

法學論集

第 34 輯

1998. 12.

高麗大學校 法 科 大 學
高麗大學校 法學研究院

編輯委員

金亨培・柳炳華・金日秀

河京孝・朴魯馨

刊 行 辭

6·25 事變 이후 최대의 國難이라 일컬어지는 IMF 관리체제하에서 시민생활전반에 걸친 어려움은 일일이 열거할 수 없을 정도이다. 빅딜과 구조조정, 대량실직과 대량실업, 금융시장의 불안, 장기적인 경기침체로 인한 고통과 불안은 온갖 희망 섞인 낙관론에도 불구하고 다년간 지속될 전망이다.

대학과 연구원도 우리 나라 경제가 겪는 주름살의 영향으로부터 자유로울 수 없다. 「法學論集」 제34집을 발간하면서 우리 시대가 겪는 고통의 한 복판에 우리도 속절없이 서 있다는 사실을 실감하게 되었다. 어려운 여건을 알면서도 珠玉같은 글들을 써주신 동료 교수들에게 깊은 감사를 드린다.

이번 論集에서는 공법과 사법, 형법과 기타 순으로 글을 실었다. 공법분야에서는 헌법, 행정법, 국제법의 순위를 택했고, 사법분야에서는 민법, 상법, 노동법의 순서를 취했다. 기타 순서에서는 새로운 영역들을 실을 요량으로 그렇게 정했다. 이미 정년퇴임을 하신 沈在宇教授와 曹圭昌教授의 퇴임기념강연문은 손질을 해 주신 그대로 이 책에 실었다.

집필자들에게 원고료도 지급하지 못했지만, 高大法大의 학문적 전통과 결실을 「法學論集」 출간을 통해 맺어가야겠다는 기꺼운 마음들이어서 그 귀한 정신과 정성을 여기 특별히 적어두고 싶다.

제34집 발간에 힘써준 편집위원과 법학연구원 전임연구원 여러분들께도 감사들 드린다.

1998년 12월 17일

고려대학교 법학연구원장 김 일 수

法學論集 第34輯

目次

刊行辭	金日秀 / i
憲法上 言論・出版의 自由	桂禧悅 / 1
국제인권규약의 국내법적 의의와 효력	장영수 / 45
환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현	金連泰 / 79
조약의 자기집행력	박기갑 / 113
- 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로 -	
危險責任體系와 特別法の의 解釋	金亨培 / 143
金錢私法の 法理에 관한 小考	安法榮 / 177
- 權利對象으로서 金錢의 脫有體化에 관해서 -	
辨濟者代位에 있어서 利害關係人間의 利益調整	明淳龜 / 251
南北離散家族의 往來 및 再結合에 관한 法令整備方案	申榮鎬 / 275
共謀合同犯에 관한 批判的 考察	金日秀 / 325
인과성 개념의 비판적 기능	이상돈 / 359
강 연 문	
Die Reform des Deutschen Handelsrechts von 1998	Dr. Wolfgang Zöllner, Tübingen / 405
1998년 독일 상법개정	역자: 李基秀 / 431
고별강연논문	
人間의 尊嚴과 死刑廢止論	沈在宇 / 451
大法院은 왜 破棄還送하는가?	曹圭昌 / 467

憲法上 言論・出版의 自由

桂 禧 悅*

《目 次》

- | | |
|---------------------------------|--------------------------|
| I. 序 論 | 3. 言論・出版의 自由의 侵害
形態 |
| 1. 言論・出版의 自由의 意義 | III. 言論・出版의 自由의 法的 性格 |
| 2. 言論・出版의 自由의 沿革 | IV. 言論・出版의 自由의 主體 |
| 3. 言論・出版의 自由의 憲法
規定 | V. 言論・出版의 自由의 效力 |
| II. 言論・出版의 自由의 概念과
內容 및 侵害形態 | VI. 言論・出版의 自由의 制限과
限界 |
| 1. 言論・出版의 自由의 概念 | 1. 事前的 制限 |
| 2. 言論・出版의 自由의 內容
(=保護領域) | 2. 事後的 制限 |
| | 3. 制限의 限界 |

I. 序 論

1. 言論・出版의 自由의 意義

언론・출판의 자유가 갖는 意義는 시각에 따라 매우 다양하다.¹⁾ 그러나 언론・출판의 자유의 意義는 무엇보다도 민주주의의 불가결의 요

* 高麗大 法大 教授・法學博士

1) 가령 Th.Emerson은 표현의 자유의 意義로 i) 개인적 자아실현(Individual Self-fulfillment)의 수단, ii) 진리발견(Attainment of the Truth)에 도달하는 수단, iii) 의사결정에의 참여(Participation in Decision-Making)를 확보하는 수단 그리고 iv) 사회의 안정과 변화의 균형(Balance between Stability and Changes)을 유지하는 수단 등을 들고 있다. Toward a general Theory of the first Amendment, 1972, p.19. 이 밖에 Ch.Degenhart, Bonner Kommentar, Art. 5 Abs.1 und 2 (zweitbearbeitung) 1987, Rdnr.1ff.; R.Wendt, in: I.von Münch(hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992, Art.5 Rdnr.1f.; H.Bethge, in: M. Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art.5 Rdnr.8ff.; ... 참조.

소로서 민주주의의 전제이며 존립요건이라는 것이다. 구체적으로 국민의 정치의사형성, 통치의 정당화, 소수자의 기회균등과 보호, 정치과정의 자유와 개방 등과 같은 모든 민주주의의 내용²⁾ 언론·출판의 자유 없이 실현될 수 없다. 이런 점에서 언론·출판의 자유는 자유민주주의 국가의 구성적 요소라고 할 수 있다.³⁾ 또한 언론·출판의 자유가 보장되지 않고서는 다른 모든 자유와 권리의 진정한 보장이 어렵기 때문에 언론·출판의 자유는 다른 모든 자유의 기초라는 것이다.⁴⁾ 그렇기 때문에 정치적 자유권보장의 우위가 확보되어야 한다. 이밖에 언론·출판의 자유는 정신적 자유로서 인간의 존엄성과 인격의 자유로운 발현을 가능하게 하는 중요한 의의를 갖는다. 즉 자신의 사상이나 의사를 자유롭게 표현할 수 있을 때 인간은 존엄할 수 있고 인격을 발현할 수 있게 된다.

2. 言論·出版의 自由의 沿革

언론·출판의 자유는 일찍이 밀톤(J.Milton, 1608-1674)이나 스피노자(B.Spinoza, 1632-1677) 등에 의하여 사상의 자유와 연결시켜 주장되었으나 그것이 보장되기까지는 많은 시간이 걸렸다.⁵⁾ 영국에서는 1697년에 檢閱法(The Licensing Act)이 폐지되면서 언론·출판의 자유가 상당한 정도 확립되었다. 그후 언론의 자유는 1776년 버지니아권리장전(제12조), 1789년 프랑스의 인간과 시민의 권리선언(제11조) 등에 선언되었

2) 이에 관하여 자세한 것은 拙著, 헌법학(上), 박영사, 1996, §7 특히 215쪽 이하 참조.

3) 독일연방헌법재판소는 “schlechthin konstituierend” (전적으로 구성적)이라는 표현을 사용하고 있다. BVerfGE 5, 85(134f., 205); 7, 198(208); 20, 56(97); 25, 256(265);...

4) 일찍이 미국의 카도조(B.Cardozo)대법관은 “美헌법 수정 제1조가 보장하는 언론의 자유가 그밖의 다른 모든 형태의 자유의 母體이며 불가결의 조건이다” 라고 하였고 (Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319[1937]) 독일연방헌법재판소도 “언론의 자유는 모든 자유의 기초” 라고 하였다(BVerfGE 7, 198[208]).

5) U.Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1965, S.3ff. 또한 G.Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, 1968, S.39f. 참조.

고 이후에 제정된 각국의 헌법은 이를 규정하고 있다.⁶⁾ 오늘날에는 국제적 차원에서도 언론의 자유를 규정하고 있다.⁷⁾

3. 言論・出版의 自由의 憲法規定

우리 나라에서는 1948년의 전국헌법(제13조)이래 언론·출판의 자유를 규정하고 있다. 그러나 그 내용은 많은 변화를 겪었다. 1960년의 (제2공화국)헌법은 제28조에서 자유당정권하에서의 언론탄압에 대한 반동으로 『언론·출판에 대한 허가나 검열을 … 규정할 수 없다』라고 규정하였다. 1962년의 (제3공화국)헌법은 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하면서도 제18조 5항에서 『언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다』라는 규정을 두었고 제3항에서 신문이나 통신의 발행시설기준을 법률로 정하도록 하였다. 1972년의 (제4공화국, 소위 유신)헌법은 언론·출판에 대한 허가나 검열을 금지하는 조항 등을 모두 삭제함으로써(제18조) 언론탄압의 의도를 처음부터 분명히 하였고 소위 유신헌법하에서 언론·출판의 자유는 사실상 말살되고 말았다. 1980년의 (제5공화국)헌법은 외형상 개별법률유보를 삭제하고 제20조 2항에서 『언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다』라는 규정을 부활시켰고 제2항 2문에서 『언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다』라는 규정을 두었다. 그러나 실제로 제5공화국정권은 강제로 언론기관들을 통·폐합하고 새 헌법규정에 의거하여 1980년 12월 30일 소위 언론기본법을 제정·실시하면서 언론을 극심하게 탄압하였다. 이 언론기본법은 반민주적 악법으로 지탄을 받아 오다가 1987년 헌법이 개정되고 정권이 바

6) 이상 W.Hoffmann-Riem, Art. 5 (Recht der freien Meinungsäußerung), in: GG-AK, 2.Aufl. 1989, Rdnr.1f. 참조.

7) 1948년의 세계인권선언 제19조; 1966년의 국제인권규약(B규약) 제19조 I; 1950년의 유럽인권규약 제10조 등 참조.

꺼면서 동년 11월 28일에 폐지되고 새헌법(현행헌법)에 따라 정기간행물의 등록 등에 관한 법률, 방송법 등으로 바뀌었다.

현행헌법 제21조는 「① 모든 국민은 언론·출판의 자유 … 를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열 … (은)는 인정되지 아니한다. ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다」라고 규정하고 있다.

II. 言論·出版의 自由의 概念과 內容 및 侵害形態

1. 言論·出版의 自由의 概念

언론·출판의 개념은 이를 엄격하게 언론과 출판으로 구별하는 경우 우선 言論이란 口頭에 의한 표현을 말하고 다음으로 出版이란 文字나 象形 등에 의한 표현을 말하지만 보통 언론·출판의 자유란 사상이나 의사를 어떤 방법으로든지, 즉 연설, 담화, 토론, 방송, 연극, 음악 등과 도서, 문서, 서화, 사진, 조각 등의 방법으로 자유롭게 표현하는 모든 것을 말한다.

2. 言論·出版의 自由의 內容(=保護領域)

언론·출판의 자유는 의사의 표현과 전파의 자유, 情報의 자유(=알 권리), 言論媒體의 自由, 즉 新聞의 자유 및 放送·放映의 자유를 그 내용으로 한다.⁸⁾

8) K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.

① 意思의 表現과 傳播의 自由

언론·출판의 자유는 우선 의사의 표현과 傳播의 자유를 포함한다. 의사의 표현과 전파의 자유(Freiheit der Meinungsäußerung und -verbreitung)는 누구나 자신의 의사를 자유롭게 표현하고 전달할 권리를 보장한다. 이 자유는 자신의 의사를 표현하고 전파할 積極的 自由만이 아니라 자신의 의사를 표현하지 않거나 전파하지 않을 消極的 自由도 보장한다.⁹⁾ 자유로운 의사의 표현과 전달을 보장하지 않고서는 자유로운 의사형성이 불가능하며 자유로운 의사형성이 보장되지 않으면 민주주의는 실현될 수 없다. 그렇기 때문에 이 자유는 자유민주주의적 국가 질서의 기본적 전제이다.¹⁰⁾

의사의 표현과 전파의 자유에 있어서 우선 의사란 무엇이며 또한 표현과 전파란 무엇을 의미하는가의 문제가 제기된다.

i. 意思의 概念

의사의 표현과 전파의 자유에 있어서 意思(Meinung)의 개념은¹¹⁾ 원칙적으로 넓게 이해해야 한다.¹²⁾ 여기서 의사란 자신의 의견, 견해, 소

Aufl. 1995, Rdnr.386; Ch.Degehart, 위의 글 (주 1), Rdnr.1, 8ff., 137ff.; W. Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.20ff.; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr. 22ff.; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.4ff.; R.Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.5 Abs. I, II Rdnr.49ff.; Pieroth/Schlink, Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit(Art.5 Abs.1 und 2), in: Grundrechte, Staatsrecht II, 11.Aufl. 1995, Rdnr.600; ... 참조.

9) Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.612ff.; 또한 BVerfGE 65, 1(40) 참조.

10) BVerfGE 25, 256(265).

11) 이에 관하여는 Ch.Degehart, 위의 글 (주 1), Rdnr.137; W. Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.20; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.25f.; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.8; R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.50; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.603ff.; E.Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: J.Isensee und P.Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI 1989, §141 Rdnr.18; A.Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3.Aufl., 1989, S.670ff.; ... 참조.

12) K.Hesse, Grundlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts zu den Grundrechten des Art.5 Abs.1 GG seit 1970, S.3(MS); Ch.Degehart, 위의 글 (주 1), Rdnr.137; BVerfGE 61, 1(9); 71, 162(179) 참조.

견, 확신, 평가, 판단, 査定(Einschätzung), 가능한 모든 사물적 대상과 인간에 대한 태도표명(Stellungnahme) 등을 말하며¹³⁾ 가치판단에 대한 가치판단도 포함된다.¹⁴⁾ 의사의 개념에 있어서 결정적인 요소는 思考의 과정을 거친 자신의 태도표명,¹⁵⁾ 즉 평가적 태도표명(wertende Stellungnahme)¹⁶⁾ 또는 사태에 대한 주관적 평가¹⁷⁾이다. 이러한 태도표명, 즉 意思는 그것이 원칙적인 것이든 비원칙적인 것이든 또는 동의하는 것이든 비판하는 것이든 상관없고¹⁸⁾ 그것이 공적 사항에 관한 것이든 사적 사항에 관한 것이든¹⁹⁾ 또는 정치적인 것이든 비정치적인 것이든 상관없다. 의사표현이란 의사형성에 도움이 되는 모든 표현을 말한다.

의사의 개념과 관련하여 특히 문제되는 것은 ‘사실’의 주장이나 전달(Tatsachenbehauptungen oder -mitteilungen)도 의사의 개념에 포함되느냐는 것이다.²⁰⁾ 이에 대하여는 견해가 갈린다. 학설은 50년대까지만해도 바이마르시대의 문헌에 기초하여 순수하게 객관적인 사실에 대한 주장이나 전달은 의사의 표현이 아니라고 보았다.²¹⁾ 의사와 사실을 개념적으로 구별하는 것은 법학의 오랜 전통이다.²²⁾ 특히 독일기본법은 의

13) E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.18; von Mangoldt/Klein/Starck, GG. Bd. I, 3.Aufl., 1985, Art.5 Rdnr.16; A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.670 참조.

14) Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.603.

15) BVerfGE 61, 1(8,9); 65, 1(41); 71, 162(179).

16) U.Scheuner, 위의 논문 (주 5), S.63.

17) E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.18.

18) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.391.

19) W.Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd.113 (1988), S.72.

20) 이에 관하여 자세한 것은 Ch.Degehart, 위의 글 (주 1), Rdnr.138; W. Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.21; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.27f.; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.9; R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.50; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.605ff.; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.19; A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.671; ... 참조.

21) H.Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner (hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S.243(264); K.G.Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II 1 b (Erstbearbeitung)

22) 가령 형법상 명예훼손죄에 대한 위법성의 저작사유로서 진실한 사실을 들고 있다(제

사표현의 자유와 보도의 자유를 구별하여 규정하고 있다.²³⁾ 따라서 사실을 보도하는 보도의 자유와 의사표현의 자유는 구별되는 것으로 볼 수 있다.

이에 대해 어떤 사실의 주장이나 전달도 주장하는 또는 전달하는 사람의 가치판단을 수반하지 않는 것은 없다는 것이다. 즉 사실을 선택하고 제시하는 경우 이미 독자적인 평가적 의사(태도표명)가 개입되었기 때문에 의사표현이 된다는 것이다.²⁴⁾ 이것은 報道의 경우에 있어서도 마찬가지이다.²⁵⁾ 학계와 판례는 점차 사실의 주장이나 전달도 대부분의 의사의 개념에 포함되는 것으로 보고 있다. 그 이유로는 우선 사실의 전달과 가치판단을 객관적으로 구별하는 것은 불가능하다는 것이다.²⁶⁾ 또한 독일연방헌법재판소는 대중매체에 있어서 의사와 사실의 보도가 서로 얽혀 있다는 것을 거듭 지적하였고²⁷⁾ 사실의 주장이나 전달이 의사와 결합되거나 혼합되는 경우 그것은 의사의 표현이라는 것이다.²⁸⁾

310조). 독일의 각 支邦新聞法(Landespressegesetz)은 사실의 주장이 있을 때에는 반론권을 부여하고 있다. M.Löffler, Presserecht, Kommentar, Bd. I Landespressegesetze, 3.Aufl. 1983, S.515ff. 참조.

23) 기본법 제5조 1항 1문 과 2문 참조.

24) Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.136.

25) 독일연방헌법재판소는 일찍이 라디오방송과 관련하여 방송프로그램은 방송의 선택과 형성을 통해 하나의 편향성을 띄게 된다는 것이다. 특히 무엇이 방송되어서는 안되고, 청취자가 관심을 가질 필요가 없는 것이 무엇이고, 공적 의사형성을 해치지 않으면서 내버려 둘 것이 무엇인지 그리고 방송을 어떻게 형성하고 말해야 할것인지에 대한 결정과 관련되는 경우 편향성을 갖지 않을 수 없다는 것이다. BVerfGE 12, 205(260). 이 말은 다른 매체에 있어서도 마찬가지이다. 사실을 어느 위치에 어느정도로 보도할 것인가의 문제만이 아니라 이 사실이 신문이나 라디오 또는 TV에서 도 대체 보도되어야 하느냐에 대한 결정은 가치판단의 문제이다. 즉 적어도 보도된 것은 보도의 가치가 있는 것으로 판단한 것이기 때문에 그만큼 평가가 된 것이다<이에 관하여는 von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.19; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.138; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.19; E.Stein, Staatsrecht, 10.Aufl., 1986, §13 II 2 참조>.

26) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.51ff.; W.Schmitt Glaeser, 위의 논문 (주 19), S. 74f. 참조.

27) BVerfGE 12, 205(260); 31, 314(326) 참조.

28) BVerfGE 61, 1(9).

또한 동재판소는 사실의 주장이나 전달이 의사형성의 전제가 되는 경우에도 그것은 의사형성이라는 견해를²⁹⁾ 받아들였다.³⁰⁾ 다만 가치판단과 결부되지도 않고 의사형성을 위해 중요하지도 않은 순수한 사실(가령 통계수자, 사진 등)의 전달은 의사의 개념에서 제외된다는 것이다.³¹⁾

이처럼 자신의 의사와 상관없이 의사형성을 가능하게 하고 영향을 주는 사실은 의사표현의 자유에 의해 보호된다. 그러나 고의적이고 명백히 허위인 사실의 주장은 비록 그것이 의사형성을 위한 것이라고 하더라도 의사표현의 자유에 의해 보호받지 못한다.³²⁾ 옳지 않은 정보는 보호가치가 없는 것이기 때문이다.³³⁾ 그렇다고 하여 객관적으로 옳은 사실의 주장만이 보호된다는 것은 물론 아니다.³⁴⁾

ii. 表現과 傳播

의사의 表現과 傳播³⁵⁾ 다음과 같이 구별해 볼 수가 있다. 즉 표현은 자신의 의사를 나타내는 것이고 전파는 타인의 의사를 전달하는 것, 표현은 개인에게 알리는 것이고 전파는 일반에게 알리는 것,³⁶⁾ 표현은 성명을 발표하는 것이고 전파는 다른 사람과 접촉하는 것,³⁷⁾ 표현은 자신의 의사를 다른 사람에게 단순히 알리는 것이고 전파는 다른 사람에

29) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.391; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.138; W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.21.

30) BVerfGE 54, 208(219); 61, 1(8f.); 65, 1(41); 66, 116(149); 85, 1(15f.).

31) BVerfGE 65, 1(41).

32) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.391; Ch.Degehart, 위의 글 (주 1), Rdnr.140; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.28; W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.21; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.20; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.608; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.10; ...

33) BVerfGE 85, 1(15); 90, 241(247).

34) 이와 관련하여 자세한 것은 주 32에 인용된 문헌 참조.

35) 이에 관하여 자세한 것은 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.160f.; W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.24; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.17; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.609; A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.676f.; ... 참조.

36) Hamman/Lenz, Grundgesetz, 3.Aufl., 1970, Bem. B 3.

37) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.56f. 참조.

의해 받아 들이도록 영향을 끼치는 것³⁸⁾ 등으로 구별하는 경우가 있다. 이러한 구별시도에서 적어도 표현이란 의사를 청취할 수 있고 볼 수 있도록 명료하게 발표한다는 의미에서 그 방향이 외부로 향하는 측면이 보다 강조되는데 반해 전파는 의사의 통지를 받아 들이는 사람과 접촉시키는 측면을 보다 강하게 나타낸다.³⁹⁾ 그러나 표현과 전파는 상호 밀접하게 결합되어 있기 때문에 구별이 어렵고 구별이 꼭 필요한 것도 아니다.

의사의 표현과 전파의 방법은 언어, 문자, 서화 등⁴⁰⁾ 어떤 방법에 의하든 상관없다.⁴¹⁾ 또한 의사의 표현과 전파의 방법에는 상징적 표현(가령 흑색리본의 패용, 유니폼의 착용, 연좌데모 등)도 포함된다. 즉 상징적 표현이 자신의 의사를 전달하기 위한 것이고 제3자가 이것을 의사의 전달이라고 인식하는 경우 의사표현에 포함되며 보호된다.⁴²⁾ 의사의 표현과 전파의 방법은 어떤 것이든 상관없이 보호된다. 다만 다른 사람에게 의사를 강제하거나 압력을 행사하는 것은 의사의 표현과 전파의 자유에 반한다.⁴³⁾

② 情報의 自由(=알 權利)

언론 · 출판의 자유는 정보의 자유(알 권리)를 그 내용으로 한다.⁴⁴⁾

38) E.Stein, 위의 책 (주 25), §13 II 2 참조.

39) R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.17 참조.

40) Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.163ff.; R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr. 70ff. 참조.

41) Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.162ff.; W.Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.25; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.609; ... 참조.

42) 상징적 표현이 특히 문제된 것은 미국에서 월남전쟁에 반대하는 각종 표현들, 가령 병역등류카드를 법원계단에서 소각하는 것, '징병을 철회하라' 는 문구가 새겨진 상의를 입고 법원복도를 시위하는 것, 흑색완장을 착용하고 단식하면서 월남전쟁에 반대하는 것, 국기를 노상에서 불태우는 것 등과 관련하여 크게 문제되었다.

43) 자세한 것은 H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.34ff.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr. 610; ... 참조.

44) 정보의 자유에 관하여는 특히 유지태, 국민의 알 권리에 관한 연구, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1983; W.Geiger, Die Grundrechte der Informations- freiheit, in:

정보의 자유는 헌법에 명시적으로 규정되지 않았으나 정보의 자유는 의사표현의 자유의 필연적 相對(Gegenstück)이다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 의사의 표현은 이를 보고 듣고 알려는 것을 전제로 하기 때문이다.⁴⁶⁾ 즉 보고 듣고 알려는 자유를 전제로 하지 않는다면 말하고 쓰고 표현하는 자유는 공허한 것에 지나지 않는다. 이런 의미에서 정보의 자유는 의사표현에 대해 ‘받아 들이는 사람의 자유’ (Rezipientenfreiheit)이다.⁴⁷⁾ 정보를 보내는 쪽의 자유와 받는 쪽의 권리가 보장될 때 의사형성은 가능하며 커뮤니케이션은 성립된다.

i. 意義와 概念

정보의 자유는 민주적 의사형성의 기초이며 ‘자유민주적 국가질서에 있어서 전적으로 구성적인’⁴⁸⁾ 의미를 갖는다. 정보를 갖고 있지 못한, 즉 알지 못하는 국민은 자신의 판단을 형성할 수도 없고 의사형성에 참여할 수도 없다. 자유민주적 국가질서는 국민의 자유로운 의사형

Festschrift für A.Arndt zum 65.Geburtstag, 1969, S.119ff.; 특히 판례로는 BVerfGE 27, 71(80ff.) 참조.

- 45) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.392. 우리 헌법재판소도 정보의 자유(알 권리)를 언론·출판의 자유의 당연한 내용으로 보고 있다. 『우리나라는 헌법 제21조에 언론출판의 자유 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데, 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 그런데 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 “알 권리”는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다』 憲裁決 1989. 9. 4. 88헌마22, 憲判集 제1권 176(188-9). 이밖에 憲裁決 1991. 5. 13. 90헌마133, 憲判集 제3권 234; 憲裁決 1992. 2. 25. 89헌가104, 憲判集 제4권 64 등 참조.
- 46) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.82; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 10), Rdnr. 28; ... 참조.
- 47) W.Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.82 참조.
- 48) BVerfGE 7, 198(208); 또한 35, 202(221f.) 참조.

성없이 존립할 수 없기 때문에 정보의 자유는 자유민주적 국가질서를 구성하는 핵심적 요소이다. 또한 정보의 자유는 개인의 권리로서도⁴⁹⁾ 중요한 의의를 갖는다. 인간은 자신의 관심사에 관해 자유롭게 정보를 수집하고 알 수 있을 때 인간의 존엄성은 보장될 수 있기 때문이다.⁵⁰⁾

정보의 자유란 일반적으로 접근할 수 있는 情報源으로부터 방해받지 않고 정보를 수집하고 수집된 정보를 취사·선택하여 활용할 수 있는 자유를 말한다. 특히 정보의 자유는 의사형성에 필요한 정보의 수집을 보장한다. 이 ‘받아 들이는 사람의 자유’는 情報源에서 나오는 정보의 내용에 접근하는 것을 보장한다.⁵¹⁾

ii. 일반적으로 접근할 수 있는 情報源

일반적으로 접근할 수 있는 情報源과 관련하여 먼저 情報源(Informationsquelle)이란 모든 정보의 주체, 즉 정보를 소지하고 있는 사람이거나 기관들을 말한다.⁵²⁾ 여기서 정보란 의사이든 사실이든 상관없고 공적 사항에 관한 것이든 사적 사항에 관한 것이든 상관 없다. 오늘날에는 정보의 對象(가령 교통사고)도 동시에 정보원이 될 수 있다(통설).⁵³⁾

다음으로 ‘일반적으로 접근할 수 있는’이란 情報源이 일반에게, 즉 불특정다수인에게 정보를 공급해 주기에 기술적으로 적합하고 또한 공급해 주도록 정해져 있는 경우 그러한 정보원은 일반적으로 접근할

49) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.84.

50) A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.681 참조.

51) W.Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.82.

52) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.87; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), 247; A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.682f.; von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 책 (주 13), Rdnr.28; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.22; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.54; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.30; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.615; ... 참조.

53) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.87. Herzog에 따르면 정보의 자유는 ‘출처로부터 아는 것’ (=정보를 얻는 것, Unterrichtung aus Quellen)만이 아니라 바로 ‘출처에서 아는 것’ (Unterrichtung an der Quelle)도 보장한다고 한다. 同旨 W.Hoffman-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.82; von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 책 (주 13), Rdnr.28; A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.682f..

수 있는 것이다.⁵⁴⁾ 특히 신문을 비롯한 출판물, 라디오와 TV방송, 영화 같은 것들이 그 예이며 이밖에 전시물, 팜플렛, 손으로 배부하는 傳單, 광고탑에 게시된 것, 서류, 교통사고, 자연재해, 법원의 심리 등도 그 예이다.⁵⁵⁾ 원칙적으로 외국의 방송이나 출판물 등도 여기에 포함된다.⁵⁶⁾

iii. 情報의 自由와 情報公開의 限界

정보의 자유는 의사형성의 전제이며 따라서 자유민주적 국가질서의 전제이다. 그렇기 때문에 민주주의국가에서는 정보가 최대한 공개되어야 한다.⁵⁷⁾ 만약 정보제공을 일반적으로 금지하는 경우 그것은 명백히

54) BVerfGE 27, 71(83); 27, 104(108); 33, 52(65); 90, 27(32). 학제도 이 정의에 따르고 있다. 가령 A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.683; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.23; W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr. 92; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), 24; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.55; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.31f.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr. 617; ... 참조.

55) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.91; W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr. 93; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.616 참조.

56) 물론 우리 헌법과 법률에 반하지 않는 것 만이 여기에 포함된다. 과거 서독은 연방헌법재판소의 판결에 따라 동독에서 발행되는 신문을 구독하는 것도 정보의 자유에 의해 보호하였다. BVerfGE 27, 71(79f., 85) 참조.

57) 정보공개를 위한 독립된 법률을 가진 나라는 구미각국에서도 미국, 프랑스 등 11개국 뿐이다(성낙인, 정보공개와 알 권리 - 정부 정보공개법[시안]을 중심으로 -, 고시연구, 1995년 2월호, 67쪽 참조). 미국의 경우 州單位에서는 1950년대 전반부터 정보공개법이 제정되었고 1966년에는 연방법으로서 情報自由法(Freedom of Information Act)이 제정되었다. 이 법에 따르면 모든 시민은 연방정부기관에 대해 공문서의 공개를 요구할 권리를 가진다. 다만 예외로서 국방·외교정책상의 이익을 위하여 비밀로 해두는 것이 大統領令에 의하여 특별히 요구된 것, 오로지 행정내부의 직원에 관한 규칙 및 관행에 관계된 것, 법으로 금지한 사항 등 9개 사항이 있다(b항 1-9호). 이 법은 1975년, 76년, 78년, 86년 (이 예외들을 줄이는 방향으로) 개정되었다.

우리 나라에서는 오래전부터 정보공개의 필요성이 학계에서 제기되었고 많이 논의되어 오다가(가령人權과正義, 대한변호사협회지, 1995년 1월호 8-47쪽 참조) 마침내 '公共機關의 情報公開에 관한 법률'이 1996년 12월 30일 법률 제5242호로 공포되었고 1997년 12월 30일부터 시행되게 되었다(부칙).

이에 앞서 우리 헌법재판소도 가급적 최대한으로 정보를 공개하는 방향으로 판결하여 왔음을 볼 수 있다. 가령 1989년에 이미 국가기관이 갖고 있는 「서류가 비밀 또는 대외비로 분류되어 있다거나 그 공개로 타인의 사생활의 비밀(프라이버시)이 침해」되지 않는 한 開示(公開)되어야 한다는 판결을 내렸다. 憲裁決 1989. 9. 4. 88헌마22, 憲判集 제1권 176(190쪽 이하). 또한 「확정된 형사소송기록의 복사신청에 대

위헌이다.⁵⁸⁾ 즉 국민에게 일체의 정보를 공개하지 않는 조치는 정보의 자유를 침해할 뿐만 아니라 민주주의의 존립을 거부하는 위헌적 조치이다.

그렇다고 하여 민주주의국가에서는 모든 정보가 공개되어야 한다는 것은 물론 아니다. 정보가 공개될 경우 국가의 안전이나 국방 또는 외교관계에 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 국민의 생명·신체·재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 정보 및 그밖에 여러 가지 정보는 공개되어서는 않된다.⁵⁹⁾ 민주주의국가에서 정보가 공개되어야 한다는 것은 당연한 원칙이지만 그 공개의 기관, 대상, 범위, 절차 등을 어떻게 정할 것인가의 문제는 간단하지 않다. 원칙적으로 정보의 공개와 비공개는 實際的 調和의 原理(Prinzip praktischer Konkordanz, =規範調和的 解釋)에 따라 整序되어야 한다.⁶⁰⁾ 즉 정보의 공개와 비공개는 동시에 모두 최대한 실현될 수 있도록 比例的으로 整序되어야 한다.

③ 言論媒體의 自由

언론·출판의 자유는 언론(대중)매체의 자유를 그 내용으로 한다. 오늘날 기술의 발달로 새로운 언론매체들이 속속 등장하고 있으나 여기서는 인쇄(출판)매체를 대표하는 신문의 자유와 전파매체를 포괄하여 방송·방영의 자유로 크게 나누어 살펴 보기로 한다.

i. 新聞의 自由⁶¹⁾

한 ... 거부행위는 청구인의 헌법상의 기본권인 “알 권리”를 침해한 것이다」라고 판결하였다. 憲裁決 1991. 5. 13. 90헌마133, 憲判集 제3권 234. 이밖에 “군사기밀 보호법 제6조 등에 대한 위헌심판”에서 「군사비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것」이라고 판결하였다. 憲裁決 1992. 2. 25. 89헌가104, 憲判集 제4권 64(65).

58) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.393 참조.

59) 公共機關의 情報公開에 관한 法律 제7조 참조.

60) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.393 참조.

61) 원래 Pressefreiheit는 출판의 자유를 말한다. 신문은 단순한 출판물이 아니라 출판매

(7) 意義와 概念

언론·출판의 자유에 있어서 신문이 차지하는 지위는 매우 크다.⁶²⁾ 신문은 광범한 보도와 정보제공의 기능을 통해 의사표현의 자유에 있어서 또한 정보의 자유(알 권리)에 있어서 매우 중요한 역할을 수행한다. 신문의 존재와 자유는 민주적 의사형성의 전제이기 때문에 신문의 역할 없이 민주주의의 실현이란 상상할 수 없다. 뿐만 아니라 신문은 끊임없는 공개적 비판과 통제의 가장 중요한 수단중의 하나이다.⁶³⁾ 그렇기 때문에 우리 헌법은 민주주의질서에 있어서 신문의 임무와 기능을 보장해 주고 있다. 신문의 이와 같은 공적 임무와 기능 때문에 신문은 한편에 있어서 특권과 책임을 갖게 되며 다른 한편 의사표현의 자유와 정보의 자유만이 아니라 그 “制度的 自立性”(institutionelle Eigenständigkeit)이 보장된다. 즉 신문기업의 설립, 존립 및 활동의 자유가 보장된다.⁶⁴⁾

신문의 개념을 도대체 어떻게 이해할 것인가와 관련하여는 기본적인 문제가 제기된다.⁶⁵⁾ 여기서는 신문의 개념을 넓은 의미와 좁은 의미로 나누어 살펴 보기로 한다.⁶⁶⁾

먼저 신문의 개념을 넓은 의미로 이해하는 경우⁶⁷⁾ 모든 출판물을 포함하는 개념으로 이해된다. 즉 신문의 자유란 출판의 자유를 의미한다. 신문의 자유는 대량복제수단으로 제작된 모든 인쇄물, 즉 정보를 제공

체로서 출판의 자유의 모든 면을 가장 잘 나타내기 때문에 출판의 자유라는 말 대신에 신문의 자유라고 하는 것이 적절하다고 생각한다.

62) 신문의 자유의 意義에 관하여 특히 A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.685f.; BVerfGE 20, 162(174f.).

63) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.394 참조.

64) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.394 그리고 거기에 인용된 판례와 문헌 참조.

65) 즉 신문의 개념을 기술적인 제작과 복제방법에 따라 정의할 것인지 내용적인, 즉 보도의 대상과 질에 정당한 해석의 요소를 고려할 것인지 등의 문제가 제기된다. 이에 관하여는 특히 R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.126, 127ff. 참조.

66) 이에 관하여는 M.Bullinger, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: J. Isensee und P.Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI 1989, §142 Rdnr.2.

67) 헌법상 신문의 개념은 넓게 이해되어야 한다고 한다. Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.296; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.68; ... 참조.

하거나 또는 의사형성작용을 하기에 적합하고 이를 위해 만든 모든 인쇄물을 보호한다.⁶⁸⁾ 따라서 신문의 개념에는 정기적으로 발행되는 인쇄물(신문, 잡지 등)만이 아니라 부정기적으로 인쇄되는 책, 전단, 팜플렛, 부착물 및 포스터 등도 포함된다.⁶⁹⁾ 이밖에 방송·방영의 개념에 포함되지 않는, 정보를 소지하고 있는 것들도 포함한다. 가령 녹음테이프, 비디오테이프,⁷⁰⁾ 음향 및 화상레코드 등이 그 예이다. 왜냐하면 이들도 의사형성작용을 하고 정보를 널리 전달하기 위한 것들이기 때문이다.⁷¹⁾

그러나 신문의 개념을 좁은 의미로 이해하는 경우 통상적으로 신문이라고 말하는 정기적으로 발행되는 인쇄물(가령 일간지, 주간지 등)만이 여기에 포함된다.⁷²⁾ 우리 『정기간행물의 등록 등에 관한 법률』은 신문의 개념에서 정기성과 계속성을 요구하고 있다(제2조). 이하에서는 이 좁은 의미의 신문의 개념을 주로 사용하게 될 것이다.

(나) 新聞의 特權과 責任

민주주의에 있어서 신문은 그가 갖는 공적 임무⁷³⁾와 기능 때문에 여러 가지 특권과 책임을 갖게 된다. (다른 언론매체도 마찬가지로 이러한 특권과 책임을 갖는다.) 먼저 신문의 특권으로는⁷⁴⁾ i) 민주주의에 있어

68) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.394. 개념에 관하여 자세한 것은 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.296; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.30; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.620; ... 비교참조.

69) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.132; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.30; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr. 297f.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.620; von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 책 (주 13), Rdnr.38; M.Löffler, 위의 책 (주 22), Einl. Rdnr.24; ...

70) Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.298.

71) M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.2; von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.38.

72) M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.2 참조.

73) 신문의 공적 임무에 관하여는 특히 D.Czajka, Pressefreiheit und "öffentliche Aufgabe" der Presse, 1968; H.Klein, Die öffentliche Aufgabe der Presse, 1973; R.Ricker, Freiheit und Aufgabe der Presse, 1983; M.Bullinger, 위의 글 (주 65), Rdnr.67 참조.

74) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.122 참조.

서 의사형성에 필요한 정보는 주로 신문에 의해 수집되고 전달되기 때문에 신문은 국가기관에 대한 광범한 정보청구권과 취재권(특히 공적 행사에의 접근권)을 갖는다.⁷⁵⁾ ii) 신문이 명예를 훼손하는 보도를 한 경우에도 그 보도내용이 진실이고 오로지 공익을 위한 것일 때에는 형사상 처벌을 면제받는다(형법 제310조).⁷⁶⁾ iii) 허위보도의 경우에도 의식적(故意的)이고 명백한 허위가 아닌 경우 형사상의 처벌을 면제 또는 경감받을 수 있다. 신문의 특수한 성격과 효과적 활동이란 관점에서 볼 때 신문이 非眞實을 보도하는 것은 불가피하기 때문이다.⁷⁷⁾ iv) 取材源에 대한 증언거부권 등이다. 이중에서 특히 取材源秘匿權에 관해서는 이론적으로 견해가 갈린다. 보통 편집의 자유는 보장되지만 증언거부권은 인정될 수 없다고 본다.⁷⁸⁾

다음으로 신문의 책임으로는⁷⁹⁾ i) 신문(방송)은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다(방송법 제4조 1항). ii) 신문(방송)은 공익사항에 관하여 취재·보도·논평 기타의 방법으로 민주적 여론형성에 기여하여야 하며, 사회 각계각층의 다양한 의견을 균형있게 수렴함으로써 그 공적 임무를 수행한다(동법 제4조 2항). iii) 신문(방송)은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다(동법 제4조 3항, 헌법 제21조 4항 1문). 이밖에 iv) 신문(방송)의 보도는 공정성과 공공성을 가져야 한다(동법 제5조).⁸⁰⁾

(4) 新聞의 『制度的 自立性』 保障

신문의 자유는 『自由新聞』(freie Presse)이라는 제도로써 보장된다.

75) 자세한 것은 M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.69ff. 참조.

76) 자세한 것은 M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.73f. 참조.

77) 그러나 허위보도의 경우 형사상 면책되었다고 하여 손해배상책임이나 정정보도의 책임마저 면제되는 것은 아니다. 진실보도의 문제와 관련하여 R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr. 145ff. 참조.

78) 아래 (4) ㉔ 신문기업의 활동의 자유 참조.

79) 방송법 제4조와 제5조는 방송의 책임과 공정성 및 공공성을 규정하고 있다. 이 규정은 신문에도 마찬가지로 적용된다.

80) 특히 M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.79 참조.

신문은 개인이 아니라 신문기업체에 의해 경영되기 때문에⁸¹⁾ 신문기업체의 자립성을 제도적으로 보장해야 한다. 이로부터 신문기업의 설립, 존립 및 활동의 자유가 보장된다.

㉠ 新聞企業의 設立의 自由

신문기업의 설립은 원칙적으로 자유로워야 한다.⁸²⁾ 많은 신문기업이 설립되어야 다양한 정보의 제공이 가능하고 다양한 정보를 바탕으로 의사형성을 할 때 자유로운 민주적 의사형성은 가능하게 된다. 또한 신문기업이 다원화될 때 이들간의 경쟁을 통한 상호 견제가 이루어지며 신문(언론)의 횡포를 막을 수 있기 때문이다. 그러나 현행 정기간행물의 등록 등에 관한 법률은 일정한 시설을 갖춘 법인이 아니면 신문을 발행할 수 없도록 하고(定刊法 제6조 3항, 제9조 2항), 누구든지 신문, 통신, 방송 중 2종 이상을 함께 경영할 수 없도록 하고(동법 제3조), 일정한 者에 대하여는 발행인, 편집인이 될 수 없도록 하는 (동법 제9조 1항)등 여러 가지 제약을 가하고 있다. 이는 한편으로 부실한 신문기업의 출현으로 인한 폐해를 막고 다른 한편 언론기업의 독과점 내지 집중을 막으려는 조치이다.

㉡ 新聞企業의 存立의 保障

신문기업의 존립에 필요한 모든 조건이 보장되어야 한다. 즉 신문의 제작, 배포 및 보급의 전과정에 있어서 어떤 형태로든지 국가권력이 개입하여 방해하는 것은 금지된다. 신문의 제작, 배포 및 보급의 자유가⁸³⁾ 보장되지 않고서는 언론의 자유가 보장될 수 없다는 것은 분명하다.

신문기업의 존립의 보장과 관련하여 제기되는 중요한 문제는 신문의 광고의 문제이다. 신문의 광고는 오늘날 신문의 재정적 근간으로서 신

81) 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률」 제9조 3항은 법인만이 신문을 발행할 수 있도록 규정하고 있다.

82) BVerfGE 20, 162(175f.).

83) 신문의 보급의 자유와 관련하여 BVerfGE 77, 346 참조. 또한 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.351ff. 참조.

문기업의 존립을 위해 절대적으로 필요하다. 따라서 신문의 자유에 포함되며 신문의 자유에 의해 보장된다.⁸⁴⁾ 비록 그 논거에 있어서 약간의 차이는 있지만 학설⁸⁵⁾과 판례는⁸⁶⁾ 모두 광고를 언론의 자유에 의해 보호되는 것으로 본다. 다만 우리 학계에서만 광고를 언론의 자유가 아니라 영업의 자유에 의해 보호되는 것으로 보고 있다.⁸⁷⁾

㉔ 新聞企業의 活動의 自由

신문(기업)에게는 자유로운 의사표현과 보도 및 논평의 자유가 보장되어야 하며 신문기업과 관련되는 모든 활동이 보장되어야 한다.⁸⁸⁾ 특

84) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.394.

85) M.Bullinger(위의 글, 주 66, Rdnr.16)에 따르면 신문의 자유는 어떤 종류의 사상적 내용(Gedankeninhalt)이 들어 있는 신문도 다 보호한다는 것이다. 즉 가치가 있든 없든, 이상적 목표를 추구하던 영리를 추구하던 상관없다는 것이다. 따라서 진지한 신문이나 대중적 심지어 순수한 광고지(Offertenblätter)도 신문의 자유에 의해 보호된다는 것이다. 또한 Bullinger는 U.Scheuner(위의 논문, 주 5, S.65)가 광고를 의사표현의 자유에 의해 보호되는 것으로 보지 않으려는 것은 잘못이라고 한다(Anm.44 참조). 오늘날 학자들은 대체로 광고도 신문의 자유에 의해 보호된다고 보고 있다. 가령 von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.40; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.32; P.Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, S.76ff.; ...

86) 독일에서는 이미 1967년의 판결(Südkurier-Urteil)에서 광고도 정보의 성격을 갖고 있다는 이유로 신문의 자유에 포함하여 보장해야 한다고 하였다. BVerfGE 21, 271(278); 그후의 판결로는 특히 BVerfGE 64, 108(114) 참조. 이 판결에서는 광고의 보호를 편집된 기사와 차별하려고 한다(S.118f.). 미국에서도 1975년 광고는 소비자들에게 잠재적인 중요성을 갖는 정보를 포함하고 있다는 이유로 종래의 견해(Commercial Speech Doctrine)를 바꾸어 언론의 자유에 포함되는 것으로 보았다. Bigelow v. Virginia 421 US 809(1975). 또한 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 748 US 763-4 (1976) 참조.

87) 가령 김철수, 헌법학개론, 법문사, 1996, 497쪽. 1974년 박정희유신독재정권하에서 동아일보광고탄압사건이 발생하였다. 12월 20일부터 돌연 장기광고계약자들이 (정부의 압력에 의해 - 정부는 물론 공식적으로 부인했지만 -) 동아일보에 광고계재를 취소함으로써 동아일보의 존립을 위태롭게 하는 사건이 발생했다. (결국 동아일보가 언론인 121명을 해고함으로써 1975년 7월 16일 광고금지는 풀렸다.) 이 당시 광고는 영업의 자유에 의해 보호된다는 견해는 정부측에 유리한 변명의 구실을 제공해 주었다. 즉 실사 광고를 탄압하였다고 해도 그것은 언론의 자유를 탄압하는 것이 아니라는 것이었다.

88) 활동의 자유에 관하여 자세한 것은 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.312ff.; von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.41; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.33; R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.136; ... 비교참조.

히 『취재의 자유』와 『편집의 자유』가 보장되어야 한다.⁸⁹⁾ 취재행위는 보도(표현행위)의 전제이기 때문에 취재행위의 자유는 당연히 보장되지만 일정한 제한을 받게된다(가령 사생활의 비밀, 국가기밀 등). 취재의 자유와 관련하여 특히 문제되는 것은 取材源秘匿權, 즉 취재원에 관한 진술거부권이다. 취재원비익권(Zeugnisverweigerungsrecht, Newsmen's right to protect the confidentiality of news sources)이란 언론매체의 종사자로서 일정한 정보를 수집한 자가 자신이 수집한 정보의 출처(정보의 기초가 되는 내용 또는 정보제공자의 성명 등)를 비밀로 할 수 있는 권리 또는 검찰의 수사과정이나 법원의 재판과정에서 이에 대한 증언을 요구받았을 때 이를 거부할 수 있는 권리를 말한다. 이에 대하여는 찬·반이 갈리고 있다.⁹⁰⁾ 취재원비익권을 인정하지 않는 경우 정보의

89) 특히 BVerfGE 66, 116(131ff.) 참조.

90) 독일연방헌법재판소는 取材源秘匿權(證言拒否權, Zeugnisverweigerungsrecht) 또는 편집의 비밀(Redaktionsgeheimnis)을 『자유신문』(freie Presse)제도의 불가결의 요소로 보고 있다. BVerfGE 20, 162(176, 187ff.); 25, 296(304ff.); 36, 193(204); 64, 108(11ff.); 77, 65(74ff., 81ff.). 학계에서는 견해가 갈린다. 가령 M.Bullinger는 찬성(위의 글, 주 66, Rdnr.32)하는데 반해 U.Scheuner(위의 논문, 주 5, S.73 참조)를 비롯한 많은 학자들은(가령 R.Herzog, 위의 글, 주 8, Rdnr.122) 비판적 입장이다.

미국에서는 취재원의 공개와 비공개를 사안에 따라 比較・衡量하여 결정하려고 하는 경향이 보이나 아직은 취재원의 비밀을 명확히 인정하고 있지 않다. 이와 관련하여 Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Sheppard v. Maxwell, 384 U.S.333 (1966); Branzburg v.Hayes, 408 U.S. 665(1972) 이에 관하여 자세한 것은 장식권, 현행헌법과 보도의 자유, 단국대학교 법학논집 제13집(1985), 33쪽 이하 참조. 특히 이 사건에서 취재원비익권을 부정하는 다수의견에 찬성하면서도 보충의견을 내놓은 Powell판사는 법정에 출두한 기자들이 취재원에 관한 증언에서 항시 수정헌법 제1조에 의한 보호를 박탈당하는 것은 아니라고 지적하면서 『언론의 자유와 증언의무의 두가지 이익을 그때 그때 저울질 해 이른바 케이스 바이 케이스로 형량해서 결정해야 한다』고 주장한 바 있다. 이 부분에 관하여는 평원순, 취재원보호와 보도의 자유, 신문과 방송 225(1989. 9.), 33쪽 참조; Zucher v. Stanford Daily, 436 U. S. 547(1978), 이에 관하여는 성낙인, 취재의 자유와 취재원비익권, 고시계 487(1997. 9.), 특히 143쪽 참조; ... 참조.

일본최고재판소는 과거 취재원의 비밀은 신문의 자유에 포함되지 않는다고 보았다(最高裁判 昭和 27<1952>. 8.6. 刑集, 6巻 8號, 974쪽). 그러나 최근에는 소극적 긍정설로 바뀌고 있고(最高裁判 昭和 44<1969>.11.26. 刑集, 23巻 11號, 1490쪽) 하급심에서는 적극설을 취하기도 한다(東京高判 昭和 51 <1976>.7.20. 判例時報 820-26).

제공자는 자신의 신분이 노출될 경우 예상되는 일정한 보복이나 불이익 등으로 인해 정보의 제공을 기피하게 될 것이고 인정하는 경우 재판의 공정성확보라는 또 다른 헌법적 가치와 상충될 수 있고 경우에 따라서는 남용의 위험이 있다. 이에 반해 편집의 자유가 보장되는 것은 당연한 것으로 보지만 오늘날 경영권자에 의한 간섭이 문제되고 있다.⁹¹⁾

(라) 新聞의 自由의 기타 問題

신문의 자유와 관련하여 오늘날 과거에는 몰랐던 많은 새로운 문제들이 제기되고 있다. 그중에서도 특히 신문 내부적 자유의 문제와 신문의 독과점 내지 집중화의 문제는 심각한 문제로 등장하고 있다.

㉠ 新聞의 內部的 自由

신문의 내부적 자유(*innere Pressefreiheit*)는 다양한 문제를 갖고 있지만⁹²⁾ 그 핵심은 한마디로 신문기업내부에서 언론의 자유가 보장되느냐의 문제이다. 오늘날 정보를 전달하는 가장 중요한 수단인 신문(언론매체)이 진실한 사실과 뉴스를 전달하지 않는다면 국민은 올바른 판단을 할 수 없으며 동시에 올바른 여론의 형성도 불가능하게 된다. 그런데 신문(언론매체)이 일반에게 전달하는 사건과 뉴스는 사실 그 자체라기보다 신문(대중매체)이 재구성한 생산물(사실)이다. 그렇기 때문에 편집과정에서⁹³⁾ 언론의 자유가, 즉 편집의 자유가 절실히 요청된다.

91) 이에 관해서는 아래 (라) ㉠ 신문의 내부적 자유 참조.

92) 신문의 내부적 자유에 관하여는 특히 K.-D.Funke, *Innere Pressefreiheit*, 1972; W.Weber, *Innere Pressefreiheit als Verfassungsproblem*, 1973; P.Lerche, *Verfassungsrechtliche Aspekte der "inneren Pressefreiheit"*, 1974; W. Hoffmann-Riem, *Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe*, 1979; H. Ziegler, *Zur inneren Pressefreiheit*, DöV 1971, S.654ff.; M.Rehbinder, *Zur inneren Pressefreiheit*, DöV 1972, S.450ff.; H.-J.Papier, *Über Pressefreiheit*, Der Staat Bd.13 (1974), S.399ff.; ders., *Pressefreiheit zwischen Konzentration und technischer Entwicklung*, Der Staat Bd.18 (1979), S.422ff.; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.387ff.; K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr. 395; ... 참조.

93) 이와 관련하여 E.Noelle-Neumann/R.Schulz, *Der Konflikt in der Redaktion*, DöV 1972, S.546ff. 참조.

신문의 내부적 자유에 있어서 오늘날 현실적인 가장 큰 문제는 편집의 자유에 대한 경영권자의 간섭이다.⁹⁴⁾ 즉 신문경영인은 편집자에게 특정사건을 보도하지 말거나 일정한 방법으로만 보도하도록 지시할 수 있느냐의 문제가 그 핵심이다.⁹⁵⁾ 거꾸로 편집권은 경영권에 대해 독립 및 자유를 주장할 수 있는가의 문제이다. 경영권이 편집권에 간섭하는 경우 신문이 제공하는 정보는 왜곡되고 조작된 것일 수밖에 없고 이런 정보에 기초한 여론의 형성도 - 다수의 신문기업이 존재한다는 것을 감안하여도 - 왜곡되고 조작된 것일 수밖에 없다. 그렇기 때문에 편집의 자유는 국가의 간섭에서만 아니라 경영권의 간섭으로부터도 독립되어야 한다는 요청이 제기된다. 그러나 다른 한편 사기업인 신문기업의 경우 기업의 투자와 성·패에 대한 전적인 책임을 지는 경영주가 기업의 존립이나 이윤을 위해, 경쟁에서 이기기 위해 또는 경영자가 자신의 정치적 이념 등을 관철하기 위해 신문의 편집방향이나 특정사건에 대한 기사의 삭제 또는 변경을 요구하는 것이 전적으로 부인될 수 있느냐의 문제가 대립된다.

이 문제에 대한 견해는 이론적으로 크게 세가지로 갈린다. 첫째로 신문의 내부적 자유는 헌법적 요청이며 그러한 요청의 근거는 신문의 자유, 정보의 자유 및 민주주의의 원리중 하나에서 또는 모두에서 찾을 수 있다는 것이다.⁹⁶⁾ 둘째로 신문의 내부적 자유는 발행인(경영자)에게 보장된 출판의 자유를 침해하는 것으로서 언론·출판의 자유에 반한다는 것이다.⁹⁷⁾ 셋째로 헌법은 신문의 내부적 자유에 관하여 아무런 언급도 하고 있지 않기 때문에 이 문제에 대해 중립이라는 것이다.⁹⁸⁾ 독일

94) R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.39; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.623 참조.

95) Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.623 참조.

96) H.Ziegler, 위의 논문 (주 92), S.654ff. 참조.

97) W.Weber, 위의 논문 (주 92), S.57ff.; E.Forsthoft, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, 1969, S.34 참조.

98) Th.Mayer-Maly, Die innere Pressefreiheit und das Arbeitsrecht, DB 1971, S. 335 ff.(337) 참조.

연방헌법재판소는 신문의 내부적 자유가 허용되는지에 대해 한편으로 확정적 태도를 유보하고⁹⁹⁾ 다른 한편으로 계속적인 판결에서¹⁰⁰⁾ 사기업인 신문을 “제도적 보장”(institutionelle Garantie)으로 이해하고 있다.

민주적 여론의 형성이라는 관점에서 또한 신문의 공적 임무를 고려할 때 신문의 내부적 자유가 보장되어야 한다는 견해가 보다 타당하다고 생각된다. 定期刊行物の 登錄 등에 관한 법률은 「발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다」(제6조 2항)고 규정하고 있고 放送法은 「방송편성의 자유는 보장된다. 방송순서의 편성·제작이나 방송국의 운용에 관하여 누구든지 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다」(제3조)고 규정하여 방송편성의 자유를 보장하고 있다.¹⁰¹⁾

그러나 경제적 위험에 대해 전적인 책임을 져야 하는, 사기업인 신문의 경영자가 신문의 편집에 대해 전혀 간섭해서는 안된다는 데도 문제가 있다. 경영권자가 날마다 편집에 일일이 간섭하는 것은 곤란하지만 설립의 목적 또는 社是에 맞는 기본적인 편집방향(가령 보수, 혁신, 중도 등)을 제시하고 이에 맞는 인사권을 행사하는 것은 허용되어야 한다고 본다. 경영권과 편집권의 관계에 기본권의 제3자적 효력을 인정하려는 것은¹⁰²⁾ 잘못이다. 편집권이나 경영권은 모두 하나의 신문기업의 내부문제이지 경영권은 편집권의 제3자가 아니기 때문이다.¹⁰³⁾ 신문기업내에서의 분업을 이유로 이를 주장할 수도 없다.¹⁰⁴⁾ 결국 발행인의

99) BVerfGE 52, 283(297).

100) 가령 BVerfGE 20, 162(175); 66, 116(133) 참조.

101) 이 법규정과 관련하여 「사기업인 신문기업의 내부구조에 대한 입법자의 형성권은 처음부터 제한되어 있다」는 말에 주의를 기울일 필요가 있다. von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.59; 이밖에 R.Scholz, Presse-freiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit, 1978, S.184ff.; M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.62 참조.

102) 가령 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1997, 451쪽; 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1992, 423쪽. 여기서 인용된 판례는 기본권의 제3자적 효력의 문제로 볼 수 없다.

103) R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.161, 163, 168ff. 참조.

104) 이에 관하여는 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.391; von Mangoldt/Klein/

출판의 자유를 보장하면서 신문기업내에서 편집인과 언론인의 지위를 확보하는 것은 입법자의 과제이다.¹⁰⁵⁾

㉠ 新聞의 獨寡占 내지 集中化의 問題

신문도 하나의 기업이기 때문에 경쟁이 불가피하며 경쟁의 결과에 따라서는 독과점 또는 집중화현상이¹⁰⁶⁾ 나타날 수 있다. 신문의 독과점이나 집중은 다양한 의사나 정보의 제공을 불가능하게 하며 일방적인 보도와 정보의 제공으로 여론형성의 왜곡과 조작을 가져올 수 있다. 즉 자유로운 의사형성을 불가능하게 한다. 이로써 신문의 독과점이나 집중은 신문의 자유의 핵심을 침해하게 된다.

그러면 i) 신문의 시장점유율이 어느 정도일 때 독과점 또는 집중으로 볼 수 있는가? ii) 신문의 자유는 독과점을 막기 위한 입법적 조치를 요청하는가 또는 금지하는가? iii) 만약 입법적 조치를 요구한다면 어떤 방법으로 독과점을 막을 것인가? 등 많은 문제가 제기된다.

우선 첫 번째 문제와 관련하여 정확하게 시장점유율이 얼마일 때 독과점이라고 말할 수는 없으나 다양한 의사와 정보가 제공되지 못하고 자유로운 의사형성이 어렵게 될 때 - 물론 이에 대한 판단은 쉽지 않겠지만 - 독과점으로 볼 수 있다.¹⁰⁷⁾ 두 번째 문제와 관련하여 독일연방헌법재판소는 조심스럽게 독점적 의사형성의 위험을 막기 위해 국가가 어떤 조치를 취하는 것이 불가피하다는 쪽으로 기울고 있음을 확인할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 학계도 자유로운 의사형성이 위협받는 경우 - 물론 그 확실한

Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.60 참조.

105) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.395.

106) 신문의 집중화문제에 관하여는 N.Dittrich, Pressekonzentration und Grundgesetz, 1971; W.Kunert, Pressekonzentration und Verfassungsrecht, 1971; B.Lange, Pressefreiheit und Pressekonzentration, 1972; P.Lerche, Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, 1971; H.Scholler, Kommunikationskontrolle und Pressekonzentration, in: Festschrift für Th.Maunz, 1971, S.357ff.; ... 참조.

107) 이와 관련하여 E.-J.Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, 1978 참조.

108) BVerfGE 20, 162(176); 또한 BVerfGE 52, 283(296) 비교참조.

증거가 있는 경우 - 법적 조치가 허용된다고 본다.¹⁰⁹⁾ 셋째로 독과점의 규제방법과 관련하여 국가가 잘못 규제하는 경우 또 다른 부작용이 나타날 수 있다는데 주의해야 한다. 우선 인위적 시장점유율의 제한은 적절하지 않다.¹¹⁰⁾ 또한 발행부수의 제한은 헌법적 관점에서 허용될 수 없다.¹¹¹⁾ 아마도 경쟁제한법에 의한 규제, 특히 합병의 통제와 같은 방법이 어느정도 효과가 있을 것이다.¹¹²⁾

우리 定期刊行物の 登録 등에 관한 법률과 放送法은 언론매체의 독과점과 집중을 막기 위해 일간신문·통신·무선방송 또는 유선방송의 경영(兼營)을 금지하고(定刊法 제3조 1항, 방송법 제7조) 이들을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 소유하는 자는 다른 일간신문 또는 통신을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득할 수 없도록 하고 있다(定刊法 제3조 2항, 방송법 제6조 1항 참조).

ii. 放送·放映의 自由

방송·방영이란 정치, 경제, 사회, 문화, 시사 등에 관한 보도, 논평 및 여론과 교양, 음악, 오락, 연예 등을 유·무선전기통신을 통해 불특정 다수인 또는 수신자에게 전파하는 것을 말한다(방송법 제2조, 유선방송관리법 제2조, 종합유선방송법 제2조).¹¹³⁾ 따라서 방송·방영에는 라디오, TV, 케이블TV, 영화, 비디오 등이 모두 포함된다. 방송·방영에 있어서 보도는 말할 것도 없고 여론의 형성에 도움이 되는 것은¹¹⁴⁾ 모두 제21조의 언론의 자유에 의해 보호되며 음악, 연예 등은 경우에 따

109) P.Lerche, 위의 글 (주 105), 27ff.; 또한 U.Scheuner, 위의 논문 (주 5), S.77 참조.

110) P.Lerche, 위의 책 (주 105), S.71ff. 참조.

111) von Mangoldt/Klein/Starck, 위의 글 (주 13), Rdnr.57.

112) 이상 R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.40 참조.

113) R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.57f.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr. 626; ... 참조.

114) 정보나 의사는 뉴스나 논평과 마찬가지로 TV연극이나 음악프로그램 등에 의해서도 전달될 수 있다. 이에 관하여는 특히 BVerfGE 12, 205(260); 35, 202(222) 참조.

라 제22조의 학문과 예술의 자유에 의해 보호받게 된다.

방송·방영의 자유는 원칙적으로 신문의 자유에 준하여 보호된다. 다만 방송·방영의 경우 전파매체의 특성을 고려하여 특별한 조치를 취할 필요가 있다. 가령 전파매체는 그 기술적·경제적 특성을 고려하지 않으면 안된다. 즉 제한된 주파수와 시설에 들어가는 막대한 비용 등을 감안하여 제한된 수의 전파매체만을 두는 것은 불가피하다.¹¹⁵⁾ 따라서 설립의 자유는 제한될 수밖에 없다. 또한 전파매체는 그 신속성, 용이성, 광역성, 효과의 직접성과 강력성 등 때문에 신문과는 달리 규제되지 않을 수 없다. 전파매체가운데서도 라디오와 영상매체(TV, 비디오 등)는 가령 폭력의 묘사와 관련하여 영향력의 직접성이나 강력성 등에서 큰 차이를 나타내기 때문에 달리 규제되어야 한다.¹¹⁶⁾

이러한 방송·방영의 특성을 구체적인 경우에 고려하는 것을 제외하면 방송·방영의 자유는 이미 서술한 신문의 자유와 마찬가지로 보호된다. 즉 방송·방영의 자유는 신문과 마찬가지로 특권과 책임을 갖는다.¹¹⁷⁾ 그 제도적 자립성에 있어서도¹¹⁸⁾ 원칙적으로 마찬가지이며 단지 방송·방영의 특성에 따라 보장규정이 달리 규정되어야 한다. 방송은 그 공공성 때문에 방송편성의 자유가 특히 요청된다(방송법 제3조; 종합유선방송법 제23조 참조).¹¹⁹⁾

iii. 言論媒體에 대한 액세스(access)權

액세스(access)權이라는 말은 우리말의 접근권에 해당하는 말로 다양하게 사용된다.¹²⁰⁾ 여기서 액세스권이란 언론매체와의 액세스권(access to mass media)을 말한다.

115) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.45 참조.

116) R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.57 참조.

117) 위 ③ i (4) 참조.

118) 위 ③ i (4) 참조.

119) 위 ③ i (4) ㉠ 참조.

120) 가령 access to education - 교육에의 접근(참여)권, access to ballot - 선거에의 접근(참여)권, access to government information - 정부정보에의 접근권,

(가) 액세스(access)권

概念과 意義 - 언론매체에의 액세스권이란 언론매체에 접근하여 언론매체를 이용할 수 있는 권리, 즉 언론매체접근이용권을 말한다. 이런 액세스권은 다시 두가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저 넓은 의미의 액세스권이란 누구든지 자기의 의사를 표현하기 위해 언론매체에 접근하여 이를 이용할 수 있는 권리를¹²¹⁾ 말하고, 다음으로 좁은 의미의 액세스권이란 구체적으로 자신의 명예를 훼손하는 것과 같은 자기자신과 관계되는 보도에 대하여 해명 내지 반론의 기회를 요구할 수 있는 권리를 말한다.

광의의 액세스권이, 오늘날 거대해진 언론매체가 다수국민의 참여(접근)를 배제한 채 일방적으로 정보를 제공하기만 하는데 대하여, 모든 국민에게 민주적 여론형성에 참여할 기회를 제공하고 국민의 지위를 강화하려는 적극적 의의를 갖고 있는데 반해, 협의의 액세스권은 구체적으로 침해된 권리를 구제하여 인권을 보호하려는 소극적 의의를 갖는다.

機能과 根據 - 액세스권은 언론매체에 보다 많은 국민을 접근(참여)하도록 함으로써 여론의 형성을 보다 민주적으로 형성하려고 한다. 즉 액세스권은 민주적 여론형성을 위한 보완적 기능을 한다. 따라서 액세스권은 언론매체의 보도의 자유에 우선하는 권리가 아니다. 이런 전제하에서 양자는 실제적 조화의 원리(Prinzip praktischer Konkordanz, =규범조화적 해석의 원리)에 따라 모두 최대한 실현되도록 整序되어야 한다. 다른 한편 액세스권은 반론이나 해명을 통하여 언론매체의 보도를 통제하며 공정보도를 가능하게 하는 기능을 한다.

액세스권은 우선 국민과 국가의 관계에서가 아니라 국민과 언론매체의 관계에서 발생하는 문제이다. 즉 사인상호간의 관계에서 발생하는

121) 그러한 권리는 입법조치(가령 공직선거 및 선거부정방지법 제70-74조, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조, 방송법 제41조), 법원의 판결(가령 민법 제764조와 관련하여 '적당한 처분'으로서 사죄광고 등의 제재를 명하는 경우), 행정조치, 언론기관 자체의 조치, 기타에 의해 발생할 수 있다.

문제이기 때문에 언론·출판의 자유를 공동체전체의 객관적 질서의 요소로 이해할 때 그 내용인 액세스권은 효력을 갖게 된다. 액세스권이 인정되는 헌법이론적 근거는 언론·출판의 자유가 객관적 질서의 요소라는데 있다.¹²²⁾

(나) 우리 言論關係法上的 액세스權

언론매체에 의한 명예나 사생활과 같은 인권의 침해는 언론매체의 엄청난 위력 때문에 그 피해도 매우 심각하다. 이처럼 언론매체에 의해 침해된 인권은 일단 언론매체 스스로에 의해 구제되는 것이 효과적이며 동시에 언론의 책임이기도 하다.¹²³⁾ 우리 言論關係法은 반론보도청구권(定刊法 제16조; 방송법 제41조; 綜合有線放送法 제45조)과 추후보도청구권(定刊法 제20조; 방송법 제42조)을 규정함으로써 언론매체 스스로에 의한 권리구제제도를 마련하고 있다. 이들은 협의의 액세스권에 해당하는 반론권 및 해명권이다.¹²⁴⁾

㉠ 反論報道請求權

方法과 節次 - 정기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자는 그 사실보도가 있음을 안 날부터 1개월 이내에 언론사나 방송국에 반론보도문의 게재 또는 방송을 청구할 수 있다(定刊法 제16조 1항; 방송법 제41조 1항). 언론사가 반론보도게재청구를 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 그 대래인과 반론보도의 내용, 크기 등에 관하여 협의한 후 일간신문과 주 1회 이상 발행하는 정기간행물 및 통신은 요구를 받은 날로부터 9일 이내에 같은 정기간행물에, 그 밖의 정

122) 同旨 허영, 한국헌법론, 박영사, 1996, 524쪽.

123) 이에 관하여 성락인, 언론보도로 인한 被害救濟, 법정고시, 1997년 6월호, 94쪽 이하 참조.

124) 우리 헌법재판소는 개정전(1995년 12월 30일 개정)의 정기간행물의 등록 등에 관한 법률이 규정하고 있던 정정보도청구권제도는 반론권을 뜻한다고 판시하였고 동법 제16조3항과 제19조3항은 평등의 원칙에 반하지 않으며 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않는다고 판시하였다. 憲裁決 1991. 9. 16. 89헌마165, 憲判集 제3권 518; 憲裁決 1996. 4. 25. 95헌바25, 憲判集 8-1, 420.

기간행물은 편집이 완료되지 않은 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 한다(定刊法 제16조 3항). 방송국이 반론보도청구를 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 대리인과 반론보도의 내용 등에 관하여 협의한 후 이를 무료로 방송하여야 한다(방송법 제41조 3항). 방송국이 행하는 반론보도는 그 공표가 행하여진 동일한 방송주파수에 의하여 동일한 효과를 발생시킬 수 있는 방법으로 하여야 한다(방송법 제41조 6항).

言論仲裁委員會 - 언론보도로 인한 분쟁을 중재하고 정기간행물의 게재내용에 의한 침해사항을 심의하기 위하여 40인 이상 80인 이내의 위원으로 구성되는 言論仲裁委員會를 둔다(定刊法 제17조 1항 및 2항). 중재위원회는 침해사항을 심의하며 필요한 경우 당해 발행인에게 시정을 권고할 수 있다(定刊法 제18조 8항). 중재는 5인 이내의 위원으로 구성된 중재부에서 하되, 중재부의 장은 법관의 자격이 있는 위원이어야 한다(定刊法 제18조 2항 및 3항). 이상의 중재위원회, 중재절차 등은 방송에 대한 반론보도청구권의 경우에 준용된다(방송법 제42조; 종합유선방송법 제45조).

反論報道請求事件의 裁判 - 중재위원회의 중재를 거치지 아니하고는 법원에 반론보도청구의 訴를 제기할 수 없다. 이 訴는 제18조 제6항의 중재불성립결정 또는 제7항의 이의신청이 있음을 안 날로부터 14일 이내에 제기하여야 한다(定刊法 제19조 1항). 이 규정은 방송의 경우에도 준용된다(방송법 제42조; 종합유선방송법 제45조 9항).

㉠ 追後報道請求權

정기간행물에 의하여 범죄협의를 있다거나 형사상의 조치를 받았다고 보도된 자는 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결된 때에는 그 날로부터 1월 이내에 서면으로 언론사에 이 사실에 관한 追後報道의 게재를 청구할 수 있고, 추후보도의 내용은 청구인의 명예나 권리회복에 필요한 범위에 국한한다(定刊法 제20조). 이 규정도 방송의 경우 준용된다(방송법 제42조; 종합유선방송법 제45조 9항).

3. 言論・出版의 自由의 侵害形態

① 意思表現의 自由의 侵害形態

의사표현의 자유는 i) 의사의 표현이나 전파가 금지되는 경우, ii) 일정한 의사의 표현이 금지되는 경우, iii) 하나의 또는 또 다른 하나의 금지를 시인하는 경우, iv) 보호영역을 축소시키는 사실상의 조치를 취하는 경우에 침해된다.¹²⁵⁾

② 情報의 自由의 侵害形態

정보의 자유는 우선 국가에 의해 정보에의 접근이 완전히 거부당하는 경우에 침해된다.¹²⁶⁾ 또한 정보의 자유는 검사 때문에 정보의 입수가 시간적으로 지연되는 경우에도 침해된다.¹²⁷⁾ 뿐만 아니라 시민이 이용하는 情報源을 국가가 장악하여 등록시키는 것도 정보의 자유의 침해를 나타낸다. 그러한 조치가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원과 관련되는 경우에만 정보의 자유가 침해되는 것이 아니라 단 하나의 정보원에 해당되는 경우에도 침해된다.¹²⁸⁾

③ 言論媒體(新聞과 放送・放映)의 自由의 侵害形態

신문과 방송·방영의 자유는 정보의 수집에서부터 의사의 표현과 전파에 이르기까지의 전과정이 보호되기 때문에 의사표현의 자유의 침해 형태와 정보의 자유의 침해형태가운데 어느 하나가 침해되는 경우 신문과 방송·방영의 자유는 침해된다. 물론 언론매체의 제도적 자립성이나 언론기관의 내부적 자유 등이 보호되지 못하는 경우에도 신문과 방송·방영의 자유는 침해된다.

125) Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.634. 또한 A.Bleckmann, 위의 책 (주 11), S.678 참조.

126) Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.638.

127) BVerfGE 27, 88(98f.) 참조.

128) 이상 Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 8), Rdnr.640 참조.

Ⅲ. 言論·出版의 自由的 法的 性格

언론·출판의 자유는 한편으로 主觀的 權利的 性格을 가지며 다른 한편으로 客觀的 秩序의 基本要素로서의 性格을 갖는다. 즉 二重的 性格을 갖는다.¹²⁹⁾ 우선 언론·출판의 자유는 국가의 영향이나 간섭에 대한 방어권의 의미에서 또한 정치적 참여권(Mitwirkungsrechte)의 의미에서 주관적 권리이다.¹³⁰⁾

다른 한편 언론·출판의 자유는 민주적·법치국가적 질서의 구성요소이다. 의사표현의 자유와 정보의 자유없이 또한 현대적 ‘대중전달수단’인 신문과 방송·방영의 자유없이 여론은 형성될 수 없고 다양한 창안(Initiative)과 대안의 개발 및 ‘정치적 의사의 예비형성’은 불가능하며, 정치생활의 공개성은 있을 수 없고, 소수자의 기회균등은 실효성 있게 보장될 수 없으며, 정치생활은 자유롭고 개방적인 과정가운데서 전개될 수 없다. 그렇기 때문에 언론·출판의 자유는 우리 헌법의 민주적 질서에 있어서 ‘전적으로 구성적’인 것이다.¹³¹⁾

언론·출판의 자유는 그 개별내용(=보호영역)에 따라 주관적 권리의 성격이 보다 강하게 나타나는 것이 있고 객관적 질서의 요소로서의 성격이 보다 강하게 나타나는 것이 있다. 즉 의사표현의 자유와 정보의 자유(=알 권리)에 있어서는 신문의 자유에 있어서보다 주관적 권리의 요소가 강하게 나타나는데 반하여 방송·방영의 자유에 있어서는 주관적 요소가 완전히 배제되어 있지는 않지만, 객관적 요소가 지배적이

129) K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.387; 이밖에 W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.31ff., 97f., 134f.; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.78ff.; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.46, 58, 71ff.; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.28; E.Schmidt-Jortzig, 위의 글 (주 11), Rdnr.2ff., 6ff.; M.Bullinger, 위의 글 (주 66), Rdnr.10ff., 34ff.; ... 참조. 판례로는 특히 BVerfGE 7, 198(204f.); 50, 290(337); 57, 295(319f.); 74, 297(323); ... 참조.

130) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.387.

131) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.387 참조.

다.¹³²⁾

IV. 言論・出版의 自由의 主體

언론·출판의 자유의 주체는 그 개별내용에 따라 다르다. 의사표현의 자유와 정보의 자유의 주체는 모든 인간이다. 즉 내국인만이 아니라 외국인과 무국적인도 그 주체가 된다. 또한 법인만이 아니라 권리능력이 없는 단체와 정당도 그 주체가 된다.¹³³⁾ 특히 공법인인 언론매체도 그 주체가 된다.¹³⁴⁾ 이 기본권의 행사능력(Grundrechtsmündigkeit)과 관련하여는 획일적인 한계를 정할 수는 없고 다만 사안에 따라 이 기본권의 정신에 맞게 정할 수밖에 없다.¹³⁵⁾

언론·출판의 자유가운데서 언론매체(신문과 방송·방영)의 자유의 주체는 언론매체에 종사하는 모든 사람과 법인 그 자체이다.¹³⁶⁾ 즉 발행인, 편집인, 언론인, 제작인, 보급인 등 어떤 형태로든지 언론매체와 관련을 갖고 거기에 종사하는 모든 사람이 그 주체가 된다.¹³⁷⁾ 그러나

132) 이상 K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rdnr.389.

133) 이상 W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.28, 96; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.176, 178; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.4, 6; ... 참조. 물론 외국인과 무국적인에게는 내국인과는 달리 여러 가지 제한이 있다. 가령 대한민국의 국적을 가지지 않은 자는 정기간행물의 발행인 또는 편집인이 될 수 없다(定刊物法 제9조 1항 1호, 방송법 제9조 1호). 누구든지 정기간행물의 발행을 위하여 또한 방송법인은 외국인으로부터 기부금·찬조금 기타 어떠한 명목으로도 재산상의 出捐을 받을 수 없다(定刊物法 제4조, 방송법 제8조).

134) W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.29; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.180; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.6; ... 참조. 공법인이 공무를 수행하는 경우에도 해당 공법인이 「기본권에 의해 보장된 생활영역에 직접 배치」된 경우에는 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이다. 그런 판례로는 BVerfGE 19, 1(5); 19, 129(132); 24, 236(246); 21, 362(373f.)와 연결하여 30, 112(119ff.) 참조.

135) W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.30; Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.177; R.Wendt, 위의 글 (주 1), Rdnr.5; ... 참조.

136) 이에 대해 모든 인간이 그 주체라는 견해를 주장하는 학자들도 적지 않다. 이에 대하여 자세한 것은 Ch.Degenhart, 위의 글 (주 1), Rdnr.656f., 453 참조.

종사자의 범위를¹³⁸⁾ 아무리 넓게 인정하는 경우에도 독자는 그 주체가 아니고 단지 정보의 자유의 주체이다.¹³⁹⁾

V. 言論·出版의 自由의 效力

언론·출판의 자유는 우선 주관적 권리로서 대국가적 효력을 갖는다. 즉 언론·출판의 자유는 국가권력이 언론·출판의 자유의 내용중 그 어떤 것에 대해서든 어떤 형태로 간섭하거나 영향력을 행사하거나 또는 침해하는데 대한 방어권으로서 대국가적 효력을 갖는다.

또한 언론·출판의 자유는 전체법질서의 객관적 요소로서 私인에 대하여도 효력을 갖는다. 즉 언론·출판의 자유는 사인상호간의 관계에서도 직접 또는 간접으로 적용되며 私人を 구속한다. 기본권을 사인상호간의 관계에 적용하는 경우 발생하는 사법질서의 혼란을 막기 위해 대체로 간접적용을 주장하나 언론·출판의 자유를 직접 또는 간접적용하느냐의 문제는 구체적 상황에 따라 그때 그때 언론·출판의 자유의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리내에서 판단할 문제이지 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.¹⁴⁰⁾

137) W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.131ff.; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.74ff., 106ff.; R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.18, 160ff.; ... 참조.

138) 주체의 범위를 어디까지로 하느냐의 문제와 관련하여 R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.18 참조.

139) W.Hoffmann-Riem, 위의 글 (주 6), Rdnr.131; H.Bethge, 위의 글 (주 1), Rdnr.76, 114.

140) 가령 헤르초그(R.Herzog)는 원칙적으로 언론의 자유의 간접적용을 주장하면서도 언론의 자유의 침해가 인간의 존엄성을 침해한다고 생각될 경우 예외적으로 직접 적용될 수 있다고 한다. R.Herzog, 위의 글 (주 8), Rdnr.28f. 참조.

VI. 言論・出版의 自由의 制限과 限界

언론·출판의 자유는 정신적 자유로서의 중대한 의의만이 아니라 또한 정치적 자유로서의 의의, 즉 민주주의의 불가결의 요소이며 그 전제이자 존립요건이라는 의의 때문에 어떤 기본권보다도 우선적으로 또한 최대한으로 보장되어야 한다. 그러나 언론·출판의 자유는 무제한의 자유일 수는 없다. 즉 이 자유도 여러 가지 형식의 제한이 가해질 수 있다. 그 중요한 것으로서 우선 제37조 2항의 일반적 (가중)법률유보와 제21조 4항의 개별적 (가중)법률유보를 들 수 있다. 이밖에도 여러 가지 제한이 있다.

1. 事前的 制限

법률유보에 의하여 언론·출판의 자유를 제한하는 경우 사전제한이 가능한가의 문제가 제기된다.

① 許可制와 檢閲制의 禁止

사전제한이란 검열제와 허가제를 말한다. 신문을 비롯한 출판물과 방영물(필름) 등 객체화된 표현물은 검열의 대상이 될 수 있다. 이러한 표현물에 담긴 사상이나 의사가 발표도 되기전에 국가기관이 그 내용을 심사·선별하여 허가하는 소위 사전검열제(Vorzensur)¹⁴¹⁾ 오늘날 민주주의국가에서는 어떤 이유로도 허용될 수 없다. 현행헌법은¹⁴²⁾ 제21조

141) 밀톤(J.Milton)은 일찍이 그의 Areopagitica(1644)에서 출판의 사전검열 또는 허가제가 허용될 수 없는 이유로 i) 햇빛을 보기도 전에 출판물이 재판받을 것이라는 것, ii) 과실을 범하지 않는 검열관이 있을 수 없다는 것 그리고 iii) 국민이 알아도 무방한 것과 알아서는 않될 것을 당국이 선별하는 것은 필자만이 아니라 국민에 대한 모욕이라는 것을 들고 있다.

142) 우리 헌법의 경우 1962년의 (제3공화국)헌법이 언론·출판에 대한 허가나 검열을 명시적으로 금지하였고(제18조 2항), 1972년의 소위 유신헌법에서는 이 규정을 삭제하였다. 그렇기 때문에 이 당시에는 입법자가 법률로써 검열제의 인정여부를 결정

2항에서 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 않는다고 명시적으로 금지하고 있다.¹⁴³⁾

② 映畫나 演藝에 대한 事前檢閱

1962년의 (제3공화국)헌법은 영화나 연예에 대하여 검열을 인정하였다(제18조 2항). 영화나 연예는 그 미치는 영향이 직접적이고 강력하며 광범하기 때문에 청소년의 정서보호, 범죄방지, 사회윤리와 공중도덕을 보호하기 위하여 필요하다고 보았기 때문이다. 오늘날에도 이러한 필요성은 결코 사라졌다고 할 수 없다. 그런데 현행헌법은 영화나 연예에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다.¹⁴⁴⁾ 다만 제21조 2항은 「언론·출판에 대한 허가나 검열은 … 인정되지 아니한다」고 규정하고 있고 다른 한편 동조 제4항은 「언론·출판은 … 공중도덕이나 사회윤리를 침

해야 한다는 해석이 있었다. 1980년의 (제5공화국)헌법도 허가나 검열에 대한 명시적 금지규정을 두지 않았으나 이는 인정되지 않는 것으로 보았다.

- 143) 검열제와 관련하여 우리 헌법재판소는 i) 納本制度는 사전검열이 아니라고 판결하였다. 즉 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제10조 제1항 소정의 정기간행물의 공보처장관에의 납본제도는 언론·출판에 대한 사전검열이 아니어서 언론·출판의 자유를 침해하는 것이 아니고, 헌법이 보장하는 재산권을 침해하는 것도 아니며, 도서관진흥법과 국회도서관법 외에 따로 납본제를 두었다고 하여 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없어, 헌법에 위반되지 아니한다」고 판시하였다. 憲裁決 1992. 6. 26. 90헌바26, 憲判集 제4권 362.

또한 헌법재판소는 ii) 국정교과서제도는 실질적 사전검열제에 해당하지만 위헌은 아니라고 판결하였다. 즉 「國定教科書制度는 교과서라는 형태의 도서에 대하여 국가가 이를 독점하는 것이지만, 국민의 수학적 보호라는 차원에서 학년과 학과에 따라 어떤 교과용 도서에 대하여 이를 자유발행제로 하는 것이 온당치 못한 경우가 있을 수 있고 그러한 경우 국가가 관여할 수밖에 없다는 것과 관여할 수 있는 헌법적 근거가 있다는 것을 인정한다면 그 인정의 범위내에서 국가가 이를 점·인정제로 할 것인가 또는 국정제로 할 것인가에 대하여 재량권을 갖는다고 할 것이므로 중학교의 국어교과서에 관한 한, 교과용 도서의 국정제는 학문의 자유나 언론·출판의 자유를 침해하는 제도가 아님은 물론 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과도 무조건 양립되지 않는 것이라 하기 어렵다」고 판시하고 있다. 憲裁決 1992. 11. 12. 89헌마88, 憲判集 제4권 739(740, 769).

- 144) 외국헌법가운데는 청소년의 보호를 위해 법률에 의하여 검열을 할 수 있도록 규정하고 있다. 가령 독일기본법 제5조 2항.

해하여서는 아니된다』고 규정하고 있을 뿐이다. 이로부터 제21조 2항을 근거로 영화나 연예의 사전검열은 금지된다는 해석과 제21조 4항을 근거로 사전검열이 가능하다는 해석이 있을 수 있다.¹⁴⁵⁾ 이 문제와 관련하여 헌법재판소는 영화법에 의거한 공연윤리위원회의 영화에 대한 심의제를 헌법 제21조 2항에 반하는 사전검열제도라고 판결하였다.¹⁴⁶⁾ 이로써 영화나 연예에 대한 사전검열은 헌법이 개정되거나 헌법재판소의 태도가 바뀌지 않고서는 불가능하게 되었다. 다만 현행헌법하에서도 영화인과 연예인의 자율적 사전심의는 가능하다고 본다. 이 자율적 심의제가 사실 가장 바람직한 제도이나 - 자율의 훈련이 잘 되어 있지 않은 우리나라에서 - 제대로 기능하기에는 어려움이 많다는 문제가 있다.

③ 登錄制와 事前統制

언론·출판에 대한 사전제한과 관련하여 등록이나 신고의 문제가 제기된다. 등록이나 신고는 사전허가나 사전검열과는 다르기 때문에 허용되지만¹⁴⁷⁾ 가령 등록요건이 너무 엄격하여 언론·출판에 대한 실질적

145) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1997, 456쪽; 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1992, 426쪽.

146) 헌법재판소는 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청 등의 판결에서 「영화법 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항이 규정하고 있는 영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공연윤리위원회가 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열제도를 채택한 것이다」라고 판시하고 있다. 憲裁判決 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10(병합), 憲判集 제8권 2집 212(213).

또한 음반 및 비디오물에 관한 법률 제16조 제1항 등 위헌제청 판결에서 「이 사건 법률조항은 심의기관인 공연윤리위원회가 음반의 제작·판매에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 음반에 대하여는 판매를 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니한 음반을 판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는바, 공연윤리위원회는 공연법에 의하여 설치되고 행정권이 그 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 되어 있으므로, 음반에 대한 위와 같은 사전심의제도는 명백히 사전검열제도에 해당한다」고 판시하고 있다. 憲裁判決 1996. 10. 31. 94헌가6, 憲判集 제8권 2집 395(396).

제한이 되는 경우에는 위헌의 문제가 제기될 수 있다. 특히 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항을 법률로 정하도록 하고 있는 규정(제21조 3항)과 관련하여 시설기준 등이¹⁴⁸⁾ 너무 엄격하여 사전허가제와 같은 효과를 가져오는 경우 위헌의 문제가 제기될 수 있다.

2. 事後的 制限

사상이나 의사가 일단 표현된 후에는 그 내용에 대하여 국가기관이 사후검열(Nachzensur)을 할 수 있으며 법률에 반하는 경우 제재를 가할 수 있다. 즉 언론·출판의 자유는 제한될 수 있다. 언론의 자유가 제한되는 경우 기본권제한의 일반원칙에 따라야 하는 것은 당연하다. 그러나 민주주의의 불가결의 요소이며 그 前提이자 存立要件인 언론의 자유는 이러한 일반원칙이외에 “명백하고 현존하는 위험”(clear and present danger)이 존재하는 경우에만 제한될 수 있다. 또한 그러한 제한은 물론 법률로써만 가능하며 제한하는 법률은 - 보통의 경우와 달리 이해되는 - 일반성과 명확성을 가져야 한다. 그러한 중요한 제한으로는 제21조 4항의 개별적 (가중)법률유보와 제37조 2항의 일반적 (가중)법률

147) 헌법재판소는 영화법 제4조 제1항 등 위헌소원에서 「영화법에서 영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자에게 등록의무를 부과하는 것은 영화산업의 육성발전을 촉진하고 영화예술의 질적 향상을 도모하기 위하여 문화체육부장관이 영화제작업자의 실태를 파악하여 이를 건전하게 육성하고 그 기능이 공공의 이익과 질서유지에 합당하게 지속적으로 유지·발전하도록 하기 위한 것이므로, 영화법 제4조 제1항 및 제32조 제1호는 헌법상 보장된 표현의 자유의 내용을 간섭하기 위한 것이 아니라 단순히 주무행정관청의 기본업무인 행정상의 절차와 행정업무상 필요한 사항을 등록하게 하고 이를 규제하기 위하여 그 위반행위에 대한 벌칙규정을 두고 있는데 불과한 것이다. 따라서 이 법률조항은 입법부가 그러한 규제를 함에 있어서 입법재량을 남용함으로써 과잉금지의 원칙에 위반하는 등 자의적인 입법을 하지 않는 이상 그 규제입법 자체를 위헌이라고 할 수 없다」라고 판시하고 있다. 憲裁決 1996. 8. 29. 94헌바15, 憲判集 제8권 2집 74(75).

148) 이와 관련하여 정기간행물법 제6조, 방송법 제2조 3호 등 참조.

유보가 있으며 이밖에도 여러 가지 제한이 있다.

制限의 前提: 明白하고 現存하는 危險의 原則 - 명백하고 현존하는 위험의 원칙(rule of clear and present danger)이란 미국에서 판례를 통해 확립된 원칙으로서¹⁴⁹⁾ 언론(표현)의 자유를 규제하는 데 있어서 합헌성을 판단하는 기준으로 작용하고 있다. 이 원칙은 (가령 군사기밀 등에 관한) 표현으로 말미암아 발생할 위험이 명백하고 현존하는 경우에만 언론(표현)의 자유는 제한될 수 있다는 것이다. 여기서 ‘明白’이란 표현과 그로 인해 발생할 해악(=타법익의 침해)사이에는 필연적 인과관계가 존재한다는 것을 말하고 ‘現存’이란 표현으로 인한 해악의 발생이 시간적으로 임박해 있다는 것을 말한다. 언론의 자유는 이처럼 해악의 발생이 확실하고 임박한 경우에만 제한될 수 있고 단순히 위험한 경향이 존재한다는 이유로 제한될 수 없다.

이 원칙이 이처럼 엄격한 기준에 따라서만 언론의 자유를 제한함으로써 다른 자유권에 비해 상대적으로 언론의 자유의 우위를 인정하고 이를 최대한으로 보장하는 역할을 하는 것이 사실이다. 그러나 이 원칙은 위험의 명백성이나 현존성을 객관적으로 판단하기가 어렵다는 문제

149) Schenck v. U.S., 249 U.S. 47 (1919). 이 원칙은 1919년 이 사건에서 미연방대법원의 홀즈(Holmes)판사가 처음 주장하는데서 성립되었고 그후 이 원칙은 미국에서 언론의 자유와 관련된 판결에 지대한 영향을 주었다. 이 사건과 판결의 개요를 살펴보면: 사회당간부인 피고인은 제1차세계대전중 徵兵制反對를 주장하는 문서를 만들어 배포함으로써 防諜法(Espionage Act)위반으로 기소되어 하급심에서 유죄판결을 받았다. 이에 피고인은 연방대법원에 상고하면서 이 방첩법규정들이 언론의 자유를 침해하는 것이라고 상고이유를 들었다. 이에 대해 홀즈판사는 『본건 문서중의 표현은 피고들이 평상시에 한 것이라면 헌법상의 권리로서 보장받을 것이다. 그러나 모든 행위의 성격은 어떤 상황에서 행해졌는가에 따라 달리 규정된다. 아무리 언론의 자유를 엄격하게 보장한다고 해도 극장내에서 거짓으로 ‘불이야’라고 외쳐 혼란을 야기하는 사람까지 보호하지는 않을 것이다. 문제는 사용된 언사가 법률상 금지된 실질적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 발생시킬(to create a clear and present danger) 상황에서 행하여졌는가 라는 점이다. 그것은 위험의 근접성과 정도의 문제라고 할 수 있다. 국가가 전시에 처한 때에는 평상시라면 할 수 있는 표현도 전쟁수행에 방해가 되는 경우 허용되지 않으며 법원도 그것을 헌법상의 권리로 보호할 수 없다.』는 것이다.

가 있다. 즉 위협의 근접성과 정도가 위헌성판단의 중심문제가 되는데, 이에 대한 판단은 제한하려는 측에서 주관적으로 행할 수 있다. 이 원칙은 자칫 언론의 자유의 제한을 정당화시켜 주는 근거가 될 수 있으며 사실상 위험한 경향만을 가지고도 언론의 자유를 제한한 경우가 있을 수 있다. 따라서 표현과 발생할 해악간의 비교형량을 통해 제한하는 것이 보다 합리적이라 하겠다. 어쨌든 이러한 문제점에도 불구하고 이 원칙이 언론의 자유를 제한하는 경우 신중을 기하도록 하는데 크게 기여하고 있음은 부인할 수 없다.¹⁵⁰⁾

制限의 手段: 法律에 의한 制限 - 언론의 자유를 제한하는 법률은 一般性和 明確性을 가진 법률이어야 한다. 보통 일반적 법률이란 특정의 인간이나 사항에만 적용되는 것이 아니라 모든 인간 또는 사항에 일반적으로 적용되는 법률을 말한다¹⁵¹⁾. 따라서 처분적 법률이나 개별적 처벌법규로는 기본권을 제한하지 못한다¹⁵²⁾. 그러나 언론의 자유를 제한하는 법률의 일반성은 달리 이해되어야 한다.¹⁵³⁾ 즉 여기서 일반성이

150) 우리 헌법재판소도 이 원칙을 적용하여 반국가단체의 활동을 찬양·고무하는 자에 대해 처벌하는 규정인 국가보안법 제7조 1항과 5항에 대해 한정합헌결정을 내렸다. 즉 이 규정들은 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용된다고 선언하였다. 憲裁判決 1990. 4. 2. 89헌가113, 憲判集 제2권 49쪽. 또한 憲裁判決 1990. 6. 25. 90헌가11, 헌판집 제2권 165쪽, 憲裁判決 1992. 1. 28. 89헌가8, 憲判集 제4권 4쪽 참조. 이 결정에 따라 국회는 1991년 5월 국가보안법을 개정하였다.

151) 그러나 대부분의 법률은 한정된 範圍의 사람과 한정된 事項에 적용되는 것이 보통이다. 따라서 항상 인적 범위와 사항을 명확하게 하는 것이 중요하다. 일반성이라는 기준만으로는 개별적 법률과 구별이 어렵다. 이에 관하여 K.Hesse, 위의 책 (주 8), Rn.330; Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art.19 Abs. I 1 Rn.4ff. 참조.

152) Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art.19 I 1 Rn.1ff., 25ff. 이러한 일반성을 요구하는 근거는 평등의 원칙때문이다. 즉 입법자가 차별이나 혜택을 주지 못하도록 하려는데 있다. Rn.9 참조.

153) 독일기본법 제19조 1항은 기본권을 제한하는 법률은 일반적으로 적용되어야 한다는 것을 규정하고 제5조 2항은 언론의 자유를 제한하는 법률의 일반성에 관해 규정하고 있는데 이 규정들에 대한 이해는 다르다. 이에 관해서는 P.Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.

란 우선 헨첼(K.Häntzschel)의 견해에 따르면 법률의 효력범위의 문제가 아니라 그 내용의 문제로서 언론의 자유에 반하는 특별법을 내포하고 있지 않은 법률이 일반적 법률이다.¹⁵⁴⁾ 다음으로 로텐뷔허(K.Rothembücher)에 따르면 일반적 법률이란 특정의사를 고려하지 않고 오로지 보호하려는 법익의 보호에 봉사하는 법을 말한다.¹⁵⁵⁾ 또한 스멘트(R. Smend)의 견해에 따르면 법률이 보호하는 사회적 이익이 언론의 자유보다 큰 경우 일반성이 존재한다는 것이며¹⁵⁶⁾ 이 경우에는 물론 법익형량이 필요하게 된다. 독일의 연방헌법재판소는 Smend의 이론에 약간 기운듯하나 이들의 이론을 결합한 견해를 기초로하여 판결하고 있다.¹⁵⁷⁾

또한 언론의 자유를 제한하는 법률은 명확해야 한다. 즉 불확정개념이나 막연한 용어를 사용하는 불명확한 법률로는 언론의 자유를 제한하지 못한다. 미국에서 발전된 「막연하기 때문에 무효」(void for vagueness)라는 이론은 표현의 자유를 제한하는 법률이 불명확한 경우에는 그 내용이 막연하기 때문에 무효가 된다는 것이며 그러한 법률의 합헌성추정을 부인하는 동시에 표현의 자유의 우월적 지위를 확인해 주는 이론이다.

① 個別的 加重法律留保

제21조 4항 1문은 「언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도

V 1992, §122 S.797 Rn.35; 또한 Ch.Starck, Herkunft und Entwicklung der Klausel "allgemeine Gesetze" als Schranke der Kommunikationsfreiheiten in Artikel 5 Abs.2 des Grundgesetzes, in: Festschrift für W.Weber zum 70. Geburtstag, 1974, S.189ff. 특히 205ff. 참조.

154) K.Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: HdBDStR II, 1932, S.659f. 참조. 특별법이란 원래 허용된 행위이지만 오로지 그 행위의 정신적 목표(방향) 때문에 금지되거나 제한되는 경우 부당한 특별법이 되는 것이다.

155) K.Rothembücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, 1928, S. 20.

156) R.Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4, 1928, S.52 참조.

157) BVerfGE 7, 198 (209f.); 이 밖에 BVerfGE 28, 282(292); 50, 234 (241); 62, 230 (243f.) 참조.

덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다』라고 규정하고 있다. 이 규정은 문구상으로 볼 때 헌법에 의한 직접적인 언론의 자유의 제한, 즉 개별적 헌법유보 또는 헌법적 한계로 볼 수 있다. 실제로 대부분의 학자들이 그렇게 보고 있다.¹⁵⁸⁾ 그러나 이 규정을 헌법유보로 보는 경우 언론·출판의 자유는 심각하게 침해될 위험이 있을 뿐만 아니라 구체적 사건에 적용하는데는 많은 문제가 제기된다. 즉 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리라는 막연하고 추상적인 개념을 가지고 직접 언론의 자유를 제한하는 경우 남용의 가능성이 엄청날 뿐만 아니라 이처럼 구체화되지 않은 막연한 개념을 어떻게 구체적 사건에 적용할 것인가라는 문제가 제기된다.

바로 이런 이유 때문에 이 규정을 헌법유보가 아니라 개별적 가중법률유보로 보는 것이 적절하다. 즉 제21조 4항은 언론의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 것이다. 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리는 언론의 자유에 대한 제한의 요건이며 이 요건하에서만 언론의 자유는 일반성과 명확성을 가진 법률에 의해 제한될 수 있다. 이처럼 가중된 요건하에서만 언론의 자유를 법률로써 제한할 수 있도록 할 때 언론의 자유는 보다 강하게 보장될 수 있다. 물론 이 규정은 제37조 2항의 일반적 가중법률유보규정과 관련시켜 볼 때 이 규정의 의의는 상당히 희석되는 것이 사실이다. 비록 제37조 2항이 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리라는 요건하에서만 언론의 자유를 포함한 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있지만 이 요건들이 매우 포괄적이기 때문에 제21조 4항의 요건들은 사실상 여기에 포함될 수 있다. 그럼에도 불구하고 제21조 4항이 이처럼 명시적 요건을 규정함으로써 적어도 경고적 의의 또는 주의를 환기시키는 의의를 갖게 된다.

158) 우리 헌법재판소도 제21조 4항을 헌법유보로 보고 있다. 憲裁決 1989. 9. 4. 88헌마 22, 憲判集 제1권 176(190) 참조.

i. 他人의 名譽나 權利

언론·출판은 타인의 명예나 권리를 침해해서는 아니된다라는 제21조 4항의 규정은 언론의 자유에 대한 제한요건을 명시한 것이다. 즉 언론의 자유는 타인의 명예나 권리라는 요건하에서 법률로써 제한될 수 있다.

우리 형법에 따르면 사실을 적시하여 공연히 그리고 고의로 명예를 훼손하는 언론·출판은 범죄가 되고, 피해자의 명시한 의사에 반하지 아니하는 한 피해자의 고소여부와 관계없이 처벌을 받는다(제309조, 312조 및 307조). 또한 민법상으로도 고의 또는 과실로 그러한 표현을 하는 것은 불법행위가 되며 배상할 책임이 있다(제751조). 그러나 언론·출판이 타인의 명예를 훼손한 경우에도 그것이 「진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다」(형법 제310조).

언론·출판이 법적으로 보호되는 타인의 자유나 권리를 침해하는 경우 위법에 따른 처벌은 불가피하다. 다만 이 경우에도 진실한 사실의 공표이며 공익을 위한 때에는 처벌되지 않는다. 타인의 권리침해와 관련하여 특히 문제되는 것은 사생활의 비밀과 자유의 침해이다. 사생활의 비밀의 공개가 불법행위가 되려면 i) 사적 사항이 공공연하게 공표되어야 하고, ii) 공개된 사실이 아직 공표되지 않은 私的 事項이어야 하며, iii) 공개된 사실이 통상인의 感受性을 기준으로 하여 심리적 부담 또는 불안을 주는 것이어야 한다. iv) 또한 공개된 사적 사항이 자신에 관한 것이라는 증명이 필요하다. 즉 동일성(identification)이 입증되어야 한다.

ii. 公衆道德과 社會倫理

언론의 자유는 공중도덕과 사회윤리라는 가중요건하에서 법률로써 제한될 수 있다. 그런데 공중도덕과 사회윤리가 무엇을 의미하는가에 관해서는 분명하게 대답하기가 어렵다. 공중도덕이나 사회윤리에 대한 평가는 시간과 장소에 따라 또한 관점에 따라 다를 수 있기 때문이다.

공중도덕이나 사회윤리와 관련하여 흔히 음란성의 문제가 제기된다. 우리 형법은 「음란한 문서, 도서, 필름 기타 물건을 송포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자」를 처벌하고 있고(제243조) 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률은 「음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우」 그 등록을 취소할 수 있다(제5조의 2 5호). 그런데 무엇을 기준으로 음란성을 판단할 것인가는¹⁵⁹⁾ 쉬운 문제가 아니다. 하나의 예술작품이라도 일부만을 볼 때와 전체를 볼 때 평가가 다를 수 있고¹⁶⁰⁾ 名畵의 경우에도 전시장소와 용도에 따라 달리 평가할

159) 대법원은 음란성의 개념을 「그 내용이 성욕을 자극 또는 흥분시키고 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다」고 한다. 大判 1987. 12. 22. 87도2331; 大判 1982. 2. 9. 81도2281; 大判 1990. 10. 16. 90도1485 참조.

160) 우리 대법원에 따르면 음란성의 판단대상은 「소설에 내포된 전체적 사상의 흐름이 음란할 것을 요한다」라고 하여 작품의 전체를 판단대상으로 하고 있다. 大判 1975. 12. 9. 74도976.

대법원은 염채만씨의 소설 「반노」(叛奴)에 대해 음란성을 부인하면서 「작품 「반노」는 인간의性に 대한 본능을 주제로 하고 있고 몇 군데 성교장면이 나오기는 하나, 남녀간의 성교에서 향락적이고 유희적인 면을 탈색해 버리고 본능에 의한 맹목적인 성교와 그 뒤에 오는 허망함을 반복묘사함으로써 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반향함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운自我를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니, 이에 비추어 이진 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다고 판단하고 있으므로 여기에 소론과 같은 위법이 없다고 할 것이다」라고 판시하였다. 大判 1975. 2. 9. 74도976.

또한 대법원은 마광수 교수의 「즐거운 사라」에 대한 음란성의 판정에서 음란한 문서의 개념과 음란성의 판단기준에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 「형법 제243조의 음화 등의 반포 등 죄 및 형법 제244조의 음화 등의 제조 등 죄에 규정한 음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되는지의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 전전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히

수 있기 때문이다.¹⁶¹⁾

② 一般的 加重法律留保

언론·출판의 자유는 제37조 2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위해 필요한 경우 법률로써 제한될 수 있다. 이 규정에 따라 언론의 자유를 제한하는 법률로는 가령 개별적 가중법률유보에서 언급된 법규정들, 국가보안법(제12조), 군사기밀보호법(제12조), 관세법(제146조 1호) 등 많이 있다.

③ 緊急命令과 非常戒嚴에 의한 制限

대통령은 제76조에 따라 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 발할 수 있고 이 긴급명령에 의해 언론의 자유는 제한될 수 있다. 또한 제77조 3항에 따라 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 언론·출판의 자유에 대한 특별한 조치를 취할 수 있다(계엄법 제9조 1항). 이 특별한 조치에는 사전검열제도 포함될 수 있느냐의 문제가 제기된다. 이에 대해 제21조 2항에 의거하여 사전검열은 허용될 수 없다는 해석이 있을 수 있으나 계엄법은 동등한 헌법규정 제77조 3항에 의거하고 있기 때문에 특별한 조치로서 사전검열은 가능하다고 하겠다.

④ 特殊地位關係에 의한 制限

과거의 학설이나 판례에 따르면 소위 특별권력관계에 있어서 언론의

성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다」. 大判 1995. 6. 16. 94도2413.

- 161) 대법원은 고야(Goya)의 名畵 「나체의 마야」를 인쇄하여 성냥갑 속에 넣어서 판매한 것을 음화라고 판단하였다. 「비록 名畵에 실려 있는 그림이라 하여도 이를 예술·문학·교육 등 공공의 이익을 위해서 이용하는 것이 아니고, 다른 상품 특히 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드사진을 복사제조하거나 시중에 판매할 때에는 이를 보는 자에게 성욕을 자극하여 흥분시키는 동시에 일반의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회의 풍기를 해칠 가능성이 있다고 할 것이므로 이를 음화라고 본다」. 大判 1970. 10. 30. 70도1879.

자유를 포함한 기본권은 특별한 법적 근거가 없어도 제한될 수 있다고 보았다. 그러나 오늘날에는 특수지위관계(소위 특별권력관계)에 있어서도 법적 근거가 없이는 언론의 자유를 포함한 기본권을 제한할 수 없다고 보는 것이 통설이다.

특수지위관계에 있는 자의 언론의 자유(특히 의사표현의 자유)는 일반인과는 달리 보다 많이 제한된다. 가령 공무원 또는 공무원이었던 자가 의사표현의 자유를 이유로 직무상 지득한 비밀을 누설할 수 없다(형법 제127조).¹⁶²⁾ 공무원과 관련하여 국가공무원법(제60조), 지방공무원법(제52조), 법원공무원규칙(제69조), 안전기획부지원법(제17조 1항), 정당법(제45조) 등이 의사표현의 자유를 제한하고 있다.

3. 制限의 限界

언론·출판의 자유를 이처럼 제한하는 경우에도 그 본질적 내용은 제한할 수 없다. 즉 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 한다. 이와 관련하여 미국에서는 표현의 자유를 제한하는 데 있어서 『보다 덜 제한적인 대안』(less restrictive alternative: LRA)이 있는 경우 필요한 최소한의 제한만을 해야한다는 원칙이 확립되어 있다. 즉 이는 과잉금지의 원칙이라고 하겠다. 언론의 자유는 제한하는 경우에도 과잉금지의 원칙에 따라 최소한의 제한만이 행해져야 한다. 결국 그러한 제한은 實際的 調和의 原理(Prinzip praktischer Konkordanz, =規範調和的 解釋)에 따라 언론·출판의 자유와 이를 제한하는 법익이 동시에 최적의 실효성을 나타낼 수 있도록 하는 것이다. 즉 양법익이 동시에 최대한으로 실현될 수 있도록 比例的으로 整序하는 것이다.

162) 이와 관련하여 R.Herzog, 위의 글(주 8), Rdnr.106ff. 참조.

국제인권규약의 국내법적 의의와 효력

장영수*

《目 次》

- I. 문제의 소재: 국제조약의 국내 적용의 법적 절차 - 원칙과 현실의 문제
- II. 국제법규의 국내법적 효력에 관한 헌법원칙
 1. 헌법의 기본원리로서의 국제 평화주의, 국제법존중주의
 2. 헌법과 국제법의 우열관계에 관한 논란
 3. 일반적으로 승인된 국제법규의 존중
 4. 헌법에 따라 체결된 조약의 존중
- III. 조약의 유형과 국내 적용의 방식
 1. 조약의 개념과 유형분류의 다양한 기준
 2. 조약의 유형에 따른 효력의 차이
 3. 조약의 효력발생 조건으로서의 국내법 제정?
 4. 현행헌법규정의 해석과 자기집행조약의 문제
- IV. 국제인권규약의 법적 성질과 효력
 1. 국제인권규약 제정의 배경과 국제적 파급효과
 2. 국제인권규약의 법적 성질: 일반적으로 승인된 국제법규인가?
 3. 국제인권규약의 효력
- V. 국제인권규약에 위반되는 국가작용과 그 효력
 1. 국제인권규약의 구속력과 국가작용
 2. 입법에 대한 국제인권규약의 구속력
 3. 집행에 대한 국제인권규약의 구속력
 4. 사법에 대한 국제인권규약의 구속력
- VI. 사법절차를 통한 국제인권규약의 실현
 1. 법원(法源)으로서의 국제인권규약
 2. 국내법규가 흡결된 경우의 국제인권규약의 적용
 3. 국내법규와 국제인권규약의 충돌시의 해석방향
 4. 사법적 판단을 통한 국제인권규약 실현의 의의와 한계
- VII. 맺음말: 인권보장의 국제화추세와 국제인권규약의 장래

* 高麗大 法大 教授 · 法學博士

I. 문제의 소재 : 국제조약의 국내 적용의 법적 절차 - 원칙과 현실의 문제

오늘날 국경을 넘어서는 국제적 교류는 인류역사가 시작된 이래 가장 활발하게 전개되고 있다.¹⁾ 그로 인하여 한편으로는 국제연합을 비롯한 각종 국제조직과 다국적 기업 등 국경의 의미를 무색하게 만드는 국제적 조직체들의 활동이 더욱 큰 비중을 갖게 되는가 하면, 다른 한편으로는 이러한 국제화 또는 세계화의 시대에 각 개별국가가 취해야 할 올바른 태도는 무엇인지가 진지하게 문제되고 있다.

이처럼 점점 더 활발해지는 국제적 교류는 국제조약을 통해 뒷받침되는 경우가 대부분이다. 활발한 국제교류는 규범적 기초 위에서 교류 당사자들의 이해관계를 적절히 조정하는 가운데서만 계속성과 안정성을 확보할 수 있으며, 그 실효성 또한 기대될 수 있기 때문이다. 그 결과 오늘날 국제조약의 숫자는 물론 국제조약에 의하여 규율되고 있는 내용도 과거와는 비교할 수 없을 정도로 증가·확대되고 있다.

국제조약이 증대됨에 따라 국제조약에 상응하는 국내제도의 정비가 요청되는 경우도 늘어나고 있다. 국제조약들 중에는 국내적용이 특별히 문제되지 않는 것들도 있다. 예컨대 구체적 실행계획을 담고 있기보다는 특정사안에 대한 기본적인 입장의 확인, 방향의 설정 등의 내용만을 담고 있는 국제조약들도 적지 않기 때문이다. 하지만 다른 한편으로는 국내적용이 전제되고 있는 국제조약, 나아가 이를 위한 구체적 절차와 내용까지 담고 있는 국제조약도 드물지 않기 때문에²⁾ 국제조약의 국내

1) 국가간의 교류는 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 걸쳐서 광범위하게 진행되고 있지만, 아마도 최근의 반세기동안 이러한 교류의 최전방에 서 있고, 또 다른 교류를 촉진시키는 가장 큰 원동력이 되고 있는 것은 경제적 교류일 것이다. 경제적 교류를 위한 전제조건으로서, 또는 경제적 교류의 결과 내지 부산물로서 정치적·문화적 교류가 수반되는 경우가 드물지 않기 때문이다.

2) 특히 최근 국제적 경제교류와 관련된 구체적 조건들은 관세의 인하, 국내기업에 대한 특별보조금의 폐지, 나아가 외국자본투자에 대한 특별한 보장·보호 등 국내법을 통한 실현을 전제하는 것이 대부분이다.

적용의 문제는 오늘날 매우 현실적인 문제의 하나로 인식되고 있다.

국제조약의 국내적용의 문제는 규율대상에 따라 상이하게 나타나기도 한다. 예컨대 국제적 경제교류에 관한 조약의 경우 국내적용에 수반되는 여러 문제들이 비교적 널리 인식되고 있으며 또 그 현실적 필요성과 규범적 당위성에 대하여도 비교적 큰 의의가 제기되지 않는 반면에, 인권문제에 관한 국제조약의 국내적용과 관련해서는 적지 않은 견해의 대립이 쉽게 확인될 수 있다. 과연 인권보호에 관한 국제조약은 국내법적으로 어떤 효력을 가질 수 있는지, 또 국내적용을 위한 별도의 절차가 필요한지, 아니면 조약의 가입만으로 직접 효력을 발생시킬 수 있는지 등에 관하여 많은 논란이 학설상, 그리고 실무상으로 나타나고 있는 것이다.

이하에서는 이러한 인권보호에 관한 국제조약의 국내적용에서 나타나는 문제점을 특히 국제인권규약과 관련하여 정리해 보고자 한다. 이를 위하여 먼저 국제법규의 국내법적 효력에 관한 헌법원칙을 먼저 살펴본 후, 이에 기초하여 조약의 법적 효력에 관한 일반원칙을 확인할 필요가 있을 것이다(II). 그 기초 위에서 조약의 유형에 따른 국내적용의 방식을 간단히 정리해 본 후(III), 국제인권규약의 법적 성질과 효력을 확인(IV)하는 것이 가능할 것이기 때문이다. 그리고 이와 관련하여 국제인권규약에 위반되는 국가작용과 그 효력(V), 사법절차를 통한 국제인권규약의 실현(VI)을 검토함으로써 국제인권규약과 같은 국제조약의 국내적용문제를 개관할 수 있을 것으로 기대한다.

II. 국제법규의 국내법적 효력에 관한 헌법원칙

1. 헌법의 기본원리로서의 국제평화주의, 국제법존중주의

오늘날의 세계는 교통과 통신의 비약적 발달로 인하여 점차 일일생

활권으로 형성되고 있다. 그 결과 지구촌에서 국가간의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 교류와 상호의존성은 점점 더 확대되고 긴밀해지고 있다. 이러한 상황에서 한 국가의 평화와 안전 그리고 질서는 국제적 평화 없이 고립된 1개 국가의 노력만으로는 도저히 달성될 수 없게 되었다.

이에 따라 국내질서와 국제질서의 기본관계에 대한 이해의 변화가 생기게 되었으며 특히 두 번에 걸친 세계대전을 경험한 각국은 전쟁의 방지와 평화의 유지를 위하여 국제적인 노력을 기울이게 되었다. 이러한 국제적인 노력들은 또한 각국의 국내법에 반영되어 헌법에 평화주의의 명문화를 남게 되었으며 현행헌법도 제5조 제1항에서 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”고 규정함으로써 국제평화주의를 선언하고 있을 뿐 아니라 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다”고 규정함으로써 국제법에 대한 존중을 명시하고 있다.

이러한 헌법규정에 따라 국제평화주의와 국제법존중주의는 현행헌법 하에서도 국가질서형성의 기본방향을 결정하는 중요한 원리로 인정되고 있다.

2. 헌법과 국제법의 (우열)관계에 관한 논란

헌법이 이처럼 국제평화주의와 국제법존중주의를 명시하고 있음에도 불구하고 헌법을 비롯한 국내법과 국제법의 관계는 여전히 논란의 대상이다. 전통적으로 국내법과 국제법의 관계에 대하여는 일원론과 이원론이 대립되어 왔으며, 이러한 견해의 대립은 현재까지도 계속되고 있다.³⁾

일원론은 국내법과 국제법이 전체적으로 하나의 통일된 법질서를 이

3). 이에 관하여는 계희열, 헌법학(상), 1997, 164쪽 이하; 정용태, 국제법과 국내법의 관계 - 학설을 중심으로 -, 청주대 법학논집 창간호(1986), 89-102쪽 참조.

룬다는 주장을 내세우고 있으며, 그 근거로는 자연법이 국내법과 국제법을 망라한 모든 법의 원천이라는 견해가 있는가 하면, 법의 단계구조를 그 논거로 삼는 견해도 있다. 그러나 이러한 일원론의 경우에도 국내법과 국제법의 우열관계에 대하여 다시금 견해가 대립되어 국내법우위론과 국제법우위론이 나뉘고 있다.⁴⁾

반면에 **이원론**은 국내법과 국제법은 각기 별개의 독립된 법질서로 이해되어야 한다고 주장하며, 그 권한, 영역, 법원(法源) 및 수범자(受範者)가 다르다는 것을 논거로 하고 있다. 즉 국제법의 타당성근거는 국제법주체간의 합의에서 찾을 수 있는 경우가 대부분이지만, 국내법의 경우에는 국가내의 입법권 및 입법절차의 정당성에서 찾을 수 있다는 것이다. 따라서 이원론의 입장에서는 국제법이 국내적으로 효력을 갖기 위해서는 이를 국내법으로 전환시키는 과정이 필요하다고 한다. 즉 변형, 편입, 순응 그리고 계수 등의 절차가 필요하다는 것이다.⁵⁾ 그러나 이 개념들간의 경계는 분명치 않다.

대체로 **변형(Transformation)**이란 헌법규정에 의하여 국제법을 국내법적 성격의 규범으로 변형하여 그 국내법적 효력을 인정하는 것을 의미하며,⁶⁾ **편입(Inkorporation)**이란 국제법조항이 이러한 변형을 거치지 않고 (즉 국제법으로서의 성격을 유지한 채로) 국내법의 구속력 있는 구성부분으로 인정되는 것이다.⁷⁾ 편입의 경우와는 달리 모든 국제법조항이 자동적으로 국내법의 구속력 있는 구성부분으로 인정되는 것이 아니

4) 계희열, 헌법학(상), 1987, 165쪽 참조.

5) 이에 관하여는 이장희, 국제법의 국내법적 도입에 관한 이론 - 변형이론·수용이론·집행이론 -, 고시연구 1988.1, 121-130쪽 참조.

6) 독일기본법 제25조가 “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 이들은 법률에 우선하며, 연방영역내의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다”고 규정하고 있는 것이 그 예로 들 수 있다. Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art.25, Rdn. 7.

7) 즉 편입의 원칙에 기초할 경우에는 국제법조항의 존재를 확인함과 동시에 그 국제법조항은 국내법과 마찬가지로의 효력을 갖는 법규범으로 인정되는 것이다. Maunz-Dürig, a.a.O.(Anm.6), Rdn. 8.

라 국가의 명시적 또는 묵시적인 동의를 필요로 하는 경우를 **순용**(Adaption)이라 할 수 있다.⁸⁾ 그리고 **계수**(Rezeption)가 상기 3가지 유형과 구별되는 어떤 특징을 갖는지에 대하여는 논란이 있지만, 대체로 국제법조항이 국내헌법에 모순되지 않을 때, 그리고 국내법률보다 신법(新法)일 경우에 한하여 그 효력을 인정하는 경우를 말한다.⁹⁾

이처럼 국제법과 국내법의 (우열)관계에 대하여는 매우 다양한 견해들이 복잡하게 전개되고 있으며, 국가마다 실제 적용의 예도 다르게 나타나고 있다.¹⁰⁾ 그러므로 어떤 특정이론만으로 헌법과 국제법의 관계를 설명하기에는 어려움이 있고, 우리의 경우도 우리 헌법의 규정을 보다 정밀하게 분석하는 가운데 합리적인 해결을 찾아야 할 것으로 생각된다.

3. 일반적으로 승인된 국제법규의 존중

현행헌법 제6조 제1항은 “일반적으로 승인된 국제법규”에 대하여 국내법과 같은 효력을 갖는다고 명시하고 있다.

“일반적으로 승인된 국제법규”란 세계의 압도적 다수국가에 의해서 승인된 국제법규를 말한다. 즉 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것을 말한다. 여기서 “승인된”이란 말은 우리 나라가 승인한 경우만을 의미하지 않는다. 대다수 국가에 의해 이미 승인된 국제법규는 우리나라에 의한 승인과 상관 없이 “일반적으로 승인된 국제법규”이다.¹¹⁾

8) 예컨대 - 영국의 실무가 그러하듯이 - 적용되어야 할 국제법규정들이 국내법을 또는 최고법원의 재판에 모순되지 않아야 한다는 요청이 이러한 순용의 전제로 간주된다. Maunz-Dürig, a.a.O.(Anm.6), Rdn. 9.

9) 따라서 - 미국의 실무가 그러하듯이 - 국제법조항이 헌법에 위배되거나 혹은 국제법조항보다 사후에 제정된 국내법률이 국제법조항과 모순될 경우에는 그 효력이 배제된다. Maunz-Dürig, a.a.O.(Anm.6), Rdn. 10.

10) 이에 관하여는 이상면, 조약의 국내법적 효력 - 이론과 실제 그리고 입법론과 해석론 -, 월간고시 1975.8(상), 97-104쪽, 1975.9(하), 110-120쪽 참조.

11) “일반적으로 승인된 국제법규”의 내용으로는 성문의 국제법규와 불문의 국제관습법만이 아니라 일반적으로 승인된 국제조약이 모두 포함된다. 가령 포로의 인도적 취급 또는 약탈의 금지와 같은 전쟁법상의 원칙들, 외교사절의 법적 지위에 관한 원칙, 조

“일반적으로 승인된 국제법규”는 헌법 제6조 1항에 따라 특별한 국내법적 수용절차를 거치지 않고 국내법과 동등한 효력을 갖는다. 그런데 여기서 국내법과 같은 효력이란 헌법, 법률, 명령, 규칙 등과 같은 국내법 중 어느 것과 동등한가의 문제가 제기된다.

이에 대하여는 “일반적으로 승인된 국제법규”는 법률과 동등한 효력을 갖는다는 견해가 있다.¹²⁾ 이러한 견해에 따르면 “일반적으로 승인된 국제법규”는 국내법률과 동등한 효력을 갖기 때문에 신법인 국내법률에 의하여 “일반적으로 승인된 국제법규”가 배제될 수 있다. 그러나 “일반적으로 승인된 국제법규”는 - 개별적으로 그 효력의 차이가 있을 수 있기 때문에 확립적으로 판단하기는 어렵지만 - 대체로 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.¹³⁾ 왜냐하면 구체적으로 세계의 대다수 국가가 승인하고 있는 외교사절의 법적 지위나 포로의 인도적 취급의 원칙 등을 - 더욱이 우리 헌법이 국제평화주의를 헌법의 기본원리로 삼고 있으면서 - 국내법률로 부인하기 어렵기 때문이다.

4. 헌법에 따라 체결된 조약의 존중

헌법 제6조 1항에 따르면 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다. 즉 조약이 국내법적 효력을 갖기 위해서는

약은 준수되어야 한다(*pacta sunt servanda*)는 원칙만이 아니라 집단학살(*genocide*)의 금지협정, 포로에 관한 제네바협정 등과 같은 조약법 등도 이에 해당된다.

12) 권영성, 헌법학원론, 1988, 170쪽.

13) 계희열, 헌법학(상), 1997, 168쪽; 김철수, 헌법학개론, 1998, 224쪽. 그러나 권영성, 헌법학원론, 1998, 170쪽은 법률과 국제법규는 형식적 효력이 동일하다고 보고 있다. 참고로 독일의 경우에도 법률에 우선한다는 기본법 제25조의 규정에 따라 국제법의 일반원칙의 국내법적 효력은 헌법(기본법)과 법률의 중간인 것으로 보는 것이 통설이다. 이에 관하여는 Wilhelm Karl Geck, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrecht, in: BVerfG und GG, Bd. II, 1976, S.125-153(137) 참조.

조약의 체결·공포의 절차가 합헌적¹⁴⁾이어야 할 뿐만 아니라 조약의 내용도 헌법에 위배되지 않아야 한다.

이처럼 합헌적 절차에 따라 성립되고 헌법에 위배되지 않는 조약은 헌법 제6조 1항에 따라 국내법과 같은 효력을 갖는다. 그런데 여기서 조약이 국내법과 같은 효력을 갖는다고 할 때 국내법의 어떤 법과 같은 효력을 갖느냐의 문제가 제기된다.

이와 관련하여 국제협조주의 등을 논거로 헌법에 대한 조약의 우월성까지 주장하는 견해도 있으나 다수설은 ① 조약의 체결권은 헌법에 의해 인정된 권한이며, ② 조약이 국민주권을 배격할 수 없고, ③ 헌법의 최고규범성에서 볼때 조약의 우위를 인정할 수는 없다는 것을 논거로 헌법의 우위를 인정하고 있다.¹⁵⁾ 법이론적으로 보더라도 헌법의 수권에 의해 성립된 조약이 헌법보다 우위에 있다는 것은 모순이며, 또 현실적으로 국제조약의 성립과정 및 그 위반시의 제재 등을 살펴볼 때 - 적어도 세계정부가 구성되어 있지 않는 현시점에서는 - 조약체결 당사국의 주권성을 부인할 수 없기 때문에 헌법우위설이 타당하다고 생각된다.¹⁶⁾¹⁷⁾

14) 조약의 체결권은 대통령의 권한에 속한다(헌법 제73조). 대통령은 조약을 체결·비준함에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 하며(헌법 제89조 3호) 특히 중요한 사항에 관한 조약(상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약)의 체결·비준에는 사전에 국회의 동의를 얻도록 하였다(헌법 제60조 1항). 이 밖의 조약, 즉 국가간의 단순한 행정협조적 또는 기술적 사항에 관한 조약의 체결·비준에는 국회의 동의를 요하지 않는다.

15) 계희열, 헌법학(상), 1997, 169쪽 이하; 권영성, 헌법학원론, 1998, 171쪽 이하; 김철수, 헌법학개론, 1998, 223쪽.

16) 독일에서도 국제조약의 국내법적 효력은 법률과 같은 효력으로 이해하는 것이 통설과 판례의 태도이다. 이에 관하여는 Rudolf Bernhardt, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: Isesee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. VII, 1992, S.571-597(589f.) 참조.

17) 국제조약에 대한 위헌심사의 가능성에 관한 독일의 논의 및 독일연방헌법재판소의 판례에 관하여는 Rudolf Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: BVerfG und GG, Bd. II, 1976, S.154-186 참조.

또한 조약의 효력은 국내법률과 같은 것으로 인정하는 것이 다수설이다. 이른바 중요조약 내지 입법사항에 관한 조약에 관하여는 국회의 동의를 얻도록 요구하고 있는 헌법의 취지에 비추어 볼 때, 국회의 동의에 의해 비로소 체결·비준되고 국내법적 효력도 가질 수 있는 조약이 국회에 의해 제정되는 법률보다 특별히 우월하다고 보기는 어렵기 때문에 “일반적으로 승인된 국제법규”와는 달리 조약에 대하여는 국내법률과 동등한 효력을 갖는 것으로 보는 것이다.¹⁸⁾ 물론 개별조약에 따라 국내법적 효력에 차등이 있다. 예컨대 국회의 동의를 필요로 하지 않는 순수한 행정협정과 같은 것은 명령(대통령령)과 같은 효력을 갖는다.¹⁹⁾

Ⅲ. 조약의 유형과 국내 적용의 방식

1. 조약의 개념과 유형분류의 다양한 기준

국제법규범은 과거 국가간의 관행을 중심으로 형성되었으나 국제질서가 복잡·다양하게 발전됨에 따라 국제질서의 명확한 규범적 규율을 위한 조약법의 발전, 즉 국제법규범들의 성문화 작업은 매우 중요한 것으로 인식되었으며, 1969년의 조약법에 관한 Vienna협약, 1978년 조약의 국가승계에 관한 Vienna협약, 1986년 국가와 국제기구간 또는 국제기구 상호간의 조약법에 관한 Vienna협약 등에 의하여 조약법에 관한 국제법적 기초가 형성되었다.

특히 1969년의 조약법에 관한 Vienna협약 제2조 제1항과 1986년 국

18) 그러나 조약이 체결되어 존속하고 있는 상황에서 국내법의 개정에 의하여 그 국내적 용을 배제할 경우에 발생될 수 있는 국제적 부담 때문에 실제로 조약에 반하는 국내법의 제정은 매우 신중하여야 할 것이다.

19) 이에 관하여는 계희열, 헌법학(상), 1997, 170쪽; 김철수, 헌법학개론, 1998, 226쪽 참조.

가와 국제기구간 또는 국제기구 상호간의 조약법에 관한 Vienna협약 제 2조 제1항에 기초하여 조약을 다음과 같이 정의할 수 있다:

조약이란 국제법주체간에 법률상의 권리·의무를 창설·변경·소멸시키는 2개 또는 그 이상의 국제법주체간의 약속을 말한다. 조약은 명시적으로 조약이라는 명칭이 붙은 것만이 아니라 협정, 협약, 약정, 규약, 헌장, 의정서, 선언, 메모 등 그 명칭과 상관없이 국제법주체 사이에서 법적 구속력을 갖도록 체결한 문서에 의한 합의

를 말한다. 이처럼 조약은 명칭과 상관없이 사용되고 있으며, 헌법 제6조 제1항의 조약도 이와 같은 의미로 이해되기 때문에 조약의 개념에 포함되는 국제법규범은 매우 다양할 수밖에 없다. 따라서 조약은 분류의 기준에 따라 여러 유형으로 나뉘어지고 있다. 예컨대 명칭에 따라 조약(treaty), 협약(convention), 협정(agreement), 각서교환(exchange of notes) 등 일반적으로 많이 이용되는 것들 이외에도 의정서(protocol), 헌장(charter 또는 constitution), 규약(statute), 잠정협정(Modus Vivendi), 의사록(proces-verbal) 또는 합의의사록(agreed minutes), 양해각서(memorandum of understanding) 등으로 나뉘어지기도 하며, 조약체결의 주체에 따라 국가간의 조약과 국가와 국제기구간에 체결한 조약, 국제기구 상호간의 조약으로 분류되기도 한다. 또한 조약체결의 절차에 따라 정식조약(formal treaty)과 약식조약(agreement in simplified form)을 구분하기도 하며, 당사자의 수에 따라 양자조약(bilateral treaty)과 다자조약(multilateral treaty)으로 분류되기도 한다.²⁰⁾

20) 그밖에 조약의 내용분야에 따라 통상협정, 지불협정, 문화협정, 법규칙제정조약 등으로 분류하는 경우도 있으며, 법규조약과 계약조약, 일반조약과 특별조약, 규범조약과 국제기구설립조약 등으로 분류되기도 한다. 이에 관하여는 유병화, 국제법 I, 1995, 146쪽 이하 참조.

2. 조약의 유형에 따른 효력의 차이

이와 같은 다양한 기준에 따라 조약의 유형을 분류하는 것은 조약의 체결절차나 법적 성격, 효력 등과 관련하여 실질적 의미를 갖는다.

우리가 헌법 제6조 제1항에 따라 조약의 국내법적 효력을 인정하는 경우에도 이처럼 조약이 매우 다양한 형태를 갖고 있으며, 그에 따라 조약의 성격 및 조약체결의 절차와 방식이 다르다는 것은 매우 현실적인 문제로 제기된다. 특히 헌법 제60조에 의하여 명시된 중요사항에 관한 조약 및 입법사항에 대한 조약에 대하여는 국회의 동의를 받도록 요구되고 있는 반면에 그렇지 않은 조약, 예컨대 국가간의 행정협조 등에 관한 기술적 사항을 정하는 조약의 경우에는 국회의 동의를 필요로 하지 않는다.²¹⁾ 이에 따라 국회의 동의를 얻어야 하는 조약은 법률과 같은 효력을 갖는 것으로 인정하되, 그렇지 않은 조약은 행정부의 명령과 같은 효력을 갖는 것으로 인정하는 것이 다수설이다.

그러나 조약의 국내법적 효력과 관련하여 보다 현실적인 문제는 조약이 국회의 동의없이 체결·비준된 경우, 또는 정상적인 국회의 동의 절차를 거친 경우에도 그 내용의 위헌성이 문제되는 경우에 발생된다. 즉 위헌조약의 효력은 어떻게 인정되어야 할 것이냐의 문제이다. 이에 관하여는 조약을 진정위헌조약, 진정합헌조약, 준위헌조약으로 나누어서 주로 준위헌조약을 문제삼고 있다.²²⁾ 준위헌조약 가운데서 절차상 합헌이나 내용상 헌법에 위배되는 경우는 국제법상으로는 유효한 조약이지만 헌법우위의 입장에서 볼 때에는 국내법적 효력을 갖지 못하는 것으로 인정될 수밖에 없을 것이다. 또한 절차상 위헌이나 그 내용은 헌법에 위배되지 않는 비밀조약 등과 같은 준위헌조약도 국제법상으로는 유효

21) 다만 여기서 유의하여야 할 것은 ‘행정협정’이라는 명칭이 중요하지는 않다는 것이다. 예컨대 그동안 많이 문제되어온 ‘한미행정협정’은 그 명칭에도 불구하고 사실상 재판관할권의 문제 등과 같은 입법사항을 내용으로 하고 있으므로 국회의 동의를 요하며, 법률적 효력을 갖는 것으로 이해되는 것이다.

22) 계희열, 헌법학(상), 1997, 170쪽이하; 김철수, 헌법학개론, 1998, 226쪽 이하 참조.

효한 것으로 취급되는 경향이 있으나 국내법적 효력을 인정하는 데에는 어려움이 있을 것이다.

따라서 조약의 체결·비준의 절차가 합헌적이고, 또 내용도 헌법에 위배되지 않는 경우, 즉 진정합헌조약의 경우에 비로소 조약의 국내법적 효력이 인정될 수 있다.

3. 조약의 효력발생 조건으로서의 국내법 제정?

합헌적 조약의 경우에도 조약이 국내에서 적용되는 절차는 통일되어 있지 않다. 영국의 경우에는 의회에서 조약문을 다시금 법률의 형식으로 의결·공포하는 절차를 거치고 있으며, 연방국가에서는 연방정부와 주정부의 관계를 고려하여 조약문을 법률의 형식으로 연방의회에서 - 각주의 대표들이 참여하는 가운데 - 의결하도록 하는 경우가 많다. 그러나 미국을 비롯한 대부분의 국가에서는 행정부가 조약내용을 대통령포고의 형식으로 공포하는 절차로 조약의 국내적용을 위한 준비를 마치고 있다.

이 경우 의회의 의결을 다시금 거치는 경우에는 조약이 국내법으로서 성립되는 완전한 형식을 갖춘 것이기 때문에 조약의 효력에 관한 문제는 더 이상 제기되기 어렵다. 하지만 합헌적으로 체결·비준된 조약의 국내법적 효력을 헌법이 직접 인정하고 있는 우리나라의 경우에, 더구나 헌법 제60조의 규정에 따라 일정한 조약에 대하여는 그 체결·비준을 이미 국회에서 동의한 경우에 다시금 조약의 국내적용을 위해 국회의 의결을 반복하도록 하는 것은 현실적으로 불필요한 절차의 반복이 될 것이다. 따라서 조약이 합헌적으로 성립된 경우에는 국회의 - 국내법의 제정 등 - 별도의 조치 없이 대통령의 공포만으로 조약의 국내적용이 가능하게 된다고 보아야 할 것이다.²³⁾

다만 조약이 국내법질서 속에서 적용되기 위하여는 여러 부수적인

23) 법령 등 공포에 관한 법률 제6조 참조.

시행조치가 필요한 것이 보통이므로, 이를 위한 국가의 활동이 요청될 때가 많다. 예컨대 필요한 예산의 확보, 구체적인 담당기관의 확정, 활동상의 시행세칙 등이 필요할 것이다. 이러한 시행조치를 위한 의무가 조약상에서 구체적으로 명시되는 경우가 보통이기는 하지만, 그러한 명문규정이 없는 경우에도 이를 위한 국가의 의무를 인정하는 데에는 이론(異論)이 없다.²⁴⁾

4. 현행헌법규정의 해석과 자기집행조약의 문제

자기집행조약(self-executing treaty)이란 그 조약규정이나 조약의 성격상 별도의 입법에 의한 시행조치 없이 바로 국내법으로 적용될 수 있는 조약을 말한다. 즉 조약의 내용상 별도의 입법적 시행조치 없이 효력을 발생하도록 의도하고 있음이 명백하고, 구체적인 적용을 위한 기준을 충분히 상세하게 규정하고 있는 조약을 자기집행조약이라고 부르는 것이다.

이러한 자기집행조약(self-executing treaty)과 비자기집행조약(non-self-executing treaty)의 구별은 19세기 미국의 법원에서 형성된 것이며, 미국을 제외한 다른 나라에서는 별로 인정되지 못했다. 그러나 20세기에 들어와 자기집행조약의 개념은 유럽국가들에서도 받아들여지기 시작했으며, 비록 서로 상이한 용어를 사용하는 경우라 하더라도 유사한 현상은 점차 확산되고 있다.²⁵⁾

이러한 자기집행조약의 문제는 구체적으로 어떤 경우가 자기집행조약에 해당되는지의 여부, 즉 자기집행조약과 비자기집행조약을 구별하는 기준의 문제와 더불어 조약체결의 권한과 시행조치의 권한이 분화되어 있는 경우의 문제를 중심으로 논의되어 왔다. 특히 미국의 경우에는

24) 유병화, 국제법 I, 1995, 265쪽 참조.

25) 독일에서의 자기집행조약에 관한 논의에 대하여는 K.Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2.Aufl., 1984, S.491ff. 참조.

대통령이 상원의원 3분의 2의 다수의 동의를 얻어 조약을 체결할 수 있으므로 하원의 참여 없이 입법사항에 관한 조약을 체결할 수 있다는 것이 문제된다.²⁶⁾

그러나 우리의 경우 조약의 성격과 내용상 별도의 국내법제정을 통한 시행조치 없이도 적용이 가능한 조약에 대하여 국회가 동의하여 대통령이 체결·비준한 경우에는 그 조약의 국내법적 효력이 별도로 문제될 이유는 없을 것이다. 별도의 국내법 제정 없이 국제법의 국내법적 효력을 인정하는 것을 전제로 할 때, 자기집행조약이란 결국 시행조치를 위한 보충적 입법의 현실적 필요성 유무를 따지는 것에 지나지 않기 때문이다.

IV. 국제인권규약의 법적 성질과 효력

1. 국제인권규약 제정의 배경과 국제적 파급효과

우리가 국제인권규약(International Covenant on Human Rights)으로 부르는 것은 1966년 12월 16일의 제21차 UN총회에서 의결된 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(A규약)²⁷⁾과 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(B규약),²⁸⁾ ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 대한 선택의정서’²⁹⁾ 및 1989년 12월 15일의 제44차 UN총회에서 새롭게 채택된 ‘사형의 폐지에 관한 제2선택의정서’³⁰⁾로 구성된다.

26) 이 문제는 비자기집행조약의 경우 대통령이 상원의 동의를 얻어 체결한 조약의 시행을 위한 입법조치를 하원이 거부하는 경우에는 어떻게 되느냐는 문제와도 결부되어 있다. 이에 관하여는 유병화, 국제법 I, 1995, 270쪽 참조.

27) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 1976년 1월 3일 발효.

28) International Covenant on Civil and Political Rights. 1976년 4월 23일 발효.

29) Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. 1976년 3월 23일 발효.

30) Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political

종래 국내적 문제로 인식되었던 인권보장도 오늘날에는 점차 국제적 보장을 통한 인권보장의 강화를 지향하고 있다. 그것은 무엇보다 인권보장이 인류의 보편적 문제라는 인식에 기초하고 있으며, 이러한 인식은 20세기에 들어와 2차례에 걸친 세계대전 및 그 과정에서 나타난 대량학살을 비롯한 참혹한 인권유린의 경험을 통해 더욱 강화되고 확산되었다. 그 결과 제2차 세계대전 이후 인권보장의 국제화는 역사의 흐름으로 나타나게 되었으며, 제3차 UN총회에서 채택된 세계인권선언 이후 UN 등의 국제기구를 중심으로 국제적 인권보장이 더욱 활발해지고 있다.³¹⁾

국제인권규약은 이러한 시대적 흐름을 배경으로 탄생된 것이며, 국제인권규약의 채택과 비준·발효의 과정을 통하여 인권보장의 국제화는 매우 진전되었다고 평가할 수 있다.³²⁾ 특히 국제인권규약을 비롯한 여러 국제적 인권보장제도의 발전은 인권문제의 보편성이라는 측면에서 많은 인식의 변화를 가져왔다. 이로 인하여 인권의 문제는 더 이상 개별국가의 내부적 문제로 간주되지 않게 되었으며, 인권탄압에 대한 국제사회의 관심과 압력은 더 이상 내정간섭으로 치부되지 않는 경향을 보이고 있는 것이다.

우리나라는 1990년 3월 16일 국회에서 국제인권규약 가입안이 비준되어 1990년 4월 10일 가입서를 UN에 기탁하였으며 1990년 7월 10일

Rights aiming at the Abolition of Death Penalty. 1991년 7월 11일 발효.

- 31) 특히 1950년 11월 4일에 채택되어 1953년 9월 30일부터 발효된 유럽인권규약은 인권보장의 국제화에 큰 역할을 하였다. 비록 유럽지역에 국한된 것이긴 하지만 강제력을 가진 인권규약이 탄생되었다는 것은 국제적 인권보장의 신기원을 마련하였기 때문이다. 1961년에는 유럽사회헌장이 채택되어 사회적 기본권 등으로 그 내용이 확대되었다.
- 32) 국제인권규약이 사회적·경제적 및 문화적 권리에 관한 A규약과 시민적·정치적 권리에 관한 B규약의 2개로 분리된 데에는 서구의 국가들과 동구권 및 아프리카 국가들의 요구가 타협을 이루게 된 것이 그 배경으로 알려지고 있다. 서구국가들이 전통적 자유권을 중심으로 강제력 있는 규약의 제정을 추진한 반면에 동구권과 아프리카 국가들에서는 사회적·문화적 권리들의 추가를 요청하여 결국 국제인권규약이 2개의 독립된 규약으로 분리되어 의결되었다는 것이다. 이에 관하여는 K.Stern, Staatsrecht, Bd.III-1, 1988, S.262f. 참조.

그 효력이 발생되었다. 다만 우리나라는 A규약에는 유보 없이 가입하였으나 B규약에는 제14조 제5항의 상소권보장, 제14조 제7항의 일사부재리 및 이중처벌금지, 제22조 제1항의 결사의 자유, 제23조 제4항의 혼인에 있어서의 배우자 평등의 4개항에 대하여 가입을 유보하였었다. 그 후 민법의 개정에 따라 1991년 1월 1일 제23조 제4항에 대한 유보가 철회되었고, 1993년 1월 21일에는 제14조 제7항에 대한 유보도 철회되었다. 그러나 비상계엄하의 단심제에 관한 헌법 제110조 제4항 및 군사법원법 제534조와 관련하여 제14조 제5항에 대한 유보는 계속되고 있으며,³³⁾ 공무원 및 사립학교교원의 근로삼권과 관련된 헌법 제33조 제2항 및 국가공무원법 제66조 제1항, 사립학교법 제55조의 규정과 관련하여 제22조 제1항에 대한 유보도 철회되지 않고 있다.³⁴⁾ 또한 제1선택의정서에는 가입하였으나 제2선택의정서에 대해서는 가입하지 않고 있다.

2. 국제인권규약의 법적 성질: 일반적으로 승인된 국제법규인가?

국제인권규약은 오늘날 광범위하게 받아들여지는 국제법규범이 되고 있다. 1998년 5월 13일 현재 A규약에 대하여 137개국, B규약에 대하여 140개국, 제1선택의정서에 대하여 93개국이 각기 비준하였다. 따라서 적어도 우리나라가 가입하지 않은 제2선택의정서를 제외한 A, B 양규약

33) 이와 관련하여 대한변호사협회는 “이 규정은 상소제도에 의한 심리를 받을 수 있는 일반적 원칙을 선언한 것이고, 전쟁·비상계엄과 같은 국가비상시에 헌법에 근거, 비상조치까지 배제하는 조항은 아니다. 따라서 비상계엄하에 적용되는 헌법 제110조 제4항과 군사법원법 제534조를 들어 가입을 유보할 이유는 못된다”고 반대했다. 이에 관하여는 유현석, 국제인권규약과 법률사무, 인권과 정의 169(1990.9), 98-104(99) 쪽 참조.

34) 이 조항에 대한 가입유보에 대해서도 대한변호사협회는 “모든 사람에게 노동조합을 결성하고 가입하는 권리를 포함한 결사의 자유를 인정하였지만 동조 제2항에서 국가의 안전, 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호나 타인의 권리 및 자유 보호를 위한 제한을 가할 수 있는 폭넓은 여지를 남겨두고 있어서 이는 헌법 제33조 제2항 및 제37조 제2항과 저촉되지 않으며, 따라서 가입을 유보할 이유는 없다”고 반대대의사를 표명한 바 있다. 이에 관하여서도 역시 유현석, 앞의 글(주 33), 99쪽 참조.

및 제1선택의정서에 대해서는 지구상의 대부분 국가들이 수용하는 일반적인 국제법규범으로 보는 것도 가능할 수 있을 것이다.

국제인권규약이 개별적 가입을 전제하고 있는 조약이며, 우리나라도 A, B 양규약 및 제1선택의정서에 가입하고 있지만, 이를 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로 볼 경우와 단순한 ‘조약’으로 볼 경우와는 앞서 살펴본 바와 같이 그 효력에 있어서 차이가 있다. 즉 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로 볼 경우에는 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위의 효력을 갖는 것으로 인정될 것이지만, 일반적인 ‘조약’으로 취급할 경우에는 법률과 같은 효력을 갖는 것으로 인정되어서 이와 배치되는 국내법이 제정될 경우에는 신법(新法)우선의 원칙에 따라 국제인권규약의 적용이 배제되고 국내법의 효력이 우선하게 될 것이다.³⁵⁾

이 문제는 또한 우리나라가 가입을 유보하고 있는 B규약 제14조 제5항의 상소권보장 및 제22조 제1항의 결사의 자유와 관련하여서도 현실적 의미를 갖는다. 가입이 유보되지 않은 그밖의 규정들의 경우에는 ‘조약’으로 볼 경우에도 국내법적 효력을 인정받게 되지만 유보되어 있는 조항들의 경우에는 국제인권규약을 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로 볼 경우에만 국내법적 효력을 인정받을 수 있는 것이다.

그러나 국제인권규약을 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로 볼 수 있을 것인지의 여부는 명확하지 않다. 현행헌법은 수많은 국제법규 가운데 어떤 것이 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당되는지에 대하여 누가 어떻게 판단할 것인지에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 또한 학설상으로도 세계 대다수의 국가에 의하여 승인되어 그 보편성이 인정된 (조약을 포함한) 성문법규 및 관습법을 포함하는 것으로만 이야기될 뿐 구체적인 기준을 명확히 제시하고 있지는 않다. 이에 따라 무엇이 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당되는 지는 현실적으로 법원이

35) 그러나 김철수, 헌법학개론, 1998, 226쪽에서는 국제인권규약 등을 조약으로 보고 있으면서도 “우리나라가 체결한 국제연합헌장이나 유네스코 헌장, 국제인권규약 등은 헌법률과 같은 효력을 가진다”고 보면서 일반법률보다 상위의 효력을 인정하고 있다.

확인할 수밖에 없는 것으로 인정되고 있다.³⁶⁾ 즉 구체적인 사건이 발생되었을 때 법원에서 문제되는 국제법규가 ‘일반적으로 승인’된 것인지의 여부에 대하여 판단할 수밖에 없다는 것이다.

현재까지 우리나라의 법원이 국제인권규약이 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당되는지의 여부에 대하여 판단한 바는 없다. 그러나 국제인권규약이 별도의 가입절차를 예정하고 있으며, 우리나라가 이에 몇 개 조항에 대한 유보를 전제로 가입하고 있는 현실을 고려할 때, 국제인권규약을 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로 보아 우리나라에 의한 승인과 무관하게 국내법적 효력을 갖는 것으로 보기는 곤란할 것으로 생각된다.

3. 국제인권규약의 효력

따라서 국제인권규약은 국회의 동의를 거친 조약으로서 국내법률과 같은 효력을 갖는 것으로 인정되어야 할 것이며, B규약 가운데 가입이 유보된 2개 조항과 제2선택의정서는 국내법적 효력을 갖지 못한다고 보아야 할 것이다. 그러나 국제인권규약의 개별적 내용에 따라 그 구체적인 적용과 관련된 효력의 문제는 매우 복잡하게 나타날 수 있다.

먼저 **A규약**은 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 보장을 담고 있다. 이미 1948년의 세계인권선언에서 이러한 유형의 기본권에 대한 국제적 관심이 표명되기는 하였지만, A규약에서는 보다 다양하고 종합적인 권리의 보장을 내포하고 있으며, 그 개별적 권리의 내용도 비교적 상세하게 규정되고 있다. 그러나 A규약에서 보장을 요구하고 있는 경제적·사회적 및 문화적 권리들은 근로권, 노조결성권, 사회보험, 가정보호, 건강권, 교육권, 저작권 등 그 실현을 위하여 정부의 보다 적극적인 활동과 재정적 부담이 요구되는 것들이기 때문에 A규약상의 권리들은

36) 계희열, 헌법학(상), 1997, 167쪽; 김철수, 헌법학개론, 1998, 223쪽; 허영, 한국헌법론, 1998, 178쪽.

직접 실현을 보장하는 것이라기 보다는 가입국들이 그 실현을 위해 노력하여야 할 목표로 인정되고 있다.³⁷⁾ 가입국이 이러한 규약상의 권리의 보장을 위한 적극적 노력을 성실히 수행하고 있는지의 여부는 UN 경제사회이사회에 대한 가입국들의 보고서제출 및 동이사회 산하의 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights)’의 검토를 통하여 감득되고 있다.³⁸⁾

반면에 **B규약**은 인간의 존엄, 생명권과 신체의 자유, 남녀평등, 고문 금지, 노예제도의 금지, 주거의 자유, 사상·종교의 자유, 표현의 자유, 집회 및 결사의 자유, 재판상의 평등, 가정과 혼인의 보호, 어린이의 보호 등 수많은 인권을 담고 있을 뿐 아니라 A규약과는 달리 규약상의 권리를 실현시키기 위한 조치를 직접적으로 요구하고 있다.³⁹⁾ 또한 B규

37) 이들 권리의 성격, 그리고 이들 권리를 실현시켜야 할 각 국가가 처해 있는 서로 다른 상황을 고려할 때, 이들 권리를 즉각적으로 완전히 보장하라는 요구는 현실성이 없다고 할 것이다. 이러한 고려에 따라 A규약 제2조 제1항은 “이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다”라고 규정하고 있는 것이다.

38) 이처럼 실효적인 강제수단이 사실상 존재하지 않는다는 것 때문에 A규약은 1976년 발효당시부터 그 실제적 의의가 약하다고 평가되어 왔다. 이에 관하여는 Hans-Jürgen Bartsch, *Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes*, NJW 1977, S.474-480(474) 참조.

39) B규약 제2조

제1항: 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토내에 있으며, 그 관할권하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.

제2항: 이 규약의 각 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.

제3항: 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치

약에 의하여 ‘인권이사회(Human Rights Committee)’⁴⁰⁾가 구성되어 활동함으로써 당사국들이 규약상의 의무를 준수하도록 유도하고 있을 뿐 아니라 동규약 제41조에 따라 한 국가가 다른 국가의 규약위반사항에 관하여 그 위반국가에 직접 고발을 하고 시정을 촉구할 수 있는 ‘국가간 고발제도(interstate complaint machinery)’를 두고 있다. 그러나 단순한 조정적 기능만을 할 수 있는 국가간 고발제도의 실효성은 낮은 것으로 평가되고 있다.

선택의정서는 B규약의 실효성을 높이기 위하여 만들어진 독립된 조약이다. 특히 우리나라가 가입하고 있는 제1선택의정서는 이에 가입한 국가의 국민이 B규약상의 권리를 침해당했을 경우에 개인적으로 인권이사회에 고발할 수 있도록 보장하고 있으며, 이와 관련된 인권이사회의 심의절차 등을 규정하고 있다.

이상과 같은 국제인권규약에 의한 인권보장은 국내에서의 인권보장을 위한 구체적인 시행조치까지 내포하고 있는 것은 아니므로 자기집행 조약이라고 볼 수는 없을 것이다.⁴¹⁾ 그러나 우리나라의 경우 동규약상

를 받도록 확보할 것

(b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것

(c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것

40) 여기서 말하는 인권이사회는 UN헌장 제68조에 의거하여 설치된 인권위원회(Commission on Human Rights)와는 구별되어야 한다. 국제인권규약의 실행을 감독하기 위해 B규약 제28조에 의거하여 설치된 인권이사회(Human Rights Committee)는 개인자격으로 활동하는 인권분야의 공인된 전문가 18명의 위원으로 구성되며, 주로 규약당사국으로부터 제출받은 보고서를 검토하고 위원회가 적당하다고 간주하는 일반적 의견을 채택하며, 인권침해를 받았다고 주장하는 개인으로부터 통보를 접수·심리하여 그에 대한 권리구제를 강구하는 기능을 담당한다.

41) 참고로 독일에서도 국제인권규약은 자기집행조약이 아니며, 따라서 구체적인 입법 없이 국제인권규약에 기초하여 동규약상의 권리를 요청할 수는 없다고 보고 있다. 이에 관하여는 K.Stern, Staatsrecht, Bd.III-1, 1988, S.264 참조. 이 문제는 독일의 경우

의 권리는 대부분 - 가입이 유보된 B규약의 2개 조항을 제외하면 - 헌법과 법률에 의하여 이미 보호되고 있는 것이기 때문에 구체적인 시행을 위한 별도의 조치가 문제되는 경우는 별로 많지 않을 것이다. 따라서 국제인권규약의 가입에 따른 별도의 입법조치 없이도 규약상의 권리가 국내법적으로 보장되는 데에는 어려움이 없다. 그러나 보고서의 제출 등 규약상의 의무이행과 관련된 개별적인 조치가 요구되는 경우도 있을 것이며, 그밖에 개별적 권리의 실현방식 및 정도와 관련하여 국제인권규약상의 보호가 문제되는 경우는 발생될 수 있을 것이다.

V. 국제인권규약에 위반되는 국가작용과 그 효력

1. 국제인권규약의 구속력과 국가작용

앞서 살펴본 바와 같이 국제인권규약은 국회의 동의를 거쳐 체결·비준된 조약으로서 법률과 같은 효력을 갖는다. 따라서 모든 국가작용은 - 다른 국내법률에 구속되는 것과 마찬가지로 - 국제인권규약에 구속된다. 즉 법치주의원리에 기초한 법률우위의 요청에 따라 국제인권규약은 한편으로는 국가작용이 나가야 할 방향을 결정하는 지침으로서, 다른 한편으로는 국가작용이 해서는 안될 사항을 정하는 한계로서 기능하는 것이다.

그러나 국제인권규약의 내용이 대부분 기존의 국내법과 중첩되고 있는 상황에서는 그 독자적 의의가 상당부분 감소될 수밖에 없으며, 또한 국제인권규약상의 권리침해가 문제되는 경우에도 구체적으로 어떤 형태의 구속력이 인정될 수 있는지는 입법, 집행, 사법의 경우에 각기 다르게 나타날 것이다.

사회적 기본권이 헌법상 인정되고 있지 않으므로 우리나라에서와는 다른 현실성을 갖는다.

2. 입법에 대한 국제인권규약의 구속력

먼저 국제인권규약이 조약이므로 법률과 같은 효력을 갖는다는 국내의 다수설에 기초할 때, 국제인권규약은 국회의 입법에 대해서는 구속력을 갖지 못한다고 볼 수 있을 것이다. 즉 국제인권규약도 국내법률과 대등한 효력을 가지므로 국회에서 국제인권규약에 위배되는 법률을 제정한다 할지라도 그것은 신법(新法)으로서 구법(舊法)인 국제인권규약에 우선하는 것으로 인정할 수 있기 때문이다.

그러나 이론상 이처럼 국회의 입법권이 국제인권규약에 구속되지 않는다 할지라도 현실적으로 국제인권규약에 반하는 내용의 입법을 하기는 곤란할 것으로 생각된다. 한편으로는 그와 같은 입법이 국제(법)적으로 적지 않은 문제를 야기할 수 있다는 점에서 현명하지 못한 입법으로 평가될 것이기 때문이며,⁴²⁾ 다른 한편으로는 국제인권규약에 의해 보장이 요청되는 권리의 대부분이 이미 우리나라에서는 헌법상의 기본권으로 보장되고 있기 때문에⁴³⁾ 국제인권규약에 반하는 내용의 입법의 대부분은 동시에 헌법상의 기본권을 침해하는 위헌적인 입법이 될 것이기 때문이다.

3. 집행에 대한 국제인권규약의 구속력

국제인권규약이 법률적 효력을 갖는 것으로 인정되는 한 모든 집행

42) 특히 국제인권규약은 탈퇴의 가능성을 별도로 규정하지 않고 있으며, 그에 따라 국내 법률에 의해 국제인권규약에 배치되는 법적 상태를 가져오는 것은 국제법적으로는 명백한 규약위반이 될 것이다. 이에 관하여는 또한 Christian Tomuschat, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36, 1978, S.7-63(51) 참조.

43) 물론 B규약 제20조에서 규정되고 있는 '전쟁을 위한 선전의 금지'처럼 헌법상 명문으로 규정되지 않고 있는 것도 있다. 그러나 이 규정도 헌법 제5조 제1항의 '침략적 전쟁의 부인'과 같은 맥락에서 이해될 수 있으며, 예컨대 법률로써 '전쟁을 위한 선전'을 가능하게 할 경우에는 그 법률이 헌법 제5조 제1항에 위배되는 것으로 판단될 수 있을 것이다.

작용은 법률우위의 원칙에 따라 국제인권규약의 실현을 위해, 그리고 적어도 국제인권규약의 요청에 배치되지 않도록 노력하여야 한다.

오늘날 행정국가화경향에 따라 그 활동영역을 더욱 확대시켜 오고 있는 집행기능은 전통적으로 인권에 대한 침해가 가장 많이 문제되는 국가작용이다. 집행기능은 그 활동범위가 매우 포괄적일⁴⁴⁾ 뿐만 아니라 국민과 직접 부딪치는 대국민활동이 많기 때문에 그와 관련한 기본권의 침해도 많이 문제될 수밖에 없는 것이다. 따라서 국제인권규약도 - 헌법상의 기본권과 마찬가지로 - 집행에 대한 구속력을 가장 중점적으로 요청하고 있으며, 침해가 발생된 경우를 대비한 여러 구제수단도 마련하고 있다.

그러나 국제인권규약상의 구제조치가 국내적 구제수단에 비하여 보충적으로 이용된다는 점에 주목할 필요가 있다. 특히 제1선택의정서에 따른 개인의 권리침해주장은 제5조 제2항 b호에 따라 “이용할 수 있는 모든 국내조치를 마쳤을 것”이라는 요건을 충족시켜야 한다.⁴⁵⁾ 즉 문제되는 권리의 침해가 국내법적 절차에 의하여 구제되지 못했을 때 비로소 인권이사회에 대한 구제요청(통보; communication)이 허용될 수 있는 것이다.

4. 사법에 대한 국제인권규약의 구속력

국제인권규약의 법률적 효력은 당연히 사법에 대한 구속력을 전제한다. 즉 국제인권규약은 - 다른 국내법률과 마찬가지로 - 법원의 재판에 있어서 법적 판단의 기준으로 적용되어야 한다는 것이다.⁴⁶⁾

44) 집행작용의 범위를 미리 정하여 한정하기는 어렵다. 오히려 권력분립의 원리에 따라 - 헌법과 법률에 의하여 - 다른 국가기관에 부여되지 않은 작용에 관한 것은 일반적으로 집행작용의 대상이 된다고 볼 수 있을 것이다.

45) 이에 관하여는 박홍규, 시민권규약 제1선택의정서에 관한 연구, 인도법논총 제12호(1992), 67-86(80이하)쪽 참조.

46) 이와 관련하여 헌법재판소는 1991년 7월 22일의 89헌가106사건(사립학교법 제55조

비록 국제인권규약에 의해 보장되는 인권의 대부분이 이미 헌법과 국내법률에 의하여 인정되고 있는 것이기는 하지만 그 구체적인 해석·적용과 관련하여 논란의 여지가 있는 경우도 적지 않으므로, 국제인권규약은 이러한 경우 해석의 지침으로서도 작용할 수 있을 것이다. 예컨대 남녀평등, 인종차별 등과 관련한 규약의 규정이 인권이사회 등에서 어떻게 해석·적용되고 있는지를 고려하는 가운데 법원의 재판이 수행되는 것이 필요하다고 인정될 수 있는 것이다.

또한 조약의 사법에 대한 구속력과 관련하여 위헌조약의 경우 법원이 그 적용을 배제하는 문제가 거론되기도 하지만 이는 국내법률의 경우와 마찬가지로 헌법재판소에 위헌여부를 제청하여 그 결정에 따라 재판을 하여야 한다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.⁴⁷⁾

등에 대한 위헌심판)에서 「체약국의 가입과 동시에 시행에 필요한 조치를 취하도록 의무화하고 있는 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약”의 제22조 제1항에도 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다”고 규정하고 있으나 같은 조 제2항은 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공공보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인하는 유보조항을 두고 있을 뿐 아니라, 특히 위 22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다. 따라서 위 규약 역시 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위안에서 근로기본권의 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 교원의 지위에 관한 법정주의와 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다.라고 판시하고 있다. 이러한 헌법재판소의 견해는 - 동결정이 많은 비판의 대상이 되고 있음에도 불구하고 - 적어도 국제인권규약과 관련해서 특별히 문제되는 것으로 보이지는 않는다. 이 결정의 다수의견에 반대하여 소수의견을 표명한 이시윤재판관과 김양균재판관도 I.L.O.-UNESCO의 교원의 지위에 관한 권고와 세계인권선언의 효력을 다루고 있을 뿐 국제인권규약의 효력은 논란의 대상으로 삼지 않고 있으며, 학술상으로도 가입이 유보된 국제인권규약조항의 적용을 요구하는 경우는 - 김철수, 헌법학개론, 1998, 226쪽과 같은 경우를 제외하면 - 찾기 어렵다.

- 47) 계희열, 헌법학(상), 1997, 171쪽 이하; 권영성, 헌법학원론, 1998, 172쪽; 김철수, 헌법학개론, 1998, 227쪽 참조. 반면에 허영, 한국헌법론, 1998, 176쪽에서는 “기본권 침해적인 조약을 대통령이 체결하고 국회가 그 조약의 비준에 동의할 가능성을 배제할 수는 없지만, 그러한 헌법저촉의 조약체결을 제지하는 방법으로서 규범통제제도가

VI. 사법절차를 통한 국제인권규약의 실현

1. 법원(法源)으로서의 국제인권규약

국제인권규약은 국제법의 중요한 법원(法源)일 뿐만 아니라 헌법 제 6조 제1항에 기초하여 국내법적으로도 법원(法源)이 된다. 이는 헌법에 의해 규범적으로 정당화되고 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 - 앞서 살펴본 바와 같이 세계의 대다수국가들이 국제인권규약에 가입하고 있음을 고려할 때 - 우리가 체약당사국이 되어 있는 상황에서 그 법원(法源)으로서의 성격을 부정하는 것은 곤란할 것이다.

따라서 국제인권규약은 국내 실정법질서의 구성부분으로 인정되며, 그 효력은 앞서 설명한 바에 따라 국내법률과 같은 것으로 취급되어야 한다. 그러나 현실적으로는 국회의 입법권조차도 국제인권규약을 존중하여야 한다는 점에서 국제인권규약의 사실상의 효력은 오히려 헌법과 법률의 중간단계인 것으로 해석되는 “일반적으로 승인된 국제법규”와 크게 다르지 않다고 평가할 수 있다.

하지만 국제인권규약이 법원(法源)으로 인정된다는 것은 무엇보다 사법작용과 관련하여 가장 큰 의의를 갖는다. 국제인권규약 자체가 단순히 범세계적으로 보장되어야 할 인권들을 선언하는 데 그치는 것이 아니라⁴⁸⁾ 그러한 인권들이 실제로 보장되도록 하는 데 목적을 두고 있으며, 이를 위하여는 사법절차를 통한 인권보장의 확보가 가장 중요할 수밖에 없기 때문이다.⁴⁹⁾

그리고 사법절차를 통한 규약상의 권리보장의 문제는 주로 B규약

원용될 수는 없다”는 입장을 취하고 있다.

48) 이 점에서 국제인권규약은 1948년의 세계인권선언과 구별되며, 인권보장의 국제화를 한 차원 진전시킨 것으로 평가되고 있다.

49) 이러한 맥락에서 국제인권규약 자체도 체약국들이 규약상의 인권을 보장하기 위한 국내사법절차를 갖출 것을 요구하고 있으며, 국내사법절차를 통한 인권보장을 중심적 수단으로 인정하며, 인권이사회 등을 통한 보호는 보충적인 것으로 인정되는 것이다.

및 B규약에 대한 제1선택의정서에 규정된 권리들을 중심으로 제기될 것이기 때문에⁵⁰⁾ 이 권리들이 국내법에 의해 보호되고 있는 내용들과 관련하여 사법절차상 어떻게 구체화되어야 할 것인지가 가장 중요하고 현실적인 문제라고 할 것이다.

2. 국내법규가 흠결된 경우의 국제인권규약의 적용

B규약은 전통적으로 자유권으로 분류되던 권리들을 규정하고 있다. 동규약 제1조는 A규약과 마찬가지로 모든 사람의 자결권(즉 자신의 삶을 자유로이 형성할 수 있는 권리)을 선언하고 있으며, 이를 출발점으로 삼아서 시민적·정치적 자유권으로 이해되는 다수의 인권을 규정하고 있다.⁵¹⁾ B규약은 그밖에 이들 권리의 실효성을 담보하기 위하여 계약국의 의무를 규정⁵²⁾함과 동시에 인권이사회의 구성과 활동을 통한 인권보장의 가능성을 열어 놓고 있다.⁵³⁾

50) A규약은 규약상의 권리들을 실현하기 위한 조치에 따르는 국가적 부담을 고려하여 점진적이고 프로그램적인 성격의 것으로 이해되고 있기 때문에 그 실행의 사법적 관찰이 크게 문제되고 있지 않은 반면에 B규약 및 B규약에 관한 제1선택의정서에 의하여 구체화되어 있는 권리들에 대하여는 계약국들의 직접적이고 구체적인 의무가 동규약들에 의하여 부과되고 있다는 점에서 국내사법절차에 의한 실현의 문제도 주로 B규약 및 B규약에 관한 제1선택의정서와 관련하여 제기될 것이다.

51) B규약은 제3조에서 남녀평등, 제6조에서 생명권, 제7조에서 고문 등의 금지, 제8조에서 노예제도의 금지 등, 제9조에서 신체의 자유, 제10조에서 인간의 존엄성, 제11조에서 채무불이행을 이유로 한 구금의 금지, 제12조에서 주거의 자유, 제13조에서 외국인 추방의 제한, 제14조에서 재판상의 평등과 일사부재리, 제15조에서 행위시법주의, 제16조에서 법앞에 인간으로서 인정받을 권리, 제17조에서 사생활 및 명예의 보호, 제18조에서 사상, 종교 등의 자유, 제19조에서 표현의 자유, 제20조에서 전쟁 등을 위한 선전의 금지, 제21조에서 평화적 집회의 권리, 제22조에서 결사의 자유, 제23조에서 가정과 혼인의 보호, 제24조에서 어린이의 보호, 제25조에서 참정권, 제26조에서 법앞의 평등, 제27조에서 언어사용의 자유를 각기 규정하고 있다.

52) B규약 제2조는 이러한 규약상의 권리보호를 위한 계약국의 의무를 일반적으로 규정하고 있으며, 동규약 제4조는 비상사태의 경우에 대하여 특별규정을 둬으로써 규약상의 의무가 비상사태하에서도 적절한 범위를 넘어서지 않도록 요구하고 있다.

53) B규약 제28조 이하.

이러한 규약상의 권리들은 대체로 현행헌법과 법률에 의하여 이미 보장되고 있는 것이다. 그 중에는 제6조의 생명권의 보호, 제11조의 체 무불이행으로 인한 구금의 금지, 제13조의 외국인추방의 제한, 17조 중의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난, 제20조의 전쟁 등을 위한 선전 금지, 제24조의 어린이의 보호, 제27조의 언어사용의 자유 등과 같이 헌법상 독립된 기본권으로 명문화되지 않은 것들도 있다. 하지만 이들 인권이 비록 헌법상 명문화되지는 않았다 하더라도 헌법 제37조 제1항에 따라 열거되지 않은(즉 명문화되지 않은) 기본권으로 인정되며, 따라서 이들도 실정법상의 기본권으로 인정되는 데에는 아무런 문제가 없다.

이 권리들을 헌법상 명문화되지 않은 기본권과 연결하여 국내법적으로 적용할 경우에 현실적인 문제로 제기될 수 있는 것은 헌법 제37조 제1항의 해석과의 관련이다. 헌법 제37조 제1항의 열거되지 않은 자유와 권리가 구체적으로 무엇인지를 해석을 통해 판단함에 있어서는 구체적으로 어떤 권리가 헌법 제37조 제1항에 의하여 기본권성을 인정받는 것으로 확인될 수 있으며, 그 기준은 무엇이나 하는 점이 문제된다. 그리고 국제인권규약상의 권리들은 사법부가 이 문제에 대한 판단을 내릴 때 하나의 기준으로 작용할 수 있을 것이다. 다만 이 문제에 대한 법적 판단은 궁극적으로는 헌법해석⁵⁴⁾의 형태로 수행될 것이므로 최종적인(유권적) 판단권은 헌법재판소에 있다고 할 수 있다.

3. 국내법규와 국제인권규약의 충돌시의 해석방향

국제인권규약의 국내법적 효력은 기존의 국내법규와 국제인권규약의 충돌가능성의 문제와도 연결된다.

예컨대 A규약은 제9조에서 “이 규약의 당사국은 모든 사람이 사회보해를 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다”고 규정

54) 이 경우 이른바 합법률적 헌법해석이 문제된다고 할 수 있다. 합법률적 헌법해석에 관하여는 K.Hesse(게회열 역), 서독헌법원론, 1987, 70쪽 참조.

함으로써 국적에 의한 차별을 배제하고 있는 반면에 국민연금법 제6조는 가입대상을 “18세이상 60세미만인 국민”에 한정하고 있으며, 의료보험법 제4조도 적용대상을 “국내에 거주하는 국민”으로 한정하고 있다. 따라서 국제인권규약과 국내법률의 충돌이 문제될 수 있다. 하지만 A규약의 규정들은 직접 효력을 발하는 것이라기 보다는 체약국의 국내사정에 따라 점진적인 실현을 허용하고 있는 것으로 이해되므로 이러한 충돌은 법적으로 중대한 사태로 발전되지는 않는다.

반면에 체약국의 즉시 적용을 요청하고 있는 것으로 이해되는 B규약의 경우 국제인권규약과 국내법규의 충돌은 보다 심각한 사태로 발전될 가능성이 크다. 물론 법이론적으로만 따진다면 국제인권규약은 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법질서에 수용되었으며, 그 효력은 법률적 효력이므로 국제인권규약이 국내법규와 충돌할 경우에도 법적용의 일반 원칙에 따라 상위법 우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙, 그리고 신법 우선의 원칙에 따라 해결될 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로 국제인권규약에 위배되는 국내법률의 제정이 사실상 어려울 뿐만 아니라 대부분의 경우 그같은 입법은 내용상 기본권침해로서 위헌으로 인정될 수 있다는 점은 이미 지적한 바와 같다.

그러므로 보다 현실적인 문제로 나타날 가능성이 높은 것은 인권이 사회 등에 의한 국제인권규약의 해석이 같은 내용의 권리에 대한 국내법규 또는 국내법규의 해석과 모순되는 경우이다. 예컨대 우리나라의 현행헌법상 평등권이 규정되고 있으며, 남녀평등이 그 내용의 일부로 이해되고 있음에는 이론의 여지가 없으나, 현행민법상 호주제도 및 이를 중심으로 한 각종규정(민법 제778조 이하, 제980조 이하), 재혼금지기간(민법 제811조) 등에서 남녀의 차별이 남아 있으며, - 이들 규정이 과연 합헌인지의 문제는 잠시 접어두더라도 - 이들 규정은 B규약 제23조55)의 해석여하에 따라 국제인권규약과 국내법의 충돌이라는 문제로

55) 이 규정은 우리나라가 우리나라는 1990년 국제인권규약에 가입할 당시 유보되었던 4개항의 하나로서 민법의 개정에 따라 1993년 그 유보가 철회되었다. 그러나 아직도

발전될 소지를 안고 있다고 볼 수 있을 것이다.

이 문제를 형식적 권한범위의 문제로 파악하면, 국내법으로 수용된 국제인권규약을 포함한 국내법규의 일차적인 해석권한은 국내법원에 있으므로, 국내법원이 판단하여야 할 문제이며, 그 과정에서 위헌여부의 의심이 발생되면 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여 그 결정에 따라 심판하는 것으로 국내법적 절차는 종결될 수 있다. 그러나 우리나라가 국제인권규약에 가입해 있고, B규약 제1선택의정서에 따라 권리침해를 주장하는 당사자가 인권이사회에 통보를 하고 인권이사회가 이를 허용하여 사건의 본안검토에 들어가 의견을 제시하게 될 경우가 발생할 수 있다는 점도 고려하여야 할 것이다. 즉 인권문제의 보편성을 염두에 두고 인권문제에 대한 국내법원의 사법적 판단도 국제적 기준을 고려하는 가운데 수행됨으로써 사후에 인권이사회에 개입 등에 의하여 발생할 수 있는 부담을 예방할 수 있다는 것이다.

4. 사법적 판단을 통한 국제인권규약 실현의 의의와 한계

우리나라가 뒤늦게 국제인권규약에 가입한 것은 이를 통하여 국내의 인권보장 수준을 향상시키기 위한 것이라기보다는 국제인권규약상의 기본권들이 이미 국내적으로 보장되고 있다는 것을 대외적으로 과시하기 위한 것이라고 볼 수 있다. 그것은 무엇보다 1990년의 가입당시 실정법과의 저축이 문제될 소지가 있던 B규약의 4개 조항에 대하여 가입을 유보하였고, 현재에도 2개 조항에 대한 가입유보가 철회되지 않고 있다는 점에서 확인된다.

이런 맥락에서 판단하건대 당시 정부는 국제인권규약의 가입으로 인하여 인권보장과 관련한 국내의 국가실무에 어떤 결정적인 변화가 발생되리라고 예상하지는 않았던 것 같다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 국제인권규약은 국내법상으로도 법원(法源)으로 인정되며, 그에 따라 국

내법규가 흠결된 경우, 또는 국내법규와 국제인권규약이 충돌하는 경우에 사법적 판단의 지침으로 활용될 수 있다. 그리고 이러한 사법적 판단을 통하여 국제인권규약은 우리의 인권보장수준이 국제적 기준을 충족시키도록 하는 데 긍정적으로 작용할 수 있다.

물론 인권의 국제적 보장에는 항상 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 아무리 국제인권규약이 세계인권선언 등과는 달리 체결국들에 대한 구속력을 전제하고 있고, 이를 확보하기 위한 각종의 제도적 장치들을 마련하고 있다 할지라도 그러한 보호수단들은 국내적 인권보장수단에 비할 때, 그 보호의 실효성이 현저하게 약할 수밖에 없다.⁵⁶⁾ 따라서 인권보장은 일차적으로 국내법적 수단, 특히 사법절차를 통하여 확보되어야 하며 인권이사회의 개입 등은 보충적으로 인정될 뿐이다.⁵⁷⁾

따라서 우리나라가 국제인권규약에 가입하였다는 것이 우리나라 국민의 인권보장과 관련하여 실질적인 의미를 가질 수 있도록 하는 것은 사실상 사법부의 활동에 달려있다고 할 수 있다. 사법부가 국제인권규약의 실현에 얼마나 적극적이냐의 여부에 따라 국제인권규약의 가입이 우리 국민의 인권에 대한 보장수준을 향상시키는 촉매로 기능할 수도 있고, 혹은 국제인권규약상의 여러 권리들의 보장이 - 역시 국제인권규약에 가입해 있는 북한이 그러하듯이 - 대외적인 선전효과 이상의 것을 기대하기 힘든 명목상의 것에 지나지 않을 수도 있다.

56) 그것은 국제인권규약의 체결국들이 조약상의 의무이행에 전혀 성실치 못한 경우가 드물지 않으며, 이들에 대한 효과적인 강제수단이 갖춰지지 않고 있기 때문이라고 할 수 있다. 이에 관하여는 Wilhelm Karl Geck, *Internationaler Schutz von Freiheitsrechten und nationale Souveränität*, JZ 1980, S.73-77(75); Werner Lauff, *Der Schutz bürgerlicher und politischer Rechte durch die Vereinten Nationen*, NJW 1981, S.2611-2614(2613f); Jochen Abr. Frowein, *Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt*, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd.VII, 1992, S.731-765(750) 참조.

57) 인권이사회 등에 의한 보호가 국내법적 보호수단에 대한 대체물이 될 수는 없기 때문이다.

VII. 맺음말: 인권보장의 국제화추세와 국제인권규약의 장래

오늘날에는 국제화, 세계화, 정보화 등의 진전에 따라 어떠한 국내적 문제도 국제적 관심의 범위 밖이라고 말하기 힘들게 되었다. 더구나 2차에 걸친 세계대전은 한 국가내의 독재화 및 그로 인한 인권유린이 결국은 주변국가들에 대해서도 불안요인이 될 수밖에 없다는 것을 인식시켰으며, 최근의 인도네시아 사태에서도 이같은 사실은 - 비록 세계대전과 같은 전쟁이 아니라 국제적인 경제불안이라는 파급효를 통해서지만 - 확인되었다.

이러한 인식의 확산과 더불어 인권보장의 국제화는 지난 반세기동안 꾸준히 진행되어 왔으며, 특히 유럽에서 1950년 체결되어 1953년부터 발효된 유럽인권규약이 성공적으로 정착된 사실은 다른 지역에도 적지 않은 영향을 미쳤다.⁵⁸⁾ 그러나 이러한 국제적 인권보장이 과연 어디까지 발전할 수 있을 것인지는 아직 예측하기 어렵다. 아무리 발전된 국제법제도 하에서도 국제법의 구속력과 집행력은 - 개별국가들의 주권성이 부정되지 않는 한 - 국내법과 같은 정도의 강제력을 갖기는 어렵기 때문이며,⁵⁹⁾ 특히 국가간의 직접적인 권리의무가 아닌 국내에서의 인권보장을 국제기관을 통하여 개별적으로 담보하는 데에는 많은 어려움이 따를 수밖에 없기 때문이다.⁶⁰⁾ 그러므로 범세계적으로 수많은 국가들이

58) 예컨대 1969년 체결된 '미주인권협약(The American Convention on Human Rights)'도 이에 영향받은 것이라고 할 수 있으며, 그밖에 1981년 채택되어 1986년 10월 21일 발효된 '인간 및 민족의 권리에 관한 아프리카헌장(The African Charter on Human and People's Rights)'도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

59) 국제인권규약의 경우에도 개별국가의 주권성이 조약의 실효성을 확보할 수 있는 강력한 통제수단을 도입하는 데 장애가 되고 있음이 지적되고 있다. 이에 관하여는 Werner Lauff, Der Schutz bürgerlicher und politischer Rechte durch die Vereinten Nationen, NJW 1981, S.2611-2614(2614) 참조.

60) 유럽인권규약 및 이의 실행을 담보하는 유럽인권법원의 존재와 활동은 이러한 일반적 상황에 대한 예외로 지적될 수 있다. 그것은 무엇보다 유럽의 특수한 상황, 즉 유럽 국가들이 일정한 수준의 정치적·경제적·사회적·문화적 동질성을 확보하고 있을

가입하여 그 적용을 승인하고 있는 국제인권규약이지만, - 구속력의 확보를 위한 많은 노력에도 불구하고 - 그 실효성에 있어서는 적지 않은 문제들을 안고 있다는 점이 쉽게 확인된다.⁶¹⁾

그러나 그것이 국제인권규약의 장래를 어둡게 보는 근거는 되지 못할 것이다. 오히려 개별국가내의 인권에 대한 국제적 보장이 현재 국제인권규약에서 규정하고 있는 정도로 확보될 수 있다는 것도 - 종래 국내인권문제에 대한 국제적 관심과 노력을 내정간섭으로 거부하던 당시와 비교하면 - 가히 코페르니쿠스적인 인식의 전환에 기초한 비약적 발전이라고 평가할 수 있을 것이다. 특히 이러한 인식의 변화는 국제인권규약을 비롯한 개별적 조약에 기초한 체약국들의 법적 의무뿐만 아니라 인권문제에 대한 국제사회의 태도 전반에 커다란 변화를 가져왔으며, 그 결과 인권문제에 관한 국제사회의 적극성은 점점 더 뚜렷해지고 있다. 그로 인하여 인권보장의 사각지대로 남아 있던 국가들에 대한 국제적 압력이 가중되는가 하면, 인권보장의 확보를 위한 보다 적극적인 국제적 구호활동 등도 더욱 활발해지고 있다.

이러한 국제사회의 조류에 비추어 볼 때, 국제인권규약은 - 당장 그 내용과 실효성의 획기적인 개선을 기대하기는 어렵겠지만 - 장래에도 계속 중요한 국제법규범으로서의 역할을 수행할 것으로 기대된다.⁶²⁾ 그

뿐만 아니라 현재 유럽연합의 형태로 정치적·경제적 통합과정을 진행시키고 있다는 점이 유럽인권규약의 실효성확보에 커다란 영향을 미치고 있다고 볼 수 있기 때문이다.

- 61) 북한을 비롯하여 인권보장에 적극적이라고 볼 수 없는 국가들이 국제인권규약에 가입되어 있다는 사실도 이를 반증하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이에 관하여는 Wilhelm Karl Geck, *Der internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte: Anspruch und Wirklichkeit*, ZaöRV 38(1978), S.182-216(205ff.) 참조.
- 62) 비록 현재의 국제인권규약이 강력한 집행력에 의해 그 실현을 담보받고 있지는 못하지만, 체약국들이 정기적으로 인권보고서를 제출하고, 경우에 따라서는 구체적 청구에 기초하여 인권이사회의 심사를 받는 것도 무의미하지는 않다고 평가할 수 있다. 인권보장에 대하여 적대적인 국가들에 있어서 이러한 절차가 직접 개인의 기본권을 구체적으로 확보하는 효과를 가져올 수는 없겠지만, 이들 국가들이 적어도 인권보장의 형식적 체계를 갖추도록 유도하는 효과를 가져올 수 있을 것이며, 나아가 인권에

리고 우리도 이제는 이러한 국제사회의 흐름을 정확히 이해하는 가운데 인권보장의 국제화에 동참하여 - 수동적으로 따라가는 것이 아니라 - 적극적으로 앞장서는 역할을 하여야 할 때가 되지 않았나 생각한다.

‘천리길도 한걸음부터’라고 한다. 우리가 인권보장과 관련해서 나아갈 길은 아직도 멀고 험하다. 그러나 이제 우리가 작은 한걸음부터 착실히 시작하여 꾸준히 나아간다면 목표에 도달하는 것은 결코 늦지 않을 것이라 믿는다.

대한 관심을 환기시키고, 인권의식을 고양시키는 효과를 기대할 수 있을 것이기 때문이다. 이에 관하여는 또한 Werner Lauff, Der Schutz bürgerlicher und politischer Rechte durch die Vereinten Nationen, NJW 1981, S.2611-2614(2614) 참조.

환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현

金 連 泰*

《目 次》

- | | |
|--------------------------|---------------------------------|
| I. 처음에 | 5. 사전배려의무의 효과: 사익보호
성의 유무 |
| II. 환경법에 있어서 사전배려의
원칙 | III. 환경법에 있어서 사전배려원칙의
구체적 실현 |
| 1. 위험방지와 사전배려의 구별 | 1. 자발적 수단 |
| 2. 사전배려원칙의 법적 문제 | 2. 명령적 수단 |
| 3. 사전배려의 내용 | 3. 유도적 수단 |
| 4. 사전배려의 한계 | IV. 맺는 글 |

I. 처음에

환경보전은 ① 이미 발생한 환경오염의 제거, ② 현존하는 환경위험의 방지 내지 최소화, ③ 예방조치에 의한 미래의 환경위험발생의 방지라는 3개의 기본목표를 가지고 있다. 환경보전은 우선 위험의 방지를 뜻한다. 국가는 자연생태계에 대한 침해, 자연자원에 대한 위험 또는 인간, 환경에 대한 손해의 발생이 급박하면 그에 개입하여야 하는 것이다. 그러나 환경보전은 이러한 수동적인 위험의 방지에 국한하는 것은 아니다. 자연적 생활근거의 지속적인 보장이라는 의미에서의 환경보전은 오히려 계획적이고 사전배려적인 환경보호에 중점이 놓여 있는 것이다.

* 高麗大 法大 助教授・法學博士

즉 환경보전은 현존하는 장애의 제거 또는 급박한 위협의 방지에 한정되는 것이 아니라, 그러한 위험상황이 발생하지 않도록 미리 사전배려 조치를 취해야 하는 것이다.

이러한 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip)은 환경행정의 여러 원칙 중 현대 환경정책의 가장 중심이 되는 원칙이라 할 수 있다. 즉 현대의 환경정책은 발생할 우려가 있는 환경피해를 예방하고, 자원의 적정한 이용·관리에 의하여 장기적으로 생태계를 보전하는 것을 목표로 하는 것이다.

환경법 영역에서 사전배려의 문제는 특히 1980년대 이후 독일에 있어서 법학에서 뿐만 아니라 일반적인 논의의 대상이었다. 사전배려원칙은 개별 환경법에서 다양한 형태로 나타나고 있지만 아직까지 그 내용, 목적, 범위 등이 명확하게 밝혀지지 않고 있다.

아래에서는 사전배려원칙의 개념정의, 내용, 범위 및 구체적 실현제도 등에 대하여 살펴보기로 한다. 사전배려원칙을 법적 테두리안에 끌어들이어 법원칙으로 체계화하는 데 이 글이 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

Ⅱ. 환경법에 있어서 사전배려의 원칙

1. 위험방지와 사전배려의 구별

(1) 사전배려

사전배려란 독일어의 'Vorsorge'를 번역한 용어인데, 이러한 용어는 포르스트호프(Forsthoff)¹⁾가 사회국가의 실현과 관련하여 '생존배려'(Daseinsvorsorge)라는 개념을 처음 사용한 데에서 그 기원을 찾을 수 있다. 생존배려가 현대행정의 중요한 과제의 하나를 잘 나타내고 있지만,

1) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 6 ff.

내용적인 모호성 때문에 법률용어로서 보다는 사회학적인 용어로서 사용되어 왔던 것처럼 ‘사전배려’를 법률용어로 자리매김하기 위하여는 그 의 내용과 범위를 명확히 해야 할 것이다.

한편 사전배려 대신에 ‘사전예방’이라는 표현이 사용되기도 한다. 예컨대 정부는 1996년 3월 21일 『환경복지구상』을 발표하면서, 사전예방의 원칙을 환경공동체 건설을 위한 5대 원칙의 하나로 열거하고 있다.²⁾ 그런데 환경법에 있어서 사전예방이란 ‘오염’이나 ‘훼손’이 생기기 전에 미리 이를 예방하는 것을 의미하는 데 대하여, 사전배려란 오염·훼손의 발생방지를 넘어서 자원의 적정한 관리 및 쾌적한 환경의 유지·조성까지 포함하는 의미로 이해되므로 사전예방 보다는 사전배려가 더 적합하고 포괄적인 개념이라 할 수 있다.

(2) 전통적인 위험개념

사전배려원칙은 전통적인 위험방지 수준을 넘어서는 환경보전을 내용으로 한다. 위험방지는 개념적으로 위험의 존재를 전제로 하고 있는 데 대하여, 사전배려는 위험의 발생 자체를 저지하는 것을 내용으로 한다. 이와 같이 위험방지와 사전배려는 개념적으로 구별되지만, 실제로 있어서 위험방지와 사전배려의 한계설정에는 결코 쉽지 않다. 양자의 구별은 위험개념의 정확한 이해로부터 출발해야 한다.

위험개념은 경찰법에서 형성되고 정의내려져 왔다. 경찰상의 위험개념에 따르면 위험이란 어떤 사실상태가 그 진행을 방해받지 않은 경우에 개인적·국가적 법익에 손해(Schaden)가 발생할 것이 인식되는 경우를 말한다.³⁾ 손해발생의 단순한 추정이나 약간의 가능성만으로는 충분하지 않고 손해가 발생할 것이라는 충분한 개연성이 있어야 한다. 그러나 손해의 발생이 확실하거나 목전에 급박할 것을 요구하는 것은 아니

2) 환경부, 환경백서 1997, 139쪽 참조.

3) 이에 대하여는 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 223; Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 35 ff. 참조.

다. 결국 손해발생의 개연성은 손해발생의 확실성과 단순한 최소한의 가능성 사이의 광범위한 중간영역이라 할 수 있다. 개연성의 정도는 예견되는 손해의 범위와 개입을 하지 않는 경우에 위협받게 되는 보호법익의 중요성 및 보호의 필요성 등의 요소에 달려 있다. 즉 발생가능한 손해가 중대하면 할수록 그의 개연성은 덜 요구된다고 할 것이다(소위 Je-desto-Regel).⁴⁾ 예를 들면 생명·건강과 같은 고차원의 보호법익이 위협을 받는 경우라면 손해발생의 개연성은 최소한으로 족하다고 할 것이다.⁵⁾

원칙적으로 이러한 경찰법상의 위험개념은 환경법에서도 기초로 하고 있다. 그러나 예컨대 원자로사고의 경우처럼 그 손해의 범위가 광범위하고 피해법익이 중요한 때에는 손해발생의 개연성에 대한 요구는 최소한으로 되어야 한다. 또한 경찰법에서는 위협의 존재여부, 즉 손해가 발생할 것인지의 여부 및 손해의 정도는 구체적 상황에 따라 일반적인 경험법칙에 따라 판단해야 하는데, 고도의 기술을 요하는 거대한 시설의 설치·운영으로부터 발생하는 환경상의 위험에 대하여는 일반적인 경험법칙이 아닌 전문적인 과학지식에 기초하여 판단하여야 한다.

(3) 위험성개념의 등장

전통적인 위험개념으로는 우선 개념적으로 사전배려조치가 필요한 모든 상황에 대처할 수 없는 문제점이 있다. 환경법에 있어서의 특수성 때문에 환경법에서는 '위험'(Gefahr)개념 이외에 지금까지의 경찰행정법에서는 사용되지 않았던 '위험성'(Risiko)⁶⁾이라는 새로운 개념

4) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 224.

5) 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위 논문, 1992, 57-58쪽.

6) 독일어의 Risiko에 해당하는 우리말 사용은 일치되어 있지 않다. 원어 그대로 '리스크'로 표현하거나(김남진, 행정법 II, 1996, 624쪽), Gefahr를 위해로 Risiko를 '위험'으로 번역하는 학자도 있다(류지태, 행정법에 있어서의 위험의 개념, 고시계 1991.10, 112쪽). 이 글에서는 Risiko를 위험의 발생 가능성이 있다는 의미에서 위험성이라 표현하고자 한다.

이 등장하였다.

위험성이란 손해발생의 개연성이 없어서 위험의 단계에는 이르지 못하나 손해발생이 이론적으로는 가능한 경우를 말한다. 여기서 위험의 단계란 국가가 개입하지 않더라도 공동체가 감수할 마음의 준비가 되어 있는 단계로서 규범적으로 결정된 것을 말한다. 이러한 감수해야 할 위험성에는 알려진 경우뿐만 아니라 알려지지 않는 것이나 생각해 볼 수 있는 위험성도 포함된다. 결국 위험성이란 원치않는 결과의 발생 가능성이 있으나 불확실한 것을 말한다.⁷⁾ 원치않는 결과의 발생이 확실하다면 위험성이라 할 수 없다.

(4) 독일 연방환경법전에 대한 교수들의 초안에서의 분류

이와 같이 일반적으로 위험성은 손해발생의 가능성은 있으나 위험의 단계에까지는 이르지 않는 경우를 의미하는 것으로 이해되었다. 그러나 독일에 있어서 통일 환경법전에 대한 교수들의 초안에서는 용어 사용에 있어서는 환경위험(Umweltgefahr)과 환경위험성(Umweltrisiko)을 구별하면서도 개념에 있어서 환경위험성을 상위개념으로 파악하여 환경위험을 환경위험성에 속하는 것으로 보고 있다.⁸⁾ 우선 환경위험성이란 환경침해(Umweltbeeinträchtigung)의 발생가능성이 인간의 합리

7) 뢰트츠(Götz)는 결정시점에 있어서의 불명확한 사실상태로 인하여 위험할 수도 있고 위험하지 않을 수도 있는 경우를 '위험의 의심'(Gefahrenverdacht)이라 하는데(Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., S. 70 f.), 이는 위험의 존재를 긍정하기 위하여 필요한 충분히 근거지울 수 있는 개연성을 인정하기 곤란한 불확실한 상황을 나타내는 것으로 '위험성'(Risiko)의 개념과 같은 의미로 볼 수 있다. 그러나 위험의 의심을 위험에 포함되는 것으로 보는 견해로는 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, § 4 Rdn. 74; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 385 ff.

8) § 2 Abs. 6 Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil - 참조. 여기에서 위험성개념은 입법상 개념정의의 형태로, 또한 구성요건의 요소로서 법개념으로 체계화 되었다. 파이네(Peine)도 위험성을 상위개념으로, 위험을 위험성에 포함되는 하위개념으로 파악하여 위험을 충분한 개연성이 있는 위험성이라 한다. 이에 대하여는 Peine, DVBl. 1998, S. 157 참조.

적 이성에 의할 때 배제되는 것으로 판단될 수 없는 것이라고 정의하고, 환경위험이란 손해발생 개연성의 정도 및 손해의 범위에 비추어 볼 때 법적으로 더 이상 수인할 수 없는 것으로 평가되는 환경위험성을 의미한다고 하였다.

위험성개념을 상위개념으로 파악하려는 것은 지금까지 국가의 질서유지작용에서 위험개념이 차지하고 있던 중심적 지위를 위험성개념으로 대체함으로써 위험방지 이외에 환경배려 내지 위험성배려가 새로운 국가과제임을 강조하려는 의도로 파악된다.⁹⁾

여하튼 환경법전에 대한 교수들의 초안에 의하면 위험의 단계를 넘어서는 위험의 발생은 항상 배제되어야 한다. 즉 국가에게는 위험을 배제해야 할 의무가 발생하게 되는데, 국가의무의 내용은 발생할 위험의 종류, 시간적 근접성, 범위 및 보호법익의 중요성에 따라 결정된다. 그 당시의 지식수준에 비추어 손해의 발생이 사실상 배제되어야 한다.

더 나아가 환경에 대한 사전배려는 위험단계에 이르지 않은 경우에도 국가가 개입할 것을 요구한다. 즉 사전배려원칙에 의하면 위험방지 이외에 위험단계에 이르지 않은 환경에 대한 위험성까지도 예방되어야 한다. 이로부터 ‘더 이상 수인할 수 없는 위험성’(위험) 이외에 원치않는, 따라서 규제되어야 할 위험성이 존재함을 알 수 있고, 국가는 이에 영향을 미칠 수 있는 것이다. 여기에서 사전배려조치에 의하여 손해가 발생하지 않으리라 판단되지만, 그렇다고 손해발생 가능성이 완전히 배제되지 않는 경우를 ‘확실한 위험성’(ein gewisses Risiko)이라 한다.

위험성은 위의 두 단계 이외에 제3의 단계로서, 합리적인 인간의 이성에 비추어 볼 때 배제되는 것으로 판단되는 위험성영역이 존재한다. 이를 ‘잔여위험성’(Restrisiko)라고 하는데, 이는 법적으로 허용되

9) Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 101 참조.

고, 따라서 감수해야 할 위험성을 의미한다.

이상의 논의를 요약하면 위험성은 다음과 같이 분류할 수 있다:

위험성	더 이상 수인할 수 없는 위험성 (위험)	위험방지
	확실한 위험성	사전배려
	잔여위험성	감 수

(5) 위험 · 위험성 · 잔여위험성

이와 같은 3분법에 대하여 기본적으로 찬동하지만 위험성(Risiko)을 상위개념으로 보아 전통적인 의미의 위험을 더 이상 수인할 수 없는 위험성으로 파악하여 위험을 위험성에 속하는 하위개념으로 보는 독일의 통일 환경법전에 대한 교수들의 초안은 오히려 개념의 혼동을 초래할 수 있으며 법영역에 있어서 개념의 통일적 사용을 저해할 수 있다고 생각된다. 수인할 수 없는 위험성에 대하여는 이를 배제하여야 할 국가의 의무가 있게 되는데, 이것은 위험성의 감소가 행정청의 재량에 맡겨진다는 것과 모순되는 것이다. 따라서 위험 - 위험성 - 잔여 위험성의 3단계로 분류하고,¹⁰⁾ 위험은 전통적인 경찰법상의 개념으로 파악하고(단지 환경보전목적에 관련된다는 점에서 차이가 있다), 위험성은 위험의 단계에 이르지 않았으나 손해의 발생이 확실하게 배제되지 않는 경우를 나타내며, 마지막으로 잔여위험성은 인간의 인식능력에 비추어 손해의 발생이 배제되는 경우를 의미한다고 보는 것이 바

10) 종래에는 손해발생의 개연성이 있는 위험(Gefahr)과 손해발생을 단지 이론적으로만 생각해 볼 수 있는 잔여위험성(Restrisiko)을 구분하는 2분법이 주장되었다(Martens, DÖV 1982, S. 93). 그러다가 위험방지(Gefahrenabwehr), 손해배려(Schadensvorsorge)와 잔여위험성(Restrisiko)을 구분한 독일의 연방헌법재판소의 칼카(Kalkar) 결정(BVerfGE 49, 89[137 f.]) 이후 3분법이 주장되기 시작하였다. 3분법에 대하여는 Breuer, NVwZ 1990, S. 213; Rengeling, DVBl. 1986, S. 266 f. 참조.

람직하다고 생각된다.

위험에 대한 대처방법으로는 전통적인 위험방지와 위험배려가 있다. 위험방지란 위험의 발생을 사실상 배제하는 것을 말한다. 위험방지가 개념적으로 위험의 존재를 전제로 하고 있는 데 대하여, 위험배려란 법적인 의미에서 위험이 아직 존재하지 않은 경우에 문제된다.¹¹⁾ 따라서 정확히 말한다면 ‘잠재적 위험’(Noch-nicht-Gefahr)에 대한 사전배려라고 해야 할 것이다.

그러나 위험배려는 위험방지와 완전히 분리하여 파악해서는 안되며, 양자는 무엇보다도 요구되는 손해발생의 개연성 정도에 있어서 차이가 있다. 경우에 따라서는 손해발생의 개연성은 증명될 수 없더라도 손해발생의 가능성이 있는 한 위험배려가 문제될 수 있다.¹²⁾ 위험배려는 그 당시의 지식수준에 의하여 판단할 때 손해가 발생할 것을 사실상 생각할 수 없을 정도로 사전배려조치를 취하는 것을 말한다. 예컨대 배출시설에서의 오염배출이 배출허용기준을 초과하지는 않으나 이를 최소화할 것을 요구하는 것이 이에 해당한다. 또한 배출시설의 설치·운영을 위하여는 허가를 받도록 하여 그를 예방적 통제하에 둌으로써 배출시설의 운영에 의하여 위험이 발생하는 것을 사전에 저지하는 것도 위험배려에 해당한다.

더 나아가 위험의 단계에 이르지 않은 위험성에 대한 사전배려를 위험성배려라고 한다. 다시 말하면 위험성배려란 사전배려조치에 의하여 손해가 발생할 것이라는 생각을 들지 않으나, 손해발생 가능성이 완전히 배제되지 않는 경우에 대처하는 것을 말한다.

마지막으로 잔여위험성은 인간의 합리적 이성에 의할 때 위험성이 없는 것으로 판단되는 경우로서 이는 감수해야 할 것이다. 법규정에

11) 독일의 많은 문헌에서는 위험배려(Gefahrenvorsorge)를 특별히 나열하지 않거나 위험배려와 위험성배려(Risikovorsorge)를 동의어로 파악하고 있다. 예컨대 Breuer, NVwZ 1990, S. 213 참조.

12) Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 14.

의해 모든 위험성을 완벽하게 배제하는 것, 다시 말하면 절대적 안전을 보장할 수는 없는 것이다.

이를 표로 나타내면 다음과 같다:

단계	(환경)위험		(환경)위험성	잔여위험성
대처방법	위험방지	위험배려	위험성배려	수인
		사전배려		

2. 사전배려원칙의 법적 문제

(1) 사전배려조치와 국가의 보호의무

환경위험 또는 위험성에 대한 사전배려조치를 취해야 하는 국가의 의무가 헌법으로부터 도출될 수 있는지가 문제된다. 이에 대한 명백한 헌법상의 의무조항은 존재하지 않지만, 개별적인 기본권조항이 내포하고 있는 국가의 보호의무로부터 국가에게 사전배려적인 환경보전의무가 있음을 부분적이나마 도출할 수 있다고 본다. 헌법상의 보호의무는 국가기관에게 기본권침해의 위험을 가능한 한 저지할 것을 요구한다.¹³⁾

따라서 효과 및 인과관계가 자연과학적으로 명확하게 밝혀지지 않았기 때문에 단지 손해가 발생할 것이 우려될 뿐인 경우에도 국가의 사전배려조치는 가능하고, 또한 경우에 따라서는 그것이 헌법적으로 요구될 수 있다. 그러나 헌법상의 보호의무는 모든 위험성의 완전한 배제를 요구하지는 않는다. 위험성의 완전한 배제를 요구하는 것은 실재에 있어서 무제한적인 기술의 금지를 가져올 것이기 때문에 비례원칙에 반하는 것으로 보아야 한다.¹⁴⁾ 고도로 산업화된 사회에 있어서 완벽한 기술적

13) BVerfGE 49, 89 (140 ff.); BVerfGE 52, 214 (220); BVerfGE 53, 30 (57); BVerfGE 56, 54 (78) 참조.

14) Rengeling, Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 1982, S. 81 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 15; Marburger, Atomrechtliche Schadensvorsorge,

안전을 기하는 것을 실현 불가능하다. 합리적 이성의 한계를 벗어나는 잔여위험성은 헌법적으로 수인되어야 하며, 그에 따라 사전배려조치는 제한된다. 사전배려의무와 감수해야 할 잔여위험성 사이의 한계설정은 구체적인 경우에 관련 이익의 형량에 의하여 행해진다. 즉 현대 문명사회에 내재하는 일상생활상의 위험성 및 그 당시의 지식과 기술수준 등을 고려하여 국가의 보호의무와 이해관계인의 헌법상 방어권 사이의 형량이 행해져야 한다.

독일 연방헌법재판소도 위험성의 감소에 대한 요구는 헌법상의 보호의무로부터 도출할 수 있지만, 위험성의 완전한 배제는 도출할 수 없다고 하였다. 인간의 인식능력의 범위를 벗어나는 위험성은 피할 수 없으며, 따라서 사회적 부담으로서 모든 국민이 감수해야 할 것이다.¹⁵⁾

(2) 사전배려조치의 명확성

법원칙으로서 사전배려원칙은 일정한 법적 요구, 특히 헌법에 뿌리를 둔 법원칙에 부합하여야 한다. 법치국가원리는 법적 안정성 또는 명확성을 요구하는데, 사전배려원칙의 기본적인 문제점으로는 사전배려가 필요한 상황 및 그에 대한 대처방법·범위 등이 불확실하고 불명확하다는 데 있다. 오염원이 명확히 밝혀지지 않는다면 그에 대한 효과적인 대처수단·방법을 정하는 것은 불가능하다. 사전배려가 필요한 상황에 대한 정확한 진단이 있어야만 관련 제 이익에 대한 합리적인 형량을 행할 수 있고 그에 근거하여 적절한 사전배려조치를 결정할 수 있게 된다. 법치국가원리에서 도출되는 법적 안정성 또는 명확성의 요구에 따라 사전배려의 목적 및 수단은 내용적으로 명확해야 한다. 이러한 내용적 명확성에 대한 요구는 특히 사전배려조치가 기업의 투자와 밀접한 관련이 있는 경우에 중요한 의미가 있다.

1983, S. 60.

15) BVerfGE 49, 89 (143).

(3) 비례의 원칙

비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙이 환경법에서도 적용되어야 한다는 데 이론(異論)이 없다. 사전배려원칙에 있어서 적용범위의 불명확성, 다시 말하면 사전배려와 잔여위험성과의 한계설정의 어려움은 비례원칙의 적용에 의하여 해소될 수 있을 것이다. 비례의 원칙은 행정기관이 개별적인 사전배려조치를 취함에 있어서 준수해야 할 뿐만 아니라, 사전배려원칙을 구체화하는 입법을 함에 있어서도 지켜져야 한다.

사전배려원칙은 사전배려의 목적을 달성하기 위해 가능한 모든 조치를 취할 것을 요구하는 것은 아니다. 단지 예상되는 위험에 대비하기 위하여 '적정한' 수단을 취할 것을 요구하는 것이다. 또한 사전배려조치는 '그 당시의 지식 및 기술수준에 비추어'¹⁶⁾ 적합하고, 필요하며 상당한 것이어야 한다.

우선 사전배려조치에 의한 오염배출의 제한은 그 자체가 목적이 아니라, 환경보전의 목적을 달성하는 데 적합해야 한다(적합성의 원칙). 사전배려조치에 의해 위험성이 감소된다면 적합성의 원칙에 부합하는 것이다. 또한 위험성을 감소시키는 조치는 상대방에게 가장 적은 부담을 주는 수단이어야 한다(필요성의 원칙). 필요성의 원칙과 관련하여 동일한 또는 보다 나은 효과를 가져오면서 작은 부담을 주는 다른 수단이 있는지가 조사되어야 한다. 마지막으로, 요구되는 사전배려조치가 환경에 대한 위험성의 범위 및 정도와 적절한 비례관계에 있어야 한다(좁은 의미의 비례원칙). 그에 따라 사전배려조치에 의하여 부담하게 되는 불이익이 기대되는 효과보다 더 큰 경우에는 허용되지 않는다.

비례의 원칙은 구체적인 경우에 관련된 제 이익의 형량을 요구하는데, 심사기준 및 형량요소는 개별적인 경우마다 다르게 나타난다. 예를 들면 지역적으로 한정된 영향을 미치는 소음·진동과 광범위한 지역에 영향을 미치는 대기오염은 서로 다른 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

16) 이의 의미에 대하여는 Breuer, DVBl. 1978, S. 837 참조.

또한 형량에 있어서 고려되어야 할 형량요소도 구체적인 경우마다 다르지만, 일반적으로 다음과 같은 것이 형량에 포함되어야 할 것이다. 배출 시설의 영향권역에 이미 존재하는 오염의 정도, 장래의 오염상태의 변화 및 새로운 시설의 설치·운영에 의하여 증가되는 오염의 종류와 범위 등이 적정한 예측 및 기술적 방법에 의하여 조사되고 고려되어야 할 것이다. 그러나 사전배려조치에 비례원칙을 적용함에 있어서 가장 중요한 것은 사전배려조치의 유용성 및 비용분석일 것이다. 사전배려조치의 유용성에 대한 고려는 수단의 적합성 및 필요성의 심사에서 행해질 것이다. 이때에 사전배려조치의 단점에 대해서도 함께 고려해야 한다. 환경보전조치가 많은 비용을 필요로 한다는 것은 일반적으로 알려져 있다. 이와 관련하여 경제적인 비용도 형량의 요소로서 고려되어야 할 것이다.¹⁷⁾ 기대되는 효과에 비하여 너무 많은 비용이 든다면 적합성의 원칙에 반하지는 않을지라도, 필요성의 원칙이나 좁은 의미의 비례원칙에 반하는 것으로 판단될 수 있을 것이다.

3. 사전배려의 내용

사전배려원칙의 내용은 아직까지 명확하게 밝혀지지 않고 있다. 단지 환경에 대한 위협과 손해는 피할 수 있는 한 피해야 하며, 환경위험·손해가 발생하도록 나두어서는 안된다는 것을 주요 내용으로 하고 있다고 설명되고 있다.¹⁸⁾ 따라서 사전배려원칙은 단순히 수동적·방어적으로 이미 발생한 환경오염을 제거하는 것을 넘어서 예방적·사전배려적 조치를 취할 것을 요구하는 원칙으로, 환경보전 영역의 확장을 가져온다. 또한 사전배려원칙은 자연적 생활근거의 지속적인 보전과 적절한 이용·관리를 목적으로 한다.

17) Rittstieg, Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, 1982, S. 29; Marburger, Atomrechtliche Schadensvorsorge, 1983, S. 54.

18) Kloepfer/Meßerschmidt, Innere Harmonisierung des Umweltrechts, 1987, S. 69; Sendler, JuS 1983, S. 256 참조.

이와 같이 사전배려원칙은 두 가지 관점에서 파악할 수 있는데, 안전확보의 관점과 자원관리의 관점이 그것이다. 물론 사전배려원칙은 생태계보전의 측면 보다는 기술과 관련된 환경보전에 중점이 놓여있다고 할 수 있다. 우선 안전확보의 관점에서 사전배려원칙은 위험 내지 위험성배려(Gefahren- bzw. Risikovorsorge)를 그 내용으로 한다.¹⁹⁾ 환경위험은 방지되어야 한다는 위험방지원칙은 사전배려원칙의 토대를 이루며 위험방지법 분야에 있어서는 당연한 것이다. 그런데 환경법에서는 위험방지를 넘어서 위험에 대한 사전배려까지 요구하므로 위험방지원칙을 특별히 환경보전에 관한 원칙으로 나열할 필요는 없다. 법적인 의미에서의 위험이 아직 발생하지 않은 경우에 위험배려가 문제되며, 위험배려는 아직 위험단계에 이르지 않은 위험성에 대한 조정으로 이어진다. 따라서 안전확보의 관점에서 사전배려원칙은 ① 시간적·공간적으로 떨어져 있는 위험, ② 약간의 위험발생가능성이 있는 경우 및 단순한 위험성 및 ③ 그 자체 위험하지는 않지만 누적됨으로써 위험하게 되고 기술적으로 회피할 수 있는 환경부담에 대한 대비도 포함하는 것이다.²⁰⁾

그 이외에 사전배려원칙은 자원관리의 관점에서 장래의 이용을 위하여 환경자원을 관리·보전하는 것(Ressourcenvorsorge)을 내용으로 한다. 인구와 산업시설이 밀집해 있는 상황에서 아직 환경에 오염되지 않은 지역에 '자유공간'(Freiräume)을 확보해 둘 필요가 있다. 이에 의하여 확보된 '자유공간'은 장래의 생활공간, 예컨대 거주, 여가생활 또는 농·임업지 및 자연보호를 위한 지역으로 활용할 수 있다. 또한 장래의 산업입지를 위한 예비지로 활용할 수 있다. 이러한 '자유공간'명제²¹⁾는 독일의 연방임대및자연방지의 입법이유에서 그 뿌리를 찾을 수 있다: "우리의 생활공간이 점점 과밀화되기 때문에 충분한 사전배려가 꼭 필요하다.

19) Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 8.

20) Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 11 ff. 참조.

21) '자유공간'명제에 대하여는 Feldhaus, DVBl. 1980, S. 135; Kutscheidt, in: Salzwedel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S. 251 f.; Sellner, NJW 1980, S. 1257 참조.

사전배려는 또한 산업체의 이익을 위하여, 다시 말하면 이미 현존하는 환경오염 때문에 장래에 새로운 산업시설의 설치가 거부되는 것을 적시에 방지하기 위해서도 필요하다.”²²⁾

결론적으로 사전배려원칙은 위험단계에 이르지 않도록 위험성을 조정하는 기능뿐만 아니라 자유공간의 유지·확보 기능을 가진다고 할 수 있다. 그런데 위험 내지 위험성배려를 오염배출의 최소화 요구로 이해하는 한, 위험배려와 ‘자유공간’이론은 실제 적용에 있어서 동일한 결론에 도달하는 것이 보통이다.²³⁾

4. 사전배려의 한계

사전배려원칙이 무제한적으로 확장되는 것을 막기 위해서는 사전배려의 범위·정도와 관련하여 그의 한계를 밝히는 것이 필요하다. 사전배려조치는 그 자체가 목적이 아니라 환경보전목적에 기여하는 것이어야 한다. 사전배려조치의 대상이 되는 잠재적 위험은 최소한 현실화될 가능성이 있어야 한다. 인간의 합리적 이성에 의하여 판단할 때 위험이 현실화될 가능성이 없는 경우, 그에 대한 대처를 요구하는 것은 정당화될 수 없다. 다시 말하면 잔여위험성에 대한 감소까지 요구하는 것은 아니다. 그밖에 사전배려조치는 기술적으로 실현가능해야 하며, 비용과 그 효과가 적정한 비례관계에 있어야 한다.

이와 같이 사전배려원칙은 기술적인 실현 가능성 및 비례의 원칙 등에 의하여 제한을 받으며, 잔여위험성에 대한 감소까지 요구하는 것은 아니라는 점에서 그의 한계를 찾을 수 있다. 위험은 반드시 방지되어야 하고 위험성은 비례의 원칙에 따라 감소되어야 하며, 남아있는 잔여위험성은 사회적 부담으로서 감수되어야 한다.

22) BT-Drucks. 7/179, S. 32.

23) 이에 대하여는 Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 20; Sendler, UPR 1983, S. 43.

사전배려조치가 필요한 위험 또는 위험성과 감수해야 할 잔여위험성의 구별은 전문과학적 지식에 기초해야 하지만, 그에 대한 평가는 법적 판단에 해당하는 것이다. 따라서 그에 대한 최종적인 결정권한 및 책임은 행정청과 법원에게 있다.

5. 사전배려의무의 효과: 사익보호성의 유무

위험방지와 사전배려는 특히 개인의 권리보호와 관련하여 중요한 의미가 있다. 위험방지는 공익뿐만 아니라 이해관계인의 보호를 목적으로 하므로 제3자보호효과가 인정되지만, 사전배려는 공익에만 기여할 뿐 제3자보호의 효과는 원칙적으로 인정되지 않는다.²⁴⁾ 사전배려에는 자유공간을 확보하는 기능이 있다고 할 때, 이해관계 있는 제3자가 이를 쟁송상 청구할 수는 없는 것이다. 또한 사전배려가 위험의 단계에 이르지 않도록 위험성을 조정하는 것이고, 위험방지와 비교할 때 낮은 발생가능성만으로 사전배려조치가 취해질 수 있기 때문에 제3자보호효과를 인정할 수 없다.

이와 같이 사전배려를 요구하는 법률규정(예를 들면 독일의 연방임 및씨온방지법 제5조 1항 2호)은 위험방지와 달리 제3자보호효과 없기 때문에, 제3자는 배출시설의 사업자가 법률규정에 의하여 부담하는 사전배려의무에 위반하였다는 것을 쟁송상 주장할 수 없다. 즉 이해관계 있는 제3자가 사전배려원칙의 관철을 요구할 수는 없다. 국가에게는 위험방지의 의무가 있으므로, 위험방지영역에서는 실체법적으로 이해관계인의 개입청구권이 인정된다. 그러나 사전배려영역에서는 국가의 개입이 허용되지만, 그러한 개입은 기술적 가능성과 비용과 효용의 비례관계에 의한 제한을 받으므로 사전배려를 위한 조치를 취해줄 것을 요구할 수 있는 개인의 권리는 인정되지 않는다. 그밖에 제3단계인 잔여위

24) E. Reh binder, in: Salz wedel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S. 89; Rengeling, DVBl. 1982, S. 628.

험성영역에서는 국가의 개입이 필요하지도 않고 법적으로도 허용되지 않는다. 다만 법적으로 행정청에게 거부재량이 부여된 경우에 재량권을 행사함에 있어서 잔여위험성을 고려할 수는 있을 것이다.²⁵⁾

Ⅲ. 환경법에 있어서 사전배려원칙의 구체적 실현

사전배려는 다양한 수단에 의하여 행해지는데, 그것은 크게 내용에 따라 자발적 수단, 명령적 수단 및 유도적 수단으로 분류할 수 있다.

1. 자발적 수단

환경보전의 목적은 국가 혼자만의 노력에 의해 달성될 수 있는 것은 아니고 사회 전체의 공동노력에 의하여 행해져야 한다.²⁶⁾ 다시 말하면 모든 국가 구성원이 서로 신뢰하고 협력하여야만 적절하게 환경보전 목적을 달성할 수 있게 된다. 따라서 경제와 산업분야의 자발적인 환경보전 노력이 필요한 것이다.

(1) 자율적 환경관리기반의 조성

사업자 스스로 환경오염을 사전에 예방하고 적극적으로 환경개선을 도모하는 자율적 환경관리기반의 조성을 위한 수단으로는 자가측정제도, 환경친화기업 지정제도 및 환경표지제도를 들 수 있다.

(가) 자가측정제도

자가측정제도는 사업자가 배출시설을 운영할 때 그 시설에서 배출되는 오염물질을 스스로 측정하여 배출되는 오염물질의 배출허용기준 초

25) Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 106.

26) 환경보전의 중요한 원칙의 하나로 협동의 원칙을 들고 있는 이유는 바로 여기에 있다.

과 여부를 자율적으로 확인하여 대책을 강구함으로써 환경오염의 요인을 사전에 억제, 예방하기 위한 제도이다(수질환경보전법 제22조, 대기환경보전법 제22조 등).

(나) 환경친화기업 지정제도

환경친화기업 지정제도는 기업이 환경규제치만 준수하는 기존의 환경대응방식을 탈피하여 자율적으로 사업활동의 전과정에 걸쳐 환경영향을 평가하고 구체적인 환경목표를 설정하여 지속적으로 환경개선을 도모하는 적극적 경영방식이다. 기업은 자체적인 환경영향평가를 토대로 오염물질의 저감, 자원 및 에너지의 절감 및 제품의 환경성개선 등에 대한 계획·방법 등이 명시된 구체적인 환경개선계획을 마련하고 이를 이행하여야 한다.

환경친화기업 지정제도는 오염물질이 발생한 후 사후처리를 하는 것보다는 청정생산기술에 투자를 하여 사전에 오염물질을 감축하는 것이 효율적이고 일정시점 이후부터는 오히려 비용절약적이라는 점에서 환경개선을 위한 기업의 자발적인 노력을 이끌어 내는 정책적 수단이다. 즉 환경친화기업 지정제도는 기업이 자발적으로 법정기준치 이하까지 지속적인 환경개선을 위하여 노력하도록 유도하는 수단이라 할 수 있다.

(다) 환경표지제도

환경표지제도는 제조·유통과정, 사용과정 또는 사용후 폐기과정에서 동일 용도의 다른 제품에 비하여 환경오염을 적게 일으키거나 자원을 절약할 수 있는 제품임을 인증하여 주는 ‘환경친화적인 상품에 대한 품질인증제도’이다. 이러한 환경표지제도를 운영하는 목적은 기업체로 하여금 저공해제품의 개발 및 생산을 촉진하고, 소비자가 이러한 환경상품을 선택·사용하여 환경보전운동에 스스로 참여하도록 하기 위함이다.

(2) 자기제한협정

국민이 자발적으로 환경보전을 위한 사전배려조치를 하는 것으로 행

정기관과 제조업자 사이의 비공식적 협상(informelle Absprachen)²⁷⁾ 또는 자기제한협정(Selbstbeschränkungsabkommen)에 의한 사전배려조치를 들 수 있다. 행정기관과 개별기업 내지 경제단체 사이에 특정한 제품의 생산에 환경오염을 유발하는 물질의 사용을 줄이겠다는 협약,²⁸⁾ 환경에 친화적인 제품을 생산하겠다는 협약을 체결하는 경우가 이에 해당한다. 이러한 자기제한적 협정은 법적인 구속력이 없는 단순한 장래의 활동에 대한 의도의 표시에 불과하기 때문에 협의된 바를 준수하지 않을 경우 그에 대한 제재의 가능성이 없다. 다만 협정이 지켜지지 않을 경우 행정주체는 입법을 통하여 이에 대응할 수 있는 길이 있다.

현대국가가 권위주의적 국가에서 민주적·협동적인 국가로 이전하면서 더 이상 명령·강제와 같은 전통적인 질서행정상의 수단만으로는 행정목적을 달성할 수 없게 되어 행정기관과 개인의 협동·합의에 의한 문제해결이 절실히 요구된다. 비공식적 협상은 개인의 자유로운 의사결정을 유도함으로써 행정목적의 달성을 쉽게 하고, 법적 분쟁을 회피하거나 감소시키는 긍정적인 측면이 있으며, 법령의 해석·적용에 있어서의 불확실성을 제거하기 위하여 유용하게 활용될 수 있다. 더욱이 환경문제의 복잡성·전문성, 이해관계의 다양성 등으로 인해 환경목적의 효과적인 달성을 위해서는 구체적인 상황에 적합한 탄력적인 수단의 활용이 필요하다.

그러나 협상에 의한 문제해결이 당사자의 자발적인 참여를 유도하고, 또한 당사자가 이를 선호한다는 것이 바로 국민 전체의 이익과 일치한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그로 인하여 행정의 법률에의 기속, 제3자의 권익이 침해될 수 있는 것이다. 따라서 협상에 의한 문제해

27) 이에 대하여는 김연태, 환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상, 공법연구 제23집 제3호, 1995, 233쪽 아래 참조.

28) 독일에서 권한있는 행정청이 석면이 들어간 시멘트제품의 생산을 금지시키는 법규명령의 제정을 잠정적으로 포기하는 대신에 관련 기업체가 시멘트제품에서 건강에 유해한 석면의 양을 일정기간 내에 50% 줄이겠다는 약속을 한 것이 그에 해당한다고 볼 수 있다.

결이 항상 내용적으로 정당한 것은 아니므로 그에 대한 민주적 통제가 필요하다.

2. 명령적 수단

명령적 수단은 전통적으로 위험방지를 위하여 사용되어 왔고 앞으로도 계속해서 위험방지의 목적을 달성하기 위한 주된 활용도구가 될 것이다. 이와 같이 명령적 수단은 가장 전형적인 위험방지의 수단이지만, 사전배려의 실현을 위하여도 활용될 수 있음은 물론이다. 허가제, 환경영향평가제, 감독, 신고·등록·표시의 의무부과 및 환경관리인의 임명 등은 사전배려원칙의 실현에 기여할 수 있는 명령적 수단에 해당한다고 할 수 있다.

(1) 허가제

(가) 예방적 통제수단

허가제는 예방적 통제를 위한 전형적인 수단이다. 허가제는 환경법, 경찰법, 경제행정법 등 여러 법영역에서 위험방지, 경제유도 등 다양한 목적을 위해 활용되어 왔다. 환경법에서의 허가제의 예로는 대기환경보전법 및 수질환경보전법 제10조 등에 의한 배출시설의 설치·변경허가, 원자력법 제11조 1항에 의한 발전용원자로 및 관계시설의 건설·변경허가 등이 있다.

허가요건의 핵심을 이루는 것은 위험방지만, 환경법의 영역에서는 허가에 의한 통제가 환경위험에 대한 사전배려에까지 미치는 경우가 있다. 우리나라의 경우 아직 사전배려의 요구가 허거요건으로 명시되어 있지는 않으나, 독일의 경우 사전배려요구를 허가의 요건으로 규정한 법률이 있다. 예컨대 발생할 우려가 있는 환경오염의 최소화 의무를 규정한 연방임뿔찌온방지법(BImSchG) 제5조 1항 2호와 원자력법(AtG) 제7조 2항 3호는 시설물의 허가요건으로 환경오염 내지 시설물의 설치·

운영에 있어서의 장애에 대한 사전배려를 요구하고 있다. 연방임밋췌운 방지법 제5조 1항 2호에 의하면 허가가 필요한 시설은 특히 기술의 수준에 상응한 오염감소조치에 의하여 환경오염에 대한 사전배려가 행해지도록 설치되고 운영되어야 한다. 원자력법 제7조 2항 3호에 의하면 원자력시설에 대한 허가는 그 시설의 설치·운영에 따른 장애에 대하여 학문과 기술의 수준에 따라 필요한 사전배려가 행해져야만 부여된다.

(나) 금지의 유형

허가는 금지를 전제로 하는데, 금지의 유형은 허가유보부 예방적 금지(*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*)와 면제유보부 억제적 금지(*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*)의 두 가지로 나눌 수 있다. 예방적 금지를 해제하는 것을 통제허가(*Kontrollerlaubnis*)로, 억제적 금지를 해제하는 것을 예외적 승인(*Ausnahmebewilligung*)으로 표현한다.

(a) 통제허가

통제허가에 의하여 사업계획이 실정법상의 규정에 저촉되는지 여부에 대한 예방적 심사가 행해진다. 입법기술적으로 통제허가는 우선 배출시설의 설치와 같은 허가대상행위를 허가없이 행할 수 없도록 법규정에 의하여 일반적으로 금지한다. 다만 그러한 금지는 허가가 예정되어 있다는 점에서 잠정적일 뿐이다. 행정청은 허가절차에서 당해 시설이 관련 법규정의 요건을 충족하였는지를 심사하게 된다.

통제허가는 일반적·상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 당해 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 것으로 형식적으로 수익적 행정행위에 해당한다. 그러나 통제허가는 실체에 있어서 허가신청자에게 헌법적으로 본래 귀속되는 자유를 회복해 주는 것이다. 통제허가가 단지 허가신청자의 헌법상 청구권을 확인하는 데 불과하는 한, 통제허가는 원칙적으로 기속적 행정에 속한다고 할 수 있다. 이와 같이 신청자에게 통제허가의 부여에 대한 헌법상의 청구권이 인정된다면, 법이 정한 요건을 충족하였음에도 통제허가를 거부하는 것은 신청자의 기본권에 대한 침

해에 해당하게 된다.

(b) 예외적 승인

예외적 승인은 사회적 유해성 또는 일반적 위험성 때문에 원칙적으로 금지되는 행위를 특별한 경우에 예외적으로 허용하는 것이다. 신청자에게 예외적 승인을 청구할 수 있는 헌법적 권한이 인정되지 않음이 보통이다. 따라서 통제허가와 달리 예외적 승인의 여부는 행정청의 재량에 맡겨져 있는 것이 일반적이다.

산림법 제90조 1항에 의하면 산림안에서 임목의 벌채, 산림의 형질 변경 또는 임산물의 굴취·채취를 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 지방산림관리청장의 허가를 받아야 하며, 제90조 2에 의하면 석재를 굴취·채취하고자 하는 자는 시장·군수의 채석허가를 받아야 한다. 이러한 것은 억제적 금지를 전제로 한 허가의 예라 할 수 있다.

(c) 양자의 구별

위에서 살펴본 바와 같이 예방적 금지와 억제적 금지를 구별하는 것이 지배적인 견해라 할 수 있다.²⁹⁾ 그러나 예방적 금지와 억제적 금지, 예방적 금지를 해제하는 통제허가와 억제적 금지를 해제하는 예외적 승인의 구별은 명백하지도 않고, 또한 꼭 필요한 것도 아니다. 사회적으로 바람직한 행위와 바람직하지 않은 행위의 구별은 그 자체가 벌써 자의적이라 할 수 있다. 예컨대 대기환경보전법 및 수질환경보전법 제10조 등에 의한 배출시설의 설치·변경허가는 일종의 예방적 통제허가에 해당한다는 것이 일반적인 견해인데, 배출시설에 의한 수질오염 또는 대기오염 등도 사회적으로 바람직하지 않은 행위 또는 사회적 유해성을 띤 것이라고 할 수 있다.

그리고 통제허가는 기속결정이고, 예외적 승인은 재량결정이라는 등

29) 그러나 슈바베(Schwabe)는 다양한 근거를 제시하면서 지배적인 견해는 금지의 두 가지 유형이 단순히 양적인 차이가 있을 뿐인데, 거기에서 질적인 차이를 도출하였다고 비판한다. 이에 대하여는 Schwabe, JuS 1973, S. 133 ff. 참조.

식이 항상 성립하는 것은 아니다. 예를 들면 독일의 원자력시설에 대한 허가는 그 중간형태에 해당한다고 볼 수 있다. 즉 원자력 시설에 대한 허가의 부여는 허가관청의 재량에 맡겨져 있는데, 이는 원자력시설의 설치·운영은 사회적으로 원치 않는 행위라는 전제에 입각한 것이다. 그러나 이러한 전제는 평화적인 목적을 위하여 원자력의 연구·개발 및 이용을 촉진하는 것이 원자력법의 목적이라고 규정한 원자력법 제1조 1호의 규정과 모순되는 것이다. 더욱이 원자력시설의 설치·운영자는 기본권에 의한 보호를 받는다. 따라서 원자력시설의 허가는 재량수권에도 불구하고 통제허가에 속하는 것으로 보아야 할 것이다.

이와 같이 구체적인 경우에 통제허가의 부여가 행정청의 재량에 놓일 수 있고, 반대로 예외적 승인이 헌법적으로 요구될 수도 있다. 결국 허가신청자에게 허가발급청구권이 인정될 것인지의 문제는 금지의 형태가 예방적 금지에 해당하느냐 또는 억제적 금지에 해당하느냐에 달려있는 것이 아니라, 개별적·구체적으로 고찰해야 할 것이다.

(2) 환경영향평가제

환경영향평가제도는 환경에 대한 위해요인을 사전에 예측·평가하여 저지 또는 완화방안을 강구할 수 있는 효과적인 수단으로서 사전배려원칙에 배경을 둔 환경보전수단의 하나이다. 현행 우리나라의 환경영향평가제도는 각종 개발사업의 시행으로 인한 환경오염을 사전예방하기 위한 수단으로서, 사업계획을 수립·시행함에 있어서 미리 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 평가·검토하여 환경영향을 줄일 수 있는 방안을 강구하여 환경적으로 건전하고 지속가능한 개발이 되도록 함으로써 쾌적한 환경을 유지·조성함을 목적으로 한다.

그러나 우리나라의 환경영향평가제도가 환경오염에 대한 사전예방의 효과를 달성하고 있는가를 살펴보면, 무엇보다도 환경영향평가의 시기가 대체로 개발사업의 '실시계획 인가 전'으로 되어 있어 개발사업의 공사준비가 완료된 상태에서 환경영향평가가 이루어짐으로써 근본적으로

환경영향을 예방하거나 저감하는 방안을 마련할 수 없는 한계가 있다.³⁰⁾

현재 환경영향평가를 받아야 하는 대부분의 사업은 국토이용계획 · 도시계획 · 공원계획 · 공유수면매립계획 등에 의한 토지용도변경을 필수적으로 수반하기 때문에 먼저 승인기관이 사업기본계획을 승인하여 해당지역의 토지용도를 변경시켜 준 다음에 구체적인 실시계획을 승인하는 순차적인 절차를 밟고 있다. 그리고 사업자들은 일단 기본계획의 승인이 나면 바로 토지를 매입하고 시공업자를 선정하여 실시설계에 들어가는 것이 보통이다. 그런데 현행 환경영향평가는 승인기관이 사업기본계획을 인가하여 시공업자까지 선정되어 있는 단계에서 이루어지기 때문에 환경부가 사업을 불허하거나 대폭 수정시키거나 또는 입지를 환경영향상 유리한 곳으로 변경시키는 것이 이미 불가능해진 상태에서 뒤늦게 이루어진다.

환경영향평가제도는 사후적 · 교정적 제도가 아니라 사전적으로 기능하는 제도이다. 사전배려원칙에 배경을 둔 효과적인 환경보전수단의 하나로서 환경영향평가제가 본래의 목적을 달성하기 위해서는 환경영향평가 시기를 앞당기는 것이 무엇보다도 필요하다. 현행법의 태도처럼 ‘실시계획의 인가 전’을 평가시기로 정할 경우 환경영향평가의 실효를 거두기 어렵다. 사업부지를 매입한 상황에서 사업계획을 대폭 수정한다는 것은 사실상 불가능하기 때문이다. ‘실시계획의 인가 전’이 아니라 사업계획의 ‘입안’ 또는 ‘결정’의 단계에서부터 환경영향평가가 실시되도록 법규정을 개정하여야 할 것이다. 사업계획이 결정된 후 실시계획의 인가 전에 평가를 한다고 해도 이는 사업시행을 전제로 한 것이기 때문에 자칫 사업시행에 따른 환경영향의 저감방안을 제시하는 데 그칠 뿐 사업계획의 결정 자체에 영향을 미치지 못하는 못하게 된다. 이러한 문제점으로 인해 환경영향평가제도는 그 제도의 취지에 상반되게 환경침해의 합

30) 그밖에 현행 환경영향평가제는 착수요건, 평가대상 및 범위, 평가서작성의 주체, 주민의 의견수렴 등에 있어서 많은 문제점을 지니고 있다.

리화 문서 또는 면죄부로 전락할 가능성을 가지고 있는 것이다.

(3) 감독, 신고·등록·표시의 의무부과, 환경관리인의 임명 등

허가제 및 환경영향평가제 이외에 환경법상의 명령·금지의 이행에 대한 통제를 하거나 환경에 대한 위험방지, 사전배려를 위하여 필요한 기초자료를 얻기 위한 수단으로는 환경법상의 감독이 있으며, 환경행정청의 감독업무를 보충하거나 용이하게 해주는 신고·등록·표시의무의 부과 및 환경관리인의 임명도 여기에 해당된다.

(가) 감독

환경행정청에 의한 감독은 두 가지 측면에서 환경보전의 목적달성에 기여한다. 우선 감독은 환경법상의 명령·금지를 준수하는지 여부에 대한 통제수단으로 활용된다. 다른 한편 감독수단을 통하여 현재의 환경상태와 장래의 발전에 대하여 필요한 정보를 획득하여 오염방지 또는 사전배려를 위한 조치의 기초자료를 얻을 수 있게 된다. 물론 위의 두 가지 기능이 서로 명확하게 구별될 수 있는 것은 아니며, 오히려 실제에 있어서 양자는 서로 보충적이라 할 수 있다.

감독은 여러 개별 환경법(예컨대 수질환경보전법 제49조, 대기환경보전법 제49조, 유해화학물질관리법 제37조, 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제46조 및 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제34조 등)에서 규정하고 있는데, 대체로 관련 공무원에게 감독을 위한 개입의 권한(예를 들면 배출시설에의 출입·검사, 서류의 열람, 자료의 제출명령, 오염물질의 채취·측정·검사 등)을 부여하고 그에 상응하여 사업자 등에게 수인의무 및 협력의무를 지우고 있다.

그밖에 행정청에 의한 감독을 보충하고 보다 효율적으로 감독의 목적을 달성하기 위하여 환경감시원에 의한 감시 및 환경관리인에 의한 감독에 대하여 규정하고 있는데,³¹⁾ 이를 통하여 환경행정청의 감독업무

31) 이에 대하여는 아래의 (3) 환경관리인의 임명 참조.

에 대한 부담을 경감시키려 하고 있다.

(나) 신고, 등록, 표시의 의무부과

(a) 신고의무의 부과

환경에 영향을 미치는 일정한 활동이 행정청의 허가를 받아야 할 만큼 중요성이 크지 않은 경우에 그러한 활동의 개시 또는 변경에 대하여 최소한 행정청이 알 수 있도록 하기 위하여 신고의무를 부과하는 경우가 많다(수질환경보전법 제14조, 폐기물관리법 제30조 4항, 소음·진동규제법 제25조, 원자력법 제64조 1항 등 참조). 이러한 신고의무는 기본적으로 허가제와 유사한 기능을 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 신고는 허가절차보다 간단하고 상대방에게 적은 부담을 준다는 점에서 차이가 있다. 신고는 허가와 달리 단순한 통지의무를 부과한 것에 불과하고 직접적인 법적 효과가 결부되는 것은 아니다. 법령에서 신고의무를 부과한 경우에 신고를 받은 행정청에게 그 신고를 심사하여 수리 여부를 결정할 수 있는 권한이 있는 것은 아니다. 신고는 형식적 요건을 갖춘 신고서가 행정기관에 도달하기만 하면 신고로서의 효과가 발생하는 것이다.³²⁾

신고의무는 행정청으로 하여금 행정상의 참고자료를 얻도록 하기 위한 취지에서 부과되는 것이 보통이다. 예를 들면 폐기물관리법 제30조 4항에 의하면 폐기물처리시설을 설치하는 자는 그 설치공사를 완료한 후 당해 시설의 사용을 개시하고자 할 때에는 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관에게 신고하도록 되어 있다. 환경부장관은 이러한 신고에 의하여 폐기물처리시설의 설치에 대한 자료를 얻어 이후에 필요한 경우 제6항에 의한 개선명령이나 사용정지명령을 발할 수 있게 된다.

32) 그러나 행정의 실무에서 신고의 수리를 거부하거나 반려하는 등 신고제가 허가제와 마찬가지로 운영되고 있는 사례가 적지 않기 때문에, 행정절차법은 이러한 위법한 행정관행을 시정하려는 관점에서 신고가 그 형식적 요건을 갖춰 행정청에 도달한 때에 법령상의 신고의무가 이행된 것으로 본다는 명시적 규정을 두고 있다(제42조).

(b) 등록의무의 부과

환경법에서는 등록의무를 부과하는 경우를 많이 볼 수 있는데, 이를 통하여 환경위험을 야기할 수 있는 시설, 그의 설치·운영자 또는 유해물질의 취급자 등에 대한 필요한 정보·자료를 획득하고 이들을 관리·감독하는 수단으로 활용하고 있다. 예컨대 유해화학물질관리법은 유독물영업자에게 시설·장비·기술인력 등의 요건을 갖추어 환경부장관에게 등록할 것을 요구하며(제15조 1항), 유독물영업자가 결격사유에 해당하는 때에는 유독물영업의 등록을 할 수 없도록 규정하여(제16조), 유독물의 제조·판매·보관·저장·운반·사용 등으로부터 환경위험이 발생하는 것을 사전에 통제하고 있다.

(c) 표시의무의 부과

환경법은 일정한 경우에 환경유해성에 대한 표시의무를 부과함으로써 행정청의 감독을 용이하게 하고 일반 국민에게 환경보전 및 제품의 유해성에 대한 정보를 제공하게 된다. 예를 들면 유해화학물질관리법 제28조는 유독물영업자등에게 유독물을 보관·저장 또는 진열하는 장소와 운반차량 및 그 용기나 포장에 유독물에 관한 표시를 하도록 의무를 부과하고 있다. 또한 수질환경보전법은 환경부장관이 세제등 합성화학물질의 사용으로 인하여 공공수역의 수질을 오염시키거나 하수종말처리 시설·분뇨처리시설 등의 운영에 지장을 초래할 우려가 있다고 인정하는 때에는 합성화학물질의 과다사용에 대한 경고문의 표시 등을 관계중앙행정기관의 장에게 요청할 수 있도록 하고 있다(제31조 2항).

이와 같은 경고의 기능을 가지는 유해성의 표시는 구체적인 위험이 존재하기 전단계에서 위험 또는 위험성에 대한 대처를 요구하는 것이다. 예컨대 합성화학물질의 과다사용에 대한 경고문을 표시하는 것은 합성화학물질의 사용을 줄임으로써 수질오염을 미연에 방지하려는 데에 그 목적이 있다. 또한 환경보전의 영역에서 표시의무의 부과는 소비자의 환경의식을 강화하는 데 기여할 수 있다. 그 결과 환경유해성이 표시된 제품

은 명령적 수단에 의해 금지하지 않더라도 시장에서 배제될 수 있다.

(다) 환경관리인의 임명

개별 환경법에서는 환경보전을 위하여 사업자 등에게 환경관리인 등을 임명하도록 요구하고 있는 경우가 있다(예컨대 수질환경보전법 제23조, 대기환경보전법 제24조, 소음·진동규제법 제21조, 유해화학물질관리법 제25조 등). 환경관리인은 배출시설과 방지시설에 종사하는 자가 법 또는 법에 의한 명령에 위반하지 아니하도록 지도·감독하여야 하며, 당해 배출시설과 방지시설이 정상적으로 운영되도록 관리하여야 한다(수질환경보전법 제23조 제2항, 대기환경보전법 제24조 제2항, 소음·진동규제법 제21조 제2항). 따라서 환경관리인은 배출시설과 방지시설에 대한 관리를 통하여 오염물질 등의 배출이 배출허용기준에 적합하도록 하여야 하며, 법령에 의하여 부가된 하명이나 조건 또는 부담의 이행 여부에 대하여 감독하여야 한다. 또한 배출시설과 방지시설에서 배출되는 환경오염에 대하여 배출시설과 방지시설에 종사하는 자에게 설명하고 이를 방지하기 위한 시설 또는 조치에 대하여 조언을 해주어야 한다. 더 나아가 배출시설과 방지시설의 관리를 넘어서 환경친화적인 절차와 환경오염을 줄일 수 있는 생산방법 등 배출시설과 관리시설의 개선에 관한 제안도 할 수 있다.

그러나 환경관리인은 사업자에 의하여 임명되고 그의 감독을 받게 되어 있으며, 환경관리인이 법령의 위반에 대하여 지도·감독 등에 의하여 통제할 수 있는 인적 대상은 배출시설과 방지시설에 종사하는 자에 한정되고 사업자의 위반에 대하여는 관여할 수 있는 권한이 없다는 점에서 현행법상의 환경관리인에 의한 배출시설과 방지시설에 대한 관리·감독에는 일정한 한계가 있다고 할 수 있다.

독일에서의 환경관리인(Umweltschutzbeauftragte)은 사업자를 위하여 사업장내에서의 자율적인 감독업무를 수행하는 자로서 직접적으로 행정청과는 아무런 관련이 없다. 그에 따라 환경관리인은 고권적 권한을 가

지지도 않으며, 그에 대응하여 행정청도 환경관리인에게 어떠한 지지도 내릴 수 없도록 되어 있다. 환경관리인은 행정청에게 정보제공의 의무를 부담하지 않으며, 행정청도 환경관리인에게 그의 자율적 감독에 관한 자료의 제출을 요구할 수도 없도록 되어 있다.³³⁾ 그에 비하여 우리나라의 환경관리인은 환경오염방지를 위하여 시·도지사 등이 지시하는 사항에 따라야 할 의무가 있고(수질환경보전법시행규칙 제44조 1항 5호, 대기환경보전법시행규칙 제60조 2항 4호, 소음·진동규제법시행규칙 제29조 2항 5호 참조) 또한 환경부장관은 환경관리인이 법령에 위반하는 때에는 사업자에게 환경관리인의 변경을 명할 수 있는 등(수질환경보전법 제24조, 대기환경보전법 제25조, 소음·진동규제법 제22조의 경우에는 시·도지사) 행정청은 직접적으로 환경관리인을 지시·감독할 수 있는 길이 열려 있다. 독일의 환경관리인제는 자율적인 환경관리기반을 조성하기 위한 수단으로 기능하는 데 대하여 우리의 환경관리인제는 자율적 통제수단 보다는 환경보전을 위한 직접적·명령적 수단의 하나로 볼 수 있다.

3. 유도적 수단

명령·금지 등의 명령적 수단 이외에 경제적 동기부여에 의한 간접적인 방법으로 환경친화적 행위를 하도록 유도하는 수단이 있다. 예를 들면 유도적 계획, 직접적·간접적 자금조성 및 환경부과금의 부과 등이 여기에 해당한다.

(1) 유도적 계획

사전배려원칙을 실현하는 가장 전형적인 수단은 장래의 형성적인 계획이라 할 수 있다.³⁴⁾ 사전배려의 원칙에 포함된 미래지향적이고 형성

33) 독일의 환경관리인에 대하여는 Keune, in: Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. I, 1994, Sp. 287 아래 참조.

34) 계획에 의한 사전배려원칙의 실현에 대하여는 Hoppe, Staatsaufgabe Umweltschutz,

적인 요소는 직접적으로 환경목표의 실현을 위한 계획 또는 환경보전이익의 고려가 요구되는 계획을 통하여 나타난다. 환경법의 중점이 경찰법상의 위험방지로부터 자원의 절약과 생태계에 대한 장해발생의 예방으로 관점이 이동함에 따라 계획은 환경법에서 중요한 지위를 차지하게 되었다.

사전배려적인 환경행정의 수단으로서 환경계획은 환경보전이익과 그에 상충되는 다른 행정목표 내지 이익과의 조정을 가능하게 한다. 여기에는 포괄적인 환경보전계획의 형식에서부터 환경보전의 목적을 위한 분야별 전문계획 또는 부문계획, 그리고 공간질서를 위하여 중요한 국토이용계획 또는 도시계획에서 환경보전이익을 고려하는 것까지 포함된다.

환경정책기본법 제4조에 의하면 국가 및 지방자치단체는 환경오염과 그 피해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 이를 시행하여야 할 책무가 있다. 또한 환경정책기본법 제11조는 행정계획을 수립할 경우에 새로운 과학기술의 사용으로 인한 환경위해의 예방을 특히 고려할 것을 규정하고 있는데, 이 두 규정은 행정계획을 통해서 사전배려의 원칙을 구현할 것을 명시적으로 요구하고 있는 것이다.

(2) 직접적 · 간접적 자금조성

환경보전영역에서의 자금조성이란 국가가 환경친화적 행위를 유도하기 위하여 개인 또는 기업에게 재산적 이익을 제공하는 것을 말한다. 환경정책적으로 요구되는 행위를 유도하기 위하여 국가에 의하여 제공되는 경제적 혜택은 여러 형태로 나타난다. 넓은 의미에 있어서 자금조성의 수단으로는 직접적인 자금지원(직접적인 자금조성)과 환경친화적 행위에 대한 세금 또는 수수료 등의 감면(간접적인 자금조성)이 자주 활

용된다. 직접적 자금조성의 방법으로 주요한 것으로는 보조금의 교부, 자금의 대여, 융자의 알선 및 보증 등이 있다.

현행법상 자금조성에 대하여 여러 개별법에서 근거규정을 두고 있지만, 특히 환경보전과 관련해서는 우선 환경정책기본법 제32조 내지 제35조에서 환경보전을 위한 사업, 시설의 설치·운영, 조사·연구 및 기술개발에 필요한 재정지원에 관하여 일반적 규정을 두고 있다. 이들 규정에 따라 각각의 개별법에서 각종의 재정지원조치를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 재정지원에 의하여 환경오염이 발생하지 않도록 미리 사전배려조치를 취할 수 있게 된다.

자금조성은 환경투자에 많은 비용이 드는 경우 재정적 지원을 통하여 환경보전조치를 취하는 데 있어서의 장애를 줄이고 환경투자를 촉진하게 된다. 자금조성의 가장 큰 장점은 무엇보다도 수혜자가 자금조성을 거부하지 않는 한 상대적으로 높은 집행의 효과가 있다는 데에 있다. 그밖에 특정한 목적과 결부된 자금조성은 국가의 환경보전목적을 달성하기 위하여 필요한 행정 및 통제의 수고를 덜어주는 기능을 가진다.

(3) 환경부과금의 부과

(가) 환경부과금의 기능

환경부과금은 환경유해적인 행위에 대하여 공과금³⁵⁾을 부과함으로써 환경친화적 행위를 하도록 동기를 유발하는 유도부과금으로서 간접적 행위조정을 위한 중요한 수단이다. 종래 환경재화는 자유재로서 취급되었기 때문에 환경이용은 기업의 손익계산서에 포함되지 않았고, 그로 인한 자유로운 환경이용은 과도한 환경부담을 가져왔던 것이다. 그러나 환경부과금은 환경이용을 가격체계에 포함시키고 환경이용에 대한 사회적 비용(외부비용)을 내부화함으로써 경제구조와 수요의 변화를 가져오

35) 공과금 또는 부과금(Abgaben)은 상위개념으로서 그에는 조세(Steuern), 수수료 및 사료(Gebühren), 부담금(Beiträge)이 포함된다. 그외에 독일의 경우 새로운 공과금유형으로서 특별부과금(Sonderabgaben)이 인정되고 있다.

게 된다. 동시에 환경부과금은 환경친화적인 행위를 유도하고, 오염배출 방지조치를 취한 사업자와 오염배출행위를 계속하는 사업자 사이의 비용상의 불공평을 조정할 수 있게 한다.

일정한 환경기준을 넘지 않는 오염물질의 배출의 경우에 명령·금지 와 같은 질서행정적 수단으로는 오염배출감소에 대한 어떠한 동기부여도 할 수 없는 데 대하여, 환경부과금은 그러한 경우에도 부과됨으로써 법적으로 엄격히 요구되는 정도를 넘어서 오염배출을 줄이도록 유도할 수 있다. 즉 환경부과금은 환경의 최저기준을 넘어서 오염방지조치를 취할 것을 유도하는 수단으로 사용될 수 있다.

그러나 환경부과금의 행위조정의 효과는 부과금의 액수에 달려있는데, 적정한 부과금의 액수를 정하는 것은 결코 쉬운 문제가 아니다. 또한 행위유도·조정의 목적으로 환경부과금이 부과된 경우에 상대방이 이에 어떻게 대처할 것인지는 예측할 수 없다. 따라서 환경부과금이 적정하게 책정된 경우에도 상대방이 그에 상응하여 환경개선조치를 취할 것인지는 확실하지 않다는 단점이 있다.

환경부과금에는 이와 같이 부과금액수 책정의 어려움, 효과의 불확실성의 문제점이 있는 이외에 정보획득·통제를 위한 행정비용의 문제, 화폐가치 하락에 의한 유도효과 감소 등 여러 단점이 있지만,³⁶⁾ 환경의 최저기준은 질서행정상의 수단에 의해 보장되고 환경부과금은 이를 부가적으로 보장하거나 보완하기 위하여 사용하는 한, 행위유도·조정의 수단으로서 적극적 활용이 기대된다.

(나) 환경부과금의 예

헌행법상 부과금을 통한 환경행정의 예로는 배출부과금, 환경개선부담금, 폐기물예치금·부담금 및 쓰레기종량제 등의 제도가 있다.

배출부과금제도는 초기에는 배출허용기준을 초과하는 경우에만 부과되

36) 환경부과금의 단점 및 장점, 그의 기능에 대하여는 김연태, 시장경제적 수단에 의한 환경보호, 공법연구, 제24집 제2호, 1996, 440쪽 아래 참조.

으로써 환경보전을 위한 경제적 유인효과가 대단히 미흡하고 행정제재의 일종으로 볼 수 있었으나, 1995년 관련 법개정을 통하여 배출허용기준의 준수여부와 관계없이 오염물질배출량에 비례하여 부과되도록 하여 사업자가 오염물질배출을 자발적으로 줄이도록 유도하는 경제적 유인수단으로 바뀌었다.³⁷⁾

환경개선부담금은 오염물질을 많이 발생시키는 유통·소비분야의 시설물에 대하여 연료사용량 또는 용수사용량에 따라 산정하여 부과하므로, 당해 시설물의 소유자 또는 점유자는 연료사용 또는 용수사용을 줄임으로써 오염물질의 배출을 감소하도록 유인된다. 또한 경유자동차를 부과대상으로 하여 경유자동차에 대한 수요억제 및 저공해 기술개발을 촉진하는 효과가 있다.³⁸⁾

폐기물예치금·부담금제도는 폐기물의 감량화를 위한 경제적 유인책이다. 우선 폐기물예치금제도는 다량으로 폐기물이 배출되는 제품을 제조하거나 수입하는 자에 대해 폐기물의 회수·처리의무를 부과하고 이 의무의 이행을 보증하기 위해 회수·처리비용을 사전에 예치하게 하여 적정하게 회수·처리한 경우 반환함으로써 재활용을 높이기 위한 경제적 유인책이다. 폐기물처리부담금제도는 유해물질을 함유하고 있거나 회수·처리 및 재활용이 어려운 제품 등에 대하여 당해 폐기물의 처리에 소요되는 비용을 부과하여 소비를 억제하는 방향으로 소비행태를 전환시킴으로써 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 방지하기 위한 제도이다.

쓰레기종량제는 쓰레기처리에 소요되는 비용을 배출량에 비례하여

37) 다만 개정된 배출부과금제도는 대통령령이 정하는 규모에 해당하는 배출시설에 대하여는 1997년 1월 1일부터, 그외의 배출시설에 대하여는 2000년 1월 1일부터 시행된다(대기환경보전법, 수질환경보전법 부칙 제1조 참조).

38) 그러나 주거용시설물과 배출가스가 현저하게 저감되는 자동차 등을 제외한 일정규모 이상의 모든 시설물과 자동차에 대해 부담금을 부과하게 되므로 환경개선부담금은 행위유도의 목적 보다는 부족한 환경투자자원을 확보하는 데 그 주된 목적이 있다고 하겠다.

배출자가 부담토록 하여 자발적으로 쓰레기 배출량을 감소하고 재활용품 분리배출을 최대한 유도하기 위한 제도로서 시장유인책의 하나라고 할 수 있다.

IV. 맺는 글

오늘날의 눈부신 과학기술의 발전은 생활의 편리함을 가져다 주었지만, 다른 한편으로 새로운 과학기술에 의한 잠재적 위험 및 그 범위, 위험상황에 대한 인간의 인식능력의 한계 등으로 인해 개인의 일상생활을 불안하게 하고 있다. 따라서 과학기술의 발전에 의해 특징지어지고 그에 의존하는 현대사회는 ‘위험성사회’(Risikogesellschaft)³⁹⁾라고 할 수 있다. 이러한 새로운 위험상황을 극복하고 그에 대처해야 하는 것은 국가의 책무인 것이다.⁴⁰⁾ 국가의 기본권보호의무에서 기술의 발전에 의한 새로운 위험상황으로부터 개인을 보호해야 할 국가의 의무가 도출될 수 있다.

그런데 전통적인 경찰법상의 위험방지는 기술적으로 발전된 현대사회에 있어서 개개인의 안전을 보장하기에 충분하지 않다. 특히 환경법에 있어서 예상되는 손해의 범위·정도 및 경험법칙에 따른 인간의 인식능력의 한계 때문에 전통적인 위험방지를 넘어서 사전배려조치를 요구하는 것은 환경보전을 위하여 필요하다. 환경은 한번 훼손되면 원상회복이 불가능한 경우가 많다. 따라서 환경오염 또는 훼손이 발생하지 않도록 미리 사전배려조치를 취할 것을 요구하는 사전배려원칙은 환경행정의 가장 중심이 되는 원칙이라 할 수 있다.

39) U. Beck, Risikogesellschaft, 1986.

40) 이에 대하여는 J. Ipsen, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48(1990), S. 178; P. Kirchhof, NVwZ 1988, S. 97; Köck, AöR 121(1996), S. 12 참조.

우리 환경정책기본법은 제1조에서 “... 환경오염으로 인한 피해를 예방하고 자연환경 및 생활환경을 적정하게 관리·보전함을 목적으로 한다”고 하여 사전배려의 원칙을 환경법의 기본이념의 하나로 삼고 있음을 나타내고 있다. 그러나 사전배려원칙의 구체적 내용, 범위 및 한계에 대하여는 아직도 명확하게 밝혀지고 있지 않으며, 또한 실정법상 사전배려원칙을 구체적으로 실현하는 제도는 여러 가지 미흡한 점이 많다. 앞으로 법이론적·법정책적인 측면에서 많은 연구와 발전을 기대해 본다.

조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로*

박 기 갑**

《目 次》

- | | |
|-----------------------------|----------------------------|
| I. 문제제기 | 3. 국내법원의 해석권한 문제 |
| II. 국내외 동향 | IV. 프랑스와 인권보호관련 국제협약 |
| 1. 국외 | 1. 개관 |
| 2. 국내 | 2. B규약의 자기집행력문제에 관한 전반적 이론 |
| III. 프랑스와 국제조약 | 3. 프랑스 국내법원의 관련판례 |
| 1. 국내법질서로의 조약 도입제도의 변화 | V. 결론 |
| 2. 조약집행에 있어서 국내법적 조치의 필요성문제 | |

I. 문제제기

오늘날 국가는 필요에 의해 매년 다방면에 걸쳐 수많은 양자협정(bilateral agreement)을 체결하고 아울러 다자협약(multilateral convention)에 가입하고 있다. 그리고 우리나라만 하더라도 90년대 전후로 국제인권보호 및 개인의 권리와 관련된 국제협약에의 가입은 날로 증가추세에 있다. 가령 예를 들자면 다음과 같다.

* 이 글은 1998년 6월 23일 대법원의 제 14회 비교법실무연구회에서 발표한 내용을 수정보완한 것임.

** 고려대 법대교수·법학박사

- ▶ 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(조약 제 855호)¹⁾
- ▶ 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)(조약 제 1006호)²⁾
- ▶ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) (조약 제 1007호)³⁾
- ▶ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약선택의정서(조약 제 1008호)⁴⁾
- ▶ 난민의 지위에 관한 의정서(조약 제 1115호)
- ▶ 고용정책에 관한 협약(ILO협약 제 122호) (조약 제 1204호)
- ▶ 아동의 권리에 관한 협약(조약 제 1072호)⁵⁾
- ▶ 고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(조약 제 1272호)⁶⁾
- ▶ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약의 제 14조 선언(조약 제 1371호)⁷⁾

이러한 상황에서 필연적으로 제기되는 문제는 과연 대외관계를 책임지고 있는 행정부에서 체결한 조약, 특히 그 중에서도 국가간의 권리의무가 아닌 관련 국가의 국적인인 개인의 권리와 의무를 규정하는 조약

-
- 1) 대한민국정부는 1984년에 비준서를 기탁하였으며, 1985년에 대한민국에 대해 발효하였음. 한편 동 협약은 1995년 제 20조 1항을 개정하였으며, 대한민국정부는 1996년에 수락서 기탁하였음.
 - 2) 대한민국정부는 1990년에 가입서 기탁하였으며, 동년 발효함.
 - 3) 대한민국정부는 1990년 가입서를 기탁하였으며, 동년 발효함. 한편 정부는 동규약의 제 14조 5항, 제 14조 7항, 제 22조 및 제 23조 4항의 규정이 대한민국 헌법을 포함한 관련 국내법규정에 일치되도록 적용될 것임과 동 규약 제 41조상의 인권이사회에 권한을 인정함을 선언하였음. 한편 1991년에 조약 제 1042호로 동 규약 제 23조 4항에 대한 유보철폐를 하였으며, 1993년에는 조약 제1122호를 통하여 동 규약 제 14조 7항에 대한 유보철폐를 하였음.
 - 4) 대한민국정부는 1990년에 가입서를 기탁하였으며, 동년 발효함.
 - 5) 대한민국정부는 1991년 비준서를 기탁하였으며, 동년 발효함. 한편 정부는 제 9조 3항, 제 21조 가항 및 제 40조 2항 나호(5)에 대해 유보하였음.
 - 6) 대한민국정부는 1995년 비준서를 기탁하였으며, 동년 발효함.
 - 7) 대한민국정부는 동협약에 1979년에 가입하였음. 제 14조는 개인 및 집단의 국제기구 청원권을 인정하고 있으며, 이를 적용하기 위해서는 체약국은 인종차별철폐위원회의 권능을 수락하는 별도의 선언을 행하여야 함.

의 경우에 별도의 국내법조치 없이도 막바로 국내법적 효력을 갖는가의 여부이다. 다른 말로 바꾸어서 그러한 조약을 근거로 실령 국내법규정이 없다고 하더라도 당사자인 개인이 관련 행정기관에 일정한 행위를 취해줄 것을 청구할 수 있는지 그리고 국내법원에 조약상의 명문규정을 근거로 소송을 제기할 수 있는지의 여부이다.

이와 관련된 국내소송사건은 다음과 같다.⁸⁾

우선 첫번째 단계로서, 당시 (주)금호의 노동조합위원장이었던 손종규씨가 1990년 대우조선 노동조합의 파업에 제 3자로서 개입한 사실과 관련하여 구속기소되어 당시 노동쟁의조정법 제 13조 2의 위반죄로 하급심에서 유죄를 선고받고 대법원에서도 역시 상고기각으로 형이 확정되었다.

두번째 단계는, 이 사안을 접수한 유엔인권이사회는 1995년 7월 15일 결정을 통해 대한민국이 손종규씨를 처벌한 것은 B규약 제 19조 2항이 보장한 표현의 자유를 침해하였다고 판정함과 동시에 대한민국정부에 대해 적절한 배상을 포함한 효과적인 구제조치 및 제3자 개입금지 조항의 재검토등을 요구하고, 대한민국정부는 그 조치내용을 90일내에 인권이사회에 보고할 것을 통고하였다.

세번째 단계는, 1996년 6월과 11월에 손종규씨가 대한민국정부를 상대로 상기 유엔인권이사회 결정을 근거로 제기한 손해배상청구에 대해 하급심은 판결문을 통해 1990년 헌법재판소가 당시 제3자 개입금지 조항에 대해 합헌성을 인정한 사실, B규약 제 19조 3항에 표현의 자유 제한가능성을 인정하고 있다는 사실, 그리고 유엔인권이사회 결정에 대해 대한민국 법원이 기속되지 아니한다는 사실등을 근거로 기각하였다.

8) 판결문에 대해서는 서울국제법연구, 제 5권 1호, 1998, pp.113-118. 그리고 김태천, “국제인권규약(B규약)의 국제적 실시조치”, 국제법학회논총, 제 40권 제 2호, 1995년, p.249의 각주 59 참조.

이 소송사건의 밑바탕에는 국제법상 ‘조약의 자기집행력이론(the doctrine of self-executing treaties)’과 직접적으로 관련되어 있다고 보여 지므로 이하에서 외국에서 논의되고 있는 추세를 간략히 살펴본 후에 과연 이와 유사한 문제가 국내에서도 제기될 수 있는지에 대해 언급한다.

II. 국내외 동향

1. 국외

외국의 경우 이러한 문제를 해결하기 위해 가장 먼저 참조로 할 수 있는 것은 미국 국내법원이 19세기 당시 처음으로 제기한 ‘조약의 자기집행력이론’이다. 미국의 판례는 1829년 *Foster v. Neilson case*를 시작으로 행정부가 체결한 조약의 성격을 다음과 같은 두가지로 구분하여 왔다.⁹⁾ 즉 법원이나 행정기관에 의해 국내적으로 적용되기 위해 특별한 입법을 필요로 하지 않는 것과 이를 필요로 하는 것으로 구분하여 전자를 자기집행적 조약(self-executing treaty)이라고 하며, 후자를 비자기집행적 조약(non self-executing treaty)이라고 부른다.¹⁰⁾ 한편 미국의 American Law Institute가 1987년에 작성한 *Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States*(주식대외관계법) 제 111절에는 다음과 같이 양자의 구별이 언급되어있다.

9) Iwasawa(Y), "The Doctrine of self-executing treaties in the United States: a critical analysis", *Virginia Journal of International Law*, vol.26, no.3, 1986, pp.626 이하 참조.

10) 구체적인 예로서 김정건교수는 "...조약의 내용이 예를 들어 예산의 지출을 필요로 하는 경우에는 비자기집행적이라고 할 수 있으며, 조약 그 자체로서 완전할 때는 자기집행적인 것으로 본다. 그리하여 전자의 경우에는 국내입법조치에 의하여 법으로 될 수 있는 반면, 후자의 경우에는 그러한 절차없이 법으로 될 수 있다"고 적고 있다. 김정건, *국제법*, 1998, pp.75-76참조.

제11절 International Law and Agreements as Law of the United States

...

- (3) Courts in the United States are bound to give effect to international law and to international agreements of the United States, except that a "non-self-executing" agreement will not be given effect as law in the absence of necessary implementation.
- (4) An international agreement of the United States is "non-self-executing"
 - (a) if the agreement manifests an intention that it shall not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation,
 - (b) if the Senate in giving cosent to a treaty, or Congress by resolution, requires implementing legislation, or
 - (c) if implementing legislation is constitutionally required.

그리고 미국판례에 의해 언급되어온 '자기집행력'이 있는 조약의 성격 및 기준에 대해 Vazquez교수는 다음 네가지 사항으로 요약하고 있다.

첫째, 조약은 체결 당사국들이 그것의 사법적 집행이 불가능하도록 '의도'한 경우 비자기집행적 조약이 될 수 있다.

둘째, 그 조약과 관련하여 '사법적 쟁송이 가능하도록' 의도된 경우에 이를 자기집행적이라고 할 수 있다.

셋째, 국회의 입법권한에 속한 사항에 관한 조약은 비자기집행적일 수 밖에 없다고 본다.

넷째, 조약이 개인에게 직접소송권한을 부여하는 경우 자기집행적 조약이 될 수 있지만 이 경우에는 많은 예외가 있을 수 있다.¹¹⁾

11) Vazquez(C.M), "The Four doctrines of Self-executing Treaties", A.J.I.L., vol.89, no.4, 1995, pp.695이하.

미국의 경우 조약의 자기집행력과 관련해서는 다방면에 걸쳐 관련 판례가 존재한다. 가령 인권보호분야의 선도적 판례는 *Sei Fujii v. State of California case*(1950)이다.¹²⁾ 동 사건에서 캘리포니아주 최고법원은 인권의 존중을 규정하고 있는 국제연합헌장 제 55조와 제 56조는 비자기집행적인 성격이라고 판시하였다. 그 이유는 조약문의 규정이 “모든 회원국은 제 55조에 규정된 목적을 달성하기 위해 ...공동적 또는 개별적 행동을 취할 것을 서약한다(영어로 *pledge*, 불어로는 *s'engagent*)”라고 규정되어 있어서, 보호되어야 할 권리가 현장속에 명확히 정의되거나 그 구체적 예가 없으므로(즉 불명확하므로) 인권보호란 법적 의무는 ‘현재’의 의무가 아닌 ‘미래지향적’인 성격을 띄고 있다고 보았기 때문이다. 다른 여타분야로서는 1958년 ‘公海에 관한 제네바협약’ 제 6조가 자기집행력이 있는지의 여부에 관한 *United States v. Postal case*(1979)가 있다.¹³⁾

한편 유럽의 경우 조약의 자기집행력문제에 관련된 판례나 학설의 관심은 1950년대부터 본격화되었으며, 관련분야는 특히 인권보호 및 유럽공동체와 회원국간의 관계를 중심으로 발전되었다.¹⁴⁾ 한편 용어 역시 조약의 자기집행력보다는 ‘조약의 직접적용가능성(*direct applicability*

12) *California District Court of Appeals*. 판례전문은 *A.J.I.L.*, vol.46, 1952, pp.559-573. 그리고 이에 대한 평석은 *Encyclopedia of Public International Law*, vol.7, pp.411-413.

13) *U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit*. 동협약 제 6조는 1982년 단일해양법협약 제 92조 1항과 동일하다. 그 내용은 “국제조약이나 이 협약에 명시적으로 규정된 예외적인 경우를 제외하고는 선박은 어느 한 국가의 국기만을 게양하고 항행하며 공해에서 그 국가의 배타적인 관할권에 속한다. ...” 동 사건은 미국 영해밖에서 마약 밀매혐의로 나포된 외국 선적의 *La Rosa*에 승선했던 이들에 대한 미국 국내형사법적 용에 관해서 그 선결적 문제로 미국이 1962년에 가입한 동 협약의 제 6조가 과연 자기집행력이 있는 규정인가의 여부가 문제시 되었다. *Riesenfeld(S.A), "The doctrine of self-executing treaties and U.S. v. Postal: win at any price ?"*, *A.J.I.L.*, vol.74, 1980, pp.892-904.

14) *Iwasawa(Y)*, 앞의 논문, 628페이지 참조.

of treaties)’란 표현이 많이 사용되고 있다.¹⁵⁾ 유럽의 학자들은 문제되는 조약이 일국의 영토내에서 직접 적용되기 위한 법적 근거를 제시함에 있어서 PCIJ(상설국제사법법원)가 1928년에 내린 ‘단저히 법원의 관할권에 관한 권고적 의견’ 중에서 나오는 ‘당해조약이 과연 직접적으로 개인의 권리를 창출하였는가의 여부’에 초점을 맞추어 왔다. 즉 당해사건에서 재판부는

“...국제법상 확고히 성립된 원칙상 국제협정은 그 자체로서 개인에게 직접 권리와 의무를 창설할 수 없다. 그러나 체약국의 의도에 의거하여 어떤 국제협정의 목적이 개인의 권리와 의무를 창설하고 국내법원에 의해 적용가능한 특정규범을 채택하는데 있다는 점도 인정될 수 있다”고 밝혔다.(밑줄은 필자에 의한 것임)¹⁶⁾

이처럼 조약의 자기집행력여부를 중시하는 입장은 현재 독일, 오스트리아, 스위스, 유럽공동체기관 특히 유럽공동체사법법원 및 스페인에서 찾아볼 수 있는데, 스페인의 경우 1973년 3월 개정된 스페인 민법전의 새로운 제 1조 5항은 다음과 같다.

“국제조약에 담긴 법규정은 만일 국가에서 발행되는 공식적 관보에 全文이 게재됨으로써 국내법질서의 일부를 구성하지 아니하는 한, 스페인 국내에서 직접적용되지 아니한다.”¹⁷⁾

15) Bleckmann(A), “Self-executing treaty provisions”, in Encyclopedia of Public International Law, vol.7, p.414.

16) “It may be readily admitted that, according to the well established principle of international law, being an international agreement, cannot, as such create direct rights and obligations for private individuals. But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts.”, PCIJ, Series B, No.15, (Jurisdiction of the Courts of Danzig), 1928, pp.17-18.

17) “The legal rules contained in international treaties have no direct application in Spain, unless they have come to form part of the domestic legal order by means

지금까지 미국과 유럽제국의 조약의 자기집행력문제에 관한 입장의 개관 및 주요 차이점은 다음과 같이 정리되어질 수 있다.

	미 국	유 럽
용어사용	조약의 자기집행력	조약의 직접적용가능성
전제조건	일원론적 입장	일원론적 입장 이원론적 입장은 문제를 제기함.
초기이론정립을 주도한 주체	국내법원	PCIJ의 판례 유럽공동체사법법원
국내에 직접적용되기 위한 조건	○ 개인의 권리와 의무에만 국한되지 않고 조약이 국내 사법 또는 행정기관의 관한 내지 의무에 관해 규정할 때 ○ 국내법 역시 관련조약이 자기집행력을 갖는가를 결정할 수 있음	○ 조약이 오로지 개인의 권리와 의무를 창출시 ○ 국제법이 관련조약의 직접적용여부를 결정함 ○ 체약국의 의도중시

2. 국내

상기 개관을 통해 볼 때 외국의 경우 ‘조약의 자기집행력’문제는 대략 다음 세가지 조건을 충족시키는 경우에 논의될 수 있음을 알 수 있다.

- ① 국제법과 국내법의 관계에 있어 당해국의 헌법이 일원론적 입장을 취할 것(이원론적 입장을 취할 경우 아예 문제시 되지 아니함),
- ② 절차상 일단 국내법질서로 유효하게 도입된 조약일 것,
- ③ 직접적용여부는 일단 상기 ②의 조건을 충족시킨 조약을 국내기관이 집행함에 있어서 부차적인 국내법적 조치를 필요로 하는가의 문제

of their publication in their entirety in the Official Bulletin of the State”,
Riesenfeld(S.A), 앞의 논문 p.896의 각주 15에서 재인용.

일 것.

그러면 우리나라에서도 이와 유사한 문제가 제기될 수 있는가? 있다면 그 해결책을 강구함에 있어서 위에서 언급한 미국의 입장과 유럽의 입장중 어느 것을 선호할 수 있을까? 이에 대한 본격적 논의에 들어가기 앞서 일단 우리나라의 헌법규정을 중심으로 국제법과 국내법의 관계를 살펴본다.

국제법, 특히 조약과 관련된 헌법규정은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 명시한 제 6조 1항을 비롯하여 대통령의 체결·비준권(제 73조), 국무회의의 심의권(제 89조) 및 국회의 동의권(제 60조 1항)등이다. 이상의 헌법규정을 종합해본다면 조약의 대외적 효력발생은 국회의 동의유무를 막론하고 오로지 대통령의 비준행위에 의해서 이루어지며, 조약의 대내적 효력발생은 제 6조 1항의 요건을 갖추 때 가능하다. 그런데 우리의 논의에 있어 가장 핵심이 되는 동조항은 국제법, 특히 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다고만 규정하고 있을 뿐(조약의 국내법질서에서의 유효한 도입과정으로서의 일원론적 입장천명), 자기집행력있는 조약과 그렇지 아니한 조약에 대한 조치규정(조약의 국내적 집행에 있어서의 관련 국내법적 조치필요성여부)은 두고 있지 않기 때문에 문제는 계속 남는다고 보여진다.

참고로 국내학계의 동향을 살펴보면, 조약의 국내법상 효력순위에만 관심을 보여왔을 뿐, 조약의 국내적 조치필요성 여부를 포함한 일반적 인 국내법상의 적용문제에 대해서 깊은 연구가 이루어지지 않고 있는 것 같다. 조약의 국내적용문제에 관해 언급하고 있는 허영 헌법학 교수는 조약이 국내법상 갖는 의미를 조약의 내용에 따라

첫째, 국가간의 정치적 관계를 내용으로 하는 ‘정치적 조약’,

둘째, 그 내용이 정치적인 것에 국한되지 아니하고 국민의 권리의무와도 밀접한 관련이 있어 조약에 의해서 당해국가가 일정한 법률의 제

정의무를 지는 경우와,

셋째, 조약 자체가 국민의 권리의무에 관한 법규범을 포함하고 있어서 조약의 문구나 내용으로 보아, 국내의 법적용기관, 특히 법원에 의해서 조약이 직접 구체적인 사건에 적용될 수 있는 경우 등 세가지로 분류하고 있는데¹⁸⁾ 바로 이 세 번째 부류가 자기집행력을 갖는 조약의 한 예로 간주될 수 있다.

결국 우리나라에서의 조약의 자기집행성 여부문제는 실무선상에서 언제든지 발생할 수 있는 소지는 분명히 있으며, 보다 궁극적이며 체계적인 해결방법을 모색하기 위해서는 비교법적 연구가 선행될 필요가 있다.¹⁹⁾

이 연구논문은 비교법적 차원에서 조약의 자기집행력문제를 심도있게 살펴보기 위하여 대륙법계인 프랑스는 과연 개인의 권리의무와 관련된 국제협약에 대해 자기집행력을 인정하고 있는지의 여부를 살펴본다. 특히 논점을 관련 국내소송사건과 결부시켜,

- 자기집행력 있는 조약에 관한 이론: 특히 헌법규정과의 관계
- 국제인권규약(특히 B규약)을 자기집행력이 있는 조약으로 보는지의 여부와 그 근거
- B규약중 제 2조 3항²⁰⁾, 제 9조 4항²¹⁾, 제 19조²²⁾등이 국내에 직접적

18) 허영, 한국헌법론, 1998, pp.172-174.

19) 여기서 말하는 실무상이란 이미 언급한 것처럼 비단 국내법원뿐만 아니라 행정기관의 관할권행사의 경우까지 포함한다. 따라서 본 연구논문에서 사용되는 자기집행적 조약의 성격은 성재호교수가 그의 논문에서 "...자기집행적 조약은 그것을 시행할 수 있도록 하는 특정의 이행 입법을 필요로 하지않고 일국의 국내법원에서 개인에게 적용할 수 있는 권리를 부여하는 조약을 말한다"라고 단순히 국내법원에만 한정된 것보다는 더욱 폭넓은 개념으로 파악한다. 성재호, "조약의 자기집행성", 국제법평론, 통권 제 8호, 1997-I, p.15참조.

20) 제 2조 3항: 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행중인 자에 의해 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확

용될수 있는지의 여부(프랑스헌법의 해당규정과의 관계)

- 국제인권규약이 관련 국내법의 해석에 미치는 영향
- 자기집행력의 이론을 우리 헌법하에서 채택할 수 있는지의 여부에 관한 언급 등을 중심으로 살펴 본다.

한편 자기집행력있는 조약의 문제는 이미 언급한 것처럼 국제법과 국내법의 관계에서 헌법이 일원론적 입장을 택하고 있는 국가에서만 논의가능하므로 프랑스는 국제조약을 국내법질서로 편입시킴에 있어 어떠한 입장을 취하고 있는가를 일단 살펴본다.

Ⅲ. 프랑스와 국제조약

1. 국내법질서로의 조약 도입제도의 변화

프랑스의 헌법은 국제조약상의 의무가 일반적인 신의성실의 원칙, 특히 조약법상 ‘약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)’라는 법원칙

보할 것

- (b) 그러한 국제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 국제조치의 가능성을 발전시킬 것
 - (c) 그러한 국제조치가 허용되는 경우, 권한있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것
- 21) 제 9조 4항: 체포 또는 억류에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지, 법원이 그의 억류의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 억류가 합법적이 아닌 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.
- 22) 제 19조(표현의 자유등) 1항: 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다. 2항: 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다. 3항: 이 조 제 2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다. (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중 (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공공보건 또는 도덕의 보호

에 의거하여 프랑스 국내법규와 마찬가지로 각 정부기관과 국민에게 효율적으로 부과될 수 있도록 하는데 초점이 맞추어져 있다. 조약의 국내법질서에서의 도입에 관한 한 프랑스 헌법의 입장은 1946년을 정점으로 크게 나뉜다.

(1) 1946년 이전: 二元論的 입장

전통적으로 프랑스에서는 국제협약(accords internationaux)이나 조약(traités)은 이를 다시 법률로서 발표(promulgation)하는 대통령의 데크레(décret)가 있어야 했다.

(2) 1946년 이후: 一元論的 입장

그러나 제 4공화국의 1946년 헌법 제 26조의 규정은 과거처럼 대통령의 데크레와 같은 특별한 법적 행위를 요함없이 적법하게 비준·공포된 조약에 대해 국내법적인 강제력을 부여하게 되었다. 그리고 이러한 입장은 제 5공화국하의 1958년 헌법 제 55조에 의해 계승되어 적법하게 비준·승인된 국제협약이나 조약은 그 公布時(publication)로부터 실정법이 되며, 국내법적 구속력을 가진다.(별첨 자료 1 참조)

조약의 국내법적 지위에 관해서 헌법 제 55조에서 조약이나 협약은 ‘법률에 우선하는 권위’라고 규정하고 있음에 비추어 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위규범이라고 문언해석되지만, 헌법위원회(Conseil constitutionnel), 國事院(Conseil d’Etat)과 파기원(Cour de cassation)의 판결은 다음의 경우에 약간의 차이를 나타내고 있다.(양자의 해석권한에 대해서는 후술함)

- ▶ 기존 국내법에 대한 새로운 조약의 우위성확보는 행정법원과 사법법원의 판례에 의해 공히 확인되고 있다.
- ▶ 프랑스가 일당사국인 기존의 조약에 대한 새로운 국내법률의 효력 문제는 헌법위원회와 최고행정법원인 국사원의 경우, 조약에의 합

현성문제를 통제할 수 없다는 입장을 취하는 반면, 파기원은 조약(특히 유럽공동체법)의 우위성을 그대로 인정하고 있어 대조를 이룬다.²³⁾

프랑스 현행헌법상 公布(publication)의 절차는 자칫 프랑스 국내법에 의 도입 및 적용을 지연시킬 수 있는 장애요소로 등장하였던 바, 이를 시정하기 위한 후속조치가 마련되었다. 즉 ‘프랑스 정부에 의해 서명된 국제협약의 비준과 공포에 관한 1953년 데크레’에 의해 조약의 公布의 무가 보다 명확히 확정되었다.²⁴⁾ 즉 원칙적으로 외무성 장관이 비준과 공포권을 갖으며, 예외적으로 노동에 관한 국제협약의 경우에는 노동부와 협의하여 관련 권한을 행사토록 하고 있다.(동 데크레 제 2조) 아울러 당해 조약의 적용으로 인해 개인의 권리와 의무가 영향을 받는 경우에는 외무성 장관은 반드시 관보에 公布하여야 한다고 규정하고 있다.(동 데크레 제 3조) 결국 프랑스 법체제상 그 시행으로 인하여 개인의 자유와 권리에 영향을 미칠 소지가 있는 국제협약이나 협정은 반드시 공포되어야 하나, 그렇지 아니한 것은 집행권의 통제하에 협상, 조인, 비준, 승인등이 행해지고 있는 점에 비추어 의무적인 공포를 요하지 아니한다.

(3) 유럽공동체법(유럽연합법)의 경우

유럽공동체법은 일반 국제조약과는 다르게 취급되고 있다. 유럽공동체법은 공동체설립조약인 제 1차적 법규범과 공동체기관에서 발하는

23) 헌법위원회의 경우 1950년 유럽인권협약과 1975년 임신중절에 관한 법률을 둘러싼 1977년 7월 20자 결정, 1978년 7월 27일자 결정등이 있으며, 국사원의 경우 1979년 10월 22일의 ‘syndicat national des fabricants de semoule’에 관한 결정 그리고 파기원의 경우 1975년 5월 24일의 Jacques Vabre 판결. La Documentation française No.4803, Droit international et droit français, 1986, 24페이지 참조.

24) Decret No. 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France. 한편 동 데크레는 1986년 4월 11일자 데크레에 의해 일부개정되었다.

규칙(règlements), 명령(지침, directives), 그리고 위원회의 결정(décisions)인 제 2차적 법규범으로 구성되는 바, 이 중에서 유럽공동체 관보에 게재된 규칙(règlement)은 프랑스 국내에 직접 적용성을 인정받는다.(1957년 유럽경제공동체 설립에 관한 로마조약 제 189조와 1992년 마스트리히트조약 제 191조) 한편 명령(지침)이나 결정은 반드시 그리고 즉각적으로 국내법에 적용될 수는 없다고 본다.

2. 조약집행에 있어서 국내법적 조치의 필요성문제

이 부분은 본 발표문에서 다루는 조약의 자기집행력문제와 직결된다. 프랑스의 國事院(Conseil d'Etat)은 이미 150여년전 1839년 판결문에서 "...조약의 집행은 비단 일 국가기관에 관련된 것이 아니라 입법 행정 사법등 모든 국가기관에 귀속되는 의무이다"라고 판시하였으며, 이러한 입장은 최근 1986년 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 판결에서도 "국제조약의 적용을 감독하는 임무는 다양한 국가기관이 각자 자신의 관할권범주내에서 갖는 권한"임을 밝혀왔다.

그런데 공포된 모든 국제조약이 프랑스 국내에서 그대로 적용 및 집행될 수 있는가의 여부는 계속 문제로 떠올랐으며, 이 점에 대해 프랑스의 판례 및 학설은 미국판례가 사용하는 조약의 '자기집행력'이란 표현 대신 여타 유럽국가들처럼 '직접적용가능성(applicabilité directe)'²⁵⁾ 또는 '프로그램적 권리'란 개념에 대응하는 '즉각적 청구권(droits immédiatement exigibles)'²⁶⁾이란 개념을 사용하고 있다. 그러면 어떤 조

25) 이 개념은 연혁적으로 볼 때 원래 유럽공동체 회원국이 공동체기관에서 제정한 2차적 법규범의 국내시행을 둘러싸고서 지연현상을 보이자 이에 대해 유럽공동체재판소가 유럽공동체법의 즉각적 시행을 강조한데서 비롯한다. 박기갑, "1986년 단일유럽법에 나타난 유럽공동체 권한과 회원국주권행사", 한림법학Forum, 제 1권, 1991, 47페이지 이하.

26) Dinh(N.Q), Daillier(P) & Pellet(A): Droit international public, 4ème éd., 1992, 630페이지.

약이 과연 ‘직접적용가능성’ 내지 ‘즉각적 청구권적 성격’을 가진다고 보는가? 이는 결국 일정한 기준설정문제로 귀착된다.

이 문제를 국사원을 비롯한 프랑스 행정법원의 판례추이를 연구한 Dubouis교수의 견해에 따르면 프랑스 국내에서 조약이 자기집행력을 갖기 위해서는 다음과 같은 조건을 갖추어야 한다고 본다.

첫째, 조약의 법규정이 충분히 명확할 것,

둘째, 조약을 적용함에 있어 관련국내기관 또는 예외적으로 관련국 제기구에서 발하는 보완적 결정의 공포에 종속되지 말 것,

셋째, 단순히 서명한 국가만을 구속하는 것이 아니라 직접적으로 개인에게 권리와 의무를 부여하는 규정일 것등이다.²⁷⁾

결국 프랑스에서 어떤 조약이 국내적으로 스스로 집행되어지기 위해서는 그 내용이 충분히 명확할 뿐만 아니라 관련 국내법 규정상 그러한 목적을 달성할 수 있도록 제반조치가 이루어져 있는지의 여부 및 재정적 구조에 합당한지의 여부등 전제조건을 충족시켜야 한다고 본다.²⁸⁾ 다시 말해서 국내차원에서의 일종의 ‘결정(décision)’을 요하는지의 여부를 중시하면서 어떤 조약 또는 당해 조약의 일정 규정의 적용시 국내보완조치를 요구하지 않을 때 직접적용가능성이 있다고 간주하며, 이러한 점에서 미국판례와 어느정도 그 궤를 같이 한다고 보여진다. 그러나 상기 Dubouis교수가 언급한 세 번째 경우인 ‘단순히 서명한 국가만을 구속하는 것이 아니라 직접적으로 개인에게 권리와 의무를 부여하는 조약규정’에 대해서 각 구체적인 사안에 비추어 직접적용성을 인정한 판례와 부정한 판례로 양분되고 있다.

27) Dubouis(L), "Le juge administratif français et les règles du droit international", *Annuaire Français de Droit International*, 1971, p.19.

28) 가령 1979년 6월 22일자 'Section Fasbender et Ding'사건에 대한 국사원의 판결에서 라인강 항행에 관한 규정위반행위에 대한 국내법원의 재판관할권을 규정하고 있는 국제조약의 규정은 그의 적용상 필요한 국내법적 규정이 없다면 (국내적) 효력을 갖지 못한다고 판단하였다.

- ▶ 직접적용성을 인정한 경우: dame Kirkwood 사건(국사원의 1952년 5월 30일자 판결), sieur Petalas 사건(국사원의 1956년 2월 2일자 판결)
- ▶ 직접적용성을 부정한 경우: 예산청장관 c. Mlle valton과 Mlle Crepeaux 사건(유럽사회헌장에 관한 국사원의 1984년 4월 20일 판결), M.Alvaro Garcia Henriquez 사건(프랑스와 그라나다간에 체결된 1850년의 범죄인인도협정에 관한 국사원의 1985년 3월 8일 판결)

인권보호관련된 사건에 대해서는 본 논문의 후반부에서 상세히 다루겠지만 한 가지 미국의 경우와 다른 점은 프랑스의 경우 유럽공동체법의 적용에 대해서는 유럽공동체사법법원의 견제를 받고 있으며, 유럽인권협약의 적용에 대해서는 유럽인권법원의 견제를 받고 있다는 사실이다. 가령 프랑스의 파리항소심부는 1980년 2월 29일자 판결에서 1950년 유럽인권규약의 제 6조(형사사건에 있어서의 형평스런 소송참여권)와 제 13조(협약상의 권리가 침해된 경우 당해 국가기관에 의한 배상청구권)는 프랑스내에서 자기집행력이 있는 규정이 아니라고 해석한 반면, 유럽인권법원은 다른 유사한 사건에서 동 조항들이 모두 자기집행력을 가진다고 판시하므로서 대조를 이루고 있다.²⁹⁾

여하튼 프랑스 역시 조약을 국내에서 직접 적용가능한 경우와 그렇지 아니하는 경우로 대별하여 후자의 경우 국내에서 필요한 조치를 취하여야 집행가능하다는 입장을 보인다. 한편 프랑스 정부가 조약을 체결하였으나 자기집행력 또는 직접적용가능성이 없다는 이유로 계속 적용하지 아니하는 경우에 대해서는 프랑스 학자들은 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제 27조에 의거하여 국제책임을 추궁당한다고 보고 있다.³⁰⁾ 아울러 만일 프랑스 정부가 가입한 국제조약이 자체 규정상 국

29) Vermeire c. Belgique 사건에 대한 1991년 11월 29일 판결

30) 1968년 조약법에 관한 비엔나협약 제 27조(국내법과 조약의 준수): 어느 당사국도 조

내법적 이행조치를 요구하는 경우에는 반드시 관련 국내법을 제정하는 의무를 진다고 국사원은 판결하고 있다.³¹⁾

3. 국내법원의 해석권한 문제

프랑스의 사법권 및 사법제도는 전세계에서 가장 복잡한 것중의 하나이며, 헌법상 재판의 성격에 따라 재판기관이 다원화되어 있다. 이하에서는 간략히 프랑스의 司法權 및 司法制度의 개관을 한다.³²⁾

- ▶ 좁은 의미의 司法이라고 할 수 있는 파채원(파기원, Cour de cassation)을 정점으로하는 일반 민사·형사재판기관은 좁은 의미의 사법제도이다.
- ▶ 행정제도국가주의를 취하고 있는 프랑스에서는 국사원(Conseil d'Etat)이라는 최고행정재판기관을 두고 있다.
- ▶ 또한 제5공화국하에서는 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 재판기관성을 부인할 수 없다. 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 사법적 권한을 잠시 살펴보면, 우선 조약 역시 일반법률과 마찬가지로 適憲性 통제의 대상이 되는데, 그 심사청구권자는 정치기관에 한정되어 있다. 한편 조약과 국제협약에 대한 적헌성 심사청구시기는 그 비준이나 승인 전으로 한정되어 있다. 참고로 헌법위원회는 1958년부터 1985년 사이에 조약에 관한 3건의 판결을 내린 바 있다.
- ▶ 이외에도 탄핵사건등을 담당하는 고등법원(Haute cour de justice)이 설치되어 있다.³³⁾

약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다.

31) 1974년 국제운송중의 동물보호에 관한 유럽협약에 관한 국사원의 1984년 9월 28일 결정

32) 이하 성낙인교수의 프랑스헌법학, 680페이지 이하 참조.

33) 대통령이나 각료등중 국가의 고위공직자의 범죄행위에 관한 재판을 담당하는 특별재판기관이다.

위에서 언급한 좁은 의미의 司法制度는 영미법계와는 달리 프랑스는 행정재판을 담당하는 행정법원과 사법재판을 담당하는 사법법원(민사법원과 형사법원으로 구성됨)의 2중구조이며, 헌법위원회나 고등법원의 관할권에 속하는 재송사안을 제외한 모든 사안은 최종적으로 국사원과 파기원의 재판을 받게 된다.

국제협약과 조약은 과거 프랑스 헌법의 適憲性 통제대상에서 제외되어 왔으나, 오늘날 국제화 보편화되어가고 있는 인권보장의 원리에 따라 국제인권협약에 대해서는 이를 적헌성 영역으로 포함시키려는 경향이 있다. 프랑스 국내판사의 조약해석권에 관한 전반적 입장은 대략 다음과 같이 정리될 수 있다.

국내판사는 자국 정부가 만일 양자조약을 체결했거나 다자협약에 가입한 경우 당해 국가의 국가기관으로서 당연히 국내법화된 조약을 적용해야 할 의무를 진다. 이러한 의무는 비단 프랑스뿐만 아니라 보편적으로 인정되고 존중되는 원칙이다. 여기서 한가지 주목해야 할 사항은 바로 프랑스 국내판사의 신중성원칙과 그 변화이다. 프랑스 국내판사가 조약의 적용에 있어서 갖는 재판관할권은 과거 일반 국내법규의 적용상 행사할 수 있는 권한에 비해 상대적으로 제한되었다. 즉 프랑스 재판부는 오랫동안 조약의 해석문제와 조약과 관련 국내법 상호간의 충돌문제를 접합에 있어서 적극성보다는 보다 신중함을 보여왔다. 그 이유는 첫째, 국제관계에 관한 전문적 지식없이 국내판사가 마치 국제판사처럼 행동할 수 없다는 점과 둘째, 국제관계에 관하여 재판기능의 독립성을 강조하다보면 국가의 대외정책을 담당하는 부처와의 충돌이 생길 수 있다는 고려에서였다. 따라서 프랑스의 국내판사의 일반관례는 외교관계에 참견하지 않도록 스스로를 상당히 제한하여 왔으며, 프랑스정부가 체결한 국제협약의 해석을 금지해왔거나 또는 일단 문제가 발생하면 의무성의 해석이 내려질 때까지 유보하였다. 보다 구체적으로 살펴본다면 프랑스 재판부는 첫째, “만일 조약의 의미나 범위에 모호성이 없을 때”(파기원, 형사부, 1867년 7월 26일자 판결) 그리고 “개인의 이익에

관련된 해석문제에 대해 법에 의해 사법부에 그러한 권한이 인정된 경우”(파기원, 형사부, 1939년 6월 24일자 판결)에 한하여 조약의 해석에 관한 관할권을 스스로 인정하고 있다. 이처럼 한계를 두는 이유는 위에서도 언급했듯이 대외관계를 책임지는 행정부와는 충돌을 피하기 위한 목적이었다. 아울러 최고법원인 파기원의 형사부는 하급심에서 국제협약을 해석하는데 대해 금지하는 입장을 보이고 있다.(1972년 5월 9일자 판결) 한편 최고행정법원격인 국사원(Conseil d'Etat) 역시 일반 국내사법법원처럼 이미 150여년전부터 최근까지 국제조약의 해석문제에 관한 권한은 스스로에게 있지 않다는 입장을 견지해왔다.(1823년 7월 23일자 판결) 아울러 정부의 통치행위를 구성하는 한 관련 조약의 해석 문제는 소송의 대상이 되지 아니한다고 밝히고 있다.(1987년 1월 14일자 판결)

그러나 90년대 들어서 국사원과 파기원은 과거 입장과는 달리 조약과 국제협약의 해석권한을 스스로 인정하는 적극적 자세로 선회하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 국사원은 국가의 대외관계의 발전, 조약체결현상의 팽창 및 개인에게 직접적으로 적용가능한 국제다자협약의 증가등 외형적 이유뿐만 아니라 또한 ‘명백한 행위이론(l'acte clair)’을 근거로 더 이상 정부측 해석을 기다리거나 필요로 하지않는다는 적극적인 입장을 보이고 있다.³⁴⁾ 파기원 역시 이와 비슷한 경향을 보이고 있다. 즉 파기원의 민사부가 1995년에 내린 판결에서 “검토가 요청된 국제조약의 해석권은 판사의 소관사항이며, 더 이상 사법기관이 아닌 다른 정부기관의 의견요청을 필요로 하지 아니한다”고 밝히고 있다.³⁵⁾

34) GISTI 사건에 대한 국사원의 1990년 6월 29일 판결, *Annuaire Français de Droit International*, 1991, p.897 이하 참조.

35) 아프리카개발은행에 관한 파기원 민사부의 1995년 12월 19일자 판결. *Annuaire Français de Droit International*, 1996, p.969. 그리고 *Revue Général de Droit International*, 1996, pp.600 이하 참조. 한편 이러한 판례의 입장은 1995년 2월 7일

IV. 프랑스와 인권보호관련 국제협약

1. 개관

프랑스정부는 자신의 국호인 ‘자유’, ‘평등’, ‘박애’라는 3대 모토에 걸맞게 수많은 인권보호관련 국제협약에 가입하고 있다. 한편 보다 구체적으로 본 논문과 관련되는 사항으로서 프랑스 정부는 1966년에 채택되고 1976년에 발효된 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)’에는 8개의 유보와 함께 1980년에 가입하였다. 그러나 프랑스 국내법원의 판례를 살펴보면 1966년의 B규약에 관한 것보다는 오히려 1950년에 채택되고 1953년에 발효한 유럽인권협약의 적용 및 해석에 관한 것들이 더 많다.(프랑스는 1974년에 가입하였음) 전반적으로 볼 때 유럽인권협약과 B규약의 내용 상호간에는 상당히 유사한 조항들이 많이 있으므로 유럽인권협약관련 프랑스 국내판례는 그 나름대로 참조가치가 충분하다고 보여진다. 가령 이 논문에서 살펴보려는 B규약의 제 9조 3항과 제 19조의 내용은 유럽인권협약의 제 5조 4항과 제 10조와 거의 대동소이하다.³⁶⁾ 한편 B규약의 제 2조 3항에 상응하는 조항은 유럽인권협약에는 없고, 다만 동협약 제 1조에는 체약국의 일반적 의무사항을 규정하고 있을 뿐이다.³⁷⁾ 이하에서는 인권보호관련 국제협약의 자기집행력문제에 관한 전반적 이론과 프랑스 국내법원의 판례를 차례로 살펴본다.

2. B규약의 자기집행력문제에 관한 전반적 이론

1966년 A규약과 B규약처럼 근래에 이르러 인권보호와 관련된 보편

동일한 파기원 민사부에 의해 내려진 Ngo Thi Hoa 사건이 기존의 입장을 따르고 있기 때문에 큰 변화로 간주되고 있다.

36) 각 조항의 규정에 관해서는 본 논문의 각주 20), 21), 22) 참조.

37) 제1조: The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.

적이며 세부적 내용을 담은 국제협약이 증가하면서 이들 조약의 자기집행력여부에 관한 문제가 각국에서 중요하게 등장하고 있다. 과거 50년 대에는 인권보호에 관해서 국제조약은 어떻게 보면 추상적 내지는 프로그램적 규정에만 만족하고 있었으며, 따라서 이미 언급한 미국판례 *Sei Fujii v. State of California* 처럼 문제되었던 국제연합헌장 제 55조와 제 56조는 비자기집행적인 규정이라고 판시될 수 있었다.³⁸⁾

그러나 이러한 판례를 반대해석해 본다면 유엔헌장과 같이 추상적인 법규정이 아닌 구체적인 규정을 내포하고 있는 현대적 의미의 인권보호에 관한 국제협약은 일정한 조건만 갖추어지면 상당한 정도까지 자기집행력을 갖는다고 평가될 수도 있다. 그러면 1966년에 채택된 세계인권규약은 일반이론상 어떤 평가가 가능할까? 이에 대해 상당수의 국제법 학자들은 약칭 B규약으로 일컫어지는 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제협약’이 정한 권리에 대해 체약국은 ‘존중하고 확보할 것을 약속한다(제 2조 2항)’고 되어있어 권리보장을 곧바로 실시할 의무를 부과받고 있는 반면, 약칭 A규약으로 일컫어지는 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제협약’이 정한 권리에 대해 체약국은 ‘그 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 이용가능한 수단을 최대한 사용하여 행동할 것을 약속한다(제 2조 1항)’고 규정되어 있다는 점을 중시하여 당해 권리를 체약국이 즉각 실현하는 것까지 의무지워져 있지는 않다고 본다. 나아가 B규약은 제 4조에 ‘체약국이 공적, 긴급사태시에 일정한 권리를 제외하고는 규약의무에 위반되는 조치를 취할 수 있도록’ 허용하고 있고, 제 4조 3항은 ‘그러한 조치를 취하는 국가는 그 내용과 이유를 유엔 사무총장을 통하여 다른 모든 체약국들에게 알리도록’ 하고있기 때문에 적어도 B규약만큼은 자기집행적이라고 간주하고 있다. 그러나 생각컨데 B규약의 모든 조항을 무조건적으로 자기집행력이 있다고 하기보다는 각 조항의 성립배경이나 협상국들의 의도등을 고려하여 하나의 조약속

38) 각주 12) 참조.

에도 자기집행력을 갖는 조항과 그렇지 않은 조항으로 구분해서 봐야한다는 신증론이 더욱 타당하다. 이러한 논리적 분석은 프랑스의 관련된 판례를 분석해 보면 더욱 자명해진다.

3. 프랑스 국내법원의 관련판례

파기원을 정점으로 하는 일반사법법원 및 국사원을 정점으로 하는 행정법원은 외교·영사관계, 범죄인인도, 사법공조협정, 유럽사회헌장, 헤이그 국제사법관련협약등 다방면에 걸쳐 제기된 소송문제를 다루고 있다. 이 발표논문에서는 특히 인권보호관련 협약을 중심으로 법원별 입장을 개관하기로 한다. 한가지 아쉬운 점은 자료수집의 한계로 B규약과 직접 관련되는 프랑스 국내판례를 찾지 못했다는 것이다. 다만 위에서 언급한 대로 B규약과 유럽인권협약간에는 상호 유사한 조항이 많다는 점, ‘아동의 권리에 관한 협약’ 역시 세부적 규정을 담고있다는 점등을 고려한다면 프랑스 국내판례는 그나름대로 참고가능할 것이며, 보충적으로 여타 관련 국제판례를 간단히 소개한다.

(1) 1950년 유럽인권협약

1) 일반사법법원의 입장

유럽인권협약 제 5조는 ‘신체의 자유’에 관한 B규약 제 9조와 내용이 거의 동일하다. 1992년 6월 26일 M, X ...사건을 담당한 베르사이유 상고법원(Cour d'appel de Versailles)은 비록 형사소송법 제 148조에 명시적 관련규정이 없더라도 피의자는 예심판사(juge d'instruction)가 합리적인 기간내에 관련당사자의 석방요청을 검찰청(parquet)에 통보하지 않은 이상 직접 유럽인권협약 제 5조에 근거하여 Chambre d'accusation에 석방요청을 할 수 있다고 판시하였다.(당해 사건에서 예심판사가 청구를 접수한 지 43일내에 석방요청을 송달하지 않았으므로 ‘합리적인 기간’이 경과했다고 보았다.)³⁹⁾

2) 행정법원의 입장

모든 사람의 재판에 있어서 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 합리적인 기간내에 받을 권리를 명시하고 있는 제 6조 1항 (B규약의 제 14조와 유사함)은 직접적용가능성이 있다고 판시하였다.⁴⁰⁾

(2) 아동의 권리에 관한 협약

1) 일반사법법원의 입장

파기원은 국제조약이 계약국의 국적인에 대해 만일 계약국의 분명한 의사표시가 없는 한, 직접적용될 수 없다는 전통적 원칙을 고수하고 있다. 가령 1990년의 ‘아동의 권리에 관한 협약’에 대해 파기원의 민사부 최근 판례에서 동 협약의 직접적용가능성을 인정한 하급심을 깨고 협약 전체가 개인에 대해 직접적용될 수 없다는 입장을 견지하고 있다. 그 이유로서 재판부는 첫째, 동 협약은 오로지 계약국간의 의무만을 창설하고 있을 뿐이며, 둘째 설령 직접적용가능성을 인정한다손 치더라도 동 협약 제 4조에서

“당사국은 이 협약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 모든 적절한 입법적, 행정적 및 여타의 조치를 취하여야 한다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관하여 당사국은 가용자원의 최대한도까지 그리고 필요한 경우에는 국제협력의 테두리안에서 이러한 조치를 취하여야 한다”

고 규정하고 있기 때문에 이러한 조치가 없는 한, 개인은 법원앞에서 동 협약규정을 근거로 주장할 수 없다고 보았다.⁴¹⁾

39) *Annuaire Français de Droit International*, 1993, p.964.

40) Mme Bouilliez 사건에 대한 국사원의 1993년 1월 29일자 판결, *Annuaire Français de Droit International*, 1994, pp.961-62.

41) *Le Jeune c. Mme Sorel*에 대한 파기원 민사부 1993년 3월 10일 판결. *Annuaire Français de Droit International*, 1994, p.962. 그리고 *C.P.A.M. de Seine-et-Marne c. Ponnaud et autres*에 대한 파기원 민사부 1994년 7월 13일 판결. *Annuaire*

2) 행정법원의 입장

행정법원은 파기원에 비해 보다 유연한 입장을 취하고 있다. 즉 조약 전체에 대한 평가를 보류하고 동일한 조약이라도 구체적인 조항별로 직접적용가능성여부를 평가하고 있다. 가령 프랑스 영토내에서 자녀를 양육하고 있던 외국인부부의 일방에 대해 프랑스체류허가를 부인한 행정기관의 처분취소를 얻기위한 소송판결에서⁴²⁾ 국사원은 동 협약 제 9조의 직접적 적용가능성을 부인하면서도⁴³⁾ 동 협약 제 16조의 직접적 적용가능성은 인정하였다.⁴⁴⁾ 그리고 비록 제 16조가 그러한 효력을 가지더라도 관련 행정당국의 처분행위를 막는 장애요소가 될 수 없다고 보았다. 판결은 이에 덧붙여 1966년 B규약의 제 17조 역시 프랑스 국내에서 직접적용가능하지만 그 역시 행정당국의 행위를 부정하지 않는다고 판시하였다.⁴⁵⁾

한편 Amiens지방의 행정법원은 강제퇴거명령의 취소를 얻기위해 1990년 ‘아동의 권리에 관한 협약’을 근거로 제기된 소송에서 동 협약

Français de Droit International, 1995, p.812.

42) Demirpence 사건에 대한 국사원의 1995년 3월 10일자 판결, Annuaire Français de Droit International, 1996, p.970.

43) 제 9조 1항: 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용가능한 법률 및 절차에 따라 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우이외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다. 위의 결정은 부모에 의한 아동 학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는등 특별한 경우에 필요할 수 있다. ...

44) 제 16조

1항: 어떠한 아동도 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니하며, 또한 명예나 신상에 대한 위법적인 공격을 받지 아니한다.

2항: 아동은 이러한 간섭 또는 비난으로부터 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

45) B규약 제 17조(간섭의 배제, 명예에 대한 비난등)

1항: 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다.

2항: 모든 사람은 그러한 간섭 또는 비난에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

제 2조 1항의 직접적용가능성을 부인하면서도⁴⁶⁾ 전반적인 행정당국에 대해 아동의 최우선적인 고려를 하도록 규정한 제 3조 1항의 직접적용가능성은 인정하였다.⁴⁷⁾

(3) B규약의 적용 및 해석과 관련된 국제판례 및 의견

유엔인권위원회의 의견서: 1991년과 92년에 접수된 청원에 대한 의견서에서 “개인은 자신의 권리가 B규약 제 1조(자결권)나 제 2조(채약국의 규약에 담긴 권리를 존중하고 보장할 의무)에 근거하여 침해되었다고 주장할 수 없음은 국제판례상 이미 확립되었다”라고 밝혔다.⁴⁸⁾

벨기에 파기원의 1984년 1월 17일자 판결

B규약 제 9조 2항은 개인을 위해 (벨기에) 국내법상 직접적 효력을 갖는다고 판시하였다.⁴⁹⁾

V. 결론

프랑스 역시 여타 유럽의 국가들과 마찬가지로 조약의 자기집행력문제에 관하여 미국에 비해 상대적으로 늦게 인식하였으며, 판례 및 학설상 ‘직접적용가능성’이란 용어가 주로 사용되고 있다. 이하에서 몇가지

46) 제 2조 1항: 당사국은 자국의 관할권안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.

47) 제 3조 1항: 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국 또는 입법기관등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

48) *Annuaire Français de Droit International*, 1993, p.662.

49) B규약 제 9조 2항: 체포된 사람은 누구든지 체포시에 체포이유를 통고받으며, 또한 그에 대한 피의사실(被疑事實)을 신속히 통고받는다. *Annuaire Français de Droit International*, 1995, p.459.

주요한 내용을 언급하기로 한다.

첫째, 사람의 권리와 의무에 관련되는 조약의 해석 및 국내집행에 관한 프랑스 국내법원의 입장은 상당히 변화를 많이 겪어 왔다. 전반적으로 볼 때 조약에 의해 인정된 권리를 개인이 국내법원앞에서 직접 주장할 수 있는지의 여부 즉 ‘직접적용가능성’ 및 ‘즉각적 청구권적 성격’의 인정에 대해 회의적 내지는 유보적 입장에서 벗어나서 점차적으로 완화된 입장을 보이고 있다. 물론 직접적용성을 확인받고 있는 유럽공동체법의 경우는 예외이다.

둘째, 파기원과 국사원의 입장차이는 분명히 존재하지만 그럼에도 불구하고 양 재판부는 조약 전체에 대해 직접적용가능성을 인정하거나 부인하는 입장을 취하기 보다는 동일한 조약내에서도 체약국간의 권리의무를 설정하고 있는 조항과 개인에게 직접적으로 권리의무를 설정하고 있는 조항으로 구분하여 후자의 경우 유럽의 전통적인 경향대로 직접적용가능성을 인정하고 있다고 보여진다. 이러한 구분의 기준은 이미 앞에서 언급한 것처럼 체약국의 의도를 중시하겠지만 관련 조항의 문맥구성상 “당사국은 ...” 또는 “체약국은 ...”라는 표현이 등장할 때 판사는 거의 대부분 개인에 대한 직접적용가능성을 부정하고 있다고 보여진다.

셋째, 판례 및 학설은 국제조약효력의 국내적 적용문제에 관해 원칙과 예외를 분명히 세우고 있다. 즉 원칙적으로 국제조약의 효력은 체약국간에만 직접적으로 발생하며, 예외적으로 조약의 일정조항의 체약국 국민에 대해 일정한 조건하에 직접적용가능성을 인정해 줄 수 있다. 다만 이러한 예외는 오늘날 점차 증가하고 있는 추세이기 때문에 관련 판례 역시 늘고있다.

넷째, 조약의 직접적용가능성을 판단할 수 있는 기준은 무엇인가? 이미 본 발표논문 여러군데에서 언급하였지만, 1993년 국사원에 제기되었던 Mme Bouilliez 사건당시 정부측 변호인단에서 제출한 의견서내용 중 관련부분이 있으므로 아래에 인용한다.

“협약에 명시적 규정이 없는 경우 당해 협약규정의 직접효력의 승인에 관한 기준으로서 아래와 같은 사항을 고려할 수 있다.

첫째, 당해 협약규정을 둔 목적: 초안자들이 오로지 국가들 사이에서만 권리를 창출하려고 의도했는지 아니면 그 반대로 초안자들이 개인에 의해 직접적으로 원용가능한 권리를 설정하려고 의도하였는지의 여부

둘째, 당해 협약규정의 기안방식: 관련 조항에 사용된 용어의 명확성이 기술적 측면에서 볼 때 과연 개인에 의한 직접원용가능성을 정당화시킬 수 있는지의 여부

셋째, 당해 협약규정전후의 맥락: 판사로 하여금 당해 규정의 적용범위를 명확히 설정할 수 있도록 여건을 제공하는 성격인지의 여부⁵⁰⁾

마지막으로 본 논문 II의 후단부에서 제기한 다섯가지 사항에 대해 간략히 의견을 제시한다.

첫번째, 자기집행력있는 조약에 관한 이론(헌법규정과의 관계)은 실제로 어느 나라에서 그리고 어떻게 다루어지고 있는가? 조약의 자기집행력문제는 헌법규정이 일원론적 입장을 취하고 있는 국가에서 발생하며(따라서 이원론적 입장을 취하는 국가에서는 발생하지 않는다), 미국과 유럽제국은 문제의 현실적 제기가능성을 인정하지만 각기 조금씩 다르게 문제에 접근하고 있다고 보여진다.

두번째, 1966년 B규약을 자기집행력있는 조약으로 보는지 여부와 그 근거는 무엇인가? 일부 학자들은 B규약 전체를 자기집행력이 있다고 간주하지만, 우리는 동일한 조약상의 규정이라 할 지라도 협상과정, 초안자의 의도내용의 可分性を 초안자의 의도, 규정의 성격을 모두 고려하여 자기집행력여부를 결정해야 한다고 본다. 이러한 태도는 프랑스의 판례에서도 찾아볼 수 있다.

세번째, 1966년 B규약중 제 2조 3항, 제 9조 4항, 제 19조등이 국내

50) Annuaire Français de Droit International, 1994, p.962.

에 직접 적용될 수 있는지의 여부이다. 이에 대해 개인적인 의견은 우선 제 2조 3항은 당사국간의 의무를 규정하고 있기 때문에 직접적용가능성이 없다고 본다. 한편 제 9조 4항은 프랑스의 판례 및 규정의 문맥등을 고려해 볼 때 직접적용될 수 있다고 보며, 최근 국내판례에서 원고에 의해 원용되었던 제 19조 역시 직접적용가능성을 인정할 수 있다고 본다. 이러한 논거는 국내 재판부가 제 19조 3항의 단서조항을 근거로 주장을 배척하였으며, 명시적으로 제 19조 1항의 국내적용가능성은 부인하지 않았다는데서 기인한다.

네번째, 국제인권규약이 관련 국내법의 해석에 미치는 영향에 대해서 살펴본다면 우리나라 헌법규정상 국제조약은 국내법률과 동등한 법효력을 가지고 있으므로 우리나라 정부가 동 규약에 가입한 1990년 이전의 국내법률보다 우위에 있으며, 다만 동 규약이 국내에서 효력을 발한 후, 제정된 국내법률과 충돌시 문제는 계속 남아있다.

마지막 질문은 자기집행력의 이론을 우리 헌법하에서 채택할 수 있는지의 여부였다. 이에 대해 개인적인 의견은 우리 헌법은 국제법과 국내법의 관계에서 일원론적 입장을 채택하고 있으므로 조약의 자기집행력문제는 항상 제기될 수 있다고 보며, 아울러 이미 본문에서 언급한 것처럼 문제해결을 위한 명시적 규정이 없으므로 일정기준을 확립하여 관련 사안에 대해 자기집행력여부를 판단하여야 할 것이다.

(98년 8월 작성)

< 자료 >

프랑스 제 5공화국 헌법중 국제법관련조항번역 및 원문비교

제 52조

- ① 대통령은 조약에 관한 교섭을 하며 이를 비준한다.
- ② 대통령은 비준에 붙이지 아니하는 국제협정의 체결에 관한 모든 교섭에 대해 보고를 받는다.

Article 52

Le Président de la République négocie et ratifie les traités.

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à la ratification.

제 53조

- ① 평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협약 또는 협정, 법률의 성질을 가진 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양 교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없다.
- ② 전항의 조약 및 협정은 비준 또는 승인을 받은 후가 아니면 그 효력은 발생하지 아니한다.
- ③ 영토의 할양 교환 병합은 관계주민의 동의가 없으면 효력을 가지지 아니한다.

Article 53

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou

approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées

제 54조

대통령, 수상, 양원의장, 60명의 국민의회의원 또는 60명의 상원의원으로부터 제소를 받은 헌법위원회가 국제협정이 헌법에 위반하는 조항을 포함한다고 선언한 경우, 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 연후에만이 이를 행할 수 있다.

Article 54

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre ou par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par 60 députés ou 60 sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

제 55조

적법하게 비준 또는 승인된 조약이나 협정은 각 협정이나 조약이 다른 당사국에 의하여 시행될 것을 조건으로 하여 공포시로부터 법률에 우선하는 권위를 가진다.

Article 55

Les traites ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

危險責任體系와 特別法の 解釋

金 亨 培*

《目 次》

- | | |
|-----------------------------|---------------------------|
| I. 序言 | 2. 特別法の 内容 |
| II. 危險責任에 관한 民法學의 理論과 判例 | IV. 危險責任特別法の 具體的 適用과 判例 |
| 1. 民法 제750조에 의한 包攝 | V. 解釋論的 試圖 |
| 2. 제750조의 要件의 緩和와 判例의 態度 | 1. 環境政策基本法 제31조와 一般條項 |
| III. 危險責任에 관한 特別法の 制定과 그 内容 | 2. 類推解釋 |
| 1. 特別法の 制定과 그 種類 | VI. 不法行爲法の 變化와 危險責任法の 必要性 |

I. 序 言

a) 현대 사회에 있어서 그 특징중의 하나라고 할 수 있는 技術的 危險(technische Risiken)이라 함은 기술·과학 등에 의하여 원인지위된 위험으로서, 그 위험으로 인한 손해를 사전에 적절히 예방한다는 것이 실질적으로 불가능할 뿐만 아니라, 그 손해의 범위가 광범위하고 때로는 심각한 것이 보통이다¹⁾. 고속에 의한 운송기관의 이용, 전기·가스의 사용, 방사성물질이나 기타 화학물질 등의 사용을 통해 인류는 생활상의 편익과 개선이라는 목적을 달성하기 위하여, 이른바 기술·과학적 혁신

* 高麗大 法大

1) Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., 1995, Rn. 634ff.; Larenz/Canaris, *SchR BT* Tb. 2, S. 604ff.

(technologische Innovation)을 도모하고 있다²⁾. 기술적 위험은 산업화의 발전에 따라 그 가능성이 확대·증가되고 있으나, 이는 사회적·국가적 발전이라는 관점에서는 허용되지 않을 수 없다. 우리 나라에 있어서는 1960년대부터 경제개발 5개년 계획이 수차례 걸쳐 실시되면서 산업화가 빠른 속도로 진행되어 왔으며, 이에 따라 기술·과학의 발전에 수반되는 생명·신체·건강·기타 재산침해와 환경파괴로부터 국민을 보호하기 위한 여러 가지 입법이 제정되기 시작하였다³⁾. 예컨대 원자료가 설치되면서 1969년에 原子力損害賠償法이, 1977년에 環境保全法 및 海洋汚染防止法이, 1984년에 自動車損害賠償保障法이, 1992년에 油類汚染損害賠償保障法이, 1995년에는 土壤環境保全法이 제정되었다. 특히 환경보전에 관한 사회적 관심이 증가하고 오염이 심각해지면서, 1990년에는 1977년의 環境保全法을 폐지하고 環境政策基本法을 제정하였다. 이와 함께 大氣環境保全法, 水質環境保全法, 騒音·振動規制法, 有害化學物質管理法, 環境紛爭調停法 및 環境汚染被害紛爭調停法을 제정하여 환경보호에 관한 법률들을 체계화하였다. 이 법률들은 原子力損害賠償法, 自動車損害賠償保障法 및 油類汚染損害賠償保障法을 제외하고는 공법적 성질을 가지는 행정규제적 법률들로서 순수한 민사상의 손해배상청구를 그 주된 목적으로 하는 것은 아니다. 따라서 어떤 법규는 피해의 배상에 관한 규정을 포함하고 있기도 하고, 그렇지 않은 것도 있다.

b) 한국에 있어서 이른바 危險責任이 학설적으로나 입법론적으로 본격적인 논의의 대상이 되기 시작한 것은 1980년을 전후로 한 시기라고 판단되며⁴⁾, 이론적 영향을 받은 것은 독일⁵⁾과 미국⁶⁾이라고 할 수 있다.

2) Christoph Ann, *Die Haftung für Schäden aus technologischer Innovation*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 1993, S. 35ff., 참고.

3) 산업사회에 있어서의 기술적 위험의 필연적 발생과 이에 대한 법적 대응에 관해서는 Köck, *Die rechtliche Bewältigung technischer Risiken*, KJ 1993, S. 131ff., 참고.

4) 金亨培, 「過失概念과 不法行爲責任體系」, 民法學研究, 1986, 259면 이하; 徐光民, 「不法行爲의 責任歸屬構造에 관한 研究」, 高大法大博士學位論文, 1987, 103면 이하 참고; 延基榮, 「過失責任과 危險責任의 構造的 關係」, 財産法研究 제3권 1호, 1986; 尹庸

그리고 危險責任이 가장 집중적으로 논의되었던 분야는 製造物責任⁷⁾과 環境責任⁸⁾의 분야라고 할 수 있다. 그러나 아직까지도 危險責任에 관한 학문적 인식은 충분히 성숙했다고 볼 수 없으며, 판례는 비교적 보수적인 경향을 유지하고 있다. 다만, 최근에 와서 환경보호를 중심으로 새로운 입법들이 탄생하고 있는 실정이다. 이 글에서는 기술·과학의 발달과 관련하여 야기되는 위험 내지 손해의 배상에 관한 문제를 불법행위법과 관련하여 지금까지의 학설·판례 및 입법의 교호적 전개과정을 살펴보고, 몇 가지 해석론적 가능성과 입법론적 모색을 해 보고자 한다. 기술·과학과 관련된 위험발생의 분야로서 공해에 의한 환경오염과 제품생산을 중심으로 살펴면서 자동차운행·원자력운영 등 危險源 전반의 분야를 고찰의 대상으로 삼고자 한다.

II. 危險責任에 관한 民法學의 理論과 判例

1. 民法 제750조에 의한 包攝

한국 민법 제750조는 일반불법행위책임을 규정한 일반조항(General-klausel)으로서 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있

碩, 「西獨의 危險責任立法과 그 改正動向」, 金基善博士古稀紀念論文集, 1987.

5) Kötz, *Gefährdungshaftung*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1771 ff.;

6) 이른바 엄격책임과 관련해서 대표적 저술을 지적하면 다음과 같다. Calabresi and Hirschhoff, 'Towards a Test for Strict Liability in Torts'(1972) 81 Yale LJ 1055; E.A. Epstein, *A Theory of Strict Liability: Toward a Reformation of Tort Law* San Francisco, 1980; Litan and Winston(eds.), *Liability: Perspectives and Policy*, Washington, Mass, 1877 참고. 특히 미국의 Restatement §402A와 관련해서는, 韓瑋熙, 製造物責任法論, 1997, 140면 이하 참고.

7) 韓瑋熙, 製造物責任法論, 1997, 709면 이하 참고.

8) 具然昌, 環境法論, 1981; 徐元宇, 「環境權의 性質과 效力」, 法學(서울대), 제25권 제1호, 1984.

다」. 따라서 불법행위책임이 성립하기 위해서는 過責, 違法性, 損害의 發生, 因果關係가 갖추어져야 한다. 다만, 침해의 객체는 독일 민법 (§ 823 I)과는 달리 그 범위가 넓게 인정되고 있다. 이른바 재산적 손해도 불법행위의 객체가 될 수 있다⁹⁾.

그런데 학설에 의하면 危險責任(Gefährdungshaftung)이라 함은 危險源을 지배하고 있는 자에게 그 위험으로부터 발생된 손해의 배상책임을 귀속시키는 객관적·무과실 책임으로 이해되고 있다. 다시 말하면 危險責任은 過責과 違法性を 요건으로 하지 않는 불법행위책임의 예외가 아니라, 그것과 병존하는 책임체제로 파악되고 있다¹⁰⁾. 危險責任이 인정되기 위해서는 이를 규정한 구체적 법률이 존재해야 하는데, 현재 우리나라에는 原子力損害賠償法, 自動車損害賠償保障法, 油類污染損害賠償保障法, 土壤環境保全法, 環境政策基本法 등의 제한된 범위의 특별법들이 존재하고 있을 뿐이다. 그리고 이와 같은 특별법의 유추적용은 일반적으로 인정되지 않고 있다¹¹⁾. 따라서 危險責任을 정한 특별법의 규정에 포섭되지 않는 사안에 대해서는 여전히 민법의 一般不法行爲規定인 제 750조가 적용되어 왔다. 제750조가 적용되어 왔던 기술적 위험영역(Bereiche des technischen Risikos)을 예로 든다면, 제조물책임영역, 공해책임영역, 항공교통영역 등이었다. 그러나 제750조의 요건을 갖추기 위하여 기술적으로 원인지위된 危險源과 손해 사이의 인과관계와 原因惹起者(Verursacher)의 과실을 증명한다는 것은 매우 어려울 뿐만 아니라, 때로는 사실상 불가능하기 때문에, 인과관계의 입증을 완화해 준다거나(erleichterte Annerkennung der Kausalität)¹²⁾ 또는 가해자(손해야기자)의

9) 權龍雨, 不法行爲論, 1998, 88면; 金相容, 不法行爲法, 1997면; 郭潤直식, 債券各論, 1995, 725면; 李鍾業동, 債券各論, 568면.

10) Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., 1995, Rn.75 u. Rn.635; Kötz, *Deliktsrecht*, 7. Aufl., 1996, Rn.333ff; Larenz/Canaris, *SchR BT* Tb. 2, S. 600f; 金亨培, '危險責任論', 「民法學의 回顧와 展望」, 1993, 778면 참고.

11) 예컨대 金相容, 不法行爲法, 1997, 426면.

12) 인과관계의 입증을 완화하는 방법으로서의 表現證明(Prima-facie-Beweis), 추정

과실을 여러 가지 법기술적인 구성을 통하여 “쉽게” 인정하여 왔다. 이와 같은 방법으로 손해를 야기한 원인자의 책임이 엄격하게 규율되기에 이르렀다. 인과관계와 관련하여 蓋然性理論, 인과관계의 추정¹³⁾, 입증책임의 전환이론, 그리고 가해자(원인야기자)의 과실과 관련하여서는 고도의 주의의무위반이론, 수인한도이론, 거래안전의무위반, 설명의무위반 등의 이론이 등장하였다. 이에 관한 판례의 태도를 개관하면 다음과 같다.

2. 제750조의 要件의 緩和와 判例의 態度

a) 원래 불법행위법상의 가해행위와 손해사이의 인과관계는 피해자가 입증하여야 한다. 그러나 복잡한 기술적·화학적 또는 물리적 원인에 의한 손해를 피해자가 입증한다는 것은 실제로 불가능한 일이 아닐 수 없다. 이미 1974년에 대법원은 공해사건에 있어서 蓋然性理論을 받아들이고 있다. 즉 蓋然性理論은 「공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 그러한 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 입증을 함으로써 족하고, 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다는 것으로, 이는 손해배상을 청구하는 원고(피해자)에 입증책임이 있다는 종래의 입증책임원칙을 유지하면서 다만 피해자의 입증의 범위를 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 입증의 범위를 확대하는 것을 그 골자로 하고 있는 것으로 이해된다. 이런 관점에서 볼 때 蓋然性理論을 수긍 못할 바 아니다.»¹⁴⁾ 특

(Vermutung), 立證責任의 轉換의 개념과 상호 관계에 관해서는 Salje, *Umwelt-haftungsgesetz Kommentar*, 1993, Rn.14ff. zu §6; Kloepper, *Umweltrecht*, 2. Aufl., 1998, §16. Rn.45 참고.

13) 입법적으로는 독일 환경책임법 제6조 1항은 해당 시설이 손해를 야기할 適合性を 지니고 있는 때에는 인과관계의 推定을 인정한다. 동조항은 適合性判斷時의 기준에 관하여도 구체적으로 규정하고 있다. 이론적으로 보다 자세하게는, Niklisch, BB1989, 1ff 참고.

14) 大判 1974. 12. 10, 72 다 1174; 大判 1973. 11. 27, 73 다 919; 大判 1984. 6. 12,

히 수질오염으로 인하여 양식어장에 피해를 준 사건에 있어서, 대법원은 「공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나 하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것은 곤란하거나 불가능한 경우가 대부분이므로……, 피해자에게 엄밀한 과학적 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있는 반면에 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이할 뿐 아니라……, 어떤 유해물질을 배출한 가해자측에서 그것이 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회 형평의 관점에 적합하다」¹⁵⁾고 판단하고 있다. 이 대법원의 판결은 실질적으로 구체적인 증명의 책임을 가해자에게 전환하는 태도를 취하고 있는 것이다.¹⁶⁾ 이 이외에 닭사료사건에 있어서 대법원은 간접증명에 의한 인과관계의 성립을 인정하고 있다. 즉 그 사료에 어떤 불순물이 함유되어 있고 또 그것이 어떤 화학적 영양학적 내지 생리학 적 작용을 하여 닭들이 난소협착증과 산란울저하를 가져왔는 지는 밝혀지지 않았지만, 이 사료를 먹인 각 양계장의 닭들이 이러한 증상을 나타냈으나, 이 사료를 먹이지 않은 닭들에게는 아무 증상도 보이지 않았다면, 어떤 불순물과 손해의 발생 사이에 인과관계가 입증되었다고 보아야 한다¹⁷⁾는 것이다.

이와 같은 대법원의 태도는 공해 또는 제조물에 의한 불법행위에 대하여도 동일하다. 즉 인과관계의 입증에 있어서 蓋然性理論, 간접증명

81 다 558; 大判 1991. 7. 23, 89 다카 1275; 서울 민지법 1989. 1. 12, 88 가합 2897. 독일에서는 證明範圍의 縮小(Beweismaßreduktion)라는 용어를 사용하고 있다 (Damm, JZ 1989, 565ff.; ders., ZRP 1989, 463ff., 466ff.).

15) 大判 1997. 6. 29, 95 다 2692.

16) 다시 말하면 판례의 태도는 유해물질의 존재를 입증해야 할 피해자의 책임을 증거와의 거리 및 난해도를 고려하여 해당물질의 무해성을 가해자가 증명하도록 입증책임을 전환해 놓은 것이라고 볼 수 있다. Kloepfer, Umweltrecht, 2, Aufl., 1998, §6 Rn. 154 참고.

17) 大判 1977. 1. 25, 75 다 2092.

또는 입증책임의 전환을 통해 피해자의 보호를 시도하고 있다. 더욱이 판례는 공해사건에 있어서의 인과관계는 손해배상의 책임귀속을 결정짓는 연결고리이므로 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신을 기초로 법적 가치판단을 할 수 있다는 태도를 취하고 있다¹⁸⁾.

b) 일반불법행위의 요건 중에서 가장 중요한 것이면서 손해배상책임의 성립을 좌우하는 요건은 過責, 즉 과실의 인정이다. 본래 일반불법행위에 있어서의 과실의 개념은 過責主義(Verschuldensprinzip)에 충실한 것이어야 하므로, 주관적 과실로 이해되는 것이 정당하다고 생각한다. 민법 제753조는 미성년자에게 책임을 변식할 능력이 없을 때에는 불법행위책임을 인정하지 않고 있으며, 동법 제754조는 심신상실 중에 있는 자의 불법행위책임을 인정하지 않는다. 이와 같은 규정들을 고려할 때 제750조의 과실은 주관적 과실로 해석하는 것이 정당하다고 필자는 판단하고 있다.¹⁹⁾ 학설은 제750조의 과실을 거래상 필요로 하는 주의를 다하지 못한 것이라고 하여, 과실의 기준을 평준화하려는 것이 일반적 경향이다.²⁰⁾

c) 그러나 판례는 특히 製造物責任 및 공해책임과 관련해서 고도의 주의의무를 요구하거나, 과실을 추정하거나, 受忍限度論을 적용하여 가해자의 과실을 보다 용이하게 인정하는 태도를 취하고 있다. 판례에 의하면 제조자는 법률에 의하여 정하여진 제조기준이나 기타의 의무내용을 준수하여야 하므로, 이에 어긋나는 작위 또는 부작위로 인하여 손해가 발생한 때에는 과실이 인정된다고 한다²¹⁾. 따라서 가해자인 제조자

18) 大判 1984. 6. 12, 81 다 558; 大判 1991. 7. 23, 89 다카 1275.

19) 金亨培, '過失概念과 不法行爲責任體系', 「民法學研究」, 1989, 285면 이하; 同旨: 特히 Koziol, *Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht*, AcP 1997, S. 597f. u. 604f. 참고.

20) 郭潤直, 債權名論, 1997, 687면; 李銀榮, 채권각론, 1995, 581면; 金相容, 不法行爲法, 1997, 42면 이하; 權龍雨, 不法行爲論, 1997, 56면..

21) 大判 1979. 12. 26, 79 다 1772.

의 과실은 객관화 내지는 엄격화되고 있으며, 법률이 정한 제조기준이나 기타의 의무내용이 비교적 높다는 점을 감안하면, 가해자는 높은 정도의 주의의무의 준수를 부담하는 가운데, 객관적으로 이러한 주의의무를 위반한 때 과실이 인정되는 것이다. 특히 판례는 소비자인 국민의 생명·신체에 직접적인 영향을 미치는 혈액제제의 제조와 관련하여 「고도의 주의의무」를 요구하면서, 「이러한 주의의무의 구체적 내용과 그 위반여부를 논함에 있어서는 문제가 된 행위 당시의 일반적인 의학의 수준과 그 행위로부터 생기는 결과발생의 가능성의 정도, 被侵害法益의 중대성, 결과회피를 부담함에 의해서 희생되는 이익 등이 함께 고려되어야 한다」²²⁾고 판시하고 있다. 이 판결에서도 명백히 드러나 있듯이 과실을 인정함에 있어서 고도의 주의의무의 준수를 요구하는 것과 관련하여서는 被侵害法益의 중대성이 함께 고려되고 있는 것이다.

또한 판례는 자동차운전수의 운전사고에 대하여 운전사의 과실을 추정하고 있으며²³⁾, 공장의 유독가스로 인근의 과수목이 폐목화한 사건에 있어서 피고 공장의 과실을 추정하고 있다²⁴⁾. 특히 공해책임과 관련해서는 판례가 受忍限度論을 널리 활용하고 있다. 민법 제217조(독일 민법 제906조 참고)에 의하면, 토지소유자는 매연·열기체·액체·음향·진동 등과 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주어서는 안 되는데, 그 한도는 그 토지의 통상의 용도에 적합한 한도를 기준으로 한다. 통상의 한도를 넘은 때에는 토지소유자가 적당한 조치를 취할 의무가 있다. 그런데 공해사건에 있어서 가해자(공해사업장)의 과실은 수인한도를 벗어난 침해가 생기지 않도록 상당한 방지조치를 취할 의무에 위반한 것이라고 판단되고 있으며, 다른 한편 위법성은 수인한도를 넘은 침해행위 자체에서 인정될 수 있다고 한다. 그러므로 공해로 인한 손해배상책임에 있어서는 수인한도를 넘는

22) 大判 1995. 8. 25, 94 다 47803.

23) 大判 1973. 10. 10, 73 다 974; 大判 1973. 10. 10, 73 다 1253.

24) 大判 1991. 7. 23, 89 다카 1275; 대구고법 1990. 1. 12, 88 나 3049.

경우에 가해자의 과실과 위법성이 동시에 갖추어진 것으로 이해되고 있다.²⁵⁾

판례는 1980년대 말에, 공해사건에 관한 손해배상청구소송(제750조, 제763조, 제393조)에서 「대기오염이 수인한도를 넘은 것으로서 위법성을 띠게 되는 것인지의 여부는 被侵害利益의 종류 및 정도, 침해행위의 공공성, 그 지역의 현실적인 토지이용상황, 토지이용의 선후관계, 가해자의 방지시설설치 여부, 손해의 회피가능성, 공법적 규제 및 인·허가와와의 관계, 환경영향평가 및 민주적 절차의 이행 여부 등을 모두 비교 교량하여 판단하여야 한다」²⁶⁾고 판시하고 있다. 그러나 그 후 유사한 공해사건에서 판례는 「공해물질의 배출정도가 관계법령에 의한 허용기준에 미달하는 경우라 하더라도 그 공해물질이 주민들에게 건강상의 장해 및 직접적인 생활방해를 야기하는 경우라면, 이는 주민들이 수인해야 할 범위 내라 할 수 없어, 공장주는 공해물질의 발생 및 확산을 방지 내지 감소시키는 조치를 취할 의무가 있다」²⁷⁾고 판시하고 있다. 다시 말하면 수인한도의 기준은 법령에 의한 허용기준이 아니고, 주민들의 건강상의 장해 및 직접적인 생활방해가 발생하면 이미 수인의 한도는 넘은 것이라고 판단되고 있다.

d) 위에서 밝혀진 바와 같이 公害·製造物責任 기타 기술적·화학적 원인으로 인한 손해배상책임과 관련하여 판례는 제750조의 일반불법행위의 요건이 갖추어질 것을 전제로 하면서도, 개연성의 증명으로 인과관계의 성립을 인정하는 한편, 고도의 주의의무·과실의 추정·수인한도라는 법기술적 방법을 통하여 가해자의 과실과 위법성을 인정하고 있다. 因果關係의 蓋然性理論은 실질적으로 인과관계의 추정 내지 입증책임의 전환을 의미하며, 고도의 주의의무를 가해자에게 요구하는 것은

25) 郭潤直, 債權各論, 1997, 783면.

26) 서울민지법 1989. 1. 12, 88 가합 897.

27) 대전지법 1995. 2. 8, 93 가합 3237.

결과적으로 가해자의 무과실을 인정하지 않으려는 것이고, 수인한도론을 채택하는 것은 사실상의 건강장해나 직접적인 생활방해가 있는 때에는 과실과 위법성을 쉽게 승인하여 불법행위책임을 귀속시키려는 것이다. 사실의 증명이 매우 곤란하거나 불가능한 것에 대하여 구체적 증명책임을 가해자에게 부과시키는 것은 단순한 입증책임의 전환을 넘어 인과관계의 성립을 인정하는 결과를 가져온다. 왜냐 하면 반증이 성공할 가능성이 존재하지 않기 때문이다. 또한 준수불가능한 고도의 주의의무를 설정하는 것은 실질적으로 무과실의(verschuldenunabhängig) 책임을 인정하는 결과를 가져오게 되며, 수인한도론을 채택하는 것은 사실상 엄격한 의미의 「과실」 요건과 「위법성」 요건을 포괄적으로 포기하는 것과 다를 바가 없다고 판단된다. 이와 같은 판례의 태도(및 이에 동조하는 학설의 태도도 마찬가지로)는 민법 제750조의 규정 속에 危險責任에 속하는 사안들을 무리하게 포섭시키는 데서 발생하는 「인과관계」 및 「과실」 개념의 확장 내지 변경이라고 아니할 수 없다.²⁸⁾

Ⅲ. 危險責任에 관한 特別法の 制定과 그 內容

1. 特別法の 制定과 그 種類

危險責任에 있어서는 구체적 법익침해가 있는 다음에 사후적으로 평가되는 「위험」이 문제되는 것이 아니라, 법익침해가 있기 전부터 입법자에 의해서 평가가 내려져 있는 위험이 그 규율의 대상이 된다²⁹⁾. 다시 말하면 그 위험은 불특정 법익의 불확실한 침해에 대한 추상적 위험(die abstrakte Gefahr)으로서 처음부터 침해행위의 위법성과 행위자의

28) 이에 대한 문제점의 지적에 관해서는, Kötz, *Aktuelle Probleme der Reform des deutschen Haftungsrecht*, Festsch. f. H. B. Kim, 1995, S. 243ff 참고.

29) Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., 1995, Rn. 214 ; Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2. Aufl., 1969, S. 72.

과실을 묻지 않는, 이른바 허용된 위험이다³⁰⁾. 그리고 「危險責任」은 이러한 危險源을 지배하는 자, 즉 원인야기자(Verursacher)에게 그 危險源인 시설이나 그 운영으로부터 손해를 발생케 한 데 대하여 귀속되는 책임을 말한다. 예컨대 자동차의 운행, 철도사업, 항공기사업, 광물채굴사업, 의약품·전자제품 등의 제조물 개발 및 판매사업, 원자력사업, 유전공학적인 사업 등이 危險責任을 부담하는 사업에 속한다. 또한 일반 국민들의 생명·신체·건강 기타의 재산을 危害하는 공기·수질 등을 오염시키는 사업·제조업·농축업자에 대해서도 危險責任이 부과될 수 있다. 따라서 이러한 분야의 사회적 활동은 국가·사회생활의 유지·발전을 위해서 필요하고 중요한 것이지만, 막대한 손해를 광범위하게 야기시킬 위험성을 함께 가지고 있으므로 행위자가 손해의 발생을 방지하기 위한 상당한 주의를 다 했다 하더라도 그와 같은 행위와 결부된 위험 책임을 면제받을 수 없는 것이다. 다시 말하면 이러한 危險源으로부터 발생할 손해의 가능성과 심각성을 고려할 때 상당한 주의를 다 했다 하는 것이 손해배상책임의 면책사유가 될 수 없는 것이다³¹⁾.

그 동안 우리 나라에서 제정되었던 危險責任特別法을 시대별로 열거하면 다음과 같다. 1969년의 原子力損害賠償法(제3조), 1977년의 環境保全法(동법은 1990년에 폐지되어 環境政策基本法에 의하여 대체됨), 1981년의 鑛業法(제91조), 1984년의 自動車損害賠償保障法(제3조), 1990년의 環境政策基本法(제31조) 및 기타 5법과 水質環境保全法(제46조 II), 1991년의 海洋汚染防止法(제4조의 6), 1992년의 油類汚染損害賠償保障法(제4조), 1995년의 土壤環境保全法(제23조) 등이 대표적 위험책임에 관한 법률들이다. 이 법률들은 原子力損害賠償法 및 自動車損害賠償保障法을 제

30) Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1941, S. 90f.; von Caemmerer, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, S.15.; Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl, 1995, Rn. 214ff, 641. 이에 대한 비판적 견해로는 Lareng/Canaris, *SchR BT Tb. 2*, S.606 참고.

31) 石田穰, 損害賠償法の再構成, 1977, 950면.

의하면 모두 환경보전 내지 환경보호에 관한 법률들이다. 航空交通法, 鐵道交通法, 製造物責任法, 水質汚染防止法, 遺傳子工學法 등과 같은 법률들은 아직 등장하지 못하고 있다. 특히 製造物責任法은 여러 차례에 걸쳐 입법안이 제시되어 왔으며, 현재 재경원에서 마련된 법률안이 조만간 국회에 상정될 것으로 기대되고 있다.³²⁾

2. 特別法の 内容

a) 原子力損害賠償法, 自動車損害賠償保障法 및 油類汚染損害賠償保障法을 제외하면 기타의 위험책임에 관한 특별법률들은 행정규제적 성질을 가진 것들이다. 따라서 공법적 성질을 가진 법률 내에 포함되어 있는 손해배상청구에 관한 규정들이 직접 민사상 청구권의 기초로서 원용될 수 있느냐 하는 점에 관해서는 견해가 갈려 있다³³⁾. 이러한 손해배상의 규정이 구체적인 민사상의 손해배상사건에 직접 적용되는 규정으로서서는 미흡하다 하더라도 단순히 공법적 성질을 가진 법률 속에 규정되어 있다는 이유만으로 사법상의 청구권의 기초로서의 성질이 결여되었다고는 판단되지 않는다³⁴⁾.

b) 예컨대, 環境政策基本法 제31조 1항은 「사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 손해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다」고 규정하고 있다. 여기서 공기오염·수질오염 등과 같은 「환경오염」 자체가 곧바로 개인의 생명·신체·건강 기타 소유권

32) 제조물책임법안은 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해를 입은 사람에게 그 손해를 배상할 무과실책임(위험책임)을 제조자에게 귀속시키고 있다(제2조). 동법안은 모두 본문 9개조항과 부칙 2개조항으로 구성되어 있다.

33) 예컨대, 행정법률인 環境政策基本法에 포함된 손해배상청구에 관한 제31조의 규정은 무과실의 손해배상을 環境政策基本法의 기본원칙으로 하고 있음을 宣言한 것에 불과하며, 구체적인 법적용을 위해서는 민사청구를 위한 별도의 법률규정이 마련되어야 한다는 견해가 있다(李銀榮, 債權各論, 714면).

34) 同旨: 安法榮, 「環境汚染事故와 危險責任 - 일반조항적 위험책임 구성을 위한 법적책적 소고」, 환경오염의 법적 규제와 개선책 (박기갑외), 1996, 304면.

과 같은 법익의 침해를 의미한다고 볼 수는 없다. 그러나 공기오염이나 수질오염은 대기를 숨쉬고 물을 마시지 않으면 살 수 없는 일반 국민의 생명·신체·건강에 직접 영향을 줄 뿐만 아니라, 동물·식물의 성장과 산업에 대해서도 직접 피해를 줄 수 있다. 따라서 환경오염은 구체적인 그리고 막대한 위험(*übermäßige Gefahr*)³⁵⁾을 초래하는 것이다. 공기나 물은 불특정다수인이 필수적으로 활용하는 것이며, 유해물질을 광범위하게 전이시킬 뿐만 아니라, 일단 오염된 환경은 그 재생이 어려운 것이다. 공기나 물의 재생이 어렵다는 것은 곧 일반국민에 대한 피해의 가능성이 오래 지속된다는 것을 의미한다. 이와 같은 공기와 수질의 오염은 일정한 시설에서 뿐만 아니라 특정행위에 의하여 물리적·화학적 기타 기술공학적 이유로 유발되는 것이다³⁶⁾. 따라서 공기나 수질의 오염으로 인한 손해라 함은 공기 및 물과의 필수적 접촉·이용관계에 있는 사람과 동식물 기타 물건에 필연적으로 손해를 발생케하는 위험이라고 이해할 수 있다.

그러나 環境政策基本法 제31조 1항의 규정에 의하면 피해의 내용이 구체화되어 있지 않다. 동 규정은 단순히 「그 피해」를 배상해야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 여기서 「그 피해」라 함은 공기나 물의 오염으로 인하여 타인이 직접 입게 된 손해를 의미하는 것이고, 공기나 물의 오염 자체를 말하는 것은 아닐 것이다. 그렇게 해석하는 것이 동 조항의 보호목적(동 제29조 및 제30조는 분쟁조정과 피해구제에 관한 정부의 시책강구의무를 규정하고 있다)에 부합한다고 판단된다³⁷⁾. 이 경우에 「피해」라 함은 민법 제750조의 「손해」를 의미하는 것으로 해석된다. 따라서 민법 제750조에 의하여 보호되는 법익의 침해를 받은 피해자는 동 조항을 청구권의 기초로 하여 손해배상을 청구할 수 있다고 해야 한다.

35) Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., 1995, Rn. 634.

36) Larenz/Canaris, *Lehrb. d. SchR, Bd. II*, Hb. 2, BT, 13. Aufl., S. 631f.

37) Larenz/Canaris, *Lehrb. d. SchR, Bd. II*, Hb. 2, BT, 13. Aufl., S. 636.

c) 危險責任特別法 중에서 민사적 위험책임에 관하여 가장 자세하게 규정하고 있는 법률이 원자력손해배상법(1969년 1월 14일 제정, 1975년, 1982년, 1985년, 1995년 개정)이다. 이 법률은 「원자로의 운전」 등으로 인하여 원자력손해가 발생한 경우에 원자력사업자가 무과실책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다(동법 제1조, 제3조 참고). 이 법률은 손해배상조치의무(Deckungsvorsorgepflicht)에 관하여 규정하고 있으며(제5조), 손해배상청구권자의 우선변제권(제8조)을 인정하고 있다. 이 이외에 원자력사업자가 면책되는 경우(제3조 1항 단서)와 제3자에 대하여 구상할 수 있는 경우(제4조)를 규정하고 있다. 오늘날 위험책임특별법의 종류와 규정내용은 통일되어 가는 경향을 띄고 있다. 먼저 법률의 종류로는 道路交通法, 航空交通法, 原子力損害賠償法, 藥品法, 水質管理法, 製造物責任法, 環境責任法, 遺傳子工學法 등이 그것이고, 그 규율내용은 i) 책임의 종류(시설책임 또는 행위책임), ii) 침해객체(생명·신체·건강·물건), iii) 책임주체(사업주, 보유자, 운송인, 점유자, 제조자, 수입자, 공급자, 또는 운영·활용자 등), iv) 특별책임법이 적용되는 경우, v) 손해배상의 내용(직접손해; 사망시: 사망할 때까지의 치료비, 질병 중의 소득감소액, 사망후의 장례비, 부양의무의 인수. 신체상해시: 치료비, 취업활동의 장애로 인한 재산상의 불이익. 물건: 대가배상 등), vi) 면책(예컨대 불가항력시: 천재·지변·전쟁 또는 이에 준하는 사변 등), vii) 배상최고한도액, viii) 위자료(예컨대 배상최고액초과시의 손해를 위자료로서 배정, 손해가 유책하게 발생한 경우에 위자료 인정), ix) 일실이익, x) 인과관계에 관한 입증(추정 및 추정이 배제되는 경우), xi) 보험과의 관계, xii) 보험자에 대한 피해자의 직접청구권, xiii) 다수의 배상의무자(대외적 관계: 제3가해자·복수의 사업자의 연대책임. 대내적 관계: 원인행위의 기여도에 따른 배상책임의 부담, xiv) 소멸시효(예컨대 불법행위의 소멸시효에 관한 규정 준용), xv) 기타 법률의 적용문제(예컨대 불법행위법의 적용을 배제하지 않음. 그러나 약품법의 적용시 製造物責任법의 적용

을 배제함), xvi) 강행적 효력 등으로 통일화되어 가고 있다³⁸⁾. 다만, 책임의 구체적 내용은 위험책임의 종류와 성질에 따라 차이를 보이고 있다. 이와 같은 구율내용의 통일화현상은 위험책임의 성질로부터 비롯되는 것으로 이해되므로 危險責任規定의 적용 및 해석과 관련해서 그리고 危險責任法の 입법과 관련해서 매우 중요시되지 않으면 안 될 것이다.³⁹⁾

IV. 危險責任特別法の 具體的 適用과 判例

a) 한마디로 한국에 있어서의 危險責任法の 구체적 적용은 혼돈상태에 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 그 이유는 危險責任體系와 일반불법행위체계(제750조)가 분리되지 않은 가운데 혼용되고 있기 때문이다. 危險責任特別法 중에서 거의 유일하게 自動車損害賠償保障法(1984년 12월 31일 제정)은 완결된 危險責任法으로서 운영되고 있다. 그리고 비교적 정비된 危險責任法으로서의 체계를 갖춘 原子力損害賠償法은 실제에 있어서는 원자로개발정책에 밀려 그 구체적 적용이 기피되고 있으며, 원자로의 운행으로 인한 원자력손해에 관한 분쟁은 주로 정치적 또는 행정적으로 처리되고 있다⁴⁰⁾. 이 이외에 環境政策基本法(1990년 8월 1일 제정), 油類汚染損害賠償保障法(1992년 12월 8일 제정), 海洋汚染防止法(1991년 3월 8일 제정), 水質環境保全法(1990년 8월 1일 제정) 등은 모두 행정규제적 공법적 성질을 가지면서 한 개의 손해배상에 관한 규정을 가지고 있을 뿐이다. 따라서 이러한 법규정의 적용에 있어서는 민법 제750조의 규정이 함께 원용(?)되고 있는

38) 특히 독일 및 스위스의 각종의 위험책임특별법 참고(별표 참고).

39) 이와 관련하여 위험책임특별법의 유추적용(Analogie)에 의한 위험책임의 해석론적 적용확대 및 일반조항(Generalklausel)에 의한 입법론적 책임확대에 관해서는, Larenz/Canaris, SchR BT Tb. 2, S.601f 참고.

40) 김소희, 「고리원전 방사능누출사건의 전말」, 환경운동, 1995.10, 64면 이하 참고.

실정이다. 예컨대 판례는 금속제련업체에서 방출된 오염물질인 중금속에 중독되어 중추신경계가 마비되고, 이로 인해 발생한 언어장애, 피부의 과색소침착 등의 신체상의 손해에 대해서 인과관계를 추정하면서 環境保全法 제60조(생명·신체의 피해에 대한 무과실손해배상책임)와 민법 제750조(일반불법행위에 의한 과실책임), 제763조(준용규정), 제393조(채무불이행에 있어서의 손해배상의 범위)를 함께 적용하여 원고인 피해자에게 일일수입, 치료비, 개호비 및 위자료의 지급을 명하고 있다⁴¹⁾. 이 사건에서 법원은 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, 「피고 회사가 원고의 위와 같은 증상이 중금속중독증이 아니라거나 그 작업장에서 방출되는 중금속의 농도가 극히 미량이었어서 인체에 전혀 피해를 줄 수 없는 것이라는 사실을 입증하지 못하는 한, 원고의 질환과 피고회사의 작업장에서의 중금속방출과의 사이에 인과관계를 긍정함이 상당하다 할 것이고, 이러한 경우 피고회사는 環境保全法 제60조 1항에 따라 무과실책임을 부담하게 되며 원고의 작업기간 동안 위 작업장에서 방출된 중금속의 농도가 법령상의 허용기준치 이하였다는 사실만으로는 그 책임을 면할 수 없다」고 하고 있다. 이 사건은 이른바 「공해사건」이라는 범주로 이해되면서 環境保全法(1990년 8월 1일 폐지, 環境政策基本法에 의해 대체됨)이 적용되어 가해자인 기업체는 무과실책임을 부담하게 되고, 인과관계는 추정되었다. 그러나 다른 편 일반불법행위의 손해배상시에 준용되는 손해배상의 범위에 관한 규정(채무불이행시의 손해배상의 범위에 관한 규정: 제393조)이 함께 적용되고 있다. 또한 공단 소재 공장에서 배출된 가스·분진 등의 공해물질로 질병 등의 손해를 입은 사건에 대하여 環境保全法 제60조와 함께 민법 제750조를 적용하여 손해배상책임과 위자료지급의무를 인정한 사건도 있다⁴²⁾.

41) 대구고판 1990. 1. 12, 88 나 3049. 같은 취지의 판례: 서울 민지법 1989. 1. 12, 88 가합 2897; 대판 1984. 6. 12, 81 다 558.

42) 大判 1991. 7. 26, 90 다카 26607·26614.

b) 또 다른 예를 든다면, 인근 공장에서 공해물질인 매연·먼지·점등이 등의 배출로 아파트 주민들이 건강상의 장해 및 직접적인 생활방해 등의 피해를 입은 사건에 있어서, 판례는 環境政策基本法 제31조를 적용함이 없이 단순히 민법 제750조와 제217조(매연 등에 의한 隣地에 대한 방해금지)만을 적용하여 피고 공장에 대하여 손해배상의 책임과 함께 공해물질의 발생 및 확산을 방지 내지 감소시키는 조치를 취할 의무를 인정하고 있다. 이 판례에 의하면 「공해물질이 주민들에게 건강상의 장해 및 직접적인 생활방해를 야기하는 경우라면, 이는 주민들이 수인하여야 할 범위 내라고 할 수 없어, 공장주는 그 공해물질의 발생 및 확산을 방지 내지 감소시키는 조치를 취할 의무가 있다」고 하면서 손해배상책임을 인정하고 있다. 이 사건에서 원고가 環境政策基本法을 원용하지 않았기 때문에 이 사안이 형식적으로는 위험책임의 경우로 다루어지지 아니한 것으로 보이나, 실질적으로는 인과관계의 추정이나 수인한도론에 의한 위법성과 과실의 인정 등으로, 법리구성에 있어서는 일반불법행위법의 범주를 벗어나고 있다.

c) 위 b)의 사건에서는 실질적으로 위험책임에 속하는 사안을 법률 적용의 형식에 있어서는 일반불법행위로 취급하였는데 반하여, 다음의 사건에 있어서는 일반불법행위사건이 위험책임적 성질을 가지고 있는 것처럼 다루어지고 있다. 즉 주행시험장의 설치공사 과정에서 황토와 폐수가 배출되어 양식어장에 흘러 들어가 농어가 폐사한 사건에서, 법원은 민법 제750조를 적용하면서 공해소송의 법리인 인과관계의 추정과 공유수면오염방지의무의 위반에 의한 과실을 인정하여 손해배상책임이 발생한다고 하고 있다⁴³⁾. 이 사건이 위험책임에 관한 사안에 해당하지 않는다는 점에는 의문의 여지가 없을 것이다. 왜냐 하면 주행시험장 또는 그 시설의 설치공사는 危險責任法에서 말하는 危險源

43) 大判 1997. 6. 27, 95 다 2692.

(Gefahrenquelle)에 해당하지 않기 때문이다. 이 사안은 단순한 일반불법행위의 사례에 지나지 않는다. 따라서 이와 같은 사건의 소송을 「公害訴訟」이라고 부르는 것은 옳지 않다고 생각된다. 다만, 주행시험장의 설치공사 중에 발생한 황토 및 폐수와 양어장의 농어의 폐사 사이의 인과관계에 대하여 蓋然性理論 또는 推定理論을 도입하는 것은 일반불법행위법의 범주 내에서 행하여지는 것으로 이해되어야 할 것이다.

d) 우리 나라에 있어서 위험책임에 관한 소송은 환경오염으로 인한 공해와 관련된 것이 대부분이다. 그런데 이와 같은 위험책임에 관한 사건은 일반적으로 민법의 불법행위의 범주 내에서 이해되고 있는 것으로 판단된다. i) 위험책임법인 특별법(環境保全法, 環境政策基本法)의 무과실책임규정을 원용하면서도 민법 제750조의 규정을 함께 적용하거나, ii) 공해에 관한 위험책임사건임에도 불구하고 특별법의 원용없이 민법 제750조와 제217조의 규정을 적용하거나, iii) 또는 위의 경우와는 달리 위험책임법의 영역에 속할 수 없는 사안에 대하여 위험책임의 법리를 적용하는 경우가 있다. 이와 같은 현상은 위험책임법의 취지가 제대로 이해되지 못하고 있거나, 위험책임이 적용되어야 할 사안에 대한 확고한 이해가 확립되어 있지 않은 데서 비롯되는 것으로 판단된다. 적어도 위험책임이 불법행위책임과 구별되기 위해서는 i) 危險源의 개념과 종류, ii) 책임주체, iii) 침해객체, iv) 손해배상의 내용 및 배상한도액 등이 확정되어야 한다. 그 이외에 손해배상사전조치의무(Deckungsvorsorgepflicht), 면책, 과실상계, 다수의 배상의무자 등에 관해서는 각종의 危險責任의 성질에 따라 합리적으로 규정하면 될 것으로 판단된다.

V. 解釋論的 試圖

1. 環境政策基本法 제31조와 一般條項

a) 우리 나라에서 危險責任과 관련해서 가장 커다란 영역을 차지하는 분야가 환경오염이다. 주지하는 바와 같이 1990년 8월에 기존의 環境保全法을 폐지하고 環境政策基本法과 함께 大氣環境保全法, 水質環境保全法, 騒音·振動規制法, 有害化學物質管理法, 環境紛爭調停法, 環境汚染被害紛爭調停法이 제정되었다. 그 이외에 海洋汚染防止法(1991년 제정), 油類汚染損害賠償保障法(1992년 12월 제정)이 있다. 이들 법률 중에서 油類汚染損害賠償保障法은 「선박으로부터 유출 또는 배출되는 유류에 의하여 유류오염손해가 발생한 경우에 선박소유자의 책임을 명확히 하고 유류오염손해의 배상을 보장하는」(동법 제1조) 危險責任特別法(동법 제4조)이다. 따라서 선박으로부터의 유류에 의한 환경오염은 이 법에 의하여 위험책임으로 규율될 수 있다. 그러나 대기오염, 수질오염, 토양오염, 소음·진동에 의해서 환경이 오염된 경우에는 어떻게 규율되어야 할 것인가? 水質環境保全法 제46조는 특정 수질유해물질에 의해서 토양이 오염됨으로써 농수산물의 재배 등을 제한받거나 그 오염지역에서 생산된 농수산물을 수거·폐기함으로써 손해를 입은 자(토지소유자 또는 재배자)에 대하여는 특정수질유해물질을 배출한 자가 배상책임을 부담한다고 규정하고 있다. 그러나 대기오염, 기타의 토양오염, 소음·진동 등에 의한 환경오염으로 인해서 손해가 발생한 때에는 그 배상책임에 관하여 직접 규정한 법률이 없다. 그러나 위 각 법률들의 기본법인 環境政策基本法은 「환경오염이라 함은 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동·악취 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다」(동법 제3조 4호)고 규정하고 있다. 그리고 동법 제29조는 환경오염으로 인한 분쟁을

조정·해결할 제도를 마련할 것을 규정함과 동시에(이에 따라 環境紛爭調停法과 環境汚染被害紛爭調停法(1990년 8월 1일 제정)이 마련되어 있음), 제31조에서 환경오염의 피해에 관한 무과실책임을 규정하고 있다. 동 제31조의 규정은 다음과 같다. 「사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다」(1항). 「사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인 지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다」(2항). 동 제31조의 규정은 적어도 동법이 기본법으로서의 성질을 가지고 있는 한 대기오염, 수질오염, 토양오염, 소음·진동오염에 관한 각종의 특별법에 대하여 일반조항적 의의를 가지는 규정으로 해석될 수 있을 것이다⁴⁴⁾. 그러나 環境政策基本法이 환경정책의 기본원칙을 선언적으로 표방하고 있을 뿐이고 이를 구체화하는 기타의 특별법이 행정규제적 공법적 성질을 가지고 있으므로, 동법 제31조의 규정이 민사적 청구권의 기초로서의 효력을 가질 수 있는 지에 대하여 의문을 가지는 견해가 없지 않다⁴⁵⁾. 이 견해에 의하면 1990년에 폐지된 環境保全法 제60조 3항은 「피해의 배상에 관하여 이 법에 의한 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다. 다만, 민법 이외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 의한다」고 정하고 있었으나 環境政策基本法 제31조에는 이와 같은 규정이 없다는 이유를 들어 동법의 실질적 효력을 부인한다⁴⁶⁾. 그러나 環境政策基本法 제31조 및 水質環境保全法 제46조에 環境保全法 제60조 3항과 같은 규정을 넣지 않은 것은 동 손해배상책임규정에 대하여 실질적 효력을 부정하기 위한 것은 아니라고 생각된다. 「피해의 배상에 관하여」 민법의 규정을 적용하는 실질적 이유는 손해배상

44) 同旨：安法榮, 앞의 논문, 302면 이하 및 311면 이하.

45) 이와 같은 의문을 제기하면서 동 규정의 실체법적 효력을 인정하지 않는 견해：李銀榮, 債權各論, 714면.

46) 李銀榮, 債權各論, 714면.

의 범위와 손해배상청구권의 소멸시효를 확정하는데 필요하기 때문이라고 판단된다. 그런데 환경오염으로 인하여 발생한 손해의 배상책임은 無過失의 危險責任이므로 민법의 규정을 당연히 적용하여 손해배상의 범위(제393조 참조)를 과실책임인 불법행위책임의 경우(제763조, 제393조 참조)와 같게 한다는 것은 일단 정당하지 않다고 생각된다. 또한 위험책임으로서의 손해배상책임의 소멸시효를 민법의 불법행위책임의 소멸시효(민법 제766조)와 동일하게 한다는 것도 당연한 것은 아니다⁴⁷⁾. 그렇다면 環境政策基本法 제31조와 水質環境保全法 제46조 등에서 「민법의 규정에 의한다」는 규정을 두지 않은 것은 위험책임법의 고유성에 근거를 둔 당연한 입법조치이고, 동 규정들에 대하여 민사청구의 기초가 되는 실질적 효력을 부인하기 위한 것은 아니라고 판단된다. 실질적 효력부인설은 위험책임으로서의 環境政策基本法の立法意圖(Regelungsabsicht)를 잘못 해석하는 것이라고 생각된다. 環境政策基本法이나 水質環境保全法이 공법적 성질을 가진 법률이라고 하여, 그 속에 규정된 손해배상책임에 관한 조항들이 실질적 효력을 가질 수 없다고 말할 수는 없다. 공법적 특별법인 독일의 水資源法(Wasserhaltsgesetz, 1957년 7월 27일 제정)에도 민사적 손해배상에 관한 위험책임규정을 두고 있다. 필자는 環境政策基本法 제31조의 규정은 실질적 효력을 가지는 규정으로서 대기오염, 수질오염, 토양오염, 소음·진동 등의 환경오염으로 인하여 발생한 손해의 배상에 관한 危險責任規定으로서 일반조항의 성질을 가지고 있다고 생각한다.

b) 環境政策基本法 제31조가 일반조항으로 적용될 경우에 책임주체와 침해객체를 어떻게 확정해야 할 것인가 하는 문제가 발생한다. 이에 대해서는 각 분야의 환경오염을 규제하는 특별법의 수급자와 보

47) 독일의 위험책임특별법들(예컨대 도로교통법, 항공교통법, 환경책임법 등)에서도 민법의 규정이 적용되고 있으나, 이것은 해당 특별법이 적극적으로 민법의 규정을 적용한다는 규정을 두고 있기 때문이고, 위험책임에 대하여 당연히 민법의 규정이 적용되기 때문은 아니다.

호대상을 기준으로 하던 될 것으로 생각한다. 예컨대 대기오염에 의한 손해배상과 관련해서는 대기오염물질을 배출한 사업자가 책임주체가 될 것이고, 사람의 생명·신체·건강·재산을 침해했거나 동식물의 생육에 위해를 끼친 경우에 침해결과=피해가 발생한 것이라고 해석하면 될 것이다(環境政策基本法 제31조 및 大氣環境保全法 제2조 참조). 수질오염과 관련해서는 특정수질유해물질을 배출한 사업자가 책임주체가 될 것이고(環境政策基本法 제31조 및 水質環境保全法 제46조), 특정수질유해물질에 의한 오염으로 농수산물 재배 등의 제한 및 수거·폐기로 인하여 입은 피해가 보호대상이 된다고 할 것이다(水質環境保全法 제46조 2항). 수질유해물질로 인한 농수산물 이외의 피해(예컨대 수질유해물질에 의한 오염으로 질병 등 기타 신체 또는 건강상의 피해를 입은 경우)에 대해서는 水質環境保全法 제46조 2항이 적용될 수 없고, 環境政策基本法 제31조와 水質環境保全法 제1조 및 제2조 등이 적용될 수 있을 것이다.

c) 危險責任에 있어서는 過責을 묻지 않으며, 危險源인 시설의 운영이나 기타 사업상의 활동은 허용되어 있는 것이므로 위법성이 인정될 수 없다. 따라서 대개의 경우 이러한 시설의 운영이나 사업활동으로 인하여 발생된 피해에 있어서는 생명·신체·건강 및 물건이 그 보호대상이 되고, 배상범위와 관련해서는 그 객체의 직접손해 및 그 직접손해와 밀접하게 관련된 손해에 한정하는 것이 타당할 것이다⁴⁸⁾. 그러나 오염방지시설의 설치의무(예컨대 水質環境保全法 제11조 참조)를 다하지 않은 때에는 민법 제750조, 제763조 및 제393조가 적용될 수 있으므로 손해야기자인 사업자는 불법행위의 가해자가 부담하는 것과 같은 범위의 손해배상책임을 부담해야 할 것이라고 생각한다.

48) 예컨대 독일 환경책임법 제1조, 제12조, 제13조, 제5조 참조.

2. 類推解釋

우리 나라에 있어서 위험책임을 부과하는 특별법의 종류가 매우 한정되어 있다는 것은 위에서 지적한 바와 같다. 특별법이 마련되어 있는 분야에 있어서는 시설보유자 또는 사업자가 위험책임을 부담하고, 특별법이 제정되어 있지 않은 분야에서는 그 위험원의 종류나 성질이 유사함에도 불구하고, 시설보유자나 사업자가 아무 책임을 부담하지 않는다는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 기술적·화학적·물리적 위험원으로부터 발생된 손해에 대하여 위험야기자에게 특별법이 존재하지 않는다는 이유만으로 위험책임을 부담시킬 수 없다는 것은 가해자에 대한 법의 공평한 집행이라는 관점에서뿐만 아니라, 피해자의 실질적 보호라는 측면에서도 형평성원리에 반하기 때문이다. 예컨대 수질오염에 대해서는 특별법이 존재하는데 반하여 대기오염에 대해서는 특별법이 존재하지 않는다는 이유에서 수질오염야기자에게만 손해배상책임을 물을 수 있다는 것은 형평의 원리에 반한다. 특히 航空交通責任法, 鐵道交通責任法, 遺傳工學責任法 등의 특별법이 마련되어 있지 않은 현재의 상황에서 불법행위법 규정을 통하여 위험책임을 묻는다는 것은 정당하다고 생각되지 않는다. 불법행위 규정의 중요 구성요소인 인과관계와 과실의 요건을 완화하여 손해배상책임을 인정하게 될 경우에는, 손해배상의 범위를 포함하여 그 이외의 법률효과가 불법행위책임을 경우와 동일하게 되는데, 이는 반드시 정당하다고 생각되지 않기 때문이다. 따라서 위험야기자가 분명한 때에는 環境政策基本法 제31조, 原子力損害賠償法 제3조 1항 본문 등을 유추적용할 수 있는 방안이 연구되어야 할 것이다.

VI. 不法行爲法の 變化와 危險責任法の 必要性

a) 불법행위법은 過責主義를 기초로 하고 있다. 그리고 過責主義는 과실이 주관적 의미로 또는 적어도 행태의무(Verhaltenspflichten)위반으로 이해되는 한도 내에서 본래의 의미를 살릴 수 있다. 그러나 그 동안 거래안전의무(Verkehrspflichten) 및 주의기준(Sorgfaltsstandards)의 객관화(Objektivierung)에 의하여 과실의 개념은 변질되기에 이르렀고⁴⁹⁾, 이로 인해서 불법행위에 있어서의 過責主義는 실질적으로 본래의 모습을 상실하게 되었다. 뿐만 아니라, 피해자에 의한 인과관계의 증명과 관련해서는 인과관계의 추정, 간접증명, 입증책임의 전환 등이 인정되고 있다. 이와 같은 불법행위법의 변화는 불법행위법이 적용되는 사안의 종류와 특성이 그 동안 다양한 변화를 해왔다는데 기인하는 것이다. 다시 말하면 가해자의 과실을 엄격한 책임요건으로 요구한 다거나, 피해자로 하여금 구체적 인과관계의 증명을 요구하는 것이 부당한 사안들이 존재한다는 데에서 기인하는 것이다. 좀더 자세히 설명하면, 계약외적 책임(außervertragliche Haftung)으로서의 손해배상책임을 부과하는데 있어서는, i) 엄격한 의미의 過責과 인과관계의 증명을 요건으로 하는 것이 적절한 사안이 있는가 하면, ii) 업무상의 주의를 다 하지 않은 것을 과실의 내용으로 하고 완성된 인과관계의 증명으로 충분한 사안이 있으며, iii) 처음부터 과실과 위법성을 물을 필요가 없는 동시에 인과관계의 추정 또는 입증책임의 전환 등으로 책임을 귀속시킬 수 있는 사안이 있는 것이다.⁵⁰⁾ 따라서 계약외적 책임인 손해배상책임을 부과시키기 위하여 過責主義에 충실하게 구성된 불법행위요건을 사안의 종류와 성질 여하에 불구하고 일률적으로 적

49) 과실의 객관화에 대한 비판 내지 객관화에 의한 과실개념의 변질에 관한 논의에 관해서는, Koziol, *Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht*, AcP 1997, S. 597ff. 참고.

50) 예컨대, 石田穰, 損害賠償法の再構成, 1977, 30면 이하 참고.

용하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.⁵¹⁾

b) 예컨대 우리 나라에 있어서 그 동안 불법행위법을 적용하여 製造物責任을 물을 경우에, 결함의 개념은 제품 자체의 불완전성 내지 불안전성을 지칭하는 것으로 그치지 아니하고, 제조자의 행태의 불완전성, 즉 제조자의 의무위반행위를 徵表(indizieren)하여 왔으며, 이러한 의무위반행위에 대한 제조자의 過責을 함께 함축적으로 암시하여 왔다. 즉 제품 자체의 결함은 → 제조자의 의무위반행위(위험방지의무 = 거래안전의무의 위반행위) → 결함발생에 대한 제조자의 過責으로 연결되면서 결함의 요소가 여러 가지 기능을 담당하고 있다⁵²⁾. 이러한 법리구성은 일반불법행위(한국민법 제750조, 독일민법 제823조)의 구성요건요소를 외형적으로 구비하기 위한 인위적 조작에 지나지 않는다. 다시 말하면 過責主義를 원칙으로 하는 불법행위법의 적용이 적절하지 않은 사안에 대하여 억지로 불법행위법의 규정을 적용시킴으로써, 불법행위법의 구조 자체를 무너뜨리는 것이라고 할 수 있다. 過責主義下에서는 손해배상책임의 귀속은 물적 결함(危險源 = Gefahrenquelle)의 존부에 의해서 좌우되는 것이 아니라, 궁극적으로 過責의 존부에 의해서 좌우되어야 한다. 그런데 製造物責任에 있어서는 제조자의 過責이 구체적으로 증명됨이 없이 제품의 결함이라는(법정책적) 요소가 암시적으로 제조자의 過責을 도출하고 있다. 즉, 물적 결함의 존재가 제조자의 의무위반을 물고 들어가고, 다시 제조자의 의무위반이 제조자의 過責을 물고 들어가는 연쇄적 작용을 하고 있는 것이다. 실질적으로는 무과실책임을 물으면서 형식상으로는 過責主義에 입각한 책임으로 근거지우려는 이론구성은 過責主義와 무과실책임주의의 한계를 모호하게 할 뿐만 아니라, 개념의 혼란을 야기하는 것이다⁵³⁾.

51) Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1995, Rn. 9ff. 참고.

52) 대판 1977. 1. 25, 77 다 2092 ; 대판 1979. 12. 26, 79 다 1972

53) 金亨培, 製造物責任에 있어서 缺陷의 概念과 責任歸屬, 損害賠償法の 諸問題(黃迪仁 博士 화갑기념논문집), 1990, 411면 이하.

환경오염시설의 운영, 원자로의 운영, 항공기의 운항에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 기술적 危險源으로부터 발생하는 손해의 배상책임은 불법행위책임체계로부터 분리하는 것이 마땅하다고 판단된다. 필자는 계약외적 손해배상책임의 체계는 크게는 不法行爲法과 危險責任法으로 이원화하고, 불법행위법 내에서는 과실을 주관적 과실로 이해하는 意思責任的 不法行爲와 과실을 객관적으로 이해하는 行爲責任的 不法行爲로 양분하는 것이 바람직하다고 생각한다. 어느 책임귀속체계를 적용할 것인가하는 것은 사안의 성질에 의하여 결정되어야 할 것으로 생각된다. 意思責任的 不法行爲는 일반 시민 사이의 일상생활에서 우발적·일회적으로 발생하는 손해에 대하여 행위자의 일정한 행태의 의사를 그 귀책근거로 하는 것이고, 行爲責任的 不法行爲는 일정한 危險性을 내포하는 업무행위로부터 어느 정도 불가피하게 발생하는 손해에 대하여 행위의 손해발생가능성(위험성)을 귀책의 근거로 하지만 손해방지를 위한 상당한 예방조치를 취한 때에는 면책될 수 있는 것이며, 危險責任(Gefährdungshaftung)은 원자로의 운영, 항공기의 운항, 공해물질배출시설의 운영과 같이 피해의 양과 정도가 큰 위험원의 지배에 대한 책임으로서 행위자가 손해발생을 방지하기 위한 상당한 행위를 하더라도 면책되지 않는 책임을 말한다. 이와 같이 위험책임에 있어서는 위험원의 지배가 귀책의 근거가 되기 때문에, 위험원과 손해사이의 평가적 관계=위험성관련이 책임법에 있어서 중요한 기능을 하게 된다⁵⁴⁾.

이상과 같은 이유에서 과실과 위법성을 책임귀속의 근거로 할 수 없는 사안을 過責을 기초로 하는 불법행위법규정에 포섭시키는 것은 정당하지 않다고 판단된다. 여기에 기술적 위험에 대하여 독립적인 責任體系를 인정해야 할 이유와 필요성이 있다고 생각된다.

54) 金亨培, 危險責任論, 民法學의 回顧와 展望, 1993, 788면 이하 참고; 石田穰, 損害賠償法の 再構成, 1977, 109면.

구분 내용	종류
책임의 종류	
구성요건(침해각제)	
책임주체	
적용범위	
손해배상의 내용	
면책	
배상최고한도액	
위자료	
과실상계	
인과관계에 관한 입증 (추정·입증책임의 전환)	
보통과의 관계	
대 보험자에 대한 피보험자의 직접청구	
다수의 배상의무자	
소멸시효	
기타 법률의 적용 (보조자에 대한 책임)	
비 고	

HaftpflichtG (1978년 현재)
시설 (Anlage) 책임
생명, 신체, 건강, 물건
철도경영주 (에너지시설, 광산, 채석장 등 포함)
§1, §2, §3
직접손해: 사망: §5(사망지), 사망 후는 부양의무의 범위 내에서만 배상의무 신체침해 (§6): 치료비·수입상실 보상. 물건 (§1 III): 손괴이 保持 또는 들고 다니는 물건
·불가항력 (§1 II 1문) (höhere Gewalt). ·공공도로상에서의 회피불가능한 사고 (2문) — 피해자, 제3자, 동물에 의한 경우, — 기업주 또는 종업원이 필요한 주의를 다한 경우
人身損害: 피해자 1인당 eine Jahresrente von 3만 DM 財物損害: 10만 DM
對外: 전대책임 對內: 손해발생원인행위의 정도에 따라 분할
·안: 매분 3년 ·행위시부터 30년
기타 법률의 적용을 배제하지 않음
1. 강행적 효력 2. Geldrente

Straßenverkehrsgesetz (1993년 현재)	
운행책임 (§ 7)	
생명, 신체, 건강, 물건	
自動車の保有者 運転者は * 과실책임 (§ 18. I.)	
행지에서 최고속도 20 km이하의 차량은 제외 (§ 8)	
직접손해, 사망 (§ 10): 내용은 동일, 신체상해 (§ 11): 내용은 동일 물건 (§ 7): 내용은 동일	
회피불가능한 사고(unabwendbares Ereignis) (§ 7 II)	
1. 人身損害 : 50만 DM od. 年3만 DM 年소 2. 物수의 사망, 부상자가 있는 경우 : gesamt 70만 DM od. 年4만5천 DM 年소 3. 對物損害 : 10만 DM	
배상최고한도액 초과시 손해 vertheilung	
피해자의 과실 (§ 254 BGB)	
對外 : 규정 없음 對內 : 左同 (§ 17)	
·불법행위의 규정 (§ 14)	
左同 (§ 16)	
1. 간행적 효력 2. Geldrente 3. 신고의무 및 실권 4. Stvo, Stvzo 참조	

Bundesberggesetz (1993년 현재)
Tätigkeit u. Einrichtungen (§ 114)
생명, 신체, 건강, 물건
경영주
不法行爲에 관한 민법 규정의 준용 (§ 117) (재산상의 손해에 대하여)
· 人身損害 : 50만 DM od. 年 3만 DM 年金 · 對物損害 : 賠償金이 그 구성부분, 附屬物에의)
피해자의 과실 (§ 254 BGB)
광산손해의 추정 및 그 예외 (§ 120)
1. 제 3가해자도 연대책임(§ 119), 2. 복수의 경영주는 對外 : 연대책임, 對內 : 손해 발생원인행위의 기여도에 따른 Ausgleich을 원칙으로 하면서, 예외적으로 구분
· 불법행위의 규정 (§ 852 BGB) · 우리 민법 § 419 와 동일한 규정 (§ 115 II)
左同 (§ 121)
1. 불법행위법과 위험책임의 미분리상태

Luftverkehrsgesetz (1999년 현재)	
운송계약책임(§ 44 ff)	운송책임 (§ 33 ff)
사망, 상해, 건강, 승객이 휴대 또는 들고 다니는 물건 기타 Reisegepäck, 여행운송화물	사망, 상해, 건강, 물건
운송인	비행기의 보유자(Halter)
	§ 1 II 참조
좌편	순회 (직접순회에 대한 언급이 없음) 사망 (§ 35) : 수입상실보상, 부양의 무인수, 신체상해 (§ 36) : 수입상실도 보상
우편(Zettel) or. 불가항력 등의 사고방지를 위해 필요한 조치를 다하였음을 입증한 경우 (§ 45)	
사망 -상해 : 32만 DM, 운송화물 : 1kg당 67.50 DM, 승객이 휴대 또는 들고 다니는 물건 : 3만2천 DM (고의 -중과실에 의한 손해발생시 : 최고 한도액 부적용 (§ 48 I))	비행기의 중량에 따른 한도액의 차등규정(§ 37)
피해자의 과실 (§ 40, § 47)	피해자의 과실 (§ 34)
-승객위한 보험가입의무 (Unfallversicherung) (§ 50)	-강제보험 및 공탁 (§ 43)
운송의무대행자의 연대책무 (§ 49 a)	除外 : 규정없음 對內 : 左同 (§ 41)
좌편	불법행위의 규정 적용 (§ 852 BGB)
左 同 (§ 48 II), 면책운송약관금지 (§ 48)	左同 (§ 42)
1. Geldrente도 가능(§ 38) 2. 신고의무 기간 및 실권(§ 40)	

Arzneimittelgesetz (1988년 현재)
의약품 제조·유통책임 (§ 84)
생명, 신체, 건강
약품제조자, 수입업자, 조제약사 등
·약품의 규정상의 사용시
·일반적 의학지식에 따르면지 않은 부적당한 표시 또는 정보로 인한 손해 (§ 84)
시상 (§ 86) : 左同
신체상해 (§ 87) : 左同
1 인 사망·상해 : 50만 DM od. 전 3만 DM (사망자·상해자가 다수 있는 경우 : 2억 DM od. 후 장이백만 DM 언급) § 86 ·최고한도액 초과시 분할 (§ 88 II)
피해자의 과실 (§ 85)
·감제보험 및 신용기관의 면책 및 담보조치 (§ 84) ·§ 88 의 최고한도액 내에서 Deckung
좌外 : 연대책임 (§ 93)
좌內 : 원인행위의 기여도에 따른 Ausgleich (§ 93 S.2)
3년 30년 (§ 90)
소멸시효의 정지 (§ 90 II)
左同 (§ 91)
1. Geldrente (§ 14) 2. 강행적 효력

Atomgesetz (1985년 현재)
시설책임 (§ 25)
생명, 신체, 건강, 물건
핵시설 Inhaber (§ 25), 핵물질 운송자 (§ 25 II)는 Inhaber로 간주
[제한된 책임책임] 핵물질 운송자 (§ 25) Auftragsnachricht
§ 1 참조
사망 (§ 28) : 치료비, 질병 중의 소득상실액 및 비용증가액, 장사비, 부양의무인수 (§ 28 II) 신체상해 (§ 29 I) : 치료비, 의료비용의 지출로 인한 재산의 불이익, Sachgüter·구정권을 파괴할정 § 9 의 면책규정의 적용(전쟁·무력충돌행위·천재지변 등) 제외 (§ 25 III)
회피 불가능한 사고에 대해서 면책 (§ 28, S. 2)
summenmäßig unbegrenzt 무제한 (손해가 타국에서 발생시 특별규정. : § 31 손해가 schuldhaft한 경우 위자료 청구 (§ 29 II) (건강·신체 침해 시)
피해자의 과실 (§ 27)
·강제 보험과 배상이행의 담보조치 (Vorsorge) (§ 13, 14)
·핵시설 Inhaber의 면책조치 의무 (§ 34) 및 면책자의 구성원 (§ 37)
좌外 : 연대책임 (§ 33 I)
좌內 : 손해발생원인행위의 기여도에 따른 Ausgleich
3년 : 손해 및 재산의무지불 만 때부터 (§ 32)
소멸시효기간의 정지 (§ 32 IV)
1. 강행적 효력 2. Geldrente

Produkthaftungsgesetz (1983 년 현재)
제조·유통책임
사망, 손해, 건강침해, 물건훼손 (§ 1)
제조자, 수입자, 공급자 (§ 4)
§ 1 II, § 3 (Fehlerbegriff), § 2 (Produkter Begriff)
직접손해 (§ 1), 물건 : 제조물 이외의 물건, 사망 (§ 7) : 좌同, 손해 (§ 8) : 좌同
§ 1 II, III, § 6 II
人身損害(개물론 또는 여러 개 물품으로 동일 손해발생시): 1억 6천 DM (§ 10), (피해자 복수의 경우 : 손해배율로 최고한도 액에서 분배 (§ 10 II)), 物害損害 : 1125 DM 까지 피해자 부담
피해자의 과실 (§ 6 I)
(물건 손해시 물건소유자의 과실은 피해자의 과실로 본다.)
· 피해자가 결함, 손해, 멸망과 손해 사이의 인과관계 (§ 1 IV 1문) 입증
· 제조자 및 부품제조자의 과실책임의 단계에 관한 다름이 있는 경우는 제조자가 과실책임(2문)
외외 : 연대책임 (§ 5)
對內 : 원인행위의 기여도에 따른 Ausgleich (§ 5)
3년 (§ 12 I), 소멸시효의 정지 (§ 12 II), 민법규정 적용 (§ 12 III), 청구권의 소멸 (§ 13 I) : 유통 후 10년 경과시, 예외 : 소송제류 중 (§ 13 I, II)
· 과실없이 적용되는 경우 : 사망, 신체상해, 건강침해 시 ProduktHG (§ 15 I)의 적용 배제 그 밖에 민법규정 unberührt (§ 15 II)
1. 고통저 요격 2. Geldrente

Wasserhaushaltsgesetz (1992 년 현재)
수질오염 영향 시설 책임 (§ 22 I, II)
他人에게 발생한 損害
수질오염에 영향을 미친 자, 시설보유자
§ 1 WHG 참조
* 用水利用者 사이의 손해배상에 관한 특별규정 (§ 22 III, § 11, § 10 II)
불가항력 (§ 22 II)
共同行爲者의 연대책무 (§ 22 I 2문)
1. Geldrente

Umwelthaftungsgesetz (1990 년 현재) 시설책임 생명, 신체, 건강, 물건 (§ 1 II) 1. 시설의 Inhaber (§ 1), 2. 원상 전 시설 또는 恢復된 시설, 미완성 시설의 Inhaber (§ 2) § 3, § 1, § 2 직접손해 (§ 1 IV), 사망 (§ 12): 左同, 손해 (§ 13): 左同, 물건에 대한 배상책임의 제한 (§ 5) 불가항력 (§ 4) 사망·상해·건강침해: 1억 6천만 DM, 물건훼손: 1억 6천만 DM (피해자 복수: 손해비율로 최고액 한도 내에서 분할 (§ 15), 자연발생 해손의 복구비용 배상 (§ 16)) 左 同 (§ 11) § 6: 인과관계의 추정, 추정이 배제되는 경우 (§ 7), 손해의액 (§ 6 II) ※ 생명정규권: 피해자측 (§ 8, 9): 시설보유자측 (§ 10) 1. 강제보험의액 (§ 19), 2. 신용기관의 면책 및 담보조치 (§ 19 II), 3. 국가의 면책 및 담보조치 (§ 19 II, III) 不法行爲의 규정 unberührt (§ 18) 1. Geldrente (§ 14)	Geniechtungsgesetz (1993 년 현재) 유전공학 기술운영자의 책임 (§ 32) 생명, 신체, 건강, 물건 (§ 32 I) 운영·활동자 (Betreiber) (§ 32 I) § 2 직접손해 사망 (§ 32 IV): 左同, 손해 (§ 32 V): 左同, Sache: 규정없음 배상책임의 최고한도를 사망, 상해, 물건 구별없이 1억 6천만 DM (§ 33 1문), 피해자 복수: 위 한도액 내에서 분할(2문) ※ 자연훼손시 원상회복의 비용지출과 § 251 II BGB 적용 (§ 32 VII) 左 同 (§ 32 III) (제3 자의 행위에 의한 경우도 운영자(Betreiber)는 면책되지 않음 (§ 32 III)) 유전공학적 조작변경으로 인한 손해발생원인의 推定 (§ 34 I), 추정이 배제되는 경우 (§ 34 II) ※ 생명정규권과 그 예외 (§ 35) 左同 (§ 36 I, II) (국가기관 등은 Deckungsvorsorge 의무로부터 면제 (§ 36 II 2문)) 左 同 (§ 32 II) 左 同 (§ 32 III) 1. ArzneimittelG 의 배타적 적용 2. ProdHG 의 우선 적용 3. 기타 법률규정의 적용을 배제하지 않음 1. Geldrente (§ 32 IV)
---	---

金錢私法の 法理에 관한 小考

— 權利對象으로서 金錢의 脫有體化에 관해서 —

安 法 榮*

《目 次》

- | | |
|---------------------|-------------------|
| I. 問題의 提起 | 2. 金錢私法과 通貨公法 |
| 1. 金錢去來와 金錢의 變化 | V. 현행 民法上 金錢 |
| 2. 金錢私法の 規律 | 1. 特殊한 動産 |
| II. 金錢債權과 金錢 | 2. 金錢의 法律的 意味과 限界 |
| III. 貨幣(通貨)의 經濟的 機能 | 3. 金錢의 法的 性質 |
| 1. 貨幣의 發達 | 4. 金錢債務의 履行 |
| 2. 貨幣의 機能의 特性 | VI. 金錢의 脫有體化 |
| 3. 貨幣의 法定 | 1. 金錢의 素材와 機能 |
| IV. 金錢과 通貨 | 2. 金錢私法の 解釋의 地平 |
| 1. 機能의 · 秩序의 通貨 | VII. 結論의 課題 |

I. 問題의 提起

오늘날 매매대금, 도급의 보수, 소비대차금, 임대료, 임금 등의支給, 그리고 예금과 같은 일상거래는 물론, 국제적 무역·금융의 대규모 거래도 대부분 金錢을 매개로 이루어지고 있으며, 그밖에 損害賠償(민법 제394조), 不當利得의 價額返還(민법 제747조 1항), 罰金, 過怠料 등에서도 金錢支給義務가 발생한다. 따라서 현행 法秩序가 이러한 金錢去來에서 발생하는 法的 問題를 규율하여야 하는 것은 불가피하며, 또한 합리

* 民法學 專攻, 法學博士, 現 高麗大學校 法科大學 副教授.

적이고 적정한 규율이어야 하는 것도 당연하다. 그러나 이러한 金錢去來에 관한 私法的 規律과 관련해서 현행 民法典을 일별하면 金錢去來關係를 직접 규율하는 規定들은 극히 적다는 것을 알 수 있는 바(민법 제 376조 이하, 제397조 등), 이들 규정들만으로 金錢을 매개로 하는 각종 거래생활을 충분히 규율할 수 있는가라는 의문이 우선적으로 제기된다.

1. 金錢去來와 金錢의 變化

오늘날 신용거래사회에서 金錢은 財貨去來를 매개하는 데 그치지 않고, 金錢 그 자체가 去來對象이 되며, 나아가 고도로 抽象化된 形態로 발전하고 있다. 특히 金融의 電算化는 現金貨幣의 引渡 없이 금융기관의 計座를 매개로 하는 支給決濟去來〔電子資金移替制度: Electronic Funds Transfer System(EFTS)〕를 보편화함으로써 “現金 없는 社會(cashless society)”로의 변천을 주도하고 있다. 이러한 발전은 電子의 情報·通信과 物理的 媒體에 관한 科學技術의 發展에 의해 가능하게 되었으며, 최근 컴퓨터電算網의 급속한 확대와 더불어 디지털암호로 電子化된 電子金錢(electronic money)이 현실 거래에 실용화되기에 이르고 있다¹⁾. 이러

1) 黃義田/金洪鎮, 貨幣經濟論, 1994, 45면; 제일금융연구원, 전자화폐, 1997, 13면 이하; 유지성, 통화금융론, 1998, 46면 이하 : “電子金融時代”. 전자금융의 발달과정은 ① 은행의 온라인화 및 업무자동화, ② 금융네트워크의 구축, ③ 전자화폐 및 인터넷 금융의 단계로 나눌 수 있다. Vgl. W. Möschel, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186(1986), S.187 ff.; Der Spiegel 9/1996, S.112 f.; Handy mit Schlitz, 30/1996, S.138 ff.; Cybergeld in der Kasse; H. Berndt, Elektronisches Geld - Geld der Zukunft? Sparkasse 8/95, S.369 ff.; The Economist, 30/1996, S.73 f.; Sparkasse, 1/96, S.41 ff.; Cyber-Money - eine neue Währung?; Wilfert/Hörsdorf, Elektronische Geldbörsen als Bargeldersatz? FLF 1996, S.17 ff., 51 ff.; E. Meister, Cyber Geld, Prepaid-Card und Euro, Deutsche Bundesbank, 12/96, S.5 ff.; H. Petersen, Anonymes elektronisches Geld, DuD 1997, S.403 ff. 이와 같은 現金 없는 支拂去來는 정보·통신기술의 발달에 의한 디지털화(Digitalisierung)와 電算網化(Vernetzung)로 집약될 수 있는 바, 物理的 媒體로서 카드화와 컴퓨터 電算網에 의한 支拂去來로 체계화할 수 있다. Vgl. H. E. Büschgen, Innovative elektronische Zahlungssysteme, FLF 1998, S.106 ff.; 유지성, 앞의 책, 50, 56면 이

한 支拂去來의 변전은 동시에 金錢이 有體의 貨幣(紙幣와 鑄貨)로부터 각종 형태로 脫有體化되는 현상을 수반하고 있다.

2. 金錢私法の 規律

위와 같은 金錢去來의 변화에도 불구하고 民法이 金錢에 관해 직접 규율하지 않고 財貨나 用役去來의 反對給付로서만 포착하고 있는 것은, 입법연혁상 金錢을 당연히 하고, 抽象的 財產力의 化體로서 독자적 類型의 形成力이 결여되어 있다고 판단한 데서 연유한다²⁾. 이에 따르면 金錢은 다른 去來對象物들과 다를 바 없는 하나의 物件, 즉 有體의 動產으로서 給付對象物에 지나지 않아, 物權法에서는 代替物로서, 그리고 債權法에서 金錢債權은 種類債權의 일종으로 취급되어야 하는 바, 현행 金錢私法과 解釋論은 다른 權利對象으로서 다른 金錢의 고유한 特殊性을 올바르게 반영하지 않고 있다³⁾. 그러므로 去來對象으로서 다른 재화와는 구별되는 金錢 고유의 속성에 적합한 私法的 規律은, 일단 立法的 措置를 차치한다면, 우선 解釋論에 의해 보완·정립되어야 할 것이다. 그렇지만 현행 民法規定은 물론, 解釋論에 있어서도 金錢에 관한 논의는 아주 미흡한 바, 위와 같은 金錢去來의 變化에 상응한 法的 規律을

하. 사이버銀行에 관해서는 남상조, 사이버은행, <http://IIS.kaist.ac.kr> 참조. 電子去來와 관련하여서는 1998. 8. 6. 입법예고한 電子去來基本法(案); 通商産業部, 인터넷 電子商去來 綜合對策, 1998. 2., 20면; 최경진, 전자상거래와 법, 1998, 173면; 東亞日報 1998.9.17., B 6면 참조.

2) 그밖에 19세기 通貨體系의 立法的 基盤에서는 金錢債務에 관한 보다 상세한 民法의 規律이 불필요한 것으로 파악하였다. Vgl. Motiv zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888, S. 12 f.; B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 7.

3) Vgl. H. Isele, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr, AcP 129(1928), S. 129, 130 f.; “Wirklichkeit und Rechtsdogmatik stehen hier in Widerspruch. Die Theorie des Geldrechts wird der Tatsächlichkeit des Geldverkehrs nicht mehr gerecht”; M. Kaser, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143(1937), S. 1. 로마법의 연혁적 원인에 관해서는 M. Kaser, a.a.O., S. 6 f. 참조.

합리적으로 도모하기 위해서는 金錢에 관한 私法的 法理 一般에 관한 기초적 연구가 불가피하다. 또한 오늘날 通貨體系는 信用金錢을 근간으로 하고 있는 바, 위와 같은 金錢去來의 변화는 經濟學的으로 總交換費用이 낮은 交換制度를 선호하는 방향으로 더욱 촉진되고, 科學技術의 發達에 의해 사실상 여건이 조성됨으로써 곧 현실화되는 것을 의미한다. 그러므로 이러한 金錢去來에 관한 합리적인 民法的 規律을 도모하기 위해서는 經濟學分野의 研究를 참조하여 批判的인 構成的 研究가 필요하다⁴⁾.

이하에서는 權利對象으로서 金錢에 관한 私法的 法理를 중심으로 고찰한다. 우선 지금까지 비교적 구체적으로 解釋論이 전개된 金錢債權을 우선적으로 살펴봄으로서 論議의 실마리를 제기하고(II), 金錢(貨幣)現象에 관한 經濟學에서의 論議를 일별하며(III), 나아가 金錢과 通貨(IV), 그리고 金錢에 관한 現행 民法學의 解釋을 비판적으로 검토함으로써(V), 특수한 財貨로서 金錢의 脫有體化 現象에 관한 法的 考察의 觀點을 제시한다(VI).

II. 金錢債權과 金錢

金錢債權(Geldschuld)은 金錢支給을 목적으로 하는 債權으로서, 통상 貨幣에 의해 표창되는 價値의 一定量을 引渡하는 것을 給付內容으로 하는 金額債權을 의미한다. 통상적으로 金錢給付로서 貨幣를 引渡한다는 점에서는 有體의 物件給付를 목적으로 하는 債權(Sachschuld), 특히 種類物債權과 유사해 보인다⁵⁾. 하지만 金錢債權이 지향하는 給付對象은

4) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, BGB, 13. Aufl., 1997, Vorbem zu § 244 ff., Rn. A 1; ders., Geld und Geldschuld im Privatrecht, JuS 1984, S.737: "Kooperation zwischen Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft". S. Simitis, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 159(1960), S.406, 419: "Wirtschaftliche und rechtliche Geldbetrachtung sind daher voneinander abhängig".

5) 오늘날에도 金錢債權을 物件의 給付를 목적으로 하는 債權으로 파악하는 견해가 있

단순한 物件이 아닌 金錢으로서 그 자체에 특수성이 있다. 다시 말하면 金錢으로서 인도되는 有體의 貨幣(紙幣 또는 鑄貨)는 給付手段에 불과하여 채권자의 給付利益 전부를 충족시키지 못한다. 따라서 金錢債權은 價値의 一定量을 給付目的으로 하는⁶⁾ 金額債權(Geldsummenschuld)으로서⁷⁾, 金額에 化體되어 있는 財産價値(Vermögenswert)의 調達을 목적으

다. E. Wolf, SchuldR I, 1978, § 4 D II 2, S.156 ff. 이 견해는 순수한 價値(Wert)는 존재하지 않으므로 金錢債務는 순수한 價値債務(Wertschuld)가 아니며, 金錢을 動産으로 개념하는 것에 상응하여, 物件債務(Sachschuld), 즉 價値單位的 일정량에 상응하는 金錢의 一定量을 지불하는 種類債務(Gattungsschuld)라고 한다. 그러나 이 견해는 金錢을 動産으로만 파악하는 概念的 前提에 오류가 있다. 貨幣에는 辨濟의 機能이 있으나 그 기능에만 국한되는 것은 아니며, 또한 金額은 物件量으로 표현될 수 있으나 반드시 物件量으로 나타내어야 하는 것은 아니다. 나아가 金錢債權의 특수성을 인정하면서도 種類債權의 特殊한 樣態(Gattungsschuld besonderer Art)로서 種類債權에 관한 개별 규정들을 적용할 수 있다는 견해가 있다. W. Fikentscher, SchuldR, 8. Aufl., 1991, § 29, Rn.216; vgl. Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 19 a) 2, S.59 f.: "Die Summenschuld hat mit der gewöhnlichen Gattungsschuld gemein". 이러한 견해는 金錢債權을 全體的 類推를 통해 種類債權의 일종으로 파악하고 그 特殊性에 비추어 부적합한 規定들의 적용을 배제하려고 한다. 그러나 方法的으로 原則과 例外를 전도시키고 있다고 할 수 있는 바, 金錢債權은 그 자체로서 고유한 樣態의 債權(Geldschuld eine Verbindlichkeit eigener Art)이므로, 오히려 그 欠缺을 種類債權 規定의 類推를 통해 보충하여야 할 것이다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, C 7. 種類債權과 金錢債權의 엄밀한 구분에 관해서는 S. Simitis, a.a.O., S.445 f.; K. Ballerstedt, Zur Lehre vom Gattungskauf, FS für H. C. Nipperdey, 1955, S.268, Fn.1; H. Isele, a.a.O., S.130 f., 172 ff. 참조.

- 6) 金亨培, 債權總論, 1992, 77면; 郭潤直, 債權總論, 1994, 58면. 통상 金錢債務를 價値債務(Wertschuld)라고 한다. 그러나 S. Simitis는 價値債權이라는 것은 금전의 價値 및 計算單位로서의 屬性를 표현하는 것에 불과하다고 한다. Ders., a.a.O., S.443: "Die Geldschuld ist auch keine Wertschuld. . . . Betragsschuld". Vgl. H. Isele, a.a.O., S.139 f.; "Aber auch soweit die Kennzeichnung der Geldschuld als Wertschuld dem Wunsch entsprang, einen Gegensatz zur Sachschuld oder wenigstens zur gewöhnlichen Sachschuld festzustellen, ist dieser Gedankengang für die Frage der bargeldlosen Zahlung ohne Einfluß geblieben".
- 7) "Die Geldschuld ist Betragsschuld." Vgl. J. Esser, SchuldR, Bd.I, 4.Aufl., 1970, S.120 ff.; Enneccerus-Lehmann, Recht des Schuldverhältnisses, 1954, § 11 I 3; S. Simitis, a.a.O., S.443. 여기에서 金額債權(Geldsummenschuld)과 金錢價値債權(Geldwertschuld)을 구별하여야 한다. 이러한 구별에 대해 비판적 견해는 E. Wolf, a.a.O., § 4 D II; MünchKomm/v. Maydell, 3.Aufl., 1994, § 244 BGB, Rn.11 f. 참

로 하는 債權이다⁸⁾.

이러한 金錢債權의 概念은 金錢機能에 착안하고 있는 바⁹⁾, 첫째, 金錢債權은 債權으로서 有體의 對象의 金錢이 아니라 無體의 財産價値로서 金錢의 調達을 목적으로 하며¹⁰⁾, 둘째, 당사자의 契約 등 債權의 法

조. 이에 대해 概念의 縮約의 有用性을 인정하는 견해는 Staudinger/ K. Schmidt, D 43 참조. 그러므로 現金貨幣에 의해 표창되는 一定金額, 즉 通貨單位의 單·複에 의한 일정 名目額(Nominalbetrag)을 목적으로 하는 金額債權을 金錢債權의 典型으로 파악한다면 金錢價値債權은 名目主義(Nominalismus)에 대립되는 實質主義(Valorismus)가 債權法秩序에 예외적으로 관찰되어 있는 것이라 할 수 있다. Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 11 II 3 b. 金錢價値債權(Geldwertschuld)은 그 범위가 통화단위에 의해 名目으로(nominell) 정해지지 않고, 다른 財貨의 金錢價値에 의해(aus dem Geldwert anderer Güter) 산정될 수 있는 金錢債權이다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, D 42; K. Larenz, SchuldR, Bd.I, 14.Aufl., 1987, § 12 VI, S.174 f. 金錢價値債權의 機能은 주로 金錢請求權算定에 있어서 金錢價値危險으로부터의 獨立性(Unabhängigkeit vom Geldwertrisiko)에 있으며, 가치산정규준에 따라 채무액이 구체화되는 것은 債務內容의 變更이 아니라 金錢價値債權에 內在하는 속성에 불과하다. 이러한 兩概念의 區別은 獨逸의 帝國法院(RG)이 金錢價値請求權을 換價(Umwertung)라고 표현하고, 增額(Aufwertung)이라고 하지 않은 점에서도 명백하게 드러난다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, D 44.

- 8) "Wertverschaffungsschuld". Vgl. Esser-Schmidt, SchuldR I/1, 8.Aufl., 1995, § 13 II 2 a): "eine im Nennbetrag der Schuld ausgedrückte Summe von Währungseinheiten"; K. Larenz, § 12 III: "die Verfügungsmöglichkeit über den durch den Nennbetrag als Schuld ausgedrückten unkörperlichen Vermögenswert zu verschaffen"; Staudinger/K. Schmidt, A 25 f., 44 ff.: "als schuldrechtliche Verbindlichkeit, die in Geld ausgedrückt und auf die Verschaffung von Geld als unkörperlichem Vermögenswert gerichtet ist"; S. Simitis, a.a.O., S.406, 443, 445 ff.: "nur die Verpflichtung sein, dem Gläubiger ein bestimmtes Quantum an Vermögensmacht zu verschaffen"; H. Isele, a.a.O., S.136: "Geldleistung ist Leistung aus dem Vermögen. Nach dem Inhalt der Geldschuld fragen heißt fragen nach der Beschaffenheit des Vermögensgegenstands, den der Geldschuldner seinem Gläubiger zu verschaffen hat", S.181: "Geldleistung ist Verschaffen abstrakter Vermögensmacht, also Leistung von Vermögensmacht in allgemeiner, fungibelter Form".

9) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 25 f., 44, C 1 ff.

- 10) 따라서 占有物 내지 所有物의 返還請求(민법 제204조, 제213조)와 盜品 내지 遺失物의 返還請求(민법 제250조)에 의해 金錢이 特定 有體物로서 반환되는 경우에는 金錢債務가 되지 않는다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 45, 47. 그밖에 契約 등의 法律關係에 따라 取得한 金錢을 返還하여야 하는 경우, 예를 들어 受任人의 取得物 등의

律行爲 뿐만 아니라 法律規定에 의해서도 발생하며¹¹⁾, 셋째, 그 額數가 確定되어 있어야 하는 것이 아니라 確定될 수 있으면 족하다¹²⁾. 나아가 이러한 價值的 特性을 지닌 金錢債權은 金錢代用으로(als Geldsurrogat; Geldersatzmittel)도 기능하고 있는 바, 讓渡·相計 등의 방식으로 金錢目的에 기여한다¹³⁾.

金錢(金額)債權은 다른 채권과 마찬가지로 그 給付의 內容, 즉 貨幣의 種類 및 그 額數는, 私的自治가 허용되는 한, 거래관계를 형성하는 當事者의 合意에 의해 정해질 수 있다. 그러나 그 給付對象인 金錢 자체는 去來當事者 意思에 의해 임의로 정해질 수 없다. 따라서 金錢問題에 관한 적정한 法的 規律을 도모하기 위해서는 市場의 去來界에서 金錢의 機能에 대한 先理解가 요구된다. 위에서 살펴본 바와 같이 金錢債

返還(민법 제684조, 제685조), 不當利得의 返還(민법 제741조, 제747조 이하)에서는 金錢을 返還할 義務를 지는 것(Verpflchtung zur Herausgabe von Geld)으로서 金錢으로 표창된 價值的 一定量을 조달하는 것(Verschaffung eines in Geld ausgedrückten Vermögenswerts)을 목적으로 하는 金錢債務과 구별된다. 그러나 이 경우에 단순히 취득한 貨幣 자체를 반환하는 것이 아니라, 취득한 金額을 반환하는 한 그 실질적 기능성에 비추어 제한적으로만 金錢債權과 동일하게 취급할 수 있다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 47, C 3; H. Coing, Zum Geldherausanspruch gegenüber dem Treuhändler, JZ 1970, S.245; BGHZ 28, 123. 이하 對象的 金錢 V 3 나 1) 참조. 또한 國內通貨뿐만 아니라 外國通貨의 支給을 목적으로 하는 것도 金錢債權의 성립에는 무관하다(민법 제377조 이하).

- 11) 債權法에서는 當事者 約定 등에 의해서 뿐만 아니라 債務不履行·不法行爲 등에 의한 損害賠償(민법 제763조, 제394조), 그리고 物權法에서의 損害賠償(민법 제201조 이하)과 親族相續法에서 金錢의 遺贈(민법 제1073조 이하)의 경우에도 金錢債權이 성립한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 45.
- 12) 法院의 裁量에 의해 산정되는 慰藉料請求나 受人人 등에 대해 취득한 것을 반환 청구(민법 제684조 이하)하는 경우에는 그 額數가 미리 확정되어 있지 않아도 소송상 確定할 수 있는 것이면 金錢債權이 성립한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 46.
- 13) Staudinger/K. Schmidt, A 25 a.E.; Gabels, Volkswirtschaftslexikon, 1981: „Geldersatzmittel“. 金錢債權의 기초로서 制度的 金錢과의 관계는 이하 V 3 나 2) 참조. Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.8: “. . . ; aber der wirtschaftliche Folge ist der gleiche, indem das Verkehrsleben Geld und Geldforderung als gleichwertig ansieht, das Wertrecht also auch bei der Wechselübergabe oder Giroüberweisung als übertragen behandelt.“

權의 給付對象으로서 金錢은 價値를 그 본질로 하며, 交換 내지 支拂機能을 수행하는 樣態와 方法도 또한 그 價値(Wert)에 의해 결정된다. 따라서 다른 財貨들은 그 자체가 對象物로서 現實的 機能을 하는 것과 달리, 金錢의 實質은 機能的 表象(Vorstellung)으로 파악되므로 그 거래현상에 대한 實定法的 規律에는 金錢의 經濟的 機能을 함께 고려하여야 한다(機能的 金錢概念)¹⁴⁾. 나아가 오늘날 金錢去來의 變化와 金錢의 樣態變化와 관련해서는 貨幣 및 通貨制度와의 관계도 재검토되어야 한다.

결론적으로 金錢에 관한 法的 問題는 抽象的 金錢概念의 論理的 推論이 아닌 거래상 金錢의 機能的 屬性을 구체적인 去來關係의 利益狀況에서 고려하여야 하는 바¹⁵⁾, 이하에서는 우선 貨幣의 生成·發達에 관한 經濟學的 觀點을 개괄적으로 살펴본다.

Ⅲ. 貨幣(通貨)의 經濟的 機能

1. 貨幣의 發達¹⁶⁾

貨幣은 인류의 經濟生活와 함께 그 기원을 이루고 변천하고 있다.

14) "Geldfunktionenlehre". Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.406, 409 ff., 416 f., 419 f.; R. Reinhardt, Vom Wesen des Geldes und seiner Einfügung in die Güterordnung des Privatrechts, FS für R. Boehmer, 1954, S.61, 66, 72; J. H. Thywissen, Sind Bankguthaben Geld im Rechtssinne? BB 1971, S.1347, 1348; Staudinger/K. Schmidt, A 10 f.; ders., JuS 1984, S.738. 이에 반대하는 견해는 E. Wolf, a.a.O., § 4 D II a u. S.151, Fn.55 참조. 특히 金錢의 法的 概念에서는 후자의 견해가 貨幣金錢의 對象의 性質에 비추어 일부 긍정적으로 인정된다. Vgl. K. Schmidt, JuS 1984, S.738 f., Fn.20.

15) Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.61; S. Simitis, a.a.O., S.409: "nicht durch eine gedankliche Spekulation, sondern lediglich durch die empirische Feststellung jener Eigenschaft".

16) 金錢의 歷史에 관해서는 K. E. Born, Geldtheorie und Geldpolitik II: Geldgeschichte, in: HdWW, 1981, S.360 ff.; R. Pohl, Geld und Währung, 1993, S.16 f.; H. Harlandt, Das Geld, 1996, S.16 ff. 참조.

원시 자급자족의 생활로부터 物物交換의 시대(直接交換)를 거쳐 貨幣經濟로, 그리고 현대에는 信用經濟로 발전하였다. 이러한 경제발전사에서 알 수 있듯이 社會共同體의 生産力 발달과 함께 生産物의 直接的 交換에서 야기되는 난점을 해결하고자 貨幣의 필요성이 나타났으며, 貨幣는 商品의 間接交換의 발달과 더불어 交換의 媒介物로서 생성·발전하였다는 것을 보여준다¹⁷⁾.

物件과 物件이 직접 交換되는 고대에는 財貨 그 자체가 화폐의 역할을 하였던 바(自然貨幣), 稀少性이 있다든가 또는 交換에 편리한 財貨가 貨幣로서의 기능을 하였다. 그 후 貨幣가 갖추어야 할 일반적 屬性인 可分性(divisibility), 同質性(homogeneity), 耐久性(durability), 認知性(recognisability), 携帶의 便利性(portability) 등¹⁸⁾에서 우월한 金屬貨幣(metal money)가 출현하였고(commodity money, 物品貨幣)¹⁹⁾, 金屬貨幣의 발달은 한편으로 商去來를 확산시켜 隔地間의 資金決濟를 용이하게 하려는 金保管證 등이 貨幣로 사용되었으며, 다른 한편 해당 금속의 채광과 제련술 등에 의하여 그 공급량이 제한되고, 또한 貨幣로 제공된 만큼 社會的 費用이 발생하므로 素材價値가 낮은 貨幣를 필요로 하였다²⁰⁾. 素材價値와 관계 없는 名目貨幣(token money)가 발생하게 되었는데

17) Sog. Gesellschaftstheorie des Geldes. Vgl. F. A. Mann, Das Recht des Geldes, 1960, 17 f.; R. Pohl, a.a.O., S.15; 李天杓, 貨幣金融論, 1996, 27면 이하. 貨幣의 起源에 관해서는 物물교환상 난점을 극복하기 위해 의식적으로 화폐를 만들었다는 견해(合意說)와 자연적으로 생성하였다고 주장하는 견해(自然發生說)로 나뉜다. 朴有榮, 貨幣金融論, 1998, 25면 이하 참조. 중국적으로 貨幣는 일반의 去來慣習에서 형성되었다고 할 수 있는 바, 財貨의 間接交換을 媒介하는 가장 交換性이 있는 財라고 할 수 있다. 또한 오늘날에는 國家에 의한 貨幣로의 지정이 그러한 호환성을 제고시키는 데 중요한 역할을 한다. 趙淳, 貨幣金融論, 1985, 39면 이하 참조.

18) 貨幣의 屬性的 特徵은 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 12면 이하; 유지성, 앞의 책, 22면 이하 참조.

19) 초기단계에서는 교환시 마다 품질과 분량 등을 검사하여야 했던 金屬貨幣를 稱量貨幣(money by weight)라고 한다. 李天杓, 앞의 책, 29면 이하; 孫正植, 新貨幣金融論, 1998, 24면; 朴有榮, 앞의 책, 1998, 26면 참조.

20) 經濟學에서는 金細工商의 중간 역할을 들고 있다. 중세기 이후에 영국등 유럽의 금세공이나 보석상들, 그 후에는 개인 은행가도, 귀금속이나 鑄貨를 위탁받고 預託證(예

바, 그 典型은 紙幣(paper money)이다. 紙幣를 사용하게 됨으로써 素材價值와 名目價值가 분리된 후에도 상당 기간 貨幣의 基本單位(本位), 특히 金本位制度가 지배하였다²¹⁾. 나아가 화폐가 사회의 신용에 의해 一般的 受容性을 갖게 되어 支給準備金이 필요 없는 不換紙幣(inconvertible paper money), 즉 政府에 대한 信用을 근거로 발행되는 信用貨幣(fiduciary money)의 출현으로 이어졌다(管理通貨制度)²²⁾.

信用貨幣는 不換의 紙幣로 대표되는 現金貨幣(currency)와 預金貨幣(deposit money)로 대별된다. 전자는 國家의 신용과 정책에 의해 中央銀行이 발행한 兌換不能의 貨幣(通貨)이며, 후자는 預金銀行에 의해 공급된 貨幣를 가리키는 바, 오늘날 金融機關, 특히 銀行의 信用이 확충되어 예금자의 요구에 따라 즉시 現金貨幣로 인출될 수 預金(특히 要求拂預

金證券: gold certificate)을 발행하여 背書(endorsement)를 통해 결제에 이용했는 바 (代表商品貨幣: representative full-bodied money), 名目貨幣인 預金貨幣와 紙幣 발생의 계기가 되었다. 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 40면 이하; 유지성, 앞의 책, 28, 43면 이하; 朴有榮, 앞의 책, 27면 참조. Vgl. W. Ehrlicher, Geldtheorie und Geldpolitik III: Geldtheorie, in: HdWW, 1981, S.375.

- 21) 貨幣鑄造(minuting)에 소요되는 비용이 크며, 流通過程에서 마손이 발생하고 중량이 무거워 휴대가 불편하다는 것을 인식하게 되었는데, 국가는 金貨를 주조하지 않고 金을 일정한 價格에 구입하여 地金(bullion)으로 보관하고, 金兌換을 보장하는 紙幣를 발행함으로써 紙幣發行高와 支給, 즉 兌換準備를 위한 金保有量이 일치시켰다(全額準備制度: total reserve system). 나아가 政府가 公信力을 유지하는 한 金보유량을 초과하여 紙幣를 발행하는 것이 가능하다는 점에서 紙幣發行高의 일정 比率 地金만 보유하고 지폐를 발행하게 되었다(部分準備制度: partial reserve system). 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 33면 이하; 李天杓, 앞의 책, 29면 이하; 유지성, 앞의 책, 44면 참조.
- 22) 信用貨幣는 대표상품화폐를 제외하고 화폐 素材의 商品價值보다 높은 가치로 통용되는 貨幣를 가리키는 바, 名目貨幣(token money) 또는 貨幣를 발행하는 통화기관의 貨幣의 負債(monetary liabilities of the monetary institution)가 되므로 負債貨幣라고도 한다. 趙淳, 앞의 책, 32, 44면 이하; 유지성, 앞의 책, 30면 참조. 오늘날 세계 각국은 貨幣供給量과 金支給準備의 관계가 완전히 단절된 管理通貨制度를 채택하고 있다. 趙淳, 앞의 책, 60면 참조. 金의 支給準備 없이 貨幣(紙幣)를 발행함으로써 社會의 費用을 최소화하고, 名目價值와 素材價值의 隔差로 인한 貨幣發行差益(seigniorage)을 얻을 수 있게 되어 정부 또는 그 대행기관, 특히 中央銀行이 紙幣의 발행을 독점하고, 法에 의한 強制通用力을 부여하게 되었다. 李天杓, 앞의 책, 30면 이하; 孫正植, 앞의 책, 26면 참조. Vgl. H. J. Sandkühler(Hrsg.), Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaft, Bd.2, 1990, S.256 ff.

金)이 一般的 交換手段으로서 폭넓게 인정되고 있다^{23),24)} 나아가 최근 정보·통신기술, 네트워크의 발달, 그리고 컴퓨터 보급의 급속한 확산을 기반으로 交換費用이 낮은 貨幣의 需要를 충족시키기 위한 방안으로서 “電子貨幣(electronic money)”가 새로운 지불수단으로 등장하고 있다. 마이크로프로세서가 내장·부착된 카드(Chipcard)에 金錢價値를 충전시키는 방식을 통해 “전자현금지갑(electronic purse)”으로 사용할 수 있으며, 電子商去來에서는 소비자가 인터넷을 통해 상품을 구입한 후 컴퓨터 단말기를 통해 직접 결제할 수 있도록 “電子現金(digital cash)”이 개발되고 있으며, 일부에서는 시험적이거나 이미 실제적 사용에 이르러 있다²⁵⁾.

23) 預金貨幣는 慣習에 의해 貨幣로서 기능하므로 慣習貨幣(custom money)라고도 한다. 孫正植, 앞의 책, 27면; 朴有榮, 앞의 책, 28면 참조.

24) 經濟學에서는 무엇을 기준으로 貨幣(通貨)로 할 것인가에 관해 去來接近方法과 流動性接近方法에 따라 다양한 논의가 전개되고 있다. 통설적 견해는 交換의 媒介物로서 支拂手段으로 통용될 수 있는 金錢(money)의 특성을 기준으로 하여 가게 및 기업(민간부분)이 보유하고 있는 現金(currency on circulation)과 가게 및 기업이 일반은행(commercial bank)에 예치한 要求拂預金(demanded deposits)의 합계로 貨幣를 정의한다(M_1). 이외에 貨幣의 流動性에 따른 價値貯藏手段을 중심으로 貯蓄性預金(time deposits)까지 포함하여 總通貨(M_2), 나아가 流動性을 갖는 모든 金融資産을 포함하는 總流動性(M_3)으로 파악한다. 貨幣(通貨)의 기준은 貨幣와 金融制度의 발전(물품화폐 → 금속화폐 → 은행권(지폐) → 은행예금 → 각종 금융자산)에 따라 점차 확대 해석되고 있다. 趙淳, 앞의 책, 30면 이하; 李天杓, 앞의 책, 18, 19, 21면; 유지성, 앞의 책, 32면 이하; 朴有榮, 앞의 책, 39면 이하 참조. Vgl. O. Issing, Geld, in Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. II, 1986, S. 799 f. 지로金錢을 통한 거래현황은 이하 주 186) 참조. 최근 通貨量에 관한 韓國銀行의 調査統計는 다음과 같다.

韓國銀行 조사통계월보 1998년 9월 통계편 6면, 부록 1-2면 참조. 단위: 10억원

연 도	본원통화	통 화(M_1)	총통화(M_2)
1996년	25,722.4	39,542.1	178,311.6
1997년	22,519.3	35,036.1	203,531.5
1998년 5월	17,961.7	28,954.2	217,213.7

* 본원통화 = 화폐발행액(1986. 3월부터 기념주화 제외) + 지준예치금

* 통화 = 현금통화(기념주화를 제외한 민간화폐보유액) + 예금통화(통화금융기관 요구불예금)

* 총통화 = 통화 + 준통화(통화금융기관의 저축성예금 및 거주자의화예금)

25) 현재로서 電子貨幣의 概念을 확정하기에는 어려움이 있으나, G-10 소속 은행감독원 Basle위원회(Basle committee on Banking Supervision)의 보고서에서는 다음과 같이 정의하고 있다. Risk Management for Electronic Money Activities, Bank for

시장은 雙務的 交換經濟(bilateral barter economy)에 초래되는 去來費用(transactions cost)을 최소화하는 방향으로 발달되고 조직화되었는 바, 去來費用을 최소화하는 交換手段으로 貨幣經濟가 발전하였다. 그러므로 위와 같은 貨幣의 生成·發展은 경제생활을 하는 人間本性的 發現으로서 누구나 財貨去來에서 유리한 交換性이 높은 財를 貨幣로서 사용하려는 데 그 연원이 있다²⁶⁾. 이러한 관점에서 貨幣經濟는 사실상 貨幣만이

International Settlements, Basle, 1998, p. 3: "Electronic money refers to "stored value" or prepaid payment mechanisms for executing payments via point of sale terminals, direct transfers between two devices, or over open computer networks such as the Internet". 電子貨幣을 광의로 기존 결제수단을 대체하는 모든 電子的 決済方法으로 파악한다면 그 代替方式에 따라 선불카드형, 신용카드형, 수표형, 현금형 전자화폐로 분류할 수 있다. 제일금융연구원, 앞의 책, 40면 이하; 윤한성, 전자지불 시스템의 개발방안, <http://IIS.kaist.ac.kr> 참조. 좁은 의미로서 私法上 金錢으로서 電子貨幣은 現金型 電子貨幣을 가르킨다. 技術的으로 電子貨幣은 金錢價値를 디지털정보로 암호화하는 것으로서 IC카드(card-based)와 PC의 네트워크(network-based)를 이용하는 방안이 모색되고 있다. Vgl. L. Gramlich, Elektronisches Geld, CR 1997, S.11 ff.; ders., Elektronisches Geld im Recht, DuD 1997, S.383 f.; H. E. Büschgen, a.a.O., S.106; 제일금융연구원, 앞의 책, 37면 이하; 유지성, 앞의 책, 58, 61면 이하; 최경진, 앞의 책, 185면 이하; 金銀基, 電子貨幣의 法的 問題, 商事法研究(제16권 제2호), 1997, 87, 92면 이하. 電子貨幣의 대표적 實用例로는 영국의 Modex사가 개발한 "Mondex-Karte"와 화란의 DigiCash사와 미국의 Mark Twain은행이 제휴하여 개발한 "E-Cash"를 들 수 있다. 제일금융연구원, 앞의 책, 31, 43, 55면 이하; 유지성, 앞의 책, 62면 이하 참조. 독일은 1997년에 E-Cash를 도입하여 독일 전역에서 시험운용하고 있으며, 최근 가까운 日本國에서도 東京 澁谷거리에 現金解放區를 설정하여 電子貨幣의 實用化를 위한 시험적 준비를 하고 있는 소식은 東亞日報, 1998.9.17., B 6면; 朝鮮日報 1998.7.16., 27면 참조. 그밖에 電子貨幣의 實用化에 따르는 不作用으로서 通貨政策 및 外換管理의 困難, 그리고 偽造·變造 등의 危險과 個人情報保護, 해킹, 金錢洗濯(Geldwäsche) 등의 문제가 제기된다. Vgl. Security of Electronic Money, Bank for International Settlements, Basle, 1996; Risk Management for Electronic Money Activities, Basle, 1998; Group of Ten, Electronic Money, 1997; E. Meister, Deutsche Bundesbank, 12/96, S.6 f.; L. Gramlich, a.a.O., CR 1997, S.11 f., 14 ff.; M. Knorr/U. Schläger, Datenschutz bei elektronischem Geld, DuD 1997, S.396 ff.; 제일금융연구원, 앞의 책, 150면 이하; 金銀基, 앞의 논문, 100면 이하.

- 26) 經濟學에서 貨幣(= 通貨)를 「基準的인 會計單位로 표시되는, 去來 또는 負債를 完決하는 支拂의 手段이 되는, 高度의 流動性을 지닌 資産」이라고 정의하는 견해는 趙淳, 앞의 책, 30면 참조. 화폐의 流動性(liquidity)에 관해서는 李天杓, 앞의 책, 20면

지급의 수단으로 사용된다고 假定할 수 있는 바, 事前的 貨幣保有를 전제하는 貨幣去來의 市場을 형성한다²⁷⁾.

2. 貨幣의 機能的 特性

오늘날 경제학에서는 화폐의 기능을 本源的 機能과 派生的 機能으로 대별하고 있다. 전자에는 모든 財貨의 交換過程은 일반적으로 수용되는 貨幣를 매개로 연속적으로 이루어지는 바, 一般的 交換手段(means of exchange; Tauschmittel)으로서 貨幣는 모든 財貨의 價値를 표현하는 共通의 尺度로 쓰여 지며, 일반적 價値尺度(standard of value; Wertmesser)와 計算單位(unit of accounts; Recheneinheit)로서의 機能的 役割이 제시

이하 참조. 이와 같이 金錢을 財 또는 商品으로(als ein Gut oder eine Ware) 파악하는 입장은, 경제학상 金錢效力論에서는 實際의 本質論(die realistischen Wesenslehren des Geldes)에 속하며, 그 생성사적 측면에서는 金屬主義(Metalismus)에 근원을 두고 있다. 그러나 오늘날에는 金錢이 價値保藏手段으로서 交換의 準備 또는 決濟를 위한 독자적 必要를 충족시킨다는 사실에서 財의 屬性(Guteigenschaft)을 파악한다. 이와 달리 金錢效力의 본질을 國家命令에서 찾는 名目的 理論(die nominalistische Theorie)이 대립한다. 대표적으로는 國家金錢論(소위 貨幣國定說: chartalism): G. F. Knapp, Staatliche Theorie des Geldes(1905)을 들 수 있다. 이에 관해서는 F. A. Mann, a.a.O., S.10 ff. 참조. 그러나 國家金錢論은 19세기말 金屬主義를 극복하기 위한 이론으로서 國家學의 立場에서 제기된 것이며, 國家承認은 金錢去來의 技術을 형성하는 것에 그치며, 金錢의 現存에는 아무런 영향을 미치지 못한다는 비판은 S. Simitis, a.a.O., S.419; K. Schmidt, Die Staatliche Theorie des Geldes: Jahrhundertwerk oder Makulatur? Währung und Wirtschaft, FS für H. J. Hahn, 1997, S.81 ff. 참조. Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.67 f.; H. J. Hahn, Währungsrecht, 1990, § 2, Rn.51: "monoklausale Betrachtungsweise". 金額債權과 金錢價値債權의 구별, 그리고 名目論과 實質論의 관계는 위 주 7), 貨幣의 生成起源은 위 주 17) 참조. 그러나 최근 경제학에서는 金錢效力에 관한 本質論은 金錢機能에 관한 논의(機能論: 위 주 14)에 의해 해소되었으며, 주로 金錢價値와 그 변화에 관한 논의(價値論: Wertlehre)가 중심을 이루었으며, 나아가 價値論은 價格論(Preislehre)에 의해 해소되었다. Vgl. W. Ehrlicher, a.a.O., S.376 f.

- 27) 全聖寅, 화폐와 신용의 경제학, 1996, 17면 이하. "화폐로는 재화를 살 수 있고 재화로도 화폐를 살 수 있다. 그러나 재화로는 재화를 살 수 없다". Vgl. Clower constraint; cash-in-advance constraint.

된다²⁸⁾.

후자에는 통상 價值貯藏과 支拂手段, 그리고 延支給 標準의 機能을 들고 있다. 價值貯藏의 手段(means of store of value; Wertaufbewahrungsmittel)은 경제가치의 保藏, 즉 화폐가 貯蓄의 수단으로서 유용한 기능을 한다는 것을 의미한다. 또한 交換手段으로서 화폐는 一般的 支拂手段(means of payment; Zahlungsmittel)으로서도 유용한 바, 화폐가 普遍的 受容性을 갖고 있어²⁹⁾ 交換의 信用去來에서 발생한 債務의 支拂 등으로 價值를 일방적으로 이전시키기 위해 사용된다는 것을 의미한다. 延支給의 標準(standard of deferred payment)으로서 貨幣는 未來支給의 基準으로서 기능을 한다. 오늘날 貨幣經濟에서 주종을 이루는 契約去來는 장래의 支拂(延支拂)의 형태로 이루어 지는 바, 貨幣는 그 基準單位로 쓰인다. 그러므로 貨幣가 金錢으로 기능하는 한 貨幣의 위와 같은 경제적 특성에 비추어 金錢은 다른 財貨에 대해 자주적으로 그 價值를 化體하고 그 市場價格에 상응해서 스스로의 價值가 변동하는 價值單位體(Werteinheit)이며, 抽象的인 불변의 尺度單位體(Maßeinheit)라고 할 수 있다³⁰⁾.

貨幣의 위와 같은 機能들 중에서 특히 交換媒介 및 價值尺度의 手段으로서 기능은 貨幣가 一般的 購買力(generalized purchasing power)을 갖고 있다는 것을 기초로 하고 있다. 따라서 그 경제적 역할의 원만한 수행은 購買力의 安定을 전제로 한 一般的 受容性을 전제하고 있다. 延支給의 기능도 일반화된 購買力을 갖추고 있어 가능한 것이며, 價值貯藏도 현시점에서의 購買力을 기초로 미래 시점에서 財貨나 用役의 購買

28) Vgl. O. Issing, a.a.O., S.799; 李天杓, 앞의 책, 24면 이하.

29) 화폐의 交換手段의 기능은 좁은 의미에서 支拂手段으로 정의할 수도 있다. 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 9면; 李天杓, 앞의 책, 17면 이하; 유지성, 앞의 책, 23면 참조.

30) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.414 ff.; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1348. 그밖에 貨幣의 電子化와 貨幣機能의 變化에 대해서는 유지성, 앞의 책, 68면 이하 참조. 金錢과 貨幣의 관계는 이하 V 3 가 참조.

를 위해 이루어지는 것이다. 그러므로 金錢의 購買力에 대한 지배는 私法的 意味에서 金錢의 財産價値에 대한 處分權能을 의미한다³¹⁾.

私法이 규율하고 있는 貨幣去來는 한편으로 오늘날 시장의 각종 財貨와 用役의 給付에 대한 反對給付로서 金錢支給을 주된 대상으로 하며, 貨幣 그 자체로서 소비 및 생산신용의 去來財로서(消費貸借) 간접적으로 貸借 · 容역의 교환거래의 형성에 이바지한다. 다른 한편으로는 貨幣의 經濟機能의 役割에 상응하는 바, 貨幣는 一般的 交換手段으로서 오늘날 자본주의 시장의 기초인 分業的 經濟의 交換過程을 직접적으로 가능하게 하며, 또한 용이하게 한다. 즉, 貨幣는 財貨와 用役의 交換過程에 개입 · 매개하여 그 과정을 細分化함으로써 分業을 가능하게 한다³²⁾. 또한 價値保藏의 機能도 교환경제의 발달에 따라 단순한 蓄財의 범주를 넘어 企業의 貨幣資本을 형성하며³³⁾, 이와 같은 형태로 交換手段을 보유함으로써 交換準備(Tauschbereitschaft)와 商品의 교환이 가능하게 되었다. 그 결과 貨幣를 反對給付로 하여 이미 先支拂한 財貨를 취득할 수 있고, 給付받은 財貨에 대한 反對給付로서 貨幣를 將來에 지급할 수도 있게 되어 貨幣는 시간적으로 過去 · 現在 · 未來를 매개한다. 그밖에 화폐는

-
- 31) Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.63: "Über Kaufkraft verfügen bedeutet nichts mehr und nichts weniger als Erwerbsmöglichkeiten hinsichtlich der als Sozialprodukt bezeichneten Güter durch das Mittel der Vereinbarung aus freier Initiative der Beteiligten haben. Diese Kaufkraft ist daher kein vom Recht verliehener Anspruch, sondern eine Wertposition, deren Eigenart darin besteht, daß jedermann tatsächlich damit rechnen kann, das durch Arbeitsteilung zur Veräußerung hergestellte Produkt mit Einsatz dieser Position zu erwerben"; S. Simitis, a.a.O., S.429 f..
- 32) 趙 淳, 앞의 책, 54면 이하 참조. Vgl. W. Ehrlicher, a.a.O., S.377; R. Reinhardt, a.a.O., S.64: "Abstrakte Wertübertragung und reale Güterbewegung sind, . . . , volkswirtschaftlich zwei Seiten ein und derselben Erscheinung".
- 33) 趙 淳, 앞의 책, 56면 이하 참조. Vgl. H. J. Sandkühler(Hrsg.), a.a.O., S.255 f.; O. Issing, Geld und Kapitalmarkt, in Staatslexikon, a.a.O. S.806 f.; AK/Brügge-meier, vor §§ 244, 245 BGB, 1980, Rn.8: ". . . ist Geld durch die Ausbildung monetärer Märkte auch selbst zum Gegenstand von Tauschakten und Spekulationsgeschäften geworden".

價値尺度 및 會計單位로써 價格情報과 去來費用을 감소시켜 間接적으로 交換去來를 촉진시킨다³⁴⁾.

3. 貨幣의 法定

위에서 살펴본 바와 같이 오늘날 貨幣는 管理通貨制度下의 信用貨幣를 의미하는 바, 法律로써 강제적으로 通用力이 보장되므로 法貨(legal tender)라고 하며, 정부와 중앙은행이 通貨政策에 따라 그 수량을 결정하므로 令貨라고도 한다³⁵⁾. 이와 같이 國家가 통일적으로 貨幣를 통제·관리하여 그 通用과 受領을 法的으로 보장하는 體系를 貨幣體系 또는 通貨體系(monetary system)라고 한다³⁶⁾.³⁷⁾

이러한 관점에서 “貨幣는 法이 정한 것”(Money is what the law says it is)으로 파악할 수도 있다³⁸⁾. 그러나 오늘날 시장경제에서 화폐를 法

34) Vgl. W. Ehrlicher, a.a.O. 貨幣를 판매시점과 구매시점 사이에 購買力의 一時的 隱身處(temporary abode of purchasing power)로서 파악하는 견해에 관해서는 李天鈞, 앞의 책, 18면 이하, 26면 참조. 그리고 貨幣金融部門과 實物部門과의 相互依存關係에 관해서는 李天鈞, 앞의 책, 231면 이하 참조.

35) 趙淳, 앞의 책, 62면; 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 36면 참조.

36) Vgl. Staudinger/H. Dilcher, 12.Aufl., 1980, § 91 BGB, Rn.14; Staudinger/K. Schmidt, A 40; H. Fögen, Geld- und Währungsrecht, 1969, S.35; H. J. Hahn, Währungsrecht und Gestaltwandel des Geldes, FS für K. Zweigert, 1981, S.625, 628; B. v. Meydell, Geldschuld und Geldwert, 1974, S.56. 黃義珏/金洪鎮, 앞의 책, 16면 참조. 金錢과 通貨에 관해서는 이하 IV 참조.

37) 經濟學에서 貨幣는 기능적으로 파악된 추상적 개념이다. 國家의 通貨體系에서 승인·통용되는 貨幣를 통상 通貨라고 지칭하며, 용어상 貨幣와 엄밀히 구별하지 않고 있다. 李天鈞, 앞의 책, 32면 참조. 貨幣制度가 유지되려면 貨幣單位的 설정에 基準이 부여되어야 하는데 이 貨幣單位的 기준을 本位(standard)라고 하며, 현행과 같이 紙幣를 사용하는 自由本位制度는 紙幣本位制度(paper standard)이며, 국가가 通貨量을 통제 및 관리하는 管理通貨制度(managed currency system)를 취하고 있다. 中央銀行으로부터 발행되는 現金을 本源通貨(reserve base)라고도 한다. 本源通貨는 中央銀行이 供與하여 일반인이 보유하는 現金通貨와 예금은행의 法定支給準備로 나뉜다. 趙淳, 앞의 책, 64면; 李天鈞, 앞의 책, 52면 이하; 유지성, 앞의 책, 35면 이하 참조.

38) 趙淳, 앞의 책, 39면 이하; 유지성, 앞의 책, 25면 참조. 위 주 26) 참조. Vgl. G. F. Knapp, Staatliche Theorie des Geldes, 1905.

的 強制에 의해서만 一般的 受容性을 갖는 交換媒體의 役割을 하도록 실현시키는 것은 사실상 가능하지 않다. 인간의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 交換去來를 媒介하는 貨幣는 법률에 의해 一般的 支拂手段으로 승인되지 않더라도 一般的 交換手段으로서 역할을 할 수 있으며 (“Geld ist, was als Geld funktioniert”: “Money is what Money does”), 반대로 市場의 極限的 狀況에서는 法定의 支拂手段도 일반적 교환기능을 상실할 수 있다. 그러므로 信用貨幣를 중심으로 하는 市場去來의 私法的 規律을 위해서는 화폐거래의 기반을 형성하는 국가 通貨制度의 法的 規律과 經濟的 貨幣(通貨)의 기능적 역할을 함께 고려하여야 할 것이므로, 위에서 지적한 바와 같이 金錢의 概念을 法的으로 파악함에 있어서 經濟的 側面을 고려하는 것은 불가결하다.

다른 한편 경제적 측면에서도 貨幣는 국가의 通貨制度를 통한 法的 基礎 없이는 機能할 수 없으므로 양자는 유기적으로 결합되어 있다³⁹⁾. 經濟的 考察은 金錢의 生成과 그 需要의 充足에 관한 폭넓은 觀點을 지향하고 있는 반면, 法的으로는 주로 給付에 대한 代價的 補償의 手段이라는 관점에서 고찰한다⁴⁰⁾. 따라서 양자의 개념을 완전히 일치시킬 수는 없으나⁴¹⁾, 관점의 相異로부터 그 고찰 對象인 金錢 자체의 相異性이 귀결될 수는 없다⁴²⁾. 결론적으로 양자의 관점에는 金錢이 財貨와 用役의 交換去來를 媒介하며, 價値尺度 등의 機能을 하고 있다는 점에서 기본적으로 공통의 요소를 갖고 있다⁴³⁾.

39) Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.61. 그러나 國家에 의한 通貨의 供與라는 것만으로 供與對象(Emissionsgegenstand)의 屬性과 性質을 결정할 수는 없다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.408.

40) “雙務的 交換經濟” 위 1 참조. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.413: “Schaffung eines Äquivalents”.

41) Vgl. J. H. Thywissen, a.a.O., BB 1971, S.1347.

42) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.419: “Es gibt nur ein Geld, das aber bei der Ausübung seiner Funktion unter verschiedenen Perspektiven betrachtet werden kann”.

43) Vgl. H. Fögen, a.a.O., S.1; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1347 f. 金錢機能論은 그 연원에 있어서 金錢效力의 本質論과 밀접한 관계를 맺고 있다. 즉, 금전을 財 또는 商

IV. 金錢과 通貨

通貨란 일정한 會計單位에 의해 구성된 한 나라의 金錢體系(Geldsystem)를 의미한다. 金錢體系에 의해 임의의 財産價値가 일정한 金額(Geldsumme)으로 표현되는 것이 가능하게 되며, 通貨로서 貨幣는 一般的 價値測定(Wertmesser)의 기능을 수행한다⁴⁴⁾. 오늘날 管理通貨制度하에서는 通貨體系를 전제하여 金錢은 그 經濟的 機能을 수행할 수 있으나, 法的 概念으로서는 通貨와 구별된다⁴⁵⁾.

1. 機能的 · 秩序的 通貨

通貨는 機能的 側面과 秩序的 側面으로 나누어 파악할 수 있는 바, 전자는 國家의 金錢憲法(Geldverfassung), 즉 하나의 通貨地域에 법률상 정해진 計算(會計)單位를 기초로 한 國家의 金錢體系를 의미하는 바⁴⁶⁾, 法定支拂手段을 결정하며, 名目主義의 기반을 이룬다. 후자는 金錢의 價値規準의 機能과 결합된 計算(會計)單位(Recheneinheit)를 의미하는 바, 원 · 달러 · 마르크 · 파운드 · 프랑 등의 單位로서 재화와 용역의 가치를

品으로 파악하는 實質論은 金錢의 價値保藏의 機能을 강조하고 있는 반면, 名目論은 交換手段과 支拂手段의 機能을 강조하고 있다. Vgl. W. Ehrlicher, a.a.O., S.377. 법적 의미에서 抽象的 · 具體的 機能을 나누는 견해는 이하 주 81) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 11.

44) 이러한 의미에서 通貨는 機能的 概念(Funktionsbegriff)이라 할 수 있다. 위 주 37) 참조. 價値尺度的 機能과 會計(計算)單位(unit of account)로서 計算貨幣의 機能에 관해서는 趙 淳, 앞의 책, 50면 이하; 유지성, 앞의 책, 22면 참조.

45) Vgl. Art.73 Nr.4 GG; Staudinger/K. Schmidt, A 18, 40 f.; H. Fögen, a.a.O., S.9, Fn.19, 35, Fn.60. 通貨는 抽象的 金錢機能을 가능하게 하는 바, 이하의 制度的 金錢概念에 근접한다. 이하 V 3 나 2) 참조. 法體系的 區別과는 무관하게 金錢機能에 주안을 두고 있는 經濟學에서 통상 通貨를 貨幣 내지 金錢과 구별하지 않는 것에 상응한다.

46) Staudinger/K. Schmidt, A 41, 48; H. J. Hahn, § 18, Rn.27: "die abstrakte oder ideelle Einheit eines Geldsystems, zugleich jedoch das gesamte Geldwesen eines Landes, seine Geldordnung oder -verfassung".

측정할 수 있는 計算値로서 通貨單位를 가리킨다⁴⁷⁾. 이러한 秩序의 通貨概念은 민법상 外貨概念(Fremdwährungsbegriff)에 적용되는 바, 外貨債權에 관해 “債權의 目的이 다른 나라 通貨로 支給할 것인 境遇”라고 규정하고 있는 민법 제377조의 通貨가 여기에 해당한다.

2. 金銭私法과 通貨公法

機能的 側面에서 通貨에 관한 公法的 規律은 金銭私法の 前提를 이룬다⁴⁸⁾. 金銭이 制度로서, 그리고 對象의으로서도 그 機能을 수행하기 위해서는 法的 承認을 통한 國家의 通貨秩序가 전제를 형성하는 바, 이러한 相互關係는 금전기능의 수행을 技術的으로(technisch) 가능하게 하며, 名目價值原則의 效力(Geltung des Nennwertprinzips)을 보장함으로써 貨幣에 表彰된 名目價值와 通貨政策(Währungspolitik)을 정당화한다⁴⁹⁾.

47) Staudinger/K. Schmidt, A 42; Esser-Schmidt, § 13 II 1 b); F. A. Mann, a.a.O., S.25 ff.; 유럽연합(EU)의 通貨共同體 형성과 고유한 通貨(Euro)의 도입에 따른 金銭法の 문제점에 관한 일별은 E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.8 ff.; D. Coester-Waltjen, Überlegungen zur Geldschuld aus Anlaß von Maastricht, Jura 1998, S.103 f. 참조. 그러나 ECU(European Currency Unit)는 통화로서의 성질을 결하고 있다. Vgl. Siebelt/Häde, Die ECU im deutschen Recht, NJW 1992, S.10 ff.

48) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 48; S. Simitis, a.a.O., S.422. 이러한 의미에서 國家 金銭論은 국가가 私的 金銭秩序에 대한 통화법적 정당화의 전제를 마련하여야 한다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 나아가 公法으로서 通貨法과 私法으로서 金銭法の 二重性は 金銭 자체의 생성과 기능의 유지가 國家에 의해 이루어지는가, 아니면 私經濟生活의 자연발생적 현상으로 파악할 것인가의 논의와 접하고 있다. 위 주 17, 26), 이하 주 82) 참조. Vgl. B. v. Maydell, a.a.O., S.56 ff.; Ch. Münch, Das Giralgeld in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S.57 ff.

49) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 48, D 41; K. Schmidt, Die Rechtspflicht des Staates zur Stabilitätspolitik und der privatrechtliche Nominalismus, FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S.665 ff. 國家 金銭論은 이와 관련해서 名目主義의 기초를 이룬다. Vgl. H. J. Hahn, § 6; ; K. Schmidt, FS für H. J. Hahn, S.85; B. v. Maydell, a.a.O., S.60. 貨幣의 通貨로서 供與와 廢止(Monetisierung u. Demonetisierung von Geldzeichen)에 관해서는 U. Häde, Geldzeichen im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S.50 ff., 91

通貨公法에 의해 뒷받침되는 名目主義는 경제질서에서 뿐만 아니라 金錢私法, 특히 債權法에서 의미를 갖는 바, 金錢債權은 名目的 債務額으로 표현된 通貨單位的 量으로 나타나며, 금전채권자는 원칙적으로 채권 성립시로부터 발생하는 通貨(貨幣金錢)의 價值下落 危險을 부담한다⁵⁰⁾.

V. 현행 民法上 金錢

貨幣의 발달에서 살펴볼 수 있듯이 경제발전과 함께 金錢의 現象形態는 상이한 變遷을 보이고 있을 뿐만 아니라 경제과정에서 그 機能的地位와 意味도 변화하고 있다. 金錢의 이와 같은 기능과 현상형태의 다양성은 金錢과 관련된 法的 問題의 복잡성을 초래한다. 따라서 오늘날에는 經濟學에서 뿐만 아니라 法學에서도 주로 金錢을 그 機能的 役割에 착안하여 파악하고 있으나, 一般的 概念定義는 일치하지 않고 있다⁵¹⁾.

ff.; Staudinger/K. Schmidt, B 1 ff. 참조. 通貨政策에 관해서는 Staudinger/K. Schmidt, A 67 ff. 참조. 기타 國家干涉에 대한 金錢機能論의 金錢概念 파악의 政策的 見解는 S. Simitis, a.a.O., S.420 f. 참조.

- 50) Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II 2 a): “Nur dieser sog. Nominalismus entspricht dem Zweck der Währung als einer Basis für einen stetigen, von Kursschwankungen unabhängigen Zahlungsverkehr . . . Der Nominalismus ist ein nicht ohne weiteres aufhebbares Instrument unserer Wirtschaftsordnung”, zu der die gegenwärtige Vertragsordnung in unlösbarem Zusammenhang steht”. 金錢에 대한 법적 관심은 貨幣價値의 下落(Infation)과 上昇(Deflation)에 관련해서 촉진되었으나 이러한 경제적 현상은 金錢現象의 일면에 지나지 않으며, 보다 근본적으로는 金錢을 법질서상 다른 權利對象들과 동등한 차원에서 고찰하는 연구가 요구된다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.409; A. Nussbaum, Das Geld, 1925, S.III; H. Isele, a.a.O., S.136 f. 본고에서는 金錢價値의 變動에 관한 논의와 통화법의 상세한 접근은 유보하고, 이하에서는 權利對象으로서 私法上 金錢法理의 基礎를 검토한다. 名目價値의 下落과 관련해서는 F. C. v. Savigny, Obligationenrecht I, 1851, S.492 f.; Esser-Schmidt, § 13 II 2; B. v. Maydell, a.a.O., S.7; Staudinger/K. Schmidt, D 90 ff.; AK/Brügge-meier, Rn.9 f.
- 51) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 13; W. Ehrlicher, a.a.O., S.375 f. 그러나 단순히 法律的 側面에서 金錢을 “債權이나 그 유사한 關係의 決濟를 위한 強制的 手段”

1. 特殊한 動産

현재 우리 민법 학계의 지배적 견해는 현행 민법상 金錢을 動産으로 파악하는 데 일치하고 있다⁵²⁾. 다만, 금전이 다른 일반의 有體動産과 다르다는 점에서 “특수한 動産”으로 “보통 物件이 가지는 個性을 갖고 있지 않으며, 價値 그 자체”⁵³⁾ 또는 “보통 物件이 가지는 個性을 가지지 않고 一定額의 價値를 表象하는 것이므로 다른 동산과 다른 특수성”⁵⁴⁾이 있어 관계된 法制度에서 일반 動産과 달리 취급되는 技術的 內容을 제시하고 있다.

위와 같이 지배적 견해가 금전을 특수한 動産으로 概念하는 것은 貨幣의 有體性, 즉 紙幣와 鑄貨가 그 素材인 종이·금속의 물질적인 “有體의” 屬性에 착안하고 있다고 할 수 있는 바, 그 특수성을 언급하는 것은 貨幣가 거래관계에서 갖는 抽象的 金錢機能性을 지적하는 것에 지나지 않는다⁵⁵⁾. 나아가 金錢을 “특수한 動産”으로 파악한다면 채권법상 金錢

(zwangsweises Mittel der solutio von Obligationen; G. Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden, 1868, S.50), 또는 “私法の 일반적인 補充的 執行手段”(das allgemeine subsidiäre Exekutionsmittel des Privatrechts; M. Frauenfelder, Das Geld als allgemeiner Rechtsbegriff, 1938, S.218)으로 정의하는 것은 交換去來의 履行手段으로서 物件(商品)의 代替機能을 하는 것만을 포착하고 있을 뿐이며, 金錢 그 자체로서 客觀的 價値規準의 기능을 도외시하는 견해이다. Vgl. A. Nussbaum, a.a.O., S.4; R. Reinhardt, a.a.O., S.61; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1347; S. Simitis, a.a.O., S.411 u. Fn.16; H. J. Hahn, § 2 I, Rn.5 ff.; Staudinger/K. Schmidt, A 11 a.E.

52) 金曾漢/金學東, 民法總則, 1995, 244면; 郭潤直, 民法總則, 1989, 312면 참조.

53) 郭潤直, 앞의 책, 312 면.

54) 金曾漢/金學東, 앞의 책, 244면 이하.

55) 이러한 입장은 A. Nussbaum의 金錢概念과 유사하다. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.137 f. A. Nussbaum은 금전을 거래에서 물리적으로 나타나 있는 것 그 자체로서가 아니라 可分體로서 觀念的 單位의 單·複으로 주고 받는 物件으로 정의하고 있는 바, 금전을 物件으로 보면서도 동시에 觀念的 單位로서 價値的 抽象性을 포착하고 있다. Vgl. A. Nussbaum, a.a.O., S.6: “Wir können also das Geld diejenigen Sachen definieren, die im Verkehr nicht als das gegeben und genommen werden, was sie physisch darstellen, sondern lediglich als Bruchteil, Einfaches oder Vielfaches (x-faches)

債權의 給付目的으로서 金錢은 “특수한 動産”이라는 概念論理的 推論이 가능하며, 결국 金額債權은 “一定量의 특수한 動産”을, 그리고 有體的 金錢의 전형인 貨幣는 “특수한 代替物”을 의미하게 되는 바, 金錢債權은 특수한 代替物의 給付를 목적으로 하며, 당사자가 일정 貨幣를 特定하지 않는 이상 “특수한 形態의 種類債權”이라는 결론에 이른다⁵⁶⁾. 그러나 이러한 견해는 위에서 살펴본 바와 같이 金錢(金額)債權의 給付目的을 지배적 견해가 “價値의 一定量을 引渡”로 하는 것과 일치하지 않는다.

이러한 지배적 견해와 관련해서 우선적으로 검토되어야 할 것은 金錢을 그 對象性에 비중을 두고 현행 민법상의 物件으로 보아 有體動産으로 개념하는 데 국한시킬 수는 없다는 것이다. 물론 “특수한” 動産이라는 개념정의를 통해 動産의 典型인 단순한 有體動産을 의미하는 것은 아니라는 것을 밝히고 있다. 그러나 지금까지의 金錢에 관한 민법상 논의는 주로 有體動産으로서 貨幣를 전제하고 이를 기초로 그 특수성을 논의하고 있다. 또한 이와 관련된 현행 민법의 규정들도 有體動産을 중심으로 규정하고 있다. 물론 현행 민법은 有體物 이외의 것도 고려하여 物件의 定義規定을 두고 있는 바, 제98조는 “物件이라 함은 有體物 및 電氣 기타 管理할 수 있는 自然力을 말한다”고 규정하고 있어 有體物 뿐만 아니라 無體物도 그 排他的 支配와 管理가 가능한 한 物件의 概念에 포함시켜 거래의 실제적 필요에 상응한 입법 태도를 취하고 있다. 또한 민법 제99조에서는 不動産이란 “土地 및 그 定着物”을, 그리고 動産은 “不動産 이외의 物件”을 뜻하는 것이므로 法律概念的 包攝으로서

einer ideellen Einheit”. 이러한 金錢概念은 이미 본문에서 지적했듯이 현행의 通貨秩序와 貨幣를 기초로 하여 파악하고 있으나, 이 견해는 19세기의 金本位制度下에서 金錢의 支拂手段의 機能만을 포착하고 있다. Vgl. J. H. Thywissen, a.a.O., S.1348. 그 밖에 A. Nussbaum의 概念定義에서 有體的 物件性은 金錢의 歷史性을 설명하고 있는 것에 불과하며, 觀念的 單位라는 것은 支拂手段의 機能을 지적하는 것에 그치는 循環論(Zirkelschluß)에 불과하다는 비판은 S. Simitis, a.a.O., S.412 f. 참조.

56) 위 II, 주 5) 참조.

金錢을 ,비록 自然力은 아니지만, 動産, 즉 “有體 및 無體의 動産”으로 概念할 수 있는 解釋의 幅을 갖추고 있는 한 일응 아무런 무리가 없는 것으로 여길 수도 있을 것이다⁵⁷⁾.

그렇지만 金錢去來는 이러한 解釋의 概念包攝만으로 해결할 수 있는 양태로 전개되고 있는 것이 아니다. 특히 민법에서는 動産을 “有體物” 외에 “管理할 수 있는 自然力”을 포함하여 定義함으로써 權利의 客體로서 排他的 支配가 可能할 것을 요구하는 特定性的 原則(Spezialitätsgrundsatz)을 표방하고 있으며⁵⁸⁾, 財産法的 權利 특히 物權의 客體로 인식하는데 그 중점이 놓여 있다⁵⁹⁾. 따라서 金錢은 특수한 動産이므로 動産에 적용되는 규정들 가운데 物權의 請求權(민법 제213조, 제214조, 제204조 내지 206조)을 인정할 여지가 없으며, 金錢의 특성상 特定한 金錢을 返還한다는 것은 무의미하므로 타인의 占有에 돌아간 金錢에 대해서는 債權의 返還請求權을 인정하는 것으로 족하다는 견해가 제시되고 있다⁶⁰⁾. 개별 貨幣를 특정하여 物權의 返還請求權을 행사하는 것이 사실상 곤란하며, 金錢의 價值的 機能性이 우선되어야 하지만, 이러한 機

57) 이하의 多元의 概念構成에서 살펴볼 수 있듯이 有體의 動産으로서 金錢은 對象의 金錢概念에 의해 파악된다. 이하 V 3 나 1) 참조. 그렇지만 物件概念에 無體의 動産을 포섭할 수 있다는 것만으로 私法秩序에서 요구되는 金錢에 관한 적절한 규율이 이루어지는 것은 아니다. 이러한 관점에서 有體物 외에 權利와 그밖의 無體의 對象을 포함하는 財産(Vermögen) 概念으로 통일적인 權利對象을 구성하는 견해는 F. Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148(1943), S.57 ff. 참조.

58) 金曾漢/金學東, 앞의 책, 232면; 郭潤直, 앞의 책, 292면 이하 참조. Vgl. Baur/Stürmer, SachenR 16.Aufl., 1992, § 4 III; H. P. Westermann, in Westermann SachenR I, 6.Aufl., 1990, § 3 II 1.

59) Vgl. Fr. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, § 53, S.338 ff.: “Die Gesamtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesamtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht”, §§ 56 f.; F. Wieacker, a.a.O., S.59: “Sie(BGB, ZGB) folgen damit der Pandektenwissenschaft, die im Bann des subjektiven Sachenrechtes - jus in re - nur körperliche Sachen als Gegenstand absoluter vermögensrechtlicher Herrschaft begriff”.

60) 郭潤直, 民法總則, 1989, 312면 이하 참조.

能性的 法規範的 規律은 현행 民法과 이를 기초로 한 執行法에서의 金錢所有權의 歸屬秩序를 전제로 가능한 것이다⁶¹⁾. 法律行爲에 의한 所有權의 讓渡를 부인하고 단순히 占有移轉으로 대체하는 것은 金錢價値로 평가되어 재구성되는 所有權歸屬을 중심으로 하는 현행 財産法的 私法秩序에 혼란을 초래한다. 法技術의으로도 物件의 事實上 支配를 본질로 하는 占有(Besitz als tatsächliche Sachherrschaft)는 所有(Eigentum)보다도 그 對象의 物件의 屬性을 강하게 전제하고 있는 것으로서 金錢의 抽象的인 價値의 屬性을 고려하는 것에 모순된다⁶²⁾. 또한 金錢所有權의 移轉에 있어서 法律行爲의 障礙를 고려하지 않음으로써 金錢의 善意取得規定의 適用을 否認하게 된다. 그렇지만 이러한 결과는 우선 명백히 “金錢”을 善意取得의 對象物로 규정하고 있는 實定規定(민법 제250조 단서)의 文言에도 반하며, 나아가 無能力者, 處分權限이 없는 者, 無效나 取消 사유가 있는 意思表示 등이 있는 金錢所有權의 양도가 이루어진 사안에 대한 현행 관계 법률규정들(예: 민법 제258조, 제260조 등)의 合體系의 解釋·適用에 있어서 不調和가 초래되며, 債權的 返還請求權만으로 金錢所有權者을 보호하는 것은 궁극적으로 不適法한 金錢取得者를 우선하는 결과를 초래함으로써 正義에 반한다⁶³⁾.

61) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.464: “Mag der Eigentumserwerb schwieriger als der Besitzerwerb sein, das geltende Recht räumt dem Eigentümer einen Schutz ein, der auch bei der Behandlung des Geldes nicht übersehen werden darf. Das zeigt sich besonders im Konkursrecht und in der Zwangsvollstreckung”. 이하 주 68, 69, 100, 105) 참조.

62) R. Reinhardt, a.a.O., S.74: ff., 81 ff.,

63) 金錢所有權의 歸屬秩序와 善意取得에 관해서는 이하 V 3 나 1, i) 참조, 기타 貨幣金錢의 混和 등에 관해서는 이하 주 101) 참조. 不適法한 金錢取得에 관해서는 H. Lange, Zum System des deutschen Vermögensrechts, AcP 147(1941), S.290, 300 f.; R. Reinhardt, a.a.O., S.74 참조. 특히 위 견해는 解釋의 淵源의 典據를 분명하게 밝히고 있지 않으나, 일찍이 독일의 M. Kaser는 金錢의 고유한 속성을 支拂手段으로 파악하고, 現金 없는 支拂去來로 이루어지는 金錢價値의 이전을 金錢의 價値權의 이전으로 구성하며, 나아가 金錢의 價値權을 금전의 고유한 본질과 양태에 상응하여 所有權으로 구성하는 政策的 見解를 피력한 바 있다. M. Kaser, a.a.O., S.7 ff., 10: “Wie das Wertrecht am Geld heißen soll, ist eine sekundäre Frage. Wir könnten es Eigentum nennen und die Grundregel fordern „Geld gehört demjenigen, der es

민법상 金錢은 有體의 貨幣를 중심으로 규율되고 있으나 위와 같은 解釋은 소위 金錢의 特殊性, 즉 價值單位로서 抽象的 機能에 착안하고 있다고 할 수 있다. 이러한 抽象的 機能은 오늘날 金錢去來에서 부각되는 바, 金錢債權에서는 金錢의 素材的 有體性은 사실상 무시되고 있다. 결론적으로 金錢의 物件性을 승인하고 있는 한 金錢債權을 특수한 형태의 種類物債權으로 파악하고 금전의 抽象的 價值機能에 상응하여 種類物債權에 관한 規定들 중에서 선별적으로 그 적용을 배제하려는 입장으로 귀결될 것이다⁶⁴⁾. 즉, 金錢을 특수한 動産이라는 概念的 前提에서 “特殊”하다는 논거로써 動産으로서의 法的 規律을 배제하거나, 動産이지

besitzt““. 法理構成으로서의 支拂手段으로서의 金錢機能을 다하도록 한다는 점에서는 경청할 만한 견해이다. 그렇지만 이와 같이 占有의 移轉만으로 金錢의 所有權을 귀속시키는 當爲性에 관해서 M. Kaser는 占有者에게 法秩序에서 개인에게 최상이며, 共同體에 대한 義務를 통해 社會의 目的에 이바지하는 金錢에 대한 支配權을 부여하는 것으로 논거를 지우고 있으나, 金錢의 支拂手段의 機能의 확보를 통한 公益의 보장은 金錢體系를 수립·유지하는 金錢憲法으로서 通貨公法의 과제이며, 個人의 所有와 財産의 自由를 중심으로 한 金錢私法の 規範의 指導原理가 될 수 없다. 이러한 입장은 위 논문이 발표된 1937년 당시 獨逸 國家社會主義의 영향에 대한 의구심을 갖게 한다. 그밖에 M. Kaser와 유사하게 당시에 金錢을 動産法에서 제외하고 財産法의 독자적 지위를 인정하여, 返還請求權을 배제하고 金錢價值로서 不當利得返還만을 인정하는 견해는 F. Wieacker, Zum System des deutschen Vermögensrechts, 1941, S.47 f. 참조. 不當利得에 의한 해결의 난점은 M. Kaser, a.a.O., S.17 ff.; W. Flume, Der Wegfall der Bereicherung, FS für Niedermeyer, 1953, S.157; S. Simitis, a.a.O., S.459 참조. 기타 비판적 평가는 H. Lange, a.a.O., S.300 f.; R. Reinhardt, a.a.O., S.61, 74 ff., 77 ff.; S. Simitis, a.a.O., S.458 참조. 위 견해의 法政策 내지 立法的 觀點은 우리의 현행 民法規定에 대한 비판적 시각을 제공하는 바(vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.77: “sehr beachtliche rechtspolitische Zielsetzung”), 問題의 認識과 解釋의 論議의 실마리를 제공한다. 그러나 方法的 觀點으로는, 이를 곧바로 解釋的 論據의 前提로 삼기에는 적합하지 않은 바, 金錢의 價值的 機能性에서 초래되는 銳角의 問題點의 解釋의 修正은 불가피한 한도에서 最小限으로 그쳐야 할 것이며, 이를 논거로 현행 私法秩序의 原理와 諸制度의 構成 전반을 수정하는 것은 矯角殺牛의 결과를 초래할 것으로 우려된다. 本稿에서는 이러한 시각에서 미흡하나마 현행 法規定의 적정한 解釋과 適用을 위한 規範의 考察觀點의 構成을 실천적으로 모색하고자 한다.

64) 이러한 독일의 견해는 위 주 5) 참조. 그밖에 金錢의 特殊性을 고려하려는 다양한 입장을 반영하는 문헌들로서는 H. Westermann, SachenR, 5.Aufl., 1966, § 30 V 3; R. Reinhardt, a.a.O., S.84 ff.; M. Kaser, a.a.O., S.1, 9 ff.; F. Wieacker, a.a.O., AcP 148(1943), S.57, 70 ff.; S. Simitis, a.a.O., S.406, 412 ff. 참조.

만 例外로 취급하려는 折衷의 立場이라고 할 수 있다. 여하튼 다수의 견해는 金錢을 “특수한 動産”이라는 모호한 斷片的 定義만으로 현행 法體系의 法理構成과, 복잡하고 다양한 오늘날 金錢去來의 現狀에 대해 너무도 소박하게 포괄적으로 대처하려는 것이다. 金錢은 價値를 有體物로써 化體하고 있는 한 動産으로서 物件이며, 동시에 抽象的 價値로서 法的 去來의 目的對象이 되는 兩面的 性質을 지니고 있어 다른 去來客體와 구별되는 그 자체가 고유한 財貨로서 파악하여야 한다. 이러한 점에서 다수의 견해는 金錢을 매개로 한 거래상의 문제를 適正하게 解決할 수 있는 合理的인 法概念的 基礎를 마련하지 못하고 있다.

2. 金錢의 法律的 意味와 限界

현행법은 金錢을 규율함에 있어 그 典型인 貨幣의 素材의 有體性에 착안하고 있다⁶⁵⁾. 따라서 法的으로 金錢을 概念함에 있어서 이를 무시하고 金錢의 抽象的 機能論에 치우쳐 획일적으로 定義할 수 없는 바⁶⁶⁾, 현

65) Wolff-Raiser, SachenR, 10.Aufl., 1957, § 65 IV; A. Nussbaum, a.a.O., S.9; H. Lange, a.a.O., S.290; D. v. Stebut, Geld als Zahlungsmittel und Echtsbegriff, Jura 1982, S.561, 568: “Verkörperungstheorie”; Staudinger/K. Schmidt, B 9; Münch-Komm/Quack, 3.Aufl., 1997, § 929 BGB, Rn.17.

66) Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.83; Staudinger/K. Schmidt, B 8. S. Simitis는 金錢의 法的 意味가 金錢의 機能的 課題와 함께 유기적으로 연계되어 있어 양자를 동일시하는 政策的 立場을 표명하고 있다. Vgl. Ders., a.a.O., S.409 f.: “Die Frage der Bedeutung des Geldes ist deshalb identisch mit der Frage nach seiner Aufgabe. . . . Die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen ist dann das Ergebnis einer Gegenüberstellung der Aufgabe des Geldes und der spezifischen Zwecke der Rechtsnormen”. 나아가 金錢은 다른 財貨와 달리 機能으로서만 존재하며, 對象이 된다고 한다(ders. a.a.O., S.416 ff.: “Geld existiert nur als Funktion. . . . Der Gegenstand Geld besteht aber nur als Funktion”. 따라서 金錢을 “抽象的 財産의 힘”으로(als abstrakte Vermögensmacht) 정의함으로써 金錢의 有體的 對象性에서 야기되는 金錢概念의 循環的 矛盾을 극복하려고 한다(ders., a.a.O., S.429, 437, 443 usw.). Vgl. Fr. C. v. Savigny, ObligationenR I, S.405 f.: Vermögensmacht; M. Wolff, a.a.O., S.578: “unkörperliche Vermögensmacht”; L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrecht I/2, 1868, S.1067; H. Isele, a.a.O., S.138 f. 그밖에 金錢債權에 관

행 법질서의 제도와 규정의 특성에서 연유하는 한계를 고려하여야 한다. 支配權과 處分行爲의 對象이 되는 貨幣를 金錢價値로만 환원시키는 것은 현행 민법상 物權法體系에 상치한다⁶⁷⁾. 金錢의 物權的 返還請求權(Geldvindikation)을 金錢(金額)債權(Geldforderung)으로 대체하는 것은, 현행 執行法 등의 實定規定에서 구현되어 있듯이, 價値를 化體하고 있는 金錢의 所有權(Geldeigentum)을 중심으로 한 法秩序 전체의 財貨歸屬秩序를 무시하는 결과를 초래하기 때문이다⁶⁸⁾. 이미 주지하는 바와 같이 執行法에서 金錢은 有體動産에 대한 強制執行의 대상으로서 法院이 押留하여(Geldpfändung) 이를 債權者에게 引渡하며, 이 때의 金錢은 現金으로서 有體의 貨幣에 한정되며, 채무자의 은행 계좌상 殘額에 대해서는 소송법상 金錢의 押留가 아니라, 債權에 대한 強制執行으로 이루어진다⁶⁹⁾.

金錢, 특히 그 典型으로서 有體의 貨幣는 動産으로서 현행 민법상 代替物이며, 消費物로서 개념되고 있다. 그러므로 特定性の 原則과 개별 貨幣가 金錢價値를 化體하고 있는 法秩序的 機能을 존중하여야 한다. 현행법의 해석상 特定性の 原則과 引渡主義(민법 제188조)에 관한 物權

해서는 위 II, 이하 주 129) 참조. 이러한 금전의 機能的 考察은 이하에서 살펴볼 수 있듯이 金錢이 制度的 金錢으로서 脫有體의 抽象化 現象을 이해하는 기초가 된다.

- 67) Vgl. W. Pinger, in Westermann, § 30 V 2: "Zuordnungsänderungen richten sich nach dem Sachenrecht. . . . Da es "Zuordnungsänderungen abstrakter Werte" nicht gibt, muß das Sachenrecht an die allgemeinen Formen der Verfügungen anknüpfen"; H. Pikart, Die sachenrechtliche Behandlung von Geld und Wertpapieren in der neueren Rechtsprechung, WM 1980, S.515.
- 68) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.464: "Vollstreckung und Konkurs sind die wichtigsten Konkretisierung der persönlichen Haftung. Sie sind deshalb von vornherein auf das Vermögen des Schuldners gerichtet, finden aber auch in ihm ihre Grenze. . . . Das fremde Eigentum ist der Anfang einer neuen Haftungsgrenze".
- 69) 第3者 異議의 訴(민소법 제509조)와 還取權(파산법 제79조) 참조. Vgl. §§ 771 ZPO, 47 InsO, vgl. § 43 KO; BGHZ 58, 257(258); Staudinger/K. Schmidt, B 10: "Eigentum an Geld ist Eigentum am einzelnen Geldzeichen. Das Eigentum verkörpert die Innehabung des Geldwerts". 金錢債權의 強制執行은 민소법 제527조 이하, 제532조 3호, 제557조 이하; 法院實務提要 強制執行(하), 1993, 598면 이하 참조. 독일민소법 제808조, 제815조 참조. Vgl. Staudiger/K. Schmidt, B 19.

法規定의 적용을 원칙적으로 배제할 수 없다.

그러나 현행 所有權 歸屬秩序에 상응하는 金錢의 物件概念은 金錢의 抽象的 價值機能에 의해 현저히 약화되어 있으며, 金錢의 支拂機能에 적합하지 않다⁷⁰⁾. 그리고 債權去來에서 金錢의 素材의 有體性에 착안하여 給付對象으로서 代替物이나 消費物로 파악하는 것도 의미가 적다⁷¹⁾. 예를 들어 消費貸借契約에서 金錢을 給付目的으로 하고 있으나, 金錢의 素材 그 자체로서 消耗된다는 점에 착안하기보다는 價値의 消費로서, 그 保有主體가 變更됨으로써 給付로서 引渡된 일정수량의 貨幣 그 자체로서 다시 반환되지 않아도 된다는 점에서 消費物에 準해서 취급되는 것으로 파악할 수 있다⁷²⁾. 또한 消費貸借나 消費任置의 給付目的으로서 金錢도 동종의 품질과 수량으로 반환되는 代替物로 보아야 하는 것은 아닌 바, 이들 계약에서 金錢을 代替的 給付가 가능한 財貨이지만 반드시 動産으로 개념할 필연성은 없다⁷³⁾. 이러한 의미에서 消費貸借에 관

70) M. Kaser, a.a.O., S.1 ff.; Esser-Schmidt, a.a.O., § 13 II 3. Vgl. § 92 BGB, Mot. III, S.34 f.; B. Mugdan, III, S.18 f.; W. Pinger, in Westermann, a.a.O., § 30 V 1 b). 財産法秩序라는 표상에 따른 立法論으로서 動産의 代替物과 消費物 概念規定이 불필요하다는 견해를 참조해 볼 수 있다. 이들 概念標識는 거래상 개별 종류물의 고유한 속성이 도외시된다는 점에 있는 바, 그러한 한 이들 개념이 주로 적용되는 消費貸借나 消費任置에서는 都給·賣買에서와 같은 去來對象의 個別化라는 것은 없으며, 代替的 財貨의 額이나 價値標示의 機能으로서 商品(Ware)이나 金錢(Geld) 등의 支拂手段의 개념으로 환원시킬 수 있다고 한다. F. Wieacker, a.a.O., AcP 148(1943), S.57, 70 f. 참조.

71) Vgl. MünchKomm/G. Holch, 3.Aufl., 1993, § 91 BGB, Rn.9: Soergel/O. Mühl, 12.Aufl., 1988, § 91 BGB, Rn.2; Staudinger/K. Schmidt, A 20, B 9.

72) 金曾漢/金學東, 民法總則, 1995, 238면 참조. Vgl. § 92 II BGB; MünchKomm/G. Holch, § 92 BGB, Rn.5: "Verbrauch" besteht in der Veräußerung; Soergel/O. Mühl, § 92 BGB, Rn.1 ff.; Staudinger/K. Schmidt, B 9: "Das Gesetz bewerkstelligt dies, indem es die bestimmungsmäßige Veräußerung dem bestimmungsmäßigen Verbrauch gleichstellt"; Fr. C. v. Savigny, ObligationenR I, S.440: "sie(die einzelnen Stücke) sind an sich nicht zu unterscheiden, also unerkennbar, indem ihr wahrer und richtiger Gebrauch in dem Ausgabe besteht, welches in der Regel jede fernere Verfolgung des früheren Eigenthums an denselben eben so unmöglich macht . . .".

73) 價値尺度單位로서 金錢이 고도의 互換的 流動性을 갖추고 있다는 점에는 의문의 여지

한 민법 제598조는 給付對象을 “金錢 其他의 代替物”이라고 함으로써 立論 代替物과 구별하여 규정하고 있다고 해석할 수도 있을 것이다. 나아가 對象的 有體動産의 占有移轉은 觀念的 引渡方法(簡易引渡, 占有改定, 返還請求權의 讓渡)이 승인되고, 더욱이 金融機關을 통한 金錢의 計座移替가 폭넓게 이용되는 현재의 거래상황에서는 그 法機能的 役割이 현저히 약화되고 있다⁷⁴⁾. 나아가 최근 電子通信科學技術의 발전은 素材的 實體는 없으나 디지털화된 暗號形態로 컴퓨터 假象空間에서 支拂去來를 가능하게 하고 있다. 이는 貨幣의 發展史에서도 살펴볼 수 있듯이, 그리고 去來費用의 最小化라는 경제학적 측면에서도 이해할 수 있는 바, 오늘날 貨幣가 有體의 素材性으로 말미암아 갖추고 있는 簡便性과 抽象性의 程度도 이에 상응하는 것이다⁷⁵⁾.

가 없으나 實體의 同一性(Identität der Substanz) 내지 交換性(Austauschbarkeit)을 의미하는 物件의 代替性과는 본질적으로 구별된다. 金錢의 代替性은 그 양태의 多數와 單位體로서의 可分性을 가르키는 것에 불과하여 債務額의 名目的 量을 정하는 역할에 그치고, 金額 그 자체는 代替될 수 없는 抽象的 數值(abstrakte Ziffer)로서 債務內容이 되는 것이다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.445.

- 74) 현행 民法의 해석상 金錢消費貸借에서 計座移替에 의한 金錢의 移轉 및 返還이 인정된다는 점을 지적하는 견해는 D. v. Stebut, a.a.O., S.569 참조. Vgl. R. Liesecke, Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, S.214, 229; MünchKomm/H. P. Westermann, 3.Aufl, 1993, § 607 BGB, Rn.3; Soergel/Häuser, 12.Aufl., 1997, § 607 BGB, Rn.109. 그러나 민법 제598조(독일민법 제607조)의 歷史的 解釋으로는 金錢을 代替物로 파악하여야 할 것이다. 독일은 20세기 초반인 1909년까지 金貨가 통용되었는 바, 독일민법은 商品金錢(kurantes Warengeld)을 전제한 金錢概念을 기초로 하였다. 현행 민법상 위 규정에 해당하는 독일민법 제607조는 金錢을 代替物로 개념하고 있다. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.182; Esser-Schmidt, § 13 II 3; AK/Brüggemeier, a.a.O., Rn.9 f. 이러한 통화제도하에서 Fr. C. v. Savigny는 오늘날 名目主義的 解釋이 지배적인 것(위 주 7 참조)과 달리, 金錢消費貸借는 당사자의 특약이 없는 한 계약체결시 債務額의 換價(Kurswert)를 기준으로 하는 것으로 파악하고 있다. Vgl. Fr. C. v. Savigny, ObligationenR I, S.440 ff., 443; “Coursverth”; H. Kiefner, Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts, 1980, S.30 ff.

- 75) 위 주 18) 이하 및 해당 본문 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 8: “. . . die Sacheigenschaft der Geldzeichen kein Aktivismus, sondern eine den Rechtsverkehr erleichternde Technik ist. . . . Wo sich das Rechtsleben noch der Geldzeichen

그렇지만 法秩序의 價値體系的 認識⁷⁶⁾ 이외에 貨幣金錢을 動産으로 파악하는 중요한 실천적 이유의 하나는 支拂手段으로서 貨幣의 素材性에서 비롯되는 占有移轉(引渡)의 방식에서 얻어질 수 있는 거래의 원활에 있으므로 貨幣가 갖고 있는 支拂手段으로서의 金錢機能을 도의시할 수 없다⁷⁷⁾.

결론적으로 金錢私法에서는 貨幣의 對象的 屬性 외에도 金錢의 抽象的 價値機能을 함께 고려하여야 한다. 따라서 거래상 화폐의 有體的 個別性을 고려할 이익이 적은 경우에는, 貨幣金錢의 對象性, 즉 有體的 動産性을 중심으로 한 현행 法秩序의 規律들과 충돌되지 않는 한, 個別的 規範適用에서는 金錢의 價値的 特性을 반영하도록 解釋論을 모색하여야 한다. 구체적 예로는 金額債務者가 債權者에게 現金으로 支拂하여야 하는가, 아니면 은행의 計座移替로써 履行할 수 있는가(민법 제460조)⁷⁸⁾, 타인의 金錢을 善意의 제3자가 善意取得할 수 있는가(민법 제249조, 제250조)라는⁷⁹⁾ 문제가 논의된다.

3. 金錢의 法的 性質

가. 金錢과 貨幣

현행 민법은 金錢의 概念的 定義를 규정하지 않고 있으나⁸⁰⁾ 이미 經

bedient, macht es sich die Handgreiflichkeit und damit den geringeren Abstraktionsgrad des Stückgeldes zunutze"; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1350: "Die Sachübertragung des Sachgeldes . . . stellt nur die praktikabelste Möglichkeit der Übertragung des Sachgeldes dar"; R. Reinhardt, a.a.O., S.67.

76) 金錢所有權의 法體系 및 基本理念에 관해서는 이하 3 나 1), 주 105) 참조.

77) "Eigenschaft der Geldzeichen als Zahlungsmittel". Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 10; S. Simitis, a.a.O., S.410: "An Antworten auf die Frage nach der Aufgabe des Geldes . . . , fast immer kreisen sie um eine Eigenschaft des Geldes: Zahlungsmittel zu sein". 이하 "法定支拂手段" 3 나 1), ii), 4 참조.

78) 郭潤直, 債權總論, 1994, 484면 이하; 金亨培, 앞의 책, 725면 이하; 이하 4 참조.

79) 이하 3 나 1 i) 참조.

80) 여기에서 金錢(Geld)이라는 용어는 經濟機能 내지 通貨法的 貨幣 또는 通貨概念에 국

濟的 機能의 관점에서 살펴본 바와 같이⁸¹⁾, 오늘날 管理通貨制度下에서는 法制度의 뒷받침에 의해 金錢機能이 가능하게 된다. 따라서 金錢의 법적 고찰은 그 經濟的 機能에 상응하면서도 法秩序의 規律目的에 적합하게 이루어져야 한다⁸²⁾.

한하지 않고, 民法典의 金錢을 중심으로 하는 私法上 金錢概念을 표현한다. 실거례에서 金錢機能을 하고 있는 (現金)貨幣, 그리고 이와 구별하여 지로(預金)金錢 등의 용어를 사용한다. 이러한 개념적 구별은 經濟的 機能에 착안되어 있는 金錢概念이 다원적이고 상대적이지만, 金錢機能의 法的 秩序를 二元的으로 축약하여 이해하는 獨逸의 지배적 견해에 일치한다. Vgl. H. Lange, a.a.O., S.300: "Geld ist Stück und Forderung zugleich"; F. A. Mann, a.a.O., S.3: Geld als abstrakter Begriff und Geld als konkrete Sache; Esser-Schmidt, § 12 II 1: "Wertmaßstab" u. "Wertträger"; K. Larenz, § 12 I: "Geld" u. "Geldzeichen"; AK/Brüggemeier, Rn.2: "abstrakter Funktionsbegriff" u. "konkrete Erscheinungsform"; D. Medicus, Ansprüche auf Geld, JuS 1983, S.897: "Echte Geldansprüche (Geldzahlungsansprüche)" u. "unechte Geldansprüche(Ansprüche auf bestimmte Geldzeichen, Geldsachansprüche)"; Staudinger/K. Schmidt, 12.Aufl., 1983, Vorbem zu §§ 244 ff. BGB, A 11: "institutioneller Geldbegriff" u. "gegenständlicher Geldbegriff" usw. 그밖에 金錢을 國家的 金錢(staatliches Geld)과 去來의 金錢(Verkehrsgeld)으로 나누는 견해는 E. Wolf, § 4 D II b. 참조. Vgl. Ph. Heck, § 19, 1, S.59: "Währung, Staatageld" und "Usuelles Geld(Verkehrsgeld)". 기타 金錢의 法的 概念에 관한 概觀은 H. J. Hahn, § 2 참조. 經濟學과 法學 사이에 金錢概念의 불일치에 관해서는 Saudinger/K. Schmidt, A 1 참조.

81) 위 III 2, 3 참조. 金錢은 歷史·社會의 所産으로서 그 생성·존재 과정에서 그 發現形態가 변천되었을 뿐만 아니라 새로운 機能이 추가되어 왔다. 그러므로 金錢概念은 변천된 形態와 추가된 새로운 機能들을 총괄할 수 있도록 정립되어야 할 것이다. Vgl. H. J. Sandkühler (Hrsg.), a.a.O., S.255; H. J. Hahn, a.a.O., S.628. 金錢機能論에 따른 金錢概念의 파악은 그 개별 기능의 강조에 따라 다양하게 분화된다. 그 중에서 법적으로 의미있는 분류는 抽象的 機能(abstrakte Funktion)과 具體的 機能(konkrete Funktion)으로 나누고, 전자에서는 會計單位로서 價值尺度의 屬性(Wertmessereigenschaft)을, 후자에서는 交換手段으로서 價值移轉手段(Werttransportmittel) 및 價值貯藏手段(Wertaufbewahrungsmittel)을 강조하는 견해이다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 11; Fr. C. v. Savigny, ObligationenR I, S.405; L. Goldschmidt, a.a.O., S.1060 f. 경제학상 金錢機能論과 金錢效力의 本質論은 위 주 26) 참조.

82) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 2 ff., 7, 10 ff.; H. J. Hahn, § 2 II, Rn.54. 이와 같이 金錢의 法的 規律은, 金錢을 사회경제적 체계에 필연적으로 수반되는 현상으로서 파악하면서, 金錢에 의해 결제되는 去來界의 商品循環을 法秩序의 範疇으로 편제하려는 목적을 갖고 있는 것인 바, 金錢은 法規範에 의해 창출되는 것이 아니라는 견해에

경제적으로 金錢(Geld)은 一般的 交換手段(allgemeines Tauschmittel)이며, 동시에 그 價値가 안정되어 있는 한 財貨와 給付의 一般的 價値 規準(Wertmaßstab)의 기능을 수행한다⁸³⁾. 그리고 재화교환을 일반적으로 매개함으로써 支拂手段(Zahlungsmittel)으로 기능하며⁸⁴⁾, 價値尺度的 機能에서는 可分 및 單·複의 會計單位(Rechnungseinheit)로서의 역할을 수행한다.

오늘날 金錢의 機能을 하는 것은 貨幣(Geldzeichen)이다. 그렇지만 國家 또는 국가로부터 위임받은 機關(中央銀行: Notenbank)이 생산하여 金錢으로 供與한⁸⁵⁾ 有體的 對象物, 즉 紙幣 또는 鑄貨(Banknoten od.

기초하고 있으면서도 法秩序에 의한 規範力에 의존되어 있음을 긍정하는 것이다. "Gesellschaftstheorie des Geldes" u. "Die staatliche Theorie des Geldes". Vgl. Fr. C. v. Savigny, *ObligationenR* I, S.408; A. Nussbaum, a.a.O., S.5 ff.; R. Reinhardt, a.a.O., S.68.; K. Duden, *RabelsZ* 20(1955), S.711; F. A. Mann, a.a.O., S.17 ff.; H. J. Hahn, § 2, Rn.51 ff.; Ch. Münch, a.a.O., S.62 ff. 경제학에서 金錢本質論에 관해서는 위 17, 26, 48) 참조. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.418 ff. 國家金錢論은 金錢法에 있어서 實證主義를 정당화하는 기반을 이룬다. 특히 法學, 公法에서 金錢을 法の 生成物로 보며, 國家는 國家金錢과 이에 관련된 措置에 필요한 보호를 法秩序의 課題로 파악한다면(vgl. G. F. Knapps, *Staatliche Theorie des Geldes*, 1905; 4.Aufl., 1923, S.1: "Das Geld ist ein Geschöpf der Rechtsordnung"; RGZ 96, 262, 265; H. Fögen, a.a.O., S.8; H. J. Hahn, FS für K. Zweigert, S.630) 國家金錢論(貨幣國定說)을 과대 평가할 여지가 있다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.420 ff.; H. J. Hahn, § 2, Rn.22, 53; K. Schmidt, FS für H. J. Hahn, S.83 ff.; Staudinger/K. Schmidt, A 4.

83) Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II; K. Larenz, § 12 I; Fr. C. v. Savigny, *ObligationenR* I, S.405.

84) 支拂手段으로서의 機能은 金錢概念을 전제한 派生的 機能에 불과하며, 金錢의 本質을 결정하는 요소가 되지 못한다. Vgl. A. Nussbaum, a.a.O., S.4; S. Simitis, a.a.O., S.408. 이와 달리 고유한 양태의 給付過程으로서 支拂(die Zahlung als Leistungsvorgang eigener Art)이라는 측면에서 支拂手段의 機能을 적극적으로 파악하는 견해는 H. Fögen, a.a.O., S.2 ff., 4: "Leistungsgegenstand von Zahlungen"; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1349. 그밖에 金錢의 支拂手段의 機能을 중심으로 한 金錢概念의 오류에 관해서는 S. Simitis, a.a.O., S.410 ff. 참조. 나아가 強制執行에서 모든 채무가 金錢債務로 환원됨으로써 인정되는 執行手段(Exekutionsmittel)의 機能도 금전의 주된 기능이라고 할 수 없다. Vgl. A. Nussbaum, a.a.O., S.4; R. Reinhardt, a.a.O., S.60 f.; Staudinger/K. Schmidt, A 8.

85) 韓國銀行法 제47조 이하 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 3: "die Widmung als

Münzen)로 貨幣를 지칭하는 한 민법상 金錢과 일치하지 않는다⁸⁶⁾. 貨幣는 單·複·分割의 計算單位가 되며, 거래에서 일반적 交換手段으로서 金錢機能을 수행한다⁸⁷⁾. 따라서 貨幣가 이러한 金錢機能을 하고 있는 한⁸⁸⁾, 貨幣는 그 素材에 표시된 財産價値를 化體(Verkörperungen eines Vermögenswertes), 즉 “表彰”(Zeichen)하고 있다⁸⁹⁾.

나. 金錢의 多元的 理解

위와 같이 機能的으로 이해된 金錢은 거래계에서 金錢機能을 수행하는 財貨로서 法秩序에 의해 承認되는 것이라고 할 수 있는 바, 金錢機能과 이를 반영하고 있는 金錢問題에 대한 法的 規律에 따라 多元的으로 이해할 수 있다⁹⁰⁾⁹¹⁾ 따라서 이에 상응해서 각각 對象的 金錢, 抽象

Staatsakt”. 그러나 國家의 貨幣供與行爲가 金錢으로서의 換價値(Kurswert)나 購買力(Kaufwert)을 확정하는 것은 아니다.

- 86) 케인즈가 지적한 바와 같이 오늘날 모든 문명사회의 貨幣는 表券主義的 貨幣이다. 즉, 화폐는 옛날의 商品貨幣(commodity money: 硬貨)와 달리 그것을 이루는 素材 자체의 가치는 거의 없는 不換紙幣가 주종을 이룬다(名目貨幣: 軟貨). 趙 淳, 앞의 책, 36, 61면 이하 참조.
- 87) 貨幣의 金錢的 機能은 交換手段, 즉 財貨交換의 一般的 媒介體가 될 수 있다는 점에 있다. 이러한 金錢으로서의 機能은 인류의 경제생활이 直接交換에서 間接交換으로 발전되며, 間接交換過程에서 가장 보편적인 媒介物로서 貨幣가 생성된 沿革의 發達史에서도 입증된다. 趙 淳, 앞의 책, 36면 이하; Staudinger/K. Schmidt, A 5 f. 참조.
- 88) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 2. 金錢概念의 機能的 理解로써 金錢의 有體的 對象性에 집착하여 야기되는 循環論을 극복하려는 S. Simitis(ders., a.a.O., S.413, 418)는 金錢이 財貨交換의 媒介體로서 독자적인 財貨이며, 그러는 한 다른 財貨에서의 마찬가지로 동일한 기준으로 포착하려는 시도가 가능하지만, 金錢은 對象的 機能에 의해서가 아니라 價値機能에서 이해되는 것이므로 「원은 원이다」(eine Mark ist eine Mark)라는 命題도 특수한 의미, 즉 「金錢은 金錢으로 役割을 하는 것」(Geld ist das, was als Geld fungiert: Money is what money does)이라는 것을 의미한다고 한다.
- 89) Vgl. K. Larenz, § 12 I, S.162.
- 90) 金錢의 法的 概念定義는 오늘날 매우 다양한 相對性을 보이고 있다(Relativität des Begriffs Geld). 위 주 80) 참조. Vgl. A. Nussbaum, a.a.O., S.2 f.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.Hb., 15.Aufl., 1959, S.779; H. Isele, a.a.O., S.183 f.; S. Simitis, a.a.O., S.408; H. J. Hahn, § 2 I; Staudinger/K. Schmidt, A 12. 金錢의 經濟機能의 役割에 착안한 개념인식도 그 실체적 내용을 一元的으로 定義하지 못하고 있다. 이러한 경향은 이미 F. C. v.

的 金錢機能을 수행하는 制度的 金錢, 그리고 具體的 機能의 지로(預金) 金錢으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이와 같은 多元的인 金錢概念의 이해는 서로 대립적인 것이 아니라 金錢이라는 하나의 財貨에 대해 각각 對象的·機能的 側面에서 고찰하는 것에 불과하며, 상호간에는 補完的이고 有機的인 關聯을 맺고 있다⁹²⁾.

1) 對象的 金錢

對象的 金錢概念은 일정 對象의 金錢性を 포착하고 있는 바, 일차적으로 金錢機能을 하는 貨幣를 지향하고 있다⁹³⁾. 따라서 貨幣를 物件, 특히

Savigny가 財産概念에 연계하여 金錢概念을 언급하면서도 그 機能들을 적시하는 데 그치고 있는 것에서도 알 수 있다. Vgl. F. C. v. Savigny, *ObligationenR* I, S.404 ff.: "Der Begriff des Geldes ist anzuknüpfen an den schon anderwärts von mir entwickelten Begriff des Vermögens, als der privatrechtlichen Macht oder Herrschaft der einzelnen Person über Stücke der äußeren Welt"; ders., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.1, 1840, §§ 53, 56, S.338 ff., 376. 金錢의 概念의 定義의 명확성을 통해 법적 문제를 중국적으로 해결할 수 있는 것은 아니다. 法的 概念의 정립은 우선적으로 用語的 混沌을 회피함으로써 최소한 問題解決에 장애를 초래하지 않도록 할 必要性和 합리적인 法的 規律을 위한 實踐性에 목적이 있다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 13; F. A. Mann, a.a.O., S.3: "aus praktischen Gründen". 여기에서는 金錢의 經濟的 機能을 고려하면서 法的으로 중요한 機能들을 합리적으로 규율하기 위해 多元的으로 파악한다. 이러한 입장은 독일의 K. Schmidt의 견해와 일치한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A. 12 ff.: "dreigliedriger Geldbegriff". 그밖의 二元的 區別을 취하고 있는 다수의 견해는 위 주 80) 참조.

91) Vgl. H. Isele, a.a.O., S.184 f.: "Es mag der Rechtsdogmatik vielleicht möglich sein, einen einheitlichen rechtssystematischen Geldbegriff zu finden, der alle diese Bedeutungen mitumfaßt. . . . Er würde dadurch aber notwendig so abstrakt und farblos werden, daß mit ihm für die Problematik der einzelnen Fragestellungen des Geldrechts nichts gewonnen wäre. . . . Die einzelnen Problemkreise des Geldrechts müssen daher auf getrennten Ebenen abgegrenzt und ihre Lösungen gesondert gesucht werden".

92) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 18. 이와 같이 金錢을 多元的으로 분리하여 이해하려는 시도는 하나의 對象을 一元的으로 파악하지 못하는 단점이 있으나 금전의 경제적 기능을 고려하면서, 동시에 현행 法秩序가 貨幣를 중심으로 규율하고 있는 바를 規範的으로 총괄하여 縮約하려는 것으로서 유용성을 갖추고 있다. Vgl. K. Schmidt, JuS 1984, S.740; Staudinger/K. Schmidt, A 14.

93) Staudinger/K. Schmidt, A 16, 19.

動産으로 정의하는 견해가 이에 근접되어 있다⁹⁴⁾. 그러나 대상적 금전은 貨幣를 그 금전적 기능에서 파악하는 것이므로 단순한 動産과 구별되며, 특히 貨幣의 名目的 機能(die nominalistische Funktion des Geldzeichens)을 함께 고려하여야 한다⁹⁵⁾. 즉, 貨幣는 動産으로서, 會計(計算)單位로 분할되고, 名目價值가 부여된 바, 交換手段으로서 이바지하며, 그림으로써 法에 의해 承認되고 債權者로부터 拒絕되지 않는 것이다⁹⁶⁾.

(i) “動産”으로서 金錢

현재 지배적 견해는 金錢을 動産으로 파악하고 있다. 金錢을 動産으로서 그 素材的 有體性에 주안을 둔다면, 代替物이며, 金錢消費貸借에서는 借主에게 金錢의 處分權이 부여되어 讓渡可能性이 있다는 점에서 消費物에 準하여 취급된다⁹⁷⁾.⁹⁸⁾ 또한 貨幣가 해당 金錢價值를 化體하고

94) Vgl. F. A. Mann, a.a.O., S.5: “Die Qualität des Geldes ist - juristisch gesehen - jeder beweglichen Sache zuzubilligen, die, von Rechts wegen ausgegeben und nach einer Rechnungseinheit gestückelt, dazu bestimmt ist, als Universaltauschmittel zu dienen”; A. Nussbaum, a.a.O., S.33: “Geldzeichen nennen wir jede Sache, welche Geldcharakter hat, mag es ein Metallstück(Münze) oder ein Papierschein”; G. F. Knapp, Staatliche Theorie des Geldes, 3.Aufl., 1921, S.31: “Geld bedeutet stets chartales Zahlungsmittel; jedes chartale Zahlungsmittel heißt bei uns Geld”. 이들 견해에 대한 批判的 概觀은 Staudinger/K. Schmidt, A 19 참조.

95) 貨幣가 거래에서 통용되는 것은 名目價值를 갖추고 있다는 점에 있으며, 物件과 같이 實體價值나 用益價值에 있는 것이 아니다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 22. 이러한 관점에서 貨幣의 名目主義的 機能만을 강조하거나, 그 對象의 有體性과는 무관하게, 일반적이고 무조건적인 支拂力을 갖는 價值單位體(Wagemann, Allgemeine Geldlehre I, 1923, S.95)로서, 金錢의 使用이 法的으로 유효하게 규정되어 있는 한 金錢으로 활용되는 對象(Knies, Das Geld, 2.Aufl. 1885, S.343)으로서, 또는 법적으로 거절될 수 없는 支拂手段(H. Fögen, a.a.O., S.7)으로 定義하는 등 다수의 견해들이 있다. 이들 견해에 대한 비판적 개관은 Staudinger/K. Schmidt, A 19 참조.

96) Staudinger/K. Schmidt, A 19 a.E. Vgl. M. Wolff, Ehrenbergs Hdb IV/1, 1917, S.563; E. Wolf, a.a.O., § 4 D II a); F. A. Mann, a.a.O., S.5.

97) 위 V 1, 2 참조. MünchKomm/G. Holch, § 92 BGB, Rn.5: Soergel/O. Mühl, § 92 BGB, Rn.3; Staudinger/Dilcher, § 92 BGB, 13.Aufl., 1995, Rn.2; Esser-Schmidt, § 13 II 3: “Geldzeichen sind körperliche Gegenstände und werden vom Gesetz als vertretbare Sachen gewertet”. 그밖에 金錢이 支拂手段이 되는 것은 貨幣의 供與에서 비롯된다는 점에서 公物로 파악하려는 견해도 있으나 설득력이 없다. Vgl. Stau-

있는 한 그 所有權은 引渡(Übergabe)에 의해 이전되며⁹⁹⁾, 貨幣의 有體性에 착안하고 있는 이상 物權의 請求權의 적용을 부인할 수 없다¹⁰⁰⁾. 그러나 物權的 返還請求權을 행사하기 위한 전제로서 返還目的物을 特定하는 것은 訴提起에서는 물론 執行에서도 사실상 불가능한 경우가 대부분이다¹⁰¹⁾. 이 경우에는 金錢所有權에 대한 違法的 侵害로서 不法行爲

dinger/K. Schmidt, A 21; ders., JuS 1984, S.739 f.; U. Häde, a.a.O., S.161 ff., 189 f.

- 98) 그밖에 金錢의 有價證券性에 관해서는 오늘날 이를 부인하는 견해가 지배적이다. Vgl. D. v. Stebut, a.a.O., S.561, 563 ff.; U. Häde, a.a.O., S.29 f. 그러나 이러한 견해를 표명하는 입장은 Enneccerus-Lehmann, § 209 III 3, S.849; § 211 I, S.853, II 2, S.854; AK/Brügge-meier, Rn.5 참조. Vgl. E. Wolf, § 4 D II, S.154: “unverzinsliche Schuldverschreibung auf den Inhaber”; F. A. Mann, a.a.O., S.6: “Banknoten sind Schuldversprechen”. 對象의 金錢概念에서 有價證券性이 논리필연적으로 배제되는 것은 아니지만, 이미 貨幣의 경제학적 발달, 즉 金屬貨幣에서 名目貨幣로 발전하던 중 과도적 형태로서 金屬貨幣의 預置證書가 갖고 있었던 속성에 불과하다. 위 III 1 참조. 管理通貨制度하에서 對象의 金錢으로 파악되는 것은 주로 貨幣(紙幣와 鑄貨)이며, 預金債權 등은 物件의 屬性을 결하고 있어 對象의 金錢이 아니며, 또한 證書화된 債權이나 有價證券도 對象의 金錢이 아니다. Vgl. H. Pikart, a.a.O., S.511. 그러나 抽象的 金錢機能의 역할은 이하 制度的 金錢 이하 2) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 20, 27.

- 99) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 13; H. Pikart, a.a.O., S.513.

- 100) Vgl. H. Pikart, a.a.O., S.511: “Bargeld”. 強制執行에서는 민소법 제689조에 따라 特定 動産의 引渡請求를 執行하는 것에 해당하여 執行官은 이를 債務者로부터 收取하여 債權者에게 引渡하여야 한다. Vgl. § 883 ZPO; Staudinger/K. Schmidt, B 12: “Die Klage ist auf Herausgabe individueller Stücke, nicht auf Zahlung zu richten”; H. Pikart, a.a.O., S.515. 金錢債權에 관한 強制執行의 대상로서 金錢은 動産에 대한 強制執行이 적용된다. 위 주 69) 참조.

- 101) 立證困難에 관한 지적은 M. Kaser, a.a.O., S.3 참조. “Gesichtspunkt der Praktikabilität” Vgl. D. Medicus, JuS 1983, S.898 ff. 예를 들어 現金貨幣를 절취한 자에게 도난된 특정 貨幣의 반환을 청구하는 자는 그 전제로서 반환목적물인 화폐를 사실상 특정할 수 없는 경우가 대부분일 것이므로 不法行爲에 의한 損害賠償이나, 절취자가 현금을 거액에 지불한 경우에는 無權限의 處分行爲로 그 價額의 不當利得의 返還을 청구할 수 있다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 12: “Gegenstand des mit dieser Nichtleistungskondition auszugleichenden Eingriffs ist der durch das Eigentum am Geld verkörperte Geldwert”, C 2 f. 無權限 處分行爲者의 不當利得返還義務의 성립에 관한 독일민법 제816조의 利得(Erlangte)에 관해서는 處分의 原因行爲에 대한 反對給付로 얻은 것 자체로 해석하는 견해가 다수의 견해이다. Vgl. Esser-Weyers, SchuldR II, 7.Aufl., 1991, § 51 I 3 b),

의 損害賠償 내지 不當利得의 價額返還을 청구하게 된다¹⁰²⁾. 나아가 貨

S.490. 그리고 점유자의 現金과 타인의 現金이 混和된 경우에는 사실상 구별하여 분리할 수 없는 바, 所有者는 金錢을 特定하여 返還請求를 할 수 없는 경우가 대부분이다(vgl. § 370 ABGB). 따라서 金庫殘額을 관리하는 占有者의 所有가 되며(민법 제258조, 제257조), 민법 제261조에 따라 不當利得規定에 의해 報償을 청구할 수 있을 뿐이다. 다만, 예외적으로 犯罪行爲에 의해 다액의 金錢을 교부한 경우에는 正義觀念상 金庫管理를 主物로 볼 수 없을 것이다. Vgl. D. Medicus, a.a.O., S.901; R. Reinhardt, a.a.O., S.89 f.; M. Kaser, a.a.O., S.4 f. 金錢의 이러한 특성을 고려하여 信託法 제30조에서는 信託財産이 金錢인 경우에 分別管理義務를 특별히 규정하고 있다. 金錢의 遺失과 拾得에 관해서는 金錫字, 金錢, 司法行政 249호(1981), 47면 이하 참조. 金額을 분할하여 반환할 수 있다는 견해는 S. Simitis, a.a.O., S.462 참조. 현행 민법 제251조의 단서에 상응하는 오스트리아民法 제371조에서는 金錢이 混和된 경우에 所有物返還請求를 배제하고 있다. Vgl. Koziol-Wesol, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd.I, 10.Aufl., 1996, S.85. 독일민법상 混和에 관한 동법 제948조의 해석상 金錢의 경우에는 共有를 인정하는 견해가 지배적이다. Vgl. Baur/Stürmer, § 53a III 2; Wolff-Raiser, § 72 III 3, Fn.22; H. Westermann, § 52 III b; R. Rheinhardt, a.a.O., S.90 f.; B. Falck, Das Geld und seine Sonderstellung im Sachenrecht, 1960, S.33, 36 ff., 46 ff.; H. Pikart, a.a.O., S.514; Staudinger/K. Schmidt, B 14.

- 102) 반환되어야 할 貨幣(金錢)로 다른 物件을 취득한 경우에 物的 代償(dingliche Surrogation)으로서 취득한 物件의 返還請求를 인정할 수 있는가에 관해서는 학리적 견해가 나뉘어 있으나 독일의 지배적 견해와 실무는 특별재산에 예외적으로 인정되는 경우를 제외하고는 이를 부인하고 있다. Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.9, 26; BGHZ 33, 66, 71 f.; M. Wolf, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, JuS 1975, S.643 ff., 710 ff.; 1976, S.32 ff., 104 ff. "Bestandsschutz", "Erhaltung des Sondervermögens"; S. Simitis, a.a.O., S.461; Staudinger/K. Schmidt, B 12. 긍정적으로 고려하는 견해는 R. Reinhardt, a.a.O., S.92 f. 참조. 다른 金錢으로 교환된 경우에도 반환될 貨幣를 곧바로 갈음할 수 없다. Vgl. Wolff-Raiser, § 84, Fn.6; MünchKomm/Medicus, § 985 BGB, 3.Aufl., 1997, Rn.16 f.; Staudinger/K. Schmidt, B 12. 다만, 타인 所有의 金錢을 他主占有하는 경우에 이를 다른 金錢으로 교환하여 所有者를 위해 保管하는 경우에는 物權의 返還請求를 인정할 수 있다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 12, 15. 이러한 예외도 인정할 수 없다는 견해는 D. Medicus, JuS 1983, S.900 참조. 이와 달리 直接占有者에게 金錢의 價値權(Wertrecht)을 귀속시키는 일반원칙을 제안하면서 타인을 위해 가치권을 지배하는 경우를 사안에 따라 선별적으로 다르게 취급하려는 견해는 M. Kaser, a.a.O., S.9, 24 f. 참조. 價値返還을 인정하는 견해는 H. Westermann, § 30 V 3; W. Pinger, in Westermann, § 30 V 3 a). 제한적으로 동일성을 확인되는 한 物件返還을 인정하는 견해는 B. Falck, a.a.O., S.137 ff. 참조. 金錢所有權者의 지위를 다른 債權者와 같이 취급하는 것은 執行法(第3者 異議의 訴, 還取權)에 표방되어 있는 所有權 歸屬秩序에 상치되므로 價値返還을 부정하는 것이 타당하다. 나아가

幣(金錢)의 物權의 歸屬秩序는 타인 金錢의 無權限 占有者가 자신의 金錢과 混和시키거나 消費 또는 자신의 金錢으로 代替할 수 있는가라는 문제와 구별되어야 하는 바, 無權限 占有者라도 이러한 행위는 去來觀念上 원칙적으로 허용된다. 그렇지만 타인 金錢의 所有權을 취득하는가는 物權法 一般法理에 따라 결정되어야 한다¹⁰³⁾. 그밖에 貨幣(金錢)의 返還이 遲滯되는 경우에 遲延利子의 支給은 債務不履行法 一般規定(민법 제390조 이하)이 적용된다¹⁰⁴⁾. 對象的 金錢에 대한 이러한 法的 取扱은 支拂手段으로서 貨幣의 金錢의 機能性에서 연유하는 바, 價值返還

타인의 金錢을 반환할 수 없을지라도 일반적으로 支拂請求權만을 인정하는 價值代償(Wertsurrogation)도 인정될 수 없다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, B 12; Münch Komm/Medicus, a.a.O. 이로 인해 집행법상 金錢所有者가 입는 불이익은 代償의 還取權(파산법 제83조; § 48 InsO: Ersatzaussonderung, vgl. § 46 KO)으로 보완할 수 있다. 그러나 價值返還을 인정하는 견해는 이를 부인한다. Vgl. H. Westermann, S.137; W. Pinger, in Westermann, S.194. 그밖에 독일민법 제281조에서는 代償請求權을 규정하고 있어, 物權的 返還義務의 履行에도 債權法의 一般原則이 적용되는 한 物件의 返還이 後發의으로 不可能한 경우에도 代償請求權은 적용될 여지가 있다. 그러나 지배적 견해는 독일민법 제985조(민법 제213조)에 의한 所有物返還請求에서는 不能이 된 본래의 給付와 代償利益의 同一性이 결여되어 그 적용을 부인한다. Vgl. RGZ 105, 84; 115, 31. 긍정하는 견해는 W. Pinger, in Westermann, § 31 IV, V, S.205 ff.; R. Reinhardt, a.a.O., S.91 ff., 95. 獨逸民法의 內的 體系의 관점에서 긍정적인 관점은 R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 5.Aufl., 1990, S.52 참조. 현행 민법에서는 債權의 代償請求權을 규정하고 있지 않으나 학설과 판례는 이를 인정하고 있다. 그러나 物權的 返還請求가 후발적으로 불가능한 경우에도 類推適用할 수 있는가는 繼受法의 方法的 觀點에서 比較法研究를 통한 法發展의 形成이 신중히 검토되어야 할 것이다. 安法榮, 債權의 代償請求權, 債權法에 있어서 自由와 責任, 1994, 234, 243면 참조.

103) Staudinger/K. Schmidt, B 11. Vgl. B. Falck, a.a.O., S.106 ff.

104) 독일민법 제1조안에서는 遲延利子의 支給에 관해 명시적 규정을 두었으나, 일반규정을 類推適用하여 해결할 수 있다는 제안에 따라 삭제되었다. Vgl. § 248 Abs.3 BGB-E I: "... Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden auch dann Anwendung, wenn bestimmte Geldstücke zu leisten sind"; Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutsche Reich, Erster Lesung, 1888, S.56; B. Mugdan II, S.538; Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, § 288 BGB, S.312. 所有物 返還請求에 의한 給付關係에 債權法의 適用에 관해서는 H. P. Westermann, in Westermann, § 2 III; W. Pinger, in Westermann, § 30 I 1, V 3.

(Wertvindikation)의 관념에 접근한다¹⁰⁵). 그렇지만 金錢의 機能的 特性을 전제하면서도 개별 貨幣金錢를 動産으로서 파악하여 物的 所有權을 인정하는 실익은 貨幣가 金錢價値를 化體하고 있다는 점에 있는 바, 이러한 所有權的 保護는 執行法에서의 法的 保護, 예를 들어 제3자 異議의 訴나 破産法上 還取權의 전제가 된다¹⁰⁶). 그밖에 금전거래의 실제적

105) 獨逸에서는 이에 관해 독일민법 제985조(우리 민법 제213조)에 의해 金錢返還(Geldvindikation)이 物件返還이라는 견해(Sachvindikation)와 價値返還을 인정하려는 견해(Wertvindikation)가 첨예하게 대립되어 왔다. 그러나 오늘날 지배적인 견해는 독일민법 제985조에 의한 금전의 반환은 物件의 返還請求라고 하는 입장을 취하고 있다. 이러한 논의의 실무적 實益은 적다고 할 수 있으나 金錢價値를 화체하고 있는 金錢所有權의 保障뿐만 아니라 실정 法律의 解釋的 法理로도 중요성이 있는 바, 價値返還을 인정한다면 소송상 반환청구의 대상인 특정 貨幣의 有體的 存否를 다투는 것은 불필요하다는 결과를 초래하며, 이러한 결과는 金錢의 價値規準의 機能에만 상응하는 것으로서 물건법상 貨幣는 動産으로서 所有權의 對象인 것에 적합하지 않다. 그러나 金錢債權을 매개로 하여 金錢機能이 함께 작용하는 한에서는 價値返還의 관점이 관철될 수 있다. 예를 들어 일정 수량 紙幣가 封金되어 있는 상태로 物權의 返還請求의 대상이 된 경우에 封金을 점유하고 있는 상대방이 청구권자에 대해 갖고 있는 封金額 상당의 反對債權을 갖고 相計할 수 있는가라는 문제가 제기될 수 있다. 이 경우에 相計의 要件으로서 雙方 債權의 同種性(Gleichartigkeit: § 387 BGB, 우리 민법 제492조)이 없어 相計가 허용될 수 없다고 하는 것은 법률이 同種性을 요구함으로써 相計 當事者의 利益을 保護하려는 趣旨에 어긋난다고 할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 物權의 “返還”(Herausgabe)과 債權의 “支拂”(Zahlung)이라는 法技術의 差異는 인정될 필요가 없어 相計가 인정되어야 한다. Vgl. M. Wolff, a.a.O., S.627; M. Kaser, a.a.O., S.15 f.; D. Medicus, JuS 1983, S.897, 902 f.; Staudinger/K. Schmidt, B 12; K. Schmidt, JuS 1984, S.741. 價値保有體로서 金錢의 屬性에 비추어 價値返還을 인정하는 대표적 견해는 H. Westermann, § 30 V 1 a): “Eigenschaft des Geldes als Wertträger”, 3: “An die Stelle der Geldsachvindikation tritt dann die Geldwertvindikation”. Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.1, 7: “das Geld zum abstrakten Wertträger”, 15 ff; S. Simitis, a.a.O., S.459 ff.: “Betragsvindikation”. 價値返還에 대한 批判의 再批判은 W. Pinger, in Westermann, § 30 V 3, S.194 참조.

106) Vgl. Wolff-Raiser, § 66 IV: “wohlbegründete Rechtsüberzeugung . . . fraglos in die Eigentumsordnung eingefügt”. 이와 달리 金錢의 支拂手段으로서의 기능을 충족하는 한, 物件에 대한 所有權과 달리 金錢에 대한 價値權(Wertrecht am Geld)을 所有權으로 구성할 수 있으며, “金錢은 占有하는 자에 속한다”는 原則을 제시하는 견해는 M. Kaser, a.a.O., S.10; 위 주 63) 참조. 占有移轉에 의한 金錢所有權의 이전한다는 다수의 견해를 따르면서도 混和 등으로 還取權을 부인하는 견해는 金錫字, 앞의 논문, 司法行政 249호(1981), 50면 이하 참조. S. Simitis는 機能論的 立場에서

상황에서는 예외적 사례이지만 犯罪目的(유괴, 인질범행)에 의해 강제로 現金을 교부하면서 그 특정 紙幣의 一連番號를 기입하여 둔 경우에 실익이 있다¹⁰⁷⁾.

對象의 金錢은 貨幣의 素材의 有體性에 착안하고 있는 바, 善意取得이 인정되는가에 의문이 제기될 수 있다. 다수의 견해는 金錢을 “특수한 動産”이라는 모호한 概念定義를 기초로 구체적이고 비판적인 분석 없이 이를 否認하거나 限定的으로 認定하고 있다¹⁰⁸⁾. 그러나 對象의 金錢인 有體의 貨幣는 金錢價値를 化體하고 있는 한 그에 대한 所有權은 보장되어야 마땅하며, 貨幣는 金錢이며, 동시에 그 자체는 개별적으로는 讓渡에 의해 所有權이 이전되는 動産이므로 善意取得을 인정하여야 한다¹⁰⁹⁾. 이는 현행 민법 제249조가 “動産”을 요건으로 하고, 제250조가

金錢을 “抽象的 財産의 힘”으로 파악하여 物權法上 有體의 對象에 대한 支配權으로서 金錢의 所有權과 占有的 構成에 반대한다. S. Simitis, a.a.O., S.456 f., 464: “Wenn im geltenden Recht dem Eigentum- und nicht dem Besitzrecht der Vorzug gegeben werden muß, so deshalb, weil der Besitzer nur vorläufige, das Eigentum dagegen entgültige Zuordnung ist”.

107) Vgl. H. Lange, a.a.O., S.300 f.; D. Medicus, JuS 1983, S.900. 占有移轉만으로 金錢所有權의 이전을 인정하는 견해에서도 예외적으로 封金된 경우나 절취한 金錢에 대해서는 예외적으로 物權의 返還請求權을 인정하려는 입장은 日本 注釋民法(7), 99, 101면 참조. 刑法에서 窃盜, 横領, 詐欺, 贓物取得 등의 財産의 犯罪行爲의 客體로서 有體인 對象의 金錢 이외에 抽象的 價値로서 金額이 고려되고 있다. 金日秀, 韓國刑法 III, 1997, 527, 548-550, 623, 632-633, 636, 705, 716, 739, 811면; C. Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, FS für H. Mayer, 1966, S.467 ff. 참조. 金錢私法에서 貨幣金錢과 金錢의 多元的 概念은 위 80, 80), 이하 주 115) 참조, 기타 金錢과 財産概念의 관계는 이하 주 106, 113, 158, 170) 이하 등, VI 2, VII 참조.

108) 위 V 1, 2 참조. 다수의 견해는 强制通用이 인정되는 통상의 金錢으로 유통되는 貨幣에는 善意取得規定의 適用 자체를 부인한다. 金曾漢/金學東, 物權法, 1997, 131면; 郭潤直, 物權法, 1992, 216면; 李英俊, 物權法, 1996, 261면; 日本 注釋民法(7), 99면 참조. 이와 달리 소수의 견해는 금전의 선의취득을 인정한다. 崔 棣, 新物權法, 1959, 114면; 金顯泰, 新物權法(上), 1982, 119면; 民法注解/李仁幸, 제249조, 435면 이하 참조.

109) Vgl. H. Pikart, a.a.O., S.514; D. Medicus, JuS 1983, S.897 f.: “unechte Geldansprüche”, 899; Staudinger/K. Schmidt, B 13. 이 경우에 타인의 金錢(貨幣) 所有權을 無權限으로 처분한 자 및 그로부터 無償으로 해당 金錢(貨幣)를 양수받은

“前條의 境遇에”라고 규정하고 있는 文言에도 상응하며, 貨幣는 金錢의 典型으로서 제250조 단서에서 盜難·遺失된 경우에도 거래상 고도의 流動的 互換性을 갖는 金錢機能을 고려하여 해당 貨幣所有者의 返還請求를 배제하고 있는 것이다¹¹⁰⁾. 여기에 해당하는 對象的 金錢은 단순한 有體動産과는 구별되는 바, 金錢으로서 支拂手段이 되는 것으로서, 外國의 通貨高權에 의해 발행·통용되는 外貨도 포함된다¹¹¹⁾. 따라서 紀念金貨가 그 素材인 金價値로 인해 物件으로서 거래되는 경우나, 골동품에 지나지 않는 古貨幣나 僞幣는 金錢機能이 없어 단순한 動産에 지나지 않으므로 善意取得이 인정되는 것은 당연하며¹¹²⁾, 따라서 제250조

惡意의 제3자에 대해 不當利得의 價額返還을 청구할 수 있다(민법 제747조).

110) 民法注解/李仁宰, 제249조, 436면, 제250조 469면 참조. Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.3; Staudinger/ K. Schmidt, B 13; §§ 367, 371 ABGB; Koziol-Welser, a.a.O., S.84 f.

111) Wolff-Raiser, § 69 I 4 a) Fn.4; H. Pikart, a.a.O.; Staudinger/K. Schmidt, B 13; LG Köln NJW-RR 1991, 868; K. Schmidt, JuS 1991, 855. 나아가 貨幣(金錢)의 讓渡時에 양도인의 處分權限과 行爲能力에 관한 양수인의 善意를 특별히 확대하여 보호하려는 견해는 R. Reinhardt, a.a.O., S.85, 94; B. Falck, a.a.O., S.29. 이에 대해 반대하는 견해는 W. Pinger, in Westermann, § 49 III 1; Staudinger/K. Schmidt, B 13 참조.

112) 郭潤直, 物權法, 1994, 216면; 李英俊, 앞의 책, 261면 참조. 이 경우에 金錢의 善意取得을 부인하는 견해는 본조 단서의 金錢은 金錢이 아니라 단순한 物件인 것에 불과하다고 한다. 그러나 금전기능을 하고 있는 貨幣는 金錢이며, 본조가 명백히 金錢이라고 규정하고 있는 한 이를 배제하는 것은 法條의 文言性에 반하며, 解釋으로서 그 적용을 배제하여 달성하려는 金錢去來의 원활이 제고되는 것도 아니다. Vgl. § 935 II BGB; Baur/Stürmer, § 52 V 4 a) “Falschgeld”, b); K. Schmidt, JuS 1984, S.739 f.; Staudinger/K. Schmidt, A 19, C 4 ff.; 民法注解/李仁宰, 제249조, 437면. 나아가 金錢의 特殊性 외에 金錢이 善意取得이 적용되는 有價證券보다도 流通性이 확보되어야 한다는 점을 들고 있다. 그러나 금전은 有價證券이 아니며, 有價證券의 거래에는 그에 고유하고 적합한 특별한 善意取得의 규정이 있어(민법 제514조, 상법 제65조, 제359조, 어음법 제16조, 수표법 제21조 등 참조) 金錢의 善意取得을 부인하려는 논거로서 타당하지 않다. 그밖에 有價證券의 善意取得規定을 類推適用함으로써 貨幣金錢의 유통성을 제고할 수 있다는 견해(鄭權燮, 註釋民法 II, 1991, 403면)도 有價證券과 金錢은 구별되며(위 주 98), 貨幣의 流通性 提高가 金錢私法の 規範目的이 될 수 없으며(위 주 63), 이들 규정의 적용이 금전거래 당사자의 利害關係를 보다 적절하게 규율하거나 貨幣金錢 자체의 屬性에 따른 流通性을 보다 잘 확보할 수 있는 것도 아니다. 民法注解/李仁宰, 제249조, 438면 참조.

단서도 적용되지 않는다.

現金貨幣가 일시적으로 金錢의 기능을 상실하고 封金된 상태에 있는 때에도 마찬가지로 취급할 수 있다. 그러나 善意取得은 그 要件의 對象을 動産에 국한하고, 취득자의 善意·無過失을 요구하는 바, 후자의 경우에는 封緘된 상태가 해제되어 통상의 貨幣로서 金錢의 역할을 하게 되더라도 取得者가 惡意이거나 過失이 있는 한 善意取得이 성립되지 않는다. 이 경우에도 진정한 金錢所有者는 사실상 해당 貨幣를 特定하여 返還請求할 수 없는 경우가 대부분이며, 不法行爲로 인한 損害賠償 내지 不當利得의 價額返還으로 귀착될 것이다. 그러나 物件에 대한 所有權의 地位에 상응한 金錢의 財産, 즉 金錢財貨의 歸屬權者로서의 私法上 金錢所有權者로서, 그리고 執行法에서 人的 責任의 主體로서의 規範의 地位를 金錢所有權者가 物權의 返還請求權을 행사하기 위해 그 構成要件의 前提로서 반환을 요구하는 貨幣의 特定이 사실상 곤란하다거나, 또는 貨幣金錢의 일반적 受容성과 互換性を 保障하기 위해 對象의 所有權歸屬을 法技術的 側面에서 占有法理로 代替하여 달리 정립할 수는 없다¹¹³⁾.

(ii) 法定支拂手段

對象의 金錢으로서 貨幣는 交換手段으로서 名目價値를 갖추고 支拂手段이 되며¹¹⁴⁾, 通貨高權의 확보를 지향한 法秩序의 一般的 承認을 전제한다(소위 法定支拂手段: sog. gesetzliches Zahlungsmittel)¹¹⁵⁾.¹¹⁶⁾ 金錢

113) 同旨 民法注解/李仁宰, 제249조, 436면 참조. 오늘날 自由主義의 市場經濟秩序下에서 物件 所有者의 經濟的 地位는 貨幣金錢과의 雙務的 交換으로 形成된, 즉 金錢價値에 의해 평가된 經濟的 地位와 동일하며, 이에 상응한 法的 地位도 自由主義의 私法秩序의 基本原理에 합치하는 한 동등하게 평가되어야 할 것이다. 위 III 2, 주 63, 68, 68 106) 참조. 金錢債務不履行의 無過失責任에 관해서 이하 주 182) 참조. Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.4 ff.; R. Reinhardt, a.a.O., S.74; S. Simitis, a.a.O., S.456 ff., 463 f. 이러한 의미에서 範疇的 財産概念을 통한 權利對象으로서 金錢財貨의 體系의 理解에 관해서는 VI 2, VII 참조.

114) 金錢機能을 하는 對象의인 것으로서 貨幣에 관해서는 위 3 가 참조.

115) 金屬貨幣로부터 名目貨幣로 발전한 오늘날의 管理通貨制度하에서 貨幣는 強制的 金

의 典型인 貨幣가 法定支拂手段인 점과 관련하여 私法學에서는 통상 金錢을 支拂을 위한 給付對象(Leistungsgegenstand für Zahlungen)으로서 支拂手段을 중심으로 概念하고 있다¹¹⁷⁾. 이러한 支拂手段만을 중심으로 파악하는 것은 위에서 살펴본 바와 같이 金錢機能을 제한적으로 반영하고 있으나 그에 상응하는 한에서는 한정적으로 타당하다¹¹⁸⁾. 즉, 財貨交換을 매개하는 價値單位(Werteinheit)이며, 동시에 尺度單位(Maßeinheit)로서 기능을 하며, 價値保有體(Werträger)인 것을 전제로 支拂手段으로서의 機能이 가능하게 된다.

나아가 貨幣가 法定支拂手段이 된다는 것과 관련하여 法的으로 중요한 특성은 受領의 強制(Annahmewang)가 인정된다는 점에 있는 바, 金

錢(Zwangsgeld)를 의미하는 바, 制限의이나나 強制的으로 通用되는 支拂手段(beschränkt zwangsläufige Zahlungsmittel)이어야 한다. 그러나 國內通貨의 強制的 通用 내지 外國通貨의 사실상 流通에 대한 公共의 信用保護를 목적으로 하며, 一般的 受領強制를 構成要件의 標識로 하지 않는 刑法의 通貨(貨幣)概念과 다르다. 金日秀, 韓國刑法 IV, 1997, 191면 이하 참조. Vgl. BGHSt 27, 255; 32, 198; Staudinger/K. Schmidt, A 24.

116) 法秩序의 一般的 承認 없이 去來界의 일부에서 決済的 支拂手段이 되는 것은 抽象的 機能의 金錢(制度的 金錢)에 속하는 것이며, 貨幣로서 對象의 金錢에 속하는 것은 아니다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 23. 이와 다른 견해는 H. Fögen, a.a.O., S.5 e): “auch die nur “beschränkt verkehrsfähigen”, insbesondere die nur “kassenläufigen” Zahlungsmittel dem Geld im Rechtssinne zuzuordnen”. 金錢體系의 組織(通貨)의 규율로서 法定支拂手段을 다루는 견해는 F. A. Mann, a.a.O., S.31 ff. 참조.

117) Vgl. H. J. Hahn, § 2, Rn.52; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1347, 1350: “Der Geldbegriff soll definiert werden „als das nicht ablehnbare gesetzliche Zahlungsmittel, das bei der Vermittlung des Güteraustausches als Wert- und Maßeinheit fungiert und durch einen Werträger fixiert wird””; F. Wieacker, a.a.O., AcP 148(1943), S.71 f., 103, § g: “Die Funktion, Träger eines Summenwertes zu sein, ist die ausschließliche Eigenschaft der allgemeinen Tauschmittel, des Geldes und seiner Surrogate. . . . empfiehlt es eine Klärung und Abgrenzung des privatrechtlichen Geldbegriffs, der die Zahlungsmittel im weitesten Sinne umfassen muß. . . . Geld sind alle Gegenstände, die im Verkehr als allgemeines Tauschmittel gelten”.

118) 위 주 40) - 43), 84) 참조. Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.62: “Die vielfach daneben genannte Zahlungsmittelqualität ist richtiger gesehen in der Tauschmittelqualität enthalten”.

錢은 금전채권자의 同意에 의해 履行으로서 제공되는 것을 의미하는 것이 아니라, 지불거래관계의 당사자 사이에 다른 합의가 없는 경우에 債務者가 履行으로 債權者에게 提供하여야 하는 것으로서 債權者는 그 受領을 거절할 수 없다는 것을 의미한다¹¹⁹⁾. 支拂義務의 履行에 대해 受領強制가 인정되는 對象이 法律 등으로 정해져 있다는 점에서 “法定”支拂手段으로 표현된다. 또한 “法定”이라는 의미에는 成文의 法律 뿐만 아니라 慣習法, 그리고 국제거래 영역에서 信義誠實의 原則에 따라 일반적으로 승인되어 적용되는 去來則도 포함된다. 그러므로 國內 또는 外國의 支拂手段인가를 구별하지 않는 바, 外貨에도 受領強制가 적용되기 위해서는 支拂手段으로 승인·수용되는 일정 去來領域을 전제한다.

현행 民法典에는 통상 國內 支給通貨의 종류가 정해져 있지 않은 金額債權의 변제를 위한 支給方法에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이에 관한 법적 판단은 금전에 관한 特別法의 規定들을 고려한 解釋論으로써 규명되어야 한다. 우선적으로 韓國銀行法의 제규정이 고려되는 바, 동법 제47조는 “貨幣의 發行權은 韓國銀行만이 가진다”고 규정하여 韓國銀行이 中央銀行으로서 大韓民國내의 유일한 發券銀行으로서 貨幣發行의 獨占權을 보유하며¹²⁰⁾, 동법은 또한 貨幣를 紙幣인 銀行券과 鑄貨로 나누고 있으나(동법 제49조 - 제54조 참조), 동조에서는 “貨幣의 發行權”이라고 규정함으로써 銀行券뿐만 아니라 鑄貨의 發行權도 韓國銀行이 보유하는 것으로 규정하고 있는 것으로 해석된다¹²¹⁾. 또한 제48조에서는 “韓國銀行이 發行한 韓國銀行券은 大韓民國

119) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 24: “nur noch das Zwangsgeld als Geld im Rechtssinne”; H. J. Hahn, § 5 Rn.52 f.; U. Häde, a.a.O., S.50 ff.

120) 우리나라의 현행 發券制度에서는 最高發行限度額이나 保證準備發行에 대해 法的 制限을 두지 않고 있다. 韓國銀行法은 위 조항에서 韓國銀行이 貨幣發行權을 독점하며, 政府의 承認을 얻어 金融通貨(運營)委員會가 정하는 바에 의하여 어떠한 규격, 모양, 권종의 銀行券이라도 발행할 수 있다고 규정하고 있는 바, 通貨價値의 安定維持와 경제계에서 필요한 通貨量을 資金需給計劃에 따라 종합적으로 조절하려는 완전한 管理通貨制度를 채택하고 있다. 韓國銀行, 우리나라의 금융제도, 1993, 18면 이하 및 각주 9) 참조.

내의 唯一한 法貨로서 公私一切의 去來에 無制限으로 적용된다”고 규정하여 韓國銀行券의 法貨性を 인정하고¹²²⁾, 또한 鑄貨에 관해서는 제54조 제1항에서 “韓國銀行은 政府의 承認을 얻어 大韓民國내에서 鑄貨를 發行할 수” 있으며, 동조 제2항에서는 “第1項의 鑄貨에 관하여는 이 法第48條 내지 第53條의 規定을 準用한다”고 규정하고 있는 바, 韓國銀行이 발행하는 鑄貨도 韓國銀行券과 본질적으로 동일한 大韓民國의 貨幣이다¹²³⁾. 그밖에 貨幣單位에 관해서는 緊急通貨措置法 第2조에 의해 1962. 6. 10일부터 우리나라의 貨幣單位를 “원”으로 칭하며, “원”은 計算單位로 되고 100전으로 分割되도록 규정하고 있다¹²⁴⁾.

따라서 첫째, 韓國銀行이 發행한 貨幣는 法貨로서 債務者가 辨濟로서 지급하는 紙幣 또는 鑄貨는 그 종류를 불문하고 受領하여야 한다는 것이다. 法貨는 國家의 法律에 의해 強制通用力과 支給能力이 부여된 貨幣를 의미하는 바, 國庫 納入은 물론, 辨濟를 받는 채권자도 그 受領을 拒絕할 수 없으며, 이를 거절하는 경우에는 민법상 受領遲滯責任이 성립한다¹²⁵⁾. 둘째, 辨濟로 지급하는 通貨의 種類에는 제한이 없다. 따라서 金錢債務者는 각종의 通貨로 債務를 辨濟할 수 있으며, 韓國銀行法 第54조 제2항에 따라 債務 전액을 韓國銀行券이 아닌 鑄貨로 지급할 수 있다는 결론이 도출된다. 그러나 동조항이 韓國銀行券 외에 鑄貨에도 제48조를 準用하고 있으나, 동법이 紙幣와 鑄貨를 구분하고 있는趣旨에 비추어 支拂手段으로서 金錢의 機能, 그리고 信義則에 의해 제한

121) 韓國銀行 企劃部, 逐條解說 韓國銀行法, 1986, 131면 참조.

122) 韓國銀行 企劃部, 앞의 책, 134면; 韓國銀行, 앞의 책, 19면 참조.

123) 韓國銀行 企劃部, 앞의 책, 142면 이하 참조.

124) 우리나라는 韓國銀行의 창립 이후 세차례의 通貨改革措置를 통해 貨幣體系를 정비한 바 있으며, 현재 유통되고 있는 銀行券 및 鑄貨는 1962년 제3차 緊急通貨措置에 의한 圓表示 貨幣이다. 韓國銀行, 앞의 책, 19면 참조. 독일 通貨法 第1조 제1항에서는 獨逸 마르크(Deutsche Mark)와 그 1/100로써 페니히(Pfennig)를 구분하여 會計單位를 명시하고 있다. Vgl. § 1 I WährungsG.

125) 이하 V 4 참조. 독일 通貨法 第1조 제2항에서는 마르크와 페니히를 표시한 紙幣를 法定支拂手段으로 규정하고 있다. Vgl. § 1 II WährungsG.

되어야 한다. 즉, 鑄貨도 法貨이며, 法定支拂手段이지만 鑄貨로만 지급하는 것이 거래상 부적절하여 信義則에 반하는 경우에는 金錢債權者는 그 受領을 拒絶할 수 있다고 해석하여야 할 것이다¹²⁶⁾. 또한 金錢債務者는 반드시 約定金額에 맞게 支拂할 義務는 없으나, 구체적 개별 거래 상황에 비추어 상대방이 기대하기 어려운 高額の 紙幣로 지불하는 것이 信義則에 반하는 때에는 그 受領을 拒否하여도 債權者遲滯가 성립되지 않는다¹²⁷⁾.

(iii) 外貨의 金錢性

현행 民法에서 外貨에 관한 규율은 外貨債權에 관한 규정에서 찾을 수 있다. 外貨債權은 금전채권의 일종으로서 外國金錢의 給付를 목적으로 하는 債權으로서 통상적으로 外貨로 표창되는 價値의 一定量을 인도하여야 하는 外貨金額債權이 주종을 이루고 있다. 법적 문제로서는 우선적으로 支拂方法에 있어서 문제가 제기된다. 그러나 外貨債權의 支拂은 金錢概念에 직접적으로 연계되지 않고 채권법상 履行의 問題로 다루어진다¹²⁸⁾.

126) 독일에서는 鑄貨에 관해 通貨法과 별도로 鑄貨法(Gesetz über die Ausprägung von Scheidemünzen)을 두고 있다. 동법 제1조에서는 聯邦鑄貨(Bundesmünzen)로서 페니히貨와 마르크貨가 주조될 수 있으며, 제2조에서는 마르크주화는 20마르크, 페니히주화는 5마르크까지 지불로서 수령할 義務가 있는 것으로 규정하고 있고, 聯邦과 州는 제한 없이 수령하고, 다른 法定支拂手段으로 교환해 주어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 주화에 관해 특별규정을 두고 있는 독일에서도 마찬가지로의 解釋的 結論이 도출되는 바, 금전채권자는 鑄貨法에서 정한 이상 주화로 辨濟받는 것을 拒絶할 義務가 있는 것이 아니라, 債權者遲滯가 되지 않으면서 그 受領을 거부할 수 있는 可能性을 갖는다. Vgl. D. v. Stebut, a.a.O., S.563.

127) Vgl. H. Isele, a.a.O., S.177 f.

128) 현행 민법 제377조 제1항은 「債權의 目的이 다른 나라의 通貨로 支給할 것인 경우에는 債務者는 自己가 選擇한 그 나라의 各 種類의 通貨로 辨濟할 수」 있는 것으로 하고 있으며, 나아가 동조 제2항은 「債權의 目的이 어느 種類의 다른 나라 通貨로 支給할 것인 경우에 그 通貨가 辨濟期에 強制通用力을 잃은 때에는 그 나라의 다른 通貨로 辨濟하여야 한다」고 규정하고 있다. 또한 제378조는 「債權額이 다른 나라 通貨로 指定된 때에는 債務者는 支給할 때에 있어서의 履行地의 換金市價에 의하여 우리나라 通貨로 辨濟할 수 있다」고 규정하여 外貨金額債務者에게 代用權

外國貨幣도 해당 외국의 通貨高權에 의해 供與된 貨幣로서 金錢에 고유한 일반적 속성을 갖추고 있으며, 거래계에서 자국의 貨幣와 마찬가지로 金錢機能을 하고 있는 한 私法上 對象的 金錢으로서 인정할 수 있다. 다만, 外貨는 우리나라 通貨가 아니므로, 法定支拂手段이 될 수 있는가에 의문이 제기되는 바, 통화법상 외화는 원칙적으로 法貨가 아니며¹²⁹⁾, 그러는 한 通貨地域內에서 法律에 의한 受領強制는 인정되지 않는다. 그러나 오늘날 名目主義에 입각한 管理通貨制度下에서 자국의 화폐에 부여된 法定支拂手段이라는 對象的 金錢의 속성은 通貨公法에 의한 金錢體系의 형성에 파생·수반된 것으로서¹³⁰⁾, 私法에서 金錢으로서의 자격을 승인하는데 결정적인 의미를 부여할 필요가 없다. 오늘날 국제화된 금융시장거래에서 外貨支拂去來가 보편화되어 있으며, 이를 현행 법질서가 승인하는 한 지불거래를 합목적적으로 규율하여야 하는 사업에서는 貨幣가 어느 通貨地域에 현존하는가, 또는 外國의 法秩序에 의해 法定支拂手段이 되는가에 따라 차이를 두어야 할 이유가 없다¹³¹⁾.

(Ersetzungsbefugnis)을 인정하고 있다. 따라서 약정된 외화의 지급이 불가능하게 되는 경우에 관해서는 민법상 특별한 규정이 없으나 제378조의 규정에 비추어 國內通貨로 지불할 수 있다고 해석할 수 있으며, 당사자가 특정한 外貨로만 지급할 것을 약정한 絶對的 外國金種債權의 경우에는 금전이 표창하는 價值를 목적으로 하는 것이 아닌 순수한 種類債權으로서 해당 通貨가 強制通用力을 상실하였지만 거래계에 존재하는 한 給付가 可能하며, 해당 외화의 통화가 거래계에 존재하지 않거나, 또는 그밖의 사유로 지불이 불가능하게 되는 경우에는 給付不能이 된다. 郭潤直, 債權總論, 1995, 60면 이하; 金亨培, 앞의 책, 82면 참조. 外貨債務者의 代用權에 관해서는 安法榮, 外貨債權과 換差損의 賠償, 法實踐의 諸問題(東京 金仁燮辯護士華甲紀念), 1996, 222, 254면 이하 참조.

- 129) 外國通貨는 國內에서 強制通用力을 지닌 法貨가 아니다. 韓國銀行法 제48조, 外換管理法 제2조, 제3조 참조.
- 130) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 24: "Moderne Währungssysteme, . . . dafür besorgt, daß jedes Sachgeld aufdränbares Geld ist. Der Geldbegriff sollte . . . ebenso angepaßt werden, wie er der Entwicklung vom Metallismus zum Nominalismus angepaßt werden. Deshalb sollte nur noch das Zwangsgeld als Geld im Rechtssinne bezeichnet werden. . . . Mindestens muß es sich um beschränkt zwangsläufige Zahlungsmittel handeln".
- 131) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 23: "Unwesentlich ist, in welchem Währungsgebiet sich das Geldzeichen befindet. Es verliert seine Eigenschaft als

그러므로 外貨도 民事法에서는 원칙적으로 對象의 金錢이다¹³²⁾.

2) 制度的 金錢

제도적 金전은 貨幣에 化體되거나 또는 지로(預金)金錢으로 표현될 수 있는 價值單位를 가리킨다. 다시 말하면 對象의 移轉 없이 형성되는 다양한 抽象的 金錢機能에 연계된 개념으로서, 價值規準 내지 會計(計算)單位로서 역할을 포착한다¹³³⁾. 抽象的 金錢機能은 對象의 金錢인 貨幣와 조화를 이루는 바, 通貨(Währung)의 概念에 접근되어 있다. 그러나 通貨는 金錢體系를 가리키는 것으로서 抽象的 金錢機能을 포착하고 있는 制度的 金錢과 구별된다¹³⁴⁾. 通貨로서 金錢은 貨幣에 化體되어 있다는 점에서는 對象의 金錢에 유사하지만, 制度的 金錢은 반드시 化體되어야 하는 것은 아니며, 貨幣나 지로計座가 없이도 現存하고 活用될 수 있다는 것을 의미한다. 즉, 화폐 없이도 對象을 평가를 할 수 있는 價值規準과 名目的 金錢價値를 지닌 價值標示(Wertzeichen)로서 활용되는 것을 의미한다¹³⁵⁾.

gesetzliches Zahlungsmittel nicht etwa mit Überschreitung der Grenzen des Währungsgebiets"; H. Fögen, a.a.O., S.6; H. Pikart, a.a.O., S.511.

132) 그밖에 한 나라의 법질서가 외국의 貨幣를 法定支拂手段으로 하는가는 해당 法規範의 解釋問題이다. 현행 민법상 外貨債權의 경우에는 外國貨幣도 支拂手段에 해당하는 것으로 해석된다(민법 제377조 이하). 또한 換錢去來에서는 당사자 합의에 의해 外貨를 단순한 物件으로 취급할 수도 있는 바, 이 경우에는 궁극적으로 당사자의 意思表示 解釋의 문제로 귀착한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 23: A. Fülber, Zur Fremdwährung als bewegliche Sache und Ware und zur Geldschuld als Sachsschuld, NJW 1990, S.2797 f. 그러나 대법원은 損害의 金錢賠償에 관해서 특별한 약정이 없는 한 우리 나라의 通貨만을 의미하는 것으로 해석하고 있다. 대법원 1995.9.5. 선고 94다61120 판결(공 1995, 3385); 1997. 5.9. 선고 96다48688 판결(공 1997, 1724) 참조. 이와 달리 損害가 外貨로 발생하는 한 損害通貨인 外貨도 원칙적으로 민법상 金錢으로서 外貨債權의 성립을 인정하여야 한다. 安法榮, 앞의 논문, 237, 250면 이하 참조.

133) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 15, 18: "Geld als Institution ist die in Geldzeichen zu verkörpernde oder als Buchgeld(Giralgeld) darstellbare Werteinheit"; K. Schmidt, JuS 1984, S.740: "jedoch nicht notwendig in ihnen verkörperte Werteinheit".

134) Staudinger/K. Schmidt, A 18, 40.

制度的 金錢은 민법상 金錢債權(Geldforderung)과 名目的 金錢價値를 지니고 있는 민법상 無記名債權에 속하는 證券의 債權(민법 제523조; § 807 BGB)이나 어음·수표의 기반을 이루고 있다¹³⁶⁾. 金錢債權은 貨幣의 讓渡를 목적으로 하는 것이 아니라 金錢價値의 給付를 목적으로 하는 바, 이는 制度的 金錢으로서 이해될 수 있는 것이다. 또한 有價證券들은 法律의 特別規定에 의해 규율되며 貨幣와 같은 對象의 金錢은 아니지만 證書에 기입되어 있는 名目金額의 金錢法的 意味를 부인할 수 없다¹³⁷⁾.

3) 지로(預金)金錢¹³⁸⁾

金錢을 기능적으로 이해하는 한 “購買力”의 保有體로서(als Träger von Kaufkraft) 一般的 交換手段으로 파악할 수 있다. 따라서 이와 같은 기능을 실질적으로 수행하는 媒體가 法秩序에 의해 許容된다면, 金錢으

135) Staudinger/K. Schmidt, A 18: “Dies beginnt mit der Wertmaßfunktion. . . . erfaßt auch die Verwendung von Wertzeichen”. Vgl. M. Wolff, a.a.O., S.577 f.; M. Kaser, a.a.O., S.7: “abstrakter Wertträger”; R. Reinhardt, a.a.O., S.69 f.; W. Pinger, in Westermann, § 30 V 1 a): “die Eigenschaft des Geldes als Wertträger”. 그밖에 計算單位로서의 金錢機能은 私法에서 독자적인 金錢으로 인정되지 않는다. 金錢의 價値規準機能과 결합된 計算單位로서 通貨의 秩序의 機能에 관해서는 위 IV 1 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 37 ff.

136) 制度的 金錢概念은 私法에서 특히 金錢債權에서 의미를 갖는 바, 金錢價値債權과 金額債權의 구별, 그리고 金錢債務의 현금 없는 辨濟 등을 해명한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 15, 18, 25. 金錢과 어음·수표와 차이는 M. Kaser, a.a.O., S.8 f.; S. Simitis, a.a.O., S.430 f. 참조.

137) 有價證券은 金錢의 移轉의 機能(Transportfunktion)과 信用的 機能(Kreditfunktion)을 한다. 그밖에 경제학적 관점에서 有價證券을 통한 信用에 의한 金錢創出이 논의된다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 17.

138) 銀行지로는 지급인과 수취인 사이의 각종 債權·債務의 決済나 資金의 移轉을 金融機關의 預金計座를 통하여 처리하는 것을 의미한다. 한국은행, 우리나라의 금융제도, 1993, 89면 참조. 지로(giro)라는 용어는 회람어에서 연원한 라틴어(gyrus=Kreis, gyrare=in einem Kreis herumdrehen, sich herumdrehen)에서 파생된 용어로서 “순환한다”는 의미를 나타낸다. 그 후 이탈리아 상인의 용어로서 지로라는 표현이 쓰이게 되었다고 한다. Vgl. Grimm/Wilhelm, Deutsches Wörterbuch, Bd.5, 1984, S.2891 ff.; Ch. Münch, a.a.O., S.21 f. 지로去來의沿革에 관해서는 Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 1997, § 4 I, S.220 ff.; Ch. Münch, a.a.O., S.29 ff. 참조.

로서 자격을 인정하여만 할 것이다¹³⁹⁾. 대표적으로 “지로(預金)金錢(Giral- od. Buchgeld)”이 이에 해당한다. 國內는 물론, 國際支拂去來에서도 오늘날 銀行 등 금융기관의 預金殘高를 신용으로 한 現金없는 支拂去來(bargeldloser Zahlungsverkehr)가 보편화되어 있는 바¹⁴⁰⁾, 이에 상응하여 經濟學에서는 지로(預金)金錢도 金錢으로 파악하고 있다¹⁴¹⁾. 法的

- 139) 이러한 의미에서의 金錢을 抽象的이고, 非有體的인 財産力(abstrakte, unkörperliche Vermögensmacht)으로서 파악하는 한(위 V 2, 주 66 참조), 預金金錢은 金錢의 本質을 갖추고 있다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.428; K. Larenz, a.a.O., § 12 I, S.164; Fr. C. v. Savigny, ObligationenR I, S.405 f.: “eine allgemeine, auf alle Gegenstände des freien privatrechtlichen Verkehrs anwendbare, Vermögensmacht”.
- 140) 대표적 예로서 UN國際商法委員會(UNCITRAL)는 國際的 計座移替去來를 위한 모델법을 마련하고 있다. Vgl. U. H. Schneider, Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, NJW 1989, S.285 ff.; H. Isele, a.a.O., S.132 ff.; S. Meder, Rechtsfragen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, JuS 1996, S.89 ff.; L. Gramlich, a.a.O., CR 1997, S.16.
- 141) Vgl. H. J. Sandkühler, a.a.O., S.257 f.; Hugo T. C. Godschalk, Computergeld, 1983; 趙 淳, 앞의 책, 47면 이하. 지로金錢과 동일한 의미로 쓰이고 있는 用語들(Buchgeld, Bankgeld, Computergeld, Bytegeld, Elektronisches Geld, Kreditgeld, Giralgeld)에 대한 개관은 Ch. Münch, a.a.O., S.22 ff. 참조. 그러나 지로金錢(預金貨幣)의 등장은 通貨法的 觀點에서 근본적인 의문을 제기할 수 있는 바, 金錢의 創出이 中央銀行의 間接的 統制 외에는, 각종 金融機關이 私的으로도 가능하게 됨으로써 오늘날 확립되어 있는 개별 國家의 通貨高權(Währungshoheit)에 대한 疑懼를 유발하고 있다. Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.70: “unter den Erscheinung der Privaten Geldschöpfung” u. “eine weittragende Möglichkeit zusätzlicher Geldschöpfung”; S. Simitis, a.a.O., S.423: “Die Konzeption des staatlichen Geldschöpfungsmonopol ist zumindest ungenau”; AK/Brügemeier, Rn.8 a.E.; “Buchgeld ist nicht-staatliches Geld. Seine Durchsetzung bedeutet eine Teil-Reprivatisierung der Geldschaffung”. 특히 國家金錢論(staatliche Geldtheorie)의 입장에서는 지로金錢은 私的 金錢의 창출로서 國家의 金錢創出 獨占에 반하므로 法的 意味의 金錢이 될 수 없다는 결론에 이른다. Vgl. H. J. Hahn, FS für K. Zweigert, S.631; Ch. Münch, a.a.O., S.65; Staudinger/K. Schmidt, A 3 f., 28. 그러나 오늘날 通貨法의 觀點에서도 지로금전이 國家의 通貨政策에서 배제되어 있다고 할 수 없으므로 國家金錢論에 따라 지로金錢의 金錢性을 부인하는 것은 타당하지 않다. Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II 1 b): “Das Aufkommen des Giralgeldes kann sie (Bundesbank) jedoch nur mittelbar durch ihre Diskont-, Offenmarkt-, und Mindestreservenpolitik beeinflussen; im übrigen bestimmen hier die verschiedenen öffentlichen und privaten Bankinstitute sowie die Sparkassen und nicht zuletzt die Kredit-

으로도 金錢性を 인정하려는 견해가 유력한 바, 貨幣金錢과 지로金錢은 樣態的 差異가 있는 것에 불과하여 대등한 金錢의 地位를 인정한다¹⁴²⁾. 그러는 한 양자의 支拂樣態(Zahlungsmodalität)의 선정과 그에 수반되는 危險(Risiko) 또한 當事者의 意思에 의해 우선적으로 결정된다. 이와 달리 현행 私法이 對象的 金錢인 貨幣를 중심으로 규율하고 있는 것을 중시하는 입장에서는 지로金錢은 債權(Forderung)으로 파악한다¹⁴³⁾.

지로金錢의 기능성에 비추어 金錢性を 적극적으로 인정하지만, 金錢이라는 概念的 定義에 기초하여 경제적 금전현상을 곧바로 현행 法秩序에 투영함으로써 지로金錢을 貨幣와 동등하게 취급하는 것은 對象的 金錢의 所有權을 중심으로 한 현행 私法の 客觀的 權利歸屬秩序(objektive Zuordnung)에 비추어 해석상 난점을 초래할 수 있다¹⁴⁴⁾. 따라서 概念定義에 따른 論理的 推論에 집착하기 보다는 해당 개별 사안에서 지로金

suchenden selbst den Umfang der Geldschöpfung"; D. v. Stebut, a.a.O., S.571; Ch. Münch, a.a.O., S.69, 104 ff.; Staudinger/K. Schmidt, A 28 a.E.; E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.6 f.; L. Gramlich, a.a.O., CR 1997, S.17 f.; 한국은행, 우리나라의 금융제도, 19면 이하; 韓國銀行은 "通貨信用의 調節"을 위해 韓國銀行法과 銀行法 등에서 규정하고 있는 각종 정책적 수단을 활용하여 通貨量을 조절하고, 資金의 效率的 配分 등을 도모하기 위해 貸出政策, 支給準備率政策, 公開市場操作政策을 수립·시행하며, 기타 金融機關에 대한 直接的 統制를 행하고 있다. 韓國銀行, 앞의 책, 19면 이하; 유지성, 앞의 책, 239면 이하; R. Pohl, a.a.O., S.80 ff., 94 ff. 참조.

142) S. Simitis, a.a.O., S.423 ff., 432, 435. Vgl. R. Reinhardt, a.a.O., S.70 f.; Esser-Schmidt, § 13 II 3; K. Larenz, a.a.O., S.164 f., Fn.7; MünchKomm/v. Maydall, § 244 BGB, Rn.4; J. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, Handbuch des Schuldrechts, Bd.3, 1983, S.194 ff.; D. Medicus, SchuldR I, 8.Aufl., 1995, § 18 II 3; Ch. Münch, a.a.O., S.66 ff.

143) Vgl. M. Kaser, a.a.O., S.8: "Juristisch ist diese Zahlung zwar bei den bargeldlosen Zahlungsmitteln nicht die Verfügung über Geld, sondern über eine auf Geld gerichtete Forderung"; Staudinger/K. Schmidt, 12.Aufl., 1983, A 18; "Buchgeld ist kein Geld im Rechtssinne. Es weist nicht die Merkmale des gegenständlichen Geldbegriffs auf", 13.Aufl., 1997, A 28; ders., JuS 1984, S.740; Staudinger/Dilcher, 13.Aufl., 1995, § 91 BGB, Rn.7; Meyer-Cording, Das Recht der Banküberweisung, 1951, S.127 ff.

144) 위 III 3, V 2, 주 63) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, 12.Aufl., A 18.

錢의 具體的 金錢機能에 적합한 私法的 規律을 도모하여야 한다¹⁴⁵⁾.

지로(預金)金錢은 預金主가 보유하는 金融機關 去來計座의 貸邊資産 (Guthaben)으로서, 有價證券으로 化체되지 않고서 언제든지 支拂目的으로 처분하기에 적합한 債權(Forderung)이다¹⁴⁶⁾. 지로(預金)金錢은 有體性이 결여되어 있는 바, 計座殘高로 존재하는 한 預金債權에 불과하며, 支拂去來에서 金錢機能을 함으로써 비로소 金錢性을 갖는다¹⁴⁷⁾. 특히 金錢債權은 一定量의 金錢의 財産價値의 給付를 목적으로 하는 바, 지불방식으로서 計座移替도 名目の 債務額을 표창하는 無體의 財産價値를 조달하는 한, 現金과 마찬가지로 財産移轉에 있어서 동등한 수단이 된다.

지로金錢은 경제가 정상적으로 기능하고 있는 한 金融機關의 고도의 信用에 의해 그 保有者가 언제든지 處分할 수 있는 형태로 거래계에서 互換性과 融通性을 갖추고 있어 現金貨幣의 所持者와 마찬가지로 언제

145) 본고에서와 같이 金錢을 多元的으로 이해하려는 입장에서는 지로金錢은 對象의 金錢이 아니며, 또한 制度的 金錢으로서 抽象的 金錢機能의 역할을 하는 것과 달리 個別的이고 具體的으로 金錢機能을 수행하는 수단으로서 具體的 機能의 金錢으로 포착할 수 있다. 주 4, 14) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 17, 30: Giralgeld erfüllt zwar die Merkmale des konkret-funktionellen Geldbegriffs, und seine Verwendung erfüllt Geldfunktionen. Aber Buchgeldkonten sind doch im schuldrechtlichen Sinne nicht Geld, sondern lediglich Forderungen; AK/Brüggemeier, Rn.7: "Buchgeld ist stoffloses Geld", Rn.16: "... eine grundsätzliche geldschuldrechtliche Gleichbehandlung von Bargeld und Sichtgeld. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz ist ausdrücklich auf das Schuldrecht begrenzt" 참조.

146) Staudinger/K. Schmidt, A 28, 32 ff. 지로金錢이 되는 債權은 주로 委任事務處理契約의 일종인 은행과의 지로契約(Girovertrag)을 기반으로 형성되며, 그밖에 消費貸借나 任置契約에 의해 성립될 수도 있다. Vgl. H. Pikart, a.a.O., S.511: "Guthabensforderung, die auf dem mit der Bank bestehenden Vertragsverhältnis beruht"; R. Liesecke, a.a.O., S.214 ff., 238 ff., 286 ff., 314 ff.

147) K. Larenz, § 12 I, S.165: "Geht man von der Funktion des Geldes aus und ... , ... wenn man anerkennt, daß Geld auch im rechtlichen Sinne neben den Geldzeichen, dem Sachgeld, heute auch solche Forderung sind, deren wirtschaftliche Zweckbestimmung die des Geldes ist"; Staudinger/K. Schmidt, A 32: "Charakteristisch für die Erfüllung von Geldfunktion mittels Buchgeld ist, daß Buchgeld nicht schon „im Ruhezustand“(als aktivistisches Konto), sondern erst „in Aktion“(bei Zahlungsvorgänge) Geldqualität annimmt".

든지 임의의 財貨나 給付로 전환할 수 있으며, 또한 計座移替를 통한 支拂手段으로서 활용할 수 있다¹⁴⁸⁾. 이와 같이 지로(預金)金錢의 金錢性은 法律에 의한 國家的 承認에서가 아니라 經濟的 機能性에서 도출되는 바, 法貨에 부여되어 있는 強制的 信賴는 없으나 金融機關의 經濟的 信用에 의해 現金에 근접된 流動性을 갖는다¹⁴⁹⁾. 外貨預金도 지로計座를

148) Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II 3. 金錢으로서 지로(預金)金錢과 債權(Forderung), 그리고 有價證券(Wertpapier)의 法的 差異는 S. Simitis, a.a.O., S.430 f.; Staudinger/K. Schmidt, A 27 참조. 지로金錢에 포함될 수 있는 要求拂預金 이외의 預金에 대해서는 견해의 대립이 있다. 貯蓄性預金이나 定期預金도 지로金錢에 포함시킬 수 있다는 견해(vgl. S. Simitis, a.a.O., S.423 f.)와 이에 반대하는 견해(AK/Brüggemeier, vor §§ 244, 245 BGB, Rn.7 f.)로 대별된다. Vgl. Esser-Schmidt, a.a.O., § 13 II 1 a) a.E.: “Als Buch- oder Giralgeld bezeichnet man sofort fällige Guthaben bei Kreditinstituten - also nicht Sparguthaben, die einer Kündigung bedürfen”; Ch. Münch, a.a.O., S.26 ff.: “Ebenso wie Geld im allgemeinen ist das Giralgeld funktional zu begreifen als ein Guthaben, das in der Lage ist, Zahlungszwecken zu dienen. Somit stellen Giralgeld dar alle Sichteinlagen auf Girokonten . . ., denn über diese kann zu jeder Zeit bargeldlos oder durch Auszahlung verfügt werden”; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1350; Staudinger/K. Schmidt, A 34. 현대 경제이론에 있어서는 보통 通貨(貨幣)를 現金貨幣와 要求拂預金을 포함하는 M_1 이나, 또 이에 貯蓄性預金을 포함하는 M_2 로 정의하고 있다. 그 밖의 경제학상 主要國의 (通貨)지표에 관해서는 趙 淳, 앞의 책, 33면 이하; 姜柄皓, 金融制度論, 1995, 548면 이하 참조. 기타 위 주 24) 참조.

149) Vgl. H. Pikart, a.a.O., S.513; R. Liesecke, a.a.O., S.238, 245; 趙 淳, 앞의 책, 47면: “銀行의 負債가 곧 貨幣로서의 역할을 수행한다”. Vgl. AK/Brüggemeier, Rn.8. 國家金錢論을 따르는 견해는 貨幣에만 受領強制를 인정하려고 한다. E. Wolf, a.a.O., S.155 f.; V. Emmerich, in: Grundfragen des Vertrag- und Schuldrechts, 1974, S.326; F. A. Mann, a.a.O., S.5 ff., 284 ff. 그러나 G. F. Knapps는 수량강제를 직접 언급한 바 없으며, 국고의 지불수량만을 다루고 있다는 지적은 D. v. Stebut, a.a.O., S.570; Ch. Münch, a.a.O., S.60 참조. 나아가 通貨法的 觀點에서 金錢을 국가가 支拂力을 부여하여 供與한 貨幣에만 한정하지 않고, 受領強制를 국가의 승인으로서 족한 것으로 파악하는 경우에는 通貨法上 지로金錢은 貨幣와 동등하게 취급하게 된다. Vgl. D. v. Stebut, a.a.O., S.571: “An die Stelle des Annahmewang tritt dabei die staatliche Annahmehereitschaft und Bevorzugung des Giralgeldes als eine Ausdrucksform staatlicher Anerkennung”; Ch. Münch, a.a.O., S.99 ff., 126 ff. 특히 독일의 현행 法律에서 지로金錢의 국가적 승인을 인정할 수 있는 실정법규정들의 구체적 분석은 D. v. Stebut, a.a.O., 570; Ch. Münch, a.a.O., S.131 ff. 참조.

통한 지불거래에서 國內通貨의 預金과 동일하게 金錢機能을 한다면 金錢性이 인정되는 바, 지로金錢이다¹⁵⁰⁾.

지로金錢은 정보·통신기술의 발달과 함께 支拂去來의 自動化(Automation des Zahlungsverkehr)가 이루어짐으로써 다양한 형태로 폭넓게 이용되고 있으며, 최근 電子支拂去來體系에서는 마이크로프로세서 및 인터넷 假象空間에서 電子貨幣을 통한 支拂去來에 이용되고 있다¹⁵¹⁾. 카드型 證票를 이용한 計座移替의 支拂方式은 기술적으로 고도화되고 복합적으로 이루어지는 바, 이에 수반하여 金錢樣態도 다양하게 나타난다. 경제학상 電子貨幣의 일종으로서 金錢카드(GeldKarte; Chippgeld)¹⁵²⁾

150) 外貨의 預金計座額(Guthaben in einer Fremdwährung)은 外貨지로金錢(Fremdwährungs-Giralgeld)으로 파악된다. Sog. "Xeno-Devisen". Vgl. H. J. Hahn, § 4, Rn.1; ders. FS für Zweigert, S.636 f.; Staudinger/K. Schmidt, F 39 ff. 外貨의 對象의 金錢性에 관해서는 위 나 1) iii) 참조.

151) 電子貨幣의 概念은 위 주 25) 참조. Vgl. H. J. Hahn, a.a.O., § 1, Rn.24 ff.; S. Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1995, S.349 ff.; 유지성, 앞의 책, 58면 이하. 유럽공동體(EU)의 通貨共同體의 형성과 電子貨幣과 역할에 관해서는 E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.8 ff. 참조.

152) 여기에서 金錢카드는 "전자현금지갑(elektronische Geldbörse, e-purse)"으로서 金融機關의 計座에 연계된(kontogebunden) IC카드형 電子金錢을 의미하는 바, 與信專門 金融業法 제2조 8호에서 代金을 미리 받고 이에 상당하는 금액을 IC회로에 電子의 方法으로 記錄하여 발행한 證票로서 그 金額의 범위내에서 물품·용역을 제공받을 수 있는 "先拂카드"에 해당한다. 電子의 方法에 의하지만 計座移替를 통한 物品 또는 用役의 제공에 대한 代價를 지급하는 與信專門 金融業法 제2조 6호의 直拂카드와 구별된다. 또한 金錢카드의 一種이지만 金融機關의 計座와 독립된(kontoungebunden) 단일 목적용 先拂金錢카드와 구별된다. 그렇지만 金錢카드는 先拂的으로(pre-paid; vorausgezahlt) 이루어지는 바, 용어상 "先拂"이라는 표현은 去來內容에 상응한 구별에 적합하지 않다. 경제학에서는 양자를 모두 포괄하여 電子貨幣로 표현하고 있다. Vgl. S. Kümpel, a.a.O., WM 1997, S.1037 f.: "Geldkarte als „vorausgezahlte" Geldbörse"; E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.5 f.: "Elektronisches Geld ist . . . vorausbezahltes Geld, das die Systemnutzer dem Emittenten vorab zur Verfügung gestellt haben"; L. Gramlich, a.a.O., CR 1997, S.13; ders., a.a.O., DuD 1997, S.384; M. Borchert, a.a.O., in: Sparkasse, 1/96, S.41: "pre-paid debit cards". 이와 관련해서 計座型 電子貨幣과 非計座型 電子貨幣로 구분하는 방안이 고려될 수 있다. 金銀基, 앞의 논문, 94면 참조. 현재 국내에서 개발되고 있는 金錢카드로서 전자현금지갑은 벨기에 Proton사의 제품과 유사한 모델로서 ATM 등을 통해 金錢價値를 충전 및 재충전할 수 있고, off-line 단말기를

를 통한 지불도 근본적으로 包括的 銀行(預金)契約과 計座移替의 委任事務處理關係를 기반으로 한 지로金銭의 표출형태로서 私法的 金銭機能에 있어서는 동일하다¹⁵³⁾. 또한 인터넷 假象空間에서 電子鑄貨(elektronische Münze)를 재생(또는 제조)하여 거래상대방에게 支拂하는 방식이 시험적으로 도입되고 있는 바, 여기에서 이용되는 소위 “電子金銭(電子現金; ECash; Netzgeld; Digitalgeld; Cybermoney)”의 法的 性質에 관해 의문이 제기될 수 있다. 현재로서는 세계 각국에서 상이하고도 다양한 기술적 방안이 모색되고 있어 法理構成을 구체적으로 확정하는 데는 어려움이 있으나¹⁵⁴⁾, 근본적으로 기타 金融機關의 지로計座를 기반으로 한 假象

이용하여 商品과 用役의 代價를 지급함으로써 支拂機能을 할 수 있으나, 영국의 Mondex형과는 달리 전자현금지갑들 사이의 電送은 불가능하다. 제일금융연구원, 앞의 책, 42, 91면 이하; 유지성, 앞의 책, 66면; 위 주 25), 이하 주 156) “非計座型 先拂金銭카드” 참조. 電子去來의 支拂시스템의 개발에 관한 정부(재정경제원과 한국은행)의 대책은, 첫째, 신용카드를 이용한 電子決済는 민간업체가 자율적으로 추진 하며, 둘째, 은행 공동으로 추진하고 있는 IC카드형 전자화폐는 시제품생산 및 테스트를 거쳐 1998년 중 시범사업을 하는 것으로 계획하고 있다. 通商産業部, 앞의 보고서, 20면 참조. 기타 국내 電子貨幣의 개발에 관해서는 東亞日報 1998.9. 17., B 6면 참조.

- 153) Esser/Schmidt, § 13 II 1 a. Vgl. M. Wolff, a.a.O., S.580 ff.; Staudinger/K. Schmidt, A 35 f.; § 1 Abs.1 Nr.11, 12 KWG; BT-Drucksache 13/7142, S.64 f.; 최경진, 앞의 책, 177면 이하. 그러나 現金 없는 支拂去來에 속하는 개별 거래유형들은 기술적 처리방식이 상이하며, 따라서 지로計座 殘高에 대한 處分에 관한 法理가 확립적으로 구성되는 것은 아니다. Vgl. Esser-Weyers, § 40 V 5; Th. Pfeiffer, Die Geldkarte - Ein Problemaufriß, NJW 1997, S.1036 ff.; S. Kümpel, Rechtliche Aspekte der neuen GeldKarte als elektronische Geldbörse, WM 1997, S.1037, 1038 ff. 金融機關을 통한 現金 없는 支拂去來(지로關係)를 民法典에 독자적 去來類型으로 규율할 것인가에 관한 獨逸 債務法改正 논의는 F. Häuser, Giroverhältnis, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd II, 1981, S.1317 ff. 참조. 국내에서는 電子去來의 法制度的 基盤을 구축하기 위한 일환으로서 電子去來基本法(案) 외에 電子資金移替法(假稱)의 입법을 검토하고 있다. 通商産業部, 앞의 보고서, 17면 참조. 기타 技術의 樣態에 따른 다양한 用語들에 관해서는 위 주 141) 참조.
- 154) Vgl. M. Borchert, in: Sparkasse, 1/96, S.41; C. Fiege, Anonymer Zahlungsverkehr mit elektronischem Geld, CR 1998, S.41, 43; S. Kümpel, Rechtliche Aspekte des elektronischen Netzgeldes(Cybergeld), WM 1998, S.365, 366; 제일금융연구원, 앞의 책, 39, 56면 이하; 유지성, 앞의 책, 65면 이하. 독일의 6차 개정

計座(예: Mint)를 매개로 “電子金錢”에 의한 支拂去來가 이루어지는 한 지로(預金)金錢의 일종으로 파악할 수 있다¹⁵⁵⁾.

그밖에 제한된 목적에 활용되는 閉鎖型 내지 非計座型 先拂金錢카드 (sog. weiße Karte)는 시내버스카드, 공중전화카드, 지하철정액권 등과 마찬가지로 카드代金を 先拂하고 그 金額을 한도로 일정 去來領域에 국한하여 支拂手段으로 활용될 수 있으나, 지로金錢으로서 計座間 직접적 資金移替나 支給決濟가 불가능하므로 金錢機能이 결여되어 있는 바, 민법 제523조의 無記名債權에 유사한 法的 性質을 지닌 金錢代用이 되는 것에 불과하다¹⁵⁶⁾.

信用法(KWG: Kreditwesengesetz)에서는 銀行業務로서 金錢카드거래는 “支拂目的의 先拂카드를 發行(Ausgabe vorausgezahlter Karten zu Zahlungszwecken)”으로, 電子金錢去來는 “電算網에서 支拂單位를 創出하거나 管理하는 것(Schaffung und Verwaltung von Zahlungseinheiten in Rechnernetzen)”으로 定義하고 있다. Vgl. § 1 Abs.1 Nr.11, 12 KWG; BT. Drucksache 13/7142, S.63 ff.; E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.7. 電子金錢에 의한 지불거래관계에 金錢카드去來의 法理構成에 병행하여 委任事務處理 등에 관한 法理의 적용을 긍정적으로 검토할 수 있다. Vgl. S. Kümpel, a.a.O., WM 1998, S.367 ff.

155) 따라서 電子貨幣의 私法的 概念은 “電子化된 지로金錢”이라고 정의할 수 있다. 현재로서는 기존의 지로(預金)金錢과 일응 구별하여 電子金錢으로 표현한다. Vgl. BT-Drucks. 13/7142, S.64 f.; L. Gramlich, a.a.O., CR 1997, S.13; ders., a.a.O., DuD 1997, S.387 f.; C. Fiege, a.a.O., S.43: “Girokonto als Basis”; S. Kümpel, a.a.O., WM 1998, S.366 f.: “Zwischenkonto („ecash-Konto“) des Kunden zu Lasten seines Girokontos”, “Girokonten, . . . , werden im Rahmen des Netzgeldverkehrs nur bei der Emission des Netzgeldes und seiner späteren „Zurückverwandlung“ in Buchgeld berührt”, mit der Gutschrift des Netzgeldes auf dem ecash-Konto des Netzgeldempfänger beginnt und mit der Umwandlung dieses Netzgeldguthabens in eine „Buchgeld“ gutschrift auf seinem Girokonto endet”.

156) 非計座型 先拂金錢카드는 金錢代用(Geldsurrogat)이지만 발행인의 署名과 카드에 화체된 給付約束이 결여되어 있다는 점에서 독일민법 제807조의 無記名債權(Inhaberzeichen)이 아니라는 견해는 Th. Pfeiffer, a.a.O., S.1036 f. 참조. “Rektazeichen” Vgl. MünchKommHüffer, 3.Aufl., 1997, § 807 BGB, Rn.5, 13. 이러한 先拂型카드는 기술적으로 기존의 마그네틱테이프(자기띠)를 부착하는 磁氣的 方式(sog. Hybridkarte)에서 電子의 方式, 즉 集積回路를 부착한 IC카드형(Chipkartentechnologie)으로 발전된 것으로서 ATM이나 充電端末機器로써 재충전함으로써 카드의 殘高額을 늘릴 수 있고, 金錢代用으로 支拂機能을 갖고 있으나, 支拂去來 일반에서 개인간 資金移替가 불가능하여 지로金錢과 같은 金錢性을 갖는 것은 아니다. 輿信專

4) 貨幣金錢과 지로金錢

지로金錢은 對象性은 없으나 機能的 金錢性에 비추어 인정되는 金錢이므로 법적 취급에 있어서 對象의 金錢인 貨幣와의 차이를 부인할 수 없다. 우선 지로금전은 지불거래상 動的 狀態에서는 通貨的 流動性을 갖추고 있으나 計座上 殘高의 狀態로서는 債權에 불과한 바, 預金의 現金引出은 법리상 債權(Forderung)이 金錢(Geld)으로 전환되는 것으로 파악할 수 있다¹⁵⁷⁾.

위와 같은 법적 취급의 차이는, 貨幣金錢이 지로(預金)金錢으로 전환되는 것과 관련하여 金錢機能論的 立場에서 의문이 제기될 수 있다. 즉, 金錢이 現金 혹은 지로金錢으로 化體되는가는 우연한 樣態變化에 불과하며, 본래의 貨幣가 그대로 잔존하는가의 여부는 實體的 歸屬秩序에 의미가 없는 바, 이러한 金錢樣態의 交替는 法的으로 중요하지 않은 事實行爲에 불과한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 나아가 金錢價值返還(Geldwertvindikation)을 인정한다면 지로金錢에도 그 반환을 인정할 수 있을 것이며, 집행법상 第三者 異議의 訴提起나 還取權의 行使가 가능하다는 결론에 이른다¹⁵⁸⁾. 그러나 지로金錢은 動的 支拂去來에서 金錢機

門金融業法 제2조 8호 참조. Vgl. § 807 BGB; Staudinger/K. Schmidt, A 18; 제일 금융연구원, 앞의 책, 42면: “폐쇄(closed loop)형 전자화폐”; 유지성, 앞의 책, 60면 이하: “선불카드형 전자화폐”. 先拂型카드의 법적 성질을 (證券的) 債權 類似的 것으로 파악하는 한 金錢債權에서와 같이 制度的 金錢概念에 의해 뒷받침된다. 위 2), 주 13), 136), 152) 참조,

157) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 35, 36; H. Pikart, a.a.O., S.511, 513. 金錢 일반으로서 장·단점의 비교는 S. Simtis, a.a.O., S.433 ff. 참조. 貨幣金錢(現金)과 電子金錢의 비교는 E. Meister, a.a.O. Deutsche Bundesbank, 12/96, S.7 f. 참조.

158) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.439 f., 461: “Zufälligkeiten des Formwandels”. 따라서 타인의 貨幣를 은행에 입금함으로써 지로(預金)金錢으로 된 경우에 그 반환에 있어서는 價值返還說이 설득력이 있어 보인다. 金錢機能論的 觀點에서 일원적으로 金錢을 파악하는 S. Simitis는 이점에 관해 명백하게 긍정하면서(ders., a.a.O., S.460), 金錢을 財産의 對象으로 인정하지만 그 有體的 對象性은 전적으로 부인하고, 物權法의 規律을 위해 현행 物權法에는 생소한 金額의 同一性 確認可能性(die Identifizierbarkeit des Betrages)이라는 표지를 설정함으로써 金額返還請求(Betragsvindikation)을 주장한다(ders., a.a.O., S.460). 이미 위에서 살펴본 바와 같이(위 주 102, 105

능을 하는 한에서만 貨幣金錢과 대등한 金錢性を 인정할 수 있다.

타인의 現金을 預金하여 지로金錢으로 전환시킨 경우에는 첫째, 預金金錢의 移替로 返還義務를 이행할 수 있는가, 둘째, 타인 現金의 점유자가 자신의 은행계좌에 입금할 수 있는가라는 문제가 제기된다. 전자의 경우에는 所有物返還請求에 대해 원칙적으로 履行에 갈음한 給付가 성립하며¹⁵⁹⁾, 후자의 경우에는 金錢所有者の 同意가 없는 한 無權限의

참조) 所有物返還에서 價値返還을 인정하는 견해는 金錢을 物件이 아닌 價値保有體로 파악하여 特定性 原則의 적용을 포기하고, 返還請求權은 占有者에게 “그 同一性에 따른 同等한 價値(den der Identität nach gleichen Geldwert)”가 현존하는 한에서만 인정된다고 한다. 타인 貨幣金錢의 占有者가 物件을 구입하고 賣買代金으로 지불한 때에는 金錢價値가 占有者에게 남아 있지 않아 價値返還의 返還請求權이 부인되며, 제3자와 다른 金錢으로 交換하거나 자신의 預金計座(Konto)에 입금하여 지로(預金)金錢으로 되었는가는 金錢價値 化體의 우연한 樣態에 불과하여 본래의 貨幣金錢이 그대로 있는가의 여부를 구별할 실익이 없으며, 金錢價値는 占有者에게 이전되지 않는다고 한다. H. Westermann, a.a.O., S.137; W. Pinger, in Westermann, § 30 V 3, S.193. 그러나 占有者가 預金計座상 잔고로 賣買代金을 지불한 경우에는 그 預金金錢의 同一性은 더 이상 확인될 수 없으며, 返還請求權의 관점에서는 現金으로 지불하는가 아니면 預金金錢으로 지불하는가는 우연에 불과하다. 결국 타인 소유의 金錢占有者가 그 價値를 여전히 보유하고있는가라는 구별기준은 返還請求權(Vindikation)이 아닌 不當利得返還(Kondiktion)으로 귀착한다. 또한 다른 한편으로 價値返還을 인정하는 견해는 다른 債權者에 비해 金錢所有者の 지위에 보다 강한 法的地位를 인정하려고 한다. 이미 善意取得規定(§ 935 II BGB; 민법 제250조 단서)에서 金錢은 動産과 달리 취급하여 貨幣(金錢)의 所有는 쉽게 상실될 수 있는 바, 現金(貨幣金錢)과 預金金錢을 樣態에 따라 달리 취급되는 결과를 초래하여, 法律規定과 달리 후자를 특별히 강화하는 결과를 초래한다. Vgl. H. Westermann, a.a.O., S.137: “An Stelle der Herausgabepflicht des § 985 im Regelfall tritt dann eine Verschaffungspflicht. . . . er könnte im Konkurs aussondern und zwar auch eine mittels Einzahlung des Geldes bei einer Bank entstandene Forderung”; W. Pinger, in Westermann, § 30 V 3 a), S.194: “Bei Umwandlung in Buchgeld tritt keine dingliche Surrogation ein. Der Geldwerteigentümer behält lediglich im Sinne des §§ 771 ZPO und 43 KO seine starke Rechtsstellung”. 결과에 있어서는 金錢의 特殊性을 고려해 價額返還(Betragsvindikation)을 인정하려는 견해는 價値返還(Wertvindikation)을 인정하는 견해와 같은 결과로 귀착하지만(vgl. W. Pinger, a.a.O., S.194), 그 區別基準은 현행 법률규정에 상이하며, 불명확하므로 수긍하기 어렵다. 지로(預金)金錢으로 지불한 경우에는 物權의 返還請求의 행사는 인정되지 않으며, 不當利得의 價額返還에 그친다. Vgl. D. Medicus, JuS 1983, S.900.

159) Staudinger/K. Schmidt, B 11. Vgl. K. Larenz, a.a.O., S.164, Fn.6b; B. Falck,

處分行爲가 되며, 所有物返還請求나 物的 代償은 인정되지 않는다¹⁶⁰⁾. 다만, 特別計座나 新設計座에 預入한 경우에 金錢所有者는 破産法 제83조의 代償的 還取權을 행사할 수 있다. 動産執行의 대상이 되는 貨幣金錢과 달리 지로金錢에 대한 強制執行은 金錢債權에 대한 押留로 집행된다(민소법 제561조)¹⁶¹⁾.

4. 金錢債務의 履行

오늘날 다양한 金錢樣態에 상응해서 金錢債務의 履行方式도 상이하게 나타나는 바, 金錢債務는 法技術的으로 名目債務額에 상응하는 貨幣金錢을 讓渡하거나 채무자의 預金을 채권자의 은행계좌로 移替하여 辨濟될 수 있다¹⁶²⁾.

金錢債權은 總括적으로 金額債權으로 귀착되며, 위와 같은 방식상 樣態는 궁극적으로 債務內容, 즉 物件給付가 아닌 名目債務額의 處分可能性(Verfügungsmöglichkeit)의 移轉을 目的으로 하는 바, 一定量의 種類物 引渡를 目的으로 하는 種類債權에 관한 민법 제375조는 원칙적으로 적용될 여지가 없다¹⁶³⁾. 또한 債務의 辨濟는 “債務者가 債務의 內容에

a.a.O., S.182, 205. 이하 4 참조.

160) 위 주 102) 참조. Staudinger/K. Schmidt, B 11. Vgl. BGHZ 21, 148, 150; 58, 257, 258; B. Falck, a.a.O., S.183 ff.; H. Pikart, a.a.O., S.513. 代償原則의 적용을 긍정적으로 고려하는 견해는 R. Reinhardt, a.a.O., 97 참조.

161) 위 주 69, 100) 참조. Staudinger/K. Schmidt, B 17 ff., 20; H. Pikart, a.a.O., S.515. 그밖에 지로金錢의 混和에 관해서는 S. Simitis, a.a.O., S.462 참조. 有體의 對象의 屬性이 결여된 지로金錢은 주로 債權法上 意味가 있으며, 특히 強制執行法에서 押留禁止債權의 目的物(金額)이 채무자의 預金計座에 입금된 경우에 大法院은 押留命令 발령 당시 당해 預金으로 입금된 金圓의 성격이 압류금지채권의 目的물인지 혹은 그에 해당하지 아니하는 金圓인지, 두 가지 金圓이 混入되어 있다면 예금액 중 押留禁止債權額이 얼마인지를 가려낼 수 없는 것인 바, 그 預金債權에 대하여는 押留禁止의 效果가 미치지 않는다고 판시하고 있다 [대법원 1996.12.24. 선고 96마1302 판결(공 1997, 527)] .

162) Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II 3.

163) 위 5) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, C 8 f.; Esser-Schmidt, § 13 II, S.227 f.: “. . . Prinzip der uneingeschränkten persönlichen Vermögenszuständigkeit, die

쫓은”(민법 제390조), “現實提供으로” 하여야 한다(민법 제460조). 현행 민법이 상정하고 있는 金錢債務 履行은 法律에 의해 金額의 名目的 價値가 확보되어 있는 法定支拂手段의 典型인 貨幣의 引渡인 바¹⁶⁴⁾, 動產 所有權移轉에 관한 민법 제188조가 적용되며¹⁶⁵⁾, 金錢債權者는 채무자가 제공하는 貨幣를 履行으로서 受領하여야 하며, 그렇지 않은 경우에는 민법 제400조 이하의 債權者遲滯가 성립된다. 나아가 辨濟의 場所에 관해서도 민법 제467조 제2항은 特定物引渡 이외의 債務辨濟는 持參債務로 규정하고, 金錢債務에 관해 特別規定이 없는 바, 원칙적으로 債權者의 住所地 내지 現營業所가 辨濟地가 된다¹⁶⁶⁾. 그러므로 一定 金額으로 표창된 財産價値의 處分可能性, 즉 채무자 財産의 일정 金額이 채권자에게 移轉됨으로써 危險이 分配되는 것으로 파악하여야 할 것이다¹⁶⁷⁾.¹⁶⁸⁾

auf der Funktion des Geldes als Mittel zur Auflösung aller Quantitäten beruht, . . .”, 233; H. Isele, a.a.O., S.173 ff., 175; S. Simitis, a.a.O., S.446: “Die Geldschuld bezieht sich nicht auf eine bestimmte, vom Schuldner besessene Sache, sondern auf die Gesamtheit seines Vermögens”. 債權者遲滯와 特定の 免責의 效力에 관해서는 이하 주 170) 참조.

164) 하나의 通貨體制에서 거래에 供與된 貨幣는 「法定支拂手段」이다. 위 3 나 1) ii) 참조. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.443: “. . . ein von den Parteien ziffernmäßig festgelegter Betrag, dessen nomineller Charakter im Gegensatz zum veränderlichen Wert des Geldes steht”.

165) Vgl. Esser/Schmidt, § 17 V.

166) 민법 제467조는 원칙적으로 任意規定이다. 그러므로 당사자의 특별한 約定이 있거나, 개별 法律關係에 특수한 危險分配의 原則이 요구되는 때에는 그 적용이 배제된다. 예를 들어 委任이나 事務處理契約關係에서 취득한 金錢의 返還義務에는 민법 제467조가 곧바로 적용될 수 없으며, 任置에서는 민법 제700조에 特別이 있다. 나아가 不當利得返還의 경우에도 善意인 受益者의 반환범위는 現存利益에 한정되는 바, 민법 제467조가 적용될 수 있는가를 검토하여야 한다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, C 22.

167) S. Simitis, a.a.O., S.444: “Vermögensverschiebung”. 여기에는 모든 金錢債權이 해당되는 바, 金額債權은 물론, 金錢價値債權도 포함된다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, C 22; K. Schmidt, a.a.O., JuS 1984, S.742.

168) 辨濟를 위한 支拂에 관해 金錢債務者의 危險과 費用負擔에 관해서는 독일민법 제 270조 참조 : § 270 BGB. [Zahlungsort] (1) Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln. . . . (4) Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

채무자는 특별한 약정이 없는 한 원칙적으로 金錢支給에 수반되는 危險과 費用을 부담하며, 그밖에 채무자의 金錢給付의 現實提供, 즉 채무자가 適時의 支拂을 위해 要求되는 行爲를 完了한 후에는 채권자가 危險(Gefahr)을 부담하게 되어 현행 민법 제400조에 따른 債權者의 受領遲滯가 성립한다. 여기에서 金錢債務者의 “給付行爲의 完了”는 種類債權의 特定에 관한 현행 민법 제375조 2항의 “債務者가 履行에 필요한 行爲를 完了하는 것”이 아니며, 危險도 給付 또는 反對給付의 危險移轉을 의미하는 것이 아니라 給付의 適時性(Rechtzeitigkeit der Leistung)을 의미한다¹⁶⁹⁾. 예를 들어 채무자가 一定額의 現金을 채권자에게 提供하였으나 (민법 제460조) 債權者가 受領하지 않아 되돌아 오던 중 우연하게 분실하거나 도난을 당한 경우에는 給付危險의 負擔을 결정하는 特定の 法理에 의해서가 아니라, 債權者遲滯의 成立에 의한 민법 제401조의 규정을 적용하여야 할 것이다(vgl. § 300 II BGB). 또한 이 경우에 債權者의 歸責事由는 필요로 하지 않으며, 去來外觀上 客觀的으로 確定될 수 있는 金錢財産의 分離(Aussonderung)가 있어야 하며, 立證負擔은 債務者에게 있다¹⁷⁰⁾.

독일민법은 金錢債務의 履行을 持參債務로 규정할 것이기에 관해 논의가 있었으나, 독일일반상법 제325조(Art.325 ADHGB)에 따라 履行地와는 무관하게 運送危險과 費用에 관해서만 위와 같이 특별히 규정하였다. Vgl. B. Mugdan, II, S.524 f.; H. Coing, a.a.O., JZ 1970, S.245, 246 f.

169) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, C 20 ff.; H. Isele, a.a.O., S.173.

170) 金錢에는 種類債權의 特定이 적용되지 않으나 이 경우에는 동일한 효과를 나타낸다. Vgl. Esser-Schmidt, § 13 II 3, S.234: “Lediglich beim Annahmeverzug des Gläubigers kann eine „Konkretisierung“ von Geldzeichen Folgen haben”. 이와 달리 金錢의 잠재된 互換性(potenzierte Vertretbarkeit)으로 인해 독일민법 제300조 2항의 적용을 부인하는 견해는 H. Isele, a.a.O., S.176: “Wegen dieser „potenzierten Vertretbarkeit“ des Geldes paßt die Regel des § 300 II nicht auf die Geldschuld” 참조. 독일의 지배적 견해는, 特定에 의한 給付危險은 債權者遲滯의 成立前에 債權者에게 이전되므로 特定과 債權者遲滯의 성립이 일치되지 않는 것으로 파악한다. Vgl. D. Medicus, Bürgerliches Recht, 17.Aufl., 1996, Rn.261 bb) a.E.; Staudinger/K. Schmidt, C 12, 35 f. 이와 다른 입장을 표명하는 독일의 소수견해는 E. v. Caemmerer, JZ 1951, S.743 f.; K. Ballerstedt, a.a.O., S.268 ff.; U. Huber, Zur Konzentration beim Gattungskauf, FS für K. Ballerstedt, 1975, S.327, 339 참

金錢債務者는 일정 金額으로 표현된 財産價値의 處分可能性의 支配를 채권자에게 현실적으로 이전함으로써 給付行爲를 完了한다. 이러한 급부행위의 완료는 채권자가 채무자로부터 現金貨幣를 현실적으로 受領하는 것에만 국한되지 않으며, 특히 多額의 金錢支給은 금융기관의 計座移替를 통한 現金 없는 支拂으로써 동일한 결과를 이룬다¹⁷¹⁾. 따라서 金錢債務의 履行에 대한 법적 규율에 있어서는 이러한 보편화된 支拂去來의 현실을 고려하여야 할 것이다.

이와 관련해서 채권자의 銀行計座로 金錢을 移替하는 것이 “債務의 內容에 좇은 現實提供으로” 金錢債務者가 債務不履行의 責任을 면하게 되는가에 관해서는 의문이 제기된다(민법 제460조, 제461조). 즉, 計座移替에 의해 支拂이 본래 給付의 履行(Erfüllung)인가 또는 履行에 갈음하는(an Erfüllungs Statt) 것인가라는 문제이다¹⁷²⁾.

조. 金錢債務의 履行으로서 채무자 財産의 分離 및 減少에 의한 特定과 危險分配에 관해서는 S. Simitis, a.a.O., S.447 ff.: “Auch die Erbringung der Geldschuld ist nur unter der Voraussetzung einer Aussonderung des geschuldeten Betrages aus dem Vermögen des Schuldners möglich . . .”, S.460: “Die Aussonderung setzt aber, um wirksam zu sein, die Identifizierbarkeit des Betrages voraus” 참조. 그밖에 金錢의 財産 對象성과 金額의 同一性 確認可能性에 관한 S. Simitis의 견해에 대해서는 위 주 66, 158) 참조.

- 171) 金錢을 기능적 측면에서 파악하는 한 金錢의 調達, 保有 및 處分은 金額으로 표시된 財産價値의 量에만 관련되므로 金錢形態로서 貨幣金錢과 지로金錢 사이에 차이는 없다. 위 주 14, 66, 158) 참조. Vgl. F. A. Mann, a.a.O., S.62, Fn.26: “Daß eine Geldschuld durch Hingabe von Sachen, nämlich Geldzeichen zu erfüllen ist, ist gewiß mit den Tatsachen des modernen Wirtschaftsleben unvereinbar”; S. Simitis, a.a.O., S.437: “. . . die vermögensrechtliche Neutralität der Geldformen, d.h. ihre prinzipielle Austauschbarkeit”; H. Isele, a.a.O., S.172: “Repräsentant der Gattung „Geld“ und damit generellster, fungibelster Vermögensmacht zu sein. . . Die Verschiedenheiten der einzelnen Geldleistungsweisen werden dabei verhältnismäßig unwichtig”; M. Wolff, a.a.O., S.626; B. Falck, a.a.O., S.91 ff. 計座移替는 送金移替(credit transfer)와 推尋移替(debit transfer)의 두가지 방법이 있으며, 이에 대한 은행간 결제방식으로는 差額決濟制度(NET)와 實時刻總額決濟制度(RTGS)가 있다. 한국은행 금융결제부 1997.17., <http://www.bok.or.kr> 참조.

- 172) 독일 전래의 견해는 當事者 合意에 의해 履行에 갈음하는 것, 즉 지로(預金)金錢에 의한 支拂에 대해서는 代物辨濟에 관한 독일민법 제364조 1항을 적용하여 채권자의

위에서 살펴본 바와 같이 현행 私法秩序內에서 金錢은 그 機能的 課題의 觀點에서 파악되는 바, 단순한 物件으로서 動産이 아니며, 貨幣金錢 이외에 지로金錢도 그 구체적 기능에 비추어 金錢性이 승인된다. 따라서 계좌이체에 의한 지불은 “本來의 債務履行에 갈음하여 다른 給與를” 하는 代物辨濟(민법 제466조)가 아니라 본래의 債務履行으로서 金錢給付가 있는 것이다. 그러므로 위와 같은 解釋論의 대립은 일응 對象의 金錢과 具體的 技能의 金錢으로서 지로金錢의 類型的 差異에 대응하여 논의되는 것처럼 여겨진다¹⁷³⁾. 그러나 지불거래에 있어서 양자의 金錢은 기능적으로 아무런 차이가 없으며, 金錢債權은 金額으로 표현된 無體의 財産價値를 給付目的으로 하는 바, 지로金錢의 支拂에 의한 金錢債務의 履行을 긍정 혹은 부정하는 것은 지로金錢의 金錢性에 관한 논의와는 직접적인 관계가 없는 給付方法(Leistungs- od. Zahlungsmodalität)에 관한 문제이다¹⁷⁴⁾.

同意나 追認이 있는 경우에만 辨濟의 效力을 인정한다 Vgl. § 364 I BGB. RGZ 134, 73(76); BGH JZ 1953, 469; BGHZ 58, 108(109); 98, 24(30); Nussbaum, a.a.O., S.68; Ascher, LM § 270 BGB, Nr.1; M. Kaser, a.a.O., S.8; W. Fikentscher, a.a.O., § 29 I, Rn.217, § 39 I, Rn.179; W. Canaris, BankvertragsR, 3.Aufl., 1988, Rn.467. 이와 달리 計座移替, 즉 지로金錢에 의한 지불도 金錢給付의 履行으로 보려는 견해가 유력하다 Vgl. H. Isele, a.a.O., S.178 ff.; K. Larenz, a.a.O., § 18 IV, S.249; J. Gernhuber, a.a.O., § 11, 2, S.195 f.; MünchKomm/Heinrichs, § 362 BGB, 3.Aufl., 1994, Rn.22; Palandt/Heinrichs, BGB, 50.Aufl., 1991, § 270, Rn.8 f.; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1350.

173) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.449: “Welcher Geldform sich dabei der Schuldner bedient, ist . . . gleichgültig. . . es würde insbesondere das Buch- gegenüber dem Sachgeld diskriminiert werden”; H. Isele, a.a.O., S.179 f.

174) Vgl. K. Schmidt, JuS 1984, S.743. 이와 반대로 支拂樣態의 差異로부터 지로金錢의 金錢性을 否認하는 것도 아니다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.433. 최근 국내에서도 電子貨幣를 통한 지불거래에 관해서 견해가 산발적으로 제시되고 있다. 일부 견해는 電子貨幣의 지급만으로 辨濟가 완료되지 않으며, “辨濟에 갈음한 支給”으로 보는 것이 타당하다고 한다. 李銀榮 外, 전자상거래와 소비자 보호, 법률신문 제2735호 (1998.10.22. 14면 이하) 참조. 그러나 사법상 지로金錢의 金錢性에 관한 검토 없이 電子貨幣에 의한 지급의 辨濟 效力을 일률적으로 판단할 수는 없다. 電子金錢도 금전의 기능을 하는 한, 특히 지로계좌에 연계된 現金型 電子貨幣는 “電子化된 지로金錢”으로서 사법상 金錢性을 부인할 수 없다. 위 주 155) 참조. 따라서 은행의 破産 危險은 물론, 기술적 부족으로 야기될 수 있는 偽造·變造 등의 危險이 貨幣金錢보

지로(預金)金錢의 金錢性を 인정하고, 지불수단으로 승인하는 것이 곧 지로(預金)金錢을 現金貨幣와 동등한 일반적인 法定支拂手段으로 하는 것은 아니며¹⁷⁵⁾, 이미 위에서 지적한 바와 같이 金錢의 법적 문제는 金錢概念의 論理的 推論이 아닌 金錢의 機能的 課題를 거래상의 具體的 利害關係에 비추어 實踐的 適正性を 확보할 수 있도록 合目的으로 해결하여야 할 것이다¹⁷⁶⁾. 지로금전은 貨幣金錢과 달리 이를 수령하는 채권자의 은행계좌가 압류되거나, 채권자가 은행에 債務를 지고 있는 경우에는 相計될 수 있는 가능성이 있다¹⁷⁷⁾. 따라서 計座移替를 통한 지로金錢의 지불이 辨濟提供의 效力을 갖는가는 일차적으로 去來關係 당사자의 意思와 具體的 利害關係를 去來慣行을 고려하여 개별적으로 판

다 크다는 사유는 지로金錢의 金錢性を 부인하는 종래의 견해와 다를 바 없다. 위 주 172), 이하 177) 참조. 貨幣金錢에도 偽造·變造의 危險은 상존하는 바, 그 정도의 크기 만으로 金錢性を 부인할 수는 없다. 電子金錢도 지로金錢의 일종인 한 金錢이므로 그 지금은 金錢의 支給이다. 따라서 代物辨濟가 되는 것이 아니라 給付方法에 있어서 당사자의 利害關係를 고려해 판단하여야 한다.

- 175) Vgl. K. Larenz, a.a.O., S.165, Fn.10; C.- W. Canaris, a.a.O., Rn.304: "keine generelle Gleichstellung von Buch- und Sachgeld"; L. Gramlich, a.a.O., DuD 1997, S.18. 法定支拂手段의 概念 확장은 위 1 ii) 참조. 지로金錢을 慣習法上的의 法定支拂手段으로 파악하는 견해는 J. H. Thywissen, a.a.O., S.1349 f. 참조. 支拂機能에 있어서 이와 같은 차이를 인정하는 것이 지로金錢의 金錢性を 否認하는 것이 아님은 물론이거나 金錢債權者의 同意의 意思表示를 擬制하거나, 債權讓渡로서 구성하려는 것도 아니다. 지로금전에 의한 支拂을 履行에 갈음하는 것으로 구성하려는 전통적 견해에 대해 위와 같은 관점에서 法理構成에 대한 비판은 J. H. Thywissen, a.a.O.; S. Simitis, a.a.O., S.451 ff.; E. v. Caemmerer, a.a.O., S.446; R. Reinhardt, a.a.O., S.71 참조. 특히 國家金錢論에서 비롯된 오류에 관해서는 D. v. Stebut, a.a.O., S.570 참조.

- 176) 위 주 63) 참조. 金錢의 機能的 課題에 비추어 對象의 金錢인 貨幣와 지로金錢이 동등하게 취급될 수 있다는 관점에서 計座移替에 의한 지로金錢의 支拂을 곧바로 現金貨幣에 의한 支拂과 동일시하는 것은 金錢의 問題를 金錢概念의 定義的 推論이라고 아니할 수 없다. Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.433: "Die Feststellung, Buchgeld sei Geld; vermag daher noch nichts über die rechtliche Behandlung des Buchgeldes auszugehen".

- 177) 그밖에 銀行의 倒産 등을 들 수 있다. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.159 ff.; E. v. Caemmerer, Girozahlung, JZ 1953, S.446; S. Simitis, a.a.O., S.435; Esser-Schmidt, § 13 II 3; OLG Köln, NJW-RR 1991, 50.

단하여야 할 것이다¹⁷⁸⁾. 이미 計座移替에 의한 決濟가 해당 상거래에서 去來慣行으로 일상화된 때에는 채무자가 임의로 計座移替로 支拂할 수 있으며(민법 제106조), 그밖에는 채권자가 明示的으로 同意하거나 默示的으로 그의 金融機關計座를 제시한 때에는 지로(預金)金錢으로 支拂할 수 있다¹⁷⁹⁾. 그리고 당사자가 일단 合意한 支拂方法에 관해서는 당사자 일방이 임의로 변경할 수 없으며, 상대방의 同意가 필요하다¹⁸⁰⁾. 결과적

178) 金亨培, 앞의 책, 725면; Staudinger/K. Schmidt, C 45 f.; C.- W. Canaris, a.a.O., a.E.; S. Simitis, a.a.O., 435; H. Isele, a.a.O., S.147 f.: „Verkehr“ ist hier nichts anderes als typisch gewordenen Vertragsinhalt“, S.150 f.: „Die Verkehrsübung entscheidet demnach über die Zulassung auch bargeldloser Zahlungswege als ordentlicher Geldschuldenerfüllungsweisen. . . . Je geringer die Rolle ist, die das Vertrauensmoment spielt, je weniger der Gläubiger mit vorbehaltloser Annahme des Zahlungsmittels ein Risiko eingeht oder wenigstens gemeinhin einzugehen glaubt, je rascher er zu freier Verfügung über den geschuldeten Vermögenswert gelangt, desto stärker tritt die Zahlungsfunktion hervor und desto eher wird das Zahlungsmittel als ordentliches Erfüllungsmittel von Geldschulden von der Verkehrsübung anerkannt“.

179) 債權者가 그의 관리하에 있는 제3자 名義로 개설된 預金計座에 入金할 것을 요청한 때에는 債權者 名義의 預金計座에 入金하는 경우와 동일하게 취급할 수 있다. 대법원 1998.7.24. 선고 98다7698 판결(공 1998, 2209) 참조. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.162 f.: „Handelsgebräuche“, 164 f.; Esser-Schmidt, § 13 II 3: „Die Begleichungsformen sind so lange auswechselbar, als nicht der Gläubiger sein Interesse an nur einer bestimmten Zahlungsweise durch eine entsprechende Vereinbarung dokumentiert hat“, § 17 V 1. 지로(預金)金錢을 現金貨幣와 동등하게 金錢的 地位를 인정하면서 去來當事者가 支拂樣態를 별도로 合意하지 않은 경우 支拂者인 金錢債務者가 임의로 결정할 수 있다는 견해가 제시된다. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.181: „Im allgemeinen wird es Sache des Schuldners sein, zu entscheiden, welchen der nach dem fraglichen Geldschuldtyp zulässigen Zahlungswege er einschlagen will“; S. Simitis, a.a.O., S.436: „Aus der Gleichwertigkeit der Geldform folgt die Freiheit, die Zahlungsform zu betimmen. . . . Fehlt es an einer Vereinbarung über die Zahlungsform, so kann der Gläubiger eine Überweisung nicht zurückweisen. Was als Zahlung zu gelten hat, folgt dann nicht aus dem Ermessen des Gläubigers, sondern allein aus der objektiver Feststellung, dessen was Geld ist, was also als Zahlungsmittel zu gelten hat“.

180) 그밖에 계약서, 청구서 등에 채권자의 計座番號가 기입·제시되어 있는 경우에는 명시적인 現金貨幣의 支拂을 약정하지 않은 한 計座移替에 의해 지로金錢의 支拂이

으로는 금융기관이 債權者의 計座로 지로金錢을 移替함으로써 채권자는 그 財産價値를 지배하게 되므로 現金貨幣로 지불하는 경우와 마찬가지로 취급되어야 한다. 支給期日에 해당 金額이 債權者의 計座에 計入(Gutschrift)됨으로써 金錢給付의 現實提供이 이루어지며, 은행 등의 금융기관에서 移替過程 중 발생하는 각종 危險은 원칙적으로 債務者가 負擔한다^{181), 182)}

인정되며, 또한 여러 계좌번호가 제시된 경우에는 채무자는 그 중 어느 계좌를 통해서도 지불할 수 있다. Vgl. BGHZ 98, 24(30). 나아가 채권자가 은행 등 금융기관에 지로計座를 개설한 사실만으로 計座移替에 의한 支拂에 同意한 것으로 볼 수 있는가라는 문제가 제기된다. 독일연방법원과 지배적 견해는 부정하고 있다. 이와 달리 긍정하는 견해는 E. v. Caemmerer, JZ 1953, S.446, 447 f.: "Die Eröffnung eines Girokontos bedeutet nach der angeführten Gestaltung des Giroverkehrs durch die Geschäftsbedingungen das Entsprechende für die Annahme von Zahlungen. . . . Gewiß finden die §§ 362 II, 185 BGB keine unmittelbare Anwendung. . . . Die Leistung ist vielmehr erst mit der Gutschrift des Betrages auf dem Konto des Gläubigers bewirkt"; Esser-Schmidt, § 17 V 1.

- 181) 大法院도 최근 判決에서 債務者가 入金한 金員이 預金計座에 入金記載된 때에 辨濟의 效力이 발생하는 것으로 판단하고 있다. 대법원 1998.7.24. 선고 98다7698 판결 (공 1998, 2209) 참조. Vgl. § 270 I BGB; 위 주 168) 참조. Vgl. BGH NJW 1970, 380, 381; Esser-Schmidt, § 17 V 1: "Im Zeitpunkt der Gutschrift des eingezahlten Geldbetrages auf dem Konto des Gläubigers"; Staudinger/K. Schmidt, C 26; Staudinger/Löwisch, § 294 BGB, 13.Aufl., 1995, Rn.11 ff.; S. Simitis, a.a.O., S.454: "Die Gutschrift ist nicht für die Rechtzeitigkeit der Erfüllung maßgeblich. Darüber entscheidet gemäß § 270 der Zeitpunkt der Einzahlung. Der Schuldner trägt zwar die Gefahr der Übermittlung, erfüllt aber rechtzeitig bei Einzahlung am letzten Zahlungstag"; H. Isele, a.a.O., S.159: ". . . so erhält der Gläubiger mit Gutschrift des Betrages eine unmittelbare abstrakte Forderung an den Kontenführer. . . . Der Gläubiger kann von da an über den Betrag verfügen", 173 ff., 175. 그밖에 채무자가 現金을 은행에 지급하여 債權者 計座로 入金시키는 경우에도 債權者 計座에 해당 金額이 計入됨으로써 履行되며, 또한 계좌이체에 의한 給付의 現實提供은 채무자가 計座差減이나 채권자가 計座計入의 사실을 알았는가와는 무관하게 성립한다. Vgl. BGHZ 6, 121(123); Esser-Schmidt, § 17 V 2.

- 182) 그밖에 金錢은 物件이 아니므로 그 支拂을 지체하거나 調達이 불가능한 事情으로 채무자가 給付하지 못하는 경우에 金錢債務不履行에 관한 민법 제397조는 현행 法秩序의 특별한 法規範의 意味를 내포하고 있는 바, 金錢機能을 수행하는 貨幣가 去來界에 強制通用力을 갖춘 代替物로서 존재하는 한 不能을 인정할 수 없다(genus perire non censetur. vgl. J. Limppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht,

VI. 金錢의 脫有體化

1. 金錢의 素材와 機能

民法典은 去來對象으로서 金錢에 關係 有體的 貨幣를 중심으로 규율하는데 머무르고 있으나, 이상의 고찰에서 금전에 나타나는 현상은 脫有體化(Entsubstantialisierung od. Entdinglichung)라는 점이다¹⁸³⁾. 화폐(통화)의 생성 및 발전 과정이 보여주듯이 金錢의 원초적 모습은 物件으로서 財貨(Gut)였으며¹⁸⁴⁾, 物品貨幣로부터 金屬貨幣, 그리고 國家에 의한

1972, S.25 ff.)는 의미가 아니라, 資本主義의 自由市場經濟秩序에서 金錢의 價値로 파악된 개별 권리주체의 財産은 그 處分에 보장되는 自由와 마찬가지로 그 責任에 있어서도 동등하게 취급되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 債務者의 支拂不能이 어떠한 사유에 의해 야기되었든 破産이나 強制執行에 있어서 債權者에게 經濟的 無資力危險(wirtschaftliches Insolvenzrisiko)을 넘어 法的 無資力危險(rechtliches Insolvenzrisiko)까지 부과시킬 수 없는 것이므로 法的 支拂義務의 免責事由가 되지 못한다는 것을 표방하는 原則으로 파악하여야 한다. J. Esser, § 20 III 2; Esser-Schmidt, § 7 IV 1, § 13 II 3: "Allein das Prinzip der uneingeschränkten persönlichen Vermögenszuständigkeit und nicht etwa die Unerschöpflichkeit der Gattung Geld"; S. Simitis, a.a.O., S.429: "In der unbeschränkten Kaufmacht des Geldes verwirklicht sich die absolute Verfügungsfreiheit des einzelnen", 445 f.: "Die Geldschuld bezieht sich . . . auf die Gesamtheit seines Vermögens. Jeder Vermögensgegenstand ist in Geld verwandelbar und damit auch Gegenstand der Geldschuld. . . . Die Geldschuld ist daher eine spezifische Form der Haftung, die sich wegen der Abstraktheit und Unkörperlichkeit des Haftungsgegenstandes auf das gesamte Vermögen des Schuldners erstreckt.". Vgl. K. Larenz, a.a.O., § 12 III, S.168; Staudinger/K. Schmidt, C 30 f.: "Keine Befreiung durch Unvermögen"; J. Limpennau, a.a.O., S.113 ff.; B. Mugdan II, S.537; Jakobs/Schubert, a.a.O., S.299 f.; sog. „Geld hat man zu haben". 이에 대한 비판적 견해는 AK/Dubischar, § 279 BGB, 1980, Rn.6; D. Medicus, „Geld muß man haben", AcP 188(1988), S.489 ff. 참조.

183) Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 6: "die von der Ware zur Abstraktion führende Entwicklung des Geldes"; K. Schmidt, JuS 1984, S.738: "Geld ist zu einem abstrakten Gut geworden".

184) 金錢에 해당하는 라틴어 pecunia는 家畜(pecus=Vieh)에서 연원하고 있는 바, 고대 로마에서는 오랜 동안 牛가 일반적인 價値尺度의 手段으로 쓰였다. Vgl. M. Kaser, Das römische Privatrecht, 1.Abschn., 1971, § 9 I 1; J. H. Thywissen, a.a.O., S.1348, Fn.9; 이인철譯, 돈의 세계사, 1998(J. Williams, Money: A History, 1997).

銀行券(紙幣) 및 鑄貨의 強制通用으로 발전하면서 화폐의 素材價值(Substanzwert)로부터 金錢價值(Geldwert)가 분리되기에 이르렀다¹⁸⁵⁾.

오늘날 管理通貨制度하에서 金錢은 주로 그 機能的 側面에서 포착되는 바, 抽象化된 財貨로서 인식되고 있다. 특히 은행 등의 金融機關을 통한 지로去來(Girogeschäft)가 보편화됨에 따라 金錢은 종이나 금속과 같은 有體素材에 화체되지 않을지라도 數値와 計算機器로 표현되는 금융기관의 債權(Forderungen)을 기반으로 그 기능을 견지할 수 있다는 것을 보여준다. 오늘날 보편화된 計座移替를 통한 거래에서 쓰여지는 지로(預金)金錢(Giralgeld)은 金錢의 抽象化를 대변하고 있다¹⁸⁶⁾.

金錢의 脫有體化는, 이미 貨幣의 發達史가 보여주듯이, 金錢이 개별 財貨들로부터 독립하여 병존하는 것이 아니라 상호연계되어 交換經濟秩序의 一部를 이루며 거래계에서 수행하는 機能的 課題에서 연유한다. 對象的 有用性에서 비롯되는 價値를 갖는 다른 財貨들과 달리 金錢은

185) Staudinger/K. Schmidt, A 6: "zur Trennung des Geldwerts vom Substanzwert der Geldzeichen". 金錢價值도 화폐의 素材價值가 아니라 機能的 價値이다. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, D 1 ff., 9; B.. v. Maydell, a.a.O., S.27 ff.; L. Goldschmidt, a.a.O., S.1185 ff.

186) 韓國銀行 調査統計에 따르면 은행지로를 통한 金錢去來의 金額과 件數의 규모는 다음과 같다. 韓國銀行 조사통계월보 1998년 9월 통계편 73면 참조. 단위: 10억원, 천천

연 도	일반계좌이체		자동계좌이체		대량지급		計	
	금 액	건 수	금 액	건 수	금 액	건 수	금 액	건 수
1996년	34,966.5	402,721	12,309.7	238,239	9,386.2	7,380	56,692.4	648,340
1997년	55,293.7	589,155	22,438.0	456,442	12,970.8	10,593	90,702.5	1,056,190
1998년 7월	19,139.8	203,651	9,376.2	189,612	4,932.1	4,222	33,448.1	397,485

通貨量의 統計는 위 주 24) 참조. 19세기의 金錢에 관한 논의는 金屬主義와 名目主義의 대립을 중심으로 等價의 素材價值가 결여된 貨幣를 金錢이라고 할 수 있는가, 20세기에는 貨幣뿐만 아니라 지로(預金)金錢도 金錢에 포함되는가에 관한 논의가 중심을 이루는 바, 素材價值가 없는 貨幣도 金錢이며, 金錢은 그 素材로부터 해방된 支拂手段임을 인식할 수 있다. 이러한 脫有體化의 現象은 지로金錢에서 반증이 된다. Vgl. R. Pohl, a.a.O., S.18: "Mit Giralgeld bezeichnet man Sichtguthaben der Nichtbanken bei Banken. . . . Giralgeld existiert nicht einmal mehr physisch"; S. Simitis, a.a.O., S.450; "das vom Stoff emanzipierte Zahlungsmittel"; Staudinger/K. Schmidt, A 8.

본질적으로 거래계의 財貨交換을 매개하고 그 交換의 等價를 보장하는 機能(等價의 尺度性)을 갖춘 共通의 價值分母를 이룬다. 따라서 金錢이 購買力을 발휘해 財貨의 交換過程에서 그 機能을 다하는 한 有體의 素材의 化體는 더 이상 의미가 없는 바, 金錢은 素材의 使用(用益)價值(Gebrauchswert)를 상실하는 財貨인 것이다¹⁸⁷⁾. 경제학적 觀點에서 본다면, 去來費用의 最小化, 즉 교환과정에서 最少費用으로 그 機能을 수행하려는 原理가 작용하는 바¹⁸⁸⁾, 여기에는 또한 先決的인 範疇的 與件으로서 自然科學의 情報·通信技術의 發展이 뒷받침하고 있다. 通貨體系의 變遷에 상응한 貨幣金錢 양태의 變化에는 물론이고, 현재에는 컴퓨

187) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.413 f.: "Geld ist . . . seinem Ursprung und seiner Konzeption nach Sache, Gut. . . . aus seiner Aufgabe entsteht, Äquivalent von Gütern zu sein. . . . zum gemeinsamen Wertnenner einer zunehmenden Anzahl von Gütern zu werden. Das Geld ist somit ein durch das Austauschsystem bedingtes spezifisches Austauschmittel". . . . Die Aufgabe . . . kann nur dann wirklich erfüllt werden, wenn der Gebrauch durch den Tauschwert vollends verdrängt wird. Das Geld ist der zum Selbstzweck gewordene Tauschwert des Gutes"; R. Reinhardt, a.a.O., S.66: "Der Wert als Kaufkraft und der Gebrauchswert sind etwas ganz Verschiedenes. Eben die Kaufkraft aber ist, . . . , das Besondere am Geld. . . . In Wahrheit setzt die Vorstellung des Gebrauchswertes gerade den Gedanken voraus, daß das Geld seiner eigentlichen Funktion entgegen und damit zweckfremd verwendet würde"; G. Simmel, Philosophie des Geldes(1901), 4.Aufl., 1996(Suhrkamp-Taschenbuch), 2.Kap., II, III, S.177: "Es ist sicher richtig, daß die sonstigen Werte des Geldstoffes außer Funktion treten müssen, damit dieser eben Geld werde; allein der Wert, den er als solches besitzt, und der ihn als solches funktionieren läßt, kann von denjenigen Verwertungsmöglichkeiten bestimmt werden, auf die er verzichten muß", S.181 f.: "Dieser Charakter des reinen Symbols der ökonomischen Werte ist das Idea, dem die Entwicklung des Geldes zustrebt, ohne ihn je völlig zu erreichen. . . . Mit dem steigenden Bedürfnis nach Tauschmitteln und Wertmaßstäben wird es immer mehr aus einem Gliede von Wertgleichungen zu dem Ausdruck derselben, und insofern von dem Wert seines Substrates immer unabhängiger".

188) 위 III 1 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 7; L. Goldschmidt, a.a.O., S.1185 ff. 나아가 통화법적 觀點에서는 國家의 通貨高權이 通貨發行의 獨占으로부터 通貨量統制를 목적으로 하는 通貨監督으로 變遷되는 것을 의미한다. 위 주 120, 141) 참조. Vgl. Staudinger/K. Schmidt, A 7 a.E.

터를 통한 전자정보통신과 그 처리기술의 발달로 金錢 자체의 脫有體化가 加速化되고 있다¹⁸⁹⁾. 지로金錢은 지불거래 실무에서 信用金錢(Kreditgeld), 카드金錢(sog. Plastikgeld), 컴퓨터金錢(Computergeld), 電子金錢(Cybermoney) 등 여러가지 現象形態들으로써 이용되고 있다. 따라서 금융기관의 計座移替, 또는 金錢카드나 電子金錢으로 이루어지는 支拂去來에서 발생하는 法的 問題들을 적정하게 規律하기 위한 연구가 요구된다.

2. 金錢私法의 解釋의 地平

金錢의 機能的 屬性은 그 자체로서 金錢價値를 화체하고 있는 有體의 素材로부터 解放되어 가는 방향으로 나아가지만, 이를 法的 概念으로 포착하는 데는 현행 法秩序의 金錢에 관한 實定的 規律觀點을 고려하여야 한다. 이미 위에서 지적한 바와 같이 현행 민법은 19세기 후반에 등장하기 시작한 管理通貨制度下에서 金錢의 전형인 貨幣金錢을 중심으로 규율한 西歐立法을 繼受하여 有體의 素材에 착안된 金錢概念을 전제로 하고 있다. 따라서 한편으로는 거래 현실에 나타나는 金錢現象을 둘러싼 法的 問題를 적정하게 규율하지 못하는 불합리를 초래하며, 다른 한편으로는 현행 私法秩序下에서 解釋의 法理는 金錢의 抽象的 機能만을 중심으로 구성할 수 없는 實踐的 限界가 있다. 특히 金錢의 有體의 素材에 착안하고 있는 物權法的 規律은 그 素材로부터 해방된 金

189) 그러나 지로金錢의 普遍化와 그 활용상 技術의 發達이 貨幣金錢을 완전히 대체하는 것은 아니다. 電子貨幣은 기존의 지로金錢 내지 貨幣金錢을 통한 결제를 보다 편리하게 하기 위해 電子의 技術을 이용하는 것에 불과하다. 制度的으로 通貨體系에 관한 한 發券銀行이 本元通貨를 電子貨幣로 발행하지 않는 한 불가능하며, 보다 근본적으로는 거래계에서 貨幣의 素材의 便宜性이 받아들여지는 한 金錢으로서 機能은 존속할 것이며, 경제적으로는 거래계의 지불거래에서 現金貨幣나 기존 지로金錢을 대체하기 위한 費用이 고려되어야 한다. 제일금융연구원, 앞의 책, 34면; E. Meister, a.a.O., Deutsche Bundesbank, 12/96, S.7 f.; T. Hakenberg, Elektronische Zahlungssysteme im Wettstreit mit dem Bargeld, Sparkasse 6/96, S.S.271 ff. 참조.

錢의 現狀을 합리적으로 규율하는 데 한계를 보이고 있다.

그렇지만 현행 金錢私法은 金錢 그 자체로부터 문제를 인식하지 않고 法體系의 認識에서 접근하고 있는 바, 金錢의 二元的 考察, 즉 債權法的 觀點과 物權의 法 觀點을 견지하는 것으로 귀착될 수 있다¹⁹⁰⁾. 그러나 金錢問題의 이와 같은 法規範的 考察도 金錢의 有體的 素材性和 抽象的 價值機能이 불가분적으로 복합되어 문제가 야기되는 한, 궁극적으로는 規律對象인 金錢 자체의 거래상 現實現狀에 즉응하지 못하며, 法現實과의 乖離를 피할 수 없다. 예를 들어 金錢 자체의 抽象的 機能을 고려한 법적 대응을 “特殊한 動產”이라는 포괄적 개념표지로만 대체하여 무엇이 金錢으로서 다른 權利對象과 다른 특수한 本質인가를 비판적으로 검토함이 없이, 問題의 場所마다 法適用 結果의 具體的 妥當性만을 고려하여 막연히 개별 法制度의 適用與否를 결정하거나 概念論理的 修正을 시도하는 것은 미봉적이고 의제적인 해결에 머무르게 될 것이며, 근본적으로는 對象의 金錢의 所有權을 중심으로 현행 法秩序에 표방된 財産法 基本秩序에 모순을 초래하게 된다. 예를 들어 金錢所有權의 이전을 法律行爲에 의한 讓渡가 아닌 事實行爲인 占有移轉만으로 대체하여 구성함으로써 所有權秩序의 回復을 債權的 地位로 構成하게 되어 所有權保障을 기초로 하는 私的自治의 基本秩序에 근본적으로 상처치게 된다¹⁹¹⁾. 화폐의 대상적인 특징이 곤란하여 물권적 권리를 관철하기 어렵다는 事實의 狀況을 논거로 規範上 所有權移轉과 그 歸屬秩序를 占有移轉의 法理로 대체하는 것은 解釋의 法理構成으로 해결할 수 있는 차원을 일탈한 것이라 아니할 수 없다. 거래상 하나의 同質的 金錢現象을 法體系에 따라 技術的으로 분리·인식하여 취급하는 목적은

190) Vgl. S. Simitis, a.a.O., S.441 f.

191) 위 V 1, 주 61) 이하 참조. 그밖에 다수의 견해는 占有에 의한 金錢所有權의 取得을 인정하므로써 物權의 返還請求를 부인하고 不當利得返還만을 인정하지만 金錢의 교부로서 占有가 이전되는 한 민법 제741조의 “法律上 原因”을 갖추게 되어 不當利得返還도 부인되어야 할 것이므로 解釋의 法理構成에서도 矛盾을 초래한다. 이점에 관한 지적은 民法注解/李仁宰, 제249조, 438면 참조.

金錢 그 자체의 거래상 고유한 機能과 本質에 적합하고, 去來關係 당사자의 利害關係에 적정한 法的 效果를 부여하기 위한 實踐의인 것이어야만 하는 것이다¹⁹²⁾.

金錢私法은, 그 전제로서 通貨公法에 의한 秩序의 金錢憲法으로 설정되는 체계적 틀의 한계도 동시에 함께 고려하면서, 私的 所有權의 保障과 私的自治의 自由를 기반으로 하는 市場의 金錢去來를 합목적적으로 규율할 수 있는 法理로 構成하여야 한다¹⁹³⁾. 그러므로 일단 法政策的 觀點을 유보한다면, 金錢의 보유는 금전이 지닌 購買力을 보유하는 것을 의미하는데, 곧 다른 財貨를 취득할 수 있는 “財産의 힘(Vermögensmacht)”으로 나타나는 바, 金錢의 物權的·債權의 體系를 통합할 수 있는 解釋的 認識은, 개별 權利主體의 財貨歸屬秩序를 金錢을 통해 평가된, 즉 金錢價値로 표현되는 權利主體의 財産歸屬이라는 觀點에서 解釋論을 구성하는 방안을 모색할 수 있을 것이다.

192) 그러나 金錢契約을 고유한 사법상 계약유형으로 할 수 있는가는 재고되어야 한다. 이하에서 살펴지듯이 債權法에서 金錢은 주로 그 機能性에서 법적 의미를 갖는 바, 그 유형적 양상에 따른 給付의 獨自의 固有性을 인정하여 典型契約으로 규율할 실익은 적다. Vgl. H. Isele, a.a.O., S.181 f.: “Der Vertragstypenkatalog des BGB. ist jedoch tatsächlich eintypisch gestaltet. Dies ist gerechtfertigt. Denn in der Wirklichkeit des Alltags ist die Gegenleistung des Mieters, Arbeitgebers usw. . . . Geldleistung. Diese ist typisch indifferent”.

193) 金錢經濟와 個人所有 發達の 相關關係는 G. Simmel, a.a.O., S.470 ff.: “In wie enger Korrelation Geldwirtschaft, Individualisierung und Vergrößerung des sozialen Kreises stehen, . . . Der vermittelnde Begriff für diese Korrelation zwischen dem Geld einerseits und der Vergrößerung des Kreises wie der Differenzierung der Individuen andererseits ist oft das Privateigentum überhaupt. . . . Das Geld aber ist ersichtlich das geeignetste Substrat der privaten und persönlichen Besitzform”; S. Simitis, a.a.O., S.429: “Die Kaufmacht des Geldes ist daher das Korrelat der Grundfreiheiten des Privatrechts, der Eigentums- und Vertragsfreiheit”. 金錢機能論의 시각에서 金錢의 對象的 所有와 占有를 부인하지만, 궁극적으로는 所有權歸屬秩序를 기반으로 財産對象으로서 金額을 파악하는 견해는 S. Simitis, a.a.O., S.466: “Trotzdem kann unter den gegenwärtigen Umständen ein wirksamer Schutz des Geldinhabers nur auf der Grundlage der Eigentumsordnung erzielt werden”.

VII. 結論的 課題

현행 私法秩序의 實定的 體系는 金錢現象 그 자체를 직접 포착하고 있지 않으며, 간접적으로 金錢이 매개하는 去來關係가 物權 및 債權의 法律關係로만 구성되도록 편제되어 있다. 특히 對象的 金錢으로서 有體의 貨幣金錢을 중심으로 한 物權法 概念體系는 抽象的 金錢機能을 수용하는데 한계를 지니고 있다. 나아가 이러한 概念的 한계와 體系的 分離의 矛盾를 극복할 수 있는 解釋的 考察의 지평을 金錢價値로 평가된 財産(Vermögen)의 觀點으로 전환시킴으로써 일응 問題認識과 解決의 據點이 될 수 있다. 그렇지만 현행 사법질서는 개별 權利主體에 귀속되는 財貨 전체로서 財産을, 金錢에 관한 일반적 개념을 규정하고 있지 않듯이 財貨歸屬의 金錢價値的 評價로서 財産 또한 원칙적으로 독자적인 權利對象으로 승인하지 않고 있다. 따라서 概念的 내지 敎條的 法理의 論理的 推論만으로도, 그리고 經濟的 金錢機能을 중심으로 한, 부분적으로는 法政策的 代案으로서, 金錢現象에 대한 확일적 法理構成을 시도하는 것도 현행 金錢私法の 問題를 적정하게 해결하지 못한다.

金錢은 고도의 互換性を 지니고 財貨去來를 媒介하며, 또한 그 자체로서 독자적 財貨로서 기능을 하고 있다. 이와 같은 金錢의 機能은 오늘날 경제적·과학기술적인 範疇的 與件下에서 다양하고 상이한 형태로 거래계에 등장하고 있다. 따라서 이에 대해 적정한 私法的 規律을 도모하기 위해서는 - 이러한 실제적이고 구체적인 金錢現象를 긍정적으로 수용하면서 -, 對象的이고 機能的인 次元에서 多元的으로 金錢을 인식함으로써 實踐的인 解釋論을 構成하는 것이 우선적 과제가 되어야 할 것이다.

현행 實定法秩序에서 金錢에 관한 실천적이고 합목적적인 규율은 合體系的인 法理構成을 전제하고 있다. 金錢現象에 대한 法規範的 解釋의 認識範疇로서 財産概念은 金錢機能과 그 現象形態의 이해와 불가분하게 연계되어 있는 바, 이러한 前實定的인 範疇의 具體化, 즉 실정법률의 규

정을 적용·수정 또는 배제할 수 있는 權利對象의 法概念的 秩序로 編制시킬 수 있어야 할 것이다. 나아가서는 이는 법정책적 대안의 기초가 될 수 있다. 試論의 例로써 財産歸屬으로 편제될 수 있는 私法的 權利對象을 物件(Sache), 金錢(Geld), 權利(Recht), 그리고 情報(Information)로 구분하여 체계화하는 방안을 모색할 수 있을 것이다.

이상에서 살펴본 金錢에 관한 私法上 法理의 검토는 오늘날 급속히 발전·변천하는 금전거래 현상에 비추어 아주 미흡하며, 현행 金錢私法의 體系的·概念的 限界를 批判的으로 認識하는 계기가 된 것에 불과하다. 金錢機能은 정보·통신과학기술의 급속한 발달에 따라 더욱 복잡적이고 다양하게 나타날 것으로 예측되며, 金錢은 그러한 金錢機能이 매개하는 去來關係의 法理的 構成과 불가분하게 연계되어 있는 바, 이들 法的 問題點들에 대한 새로운 認識과 구체적 研究가 요망된다.

辨濟者代位에 있어서 利害關係人間의 利益調整

明 淳 龜*

《目 次》

- | | |
|-------------------------------|---------------------------------|
| I. 序 說 | IV. 民法 제483조 제1항에 의한
利益調整 |
| II. 辨濟者代位の 本質 | 1. 學說과 判例의 立場 |
| III. 民法 제482조 제2항에 의한
利益調整 | 2. 비판적 평가: 제483조 제1
항의 제한해석 |
| 1. 문제의 소재 | V. 맺음말 |
| 2. 제3취득자의 법적 지위 | |
| 3. 보증인과 물상보증인간의
관계 | |

I. 序 說

제3자 또는 공동채무자가 변제를 하여 채무자 또는 다른 공동채무자가 면책된 경우에 변제한 사람과 변제로 인하여 자기의 채무로부터 면책된 사람은 구상관계에 놓이게 된다. 이 때 변제자의 구상채권은 위임, 사무관리, 부당이득 등에 기초한 채권을 행사함으로써 실현될 수도 있을 것이다. 그런데 민법은 변제자의 구상권 확보를 위한 특별한 제도로서 변제자대위를 인정하고 있다. 즉 일정한 요건을 충족하는 경우, 변제자는 그 구상권의 범위 내에서 종래 채권자의 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 된다(민법 제482조 제1항 참조).

변제자대위에 따라 변제자가 만족을 얻은 종래 채권자의 법적 지위를 대위한다 하더라도 때에 따라서는 변제자대위와 관련한 이해관계 당

* 高麗大 法大 助教授·法學博士

사자 사이의 이익을 조정하여야 할 경우가 있을 수 있는데, 이러한 상황의 대표적인 것으로 다음의 2가지를 들 수 있다. 하나는 변제에 상당한 이익이 있는 사람이 다수인 상황에서 그 중의 1인이 변제한 경우에 이들간의 이익조정 문제이며, 다른 하나는 변제자가 채무의 전부가 아닌 일부를 변제한 경우에 변제자와 채권자간의 이익조정 문제이다. 이들 2가지 상황의 중요성에 걸맞게 민법은 각각 제482조 제2항과 제483조 제1항을 두어 이들 사항을 규율하고 있다. 그러나 이들 규정과 관련하여 해석론적 또는 입법론적으로 보다 더 검토하여야 할 부분이 있다고 생각한다.

그러므로 이 글에서는 변제자대위에 있어서 이해관계 당사자 사이의 이익조정을 내용으로 하는 규범에 관한 종래의 해석론을 비판적 관점에서 검토하고자 한다.

II. 辨濟者代位の 本質

변제자대위의 효과에 대하여 민법은 타인의 채무를 변제한 자는 채권자를 대위하며, 이 대위자는 채무자의 구상권의 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있음을 규정하고 있다(제480조, 제481조, 제482조 제1항 참조). 변제자대위에 있어서 대위권의 성질에 관하여 학설상 논의가 있는데, 이 문제는 변제자대위의 규범구조에 대한 정확한 이해를 위한 전제라는 점에서 중요성을 가진다.

변제자대위의 성격에 관하여 통설은 구상권의 범위 내에서 원채권자에게 귀속하였던 채권 및 담보에 관한 권리가 법률의 규정에 의하여 변제자에게 이전하는 것이라고 한다.¹⁾ 이에 대하여 소수설은 제3자가 변

1) 郭潤直, 債權總論, 博英社(1998), 491-492면; - 金亨培, 債權總論, 博英社(1992), 780면; - 金容漢, 債權法總論, 博英社(1983), 545면; - 金基善, 韓國債權法總論, 法文社(1987), 327면; - 金曙洙, 債權總論, 三英社(1985), 401면; - 林正平, 債權總論, 法志社

제를 하였다 하더라도 채권은 여전히 원채권자에게 귀속하며, 다만 변제자의 명의로 그 권리를 행사할 수 있는 권한을 갖는데 불과하다고 한다.²⁾ 변제자대위의 본질에 관한 소수설은 우리 민법상의 변제자대위제도를 설명하기에 적합한 것이 될 수 없다고 생각되는데, 다음에서는 소수설이 들고 있는 논거³⁾를 비판하는 방향에서 통설의 타당성을 논증해 보기로 한다.

첫째, 소수설은 통설에 의한다면 채권자의 채권이 변제자에게 이전된다고 보아야 하는데, 변제자가 행사할 수 있는 권리는 원채권자의 권리와 달리 구상권의 범위로 한정되므로 원채권자의 권리와 동일한 채권이 변제자에게 그대로 이전된다고 보기 곤란하다는 점을 지적한다. 그러나 이러한 소수설의 주장은 설득력이 없다. 왜냐하면 변제자대위제도의 규범목적은 변제자의 구상권 확보에 있는 것이므로 변제자대위에 의하여 원채권자의 권리가 변제자에게 이전된다고 하더라도 구상권의 범위 내에서의 이전일 수밖에 없기 때문이다. 변제자대위에 있어서 변제자가 행사할 수 있는 권리가 원채권자의 권리와 달리 구상권의 범위로 한정되는 것은 다름이 아닌 변제자대위제도 자체의 본질로 인한 것임에 유의할 필요가 있다. 그리고 민법 제482조 제1항에서 “...채권자를 대위한 자는 ...구상할 수 있는 범위에서... 권리를 행사할 수 있다”고 규정한 것도 이러한 취지의 표현인 것이다. 요컨대, 변제자대위에 의하여 변제자가 취득한 권리가 원채권자의 권리와 완전히 동일한 것이 아니라는 사실을 들어 통설을 비판하는 것은 타당하지 못하다 할 것이다.

둘째, 소수설이 주장하는 바에 따르면, 통설에 의하는 경우 변제자가 자기의 독자적인 구상권을 갖고 있음에도 불구하고 채권자의 이행청구권을 이전받을 필요가 있는가에 관하여 의문을 제기하면서, 만일 원채권자의 권리가 변제자에게 이전한다면 변제자는 구상청구권과 이행청구

(1989), 449면 등.

2) 李銀榮, 債權總論, 博英社(1992), 139면.

3) 李銀榮, 위의 책, 138-139면의 내용.

권이라는 두 개의 청구권을 가지게 되어 불필요하게 청구권경합의 문제를 야기시킨다고 한다. 그러나 소수설의 이 논거도 설득력이 없다고 생각한다. 원채권자가 무담보의 채권자였다면 변제자로서는 채무자에게 구상권을 행사하든 아니면 원채권자의 채무자에 대한 권리를 행사하든 결국 변제자의 권리실현을 위한 책임재산은 채무자의 일반재산이므로 별다른 차이가 없다고 할 수 있다. 그러나 원채권자의 채권이 담보부채권인 경우라면 변제자가 자신의 독자적인 구상권을 행사하는가 원채권자의 담보부채권을 행사하는가에 따라 확연한 차이가 있다. 요컨대, 변제자에게 있어서 청구권경합은 불필요한 것이라 볼 수 없다.

셋째, 소수설에 의하면, 통설은 우리 민법은 변제자대위에 있어서 독일과 같은 채권이전의 입법주의를 취하지 않고 프랑스식의 대위제도를 취하고 있다는 점을 간과하고 있다고 하나 이 주장 또한 정확하지 않다. 왜냐하면 우리 민법의 변제자대위에 해당하는 프랑스의 'subrogation personnelle'은 그것이 약정대위(subrogation conventionnelle)이든 법정대위(subrogation légale)이든 그 효과는 제3자의 변제에 의하여 만족을 얻은 채권자의 채권 및 담보권 등 당해 채권에 부속한 권리가 변제자에게 이전되는 권리이전적 효력(effet translatif)이기 때문이다.⁴⁾

넷째, 소수설은 '대위'의 개념에 대하여 "대위란 스스로 권리주체가 되는 것이 아니라 타인의 권리를 자기의 이름으로 자기목적에 위하여 대신 행사하는 것을 의미한다"고 하면서, 변제자대위는 민법 제404조 이하의 채권자대위와 마찬가지로 채권자의 권리는 그대로 채권자에게 귀속된 채 변제자가 자신의 명의로 그 권리를 행사할 권한을 갖는데 불

4) F. TERRE/Ph. SIMLER/Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1993, pp. 967-968; - H.L.J. MAZEAUD/F. CHABAS, *Leçon de Droit civil, Obligations, théorie générale*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 1991, pp. 969-970. - Cass. civ. 1re, 3 mai 1978: *Bull. civ. I*, n. 173; *D.* 1980, 107, note Poulain; - Cass. civ. 1re, 7 décembre 1983: *Bull. civ. I*, n. 291; *D.* 1984, *Inf. rap.* 247; *Rev. trim. dr. civ.* 1984, 717, obs. J. Mestre; - Cass. civ. 3e, 30 octobre 1991: *Bull. civ. III*, n. 251; *D.* 1991, *Inf. rap.* 272.

과하며, 제3자의 변제가 있다고 하여도 채권은 소멸하지 않고 대위목적의 범위 내에서 존속한다고 본다. 그런데 이러한 주장은 다음과 같은 두 가지 면에서 수긍하기 곤란하다. 우선, 이 견해는 채권소멸의 의미를 오해하고 있다고 생각한다. 왜냐하면 채권자의 채권이 그 내용의 실현으로 인하여 당연히 소멸될 수밖에 없는 것인데 어떻게 내용이 이미 실현된 채권이 계속하여 존속할 수 있을 것인가? 다음으로 소수설은 변제자대위와 채권자대위 양자를 유사한 구조를 가진 것으로 설명하고 있다. 그러나 채권자대위란 채권자가 자기의 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채권의 상대적 효력에도 불구하고 제3채무자에게 채무자의 권리를 행사하고 그 효과는 원칙적으로 채무자에게 귀속되는 제도이다. 변제자대위는 채권자대위와는 전혀 본질을 달리하는 제도이며, 차라리 민법 제399조의 배상자대위와 유사한 메카니즘으로 파악하여야 할 것이다.⁵⁾

채무자가 아닌 제3자에 의한 변제가 있는 경우에도 채권자는 만족을 얻게되어 그의 채권은 소멸하게 된다. 그러나 채권의 소멸이 언제나 채무의 소멸을 가져오는 것은 아니다. 채무자가 아닌 제3자의 변제로 채권이 소멸하였다 하더라도 채무자는 변제를 받은 채권자와의 상대적 관계에서만 면책될 뿐이지 절대적 면책을 주장할 수는 없는 것이다. 변제한 제3자가 채무자에 대하여 가지게 되는 권리가 구상청구권이며, 변제자대위는 이 구상청구권의 확보를 목적으로 법률규정에 의하여 원채권자에게 귀속하였던 채권 및 담보에 관한 권리가 변제자에게 이전되는 것을 내용으로 하는 제도이다. 그러므로 변제자대위의 본질에 대하여는 종래 통설의 입장이 타당하다 할 것이다.⁶⁾

5) 공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위에 관한 민법 제368조 제2항. 배상자대위에 관한 제399조, 변제자대위에 관한 민법 제480조 제1항 및 제481조는 '대위'라는 용어를 사용하고 있음에 반하여, 채권자대위에 관한 민법 제404조 1항이 '대위'라는 용어를 사용하고 있지 않은 것도 이러한 취지로 이해하여야 할 것이다.

6) 판례의 일관된 입장도 이러한 통설의 입장을 전제로 하고 있다: 대판 1990. 4. 10. 89다카24834: 법원공보 1990, 1051; - 대판 1991. 10. 22. 90다20244: 법원공보

Ⅲ. 民法 제482조 제2항에 의한 利益調整

1. 문제의 소재

임의대위가 아닌 법정대위의 경우, 즉 제3자에 의한 변제에 있어서 그가 당해 채무를 변제할 정당한 이익이 있는 때에 변제자는 당연히 채권자의 권리를 대위한다(민법 제481조). 그런데 변제에 정당한 이익이 있는 자가 다수인 경우에 변제한 자에게 아무런 제한없이 채권자를 대위할 수 있다고 하면 먼저 변제한 자만이 이익을 보게 되든가 아니면 이들간의 법률관계가 구상관계의 순환으로 흐를 수밖에 없다. 이러한 문제점을 고려해 볼 때, 변제에 정당한 이익이 있는 자 사이의 변제자대위의 방법과 비율을 정하고 있는 민법 제482조 제2항의 중요성은 재론의 여지가 없다 할 것이다.

제482조 제2항은 변제자대위에 있어서 보증인과 제3취득자간의 관계(제1호, 제2호), 제3취득자 상호간의 관계(제3호), 물상보증인 상호간의 관계(제4호), 물상보증인과 보증인간의 관계(제5호)를 차례로 규율하고 있는데, 이 중에서 제3호와 제4호에 대하여는 특별한 해석론적 문제가 없다. 그러나 제1호, 제2호, 제5호에 관하여는 법문의 불명확성으로 인하여 해석을 필요로 하는 부분이 있으며, 따라서 다음에서는 제3취득자의 법적 지위, 보증인과 물상보증인 사이의 관계를 중심으로 이들 규정의 규범의미를 밝혀보고자 한다.

2. 제3취득자의 법적 지위

여기에서 말하는 제3취득자란 담보물권 또는 전세권의 목적인 물건에 관하여 소유권, 지상권, 지역권 등을 취득한 자를 말한다. 제3취득자

1991, 2792; - 대판 1994. 5. 10. 93다25417; 법원공보 1994, 1638; - 대판 1997. 11. 14. 95다11009; 법원공보 1997, 3783 등.

상호간의 대위관계에 대하여는 각 부동산의 가액에 비례하여 대위하드로(제482조 제2항 제3호) 별다른 문제가 없다. 그러나 제3취득자와 보증인 또는 물상보증인 사이의 대위관계에 관하여는 해석론적으로 극복하여야 할 과제가 포함되어 있는데, 이 과제는 크게 다음의 2가지로 집약할 수 있다. 하나는 제3취득자의 법적 지위를 판단함에 있어서 채무자로부터의 제3취득자와, 채무자가 아닌 제3자로부터의 제3취득자를 차별적으로 다루어야 할 필요가 있는가의 문제이며, 다른 하나는 변제자가 제3취득자에 대하여 채권자의 권리를 대위하기 위한 요건으로서의 부기등기의 구체적 의미이다.

(1) 제3취득자의 범주

변제자의 제3취득자에 대한 변제자대위를 논함에 있어서 우선 확정되어야 할 사항은 저당물에 대한 소유권을 취득한 제3취득자의 범주를 구분하여 파악하여야 할 것인가의 문제에 관하여 학설은 대립상황을 보이고 있다.

민법 제482조 제2항 제1호는 변제한 보증인이 저당물의 제3취득자에게 대하여 채권자의 권리를 대위하기 위한 요건으로서 저당권등기에 대위의 부기등기를 요구하고 있으며, 제2호는 변제한 제3취득자는 보증인에게 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 규정하고 있다.

이들 규정을 해석함에 있어서 일부 학설은 채무자로부터의 제3취득자는 제482조 제2항 제1호의 제3취득자에 포함되지 않는다고 한다.⁷⁾ 즉 변제한 보증인은 이러한 제3취득자에게 대하여는 대위의 부기등기 없이도 채권자의 권리를 대위할 수 있다는 것이다. 그리고 제2호를 해석함에 있어서도 이 규정에서의 제3취득자는 채무자로부터의 제3취득자를 의미하는 것이므로 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인과 마찬가지로 보증인에 대하여 채권자의 권리를 대위할 수 있다고 한다.⁸⁾

7) 梁彰洙, "物上保證人の 辨濟者代位와 附記登記의 要否", 司法行政, 1991. 7., 81- 82면.

그런데 이 견해는 몇가지 점에서 수긍하기 곤란한 측면이 있다고 보여진다. 그러므로 다음에서는 이 학설이 내세우고 있는 논거에 대한 비판적 시각을 제시해 보고자 한다.

첫째, 제1호를 해석함에 있어서 이 학설은 다음과 같은 논거를 들고 있다. 제3자가 취득한 저당물의 전주(즉 채무자)는 중국적인 구상채무자이므로 이 경우의 제3취득자로서는 저장권등기가 채권소멸(변제)로 인하여 말소되어 있다면 모르되, 그렇지 않은 한 변제자대위에 의하여 그 목적물에 설정된 저장권이 보증인에게 이전된다는 것을 당연히 예정했어야 할 것이라는 주장이다. 즉 채무자로부터의 제3취득자의 경우에는 보증인의 변제로 인하여 저장권이 소멸하였다는 것에 대한 신뢰가 보호할 만한 가치를 가지고 있지 않다는 것이다.

그러나 채무자로부터의 제3취득자도 저장권이 채무자에 의한 변제로 소멸하였다고 믿을 수도 있어 언제나 보증인의 대위를 각오하여야 하는 것은 아니라는 점⁹⁾에서 우선 위 견해는 일반성을 확보할 수 없다는 문제점을 포함하고 있다. 또한 위 견해에 따르면, 채무자로부터의 제3취득자는 저장권이 변제자대위에 의하여 보증인에게 이전된다는 것을 각오하고 있어야 한다고 하나, 이러한 상황은 물상보증인으로부터의 제3취득자의 경우에도 다를 것이 없다고 보아야 할 것이다. 그리고 변제자대위에 의하여 채권자에게 귀속하였던 채권과 저장권이 변제자에게 이전될 수 있다는 것을 인정하면서, 당해 저장물에 대한 제3취득자의 전주가 누구인가에 따라 다른 결론을 이끌어내는 것은 저장권의 물권성에 반하는 주장이라 생각한다.

둘째, 이 학설은 물상보증인으로부터의 제3취득자는 민법 제482조 제2항 제2호에서 말하는 제3취득자에 포함되지 않는다고 해석하고 있는데, 이러한 주장도 그 타당성이 의심스럽다. 그 이유는 다음과 같다. 제2호의 규정취지에 관하여, 통설은 원래 제3취득자는 담보의 부담을 각

8) 梁彰洙, 앞의 논문, 82면, 주)11.

9) 李仁宰, 第482條, 郭潤直 編, 民法注解[XI], 博英社, 1995, 203면.

오하고서 부동산을 취득한 자이므로 저당물의 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하게 할 필요가 없다¹⁰⁾고 설명하고 있으며, 이 입장은 타당하다고 생각한다. 이와 같이 제3취득자의 보증인에 대한 대위를 인정하지 않는 이유를, 제3취득자는 담보의 부담을 각오하고서 부동산을 취득하였다는 데에서 찾는다면 이러한 상황은 물상보증인으로부터의 제3취득자이든 채무자로부터의 제3취득자이든 차이가 없다고 보아야 할 것이다.

요컨대, 제482조 제2항 제1호와 제2호에서 말하는 제3취득자는 전주가 채무자인 경우와 물상보증인인 경우를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다.

(2) 부기등기의 규범기능

제482조 제2항 제1호에서 요구하고 있는 부기등기의 의미에 대하여 통설은, 보증인의 변제로 저당권이 소멸한 것으로 믿고 저당부동산에 대한 권리를 양수받은 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위한 것¹¹⁾이라 한다.

그러나 이러한 통설의 설명은 이해하기 어려운 측면이 있다. 그 이유는 이러하다. 통설에 따르면, 제3취득자의 신뢰내용은 ‘보증인의 변제로 인하여 저당권이 소멸하였다고 믿은 것’이라는 결과가 된다. 그런데 주채무자가 아닌 보증인에 의한 변제가 있었다는 사실 자체를 제3취득자가 알고 있었다면 제3취득자로서는 보증인에 의한 대위를 예상했어야 하고, 이렇게 본다면 만일 변제한 보증인이 원저당권자의 저당권을 대위한다 하더라도 제3취득자가 불측의 손해를 입는다고 볼 수는 없지 않은가 하는 생각이 든다.¹²⁾ 제482조 제2항 제1호에서 요구하고 있는

10) 金亨培, 앞의 책, 790-791면; - 郭潤直, 앞의 책, 497-498면 등.

11) 金亨培, 앞의 책, 790면; - 郭潤直, 앞의 책, 497면 등.

12) 이러한 입론에 대하여 일부 학설(梁彰洙, 앞의 논문, 81면)은 통설을 지지하는 입장에서 “저당권의 존부뿐만이 아니라 저당권자가 누구인가도 제3자의 이해에 관계가...있으므로” 통설에 대한 이와 같은 반론은 설득력이 없다고 한다. 물론 저당권자가 누구

부기등기의 의미는 통설과 다른 각도에서 바라보아야 할 것이다.

일반적으로 부기등기라 함은 중국등기이기는 하나 독립된 번호가 없고 기존의 특정등기(즉 주등기)의 번호를 그대로 취하는 예외적인 등기로서 당해 등기로 하여금 주등기의 순위를 보유하게 할 필요가 있는 경우에 행해지는 등기이다.

민법 제482조 제2항의 규정 중에서 부기등기를 언급하고 있는 것은 제1호와 제5호¹³⁾인데, 이들 규정은 모두 보증인이 연계된 경우이다. 민법은 제482조 제2항 제3호, 제4호에서 제3취득자 상호간 및 물상보증인 상호간의 변제자대위의 내용을 규정하고 있는데, 이 경우에 있어서는 대위를 위한 부기등기를 요구하고 있지 않다. 제3호, 제4호와 달리 제1호의 경우에 부기등기를 요구하는 이유에 대하여 이는 물권법상의 공시의 원칙을 관철시키기 위한 특별한 규범조치로 이해하는 것이 어떠할까 한다.

그 이유는 다음과 같다. 제3호나 제4호의 경우에는 제3취득자 또는 물상보증인이 변제를 하여 법정대위자의 지위에 서게 되고 그 결과로 종래의 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리(특히 저당권)를 당연히 대위한다 하더라도 저당권의 공시의 원칙을 심각하게 침해하는 것은 아니다. 왜냐하면 제3호와 제4호에 있어서는 변제로 인하여 법정대위를 할 가능성이 있는 자가 이미 공시되어 있었던 상황이므로 변제한 제3취득자 또는 물상보증인이 다른 제3취득자 또는 물상보증인에 대하여 채권자를 대위한다고 하더라도 변제를 하지 아니한 제3취득자 또는 물상보증인에게 불측의 손해를 주는 것이 아니기 때문이다. 그러나 보증인에 있어서는 앞의 경우와 상황이 다르다. 왜냐하면 보증인도 물

인가 하는 것은 제3자, 특히 저당물의 제3취득자의 이해관계와 밀접한 관련을 갖는다. 그러나 저당권의 물권적 성질(즉 대물적 권리)을 고려하여 생각한다면 저당권자가 누구인가와 관련한 제3자의 이해관계는 법적인 이해관계가 아니라 사실적인 이해관계로 보아야 할 것이다.

13) 여기에서는 제1호에 대한 검토에 한정하기로 하고, 제5호의 규범의미는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

론 변제에 상당한 이익이 있는 자로서 법률상 당연히 채권자의 권리를 대위할 수 있다고 보아야 할 것이나, 원채무자를 위한 보증인이 있다는 것에 대하여는 공시의 방법이 없어 저당권부채권이 채무자의 변제로 인하여 소멸하였고 그에 따라 저당권이 소멸한 것으로 알고 저당물에 대한 소유권을 양수한 제3취득자로서는 불측의 손해를 입을 가능성이 있기 때문이다.¹⁴⁾

요컨대, 변제자대위를 위하여 부기등기가 요구되는 것은 변제로 인하여 채권자의 권리를 법정대위할 수 있는 자의 존재가 공시되지 않는 보증인과 같은 경우에 한한다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁾

(3) 대법원의 입장과 문제점

대법원 1990년 11월 9일 판결¹⁶⁾은 물상보증인이 수인인 상황에서

14) 이 문제는 부기등기의 시기와 밀접한 관련을 갖는 것이다. 즉 제482조 제2항 제1호에서 규정하고 있는 ‘미리’의 의미는 ‘보증인의 변제 후 제3취득자가 생기기 전’으로 이해하여야 하며, 이는 통설의 입장이기도 하다. 변제전에 저당물에 대한 소유권을 취득한 제3자에게는 보호가치 있는 신뢰가 없다는 점에서 타당한 견해라고 생각한다. 이와는 달리 일부 학설은 ‘미리’의 의미를 변제의 전후를 불문하고 제3자의 권리취득 전이라고 이해하여, 보증인이 변제하기 전에 부기등기를 하는 경우에는 가등기, 변제한 후에는 본등기를 하면 된다고 한다(金基善, 앞의 책, 302면). 그러나 이 견해는 다음과 같은 이유에서 설득력이 없다고 생각한다. 첫째, 보증인이 변제하기 전의 제3취득자는 보증인이 대위에 의하여 저당권을 실행한다 하더라도 이는 불측의 손해라고 할 수 없다. 둘째, 이 학설에 의하면 보증인이 변제하기 전에 부기등기를 하는 경우에는 가등기를 하면 된다고 하나, 가등기를 하기 위하여는 최소한 가등기에 의하여 보전하고자 하는 청구권이 존재하여야 하는데, 아직 변제를 하지 않아 채권자의 권리를 대위할 수 있는 지위에 있지 못한 변제자에게 가등기를 허용한다는 것은 이론상 납득하기 어렵다.

한편 대법원은 “미리 부기등기를 해두지 않으면 채무를 변제한 뒤에 그 저당물을 취득한 제3자에게 대하여 채권자를 대위하지 못한다.”(대판 1990. 11. 9. 90다카10305)고 판시하여 통설과 같은 입장에 있는 것으로 이해된다.

15) 다음에서 자세히 살펴 볼 1990년 11월 9일 대법원 판결의 원심은 이러한 입장을 견지하고 있다고 본다. 원심은 “물상보증인이 수인인 경우에 그 중의 일부가...채무를 변제하였다면...다른 담보제공자에 대하여 채권자를 대위...할 수 있고, 이와 같은 경우에는 인적 보증인의 대위의 경우와 달리...대위를 부기하지 않았다 하더라도 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다.”고 하여 보증인이 변제한 경우에 한하여 부기등기가 필요한 것으로 판단하고 있다.

채무를 변제한 물상보증인이, 다른 물상보증인으로부터 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자가 가지고 있던 담보권을 행사하기 위하여 저당권등기에 대위의 부기등기가 있어야 하는가의 문제에 관하여 부기등기는 대위의 요건이 아니라는 원심의 태도와는 달리 이 경우에도 대위의 요건으로서 부기등기를 요구하고 있다. 이 판결의 핵심적 논점은 변제자대위에 있어서 담보물의 제3취득자의 법적 지위 및 부기등기의 규범기능이라 할 수 있다.

다음에서는 앞에서 논의한 사항을 기초로 대법원 판결의 타당성을 검토해 보기로 한다.

사건의 개요는 다음과 같다.

X는 A에게 3억원의 금전을 대여하였고, P, Q, R, S, T, U, V, W 8인은 X의 A에 대한 대여금채권을 담보하기 위하여 각기 그들 소유의 부동산에 X명의 근저당권을 설정해 준 물상보증인이다. 채무자 A와 8인의 물상보증인 중 Q, R, S, T, U 5인은 각기 1987년 12월 15일부터 1989년 3월 16일 사이에 3억원의 금전채무를 일부씩 변제함으로써 X의 채권은 전부만족을 얻어 소멸하였다. 그런데 물상보증인으로서 타인의 채무를 변제한 Q, R, S, T, U 5인은 변제를 하지 않은 다른 물상보증인 P, V, W 3인이 제공한 담보목적 부동산의 등기부에 대위의 부기등기를 하지 않았다. 한편, 차용금채무가 모두 변제된 후 Y는 차용금채무를 변제하지 않았던 P가 담보로 제공했던 부동산에 관하여 P와 매매계약을 체결하고 이를 원인으로 1989년 11월 25일 소유권이전등기를 완료하였다. Y가 P로부터 양수한 부동산이 이 판결에서의 분쟁대상이었던 바, Y는 이 부동산에 관하여 설정된 X 명의의 근저당권이 피담보채권의 만족으로 인하여 소멸되었다는 사실을 들어 X를 상대로 근저당권등기의 말소를 청구하였다.

이 소송에서의 원고는 원래 P였으나 원심에서 탈퇴하였고 Y가 원고

16) 대판 1990. 11. 9. 90다카10305; 법원공보 887호, 43.

승계참가를 하여 진행된 이 사안에 대하여 원심인 서울고등법원¹⁷⁾은 다음과 같은 이유를 들어 원고의 청구를 기각하였다.

“자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인인 경우에 그 중의 일부가 채무자를 대위하여 채무를 변제하였다면 그 구상권의 범위 내에서 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 담보제공자에 대하여 채권자를 대위하여 채권자의 담보에 관한 권리를 행사할 수 있고, 이와 같은 경우에는 인적 보증인의 대위의 경우와 달리 저당권의 등기에 미리 그 대위를 부기하지 않았다 하더라도 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다. 이 사건 부동산에 관한 근저당권은 위 채무를 대위변제한 물상보증인들의 대위의 목적이 되었다고 할 것이며, 피고 X로서는 이들 각 대위변제자들의 청구가 있으면 즉시 위 담보권을 이전하여 줄 의무가 있다. 그러므로 피고는 원고에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 없다.”

대법원은 원심을 파기하고 사건을 원심인 서울고등법원에 환송하였는데, 최고법원의 판시내용을 요약하면 다음과 같다.

민법 제482조 제2항 제1호는 보증인이 변제한 경우 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않으면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다고 규정하고, 제5호에서는 변제자대위에 있어서 물상보증인과 보증인간의 관계를 규율하고 있다. 그리고 제5호 단서에서는 대위의 부기등기에 관한 제1호의 규정을 준용하도록 규정하고 있는데, 그 취지는 물상보증인이 수인인 경우 그 중 일부의 물상보증인이 채무를 변제하여 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위하게 될 경우에 미리 대위의 부기등기를 해두지 않으면 채무를 변제한 뒤에 그 저당물을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없도록 하려는 것이라고 해석된다.

수인의 물상보증인 중에서 채무를 변제한 물상보증인이 다른 물상보

17) 서울고법 1990. 2. 20. 선고 89나34324 판결.

증인으로부터 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자가 가지고 있던 담보권을 행사하기 위하여 저장권등기에 대위의 부기등기가 있어야 하는가에 대하여 원심은 보증인이 변제한 경우와 달리 이 때에는 부기등기 없이도 저장권을 대위할 수 있다는 입장이다. 이에 대하여 대법원은, 만일 원심의 판단과 같이 보증인이 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 경우에만 제5호 단서에 의하며 제1호의 규정이 준용되는 것으로 해석한다면, 제5호가 제1호에 규정된 똑같은 경우에 관하여 다시 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 셈이 되어 같은 내용을 되풀이하여 규정한 이외에 아무런 의미도 가질 수 없는 것으로 된다는 것이다. 즉 상고심은 제482조 제2항 제5호를 적용하여 이 사안을 해결하고 있다. 그런데 이러한 대법원의 입장은 다음과 같은 몇가지 점에서 수긍하기 어려운 면이 있다고 생각한다.

첫째, 이 판결의 사안을 제5호로 포섭할 수 있겠는가 하는 의문이 있다. 왜냐하면 제5호는 물상보증인과 보증인간의 변제자대위를 규율하고 있기 때문이다. 생각건대, 이 사안은 제5호가 아니라 제3호와 제4호의 규정취지를 유추하여 해결되어야 할 것으로 보며, 실제로 대법원은 수인의 물상보증인과 제3취득자간의 변제자대위라는 연구대상판결의 사안과 유사한 사건에 대하여 이와 같이 해결한 적이 있다.¹⁸⁾

둘째, 원심과 같이 본다면 제5호 제3문은 제1호와의 관계에서 볼 때, 불필요한 반복이라고 본 대법원의 입장을 살펴보기로 한다. 제5호 제3문의 의미에 관하여 종래 통설은 대법원과는 다른 각도에서 이해하고 있다. 즉 통설은 제3문을 보증인이 대위의 부기등기를 하여야만 변제 후에 물상보증인으로부터 담보부동산을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다는 의미로 해석하고 있다.¹⁹⁾ 제482조 제2항의 전

18) 대판 1974. 12. 10. 74다1419(법원공보 1975, 8218)은 “저당권이 설정된 부동산을... 취득한 제3취득자는 저장채무를 변제할 정당한 이익이 있고 그 변제를 한 때에는 제3취득자는 구상권을 취득하고, 제3취득자가 취득한 부동산과 다른 물상보증인들 소유 부동산의 각 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다”고 판시하였다.

체구조 및 제5호의 규범내용에 비추어 볼 때, 이 판결이 제3문을 제2문(즉 물상보증인이 수인이고 보증인이 있는 상태에서 물상보증인이 변제한 경우)과 연결되는 것으로 이해하는 것은 문제가 있다고 생각한다.²⁰⁾ 결국 제5호 제3문은 주의적 규정으로 이해하여야 할 것이다. 연구대상 판결에서와 같이 제5호 제3문에 특별한 의미를 부여하기 위하여 이 규정을 변제한 물상보증인과 다른 물상보증인으로부터의 제3취득자간의 변제자대위관계를 규율한 것으로 해석하는 것은 변제자대위의 규범구조라는 보다 근본적인 질서를 해치는 결과가 된다.

이와 관련하여 부가적으로 살펴보아야 할 사항으로 제3취득자의 범주를 구분하여야 할 필요가 있는가의 문제이다. 앞서 지적한 바와 같이 일부 학설은 제482조 제2항 제1호의 제3취득자는 물상보증인으로부터의 제3취득자만을 가리키는 것으로 보아, 변제한 보증인은 채무자로부터의 제3취득자에 대하여 부기등기 없이도 채권자를 대위할 수 있다고 설명한다. 그러나 이 견해는 제5호 제3문으로 인하여 의미를 상실하게 된다. 왜냐하면 이 견해도 제5호 제3문의 의미를 통설과 마찬가지로 이해²¹⁾하고 있는데, 이러한 전제에 선다면 제3문은 보증인이 물상보증인으로부터의 제3취득자에게 대하여 채권자를 대위하기 위하여는 부기등기를 하여야 한다고 해석할 수밖에 없기 때문이다. 즉 채무자로부터의 제3취득자이건 물상보증인으로부터의 제3취득자이건 변제한 보증인이 제3취득자에게 대하여 채권자를 대위하기 위하여는 부기등기를 하여야 하므로 양자 사이에는 어떠한 차이도 없다고 보아야 할 것이다.

이 판결은 채무를 변제한 물상보증인이 다른 물상보증인으로부터 목적물의 소유권을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자가 가지고 있던 담보권을 행사하기 위하여 저장권등기에 대위의 부기등기가 있어야 한다

19) 金亨培, 앞의 책, 791면; - 金容漢, 앞의 책, 550면; 郭潤直, 앞의 책, 498면 등.

20) 梁彰洙, 앞의 논문, 85-86면 참조.

21) 즉 제3문의 의미내용은 보증인이 대위의 부기등기를 하여야만 변제 후에 물상보증인으로부터 담보부동산을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다는 것이라고 보고 있다(梁彰洙, 앞의 논문, 86면).

고 판시하고 있다. 그러나 이러한 판단은 변제자대위의 법리에 합치하지 않는 부분이 있을 뿐만 아니라, 특히 부기등기의 규범기능에 비추어 보아 설득력이 없다고 생각한다.

수인의 물상보증인 중 일부가 변제하였다면 이들 변제자는 변제에 상당한 이익이 있는 자로서 법정대위의 법리에 따라 법률상 당연히 채권자에게 귀속하였던 채권 및 담보권은 변제자에게 이전하고, 만일 이때의 권리이전이 물권변동을 포함하고 있다면 이는 법률행위에 의한 물권변동이 아니므로 등기를 요하지 않는다고 보아야 할 것이다. 그리고 법정대위에 있어서 일정한 경우에 요구되는 부기등기는 변제한 보증인이 제3취득자에게 채권자의 권리를 대위하는 경우에 한하여 요구되는 특별한 법정요건으로 해석하여야 할 것이다.

그러므로 변제한 물상보증인과 다른 물상보증인으로부터 목적물을 양수한 제3취득자 사이의 변제자대위관계가 문제된 연구대상판결의 경우에 있어서 부기등기는 변제자대위의 요건이 아니라고 보아야 할 것이다.

3. 보증인과 물상보증인간의 관계

보증인과 물상보증인의 변제자대위에 관하여 제482조 제2항 제5호 제1문과 제2문은 “자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담 부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다.”고 규정하고 있다. 이하에서는 이 규정의 구체적 의미를 검토하고자 하는데, 논의의 편의상 다음과 같은 사례를 사용하기로 한다: 채권자 P의 채무자 Q에 대하여 1200만원의 채권에 대하여 A와 B는 보증인이고, C와 D는 각각 1000만원과 500만원 가액의 부동산에 저당권을 설정한 물상보증인이 되었다.

제1문과 제2문이 서로 어떠한 관계가 문제된다. ‘그러나’로 이끌어지는 제2문과의 관계를 고려하여 생각해 볼 때, 제1문의 적용범위는 보증인과 물상보증인이 병존하고 있으며, 이 때 보증인의 수는 1인이든 수인이든 상관없지만 물상보증인은 1인인 경우에 한정되며, 반면에 제2문은 보증인이 1인 또는 수인이고 물상보증인이 수인인 경우에 적용되는 규정이라고 해석할 여지도 없지 않다. 만일 제1문과 제2문의 적용범위를 이렇게 본다면, 제2문의 경우(물상보증인이 수인인 경우)에는 변제자대위에 있어서 복수의 물상보증인을 하나의 단위로 묶어 제1문에서 말하는 하나의 인원수로 파악하여야 할 것이며, 이 때 A, B, C, D 사이의 변제자대위의 내용은 다음과 같은 결과가 된다. 보증인 A와 B는 독립된 인원수로 계산되지만 복수의 물상보증인인 C와 D는 하나의 단위로 계산되어 대위한도는 1:1:1(즉 A:B:CD)로 3분되어 A 400, B 400, 하나의 단위인 C와 D 400으로 되고, 이와 같이 보증인과의 관계에서 하나의 단위로 계산된 물상보증인 C와 D의 대위한도는 다시 그들이 제공한 부동산 가액의 비율인 2:1의 비율에 따라 C는 266.6만원($400 \cdot 2/3$)에 대하여, D는 133.3만원($400 \cdot 1/3$)에 대하여 대위할 수 있게 된다.

그러나 이러한 해석은 제482조 제2항 제5호의 기본구조에 합치하지 않는 것이며, 또한 그렇게 주장하는 학설도 존재하지 않는다. 제5호는 제1문은 변제자대위에 있어서 보증인과 물상보증인에 대하여 동일한 법적 지위를 부여하고 있으며, 이는 보증인과 물상보증인의 변제자대위 관계에 있어서의 원칙규정이라 할 것이다. 그리고 제2문은 보증인이 1인 또는 수인이고 물상보증인이 수인인 때에 특히 수인의 물상보증인간의 대위를 겨냥한 규정으로 이해하여야 한다. 그러므로 제2문의 경우에도 물상보증인들과 보증인과의 관계에 있어서는 인원수에 비례하여 대위한다는 제1문의 규범의 의미가 관철되어야 한다. 즉 제2문에서 ‘보증인의 부담부분을 제외하고’라고 하는 의미는 우선 제1문에서 정하는 인원수에 따라 보증인과 물상보증인 각각의 대위비율을 정하고 물상보증인들의 대위범위는 보증인이 대위할 수 있는 범위를 제외한 잔액에 대하여

물상보증인들이 제공한 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다는 것이며, 이러한 제5호 제2문의 규범내용은 제4호의 규정과 균형을 이루고 있다.²²⁾ 또한 제2문에서 말하는 ‘부담부분’이라고 하는 것은 공동보증인 또는 연대채무자 상호간의 내부관계와는 전혀 상관없는 것으로 ‘대위범위’의 의미로 이해하여야 할 것이다.

위에서 본 바와 같이 제5호 제1문과 제2문은 보증인과 물상보증인이 병존하는 경우에 있어서 이들간의 변제자대위의 방법을 규정한 것이며, 특히 제2문은 1인 또는 수인의 보증인과 수인의 물상보증인 사이의 대위관계를 규율하는 규정이다. 제5호 제1문과 제2문의 적용범위를 명확히 하는 일은 제5호 제3문의 의미를 명확히 하는 데에 있어서 전제조건이 된다는 점에서도 중요성을 가지는데, 제3문의 규범내용에 관하여는 앞에서 이미 살펴보았다.

IV. 民法 제483조 제1항에 의한 利益調整

제483조 제1항은 “채권의 일부에 대하여 대위변제가 있는 때에는 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사한다”고 규정하고 있다. 이 규정의 문언만을 가지고 생각한다면 일부변제를 한 제3자가 채권자와 동등한 지위에서 권리를 주장할 수 있는 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 이 규정을 이와 같이 해석하게 되면 채권에 대한 전부만족을 얻지 못한 채권자의 이익을 심각하게 해할 가

22) 이는 종래 통설의 입장이기도 하며, 이에 따라 위에서 제시한 사안을 해결하면 다음과 같은 결과가 된다. 우선 1200만원의 채권액을 인원수로 나누면 1인당 300만원이 되므로 보증인 A, B의 대위범위는 각각 300만원이 된다. 물상보증인 C와 D는 보증인들의 부담부분(즉 대위범위)으로 된 600만원(A의 부담부분인 300만원과 B의 부담부분인 300만원의 합계)을 제외한 나머지 600만원에 대하여 그들이 제공한 부동산가액의 비율에 따라서 C는 400만원에 대하여, D는 200만원에 대하여만 대위할 수 있다.

능성도 있으므로 제483조 제1항을 해석함에 있어서 종래 논의가 있어왔다.

1. 학설과 판례의 입장

제1설은 채권자의 채권과 변제자의 일부대위권 중 어느 것도 우선권이 없고 대위자는 채권자와 동등한 지위에서 공동으로 권리를 행사할 수 있으나, 채권자의 권리가 가분적인 경우에는 변제자가 단독으로 대위권을 행사할 수 있다는 견해이다.²³⁾ 예컨대, A의 B에 대한 100만원의 저당권부채권에 관하여 보증인 C가 60만원을 변제하여 60만원에 대한 채권 및 저당권이 C에게 이전되었다면, 이 경우에 100만원의 금전채권은 가분적이므로 변제자 C는 A가 저당권을 실행하기 전에 단독으로 저당권을 실행할 수 있다는 것이다.

제2설은 다수설로서 일부변제자는 그가 대위하게 되는 권리가 가분적인 것이라 하더라도 그것을 단독으로 행사하지는 못하며, 채권자가 잔부채권을 행사하는 경우에 그 채권자와 함께 권리를 행사할 수 있을 뿐이고, 또한 이 경우에 채권자의 권리는 대위자의 권리에 우선한다는 입장이다.²⁴⁾ 이 학설은 제1설에 의하게 되면 채권자를 부당하게 해할 뿐만 아니라 특히 담보물권부채권에 있어서 담보물권의 불가분성에 반한다는 이유에서 제1설의 부당성을 지적하고 있다.

제3설은 제1설과 제2설을 절충한 입장으로, 원칙적으로 채권이 가분적인 경우에 채권자와 대위자는 단독으로 권리를 행사할 수 있으나 일방의 권리행사가 타방의 이익을 해하는 경우에 한하여 권리행사가 제한된다는 입장이다.²⁵⁾ 결과적으로 이 견해는 권리만족의 측면에서는 채권자를 대위자 보다 우월한 지위에 있다고 하는 것이므로 이 점에 있어서

23) 金顯泰, 앞의 책, p. 304.

24) 郭潤直, 앞의 책, p. 495; - 林正平, 앞의 책, p. 453 등.

25) 제3설에 있어서도 권리만족의 측면에서는 채권자의 권리가 대위자의 권리에 우선한다는 점에서 제2설과 같은 입장이다(金容漢, 앞의 책, p. 547).

제2설과 같은 입장이다.

한편, 대법원은 1988년 9월 27일 판결²⁶⁾에서 “변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 되고 따라서 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권의 일부이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다 할 것이나 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지고 있다 할 것이다”고 판시하여 채권자의 법적 지위가 일부변제자의 대위권에 우선한다는 점을 분명히 하고 있다.

2. 비판적 평가: 제483조 제1항의 제한해석

위에서 일부변제에 있어서 채권자의 원채권과 변제자의 대위권 사이의 관계에 관한 학설과 판례의 입장을 간단히 정리해 보았다. 제483조 제1항의 해석에 관한 종래의 논의는 크게 다음과 같은 2가지 시각에서 전개되어 왔다고 본다. 하나는 대위권의 행사방법의 측면으로 대위자는 채권자와 공동으로 권리를 행사하여야 하는가의 문제이며, 다른 하나는 대위자의 권리와 채권자의 권리의 우열관계의 문제이다. 이들 사항을 판단함에 있어서 제483조 제1항의 문언에 충실하게 해석한다면 일부대위자는 채권자와 공동으로 권리를 행사하여야 하며, 또한 일부대위자와 채권자의 권리 사이에는 우열관계가 존재하지 않고 동순위에서 변제가 액에 비례하여 만족을 얻는다²⁷⁾고 할 수밖에 없을 것 같기도 하다.

그러나 이 규정에 대한 이와 같은 순수한 문리해석은 변제자대위제도의 규범목적에 넘는 지나친 해석이라고 생각한다. 변제자대위제도란 제3자의 변제로 인하여 발생한 변제자의 구상권의 확보를 목적으로 하

26) 대판 1988. 9. 27. 88다카1797; 법원공보 835, 1333.

27) 金亨培, 앞의 책, pp. 788-789.

는 것이므로 최소한 변제자대위가 채권자에게 불리한 요소로 작용할 수는 없다고 보아야 할 것이며, 이는 제3자의 변제가 일부변제이든 전부변제이든 차이가 없다고 보아야 할 것이다. 특히 담보부채권자가 제3자로부터 전부변제가 아닌 일부변제를 받았다는 우연한 사정으로 하여 자기의 담보권이 일부변제자의 대위에 의하여 제한된다는 것은 문제가 있다고 본다. 그러므로 일부변제자의 대위권에 대한 채권자의 우위를 인정하여야 할 것으로 생각된다. 비교법적으로 본다 하더라도, 도이치민법은 제268조 제3항, 제426조 제2항, 제774조 제1항에서 변제자대위가 채권자에게 불이익할 경우에는 이를 주장할 수 없는 것으로 하고 있으며, 특히 프랑스민법 제1252조는 “...변제자대위로 인하여 일부변제를 받은 채권자를 해할 수 없으며, 이 경우에 채권자는 일부변제를 한 자에 우선하여 자기의 잔부권리를 행사할 수 있다”고 하는 일반규정을 두어 규율하고 있는데, 이는 “Nemo contra se subrogasse censetur”(누구도 자기의 이익에 반하여 대위를 허용하지 않는다)는 법언을 성문화 한 것으로 설명하고 있다.²⁸⁾

일부변제의 경우에 채권자의 대위자에 대한 우열관계에 관하여 다수설과 판례는 채권자를 우위에 놓고 있으며, 변제자대위제도의 본질적인 규범목적 및 비교법적 측면에서 볼 때, 이러한 입장이 타당한 것으로 생각한다. 그러나 다수설과 판례의 이 입장은 제483조 제1항의 문언과 상당한 차이가 있다는 점이 문제상황으로 대두된다. 우리 민법 제483조 제1항은 일본민법 제502조 제1항과 같은 내용인데, 이 규정은 입법론적 관점에서 그 타당성에 의문을 가질 수밖에 없다. 따라서 제483조 제1항은 앞으로 개정되어야 할 것으로 생각되며, 다만 해석론적의 관점을 한도로 하여 생각한다면 이 규정은 변제자대위제도의 규범목적에 따라 제한적으로 해석하여야 할 필요가 있다고 본다. 제한해석의 기본방향은 다음과 같다. 현행 제483조 제1항의 내용을 문언 그대로 적용한다 하되

28) H. Roland/L. Boyer, *Adages du droit français*, 3e éd., Paris, Litec, 1992, p. 500.

라도 변제자대위제도의 규범목적과 충돌하지 않는 한도에서 이 규정이 적용되는 것으로 하고, 대위자가 취득하는 권리가 담보권과 같은 우선적 권리를 포함하는 경우에는 제483조 제1항의 적용을 배제하여 채권자와 대위자 사이에 서열을 인정함으로써 전자를 후자에 우선시키는 방향이 어떠할까 생각한다.

V. 맺음말

위에서는 변제자대위에 있어서 이해관계 당사자 사이의 이익조정에 관한 민법규정 중에서 특히 민법 제482조 제2항 및 제483조 제1항의 의미를 변제자대위의 본질에 대한 검토를 토대로 비판적 관점에서 살펴보았다.

우선, 변제자대위의 본질에 관하여 제3자가 변제를 하였다 하더라도 채권은 여전히 원채권자에게 귀속하며, 다만 변제자의 명의로 그 권리를 행사할 수 있는 권한을 갖는데 불과하다고 파악하는 견해가 있다. 그러나 구상권의 범위 내에서 원채권자에게 귀속하였던 채권 및 담보에 관한 권리가 법률의 규정에 의하여 변제자에게 이전하는 것으로 보는 종래 통설의 입장이 타당하다고 생각한다.

다음으로, 변제에 정당한 이익이 있는 자 상호간의 변제자대위의 내용에 관한 482조 제2항 제1호와 제2호의 해석에 있어서 제3취득자의 법적 지위가 문제되는데, 이들 규정에서 말하는 제3취득자는 그의 전주가 채무자인 경우와 물상보증인인 경우를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다. 또한 변제자대위를 위하여 부기등기가 요구되는 것은 변제로 인하여 채권자의 권리를 당연히 대위할 수 있는 자의 존재가 공시되지 않는 보증인과 같은 경우에 한한다고 보아야 하며, 따라서 물상보증인은 대위의 부기등기 없이도 제3취득자에 대하여 변제자대위를 할 수 있다고 보아야 한다.

끝으로, 일부변제자의 대위에 관한 제483조 제1항은 일부변제자가 채권자와 동등한 지위에서 권리를 주장할 수 있다는 취지의 문언으로 되어 있으나 이 규정에 대한 순수한 문리해석은 변제자대위제도의 규범 목적을 넘는 것으로 판단된다. 그러므로 이 규정은 채권자의 이익을 고려하여 제한적으로 해석되어야 할 것이다.

南北離散家族의 往來 및 再結合에 관한 法令整備方案

申榮鎬*

《目次》

- | | |
|----------------------------|--------------------------|
| I. 問題의 所在와 論議의 範圍 | IV. 再結合關聯 家族法上の 問題 |
| 1. 離散家族의 意義와 類型 | 와 既存法令에 의한 解決 |
| 2. 離散家族의 範圍 | 1. 序 |
| 3. 再結合의 意義와 類型 | 2. 北韓家族法에 基礎하여 形成 |
| 4. 再結合關聯 諸問題와 論議의 限界 | 한 家族·身分關係의 有效性 |
| II. 離散家族의 往來 및 再結合 關聯 現行法制 | 3. 戶籍上の 就籍과 戶籍訂正 |
| 1. 往來 | 4. 婚姻 |
| 2. 再結合 | 5. 親子 |
| III. 往來에 따른 法律問題 | 6. 戶主相續(承繼) |
| 1. 南北韓住民의 往來·滯留·定住에 관한 問題 | 7. 財産相續 |
| 2. 往來·滯留·定住에 따른 公法上の 問題 | V. 法令整備方案 |
| 3. 往來·出入·定住에 따른 私法上の 問題 | 1. 立法形式 |
| | 2. 特別法制定形式을 取할 경우의 考慮事項 |

* 高麗大 法大 教授·法學博士

I. 問題의 所在와 論議의 範圍

1. 離散家族의 意義와 類型

日帝에 의한 殖民地支配로부터의 해방은, 38선을 경계로 한 民族分斷時代를 잉태하였고, 그 이후 전개된 한국전쟁과 냉전체제의 지속이라는 역사적 상황은, 한 가족이 남북한으로 각기 흩어진 채 반세기 이상을 서로간의 왕래는 물론이고 생사도 확인할 수 없는 상태에서 언젠가는 재회·상봉하게 될 것이라는 막연한 기대 속에 그 날이 오기만을 학수고대하는 離散家族問題를 던져 주었다. 이러한 상황은 지금도 계속되고 있으나, 최근의 정황은 南北離散家族의 생사확인이나 재회·상봉을 기대하게 한다. 뿐만 아니라 비록 비공식적인 관계에서이지만 제3국을 통한 접촉·상봉이 보고되고 있으며, 전쟁포로로서 북한에 억류되었다 북한을 탈출하여 제3국을 거쳐 귀환한 분의 최근의 한 사례가 웅변해 주는 바와 같이, 南北韓住民의 자유왕래가 실현될 경우에는 離散家族의 再結合事例는 예상보다 많아질 것이며, 그에 따른 법적 제문제를 어떻게 처리하여야 할 것인가라는 어려운 과제를 던져 줄 것으로 예상된다. 물론 離散 一世代의 당사자들이 대부분 고령에 해당되기 때문에, 커다란 사회적·법적 문제를 남지는 않을 것이라는 소박한 접근도 가능하다. 그러나 家族關係나 身分關係는 離散當事者 一身에만 그치는 것이 아니라 그 後孫이나 그 밖의 親族들에게까지 확대되기 때문에, 우리 민족의 숙원인 통일이 이루어진 뒤에도 離散家族再結合問題는 남게 될 수밖에 없다.

<離散>이라는 말의 사전적 의미는 “떨어져 흩어짐”을 뜻한다. 따라서 離散家族이라 함은 일단 한 가족을 이루던 구성원 중의 일부가 이유나 원인을 불문하고 종래의 가족으로부터 떨어져 나와 흩어진 상태에 이르게 됨을 가리킨다고 할 수 있다. 이러한 넓은 의미의 離散家族은 어떤 사회나 시대를 막론하고 발생한다. 그런데 南北離散家族의 再結合

問題를 취급함에 있어서는 그 의미를 좀더 한정하여 규정할 필요가 있다. 즉 넓은 의미의 離散家族 중 해방 이후 현재까지 민족분단이라는 역사적 원인으로 말미암아 離散된 후 南北韓地域에 각기 거주하고 있는 가족으로 보아야 한다.

離散家族은 離散의 원인과 시기에 따라 여러 유형으로 구분될 수 있다. 원인이나 이유를 불문한다면 離散家族의 유형은 크게 두 가지로 구분된다. 즉 ① 해방 이후 越南하거나 휴전 이후의 歸順者나 北韓離脫住民(이하에서는 越南者라 총칭한다)과 北韓殘留家族 및 ② 越北 또는 義勇軍에의 強制入隊 및 強制拉致에 의한 拉北者(이하에서는 越北者라 총칭한다)와 南韓居住家族이다. 離散時期를 기준으로 할 경우에는 ① UN군 총사령관 일반명령 제1호가 포고되기 이전시기(1945년 9월 2일 전까지), ② 한국전쟁 발발까지의 시기(1945년 9월 2일부터 1950년 6월 25일 전까지), ③ 휴전협정 체결시까지의 시기(1950년 6월 25일부터 1953년 7월 27일까지), ④ 현재까지의 離散家族으로 구분된다. 離散의 원인이나 이유 및 시기에 따라 離散家族再結合問題를 달리 취급하여야 할 필요도 있을 것이나, 離散家族再結合에 있어서의 人道主義原則을 고려할 때 굳이 구분하여 취급을 달리할 필요는 없다고 본다. 다만 여기에서는 이해의 편의를 돕기 위하여, 수적으로도 가장 많은 離散家族이라 할 수 있는 한국전쟁기간 중 ① 北韓地域에서 월남하여 남한에 거주하고 있는 越南者와 북한에 잔류하고 있는 가족, ② 南韓地域에서 월북하여 북한에 거주하고 있는 越北者와 南韓居住家族을 전형적인 離散家族類型으로 삼아 논의를 전개하고자 한다.

2. 離散家族의 範圍

(1) 現行法令

① 離散家族의 고향방문·상봉과 관련하여 南北韓間에 이루어진 暫定的 合意에 의하면, 離散家族의 범위는 離散當時의 家族과 그 후 출생

한 자녀를 포함한 直系尊卑屬과 傍系 8寸, 妻·外家 4寸 및 본인의 희망에 따라 소재가 확인된 親戚까지이다.¹⁾ 外親의 범위를 따로 언급하고 있는 것으로 보아 여기에서의 傍系 8寸은 父系 8寸 이내의 傍系血族을 가리키는 것으로 해석된다.

② 南北交流協力에 관한 法律 施行令 제19조 제4항 제3호는 외국에서 家族인 北韓住民과의 회합 관련하여 그 범위를 8촌 이내의 親·姻戚 및 配偶者 또는 配偶者이었던 자로 규정하고 있다. 이 법령은 南北韓住民間의 상호방문이나 접촉·상봉을 규율목적으로 삼기 때문에, 가족의 개념을 最廣義로 파악하여 大家族制度下의 親族의 共同生活을 함께 하던 자 곧 습속상의 親族의 범위를 고려하여 규정한 것이다. 家族法的側面에서 볼 때 친척의 경우는 주로 親族關係確認의 의미가 있다.

(2) 學說

이처럼 아직까지 현행법령상 離散家族의 의의나 범위를 명확하게 정의하고 있는 규정은 없다. 이에 관한 학설상의 논의도 활발한 편은 아니나, 그 간 주장된 견해로는,

① 1945년 9월 이후 현재까지 동기를 불문하고 분단된 한반도의 南北韓地域에서 분리된 상태로 각기 거주하고 있는 夫婦, 父母와 子女, 祖父母와 孫子女, 兄弟姉妹로 보는 입장,²⁾

② 夫婦, 父母와 子女, 祖父母와 孫子女, 兄弟姉妹를 원칙으로 하나, 당사자들의 자유의사에 의한 傍系 8寸, 外四寸까지 확대하자는 견해³⁾가 주장되고 있다.

私見으로는 離散家族의 범위를 狹義와 廣義로 나누어 파악할 필요가 있다고 본다. 즉 ㉠ 좁은 의미의 離散家族은 북한에서 1946년 7월 30일

1) 『북한의 가족법』 (법원행정처, 1998), p.338.

2) 諸成鎬, 「南北離散家族의 再結合에 따른 法的 問題點과 解決方案」, 統一院 91 研究論文(1991), p.8.

3) 民族統一研究院, 「離散家族問題解決 및 自由往來·接觸 實現方案」(1992), p.13.

자로 男女平等權에 對한 法令이, 동년 9월 14일자로 同 施行細則이 발효되기 이전에는 朝鮮民事令과 朝鮮戶籍令에 의하여, 그 이후에는 南北韓 각기의 家族法에 의하여 배우자나 자녀 등 가족으로서의 身分關係가 인정되던 자 중 원인과 동기를 불문하고 南北韓地域으로 각각 분리된 상태로 각기 거주하고 있는 자와 離散 이후 출생한 그들의 자녀를 말하고, ㉔ 넓은 의미의 離散家族은 재결합에 의하여 配偶者, 血族, 姻戚으로서의 身分關係를 회복·형성하게 되는 자를 가리키는 것으로 구분하여야 할 것이다.⁴⁾ 北離散家族問題를 다룸에 있어서는 家族概念을 부부와 미성년의 자녀로 구성되는 이른바 核家族概念에 근거할 필요는 없으며, 반면에 단순한 친척간의 상봉·접촉에 관한 문제를 다루는 것이 아니라 再結合을 염두에 두어야 하므로 지나치게 넓게 확대하는 것도 곤란하기 때문이다. 궁극적으로는, 분단상태가 지속되는 가운데 離散家族으로서 상호 방문이나 접촉·상봉할 수 있는 家族·親族의 범위를 구체적으로 어떻게 정할 것인가는 南北韓間의 합의에 의하여야 할 문제이다. 그러나 법률상의 再結合問題를 생각할 때에는 그 개념과 구체적 범위를 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다.

가족의 개념이나 그 구체적 범위를 어떻게 획정할 것인가는 學問分野에 따라 다르다. 아울러 법률상의 가족의 개념 역시 입법례에 따라 상이하다. 아래에서 보는 바와 같이 南北離散家族의 再結合類型은 여러 가지이고, 각기의 경우마다 제기되는 법률문제와 그 해결책의 모색은 달라질 수밖에 없다. 그러나 그 가운데 가장 현실적인 경우는 남한에서의 재결합이다. 따라서 우리의 現行 家族法에 기초한 家族 또는 親族의 개념과 범위를 전제로 하여 개념정립을 하여야 한다고 본다.

주지하는 바와 같이 현행 家族法은 가족을 실제의 家族共同生活과는 무관하게 戶籍上의 개념으로만 파악하고 있다. 가족의 개념을 戶籍上의 개념으로 파악하는 현행법의 입장이 비현실적인 면도 없지 않으나, 사

4) 申榮鎭, 「離散家族의 再結合에 따른 家族法上の 問題」 『社會科學論叢』 제7집(誠信女子大學校 社會科學研究所, 1995), p.36.

실상·실제상의 재결합이 아니라 법률상의 재결합을 논의할 경우에는 오히려 유용하다. 왜냐하면 北韓住民이 남한에서의 장기간의 滯留나 定住를 전제로 하지 않은 상태에서의 재결합을 가능하게 해 주기 때문이다.

3. 再結合의 意義와 類型

(1) 離散家族再結合의 意義

재결합이라는 용어 역시 법적으로 명확한 의미를 지니는 말은 아니다. 재결합의 의의에 관하여도 학설이 대립한다. 最廣義로 재회까지 포함하는 것으로 이해하는 견해,⁵⁾ 家族集團構成員의 접촉을 재수립하는 것으로 보는 견해 등이다.⁶⁾ 이 두 견해는 離散되었던 가족들이 단순히 재회하거나 아니면 생활을 공동으로 하는 사실상의 재결합까지를 염두에 두고 있다. 그러나 離散家族의 재결합에 따른 법적 문제를 검토하기 위하여는 離散家族이 남북한 및 외국에서 상봉·재회하고 자유의사에 기하여 법률상의 家族 또는 親族으로서의 身分關係를 회복, 확인 또는 형성하게 되는 것으로 이해하여야 할 것이다.⁷⁾ 이와 같이 이해한다면 재회·상봉하여 家族生活을 함께 영위하더라도, 우리 현행법에 기초하여 법률상의 家族 또는 親族으로서의 身分關係를 회복, 확인 및 형성하지 아니하는 한 법률상의 재결합이라 할 수 없고, 반면에 법률상의 家族 또는 親族으로서의 身分關係를 회복, 확인 및 형성하였다면, 실제의 家族共同生活關係와는 관계없이 법률상의 재결합에 속하게 된다.

(2) 再結合의 類型에 따른 家族法の 適用關係

실제에 있어서 南北離散家族이 南韓地域이든지 北韓地域에서 재결합

5) 金燦奎, 「南北關係改善의 最優先課題: 離散家族의 相逢」, 『統一』 통권 제128호(1992), p.33.

6) 諸成鎬, 앞의 글, p.3.

7) 申榮鎬, 앞의 글, p.37.

하게 되는 경우는 민족통일의 진행과정이 어떠한 수준으로 진행되는가에 따라 달라질 수밖에 없다. 지금처럼 南北韓關係가 순조롭지 못한 상황에서는 離散家族의 재결합은 극히 예외적으로 이루어질 수밖에 없으나(예컨대, 越北者·拉北者의 脫北歸還에 따른 재결합 등), 남북한 양측이 <南北基本合意書>를 충실히 이행하는 화해·협력의 상황이 전개된다면, 離散家族의 자유왕래와 상봉은 물론이고 상대방 지역에서의 定住도 허용될 것이며, 그 결과 離散家族의 재결합은 빈번하게 발생할 것이다. 더 나아가 완전한 민족통일이 완성된 뒤에도 재결합은 계속될 것이다. 離散家族再結合을 둘러싼 家族關係에 적용될 家族法을 재결합 유형에 따라 구분하면 다음과 같다.

1) 南韓地域에서 再結合할 경우

① 越南者와 北韓에 殘留하던 家族 및 그 後孫과의 再結合

㉔ 離散 이전의 家族·身分關係 ; 朝鮮民事令이나 男女平等權에 對한 法令과 同施行細則適用

㉕ 離散 이후의 家族·身分關係

越南者 ; 南韓家族法適用

殘留者 ; 北韓家族法適用

㉖ 再結合時 ; 南韓家族法適用

② 越北者와 南韓에 居住하던 家族 및 그 後孫과의 再結合

㉗ 離散 이전의 家族·身分關係 ; 朝鮮民事令適用

㉘ 離散 이후의 家族·身分關係

越北者 ; 北韓家族法適用

南韓居住者 ; 南韓家族法適用

㉙ 再結合時 ; 南韓家族法適用

2) 北韓地域에서 再結合할 경우

再結合時 北韓家族法이 적용되는 것을 제외하면 1)의 경우와 동일하며, 헌법상의 영토조항을 내세워 北韓地域에서 재결합하는 경우에도 우

리 법만의 적용을 내세울 수는 없다. 어쨌든 이 경우는 논의의 범위에서 제외한다.

4. 再結合關聯 諸問題와 論議의 限界

南北離散家族이 재결합을 이루기 위해서는 먼저 離散된 가족의 생사가 확인되어야 한다. 생존사실이 확인되어 재회·상봉 또는 상호 왕래가 가능하여야 법률상의 재결합이 발생할 수 있다. 법률상의 재결합이 이루어지는 과정에서 빚어질 수 있는 법률문제를 예상해 보면 다음과 같다.

越南者の 北韓殘留家族이 재결합을 위한 법적 조치를 강구하기 위한 구체적인 방법은 두 가지가 될 것이다. 하나는 북한에 그대로 거주하면서 代理人을 내세워 離散 이전의 家族·身分關係의 확인이나 회복을 구하는 방법이다. 다른 하나는 남한을 방문하여 재결합을 추진하는 방법이다. 후자의 경우는 재결합에 따른 家族法을 비롯한 私法상의 문제뿐만 아니라, 越南者の 北韓殘留家族이 남한을 往來 또는 滯留·定住와 관련한 公法상의 제반 문제가 아울러 수반된다. 北韓居住者の 남한에 있어서의 公法상의 법적 지위, 형법의 적용 여하, 납세 등의 여러 문제가 발생할 수 있다. 이들 公法상의 문제에 관하여 南北韓間의 합의가 이루어질 때까지는 우리의 관계법령이 적용된다. 越北者가 南韓居住家族과 재결합하는 경우에도 마찬가지로 문제가 발생한다. 다만, 強制拉北된 경우는 현행법상 여전히 우리 국민으로서의 지위를 유지하고 있는 것으로 취급되어야 하기 때문에, 본래부터 북한에 거주하고 있었던 경우와는 달리 보아야 할 점도 있다.

越南者の 北韓殘留家族이 越南者와 남한에서 재결합하는 경우의 私法상의 문제는 주로 그들의 家族·身分關係에 관한 문제로 국한된다. 離散 이전의 家族·身分關係의 확인이나 그에 따른 家族法상의 문제를 우리 法院에 제기할 때, 離散 이전의 家族·身分關係를 일률적으로 회

복하여 줄 것인가 아니면 그를 무시하고 離散 이후 각자가 새로 형성한 家族·身分關係만을 존중해 주어야 할 것인가라는 문제가 제기될 것이다.

전자의 경우에 있어서도 離散 이전의 家族·身分關係를 규율하였던 家族法도 각기 다르다. 남한의 경우는 분단이 고착화될 때까지는, 制憲憲法 제100조에 의하여 朝鮮民事令 제11조가 그대로 적용되어 慣習家族法에 의하였다. 반면에 북한은 1946년 7월 30일자 <男女平等權에 對한 法令>을 통하여 과거의 家族秩序와의 단절을 피한 바 있다. 따라서 이 법에 기초하여 형성되었던 家族·身分關係를 유효한 것으로 승인할 것인가의 문제도 제기된다. 이는 북한의 입장에서조차 마찬가지이다. 유효한 것으로 승인한다면, 離散 이후 상이한 家族法에 근거하여 각기 새로 형성한 家族·身分關係와의 충돌이 발생하게 된다. 특히 민족분단이라는 역사적 이유로 발생할 수밖에 없었던 重婚問題를 어떻게 해결하여야 할 것인가라는 비극적인 문제가 대두된다. 또한 北韓家族法에 근거한 離散家族 상호간의 家族·親族關係의 유효성이 긍정되면, 越南者가 被相續人인 경우의 相續問題가 발생하게 된다. 財産相續뿐만 아니라 戶主相續(承繼)과 관련해서도 北韓殘留家族이 先順位의 相續(承繼)人으로서의 지위를 회복하게 되는 문제도 발생하게 될 것이다. 반면에 北韓殘留家族이 被相續人인 경우의 相續問題는 北韓民法·家族法을 전제로 할 때 무시하여도 무방할 것이다. 涉外私法에 기초하여 相續에 관한 準據法으로 정해질 被相續人의 本國法인 北韓法상의 相續財産은 큰 의미가 없기 때문이다.

越北者가 南韓居住家族과 재결합할 경우에도 위와 동일한 문제가 발생하는 이외에, 越北者所有로 되어 있는 南韓所在財産의 귀속문제가 추가될 것이다. 越北者가 사망으로 취급되어 개시된 相續의 원상회복, 越北者의 相續權回復으로 인한 相續의 재처리문제가 등장하게 되며, 戶主相續(承繼)의 회복도 문제될 것이다. 여기에 덧붙여 離散 이전에 越北者가 南韓地域에서 맺었던 그 밖의 재산관계의 유효성 여부도 수반될 것

이다.

한편 南北韓住民의 상호 방문이나 왕래가 자유롭게 될 경우에는, 北韓住民이 당사자로 되는 準涉外的 法律關係가 형성될 수 있다. 準涉外的 法律關係가 형성될 경우에는, 南北韓法의 저촉이라는 문제가 등장하게 된다. 準涉外的 法律關係에는 財産關係도 포함되나 家族關係는 매우 현실적인 것으로 등장할 것이다. 예컨대 재결합을 위하여 南韓地域을 방문한 北韓殘留家族이 남한에서 入養 또는 婚姻하게 될 때, 北韓居住者를 國籍者로 보아 우리 家族法의 적용만을 일률적으로 적용할 수는 없기 때문이다. 이와 같은 문제는 離散家族再結合과 부수되어 발생할 수도 있지만, 南北韓間의 교류·협력이 본궤도에 진입할 때에는 본격화될 것이다. 이에 관한 문제를 어떠한 원칙에 입각하여 해결할 것인가에 관한 南北韓間의 별도의 합의가 있어야 할 것이나, 그렇지 아니할 경우에는 남북한은 각자 자기의 國際私法을 유추하여 해결책을 마련할 수밖에 없다.

주지하는 바와 같이 韓國涉外私法은 家族關係에 관한 準據法決定과 관련하여 本國法主義를 취하고 있다. 따라서 北韓住民이 당사자로 되어 있는 準涉外的 家族關係에 대하여 이러한 涉外私法의 원칙을 유추 적용할 경우에는, 北韓家族法이 準據法으로 등장하게 된다. 북한 역시 그들의 國際私法이라 할 수 있는 「대외민사관계법」(1995년 9월 6일 최고인민회의 상설회의 결정 제62호) 제4장 家族關係에 관한 규정 역시 本國法主義를 원칙으로서 채택하고 있다. 南北韓의 國際私法이 南北韓住民間에 형성된 準涉外的 問題의 해결을 염두에 둔 것은 아닐지라도, 北韓家族法의 저촉문제를 풀어 나가기 위한 하나의 방편은 된다고 본다.

이처럼 離散家族의 再結合을 둘러싼 제반 법률문제는, 재결합을 가능하게 하기 위한 문제보다도 훨씬 복잡하고 해결이 쉽지 않다. 이러한 여러 문제 중 여기에서는 離散家族의 재결합과 직접 관련되는 公法上的 몇 가지 문제(南北韓住民의 왕래관계)와 再結合 이후 발생할 私法上的 문제 중 家族法上的 문제(夫婦關係, 戶主承繼關係, 財産相續關係)에 초점

을 맞추어 논의를 전개하고 그 밖의 문제는 생략한다.

II. 離散家族의 往來 및 再結合關聯 現行法制

1. 往來

현행법체계하에서 남북한의 離散家族이 남한에서의 재결합을 위하여 요구되는 상호 접촉 및 왕래를 뒷받침하고 있는 법령으로는 <남북 사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서(이하 <南北基本合意書>라 한다)와 동 합의서의 ‘제3장 남북교류·협력’의 이행과 준수를 위한 附屬合意書, 南北基本合意書를 뒷받침하기 위한 <南北交流協力에 관한 法律> 및 동 시행령·시행세칙을 비롯하여 출입국관리법, 여권법 등을 들 수 있다. 관련 법령의 내용을 개관하면 다음과 같다.

南北基本合意書의 법적 성격에 관하여는 ① 조약이 아니라는 견해,⁸⁾ ② 잠정협정으로 보는 견해,⁹⁾ ③ 조약이라는 견해¹⁰⁾가 대립하나 民族內部文書라 할지라도 분단국을 구성하는 두 政治實體間에 체결된 當局間合意로서, 國際法上 條約의 형식과 내용을 갖추고 있으며, 체결절차에 있어서도 國家間 條約에 준하는 절차를 밟았으므로 본질적인 법적 구속력 즉, 법률과 같은 효력을 갖는 合意文書이며 단순한 정치적 선언이나 강령은 아니라는 데는 견해를 같이하고 있다. 즉 <南北基本合意書>는 “정치군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해를 이룩하고 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장완화와 평화를 보장하며 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며 쌍방 사이의 관계가

8) 『통일백서』(통일원, 1992), pp.115-6.

9) 丁世鉉, 「<南北基本合意書>의 法的 性格과 政治的 意義」 『統一問題研究』 第4卷 第1號 1992년 봄호(統一院), p.11.

10) 張明奉, 「<합의서>에 대비한 법적 정비문제」 『통일한국』 1992년 2월호(평화문제연구소), p.16.

나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고 평화통일을 성취하기 위”(同 前文)해 노력을 해야하는 법적 의무를 부과하는 南北韓間의 최초의 구속력 있는 法的 文書이고, 통일을 향한 과정의 제1단계인 南北韓間의 화해·협력단계의 南北關係를 규율하는 기본규범이다.

<南北基本合意書> 제3장은 南北交流·協力を 규정하며, 동 제17조는 민족구성원들의 자유로운 왕래와 접촉의 실현을, 동 제18조에서는 離散家族·親戚들의 자유로운 서신거래와 상봉 및 방문의 실시와 자유의사에 의한 再結合 實現 및 기타 인도적으로 해결할 문제에 대한 대책 강구를 규정하고 있다. 또 이에 관한 부속합의서 제2장 제10조에서는 자유로운 왕래와 접촉을 실현하기 위한 남북한 양측이 취하여야 할 의무와 조치사항 등을 명시하며, 제3장 인도적 문제의 해결에서는 離散家族問題와 관련하여 ① 離散家族·親戚의 자유왕래, 자유의사에 의한 재결합의 실현(제15조 제2항, 제4항), ② 離散家族·親戚의 범위, 면회소 설치 등의 적십자단체에의 위임(동 제1항, 제3항), ③ 離散家族·親戚 중 사망자의 유품처리, 유골이전 등 편의제공과 인도주의 정신과 동포애에 입각한 상대방 재난에 대한 지원(동 제5항), ④ 南北赤十字會談에 관한 사항(제16조, 제17조) 등을 규정하고 있다.

<南北交流協力에 관한 法律> 제10조 내지 제11조는 남북한 주민의 상호 왕래와 접촉에 관한 사항을 규정하며, 동 시행령 제3장은 그에 관한 절차를, 동 시행규칙 제2조 내지 제7조는 서식 등을 규정하여 남북한 주민의 왕래 및 접촉을 뒷받침하고 있다. 이들 규정의 내용과 문제점은 다음과 같다.

南北韓 住民間 接觸이란 남한과 북한의 주민이 전화, 편지 또는 회합을 통하여 상호 의견을 교환하는 것을 말한다. 남한 주민이 북한의 주민 등과 접촉하고자 할 때에는 統一部長官의 승인을 얻어야 한다(제9조 제3항). 또 접촉승인을 얻고자 하는 자는 접촉 20일 전까지 接觸承認申請書와 身元陳述書를 제출하여야 한다(동법 시행령 제19조 제2항). 그

런데 이 법 시행령 제19조 제1항은 이 때의 접촉을 統一部長官이 인정한 왕래의 목적의 범위 안에서 당연하다고 인정되는 범위의 접촉으로만 규정하여 남한 주민이 북한에 가서 북한 주민과 접촉하는 경우로 한정하고 있다. 즉 남한 주민이 남한에서 북한 주민과 접촉하는 것은 허용되지 않는 것과 같이 규정하고 있다. 이 규정을 북한 주민이 家族訪問을 위하여 남한에 와서 길거리나 가족이 사는 동네에서 사람들을 만난다던가 전화를 하는 것은 승인을 받을 필요는 없겠지만, 정치적 목적으로 정치인을 만난다던가 본래의 목적을 현저히 벗어나는 접촉을 하고자 할 때에는 별도의 접촉승인이 필요하다는 뜻으로 보기도 하는데,¹¹⁾ 법 제9조 제3항은 분명히 남한 주민이 북한 주민을 접촉하는 경우로 규정하고 있을 뿐, 북한 주민이 남한 주민을 접촉하는 경우까지 규정하고 있지는 않다. 반면에 후술하는 바와 같이 북한 주민의 남한 왕래는 인정하면서 북한 주민의 남한 주민 접촉에 대해서는 규정하지 않고 있는 모순을 빚고 있다.

외국에 나가 있는 남한 주민이 북한 주민과 접촉하고자 할 때에는 接觸申請書類를 在外公館長에게 제출할 수 있고(동법 시행령 제19조 제3항), 또한 국제행사에서 북한 주민과 접촉하는 경우, 외국에서 우발적으로 북한 주민과 접촉한 경우, 외국에서 家族(8촌 이내의 친·인척 및 배우자 또는 배우자이었던 자를 말한다)인 북한 주민과 만난 경우, 교역을 위하여 긴급히 북한 주민과 접촉한 경우 및 기타 부득이하게 사전승인없이 북한 주민과 접촉한 경우 등에는 접촉한 후 신고를 하면 승인을 얻은 것으로 보는 예외를 인정하고 있다(동 제4항). 뿐만 아니라 南北韓當局間의 합의 또는 당국의 위임을 받은 자간의 합의가 있거나 南北交流協力推進協議會의 의결이 있는 때에는 특례를 인정한다(동법 시행령 제20조).

남한 주민이나 북한 주민이 남한과 북한을 왕래하고자 할 때에는 統

11) 앞의 『통일백서』, p.263.

一部長官이 발급하는 訪問證明書を 소지하여야 한다(법 제9조 제1항). 訪問證明書の 규격과 기재사항 및 발급절차는 이 法施行令이 규정한다. 발급절차를 보면, 우선 남한 주민이 북한을 방문하고자 할 때에는 訪問證明書 發給申請書, 身元陳述書, 사진 및 신변안전과 무사귀환을 보증할 수 있는 서류 또는 자료 등을 제출하여야 한다(동법 시행령 제10조 제1항)

여기서 가장 핵심적인 사항은 북한을 방문하는 동안의 身邊安全과 無事歸還을 보증할 수 있는 자료의 제출이라 하겠다. 남북한 관계가 아직은 상호신뢰의 기초가 없는 상황에서 북한에 간 남한 주민이 사고를 당한다던가 또는 억류되는 사태가 발생한다면, 이는 주민 개인을 위해서나 남북한의 관계발전을 위해서도 바람직하지 않기 때문에, 정부로서는 안전이 보장되지 아니한 상태로 남한 주민이 북한에 가는 것을 허용할 수 없다는 판단에서 北韓訪問을 허용하기 전에 북한을 방문하는 동안의 身邊安全과 無事歸還保障이 선행되어야 한다고 본 것이다. 북한측의 초청장 등을 신변안전과 무사귀환을 보증할 수 있는 서류나 자료로 보고 있다.¹²⁾

또한 북한 주민이 남한을 방문하고자 할 때에도 訪問證明書 發給申請書를 제출하여야 한다(동 제2항). 다만, 방문서 제출이 현 단계에서 상당히 곤란할 것으로 보아 남한 주민이나 외국인 등이 대신하여 신청할 수 있는 길을 터놓고 있다(동 제11조 제2항). 북한 주민에 대하여 정부가 訪問證明書を 발급한다는 것은 바로 이에 대한 신변안전보장을 약속한 것이라고 할 수 있으며, 이 訪問證明書는 남한 지역에서 일종의 身分證明書の 역할을 하게 될 것이다.¹³⁾¹⁴⁾

12) 상동, p.264.

13) 상동.

14) 한편 北韓 住民의 南韓 訪問이 이루어지기 위해서는 南韓側으로부터의 초청이 있어야 할 것인데, 이에 관하여는 언급하고 있지 아니하다. <南北交流協力細部施行指針>에서는 北韓住民招請申請書, 招請者 身元陳述書, 被招請者 人的 事項 등의 서류를 제출해야 한다고 규정한 바 있다.

남북한 주민과는 별도로 在外國民¹⁵⁾은 在外公館長에 대한 신고만으로도 자유롭게 북한을 방문할 수 있으며(법 제9조 제2항),¹⁶⁾ 외국에 거주하고 있는 北韓國籍을 보유한 동포 및 無國籍者가 남한을 왕래하고자 할 때에는 旅券法상의 旅行證明書를 소지하여야 한다(법 제10조).

訪問期間은 訪問目的에 따라 1년 6개월의 범위 내로 정하는 것을 원칙으로 하되, 최초의 訪問期間을 초과하지 아니하는 범위 내에서 1회에 한하여 연장될 수 있다(동법 시행령 제16조).¹⁷⁾

남북한을 직접 왕래하는 남한 주민과 북한 주민은 출입장소에서 出入申告書를 제출하고 심사를 받아야 한다(법 제11조, 동법 시행규칙 제8조). 심사에는 있어서는 身元確認, 携帶品 등의 檢査,¹⁸⁾ 檢疫, 訪問證明書 등의 서류 확인이 행해진다(동법 시행령 제22조). 휴대품의 검사와 관련해서는 携帶禁止品의 종류, 수량 처리방법을 따로 고시할 수 있다(동 제24조).¹⁹⁾

남북한 왕래에 관하여도 접촉의 경우와 마찬가지로 특례가 인정될 수 있다(동 제20조).

2. 再結合

北韓住民의 법적 지위에 관한 현행법으로서는 憲法 제3조의 領土條項, 제4조의 平和統一條項 및 國籍法 등이 있다. 한편 離散家族의 身分關係에 대하여 적용될 법률로는 民法, 不在宣告等에 관한 特別措置法,

15) 在外國民이라 함은 外國政府로부터 永住權을 취득하였거나 이에 준하는 長期滯留許可를 받은 자를 말한다(동법 시행령 제 18조 제1항).

16) 출발 5일전까지 北韓訪問申告書 등을 제출하여야 하나, 부득이하여 신고를 하지 아니한 경우에는 귀환 후 10일 이내에 北韓訪問結果報告書 등을 제출하면 신고한 것으로 본다(동법 시행령 제18조 제2항, 제3항).

17) 이 법이 시행되기 전에는 訪問期間은 60일 이내가 원칙이었다(南北交流協力細部施行指針 참조).

18) <南北韓 往來住民의 携帶品檢査 및 搬出・搬入要領>(1990. 8. 31. 관세청고시 제 90-647호) 참조. 携帶品에 대한 課稅에 관하여는 동법 시행령 제52조가 규정한다.

19) 이에 근거하여 <南北韓 往來住民의 携帶禁止品 및 處理方法>(1990. 8. 13. 통일원고시 제90-1호)이 제정되었다.

戶籍法, 涉外私法을 들 수 있다. 재결합과 관련해서는 위 법률 이외에도 民事訴訟法 등의 節次法이 관계된다. 그 간 남한에서 離散家族의 身分關係와 관련하여 취해진 법적 대응 현황의 개요는 다음과 같다.

첫째, 해방 이후 北韓政權이 수립되고 人民民主主義革命 내지 社會主義革命을 추구하게 되자 이념과 사상 면에서 입장을 달리하였던 자가 남한으로 이주한 경우, 특히 1946년에 단행된 토지개혁의 여파로 일부 가족이 남한으로 이주하여 離散된 경우이다. 이 경우에 있어서의 주목할 만한 입법조치로는 1948년 4월 1일자의 軍政法令 제179호 <戶籍의 臨時措置에 關한 規定>을 들 수 있다. 아직 大韓民國 政府가 수립되기 이전으로서 國籍法이 제정되지 않았던 시기에 제정된 이 법령은 南北朝鮮이 통일될 때까지 북위 38도선 이북에 본적을 두고 38도선 이남에 거주하고 있는 자 등에 한 戶籍의 임시 조치를 규정한 바 있다. 즉 본적을 38도선 이북에 두고 동 이남 지역에 거주하는 자들에게, 그 사회생활상에 필요한 身分關係의 확인이나 증명 또는 신분상 행위를 함에 있어서 戶籍이 동 이남 지역에 없는 까닭으로 불가능하였기 때문에 이를 해결해 주기 위한 법령이다. 越南者와 그 家族에게 假戶籍을 就籍할 수 있게 해 준 법령이다.

둘째, 6·25 한국 전쟁의 발발로 인하여 남한 지역으로 피난한 경우이다. 이들을 위한 입법 조치로는 1967년 1월 16일자의 <不在宣告等에 關한 特別措置法>이 있다. 위 軍政法令은 본래 38도선의 획정으로 월남하게 된 자들을 위한 것이었으나, 제헌헌법 제100조에 의하여 효력이 지속되고, 그 후 실재에 있어서는 6·25로 인한 越南者와 그 家族의 假戶籍 就籍에도 활용되었다. 아울러 그에 의한 假戶籍 就籍은 1960년 1월 1일 「戶籍法」附則 제136조로 이어 졌으며, 동조는 1962년 12월 29일 戶籍法 改正으로 삭제되나, 그에 의하여 편제된 假戶籍은 改正 戶籍法 附則 제2항에 의하여 현행 戶籍으로 된다. 이로 말미암아 戶籍에 未收復地區(1953년 7월 28일 현재 행정구역으로서 아직 수복되지 아니한 지역) 거주로 표시되어 있는 자(이를 殘留者라 한다)의 신분 및 재산관

계를 정리할 수 있도록 뒷받침하기 위하여 제정된 법률이다. 또 이 법률은 1945년 8월 15일부터 1953년 7월 28일 사이에 未收復地區 이남의 지역에서 그 주소나 거소를 떠난 후 생사가 분명하지 아니한 자를 不在者로 규정하고 민법상의 失蹤宣告節次의 특례를 인정한 바 있다. 殘留者나 不在者의 신분 및 재산관계의 정리는 민법상의 失蹤宣告制度를 통하여도 가능한데도 절차·비용의 면에서 특례를 두기 위한 법률로서 離散家族再結合의 경우 가장 중시되어야 할 법률이다.

셋째, 停戰 이후 오늘에 이르기까지의 상황이다. 軍事分界線이 획정되고 南北韓間의 주민의 왕래가 사실상 불가능한 상태에서 극히 예외적으로 북한 주민이 南韓으로 이주한 경우이다. 예컨대 간첩으로 남파되었다가 전향하거나 북한군·주민이 軍事分界線을 넘어와 귀순하거나 사회주의권의 몰락 이후 북한의 외교관, 유학생, 상사원, 당 간부나 관료·군인 및 주민이 제3국을 경유하여 귀순한 경우이다. 이들을 위한 입법 조치는 1962년 4월 16일자의 <國家有功者 및 越南歸順者 特別援護法>을 시작으로 하여, 1979년 1월 1일자의 <越南歸順勇士特別補償法>, 1993년 6월 11일자의 <歸順北韓同胞保護法>, 1997년 1월 13일자의 <北韓離脫住民의 保護 및 定着支援에 관한 法律>로 이어 졌다. 이들 법률은 歸順北韓同胞의 남한에의 정착과 관련하여 사회복지적인 차원이나 새로운 체제에의 동화 내지 순화를 목적으로 할 뿐 離散家族의 재결합과는 직접 관련이 없다.

Ⅲ. 往來에 따른 法律問題

1. 南北韓住民의 往來·滯留·定住에 관한 問題

위의 <南北交流協力에 관한 法律>에 관한 언급에서도 지적한 바와 같이 첫째, 동법은 남한 주민이 북한 주민을 접촉할 경우에 관하여는 규정하나, 북한 주민이 남한 주민을 접촉할 경우에 관해서는 규정하지

아니하여, 북한 주민이 離散家族再結合을 위한 남한 주민과의 접촉에 대하여 북한 당국의 승인만 얻으면 가능한지의 여부가 문제된다. 뿐만 아니라 남한 방문시 북한 주민이 휴대하게 되는 南韓訪問證明書가 身邊安全이나 無事歸還을 보장하는 데 충분한 서류가 되는 지도 의문이다. 남한 주민이 북한 주민을 초청하고자 할 데 대한 규정도 누락되어 있다고 할 수 있다. 또한 접촉·왕래시의 특례나 왕래의 편의제공 등에 관하여 이를 施行令에서 규정하고 있는데, 그 법적 근거가 모호하며, 이러한 사항들은 오히려 법률로 규정해야 할 사항이라고 본다.

둘째, 북한 주민이 남한을 방문하여 단기간 체류하는 경우만을 상정한 듯, 북한 주민이 남한에 長期間 滯留하거나 定住하는 데 대하여는 전혀 고려를 하고 있지 못하다. 離散家族의 재결합은 북한 주민이 남한에서 定住하게 되는 상황도 낄 것으므로 定住를 위한 요건이나 절차도 마련되어야 할 것이다.

한편 이 법률은 현재의 상황처럼 경제교류·협력을 위한 남북한 주민간의 접촉이나 왕래가 단발적으로 행해지는 경우에 대하여는 큰 무리 없이 규율해 나갈 수 있다고 본다. 그러나 離散家族의 상호 접촉이나 방문사업이 본격적으로 추진될 경우에는 동법이 규정하고 있는 절차를 완화하여야 할 것이다. 예컨대 離散家族의 상호 접촉과 왕래의 승인권을 적십자단체와 같은 민간기구에 위임하는 등의 조치가 필요하다고 본다. 물론 동법 시행령 제20조를 활용하는 방법도 가능하겠으나, 위에서 지적한 바와 같이 이 규정은 법률의 근거가 모호하다.

2. 往來·滯留·定住에 따른 公法上の 問題

離散家族의 상봉 또는 재결합과 관련하여 야기될 수 있는 公法上の 문제들을 살펴본다.

첫째, 남한 주민이 북한을 방문하던가 반대로 북한 주민이 남한을 방문하고 있는 동안의 訪問地에서의 법적 지위를 外國人으로 보아야 할

것인가라는 문제이다. 自國國籍을 갖고 있지 아니한 자 즉 外國國籍者와 無國籍者를 모두 外國人으로 다루는 一般法理에 따른다면 相對方 國籍을 갖고 있는 자는 일단 外國人으로 취급될 수밖에 없을 것이다. 또 <南北基本合意書> 제1조도 “서로 상대방의 체제를 인정하고 존중한다”고 규정하고 있어 外國人으로서의 법적 지위를 인정해야 할 근거도 있다고 할 수 있다. 그러나 그 前文에서 현재의 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”임을 선언하고 있어 外國人으로 단정할 수만은 없게 한다. 越南者와 재결합한 北韓殘留家族에 대한 國籍, 憲法上的 基本權 附與 등은 정치적으로도 매우 민감한 문제이므로 신중한 접근이 있어야 할 것이다.

둘째, 재결합을 위하여 상대방 지역을 방문·체류하는 동안 경우에 따라서는 방문지의 법질서를 위반하게 되는 일이 발생하기도 할 것이다. 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중해야 한다면 相對方 刑法의 屬地的 適用을 승인해야 할 것이다. 그렇지만 刑法의 屬地的 效力을 내세워 남한에서 죄를 범한 북한 주민에 대하여 남한 주민과 동일한 訴追節次에 따르게 할 것이며, 辯護人의 조력을 받을 권리와 같은 基本權 내지 訴訟上的 權利 附與는 어떻게 실현할 것인가 또는 刑罰의 집행에 있어서는 별도의 조치가 있어야 할 것은 아닌가 하는 문제는 있다. 아울러 죄를 범하고 상대방 지역으로 도주한 자의 송환과 같은 司法共助에 관한 문제도 제기될 것이며, 북한 지역에서 죄를 범하고 北韓 刑法과 判決에 따라 처벌을 받은 남한 주민이 발생할 경우, 北韓 刑法의 적용과 判決을 그대로 승인하여 그 자에 대한 남한에서의 처리를 결정해야 하는가 등의 문제도 제기될 수 있다.

셋째, 離散家族이 재결합할 경우에는 相續問題가 수반된다. 이 때에는 相續稅의 납부와 같은 租稅問題가 등장한다. 또한 재결합한 남한 주민이 북한 지역에서의 경제활동을 통하여 소득을 얻거나, 북한 주민이 남한 지역에서의 경제활동을 통하여 재산을 취득할 경우도 예상된다. 租稅問題의 근본적인 해결은 남북한 사이에 二重課稅防止協定이 체결되

어야 하나, 그 전까지는 잠정적으로 각기 자체 입법을 통해 해결하여야 할 것이므로 입장의 정리가 필요하다고 본다.

3. 往來·出入·定住에 따른 私法上の問題

(1) 法律關係 當事者로서의 地位

離散家族再結合을 위하여 南韓地域을 방문하거나 定住하게 될 北韓住民에 대하여 南韓地域에서의 民事·商事法律關係의 당사자로서의 지위가 인정되고 남한 주민과 맺은 法律行爲의 유효성을 인정할 것인가 또는 法人·團體의 이사 등 대표자나 임원으로 취임하는 것을 인정할 수 있는가라는 立法政策的 問題도 제기될 것이다. 이는 북한 주민의 법적 지위를 外國人 내지 그에 준하는 것으로 볼 것인가 아니면 內國人的 지위를 부여할 것인가와도 관련되는 문제이다.

남한의 가족과 재결합하여 就籍을 하는 것과는 별도로, 북한 주민도 自然人 이상 私法上の 權利能力은 당연히 인정된다. 國籍과는 관계없이 모든 自然人에게 私法上の 법률관계의 당사자로서의 지위를 부여함은 일반적 법리이기 때문이다. 다만, 外國人으로 취급될 경우에는 相互主義나 排他主義에 따른 제한을 가하고 있기 때문에, 南韓居住家族과 재결합한 북한 주민은 당연히 韓國國籍을 취득할 수 없다고 본다면, 그에 따른 문제는 제기될 것이다. 아울러 이들에게는 실체법상의 지위뿐만 아니라 節次法上の 地位 즉 民事訴訟法上の 當事者能力도 인정되는가에 대하여도 명백한 입장이 천명되어야 할 것이다. 만약 當事者能力이 인정된다고 하여도 소송의 관할을 어떻게 판단할 것이며, 구체적인 訴訟上の 權利義務는 어떻게 되는가 등의 문제도 제기될 것이고, 民事紛爭을 해결하는 南北韓 法院의 각각의 確定判決이나 仲裁判定의 효력을 상호 승인할 수 있는가와 같은 문제도 발생하게 될 것이다. 이러한 문제는 별도의 입법이나 南北韓間의 협의를 통하여 해결하여야 할 것이다.

南韓居住家族과 재결합한 북한 주민 중에는 민법상의 失蹤宣告나 <

不在宣告等에 관한 特別措置法>에 의한 不在宣告 또는 失蹤宣告를 통하여 사망으로 의제 되고 權利能力이 소멸되었던 자들도 있을 가능성이 있다. 이들도 관계 법률이 정하는 바에 따라 그 取消節次를 밟지 아니 하더라도, 權利能力을 인정받으므로 남한에서의 私法生活을 영위해 나 가는데는 아무런 지장이 없다. 다만 失蹤宣告나 不在宣告에 의하여 해소되었던 身分關係나 財産關係의 회복을 위해서는 取消節次를 밟아야 한다. 南北韓間에 離散家族再結合에 관한 합의가 이루어지고 사업이 본격화될 때에는, 기존의 절차에 의하도록 하는 것보다는 보다 용이하게 취소할 수 있도록 簡易節次의 마련도 필요하다고 생각한다.

(2) 準涉外的 問題

離散家族再結合을 위한 南北韓住民의 상호 방문이나 왕래가 자유롭게 될 경우에는, 南北韓住民이 婚姻當事者로 되는 등의 準涉外的 問題가 발생할 수 있다. 婚姻을 비롯한 準涉外的 私法關係가 형성될 경우에는, 南北韓法의 저촉이라는 문제는 피할 수 없다. 이와 같은 문제를 해결하기 위한 南北韓間의 별도의 합의가 있거나 準涉外私法의 特別法이 제정되어 있다면 그에 의하여야 할 것이다. 그러나 현재와 같은 상황이 지속될 경우에는, 남북한의 國際私法이 南北韓住民間에 형성된 準涉外的 問題의 해결을 염두에 둔 것은 아닐지라도, 남북한은 각자의 國際私法을 유추하여 해결책을 마련할 수밖에 없다고 본다.

離散家族再結合을 위하여 南韓地域에 온 북한 주민인 여자가 남한의 남자와 남한에서 婚姻하는 경우를 가정하여 구체적인 문제를 살펴보기로 한다.

일부의 학설이나 판례의 입장처럼, 헌법 제3조의 영토 조항을 근거로 하여, 북한 주민도 大韓民國憲法의 적용 범위에 속하는 국민으로 본다면,²⁰⁾ 우리 家族法의 적용만이 문제될 것이다. 그러나 이에 대하여는

20) 1948년 5월 11일자 「남조선과도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고

헌법 제3조의 영토 조항은 정치적 선언규정·명목규정에 불과할 뿐 엄격한 법적 효력을 상실한 것으로 보는 견해가 지배적이며, 우리 家族法만의 적용은 비현실적이다.

涉外私法 제15조 제1항 본문에 의하면, 涉外婚姻에 있어서 婚姻의 성립요건은 각 당사자의 本國法에 의하도록 되어 있다.²¹⁾ 本國法은 당사자의 國籍에 의하여 정해지므로, 현재의 입장에서 북한 주민의 北韓國籍을 정면으로 인정할 수 있는가의 문제는 있더라도, 위 사례에서 북한 주민인 여자의 本國法은 北韓法으로 보아야 할 것이다. 韓國法院은 婚姻의 성립요건을 갖추었는가의 여부를 北韓家族法을 準據法으로 하여 판단하여야 하는 것이다.

있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민 되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는 바, 원고는 위 이송호를 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 조선국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급 받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 이러한 사정은 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.(대법 1996. 11. 12. 선고 96누1221).

이 판례의 입장을 그대로 지지한다 하더라도 다음과 같은 문제는 있다.

이 사례에서 原告에게 大韓民國 國籍取得을 인정하여야 하는 근거로 제시된 것은, 南朝鮮過渡政府 法律 제11호 國籍에 관한 臨時條例 제2조 제1호, 制憲憲法 제3조와 제100조 그리고 憲法上的 領土條項이다, 이러한 판례의 논리를 그대로 적용한다면, 北韓住民으로서 大韓民國의 國籍 取得을 인정받을 수 있기 위하여는, 우선 南朝鮮過渡政府 法律 제11호에 의하여 朝鮮國籍을 취득한 자이거나 그 父系의 直系卑屬이어야 한다. 그런데 이 법률은 38도선 이남에만 그 효력을 미쳤던 법률이다. 南朝鮮過渡政府 자체가 북위 38도선 이남의 朝鮮을 통치하는 입법, 행정, 사법부문 등 在朝鮮美軍政廳朝鮮人機關이기 때문이다(1947. 5. 17. 南朝鮮過渡政府 法令 제141호 「南朝鮮過渡政府의 名稱」 제1조). 38도선 이북지역에 거주하던 자에게까지 이 법률에 근거하여 朝鮮國籍이 부여되었다고 보아야 할 법리상의 근거는 없다. 따라서 憲法上的 領土條項을 내세운다 하더라도, 이 법률이 제정·시행되던 당시에 38도선 이북 지역에 거주하던 자는 현재의 大韓民國 法律上 無國籍者에 지나지 않는다고 보아야 한다.

21) 북한의 대외민사관계법 제35조도 동일한 입장이다.

그런데 韓國涉外私法에 의하여 北韓家族法이 準據法으로 지정될 경우에도 문제는 있다. 예컨대, 북한 주민인 남자와 남한 여자와 남한에서 婚姻한 후 離婚할 경우, 涉外私法 제18조 본문에 의하면 원인된 사실이 발생한 당시의 夫의 本國法 곧 北韓法이 準據法으로 정해지는데, 北韓家族法은 “다른 나라에서 영주권을 가지고 사는 조선공민들에게는 적용하지 않는다”(「가족법을 채택함에 관하여」 제3항)고 규정하고 있기 때문이다.

물론 이 附屬決議 제3항은 일본에 거주하고 있는 北韓國籍의 재일 교포를 염두에 둔 규정이기도 하다. 즉 日本國際私法에 의하여 北韓家族法이 準據法으로 지정되었을 때, 일본에 거주하는 재일 교포들이 입게 될지도 모르는 불이익을 피하기 위한 조치이다. 특히 相續關係와 관련해서이다.²²⁾ 이러한 취지는 <대외민사관계법> 제45조에서도 엿보인다. 1995년 9월 6일자로 北韓이 國際私法인 <대외민사관계법>을 제정·시행하면서도 이 附屬決議 제3항에 대하여는 아무런 언급이 없기 때문에, 이는 여전히 유효하다. 아울러 <대외민사관계법>은 屬人法으로서 1차적으로는 本國法을, 2차적으로는 居住地國法을 규정하고 있다. 그러면서도 제45조는 不動產相續의 경우에는 相續財産所在地國法을 準據法으로 하며, 動產相續의 경우에는 被相續人의 本國法에 의하나, 被相續人이 북한 공민이고 외국에 거주할 경우에는 居住地國法에 의한다고 규정하고 있다. 相續과 관련하여 被相續人의 本國法인 北韓法이 準據法으로 지정되더라도, 反定을 통하여 北韓家族法이 적용되지 않게 하기 위한 취지이다.²³⁾

家族法採擇時의 附屬決議 제3항의 성질을 어떻게 이해하여야 할 것인가에 관하여는 여러 견해가 주장될 수 있다. 國際私法의 일반원칙상 準據法의 결정은 어디까지나 法廷地國際私法에 맡겨져 있는 사항이므로

22) 木棚照一, 「在日韓國·朝鮮人の本國法適用問題 - 相續を中心に -」 『韓國·北朝鮮の法制度と在日韓國人·朝鮮人』(日本加除出版, 1994), pp. 239 이하.

23) 『北韓司法制度概觀』(法院行政處, 1996), p.293.

이를 전혀 고려할 필요가 없다고도 볼 수 있고, 準據法으로 지정된 外國法의 소속국가가 自國法의 적용을 원하지 않을 경우에는 그 外國法을 적용하지 않는다는 棄權說(外國意思尊重說)에 따라 이해할 수도 있다. 어쨌든 지금과 같은 상황에서 南北韓家族法의 저촉문제가 본격화될 때에 등장하게 될 쟁점사항 중의 하나이다.

Ⅳ. 再結合關聯 家族法上の 問題와 既存法令에 의한 解決

1. 序

越南者와 北韓殘留家族 또는 越北者와 南韓居住家族이 南韓地域에서 재결합할 경우에 발생하게 될 家族法上の 문제는 일단 우리의 현행법령에 근거하여 해결할 수밖에 없다. 離散家族再結合에 따른 家族法上の 문제 중 戶籍關係, 夫婦(重婚)關係, 親子關係, 相續關係를 중심으로 하여 살펴보기로 한다. 그런데 이들 문제를 검토함에 있어서 전제가 되는 바는 再結合當事者들이 離散 이전 또는 離散 이후에 형성 또는 해소한 家族·身分關係의 유효성을 인정하여야 하는가의 여부가 해결되어야 한다. 이는 법률상의 재결합을 허용할 수 있는가의 여부와도 관련되는 문제이다. 특히 北韓家族法에 기초하여 형성 또는 해소된 家族·身分關係의 유효성 인정 여부가 문제된다.

2. 北韓家族法에 基礎하여 形成한 家族·身分關係의 有效性

南北韓家族法은 몇몇 분야에서는 전통과 습속에 근거하여 공통된 제도를 두고 있다. 그러나 婚姻의 성립요건이나 離婚, 친자관계의 발생, 養子制度 등에 있어서는 차이점도 적지 아니하다. 예컨대, 현행 우리 민법 제809조 제1항은 寸數의 원근을 불문하고 同姓同本者는 서로 婚姻하

지 못한다고 규정한다. 이에 위반한 婚姻에 대하여는, 無效婚(제815조 제2호)이거나, 取消婚(제816조 제1호)으로 규정한다. 반면에 北韓家族法도 전통에 영향을 받아 近親婚 禁止의 범위를 넓게 규정하나, 그 범위는 8촌까지의 血族 및 4촌까지의 姻戚으로 규정한다.²⁴⁾ 또 이에 위반하면 無效婚으로 된다.²⁵⁾ 여기에서도 알 수 있는 바와 같이, 北韓家族法에 의하면 8촌의 범위를 벗어나는 同姓同本者間의 婚姻도 유효하다. 따라서 韓國家族法에 의하면 取消婚에 해당되는 北韓住民의 婚姻을 유효한 것으로 볼 것인가라는 문제가 대두된다.

뿐만 아니라 위에서 본 바와 같이 南韓地域에서 再結合한 離散家族의 家族·身分關係에 대하여 그 간 적용되어 온 家族法도 각각 다르다. 越南者와 北韓殘留家族 사이의 離散 이전의 家族·身分關係는 그 때 당시의 北韓家族法에 의하여 규율되었으며, 離散 이후의 家族·身分關係는 越南者에 대하여는 南韓家族法이, 殘留家族에 대하여는 北韓家族法이 각각 적용되었다. 반면에 越北者와 南韓居住家族 사이의 離散 이전의 家族·身分關係는 그 때 당시의 南韓家族法에 의하여 규율되었으며, 離散 이후의 家族·身分關係는 越北者에 대하여는 北韓家族法이, 南韓居住家族에 대하여는 南韓家族法이 각각 적용되어 왔다. 어떠한 경우에 北韓家族法에 근거하여 형성된 家族·身分關係의 유효성 인정 여부가 문제되는가를 검토한다.

(1) 越南者(A)와 北韓殘留家族(B)이 再結合할 경우

① 離散 이후 A·B의 身分關係에 어떠한 변화도 없을 때 즉 離散 전의 家族·身分關係가 그대로 유지되고 있을 때이다. 이 경우 離散 이전에 그 때 당시의 北韓家族法에 근거한 A·B 사이의 家族·身分關係의 유효성을 인정할 것인가?

긍정하여야 할 것이다. 왜냐하면 그 간 越南者の 戶籍 取得, 不在宣

24) 북한가족법 제10조.

25) 동법 제13조 제1항.

告等の特別措置法上の不在宣告 등과 관련하여 우리의 실정법상 그 유효성을 전제로 한 규정들이 있기 때문이다.

② A는 離散 이후에도 離散 이전의 B와의 家族·身分關係를 그대로 유지하고 있었으나, B는 離散 이후 A와의 家族·身分關係를 北韓家族法에 따라 해소하고 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다. B가 北韓家族法에 근거하여 A와의 離散 이전의 家族·身分關係를 해소한 데 대한 유효성을 긍정할 것인가?

긍정한다면, A의 離散 이전의 B와의 家族·身分關係는 소멸되는 것으로 취급되어야 하며, A·B 사이의 법률상의 재결합은 불가능해진다. 따라서 재결합을 기대한 채 살아온 A의 희망은 무시될 수밖에 없다. 반면에 부정할 경우에는 A·B의 離散 이전의 家族·身分關係는 회복되어 A·B의 재결합은 가능하나, B가 離散 이후 새로 형성한 북한에서의 家族·身分關係가 무시될 수밖에 없다. 양자의 병존을 인정할 것인가 라는 문제가 등장한다.

③ B는 離散 이후에도 離散 이전의 A와의 家族·身分關係를 그대로 유지하고 있었으나, A는 南韓家族法에 따라 B와의 離散 이전의 家族·身分關係(A·B 사이의 離散 이전 北韓家族法에 따른 家族·身分關係의 유효성은 인정되므로)를 해소하고 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다. A가 부정한 방법으로 B와의 離散 이전의 家族·身分關係를 해소하지 아니한 이상 A·B 사이의 離散 이전의 家族·身分關係解消는 유효하다. 따라서 이 경우도 A·B사이의 법률상의 재결합은 불가능해진다. 재결합을 원하는 B의 희망은 무시될 수밖에 없고, B의 離散 이전의 A와의 家族·身分關係가 B의 의사와는 전혀 관계없이 해소될 수 있는 가도 의문이다. B의 의사를 존중하자면 양자의 병존을 인정하여야 하는데, 현행법상 양립될 수 없는 身分關係(예컨대 重婚關係)의 성립을 긍정하여야 할 것인가 라는 문제가 발생한다.

④ A·B 모두 離散 이후에 각자의 家族法에 따라 離散 이전의 家族·身分關係를 해소하고 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다.

위 ②에서와 마찬가지로 B의 北韓家族法에 따른 A와의 離散 이전의 家族·身分關係解消의 유효성이 문제된다. 반면에 A의 南韓家族法에 따른 B와의 離散 이전의 家族·身分關係解消는 유효한 것으로 취급된다. 취급상의 균형을 고려하여 B의 北韓家族法에 따른 A와의 離散 이전의 家族·身分關係解消의 유효성을 긍정한다면, A·B 사이의 법률상의 재결합은 인정될 수 없고, 離散 이후 새로 형성한 家族·身分關係만이 유효하게 된다.

(2) 越北者(A)와 南韓殘留家族(B)이 再結合할 경우

① 離散 이후 A·B의 身分關係에 어떠한 변화도 없을 때 즉 離散 전의 家族·身分關係가 그대로 유지되고 있을 때이다. 이 경우에는 A·B 사이의 家族·身分關係의 유효성은 당연히 인정된다.

② A는 離散 이후에도 離散 이전의 B와의 家族·身分關係를 그대로 유지하고 있었으나, B는 離散 이후 A와의 家族·身分關係를 관련법에 따라 해소하고 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다. B의 A와의 離散 이전의 家族·身分關係解消는 유효하다. 따라서 A·B 사이의 법률상의 재결합은 인정될 수 없다. 그러나 재결합을 기대한 채 살아온 A의 희망은 무시될 수밖에 없고 A의 의사와 전혀 관계없이 해소될 수 있는 가도 의문이다. A의 의사를 존중하자면 양자의 병존을 인정하여야 하는데, 이 때에도 현행법상 양립할 수 없는 身分關係(예컨대 重婚關係)의 성립을 긍정하여야 할 것인가 라는 문제가 발생한다.

③ B는 離散 이후에도 離散 이전의 A와의 家族·身分關係를 그대로 유지하고 있었으나, A는 北韓家族法에 따라(북한이 南韓家族法에 따른 B와의 離散 이전의 家族·身分關係의 유효성을 인정하여 왔는가와는 관계없이) 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다. A가 北韓家族法에 근거하여 離散 이후 새로 형성한 家族·身分關係의 유효성을 긍정할 것인가?

긍정할 경우에는 A의 離散 이전의 B와의 家族·身分關係는 소멸되

는 것으로 보아야 하며, A·B 사이의 법률상의 재결합은 불가능해진다. 따라서 재결합을 기대한 채 살아온 B의 희망은 무시될 수밖에 없다. 아울러 B의 의사와는 무관하게 그것도 北韓家族法에 근거하여 형성된 A의 家族·身分關係로 말미암아 離散 이전의 A·B 사이의 家族·身分關係가 당연히 소멸하는 것으로 볼 수는 없다고 본다. 한편 부정할 경우에는 A·B의 離散 이전의 家族·身分關係는 회복되어 A·B의 재결합은 가능하나, A가 離散 이후 새로 형성한 北韓에서의 家族·身分關係가 무시될 수밖에 없다. 양자의 병존을 인정할 것인가 라는 문제가 등장한다.

④ A·B 모두 離散 이후에 A는 北韓家族法에 근거하고, B는 관계법에 따라 A와의 離散 이전의 家族·身分關係를 해소하고 새로운 家族·身分關係를 형성하였을 때이다. 앞의 경우에서와 마찬가지로 A가 北韓家族法에 따라 새로 형성한 家族·身分關係解消의 유효성이 문제된다. 반면에 B의 A와의 離散 이전의 家族·身分關係解消는 유효한 것으로 취급된다. 취급상의 균형을 고려하여 A의 北韓家族法에 따른 새로운 家族·身分關係해소의 유효성을 긍정할 것인가? 긍정한다면, A·B 사이의 법률상의 재결합은 인정될 수 없고, 離散 이후 새로 형성한 家族·身分關係만이 유효하게 된다.

이상을 정리해 보면 北韓家族法에 근거하여 離散 이후에 새로 형성된 家族·身分關係의 유효성을 긍정하여야 하는가의 문제는 2)의 ③, ④의 경우에 발생하고, 北韓家族法에 근거하여 해소된 離散 이전의 家族·身分關係의 유효성 여부는 1)의 ②, ④의 경우에 발생한다. 그리고 離散 이전과 이후의 家族·身分關係가 예외적으로나마 양립될 수 있음을 긍정하여야 할 경우가 발생하는 경우는 1)과 2)의 ②, ③의 경우이다.

기본적으로는 北韓家族法에 근거하여 형성 또는 해소된 家族·身分關係의 유효성을 인정하는 바탕 위에서 관련 문제를 풀어나가야 할 것으로 본다. 우리 家族法의 일방적인 적용만을 고집하는 것은, 오랫동안

나름대로 적법성을 유지해 온 기존의 身分關係의 인위적 변경을 초래하게 될 가능성이 많기 때문이다. 그러나 北韓家族法の 적용결과를 긍정할 경우에도 南北韓家族法の 상위점을 어떻게 극복하여야 할 것인가라는 문제는 남는다.

예컨대 北韓家族法에 근거하여 형성된 家族·身分關係의 유효성을 긍정한다고 할 때, 北韓家族法상의 <家族>이나 <親族>의 개념이나 구체적인 범위는 南韓家族法과 다른데, 이러한 차이를 무시하고 南韓家族法상의 <家族>·<親族>에 맞추어 親族法상의 각종 문제를 해결하는 것이 타당한가는 의문이다. 즉, 北韓家族法에 근거하여 越北者와 繼親子關係에 있던 자가 함께 越北者의 南韓居住家族과 재결합하게 되었을 때, 재결합 이전에는 北韓家族法에 의하여 法定親子로서의 身分關係가 인정되었을지라도, 재결합한 때부터는 南韓家族法에 의하여 1촌의 姻戚關係로 바뀌게 되며, 따라서 相續이 개시되어도 相續權을 인정받을 수 없다고 볼 수는 없는 일이다. 남한에 거주하는 家族·親族과의 관계에 대하여는 南韓家族法の 적용을 긍정하더라도, 재결합의 결과로 北韓法에 의하여 인정되던 家族·身分關係에 인위적인 변경이 초래되어서는 안 된다.

3. 戶籍상의 就籍과 戶籍訂正

北韓殘留家族이 越南者와 남한에서 재결합할 경우에는 그들의 就籍이 문제된다. 현행 戶籍實務에 의하면 다음과 같이 처리될 것이다.

① 未收復地區에 본적을 둔 자가 남한에서 假戶籍 또는 戶籍을 취득하면서 누락시켰던 北韓殘留家族은 追加就籍許可申請에 의하여 越南者의 戶籍에 입적하게 된다.²⁶⁾

② 無籍者의 就籍은 戶籍法 제116조의 절차에 따라 就籍하여야 하나, 越南者(未收復地區 在籍者)는 戶籍法施行規則 제56조의 절차에 따라

26) 景龍國·朱明植, 『戶籍實務大全』(育法社, 1985), p.1133.

就籍하게 된다. 만일 越南者가 이에 따른 就籍을 하지 않은 상태에서 사망하였다면, 재결합한 北韓殘留家族 중 先順位の 戶主承繼人이 原戶籍의 내용대로 就籍許可를 받아 사망한 자를 戶主로 하는 新戶籍을 편제한 다음 그 戶籍에 入籍하고 戶主에 대한 死亡申告와 戶主承繼申告를 하게 된다.²⁷⁾

③ 越南者の 戶籍에 未收復地區居住라고 기재되어 있는 자 즉 不在宣告等に 관한 特別措置法상의 殘留者이나 不在宣告에 의하여 除籍되지 않고 있는 자는 追完申告節次를 밟게 된다.²⁸⁾

④ 殘留者로서 不在宣告에 의하여 除籍되었던 자는 不在宣告取消節次에 의하여 부활기재된다(戶籍法 제95조 제3항). 不在宣告를 받은 殘留者の 북한에서의 생존사실 또는 남한에서의 재결합은 不在宣告取消事由에 해당되지는 아니하나, 失蹤宣告取消에 준하여 처리되어야 하기 때문이다.²⁹⁾

한편 越北者가 南韓居住家族과 재결합할 경우, 越北者가 死亡申告에 의하여 除籍된 때에는 그 戶籍記載를 정정하고, 失蹤宣告에 의하여 除籍된 경우에는 그 取消節次에 의하여 부활기재하게 된다.

越南者가 남한에서 就籍을 하면서 허위사실을 기재였고, 재결합에 의하여 부진정한 戶籍으로 판명되었을 경우에는 戶籍을 정정하여야 할 것이다.

① 허위의 親生子出生申告는 親生子關係不存在確認의 訴를 통하여 정정할 수 있다.³⁰⁾

② 婚姻申告를 하지 않았던 남녀가 就籍하면서 북한에서 이미 婚姻하였던 것처럼 假裝申告하였으나, 재결합에 의하여 그러한 사실이 판명되면 당사자 사이에 婚姻意思가 있더라도 婚姻의 효력은 없고³¹⁾ 그 戶

27) 1993년 5월 11일 法政 제911호 참고.

28) 戶籍例規 제951항 ; 1956. 11. 5 法行法 第827號 各地方法院 및 同支院長 對 大法院 長 通牒要旨.

29) 앞의 「북한가족법」, p.343.

30) 大法 1967. 7. 18判 67마332號.

籍記載는 戶籍訂正許可申請에 의하여 말소된다.³²⁾ 즉 재결합한 離散 이전의 배우자가 越南者의 婚姻無效를 내세워 戶籍訂正을 주장할 수 있게 된다.

③ 離散 이전의 배우자와 이미 북한에서 離婚한 것처럼 신고한 경우에도 그 戶籍記載는 戶籍訂正節次에 의하여 말소되고 離散 이전의 婚姻關係가 회복된다. 따라서 越南者가 再婚하였다면 그 再婚은 重婚으로 된다.

④ 越南者가 婚姻한 사실을 숨긴 경우에는 재결합한 배우자의 戶籍訂正許可申請에 의하여 婚姻事實이 기재되고, 따라서 越南者의 再婚은 重婚으로 된다.³³⁾

4. 婚姻

婚姻과 관련하여서는 重婚의 문제가 발생할 수 있다. 40여 년 간 지속된 南北韓間의 장기간의 단절은 양측 주민들의 婚姻關係에도 많은 변화를 초래하였다. 분단과 단절 이전에 婚姻하였던 부부가 남북으로 離散되어, 일방 또는 쌍방이 각자의 거주지에서 이미 再婚하거나 또는 타인과 事實婚姻關係를 유지하는 등의 변화가 생겨났기 때문에, 離散家族이 재결합하는 경우에는 앞에서 살펴본 바와 같이 離散 이전의 쌍방 배우자가 離散 이후에도 독신으로 지냈으면 모르나, 어느 일방이라도 再婚하였다면 重婚問題가 발생하게 될 것이다. 장기간에 걸친 분단상황의 지속, 離散 이후 상호 왕래는 물론이고 생사도 확인할 수 없는 상태에서 이루어진 再婚이 重婚으로 취급되고, 再婚에 의하여 형성된 家族·身分關係가 근본에서부터 동요되는 상황이 전개될 것이다. 重婚問題를

31) 大法 1968. 4. 30宣告 67다499判決 ; 大法 1969. 2. 18宣告 68므19判決 ; 大法 1970. 7. 28宣告 70므9判決 ; 大法 1976. 7. 20宣告 76마267-272決定 ; 大法 1977. 7. 26宣告 76므6判決.

32) 大法 1976. 7. 20宣告 76마267-272決定 ; 4290. 8. 20. 法行法 第637號.

33) 앞의 『북한가족법』, pp. 343-344.

어떻게 처리하느냐에 따라 상봉과 재회의 기쁨은 잠시이고 새로운 비극을 초래하게 될 수도 있다. 離散되었던 부부의 재결합에 따라 불가피하게 발생할 重婚問題를 정상적인 상황에서 발생하는 重婚의 경우와 동일 차원에서 처리할 수는 없을 것이다.

민족분단이라는 역사적 원인에 의해 발생될 重婚問題의 처리에 대해서는 별도의 정책적 고려조치가 필요하다고 본다. 기본적으로 이러한 역사적 원인으로 인하여 발생하는 重婚問題에 대하여는, ① 既存 家族·身分關係保護의 원칙, ② 當事者意思尊重의 원칙, ③ 人道主義의 원칙이라는 三大 基本原則下에 대처하여야 한다고 본다.

家族·身分關係의 형성에 있어서 본인의 眞意를 존중하여야 함은 家族法의 일반원칙이나, 형성된 家族·身分關係에 어떠한 법적 효과가 부여될 것인가는 이미 사회적으로나 습속적으로 이미 정형화되어 있고 그 한에 있어서는 당사자의 의사와는 무관하다. 家族·身分關係의 해소에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 법률상의 재결합을 할 것인가의 여부는 전적으로 당사자의 의사에 맡겨질 사항이고, 재결합에 따른 家族法上的 문제를 해결함에 있어서도 당사자의 의사를 최대한 존중하여야 하나, 離散 이후 새로이 형성되어 오랜 기간 그 적법성이 유지되어 온 기존의 家族·身分關係를 인위적으로 변경시킬 수 없다는 제약하의 當事者意思尊重의 원칙이어야 한다. 그런데 기존의 家族·身分關係保護의 원칙을 전면에 내세울 경우에는 재결합만을 고대하면서 독신으로 지내온 離散 이전의 배우자 보호가 배제되는 결과를 피할 수 없게 된다. 이러한 불합리는 人道主義原則을 통하여 보완되어야 할 것이고, 그 한에 있어서는 一夫一妻制라는 家族法의 기본원칙 내지 사회질서에 대하여도 잠정적·일시적으로나마 예외가 인정되어야 한다고 생각한다. 구체적인 예를 들어 검토한다.

(1) B와 北韓에서 婚姻하였던 A가 월남하여 C와 再婚한 경우

A가 월남하여 假戶籍으로 취득하면서 B와의 婚姻事實을 戶籍에 기재하였던 경우에는 B와의 법률상의 婚姻關係를 해소한 뒤라야 C와의

再婚이 가능하다. B와의 婚姻關係解消는

- ① 3년 이상의 生死不明을 이유로 裁判上 離婚하거나,
- ② 민법상의 失蹤宣告 또는 不在宣告 등에 관한 特別措置法상의 不在宣告를 통해서이다.

①의 경우는 離婚判決의 對世的 確定力에 의하여 現行法上 B와의 婚姻關係의 부활은 인정될 수 없다. A·C와의 婚姻이 C의 사망 또는 離婚에 의하여 해소되지 아니하는 한 A·B가 재결합을 원한다하더라도 법률상의 재결합은 인정되지 아니한다. 따라서 이 경우는 重婚問題는 발생하지 아니한다. 다만, 상봉 후 B가 離散 이전의 婚姻關係의 존재와 그 유효성을 주장할 때 이를 전적으로 무시할 것인가는 의문이다.

B도 離散 이후 北韓法에 따라 A와의 婚姻關係를 해소하고 再婚한 경우와 독신으로 지낸 경우로 나누어 해결책을 모색할 필요가 있다. 離散 이전의 婚姻關係의 존재와 그 유효성을 전혀 고려하지 않음은 당시의 北韓家族法의 존재를 전적으로 부정하는 결과가 되며, 독신으로 지낸 경우에는 人道主義原則 따른 고려가 있어야 할 것이다.

②의 경우 A·B의 법률상의 재결합이 이루어지기 위하여는 A·C 사이의 婚姻이 해소되거나 B의 失蹤宣告 또는 不在宣告가 취소되어야 한다. 전자에 의한 재결합의 경우는 重婚이 발생하지 아니하나, 후자에 의한 재결합은 重婚問題를 낳을 소지가 있다. B의 생존사실은 민법상의 失蹤宣告의 取消事由에 해당된다. 不在宣告의 경우는 未收復地區 이외의 지역에 거주하고 있는 사실이 取消事由로 규정되어 있기 때문에, 법문상으로는 取消事由에 해당되지 아니하나, 北韓地域에 거주하고 있는 사실도 取消事由로 해석하여야 할 것이다(통설). 失蹤宣告나 不在宣告가 취소되면 A·B의 婚姻關係가 부활된다. 다만 취소의 소급효 제한에 따라 선고 후 취소 전에 선의로 한 행위에는 영향을 미치지 아니한다. 선의로 한 행위에 대한 해석상의 쟁점은 있으나 대부분의 경우 A·C의 선의는 추정되므로 A·B의 婚姻關係가 부활되는 경우는 없을 것으로

생각된다. 설사 A가 악의이더라도 A·B의 婚姻關係가 일률적으로 부활한다고 볼 수 없다. 경우에 따라서는 B가 A와의 婚姻關係復活을 원하지 않을 수도 있으며, ①의 경우에서와 마찬가지로 B도 離散 이후 새로운 婚姻關係를 형성하고 離散 이후의 北韓家族法에 근거한 家族關係를 유지하고 있었음에도 불구하고, 상봉 후 失蹤宣告나 不在宣告의 취소에 의하여 重婚이 발생하여 북한에서의 家族·身分關係까지 失效되는 상황이 빚어져서는 안되기 때문이다.

이상을 정리할 때, B가 離散 이후 北韓家族法에 따라 새로운 婚姻·家族關係를 형성한 경우에는 재결합을 이유로 한 離散 이전의 婚姻關係의 부활은 인정될 수 없다고 본다. B가 독신으로 지내다가 재결합을 원할 경우에도 人道主義原則에 따라 離散 이전의 婚姻關係의 존재와 그 유효성을 전제로 한 고려조치가 취해지는 것은 별문제로 하고,³⁴⁾ 離散 이전의 婚姻關係回復은 부정되어야 할 것이다. 當事者意思尊重의 원칙보다 기존의 家族·身分關係保護의 원칙이 더 중시되어야 할 경우라고 본다.

A가 월남하여 假戶籍을 취득하면서 B와의 북한에서의 婚姻事實을 기재하지 않고 C와 再婚한 경우에도 위와 동일한 기준으로 重婚問題에 대처할 것인가는 의문이다. 戶籍上 A는 배우자 없는 자이고 B는 殘留者도 아니므로, A의 C와의 婚姻은 아무 문제가 없는 것으로 다루어져 왔고 그에 기초한 家族·身分關係가 적법한 것으로 왔다는 생활사실을 고려해야 한다. 따라서 A의 假戶籍은 무효이다 라는 전제하의 해결책이나 B의 A 戶籍에의 追加就籍申告에 의한 重婚의 발생을 전제로 한 해결책은 무리가 있다고 본다.

私見으로는 B도 북한에서 北韓法에 따라 A와의 婚姻關係를 해소하고 再婚하여 새로운 家族關係를 유지하여 온 경우에는 그 유효성을 긍

34) 重婚成立에 대하여 삼자간의 합의가 있음을 전제로 하여 相續과 扶養請求를 허용하는 범위에서만 離散 이전의 婚姻의 효력을 부여하는 방안이 제시되고 있다(앞의 「북한 가족법」, p.346).

정하여 A·B 사이의 婚姻關係의 부활 여부는 고려할 필요가 없다고 본다. 즉 A·B·C 삼자간에 A·B 사이의 婚姻關係回復(이 경우도 B의 北韓家族法에 따른 북한에서의 婚姻關係解消가 전제되어야 함)을 합의한 경우를 제외하고는, 상봉 후 B나 C에 의한 重婚取消請求는 부정해야 한다. 기존의 家族·身分關係保護의 원칙을 우선으로 하고 當事者意思尊重의 원칙을 보충적인 것으로 하여 해결책을 찾아야 할 경우이다. 그러나 이 경우에도 B가 A와의 재결합을 고대하면서 독신으로 지내왔을 때에는 人道主義의 원칙을 적용하여야 할 필요가 있다.

離散夫婦가 재결합하였을 경우 발생하게 될 重婚의 성립을 용인할 것인가에 대한 爭點事項은 一夫一妻制의 유지라는 家族法의 기본원칙 내지 사회질서의 유지와 기존의 家族·身分關係의 保護, 人道主義의 원칙의 상충이다. 해결 방안으로서는 ① 재결합할 離散夫婦가 대부분 고령이고 그 수도 많지 않을 것이므로 일시적인 重婚狀態를 용인하는 방법과 ② 一夫一妻制의 원칙을 감안하여 삼자간의 합의가 있는 경우에만 重婚을 용인하되, A·B간의 婚姻의 효력은 相續과 扶養關係로 제한하는 방법이 고려될 수 있을 것이다.

(2) B와 南韓에서 婚姻하였던 A가 월북하여 C와 再婚한 경우

그 간 單身越北者들은 북한의 越北者 家族政策에 의하여 대부분 북한에서 婚姻하고 새로운 가족을 형성하였다.³⁵⁾ 따라서 越北者가 남한에 거주하고 있는 離散 이전의 配偶者와 재결합할 경우에도 重婚問題가 발생하게 된다.

이 경우도 ① B가 A와의 婚姻關係를 해소하고 再婚하여 새로운 家族·身分關係를 형성한 경우와 ② 독신으로 지내면서 재결합을 원할 때로 구분된다. 1)의 경우에서와 마찬가지로 A가 독신으로 지내면서 B를 비롯한 남한의 家族과 재결합을 원하는 경우도 예상된다. 각기의 경우

35) 申榮鎬, 앞의 글, p.31.

를 살펴본다.

첫째, B와 A 사이의 婚姻關係解消는, A에 대한 死亡申告를 하여 戶籍上 除籍하거나, 민법 및 不在宣告等에 관한 特別措置法상의 失蹤宣告에 의하여 사망으로 의제된 경우 또는 3년 이상의 生死不明을 이유로 裁判上 離婚한 경우에 발생한다.

A의 생존사실은 A에 대한 死亡申告가 A의 신청에 의하여 戶籍記載를 정정하게 되는 사유로 되며, 또한 失蹤宣告 取消事由에 해당된다. 戶籍訂正에 의하여 A의 戶籍이 정정되면

① B의 再婚은 重婚으로 取消婚에 해당된다.

② A도 北韓家族法에 따라 離婚한 경우에는 A의 婚姻도 重婚으로 되며 北韓家族法上 북한에서의 A의 婚姻은 무효로 되고 B와의 婚姻關係만 남게 된다(北韓家族法에 따른 A의 婚姻關係가 남한의 涉外私法の 적용대상이 된다는 점이 전제될 경우). 무효로 취급될 A의 북한에서의 婚姻關係와 기존의 북한에서의 A의 家族關係保護의 문제가 대두되나, 이는 北韓法상의 해결과제로 된다(이 때에도 북한에서 남한의 涉外私法の 적용결과에 따른 법률효과를 승인하여야 함이 그 전제로 됨).

①의 경우에는 A의 婚姻取消請求를 긍정할 것인가 아니면 重婚의 성립을 용인할 것인가 라는 문제가 제기된다. 사건으로는 B의 C와의 婚姻에 대한 取消請求 내지 離婚에 의한 婚姻關係解消는 B의 의사에 맡겨질 사항이고, A의 婚姻取消請求는 인정할 수 없다고 본다. 기존의 家族·身分關係保護의 원칙이 중시되어야 하기 때문이다. 따라서 B의 再婚當事者의 사망에 의하여 B의 再婚關係가 해소된 경우를 제외하고는 재결합에 의한 離散 이전의 婚姻關係復活은 인정될 수 없다고 보아야 한다.

둘째, A의 失蹤宣告가 取消되면 (1)에서의 해결책이 준용된다.

셋째, 裁判上 離婚한 경우는 법률상의 재결합은 인정되지 아니한다. B의 再婚만이 유효한 것으로 되나, A가 재결합을 기대하면서 독신으로 지내왔을 때에는 人道主義原則에 따른 배려가 있어야 할 것이다. (1)에

서의 해결방안을 준용하면 된다.

(3) 參考立法例

① 독일의 婚姻法 제38조, 제39조의 死亡宣告 후의 再婚에 관한 규정
 종래의 배우자의 死亡宣告 후에 婚姻을 하였으나 死亡宣告를 받은 자가 後婚締結의 시점에 실제로 생존하였던 경우, 婚姻法 제38조는 이에 대한 무효의 효과의 예외를 인정하고 있다. 이 경우에는 본래 婚姻法 제20조(婚姻締結者の 1인이 婚姻締結時點에 이미 제3자와 유효한 婚姻을 하고 있는 경우에는 새로운 婚姻은 무효이다)에 의하면 무효로 되어야 한다(獨逸 失踪宣告法 제9조 제1항은 死亡宣告의 효과를 反證可能한 추정으로 규정하므로 死亡宣告者의 생존사실에 의하여 死亡宣告의 효과는 번복되고 별도의 取消節次를 요하지 아니한다. 따라서 死亡宣告를 받은 자가 再婚하였으면 그 婚姻도 重婚으로 무효로 되고, 前婚은 부활되거나 離婚事由로 된다). 婚姻法 제38조 제1항은 신뢰보호를 근거로, 死亡宣告를 받은 자가 後婚締結時에 생존하고 있더라도 이 자의 死亡宣告 후의 생존사실을 後婚 當事者 雙方이 알고 있었던 때를 제외하고는 (따라서 再婚當事者 雙方이 악의인 경우에는 後婚은 重婚으로 무효이고 前婚이 부활한다) 後婚은 무효로 되지 않는다고 규정한다. 後婚의 성립에 따라 前婚은 해소된다(동조 제2항). 법률은 자기의 실종된 배우자의 생존을 알지 못하고 새로 婚姻한 자에게 舊配偶者와 新配偶者 중 누구를 선택할 것인가에 대한 선택권을 부여하고 있다. 이 자는 前婚의 배우자가 생존하고 있는 한 後婚의 取消를 청구할 수 있다(婚姻法 제39조 제1항). 그러나 이 경우에는 前婚配偶者의 생존 중에는 이 자와만 새로 婚姻할 수 있다(동조 제2항). 婚姻法 제38조와 제39조는 失踪宣告法 제39조 이하에 의하여 死亡宣告에 하자가 있는 경우에도 적용되나, 身分公務員에 의한 死亡證書가 잘못 발행된 경우에는 준용되지 아니한다.³⁶⁾

36) Schwab, *Familienrecht* 8.Auf.(Verlag C. H. Beck, München, 1995), S.39.

② 臺灣의 臺灣地區와 大陸地區住民關係條例(이하 兩岸關係法이라 한다)

兩岸關係法에 의하면, 부부 중 일방은 臺灣地區에 다른 일방은 大陸地區에 있음으로써 동거가 불가능하여 1985년 6월 4일 이전(개정민법시행일, 구법상 重婚은 取消婚에 해당)에 重婚한 경우에 이해관계인은 이의 취소를 청구할 수 없으며, 1985년 6월 5일 이후 1987년 11월 1일 이전(대륙친척방문허용일)에 重婚한 경우에는 後婚이 유효한 것으로 본다(제 64조 제1항). 아울러 부부 쌍방이 再婚한 때에는 重婚한 날부터 原婚姻關係는 소멸한다(동 제2항). 배우자의 일방은 臺灣地區에 있고 다른 일방은 大陸地區에 있음으로써 1987년 11월 이전에 重婚하거나 배우자가 아닌 자와 공동생활을 목적으로 동거한 자는 소추, 처벌을 면제한다. 그 婚姻者 또는 同居人도 또한 같다(제76조).

③ 中國의 경우

아직 중국은 臺灣의 兩岸關係法과 같은 특별법을 제정하여 시행하고 있지는 아니하나, 離散家族再結合에 의한 重婚問題의 처리원칙으로는 다음과 같은 방안을 제시하고 있다.³⁷⁾

첫째, 부부 쌍방이 중국과 臺灣에 별거하면서 그 일방이 법원으로 부터 離散 이전의 婚姻에 대하여 離婚判決을 받은 바 있으나, 현재 쌍방이 離散 이전의 婚姻關係의 회복을 원하는 경우

㉗ 중국의 人民法院이 離婚判決을 한 경우에는 原審人民法院이 原判決을 취소하고 婚姻關係의 회복을 선고할 수 있다.

㉘ 臺灣法院이 離婚判決을 한 경우에는 臺灣의 일방 당사자의 청구에 의하여 중국의 人民法院은 臺灣法院의 原判決을 取消하고 婚姻關係의 회복을 선고할 수 있다. 이는 부부 쌍방이 離散 이후 독신으로 있는 경우이고, 상대방 법원의 판결의 효력을 인정하는 전제하의 해결방안이

37) 1989. 11. 中國管理科學研究院 臺灣法律研究所, 「大陸地區와 臺灣地區人民關係法」建議草案 제13조 내지 제16조.

다.

㉔ 離婚判決 후 일방 또는 쌍방이 再婚하였으나 再婚配偶者의 사망 또는 離婚으로 再婚關係가 해소되고 쌍방이 독신인 경우에는 다시 婚姻할 수 있다. 그러나 再婚關係가 유지되고 있는 때에는 離婚節次를 밟은 후가 아니면 原配偶者와 다시 婚姻할 수 없다.

둘째, 離散 이전의 婚姻에 대하여 離婚判決을 받지 않은 상태에서 離散 이전의 婚姻關係의 회복을 원할 경우

㉕ 離散 이후 쌍방이 모두 독신으로 있었던 경우에는 婚姻關係가 부활한다.

㉖ 離散 이후 일방이 再婚하거나 事實婚關係에 있는 경우 그 婚姻關係는 유효하나, 再婚하지 않고 離散 이후에도 독신으로 있는 배우자가 後婚의 離婚을 요구하면 人民法院은 離婚을 허가하여야 하며, 離散 이후 再婚한 배우자가 離散 이전의 婚姻關係에 대하여 離婚을 요구하면 人民法院은 中國婚姻法の의 관련규정에 따라 처리한다.

㉗ 離散 이후 쌍방 모두 再婚하거나 事實婚關係에 있는 경우 그 婚姻關係는 유효하며, 離散 이전의 婚姻關係는 再婚 또는 事實婚成立時부터 소멸된 것으로 본다. 再婚한 배우자의 사망 또는 離婚으로, 현재 쌍방 모두 독신인 경우에는 다시 婚姻할 수 있다.

㉘ 일방 또는 쌍방이 原配偶者와의 婚姻關係回復을 위하여 再婚의 離婚訴訟을 제기하면 人民法院은 中國婚姻法の의 관련규정에 따라 처리한다.

독일의 예는 失蹤宣告나 不在宣告에 의하여, 중국과 臺灣의 예는 사망 또는 離婚에 의하여 離散 이전의 婚姻關係가 해소되었을 때의 再結合關係 그리고 재결합에 의하여 重婚問題가 발생하게 될 경우 참고할만하다. 우리에게 示唆하는 바는 다음과 같다.

첫째, 상대방 법률에 근거하여 이루어진 婚姻 또는 離婚의 효력은 인정된다. 상대방 법원이 내린 離婚判決의 효력도 유효하다.

둘째, 離散 이후에도 쌍방 모두가 계속 독신으로 지내왔거나 再婚하였더라도 재결합시에는 독신으로 있는 경우에는 離散 이전의 婚姻關係

는 회복된다.

셋째, 離散 이후 각기 새로 형성한 婚姻關係는 유효하고 재결합에 의하여 重婚으로 다루어지지 않는 것이다.

넷째, 離散 이후 再婚하고 재결합을 원할 경우에는, 먼저 再婚關係가 해소되어야 한다.

5. 親子

婚姻의 경우에서와 같은 어려운 문제가 발생할 여지는 적다고 본다. 親子關係는 戶籍의 기재 여하와는 관계없이 발생되므로 진실된 親子關係만 확정될 수 있으면 되고, 離散되었던 부모·자녀가 재결합 후 親子關係를 회복하기 위한 별도의 조치는 필요하지 않다. 또 不在宣告等에 관한 特別措置法상의 不在宣告는 親子關係에 대해서는 失蹤宣告를 받은 것으로도 취급되지 않는다. 다만 親子關係의 확인이나 증명은 戶籍의 기재에 의하게 되므로 失蹤宣告나 不在宣告에 의하여 除籍되었던 자의 復籍이 문제되나, 이는 전술한 戶籍상의 就籍이나 訂正問題에 속한다. 不在宣告取消事由의 문제점 또한 앞에서 지적한 바와 같다.

그러나 親子關係에 관한 南北韓 家族法의 차이로 인한 문제 특히 法定親子關係에서는 약간의 검토를 요한다. 전술한 바와 같은 繼親子間の 문제도 있으나, 養子制度에 관한 北韓家族法과 韓國家族法 사이의 차이로 말미암아 養親子關係에서도 유사한 문제가 발생한다. 北韓家族法에 의하여 형성된 養親子關係의 유효성을 긍정하여야 할 것이나, 北韓家族法에 의하면 養親子關係가 성립하면 親父母와의 친자관계는 단절된다.³⁸⁾ 반면에 우리 家族法은 養親子關係가 성립하더라도 親父母와의 법률적 연계가 단절되지 아니한다. 따라서 越南者의 北韓殘留家族 또는 越北者가 북한에서 타인의 자로 入養되었던 경우, 재결합한 남한의 親父母와의 親子關係가 회복되는 것으로 보아야 할 것인가가 문제되는 것

38) 북한가족법 제33조 제2항.

이다. 한국인의 親子意識을 감안하여, 우리 家族法에 따라 親父母와의 親子關係도 다시 유지되는 것으로 보는 것이 바람직하다고 본다.

6. 戶主相續(承繼)

재결합 후 개시될 戶主承繼事項은 현행법에 따라 규율되므로 문제될 것이 없다. 그러나 재결합 이전에 戶主相續(承繼)이 개시된 경우에는 戶主相續(承繼)回復이 문제될 수 있다.

(1) 越南者가 被相續(承繼)인 경우

북한에 戶主相續(承繼)權을 갖는 자가 잔류하였을 때, 被相續(承繼)인의 戶籍에 未收復地區居住로 기재된 殘留者도 不在宣告를 받지 않은 이상 戶主相續(承繼)인으로 되며, 그 자가 1순위의 戶主相續(承繼)인이라면 職權記載의 절차를 따르게 된다.³⁹⁾ 不在宣告로 除籍된 자는 재결합 후 不在宣告取消을 통하여 戶主相續(承繼)인의 지위를 회복하게 된다. 따라서 현재의 戶主相續(承繼)인을 상대로 戶主相續(承繼)回復請求權을 행사하여 家系繼承者로서의 지위를 회복할 수 있다. 그런데 北韓殘留者와 越南者의 南韓居住者 사이의 순위를 정함에 있어서는 약간의 문제가 있다. 왜냐하면 우리 법은 유일하게 戶主相續(承繼)에 있어서만큼은 婚姻外의子보다 婚姻中の子를 우대하고 있기 때문이다. 따라서 越南者의 北韓殘留者가 婚姻中の子로서의 신분을 갖게 되느냐의 여부에 따라 순위가 달라진다. 婚姻中の子와 婚姻外의子의 구별은 부모의 婚姻關係유무에 따르므로, 이 문제는 越南者가 離散 이전에 북한에서 행한 婚姻에 대하여 유효성을 인정할 것인가의 여부와 관련된다.

한편 北韓殘留者에게 戶主相續(承繼)回復請求權이 인정되더라도 이 청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 개시된 날로부터 10년을 경과하

39) 1963년 12월 6일 戶籍例規 제211호. 越北者가 戶主相續(承繼)인인 경우도 마찬가지이다.

면 소멸되는 단기의 除斥期間이 적용된다(민법 제982조). 후술하는 財産相續의 경우와 마찬가지로 정책적인 고려가 필요하다고 본다.

(2) 越北者가 戶主인 경우

越北者에 대한 死亡申告나 失蹤宣告가 있게 되면 戶主相續(承繼)이 개시되고 법정순위에 따라 戶主相續(承繼)을 하게 된다. 이 戶主相續(承繼)은 재결합에 의하여 무효로 되고 越北者가 종래의 戶主의 지위를 회복하게 된다.

재결합 이전에 越北者가 사망한 경우에는, 경우에 따라 戶主相續(承繼)回復問題가 발생할 수 있다. 戶主相續(承繼)開始時의 越北者의 南韓居住家族과 越北者의 北韓居住家族 중 누가 先順位の 戶主相續(承繼)人가에 따라 戶主相續(承繼)回復이 문제되기 때문이다.

7. 財産相續

구체적인 예를 들어 검토한다.

(1) 越南者가 被相續人인 경우

1) 相續人이 北韓殘留者로서 戶籍에 記載되어 있는 경우

① 再結合 이전에 相續이 개시되고 殘留者가 다른 相續人과 再結合 경우

北韓居住 相續人이 戶籍上 殘留者로 기재되어 있는 이상 相續權은 인정된다.⁴⁰⁾ 따라서 재결합 이전에도 南韓居住 相續人은 殘留者에 대한 不在者財産管理人을 선임하고 相續關係를 처리하여야 한다. 이러한 절차 없이 南韓居住相續人들만이 相續財産을 분할하였다면 그것은 무효이다. 따라서 재결합 이후 北韓居住相續人은 相續財産再分割 또는 민법 제1014조에 기한 相續分價額支給을 청구할 수 있으나, 판례는 이 청구

40) 대법 1982. 12. 28 선고 81다452, 453.

를 모두 相續回復請求로 보고 있다. 그런데 相續回復請求權은 相續權侵害를 안 날로부터 3년, 相續이 개시된 날로부터 10년을 경과하면 소멸되므로(민법 제999조 제2항), 相續이 개시된 후 10년을 경과하여 재결합한 경우에는 相續回復의 訴를 제기할 수 없다.

② 再結合 후 相續이 개시된 경우

앞에서도 언급한 바와 같이 이 경우에는 現行相續法에 따른 처리가 가능하다.

2) 相續人이 北韓殘留者로서 不在宣告 또는 失蹤宣告에 의하여 除籍된 경우

南韓居住相續人と 재결합한 北韓居住相續人은 不在宣告 또는 失蹤宣告의 取消에 의하여 相續權을 회복한다. 北韓居住相續人은 1)의 경우와 마찬가지로 방법으로 相續權回復節次를 밟을 수 있다. 다만 南韓居住相續人이 相續財産을 제3자에게 처분하였을 때에는 민법 제29조 제1항 단서와 不在宣告 등에 관한 特別措置法 제5조 제1항 단서 및 제2항의 제한을 받는다. 즉 相續財産處分の 양 당사자가 선의이면 그 처분행위는 유효하며, 失蹤宣告 또는 不在宣告를 직접 원인으로 하여 재산을 취득한 南韓居住相續人은 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환하면 된다.

3) 相續人이 戶籍에 漏落되어 있는 경우

이 경우에는 먼저 追加就籍節次를 밟아야 한다. 이에 의하여 被相續人의 戶籍에 입적되면 위의 경우와 동일한 처리가 가능하다.

(2) 越南者가 행한 北韓殘留者에 대한 遺贈의 效力

遺贈은 遺言에 의한 재산의 無償 讓與이고 상대방 없는 單獨行爲이다. 遺贈에 의하여 이익을 얻게 되는 受贈(遺)者는 權利能力者이면 되고 自然人인 경우에는 遺言의 效力發生時期에 생존하고 있으면 족하다. 따라서 재결합 이전에 北韓殘留者에게 무상으로 재산을 讓與하는 遺贈도 유효하며, 遺贈義務者인 相續人 등은 그를 이행하여야 한다.

(3) 越北者가 被相續人인 경우 南韓에 있는 財産의 歸屬

1) 失蹤宣告에 의한 死亡時期와 다른 時期에 死亡한 것으로 判明된 경우

남한에만 相續人이 있는 경우에도 相續時期에 따라 적용되어야 할 相續法이 다르기 때문에 相續關係의 재처리 문제가 등장되나 이는 논외로 한다. 남한, 북한 양 지역에 相續人이 있는 경우에는 재결합에 의하여 相續權을 회복한 北韓居住相續人에 의한 相續回復이 문제되고 그 처리관계는 (1)의 경우에서와 동일하다.

2) 生存에 의한 失蹤宣告取消의 경우

失蹤宣告의 취소에 의하여 失蹤宣告로 개시된 相續은 무효로 된다. 다만 失蹤宣告取消의 소급효 제한이 수반한다.

이상의 결과를 정리해 보면

첫째, 被相續人과의 재결합이 이루어진 후 相續이 개시된 경우라면, 큰 문제는 없다고 본다. 相續權의 근거와 관련하여 이론적인 의문을 제기할 수 있을지는 모르나, 이 경우에는 현행법에 따른 처리가 가능하기 때문이다.

둘째, 재결합에 의한 경우든 그렇지 아니한 경우든 일단 相續人으로서의 身分關係가 확정되면 相續回復이 야기된다. 물론 민법 제999조 제2항은 相續回復請求權의 행사 기간을 相續權의 침해를 안 날로부터 3년, 相續이 개시된 날로부터 10년으로 규정하고 있어, 被相續人의 혈족 또는 배우자였던 북한 주민의 相續回復主張은 위 除斥期間의 경과로 인해 인정될 수 없을지도 모른다.

離散家族再結合에 따른 相續問題를 해결함에 있어서의 핵심적인 문제는 ① 北韓居住 相續人에게 相續權을 인정할 것인가, ② 相續權이 인정되어야 한다면 南韓居住 相續人과 평등한 지위를 부여할 것인가 아니면 相續對象이나 相續分에 물적 제한을 가하여 제한 없이 相續財産이 북한으로 이전되는 것을 차단할 것인가, ③ 현행법상의 相續回復

請求權의 除斥期間을 그대로 적용할 수 있는가(戶主相續<戶主承繼>의 경우도 동일), 예외를 인정한다면 기존 相續秩序의 보호와 거래의 안전대책은 무엇인가라고 할 수 있다.

(4) 私見

北韓居住相續人에게 相續權이 제한 없이 인정되고 그에 기한 相續權의 회복이 인정된다면, 분단 이후 처리되었던 모든 相續關係가 전부 번복되어야 함으로 相續秩序가 전면적으로 무너지게 되므로 커다란 혼란이 초래될 수 있다는 이유에서도 부정되어야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 재결합에 의하여 현행법상 당연히 相續人으로서의 지위를 회복하게 되었을 때 그들의 相續權을 부정할 수는 없다고 본다. 法論理上 北韓居住相續人에게 相續權이 당연히 인정되어야 한다면, 그들의 相續上의 지위 또한 南韓居住相續人과 동등하여야 한다. 그러나 그 간 유지되어 온 相續秩序에 혼란이 초래되어서는 안 될 것이며, 資本財가 무상으로 北韓地域으로 이전되는 것을 제한하여야 할 정책적인 제한이 가해질 필요가 크다고 본다. 相續權行使와 相續財産取得에 일정한 제한을 가하고 있는 臺灣의 입법례는 참고할만하다.

아울러 현행법상의 相續回復請求權의 除斥期間에 관한 규정에는 예외를 인정하여야 할 것이다. 北韓居住相續人에게 相續權이 인정되더라도 현행 규정을 그대로 적용할 경우에는, 현실적으로는 北韓居住相續人의 相續回復는 거의 인정될 수 없기 때문이다. 法理論上 除斥期間에는 時效의 中斷이나 停止가 인정되지 아니한다. 그러나 민족분단이라는 역사적인 원인에 의하여 相續權을 주장할 수 없었던 북한 주민의 相續權主張은 인용되어야 한다고 본다.

(5) 參考立法例

독일의 경우 통일 이전에 舊東獨地域의 被相續人이 사망한 경우에는 舊東獨의 민법전을 적용하였으나, 舊東獨民法典이 시행되기 이전인 1975년 12월 31일 이전에 相續이 개시된 경우에는 독일민법을 적용하

였다. 臺灣의 兩岸關係法은 다음과 같이 규정하고 있다.

被相續人이 大陸地區住民인 때에 相續은 당해 지구의 규정에 의하나 相續財産이 臺灣地區에 있는 경우에는 臺灣地區의 법률을 적용한다(제60조). 遺言의 경우도 마찬가지이다(제61조). 大陸地區住民에 대하여도 相續權을 인정하나 두 가지 측면에서 제한을 가하고 있다. 하나는 相續權의 행사와 관련하여 臺灣地區住民의 재산을 相續하는 大陸地區住民은 相續이 개시된 때로부터 2년 이내에 서면으로 被相續人の 住所地 法院에 相續意思를 표시하여야 하며 이를 위반하면 相續權을 포기한 것으로 보며, 이 법 시행 전에 개시된 相續의 경우 위의 2년은 이 법 시행일부터 기산한다(제66조)고 규정하는 것이고, 다른 하나는 相續財産에 대한 물적 제한이다. 즉 大陸地區住民이 臺灣에 있는 재산을 相續·受贈할 경우 그 총액은 200萬元을 초과할 수 없고(제67조 제1항 제1문, 제3항), 부동산은 相續할 수 없다(동 제4항).

한편 중국의 입장을 정리하면 다음과 같다.⁴¹⁾

첫째, 中國人和 臺灣人は 법에 따라 동등한 相續權을 갖는다.

둘째, 被相續人の 相續財産이 중국에 있는 경우 臺灣에 있는 相續인도 본인과 代理人을 통하여 相續에 참여할 수 있고, 相續參與가 불가능할 경우에는 그의 相續分을 유보한다. 臺灣相續인도 相續紛爭이 발생할 경우 중국의 人民法院에 제소할 수 있다.

셋째, 相續에 관한 準據法은 中國相續法이다

V. 法令整備方案

1. 立法形式

이상에서 살펴 본 바와 같이 南北離散家族의 往來와 재결합과 관련

41) 주 37)의 전의초안 제17조 내지 제22조.

된 법률문제는 여러 분야에서 발생하고, 이를 현행 관계법령에 근거하여 해결하기에는 적지 않은 곤란이 뒤따를 것을 알 수 있다. 기존 관계법령은 南北離散家族이 자유롭게 왕래하거나 재결합할 경우를 염두에 두고 입법된 것이 아니기에, 이를 기초로 관련문제를 해결해 나갈 수는 없다고 본다. 입법적 보완이 절실하다. 입법적 보완을 함에 있어서는 두 가지 형식을 생각할 수 있다. 하나는 기존 관계법령 중 해당 부분을 개정하는 것이고, 다른 하나는 한시적·잠정적 성질을 지니는 특별법을 제정하여 대처하는 방법이다. 후자의 방법을 취하여야 할 것이다. 特別法制定形式을 취하여야 할 이유는 다음과 같다.

완전한 민족통일이 달성될 경우에는, 통일방식에 따라 기존 법령의 전 체제를 그에 맞추어 개편하여야 하는 과제가 제시될 것이며, 사전에 그에 대비하여야 할 필요성에 대하여는 누구나 공감하고 있다. 이는 보다 거시적인 접근이 요청되는 문제이다. 그러나 통일 이후의 南北韓法制의 완전 통합에 앞서, 민족통일 이전일지라도 성사되어야 하고 또 성사될 가능성이 매우 높다고 보는 화해·협력의 단계에서의 南北離散家族의 자유왕래(상대방 지역에서의 定住를 포함한다) 및 재결합에 수반되는 법률문제는 성질상 한시적·잠정적인 성격이 짙다. 아울러 기존의 관계법령에 근거하여 관련문제를 합리적으로 해결하기 위하여는, 앞서도 언급한대로 많은 예외규정을 두지 않으면 안 된다. 기존 관계법령의 一般性を 감안할 때, 一般法理論에 어긋나는 상당수의 예외규정을 두는 것은 바람직하지 않다고 본다. 또한 기존 관계법령의 보완방법을 취할 경우에는 법령 상호간의 충돌이나 모순이 빚어져 효율성을 떨어뜨릴 가능성도 많다.

2. 特別法制定形式을 取할 경우의 考慮事項

1) 特別法の 規律範圍

特別法制定形式을 취한다고 할 때 그 규율대상과 범위를 어떻게 정할

것인가라는 문제가 등장한다. 南北離散家族의 往來와 재결합 관련사항만으로 한정할 것인가 아니면 南北韓住民의 相互 訪問·往來 및 滯留·安住와 관련되는 사항, 더 나아가 南北韓住民關係 全般을 포함하는 문제까지도 규율대상으로 삼을 것인가를 먼저 결정하여야 할 것이다. 그 결과 여하에 따라 특별법의 구성체계나 내용이 달라지기 때문이다.

私見으로는 臺灣의 兩岸關係法전 全般을 포괄하는 특별법의 제정방식이 바람직하다고 본다. 南北離散家族의 왕래와 재결합의 南北離散家族의 왕래와 재결합의 南北基本合意書에 근거하더라도 남북한 양측이 실천하여야 할 여러 법적 의무 중 매우 縣安的이고 人道的인 것에 속한다. 최우선적인 해결과제이고, 전반적인 분야에서의 남북교류·협력이 활발히 진행되기 전이라도 이루어져야 할 사항이다. 아울러 南北離散家族의 재결합에 수반되는 법률문제 중 家族法上的 諸問題가 피부에 와 닿는 매우 현실적인 것이기도 하다. 이러한 時急性과 現實性을 고려한다면 南北離散家族問題만을 별도로 규율하는 특별법만의 제정방식도 고려할 만하다. 그러나 재결합이 실현되는 과정 내지 실현 이후의 상황을 예상할 때, 往來나 재결합이 재결합에 따른 家族法上的 문제만을 규율하는 특별법만 가지고 대처하기에는 한계가 있다고 본다. 離散家族再結合이 인도적인 문제라고 하더라도, 다른 분야에서의 南北韓間의 교류·협력과 별개의 차원에서 성취될 수 없는 것도 엄연한 사실이기 때문에, 南北韓間의 교류·협력이 활성화 될 장래를 대비하는 차원에서 南北韓住民關係 全般을 포괄하는 특별법을 제정하면서, 그 속에서 離散家族再結合關聯事項을 규율하는 것이 올바른 접근방법이라고 생각한다.

2) 再結合關聯事項의 規律에 있어서 堅持하여야 할 基本原則

특별법의 규율대상과 범위를 어떻게 정하느냐에 따라 그에 반영되어야 할 사항은 달라지게 된다. 이에 대한 검토는 논의의 범위를 벗어나므로 자세한 언급은 생략한다. 南北離散家族이 재결합하는 과정이나 재결합 이후에 발생할 家族法上的 문제를 규율함에 있어서 견지하여야 할

基本觀點을 제시하면 다음과 같다.

첫째는, 既存의 家族·身分關係의 존중이다. 이를 위해서는 離散 이전이나 離散 이후 北韓地域에서 北韓家族法에 근거하여 형성 또는 해소된 家族·身分關係의 유효성이 인정되어야 한다. 유효성의 인정은 憲法上의 領土條項에 반한다는 형식논리를 고집할 필요는 없다고 본다. 이와 아울러 북한의 司法節次에 따라 선고된 判決이나 公證文書에 대한 유효성도, 外國判決의 효력 승인에 관한 절차에 준하여 북한에서 내려진 판결의 효력을 인정할 것인가의 여부가 문제되나, 일단 긍정되어야 할 것이다. 離散 이전이나 離散 이후 우리 家族法의 적용에 의하여 형성 또는 해소된 家族·身分關係의 유효성이나 判決 내지 判決에 준하는 법적 문서의 유효성이 긍정되어야 함은 당연하다.

이러한 전제가 충족된다면, 離散 이후에 새로 형성 또는 해소된 기존의 家族·身分關係는 재결합에 의하여서도 변경되지 않는다. 법률상의 재결합을 허용할 것인가의 여부도 이에 기초하여 판단하여야 할 것이다. 재결합에 따른 家族法上の 문제를 해결함에 있어서도 당사자의 의사를 최대한 존중하여야 함은 당연하다. 그러나 다음에서 말하는 當事者意思尊重의 원칙은, 離散 이후 새로이 형성되어 오랜 기간 그 적법성이 유지되어 온 기존의 家族·身分關係를 인위적으로 변경시킬 수 없다는 제약하의 원칙이어야 한다.

둘째는, 當事者의 意思尊重이다. 법률상의 재결합과 관련된 離散當事者들의 의사는 최대한 존중되어야 한다. 離散 이후 새로 형성된 기존의 家族·身分關係를 해소하고 재결합을 원하는 당사자의 의사를 무시하거나, 失踪宣告나 不在宣告의 취소의 효과를 가지고 법률상의 재결합을 원하지 않는 당사자의 의사를 무시하면서까지 재결합을 강제할 수는 없다. 한편 離散 이후의 기존의 家族·身分關係를 존중하여야 한다고 해서, 離散當事者 一方의 의사와는 전혀 관계없이 離散 이후에 이루어진 離散 이전의 家族·身分關係의 해소를 용납하도록 강요할 수도 없다고 본다. 이러한 측면에서는 既存家族·身分關係의 존중 원칙의 적용은 제한되어야 한다. 그 결과, 家族法의 일반원칙에 어긋나는 家族·身分關係

가 예외적·잠정적으로 발생될 수 있음을 용인할 수밖에 없다고 본다.

셋째는, 人道主義의 원칙에 따른 배려이다. 기존의 家族·身分關係保護의 원칙을 전면에 내세울 경우에는 재결합만을 고대하면서 독신으로 지내온 離散 이전의 배우자 보호가 배제되는 결과를 피할 수 없게 된다. 이러한 불합리는 人道主義原則을 통하여 보완되어야 할 것이고, 그 한에 있어서는 一夫一妻制라는 家族法의 기본원칙 내지 사회질서에 대하여도 잠정적·일시적으로나마 예외가 인정되어야 한다고 생각한다.

넷째는 相續(財産)權의 보호이다. 離散 이후 재결합 이전에 개시된 相續秩序도 최대한 보호하여야 할 것이다. 그러나 相續法理上 北韓居住 相續人의 相續權은 당연히 인정된다. 뿐만 아니라 사망으로 처리되었던 越北者도 相續으로 처리되었던 자기 재산에 대한 所有權을 회복한다. 후자의 경우에는 所有權의 성질상 시효의 문제가 발생하지 아니하나, 전자의 경우는 相續回復請求權의 除斥期間의 적용이 문제된다. 민족분단을 이유로 한 예외가 인정되어야 할 것이다. 다만, 南韓居住 相續人과의 형평성 또는 거래의 안전을 고려하여 相續權의 행사에 대하여는 일정한 제한을 가할 필요가 있다고 본다. 아울러 北韓居住 相續人이 相續을 이유로 남한에 소재 하는 不動產物權의 취득이나 資本財의 北韓地域으로의 無償移轉을 제한 없이 허용할 것인가는 정책적인 판단이 요청되는 사항에 속한다.

共謀合同犯에 관한 批判的 考察

金 日 秀*

《目 次》

- | | |
|------------------|-------------------|
| I. 問題의 提起 | 1. 合同犯의 概念 |
| II. 正犯과 共犯體系의 基礎 | 2. 合同犯의 本질논의 |
| 1. 犯罪參加形態의 規律方式 | V. 共謀共同正犯에 대한 正犯論 |
| 2. 比較法的·理論史的 考察 | 觀點의 批判 |
| 3. 方法論的 考察 | 1. 意義 |
| III. 正犯과 共犯의 區別 | 2. 肯定說의 論據 |
| 1. 正犯과 共犯의 意義 | 3. 否定說의 論據 |
| 2. 區別基準에 관한 學說 | 4. 小結 |
| 3. 小結 | VI. 結論 |
| IV. 合同犯의 概念과 本質 | |

I. 問題의 提起

IMF 체제하의 경제한파는 경제불황과 실직·실업자의 증가를 몰고 왔을 뿐만 아니라 범죄율의 증가를 가져왔다. 특히 절도 등 생계형 범죄와 살인, 강도 등 강력 범죄가 크게 늘어난 것으로 나타났다.¹⁾ 사회통제의 일부

* 高麗大 法大 教授·法學博士

1) 최근 경찰청 통계에 따르면 1998년 9월말까지 살인·강도·강간·절도·폭력 등 5대 범죄는 모두 244,555건이 발생, 지난 해 같은 기간 219,698건에 비해 11.3% 증가했다. 이 중 강도는 4,296건이 발생, 지난해 3,382건에 비해 무려 27% 늘었다. 살인은 721건이 발생 22.3% 증가, 절도 17%, 폭력 8.8% 증가했다.

로서 범죄통제를 맡고 있는 형사사법영역에서도 이에 대한 형사정책적 고려가 도외시될 수 없다. 범죄율의 급증을 막기 위해 구속률의 증가 또는 양형의 상승이 나타나는가 하면, 형사판결에서도 처벌범위의 확장을 위한 시도가 나타나고 있다.

최근 合同犯의 성립 범위를 현장에 있지 않은 單純 共謀者에게까지 확대한 대법원판결(1998. 5. 21 선고, 98 도 321 전원합의체판결)도 집단범죄의 증가율에 관한 대법원의 새로운 대응으로 볼 수 있다. 이 대법원판결은 실무자에게는 하나의 대응이나 응답일 수 있으나 이론가에게는 새로운 도전으로 보인다.

이 글에서는 종래의 合同犯理論에 대한 이론적인 고찰을 거쳐 合同犯의 성립범위를 單純 共謀者에게까지 확대한 대법원의 입장이 과연 합리적인 형사정책일 수 있는지, 해석론으로는 적합한지를 비판적으로 검토해 보고자 한다. 그러자면 먼저 正犯과 共犯理論에 관한 검토부터 해 보아야 할 것이다. 共謀共同正犯 및 合同犯은 다같이 正犯理論의 관점에서 볼 때 일종의 돌연변이에 속하기 때문이다. 이어서 合同犯의 본질규정을 논의의 대상으로 삼아야겠다. 合同犯의 성립 범위 확장은 이미 우리 형법판례에 깊숙이 뿌리박힌 共謀共同正犯에 의해 결정적인 영향을 받은 것이다. 共謀共同正犯이 共同正犯의 범형상에 본질적으로 합치할 수 있는지, 共謀共同正犯의 등장으로 共同正犯과 教唆犯 내지 共同正犯과 幫助犯의區別에 관한 이론적 토대가 무너져 내린 것은 아닌지를 면밀히 살펴볼 필요가 있다. 마지막으로 必要的 正犯의 일종인 合同犯의 共同正犯과 共犯成立의 문제를 검토대상으로 삼고자 한다.

Ⅱ. 正犯과 共犯體系의 基礎

1. 犯罪參加形態의 規律方式

다수인의 犯罪參加形態를 이론적 또는 입법기술적으로 어떻게 취급할

것인가에 관하여 두 가지 입법형식이 있다. 즉 正犯・共犯分離形式과 單一正犯形式이 그것이다.

1) 正犯・共犯 分離形式

형법총칙상의 正犯과 共犯論을 構成要件論의 일부로 편입하고 構成要件領域에서 여러 가지 犯罪參加形態를 구분하여 각칙의 구성요건을 총칙의 正犯 및 共犯論을 통해 보충함으로써 형벌에 영향을 미치는 구성요건상의 세분화를 도모하는 방법이다.

특히 고의범과 관련하여 우리 나라나 독일・일본의 입법례는 이러한 正犯・共犯分離形式의 방법을 채택하고 있다. 우리 형법은 正犯에 관하여는 間接正犯(제34조)・共同正犯(제30조)・同時犯(제19조) 등의 규정을 두고, 共犯에 관하여는 教唆犯(제31조)・幫助犯(제32조)의 규정을 두고 있다.²⁾

이러한 分離形式은 항상 어떤 犯罪參加者가 正犯인가 共犯인가를 구분해야 하는 번거로움이 있는 반면, 構成要件中心의 刑法(Tatbestandsstrafrecht)의 法治國家의 基礎에 적합한 방식이기 때문에 법정책적으로 선호되고 있다. 正犯과 共犯의 구별에 관한 기준들이 이론적으로 확립된 오늘날에는 그 분리형식의 번거로움도 해소되었기 때문에 더욱 그러하다.

2) 單一正犯體系

構成要件領域을 犯罪參加形態에 따라 세분하지 않고 오히려 구성요건 실현에 원인이 되는 기여를 한 모든 사람들을 正犯으로 간주하되, 개개인의 구체적인 형량은 각칙의 각 구성요건에 통일적으로 정하여진 刑罰範圍 내에서 그 개개인의 구체적인 犯罪寄與度에 따라 정하는 방법이다. 말하자면 원인상으로는 구별 없이 모두 正犯이되, 양형상의 세분화방법을 통해 처벌의 개별화를 꾀하는 방법이다.

2) 독일형법은 單獨正犯과 間接正犯을 제25조 1항에, 共同正犯을 제25조 2항에 두어 正犯에 관한 규정을 한 조문으로 묶은 뒤, 共犯에 관하여는 教唆犯(제26조)・幫助犯(제27조)의 규정을 별개로 두고 있다.

이 單一正犯體系(Einheitstätersystem)를 입법화한 것이 오스트리아형법 제12조이다. 즉 “直接的인 行爲者뿐만 아니라 他人에게 가벌적 行爲의 실행을 결의시키거나 그 실행에 기여하는 者도 可罰的 行爲를 범하는 者이다.” 이러한 單一正犯體系도 고의범에 한하여 인정되고 있음은 물론이다.

이 방법은 고의범에서 犯罪參加의 복잡한 형태를 구별해야 하는 번거로움을 없애 주기 때문에 입법론적으로는 고려해 볼 만한 가치가 있다. 실제 正犯·共犯의 分離形式을 취하고 있는 독일이나 우리 나라에서도 고의범과 다른 특별한 구조를 갖고 있는 過失犯에서는 사실상 이 單一正犯原則을 택하고 있는 셈이다. 왜냐하면 과실범에 대한 다수인의 참가형태는 애당초 불가능하고, 사정에 따라 단지 正犯의 형태로만 취급할 수 있을 뿐이기 때문이다.

그러나 우리 형법의 解釋論으로서 이미 입법자가 分離形式을 취한 이상 單一正犯原則을 고려할 수 없음은 물론이거니와 그 밖에도 이 單一正犯體系에는 다음과 같은 단점이 있다. 즉 분리형식에 의한 正犯·教唆犯·幫助犯 등의 개념은 이미 專門述語의 성격을 떠나 日常言語化되었기 때문에 오히려 單一正犯概念이 더 큰 생경감을 불러일으킬 수 있다는 점, 우리 나라나 독일형법상 幫助犯의 未遂는 별하지 아니하는데 單一正犯體系를 취하면 幫助犯의 미수도 正犯의 미수가 되어 처벌이 가능하게 되므로 可罰性이 확장된다는 점 및 事物의 本性上 나타나는 참가형태상의 차이를 單一正犯概念으로 무시할 수 없을 뿐만 아니라 身分犯·自手犯·目的犯·傾向犯 등의 특별취급문제는 單一正犯概念을 가지고는 거의 해결할 수 없다는 점 등을 들 수 있다.³⁾

2. 比較法的·理論史的 考察

1) 比較法

單一正犯體系를 따르고 있는 立法例은 오늘날 그리 많지 않다. 1975년

3) Roxin, LK¹¹, Vor § 25 Rdnr. 6ff.

1월 1일 개정 오스트리아형법전⁴⁾ 이외에 1930년에 제정된 이탈리아형법전이 形式的 單一正犯體系를, 1902년에 제정된 노르웨이형법전과 1930년에 제정된 덴마크형법전은 이른바 機能的 單一正犯體系를 따르고 있다.⁵⁾

그 밖의 대부분의 나라에서는 分離된 犯罪參加形態를 취하고 있다. 독일 형법을 비롯하여, 스위스형법 외에 프랑스형법도 客觀的 觀點에 따라 正犯과 共犯을 구분하고 있다. 다만 프랑스형법은 正犯과 共犯을 같은 형벌로 처벌하고 있다는 데 특색이 있다.

英美法에서도 犯罪參加形態를 순전히 客觀的인 觀點에 따라 세분하고 있다. 즉 자기 손으로 직접 범행을 실현하는 자만을 소위 ‘제1급의 주범’(principal in the first degree)이라 하여 正犯으로 취급하고, 共同正犯에 상당한 것을 ‘제2급의 주범’(principal in the second degree)이라 한다. 教唆犯과 幫助犯에 해당하는 것을 ‘사전중범’(accessory before the fact)이라고 하여 범인은닉죄 따위에 상당하는 ‘사후중범’(accessory after the fact)과 대칭시키고 있다. 그 밖에도 間接正犯에 해당하는 제도로 ‘無罪人을 도구로 한 主犯’(principal by the means of an innocent agent)이 있다.⁶⁾ 다만 美國模範刑法典은 이러한 영미법의 전통과 달리 單一正犯概念에 접근하고 있음은 흥미롭다.⁷⁾

2) 理論史

共同正犯·間接正犯·教唆犯·幫助犯 등의 法概念은 물론 오늘날 이해되고 있는 의미와는 달랐지만, 이미 중세 이탈리아형법에서부터 개별적인

4) 單一正犯體系를 주장하여 오스트리아형법에 채택되도록 결정적 기여를 한 Kienapfel도 ‘形式的 單一正犯體系’를 法治國家의 根據에서 거부하고, 이른바 ‘機能的 單一正犯體系’ 내에서 間接正犯 및 教唆正犯(Veranlassungstäterschaft)과 幫助正犯(Unterstützungstäterschaft)을 구별하고 있다. 이에 관하여는 Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 22, 30 참조.

5) Jescheck, S. 538f.

6) LaFave/Scott, Criminal Law, 1985, p. 495.

7) Model Penal Code Sect. 2. 06.

구성요건 속에 규정되어 나타났다. 이것이 1532년 카롤리나형법전 제148조·제177조 등의 규정에 유입됨으로써 독일보통법에 영향을 주게 되었다. 이에 따라 독일 보통법시대의 학자였던 Carpzov·Pufendorf·Böhmer 등의 연구를 통해 점점 오늘날과 같은 의미로 여과되었다.

正犯·教唆犯·幫助犯이 오늘날처럼 分離形式에 따라 규정되기 시작한 것은 프랑스형법전(code pénal) 제59조·제60조에서 비롯된다. 이것이 1851년 프로이센 형법전 제34조·제35조에 수용되었다가 1871년 독일제국형법전에 그대로 전승되었던 것이다. 우리 나라가 분리형식에 따른 규정방식을 취하게 된 것은 독일형법전의 영향을 받아 제정된 일본형법전이 우리 나라에 依用되면서 정착한 데 기인한다.

3. 方法論的 考察

1) 從來의 傾向

正犯 및 共犯論의 문제는 종래 흔히 共犯의 從屬性 또는 獨立性의 문제와 관련하여 논의되어 왔다. 여기에서 결정적인 기준이 되는 것이 바로 共犯從屬性說과 共犯獨立性說이었다. 또한 共犯從屬性說이 客觀主義 犯罪論의 共犯理論이고, 共犯獨立性說이 主觀主義 犯罪論의 共犯理論으로 흔히 지칭되어 왔던 것이 사실이다.

그러나 여기에서는 正犯論이 우위인지 共犯論이 우위인지가 불분명할 뿐만 아니라, 양자가 客觀主義와 主觀主義의 대립처럼 실제 상반되는 입장이라면 이와 같은 이론적 대립을 共犯의 구체적인 문제해결에 그대로 적용한다는 것은 위험하다. 왜냐하면 그것은 共犯의 可罰性의 유무와 범위가 이론의 출발점에 따라 달라지는 결과를 초래하여 甲論에 의하면 불가벌인 것이 乙論에 의하면 가벌이 될 수 있기 때문이다. 正犯 및 共犯理論의 취급에서 나타나고 있는 이러한 개념의 추상화, 즉 현실과의 괴리현상은 주로 刑法理論學領域에서의 학문적 방법론의 미숙에 그 원인이 있었다고 본다.

正犯 및 共犯概念의 핵심은 입법에 앞서 事理 가운데 존재하고 있다. 이

점을 고려하여 입법자는 그 핵심의 윤곽에 일정한 정책적 고려에 따른 변형을 주면서 구체적인 法概念을 형성하고 있다. 따라서 형법적 의미에서의 正犯 및 共犯概念은 언제나 事理 속에 내재해 있는 개념의 핵심과 이를 기초로 한 개념의 외곽에 대한 입법자의 구체적인 價値決定에 따른 辨證論的 合一態로서의 형상을 갖고 있는 것이다.

正犯 및 共犯理論도 그것이 실무에 지향된 現實關聯性과 결과의 타당성을 획득하려면 바로 이론에 앞서 주어진 事理와 입법자의 價値決定에 구속되어야 하며, 이를 개별적인 사안에 해석·적용할 때 구체적인 正義를 실현하는 방향으로 전개해 나가야 할 것이다. 이 사안을 함부로 좌지우지해서는 안 된다는 점은 오늘날 확립된 方法論的 認識의 하나이다. 그러나 이와 같은 인식에 도달하기까지는 1세기 이상에 걸친 여러 단계의 정신적 조류의 변화를 거쳐야 했다. 물론 正犯 및 共犯論이 형법학방법론의 중심에 자리잡고 있는 문제는 아니지만, 형법학적 사고에 변화를 준 정신사적 배경은 여기에서도 분명히 나타나고 있다.

2) 古典의 犯罪體系

自然主義와 實證主義를 정신사적 배경으로 삼는 古典의 犯罪體系는 因果的 方法論을 犯罪論에 적용하고 있다. 正犯 및 共犯論에도 이 인과적 사고는 그대로 적용되어 여러 가지 犯罪參加形態를 우선 결과야기에 인과적으로 미친 작용에 따라 구분하였다. 특히 因果關係論에서 等價說(條件說)을 취하느냐, 原因說을 취하느냐에 따라 正犯과 共犯의 구별에 관한 두 가지 방향으로 나뉘었다.

먼저 等價說에서 출발하는 한, 결과에 原因力을 부여한 모든 조건이 等價하므로 상이한 犯罪參加形態는 主觀的 行爲의 側面을 고려하지 않고는 구별이 불가능했다. 이것이 이른바 主觀的 共犯論이었다.

이에 반해 같은 因果的 思考를 기초로 하면서도 原因說에서 출발하는 한, 결과에 대한 조건과 원인을 구별할 수 있다고 보므로 正犯과 共犯도 행위의 주관적 측면에서가 아니라 客觀的 側面에서 구별하려고 하였다. 이것

이 客觀的 共犯論의 하나인 實質的 客觀說의 입장이다.⁸⁾

이 因果의 方法에 의해 도출한 正犯論이 因果的 正犯論이다. 그러나 因果的 思考의 方法으로써 正犯과 共犯을 구별하려는 것은 비록 그것이 주관적 관점이건, 객관적 관점이건 간에 법적으로 만족할 만한 결과에 도달할 수 없다. 因果的 考察方法은 事件經過의 외부적 관련성을 해명해 줄 수는 있지만, 價値盲目的이기 때문에 사건경과의 법적 의미관련성을 해명해 줄 수는 없기 때문이다.

3) 新古典的 犯罪體系

1020년 이후 자연주의적·인과적 사고방식은 법학에서 극복되고 대신 新 Kant학파의 주류인 西南獨逸學派의 價値哲學에 영향을 받아 法素材를 다루는데 自然科學의 方法과는 다른 精神科學的 方法이 적용되었다. 이 방법론은 존재와 가치의 세계를 峻別하고, 文化現象은 존재적 현실을 목적설정적인 인간정신에 의해 再構成한 產物에 불과하다고 보았다. 이러한 目的論的·規範的 方法은 正犯과 共犯論에 영향을 미쳐 正犯과 共犯의 구별도 개별적인 犯行寄與에 대한 法律學的·規範的 評價를 통해서만 가능하다고 보았다. 이 방법론에 기초한 正犯論이 目的論的 正犯論이다.

이 방법론에서는 서로 다른 여러 가지 방향이 나뉘었는데, 예컨대 이른바 擴張的 正犯論, 形式的 客觀說 내지 制限的 正犯論, 擴張的 正犯概念과 主觀的 共犯論의 結合 등의 견해가 그것이었다.⁹⁾ 이 같은 이질적인 견해의 난립은 目的論的·評價的 考察方法이 가지는 방법론적 약점의 당연한 귀결이다. 왜냐하면 正犯概念을 목적론적·평가적 방법에 의해 규정해야 한다는 인식에도 불구하고 이 방법론은 어떠한 기준에 따라 이 같은 평가가 행해져야 하는가에 관해서는 아무 언급도 주지 못하기 때문이다. 비록 법률의 목적에 定向된 目的論的 思考가 구성요건의 해석이나 正犯論 분야에서 하나의 유용한 방법임에는 틀림없지만, 그것이 보다 합리적인 결과에 도달하자면

8) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., S. 6; 鄭盛根, 總論, 620면.

9) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, a.a.O., S. 11; 鄭盛根, 總論, 620면.

그 평가척도를 찾는 작업이 보충되어야 한다.

4) 目的的 犯罪體系

1930년대에 이르러 新 Kant학파이론이 철학에서 극복됨으로써 법학에서도 새로운 방법론이 대두되었다. 즉 法素材를 法概念에 의한 단순한 재구성 결과로 보던 目的論的·規範的 考察方法 대신에 법에서 규율하고자 하는 事物의 領域 자체에서 이미 秩序原則을 발견할 수 있다고 믿고, 법에 先在하는 이러한 事物論理的 構造에 법은 구속되어 단지 그 존재론적 의미를 발견할 수 있을 뿐이라고 하는 관점이다. 이러한 방법론에서 출발하고 있는 학파로는 이른바 Nazi에 이론적으로 협력한 Kiel학파의 형법이론과 최근까지도 犯罪體系論에 커다란 영향력을 행사하고 있는 目的的 犯罪體系를 들 수 있다. Kiel학파의 직관적인 本質觀照와 총체적·구체적 질서사상은 正犯 및 共犯理論에 지속적인 영향을 끼치지 못했다. 그러나 目的的 行爲論으로도 호칭되는 目的的 犯罪體系는 目的性的 엄격한 事物論理的 構造에 기초한 目的的 犯行支配說에 의해 正犯 및 共犯論에도 큰 영향을 끼쳤다. 이러한 방법론에 기초한 正犯論은 存在論的 正犯論이라고 부른다.

그러나 이러한 존재론적 방법은 법 앞에 존재하는 다양한 사물 가운데 왜 한 가지 存在所與만이 正犯 및 共犯問題의 해결에 실마리가 되고, 다른 存在所與는 그렇게 되지 않는지 해명할 길이 없다. 行爲論으로부터 犯罪參加形態의 구별을 위한 어떤 실마리가 풀린다는 Welzel의 설명은 결코 설득력이 없다. 예컨대 目的性和 故意를 동일시하고 있는 Welzel의 범죄체계에 서 비록 目的的 犯行支配가 正犯의 표지가 된다 해도 고의적인 教唆犯과 幫助犯은 왜 目的的 犯行支配가 안 되는지 분명한 설명을 못하기 때문이다. 입법자가 창설한 各條의 犯罪參加形態가 실제 存在論的 考察方法에서 생각 하듯 법적 목적설정에 앞서 이 存在論的 構造에만 구속되었는지, 아니면 일정한 범위에서 독자적인 목적설정의 영향을 받은 결과인지를 이 存在論的 方法論으로는 해명할 수 없다.

5) 新古典的·目的的 合一體系

方法論으로 正犯과 共犯을 바로 구별하기 위해서는 新古典的 犯罪體系의 目的論的 正犯論과 目的的 犯罪體系의 存在論的 正犯論의 일면성을 지양하고 양자를 辨證論으로 合一시켜야 한다는 관점이다. 이것은 正犯概念을 意味發見的·目的設定的 考察方法의 合一態로 파악한다. 法概念은 적어도 그 核心領域에서는 先在하는 事物에 구속된다. 입법자는 이 부분에 관한 法概念을 창설하거나 의미부여를 할 수 없고 단지 주어진 의미를 파악해서 확정할 수 있을 뿐이다. 이에 비해 그 핵심영역을 둘러싸고 있는 外廓에 대해서는 입법자가 자신의 刑事政策的 目的設定에 따라 그 범위를 창설하거나 의미를 부여할 수 있다.

형법상 이미 규율되고 있는 正犯과 共犯의 개념 이해 및 그 구별은 바로 이와 같은 관점을 고려하여 目的設定的·評價的 方法과 意味發見的·構造把握의 方法을 辨證論으로 合一한 方法論으로 해결해야 할 것이다. 이것은 하나의 고정된 관념이 아니라 계속 발전하는 과정 속에서의 끊임없는 상호작용의 결과를 의미한다. 이러한 방법론은 행위론의 논리필연적 산물이 아니라 목적론적 방법론과 존재론적 방법론의 合一態에 불과하다. 이것은 오늘날의 犯罪體系가 新古典的·目的的 犯罪體系의 合一態로 발전해 온 것과 그 軌를 같이하는 것이다.

6) 小結

이러한 방법론으로부터 正犯 및 共犯論의 문제에 접근할 때 하나의 指導原理는 ‘正犯은 구체적인 行爲事象의 中心體’라는 명제이다. 이러한 명제는 아직 구체화되지 않은 지도적인 원칙에 불과하며, 위에서 본 존재론적·목적론적 고찰방법의 合一形式에 따라 법소재를 구체적·내용적으로 전개시켜 나갈 방법론적 출발점임을 의미한다. 이런 관점으로부터 전개하는 正犯과 共犯論의 논의는 正犯概念을 부차적인 개념으로 취급하여 ‘共犯 아닌 者가 正犯이다’라는 우회를 피하고, 모든 구체적인 行爲事象의 中心體인 正犯의 내용이 무엇인가를 共犯에 앞서 우선적으로 확정하는 문제에 집약됨은

물론이다.¹⁰⁾

Ⅲ. 正犯과 共犯의 區別

1. 正犯과 共犯의 意義

犯罪構成要件의 실현에 2인 이상의 사람들이 참가할 경우 그 참가형태를 正犯과 共犯으로 구별하는 것은 분리형식을 취하고 있는 법제에서는 구성요건해당성의 판단 및 양형의 구체적인 적용을 위해서도 극히 중요하다. 특히 間接正犯과 教唆犯의 구별 및 共同正犯과 幫助犯의 구별은 실무적으로도 종종 문제가 되고 있다. 종래 正犯 및 共犯論의 이론학적 발전도 이러한 正犯과 共犯의 구별과 관련하여 계속되어 왔다.

방법론상으로 正犯의 우선적 확정이 필요한 결과 ‘共犯의 從屬性’ 또는 ‘正犯概念의 優位性’이란 명제도 함께 고려의 대상이 된다. 따라서 正犯과 共犯의 구별은 언제나 共犯의 개념규정에 앞서 正犯의 개념표지를 확정짓고 난 뒤에 비로소 이루어져야 한다.

다수인이 범죄행위에 참여했을 때 이를 正犯과 共犯으로 구별하자면 대략 다음과 같은 개념을 염두에 두어야 한다.

① 자기의 범죄를 스스로 행하는 자가 正犯이다. 正犯에는 이론상 보통 單獨(直接)正犯·間接正犯·共同正犯이 포함된다.

單獨正犯은 자기의 범죄를 스스로 행하는 사람이고, 間接正犯은 타인을 이용하여 자기의 범죄를 행하는 자이며, 共同正犯은 여러 사람이 공동하여 죄를 범하는 경우이다. 독일형법 제25조는 이 세 가지 유형의 正犯을 명문으로 규정해 놓고 있다. 우리 형법은 제2장 제3절 共犯의 절에서 共同正犯(제30조)·間接正犯(제34조)을 규정하고 있을 뿐, 單獨正犯에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

10) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, a.a.O., S. 25f.

共同正犯은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 점에서 單獨正犯과 구별되지만, 스스로 자기의 범죄를 행하는 사람이므로 共犯이 아니라 正犯이다. 間接正犯도 타인을 도구로 이용하여 자기의 범죄를 행하는 사람이므로 역시 正犯에 해당한다.¹¹⁾

② 타인의 범죄를 教唆 또는 幫助하는 教唆者 또는 幫助者로서 타인의 범행에 고의로 참가하는 사람이 共犯이다. 共犯에는 이론상 教唆犯과 幫助犯이 포함된다.

教唆犯은 타인으로 하여금 고의적인 위법행위를 수행토록 결의시킨 사람이고, 幫助犯은 타인의 고의적인 위법행위의 수행에 보조로 참가한 자이다. 우리 형법 제31조는 教唆犯을, 제32조는 幫助犯을 규정하고 있다.¹²⁾

③ 正犯과 共犯은 이처럼 법제도상 또는 개념상으로 구별되지만, 구체적인 사안에서 그것이 間接正犯인지 教唆犯인지, 또는 共同正犯인지 幫助犯인지를 구별하기란 쉽지 않다. 正犯과 共犯의 구별에 관한 이론적인 노력이 다양하고 그 역사도 깊을 뿐만 아니라, 單一正犯體系라는 立法方向의 차이가 생겨난 것도 양자의 구별이 어려운 이론적 작업임을 말해 준다.

2. 區別基準에 관한 學說

正犯과 共犯의 구별을 놓고 19세기 초부터 主觀說과 客觀說의 대립이 있어 왔다. 그러나 1933년 Lobe에 의해 犯行支配說이 구성된 이래¹³⁾ 오늘

11) 共犯과 함께 共同正犯·間接正犯을 규정하고 있는 우리 형법 제2장 제3절의 명칭은 正犯과 共犯으로 하는 것이 사리에 합당하다.

12) 형법 제32조의 표제는 幫助犯을 從犯이라고 표기하고 있다. 영미법상의 主犯(principal)과 從犯(accessory)의 구별에 따르면 主犯은 正犯이요 從犯은 教唆犯과 幫助犯이 되므로 從犯이란 표제 대신 幫助犯이라고 하는 것이 내용면에서 충실한 표현이 될 것이다. 독일형법 제27조도 幫助를 Beihilfe, 幫助犯을 Gehilfe로 표기함으로써 從犯이란 용어를 피하고 있다.

13) Lobe, LK⁵, Einleitung, S. 123; 그러나 범행지배란 용어를 형법체계의 기초개념으로 도입한 최근의 이론가는 Hegler, "Die Merkmale des Verbrechens," ZStW 36(1915), S. 184ff.였다.

날은 이 犯行支配說이 主觀說과 客觀說을 결합한 折衷說로서 절대적인 우위를 차지하고 있다.

1) 主觀說

主觀說은 等價說(條件說)을 취하여 인과적 방법으로 正犯과 共犯을 구별하고자 한 결과, 외부세계에 나타난 객관적인 기준으로는 그 구별이 불가능하므로 범죄참가자의 의사·목적·동기·심정과 같은 主觀的 基準에 따라서 구별하고자 하는 입장이다. 이것은 다시 意思說과 利益說로 나누어진다.

(a) 意思說(Dolustheorie)

正犯과 共犯을 행위자의 특별한 意思의 종류에 따라 구별하는 견해이다. 즉 正犯意思(animus auctoris)를 가진 者가 正犯이고 共犯意思(animus socii)를 가진 者가 共犯이다. 여기서 正犯意思란 범행을 자기의 것으로 행하고자 하는 意思이고, 共犯意思란 범행을 남의 것으로 야기 또는 촉진시키는 意思를 말한다.¹⁴⁾

그러나 이 意思說(Dolustheorie)은 인과적 방법으로 正犯과 共犯의 구별에 관한 법적 평가의 문제를 해결할 수 없다는 방법론상의 난점이 있다. 그리고 正犯과 共犯을 구별하기 위한 正犯意思·共犯意思라는 기준은 다시 正犯과 共犯의 개념을 전제하고 있으므로 순환론에 빠진다는 논리적 오류 외에도 正犯意思에 관한 징표가 매우 임의적인 것이기 때문에 개개 사례의 판단에서 법관의 恣意가 크게 작용할 수 있다는 실무상의 난점을 안고 있다.¹⁵⁾

14) Wächter · Hälschner · Janka · Schwartz · Binding · Nagler 등에 의해 주장되어 오다가 v. Buri의 영향력에 의해 1871년 이후 독일제국재판소의 판례 및 독일연방최고법원의 판례의 입장이 되고 있다.

15) 의사실에 의한 이같은 자의적 결론의 대표적인 사례가 독일제국재판소의 이른바 浴槽事件(RGSt 74, 85)이다. 즉 미혼모의 언니가 미혼모의 양해 아래 분만 직후의 사생아를 욕조에 집어 넣어 익사시킨 사건인데, 여기서 독일제국재판소는 미혼모의 언니가 「자기의 죄를 범할 의사」로써 한 것이 아니라는 이유로 共犯에 불과하고 오히려 미혼모가 正犯이라는 불합리한 결론에 이르렀다.

(b) 利益說(Interessentheorie)

결과에 대한 이익을 기준 삼아 正犯과 共犯을 구별하는 견해이다. 즉 자기의 이익을 위하여 범행을 저지른 경우는 正犯이 되고, 타인의 이익을 위하여 행위한 경우는 共犯이 된다는 것이다. 이 利益說은 사실상 意思說을 능가하는 어떤 독자적인 의미를 갖고 있는 것이 아니라, 意思說에서 正犯意思를 확정하기 위해 요구되는 범죄참가자들 사이에 意思의 상·하 위계를 파악하기 위한 징표로서의 가치를 갖고 있을 뿐이다.¹⁶⁾

그러나 이 利益說도 正犯意思를 확정짓기 위한 올바른 기준이 될 수 없다. 행위자가 이타적인 이유에서 행위했을 때에도 그의 正犯性은 존재할 수 있을 뿐만 아니라 개개의 구성요건 중에는 이미 입법자가 이타적인 행위의 가능성을 正犯으로 규율하고 있는 경우도 있기 때문이다. 예컨대 촉탁살인(제252조1항)·촉탁낙태(제269조2항) 외에도 제3자를 위한 사기(제347조2항)·공갈(제350조2항)·배임(제355조2항) 등이 그것이다.

(c) 問題點의 要約

正犯과 共犯의 구별은 구성요건해당성의 영역에서 이루어지는 構成要件的 評價의 문제이다. 따라서 인과관계론의 등가설에 기초한 인과적 방법론 자체가 이같은 구성요건적 평가에 적합한 기준이 될 수 없다는 점을 먼저 지적할 수 있다. 또한 구성요건해당성은 주관적·객관적 의미일체성을 지니고 있기 때문에 주관과 객관이 결합된 관점에 의해서만 제대로 평가될 수 있다. 그런데 이를 순전히 주관적 측면에서 파악하고 평가하려는 主觀說의

16) Feuerbach · Henke · Köstlin · Geib · v. Buri 등에 의해 주장되어 왔으나 그후 추종자가 없어 1907년 Birkmeyer는 학문적으로 완전히 극복되어 사라진 이론이라고까지 비평했다. 그러나 뒤늦게 독일제국재판소의 이른바 浴槽事件(Badewannenfall)에서 되살아나 1954년 6월 25일 독일연방최고법원판결(BGHSt 6, 229)에도 영향을 미쳤다. 물론 이들 利益說에 기초한 판결은 1956년 독일연방최고법원판결로 번복되었다. 즉 남편과 불화중인 여인의 부탁을 받고 그 여인의 남편을 도끼로 살해한 사건(BGHSt, 8, 396)에서 최고법원은 「자기 손으로 타인을 살해한 자는 그가 남의 부탁을 받고 그 사람도 있는 곳에서 오로지 그 사람의 이익을 위해 행위한 때에도 正犯이 된다」고 판시하였다.

관점은 일면성을 면할 수 없고 합리적인 판단결과를 기대하기도 어렵다.¹⁷⁾

2) 客觀說

a) 形式的 客觀說

각칙의 구성요건에 기술된 행위의 전부나 일부를 직접 스스로 행한 사람이 正犯이고, 그 실행행위 이외의 방법으로 단지 조건을 제공한 사람이 共犯이라는 견해이다. 예컨대 A와 B가 차를 타고 피해자 C의 집 앞에 이르러 B는 그 집으로 들어가고 A는 자동차에 그대로 앉아 망을 보고 지시를 한 경우, 구성요건적 절도행위를 직접 스스로 행한 사람은 B이므로 B만이 正犯이 되고 A는 共犯(幫助犯)에 불과하다.

이 形式的 客觀說에 수반되는 결론은 制限的 正犯概念이다. 따라서 형법상 인정된 共犯의 처벌규정은 체계상 刑罰擴張事由에 해당한다.¹⁸⁾

그러나 이 견해에 의하면 스스로 실행행위를 하지 않는 間接正犯과 배후에서 실질적으로 중요한 범죄활동을 조정하는 범죄단체의 두목도 외형상 스스로 직접 범행을 수행하는 사람이 아니므로 共同正犯으로 인정할 수 없게 된다. 특히 입법자가 間接正犯을 正犯의 한 유형으로 실정화하고 있는 법제도하에서는 이 形式的 客觀說이 입법자의 목적실정과 상치한다는 난점에 부딪힌다. 오늘날 形式的 客觀說이 독일에서 거의 자취를 감춘 것은 犯行支配說의 등장에 크게 기인하지만, 이와 같은 난점을 극복할 수 없었다는 데서도 그 원인을 찾아볼 수 있다.

17) Gallas, "Täterschaft und Teilnahme", in: Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 83; 李在祥, 總論, 386면.

18) Birkmeyer에 의해 주장된 이래(Birkmeyer, Teilnahme, Vergleichende Darstellung, 1908, S.21.) 1915년부터 1933년 사이에 독일의 통설이었다. Beling·M. E. Mayer·v. Listz·Eb. Schmidt·Mezger·v. Hippel·Finger·Alfeld·Paul Merkel·Calker·Wegner·Zimmerl·Hegler·Rosenfeld·Grünhut·zu Dohna 등이 이를 추종하고 있다. 오늘날 오스트리아·프랑스·영미법계에서도 이 형식적 객관설이 본질적으로 우세하지만, 독일에서는 1933년 이후 그 추종자가 거의 없다.

(b) 實質的 客觀說

인과적 방법에 따라 특히 인과관계론 중 원인설의 입장에서 正犯과 共犯을 구별하기 위해 결과에 대한 원인력의 차이에서 그 기준을 찾고자 하는 견해이다. 그러나 이러한 관점을 넘어 내용적으로 객관적 기준에 중점을 두는 일체의 견해를 총칭하여 實質的 客觀說이라 부르기도 한다.¹⁹⁾ 따라서 그 구별기준도 내용에 따라 다양하다.

(i) 必要說(Notwendigkeitstheorie) 범죄의 수행에서 필요불가결한 犯行寄與를 한 사람을 자기 손으로 직접 범행을 한 正犯과 동치시키려는 견해이다. 즉 그것이 없었더라면 범행이 실현될 수 없었으리라는 관계에 있는 필요불가결한 기여행위를 한 사람은 正犯이고, 그렇지 아니한 단순가담자는 共犯일 뿐이라는 입장이다.²⁰⁾

이 견해가 적어도 共犯의 목적실현을 위한 필요한 행위기여를 고려하기 때문에 共同正犯의 구성에 形式的 客觀說보다 훨씬 장점이 크다. 그러나 인과적 방법으로 필요불가결한 인과적 원인을 찾아 正犯과 共犯을 구별하려는 것은 법적 의미의 차이에 따라 구별해야 할 그 대상에 맞지 않는 방법론이다. 또한 행위자의 의식에 따라 자신의 기여가 필요불가결한 것인지의 여부를 확정하려는 것도 실무상 적용하기 곤란한 기준이다. 뿐만 아니라 이 이론의 적용범위도 애당초 共同正犯과 幫助犯의 구별에 국한되었던 것이므로, 특히 間接正犯과 教唆犯의 구별에는 별 도움을 주지 못한다는 단점도

19) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, a.a.O., S. 38.

20) 이미 Feuerbach도 이러한 관점에서 주된 원인인가, 종된 원인인가에 따라 犯罪誘發者(Urheber)와 幫助者(Gehilfe)를 구별했다. 다만 범죄유발자가 오늘날의 正犯과 教唆犯을 포괄하는 개념이었던 점에 차이가 있다. Berner도 그러한 행위가 없었더라면 범행이 수행되지 않았을 범행기여를 한 사람은 共同正犯으로 취급해도 좋다고 했고, 이것을 v. Bar도 그대로 수용하고 있다. Liepmann은 결정적인 조건인가의 여부에 따라 正犯과 幫助犯을 구별했고, Kohlrausch는 자기의 행위가 결과에 대해 필요불가결하다는 의식을 가지고 자신의 행위를 결과야기에 투여한 사람이 正犯이라고 하여 주관적 측면에서 필요설을 따르고 있다. 1944년 12월 23일자 스페인형법(Código penal) 제 14조는 “犯罪遂行에서 그것이 없었더라면 범죄가 실현될 수 없었던 行爲를 함으로써 참가한 者”도 正犯이라고 함으로써 필요설을 입법화하고 있다.

있다.

(ii) 同時說(Gleichzeitigkeitstheorie) 범죄참가가 타인의 범죄수행중에 있었느냐 아니면 그 전에 있었느냐에 따라, 행위수행중 동시적으로 가담한 사람이 共同正犯이고 그 전에 가담한 사람이 幫助犯이라는 견해이다.

이 견해는 앞에서 본 形式的 客觀說이나 必要說의 장점을 수용할 수 있는 이론이라는 데 그 가치가 있다. 즉 행위수행시 스스로 참가한 사람을 正犯·共犯區別의 중심에 두므로 形式的 客觀說과 일치하고, 또한 행위수행 전에 스스로 참가한 사람만이 사태를 장악하고 있는 正犯인 것이 보통이라는 점에서 必要說의 핵심과도 합치되기 때문이다. 이런 점에서 이 이론은 오늘날 通說의인 犯行支配說의 중요한 부분까지도 이미 내포하고 있는 것으로 평가되고 있다.²¹⁾

그러나 이 이론은 너무 도식적이어서 실제 행위수행 전에 적극적으로 참가한 사람에게는 그 범행을 공동의 작품으로 볼 수 있는 기준이 잡히지만, 그렇지 않은 경우에는 이 기준이 별 의미가 없다. 따라서 문서위조죄에서 위조행위시에 펜이나 잉크를 빌려 준 사람이 共同正犯이 되고, 타인과 공모하여 특정인을 살해하기로 마음먹은 범인이 그 희생자를 범행장소에 유인하여 다른 공모자로 하여금 살해케 한 경우 단지 幫助犯이 되는 불합리한 결과를 낳는다. 또한 이처럼 순전히 시간적인 연관성에 따른 구별은 너무 외부적인 면에 치중한 나머지 共犯性의 실질적 기준에 이르지 못하여 間接正犯의 正犯性을 파악할 수 없다. 예컨대 악의 없는 도구를 이용한 間接正犯은 보통 행위수행시에 스스로 참가하지 않는 사전참가자에 불과하기 때문에 幫助犯으로 설명할 수밖에 없는 난점이 그것이다.

21) 犯罪參加形態를 행위수행의 시간적 상황에 따라 구별하기 시작한 것은 이미 중세 이탈리아 법 및 독일보통법시대부터였으며, 19세기 전반까지 여러 법전화작업에 영향을 끼쳐 왔다. 共同正犯을 동시적 참가, 幫助犯을 사전적 원조로 파악함으로써 동시설의 선구가 된 학자는 Fuchs였다. 그 후 Birkmeyer가 형법개정안의 제안을 위해 이 기준을 사용했었다. 오늘날 영미법에서 犯罪參加形態를 구별할 때에는 아직도 이와 같은 관점을 따르고 있다.

(iii) 直接說 행위자에 의해 유발된 인과적 원인이 직접적으로 결과를 야기했는가, 아니면 타인의 독자적인 행위를 통해 비로소 결과를 야기했는가에 따라 직접적 인과관계가 있을 때가 正犯이고, 간접적 인과관계가 있을 때는 共犯에 불과하다는 견해이다.²²⁾

사실 이와 같은 직접적·간접적 인과관계 또는 신체적·정신적으로 매개된 인과관계의 이론은 인과관계론에서 原因說의 관점을 배경으로 한 것으로서 1930년대 이후 독일에서는 條件說(等價說)이 보편적으로 통용되자 原因說과 함께 자취를 감추어 버렸다.²³⁾ 어쨌든 이 이론의 공통적인 특징은 正犯과 共犯 구별의 본질적인 기준을 행위와 결과 사이에 타인의 의사가 개입하였는가의 여부에서 찾는다는 점이다. 이 점은 오늘날의 正犯論에서 매우 중요한 기준이다.

그러나 이 이론도 인과적 방법의 가치명목성 때문에 間接正犯의 법형상을 제대로 파악하기 곤란하고, 共同正犯과 幫助犯의 구별도 불명확하다는 약점을 갖고 있다. 예컨대 피살자를 붙잡기만 한 사람이 共同正犯인지 幫助犯인지를 이 기준으로는 구별하기 어렵다.

(iv) 優位說(Überordnungstheorie) 개개 사례의 사정을 고려하여 범죄참가자의 법익침해행위가 協同的(同價值的)이었느냐 從屬的(劣位的)이었느냐에 따라 전자의 경우는 共同正犯이고, 후자의 경우는 幫助犯이라는 견해이다. Dahm·Richard Schmidt 등이 주창한 이론이다. 여기에서 우위 또는 열위란 관점은 매우 신축성 있는 것이어서 개별화의 가능성이 많은 척도가 된다. 또한 同價值的인지 劣位的인지를 판단하는 문제도 주관적인 판단이 아니라 客觀的 觀點으로부터 구체화할 수 있는 장점도 있다.²⁴⁾

22) 이미 Feuerbach에게서 이러한 기준을 발견할 수 있다. 19세기 말·20세기 초를 거치는 동안에는 Loening·Wuttig·Goetz 등에게서 발견된다. Arnold Horn은 이를 약간 변형시켜 자연적 원인개념을 가지고 직접적으로 결과를 야기한 사람이 正犯이고, 正犯의 범행결의에 앞서 인과적인 지원을 한 사람이 共犯이라고 보았다. Frank는 신체적으로 매개된 인과관계와 정신적으로 매개된 인과관계를 나눈 뒤 正犯은 전자에, 共犯은 후자에 속하는 것으로 보았다.

23) 成時鐸, “正犯과 共犯의 區別”, 法政 1975, 9, 73면.

그러나 이러한 기준은 너무 일반적·추상적인 것이어서 구체적인 사례에서 正犯과 共犯을 구별하는 데 별로 쓸모가 없을 뿐더러²⁵⁾, 판단자에게 너무 넓은 재량의 여지를 남겨 주게 된다는 단점이 있다. 이 이론은 오늘날 추종자도 없지 못한 채 단지 犯行支配說의 직접적인 선두주자로서의 의미를 가질 뿐이다.

(c) 問題點의 要約

正犯과 共犯의 구별이 構成要件領域에서 행하여져야 하는 한, 행위자의 주관적 의사와 전체계획 등을 고려함이 없이 단지 객관적 관점에서만 구별을 시도하는 것은 합리적인 결론에 도달하기 어렵다.²⁶⁾ 특히 客觀說에서 제시된 구별기준이 개개의 正犯 및 共犯形態의 구별에는 유용한 관점이 될 수 있을지라도 正犯과 共犯의 일반적인 구별기준으로는 만족할 만한 것이 못된다. 대부분 인과적 사고에 기초한 이 같은 관점이 실질적인 평가의 기준으로는 적합치 않기 때문이다.

3) 犯行支配說(Tatherrschaftstheorie)

犯行支配(Tatherrschaft)를 正犯과 共犯의 구별에 관한 지도원리로 삼는 이론을 犯行支配說이라 한다. 여기서 犯行支配란 ‘故意에 의해 포괄된 構成要件의 事件進行의 掌握’을 의미한다.²⁷⁾

犯行支配는 이처럼 주관적·객관적 요소로 구성된 개념이므로, 이를 기초로 한 犯行支配說도 주관적 관점과 객관적 관점을 實質的으로 綜合한 觀點이다. 이에 따르면 범행지배를 한 사람이 正犯이고, 자신의 범행지배 없이 단지 범행을 야기하거나 촉진시킨 자는 共犯이 될 뿐이다.²⁸⁾

24) 이 우위설을 필요설의 일종으로 보는 것(李在祥, 總論, 338면)은 내용적으로나 발생사적인 차이에 비추어 볼 때 근거 없는 추론에 불과하다.

25) 沈在宇, “正犯과 共犯의 區別”, 考試研究 1982. 4, 49면.

26) Jescheck, S. 528; 李在祥, 總論, 384면.

27) Maurach, AT², S. 517; Maurach/Gössel/Zipf, AT/II, S.209; Welzel, S. 110; Roxin, LK¹¹, § 25 Rdnr. 10.

28) 범행지배라는 용어를 처음 사용한 사람은 Hegler(“Die Merkmale des Verbrechens,”

(a) Welzel의 犯行支配說

Welzel은 목적성을 사물논리적 구조라고 하여 심지어 입법자까지도 구속하는 存在所與로 파악한 결과, 행위가 목적적 행위이듯 正犯의 표지도 目的的 犯行支配에서 찾아야 한다고 본다. 즉 자신의 의사결정을 근거로 목적으로 범행을 실행하는 자가 正犯이고, 이와 같은 표지를 결여한 단순한 가담자를 共犯이라고 한다. Welzel이 말하는 목적성은 고의와 동일한 것이므로 正犯과 共犯의 문제도 단지 고의범에서만 문제될 뿐이다

그러나 이 관점에 서면 고의적으로 활동하는 共犯에게도 이미 목적적 범행지배가 있다고 할 수 있으므로 正犯과 共犯의 구별이 곤란하게 된다. 애당초 Welzel의 犯行支配說은 主觀說에 치우친 것이기 때문에,²⁹⁾ 목적적 범행지배의 기준을 가지고 正犯과 共犯을 구별하기 위해서는 단순한 구성요건실현의사만으로는 부족하고 적어도 그 의사의 객관화를 넘어가는 객관적 요소까지 함께 고려하지 않고는 만족스러운 결과를 얻기 어렵다.³⁰⁾

(b) Gallas의 犯行支配說

Gallas는 制限的 正犯概念을 논리적 귀결로 삼는 이른바 形式的 客觀說의 입장을 출발점으로 삼고, 이를 다시 目的的 行爲論과 결합시킨다. 더 나아가 이 형식적 객관설을 상당인과관계설 및 규범적인 지배관념과도 합일시켜 자신의 독자적인 犯行支配說을 구성한다.³¹⁾

그의 범행지배개념은 가치관계적 성격을 갖고 있기 때문에 누가 범행지

ZStW 36(1915), S. 19)였다. 그러나 그는 이 말을 正犯과 共犯의 구별기준으로 사용한 것은 아니고 기수범의 실행이란 의미로 사용했을 뿐이다. 이 개념을 正犯과 共犯의 구별을 위해 사용한 최초의 학자는 Herman Bruns였다. 범행지배를 오늘날의 의미에 가깝게 주관적·객관적 요소를 절충하여 이론구성한 최초의 학자는 Lobe (Einführung in den AT des StGB, 1933, S. 123)였다. 그럼에도 오늘날과 같은 의미의 犯行支配說의 기초자는 Welzel이라고 하는 점에 전해야 일치한다.

29) 主觀說에 치우친 犯行支配說의 주장자들로는 그 밖에도 Lange · Bockelmann · Busch · v. Weber 등을 들 수 있다.

30) 黃山德, 總論, 251면; 李炯國, 研究 II, 578면.

31) Gallas, "Die Moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme," Sonderheft der ZStW, 1957, S. 3ff.

배를 하였는가에 관한 판단도 인과과정의 지배라는 기준에 따라서는 안 되고, 개개 구성요건의 법적 의미내용에 따라야 한다고 주장한다. 이러한 관점으로부터 Gallas는 正犯으로 처벌될 만큼 유책하게 행위하는 범행매개자를 통해서는 間接正犯이 성립할 수 없다고 본다.

Gallas의 이러한 犯行支配說은 규범적 정범론에 대립하여 발전된 Welzel의 존재론적 범행지배개념을 다시 목적론적 범죄체제와 연관시키는 시도를 했다는 점에서 주목할 만한 가치가 있다. 목적적 행위론과 규범적 가치사상을 결합시키려는 그의 노력은 犯行支配說에서도 의사설에 치우친 Welzel의 그것과는 달리 목적적 행위론과 결합된 형식적 객관설의 확장으로 이해할 수 있다.³²⁾

(c) Roxin의 犯行支配說

의사설에 가까운 Welzel의 목적적 범행지배설과 형식적 객관설에 가까운 Gallas의 犯行支配說을 종합하여 범행지배의 개념을 유형적으로 세분화한 것이 Roxin의 犯行支配說이다.

이에 의하면 正犯은 구체적인 行爲事象의 中心體로서 범행지배의 표지에 의해 특정될 수 있다고 본다. 이러한 특정을 위해서는 방법론적으로 먼저 구성요건의 심사에서 출발해야 한다는 것이다. 즉 正犯과 共犯의 구별을 포함한 범죄참가론은 독립된 범죄성립요소가 아니라 범죄체제론 내에서 구성요건의 문제영역에 해당하기 때문에, 우선 각칙의 법률구성요건을 검토하여 개개의 구성요건이 正犯과 共犯의 구별을 예정하고 있는지를 확인해 보아야 한다.

여기에서 이른바 義務犯과 自手犯은 그와 같은 구별을 예정하고 있지 아니하므로 범행지배의 기준에 의한 적용을 필요로 하지 않는다. 반면 正犯의 범위가 특별히 제한되어 있지 않은 이른바 一般犯에서는 누구나 금지된 행위 및 결과를 지배함으로써 正犯이 될 수 있다. 그러므로 이러한 一般犯

32) 이러한 형식적 客觀說의 경향을 띤 犯行支配說의 또 다른 주장자로는 Sax를 들 수 있다.

을 義務犯이나 自手犯과 구별하여 支配犯이라고 부른다.

이 支配犯의 正犯性判斷을 위한 유형적 기준으로 Roxin은 行爲支配·意思支配·機能的 犯行支配를 제시한다.³³⁾ 즉 行爲支配는 直接正犯의 正犯標識이고, 意思支配는 間接正犯, 機能的 犯行支配는 共同正犯의 正犯標識라는 것이다.

Roxin의 犯行支配說은 오늘날 독일에서는 물론 일본과 우리 나라의 正犯 및 共犯論에서도 일반적으로 통용되는 지배적 견해가 되었다.³⁴⁾

(d) 問題點의 要約

애당초 犯行支配說은 主觀說과 客觀說의 절충을 위한 이론으로 발전되어 왔으나, Welzel과 Gallas의 犯行支配說에서 볼 수 있듯이 그 경향에서는 아직 의사설과 형식적 객관설의 색채가 강한 犯行支配說도 제시되고 있는 실정이다. 그러나 犯行支配說이 이러한 경향을 지양하고 합일되어야 함은 물론이다. 이러한 관점에서 Roxin의 犯行支配說이 타당하다.

다만 이러한 犯行支配說도 모든 구성요건에 대해 正犯과 共犯의 구별기준으로 통용될 수 있는 것은 아니다. 특별한 범죄주체의 제한이 없는 一般犯·支配犯에 한해 犯行支配說을 적용할 수 있기 때문이다.³⁵⁾ 이런 점에서 볼 때 범행지배는 正犯標識의 필요조건은 되지만 충분조건까지 만족시켜 줄 수 있는 것은 아니다.³⁶⁾

3. 小結

正犯과 共犯의 구별은 주관적·객관적 요소를 포괄하고 있는 犯行支配說에 의해 해결되어야 한다. 따라서 正犯이란 구체적인 行爲事象의 中心體로서 스스로 또는 타인을 통하여나 공동으로 범행을 지배하는 자이다.

33) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, a.a.O., S. 122ff.

34) 鄭盛根, 總論, 626면; 李在祥, 總論, 388면; 李炯國, 研究 II, 578면.

35) Roxin, LK¹¹, § 25 Rdnr. 36.

36) Maurach/Gössel/Zipf, AT/II⁶, Rdnr. 55.

이에 비해 共犯은 이러한 핵심형상인 正犯에 종속된 周邊形象으로서, 범행시점 없이 正犯으로 하여금 위법적 고의행위를 수행하도록 正犯의 고의를 유발시키거나 正犯의 범행에 가공하여 그것을 촉진시키는 자를 말한다.

IV. 合同犯의 概念과 本質

1. 合同犯의 概念

2인 이상이 합동하여 죄를 범하도록 규정되어 있는 경우가 合同犯이다. 이것도 必要的 正犯의 일종임에 틀림없다. 우리 형법전에는 特殊竊盜(제331조 2항), 特殊強盜(제334조 2항), 特殊逃走(제146조) 등 세 가지 경우만 있다. 특별법상으로 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제6조에 규정된 特殊強姦·特殊強制醜行·特殊準強姦이 合同犯의 예에 속한다.

이 같은 合同犯은 집단범죄에 대한 대책의 일환으로 등장한 것이지만 合同犯制度로 예방책을 세워서 할 집단범죄의 위험이 유독 특수절도·특수강도·특수도주에 국한해야 하는지는 의문이다. 형법제정 당시의 시대상과 지금은 범죄양상이 달라졌기 때문이다. 성범죄의 집단화에 대한 대책으로 성폭력특별법에 合同犯規定을 도입한 것은 범죄현상의 변화를 반영한 것으로 보인다.³⁷⁾

문제는 合同犯의 개념구성에 관한 논의가 아직 끝난 것은 아니라는 점이다. 개념구성의 핵심은 무엇이 合同犯의 본질적인 내용이나 하는 것이다.

37) 1998.4.1 발효된 독일 제6차 개정형법도 특수상해죄(§ 224 ① Nr. 4 StGB)에 “다른 범죄참가자와 함께 공동으로 범행을 저지른 자”라는 문언을 도입함으로써 해석상 특별히 처벌의 필요성이 높은 「犯罪現場에서의 共同正犯의 行態」를 규정한 것으로 보는 것이 유력하다(U. Schroth, “Zentrale Interpretationsprobleme des 6. Strafrechtsreformgesetzes”, NJW 1998, S. 2862). 이것은 우리 형법상 合同犯의 취지를 살린 것이나 결과에 있어서 같은 것으로 보인다.

2. 合同犯의 본질논의

1) 共謀共同正犯說

이른바 共同意思主體說에 의거한 共謀共同正犯은 현행법상 共同正犯 가운데 당연히 포함되는 것은 아니라는 전제하에, 오로지 合同犯의 규정 속에 형법총칙상의 共同正犯과 이른바 共謀共同正犯의 개념이 함께 포함되었다고 본다. 그리고 이제 合同犯의 규정에 의해 "우리 형법상 판례가 인정하는 이른바 共謀共同正犯은 罪刑法定原則에 반한다는 다수설의 공격에 대하여 실정법의 근거를 갖추게 되었고, 또 종래 판례가 그 이론을 확대적용한다는 비난에 대하여 위 3개의 合同犯에 한하여 이른바 共謀共同正犯을 인정하게 되므로 그와 같은 비난은 의미가 없게 된다"³⁸⁾고 설명하는 입장이다.

그러나 合同에 共謀共同의 개념이 포함된다는 것은 法文의 의미를 넘어서는 유추해석이 될 위험이 있고, 또한 이 입장에 서면 合同犯의 범위가 크게 넓어져 형법총칙상의 教唆犯·幫助犯의 규정은 合同犯에 관한 한 고려될 여지가 거의 없게 된다.³⁹⁾ 입법자가 각칙상의 合同犯規定으로 총칙상의 共犯規律을 변경했다고 볼 적극적 근거가 없는 한 이렇게 해석하는 것은 무리라고 생각한다.

2) 現場說

이른바 共謀共同正犯說과 반대되는 입장에서 合同犯에는 共同意思主體說이 인정될 수 없고, 현장에서 실행행위의 분담이 있어야 하므로 合同(mitwirken)은 총칙상의 共犯概念보다 좁은 개념으로서 '合同者들의 時間的·場所的 協同'을 의미한다고 한다.⁴⁰⁾ 그 논거로 "본 규정의 입법의 유래는 독일형법 Bandendiebstahl(제24조 1항 3호:패거리 竊盜)에서 오는 것으로 구법시대에 盜犯防止法에 들어와 있다가 日本刑法假案 제421조 2항과

38) 金鐘壽, "共謀共同正犯", 法曹 1965. 2, 20면 이하.

39) 같은 취지: 姜求真, 各論(I), 283면.

40) 劉基天, 各論, 215면; 徐登教, 各論, 147면; 姜求真, 各論, 287면.

제424조의 영향하에 현행법에 채택된 것이다⁴¹⁾라는 점을 들고 있다. 사실 구법시대에 「도범 등의 방지와 처벌에 관한 법률」 제2조 2호에는 “2인 이상이 현장에서 공동하여 범한 때”라고 규정되어 있었는데 新刑法附則 제10조 10호에 의해 폐지되었다. 그리고 현행법상 特殊竊盜에 “2인 이상이 공동하여”라고 규정된 것을 연결시켜 보면 合同犯을 “2인 이상이 현장에서 공동하여 실행행위를 한 자”로 이해하는 것은⁴²⁾ 歷史的 解釋으로서 일리가 있다. 이렇게 볼 때 合同犯은 총칙상의 共同正犯보다 좁은 개념이며, 따라서 現場說에 따르면 合同犯의 범위는 크게 위축된다.⁴³⁾

그러나 이러한 역사적 해석도 현행법이 도주죄에도 合同犯을 인정하고 있어 과연 입법자가 폐지된 구법시대의 盜犯防止法의 文言을 그대로 채입했는지 의문이다. 또한 독일 형법상 Bandendiebstahl의 요건은 ① 패거리 구성원일 것과 ② 이 구성원 중 2인 이상의 합동, 즉 ‘참여자들의’ 시간적·장소적 협동(Ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken)⁴⁴⁾이므로 우리 형법상의 합동범 이해에 그대로 원용할 수 없는 일부 상이한 내용을 갖고 있다. 또한 現場說의 구체적인 내용에 의하면 ‘合同犯은 必要的 共犯의 하나로서 任意的 共犯인 共同正犯과 구별되어야 한다. 즉 合同犯에 관한 한 제30조의 共同正犯에 관한 규정은 적용될 여지가 없다’⁴⁵⁾라는 것이다. 그런데 이 같은 결론은 合同犯規律의 범위를 극도로 제한시키는 결과가 되어, 예컨대 합동하지 아니하였지만 기능적 범행지배를 한 어느 특수절도의 수괴, 배후거물 등이 위법가중된 특수절도의 共同正犯으로 처벌받지 아니하고 도리어 그의 教唆 또는 幫助 내지 單純竊盜罪의 共同正犯으로 처벌받을 수밖에 없다는 부당한 결과에 이른다.⁴⁶⁾

41) 劉基天, 各論(I), 215면.

42) 徐壹教, 各論, 147면.

43) 姜求真, 各論(I), 282면, 288면.

44) Sch/Sch/Eser, StGB, § 244 Rdnr. 26; Samson, SK, § 244 Rdnr. 21.

45) 姜求真, 各論(I), 289면.

46) 물론 Bandendiebstahl의 共犯成立과 관련하여 독일의 통설·판례도 이와 같이 현장에 가담하지 않은 패거리구성원은 일반원칙에 따르면 共同正犯이 될 수 있을지라도 단지 그 共犯으로만 처벌될 수 있다고 한다(RG 66, 242; 73, 323; BGH 8, 205;

3) 加重的 共同正犯說

正犯의 기준에 관한 目的的 犯行支配說에 따르면 共同正犯·共謀共同正犯·合同犯은 그 본질상 같은 것이라는 입장에서 "合同犯은 그 본질상 共同正犯이지만 집단범죄에 대한 대책상 특별히 형을 가중한 것이라고 해석... 현장에서 공동하는 경우뿐만 아니라 비록 현장에서 공동하지 않았을지라도 그 共同實行의 事實이 共同正犯이 될 정도에 이르면 이것을 合同犯이라고 하여 형을 가중하기로 한 것이다"⁴⁷⁾라는 견해이다. 형법상 집단적인 竊盜·強盜·逃走를 중요시하여 그에 대한 강력한 대책을 마련하기 위해 총칙상 共同正犯과 구별하는 의미에서 合同犯을 加重的 共同正犯이라고 한다면, 그 한에서 合同犯의 개념의 폭은 이른바 共謀共同正犯說보다는 좁게 되지만 現場說보다는 넓어 양 입장의 중간영역에 처하게 된다.

그러나 合同과 共同이 본질상 동일하다면 法文이 왜 굳이 "2인 이상이 공동하여"라고 하지 않고 "2인 이상이 합동하여"라고 하였는지를 밝혀 주기에는 설득력이 부족하다. 또 단지 집단범죄에 대한 대책상 특별히 그 형을 가중하기 위해 加重的 共同正犯으로서 合同犯을 규정하고 있다면 왜 현행법상 굳이 절도·강도·도주에만 그 대책상의 필요가 국한되는지 그 형사정책적 근거가 박약하다는 것이 이 견해의 난점이다.

4) 現場의 共同正犯說

이상의 여러 가지 입장을 검토해 본 결과, 우리 형법상 '合同'의 개념은 加重的 共同正犯說과 現場說의 중간에서 파악하는 것이 옳다고 보여진다. 즉 合同犯은 주관적 요건으로서 共謀 외에 객관적 요건으로서 현장에서의 實行行爲의 分擔을 요하지만 이 실행행위의 분담은 반드시 동시에 동일장소

Dünnebier, JR(1956), 146; Kielwein, MDR(1956), 307; Heimann/Trosien, LK¹⁰, § 244 Rdnr. 1b; Maurach, BT⁵, S. 222; Dreher/Tröndle, StGB, § 244 Rdnr. 13). 그러나 이에 대해 유력한 반대입장으로는 Sch/Sch/Eser, StGB, § 244 Rdnr. 27; Artz, LH 3, S. 72; Samson, SK, § 244 Rdnr. 28; Schünemann, JA(1980), 395 등이 있다. 저자는 이 후자의 입장이 통설의 입장보다 더 합리적이라고 생각한다.

47) 黃山德, 各論, 269면; 金鍾源, 各論(上), 194면.

에서 실행행위를 특정하여 분담하는 것만을 뜻하는 것이 아니라 시간적·장소적으로 서로 협동관계에 있으면 충분하다.⁴⁸⁾ 이처럼 合同犯은 2인 이상의 범행자의 시간적·장소적인 근접활동 내지 협동을 요하는 점에 그 본질적 특성이 있다.⁴⁹⁾ 따라서 合同犯은 共同正犯보다 협의의 개념에 속한다. 이 한에서 現場說의 결론과 일치한다. 그러나 合同犯도 본질상 언제나 共同正犯의 一形態이다. 아무리 현장성을 갖춘다고 해도 共犯과 正犯의 일반적 구별기준에 따라 正犯이 될 수 없는 사람은 결국 2인 이상의 合同犯이 성립된 경우에 이에 제3의 사람으로 가담해도 教唆犯 또는 幫助犯밖에 될 수 없다.⁵⁰⁾ 2인이 현장에서 범행을 실현하면서 1인만이 正犯標識를 갖추어 실행하고 다른 1인은 단지 共犯의 표지만을 갖고 실행했다면, 이 경우 양자는 그 자체 現場性이 있어도 合同犯이 성립될 수 없다. 그런 한에서 加重的 共同正犯說의 결론과 더욱 분명히 일치한다. 이런 의미에서 저자는 合同犯을 現場的 共同正犯이라고 부르는 것이 문언의 형식이나 내용에서 보다 적당하리라고 생각한다.⁵¹⁾ 다만 加重的 共同正犯說이 正犯의 표지로 目的的 犯行支配說을 취하였기 때문에 正犯의 범위가 확장되었고, 따라서 合同犯의 범위도 확대되었는데, 이것을 현장요소에 의해 어느 정도 제한하여야 한다. 그러므로 合同犯은 現場的 共同正犯으로만 성립하고, 그 밖에 이 合同犯에 기능적 범행지배를 한 배후거물이나 두목은 共同正犯의 正犯性標識에 관한 ‘機能的 犯行支配’(Funktionelle Tatherrschaft)의 기준에 따라 合同犯의 共同正犯으로 규율될 수 있다. 이 같은 결론은 現場說의 결론과 그 구체적인 세부에서 현저히 다른 결론을 가져오게 된다. 그러나 이렇게 해석할 때에만 위법가중된 合同犯의 입법취지에 합당한 현실적 결과를 얻을 수 있을 것이다. 이러한 입장은 종전 우리 대법원 판례⁵²⁾의 입장과는 다른 것이지만, 최

48) 大判 1992. 7. 28, 92 도 917.

49) 大判 1981. 9. 8, 81 도 2159; 大判 1985. 3. 26, 84 도 2956; 大判 1988. 9. 13, 88 도 1197; 大判 1988. 11. 22, 88 도 1557; 大判 1989. 3. 14, 88 도 837.

50) 大判 1976. 7. 27, 76 도 2725.

51) 金日秀, 韓國刑法 II, 299면; 새로 쓴 형법총론, 499면.

52) 大判 1976. 7. 27, 76 도 2725.

근 들어 現場의 共同正犯說에 다소 접근한 것이라고 판단되는 대법원판례도 보인다.⁵³⁾

V. 共謀共同正犯에 대한 正犯論觀點의 批判

1. 意 義

단순히 모의에만 가담하고 실행행위의 분담 없는 공모자도 共同正犯이 되는가에 관해 긍정적인 견해를 취하는 입장에서 제시하는 법형상이 共謀共同正犯이다. 이 견해에 따르면 2인 이상의 사람이 공모하여 그 공모자 중 일부만 범죄실행에 나아간 때에 실행행위를 담당하지 않은 공모자도 共同正犯이 된다는 것이다. 共謀共同正犯의 등장으로 共同正犯의 正犯性標識가 퇴색하고, 共同正犯과 共犯의 구별도 애매해진다. 그 결과 共犯領域이 共同正犯化하여 可罰性擴張의 효과가 생긴다.

이 이론을 적용하면 책임원칙과 양립할 수 없는 共同正犯의 적용범위의 확대라는 난점에 부딪힌다. 그러나 집단범·기능적 조직범의 배후에서 실행행위에 가담함이 없이 단지 범행을 계획하고 조종하는 거물을 직접 실행행위에 가담한 부하들과 같이 共同正犯으로 취급할 수 있다는 장점 때문에 학설과 판례에서 논의되어 왔던 것이다.⁵⁴⁾

우리 나라 대법원의 판결도 같은 입장에서 「범죄행위를 공모한 후 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 사람의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 범죄를 한 경우 共同正犯의 죄책을 면할 수 없다」고 하여

53) 大判 1988. 9. 13, 88 도 1197.

54) 일본에서는 일찍이 1896. 3. 3 大審院判決로 인정하기 시작했다. 共同正犯의 이론적 기초가 약했던 그 시대에 판례가 현실적인 편의만을 고려한 채 責任原則에 입각한 法治主義의 制限을 소홀히 한 판결이었다고 보여진다. 그 후 1902년 일본의 최고재판소도 이 입장을 그대로 유지하여 군국주의시대에 可罰性擴張의 편리한 도구로 활용하였음을 짐작할 수 있다.

共謀共同正犯理論을 일관되게 유지해 오고 있다.⁵⁵⁾ 이 같은 태도는 共同正犯의 이론적 수준에 비추어 볼 때 오늘날 더 이상 유지할 가치가 없는 것이라고 판단된다.

2. 肯定說의 論據

1) 共同意思主體說

2인 이상이 일정한 범죄를 실현하려는 공동목적하에 일심동체를 이루면 여기에 共同意思主體가 형성된다. 따라서 그 중의 일부가 범죄를 실행해도 그 실행행위는 공동의사주체의 행위가 되어 직접 실행행위를 분담하지 아니한 단순공모자도 실행자에 종속하여 共同正犯이 된다는 견해이다.⁵⁶⁾ 일본의 草野觀山에 의해 구성된 이론이다. 여기에서 특징적인 것은 意思의 連帶性과 實行의 從屬性인데 오늘날의 기능적 범행지배의 관점에서 보면 共同正犯理論으로서의 아직 순화되지 못한 것임에 틀림없다. 그런데도 최근의 우리나라 대법원판결 중에는 놀랍게도 이 共同意思主體說을 원용한 것이 눈에 띄인다.⁵⁷⁾ 그러나 이에 대해서는 ① 공동의사주체를 행위의 주체로 삼는 것은 집단책임을 인정하는 것이 되어 개별책임원리에 입각한 책임원칙에 반한다는 점, ② 단순한 공모자에게 실행자의 실행행위와의 종속을 통해 共同正犯을 인정하는 것은 正犯으로서의 共同正犯의 본질에 반한다는 점 등이 지적될 수 있다.⁵⁸⁾

2) 間接正犯類似說

단순한 공모자라 하더라도 타인과 공동하여 타인의 행위를 이용하여 자

55) 大判 1955. 6. 24, 55 형상 145; 大判 1967. 9. 19, 67 도 1027; 大判 1971. 4. 30, 71 도 496; 大判 1980. 5. 27, 80 도 907; 大判 1983. 3. 8, 82 도 3248; 大判 1987. 9. 8, 97 도 1507; 大判 1988. 4. 12, 87 도 2368; 大判 1988. 9. 13, 88 도 1114; 大判 1989. 6. 27, 88 도 2381.

56) 鄭盛根, 總論, 657면.

57) 大判 1983. 3. 8, 82 도 3248.

58) 李在祥, 總論, 423면; 鄭盛根, 總論, 658면; 李炯國, 研究 II, 601면 이하.

신의 범죄의사를 실행한 점에서 間接正犯과 유사한 正犯性を 가진 共同正犯의 한 형태가 된다는 견해이다. 間接正犯은 피이용자를 일방적으로 이용하지만 共謀共同正犯에서는 공모자와 실행자 사이에 서로 주고받는 지원관계에 의해 범죄가 실행되므로, 여기에 間接正犯과는 다른 共同正犯性的의 근거가 발견된다는 것이다. 역시 일본의 藤木 교수가 구성한 이론으로서 일본최고재판소의 練馬事件判決의 이론적 기초가 되기도 했다.⁵⁹⁾ 최근 우리 대법원판결 중에도 이와 유사한 논거에 입각한 것이 있다.⁶⁰⁾ 즉 「두 사람 이상이 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로가 다른 사람의 행위를 이용하여 각자 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하고, 그에 따라 범죄를 실행한 사실이 인정될 때」 共謀共同正犯이 성립한다는 것이다.⁶¹⁾

그러나 이에 대해서는 ① 단순히 공모한 점만으로 間接正犯과 유사한 이용행위가 있다는 것은 사실관계를 왜곡한 것이라는 점, ② 가령 이용행위가 있다 하더라도 이를 실행행위의 분담으로 보는 것은 주관주의적 관점에 치우친 것이라는 점⁶²⁾, ③ 間接正犯에 유사한 이용행위는 間接正犯의 특징인 의사지배에는 접근할 수 있어도 共同正犯의 특징인 기능적 범행지배에는 접근시키기 어렵다는 점 등을 지적할 수 있다.

3) 積極利用說

공모자의 이용행위를 실행행위와 가치적으로 동일시할 수 있는 적극적인 이용행위에 국한시켜 이를 실행행위의 형태로 인정하려는 견해이다.⁶³⁾ 즉 공모는 단순한 의사연락 정도여서는 안 되고 공모자 사이에 自他拘束의 인정도의 것이어야 하는데, 적어도 예비·방조 등 실행행위를 용이하게 하는 것이어야 한다는 점에서 단순히 타인을 이용하여 자기 범죄를 저지르는 間

59) 鄭盛根, 總論, 662면; 李在祥, 總論, 424면.

60) 大判 1988. 8. 9, 88 도 839.

61) 大判 1988. 9. 13, 88 도 1114.

62) 실재 主觀說은 共同正犯을 間接正犯의 한 유형으로 이해한다.

63) 金鐘壽, “共謀共同正犯,” 형사법강좌 II, 751면.

接正犯과는 구별된다고 한다.

그러나 이에 대해서도 ① 단순한 이용행위와 적극적 이용행위는 정도의 차이가 있을 뿐 이용행위의 범주를 벗어나지 못하는 것이어서 범행지배의 관점에서 볼 때 불확실한 기준이고, ② 또한 그 한도 안에서 間接正犯類似說에 대한 비판을 완전히 벗어난 것은 아니라는 점을 지적할 수 있다.⁶⁴⁾

3. 否定說의 論據

형법 제30조의 해석상 실행행위를 분담한 때에만 共同正犯의 객관적 요건이 충족되므로 共謀共同正犯의 개념은 인정할 수 없고, 공모자는 그 가공의 정도에 따라 教唆나 幫助의 책임을 질 따름이라는 견해이다. 우리 나라의 통설이고 일본의 다수설의 입장이다. 단순한 공모자까지도 실행행위의 분담자로 확대해석하면 죄형법정원칙과 양립할 수 없는 유추해석이 될 뿐 아니라, 책임원칙과 양립할 수 없는 단체책임을 인정하는 결과가 된다는 점을 그 논거로 들고 있다. 다만 이에 대해서는 ① 집단범죄의 본질에 맞는 대책과는 거리가 멀다는 점, ② 사회실정에 맞지 않는 처벌법규의 적용현상이 나타난다는 점이 지적되기도 한다.

4. 小結

共謀共同正犯의 개념을 부정하는 것이 옳다. 機能的 犯行支配說에 따르면 일정 범위의 역할분담에 따라 본질적인 범행기여를 하지 않은 단순공모자까지 共同正犯으로 취급할 수 없는 노릇이기 때문이다. 기능적 범행지배 밖에 있는 단순공모자를 共同正犯으로 취급하는 것은 個別責任原則과 충돌되는 團體主義思考 내지 連帶責任思想, 그리고 極端的인 主觀主義에 흐른 心情刑法的 發想으로 보인다.

기능적 범행지배의 관점에서 볼 때 실행행위를 분담이 없더라도 그것을

64) 李炯國, 研究 II, 603면.

본질적으로 능가할만한 범행지배를 한 자, 즉 범죄를 지휘·통솔한 우두머리를 共同正犯으로 인정할 수 있다. 그러나 적어도 이러한 지휘·통솔자가 단순한 공모단계를 지나 범죄수행에 본질적인 기여를 함으로써 공동의 범행지배를 해야 한다는 점을 간과해서도 안 된다. 그러자면 共同正犯으로서 범행에 가담하는 자는 각자 기능적 역할분담의 관점에서 범행계획의 구체적 실현에 참가해야 한다. 단순히 범행계획에서만 주도적 역할을 담당하고 실행분담에 나아가지 않은 채, 예비·음모 단계에 머물렀던 공모자는 共同正犯이 아니라 教唆犯 또는 言語幫助犯에 불과하다. 이점을 간과해 버린다면 共同正犯의 正犯性體系는 무너지고, 共同正犯과 共犯과의 구별한계도 와해되어 버리고 만다. 범죄체계에서 正犯이라는 핵심형상과 共犯이라는 주변형상은 혼동되고 만다. 單一正犯體系를 채택하지 않고 正犯과 共犯을 分離하고 있는 우리 형법체계에서 이 같은 결과는 위험스럽기까지 하다. 따라서 만약 범행계획의 주모자가 조직범죄의 우두머리이며, 실제 공모에만 가담했을 뿐, 범죄실행의 일부분에도 기여하지 않은 경우, 구체적인 범죄수행자들이 이 주모자의 지휘·명령에 다른 대안 없이 따라만 하는 사정이라면, 이때 주모자는 「正犯背後의 正犯」⁶⁵⁾으로서 共同正犯의 배후에 있는 間接正犯으로 보아야 할 것이다.⁶⁶⁾

共謀共同正犯에 의해 間接正犯(共謀間接正犯)의 성립범위를 확대하거나⁶⁷⁾, 合同犯의 共謀共同正犯(共謀合同犯)을 인정함으로써 합동범성립에 필요한 現場性的 요건을 완화시키는 것은 바람직하지 않다.⁶⁸⁾ 형법이 보충적 법익보호수단이라는 점 외에도 正犯性標識가 갖는 可罰性的 한계를 이와 같

65) 金日秀, 韓國刑法 II, 264면.

66) Roxin, LK¹¹, § 25 Rdnr. 184.

67) 대법원은 예외적으로 공문서의 작성권한 있는 공무원을 보좌하여 공문서의 기안을 담당하는 공무원이 그 직위를 이용하여 허위내용의 공문서를 기안하고, 사정을 모르는 상사의 결재를 받아 공문서를 작성한 경우까지 허위공문서작성죄의 間接正犯이 된다는 입장(大判 1978. 12. 26, 78 도 2777)에서 한 걸음 더 나아가 私인이 기안담당공무원과 공모한 경우, 그 私인에게도 間接正犯의 共謀共同正犯의 죄책을 물린다(大判 1992. 1. 17, 91 도 2837).

68) 大判 1998. 5. 21, 98 도 321.

은 편법을 통해 잠탈해서는 안되기 때문이다. 적극적 일반예방의 기능은 이 같은 편법수단으로 강화되기는 커녕 오히려 약화될 수도 있다.

VI. 結論

合同犯은 현장에서 합동하는 2인 이상의 正犯을 필요로 하므로 必要的 共同正犯의 일종이다. 다만 現場性의 제한을 받는 共同正犯이므로 合同犯에 대한 共同正犯 내지 共犯의 성립문제는 이를 구분하여 고찰해야 할 것이다.

合同犯이 성립되는 한 그 내부에서 별도로 共同正犯이나 教唆·幫助犯 등의 가능성을 고려할 필요는 없다. 그러나 그 외부에서 教唆 또는 幫助의 방법으로 이에 관여할 수는 있다. 또한 외부에서 가공한 合同犯의 幫助가 일반범죄의 共同正犯으로 될 수도 있다. 예컨대 A·B·C 세 사람이 소를 절취하여 운반하기로 공모하고 A가 그 공모내용대로 국도상에 대기시켜 두었던 트럭에 B·C 등이 절취해 온 소를 싣고 간 경우에 A는 합동절도의 幫助이지만, 경우에 따라 일반절도의 共同正犯이 될 수도 있다.⁶⁹⁾

외부에서 共同正犯의 방법으로 참가가 가능한가는 제한적으로 인정해야 한다. 즉 현장성 밖에서 배후거물이나 두목으로서 전체 合同犯關係를 기능적 역할분담의 관점에서 주도적으로 지휘하고 지배한 사람에게만 共同正犯關係를 인정할 수 있다. 물론 이 경우에도 주모자가 共同正犯이 되기 위해서는 적어도 스스로 실행의 착수에 이르렀다고 평가할 만한 정도의 범행지배 내지 기능적 역할 분담이 있어야 한다.⁷⁰⁾

이와 달리 최근 대법원판례(大判 1998. 5. 21, 98 도 321)는 合同犯의 共謀共同正犯을 인정함으로써 현장성의 요건을 완화시켰다. 共謀共同正犯理論이 共同正犯의 본질을 극단적인 主觀說로 이끌고 간 것처럼, 合同犯의 共

69) 大判 1976. 7. 27, 76 도 2725.

70) C. Roxin, "Zur Mittäterschaft beim Versuch", in: Festschrift für Walter Odersky, 1996, S. 497.

謀共同正犯理論도 合同犯의 본질을 主觀說 쪽에 치우쳐 再構成한 것이다. 現場的 共同正犯說의 관점에서 보면 이와 같은 주관화 경향은 合同犯의 처벌범위를 지나치게 확장한 것으로서 찬동할 바 못된다. 장기적인 관점에서 볼 때 합리적인 형사정책의 요구에 부응하지 못할 뿐만 아니라 합동범규정의 취지에도 해석론적으로 맞지 않는다.

인과성 개념의 비판적 기능

이 상 돈*

《目 次》

- | | |
|----------------------|--------------------|
| I. 인과성의 개념 | 2. 인과성 개념의 생활세계화 |
| 1. 인과성 개념의 기획 | 3. 인과성의 위험논리화 |
| 2. 인과성 개념의 의사소통적 요소 | III. 인과성 개념의 변형 |
| 3. 인과성 개념의 근대적 구조 | 1. 인과성 개념의 탈근대적 변용 |
| II. 인과성 개념의 유형과 발전 | 2. 인과성 개념의 전근대적 변형 |
| 1. 인과성 개념의 자연과학적 합리화 | IV. 인과성 개념의 미래 |

I. 인과성의 개념

인과관계란 원인과 결과의 줄임말이다. ‘때문에’는 바로 인과관계를 표현하는 일상언어이다. 다시 말해 원인과 결과의 관계란 두 개의 사태가 원인과 결과의 관계, 즉 시간적으로 뒤에 일어난 사태(B)가 앞서 일어난 어떤 사태(A) ‘때문에’ 발생한 것이라고 말할 수 있는 관계를 뜻한다.

예컨대 ‘지금 甲이 乙을 칼로 찔렀다’는 사태가 벌어지고 곧이어 ‘乙은 피를 흘리며 죽었다’라는 사태가 뒤따를 때, 뒤의 사태(B)는 앞의 사태를 두고 B 사태는 A 사태 ‘때문에’ 일어난 것이라고 말할 수 있고, 이때 A 사태와 B 사태 사이에는 인과관계가 인정된다.

* 高麗大 法大 教授 · 法學博士

1. 인과성 개념의 기획

인과성 개념에 의해 인간이 외부세계를 지배할 수 있게 된다는 점을 기초로 할 때 비로소 한 개인에게 어떤 외부세계의 변화에 대한 책임을 물을 수 있게 된다.

1) 외부세계의 지배

먼저 인과성 개념의 사용은 외부세계의 지배라는 인간존재의 보편적 기획을 가능하게 한다. 인간이외의 존재, 예를 들어 동물들은 외부세계로부터 자신에게 다가오는 생존에 대한 위험을 단지 되풀이 하여 피하는 행동을 할 수 있을 뿐이다. 그런 경험의 반복은 때로는 그 동물의 신경이나 근육조직 등의 변화로 이어질 수는 있다. 그러나 동물들은 그런 경험을 바탕으로 동일한 위험의 발생을 미리 방지하는 기획을 하지는 못한다. 따라서 동물에게 모든 경험은 미래의 행동을 설계하는 데 아무런 기초가 되지 못한다. 말하자면 동물들은 자신을 외부세계에 맞춰 적응시킬 뿐이다.

이에 반해 인간은 외부세계에 자신을 단지 적응시키려고만 하지는 않는다. 인간은 자신의 생존에 위험을 초래하는 외부세계를 ‘지배’하려고 하며, 또한 그러한 지배를 위해 필요한 사유능력을 지니고 있다. 인과성 개념의 사용은 바로 그러한 능력의 표본이 된다. 즉, 인간은 일정한 사태가 시간적으로 뒤이은 어떤 다른 (불행한) 사태를 초래한다는 점을 반복하여 경험하게 되면, 그러한 사태의 반복을 의식적으로 피하기 위해 자신의 행동방식을 변화시키거나 주변환경을 제어하는 노력을 한다. 이러한 행동방식의 새로운 설계나 환경변화의 기획은 일정한 사태가 발생하고 나면 그 뒤이어 다른 어떤 일정한 사태가 발생하게 된다는 미래에 대한 ‘예측가능성’을 전제로 한다. 즉, 예측가능성은 곧 반복된 경험이 미래에도 되풀이될 것이라는 ‘일반화’ 또는 ‘법칙화’의 가능성에 대한 전망을 표현한다. 바로 그러한 일반적 예측가능성을 토대로 사람들은 현재의 자신의 행동을 바람직한 방향으로 조정할 수 있다. 따라서 인과성 개념은 미래의 (삶의) 기획에서 필수적으로 전제되는 예측가능성을 가능케 하는 범주라고 할 수 있다.

2) 책임설정

이러한 예측가능성은 한 개인으로 하여금 자신의 행위결과에 대한 책임을 물을 수 있게 하는 조건을 형성한다.

[인과성에 의한 예측가능성과 책임귀속] 시간적으로 순차로 발생한 두 개의 사태 A와 B를 ‘B 사태는 A 사태 때문에 발생하였다’라고 말하는 것은 A로부터 B가 발생하는 것은 (아직까지는) 모든 사람들에게 반복된 경험일 수 있다는 점, 따라서 A 사태를 초래하는 사람은 B 사태의 발생을 예측할 수 있었음을 의미한다. 여기서 만일 B 사태가 A 사태를 초래한 사람과는 다른 사람의 정당한 권리나 이익을 근거없이 침해하는 결과를 가져온 경우라면, A 사태를 초래한 사람으로 하여금 B 사태에 대한 (법적) 책임을 물을 수 있는 가능성이 인정된다. 왜냐하면 A 사태를 초래할 때에 이미 B 사태의 발생을 예견할 수 있었다면, B 사태의 발생을 막기 위해 A 사태를 초래한 개인은 A 사태를 초래하는 행위를 하지 않는 기획을 할 수 있었던 것이기 때문이다. 이에 반해 A 사태를 초래하는 행위를 하면서 B 사태의 발생을 예측할 수 없었다면, 다시 말해 B 사태가 A 사태 때문에 발생한다는 관계가 성립하지 않는 경우에는, A 사태를 초래한 사람으로 하여금 B 사태에 대한 (법적) 책임을 물을 수 없게 된다.

왜냐하면 예측할 수도 없는 사태에 책임질 것을 요구하는 것은 인간존재의 능력을 넘어선 일일 뿐만 아니라 예측할 수 없는 사태에 대해 책임질 것을 염려해야만 한다면 사람들은 결코 행동의 자유를 한껏 누릴 수 없게 되기 때문이다. 그러므로 인과성은 어떤 결과에 대한 책임을 한 개인에게 귀속시키는 데 없어서는 안되는 중요한 요소가 된다.

2. 인과성 개념의 의사소통적 요소

1) 사태의 선별과 고립화

그러나 시간적으로 순차로 발생하는 두 사태는 언제 그리고 어떤 상황에서나 ‘때문에’라는 말로 묶일 수 있는 것은 아니다. 인과성의 판단에서 시간

적으로 순차로 발생하는 두 사태의 주변에는 바로 그 두 개의 사태를 대체하여 ‘때문에’라는 말로 묶일 수 있는 사태들이 관점에 따라서는 수없이 많기 때문이다.

먼저 한 사태에 시간적으로 앞서 발생하면서 그 사태의 원인이 될 수 있는 사태, 즉 하나의 결과를 낳는 원인은 관점에 따라 수없이 많을 수 있다.

[하나의 결과를 낳는 다양한 원인] 예를 들면 甲이 乙을 칼로 찔러 乙이 피를 흘리면서 쓰러진 경우, 乙을 보고 지나가던 행인 丙이 乙을 병원으로 이송해서 乙이 살 수도 있었다면, 甲의 행위 때문만이 아니라 丙의 몰인정 때문에 乙이 죽었다고 말하는 사람도 있을 수 있다. 또 다른 예를 들어 乙이 그 시간에 그 장소를 배회한 것은 아버지 丁이 乙을 심하게 꾸짖었기 때문이라면, 乙은 甲의 행위 때문만이 아니라 丁의 행위 때문에 죽었다고 말하는 사람(예: 乙의 어머니나 외할머니)도 있을 수 있다.

이와는 반대로 한 사태에 시간적으로 뒤에 발생하면서 그 사태의 결과가 될 수 있는 사태, 즉 하나의 원인이 낳을 수 있는 결과도 관점에 따라 매우 다양할 수 있다.

[하나의 원인이 낳을 수 있는 다양한 결과] 예를 들어 甲이 乙을 칼로 찌르는 행위는 乙의 사망이라는 결과를 낳을 뿐만 아니라 乙의 사망에 의해 乙의 어머니 戊가 충격으로 쓰러져 죽을 수도 있고, 乙에게 돈을 빌려준 사람 己은 경제적 손실을 입게 될 수 있다.

여기서 선행사태와 후행사태를 다양하게 엮어 맨다면 원인과 결과의 관계에 놓이게 되는 사태는 서로 그물망처럼 엮일 수 있게 된다.¹⁾

[다양한 원인과 다양한 결과의 그물망] 예를 들어 乙의 아버지 丁이 乙을 꾸짖었기 때문에 결국 己는 乙의 죽음으로 경제적 損失을 입은 것이

1) 이처럼 무한대의 앞사태와 무한대의 뒤사태가 서로 엮히고 섞여있는 구체적 상황성을 불교에서는 “인드라의 그물”(因陀羅網境界門)이라 부르고 있다.

며, 丙의 몰인정 때문에 乙의 어머니 戊는 충격으로 쓰러져 죽은 것이며, 甲의 살인행위 때문에 己는 경제적 손실을 입은 것이라는 등등.

이처럼 그물망처럼 얽혀 있는 수많은 선행사태 가운데 특정한 선행사태 A(예: 甲이 乙을 칼로 찌르는 행위) ‘때문에’ 수많은 후행사태 가운데 특정한 후행사태 B(예: 乙의 사망)가 발생한 것이라고 말할 수 있으려면, 그물망 속에 있는 수많은 선행사태와 후행사태 가운데 그 특정 두 사태(A,B)만을 다른 사태들로부터 고립시킬 때에만 가능하다.

2) 변화가능한 약속체계

그러나 특정한 선행사태와 후행사태의 선택 또는 다른 사태로부터 고립화하는 기준으로서 모든 사회, 모든 시대에 똑같이 통용될 수 있는 것은 없다. 즉, 역사와 사회를 초월하여 보편타당한 ‘객관적’ 기준은 존재하지 않는다. 그렇다고 고립화의 기준이 전적으로 ‘주관적인’ 것도 아니다. 왜냐하면 전적으로 주관적이라면 ‘때문에’라는 언어기호를 사용하는 의사소통은 이미 일상 속에서도 가능할 수 없게 될 것이기 때문이다. 그렇다면 고립화의 기준은 상호주관적인 기준으로 설정될 수 밖에 없다. 이를 테면, 고립화의 기준을 ‘개인들 사이의 변화가능한 약속의 체계’라고 보는 것이다. 달리 표현하면, 한 시대, 한 사회에는 ‘때문에’라는 말의 사용을 이끄는 규범, 즉 언어규범(Sprachnorm)이 존재하며 동시에 그 규범은 사회문화의 변화에 따라 - 특히 인식틀(episteme)의 변화와 같은 거시적인 변화에 따라 - 변화한다고 보는 것이다. 물론 이 변화는 전문학자들 사이의 과학적 분석과 비판에 의해서 뿐만 아니라 어떤 사태에 대한 책임의 귀속에 관한 일반인들 사이의 일상적 의사소통²⁾이 끊임없이 펼쳐지는 상황 속에서 서서히 일어난다. 따라

2) 서구사회에서 이러한 의사소통의 역사적 모델변화에 관한 의미있는 가설로 Hassemer, Person, Welt und Verantwortlichkeit, Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für G.Bemmann, 1997, 176쪽, 특히 181쪽 아래 참조.

서 특정한 시대, 특정한 사회에 지배적인 인과성 개념은 그 사회에서 그 시대까지 전개된 의사소통의 침전물이라고 볼 수 있다.

3. 인과성 개념의 근대적 구조

한국의 형법학계에서는 흔히 법적 인과성 개념과 철학적 인과성 개념 또는 자연과학적 인과성 개념은 서로 구별된다고 주장된다.³⁾ 이러한 주장 가운데 법적 인과성 개념과 철학적 인과성 개념이 구별된다는 부분은 타당하다. 그러나 이러한 주장은 좀 더 넓은 전망에서 재해석될 필요가 있다. 예컨대 법적 인과성 개념은 철학적 인과성 개념뿐만 아니라 윤리적, 종교적 의미의 인과성 개념으로부터도 구별되어야 한다는 것이다.

1) 개인적 귀속가능성의 매개

그리고 이러한 구별은 무엇보다도 법적 책임이 윤리적, 종교적 또는 철학적 의미의 책임으로부터 분리된 의사소통을 전제로 한다. 또한 그런 의사소통은 법적 책임을 윤리적 책임 등과 구별하는 (분화된) 의사소통적 구조⁴⁾가 형성된 사회에서나 가능하다. 특히 17,18세기 이후의 서구시민사회는 그런 사회의 전형이라고 할 수 있다. 그런 의사소통적 구조에서 법적 책임은 불법적인 사태의 ‘개인적 귀속가능성’(individuelle Zurechenbarkeit)이라고 할 수 있다. 따라서 근대적인 인과성 개념은 개인적 귀속가능성을 매개하는 기능에 맞춰져 있다. 여기서 법적 인과성 개념이 철학적, 윤리적, 종교적 개념과 구별되어야 하는 이유를 알 수 있다. 왜냐하면 초개인적인 신의 의지(종교)나 흄에 관한 집단의 표상(윤리)은 물론이고 ‘悟性의 단순한 사고형식’(Kant)과 같은 철학적인 인과성 이해도 역시 불법적인 외부세계의 변화를 한 개인에게 귀속시킬 수 있는가 하는 문제에 관하여 아무런 판단도 수행할 능력이 없기 때문이다.

3) 유기천, 개정 형법학, 1980, 141쪽; 이재상, 형법총론, 1996, 122쪽.

4) 이에 관해서는 이상돈, 법이론, 1997, 135쪽 아래 참조.

2) 사회적 통합의 매개

그러나 다른 한편으로 위 주장 가운데 법적 인과성 개념과 자연과학적 인과성 개념이 구별된다는 부분은 제한적으로만 타당하다. 왜냐하면 자연과학적 인과성 판단은 많은 경우 법적 인과성 개념을 구성하는 여러 요소 가운데 하나로 작용하기 때문이다. 그러나 이를 두고 자연과학적 인과성과 법적 인과성이 같다고 하거나⁵⁾ 앞의 것이 뒤의 것을 지배결정한다고 말할 수는 없다는 점을 역시 유의할 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다. 한편으로 (형)법적 인과성은 책임의 귀속을 매개하는 개념이며, 책임의 올바른 귀속은 사회적 통합(soziale Integration)의 전제 또는 밑바탕이 된다는 점에서 법적 인과성 개념은 자연과학적 인과성 개념과 분리될 수밖에 없게 된다. 왜냐하면 책임의 귀속을 매개함으로써 사회적 통합과 관련을 맺는 법적 인과성 개념에서는 사람들의 ‘상호이해가능성’(Verständigung), 즉 책임귀속의 올바름을 서로 인정하는 의사소통적 교류의 가능성이 중요한 것⁶⁾인 반면에, 자연과학적 인과성 개념에서는 어떤 ‘객관적 존재’(자연과학적 법칙성)의 확인 그 자체가 중요한 것이기 때문이다. 그러나 다른 한편 법적 인과성 개념의 실질적 내용은 많은 부분 자연과학적 인과성 판단으로 채워질 수밖에 없다. 왜냐하면 적어도 과학과 기술에 의해 삶의 세계가 합리화된 근대적인 사회에서는 자연과학적 인과성이 확인되지 않음에도 불구하고 법적 인과성을 인정하는 것을 사람들은 결코 올바른 책임귀속으로 받아들일 수 없기 때문이다. 다시 말해 자연과학적 인과성은 책임귀속의 올바름을 사람들에게 납득시킬 수 있는 효과적인 설명모델이 된다.

5) 예를 들면 황산덕 교수는 인과관계의 유무와 형사책임의 귀속범위문제를 구별하여 전자는 사실판단의 문제가 되고 후자는 가치판단의 문제가 된다고 하면서 형법상 인과관계가 문제된다고 할지라도, 법률적 인과관계가 따로 있기 때문이 아님을 강조하고 있다(황산덕, 형법총론, 1982, 54쪽).

6) 이와 관련하여 법적 요건에 해당하는 사실의 존재를 주장할 때 그 주장의 효력요구(Geltungsanspruch)는 (자연과학적) 진리성(Wahrheit)이 아니라 다른 사람들의 상호이해가 중요한 올바름(Richtigkeit)이라는 견해에 관해서는 이상돈, 법이론, 1997, 233쪽.

[인과적 법칙성을 부정하는 자연과학의 문제] 여기서 Heisenberg의 양자물리학이나 Einstein의 상대성이론이 종래의 자연과학에서 지배적이던 인과적 사고가 원자세계나 우주에서는 타당할 수 없음을 밝혀냈음에도 불구하고 법적 책임의 귀속에서 인과적 법칙성이 여전히 사용되는 것⁷⁾을 예로 들 수 있다. 이에 대하여 김일수 교수는 “법률가가 다루는 일상적인 생활영역에서는 인과적 법칙성도 실천적으로는 확실성을 가진 것으로 신뢰할 수 있기 때문”⁸⁾이라고 한다. 이 견해는 의사소통이론적으로 재해석할 수 있다. 즉, 이 견해는 법적 책임의 귀속이 문제되는 사태에서 확실성이 있는 인과적 법칙성이 ‘존재’하기 때문이 아니라 사람들이 그러한 존재를 ‘신뢰’할 수 있기 때문이라는 것으로 해석될 수 있다. 다시 말해 법적 책임의 귀속문제에 관하여 인과적 법칙이 사용되는 것은 그러한 법칙의 존재가 확실하기 때문이 아니라 대개의 사람들이 그 문제에 관해서는 아직도 인과적 법칙성에 의거한 논증을 ‘설득력’있는 것으로 받아들이기 때문이다.

II. 인과성 개념의 유형과 발전

아래에서는 형법적 책임의 올바른 귀속을 매개하는 인과성 개념에서 사람들의 상호이해가능성을 확보하는 설명모델, 즉 인과성 개념의 유형들을 살피기로 한다. 그런 유형으로서 아래서는 다음 세가지를 제시한다: ① 자연과학적 인과성 모델, ② 생활세계적 인과성 모델, ③ 위험사회적 인과성 모델.

이러한 유형들의 고찰을 통해 ‘형법적 인과성’이라는 추상적인 개념 아래서 구체적으로 어떤 현상들이 파악되는 것인지, 인과성 개념과 법문화가 어떤 관계를 맺는 것인지를 깊이 있게 할 수 있을 것이다. 또한 근대적인 의미의 법적 인과성 개념이 그 근본에서 변화하고 있음도 알 수 있다. 다

7) 이런 논의에 관해서는 Maiwald, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, 특히 20, 28쪽 참조.

8) 김일수, *한국형법 I*, 1996, 327쪽.

만 아래에서 설명하는 인과성 개념의 모델은 바로 이와 같은 목표를 좇기 위한 방편으로만 이해되어야 한다. 즉 이 모델들은 완전한 것이 아니며, 인과성 개념의 역사적 발전을 빠짐없이 정확하게 재현하고 있는 것도 아님에 유의할 필요가 있다.

1. 인과성 개념의 자연과학적 합리화

1) 자연과학적 인과성 개념

서양사회에서 근세이후 성장한 자연과학의 힘은 ‘때문에’(인과관계)에 관한 약속체계에 거대한 지각변동을 일으켰다. 특히 19세기는 전시대와 비교할 수 없을 만큼 비약적인 자연과학의 성장이 이루어졌다. 당시의 자연과학이 가져온 기계론적·실증주의적 세계관은 이 세계가 불변의 요소들로 구성되어 있으며 이들은 필연적인 법칙(자연과학이 밝히는 법칙)의 철저한 지배를 받는다는 믿음을 사람들에게 널리 심어주었다. 이에 따라 결과귀속의 거점이 되는 인간의 행위는 물론이고 그 행위와 결과 사이의 인과성 개념도 자연과학적 인과성의 개념처럼 이해된다. 즉, 인과관계란 ‘필연적인 법칙(= 자연법칙)의 지배 아래 하나의 행위(動力因)가 필연적으로 다른 결과(법익침해/위태화)를 반복해서 일으키는 관계’라고 할 수 있다. 이러한 자연과학적 인과성 개념에 의하면 한 개인의 행위가 결과발생에 독자적으로 의미있는 동력인일 경우 그 행위와 발생결과 사이의 인과관계를 인정하게 된다. 따라서 다음과 같은 사례에서도 그 개인의 행위와 결과발생 사이에 인과관계가 존재한다고 보게 된다.

- **가설적 인과관계** 현실적으로 진행된 행위와 발생한 결과 사이의 인과관계만 중요하다. 예를 들어 비행기가 이륙하기 전에 한 승객을 칼로 찔러 죽인 행위는 그 승객의 사망에 대해 원인이 되며, 그 비행기나 이륙후 추락하여 승객전원이 사망한 경우처럼 가설적인 또 하나의 행위(동력인)가 칼에 찔려 죽은 승객이 탑승했더라도 그의 사망에 대하여 원인이 될 예정이었다는 점, 즉 가설적 인과관계는 현실적으로 진행된 인과관계, 즉, 칼로 승객을 찔른 행위의 사망과 발생결과 사이의 인과관계에 아무런 영향

을 미치지 아니한다.

- **이중적 인과관계** 하나의 행위는 다른 행위와 함께 결과를 발생하였거나 결과발생을 촉진시켰을지라도 그 행위가 “독자적으로 하나의 동력인”이라면 그 발생결과에 대하여 인과관계가 인정된다. 예를 들어 甲과 乙이 각각 丙의 음식에 치사량의 독약을 넣어 살해한 경우에 甲의 행위와 乙의 행위는 모두 丙의 사망에 대해 인과성이 인정된다.
- **유발적 인과관계** 한 개인의 행위가 결과발생에 동력인이 된 상황에서 제3자가 고의나 과실로 “그 행위가 창출한 상태를 이용하여” 결과발생과정에 개입한 경우에 원래의 행위는 발생한 결과에 대해 인과성이 인정된다. 예를 들어 甲이 乙에게 총을 쏘아 乙이 고통스럽게 숨을 헐떡거리며 죽어가는 상황에서, 이를 지켜보던 丙이 乙의 고통을 안쓰러워 한 나머지 乙의 머리에 총을 쏘아 즉사하게 한 경우에 甲의 행위는 乙의 사망에 대해 인과성이 인정된다.
- **비유형적 인과관계** 피해자의 특이한 체질(예: 혈우병)이나 사태의 비전형적인 인과적 진행과정(칼에 찔린자를 병원에 수송하는 앰블런스의 교통사고로 환자가 사망)으로 결과가 발생하였어도 그러한 사태의 동력인이 된 행위와 발생결과(사망) 사이에는 인과관계가 인정된다.
- **단절된 인과관계** 한 행위가 결과발생에 동력인이 되었지만 그 이후에 그리고 그 동력인에 의한 결과의 발생이 있기 이전에 새로 등장한 제3자의 행위가 결과발생에 독자적으로 새로운 동력인이 된 경우에는 제3자의 행위만이 결과에 대한 원인이 된다. 예를 들어 甲이 자기의 부인 乙과 그녀의 애인 丙이 함께 자신을 사기친데 격분하여 서서히 약효가 나타나는 독약을 부인에게 먹였고, 아직 乙이 독약으로 사망하기 전에, 자신 또한 乙에게 속고 있었음을 뒤늦게 안 丙이 乙을 총으로 쏘서 즉사시킨 경우에 丙의 행위와 乙 사망 사이에만 인과성이 인정되고, 甲의 행위와 乙의 사망 사이에 인과성은 (비록 그 진행이 시작되었지만) 단절된 것으로 인정된다.

2) 인과성 개념의 사유화

그러나 이러한 인과성 개념이 본격적으로 형법체계에서 사용되기 시작할 때에는 - 독일의 경우 대략 19세기 중반 이후로 - 이미 형법이 규율하는

생활사태가 당시의 자연과학이 제공하는 자연법칙적 지식으로는 행위와 결과 사이의 필연적인 연관성을 해명할 수 없을 만큼 복잡해져 있었다고 볼 수 있다.⁹⁾ 따라서 자연과학적 인과성 개념은 실제로는 법적 책임의 올바른 귀속을 위한 전제조건을 충분히 마련해 줄 수가 없다.

A. 조건설의 기획

여기서 1858년 Julius Glaser¹⁰⁾가 처음 주창한 후, v. Buri¹¹⁾에 의해 발전되었고, 일찍이 독일제국법원(RGSt 1, 373; 44, 137)과 독일연방법원(BGHSt 1, 332)에 의해 수용·계승된 바 있는 조건설(Bedingungstheorie, Äquivalenztheorie)의 탄생을 이해할 수 있다. 즉, 자연과학적 법칙적 지식의 결핍을 메울 수 없음에도 불구하고 자연과학적 인과적 사고를 법적 인과성 개념으로 전환시키려 한다면, - 또한 그런 전환을 통하여 개인이 짊어져야 할 형법적 책임의 한계를 일반적으로 설정하려 한다면 - 그 개념의 내용은 더 이상 자연과학적 법칙적 지식으로 채워질 수 없게 된다. 왜냐하면 그렇게 하지 않고서는 법적 인과성 개념의 실천적 유용성은 자연과학적 법칙적 지식의 결핍 때문에 결코 유지될 수 없게 되기 때문이다. 그러므로 법적 인과성 개념은 자연과학적 인과성 개념을 단지 ‘모델링’할 뿐이며, 그 실질적 내용은 어떤 현실사태에 대해서도 적용될 수 있도록 ‘사유화(思惟化)’되지 않을 수 없게 된다. 조건설은 바로 그러한 사유화를 시도한다. 글라저(Glaser)는 이렇게 말한다:

“만약 이른바 행위자를 사건의 전체로부터 완전히 제거해 놓고 생각해 보는 데도 불구하고 결과가 발생하고, 중간원인들의 연쇄도 그대로 남아 있다면, 행위와 그 결과는 행위자의 작용(Wirksamkeit)으로 돌릴 수 없음

9) 법의 규율대상인 현실사태의 복잡성 성장과 책임귀속의 패러다임변화에 관하여는 이상돈, 책임의 개인적 귀속과 형법의 관할영역, 형사정책연구, 1998, 여름호, 91-124쪽 참조.

10) Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Bd.I.

11) Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873; Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885.

이 분명하다. 이에 반해 그 행위자를 사건의 무대로부터 한번 제거해 놓고 생각해 볼 때 그 결과가 발생하지 않거나 또는 완전히 다른 모습으로 발생하였을 경우가 있다. 이 경우에 우리가 그 결과를 행위자의 활동의 작용으로 설명하는 것은 전적으로 정당하다”¹²⁾

요약하면 ‘어떤 조건이 그것을 제거해 놓고 볼 때 결과가 발생하지 않았을 것으로 생각될 수 있을 때’에 그 조건은 - 어떤 것이든 간에 - 발생한 형법적 결과에 대하여 인과성이 인정된다. 이로써 인과성 개념은 ‘그 조건이 없이는 그 결과가 발생하지 않았을 관계’(conditio sine qua non)라는 가설적인 제거절차 속에 자리잡게 된다.

[조건설의 적용판례사안] 甲은 상인 乙의 왼쪽 얼굴을 오른손 손바닥으로 세게 때렸다. 乙은 뇌진탕을 일으켰고 이후 뇌막의 정맥이 파열되고 그로 인해 곧 사망하였다. 이 사안에서 독일연방법원은 상당성이론을 배제하고 조건설을 채택하여 甲의 가격행위를 제거해 놓고 생각해 보면 결과발생이 탈락할 것이라는 점에서 甲의 행위와 乙의 사망 사이에 인과관계를 인정하였다(BGHSt 1, 332).

B. 사유화의 대가

그러나 이러한 인과성 개념의 사유화에 의해 자연과학적 인과성 개념은 그 적용범위를 현저하게 확장시킬 수는 있지만, 반면 그 대가로서 책임의 개인적 귀속을 매개하는 본래적 기능을 심각하게 상실하게 된다.¹³⁾ 우선 조건설은 인과성을 무한대로 확장시킬 수 있다. 예를 들어 독약으로 살인한 행위자를 출산한 어머니의 출산행위도 - 이것이 없었다면 살인자도 태어나지 않았고, 살인도 없었을 것이라는 사유적 판단과정에 의하여 - 그 살인의

12) Glaser, 앞의 책, 298쪽(Roxin, Strafrecht, AT, 1997, 294쪽에서 인용).

13) 물론 그런 사유적인 인과성마저 인정되지 않는 행위는 더 이상 결과의 인과적 관련성을 검토할 필요도 없게 된다는 측면에서만 매우 미미한 인과성 개념의 본래적 기능이 남게 된다. 따라서 독일에서는 조건설이 말하는 사유적 인과성을 결과의 귀속을 위한 단지 필요조건으로만 바라보는 경향이 일반적이다. Roxin, Strafrecht, AT, 1997, 295쪽 참조.

원인으로 생각될 수 있다. 또한 조건설은 인과관계의 확정에 아무런 기능도 할 수 없다. 예를 들어 임신부용수면제를 복용한 임신부가 기형아를 출산한 경우¹⁴⁾ 그 약을 복용하지 않았더라면 기형아가 태어나지 않았을 것이라는 조건관계에 의하여 인과관계를 인정하는 것은 이러한 판단이 아직 알지 못하는 사실, 즉 그 약의 특정 성분과 기형아출산 사이의 자연과학적 인과관계가 있다는 사실을 전제로 한다. 그러므로 조건설에 의해 인과관계를 알고 하는 자는 이미 인과관계를 알고 있어야 한다.¹⁵⁾ 이런 점에서 조건설은 ‘순환논법’에 빠져 있다고 말할 수 있다.¹⁶⁾ 그리고 더 나아가 조건설은 책임귀속을 ‘잘못’ 매개할 수도 있다. 예를 들어, 甲이 乙의 부탁으로 丙을 살해한 경우, 甲이 乙의 부탁을 들어 주지 않았더라도 - 즉, 甲의 살해행위를 제거해 놓고 볼 때에도 - 丁이 乙의 부탁을 받아들여, 丙을 살해했을 것이라고 인정되는 경우에 甲의 살인행위와 丙의 사망 사이의 인과관계는 인정할 수 없게 된다. 즉, 조건설은 이미 알 수 있는 인과성을 설명하는 데에도 부적합하다.

3) 인과성 개념의 경험법칙화

여기서 조건설에 의하면서도 인과성 개념을 무한대로 확장하지 않거나 이미 알 수 있는 인과성마저 부정하지 않게 하기 위해서는 조건관계의 판단, 즉 가설적인 제거절차의 사유과정에 일정한 규범적 관점에 의한 판단이 개입할 수밖에 없게 된다.¹⁷⁾

A. 조건설 변용의 한계

그런 규범적 관점은 때로는 자연과학적 인과성의 외양을 띠는 몇가지 기

14) 독일의 Contergan 사건(LG Aachen JZ 1971, 510쪽) 참조.

15) 심현섭, 인과관계의 확정과 합법칙적 조건설, 고시연구, 1975, 9월, 53쪽.

16) Erb, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS, 1994, 450쪽.

17) 조건설을 철학적 언어관용에서 벗어나 있는 규범적 이론으로 보는 견해로 Spindel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948, 12쪽; Roxin, Strafrecht, AT., 1997, 294쪽 참조.

준, 예를 들면 ‘최후의 조건’, ‘최유력조건’, ‘원동력인 조건’, ‘결정적 조건’ 등과 같은 것으로 공식화되기도 하였다. 이와 같은 조건들만이 결과에 대해 인과성이 인정되는 조건, 즉 원인으로 보는 조건설의 변용을 原因說이라고 통칭한다.¹⁸⁾ 그러나 원인이 되는 이들 조건의 유형은 조건설에 의한 인과관계의 판단에 개입하는 규범적 관점의 극히 일부만을 드러내 보일 뿐이다. 또한 그런 기준은 조건설과 마찬가지로 책임의 개인적 귀속을 적절하게 매개해주지도 못한다.

예를 들어 일반적으로 10g이 치사량인 독약을 甲, 乙, 丙이 각각 3, 4, 3g 씩 丁에게 순차적으로 먹인 경우, 왜 (최후의 조건설에 의하면) 丙의 행위 또는 (최유력조건설에 의하면) 乙의 행위만이 丁의 사망에 대해 인과성이 인정되어야 하는지를 설명할 수 없고, 또 납득할 만하지도 못하다.

그러나 더 근본적인 점은 조건설을 아무리 원인설과는 달리 변용시키더라도 조건설의 문제점을 해결할 수는 없다는 점에 있다. 왜냐하면 결과에 대한 조건은 너무나 다양하고 또한 이질적인 것일 수 있어서 어떤 특정 조건을 다른 조건들로부터 고립시킴으로써 - 바꿔 표현하면 어떤 조건을 선택하고 다른 조건들을 배제함으로써 - 이미 발생한 결과에 대해 인과성이 인정된다고 말할 수 있게 하는 그런 규범적 관점이나 기준은 조건 ‘안에’(예: 조건의 속성) 있다기 보다는 조건을 넘어서, 즉 조건 ‘밖에’ 위치하는 것이기 때문이다. 결국 이것은 책임의 개인적 귀속을 적절하게 매개하기 위해서는 조건설을 떠나야 함을 의미한다.

B. 자연과학적 인과성 개념의 복원

그러나 조건설의 문제점을 극복하는 방향은 단지 책임의 개인적 귀속을 적절하게 매개하는 어떤 규범적 관점을 발굴하는 데에만 있지는 않다. 왜냐하면 행위와 결과 사이의 인과성을 자연과학적 법칙에 의해 해명하는 것은

18) 이 기준에 대한 소개로는 이재상, 형법총론, 1996, 126쪽. 우리나라에는 원인설을 따르는 학자는 없는 것으로 보인다.

주술적, 형이상학적 귀속을 배제하는데 없어서는 안될 뿐만 아니라, 행위와 결과 사이의 연관관계에 대한 소송상 입증의 합리성¹⁹⁾을 구성하는 필수적인 요소이기 때문이다. 자연법칙은 이미 법관의 자유심증(형사소송법 제308조)의 내재적 한계로서 자리잡아 있고,²⁰⁾ 이는 법치국가적인 소송법문화의 한 내용을 이룬다. 따라서 비록 자연과학적 인과성만으로 결과의 귀속이 이루어져서는 안되지만, 또한 자연과학적 인과성없이 결과의 귀속이 이루어져서도 안된다고 할 수 있다. 그러므로 법적 인과성 개념은 자연과학적 인과성 개념을 필수적인 하나의 요소로 수용하여야 한다. 다만 법적 인과성 개념은 자연과학적 인과성 개념만으로는 법적 책임의 귀속을 적절하게 수행할 수 없음을 솔직히 시인할 필요가 있다.²¹⁾ 이와 같은 시인은 한편으로는 인과성 개념 이외의 다른 귀속제도(예: 착오이론, 객관적 귀속론 등)를 발전시켜 책임의 개인적 귀속을 적절하게 할 수 있게 하는 출발점이 될 수 있을 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 바로 그와 같은 다른 귀속제도가 성장함에 따라 더 쉽게 이루어질 수도 있다.

C. 합법칙적 조건설

독일에서 1931년에 엥귀쉬(Engisch)가 주창하여 현재 독일학계의 지배적인 견해가 되고 있으며, 한국에서는 1975년 심현섭 교수에 의해 수용된 이후 형법학계에서도 이제는 지배적인²²⁾ 견해가 되어 버린 ‘합법칙적 조건설’은 바로 그와 같은 법적 인과성 개념의 전형을 이룬다. 이 이론의 주창자인 엥귀쉬는 다음과 같이 말한다:

19) 이에 관해서는 Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, 144-147쪽 참조.

20) 배종대·이상돈, 형사소송법, 1997, 611쪽 참조.

21) Roxin, Strafrecht, AT, 1997.

22) 심현섭, 인과관계의 확정과 합법칙적 조건설, 고시연구, 1975, 9월, 54쪽; 이형국, 형법상의 인과관계와 객관적 귀속, 고시연구, 1982, 3월, 133쪽; 정성근, 인과관계와 객관적 귀속, 월간고시, 1988, 7, 26쪽; 이재상, 형법총론, 1996, 134쪽; 김일수, 한국형법 I, 1996, 333쪽.

“하나의 행위와 (자연)법칙적으로(naturgesetzmäßig) 결합되고 서로 중첩되어 있으며, 형법상의 결과로 구체화되진 구체적인 사태의 어떤 구성부분에 해당하는 외부세계의 변화가 그 행위에 시간적으로 뒤이어 발생하는 경우에만 그 행위는 특정한 형법상의 구성요건에서 구체화하고 있는 구체적인 (적극적인) 결과에 대하여 인과적이라고 할 수 있다.”²³⁾

즉, 형법상의 인과관계는 구체적인 사태의 진행 속에서 행위와 결과 사이에 자연법칙적인 결합이 인식될 수 있는지에 따라 판단할 수 있다는 것이다. 따라서 조건설처럼 논리적 조건관계가 아니라 실제의 구체적 행위가 형법상의 결과를 자연법칙적으로 야기하였는가가 중요하게 된다.

D. 의사소통이론적 이해

그러므로 인과성 판단은 자연법칙에 대한 인식이 필요하게 된다. 여기서 합법칙적 조건설의 합리성은 자연법칙을 인과성 판단의 기초로 삼는다는 사실 자체에 있는 것이 아니라, 앞에서²⁴⁾ 설명한 바와 같이 자연법칙이 (결과에 대한) 책임귀속의 올바른에 대하여 사람들에게 납득시킬 수 있는 좋은 근거가 된다는 점에 있음을 되새길 필요가 있다. 다시 말해 법적 인과성이란 ‘행위와 결과 사이의 결합가능성에 대한 자연법칙적 설명의 일반적인 납득가능성’이라고 요약할 수 있다. 그러므로 인과성 판단의 성패는 특히 ① 자연법칙의 ‘확실성’ 수준과 그 자연법칙에 대한 ② 일반인의 인지가능성에 좌우된다고 할 수 있다. 이 두 가지 성패요소가 인과성에 대한 일반인의 납득가능성에 어떻게 영향을 미치는지는 다음 두 가지 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

(a) **일상적인 자연법칙** 첫째는 자연법칙이 일상적인 지식 속에 이미 용해되어 있는 경우이다. 즉, 누구나 상식적으로 행위와 결과 사이의 인과성을 이해할 수 있는 경우, 예를 들어 칼로 심장부위를 찔러 사망하게 한

23) Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21쪽.
24) I.3.(2) 참조.

경우에 찌르는 행위와 사망 사이의 자연법칙적 인과성은 전문지식없이도 누구나 이해할 수 있다. 이러한 경우에 적용되는 자연법칙은 확실성이 있고 또한 누구나 인지할 수 있다는 점에서 행위와 결과 사이의 인과성 인정은 누구나 납득가능한 책임귀속으로 받아들일 수 있다.

(b) 전문적인 자연법칙 둘째는 자연법칙이 자연과학자의 전문지식의 형태로만 인지되는 경우이다. 이 경우 법원은 과학자를 감정인으로 명하여 그의 법칙적 지식을 활용할 수밖에 없다. 그러나 이와 같이 감정인의 도움을 받은 인과성 설명에 일반적인 납득가능성이 인정될 수 있는지가 문제된다. 이것은 한편으로는 그러한 인과성 설명의 기초가 되는 구체적인 자연법칙을 일반인이 알지 못한다는 점 때문이기도 하지만 다른 한편으로는 자연법칙의 타당성 자체에 대하여 전문과학자 사이에 논란이 전개될 수 있기 때문이기도 하다. 여기서 일반인의 의사소통적 교류가 불가능하거나 현저하게 제한된다는 점을 고려할 때 인과성 판단에 사용되는 자연과학적 지식이 더욱 높은 수준의 확실성을 요구한다고 볼 수 있다.

이러한 점으로부터 적어도 다음 두가지 결론을 이끌어낼 수 있다. 첫째, 적어도 아직 논란이 되고 있는 과학적 지식에 의한 인과성 설명은 단정적으로 ‘일반적인 납득가능성’을 가질 수 없다고 보아야 할 것이다. 둘째, 소송 내에서는 자연법칙적 지식이 서로 이해관계가 엇갈리는 소송참여인들 사이의 의사소통적 교류 속에서 사용되도록 하여야 한다는 요청은 인과적 설명이 일반적인 납득가능성을 획득하기 위한 필요조건이 된다. 즉, 어떤 자연법칙적 지식에 확실성이 결여되어 있다는 사실 자체를 전문지식이 없이는 알기 어렵기 때문에, 소송당사자는 (특히 피고인은 자신에게 불리한) 법칙적 지식의 불확실성을 공격할 수 있는 기회²⁵⁾를 가짐은 물론이고, 그 공격에 필요한 법칙적 지식을 전달해주는 감정인의 활용가능성도 소송내에서 철저하게 보장되어야 한다. 다시 말해 소송 안에 의사소통적 구조가 전제되지

25) 예를 들어 형사소송법 제176조(당사자의 감정참여권), 제177조/제161조의2(감정인신문방식) 등을 참조.

않은 채 전문적인 자연과학적 지식을 사용하여 행위와 결과 사이의 인과성을 인정하는 것은 인과성 자체의 확실성을 검증할 수 있는 기회가 배제됨을 의미하고, 이런 가운데 인과성 판단이 일반적인 납득가능성을 가지게 되리라 기대하는 것은 거의 불가능하다.

(c) 자연법칙의 의사소통적 성격 따라서 자연법칙적 지식의 확실성이란 의사소통적 현상으로 이해하여야 한다. 그러나 이는 단지 행위와 결과 사이의 구체적인 인과적 과정을 거의 무한대의 중간단계들로 쪼개어 각각의 인과관계를 법칙적으로 해명한다는 것을 뜻하지는 않는다. 왜냐하면 그것은 ‘소송’이라는 제한된 대화²⁶⁾ 속에서는 현실적으로 불가능한 것일 뿐만 아니라, 오늘날 자연과학의 첨단흐름을 보면 자연법칙의 확실성은 이미 존재하지 않는다는 인식이 지배적이기 때문이다. 이러한 사정은 행위와 결과 사이의 자연과학적 인과성 해명은 실천적으로 일반인이 전문적인 자연법칙적 지식에 의한 인과성 설명을 납득할만한 것으로 받아들일 수 있는 지점까지만 이루어질 수밖에 없음을 말해준다.

[부작위행위의 인과성] 엄격한 의미의 자연과학적 인과성 개념은 인과적 행위론과 마찬가지로 부작위(즉, 아무것도 하지 않음 Nichtstun)에 대한 형법통제가 요구되는 영역에서 한계를 보인다. 즉, 부작위란 결과발생에 이르는 물리적 전개과정에 아무런 “동력인”도 제공하고 있지 않는 경우이기 때문에, 동력인이 없음과 결과발생 사이에는 인과관계가 인정할 수 없게 된다. 그러나 의사소통이론적으로 이해된 합법칙적 조건설에 의하면 ‘요구되는 행위(작위)를 하였다면 이미 발생한 결과를 발생시키지 않았을 것이라는 점이 자연법칙적 지식에 의하여 확증이 되면’ 요구된 행위를 하지 않은 부작위와 결과 사이에는 인과관계를 인정할 수 있게 된다. 왜냐하면 그러한 인과성 판단이 매개하는 책임의 귀속을 사람들은 타

26) 소송은 대화이지만 동시에 제도이기 때문에 참여 주체나 참여의 물적 자원 그리고 대화시간이 제한되므로, 소송에서 펼쳐지는 의사소통은 양적으로나 질적으로 한계가 있는 것이다. 제한된 대화로서 소송을 해석하는 이론으로 이상돈, 형사소송원론, 1998, 31-36쪽; 법이론, 1997, 284쪽 아래 참조.

당한 것으로 상호이해할 수 있기 때문이다.

2. 인과성 개념의 생활세계화

자연과학적인 인과성 개념에 의한 책임귀속의 합리화는 그 한계가 있다. 예를 들어 합법칙적 조건설에 의하더라도 비유형적인 인과적 진행과정은 행위의 결과에 대한 인과성을 인정하는 아무런 방해가 되지 않는다. 이것은 사회적 통합을 매개하는 책임의 개인적 귀속이 가능하기 위해서는 행위와 결과라는 두개의 사태를 다른 사태로부터 고립시키고 ‘때문에’라는 언어로 연결짓게 하는 약속체계가 자연과학적 지식에 국한될 수 없음을 말해준다. 사실 자연과학적 인과성 개념은 한편으로는 - 특히 자연과학적 법칙적 지식이 아직 개발되지 않은 경우(예: 제조물책임의 사례군)²⁷⁾에는 - 너무 많은 결과를 귀속에서 배제시키기도 하지만, 다른 한편으로는 - 특히 일상적인 지식으로는 해명되지 않는 인과적 과정을 해명하는 자연과학적 법칙적 지식이 개발되어 있는 경우(예: 비유형적 인과관계)에는 - 너무 적은 결과만을 귀속에서 배제시킨다. 여기서 결과의 귀속을 합리적으로 제한하기 위해 자연과학적 인과성 개념과는 다른 ‘고립화의 약속체계’가 필요하게 된다. 그런 약속체계는 자연과학적인 성격이 아니라 규범적인 성격의 것일 수 밖에 없다.

1) 상당성이론

그러한 규범적인 고립화의 약속체계로서 독일에서는 19세기 후반에 크리스(Kries)가 제창하고, 이후 특히 민사판례에 강한 영향을 미친 상당성이론(Adäquanztheorie)이 개발된 바 있다. 상당성이론은 구성요건에 ‘상당한’ 조건만을 법적 의미의 원인으로 보는 이론이다. 여기서 ‘상당한’의 의미요소는 주로 결과발생의 ‘예견가능성’이나 ‘통상성’ 즉, 한 행위가 ‘구성요건적 결과를 초래할 일반적 경향’²⁸⁾을 가리킨다. 달리 표현하면 구성요건에 상당

27) 아래 III.1.(1) 참조.

하다는 것은 한 개인의 행위가 일반적인 생활경험에 비추어 구성요건적 결과발생의 객관적 가능성을 현저하게 높여 놓은 경우를 뜻한다. 상당성을 누구의 관점(행위자, 또는 제3의 관찰자)에서, 어느 시점을 기준으로(행위이전 또는 행위이후) 그리고 어떤 인지내용(객관적 사정 또는 행위자가 인식한 사정)을 바탕으로 하여 판단해야 하는가에 관해서는 견해의 차이가 있다. 법관은 행위자의 사회적인 교류영역에서 통찰력있는 사람의 인지내용과 행위자 자신의 특별한 인지내용을 바탕으로 하고, 행위를 앞에 둔 시점에서 객관적인 관찰자의 입장에 자신을 사후적으로(즉, 소송에서) 위치시키고서 상당성, 즉 ‘예견가능성’이나 ‘개연성’을 판단해야 한다는 것이 지배적인 견해이다. 어쨌든 상당성이론에 의하면 살인자의 출산행위까지 살인의 원인으로 삼는 조건설과는 달리 인과성을 ‘무한대로 소급하는 것’(regressus ad infinitum)은 더 이상 불가능하게 되며, ‘非類型的인 인과적 과정’이 진행된 경우에도 인과성은 인정할 수 없게 된다. 상당성이론은 독일에서는 형사판례에 수용되지 않았지만 한국에서는 특히 1980년대까지 상당수의 형법학자²⁹⁾들이 따른 바 있고 대법원은 오늘날까지도 이 이론을 따르고 있다.

2) 인과성 개념의 생활세계화

A. 생활세계적 귀속규칙

상당성이론은 인과성 개념을 그 개념이 매개하는 책임귀속의 타당성에 대한 보통사람들의 납득가능성에 초점을 맞추는 이론이라고 할 수 있다. 상당성이론이 인과성 판단의 핵심요소로 삼고 있는 ‘일반적인 생활경험에 기초한 결과발생의 개연성’ 판단에 사용되는 지식들은 보통사람들이 서로 이

28) Kries, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9(1889), 528쪽; Roxin, Strafrecht, 1997, 309쪽에서 간접인용.

29) 남홍우, 형법총론, 1980, 101쪽; 정창운, 형법학총론, 1961, 152쪽; 이진호, 형법학개론, 1964, 67쪽; 염정철, 형법총론, 1970, 426쪽; 심재우, 형법상 인과관계와 객관적 귀속론, 고시연구 1983, 5, 38쪽.

해할 수 있는 공유된 지식이기 때문이다. 그러므로 상당성이론은 인과성의 설명모델을 보통의 사람들이 살아가는 ‘삶의 세계(생활세계)’ 속에 터잡아 있는 책임귀속의 규칙에서 찾는 이론이라고 할 수 있다. 그런 규칙은 무엇보다도 ‘때문에’와 같은 언어의 사용규칙, 즉 언어규범(Sprachnorm) 속에 내재한다.

예를 들어 한 경관이 피의자인 시위학생을 신문하면서 물고문을 행하여 그 피의자를 사망시킨 사건에서 그 경관은 “특하고 컸더니 억하고 죽었습니다”라고 말한다.

이런 주장의 의도는 자신의 행위에 피의자의 사망을 귀속시키는 것이 잘못된 것임을 항변하는데 있다. 사람들이 경찰관의 이러한 주장을 통해 그의 면책가능성을 생각할 수 있게 되는 것은 ① 책임의 올바른 귀속은 생활세계 속의 귀속규칙에 따른 것이며, ② 생활세계적 귀속규칙은 바로 ‘때문에’라는 일상언어의 사용규칙, 즉 언어규범 속에 존재하기 때문이다. 다시 말해 위 경찰관이 ‘특하고 친 행위 때문에 억하고 소리내며 즉사했다’고 말할 때, 사람들은 그러한 문장이 언어규범에 위반하며, 따라서 억하고 죽은 결과를 특하고 치는 행위에 귀속시킬 수 없다고 생각하게 된다.

B. 체계기능적 책임귀속에 대한 비판

그러나 이처럼 생활세계적 귀속규칙을 인과성 설명모델로 끌어들이는 상당성이론이 살아갈 사회현실은 - 오늘날과 같은 위험사회에서는 물론이고 19세기 후반의 서양사회에서도 - 이미 형법이 단지 생활세계의 근본질서에 머물러 있지 않고, 사회체계(Sozialsysteme)의 기능을 유지·향상시키는 정책적 도구로 변모해있는 그런 상태에 있(었)다고 할 수 있다.³⁰⁾ 이처럼 형법이 사회체계의 한 기능요소로 작동할 때, 책임귀속은 생활세계적 귀속규칙과는 다른 원리에 따라 이루어지게 된다. 여기서 상당성이론의 새로운 기

30) 이에 관해 자세한 논의는 이상돈, 책임의 개인적 귀속과 형법의 관할영역, 형사정책연구, 1998, 여름호, 95쪽 아래 참조.

획이 이해될 수 있다. 즉, 형법의 기능이 변화함에 따라 책임의 개인적 귀속이라는 근대성 기획이 점점 더 위태로워지는 현실변화에 대한 비판적 저항이 그것이다. 이 점을 간략하게 설명해보기로 한다.

예를 들어 한 사람이 다른 사람을 약간 피가 날 정도로 때렸는데, 피해자가 그로 인해 죽음에 이르른 경우에 혈우병이라는 인과적 연쇄고리의 한 단락이 자연과학에 의해 밝혀지게 된 이후에는 살짝 때린 행위와 죽음 사이에 인과성을 인정할 수밖에 없다. 또한 혈우병의 과학적 해명은 그 병의 환자로 하여금 과학·기술이 제시하는 준칙에 따라 삶을 영위하도록 만든다. 즉, 환자도 생존을 위해 의학적 기준에 따라 행동해야 하고, 그와 교류하는 다른 사람도 그 기준에 어긋나지 않게 그를 대하여야 한다. 여기서 의학과 같은 과학은 환자뿐만 아니라 그와 교류하는 사람들까지 자신의 기능영역 안으로 편입시키게 됨을 알 수 있다. 따라서 피해자가 혈우병환자임을 몰랐던 가해자에게까지 그 피해자의 사망에 대해 책임을 지라고 하는 것은 의학의 혈우병환자에 대한 관리기능을 어떤 경우에도 굴절시키지 않게 하는 셈이 된다. 그러나 그와 같은 관리기능의 절대화는 가해자의 삶의 세계 속에서 이해될 수 없는 책임귀속을 강요한다. 여기서 행위자의 생활세계 속에 터잡아 있는 귀속규칙에 지향한 상당성이론은 바로 의료체계의 관리기능이 책임귀속을 결정짓지 못하도록 하는 비판적 기능을 수행함을 알 수 있다.

그러나 생활세계와 사회체계의 분화를 가져올 만큼 과학과 기술의 발달이 축적된 사회현실에서 생활세계적 귀속규칙의 창고라고 할 수 있는 일상언어와 일상지식은 책임의 개인적 귀속을 적절하게 매개할 수 없다. 왜냐하면 어떠한 방식으로든 법이 사회체계의 기능을 고려하지 않고서는 결국 생활세계 속에서 살아가는 개인들에게 부정적인 결과를 초래하고, 사회적 통합의 기반도 흔들어 놓을 수가 있는데,³¹⁾ 일상지식이나 일상언어는 그런 고

31) 이 점에 관하여 이상돈, 법이론, 1998, 190쪽; 책임의 개인적 귀속과 형법의 관할영역, 형사정책연구, 104, 105쪽 참조.

를 수행하기 어렵기 때문이다. 이러한 점은 상당성이론이 성장한 시대에도 이미 그러했지만 흔히 ‘위험사회’라고 특징짓는 오늘날의 사회에서는 더욱 더 그러하다.

3. 인과성의 위험논리화

이제 법은 생활세계적 귀속규칙뿐만 아니라 다양한 사회체계의 기능을 균형있게 고려하지 않을 수 없고, 책임의 귀속도, 따라서 결과의 귀속도 그래야만 한다. 이럴 경우 상당성이론은 결과의 귀속을 ‘책임의 개인적 귀속’이라는 근대성기획에 맞게 합리적으로 제한하는 과제를 수행하는 데에는 한계가 있다. 따라서 상당성이론과는 다른 귀속론, 즉 결과의 귀속에 관한 약속체계가 요구된다.

1) 위험 개념에 의한 인과성 개념의 재구성

인과성에 관한 약속체계가 한 사회의 의사소통적 교류의 결과로서 형성되는 것이라면, 위험사회에서 인과성에 관한 또 다른 약속체계가 위험 개념을 중심으로 형성되는 것은 너무나 자연스러운 일이다.

A. 객관적 귀속론

상당성이론 이후의 독일 형법학계에서, 그리고 1980대 이후의 한국 형법학계에서 인과성에 관한 논의는 위험 개념을 파라미터(parameter)로 삼는 ‘귀속론’, 이른바 객관적 귀속론(objektive Zurechnungslehre)의 발전으로 요약할 수 있다. 이 발전은 상당성이론의 기획에서 고려되지 못한 현실, 즉 형법이 과학과 기술이 관리하는 사회체계의 기능적 요소로 편입된 현실 속에서도 인과성 개념이 계속 책임의 개인적 귀속을 매개하는 기능을 수행할 수 있도록 인과성 개념을 확대하는 것이었다. 말하자면 객관적 귀속론은 생활세계적 지평을 넘어서 있는 - 그러니까 사회체계의 기능요소를 고려할 수 있도록 위험 개념을 중심으로 하는 - 귀속규칙으로 개발되었다고 할 수 있다. 이 개발은 자연과학적 인과성 개념을 그대로 둔 채, 그 위에다 결과의

귀속을 제한하는 이론을 추가하는 방식으로 이루어졌다.

B. 결과귀속의 파라미터로서 위험 개념

이러한 객관적 귀속론의 불가피성을 간단히 설명해 보기로 한다. 우선 위험 개념을 파라미터로 삼는 귀속론의 적용영역은 일상언어에 내재한 규범적 구조로써는 인과성 개념이 매개하고자 하는 결과의 개인적 귀속이 판단될 수 없는 행위영역이다. 다시 말해 과학과 기술에 의해 관리됨으로 인해 복잡성이 일상언어와 일상지식의 규율영역을 뛰어 넘어버린 행위영역이다.

예를 들면 어떤 사람이 ‘앞차가 갑자기 정지하게 되는 경우에 그 앞차와의 충돌을 피할만한 필요한 거리를 확보’(도로교통법 제17조 ①항)하지 않은 채 차를 몰고가다 순식간에 길옆에서 뛰어 든 사람을 치어 죽인 사건을 생각해보자. 이 사건에서 ‘차간거리를 유지하지 않은 운전행위’와 ‘행인의 사망’이라는 두 사태 사이에는 자연과학적 인과성은 의문없이 인정될 수 있다. 그러나 두 사태를 ‘때문에’라는 말로 연결지을 수 있는지, 다시 말해 차간거리를 유지하지 않고 운전했기 때문에 행인이 죽었다라고 말할 수 있는지는 ‘때문에’라는 일상언어에 내재해 있는 귀속규칙, 즉 생활세계적 귀속규칙에 의해서는 판단되지 않는다. 왜냐하면 행인의 사망을 차간거리유지의무 위반행위에 귀속시킬 수 있는지에 관한 일반적인 생활경험이 일상언어규범으로 침전될만큼 생활세계 속에 터잡아 있지 못하기 때문이다. 다시 말해 위 사건에서 결과의 귀속여부는 ‘때문에’의 일상언어적 의미영역을 벗어나 있다.

여기서 결과의 귀속여부를 합리적으로 판단하며 사안마다 균등하게 적용할 수 있는 체계적인 기준의 개발이 요구된다. 그러나 일정한 의무위반행위 때문에 사망의 결과가 발생하였음을 확실하게 ‘긍정’할 수도 또한 ‘부정’할 수도 없는 상황에서 귀속판단기준의 개발은 일단 일정한 의무위반행위와 사망의 결과 사이에 어떤 연관성이 있음을 인정하는 선에서 출발하여야 한다. 그런 연관성은 바로 일정한 의무위반행위를 결과발생의 가능성, 즉 위험(Risiko)을 수반하는 행위로 파악함으로써 창출될 수 있다. 그러므로 위험 개념은 결과의 귀속에 있어 파라미터(parameter)로 작용하게 된다. 즉, 결과

를 귀속시키는 거점이었던 일정한 의무위반행위는 ‘위험창출행위’(risikoschaffende)로 해석되며, 이 행위에서 발생한 결과를 귀속시킬 것인지여부는 ① 파라미터인 위험 개념을 어떻게 이해할 것인지 그리고 ② 위험 개념에 어떤 귀속조건을 설정할 것인지에 따라 달라지게 된다.³²⁾

예를 들어 위험 개념을 ‘사유적인 것’으로 이해하면 위의 교통사고사례에서도 일정한 주의의무(차간거리유지의무)를 위반한 운전이면 당연히 법적으로 허용되지 않는 위험을 창출했다고 볼 수 있는 반면, ‘실제적인 것’으로 이해하면 그런 주의의무위반으로 인하여 행인을 칠 확률이 그런 주의의무위반이 없어도 행인을 칠 수 있는 통계적 확률보다 높은 것일 때 비로소 법적으로 허용되지 않는 위험을 창출한 것으로 인정할 수 있게 된다. 또한 이 경우에도 사망을 차간거리유지의무를 위반한 운전행위에 귀속시킬 수 있는지는 예를 들면 그런 위반이 어느 정도나 사고확률을 높였어야 한다는 조건을 설정할 것인지, 의무위반행위로서 창출된 위험의 방지가 그 행위가 위반한 의무규정(도로교통법 제17조 ①항)의 입법취지에 속해야 한다는 조건을 설정할 것인지 등에 따라 달라질 수 있다.

여기서 우리는 객관적 귀속론은 일종의 사회국가적 법모델에 서있는 이론임을 엿볼 수 있다. 왜냐하면 위험의 창출여부를 판단하는 기준은 많은 경우 생존배려의 사회정책을 수행하는 수많은 (행정)법규범(예: 도로교통법, 의료법상의 주의의무)의 위반여부이기 때문이다.

2) 위험 개념적 귀속도구의 개발

A. 위험개념

그러면 먼저 위험 개념은 어떻게 이해되어야 하는지가 문제된다. 위험

32) 내가 이처럼 객관적 귀속의 조건을 이원적으로 설명하는 반면, 김일수 교수는 내가 귀속의 조건으로 다루는 ‘위험의 결과에로의 실현’과 ‘규범영역 안에서의 결과발생’을 각각 독자적인 귀속조건으로 설정한다. 따라서 김 교수(김일수, 한국형법 I, 1996, 355, 356)에 의하면 객관적 귀속의 척도를 ‘삼각형의 세변’에 비유하여 ① 위험창출행위의 존재 ② 법익에 대한 위험의 구체적 실현 ③ 구성요건규범의 보호목적으로 분류한다.

개념의 자연과학적 또는 사회학적 의미는 중요하지 않다. 이제까지의 객관적 귀속론의 논의에서 ‘위험’ 개념은 아마도 단지 위험사회에서 모든 일탈행위가 띠게 되는 속성(Attribution)으로 이해되고 있는 것 같다. 객관적 귀속론의 논의는 주로 결과귀속의 거점이 되는 위험 개념의 범위, 즉 위험 개념의 외연만을 설정하는데 집중되어 있다고 볼 수 있다. 현재까지 위험 개념의 외연을 설정하는 요소로는 다음 세가지가 개발되어 왔다: 위험의 법적 허용성, 위험의 감소, 위험의 사회상당성.

- **위험의 법적 허용성** 첫째, 한 행위가 법규범이 정하고 있는 어떠한 의무에도 위반하지 않는 경우(예: 법규준수운전, 의료법칙준수수술행위)에는 비록 그런 행위로부터 일정한 (통계적으로 확인될 수 있는) 위험(예: 준법운행시의 교통사고율, 의료법칙준수시의 불가피한 의료사고율)³³⁾이 창출된다 할지라도, 그 행위는 결과귀속의 거점이 되는 위험을 창출한 행위로 평가되지 않는다(아래 그림 ④).³⁴⁾
- **위험의 감소** 둘째, 의무위반행위가 창출하는 위험이 기존의 위험을 방지하고 그 보다는 상대적으로 경한 결과를 초래한 위험이었던 경우³⁵⁾, 즉 발생할 결과를 중한 것에서 경한 것으로 변경시킨 경우에 그 발생한 (경한) 결과는 의무위반행위에 귀속시킬 수 없다(아래 그림 ⑤).
- **위험의 사회적 상당성** 셋째, 의무위반행위가 위험을 감소시키지 않았음은 물론 ‘법적으로 의미있는 만큼’의 위험을 창출하지도 아니하였다면, 즉, 사회적으로 상당한 최소위험(sozialadäquate Minimalrisiken)³⁶⁾만을 창출하였다면, 그 행위는 법적으로 허용되지 않는 위험창출행위로 평가되지 아니하며, 발생한 결과도 행위에 귀속시킬 수 없다(아래 그림 ⑥).³⁷⁾

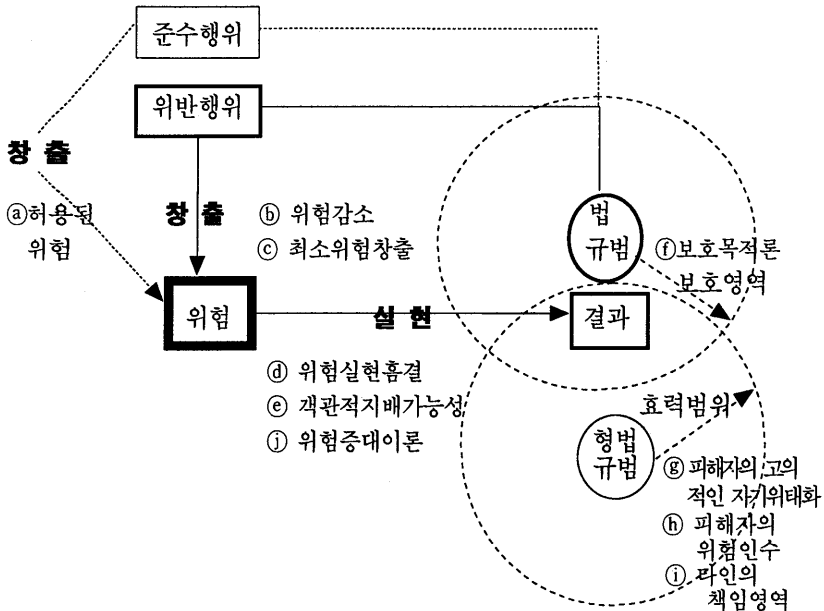
33) 이를 ‘허용된 위험’(erlaubtes Risiko)이라고 부를 수 있다. 물론 허용된 위험의 개념에 대하여는 매우 다양한 논란이 있다. 다만 필자와 같은 의미로 사용하는 견해로는 Roxin, Strafrecht, AT, 1997, 320쪽 참조.

34) 예를 들면 운전자가 모든 운전규칙을 준수하여 운전했으나 아이가 갑자기 차도로 뛰어어들어 사망한 경우.

35) 예를 들면 공사장에서 벽돌이 甲의 머리위로 떨어지고 있는 순간 乙이 자신이 들고 있던 가방을 짹싸게 甲의 머리를 향해 던졌고 그 결과 벽돌이 甲의 팔에 떨어져 다친 경우.

36) Roxin, Strafrecht, AT, 1997, 315쪽.

그러므로 법규범(법적 의무)에 위반한 행위에 의해 창출되거나 증대되는 위험으로서 사회적 상당성이 인정되는 최소위험을 넘는 위험만이, 좀 더 요약하여 표현한다면 ‘법적으로 허용되지 않는 방식’으로 창출된 위험만이 결과귀속의 거점이 되는 위험이 될 수 있다. 아래 그림에서 ㉠㉡㉢는 결과귀속의 거점이 되는 위험 개념의 외연을 설정하는 이론들의 유형과 바로 뒤에 설명하는 바와 같이 그런 위험과 발생한 결과를 책임구성적 관계로 연결짓기 위한 조건(위험창출행위에 대한 결과의 귀속조건)에 관한 이론들의 유형과 그 구조적인 위상을 보여준다.



- 37) 예를 들어 집주인이 일꾼을 뇌우시에 밖에서 일하게 하였는데 그 일꾼이 비락을 맞아 죽은 경우 또는 혈액순환에 다소 장애가 있는 사람에게 목욕을 권유하였는데 목욕은 급작스런 수분증발의 원인이 되어 뇌혈관이 터지면서 반신마비가 된 경우가 이에 해당한다. 이에 반해 그 밖에 상속인이 조카가 피상속인인 아저씨를 살해하기 위해 안 전도가 낮은 전세비행기를 타고 여행하도록 권하였는데 마침 비행기추락사고로 아저씨가 사망한 경우는 객관적 지배가능성이 흡결한 경우로 보는 견해(김일수, 한국형법 I, 1996, 343쪽)도 있지만 전세비행기를 탈 경우 발생하는 위험은 사회적으로 상당한 최소위험에 불과하다고 볼 수 있으므로 앞의 사례들과 같이 취급함이 타당하다.

B. 위험개념의 귀속조건

다음으로는 위험 개념에 어떤 귀속조건을 설정할 것인가가 문제된다. 현재까지 두가지 이론유형이 개발되었다: 위험의 실현, 규범영역

(a) 위험의 실현 법적으로 허용되지 않은 위험을 창출하였어도 다음과 같은 경우처럼 그 위험이 결과에 '실현'(Gefahrverwirklichung)된 것이라고 말할 수 없는 경우에는 결과를 위험창출행위에 귀속시킬 수 없다.

- 위험실현의 출결 행위자가 창출한 위험이 발생한 결과와 단지 '우연적인 관계'만을 맺을 때 그 결과는 위험창출행위에 귀속시킬 수 없다. 다만 발생한 결과에 실현된 다른 위험이 행위자의 위험창출행위에 의하여 '법적으로 의미있을만한 방식으로'³⁸⁾(in rechtlich meßbarer Weise) 증대된 위험일 때에는 발생한 결과를 그 위험창출행위에 귀속시킬 수 있다.³⁹⁾ 또한 위험의 실현여부를 판단하기 위해서는 때로는 과학적 조사가 필요할 수도 있다.⁴⁰⁾

38) 이재상 교수는 '현저하게' 증대된 경우에 국한한다(이재상, 형법총론, 1996, 138쪽).

39) 예를 들면 살해하려고 피해자를 칼로 찔렀으나 피해자는 병원에서 치료받던 도중 병원의 화재에 의해 사망한 경우에 피해자의 사망을 칼로 찔른 행위에 귀속시킬 수 없다. 이에 반해 수영못하는 사람을 익사시키려고 다리 위에서 강물 아래로 내던졌으나 피해자는 교각에 머리를 부딪혀 사망한 경우라든지, 밧줄로 목졸라 죽이려고 했으나 피해자가 질식사한 것이 아니라 그 행위로 인해 입은 상처의 감염으로 죽은 경우(RGSt 7, 258), 피해자를 죽이려고 해머로 내리쳤으나 죽지 않았고 가해자는 피해자가 흘린 피를 보고는 광기에 빠져들어 책임무능력상태에서 피해자를 다시 밧줄로 목졸라 죽인 경우(BGHSt 7, 325) 등에서 원래의 위험창출행위(강물아래로 던짐, 밧줄로 목졸음, 해머로 내리침)는 결과에 실현된 위험(교각에 부딪힘, 상처감염, 밧줄로 목졸라 죽임)을 법적으로 의미있는 방식으로 증대시켰다는 점에서 그 행위와 결과는 결코 우연적 관계에 놓이지 않는다. 따라서 인과과정의 상위에도 불구하고 발생한 결과는 원래의 위험창출행위에 귀속시킬 수 있다.

40) 예를 들어 약사가 잘못 처방해준 비타민을 복용하여 비타민중독에 걸려 병원에 입원하게 되었고, 피해자는 병원이 책임질 수 없는 독감에 걸려 사망한 경우(OLG Köln NJW 1956, 1848), 그 사망을 약사의 잘못된 비타민처방에 귀속시킬 수 있으려면 독감감염과 사망이 비타민중독에 의한 체질약화의 결과이어야 한다. 즉, 약사가 창출한 위험이 피해자의 사망에 실현되었는지를 판단하려면 비타민중독과 체질약화 사이의 관련성에 대한 과학적 조사가 필요하다.

- **객관적 지배가능성** 법적으로 허용되지 않는 방식으로 창출된 위험은 그 위험으로부터 발생할 구성요건적 결과가 객관적으로 예견할 수 있고 또한 회피할 수 있는 경우⁴¹⁾에만 그 결과에 실현⁴²⁾되었다고 볼 수 있다.

(b) **규범영역** 한 행위가 법적으로 허용되지 않는 방식으로 위험을 창출하고 그 위험이 결과에 실현된 경우에도 그 결과의 발생이 관련 법규범이 규율하는 것이 마땅한 현실영역, 즉 규범영역(Normbereich)⁴³⁾의 안에서 이루어진 경우에만 그 결과는 최종적으로 위험창출행위에 귀속시킬 수 있다. 여기서 규범영역은 두 가지, 즉 위험창출행위가 법적으로 허용되지 않는 방식임을 규정짓는 법규범(특히 과실범의 경우는 주의규범)과 형법규범 모두에 관계된다. 결과의 귀속과 관련하여 각각의 규범영역을 구체화하는 이론으로 다음 두가지가 개발되었다.

- **보호목적이론** 위험창출행위에 의하여 발생한 결과의 방지는 그 행위의 의무위반성을 규정짓는 (각종 행정)법규범, 특히 ‘주의규범의 (보호)목적’(Schutzzweck der Sorgfaltsnorm)에 속하는 경우에만 그 결과는 위험창출행위에 귀속시킬 수 있다.⁴⁴⁾ 이는 법규정의 목적론적 제한해석의 한 유형

41) 예를 들면 가벼운 폭행으로 인해 피해자가 즉사할 것이라고는 일반적으로 예견가능하지 않다는 점에서 폭행행위로 인하여 창출되는 신체침해의 위험은 피해자의 사망에 실현되었다고 볼 수 없다.

42) 이 객관적 지배가능성을 김일수 교수는 위험의 창출여부를 판단하는 척도로 사용하고 있고(김일수, 한국형법 I, 343쪽), 이재상 교수는 위험의 실현여부를 판단하는 척도로 사용하고 있다(이재상, 앞의 책, 138쪽).

43) 이 개념은 뮐러(Müller)가 사용한 개념인데(Müller, Juristische Methodik, 1976, 61, 92, 117쪽 아래 참조.) 형법학자들이 말하는 보호목적이론과 형법규정의 효력범위이론이 추구하는 기능을 모두 포괄할 수 있는 개념이 되기에 적합하다.

44) 예를 들면 ① 연탄가스중독으로 병원에 응급후송된 후 하루동안 입원치료를 퇴원하면서 의사에게 환자가 병명 등을 문의했으나 의사가 아무런 대답도 하지 않았고, 사고가 난 방에서 환자가 다시 잠을 자다 상해를 입은 경우(대판 1991.2.17, 90도2547)에 의사의 요양방병지도의 의무위반행위가 창출한 위험은 환자의 상해결과에 실현되었다고 볼 수 있으나 재중독이라는 결과의 방지가 요양방병지도의무를 규정한 의료법 제22조의 보호목적에 해당하지 않는다고 보는 견해(김일수, 앞의 책, 347쪽)에 의하면 재중독으로 인한 상해는 의사의 행위에 귀속시킬 수 없다. 그러나 중독성 질병의 경우

으로 이해할 수 있다.

- **형법규범의 효력범위이론** 위험창출행위에 의하여 발생한 결과의 방지는 또한 형법규범(예: 살해, 상해, 손괴 등의 금지규범)의 효력범위(Reichweite)에 속하는 경우에만 그 결과는 위험창출행위에 귀속시킬 수 있다. 효력범위를 결정짓는 이론으로는 다시 세가지가 개발되어 있다. ① **피해자의 자기위태화** 피해자의 고의적인⁴⁵⁾ 자손행위의 결과는 설령 다른 사람이 그런 자손행위의 위험(vorsätzliche Selbstgefährdung)을 창출하였더라도 그 다른 사람의 행위에 귀속시킬 수 없다.⁴⁶⁾ ② **피해자의 위험인수 (양해타인위태화)** 피해자가 자신이 위태화될 것임을 인식함에도 불구하고 타인으로 하여금 자신을 위태화하도록 한 경우, 그 위태화의 결과는 그 타인의 피해자에 대한 위험창출행위에 귀속시킬 수 없다.⁴⁷⁾ ③ **타인책임영역**

병명은 물론이고 중독의 생활 및 작업환경적 요인을 지적해줄 의무까지 요양방법지도 의무에 속한다고 보는 견해(이상돈, 규범의 보호목적, 이형국 교수화갑기념논문집, 69-78쪽 참조)에 의하면 이 사건에 대해 보호목적이론을 적용할 수는 없다. ② 그 밖에 자동차운전자가 열차전널목 앞에서 일단멈춤의 의무를 위반하여 그대로 건너다가 열차 좌측 모서리를 들이 받고 20여미터쯤 열차 진행방향으로 끌려가면서 튕겨나갔고, 이 자동차 왼쪽에서 열차가 지나가기를 기다리고 있던 사람이 이 광경에 놀라 넘어지면서 상해를 입은 경우(대판 1989.9.12, 89도866)에 도로교통법상의 일단멈춤규정은 열차와의 충돌을 방지하는 목적을 추구할 뿐이고 통행인이 (정신적으로) 놀라 상처를 입는 것까지 방지할 목적을 추구하지는 않는다는 점에서 - 그것은 단지 일단멈춤규정의 준수에 의해 '반사적으로 보호되는 이익'(Schutzreflex der Sorgfaltspflicht)일 뿐이라는 점에서 - 판례의 견해와는 달리 자동차운전자에게 업무상과실치상의 결과를 귀속시킬 수는 없다.

- 45) 여기서 고의적이란 구성요건적 고의의 개념이 아니라 자기위태화의 상황을 인식하는 것을 말한다.
- 46) 예를 들면 甲과 乙이 시내도로에서 자동차경주를 하다 乙이 사망한 경우에 비록 甲의 경주행위는 乙이 자신을 살해할 위험을 (고의 또는 과실로) 창출한 행위라고 볼 수 있지만, 乙의 사망을 甲의 위험창출행위에 귀속시킬 수 없다. 마찬가지로 경찰관이 부주의하게 탄환이 장전된 권총을 장농에 놔두고 나온 사이에 신병을 비관한 그의 부인이 그 권총으로 자살한 경우(BGHSt 7, 112)에도 부인의 자살결과는 경찰관의 행위에 귀속시킬 수 없다.
- 47) 폭풍우가 오는 날씨에 보트운전자에게 메멜강을 건너자고 한 승객이 부탁하자 운전자는 승선의 위험을 설명하고 이를 거절하였으나 승객이 계속 간청을 하였고, 보트운전자가 마지 못해 보트를 몰았으나 보트가 좌초되어 승객이 사망한 경우(RGSSt 57, 172), 보트운전은 승객의 사망 위험을 창출한 행위이고 승객의 사망은 그 위험이 실

결과발생의 위험을 창출한 행위일지라도 그 결과발생이 타인(법익의 주체 또는 제3자)의 고유한 책임영역에서 이루어진 경우에는 그 결과를 위험창출행위에 귀속시킬 수 없다.⁴⁸⁾

3) 객관적 귀속론의 발전적 의미

그러면 이상에서 살핀 바와 같은 결과귀속의 파라미터로서 위험 개념과 귀속조건의 개발은 자연과학적 인과성 개념이나 생활세계적 인과성 개념과 마찬가지로 인과성 개념 유형에서 단순한 ‘변화’가 아닌 긍정적인 의미요소를 지닌 ‘발전’으로 이해될 수 있을 것인가?

A. 의사소통적 교류의 반영이 아닌 유도

위험 개념을 파라미터로 삼는 인과성 개념이 작동하는 현실영역에서는 결과의 귀속 방식에 관한 시민들의 일상적인 의사소통적 교류가 적어도 어떤 통일적인 현상으로 파악되지는 않는다. 그런 점에서 인과성 개념의 합리성을 의사소통적 합리성에서 찾아야 한다면 위와 같은 객관적 귀속이론의 개발을 ‘발전’으로 바라보아야 할 근거는 결코 현실의 의사소통적 교류 속

현된 결과이나 승객이 그런 행위를 중용함으로써 그로 인하여 발생할 위험을 인수한 것으로 볼 수 있다는 점에서 승객의 사망은 보트운전행위에 귀속시킬 수 없다.

- 48) 예를 들어 甲이 부주의하게 차를 몰다 가로수를 들이 반았고, 그로 인해 동승하고 있던 乙이 왼쪽 대퇴부를 크게 다쳐 병원에 입원하여 치료를 받던 중 의사의 부주의로 인하여 乙이 패혈증으로 사망한 경우에 甲에게 업무상과실치사를 인정한 독일판례(OLG Celle, NJW 1958, 271)와는 달리 甲은 乙의 사망 위험을 창출한 행위를 하였지만 乙의 사망이 타인, 즉 의사의 책임영역에서 발생하였으므로 乙의 사망은 甲의 운전행위에 귀속시킬 수 없다. 사망의 책임은 오히려 의사가 져야 한다. 마찬가지로 甲이 어둠속에서 후광등이 고장난 화물차를 몰다가 경찰순찰차에 곧 붙잡혔고 경찰이 뒤에 오는 차량을 보호하기 위하여 빨간손전등을 차도 위에 세워 놓은 상태에서 甲을 검문한 후 甲에게 바로 다음 주유소까지 차를 몰고 갈 것을 지시한 후, 甲이 출발하기 바로 전에 경찰관이 손전등을 도로로부터 취거하자 바로 뒤이어 다른 화물차가 甲의 화물차를 인식하지 못하고 충돌함으로 인하여 그 다른 화물차의 조수가 치명상을 입고 죽은 경우에도 甲에게 업무상 과실치사를 인정한 독일연방법원판례(BGHSt 4, 360)와는 달리 피해자의 사망은 경찰이 일단 교통의 안전을 떠맡은 이후에는 즉, 경찰의 고유한 책임영역에서 발생하였기 때문에 甲의 행위에 귀속시킬 수가 없다. 사망의 책임은 경찰관이 져야 한다.

에서 찾을 수 없다. 왜냐하면 통일적인 의사소통적 교류의 현상이 파악되지 않는 영역에서는 결과귀속의 방향을 설정해주는 일상규범이 공백상태에 있기 때문이다. 그러므로 위험 개념이 파라미터로 작동하는 현실영역에서 객관적 귀속론의 개발이 발전인지 여부는 거꾸로 그러한 귀속론의 현실화가 시민들 사이에 펼쳐지는 책임의 귀속에 관한 의사소통적 교류를 어떠한 방향으로 유도하게 될 것인가 하는 미래적 관점에 따라 판단될 수 밖에 없게 된다.

B. 객관적 귀속론과 개인적 책임의 패러다임

위에서 살핀 객관적 귀속론의 척도들을 분석해보면 바로 근대형법의 기확인 ‘책임의 개인적 귀속’을 매개하는 기능을 수행할 수 있음을 어렵지 않게 알 수 있다. 예를 들어 형법적 책임은 행위자 개인이 질 수 있고, 또한 짊어지는 것이 마땅한 결과에 대해서만 인정되어야 한다. 왜냐하면 그렇지 않고서는 개인은 집단의 이익이나 사회 전체의 목표(예: 사회구조적 문제의 해결)를 위해 책임지는 희생양이 될 수도 있고, 이는 개인의 자유가 부당하게 축소되는 결과를 가져오게 되기 때문이다. 물론 근대형법의 기획에서 개인의 자유는 다른 개인이 또한 그의 자유를 공평하게 누릴 수 있는 범위에서만 정당화된다. 그러므로 법은, 마찬가지로 형법도 개인의 자유의 한계를 설정하는 임무를 부여받게 된다.

객관적 귀속의 척도들은 바로 이와 같은 근대형법의 기획을 위험사회의 현실 속에서 완성해 나아가는, 적어도 계속 추진한다고 볼 수 있다. 구체적인 예를 들어 설명하면, 위험 개념의 외연을 설정하는 이론인 ① ‘허용된 위험의 이론’은 개인을 위험원을 완벽하게 관리할 수 없는 한계를 지닌 과학기술사회의 희생양이 되지 않도록 하고, ② ‘위험감소이론’은 타인의 자유를 침해하는 것이 아니라 오히려 보호하기 위한 행위가 사회유해적 행위로 전도되지 않도록 하며, 그리고 ③ ‘위험의 사회적 상당성 이론’은 한 행위가 생활세계 속에서 정상적인 행위인 한 그 행위를 행하는 사람의 ‘동기’가 어떠한 것이든 법이 통제하지 않는다는 점에서 근대적 형법의 기획과 연장선

상에 있다고 할 것이다. 또한 위험 개념의 귀속조건을 설정하는 이론인 ④ ‘지배가능성이론’은 생활세계내의 책임귀속에 관한 의사소통적 교류를 존중함으로써 법이 생활세계를 무모하게 망가뜨리는 것을 방지하고, ⑤ ‘보호목적이론’은 법규범의 효력영역을 그 규범의 이성이 작용할 수 있는 영역에 국한함으로써 법적 통제의 과잉을 방지하며, ⑥ ‘형법규범의 효력범위이론’들은 개인들 사이의 책임영역을 공평하게 구획함으로써 책임의 이면인 자유향유의 공평성을 확보하는데 기여한다.

Ⅲ. 인과성 개념의 변형

앞에서 살핀 인과성 개념의 유형과 발전은 일종의 이념유형적 분석이다. 한국의 형법학계와 형사실무는 이런 이념유형으로부터 상당히 이탈한 모습을 보이고 있다. 이 이탈은 다음 두가지 차원에서 펼쳐진다: 형법의 탈근대적인 기능변화에의 차원, 형사사법의 전근대적인 문화의 차원.

1. 인과성 개념의 탈근대적 변용

자연과학적 인과성 개념에서 객관적 귀속론에 이르는 인과성 개념의 발전은 근대형법의 기획을 추진 또는 완성시키는 것이었다. 그러나 위험사회의 형법은 인과성 개념이 근대형법의 기획을 더 이상 추진할 수 없도록 하거나, 심지어는 왜곡시키는 전환점에 도달해 있다고 보인다. 이를 인과성 개념에서 ‘근대성(또는 계몽의 변증’(Dialektik der Moderne)⁴⁹⁾이라고 불러도 좋을 것이다. 이러한 현상은 다음 세가지로 요약할 수 있다: 인과성 개념의 추상화(1), 기능화(2), 무력화(3)

49) 이러한 개념 사용에 대해서는 Hassemer(배종대·이상돈 편역), 형법정책, 1998, 192, 196쪽; 또한 법익보호원칙에 이 개념을 응용한 작업으로는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 51쪽 참조.

1) 인과성 개념의 추상화

첫째, 먼저 행위와 결과 사이의 자연과학적 인과성 개념도 추상화되고 있다. 원래 자연과학적 인과성이란 행위와 결과 사이에 ‘구체적인’ 자연법칙적 연관관계가 해명될 때에만 인정될 수 있다. 그러나 최근에는 그와 같은 자연법칙적 연관관계가 해명되지 않음에도 불구하고 행위의 결과에 대한 인과성을 인정하는 방향으로 인과성 개념이 추상화되고 있다.

A. 일반적 인과성 개념

그 대표적인 예가 독일의 형법에서 이른바 “일반적 인과성”(generelle Kausalität)⁵⁰⁾의 개념으로, 한국의 소송법학계에서는 “역학이론”⁵¹⁾에 의해 포착되고 있는 사례군이다. 이에는 예를 들면 어떤 제조물의 생산과정에 하자가 있고, 그 제조물을 사용한 소비자들에게 유사한 질병이 발생한 사례들(제조물책임의 사례군⁵²⁾)이나 의료행위상의 어떤 과실이 있고, 그 의료행위를 받은 환자가 신체상해를 입거나 사망한 사례군(의료사고책임의 사례군) 등이 속한다.

[스프레이사건과 일반적 인과성] 甲은 가족보호용 스프레이를 생산하는 회사의 경영자로서 1981년 2월경 그 스프레이의 소비자들로부터 스프레이 사용후 호흡장애, 구토, 고열 등의 부작용이 있다는 4건의 피해사례를 신고 받았다. 甲은 화학전문가에게 부작용의 원인조사를 의뢰했으나 원인이 밝혀지지 않았고, 단지 원인으로 의심이 가는 실리콘액의 양을 줄여서 제조하는 조치를 취했다. 그러나 그 해 4월경 다시 6건의 피해신고가 있었고, 甲은 재차 사내연구팀에게 원인조사를 시켰으나 역시 원인을 규명

50) 이 개념에 관해서 Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, 63쪽; 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 70쪽 참조.

51) 의료사례에 대한 역학이론의 유용성에 관하여 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원, 1998, 84쪽 아래 참조.

52) 독일에서 형법적인 제조물책임이 문제된 사건으로는 콘테간사건(LG Aachen JZ 1971, 507ff.), 자동차바퀴사건(OLG Karlsruhe NJW 1981, 1054ff.), 피혁보호분무기 사건(BGHSt 37, 106), 목재보호제사건(BGH NSz 1995, 590ff.) 등이 있다.

하지 못하였다. 甲은 5월 12일 경영자회의를 소집해 이 사건을 논의하였으나 아직 ‘제조물하자’ 또는 ‘입증가능한 소비자에 대한 위험’이 밝혀지지 않았으므로 생산중지나 물품회수는 하지 않고 주의경고문안만 상품에 표시하기로 결정하였다. 그러나 그 후 다시 38건의 피해사고가 발생하였다. 甲은 업무상과실치상과 특수상해의 공소사실로 기소되었다. 이 사건에 대하여 독일연방법원은 다음과 같이 판시한 바 있다: “... 피해가 난 모든 사건에서 관계된 소비자의 건강훼손은 그들이 각자 사용한 가족 보호용스프레이로부터 비롯되었다는 점은 문제없이 확정되었다. 원심은... 범죄사실로서 분명하게 이전 사건들의 원인은 오직 원료에 있는 모종의 독성작용메커니즘 속에 놓여 있을 수 있다는 점을 확정하였다. 상고심에 구속력있는 이 사실확정은 인과관계를 인정하는 데 충분하다. 물론 오늘날까지도 ... 생산물에 건강훼손을 유발할 특수한 속성을 부여하는 물질이나 물질들의 결합을 자연과학적으로 정확하게 확인하는 것이 불가능하다는 점에는 변함이 없다. 이 사건에서 그런 내용물질이나 그 물질의 독성작용방식을 수사하는 것은 중요하지 않다. 만약 - 비록 더 자세히 밝혀질 수는 없지만 - 생산물의 내용적인 속성이 손해야기적(schadensursächlich)이었다는 점이 법적인 하자 없이 확정된다면, 인과관계의 증명을 위해서는 더 이상 왜 그와 같은 속성이 손해유발적일 수 있었는지, 또는 자연과학적 분석과 지식에 따르면 무엇이 궁극적인 원인이었는지...를 확정하는 것은 필요하지 않다. 그와 같은 방식으로 인과성이 설명될 수 없는 곳에서는 물론 고려해볼 수 있는 다른 모든 손해원인들이 법적으로 하자없는 심증형성에 의거하여 배제될 수 있어야만 할 것이다”(BGHSt 37,19).

(a) **개념분석** 위와 같은 독일의 연방법원의 입장과 이를 지지하는 학자들의 인과성 개념 그리고 한국의 역학이론을 종합해보면 다음과 같은 요건이 충족될 때 행위와 결과 사이에 인과관계를 인정할 수 있게 된다.

- ① 한 행위가 일정한 행위준칙(예: 생산표준, 의료법칙)을 위반하였고,
- ② 이 위반행위에 시간적으로 (때로는 매우 좁게) 뒤이어 결과가 발생하였고,
- ③ 이 위반행위와 결과발생 사이의 통계적 상관관계가 - 또는 적어도 우연적인 관계에 있지 않다는 가설이 - 있고,

- ④ 이러한 사태의 진행과정에 그 위반행위와는 다른 어떤 조건이 작용하지 않았음이 확실한 경우.

(b) **실정법화** 이러한 일반적 인과성 개념은 이미 단편적이거나 실정법으로 규정되어 있기도 하다. 예를 들면 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법 제6조는 “제2조 제1항 각호의 규정에 의한 오염물질을 사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등(이하 생명·신체 등이라 한다)에 위험(제2조 제3항 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 오염 및 동항 제4호의 규정에 의한 집단폐사를 포함한다. 이하 같다)이 발생할 수 있을 정도로 ① 불법배출한 자가 있는 경우에 그 물질의 불법배출에 의하여 동 위험이 발생할 수 있는 지역안에서 동종의 물질에 의한 ② 생명·신체 등에 위험이 발생하고 ③ 그 불법배출과 위험발생사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위험은 그 자가 불법배출한 물질에 의하여 발생한 것으로 추정한다”고 규정한다.⁵³⁾ 즉, 이 규정에 의하면 일반적 인과성이 인정되면 구체적 인과성을 추정하는 것이므로 형식상으로 인과성 개념은 구체적인 자연과학적 인과성 개념을 그대로 따르고 있는 것이지만 피고인이 구체적 인과성의 부존재를 입증할 수 없을 것이기 때문에 실질적으로는 일반적 인과성 개념을 따른 것이라 할 수 있다.

(c) **블랙박스구조** 그러나 통계적 상관관계나 비우연성가설은 반증도 할 수 없지만 확증도 할 수 없는 것이며,⁵⁴⁾ 결과를 초래한 원인요소를 완전하게 알지 못하는 한, 다른 원인의 개입가능성도 확실하게 배제할 수 없다.⁵⁵⁾ 따라서 위와 같은 인과성 개념은 행위와 결과 사이의 구체적인 ‘자연과학적 인과관계’(예: 위의 스프레이사건에서는 어떤 원료의 어떤 성분이 소비자들의 건강을 훼손시켰는지)를 포기하고, 오직 행위와 결과 사이의 ‘일

53) 원숫자 표시는 필자가 앞의 일반적 인과성 개념의 구성요소의 원숫자표시에 따라 분류한 것임.

54) Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, 43쪽.

55) Puppe, Zur Kausalitätsproblematik bei der Strafrecht, JR 1992, 31쪽.

반화된 관련성'만을 자신의 의미요소로 남겨둘 뿐이다. 이런 인과성 개념은 하세머(Hassemmer)의 비유적인 표현처럼 “블랙박스구조”⁵⁶⁾(Black-box-Konstruktion)를 떼다고 말할 수 있다. 즉, 속안을 들여다 볼 수 없는 상자 속에서 어떤 인과적 과정이 구체적으로 진행되었는지는 알 수 없지만, 단지 그 상자안으로 들어가는 것(예: 스프레이제조에서 독성작용있는 여러 원료를 사용함)과 나오는 것(예: 소비자들의 건강훼손이 다른 원인은 없고, 그 독성원료와 관련있는 결과라는 점)만 과학적으로 통제할 수 있으면, 인과성을 인정할 수 있다는 것이다.

B. 집단별 의사소통

이러한 일반적 인과성 개념은 분명 자연과학적 법칙적 지식의 흠결을 메우고 인과성을 인정할 수 있게 하며, 그 한에서는 자연과학적 합리성에 힘입어 책임귀속의 적절성을 보장하려는 기획이 무너지게 된다고 볼 수 있다. 또한 자연과학적 인과성 개념이란 일종의 인과성 설명모델이며, 어떤 인과성 설명모델을 법적인 개념으로 받아들일 것인지는 결국 사람들 사이의 의사소통, 즉 일반적인 납득가능성에 달려 있다는 관점에 설 때, 일반적 인과성 개념이 하나의 법적인 인과성 설명모델로서 인정될 수 없을만큼, 그 자체로서 비합리적인 논증구조를 갖고 있다고 단정지을 수는 없다. 그러나 내가 보기에 문제는 일반적 인과성이 문제되는 영역에서는 개별적인 집단마다 그런 인과성 개념의 납득가능성에 대한 판단이 갈라지고 있다는 점이다. 예를 들어 제조물책임에서 소비자집단과 생산자집단, 의료사고에서 의료인집단과 피해환자집단 사이에는 그러한 인과성 설명을 바라보는 관점에서 근본적인 대립을 보이기 쉽다. 그러니까 동질집단 내에서는 일반적이나 집단을 넘어서는 아직 일반적이지 못한 한계상황이 존재한다. 다시 말해 일반적 인과성 개념에 의한 행위와 결과 사이의 인과성 설명은 일반인들이 납득할 만한 것으로 받아들일 수 있는 지점을 막 벗어나게 되는 ‘한계선’ 위에 놓여 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우 일반적 인과성을 법적인 인과성 개념으

56) Hassemmer, 앞의 책, 1994, 33쪽.

로 인정할 것인지는 결국 ‘작은 형법’⁵⁷⁾을 지향하느냐 아니면 비대한 형법을 지향하느냐와 같은 형법정책의 문제로 남게 될 것으로 보인다.

2) 인과성 개념의 기능화

둘째, 인과성 개념은 결과의 객관적 귀속에서도 근대적 기획이 역류하는 전환점을 맞이 하고 있다. 즉, 객관적 귀속론은 전체나 사회체계의 요청에 대하여 비판적으로 개인책임원칙을 지키는 기능(체계비판적 기능 *system-kritische Funktion*)을 점차 상실하고, 사회체계의 기능적 요청에 따라 결과를 귀속시키는 논증도구로 변화하고 있다.

A. 위험증대이론

이러한 변화의 시작은 위험증대원칙(*Risikoerhöhungsprinzip*)에서 이미 예고되었다. 록신(Roxin)은 과실범에 있어 주의의무위반으로 인하여 발생한 결과는 주의의무위반을 다하였다고 하더라도 같은 결과가 발생하였음이 확실하지는 않지만 적어도 의무위반행위에 의해 결과발생의 확률이 허용된 위험에 비하여 증대되었다고 인정된다면 그 결과를 귀속시킬 수 있다는 이론을 주장한 바 있다:

“먼저 . . . 허용된 위험의 원칙에 따라 어떤 행동이 행위자의 의무위반 행위로 귀속되어서는 안되는지를 심사하고, 피고인의 행위방식을 그것과 비교한다. 그리고 나서 판단의 대상이 되고 있는 구체적인 사안에서 행위자의 잘못된 행위로 인해 결과가 발생할 확률이 허용된 위험과 비교할 때 더 높아졌는지를 확정한다. 이것이 긍정되면 구성요건을 충족하는 의무위반이 존재한다고 해야 하고 과실치사죄로 처벌해야 한다. 이에 반해 위험의 증가가 없는 경우에는 행위자에게 그 결과에 대한 책임을 지을 수 없고 따라서 행위자는 무죄가 된다.”⁵⁸⁾

57) 이 개념을 형법정책의 방향을 제시하는 용어로 사용하는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994; 같은 형법정책의 방향이지만 이를 두고 ‘핵심형법’(Kernstrafrecht)라는 개념을 사용하는 Hassemer(배종대·이상돈 편역), 형법정책, 1998, 208, 224쪽 아래 참조.

58) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 1962, 432

[위험증대이론] 예를 들어 산부인과 의사가 환자의 난소낭종양을 제거하는 수술을 하기에 앞서 혈청간기능검사를 하지 않음으로써 환자의 간기능장애상태를 발견하지 못했고, 수술을 위한 할로테인전신마취제에 의해 간기능이 급격히 악화되어 수술 후 10여일만에 사망한 사건에서 혈청간기능검사를 하였더라면 의사의 주의의무위반이 환자의 사망을 초래할 확률(Z)은 [환자의 간기능장애를 발견하였을 확률(X %) × 간기능장애환자에게 할로테인이 간기능을 급격히 악화시키는 부작용을 유발할 확률(Y %) × 1/100] 이 된다. 따라서 의사가 혈청간기능검사를 하고 수술을 하였어도 환자가 사망하였을 가능성(z'), 다시 말해 의무합치적 행위(pfllichtgemäßiges Verhalten) 또는 합법적 대체행위(rechtsmäßiges Alternativverhaltens)가 있어도 결과가 발생하였을 가능성('의무합치적 행위시의 결과발생율')은 [100-Z] %가 된다. 여기서 위험증대이론에 관하여 독일학계에서 펼쳐진 다양한 입장을 다음과 같이 정리할 수 있다. ① Roxin⁵⁹⁾은 $z' > 95 - 100\%$ 일 때에야 비로소, ② Jescheck⁶⁰⁾, Otto⁶¹⁾ 등은 $z' > 90\%$ 일 때, ③ Kaufmann⁶²⁾은 $z' > 60\%$ 일 때, ④ Puppe⁶³⁾는 $z' > 50\%$ 정도이면, 그리고 ⑤ Ulsenheimer⁶⁴⁾는 $z' > 10-20\%$ 일 때에야 비로소 각각 발생한 결과를 피고인에게 귀속시킬 수 없다고 본다.⁶⁵⁾

B. 위험분배이론

이와 같은 위험증대이론은 위험 개념을 파라미터로 삼아 인과성 개념을

쪽 아래 참조.

- 59) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74(1962), 411쪽 아래; Besprechungen von Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 78(1966), 214쪽 아래; Strafrecht, AT, 2.Aufl., §11 BI, Rdnr.73.
- 60) Jescheck, AT, 4.Aufl., §55II2b 참조.
- 61) Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417쪽 아래.
- 62) Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-Festschrift, 1985, 273쪽 아래.
- 63) Puppe, Kausalität und Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660쪽 아래.
- 64) Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364쪽 아래.
- 65) 이러한 독일학자들의 견해가 피력된 중요한 논문들이 이재상·김영환·장영민 교수에 의해 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1994)이라는 책으로 편역·출간된 바 있다.

재구성할 경우에 도출되는 필연적인 결과일지도 모른다. 즉, 원래 - 적어도 법학에서 사용하고 있는 - 위험 개념은 과학기술사회의 현실이 보여주는 복잡성, 그러니까 생활세계의 지평을 넘어서는 복잡성을 해소하기 위하여 만들어진 기능적·도구적 개념이다. 그런 성격의 위험이 (어떤 특정한 결과에로) 실현되는 과정에는 자연법칙적 사태의 진행을 지배하는 개인의 의사활동같은 것이 명확한 형태로 확인될 수가 없다. 또한 위험을 관리하는 사회체계는 - 일탈행위가 초래하는 법익침해의 위험을 포함하여 - 다양한 형태의 위험을 체계기능적으로 충분히 해소하거나 관리할 수 없다. 바로 그렇기 때문에 체계기능적으로 해소될 수 없는 위험을 어떤 개인이 책임져야 하는가 하는 '위험의 분배'가 사회구성원들의 공통된 인식관심이 되는 경향이 있다. 여기서 위험 개념을 결과귀속의 파라미터로 삼을 때, 결과의 귀속여부에 대한 판단이 '위험의 적절한 분배'에 대한 인식관심에 의해 이끌리게 됨을 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 이러한 관점에서 보면 위험중대이론은 단지 결과귀속이론이 아니라 위험분배이론으로 해석될 수 있다. 그렇기 때문에 루신 이후의 독일형법학자들에 의해 - 대표적으로는 볼터(Wolter),⁶⁶⁾ 프리쉬(Frisch),⁶⁷⁾ 크라츨(Kratzsch)⁶⁸⁾ 등에 의해 - 위험중대이론이 단지 객관적귀속의 특별한 기준이 아니라 객관적 귀속의 일반적 기준,⁶⁹⁾ 더 나아가 다음과 같은 볼터의 주장처럼 불법(귀속)의 원형이 된다:

“형법은 현실적인 위험의 창출을 금지한다; 위험스러운 행동이 불법의 원형이기 때문이다. 침해결과가 발생할 때, 이러한 불법은 결과와 함께 완성된다; 그렇지 않은 경우에는 전형적으로 위험불법(Risikounrecht)이 범죄행위의 불법으로 삼아진다.”⁷⁰⁾

66) Wolter, Objektive und personale Zurechung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

67) Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechung des Erfolges, 1986.

68) Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985.

69) 이러한 이론의 변화에 대한 자세한 연구로는 Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1992, 335쪽 아래 참조.

C. 형법정책의 그릇된 방향

그러나 형법영역에서 위험증대이론이 수행하는 위험의 분배는 결과발생의 원인이 해명되지 못하는 영역에서 형법을 확대하는,⁷¹⁾ 그러니까 법익침해의 위험증가를 사회체계 전체나 다양한 사회적 하부체계(예: 의료체계, 유통체계)의 구조적·기능적 하자로 파악하기 보다는 개인의 잘못된 인격표현으로 전가시키는 정책을 수행한다. 그리고 이 정책은 침해법도 사실상(추상적) 위험범으로 전환시키는 결과를 가져온다.⁷²⁾ 왜냐하면 이 이론에 의하면 행위자에 의해 창출된 위험이 결과에 실현되었다는 확실성이 확정되지 않는 가운데 그 결과발생의 위험증대만으로 결과를 귀속시키게 되므로 엄격한 의미에서 인과성 개념은 더 이상 귀속의 요건으로 의미가 없어지게 되기 때문이다. 그러나 이러한 형법정책은 정책적 관점에서 보면 체계의 기능장애나 기능상의 하자가 개인에 대한 책임전가보다는 체계의 재편성이나 구조정책에 의해서 효율적으로 개선될 수 있다는 점에서 타당하지 않다. 또한 법이론적 관점에서 볼 때 그런 형법정책은 형법을 생활세계의 정당한 질서를 구성하는 제도, 바꿔 말해 개인들이 그의 삶의 세계에서 지켜야 하는 행위규범을 관리하는 제도로부터 정책적 결정을 수행하는 조직화의 수단으로 전환시킨다⁷³⁾는 점에서 바람직하지 않다. 더 나아가 위험증대이론의 형법정책은 행위자에 의해 창출된 위험이 결과에 실현되었다는 확실성(또는 그에 근접하는 고도개연성)이 확정되지 않는 가운데 결과를 귀속시키게 한다는 점에서 헌법상의 원칙(헌법 제27조 ④항)이라고 할 수 있는 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’(in dubio pro reo)-원칙에 반한다.

3) 인과성 개념의 무력화

70) Wolter, 앞의 책, 29쪽.

71) Prittowitz, 앞의 책, 329쪽.

72) Stratenwert, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung Gallas-Festschrift, 1973, 236쪽.

73) 이러한 점에 대한 비판적 논의로 이상돈, 책임의 개인적 귀속과 형법의 관할영역, 형사정책연구, 1998, 여름호, 91-124쪽.

마지막으로 위험사회의 형법정책에서 인과성 개념이 무력화되고 있는 현상을 인과성 개념의 탈근대적 변용에 해당하는 전형적인 현상으로 지적할 수 있다. 인과성 개념의 무력화란 인과성의 개념을 변용시키는 것이 아니라 - 어떤 인과성 개념을 채택하는가와 상관없이 - 인과성 개념 자체가 더 이상 기능할 수 없게 되는 상황을 가리킨다. 이러한 상황은 범죄형태를 추상적 위험으로 규정함으로써 초래된다. 왜냐하면 ‘추상적 위험범’(abstrakte Gefährdung)의 범죄형태에서는 입법자가 규정한 의무를 위반하였다는 점만을 입증하면 행위자를 형사처벌할 수 있기 때문이다. 다시 말해 추상적 위험범의 경우에는 행위와 결과 사이의 인과성은 말할 것도 없고, 행위자가 창출한 위험이 결과에 실현되었는지 또는 결과발생의 위험을 증대시켰는지, 심지어는 허용된 위험을 넘어서는 위험을 창출하였는지까지도 더 이상 책임의 귀속을 위해서 판단할 필요가 없게 된다. 그러니까 행위의 위험성은 입법자가 범죄로 규정하게 만들었던 동기만으로 남아 있게 되며, 법관은 행위의 위험성을 판단할 필요가 없게 된다. 법관은 오직 입법자가 법률에 정한 일정한 행위의무를 위반하였는지를 확인하기만 할 뿐이다. 따라서 다음과 같은 예에서도 알 수 있듯이 현대형법이 범죄형태로서 ‘추상적 위험범’을 선호하는 것은 인과성 개념(의 작동)을 무기력화하는 결과를 가져온다고 할 수 있다.

예를 들어 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제20조는 공인회계사가 기재사항을 누락하거나 허위의 기재를 한 행위를 범죄화하고, 부정경쟁방지법 제2조는 부정경쟁행위(예: 상품광고에 상품의 품질내용제조방법 등의 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하는 것)를 범죄화한다.

이와 같은 귀속요건의 현저한 축소로써 형법의 작업용량은 현저하게 확장된다.⁷⁴⁾ 물론 형법의 용량확장은 형법이 개인의 주관적 권리를 보호하는 임무에서 더 나아가 각종 사회적 하부체계(예: 증거거래체계, 시장체계)의

74) Hassemer(배종대·이상돈), 앞의 책, 200, 201쪽

기능보호까지 떠맡게 됨에 따라 불가피하게 요청되는 바이다. 여기서도 형법의 기능확대에 지향되어 있는 형법정책이 인과성 개념을 무력화시키는 원인이 되고 있음을 알 수 있다. 그러므로 인과성 개념의 무력화는 가치중립적인 시대흐름이 아니라 가치결단적인 정책의 결과임을 알 수 있다.

2. 인과성 개념의 전근대적 변형

한국사회에서는 지금까지 살핀 인과성 개념의 탈근대적 변용과는 다른 차원, 즉 전근대적인 사회문화의 차원에서 인과성 개념의 변용이 전개된다. 여기서 전근대적인 사회문화를 규정지을 수는 없다. 다만 책임의 귀속 또는 결과의 귀속과 관련한 특징으로 법적 책임의 귀속이 지나치게 정서와 직관적 판단에 의하여 좌우된다⁷⁵⁾는 점이 의미있는 현상이다. 즉, 법관들은 인과성 판단에서도 정서적·직관적 판단에 따라 (책임을 귀속시키기 위한) 결과의 귀속 여부를 ‘결정’(Entscheidung)한다. 그리고 그런 결정을 근거짓는 방법으로 ‘고도로 추상적이고 모호한’ 논증언어를 사용한다. 상당인과관계⁷⁶⁾라는 개념이 바로 그런 언어에 해당한다. 한국의 사회문화에서 ‘상당성’ 개념은 - 앞에서 근대적인 인과성 개념의 이념유형적 발전현상의 하나로 설명한 바 있는 상당성이론과는 달리 - 단지 생활세계의 귀속규칙에 부합한다는 의미만을 담는 것이 아니라 사전에 대한 법관 개인의 정서적, (심정)윤리적 판단 그리고 탈근대적인 인과성 개념이 수행하는 위험분배의 정책적 판단까지도 모두 담을 수 있는 ‘빈 공식’처럼 기능한다. 이러한 인과성 개념은 탈근대적인 인과성 개념처럼 위험분배의 정책에 개인을 희생시킨다는 어떤 구조적인 문제점을 넘어서 도대체 법관들의 인과성 판단을 ‘정형화’하기 매우 어렵다는 근본적인 문제점을 안고 있다.

예를 들면 환자보호자의 강력한 퇴원요구로 뇌수술 후 회복중인 (생존확

75) 이에 관해서는 이상돈, 법이론, 1997, 28쪽.

76) 대판 1956.7.13, 4289형상129.

를 80%가량의) 환자에 대한 치료를 중단하고 퇴원시킨 의사의 행위에다가 환자의 사망을 귀속시키는 반면, (앞의 할로테인마취사고에 대한 대법원판례처럼) 간기능검사의 의무를 준수했을 경우 환자의 간기능장애를 발견하고 할로테인마취를 피함으로써 환자의 사망을 방지했을 확률이 약 80%가량의 경우도 환자의 사망을 의사의 주의의무위반행위에 귀속시키지 않는다. 앞의 경우는 생명존중의 윤리적 신조가 상당성 개념을 채우고 있는 반면, 뒤의 경우는 의료행위로 인한 위험을 (의사에게만 불리하게) 분배시키지 않으려는 정책이 상당성 개념을 채우고 있다.

그러니까 현재 우리나라 실무의 인과성 개념은 이념유형적으로는 근대적인 모습을 띠고 있지만 위험분배의 정책적 지표에 의해 기능적으로 변형되면서도 다시 윤리적·정서적 감정에 의해 문화적으로 수정되고 있다고 말할 수 있다. 이와 같은 근대적인 인과성 개념의 중첩적인 변용 아래서 시민들은 법관들이 결과귀속에 대해 내릴 판단을 전혀 예측할 수가 없게 된다.

IV. 인과성 개념의 미래

그러므로 한국사회에서 인과성 개념이 구성요건적 결과의 귀속을 ‘책임의 개인적 귀속’이라는 근대적 기획을 실현하는 방향으로 매개하는 기능, 체계비판적 기능을 정상적으로 수행하리라고 기대하는 것은 불가능하다. 물론 이와 같은 인과성 개념의 체계내적 순응은 개인이 책임져야 할 몫과 사회나 국가가 구조적으로 해결해야 할 몫을 구분하지 못하는 생각들이 사람들 사이에 널리 교류되고 있는 의사소통현실에 의해 초래된 것이거나 적어도 뒷받침된 것이라 할 수 있다. 그러나 그러한 의사소통적 현실이 결국에는 시민 모두를 하나의 잠재적인 위험, 즉 자기만의 탓이 아니면서 현실로 벌어진 사태에 대해 (더군다나 형벌이라는 가혹한 제재가 뒤따르는 그리고 국가에 의해 강제적으로 관철되는) 책임을 지게 될 위험에 빠뜨리게 될 것이다. 이러한 잠재적인 위험으로부터 시민들을 구출하기 위해서는 인과성

개념에게 그의 근대성 기획⁷⁷⁾을 회복시켜 주어야 한다. 그러나 이를 위해서는 인과성 개념의 탈근대적 변용과 전근대적 변형을 극복하여야 하고, 또한 그러한 극복을 위해서는 시민들의 의사소통적 교류가 합리화되어야 할 뿐만 아니라 형법학자들 사이에 비판적인 인과성 개념을 구축하려는 전문적인 의사소통이 펼쳐져야만 한다. 그러나 그렇게 될 전망은 그리 밝지는 않은 것으로 보인다. 오늘의 시대정신은 개인의 책임을 제한하기 보다는 책임을 지우는 방향으로 나아가고 있기 때문이다. 그러므로 지금 여기에서 무엇보다도 시급한 것은 사람들이 원하지 않는 결과의 발생이 행위자의 어떤 의무위반에서 비롯된 것임이 분명하지 않음에도 불구하고 그 결과에 대한 형법적 책임을 묻게 하는 형법은 - 예를 들면 과잉금지원칙(헌법 제37조 ②항)에 비추어 볼 때 - 결코 정당화될 수 없는 것이라는 통찰이라고 할 수 있다. 그러한 통찰은 인과성 개념에 터잡은 합리적인 형법정책을 설계하는데 출발점이 되어줄 것이다.

77) 앞의 I.3.을 참조.

Die Reform des Deutschen Handelsrechts von 1998¹⁾

Professor Dr. Wolfgang Zöllner, Tübingen

《目 次》

- | | |
|--|--|
| I. Änderungen des
Kaufmannsbegriffs | III. Andere Veränderungen des
Personengesellschaftsrechts |
| II. Folgerungen für OHG und
KG | VI. Zum Firmenrecht |
| | V. Zusammenfassung |

Das Handelsrechtsreformgesetz²⁾ (HRefG) vom 22.06.1998, in Kraft getreten am 01.07.1998, bringt als Kernstück zahlreiche Änderungen des HGB, mit denen der Kaufmannsbegriff verändert und das Firmenrecht liberalisiert und auf teilweise neue Grundlagen gestellt wird, ferner einige wichtige Änderungen des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, die mit den angesprochenen Regelungsbereichen nichts zu tun haben. Das Reformgesetz bringt daneben eine Fülle kleiner und kleinster Veränderungen zahlreicher anderer Gesetze, angefangen vom Bürgerlichen Gesetzbuch über das Gesetz über

-
- 1) Aus der dazu erschienen Literatur vgl. *K. Schmidt*, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161; *P. Bydlinski*, Zentrale Änderungen des HGB durch das HRefG, ZIP 1998, 1169; v. *Olshausen*, Fragwürdige Redeweisen im Handelsrechtsreformgesetz, JZ 1998, 717. Aus der Literatur zu den Entwürfen vgl. *Bokelmann*, GmbHR 1998, 97; *Henssler*, ZHR 161 (1997), 13; *K. Schmidt*, ZIP 1997, 909. Weitere Hinweise bei *Schmidt*, NJW 1998, 2161 Fn. 1
- 2) Voller Titel: Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz - HRefG) vom 22.6.1998, BGBl. I 1998, 1474

allgemeine Geschäftsbedingungen, das Aktiengesetz, das GmbH-Gesetz bis hin zur Zivilprozeßordnung und zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Änderungen des Handelsgesetzbuchs. Auch insoweit bleiben einige weniger wichtige Änderungen unberücksichtigt.³⁾

I. Änderungen des Kaufmannsbegriffs

1. Die Grundsatznorm des § 1 Abs. 1 HGB ist durch die Reform nicht verändert worden.

a) Daher bleibt es dabei, daß der Kaufmannsbegriff weiterhin den Zentralbegriff des Handelsrechts bildet. Handelsrecht läßt sich daher nach wie vor als Sonderprivatrecht der Kaufleute umschreiben. Der rechtspolitische Vorschlag und Wunsch von Karsten Schmidt, das Handelsrecht auszubauen zu einem Außenprivatrecht aller Unternehmensarten, ist nicht verwirklicht worden. Das ist zu begrüßen⁴⁾, weil der Unternehmensbegriff als Anknüpfungspunkt für das Handelsrecht nicht geeignet ist. Er ist nicht nur zu unbestimmt, sondern würde auch

3) Das HGB hat in diesem Jahr noch zwei weitere tief eingreifende Änderungen erfahren, die hier nicht dargelegt werden: Änderungen des Rechts der Rechnungslegung durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998 BGBl I 1998, 786; und des Transportrechts durch das Gesetz zur Neuordnung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz - TRG) vom 25.6.1998 BGBl I 1998, 1588

4) Vgl. dazu als grundsätzliche Stellungnahme *Zöllner*, Wovon handelt das Handelsrecht?, ZGR 1983, 82 ff.; bedauernd zum HRefG *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161 f.

Organisationen mit vom Wirtschaftsleben weit abliegenden Zwecken miteinfassen, für die die stark eingreifenden Vorschriften des Handelsrechts nicht passen. Die zentrale Bedeutung des Kaufmannsbegriffs beruht darauf, daß er den gesetzestechnischen Anknüpfungspunkt für die Anwendung nahezu aller Vorschriften des HGB bildet. Daran wird nichts verändert. Was sich ändert, ist nur der Bezug: Der Kaufmannsbegriff selbst wird in Zukunft z.T. anders abgegrenzt.

b) Das bisherige System war durch die Teilung in zwei große Gruppen, die sog. Ist- und Sollkaufleute⁵⁾ gekennzeichnet. Daneben gab es als (sehr kleine) dritte Gruppe die Kannkaufleute, die im wesentlichen auf Land- und Forstwirtschaft beschränkt war (§ 3 HGB a.F. = alter Fassung). Bei den Istkaufleuten war außerdem zu unterscheiden zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten (§ 4 HGB a.F.). Das neue System, wie es künftig gilt, ist einfacher: Den Sollkaufmann gibt es nicht mehr, sondern nur noch den Istkaufmann (daneben auch den Kannkaufmann: dazu unten 4.). § 1 HGB n.F. (= neuer Fassung) beschränkt den Erwerb der Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes nicht mehr auf die bisher in Abs. 2 a.F. aufgeführten einzelnen Handelsgewerbearten, sondern umschreibt den Begriff des Handelsgewerbes allgemein und abstrakt: Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb. Das bedeutet, daß grundsätzlich kein Unterschied mehr besteht zwischen dem Begriff des Handelsgewerbes und des Gewerbes. Davon macht das Gesetz allerdings eine wichtige

5) Die Bezeichnung Istkaufmann sollte verdeutlichen, daß die Kaufmannseigenschaft nach § 1 HGB a.F. kraft Gesetzes erworben wurde, ohne die weitere behördliche Maßnahme der Eintragung in das Handelsregister. Die Bezeichnung Sollkaufmann bedeutete, daß der Betroffene zwar nach § 2 HGB a.F. verpflichtet war, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, ohne diese Eintragung aber die Kaufmannseigenschaft nicht erwarb.

Ausnahme für das Kleingewerbe und das einfach strukturierte Gewerbe: Handelsgewerbe ist ein Gewerbe dann nicht, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert, § 1 Abs. 2 Hs. 2 HGB n.F. Mit dieser Formel wurde früher der Minderkaufmann umschrieben (§ 4 Abs. 1 HGB a.F.), der zwar Kaufmann war (kraft Gesetzes) nach § 1 Abs. 2 HGB a.F., der sich aber nicht in das Handelsregister eintragen lassen konnte: Das Handelsregister war ihm nach § 4 HGB a.F. verschlossen. Diesen Minderkaufmann gibt es im neuen Recht nicht mehr. Nochmals: Alle gewerblichen Unternehmen - ausgenommen die kleinen und die einfach strukturierten - sind Kaufmann ohne Rücksicht auf die Eintragung im Handelsregister. Der Sollkaufmann, der die Kaufmannseigenschaft erst durch Eintragung erwarb, der aber verpflichtet war, sich eintragen zu lassen (§ 2 Satz 2 HGB a.F.) ist abgeschafft. Der Kleingewerbetreibende, der bisher nur nach § 1 HGB a.F. Kaufmann sein konnte, weil ihm das Handelsregister verschlossen war, ist nun nicht mehr automatisch Kaufmann, weil § 1 Abs. 2 Hs. 2 n.F. ihn generell vom Handelsgewerbebegriff ausnimmt.

2. Die Folge des Verschwindens des Minderkaufmanns ist die Aufhebung des § 4 HGB a.F. Der Minderkaufmann des § 1 war automatisch Kaufmann, nämlich wenn er eine der dort in Abs. 2 genannten Gewerbearten betrieb. Aber das HGB galt für ihn nur mit Einschränkungen⁶⁾. Jetzt ist er gar nicht mehr Kaufmann und daher gilt das HGB für ihn grundsätzlich gar nicht mehr, auch nicht in Auswahl.

Davon macht das Gesetz freilich an zwei versteckten Stellen wieder

6) Vgl. §§ 4 Abs. 1 und 351 HGB a.F.

eine Ausnahme, nämlich einmal für den Handelsvertreter⁷⁾ und für den Kommissionär⁸⁾.

Weitere Folge der Beseitigung des Minderkaufmanns ist die Aufhebung des § 351 HGB a.F., der den Minderkaufmann von der Anwendung einiger besonders schwerwiegender Einzelnormen des HGB

-
- 7) § 84 HGB n.F. hat einen neuen Abs. 4 bekommen: "Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Handelsvertreters nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert". Der Handelsvertreter war als selbständig Gewerbetreibender nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB a.F. automatisch Kaufmann. Viele dieser Handelsvertreter besaßen jedoch als Kleingewerbetreibende Minderkaufmannseigenschaft. Heute sind kleingewerbliche Handelsvertreter grundsätzlich überhaupt nicht Kaufmann. Daran ändert § 84 Abs. 4 HGB n.F. auch nichts, ordnet aber die Geltung der Regeln der §§ 84 ff. HGB an. Das ist sachlich zutreffend, weil diese Normen sämtlich das Verhältnis des Handelsvertreters zu dem sog. Unternehmer betreffen, fßt den der Handelsvertreter Geschäfte vermittelt oder abschließt. Diese Vorschriften sind vor allem Schutzvorschriften für den Handelsvertreter, ihre Anwendung auf den kleinen Handelsvertreter ist daher sinnvoll, auch wenn er nicht Kaufmann ist. Man muß sogar sagen: Ihre Anwendung auf den kleinen Handelsvertreter ist noch wichtiger als auf den großen. Dagegen folgt aus § 84 Abs. 4 n.F. m.E. nicht, da das übrige Handelsrecht auch auf den kleinen Handelsvertreter anzuwenden ist, der nicht im Handelsregister eingetragen ist. Kauft er etwa einen Personalcomputer, so liegt kein beiderseitiger Handelskauf vor, es sei denn, der kleine Handelsvertreter hätte die Kaufmannseigenschaft auf andere Weise erworben.
- 8) Im Kommissionsrecht wird dem § 383 HGB ein Abs. 2 angefügt: Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Kommissionärs nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall finden in Ansehung des Kommissionsgeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung." Anders als beim kleinen Handelsvertreter wird für den Kleinkommissionär auch die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte vorgesehen, allerdings ohne die belastenden §§ 348 bis 350 HGB.

befreite, nämlich den §§ 348 - 350. Nach diesen Vorschriften, die selbstverständlich weiterhin gelten, kann ein Kaufmann ein gegebenes Vertragsstrafeversprechen nicht nach § 343 BGB herabsetzen lassen, § 348 HGB; er kann im Fall einer Bürgschaft nicht die Einrede der Vorklage erheben, § 349 HGB, eine Vorschrift von geringer Bedeutung, weil die Kautelarjurisprudenz i.d.R. den Bürgen auf diese Einrede verzichten läßt; und schließlich praktisch nicht unwichtig, gelten die Schriftformerfordernisse für die Erteilung der Bürgschaft, für das Schuldversprechen und das Schuldanerkennnis für den Kaufmann nicht, § 350 HGB. Die Befreiung des Minderkaufmanns von diesen belastenden Regelungen ist nun überflüssig, weil niemand mehr kraft Gesetzes Minderkaufmann wird.

3. Eine schwerwiegende Veränderung gegenüber dem bisherigen System bringt die völlige Neufassung des § 2 HGB. Er behandelt nicht mehr den Sollkaufmann, der ja total beseitigt ist, sondern bringt eine dem bisherigen Recht konträre Neuregelung für die Kleingewerbetreibenden, in dem er ihnen die Möglichkeit eröffnet, sich durch Eintragung in das Handelsregister dem Handelsrecht zu unterstellen. Nach dieser Regelung gelten die durch § 1 Abs. 2 HGB n.F. an sich vom Begriff des Handelsgewerbes ausgenommenen Kleingewerbeunternehmen als Handelsgewerbe, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind. Mit dieser Eintragung gilt aber das Handelsrecht für den Kleingewerbetreibenden in vollem Umfang, d.h. ohne die früheren Ausnahmen für den Minderkaufmann. Allerdings kann der Minderkaufmann sich von der Anwendung des Handelsrechts wieder befreien, indem er seine Löschung im Handelsregister herbeiführt. Es war allerdings schon nach bisherigem Recht so, daß der im Handelsregister

eingetragene Minderkaufmann, gleichgültig welcher Art sein Gewerbe war, als Vollkaufmann galt, § 5 HGB a.F. (sog. Fiktivkaufmann). Die durch § 5 begründete Fiktion der Kaufmannseigenschaft griff nach a.M. auch zugunsten des Eingetragenen selbst ein. Die Neuregelung in § 2 weist jedoch gegenüber dem alten § 5 einen gewichtigen Unterschied auf: Die Eintragung des Minderkaufmanns nach § 5 HGB war rechtswidrig, das Registergericht durfte und mußte, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt war, die Eintragung verweigern, und wenn sie später bekannt wurde, mußte es den Minderkaufmann wieder löschen. Nach neuem Recht hingegen hat der Kleingewerbetreibende abweichend von den Regelungen des bisherigen Rechts in § 2 Satz 2 und § 4 Abs. 1 HGB a.F. das Recht, die Eintragung herbeizuführen, d.h. das Registergericht muß ihn auf Antrag eintragen und darf ihn gegen seinen Willen nicht löschen. Daraus folgt begrifflich, daß der Kleingewerbetreibende nach der Eintragung im Handelsregister als echter Kaufmann, nicht lediglich als Fiktivkaufmann, einzuordnen ist. Er kann die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung erwerben, muß es aber nicht. Der Inhaber eines Zeitungskiosks, der kleine Limonadenhändler, die Inhaberin einer Kleinboutique usw., sie alle können Kaufleute werden. Sind sie aber eingetragen, gilt für sie das HGB in vollem Umfang; z.B. ist dann auch ihre mündlich erteilte Bürgschaftserklärung wirksam.

Inwieweit Kleingewerbetreibende von dieser Eintragungsmöglichkeit Gebrauch machen werden, muß sich erst zeigen. Erst dann wird sich entscheiden lassen, ob die Neuregelung sich rechtspolitisch bewährt. Sicherlich wäre es nicht erfreulich, wenn sich auch Kleinstgewerbe in das Handelsregister eintragen ließen.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen: Der Minderkaufmann des

alten Handelsrechts, der die Kaufmannseigenschaft nur über § 1 HGB erwerben konnte, sich insoweit aber gegen den Erwerb auch nicht wehren konnte, ist abgeschafft. Die ihm entsprechenden kleingewerblichen Unternehmen sowie die unter § 2 HGB a.F. fallenden Kleingewerbeunternehmen, die die Kaufmannseigenschaft nicht erwerben konnten, sind unter der Neuregelung des § 2 systematisch als Kannkaufleute einzuordnen.

4. Die Kannkaufleute der Land- und Forstwirtschaft. Nach bisherigem Recht gab es Kannkaufleute im wesentlichen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft. Das HGB stellte in § 3 Abs. 1 a.F. klar, daß diese keinesfalls Istkaufleute nach § 1 waren - eine letztlich überflüssige Regelung, weil ohnehin keine der Alternativen des § 1 Abs. 2 a.F. zutraf. Dagegen kam nach altem Recht § 2 HGB a.F. auch für die Land- und Forstwirtschaft in Betracht. Demgegenüber stellte § 3 Abs. 2 HGB a.F. klar, daß auch ein land- und forstwirtschaftlicher Großbetrieb von der Eintragungspflicht des § 2 Satz 2 HGB a.F. ausgenommen war, daß aber im Fall der Eintragung echte Vollkaufmannseigenschaft erworben wurde.

§ 3 Abs. 1 HGB ist in der Neufassung im Wortlaut unverändert geblieben. Es heißt also dort wie bisher: "Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften des § 1 keine Anwendung." Die Bedeutung hat sich aber verallgemeinert: Das land- und forstwirtschaftliche Gewerbe ist grundsätzlich kein Handelsgewerbe, der Land- und Forstwirt also grundsätzlich kein Kaufmann. Der alte § 3 Abs. 2 HGB passte nun nicht mehr, weil der Sollkaufmann entfallen ist. Deswegen ist eine Neufassung erfolgt: "Für ein land- oder

forstwirtschaftliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt § 2 mit der Maßgabe, daß nach Eintragung in das Handelsregister eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten." Ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen, das über den Kleinumfang hinausgeht, kann sich also eintragen lassen, muß es aber nicht. Wichtiger Unterschied zu den Kannkaufleuten nach § 2 n.F.: Ist das landwirtschaftliche Unternehmen eingetragen, erfolgt die Löschung auf Antrag des Kaufmanns nicht, solange die Voraussetzung eines über den Kleinumfang hinausgehenden Gewerbes weiter vorliegt. Die Löschung nach den allgemeinen dafür geltenden Vorschriften (§ 142 FGG) ist hingegen immer möglich.

Ein Vergleich von § 2 HGB n.F. und § 3 Abs. 2 HGB n.F. führt nun zu der interessanten Frage, ob sich auch der Kleinlandwirt eintragen lassen kann. Nach § 3 Abs. 2 HGB n.F. kann er die Kaufmannseigenschaft nicht erwerben. Aber es stellt sich die Frage, ob er nicht unter direkter Anwendung des § 2 n.F. die Eintragung verlangen kann. Wenn sich nach dieser Vorschrift jeder Kleinstgewerbetreibende eintragen lassen kann, ist nicht einzusehen, warum dies einem Land- oder Forstwirt verwehrt sein sollte. Aus § 3 Abs. 2 n.F. könnte sich vielleicht ein *argumentum e contrario* ergeben, weil in dieser Vorschrift die **entsprechende** Anwendung von § 2 n.F. gefordert wird, wessen es, so könnte man argumentieren, nicht bedürfte, wenn schon der Kleinlandwirt nach § 2 n.F. direkt seine Eintragung herbeiführen könnte. Aber diese Argumentation steht auf schwachen Füßen, weil die Eintragung nach § 2 n.F. vom Kleingewerbetreibenden rückgängig

gemacht werden kann, die Eintragung nach § 3 n.F., die sich nur auf den Kleinumfang überschreitende land- und forstwirtschaftliche Unternehmen erstreckt, hingegen nicht.

§ 3 Abs. 1 und 2 HGB n.F. haben danach folgenden Sinn: Abs. 1 nimmt die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen aus der Istkaufmannsqualität heraus; sie sollen nicht ohne ihren Willen Kaufmannseigenschaft haben. Abs. 2 ermöglicht ihnen aber den Erwerb der Kaufmannseigenschaft, freilich nur unwiderruflich. Kleinunternehmen der Land- und Forstwirtschaft haben, ebenso wie Unternehmen aller anderen Branchen, ohnehin keine Istkaufmannsqualität, werden also von § 3 Abs. 1 nicht erfasst. Die Ausnahme des Abs. 2 braucht sich daher nicht auf sie zu beziehen. Sie unterfallen aber von vornherein § 2 HGB n.F. und haben damit wie alle anderen Kleinunternehmen die widerrufliche Möglichkeit, die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister zu erwerben. Nur dieses Verständnis wird dem Text, der Systematik und der wertenden Teleologie des Gesetzes gerecht⁹⁾. Die gegenteiligen Intentionen der Gesetzesverfasser, wie sie in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausdruck gekommen sind¹⁰⁾, sind für die Auslegung nicht verbindlich.

In der Neufassung unverändert bleibt § 3 Abs. 3 HGB, der die sog. landwirtschaftlichen Nebenbetriebe regelt. Darunter versteht man Betriebe, die einerseits demselben Inhaber gehören, andererseits gegenüber dem Hauptbetrieb Selbständigkeit aufweisen, jedoch mit ihm zusammenhängen, z.B. dadurch, daß Produkte des Hauptbetriebs verwertet werden oder daß

9) Vgl. v. *Olshausen*, JZ 1998, 717 f.

10) Vgl. BR-Drucksache 340/97 S. 33, 34, 49

die landwirtschaftlichen Arbeitskräfte genutzt werden. Hauptbeispiele: Molkereien, Schnapsbrennereien, Mühlen, Sandgruben, Ziegeleien. Nach § 3 Abs. 3 HGB gelten für diese Nebenbetriebe die Absätze 1 und 2 entsprechend. Die Bedeutung dieser Regelung liegt einmal in der Klarstellung, daß auch für solche Nebenbetriebe, auch wenn sie über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen, die Kaufmannseigenschaft nicht automatisch erworben wird, wie das nach § 1 HGB n.F. der Fall wäre und daß insoweit auch keine Eintragungspflicht besteht. Zum andern ist bedeutsam, daß die Kaufmannseigenschaft durch Herbeiführung der Eintragung (unwiderruflich) mit der Maßgabe erworben werden kann, daß dieser Erwerb auf den Nebenbetrieb begrenzt ist, d.h. sich nicht auf den Hauptbetrieb erstreckt. Der Landwirt kann also für seine Haupttätigkeit dem Handelsrecht fernbleiben, für einen speziellen, damit zusammenhängenden Erwerbsbereich aber am Handelsverkehr als Kaufmann teilnehmen. Dieses Privileg, den Erwerb der Kaufmannseigenschaft auf den Nebenbetrieb zu beschränken, besteht aber nur für Nebenbetriebe, die über den Kleingewerbeumfang hinausgehen.

5. In der deutschen Handelsrechtslehre wurde vom Kannkaufmann auch in Bezug auf Unternehmen der öffentlichen Hand gesprochen, die nicht in selbständiger Rechtsperson betrieben wurden. § 36 HGB a.F. nahm solche Unternehmen von der Eintragungspflicht des § 29 HGB und des § 2 Satz 2 HGB a.F. aus. Es geht im wesentlichen um Unternehmen, die die Bundesrepublik Deutschland, ein Land oder eine Gemeinde betreibt. Soweit das nicht als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts oder als Aktiengesellschaft oder GmbH erfolgt, sondern die Gebietskörperschaft selbst Rechtsträger des Unternehmens ist, entfiel nach der genannten Sonderregelung des § 36 HGB a.F. nicht nur

die Eintragungspflicht, sondern für den Bereich sollkaufmännischer Unternehmen auch die Kaufmannseigenschaft. Insoweit war die öffentliche Hand Kannkaufmann. Dieser § 36 HGB ist ersatzlos gestrichen worden. Nach neuem Recht ist die Rechtslage daher folgendermaßen: Wenn die öffentliche Hand mit einem von ihr selbst geführten Unternehmen, z.B. eine Stadt mit ihrem Elektrizitätswerk oder Verkehrsbetrieb oder die Bundesrepublik mit ihrer Bundesdruckerei am Privatverkehrsverkehr teilnimmt, also die Beziehungen zu den Kunden des Unternehmens nicht hoheitlich ausgestaltet, sondern privatrechtliche Verträge mit ihnen schließt, handelt die betreibende Gebietskörperschaft gewerblich und ist damit automatisch Handelsgewerbe, weil die Größenordnungen über den in § 1 Abs. 2 Hs. 2 HGB n.F. geregelten Umfang des Kleingewerbes hinausgehen werden. Die öffentliche Hand ist daher insoweit Istkaufmann und nach § 29 HGB verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen. Die Gruppe der Kannkaufleute nach § 36 HGB a.F. gibt es daher nicht mehr.

6. Aus dem bisher Dargelegten folgt ein wichtiger praktischer Unterschied zwischen altem und neuem Recht hinsichtlich der Bedeutung der Handelsregistereintragung: Da der Sollkaufmann entfallen ist, hat die Eintragung für die große Masse der gewerblichen Unternehmen hinsichtlich des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft nur noch sog. deklaratorische Bedeutung. Die früher große konstitutive Bedeutung der Eintragung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft, nämlich im ganzen Bereich des § 2 HGB a.F., ist jetzt entfallen. Konstitutive Bedeutung der Eintragung besteht aber für den durch § 2 Abs. 2 HGB n.F. stark ausgeweiteten Bereich der Kannkaufleute.

7. Die Abschaffung des Minderkaufmanns konnte auch § 5 HGB a.F. nicht unberührt lassen. Er enthielt bislang die schon erwähnte Fiktion der Vollkaufmannseigenschaft. Diese Fiktion wirkte nach zwei Richtungen: Zum einen war ein Minderkaufmann, d.h. ein unter § 1 HGB a.F. fallender, aber von der Größenordnung her nicht vollkaufmännischer Unternehmer nach der Eintragung als Vollkaufmann anzusehen, nicht lediglich als Minderkaufmann. Zum andern mußte ein nicht dem § 1 HGB a.F. unterfallender Kleingewerbetreibender ebenfalls als Vollkaufmann behandelt werden, obwohl er eigentlich überhaupt nicht Kaufmann war, auch nicht Minderkaufmann. Mit dem Entfallen des Minderkaufmanns und andererseits der Möglichkeit für Kleingewerbetreibende, sich eintragen zu lassen, ist die Funktion des § 5 HGB eigentlich entfallen. Der Gesetzgeber hat aber die Regelung nur verkleinert, indem er den Bezug auf § 4 Abs. 1 HGB a.F. gestrichen hat¹¹⁾. Was das bedeuten soll, ist höchst unklar, denn daß ein den Kleinumfang überschreitendes Gewerbe kein Handelsgewerbe darstellt, ist angesichts der Definition des in § 1 HGB n.F. eigentlich nicht denkbar. Daß kleingewerbliche Unternehmen, wenn sie sich eintragen lassen, Handelsgewerbe werden, folgt schon aus § 2 HGB n.F. Eine Ausdehnung der Fiktion des § 5 HGB n.F. auf Nichtgewerbe, d.h. dahingehend, daß auch ein Privatmann oder ein Freiberufler als Vollkaufmann gelten soll, wenn er eingetragen ist, obwohl er nicht einmal ein Gewerbe betreibt, kommt nicht in Betracht. § 5 HGB a.F. ist allgemein immer so ausgelegt worden, daß die Fiktion nur greift, wenn wenigstens ein

11) § 5 HGB n.F. lautet: "Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei."

Gewerbe vorliegt. Als künftiger Anwendungsbereich wäre allenfalls an den praktisch nicht vorkommenden Fall zu denken, daß ein kleingewerbliches Unternehmen ohne Antrag des Unternehmers, also aufgrund eines Fehlers der registerführenden Stelle, eingetragen wird. Das ist zur Rechtfertigung der Vorschrift erheblich zu wenig. § 5 HGB war eine für die Praxis wichtige Vorschrift, da sie den Begründungsaufwand in Klagen und Urteilen verringerte: Wer im Handelsregister stand war für die Praxis Kaufmann. Deshalb mochte man sich vielleicht nicht ganz von ihr trennen. Indessen ist das rechtspolitische Bedürfnis für sie entfallen.

8. Unverändert erhaltengeblieben ist § 6 Abs. 1 HGB. Er besagt, daß die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch für alle Handelsgesellschaften gelten. Davon erfasst werden OHG; KG, AG, KGaA, GmbH, und EWIV¹²⁾. Ausdrücklich nicht zu den Handelsgesellschaften gehören die Partnerschaften nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG). Das sind Zusammenschlüsse zwischen angehörigen freier Berufe zur Ausübung ihres Berufs, also z.B. zwischen Anwälten oder Wirtschaftsprüfern. Die Partnerschaft übt nach § 1 Abs. 1 Satz 2 PartGG kein Handelsgewerbe aus.

§ 6 Abs. 1 HGB bedeutet, daß den Handelsgesellschaften selber Kaufmannseigenschaft zukommt. Er bedeutet weiter, daß Handelsgesellschaften auch dann Kaufmannseigenschaft haben, wenn ihr Unternehmens-

12) Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV ist nach dem EWIV-Ausführungsgesetz Handelsgesellschaft, auf die weitgehend OHG-Recht Anwendung findet. Die Bedeutung der Rechtsform ist nicht groß, weil die EWIV nicht auf eigene Gewinnerzielung ausgerichtet werden darf, sondern nur auf die Unterstützung ihrer Mitglieder, Art. 3 der europäischen EWIV-VO.

gegenstand kein Gewerbe darstellt. Beispiele: Aktiengesellschaft mit ideeller Zielsetzung; GmbH, die nur Vermögen halten soll. Für OHG und KG kommt etwas anderes als der Betrieb eines Handelsgewerbes grundsätzlich nicht in Betracht, weil nach § 105 Abs. 1 HGB die Gesellschaft grundsätzlich auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein muß, mit einer Ausnahme nach dem neuen Recht, auf die gleich zurückzukommen sein wird (unten II 2).

9. § 6 Abs. 2 HGB a.F. konnte nicht so bestehen bleiben wie bisher¹³⁾, weil § 4 gestrichen worden und der Minderkaufmann abgeschafft worden ist. Die neue Fassung lautet: "Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, bleiben unberührt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen". Vereine i.S. dieser Vorschrift sind Aktiengesellschaft und GmbH als Gesellschaftsformen mit körperschaftlicher Struktur. Mit "Voraussetzungen des § 1 Abs. 2" kann in § 6 Abs. 2 HGB n.F. nur die des § 1 Abs. 2 Hs. 2 gemeint sein, weil die andere, daß ein Handelsgewerbe nicht vorliegt, ja schon durch den Vordersatz aufgefangen ist. Infolgedessen geht es in § 6 Abs. 2 HGB wie früher nur um die Frage des Umfangs des gewerblichen Unternehmens. Insoweit liegt im Ergebnis eine Selbstverändlichkeit vor, weil die Größe gem. § 2 HGB n.F. unerheblich ist, wenn die Eintragung im Handelsregister erfolgt, Aktiengesellschaft und GmbH sich aber eintragen

13) § 6 Abs. 2 HGB lautete in der alten Fassung: "Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt."

lassen müssen, wenn sie juristische Person werden wollen. Bei ihnen ist die Eintragung für die Entstehung der Rechtsform konstitutiv. Man hätte also § 6 Abs. 2 streichen können.

II. Folgerungen für OHG und KG

1. § 105 Abs. 1 HGB bleibt im Wortlaut erhalten. Gleichwohl hat die Kaufmannsbegriffsreform hier unvermeidlich Auswirkungen: Weil es keinen Sollkaufmann mehr gibt, sondern nur noch den Istkaufmann, ist eine OHG nunmehr auch im Bereich des alten § 2 HGB immer schon ohne Eintragung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Das war bisher bei sollkaufmännischem Gewerbe vor der Eintragung nicht der Fall. Diese Veränderung wirkt sich nun in § 123 HGB aus. Dessen Absatz 1 gibt zu Neuüberlegungen keinen Anlaß. Wie bisher besteht mit der Eintragung die OHG im Verhältnis zu Dritten selbstverständlich. In § 123 Abs. 2 HGB jedoch hat sich die Bedeutung der textlich unverändert fortbestehenden Verweisung auf § 2 HGB gewandelt: Sie betrifft jetzt nicht mehr das sollkaufmännische Gewerbe sondern das Kleingewerbe. Bei über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehendem Gewerbe entsteht die OHG nach neuem Recht immer schon mit Geschäftsbeginn, auf den Zeitpunkt der Eintragung kommt es nicht an. Die Ausnahme des § 2 wirkt sich nur für Kleingewerbetreibende aus. Kleingewerbliche Unternehmen sind zwar grundsätzlich nicht Handelsgewerbe, § 1 Abs. 2 HGB n.F. Sie können aber durch Eintragung ins Handelsregister zu Handelsgewerbe werden, § 2 Satz 1 HGB n.F., und der Kleingewerbetreibende hat ein Recht auf diese Eintragung, Satz 2. Mit der Eintragung wird sein Gewerbe zum

Handelsgewerbe. Anders als früher kann jetzt nach einem neuen Abs. 2 des § 105 HGB eine OHG auch von Kleingewerbetreibenden begründet werden. § 4 Abs. 2 HGB a.F. hatte das verboten. Mit seiner Streichung ist dieses Verbot entfallen. Das Gesetz enthebt uns mit dem neuen § 105 Abs. 2 aller Zweifel, wie das gemeint ist. Es gibt jetzt in Zukunft auch die Miniatur-OHG. Bisher waren Kleinunternehmen immer nur in BGB-Gesellschaft betreibbar. Für diese Mini-OHG (für die KG gilt nichts anderes), die erst mit der Eintragung Handelsgewerbecharakter erwerben und die OHG-Rechtsform einnehmen kann, macht § 123 Abs. 2 HGB die Wirksamkeit als OHG auch bei vorherigem Geschäftsbeginn von der Eintragung abhängig.

2. Das Gesetz bringt im neuen § 105 Abs. 2 HGB ferner eine eigentümliche Erweiterung für die Anwendung der Rechtsform-OHG: Diese Rechtsform kann jetzt auch eine Gesellschaft wählen, die nur eigenes Vermögen verwaltet. Dieser ausdrücklichen Regelung bedurfte es, weil die bloße Verwaltung eigenen Vermögens den Gewerbebegriff nicht erfüllt. Es liegt, wie viele sagen, keine Ausrichtung auf Erwerb vor. Gewerbe ist nach h.M. eine selbständige, entgeltliche, auf eine grundsätzlich unbestimmte Vielzahl von Geschäften gerichtete, nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit mit Ausnahme der freien Berufe¹⁴⁾. Die bloße Vermögensverwaltung erfüllt die Voraussetzungen dieses Gewerbebegriffs nicht. Wer also sein Vermögen selber verwaltet, ist

14) Freie Berufe sind einmal die Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte und Zahnärzte. Für diese besagen die einschlägigen Sondergesetze (z.B. der Bundesrechtsanwaltsordnung und der Bundesärzteordnung), daß sie kein Gewerbe betreiben. Etliche andere Berufe gelten kraft Tradition als freie Berufe, insbesondere Architekten, Künstler, Dolmetscher, Privatlehrer, Schriftsteller.

nicht Kaufmann und kann es auch nicht werden. Mehrere Personen können sich aber zusammentun und eine OHG zum Zweck dieser Verwaltung betreiben, ein seltsames, zu einem Wertungswiderspruch führendes Ergebnis. Insoweit führt § 6 Abs. 1 HGB jetzt auch bei der OHG dazu, daß sie wie ein Kaufmann behandelt wird, obwohl sie kein Handelsgewerbe betreibt¹⁵⁾. Auch für diese Gesellschaft wirkt die Eintragung konstitutiv, demgemäß gilt nach § 123 Abs. 2 n.F. ebenfalls, daß die Gesellschaft als OHG erst mit Eintragung wirksam wird.

III. Andere Veränderungen des Personengesellschaftsrechts

1. Im Personenhandelsgesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber noch einen ganz anderen Punkt reformiert, nämlich die Regelung über die Auflösung der OHG: In § 131 HGB n.F. wurden die Nr. 4 und 5 der alten Fassung gestrichen sowie von der Nr. 6 die erste Hälfte. Das bedeutet, daß der Tod eines Gesellschafters, der Konkurs eines Gesellschafters und Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft führen. Was stattdessen in diesen Fällen gilt, steht im neu eingefügten § 131 Abs. 2: Diese Tatbestände (Tod, Konkurs und Kündigung) führen jetzt zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters, d.h. dazu, daß die Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter fortgesetzt wird. Der neue Abs. 2 faßt nunmehr die meisten Fälle zusammen, in denen ein solches Ausscheiden Platz greift, leider nicht alle, nämlich nicht den Fall der

15) Dazu *Wolfgang Schön*, Die Vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaft, ein Kind der HGB-Reform, DB 1998, 1169

Ausschließung eines Gesellschafters durch Ausschließungsurteil (§ 140 HGB). Die einzelnen Modalitäten des § 131 Abs. 2 sind leicht verständlich bis auf die Nr. 6: Beschluß der Gesellschafter in dieser Norm bedeutet, daß nur alle Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden den Beschluß, daß ein Gesellschafter ausscheiden soll, fassen können. Letztlich handelt es sich dabei um nichts anderes als einen Vertrag über das Ausscheiden.

Die Neuregelung des § 131 HGB hat zur Folge, daß §§ 137 und 138 überflüssig sind, weshalb sie gestrichen wurden. § 136 hat man gestrichen, weil seine praktische Relevanz gering war und überdies durch die Änderung des § 729 BGB die rechtspolitischen Anliegen des § 136 HGB weithin abgedeckt sind¹⁶⁾.

2. Die Ausschließungsklage des § 140 HGB bleibt, sie wird aber erweitert, indem die Übernahmeklage des § 142 HGB a.F., die für die zweigliedrige Gesellschaft vorgesehen war, nunmehr der Ausschließungsklage zugeschlagen wird. Die Neuregelung hat dies mit der Anfügung eines Satzes in § 140 Abs. 1 bewirkt: "Der Ausschließungsklage steht nicht entgegen, daß nach der Ausschließung nur ein Gesellschafter verbleibt". Das ist ohne weiteres einleuchtend, weil man auch bei § 142 HGB angenommen hat, daß mit Rechtskraft des Übernahmehurteils ein

16) Der für die BGB-Gesellschaft geltende § 729 HGB lautet in der Neufassung des Handelsrechtsreformgesetzes: "Wird die Gesellschaft aufgelöst, so gilt die Befugnis eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß. Das gleiche gilt bei Fortbestand der Gesellschaft für die Befugnis zur Geschäftsführung eines aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters oder für ihren Verlust in sonstiger Weise."

automatischer Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den Übernehmenden stattfand, also die gleiche Wirkung eintrat wie beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Durch die Änderungen wurde nicht nur § 142 Abs. 1 überflüssig, sondern auch § 142 Abs. 2 und § 141 HGB, die sämtlich gestrichen wurden.

3. Schließlich ist noch eine Änderung im Recht der Kommanditgesellschaft bemerkenswert. Die bisherige Fassung des § 177 HGB, daß der Tod eines Kommanditisten nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt, war die Gegenvorschrift zum alten § 131 Nr. 4 HGB, daß der Tod eines Gesellschafters die OHG zur Auflösung bringt. Bei der Kommanditgesellschaft sollte diese Folge nicht eintreten, weshalb es einer ausdrücklichen Regelung bedurfte. Was stattdessen bei der Kommanditgesellschaft gelten sollte, war gesetzlich nicht geregelt. In Frage kam entweder das Ausscheiden des Verstorbenen nebst Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter, oder, als andere Möglichkeit, die Fortsetzung mit den Erben des Verstorbenen. Die allgemeine Meinung nahm an, daß die Erben automatisch als Kommanditisten einrücken. Der Regierungsentwurf des Handelsrechtsreformgesetzes hatte nun die Streichung des § 177 HGB vorgesehen, der ja nicht mehr erforderlich war, weil § 131 Nr. 4 HGB a.F. gestrichen wurde. Aber daraus hätte man dann folgern müssen, daß nach § 131 Abs. 2 Nr. 1 der Neufassung der Kommanditist mit seinem Tod aus der Gesellschaft ausscheidet, d.h. keine Fortsetzung mit den Erben stattfinden sollte. Auch die Begründung zog diese Folgerung. Das Parlament ist hier dem Regierungsentwurf nicht gefolgt. In dem neuen § 177 ist vielmehr ausdrücklich vorgesehen, daß die Gesellschaft mit den

Erben fortgesetzt wird. Die Rechtslage ist daher durch die Neufassung in der Sache nicht geändert worden. Die Neufassung war aber zur Vermeidung einer Änderung notwendig.

VI. Zum Firmenrecht

Das Firmenrecht enthält in § 17 HGB den Begriff der Firma: Sie ist der Geschäftsname des Kaufmanns. In dieser Bestimmung hat man nur die antiquierte Formulierung des Betreibens "im Handel" gestrichen, die noch ganz den Verhältnissen des 19. Jahrhunderts entsprach. Sachliche Bedeutung kommt dieser kleinen Änderung nicht zu.

Die §§ 18 und 19 HGB enthielten in der alten Fassung die Grundvorschriften über die Bildung der Firma und zwar § 18 für den Einzelkaufmann und § 19 für die Personenhandelsgesellschaften. Für die Aktiengesellschaft und die GmbH fanden sich die Vorschriften im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz.

Als dritten Regelungskomplex enthielten die §§ 21 - 24 Regelungen über die Firmenfortführung bei Änderungen von Namen (§ 21), bei Änderungen des Inhabers (§ 22) und bei Änderungen im Gesellschafterbestand (§ 24). § 23 enthält das Verbot der selbständigen Firmenveräußerung.

1. Das letztgenannte Verbot bleibt unverändert. Die §§ 21, 22 und 24 erfahren kleinere Textänderungen und Ergänzungen, die sämtlich nur klarstellender Art sind und das geltende Recht nicht verändern. Darauf braucht nicht näher eingegangen zu werden. Die Klarstellungen sind

gleichwohl, im Hinblick auf die neue Generalklausel in § 18 HGB zu begrüßen, auf die sogleich einzugehen sein wird.

2. Ganz erhebliche Veränderungen haben die Grundsatzregelungen erfahren. Das bisherige Recht unterschied hinsichtlich der Zulässigkeit bei der Bildung der Firma scharf zwischen Personenfirma, Sachfirma und Phantasiefirma, ferner zwischen dem Firmenkern und Firmenzusätzen. Bisher war in § 18 Abs. 1 HGB a.F. für den Einzelkaufmann als Firmenkern die Personenfirma zwingend vorgeschrieben. Er mußte einen Personennamen, und zwar seinen eigenen verwenden (Familiename und mindestens einen Vornamen). Diesem Kern durften Zusätze hinzugefügt werden, die sachbezogen, insbesondere auf den Unternehmensgegenstand ausgerichtet sein konnten. Das ganze durfte nach Abs. 2 a.F. nicht zur Täuschung im Rechtsverkehr geeignet sein.

Für OHG und KG war in § 19 a.F. vorgeschrieben, daß mindestens der Name eines persönlich haftenden Gesellschafters als Firmenkern vorzusehen war. Hier genügte ein Familienname. Dazu war erforderlich die Beifügung eines ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatzes. Kommanditisten durften in der Firma nicht erscheinen.

Die Systematik ist jetzt grundlegend verändert.

a) § 18 HGB n.F. spricht nicht mehr nur vom Einzelkaufmann, sondern vom Kaufmann. Er gilt deshalb wegen § 6 Abs. 1 HGB auch für alle Handelsgesellschaften, d.h. auch für OHG, KG, AG und GmbH.

b) Nach der Grundregel des neuen § 18 Abs. 1 HGB ist nun für keine Rechtsform mehr vorgeschrieben, welcher Art die Firma zu sein

hat. Es kann überall eine Sachfirma oder eine Personenfirma oder eine Phantasiefirma gewählt werden. Auch der Einzelkaufmann braucht nicht mehr seinen Namen zu verwenden. Er kann z.B. die Firma "Expert-Computer" oder "Heilkräuterladen" wählen. Eine OHG könnte sich "die schlaunen Maler" usw., nennen. Nur verlangt § 18 Abs. 1, daß die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen muß. Also: Kennzeichnungsfähigkeit und Unterscheidungskraft, weil sie sonst die Namensfunktion im Geschäftsverkehr nicht erfüllen kann. Das Hauptgewicht liegt dabei auf der Unterscheidungskraft. Kennzeichnung heißt nicht, daß aus der Firma der Unternehmensgegenstand erkennbar sein muß und ebenso wenig muß die Person aus der Firma hervorgehen. Mit Recht hat man darauf hingewiesen, daß ein Phantasiename vielfach mehr Unterscheidungskraft besitzt als eine Sachfirma, nämlich vor allem dann, wenn es viele Unternehmen gleicher Art im einschlägigen örtlichen Bereich gibt. Natürlich wird nach wie vor die Personenfirma eine Rolle spielen, weil bei ihr sowohl die kennzeichnende wie die unterscheidende Funktion weniger zweifelhaft ist als vielfach bei anderen Bezeichnungen. Mit entsprechender Reklame kann sogar ein Allerweltsname Unterscheidungskraft erwerben.

c) Verändert worden ist auch das Irreführungsverbot in § 18 Abs. 2 HGB, das ebenfalls für alle Rechtsformen gilt. Dieses Verbot ist gelockert worden. Nur noch die Irreführung über solche geschäftlichen Verhältnisse ist betroffen, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind. Damit tritt man der z.T. zu pingeligen Gerichtspraxis entgegen. Satz 2 lockert das ganze noch weiter dadurch auf, daß der Registerrichter im Eintragungsverfahren nur evidente Irreführungsgefahren

berücksichtigen soll.

3. § 19 HGB regelt jetzt nur formelle Zusätze, und zwar für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften.

a) Besonders weittragend ist, daß jeder Einzelkaufmann in Zukunft den Zusatz "eingetragener Kaufmann" bzw. "eingetragene Kauffrau" führen muß (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB n.F.) oder eine allgemein verständliche Abkürzung. Als solche bezeichnet das Gesetz ausdrücklich e.K., e.Kfm. und e.Kfr. Die Allgemeinverständlichkeit dieser Abkürzungen ist natürlich gegenwärtig noch nicht gegeben, wird sich aber bei häufiger Verwendung entwickeln. Aus diesen Zusätzen wird für den Verkehr ersichtlich, daß ein einzelkaufmännisches Unternehmen vorliegt, über dessen Verhältnisse man sich im Handelsregister informieren kann.

b) Bei der OHG und bei der KG ist jetzt ein strikter Rechtsformzusatz nötig, die bloße Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses genügt nicht mehr. Für die AG wird das ergänzt durch die Neufassung des § 4 AktG, der nur noch den Rechtsformzusatz regelt: Aktiengesellschaft oder AG ist danach als Zusatz nötig. Für die GmbH gilt nach § 4 GmbHG n.F. entsprechendes. Die Firma muß den Zusatz "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" oder GmbH enthalten. Das Firmenrecht der Kapitalgesellschaften ist damit gespalten geregelt: Das Grundsätzliche findet sich jetzt in § 18 HGB, die Regelung über den Rechtsformzusatz in den Sondergesetzen.

4. Wenn in einer OHG oder KG keine natürliche Person unbeschränkt haftet - der Gesetzestext ist mißverständlich, er spricht von persönlicher Haftung; gemeint ist in Wahrheit: Persönlich haftender

Gesellschafter ist i.S. von Komplementär - muß die Firma das nach § 19 Abs. 2 HGB n.F. zum Ausdruck bringen. Etwas Ähnliches hatte vorher schon § 19 Abs 5 HGB a.F. bestimmt. Die Umformulierung sollte nur klarstellende Bedeutung haben. Welche Anforderungen zu stellen sind, dazu gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung: "GmbH und Co. KG" reicht aus; "b.h. OHG" reicht nicht aus, wohl aber "beschränkt haftende OHG" (oder KG).

Aus dieser Regelung darf man wohl rückschließen, daß nach neuem Recht trotz Streichung des bisherigen § 19 Abs. 4 HGB a.F. der Name eines Kommanditisten nicht in der Firma einer KG erscheinen darf: das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 dürfte eingreifen. Unzweifelhaft ist diese Auslegung jedoch nicht.

5. Insgesamt zeichnet sich das neue Firmenrecht durch größere Liberalität und Flexibilität aus und vor allem hinsichtlich des Firmenkerns durch Unabhängigkeit von der gewählten Rechtsform. Das ist eine begrüßenswerte Verbesserung auch im Hinblick auf die erweiterten und vereinfachten Möglichkeiten der Umwandlung i.S. des Rechtsformwechsels. Die Durchsichtigkeit für den Rechtsverkehr wird freilich durch Zurückdrängung der Personenfirma verschlechtert.

V. Zusammenfassend läßt sich zur Reform des deutschen Handelsrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz sagen, daß sie Verbesserungen, Vereinfachungen, Liberalisierungen und Klarstellungen gebracht, die zu begrüßen sind. Ob die Veränderungen allerdings erhebliche praktische Bedeutung erlangen werden, bleibt abzuwarten.

1998년 독일 상법개정¹⁾

Prof. Dr. Wolfgang Zöllner*

번역: 李基秀**

《目 次》

- | | |
|--------------------------|---------------------|
| I. 상인개념의 개정 | III. 인적회사법의 그 밖의 개정 |
| II. 합명회사와 합자회사에
대한 효과 | IV. 商號法 |
| | V. 結語 |

독일의 1998년 6월 22일의 상법의 개정을 위한 법률²⁾은 1998년 7월 1일 시행되었는데 그 중 핵심사항은 상법전을 개정하는 것이다. 이 개정으로 인하여 상인개념이 변경되었고 상호법이 자유화되고 부분적으로는 새로운 토대하에 놓이게 되었다. 또한 이러한 영역과는 관계없는 사항으로서 합명회사법과 합자회사법도 개정이 되었다. 개정법은 그밖에 많은 다른 법률의 개정을 내용으로 하고 있다. 민법, 약관의 규제에 관한 법률, 주식법, 유한회사법, 민사소송법, 비송사건절차법 등의 개정이 그것이다. 아래의 서술은 상법전의 개정에 한정한다. 상법전의 개정가운

* Universität Tübingen.

** 高麗大 法大 教授・法學博士

- 1) 이에 대한 자료로는 K.Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161; P. Bydlinski, Zentrale Änderungen des HGB durch das HRefG, ZIP 1998, 1169; v. Olshausen, Fragwürdige Redeweisen im Handelsrechtsreformgesetz, JZ 1998, 717 참조. 법률초안에 관한 자료로는 Bokelmann, GmbHR 1998, 97; Henssler, ZHR 161(1997), 13; K. Schmidt, ZIP 1997, 909; 더 많은 자료는 Schmidt, NJW 1998, 2161, 추 1 참조.
- 2) 정식명칭은 “상인법과 상호법을 개정하고 그 밖의 상법, 회사법규정을 개정하기 위한 법률”(Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften v. 22.6.1998, BGBl I 1998, 1474)이다.

데에서도 중요하지 않은 사항은 생략한다.³⁾

I. 상인개념의 개정

1. 독일 상법 제1조 제1항의 원칙규정은 이번 법개정을 통하여 개정되지 않았다.

a) 따라서 상인개념이 상법의 핵심개념으로 계속 남는다. 상법은 종래와 마찬가지로 상인의 특별사법으로記述할 수 있다. K. Schmidt는 상법을 모든 기업종류에 대한 외부사법으로 구축하자고 주장하였는데 이러한 법정정책적 제안은 실현되지 못하였다. 그런데 그렇게 되지 못한 것은 환영하여야 한다.⁴⁾ 왜냐하면 상법에 대한 연결개념으로서 기업개념이 적당하지 않기 때문이다. 기업개념은 너무 불확실하고 또 경제생활과 동떨어진 목적을 가진 조직도 포괄하게되는데 상법의 규정은 그러한 목적에는 적합하지 않다. 상인개념의 가장 중요한 의미는 상인개념이 거의 모든 상법규정의 적용에 대한 법기술적인 연결점을 제공한다는 데에 있다. 그리고 이점은 변함이 없다. 변하는 것은 상인개념 자체가 종래에는 부분적으로 달리 구체되어야 한다는 점이다.

b) 종래의 체계는 두 가지 유형으로 나뉘어진다. 즉 당연상인(Istkaufmann)과 의제상인(Sollkaufmann)⁵⁾이 그것이다. 그 이외에 제3의 작은 類

3) 독일상법은 1998년 그 밖의 두 가지 중요한 개정이 있었다. 기업영역에서의 통제와 투명성에 관한 법률(Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich v. 27.4.1998, BGBl I 1998, 786)에 의한 계산법의 개정과 운송업, 운송주선업 및 창고업의 개정을 위한 법률(Gesetz zur Neuordnung des Frachts-, Speditions- und Lagerrechts v. 25.6.1998, BGBl I 1998, 1588)에 의한 운송법개정이 그것이다.

4) 이에 대한 원칙적인 의견표명에 대하여는 Zöllner, Wovon handelt das Handelsrecht?, ZGR 1983, 82 ff. 그런데 역시 자신의 주장이 실현되지 못하여 유감스러워하는 내용은 K. Schmidt, NJW 1998, 2161 f. 참조.

5) 당연상인이란 표시는 상업등기부예의 등기라는 등기관청의 조치없이도 개정전 독일상

형으로서 가능상인(Kannkaufmann)이 있었는데 이는 본질적으로 농업, 임업에 한정되었다(독일 구상법 제3조). 그 밖에 당연상인은 완전상인과 소상인(Minderkaufmann, 독일구상법 제4조)으로 구별하였어야 하였다. 앞으로 적용되는 새로운 체계는 간명하다. 의제상인은 더 이상 존재하지 않는다. 그리고 당연상인만 존재한다(그리고 그 밖에 가능상인도 있게 된다). 독일개정상법 제1조는 법률에 의한 상인자격취득을 과거의 동조 제2항에서 처럼 개별상행위에 연결시키지 않고 상사영업의 개념을 일반적이고 추상적으로 기술한다. 즉 상사영업은 모든 영업경영이라고 한다. 이는 상사영업(Handelsgewerb)과 영업(Gewerb)사이의 원칙적으로 차이가 없다는 것을 의미한다. 이에 대하여 개정상법은 소규모영업과 간명히 구성된 영업에 대한 중요한 예외가 있다. 기업이 그 종류와 범위에 있어서 상인적 방법으로 설비된 영업경영을 필요로 하지 않는 경우에는 상사영업이 아니다(독일 개정 상법 제1조 제2항 제2반문). 이러한 공식으로 이전에는 소상인이 기술되었었다(독일 구상법 제4조 제1항). 소상인은 과거 독일 구상법 제1조 제2항의 법률에 의한 상인이었지만 상업등기부에는 등재될 수 없었다. 즉 상업등기부는 독일 구상법 제4조에 의하여 소상인에게서 허용되지 않았다. 이러한 소상인은 이제는 더 이상 존재하지 않는다. 소규모 및 간명히 구성된 기업을 제외하고 모든 영업기업은 상업등기부에의 등기여부에 관계없이 상인이다. 등기를 하여야 할 의무가 있었던 것으로(독일 구상법 제2조 제2문) 등기를 하여야만 상인이 되었던 의제상인은 폐지되었다. 상업등기가 허용되지 않았기에 독일구상법 제1조에 의하여만 상인이 될 수 있었던 소상인은 이제는 자동적으로 상인이 되지는 않는다. 왜냐하면 독일 개정상법 제1조 제2항 제2반문이 소상인을 일반적으로 상사영업개념으로 부터 배제하고 있기 때문이다.

2. 소상인을 폐지함으로써 종래의 독일상법 제4조가 삭제되었다. 법

법 제1조에 의하여 법률상 당연히 상인자격을 취득하게 되었음을 분명히 밝히고 있다.

개정전 독일상법 제1조의 소상인은 자동적으로 상인이었다. 즉 독일상법 제1조 제2항에 열거된 영업을 하면 자동적으로 상인이 되었다. 그러나 그 경우에도 상법은 제한적으로만 적용되었다.⁶⁾ 이제는 종래의 소상인이었던 것이 전혀 상인이 아니며 따라서 상법도 원칙적으로 전혀 적용되지 않고, 선택적으로도 적용되지 않는다.

이에 대하여 두 곳에서 예외를 두고 있다. 즉 하나는 대리상⁷⁾에 대하여이고 또 하나는 위탁매매인⁸⁾에 대하여이다.

소상인을 삭제하는 또 다른 효과는 독일상법 제351조를 삭제하는 것이다. 독일상법 제351조는 소상인에게 부담을 주는 상법의 규정(제348

6) 독일개정전 상법 제4조 제1항 및 제351조 참조.

7) 독일상법 제84조에는 다음과 같은 제4항이 추가되었다. 즉 “이 절의 규정은 대리상의 기업의 종류와 범위에 있어서 상인적 방법으로 설비된 영업을 필요로 하지 않는 경우에도 적용된다”는 것이다. 대리상은 독일 구상법 제1조 제2항 제7호의 영업을 하는 자로서 자동적으로 상인이었다. 이러한 대리상 가운데 많은 것이 소규모 영업자로서 소상인자격을 가지고 있었다. 오늘날은 소규모대리상은 원칙적으로 전혀 상인이 아니다. 독일개정상법 제84조 제4항으로 인하여도 이 점은 변화가 없으나 그러한 소규모 대리상에게도 독일 상법 제84조 아래의 규정을 적용할 것을 명하고 있다. 이는 타당하다. 독일상법 제84조 아래의 규정은 대리상의 본인에 대한 관계를 규정하는 것이기 때문이다. 독일상법 제84조 아래의 규정은 대부분 대리상을 보호하는 규정이고 따라서 소규모의 대리상이 상인이 아니더라도 그러한 규정을 적용하도록 하는 것은 의미가 있다. 또한 소규모의 대리상에게 이들 규정이 적용되는 것이 대규모대리상에게 적용되는 것보다 의미가 더 크다고 할 수 있다. 하지만 개정법 제84조 제4항에 의거하여 상업등기부에 등기되지 아니한 소규모대리상에게는 그 밖의 상법규정은 적용되지 않는다고 생각한다. 소규모대리상이 예를 들어 컴퓨터를 구입하였다고 하여 쌍방적 상사매매라고 할 수 없다. 다만 그가 다른 방법으로 상인자격을 취득하였지만 이는 예외이다.

8) 위탁매매업에 대하여는 독일 상법 제383조에 제2항이 추가된다. 즉 “이 장의 규정은 위탁매매업을 하는 기업이 종류와 범위에 있어서 상인적 방법으로 설비된 영업을 필요로 하지 않는 경우에 및 기업의 상호가 독일상법 제2조에 의하여 등기되지 않은 경우에도 적용된다. 이 경우에는 제4편 제1장의 규정도 제348조 내지 제350조를 제외하고는 적용된다”는 내용이 그것이다. 소규모대리상에게 있어서와는 달리 소규모위탁매매인에 대하여는 상행위의 일반규정도 적용하도록 하고 있으며 다만 부담을 주는 제348조 내지 제350조를 제외하였다.

조 내지 제350조)을 소상인에게는 적용을 제외하는 내용이었다. 제348조 내지 제350조는 앞으로도 그 밖의 경우에 계속 적용된다. 제348조는 상인은 제343조에 의하여 주어진 위약벌약정을 감경할 수 없다는 내용이다. 또 제349조는 상인은 보증의 경우에 최고검색의 항변권을 주장할 수 없다는 내용이다. 그런데 이 규정은 큰 의미는 없다. 왜냐하면 실무상 보증인에게 이러한 항변권을 포기하도록 하고 있기 때문이다. 제350조에 의하면 보증, 채무약속 및 채무승인에 대한 서면요구는 상인에게 적용되지 않는다고 되어있다. 이러한 규정은 소상인에게 적용되지 않는다고 했던 내용은 법률상 소상인이 되는 경우가 없어졌기에 이제는 불필요하다.

3. 종래의 체계에 대한 심대한 변경이 독일상법 제2조를 전적으로 새로이 구성함으로써 발생하였다. 독일상법 제2조는 더 이상 과거의 의제상인을 다루지 않고 과거의 법과는 다른 규정을 소규모 영업자에 대하여 하고 있다. 즉 소규모영업자도 등기를 함으로써 상법의 적용을 받도록 하는 것이다. 이에 의하여 독일 개정상법 제1조 제2항에 의하여 상인의 개념에서 제외된 소규모영업기업이 등기를 하면 상사영업으로 인정된다. 그런데 이와같이 등기를 하면 소규모영업자에 대하여도 상법이 전적으로, 즉 종래와 같은 예외가 없이 적용된다. 물론 소상인도 그러한 상법의 적용으로부터 등기를 해소함으로써 벗어날 수 있다. 구법에 의하여서도 등기된 소상인은 어떤 업종을 영위하느냐에 관계없이 완전상인이었다(독일 구상법 제5조)(소위 의제상인[Fiktivkaufmann]). 독일상법 제5조에 의하여 근거지워진 상인자격의 의제는 등기된 자 자신을 위하여도 적용된다고 하나 이는 타당하지 않다. 개정상법 제2조의 규정은 구상법 제5조에 대하여 중요한 차이를 보여주고 있다. 즉 종래 독일 구상법 제5조에 의한 소상인의 등기는 위법이어서 등기법원은 사실이 알려지면 등기를 거부하여야 하였고 나중에 알게된 때에는 등기법원은 소상인을 다시 해소하여야 하였다. 개정된 법에 의하면 소규모영업자는

구상법 제2조 제2문 및 제4조 제1항과는 달리 등기를 할 권리가 있다. 즉 등기법원은 등기신청이 있으면 등기를 하여야 하며 등기신청자의 의사에 반하여 해소할 수 없다. 그 결과 소규모영업자는 등기후에는 진정한 상인이 되는 것이지 상인으로 의제되는 것이 아니다. 소규모영업자는 등기에 의하여 상인자격을 취득할 수 있으나 그렇게 할 의무는 없다. 간이업소에서 신문과 잡화를 판매하는자, 소규모과일상 및 부띠끄운영자등도 모두 상인이 될 수 있다. 그들이 등기가 되면 상법이 전적으로 적용된다. 가령 그렇게 되면 구두에 의한 보증의 의사표시도 유효하다.

소규모영업자가 어느 정도 이러한 방법을 활용할지는 이제 실제의 업무처리에서 드러나게 될 것이다. 그 이후에야 법개정이 법정정책적으로 잘 된 것인지를 평가할 수 있다. 아주 영세한 영업자도 등기하는 것은 바람직하지 않다.

정리를 하면 독일개정전상법의 소상인은 개정전상법 제1조에 의하여만 상인자격을 취득할 수 있었고 상인자격취득을 임의로 배제할 수 없었는데 이제 그러한 소상인제도는 없어졌다. 그에 상응하는 소규모영업기업 및 독일구상법 제2조에 해당하는 소규모영업기업은 구법하에서는 상인자격을 취득할 수 없었는데 개정후상법 제2조 하에서는 체계적으로 상인으로 편입된다.

4. 농업과 임업분야의 상인성

구법에 의하면 농업 및 임업분야에서도 상인이 있을 수 있었다. 독일 구상법 제3조 제1항은 농업 및 임업분야는 상법 제1조에 의한 당연상인은 아니라는 점을 분명히 하고 있었다. 그런데 이는 불필요한 규정이다. 왜냐하면 농업 및 임업분야는 어쨌든 독일 구상법 제1조 제2항의 제한열거사항에는 포함되어 있지 않기 때문이다. 이에 반하여 독일 구상법 제2조는 농업 및 임업분야에 대하여도 해당된다. 독일 구상법 제3조 제2항은 농업 및 임업분야의 대규모영업도 독일구상법 제2조 제2문의 등기의무로부터 제외되어있지만 등기가 되면 완전상인이 된다는 점

을 밝혀주고 있다.

독일 상법 제3조 제1항은 개정후에도 변경되지 않았다. 즉 동조항에는 종래와 같이 “농업 및 임업분야의 영업에 대하여는 상법 제1조는 적용되지 않는다”고 되어 있다. 그 의미는 그러나 일반화되었다. 즉 농업 및 임업분야의 영업은 원칙으로 상사영업이 아니고 따라서 농업자 및 임업자는 원칙으로 상인이 아니다. 구상법 제3조 제2항은 더이상 맞지 않는다. 등기에 의한 의제상인(Sollkaufmann)이 없어졌기 때문이다. 그리하여 제3조 제2항이 다음과 같이 개정이 이루어지게 되었다. 즉 “그 종류와 범위에 있어서 상인적 방법으로 설비된 영업경영을 필요로 하는 농업 및 임업분야의 기업은 제2조가 등기후 상호의 폐지는 상호의 폐지에 관한 일반규정에 의하여 행하여지는 방법으로 적용된다”고 규정되게 되었다. 즉 소규모가 아닌 농업 및 임업분야기업은 등기할 수는 있으나 등기하여야만 하는 것은 아니다. 이 때 개정후상법 제2조와의 중요한 차이점은 다음과 같다. 즉 농업기업이 등기되면 소규모영업이 아닌 이상 임의로 상인의 신청에 의하여 등기를 해소하는 것은 불가능하다는 점이 그것이다. 그러나 그에 대하여 일반적으로 적용되는 규정(비송사건 절차법 제142조)에 의한 해소는 언제든지 가능하다.

독일 개정후 상법 제2조와 제3조 제2항을 비교하여 보면 소규모농업자도 등기할 수 있는가라는 재미있는 문제에 부딪치게 된다. 개정후 상법 제3조 제2항에 의하면 소규모농업자는 상인자격을 취득할 수 없다. 그러나 그러한 소규모농업자가 독일개정상법 제2조의 직접적용에 의하여 등기를 요청할 수 없는가 하는 문제가 제기된다. 개정상법 제2조에 의하여 모든 소규모영업자가 등기할 수 있다고 한다면 왜 농업이나 임업자는 그로부터 배제되어야 하는지를 납득하기 어렵다. 개정후 상법 제3조 제2항으로부터 반대해석에 의한 주장을 아마도 할 수는 있을 것이다. 즉 개정후상법 제3조 제2항이 제2조를 유추적용할 것을 요구하고 있는데 만일 제2조가 직접 적용된다면 그러한 유추적용은 필요하지 않

을 것이기 때문이다. 그러나 이러한 주장은 그 근거가 박약하다. 개정상법 제2조에 의한 등기는 소규모영업자에게 사후적으로 없앨 수 있지만 소규모를 넘는 농업 및 임업기업에 적용되는 개정후 상법 제3조에 의한 등기는 사후적으로 해소할 수 없기 때문이다. 그에 따라서 개정후 상법 제3조 제1항과 제2항은 다음과 같은 의미가 있다. 제1항은 농업 및 임업기업을 당연상인의 자격으로부터 배제한다. 농업 및 임업기업은 그들의 의사없이 상인이 될 수 없어야 한다는 것이다. 제2항은 농업 및 임업기업에게 상인자격취득을 가능하게 하는데 임의로 철회할 수는 없다. 농업 및 임업의 소규모기업은 다른 모든 분야의 기업처럼 당연상인 자격은 취득하지 못하고 따라서 제3조 제1항에 의하여 커버되지 못한다. 제2항의 예외는 농업 및 임업의 소규모기업에 연결시킬 필요는 없다. 농업 및 임업의 소규모기업은 원래부터 독일 개정후 상법 제2조에 해당하고 다른 모든 소규모영업처럼 등기에 의하여 상인자격을 취득할 수 있고 다만 사후적으로 철회할 수 있다. 이렇게 해석하는 것이 법률의 문언, 체계 및 목적론에 부합하는 것이다.⁹⁾ 정부초안에 나와 있듯이 이와 반대되는 법제정자의 의도¹⁰⁾는 해석에 있어서 기속력은 없다.

농업분야의 부수영업을 규정하는 독일상법 제3조 제3항은 개정시에도 변경이 없었다. 농업분야의 부수영업으로는 한편에서 동일한 소유자에 속하면서 다른 한편 주요 영업에 대하여 독립성을 보이면서도 주요 영업의 제품을 환가한다든지 주요영업이 농업인력을 이용한다든지하여 그와 관계가 있는 영업을 들 수 있다. 젓소의 젓을 짜는 업, 술의 제조·정제업, 방앗간업, 모래채취업, 벽돌제조업 등이 주요 예가 된다. 상법 제3조 제3항에 의하여 이러한 부수영업에 대하여 제1항과 제2항이 준용된다. 이 규정의 취지는 그러한 부수영업에 대하여도 비록 소규모 영업의 범위를 넘어서더라도 개정상법 제1조에서처럼 자동적으로 상인

9) v. Olshausen, JZ 1998, S. 717 f. 참조.

10) BR-Drucksache 340/97, S. 33, 34, 49 참조.

자격을 취득하게 되지는 않도록 하자는 데에 또 그 한도에서 등기의무가 존재하지 않게되는 것을 방지하는데 있다. 다른 한편에서는 상인자격취득이 부수영업에 제한되면서(즉 주영업에 미치지 않으면서) 등기에 의하여 (사후적으로 임의로 해소할 수 없이) 취득되는 것이 의미가 있다. 즉 농업자는 그의 주요 영업에 대하여는 상법의 적용을 받지 않게 된다. 그리고 특수하면서도 주요영업과 관련이 있는 소득분야에서 상인으로서 상거래에 참여하는 것이 가능하게 된다. 이와같이 상인자격을 부수영업에 한정하는 특권은 소규모범위를 넘는 부수영업에 대하여만 존재한다.

5. 독일상법학에서는 독자적 법인으로 운영되지 않는 공기업과 관련하여서도 상인인지 여부를 검토한다. 독일 개정전상법 제36조는 그러한 기업을 독일상법 제29조, 제2조 제2문의 등기의무로부터 면제한다. 이 때에는 주로 독일연방공화국, 州, 지방자치단체가 경영하는 기업이 문제된다. 그러한 기업이 공법상의 독립된 기관, 주식회사 혹은 유한회사로 운영되지 않고 국가나 지방자치단체가 직접 그 기업의 권리담당자일 경우 독일 개정전 상법 제36조의 특별규정에 의하여 등기의무뿐만 아니라 의제상인적 기업의 분야에서는 상인자격도 없게된다. 그 한도에서는 국가나 지방자치단체가 상인이었다. 이러한 제36조는 대체규정없이 삭제되었다. 신법에 의하면 법상황이 다음과 같다: 국가나 공법인이 자신에 의하여 직접 경영되는 기업, 가령 市가 경영하는 발전소, 대중교통수단운영 또는 국가가 경영하는 연방인쇄소를 통하여 私去來에 참여하면, 즉 기업의 고객에 대한 관계가 공권적관계가 아니라 고객과 사계약을 체결할 때에는 운영하는 공기업은 영업적으로 행위하는 것이고 따라서 자동적으로 상사영업이다. 이 때에는 개정후상법 제1조 제2항 제2半文에 규정된 규모범위를 넘기 때문이다. 국가, 공공단체는 그 한도에서 당연상인이고 상법 제29조에 의하여 등기를 하여야 할 의무가 있다. 따라서 개정전상법 제36조에 의한 商人類型은 더 이상 존재하지 않는

다.

6. 지금까지 서술한 바에 의하면 구법과 신법 사이에 상업등기의 의미와 관련하여 중요한 실제적인 차이가 있다. 등기에 의한 의제상인(Sollkaufmann)은 없어졌기 때문에 대부분의 영업기업에 있어서 상인자격취득과 관련하여 등기는 소위 선언적 의미만을 갖는다. 개정전상법 제2조의 전영역에서 등기가 창설적 의미를 갖던 것은 이제는 사라졌다. 그러나 등기의 창설적 의미는 아직도 개정후상법 제2조 제2항에 의하여 확대된 가능상인(Kannkaufmann)의 영역에서는 존재한다.

7. 소상공인제도를 폐지함으로써 독일구상법 제5조도 영향을 받게 되었다. 동조는 종래 위에서 언급한 바와 같은 완전상인의 의제를 담고 있었다. 이러한 의제는 두 가지 방향으로 영향을 미쳤다. 첫째 독일구상법 제1조에는 해당되지만 크기요건 때문에 완전상인기업이 되지 못했던 소상공인이 등기에 의하여 완전상인으로 보게되고 이는 단순히 소상공인으로 보는 것이 아니다. 둘째로 독일 구상법 제1조에 해당되지 않는 소규모영업자도 원래는 상인이 아니었음에도 불구하고 마찬가지로 완전상인으로 취급되어야 하였다. 소상공인제도가 폐지되고 또 다른 한편으로 소규모영업자가 등기할 가능성이 없어짐으로 인해 독일상법 제5조의 기능은 소멸하였다. 그러나 입법자는 그 규정을 축소하기만 하였다. 즉 입법자는 독일구상법 제4조 제1항에 대한 관련을 삭제하였다.¹¹⁾ 이 규정이 무엇을 의미하는가는 불명확하다. 왜냐하면 소규모범위를 넘어서는 영업이 상사영업이 아니라는 것은 독일 개정상법 제1조의 개념정의로부터 생각할 수 없기 때문이다. 소규모영업기업이 등기하면 상사영업이 된다는 점은 이미 독일 개정상법 제2조로부터 도출된다. 독일개정상법 제5조의 의제를 非營業(Nichtgewerbe)에게까지 확대하는 것, 즉 개인이나

11) 개정 독일상법 제5조는 다음과 같다: “상호(Firma)가 등기되면 등기를 원용하는 자에 대하여 그 상호하에 운영하는 영업이 상사영업이 아니라고 주장할 수 없다.”

자유직업인도 영업을 영위하지 않더라도 등기되어 있으면 완전상인으로 적용된다고 까지 확장하는 것은 있을 수 없다. 독일 개정전 상법 제5조는 항상 그 의제는 최소한 영업이 존재하는 경우에만 적용되는 것으로 해석되었다. 장차 동조항이 적용되는 경우로 소규모 기업이 등기신청없이 등기소의 실수로 등기되는 비현실적인 경우를 생각할 수 있을 것이다. 그런데 그러한 경우로 동조항의 존재를 정당화하기에는 너무나 부족하다. 독일구상법 제5조는 실무상 중요한 규정이었었다. 즉 그 규정이 소송이나 판결에서 근거제공을 위한 수고나 노력을 감축하여 주었었다. 등기가 되면 실무상 상인이었던 것이다. 따라서 그러한 실무로부터 완전히 벗어날 수는 없었을 것이다. 그런데 그에 대한 법정책적인 필요성은 사라졌다.

8. 독일상법 제6조 제1항은 변경없이 유지되었다. 그 규정에 의하면 상인에게 적용되는 규정은 모든 상사회사에 대하여도 적용된다고 되어 있다. 그러한 상사회사에는 합명회사, 합자회사, 주식회사, 주식합자회사, 유한회사 및 유럽경제이익단체(EWIV)¹²⁾가 있다. 동업회사법(Partnerschaftsgesellschaftsgesetz)에 의한 동업회사(Partnerschaftsgesellschaft)는 명시적으로 상사회사에 속하지 않는다. 동업회사는 가령 변호사나 공인 회계사와 같은 자유직업종사자가 그 직업을 수행하기 위한 결사에 불과하다. 동업자는 동업회사법 제1조 제1항 제2문에 의하여 상사영업을 영위하지 않는다.

독일상법 제6조 제1항은 상사회사자체에 상인자격이 주어진다는 것을 의미한다. 동조항은 또한 상사회사는 기업의 대상이 영업이 아닌 경

12) 유럽경제이익단체(EWIV)는 “유럽경제이익단체(EWIV)-도입법”에 의하여 상사회사이고 그에는 합명회사법이 적용된다. 유럽경제이익단체(EWIV)의 경제적 의의는 크지 않다. 왜냐하면 유럽경제이익단체(EWIV)는 독립된 이윤추구를 위한 것이 아니라 그 구성원을 지원하는데 취지가 있기 때문이다. 유럽공동체의 “유럽경제이익단체(EWIV)-명령” 제3조 참조.

우에도 상인자격을 갖는다는 것을 의미한다. 관념적인 목적을 가진 주식회사, 재산만을 갖기 위한 유한회사가 그 예가 된다. 합명회사와 합자회사에서는 상사영업 이외의 것은 원칙으로 인정되지 않는다. 즉 상법 제105조 제1항에 의하여 이들 회사는 상사영업을 경영할 것이 요구된다. 그런데 이에 대한 예외가 신법에 의하여 새로이 발생되었는데 이는 아래의 II, 2부분에서 본다.

9. 개정전상법 제6조 제2항은 제4조가 삭제되고 소상인제도가 없어짐으로 인해 그대로 유지될 수가 없었다.¹³⁾ 개정된 제6조 제2항의 내용은 다음과 같다: “법률이 기업의 대상과 관계없이 상인자격을 부여하는 사단의 권리의무는 제1조 제2항의 요건을 충족하지 않더라도 그대로 유지된다.” 이 조항의 의미에서의 사단(Verein)은 단체적 구조(körperschaftliche Struktur)를 가진 회사형태로서의 주식회사와 유한회사를 가리킨다. 개정법 제6조 제2항에서 “제1조 제2항의 요건”이라 함은 제1조 제2항 제2반문을 가리키는 것으로 보아야 한다. 즉 상사영업이 존재하지 않는다는 다른 요건은 이미 앞문장에 의하여 커버되기 때문이다. 그 결과 이전과 마찬가지로 제6조 제2항에서는 영업적 기업의 범위의 물음만이 문제된다. 그 한도에서 결과적으로 자명한 것을 규정한 것이다. 왜냐하면 개정법 제2조에 의한 크기는 등기가 이루어지면 중요하지 않기 때문이다. 그러나 법인이 되기를 원하면 주식회사나 유한회사는 등기를 하여야만 한다. 이들에게 있어서는 등기는 법인성립을 위하여 창설적 효력이 있다. 따라서 제6조 제2항을 삭제할 수도 있었을 것이다.

13) 개정전상법 제6조 제2항은 다음과 같이 되어 있었다: “법률이 기업의 대상을 고려함이 없이 상인자격을 부여하는 社團法人(Verein)의 권리의무는 상법 제4조 제1항에 의하여도 영향이 없다.”

II. 합명회사와 합자회사에 대한 효과

1. 독일상법 제105조 제1항은 법문언이 그대로 유지되었다. 그럼에도 불구하고 상인개념을 개정함으로써 여기도 불가피하게 영향을 받았다. 등기에 의한 의제상인(Sollkaufmann)은 없고 당연상인만 있기 때문에 합명회사는 구상법 제2조의 영역에서도 등기없이도 이미 상사영업경영에 맞추어져있다. 그런데 이는 종래 의제상인적영업에서는 등기전에는 그렇지 못하였다. 이러한 변경이 이제 제123조에 영향을 미친다. 제123조 제1항으로 인해 새로운 생각을 할 소지가 없게 만든다. 종래와 마찬가지로 등기함으로써 합명회사는 제3자에 대한 관계에서 자명하게 존재한다. 그러나 제123조 제2항에서 문언의 변경없이 제2조를 지시하는 것이 변화가 있게 되었다. 즉 그러한 지시는 더 이상 의제상인적 영업에가 아니라 소규모영업에 관한 것이다. 소규모의 범위를 넘는 영업에서는 합명회사는 신법에 의하여서는营业을 개시함으로써 성립되는 것이지 등기의 시점은 중요하지 않다. 제2조의 예외는 소규모영업경영자만을 위하여 효과가 있다. 소규모영업적 기업은 원칙으로 상사영업이 아니다(개정상법 제1조 제2항). 그러나 그러한 기업도 등기함으로써 상사영업이 될 수 있는데(제2조 제1문), 소규모영업경영자는 등기의 권리가 있다(제2문). 등기에 의하여 그의 영업은 상사영업이 된다. 이전과는 달리 이제는 제105조의 새로운 제2항에 의하여 합명회사가 소규모영업경영자로부터 설립될 수 있다. 그런데 구상법 제4조 제2항은 이를 금지하고 있었다. 그 규정이 삭제됨으로써 그 금지가 해소된 것이다. 새로운 제105조 제2항에 의하여 종래의 모든 의문점이 해소되게 되었다. 이제는 장래 소규모의 합명회사도 가능하게 되었다. 종래에는 소규모기업은 민법상의 조합의 형태로만 경영할 수 있었다. 등기에 의하여 상사영업적 성격을 취득하고 또 합명회사의 법형태를 취득할 수 있는 소규모합명회사에 대하여는(소규모 합자회사에 대하여도 같다) 제123조 제2항에 의하여 합명회사로서의 유효성은 비록 그 이전에 营业을 개시한 경우에도

등기시점에 발생한다.

2. 더 나아가서 새로운 제105조 제2항에서 합명회사의 법형태의 적용범위를 특히하게(eigentümlich) 확장시키고 있다. 이제 단지 자기재산만을 관리하는 회사도 합명회사의 법형태를 선택할 수 있다. 이러한 명시적인 규정은 필요하다. 왜냐하면 단순한 자기재산관리는 영업개념을 충족시키지 못하기 때문이다. 통설에 의하면 영업은 자유직업을 제외한 독립적이고, 유상적이며, 원칙으로 불특정 다수의 영업을 목표로 하고 대외적으로 인식할 수 있는 활동을 의미한다.¹⁴⁾ 단순한 재산관리는 영업개념요건을 충족하지 못한다. 즉 자신의 재산을 스스로 관리하는 자는 상인이 아니고 상인이 될 수도 없다. 그러나 다수의 인이 결합할 수 있으며 이러한 목적으로 합명회사를 경영하면 모순인 결과가 발생한다. 그 한도에서 제6조 제1항이 이제는 비록 그것이 상사영업을 경영하지 않더라도 상인으로 취급하여준다.¹⁵⁾ 이러한 기업에 대하여도 등기가 창설적 효력이 있다. 따라서 개정법 제123조 제2항에 의하여 회사는 등기함으로써 합명회사로써 유효하게 된다

Ⅲ. 인적회사법의 그 밖의 개정

1. 인적회사법에서 입법자는 다른 점에서 개정을 하였다. 즉 합명회사의 해산에 관한 것이 그것이다. 개정후상법 제131조에서 구법상의 제4호와 제5호 및 제6호의 전반부가 삭제되었다. 이는 사원의 사망, 사원

14) 자유직업은 변호사, 공인회계사, 세무사, 의사 및 치과의사를 가리킨다. 이들에 대하여는 해당 특별법(예컨대 연방변호사법과 연방의사법)이 이들 직업종사자가 영업을 경영하는 것이 아니라고 규정한다. 그 밖의 다른 직업은 전통적 이유로 자유직업인과 같이 다루어지는데, 이에겐 건축가, 예술가, 통역가, 사설강사, 작가가 속한다.

15) 이에 대하여는 Wolfgang Schön, Die vermögensverwaltende Personenhandels-gesellschaft, ein Kind der HGB-Reform, DB 1998, S. 1169 참조.

의 파산 및 사원에 의한 사원계약의 해지는 더 이상 회사의 해산사유가 아니다. 이러한 경우에 적용되는 것은 추가된 제2항에서 규정한다. 즉 이러한 구성요건(사망, 파산 및 해지)은 이제 해당 사원의 퇴사가 초래된다. 그 결과 회사는 다른 사원에 의하여 계속된다. 제2항은 더 나아가 그러한 퇴사가 행하여지는 경우를 종합하고 있는데 유감스럽게도 그 경우를 모두 망라하지는 못하고 있다. 가령 퇴사판결(Ausschließungsurteil)에 의한 사원의 배제(제140조)는 언급이 없다. 제131조 제2항의 개별적 유형은 제6호에 이르기까지 쉽게 이해할 수 있다. 동조항에서의 사원의 결의는 퇴사자를 포함한 모든 사원만이 어느 사원의 퇴사를 결정할 수 있다는 것을 의미한다. 이는 결국 퇴사계약을 말하는 것이다.

제131조를 개정한 결과로 제137조 및 제138조는 불필요하게 된다. 따라서 이 두 규정은 삭제되었다. 그리고 제136조도 삭제하였다. 그 이유는 그 규정의 실제적 의미가 적었고 독일민법 제729조의 개정으로 인하여 제136조의 법정책적 존재이유가 해결되기 때문이다.¹⁶⁾

2. 제140조의 퇴사의 訴(Ausschließungsklage)는 존속되며 일부 확대된다. 즉 2원적회사를 염두에 두었던 개정전상법 제142조의 引受의 訴(Übernahmeklage)는 퇴사의 소에 포함되도록 되었다. 개정법은 이를 위하여 제140조 제1항에 새로운 문장을 추가하였다. 즉 “퇴사후에 사원이 한명만이 되어도 퇴사의 소는 영향이 없다”는 표현이 그것이다. 그런데 이는 자명한 것이다. 왜냐하면 제142조에서도 인수의 판결의 발효에 의하여 회사재산의 인수회사로의 자동적 이전이 행하여지기 때문이다. 즉 독일민법 제738조 제1항 제1문에 의한 조합으로부터의 사원의 퇴사

16) 독일상법개정법에 의하여 개정된 독일민법 제729조는 다음과 같다: “조합이 해산되면 조합운영에 대한 사원의 권한은 조합해산에 대하여 認知할 때까지 혹은 인지하였어야 할 때까지 조합이 계속하는 바와 같이 조합을 위하여 권한이 존속한다. 이는 회사는 존속하면서 회사에서 퇴사하는 사원 또는 그 밖의 방법으로 자격을 상실하는 사원의 업무권한에 대하여도 적용한다.”

의 경우와 같은 효력이 발생하는 것이다. 법개정에 의하여 제142조 제1항이 불필요하게 되었을 뿐만 아니라 제142조 제2항과 제141조도 불필요하여 전부 삭제되었다.

3. 그리고 합자회사법의 개정도 주목할 필요가 있다. 유한책임사원의 사망은 회사의 해산사유가 아니라는 종래의 제177조의 규정은 개정전상법 제131조 제3호(합명회사의 사원의 사망은 회사의 해산을 초래한다)에 반대되는 규정이었다. 합자회사에서는 이러한 해산이라는 결과가 일어나지 않을 것이다. 따라서 명시적인 규정이 필요하였다. 그대신 합자회사에서 적용될 것은 법률에는 규정이 없었다. 문제가 되는 것은 사원의 사망의 경우에 회사는 타사원에 의하여 계속되게 할 것인가 아니면 다른 가능성으로서 회사가 그 상속인에 의하여 계속된다고 할 것인가이다. 일반적인 견해는 상속인이 자동적으로 유한책임사원으로 등장하는 것이다. 상법개정법의 정부초안은 제177조를 삭제하는 것을 예정하고 있었다. 그런데 그는 필요하지 않다. 왜냐하면 개정전상법 제131조 제4호는 삭제되었기 때문이다. 그러나 그로부터 개정후상법 제131조 제2항 제1호에 의하여 유한책임사원은 사망으로 회사로부터 퇴사되고 상속인에 의하여 계속되지 않는다고 결과를 이끌어내어야 할 것이다. 법개정안에 대한 정부의 입법이유도 이러한 결과를 정하고 있다. 그런데 의회는 정부초안을 따르지 않았다. 새로운 제177조에서 오히려 회사는 상속인에 의하여 계속된다고 명시적으로 규정하였다. 따라서 법적상황은 법개정으로도 달라지지 않았다. 그러나 법문구의 수정은 불가피하였다.

IV. 商號法

상호법에 대하여는 제17조가 상호의 개념을 정하고 있다. 商號는 상인의 영업상의 명칭이다. 이 규정에서 19세기와의 관계에 상응하는 “거

래시”라는 고전적 표현만을 삭제하였다. 이러한 사소한 변경으로 인한 물적인 의미는 없다.

구상법 제18조와 제19조의 규정은 상호의 형성에 대한 원칙규정이다. 제18조는 개인상인에 대한 것이고, 제19조는 인적회사에 대한 것이다. 주식회사와 유한회사에 대하여는 주식법과 유한회사법의 규정이 적용된다.

제3의 규정유형으로 제21조~제24조에서 이름변경시의 상호속용(제21조), 소유자변경시의 상호속용(제22조) 및 사원상태변경시의 상호속용에 관한 것이다. 제23조는 상호만의 양도를 금지하는 규정이다.

1. 제23조에 의한 상호양도금지는 개정되지 않았다. 제21조, 제22조, 및 제24조에 대하여는 작은 문언변경과 보충이 있었다. 그런데 그러한 변경은 전체적으로 볼때 명확히 하는 개정이고 현행법의 기본적 개정은 없었다. 그러한 사소한 개정에 대하여는 살펴보지 않는다. 명확히 하는 개정은 제18조의 새로운 일반규정과 관련하여 환영하여야 한다.

2. 그러나 원칙규정에는 큰 변경이 있었다. 종래의 법은 상호형성시 인적상호, 물적상호 및 가공의 상호를 엄격히 구분하였다. 종래 개정전 상법 제18조 제1항에서 개인상인에게 상호의 核으로 인적상호를 강행적으로 규정하였다. 개인상인은 개인의 성명, 즉 자신의 성명(姓과 최소한 하나의 이름)을 핵심으로 사용하여 상호를 만들어야 하였다. 이러한 핵에는 부가문구가 허용되었다. 그런데 그러한 부가문구는 특히 기업의 대상과 관련될 수가 있었다. 이러한 전체적 내용은 개정전상법 제18조 제2항에 따라 법률거래에서 혼동을 초래하지 않는 기능을 하였다. 합명회사와 합자회사에 대하여는 개정전상법 제19조에 최소한 1인의 무한책임사원의 성명이 상호의 핵으로 포함되어야 함을 기술하고 있었다. 이 경우는 姓으로 족하였다. 거기에다가 회사관계를 표시하는 부가문구가

필요하였다. 유한책임사원은 상호속에 표기하는 것이 허용되지 않았다.

이러한 체계는 이제 근본적으로 개정되었다.

a) 개정법 제18조는 더 이상 개인상인만을 언급하지 않고 상인에 대하여 언급한다. 그 규정은 따라서 제6조 제1항 때문에 모든 상사회사, 즉 합명회사, 합자회사, 주식회사 및 유한회사에 대하여도 적용된다.

b) 개정후의 상법 제18조 제1항의 기본규정에 의하여 어떠한 종류의 상호가 있어야 한다고 법형태에 대하여 강제하는 내용은 없다. 상인은 물적상호, 인적상호 또는 가공의 상호를 선택할 수 있다. 개인상인도 더 이상 자신의 이름을 사용하여 상호를 정하지 않아도 된다. 개인상인은 가령 “전문가컴퓨터” 또는 “치료약초상점”이라는 상호를 지을 수 있다. 합명회사는 가령 “교활한 화가”라는 상호를 정할 수 있다. 제18조 제1항은 다만 상호가 상인을 표시하는데 적당하고 식별력을 가져야 한다고 규정한다. 즉 표시력과 식별력을 가져야 하는데, 이는 영업거래에서 이름의 기능을 수행하여야 하기에 필요한 것이다. 이 때 주안점은 식별력에 있다. 표시력은 상호로부터 기업의 대상을 알 수 있어야 함을 의미하는 것은 아니다. 가공의 이름이 물적상호보다 더 식별력이 강하다. 이는 특히 많은 기업이 같은 지역에서 같은 종류의 영업을 하고 있을 때에 적용된다. 의문의 여지없이 앞으로도 인적상호가 중요한 역할을 할 것이다. 인적상호에서는 표시력이나 식별력에서 다른 표시보다 우월하기 때문이다. 광고를 잘 함으로써 만인에게 통하는 이름(Allerweltsname)도 식별력을 취득할 수 있다.

c) 제18조 제2항의 혼동초래금지의 규정도 개정이 되었다. 이는 마찬가지로 모든 법형태에 대하여 적용된다. 이러한 금지는 완화되었다. 해당 거래권에서 본질적인 영업거래상의 혼동초래만이 금지된다. 이에 대하여는 매우 엄격한 법원의 실무가 대립된다. 제18조 제2항 제2문은 등

기공무원은 등기절차에서 명백한 혼동초래만을 고려하여야 한다는 점을 규정함으로써 앞의 내용을 더욱 완화한다.

3. 제19조는 이제 형식적은 부가문구, 즉 개별상인과 인적회사에 대하여만 규정한다.

a) 특히 범위가 넓은 것은 개인상인은 앞으로 등기된 상인이라는 부가문구 또는 그에 대하여 일반적으로 통용되는 略語를 사용하여야 한다 (개정법 제19조 제1항 제1호). 그러한 표시로써 법률은 “e.K.” “e.Kfm.” “eKfr.”을 들고 있다. 현재로서는 이러한 약어가 일반적으로 이해되고 있지는 않다. 그러나 계속 자주 사용하게 되면 그에 대한 일반인의 이해가 생길 것이다. 이러한 부가문구로 인하여 일반인은 개인상인적 기업이라는 점 및 그에 대한 법률관계는 등기부를 열람하여 보면 알 수 있다는 점을 파악할 수 있다.

b) 합명회사와 합자회사에 대하여는 이제 엄격한 법형태부가문구가 필요하다. 단순한 회사관계만을 표시하는 것으로는 부족하다. 주식회사에 대하여는 개정 주식법 제4조가 보완적으로 적용된다. 그 규정은 법형태부가문구에 대하여만 규정하는데 주식회사에서는 주식회사라는 부가문구(Aktiengesellschaft, AG)가 필요하다. 유한회사에 대하여도 유한회사법 제4조에 의하여 같은 내용이 적용된다. 유한회사의 상호에는 유한회사(Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH)라는 부가문구가 포함되어야 한다. 따라서 자본회사의 상호법은 이중적으로 규율되고 있음을 알 수 있다. 기본적인 것은 제18조가 적용되고 법형태부가문구는 특별해당법에 규정되어 있다.

4. 합명회사나 합자회사에서 무한책임을 지는 - 법은 혼동적인 표현을 쓰고 있다. 법률은 인적책임을 규정하는데 진정으로는 인적책임을 지는 사원인 무한책임사원을 의미한다. - 자연인이 없을 때에는 상호

에서 이를 개정상법 제19조 제2항에 의하여 표현하여야 한다. 이와 유사한 내용을 이미 구상법 제19조 제5항에서 규정하였었다. 이를 개정한 것은 단지 명확히 하는 의미 밖에 없다. 어떠한 요건을 설정할 것인가에 대하여는 판례를 통하여 알 수 있다. 즉 “GmbH und Co. KG”로는 족하다. “b.h. OHG”로는 부족하다. “beschränkt haftende OHG”(KG)는 허용될 것이다.

이러한 규정으로부터 신법하에서는 종래의 제19조 제4항을 삭제하였더라도 유한책임사원의 이름은 합자회사의 상호중에 표기하여서는 안됨을 알 수 있다. 즉 그러한 경우는 제18조 제2항의 혼동초래금지원칙이 적용될 것이다. 그런데 이러한 해석이 의문의 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

5. 전체적으로 새로운 상호법은 자유화와 유동화를 보여주고 있다. 특히 상호의 핵심은 선택한 법형태에 종속되지 않아도 된다는 점이다. 이는 법형태변경의 의미에서 조직변경의 가능성이 간이화되고 확대된 견지에서도 환영하여야 할 개선이다. 물론 거래계에서의 상호를 통한 영업내용의 투시는 인적상호가 후퇴함으로써 악화되었다.

V.

결국 상법개정법에 의한 독일상법 개정은 改善, 簡易化, 自由化 및 明確化를 가져왔다고 평가할 수 있다. 그리고 이는 환영하여야 한다. 물론 그러한 개정이 현저한 실무적인 의미를 획득할 것인지는 두고 보아야 한다.

人間의 尊嚴과 死刑廢止論*

沈在宇**

I.

우리 나라에는 檀君開國 이래 수천 년의 세월이 흘러오면서 국가의 모든 법제도는 다 바뀌었지만 단 한 가지만은 변함없이 살아 남은 것이 있다. 그것은 바로 死刑制度이다. 古朝鮮의 이른바 箕子八條禁法에는 “相殺者, 以死償”이라는 규정이 발견되는데, 그것은 오늘날 우리 刑法 제250조에도 “사람을 살해한 자는 死刑에 처한다”는 규정으로 이어져 있다. “殺者死也”라는 명제는 마치 영원한 진리처럼 수천 년에 걸쳐 변함없이 인간세상에 버티고서 있다. 그러나 이 명제는 창조주의 權能에 대한 도전이며 찬탈이 아닐 수 없다. 왜냐하면 인간의 생명은 창조주가 만들어 주었고, 그 생명을 거두어 가는 것도 창조주의 權能에 속하는 것이기 때문이다. 따라서 피창조자인 인간이, 그 이유가 어디에 있건 간에, 法으로써 인간의 생명을 박탈하는 것은 自然法에 反하는 “制度的 殺人”이요, “司法的 殺人”이라 아니할 수 없다. 인간의 生死에 관한 원천적인 權能은 누구에게 있는지를 안다면 死刑을 制度化한 인간의 法은 惡法이며, 따라서 그것은 마땅히 廢止되어야 할 것이다.

死刑廢止論을 전개한 최초의 사람은 이탈리아의 啓蒙主義 刑法學者 베카리아(Cesare Bonesana Beccaria)이다. 그는 그의 저서 『犯罪와 刑罰』(Dei delitti e delle pene, 1764)에서 다음과 같이 말하고 있다. “도대체 인간이 사람을 죽일 ‘權利’를 누구로부터 부여받았는가? ……인간이 자기자신을 죽

* 본 원고는 고려대학교 법과대학 교별강연안임.

** 高麗大學校 名譽教授·法學博士

일 권리가 없다면 그러한 권리를 타인에게—또는 사회계약을 통하여 사회에게—양도할 수도 없는 것이다. ……인간은 타인의 생명에 대하여 아무런 合法的 權利도 가지고 있지 않다. ……즉, 死刑은 어떠한 권리에도 근거되어 있지 않다. 死刑이란 국가가 한 사람의 국민에 대하여 그를 절멸시키는 것이 必要하고 有用하다고 판단했을 때 내리는 宣戰布告이다. 그러나 만일 내가 국민의 이러한 죽음이 국가의 통상상태에서 有用하지도 않고 必要하지도 않다는 것을 증명한다면, 나는 人間性을 위한 승리를 쟁취한 것이 될 것이다.”

이와 같이 베카리아는 國家의 死刑權은 근거가 없으며, 必要性和 有用性の 관점에서 그 존재이유를 발견할 수 없으므로 死刑廢止를 주장하고 나섰던 것이다.

그 주장의 첫 번째 이유는, 死刑은 不必要하다는 것이다. 그는 死刑의 刑罰로서의 기능은 일반인으로 하여금 공포심을 야기케 하여 범죄에 접근하지 못하도록 하는 犯罪抑止效果에 있는데, 그런 기능은 終身刑이 死刑보다 훨씬 월등함으로 종신형으로 대처하면 된다는 것이다. 따라서 사형은 불필요하다는 것이다. 이 점을 그는 경험적 사실의 심리분석을 통하여 다음과 같이 말한다. “死刑은 구경하는 대다수의 사람들에게는 하나의 구경거리일 뿐이며, 나머지 소수의 사람들에게는 경멸감이 뒤섞인 同情의 대상이 될 따름이다. 이 두 가지 감정이 보는 사람의 마음을 사로잡고 있기 때문에 사형을 규정하는 법률이 목적하는 바와 같은 교훈적인 공포 같은 것은 일어나지 않는다. 그러나 보다 완화된 것이기는 하나 지속적인 형벌(종신형)은 그것을 보는 사람의 마음에 두려움만을 느끼게 해준다. ……형벌이 정당하기 위해서는 사람들로 하여금 犯罪意思를 저지시키기에 족한 만큼의 嚴重함만 있으면 된다. ……따라서 死刑에 대치된 終身勞役刑은 범죄의 결의를 단단히 한 사람의 마음을 바꾸는 데 충분한 엄중함을 가지고 있다. 오히려 사형보다 더 확실한 효과를 가져온다는 것을 덧붙이고 싶다.”

다음 두 번째 이유로, 死刑은 有用한 것이 아니라 오히려 有害하다는 것이다. 死刑은 人間性에 反하는 잔혹한 야만적 행위로서 인간의 心性을 황폐

화시키고 무감각하게 만들어 사회에 대하여 有害한 효과를 미친다는 것이다. 그는 말한다. “死刑은 사람을 矯正시키기 보다는 오히려 사람의 마음을 무감각하게 만든다. 死刑은 또한 사람들에게 잔혹한 행위의 본보기를 보여 줌으로써 더더욱 사회에 대하여 有害하다. 激情이나 戰爭의 필요성이 사람들에게 인류의 流血을 가르쳐 주고 있지만, 인간행위를 조정하여 평화를 가져오는 법률이 이러한 야만적 행위를 더 이상 확대시켜서야 되겠는가? 一般意志의 표현인 법률은 살인을 증오하고 살인자를 처벌한다. 이러한 법률이 국민들로 하여금 살인행위를 하지 못하도록 억제시키기 위하여 公的 命命으로서 스스로 살인을 행하는 것이 얼마나 불합리하고 모순되는 것인가?”

다음 세 번째 이유로, 死刑이 정치적으로 남용되어 暴政과 虐政의 수단으로 이용되고 있다는 점이다. 전제정치와 독재정치의 필요에서 政敵의 제거, 숙청, 집단학살, 인간청소 등이 死刑의 이름 아래 수많은 인간생명을 희생시키고 있다. 베카리아는 국가에 의한 死刑權의 남용을 정치현실에서 꿰뚫어 보고 있다. “온 세상에 專制的 支配權을 미쳐 가게 하는 ‘必要’만이 인간의 생명을 처분할 수 있을 뿐이다.아! 이 (死刑이라는) 法律은 暴政의 가면에 다름아니다. 이러한 잘 고안된 잔혹한 형식은 지칠줄 모르는 專制主義의 연못에 우리를 제물로 던져 버리는 보다 안전한 구실에 지나지 않는다. 우리들에게 비정한 범죄로서 제시되어 있는 殺人이 지금 눈앞에서 냉정하게 아무런 良心의 가책도 없이 저질러지고 있다. 이 본보기를 合法的인 것으로 보지 말아야 할 이유가 없는 셈이 아니겠는가!”

200년 전에 베카리아가 주장한 위와 같은 死刑廢止論의 논거들에 대하여 오늘에 살고 있는 우리도 더 이상 덧붙일 것이 없을 것 같다. 이 지구상에 언제까지 이 야만적이고 원시적인 死刑制度가 존속할지 알 수 없으나 文明社會에서 계몽된 시민의 理性은 결코 이 비인간적 제도를 영원히 허용하지는 않을 것이다. 라드브루흐(G. Radbruch)가 말한 바와 같이, “死刑의 廢止는 人間性的의 요구일 뿐만 아니라 歷史的 必然性的의 요청이기도 하며, 또한 刑事政策의 논리일관된 결론의 요청이기도 하다.” 우리 인류의 오랜 刑罰의

歷史에서 그 형벌이 어디로 향하여 가야 하는가에 관한 刑事政策의 目標은 이미 정하여져 있다. 그것은 “刑罰의 人道化와 合理化”(Humanisierung und Rationalisierung der Strafe)이다. 死刑이라는 刑罰도 이 刑事政策의 歷史的 目標에서 벗어날 수 없으며 그 歷史的 決斷이 오늘날 死刑廢止로 나타날 시점에 이른 것이다.

우리 인류의 역사상 이 死刑이란 制度的 殺人은 인간의 理性이 아직 계몽되어 있지 않았던 原始社會에서 原始刑罰로서 존재하였던 것이다. 이 原始刑罰이 인간의 理性이 계몽된 오늘날의 文明社會에서 왜 廢止되지 않고 아직도 존재하고 있어야 하는가!

II.

우리는 死刑의 始原因 原始刑罰의 기능과 文明社會의 國家刑罰의 기능의 本質的 差異를 명백히 인식하여야 한다. 즉, 국가성립 이전의 原始刑罰은 應報刑이었고, 국가성립 이후의 國家刑罰은 目的刑에 입각하고 있음을 분명히 알아야 한다. 프란츠 폰 리스트(Franz von Liszt)에 의하면, 原始刑罰은 개인 및 개인의 집단의 생활조건을 침해하는 데 대한 개인 및 사회집단의 盲目的 · 本能的 · 衝動的 反作用이었으며, 그것은 아직도 合理的 · 理性的 · 合目的的 反作用이 아니었다고 한다. 그것은 단순히 “눈에는 눈, 이에는 이”라는 同害報復의 탈리오(Talio)思想의 표현으로 나타난 應報刑에 지나지 않았던 것이다. “殺者死也”라는 死刑은 바로 이 應報刑의 표현인 것이다. 應報刑은 刑罰을 질서유지의 목적을 위한 手段으로 파악하지 아니하고, 그 자체를 自己目的으로 이해하는 盲目的 刑罰이다. 다시 말하면, 너는 사람을 죽였으니까 너를 죽인다는 것이다. 그러한 刑罰은 “刑罰을 위한 刑罰”(Strafe um der Strafe willen)로서 질서유지를 위한 수단으로서의 형벌은 아니다.

그러나 역사적으로 볼 때, 형벌은 점차 그 성질을 바꾸었다. 맹목적 형

벌로서의 刑罰暴力은 自己制限을 통하여 점차 刑罰權力으로 전환하기에 이르렀던 것이다. 이것은 刑罰權이 개인 및 개인의 집단으로부터 國家機關으로 移行되는 과정을 두고 말하는 것인데, 이것을 “刑罰의 客觀化”현상이라고 한다. 프란츠 폰 리스트의 말을 그대로 옮긴다면, 이러한 客觀化에 의하여 “刑罰暴力은 自己制限을 통하여 刑罰權力(jus puniendi)으로 되었고, 盲目的이며 無制限한 反作用은 目的思想을 받아들임으로써 法的 刑罰로 되었고, 衝動行爲는 意志行爲로 되었다. 다시 말하면, 國家權力은 법질서를 파괴하는 범법자에 대하여 그 법질서를 보호하기 위하여 正義의 칼을 손에 잡게 되었다.” 리스트의 이 말은, 國家가 刑罰權을 장악한 후부터는 刑罰은 국가의 질서유지의 목적을 위한 手段으로 사용되었다는 것을 뜻하고 있는 것이다. 즉, 應報刑은 目的刑으로 그 성질을 바꾸었다는 것이다. 따라서 이 목적범위를 벗어나거나 이에 적합하지 않은 형벌은 國家權力의 作用으로서 正當化될 수 없다. 다른 말로 표현하면, 目的刑은 目的과 手段 사이의 比例性的의 原則에 맞아야만 형벌로서 正當化될 수 있다. 이러한 질서유지의 目的에 적합하지 않거나 필요 이상으로 가혹한 手段은 刑罰로서 不必要하거나 有害하거나 둘 중의 하나일 것이다.

그러면 死刑이란 刑罰은 국가의 질서유지의 目的을 실현시키는 데 “適合性”과 “必要性”과 “有用性”을 가지고 있는 刑罰인가? 國家가 刑罰權을 갖는 것은 법질서유지의 公的 責任 때문이다. 따라서 刑罰의 本質과 目的은 이러한 국가의 질서유지의 機能으로부터 이해되어야 한다. 형벌의 질서유지적 기능에는 一般豫防과 特別豫防이 있을 뿐이다. 應報는 국가의 질서유지의 기능과는 아무런 상관도 없으며, 따라서 現代國家의 刑罰目的에 속할 수 없다. 應報는 原始時代의 同害報復의 탈리오(Talio)思想에 근거하는 것으로서 感情的의 · 報復的의 · 膺懲的 反作用을 그 本質로 하며, 결코 理性的의 · 合理的의 · 合目的的 法作用이 될 수 없기 때문이다. 따라서 死刑은 原始刑法의 應報刑으로서만 타당하는 것이며 現代刑法의 豫防刑罰과는 거리가 멀다. 應報刑으로서의 死刑은 사람을 죽여버리기 때문에 特別豫防의 機能은 애당초 배제되어 있으며, 남아 있는 것은 一般豫防의 機能만이다.

그러나 死刑이 실제로 一般豫防의 機能을 가지느냐에 대해서는 懷疑의이다. 오히려 死刑을 廢止한 나라의 통계를 보면 전혀 一般豫防의 效力이 없음을 입증하고 있다. 유럽의 여러 나라에서는 이미 오래전에 死刑이 廢止되었지만(포르투갈은 이미 1867년에, 이탈리아는 1890년에, 노르웨이는 1905년에, 스웨덴은 1921년에, 스위스는 1942년에, 독일은 1949년에, 오스트리아는 1950년에 각각 死刑이 廢止되었음. 그리고 오늘날 死刑을 廢止한 나라는 60여개국에 이르고 있음), 殺人犯의 數는 줄고 있다는 사실이 이 점을 알려 주고 있다. 오히려 옛날부터 死刑으로써 특히 가혹하게 다스렸던 나라인 영국의 경우는 그 反對의 結果를 가져왔음을 우리는 통계에서 확인할 수 있다. 즉, 영국에서 1921년에 死刑宣告를 내린 것이 13건이었으나 1948년에는 38건으로 늘어났으며, 또 그 기간동안 확정된 死刑宣告의 60-70%까지 處刑을 강화하였음에도 불구하고 1921-1948년까지의 같은 기간동안 殺人은 1921년 133건에서 1948년 171건으로 늘어났다. 그러므로 死刑을 存置한 나라들과 死刑을 廢止한 나라들에서 겪었던 경험을 비교해 볼 때, 베카리아가 “가장 가혹한 刑罰을 고수한 나라들과 시대는 또한 가장 잔인하고 가장 非人間的인 犯罪를 목격하지 않을 수 없었다”고 한 말이 현실로서 증명되었던 것이다. 死刑에 犯罪抑止의 效果가 있다는 假定과 그 가정에 근거한 信賴의 虛構性으로부터 우리는 이제 깨어나야 한다. 결국 死刑은 刑罰로서는 無意味하다. 그것은 特別豫防과 一般豫防의 刑罰目的中 그 어느것도 충족시켜 주지 못하는 刑罰 아닌 刑罰로서 단순히 過去의 原始刑罰의 殘滓로서 남아 있는 것뿐이다. 그러한 역사적 잔재로서의 死刑制度를 오늘날의 現代社會가 아직도 유지하고 있다는 것은 文明國家의 수치일 뿐만 아니라 人間의 尊嚴을 존중하고 보호하는 法治國家의 憲法精神을 모독하는 것이라 할 것이다. 人間의 尊嚴을 保障하는 憲法은 스스로를 防禦하여야 할 것이다.

어떻게 防禦할 것인가? 그 防禦方法에는 세 가지가 있다. 첫째 방법은 우리 憲法에다 독일 憲法 제102조와 같이 “死刑은 廢止한다”고 宣言하는 것이다. 둘째 방법은 刑法改正을 통하여 刑法 제41조의 刑罰의 種類 가운데서 “死刑”을 빼버리는 것이다. 셋째 방법은 憲法裁判所에 提訴하여 死刑에

대한 違憲判決을 내리게 하는 것이다.

그런데 우리 나라에서는 첫째 방법과 둘째 방법에 의한 결단은 아직도 내려지지 않고 있으나, 세 번째 방법에 의한 憲法裁判所의 判決이 1996. 11. 28일에 내려졌다. 그러나 유감스럽게도 그것은 死刑에 대한 合憲判決이었다. 憲法の 守護者인 憲法裁判所는 人間的 尊嚴을 존중하고 보호하는 法治國家의 憲法을 防禦하는 데 失敗했다. 그 헌법재판소의 合憲判決의 決定要旨는 전혀 설득력이 없으며 憲法解釋에 있어서 歪曲되어 있다.

우선 그 決定要旨부터 들어보기로 하자.

[결정요지]

가. (1) 生命權 역시 憲法 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 生命權에 대한 제한은 곧 生命權의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 死刑이 比例의 原則에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 生命 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 例外的인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 生命을 빼앗는 刑罰이라 하더라도 憲法 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(2) 모든 인간의 生命은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 生命의 침해에 못지 아니한 중대한 公益을 침해하는 등의 경우에는 국민의 生命·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 生命 또는 法益이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 生命을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 死刑은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “必要惡”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제기능을 하고 있다는 점에서 正當化될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 比例의 原則에 反하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 反하는 것으로 판단되지 아니한다.

나. 刑法 제250조 제1항이 규정하고 있는 殺人의 罪는 인간生命을 부정하

는 犯罪行爲의 전형이고, 이러한 犯罪에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 反人倫의 犯罪라고 규정지워질 수 있는 極惡한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 死刑을 刑罰의 한 종류로서 合憲이라고 보는 한 그와 같이 他人의 生命을 부정하는 犯罪行爲에 대하여 행위자의 生命을 부정하는 死刑을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 生命과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 生命을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 比例의 原則에 反한다고 할 수 없어 憲法에 위반되는 것이 아니다.

이상은 多數意見의 決定要旨이다. 死刑은 比例性的 原則에 어긋나지 않으므로 合憲이라는 것이다. 그러나 少數意見은 정반대로 死刑은 比例性的 原則에 어긋나므로 違憲이라고 한다. “比例性的 原則”이란 동일한 이름하에 多數意見과 少數意見은 정반대의 결론을 내리고 있다.

[재판관 조승형의 反對意見]

가. 死刑制度는 生命權의 본질적 내용을 침해하는 生命權의 제한이므로 憲法 제37조 제2항 단서에 위반된다. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 生命權의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 刑罰의 목적은 應報·犯罪의 一般豫防·犯罪人的 改善에 있음에도 불구하고 刑罰로서의 死刑은 이와 같은 目的達成에 必要한 정도를 넘어 生命權을 制限하는 것으로 目的의 正當性, 그 手段으로서의 適正性·被害의 最小性 등 諸原則에 反한다.

[재판관 김진우의 反對意見]

가. 憲法 제10조에 규정된 인간의 尊嚴性에 대한 존중과 보호의 요청은 刑事立法, 刑事法の 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 刑事法の 영역에서 立法者가 인간의 尊嚴性을 유린하는 惡法의 제정을 통하여 국민의 生命과 自由를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 刑罰制度를 채택하는 것은 憲法 제10조에 反한다. 死刑制度는 나아가 良心에 반하여 법규정에 의하여 死刑을 언도해야 하는 법관은 물

론, 또 그 良心에 反하여 직무상 어쩔 수 없이 死刑의 집행에 관여하는 자들의 良心의 自由와 인간으로서의 尊嚴과 가치를 침해하는 비인간적인 刑罰制度이기도 하다.

김진우 재판관의 意見은 死刑制度는 憲法 제10조의 人間的 尊嚴性을 유린하는 惡法으로서 違憲이며, 뿐만 아니라 憲法 제19조와 제103조의 法官 및 死刑執行官의 良心의 自由에도 反하므로 違憲이라는 것이다. 이 부분에 관한 違憲性 與否는 多數意見에서는 전혀 검토되어 있지도 않고 언급되어 있지도 않다.

Ⅲ.

本人은 다음과 같은 論據로써 死刑은 違憲이라고 주장하는 바이다.

1. 死刑은 人間的 尊嚴과 價値를 침해하는 刑罰로서 憲法 제10조에 反한다고 본다. 憲法 제10조는 “모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 추구할 權利를 가진다. 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다”고 規定하고 있다. “人間的 尊嚴”이란 用語가 憲法文書에 등장하게 된 것은 제2차 세계대전 후의 西獨 憲法에서 비롯되었다. 그것은 나치스政權에 의한 國家權力의 濫用, 즉 集團虐殺, 死刑, 拷問, 強制勞動, 肅清, 迫害, 人體實驗 등에 의하여 人間은 그의 人間으로서의 尊嚴과 價値를 상실하고 非人間으로 전락되는 限界狀況을 역사적으로 경험하였기 때문이다. 西獨 憲法 제1조에서 “人間的 尊嚴은 不可侵이다. 이를 尊重하고 保護하는 것은 모든 國家權力의 義務이다”라고 宣言하고 있는 것은 이러한 역사적인 경험을 그 배경에 갖고 있으며, 그 憲法 제102조에서 “死刑은 廢止한다”고 특별히 못박은 것도 死刑이 人間的 尊嚴에 反하기 때문이었다.

그러면 이 “人間的 尊嚴”이란 무엇이며, 그것은 死刑에 의하여 어떻게

侵害되는지를 살펴보자.

人間尊嚴의 概念을 哲學的으로 근거붙인 자는 칸트(I. Kant)이다. 그에 의하면 “人間은 目的自體로서 實存한다”(Der Mensch existiert als Zweck an sich selbst)고 한다. 왜냐하면 人間은 人格의 所有者로서 自己目的의 存在이기 때문이다. 그에 의하면 人格의 本質은 自律性에 있다고 한다. 自律性이라 함은 人間이 자기의 理性을 통하여 自己立法, 自己決定, 自己處分, 自己目的設定 등을 自律的으로 할 수 있는 道德的 自由를 뜻하며, 이 道德的 自由를 구사할 수 있는 理性能力을 가지고 있다는 점에 그의 人間으로서의 尊嚴이 깃들어 있다고 한다. “따라서 自律性이 人間的 存在, 즉 모든 理性的 存在의 尊嚴의 根據이다”(Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur)라고 말한다. 人間을 目的으로서 尊重하지 않고 단순한 手段으로서 利用하면 이 自律性에 근거한 人間의 尊嚴을 침해하게 된다는 것이다. 우리는 動物이나 物件을 우리의 目的을 위한 단순한 手段으로 사용할 수 있지만, 人間을 단순한 手段으로 사용하는 것은 許容되지 않는다. 왜냐하면 그것은 人格의 主體로서의 人間을 目的自體로서 實存하는 것을 不可能하게 하기 때문이다. 그래서 칸트는 다음과 같은 定言命令을 내린다. “너는 人間의 人格性을 그것이 너 자신의 것이건 타인의 것이건 간에 항상 동시에 目的으로서 尊重할 것이며 결코 단순히 手段으로 사용하지 말라. 왜냐하면 人間 가운데는 바로 그의 尊嚴(‘人格’)이 깃들어 있기 때문이다”(Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest und darin besteht eben seine Würde ‘Persönlichkeit’).

刑罰로서의 死刑은 人間을 國家目的을 위한 단순한 手段으로 사용하는 경우이다. 다시 말하면, 社會防衛를 위하여 人間을 一方的인 手段으로 희생시키는 制度가 死刑制度인 것이다. 死刑은 自由刑과 본질적으로 다르다. 自由刑도 人間을 國家目的을 위하여 手段으로 利用하는 경우이지만 그에게 改過遷善을 할 수 있는, 즉 자기의 道德性을 回復할 수 있는 道德的 自由를

남겨주고 있기 때문에 死刑과 같이 人間을 國家目的을 위한 一方的 手段으로 사용하는 경우와는 다르다. 自由刑은 그것이 無期刑이라 할지라도 道德性回復의 機會를 주는 것이므로 그 자체 人間의 尊嚴을 侵害하는 刑罰이라고 볼 수 없다. 오로지 死刑만이 人間의 人間으로서의 尊嚴과 價値를 侵害하는 刑罰制度로서 憲法 제10조에 反한다고 본다. 憲法裁判所의 多數意見의 決定要旨에는 가장 중요한 論據인 이 점에 관한 違憲審査는 탈락되어 있으며 찾아볼 수 없다.

2. 둘째로, 死刑은 人間의 生命權을 侵害하는 刑罰로서 憲法 제12조에 反한다고 본다. 憲法 제12조 제1항은 “모든 國民은 身體의 自由를 가진다”고 規定하고 있는데, 이 條項은 生命權의 保障을 直接的으로 규정한 것은 아니지만, 間接적으로 生命權을 保障하고 있다고 본다. “身體의 自由”는 “生命의 自由”를 前提하고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 生命權은 憲法 제37조 제1항에 의한 “憲法에 列擧되지 아니한 權利”의 하나로 볼 수 있을 것이다. 立法者는 오히려 生命權이 너무나 당연한 人間의 基本權이기 때문에 憲法에 具體적으로 列擧하지 않았다고 본다.

생각컨대, 生命權은 基本權中の 基本權이라 할 것이다. 그것 없이는 모든 基本權이 그 토대를 상실하기 때문이다. 生命은 人間의 存在根據로서 實存의 바탕을 이루는 前提라 하겠다. 우리 大法院判例에서도 “生命權은 한번 잃으면 영원히 回復할 수 없고 이 世上에서 무엇과도 바꿀 수 없는 絶對的 存在이며, 한 사람의 生命은 全地球보다 무겁고 또 貴重하고도 嚴肅한 것이며, 尊嚴한 人間存在의 根源인 것이다”(大判 1963.2.28, 62도241)라고 말하고 있다. 한 사람의 生命은 地球보다 무겁다고 하면서도 그 한 사람의 生命을 박탈하는 것은 比例性의 原則에 맞다고 하면서 合憲이라고 말한다. 이해할 수 없는 論據들이다.

死刑은 이와 같이 基本權中の 基本權을 侵害하는 것으로서 人間의 存在自體를 否定하는 것이다. 憲法이 이러한 중대한 基本權의 侵害를 刑法에 許容하였다고 볼 수는 없다. 만일 國家의 死刑權이 合憲의 權利라고 한다면

그것은 論理的 矛盾이 될 것이다. 물론 國家는 질서유지의 책임상 刑罰權을 가지고 있지만, 그것은 어디까지나 憲法規定과 矛盾되지 아니하는 한에서만 그 合憲성이 是認될 수 있을 것이다. 憲法 제37조 제2항은 “國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 必要한 경우에 한하여 法律로써 制限할 수 있다”고 되어 있다. 그러나 人間의 生命權은 그 制限對象이 될 수도 없고 또한 그 制限範圍에 들어갈 수도 없다고 본다. 왜냐하면 生命權은 絶對的·不可分的 人權으로서 그것을 制限한다는 것은 곧 그것을 박탈한다는 것을 의미할 수밖에 없으며, 따라서 生命權에 관한 그 制限은 언제나 “그 權利의 本質的 內容을 侵害하는”(憲法 제37조 제2항 後段) 것이 되기 때문이다. 必要에 따라 基本權을 制限할 수 있고 또 그 制限에 의하여 權利의 本質的 內容을 侵害하지 아니하는 刑罰은 自由刑이나 財産刑이나 資格刑에 국한될 것이며, 결코 死刑은 이에 포함될 수 없다고 본다. 따라서 刑法 제41조의 死刑은 違憲이라고 본다.

그러나 憲法裁判所의 多數意見의 決定要旨에는 生命權을 박탈하는 死刑도 憲法 제37조 제2항 단서의 “그 權利의 本質的 內容을 侵害하는 것”이 아니라고 하며, 比例性의 原則을 끌어들이어 “死刑이 최소한 동등한 가치가 있는 다른 生命 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 例外的인 경우에는, 生命을 빼앗는 死刑도 適法하다”고 말한다. 이 論據도 本人으로서의 이해하기 힘들다.

우선 比例의 對象으로서 “公共의 利益이 한 사람의 生命價値에 못지 않게 크다”는 主張根據가 어디에 있으며, 또한 “行爲者の 生命과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 生命을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 比例의 原則에 反한다고 할 수 없어 憲法에 違反되는 것이 아니다”라고 말하고 있는데, 그러한 結果의 單純比較만을 比例의 原則으로 이해한다면 “殺者死也”라는 應報刑이야말로 가장 정확하게 比例의 原則에 맞는다고 해야 할 것이다. 侵害와 그 犠牲限界를 저울질하는 法治國家의 法原理로서의 比例性의 原則은 少數意見을 제시한 조승형의 反對意見에서 오히려 정확하게 지적되어 있다. 그는 다음과 같이 말

하고 있다. “형벌로서의 死刑은 犯罪의 一般豫防이나 特別豫防의 目的達成에 必要한 정도를 넘어 生命權을 制限하는 것으로 目的의 正當性, 그 手段으로서의 適正性, 被害의 最小性 등의 諸原則에 反한다.” 이것이 바로 法治國家 憲法의 基本權制限의 限界를 결정하는 比例性의 原則에 해당한다. 多數意見은 比例性의 原則을 이렇게 이해하지 않고 結果의 單純比較만을 하고 있다.

少數意見인 조승형 재판관이 지적한 比例性의 原則에 따라 憲法 제37조 제2항을 해석한다면 多數意見이 원용한 比例性의 原則과는 정반대의 결론이 나온다. 우선, 死刑이라는 刑罰이 “目的의 正當性”을 갖느냐이다. 그 目的이 應報라면 正當性은 없으며, 一般豫防이라면 正當성이 있다. 다음에, 死刑이라는 刑罰이 目的-手段의 關係에서 “그 手段으로서의 適正性”을 가지고 있느냐이다. 死刑은 一般豫防이라는 刑罰目的을 달성하는 데 適正한 手段이 될 수 없고 필요 이상의 過剩手段이라는 것이 이미 위에서 입증되었다. 다음에, 死刑이라는 刑罰이 “被害의 最小性”이란 관점에서 比例性의 原則을 충족시킬 수 있느냐이다. 그것은 이 比例의 요구를 충족시킬 수 없다. 왜냐하면 終身刑으로써도 충분하기 때문이다. 이러한 少數意見과는 달리 多數意見은 結果의 단순비교만으로써 比例性의 原則을 해석하는 오류를 범하고 있다.

3. 셋째로, 死刑은 法官의 良心의 自由에 反하는 경우가 있을 수 있다고 본다. 憲法 제103조는 “法官은 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判한다”고 되어 있으며, 또한 憲法 제19조는 “모든 國民은 良心의 自由를 가진다”고 規定하고 있다. 死刑宣告를 내리는 法官 가운데는 그 死刑宣告가 그의 良心에 反하는 경우도 있을 수 있을 것이다. 法은 死刑宣告를 내릴 것을 要求하지만 그의 良心은 死刑宣告를 내리지 아니할 것을 要求하는 경우, 즉 法과 良心이 衝突될 때 어느것을 優先시킬 것인가가 問題될 것이다. 法哲學者 라드브루흐(G. Radbruch)는 法이 優先할 것을 주장하면서 다음과 같이 말하고 있다. “우리는 그의 確信에 反하여 說教하는 牧師를 경

떨하지만, 法律에 忠實함으로써 이에 反하는 法感情에 의하여 動搖되지 아니하는 法官을 존경한다.” 그러나 다른 한편 法哲學者 마이호퍼(W. Maihofer)는 이 말을 거꾸로 뒤집어서 良心이 優先할 것을 주장한다. “우리는 그의 確信에 反하여 判決을 내리는 法官을 경멸하지만, 그가 法良心에 忠實함으로써 나쁜 法律과 잘못된 法律, 不正當한 法律과 非道德的인 法律에 의하여 動搖되지 아니하는 法官을 존경한다.” 憲法上的 基本權인 良心이 優先하는 것이라면, 法官은 法律보다는 良心에 拘束되어야 할 것이다. 그 반대로 良心보다 法律에의 拘束이 優先한다면, 그것은 憲法上的 基本權인 良心의 自由에 反하게 될 것이다. 少數의 反對意見を 제시한 김진우 재판관도 유일하게 死刑宣告는 法官 및 死刑執行官의 良心의 自由를 침해하게 된다는 점을 지적하고 있다.

IV.

死刑에 대한 憲法訴訟의 事件에서 辯論을 맡았던 한 사람으로서 本人은 이번 憲法裁判所에 의한 死刑合憲判決에 심히 실망하지 않을 수 없다. 死刑을 廢止할 수 있는 좋은 기회를 놓쳤기 때문이다. 도덕적 우월성을 전제하는 國家權力의 行使가 法으로써 한 사람의 生命을 박탈하는 데는 엄격한 法理論과 法論理에 바탕한 根據를 제시할 수 있어야만 한다. 그러나 合憲判決의 決定要旨는 그렇지 못하였다. 裁判官들의 多數는 아직도 死刑에 의한 威嚇가 一般豫防의 效果가 있다고 믿고 있으며 다른 사람의 生命을 보호하기 위하여 또는 公共福利를 위하여 死刑制度는 存置되어야 한다고 믿고 있다. 그러나 死刑이 이러한 消極的 一般豫防의 效果가 있다고 할지라도, 犯罪人의 측면에서 바라볼 때 그것은 현실로는 확인되지 않은 주장에 불과하다. 흉악범은 붙잡히면 死刑이 된다는 것을 잘 알고 있지만 자기의 경우에는 안잡히고 完全犯罪를 한다는 前提로부터 출발하고 있는 것이다. 完全犯罪를 전제하고 출발하는 한, 法이 死刑으로써 두 번 죽이겠다고 威脅하여도 犯罪人으

로 하여금 그 犯行을 단념케 하는 動機形成을 마련해 줄 수는 없다. 이 점은 다른 범죄에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 흉악범에 대한 犯罪防止의 원천적 해결은 死刑이라는 刑罰이 아니라 그러한 犯行을 아무렇지도 않게 恣行하는 犯罪人의 心性的 황폐화를 어떻게 구제하느냐에 있다. 人性이 계발되지 못하고 짐승과 같은 獸性만 남아 있는 그러한 啓蒙되지 아니한 사람에게는, 즉 “아직 道德化되어 있지 아니한 제한된 동물”(루소[J. J. Rousseau])에게는 教化가 필요한 것이지 死刑이 필요한 것이 아니다. 死刑制度는 인간의 道德化可能性에 대한 二重의 탈락을 의미한다. 犯行前의 教化缺如와 犯行後의 教化改善의 가능성 박탈이 그것이다. 反人倫的인 흉악범은 改善不可能한 자이기 때문에 이 사회에서 영구히 배제해야 한다는 것이 死刑存置之 理由이다. 그러나 사람인 이상 “改善不可能한 사람”이 따로 있다고는 생각치 않는다. 오히려 대부분의 死刑囚들은 刑場에서 자신의 잘못을 뉘우치고 참회하는 모습을 보인다는 것이 이 점을 뒷받침하고 있다. 理性을 가진 人間存在는 모두 道德性을 回復하는 改善能力을 가지고 있으며, 이것을 否認하는 것은 善과 惡, 法과 不法을 구별하는 自己立法의 主體인 人間の 尊嚴性을 모독하는 것이다. 死刑은 인간을 尊嚴한 存在로 보지 않는 태도에서 비롯된 것이다. 모든 인간은 理性을 가지고 있기 때문에 자기의 잘못을 깨달을 수 있고 뉘우칠 수 있고, 따라서 改過遷善할 수 있는 能力을 가지고 있는 것이다. 死刑은 人間이 改善되어 거듭날 수 있는 可能前提를 인위적으로 박탈하는 惡이지, 憲法裁判所의 決定要旨에서 말하고 있는 바와 같이 “必要한 惡”이 아니다. 國家는 왜 이러한 자신의 教化責任은 외면하면서 범죄인의 刑事責任만을 묻고자 하는가! 사람을 教化시켜 놓지도 않고 짐승과 같은 犯罪行爲를 한다고 死刑으로써 問責하는 것은 앞뒤가 뒤바뀌어 있는 것이다. 本人은, 이미 2,500년 전 死刑에 관한 孔子의 진정한 의미의 積極的 一般豫防思想을 상기시키면서, 이 告別講演을 끝마치고자 한다. “嗚呼라! 윗사람의 治者가 失德을 하면서 아랫 사람의 百姓을 死刑에 처하는 것이 가능한가? 百姓을 教化하지 않으면서 死刑이라는 獄事를 決行하는 것은 罪 없는 무고한 사람을 죽이는 것이나 다름없다. 三軍이 大敗해도 그 兵

士들을 罰으로써 斬해서는 안된다. 단순히 法令을 어겼다고 해서 刑罰을 과해서는 안된다. 왜냐하면 百姓에게는 罪가 없기 때문이다. 禁令을 소홀히 하면서 嚴하게 처벌하는 것은 賊이며, 生産은 때가 있는데 無時로 아무때나 租稅를 거두어 들이는 것은 暴政이며, 百姓을 教化하여 바르게 引導하지도 않으면서 백성이 잘못을 저질렀다고 問責하는 것은 虐政이다. 따라서 이러한 세 가지 일을 그치고 治者가 해야 할 일을 먼저 하고 난 다음에 비로소 刑罰을 과할 수 있는 것이다”(嗚呼! 上失之, 下殺之, 其可乎? 不教其民而聽其獄, 殺不辜也. 三軍大敗, 不可斬也. 獄犴不治, 不可刑也. 罪不在民故也. 慢令謹誅, 賊也, 今生也有時, 斂也無時, 暴也. 不教而責成功, 虐也. 已此三者, 然後刑可卽也).

大法院은 왜 破棄還送하는가?*

曹圭昌**

우선 무엇보다도 소중한 자리를 마련해주신 유병화 학장님과 여러 가지로 수고해주신 박노형 학과장님을 위시하여 바쁘신 시간을 할애해주신 존경하는 동료교수 여러분과 자리를 함께한 학생 여러분께 충심으로 감사드립니다.

저는 지난 연구생활 중에 약간의 논문을 발표한 바 있습니다. 현행 민법에 대한 저의 관심은 해석론보다는 民事判例에 더 큰 관심을 기울여 왔다고 하겠습니다. 1983년 최초의 판례평석인 「未成年者의 不法行爲에 대한 親權者의 責任」¹⁾에서 “제 집의 개가 행인을 물어 쓰리면 손해를 배상해야 하나, 제 집의 다 큰 애가 남을 때려 죽여도 부모는 배상책임이 없다니 말이 되느냐?”고 해당판결을 비난한 바 있습니다.

또한 1996년 마지막 판례평석인 「自律과 統制」²⁾라는 글에서는 대법원 전원합의체 판결을 분석·비판하여 대법원이 구성한 流動的 無效의 개념적 허구성과 법리적용의 모순 및 논리적 비약을 지적한 바 있습니다.

제가 이와 같이 민사판례에 깊은 관심을 기울인 것은 추상적인 실체법 규정이 우리의 생활사실 속에서 어떻게 구체화되는가를 구명하려는 데 있었습니다. 왜냐하면 “법이란 중국판결에서 法官이 법으로 인식한 것이 법이다” 또는 “법이란 法院이 법이라고 말한 것이 법이다”라는 법언에 많은 의미를 부여

* 본 원고는 고려대학교 법과대학 교별강연안 임.

** 전 고려대학교 법과대학 교수, 현 한림대학교 한림과학원 교수.

1) 判例研究 제2집, 고려대학교, 1983년, 145-174면.

2) 判例研究 제8집, 고려대학교, 1996년, 149-174면.

하고 있기 때문입니다. 이 점에서 저의 법적 사고는 추상적인 법이론지향적이
라기 보다는 경험적 실무지향적이라 하겠습니다. 이러한 저의 법적 사고는 고
대 로마법학자의 학문적 방법의 영향을 받았다 하겠습니다.

저는 그간 누적되어온 대법원 민사판례를 분석·비교한 「論理와 直觀」³⁾이
라는 글에서 한국인과 서구인간의 법발견의 차이를 밝히는 한편 대법원 민사
판결문의 논리적 빈약성을 지적한 바 있습니다. 이 글에서 필자는 독일법원은
소를 말이라고 설득시킬 수 있는 치밀한 논리적 구성력과 변증술이 뛰어난데
반하여 한국법원은 소를 소라고 논증하기에도 힘에 겨워 보인다고 하였습니다.
다. 그러나 간과할 수 없는 점은 이 논리적 빈약성이 결론으로서의 판결이 부
당함을 의미하지는 않는다는 사실입니다.

대법원판결의 실질적인 내용에 관하여는 앞으로 많은 학자와 실무가들의
연구와 논평의 대상이 될 것이므로, 이 자리에서 새삼 문제삼지 않겠습니다.
다만 그간 대법원 민사판결을 분석·검토하는 중에 끊임없이 제기된 의문은 비
록 오늘의 주제인 왜 최고법원은 원심판결이 부당하다면, 이를 破棄自判하지
않고 破棄還送하는가의 문제였습니다.

저의 의문이 바보스러운 우문인지는 알 수 없으나 민사소송법학자는 실정
법 해석에 충실하여서 인지, 이에 관한 논문 한편 찾아 볼 수 없으며, 또한 개
설서에서도 문제를 제기한 바 없습니다.

대법원판결이 환송판결로 일관하고 있음은 지난 1991년에서 1995년까지
최근 5년간 민사상고심 본안사건의 분석에서 알 수 있듯이 파기사건의 약
97%가 원심법원으로 환송되었으며, 자판율은 3%에 지나지 않는다는 사실에
서 분명합니다.

그런데 파기자판의 경우에도 訴訟促進등에 관한 特例法상의 지연손해금
의 비율을 그르친 이유로 자판한 판결을 제외하면 파기자판의 예는 전무하다

3) 大韓辯護士協會誌 제101호, 1984년 10월, 35-40면.

하겠습니다. 나아가 대법원은 파기자판의 근거로서 “당원에서 자판하기에 충분한 경우이므로”라고 하는 외에 별다른 이유를 제시하지 않고 있습니다.

대법원의 파기환송이 조선시대의 국왕법원의 재판관행을 승계한 것이 아니라면 근대화 과정에서 서구법제도를 수용하였음이 분명하며, 따라서 파기환송판결의 제도적 기원을 찾아 보아야 하겠습니다.

오늘날 유럽 대륙에는 프랑스법과 독일법이 양대주류를 이루고 있으며 양자간에 많은 제도적 차이를 볼 수 있습니다. 이러한 차이는 무엇보다도 오늘날 문제된 최고법원의 민사판결방식에서도 현저히 나타나고 있습니다.

프랑스 최고법원인 破棄法院(Cour de cassation)이 원심판결을 파기환송하는 破棄制(system of cassation)를 채용하고 있음에 반하여, 독일의 최고법원은 원심판결을 재심리하여 소송을 종결시키는 自判制(system of revision)를 채용하고 있으며, 또한 영미법계의 최고법원도 역시 부당한 원심판결을 破棄自判할 뿐이지 하급법원으로 환송하는 일은 없습니다.

따라서 파기환송제는 프랑스의 고유법제도이며 최고법원의 판결방식으로 매우 비정상적인 예외적 현상이라 하겠습니다. 다른 국가의 최고법원과 달리 프랑스 법원이 파기환송제를 채용하지 않을 수 없었던 역사적 이유를 밝힐 필요가 있습니다.

프랑스 시민혁명이 성공하여 왕권을 타도하자 시민혁명세력은 구질서에 봉사하여 가혹한 형벌과 막대한 벌금을 징수하여 왕권유지에 충성을 다해온 전국의 법관을 보수반동의 반혁명분자로 취급하여 이들을 숙청한 후 신질서를 세워야겠다고 생각했으나 무지한 농민이나 대장쟁이, 소상인을 판사로 임명할 수는 없는 노릇이었습니다.

혁명세력은 다른 대체수단이 없자 구시대의 판사들을 연명시키는 한편 이들에 대한 통제를 강화하여 법관의 법창조적 기능을 부인하고 재량권을 엄격히 제한하였습니다. 또한 프랑스 민법 제5조를 통해 법관은 법의 일반원리원

칙을 채용하여 재판할 수 없음을 규정함과 동시에 위반자를 반혁명분자로 처단할 것임을 엄중히 경고했습니다. 이로 인해 구질서 출신의 법관은 혁명세력의 분노 앞에서 숨을 죽이고 단두대 앞에서 목숨을 부지하기에 급급하지 않을 수 없었습니다.

비록 Montesquieu의 3권분립론이 19세기 유럽제국에 막대한 정치적 영향을 미쳤음에도 불구하고, 프랑스에서는 司法權이 立法權의 우월성 앞에서 질식하여 성장할 수가 없었습니다. 프랑스의 법관은 모든 사건을 자신의 법적 판단이나 상급법원의 先判例에 따라 판결할 수 없고, 오직 시민의 대표기관인 議會에서 제정한 법률을 충실히 적용하는 것만이 유일한 살 길이었습니니다. 이러한 공포정치 속에서 프랑스의 최고법원은 스스로 행동반경을 설정하고 자신의 목소리를 내지 않고 직무를 감당할 수 있는 재판방식으로 원심판결을 破棄還送하는 방식을 채용하게 되었습니다.

이와 같이 프랑스 법원은 혁명기의 정치적 사정으로 인하여 형성기부터 사법권의 독립이나 재판의 자주성을 확립하지 못했습니다. 당시의 혁명세력은, 법원은 입법자에 갈음하여 법률의 충실한 해석과 제정법 및 소송절차법을 준수함이 법원의 임무라고 주장하였습니다.

이로 인해 법관은 법전이나 제정법에서 사안에 적용할 법규정을 발견하고 이를 기계적으로 적용하는데 있다는 확신이 모든 법관을 지배하게 되었습니다. 나아가 최고법원은 하급법원에게 이러한 법관의 임무를 명심하여 폐도를 이탈하여 禍를 입지 않도록 감독해야만 했습니다.

이와 같이 최고법원이 자신이 재판기능을 축소한 필연적 결과로서 상고심은 사안자체에 대한 전면적인 심리·판단이 아니라 원심법원이 사안에 적용한 法律問題에 관하여만 판단하지 않을 수 없게 되었습니다. 이는 곧 최고법원이 원심판결이 옳음을 확인하여 상고를 기각하거나 아니면 원심판결이 부당하다고 판단하여 이를 무효화하고 법률문제에 관한 그의 심리를 참작하여 사안을 다시 심리하라고 하급심에 환송하는, 즉 上告棄却과 파기환송 중의 어느 하나

를 선택하지 않을 수 없음을 의미합니다.

그 결과 프랑스 최고법원은 하급심의 판결을 자신의 판결로 대체할 수 없으며 法律解釋에 관한 자신의 의견을 첨부하여 사건을 다른 하급심으로 환송하는 것이 전부입니다. 그런데 파기환송사건을 수리한 다른 하급심은 이론상으로 원심판결과 동일한 판결을 할 수 있습니다. 당사자가 이에 불복하여 재상고한 경우 25인 이상의 재판관으로 구성된 상고심의 전원재판부(Assemblée plénière)가 재상고사건의 심리를 담당하였고, 전과 마찬가지로 원심판결을 재차 파기한 경우, 사건은 제3의 하급심으로 이송되어 심리가 재개되었습니다. 이와 같이 상급법원과 하급법원을 왕래하는 “핑퐁재판”의 폐단을 제거하기 위하여, 1937년의 법률은 제3의 하급심은 최고법원에서 제시한 내용에 따라 판결할 것을 규정하였습니다.

그러나 비록 프랑스의 파기법원은 100명이 넘는 判事(裁判官)으로 구성되어 있음에도 불구하고 上告를 제한하는 장치를 두지 않아, 매년 15,000건이 넘는 상고사건의 폭주로 인해 과도한 업무부담에 시달려왔습니다. 이에 따른 상고의 제한과 더불어 최고법원의 파기환송으로 인한 재판의 비효율성과 비경제성의 병폐를 제거하기 위하여 1967년과 1979년에 제정된 ‘訴訟促進에 관한 法律’은 최고법원의 파기자판을 제한적으로 인정하여 再上告 사건의 경우, 최고법원은 法律의 解釋에 관하여 하급심의 判斷의 여지가 없을 경우에 한하여 파기자판으로 소송을 종결할 수 있음을 규정했습니다.

이와는 달리 프랑스법의 영향을 받은 이탈리아 최고법원은 파기환송제도를 매우 단순한 형식으로 수용하여 하급심은 破棄還送理由에 구속되며, 최고법원의 취지에 따라 판결할 것을 요구하고 있습니다.

현행 한국의 실정법은 실체법, 절차법을 막론하고 압도적으로 독일법제도를 채용하고 있습니다. 이는 논문저서에 인용된 참고문헌으로 미루어 의심할 여지가 없습니다. 민사소송법도 이에 예외가 아닙니다. 그런데 유독 대법원의 판결방식은 프랑스 최고법원인 破棄法院의 재판방식을 따르고 있으니, 그 이

유를 알 수 없습니다. 이는 아마도 전통적인 권위주의 사상과 편의주의 및 법리구성능력의 빈약성에 그 원인이 있지 않는가 생각됩니다.

그러나 같은 파기환송 판결일지라도 프랑스 법원과 한국 법원간에는 還送理由에 커다란 차이가 있습니다. 프랑스 법원은 원심이 법률의 해석·적용을 그르쳤다는 法律問題를 이유로 파기환송하나(pourvoi en cassation) 한국 법원은 파기환송사유를 폭넓게 채용하여 法理誤解만이 아니라 審理未盡, 採證法則違反까지도 근거로 제시하고 있습니다.

대법원이 상고사건을 자판함이 없이 이런저런 이유를 들어 모두 환송한다면 대법원이 하는 일이 무엇인지 가늠할 수 없습니다. 프랑스 최고법원이 솔직히 파기법원이라는 이름을 붙이고 있는 것과 같이 한국의 최고법원도 대법원이 아니라 破棄還送法院(Cour de cassation avec renvoi)이라고 부르는 것이 정확한 표현이 되겠습니다.

대법원은 법률문제해석의 최후의 보루로서 법을 창설하는 準立法機關이며 그가 선언한 법은 소송당사자만이 아니라 모든 시민과 정부를 구속합니다. 그러나 이러한 최고법원의 기능은 破棄自判을 통하여 법을 명백히 선언함으로써만 가능합니다. 지금과 같은 파기환송판결은 심리법원과의 대화이지 대립적·일반적인 법의 탐색으로 볼 수 없습니다.

대법원의 환송판결은 마치, 시중의 의원에서 수술휴우증으로 종합병원으로 이송된 중환자를 주치의가 진료 후에 수술이 잘못되었으니 재수술하라고 환자를 의원으로 환송하는 것과 다를 바 없었습니다. 환자를 스스로 치료함이 없이 의원으로 환송한 종합병원의 주치의가 비난받아야 한다면 동일한 근거에서 원심판결을 파기자판함이 없이 하급법원으로 환송하는 대법원도 역시 비난받아 마땅하겠습니다.

대법원은 파기이유로서 흔히 심리미진, 채증법칙위반 또는 법리오해를 지적하여 왔습니다. 이 문제를 순차적으로 검토하겠습니다.

영미법과는 달리 대륙법에 있어서는 사실의 문제와 법률의 문제를 확연히 구별하기 곤란하다는 지적이 있습니다. 그러나 일반적으로 대법원의 상고심을 法律審이라 하고, 하급심을 事實審이라고 합니다. 따라서 事實確定은 하급법원의 전권사항이라 하겠습니다.

그럼에도 불구하고 대법원은 審理未盡을 이유로 파기환송하고 있습니다. 그러나 사실심리를 어느 정도 진행하여 종결할 것인지는 담당재판부가 알아서 결정할 일이지, 법률심인 대법원이 개입할 사항은 아니라고 생각됩니다.

어느 외국의 최고법원도 사실심리가 미진하다 하다 하급심 판결을 배척하는 일은 없으며, 더욱이 프랑스의 파기법원도 법률문제 아닌 事實問題를 문제 삼아 파기환송하지는 않습니다. 이 점에서 대법원이 지적하는 심리미진의 환송이유는 타당하지 않습니다. 대법원은 하급법원의 후견기관이 아닙니다.

또한 채증·경험법칙의 위반으로 인해 원심법원의 판결이 그르쳐진 경우 대법원은 하급심에서 간과한 증거를 채용하여 自判함이 재판의 신속·확실성을 위하여 바람직합니다. 왜냐하면 원심법원은 실기된 공격·방어방법을 증거로 채택하지 않았어야 함에도 불구하고 파기환송 이후에 소송당사자에 의해 제출된 새로운 증거를 채택함으로써 상고심에서 파기환송된 원심법원의 판결과는 상위한 새로운 모습을 갖게 됩니다. 이는 곧 하나의 법적 분쟁이 대법원과 원심법원 사이에서 끊임없이 “상고, 파기환송, 재상고, 파기환송”을 반복하고, 소송의 비효율성과 비경제성의 전형이 된다 하겠습니다.

끝으로 法理誤解를 근거로 한 파기환송은 법률심인 대법원의 職務遺棄에 해당합니다. 왜냐하면 대법원이 판례를 통하여 법의 통일성, 안정성 및 확실성을 부여하여야 하기 때문입니다. 그런데 대법원의 법률해석이 어떠한 수준에 있는지를 새삼 지적할 필요는 없겠습니다.

끝으로 다음과 같이 제언하여야 하겠습니다.

해방후 사회적 격동기 속에서 사법부가 사회적 안정세력의 유지를 위해

기여한 공로는 지대하다 하겠습니다.

(1) 우선 대법원 전원합의체판결과 기본판결만이라도 破棄自判을 원칙으로 하고 이를 법리오해의 원심판결로 까지 확장하여 종극적으로 파기환송제에서 破棄自判制로 전환하여야 하겠습니다.

(2) 대법원의 전면적인 개편이 필요합니다. 1995년에 民事上告事件이 6,501건에 이르렀으나 14명의 대법관으로서 사건처리는 물리적으로 불가능합니다. 더욱이 한국은 최고법원이 분화되지 않아 민사, 형사, 행정, 노동, 조세 등 모든 법역의 사건을 14건의 대법관이 감당할 수는 없습니다. 대법관의 대폭 증원이 필수적으로 이루어져야 하겠습니다.

法學論集

第34輯

1998年 12月 20日 印刷

1998年 12月 26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院

印刷 무지개사

電話 (02) 927-5308 Fax.(02) 927-5309

