수 없고 이는 株主가 다시 행사할 수 있고 讓受人은 예외적으로 주주가 사전·사후승인을 청구하기가 곤란한 경우(예컨대, 경매에 의해 주식이 이전되는 경우 등)에만 사후승인을 청구하고 이의 거부시 상대방지정청구나 주식매수를 청구할 수 있다고 보는 見解가 있으나[張敬煥, 前揭論文(상사법연구 제13집), 82~83면], 商法 제335조의 7의 규정상으로 보나 또 讓受人은 양도인인 株主와의 관계에서 볼 때는 株主인 지위를 부인할 수 없는데(相對的 無效說) 양도인에 대하여 회사의 승인거부시 상대방의 지정청구나 주식매수청구를 할 수 있는 권리가 있다고 하는 것은 양수인의 지위를 너무 무시하는 것이 되어 타당하다고 할 수 없다. 따라서 讓受人은 회사와의 관계에서는 물론 株主의 지위를 취득하지 못하는 것은 사실이나 양도인인 주주가 부득이 회사에 대하여 양도승인을 청구할 수 없는 경우도 있으므로 이러한 점 등을 감안하여 商法이 특별히 讓受人에 대하여 이러한 권리를 인정한 것으로 보아야 할 것이다[同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 97면].

78) 同旨 : 李泰魯·李哲松, 前揭書, 351면 ; 鄭東潤, 前揭書, 224면.

79) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 224면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 90면. ; 李範燦, 前揭論文,

수 있어 실무상 많이 활용될 것으로 본다. 日本 商法은 이에 대하여 주주 또는 양수인이 회사에 대하여 양도상대방 또는 양수인의 승인신청시에 이를 승인하지 않으면 양도상대방을 지정하여 줄 것을 청구할 수 있고, 회사가 신청사항을 승인하지 않으면 별도의 양도상대방을 지정하여 신청인에게 통지하도록 명문으로 규정하고 있다(日商 204조의 2 1항·2항, 204조의 5). 프랑스 商事會社法도 회사가 양도승인을 거절한 경우에는 승인거절의 통지를 한 날로부터 3月 내에 그 주식을 다른 株主 또는 第3者에게 취득시키거나 양도인(주주)의 승락을 얻어 자본감소를 위하여 회사가 취득하여야 하는 것으로 규정하여(佛會 275조 2항 1문) 승인신청자(주주)로부터 또 다시 양도상대방의 지정청구를 받지 않고 있다. 또한 이와 관련하여 주주 또는 양수인이 양도상대방의 지정청구를 하였는데 회사가 주식매수를 할 수 있겠는가의 문제가 있다. 이에 대하여 주주 또는 양수인에게 상대방의 지정청구 또는 주식매수청구의 권리를 준 것은 그의 투하자본회수를 위한 것 뿐이라는 점에서 이를 긍정하는 견해도 있으나,[80] 이와 같이 해석하면 주주 또는 양수인의 의사를 너무 무시한 것이 되고 또한 양자는 그 절차에 있어서도 동일하지 않으므로 이와 같이 해석하는 것은 무리가 아닌가 한다.

(2) 會社의 指定通知

株主 또는 讓受人이 위 (1)의 경우와 같이 회사에 대하여 양도의 相對方을 지정하여 줄 것을 청구한 경우에는, 회사는 理事會의 決議에 의하여 이를 지정하고 그 청구가 있은 날부터 2주간 내에 株主 또는 讓受人 및 지정된 相對方에게 書面으로 이를 통지하여야 한다(商 335조의 3 1항, 335조의 7 2항). 이때 理事會의 양도의 상대방의 지정권한은 그의

93면 ; 金敎昌, 前揭書, 123면(주주의 선택에 따라 일시에 할 수도 있고 따로 할 수도 있다고 한다). 反對 ; 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 80~81면.

80) 金敎昌, 前揭書, 122면.

裁量에 속하는 것이나, 承認與否의 결정의 경우와 같이 善管注意義務로써 合理性의 원칙에 따라 이를 결정하여야 한다고 본다. 만일 이러한 權限이 濫用되면 理事는 회사 또는 제3자(주주 포함)에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 본다.[81] 또한 이때 양도의 相對方은 1인 또는 수인이 지정될 수 있으나, 양도승인을 청구한 주식 전부에 대하여 양도의 相對方이 지정되어야 한다.[82]

만일 회사가 양도의 相對方의 지정청구가 있은 날로부터 2주간 내에 株主 또는 讓受人에게 양도의 相對方의 지정통지 또는 승인통지를 하지 아니한 때에는 그 주식의 양도에 관하여 회사의 理事會의 承認이 있는 것으로 본다(商 335조의 3 2항, 335조의 7 2항). 따라서 이 때에 株主는 그 전에 그가 회사에 대하여 승인청구한 相對方에 대하여 그 주식을 양도할 수 있고 만일 그 相對方이 그 주식의 양수를 拒否한 때에는 株主는 회사에 대하여 그 株式의 買受를 청구할 수 있으며,[83] 讓受人은 회사에 대하여도 대항할 수 있는 株主가 된다.

(3) 被指定者(指定買受人)의 賣渡請求(先買權)

회사가 위 (2)에 의하여 양도의 相對方을 지정하고 또 그에게 소정의 기간내에 이를 통지한 경우에는, 相對方으로 지정된 者(被指定者, 指定買受人)는 지정통지를 받은 날로부터 10일 이내에 株主 또는 讓受人에 대하여 書面으로 그 株式을 자기에게 賣渡할 것을 청구할 수 있다(商 335조의 4 1항, 335조의 7 2항). 被指定者의 이러한 權利를 先買權이라

81) 이러한 理事會의 權限濫用을 방지하기 위하여 定款에 다른 규정이 없으면 株主는 그가 가지고 있는 持株數에 비례하여 양도상대방이 될 수 있다는 見解도 있으나[李泰魯·李哲松, 前揭書, 352면], 이는 實定法的 근거도 없는 것으로서 무리라고 본다.

82) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 90면 ; 金敎昌, 前揭書, 122면(따라서 이사회가 주주로부터 양도승인을 청구받은 주식 중 일부에 대하여만 상대방을 지정한 경우에는, 그 지정이 없는 것과 같게 되어 양도승인을 청구한 주식 전부에 대하여 양도승인이 있는 것으로 보게 된다고 한다).

83) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 91면.

하는데, 이는 形成權이다.[84] 이때 회사로부터 양도의 相對方으로 지정된 자는 반드시 그 주식을 매수하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니나, 회사가 미리 양도의 相對方의 의사를 물어 그의 同意를 받아 지정한 경우에는 그는 회사에 대하여 주식을 買受할 契約上의 義務를 부담한다.[85]

被指定者가 소정의 기간 내에 株主 또는 讓受人에 대하여 株式買受를 청구한 때에는 株主 또는 讓受人과의 사이에 賣買契約이 성립한다. 왜냐하면 주주 또는 양수인은 회사에 대하여 이미 회사가 지정한 양도의 相對方에게 주식을 매도하겠다는 請約을 하였고, 그 被指定者는 주주 또는 양수인에 대하여 株式買受를 청구함으로써 賣渡의 청약을 承諾하였기 때문이다.[86] 그러나 被指定者가 소정의 기일내에 株主 또는 讓受人에 대하여 株式賣渡를 청구하지 아니한 때에는 그 주식의 양도에 관하여 회사의 理事會의 承認이 있는 것으로 본다(商 335조의 4 2항·335조의 3 2항, 335조의 7 2항). 따라서 이때에 주주는 그 전에 그가 회사에 대하여 승인청구한 相對方에 대하여 그 주식을 양도할 수 있고 만일 그 相對方이 그 주식의 양수를 거부한 때에는 株主는 회사에 대하여 그 株式의 買受를 청구할 수 있으며, 讓受人은 회사에 대하여도 대항할 수 있는 株主가 된다.

日本 商法이 被指定者가 株主 또는 讓受人에 대하여 주식의 매도청구를 하도록 규정하고 있는 점(日商 204조의 3, 204조의 5)은 우리 商法의 그것과 같으나, 日本 商法은 이때 被指定者에 대하여는 그 주식의 매매대금에 상당하는 일정한 금액을 공탁하고 이를 증명하는 서면을 매수청

84) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 225면 ; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 353면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 342면.

85) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 225면 ; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 353면(따라서 被指定者가 소정의 기간 내에 株主에 대하여 주식매도를 청구하지 않아 주식양도의 승인이 있는 것으로 간주될 때에는, 被指定者는 회사에 대하여 責任을 부담한다고 한다) ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 92면 ; 李範燦, 前揭論文, 94면 ; 金敎昌, 前揭書, 124면(이때 被指定者와 會社는 제3자를 위한 계약을 한 것이므로 주주는 그 수익의 의사표시를 하여 이행을 구할 수 있고〈民 539조〉, 이때에 바로 매매계약의 효력이 발생한다고 한다).

86) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 225면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 92~93면 ; 李範燦, 前揭論文, 94면 ; 金敎昌, 前揭書, 124면.

구의 서면에 첨부하도록 하고(日商 204조의 3 2항) 또 매도인에 대하여는 株券을 공탁하고 被指定者에 대하여 이를 통지하도록 하고 있는데(日商 204조의 3 4항) 이 점은 우리 商法과 다르다.

(4) 賣買價格의 決定

회사의 理事會가 주식양도의 相對方을 지정한 경우, 그 被指定者와 株主 또는 讓受人간의 주식의 賣買價格은 다음과 같이 결정된다.

1) 첫째로 그 株式의 賣買價格은 당사자간의 協議로 결정된다(商 335조의 5 1항 본문, 335조의 7 2항). 따라서 被指定者가 株主 또는 讓受人에 대하여 그 주식의 賣渡請求를 한 때에 당사자 사이에 그 주식의 가액에 대하여 協議가 이루어지면 그 가액이 賣買價格이 된다.

2) 둘째로 被指定者와 株主 또는 讓受人간에 주식의 賣買價格에 대하여 協議가 이루어지지 아니한 때에는, 당사자는 회사가 지정하는 會計專門家 또는 法院에 그 賣買價格의 산정을 청구할 수 있다(商 335조의 5 1항 단서, 335조의 7 2항). 즉 당사자는 이를 선택적으로 행사할 수 있는 것이지, 제1차적으로 會計專門家에게 그 주식의 매매가격의 산정을 청구하고 이에 반대하는 경우에만 제2차적으로 法院에 이를 청구할 수 있는 것이 아니다.[87] 이때 會計專門家라 함은 公認會計士 또는 회계업무를 맡고 있는 法人 등 會計專門機關으로서 주식의 가액을 평가할 수 있는 자를 말한다.[88] 또한 株式의 價額算定은 去來所의 時勢가 있는 때에는 그에 따라 정하여지나, 去來所의 時勢가 없는 때에는 회사의 資産狀態와 發行株式總數 등을 참작하여 정하여진다.[89] 그런데 당사자간의 합의로 회사가 지정한 會計專門家에게 그 주식의 매매가격의 산정을 청

87) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 225면 ; 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 94면 ; 李範燦, 前揭論文, 95면.

88) 同旨 : 金敎昌, 前揭書, 126면.

89) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 94면

구하였는데 당사자의 일방이 그 價格에 반대하는 경우에는, 그 가격의 통지를 받은 날부터 30일 내에 法院에 다시 매매가격의 산정을 청구할 수 있다(商 335조의 5 2항, 335조의 7 2항). 따라서 주식의 賣買價格을 산정하는 최종기관은 法院이다. 이때 法院은 회사의 본점소재지의 地方法院이고(非訟 72조 참조), 당사자의 일방이 會計專門家가 산정한 매매가격에 반대하는 경우에도 위의 소정의 기간 내에 法院에 대하여 다시 청구하지 않으면 會計專門家가 산정한 가격에 따라 주식의 매매가 이루어진다.[90]

회사가 양도상대방을 지정한 경우의 매매가격에 대하여 프랑스 商事會社法은 당사자간에 協議가 이루어지지 않으면 法院이 그 가격을 결정하도록 하고 있다(佛民 1843-4조). 日本 會社法도 당사자간에 協議가 이루어지지 않으면 당사자는 法院에 그 매매가격의 결정을 청구하도록 하고 이때 법원은 매매가액 결정의 청구 당시 회사의 자산상태 기타 모든 사정을 참작하도록 하고 있는데(日商 204조의 4 1항·2항), 당사자가 法院에 이러한 매매가액의 결정의 청구를 하지 않는 때에는 매수청구인이 공탁소에 공탁한 금액을 매매가액으로 한다(日商 204조의 4 3항). 따라서 당사자간에 協議가 이루어지지 않은 경우에 「회사가 지정하는 會計專門家」에게 그 매매가격의 산정을 청구하도록 한 우리 商法의 규정은 특수한 점이라고 볼 수 있다. 물론 우리 商法의 경우에도 주식의 매매가격을 산정하는 최종기관은 法院이지만, 당사자가 합의하는 경우에 회사가 지정하는 會計專門家에게 그 주식의 매매가격의 산정을 청구할 수 있고 또 당사자가 위의 會計專門家가 산정한 매매가격에 이의가 없으면 이것이 法院에 의한 매매가격의 결정절차를 갈음하는 것으로 볼 수 있다.

90) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 225면.

2. 會社에 대한 株式買受請求權

(1) 株主의 會社에 대한 株式買受請求

주주 또는 양수인이 회사로부터 주식양도의 承認拒否의 통지를 받은 때에는 그 통지를 받은 날로부터 20일 내에 회사에 대하여 그 株式의 買受를 청구할 수 있다(商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항). 이러한 株式買受請求權은 形成權이다.[91] 주주 또는 양수인이 회사로부터 주식양도의 承認拒否의 통지를 받으면 회사에 대하여 앞에서 본 바와 같이 양도상대방의 指定請求를 하든가 또는 이와 같은 株式買受請求權을 선택적으로 행사할 수 있다고 본다. 이와 같이 주주 또는 양수인에게 株式買受請求權을 인정한 것은 앞에서 본 讓渡相對方의 指定請求權과 같이 株主 또는 讓受人에 대하여 그의 투하자금의 회수를 보장하기 위하여 인정된 것이다. 이에 대하여 株主가 이러한 선택권을 행사하면 주주는 회사채권자들에 앞서 출자금을 환급받는 방법으로 주식매수청구권을 행사하여 회사채권자를 해할 우려가 있다는 이유로 會社에게 이러한 선택권이 있는 것으로 해석하여야 하고 또한 商法 제335조의 3 1항도 회사는 2 주간내에 주주에게 양도상대방의 지정통지를 하거나 또는 주식매수의사의 통지를 하여야 하는 것으로 해석해야 한다는 見解가 있는데,[92] 이는 조문규정에도 너무나 벗어난 해석일 뿐만 아니라 회사가 양도상대방의 지정통지를 하지 않으면 자동적으로 주주의 주식양도를 승인한 것으로 간주하는 商法 제335조의 3 2항을 무의미하게 하여 주주의 이익을 크게 희생하고 또 회사가 이를 惡用할 우려가 있기 때문에 타당하지 않다고 본다.[93] 또한 이 경우에 大株主에 의한 惡用을 방지하기 위하여 회사에 대한 주식매수청구권의 數量과 財源의 규제가 필요하다는 견해가 있는

91) 同旨 : 拙著, 前揭書(會社法講義), 368면 ; 李範燦, 前揭論文, 96면 ; 鄭東潤, 前揭書, 226면 ; 權奇範, "株式買受請求權," 「商事法硏究」(韓國商事法學會), 제13집(1994), 97면.

92) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 354~355면.

93) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 226면 ; 朴世和, 前揭論文(서울法學 창간호), 345면.

데,[94] 이는 立法論上 참고가 될 수 있을 것으로 본다.[95]

1995년 改正商法에 의하여 株主의 회사에 대한 株式買受請求權은 세 가지 경우에 인정되는데, (ⅰ) 첫째는 위의 경우와 같이 株式讓渡의 制限에서 회사가 株主 또는 讓受人의 주식양도를 承認拒否한 때에 인정된 경우이고(商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항), (ⅱ) 둘째는 營業讓渡 등에 관한 株主總會의 特別決議에 반대한 주주에게 인정된 경우이고(商 374조의 2), (ⅲ) 셋째는 合併에 관한 株主總會의 特別決議에 반대한 주주에게 인정된 경우이다(商 522조의 3). 이러한 株主의 회사에 대한 株式買受請求權은 모두 주주의 투하자금회수를 보장하기 위한 점에서는 공통점이 있으나, (ⅰ)의 경우는 주식양도제한과 관련하여 모든 株主의 利益을 보호하기 위하여 인정되는 것이나, (ⅱ) 및 (ⅲ)은 株主의 利益에 중대한 이해관계가 있는 주주총회결의사항과 관련하여 少數株主의 이익을 보호하기 위하여 인정된 점에서 그 성질상 차이점이 있다.[96]

비교법적으로 회사가 주주(또는 양수인)의 주식양도승인을 거절하는 경우에 프랑스 商事會社法은 그 주식을 다른 株主 또는 第3者에게 취득시키거나 양도인(주주)의 승락을 얻어 資本減少를 위하여 회사가 취득하는 것으로 규정하여(佛會 275조 2항 1문), 회사의 自己株式取得을 인정하고 있는 점에서는 우리 商法上 株式買受請求權을 인정하고 있는 점과 그 결과에서 동일하나, 프랑스 商事會社法은 資本減少를 위하여 회사가 자기주식을 취득할 수 있는 것으로 규정하고 있는 점은 우리 商法의 경우와 구별된다. 이에 반하여 日本 商法은 회사가 주식양도승인을 거절하는 경우에 株主 등이 주식매수청구권을 행사할 수 있는 점에 대하여는 규정하고 있지 않다. 즉 日本 商法上 회사에 대하여 株式買受請求權을 행사할 수 있는 경우는 (ⅰ)영업양도 등(日商 245조의 2~245조의 4), (ⅱ)합병(日商 408조의 3), (ⅲ)주식양도를 제한하는 정관변경(日商 349조), (ⅳ)유한회사로의 조직변경(日有 64조의 2), (ⅴ)단주·단위

94) 鄭東潤, 前揭書, 226면 註 3.

95) 日商 204조의 3의 2 5항·7항 참조.

96) 同旨 : 孫珠瓚 外, 前揭解說(1995), 98면 ; 李範燦, 前揭論文, 95면.

미만주를 정리할 목적인 경우(日商 230조의 8의 2, 1981년 日改正商法附則 19조)뿐으로, 양도제한부 주식의 양도승인신청에 대하여 회사가 양도승인을 거절한 경우에는 주주 또는 양수인에게 회사에 대한 株式買受請求權을 인정하지 않고 있다.

(2) 會社의 株式買受

위 (1)의 경우와 같이 회사가 주주 또는 양수인으로부터 株式買受請求를 받은 경우에는 회사는 그 청구를 받은 날로부터 2월 이내에 그 주식을 買受하여야 한다(商 335조의 6·374조의 2 2항, 335조의 7 2항). 이때 '회사는 株式을 買受하여야 한다'는 의미를 당사자 사이에 매매계약이 성립하는 것으로 보는 견해가 있으나,[97] 회사에게 買受價格協議義務를 생기게 하는 것이라고 본다.[98] 이때 2월의 기간은 除斥期間이다.[99]

(3) 賣買價格의 決定

株主가 회사에 대하여 株式買受請求權을 행사한 경우, 회사와 주주 또는 양수인간의 그 주식의 賣買價格은 다음과 같이 결정된다.

1) 첫째로 그 株式의 賣買價格은 회사와 주주 또는 양수인간의 協議로 결정된다(商 335조의 6· 374조의 2 3항 본문, 335조의 7 2항).

2) 둘째로 회사와 주주 또는 양수인간에 주식의 賣買價格에 대하여 協議가 이루어지지 아니하는 경우에는, 會計專門家에 의하여 산정된 가액을 賣買價格으로 한다(商 335조의 6·374조의 2 3항 단서, 335조의 7

97) 鄭東潤, 前揭書, 226면, 340면 ; 李泰魯·李哲松, 前揭書, 543면 ; 崔基元, 前揭書, 563면 ; 權奇範, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 97면(따라서 2月은 매수한 주식대금의 이행기간으로 해석하여야 한다고 한다).

98) 同旨 : 李基秀, 前揭書, 509면.

99) 同旨 : 李範燦, 前揭論文, 96면 ; 宋鍾俊, 前揭考試界(1996. 3), 47면.

2항). 이때 會計專門家는 주주 또는 양수인과 회사간의 협의에 의하여 정하여야 할 것이고[100](商 335조의 5 1항 단서와 비교), 會計專門家라 함은 공인회계사 또는 회계업무를 맡고 있는 법인 등 회계전문기관을 의미한다.[101]

3) 셋째로 위 2)의 會計專門家가 산정한 賣買價格에 대하여 회사 또는 주주(또는 양수인)가 반대하는 경우에는, 회사 또는 주주(또는 양수인)는 會計專門家가 그 가격을 결정한 때로부터 30일 내에 法院에 대하여 賣買價格의 결정을 청구할 수 있다[102](商 335조의 6·374조의 2 4항, 335조의 7 2항). 주주 또는 양수인이 讓渡相對方의 指定請求權을 행사한 경우에 있어서 주식의 賣買價格은 被指定者와 株主 또는 讓受人간에 協議가 이루어지지 않으면 그 당사자는 바로 法院에 대하여 賣買價格의 산정을 청구할 수 있으나(商 335조의 5 1항 단서, 335조의 7 2항), 株主 또는 讓受人이 會社에 대하여 株式買受請求權을 행사한 경우에 있어서 株式의 賣買價格은 회사와 주주 또는 양수인간에 協議가 이루어지지 않으면 바로 法院에 賣買價格의 산정을 청구할 수 없고 그 이전에 반드시 會計專門家에 의한 賣買價格의 산정절차를 거쳐야 하는 점은(商 335조의 6·374조의 2 4항, 335조의 7 2항) 양자가 구별되는 점이다. 그러

100) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 227면(그러나 주주와 회사간의 협의가 이루어지지 않으면 제2차로 회사가 선정한다고 하는데, 의문이다).

101) 同旨 : 鄭東潤, 前揭書, 226면 ; 崔基元, 前揭書, 470면. 反對 : 李泰魯·李哲松, 前揭書, 545면(會計專門家는 회사가 선정하여야 할 것이고, 회계전문가란 용어에서 당연히 공인회계사가 도출되지는 않는다고 한다). 이와 같이 會計專門家에 의한 가액결정절차는 불필요한 낭비를 초래할 뿐이라는 이유로 가액결정은 당사자간의 협의와 법원의 결정이라는 2단계로 간소화시켜야 한다는 見解도 있다 [權奇範, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 99면].

102) 영업양도나 합병의 경우에 주주총회의 결의에 반대한 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우에는 그 결의에 반대한 주주가 보유한 주식의 100분의 30 이상이 會計專門家에 의하여 결정된 매수가액에 반대한 경우에 한하여 法院에 매매가격의 산정을 청구할 수 있으나(商 374조의 2 4항, 530조 2항), 주식양도의 경우에는 성질상 이러한 제한이 필요없다고 본다(同旨 : 李範燦, 前揭論文, 97면 註 24). 그러나 이 경우에도 영업양도나 합병의 경우와 동일하게 해석하는 견해도 있다[鄭東潤, 前揭書, 227면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 345~346면].

나 이 양자를 이와 같이 구별하여야 할 뚜렷한 이유가 있는지 의문이며, 구별하여야 할 명백한 이유가 없는 한 입법론상 어느 한 쪽으로 통일하여 규정하는 것이 바람직하다고 본다.[103]

(4) 會社의 買受株式의 處分

株主 또는 讓受人이 株式買受請求權을 행사한 경우에 회사는 그 매수청구받은 주식을 매수하여야 할 의무를 부담하는데(商 335조의 6·374조의 2 2항, 335조의 7 2항), 이때 회사는 예외적으로 自己株式을 취득하는 것이다(商 341조 5호). 회사는 이와 같이 취득한 自己株式을 상당한 시기에 처분하여야 한다(商 342조).

Ⅷ. 定款에 의한 株式讓渡制限의 立法論上 問題点

株式讓渡制限을 인정하고 있는 것이 세계적인 立法의 추세인 점에 비추어 볼 때 소규모 폐쇄적인 회사의 경우 定款의 규정에 의하여 株式讓渡의 제한을 할 수 있도록 한 1995년 改正商法에 대하여는 일단 肯定的으로 생각된다. 그런데 이에 관한 1995년 改正商法은 다음과 같은 몇 가지의 문제점이 있는 것으로 본다.[104]

(1) 첫째는 株式讓渡를 제한할 수 있는 회사가 확정되어야 할 것이다. 즉 上場會社는 제외하고 非上場會社에만 적용되는지, 非上場會社인 경우에도 일정규모 이하의 회사에만 적용되는지 여부 등이 法에서 명확히

103) 同旨 : 李泰魯·李哲松, 前揭書, 356면(양자간에 차별을 둔 것도 불합리하지만, 주식매수청구권의 행사사의 주식가격 결정절차에는 근본적인 문제점이 있다고 한다) ; 鄭東潤, 前揭書, 227면(또한 상법이 가액결정의 기준에 관하여 아무런 규정을 두지 아니한 것도 문제라고 한다).

104) 이에 관하여는 拙稿, 前揭論文(經營法律, 제6집), 29~30면 참조.

규정되어야 할 것으로 본다.[105] 이러한 점을 商法에서 규정할 수 없다면 증권거래법 등과 같은 特別法에서라도 명확히 규정하여야 할 것이다.

비교법적으로 보면 獨逸의 경우는 양도제한된 記名株式도 독일의 증권거래소에 上場할 수 있다고 하고[106](독일 증권거래소약관 26조 2항), 프랑스의 경우는 商事會社法에서 上場株式에 대하여도 양도제한이 되는 점을 전제로 하여 그의 양도에 대한 회사의 승인절차를 명문으로 규정하고 있으며(佛會 276조 1항), 日本의 경우는 증권거래소의 상장기준에 의하여 讓渡制限이 있는 株式은 상장을 허용하지 않고 있다고 한다. 위에서 본 바와 같이 또한 英國의 경우는 上場株式에 대하여는 양도제한의 규정을 두지 않으며, 美國의 경우는 일정한 범위내에서 上場株式에 대하여 그의 양도제한을 인정하고 있다.

(2) 둘째로 株式讓渡를 제한하는 獨逸 및 프랑스의 立法例가 讓渡制限이 되는 株式은 記名株式으로 明記하고 있는 점에서 볼 때, 商法 제335조 단서에서도 이점을 명백히 규정하였어야 할 것으로 본다.[107]

(3) 셋째로 理事會가 株式의 양도상대방을 지정한 경우(商 335조의 5)와 株式 또는 讓受人이 회사에 대하여 株式의 매수청구를 한 경우(商 335조의 6, 374조의 2 2항 내지 4항)에 매수가액의 결정방법에 대하여 다르게 규정되어 있는데, 주식의 양도상대방을 지정한 경우의 매수가액의 결정방법을 株式의 매수청구를 한 경우와 같이 통일하여 규정하는 것이 더 좋지 않을까 생각된다.[108]

---

105) 同旨 : 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 83~84면(이 문제는 회사의 경영권의 보호와 거래소거래의 특성을 어떻게 조화시킬 것인가에 달려 있는데, 회사의 경영권 보호에 치우친 나머지 상장주식의 양도에도 이사회의 승인을 무제한·무차별적으로 얻도록 하게 함으로써 거래소거래의 특성을 잃어버리게 하거나 위축되게 하는 것은 적절치 않다고 한다).

106) 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 76면.

107) 同旨 : 張敬煥, 上揭論文(商事法硏究 제13집), 78~79면.

108) 同旨 : 李範燦, 前揭論文, 98면(그러나 주식매수청구의 경우에도 양도상대방의 지정청구를 한 경우와 동일하게 규정하였어야 한다고 하는데, 이렇게 되면 상법상 주식매수청구권의 행사시의 가격결정방법이 二元化가 되어 더욱 혼란스럽다고 본다. 따라서 양도상대방의 지정청구의 경우를 주식매수청구의 경우와 통일하게 하는것이 一元化

(4) 우리 商法은 회사로부터 양도승인거부의 통지를 받은 株主 또는 讓受人에게 회사에 대한 양도상대방의 지정청구권과 함께 주식매수청구권을 인정하고 있는데(商 335조의 2 4항, 335조의 7 2항), 株主 또는 讓受人에 대하여 株式買受請求權을 인정하고 있는 점에 대하여는 批判이 많다.[109] 이를 批判하는 見解에서는 「株主 또는 讓受人에게 株式買受請求權을 인정하는 것은 주금액의 환급효과가 나타나 資本維持原則을 유명무실하게 할 염려가 있고(특히 大株主가 理事會를 움직여서 양도승인을 거부하게 하여 주식매수청구권을 행사하는 경우), 또 이는 주식을 양도하는 개개 주주 등에게 투하자본회수의 기회를 보장하고자 하는 것으로 團體法上 原理에 의하여 合併이나 營業讓渡 등에서 주주총회의 결의에 반대하는 소수주주에게 인정되는 주식매수청구권과는 그 성질이 전혀 다르다. 따라서 주식양도제한의 경우에 회사가 승인거부를 한 경우에는 그 주식을 매수할 다른 양도상대방을 지정하든가 그 지정을 할 수 없다면 주주가 양도하고자 하는 자를 새로운 株主로 받아들여야 하고, 개인과 개인 사이에 이루어지는 주식양도에 회사가 그 주식을 매수하여 일시적이나마 株主가 되는 일은 없어야 하며, 주식양도제한의 경우에 주식매수청구권을 인정할 필요가 있다면 주식양도를 제한하는 내

되어 간명하다고 본다); 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 81~82면 (그러나 당사자간의 가격협의과정에서 회계전문가 등의 자문을 구할 것이고 또 이러한 회계전문가의 결정은 구속력이 있는 것도 아니므로 이러한 절차를 없애고 당사자간의 협의와 법원의 결정의 2단계 절차로 一元化하는 것이 바람직하다고 한다) ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 347면(당사자간의 합의와 법원의 결정이라는 2단계로 규정하고 이를 모든 가격결정에 적용하여 一元化시키는 것이 바람직하다고 한다).

109) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 354~355면 ; 李哲松, "會社法 改正論理의 檢討," 「商法改正에 관한 硏究」(한국증권경제연구원, 1994. 9), 117면 ; 李範燦, 前揭論文, 99~100면 ; 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 79~80면 ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 349면 ; 李焄鍾, 前揭論文(現代商事法論集), 566~574면(이는 소수주주와 회사채권자에게 심각한 문제가 될 수 있다고 하고, 회사의 自己株式의 취득과 관련하여 특히 소수주주와 회사채권자보호를 고려하여 가능한 한 객관적인 기준을 정하여야 한다고 한다) ; 金敎昌, 前揭書, 128면(주식양도제한의 경우에는 주주에게 아예 주식매수청구권을 부여하지 않던가, 이를 부여하더라도 일정한 한도를 설정할 필요가 있다고 한다).

용의 定款變更을 決議할 때 인정하여야 할 것이다」고 한다.[110] 또는 「주식양도제한과 관련하여 株式買受請求權을 인정하는 것도 작지 않은 실수이지만, 株主가 양도상대방의 지정과 주식매수청구를 선택적으로 행사하게 되면 이는 그 자체로 자본충실을 해하게 될 뿐만 아니라 大株主가 회사채권자들에 앞서 출자금을 환급받게 되고 또한 理事들과 결탁하며 評價도 임의로 과대하게 할 수 있어 회사채권자 및 다른 주주에게 피해를 줄 수 있다. 따라서 회사채권자와 다른 주주의 이익을 보호하기 위하여는 양도상대방의 지정과 주식매수청구의 선택권을 會社가 갖는 것으로 해석하여야 한다」고 批判하기도 한다.[111]

생각건대 주식양도제한과 관련하여 주주의 투하자본회수를 보장하기 위한 보완책으로, 商法은 회사가 주주의 양도승인을 거절한 경우 주주에게 양도상대방의 지정청구와 함께 주식매수청구를 인정한 것인데, 주가 하락 등으로 양도상대방의 지정이 어려운 경우로서 또 주주가 신청한 양도상대방은 회사의 이익과 관련하여 도저히 승인할 수 없는 경우라면 회사의 이익과 주주의 이익을 보호하기 위하여 회사가 그 주식을 매수할 수 있도록 하여야 할 것이 아닌가. 이러한 제도의 악용이나 부작용도 있을 수 있겠으나 그것만을 두려워하여 회사와 투자자인 주주의 이익을 소홀히 하는 것은 오히려 본말을 전도한 것이 아닌가 한다. 따라서 外國의 立法例도 이 경우 회사가 自己株式을 취득할 수 있는 예외를 많이 인정하고 있다. 즉 프랑스 商事會社法은 「회사가 주주의 양도승인 신청을 거절하는 경우 그 주식을 다른 주주 또는 제3자에게 취득시키거나 주주의 승락을 얻어 자본감소를 위하여 회사가 취득하여야 한다」고 규정하고(佛會 275조 2항 1문), 日本 商法도 과거에는 주식양도제한의 경우 회사에 의한 자기주식의 취득에 대하여 규정하지 않았으나 1994년 改正商法에 의하여 「주식양도 승인신청이 있는 경우 회사의 이사회는 회사 자신을 매수인으로 지정할 수 있는데, 이때 회사는 주주총회의 특

110) 李範燦, 前揭論文, 99~100면.
111) 李泰魯・李哲松, 前揭書, 354~355면.

별결의를 얻어야 한다」고 규정하고(日商 204조의 3의 2, 204조의 5), 美國의 模範事業會社法이나 델라웨어州 會社法도 주식양도제한의 방법으로 회사가 자기주식을 취득하는 경우(어떤 경우는 회사가 이러한 의무를 지는 경우)를 규정하고 있다[RMBCA § 6.27 (d) ; Del. C. § 202 (c)].

(5) 우리 商法은 주식양도제한의 경우 承認機關을 日本商法의 경우와 같이 理事會로 제한하고 있으나, 獨逸 株式法이나 프랑스 商事會社法의 경우와 같이 定款에 의하여 承認機關을 자치적으로 정할 수 있도록 하는 것도 立法論上 고려할 수 있을 것으로 본다. 이러한 점은 특히 주식양도제한을 하는 각 회사의 사정에도 부응할 수 있을 것으로도 본다.

(6) 商法에서 주식양도제한에 관하여 규정하는 경우에는 양도제한을 받는 株式의 범위와 讓渡行爲의 범위에 대하여 어느 정도 기준을 정하여 두면 해석상의 혼란이 훨씬 감소되리라고 본다. 양도제한을 받는 株式의 범위에 앞에서 본 바와 같이 記名株式에 한정하여야 할 것이라는 문제도 있으나, 이 외에도 轉換社債·新株引受權證書·新株引受權證券 등의 양도의 경우에도 회사(이사회)의 승인을 받아야 하는 것으로 규정하여야 할 것이다[RMBCA § 6.27 (e) 참조]. 또한 양도제한을 받는 讓渡行爲의 범위에 대하여도 어느 정도 규정을 두는 것이 좋을 것인데, 이는 각 회사에서 주식의 양도제한을 하는 목적과 밀접히 관련되어 있으므로 구체적인 사항은 定款에 留保할 수 있다고 본다. 즉 株式의 入質 또는 讓渡擔保 등의 경우에도 회사(이사회)의 승인을 받아야 하는지(佛會 277조는 이에 대하여도 회사의 승인을 요하는 것으로 규정하고 있음), 相續·合併 등과 같은 包括承繼에도 회사(이사회)의 승인을 받아야 하는지(佛會 374조 1항은 일정한 가족간의 매매에는 이를 배제하고 있으나, Del. C. § 202 (a)는 이를 인정하고 있음) 등에 대하여도 어느 정도 商法에서 명확히 규정할 필요가 있다고 본다.

(7) 우리 商法은 회사가 주주(또는 양수인)의 양도승인신청에 대하여 이를 거부하는 경우 회사는 다시 주주(또는 양수인)의 신청에 의하여

양도상대방을 지정하거나 주식매수를 할 수 있는데, 이러한 것은 불필요한 2중의 절차로서 당사자에게 불필요한 수고와 시간만 낭비시킨다고 본다. 따라서 주주(또는 양수인)는 최초의 양도승인신청시에 회사가 이를 거부하는 경우 상대방지정을 원하는가 또는 주식매수를 원하는가의 의사를 밝히도록 하고 이에 따라 회사가 이의 처리결과를 주주(또는 양수인)에게 통지하도록 하면(양도상대방을 지정한 경우에는 被指定者에게도 통지) 훨씬 회사에게나 주주(또는 양수인)에게 편리할 것으로 본다[112](이렇게 되면 商 335조의 2 4항, 335조의 3은 불필요한 조항이 됨)(日商 204조의 2, 204조의 3의 2, 204조의 5 ; 佛會 275조 2항 1문 참조). 물론 현행 상법상으로도 이와 같이 해석될 수 있으나, 이와 같이 立法하였더라면 훨씬 간명하였을 것으로 본다.

(8) 회사가 주주(또는 양수인)의 양도승인신청을 거절하고 양도상대방을 지정하는 경우 被指定者와 株主(또는 讓受人)간의 매매를 확실히 보장하고 당사자간의 분쟁을 사전에 방지하기 위하여 被指定者에 대하여는 일정한 금액을 매수대금으로 供託시키고 株主(또는 讓受人)에 대하여는 株券을 供託시키는 것도 立法論上 고려할 수 있다고 본다(日商 204조의 3 2항·4항 참조).

(9) 우리 商法에는 규정이 없으나 신주발행시의 주식청약서(商 420조) 및 신주인수권증서(商 420조의 2 2항)에도 반드시 주식양도제한의 내용이 기재되어 公示되어야 한다.[113] 이는 立法上 過誤라고 본다.

(10) 회사가 양도상대방을 지정한 경우와 주식매수를 하는 경우에 당사자간에 주식매매가격에 대하여 協議가 이루어지지 않으면 會計專門家에게 매매가격의 산정을 청구할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 會計專

112) 同旨 : 李範燦, 前揭論文, 98면 ; 崔基元, 「商法改正試案(政府案과 대비하여)」, 1994. 11, 55면. 反對 : 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 80~81면(이사회의 승인거부가 있게 되면 주주는 양도의 상대방을 새로 정하여 다시 승인청구하거나, 회사를 상대로 승인거부의 부당함을 이유로 승인청구의 訴를 제기하거나, 주식의 양도를 포기하고 주주로 그대로 남아있을 수도 있으므로, 승인거부시에 자동적으로 상대방지정청구를 하는 것으로 규정하는 것은 合理的이지 못하다고 한다).

113) 同旨 : 李範燦, 前揭論文, 100면.

門家는 회사가 양도상대방을 지정한 경우에는 「會社가 지정하는 會計專門家」로 규정하고(商 335조의 5 1항 단서) 회사가 주식매수를 하는 경우에는 「會計專門家」[114]로만 규정하고 있다(商 335조의 6, 374조의 2 3항 단서). 따라서 會計專門家를 누가 지정할 것인지에 대하여 통일하여 규정하여야 할 것인데, 회계전문가의 매매가격의 결정은 당사자간의 합의에 갈음하는 것이므로 매매당사자간의 合意에 의하여 회계전문가를 지정하는 것으로 하여야 할 것이다. 이와 함께 會計專門家가 무엇을 의미하는지에 대하여도 어느 정도 기준을 정하여 두는 것이 필요하다고 본다.

또한 앞에서 본 바와 같이 會計專門家에 의한 매매가격의 결정과정절차를 부인하고 당사자간의 협의와 법원의 결정에 의한 2단계로 일원화하자는 견해도 있으나,[115] 당사자들이 法院에 가지 않고도 해결할 길도 선택적으로 열어줄 필요가 있는 점에서 그 의미가 있다고 본다.[116]

(11) 주주가 제한되는 주식의 양도를 승인신청하는 경우 이사회가 이를 승인할 것인지 여부, 또 승인을 거절하는 경우 양도상대방을 누구로 지정할 것인지 여부의 결정은 전적으로 理事會의 裁量에 속한다. 따라서 이사회가 이러한 裁量權을 濫用하지 않도록 하는 견제장치가 어느 정도 필요하다고 본다. 이를 위하여는 獨逸 株式法의 경우와 같이 이사회가 승인을 거절할 수 있는 사유를 定款에 규정할 수 있도록 하는 점 등이 고려될 수 있다고 본다[117](獨株 68조 2항). 물론 우리 商法上도 理

114) 이는 해석상 회사와 주주가 협의하여 정한 會計專門家로 보고 있다[拙著, 前揭書(會社法講義), 300면 ; 鄭東潤, 前揭書, 340면(제1단계로는 주주와 회사가 협의하여 선정하고, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제2단계로 상법 제335조의 5 제1항 단서를 유추하여 회사가 이를 지정한다고 한다)].

115) 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 81~82면 ; 權奇範, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 99면(株式買受請求權 행사시의 매매가격 결정에 대하여).

116) 同旨 : 金敎昌, 前揭書, 126면.

117) 同旨 : 金敎昌, 前揭書, 113면 ; 張敬煥, 前揭論文(商事法硏究 제13집), 79면(승인거부사유의 정관기재를 현실적으로 강제하기가 어렵다면, 최소한 회사가 승인거부의 통지를 할 때에는 그 사유도 통지하도록 하게 했으면 한다고 한다) ; 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 342면(정관으로 양도상대방의 지정방법이나 기준을 아울러 규정

事가 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 해태한 것이 판명되면 양도인(주주)은 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수는 있다[118](商 401조). 그러나 이러한 사후적인 구제조치보다도 사전적인 남용의 예방이 필요하며 또 사후적 구제조치에서도 이러한 定款의 규정은 濫用與否의 구체적인 기준이 될 수 있을 것이다.

Ⅸ. 結語

1995년 改正商法에 의하여 도입된 우리 商法上 定款에 의한 株式讓渡制限에 대하여 위에서 본 바와 같이 比較法的 考察, 解釋論的 考察 및 立法論的 考察을 하여 보았다. 그런데 定款에 의한 株式讓渡制限이 적용되는 회사는 上場會社는 제외되고, 또 소규모·폐쇄적인 주식회사의 경우에도 無記名株式에는 적용되지 않으므로 그 적용범위가 매우 축소되었다고 볼 수 있다. 그런데 定款에 의한 주식양도제한이 적용되는 경우에도 이의 적용에 있어서는 이사회의 양도승인거부의 기준, 양도승인거부시의 양도상대방의 지정, 양도거부시 회사가 양도상대방을 지정하는 경우 또는 주식매수청구에 의하여 자기주식을 취득하는 경우에 있어서 매매가격의 결정, 양수인에 의한 승인청구 등과 관련하여 많은 문제점이 남아 있다.

따라서 앞으로 정관에 의한 주식양도제한에 관한 규정을 해석하고 또 적용함에 있어서는 條文上의 字句에만 의존할 것이 아니라 회사의 이익보호와 주식을 양도하여 투하자금을 회수하고자 하는 주주의 이익보호를 어떻게 조화시킬 것인가를 항상 염두에 두고 양자의 이익을 균형있게 조화시키는 해석을 하여야 할 것이며, 이를 위하여는 이에 관한 外國의 立法例 및 解釋도 고려되어야 할 것이다.

하여 놓는 것이 바람직하다고 한다).

118) 同旨 : 朴世和, 前揭論文(새울法學 창간호), 337~338면.

아무쪼록 우리 商法이 定款에 의한 주식양도제한에 관하여 규정한 이상 그 규정목적이 실현되어 회사의 이익을 보호함으로서 자본시장개방에 따른 현실에서 우리 기업을 보호하는데 기여할 수 있게 되기를 기대한다.

代理權濫用의 法理構成

Die dogmatische Ansiedlung vom Miβbrauch der Vertretungsmacht

金 正 皓*

목 차

I. 글머리에
II. 代理權 濫用의 法理 構成
1. 우리나라에서의 논의
2. 獨逸에서의 논의
3. 종합 평가
III. 濫用行爲의 成立要件 및 그 後續處理
1. 대리권남용의 성립요건
2. 대리권 남용행위의 효과
IV. 表見法理와 代理權濫用
V. 比較法的 考察
VI. 글을 맺으며

I. 글머리에

일반적으로 대리권의 남용이란 대리인이 객관적으로는 대리권의 범주 내에서 대리의 방식으로 행위하였으나 대리인의 주관에서는 본인의 이익을 해하는 배임적인 목적을 추구할 때를 칭한다. 이러한 현상은 민법이나 상법 등의 실체사법에서 공통적으로 나타나는 문제로서 양 법영역에서 별개로 다룰 문제는 아니다. 상법에서 주로 발견되는 대리권 내지 대표권[1]들은 일반 민법에서의 임의 대리권과는 달리 거래 안전의 요구

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

1) 法人의 代表權의 경우에도 개개 法律行爲에 있어서는 民法 제 59 조 2항의 적용으로 代理에 관한 규정이 그대로 準用되므로 代理權濫用의 法理構成上 대리권과 대표권을 다르게 취급할 이유는 없다.

에서 포괄 정형적으로 규정되어 있다. 상법 제 11 조 1항은 지배인의 대리권을 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위로 그 범위를 확정해 놓고 있고 부분적 포괄 대리권을 가진 사용인의 경우에도 상법은 제 15 조 1항에서 비록 지배인의 그것보다는 제한되어 있지만 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판외의 모든 행위를 할 수 있도록 대리권의 범위를 포괄적으로 법정하였다. 나아가 각종 회사의 대표기관의 경우도 같다. 합명회사의 대표사원은 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있고 이는 합자회사의 대표사원이나 주식회사의 대표이사 나아가 유한회사의 이사에 준용된다(상법 제 209 조 1항, 제 269 조, 제 389 조 3항, 제 567 조). 이렇게 포괄 정형적인 대리권을 법정함으로써 상법은 거래상대방 보호의 법리하에 영업주체의 사적 자치를 제한시키고 있는 것이다. 이러한 사적 자치의 제한은 대리권 수여자인 商人의 속성에서 정당화된다. 상인은 일반 私人과 달리 기본적 상행위 또는 준상행위를 영업적으로 하는 자로서 해당 법률행위를 영리추구의 의도하에 또 대외적으로 인식가능하게 행하는 자이므로 거래 상대방인 제 3 자 보호의 요구가 일반 私人의 그것보다 훨씬 강하다.

대리권남용의 현상은 일반 민법상의 대리에서보다는 이러한 包括定型的이요 不可制限的인 대리권의 경우 현저하다.[2] 보통의 대리에 있어서는 대리권의 수여자가 대리권의 범위를 확정하고 보통 그 남용가능성이 있는 경우 처음부터 무권대리로 다루어지도록 대리권의 범위를 구체화시킬 수 있다. 물론 대리권 수여가 추상적인 방법으로 이루어지는 때에는 남용가능성은 커질 것이다. 그러나 대리권의 범위가 법정되어 있는 상사대리에서만큼 이 문제가 현저하지는 않을 것이다. 대리권 남용에 관한 대법원판례의 사안내용들을 살펴보아도 쉽게 이러한 현상들을 확인할 수 있다. 대부분의 사안에서 모두 포괄정형적인 대리권의 남용이 문제시되었다.

---

2) MünchKomm-Thiele, 164, Rdnr. 95.

그렇다면 이러한 상사대리권의 경우 대리권 내지 대표권의 남용현상은 법이론적으로 어떻게 안착되어야하며, 특히 포괄정형적이요 불가제한적인 성격때문에 일반의 대리권과는 달리 별도의 시각에서 이론구성을 해야하는 것인지, 나아가 어떤 요건하에 대리권의 남용을 긍정할 수 있으며 이 경우 그 효과는 어떻게 구체화시킬 것인지 등의 문제가 제기된다. 아래에서는 주로 우리나라와 독일의 판례 및 학설의 입장을 중심으로 이러한 문제들을 생각해 보기로 한다.

II. 代理權 濫用의 法理 構成

이제 우리는 대리권 남용제도의 정당성 내지 당위성을 어떤 법제도의 테두리 내에서 인식하여야 하는가(dogmatische Ansiedlung)하는 문제부터 살펴 보기로 한다.

1. 우리나라에서의 논의

大法院은 지금까지 주로 상사대리권(정확하게는 상법 제 15 조상의 부분적 포괄대리권을 가진 사용인: 소위 明星手記通帳事件) 및 주식회사 대표이사의 대표권 남용에 대한 사안들을 중심으로 권리남용설과 심리유보설을 취해왔다고 할 수 있다.

- 대법원 1987. 10. 13. 86 다카 1522 (권리남용설을 취한 예)

"주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제 3 자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 그와 같은 점을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반

하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있을 뿐이라고 함이 상당하다. "

- 대법원 1988. 8. 9. 86 다카 1858 (심리유보설을 취한 예)

"대표이사의 행위가 대표권한의 범위 내의 행위라 하더라도 회사의 이익 때문이 아니고 자기 또는 제 3 자의 개인적인 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다."

- 대법원 1990. 3. 13. 89 다카 24360 (심리유보설을 취한 예)

"주식회사의 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기의 개인적인 채무변제를 위하여 회사대표이사명의로 약속어음을 발행 교부한 경우에는 그 권한을 남용한 것에 불과할 뿐 어음발행의 원인관계가 없는 것이라고 할 수는 없고, 다만 이 경우 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것은 신의칙에 반하는 것이므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효력을 부인할 수 있다."

學說들은 지금까지 권리남용설, 심리유보설, 이익교량설, 내부적 권한제한설 등의 대립이 있어 왔다. 우선 권리남용설은 대표권남용행위는 원칙적으로 유효하고 다만 상대방이 대표권남용 사실을 알고 있는 경우에는 회사에 대하여 권리를 행사하는 것은 권리남용이나 신의칙 위반으로서 허용되지 않는다고 보고 있다.[3] 둘째의 입장은 심리유보설로서 비진의표시설로도 불리우며 대리권 남용의 경우 민법 제 107 조 1항 단서의 유추적용이 가능하다고 보고 있다. 이 설에 따르면 대표이사가 자기 또는 제 3 자의 이익을 위하여 표면상 회사의 대표자로서 법률행위를 하는 경우 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는

3) 정동윤, 회사법, 제 4 전정증보판, 1997년, 390 면; 이 기수, 회사법학, 1996년, 446 면; 정희철/정찬형, 상법원론(상), 1996년, 717면; 이 철송, 회사법강의, 제 5 판, 1996년, 620 면.

민법 제 107 조 1항 단서의 유추적용으로 그 행위가 무효가 된다고 한다.[4] 셋째 학설로는 利益較量說이 있는 바 이에 따르면 대표권 남용의 문제는 회사와 거래상대방의 이익형량에 의하여 해결될 수 있음을 전제하면서 대표권 남용행위는 당연무효이지만 거래안전의 요구에서 선의의 거래상대방에 대하여는 회사 측에서 무효를 주장할 수 없고, 다만 악의나 중과실의 상대방에 대해서는 당연무효의 원칙으로 회귀한다고 한다. 이 설은 상대적 무효설로도 불리운다.[5] 끝으로 대표권제한설은 대표권 남용행위를 대표이사의 대표권에 대한 제한위반으로 보아 주식회사의 경우 상법 제 389 조 3 항과 제 209 조 2 항, 지배인이나 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에는 상법 제 11 조 3항, 15 조 2항 등의 법리를 끌어들여 해결하고자 한다. 이 입장에서는 대표권 남용의 경우를 대표권에 가해진 내부적 제한의 위반사례로 보아 선의의 제 3 자에 대해서는 회사가 대표권 남용행위의 무효를 주장할 수 없다고 한다. 한편 주로 국내의 일부 민법학자들에 의하여 주장되는 무권대리설도 이 부류라 할 수 있을 것이다.[6] 무권대리설은 주로 대리권남용이론과 관련된 독일의 학설을 근거로 대리권남용의 문제를 권리남용설과 달리 대리법 내에서 해결하여야 한다고 주장한다. 즉 대리권의 남용은 대리권의 정당성을 제거하여 무권대리화한다고 한다. 회사의 대표권에 있어서도 이러한 사고를 발전시켜 대표이사의 대표권 남용행위를 대표권유월의 경우로 보아 표현대표에 관한 상법규정을 적용 내지 유추적용하려는 입장도 있다.[7]

---

4) 최 기원, 新會社法論, 제 7 전정판, 1996 년, 710 면; 채 이식, 상법강의(상), 개정판, 535 면.

5) 北澤, 회사법, 1982 년, 363 면; 鈴木/竹內, 회사법, 211 면; 국내의 지지학자는 없는 듯하다.

6) 李 英俊, 民法總則, 1996년, 488 면.

7) 孫 智烈, "代表權의 濫用", 民事判例硏究(XI), 1989년, 1 면 이하.

2. 獨逸에서의 논의

a. 총설

대리권 남용제도의 법리구성에 관한 국내 판례와 학설의 내용들을 개관하였으나 이 제도의 법이론적인 구성에 관한 보다 탄탄한 터전을 찾아보기 위하여 독일에서의 논의를 살펴 보기로 한다. 위에서 소개된 여러 학설 들이 주로 일본 판례나 학설 들에 의한 것이어서 비교법적인 요구에서도 독일에서의 논의를 알아봄은 매우 긴요하다.

독일에서의 논의는 포괄 정형적인 상사대리권 뿐만 아니라 일반 민법상의 임의대리도 포함하는 사법상의 일반제도로서 대리권의 남용을 어떻게 이론 구성할 것인가로 집중된다. 물론 포괄 정형적인 기업형 대리권의 경우는 이 제도의 전제요건상 특수한 시각이 첨가되는 것은 사실이다.

독일에서의 논의는 크게 권리남용설과 무권대리설로 양분된다. 전자는 '外來的 해결책'(exogene Lösung), 그리고 후자는 '內生的 해결책'(endogene Lösung)으로 명명되기도 한다.[8] 이것은 권리남용설이 대리법 외에서 해결점을 모색하여 일정한 요건하에 본인에게 일반 권리남용금지의 법리에 근거한 '허용될 수 없는 권리행사의 항변'(Einrede der unzulässigen Rechtsausübung)을 인정함에 반하여, 무권대리설은 대리법의 울타리 안에서 기존의 법조문으로(우리 민법 제 130 내지 135 조) 해결점을 모색코자 하므로 붙여진 이름이다. 전자를 따를 경우 대리인의 배임적 대리행위의 경우에도 엄연히 객관적으로 대리권의 범주 내의 행위이므로 본인과 거래상대방 간에는 유효한 법률행위가 성립되고 그 결과 계약적 이행청구권(Erfüllungsanspruch)이 발생한다. 그러나 이 청구권은 거래상대방이 대리인의 배임사실을 알았을 때에는 일반 권리남용의 항

8) Schott, AcP 171 (1971), S. 394

변(Mißbrauchseinwand)이나 악의의 항변(exceptio doli)에 의하여 그 행사가 저지되고 만다. 반면 후자의 입장을 따를 때에는 대리인의 대리권 남용은 대리권 자체를 否認케 하고 그 결과 본인과 상대방간의 법률행위의 성립자체가 부정되며 따라서 계약 성립으로 나타날 이행청구권의 존재 자체가 부정된다. 단순한 악의의 항변의 대항으로 권리행사를 저지시키는 것이 아니라 거래상대방의 권리는 발생 조차하지 않는다. 물론 본인의 추인가능성이 있기는 하다(독일 민법 제 177 조; 우리 민법 제 130 조).

이 대립된 두 입장이 공통으로 인정하는 한가지 예외가 있다. 그것은 대리인과 그 상대방이 공모하여 본인에게 손해를 가하기 위하여 대리행위에 참여하는 경우이다(Kollusionsfälle). 즉 대리인이 의식적으로 본인에게 손해를 발생케 할 의도로 제 3 자와 공모하고 제 3 자도 대리인의 이러한 배임적 용태를 인식하면서 거래에 응하는 경우이다. 이러한 경우 제 3 자는 대리권의 존재를 주장하지 못하며 체결된 계약은 민법 제 103 조(독일 민법 제 138 조)에 의하여 양속위반의 무효를 면치 못한다. 나아가 본인은 대리인과 제 3 자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구[9]를 할 수 있음은 물론이다.[10] 이하 이 대조적인 두 부류의 기본 입장을 알아보고 법리구성의 여러 면모를 비판해 보자.

b. 권리남용 내지 신의칙설

이는 현재 독일 판례[11] 및 통설[12]의 입장이다. 이 입장은 독일 제국법

9) 이 경우 특히 독일 민법 제 826 조에 의할 것이다. 同條는 고의적인 良俗違反 (vorsätzlicher Sittenverstoß)으로 인한 손해배상의무를 규정하고 있다.

10) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 10 II 1 b S. 527; Wiesener in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd 4. Aktiengesellschaft, 23 Rdnr. 16 ; Flume, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Aufl., 45 II 3, S. 788; Brox, BGB AT, 6. Aufl., Rdnr. 531; Kölner Kommentar-Mertens, AktG, 2.Aufl., 83 Rdnr. 41 ; Hüffer, AktG, 2. Aufl., 82 Rdnr. 6 ; Schott, AcP 171 (1971), S. 385 ff., 389 ; Robert Fischer, FS Schilling, 1973, S. 3, Fuß note 2 ; Gessler, FS v. Caemmerer, 1978, S. 532 ff., 536.

11) RGZ 71, 219, 222 ; RGZ 134, 67, 72 ; RGZ 143, 196, 201 ; RGZ 145, 311, 315 ; BGH

원이 취한 이래 독일 연방법원에 의하여 지속적으로 승계되어 왔다. 대리법상 대리권은 외부관계와 내부관계의 訣別(Trennung von Außen- und Innenverhältnis)로부터 출발되며 대리권 남용의 경우에도 이 양자의 구별은 변함없어 설사 대리인의 배임적 의사가 있었다 해도 수여된 대리권의 정당성(Legitimation der Vertretungsmacht)이 외부관계에서 제거되지는 않는다고 한다. 그리하여 이 문제에 대하여 독일 판례는 신의칙에 의한 탄력성있는 해결책을 모색해 왔다. 독일 민법의 초안자들도 대리권 남용의 문제점은 인식하였으나 법전상 명문의 규정을 두지는 않았으므로 독일 민법이 시행된 직후부터 이 문제는 판례와 학설에 그 해결이 맡겨진 셈이다. 그리하여 독일 판례는 일반 私法上의 '惡意의 抗辯'(Einrede der Arglist) 제도를 끌여들여 성립된 계약으로부터 파생되는 제 3 자의 청구권행사를 본인이 방어할 수 있도록 항변권을 부여하였다. 이러한 독일 제국법원의 기본입장은 일반 민법상의 대리 뿐만 아니라 상법이나 특별법상의 포괄정형적 대리권[13]의 경우에도 그대로 적용되어 왔다.[14]

독일제국법원은 대리권 수여의 내부관계와 제 3 자와의 외부관계를 엄격히 구분함으로써 대리권 남용의 위험은 원칙적으로 대리권의 수여자인 본인이 부담하도록 하는 것이 독일 민법전의 기본입장임을 전제하였다.[15] 이러한 본인의 위험부담원칙은 대리권수여의 주체가 본인이므로 대리권의 범위를 확정하거나, 누구를 대리인으로 선정할 것인가가 모두 본인의 의사에 따른다는 사실에서 정당화될 수 있다.

독일연방법원(Bundesgerichtshof)은 이러한 제국법원의 입장을 그대로

WM 1966, 491, 492 ; BGH WM 1968, 651, 653 ; BGH WM 1973, 1318, 1320.

12) Fischer, FS Schilling, S. 3, 12 f. ; KK-Mertens, 82 AktG, Rdnr. 16 ; Tank, NJW 1969, S. 6, 8 ; Wiedemann, GesR I, 10 II 1, S. 528 ; H. Hübner, FS Klingmüller, (1974), S. 173, 174 ; Hüffer, AktG, 2. Aufl., 82 Rdnr. 7 ; Westermann, JA 1981, 525.

13) 49, 50, 126 HGB ; 82 AktG ; 37 GmbHG ; 27 GenG.

14) RGZ 145, 311, 314.

15) R. Fischer, a.a.O., FS Schilling, S. 5.

승계하여 대리권 남용시 본인의 근본적인 위험부담과 거래상대방이 대리인의 배임여부에 대한 조사의무를 원칙적으로 지지 않는다는 사실을 재확인하였다.[16] 예외적으로 대리인이 확연히 (in ersichtlich verdächtigerweise) 권한남용을 시도하는 경우 거래상대방에게 배임의사를 의심케 할 만한 정황이 확연히 노정될 때에는 거래상대방의 권리행사를 저지시켰다.[17] 그리하여 독일연방법원은 지배권의 남용에 관한 BGHZ 50, 112 판결에 이르기까지는 본인과 제 3 간의 이해형량을 본격적으로 시도하지 않았다고 볼 수 있다. 그러다가 상기 판결에서 연방법원은 포괄적이고도 불가제한적인 지배권의 특성을 강조하여 이러한 경우 거래상대방의 신뢰보호가 보다 강조됨을 확인하면서 거래상대방과 본인간의 이해형량 작업을 본격화하기 시작하였다.[18] 이러한 이해형량작업은 연방법원이 공동과실(Mitverschulden)에 관한 독일 민법 제 254 조를 이 판례에 적용시키면서 더욱 구체화된다. 독일 판례의 입장을 보다 구체적으로 알아보기 위하여 우리는 이 분야에서는 독일의 대표적 先決例(Leitentscheidung)를 형성하는 이 티센은행 베를린 지점사건을 아래에 소개한다:

- BGHZ 50, 112 f. (Zweiter[19] Thyssenbankfall)

1968 년 3월 25일 Karlsruhe의 독일연방법원 민사 2 부 판결의 사실관계는 다음과 같다. 베를린의 한 사설 은행가(Privatbankier)가 어음소송의 원고가 되어 그가 소지하고 있는 총 22 매의 어음으로부터 165 만 마르크(한화 약 8 억 5 천만원)의 지급을 소구권행사의 형태로 피고로부터 상환청구하였다. 피고는 상기 어음의 背書人중의 하나인 Thyssen

16) Münchner Kommentar-Thiele, 2. Aufl., 164 Rdnr. 101.

17) BGH WM 1966, 491 ; BGH WM 1968, 841.

18) R. Fischer, a.a.O., S. 7.

19) Erster Thyssenbankfall, BGH WM 1966, 491(체약 당시 대리인의 배임혐의가 짙 어 의심스러울 경우에는 본인에게 문의하는 것이 요구된다는 내용임).

銀行이었다. 이 어음에 대한 被告銀行의 背書는 이 은행의 베를린지점 지점장에 의하여 대리권남용하에 이뤄졌고 이러한 사정은 원고에게 인식가능하였다. 피고는 원고가 지배인의 배임적 어음배서에 악의적으로 동참하였거나 최소한 과실로 배임적 용태를 알지 못하였다고 주장하면서 遡求責任을 부정하였다. 베를린 지방법원은 원고승소 판결을 내렸고 제 2 심 법원에서도 결과는 같았다. 피고 측의 상고에 대하여 연방대법원은 독일 민사소송법 제 597 조 2항에 따라 문서소송(Urkundenprozeß) 상 적법한 증거방법의 결여를 이유로 각하하였다. 연방대법원은 支配權(Prokura)과 같은 포괄정형적 대리권의 경우 지배인이 의도적으로 영업주에 대하여 배임적이었고 거래상대방이 거래상의 주의의무를 해태하여 이러한 배임사실을 알지 못하였다면 본인에 대한 이행청구를 할 수 없다고 판시하였다. 그러나 同法院은 만약 본인이 대리인에 대한 기대가능한 통제조치를 취하지 못하여 대리권의 남용에 이르게 되었다면 신의성실의 원칙에 따라 본인의 권리남용의 항변가능성도 재차 그 법적 근거를 상실할 수밖에 없다고 하였다. 이런 경우 제 3 자와 본인간에 과실상계의 법리에 따른 위험분담이 불가피하며 거래상대방의 본인에 대한 이행청구는 부분적으로 인용가능하다고 보았다.

이 판례에 대해서는 후속된 평석들에 의하여 적절히 지적된 바대로 우선 단순한 과실(경과실 포함)로 대리인의 배임사실을 알지 못한 거래상대방에 대해서도 권리남용의 항변을 인정한 것이 지나치게 본인보호에 치중하였다는 비판을 면할 수 없었다. 그후의 독일 대법원판례는 결국 거래상대방에게 최소한 중과실의 비난을 가할 수 있을 때에만 권리행사를 제한시키는 쪽으로 발전되었다.[20] 나아가 학계의 많은 비판을 받았던 부분은 본인이 대리인의 대리권남용행위를 적절한 감시감독을 해태함으로써 유발시킨 경우 판례가 독일민법 제 254 조를 끌어들여 본인과 거래상대방간의 이해조절을 꾀하면서 그 타협점을 찾으려했던 부분

20) BGH NJW 1990, 384, 385 r. S.

이었다. 즉 독일연방법원은 본인의 과실부분을 계산하여 상대방의 이행청구권의 일부를 인용하는 문언을 취하였다.[21] 이러한 판시내용은 곧 학설에 의하여 상대방이 가질 이행청구와 본인의 손해배상의무를 공동과실의 법리속에서 부적절하게 타협시킨 결과라는 비난을 받았다.[22] 이 판례는 그 사안내용이 전반적으로 우리나라의 明星手記通帳事件(대판 1987. 10. 13. 선고 86 다카 1522)과 대단히 흡사하였다. 단지 독일 사안에서는 남용된 대리권이 지배권이었고, 명성사건의 경우는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인이었다는 차이는 있었으나, 은행업무상의 배임은 공통된 것이었다.

c. 無權代理說

이러한 판례의 입장을 비판하면서 주로 독일 학설들은 대리권 남용제도를 근본적으로 代理法(Recht der Stellungvertretung)의 범주내에서 해

21) BGHZ 50, 112, 115 ; „ ...Der Rechtsgedanke des 254 BGB, der nur eine besondere Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben ist, mu dazu führen, die nachteiligen Folgen des Geschäfts in einem solchen Fall auf den Vertretenen und den Vertragsgegner nach Maßgabe des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zu verteilen. Die Ansprüche aus dem Geschäft gegen den Vertretenen sind daher gegebenenfalls nur zu einem bestimmten Bruchteil für begründet zu erachten. "

22) 특히 Wiedemann 教授는 독일 민법 제 254 조상의 共同過失의 法理로 상대방의 履行請求權의 일부는 인용하고 일부는 權利濫用의 抗辯으로 배척한 독일연방법원의 입장을 비판하면서 오히려 機關責任에 관한 독일민법 제 31 조나 履行補助者의 책임에 관한 독일 민법 제 278 조의 법리를 끌어 들임이 事理에 順然하였다고 주장하고 있다. 결국 履行請求는 전범위에 걸쳐 배척하고 대신 本人의 過失分을 計量하여 적절한 손해배상청구권을 인정하였다면 더 좋았을 것이다(vgl. Wiedemann, GesR I, 10 II 2, S. 531). 나아가 Heckelmann 은 거래상대방의 이행청구권을 부정하는 경우에는 거래상대방에게 締約上의 過失責任(culpa in contrahendo)의 법리하에 損害賠償請求權이 발생한다고 보고 있고, 거래상대방이 代理人의 背任行爲를 輕過失 등으로 알지 못하여 代理權의 濫用에도 불구하고 제 3 자의 履行請求權이 인정되는 경우에는 本人에게 역시 채약상의 과실법리에 기초한 損害賠償請求權을 경과실의 거래상대방에 대하여 인정하자는 주장도 있었으나 학계의 지지를 널리 받지는 못하였다(vgl., Dieter Heckelmann, Mitverschulden des Vertretenen bei Mißbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, 62 ff., insbesondere S. 65, 66)

결책을 찾으려 하였다.[23] 대리권 남용의 경우 대리권수여에 대한 정당성(Legitimation der Vertretungsmacht)이 상실되고 무권대리의 경우가 된다고 보고 있다. 이러한 주장은 Theodor Kipp 에 의해서 최초로 이루어졌다.[24] 그는 "대리인이 자신에게 부여된 대리권을 의도적으로 남용하고, 제 3 자가 이러한 남용사실을 알고 있거나 과실로 알지 못한 경우, 그 법률행위는 대리권의 부존재로 인하여 무권대리행위가 된다고 보아야 한다"고 주장하였다.[25] Flume는 이러한 Kipp의 기본 입장을 더욱 발전시켜 나아갔다. 대리법상 내부관계와 외부관계의 訣別이 독일 민법의 이념이긴 하지만 이러한 대리권의 독립성은 대리권남용의 경우 그 한계를 찾는다고 주장한다.[26] 즉 대리인이 본인과의 내부적 결속을 위반하고, 제 3 자가 이러한 위반 사실을 알고 있거나 그에게 명약관화하게 노정되었다면 대리인은 해당 법률행위를 대리권 없이 행한 것이 된다고 보고 있다. 그 결과 대리권 남용은 독일 민법 제 177 조 이하의 규정에 따라 (우리 민법 제 130 조 내지 135 조) 그 법률효과가 처리된다고 한다. 즉 대표권 남용의 경우에도 본인의 추인으로 당해 대리행위의 효력은 부활될 수 있으며, 추인이 거절되면 대리인이 상대방의 선택에 좇아 이행책임이나 배상책임을 부담하게 될 것이나, 이러한 효과는 독일 민법 제

23) Kipp, Reichsgerichtspraxis(1929) II, 273 ff. ; Medicus, Bürgerliches Recht, 16. Aufl., 5 III b Rdnr. 116 ; Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Aufl., 45 II 3, S. 789 ; Larenz, AT, 30 II a ; Pröss, JuS 1985, 577 f. ; Lüderitz, JuS 1976, 765 ff., 768 ;Enneccerus/Nipperdey, II 183 I 5.

24) Kipp, a.a.O., S. 273 ff.

25) Kipp, a.a.O., S. 273 ff., 287 ; „ Ein Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter in wissentlichem Mißbrauch einer an und für sich gegebenen Vertretungsmacht vornimmt, während der, demgegenüber es vorgenommen wird, weißoder infolge Fahrlässigkeit nicht weiß, da der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, wird durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt. Es ist also Geschäft eines Vertreters ohne Vertretungsmacht anzusehen. "

26) Flume, a.a.O., S. 789 ; „Wenn das geltende Recht auch die Vertretungsmacht gegenüber der Pflichtbindung des Vertreters verselbständigt hat, so findet diese Verselbständigung doch ihre Begrenzung bei dem Mißbrauch der Vertretungsmacht, d.h. der Verletzung der Pflichtbindung durch den Vertreter, sofern der Geschäftspartner den Mißbrauch kennt oder er für ihn evident ist."

179 조 3항이나 우리 민법 제 135 조 2항으로 인하여 그 출현이 봉쇄될 것이다.[27] 그리고 특히 이러한 무권대리 행위시 의미있는 것은 독일 민법 제 177 조(우리민법 제 130 조)에 의하여 대리권 남용의 경우에도 본인이 그 행위를 추인해 줌으로써 그 효력을 回生시킬 수 있다는 데에 있다고 한다.[28]

3. 종합 평가

지금까지 우리는 대리권의 남용과 관련된 국내외의 논의를 개관하였다. 그 결과 대리권 남용제도의 법리구성은 크게 代理法外에서 그 해결점을 찾는 밖에서 안으로의 방식(exogene Lösung)과 대리법내에서 그 해결점을 찾는(endogene Lösung) 2 가지 큰 흐름이 대립되고 있음을 알았다. 이중 후자는 私法의 대원칙인 대리권의 독립성을 특정요건하에 부정하여 대리권남용을 無權代理化시키려한다. 물론 이렇게 무권대리화 시킬 경우 우리 민법 제 130 조 이하 등 무권대리의 여러 법률효과는 一見 매혹적인 것으로 보일 수 있다. 즉 권리남용설이 실정법상으로 명확한 법률효과를 구체적으로 제시하지 못함에 반하여 대리권부인설이 기존 조문상의 효과를 제공함으로써 권리남용설보다 이런 점은 강점으로 평가될 수도 있을 것이다.[29] 그러나 적어도 포괄정형적인 상사대리권

27) Schott, AcP 171 (1971), S. 394.

28) MünchKomm-Thiele, 164 Rdnr. 102 ; Heymann-Sonnenschein, HGB, 50 Rdnr. 24 ; a. A. Schott, a.a.O., S. 394 (그는 이러한 결과는 권리남용설로도 똑같이 달성될 수 있다고 비판한다).

29) 여기서 우리는 대리권 남용제도의 법리 구성(dogmatische Ansiedlung)의 문제와 합리적인 법률효과의 도출문제를 구별하여야 하지 않을까 생각된다. 사실 독일에서 무권대리설이 여러 학자들에 의하여 주장되게 된 데에는 권리남용설을 취하면 실 용적이고 구체적인 법률효과의 제시가 어려웠기 때문이 아닐까 생각해 본다. 그리 하여 대리권남용의 전제요건 부분은 권리남용의 법리에 터잡아 설명하고, 대리권남 용의 효과 부분은 무권대리규정을 원용하는 절충적 견해가 나타나고 있다. vgl. Capelle-Canaris, Handelsrecht, 21 Aufl., 14 IV 2, S. 183.

의 경우 무권대리설은 그 법리 구성 면에서 다음과 같은 비판을 면키 어렵다. 즉 어떤 이유로 계약이 성립될 적마다 대리권의 범위가 제 3 자의 용태에 따라 달라질 수 있는지 설명되기 어렵다. 대리권의 범위는 법률행위나 법규정에 의하여 이미 확정되어 있는 것이다. 즉 거래상대방이 대리인의 배임적 용태에 대하여 악의이면 무권대리가 되고, 선의이면 대리권범주내의 정상적인 대리행위가 된다는 결론은 수긍키 힘들다.[30] 계약을 체결하는 대리인의 대리권이 거래상대방의 용태에 따라 그때그때마다 달라진다는 것은 받아들이기 어려운 결과이다. 대리권부인의 방법이 아니더라도 신의칙에 근거한 탄력적인 개별정의의 실현이 가능하다면 굳이 이런 방법을 쓸 필요가 있을지 의심스럽다. 독일에서도 무권대리설의 지지자로 분류되는 학자들 가운데 그들의 주장을 살펴보면 오로지 독일 민법 제 177 조 이하의 규정만을 대리권남용의 후속처리방법으로 유추적용하지 법리구성 자체를 무권대리법에 맡기려 하지는 않는다.[31] K. Schmidt 도 대리권 남용의 법리구성은 오로지 신의칙(Treu und Glauben) 상으로만 가능하다고 보고 오로지 대리권 남용의 효과만을 대리법에서 찾고자 한다. 그러나 이렇게 무권대리의 효과만을 대리권남용제도에 이용하는 방법 역시 다음과 같은 비판이 가능하다. 즉 같은 결과는 얼마든지 일반 권리남용의 법리하에서도 실현가능하다는 것이다. 즉 민법 제 130 조에 의하여 대리권 남용행위를 본인이 추인할 수 있다고 하나 이러한 효과는 신의칙상으로도 가능하다고 한다.[32] 나아가 무권대리인에 대한 이행청구나 배상청구는 민법 제 135 조 2항에 따라 대리권남용사실을 아는 거래상대방에게는 거의 불가능해질 것이다. 결론적으로 무권대리의 법률효과가 일견 보기에는 일반 신의칙보다 구체적인 법률효과를 제공하는 것처럼 보일지라도 실제에 있어서 큰 장점이 나타나지 않는다는 사실이다. 대리법에 있어서 작용하는 "外部的인 可

30) Wiedemann, GesR I, 10 II 1 S. 528.

31) Münchner Kommentar-Thiele, 164, Rdnr. 102 ; Soergel-Leptien, 177 Rdnr. 15 ; Staudinger-Dilcher, 167, Rdnr. 101, 103.

32) Schott, AcP 171, 394.

能性"(äußerliches Können)과 "內部的인 許容性(innerliches Dürfen)"의 구별이 대리권 남용의 경우라하여 相對化될 이유는 없다.

나아가 대리권부인론을 주장하는 국내 학설에 따르면 대리권남용과 표현대리간의 관계를 다루면서 대리권남용의 경우 "협의의 무권대리"에 머물뿐 표현대리가 될 수 없다고 한다. 표현대리란 대리권이 존재하지 않음에도 불구하고 거래상대방이 존재하는 것으로 선의로 신뢰하였을 때 본인에게 법외관창출에 대한 귀책성을 전제로 존재하지 않는 대리권을 개개의 사안에서 마치 유효한 대리권이 존재하였던 것처럼 의제시키는 제도이다. 대리인의 배임의 경우 이를 월권대리로 보고 이와같은 대표권 유월에 대하여 거래상대방이 선의이면 표현대리의 법리를 적용한다는 학설도 있다.[33] 그러나 상법 제 11 조 3항상의 지배권의 내부적 제한이나, 상법 제 389 조 3항, 제 209 조 2항에 의한 주식회사 대표이사의 대표권에 대한 내부적 제한이란 업무의 특정 영역이나 거래액의 최고한등의 객관적 의미로 이해되어야 한다고 본다. 배임적으로 대표권을 행사해서는 안된다는 주관적 제한으로 이해되기는 어려운 것이다.[34]

국내의 무권대리설은 대리권에 존재하는 내적 한계, 즉 대리인의 대리권 남용과 이에 대한 상대방의 인식이 있었을 때에는 대리권의 외부적 독립성에 제한이 가해져 대리권수여의 정당성이 사라지고 그 결과 무권대리가 된다고 보고 있다. 대리권의 범위가 法定된 지배인의 대리권이나, 주식회사 대표이사의 대표권의 경우에는 방법론적으로는 그 해당 법규범의 합목적적 축소해석(teleologische Reduktion)을 시도하고 있다고 생각된다.[35] 그러나 대리제도의 기본 원칙인 외부적 가능성과 내부적 허

33) 손 지열, 대표권의 남용, 민사판례연구(XI), 1 면 이하.

34) 독일 상법 제 50 조 2항은 이러한 解釋方向에 좋은 例를 제공한다. 나아가 상법상의 包括的 代理權의 경우에는 去來相對方에게 대리인의 背任여부에 대한 조사의무를 부과하기 힘들다.

35) Capelle-Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl, 14 IV 2 S. 183.

용성의 구별원칙을 상대화시키는 것은 정당하지 못하다고 생각된다. 대리권남용제도의 존재목적은 대리인의 배임적 행위의 결과가 본인에게 미치지 못하도록 차단시키는 것인데 이 목적을 달성하기 위하여 대리권 그 자체를 부정하는 것이 필요한지 의문이다. 달성하기 위한 목적에 비하면 그 수단 내지 희생이 너무 크다고 생각되기 때문이다. 나아가 상기의 상법 11조 3 항이나 209조 2항은 오히려 그러한 배임사실이 존재하여도 대리권의 존재를 인정하여 상대방 보호를 우선시키겠다는 입법자의 의사로 해석되어야 하지 않을까? 오히려 그러한 정도의 거래안전을 꾀하겠다는 목적이 포괄정형적 대리권의 의미일 것이다.[36]

이제는 국내의 몇가지 학설에 대하여 비판적인 검토를 하여보자. 우선 심리유보설을 살펴보면 민법 제 107 조 1항 단서를 대리권의 남용에 유추적용한다고 하나, 이미 국내 학설에 의하여 적절히 지적되고 있는 바와 같이 비진의표시의 경우에는 해당 의사표시의 효과의사가 표의자에게 존재하지 않으나, 대리권남용의 경우에는 해당 행위를 위한 효과의사는 분명히 존재하는 것이며, 단지 배임적 의사가 추가될 뿐이어서 양 제도가 유추적용의 적절한 대상이 아니다.[37] 물론 이 학설은 판례가 여러차례 취택한 바 있고 거래상대방의 주관적 요건면에서 배임사실에 대한 고의 뿐만 아니라 과실에 의한 不知의 경우도 해당 법률행위를 무효화시키고 있어 본인의 보호에 있어서는 권리남용설 보다 우수한 점이 있다. 그러나 성격이 전혀 다른 두 제도를 유추적용이라는 방법으로 架橋시키기에는 너무 거리가 먼 느낌이다. 또한 경과실의 제 3 자가 보호되지 못하는 것은 거래상대방의 보호를 지나치게 소홀히 한 느낌이다. 이 학설은 대리권남용제도의 법리 구성 보다는 남용행위의 효력에 대한 실용적인 법률효과의 제시에 치중한 느낌도 든다. 둘째, 利益較量說의 입장을 보면 대리권남용의 경우 해당 행위는 당연무효이나 선의의 상대

36) R. Fischer, a.a.O., S. 11.
37) 정동윤, 회사법, 제 4 전정증보판, 1997 년, 389 면.

방에 대한 관계에서는 거래안전의 요구로 그 무효를 주장할 수 없다고 한다. 결국 이 입장은 대리권의 행사는 본인을 위하여 하여야 한다는 내재적 의무를 전제로 하고 있다는 점에서 독일의 무권대리설과 유사한 성격을 가지고 있다. 권리남용설이나 심리유보설과는 달리 대리권남용 행위를 당연무효로 보는 점이 이해되기 어렵다. 나아가 독일의 무권대리설에 대한 비판이 여기서도 가능해질 수 있다. 즉 대리권의 독립추상성(Abstraktionsprinzip)이라는 거래안전의 보호막을 원칙적으로 배제시키는 단점이 있다. 셋째, 代理權 내지 代表權制限說의 입장 역시 실정법해석의 한계를 넘어서고 있다. 이 설은 모든 대리권이나 대표권에는 '본인의 이익을 위하여 행사되어야 한다'는 內在的 限界가 있는 것으로 보고 대표권남용행위를 代表權限踰越의 경우로 보아 표현대리나 표현대표에 관한 상법 내지 민법규정(예컨데 상법 제 389 조 3항, 209 조 2항, 비영리사단법인의 경우 민법 제 60조, 지배인의 경우 상법 제 11 조 3항, 민법상의 대리의 경우 민법 126 조등)의 적용 내지 유추적용을 주장한다. 그러나 支配權에 대한 내부적 제한으로 선의의 제 3 자에 대항할 수 없다든지 또는 대표이사의 대표권에 대한 내부적 제한으로 선의의 제 3 자에게 대항할 수 없다는 상법 제 11 조 3 항이나, 상법 제 389 조 3항, 209 조 2항의 규정들은 지배인이나 대표이사에게 본인인 영업주나 회사의 이익을 위하여 대리권을 행사할 주관적 제한이 있다는 의미로 해석되기는 힘들다. 특히 이런 규정들은 거래안전보호에 치중하는 규정들로서 거래상대방에게 대리인의 배임적 용태에 대한 조사의무(Prüfungspflicht)를 배제시키는 데에 입법의 중점이 놓여지기 때문이다. 즉 대리권의 독립추상성은 이 경우 일반의 임의대리에서보다 한층 더 강조된다. 그럼에도 불구하고 대리권남용의 경우 대리권의 제한에 대한 위반으로 보아 이를 알고 있는 제 3 자에게는 무권대리가 되고, 선의인 경우에만 본인이 대항하지 못한다고 결론짓는 것은[38] 실정법규의 해석한계를 넘어선 느낌이다. 독일의 무권대리설에서와 똑같이 다음과 같은

38) 손 지열, 민사판례연구 11 집, 14, 15 면.

비난이 불가피하다. 즉 이 학설 역시 대리권 남용을 무권대리로 파악하는 과정에서 "존재하는 대리권의 남용"의 문제와 "대리권 그 자체의 흠결"의 문제를 혼동하고 있는 것이다. K. Schmidt 가 적절히 지적하고 있다시피 대리권 남용의 문제는 대리권의 존부파악에 있는 것이 아니라, 배임적 대리인과 거래한 상대방의 보호필요성(Schutzbedürfnis) 내지 보호가치성(Schutzwürdigkeit) 판단의 문제인 것이다. 이러한 결론은 독일의 무권대리설을 취하는 학자들도 대리권남용의 전제요건 부분은 무권대리에 관한 독일 민법 제 177 조이하에서는 전혀 도출해낼 수 없다는 사실에서도 뒷받침되는 것이다.[39] 끝으로 권리남용설은 비록 신의칙이라는 일반 제도에 호소하는 관계로 그 후속처리의 구체성이 아쉽기는 하나 대리권의 독립 추상성의 면에서나, 포괄정형적 대리권에서 더욱 현저해지는 거래안전의 관점에서나 대리권남용의 법리 구성상 가장 무리없는 학설이라고 생각된다.

이에 있어서 주의할 점은 대리권남용의 법리 구성(dogmatische Ansiedlung)문제와 그 법률효과책정의 문제를 반드시 연계시켜 파악할 필요는 없다는 점이다. 즉 대리권남용현상을 어떤 법제도의 테두리에서 그 법률요건을 책정하고 또 그러한 요건 책정의 정당성을 어떻게 부여할 수 있느냐의 문제와 대리권남용이 인정될 때 어떤 구체적 처리과정을 제시하느냐는 별개의 문제라는 점이다. 전자에서는 정당성과 합리성이 문제되지만 후자에서는 법적 안정성과 함께 그 실용성에 비중이 두어진다. 후술되겠지만 결론부터 말해두면 대리권의 남용이 확인되면 무권대리의 효과인 민법 제 130 조 이하의 규정들이 권리남용의 법리를 그 터전에 둔 이 제도의 구체적 후속처리 방식으로 유추될 수 있다는 것이다.[40]

---

39) K. Schmidt, GesR, 2. Aufl., 10 II 2 b, S. 222.

40) 이러한 결론은 이미 여러 학자들이 취하고 있는 바이기도 하다. Vgl., K. Schmidt, GesR, 2. Aufl., Heymann, 1991, 10 II 2 b, S. 222 ; MünchKomm-Thiele, 164 Rdnr. 102 ; Heymann-Sonnenschein, 50 Rdnr. 28 ; Capelle-Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl., 14 IV 2

III. 濫用行爲의 成立要件 및 그 後續處理

지금까지의 논의를 바탕으로 어떤 경우에 대리권 남용의 경우를 인정할 수 있는지, 또 이 경우 어떤 후속처리가 가능한지 알아보기로 한다. 상기의 논의의 결과에 따르면 남용행위의 성립요건은 권리남용설의 터전위에 서게 되고, 그 효과부분은 무권대리법의 그것을 유추하게 되어 절충적 면모를 보이게 되나, 이미 밝힌 바대로 전자는 이론적 당위성에, 후자는 후속처리의 실용성 내지 효용성에 비중이 두어지므로 전후모순이라기 보다는 당위성과 효용성의 組合이라 할 수 있겠다. 이 절충방식은 권리남용설은 대리권남용의 법이론적 정당성을 제시해주기는 하나 실용적 후속처리 방안은 흠결되어 있고, 반면 무권대리설은 대리권남용의 이론적 근거를 제시하고 있지는 못하지만, 유용한 후속처리기준을 제공할 수 있다는 사실에 기인한다.[41]

1. 대리권남용의 성립요건

어떤 요건충족하에 대리인의 거래상대방에 대하여 존재하는 대리권에도 불구하고 그 성립된 법률행위상의 청구를 좌절시키는가의 문제이다.

이 문제를 우선 거래상대방의 용태(Verhalten des Geschäftsgegners) 면에서부터 살펴보자. 어떤 경우 거래상대방이 악의로 취급되어 존재하는 대리권에도 불구하고 법의 보호를 상실하는가의 문제이다. 우선 국내외적으로 견해의 통일을 보고 있는 부분은 이미 기술한 바대로 대리인과 상대방이 의식적으로 공모하여 본인의 이익을 해하는 경우이다(sog. Kollusionsfalle). 이런 경우에는 당해 법률행위는 대표권남용의 법리를 적용할 필요도 없이 이미 민법 제 103 조에 따른 양속위반으로 무효를 면

S. 183.

41) K. Schmidt, GesR, 2. Aufl., S. 222, 223.

치 못한다. 나아가 본인은 대리인과 거래상대방을 상대로 일반 불법행위상의 손해배상청구를 할 수 있음은 물론이다.

그러나 이러한 의식적이고도 의도적인 침해행위 이외의 경우에는 국내외로 거래상대방의 용태에 대하여 견해의 대립을 발견할 수 있다. 우리 판례에서는 심리유보설을 취할 때와 권리남용설을 취할 때에 그 결과가 달라질 수 있다. 전자에 따르면 거래상대방이 경과실로 배임사실을 알지 못하였을 때에도 대리권남용의 요건은 충족된다. 그러나 후자에 의하면 배임사실을 상대방이 적극적으로 인지하였을 때에만 이 요건이 충족된다. 독일의 판례와 학설도 제 3 자의 용태에 대하여 그 표현방식과 거래상대방의 선의의 범위에 대하여 여러 견해가 난립하였으나, 이제는 어느 정도 통일된 견해를 제시하고 있다. 우선 독일 판례는 상기 티센은행사건에서 거래상대방이 배임사실을 모른데 대한 경/중과실의 모든 경우 거래상대방에 대하여 법적 보호를 빼앗을 수 있다고 보아 거래상대방보호에 충실하지 못하다는 비난을 받았다.[42] 그러나 오늘날 학설과 판례는 비록 그 표현상으로는 다소 차이가 있어도 그 실질 내용면에서 판단해보면 거래상대방이 대리인의 남용사실을 알았거나 알지 못한데 대하여 重過失인 경우로 축약될 수 있을 것이다. Flume는 '權利濫用의 明白性'(Evidenz des Mißbrauchs)과 '合理的 理性人'(reasonable man) 및 '당연한 혐의성 내지 의심가능성'(Sich-aufdrängen-müssen) 이라는 독특한 표현을 구사하였으나, 그 실질적인 결론에 있어서는 거래상대방의 고의나 중과실은 보호받지 못한다는 의미로 풀이될 수 있다.[43] 즉 대리인의 행동으로부터 거래상대방이 적극적으로 배임사실에 대한 인지를 하지 못하였을 때에도 합리적 인간으로서 당연히 의심하거나 혐

42) BGHZ 50, 112, Leitsatz a) „Auf die Unbeschränkbarkeit des Umfangs der Prokura kann sich der Dritte nicht berufen, wenn der Prokurist bewußt zum Nachteil des Geschäftsinhabers gehandelt hat und der Dritte dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte."

43) Schott, AcP 171(1971), 397 ; L deritz, JuS 1976, 768 ; K. Schmidt, GesR, a.a.O., S. 223.

의를 두어야만 했을 정도라면 대리권남용은 명백한 것이 되고 이에 대한 부지는 악의로 취급되어 보호받지 못한다는 것이다.[44] 현재의 독일 판례는 고의나 중과실의 거래상대방을 악의로 보고 있다.[45] 우리나라의 견해도 비록 심리유보설을 취하는 경우와 권리남용설을 취하는 경우 그 결과가 달라질 수 있을 것이나, 중과실로 대리권의 남용사실을 모른 것은 악의로 취급되는 것이 기업거래상 일반이고, 또 이러한 대리권남용의 현상은 특히 포괄정형적인 기업형 대리권 내지 대표권에서 현저하다는 사실을 상기해보면 중과실로 모른 거래상대방은 대리권남용을 알았던 거래상대방과 동시해야 할 것이다. 그렇다면 심리유보설상의 요건은 취할 바 되지 못하고 권리남용설을 취하되 상대방의 악의에 중과실도 포함시켜야 할 것이다.[46] 소위 明星手記通帳事件에서는 은행고객이 여러 가지 정황으로 보아 支店長代理의 背任事實을 당연히 알 수 있었던 경우였다. 즉 대법원은 "... 일반은행의 정규예금금리보다 훨씬 높은 이자가 정기적으로 지급되고 피고 은행의 많은 지점 가운데에서도 오로지 피고은행의 혜화동지점에서만 이러한 예금이 가능할 뿐더러 예금을 할 때 암호가 사용되어야 하며 예금신청서의 금액란도 빈칸으로 한채 통상의 방법이 아닌 수기식통장이 교부되는 사정이라면 적어도 예금자인 원고로서는 위 김 동겸의 표시의사가 진의아닌 것을 알았거나 적어도 중대한 과실로 이를 알 수 없었다고는 할 수 없었을 지라도 적어도 통상의 주의를 기울였던들 이를 알 수 있었을 것이라고 인정하기에 어렵지 않다고 보는 것이 이 사건 예금계약의 형성과정과 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등에 비추어 합리적이라고 보아야 할 것이다..."라고 판시하고 있으나, 그런 정도의 사실관계라면 당연히 예금자의 대리권남용사실의 부지에 대한 중과실을 인정할 수 있겠고, 이 정도면 배임사실에 대한 적극적 인지와 동시하여야 할 것이다. 그리고 이런 정도의 사안이라면 독일 학설에서 주장되는 '明白한 濫用' (Evidenz des Mißbrauchs)이

44) Flume, AT des Bürgerlichen Rechts, a.a.O., S. 789.

45) BGH NJW 1990, 384, 385, r. S.

46) 同旨, 정 동윤, 상법총칙/상행위, 개정판, 1996년, 121면.

나 '當然한 嫌疑 내지 疑心可能性'(sich-aufdrängen-müssen)의 요건에도 합치된다고 보아야 할 것이다.

들째 요건으로서 대리권을 남용하는 대리인 자신에게 어떤 요건이 갖추어져야 하는지에 대해서도 학설은 대립하고 있다. 일설은 단순히 객관적인 의무위반 사실만 나타나도 대리권남용을 인정하려 들고, 다른 학설은 대리인이 주관적으로도 이러한 배임사실을 인지하며 의도적으로 대리행위를 할 때에만 대리권남용이 된다고 한다. 독일의 상기 티센은행사건에서는 대리인의 요건으로서 배임행위에 대한 주관적 인식(bewußt zum Nachteil des Geschäftsinhabers)을, 즉 義務違反의 情을 인식하면서 대리행위를 하였을 것을 요구하였으나, 현재의 독일의 다수설은 객관적 의무위반으로 족하다고 한다.[47] 거래의 안전이 더욱 요구되는 포괄정형적인 기업형 대리권에 있어서는 거래상대방 보호의 취지에서 대리인이 자신의 배임적 용태에 대한 주관적 인식이 있는 경우에만 대리권 남용을 인정함이 타당하다고 본다.

2. 대리권 남용행위의 효과

이렇게 대리권남용의 행위가 존재하는 경우 어떤 후속처리가 가능한가? 권리남용설의 입장을 따르면 일반 사법상의 惡意의 抗辯이나 허용될 수 없는 권리행사의 항변으로 처리될 것이다. 이러한 항변제기로 거래상대방의 권리행사는 좌절된다. 반면 무권대리설의 입장을 따르면 민법 제 130 조에서부터 135조까지가 적용될 수 있을 것이다. 대리권남용의 법리를 어떤 법리로 그 당위성을 부여하느냐와 효용성있는 법률효과의 모색은 이미 앞에서 밝혔듯이 별개로 취급함이 좋을 것이다. 이제 이양 가능성을 실용성과 효용성의 견지에서 형량해 보면 무권대리의 효과

47) BGH NJW 1984, 1461, 1462 ; BGH NJW 1988, 3012, 3013 ; K. Schmidt, a.a.O., S. 223

가 다양한 법률관계의 형성가능성을 제시해 줌을 알 수 있다. 즉 민법 제 130 조 이하의 유추적용이라기 보다도 무권대리의 효과를 대리권남용의 효과로 이용하기 위하여 끌어들인다고 하여야 더 정확할 것이다. 즉 법학방법론적으로 살펴보면 법률요건은 상관치않고 필요한 법률효과 부분만 적시해주는 그런 종류이다(Rechtsfolgenverweisung).

이렇게 본다면 우선 민법 제 130 조의 유추적용으로 해당 법률행위는 본인의 추인이 있을 때까지 유동적 무효 상태에 있을 것이다. 나아가 거래상대방은 본시 무권대리의 경우 본인의 추인이 있을 때까지 본인이나 대리인에 대하여 철회권을 가지나 대리권 남용에 대하여 거래상대방이 적극적으로 인지한 경우에는 민법 제 134 조 단서의 유추적용으로 거의 예외없이 이러한 철회권을 상실당할 것이다. 나아가 거래상대방은 이러한 대리권남용행위에 대한 본인의 추인을 상당한 기간을 정하여 최고할 수 있을 것이다(민법 제 131조의 유추적용). 끝으로 거래상대방은 원래 민법 제 135 조의 적용으로 본인의 추인이 좌절된 경우 무권대리인에 대한 이행청구를 하거나 혹은 선택적으로 손해배상을 요구할 수 있으나, 이러한 법률효과는 민법 제 135 조 2항의 유추적용으로 도래하지 못할 것이다.

끝으로 본인에게도 대리인의 선발 및 지휘 감독에 대한 의무위반으로 이러한 대리권의 남용이 나타나게 되었다면 본인에게도 어느 정도 그 위험부담을 공유케 하여야 할 것이다. 이에 있어서는 상기의 독일 대법원판례(티센은행 베를린지점사건) 및 그에 대하여 비판적이었던 학설들의 견해가 경청할 만하다. 즉 독일 대법원의 판시내용처럼 민법 제 396 조(과실상계)의 준용에 의해서 거래상대방의 이행청구권을 일부 인용, 일부 배척하는 것은 타당치 못하다. 이에 있어서는 기관책임이나 이행보조자 내지 불법행위상의 사용자책임제도를 통하여 보완시켜 나아가면 될 것이다.

IV. 表見法理와 代理權濫用

국내 학설중에서 상기의 무권대리설을 취하는 일부 학설의 내용에 따르면 대리권남용이 대리권에 내재한 한계를 넘어선 월권대리가 되고 상대방이 선의인 경우에는 표현대리가 된다고 하고 있어서 외관법리와 대리권남용간의 상호관계가 의문시될 때가 있다. 그리하여 본고에서는 餘論으로 이 양자의 상호관계를 구체화시켜 두고자 한다. 표현대리의 법리는 외관신뢰주의의 소산이요, 대리권남용의 법리는 이미 살펴 보았듯이 권리남용금지의 원칙에서 파생한다. 양 법리는 본질적으로 다르고 구별가능하다. 전자는 법외관창출과 이에 대한 피청구자측의 원인부여, 그리고 청구자의 보호필요성, 그리고 제 3 자의 행위와 법외관의 존재간의 인과관계의 성립을 적용요건으로 하나, 후자에서는 일정한 권리에 대하여 신의칙상 그 행사를 제한시키는 제도이다. 표현대리제도에서는 실제로는 존재하지 않았던 대리권을 외관법리의 요건이 충족될 때 개별사안에서 마치 유효한 대리권이 있었던 것처럼 의제시킨다. 이를 Robert Fischer는 "實在하는 대리권을 넘어서서 代理法을 확대적용하는 것"(extensive Ausdehnung des Vollmachtsrechts über den Rahmen einer Vollmacht hinaus)으로 표현한다. 반면 대리권남용의 법리는 객관적으로 실재하는 대리권에도 불구하고 어떤 요건하에 본인에게 그 행위의 결과귀속을 막을 수 있는지의 문제이다. Fischer는 이를 "存在하는 代理權에도 불구하고 代理法의 적용을 제한시키는 예"(restriktive Einschränkung des Vollmachtsrechts trotz bestehender Vollmacht)로 보고 있다.[48]

이처럼 양법리는 구별되어야 할 別個의 것이다. 이러한 현상은 일반민법상의 임의대리에서 뿐만 아니라 상법상의 포괄정형적 대리권의 경우에도 그대로 타당하다. 가령 상법 제 395 조에서 나타나는 법률효과는 존재하지 않았던 회사대표권을 외관법리의 요건충족하에 의제시키는 것

48) R. Fischer, a.a.O., S. 14.

이다. 이제 당해 표현대표이사는 그 개별 법률행위에 있어서는 미치 유효한 대표권자로 취급된다. 또 상법 제 14 조상의 표현지배인에서도 존재하지 않았던 지배권이 일정 요건하에 의제된다. 물론 이때 주의를 요하는 것은 그러한 표현지배인이나 표현대표이사가 정상적인 즉 支配權이나 회사대표권을 객관적으로 부여받은 자는 아니라는 점이다. 즉 특정의 개별사안에서만 마치 진정한 자배권이나 대표권을 부여받았던 것으로 의제될 뿐이다. 그러나 회사대표권이나 지배권의 남용의 경우는 존재하는 대표권이나 지배권으로 인하여 유효한 법률행위가 성립됨은 물론이며, 단지 제 3 자의 권리행사가 일정 요건하에 차단될 뿐인 것이다.

따라서 양 법리가 다음과 같이 일개의 事案속에 교착되는 특수한 경우도 가능하다. 즉 거래상대방은 표현대표이사의 대표권 있음에 대해서는 선의였으나 그가 배임적 행위를 하고 있다고 믿는 경우이다. 이러한 경우 처음부터 무권대리로 終着하여 회사가 아무런 책임을 지지 않는 것이 아니라, 일단 표현법리에 따라 대표권이 의제되고, 이 의제된 회사대표권은 본인인 회사와 제 3 자간의 법률행위를 성립시키나(외관법리의 적용영역), 거래상대방이 표현대표이사의 배임적 의사를 알고 있었으므로 이미 성립되어 존속하고 있는 계약상의 이행청구가 대표권 남용의 요건이 갖추어지는 경우 그 권리행사는 좌절된다(권리남용법리의 적용영역). 이러한 경우 외관법리와 권리남용법리가 일개 사안에서 공존하는 현상을 보이게 될 것이다.[49]

49) 바로 이러한 경우가 제38회 사법시험의 사례형 문제에서도 나타났다. "A 주식회사 감사 甲은 대표이사 乙이 장기해외체류 중인 틈을 타 株主總會 및 理事會 議事錄을 僞造하여 자기를 代表理事로 選任, 登記한 다음 회사의 대표이사라고 칭하고 丙으로부터 1억원을 차용하여 이를 개인용으로 소비하였다. 이 경우 법률관계를 설명하라" 여기서 監事 甲은 표현대표이사의 요건을 갖출 때에는 진정한 대표권자로 취급된다. 그러나 그가 金錢消費貸借契約을 會社名義로 締結하였을 때 자기 자신의 개인용 소비를 추구하였다면 이는 代表權의 濫用이요, 만약 去來相對方인 金錢貸主가 이러한 背任的 容態를 알고 있었거나 조금만 주의를 기울였다면 이를 알 수 있었을 상황이라면 대표권 남용의 법리적용이 가능할 것이다. 따라서 거래상대방의 주관적 용태가 어떠하였느냐에 따라 결론이 달라질 수 있다. 즉 거래상대방의 선의가 대리권의 존재 자체에

V. 比較法的 考察

이렇게 대리권 남용의 현상은 근본적으로 거슬러 올라가면 대리권의 獨立抽象性에 기인하는 것이다. 따라서 이러한 代理權의 獨立抽象性을 취하는 나라에서는 無權代理와는 구별되는 별도의 제도로 성립되나, 대리권의 독립추상성을 상대적인 것으로 보는 법제에서는 결과가 달라질 수 있다. 가령 영미법에 따르면 대리권의 남용은 우리나라나 독일의 無權代理說에서와 같은 취급을 받게 된다. 즉 英法에 따르면 대리제도의 내부관계와 외부관계가 獨逸法에서처럼 준별되지 않는다. 즉 대리권수여의 원인관계인 위임계약관계는 대리권의 범위에도 영향을 미친다("actual authority"). 대리권 수여를 서면형식으로 하였다면 그러한 授權證書(power of attorney)의 해석은 그 원인관계인 위임계약관계와 더불어 함께 이루어진다. 대리권의 범위라는 것은 항상 本人을 위하여 그의 경제적 이익에 공여되는 방법으로 행사되어야 하는 한계를 갖는 것이므로 대리인의 背任은 일단 해당 대리행위를 무권대리로 만든다. 따라서 대리권 남용의 경우 이로 인한 계약관계가 성립되지 않으므로 당연히 이행청구권도 발생하지 않는다. 그러나 선의(dealing in good faith)의 제3 자가 배임적 용태를 알지 못하였을 때에는 表見代理(authority by estoppel)의 法理로 보호받는 것이다.[50] 즉 대리인을 選任한 자는 本人

미칠뿐만 아니라 배임적 용태에 대해서도 작용하는 경우에는 회사가 금전대차계약상의 반환의무로부터 벗어날 길이 없다. 그러나 금전대주가 비록 대표권의 존재에 대해서는 선의였으나, 배임적 사실을 알고 있었거나 중과실로 알지 못한 경우에는 회사는 원리금상환을 거부할 수 있게 된다. 끝으로 표현대표이사의 대표권에 대해서 악의, 즉 그의 대표권 없음을 알고 있었을 때에는 그의 배임의사에 대한 인식이 있었건 없었건 구별하지 아니하고 회사의 책임은 성립되지 않는다. 왜냐하면 이미 표현대표이사의 요건이 갖추어지지 않음으로 계약성립 자체가 불가능하고 또 이런 상황이라면 배임의 사라는 개념자체가 갑에게 성립되기 어렵기 때문이다. 즉 대리권남용의 법리는 일단 법률행위의 성립을 전제로 이에 따라 발생한 권리의 행사를 일정 요건하에 제한시키는 법리이므로 아예 그러한 계약이 성립 조차되지 않았다면 더 이상 이 법리가 적용될 가능성은 없는 것이다.

50) Fridman, The Law of Agency, 2nd, ed., 1966, p. 61 ff. ; Powell, The law of Agency,

(principal)이므로 그가 대리인의 배임적 용태에 대하여 당연히 거래상대방 보다 近接한 자인 것이다. 따라서 배임적 용태를 모른 또 그 모른 데 대하여 중과실의 비난을 가할 수 없는 제 3 자에 대해서는 본인이 표현대리의 법리 구성으로 책임지게 된다. 즉 實在하는 대리권(actual authority)은 이 경우 표현대리권(ostensible or apparent authority)에 의하여 확장된다. 대리권의 남용이란 영국법에 따르면 월권대리의 문제요, 그 취급은 제 3 자의 선의 여부에 따라 결과가 달라지게 되는 것이다.[51]

이러한 현상은 프랑스 법에서도 그러하다고 한다. 즉 대리권 그 자체와 원인관계인 위임관계는 동일한 법률관계로 함몰되어 그 독립성이 상실된다. 대리권 수여의 내부관계와 제 3 자와 대리인간의 외부관계는 대리권의 범위에 있어서 동일한 내용을 갖게 되며 독일법에서처럼 대리권의 독립추상성은 나타나지 않는다(Artt. 1984 ff. Code civil). 물론 佛法에서도 19세기말부터 표현대리의 법리가 발전되어 왔고 이를 통한 제 3 자의 보호가 가능하다고 한다. 이러한 표현대리(mandat apparent)의 개념 속에는 협의의 무권대리(absence de mandat regulier), 월권대리(exces de pouvoir) 뿐만 아니라 대리권남용의 경우(abus de pouvoir)까지 포함하고 있다. 그리하여 대리권 남용의 경우 표현대리의 요건이 갖추어지지 않는 한 무권대리가 되어 거래상대방은 보호받지 못한다고 한다.

오스트리아 민법전도 대리권의 독립추상성을 알지 못한다(§§ 1002 ff. ABGB). 그러나독일 법학의 강한 영향하에 해당 법률행위의 양속위반으로 인한 무효가능성(§ 892 Ⅱ ABGB)과 기관책임의 법리 등 독일적 이론 구성이 강한 영향을 미치고 있다고 한다.

이탈리아 민법은 유럽의 다른 민법전들과는 달리 대리권남용의 경우를 예정하여 명문의 성문규정을 두고 있는 유일한 나라이다. 동법 제 1394 조는 "본인의 이익에 반하여 체결된 계약은 거래상대방이 그 이익

1961, p. 53 ff.

51) Schott, AcP 171, 401.

충돌(Conflitto d'interessi)을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인의 청구에 의하여 무효로 선언될 수 있다"라는 규정을 두어 무권대리의 효과를 유추적용하는 상기의 법률효과와 유사한 규정을 두고 있다.[52]

반면 스위스에 있어서는 독일법에서와 같은 대리권의 독립추상성이 강하게 나타나고 있고(Artt. 32 ff. OR) 법발전도 독일의 그것과 거의 같다고 할 수 있다. 일반적인 권리남용의 항변을 인정하는 것이나[53], 대리인과 제 3 자의 공모의 경우 양속위반으로 무효취급을 하는 것이나 거의 같은 결과를 읽을 수 있다.

이러한 비교법적인 고찰을 통하여 우리는 대리권남용에 대한 법적 처리가 주로 독일어권의 나라에 있어서는 대리권의 강한 독립추상성으로 말미암아 권리남용설이 강하게 주장되고 있고 그 이외의 국가들에서는 대리권에 내재한 주관적 한계를 존중하여 월권대리 내지 표현대리의 기법이 쓰여지고 있음을 보았다.

VI. 글을 맺으며

지금까지 우리는 대리권남용의 법리를 여러 측면에서 살펴 보았다. 지금까지의 고찰을 중심으로 다음과 같은 몇가지 결론을 내리며 이 글을 맺는다.

1. 代理權 濫用의 法理는 代理權의 獨立抽象性에서 근본적으로 연유하는 현상으로서 權利濫用禁止 법리의 테두리 내에서 이해되어야 한다.

52) Art. 1394 codice civile i [Conflitto d'interessi] I 1 contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato pu essere annullato su domanda del reppresentato, se il contflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

53) Art. 2 Abs. 2 ZGB, „Der offenbare Mißbrauch eines Rechts findet keinen Rectsschutz."

2. 代理權 濫用의 法理는 이렇게 대리권의 독립추상성이 유지되는 법제에서는 外觀法理와는 區別되어야 한다.

3. 代理權濫用의 前提要件은 권리남용금지의 법원칙에서 派生되나, 그 實用的 後續處理 기준으로는 無權代理에 관한 민법 제 130 조이하의 규정이 類推適用될 수 있다.

4. 一般民法상의 代理權, 包括定型的 商事代理權 및 法人의 代表權 모두에서 上記의 내용은 同一한 適用을 찾는다.

경제협력개발기구의 법제도적 고찰[1)]

박 노 형*

목 차

I. 서론
II. OECD의 의의
III. OECD의 목적과 활동
A. OECD의 세가지 목적
B. OECD 회원국의 활동
C. OECD의 목적을 달성하기 위한 제도적 협력
IV. OECD의 조직과 운영
A. 회원국의 자격
B. OECD의 조직
C. OECD의 운영
D. 다른 국제기구와의 관계
E. OECD문서의 공개
V. OECD의 법률행위
A. OECD의 의사결정
B. OECD의 법률행위
VI. 결어

I. 서 론

1996년 12월 한국이 경제협력개발기구 (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD)의 29번째 회원국이 되었다. 한국이 OECD에 가입하는 중에 국내에서는 OECD 가입에 대한 찬반의 입장이

* 고려대 법대 교수 · 법학박사

1) 본 논문은 통신개발연구원의 1996년도 학술단체연구활동지원사업에 따라 작성한 "OECD가입에 따른 정보통신부문 대응방안"의 일부를 새로이 정리한 것이며, 본 논문의 작성에 통신개발연구원의 류 정우 연구원 (법학석사)과 고려대학교 대학원의 박 영덕 군의 도움을 받았다.

고르게 개진되었다. 이제 한국이 정식으로 OECD에 가입하였기 때문에 OECD 가입에 대한 긍정론과 부정론은 이미 현실적인 의의를 상실하였다. 다만 OECD회원국으로서 한국은 긍정론에서 주장하는 대로 선진국으로서 국제경쟁력의 제고라는 목적을 달성하여야 하고 또한 부정론에서 주장하는 시장개방 등으로 인한 불이익을 가능한 한 방지하여야 할 것이다. 이 점에서 한국은 OECD내에서 회원국에게 부여된 권리와 의무를 포함한 OECD의 법제도를 올바로 이해하여야 한다.

본 논문은 OECD를 일반적인 법제도적 관점에서 검토한다. 특히 OECD의 법률행위를 중점적으로 설명한다. OECD회원국이 준수하여야 하는 규범은 회원국을 법적으로 구속하는 결정과 그러하지 않은 권고의 형식을 취한다. OECD의 모든 활동을 올바로 이해하기 위하여는 OECD의 의사결정이 어떻게 이루어지고, 그러한 의사표시인 법률행위의 법적 성격을 올바로 이해하여야 할 것이다. OECD를 일반적으로 가장 정확하게 이해하는 방법은 OECD를 창설하는 조약을 이해하는 것이다. 아래에서 OECD협약 (Convention on the Organization for Economic Co-operation and Development)을 중심으로 OECD를 일반적으로 검토한다.

II. OECD의 의의

OECD는 제2차 세계대전으로 황폐화된 유럽의 경제적 재건을 위하여 1948년 창설된 유럽경제협력기구 (Organisation for European Economic Co-operation: OEEC)의 후신이다. OEEC의 주된 목적은 마샬계획 (Marshall Plan)에 따라 유럽을 부흥시키려는 미국의 지원을 관리하는 것이었다. OEEC의 이러한 목적이 달성됨에 따라 유럽국가들과 미국은 상호의존적인 국제사회에서 그들 사이의 협력을 강화하기 위한 국제기구의 필요성을 인정하였다. 결국 유럽국가들과 미국은 물론 캐나다 등이 참여하여 1961년 OEEC를 대체하는 OECD가 창설되었다. 그후 일본

이 1964년 OECD에 가입하였고, 한국이 가장 최근에 29번째 회원국으로 OECD에 가입하였다.

OEEC를 대체한 OECD는 국제법상 OEEC의 법인격을 승계하였다.[2] OEEC에서 채택된 결정과 권고 등은 OECD 이사회의 승인을 얻어 OECD에서도 계속 유효하다. 따라서 OECD의 운영체제와 관련 규범의 상당부분이 유럽국가들과 미국이 OEEC체제에서 형성하였던 내용의 영향을 받았을 것이다. OECD의 본부는 프랑스 파리에 소재한다.[3]

OECD는 선진민주국가들이 모든 경제·사회적 문제에 관한 최적의 정책을 연구하고 수립할 수 있는 포럼을 제공하는 국제기구이다. 국제사회가 상호의존적이며 기존의 국경 개념이 퇴색되는 세계화의 추세 속에서 개별적인 국가의 정책은 다른 국가의 정책에 의하여 영향받는 것이 일상화되어 가고 있다. 국가들 사이의 정책적 충돌이 이들 국가들 사이의 긴장을 유발시킬 수 있으며, 특히 거대한 경제력과 함께 막강한 군사력을 보유한 선진국들 사이에서는 더욱 그러할 것이다.

III. OECD의 목적과 활동

A. OECD의 세가지 목적

OECD는 다음과 같은 세가지 주된 목적을 갖는다.[4] 첫째 목적은 재정적 안정을 유지하면서 회원국에서 최고로 유지할 수 있는 경제성장과 고용 및 향상하는 생활수준을 달성하여 세계경제의 발전에 공헌하는 정책의 조장이다. 둘째 목적은 회원국과 경제성장 중인 비회원국의 건전한 경제적 확장에 공헌하는 정책의 조장이다. 세째 목적은 국제의무에

2) OECD협약 15조.
3) OECD협약 18조.
4) OECD협약 1조.

따라 다자적이며 비차별적인 근거에서 세계무역의 확대에 공헌하는 정책의 조장이다.

OECD의 위 세가지 목적은 다른 국제경제기구나 지역기구와는 달리 그렇게 구체적이지는 않다. OECD의 첫째 목적과 둘째 목적은 경제에 관련된 국제기구에게 일반적으로 요구되는 목적으로 이해된다. 다만 세째 목적은 국제무역에 국한된 구체적인 내용을 갖는다. 국제무역이 '국제의무'에 따라 '다자적이며 비차별적으로' 확대되는 정책이 조장되어야 하는 점이 특이하다. 이러한 국제의무는 OECD가 출범할 당시에는 '관세·무역에 관한 일반협정' (GATT)에 근거하였을 것이고, 1995년 이후는 WTO에 근거할 것이다.[5] 또한 OECD의 세째 목적의 대상인 국제무역의 범위가 정의되지 않았지만, OECD의 목적 달성을 위한 회원국의 활동에서 '상품 및 서비스의 교환'이 명시되어 있다. 따라서 OECD는 WTO가 출범하기 훨씬 전부터 서비스무역의 중요성을 인정하고 있었음을 알 수 있다. 적어도 OECD의 세가지 목적을 올바로 이해한다면 국제무역이 OECD의 가장 구체적인 활동분야가 된다. 이 점에서 OECD와 국제무역의 주된 국제기구인 WTO의 사이에서 관할의 충돌이 일견 예견된다.

OECD의 목적의 또 다른 특이한 점은 회원국은 물론 비회원국의 건전한 경제적 확장을 위한 정책의 조장이다. 특별한 목적의 달성을 위하여 창설되는 국제기구는 일반적으로 그 구성 회원국들을 위한 배타적인 활동을 하게 된다.[6] 그러나 OECD는 분명하게 회원국과 함께 비회원국의 경제적 확장도 OECD의 주요한 목적으로 규정하고 있다. 따라서 OECD의 활동은 비회원국의 경제적 확장을 고려하여야 한다. 흥미로운 점은 선진국들로 구성된 OECD의 비회원국은 대체로 개발도상국을 의미하는 점이다. 따라서 OECD가 비회원국의 경제적 확장을 위한 정책을 조장하는 것은 OECD가 개발도상국의 경제적 이익을 고려하는 것을 의

5) 실제로 OECD회원국은 WTO의 회원국이다.

6) 회원국의 향상된 생활수준의 달성을 위한 OECD의 첫째 목적이 좋은 예가 된다.

미한다.[7] 이를 위하여 OECD는 이사회가 결정한 조건에 따라 비회원국 또는 국제기구에게 통신 (communication)을 전달하고, 이들과 관계를 수립하고 또한 이들을 OECD의 활동에 참여하도록 초청할 수 있다.[8]

B. OECD 회원국의 활동

OECD의 다소 일반적인 세가지 목적의 달성을 위하여 회원국들은 개별적이거나 공동으로 다음의 다섯가지 활동을 하여야 한다.[9] 첫째 활동은 회원국의 경제재원 (economic resources)의 효율적인 사용의 조장이다. 둘째 활동은 과학과 기술 분야에서 그들의 재원 개발의 조장, 연구의 촉진 및 직업훈련의 조장이다. 세째 활동은 경제성장 및 대내외적 재정안정의 달성과 자신 또는 다른 국가의 경제를 위태롭게 할 수 있는 사태발전의 회피를 위한 정책의 추구이다. 네째 활동은 상품 및 서비스의 교환과 경상지불 (current payments)에 대한 장애의 감축 또는 제거 및 자본이전의 자유의 확대를 위한 노력의 추구이다. 다섯째 활동은 기술지원을 받고 확대된 수출시장을 확보하는 경제성장 중인 비회원국에 대한 중요성을 고려하여 그러한 국가에 대한 자본의 유출을 포함한 적절한 수단으로 회원국과 그러한 국가의 경제성장에 대한 공헌이다.

회원국이 개별적으로 또는 공동으로 하여야 하는 위의 다섯가지 활동은 OECD의 세가지 목적과 직접적으로 관계된다. 회원국의 첫째, 둘째 및 세째 활동은 OECD의 첫째 목적의 달성에 관계된다. 국제무역에 관계되는 회원국의 네째 활동은 OECD의 세째 목적의 달성에 관계된다. 마지막으로 회원국의 다섯째 활동은 OECD의 둘째 목적의 달성에 관계된다.

---

7) 예컨대 OECD는 산하에 개발센타 (Development Center)를 설치하여 개발도상국과의 협력을 지속하고 있다.

8) OECD협약 12조.

OECD의 세가지 목적의 달성을 위한 회원국의 다섯가지 활동 중에서 첫째 활동과 둘째 활동 및 부분적으로 세째 활동은 회원국 자신을 위한 활동으로서 OECD협약에 규정되지 않는 경우에도 수행될 수 있는 내용이다. 그러나 부분적인 세째 활동과 네째 활동 및 다섯째 활동은 회원국 서로간 또는 개발도상국과 같은 비회원국의 이익에 관계된다. 따라서 이러한 회원국의 활동에서 회원국 사이의 협력이 특히 중요하게 된다. 회원국의 이러한 활동의 효과적인 추구를 위하여 정보의 교환과 협의 등의 제도적 장치가 요구된다.

C. OECD의 목적을 달성하기 위한 제도적 협력

OECD의 세가지 목적의 달성을 위한 회원국의 다섯가지 활동이 원활하게 수행되기 위하여 회원국 사이에 정보의 교류, 협의 및 협력과 조정의 제도적 협력이 요구된다.[10] 첫째, 회원국은 자신의 임무의 완수에 필요한 정보를 OECD에 제공하고 회원국 상호간에 알려주어야 한다. 이러한 정보의 제공은 OECD회원국의 기본적이고 일반적인 협력수단이 된다. 이렇게 회원국이 제공한 정보는 회원국 정책의 검토, 회원국 사이의 협의 및 OECD의 의사결정의 근거자료가 된다. 둘째, 회원국은 지속적으로 서로 협의하고, 연구를 수행하고 합의된 프로젝트에 참여하여야 한다. 협의는 회원국 정책의 검토, 회원국의 특정 행위의 설명, OECD의 의사결정과정에서 총의의 과정 및 정책의 협력과 조정의 과정에서 수행된다. 세째, 회원국은 긴밀하게 협력하고 적절한 경우에 조정된 조치를 취하여야 한다. 조정된 조치 (co-ordinated action)와 이에 이르는 협력은 OECD의 목적달성을 위한 가장 원대한 수단이 된다.

OECD의 목적을 달성하기 위한 제도적 협력은 회원국의 정책 검토에

9) OECD협약 2조.
10) OECD협약 3조.

서 가장 확실히 드러난다. 회원국의 정책이 검토되기 위하여 관련 회원국은 OECD에 필요한 정보를 제공하고, 필요한 경우에 관련 회원국의 정책에 관한 협의와 연구가 수행되고, 필요한 경우에 관련 회원국에게 조정된 조치가 부과될 수 있기 때문이다.[11] 회원국의 정책 검토는 단순한 정보의 조사에서 면밀한 정책의 실사까지 다양하다. 이러한 검토의 결과는 일반적으로 보고서 등의 형식으로 공개된다.[12]

OECD의 목적을 달성하기 위한 수단은 기본적으로 정보의 교류, 협의 및 조정으로서 회원국을 직접 강제하는 구속력있는 수단이 마련되어 있지는 않는다. 이러한 측면에서 OECD의 활동은 회원국 서로간의 정책적 협력을 위한 외교적 성격을 갖는다고 이해된다.

회원국 사이의 제도적 협력이 적용되는 분야는 일반적 경제정책, 국제무역, 과학·기술·산업, 금융·재정·기업, 에너지, 환경, 식품·농·수산업, 교육·고용·노동·사회, 지역개발 및 공공관리 등 경제사회적 정책의 거의 모든 문제를 포함한다. 이러한 분야에 대하여 회원국 서로간에 정보가 교환되고 협의되며 또한 공동의 조치가 취하여 질 수 있다. 이러한 제도적 협력은 결국 회원국 정책의 조율로 연결된다. 이 점에서 OECD는 회원국의 정책수립 부처와 유사한 활동을 한다. OECD는 회원국 사이의 비교를 가능하게 하는 통계자료를 수집·분석하여 회원국에게 거시적이며 미시적인 경제정책에 관한 자문을 제공할 수 있다.

OECD의 제도적 협력을 포함한 활동은 시간이 흐르면서 양적 측면에서 질적 측면으로 접근의 변화를 보이고 있다.[13] 1960년대에는 OECD의

11) 예컨대 회원국의 정책의 검토에서 다른 회원국이 나름의 권고를 줄 수도 있다. H.A.H. Audretsch, "Supervision within the Organization for Economic Co-operation and Development," in P. van Dijk (ed.), *Supervisory Mechanisms in International Economic Organizations* 520 (1984) (이하 Audretsch라 함).

12) 예컨대 회원국과 비회원국을 포함한 개별 국가에 대한 *OECD Economic Survey*와 회원국의 개발도상국에 대한 개발지원정책 (development assistance policies)에 대한 *Development Co-operation: Efforts and Policies of the Members of the Development Assistance Committee* 등 많은 종류의 보고서가 발간된다.

13) Audretsch, *supra* note 11, at 521.

활동에서 경제성장과 같은 양적인 측면이 강조되었다. 그러나 1960년대 말부터 회원국들이 양적인 측면에서의 경제발전에 성공함에 따라 OECD의 활동은 양적인 접근보다는 질적인 접근이 강화되고 있다. OECD에서 생활수준, 환경조건, 복지 등이 보다 중요한 정책적 관심의 대상이 되고 있다.

IV. OECD의 조직과 운영

OECD가 다른 국제기구와 크게 다른 점은 선진국만이 OECD의 회원국이 될 수 있으며, 사무총장이 OECD의 운영에 큰 영향력을 행사하고 있는 점이다. 다만 최근에 멕시코와 한국이 OECD에 가입함으로써 종래의 유럽과 북미 중심의 구성이 다소 퇴색되었다고 볼 수 있다.[14] 지역적으로 가장 큰 경제발전을 이룩한 아시아의 국가들이 선진국의 경제수준을 달성하여 계속 OECD에 가입할 수 있다면 현재의 일본과 한국에 불과한 아시아의 OECD에서의 지위가 더욱 향상될 가능성이 크다.[15]

A. 회원국의 자격

OECD의 회원국이 되고자 하는 국가는 OECD협약의 당사국이어야 한다.[16] 다른 국제기구와 OECD를 구별짓는 가장 큰 기준은 회원국이 되는

14) 물론 멕시코는 자신이 북미 (North America)에 속한다고 주장하고 있기 때문에 멕시코가 OECD에 가입한 것보다는 한국이 가입한 사실이 OECD의 지리적 역학관계의 변화에 더 큰 의미를 가질 것이다.

15) 물론 호주와 뉴질랜드를 아시아지역 회원국으로도 볼 수 있을 것이다.

16) OECD협약 4조. OECD의 회원국은 창설국인 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 독일, 그리스, 아이스랜드, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 터키, 영국 및 미국과 1964년에 가입한 일본, 1969년에

지위이다. OECD는 회원국의 자격을 경제적 선진성에 근거함으로써 제한적 국제기구가 된다.[17]

OECD의 회원국은 이사회에서 결정된 기준에 따라 OECD에 대한 재정적인 책임을 부담한다. 매년 사무총장은 이사회가 채택한 재정규정(Financial Regulations)에 따라 연간예산안을 제출하고 이사회의 승인을 얻는다.[18] OECD의 일반비용은 이사회가 결정한 기준에 따라 회원국에게 할당된다.[19] 그러나 회원국은 경제규모나 예산의 공헌도에 관계없이 OECD내에서 동일한 지위를 갖는다.

OECD협약의 당사국인 회원국은 프랑스 정부에게 12개월의 통고를 준 후에 OECD협약의 적용을 종료할 수 있다.[20] 기탁정부인 프랑스 정부는 이러한 종료의 통고를 모든 회원국들과 사무총장에게 통지하여야 한다.[21]

B. OECD의 조직

OECD는 회원국의 관리들로 구성되는 이사회와 여러 위원회의 한 축과 국제공무원으로 구성되는 사무국의 다른 한 축으로 조직된다. 사무

가입한 핀란드, 1971년에 가입한 호주, 1973년에 가입한 뉴질랜드, 1994년에 가입한 멕시코, 1995년에 가입한 체코, 1996년에 가입한 헝가리, 폴란드, 한국이다. OECD협약의 제1의정서 (Supplementary Protocol No.1)는 유럽연합 (EU)의 유럽위원회 (European Commission)가 OECD의 활동에 참여하는 조건을 규정하였다. EU의 유럽위원회는 그러한 조건에 따라 OECD의 활동에 참여하고 있다. OECD협약 13조.

17) OECD협약 전문에서 OECD의 창설국들은 자신을 '경제선진국' (economically more advanced nations)이라 부른다.

18) OECD협약 20.1조.

19) OECD협약 20.2조. 다른 비용은 이사회가 결정하는 근거에 따라 충당된다. *Id.* OECD의 예산은 회원국의 출연으로 충당되며, 경제규모를 포함한 각 회원국의 규모에 따라 출연금액이 결정된다. 회원국은 OECD의 특정 업무프로그램에 관하여 특별출연을 하기도 한다.

20) OECD협약 17조.

21) OECD협약 21조.

국의 책임자인 사무총장은 이사회의 의장으로서 회원국과 사무국의 교량역할을 수행한다.

1. 이사회

이사회 (Council)는 OECD의 최고의사결정기관이다. 모든 회원국들로 구성된 이사회는 OECD의 모든 법률행위 (acts)의 근원기관이다.[22] 이사회는 대사급 상임대표 (Permanent Representatives)들 또는 각료들의 회기로 활동한다.[23] 각료급 이사회는 대체로 1년에 한번 개최되며, 그 밖의 회기는 대사급 상임대표로 구성된 이사회에 의한다. 이사회는 OECD의 예산규모와 OECD의 업무프로그램을 승인한다. 이사회는 비회원국 정부나 국제기구를 OECD기관의 회의에 초청할 수 있다.[24]

이사회는 OECD의 목적달성에 필요한 산하기관(subsidiary body)과 집행위원회를 설치할 수 있다.[25] 이사회는 매년 각료급 이사회를 주재하는 의장과 두 명의 부의장을 선임한다.[26] 사무총장은 회원국 대사들로 구성된 실무급 (official level) 이사회의 의장이 된다.[27] 사무총장이 부재중인 경우에 상임대표들로 구성된 이사회 회의의 의장은 사무차장 또는 부의장인 회원국이 맡는다.[28] 이사회 보직의 임기는 1년이며, 매년 1월 1일에 시작된다.[29]

2. 집행위원회

이사회는 자신의 활동을 보좌하는 집행위원회 (Executive Committee)

22) OECD협약 7조.

23) *Id.*

24) OECD운영규칙 9a).

25) OECD협약 9조.

26) OECD협약 8조. 의장은 한차례 연임할 수 있다. *Id.*

27) OECD협약 10.2조.

28) OECD운영규칙 16b). 그러나 일반적으로 사무차장이 의장직을 맡는다. 운영규칙해석 (Interpretations in respect of the Rules of Procedures), *reprinted in OECD, Rules of Procedure of the Organization* 29 (1992) (이하 Rules of Procedure라 함).

29) OECD운영규칙 15a).

를 설치할 수 있다.[30] 이사회에서 매년 14명[31]으로 선출되는 집행위원회의 보직 임기는 1월 1일에 시작된다.[32] 집행위원회의 구성원이 아닌 회원국은 자신의 이해에 영향을 주는 사안의 토의에 참여할 수 있다.[33]

집행위원회는 이사회의 회기 사이에 OECD에 설치된 위원회에게 지침 (directives)을 줄 수 있으며, 이사회는 이러한 내용을 정기적으로 보고받는다.[34] 집행위원회는 필요한 특정 임무를 수행하기도 한다. 집행위원회는 OECD에 설치된 위원회가 이사회에게 제출할 보고서, 제안 및 서류들을 사전에 검토하고, 보고서 등의 수정에 대한 제안을 포함한 자신의 의견을 첨부하여 이들 보고서 등을 이사회에 제출한다.[35] 따라서 집행위원회는 이사회에서 다루어질 사항 등을 결정함으로써 이사회의 사전검토기관의 역할을 수행한다.

3. 위원회

무역, 투자, 환경과 통신 등 경제·사회적 정책에 관한 OECD의 대부분의 활동은 200여 위원회 (Committee)와 작업반 (Working Party)에 의하여 수행된다. 회원국들의 대표인 전문가들로 구성되는 위원회와 작업반 등 기관의 회의는 정기적으로 수행되며 전문가들의 의견교환이 이루어지는 포럼이 된다.

각 위원회에 소속된 회원국 대표의 수는 많지 않으며, 경우에 따라서는 동일한 대표가 여러 위원회에 참여하기도 한다. OECD에 설치된 많

30) OECD협약 9조.

31) 일반적으로 OECD의 7개 대국은 상임적 지위를 가지며, 나머지 회원국들 중에서 7개의 이사국이 결정된다. Audretsch, supra note 11, at 522. 이러한 구성으로 집행위원회는 정치적 성격을 갖는다고 볼 수 있다. *Id.*

32) OECD운영규칙 15b); 이사회 결의 (C(77)75(Final)), reprinted in OECD, Bodies of the Organization for Economic Co-operation and Development 48 (1996).

33) OECD운영규칙 6. 이러한 회원국은 사전에 집행위원회 의장에게 그 뜻을 통고하여야 한다.

34) OECD운영규칙 25c).

35) OECD운영규칙 25a), b). 필요한 경우에 집행위원회는 위원회의 보고서 등을 해당 위원회로 하여금 재검토하게 할 수 있다.

은 수의 위원회 등 기관들의 활동을 고려할 때 OECD내의 전체 회의수는 매우 많다. 각료급으로 위원회가 개회되기도 한다.

위원회는 사무국의 관련 업무를 감독하며, OECD이사회의 지침에 따라 작업내용과 우선순위를 결정한다. 회원국은 위원회를 통하여 OECD의 보고서와 분석의 근거가 되는 대부분의 자료와 정보를 제공한다. 이들 보고서에 대한 토의는 OECD회원국간의 정책협의의 주된 장치가 된다.

위원회는 일반적으로 총의 (consensus)에 의하여 의사결정을 하며, 각 회원국의 입장은 동일한 지위를 갖는다. 위원회의 토의는 일반적으로 비밀이다. 따라서 회원국 전문가들 사이에서 솔직한 의견교환이 이루어질 수 있다. 위원회는 OECD의 의사결정과정에서 중요한 역할을 수행한다. 위원회는 연구를 준비하고 집행위원회나 이사회의 결정을 위하여 제안을 제출한다. 위원회는 기업산업자문위원회 (Business and Industry Advisory Committee)와 노동조합자문위원회 (Trade Union Advisory Committee)를 포함하여 비정부기관의 입장을 수령하기도 한다.

위원회는 OECD운영규칙 부속서에 기재된다.[36] 집행위원회와 위원회는 자신의 업무를 보조할 임시 작업반을 설치할 수 있다.[37] 정보통신분야에 관하여 정보·컴퓨터·통신정책위원회 (ICCP)가 설치되어 있으며, 산하에 통신·정보서비스정책작업반 (TISP)이 설치되어 있다. 여러 위원회에 관련된 문제의 연구를 위하여 집행위원회 또는 위원회는 공동작업반 (joint working party)을 설치할 수 있다. 작업반이 1년 이상 존속하는 경우에 집행위원회의 추후 승인을 얻어야한다.[38] 위원회는 자신의 권한 내에서 이사회 또는 집행위원회가 지시한 문제를 연구한다.[39] 위원회는 자신의 권한내의 문제를 연구할 수 있다.[40] 이 경우에 위원회는 사무

36) OECD운영규칙 21a).
37) OECD운영규칙 21b).
38) OECD운영규칙 21.
39) OECD운영규칙 22a). 이 경우에 위원회는 자신의 소위원회 또는 다른 위원회에게 예비조사를 부탁할 수 있다.
40) OECD운영규칙 22b).

총장과 합의하여 회원국에게 필요한 전문정보를 요청하고 질의서를 제출할 수 있다.[41] 이사회는 위원회의 연구가 진전되지 않을 것을 결정할 수 있다.[42] 위원회가 다른 위원회에게 연구를 요청한 경우에, 동 위원회는 원칙적으로 집행위원회에게 그 요청을 보고하여야 한다.[43]

위원회는 이사회, 집행위원회 또는 구체적 활동을 조정할 책임있는 위원회에게 자신에게 주어진 문제에 관한 제안을 제출하고 보고하여야 한다.[44] 소위원회 (sub-committees)는 자신에게 필요한 지침을 주는 상위 위원회에게 보고하여야 한다.[45] 위원회 또는 소위원회가 제출한 보고서나 제안은 구성원들의 다른 의견에 주의를 기울여야 한다.[46]

4. 사무국

사무국 (Secretariat)은 자료수집, 연구 및 분석을 통하여 이사회, 위원회 및 다른 기관의 업무를 보조한다. 이러한 활동을 위하여 사무국은 경제학자, 통계학자, 과학자, 법률가를 포함한 여러 분야의 전문가와 행정직원들로 구성된다. 사무총장을 포함한 사무국직원은 국제공무원으로서 사무국의 독립성을 보장하기 위하여 회원국이나 외부기관으로부터 지시를 구하거나 받을 수 없다.[47]

이사회는 사무국의 업무를 총괄하는 사무총장 (Secretary-General)을 5년의 임기로 임명한다.[48] 이사회는 사무총장의 권고로 한명 이상의 사무차장 (Deputy Secretary-General) 또는 사무총장보 (Assistant Secretary-General)를 임명한다.[49] 사무총장은 대사급 상임대표들로 구성되는 이사

41) OECD운영규칙 26a). 사무총장이 이 질의서의 최종문안을 정리하며 OECD내에 회람시킨다. OECD운영규칙 26b).
42) OECD운영규칙 22b).
43) OECD운영규칙 22c). 집행위원회는 그러한 연구를 거부할 수 있다.
44) OECD운영규칙 23a).
45) OECD운영규칙 23b).
46) OECD운영규칙 23c).
47) OECD협약 11.2조.
48) OECD협약 10.1조.
49) *Id.*

회의 의장이 된다.[50] 사무총장은 모든 적절한 수단을 통하여 이사회를 보좌한다. 사무총장은 이사회가 승인한 OECD의 활동에 따라 필요로 하는 직원을 임명한다.[51] 이사회 회기에 참석하는 회원국 각료의 명단은 사무총장에게 통고되며, 상임대표 등의 회원국 대표도 사무총장에게 통고된다.[52]

사무국은 위원회에서의 토의를 위하여 연구를 수행하고 관련 지침을 준비한다. 사무국의 연구는 OECD 정책의 방향과 내용의 결정에 상당히 중요한 역할을 할 수 있다. 또한 사무국은 많은 위원회의 활동을 조정하고 그들의 활동을 원활하게 유지하는 노력을 한다.

OECD의 사무총장은 다른 국제기구와는 달리 OECD 활동의 방향과 내용에 있어서 보다 강력한 영향력을 행사할 수 있다. 사무총장은 다음과 같이 이사회와 집행위원회의 산하기관의 운영에 대하여 깊이 관여할 수 있다. 첫째, 사무총장은 대사급 상임대표들로 구성된 이사회의 의장이 된다. 이러한 지위에서 사무총장은 이사회 또는 다른 기관에게 제안을 제출할 수 있다.[53] 이사회 등에 제안을 제출하고 이사회의 회의를 진행함으로써 사무총장은 OECD의 정책 형성에서 큰 영향력을 행사할 수 있다. 둘째, 사무총장은 OECD의 기관들 사이는 물론 OECD기관들과 회원국, 비회원국 정부 및 국제기구 사이의 의사전달에 일반적인 책임을 진다.[54] 사무총장은 필요한 경우에 OECD의 각 기관에게 OECD의 활동 진행상황을 알려줘야 한다. 세째, 이사회에 대하여 책임을 지는 사무총장은 이사회의 결정을 집행한다. 사무총장은 회원국의 OECD에 대한 의무의 이행을 감독한다. 사무총장은 필요한 경우에 회원국에 정보를 요구할 권한을 갖는다. 네째, 사무총장은 다른 국제기구와의 협력 등

50) OECD협약 10.2조.

51) OECD협약 11.1조.

52) OECD운영규칙 11.

53) OECD협약 10.2조. 사무총장은 각료급 이사회에도 제안을 제출할 수 있다. 사무총장이 이사회 회기와 OECD의 기관 회의의 임시의제를 작성하면, 동 임시의제를 각각 회의 15일전에 회원국에게 통고하여야 한다. OECD운영규칙 12.

54) OECD운영규칙 24.

OECD의 대외활동을 수행한다.

이 밖에 사무총장은 다음과 같은 권한을 갖는다. 첫째, 이사회와 집행위원회를 제외한 산하기관의 회의는 이들 기관의 의장이 이사회나 집행위원회의 결의에 따라서 또는 사무총장의 동의를 얻어 소집된다.[55] 둘째, 사무총장은 이들 산하기관 의장의 동의를 얻어 회의일자를 수정할 수 있다.[56] 또한 이들 산하기관의 회의는 사무총장의 승인 없이는 본부아닌 곳에서 개최될 수 없다.[57] 세째, 산하기관이 다른 국제기구의 대표 또는 전문가와 협의하는 것이 바람직하다고 간주하는 경우에 그 의장은 이 문제를 사무총장과 토의하여야 한다.[58]

C. OECD의 운영

회원국은 OECD의 최고의 의사결정기관인 이사회 외에도 자신의 전문가와 담당관리들을 200여 부문에 이르는 위원회와 작업반에 참여시킨다. 이러한 위원회와 작업반의 토의는 OECD의 공식적인 법률행위나 다른 규범으로 구체화되는 것이 보통이다. 이러한 회원국들 사이의 토의와 협의는 회원국 사이의 조화로운 국내정책의 형성에도 도움이 된다.

사무총장과 회원국은 이사회 회기 및 산하기관 회의의 임시의제에 의안을 제안할 권리를 갖는다.[59] 집행위원회 또는 산하기관을 구성하지 않는 회원국이 관련 회의의 임시의제에 의안을 제안하고자 하는 경우에 해당 의장과 협의하여야 한다.[60] 이사회 회기 및 산하기관 회의의 의제는 해당 기관을 구성하는 참석회원국 과반수에 의하여 채택된다.[61]

55) OECD운영규칙 2.
56) OECD운영규칙 3.
57) OECD운영규칙 4b).
58) OECD운영규칙 10b). 사무총장은 해당 국제기구나 전문가에게 초청을 전달한다.
59) OECD운영규칙 13. 임시의제를 고려하는 중에 해당 기관의 구성회원국과 사무총장은 추가의제를 제안할 수 있다. OECD운영규칙 14b).
60) OECD운영규칙 13.

OECD기관의 의장은 회의 중에 발생하는 절차문제를 결정할 권한을 갖는다.[62]

이사회에서의 의사결정은 모든 회원국의 상호합의에 의한다. 회원국은 경제규모나 예산의 공헌도에 관계없이 OECD내에서 동일한 지위를 갖는다. 이러한 OECD의 의사결정구조는 적어도 형식적으로는 미국이나 규모가 큰 유럽국가들의 전횡을 방지할 수 있게 한다. 특히 EC의 15개 회원국이 각각 독립적으로 OECD내에서 자신의 의사를 표시하고 있는 점도 주목하여야 한다. 이와 함께 최근에 멕시코, 중부유럽국가들 및 한국이 OECD에 가입함으로써 OECD가 미국과 서부유럽을 중심으로한 기존의 순수한 선진국들의 구도에서 지리적, 역사·문화적 및 경제적 다양성을 가지게 된 점도 주목하여야 한다.

OECD기관의 회의는 이사회가 달리 합의하지 않는 한 공개되지 않는다.[63] 제1보충의정서에 따라 OECD의 운영에 참여하는 EU의 유럽위원회 대표와 1960년 7월 23일의 각료결의에 따라 OECD의 운영에 참여하는 유럽자유무역연합 (EFTA)의 사무총장은 OECD기관의 회의에 참석할 수 있다.[64]

OECD의 공식언어는 영어와 불어이다.[65] 이사회가 달리 결정하지 않는 한, 이사회와 집행위원회 회의의 회의록은 두 공식언어로 작성되며, 이른 회의에서 승인받아야 한다.[66] 위원회의 결정과 결론의 요약기록은 두 공식언어로 작성되며, 이른 회의에서 승인받아야 한다.[67] OECD의 법률

61) OECD운영규칙 14a).
62) OECD운영규칙 17.
63) OECD운영규칙 5.
64) 각각 OECD운영규칙 7a), b). 유럽위원회 등은 OECD의 이사회에서 채택되는 결정의 기초부터 채택까지 전체의 과정에 참여하고 있다. 그러나 유럽위원회 등은 OECD의 정식 회원국이 아니기 때문에 투표권이 없으며 이사회에서의 결정의 채택에서 투표할 수가 없다.
65) OECD운영규칙 27a). 하나의 공식언어로 된 연설은 다른 공식언어로 통역되어야 하나, 운영의 편의상 번역이 생략될 수 있다. OECD운영규칙 27b), c).
66) OECD운영규칙 28a).
67) OECD운영규칙 28b).

행위와 회의록, 요약기록, 보고서 및 다른 서류는 두 공식언어로 작성되어 배포된다.[68] 예컨대 이사회의 결정은 영어와 불어의 두 공식언어로 작성된다. 두 언어로 작성된 결정의 문서는 각각이 그 자체로서 정본이므로 두 문서는 정확하게 일치하여야 한다. 따라서 두 언어의 문서는 서로에 대하여 번역본으로 이해될 수 없다.

D. 다른 국제기구와의 관계

회원국이 아닌 국가의 정부나 국제기구는 협정 또는 이사회의 결의에 따라 OECD의 활동에 참여하도록 초청될 수 있다.[69] OECD회의에 옵저버로서 활동하고 있는 국제기구는 다음과 같다: Bank of International Settlements (BIS); Council of Europe; European Bank for Reconstruction and Development (EBRD); European Conference of Ministers of Transport (ECMT); European Investment Bank (EIB); Food and Agricultural Organization of the United Nations (FAO); International Atomic Energy Agency (IAEA); International Labour Organization (ILO); International Monetary Fund (IMF); U.N. Economic Commission for Europe (ECE); U.N. Environment Programme (UNEP); U.N. High Commissioner for Refugees; U.N. Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO); World Bank; World Food Council; World Trade Organization (WTO).

이들 국가나 국제기구의 대표는 이들 협정 또는 결의에 따라 OECD 기관의 회의에 참석할 수 있다. 이사회는 비회원국 정부나 국제기구를 OECD기관의 회의에 초청할 수 있다.[70] 이사회 의장은 비회원국 정부 또는 국제기구 대표인 옵저버에게 특정 문제에 관하여 발언하게 할 수 있

68) OECD운영규칙 28c).
69) OECD운영규칙 8a).
70) OECD운영규칙 9a).

다.[71] 집행위원회 또는 산하기관이 국제기구와 협의할 수 있음이 규정된 경우에, 사무총장은 해당 국제기구가 옵저버로서 회의에 참석하도록 초청하여야 한다.[72] 산하기관이 다른 국제기구의 대표 또는 전문가와 협의하는 것이 바람직하다고 간주하는 경우에 그 의장은 이 문제를 사무총장과 협의하여야 한다.[73]

E. OECD문서의 공개

1. 법률행위

OECD의 법률행위는 결정과 권고의 형식에 의한다. 결정과 권고를 채택할 때에 이사회는 그 내용의 공개여부를 결정한다.[74] 일반적으로 결정과 권고를 기초한 관련 위원회가 동 결정과 권고의 공개를 이사회에 요청한다. 이미 공개된 결정과 권고를 수정하는 결정과 권고는 동 결정과 권고의 이사회에서의 채택과 함께 공개되는 것으로 간주된다.[75] 보직의 임명에 관한 결정은 이사회의 채택과 함께 공개되는 것으로 간주된다.[76] 이사회에서 공개되기로 결정된 결정과 권고의 구체적인 공개방법은 사무총장이 결정한다. 사무총장은 이들 법률행위를 유가발간이나 무료발간의 형식으로 공개할 수 있다.

---

71) OECD운영규칙 9c).

72) OECD운영규칙 10a).

73) OECD운영규칙 10b). 사무총장은 해당 국제기구나 전문가에게 초청을 전달한다.

74) OECD운영규칙 28d). 이사회는 1988년 10월과 11월 회기에서 그동안의 OECD법률행위 전집 (Volume of the Acts of the Organization)은 물론 앞으로의 전집도 공개제한을 해제하기로 결정하였다. C/M(88)18 Part I (Final), Item 253 - C(88)162 (Final), *reprinted in* OECD, Rules of Procedure, *supra* note 28, at 33.

75) 1968년 2월 20일 이사회 결의 (C/M(68)3(Final), Item 34c), *reprinted in* Rules of Procedure, *supra* note 28, at 33.

76) *Id.*

77) 문서의 제한해제와 공표절차에 관한 이사회 결의 (Resolution of the Council concerning

2. 문서[77]

OECD문서는 다음의 세가지 종류로 구분된다.[78] 첫째, 기밀문서(confidential document)로서 이러한 문서의 불법적인 공개로 OECD 또는 회원국의 이익이 심각하게 훼손되는 경우이다. 둘째, 제한문서 (restricted document)로서 공적인 목적으로만 전달되는 경우이다. 세째, 일반문서(general document)로서 비밀문서나 제한문서가 아닌 그 밖의 문서을 의미한다. 사무총장이 이들 문서의 분류에 관한 필요한 조치를 취한다.

사무총장은 정기적으로 회원국에게 '기밀' 또는 '제한'으로 분류된 위원회의 보고서 중에서 공개할 보고서의 목록을 회람하여야 한다. 사무총장은 공개될 보고서를 작성한 위원회에게 사전에 의견을 구하여야 한다. 공개될 보고서의 목록이 회원국에게 회람된 후 21일내에[79] 회원국의 명시적인 유보가 없으면, 이사회가 이들 보고서의 공개를 채택한 것으로 간주된다.

V. OECD의 법률행위[80]

A. OECD의 의사결정

OECD의 최종적인 의사결정은 이사회에서 이루어진다. 각 회원국은 이러한 의사결정에서 한 표를 행사한다.[81] OECD의 의사표시인 결정과

---

the procedure for derestriction and publication of documents), C/M(74)24 Part I (Final), Item 259 a) and b) - C(74)133(Final), *reprinted in* Rules of Procedure, *supra* note 28, at 35-36.

78) Resolution of the Council concerning the classification of documents and security precautions (22 May 1962), *reprinted in* Rules of Procedure, *supra* note 28, at 33.

79) 예외적인 경우에 사무총장은 회람기간을 단축할 수 있다.

80) OECD의 법률행위에 관하여 OECD사무국 법무실 소속 변호사와의 면담과 그로부터 얻은 정보를 많이 참조하였다. 이 부분에 대하여는 별도의 주를 달지 않는다.

81) OECD협약 6.1조.

권고는 원칙적으로 모든 회원국의 상호합의에 의하여 채택된다.[82] 따라서 한 회원국이 공식적으로 결정이나 권고의 채택에 반대하면 동 결정과 권고는 채택될 수 없다. 다만 회원국은 결정이나 권고의 채택에 기권할 수 있다. 일부 회원국의 기권에도 불구하고 문제의 결정이나 권고는 법적으로 아무런 문제없이 채택된다. 동 결정과 권고는 기권한 회원국에게 적용되지 않고 찬성을 표시한 회원국들에게 적용될 뿐이다. 이론적으로 결정이나 권고의 일부에 대하여 기권을 할 수도 있겠지만, OECD의 관행은 그러한 부분적인 기권을 인정하지 않고 있다. OECD가 WTO나 IMF와 같이 엄밀한 의미의 법적 권리와 의무에 바탕을 둔 법적 체제가 아니라 회원국 사이의 정책개발과 조율에 바탕을 두기 때문에 이러한 기권의 허용은 OECD의 융통성을 보장하는 유용한 제도로 인식된다.

OECD의 결정이나 권고가 전체 또는 부분적으로 특정 회원국에게 적용되지 않는 경우에 원칙적으로 그러한 회원국이 그 결정과 권고에 명시되어야 한다.[83] 결정이나 권고의 채택에 기권함으로써 동 결정과 권고의 적용을 받고 싶지 않은 회원국이 있거나 자신의 헌법절차의 요건이 충족될 때까지 동 결정에 의하여 법적으로 구속될 수 없는 회원국이 있는 경우에, 동 결정과 권고는 그러한 사실을 구체적으로 명기한다. 따라서 결정과 권고의 문언 자체에서 동 결정과 권고의 적용을 받는 회원국들과 그렇지 않은 회원국들이 정확하게 확인될 수 있다.

일부 회원국이 결정이나 권고의 채택에 관하여 유보하거나 결석한 경우에 다른 회원국들은 자신들 사이에서 동 결정과 권고가 문제의 회원국이 가입할 때까지 잠정적으로 적용할 것을 합의할 수 있다.[84] 문제의

---

82) *Id.*

83) OECD운영규칙 19a). 회원국에게 적용되지 않는 내용이 결정의 근본적인 규정이 아닌 경우에, 이사회는 이 규칙을 무시할 수 있다. 또한 이 규칙은 결정의 유보나 해석과 관계가 없다. 이러한 유보나 해석은 채택된 결정의 회의록에 기재된다. OECD운영규칙 해석 29.

84) OECD운영규칙 20a). 회원국이 결정의 채택에 관하여 분명한 입장을 결정하지 못하거나 회원국 대표가 자국의 입장을 전달받지 못한 경우에 유보를 하게 된다. 이같은 유

회원국이 이사회가 결정한 기간내에 동 결정과 권고에 가입하지 않으면, 이사회는 동 결정과 권고에 가입한 회원국들 사이에서 동 결정과 권고가 적용되는지를 결정하여야 한다.[85] 이사회에서 동 결정과 권고가 적용되고 있음이 결정되면, 동 결정과 권고는 결정적으로 채택된 것으로 간주된다. 그러나 기권하거나 부재하였던 회원국이 동 결정과 권고의 채택을 공식적으로 반대하면, 동 결정과 권고는 기왕에 찬성을 표시한 회원국들 사이에서도 자동적으로 효력을 상실한다. 물론 동 결정과 권고가 적용되지 않는 회원국의 부재로 이사회에서의 이러한 새로운 결정이 무효가 되지 않는다.[86]

B. OECD의 법률행위

OECD가 자신의 목적을 수행하기 위하여 채택하는 법률행위에는 결정, 권고 및 협정이 있다.[87] 첫째, OECD는 원칙적으로 모든 회원국을 구속하는 결정 (decision)을 내릴 수 있다. 둘째, OECD는 회원국에게 권고 (recommendation)를 줄 수 있다. 세째, OECD는 회원국, 비회원국 및 국제기구와 협정 (agreement)을 체결할 수 있다. 회원국을 법적으로 구속하는 결정도 법적으로 구속력이 없는 정치적이거나 원칙적인 내용을 포함할 수 있다. 이 경우에 '결정과 권고' (Decision and Recommendation)라는 제목으로 법률행위가 채택되기도 한다.[88]

결정과 권고 등 OECD의 법률행위의 법적 구속력의 존재 여부는 실

보 (provisional reservation)는 회원국의 결석과 같은 법적 상황을 야기한다.

85) OECD운영규칙 20b).

86) *Id.*

87) OECD협약 5조; OECD운영규칙18. 이외에 OECD협정 등에 공식적으로 규정되지 않은 선언도 OECD의 중요한 의사표시의 수단이 되고 있다.

88) 그러나 이 경우에 결정과 권고가 별도로 채택되는 것이 바람직하다. 즉 동일한 사안에 관하여 법적으로 구속력있는 내용만을 포함한 결정과 법적으로 구속력이 없는 내용만을 포함한 권고가 동시에 채택될 수 있다.

제로 그렇게 중요하지 않다. 법적 구속력을 갖는 결정이 법적 구속력을 갖지 않는 권고보다 항상 더 중요하다고 말할 수는 없기 때문이다. 예컨대 법적 구속력을 갖지 않는 권고에 대하여 모든 회원국이 만장일치 또는 총의로써 동의를 표시한 경우에 모든 회원국은 이러한 권고의 이행에 대하여 적어도 도덕적 의무를 부담하는 것이 보통이다. 또한 법적 구속력이 없는 권고도 OECD에서 그 이행 여부에 대한 검토가 계속되기 때문에 회원국들은 권고의 이행에 대하여 관심을 가질 수밖에 없다. 그러나 OECD의 법률행위의 불이행에 대한 공식적인 제재 수단은 마련되어 있지 않다.

1. 결정

OECD의 결정 (decision)은 다음과 같은 네가지 유형으로 구분된다.[89] 첫째 유형의 결정은 회원국을 구속하는 결정이다. 회원국은 적절한 헌법절차의 요건을 충족시킨 후에 이러한 결정을 이행하여야 한다. 이러한 결정의 본문에 OECD협약 5a)조가 언급되어야 한다.[90] 첫번째 유형의 결정이 현실적으로 가장 중요하다. 둘째 유형의 결정은 OECD가 회원국, 비회원국 및 국제기구와 체결한 협정을 승인하는 결정이다. OECD와 회원국 사이의 협정의 이행이 회원국의 이행조치를 요구하는 경우에, 동 협정의 승인은 회원국이 그러한 조치를 취할 약속 (undertaking)을 포함한다.[91] 세째 유형의 결정은 OECD의 운영에 관한 내부문제에 대한 결정으로서 결의 (resolution)라고 불린다.[92] 네째 유형의 결정은 비회원국 또

89) OECD운영규칙 18a). 이들 결정은 OECD협약 5, 6, 7조에 따라 내려진다.

90) OECD운영규칙 18c). 결정의 서문에서 동 결정이 OECD협약 5a)조에 근거하였음이 규정된다. OECD협약 5a)조는 OECD가 "달리 규정된 경우를 제외하고 모든 회원국에게 구속적인 결정을 채택할 수 있다"고 규정한다. 다음에서 설명되는 결정은 원칙적으로 첫째 유형의 결정을 의미한다.

91) 운영규칙해석, *reprinted in* Rules of Procedure, *supra* note 28, at 29.

92) 회원국을 법적으로 구속하는 결정의 해석이나 이행의 감독을 위하여도 결의가 채택된다. 또한 이사회의 의사록 (minutes)도 결의와 같은 법적 지위를 가지며 Volumes of Acts of the Organization에 게재된다.

는 국제기구에 대한 통신 (communications)을 규정한 결정이다.

회원국은 자신의 헌법 절차의 요건을 준수할 때까지 채택된 결정에 의하여 법적으로 구속되지 않는다.[93] 결정의 전체 또는 일부의 수락이 회원국의 헌법절차에 따른 요건을 조건으로 하는 경우에 해당 회원국은 그 결정의 채택시에 그러한 사실을 밝혀야 한다.[94] 다른 회원국들은 이러한 상황에서 채택된 결정이 잠정적으로 그들에게 적용된다고 합의할 수 있다.[95] 동 결정은 다른 회원국이 동 결정을 잠정적으로 적용하는지를 명기하여야 한다.[96]

그러나 실제로 자국의 헌법절차의 충족에 관한 절차가 원용되지는 않는다. 헌법절차의 문제를 갖는 회원국은 문제의 결정의 채택에서 기권할 수 있기 때문이다. 다만 일부 회원국의 기권에 의하여도 최종적으로 결정이 채택되지만, 헌법절차의 충족에 관한 경우에는 문제의 결정의 채택은 잠정적이다. 그러나 헌법절차의 문제로 기권한 회원국은 문제의 결정을 자국의 헌법절차에 회부하여야 할 의무를 갖지 않는다. 기권한 회원국은 문제의 결정이 채택된 후에 동 기권을 철회하고 동 결정을 채택할 수 있다. 따라서 이사회에서 채택된 모든 결정은 동 결정의 채택에 대하여 기권하지 않은 모든 회원국에게 법적으로 구속력을 갖는 것이 일반적이다.

OECD의 결정의 채택에 찬성을 표시한 회원국은 동 결정을 이행할 의무를 부담한다.[97] 따라서 회원국은 동 결정의 이행을 위하여 국내법상 특정 법규정을 개정하거나 제정하게 된다. OECD의 결정은 그 자체로서

93) OECD협약 6.3조.

94) OECD운영규칙 19b). 동 회원국은 후일에 이사회에게 자신의 헌법절차의 준수 결과와 자신이 동 결정을 이행할 수 있는 여부를 통고하여야 한다.

95) OECD협약 6.3조. 물론 회원국들은 동 결정의 채택을 후일로 연기하기로 결정할 수 있다.

96) 그러나 이 규칙은 OECD협약 6.3조를 훼손할 수 없다. OECD운영규칙해석, *supra* note 28, at 29.

97) OECD의 결정은 찬성을 표시한 회원국에 대하여 법적으로 구속력을 갖는다. 그러나 동 결정은 회원국의 국민을 직접적으로 구속하지 않는다.

국제법상 조약은 아니지만, 동 결정의 불이행은 국제법 위반에 해당된다. 그러나 회원국의 결정의 불이행에 대하여 OECD 차원의 제재수단이 마련되어 있지는 않다. 그럼에도 불구하고 회원국은 OECD의 결정을 성실히 이행할 수밖에 없다. OECD의 결정은 동 결정의 이행에 관한 추적절차 (follow-up arrangements)를 종종 규정하기 때문에 동 결정의 이행여부에 대한 사후관리가 이루어진다.[98] 또한 회원국들 사이에서 상대방 회원국의 의무 이행여부에 대한 관심때문에 채택된 결정의 이행이 현실적으로 보장된다. 29개의 그렇게 많지 않은 수의 회원국 사이의 정치·경제적인 긴밀한 관계에서 일부 회원국이 결정의 이행에 관한 자신의 의무를 해태하는 것은 그렇게 쉽지는 않을 것이다.

OECD협약이나 운영규칙에는 일반적인 의미의 유보나 해석의 성명에 대한 명시적인 규정이 없다.[99] 그러나 OECD에서 결정이 채택될 때에 일부 회원국이 유보나 해석의 성명[100]을 밝히는 것은 보통이다. 결정의 내용이 여러가지 해석을 가능하게 하거나 특정 회원국의 입장에서 보다 분명한 해석을 원할 때에 유보나 해석의 성명이 있게 된다. 또는 회원국의 관련 법규정과 결정이 상충하거나 동 결정의 이행이 다른 정부기관에 위임되어 있을 때에 유보가 필요하게 된다. 이러한 유보나 해석의 성명에 대하여 다른 회원국이 동의하거나 묵인할 때에는 원칙적으로 모든 회원국을 구속하는 결정에 관하여 회원국들 사이에 서로 다른 법률관계

98) 예컨대 OECD의 가장 대표적인 규범인 자본자유화에 관한 규약 (Codes of Liberalization of Capital Movements and Current Invisible Transactions)에서 관련 위원회 (Committee for Capital Movements and Invisible Transactions)는 동 규약에 규정된 의무의 일관된 해석과 회원국의 동 규약의 이행에 관한 모든 문제를 검토할 권한을 갖고 있다. 다른 회원국이 동 규약의 의무를 이행하지 않는다고 주장하는 회원국은 이 문제를 동 위원회에 회부할 수 있다. 동 위원회는 이 문제를 이사회에 회부하거나 문제의 회원국의 상황을 이사회에서 검토반도록 조치할 수 있다.

99) 그러나 OECD운영규칙 20a)에 규정된 잠정적 유보 참조.

100) 일부 회원국에 의한 해석의 성명은 동 결정의 초안 단계에서 관련 위원회에서 채택된 합의된 해석과 구별된다. 동 결정을 기초한 위원회에서 채택된 해석은 동 결정에 부속서의 형식으로 추가되며, 모든 회원국들을 구속한다. 결정에 추가되지 않은 위원회의 해석은 입법자료로서 후일에 해석의 보조수단이 될 것이다.

가 형성된다.

유보나 해석의 성명은 문제의 결정이 채택을 위하여 이사회에 회부되기 전에 관련 위원회에서 초안이 승인될 때에 제기되는 것이 보통이다. 모든 회원국이 유보나 해석의 성명이 채택되는 결정의 목적과 상충하는 여부를 분명하게 결정할 수 있기 위하여 그러한 유보나 해석의 성명은 문제의 결정이 이사회에서 채택되기 전에 다른 회원국에게 서면으로 통고된다. 문제의 결정의 목적을 훼손하는 유보 등은 허용될 수 없게 된다. 이러한 경우에 문제의 회원국은 동 결정에 대하여 기권하는 것이 바람직하고 또는 반대할 수도 있을 것이다. 이러한 유보나 해석의 성명은 채택된 결정에 추가적으로 명기된다.

결정이 채택될 때에 동 결정의 영토적 적용범위에 관하여 문제가 제기되지 않으면, 동 결정은 회원국의 완전한 주권이 행사되는 영토에 관하여 적용된다.[101]

2. 권고

결정과는 달리 OECD의 권고는 회원국에 대하여 법적으로 구속력을 갖지 않는다.[102] 정보통신분야에서 채택된 권고로 1980년 9월 23일 채택된 '사생활보호 및 개인자료의 초국경유출입에 관한 지침에 대한 이사회 권고'[103]가 있다. 동 권고에 '사생활 보호와 개인자료의 초국경유출입에 관한 지침'이 부속되어 있다.[104] 이사회는 회원국 사이에서 자료가 자유롭게 유출입되는 것을 보장하면서 개인의 사생활을 보호하기 위하여

101) 회원국의 주권이 미치는 영토적 적용범위는 문제의 회원국이 OECD에 가입하는 당시에 확인된다.

102) 따라서 권고는 다음과 같은 문언 형식을 갖는다: "the Council decides: i). Member countries are invited to ...; ii). Member countries should...; iii). sufficient information should be available on ...; iv). Member countries should endeavour to...".

103) Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.

104) 동 지침은 개인자료의 수집 등에 관한 국내적용의 기본원칙, 개인자료의 자유로운 유출입과 합법적인 제한에 관한 국제적용의 기본원칙, 위 두 기본원칙의 국내이행에 관한 원칙 및 국제협력을 규정한다. 동 지침의 문언은 권고의 경우와 같이 'should'를 사용하고 있다.

다음과 같이 권고한다. 첫째, 회원국은 국내입법에서 동 권고의 동 지침에 규정된 개인의 자유와 사생활의 보호에 관한 원칙을 고려하여야 한다. 둘째, 회원국은 사생활의 보호라는 명목으로 개인자료의 국가간 유출입을 부당하게 제한하지 않도록 노력한다. 세째, 회원국들은 동 권고의 동 지침의 적용을 위한 협의와 협력 절차를 가능한 한 빨리 합의한다.

정보통신분야의 두번째 권고는 1992년 11월 26일 채택된 '정보체계의 안전을 위한 지침에 관한 이사회의 권고'이다.[105] 동 권고에는 '정보체계의 안전을 위한 지침'이 부속되어 있다.[106] 이사회는 정보체계에 관한 국제적 조정과 협력을 통하여 정보체계의 안전을 조장하기 위하여 다음과 같이 권고한다. 첫째, 회원국은 동 권고의 동 지침에 규정된 정보체계의 안전에 관한 원칙을 반영하는 조치, 관행 및 절차를 수립한다. 둘째, 회원국은 동 지침의 이행에 있어서 협의·조정·협력하여야 한다. 세째, 회원국은 가능한 한 신속하게 동 지침의 적용에 관한 구체적인 이니시어티브에 합의하여야 한다. 네째, 동 지침을 매 5년마다 검토한다.

권고는 결정과 같이 원칙적으로 모든 회원국의 상호합의에 의하여 내려진다.[107] 따라서 한 회원국이 공식적으로 권고의 채택에 반대하면 동 권고는 채택될 수 없다. 다만 회원국은 권고의 채택에 기권할 수는 있으며, 기권한 회원국에게 동 권고는 적용되지 않는다.

회원국은 적절하다고 간주하는 경우에 OECD의 권고 (recommendation)를 이행할 수 있다.[108] 이러한 권고의 본문에는 OECD협약 5b)조가 언급되어야 한다.[109] 예컨대 OECD는 회원국에게 특정 조약을 비준하도

105) Recommendation of the Council of the OECD Concerning Guidelines for the Security of Information Systems.

106) 동 지침은 정보체계가 다른 사람의 합법적인 이익을 존중하면서 사용되어야 한다는 윤리원칙 등 9개 원칙과 세계적인 기술표준을 위한 국제협정과 적절한 정책과 법을 채택하는 등의 이행에 관한 내용으로 구성되어 있다.

107) OECD협약 6.1조.

108) OECD운영규칙 18b).

109) OECD운영규칙 18c). OECD협약 5b)조는 OECD가 "회원국에게 권고할 수 있다"고 규

록 권고를 줄 수 있다.

3. 선언

최근에 OECD의 각료급 회의에서 주로 정치적 의사를 표시하기 위하여 선언 (Declaration)이 채택되고 있다. OECD에서 처음으로 채택된 선언은 1974년 각료급 이사회에서 채택된 '무역서약' (Trade Pledge)의 선언이다. 1974년 이후 매년 2건 정도의 선언이 채택되고 있다. 선언은 대체로 각료급 이사회에서 채택되지만 드물게는 각료급 위원회나 OECD가 주관한 특별회의에서도 채택된다.[110] 일반적으로 위원회에서 채택되는 정책성명 (policy statement)은 선언에 해당되지 않는다.

정보통신분야에서 채택된 선언으로 1985년 4월 11일 채택된 '초국경자료유출입에 관한 선언'이 있다.[111] OECD의 회원국정부는 다음의 사항에 관한 그들의 의사를 선언하였다: a) 자료와 정보 및 관련 서비스에 대한 접근을 조장하고 자료와 정보의 국제교환에 대한 부당한 장벽의 창설을 회피하며; b) 정보, 컴퓨터 및 초국경자료유출입에 영향을 주는 통신서비스에 관한 규정과 정책에서의 투명성을 추구하며; c) 초국경자료유출입에 관한 사안을 다루기 위한 공동접근책을 개발하고, 적절한 경우에 조화된 해결책을 발전시키며; d) 초국경자료유출입에 관한 사안을 다룰 때에 다른 국가에 대한 가능한 관련성을 고려함. OECD의 회원국정부는 다음과 같은 유형의 초국경자료유출입에서 야기되는 문제에 대하여 작업을 수행할 것을 합의하였다: i) 국제무역에 수반되는 자료의 유출입; ii) 판매된 컴퓨터서비스와 전산화된 정보서비스; iii) 사내 기업자료의 유출입.

선언은 OECD의 공식적인 법률행위인 결정과 권고에 못지 않게 현실적으로 중요한 비중을 가지고 있다. 선언은 드물게 채택되고 또한 각료

정한다.

110) 교육, 과학과 기술 및 환경 분야의 위원회와 '여성을 위한 고용회의' (OECD Conference on Employment for Women)에서 선언이 채택되었다.

111) OECD Declaration on Transborder Data Flows.

급 회의에서 채택되기 때문에 현실적으로 중요한 비중을 가질 수밖에 없다. 그러나 결정과 권고와는 달리 선언은 OECD협약이나 OECD운영규칙에 규정되어 있지 않다. 따라서 선언에 관하여 법적인 성격 등의 문제가 제기될 수 있다.

선언은 대체로 각료급 이사회에서 채택되지만, 법적으로 엄밀하게는 이사회에 의하여 채택되지 않고 OECD의 회의에 참석한 개별적인 회원국 각료들의 집합에 의하여 채택된다.[112] 국제법상 OECD의 기관인 이사회의 활동범위는 OECD협약 등 법적문서에 명시되는 것이 원칙이다. 선언이 OECD협약 등에 규정되어 있지 않기 때문에 선언의 법적 효력은 불분명하다. 다만 선언은 이사회의 결정이나 국제법주체 사이의 조약이 아니기 때문에 법적 구속력을 가진다고 볼 수는 없다. 그럼에도 선언의 현실적 효력은 구체적인 선언의 내용과 형식에서 가늠할 수 있을 것이다. 예컨대 1974년의 '무역서약'에 대하여 회원국들은 동 서약이 법적으로 구속력있는 국제조약이 아니지만 동 서약의 정신과 구체적 의미를 준수하겠다는 확고한 정치적 결의를 표현하였다.[113] 또한 선언은 이사회의 결의에서 부속서로 첨부되거나 별도로 언급되어[114] 간접적으로 동 선언의 적용여부가 OECD에서 검토되고 있다.[115] 선언을 채택하는 절차는 원칙적으로 OECD의 운영규칙의 관련 규정에 준하고 있다. 따라서 선언은 동 선언의 채택에 가담한 회원국에게 도덕적이며 정치적인 약속 (moral and political commitment)이라고 이해된다.

112) 따라서 선언의 주체는 'The Governments of OECD Member Countries'로 표기된다.

113) *Volume of the Acts of the Organization* 198-205 (1974).

114) 따라서 선언은 결정과 결의와 같은 OECD의 법률행위가 수록되는 *Volume of the Acts of the Organization*에 게재된다.

115) 예컨대 1992년 11월 26일 채택된 '정보체계의 안전을 위한 지침에 관한 이사회의 권고'의 전문에 '초국경자료유출입에 관한 선언'이 언급되어 있다.

VI. 결어

한국이 OECD에 가입한 이상 한국의 지위와 경쟁력이 향상되고 국제사회에서 한국의 향상된 지위에 걸맞는 위치를 인정받아야 할 것이다. OECD 가입은 다른 국제기구의 가입과 그 의의가 크게 다르기 때문에 OECD에서의 한국의 전략은 특별해야 한다. 가장 중요한 점은 선진국들로 구성된 OECD에 가입함으로써 한국은 객관적인 기준으로 선진국의 일원이 된 사실이다. 그러나 양적인 측면에서 한국이 기존의 OECD회원국들과 버금가는 경제적 수준을 이룩하였다고 하지만, 이미 지난 40년 가까이 OECD의 선진국들은 그들 사이에서 그들을 위한 경험과 규범을 축적하고 있은 사실에 주의하여야 한다. 한국이 선진국의 대열에 들어서기 위하여 지난 40여년간 노력하고 있는 동안에 OECD는 계속 발전하고 있었던 것이다. 이러한 점을 고려한다면, OECD에서의 한국의 대응전략은 진정한 선진국이 되기 위한 교육이 되어야 할 것이다. 이러한 교육을 통하여 한국은 이미 시행착오를 거친 선진 회원국들의 경험을 자신의 이익이 되도록 하여야 할 것이다.

OECD의 특징은 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, OECD는 선진민주국가들이 모든 경제·사회적 문제에 관한 최적의 정책을 연구하고 수립할 수 있는 포럼이 제공된 국제기구이다. OECD의 가장 중요한 기능은 회원국 사이의 정책에 관한 협력 도모이다. OECD는 WTO나 IMF와 같이 법적 권리와 의무에 바탕을 둔 법적 체제가 아니라 회원국 사이의 정책개발과 조율에 바탕을 둔 협력체제이기 때문에 OECD에서 회원국의 활동은 다소 융통적일 수가 있다. 또한 OECD의 정보통신에 관한 정책적 논의에서 특정 국가의 문제점이 직접적으로 검토되지 않으며, 대신에 보다 일반적이며 미래지향적인 문제들이 검토된다. 따라서 WTO 차원에서 다루어질 한국과 미국 사이의 통신장비에 관한 분쟁이 OECD에서 논의되지 않는다.

둘째, OECD에서의 국제적 협력은 기본적으로 회원국 사이에서 상호

영향을 줄 수 있는 국내정책에 관한 협력을 의미한다. 또한 회원국 사이의 정책적 협력은 회원국 사이의 긴장관계의 대결구도보다는 외교적인 협의구도를 요구한다. OECD의 회원국은 이러한 국제협력을 통하여 다른 회원국 정책과의 상충을 최소화하도록 자신의 국내정책을 조정하게 된다. 이러한 국제협력의 과정에서 회원국은 특정 국내정책에 관하여 다른 회원국의 경험에서 교훈을 얻기도 한다.

세째, OECD는 특정 문제에 대한 정책적 검토에서 산하의 여러 정책국 (Directorates)과 회원국의 여러 부처의 전문성을 수평적이며 다원적으로 동원할 수 있다. 이러한 OECD의 다원성의 장점은 OECD의 기본적 활동대상인 일반적인 거시적 경제문제뿐아니라 보다 특정적인 분야별 문제의 접근에도 적용되고 있다.

네째, OECD에서 채택된 정책적 협력의 내용은 궁극적으로 국제사회에서의 규범으로 승화된다. 선진국들로 구성된 OECD의 국제사회에서의 영향력을 고려할 때에 이들 OECD회원국들과 교류를 가질 수밖에 없는 개발도상국 등 다른 국가들도 OECD의 정책을 신중하게 고려할 수 밖에 없다. 또한 UR협상에서 서비스무역에 관한 GATS의 채택에서 볼 수 있듯이, OECD에서의 정책적 논의나 연구가 WTO 등에서 국제법상 강제력이 부여된 권리와 의무의 법률관계로 정착되고 있다.

이러한 특징을 가진 OECD에서 한국은 회원국들의 관계를 면밀히 검토하고 그 특수한 관계를 적극적으로 활용하여야 한다. 물론 OECD의 회원국이 되는 자격이 경제선진성이기 때문에 OECD가 다른 어떤 국제기구보다 회원국의 동질성이 크다고 볼 수 있다. 그러나 29개 회원국 사이의 경제적 차이는 여전히 엄청나다. 예컨대 한국이 OECD에 가입하여 선진국 대열에 들어섰다고 하지만, 한국과 미국의 경제적 차이는 여전하기 때문이다. 또한 OECD는 전통적으로 미국과 유럽 중심의 협조관계에 바탕을 두었다. 그러나 EU가 단일시장을 완성하고 그 지리적 영역을 확대하면서 미국의 한 축과 유럽 회원국들의 또다른 한 축의 긴장·협력관계가 형성되는 점은 부인할 수 없다. 이러한 전통적 양축의 관계에

서 한국의 OECD 가입은 OECD내에서의 질서의 변화를 야기할 수 있을 것이다. 특히 멕시코와 중부유럽 국가들도 OECD에 가입함에 따라 OECD내에 비교적 다양한 지리적 문화적 경제적 차이가 형성되기 때문이다

OECD의 의사결정이 총의에 바탕을 두고 있기 때문에 한국의 단독적인 의사가 원칙적으로 무시될 수도 없지만, 다른 회원국들과의 공동입장의 유지는 한국의 지위를 보다 강화시킬 것이다. OECD내에서 여전히 인적 자원과 물적 자원의 측면에서는 물론 경험에서도 미국 등 기존의 회원국들보다 열세인 한국으로서는 자신과 같은 입장에 있는 회원국들과 협조적 연대의 강화에 노력하여야 할 것이다.

이제 OECD에 가입함으로써 국제사회에서 선진국으로 인정된 한국이 OECD에서 또다른 성공을 이룩하기 위하여는 보다 열성적으로 성실하게 OECD의 활동에 참여하여야 한다. 적어도 OECD에 파견된 대표단의 인원수에서 한국은 미국이나 일본과 겨룰 수 있을 것이다. 문제는 정부가 얼마나 OECD의 활동에 적극적으로 참여할 수 있느냐이다. OECD 산하의 200여개의 각종 위원회나 작업반의 회의에 빠지지 않고 참석하는 것도 힘들 것이지만, 개별적인 회의에서 한국의 입장을 밝히고 다른 회원국의 입장을 반박하기는 더욱 힘들 것이다. 이 점에서 대표단과 본국 정부 사이에 보다 긴밀한 협력관계가 수행되어서 한국의 입장이 분명하게 OECD에서 반영되어야 한다. 또한 각종 개별적인 회의의 참석을 정부 관리나 정부에 관련된 연구소의 연구인력에 국한하지 말고, 민간분야의 기업이나 학계의 인력에게도 개방하여야 할 것이다.

마지막으로, 한국의 OECD에서의 전략으로서 또 다른 중요한 부분은 정부와 기업과의 긴밀한 협조관계이다. OECD는 정부간 국제기구이기 때문에 원칙적으로 기업과 같은 민간부문은 OECD에서 활동할 수가 없다. 그러나 OECD의 목표의 달성은 궁극적으로 민간부분의 경쟁적인 성장과 발전을 의미하기 때문에 OECD는 다른 국제기구보다 민간부문의 의견의 수용에 보다 적극적이다. 한국 정부와 기업은 OECD가 궁극적으

로 기업의 이익을 추구하는 국제기구인 점에 유의하여야 한다. 한국 정부로서는 가능한 한 OECD의 활동에 기업을 참여시키도록 하여야 할 것이며, 항상 OECD의 활동을 관련 기업이나 산업에게 정확하고 신속하게 이해시켜야 한다. 한국 기업도 나름대로 OECD의 활동을 면밀히 주시하고, 가능한 한 모든 경우에 기업의 이익을 위하여 정부를 통하여 자신의 입장이 OECD의 정책적 협의에 반영되게 노력하여야 한다. 민간부문과의 협력을 위하여 OECD는 기업과 산업을 대표하는 기업산업자문위원회 (Business and Industry Advisory Committee: BIAC)와 협의관계를 갖고 있다. 한국 정부는 정부대로 OECD에서, 한국 기업은 기업대로 BIAC에서 적극적으로 활동하여야 한다. OECD에서의 한국의 대응전략의 요체는 정부와 기업의 긴밀한 협조이다.

부록 I. OECD 조직표

○ 반독립적 부속기관	◎ 이사회	○ 민간자문기관
-국제에너지기구(IEA) -원자력기구(NEA) -개발센터(DC) -교육연구혁신센터(CERI)	(각료/상주대표) -집행위원회(EC) -특별집행위원회(SEC)	-기업산업자문위원회 (BIAC) -노동조합자문위원회 (TUAC)

		◎ 사무국		
경제국 (ECO)	통계국	환경국 (ENV)	개발협력국 (DCD)	공공관리국 (PUM)
-경제정책위원회 (EPC) -경제동향검토위원회(ECRC) -통화·외환위원회	-국민계정, 구매력 평가, 서비스통계, 주요경제지표 관련 다양한 통계 전문가 그룹	-환경정책위원회 (EPOC) -화학제품규제 관련 특별프로그램	-개발원조위원회 (DAC)	-공공관리위원회 (PUMA)
무역국 (TD)	금융·재정·기업국(DAFFE)	과학·기술·산업국(DSTI)	고용·노동·사회국(DEELS)	식량·농업·수산국(DFAF)
-무역위원회(TC)	-국제투자 및 다국적기업위원회 (CIME) -자본이동 및 경상무역외거래 위원회(CMIT) -금융시장위원회 (CMF) -보험위원회(AS) -재정위원회(CFA) -경쟁법정책위원회 (CLP) -소비자정책위원회 (CCP) -관광위원회(TOU)	-과학기술정책 위원회(CSTP) -정보·컴퓨터·통신위원회(ICCP) -산업위원회(IND) -해운위원회(MTC) -철강위원회(SC) -도로교통연구 프로그램 -메가사이언스 포럼	-고용·노동·사회문제위원회 (ELSA) -교육위원회(ED)	-농업위원회 (AGR) -수산위원회(FI) -협력프로그램 (지속적인 농업 시스템을 위한 생물지원관리)
체제전환국 협력센터 (CCET)	지역개발국 (TDS)	예산재정국 (FIN)	컴퓨터·통신국 (DCC)	출판국(PUB)/총무인사국 (AGP)
-체제전환국과의 경제협력센터 실무작업반	-도시업무그룹 -농촌개발그룹 -지역경제 및 고용개발에 관한 협력계획 -지역개발정책 작업반	-예산위원회	-정보통신기술 전문가그룹 -OLIS	

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 41에서 재편집.

부록 II. OECD 사무국 조직

산하부서	담당업무 또는 담당위원회
(1) 사무총장실 및 부속기관	
비서실	
법률국	-OECD 협정 및 규약의 해석 -OECD 공식문서 검토 -신규회원국의 가입조건 협의
재정관리	
총장자문기구	
대외연락조정국	-비회원국과의 협력관계
이사회·집행이사회 사무국	
대외관계 담당	
언론담당	
(2) 경제국(Economics Department)	
○ 정책연구 담당	-경제정책위원회(EPC)
-해외무역 및 투자과	-경제동향검토위원회(EDRC)
-통화금융과	-통화·외환위원회
-공공금융과	
-자원배분과	
-거시경제정책 및 체계관리과	
○ 국별연구 및 경제전망 담당	
-국별 연구 1-4과	
-중·동유럽과	
-경제전망과	
(3) 통계국(Statistics Directorate)	
-국민계정과	-국민계정, 구매력 평가, 서비스 통계, 주요 경제지표 관련 다양한 통계전문가 그룹
-주요 경제지표과	
-체제이전국가 담당과	
(4) 환경국(Environment Directorate)	
-경제과	-환경정책위원회(EPOC)
-환경상황과	-화학제품규제 관련 특별 프로그램
-오염제어통제과	
-보건안전과	
(5) 개발협력국(Development Cooperation Directorate)	
-지원정책검토과	-개발원조위원회(DAC)
-경제·환경과	
-재정정책 및 민간부문과	
-지원관리과	
-통계체계과	

계속

부록 II. OECD 사무국 조직

산하부서	담당업무 또는 담당위원회
(6) 공공관리국(Public Management Service)	
-통치 및 관리능력 향상 지원 -중·동유럽 국가 담당	-공공관리위원회(PUMA)
(7) 무역국(Trade Directorate)	
-무역정책이슈과 -정책연관과 -금융 및 기타 수출 문의과 -비회원국과의 무역관계과	-무역위원회(TC)
(8) 금융·재정·기업국(Directorate for Financial, Fiscal and Ecterprises Affairs)	
-돈세탁 관련 금융조치를 위한 Task Force -자본이동, 국제투자과 -금융업무과 -조세업무과 -경쟁 및 소비자정책과	-국제투자규범(MAI) 협상그룹 -국제투자 및 다국적기업위원회(CIME) -자본이동 및 경상무역외거래위원회(CMIT) -금융시장위원회(CMF) -보험위원회(AS) -재정위원회(CFA) -경쟁법정책위원회(CLP) -소비자정책위원회(CCP) -관광위원회(TOU)
(9) 과학·기술·공업국(Directorate for Science, Techonlogy and Industry)	
-경제분석 및 통계과 -공업과 -과학기술통신정책과 -전망 및 국별조사과 -해운 및 조선과 -도로교통 연수 프로그램	-과학기술정책위원회(CSTP) -정보·컴퓨터·통신정책위원회(ICCP) -공업위원회(IND) -해운위원회(MTC) -철강위원회(SC) -메가사이언스 포럼 -육로운송 연구분야의 협력 프로그램
(10) 교육·고용·노동·사회국(Directorate for Education, Employment, Labour and Social Affairs)	
-통계지표과 -교육훈련과 -노동시장정책과 -고용분석 및 전망과 -사회정책과 -교육증진의 분권 프로그램	-고용·노동·사회문제위원회(ELSA) -교육위원회(ED) -교육연구혁신센터(CERI)

계속

부록 II. OECD 사무국 조직

산하부서	담당업무 또는 담당위원회
(11) 식량·농업·수산국(Directorate for Food, Agriculture and Fisheries)	
-국별연구 I 및 구조조정과 -국별연구 II 및 환경과 -농산물 교역 및 시장과 -수량분석 및 특수연구과 -체제전환국 담당과(농업연구, 교육 및 자문서비스) -수산과 -지속적 농업체계를 위한 생물자원관리	-농업위원회(AGR) -수산위원회(FI) -지속적인 농업시스템을 위한 생물자원 관리 협력 프로그램
(12) 체제전환국협력센터(CCET)	
-대상국가(11개 중·동유럽국가, 12개 구소련국가, 몽고 및 베트남)	-체제전환국의 경제구조 개혁을 지원하도록 OECD 각종 활동을 계획관리
(13) 지역개발국	
-도시문제과 -지역개발과 -지방개발프로그램 -지역경제 고용개발 협력활동 프로그램	-도시문제 그룹 -지역경제 및 고용문제에 관한 협력 활동 프로그램
(14) 예산재정국(Budget and Finance Service)	
-예산 재정연구과 -재무 및 일반회계과	-예산위원회(BC)
(15) 컴퓨터·통신국(Directorate for Computers and Communications)	
-이용자 지원과 -시스템개발과 -테스크탑응용과 -컴퓨터 운영과 -통신서비스과	-On Line Information Service(OLIS) -정부통신기술 전문가 그룹
(16) 출판국(Publications Service)	
-출판 및 저작권과 -생산과 -마케팅과	
(17) 총무인사국(Directorate for General Administration and Personnel)	
-인사과 -보안과 -문서관리과 -총무과 -번역과(독일어·이태리어) -회의진행 담당	-인사 -번역 -회의진행 -문서작성, 배포

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 43-47에서 재편집.

부록 III-1. OECD 규범 현황

(1996. 9. 현재)

분 야	결 정	권 고	선 언	기타 협정 및 지침	계
농 업	9	3			12
소비자 정책	1	6			7
에 너 지	1				1
핵 에 너 지	5	4		3	12
관 광	1	2			3
경 쟁 정 책		7			7
개 발 원 조		3		1	4
고용·노동·사회		2	2		4
정보·컴퓨터·통신		2	1		3
해 운		2			2
과 학 기 술		3	1		4
무 역		4	1	1	6
교 육			1		1
조 선				5	5
공 공 행 정		1			1
철 강				1	1
자 본 이 동	1				1
경상무역외 거래	1	1			2
국 제 투 자	4	7	1	1	13
금 융 시 장		6			6
보 험		2			2
조 세		11		1	12
환 경	14	43	4		61
계	37	109	11	13	170

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 188에서 재인용.

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 가. 결정(37개)

분 야	결 정(Decision)	OECD문서
A. 농업(9)	1)국제무역에서 채소 종자 이동 통제를 위한 OECD 계획 수립에 관한 이사회 결정	C(71)31
	2)국제무역에서 산림번식재료 이동 통제를 위한 OECD 계획 수립에 관한 이사회 결정	C(74)29
	3)농업용 트랙터 공식 시험에 관한 OECD 표준 규약 제정에 관한 이사회 결정	C(87)53
	4)국제무역에서 사탕무와 사료(fodder beet) 종자 이동의 변종 인증을 위한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(88)66
	5)국제무역에서 옥수수 종자 이동 변종인증을 위한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(88)67
	6)국제무역에서 목초와 유종자 이동에 관한 변종인증을 위한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(88)68
	7)국제무역에서 곡물 종자 이동의 변종인증을 이용한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(88)69
	8)국제무역에서 지하 클로버와 유사품종의 변종인증을 위한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(88)70
	9)-과일 및 채소의 국제기준 적용을 위한 OECD 계획을 개정하는 이사회 결정	C(92)184
	-상기 OECD 계획에 대한 캐나다의 참가의 일시적인 보류를 허용하기 위한 절차를 설정하는 이사회 결정	C(64)110
	-상기 OECD 계획에 대한 미국의 참가의 일시적인 보류를 허용하기 위한 절차를 설정하는 이사회 결정	C(64)110
	-상기 OECD 계획에 대한 호주의 참가의 일시적인 면제를 허용하기 위한 절차를 설정하는 이사회 결정	C(85)27
B. 자본이동(1)	-자본이동 자유화규약을 채택하는 이사회 결정	C(61)96
C. 소비자정책(1)	-소비자 안전조치에 관한 통보체제에 관한 OECD 이사회 결정·권고	C(89)106
D. 경상무역외거래 (1)	-경상무역외거래 자유화규약을 채택하는 이사회 결정	C(61)95
E. 에너지(1)	-OECD 국제에너지기구(IEA)를 설립하는 이사회 결정	C(74)203
F. 환경(14)	1)화학물질 평가 자료의 상호 수용에 관한 이사회 결정	C(81)30
	2)화학물질 평가에서의 최소 사전마케팅 데이터에 대한 소유권 보호에 관한 이사회 결정	C(82)196

계속

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 가. 결정(37개)

분 야	결정(Decision)	OECD문서
F. 환경(14)	3)유해폐기물의 국가간 이동에 관한 결정·권고	C(83)180
	4)OECD 지역으로부터의 유해폐기물 수출에 관한 이사회 결정·권고	C(86)64
	5)폴리클로닌 비페닐(polychlorinated biphenyls)의 통제에 의한 환경보호를 위한 추가조치에 관한 이사회 결정	C(87)2
	6)기존 화학물질의 체계적 조사에 관한 이사회 결정·권고	C(87)90
	7)유해폐기물의 국가간 이동에 관한 이사회	C(88)90
	8)복수국에 피해를 야기시킬 수 있는 사고에 대한 정보교환에 관한 이사회 결정	C(88)84
	9)유해물질과 관련된 사고의 예방 및 대응과 관련, 공중에 대한 정보제공과 의사결정 과정에서의 공중 참여에 관한 이사회 결정·권고	C(88)85
	10)우수실험실 운영원칙에 부합하는 이사회 결정·권고	C(89)87
	11)기존 화학물질의 합동조사협력 및 위험 감소에 관한 이사회 결정·권고	C(90)163
	12)국가간 폐기물 이동 감축에 관한 이사회 결정·권고	C(90)178
	13)재활용 목적 폐기물의 국가간 이동의 통제에 관한 이사회 결정	C(92)39
	14)국가간 폐기물 이동 관련 문서에 관한 이사회 결정	C(94)154
G. 국제투자 및 다국적기업(4)	1)다국적 기업 지침에 관한 이사회의 2차 수정 결정	C(84)90
	2)국제투자의 유발요인 및 저해요인에 관한 이사회의 2차 수정결정	C(84)92
	3)다국적기업에 부과되는 상충되는 요건에 관한 이사회 결정	C(91)73
	4)내국인대우에 관한 이사회의 3차 수정 결정	C(91)147
H. 핵 에너지(5)	1)방사능 보호기준 채택에 관한 이사회 결정	C(62)187
	2)Radioluminous Timepleces 관련 방사능 보호기준 채택에 관한 이사회 결정	C(66)79
	3)Gaseous Tritium Light Divices 관련 방사능 보호기준 채택에 관한 이사회 결정	C(73)138
	4)Radioiostopic Cardic Pacemakers의 설계, 건설, 시험 및 통제를 위한 잠정 방사능 보호기준의 채택에 관한 이사회 결정	C(74)101
	5)방사능 폐기물의 해양 폐기에 관한 다자간 협의 및 감시기구를 설치하는 이사회 결정	C(77)115
I. 관광(1)	-국제관광정책에 관한 이사회 결정·권고	C(85)165

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 384-87에서 재편집.

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 나. 권고(109개)

분 야	권고(Recommendation)	OECD문서
A. 농업(3)	1)과일과 채소의 국제적 기준을 적용하기 위한 OECD 계획하에 생과일과 채소의 상표부착 및 확인을 위한 일반규정에 관한 이사회 권고	C(72)100
	2)상기 OECD 계획하에 생과일 또는 냉동과일 및 채소의 국제적 운송을 위한 포장의 표준화에 관한 이사회 권고	C(76)124
	3)도시 주변지역의 계획과 관리에 있어서 농업의 역할에 관한 이사회 권고	C(79)18
B. 경쟁법규와 정책(7)	1)경쟁정책 분야에서 인플레이션 억제 조치에 관한 이사회 권고	C(71)205
	2)상표와 상표허가증의 사용을 규제하는 영업관행에 대응한 조치에 관한 이사회 권고	C(78)40
	3)다국적기업이 관련된 국제무역에 영향을 미치는 제한적 영업관행에 대응하는 조치에 관한 이사회 권고	C(78)133
	4)경쟁정책과 면제 또는 규제분야에 관한 이사회 권고	C(79)155
	5)국제무역에 영향을 미치는 제한적 영업관행에 대한 회원국간 협조에 관한 이사회의 개정 권고	C(95)130
	6)경쟁과 무역정책간 잠재적 상충분야에서 회원국간 협력을 위한 이사회 권고	C(86)65
	7)특허와 노하우 중명서 협정에 대하여 경쟁법규와 정책적용에 관한 이사회 권고	C(89)32
C. 소비자 정책	1)소비자 금융분야에서 소비자 보호에 관한 이사회 권고	C(77)39
	2)소비자 제품피해에 관련된 자료수집 체계의 설치에 관한 이사회 권고	C(77)139
	3)소비자 제품 안전에 관한 이사회 권고	C(79)202
	4)일반 대중에 팔린 안전하지 못한 제품의 반환절차에 관한 이사회 권고	C(81)7
	5)제품안전 분야에서 위험관리와 비용·수익 분석에 관한 이사회 권고	C(82)122
	6)어린이를 위한 안전조치에 관한 이사회 권고	C(83)129
D. 경상무역외 거래(1)	-영화공동제작을 위한 양자간 협정체결에 관한 이사회 권고	C(64)124
E. 개발원조(3)	1)개발원조사업과 계획의 환경평가에 관한 이사회 권고	C(85)104
	2)개발원조사업과 계획의 환경평가를 촉진시키기 위하여 요구되는 조치에 관한 이사회 권고	C(86)26
	3)양자 및 다자간 개발원조기관의 고위정책 결정자가 사용가능한 환경점검표에 관한 이사회 권고	C(89)2

계속

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 나. 권고(109개)

분 야	권고(Recommendation)	OECD문서
F. 고용, 노동 및 사회문제(2)	1)경제성장 촉진을 위한 수단으로서 인력정책에 관한 이사회 권고	C(64)48
	2)일반적인 고용과 인력정책에 관한 이사회 권고	C(76)37
G. 환경(43)	1)Biodegradability of Anionic Systhetic Surface Active Agents 결정에 관한 이사회 권고	C(71)83
	2)환경정책의 국제경제적 측면에 관한 지침에 대한 이사회 권고	C(72)128
	3)수은의 인공방출을 감축하는 조치에 관한 이사회 권고	C(73)172
	4)화학물의 환경적 효과 평가에 관한 이사회 권고	C(74)215
	5)주요 공공 및 민간 사업의 환경적 결과 분석에 관한 이사회 권고	C(74)216
	6)도시환경과 관련한 교통통제 및 저비용개선에 관한 이사회 권고	C(74)218
	7)물의 부영향화 통제에 관한 이사회 권고	C(74)220
	8)특정한 물 오염원 통제를 위한 전략에 관한 이사회 권고	C(74)221
	9)오염자 부담원칙 시행에 관한 이사회 권고	C(74)223
	10)국가간 오염에 관한 원칙에 대한 이사회 권고	C(74)224
	11)국가간 오염과 관련한 동등한 접근권에 관한 이사회 권고	C(76)55
	12)포괄적인 폐기물 관리정책에 관한 이사회 권고	C(76)155
	13)연근해 관리의 기본원칙에 관한 이사회 권고	C(76)161
	14)에너지 생산과 사용의 환경적 영향의 감축에 관한 이사회 권고	C(76)162
	15)국가간 오염 관련에 대해 동등한 접근권과 무차별 체제의 시행을 위한 이사회 권고	C(77)28
	16)인체와 환경에 관한 화학물의 효과를 예측하기 위한 절차와 요건에 관한 지침을 설정하는 이사회 권고	C(77)97
	17)가정용 및 상업용 에너지 사용의 환경적 영향 감축에 관한 이사회 권고	C(77)109
	18)음료수 용기의 재사용과 재활용에 관한 이사회 권고	C(78)8
	19)수자원 관리정책과 수단에 관한 이사회 권고 20)소음경감 정책에 관한 이사회 권고	C(78)4 C(78)73
	21)국경지역의 환경보호에 관한 국제협력을 강화하기 위한 이사회 권고	C(78)77
	22)환경상태 보고에 관한 이사회 권고	C(79)114
	23)환경과 관광에 관한 이사회 권고 24)환경에 미치는 중요한 영향평가에 관한 이사회 권고	C(79)115 C(79)116

계속

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 나. 권고(109개)

분 야	권고(Recommendation)	OECD문서
G. 환경(43)	25)석탄과 환경에 관한 이사회 권고	C(79)117
	26)폐지 재생에 관한 이사회 권고	C(79)218
	27)기름 유축 예방과 통제를 위한 행정당국이 취하는 조치의 재정적 측면에 관한 이사회 권고	C(81)32
	28)신규 화학물질의 신고시에 제출된 데이터에 대한 소유권의 보호에 관한 이사회 권고	C(83)96
	29)화학물질의 기밀성 데이터의 교환에 관한 이사회 권고	C(83)97
	30)화학물질의 비기밀성 데이터의 OECD 목록에 관한 이사회 권고	C(83)98
	31)금지되거나 엄격히 제한된 화학물질의 정보교환에 관한 이사회 권고	C(84)37
	32)화석연료 연소에서 발생되는 대기오염 통제에 관한 이사회 권고	C(85)101
	33)환경적으로 이로운 에너지 선택과 시행에 관한 이사회 권고	C(85)102
	34)소음경감 정책을 강화하는 이사회 권고	C(85)103
	35)수자원관리 정책에 관한 이사회 권고: 통합, 수요관리, 지하수 보호	C(89)12
	36)사고에 의한 오염에 대하여 오염자 부담원칙 적용에 관한 이사회 권고	C(89)88
	37)통합된 오염방지 및 통제에 관한 이사회 권고	C(90)164
	38)환경지표와 정보에 관한 이사회 권고	C(90)165
	39)환경정책에서의 경제적 수단 사용에 관한 이사회 권고	C(90)177
	40)화학사고 예방, 대비 및 대응조치에 관한 이사회 권고	C(92)1
	41)통합된 해안지역 관리에 관한 이사회 권고	C(92)114
	42)정부의 환경정책 수행 개선에 관한 이사회 권고	C(96)39
	43)오염물질 배출 및 이전등록 수행에 관한 이사회 권고	C(96)41
H. 금융시장(6)	1)국제증권시장에 관한 이사회 권고	C(71)176
	2)공동증권투자 기관의 운영에 관련된 기준마련에 관한 이사회 권고	C(71)234
	3)비상장증권에 대한 포트폴리오에 회원국이 부과하는 규제의 검토에 관한 이사회 권고	C(74)61
	4)모든 공모증권에 적용될 수 있는 공개요건과 절차에 관한 이사회 권고	C(74)156
	5)외국증권의 공모 및 증권거래소 상장 등과 관련한 규제에 관한 이사회 권고	C(74)157
	6)증권의 일반 공모 전 준수해야 할 최소 공개요건과 절차규칙에 관한 이사회 권고	C(75)198

계속

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 나. 권고(109개)

분 야	권고(Recommendation)	OECD문서
I. 조세문제(11)	1)조세회피에 관한 이사회 권고	C(77)149
	2)계열기업간 이전가격 결정에 관한 이사회 수정 권고	C(95)126
	3)조세 징수를 위한 상호 행정적 지원에 관한 이사회 권고	C(80)155
	4)국제조세협정에 따른 자동정보교환을 위한 표준서식에 관한 이사회 권고	C(81)39
	5)재산, 상속, 증여에 대한 조세의 이중과세방지에 관한 이사회 권고	C(82)64
	6)조세혜약의 우선에 관한 이사회 권고	C(89)146
	7)조세정보의 자동교환을 위한 표준 마그네틱 양식에 관한 이사회 권고	C(92)50
	8)동시 세무조사 착수를 위한 OECD 모델 협정에 관한 이사회 권고	C(82)81
	9)소득과 자본에 대한 표준조세협약에 관한 이사회 권고	C(94)11
	10)소득과 자본에 관한 모델조세협약과 관련하여 고정사업장에의 소득 귀속문제에 관한 이사회 권고	C(93)147
	11)외국공무원에 대한 뇌물의 손금처리에 관한 권고	C(96)27
J. 정보·컴퓨터·통신정책(2)	1)사생활보호와 개인 데이터의 국가간 이동을 통제하는 지침에 관한 이사회 권고	C(80)58
	2)정보체제 보안을 위한 지침에 관한 이사회 권고	C(92)188
K. 보험(2)	1)개인보험을 감독하는 회원국 당국간 제도적 협력에 관한 이사회 권고	C(79)195
	2)회원국 감독기관에 의하여 인정된 보험 급수의 공통적인 등급화에 관한 이사회 권고	C(83)178
L. 국제투자와 다국적기업(7)	1)공공질서 및 긴요한 안보이익을 고려하여 회원국정부가 취하는 OECD회원국에 소재하는 외국기업에 대한 내국인대우 조치에 관한 이사회 권고	C(86)55
	2)기존 외국기업의 투자에 대한 내국인대우 및 내국인대우 관련조치에 대한 예외사항에 관한 이사회 권고	C(87)76
	3)서비스분야에 관한 내국인대우 및 내국인대우 관련조치에 대한 예외사항에 관한 이사회 권고	C(88)41
	4)공적 원조와 보조금 범주에 있어서 내국인대우 관련조치의 예외사항에 관한 이사회 권고	C(89)131
	5)현지은행신용과 자본시장 접근에 대한 내국인대우 및 내국인대우 관련 조치에 대한 회원국의 예외사항에 관한 이사회 권고	C(89)76
	6)국제 상거래에서의 뇌물에 관한 이사회 권고	C(94)75
	7)해외직업투자에 대하여 수정된 OECD 세부표준 정의에 관한 이사회 권고	C(95)12

계속

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 나. 권고(109개)

분 야	권고(Recommendation)	OECD문서
M. 해운(2)	1)기준미달 선박에 대한 이사회 권고	C(77)177
	2)회원국 해운정책의 공동원칙에 관한 이사회 권고	C(87)11
N. 핵 에너지(4)	1)핵에너지 분야의 제3자 책임보상협정에 관한 이사회 권고	C(82)181
	2)핵에너지 분야의 제3자 피해보상협정에 관한 이사회 보고	C(82)182
	3)원자력 발전소 사고 보고체계의 운용에 관한 이사회 권고	C(83)6
	4)핵 피해보상 분야에서 브뤼셀 부속협정의 적용에 관한 이사회 권고	C(83)6
O. 과학 및 기술정책(3)	1)재합성 DNA 유기체를 공업, 농업 및 환경분야에 적용함에 있어서의 대책에 관한 이사회 권고	C(86)82
	2)과학 및 기술의 국제적 협력을 위한 원칙의 기본체계에 관한 이사회 권고	C(88)60
	3)관련기업간의 국제기술협력 촉진을 위한 원칙에 관한 이사회 권고	C(95)182
P. 관광(2)	1)관광진흥을 위한 정부조치에 관한 이사회 권고	C(65)85
	2)단체 항공여행과 관련한 정보 및 관광객 보호에 관한 이사회 권고	C(79)162
Q. 무역(4)	1)특수약품 등록절차에 관한 이사회 권고	C(61)106
	2)무역확대를 저해하는 행정 및 기술규제에 관한 이사회 권고	C(62)108
	3)특수약품 상표부착 절차에 관한 이사회 권고	C(63)57
	4)수입 절차 간소화 및 표준화에 관한 이사회 권고	C(66)95
R. 공공행정(1)	-정부규제의 질 향상에 관한 이사회 권고	C(95)21

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 387-393에서 재편집.

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 다. 각료선언(11개)

분 야	각료선언(Declaration)	선언일자
A. 교육(1)	-사회경제변화에 따른 미래교육정책에 관한 선언	1978. 10. 20
B. 환경(4)	1)환경정책에 관한 선언	1974. 11. 14
	2)미래환경정책에 관한 선언	1979. 5. 8
	3)「환경: 미래를 위한 자원」에 관한 선언	1985. 6. 20
	4)납 위험 감소에 관한 선언	1996. 2. 19-20
C. 고용, 노동 및 사회 문제(2)	1)여성고용정책에 관한 선언	1980. 4. 16-17
	2)기술변화의 사회적 측면에 관한 선언	1986. 11. 19
D. 정보·컴퓨터·통신정책(1)	-국가간 데이터 흐름에 관한 선언	1985. 4. 11
E. 국제투자 및 다국적기업(1)	-국제투자 및 다국적기업에 관한 선언	1976. 6. 21
F. 과학 및 기술정책(1)	-과학 및 기술의 미래정책에 관한 선언	1981. 3. 19-20
G. 무역(1)	-무역정책에 관한 선언	1980. 6. 4

자료: 외무부,「OECD 개황」,1996, p. 394에서 재편집.

부록 III-2. OECD 규범 목록 - 라. 협정 및 지침(13개)

분야	협정 및 지침	일자
A. 개발원조(1)	-주요 지침의 목록(9개)	
B. 조세문제(1)	조세관련 상호 행정지원에 관한 약정	1988. 1. 25
C. 국제투자 및 다국적기업(1)	외국자산 보호에 관한 약정 초안	1957. 10. 12
D. 핵 에너지(3)	1)핵에너지 분야에서 안전통제설치에 관한 약정	1957. 12. 20
	2)핵 에너지 분야에서 제3자 책임에 관한 약정(파리협정)	1960. 7. 29
	3)1960. 7. 20 파리협정을 보충하는 1963. 1. 31 약정 (브뤼셀 부속협정)	1963. 1. 31
E. 조선(5)	1)선박의 수출신용에 관한 양해	1981. 7. 30
	2)조선산업의 정상적 경영상태를 방해하는 장애요소를 점진적으로 제거하기 위한 개정된 일반약정	1983. 2. 23
	3)조선산업에 대한 정부에 관한 개정된 일반지침	1983. 2. 23
	4)일반적인 선적원칙에 대한 양해	1993. 6. 9
	5)상업적인 조선 및 수리산업에서의 일반적인 경쟁조건에 관한 협약에 관한 최종협성규범	1994. 12. 21
F. 철강(1)	-다자간 지침(철강위원회를 설치하는 결정에 관한 부속서에서 발췌)	1978. 10. 26
G. 무역(1)	-공적수출신용지침에 관한 약정	1978. 4. 1

자료: 외무부,「OECD 개황」, 1996, p. 395에서 재편집.

法學論集 第33輯

1997年 8月 11日 印刷
1997年 8月 14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 유창문화사
電話 (02)264-9840 Fax.(02)269-5201