法學論集

第 35 輯 1999. 12.

高麗大學校 法科大學
高麗大學校 法學研究院

編輯委員

桂禧悅·鄭東潤·柳炳華

金日秀·河京孝·朴魯馨

刊行辭

해를 넘겨 법학논집 제35집을 간행하게 되니 감회가 새롭다. 새천년과 새세기를 맞이하면서 학문의 세계도 세계화의 조류를 타게 될 것으로 전망된다. 법학도 그 예외는 아닐 것으로 보인다.

한국법학의 요람으로 자긍심을 지녀 온 법학논집도 세계화의 시대조류에 맞게 보다 더 알찬 내용들로 가꾸어져 나가야겠다는 생각이 앞선다. 우리들만의 이야기를 넘어서 세계법학의 주류에서 함께 이야기할 수 있는 논문들로 채워져 나가야 할 과제들 안고 있다. 이 과제야 말로 학문연구와 교수에 진력하고 있는 우리들 자신의 몫이다.

이번에 싣는 10편의 글들은 정성어린 연구결과들로서 매우 값진 논문들이라고 생각한다. 언제부터인가 후기부분에 영어 또는 불어, 독일어로 논문내용을 요약해서 싣던 좋은 전통이 사라져서 퍽 아쉽다. 다음 논집에서부터라도 이 규격성은 다시 복원해야겠다는 생각이 이곳 독일 Freiburg, Max-Planck-Institute 에 와서 보니 더욱 절실해 진다. 세계의 다른 연구자들에게 최소한 우리 자신의 관심분야와 성과를 알리고자 하는 성의와 동료의식이 이것으로 표현된다고 보기 때문이다.

앞으로 이 법학논집이 전국 규모의 학술지로 발전하려면 필진을 국내외의 여러 연구자들과 학자들에게 개방해야 할 필요를 느낀다. 또한 연구결과를 엄선하여 실을 수 있는 편집위원회가 내실있게 가동해야 할 것이다.

이번 법학논집 출간에는 유병화 학장의 지원이 중요한 역할을 했다. 직접 출판업무를 기획하고 진행시킨 법학연구원 정승식 석사를 비롯하여 그 밖의 여러 연구원들의 노고에 대해서도 감사한다.

방학중에도 연구실에서 연구에 전념할 여러 동료교수들에게 새해에는 더욱 알찬 학문의 꿈과 열정이 결실할 수 있기를 기원하면서 이만 간행사에 갈음하고자 한다.

1999년 12월

고려대학교 법학연구원장 김 일 수

法學論集 第35輯

目次

刊行辭 ..... 金日秀 / i

논 문

憲法上 職業의 自由 ..... 桂禧悅 / 1

정보화 시대와 인권, 법 ..... 장영수 / 21

환경기준 설정의 법형식과 법적 효력 ..... 金連泰 / 45

계약금약정의 해석 ..... 明淳龜 / 77
– 대판1996. 6. 14. 95다11429에 대한 비판적 평가 –

Neue Rechtslage nach der Wirtschaftskrise in Korea ..... Ki-Su Lee / 105
– Gesetzesänderungen des Handels- und Wirtschaftsrechts –

船荷證券과 相換하지 않고 運送物을 인도한 海上物件運送人의
損害賠償責任(원심판결: 서울高判 1998. 2. 6, 96 나 26885) ... 鄭燦亨 / 123

物的會社의 瑕疵있는 構造變更 ..... 金正皓 / 145

企業變動에 따른 勞動法的 課題 ..... 朴鍾熹 / 171

犯罪正常理論 ..... 裵鍾大 / 201

의료의 자율성과 법의 정당성 ..... 이상돈 / 231
– 의료보험과 의약분업의 제도 개혁에 대한 법이론적 분석 –

강 연 문

Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? ..... Otfried Höffe / 279
– Ein philosophischer Versuch –

통합문화적 형법은 가능한가? ..... 번역 : 김일수 · 박민성 / 309
– 철학적 시론 –

Grundrechte und Privatrecht ..... Dr. Christian Starck / 333

基本權과 私法 ..... 번역 : 계 희 열 / 361

Funktionen, Methoden und Grenzender Strafrechtsvergleichung
..... Dr. Dres. h.c. Albin Eser, M.C.J. / 383

비교형법학의 기능 · 방법 그리고 한계 ..... 번역 : 김일수 · 정승식 / 431

憲法上 職業의 自由

桂 禧 悅*

《目 次》

Ⅰ. 職業의 自由의 意義
Ⅱ. 職業의 自由의 沿革과 立法例
Ⅲ. 職業의 自由의 槪念
Ⅳ. 職業의 自由의 內容(=保護領域)
1. 職業選擇의 自由
2. 職業行使의 自由
3. 消極的 自由
Ⅴ. 職業의 自由의 侵害形態
Ⅵ. 職業의 自由의 法的 性格
Ⅶ. 職業의 自由의 主體
Ⅷ. 職業의 自由의 效力
Ⅸ. 職業의 自由의 制限과 限界
1. 職業의 自由의 制限과 段階理論
2. 制限의 限界

Ⅰ. 職業의 自由의 意義

직업의 자유가 갖는 의의는 시각에 따라 다양할 수 있으나 무엇보다도 직업의 자유는 인간이 살아 가는 데 있어서 필요한 생활수단을 보장해 준다는 데 있을 것이다. 그러나 직업의 자유가 갖는 의의는 단순히 인간의 생활수단을 보호하는데 그치지 않는다. 즉 독일연방헌법재판소의 말처럼[1] 이 기본권은 자주적인 소득활동의 자유보다 더 많은 것(그 이상)을 보장한다. 이 기본권은 직업(으로서의 노동)을 인간의 인격과 관련시켜 전체적으로 보호한다. 개인은 그의 삶의 과제이며 삶의 기초(Lebensaufgabe und Lebensgrundlage)인 직업으로서의 일에 종사할 때, 또한 개인은 일(직업)을 통해 사

* 高麗大 法大 敎授 · 法學博士

1) BVerfGE 7, 377(397); 50, 290(362) 참조.

회에 기여하게 될 때 그의 인격은 완전히 형성되며 완성된다는 것이다. 인간은 직업(으로서의 노동)을 통해 생활에 필요한 소득을 얻을 뿐만 아니라 인격을 자유롭게 발현할 수 있게 되며 존엄성을 가진 인간으로서 생활할 수 있게 된다. 바로 여기에 직업의 자유의 중요한 의의가 있다고 할 것이다.[2] 직업의 자유의 보장은 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장할 뿐만 아니라 자유로운 사회·경제질서를 형성하는 기본적 요소이다.[3] 특히 자본주의경제질서의 기둥이다.

Ⅱ. 職業의 自由의 沿革과 立法例

직업의 자유는 근세에 들어와서야 보장되기 시작하였다. 엄격한 신분제도와 세습적 직업제도를 그 특징으로 하는 봉건사회에서는 자유로운 직업의 선택이 불가능하였을 뿐만 아니라 직업에 대한 많은 법적 및 전통적 제한이 존재하였다. 근세에 이르러 시민사회가 성립되고 과학과 기술이 점차 발전하면서 직업에 대한 신분적 구속은 경제발전에 장애가 된다는 것을 인식하게 되었고 이에 따라 전통적 직업제도를 타파하고 마침내 직업의 자유가 보장되게 되었다.[4]

직업의 자유가 명시적으로 규정된 것은 다른 자유권에 비해 뒤늦게 규정되었다. 1776년의 버지니아권리장전이나 1789년의 프랑스인권선언은 직업의 자유를 명시적으로 규정하지 않았다. 물론 일반적 자유권의 보장가운데는 직업의 자유도 포함되는 것으로 볼 수 있고[5] 또한 1793년의 프랑스헌법은 부분적이긴 하지만(제17조, 제18조) 직업의 자유에 해당하는 내용을 규정하였다. 독일에서는 1849년의 프랑크푸르트헌법(제158조와 제133조)이

2) H.Rittstieg는 직업의 자유가 갖는 핵심적 의의를 개인의 인격의 발현에서 찾는데 동의하면서도 여러 가지 문제점을 지적하고 있다. H.Rittstieg, Art.12 (Berufsfreiheit), Rdnr.13ff., in: GG-AK, Bd. I, 2.Aufl. 1989 참조.

3) 이와 관련하여 특히 R.Breuer, Freiheit des Berufs, in: J.Isensee und P.Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.Ⅵ 1989, §147 Rdnr. 19f. 참조.

4) 이상 자세한 것은 H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.2ff. 참조.

5) R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.1 참조.

직업의 자유를 규정하였으나 시행되지는 못하였고 1919년의 바이마르헌법(제111조)에 이어 기본법(제12조)에 규정되어 오늘에 이르고 있다. 오늘날 대부분의 헌법이 직업의 자유를 규정하고 있고 국제적 차원에서도 이를 규정하고 있다.[6] 그러나 과거 1989/90이전의 소련이나 동구공산권국가들에서처럼 오늘날에도 공산주의국가나 독재국가에서는 직업의 자유가 보장되지 않는다.

우리 헌법은 1962년의 (제3공화국)헌법에서 비로소 직업의 자유를 명문으로 규정하였다. 그전까지는 명문의 규정이 없었기 때문에 직업의 자유는 거주·이전의 자유에 포함된다는 견해와 포괄적인 자유권에 포함된다는 견해가 있었다. 1972년의 (제4공화국)헌법에서는 법률유보조항을 두었고 1980년의 (제5공화국)헌법은 다시 법률유보조항을 삭제하였으며 이 상태로 오늘에 이르고 있다.

Ⅲ. 職業의 自由의 槪念

일반적으로 직업이란 생활수단을 얻거나 유지하기 위해 계속적으로 행하는 모든 활동을 말한다.[7] 이밖에 직업의 개념을 구성하는 표지로 다음과 같

---

6) 1948년의 세계인권선언 제23조; 1966년의 국제인권규약(B규약) 제8조 3항; 1950년의 유럽인권규약 제4조 2항, 3항; 1961년의 유럽사회헌장 제2장 제1-4조, 제10조 등 참조.

7) 직업의 자유에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr.420; H.-P.Schneider, Art.12 - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43, S.16f.; O.Bachof, Freiheit des Berufs, in: Bettermann- Nipperdey-Scheuner(hrsg.), Die Grundrechte, Bd.Ⅲ/1, 1958, S.155ff. (181); R.Scholz in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.12 Rdnr.18ff., 6ff.; M.Gubelt, in: I.von Münch(hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992, Berufsfreiheit (Art.12) Rdnr.8ff.; P.J.Tettinger, in: M.Sachs (hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996, Art.11 Rdnr.29, 27ff.; Pieroth/Schlink, in: Grundrechte, Staatsrecht Ⅱ, 11.Aufl. 1995, Freizügigkeit (Art.11), Rdnr.876f.; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.34ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.61ff.참조.

우리 헌법재판소에 따르면 직업이란 「생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 활동, 즉 총체적이며 경제적 성질을 가지는 모든 소득활동을 의미하며, 이러한 내

은 것들을 들고 있다. 즉 그 활동은 '허용된'[8], '독자적이든 종속적이든 상관없는'[9], '경제적으로 의미있는'[10], '사회적으로 해롭지 않은' 또는 '사회적으로 가치있는'[11] 것 이어야 한다는 것 등이다. 이 표지들에 대하여 견해의 차이가 있으나 이 요건들 중에서 적어도 허용성의 표지와 독자적이든 종속적이든 상관없다는 표지는 직업의 개념에 필요하다고 본다. 어쨌든 헌법적 직업의 개념은 원칙적으로 개방적이다.[12] 따라서 직업의 개념은 전통적으로 인정된 직업의 종류(職業像)에만 국한되어서는 안되고 시대적 및 사회적 환경의 변화에 따라 새롭게 발생하는 다양한 직업들도 포함할 수 있어야 한다. 따라서 직업의 개념은 넓게 해석되어야 한다.[13]

우선 생활수단을 얻거나 유지하기 위한 활동이라는 개념표지는 넓게 해석되어야 한다. 가령 예술가의 작품활동은 비록 그것이 생활수단이 되지 못하더라도 직업이다. 또한 단순한 취미가 아닌 부업이나 부업과 유사한 활동도 그것이 생활수단을 얻거나 유지하는데 기여하는 한 직업이다.[14]

다음으로 계속적이라는 개념요소도 좁게 해석해서는 안된다. 가령 일시적으로 고용된 근로자의 소득활동이나 휴가기간 중 또는 수습기간 중의 소득활동도 모두 직업이다.[15]

용을 가진 활동인 한 그 종류나 성질을 불문한다」고 한다. 憲裁決 1993. 5. 13, 92헌마80 憲判集 5-1, 365쪽 이하; 독일연방헌법재판소의 직업에 대한 정의는 BVerfGE 7, 377(397); 39, 334(369f.); 50, 290(362); 54, 301(313); 73, 301(315) 참조.

8) R.Scholz, 위의 글 (주 7), 18, 24, 28; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.36; 아래 주 16 참조.

9) R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.7; 아래 주 18 참조.

10) 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.23; E.Stein, Staatsrecht, 15.Aufl. 1995, S.361; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.34; BVerfGE 7, 377(397); 14, 19(22); 68, 272(281) 참조.

11) 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.24ff. 참조.

12) 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.8; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.27 참조.

13) R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.17; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.8; BVerfGE 7, 377(397); 9, 73(78); 13, 97(106); 14, 19(22); 68, 272(281).

14) 이상 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.21; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.878; 또한 P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.32 비교참조; BVerfGE 7, 377(397).

또한 생활수단을 얻거나 유지하기 위한 계속적 활동이라고 하더라도 그것이 허용된 활동인 경우에만 직업이 된다. 허용된 활동이란 법공동체의 가치관념에 따라 보통 공동체에 해롭지 않은(gemeinschaftsunschädlich) 것으로 간주되는 활동을 말하며 법적으로 허용된 (즉 금지되지 않거나 처벌하도록 규정되지 않은) 것을 의미하지 않는다.[16] 따라서 청부살인업자, 마약밀매자, 매춘, 밀수 등은 보호받을 수 없는 직업이다.

끝으로 생활수단을 얻거나 유지하기 위한 계속적 활동인 한 그것이 독자적이든 종속적이든 상관없이 모두 직업으로서 보호된다.[17] 전자의 경우 보통 직업의 자유에 의해 함께 보장되는 영업의 자유, 즉 사용자나 자영업자를 말하며 후자의 경우 보통 근로자를 의미한다. 그러나 직업의 자유는 사용자와 근로자의 직업만을 보호하는 것이 아니라 그밖에 어떤 직업이든[18] 모두 보호한다.

Ⅳ. 職業의 自由의 內容(=保護領域)

우리 헌법은 문구상 직업 '선택' 의 자유만을 보장하는 것처럼 규정하고 있다. 그러나 직업의 선택은 곧바로 직업의 행사와 연결된다. 또한 직업의

---

15) 이상 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.19; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.10; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.30f.; Pieroth/ Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.878; BVerfGE 32, 1(28).

16) 허용성의 표지를 법적 허용성으로 보는 경우 직업의 개념을 단순입법자가 규정하는 결과가 되고 말 것이다. 이에 관하여 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.24, 27ff.; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.9; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.43f. 참조. 허용성(Erlaubtheit)의 표지를 사회적 무해성(Sozialunschädlichkeit) 또는 사회적 가치성(Sozialwertigkeit)과 동일하게 보기도 한다. 그러나 사회적 가치성에 대하여는 사회적 가치성의 중립을 주장하기도 한다(O.Bachof, 위의 논문 <주 7>, S.181f.). 이상 위의 논문 참조.

17) 이하 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.7, 254; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.42; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.17; BVerfGE 7, 377(398f.); 50, 290(363ff.); 54, 301(322) 참조.

18) R.Scholz는 기타 직업으로 자유직업(Rdnr.255ff. 참조), 자유로운 협력자(Rdnr.168 참조) 그리고 유사근로자(Rdnr.169, 252 참조) 등을 들고 있다.

선택과 행사는 직업교육 및 직장의 선택과 불가분의 관계를 갖는다. 따라서 우리 헌법 제15조는 직업선택의 자유만이 아니라 직업과 관련된 종합적이고 포괄적인 자유, 즉 직업의 자유를 보장하고 있다고 보아야 한다.[19]

직업의 자유는 크게 직업선택의 자유와 직업행사의 자유로 구별할 수 있다.[20] 넓은 의미에서 직업선택의 자유는 직업교육장선택의 자유를 포함하며 직업행사의 자유는 직장선택의 자유를 포함한다고 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 우리 헌법상의 직업의 자유는 적극적으로 직업을 선택하고 직업을 행사할 자유를 보장할 뿐만 아니라 소극적으로 직업을 갖지 않을 자유도 보호한다.

1. 職業選擇의 自由

職業選擇의 自由 - 직업선택의 자유란 개인(지망자)이 외부의 영향을 받지 않고 원하는 직업을 자유롭게 선택할 수 있는 것을 말한다.[21] 이 경우 선택은 내부적인 결심만이 아니라 외부적으로 알아볼 수 있는 행위이어야 한다.[22] 이 자유는 최초의 직업선택만이 아니라 제2의 직업 또는 부업의 선택[23]과 직업의 변경 및 직업의 포기를 포함하며 직업을 갖지 않는 선택도

---

19) R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.14, 253; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.59; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.8; Pieroth/Schlink, 위의 글 (주 7), Rdnr.874; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 437쪽 참조. 우리 헌법재판소도 체육시설의 설치·이용에 관한 법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원에서 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함된다고 하고 있다. 憲裁決 1993. 5. 13, 92헌마80 憲判集 5-1, 365쪽; 이에 앞서 변호사법 제10조 2항에 대한 위헌심판에서도 직업선택의 자유에는 직업선택, 직업종사, 직업변경 및 직장선택의 자유가 포함된다고 하였다. 憲裁決 1989. 11. 20, 89헌가102 憲判集 1, 329쪽 참조.

20) 물론 양자의 구별이 항상 분명한 것은 아니다. 특히 양자의 관계는 직업수용(Berufsaufnahme)의 자유에서 보는 것처럼 분명하게 구별되지 않을 수 있다. 이에 관하여 K.Hesse, 위의 책 (주 7), Rdnr.422; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.56ff. 또한 양자의 관계에 관하여 v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2.Aufl. 1966, Art.12, Anm.Ⅳ 2 b (S.371) 참조.

21) BVerfGE 13, 181(185); 58, 358(363f.).

22) M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.37; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr. 56. 참조. 또한 H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.91 비교참조.

23) BVerfGE 21, 173(179); 87, 287(316) 참조. 우리 헌법재판소도 행정사법 제35조 제1

(아래 소극적 직업의 자유 참조) 포함한다.[24]

職業敎育場選擇의 自由 - 직업교육장의 선택의 자유는 직업과 관련된 교육 또는 훈련(기관)을 자유롭게 선택할 수 있는 자유를 말한다.[25] 직업교육장이란 일반적 (교양)교육이 아니라 직업에 도움이 되는 교육이나 훈련장소를 말한다. 여기에는 대학,[26] 전문대학, 중·고등학교, 기타 직업교육과 관련된 학원, 훈련장 또는 실습장 등이 모두 포함된다.

직업교육과 직업선택은 - 비록 특정 직업교육을 받은 사람이 항상 그 직업을 선택하는 것은 아니지만 - 상호 불가분의 관계를 갖고 있고 직업교육은 직업선택의 전제가 되기 때문에 이들은 넓은 의미의 직업선택의 자유라고 할 수 있다.[27]

2. 職業行使의 自由

職業行使의 自由 - 직업행사의 자유란 직업 또는 영업활동상의 모든 자유를 말한다.[28] 이 자유는 활동의 장소, 기간, 형태, 수단 및 그 범위와 내용의 확정 등을 포함한다. 구체적으로 기업의 조직[29] 및 법형태의 선택의

항 제1호 등에 대한 결정에서 겸직의 자유가 직업의 자유에 포함되는 것으로 판결하였다. 憲裁決 1997. 4. 24, 95헌마90 憲判集 9-1, 474(480)쪽 참조.

24) 이상 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.37; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.56; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.56ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.91ff. 참조.

25) 이하 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.26ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.120ff.; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.67f.; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.75f.; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.430ff.; Pieroth/ Schlink, 위의 글 (주 7), Rdnr.885ff. 참조.

26) 독일에서는 직업의 자유와 관련하여 대학입학정원제한(numerus clausus)이 크게 문제되어 많은 논란이 있었다. 이에 관하여는 拙稿, 대학입학정원제한판결, 판례연구 제1집, 1982, 고려대학교 법학연구소, 1쪽이하 참조.

27) 同旨 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 440쪽.

28) 이하 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.38; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.57; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.56ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.76ff. 참조.

29) 이에 관하여 특히 R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.61f. 참조. 우리 헌법재판소는 자동차운수사업법 제24조 등에 대한 결정에서 기업의 자유가 직업의 자유에 포함된다고 하였다. 憲裁決 1998. 10. 29, 97헌마345.

자유, 직업적 처분의 자유[30](여기에는 투자의 자유, 생산품목의 선택과 생산품포장의 선택의 자유, 판매의 자유와 자유로운 계약 및 가격의 결정[31] 등이 포함된다), 경쟁의 자유와[32] 광고의 자유[33] 및 자신의 이름이나 특정 직업명칭의 사용 등과 같은 자유를 포함한다.

職場選擇의 自由 - 직장선택의 자유란 개인이 그가 선택한 직업을 구체적으로 수행하는 공간적 장소인 직장을 자유롭게 선택할 수 있는 것을 말한다.[34] 이 자유는 직장의 수용, 유지, 포기 및 직장의 변경을 모두 포함한다.[35] 직장선택의 자유는 과거 종속적 직업, 즉 근로자에 의해 행사되는 직업에만 해당되는 것으로 보았으나[36] 오늘날에는 자영업자와 같은 독자적 직업에도 해당되는 것으로 보는 것이 다수의 견해이다.[37]

일단 선택한 직업을 행사하는 과정에서 새 직장을 구하거나 직장을 변경하는 것과 같은 직장선택은 넓은 의미에서 직업행사의 일부라고 할 수 있다. 따라서 직장선택의 자유는 넓은 의미의 직업행사의 자유에 포함된다고 볼 수 있다.[38]

---

30) 이에 관하여 자세한 것은 F.Ossenbühl, Die Feiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR Bd.115(1990), S.18ff. 참조.

31) 이에 관하여 자세한 것은 R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.63f.; F. Ossenbühl, 위의 논문 (주 27), S.21f. 참조.

32) 자세한 것은 F.Ossenbühl, 위의 논문 (주 27), S.22ff. 참조. 우리 헌법재판소도 주세법 제38조의 7 등에 대한 결정에서 경쟁의 자유가 직업의 자유에 포함된다고 하였다. 憲裁決 1996. 12. 26, 96헌가18 憲判集 8-2, 680쪽 참조.

33) 자세한 것은 F.Ossenbühl, 위의 논문 (주 27), S.24f. 참조.

34) 이하 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.23ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.112ff.; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.64ff.; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.66ff.; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.429, 422; Pieroth/Schlink, 위의 글 (주 7), Rdnr.888 참조.

35) BVerfGE 84, 133(146).

36) 가령 v.Mangoldt/Klein, 위의 책 (주 20), Art.12, Anm.Ⅲ 3.

37) M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.23; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.114; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.64; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.67ff.; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.191, 429 참조. 또한 O.Bachof, 위의 논문 (주 7), S.250 참조.

38) 同旨 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 440쪽. 물론 직장의 선택이 곧 직업의 선택이

3. 消極的 自由

직업의 자유는 소극적으로 직업을 선택하지도 행사하지도 않을 자유를 보장한다.[39] 가령 직업 없이 갖고 있는 재산으로 살 수도 있다. 직업을 갖지 않으려는 결정은 직업선택의 자유의 내용이 되기도 한다.

Ⅴ. 職業의 自由의 侵害形態

직업의 자유에 대한 침해는 각종 규제의 형태로 나타난다. 직업의 자유에 대한 불법·부당한 규제는 말할 것도 없고 합법적 규제도 규제 받는 사람에게는 직업의 자유에 대한 침해로 나타난다. 직업의 자유에 대한 침해형태는 직업선택의 자유와 직업행사의 자유 그리고 직업교육장선택의 자유와 직장선택의 자유로 편의상 나누어 살펴 보기로 한다. 이들에 대한 다양한 침해를 구별하여 살펴 볼 필요가 있다. 왜냐하면 그 침해는 보통 강도(强度)에 있어서 다르며 그 침해에 대한 정당화의 요구도 다르기 때문이다.

ⅰ. 직업선택의 자유에 대한 규제(침해)는 직업의 선택에 대한 객관적 또는 주관적 조건에 의해 행해진다.[40]

(가) 직업선택의 자유는 우선 '객관적' 허가기준에 의해 제한(침해)된다. 그런 기준으로는 우선 필요의 원칙(Bedürfnisklausel)을 들 수 있다. 가령 버스나 택시 또는 화물차영업의 허가를 필요한 만큼의 수로 제한하는 것,[41] 약국의 개업허가를 주민에 대한 약품공급에 필요한 만큼의 수로 제한하는 것,[42] 또는 특정직업종사자의 수를[43] 필요한 수로 제한하는 것 등이다. 또

되는 경우가 있을 수 있다.

39) v.Mangoldt/Klein, 위의 책 (주 20), Art.12 Anm.Ⅳ 2 a (S.370); O.Bachof, 위의 논문 (주 7), S.195; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.879; BVerfGE 58, 358 (364).

40) 이하 Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.891ff. 참조.

41) 이와 관련하여 BVerfGE 11, 168ff.; 40, 196ff. 참조.

42) 이와 관련하여 BVerfGE 7, 377ff. 참조.

43) 공무원의 경우는 부분적으로 여기에 해당된다. 즉 공무원직은 직업선택에 있어서 객

한 허가의 객관적 제한기준으로 특정직업에 적용되는 稅法규정을 들 수 있다. 그런 규정은 비록 직업의 자유에 간접적으로만 영향을 주지만 그런 규정이 특정직업의 세부담을 높임으로써 그 직업이 경제적으로 크게 위축될 수 있으며 그렇게 되는 경우 그 직업의 선택은 사실상 배제된다. 이밖에 공무원이나 국가와 관련된 직업을 가지려는 경우 그 허가는 객관적 기준에 의해 제한된다. 확정된 정원이 채워진 후에는 아무리 자격을 갖춘 유능한 사람이라도 그 직업을 가질 수 없게 된다.

㈏ 직업선택의 자유는 또한 '주관적' 허가조건에 의해 제한(침해)된다. 그러한 조건은 개인적 자격과 능력, 취득한 자격과 성취한 업적 등이다. 구체적으로 일정한 연령,[44] 성실성, 품위,[45] 행위 및 소송능력,[46] 시험의 통과 그리고 경력[47] 등의 요구가 그런 것들이다.

ii. 직업행사의 자유에 대한 규제(침해)도 부분적으로 객관적 또한 부수적으로 주관적 조건에 의해 행해진다. 직업활동은 일정한 조건과 상황하에서 또한 그런 조건가운데서 수행되는데 그러한 조건들은 흔히 직업의 자유를 침해하게 된다. 가령 영업시간의 제한, 특정 직종이나 물건에 대한 광고의 금지, 특정 직업에 대한 겸직금지 등이 그런 것들이다.

이들간의 경계, 즉 직업선택에 있어서 객관적 규제와 주관적 규제의 경계 또한 직업선택의 규제와 행사의 규제의 경계가 항상 분명한 것은 아니다.

iii. 직업교육장선택의 자유도 객관적 또는 주관적 허가기준에 의하여 제한(침해)된다. 객관적 허가기준에 의한 침해는 가령 취업에 앞서 거쳐야 할 연수과정을 독점하고 있는 교육기관이 장기간 폐쇄되는 경우 일어난다. 주관적 허가기준에 의한 침해는 개인의 자격에 따라 교육장에 입소하고 교육

관적 및 주관적 허가조건에 의해 제한되기 때문에 여기에 해당되지만 공무원은 직업행사의 자유를 갖지 못하며 공무원의 직업선택의 자유는 공무담임권과 직업공무원제도를 함께 고려해야 한다. 공무원관계에는 직업의 자유가 원칙적으로 적용될 수 없다고 보는 견해도 있다. R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.197 참조.

44) BVerfGE 9, 338 참조.

45) BVerfGE 63, 266 참조.

46) BVerfGE 37, 67 참조.

47) BVerfGE 13, 97; 19, 330; 34, 71 참조.

을 마칠 수 있도록 규제하는데서 발생한다.

ⅳ. 직장선택의 자유에 대한 침해는 만약 국가가 개인의 직장취업을 방해하는 경우 또는 특정직장을 갖도록 강요하거나 포기할 것을 요구하는 경우 발생한다. 만약 사인이 이러한 행위를 하는 경우 - 노동법 등의 규율대상이 되지 않는 한 - 제3자적 효력의 문제가 제기될 수 있다.

Ⅵ. 職業의 自由의 法的 性格

직업의 자유는 한편으로 주관적 권리로서의 성격을 가지며 다른 한편으로 객관적 질서의 요소로서의 성격을 갖는다. 즉 二重的 性格을 갖는다.[48] 우선 직업의 자유는 직업의 선택과 행사에 대한 국가권력의 간섭이나 영향 또는 침해에 대한 방어권, 즉 주관적 권리의 성격을 갖는다.[49] 다른 한편 직업의 자유는 객관적 질서의 기본요소로서의 성격을 갖는다.[50] 즉 직업의 자유는 경제·사회질서를 형성하는 중요한 요소로서 '가치결단적 원칙규범' [51]이다.

Ⅶ. 職業의 自由의 主體

직업의 자유의 주체는 자연인만이 아니라 법인도[52] 그 주체가 된다. 자

48) K.Hesse, 위의 책 (주 7), Rdnr.419; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.5; R. Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.21 참조. 우리 헌법재판소도 직업의 자유가 국민의 주관적 공권인 동시에 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소라는 것을 인정하고 있다. 憲裁決 1995. 7. 21, 94헌마125 憲判集 7-2, 155쪽 (영화법 제26조 등 위헌확인); 또한 憲裁決 1997. 4. 24, 95헌마273 憲判集 9-1, 487쪽 (행정사법시행령 제2조 제3호 위헌확인) 참조.

49) P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.9 참조.

50) P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.14 참조.

51) BVerfGE 7, 377(404).

52) 우리 헌법재판소는 지방세법 제138조 제1항 제3호에 대한 위헌소원에서 법인도 직업의 자유의 주체가 된다는 것을 인정하였다. 憲裁決 1996. 3. 28, 94헌바42 憲判集 8-1, 199쪽; 또한 축산업협동조합법 제99조 제2항에 대한 위헌소원에서 법인의 설립 자체가 직업선택의 한 방법이라고 하였다. 憲裁決 1996. 4. 25, 92헌바47 憲判集 8-1,

연인의 경우 외국인이나 무국적인도 그 주체가 될 수 있느냐가 문제된다. 직업의 자유의 주체는 내국인만이 될 수 있으며 외국인이나 무국적인은 그 주체가 될 수 없다.[53] 다만 외국인이나 무국적인은 행복추구권(인격의 자유발현 및 행동의 자유)을 근거로 직업의 자유를 간접적으로 주장할 수 있다.[54] 현실적으로 외국인이나 무국적인은 법치국가가 허용하는 범위 내에서, 즉 법에 따라 보호된다. 그러한 법은 관련당사국간에 상호주의의 원칙에 입각하여 규정되는 것이 보통이다. 장기체류외국인에 대하여는 직업의 자유의 주체가 인정되어야 한다는 견해가 점차 많이 주장되고 있다.[55] 미성년자도 그 주체가 된다.[56] 그 행사능력도 직업의 자유에 있어서는 성년에 도달하기 전에 인정되어야 한다.[57]

법인의 경우 내국사법인은 그 주체가 될 수 있지만[58] 외국법인은 그 주체가 될 수 없고 다만 외국인과 마찬가지로 법적 차원에서의 보호를 받을 뿐이다. 공법인은 원칙적으로 그 주체가 될 수 없다. 다만 법인체로 형성된 공기업의 경우 그 주체가 인정된다고 보아야 할 것이다.[59] 합병회사나 합자회사와 같은 권리능력 없는 상사도 그 주체가 될 수 있다.[60]

370쪽 참조.

53) K.Hesse, 위의 책 (주 7), Rdnr.417; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.5; P.J. Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.18; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.163f. 참조.

54) H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.164; 또한 BVerfGE 35, 382(399); 49, 168(180) 참조. 물론 이 경우 직업의 자유는 일반적 행동의 자유를 규정하고 있는 행복추구권보다 내용상 특별성을 갖고 있기 때문에 보다 강한 효력을 가진다.

55) H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.164; H.P.Schneider는 노동(직업)을 통해 생계수단을 확보하는 것은 '인간의 권리' 의 핵심을 이룬다고 보고 있다. 위의 글 (주 7), S.15 참조.

56) H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.165; BVerfGE 24, 119(144) 참조.

57) H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.165 참조.

58) P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.22; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.166; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.6; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.99; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.23; BVerfGE 21, 261(266); 22, 380(383); 30, 292(312) 참조.

59) P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.24ff.; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.100ff. 참조.

60) P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.23; M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr. 7; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.98; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.23; 참조.

Ⅷ. 職業의 自由의 效力

직업의 자유는 우선 주관적 권리로서 대국가적 효력을 갖는다. 즉 직업의 선택이나 직업의 행사에 있어서 국가권력의 간섭이나 방해 또는 영향력 행사로부터 방어할 권리, 즉 대국가적 효력을 갖는다. 직업의 자유는 모든 국민을 그 침해로부터 보호한다. 그러한 침해가 법률에 의한 것이든, 행정행위에 의한 것이든 또는 재판에 의한 것이든 상관없다.

다른 한편 직업의 자유는 객관적 질서의 기본요소로서 사인에 대하여도 효력을 갖는다. 즉 직업의 자유는 경제·사회질서를 비롯한 자유로운 공동체의 전체적 질서를 구성하는 불가결의 요소로서 사인간의 관계에서도 효력을 갖는다. 직업의 자유가 사인에 의하여 침해되는 경우[61] 관련법률에 의하여 충분히 보호되지 못하면 직업의 자유의 기본권규정이 사인에 대하여도 직접 또는 간접으로 적용될 수 있다. 직업의 자유를 직접 또는 간접적용하느냐의 문제는 구체적 상황에 따라 그때 그때 직업의 자유의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리 내에서 판단할 문제이며 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.[62]

Ⅸ. 職業의 自由의 制限과 限界

직업의 자유는 인간생활에 있어서 필요한 소득을 보장해 줌으로써 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해줄 뿐만 아니라 자유로운 사

---

61) 가령 영업상의 비밀을 보호하기 위해 사인(근로자)에게 퇴직후에도 일정기간 비밀유지 또는 競業禁止義務를 부과하는 계약의 체결같은 경우. 이와 관련하여 憲裁決 1996. 10. 4. 94헌가5 (상법 제41조 제1항 위헌제청), 憲判集 8-2, 228쪽 참조. 또한 BVerfGE 81, 242ff. 참조.

62) 자세한 것은 R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.69ff.; R.Breuer, 위의 글 (주 3), Rdnr.25 참조. 이들은 모두 간접적용만을 인정하려 한다. 한편 독일연방노동법원은 직업의 자유를 직접 적용해 왔다. 그러한 판례로는 BAGE 1, 185 (191ff.); 4, 240(243); 4, 258(260ff.); 13, 168(174ff.); 24, 438(441ff.) 참조.

회·경제질서를 형성하는 중요한 기본권이기는 하지만 여러 가지 방식으로 제한된다. 직업의 개념내재적 한계이외에도 직업의 자유는 대통령의 긴급명령(제76조 1항 및 2항) 또는 비상계엄이 선포된 경우 제한될 수 있다(제77조 3항; 계엄법 9조). 또한 특수지위관계에 있는 사람(수형자, 군인·군무원 등)은 해당법률에 의해 직업의 자유가 제한된다. 무엇보다도 직업의 자유는 제37조 2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한될 수 있다.

1. 職業의 自由의 制限과 段階理論

직업의 자유가 법률에 의해 제한될 수 있지만 그 제한은 정당한 목적을 위해 행해져야 하고 그 수단은 목적의 달성을 위해 적합한 것이어야 하며 그 제한은 또한 최소한에 그쳐야 한다. 이러한 관점에서 독일연방헌법재판소는 일찍이(1958년 6월 11일의) 이른바 '약국판결' (Apothekenurteil)에서[63] (三)段階理論을 개발하였고 그후 계속해서 이 이론에 입각하여 판결해 왔다.[64] 우리 헌법재판소도 이 단계이론을 수용하고 있다.[65]

단계이론(Stufentheorie)이란[66] 직업의 자유를 제한하는 경우 먼저 가장

---

63) BVerfGE 7, 377(405ff.).

64) BVerfGE 11, 30ff.; 13, 97ff.; 16, 147ff.; 18, 353ff.; 21, 245ff.; 23, 50ff.; 30, 292ff.; 46, 246(256ff.); 50, 290(362ff); 59, 302(315ff.); 71, 183(196ff.); 76, 171(184ff.); 78, 179ff.; 84, 34ff. 참조. 또한 H.H.Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd.92(1967), S.212ff.; P.J.Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd.108(1983), S.92ff. 참조.

65) 『직업선택의 자유에는 직업결정의 자유·직업종사(직업수행)의 자유·전직의 자유 등이 포함되지만, 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다』라고 함으로써 단계이론을 수용하고 있다. 憲裁決 1993. 5. 13. 92헌마80 (체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에 대한 헌법소원), 헌판집 5-1, 365(374)쪽. 이미 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원에서 단계이론이 언급되고 있다. 이성렬의 반대의견 참조. 憲裁決 1990. 10. 15. 89헌마178, 憲判集 2, 365(380 이하).

66) 이에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 책 (주 7), Rdnr.422f.; M.Gubelt, 위의 글

약한(최소의) 제한으로 제한의 목적을 달성해 보고 그것으로 목적달성이 어려운 경우 다음 단계의 보다 강한 제한을 하고 그것으로도 목적이 달성되지 않는 경우 최후단계의 가장 강한 제한을 해야 한다는 것이다. 이처럼 단계적으로 강도를 높이면서 직업의 자유를 다음과 같이 제한해야 한다는 것이다. 즉 제1단계는 직업행사의 자유를 규제하고 제2단계는 직업선택의 자유를 주관적 허가조건에 따라 제한하며 마지막으로 제3단계는 직업선택의 자유를 객관적 허가조건에 따라 제한한다는 것이다. 제한의 강도가 높아질수록 입법자의 형성의 자유는 줄어들게 된다. 또한 입법자에 의한 제한의 강도가 높을수록 입법자에 대한 정당성의 요청은 더욱더 커진다. 정당성의 요청은 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)의 문제이다. 결국 단계이론은 직업의 자유를 제한하는데 있어서 비례의 원칙을 엄격하게 적용하는 결과라고 하겠다.[67]

ⅰ. 직업행사의 제한(제1단계)[68] - 직업의 자유에 대한 제1단계 제한은 처음부터 취(영)업금지나 직업박탈과 다를 바 없는 직업선택의 자유를 제한하는 것이 아니라 그 침해가 가장 경미한 직업행사의 자유를 제한하여 제한의 목적을 달성해야 한다는 것이다. 가령 영업의 시간(유흥업소의 심야영업제한)이나 장소(주택가나 교육시설근처에서 유흥업소 등의 영업제한) 또는 방법(택시의 10부제 운행)을 제한하는 것 또는 특정 직종이나 물건에 대한 광고의 제한 등이 이에 해당한다.[69] 직업행사의 자유를 제한하는데 있어

(주 7), Rdnr.41ff.; R.Scholz, 위의 글 (주 7), Rdnr.295ff.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.908ff.; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.100ff.; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 441쪽 이하 참조.

67) BVerfGE 13, 97(104) 참조.

68) BVerfGE 7, 377(406); 77, 308(332); M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr. 48ff.; P.J.Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.101f.; Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 7), Rdnr.915 참조.

69) 직업행사의 제한과 관련된 구체적 판결례에 관하여 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr. 51 참조.

우리 헌법재판소도 직업행사의 자유를 제한하는 많은 사건들을 판결하고 있다. ① 영업(시간 및) 장소의 제한과 관련하여: 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제5호 등에 대한 헌법소원에서 노래연습장에 18세미만자의 출입을 금지하거나 그 영업시간을 제한하는 것은 위헌이 아니라고 판결하였다. 憲裁決 1996. 2. 29. 94헌마13, 憲判

集 8-1, 126쪽; 변호사법 제10조 제2항에 대한 위헌법률심판에서 변호사개업지에 대한 제한을 규정하고 있는 동규정을 직업행사의 자유에 대한 과잉제한이라고 판결하였다. 憲裁決 1989. 11. 20. 89헌가102, 憲判集 1, 329(339); 학교보건법 제6조 제1항 제13호에 대한 헌법소원에서 대학 및 이와 유사한 교육기관의 정화구역안에서 당구장영업을 금지하는 것은 위헌이다. 憲裁決 1997. 3. 27. 94헌마196 등 憲判集 9-1, 375(386-7)쪽; 약사법 제37조 제2항의 위헌여부에 관한 헌법소원에서 한약업사의 영업지제한은 직업의 자유의 침해가 아니다. 憲裁決 1991. 9. 16. 89헌마231, 헌판집 3, 542쪽 참조 ② 영업방법의 제한과 관련하여: 의료기사법 제1조 등에 대한 헌법소원에서 물리치료사와 임상병리사를 의사의 진료를 지원하는 측면에서 의사의 지도하에서만 업무를 담당하도록 규정한 동조항을 합헌으로 판결하였다. 憲裁決 1996. 4. 25. 94헌마129 95헌마121(병합), 憲判集 8-1, 449쪽; 법무사법시행규칙 제35조 제4항에 대한 헌법소원에서 사무원의 수를 제한하는 동규정은 자의적 차별이나 사적 경제활동에 대한 부당한 간섭이 아니라고 판결하였다. 憲裁決 1996. 4. 25. 95헌마331 憲判集 8-1, 465; 구 방문판매 등에 관한 법률 제18조 제1항 등에 대한 헌법소원에서 다단계 판매에 대한 규제는 직업수행에 대한 제한으로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판결하였다. 憲裁決 1997. 11. 27. 96헌바12 憲判集 9-2, 6-7쪽; 공중위생법시행규칙[별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목에 대한 헌법소원에서 터키탕안에 이성의 입욕보조자를 두지 못하게 제한하는 것은 직업의 자유의 침해가 아니다. 憲裁決 1998. 2. 27. 97헌마64 憲判集 10-1, 187쪽; 부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등에 대한 헌법소원에서 담배자판기설치를 금지하므로 담배소매인의 직업수행의 자유의 제한은 법익형량상 감수할 수밖에 없다고 판결하였다. 憲裁決 1995. 4. 20. 92헌마264, 279(병합) 헌판집 7-1, 564쪽 참조 ③ 영업내용의 제한과 관련하여: 체육시설의 설치·이용에 관한 법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원에서 당구장을 경영하는 영업주로 하여금 당구장출입문에 18세 미만자의 출입금지 표시를 반드시 하도록 규정하는 것은 직업행사의 자유를 침해하는 위헌적 규정으로 판결하였다. 憲裁決 1993. 5. 13. 92헌마80, 헌판집 5-1, 365(374)쪽; 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률시행령 제30 등조에 대한 헌법소원에서 감정평가업자의 업무범위 등을 제한하고 감정평가법인의 설립을 위한 최소한의 인원을 규정한 것은 위헌이 아니다. 憲裁決 1996. 8. 29. 94헌마113, 憲判集 8-1, 141(165)쪽; 약사법 부칙 제4조 제2항 위헌소원에서 약사의 기존 한약조제권을 제한하는 것은 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 판결하였다. 憲裁決 1997. 11. 27. 97헌바10, 憲判集 9-2, 651쪽 참조 ④ 기타 직업행사의 자유의 제한과 관련하여: 의료기사법시행령 제2조에 대한 헌법소원에서 안경사에게 한정된 범위내의 시력검사를 허용하고 있는 동조항은 안과의사의 전문적인 의료영역을 정면으로 침해하는 것이라고 할 수 없고 그 규정이 청구인의 직업선택(수행)의 자유를 침해하는 것이라고도 보기 어렵다고 결정하였다. 憲裁決 1993. 11. 25. 92헌마87, 憲判集 5-2, 468(485)쪽; 엔지니어링기술진흥법시행규칙 제3조 제1항 제2호에 대한 헌법소원에서 엔지니어링활동문호를 개방함으로써 기술사가 받게 되는 반사적 불이익은 기술사의 직업수행을 제한하는 것은 아니라고 판결하였다. 憲裁決 1997. 3. 27. 93헌마159 憲判集 9-1, 344(360)쪽; 행정사법시행령 제2조 제3호에 대

서 입법자는 상대적으로 가장 큰 형성의 자유를 갖는다.[70]

ii. 주관적 허가조건에 의한 직업선택의 제한(제2단계)[71] - 직업의 자유에 대한 제2단계제한은 직업선택의 자유를 제한하는 경우에도 먼저 일정한 주관적 허가조건을 근거로 이를 제한하여 제한의 목적을 달성해야 한다. 이는 직업의 성질상 일정한 전문성, 기술성, 숙련성 등을 요구하는 경우 이에 적합한 적성, 자격, 능력, 경력, 교육과정의 이수 또는 시험의 합격 등을 갖춘 자에게만 직업을 선택할 수 있게 제한하는 것이다. 이러한 제한은 새로 등장하는 직업에서는 불가능하며 확정된 전통적 직업의 종류(職業像)에만

한 헌법소원에서 행정기관에서 발급하는 서류의 외국어번역을 외국어번역행정사만이 아니라 의뢰자의 판단에 따라 누구라도 할 수 있도록 한 것은 합헌이다. 憲裁決 1997. 4. 24. 95헌마273, 憲判集 9-1, 487쪽; 자동차관리법 제2조 제7호 등에 대한 헌법소원에서 자동차매매업자 등의 자동차등록신청대행으로 행정사가 받는 업무영역 잠식은 직업행사의 과잉제한이 아니다. 憲裁決 1997. 10. 30. 96헌마109 憲判集 9-2, 537쪽; 종합유선방송법 제2조 제1호 등에 대한 위헌소원에서 공중파방송의 동시재송신의 의무화는 재산권이나 직업선택의 자유의 침해가 아니다. 憲裁決 1996. 3. 28. 92헌마200, 憲判集 8-1, 227쪽; 주세법 제38조의 7 등에 대한 위헌법률심판에서 주류판매업자에 대한 자기 道 생산소주의 50% 이상 구입명령제도는 위헌이다. 憲裁決 1996. 12. 26. 96헌가18, 憲判集 8-2, 680쪽; 영화법 제26조 등에 대한 헌법소원에서 영화법(제26조)이 국산영화의무상영제를 규정하는 것은 합헌이다. 憲裁決 1995. 7. 21. 94헌마125, 憲判集 7-2, 155쪽; 지방세법제138조 제1항 제3호 등에 대한 헌법소원에서 대도시내에서 법인설립 등의 목적을 위하여 취득하는 부동산등기에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과하는 것은 법인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이 아니다. 憲裁決 1996. 3. 28. 94헌바42, 憲判集 8-1, 199쪽; 의료보험법 제33조 제1항에 대한 위헌법률심판에서 요양기관지정의 취소는 의료기관개설자에게는 막대한 불이익을 주는 제재적 처분으로서 직업수행의 자유를 침해하는 것이다. 憲裁決 1998. 5. 28. 96헌가1, 憲判集 10-1, 509쪽; 지방세법 제112조 제5항 등에 대한 위헌소원에서 법인이 아닌 개인사업자에게 1가구당 1대 초과 승용차량의 취득 및 등록에 대하여 취득세와 등록세를 2배로 중과한다고 하여 개인기업의 형태로 직업수행을 할 수 없을 정도로 제한받고 있다고 할 수 없다. 憲裁決 1998. 5. 28. 95헌바18, 憲判集 10-1, 583쪽 참조.

70) BVerfGE 3, 377(405f.); 우리 헌법재판소도 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 한다. 憲裁決 1993. 5. 13, 92헌마80 憲判集 5-1, 365쪽 참조.

71) BVerfGE 7, 377(406f.); M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.53ff.; P.J. Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.103f. 참조.

가능하다. 가령 병원이나 약국의 개설은 의사나 약사자격을 가진 자, 변호사나 회계사의 직업은 그에 해당하는 자격을 가진 자만이 선택할 수 있도록 제한하는 것이 이에 해당한다.[72] 이 제한은 보호하려는 공익이 개인의 자유의 보호보다 큰 경우 정당화될 수 있다.

주관적 허가조건에 의한 직업선택의 자유의 제한은 개인의 노력에 의해 얼마든지 극복될 수 있는 제한이다. 즉 개인은 주관적 허가조건을 충족하기만 하면 그 제한에서 벗어날 수 있고 해당직업을 언제나 선택할 수 있다. (바로 이 점에서 개인의 노력과 상관없이 객관적 허가조건에 의해 직업선택의 자유를 제한하는 제3단계제한과 구별된다.)

iii. 객관적 허가조건에 의한 직업선택의 제한(제3단계)[73] - 직업의 자유에 대한 제3단계제한은 개인의 자격이나 능력 또는 노력 등과 상관없이 제한의 목적달성을 위해 객관적 허가조건에 따라 직업선택의 자유를 제한하는 것이다. 가령 일정한 객관적 기준에 따른 허가를 전제로 하는 각종 직업이 이에 해당한다.[74] 이 제한은 개인의 능력이나 자격이 직업선택에 아무런 영

---

72) 주관적 허가조건에 의한 직업선택의 자유의 제한과 관련된 구체적 판결례에 관하여 M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.63 참조.
우리 헌법재판소도 주관적 허가조건에 의해 직업선택의 자유를 제한하는 많은 사건들을 판결하고 있다. 가령 군법무관임용법 부칙 제3항 등에 대한 헌법소원에서 일정한 요건을 갖춘 자에 대하여만 변호사의 자격을 인정하는 것은 기본권주체의 능력과 자질에 의한 제한으로서 이른바 주관적 요건에 의한 직업선택의 자유의 제한으로서 합헌이라고 결정하였다. 憲裁決 1995. 6. 29. 90헌바43, 憲判集 7-1, 854(869)쪽; 사법서사법시행규칙에 대한 헌법소원에서 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자격의 문호를 좁혀 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 되었다고 해도 위헌이 아니다. 憲裁決 1989. 3. 17. 88헌마1, 憲判集 1, 9쪽; 법무사법 부칙 제3조 등에 대한 헌법소원에서 법무사자격요건의 설정은 직업선택의 자유의 제한이 아니라고 판결하였다. 憲裁決 1996. 10. 4. 94헌바32, 憲判集 8-2, 345쪽; 미수복지등에서 귀순한 의약업자에 관한 특별조치법 부칙 제4항에 대한 위헌소원에서 특조법의 시행기간을 한시적으로 정하였다 하더라도 이는 귀순의약업자에게 부여되었던 특별혜택을 중단하는 것에 불과하고 직업선택의 자유를 더 제약하는 것은 아니다. 憲裁決 1998. 2. 27. 96헌바5, 憲判集 10-1, 131쪽 참조.

73) BVerfGE 7, 377(407ff.); M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.65ff.; P.J. Tettinger, 위의 글 (주 7), Rdnr.106ff.; H.Rittstieg, 위의 글 (주 2), Rdnr.102; … 참조.

74) 객관적 허가조건에 의한 직업선택의 자유의 제한과 관련된 구체적 판결례에 관하여

향도 미칠 수 없는 제한이기 때문에 가장 심각한 제한이다. 따라서 이러한 제한은 『월등하게 중요한 공익의 명백하고 확실한 위험을』 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있다.[75]

이러한 제한단계의 경계, 즉 직업행사의 자유의 제한인지 직업선택의 자유의 제한인지가 항상 분명하게 구별되지 않는 경우가 있고 주관적 허가조건과 객관적 허가조건이 동시에 적용되는 경우도 있으며 하위단계의 제한이 오히려 더 제한의 강도가 높은 경우도 있을 수 있다.[76]

M.Gubelt, 위의 글 (주 7), Rdnr.70f. 참조.

우리 헌법재판소도 객관적 허가조건에 의해 직업선택의 자유를 제한하는 많은 사건들을 판결하고 있다. 가령 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법소원에서 국·공립 사범대학 출신의 교육공무원 우선 임용제는 사립사범대학 졸업자 및 교직과정이수자들의 교육공무원취업기회를 사실상 봉쇄하는 기능을 하므로 평등권만이 아니라 직업선택의 자유에 대한 침해이며 위헌이다. 憲裁決 1990. 10. 8. 89헌마89, 憲判集 2, 332(350)쪽; 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원에서 법무사법 제4조 제1항에 의하여 모든 국민에게 부여된 법무사 자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙(제3조 제1항: 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사시험을 실시하지 아니해도 된다)으로 박탈한 것이어서 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이다. 憲裁決 1990. 10. 15. 89헌마178, 憲判集 2, 365쪽; 변호사법 제15조에 대한 위헌심판에서 형사사건으로 기소된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다고 규정한 동조항은 과잉금지의 원칙에 위배되어 직업선택의 자유를 침해한 것이다. 憲裁決 1990. 11. 19. 90헌가48, 憲判集 2, 393쪽; 사립학교법 제58조의 2 제1항 단서 및 제3호에 대한 위헌법률심판에서 형사사건으로 기소된 사립대학교 교수를 형이 확정되기도 전에 단순히 공소제기를 이유로 직위해제하는 것은 직업의 자유에 대한 과잉제한으로서 동조항은 위헌이다. 憲裁決 1994. 7. 29. 93헌가3, 憲判集 6-2,1쪽; 구 국가공무원법 제73조의2 제1항 단서에 대한 위헌법률심판에서 국가공무원이 형사사건으로 기소되면 필요적으로 직위해제처분을 하도록 한 것은 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 과도하게 침해하고 무죄추정의 원칙에도 위반된다. 憲裁決 1998. 5. 28. 96헌가12, 憲判集 10-1, 560쪽; 검찰청법 제12조 제4항 등에 대한 헌법소원에서 검찰총장 퇴임후 2년 이내에는 모든 공직에의 임명이 금지되고 심지어 국·공립대학교 총·학장, 교수 등에도 임명받을 수 없게 하는 것은 직업선택의 자유와 공무담임권을 침해하는 것으로서 위헌이다. 憲裁決 1997. 7. 16. 97헌마26, 憲判集 9-2, 72쪽; 직업안정 및 고용촉진에 관한 법률 제10조 제1항 등에 대한 위헌소원에서 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받도록 제한한 것은 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이 아니다. 憲裁決 1996. 10. 31. 93헌바14, 憲判集 8-2, 422쪽 참조.

75) BVerfGE 7, 377(408f.) 참조.

2. 制限의 限界

직업의 자유를 제한하는 경우에도 그 본질적 내용은 제한할 수 없다. 즉 제한에는 한계가 있다. 그렇기 때문에 가령 직업의 선택이나 행사를 원천적으로 불가능하게 하는 입법은 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이 된다. 또한 제한의 한계는 필요하고 적합한 제한의 (상술한 단계이론상의) 단계를 넘어서는 경우 제한의 한계를 침해하는 것이 된다.[77] 즉 제한의 단계가 그때 그때 그 한계가 된다. 그러나 직업의 자유의 제한은 많은 경우 직장선택의 자유에서처럼 직장을 갖거나 갖지 못하는 양자택일적인 것이기 때문에 직장을 갖지 못하는 사람에게는 직업의 자유의 본질적 내용이 제한되는 셈이다. 따라서 본질적 내용의 제한금지는 많은 경우 경고적 의의를 가질 뿐이다.

---

76) 가령 BVerfGE 11, 30ff.; 77, 84(106) 참조.

77) 가령 구 건축사법 제28조 제1항 제2호 위헌제청사건에서 건축사의 업무범위위반행위를 필요적 등록취소사유로 규정한 것은 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라고 판결하였다. 憲裁決 1995. 2. 23. 93헌가1, 憲判集 7-1, 130(138)쪽. 또한 위 주 69, 74 참조.

정보화 시대와 인권, 법

장 영 수*

《目 次》

Ⅰ. 서: 정보화 사회로의 진입과 그 명암
Ⅱ. 삶의 정보화와 인권
1. 정보화의 현실과 미래
2. 정보화를 통한 인권의 신장
3. 정보화를 이용한 인권침해 기회의 확대
4. 바람직한 정보화 사회의 모습
Ⅲ. 정보공개와 정보보호의 긴장관계
1. 삶의 기회와 정보의 공개
2. 개인의 사생활과 정보보호
3. 입법적 해결의 필요성과 그 기준
Ⅳ. 현행 정보관계법의 기본구조와 문제점
1. 현행 정보관계법의 기본구조
2. 현행 정보관계법의 현황과 문제점
Ⅴ. 현행 정보관계법의 개선방향
1. 정보공개법의 개선방향
2. 포괄적 정보보호법의 제정
3. 정보화사회의 국가과제
Ⅵ. 맺으면서

Ⅰ. 서: 정보화 사회로의 진입과 그 명암

우리에게 낯설게 들리던 '세계화'니 '정보화'니 하는 말도 이제는 아주 익숙한 말이 되었을 뿐 아니라, 눈앞에 다가온 21세기를 밝혀주는 지표처럼 자리하게 되었다. 21세기에는 세계화(이른바 global standard의 작업) 없이 생존할 수 없다는 주장이나 정보를 지배하는 자가 세상을 지배한다는 구호

* 高麗大 法大 敎授 · 法學博士

가 널리 공감을 얻고 있는 것이다. 오늘날 세계화와 정보화는 동전의 앞뒷면처럼 맞물려 있다. 세계화를 통해 정보의 중요성이 더욱 커지고 있으며, 또 정보화를 통해서만 세계화가 가능해지기 때문이다. 그리고 그 동안의 노력을 통해 우리는 세계화의 시대, 정보화의 시대에 이미 반쯤은 발을 들여놓고 있는 셈이다.

정보의 중요성은 인간의 삶에서 정보가 차지하는 비중에 의해 설명된다. 즉 인간의 삶을 구성하는 요소를 크게 정보와 행동으로 구분한다면, 정보가 곧 행동을 좌우하는 결정적 요소가 되기 때문에 정보의 중요성이 더욱 강조될 수밖에 없다는 것이다. 합리적 인간은 자신이 갖고 있는 정보에 따라 자신이 취할 행동을 결정하기 마련이고, 따라서 필요한 정보를 빠르고 정확하게 확보하는 것은 곧 현명한(또는 유리한) 행동을 취할 기회로 연결되기 때문이다. 그래서 많은 개인들과 기업들, 심지어 국가들조차도 유용한 정보를 빠르고 정확하게 확보하는 데 총력을 기울이고 있다.

하지만 정보화 사회라는 것이 참으로 꿈과 이상을 실현시키는 유토피아인지에 대해서는 심각하게 고민해 볼 필요가 있다. 정보는 그 자체로서 선도, 악도 아닌 중립적 존재이므로 그 이용 여하에 따라 큰 도움이 될 수 있을 뿐만 아니라 엄청난 위협도 될 수 있기 때문이다. 정보의 올바른 이용은 재해를 예방하고, 전쟁을 승리로 이끌기도 하며, 개인에게 큰 행운을 가져다주기도 하지만, 정보의 남·오용은 각종범죄를 부추기고, 개인의 삶을 파괴하며, 국가질서를 어지럽히기도 한다.

따라서 정보화 사회라는 것이 모든 사람이 모든 정보를 가지고 자유롭게 이용하는 것으로 오해되어서는 안될 것이며, 필요한 사람이 필요한 정보를 가질 수 있는 사회, 그리고 그러한 정보의 남·오용에 대해서는 책임이 뒤따르는 사회여야 할 것이다. 그런 맥락에서 볼 때, 정보화 시대를 살아가는 우리는 한편으로는 정보를 효율적이고 정당하게 이용할 권리(알권리)를 가져야 하며, 다른 한편으로는 자신과 타인, 그리고 국가가 정보를 남·오용하지 못하도록 할 책임(사생활의 보호, 국가기밀 또는 기업비밀의 보호 등)을 진다.

그러나 정보화 사회에 진입한 우리의 현실은 정보의 올바른 이용을 통하여 삶의 질이 향상되는 측면보다는 정보의 왜곡과 독점, 그리고 부당한 이용이 더 두드러지게 나타나고 있다. 미공개 기업정보를 이용하여 주식투기를 하는 재벌기업의 회장이나 그 친인척들이 검찰의 수사를 받는가 하면, 재벌에 대한 검찰수사가 진행되는 가운데 검찰총장 부인에게 로비를 했다는 의혹이 제기되어 국회의 청문회가 열리고, 다른 한편에서는 개인의 신용정보를 유출시켜 그로 인한 피해가 속출하고 있는 것이 오늘의 현실인 것이다.

따라서 우리는 한편으로는 정보의 공개를 필요로 하면서도 다른 한편으로는 자신에 관한 개인정보의 적절한 보호를 요구하게 된다. 하지만 현대의 정보화 사회 속에서 우리가 구체적으로 어떠한 권리를 주장할 수 있는지, 또 타인의 권리에 대한 존중은 어떻게 표현되어야 하는지에 대해서 많은 문제가 있다. 정보화로 인한 인권침해의 가능성은 어디에 있으며, 공개되어야 할 정보와 보호되어야 할 정보를 어떻게 구별하여야 하는지, 또 그러한 정보의 공개 또는 보호는 어떤 의미를 갖는지에 대하여 적지 않은 혼란이 있는 것이다.

Ⅱ. 삶의 정보화와 인권

1. 정보화의 현실과 미래

선각자들이 정보화 시대의 도래를 느끼기 시작한 것들은 이미 수십년 전으로 거슬러 올라간다. 그러나 일반 시민들까지 정보화의 문제를 피부로 느끼게 된 것은 최근 10여년의 일이다. 정보의 문제라는 것을 막연하게 - 개인의 삶과는 직접 관련이 없는 - 첩보기관의 일 정도로 생각하던 것이, 우리의 삶을 좌우하는 중요한 요소로 떠오르게 된 데에는 대중매체들의 역할이 매우 컸다. 일반 시민들도 대중매체를 통하여 다양한 정보에 쉽게 접할

수 있게 되었을 뿐만 아니라 정보를 지배하는 언론기관의 강력한 영향력을 실감하게 되면서 정보에 대한 인식이 변화하게 된 것이다.

정보에 대한 인식의 변화를 더욱 촉진시킨 것은 정보산업의 발달, 그리고 컴퓨터를 통한 정보화의 촉진과 정보전산망의 발달이다. 정부가 앞장서서 정보화를 촉구하면서 컴퓨터의 보급 및 전산망의 확충, 정보산업의 육성과 기술의 개발 등을 지원하였고, 수많은 개인과 기업들이 정보시스템의 개발과 개선을 위해 노력하였다. 일단 정보화 사회를 향하여 방향을 정한 우리 사회는 정보유토피아를 꿈꾸며 정보화를 서둘러 왔고, 정보화를 위한 노력은 시간이 지날수록 가속도를 더하며 정보산업의 국제경쟁력 확보를 향해 나아가고 있다.

그러나 한편으로는 정보유토피아에 대한 기대가 있는 반면에 다른 한편으로는 정보의 독재에 대한 우려도 적지 않다. 오래 전부터 21세기가 기계문명의 발달로 인하여 비인간화된 독재사회가 될 것이라는 두려움이 있었으며, 그것은 무엇보다 과학기술의 발달이 (국가)권력으로 하여금 모든 정보를 지배할 수 있도록 할 것이라는 점에서 비롯되었다.[1] 실제로 정보화의 진전이 정보의 독점 및 그로 인한 폐해, 정보의 남용과 오용 등 적지 않은 부작용을 수반하고 있음을 우리는 부정할 수 없다.

이제 우리는 정보화의 방향을 결정해야 하는 시점에 서 있다. 정보화를 거부하고 제3의 대안을 찾는 것은 이미 불가능해 보인다. 하지만 우리가 정보화의 방향과 내용을 어떻게 형성해 나가느냐에 따라 우리의 미래가 판이하게 달라질 수 있다는 점은 명백하다. 그리고 그러한 판단은 정보화의 추진방향 및 과정을 결정함에 있어서 선택가능한 여러 대안들을 면밀하게 비교·검토하고, 그 각각의 경우에 얻(을 수 있)는 것과 잃(을 수 있)는 것들을 정확하게 예측하여 정보의 공정한 활용과 보호가 확보될 수 있도록 하는 것이어야 한다.[2]

---

1) 이러한 두려움을 가장 잘 표현한 것은 조지 오웰의 '1984년'이나 헉슬리의 '멋진 신세계'라고 할 수 있을 것이다. 그밖에 Erich Fromm도 '희망의 혁명'에서 이러한 위험에 대한 경고를 잊지 않고 있다.

2. 정보화를 통한 인권의 신장

정보화의 진전은 많은 긍정적 효과를 수반한다. 우리의 삶을 결정하는 것이 정보와 행동이라고 한다면,[3] 정보화는 일차적으로 삶의 절반을 훨씬 더 풍요롭게 만드는 것이다. 그러나 현실적으로 정보와 행동의 상호연관성에 따라 정보화는 행동에도 커다란 영향을 미치게 된다. 보다 많은 정보에 쉽게 접하게 되고, 그러한 정보들을 자유롭게 활용할 수 있게 된다는 것은 보다 다양할 삶을 살 수 있는 기회의 제공, 폭넓은 가능성의 확보를 의미하기 때문이다. 그러므로 정보화는 그 자체로서 인간의 삶에 다양성과 활력을 부여하는 힘, 즉 인간의 자기실현을 촉진하는 원동력의 하나로 평가될 수 있다.

이런 맥락에서 정보화의 진전은 인권을 신장하는 효과를 갖는다고 평가될 수 있다. 인권이 단지 생명과 자유와 재산을 외부의 침해, 특히 국가권력에 의한 침해로부터 보호하여야 한다는 고전적 인권사상은 삶의 질을 생각하는 현대적 인권이해에 따라 확대·변화된 지 이미 오래이다. 오늘날의 인권이 자율적 삶의 형성(자유권)과 이를 가능케 하는 외적 조건의 보장(사회적·문화적 인권 및 환경권)의 확보라는 두 가지 요소를 통하여 구체화된다고 볼 때, 정보화의 진전은 알권리를 비롯한 언론 자유의 확대라는 측면

---

2) 사회내의 공동생활에 있어서는 다양한 형태의 정보수집 및 수집된 정보의 평가가 필수적이다. 그러나 정보의 권리를 실현시킴에 있어서는 중대한 문제들이 제기된다. 특히 정보수집의 필요성은 정보보호의 요청과 충돌하는 가운데 현대사회의 가장 복잡한 문제의 일면을 드러내 보인다. 이에 관하여는 Hans Peter Bull, Vom Datenschutz zum Informationsrecht - Hofnungen und Enttäuschungen, in: H.Hohmann(Hrsg.) Freiheitssicherung durch Datenschutz, 1987, S.173-204 참조.

3) 개인이 자신의 삶을 형성해 나가는 과정은 곧 행동과 정보라는 두 가지의 요소를 통해 보다 분명하게 나타날 수 있다. 행동과 정보라는 두개의 개념은 각 개념에 있어서 문제되는 개념정의의 곤란성에도 불구하고 분명히 구별된다. 그러나 생활관계의 자율적 형성의 보장이라는 측면에서 볼 때에는 양자의 구별보다도 양자의 관계가 더욱 중요한 것이다. 한편으로는 모든 행동이 새로운 정보를 산출하며, 또 다른 한편으로는 정보의 수집도 하나의 행동이다. 그러나 또한 사회적 고찰방법의 테두리 내에서 이야기하자면 올바른 정보가 행동을 이끌어간다는 것도 강조되어야 할 것이다.

에서 자유권의 확장이기도 하지만, 동시에 적절한 정보의 확보는 다른 여러 기본권이 보다 잘 실현될 수 있도록 도와주는 측면도 가질 수 있게 되는 것이다. 그렇기 때문에 정보에 관한 권리는 단순히 자유권으로서의 언론의 자유의 일부로서만 취급되기는 곤란한 점이 있는 것이다.

정보화와 관련된 인권으로는 일차적으로 언론의 자유(표현의 자유, 알권리 등), 학문의 자유, 예술의 자유 등이 문제되지만, 그밖에도 자율적 삶의 형성과 관련된 인격권, 그리고 정보의 남용에 대한 방지와 관련하여 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 등의 기본권이 직접 관련되며, 나아가 인신의 보호에 관한 것에서부터 정신활동의 보호에 관한 인권, 경제적·사회적 인권과 정치적 인권에 이르기까지 정보화의 진전에 따라 영향을 받지 않는 인권은 찾을 수 없다. 그것은 우리의 삶이 그만큼 정보에 의존하고 있으며, 우리 삶의 여러 영역을 보호하는 인권들도 결국 우리가 갖고 있는 정보의 질과 양에 따라 그 실현의 내용과 방식, 정도가 달라질 수밖에 없기 때문이다.

또한 정보화의 진전은 민주주의의 실현에도 기여하는 측면이 있다. 민주주의의 본질이 국민의 의사를 최대한 수렴하고 반영하여 국가의사를 결정하는 데 있기 때문에, 국민의사의 자유로운 표현과 이의 결집은 민주주의의 실현을 위한 가장 기초적인 전제가 된다. 또한 과거 국가가 정보를 독점하고 통제된 언론기관을 통하여 왜곡된 정보를 제공하는 방법으로 국민의 자율적 의사결정을 방해하면서 전제적·독재적 체제를 형성·유지했던 역사적 경험들을 돌이켜 보면 자유로운 정보의 유통이 독재를 막고 민주주의를 실현하는 데 얼마나 큰 의미를 갖는지 쉽게 확인할 수 있다.

투명한 정보를 통해 민주주의의 실현이 촉진되며, 민주주의의 실현을 통하여 또한 국민의 - 정보에 관한 인권을 포함한 - 인권이 강화되는 상승작용이 가능해지는 것이다.

3. 정보화를 이용한 인권침해 기회의 확대

그러나 정보화를 통한 긍정적 효과, 즉 정보화를 통한 인권보장의 강화

와 민주주의 실현의 촉진이라는 부인할 수 없는 장점에도 불구하고, 우리는 정보화 시대의 도래를 무조건적인 환영으로 맞이할 수는 없다.

앞서 언급한 바와 같이 정보는 그 자체로서는 선(善)도 악(惡)도 아니며, 단지 다양한 가능성의 제공에 지나지 않는다. 즉 그러한 가능성은 선의 실현을 위해서와 마찬가지로 악의 실현에도 기여할 수 있는 것이다. 이미 오래 전부터 많은 철학자, 사회학자 및 미래소설가 등에 의하여 예측되었고 또 심각하게 우려되었던 것의 하나가 정보의 독점과 왜곡을 통한 독재사회, 또는 모든 정보의 공개를 통한 사생활이 말살된 사회였다. 그들은 정보화의 진전으로 인하여 삶의 기회가 다양성을 갖게 되는 것이 아니라 오히려 - 독재에 의해서이건 아니건 - 획일화되는 경우를 우려하였으며, 그러한 경우에는 인간성 자체가 말살되거나 극도로 비인간화되는 현상이 발생될 수밖에 없다고 우려하였던 것이다.[4]

이러한 우려는 무엇보다 정보화의 진전에 따라 인간에 대하여 각종의 통제가 훨씬 더 강력하고 효과적으로 부과될 수 있다는 점에 기인한 것이다. 물론 현재의 상황이 30-40년 전부터 예측되었던 대로 블랙 유토피아를 형성하고 있는 것은 아니지만, 특정인에 대한 모든 정보를 갖고 있다는 것은 그를 원하는 방향으로 움직일 수 있다는 것이고, 이러한 상황을 극단화시킬 경우에는 정보에 의한 독재[5]가 이루어져서 인간이 단순히 정보의 객체로 전락할 수 있다는 점에 대한 통찰은 많은 공감을 얻었다.

이미 정보화의 진전은 한편으로 정보의 자유로운 유통과정을 보장하고 있지만, 다른 한편으로는 보호되어야 할 정보의 유출로 인한 인권침해의 문제를 과제로서 떠안게 되었다. 아무리 정보화가 진전되어도 자유롭게 공개되어도 좋은 정보가 있는가 하면, 그렇지 못한 정보도 있다. 예컨대 국가기밀 또는 기업비밀에 해당되는 정보, 개인의 사생활로서 보호되어야 할 사항

4) 앞의 주1 참조

5) 정보에 의한 독재는 국가에 의한 것뿐만 아니라 다른 조직체나 개인에 의해서도 발생될 수 있으며, 꼭 정치적인 영역에서뿐만 아니라 비정치적 영역(예컨대 사회적·경제적 영역)에서도 발생될 수 있다.

에 대한 정보, 저작권으로서 보호되어야 할 정보, 아동·청소년의 보호와 관련하여 특별한 제한이 필요한 정보까지도 맹목적인 정보의 추구의 대상이 되면서 다양한 갈등과 문제가 제기되는 것이다. 해킹 또는 크랙킹에 의한 정보의 침해, 몰래카메라 등에 의한 사생활의 파괴, 각종 음란물의 범람, 그리고 불법복제물의 광범한 유통 등은 우리 사회가 당면하고 있는 가장 심각한 문제가 되어버린 것이다.

결국 정보의 이용 여하에 따라 정보화는 인권과 민주주의를 꽃피우는 훌륭한 비료가 될 수도 있지만, 반대로 인권침해의 온상으로 전락해 버릴 수도 있다는 점에 유의하여야 한다. 자신에 관한 정보가 타인에 의하여 남용·오용되는 경우는 물론이고, 그렇지 않다 하더라도 인간이 오로지 정보의 대상으로서 늘 감시당하는 삶을 살아야 하는 것은 비극이다. 만일 그러한 형태로 정보화가 진행된다면, 그것은 인권을 실현하는 정보유토피아보다는 인간성을 억압하는 블랙 유토피아에 더 많이 접근하게 될 것이다.

4. 바람직한 정보사회의 모습

정보화의 진전에 따라 정보화시대, 정보화사회의 도래가 이미 현실이 되어 버린 현시점에서 정보화를 거부하고 폐쇄된 삶을 고집할 수는 없다. 그러나 정보화의 방향과 내용, 그리고 한계에 대한 진지한 고민은 과거 어느 때보다도 더욱 절실히 요구되고 있다.

우리는 먼저 정보화를 추진하기에 앞서 정보화의 방향에 대하여 숙고하여야 한다. 모든 정보를 무조건 전산망에 올려놓고, 누구나 쉽게 접근할 수 있도록 만드는 것이 올바른 정보화는 결코 아니다. 정보 가운데는 공개되어야 할 정보가 있고, 공개되어서는 안될 정보가 있다. 또 공개의 여부가 당사자의 판단에 맡겨져야 할 정보, 즉 당사자의 동의에 기초해서만 공개될 수 있는 정보가 있다. 예컨대 공적 사안에 대한 정보는 - 그것이 국가기밀로서 보호되어야 할 특별한 사유가 존재하지 않는 한 - 공개되어야 한다. 반면에 사회적으로 유해한 정보, 즉 음란하고 폭력적인 성격이 매우 강하여

사회적 위험성이 인정되는 정보는 공개되어서는 안될 것이다. 그리고 개인의 사생활에 관한 정보로서 앞의 두 가지에 해당되지 않는 정보는 제3의 유형으로 분류될 수 있을 것이다. 물론 그밖에도 다양한 정보가 존재하지만, 위의 3가지 유형에 해당되지 않는 정보들의 공개는 대체로 특별한 문제를 야기시키지 않을 것이다.

이처럼 공개되어야 할 정보와 보호되어야 할 정보를 명확하게 구분하였을 때, 그 기초 위에서 정보화의 방향과 내용이 좀 더 구체적인 형태로 드러날 수 있다. 즉 정보의 공개와 활용을 통해 - 국가, 지방자치단체 기타의 여러 공적 단체들을 포괄하는 - 공적 제도들의 투명한 운용이 가능해질 수 있으며, 정보의 보호를 통하여 개인의 자유로운 삶의 영역도 동시에 보장될 수 있을 것이다.

그러므로 우리가 지향하는 바람직한 정보사회는 정보의 공개와 유통, 그리고 정보의 보호가 균형을 이루는 가운데 필요한 정보는 충분히 활용되고, 보호되어야 할 정보는 철저히 보호되는 제도적 장치를 갖춘 사회라고 할 수 있다. 다만 정보의 공개와 정보의 보호는 늘 긴장관계 속에서 그 한계에 관한 미묘한 문제들을 낳게 되므로, 이에 대한 세심하고 지속적인 관심이 필요할 것이다.

Ⅲ. 정보공개과 정보보호의 긴장관계

1. 삶의 기회와 정보의 공개 → 알권리를 위한 정보공개의 확대

인류 역사상 현대와 같이 인간의 삶에 다양한 기회와 가능성이 부여된 시대는 없었다. 모든 개인이 자신이 원하는 삶을 살 수 있는 것도 아니고, 모든 개인에게 원하는 삶을 살 수 있는 균등한 기회가 완벽하게 보장되어 있는 것도 아니지만, 과거와 비교할 때 현대인들은 훨씬 다양한 선택의 기회를 갖고 있으며, 그에 따라 보다 만족스러운 삶을 살 수 있는 가능성이

높아진 것도 부인할 수 없는 사실이다.

이와 같은 다양한 삶의 기회와 가능성은 한편으로는 과거 소수가 독점했던 권력이 국가의 민주화, 사회의 다원화에 따라 분산되었기 때문에 가능한 것이지만, 다른 한편으로는 그러한 기회와 가능성이 정보매체를 통해 널리 알려져 있기 때문에 가능한 것이기도 하다. 즉 정보화의 진전을 통한 정보의 공개와 활용은 개인들이 원하는 삶을 영위할 수 있도록 기회를 확대시켜 주고 있는 것이다.

정보의 자유는 종래 언론자유의 한 내용으로 다루어져 왔으며, 언론자유는 일반적으로 정신적 자유의 하나로 분류되었다. 즉 이른바 내면적 정신활동의 자유인 신앙, 양심 및 사상의 자유와 불가분의 관계 속에서 이를 외부로 표출하는 자유(표현의 자유)로 이해되었던 것이다. 하지만 오늘날 언론의 자유는 단순한 표현의 자유가 아니라 컴뮤니케이션의 자유, 즉 의사소통의 자유로 이해된다. 즉 내면적 정신활동에 의해 형성된 자신의 종교적·양심적·사상적 결정이나 판단을 외부로 분출하는 것에 국한되지 않고, 의사소통의 전체과정, 다시 말하자면 정신적 교류의 전체과정을 그 보호의 대상으로 하는 것이다. 그것은 외부적 자극(타인의 의사표현)을 자신의 정신세계 안으로 수용하고, 이를 검토·평가하는 가운데 자신의 내면적 정신활동이 이루어지며, 이를 다시금 외부로 표현하게 되는 전체과정이 동시에 보호될 때에만 언론자유의 보호가 실효성을 가질 수 있다는 점에서 일견 당연한 것이기도 하다.

그러나 언론자유의 의의 및 내용에 대한 이해가 오늘날과 같이 정리된 것은 최근의 일이며, 전통적인 표현의 자유에 속하지 않는 알권리가 헌법상의 기본권 내지 인권으로 널리 인정된 것도 오래지 않았다. 그럼에도 불구하고 알권리는 이제 매우 중요하고 적극적으로 이용되는 기본권의 하나로 뿌리내리게 되었으며, 알권리의 행사를 시민의 의무로까지 인식하는 단계에 이르렀다. 수동적·소극적으로 주어지는 정보에만 의존하여 우리의 삶에 중요한 문제들을 판단하고 결정하는 대신에 적극적으로 알권리를 행사하여 필요한 정보를 구할 수 있게 됨으로써 우리가 활용할 수 있는 정보의 질과 양

이 확대될 뿐만 아니라, 투명한 정보의 확보를 통해 정보의 왜곡과 변질을 막을 수도 있기 때문이다.

따라서 알권리는 헌법상 기본권으로 보장되고 있으며, 이를 최대한 실현시키기 위해 모든 국가기관이 노력하여야 한다. 알권리의 주체인 국민은 일반적으로 공개되어 있는 자료들에 접근하여 정보를 획득할 수 있을 뿐 아니라 비공개인 자료의 공개를 요구할 수도 있다. 그러나 알권리가 국가 또는 제3자에 대하여 모든 정보를 빠짐없이 제공하도록 요구할 수 있는 권리로 이해될 수는 없다. 예컨대 주거권에 의해 보호되는 타인의 주거내의 상황에 대하여 알권리를 주장할 수 없으며, 법적으로 보호되는 국가기밀이나 기업비밀에 대한 정보가 공개될 것을 요구할 수도 없다. 즉 알권리의 반대측면에서는 정보보호[6]의 필요성이 인정되는 것이다.

2. 개인의 사생활과 정보보호 → 정보공개의 한계와 정보보호

그러면 어디까지 알권리가 보장되어야 하며, 어떤 경우에 정보의 보호가 우선적으로 인정되어야 하는가?

알권리에 기초한 정보공개와 프라이버시권 등에 기초한 정보보호 사이의 긴장관계를 정리하기 위해서는 먼저 어느 쪽을 중심으로 다른 쪽을 제한할 것인지에 대한 접근의 방향을 분명히 하여야 할 것이다.[7] 그러나 우리가 현대의 정보화사회를 전제하고 이야기한다면 정보의 공개가 원칙이고, 정보공개의 제한을 위해서는 특별한 근거가 요구되는 것으로 방향을 설정하여야

---

6) 정보보호의 개념에 관하여는 정보화촉진기본법 제2조 및 임영형·주덕규, 「정보화사회에서의 정보보호와 그 입법적 과제」, 호서대 사회과학연구 제16집, 1997, 119-152(123이하)쪽 참조.

7) 하나의 공동체가 정보의 공개와 유통에 더 큰 비중을 두고 있을 때에는 정보공개를 원칙으로 하고 특별한 사유(즉 프라이버시 보호의 필요성, 국가기밀 또는 기업비밀 보호의 요청 등)가 있을 경우에 예외적으로 공개에 대한 제한을 인정하는 방향으로 양자의 관계가 정리될 것이다. 반면에 정보의 보호에 더 큰 비중을 두는 공동체라면 정보의 공개를 위해서는 특별한 근거가 요구되는 방향으로 양자의 관계가 정리될 수 있을 것이다.

할 것이다. 정보화사회는 정보의 공개는 물론, 공개된 정보의 왜곡없는 유통, 나아가 신속한 정보의 교류를 위한 통신망의 확보까지도 요구하는 것이다.

따라서 정보공개를 제한하기 위해서는 그에 상응하는 근거의 제시가 요구된다. 예컨대 개인의 사생활에 대한 과도한 침해를 인정하기 위해서는 문제되는 정보가 과연 사적 정보인지의 여부 및 그러한 정보의 공개가 개인의 사생활의 비밀 내지 인격권에 대한 심각한 침해로 볼 수 있는지에 대한 판단이 요구된다.[8] 물론 그동안 학설과 판례 등에 의하여 많은 기준이 제시되었으며, 그러한 기준들은 정보의 공개가 정당한 경우와 그렇지 못한 경우를 상당히 구체적으로 나누어주기도 한다.[9] 그러나 정보화가 진전됨에 따라 사생활의 침해와 관련된 문제는 끊임없이 증가되고 있으며, 특히 인터넷을 중심으로 한 뉴미디어의 발달은 명예훼손이나 사생활침해 등 인권침해와 관련하여서도 기존의 방식과는 다른 새로운 형태의 문제들을 낳고 있는 상황이다.[10]

---

8) 그러나 대중매체가 발달되고 연예인들을 중심으로 사생활의 많은 부분이 대중 앞에 노출되고 있는 현실 속에서 연예인들을 비롯한 공적 인물은 물론 일반시민들까지도 사생활의 영역에 대한 보호의식 자체가 희미해져 버리는 문제점이 나타나고 있다. 각종 TV 프로그램에서 스타들의 은밀한 경험에 대한 이야기를 공개하여 시청율을 높이는가 하면, 이러한 공개에 익숙해진 사람들은 사생활영역이 과연 어디까지이며, 어떻게 보호되어야 하는지에 대한 의식조차 흐려져 버리는 것이다.

9) 예컨대 잡지에 기사와는 관계없는 사진을 게재함으로써 개인의 초상권을 침해한 경우(서울민사지법 1993.7.8 판결 92가단57989), 또는 본인의 동의 없이 사진을 게재한 경우(서울지법 제25민사부 1998.8.19 97가합96337)에는 위법으로 인정되지만, 보도의 목적이 (명예훼손의 목적 없이) 공익을 위한 것이고 그 내용이 진실이거나 또는 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있을 때에는 위법성이 없다고 본다(서울지방법원 남부지원 제2민사부 1992.2.21. 판결 89가합13975 / 서울민사지방법원 제19부 1992.7.29 판결 92 가합 3033 / 서울민사지방법원 제14부 1992.9.8 판결 91가합78412 / 대법원 1998.2.27 97다19038).

10) 뉴미디어를 통한 인권침해는 침해의 대상이 되는 기본권에 있어서 어떤 특수성을 나타내기보다는 침해의 방식의 특수성과 구제 및 규제의 곤란성을 특징으로 한다. 예컨대 수많은 link를 통한 접속에 대하여 과연 어느 정도의 책임을 중간과정에 연결된 사람들(웹사이트)에 대해 물을 수 있는지에 대해서도 논란이 진행중이며, 보다 본질적으로 사이버 공간에서 정보유통에 대해 과연 어느 정도의 규제가 - 기술적으로 -

그리고 국가기관 기타 공적 조직들에 의한 개인정보의 수집, 또는 기업에 의한 개인정보의 수집 내지 데이터 베이스화와 관련한 문제도 오늘날 정보화사회의 진행방향을 결정하는 매우 중요한 문제 가운데 하나라고 할 수 있다. 정보화의 진전에 따라 정보가 곧 힘이라는 인식이 확산되었고, 정보를 지배하는 자가 세계를 지배한다는 슬로건이 널리 전파되면서 개인과 기업, 심지어 국가조차도 구체적 필요성과 상관없이 정보의 수집 그 자체에 적극성을 더하게 되었다. 이렇게 수집된 정보가 좋은 목적을 위해 활용되는 경우도 많이 있겠지만, 불법적인 개인정보의 유출을 통하여 큰 피해를 야기하는 경우도 그동안 적지 않았으며, 때로는 정보수집의 방법에서부터 문제가 야기되는 경우도 없지 않았다.

이와 같은 개인정보의 데이터 베이스화는 마치 시한폭탄처럼 남·오용의 가능성을 안고 있으며, 그렇기 때문에 단순히 데이터 베이스에 대한 접근의 제한만으로 그러한 데이터 베이스의 구축이 정당화되기는 어려운 상황이다. 더욱이 구체적 필요성과 상관없이 일단 가능한 모든 정보를 확보해 놓고 보자는 식의 정보수집은 결코 정당하다고 볼 수 없다. 정보수집 목적 및 그에 따른 수집 가능한 정보 범위의 제한, 데이터 베이스의 내용에 대한 제한, 정보수집의 절차 등을 정하는 원칙적 규준이 먼저 세워지고, 그러한 규준에 따라 데이터베이스가 구축되었을 때에만 그 정당성이 인정될 수 있는 것이다. 또한 그렇게 구축된 데이터 베이스에 대해서도 이용의 제한(데이터 베이스에 대한 접근의 제한), 대상자인 개인의 참여 등을 통하여 충실한 관리가 이루어져야 할 것이다.[11]

그러나 이 문제들을 둘러싼 이해관계는 매우 첨예하게 대립되어 있기 때문에 그러한 기준을 객관적으로 확정하는 것은 매우 어렵다. 정보공개와 정보보호 사이의 갈등을 둘러싼, 나아가 정보화의 기초가 되는 데이터 베이스

가능하고 또 - 당위적으로 - 필요한지에 대해서도 아직은 누구도 자신 있게 말할 수 없는 상황이다.

11) 이에 관한 일본에서의 논의에 관하여는 堀部政男(신구현 역), 프라이버시와 고도정보화사회, 1995 참조.

의 구축에 관한 여러 관련당사자들의 이해관계를 합리적으로 조정하여 적절한 조화점을 찾는 것은 결코 쉬운 일일 수 없다. 그렇기 때문에 그 기준은 일차적으로 입법적으로 설정되어 구체성과 명확성, 그리고 법적 구속력을 갖출 수 있도록 하여야 할 것이다.

3. 입법적 해결의 필요성과 그 기준

현대사회는 가치관의 다원화 및 그로부터 파생되는 복잡한 가치체계의 혼재와 혼란, 다양한 생활양식의 병존 및 각 영역의 분화와 전문화라는 특징적 징표에 의하여 19세기 이전까지의 사회와 확연히 구별되고 있다. 그런 가운데 전통적인 도덕규범이나 관습규범은 사회질서를 규율·유지하는 힘을 점차 잃게 되었고, 상대적으로 실정법의 의의와 비중은 더욱 높아지게 되었다. 특히 교통법규나 환경법규 등의 예에서 잘 나타나듯이 기술적 기준을 판단의 잣대로 이용하여야 하는 현대적 문제들의 해결을 위해서는 이를 적극적으로 수용하여 제정된 실정법에 의한 기준의 제시가 결정적일 수밖에 없다.[12]

마찬가지로 현대의 정보화에 따른 복잡한 문제들도 한편으로는 기본적인 방향설정의 문제이지만, 다른 한편으로는 구체적인 정보통신 기술의 발달에 따른 여러 가지 가능성과 위험성에 대한 평가와 대책마련의 문제이기도 하다. 따라서 이러한 문제들을 해결함에 있어서는 전통적인 언론자유의 문제를 염두에 두고 제정된 법률들과 이를 적용하는 과정에서 축적된 판례를 통하여 제시된 기준만으로는 불충분한 경우가 많을 수밖에 없다. 예컨대 신문을 염두에 두고 만든 법률이나 그 법률의 적용과정에서 형성된 판례가 방송에 그대로 적용될 수 없는 것처럼, 신문·방송·잡지 등과 같은 기존의 언론매체를 염두에 두었던 법률이나 판례가 위성통신, PC통신, 인터넷 등의

12) 예컨대 교통법규에 있어서의 속도제한이나 환경법규에 있어서의 오염기준치의 설정은 과학적 내지는 기술적 판단에 근거한 것이(어야 하)며, 이러한 판단을 실정화하여 객관시킴으로써 개별적 분쟁에 있어서의 개인적 판단이나 주장에 의한 혼란을 막고 일관된 기준을 적용하는 것은 분쟁해결에 있어서 매우 중요한 의미를 갖는다.

뉴미디어에 그대로 적용될 수 없는 것이다.

그렇다고 정보화의 과정(정보의 수집과정, 정보의 활용과정 및 그 기반이 되는 인프라 구축의 과정)이 법적 기초 없이 이루어진다는 것은 더욱 위험한 일이다. 따라서 올바른 정보화를 위해서는 정보화의 방향과 내용, 한계 등에 대한 심도 있는 검토가 입법과정을 통해 수렴되어 명확한 기준으로 정리될 필요가 있다는 점은 오래 전부터 인식되어 왔다. 이미 1970년대부터 미국, 스웨덴, 독일, 프랑스 등에서 정보화 내지는 정보보호에 관한 입법적 노력이 계속되어 왔으며,[13] 우리 나라에서도 최근 정보화 내지는 정보보호에 관한 입법에 많은 관심이 기울여지고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

이미 OECD나 EU 등과 같은 국제기구들에 의해서도 현대의 정보화추세와 관련하여 개인정보의 보호에 관한 권고안 등을 내놓고 있다. 특히 OECD는 1980년 9월 13일 「프라이버시 보호와 개인데이터의 국제유통에 대한 가이드라인에 관한 이사회 권고」(Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)를 채택하였고, 이 권고의 부속문서로 포함된 「프라이버시 보호와 개인데이터의 국제유통에 대한 가이드라인」의 제7조 이하에서는 개인정보의 수집 및 활용에 관한 여러 기준을 제시하여 많은 공감을 얻은 바 있다.[14]

---

13) 1970년 미국의 "공정신용보호법"(Fair Credit Reporting Act), 1973년 스웨덴의 "정보법" (Data Act), 1974년 미국의 "프라이버시 법" (Privacy Act), 1977년 독일(당시 서독)의 "정보처리에 있어서의 개인정보 남용방지에 관한 법률(연방정보보호법)" Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz), 1978년 프랑스의 "정보처리 파일 및 여러 자유에 관한 법률" (Loi relative àl'informatique, aux fichiers et aux libertés), 1978년 오스트레일리아의 "개인정보보호에 관한 연방법률" (Federal Act on the Protection of Personal Data) 등.

14) 제7조에서는 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle)으로서 "개인정보의 수집에는 제한을 두어야 하며, 어떤 개인정보도 적법하고 공정한 수단에 의하여 또한 적당한 경우에는 정보의 주체에게 알려 동의를 얻은 다음에 수집되어야 한다"고 규정하고 있다.

Ⅳ. 현행 정보관계법의 기본구조와 문제점

1. 현행 정보관계법의 기본구조

현행 정보관련법령은 크게 3가지 유형으로 분류될 수 있다. 첫째는 정보공개에 관한 법령이고, 둘째는 정보보호 내지 정보의 침해에 대한 규제를 담고 있는 법령이다. 그리고 마지막 셋째는 정보화를 위한 기반시설의 마련

제8조는 정보 내용의 원칙(Data Qulity Principle)으로서 "개인정보는 그 이용목적에 따른 것이어야 하며, 또한 목적에 필요한 범위 내에서 정확, 안전하고 최신의 것이어야 한다"고 규정하고 있다.

제9조는 목적 특정의 원칙(Purpose Specification Principle)으로서 "개인정보의 수집목적은 수집시보다 늦지 않은 시점에 있어서 특정되지 않으면 안되며, 그 후의 정보이용은 해당 수집목적의 달성에 필요하거나 또는 해당 수집목적에 모순되지 않는 범위에서 허용되며, 목적 변경시에는 특정화된 해당 목적의 달성에 한정되어야 한다."

제10조는 이용제한의 원칙(Use Limitation Principle)으로서 "개인정보는 제9조에 의해 특정된 목적 이외의 목적을 위해서 개시(開示), 이용 그밖의 사용에 제공되어서는 안되나, 다음의 경우는 예외로 한다. (a) 정보 주체의 동의가 있는 경우, (b) 법규의 규정에 의한 경우"

제11조는 안전보장의 원칙(Security Safeguards Principle)으로서 "정보는 그 분실 또는 부당한 접근·파괴·사용·수정·개시(開示) 등의 위험에 대하여 합리적인 안전보장조치에 의해 보호되어야 한다"는 것이다.

제12조는 공개의 원칙(Openness Principle)으로서 "개인정보와 관련이 있는 개발, 운용 및 정책 등에 관해서는 일반적인 공개의 정책이 취해져야 한다. 개인정보의 존재, 성질 및 그 주된 이용목적과 함께 정보관리자의 식별, 통상의 주소를 확실히 하기 위한 수단을 용이하게 이용할 수 있어야 한다"는 것이다.

제13조는 개인참여의 원칙(Individual Participation Principle)으로서 "개인은 다음과 같은 권리를 갖는다. (a) 정보관리자가 자기에 관한 정보를 갖고 있는지의 여부에 대하여 정보관리자 또는 그 외의 자로부터 확인할 수 있다. (b) 자기에 관한 정보를 (i) 합리적인 기간 내에 (ii) 만일 필요한 경우에는 과도하지 않은 비용으로 (iii) 합리적인 방법으로 (iv) 자신이 알기 쉬운 형태로 자신에게 알리도록 할 수 있다. (c) 앞의 (a) 및 (b)의 요구가 거부된 경우에는 그 이유를 밝히도록 하고, 그러한 거부에 대하여 이의를 제기할 수 있다. (d) 자신에 관한 정보에 대하여 이의를 제기할 수 있으며, 그 이의가 인정된 경우에는 그 정보를 소거, 수정, 완전화, 보정시킬 수 있다"는 것이다.

제14조는 책임의 원칙(Accountability Principle)으로서 "정보관리자는 앞의 여러 원칙들을 실시하기 위한 조치에 따라야 할 책임을 진다"는 것이다.

에 관한 법령이다.

국민의 알권리과 직결되어 있는 정보보호 관련 법령 가운데서는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'이 모법이 되고 있다. 동법은 1996년 12월 31일자로 제정되었으며, 동법 부칙에 따라 공포후 1년이 경과한 후부터 적용되고 있다. 동법은 국가, 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법 제2조에서 정하는 정부투자기관 기타 대통령령이 정하는 정하는 기관에 대하여 이들 기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 컴퓨터에 의하여 처리되는 매체 등에 기록된 사항을 국민의 정보공개청구에 따라 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하게 하고 있다.

이러한 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'은 각 국가기관의 활동방식에 따라 각기 다른 형태의 구체화규정을 두어 집행부의 경우에는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령'이, 국회의 경우에는 '국회 정보공개 규칙', 법원에서는 '법원 정보공개 규칙', 선거관리위원회에서는 '선거관리위원회 정보공개 규칙', 그리고 헌법재판소에서도 '헌법재판소 정보공개 규칙'이 각기 제정되어 있다.

그리고 정보보호에 관한 법령은 매우 복잡하게 구성되어 있다. 예컨대 개인정보를 함부로 다루지 못하도록 함으로써 정보를 보호하는 것으로는 '공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률'과 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'이 있다. 전자는 공공기관의 컴퓨터에 의해 처리되는 개인정보의 보호를 위한 절차와 벌칙을 정하고 있으며, 후자는 개인의 신용정보를 다루는 신용정보업자의 자격제한, 개인신용정보의 제공 및 이용의 제한 등을 정하고 있다. 그밖에 각종의 정보침해 행위에 대한 규제를 정하고 있는 것으로는 '형법', '국가보안법', '통신비밀보호법', '전기통신기본법', '전기통신사업법', '전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률', '청소년보호법', '미성년자보호법', '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률' 등의 다양한 법률이 관련되는 규정들을 담고 있다.

마지막 세 번째는 '정보화촉진 기본법'을 중심으로 한 정보화를 위한 기

반시설의 마련과 관련되는 법령이다. 동법은 1995년 8월 4일 제정되었으며, 1999년 1월 21일의 개정에 의하여 정보화를 위한 초고속 정보통신망 등 인프라 구축을 위한 구체적 규정들을 담게 되었다. 또한 정보화의 촉진과 정보통신산업의 기본조성 및 정보통신기반의 고도화를 위한 국가와 지방자치단체의 의무를 규정함으로써 정보화촉진을 위한 강한 의지를 확인시키고 있다.

2. 현행 정보관계법의 현황과 문제점

그러나 현재까지도 알권리의 범위 또는 정보보호의 구체적 기준과 방법에 대해 규율하고 있는 국내의 법령은 그 규율의 내용이나 실효성에 있어서 상당히 미흡한 상황이다. 이미 수십년 전부터 체계적인 입법을 갖추어 온 외국의 경우에도 급변하는 정보환경의 변화에 따라 법적 대응의 방법을 개선할 필요성이 끊임없이 논의되고, 새로운 입법적 시도가 다양하게 나타나고 있는 것에 비추어 볼 때, 국내의 정보관계 입법은 획기적인 변화를 필요로 하는 상황이라고 할 수 있는 것이다.

현행 정보관계법의 문제점은 크게 체계성의 문제와 내용 미비의 문제, 그리고 실효성의 문제로 나누어 살펴볼 수 있다.

체계성이라는 측면에서 볼 때, 정보공개와 정보보호, 정보화기반시설의 구축이라는 3개의 축을 중심으로 정보관계 입법들을 분류한다면, 이들 3가지 입법들의 상호연관성이 불충분하다는 점을 먼저 지적할 수 있다. 예컨대 '공공기관의 정보공개에 관한 법률' 제2조에서 정의하고 있는 정보의 개념과 '정보화촉진 기본법' 제2조에서 정의하고 있는 정보의 개념이 일치하지 않는다는 점이 지적될 수 있으며,[15] 정보보호에 관한 수많은 개별법들이 상

15) 물론 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'과 '정보화촉진 기본법'은 입법목적이 서로 다르며, 그 때문에 정보라는 용어를 서로 다른 개념으로 사용하고 있다고 설명될 수도 있을 것이다. 그러나 각 법률들의 상호관계를 염두에 두고 공통된 개념으로 사용하는 가운데 그 적용의 방식과 범위를 달리하는 입법방식이 훨씬 더 합리적이라고 평가할 수 있을 것이다.

호연관성을 충분히 살리지 못하는 가운데 정보침해에 관한 규제들을 정하고 있는 것도 통일적인 정보보호법의 제정을 통하여 정리할 필요가 있다는 점에도 주목하여야 할 것이다.

또한 내용의 미비라는 점에서는 기존의 법령이 정보통신기술의 발달 및 정보유통의 고도화에 적절하게 대응하지 못함으로 인하여 법적 보호 및 규제의 사각지대가 발생하고 있다는 점이 지적될 수 있을 것이다. 예컨대 인터넷을 통한 정보의 유통이 최근 많은 문제를 야기시키고 있지만, 그에 대한 적절한 입법적 대응은 찾기 어려운 것이다. 더욱이 전자인증을 위한 전자서명법[16] 등의 문제는 아직 법제정조차 이루어지지 않고 있는 상태이므로 이 분야의 입법은 좀 더 적극적으로 추진될 필요가 있을 것이다.

그리고 실효성의 측면에서도 기존의 법령이 안고 있는 문제점이 적지 않다. '공공기관의 정보공개에 관한 법률'이 비록 포괄적인 정보공개를 선언하고 있지만, 동법 제7조에서 정하고 있는 비공개대상의 범위가 매우 넓을 뿐 아니라 대상기관이 정보공개에 소극적일 경우 이를 통제할 수 있는 효과적 수단이 결여되어 있다는 문제점 때문에 그 실효성은 매우 약하다고 평가할 수밖에 없다. 또한 개인정보의 보호에 관한 '공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률', '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'에도 불구하고 개인정보의 유출은 파악하기조차 어려운 실정이고, 그로 인한 피해는 날로 늘어가고 있다.

우리가 정보화의 추세를 거부할 수 없는 현실로 받아들이고, 이를 바람직한 방향으로 이끌어 나가고자 하는 것은 결국 정보화를 통하여 개인의 보다 나은 삶을 확보하고자 하는 것이다. 이를 위해서는 정보화의 부작용을 최소화하면서 정보화의 결실을 얻기 위한 객관적이고 엄격한 기준을 입법적으로 형성할 필요가 인정되었던 것이다. 그러나 현행법이 그러한 요구를 충족시키지 못한다면 우리는 현행 정보관계법령의 개선방향을 생각하여야 할 것이다.

---

16) 이에 관하여는 임영형 · 주덕규, 앞의 글(주 6), 142쪽 이하 참조.

Ⅴ. 현행 정보관계법의 개선방향

1. 정보공개법의 개선방향

현행의 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'은 국가, 지방자치단체 및 기타 공공기관의 정보공개에 대하여 포괄적인 규정들을 두고 있으며, 정보공개에 관한 기본법의 역할을 하고 있다. 그러나 현실적으로 공공기관의 정보공개가 충분하다고 보기에는 어려움이 많다.

일차적으로 문제가 되는 것은 동법 제7조에 의한 비공개대상정보의 범위가 지나치게 넓고 추상적이라는 점이다. 그로 인하여 국민의 정보공개청구에 대하여 대상기관이 정보의 공개를 거부할 수 있는지의 여부가 명확하지 않은 경우가 발생되기도 하며, 결과적으로 정보공개제도 자체가 유명무실한 것으로 위축될 소지마저 나타나고 있는 것이다. 또한 법률이나 명령에 의하여 비밀 내지 비공개사항으로 정해진 정보들에 대해서도 일정한 기간이 지난 후 비밀을 해제하여 정보를 공개하는 것도 제도화할 필요가 있을 것이다.

그밖에 정보공개에 대하여 소극적인 공공기관에 대하여 동법은 이의신청, 행정심판, 행정소송의 불복구제절차를 정하고 있으나, 이러한 구제수단들의 실효성은 매우 의심스럽다. 정보의 공개를 요구하는 국민은 대부분 필요로 하는 정보가 즉시 공개될 것을 요구하며, 그 공개가 미루어졌을 때에는 정보의 공개를 통해 얻을 수 있는 여러 법익이 사실상 상실되어 버리는 경우가 많다. 그러나 당해 공공기관에 대한 이의신청은 결정의 번복을 기대하기 어렵고, 행정심판의 경우도 대부분 공공기관의 입장에서 정보공개문제를 판단하기 쉽다. 하지만 행정소송에 의한 구제는 비교적 소송기간이 길어지기 때문에 설령 공공기관의 정보공개 거부가 잘못된 것이라 하더라도 뒤늦게 정보를 공개함으로써 얻는 이익은 사실상 없게 될 수 있다는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 언론피해에 대한 신속한 구제를 위하여 언론중재제도를 도입하고 있는 것처럼 신속하게 작용할 수 있는 특별한 심

판기관이 구성될 필요가 있다.

2. 포괄적 정보보호법의 제정

정보의 보호에 관한 입법체계는 크게 공공기관에 의한 정보침해를 규제하는 것과 사적 영역에서의 정보침해를 규제하는 것으로 나뉘어질 수 있다. 물론 이를 포괄하는 정보보호에 관한 기본법을 제정하는 것도 가능하다.[17] 그러나 현행 정보관계법은 양자를 기본적으로 구별하는 가운데 공공기관의 정보침해와 관련하여서는 '공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률'로서 대응하며, 사적 영역에서의 정보침해와 관련하여는 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'을 두고 있다. 그리고 통신의 문제와 관련하여서는 '통신비밀보호법'이 - 공공기관과 사인에 의한 침해 모두에 대하여 - 보호의 내용과 방식 등을 규정하고 있다.

이처럼 정보보호의 체계를 분화시키고 있는 데다가 이들 법률에 의한 규제 이외에도 구체적인 정보에 대한 왜곡, 침해 또는 불법적인 유포의 유형에 따라 '형법', '국가보안법', '통신비밀보호법', '전기통신기본법', '전기통신사업법', '전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률', '청소년보호법', '미성년자보호법', '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률' 등이 각기 적용되면서 정보보호의 체계에 상당한 혼란이 야기되고 있다. 그것은 무엇보다 정보보호의 통일성과 효율성을 저해한다는 데 문제가 있다. 비록 법률전문가들은 이러한 여러 법률들을 전체적으로 살펴 가면서 특정한 행위가 합법인지, 아니면 위법인지를 판단하고 그에 기초하여 정보보호와 관련된

17) 예컨대 1977년 제정된 독일(당시 서독)의 정보보호법은 공적 영역의 정보와 사적 영역의 정보 모두를 포괄하는 방식으로 제정되어 있다. 독일에서의 정보보호에 관하여는 Wolfgang Hofmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - Auf dem Wege zu einem Konzept des Datenschutzes, AöR 123(1998), S.513-540; Friedrich Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenebedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57(1998), S.158-215; Hans-Heinrich Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenebedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57(1998), S.216-273 참조.

행위의 지침을 찾을 수 있을지 모르지만, 일반국민들은 물론 정보관련분야의 종사자들에게도 그러한 복잡한 기준들을 일일이 주지시키는 것은 결코 간단하지 않을 것이기 때문이다.

우리가 정보화사회를 자칭하며, 정보화의 진전을 위한 제도적 장치의 마련을 위해 노력한다면, 단순히 기술적 기반시설의 확충에만 관심을 기울일 것이 아니라 정보보호의 전체적 체계를 모든 국민이 - 아니면 적어도 정보보호와 직접 관련되는 분야에서 활동하는 사람들이 - 일목요연하게 파악할 수 있도록 하는 정보보호입법의 정비가 필요하며, 그 일단계는 정보보호에 관한 기본적 방향과 내용, 절차와 구체화의 방식 등을 담고 있는 포괄적 정보보호(기본)법을 제정하는 것이라 생각된다.

3. 정보화사회의 국가과제

오늘날 정보통신분야의 기술발전은 실로 눈부시다고 할 수 있다. 이러한 변화는 계속 가속되고 있으며, 현재의 입법은 그러한 변화를 예측하고 적절한 가이드라인을 제시하기는커녕 변화되는 상황에 뒤쳐지지 않게 보조를 맞추기조차 힘겨워하고 있다.

그것은 일차적으로 입법부가 정보통신분야에 대한 충분한 전문적 지식을 갖고 있지 못하기 때문에 발생되는 것이라 할 수 있겠지만, 좀 더 넓게 보자면 변화되는 사회 속에서 국가가, 정부가 해야 할 일의 성격과 내용, 그리고 범위와 정도 등에 대한 혼란이 아직도 극복되지 못하고 있기 때문이라고 볼 수 있다.

과연 정보화사회에서 국가가 해야 할 일은 무엇인가? 또 정보화사회로 진입하는 과정에서 국가는 무엇을 준비하여야 하는가? 단순히 정보화를 촉진하기 위한 기반시설을 마련하는 것은 물론 중요한 일이지만, 그것만으로 정보화에 관한 국가의 과제가 모두 끝난다고 생각하는 것은 너무 소박하다. 오히려 국민은 무엇이 올바른 정보화인지, 어떤 사회를 선택하여 어떤 삶을 영위해 나갈 수 있을 것인지에 대한 안내를 필요로 하고 있다. 국가는 그러

한 국민의 필요에 부응하여 정보의 공개와 유통, 적절한 활용의 의미와 필요성을 국민들에게 충분히 인식시킴과 동시에 정보보호의 중요성도 강조하여 정보화가 왜곡되지 않도록 하여야 할 것이다. 또한 정보화는 국제화와 불가분의 관계 속에 있다는 점에도 늘 유의하여 국제적 협력관계 속에서 정보화의 보장과 규제의 문제를 풀어나가야 할 것이다.[18]

Ⅵ. 맺으면서

대부분의 문제가 그러하듯이 정보화 시대의 인권도 그 주체인 국민 스스로가 이를 의식적으로 확보하려는 노력 없이 저절로 보장되지는 않는다. 국회가 입법의 미비를 보이고 있다면, 그것은 일차적으로 국회의 책임이지만 궁극적으로는 주권자인 국민의 책임이기도 하다. 공공기관들이 필요한 정보의 공개를 꺼리면서도 보호해야 할 정보를 유출시키고 있다면 일차적으로 정부기관의 잘못을 논하여야 하겠지만, 나아가서는 이를 방치한 국민이 그 결과를 책임지게 된다. 일부 기업이나 개인이 보호되어야 할 정보를 마구 유출시켜 개인정보의 남·오용이 발생된다면, 우리는 그들을 비난하게 되지만 그 피해는 누가 부담하는가?

정보화의 시대는 단지 정보를 누리는 시대가 아니라 정당하게 정보를 얻기 위해 노력하고, 또 자기정보를 정당하게 보호하기 위해 노력해야 하는 시대이다. 그 주체는 물론 국민 자신이다. 국민의 노력을 통해 정보를 얻기 위한, 또는 지키기 위한 입법적 기준도 마련될 수 있고, 기준에 위배되는 경우를 제재하는 법적 장치도 도입될 수 있다. 그러나 가장 중요한 것은 국

18) 정보화에 적절히 대응하기 위한 국제적 협조의 필요성은 예컨대 인터넷과 같은 경우 가장 분명하게 드러난다. 국경이 없는 사이버 공간에서의 정보침해에 대해서는 국내법만으로 대응하는 데에 한계가 있기 때문이다. 그러나 기존의 언론매체에 있어서도 인권의 보편성에 기초한 국제적 보장의 필요성, 그 절차 등의 문제는 계속 논의되고 있다는 점을 도외시하여서는 안될 것이다. 후자에 관하여는 Eckart Klein, Maßstäbe für die Freiheit der öffentlichen und privaten Medien, DÖV 1999, S.758-766 참조.

민과 국가기관들이 정보교류와 정보보호의 문제를 올바르게 인식하여 공개되어야 할 정보와 보호되어야 할 정보를 늘 신중하게 구분하고, 그에 맞는 태도로 정보화 시대의 정보화 사회를 구축하는 일이 될 것이다.

환경기준 설정의 법형식과 법적 효력

金 連 泰*

《目 次》

Ⅰ. 환경기준 설정의 의의 및 기능
1. 의의
2. 기능
3. 환경기준의 이중적 성격
Ⅱ. 법형식
1. 법률의 형식에 의한 환경기준의 설정
2. 법규명령에 의한 환경기준의 설정
3. 행정규칙에 의한 환경기준의 설정
Ⅲ. 법적 효력
1. 법률에 의한 경우
2. 법규명령에 의한 경우
3. 행정규칙에 의한 경우
(1) 문제의 제기
(2) 독일에서의 논의
(3) 우리나라에서의 논의
Ⅳ. 맺음말

Ⅰ. 환경기준 설정의 의의 및 기능

1. 의의

다른 법영역에서와 비교해 볼 때 환경관련 법률에서는 불확정법개념이 사용되는 경우가 많다. 예를 들면 '중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 때'에는 대기오염경보를 발령할 수 있으며(대기환경보전법 제7조의 2 제1항), '오염물질의 현저한 저감, … 기타 환경보호활동 등을 통하여 환경개선에 크게 기여하는 사업장'에 대하여 환경친화기업으로 지정할 수 있

* 高麗大 法大 助敎授 · 法學博士

다(대기환경보전법 제10조의 2 제1항)고 규정하는 경우 등이 그에 해당한다.

입법자는 의식적으로 포괄적이고 불확정적인 법률개념을 사용한다. 환경법에 있어서는 복잡한 자연과학적·기술적 사안이 관련되므로 그의 확정 및 평가는 일반적인 경험법칙으로는 해결할 수 없다. 더욱이 환경법상의 개념들은 형성의 역사가 짧아 그 의미·내용이 아직 명확하지 않은 경우가 많기 때문에 법적용을 위하여는 구체화가 필요하다. 또한 법률은 그 제정에 있어서 장기간의 시간을 요하고 번잡한 절차과정 때문에 다른 일반·추상적 규율에 비하여 상대적으로 정적인 규율에 해당한다고 볼 수 있다. 환경'법률'에서 구체적 규정을 두는 것으로는 빠른 속도로 발전하는 자연과학의 수준을 따라갈 수 없으며, 그 결과 구체적으로 규율된 법률은 너무나 빨리 시대에 뒤진 낡은 법으로 전락하게 된다. 이러한 이유로 특히 환경관련 법률은 추상적인 내용을 담고 있는 것이 보통인데, 이러한 추상적인 법률규정을 개별적인 경우에 적용하기 위하여는 이를 보충하는 규정이 필요하다. 환경기준을 설정하는 것은 환경관련 법률의 내용을 보충하고 구체화하는 방법의 하나이다.

환경기준의 설정에는 오염물질의 배출허용기준 또는 한계기준, 특정물질의 유해성 및 그에 대한 측정방법과 방지조치의 내용 등이 포함되게 된다. 그밖에 환경기준에는 정책적 평가요소도 내포하게 되는데, 예컨대 어떠한 종류의 오염물질을 규제의 대상으로 삼을 것인지에 대한 판단, 어느 단계부터 오염배출을 유해한 것으로 볼 것인지에 대한 평가 및 사회적으로 수인해야 할 오염의 정도에 대하여 정책적 결정을 내리게 된다.

2. 기능

환경기준의 설정은 간소화기능을 가진다. 환경기준은 다의적이며 구체적 적용에 있어서 그 의미가 불확실한 불확정법개념을 명확하고 적용가능한 기준에 의하여 구체화하는 것이다. 환경기준에 의하여 불확정법개념의 집행이 용이해 지며, 행정절차의 진행이 신속해 지고 행정결정의 예측가능성이 높아진다. 이러한 것은 결국 환경보전의 효율성을 높여줄 것이다. 불확정법개

념을 구체화하는 환경기준이 없다면 환경법에서 집행결함(Vollzugsdefizit)은 더욱 심화될 것이다.

환경기준은 또한 그와 관련된 자, 예를 들면 배출시설의 사업자에게도 도움이 된다. 자세한 규율은 그에게 법적 안정성을 가져다 줄 것이다.[1] 그러나 환경기준이 항상 법적 안정을 가져다주는 것은 아니다. 오히려 결과에 있어서 법적 불안정을 초래할 수도 있다. 예컨대 환경기준이 측정가능한 수치로 되어 있는 경우, 측정·분석·평가방법에 따라 상이한 결과가 나올 수 있다. 즉 동일한 한계기준이 측정·분석방법에 따라 다른 의미를 나타낼 수 있다. 따라서 측정방법이 일반적으로 인정된 것이어야 하며 결과에 대한 평가가 공정하게 행해지는 것이 보장되어야 한다. 측정·분석·평가절차 및 방법을 환경기준으로 규정한다면 그러한 불안정은 어느 정도 해소될 수 있을 것이다.

3. 환경기준의 이중적 성격

환경기준은 전문가의 의견을 내용으로 한다. 예를 들면 특정한 유해물질로 인하여 건강장해가 발생할 수 있는 한계기준은 전문가가 그 설정에 참여하여야만 그에 대한 신뢰할 만한 판단을 내릴 수 있는 것이다. 다른 한편으로 환경기준은 전문가의 의견만을 내용으로 하는 것은 아니다. 그것에는 정책적·가치평가적 결정이 내포되어 있는 것이다.[2] 환경기준의 설정에 있어서 전문가들의 의견이 항상 일치하는 것은 아니며, 중요하게 고려되어야 할 관점을 선택해야 하며, 또한 목표달성을 위하여 요구되는 정도가 불확실한 경우가 많기 때문에 정책적 고려하에 가치평가적 결정이 행해져야 한다.

대부분의 환경기준은 이 두 가지 요소, 즉 전문가의 의견과 가치평가적 결정을 모두 포함하고 있다. 그 중 어느 하나가 결여되거나 어느 한쪽만이 강조된 환경기준은 가치평가 내지 성질결정에 있어서 의문이 제기될 수 있

1) Jarass, NJW 1987, S. 1225 f.
2) Feldhaus, UPR 1982, S. 143 ff.; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 372 f.

다. 환경기준의 가치는 그에 내포된 전문가 의견과 가치평가적 결정의 적정성에 달려있다. 우선 기준설정시 각 분야의 의견이 충분히 반영될 수 있어야 한다. 특히 환경기준이 각 분야를 대변하는 전문가와 중립적 인사로 구성된 독립위원회에서 정해진다면 그 내용은 신뢰할 수 있을 것이다. 그밖에 일반인의 참여, 이유제시, 의견일치 등을 요구한다면 전문가 의견의 적정성이 확보될 수 있을 것이다. 한편 가치판단의 적정성은 환경기준이 대통령, 국무총리 또는 각부 장관 등과 같이 민주적 정당성이 인정되는 기관에 의하여 제정되는지에 달려 있다. 그 외에 다른 대안으로서 다수 이해관계인으로 구성된 위원회가 환경기준의 제정주체로서 고려될 수 있을 것이다. 만약 의회가 법률로써 가치판단에 관한 권한을 행정에게 부여하였다면 그의 적정성은 보장될 수 있을 것이다. 그밖에 절차의 공개, 이해관계인의 참여, 결정의 공고 등도 그 내용의 적정성을 높이는 데 기여할 것이다.[3]

Ⅱ. 법형식

환경기준의 설정은 여러 법형식을 통하여 행하여지는데, 어떠한 법형식을 취하느냐에 따라 그의 구속력에 있어서 차이가 있다. 우선 환경기준은 법령의 형식으로 정해질 수 있는데, 이러한 법적인 환경기준이 일반 국민과 법원에 대하여 구속력을 발생함은 의문의 여지가 없다. 두 번째 유형은 행정규칙의 형식으로 제정되는 행정상의 환경기준이다. 행정규칙 형식의 환경기준에 대하여 외부적 효력의 인정 여부 및 요건이 논의되고 있다.

그밖에 사적 기관이 환경기준을 마련할 수 있는데, 이러한 사적인 환경기준은 법원에서 증거로서의 효력을 발휘할 수 있을 것이다. 더 나아가 법령 또는 행정규칙에서 사적인 환경기준을 적용할 것을 규정하고 있는 경우에는 공적인 환경기준의 효력(법령 또는 행정규칙으로서의 효력)을 갖게 된다.[4]

---

3) Jarass, NJW 1987, S. 1226.

4) 사적인 환경기준의 효력에 대하여는 Jarass, NJW 1987, S. 1230 f. 참조.

1. 법률의 형식에 의한 환경기준의 설정

환경기준은 직접 형식적 의미의 법률에서 정해질 수 있다. 법률에서 배출허용기준을 정하는 경우가 여기에 해당한다. 그러나 이러한 경우 기술의 발전에 적합한 탄력성을 지닌 환경기준을 설정하려는 의도는 단지 제한적으로만 달성될 수 있을 것이다. 또한 이로써 불확정법개념을 구체화할 수 있는 것은 아니다. 법적 문제가 논의되는 것은 주로 환경기준이 법률 이외의 형식으로 정해지는 경우이다.

2. 법규명령에 의한 환경기준의 설정

환경기준은 법규명령의 형식으로 정해지는 경우가 많다. 예를 들면 대기·소음·수질 환경기준(환경정책기본법 제10조)과 운행차 배출가스허용기준(대기환경보전법 제36조), 유독물 및 관찰물질의 지정기준(유해화학물질관리법 제2조 3호 및 5호)은 대통령령으로 정하여져 있다. 폐수 배출허용기준(수질환경보전법 제8조), 먹는물 수질기준(먹는물관리법 제5조 및 수도법 제18조), 방류수 수질기준(수질환경보전법 제32조), 대기 배출허용기준(대기환경보전법 제8조), 제작차 배출허용기준(대기환경보전법 제31조), 공장소음·진동 배출허용기준(소음·진동규제법 제8조), 생활소음·진동의 규제기준(소음·진동규제법 제23조), 교통소음·진동의 한도(소음·진동규제법 제29조), 자동차의 소음허용기준(소음·진동규제법 제32조 및 제36조), 토양오염 우려기준(토양환경보전법 제14조), 토양오염 대책기준(토양환경보전법 제16조), 유독물영업자의 시설·장비 등의 기준(유해화학물질관리법 제15조 1항), 유독물의 관리기준(유해화학물질관리법 제24조), 유독물관리자의 자격기준(유해화학물질관리법 제25조) 등은 환경부령으로 정해져 있다.

법규명령으로 환경기준이 설정되는 경우, 법규명령은 대외적 구속력을 가지기 때문에 이들은 행정기관뿐만 아니라 일반 국민 및 법원에 대하여도 구속력을 미친다. 이러한 대외적 구속력으로 인하여 법규명령으로 환경기준을 정하기 위하여는 법률에 명시적인 수권이 있어야 한다.

3. 행정규칙에 의한 환경기준의 설정

실제에 있어서 중요한 의미를 가지는 것은 환경기준이 행정규칙으로 정해지는 경우이다. 행정규칙으로 다양한 유형의 환경오염에 대한 허용기준, 측정방법 및 방지조치 등이 규정된다. 예를 들면 '환경표지대상제품 및 부여기준'[5] 및 '환경친화기업지정제도운영규정'[6]은 환경부 고시로 정해져 있으며, '환경기술평가업무규정'은 환경부 훈령으로, '토양오염유발시설관리지침'[7]은 환경부 예규로 되어 있다. '방사선량 등을 정하는 기준'[8], '방사성폐기물 자체처분 등에 관한 규정'[9] 및 '중·저준위 방사성폐기물 소각기준'[10]

---

5) '환경표지대상제품 및 부여기준'은 환경기술개발 및 지원에 관한 법률 제11조 3항에 의하면 대통령령으로 정하도록 되어 있으나, 같은 법 시행령 제10조 3항에서 이를 환경부장관이 고시에 의하여 정하도록 포괄적으로 재위임하고 있는데, 이는 재위임에 관한 원칙에 위배되는 것이다. 헌법재판소는 법률에서 대통령령으로 정할 것을 위임한 경우에 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 부령에 재위임하는 것은 위임금지의 법리에 반하며 수권법의 내용변경을 초래하는 것으로 허용되지 않는다고 하였다(헌재 1996.2.29, 94헌마213). 그런데 '환경표지대상제품 및 부여기준'은 대통령령에 위임된 사항을 그와 형식·절차·효력에 있어서 차이가 있는 행정규칙의 형식인 고시로 정한 것으로 위임에 관한 법리에 위배됨은 명백하다.

6) 환경친화기업 지정기준은 수질환경보전법 제10조의 2 제1항(대기환경보전법 제10조의 2 제1항)에 의하면 환경부령으로 정하도록 규정되어 있는데, 같은 법 시행규칙 제13조 1항(대기환경보전법 시행규칙 제20조)에서 세부적인 사항은 환경부장관이 고시하도록 하고 있다.

7) 이 지침은 토양환경보전법 제11조, 같은 법 시행령 제6조 및 제7조의 규정에 의한 토양오염유발시설의 신고와 토양오염방지조치, 같은 법 시행령 제8조의 규정에 의한 토양오염도 검사주기 조정기준과 같은 법 제12조, 같은 법 시행규칙 제17조의 규정에 의한 토양오염 유발시설 설치자에 대한 명령에 관한 절차 등을 정하는 것을 그 목적으로 한다.

8) 이 기준은 방사선방호를 위하여 원자력법 시행령 및 같은 법 시행규칙이 정하는 바에 따른 방사선방호와 관련된 기준을 정함을 목적으로 한다.

9) 이 규정은 원자력법 제84조 3항 및 같은 법 시행규칙 제97조의 규정에 의한 방사성폐기물의 처분제한치와 처분제한치 미만의 방사성폐기물의 자체처분절차에 관하여 규정함을 목적으로 한다.

10) 이 규정은 원자력법 시행령 제110조, 제212조 및 제219조 규정에 의한 방사성폐기물의 소각설비설치 및 소각처리시 안전성 확보를 위한 기술기준을 규정함을 목적으로 한다.

은 과학기술부 고시로 정해져 있다.

이와 같이 행정규칙 형식의 환경기준은 환경부장관 등 각부 장관이 정하는 것이 보통이나, 전문가로 구성된 위원회에서 정해질 수도 있다. 예컨대 환경기술 평가기준은 그 제정을 위하여 위원회를 구성하여 이 위원회에서 평가기준을 정할 수 있다(환경기술평가업무규정 제8조).

환경기준을 어떠한 형식으로 규율할 것인지에 대하여는 원칙적으로 공권력 주체에게 선택의 자유가 있다. 그런데 실제에 있어서 주로 환경기준이 행정규칙의 형식으로 설정되는 이유는 무엇인가?[11] 환경기준을 정하기 위한 규율형식으로 행정규칙을 택하는 이유는 현존하는 다양한 형태의 환경상 위험에 대하여 탄력적으로 대응할 필요성이 있기 때문이라고 할 수 있다. 독일 연방정부가 연방임밋씨온방지법(BImSchG)을 제정함에 있어서 "일반 행정규칙은 특히 빠르게 전개되는 기술적 발전에 부합하는 행정작용을 가능케 하는 데 적합하다"고 하였는데,[12] 이로부터 행정규칙이 탄력적인 수단이기 때문에 환경기준의 설정을 위한 형식으로 활용됨을 알 수 있다. 이러한 입장은 학자들에 의하여도 일반적으로 받아들여지고 있다. 기술적 발전이 빠르게 전개된다면 환경기준을 법규명령의 형식으로 정하는 것은 배제된다거나,[13] 환경과 관련하여 중요한 변수에 대한 자세한 내용을 일반·추상적 규율에 담기 위하여는 행정규칙의 형식이 활용되어야 한다는 견해[14] 등이 그에 해당한다. 행정규칙은 그의 탄력성 때문에 자연과학적으로 발전되고 가까운 시일 내에 변경이 예상되는 사안을 규율하기에 적합하다고 할 수 있다.[15] 결국 행정규칙의 형식으로 환경기준을 정하는 것은 행정기관에게 구

---

11) 이를 젠들러(Sendler)는 '행정규칙으로의 도피'(Zuflucht in Verwaltungsvorschriften)라고 표현하였고[Sendler, UPR 1981, S. 12], 오센뷜(Ossenbühl)은 기술적 위험을 평가하기 위한 행정규칙은 '임시변통의 수단'(Notbehelf)에 불과한 것이지 계속적으로 유용한 수단은 아니라고 하였다[Ossenbühl, DÖV 1982, S. 837].

12) 연방임밋씨온방지법안 제40조에 대한 독일 연방정부의 제안이유(BT-Drucks. 7/179, S. 45) 참조.

13) Breuer, AöR 101(1976), S. 61; Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 9 참조.

14) Feldhaus, DVBl. 1981, S. 171.

체적 사안에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있는 가능성이 열려 있기 때문이라 할 수 있다.

Ⅲ. 법적 효력

1. 법률에 의한 경우

환경기준이 형식적 법률로 정해지는 경우 그것은 행정기관뿐만 아니라 직접 국민 및 법원에게 구속력을 발생한다. 따라서 행정기관과 법원은 법률로써 정해진 환경기준을 엄격히 준수해야 한다. 법원은 스스로의 판단에 의하여 법률로써 정한 환경기준의 적용을 배제할 수는 없다. 법률제정시 고려되지 않은 비전형적인 사안에의 적용이 문제되는 경우, 법률 자체에서 예외규정을 두고 있거나 최소한 법률규정의 적용을 배제할 가능성이 해석상 도출될 수 있어야 한다. 법률 자체에서 적용배제의 가능성을 열어 놓고 있지 않다면 그러한 법률은 평등원칙에 반하는 것이다. 전형적인 사안과 비전형적인 사안을 법적으로 동등하게 취급하는 것은 그것을 정당화할 만한 합리적 이유가 없는 한, 허용되지 않는다. 따라서 정당한 사유 없이 양자를 동등하게 취급하는 법률은 평등원칙에 반하는 것으로 무효이다. 그러나 법원은 무효라고 판단되는 법률규정을 스스로 무효선언하거나 적용을 배제할 수는 없다. 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 경우에 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판을 하게 된다(헌법 제107조 1항).

새로운 자연과학적 지식 또는 기술의 발전이 있는 경우에도 법원은 법률로써 정해진 환경기준의 적용을 스스로의 판단에 의해 배제할 수 없다. 새로운 기술적·자연과학적 인식에 비추어 볼 때 기존의 법률상 환경기준이

---

15) Feldhaus, UPR 1982, S. 143; Sendler, UPR 1981, S. 13; Glitz, ZfU 1983, S. 146 ff. 그러나 행정규칙의 형식을 취하는 이유로서 탄력성을 드는 것에 대한 비판적인 견해로는 Bönker, Umweltstandards in Verwaltungsvorschriften, 1992, S. 38 ff., 95 f. 독일 연방임밋씨온방지법 제48조에 근거한 행정규칙의 경우, 그 제정과정에 있어서 법규명령과 중대한 차이점은 존재하지 않는다고 한다.

헌법에 위배된다면(물론 그러한 경우는 극히 제한적이다), 법률을 개정해야 할 입법자의 의무가 발생하게 된다.

2. 법규명령에 의한 경우

법규명령은 국민, 행정기관 및 법원에 대하여 법률과 동일한 법적 구속력을 발생한다. 비전형적인 사안이 문제되는 경우, 위의 형식적 법률에 대한 내용이 그대로 법규명령에도 적용된다. 다만 법규명령이 헌법 또는 법률에 위반되는 여부가 구체적 사건에 있어서 재판의 전제가 된 경우에 법률과 달리 대법원이 이를 최종적으로 심리·판단할 권한이 있다(헌법 제107조 2항). 그밖에 헌법재판소가 법규명령의 위헌성 여부에 대한 헌법소원이 제기된 경우에 그에 대한 심판권을 가지는지에 대하여 논란이 있으나,[16] 헌법 제107조 2항이 규정한 명령에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령의 위헌여부가 '재판의 전제'가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 명령 '그 자체'에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다.[17] 법원은 법규명령에서 정한 환경기준이 평등원칙에 반하여 무효라고 판단된 경우, 이의 적용을 배제할 권한이 있을 뿐 아니라 적용을 배제해야 할 의무가 있다.

3. 행정규칙에 의한 경우

(1) 문제의 제기

환경기준의 법적 효력이 문제되는 것은 그것이 행정규칙의 형식으로 정해지는 경우이다. 즉 행정규칙으로 환경기준이 설정되는 경우 그의 대외적

16) 이에 대하여는 김남진, 행정법 Ⅰ, 1998, 180쪽, 주 35)에 소개된 문헌 참조.
17) 헌재 1990.10.15, 89헌마178. 이 판례에 대한 평석으로는 김남진, 명령·규칙에 대한 헌법소원심판, 법률신문 제2018호(1991.4.4) 참조.

구속력을 인정할 것인지가 문제된다. 전통적인 이론에 따르면 행정규칙은 법률 및 법규명령과 달리 외부효를 갖는다는 의미에서의 법규범에 포함되지 않는다. 행정규칙은 행정작용의 내부적인 조정에 관하여 규율하기 때문에 원칙적으로 행정기관 내부에서만 효력을 갖고, 일반 국민과 법원 그리고 다른 행정기관(행정규칙을 발한 행정기관에 속하지 않는 행정기관)은 이에 기속되지 않는다. 따라서 일반 국민은 행정규칙 위반을 처분의 위법사유로 주장할 수 없고, 반대로 행정기관은 행정규칙에 따랐다는 사실을 처분의 적법성을 주장하는 논거로 제시할 수 없다. 또한 행정규칙은 법원에 의한 통제의 대상이 될 뿐, 법원의 판단기준이 될 수 없다. 즉 법원은 행정규칙에 근거하여 결정을 내려야 하는 것은 아니다.

그러나 행정규칙이 재량권 행사의 일반적 방향 및 기준을 제시하는 경우, 행정규칙은 평등의 원칙에 따라 행정실무의 동등한 적용을 요구함으로써 간접적으로 외부적 효력을 발휘할 수 있다. 즉 평등원칙에 의하여 행정기관은 정당화할 충분한 이유가 없는 한, 지금까지 행해져 온 재량행사의 실무와 다른 결정을 하여서는 안된다는 기속을 받게 된다. 그러나 여기에서 구속력은 행정규칙으로부터 직접 도출되는 것이 아니라 평등원칙, 즉 행정실무로부터 도출되는 것이다.[18]

이와 같이 행정규칙은 원칙적으로 그에 상응한 행정실무가 존재한다는 사실을 나타냄에 불과한 것으로 외부적으로 법적인 구속력이 있는 것은 아니다. 그 결과 법원도 그에 기속되지 않는다. 그러나 환경법과 기술법의 영역에서 행정기관은 다른 어떤 기관보다도 전문지식을 보유하고 있다고 인정되므로 법률에서 세부적인 사항의 규율을 행정기관에게 위임하고, 일정한 절차를 거쳐 전문가와 이해관계인의 참여하에 제정된 행정규칙의 효력에 대하여 이와 상반되는 주장이 나타나기 시작하였다. 즉 법원도 일정한 제한하에 환경기준에 기속되어야 한다는 주장이 다양한 논거로 제기된다. 아래에서는 이에 대한 독일에서의 논의와 우리의 학설 및 판례에 대하여 검토하기로 한다.

---

18) Lerche, in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rdn. 101.

(2) 독일에서의 논의

독일에서는 행정규칙 형식으로 정한 환경기준의 법원에 대한 구속력을 인정하기 위하여 다양한 논거가 제시된다. 행정기관에게 법원의 사후심사가 미치지 않는 판단여지(Beurteilungsspielraum)를 인정하는 견해와 그러한 행정규칙을 선취된 전문가의 감정의견(antizipiertes Sachverständigengutachten)으로 보는 견해, 기준설정의 여지(Standardisierungsspielraum)를 인정하는 견해 및 규범구체화 행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)의 개념을 받아들이는 견해 등을 들 수 있다.

(가) 구속력의 근거

(a) 판단여지

평등원칙으로부터 모든 국가기관은 동일한 사안에 있어서는 동일한 방법으로 재량권을 행사해야 할 의무가 도출되므로, 이해관계인에게는 이러한 평등원칙을 매개로 하여 행정규칙의 대외적 구속력을 인정할 수 있음은 이미 언급하였다. 행정기관이 지금까지 행정규칙으로 정한 환경기준을 적용하여 왔다면, 특별한 이유없이 특정인에게 불리하게 이러한 행정실무와 다른 판단을 하여서는 안된다(이른바 행정의 자기구속의 법리).

그러나 환경기준의 설정은 불확정법개념을 구체화하는 것으로 그 경우에 행정기관에게 재량이 인정되는 것은 아니다. 따라서 원칙적으로 환경기준의 설정에 행정의 자기구속의 원칙이 적용되는 것은 아니다. 다만 불확정법개념의 구체화에 있어서 행정기관에게 판단여지가 인정된다면 자기구속의 법리가 적용될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 행정기관이 행정규칙의 형식으로 환경기준을 정함에 있어서 판단여지가 인정된다는 견해가 있다.[19] 독일 연방행정법원은 판단여지의 인정에 대체로 소극적이지만,[20] 원자력법 분야에서는 판단여지를 인정하고 있다.[21]

행정규칙의 형식으로 정해지는 환경기준은 고도의 전문적 지식을 내용으

19) Czajka, DÖV 1982, S. 108; Braun, VerwArch. 76(1985), S. 180 f. 참조.
20) 예컨대 BVerwGE 55, 250(253 f.).
21) BVerwGE 72, 300(316); 80, 207(217); 81, 185.

로 하는 것이 보통이므로, 일견 판단여지가 인정되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 판단여지론은 개별적인 결정과 관련하여 발전된 이론으로, 일반적인 규정에 해당하는 환경기준에 적용될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 물론 판단여지론을 전통적인 적용영역을 넘어서 일반적인 규정의 제정에까지 확장하는 것은 가능하다.

그러나 환경기준에 있어서 판단여지를 인정하는 것은 법원의 심사를 제한하는 원래의 목표를 넘어서는 결과를 가져온다. 즉 판단여지의 인정은 일반적 규정인 환경기준에 대한 법원의 심사를 제한하는 것 뿐만 아니라 불확정법개념을 구체화하는 개별적 결정에 대한 법원의 심사도 제한하는 것이 된다. 이러한 결과는 환경기준에 대한 법원의 심사를 제한하는 두 가지 이유(고도의 전문적 지식과 정책적·가치평가적 판단)에 비추어 볼 때 타당하지 않다. 판단여지를 인정하는 이유인 고도의 전문적 지식은 행정규칙의 제정에 있어서 표출되는 것이지, 개별적 결정시에 나타나는 것은 아니다. 전문가위원회가 구성되는 경우 위원회는 행정규칙의 제정만에 참여하는 것이다. 더욱이 일반적 규정은 구체적 사안의 특수성에 영향을 받는 것이 보통인 개별적 결정과 달리 그의 보편적 성질 때문에 고도의 정당성을 갖게 되는 것이다. 따라서 행정규칙에 의하여 환경법상의 불확정법개념을 구체화하는 통상적인 경우, 개별적인 결정과 관련하여 법원의 심사범위를 제한하는 것은 잘못이다. 결론적으로 일반적인 행정규칙뿐만 아니라 개별적 결정에 대하여도 법원의 심사가 제한되는 예외적인 경우를 제외하고는, 환경기준에 대하여 판단여지를 인정하는 것은 잘못된 결과를 가져오게 된다.[22]

(b) 선취된 전문가의 감정의견

법원의 심사범위를 제한하기 위하여 행정규칙으로 정한 환경기준을 '선취된 전문가의 감정의견'으로 평가하는 견해가 있다.[23] 예컨대 독일에 있어서 '대기환경보전을 위한 기술적 지침'(TA Luft)은 자연과학적 지식을 내용

22) Jarass, NJW 1987, S. 1228.
23) 이에 대하여는 Breuer, DVBl. 1978, S. 34 f. 참조.

으로 하기 때문에 법원은 이를 '선취된 전문가의 감정의견'으로서 존중하여야 한다는 견해이다.[24] 즉 법원은 불확정법개념을 적용함에 있어서 이를 기초로 하여 판단하게 되는 것이다. 다만 법원에 대한 구속력은 새로운 인식에 의하여 행정규칙의 근거가 된 자연과학적 지식이 시대에 뒤진 것임이 증명되거나 또는 행정규칙의 제정 당시 규율될 수 없었거나 규율되지 않았던 비전형적인 사안에는 한계를 가진다고 한다.[25]

그러나 법원의 심사는 이에 의하여 결코 제한되는 것이 아니다. 환경기준을 '선취된 전문가의 감정의견'으로 평가하는 것은 단지 입증책임의 전환을 가져올 뿐이다. 환경기준이 타당하지 않다는 반증은 허용되어야 한다. 또한 법원은 자유로이 증거를 평가할 수 있으므로 그 범위 내에서 다른 증거에 기초하여 판단할 수 있는 것이다.[26] 법관이 판결을 함에 있어서 전문가의 의견을 어느 정도로 고려할 것인지는 법관의 재량에 놓여있는 것이다. 따라서 환경기준을 '선취된 전문가의 감정의견'으로 평가하는 것은 실제에 있어서 구속력을 인정한 것과 같은 결과를 가져오는 것은 아니다. 더욱이 환경기준을 '선취된 전문가의 감정의견'으로 보는 것은 전문가의 결정이라는 환경기준의 한 측면만을 고려한 것이고, 가치평가적 판단이라는 환경기준의 다른 요소를 고려하지 않는 것이라는 비판이 제기될 수 있다.[27] 결국 행정규칙 형식의 환경기준을 '선취된 전문가의 감정의견'으로 보는 견해는 환경기준의 법원에 대한 구속력을 인정하려는 본래의 의도를 달성하지 못하게 된다.

(c) 기준설정의 여지

환경법상의 불확정법개념을 행정규칙의 형식에 의한 환경기준으로 구체

---

24) BVerwGE 55, 250(256); OVG Berlin, NVwZ 1985, S. 759; OVG Münster, NVwZ-RR 1989, S. 640.

25) BVerwGE 55, 250(260 f.).

26) Jarass, in: Kimminich/v. Lersner/Storm, HdUR, Sp. 2421 f.; ders., NJW 1987, S. 1228.

27) 이러한 비판으로는 Jarass, NJW 1987, S. 1228; ders., JuS 1999, S. 108; Kloepfer, VerwArch. 76(1985), S. 396; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 375 f.

화함에 있어서 행정기관에게는 일정한 조건하에 법원의 심사가 미치지 않는 기준설정의 여지가 인정된다는 견해가 있다.[28] 이러한 견해는 입법자가 행정기관에게 법률을 보충할 권한을 위임한 경우에, 행정기관에 의한 법률의 구체화에는 구속력이 인정된다는 규범적 수권이론을 출발점으로 하고 있다.[29] 행정규칙의 형식으로 환경기준을 정할 것을 규정하고 있는 법률에서 기준설정의 기관 및 절차에 대한 내용을 담고 있다면, 그로부터 환경관련 기준의 확정에 대한 책임을 행정기관에게 맡기려는 입법자의 의도를 엿볼 수 있을 것이다. 이와 같이 관련 법률규정으로부터 행정규칙 형식으로 환경기준을 정함에 있어서 행정기관에게 결정의 여지를 인정하려는 입법자의 의도를 도출할 수 있다면, 그러한 행정기관의 결정은 사후에 법원에 의한 전면적인 심사의 대상이 되어서는 안된다. 물론 기준설정여지의 인정 여부가 전적으로 입법자에게 맡겨져 있는 것은 아니다. 입법자가 어느 정도로 행정기관에게 최종적인 결정의 권한을 수권할 수 있느냐는 헌법적인 기준에 의하여 판단되어야 할 문제이다.[30] 법원의 심사를 제한하는 데에는 이를 정당화할 만한 이유가 있어야 한다. 결국 중요한 것은 관련 법률규정을 해석함에 있어서 기준설정의 여지를 인정할 만한 정당성의 근거가 있는지를 밝히는 것이다. 독일의 문헌에서 행정기관의 기준설정여지를 인정하기 위한 요건으로 들고 있는 것을 종합해 보면 다음과 같다:

- 기준설정의 절차가 규율되어 있어야 한다.[31]
- 환경기준이 민주적으로 정당화된 기관에 의하여 설정되어야 한다.[32]

---

28) Breuer, NVwZ 1990, S. 222; Herdegen, AöR 114(1989), S. 632 참조. 기준설정의 여지는 불확정법개념을 구체화함에 있어서 인정된다는 점에서 대부분의 독일 문헌에서는 기준설정의 여지를 판단여지와 같은 의미에서 두 개념을 병렬적으로 사용한다. 그러나 판단여지는 개별결정에 있어서 인정되는 것이므로 일반적 규정인 행정규칙 형식의 환경기준의 경우에는 기준설정의 여지라는 개념만을 사용하는 것이 환경기준의 '일반화' 기능과 관련하여 적합하다고 생각한다. 이러한 견해로는 Jarass, NJW 1987, S. 1228 f.

29) 규범적 수권이론에 대하여는 Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rnd. 185; Gerhardt, NJW 1989, S. 2234; Hill, NVwZ 1989, S. 407 참조.

30) Wahl, NVwZ 1991, S. 411.

31) Breuer, NVwZ 1990, S. 222; Jarass, NJW 1987, S. 1229.

- 기준설정의 권한있는 기관은 기술적·자연과학적 전문가의 의견을 수렴하여야 한다.[33]
- 환경기준의 조사는 자의적으로 행해져서는 안된다.[34]
- 결정의 근거가 제시되어야 하는데, 그 안에는 조사·평가에 대한 전문가와 행정기관의 입장이 나타나야 한다.[35]
- 환경기준의 내용이 시대에 뒤지거나 그에 대하여 반론 또는 의문이 제기되어서는 안된다.[36]

규범을 구체화하는 기준설정의 여지를 인정하기 위하여는 전문가의 의견과 정책적 평가라는 환경기준의 두 가지 요소가 적절하게 반영되어 있어야 한다. 우선 고도의 전문적인 지식이 기준설정에 반영되어야 한다. 이를 위하여 관련된 전문지식을 갖고 있는 전문가로 구성된 위원회가 직접 또는 간접적으로 환경기준의 설정에 관여하는 것을 생각해 볼 수 있다.[37] 다른 한편 기준설정의 여지가 인정되기 위하여는 환경기준이 가치평가적 판단을 내포하고 있어야 하는데, 이를 위하여 민주적으로 정당화된 행정기관 또는 (경우에 따라서는)각계의 이해관계인으로 구성된 위원회에게 평가가 맡겨져야 한다.[38] 이러한 전제조건이 충족된다면 행정규칙으로 정해진 환경기준은 구속력이 인정되며, 법원은 환경기준이 검증된 새로운 인식에 의하여 시대에 뒤진 것으로 판명되지 않는 한 환경기준의 준수 여부에 대해서만 심사할 수 있는 것이다.[39] 그러나 기준설정에 고도의 전문적 지식과 민주적으로 정당화된 행정기관 또는 이해관계인으로 구성된 위원회의 정책적 평가가 반영

---

32) Jarass, NJW 1987, S. 1229.
32) Breuer, NVwZ 1990, S. 222; Wahl, NVwZ 1991, S. 412.
34) Wahl, NVwZ 1991, S. 412.
35) Breuer, NVwZ 1990, S. 222.
36) Wahl, NVwZ 1991, S. 412; Gerhardt, NJW 1989, S. 2240.
37) 이에 대하여는 BVerwGE 59, 213 ff.; 62, 330 ff.; 72, 195 ff. 참조.
38) OVG Lüneburg, DVBl. 1985, S. 1323; Kutscheidt, Öffentliches Immissionsschutzrecht, in: Salzwedel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S. 259 f.; Sendler, UPR 1981, S. 2 ff.; Czajka, DÖV 1982, S. 106 참조.
39) BVerwGE, DVBl. 1988, S. 539.

되지 않은 경우에 그러한 환경기준은 구속력이 인정되지 않고 단지 증빙자료(Indizien)에 불과할 뿐이다.[40]

기준설정의 여지를 인정하기 위한 두 가지 요건은 관련 법률규정으로부터 도출될 수 있어야 한다. 법률에서 이에 대하여 명백하게 규정하는 경우는 극히 드물기 때문에 결국 기준설정의 여지는 법해석의 문제로 귀착하게 된다. 일반적으로 내용의 적합성을 보장하기에 충분한 기준설정에 대한 절차규정이 마련되어 있는지가 기준설정의 여지를 인정하는데 중요한 요소가 될 수 있을 것이다.[41] 독일 연방임밋씨온방지법 제48조는 연방정부에게 연방참의원(Bundesrat)의 동의를 받아 일반 행정규칙을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 같은 법 제52a조 1항 1문에서는 일반 행정규칙에 의하여 사업자에게 의무가 부여될 수 있음을 규정하고 있다. 또한 이들 규정에서는 행정규칙의 제정 전에 전문가와 이해관계인에 대한 청문을 실시할 것을 규정하고 있는데, 여기에서 기준설정의 여지에 대한 수권 근거를 찾을 수 있다. 따라서 행정규칙이 연방임밋씨온방지법 제48조의 규정을 준수하여, 특히 법 제51조에 따라 전문가와 이해관계인이 제정절차에 조기에 참여하여 제정된다면, 이러한 행정규칙은 일정한 한계하에 법원의 심사에 있어서도 구속력을 갖는다.[42] 그러나 연방임밋씨온방지법 제48조에 의한 행정규칙이 아니라, 개별적 결정으로 법률규정을 구체화한 경우에는 행정기관에게 법원의 심사가 제한되는 결정의 여지가 인정되지 않는다.

(d) 규범구체화 행정규칙

독일 연방행정법원의 뷜(Wyhl) 판결에서 규범구체화 행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)이라는 개념이 도입된 이후 행정규칙의 형식으로 규정된 환경기준이 법원을 구속하는 규범구체화의 기능을 가지

40) BVerwGE 81, 198(204).

41) Degenhart, Kernenergierecht, 1981, S. 207, 231; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rdn. 208. 그러나 이에 대한 비판적인 생각으로는 Hendler, Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung technischer Standards im Umweltrecht, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrecht, 1997, S. 79 ff. 참조.

42) Jarass, NJW 1987, S. 1229.

는지 여부와 정도에 대하여 활발한 논의가 진행되고 있다. 연방행정법원에 의하면 '배출공기 또는 지표수를 통한 방사능누출에 있어서 방사선피폭에 대한 일반적인 산정기준'(Allgemeine Berechnungsgrundlage für Strahlenexposition bei radioaktiven Ableitungen mit der Abluft oder im Oberflächengewässer)은 원자력법(AtG) 제7조 2항 제3호의 허가요건을 구체화한 것으로, 이 지침은 규범구체화 기능을 가지며 '규범해석적인 행정규칙'(norminterpretierende Verwaltungsvorschriften)과 달리 법률에 설정된 한계 내에서 행정법원을 구속한다는 것이다. 법원의 심사는 행정기관의 판단 및 평가가 자의에 의한 것인지, 충분한 조사에 기초한 것인지에 한정된다고 하였다.[43]

이와 같이 연방행정법원은 뷜(Wyhl) 판결에서 구속력 있고 법원의 심사가 미치지 않는 규범구체화(normkonkretisierend) 기준과 규범해석적인(norminterpretierend) 기준을 구별하였다. 규범구체화 행정규칙은 직접 적용될 수 있고 더 이상의 해석이 필요하지 않는 데 비하여, 규범해석적인 행정규칙은 법률의 구성요건에 대한 해석지침을 제공하는 것으로 개별적인 경우에 다시 해석되어야 한다. 그러나 실제에 있어서 규범구체화 행정규칙과 규범해석적인 행정규칙을 구별하는 것은 결코 쉽지 않다. 예를 들면 독일 연방임밋씨온방지법(BImSchG) 제48조에 근거한 대기환경보전을 위한 기술적 지침의 허용기준이 규범구체화 행정규칙으로서 구속력 있는 환경기준에 속하는지는 불분명하다. 몇몇 고등행정법원의 판결에서는 이를 긍정하였는데,[44] 연방행정법원은 최근까지 이에 대하여 소극적인 입장을 보이고 있었으며 뷜 판결에서 원자력법과 관련하여 제시한 원칙들을 임밋씨온방지법에까지 확장하여 적용하지 않았다.[45]

---

43) BVerwGE 72, 300(320 f.).

44) 예를 들면 OVG Lüneburg, NVwZ 1985, S. 357 f.; OVG Münster, NVwZ 1988, S. 173; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1989, S. 399; VGH München, BayVBl. 1989, S. 531은 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 행정영역을 넘어서 법원의 절차에 있어서도 구속력을 가지는 것으로 규범구체화 행정규칙에 해당한다고 하였다.

45) BVerwGE, NVwZ 1988, S. 825 참조.

그러다가 1995년에 연방행정법원은 대기환경보전을 위한 기술적 지침에 대하여 지금까지와는 다른 논거를 제시하면서 외부효를 인정하는 판결을 내렸다. 연방행정법원의 판결에 의하면, 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 동일하고 예측가능한 법집행을 가능케 하는 일반적 기준(generelle, dem gleichmäßigen und berechenbaren Gesetezesvollzug dienenden Standards)으로 법률상의 불확정개념을 구체화하는 것이다. 그것은 고도의 자연과학적 전문지식(wissenschaftlich-technischen Sachverstand)과 일반적인 결과에 대한 가치평가(allgemeine Folgenbewertungen)를 내용으로 한다. 이 지침에서는 유해한 환경영향에 대하여 법적으로 요구되는 사전배려의 정도를 구체화하는 배출기준을 정하고 있는데, 이러한 배출기준이 법원의 판단기준이 되어야 하는 것은 그 기능과 관련하여 볼 때 자명하다고 하였다.[46] 위 판결과 같은 입장에서 1996년 연방행정법원 판결에서는 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 연방임밋씨온방지법 제5조 1항 1문의 허가가 요구되는 시설의 설치·운영의 조건을 구체화한다고 하였다. 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 배출시설 사업자의 기본적 의무뿐만 아니라 연방임밋씨온방지법 제5조 1항 1문에서 도출되는 제3자의 방어권도 구체화하는 것으로, 그 결과 대기환경보전을 위한 기술적 지침에 규정된 제3자 보호적 요건을 지키지 않음을 이유로 배출시설의 허가를 다툴 수 있다고 하였다.[47]

이러한 판결에 따르면 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 행정규칙이지만, 외부효를 가지므로 법원의 심사에 있어서 이를 근거로 하여야 한다. 이러한 판결을 내린 이유가 충분하고 명백한 것은 아니지만, 판결의 내용을 살펴볼 때 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 동일하고 예측가능한 법집행을 가능케 하는 기준을 내용으로 하고 있고 고도의 자연과학적인 전문지식과 일반적인 결과에 대한 가치평가를 담고 있다는 점에서 그러한 행정규칙은 규범구체화 기능을 수행하는 것이고 따라서 외부효를 갖는다고 한다. 이

46) BVerwG, DVBl. 1995, S. 516. 같은 입장으로는 VGH Mannheim, NVwZ 1996, S. 298.

47) BVerwG, NuR 1996, S. 523.

경우에 '규범구체화'라는 개념이 사실상의 구속력이 아닌 법적인 구속력을 내포하는 것은 분명하다. 위에서 언급한 조건을 갖추지 못했을 때에 그것은 단순한 규범해석적인 행정규칙에 해당한다.

(e) 소결

독일 연방행정법원이 규범구체화 행정규칙이라는 개념을 도입하여 행정법원을 기속하는 행정규칙의 유형을 인정하려는 것은 결국 행정기관에게 독자적인 결정의 여지, 다시 말하면 법원의 심사가 제한되는 행정기관의 결정여지를 보장하기 위함이다. 이를 위하여 행정규칙은 일반 국민 및 법원에 대하여 구속력을 발생하지 않는다는 지금까지의 전통적인 법이론을 폐기할 필요까지 있는지는 의문이다. 법이론의 연속성 및 신빙성은 법적용에 있어서 법적 안정성을 위하여 필요하다. 법이론의 변화는 법적 불안정과 신뢰의 상실을 가져오므로 그를 정당화할 만한 특별한 사유가 있는 경우에만 허용되어야 한다. 따라서 법이론을 바꿈에 있어서는 기존의 기본 틀에 대한 가장 적은 영향을 미치면서 그 변경의 목적을 달성할 수 있는 방법이 있는지를 항상 고려해 보아야 한다.

독일 연방헌법재판소는 자스바흐 결정(Sasbach-Entscheidung)에서 입법자는 행정기관에게 형성의 여지, 재량의 여지 또는 판단여지를 규범적으로 수권할 수 있으며 그의 행사는 법원을 기속한다는 점을 명백히 하였다.[48] 이에 의하면 입법자는 그러한 수권에 의하여 행정기관에게 종국적이며 구속력 있는 결정을 내릴 수 있는 권한을 부여할 수 있는 것이다. 따라서 행정기관에 의한 환경기준의 구체화에 대하여 법원의 심사를 제한하려는 목적은 규범구체화 행정규칙이라는 새로운 개념을 도입하여 외부효에 대한 전통적인 법이론에 대한 변경을 가져오는 방법을 통해서 보다는 환경기준을 구체화함에 있어서 행정기관에게 결정의 여지를 인정함으로써 달성할 수 있는 것이다. 행정기관이 환경기준을 구체화함에 있어서 결정의 여지가 인정된다면, 법원은 행정기관의 평가에 대하여 적법성만을 심사할 수 있는 것이고,

48) BVerfGE 61, 82(111).

자기의 독자적인 평가로 대체할 수 있는 것이 아니다. 법원의 심사범위를 제한하기 위하여 직접적 외부효를 갖는 규범구체화 행정규칙이라는 새로운 유형을 받아들이는 것은 특별한 유용성 없이 단지 기존의 법이론에 대한 혼란을 가져오며 새로운 구별의 문제 등 법적 논란거리만을 제공하게 된다.

그렇다면 어떠한 경우에 행정기관에게 결정의 여지가 인정된다고 볼 것인가? 우선 행정규칙의 제정에 대한 법적 수권이 있는지가 고려되어야 한다. 법원의 심사범위에 대한 결정은 입법자에 의하여 내려져야 한다.[49] 그에 따라 행정기관의 구체화에 대한 결정의 여지는 관련 법률규정으로부터 도출되어야 한다. 단순한 불확정법개념의 존재 또는 예측결정의 필요성 등은 행정기관에게 결정의 여지를 인정하는 데 충분한 요소가 아니다. 물론 관련 법률규정이 행정기관에 의한 불확정법개념의 구체화에 대한 법원의 심사가 제한된다는 것에 대하여 명백한 내용을 담고 있는 경우는 극히 드물지만, 적어도 해석상 법률로부터 도출될 수 있어야 한다. 최소한 행정규칙으로 구체화하는 것에 대한 법률의 위임은 필요하다.

그밖에 행정규칙의 제정에 대한 절차규정을 두어 그의 적정성이 충분히 보장되도록 하는 것도 법원의 심사범위의 축소를 정당화할 수 있는 사유가 될 것이다.[50] 행정규칙에 전문지식이 반영되는 것이 법률에 의하여 보장되어야 하며, 행정규칙의 제정이 민주적 정당성이 인정되는 기관에 맡겨져 정책적·가치평가적 내용이 포함될 수 있어야 한다.[51]

결론적으로 행정규칙의 제정에 있어서 행정기관에게 구체화 또는 기준설정의 여지가 인정되기 위하여는 다음의 요건을 충족하여야 할 것이다: ① 행정규칙의 제정에 대한 법적 수권이 존재하고, ② 행정규칙의 제정에 과학적·기술적 전문지식이 반영될 수 있어야 하며, ③ 행정규칙 내용의 적정성이 보장되고 법원의 심사범위가 축소되는 데 대한 정당성을 인정할 수 있을 정도의 행정규칙 제정에 대한 권한과 절차가 규율되어야 한다. 이러한 경우

---

49) 김유환, 법규명령과 행정규칙의 구별기준, 고시계, 1998.11, 27쪽 참조.
50) Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rdn. 207 참조.
51) OVG Lüneburg, DVBl. 1985, S. 1323; Jarass, NJW 1987, S. 1229 참조.

에 구체화 또는 기준설정에 대한 법적 수권이 있다고 할 수 있다.[52] 구체화 또는 기준설정의 수권과 판단수권은 그에 의하여 법원의 심사범위가 축소 또는 제한된다는 점에서 같다고 할 수 있으나, 전자는 일반적·추상적 규율의 제정에 있어서 인정되는 데 대하여 후자는 개별적 결정에 있어서 인정된다는 점에서 구별된다.[53]

(나) 법원에 대한 구속력 및 그 한계

(a) 법원에 대한 구속력

행정규칙의 형식으로 환경기준을 정함에 있어서 위에서 언급한 의미의 기준설정의 여지가 행정기관에게 인정된다면, 이러한 환경기준은 불확정법개념을 구체화한 것으로 행정법원에 대하여 구속력을 미친다. 이러한 경우 법원은 단지 환경기준을 준수하였는지 여부에 대하여만 심사하면 된다. 구속력을 인정하기 위한 전제조건은 위에서 살펴본 바와 같이 환경기준을 설정함에 있어서 관련법률에 의하여 전문가의 의견과 정책적 평가라는 환경기준의 두 가지 요소가 적절하게 반영되는 것이 보장되어야 한다는 점이다.

그러나 행정규칙이 전문적인 내용을 담고 있지만, 기준설정의 여지를 인정할 만한 법적 근거가 결여된 경우에는 구속력을 인정할 수 없다.[54] 물론 이러한 경우 행정규칙이 법원의 심사에 있어서 아무런 의미가 없는 것은 아니다. 이들은 일정한 증거력, 즉 증빙자료로서의 의미를 갖는다.[55] 다만 법원은 환경기준을 고려함이 없이 사안에 대하여 판단할 수 있으며, 또한 전문가에 의한 반증이 언제나 허용되므로 그 의미는 매우 제한적이라고 할 수 있다.

---

52) 기준설정의 수권 또는 기준설정의 여지에 대하여는 Jarass, NJW 1987, S. 1225 ff. 참조.

53) 그러나 Di Fabio, DVBl. 1992, S. 1338 ff.는 이를 간과하고 있다. 그는 규범구체화 행정규칙을 판단수권의 행사로 본다. 이에 대하여는 특히 S. 1345 참조.

54) 예를 들면 독일 연방임밋씨온방지법 제45조 1항 또는 제46조 1항 5문에 근거한 행정규칙은 참가인(법 제51조 참조)의 협력없이 제정되는 것이므로, 법원에 대한 구속력을 인정할 수 없다.

55) BVerwGE 81, 198(204); Jarass, NJW 1987, S. 1230.

(b) 법원에 대한 구속력의 한계

행정규칙으로 제정된 환경기준에 구속력을 인정하는 것은 이를 법규명령에 근접시키는 것이지만, 법규명령으로 제정된 경우와는 구별하여야 한다. 행정규칙의 구속력은 새로운 인식에 의한 한계가 있으며, 비전형적인 사안의 경우 구속력이 발생하지 않는다는 점에서 법규명령의 경우와 차이가 있다.

a) 새로운 인식에 의한 한계: 행정규칙이 담고 있는 전문적인 내용이 과학·기술의 발전에 의하여 시대에 뒤진 것으로 밝혀졌을 때 행정규칙의 구속력은 상실된다. 구속력을 부인하기 위하여는 행정규칙의 내용과 다른 견해가 주장된다는 사실만으로는 불충분하고, 주장되는 모든 견해들을 고려해 볼 때 행정규칙의 기초가 된 전제가 더 이상 타당하지 않음이 증명되거나 또는 전반적으로 의문이 제기된다고 판단되어야 한다.[56] 환경기준에 내포된 전문가의 의견은 새로운 인식에 의하여 극복되는 경우가 많으므로 환경기준의 구속력은 시간이 지남에 따라 약해진다고 말할 수 있다.

b) 비전형적 사안의 경우: 비전형적인 사안, 다시 말하면 규칙제정자가 환경기준 설정시 고려하지 않았거나 또는 고려할 수 없었던 사안에 대하여는 구속력이 미치지 않는다. 이러한 경우에 행정규칙의 내용과 다른 행정결정을 하는 것은 평등원칙에 반하지 않는다. 다르게 취급하는 것에 대한 합리적 이유가 있는 경우에는 평등원칙의 위반은 문제되지 않는다.

그밖에 행정규칙에 구속력을 인정하는 데에는 규율내용에 의한 한계와 법규범에 의한 한계가 있는데, 이는 법규명령의 경우와 마찬가지이다.

c) 규율내용에 의한 한계: 행정규칙에 구속력이 인정되는 경우, 그 구속력은 행정규칙의 적용영역 및 규율내용에 의한 제한을 받는다.[57] 행정규칙이 문제가 된 사안에 대하여 직접 규율하고 있지 않은 경우에는, 일정한 조건하에 유추적용이 고려될 수 있다. 예를 들면 독일의 대기환경보전을 위한 기술적 지침은 허가가 요구되는 시설에 적용되는데, 허가가 필요없는 시설

56) BVerwG, NVwZ 1988, S. 825 참조.

57) 이에 대하여는 Kutscheidt, Öffentliches Immissionsschutzrecht, in: Salzwedel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S. 260 f.; Huber, AöR 1989, S. 303 f. 참조.

의 경우에도 유추 적용될 수 있을 것이다. 그러나 영업소음에 관한 기준을 아무런 고려도 하지 않고 교통소음에 적용할 수는 없다.[58] 또한 사전배려의 무를 구체화하는 기준을 위험방지의무에 대한 기준으로 대체할 수 없다.

d) 법규범에 의한 한계: 마지막으로 행정규칙에 구속력을 인정하기 위하여는 행정규칙의 내용이 실정법에 위반되어서는 안된다. 따라서 법원은 실정법에 반하는 행정규칙에 기초하여 판단하여서는 안되며, 행정기관도 그러한 행정규칙을 적용해서는 안된다. 다만 행정실무상으로는 행정규칙이 명백하게 실정법에 반하는 경우에만 적용하지 않고 있는 실정이다.

(3) 우리나라에서의 논의

우리나라에서는 환경기준이 행정규칙으로 제정된 경우 그의 대외적 효력 유무가 직접적으로 논의되고 있지는 않지만, 행정규칙의 대외적 효력에 대한 일반적 논의를 살펴봄으로써 그에 대한 입장을 추론해 볼 수 있을 것이다.

(가) 행정규칙 형식으로 된 법규명령?

이 문제에 대하여 우리의 문헌에서는 특히 '행정규칙 형식의 법규명령'이라는 제목하에 논의되고 있다.[59] 그러나 법규명령과 행정규칙의 형식이 엄연히 구별되어 있는데,[60] 형식을 무시하고 명칭하는 것은 잘못이다. 행정규칙의 형식과 절차를 거쳐 제정된 것은 항상 행정규칙이지 법규명령이 될 수 없는 것이다. 다만 일정한 경우에 행정규칙의 형식을 취하지만 그의 효

---

58) Jarass, NJW 1981, S. 725 f.

59) 김철용, 이른바 법규명령형식의 행정규칙 · 행정규칙형식의 법규명령론, 법제, 1999.3, 3쪽, 주 1)에 소개된 문헌 참조.

60) 헌법은 법규명령의 형식으로 대통령령, 총리령, 부령 등을 규정하고 있으나, 행정규칙에 대해서는 따로 그 형식을 규정하고 있지 아니하다. 다만 1997.1.13. 개정된 국회법에서 "중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령, 총리령, 부령 및 훈령, 예규, 고시 등 행정규칙이 제정 또는 개정된 때에는 7일 이내에 국회에 송부하여야 한다"는 규정(제98조의 2)을 신설하여 실정법에 처음으로 행정규칙이라는 용어가 사용되었다.

력에 있어서 법규명령에 유사한 또는 그에 근접한 효력[61]을 인정할 수 있느냐가 문제되는 것이다.

법규명령은 입법작용의 영역에 속하는 것이다. 즉 법규명령은 의회유보가 적용되는 영역에서 행정에게 법정립작용이 위임된 것이다. 법규명령 제정자는 위임의 한계 내에서 타인의 기능을 수행하는 것이 된다. 법규명령은 법률의 위임에 의하여 행정작용에 대한 법적 근거를 형성하는 것을 주된 기능으로 한다. 법규명령은 규범을 확정하고 구체화하며, 완전하게 하는 역할을 한다. 따라서 법규명령은 법률의 하위규범이며, 법률에서 분리된 일부분에 해당한다. 그에 대하여 행정규칙은 행정작용영역에 속하는 것이다. 행정규칙은 행정의 집행을 가능하게 하고 수월하게 하는 데 기여한다. 행정규칙의 제정은 행정이 자기의 고유한 기능을 수행하는 것이다. 규범이 결여되어 있거나 구체화가 필요한 경우에 행정은 그에게 부과된 작용 내지 결정의무 때문에 일반적·추상적 집행규율을 제정해야 한다. 이러한 경우에 행정은 자기의 고유한 기능을 수행하는 것이므로 법규명령의 제정에 있어서 보다 적은 구속을 받고 자기결정의 영역은 확대된다.[62] 행정규칙이 내부법에 해당하느냐 또는 외부법에 해당하느냐의 문제가 논란이 되고 있지만, 행정규칙이 외부효를 가진다고 하더라도 그것은 집행작용에 해당하는 것으로 그로 인해 법규명령이 되는 것은 아니다.

(나) 학설

우리 문헌에서는 조세, 사회복지, 환경 등 비교적 전문기술화한 특정 행정영역에 있어서는 법률 또는 법규명령 이외에 법률보충적인 성질을 가지는

61) 행정규칙의 형식으로 규정된 것에 대하여 대외적 효력을 인정한다 하여도 그 효력에 있어서 완전히 법규명령의 경우와 동일해 지는 것은 아니다. 이에 대하여는 위의 Ⅲ. 3. (2) (나) (b) 법원에 대한 구속력의 한계 참조.

62) 의회의 기능영역과 행정의 기능영역의 구분에 대하여는 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 168; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 40 f.; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 394; 최정일, 독일에서의 행정규칙의 법적 성질 및 효력, 서울대 박사학위논문, 1995, 96쪽 아래 참조.

이른바 행정규칙에 대해 행정규칙의 실질적 기능을 중시함과 동시에 그것이 실질적으로 상위법령의 내용을 보충함으로써 개인에게 직접적인 영향을 미치므로 법규명령으로 보아야 한다는 견해[63]와 행정입법은 국회입법의 원칙에 대한 예외이므로 그러한 예외적인 입법의 형식은 헌법에 근거가 있어야 한다는 이유로 여전히 행정규칙이라는 견해[64] 및 법규명령으로 규정해야 할 내용을 행정규칙의 형식으로 발하는 것은 국민의 권익보호를 위하여 법규명령의 제정에 있어서 법률적 근거를 요하게 하고 보다 엄격한 절차와 형식에 의하도록 하고 있는 헌법과 현행법의 취지에 반한다고 하면서, 그러한 행정규칙을 법규명령으로 부르기보다는 규범구체화 행정규칙 등 행정규칙이라고 명해야 한다는 견해[65] 등이 대립되어 있다.

(다) 판례

대법원이 행정규칙의 형식을 취하고 있지만 대외적 효력을 인정하고 있는 주요 판례의 판결요지를 살펴보면 다음과 같다:

> "상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여서 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙, 규정은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적

63) 박윤흔, 최신행정법강의(상), 1998, 212쪽; 김동희, 행정법 I, 1999, 153쪽; 홍준형, 행정법총론, 제2판, 375쪽; 류지태, 행정법신론, 1999, 219쪽; 한견우, 현대행정법 I. 1999, 451쪽.

64) 김도창, 일반행정법론(상), 1992, 303쪽.

65) 김남진, 행정법 I, 1998, 191쪽.

인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다"(대판 1987.9.29, 86누484).

이 판결에서 대법원은 재산제세사무처리규정은 그 형식은 행정규칙(국세청장의 훈령)으로 되어 있지만 근거법령에 의하여 위임을 받아 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있으므로 대외적 효력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다고 하였다. 또한 식품제조영업허가기준(보건사회부 고시)에 대하여 이 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 법의 규정에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서, 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진다고 하였다.[66] 그 외에도 대법원은 같은 논거로 주세법 시행령 제14조의 위임에 의하여 주류도매업의 면허신청서에 3개의 주류제조자와의 거래약정서 각 2부씩을 첨부하도록 정한 국세청장의 주류도매면허제도개선업무처리지침은 비록 그 형식이 행정규칙으로 되어 있지만 위 시행령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다고 판결하였다.[67] 마찬가지로 보건사회부장관이 정한 1994년도 노인복지사업지침은 노령수당의 지급대상자의 선정기준 및 지급수준 등에 관한 권한을 부여한 노인복지법 제13조 2항, 같은 법 시행령 제17조, 제20조 1항에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서 실질적으로 법령의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가지는 것으로 보았다.[68] 결국 대법원이 행정규칙 형식에 대하여 대외적 효력을 인정하기 위하여 요구하는 요건은 법령의 규정으로 행정기관에게 법령의 내용을 구체화할 권한을 부여하고, 그 위임에 의하여 행정기관이 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있을 것이라고 볼 수 있다.[69]

---

66) 대판 1994.3.8, 92누1728.
67) 대판 1994.4.26, 93누21688.
68) 대판 1996.4.12, 95누7727.
69) 헌법재판소도 1990.9.3. 결정에서 행정규칙에는 원칙적으로 대외적 효력이 없다고 하

(라) 평가

대법원의 입장이 대외적 효력이 있는 행정규칙의 유형을 인정하는 것인지 또는 행정규칙의 형식을 취했지만 일정한 경우 이를 법규명령으로 보는 것인지는 분명하지 않다.[70] 우선 대법원의 판례를 독일에서의 규범구체화 행정규칙이라는 법형식 및 그 법적 효력을 우리의 규범체계에서 받아들인 것으로 해석할 수 있을 것이다. 학자 중에는 대법원이 법규명령이라고 판시한 재산제세사무처리규정과 같은 유형의 행정규칙을 규범구체화 행정규칙으로 보면서, 규범구체화 행정규칙은 통상적인 행정규칙과는 달리 대외적 효력이 인정된다고 주장하는 견해가 있다.[71] 이에 따르면 법률의 내용이 바로 집행에 옮길만큼 그 내용이 명확하거나 충분하지 않을 때, 그것을 행정권이 다시금 일반·추상적 규율로써 구체화하는 경우 그러한 내용의 행정규칙이 바로 규범구체화 행정규칙이라고 한다. 나아가 이 견해는 규범구체화 행정규칙은 어디까지나 행정규칙이지 법규명령은 아니라고 하면서, 그 효력에 있어서는 법률의 수권의 범위를 벗어나지 않는 한 적법하며 대외적 효력을 갖는다고 주장한다. 그러나 이러한 규범구체화 행정규칙론의 타당성은 차치하더라도,[72] 이에 관한 우리 대법원의 판결이 독일의 그러한 이론을 채택한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.[73] 우리 판례의 취지는 위 재산제세사무처리규정 등은 내용상 법률 또는 상위법령의 구체적인 위임에 기하여 제정된 것이므로 실질적으로 법규보충적 의의를 지닌다고 보아 이를 그 실질에 따라 법규명령으로 인정한 것으로 보는 것이 정당하다.

그렇다면 대법원 판례의 태도는 정당한 것일까. 우선 대법원은 법규명령

면서, 예외적으로 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우에는 대외적 효력을 가진다고 하였다(헌재 1990.9.3, 90헌마13).

70) 대법원 판례에 대한 학자들의 입장에 대하여는 최정일, 독일에서의 행정규칙의 법적 성질 및 효력, 서울대 박사학위논문, 1995, 323쪽 아래 참조.

71) 김남진, 행정법의 기본문제, 제4판, 192쪽.

72) 이에 대하여는 앞의 Ⅲ. 3. (2) (가) (e) 소결 참조.

73) 재산제세사무처리규정을 규범구체화 행정규칙으로 보는 것에 대한 비판으로는 최정일, 행정규칙의 법규성에 대한 연구, 법제, 1995.3, 66쪽 참조.

과 행정규칙의 기본적인 구별을 외면하고 있다는 점에서 의문이 제기될 수 있다. 현재까지 지배적인 학설은 법규명령과 행정규칙은 구별되는 것이고 양자의 가장 큰 차이는 대외적 효력의 유무에 있다고 본다. 법규명령과 구별하여 행정규칙의 법형식을 인정하는 이상, 이러한 구별은 외부법과 내부법의 구별 및 그에 따른 법적 효력의 차이를 전제하고 있다는 것이다.[74] 이러한 지배적인 학설에 의할 때, 행정규칙이 상위법령의 위임에 의하여 제정되었다는 이유만으로 대외적 효력이 있다고 하고 심지어는 법규명령이라고까지 표현하고 있는 대법원의 입장은 법규명령과 행정규칙의 구별을 도외시하는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 이와 같은 개념에 의한 기계적이고 명확한 구분은 법실무에 있어서의 새로운 발전경향에 더 이상 부합하지 않는 것이라는 반론이 제기될 수 있다. 이미 오래 전부터 내부법과 외부법의 구별이 완화되었고, 동일한 사안을 규율하기 위하여 여러 법형식(예를 들면 법률, 법규명령 또는 행정규칙) 중 선택가능성이 있다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다.[75] 단지 법형식만으로 당해 규율의 법적 기능·효력이 도출되어서 안되고, 다양한 측면에서의 종합적인 고찰이 필요하다. 예컨대 결정권자의 구성·조직·권한·능력·책임·정당성, 결정절차 및 규율대상의 특수성 등을 고려하여 당해 결정의 법적 효력이 정해져야 할 것이다.

환경법영역에 있어서는 규율대상의 특수성 및 빠르게 변화하는 사실관계 등 때문에 법률에서 모든 것을 규율할 수는 없고 법률에서는 단지 규범적인 기본결정만을 규정하고 구체적인 내용에 대하여는 하위법규에 위임하는 것은 피할 수 없다. 법률유보원칙은 입법과 행정의 작용영역을 구분하는 데 기여할 뿐만 아니라 법원의 심사를 포함한 국가기능의 귀속에 대한 내용도 포함하고 있는 것이다. 국민의 대표기관이며 민주적 정당성을 지닌 의회는 규범적으로 행정기관에게 법원의 심사가 제한되는 형성의 여지, 재량 또는 판단여지 등을 부여할 수 있는 권한이 있다.[76] 다시 말하면 입법자는 형성,

74) Hill, NVwZ 1989, S. 403, Fn. 24)에 소개된 문헌 참조.
75) Hill, NVwZ 1989, S. 403, Fn. 29)에 소개된 문헌 참조.

재량 또는 판단수권 등에 의하여 예외적으로 최종적인 결정권한을 행정기관에게 넘겨줄 수 있다. 법률에서는 명령·강제 등에 의하여 명확하게 규율하는 경우도 있지만 위임이나 수권규정, 더 나아가 단순히 목표를 설정하는 경우도 있는 것처럼, 그 규율밀도는 다양하다. 법률의 규율밀도가 약해진다는 것은 그에 상응하여 법정립·법적용·법발전과 관련하여 행정과 법원의 역할이 증대된다는 것을 의미한다. 환경법과 기술법의 영역에서와 같이 법률이 목표설정 등 일반적인 규정만을 두고 구체적으로 적용가능한 기준을 담고 있지 않다면, 행정은 법률을 적용할 수 있을 정도로 구체화해야 할 부담을 진다. 이러한 경우 행정은 행정규칙에 의하여 법률을 집행가능하게 하고 실제에 부합하도록 형성해야 한다.

독일의 학설 및 판례에서 여러 가지 논거를 들어 행정규칙 형식의 환경기준에 외부적 효력을 인정하려는 노력은 구속력이 있고 구체화된 규율에 대한 법관의 요구에 부응하는 측면이 있으며,[77] 다른 한편 전문가와 이해관계인이 참여하는 등 복잡한 절차를 거쳐 제정된 경우에 이러한 행정규칙이 법원에 대하여 아무런 구속력을 갖지 않는다는 것도 문제라는 생각을 밑바탕에 깔고 있는 것이다.[78] 독일에 있어서 법원에 대한 구속력이 인정되는 행정규칙은 그 제정에 대한 명백한 법적 수권이 있으며 엄격한 절차를 거쳐 제정된다. 독일에서 규범구체화 행정규칙으로 불리는 대부분의 경우(예를 들면 연방임밋씨온방지법 제48조, 폐기물관리법 제4조 5항, 물관리법 제7a조 1항 3문 등)는 연방정부(Bundesregierung)를 행정규칙 제정기관으로 명시하고 있다.[79] 여기서 연방정부란 연방수상과 연방장관으로 구성된 내각을

76) 규범적 수권이론에 대하여는 독일 연방헌법재판소의 자스바흐 결정(Sasbach-Entscheidung: BVerfGE 61, 82[111]) 참조.

77) 법관은 스스로 결정하고 근거를 제시해야 하는 부담에서 벗어나길 원한다. 이에 대하여는 Rengeling, DVBl. 1986, S. 269 참조.

78) Jarass, NJW 1987, S. 1227. 그밖에 유럽연합의 지침을 전환하는 것과 관련하여 환경기준을 정하는 행정규칙에 외부적 효력을 인정해야 할 필요성이 있었다.

79) 연방행정법원의 뷜(Wyhl) 판결에서 문제된 행정규칙은 연방정부가 아닌 연방내부부장관이 각주의 원자력위원회와 협의 후에 제정한 것으로, 제정기관과 관련하여 이를 규범구체화 행정규칙으로 성질결정하는 것에 대하여는 의문이 제기될 수 있다. 물론

의미한다. 연방정부의 국가지도적 기관으로서의 지위·기능, 조직 및 결정과정에 비추어 볼 때, 연방정부는 장래형성적 결정을 함에 있어서 정치적 책임을 부담하게 된다. 연방정부는 결정을 함에 있어서 모든 관련된 이익을 고려하고 비교형량하여 서로 상충되는 이해관계를 적정하게 조정한다. 또한 결정에 있어서 미래예측적이며 사전배려적인 측면을 포함한 정책적 요소도 함께 고려한다. 국가지도적인 기관으로서 연방정부의 권한에 비추어 볼 때, 이러한 결정에 대하여는 법원의 심사범위가 제한되고 단지 정치적 책임 및 통제하에 놓이는 것으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 우리나라의 경우 행정규칙은 국무회의에서 협의 조차 거치지 않고 각부 장관 또는 하급 행정기관이 제정하는 것이 보통이다. 훈령·예규·고시 등의 행정규칙에 대하여는 법규명령과 달리 사전예고절차나 국민의 의견제출절차, 공포 전 법제처에 의한 사전심사절차, 정식의 공포절차 등이 모두 인정되고 있지 않고, 단지 법제처장에 의한 사후심사만이 인정되고 있다.[80] 이러한 차이는 법규명령의 경우 일반 국민에게 직접 대외적 구속력을 발생하기 때문에 그의 제정에 있어서 신중하고 이해관계인의 의견을 반영하며 그 내용을 일반인에게 알릴 필요가 있으나, 행정규칙의 경우 행정기관 내부에서만 효력을 가지고 일반 국민에게는 구속력을 발생하지 않는다는 데 기인하는 것이다. 이와 같이 법규명령과 행정규칙은 그 제정과정 및 절차에 있어서 구별되고 있는데, 이러한 통상적인 절차를 거쳐 제정된 행정규칙에 대하여 법규명령으로서의 효력을 인정하는 것은 국민의 권익보장이라는 측면에서 도저히 받아들일 수 없는 것이다.

연방참의원의 동의를 얻어 제정된 법률로 연방법률의 집행을 위한 일반적 행정규칙의 제정을 연방장관에게 위임할 수 있으나, 원자력법에는 그러한 위임규정이 없다.

80) 이에 대하여는 문상덕, 법령의 수권에 의한 행정규칙(고시)의 법적 성격과 그 통제, 행정법연구, 1997 상반기, 162-163쪽 참조.

Ⅳ. 맺음말

대법원이 제정기관, 법적 수권, 형식, 절차 등에 있어서 차이가 있음에도 불구하고 행정규칙에 법규명령과 동일한 구속력을 인정하는 것은 문제가 있다. 환경기준을 구체화하는 행정규칙은 법규명령과 같은 효력을 가지는 것이 아니라, 행정규칙 제정기관에게 기준설정의 여지가 인정되는 범위 내에서 법원은 행정기관의 결정을 존중해야 하는 것이다. 이는 행정기관에게 결정의 여지가 인정되는 다른 경우(예컨대 재량, 계획재량 또는 판단여지)에 있어서 법원의 심사가 제한되는 것과 마찬가지이다. 따라서 규범구체화 행정규칙이라는 새로운 개념 또는 카테고리를 형성하여 행정규칙 가운데 일정한 유형의 경우 대외적 구속력이 있다는 논리구성을 할 필요는 없다.

법규명령은 법률의 하위규범으로서 행정'입법'에 해당하지만, 행정규칙은 선취된 행정결정의 성격을 가지는 것이다.[81] 이와 같이 행정규칙을 행정입법의 일종이 아닌 법령을 집행하기 위한 행정의 행위형식의 하나로 파악하는 입장에 설 때, 법원에 대한 구속력을 인정하기 위하여 도입된 규범구체화 행정규칙이라는 개념도 전통적인 법원론에 있어서 대외적 효력이 있는 법규에 해당하는 것이 아니고 행정기관에게 부여된 구체화 내지 판단수권을 규범적으로 실현한 행정작용으로 이해해야 할 것이다. 구속력 있는 행정입법을 원한다면 행정기관에게는 법규명령의 형식과 절차를 통하여 규율할 수 있는 길이 열려 있다. 입법자는 환경기준을 법규명령으로 정할 것을 요구할 수 있다.[82]

---

81) 물론 실제에 있어서 양자가 엄격히 구별되는 것은 아니다. 양자는 호환가능성이 있는 것이다. 결국 규율형식의 선택 및 그의 적합성은 규율내용의 적용범위 및 그의 탄력성에 달려 있다.

82) 유럽연합재판소(EuGH)의 판례에 의하면(EuGH, NVwZ 1991, S. 866; EuGH, NVwZ 1991, S. 868), 유럽연합 법규정을 구체화하는 기준의 설정은 행정규칙이 아니라 법률 또는 법규명령의 형식에 의하여야 한다(이에 대하여는 Everling, NVwZ 1993, S. 215; Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 780. 비판적인 생각으로는 v. Danwitz, VerwArch. 1993, S. 86 ff. 참조). 이러한 판례에 따라 독일의 입법자는 1996년 11월 11일 물관리법(WHG) 제7a조 1항을 개정하여 폐수배출에 관한 환경기준을 행정규칙으로 정하

재량준칙의 경우 행정의 자기구속의 법리를 매개로 하여 구속력이 인정되는 데 대하여, 환경기준을 구체화하는 행정규칙의 경우에는 그 제정에 있어서 행정기관에게 구체화 내지 기준설정의 여지가 인정되고 그 범위 내에서 법원이 이를 존중함으로써 구속력이 발생하는 결과가 된다. 행정기관에게 결정여지가 인정되는 것이 법률로부터 도출된다면,[83] 법원은 그 행사에 해당하는 행정규칙에 있어서 행정기관의 규범적 형성의 자유를 인정해야 한다. 법원의 심사는 행정기관이 환경기준을 설정함에 있어서 적합한 사실에 기초하였는지 여부, 중요한 관점을 모두 고려하였는지 여부, 법적으로 요구되는 절차(예컨대 이해관계인의 참여, 결정의 공고 등)를 거쳤는지 여부 및 그 밖의 기준설정여지의 한계를 준수하였는지 여부 등에 한정된다. 물론 행정규칙으로 정한 환경기준이 실정법에 부합하지 않는 내용이거나 과학·기술의 새로운 발전에 의하여 시대에 뒤진 것으로 판명된 경우 법원은 이를 판단의 기준으로 삼아서는 안되므로, 그 여부에 대하여도 법원의 심사가 미쳐야 함은 당연하다. 전문·과학적 지식에 의할 때 환경기준이 이미 시대에 뒤진 것인 경우에 그 환경기준에 따라 내려진 행정처분은 위법하게 된다.

던 것을 법규명령으로 구체화하도록 하였다. 물론 이러한 변경이 일반적으로 행해진 것은 아니다. 유럽연합의 지침(EG-Richtlinie)을 구속력과 외부효가 있는 법규로 전환해야 하는 경우 이외에는 환경기준의 구체화는 대부분 행정규칙의 형식을 취하는 것이 일반적이라 할 수 있다.

83) 행정규칙의 제정에 있어서 행정기관에게 결정의 여지가 인정되기 위한 요건에 대하여는 Ⅲ. 3. (2) (가) (e) 소결 참조.

계약금약정의 해석

- 대판1996. 6. 14. 95다11429에 대한 비판적 평가 -

明 淳 龜*

《目 次》

Ⅰ. 事實關係와 裁判經過
1. 事實關係
2. 事實審의 經過
3. 大法院의 判斷
Ⅱ. 評 釋
1. 問題의 所在
2. 債務不履行과 解除
(1) 原告가 주장하는 解除: 法定解除
(2) 被告가 주장하는 解除: 合意解除
3. 契約金의 多面機能性
4. 法律行爲의 解釋
(1) 契約金과 違約金의 관계에 관한 判例動向
(2) 法律行爲 解釋論上의 妥當性 檢證
1) 法律行爲 解釋의 意味
2) 補充的 解釋의 必要性
3) 處分文書의 解釋
Ⅲ. 結 論

Ⅰ. 事實關係와 裁判經過

1. 事實關係

1993년 4월 19일 X는 Y 소유의 건물을 음식점 용도로 사용하기 위하여 Y와 임대차계약을 체결하면서, 임차기간은 1993년 9월 1일부터 2년간, 임차보증금은 10억원, 관리비는 월 180만원으로 약정하였다. 그리고 모두 10억원인 임차보증금에 대하여는 계약금으로 1억5천만원, 중도금으로 1993년

* 高麗大 法大 副敎授 · 法學博士

4월 30일에 1억5천만원 및 같은 해 6월 30일에 4억원, 잔금으로 같은 해 7월 31일에 3억원을 지급하기로 합의하였다. 이에 따라 임차인 X는 계약 당일인 4월 19일 임대인 Y에게 1억5천만원을 계약금조로 지급하였는데, 이때 양당사자간에 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 내용의 약정이 있었다.

계약 체결 다음날인 4월 20일 Y는 X에게 위 음식점을 12억원에 임차하려는 사람이 있는데, 위약금 2천만원을 줄테니 계약을 해제하여 달라고 요구하였다. X가 이를 거절하자 며칠 후인 4월 23일 Y는 다시 X에게 Y의 처가 직접 위 음식점을 경영하려고 하니 계약을 해제하여 달라고 하였으나 X는 재차 이를 거절하면서, 제1차 중도금의 지급기일인 4월 30일 약정액 1억5천만원을 준비하여 Y에게 지급하려 하였다. 그러나 Y는 이 중도금 수령을 거절하면서 1993년 5월 1일 위 임대차계약은 적법하게 해제되었다고 주장하면서, 이미 지급받은 계약금 1억5천만원을 5월 10일까지 수령해 갈 것을 통보하고 해약사유는 별도로 소명하겠다고 하였다.

2. 事實審의 經過

X는 Y에게 3억원 및 이에 대한 1993년 5월 23일부터 이 사건 소장 송달일까지는 연5푼의, 그 다음 날부터 완전변제가 있을 때까지는 연 2할5푼의 각 비율에 의한 금전의 지급을 구하는 소송을 서울민사지방법원에 제기하였다. 원고 X는 3억원 중 1억5천만원은 임대차계약의 해제로 인한 원상회복으로, 나머지 1억5천만원은 피고 Y의 계약위반으로 인한 손해배상예정액의 지급을 구하는 것을 청구원인으로 하는 소를 제기하였다.

제1심인 서울민사지방법원[1]은 원고 X의 청구 중 계약해제로 인한 원상회복을 원인으로 한 1억5천만원 및 이에 대한 지연이자[2]의 지급을 구하는

1) 서울민사지법 1994. 5. 27. 93가합38272.
2) 판결문에 '지연이자'로 되어 있으나 이 사안에서의 이자는 '지연이자'가 아니라 민법

부분에 대하여는 원고의 청구를 인용하고, 나머지 피고의 위약으로 인한 손해배상예정액의 청구부분에 대하여는 원고의 청구를 기각하였다.

원고 X는 제1심에서의 패소부분에 불복하여 항소를 제기하였는데, 제2심에서 원고는 제1심판결에 따라 피고가 변제공탁한 1억5천만원을 이의를 유보하고 수령한 다음 피고의 위약을 원인으로 하는 손해배상만을 청구하는 것으로 청구취지를 감축하였으므로 제2심에서는 이 부분에 대하여만 판단하였다.

제2심인 서울고등법원[3]은 다음과 같은 이유를 들어 원고의 항소를 일부 인용하는 판결을 하였다. 첫째, 원고와 피고간의 임대차계약 체결시에 행한 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 내용의 약정은 계약서에 표시된 임차인에 대한 관계에서 만이 아니라 임대인에 대한 관계에서도 위 임대차계약에 따른 어느 일방의 채무불이행에 대한 위약금의 약정을 한 것으로 해석하여야 한다. 둘째, 피고는 약정된 중도금지급기일에 원고가 이행

제548조 제2항 소정의 법정해제의 효과인 원상회복의무로서의 이자로 보아야 옳았을 것이다.

본 조의 의미와 관련하여 대법원은 다음과 같이 적절히 판시하고 있다: 1) "법정해제의 경우 당사자 일방이 그 수령한 금전을 반환함에 있어 그 받은 때로부터 법정이자를 부가함을 요하는 것은 민법 제548조 제2항이 규정하는 바로서, 이는 원상회복의 범위에 속하는 것이며 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 것이 아니므로, 부동산 매매계약이 해제된 경우 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이 매도인이 반환하여야 할 매매대금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법이 정한 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 한다."(대판 1996. 4. 12. 95다28892); 2) "법정해제의 경우 당사자 일방이 그 수령한 금전을 반환함에 있어 그 받은 때로부터 법정이자를 부가함을 요하는 것은 민법 제548조 제2항이 규정하는 바로서, 이는 원상회복의 범위에 속하는 것이며 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고, 반환의무의 이행지체로 인한 것이 아니므로, 가입금반환의무와 주식반환의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이, 반환하여야 할 위 가입금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법 소정의 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 하는 것이다."(대판 1995. 3. 24. 94다47728).

3) 서울고법 1995. 1. 19. 94나22844.

제공한 중도금의 수령을 거절하여 채무를 이행하지 아니함으로써 위 임대차계약을 위약하였다고 할 것이므로 피고는 원고에게 위 계약금상당의 위약금을 지급할 의무가 있다. 셋째, 이 사건에서 손해배상액의 예정인 1억5천만원은 이 사건 변론에 나타난 제반사정 및 일반거래실정으로 볼 때 과다하다고 인정되므로 이를 감액하여 보증금의 10% 상당액인 1억원으로 정함이 상당하다.

3. 大法院의 判斷

항소심에 불복한 피고에 의하여 제기된 상고심에서 대법원은 다음과 같은 이유를 들어 원심을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

첫째, 유상계약을 체결함에 있어서 계약금 등 금원이 수수되었다고 하더라도 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 민법 제398조 소정의 손해배상액의 예정으로 볼 수 있을 뿐이고, 그와 같은 특약이 없는 경우에는 그 계약금 등을 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다.

둘째, 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하는 것이다. 그런데 원고와 피고 사이에 작성된 것으로서 진정성립에 다툼이 없는 처분문서인 임대차계약서의 기재에 의하면, "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"고 기재되어 있을 뿐, 임대인이 계약을 위반할 경우에 관하여는 아무런 기재가 없음이 분명하므로, 임대인에게도 위 위약금의 약정이 효력이 있다고 단정할 수 없다.

결국 대법원은 임대차계약서에 기재된 문언은 임차인에 의한 채무불이행의 경우만을 염두에 둔 약정이므로, 임대인에 의한 채무불이행이 문제된 이 사안에서는 임차인이 그로 인한 구체적 손해를 입증하여 손해배상을 받는 것은 가능할지 모르나 손해배상액의 예정액을 구하는 것은 불가능하다는 입장을 보였다.

Ⅱ. 評 釋

1. 問題의 所在

이 사안에서는 원고와 피고간에 체결된 임대차계약서에 기재된 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정의 해석을 둘러싸고 대법원과 원심이 첨예한 입장 차이를 보이고 있다. 즉 연구대상판결에서 문제의 핵심은 법률행위의 해석에 있다고 보여진다. 계약서에 기재된 문언 자체로만 보면, 대법원의 판단과 같이 이 약정은 임차인의 채무불이행에 대하여만 언급하고 있다고 판단할 수 있을 것 같기도 하다. 그러나 이러한 대법원의 입장이 과연 법률행위의 해석방법에 관한 일반원칙에 합치하는 것인가에 대하여 의문점이 든다.

한편, 연구대상판결을 연구함에 있어서 다음 사항에 대하여도 유의할 필요가 있다. 첫째, 사안에서 계약해제가 문제되고 있는데, 해제의 구체적 의미와 해제사유에 대하여 살펴 볼 필요가 있다. 둘째, 연구대상판결을 이해하기 위한 전제로써 계약금약정과 손해배상액의 예정의 관계를 어떻게 설정할 것인가 하는 것도 검토되어야 할 것이다.

어러한 문제인식을 바탕으로 다음에서는 연구대상판결을 비판적 관점에서 평가해 보기로 한다.

2. 債務不履行과 解除

연구대상판결에서 원고 X와 피고 Y의 주장은 모두 임대차계약의 해제를 전제로 한 것이다. 그런데 X가 말하는 해제와 Y가 말하는 해제는 서로 다른 것이라는 점에 유의할 필요가 있다.

(1) 原告가 주장하는 解除: 法定解除

원고 X가 주장하는 해제는 채무자의 유책적 채무불이행을 이유로 한 법

정해제이다. 원심인 서울고등법원의 판결문에 나타난 원고 X의 청구취지 및 항고취지가 "...피고는 원고에게 금 150,000,000원 및 이에 대한 1993. 5. 23.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연5푼의, 그 다음 날부터 다 갚을 때까지는 연 2할5푼의 각 율에 의한 돈을 지급하라"로 되어 있는 것을 볼 때, 아마도 X는 1993년 5월 22일 이전에 Y에게 채무불이행을 원인으로 한 해제(법정해제)의 의사표시를 했을 것으로 생각된다. 그렇다면 X가 주장하는 Y의 채무불이행 사실은 구체적으로 무엇인가? 이에 대하여는 연구대상 판결의 판결문에 나타난 바가 없으나, 원심인 서울고등법원의 판시내용 중 "피고는 약정된 중도금 지급기일에 원고가 이행제공한 중도금의 수령을 거절하여 채무를 이행하지 아니함으로써 위 임대차계약을 위약하였다고 할 것..."이라는 부분으로 미루어 보건대, 임대인의 수령거절을 채무불이행 사실로 본 것으로 판단된다. 그리고 연구대상판결에서 대법원도 원심의 이 부분 판시에 대하여는 아무러한 명시적 입장표명[4]을 하지 않았다. 어쨌든 원고 X는 채권자지체를 법정해제의 원인으로 주장하였고 원심은 이를 인용하였는데, 이러한 판단의 법리적 타당성에는 의문의 여지가 있다고 생각한다.

채권자지체를 법정해제의 원인으로 볼 수 있는가 하는 것은 종래 학설상 논의의 대상이 되어 왔는데, 이 문제는 채권자지체의 본질론과 관련된다. 종래 학설은 채권자측의 수령의무의 존재 여부를 중심으로 채권자지체의 본질을 논의하여 왔다. 제1설(소위 '채무불이행책임설')에 의하면, 채권관계는 양당사자의 신뢰를 바탕으로 계약의 목적실현이라는 공동의 목적을 향하여 서로 협력하여야 하는 관계이므로 채권자 측에서도 급부를 수령하여야 할 의무를 부담하고 이러한 수령의무를 이행하지 않은 경우에는 채무불이행책임을 진다고 한다.[5] 따라서 채권자지체의 효과는 민법 제400조 내지 제403조에 규정된 사항 이외에 손해배상청구권과 해제권도 포함될 수 있다는 것이다. 이에 반해 제2설(소위 '법정책임설')에 따르면, 채권자는 급부를 수령

4) 물론 이 사안에서 대법원이 이 문제에 대한 판단을 할 필요성이 절박하지는 않았다.
5) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1995, 177면 이하; - 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1988, 179면 이하; - 林正平, 債權總論, 法志社, 1989, 171면 등.

할 권리만을 가지고 있는 것이지 의무를 지는 것은 아니므로 채권자지체는 공평관념 내지 신의칙에 기하여 법률이 특별히 인정한 제도라고 한다.[6] 따라서 채권자지체의 효과는 민법 제400조 내지 제403조에 규정된 사항에 한정된다고 한다. 한편 제3설은 채권자에게 수령의무를 인정하지 않는 점에서는 제2설과 같으나 매매, 도급, 임치와 같은 계약유형에서는 부수적 의무 내지 신의칙을 기초로 하여 채권자에게 수취의무를 인정하며, 이 때의 수취라 함은 '유체물의 수거'를 의미하는 것으로 일체의 협력행위를 뜻하는 '수령'과 구별된다는 입장으로서 일종의 절충설이라 할 수 있다.[7]

얼핏 보기에 채무불이행책임설에 의하게 되면 채권자지체를 이유로 채무자에게 손해배상청구권, 계약해제권을 인정하게 되어 성실한 채무자의 보호에 충실할 것 같이 보이지만 실상은 그렇지 않다. 왜냐하면 이 견해에 따르자면 채권자지체의 성립요건으로서 채권자의 귀책사유를 요구하게 되므로 채권자의 귀책사유가 없다면 민법 제401조, 제402조, 제403조 등의 효과도 발생하지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 그리고 법정책임설에 따르면, 채무불이행책임설이 비판하는 것과 같이, 채권자지체의 효과가 법정된 사항에 한정되어 채권관계의 개별적 유형에 있어서 공평한 해결책을 제시할 수 없다는 난점이 있다. 한편 제3설의 경우에는 수취의무와 수령의무 사이의 개념구분이 명확하지 않다는 문제가 있다.

채권자지체의 본질에 관한 위와 같은 학설대립에도 불구하고 종래 학설은 채권자지체를 채권자에게 일정한 불이익을 부과하는 제도로 이해한다는 점에 있어서는 견해를 같이한다. 그러나 채권자지체의 본래적 기능은 채권자를 제재하는 데에 있는 것이 아니라, 채무의 내용에 합치하는 유효한 변제의 제공을 한 성실한 채무자를 보호하기 위한 제도로 보는 것이 보다 타당한 관점으로 생각한다. 사실 제401조 내지 제403조의 규정내용 또한 성실한 채무자의 책임을 경감 또는 면제하는 형식으로 되어있다. 성실한 채무자를 보호하게 되면 그 결과 계약상대방인 채권자에게 일정한 불이익이 가

6) 金相容, 債權總論, 法文社, 1996, 263면; - 李銀榮, 債權總論, 博英社, 1992, 339면 등.
7) 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998, 304면.

해질 수 있으나 이러한 불이익은 엄밀한 의미의 채권자지체 자체의 직접적 효과로 볼 것은 아니고, 채무의 내용에 좇은 변제의 제공을 한 성실한 채무자를 보호함으로써 나타나는 반사적 효과로 보아야 할 것이다. 채권자지체의 본질에 관한 종래의 입장이 각각 내재적인 문제점을 내포하게 되는 원인이 채권자지체를 채권자에 대한 제재의 측면에서 파악하는 데에 기인한 것이라는 점에서 채권자지체의 본질론에 있어서 관점의 전환이 요구된다 할 것이다.

이러한 시각에서 보게 되면 채권자의 귀책사유 유무와 관계없이 채권자지체가 성립하여 법률이 규정한 효과(민법 제401조 내지 제403조, 제538조 제1항 제2문 등)가 인정된다.[8] 물론 채권자의 수령거절 또는 수령지체는 경우에 따라서 계약당사자에게 부과된 부수적 급부의무(특히 협력의무) 위반이 될 수 있고 이러한 사유가 채권자의 귀책사유에 의한 것이라면 상대방으로서는 손해배상청구권을 가지며, 채권자의 부수적 급부의무 위반이 중대하여 계약의 구속력의 근거를 상실하게 할 정도에 이르렀다면 계약해제도 고려할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 이는 채무불이행을 이유로 인정되는 순수한 계약책임 또는 계약해제의 문제로서 엄밀한 의미의 채권자지체와는 구별되어야 할 것이다.

사안에서 X의 중도금지급에도 불구하고 Y가 수령을 거부하였는데, Y의 이러한 행태를 해제사유로 보기 위하여는 Y는 금전채권자로서 X가 제공하는 금전을 수령하여야 할 부수적 급부의무인 협력의무를 지고 있는데, 이를 위반함으로써 계약의 구속력 근거를 상실하게 할 정도에 이르렀어야 한다. 그런데 사안에서 임차기간 개시일이 1993년 9월 1일이라는 점 등을 고려해

8) 제538조 제1항 제2문은 채권자지체의 성립에 있어서 채권자의 귀책사유가 요건이 아니라는 사실을 간접적으로 표현하고 있다. 본 조 제1항 제1문은 쌍무계약에서 채권자의 귀책사유로 채무를 이행할 수 없게 된 경우에는 상대방은 반대급부를 청구할 수 있도록 하고, 제2문은 채권자지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능이 된 경우에도 상대방이 반대급부를 청구할 수 있도록 하고 있다. 만일 채권자의 귀책사유를 채권자지체의 성립요건으로 보아야 한다면 굳이 제1문과 따로 채권자지체에 관하여 규정할 필요가 없었을 것이다.

보면 Y가 X에 의한 중도금의 변제제공을 수령하지 않았다는 단순한 사실만으로 이를 해제사유로 보기에는 어려움이 있다.

그렇다면 X의 Y에 대한 해제의 의사표시는 부적법하다고 보아야 할 것인가? 그것은 아니다. 사안에 나타난 제반사정을 고려해 볼 때, Y의 행태는 이를 해제원인으로 보는 것이 타당하다고 본다. 문제는 해제원인이 무엇인가 하는 것이다. 해제원인을 단순히 Y의 수령거절에서 찾을 것은 아니라고 생각한다. Y는 계약체결 다음날부터 계속하여 X에게 계약을 파기해 줄 것을 요구하였는데, 이러한 Y의 전반적 행태에 비추어 볼 때 X의 중도금 제공에 대하여 Y가 이의 수령을 거절한 행위는 '확정적 이행거절'에 해당하는 것으로 볼 수 있다.[9] 계약당사자 일방에 의한 확정적 이행거절이 있다면 이는 계약의 구속력 근거를 상실하게 할 정도의 사유이고 따라서 상대방은 그 즉시 해제권을 취득하게 된다. 이는 "채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다"고 규정하고 있는 민법 제544조 단서의 입법배경이기도 하다.[10]

Y의 수령거절을 해제사유가 될 수 있는 채무불이행으로 본 원심의 결론에 대하여는 뜻을 같이한다. 그러나 이러한 결론에 도달하는 데에 있어서

---

9) 관련 판결로는 대판 1992. 2. 28. 91다15584; - 대판 1993. 12. 7. 93다32361; - 대판 1995. 3. 3.선고 93다50024; - 대판 1996. 7. 30. 96다17738; - 대판 1997. 7. 25. 97다15371 등 참조.

10) 확정적 이행거절이란 채무이행의 물리적 가능성에도 불구하고 채무자가 채권자에게 채무를 이행할 의사가 없음을 진지하게 그리고 확정적으로 표시하는 것을 말한다. 확정적 이행거절이 있게되면 이는 곧 계약의 구속력 근거의 상실을 의미하고 따라서 이행불능에 준하는 효력이 부여될 수 있다. 계약해제는 계약의 구속력 근거의 상실이 전제되어야 하는데, 이행불능의 경우에는 그 자체로서 계약의 구속력 근거의 상실이라는 전제가 성립되지만 이행지체와 같은 그 이외의 경우에는 그 자체로서 계약의 구속력 근거의 상실이라는 해제의 전제요건이 충족되었다고 볼 수 없으므로 이행지체를 이유로 해제를 하기 위하여 '상당기간의 최고'를 요구하고 있다(민법 제544조 본문). 즉 이 경우에는 상당기간의 최고에도 불구하고 이행하지 않았다고 하는 것이 계약의 구속력 근거 상실사유가 되는 것이다. 그런데 제544조 단서는 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 때에는 최고 없이 곧바로 해제할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 채무자에 의한 확정적 이행거절은 이행불능과 마찬가지로 그것 자체가 계약의 구속력 근거 상실의 의미를 가지고 있다는 것을 말하는 것이다.

위에서 설명한 것과 같은 논리과정을 거치는 것이 채권자지체 및 해제의 본질에 합치하는 해석태도라고 생각한다.

(2) 被告가 주장하는 解除: 合意解除

연구대상판결에 나타난 사실관계에 따르면, 피고 Y는 문제의 임대차계약이 1993년 5월 1일 적법하게 해제되었다고 주장하면서 이미 지급받은 계약금 1억5천만원을 5월 10일까지 수령해 갈 것을 통보하고 해약사유는 별도로 소명하겠다고 하였다. 그런데 피고가 말하는 해제의 정체는 과연 무엇인가?

계약체결과 함께 피고는 원고로부터 계약금으로 1억5천만원을 받았다. 계약금은 다른 특약이 없는 한 해약금으로 추정되므로(민법 제565조 제1항) 피고는 자신 및 그 상대방인 원고가 계약의 이행에 착수하기 전까지 이 금액의 배액인 3억원을 원고에게 상환함으로써 계약을 해제할 수 있다. 이 사안에서 해약금에 의한 해제가 가능한 시점은 언제까지로 보아야 할 것인가? 이에 관하여는 원고 X가 피고 Y에게 1차중도금 지급기일인 1993년 4월 30일 1억 5천만원을 지급하려 하였으나 피고가 수령을 거절하였다는 사실에 유의할 필요가 있다. 이 사안에서 1차중도금의 수령을 요구한 원고의 행위를 이행의 착수로 보아야 하므로 이 이후로는 해약금에 의한 해제가 불가능하다. 원고의 4월 30일의 행위를 변제의 제공으로 볼 수 있을 것인가에 대하여는 명확하지 않은 부분이 있으나, 제565조 제1항의 '이행에 착수할 때'라는 것은 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무의 이행행위의 일부를 행하거나 또는 이행을 하는데 필요한 전제행위를 하는 것을 말하는 것으로서, 단순히 이행의 준비만으로는 부족하나, 반드시 계약내용에 합치하는 이행의 제공의 정도에까지 이르러야 하는 것은 아니므로[11] 4월 30일 이후로는 해약금에 의한 해제가 불가능하다. 그러나 이 사안에서 피고는 해약금에 의한 해제를 시도하지 않았으므로 이는 연구대상판결에서 문제되

11) 대판 1971. 8. 31. 71다1276; - 대판 1993. 5. 25. 93다1114; - 대판 1994. 5. 13. 93다56954판결; - 대판 1994. 11. 11. 94다17659; - 대판 1997. 6. 27. 97다9369 등.

지 않는다.

피고의 주장에 따르면, 임대차계약 체결 다음 날인 4월 20일 "중도금 지급 전이라도 일방이 부득이한 사유로 위 임대차계약을 해제할 경우 위약금을 청구하지 못한다"는 합의서를 작성하였다고 한다. 피고의 주장이 진정이라면 이 합의서는 양당사자에게 해제권을 부여한 것으로 쌍방예약의 성질을 가지는 합의해제의 예약으로 볼 수 있다. 즉 양당사자 중 누구든 부득이한 사유가 발생하여 합의해제의 의사표시를 하면 그것으로 계약이 합의해제 되는 것이다. 피고는 이 합의서에 따라 해제의 의사표시를 하였고 이에 따라 1993년 5월 1일 계약이 해제되었다는 것이다.

그렇다면 피고의 말대로 피고에 의한 의사표시에 따라 계약이 적법하게 해제되었다고 볼 수 있는가? 이는 피고에게 합의서의 내용에 따른 '부득이한 사유'가 있었는가 하는 문제로 환원된다. 연구대상판결에 나타난 사실관계에 비추어 보면 피고에게 있어서의 부득이한 사유는 '원고보다 좋은 조건으로 임차하려는 사람의 존재' 또는 '자기 처의 음식점 직접경영'이라는 것인데, 이들 두 가지를 부득이한 사유로 보기는 곤란하다. 만일 이들 사정을 부득이한 사유로 평가해 준다면 X와 Y 사이의 임대차계약은 이 합의서가 작성된 이후부터 이미 계약이 아니라고 볼 수 있는 여지도 있다. 왜냐하면 이런 수준 정도의 사정을 부득이한 사유로 본다는 것은 계약 당사자 누구든지 언제나 계약을 해제할 수 있다는 것과 마찬가지이고, 이들 사이의 계약은 이제 전혀 법적인 구속력이 없는 것으로 됨으로써 이미 법률관계로서의 계약관계로 볼 수 없다는 것을 의미하기 때문이다.

물론 위의 사정은 연구대상판결에서 무게있게 논의될 사항은 아니다. 그러나 어쨌든 5월 1일 임대차계약이 적법하게 해제되었다는 피고 Y의 주장은 받아들이기 곤란하다고 생각한다.

3. 契約金의 多面機能性

연구대상판결을 명확히 이해하기 위하여 우선 계약금이 해약금 이외에

다른 의미로 수수될 수 있다는 사실에 유의하여야 한다. 이와 관련하여 특히 문제되는 것이 계약금과 위약금의 관계이다.

위약금이란 채무불이행 사실이 발생한 경우에 채무자가 채권자에게 지급할 것을 약속한 금전을 총칭하는 것으로 제398조 제4항에서 말하는 '위약금'은 이와 같은 총체적 개념으로서의 위약금을 말하는 것이다. 위약금약정은 그 내용을 기준으로 할 때 크게 채무불이행으로 인한 손해배상관계의 규율을 내용으로 하는 것과 손해배상관계와 별개로 채무불이행 사실 자체에 대한 벌금의 의미[12]를 가지는 것으로 구분할 수 있다. 손해배상액의 예정은 전자의 대표적인 예이고, 위약벌은 후자의 대표적인 예에 속한다. 이 중에서 특히 손해배상액의 예정은 채권자가 채무자의 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에 손해액의 입증과정에서 있을 수 있는 부수적 분쟁을 미연에 방지할 수 있으며, 특히 영업기밀의 누출을 피할 수 있다는 점 등으로 인하여 거래관계에서 이용빈도가 상당히 높다. 위약금은 각 유형에 따라 그 내용을 달리하며 위약금약정이 구체적으로 어느 것에 해당하는가에 따라 당사자의 이해관계에 결정적인 영향을 미치게 된다. 위약금약정의 성

12) 다른 형태의 위약금과 달리 이 경우에는 채무자의 채무불이행으로 인한 실손해를 입증하여 약정위약금과 별도로 배상을 받을 수 있다. 위약벌의 기능을 하는 위약금으로 성질결정을 할 수 있는 경우에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다: "매매계약의 목적물이 성질상 매도인측에서 생산, 공급하는 전량을 매수인이 그때 그때 인수하지 않으면 안되는 물품이어서 매수인은 계약기간동안 매도인측에서 생산하는 물품을 전량 인수하기로 하고 계약체결과 동시에 계약금액의 100분의 10 이상의 계약보증금을 납부하고 매수인이 정당한 사유없이 인수를 거부하거나 지체할 때 또는 기일내에 대금을 불입하지 않거나 계약의 각 조항을 위배할 때에는 매도인은 사전권고나 통보없이 일방적으로 해약을 할 수 있고 이 경우 보증금은 매도인에게 귀속하고, 또 매수인이 계약을 이행하지 아니하였을 때에는 그 연대보증인이 채무이행은 물론 배상책임을 진다고 약정하였으며 매수인은 별도로 채무이행을 위하여 계약금액의 100분의 20 이상의 현금이나 지급이행보증보험증서를 제공하기로 약정하였다면 이 계약에 있어서의 계약보증금은 단순히 매수인이 매도인에게 지게 될 물품대금채무 등을 담보한다거나 손해배상액의 예정으로 추정되는 위약금이라기 보다는 매수인의 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하고 매수인이 위약하였을 때에는 이를 매도인의 소유로 귀속하게 하여 제재를 가하는 위약벌 또는 제재금의 성질을 가지는 것으로 봄이 타당하다."(대판 1989. 10. 10. 88다카25601).

질결정은 궁극적으로 당사자의 의사해석의 문제이나 당사자의 의사가 불분명한 경우를 대비하여 민법은 위약금의 약정은 배상액의 예정으로 추정하고 있다(제398조 제4항).

위약금약정은 주된 계약과의 관계에서 볼 때 종된 계약이며, 약정의 시기는 주된 계약과 동시일 수도 있으며 그 이후에 체결될 수도 있다. 또한 위약금약정은 그 성립 모습의 측면에서 볼 때 불요식·낙성계약이다. 그런데 위약금약정의 성립 모습과 관련하여 이 약정과 계약금계약과의 관계를 명확히 할 필요가 있다.

계약금이란 계약체결시에 계약당사자 일방이 타방에게 교부하는 금전 또는 기타 유가물로서, 계약금계약은 계약금을 현실적으로 교부하여야 성립한다는 점에서 요물계약의 일종으로 볼 수 있다. 그런데 위약금과 마찬가지로 계약금 또한 총체적 개념이므로 구체적 유형에 따라 그 성질을 달리한다. 계약금이 최소한 주된 계약 체결의 증거로서의 의미(증약금)를 가진다는 것은 분명하다. 그러나 당사자의 합의내용에 따라서는 증약금의 차원을 넘어 그 이상의 기능을 가질 수 있다. 즉 계약금이 해약금, 더 나아가서는 위약금의 기능을 하는 경우도 있을 수 있다. 만일 계약금계약의 내용이 위약금으로 판명된다면 이는 요물계약의 형태로 체결된 위약금계약이라 할 것이다.

계약금의 수수가 있는 경우에 그 구체적인 의미 또한 궁극적으로 의사해석의 문제에 속한다. 우리 입법자는 거래관행[13]을 고려하여 계약금을 해약

13) 현행 민법 제565조는 민법안 심의과정에서 원안을 수정·채택된 규정이다. 1957년 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會에 제출된 원안 제554조는 "賣買의 當事者一方이 契約當時에 金錢 其他 物件을 相對方에게 交付한 때에는 이를 契約金 또는 保證金으로 推定한다. 契約金 또는 保證金은 違約金의 約定으로 본다"는 내용으로 되어있었다. 이 원안은 "① 買主가 賣主에게 手附를 交付한 때에는 當事者 一方이 契約의 履行에 着手할 때까지는 買主는 그 手附를 抛棄하고 賣主는 그 倍額을 償還하여 契約의 解除를 할 수 있다. ② 제545조 제3항의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 아니한다."고 규정한 구민법 제557조와 전적으로 다른 것이었다. 그런데 위 小委員會는 제출된 원안을 구민법과 동일한 취지로 수정하였고 이것이 현행 규정이 되었는데, 그 수정이유에 대하여, "본 조는 현행법과 달리하여 계약 당시 수수한 금전 기

금으로 추정하고 있다(제565조 1항). 법정책적 측면에서 이 규정이 과연 타당한가에 대하여 비판적인 견해[14]가 제시되고 있는데, 비교법적 관점에서 볼 때에도 이 규정은 상당히 이례적인 입법례에 속한다. 도이칠란트 민법은 계약금을 증약금으로 해석하며 당사자의 의사가 불명확한 경우라 하더라도 해약금으로 해석되지 않는다는 태도를 보이고 있다(BGB 제336조 제1항, 제2항). 한편 해약금에 관하여 규율하고 있는 프랑스 민법 제1590조 또한 얼핏 보기에는 우리 민법 제565조 제1항과 유사한 것처럼 보이나 그 실질적 내용은 판이하다는 점에 유의할 필요가 있다. 프랑스 민법 제1590조는 매매의 예약을 함에 있어서 예약금을 지급한 경우에 교부자는 예약금을 포기하고 수령자는 그 배액을 상환함으로써 예약을 자유로이 해제할 수 있다고 규정하고 있는데, 계약금에 의한 자유로운 해제의 대상이 본계약이 아닌 예약의 경우라는 점에서 우리 민법 제565조 제1항과 커다란 차이가 있다.

여기에서 제565조 제1항에 따라 계약금을 해약금으로 추정한다 하더라도 법률분쟁을 말끔히 해결하지 못하는 상황이 충분히 발생할 수 있으며, 연구대상판결도 이러한 경우 중의 하나이다. 그 이유를 설명하면 다음과 같다. 계약금의 교부가 있는 때에 당사자간에 특별한 약정이 없다면 이는 해약금으로 추정되기 때문에 이행의 착수 전에 계약금의 포기 또는 배액상환에 의한 해제를 하는 방향으로 상황이 진행되는 경우에는 제565조 제1항의 규정으로서 충분하다. 그러나 계약당사자 일방이 이행에 착수한 이후여서

타 물건을 解約金으로 하지 않고 違約金(손해배상의 예정으로 추정 - 본 초안 제389조)으로 하였다. 그러나 우리 나라의 매매계약의 실제가 이미 계약금, 보증금 등의 명목으로 매매 당시 수수한 경우에는 이를 포기 또는 배액상환 함으로써 계약을 해제할 수 있는 약정해제권 유보를 의미하는 것으로 관습에 익어졌기 때문에 현행법과 동 취지로 본 조를 수정함이 가하다."(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄, 1957, 329면)고 설명하고 있다.

14) 논자에 따라, 제565조 제1항은 계약의 효력을 약화시키는 결과를 가져온다고 한다든가(金基善, 韓國債權法各論, 法文社, 1988, 127면; - 黃迪仁, 現代民法論(IV) 債權各論, 博英社, 1987, 226면; - 金亨培, 債權各論 契約法, 1997, 299면) 또는 당사자가 계약금을 교부하는 것은 구속력을 강화하려는 뜻을 가지는 것이 보통인데 해약금으로 추정하는 것은 이러한 당사자의 의사에 반할 수 있다(金亨培, 앞의 책, 299면)는 문제점이 지적되고 있다.

해약금에 의한 해제가 불가능[15]하거나 또는 해약금에 의한 해제가 가능한 시점이라 하더라도 상황이 이러한 방향으로 진행되지 않는 경우(예: 상대방의 채무불이행을 이유로 한 계약해제의 경우)에는 제565조 제1항의 추정규정이 별다른 기능을 수행하지 못하게 된다. 이 때에는 위약금약정이든 아니면 그 밖의 다른 것이든 간에 문제된 계약금약정이 내포하고 있는 또 다른 의미를 탐구하여야 할 필요성이 발생하게 된다. 이러한 필요성은 그간 이와 관련하여 이미 법원에 제기된 법률분쟁의 수효가 잘 증명해 주고 있다. 이러한 부류에 속하는 사안은 대부분 계약당사자 일방이 타방에게 계약금을 교부한 상태에서 일방이 채무를 불이행한 때에 채무불이행의 피해자가 계약금약정을 손해배상액의 예정이라고 주장하며 계약금 상당액을 손해배상의 명목으로 청구한 경우이다. 이러한 유형의 사건은 현행 민법 시행 전에도 찾아볼 수 있는데, 일찍이 1946년 대법원[16]은 "매매계약의 소위 계약금은 일면 해약수부금이며 일면 이행에 갈음하는 손해배상액의 예정임이 일반 통례이며, 수부금으로서 혹은 이를 포기하고 혹은 그 배액을 급부함으로써 쌍방이 누구든지 해약할 수 있고 손해배상예정으로서는 당사자 일방이 위약한 때에 그 상대방만이 계약이행의 대신, 혹은 이를 취득하고 혹은 그 배액의 배상을 청구할 권리가 있을 뿐이다"라고 판시한 바 있다.

이와 같이 계약금약정이 포함하고 있는 또 다른 의미를 탐구하여야 할 필요성은 현행 민법 시행 전부터 상존하여 왔다. 앞에서 언급했듯이 1957년 民議院에 제출된 원안 제554조는 다음과 같은 내용을 담고 있었다: "계약당사자 일방이 계약 당시에 상대방에게 교부한 금전 또는 물건은 계약금 또는 보증금으로 추정한다"; "계약금 또는 보증금은 위약금의 약정으로 본다". 한편, 이 원안에 따르면, 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정된다

15) 제565조 제1항에서 말하는 '당사자의 일방'의 의미에 대하여 대법원은 "매매쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고 상대방이라고 국한하는 것이 아니므로 매매계약의 일부이행에 착수한 당사자는 비록 상대방이 이행에 착수하지 않았다 하더라도 해제권을 행사할 수 없다."고 판시하고 있다(대판 1970. 4. 28. 70다105 판결).

16) 대판 1946. 8. 9. 4279민상17.

(원안 제389조 제4항: 현행 민법 제398조 제4항과 동일 취지). 이 원안의 규율질서에 따르면, 계약금은 결국 손해배상액의 예정으로 추정된다는 결과가 되는데, 이렇게 보게 되면 위에서 말한 계약금이 가지고 있는 여러 가지 기능에 대하여 1957년의 원안은 극히 명백한 입장을 견지하고 있었다 할 것이다. 이러한 원안의 태도는 계약금을 일면에서는 해약금으로, 다른 면에서는 손해배상액의 예정으로 파악한 1946년 8월 9일의 대법원 판결이 보여주는 것과 같은 맥락이라 평가된다. 이러한 입법적 시도의 법리적 정당성의 문제는 차치한다 하더라도 최소한 한 가지 수긍이 가는 부분이 있다. 즉 원안은 충분히 예상할 수 있는 극히 예민한 법률분쟁 사항에 대하여 '추정'이라는 법기술을 사용하여 이를 명확하게 해결하고자 했다는 것이다.

계약금이 가지고 있는 이와 같은 다양한 기능을 '契約金의 多面機能性'으로 표현하고자 한다. 계약금의 다면적 기능, 특히 계약금과 위약금과의 관계에 대한 명시적 규정을 가지고 있지 않은 현행 민법 아래에서 이 문제는 결국 순수한 법률행위 해석의 차원에서 해결책을 모색하여야 할 수밖에 없는 것이며, 연구대상판결도 이러한 각도에서 접근하여야 할 것이다.

4. 法律行爲의 解釋

(1) 契約金과 違約金의 관계에 관한 判例動向

계약체결과 연계하여 계약금이 수수된 경우에 이 계약금을 채무불이행시에 있을 수 있는 상황에 대처하기 위한 기능을 하는 것으로 약정했다면, 이러한 계약금약정은 위약금약정을 포함하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 위약금약정에 대하여 특약이 없다면 이는 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정된다. 계약금이 교부된 경우에 이것이 해약금의 기능을 하는 것에서 더 나아가 당사자 일방이 채무를 불이행한 때를 대비한 손해배상액의 예정으로 볼 수 있을 것인가에 관하여 판례는 상당한 변천상을 보이고 있다.

해방 직후의 판결로서 이미 언급한 1946년 8월 9일 판결은 계약금을 해

약금과 손해배상액의 예정으로서의 성격을 동시에 가지는 것으로 보았다. 1967년 3월 28일 판결[17] 또한 "매매당사자 사이에 수수된 계약금에 대하여 매수인이 위약하였을 때에는 이를 무효로 하고, 매도인이 위약하였을 때에는 그의 배액을 상환할 뜻의 약정이 있을 경우에, 특단의 사정이 없는 한 그 계약금은 민법 제565조 소정의 해약금의 성질을 가질 뿐만 아니라 동법 제398조 제1항 소정의 손해배상액의 예정의 성질을 가진 것이라고 해석하여야 할 것이다"라고 판시하여 1946년 판결과 동일한 입장을 보이고 있다. 그리고 이러한 판례의 입장은 1971년 5월 24일 판결에 까지 이어진다.[18] 그러나 대법원은 1979년 4월 24일 판결을 통하여, 계약금은 그것을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것으로 볼 수 있다고 판시[19]하였는데, 이 판결은 계약금과 위약금의 관계에 관한 리딩 케이스로서 그 이후의 관련 판결은 대체로 이와 유사한 판시형식을 따르고 있다. 계약금이 동시에 위약금으로 되기 위한 기준으로 현재의 판례는, 계약금을 수수하면서 계약을 위반할 경우 수령자는 계약금의 배액을 지급하고 지급인이 이를 위반할 때에는 계약금의 반환청구권을 상실하기로 약정하였다든가 또는 계약금으로 수수한 금액에 관하여 지급인이 위약하면 계약을 무효로 하고 수령자가 위약하면 그 배액을 상환하기로 하는 뜻의 약정을 한 경우를 들고 있다.[20]

---

17) 대판 1967. 3. 28. 67다122.

18) 대판 1971. 5. 24. 71다473: "매매당사자 사이에 수수된 계약금은 특단의 사정이 없는 한 본조(민법 제565조: 필자 주) 소정의 계약금의 성질을 가질 뿐 아니라 본법 제398조 제1항 소정의 손해배상액의 예정의 성질도 가진 것으로 볼 것이다."

19) 대판 1979. 4. 24. 79다217 판결: "채권계약에 있어서 당사자 사이에 교부된 계약금은 민법 제565조 제1항의 규정에 의하여 해약금으로서의 성질은 가지나 같은 법 제398조 소정의 손해배상액의 예정으로서의 성질은 당연히는 가질 수 없고 당사자의 일방이 위약할 경우 그 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 같은 법 제398조 제4항의 규정에 의하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것으로 볼 수 있을 뿐이고 그와 같은 특약이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진다고는 볼 수 없다."

20) 대판 1988. 5. 10. 87다카3101; - 대판 1989. 12. 12. 89다카10811; - 대판 1990. 2. 13. 89다카26250; - 대판 1992. 5. 12. 91다2151; - 대판 1994. 5. 10. 93다30082; -

연구대상판결에서 법리적으로 가장 문제가 된 것은 원고와 피고간의 임대차계약서에 기재된 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"에 대한 해석이었다. 이에 대하여 대법원은 "유상계약을 체결함에 있어서 계약금 등 금원이 수수되었다고 하더라도 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 그와 같은 특약이 없는 경우에는 그 계약금 등을 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다"고 판시하고 있다. 그런데 이 판시 부분은 연구대상판결에 있어서는 불필요하거나 비논리적인 것이다. 왜냐하면 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 문언 속에 최소한 임차인이 채무를 불이행한 경우에 대한 위약금약정은 포함되어 있다고 보아야 하기 때문이다. 달리 말하자면, 이 문언의 해석에서 문제되는 것은 이 문언 속에 위약금약정이 포함되어 있는가 하는 것이 아니라 이 약정을 문언에 나타난 그대로 임차인이 채무를 불이행한 경우에만 적용되는 것으로 할 것인가(즉 일방적 위약금약정으로 해석할 것인가), 아니면 문언에 나타나 있지는 않지만 이 약정을 가능한 법이론적 조작을 통하여 임대인이 채무를 불이행한 경우에도 적용되는 것으로 할 것인가(즉 쌍방적 위약금약정으로 해석할 것인가) 하는 것이 문제되는 것이다.

위에서 지적한 판시 부분의 비논리성에도 불구하고 대법원은 결국 문제의 핵심에 대한 판단은 하고 있는데, 원심의 판단과 달리 이 약정을 쌍방적 위약금약정으로 볼 수 없다는 것이다. 그런데 법률행위 해석이론의 측면에서 볼 때, 대법원의 판단보다는 오히려 원심의 그것이 보다 타당성이 있다고 생각된다.

그러므로 다음에서는 이러한 관점에서 대법원 판결의 문제점을 지적하면서 타당한 해결책을 모색해 보기로 한다.

대판 1994. 10. 25. 94다18140 등 참조.

(2) 法律行爲 解釋論上의 妥當性 檢證

1) 法律行爲 解釋의 意味

법률행위는 당사자의 의사표시를 구성요소로 하는 법률요건이다. 법률행위는 당사자의 의사가 법률효과에 직접적으로 지향되어 있으므로 법률효과가 당사자의 의사에 따라 결정된다는 점에서 다른 법률요건과 구별되며, 바로 이러한 점에서 법률행위는 사적 자치의 원칙의 적극적 구현형태라 할 것이다. 이와 같이 법률행위의 경우에는 당사자의 의사가 곧 법률효과를 구성하기 때문에 그것의 내용을 확정하는 작업인 법률행위의 해석은 매우 중요한 작업이다. 법률행위의 해석방법에 관하여 현재 학설은 '자연적 해석', '규범적 해석', '보충적 해석'을 들고 있으며, 판례는 이들 용어를 체계적으로 사용하고 있지 않으나 내용적인 측면에서는 이러한 해석방법을 모두 고려하고 있다.

자연적 해석이란 의사표시자의 표시행위로부터 출발하여 표의자의 내심적 효과의사를 탐지하는 것을 말한다. 당사자의 의사 자체를 법률효과로 하는 법률행위의 본질에 비추어 볼 때, 1차적인 법률행위의 해석방법은 자연적 해석이다. 그러나 모든 정황을 고려하여도 표의자의 진의를 탐지할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 당해 의사표시의 상대방의 시각에서 그가 이해한 바를 의사표시의 내용으로 확정함으로써 상대방의 신뢰를 보호하는 규범적 해석이 2차적으로 고려되게 된다. 규범적 해석에 의하게 되면 의사표시의 내용이 표의자의 진의와 다른 경우가 있을 수 있는데, 이러한 상황은 민법 제109조 소정의 착오제도의 차원에서 조정될 수 있다. 한편, 자연적 해석 또는 규범적 해석에 따라 법률행위의 성립이 긍정되기는 하였으나 당해 법률행위와 관련하여 규율되었어야 할 사항이 흠결된 경우에는 보충적 해석이 문제된다. 법률행위의 내용에 틈이 있는 때에 이를 보충함으로써 당해 법률행위에 관한 법률문제를 해결하고자 하는 보충적 해석에 있어서는 표의자의 '진의' 또는 표의자의 상대방의 '신뢰'가 문제되는 것이 아니라, 당사자가 보충적 해석을 필요하게 한 '법률행위의 틈'을 알았더라면 그러한 내용으로 법률행위적 규율을 하였을 것이라고 예상되는 '가정적 의

사'가 문제된다.

2) 補充的 解釋의 必要性

연구대상판결에서의 문제의 핵심은 임대차계약서상에 나타난 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정의 해석이다. 이 약정을 문언으로만 보면 임차인이 채무를 불이행한 경우만을 규율하고 있지 임대인의 경우에 대하여는 규율하는 바가 없다. 그러므로 이 약정에 대하여는 보충적 해석의 여지가 있다.

이 약정이 임차인에 의한 채무불이행이 있는 경우에 임차인이 계약금 명목으로 지급한 1억5천만원은 당연히 임대인에게 귀속한다는 일방적 위약금 약정을 포함하고 있는 것은 명백하다. 그리고 연구대상판결에 나타난 사실관계에 비추어 볼 때, 당사자간에 다른 특약이 없다고 보여지므로 계약금은 해약금으로(제565조 제1항), 위약금은 손해배상액의 예정(제398조 제4항)으로 보아야 할 것이다. 그런데 이 사안에 있어서 해약금에 의한 해제는 논의의 여지가 없으므로 손해배상액의 예정만이 문제되며, 특히 임대차계약서상의 위 약정을 문언에 나타난 그대로 임대인만을 위한 일방적 위약금약정으로 해석하여야 할 것인가 하는 점이 핵심적 논의 대상이다.

이 약정을 임대인만을 위한 일방적 위약금으로 해석하기 위하여는 계약서의 문언에 임대인이 채무를 불이행한다 하더라도 임차인으로서는 위약금을 청구하지 않는다는 것이 묵시적으로 포함되어 있어야 한다는 전제가 필요하다. 왜냐하면 쌍무계약에 있어서 양당사자의 권리와 의무는 상호대가적 견연관계에 있는 것인데, 전형적 쌍무계약인 임대차계약이 문제되고 있는 이 사안에서도 임대인과 임차인의 권리·의무내용을 상호 견연적으로 파악하는 것이 계약법의 일반원칙임은 물론 계약당사자의 합리적 의사에도 합치하는 것이기 때문이다. 그렇다면 위 약정을 통하여 임차인이 위약금 청구를 포기하였다고 볼 수 있겠는가? 법의 일반원칙상 권리의 포기는 추정되지 않으므로[21] 임차인이 위약금 청구를 포기했다고 볼만한 명시적·묵시적 사정

이 있어야 하는데[22], "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정에서 이러한 요소는 전혀 찾아볼 수 없다. 즉 문제된 계약서의 기재사항에서 임차인의 위약금청구 포기의사는 탐지할 수 없으며, 단지 임대인의 채무불이행의 경우에 임차인이 위약금을 청구할 수 있을 것인가에 대한 법률행위적 규율상의 틈이 존재할 뿐이라고 보아야 한다. 그리고 이러한 사실은 보충적 해석의 전제가 마련되었음을 의미한다.

"임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정으로부터 임대인의 채무불이행의 경우에 임차인으로서는 위약금 청구를 포기한다는 의사를 탐지할 수 없으며, 특히 임차인측의 위약금청구에 대한 법률행위적 규율상의 틈이 존재한다는 것은 다음 사실을 통해서도 증명된다. 피고 Y의 주장에 따르면, 임대차계약 체결 다음 날인 4월 20일 "중도금 지급 전이라도 일방이 부득이한 사유로 위 임대차계약을 해제할 경우 위약금을 청구하지 못한다"는 합의서를 작성하였다고 한다. 이러한 피고의 주장에 대하여 원심은 이를 피고가 일방적으로 위조한 것으로 판단[23]하여 이를 배척하였음에 반

---

21) F. Dreifuss-Netter, 'Nenonciation', in: Répertoire de Droit Civil, Paris, Dalloz, 1989, p. 4.

22) 이러한 취지의 대법원 판결로는 대판 1993. 10. 26. 93다3103을 들 수 있다. 여기에서 대법원은 계약서상의 "문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 문언의 내용과 그 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 그 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 당사자 사이의 계약의 내용을 합리적으로 해석하여야 하는 것이고 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다."고 판시하고 있다. - 같은 취지의 판결로는 대판 1962. 4. 18. 4294 민상1236; - 대판 1990. 12. 21. 90다6583; - 대판 1992. 5. 26. 91다35571; - 대판 1994. 3. 25. 93다32668; - 대판 1994. 4. 29., 94다1142; - 대판 1995. 5. 23. 95다6465; - 대판 1997. 11. 28. 97다36231 등 참조.

23) 원심판결에 따르면, 피고가 원고의 도장을 몰래 사용하여 위조한 서류인 사실을 인정할 수 있으며, 특히 이 합의서에 대한 증인은 피고의 형일 뿐만 아니라 원고가 이 합

하여, 대법원은 "위 합의서를 위조한 것이라고 인정하기도 어려울 뿐만 아니라, 그 위조 여부에 관계없이 위 합의서의 취지는 원·피고 중 어느 일방이 부득이한 사유로 계약을 해제할 경우에는 쌍방 모두 이를 양해하고 그로 인한 위약금의 지급 또는 실제 손해액의 배상 등을 청구하지 아니하기로 한다는 취지로 보여지므로, 거기에서 위약금이라는 용어를 사용하였다고 하여 임대인인 피고에 대하여도 당연히 위약금의 약정이 있었던 것이라고 추단할 수 없다"고 판시하고 있다. 그런데 대법원의 이 부분 판시는 몇 가지 점에서 수긍하기 어려운 면이 있다. 첫째, 물론 이 사안의 해결에 있어서 중요한 것은 아니나, 문제된 합의서는 계약을 해제한다 하더라도 위약금을 청구하지 못한다는 사항을 규율하고 있을 뿐 '실제 손해액의 배상'을 청구하지 않는다는 것에 대하여는 전혀 합의한 바가 없다는 사실이다. 그럼에도 불구하고 대법원이 "...위약금의 지급 또는 실제 손해액의 배상 등을 청구하지 아니하기로 한다는 취지로 보여지므로..."라 판시한 것은 당사자의 정확한 의사를 탐지한 것으로 보기 어렵다. 이 합의서 또한 처분문서이므로 연구대상판결에서 대법원 자신이, "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정을 해석하면서 언급한 바와 같이, 그 기재내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하였어야 했다. 둘째, 만일 이 합의서가 피고에 의하여 일방적으로 위조된 것이었다면 이 합의서 작성 당시에 원고에게는 위약금 지급을 청구하지 않을 것이라는 의사가 전혀 없다고 보는 것이 논리에 합당하다. 그럼에도 불구하고 대법원은 위조 여부에 관계없이 위 합의서의 취지는 원·피고 중 어느 일방이 부득이한 사유로 계약을 해제할 경우에는 쌍방 모두 이를 양해하고 그로 인한 위약금의 지급 또는 실제 손해액의 배상 등을 청구하지 못하는 것으로 보았다.

그런데 이 합의서의 위조 여부에 관계없이 그 존재 자체가 임대차계약서

의서를 작성하는 것을 직접 보았다는 것이 아니고 피고가 원고에게 이를 읽어 주는 것을 옆방에서 들었다는 것이어서 믿기 어렵다는 이유에서 이 합의서의 진정성을 주장하는 피고의 주장을 배척하였다.

상의 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정의 해석과 관련하여 상당한 시사를 주는 대목이 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 계약체결 다음날 작성된 "중도금 지급 전이라도 일방이 부득이한 사유로 위 임대차계약을 해제할 경우 위약금을 청구하지 못한다"는 내용의 합의서가 만일 피고의 주장대로 진정한 것이라면 임대차계약 체결 시점에서의 원고와 피고의 진정한 의사는 상대방의 채무불이행이 있는 경우에 위약금을 지급한다는 것이었다고 보는 것이 보다 설득력이 있다. 한편 이 합의서가 진정한 것이 아니라 하더라도, 피고가 이 합의서의 진정성을 주장하는 것은 최소한 피고는 계약체결시의 위약금약정을 쌍방적인 것으로 이해하고 있었다는 것을 나타내는 것으로 판단하는 것이 합당하다. 그리고 이 합의서가 진정한 것이 아닌 경우에 임대차계약 체결시의 위약금약정의 일방당사자인 원고에게는 자신의 위약금청구를 포기하겠다는 의사가 없었다고 보아야 함은 위에서 본 바와 같다. 그렇다면 임대차계약 체결시에 원고와 피고가 가지고 있었으리라고 생각되는 가정적 의사는 "이 약정은 임대인이 채무를 위반한 경우에도 효력이 있다"는 쌍방적인 것으로 보는 것이 옳다고 생각한다.

위의 모든 논의를 통하여 생각해 볼 때, 원고와 피고간의 임대차계약서상의 약정에는 임대인이 채무를 불이행한 경우에 대하여 당사자간에 법률행위적 규율이 흠결되어 있다고 보아야 한다. 법률행위적 규율에 틈이 발생한 이 사안에서 당사자간의 가정적 의사에 따른 보충적 해석에 의하여 이 틈을 보충한다면, 위 위약금약정은 임차인의 채무불이행의 경우만을 규율한 일방적 약정이 아닌 쌍방적 약정으로 해석하여야 할 것이다.

3) 處分文書의 解釋

대법원은 임대차계약서에 기재된 "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정은 단순한 계약금약정이고 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없으므로 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다는 것 이외에 다음과 같

은 부가적인 이유를 들고 있다: 이 약정이 기재된 임대차계약서는 원·피고 사이에 작성된 것으로서 진정성립에 다툼이 없는 처분문서이다; 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다; 그런데 이 문서에 나타난 위 문언의 객관적 의미에 비추어 볼 때 임대인의 채무불이행이 있는 경우에 대하여는 손해배상액의 예정으로서의 위약금 약정은 두지 않은 것이라고 판단하여야 한다.

위와 같이 연구대상판결에서는 문서에 기재된 의미내용을 증거자료로 얻기 위한 증거조사인 書證이 문제되고 있다. 문서의 종류 중 특히 처분문서란 증명하고자 하는 법률상의 행위가 당해 서면에 의하여 행해진 것[24]으로 법적 행위가 문서의 구성부분이 되며, 계약서는 처분문서의 대표적인 것에 속한다. 이러한 점에서 처분문서는 부동산등기부등본, 조서 등과 같이 당해 문서와 관계없이 이루어진 법률상의 행위 또는 사건을 보고하는 것에 불과한 보고문서와 구별된다. 보고문서의 경우에는 제반사정을 고려하여 법관이 자유심증으로 그 증거력을 결정하나, 처분문서는 증거력에 있어서 보고문서와 차이가 있다. 즉 처분문서는 당해 문서가 작성명의인의 진정한 의사에 의하여 작성되었다는 의미의 형식적 증거력이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 기재내용과 같은 법적 행위가 있었음을 인정하여야 한다.

이와 같이 처분문서의 경우에는 보고문서보다 강한 증거력이 인정되나 그렇다고 하여 반증을 불허하는 완전한 증명력은 아니고, 반증이 허용되는 강력한 '사실상의 추정'에 불과한 것이다.[25] 즉 처분문서라 하더라도 그 기재 내용과 다른 특별한 명시적·묵시적 약정이 있는 사실이 인정될 경우에는 그 기재 내용의 일부를 달리 인정할 수 있는, 즉 법률행위 해석에 있어서 경험칙과 논리법칙에 어긋나지 않는 범위 내에서 자유로운 심증으로 판단할 수 있는 것이다.[26] 특히 처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하게

---

24) 대판 1988. 9. 27. 87다카422,423; - 대판 1993. 8. 24. 92다47236; - 대판 1997. 5. 30. 97다2986 등 참조.

25) 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1995, 547면.

드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 계약당사자의 진정한 의사와 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 계약을 해석하여야 한다.[27] 실제로 대법원은 이러한 관념을 기초로 많은 사안에서 특기할 만한 보충적 해석을 행한 바 있다.[28]

이와 같이 처분문서의 경우라 하더라도 법원은 타당한 반증이 있으면 그 기재 내용과 다른 사실을 인정할 수도 있다. 그런데 연구대상판결의 사실관계에 나타난 당사자의 의사를 탐지해 본다면, "임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 계약서의 문언과 달리 이를 쌍방적 위약금약정으로 해석할 만한 합리적인 이유가 있다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 대법원은 이러한 사정을 고려하지 않고 아주 간단히 "이 문서에 나타난 위 문언의 객관적 의미에 비추어 볼 때 임대인의 채무불이행이 있는 경우에 대하여는 손해배상액의 예정으로서의 위약금 약정은 두지 않은 것이다"고 판단한 것은 다른 사안에서 보여준 대법원의 태도와 균형이 맞지 않을 뿐만 아니라 법률행위 해석에 있어서 가장 우선적으로 고려되어야 할 당사자의 의사와는 거리가 있다고 생각한다.

---

26) 대판 1989. 12. 28. 88다카12506; - 대판 1991. 7. 12. 91다8418; - 대판 1994. 5. 24. 93다32514; - 대판 1996. 4. 9. 96다1320; - 대판 1996. 4. 12. 95다54167; - 대판 1996. 4. 12. 95다45125; - 대판 1997. 6. 24. 선고 97다5428; - 대판 1997. 11. 28. 97다11133; - 대판 1997. 12. 12. 97다5060; - 대판 1999. 2. 12. 98다45744 등 참조.

27) 대판 1993. 10. 26. 93다3103; - 대판 1994. 3. 25. 93다32668; - 대판 1994. 4. 29. 94다1142; - 대판 1996. 4. 9. 96다1320; - 대판 1997. 6. 24. 97다5428; - 대판 1997. 11. 28. 97다11133 등 참조.

28) 특히, 대판 1970. 8. 31. 70다1284; - 대판 1977. 4. 12. 76다2737; 대판 1980. 11. 25. 80다1568; - 대판 1988. 4. 27. 87다카74; - 대판 1989. 7. 25. 89다카968판결; - 대판 1991. 11. 26. 90다12403 등 참조.

Ⅲ. 結 論

"임차인이 약정일까지 보증금 잔액을 지급하지 않을 때에는 임대인은 계약을 해제하고 계약금은 일체 반환하지 아니한다"는 약정의 해석이 문제된 이 사안을 평가하면서 다음과 같은 사항을 알 수 있었다: 첫째, 이 약정은 계약금약정과 위약금약정으로서의 의미를 가지고 있다; 둘째, 문언상으로만 보면 일방적 위약금약정으로 보이나, 사실관계에서 나타난 사실관계를 기초로 한 법률행위의 해석(특히 보충적 해석)의 측면에서 볼 때 이는 쌍방적 위약금약정으로 해석하여야 한다. 그리고 이 약정을 해석함에 있어서 임대차계약 체결 다음 날인 4월 20일 "중도금 지급 전이라도 일방이 부득이한 사유로 위 임대차계약을 해제할 경우 위약금을 청구하지 못한다"는 또 다른 합의서는 그 진정성 여부와 관계없이 위 약정의 해석에 있어서 중요한 단서가 될 수 있다는 생각이 든다.

한편, 연구대상판결 및 이와 유사한 부류의 판결은 법률행위 해석론의 차원에서의 해결책이 우선되어야 할 사안이라고 생각한다. 일설[29]에 따르면, 연구대상판결과 같은 일방적 위약금약정을 민법 제103조나 제104조를 적용하여 무효로 보고 쌍방당사자 모두에게 적용을 배제하든가 또는 일방적 위약금약정을 확장해석 하여 쌍방당사자 모두에게 동일한 위약금약정이 있는 것으로 취급하든가 하는 것 중에서 하나를 택해야 할 것이라고 한다. 이것도 하나의 해결방법이 될 수 있을지 모르나 대상판결과 같은 부류의 사안을 해결함에 있어서 바람직한 것은 아니라는 생각이 든다. 법률행위의 일반적 유효요건을 규율하고 있는 민법 제103조와 제104조는 그 특성상 일반조항적 성격을 가질 수밖에 없는데, 만일 구체적인 법률문제 해결에 있어서 곧바로 이런 규정에 의지하는 것도 일종의 '일반규정에로의 도피'에 해당할 수 있기 때문이다. 특히 제104조는 법률행위의 내용이 단순히 공정성을 잃

29) 李銀榮, '一方的 違約金約定의 解釋', 判例月報, 제317호(1997. 2.), 9면 이하, 특히 15면.

었다는 사유만으로 적용될 수 있는 규정이 아니며 상당히 까다로운 요건[30]을 구비하여야 하기 때문에 이 규정을 가지고는 연구대상판결과 같은 사안을 포섭할 수 없는 경우도 많을 수 있다는 사실에 유의하여야 한다.

연구대상판결의 원심은 이를 파기할 것이 아니라 유지했어야 한다고 생각한다.

---

30) 대판 1997. 7. 25. 97다15371: "민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데 그 목적이 있고, 여기에서 '궁박'이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 상황을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 위와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정법률행위는 성립하지 않는다." 이 판결 외에 대판 1992. 5. 26. 92다84; - 대판 1996. 6. 14. 선고 94다46374; - 대판 1996. 11. 12. 96다34061 등도 참조.

Neue Rechtslage nach der Wirtschaftskrise in Korea

- Gesetzesänderungen des Handels- und Wirtschaftsrechts -*

Ki-Su Lee**

《Inhaltsverzeichnis》

A. Einleitung
I. Die wirtschaftliche Lage in Korea vor und nach der Wirtschaftskrise
II. Ursache der Wirtschaftskrise und deren wesentlicher Lösungsweg
B. Die KHGB-Novelle vom 28. 12. 1998
I. Hintergrund und Grundzüge der Gesetzesänderung
II. Inhalt der Gesetzesänderung
1. Förderung der Unternehmensumstrukturierung
2. Erhöhung der Konkurrenzfähigkeit koreanischer Unternehmen
3. Verstärkung der Verantwortung der Geschäftsführer
C. Die KGWB-Novelle vom 5. 2. 1999
I. Hintergrund und Grundzüge der Gesetzesänderung
II. Inhalt der Gesetzesänderung
1. Erweiterung des Anwendungsbereichs
2. Motivation von Unternehmensumstrukturierung
3. Erhöhung der Markteffizienz für Wettbewerbsförderung
4. Verbesserung der Rechtsbehelfe
5. Verbesserung der Unternehmenszusammenschlußkontrolle
D. Schluß

---

* Diese Fassung ist eine ergänzte Wiedergabe des Vortrages, den der Verfasser am 13. Juli 1999 in Marhung für die juristische Fakultät der Universität Marburg gehalten hat.

** Prof. Dr., Korea-Universität

A. Einleitung

Ⅰ. Die wirtschaftliche Lage in Korea vor und nach der Wirtschaftskrise

Der Zusammenbruch der koreanischen Währung hatte im Jahre 1997 zu einer tiefen Rezession geführt. Nachdem sich im Jahre 1999 die Aktien- und Devisenmärkte beruhigt haben (zur Zeit beträgt der Devisenkurs gegen 1 US $ 1,210 Won; Aktienindex 900 Pukte), scheinen die Wirtschaftskrise vorüber zu sein. Das wirtschaftliche Wachstum soll im Jahr 1999 auf mehr als 5 % steigen. Die Wirtschaft Koreas wuchs in den 80er Jahren um jährlich mehr als 12 Prozent, in den 90er Jahren bis zum Jahr 1997 um mehr als 8 Prozent.

Ⅱ. Ursache der Wirtschaftskrise und deren wesentlicher Lösungsweg

Die Krise wurde jedoch nicht durch staatliche (wie in Lateinamerika oder in Rußland), sondern durch Schulden des privaten Sektors ausgelöst. Viele Unternehmen, insbesondere die größten Konglomerate (Chaebol), waren verschuldet, und dies führte zu Überbelastungen der Banken. Die Unternehmen hatten bis zu 500 % Fremdkapital. Solch eine Lage war einerseits dadurch möglich, daß die Unternehmen Überkreuzsubventionierungen vornahmen und so den Anschein einer guten Finanzlage erwirken konnten. Andererseits wurden gute Beziehungen zu Politikern benutzt, um Kredite von den Banken zu erzwingen.

Als Korea im Dezember 1997 einen Beistandskredit mit dem Internationalen Währungsfonds (IWF) aushandelte, war auch eine Reform

des Unternehmenssektors eine der Bedingungen der Kreditgewährung. Die neue Regierung unter Präsident Kim Dae-Jung versprach unter anderem, eine neue Wettbewerbspolitik zu verfolgen. Die Regierung dachte der koreanischen Fair Trade Commission (KFTC) die zentrale Rolle bei der Reform der Chaebol zu. Die koreanische Regierung versuchte mit Hilfe erzwungener Fusionen, der sog. big deals, bei denen die größten Chaebol des Landes Firmenteile tauschen sollten, die Struktur der koreanischen Wirtschaft zu verbessern. Die Chaebol sollten zum Abbau der Überkapazität in den big deals in 7 großen Wirtschaftszweigen (Halbleiter, Automobilindustrie, Schiffbau, Petrochemie, Maschinenbau, Kraftwerke und Flugzeugbau) fusionieren und so einen ruinösen Wettbewerb vermeiden. Ferner sollten die Chaebol sich verpflichten, bestehende Schulden zwischen den Unternehmen zurückzuzahlen und keine neuen Überkreuzsubventionierung vorzunehmen. Ende diesen Jahres soll der Fremdkapitalanteil 200% betragen, im Jahre 2002 100%.

B. Die KHGB-Novelle vom 28. 12. 1998

I. Hintergrund und Grundzüge der Gesetzesänderung

Seit Ende 1997 erfuhr Korea eine wirtschaftliche Krise. In diesem Zusammenhang wurde Korea gezwungen, Subventionen aus IWF und IBRD zu bekommen. Die wirtschaftliche Krise hat viele Probleme deutlich aufgezeigt, die sich in der koreanischen Wirtschaft entwickelt hatten.[1] Um diese Probleme zu lösen, hat die koreanische Regierung verschiedene Maßnahmen getroffen. Dazu gehörten u.a. die Erhöhung der

1) Ki-Su Lee, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Seoul, 1999, S. 40.

Transparenz im Unternehmensbetrieb, die Umstrukturierung der Unternehmen und die Verbesserung der "Corporate governance". Diese Umstände hatten Regierung, Parlament, Wissenschaftler und Unternehmer zur Diskussion um die Reform der wirtschaftlichen Gesetze veranlaßt, mit der Folge, daß u.a. das koreanische HGB (KHGB) und das Effektenhandelsgesetz geändert wurden. Auch das Gesetz zur Überwachung der Aktiengesellschaft von außen, das koreanische Antimonopolgesetz (KGWB),[2] die Konkursordnung und das Kreditwesengesetz wurden in dieser Zeit einmal oder mehrmals geändert. Am 2. Dez. 1998 wurde vom Parlament das Gesetz über die Änderung des Handelsgesetzes verabschiedet. Dieses Gesetz wurde am 28. Dez. 1998 verkündet und trat in weiten Teilen am selben Tag in Kraft. Der Hauptzweck der Reform des Handelsgesetzes im Jahre 1998 ist die Förderung der Unternehmensumstrukturierung, die Erhöhung der Konkurrenzfähigkeit koreanischer Unternehmen und die Verstärkung der Verantwortung der Geschäftsführer.[3]

Im KHGB sind vier Typen von Gesellschaften geregelt (§ 170 KHGB) und zwar in §§ 178 - 267 die hapmyong-hoesa (offene Handelsgesellschaft), in 268 - 287 die hapcha-hoesa (Kommanditgesellschaft), in §§ 288 - 542 die chusik-hoesa (Aktiengesellschaft) und in §§ 543 - 613 die yuhan-hoesa (Gesellschaft mit beschränkter Haftung).[4] Diese Gesellschaften besitzen alle eine eigene Rechtspersönlichkeit (§ 171 Abs. 1 KHGB). Vor allem spielt die Aktiengesellschaft eine wichtige Rolle im wirtschaftlichen Leben Koreas, da sie die häufigste

2) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 44 ff.
3) Ki-Su Lee, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Seoul, 1999, S. 40.
4) Ki-Su Lee, Flexibler Gebrauch der verschiedenen Gesellschaftsarten und Deregulierung der Kapitalgesellschaften, The Korea University Law Journal Nr. 32(1996. 12.), Regal Research Institute(Korea University), S. 398.

Gesellschaftsform der großen und mittleren Unternehmen von Industrie und Handel in der koreanischen Wirtschaft ist. Die chusikhoesa (Aktiengesellschaft) ist im KHGB ebenso wie die deutsche Aktiengesellschaft eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 171 Abs. 1 KHGB), die ein in Aktien zerlegtes Grundkapital hat (§ 329 Abs. 2 KHGB). Für ihre Verbindlichkeiten haftet die Gesellschaft nur mit ihrem Vermögen. Der gesetzliche Begriff der Aktiengesellschaft ist im wesentlichen der gleiche wie im deutschen Aktienrecht. Im Jahre 1998 waren hauptschlich die Regelungen der Aktiengesellschaft geändert worden.

* Gesellschaftszahl in Korea(Ende Dezember 1998)

Art der Gesellschaft	hapmyong-hoesa (oHG)	hapcha-hoesa (KG)	chusik-hoesa (AG)	yuhan-hoesa (GmbH)
%	0.5 %	2.7 %	85.5 %	3.7%
Zahl	996	4,956	155,462 (davon 735 zum Börsenhandel zugelassene AGs)	6,656

Ⅱ. Inhalt der Gesetzesänderung

1. Förderung der Unternehmensumstrukturierung

a) Erleichterung der Verschmelzungsvorgänge

Damit die Verschmelzungen innerhalb eines Unternehmens leichter vorgenommen werden können, hat das Reformgesetz die "short form merger" (§ 527-2 KHGB) erweitert und die "small scale merger" (§ 527-3 KHGB) eingeführt.[5] Für Verschmelzungen waren Beschlüsse der Hauptversammlung erforderlich. Ein solcher Beschluß bedarf der 2/3

Mehrheit der abgegebenen Stimmen der anwesenden Aktionäre und mehr als 1/3 der Gesamtzahl der ausgegebenen Aktien. Bei "short form merger" und " small scale merger" können die Beschlüsse der "board of directors" die Hauptversammlungsbeschlüsse ersetzen. Bei Verschmelzung gewährte das alte Gesetz den Gläubigern eine 2-monatige Widerspruchsfrist. Diese Widerspruchsfrist ist wegen der Förderung der Verschmelzung auf einen Monat verkürzt worden (§ 232 KHGB).[6]

b) Einführung der Regelungen über Unternehmensspaltungen[7]

Für die Regelung der Unternehmensspaltungen hat das Reformgesetz von 1998 11 Paragraphen (§§ 530-2 ~ 530-12) neu eingeführt. Die Spaltung einer Gesellschaft geschieht dadurch, daß die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen ganz oder teilweise als Gesamtheit gegen Gewährung von Anteilen der übernehmenden Gesellschaft an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft überträgt. Das KHGB enthält jedoch keine eigene Definition der Spaltung, sondern nur die folgenden Spaltungsarten: Spaltung zur Neugründung und Spaltung zur Aufnahme (Spaltungsverschmelzung; KHGB 530-2). Das Handelsgesetz verlangt als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Spaltung einen Spaltungsvertragsplan (§ 530-3 KHGB), eine Beschlußfassung (§ 530-3 KHGB) und die Eintragung (§ 530-11, 528 KHGB). Der Spaltungsvertrag wird bei der Spaltung zur Aufnahme von den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften abgeschlossen. Bei der Spaltung zur Neugründung tritt der Spaltungsplan an die Stelle des Spaltungsvertrags.[8] Der Spaltungsvertrag bzw. der Spaltungsplan be-

---

5) Ju-Chan Son, Handelsrecht(I), 9. Aufl., Seoul, 1999, S. 1140 ff.
6) Ki-Su Lee, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Seoul, 1999, S. 155.
7) Siehe ausführlich Sung-Ho, Kim, Eine Arbeit über die Spaltung von Aktiengesellschaft, Dissertation Uni. Korea, 1999.

dürfen der Zustimmung der Gesellschafter. Der Beschluß kann nur in einer Hauptversammlung gefaßt werden. Die Spaltung tritt mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister in Kraft. Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht entsprechend dem Spaltungsvertragsplan als Gesamtheit auf die übernehmende Gesellschaft über (§ 530-10 KHGB). Bei der Verschmelzung steht die Gesamtrechtsnachfolge demnach einer "partiellen Universalsukzession" gegenüber. Ein gemeinsames Merkmal von Spaltung und Verschmelzung ist, da die Übertragung von Vermögen ohne Einzelübertragung geschieht. Die Vermögensübertragung bezieht sich immer nur auf den Teil des Vermögens der übertragenden Gesellschaft. Bei der Aufspaltung und Abspaltung werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu Aktionären der übernehmenden Gesellschaft (§§ 530-5 Ab.1 Nr.4, 530-6 Ab.1 Nr.3 KHGB). Das Gesetz setzt nicht voraus, daß die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft im selben Verhältnis beteiligt werden, wie es bei der übertragenden Gesellschaft der Fall war. Die Aktionäre der ausgliedernden Gesellschaft werden also in ihrer rechtlichen Stellung nicht berührt. Bei der Aufspaltung erlischt die übertragende Gesellschaft; bei der Spaltung werden die Vermögensmassen der übertragenden Gesellschaft nahezu willkürlich auf die übernehmende oder neue Gesellschaft verteilt. Dem begegnet das Handelsgesetz dadurch, daß übernehmende Gesellschaften den Gläubigern gesamtschuldnerisch haften sollen (§ 530-9 KHGB).

2. Erhöhung der Konkurrenzfähigkeit koreanischer Unternehmen

a) Mindestnennbetrag einer Aktie

Der Mindestnennbetrag einer Aktie war nach altem Gesetz 5000 Won

8) Ki-Su Lee, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Seoul, 1999, S. 165 ff.

(ca 8 DM). Dieser ist aber nach dem neuen Gesetz auf 100 Won (0,16 DM) (§§ 329, 329-2 KHGB) herabgesetzt worden.[9] Das Effektenhandelsgesetz hat schon früher eine solche Änderung eingeführt. Parallel dazu ist auch eine Aktienspaltung ausdrücklich zugelassen. Nach § 329 Abs. 1 KHGB muß das Grundkapital einer Aktiengesellschaft nunmehr mindestens 50 Millionen Won (ca 79,000 DM) betragen. Dies ist im Jahre 1998 nicht geändert worden.

b) Geschäftsführerzahl

Eine Aktiengesellschaft, deren Grundkapital unter 500.000.000 Won liegt, kann als Geschäftsführer nur ein oder zwei Personen einsetzen (§ 383 KHGB).[10] In Korea ist somit die Differenzierung zwischen kleinen AGs und großen AGs vorgenommen worden.[11]

c) Dividendenzahlung während der Rechnungsperiode

Die Dividendenzahlung ist auch in der Mitte der Rechnungsperiode ermöglicht worden (§ 462-3 KHGB).[12]

3. Verstärkung der Verantwortung der Geschäftsführer

a) "Shareholder-Proposals"

Damit Aktionäre aktiv an den Angelegenheiten der Gesellschaft teilnehmen können, wurden "Shareholder-Proposals" eingeführt(§ 363-2). Diese sind aber als Minderheitsrechte (3%) geregelt.[13]

---

9) Ki-Won Tsche, Handelsrecht, 4. Aufl., 1998, S. 427.

10) Ki-Won Tsche, Handelsrecht, 4. Aufl., 1998, S. 561.

11) Ki-Su Lee, Kleine AG, FS Ui-Doo Kang, 1996, S. 231 ff.; Ki-Su Lee, Flexibler Gebrauch der verschiedenen Gesellschaftsarten und Deregulierung der Kapitalgesellschaften, The Korea University Law Journal Nr. 32(1996.12.), Regal Research Institute(Korea University), S. 437 ff.

12) Ki-Won Tsche, Handelsrecht, 4. Aufl., 1998, S. 697 ff.

13) Ton-Kak Suh/Wan-Yong Chung, Vorlesungen über das Handlesrecht(I), Seoul,

b) Erleichterung der Minderheitsrechte[14]

Die Voraussetzungen für die Ausübung der Minderheitsrechte sind wie folgt erleichtert worden[15]:

Nr.	Art der Minderheitsrechte	alte-Regelung	neue Regelung (1998 Gesetz)	Effekten-handelsgesetz
1	Abberufungsrecht der Geschäfts-führer und Aufsichtsratsmitglieder (385, 415 KHGB)	5 %	3 %	0.5% (0.25%)
2	Recht auf Unterlassung der gesetzwidrigen Handlungen (402 KHGB)	5 %	1 %	0.5% (0.25%)
3	"representative suit" (403 KHGB)	5 %	1 %	0.01%
4	"Shareholder-Proposals"	keine Regelung	3 %	1%(0.05%)
5	Hauptversammlungeinberufungs-recht (366 KHGB)	5 %	3 %	3% (1.5%)
6	Rechnungseinsichtsrecht (466 KHGB)	5 %	3 %	1% (0.5%)
7	Prüfungsrecht der Geschäftslage bzw. Vermögenslage (467 KHGB)	5 %	3 %	3% (1.5%)
8	Abberufungsrecht der Abwickler (539 KHGB)	5 %	3 %	0.5% (0.25%)
9	Recht auf Gesellschaftsauflösung (520 KHGB)	10 %	10 %	keine Regelung

1999, S. 402; Byeong-Gyu Choi, "Shareholder-Proposals", Human Rights and Justice Nr. 265(Korean Bar Assotiation)(1998.9.), S. 49 ff.

14) Ju-Chan Son, Handelsrecht(I), 9. Aufl., Seoul, 1999, S. 1136; Ton-Kak Suh/ Wan-Yong Chung, Vorlesungen über das Handlesrecht(I), Seoul, 1999, S. 349.

15) Byeong-Gyu Choi, Minderheitsrecht im HGB und Effektenhandelsgesetz, Anam Law Review Vol. 7(Anam Law Assotiation)(1998.8.), S. 211 ff.

c) Treuepflicht der Geschäftsführer

Im Verhältnis Geschäftsführer zur Gesellschaft besteht ein Auftragsverhältnis.[16] Daher ist der Geschäftsführer verpflichtet, nach Treu und Glauben seine Geschäfte durchzuführen.[17] Hier hat das KHGB jedoch eine ausdrückliche Regelung über die Treuepflicht der Geschäftsführer eingeführt (§ 382-3 KHGB). Eine Treuepflicht der Aktionäre ist jedoch nicht eingeführt worden. Die Treuepflicht der Geschäftsführer hat jedoch nach der Auffassung in der Literatur[18] keine materiellen Inhalte, sondern nur deklaratorische Bedeutung.

d) cumulative voting

Für den Schutz der Minderheitsaktionäre ist das "cumulative voting" eingeführt worden.[19]

e) Verstärkung der Verpflichtung des shadow director

Bei den koreanischen Chaebol ist der Mächtigste in der Firma entweder der Firmengründer oder dessen Sohn, wenn er diese übernommen hat. Aber er wird nicht einmal im Handelsregister als einer der Geschäftsführer registriert. Er ist ein Herrscher, der die Chaebol durch eine Gruppe, ein Planungszentrum (z. B. bei Hyundai) oder ein Sekretariat (z. B. bei Samsung), regiert. Er hat alle Macht in seinen Händen, aber keine Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber den Gesellschaftern. Um dieses Problem zu lösen, haben die Wissenschaftler einen Begriff, nämlich shadow director entwickelt.

---

16) Ki-Su Lee, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Seoul, 1999, S. 419.
17) Ton-Kak Suh/Wan-Yong Chung, Vorlesungen über das Handlesrecht(I), Seoul, 1999, S. 454.
18) Tae-Ro Lee/Chul-Song Lee, Vorlesungen über das Gesellschaftsrecht, 1999. 564 ff.
19) Ton-Kak Suh/Wan-Yong Chung, Vorlesungen über das Handlesrecht(I), Seoul, 1999, S. 429.

Danach müssen Großaktionäre, die selbst nicht als ordentliche Geschäftsführer bestellt worden sind, aber einen bestimmten Einfluß auf die Gesellschaft ausgeübt haben (shadow director), nach dem neuen Gesetz wie ordentliche Geschäftsführer haften (§ 401-2 KHGB).

C. Die KGWB-Novelle vom 5. 2. 1999

I. Hintergrund und Grundzüge der Gesetzesänderung[20]

Nach der Wirtschaftskrise in Korea Ende 1997 wurden verschiedene Gesetzesentwürfe und Änderungsnovellen dem Parlament vorgelegt, um die die Bewältigung der Krise behindernden rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern. Auf der Ebene des Wettbewerbsrechts wurde vielfältig diskutiert, wie die rechtlichen Institutionen daran anpassend geändert werden können und welche Aufgabe die Koreanische Fair Trade Commission(KFTC) übernehmen soll. Vor diesem Hintergrund stehen zwei Themen als wichtigste Aufgabe im Vordergrund: Einerseits soll das koreanische Antimonopolgesetz (KGWB) wie auch andere Rechtsgebiete die Unternehmensumstrukturierung erfolgreich unterstützen. Andererseits soll die Marktwirtschaft trotz dieser kritischen Situation als ein Grundprinzip in allen wirtschaftlichen Betätigungsbereichen festgeschrieben werden. Für diese Aufgabe ist im Bereich des KGWB diskutiert worden, ob das Verbot der Holding-Gesellschaft nunmehr aufgehoben werden soll, und u.a. auf welche Weise gegenseitige Hilfen bzw. Subventionen unter

---

20) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 46 ff; Byung-Ju Lee, Hauptinhalte der 1999 KGWB-Novelle, Fair Competition(The Korea Fair Trade Assotiation) Nr. 47(1999.7.), S. 23.

den Tochtergesellschaften innerhalb eines Konglomerats (Chaebul) wirkungsvoll verhindert werden können, um die Konzentration der Wirtschaftskräfte schrittweise zu vermindern. Beruhend auf diesen Überlegungen wurde der letzte Entwurf des Antimonopolgesetzes einer Änderungskommission im August 1998 vorgelegt und im Parlament am 6.1.1999 verabschiedet. Dieses Gesetz wurde am 5.2.1999 verkündet und trat am 1.4.1999 in Kraft.[21] Bei dieser Änderung handelt es sich um die Ergänzung der bisherigen Regelungslücken und eine Unterstützungsfunktion des Rechts für die durchgreifende Vollendung der Unternehmensumstrukturierung. Daneben soll das KGWB seine Funktion als Grundrecht für die Marktwirtschaft behalten. Der Grundriß der Änderung[22] ist folgender:

(1) Der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung, die bestimmte Unternehmen von der Anwendung des Gesetzes befreite, wurde verkleinert, um die Wettbewerbsordnung auf allen wirtschaftlichen Betätigungsbereichen ausgedehnt anwendbar zu machen.

(2) Das gesetzliche Verbot der Holdinggesellschaft wird nunmehr aufgehoben, um die Unternehmensumstrukturierung durch die Holding-Konstruktion zu motivieren und zu beschleunigen.[23]

(3) Um das gegenseitige rechtswidrige Behilfeverhalten unter den Tochtergesellschaften der 30 größten Unternehmensgruppen wirkungsvoll zu verhindern, gestattet das Gesetz der KFTC Auskunftsrechte (Anforderungsrechte) in Bezug auf Informationen über den Finanzverkehr unter

---

21) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 46 ff.
22) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 47 ff.
23) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 47 f.

den Tochtergesellschaften.[24] (4) Um den zunehmenden Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung sowie rechtswidrig abgestimmtes Verhalten wirkungsvoll zu regulieren, wurden die betreffende Regelungen verbessert. (5) Um das Rechtsbehelfsverfahren der Geschädigten zu verbessern, wird das Einwandsverfahren geändert. Außerdem können die betreffenden Interessenten nunmehr Einsichtnahme in die erforderlichen Unterlagen verlangen.

Ⅱ. Inhalt der Gesetzesänderung

1. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Das alte Gesetz hat seinen Anwendungsbereich auf nur zwölf wirtschaftliche Betätigungsbereiche beschränkt. Damit wurden einige wirtschaftliche Betätigungsbereiche (z.B. Bergbauindustrie) von der Gesetzesanwendung ausgenommen, obwohl es als notwendig erachtet wurde, verschiedene ungerechte Verhaltensweisen auf diesem Bereich gesetzlich zu regeln. Daher soll bei dieser Änderung das neue Gesetz den globalen internationalen Rechtsnormen angepaßt und auf alle wirtschaftlich tätigen Unternehmen angewendet werden. Daneben kann das neue Gesetz nunmehr auf den Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Banken bzw. Finanz- und Versicherungsunternehmen Anwendung finden, denn es gibt keinen rationalen Grund dafür, den Finanzsektor im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Betätigungsbereichen unterschiedlich zu behandeln.[25]

---

24) Dieses Recht der KFTC gilt nur für zwei Jahre. Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, SS. 48~49.

25) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 47; Byung-Ju Lee, Hauptinhalte der 1999 KGWB-Novelle, Fair Competition(The Korea Fair Trade Assotiation) Nr. 47(1999.7.), S. 24.

2. Motivation von Unternehmensumstrukturierung

a) Aufhebung des Verbots von Holding-Gesellschaften

In Korea ist die Gründung oder Umwandlung zur Holding-Gesellschaft, die als ein die Konzentration wirtschaftlicher Kräften vertiefendes Instrument beurteilt worden ist, gesetzlich streng verboten, mit Ausnahme der Fälle zum Zweck des Managements ausländischer Investmentanteile.[26] Sowohl die Verbesserung des Wettbewerbs nach der Markteröffnung als auch die Verbesserung der Coporate Governance-Struktur machten das bisherige Verbot der Holding-Gesellschaft entbehrlich. Damit können und sollen jetzige Konglomerate und Unternehmen nach der geeigneten Umstrukturierung sowie Unternehmensübertragung bzw. fremder Kapitalaufnahme zu Holding-Gesellschaften umgewandelt werden. Aber die Gründung oder Umwandlung zu Holding-Gesellschaften ist nach dem neuen Gesetz nur unter strengen Voraussetzungen zulässig: Die Verschuldungsrate darf 100% nicht überschreiten, denn es soll verhindert werden, daß sich Holding-Gesellschaften bei der Übernahme einer Tochtergesellschaft überschulden. Darüber hinaus muß die Holding-Gesellschaft mindestens 50% des Kapitalanteils an einer Tochtergesellschaft haben.

3. Erhöhung der Markteffizienz für Wettbewerbsförderung

a) Verbesserung des Vor-Bezeichnungssystems von marktbeherrschenden Unternehmen

Nach dem alten Gesetz hat die KFTC jährlich am Anfang des Jahres marktbeherrschende Unternehmen benannt und dem Publikum bekanntgemacht. Damit sind die von der KFTC nicht benannten Unternehmen, die zwar Marktbeherrschungstatbestände erfüllten, aber von der KFTC nicht

---

26) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, Seoul, 1997, S. 99 ff.

benannt sind, von der gesetzlichen Regulierung ausgeschlossen. Das neue Gesetz hat dieses sog. Vor-Bezeichnungssystem aufgehoben, statt dessen wird die Marktbeherrschung vermutet, wenn von einem Unternehmen bestimmte Tatbestände erfüllt werden.[27]

b) Muß-Rechtswidrigkeitsgrundsatz (per-se illegal)

Der bisherige Tatbestand eines unrechtmäßigen Kartells, nämlich wer den Wettbewerb in einem bestimmten Handelsgebiet materiell beschränkt, wird nunmehr durch den Tatbestand 'wer den Wettbewerb rechtswidrig beschränkt' ersetzt. Damit wurde eine Grundlage geschaffen, auf der ein Muß-Rechtswidrigkeitsgrundsatz auf das bestimmte, aufgezählte Verhalten Anwendung finden soll. Nach dem alten Gesetz mußte die KFTC beweisen, ob das ungerechte Verhalten im Einzelfall wettbewerbsbeschränkend, und somit rechtswidrig war. Nunmehr werden die im Gesetz aufgezählten Kartellverhalten (z.B. Preisabstimmung sowie Submissionsabstimmung) als wettbewerbsbeschränkend vermutet (§ 19 I KGWB).

4. Verbesserung des Rechtsbehelfs

Neuerdings können die Streitsparteien und die Interessierten die betreffenden Unterlagen kopieren oder einsehen, um das Rechtsbehelfsverfahren zu erleichtern (§ 52-2 KGWB). Nach dem alten Gesetz mußte man vor einem Verwaltungsstreitverfahren unbedingt einen Rechtseinwandsprozeß führen. Nunmehr kann man ohne einen solchen Einwandsprozeß unmittelbar den richtigen Prozeß anstrengen (§ 54 KGWB).

---

27) Byung-Ju Lee, Hauptinhalte der 1999 KGWB-Novelle, Fair Competition(The Korea Fair Trade Assotiation) Nr. 47(1999.7.), S. 25.

5. Verbesserung der Unternehmenszusammenschlußkontrolle

a) Klarstellung der Ausnahmeregelung zur Zusammenschluß-kontrolle

Das neue Gesetz hat bislang unbestimmte Tatbestände für die Ausnahme der Zusammenschlußkontrolle klargestellt. Dabei wurde der bisher als Maßstab für Ausnahmetatbestände genannte 'Zweck der Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit' oder 'Zweck der Industrieumstrukturierung' gestrichen. Solche Merkmale für die Ausnahmetatbestände waren zu umfangreich und unklar, um durch die betreffende Partei bei Erfüllung der Tatbestände bewiesen werden zu können.

b) Verkleinerung des Gegenstandes der Zusammenschluß-kontrolle[28)]

Das alte Gesetz hat als Typen der Unternehmensverbindung folgende aufgezählt: Aktienerwerb, Doppelverdienst als Vorstandsmitglied, Fusion, Übernahme des Unternehmens, Beteiligung an der Gesellschaftsgründung. Der Vorstandsmitglied-Doppelverdienst wird selten als ein selbständiger Verbindungstypus des Unternehmens angesehen, denn dieser folgt im Normalfall dem Aktienerwerb. Die Tatsache, daß die Unternehmensgruppe oder die einzelnen Unternehmen sich an der Neugründung eines Unternehmens beteiligen, kann als solche den Wettbewerb fördern. Somit sollte diese folgerichtig kein Gegenstand der Zusammenschlußkontrolle sein. Also hat das neue Gesetz den Doppelverdienst des Vorstandsmitglied sowie die Beteiligung an der Neugründung von den Typen der Unternehmensverbindung ausgeschlossen. Eine Ausnahme wurde aber bei Großunternehmen gemacht (§ 7 KGWB).

---

28) Ki-Su Lee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Seoul, 1999, S. 50.

c) Verbesserung der Sanktionen gegen die Zusammenschluß-kontrolle

Das neue Gesetz hat zwei neue Sanktionsmittel neu geschaffen. Eines davon ist die Einführung des Vollstreckungszwangsgeldes. Das bisherige Sanktionsmittel des Strafgeldes war zu niedrig, um die Vollstreckung der Berichtigungsmaßnahme der KFTC zu gewährleisten. Wenn die Berichtigungsmaßnahme nicht erfüllt wird, dann wird ein bestimmtes Zwangsgeld täglich auferlegt (§ 172 KGWB). Im Hinblick auf Maßnahmen gegen einen unlauteren Unternehmenszusammenschluß ist noch zu erwähnen, daß die KFTC nunmehr im Gegensatz zu früher mittelbar wirkende Maßnahmen ergreifen darf, wie z. B. die Anordnung von Einschränkung der Gewerbeausübung durch Preisänderungen oder Submissionsverpflichtungen beim Kauf des Rohmaterials. Nach dem alten Gesetz konnte die KFTC als Berichtigungsmaßnahme gegen wettbewerbsbeschränkende Unternehmensverbindungen einen Aktienverkauf sowie die Übertragung des Unternehmens anordnen. Fand sich in diesem Fall kein Käufer, dann war die Berichtigungsmaßnahme in der Tat nicht vollziehbar.

D. Schluß

In Korea sind seit Ende 1997 Gesetze und Wirtschaftskontrollsysteme sehr rasch und in tiefgreifendem Umfang reformiert worden. Durch die Gesetzesänderungen sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine gutfunktionierende Wettbewerbsordnung deutlich verbessert worden. Insbesondere richten sich die neuen Gesetze eindeutig auf die Unterstützung der Unternehmensumstrukturierung. Dieser Prozeß wird noch weitergehen. In der Tat ist z. B. wieder ein Gremium für die

Reform des KHGB gebildet worden. Diesmal sind der Aufsichtsrat, der "outsider-director" und Modernisierung der Versammlung die Hauptthemen.

Um eine Wirtschaftskrise erfolgreich durch Gesetzesänderungen zu bewältigen, ist es nicht ausreichend, nur einige gesetzliche Regelungen zu schaffen oder zu beseitigen, sondern viel wichtiger ist die richtige Anwendung bzw. Ausführung der Gesetze. Noch wichtiger ist allerdings die Veränderung der Denkweise der Unternehmer und auch der Allgemeinheit. Die entscheidende Frage ist dabei die, ob sie bereit sind, die gesetzlichen Regeln zu achten und funktionsfähig zu machen.

船荷證券과 相換하지 않고 運送物을 인도한 海上物件運送人의 損害賠償責任

大判 1999. 4. 23, 98 다 13211(判例公報 1999년, 1615면)에 대한 評釋

(원심판결: 서울高判 1998. 2. 6, 96 나 26885)

鄭 燦 亨*

《目 次》

Ⅰ. 事實關係
Ⅱ. 大法院判決要旨
Ⅲ. 評釋
1. 序言
2. 海上物件運送人의 損害賠償責任
(1) 責任發生原因
(2) 損害賠償額
3. 定期傭船者의 責任
(1) 定期傭船者의 意義와 性質
(2) 定期傭船者의 船舶所有者에 대한 權利·義務 (內部關係)
(3) 定期傭船者의 第3者에 대한 權利·義務 (外部關係)
Ⅳ. 結語

Ⅰ. 事實關係

Y는 이 사건 선박을 소유하는 해상운송업자로서 S와 이 사건 선박에 대한 정기용선계약을 체결하고, 이에 터잡아 S는 L에, L은 C에 순차 정기용선계약을 체결하여 C가 이 사건 선박의 정기용선자로서 1994. 4. 25. D와 사이에 그 판시 철근을 수출하는 계약을 체결하고 이 사건 선박에 이를 선

* 高麗大 法大敎授·法學博士

적한 후 이 사건 선박의 정기용선자로서 같은 해 6. 6. 이 사건 화물에 관한 선하증권을 발행하였다. 한편 X는 D의 발행의뢰에 따라 같은 해 7. 15. C를 수익자로 한 취소불능 신용장을 발행한 다음, 같은 달 21. C의 거래은행인 I은행으로부터 선하증권 등 이 사건 화물에 대한 선적서류를 송부받고 같은 달 28. 그 은행에 신용장대금을 지급하였다. 다른 한편 이 사건 화물이 포항항으로 운송 중이던 같은 해 6. 22. C는 L에, L은 S에, S는 Y에게 순차로 이 사건 화물을 선하증권과 상환함이 없이 D에 인도하여 줄 것을 요청하면서 그로 인하여 상대방에게 발생하는 손해를 모두 배상하여 주겠다는 내용의 각서를 제공하고, D 역시 같은 해 7. 15. Y에게 동일한 내용의 각서를 제공하여, Y가 같은 달 19. 국내의 선박대리점인 H해운주식회사를 통하여 이 사건 선박의 선장에게 "S로부터 면책각서를 받았으니 선하증권과 상환함이 없이 화물을 D에 인도하라"고 지시하여 이에 따라 선장이 같은 달 20. 부터 22. 까지 사이에 화물을 D에게 인도하여 주었고, D가 위와 같이 인도받은 화물을 타소장치장에 보관하다가 같은 달 26.경 이를 임의로 처분하였다. 그런데, Y와 S 사이의 용선계약에는 "용선자측이 요구하는 경우 선장은 용선자와 그 대리점이, 항해사가 발급한 화물인수증의 내용대로 용선자측이 사용하는 양식으로 선하증권을 선주 또는 선장 명의로 발급할 권리를 갖게 한다. 용선자측은 선장이나 용선자와 그 대리점이 위와 같이 선하증권을 발급한 결과 또는 화물인수증과 선하증권에 기재된 내역이 서로 어긋난 데 대하여 선주가 책임을 지거나 피해를 입지 않게 한다"(제49조) 및 "선하증권의 원본을 제시하지 아니하면 화물을 선박에서 하역해서는 아니 된다. 이를 위반하는 경우에는 용선자는 선주가 가입한 P & I Club의 약관 내용 또는 선주가 수락할 수 있는 수하인측의 면책조치에 따라 선주를 면책하여야 한다" (제57조)는 내용이 포함되어 있었다.

이에 대하여 원심은 Y는 이 사건 선박의 선주로서 그 선장에게 위와 같은 지시를 함으로써 선하증권의 소지인인 X가 화물을 인도받을 수 없게 하였으므로, X의 선하증권상 권리를 침해한 불법행위자로서 X가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다. 이에 Y가 大法院에 상고하게 된 것이다.

Ⅱ. 大法院判決要旨

(1) 해상운송인 또는 선박대리점이 선하증권과 상환하지 아니하고 운송물을 선하증권 소지인 아닌 자에게 인도하는 것은 그로 인한 손해의 배상을 전제로 하는 것이어서, 그 결과 선하증권 소지인에게 운송물을 인도하지 못하게 되어 운송물에 대한 그의 권리를 침해하였을 때에는 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위가 성립되는 것이므로(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다 4249 판결, 1991. 12. 10. 선고 91 다 14123 판결, 1989. 3. 14. 선고 87 다카 1791 판결 등 참조), 정기용선계약이 순차로 이루어져 최종 용선자가 운송계약을 체결한 경우라도, 선주와 최초 용선자 사이의 용선계약에 "선하증권 원본의 제시 없이는 화물을 인도해서는 아니되고, 이를 위반한 경우 용선자는 선주를 면책시켜야 한다"는 약정이 있고, 선주가 선박대리점을 통하여 선장에게 선하증권과 상환하지 않고 화물을 인도할 것을 지시하여, 이에 따라 선장이 선하증권 소지인이 아닌 사람에게 화물을 인도함으로써 그 화물이 멸실된 이상, 선하증권의 발행인이 정기용선자인지 여부 및 운송계약상 선주와 용선자 중 누가 운송인이 되는지 여부에 관계없이 선주로서는 선하증권의 정당한 소지인에 대하여 화물을 멸실케 한 불법행위로 인한 손해배상의 책임을 져야 하고, 또 그러한 선주의 인도 지시가 수하인의 요청에 의한 것인지, 정기용선자의 요청에 의한 것인지에 따라 영향을 받을 것도 아니다.

기록과 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 사실오인의 위법이나, 용선계약 및 보증도로 인한 불법행위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 또한 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실관계에 터잡아, X가 이 사건 신용장대금 지급과 관련하여 별도의 담보를 제공받지 아니하였거나, 수입보증금을 징수하지 않았다고 하더라도 그것이 손해 발생 또는 확대의 원인이 되었다고 할 수 없고, X가 신용장 발행은행으로서 선

적서류를 송부받고도 화물의 행방을 알아보지 아니하였다는 사실만으로는 X에게 사회통념상 또는 신의성실의 원칙상 주의의무를 게을리한 잘못이 있다고 보기 어렵다는 이유로 Y의 과실상계 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단 또한 옳은 것으로 수긍되고, 거기에 과실상계에 관한 법리오해, 판단유탈, 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

Ⅲ. 評釋

1. 序言

위의 판결문상 나타난 사실관계에서 보면 Y는 선박소유자 겸 해상운송인인데 S와 정기용선계약을 체결하고, 이에 기초하여 S는 L과 다시 정기용선계약을 체결하고, L은 다시 C와 정기용선계약을 체결하여, C가 이 사건 선박의 정기용선자로서 D와 사이에 철근을 수출하는 계약을 체결하고 이 사건 선박에 이를 선적한 후 이 화물에 대한 선하증권을 (Y를 대리하여) 발행한 사실을 알 수 있다. 한편 X은행은 수입상인 D를 위하여 C를 수익자로 한 취소불능 신용장을 발행하였고, C의 거래은행인 I은행으로부터 선하증권 등 이 화물에 대한 선적서류를 송부받고 I은행에 신용장대금을 지급하였으니 C는 수출상의 지위에 있음을 알 수 있다. 그런데 D가 수입상품(화물)의 대금(신용장대금)을 X은행에 지급하고 X은행으로부터 선하증권 등 선적서류를 교부받아 운송인(Y 또는 C)으로부터 수입상품(화물)을 인도받았다면 아무런 문제가 발생하지 않았을 것인데, D가 X은행에 신용장대금을 지급하지 않고 이의 결과 선하증권을 교부받지 않은 상태에서 (C 및 D가 Y에게 손해를 발생시키지 않겠다는 각서를 제출하고) Y로부터 위 수입상품을 인도받아 처분하였으므로 선하증권의 소지인인 X은행이 운송인인 Y를 상대로 Y는 선하증권의 相換證券性(商 820조, 129조)에 반하여 운송물을 D에게 인도하였고 이로 인하여 X가 신용장대금만큼 손해를 입었다는

것을 이유로 불법행위에 기한 손해배상을 청구한 것이다. 이에 대하여 원심 및 대법원은 모두 Y의 X은행에 대한 손해배상책임을 인정하였다.

위의 사안은 해상물건운송인인 Y가 선하증권과 상환하지 않고 화물(운송물)을 수입상인 D에게 인도한 경우 선하증권의 정당한 소지인인 X에게 어떠한 책임을 지느냐에 관한 것이다. 따라서 이하에서는 해상물건운송인의 손해배상책임에 관하여 먼저 간단히 살펴본 후, 위 大法院判決에 대하여 評釋하겠다. 아울러 위의 사안에서는 논의가 되지 않았으나 정기용선자인 C의 Y 및 X에 대한 법률문제도 함께 검토하여 보겠다.

2. 海上物件運送人의 損害賠償責任

(1) 責任發生原因

해상물건운송인은 감항능력주의의무에 위반하거나(商 787조) 상사과실이 있는 경우(商 788조 1항)에만 손해배상책임을 부담하고, 항해과실이 있거나 선박화재의 경우에는(商 788조 2항) 원칙적으로 면책된다. 즉 해상물건운송인은 발항당시 자기 또는 선원 기타의 선박사용인이 (i) 선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것, (ii) 필요한 선원의 승선·선박의장과 필요품의 보급, (iii) 선창·냉장실 기타 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것 등에 관한 사항에 대하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하지 아니하면, 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다(감항능력주의의무의 위반으로 인한 손해배상책임)(商 787조). 또한 해상물건운송인은 자기 또는 선원 기타의 선박사용인이 운송물을 수령·선적·積付·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면, 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다(상사과실로 인한 손해배상책임)(商 788조 1항). 해상물건운송인의 이러한 손해배상책임은 육상물건운송인의 손해배상책임(商 135조) 및 민법상 채무자의 채무불이행으로 인한 손해배상책임(民 390조, 391조)과 같이 과실책임주의를 원칙으로 하고, 또한 무과실의 입증책임을 운송인(채무자)에게 부담시키고 있다.

위의 사안과 관련하여 볼 때 운송인인 Y가 선하증권의 정당한 소지인에게 운송물을 인도하지 않고 D에게 인도한 것은 운송인이 운송물의 '인도'에 관하여 주의의무를 게을리한 것이므로 상사과실이 있고, 또한 D가 그 운송물을 인도받아 처분하여 회수할 수 없는 경우 등에는 상대적 멸실로서 운송물의 '멸실'에 해당하므로 Y는 선하증권의 정당한 소지인인 X에게 상사과실로 인한 손해배상책임을 부담한다고 보겠다.

그러나 위의 사안에서 X는 Y에 대하여 이러한 운송계약상 상사과실로 인한 채무불이행책임을 물은 것이 아니라 민법상 불법행위책임(民 750조)을 물었고 이에 대하여 대법원은 Y의 불법행위책임을 인정하였기 때문에, 이러한 대법원판결이 타당한지 여부를 평석하기 위하여는 이 경우에 불법행위가 성립하는지 여부를 별도로 검토하여야 할 것이다. 민법 제750조는 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 하여 일반불법행위책임에 대하여 규정하고 있는데, 이러한 규정에 근거하여 일반불법행위의 성립요건을 살펴보면 (i) 가해자의 고의·과실이 있는 행위가 있고, (ii) 가해자는 책임능력(불법행위능력)이 있어야 하며(民 753조, 754조 참조), (iii) 가해행위가 위법하여야 하고, (iv) 가해행위에 의하여(상당인과관계) 손해가 발생하여야 한다.[1] 위의 사안에서 Y가 선하증권과 상환하지 않고 D에게 운송물을 인도한 것은 선하증권소지인(X)의 운송물에 대한 권리(소유권 또는 기타의 물권 및 운송물인도청구권 등)를 침해하게 된다는 사실을 인식하였거나 또는 이러한 사실을 인식하여야 함에도 불구하고 부주의로 말미암아 그 결과의 발생을 인식하지 못한 것이 되므로 Y에게 고의 또는 과실이 있다고 보아야 할 것이다.[2] 또한 Y는 선박을 소유하는 해상운송업자이므로 미성년자(民 753조)나 심신상실자(民 754조) 등으로 책임능력(불법행위능력)이 없는 자라고 일반적으로

1) 郭潤直, 「全訂版 債權各論」(서울: 博英社, 1980), 594면.
2) 同旨: 柳英日, "保證渡와 海上運送人 등의 責任,"「海商·保險法에 관한 諸問題 (上)」(裁判資料 第 52輯)(法院行政處, 1991), 402~406면 ; 李宙興, "海上物件運送人의 損害賠償責任,"「海商·保險法에 관한 諸問題 (上)」(裁判資料 第 52輯)(法院行政處, 1991), 228면.

보기는 어려우므로 Y가 책임능력(불법행위능력)을 갖추어야 하는 요건은 구비하였다고 볼 수 있다. 또한 Y는 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 D에게 인도함으로써 X의 운송물에 대한 소유권 또는 기타 물권 및 운송물인도청구권을 침해하였으므로 Y의 그러한 행위는 위법한 것이다.[3] 또한 Y는 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 D에게 인도함으로써 선하증권을 양도받은 신용장개설은행인 X에게 그가 지급·결제한 신용장대금 상당액의 손해를 입혔고,[4] 이러한 X의 손해와 Y가 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 D에게 인도한 행위 사이에는 상당인과관계가 있다고 볼 수 있다. 따라서 Y는 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 D에게 인도한 점에 대하여 선하증권의 정당한 소지인인 X에게 상사과실로 인한 손해배상책임을 부담할 뿐만 아니라(商 788조 1항), 민법상 일반불법행위의 책임을 부담한다고 본다(民 750조). 이러한 점에서 위의 대법원 판결이 Y에게 불법행위책임을 인정한 것은 타당하다고 생각한다.

우리 大法院은 위의 판결 이외에도 다음과 같이 선하증권과 상환하지 아니하고 운송물을 선하증권소지인이 아닌 자에게 인도한 운송인에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하고 있다.

> "해상운송인 또는 운송취급인이 선하증권과 상환하지 아니하고 운송물을 선하증권 소지인이 아닌 자에게 인도함으로 인하여 선하증권 소지인에게 운송물을 인도하지 못하게 된 경우에는 운송인 또는 운송취급인이 선하증권과 상환하지 아니하고 운송물을 다른 사람에게 인도한 행위는 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리의 위법한 침해로서 불법행위가 된다 할 것이다. 또 이 경우 특별한 사정이 없는 한 운송인 또는 운송취급인은 선하증권 소지인 아닌 자에게 운송물을 인도하게 되면 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리를 침해하는 결과가 발생될 수 있음을 인식하고 있었다고 보아야 할 것이고, 만약 그 결과의 발생을 인식하지 못하였다면 그와 같이 인식하지 못하게 된 점에 대하여 운송인 또는 운

3) 同旨: 李宙興, 前揭論文, 229면(그러나 위법성은 소유권보장에 관한 민법 제211조의 법규위반행위에만 근거한다).

4) 同旨: 柳英日, 前揭論文, 409면.

송취급인으로서의 주의의무를 현저히 결여한 중대한 과실이 있는 것이라고 할 것이다. 원심이 판시하고 있는 이른바 보증도의 상관습은 운송인 또는 운송취급인의 정당한 선하증권 소지인에 대한 책임을 면제함을 직접목적으로 하는 것이 아니고 오히려 보증도로 인하여 정당한 선하증권 소지인이 손해를 입게 되는 경우 운송인 또는 운송취급인이 그 손해를 배상하는 것을 전제로 하고 있는 것이므로 운송인 또는 운송취급인이 보증도를 하였다 하여 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 인도함으로 인하여 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리를 침해하는 행위가 위법성이 없는 정당한 행위로 된다거나 선하증권 소지인 아닌 자에게 운송물을 인도하는 운송인 또는 운송취급인의 주의의무가 감경 또는 면제된다고 할 수 없는 것이다. 그러므로 운송인 또는 운송취급인이 이른바 보증도의 상관습에 따라 선하증권의 소지인이 아닌 자에게 운송물을 인도하여 줌으로 인하여 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리가 침해되어 손해가 발생한 경우에는 운송인 또는 운송취급인은 선하증권 소지인에 대하여 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임을 진다고 할 것이다. 원심이 운송취급인인 Y들이 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 선하증권 소지인 아닌 자에게 인도하여 준 사실을 인정하고도 그것은 보증도의 상관습에 따른 것이므로 불법행위를 구성하는 것이 아니고 가사 그것이 불법행위라 하더라도 Y 등에게는 고의 또는 중대한 과실이 없다고 한 것은, 선하증권 소지인 아닌 자에게 운송물을 인도하여 준 운송취급인의 불법행위 책임에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 것이고 이는 Y 등에게 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위 책임이 없다고 하여 X의 청구를 배척한 판결결과에 영향을 미쳤음이 명백하므로 이 점에 대한 논지는 이유있다"[大判 1989. 3. 14, 87 다카 1791(法院公報 847호, 593면)].[5]

(2) 損害賠償額

1) 해상물건운송인이 위에서 본 바와 같이 (채무불이행으로 인한) 손해배상책임을 부담하는 경우에 상법은 육상물건운송인의 그것과 같이 定額賠

5) 同旨: 大判 1990. 2. 13, 88 다카 23735(法院公報 869호, 625면) ; 同 1991. 4. 26, 90 다카 8098(法院公報 898호, 1484면) ; 同 1991. 12. 10, 91 다 14123(法院公報 913호, 475면) ; 同 1992. 1. 21, 91 다 14994(法院公報 916호, 878면) ; 同 1992. 2. 14, 91 다 4249(法院公報 917호, 1007면) ; 同 1995. 9. 15, 94 다 61120(法院公報 1002호, 3385면).

償主義의 특칙을 규정하였다(商 812조, 137조). 즉 운송물의 전부멸실 또는 연착의 경우의 손해배상액은 「인도할 날」의 도착지의 가격에 의하고(商 812조, 137조 1항), 운송물의 일부멸실 또는 훼손의 경우의 손해배상액은 「인도한 날」의 도착지의 가격에 의한다(商 812조, 137조 2항). 이러한 운송인의 손해배상액에 관한 특칙은 민법의 일반원칙(民 393조)에 대한 예외로서 운송인을 보호하고자 하는 정책적 배려에서 둔 규정이다. 위의 사안의 경우 이러한 定額賠償主義의 특칙이 적용된다면 선하증권에 의하여 운송물을 「인도할 날」의 도착지의 가격에 의하여 운송인(Y)의 손해배상액을 정하여야 할 것으로 보는데, 이와 같이 계산한 금액이 신용장대금보다 적은 경우에 그 의미가 있을 것으로 본다.

운송인을 보호하기 위하여 定額賠償主義의 특칙이 적용되는 것은 운송인의 경과실로 인하여 손해가 발생한 경우에만 적용되고, 운송인의 고의나 중과실로 인하여 손해가 발생한 경우에는 적용되지 않는다(商 812조, 137조 3항). 그런데 위의 사안에서 운송인이 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 선하증권소지인 이외의 자에게 인도하여 선하증권소지인에게 손해를 입힌 경우에, 그 손해가 운송인의 경과실로 인한 것이냐 또는 고의나 중과실로 인한 것이냐가 문제된다. 생각건대 이러한 경우 운송인에게 경과실이 있다고만 볼 수는 없고 고의 또는 중과실이 있다고 보아야 할 것이다.[6] 이와 같이 운송인에게 고의 또는 중과실이 있다고 보면 위의 사안의 경우 Y에 대하여는 定額賠償主義의 특칙이 적용되지 않는다고 본다.

2) 해상물건운송인의 손해배상액에 대하여 상법은 1924년의 Hague Rules를 충실히 수용하여 운송인의 책임을 개별적으로 제한하고 있다. 즉 해상물건운송인의 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해배상책임은 그 운

6) 우리 大法院判例는 운송인의 불법행위책임에 관한 것이기는 하지만 운송인의 보증도로 인하여 운송인이 선하증권의 정당한 소지인에게 운송물을 인도하지 못하여 그의 권리를 침해한 것은 고의 또는 중대한 과실에 의한 책임이라고 한다[前揭大判 1992. 1. 21, 91 다 14994 ; 同 1989. 3. 14, 87 다 1791 ; 同 1991. 12. 10, 91 다 14123 外].

송물의 매 포장당 또는 선적단위당 500계산단위의 금액을 한도로 제한될 수 있다(商 789조의 2 제1항 본문). 이때 운송물의 「포장 또는 선적단위의 수」는 (i) 컨테이너 기타 이와 유사한 운송용기가 운송물을 통합하기 위하여 사용되는 경우에 그러한 운송용기에 내장된 운송물의 포장 또는 선적단위의 수를 선하증권 기타 운송계약을 증명하는 문서에 기재한 때에는 그 각 포장 또는 선적단위를 하나의 포장 또는 선적단위로 보고(商 789조의 2 제2항 1호 1문), (ii) 위 (i)의 경우를 제외하고는 이러한 운송용기 내의 운송물 전부를 하나의 포장 또는 선적단위로 보고(商 789조의 2 제2항 1호 2문), (iii) 운송인이 아닌 자가 공급한 운송용기 자체가 멸실 또는 훼손된 경우에는 그 용기를 별개의 포장 또는 선적단위로 본다(商 789조의 2 제2항 2호). 또한 이때의 「계산단위」는 국제통화기금의 특별인출권(SDR)에 상당하는 금액을 의미한다(商 789조의 2 제5항, 747조 5항).

그런데 해상물건운송인의 위와 같은 개별적 책임제한은 (i) 운송인에게 과실이 있는 경우에 한하며 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해에 대하여 운송인 자신의 고의 또는 그러한 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 때(商 789조의 2 제1항 단서), (ii) 운송물의 멸실·훼손 또는 연착 이외의 원인으로 인하여 발생한 손해(商 789조의 2 제1항, 788조 1항), (iii) 송하인이 운송인에게 운송물을 인도할 때에 그 종류와 가액을 고지하고 선하증권 기타 운송계약을 증명하는 문서에 이를 기재한 경우 운송물에 발생한 손해(商 789조의 2 제3항 본문)에 대하여는 적용되지 않고, 이 경우에는 민법의 일반원칙(民 393조)에 의하여 손해배상액이 정하여진다. 위의 사안의 경우 이 사건 화물이 포항항으로 운송중이던 1994년 6월 22일 C는 L에, L은 S에, S는 Y에게 순차로 이 사건 화물을 선하증권과 상환함이 없이 D에 인도하여 줄 것을 요청하면서 그로 인하여 상대방에게 발생하는 손해를 모두 배상하여 주겠다는 내용의 각서를 제공하고, D 역시 같은 해 7월 15일 Y에게 동일한 내용의 각서를 제공하여, Y가 7월 19일 국내의 선박대리점인 H해운주식회사를 통하여 이 사건 선박의 선장에게 "S로부터 면책각서를 받았으니 선하증권

과 상환함이 없이 화물을 D에게 인도하라"고 지시하여, 이에 따라 Y회사의 선장이 7월 20일부터 22일까지 사이에 이 화물을 D에게 선하증권과 상환함이 없이 인도하여 준 것이다. 따라서 이러한 점에서 보면 운송인 Y에게 운송물의 멸실로 인한 손해에 대하여 운송인 자신인 Y에게 고의가 있거나 또는 적어도 Y가 그러한 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위로 인한 것이라고 볼 수 있다. 그러므로 이러한 Y에 대하여는 상법 제789조의 2 제1항 본문에 의한 책임제한이 적용되지 않고, 민법의 일반원칙(民 393조)에 의하여 손해배상액이 정하여져야 할 것으로 본다.

3) 위의 사안의 경우 X는 Y에 대하여 운송계약상 채무불이행책임을 물은 것이 아니라 민법상 불법행위책임(民 750조)을 물었기 때문에, 위와 같은 Y의 책임제한에 관한 규정이 Y의 불법행위책임에 대하여도 적용되는지 여부가 검토되어야 할 것이다. 만일 Y가 선하증권을 소지하지 않은 D에게 운송물을 인도한 것이 Y의 고의에 의한 것도 아니고 또한 그로 인한 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위도 아니라면 Y는 X가 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 경우에도 상법 제789조의 2 제1항 본문에 의한 책임제한을 주장할 수 있다(商 789조의 3 제1항). 그러나 위에서 본 바와 같이 Y는 X가 운송계약상 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하는 경우에도 그의 고의 또는 적어도 그러한 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위로 볼 수 있어 상법 제 789조의 2 제1항 본문에 의한 책임제한을 주장할 수 없으므로, X가 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 경우에도 상법 제789조의 2 제1항에 의한 책임제한을 주장할 수 없다(商 789조의 3 제1항, 789조의 2 제1항 단서). 따라서 Y는 X가 불법행위책임을 물은 경우에 민법의 일반원칙(民 763조, 393조)에 의하여 손해배상을 하여야 할 책임이 있다고 본다.

4) Y는 운송인겸 선주로서 X가 손해배상책임을 물은 경우에 선주유한책임을 주장할 수 있는 여지가 있다. 즉 위의 사안과 관련하여 살펴보면 Y는 선박소유자로서 해상기업의 주체이므로 책임제한을 주장할 수 있는 자이고(商 746조 본문) 또한 Y가 부담하는 채무는 선박의 운항에 직접 관련하

여 발생한 그 선박 이외의 물건의 멸실로 인한 채무이므로(商 746조 1호), Y는 그 선박의 톤수에 비례하여 체감방식으로 증가하는 금액을 한도로 하여 책임을 진다고 주장할 수 있다(商 747조 1항 3호).[7] Y가 X에 대하여 이러한 책임제한을 주장하고자 하면 X로부터 책임한도액을 초과하는 청구금액을 명시한 서면에 의한 청구를 받은 날로부터 1년 내에 법원에 책임제한절차개시의 신청을 하여야 하는데(商 752조 1항), 이에 관한 구체적인 절차는 「선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률」에 의한다(商 752조 2항). 그런데 일정한 경우에는 Y는 이러한 책임제한을 주장할 수 없는데(商 746조 단서, 748조), 위의 사안과 관련하여 볼 때 X의 Y에 대한 채권은 Y 자신의 고의 또는 적어도 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위로 인하여 발생한 것으로 볼 수 있어 Y는 X에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임이든 불법행위로 인한 손해배상책임이든 위의 선주유한책임을 주장할 수 없다고 본다(商 746조 단서).

3. 定期傭船者의 責任

(1) 定期傭船者의 意義와 性質

1) 정기용선자란 정기용선계약상의 용선자를 말하는데, 정기용선계약이란 「선박소유자 또는 임차인이 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고, 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약」이다(商 812조의 2). 이러한 정기용선계약은 정기용선자가 선박의 점유를 갖지 않고 선박의 자유사용권만을 갖는 점에서 선박임차인이

---

7) 이 경우의 책임한도액은 그 선박이 300톤 미만이면 일률적으로 83,000계산단위에 상당하는 금액을 한도로 하고(商 747조 1항 3호 단서), 500톤 이하이면 일률적으로 167,000계산단위에 상당하는 금액을 한도로 하며(商 747조 1항 3호 가), 500톤을 초과하면 위의 금액에 500톤을 초과하여 30,000톤까지는 매톤당 167계산단위, 30,000톤을 초과하여 70,000톤까지는 매톤당 125계산단위, 70,000톤을 초과한 부분에 대하여는 매톤당 83계산단위를 각각 곱하여 얻은 금액을 순차로 가산한 금액을 한도로 한다(商 747조 1항 3호 나).

선박을 점유하고 선장의 선임·감독권 등을 갖는 「船舶賃貸借契約」과 구별되며, 또한 정기용선자는 선박의 자유사용권을 얻어 스스로 해상기업의 주체로서 활동하는 점에서 용선자가 다만 용선료와 재운송임과의 차액을 취득할 목적으로 운송의 인수를 영업으로 하는 「運送傭船契約」(商 806조 참조)과도 구별된다. 따라서 정기용선계약은 선박임대차계약과 운송용선계약과의 중간에 속하는 것으로 볼 수 있다.[8]

2) 정기용선계약의 법적 성질에는 (i) 운송용선계약의 일종으로 보는 「傭船契約說」,[9] (ii) 선박임대차와 노무공급계약과의 혼합으로 보는 「混合契約說」,[10] (iii) 통상의 용선계약과는 달리 선박임대차에 근접하면서 노무공급계약을 수반하는 특수계약이라고 보는 「特殊契約說」[11]등이 있다. 생각건대 정기용선계약은 위에서 본 바와 같이 선박임대차계약과 운송용선계약과의 중간에 속하는 것인데, 선박임대차계약보다는 운송용선계약에 좀 더 가깝다고 볼 수 있으므로 傭船契約說이 타당하다고 본다(商 750조 1항 1호 참조).[12]

(2) 定期傭船者의 船舶所有者에 대한 權利·義務(內部關係)

1) 定期傭船者의 船舶所有者에 대한 權利

상법상 규정된 정기용선자의 선박소유자에 대한 권리는 다음과 같다.

① 선장의 지휘권

정기용선자는 약정한 범위 내의 선박의 사용을 위하여 선장을 지휘할 권리를 갖는데(商 812조의 3 제1항), 선장·해원·기타의 선박사용인이 정기

8) 拙著, 「商法講義 (下)」(서울: 博英社, 1998), 704면.

9) 鄭熙喆, 「商法學(下)」(서울: 博英社, 1990), 513면~514면 ; 李基秀, 「保險法·海商法」(서울: 博英社, 1993), 352면 ; 蔡利植, 「商法講義(下)」(서울: 博英社, 1992), 681면.

10) 徐燉珏, 「第三全訂 商法講義(下)」(서울: 法文社, 1985), 519면 ; 孫珠瓚 「第六訂增補版 商法(下)」(서울: 博英社, 1996), 760면 ; 崔基元, 「第8全訂版 商法學新論(下)」(서울: 博英社, 1997), 645면.

11) 梁承圭·朴吉俊, 「商法要論(第3版)」(서울: 三英社, 1993), 587면.

12) 拙著, 前揭書, 704면.

용선자의 정당한 지시에 위반하여 정기용선자에게 손해가 생긴 경우에는 선박소유자가 이를 배상할 책임을 부담한다(商 812조의 3 제2항)

② 정기용선자의 채권의 제척기간

정기용선자의 정기용선계약에 기한 선박소유자에 대한 채권은 선박이 선박소유자에게 반환된 날로부터 1년 내에 재판상 청구를 하지 않으면 소멸하는데, 다만 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다(商 812조의 6).

2) 定期傭船者의 船舶所有者에 대한 義務

상법상 규정된 정기용선자의 선박소유자에 대한 의무는 다음과 같다.

① 용선료 지급의무

정기용선자는 선박소유자에게 정기용선계약에서 약정한 용선료를 지급할 의무를 부담한다(商 812조의 2 후단). 정기용선자가 이러한 용선료를 약정기일에 지급하지 아니하면 선박소유자는 정기용선계약을 해지 또는 해제할 수 있는데(商 812조의 5 제1항), 이 경우 정기용선자가 제3자와 운송계약을 체결하여 운송물을 선적한 후 선박의 항해 중에 선박소유자가 정기용선계약을 해제 또는 해지하면 선박소유자는 적하이해관계인에 대하여 정기용선자와 동일한 운송의무를 부담한다(商 812조의 5 제2항). 이와 같이 선박소유자가 정기용선계약을 해제 또는 해지하고 운송의 계속을 적하이해관계인에게 서면으로 통지한 때에는, 선박소유자의 정기용선자에 대한 용선료 기타 이와 유사한 정기용선계약상의 채권을 담보하기 위하여 정기용선자가 적하이해관계인에 대하여 갖는 용선료 또는 운임의 채권을 목적으로 질권을 설정한 것으로 본다(商 812조의 5 제3항). 이때 선박소유자나 적하이해관계인은 정기용선자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다(商 512조의 5 제4항).

정기용선자가 선박소유자에게 용선료·체당금·기타 이와 유사한 정기용선계약상의 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 선박소유자는 운송물을 유치할 수 있는데(商 812조의 4 제1항 본문, 800조 2항), 다만 정기용선자가 발행한 선하증권을 선의로 취득한 제3자에게는 대항하지 못한다(商 812조

의 4 제1항 단서). 또한 이 경우 선박소유자는 법원의 허가를 얻어 운송물을 경매하여 용선료 등을 우선변제받을 권리가 있는데(商 812조의 4 제1항 본문, 804조), 다만 정기용선자가 발행한 선하증권을 선의로 취득한 제3자에게는 대항하지 못한다(商 812조의 4 제1항 단서). 이러한 선박소유자의 운송물에 대한 유치권과 경매권은 정기용선자가 운송물에 관하여 약정한 용선료 또는 운임의 범위를 넘어서 행사하지 못한다(商 812조의 4 제2항).

② 선박반환의무

상법에는 명문의 규정이 없으나 정기용선계약의 성질상 정기용선자는 용선계약이 만료하면 용선기간이 개시한 때에 선박을 인수한 상태로 선박을 선박소유자에게 반환할 의무를 부담한다.

③ 선박소유자의 채권(정기용선자의 채무)의 제척기간

정기용선계약에 기하여 선박소유자가 정기용선자에 대하여 갖는 채권은 당사자간의 별도의 연장의 특약이 없는 한 선박이 반환된 날로부터 1년 내에 재판상 청구를 하지 않으면 소멸한다(商 812조의 6).

(3) 定期傭船者의 第3者에 대한 權利·義務(外部關係)

1) 定期傭船者의 第3者에 대한 權利·義務

정기용선자의 제3자에 대한 관계에 대하여는 상법이 규정하고 있지 않다. 그러나 정기용선계약의 법적 성질을 무엇으로 보든 정기용선자는 해상기업의 주체로서 활동하고 또한 정기용선계약에는 선박임대차계약의 성질도 있으므로, 정기용선자의 제3자에 대한 권리·의무에는 선박임차인과 제3자에 대한 법률관계를 규정한 상법 제766조를 유추적용하여야 할 것으로 본다(通說[13]·判例[14]). 따라서 정기용선자는 선박의 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리·의무가 있고(商 766조 1항 유추적용), 그의 채권자에 대하여 선박소유자와 동일하게 책임제한을 주장할 수

13) 徐燉珏, 前揭書, 520면 ; 孫珠瓚, 前揭書, 763~764면 ; 鄭熙喆, 前揭書, 516면 ; 梁承圭·朴吉俊, 前揭書, 588면 ; 李基秀, 前揭書, 357면 ; 蔡利植, 前揭書, 685면 外.

14) 大判 1992. 2. 25, 91 다 14215(法院公報 918호, 1120면).

있다(商 746조~ 749조, 750조 1항 1호).

2) 定期傭船者의 船荷證券所持人에 대한 責任

① 船荷證券 發行의 主體

위의 사안에서 보면 "정기용선자인 C가 D와 사이에 철근을 수출하는 계약을 체결하고 이 사건 선박에 이를 선적한 후 이 사건 선박의 정기용선자로서 이 사건 화물에 관한 선하증권을 발행하였다"고 하여, 정기용선자인 C가 선하증권을 발행한 것으로 되어 있다. 그런데 선박소유자인 Y가 최초의 정기용선자인 S와 체결한 정기용선계약에는 "용선자측이 요구하는 경우 선장은 용선자와 그 대리점이, 항해사가 발급한 화물인수증의 내용대로 용선자측이 사용하는 양식으로 선하증권을 선주 또는 선장 명의로 발급할 권리를 갖게 한다. 용선자측은 선장이나 용선자와 그 대리점이 위와 같이 선하증권을 발급한 결과 또는 화물인수증과 선하증권에 기재된 내역이 서로 어긋난 데 대하여 선주가 책임을 지거나 피해를 입지 않게 한다"고 약정되어 있었다. 또한 이에 터잡아 S는 L과, L은 C와 각각 순차 정기용선계약을 체결하였으므로 이러한 내용의 정기용선계약이 Y와 C간에 체결된 것으로 볼 수 있다. 따라서 정기용선자인 C가 선하증권을 발행한 것은 C가 자기명의로 서명한 것이 아니라 선주 또는 선장을 위하여 서명한 것으로 추측된다.

정기용선자에 의하여 선하증권이 발행되는 실태는 용선선박이 不定期船航路에 배선되는 경우에는 운송계약의 체결단계에서 달리 선박소유자가 있음을 표시하는 것이 일반적이고('정기용선자의 명칭 for 선박소유자의 명칭'으로 기재되거나, 정기용선자의 명칭 뒤에 용선선주<chartered owner> 또는 관리선주<disponent owner>라는 뜻을 明記하는 경우가 많음), 선하증권에도 정기용선자나 그 대리인이 '선장을 위해' 서명한다는 뜻이 기재된다고 한다.[15]

---

15) 金東勳, "定期傭船契約下의 船荷證券所持人에 대한 船主와 傭船者의 責任關係," 「韓國海法會誌(無碍徐燉珏教授 古稀記念)」(서울: 사단법인 한국해법회, 1990), 第11卷 第1号, 210면.

② 定期傭船者의 船荷證券所持人에 대한 責任

㉮ 위에서 본 바와 같이 정기용선자가 선하증권에 선주 또는 선장을 위하여 서명한 경우, 선하증권의 소지인에 대하여 누가 책임을 질 것인가가 문제된다.

이에 대하여 영국법상 종래의 일반원칙에 의하면 정기용선계약상의 특약이나 용선계약 체결후의 합의에 의하여 선주 또는 선장이 정기용선자나 그 대리인에게 자기를 대신하여 선하증권에 서명할 권한을 부여한 경우에는 명시적인 대리권의 수여에 의하여 본인인 선주를 구속하고, 용선계약상 선장은 제시된 선하증권에 서명하도록 되어 있는 경우에도 용선자에게 선장을 위한 선하증권 서명의 대리권을 일반적으로 인정하고 있는 점에서 용선자가 선장을 위하여(for the Master) 서명한 선하증권은 대리권의 묵시적인 수여에 의하여 통상 선주를 구속한다고 본다.[16] 그러나 영국의 판례는 정기용선자가 선하증권에 서명한 방식을 중요시하지 않고 주위사정 및 계약의 모든 문언을 고려하여야 한다고 하여, 정기용선자가 선하증권에 '선장을 위하여' 서명한 경우에는 이에 관한 명시의 규정이 없더라도 반대의 특약이 없는 한 정기용선자는 선주를 구속하는 선하증권에 서명할 표현적 권한을 갖는다고 인정하는 반면, 정기용선자가 '선장에 갈음하여'라고 부기하여 선하증권에 서명한 경우에도 주위사정 및 계약의 모든 문언을 고려하여 이는 정기용선자를 구속하는 것으로 하고 있다.[17]

이에 반하여 미국법의 경우에는 정기용선자나 그 대리인이 '선장을 위하여'라는 문언을 기재하고 선하증권에 서명하더라도 선주 또는 선장이 정기용선자에게 실제로 그러한 서명권한을 수여하거나 이를 수여한 것 같은 외관을 만든 경우가 아닌 한 당해 선하증권은 선주를 구속하지 않고, 선주의 책임을 묻기 위하여는 선하증권소지인이 선주가 용선자에게 선하증권의 발행권한을 수여하였음을 입증하여야 한다고 한다.[18]

---

16) The Berkshire [1974] | Lloyd's Rep. 185(金東勳, 前揭論文, 233면에서 재인용).
17) The Vikfrost [1980] | Lloyd's Rep. 560(金東勳, 前揭論文, 223~224면에서 재인용).
18) Asso, Metals & Minerals Corp. v. S.S. Portoria, 581 F. 2d A.M.C. (5th Cir.

우리 나라의 경우 정기용선자가 선하증권에 선주 또는 선장을 위하여 서명한 경우 상법의 해석상 이를 선주를 위한 대리행위로 보아 선주에게 그 행위의 효과를 귀속시킬 수 있는지 여부가 문제된다. (i) 먼저 정기용선자가 선주의 대리인으로서 선주를 당사자로 하는 선하증권을 발행할 수 있는가(즉 정기용선자가 선주의 대리인으로서 운송계약을 체결할 수도 있는가)의 문제가 있다. 이에 대하여 당사자간에 별도의 합의가 없는 경우에는 정기용선계약의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 그 해석이 달라질 수 있겠다. 즉 정기용선계약의 법적 성질을 선박임대차에 가깝게 보는 混合契約說 또는 特殊契約說에 의하면 선박임차인이 선박소유자(선박임대인)의 대리인으로서 운송계약을 체결하는 경우는 거의 없으므로 정기용선자는 선주의 대리인으로서 선하증권을 발행할 수 없다고 해석하게 되나, 용선계약에 가깝게 보는 傭船契約說에 의하면 정기용선자는 선주의 대리인으로서 선하증권을 발행할 수 있는 것으로 해석할 수 있다.[19] 생각건대 위에서 본 바와 같이 정기용선계약의 법적 성질에 대하여 傭船契約說이 타당하다고 보므로 정기용선자는 선주를 대리하여 선하증권을 발행할 수 있다고 본다. (ii) 다음으로 정기용선자가 선주를 대리하여 선하증권을 발행할 수 있다고 보는 경우에도 정기용선자가 대리행위의 방식에 맞지 않게 선주를 위하여 선하증권에 서명하거나(대리의 형식적 요건의 흠결) 또는 대리행위의 방식에 맞게 대리행위를 하였으나 선주의 授權이 없는 경우(대리의 실질적 요건의 흠결) 등에는 본인인 선주에게 그 행위의 효과를 귀속시킬 수 있는지 여부가 문제된다. 그런데 이러한 문제는 정기용선자가 선주를 대리하여 선하증권을 발행하는 경우에만 발생하는 문제는 아니므로 民法 및 商法의 일반원칙(民 115조, 125조, 126조, 129조, 商 48조)에 의하여 해석하여야 할 것이다. 다만 대리의 형식적 요건이 흠결된 경우(즉 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 경우)에 민법 제115조를 적용할 것인가 또는 상법 제48조를 적용할 것인가에 대하여 의문이 있다. 선주가 영업으로서 운송을 인수하는 경우 이는

1972) (金東勳, 前揭論文, 225면에서 재인용).

19) 同旨 : 金東勳, 前揭論文, 226면~227면.

상법상 본인(선주)의 기본적 상행위에 해당하여(商 46조 13호) 이때에는 상법 제48조가 적용된다고 본다.[20] 또한 대리의 실질적 요건인 대리권이 흠결된 경우 선하증권의 요인증권성을 중시하여 선주가 정기용선자에게 대리권을 수여하지 않았다면 그러한 정기용선자의 행위의 효과는 선주에게 귀속되지 않고 정기용선자에게만 귀속되는 것으로 볼 수 있는 여지도 있으나, 선하증권의 문언증권성(商 814조의 2) 등과 관련하여 볼 때 선주에게 제3자가 그를 운송인으로 믿게 한 데 귀책사유가 있고 제3자가 선의이면 선주는 권리외관법리에 의하여 제3자에게 운송인으로서의 책임을 부담하여야 할 것으로 본다.[21]

㈏ 위의 사안의 경우 선주인 Y와 정기용선자인 C간에 별도의 합의가 없는 경우에는 C는 Y의 대리인으로서 Y를 당사자로 하는 선하증권을 발행할 수 있고, 정기용선자인 C가 선주인 Y 또는 Y의 선장을 위하여 선하증권에 서명하였다면 이는 선주인 Y가 선하증권의 소지인인 X에게 책임을 져야 할 것이다. 이때 Y가 C에게 그러한 대리권을 수여하였다면 아무런 문제가 없겠으나, 대리권을 수여하지 않았다면 표현대리의 법리에 의하여 Y가 X에게 그 책임을 부담하여야 할 것으로 본다. Y가 C에게 대리권을 수여하지 않은 경우 영국법에 의하면 위와 동일한 결론이 되겠으나, 미국법에 의하면 Y가 C에게 그러한 대리권을 수여한 것 같은 외관을 만든 경우가 아닌 한 X는 Y가 C에게 그러한 대리권을 수여하였음을 입증하지 못하는 한 Y에게 그의 책임을 물을 수 없을 것이다. 이와 같이 정기용선자가 선주의 대리인으로서 한 행위에 대하여는 정기용선자는 해상기업의 주체인 운송인의 지위를 갖지 못하고 운송용선자의 지위(商 780조 1호)를 갖는데 불과하다고 볼 수 있다.

---

20) 反對 : 金東勳, 前揭論文, 228면(상법 제48조는 기업주체의 경영활동이 그 조직하에 있는 보조자의 행위에 의해 대량적·계속적으로 이루어지는 경우에 그 거래의 특수성을 반영하여 규정한 것인데, 정기용선자는 해상운송 기업주체인 선주의 경영활동상의 통상적 보조자라 할 수 없으므로, 정기용선자의 대리행위에 상법 제48조를 적용하는 것은 무리라고 한다).

21) 同旨 : 金東勳, 前揭論文, 228면~230면.

Ⅳ. 結語

(1) 위의 사안에서는 정기용선자인 C가 수출상으로서 수입상인 D에게 운송물(철근)을 수출하면서 선하증권을 선박소유자겸 해상물건운송인인 Y를 대리하여 발행하고 이에 화환어음을 발행하여 자기의 거래은행인 I은행으로부터 할인을 받고 I은행은 신용장 개설은행인 X은행에 이러한 서류를 송부하고 신용장대금을 지급받았으나, X은행은 수입상(신용장 개설의뢰인)인 D로부터 이 대금을 지급받지 못하고, 또한 D는 선하증권과 상환함이 없이 이미 이 운송물을 Y로부터 인도받아 처분하였으므로 X는 Y가 선하증권의 상환증권성에 반하는 위법한 행위를 하여 그의 담보물을 멸실시킨 행위를 한 것이라고 하여 Y에게 불법행위에 기한 손해배상청구를 한 것이다.

(2) Y가 강행규정인 선하증권의 상환증권성(商 820조, 129조)에 반하여 운송물을 D에게 인도한 것은 X의 운송물에 대한 소유권 또는 기타 물권 및 운송물인도청구권을 침해하였으므로 Y가 한 그러한 행위는 위법한 행위이고 또한 Y의 이러한 행위로 인하여 X는 (I에게) 그가 지급·결제한 신용장대금 상당액의 손해를 입었으므로 Y가 X에게 불법행위에 기한 손해배상책임(民 750조)을 지는 것은 당연하다고 본다. 따라서 위의 대법원판결이 이러한 취지로 판시한 것은 타당하다고 생각한다. 참고로 우리 대법원은 운송인이 은행의 화물선취보증서(Letter of Guarantee, L/G)를 교부받고 이를 담보로 운송물을 인도하는 이른바 保證渡의 경우에도 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 수하인 등에게 인도한 운송인은 선하증권의 (정당한) 소지인에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담한다고 판시하고 있는데,[22] 위의 사안과 같이 Y가 C 및 D 등으로부터 Y에게 발생하는 모든 손해를 배상하여 주겠다는 각서만을 제공받고 선하증권과 상환함이 없이 D에게 운송물을 인도하여 주는 假渡(空渡)의 경우에는 Y가 선하증권의 정당한 소지인인 X에게 불법행위에 기한 손해배상책임을 지는 것은 말할 나위가 없다고 본다.

---

22) 前揭 大判 1989. 3. 14, 87 다카 1791 外 多數.

위의 사안에서는 X가 Y에 대하여 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였으나, X는 선하증권의 정당한 소지인으로서 선하증권의 채권적 효력으로 운송계약상의 권리를 취득하므로[23] Y에 대하여 운송계약상 채무불이행(상사과실)으로 인한 손해배상을 청구할 수도 있다고 본다(商 788조 1항).

(3) Y가 X에게 불법행위에 기한 손해배상책임을 지는 경우이든(民 750조) 운송계약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지는 경우이든(商 789조의 3 제1항) Y는 상법상 원칙적으로 그의 손해배상액이 제한된다는 것을 주장할 수 있다(商 812조 · 137조 1항, 789조의 2 제1항 본문). 그런데 위의 사안의 경우 Y가 선하증권소지인이 아닌 D에게 운송물을 인도한 것은 C 및 D 등의 면책각서를 받고 선장에게 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 D에게 인도하라고 지시하여 이루어진 것이니, Y에게는 운송물의 멸실에 관하여 고의가 있거나 또는 적어도 중과실 및 그 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위라고 볼 수 있어 Y는 상법상 인정된 손해배상액의 제한을 주장할 수 없다(商 812조 · 137조 3항, 789조의 2 제1항 단서). 따라서 Y는 X에게 민법의 일반원칙(民 393조, 763조)에 의하여 발생한 모든 손해를 배상하여야 할 것이다.

(4) 위의 사안에서는 논의되지 않았으나 Y가 X에게 손해배상을 한 경우 Y는 이를 C에게 구상할 수 있는지 여부의 문제가 있다. 이는 정기용선자인 C의 지위와 관련된 문제인데, C가 Y와의 별도의 합의가 없어 Y의 대리인으로서 Y를 당사자로 하는 선하증권을 발행할 수 있는 것으로 해석되고, 또한 C가 그의 양식으로 선하증권을 선주인 Y 또는 Y의 선장 명의로 발급한 것이 Y를 대리하여 선하증권을 발행한 것으로 인정되는 경우, Y가 선하증권 소지인인 X에 대하여 대리행위의 본인으로서 책임을 지는 것은 당연하므로 Y는 원칙적으로 C에게 이를 구상할 수 없다고 본다. 그러나 위의 사안의 경우 C(및 D 등)는 Y에게 면책각서를 제출하였으므로 C(및 D 등)는 이에 기하여 C는 Y에게 Y가 X에게 지급한 금액만큼 배상하여야 할 것으로 본다.

---

23) 同旨 : 大判 1998. 9. 4, 96 다 6240(法院公報 1998년, 2373면).

物的會社의 瑕疵있는 構造變更

— Fehlerhafte Strukturänderung im Kapitalgesellschaftsrecht —

金 正 皓*

《目 次》

Ⅰ. 글머리에
Ⅱ. 하자있는 회사론의 준용가능성
Ⅲ. 하자있는 회사론의 준용과 관련된 문제점
Ⅳ. 하자있는 구조변경의 각 경우
Ⅴ. 글을 맺으며

Ⅰ. 글머리에

구조변경(Strukturänderung)이란 일반적으로 회사의 조직을 재편(Reorganisation)하는 것으로서 당해 회사의 조직에 근본적인 변화를 야기시키는 법률요건이다.[1] 이러한 類에 속하는 것으로서 合併, 分割, 組織變更, 資本增加, 資本減少, 企業結合, 解散 및 會社의 繼續 등 다양한 예를 적시할 수 있다. 本稿에서는 이렇게 회사의 기본조직에 변화를 야기시키는 법률요건이 어떠한 형태로든 瑕疵를 잉태하였을 때 그 후속처리의 문제를 다루어 보고자 한다. 이에 있어 각개의 구조변경사안들을 다루기 전에 구조변경의 법률요건과 회사설립의 그것을 비교하여 유사성이 나타나는 경우 하자있는 회사론(Lehre fehlerhafter Gesellschaft)의 적용이 가능한지 살펴보기로 한다.[2]

1980 년대까지만 해도 독일의 회사법학은 하자있는 증자결의를 소급하

* 高麗大學校 法科大學 敎授 · 法學博士

1) Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, Beck, München, 1998, Münchner Universitätsschriften, Band 135, S. 1.

2) K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heymanns, § 6 IV 1, S. 162.

여 무효처리하는 것을 당연시하였다.[3] 그러나 1990 년대 들어서는 구조변경적 사안과 회사설립의 유사성을 반영하여 소급적 무효처리를 지양하고 기존상태를 존중하는 방향으로 나아가고 있다.[4] 이러한 문제점은 지금까지 주로 이론적으로만 다루어져 왔기 때문에 판례의 형성은 미미하였고 따라서 실무가들은 큰 관심을 보이지 아니하였다. 그러나 1990 년대에 들어 와서는 구조변경사안을 다루는 판례[5]가 늘어나기 시작하였고 따라서 많은 실무가들이 하자있는 구조변경의 후속처리를 어떻게 할 것인가에 대하여 관심을 보이기 시작하였다.[6] 이에 본고에서는 이러한 경향을 더듬어 보고 우리 상법의 운용에 대한 기준을 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 瑕疵있는 會社論의 準用可能性

會社設立時 발생될 수 있는 여러 가지 하자를 訴로서 주장할 때 그 形成訴訟에서 원고가 승소하면 판결의 효력은 소급하지 않고 장래에만 미친다(상 190 단서). 그리하여 회사의 설립등기시부터 형성소송의 완결시점에 이르기까지 마치 하자없는 정상적인 회사가 존재했던 것처럼 다루어지는 데 이 실체를 瑕疵있는 會社(fehlerhafte Gesellschaft)[7] 또는 事實上의 會社(faktische Gesellschaft)라 부른다. 이러한 논의는 주로 人的會社法에서 시작하여 物的會社法으로 擴張된 이론으로서 독일에서는 주로 판례법에 의하여

---

3) Baumbach-Hueck, AktG, 13. Aufl., § 191, Rdnr. 4 ; KölnerKomm-Lutter, 2. Aufl., § 191 AktG, Rdnr. 5 ; Wiedemann, Großkomm. z. AktG, 3. Aufl., 1973, § 189 Anm. 4, § 191 Anm. 5.

4) Zöllner, AG 1993, 68 ff.; Zöllner/Winter, ZHR 158(1994), 59-100 ; Krieger, ZHR 158 (1994), 35-58 ; Hüffer, AktG, 3. Aufl., 1997, § 248 Rdnr. 7a.

5) OLG ZIP 1991, 1145(하자있는 자본증가, 이에 대해서는 Henze, AG 1993, 341) ; BGHZ 103, 1 (하자있는 지배종속계약) ; BGHZ 116, 37 (하자있는 지배종속계약).

6) 이 문제에 대한 대표적인 심포지움으로서 ZHR가 주관한 Wolfgang Schilling 추모세미나가 1993 년 10월 16 일 개최되었었다. 이에 대해서는 ZHR 158 (1994), 1 ff.

7) 이에 대해서는 拙稿, 瑕疵있는 會社, 고려대 법학논집, 제 30 집, 1994 년, 233- 271 면 참조.

골격이 다듬어졌다.[8] 나아가 이 이론은 團體法상 旣存狀態尊重主義의 가장 주요한 實現例로 받아들여지고 있다. 그런데 이러한 瑕疵있는 會社論을 각종 構造變更事案에 적용 내지 準用시키는 것이 가능할까? 만약 가능하다면 그 이유는 무엇일까? 이에 대한 대답은 會社의 設立과 構造變更의 比較속에서 探究되어야 한다. 즉 회사의 설립이라는 단체창설행위에 나타난 요소들이 설립후의 구조변경사안에서도 感知될 수 있는지 이것이 문제이다. 그리하여 아래에서는 우선 하자있는 회사론의 일반논의를 살펴보고 이러한 요소가 구조변경사안에서도 발견될 수 있는지 살펴보기로 한다.

하자있는 회사론은 다음과 같은 요건충족을 필요로 한다. 우선 정관의 존재가 요구된다. 비록 하자있는 상태라 하여도 정관이 작성되었어야 한다. 정관이란 단체창립을 위한 조직계약이다. 이렇게 하자있는 회사론은 단체구성원들의 조직창설에 대한 意思的 決斷(Willensentscheidung)을 필요로 한다. 구성원들의 자율적인 결단에 의하여 창설된 조직이 없다면 하자있는 회사는 존재할 수 없다. 이 이론의 둘째 요건은 비록 하자있는 계약적 기초위에 놓여 있기는 하지만 이 조직체가 본래의 설립목적에 합당한 활동을 개시(Involllzugsetzung der Satzung)하여야 한다는 것이다. 이를 달리 표현하면 정관이 실행단계에 들어가야 한다는 것이다. 나아가 셋째 요건은 회사설립의 무효나 취소의 형성소송이 제기되어 원고승소판결이 확정되어야 한다는 것이다. 회사설립의 無效나 取消는 하자의 주장방법이 제한되어 회사법상의 형성소송을 제기함으로써 비로소 그 하자를 다툴 수 있다. 따라서 이러한 제한된 하자의 주장방법을 취하였을 때에만 하자의 존재가 확정될 수 있고 그 결과 하자있는 회사의 존재도 可視化될 수 있는 것이다. 끝으로 하자있는 회사론의 마지막 적용전제는 단체법상의 기존상태존중주의보다 優位의 法益을 發見할 수 없어야 한다는 것이다. 즉 기존상태존중주의는 단체법의

8) RGZ 51, 33, 37 ; RGZ 76, 439, 441 ; RGZ 89, 97, 98 ; RGZ 93, 227, 228 ; RGZ 142, 98, 108 ; RGZ 145, 155, 158 ; RGZ 149, 25, 28 f.; RGZ 165, 193, 203 ff.; BGHZ 3, 285 ; BGHZ 8, 157 ; BGHZ 11, 190 ; BGHZ 17, 160 ; BGHZ 26, 330 ; BGHZ 44, 235 ; BGHZ 55, 5 ; BGHZ 62, 20 ; BGHZ 63, 338.

산물인데 이보다 우위에 있는 共同體나 個人의 法益이 존재하면 이 법이념도 적용상 양보가 불가피한 것이다. 私法上의 여러 법익간에도 上下의 수직구조가 존재하며 上位의 法益은 下位의 法益을 修正할 수 있기 때문이다. 개인의 법익으로서 주요한 것은 무능력자보호제도이며 공동체의 이익으로서 주요한 것은 양속위반이나 강행법규위반의 경우이다. 이러한 경우에는 공동체의 이익이 단체법이념보다 더 보호가치있는 것으로 다루어지므로 하자있는 회사론은 적용되지 않고 회사설립의 하자는 기왕에 소급한다. 이러한 요건들이 모두 충족되면 설립된 회사는 미래에 향하여 소멸되고 旣成立된 회사내외부의 법률관계는 마치 정상적인 회사가 존재하였던 때와 마찬가지로 유효하게 다루어진다(상 190 단서). 그리고 하자있는 회사는 해산에 준한 청산단계로 들어간다(상 193 I).

그렇다면 이러한 瑕疵있는 會社의 논의를 構造變更사안에도 준용시킬 수 있을까? 무릇 회사의 설립은 無에서 有를 창조하는 행위라고도 할 수 있다. 마치 생명체가 태어나듯 존재하지 않던 영리법인이 설립등기와 더불어 돌연 나타난다. 새로운 조직은 창설되고 영리목적의 공동체가 새로이 생겨난다. 그런데 구조변경사안이란 그 어휘에서도 감지되듯이 無에서 有를 태동시키는 법률요건은 아니다. 단지 기존의 有를 다른 有로 轉換시키거나 無로 되돌아 가는 현상일 뿐이다. 그러나 그럼에도 불구하고 회사의 설립과 구조변경간에는 유사성이 존재한다. 회사의 설립이 새로운 조직을 창설하는 것이라면 구조변경은 그것을 변모시키는 것인데 창설이나 변모나 결국 새로운 조직형태에 대한 의사결단의 측면에서는 같은 것이요, 조직의 변화라는 측면에서는 큰 차이가 없기 때문이다.[9] 더욱이 합병의 경우라면 회사설립과의 유사성은 큰 어려움없이 발견된다. 그것이 吸收合併이건 新設合併이건 합병계약은 법인과 법인간의 組織契約이며 그 當事者가 自然人이 아니라 法人이라는 차이외에는 두 法律要件間에 차이가 없다. 합병이란 합병당사회사가 구성원이 되어 새로운 회사를 창립하는 것이라고 볼 수도 있기 때문이다.

9) K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 162.

분할의 경우 역시 마찬가지다. 비록 분할이 합병의 逆現狀이긴 하지만 이는 기존조직의 측면에서는 해산에 가깝고 분할된 재산으로 신설(신설분할) 또는 타회사와 합병을 일으키는 측면(흡수분할)에서는 역시 新會社의 設立에 버금가는 현상인 것이다. 나아가 이러한 현상은 자본변동의 법률요건(Kapitaländerung)에서도 감지될 수 있다. 자본이 증가하는 경우 그 규모가 기존 자본의 수배에 달하면 이는 사실상 새로운 회사를 설립하는 경우와 크게 다르지 않다. 有償增資는 회사의 部分新設(Teilneugründung)이라고 볼 수도 있겠기 때문이다. 더욱이 회사가 일반 公募增資를 할 경우에는 社團의 人的 組織도 새로와져 사실상 新會社의 창립과 다를 바 없다. 증자의 역현상인 자본감소의 경우에도 그 구조변경적 성격을 부인할 수 없다. 增資가 會社의 部分新設이라면 減資는 그 部分淸算(Teilliquidation)으로 묘사될 수 있을 것이다. 解散(Auflösung)의 경우도 같다. 이는 설립의 逆現狀이다. 解散을 통하여 기존회사의 사원권은 모두 소멸하고 기존회사는 청산법인으로 변모하므로 설립과 정반대의 모습이 될 것이다. 그러나 회사설립시에 요구되었던 기존상태존중의 요구는 그 정반대의 경우에도 나타나는 것이다. 나아가 회사의 계속(Fortsetzung der Gesellschaft)이나 組織變更(Formwechsel)등에서도 유사한 현상은 감지된다. 모두 조직의 근본과 관련되는 사안이기 때문이다. 끝으로 企業結合(Unternehmenszusammenschluß)의 경우에도 회사의 설립과 유사한 상태를 발견할 수 있다. 기업결합에서는 참여회사의 법적 독립성은 보장된다. 단지 경제적 지배관계가 나타날 뿐이다. 그럼에도 불구하고 기업결합은 사실상 새로운 회사를 설립하는 것과 유사한 법현상이다. 개별회사의 법적 독립성은 보장되지만 經濟的 單一性이라는 큰 울타리는 법적 독립성을 무색케한다. 이 外延속에서 法人의 獨立性은 사실상 사라지고 만다. 그리하여 企業의 支配從屬契約(Beherrschungsvertrag)도 그 법적 성질은 조직계약으로 파악되는 것이다.[10] 따라서 콘체른 계약(Vertragskonzern)이나 利益供與契約(Gewinnabführungsvertrag)의 하자를 소급적으로 무효화시키는 경우

10) Hüffer, AktG, 3. Aufl., § 291 Rdnr. 17.

단체법정신에 반하는 결과가 나타날 수 있는 것이다.

이러한 모든 경우에 있어서 공통된 특색은 일단 성립된 회사의 조직이 변모하는 데 있다. 그것도 모두 의사적 결단(Willensentscheidung)에 의한 법률요건이라는 데에 또 다른 공통점이 있다고 할 수 있다. 단체법에 존재하는 기존상태존중의 요구는 비단 무에서 유로 새로운 회사가 창립될 때에만 나타나는 것은 아니다. 이렇게 형성된 조직이 변모할 때에도 나타나는 것이다. 인적, 물적 구조변화는 그에 터잡아 많은 새로운 법률관계를 파생시킨다. 이 새로운 터전에 하자가 있다하여 그 존재를 소급적으로 부정해버리면 이에 바탕을 둔 회사내외부의 법률관계는 漂流하며 이러한 결과가 단체법이 지향하는 것이 아님은 너무나 분명한 사실이다. 따라서 설립단계에서 만들어진 하자있는 회사론은 구조변경의 제 경우에 준용될 필요가 있는 것이다. 그리하여 Karsten Schmidt 같은 학자는 오래 전부터 '하자있는 회사'로부터 '하자있는 단체조직'으로(von der fehlerhaften Gesellschaft zur fehlerhaften Verbandsverfassung) 위 이론의 적용이 확장되어야 한다고 주장해왔던 것이다.[11]

Ⅲ. 하자있는 회사론의 준용과 관련된 문제점

위에서 살폈듯이 하자있는 회사론의 준용가능성이 긍정된다면 이제 구조변경사안에 하자있는 회사론을 준용(LfG analog[12])시킬 때 발생될 수 있는 문제점들을 정리해 보기로 한다.

1. 意思決定의 要素

우선 이 이론의 첫째 적용요건은 定款의 존재이다. 이 요건을 하자있는 構造變更에 적용시킬 수 있는 것은 구조변경사안에서도 새로운 조직형태에

11) K. Schmidt, GesR., 3. Aufl., S. 162.
12) LfG는 Lehre fehlerhafter Gesellschaft 의 略字이다.

대한 의사적 결단이 나타나기 때문이다. 물론 이러한 의사적 결단(Willensentscheidung)이 정관에서 처럼 조직계약의 형태를 취하지는 않는다.[13] 대부분 다수결이 지배하는 社員總會(주주총회)의 결의로 나타난다. 해산시에는 해산결의, 조직변경시에는 조직변경결의, 자본변동시에는 증자 및 감자결의가 나타난다. 물론 계약이 필요할 때도 있다. 합병 및 분할의 경우에는 합병계약(Verschmelzungsvertrag)이나 분할계약(Spaltungsvertrag)이 기업결합의 경우에는 지배종속계약(Beherrschungsvertrag) 또는 이익공통계약(Gewinngemeinschaftsvertrag)이 요구된다. 그러나 이러한 조직계약만으로 의사적 결단이 완성되지는 않는다. 이들 계약은 주주총회나 사원총회의 승인을 얻어야 하는데 이를 위해서 필요한 것이 합병승인결의(상 522, 598), 분할승인결의(상 530-3) 및 기업결합승인결의(상 374, 2호)[14]이다. 그러나 주주총회나 사원총회가 아닌 타 기관에 이러한 의사결정이 위임되기도 한다.[15] 우리 상법상 주식회사에서 나타나는 신주발행의 의사결정이 그 예이다. 授權資本의 범주내에서 理事會는 新株發行事項을 결정할 수 있다(상 416). 그러나 이사회가 의사결정을 할 수 있는 범위는 어디까지나 정관상 금그어진 授權株式의 범위내이다. 결국 이사회가 신주발행의 의사결정을 한다해도 이는 사전에 주주들이 결단을 내린 일정 범위내에서 이를 구체화시키는 것에 불과하다. 이렇게 본다면 授權資本制下의 有償增資에서도 팽창될 조직형상에 대한 종국적인 의사결정권자는 주주들(사원)임을 확인할 수 있다. 구조변경의 어느 경우이든 결국 사원은 새로운 조직 형상에 대한 의사결정을 하여야

---

13) 물론 株式會社와 有限會社 相互間의 組織變更時에는 總社員의 만장일치에 의한 組織變更決議(상 604, 607)를 요하므로 이러한 경우 그 결의는 사실 새로운 조직형태에 대한 조직계약의 모습을 띈다.

14) 기업결합에 대해서 우리 상법은 포괄적 입법을 하지 않고 있다. 그러나 상법 제374조 제 2 호상 "타인과 영업의 손익전부를 같이 하는 계약 기타 이에 준할 계약"에 기업결합계약을 포함시킬 수 있다고 본다. 따라서 이러한 경우에도 주주총회의 특별결의가 필요하다고 해석된다.

15) 유한회사에 대해서는 우리 상법이 확정자본주의를 취하고 있으므로 유한회사의 자본증가는 당연히 정관을 변경시키는 사안이다. 따라서 사원총회의 특별결의가 요구된다(상 586).

한다. 비록 그 의사결정의 모습이 설립시와 달리 결의나 계약 등의 모습으로 나타나지만 그 근본은 설립시의 정관작성과 다르지 않은 것이다. 이러한 속성이 하자있는 회사론의 준용을 가능케 하였을 것이다.

2. 決定된 意思의 實行과 登記

둘째 이 이론의 적용요건은 하자있는 정관이 실행단계에 들어가야 한다는 것이다. 實行段階에 들어간다(Involllzugsetzung)함은 정관에 정한 바대로 존립목적에 부합하는 활동을 개시함을 뜻한다. 이러한 실행요소가 나타나지 않으면 존중해 주어야 할 기존상태가 나타날 수 없다. 정관의 실행으로 나타난 회사내외부의 법률관계가 이제 하자있는 회사론의 보호대상이 되는 것이다. 이렇듯 하자있는 회사론에서 실행요소가 요구되듯이 구조변경의 제 경우에도 실행요소가 나타난다. 가령 자본증가를 생각해보자. 자본을 증가시키자면 신주발행의 의사결정을 시작으로 해서 여러 단계의 후속절차를 거치게 된다. 그러다가 납입의 시행이 모두 끝나면 납입기일의 익일로부터 신주의 효력이 발생하므로 이 시점 이후에는 신주주가 탄생하고 기존 주주 들에게도 새로운 사원권이 부여될 것이다(상 423). 신주의 효력이 발생하고 난 다음에는 이에 기초하여 총회의 소집 및 의결이 이루어지고 나아가 이익배당이 시행될 것이다. 자본증가의 의사결정은 이를 통하여 실행단계에 들어간 것이다.

그런데 구조변경의 실행과 상업등기는 밀접히 연결되어 있다. 많은 경우 實行段階의 初入(Anfang der Involllzugsetzung)에 구조변경의 등기가 이루어진다. 그것도 창설적 성격의 등기가 행해지는 것이 보통이다. 합병의 경우를 보자. 합병은 합병등기가 이루어져야 비로소 發效하므로 합병등기가 이루어지는 시점이 합병계약의 實行始點이 된다. 分割의 경우도 같다. 分割登記 역시 창설적 등기사항이므로(상 530-11, 234), 분할등기가 이루어지는 순간 분할은 실행단계에 돌입한다. 창설적 성격의 구조변경등기에는 이외에도 有限會社의 增資登記(상 592), 組織變更登記(상 606, 607 V, 549 II,

172)가 있다. 그러나 단순한 宣言的 성격의 등기가 나타나기도 한다. 解散登記(상 521-2, 228 ; 상 613, 228), 주식회사의 증자 및 감자등기, 유한회사의 감자등기가 그러하다. 이쨋든 구조변경의 제 경우 등기가 이루어지는 시점이 실행단계의 개시시점이 된다고 보면 될 것이다. 그런데 조심하여야 할 것은 구조변경등기가 이루어지는 시점은 동시에 구조변경의 하자를 다투는 형성소송상 제소기간의 始期가 되고 있다는 점이다(상 445, 529, 530-11, 595 등 참조).

3. 形成訴訟의 必要性

하자있는 회사론의 셋째 적용전제는 회사설립의 무효나 취소의 형성소송이 제기되어 원고승소판결이 확정되어야 한다는 것이다. 회사설립의 하자는 오로지 회사설립의 무효나 취소의 소로만 다툴 수 있다. 이러한 形成訴訟을 별도로 제기하지 않고 訴以外의 방법으로 그 하자를 주장할 수는 없게 되어 있다. 이 역시 기존상태존중주의의 반영이다. 그렇다면 설립과 비교가능한 구조변경사안에서도 하자의 주장은 訴로만 할 수 있는가? 그렇게 제한하여야 하는가? 상법은 구조변경의 경우 대부분 특칙을 두어 별도의 形成訴訟을 마련하고 있고 소에 의한 하자의 주장만을 허용하고 있다. 그 이유는 고도의 기존상태존중주의가 요구되기 때문이다. 合併無效의 訴(상 529, 603), 分割無效의 訴(상 530-11, 529), 增資無效의 訴(상 429, 595) 및 減資無效의 訴(상 445, 597)가 그 例이다. 그러면 이러한 形成의 訴가 마련되어 있지 않은 경우에는 어떻게 처리 하여야 하는가? 예컨대 解散의 無效나 組織變更의 無效 또는 企業結合의 無效의 경우이다. 이러한 경우 주주총회결의의 하자에 관한 상법 제 376 조 이하의 규정을 준용하여야 하는가 아니면 상기의 합병/분할무효의 소나 자본변동무효의 소를 준용하여야 하는가? 후자가 타당하다고 본다. 이러한 경우에도 구조변경의 하자는 이를 형성의 소로만 다툴 수 있다고 보아야 할 것이다. 상법 제 376 조 이하의 규정은 일반법으로서 구조변경적 사안 이외의 총회결의를 다루고 있다고 해석되기 때문이다.[16]

4. 불소급효의 예외

하자있는 회사의 마지막 적용전제는 단체법상의 기존상태존중주의보다 優位에 있는 個人利益이나 共同體利益의 不存在이다. 이는 구조변경사안에도 준용되어야 할 것이다.[17] 물론 이러한 개인이나 공동체의 우월한 법익이 나타나는 경우는 매우 드문 일이라고 생각된다. 예컨대 합병계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다든지 미성년자보호제도에 위반된다든지 하는 것은 상상키 어려운 일일 것이다. 그러나 언제나 그런 것은 아니다. 가령 오로지 밀수를 위하여 양회사가 합병하였다면 이는 양속위반 및 강행법규위반이 될 것이다. 그리고 이러한 경우에는 소급적으로 무효화시키는 것이 바람직하다고 본다.

5. 瑕疵의 完全치유도 가능한가?

이번에는 하자있는 회사론의 법률효과 부분에서 나타나는 문제점을 살펴보기로 한다. 특히 하자있는 회사론상의 遡及效排除(ex-nunc Wirkung)로 각종 구조변경사안에 나타나는 기존상태존중의 수요가 모두 채워지는 것일까? 아니면 미래에 대해서도 하자의 존재를 치유시켜 기왕의 하자를 더 이상 문제삼지 않는 것(Heilung der Mängel)이 바람직할까? 즉 하자있는 회사의 논의를 구조변경사안에 적용시킨다고 할 때 그 법률효과를 어떻게 구체화시킬지 이것도 적지 않은 문제이다. 大規模의 구조변경은 人的, 物的 조직에 심대한 변화를 낳고 설사 기왕지사는 문제삼지 않는다해도 미래에 대한 반환급부관계로의 전환이 적지 않는 혼잡을 불러 일으킬 수 있기 때문

16) 만약 解散의 無效나 企業結合의 無效시 상법 제 376 조 이하의 규정을 적용하면 특히 제 380 조상의 소의 법적 성질과 관련하여 어려움이 나타난다. 총회결의의 무효나 부존재확인의 소의 법적 성질을 確認의 訴로 보는 경우 하자의 주장방법이 다양해질 것이다. 예컨대 해산결의에 내재한 절차상의 하자가 심대할 경우 결의부존재를 주장할 수 있는데 소로도 할 수 있고 항변으로도 할 수 있으며 또 판결의 효력도 소급한다. 그러나 이러한 결과는 기존상태존중의 요구와 합치하지 않는다.

17) 이에 대해서는 Zöllner, AG 1993, 68, 77.

이다. 그리하여 독일의 事業再編法(Umwandlungsgesetz)은 合併, 分割 및 法形態變更의 경우 기왕의 하자를 등기의 효력으로 아예 치유시키는 방향으로 나아가고 있는 것이다(同法 제 20 조 2항, 제 131조 2항, 제 202 조 3항 참조). 물론 이 문제는 각국의 법정책의 문제라고 생각된다. 우리 상법은 합병, 분할, 증자, 감자의 모든 경우에 하자의 완전치유는 허용하고 있지 않다.[18] 그러나 독일에서는 합병이나 분할 뿐만 아니라 증자 및 감자시에도 일정한 경우에는 하자를 전적으로 치유시키는 것이 바람직하다는 학설들이 있다.[19]

Ⅳ. 하자있는 구조변경의 각 경우

1. 解散

a. 기존상태존중의 필요성

회사의 해산은 설립의 역현상이다. 설립단계에서 설립중의 회사가 나타나듯이 해산후에는 청산중의 회사가 도래한다. 회사의 해산사유는 상법에 여러 가지로 나열되어 있으나 그중 가장 주요한 것은 사원총회의 해산결의이다. 따라서 이러한 사원총회의 결의가 취소, 무효 또는 부존재 사유를 잉태할 경우 어떻게 처리할 것인가? 우리 상법상 주주총회나 사원총회결의의 하자를 다투는 방법은 크게 2 가지로 대별된다. 하나는 상법 제 376 조 내지 제 381 조상의 주주총회결의하자의 소를 제기하는 것이고 다른 하나는 상법이 특수한 경우마다 各則的으로 나열하고 있는 회사법상의 소를 제기하는 것이다. 후자의 예로는 합병무효의 소(상 529), 분할무효의 소(상 530-

18) 심지어 감자의 경우에는 소급효까지 인정한다(상 446).

19) Kort, Aktien aus vernichteten Kapitalerhöhungen, ZGR 1994, 291 ff., 319f. ; Krieger, ZHR 158 (1994), S. 35 ff., S. 49 ; 물론 逆으로 瑕疵의 遡及처리를 주장하는 학설도 있다. 가령 Hommelhof 는 獨逸株式法상 取消의 訴에 해당하는 경우에는 遡及效를 排除하나 無效의 경우에는 소급적 무효처리를 주장한다. vgl., Hommelhof, ZHR 158 (1994), S. 11 ff., S. 34.

11), 신주발행무효의 소(상 429), 감자무효의 소(상 445)를 들 수 있다. 그러나 상법이 구조변경적 사안의 모든 경우를 빠짐없이 다루고 있는 것은 아니다. 그리하여 해산이나 조직변경의 경우 법의 흠결이 나타나고 있다. 즉 상법은 해산무효의 소(Klage auf Vernichtung der Auflösung)와 조직변경무효의 소(Klage auf Vernichtung der Umwandlung i. e. S.[20])는 별도로 규정하지 않고 있다. 이렇게 구조변경적 사안임에도 상법이 그 하자를 다투는 특칙을 마련하지 않은 경우 상법의 체계상으로는 총회결의의 하자를 다투는 일반규정으로 돌아갈 수 밖에 없을 것이다. 그러나 1995 년 상법개정이후 총회결의의 하자를 다투는 소송에서 원고가 승소하는 경우 그 효력은 모두 소급하도록 해놓았기 때문에(상 376 II, 380, 381)[21] 해산이나 조직변경의 무효를 이들 회사법상의 소를 통하여 주장하는 경우 불합리한 결과가 노정될 것이다. 따라서 이러한 법의 흠결은 법이론이나 해석학 나아가 판례를 통하여 보충되어야 한다.

회사가 해산결의를 마쳤으나 하자가 있어 차후 그 하자를 주장하는 소에서 원고가 승소한 경우 그 효력을 소급시킨다면 커다란 혼란이 야기될 것이다. 이미 청산단계로 접어들어 기존 영업재산이 처분되고 채무가 변제되었다면 이러한 청산인의 조치는 해산무효의 판결이후에도 그 효력을 인정해야 할 것이다. 만약 소급적으로 무효화시킨다면 청산법인의 내외부에서 적지 않은 혼란이 야기될 것이다. 해산무효의 판결이 확정되는 순간부터 장래에 향하여 회사의 계속을 인정해주면 되는 것이다(ex-nunc Wirkung).[22] 만약 잔존한 영업재산으로 기존의 목적달성이 불가할 경우 재차 해산결의를 통하

---

20) 광의의 조직변경(Umwandlung i. w. S.)이란 법형태의 변경(Formwechsel)뿐만 아니라 합병, 분할 및 재산양도(Vermögensübertragung)까지 포섭할 수 있는 개념이다. 여기서는 협의의 것으로 쓰였으며 이는 법형태변경의 의미로 쓰이고 있다.

21) 현상법 제 376 조 2항, 제 380 조 및 제 381 조는 총회결의의 취소, 무효, 부존재 및 부당결의취소변경의 소의 모든 경우 상법 제 190 조 단서를 준용대상에서 제외시킴으로써 원고승소시 판결의 효과는 소급하도록 되어 있다.

22) Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 125 ; 그러나 해산무효의 판결외에 별도로 회사계속의 결의(Fortsetzungsbeschluß)를 할 필요는 없을 것이다.

여 청산단계로 재진입할 수도 있을 것이다. 그러나 일단 해산의 무효가 확정된 경우 그 효력을 해산결의 시점으로 소급시킬 수는 없는 일이다.[23]

주식회사의 해산사유는 주주총회의 해산결의만으로 제한되지는 않는다. 존립기간의 만료나 기타 정관상의 해산사유의 도래, 합병, 파산, 법원의 해산판결이나 해산명령, 회사의 분할 등 다양하다(상 517). 그러나 합병이나 분할을 제외한 상기의 예들은 해산결의를 통한 해산의 경우와 성격상 차이가 있다. 총회의 해산결의시에는 청산법인으로의 변모가 주주들의 의사표시 및 그 결집결과인 결의라는 법률행위를 통하여 달성되었다. 해산의 효과가 이와 같이 법률행위를 경유하여 도래하였기 때문에 사실상의 회사론이 준용될 수 있었다. 사실상의 회사론은 비록 하자있는 상태라 하여도 의사적 결단을 전제로 하고 있기 때문이다. 따라서 상기의 경우에는 하자있는 회사론의 적용전제가 갖추어지지 않는다. 결론적으로 이 경우에는 이미 진행된 청산절차는 가능한 한 소급시켜 원상태로 돌아가는 것이 타당할 것이다. 그러나 이 경우에도 이미 잔여재산까지 분배된 상황이라면 법률관계의 안정적 처리의 시각과 채권자 보호의 관점에서 소급처리는 제한될 것으로 보인다.[24]

b. 解散無效의 登記와 解散無效의 訴

해산사유가 도래하여 물적회사가 해산하는 경우 상법은 해산등기를 하도록 요구하고 있다(상 228, 521-2, 613). 따라서 사후 해산무효의 소가 제기되어 원고승소로 확정되면 해산무효의 등기도 이루어져야 한다(상 40, 228, 521-2, 613). 해산등기는 다른 대부분의 구조변경사안에서 요구되는 등기가 창설적 효력을 갖고 있음에도 단지 선언적 효력만 갖고 있는 것으로 해석된다.[25] 이와 같이 해산등기는 선언적 등기사항에 불과하므로 합병무효의 소

---

23) Hüffer, AktG, § 268 Rdnr. 3.
24) Kort, a.a.O., S. 129, 130.
25) KölnerKomm-Kraft, AktG, § 263 Rdnr. 10 ; Hüffer, AktG, 3. Aufl., § 263 Rdnr. 4.

에서처럼 그 제소기간을 합병등기 이후의 시점으로 제한할 필요는 없을 것이다(상법 제 529 조 2항을 참조하라).

그러나 해산의 무효는 소만으로 이를 주장할 수 있다고 새겨야 할 것이다. 대부분의 구조변경사안에서 모두 회사법상의 형성소송으로 그 무효를 다툴 수 있게 제한하고 있으므로 회사해산의 경우 역시 그렇게 보아야 할 것이다. 이것도 기존상태존중 내지 법률관계의 획일적 처리라는 단체법이념의 반영결과이다.

2. 합병 및 분할

합병과 분할은 상호 상반된 현상으로서 구조변경의 대표적 예들이다. 합병을 통하여 규모의 경제(economy of scale)를 획득하고, 분할을 통하여 특정 업종을 독립화시키면 기업경쟁력을 제고시킬 수 있다. 합병과 분할의 하자는 상법상으로도 합병무효의 소나 분할무효의 소제도로 실정법화되어 있다. 구조변경사안으로서 합병 및 분할제도가 갖는 특징은 합병 및 분할에 참여하는 회사사원들의 의사적 결단 이외에도 법인간의 계약과 창설적 효력의 상업등기가 필요한 점이다. 즉 해산의 경우와 달리 합병이나 분할의 경우 합병(분할)계약이 필요하고 나아가 사원총회나 주주총회의 승인결의가 있어야 하며 이들이 완성되자면 창설적 성격의 등기가 있어야 한다.

a. 合併

상법도 합병의 하자에 대해서는 합병무효의 소제도를 통하여 해결하고 있는 바 합병의 무효가 확정된다 하여도 그 효과는 소급하지 않는다(상 530 II, 240, 190). 물론 합병무효의 원인이 되는 것이 합병계약이나 합병승인결의의 하자에 한정되지는 않는다. 그러나 본고에서 구조변경의 개념요건으로서 사원들의 의사표시적 결단을 들고 있으므로 여기서는 이에 한정시키기로 한다.

합병계약은 조직계약이다. 이것은 회사의 성립시 작성하는 정관과 마찬가지로 법인간에 체결되는 조직계약(Organisationvertrag)의 속성을 갖고 있

다.[26] 더욱이 신설합병의 경우에는 합병계약서는 신설될 회사의 정관을 대체하는 기능을 갖게 될 것이다. 물론 흡수합병(Verschmelzung durch Aufnahme)의 경우에도 합병계약서는 존속회사의 새로운 조직에 대한 내용을 담게 될 것이다. 어느 경우이든 합병계약은 새로이 탄생할 회사조직에 대한 조직계약의 성격을 잉태하고 있다. 이러한 합병계약은 합병당사회사의 대표기관이 체결하게 되는 데 주주총회나 사원총회의 합병승인결의(Verschmelzungsbeschluss)가 후속되어야 그 효력이 발생한다. 이러한 합병계약에 하자가 발생한 경우 합병무효사유가 되어 합병무효의 소가 제기될 수 있을 것이다.

합병승인결의는 대개 합병계약이 체결되고 난 후 이루어지나 항상 그런 것은 아니다. 합병승인결의가 선행한 상태에서 사후적으로 합병계약이 체결되기도 한다. 합병결의는 결국 합병을 통하여 새로이 창설될 회사조직에 대한 사원의 결단이다. 구조변경의 측면에서 나타나는 의사표시적 결단이 합병의 경우 합병계약과 그 승인결의로 나타난다고 보면 될 것이다.

합병절차가 모두 완료되어 최종적으로 합병등기가 이루어지면 합병은 효력을 발생하고 이에 따른 여러 가지 법률효과가 도래할 것이다. 이로써 합병계약 및 그 승인결의는 實行段階에 들어간다(Invollzugsetzung des Verschmelzungsvertrages). 하자있는 회사론이 그 적용전제로 삼는 것은 바로 정관의 존재와 그 실행이다. 합병의 경우에도 이러한 요소가 설립시와 유사하게 나타난다고 할 수 있다. 그리하여 상법은 회사설립의 하자와 합병의 하자를 매우 유사하게 처리하고 있다. 회사설립시에 설립무효나 취소의 소 제도를 두고 있듯이 합병의 경우에도 합병무효의 소제도를 두었다. 나아가 양소는 모두 형성소송으로서 그 법적 성질도 같으며 원고승소시 판결의 효력도 모두 소급하지 않는다(상 190, 상 530 II, 240, 190). 이처럼 회사의 설립과 합병은 회사법상 기존상태존중주의의 측면에서 거의 같게 취급되고 있다.

---

26) Lutter in Lutter(Hrsg.), UmwG, § 4 Rdnr. 4 ; Kallmeyer/Marsch-Barner, § 4 UmwG, Rdnr. 2 ; 정동윤, 회사법, 제 4 전정증보판, 770 면.

합병의 하자를 합병등기를 통하여 完全 치유되는 것으로 볼 것인가 ? (umfassende Heilung) 아니면 소급효만 부정하고 본래의 상태로 回歸(Entschmelzung)되는 것으로 처리할 것인가 ? 독일의 사업재편법(Umwandlungsgesetz)은 前者로 결정한 듯한 문언을 취하고 있다(§ 20 II UmwG, "Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt."). 학설은 대립하고 있다. 완전치유설(Theorie umfassender Heilung)은 합병등기를 하고 난 후에는 합병의 하자를 더 이상 다툴 수 없는 것으로 보고 있다.[27] 반면 불소급효설(Theorie der ex-nunc Wirkung)은 합병등기의 시점으로 소급해서 무효화시키는 것은 아니지만 장래에 向하여 합병의 효력을 부인하는 것까지 금지하는 것은 아니라고 한다.[28] 독일법은 합병의 하자를 다루는 방법이 우리 상법과 다소 차이가 있다. 우리 상법은 합병무효의 소 제도를 통하여 합병의 하자를 일괄 처리하고 있다. 즉 형성소송의 성격을 갖고 있는 합병무효의 소를 통하여 합병의 하자를 일괄적으로 처리한다(상 529). 그러나 독일법에서는 하자있는 합병승인결의에 대해서 결의일로부터 1 개월내에 합병승인결의무효의 소를 제기할 수 있게 해놓았고(독일 사업재편법 제 14 조), 여타의 하자에 대해서는 특칙을 두고 있지 않다. 따라서 가령 합병계약의 무효에 대한 일반 확인의 소도 적법한 소가 된다.[29] 그러나 이러한 하자들은 합병등기가 이루어지기 전에 주장되어야 한다. 일단 합병등기가 이루어지면 하자는 치유되고 마는 것이다(상기의 완전치유설). 완전치유설에서는 합병 당사회사가 이루어놓은 재산적 결합을 다시 원상복귀시키는 것이 합병등기후에는 사실상 불가하

---

27) Dehmer, § 20 UmwG Rdnr. 95 ff.; Grunewald in G/H/E/K, § 352a Rdnr. 2, 19 ; Köhler, ZGR 1985, 307, 324 ; Krieger, ZHR 158 (1994), 35, 44 ; Priester, NJW 1983, 1459, 1465.

28) Karsten Schmidt, ZGR 1991, 373, 375 ff., 391 ff. ; Martens, AG 1986, 57, 63 ff. (합병의 하자가 심대한 경우에 한정) ; Timm, Mißbräuchliche Aktionärsklagen einschließlich Abfindungsregelungen in mißbräuchlicher Aktionärsverhalten, 1990, S. 22 (합병승인결의에 대한 취소의 소가 제기되어 원고승소시에는 장래에 향한 무효처리가 가능하다고 함).

29) Kallmeyer/Marsch-Barner, § 20 Rdnr. 39.

다는 주장을 하고 있다. 그리고 이러한 어려움은 장래에 대해서만 합병의 무효를 인정한다 하여도 역시 나타난다고 한다. 그리하여 합병등기 후에는 기존상태존중주의를 절대화시키는 것이 바람직하다고 주장한다.[30] 이러한 독일 사업재편법상의 논의들을 우리 상법에서는 어떻게 받아들여야 할까? 일단 우리 상법의 문언은 상기의 완전치유설로는 설명될 수 없다. 우리 상법의 문언은 상기의 不遡及效說에 立脚하고 있다(상 530 II, 240, 190 단서 등 참조). 따라서 합병무효의 판결이 내려졌을 때 그 결과가 소급하지는 않지만 장래에 대하여 그 무효판결의 효력이 발생함은 물론이다. 그러나 상법 제 530 조 2항이나 상법 제 240 조나 모두 상법 제 190 조 단서를 '準用' 하고 있는 것이므로 기존상태존중의 수요가 클 경우 하자의 완전치유도 가능하다고 본다. 상법 제 240 조가 준용하는 상법 제 189 조에도 하자의 보완과 청구기각제도가 성문화되어 있는 데 이러한 규정의 취지를 유추해보면 위와 같은 완전치유의 가능성이 전혀 불가하지는 않다고 생각되기 때문이다. 물론 어느 정도가 되어야 하자의 완전치유를 정당화시킬 수 있는지 이것은 상당히 복잡한 문제이고 동시에 개별 사안에서 구체적으로 다루어져야 할 것이다. 합병후 회사의 현황과 제반 주변여건을 참착하여 합병을 무효화하는 것이 부적당하다고 생각되는 때에는 합병등기의 치유력을 인정하여야 할 것으로 생각된다.

b. 分割

회사의 분할은 현 우리 상법상으로는 주식회사의 경우에만 허용되고 있다(상 530-2 이하). 흡수분할(Spaltung durch Aufnahme)의 경우에는 분할하는 회사와 인수회사간에 분할계약(Spaltungsvertrag)이 체결되고 그 법적 성질은 합병계약과 같이 다루어야 할 것이다. 즉 분할계약도 조직계약의 속성을 갖는다. 이를 통하여 분할에 참여하는 당사회사들은 분할의 약정과 주식의 교환비율 및 분할기일 등을 정하게 될 것이다(상 530-6 ; § 126 UmwG).

30) Grunewald in Lutter(Hrsg.), UmwG, § 20 Rdnr. 64.

물론 신설분할의 경우에는 분할에 참여하는 회사가 분할회사 자신 뿐이므로 분할계약서가 아니라 분할계획서(Spaltungsplan)가 작성되어야 할 것이다. 어떠한 경우이건 기존회사의 분할승인결의(Spaltungsbeschluß)가 필요하다(상 530-3 I). 이로써 회사분할시에도 분할 당사회사 사원들의 의사적 결단이 이루어짐을 확인할 수 있다.

분할의 경우에도 창설적 성격의 분할등기로 회사분할의 제과정이 종료한다(상 530-11 I, 528). 분할등기가 완료됨으로써 분할의 효력이 발생하고 분할계약서나 분할계획서상의 내용은 그 실행에 들어간다.

상법은 분할의 하자시에도 합병의 경우와 마찬가지로 기존상태존중주의와 법률관계의 획일적 처리를 위하여 분할의 하자는 분할무효의 소라는 형성소송으로만 다툴 수 있게 제한하였고(상 530-11 I, 529), 원고 승소시에는 제 3 자에 대해서도 판결의 효력이 미치며, 또 그 효력은 기왕에 소급하지 않는 것으로 하였다(상 530-11, 240, 190). 그러나 독일의 事業再編法은 분할의 경우에도 분할등기의 치유력을 인정하고 있다(동법 제 131 조 2항).[31] 따라서 분할등기가 이루어진 후에는 분할의 하자를 더 이상 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다. 독일법상의 이러한 결과는 우리 상법의 운용면에서도 참고의 가치가 있다고 본다. 분할후의 제반 사정을 고려하여 분할 전으로 회귀하는 것이 기대가능하지 않을 때에는 분할무효의 효력을 전적으로 부정하는 처방도 가능하다고 생각된다.

3. 瑕疵있는 資本變動

증자나 감자시에도 여러 가지 사유로 하자가 나타날 수 있다. 물적회사에서 차지하는 자본의 의미를 고려하건데 자본변동의 법률요건들은 구조변경에 해당한다고 파악되고 있다. 이하 이 두 경우를 살펴본다.

---

31) §131 II UmwG [Wirkungen der Eintragung] "Mängel der Spaltung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt."

a. 하자있는 자본증가

물적회사의 자본증가는 비록 회사의 설립 그 자체는 아니지만 여러 관점에서 유사성을 잉태하고 있다는 점은 부인하기 어려울 것이다.[32] 우리 상법의 조문만으로도 이러한 유사성은 확인된다. 상법 제 425 조는 회사설립과 관련된 다수 조문을 준용하고 있고 그외에도 상법 제 427 조(인수의 무효주장, 취소의 제한)는 제 320 조(주식인수의 무효주장, 취소의 제한)와 나아가 상법 제 428 조(이사의 인수담보책임)는 제 321 조(발기인의 인수 및 납입담보책임)와 유사하다. 이와같이 회사의 설립과 유상증자는 여러 면에서 공통점을 갖는다. 설립이 무에서 유를 만들어내는 것이라면 증자는 유에서 또 다른 더 큰 유를 창출하는 것으로 볼 수 있겠다. 이러한 유사성은 소규모의 물적 회사가 대규모의 증자를 할 경우 더욱 뚜렷해진다. 예컨대 자본금이 1 억원인 주식회사가 10 억이나 혹은 100 억원으로 자본을 늘린다고 하자. 증자의 규모가 이 정도라면 이는 실질적으로 회사의 제 2 의 설립이다. 이러한 유상증자를 위한 총회결의에 하자가 있다하여 그 무효를 소급시키면 상상키 어려운 혼동상태가 도래할 것은 명약관화하다.

회사의 설립과 증자간의 유사성은 물적회사가 갖는 자본의 의미에서 더욱 뚜렷해진다. 물적회사에서 자본이란 회사내적으로는 사원권(Mitgliedschaftsrecht)의 존립근거를 제공하나 회사외적으로는 채권자에 대한 최후의 담보재산으로 작용한다. 물적회사에서 자본이 이렇게 큰 비중을 차지하므로 자본유지의 원칙은 물적회사에서는 가장 중요한 원칙이 되는 것이다. 이러한 점을 고려하면 비단 설립시 뿐만 아니라 성립후의 증자시에도 자본의 의미는 불변인 것이며 증자후 회사채권자에게 보장된 담보가능성이 증자시의 하자를 이유로 소급적 무효의 길을 걷게 되면 법률관계의 혼란은 피할 수 없게 된다. 그리하여 우리 상법도 신주발행의 무효는 소급하지 않는 것으로 하였다(상 431).

물론 회사의 설립과 유상증자간에는 간과할 수 없는 차이점이 있다. 회

32) Zöllner, AG 1993, S. 68 ff.

사의 설립에 무효나 취소사유가 있을 때에는 이를 주장하는 형성소송을 통하여 회사는 장래에 향하여 무효화하고 해산에 준하여 청산된다. 유상증자시에는 이와 달리 신주발행의 무효가 확정되어도 회사자신이 소멸하는 것은 아니고 오로지 자본액이 과거의 수액으로 수축될 뿐이다. 이러한 차이에도 불구하고 증자와 회사의 설립은 그 근본에 있어서 유사하며 상법도 그 하자의 주장방법이나 무효판결의 효과를 같은 차원에서 유사하게 규율하고 있는 것이다.[33]

증자무효판결의 효력을 다룸에 있어서도 하자의 완전치유를 선택할 것인가 아니면 소급효만 부정할 것인가의 문제에 부딪힌다. 독일에서도 무효의 유상증자시 일정한 경우에는 증자시의 하자를 아예 치유시키는 것이 바람직하다는 주장이 있다.[34] 때로는 주금의 반환과 신주식의 회수라는 절차가 회사내외부의 현실에 비추어 적합하지 않은 때가 있을 것이다. 이러한 경우에는 증자등기의 효력으로 하자가 완전히 치유된 것으로 보는 것도 바람직한 처방이 될 것이다. 사실 이러한 효과는 이미 상법 제 427 조에 부분적으로 반영되어 있다. 증자등기후 1 년이 경과한 후에는 신주인수의 무효나 취소를 주장하지 못한다고 되어 있다. 미래에 대해서도 증자의 기존상태를 존중하여야 할 때에는 상기 규정 등의 입법이념을 연장하여 이를 인정해주는 것이 바람직하다고 본다.

準備金의 資本轉入에 의한 無償增資(Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln)시에도 무효사유가 나타난 경우 독일의 지금까지의 통설은 소급적 무효로 처리하였다.[35] 그러나 근래의 유력설들은 이러한 경우에도 소급적 무효처리에 반대하고 있다.[36] 나아가 일부에서는 불소급처리를 넘어서서 일

---

33) 증자무효의 소(신주발행무효의 소)에 관한 상법 제 429 조 이하의 규정은 회사설립의 하자를 다투는 소송과 매우 유사하다. 신주발행의 무효 역시 회사법상의 소만으로 주장가능하며(상 429), 이 소에서 원고가 승소하였을 때 판결의 효력은 제 3 자에게 미치고(상 430, 190 본문), 또 기왕에 소급하지 않는다(상 430 I).

34) Kort, ZGR 1994, 291ff., 319f.

35) KölnerKomm-Lutter, § 211 Rdnr. 2 ; Großkomm-Wiedemann, § 211 Anm. 1, § 210 Anm. 8 ; Baumbach-Hueck, AktG, § 210 Rdnr. 5.

정한 경우에는 아예 하자를 치유하는 것도 고려하고 있다. Krieger 는 증자결의상의 하자를 무효사유와 취소사유로 나누어 후자의 경우에는 미래에 대해서도 하자의 완전치유를 주장하고 있다.[37]

영미법의 수권자본제와 유사한 것이 독일주식법의 인허자본제(genehmigtes Kapital)이다. 독일의 기존통설은 이 경우에도 소급적 무효를 주장하여 왔으나[38] 新學說은 불소급처리가 바람직하다고 한다.[39]

b. 瑕疵있는 資本減少

減資는 增資의 逆현상으로서 역시 구조변경사안이다. 자본감소가 이루어지기 위해서도 역시 감자결의가 필요하다. 이러한 감자결의는 마치 회사설립을 위한 定款作成과 유사한 組織變改的 決斷이다. 따라서 감자의 과정이 완료되어 감자의 효력이 발생하고 난 후에 그 하자를 주장할 때에는 증자시와 유사한 기존상태존중의 수요가 발생한다.[40] 특히 실질적 자본감소(effektive Kapitalherabsetzung)[41]의 경우에는 주주들에게 환급해주었던 株金을 재납입시켜야 하는 어려움이 있다. 주식의 분산이 완만한 공개형 사단법인에서는 사실상 이는 실행하기 어려운 일이다. 나아가 감자의 효력 발생 후 행해진 총회결의에 대해서도 감자의 소급적 무효는 감당키 어려운 혼란을 야기시킬 것이다. 일부주식을 강제소각하여 자본을 감소시켰다면 자신의 주식을 소각당한 주주들이 참석하지 못한 그간의 총회결의는 모두 취소나 무효를 면치 못할 것이다. 나아가 회사재건을 목적으로 유상증자와 결부된

---

36) Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 232.

37) Krieger, ZHR 158 [1994], 35, 51 f.

38) Hüffer, AktG, 3. Aufl., § 202 Rdnr. 6 ; KölnerKomm-Lutter, § 202 Rdnr. 22.

39) Kort, a.a.O., S. 230 f.

40) Kartsen Schmidt, GesR., 3. Aufl., § 6 IV 3, S. 163.

41) 實質的 資本減少의 경우에는 감자되는 부분만큼 회사재산이 감소하므로 이를 部分淸算(Teilliquidation)으로 부르기도 한다. 이러한 명칭은 增資는 設立과 減資는 淸算과 比喩됨을 暗示하고 있다. vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, RWS-Grundkurs 13, Rdnr. 700.

감자가 시행될 때에는 감자무효의 소급처리는 더욱 심각한 後續問題를 불러 일으킬 것이다. 우리 상법이 1995 년의 개정에서 감자무효의 소에서 원고승소시 그 효과가 소급하는 것처럼 문언처리되었으나 이는 해석으로 극복할 수 있다고 본다.[42]

4. 하자있는 기업결합[43]

企業結合(Unternehmenszusammenschluß)이란 광의로는 콘체른형성 뿐만 아니라 합병까지 포함하는 개념이지만 협의로는 기업이 법적 독립성을 유지하면서 경제적으로 일정한 공동목적을 위하여 결합하는 것을 의미한다. 본고에서는 후자의 개념만을 논의의 대상으로 삼는다.[44]

기업결합은 크게 계약에 의한 것(Vertragskonzern)과 출자에 의한 것(faktisches Konzern)으로 양분되는 데 전자의 경우 이익공통계약이나 지배종속계약(Beherrschungsvertrag)이 체결된다.[45] 이러한 계약의 법적 성질 역시 組織契約으로 파악되고 있다.[46] 이와 같이 계약에 의한 기업결합이 조직계약의 속성을 갖는 까닭에 이에 하자가 잉태되어 있을 때에는 하자있는 회사론의 준용이 가능할 것이다. 그리하여 독일 대법원은 수차에 결쳐 하자있는 기업결합을 하자있는 회사론을 통하여 처리하여 왔다.[47]

---

42) 이에 대해서는 졸저, 상법강의(상), 법문사, 1999 년, 692 면 ; 이철송, 회사법강의, 제 7 판, 691, 692 면 참조.

43) 이에 대해서는 Helmut Köhler, Rückabwicklung fehlerhafter Unternehmenszusammenschlüsse, ZGR 1985, 307 ff.; Krieger, ZHR 158 (1994), S. 35-58 참조.

44) "기업간의 자본적, 인적, 조직적인 결부를 통하여 기업활동을 단일한 관리체제하에 통합시킴으로써 개별기업의 경제적 독립성을 소멸시키는 기업간의 결합의 과정과 형태"로 정의하는 학자도 있다. 권오승, 경제법, 1998 년, 법문사, 181 면.

45) 우리 상법 제 374 조 1항 2호상 '타인과 손익 전부를 같이하는 계약, 기타 이에 준할 계약의 체결, 변경 또는 해약'을 주주총회의 특별결의 사항으로 하고 있는데 이러한 것들은 기업결합계약의 일부라 할 수 있다.

46) Hüffer, AktG, 3. Aufl., § 291, Rdnr. 17 ; BGHZ 103, 1 f. = BGH NJW 1988, 1326 [Familienheim] ; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., 1989, § 8 II 1 S. 144 ; K. Schmidt, GesR., 3. Aufl., § 31 III 1 S. 952 ; Krieger in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 (AG), § 70 Rdnr. 1.

< BGHZ 103, 1 = BGH NJW 1988, 1326 "Familienheim"- Fall >

A 합자회사가 B 유한회사와 사원총회의 승인결의나 등기절차를 거침이 없이 지배종속계약과 이익공여계약을 체결하였다. 이 계약에 따라 지배회사(A)는 영업성과상 손실이 발생할 경우 이를 인수할 의무를 지게 된다. 어느 영업년도에 손실이 발생하자 지배회사는 지배종속계약상의 하자를 내세워 손실부담을 거절하였다. 이에 독일 대법원은 "설사 유한회사와의 지배종속계약이 무효라 할지라도 이미 그 실행에 돌입하였다면 하자있는 회사론이 준용되어 지배종속계약의 무효주장시점까지 이루어진 법률관계에는 영향이 없다"고 하면서 손실부담의무를 인정하였다.

< BGHZ 116, 37 = BGH NJW 1992, 213 "Stromlieferung"-Fall>

A 유한회사(피고)는 원고회사로부터 수년전부터 전력공급을 받고 있었다. A는 B 유한회사와의 이익공여계약상 종속회사였다. 그런데 그 지배종속계약은 상업등기에 등기가 되지 않아 효력이 없었다. 그럼에도 불구하고 지배회사인 B 유한회사는 독일주식법 제 302 조의 준용에 의한 손실부담의무를 지게 되었다. 독일 대법원은 지배종속계약이 이미 수년전부터 실행되어 왔으므로 하자있는 회사론의 준용으로 계약의 무효에도 불구하고 기형성된 법률관계에 영향이 없다고 하였다.

5. 하자있는 조직변경

조직변경시 상법은 기존회사에 대해서는 해산등기를, 새로이 선택된 法形態에 대해서는 설립등기를 요구하고 있다(상법 제 606 조 참조). 여기에서 조직변경의 하자를 어떻게 처리하여야 하는가의 문제는 자명한 답을 얻는다. 조직변경은 구조변경사안으로서 설립에 준한 처방이 불가피하다. 따

47) BGHZ 103, 1 [Familienheim]; BGHZ 105, 324 [Supermarkt-Fall] ; BGHZ 116, 37 [Stromlieferungsfall].

라서 조직변경을 위하여 필요한 사원총회나 주주총회결의에 하자가 있을 때에는 그 하자를 소급처리할 수 없을 것이다. 조직변경의 등기가 이루어지고 난 후 이루어진 회사내외부의 법률관계에 대해서는 기존상태존중의 수요가 나타나기 때문이다.

V. 글을 맺으며

위에서 우리는 물적회사의 하자있는 구조변경의 제 경우를 살펴보았다. 설립시와의 유사성도 확인하였다. 이제 다음과 같은 몇가지를 결론으로 제시하며 글을 맺는다.

1. 物的會社의 構造變更은 組織變改的 法律要件으로서 團體法理念이 반영되어야 한다.
2. 構造變更은 社員들의 意思的 決斷이 요구되며 이것이 實行段階에 들어갔을 때에는 旣存狀態尊重의 需要가 創出된다. 이를 위하여 瑕疵있는 會社論의 準用이 바람직하다(LfG analog).
3. 旣存狀態尊重의 需要는 瑕疵의 不遡及처리 및 하자의 완전치유라는 兩 段階의 처방을 요구한다. 양자중 어떤 처방이 바람직한지는 個別事案을 고려하여 판단할 일이다. 회사의 현황과 제반사정을 고려하여 기존상태존중의 정도를 결정하여야 할 것이다.
4. 構造變更의 瑕疵는 會社法上의 形成訴訟으로만 이를 주장할 수 있으며 법률관계의 劃一的 處理라는 단체법이념이 요구되어 원고승소시 판결의 효력은 제 3 자에게도 미친다.

- Schrifttumsverzeichnis -

Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., Beck, München, 1989.

Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, RWS-Grundkurs 13, Köln, 1997.

Hommelhof, Zum vorläufigen Bestand fehlerhafter Strukturänderungen in Kapitalgesellschaften, ZHR 158(1994), 11-34.

Hüffer, Aktiengesetz, 3. Aufl., Beck, München, 1997.

Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, Otto Schmidt, Köln, 1997.

Köhler, Rückabwicklung fehlerhafter Unternehmenszusammenschlüsse, ZGR 1985, 307 f.

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Heymanns, 1988 f.

Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderung im Kapitalgesellschaftsrecht, Münchner Universitätsschriften Bd. 135, Beck, 1998.

Krieger, Fehlerhafte Satzungsänderungen, ZHR 158(1994), 35-58.

Lutter(Hrsg.), Umwandlungsgesetz, O. Schmidt, Köln, 1996.

Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4.(AG), München, 1988.

Prister, Das neue Verschmelzungsrecht, NJW 1983, 1459.

Schmidt (Karsten), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heymanns, K/B/B/M, 1997.

Zöllner, Folgen der Nichtigerklärung durchgeführter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, AG 1993, 68 ff.

企業變動에 따른 勞動法的 課題

朴 鍾 熹*

《目 次》

Ⅰ. 문제의 소재 - 기업변동에 따른 현안의 노동법적 문제 -
Ⅱ. 기업변동시 근로관계의 승계문제
1. 학설과 판례의 입장
2. 근로관계의 승계와 경영상 해고
3. 근로관계의 승계와 근로자의 동의
Ⅲ. 기업변동시 승계되는 근로관계의 내용
1. 문제의 소재
2. 기업변동시 단체협약의 효력
가. 기존의 학설과 판례의 입장
나. 다수설에 대한 비판적 검토
다. 단체협약의 효력존속 판단을 위한 새로운 기준
1) 단체협약 당사자
2) 단체협약의 구속력의 범위
3) 협약기초의 동일성 유지
4) 단체협약의 자동적용 여부
3. 기업변동시 취업규칙의 효력
가. 학설과 판례의 입장
나. 취업규칙의 승계에 관한 판단
다. 기업변동시 취업규칙의 효력
4. 소결 - 승계되는 근로관계의 내용 -
Ⅳ. 기업변동과 노동조합
1. 기업변동시 노동조합의 지위
2. 기업변동시 복수노조의 문제
Ⅴ. 앞으로의 과제

* 高麗大 法大 助教授 · 法學博士

I. 문제의 소재 - 기업변동에 따른 현안의 노동법적 문제 -

최근의 노사관계는 종래와는 다른 형태의 문제에 직면하고 있다. 기존의 노사관계가 주로 기업이 변동하지 않는 정적인 상태를 전제로 한 경우라면, 현금의 노사관계는 노사관계의 기초를 이루는 기업 자체의 변동과 서로 맞물려 거론되고 있다. 이는 IMF 경제관리체제의 여파로 인한 기업의 구조조정 차원에서 직접적으로 제기되는 것이지만, 거시적으로는 세계화·개방화라는 기업환경의 변화에 따라 피할 수 없는 변화의 물결에 부응하는 것이기도 하다.

기업이 이러한 환경의 변화에 대처하기 위하여 취하는 기업구조의 변화를 총칭하여 기업변동이라고 한다면, 이에는 팽창적 기업변동의 형태와 축소적 기업변동의 형태로 나누어 볼 수 있다. 인수[1]·합병이 전자의 경우에 해당한다면, 영업양도·회사의 분할 등은 후자의 전형적인 예에 해당한다. 노동법적 관점에서 이러한 기업변동을 고찰해 볼 때 그 공통적인 요소는 일차적으로 노사관계의 한 당사자인 기업주가 변경된다는 점에 있다. 예컨대, 영업양도의 경우 양수인이, 합병의 경우 신설 또는 존속하는 회사가, 그리고 분할 내지 분할합병의 경우 수혜회사 내지 존속하는 회사가 각각 새로운 기업주의 지위를 지니게 된다. 이와 같은 기업주의 변경에 따라 발생하게 되는 노동법적인 문제는 크게 다음 세 가지로 압축될 수 있다.

첫째, 기업변동시 개별근로자의 근로관계는 어떻게 되는가? 즉, A회사가 B회사를 흡수합병한 경우, B회사의 근로자의 근로관계는 합병과 더불어 종료되는가, 아니면 A회사와 계속되는가?

둘째, 근로관계가 승계된다고 한다면 이때 승계되는 근로관계의 내용은 어떻게 되는가? 예컨대, 동일한 근속년수를 기준으로 했을 때 A회사의 근로자가 100이라는 임금을 받았고, B회사의 근로자가 170이라는 임금을 받

1) 회사의 인수를 주식의 인수를 통한 경영권의 획득이라는 의미에서 이해한다면, 이는 노동법적으로 큰 의미는 없다. 왜냐하면 사용자로서 인수되는 기업이 변함없이 그대로 유지·존속하기 때문에 그러하다.

았다면, 합병 후 A회사는 B회사 근로자에게 얼마의 임금을 지급해야 하는가?

셋째, 우리 나라의 노동현실에서 제기되는 문제로서, 기업변동으로 소멸하게 되는 회사에 설립되어 있는 노동조합의 지위는 어떻게 되는가? 즉, B회사를 A회사가 흡수합병할 경우, B회사에 설립되어 있던 노동조합은 합병 이후 계속 유지될 수 있는가? 이를 인정하는 경우 A회사에 이미 조직되어 있던 노동조합과는 어떠한 관계에 서게 되며, 향후 단체교섭 및 단체협약체결 과정은 어떻게 진행되어야 할 것인가 등의 문제가 제기된다.

Ⅱ. 기업변동시 근로관계의 승계문제

1. 학설과 판례의 입장

현행법이 규정하고 있는 기업변동의 형태로는 영업양도, 합병 그리고 분할이 있다. 이들 각각의 경우에 근로관계 승계의 문제는 비교적 일찍부터 학설과 판례에서 다루어져 왔고, 결과에 있어서도 대체로 일치하고 있다. 즉, 영업양도의 경우 근로관계는 원칙적으로 승계되며, 합병 또는 분할의 경우 근로관계는 '포괄적'으로 승계되는 것으로 보고 있다. 전자는 명문의 규정은 없지만 판례의 일관된 태도[2]로 학설[3]에 의해 지지되고 있으며, 후

2) 영업양도라 함은 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 행위를 말하며, 그 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되는 것이다(대판 1991.8.9, 91다15225; 동, 1994.6.28, 93다33173; 동, 1994.11.18, 93다18938; 동, 1995.9.29, 94다54245; 동, 1996.5.31, 95다33238; 동, 1996.5.31, 96다11105). 영업양도에 관한 상법상 논의로는 정동윤, 『상법총칙·상행위법』, 1998, 227면 이하; 이기수, 『상법학』(상), 1999, 121면; 채이식, 『상법강의』(상), 1997, 121면 이하; 정찬형, 『상법강의』(상), 1999, 161면 이하 참고.

3) 강대섭, "기업의 구조조정에 따른 근로관계의 승계와 그 내용", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』(하경효/박종희 편저), 1998, 129면 이하.

자는 상법 규정(제235조, 제530조 제2항; 제530조의 10)의 해석을 통해 인정되고 있다.

2. 근로관계의 승계와 경영상 해고

1) 이렇듯 외형적으로 보아 일견 정리된 듯한 근로관계의 승계문제[4]에는 아직 해결되지 않은 몇 가지 문제가 남아 있다. 먼저 경영상 해고와 관련한 문제를 들 수 있다. 이는 근기법 제31조 제1항 제1문의 '긴박한 경영상의 필요'의 의미와, 동항 제2문("이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다")의 해석과 관련된 문제이다. 현재까지 '긴박한 경영상의 필요'의 의미에 관한 판례의 태도는 처음의 엄격론보다 완화된 것이기는 하지만, 그래도 다년간 누적된 경영적자와 같은 사실적 요소를 중요한 판단기준으로 삼고 있다[5]. 그러므로 경영흑자를 내고 있는 기업은 판례의 입장에 따르면 경영상 해고를 할 수 없다.

이와 같은 판례의 입장을 견지한다면, 시너지 효과를 창출함으로써 경쟁력을 강화하려는 기업변동은 상당한 제약을 받을 수밖에 없다. 경영적자를 긴박한 경영상의 필요에 대한 실질적 판단기준으로 삼는다면(근기법 제31조 제1항 제1문), 흑자인 기업은 동항 제2문의 규정을 원용함으로써 기업변동 후(흡수합병후)에나 예외적으로 경영상 해고를 할 수 있게 될 뿐이다[6]. 그러나 이 경우에도 인수인(또는 존속회사)은 자신의 종업원 모두를 포함한 상태에서 해고대상자를 선발[7]하여야 하는 어려움에 처하게 된다. 이는 기업

---

4) 보다 자세한 비판적 검토에 대해서는 김형배/김영문, "영업양도와 근로관계 승계", 『판례월보』 (1999/6), 16면 이하; 하경효, "기업의 구조조정과 근로관계의 존속보호", 『저스티스』 (1999/6), 52면 이하.

5) 대판 1994.6.14, 93다48823; 대판 1995.11.24, 94누10931; 대판 1995.12.22, 94다52119; 대판, 1996.12.4, 94누15783; 서울고판 1996.5.6, 95구19784. 엄격론의 입장에 선 판례로는 대판 1989.5.23, 87다카2132; 대판 1990.3.13, 89다카2132.

6) 자세하게는 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 84면 이하 참고.

변동의 효율성을 상당부분 감소시켜 국제경쟁력을 떨어뜨리는 요소가 될 수도 있다. 따라서 기업변동의 효과를 제고하기 위하여 합병(또는 영업양도) 이후의 인력계획에 따라 양도 이전에 불필요한 노동력을 미리 정비하고, 필요한 노동력만 승계받을 수 있도록 허용하는 방향으로 근기법 제31조 제1항 제2문 해석에 있어서 전환이 필요하다.

2) 법이론적으로 볼 때, 경영사항에 대한 결정권한이 기업주에게 부여되어야 하는 자본주의적 시장경제질서 하에서(헌법 제15조, 제23조, 제119조), 경영상 해고란 불가피하게 인정될 수밖에 없는 제도이다. 제3자가 경영실제에 대한 구체적인 판단을 내린다는 것에는 한계가 따를 뿐만 아니라, 제반 경영판단에 대한 최종적인 위험을 부담하는 자는 제3자가 아니라 기업주이기 때문에, 구체적인 경영사항에 대한 판단도 기업주에게 일임되어야 한다[8]. 이런 점에서 본다면 긴박한 경영상의 필요 여부에 대한 판단은 그것이 객관적으로 명백한 권한의 남용이 되는 경우가 아닌 한, 기업주의 결정에 유보되는 것이 바람직하다.

비교법적으로 살펴볼 때에도 사용자의 경영상 결정권한은 존중되고 있다. 미국의 경우는 임의고용의 원칙(employment-at-will doctrin)에 따라 사용자의 해고의 자유를 폭넓게 인정하므로, 경영상 이유에 의한 해고에도 다른 제한은 없다. 다만 보통법 원리의 수정을 통한 해고제한의 법리[9], 그리

---

7) 박종희, 「경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안」, 84면 이하 참고.

8) 김형배, "긴박한 경영상의 필요에 의한 해고의 법리", 「저스티스」, 1996/12, 118면 이하; 김형배, "정리해고 법리의 재구성", 「노동관계법 연구」, 한국경총, 1997, 48면 이하.

9) 여기에는 '계약에 함축된 의사에 기한 제한'(implied contract)와 '상호신뢰와 공정한 대우가 내재된 약속'(implied covenants of good faith and fair dealing)의 원리에 의한 제한, 그리고 불법행위임을 이유로 한 해고의 제한법리 등을 들 수 있다(Steven Mitchell Sack, The Employee Rights Handbook, 1990, pp. 112 이하; Cliff Roberson, Hire Right Fire Right, 1992, p. 116 참조). 이와 관련된 판례로는 Fortune v. National Cash Register Co., 373 Mass. 96, 104, 364 N.E.2d 1251, 1257(1977), Nees v. Hocks, 272 Or. 210, 536 P.2d 512(1975), 그리고 Cloutier v. Great Atl. & Pac. Tea Co., 121 N.H. 915, 924, 436 A.2d 1140, 1145(1981) 등을

고 실정법규정에 의한 특별한 해고제한의 법리[10] 등에 따른 예외적인 제한이 경영상 해고에도 적용될 따름이다.

영국의 경우 해고에 관한 보통법의 원리가 실정법[11]에 의하여 수정 내지 제한되고 있으나, 이는 어디까지나 절차적인 측면에 국한되며, 경영상 해고의 사유로는 단지 구체적 직무폐지에 따른 잉여노동력의 발생(redundant)에 초점을 두고 판단하고 있을 뿐이다. 따라서 잉여노동력의 발생을 경영상 해고사유로 인정함으로써 사용자의 경영상의 결정에 폭넓은 권한을 인정하고 있다.

독일의 경우, 해고제한법 제1조 제2항 제1문에 따라 긴박한 경영상의 필요(dringende betriebliche Erfordernisse)가 있는 경우에 해고의 정당성이 인정된다. 이때 긴박한 경영상의 필요는 경영 내·외적인 원인의 존재와 이에 따른 객관적인 인원감축의 필요성이 인정되고[12], 그에 따른 해고가 사회적으로 상당하지 않는다고 판단되지 않는 이상 긴박한 경영상의 필요는 사후

들 수 있다.

10) 실정법규정에 의한 해고제한은 연방법에 의한 경우 이외에도 각 주법에 의한 경우가 있다. 이 중에서 연방법에 의한 경우를 예시하자면,
- 시민권리법 제7편(Titel VII of Civil Right Act of 1964 amended 1981, 1985, 1991)에 의한 신체적 장애나 직무수행과 관계없는 장애와 같은 개인적인 특징을 이유로 하는 해고의 금지,
- 소비자 신용보호법(The Consumer Credit Protection Act of 1973)에 의한 제한,
- 근로자퇴직소득보장법(The Employee Retirement Income Security Act of 1974)에 의한 제한,
- 연방노동관계법(The National Labor Relation Act)에 의한 노동조합 활동을 이유로 하는 해고제한,
- 배심원제도촉진법(The Jury System Improvements Act of 1978)에 의한 해고제한 등을 들 수 있다(자세한 소개에 관해서는 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 27면 이하 참조).

11) 이러한 실정법으로는 정리해고보상법(Redundancy Payment Act, 1965) 및 노사관계법(Industrial Relations Act, 1971), 고용보호법(Employment Protection Act, 1978), 고용보호(통합)법(Employment Protection(Consolidation) Act, 1978), 고용법(Employment Act, 1982) 및 1992년의 노동조합및노사관계통합법(Trade Union and Labor Relations(Consolidation) Act, 1992)을 들 수 있다.

12) Stahlhacke/Preis, Kündigungsschutz, 5. Aufl., 1991, Rn, 633.

적으로도 사법심사의 대상이 되지 않는다[13].

프랑스의 경우에도 근로자 개인의 사유로부터 연유하는 해고가 아닌 경제적인 어려움이나 기술변동 등으로 말미암은 고용의 감축이나 변화 또는 본질적인 근로조건의 변경으로 인한 경제적 해고를 인정하고 있다(L.321-1). 이러한 경제적 해고는 경제적 곤란성 뿐만 아니라 경쟁력 보호를 위한 예방적 측면(기술변동, 기업재편[14])도 함께 고려하고 있다[15].

3) 이처럼 각국의 입법과 운용례에서 볼 수 있듯이, 정당한 경영상 해고사유는 기업의 경영적자라는 사실적 요소를 떠나 기업주의 경영상 판단에 맡겨지는 것이 타당하다. 근기법 제31조 제1항 제1문의 긴박한 경영상의 필요를 잉여노동력의 발생과 이를 통한 계속적 고용을 더 이상 사용자에게 기대불가능한 경우로 해석한다면, 동항 제2문의 의미도 달리 해석되어야 된다. 즉, 긴박한 경영상 필요가 있는 경우를 예시하는 것으로 해석하거나, 아니면 사업의 양도·인수·합병 시에는 특별한 인력조정방법을 인정하는 것[16]으로 해석하는 것이다. 후자의 해석론을 취하게 될 때 기업변동의 효과를 최대화할 수 있으며, 국제경쟁력을 적절히 구비하는 데에도 유리하게 작용할 수 있을 것이다[17].

---

13) MünchHandbArbR/Berkowsky, Rn. 38ff. zu §134 ; Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1997, Rn. 274.

14) 조용만, 「프랑스의 정리해고법리」, 서울대 박사학위 논문, 1998, 23면 이하 참고.

15) Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier/Alain Supiot, Droit du travail, 18è édition, 1996, pp. 382~383; 조용만, 「프랑스의 정리해고법리」, 13면 이하 참조.

16) 즉, 기업변동 이후에 발생하게 될 잉여노동력을 감안하여 승계받기 이전에 미리 잉여노동력을 정리할 수 있음을 예외적으로(경영악화를 방지하기 위한 경우로 한정하여) 인정하는 규정으로 해석하는 것이다.

17) 독일의 경우 독일민법 제613조 a 규정을 둠으로써 근로관계의 이전과 관련해서는 모든 사업의 이전이 수반되는 모든 기업변동시에 적용되는 규정으로 두면서, 경영상 해고와 사업양도시 근로관계의 이전 문제를 완전하게 분리·고찰하고 있다. 그러나 우리의 경우 이와 같은 일반적 규정을 두고 있지 아니하는 상태에서는 원칙적으로 사업양도와 경영상 해고를 별개의 제도로 다루되, 입법규정의 예외적인 해석의 가능성을 열어 두는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다.

3. 근로관계의 승계와 근로자의 동의

기업변동시 근로관계의 승계를 인정하더라도 이론적으로 검토되어져야 할 또 다른 문제는 승계에 관하여 근로자의 동의가 요구되는가 하는 점이다. 이는 통상 승계에 대한 근로자의 항변권의 문제로 다루어진다. 그러나 기존의 학설과 판례는 단지 영업양도의 경우에만 동 항변권의 문제를 다루었으며, 기타 다른 기업변동의 경우에는 검토의 대상으로 삼지 않았다. 합병 및 분할의 효과로써 권리·의무의 포괄적 승계가 이루어지므로, 이 한도에서 근로자의 항변권이 인정될 여지가 없는 것으로 볼 것인지, 아니면 근로관계의 일신전속적 성질(민법 제657조)에 따라 합병 및 분할의 경우에도 당연히 적용되는 것으로 보아야 할 것인지가 문제이다. 회사 합병시에는 항변권을 행사한다는 것이 결과적으로 근로관계의 종료를 뜻하게 되므로, 항변권 인정여부에 대한 논의는 실익이 적으나, 분할의 경우에는 다르다. 분할후에도 피분할회사가 존속하는 경우(Abspaltung)에 근로자의 항변권을 인정한다면, 당해 근로자는 피분할회사와 자신의 근로관계를 계속 유지하는 것으로 보아야 한다. 이는 물적 분할(Ausgliederung)의 경우에도 마찬가지이다. 또한 피분할회사가 두 개이상의 회사로 분할된 후에 소멸하는 경우(Aufspaltung), 특정 수혜회사로의 근로관계 이전을 조건으로 다른 수혜회사로의 근로관계의 이전을 거부하는 것이 가능한가하는 문제가 제기된다. 이러한 근로자의 항변권을 인정하는 경우에는 회사분할제도의 원활한 기능을 상당히 저해하는 결과가 초래될 수 있다. 결국 이 문제는 법이론상 근로관계의 일신전속성의 효력을 어느 정도까지 인정하느냐에 귀결된다. 사용자와의 인적 유대관계가 점차 엷어져 가는 오늘날의 근로관계의 특징을 고려한다 하더라도, 노동력은 다른 상품과는 본질적으로 구별되어야 하는 인적 속성을 가지기 때문에, 근로관계의 일신전속성은 기업의 변동시에도 당연히 적용되는 일반원칙으로 봄이 타당하다[18]. 그리고 이렇게 해석하더라도 근로

18) 독일의 경우에는 Umwandlungsgesetz 제132조 제1항의 승계를 배제하는 일반규정(allgemeine Vorschriften)의 의미에 독일 민법 제613조 제2문을 포함하여 해석하는

자의 항변권으로 인한 기업변동의 효율성의 장애는 다음과 같은 관점에서 크게 문제되지 않을 수 있다. 즉, 긴박한 경영상 필요에 대한 판단을 위에서 서술한 바와 같이 잉여노동력의 발생을 기준으로 하면, 기업분할시에 근로자가 항변권을 행사하면 피분할회사 내지 특정 수혜회사와의 근로관계를 계속 유지시킬 수 있다 하더라도, 분할 이후의 기업조직 입장에서 경영상 해고의 요건을 충족시킬 가능성이 크다. 이런 점에서 근로자의 항변권이 사실상 큰 의미를 갖기 힘들므로, 근로관계의 일신전속성의 원칙은 견지되는 것이 바람직하다.

Ⅲ. 기업변동시 승계되는 근로관계의 내용

1. 문제의 소재

기업변동시 근로관계가 승계된다고 할 때에도, 이는 근로관계의 존부의 차원에서 근로관계의 이전(Übergang des Arbeitsverhältnisses)을 의미하는 것이며, 그 이전되는 근로관계의 내용(Inhalt od. Inhaltschutz übergehendes Arbeitsverhältnisses)이 무엇인가 하는 문제는 또 다른 검토의 대상이 된다. 근로관계가 이전된다는 의미는 근로관계의 일방 당사자의 지위를 다른 제3자가 승계한다는 의미이다. 즉, 양도인의 근로관계 당사자로서의 법적 지위(Rechtsstellung)가 양수인에게로 이전되는 것을 말한다.

영업양도·합병·분할 등으로 말미암아 개별적 근로관계는 전부 그대로 이전되는 것(die gesamte Rechtsnachfolge)이므로, 외형상 이전되는 근로관계의 내용에 관하여 별도의 논의를 필요로 하지 않는 것처럼 보인다. 그러나 근로관계에 있어서는 다른 채권관계와는 달리 계약 이외의 다른 형성요

것이 다수설의 입장이다(자세한 내용에 대해서는 Boecken, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996, S. 70ff.; Wlotzke, Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40ff. 참고).

인이 내포되어 있다. 즉 단체협약, 취업규칙 또는 노사협정[19]에 의한 근로관계의 형성이 바로 그것이다. 예컨대 단체협약의 경우는 유효기간 동안 강행적이며 보충적인 효력을 가지면서, 근로관계의 내용을 규율한다. 그러므로 근로관계의 이전 전후에 걸쳐 단체협약이 그대로 존속한다면, 강행적인 효력이 지속되는 기간동안 승계된 근로관계의 내용에 대한 불이익한 변경은 불가능하게 되나, 근로관계의 이전과 더불어 단체협약이 당연히 존속하는 것이 아니라면 새로운 사용자는 새로운 기업환경에 맞는 근로조건을 새롭게 정할 수 있다. 따라서 이전되는 근로관계의 내용에 대한 법적인 판단문제는 근로관계를 형성하는 계약 이외의 다른 요소들의 효력이 어떻게 되느냐로 귀결된다.

2. 기업변동시 단체협약의 효력

가. 기존의 학설과 판례의 입장

1) 기업변동시 단체협약의 운명에 관한 학설을 개관·정리하면, 우선 합병의 경우와 영업양도의 경우를 구분하여 볼 것인가의 여부와 각각의 경우에 협약의 승계를 인정할 것인가의 여부에 따라 여러 견해로 나뉘어진다.

---

19) 노사협정이란 용어가 별도로 법정화 되어 있는 것은 아니지만, 단체협약 이외의 집단적 합의를 총칭하는 의미로 사용한다면, 여기에는 근로기준법상 근로자대표가 행한 각종 서면합의, 노사협의회에서의 합의 등이 포함된다. 이들의 각각의 경우 그 효력 및 다른 勞動法源과의 효력계위에 대해서는 명문으로 정하는 바가 없다. 이에 대해서는 각각의 주체의 측면에서 파악하기보다는(근기법상 근로자대표의 지위, 노조및조정법상 노동조합의 지위, 노사협의회법상 근로자위원의 지위 및 취업규칙의 불이익한 변경과 단체협약의 일반적 구속력의 요건 등의 경우 동일한 법적 주체에게 귀속될 수 있음), 각 제도의 기능적인 측면에서 파악하는 것이 타당할 것이다(이에 관해서는 박종희, 『현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능조정을 위한 방안』,1998, 참조). 그럴 경우 근기법상 근로자대표가 행하는 서면합의의 경우는 결정된 근로조건의 배분과 관련하여, 그리고 노사협의회법상 노사합의의 경우도 단체협약과 기능적으로 구분되는 것으로 이해·운용되는 것이 바람직하다면, 노사협정은 사업단위에서의 작업수행과 관련된 여러 조건을 규율하는 것으로 보는 것이 타당하다 할 것이다. 따라서 노사협정의 경우 사업장의 동일성 유지가 계속적인 적용의 요건을 이룬다고 할 것이다.

이 중 합병의 경우 권리·의무의 포괄적 승계라는 법정효과를 들어 대부분의 학설이 단체협약의 승계를 인정하고 있다[20]. 그러나 영업양도의 경우에는, 합병과 동일하게 다루어 단체협약의 승계를 긍정하는 입장[21], 채무적 부분은 소멸하고 규범적 부분만이 영업양도 이후에도 존속한다는 입장[22], 단체협약 인수에 관한 합의를 기초로 포괄적용된다는 입장[23], 그리고 별단의 이의가 없는 한 종래의 협약이 계속 적용되는 것으로 보는 입장[24] 등으로 나뉘어져 있다.

2) 기업변동시 단체협약 승계문제를 정면에서 다룬 대법원 판례는 아직 없다. 다만 방론적으로 언급한 대법원 판례와 단체협약의 효력을 명시적으로 인정한 하급심 판례가 하나 있을 뿐이다.

대법원은 한진해운사건[25]에서 "합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한, 합병 후 존속회사나 신설회사는 소멸회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것으로 보아야 한다"고 판시하였다[26]. 동 판례에서 중요한

---

20) 김유성, 『노동법』 II, 1997, 206면 이하; 김홍준, "기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고", 『노동법연구』 (제4호), 1994, 32면; 하경효, "기업의 구조조정과 단체협약", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 1998, 192면 이하.

21) 김유성, 『노동법』 II, 206면 이하; 김홍준, "기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고", 『노동법연구』 (제4호), 1994, 46면 이하; 김지형, "영업양도와 근로관계의 승계", 『민사재판의 제문제』 (제8권), 민사실무연구회, 1994, 1058면; 김홍준, "기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고", 『노동법연구』 (제4호), 1994, 46면 이하.

22) 김형배, 『근로기준법』 (제6판), 1998, 655면; 김형배, 『노동법』 (제10판), 1998, 402면.

23) 하경효, "영업양도와 고용승계", 『기업의 인수합병과 고용조정』, 경총신서 53, 1997, 89면; 하경효, "기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』 (하경효/박종희 편저), 1998, 177면.

24) 이병태, 『노동법』, 1998, 278면.

25) 대판 1994.3.8, 93다1589.

26) 이 사건에서 직접적으로 문제가 된 것은 퇴직금 지급에 관한 취업규칙이었으며, 단체협약은 해당사항이 없었다.

의미는, 합병시 합병당사자와 노동조합이 근로관계에 관하여 새로운 내용의 합의를 할 수 있다는 것이다. 이러한 해석은 합병의 효과로써 단체협약이 당연승계되지 않는 경우에만 가능한 결과이다[27].

이에 반해 하급심 판례[28]에서는, "영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수인에게 승계되고, 이때 승계되는 근로관계는 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계 뿐만 아니라 양도인과의 관계에서 형성된 집단적 근로관계도 포함되고, 노동조합도 양수인 사업장의 노동조합으로 존속한다고 봄이 상당하기 때문에 단체협약상의 권리·의무는 당연히 승계되는 것"으로 보았다[29].

나. 다수설에 대한 비판적 검토

기업변동시 단체협약의 운명은 다수설이 취하는 바와 같이 당연히 승계되는 것으로 간단히 해결할 수 있는 문제는 아니다. 그 이유로는, 첫째 단체협약이 비록 계약의 형태를 띠고 있지만, 실질적인 의미에서는 근로계약관계의 외부에서 근로관계의 내용을 형성해 주는 일종의 법규범(Rechtsnorm)적 성질을 갖고 있기 때문이다. 합병의 효과로 승계대상으로 되는 것은 이와 같은 법규범으로서의 단체협약이 아니라, 구체적으로 형성되어 있는 개별적 근로관계이다. 단체협약이라는 외적 규율의 적용을 받고 있던 근로관계가 이전된다고 하여 외부적 규범인 단체협약마저 함께 이전되는 것은 아니다. 둘째, 승계라 함은 다른 제3자가 기존의 법적 주체의 지위를 이어받는 것을 의미한다(Übergang einer Rechtsstellung auf einen Dritten). 그러므로 합병의 효과로 인정되는 포괄적 승계는 합병회사가 기존의 소멸회사

---

27) 이 밖에도 대판 1989.5.23, 88누4508에서는 "영업양도의 경우에 있어서 특별한 사정이 없는 한, 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것으로 보아야 한다"고 판시 하였는데, 이 역시 큰 틀에서는 위의 판례와 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다.

28) 서울남부지판 1998.11.24, 98가단28156.

29) 동 판례에 대해서는 수긍할 수 없는 비판의 여지를 많이 안고 있는데, 이에 대해서는 박종희, "영업양도와 집단적 노사관계", 『노동법률』(1999/2), 14면 참고.

가 지니던 법적 지위에 들어서게 됨을 의미하는 것이다. 이때 승계대상이 되는 법적 지위에는 사법상의 지위뿐만 아니라 공법상의 지위마저 포함된다[30]. 그러므로 이와 같은 포괄적 승계 관점에서 합병회사는 소멸회사가 지니던 '단체협약 체결 당사자의 지위'를 승계할 뿐이다. 셋째, 승계의 의미를 이와 같이 판단한다면 합병의 효과로서 단체협약이 계속 유효하기 위해서는 우선 협약체결 당사자가 존재해야 한다. 그러나 합병의 효과로 이 조건이 항시 구비된다고는 할 수 없다. 왜냐하면 합병의 효과는 사용자측의 당사자의 지위를 이을 받을 자가 정해질 뿐, 노동조합측의 당사자에 대한 지위까지 합병의 효과로서 확정되어지는 것은 아니기 때문이다. 이러한 점은 분할의 경우 더욱 뚜렷하게 드러난다. 분할의 경우도 합병과 같은 (부분적) 권리·의무의 포괄적 승계가 인정되므로, 합병의 경우와 달리 구성할 바가 아니다(상법 제530조의 10)[31]. 따라서 완전분할의 경우 피분할회사에 설립되어 있던 노동조합의 지위는 분할의 효과로 자동적으로 그 지위가 변화되는 것은 아니다. 분할의 효과는 어디까지나 회사에 대해서만 발생할 뿐이다. 노동조합이 회사의 부속물이나 사업의 일부분이 아닌 한, 합병 또는 분할의 효과로 노동조합의 자격까지 변화시킬 수는 없다. 따라서 단체협약의 존속 문제는 포괄적 승계 효과 이외의 다른 요건을 갖추는 경우에만 비로소 인정될 수 있을 뿐이다.

이런 점을 종합한다면, 포괄승계의 효과로 단체협약의 승계라는 효과가 당연히 나타나는 것은 아니다. 단지 사용자측의 단체협약 체결 당사자의 지위가 합병회사로 승계될 뿐이다.

다. 단체협약의 효력존속 판단을 위한 새로운 기준

기업변동시 단체협약의 운명에 관해 문제가 생기는 것은 단체협약이 기

30) 대판 1980.3.25, 77누265.

31) 물론 분할의 경우 합병처럼 법인격이 합일되는 것이 아니므로, 특히 채무의 승계 부분에 있어서는 합병과는 달리 구성되는 부분도 있다(상법 제530조의 9 제1항). 그러나 이러한 분할의 특징은 노동법적인 판단에서는 적용되지 않는 것으로 판단된다. 왜냐하면 승계되는 근로자와의 근로관계에 관한 판단만이 문제로 되기 때문이다.

업별로 체결되어 있는 상태에서 기업변동으로 말미암아 일방당사자의 법적 지위에 변동이 생기기 때문이다[32]. 그러므로 기업변동 이후에도 단체협약의 효력이 계속 존속하게 되느냐는, 다음 세가지 관점에서의 종합적인 검토가 이루어져야 한다. 먼저, ①정당한 협약당사자가 존재하느냐가 우선적으로 검토되어야 한다. 그런 연후에 ②협약의 구속력이 인정되느냐의 여부가 또한 검토되어야 한다. 마지막으로 ③협약자치의 계속성을 인정할 수 있는 노사관계의 사실적 토대가 계속 유지되고 있느냐의 문제가 검토되어야 한다. 이상의 세 가지 조건을 모두 충족시키는 경우에는 단체협약이 변동 후에도 계속적으로 효력을 가질 수 있다.

1) 단체협약 당사자

단체협약이 유효하게 존속하기 위해서는 무엇보다도 협약의 당사자가 존재해야 한다. 이는 단체협약의 법규범성을 차치하고라도 계약의 형식을 통해 성립하는 형식적 측면에서 당연히 요청되는 바이다. 이때의 협약당사자는 체결 당시의 당사자가 그대로 유지되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 기업변동에 따라 협약당사자의 법적 지위가 승계하는 자도 이에 해당하게 된다. 그러므로 합병과 분할의 경우, 존속 내지 신설하는 회사 내지 수혜회사는 소멸 또는 피분할회사의 권리·의무를 (부분적) 포괄승계 하므로, 협약체결 당사자로서의 법적 지위 또한 승계하는 것으로 볼 수 있다.

영업양도의 경우에는 근로관계는 원칙적으로 승계되어 양수인이 양도인의 지위를 이어받게 된다. 이는 개별승계를 기본내용으로 하는 상법적인 판단과는 구별하여, 노동법적 사안의 해결을 위하여 판례가 새로이 형성한 것

32) 기업변동에도 불구하고 협약당사자에 변동이 생기지 않고 또한 협약구속력에 계속 포섭되는 경우라면, 단체협약의 효력변동에 관하여 논의할 필요없이 협약은 계속 유효하게 된다. 예컨대 의료보건노동조합이 이와 상응하는 병원단체(실제로는 존재하지 않지만)가 단체협약을 체결한 이후에 동 단체에 속하는 두 개의 병원이 합병하더라도 단체협약 체결당사자에 변동이 발생한 것은 아니며, 또한 합병의 결과로 노사의 어느 한 쪽이 협약의 구속력범위에서 벗어난 것도 아니기 때문에, 기존의 의료보건노조와 병원단체가 체결했던 단체협약은 합병 후의 병원에 대해서 계속적으로 유효하게 적용되는 것이다.

으로 이해할 수 있다. 그러므로 원칙적인 승계, 해고의 정당한 이유를 충족하는 경우 특약에 의한 배제 인정, 근로자의 근로관계 이전에 대한 거부권의 행사가능 등은 영업양도 이외의 합병 경우에 적용되어도 무방하다[33]. 그러므로 상법상의 관점에서는 영업양도와 분할이 구분되는 제도이지마는, 노동법적인 관점에서는 근로관계 승계의 관점에서는 동일한 의미로 다루어도 무방할 것이다. 다만, 영업양도가 합병 등의 경우와 다른 점은 양도인의 단체협약 체결 당사자의 지위를 양수인이 당연히 승계받을 수 있는 법적 근거가 결여되어 있다는 점이다. 그러므로 현행법하에서는 양도인과 양수인 사이의 단체협약 당사자의 지위의 이전에 관한 합의가 없는 한, 단체협약 체결당사자로서의 지위에 대한 승계를 인정할 여지가 없다. 설사 노동조합이 영업양도 후 양수인의 사업장마저 자신의 조직대상에 포함시켜 양수인에 대한 정당한 협약당사자의 지위를 갖추었다 하더라도, 아직 양자 사이에는 협약관계가 성립하지 않으므로, 근로자에게 적용되던 단체협약은 더 이상 적용될 수 없는 것으로 판단된다[34].

회사 분할의 경우 실질적인 면에서는 영업양도와 동일한 결과를 초래한다 하더라도, 법률의 규정(상법 제530조의 10)에 따라 합병에서와 동일한 법적 효과를 가져오므로[35], 합병의 경우처럼 판단하여야 할 것이다. 완전분할의 경우에는 수혜회사 모두가 피분할회사의 협약당사자의 지위를 부분적·포괄적으로 승계한 것으로 볼 수 있다.

이상은 사용자측의 협약당사자라는 법적 지위에 관한 고찰인 바, 이러한 검토는 타방 당사자인 노동조합측에서 대해서도 마찬가지로 행해져야 한다. 노동조합은 기업과는 독립한 법적 주체로서 자신의 조합원에 적용될 단체협

33) 다만, 후 2자는 합병의 경우에는 적용될 실익이 없다는 것뿐이다.

34) 그러나 이는 양수인과의 관계에서 파악한 것이고, 양도인과 기존의 노동조합의 관계는 다른 특별한 사정이 없는 한, 계속 지속되는 것으로 보아야 한다. 다만, 영업양도가 사용자의 사업전체에 걸쳐 이루어져 영업양도 이후 사실상 폐업하는 경우에는, 단체협약이 계속 적용되는 것으로 보아야 할 실익이 전혀 없게 된다.

35) 정동윤, 『회사법』, 1999, 851면; 이기수, 『상법학』(상), 1999, 429면; 정찬형, 『상법강의』(상), 1999, 472면.

약을 체결할 능력을 지닌다(노조및조정법 제33조 제1항). 이때 노동조합의 협약체결능력의 구체적 범위는 일차적으로 규약에서 정하는 바에 따라, 이차적으로는 실제 조합원으로 조직하고 있는 근로자에 따라 결정된다. 그러므로 기업변동으로 조합원의 신분이 변화하여 조합원자격이 상실되는 경우가 발생함에도 불구하고 변화되는 부분을 포섭하지 않는다면, 단체협약이 계속 존속할 수 있는 유효한 조건을 상실하게 된다. 예컨대, 불완전분할의 경우에 분할 후 피분할회사에 조직되어 있는 노동조합이 신설되는 회사로 이전된 근로자를 자신의 조합원으로 계속 유지하기 위하여 규약을 변경하지 않는다면, 당해 노동조합은 이전된 근로자에 대해서는 더 이상 정당한 노동조합의 지위를 보유할 수 없게 된다. 이 경우 이전된 근로자에 대해서는 기존의 단체협약이 더 이상 적용될 수 없다.

2) 단체협약의 구속력의 범위

기업변동 후 협약당사자의 변동은 없다 하더라도 단체협약의 구속력의 범위에서 벗어남으로서 협약의 계속 적용여부가 문제될 수 있다. 그러나 이러한 경우는 초기업별 단위에서 단체협약이 체결되는 경우에 비로소 발생되는 문제이며[36], 기업별 단위에서 단체협약이 체결되는 경우에는 이러한 문제가 발생될 여지가 없다. 왜냐하면 기업변동의 결과 단체협약의 구속력의 범위에서 벗어나는 경우란 곧 협약체결당사자의 지위를 벗어나거나 조합원 신분의 상실을 뜻하는 것이므로, 이미 단체협약 당사자의 존속에 관한 판단 과정에서 걸러지게 되기 때문이다.

3) 협약기초의 동일성 유지

단체협약은 협약자치의 핵심수단으로 집단적 자치(kollektive Autonomie)의 결정체이다. 집단적 자치도 궁극적으로는 자기결정(Selbstbestimmung)을 통한 자기지배(Selbstherrlichkeit)인 사적 자치의 한 형태라고 말할 수 있다.

---

36) 예컨대 산별 노동조합과 사용자단체가 체결한 단체협약의 적용을 받던 사용자가 동 사용자 단체의 구성원이 아닌 다른 회사에 흡수합병 되는 경우가 이에 해당한다.

그러므로 노사 당사자가 각자의 판단과 책임 하에 근로조건을 집단적으로 규율하는 데에 그 정당성의 기초를 두는 것이다. 그러나 근로조건을 결정하는 단체협약의 성립에는 노사 상호간의 합의 이외에도, 이들이 처해있는 구체적인 협약체결환경 또한 중요한 사실적 기초를 이룬다. 즉, 근로조건의 구체적인 결정이 초기업적으로 결정되면 될수록 개별 사업장의 특수성은 고려될 여지가 적고, 보다 객관화한 내용을 갖추게 되지만, 교섭단위가 기업 또는 그 이하의 단위로 내려갈수록 구체적인 사업환경과 밀접한 관련성을 지니게 된다. 이는 우리 나라의 단체협약의 대부분이 근로조건뿐만 아니라 사업장 단위의 질서를 함께 포함하고 있는 점에서도 잘 드러나고 있다. 따라서 기업별 (또는 사업장별) 단체협약에 있어서 사업장 조직의 변화는 협약기초의 중대한 변화를 의미하게 된다. 이런 점에서 기업변동 이후 기존의 단체협약이 계속 적용될 수 있는 사실적 기초가 갖추어지지 않는 경우, 예컨대 합병 이후 사업조직이 통·폐합됨으로써 기존의 사업조직이 동일성을 유지하지 못한다면, 비록 단체협약당사자가 존재한다 하더라도 당연히 협약이 계속 적용될 수 없다[37]. 이와 반대로 합병 이후에도 기존의 사업장 단위가 그대로 유지되는 경우에는 각각의 사업장 단위에 형성·적용되고 있는 단체협약이 계속 효력을 가질 수 있는 조건을 갖추고 있는 것으로 봄이 타당하다.

4) 단체협약의 자동적용 여부

위에서 제시한 제 조건을 갖춘 기업변동의 경우에는 단체협약이 계속 효력을 가질 수 있다. 그러면 이러한 조건을 갖춘 단체협약은 다른 절차를 필요함이 없이 당연히 효력을 가지게 되는가? 이 문제는 긍정하는 것이 타당하다고 본다. 엄밀하게 본다면 기업변동으로 일방 당사자인 사용자측에 변

37) 단체협약에 대한 이러한 판단은, 독일에서 논의되는 기업변동시 경영협정(Betriebsvereinbarung)의 승계문제와 유사한 구도를 띠게 된다. 독일에서는 경영협정이 사업장 단위의 질서 내지 공통의 근로조건 실행과 관련된 사항을 담고 있는 까닭에 변동 이후에도 사업의 동일성이 유지되는 한에 있어서 기존의 경영협정이 계속 적용되는 것으로 보고 있다(MünchHandbArbR/Wank, Rn. 188ff. zu § 121 m.w.N.).

동이 발생한 것이므로, 타방 당사자인 노동조합에게 협약의 구속력에서 벗어날 수 있는 법적 가능성을 부여한다거나, 아니면 협약의 계속적 구속을 노동조합이 희망하는 경우에만 유효한 것으로 법이론을 구성할 수도 있을 것이다.

그러나 기업변동 이후 사업조직의 동일성이 유지되는 한, 기존의 단체협약에 근로자가 계속 구속되는 것이 불합리한 것으로 판단되지 않는다. 이는 승계시점에 형성되어 있던 근로조건의 내용이 이전되고, 이전 후에도 사업의 동일성이 유지되기 때문에 새로운 사용자에게도 동일하게 판단하여도 무방하다. 노동조합의 입장에서도 이미 그 조건으로 스스로를 구속한 것이므로 이를 효력기간까지 강제하더라도 부당한 것으로 보여지지 않는다. 새로운 사용자 스스로도 기업변동 당시에 형성되어 있던 근로조건의 내용대로 이전받는 것을 의욕했기 때문에 기존 단체협약의 내용에 구속받는 것을 인정하더라도 부당한 것으로 보여지지 않는다.

그러므로 단체협약의 효력이 계속 유지되어도 좋을 제 조건들이 구비된 경우에는 기존의 유효기간동안 양 당사자를 계속 구속하는 것이 당사자에게 불합리하지 않을 뿐더러, 질서 기능의 측면에서 볼 때 보다 안정적인 효과를 기대할 수 있을 것이다. 그러므로 노동조합과 새로운 사용자는 이에 구속된다고 보아야 할 것이다.

3. 기업변동시 취업규칙의 효력

가. 학설과 판례의 입장

기업의 변동시에 취업규칙의 규율을 받던 근로조건은 어떻게 되느냐의 문제는 취업규칙의 법적 성격에 대한 입장의 차이에 따라 다르게 나타난다. 먼저 취업규칙을 계약설의 입장에서 이해하는 견해[38]에 의하면, 취업규칙에서 정하고 있는 근로조건의 내용은 곧 개별 근로자의 근로계약의 내용이기 때문에, 기업변동시 취업규칙 그 자체가 자동적으로 승계되는 것이라기 보

38) 김형배, 「노동법」 (제10판), 199면 이하 참고.

다는 승계되는 근로계약의 내용으로써 취업규칙이 계속 효력을 유지하는 것으로 본다[39]. 이에 반하여 취업규칙의 성질을 법규범설에서 파악하는 견해에 의하면, 법이론적으로 규범 자체의 이전은 있을 수 없다[40]는 전제하에서, 취업규칙의 자동적 효력을 인정하느냐의 여부에 따라 견해가 나뉘어진다. 취업규칙의 효력에 자동적 효력을 인정하는 견해[41]에 의하면 취업규칙의 내용이 이미 근로조건의 구체적 내용으로 화체되었기 때문에, 근로관계 승계시 그 계약의 내용으로 이전되어 양수인이 이행의무를 지게 되는 것으로 판단한다. 이에 반하여 자동적 효력을 부인하는 견해[42]에 의하면 근로관계의 이전 시점에 적용을 받던 기존의 취업규칙으로부터 근로관계가 분리되어 이전하고, 이전 후에는 합병회사(또는 양수인)에 적용되던 취업규칙의 기준에 따라 적용·보충되는 것으로 이해하고 있다.

판례는 취업규칙의 법적 성질을 법규범설의 입장에서 파악하고 있으면서, 기업변동시 취업규칙에 대해서는 별 다른 근거를 제시함이 없이 취업규칙에 따른 근로조건의 이전을 인정하고 있다. 그리하여 "근로관계 승계후의 퇴직금 규정이 승계전의 퇴직금규정보다 근로자에게 불리하다면 근기법 제95조 제1항(현행법 제97조 제1항) 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없다"[43]고 하거나, "합병 당시 취업규칙의 개정을 … 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 … 하는 새로운 합의가 없는 한, … 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것"[44]으로 보아야 한

39) 김형배, 『근로기준법』, 193면 이하; 하경효, "기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 188면.
40) 하경효, "기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 179면 이하 참고.
41) 김형배, 『노동법』, 592면; 임종률, 『노동법』, 151면; 이병태, 『노동법』, 254면.
42) 박상필, 『한국노동법』, 1991, 477면; 김유성, 『노동법』 II, 205면; 박홍규, 『노동법론』, 1995, 1009면 참고.
43) 대판 1997.12.26, 97다17575; 동, 1995.12.26, 95다41659; 동, 1994.3.8, 93다1589; 동, 1994.8.26, 93다58714.
44) 대판 1994.3.8, 93다1589.

다고 하면서, 종전의 단수제의 적용을 받던 근로자가 합병 후 누진제를 적용하는 회사에 계속적으로 근무하더라도 퇴직시에는 단수제가 적용된 퇴직금으로 산정되어야 하는 것으로 보았다.

나. 취업규칙의 승계에 관한 판단

취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성·변경하는 것으로 그 자체에 법규범성이 인정될 수 있는 이론적 논거는 없다. 그러므로 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙이 근로자의 구체적인 근로관계에 적용되기 위해서는 어떠한 형태로든지 간에 근로자측의 동의를 갖추어야 비로소 효력을 갖게 되는 것이다. 이런 입장에서 취업규칙을 보통거래약관의 일종으로, 그리고 입사시에 근로조건의 세부적인 사항에 대해서는 취업규칙의 정함에 의하겠다는 사실인 관습설의 입장(민법 제106조 참조)에서 구성·이해하는 것이 타당하다[45].

다. 기업변동시 취업규칙의 효력

취업규칙의 본질을 이와 같은 계약설의 입장에서 이해하여야 한다면, 근로자의 동의를 얻은 취업규칙은 곧 근로자의 근로계약의 내용을 구성한다. 따라서 합병 또는 영업양도시 근로관계가 승계될 경우, 취업규칙에서 정하는 바에 따라 형성되어 있는 근로조건 그 자체가 근로계약의 내용으로 이전하므로, 기업변동의 결과 취업규칙 자체가 승계의 대상이 되는 것처럼 볼 수 없다.

그러나 위와 같은 판단은 근로조건의 내용을 직접적으로 형성하는 사항에 대해서만 타당하다. 즉, 취업규칙 내에는 직접적인 근로조건을 정하고 있는 부분 이외에도 사업장의 공동질서의 관점에서 규정된 부분도 있다. 일정 구역내에서의 금연, 상벌에 관한 사항, 복무에 관한 사항, 휴직의 절차

---

45) 김형배, 『노동법』, 199면 이하; 하경효, "기업의 구조조정과 단체협약, 노사협정 및 취업규칙의 효력", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 181면 이하, 187면 이하 참조.

및 종류에 관한 사항, 교육훈련 등에 관한 사항, 그리고 안전과 위생에 관한 사항 등과 같은 것[46]은 오히려 전체 사업장에 걸쳐 통일적으로 규율되어야 하는 공통의 질서내용이다. 그러므로 이러한 질서내용은 근로관계 이전 당시 형성되어 있던 근로조건의 내용으로 이해하여 승계되는 것으로 파악하기보다는, 기업변동 이후의 사업장에서 새롭게 통일적으로 규율되는 것이 필요하고, 그러한 관점에서 근로조건의 내용을 이루는 부분과는 분리하여 고찰하는 것이 바람직하다. 이와 같이 사업장의 질서내용이 기업변동 이후 단일한 내용으로 규율되는 것이 바람직하다면, 그 한도 내에서 손쉬운 변경이 가능해야 할 것이다. 그리고 사업장 질서에 관한 사항을 통일된 내용으로 변경하는 것이 근로조건의 불이익한 변경에 해당되지 않는 것으로 본다면, 근로자 과반수의 의견청취로도 그 변경이 가능하게 된다. 따라서 사업장 질서 사항과 관련해서는, 합병회사의 사업장에 흡수되거나 인수되는 근로자는, 합병회사 또는 양수인의 사업장에 새로이 편입(취업)한 근로자와 같은 지위에 서게 되므로, 합병회사 사업장의 취업규칙중 사업장의 질서내용에 관한 부분의 적용을 받는 것으로 보면 될 것이다. 그리고 취업규칙을 근로조건에 관한 부분과 그 이외 사업장 질서에 관한 부분으로 구별하는 것은 이론적으로 가능하지만, 실제 적용관계에서는 구별하기가 어려운 경우가 많다. 이와 같은 이분법의 적용력은 현재 낮다 하더라도 앞으로 우리 나라 노동법 전체체계의 발전방향과 관련해서는 반드시 필요한 접근방식으로 사료된다.

요컨대 취업규칙의 효력을 계약설의 입장에서 파악하더라도 이는 근로조건과 직접적인 관련성을 지니는 부분에 한하여 적용가능한 것으로 이해하여야 하며, 기타 사업장의 질서유지에 관한 부분에 대해서는 기업변동 후 사업장의 동일성이 유지되는 것을 조건으로 계속 적용되는 것으로 볼 수 있다.

---

46) 근기법 제96조 제1호, 제4호, 제6호, 제7호, 제8호, 제10호 및 제11호 참고.

4. 소결 - 승계되는 근로관계의 내용 -

기업변동시 근로관계의 승계가 인정될 경우에 승계되는 근로관계의 내용은, 승계시점 당시에 형성되어 있던 근로자의 근로조건의 내용을 중심으로 이전되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 근로조건의 내용이 그대로 이전된다 하여 여기에서 곧 바로 단체협약의 승계 내지 취업규칙의 승계가 바로 도출되는 것은 아니다. 단체협약이 계속 효력을 가지는 경우는 별도의 조건을 갖추는 경우에 한하여 인정될 뿐이다. 그러므로 기업변동이 일어났다 하더라도 변동전후를 비교해서 사업장 단위의 조직 내지 기능에 아무런 변화가 없다면 그들 사업장에 적용되던 단체협약은 그대로 유지될 것이나, 그렇지 아니하고 근로조건을 결정하는 사업장의 조직체계가 변화된 경우에는 협약의 구속력이 지속되지 않는다. 그러므로 후자의 경우 근로관계의 승계는 승계시점의 근로관계 내용의 이전을 의미한다 하더라도, 이는 단체협약의 직률적(unabdingbar) 효력에 의하여 구속되지 않는 근로관계의 내용일 뿐이므로, 근로계약 당사자들의 합의에 의해 변경될 수 있다.

Ⅳ. 기업변동과 노동조합

기업변동은 회사의 조직에 변화를 초래하는 것으로서 노동조합과는 직접적인 관련성이 없다. 그러나 기업변동으로 말미암아 단체협약의 체결당사자인 기업 자체가 소멸하는 경우, 또는 기업변동으로 말미암아 소속 조합원의 신분에 변동이 발생하고, 이에 따라 노동조합의 조직에 영향을 미치게 되는 경우 등 노동조합의 존립과 기능에 영향을 미치는 경우도 있다. 이는 우리나라의 노동조합이 기업별 단위로 조직되어 있기 때문에 발생하는 현상이다.

기업변동시 발생되는 노동조합의 지위에 관한 문제는 다음의 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 즉, ①기업변동 후 양도하는 기업에 설립되어 있던

노동조합의 지위가 어떻게 되느냐, ②(분할)합병 이후 존속하는 회사에 두 개 이상의 노동조합이 존재하게 되는 경우 이를 복수노조 설립금지규정과 어떻게 이해하여야 할 것인가, 그리고 ③복수노조가 병존하는 경우에 근로조건의 단일화를 위한 방안으로서 강구될 수 있는 교섭창구의 단일화 및 다른 이론적인 측면은 어떻게 이해될 있는가의 문제로 나누어 볼 수 있다.

1. 기업변동시 노동조합의 지위

기업변동시 노동조합의 지위와 관련해서 기존의 학설은 대부분 변동된 기업으로 노동조합이 이전되는 것으로 파악하고 있다. 즉, 합병의 경우뿐만 아니라 영업양도의 경우에도 사업의 양도와 더불어 노동조합도 함께 이전되는 것으로 보고 있다[47]. 기업변동의 사실적 결과의 측면에 비추어 본다면 위 견해를 이해할 수 있으나, 논리구성의 측면에서는 찬동할 수 없다. 왜냐하면 노동조합은 기업의 일부 조직이거나 부속물이 아닌 독립한 법적 조직체이므로, 노동조합의 설립과 소멸은 기업의 설립 및 소멸과 관계없이 독자적으로 판단되어져야 할 문제이기 때문이다. 기업의 변동은 노동조합 조직의 사실적 기초에 변동을 초래할지언정, 기업변동의 직접적인 법률효과로써 노동조합의 존립 자체가 변경되는 것은 아니다. 따라서 기업변동으로 노동조합이 양도인에게서 양수인으로 이전된다거나 또는 다른 제3자에게 이전된다는 것은 개념적으로 성립할 수 없다.

그러나 법이론적으로 볼 때, 비록 노동조합이 기업 또는 영업의 변동과 직접적인 관련성을 가짐이 없이 계속 존속한다 하더라도, 조합원의 신분변동으로 인하여 노동조합의 존립기초에 중대한 변화가 초래될 가능성이 있다. 예컨대 영업양도 내지 합병으로 근로자들의 종업원신분에 변동이 초래하게 되는 경우(양도인의 종업원에서 양수인의 종업원, 또는 소멸하는 회사

47) 김유성, 『노동법』 II, 202면; 임종률, 『노동법』, 408면 이하, 468면 이하; 현천욱, "M&A와 노동문제", 『인권과 정의』(제252호), 44면; 이상덕, "영업양도와 고용승계", 『노동법학』(제7호), 1997, 256면; 김홍준, "기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고", 『노동법연구』(제4호), 32면; 강희원, 『노동법』, 510면.

의 종업원에서 존속하는 회사의 종업원)에 노동조합이 조합원의 자격범위에 관한 규약을 정비하여 조합원의 신분변동에도 불구하고 조합원 자격을 계속 유지할 수 있도록 하는 일련의 대응조치를 강구하지 않는 한, 사단법적인 견지에서 종업원의 신분변동은 조합원의 자격을 상실케 하는 효과가 초래될 수 있다[48]. 그러므로 합병 이후 소멸하는 회사에 조직되어 있던 노동조합이 조직범위를 소멸하는 회사의 종업원으로 한정하고 있었다면, 합병과 더불어 소멸하는 회사의 종업원 신분이 없어지고 존속하는 회사의 종업원 신분을 취득하게 되므로, 조합원이 없는 노동조합이 된다. 그러므로 노동조합은 기업변동과는 무관하지만 그 파급효과로써 조합원의 자격변동을 대비한 대응방안(규약상 조합원자격 규정의 개정)을 강구하지 않는 경우에는 조합원의 상실이라는 결과를 맞이할 수 있다.

2. 기업변동시 복수노조의 문제

합병에 대비하여 소멸하는 회사에 조직되어 있던 노동조합이 규약을 변경하여 합병후에도 계속 존속하는 경우, 존속하는 회사의 종업원을 조직대상으로 하는 다른 노동조합이 이미 조직되어 있다면 두 개의 노동조합이 병존하는 결과가 되는데, 이것이 현행법상 용인될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 왜냐하면 현행 노조및조정법 부칙 제3조에는 사업장 단위에서의 복수노조의 설립은 2001년까지 금지되어 있기 때문이다.

---

48) 사단법리에 의하면, 사단은 정관에 사원의 자격(Qualifikation der Mitgliedschaft; Mitgliedschaftsfähigkeit)에 대한 규정을 두게 되며, 이때 그 자격을 특별히 제한하는 규정을 둘 수 있다. 이때 예정된 사원의 자격을 상실하는 경우 그것이 사원관계의 종료사유에 해당하는가에 대해서는, 그와 같은 조건이 사원의 지위를 구성하는 데에 지속적이며 결정적인 요인으로 작용하는 가에 따라 판단하여야 한다(Soergel/Hadding, Rn. 14 zu §38 BGB). 만약 그 자격이 사원의 본질적인 요소를 정하고 있는 경우라면, 별도의 절차 없이 자격요건의 상실로 사원관계는 즉시 종료하는 것으로 보아야 한다. 이런 점에서 조합원의 자격에 결부된 종업원 신분의 상실은 조합관계의 즉시 종료사유로 볼 수 있다(자세한 것은 박종희, "기업변동에 따른 노동조합의 지위 및 단체교섭 당사자적격에 관한 고찰", 『기업의 구조조정과 노동법적 과제』, 1998, 205면 이하 참고).

여기서 기업변동의 결과로 두 개 이상의 노조가 병존하게 되는 경우를 나누어 볼 수 있다. 그 중 하나는 합병 등의 결과로 두 개 이상의 노동조합이 병존하더라도 서로의 조직대상이 중첩되지 아니하는 경우에는 복수노조의 문제가 발생되지 않는다[49]. 이는 구 노조법 하에서도 판례에 의하여 인정되어 오던 바이다[50]. 이때 조직대상이 중복되지 아니하는 경우라 함은 기업변동 이후에도 노동조합이 조직대상으로 삼았던 사업단위가 변화없이 그대로 유지되는 경우를 의미한다(그림 1 참조).

이에 반해 합병 이후 사업조직이 통합되어 기존의 사업단위의 형태가 유지되지 못하고, 결과적으로 조직대상이 중첩되는 결과를 초래하는 경우에는 복수노조의 병존에 해당하게 된다(그림 2 참조). 그러므로 이를 부칙 제5조에 반하는 것으로 보아 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것인가? 이에 대해서는 입법목적에 따라 판단되어져야 한다[51].

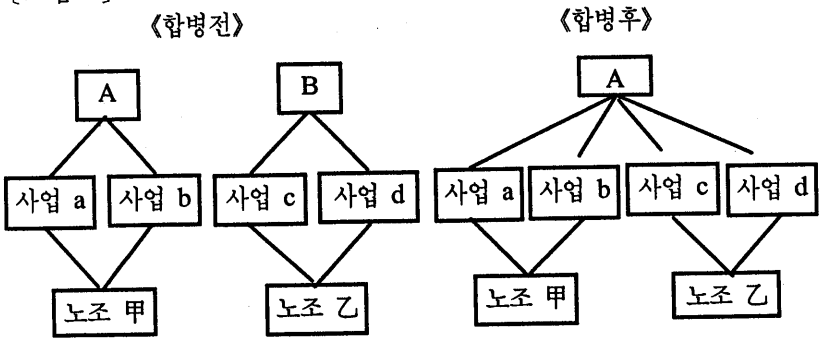
---

49) 노조및조정법 부칙 제5조에서 금지하고 있는 복수노조가 어떤 경우를 의미하는지에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 동 부칙의 규정은 구 노동조합법 제3조 단서 5호에서 규정하였던 노동조합의 소극적 요건으로서 복수노조 설립금지를 규정을 이어받은 것으로 볼 수 있으므로, 복수노조의 의미도 구 노조법 제3조 단서 5호의 규정의 내용으로 동일하게 이해할 수 있다. 이에 의하면 복수노조의 요건은 기존 노조의 조직대상과 같이 하거나 기존 노조의 정상적인 운영을 저해할 목적으로 설립하는 경우를 요건으로 하였다.

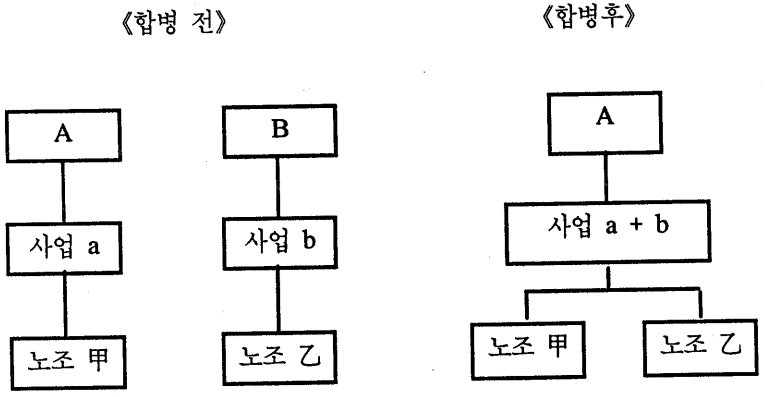
50) 대판 1995.10.13, 94다34944; 서울고판 1989.1.19, 88구7851. 초기업단위에 있어서 복수노조의 판단과 관련한 판례로는, 대판 1993.5.25,92누14007; 수원지판 1999.5.13, 98구1437.

51) 문언의 형식논리로는 부칙 제5조 제1항에서 금지하는 것은 복수노조를 '설립'하는 경우이므로, 기업변동 결과 직면하게 되는 복수노조는 '설립'에 해당하지 않으므로 부칙 제5조에 저촉되는 것이 아니라는 해석도 있을 수 있다. 그러나 이러한 해석은 지나치게 형식적이다. 복수노조 설립금지의 취지는 어떤 과정으로든 간에 복수노조가 병존하게 됨으로 말미암아 발생하게 되는 노사관계의 불안정성을 예방하기 위한 데에 있으므로, '설립'은 단지 예시적인 의미로 보아야 한다. 그러므로 설립뿐만 아니라 기업변동에 의한 복수노조의 병존의 경우도 동조의 금지대상에 해당되는 것으로 보아야 한다.

[그림 1]



[그림 2]



복수노조를 금지했던 근본취지는 하나의 사업장에 두 개 이상의 노조가 병존함에 따라 발생하게 되는 노사관계의 불안정성(노노분쟁 또는 두 개의 근로조건의 병존에 따른 불합리성 등)을 방지하기 위함에 있었다. 그러나 기업변동으로 말미암은 복수노조의 병존은 노동조합 스스로의 의도에 따른 결과가 아니라, 순전히 기업주의 경영결정에 의하여 초래된 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 노조의 의지에 의한 경우와 동일하게 판단한다는 것은 바람직하지 않다. 나아가 현행법의 개정시 입법기조를 복수노조 "금지에서 허용"으로 전환하였음을 고려하여야 한다. 즉, 초기업단위 노동조합의 경우에는 개정과 더불어 복수노조를 즉시 허용하되, 기업단위의 경우에는 교섭창

구 단일화 방안의 강구를 조건으로 2002년부터 인정되는 것으로 규정하였다. 이는 사업장 단위에서의 노사관계 안정화를 추구하는 입법기조를, 노조설립의 제한에서 단체교섭의 합리적인 제한으로 전환하였음을 의미하는 것이다. 그러므로 2002년이 되기 이전에 기업변동으로 복수노조가 병존하게 되는 경우는 불가피한 경우로 인정하되, 단체교섭의 합리적인 제한이라는 전환된 입법기조에 따라 최소한도의 교섭제한을 부가하는 방식으로 문제를 해결하는 것이 바람직하다[52].

Ⅴ. 앞으로의 과제

오늘날의 경제환경은 기업의 동적인 변화를 필요로 하며, 새로운 기업변동의 모습을 끊임없이 만들어 내고 있다. 이 경우 새로운 기업변동에 관한 법적 규율은 상사법 및 경제관련법에서 다루어진다. 노동법적인 문제는 기업변동에 직접적인 원인으로 작용하지는 않지만, 기업변동과 관련해서는 항상 상법의 후속적인 관계에 위치하고 있으며, 현행 실정법 개정과정에서도 기업변동에 관한 사항은 상법적 관점에서만 논의되고 노동법적인 관점은 병행하여 논의되지 못했다. 그런 과정에서 기업변동에 관한 노동법적 현안은 입법규정을 통하여 해결할 수 있는 상태에 있지 않고, 또한 판례도 부족한 상태에서 해석론만으로 해결하여야 하는 어려운 상황에 부닥혀 있다. 그러나 해석론만으로는 합리적인 해결방안을 충분히 도출해 내기에는 한계가 있다. 예컨대, 상법적으로는 영업양도와 회사의 분할이 엄연히 구별되는 제도이기는 하지만, 노동법적인 견지에서는 기업주의 변경과 그에 따른 근로관계의 원칙적인 승계 등을 통하여 서로 구별되어야 하는 특별한 요소가 없다. 따라서 양자를 노동법적으로 다룸에 있어서는 동일하게 다루는 것이 본

52) 이때의 교섭의 합리적 제한에 대해서는 사용자는 공동교섭을 이유로 어느 한 노조의 단체교섭을 거부할 수 있는 것으로 보고, 이 경우 사용자의 거부행위는 부당노동행위에 해당하지 않는 것으로 보는 것이다(조합 01254-239, '99.4.1 참조).

질에 더욱 부합하는 것임에도 불구하고, 명문의 규정이 없는 상황에서 영업양도에 따른 노동법적인 효과(단체협약의 효력 존속관계)를 분할의 경우와 어쩔 수 없이 구별할 수밖에 없는 불합리한 결과가 초래되고 있다. 이러한 점은 적극적 입법론의 도입을 통해 해결하여야 할 점이다.

이와 더불어 우리 나라 대부분의 노동조합이 기업별 형태로 조직되어 있다는 점 또한 이론적 검토에서 간과될 수 없는 중요한 요인를 이룬다. 그러나 노동조합이 기업별 조직형태를 오래 유지하고 있다는 관행이 하나의 법적 사실로 작용하는 것은 아니다. 오히려 한때 기업별 조직유형으로 강제했던 과거의 입법적 경험은 집단적 노사관계법리에 대한 판단을 경직되게 만드는 부작용을 초래해, 기업별 조직유형을 뛰어 넘은 노동조합 법리 및 집단적 자치에 대한 폭 넓은 이해를 충분히 소화하지 못하고 있는 실정이다. 이런 점에서 기업별 노동조합을 중심으로 하는 기업별 단위의 협약자치가 법적 판단에 있어서는 고려해야 할 중요한 사실적 기초이지만, 그 자체가 하나의 법적 명제 내지 판단기준으로 작용되어서는 아니 된다.

이런 점에 비추어 차제에 기업변동과 상응한 합리적인 해결을 도모하기 위해서는 입법적인 정비도 필요하며, 이 경우에는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 즉, 기업변동에 따른 노동법적 문제는 자유로운 기업행위의 보장과 근로자의 이익보호라는 두 가지 상반된 이해관계에서 제기되는 문제이다. 이때에 상반된 두 개의 이해관계를 더 이상 상호 대립되는 선상으로만 판단할 수는 없다. 오늘날 기업의 관념은 노사의 공동의 생존터전의 관점에서 이해하는 적극적 인식의 전환이 필요하다. 이는 기업의 존립을 위하여 근로자의 이익이 마냥 양보되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 오히려 기업의 존립과 경쟁력 구비를 단지 기업주의 이익관점에만 해당하는 것으로 보고 판단되어져야 한다는 사고가 불식되어져야 한다는 것이다. 기업의 가치가 노사의 공통의 기초를 토대로 인식하는 기초가 형성된 다음에는 기업의 대외적인 경쟁력과 대내적인 조직의 탄력성구비 등은 기업주의 경영판단에 일임되는 것이 타당하다. 이에 반해 근로자의 이익보호는 다른

방향에서 강구함으로써 양자의 교착상태를 최소한도로 방지할 수 있을 것이다. 노사공동의 존립토대라는 기업에 대한 새로운 관점에서 일반 경영적 사항에 대한 근로자의 참여의 폭을 넓혀 기업변동에 따른 이익의 대립과 갈등을 사전에 조정 가능하도록 하는 것이 필요하다.

나아가 법이론적으로 볼 때, 기업변동에 따라 직접적인 법률 효과의 귀속을 받는 것은 아니지만, 이와 밀접한 관계를 이루고 있는 다른 여타 제도에 대한 새로운 해석론의 전개 내지 이를 위한 입법규정의 정비도 필요하다고 본다.

이와 같은 기본방향을 참고로 기업변동에 따른 노동법적 문제 해결을 위한 입법적 개선이 이루어질 때 현장의 합리적 규율은 비로소 달성될 수 있을 것이다.

犯罪正常理論

裵 鍾 大*

《目 次》

Ⅰ. 問題提起
1. 刑法哲學의 方向
2. 犯罪理解의 現實
Ⅱ. 뒤르켐의 生涯
Ⅲ. 犯罪正常理論의 內容
1. 뒤르켐의 犯罪槪念
(1) 社會的 事實과 集合意識
(2) 犯罪의 定義
(3) 機械的 連帶를 위한 刑法
2. 正常과 病理
(1) 目的·手段의 區別과 正常·病理의 槪念
(2) 病理現象의 普遍性
3. 犯罪正常理論
(1) 社會生活의 基本條件
(2) 犯罪有益論
Ⅳ. 批判的 檢討
1. 短點
2. 長點
Ⅴ. 結 論

Ⅰ. 問題提起

1. 刑法哲學의 方向

범죄에 관한 이해는 일정한 刑法觀 형성의 기초가 된다. 즉 범죄를 어떤 대상으로 이해하는가에 따라서 형법이론의 구체적 방향은 결정된다고 할 수 있다. 예를 들면 범죄를 악의 대명사로 이해하여 단순한 구축의 대상으로 삼을 것인가 아니면 비록 유감스럽기는 하지만 범죄가 없는 사회는 처음부터 존재하지 않았다는 점에서 다소간 유연하게 범죄현상을 사회의 한 구성부분으로 삼아서 피해를 최소화하는 방향으로 장기적 접근을 해야 할 것인

* 高麗大 法大 敎授·法學博士

가 하는 문제는 모두 범죄에 관한 근본이해에서 비롯되는 결과라고 할 수 있다. 범죄라는 동일한 현상을 두고서도 이것을 바라보는 시각은 각 사람만큼이나 각양각색이라고 할 수 있는데, 위에서 든 전자의 시각을 보수적이라고 한다면 후자는 비교적 진보적 내지 개방적인 것으로 평가할 수 있을 것이다. 刑法哲學 내지 형법관의 일부를 구성하는 이러한 방향은 실체형법 내지 절차형법의 이론구성에도 직접적 영향을 미치는 것으로 나타난다. 예컨대 실체형법의 학설대립은 주로 可罰性의 範圍를 넓게 잡는가 아니면 좁게 잡는가 하는 문제와 관련을 맺는다. 限時法의 추급효 인정설, 법인의 범죄능력 긍정설, 正當防衛의 사회윤리적 제한 인정설, 承繼的 共同正犯 긍정설, 과실범의 공동정범 긍정설 등은 그 반대되는 견해보다 가벌성을 확대시키는 결과를 가져온다. 이것은 일반인을 위한 보호적 목적과 범죄인의 법치국가적 인권을 위한 보장적 목적 사이에서 전자에 비중을 두게 되는 결과와 일치한다. 다시 절차형법의 예를 들어보면 형사소송법의 학설대립은 검사의 막강한 권한에서 출발한 糾問主義的 訴訟構造가 법치국가적 형태로 발전되는 과정에서 한편으로 검사와 다른 한편으로 피고인의 이익을 대변하는 변호인의 권한 사이에서 어느 쪽에 더 비중을 두는가 하는 점이 핵심사항으로 되어 있다. 이 때 검사의 현존하는 강력한 권한을 그대로 인정하는 학설선택은 보호적 목적, 이것을 제한하여 반사적으로 변호인의 권한을 강화하는 학설은 피고인의 법치국가적 인권보장을 위한 보장적 목적과 관련을 맺는 것으로 보면 틀림없다.

이 때 학설선택은 주장내용에 대해 미시적으로 장·단점을 비교·분석함으로써 상대적으로 장점이 많다고 여겨지는 학설을 취하는 것으로 이루어진다. 그러나 겉으로는 비판적 논증을 통해 가장 결함이 적은 견해를 결론으로 삼는 것처럼 보이지만 그 배후에는 위에서 말한 일정한 형법관 내지 범죄관이 이 방향을 원격적으로 지배·조종한다는 사실을 간과해서는 안 된다. 어쩌면 미시적 분석의 내용·결과는 이것을 포장해주는 수단에 지나지 않는다고 해도 과언은 아닐 것이다. 요컨대 실체형법과 절차형법의 도그마틱에 대한 개별적 논쟁결론은 분석당사자의 범죄에 관한 이해에 의해 좌우

된다고 할 수 있다.

2. 犯罪理解의 現實

그러면 우리 사회가 범죄를 바라보는 눈은 어떤 모습을 띄고 있는가? 제6공화국의 초기쯤이었을 것이다. 우리는 대통령이 범죄에 대해 전쟁을 선포하던 일을 아직도 기억에 간직하고 있다. 이런 일은 미국에서 볼 수 있었던 장면으로써 그들은 범죄이외에 마약에 대해서도 가끔 선전포고를 하곤 하였다. 범죄에 대한 전쟁선포는 범죄를 마치 적과 같은 대상으로 간주한다는 극단적 시각을 반영하는 것이다. 이렇게 멀리 나가지 않고 비교적 온건하게 표현하는 경우에도 범죄로부터 사회가 보호되어야 한다는 말은 흔히 사용한다. 社會防衛, 사회질서유지, 刑罰論의 正義論, 應報理論, 예방이론, 범죄구축, 교정, 社會復歸, 再社會化, 사회병리현상 등 형법의 법익보호목적을 위한 수단으로 되어 있는 개념은 거의 예외 없이 범죄 내지 범죄자의 부정적 측면을 표현하는 내용으로 되어 있다. 범죄를 우리 모두에게 유익한 건전한 사회질서를 파괴하는 공격적 성향으로서, 마치 신체질병의 암적 존재와 동격으로 이해하는 데 이론이 없어 보인다. 사회는 법률에 충실한 사람만을 요구하고 생산함으로써 범죄와 아무 관련이 없으며, 범죄는 단지 범죄자의 반사회적 성향으로 발생한 것이기 때문에 불변인자인 사회에 그들을 교정·교화하여 재통합시키는 것이 지상과제라는 논리가 지배하고 있다. 즉 법률에 충실한 사람들만이 정상적인 사람들이고 범죄는 사회나 그 구성원 모두에게 비정상적 현상에 지나지 않는다는 것이다. 이러한 일반적 이해가 과도한 법정형의 특별법을 양산하는 배경이 되었다는 사실도 부인하기 어렵다.[1] 이러한 범죄이해가 과연 타당할 수 있는가에 대해서는 의문이 한 두 가지가 아니다. 가장 쉬운 예로 正常과 非正常의 구별기준, 法과 不法의 구별기준, 다시 말하면 우리가 "비정상"이라고 낙인을 찍을 수 있을 만큼 확실한 범죄의 기준, 즉 절대적 범죄개념이 존재하는가에 대해서 우선 의문을 제기하는

1) 특별형법의 문제점과 이에 대한 분석은 배종대, 형법각론, 4/1이하.

것이 타당하다. 하지만 인간이 아무리 원하더라도 개념적으로 존재하는 자연법의 내용을 밝히지 못하는 것처럼 불만스럽지만 상대적 범죄개념으로 만족할 수밖에 없는 것이 오늘의 현실로 되어 있다.

이와 같은 근거 없는 범죄관에 대해 처음으로 의문을 제기한 사람이 바로 에밀 뒤르켐(Emile Durkheim, 1858-1917)이다.[2] 그는 놀랍게도 지금으로부터 100여년 전에 이미 우리가 현재까지도 생각을 바꾸지 못하고 있는 구태의연한 범죄관의 문제점을 날카롭게 지적하고 犯罪正常說 그리고 이에서 한 걸음 더 나아가 犯罪必要說 내지 有益說을 주장하였다. 지금까지 단순한 도덕적 과오로 여겨지던 행동도 集團的 非承認이 매우 강하게 작용하여 어느 누구도 침해할 수 없는 정도가 되면 범죄로 평가될 수 있다고 한다. 따라서 범죄는 이러한 집단적 비승인이 존재하는 한 모든 사회에 어쩔 수 없이 나타나는 현상으로 병리적이라기보다는 정상적 현상에 속한다는 것이 그의 주장이다. 이에 대해 자세한 것은 뒤에서 논의하기로 한다. 개인인물 중심의 연구가 갖는 한계를 모르는 바 아니지만 아직 이론적으로도 제대로 정리되지 않은 낡은 범죄관을 국민의 현실인식 가운데서 바로잡는다는 것은 그 괴리가 너무 심하기 때문에 차라리 뒤르켐이 문제제기를 했던 초창기의 상황으로 돌아가서 근본적인 성찰을 해야 할 필요가 있을 것으로 판단된다.

Ⅱ. 뒤르켐의 生涯

개인의 인생역정은 곧 그의 사상을 태동시킨 모태로서 사상가와 사상을 잇는 중요한 연결고리가 된다. 우리의 일상생활에서 자주 이용되는 이력서도 바로 개인을 이해하는 가장 중요한 단서 내지 첩경이 된다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

---

2) 뒤르켐이 범죄정상이론을 주장한 것은 그의 저서 Die Regeln der soziologischen Methode, Darmstadt-Neuwied 1965이고, 이 책이 프랑스에서 처음 출간된 것은 1895년이다.

에밀 뒤르켐은 1858년 3월 15일 프랑스 동북부 국경근처에 있는 로렌(Lorraine)지방의 에피날(Epinal)시에서 유태인을 부모로 하여 태어났다. 원래는 유태교 정통파 가계의 전통에 따라 랍비가 되기로 예정되어 있었으나 유태교 최고 랍비였던 아버지의 동의를 얻어 학문의 길로 들어섰다. 비록 가문의 전통을 벗어나기로 하였지만 어린 시절 가정의 검약적이고 규율적인 양육과정은 그의 인격형성에 큰 영향을 미쳤다. 여기에 프랑스에서도 가장 민족주의적인 색채가 강한 로렌지방의 특성이 가미되어 비록 종교인의 경지는 아닐지라도 그것에 버금가는 율법적 성격이 형성되었다. 그리하여 태만한 것을 가장 경멸하여 노력 없이 달성한 성공을 멸시하였다고 전한다. 그리고 1870-1871년에 걸친 프러시아와 전쟁에서 프랑스가 패배하는 참화를 겪었고 유태인이라는 소수집단의 구성원이었다는 사실 등은 그가 集團連帶의 문제에 관심을 가진 계기가 되었을 것으로 추측되기도 한다.[3)]

뒤르켐은 18세에 파리의 명문인 고등사범학교에 사수만에 입학하여 나중에 프랑스 지성계를 이끌어 가는 저명인사가 된 동료학생들과 공부하였다. **베르그송**(Bergson)은 선배였고 **쟈네**(Janet)와 **브루노**(Brunot)는 입학동기였다. 그는 주로 철학·정치학·사회학 등에 관심을 기울였는데 그 실천적 의미를 강조하여 당시에 이름을 떨치던 지성인들은 지나치게 관념적이라는 비판을 서슴지 않았다. 그러나 정치적으로는 공화제와 진보적 사회개혁에 강력한 공감을 가지고 있었음에도 정치현실에 대해서는 초연한 입장을 취하여 정당정치에 관여하는 것은 학자의 도리가 아니라고 판단하였다. 즉 학자가 한 사람의 시민으로서 정치적 쟁점에 대해 자기입장을 표명할 수는 있지만 학문의 권위가 정치적 목적을 위해 사용되어서는 안 된다는 생각을 가지고 있었다.

고등사범학교를 졸업한 후 **뒤르켐**은 1881-1887년까지 몇 개의 고등학교에서 철학을 가르쳤으며, 1885-1886년에는 독일에서 사회철학·문화인류학·민속학·집합심리학 등을 연구하기도 하였다. 귀국 후 그는 개인과 사

3) 기든스(김의순·김자혜역), 에밀 뒤르껭연구, 18면; 뒤르켐(임희섭역), 자살론/사회분업론, 10면; 휴즈·마틴·샤록(박형신·김용규역), 고전사회학의 이해, 237면.

회의 관계에 대한 문제를 풀어줄 수 있는 유일한 대안은 사회학이라는 확신을 가지고 박사학위의 논문주제도 이 방향으로 잡았다. 당시 프랑스에서는 19세기 후반에 **꽁트**(August Comte, 1798-1857)가 사회학(Sociologie)이라는 용어를 만들어 내었음에도 불구하고 그의 업적은 평가를 받지 못하였고, 사실 **뒤르켐** 이전까지 프랑스 사회학은 철학개론 수준에 머물러 있었다고 할 수 있다. **뒤르켐** 자신도 **꽁트**의 업적을 높이 평가하지 않았다.

1887년 **뒤르켐**은 독일 유학 후 쓴 독일의 사회사상에 관한 논문으로 보르도(Bordeaux)대학의 교양교수가 되어 그를 위해 특별히 개설된 "교육학과 사회과학"이라는 강좌를 맡았다. 이 강의에서 그가 관심을 보인 영역은 가족·범죄·법·도덕·교육 등의 주제였다. 그는 교수취임강연에서 사회학의 전망에 대해 다음과 같이 언급하였다.

> "사회학은 갓 태어난 학문이다. 사회학의 가능성은 추상적 논의 대신 사회학적 연구를 구체적으로 전개하는 노력을 할 수 있다는 점에 있다. 그와 같은 연구는 전통적인 철학의 문제를 경험적으로 조명함으로써 그 문제를 해명하는 데 직접 적용될 수 있다. 이것은 도덕이나 윤리의 경우에도 타당하다. 인간은 자기의 도덕적 행동방법을 찾으려고 애쓰기 이전에 먼저 도덕적 현상을 체계적 자연현상의 하나로서 과학적으로 연구해야 한다. 이것은 이 시대의 가장 긴급한 과제의 하나로서 이제 전통적 가치가 장악하던 도덕적 지배력은 약화되었다. 도덕적 권위의 원천에 대한 연구는 이것이 개인적 이기주의에 맞서 어떻게 작용하는지 밝혀줄 수 있다."[4]

이와 같은 입장은 당시로서는 매우 도전적일 뿐만 아니라 파격적인 것으로서 이러한 사회학적 관심 내지 접근방법은 100년이 지난 오늘날 이 땅의 법학과 기타 학문분야에 대해 주장하더라도 전혀 손색이 없는 내용에 속한다.

뒤르켐은 보르도대학에서 15년 동안 활동하였는데, 이 기간에 그는 많은 저술을 남겼다. 예컨대 『분업론』(1893), 『사회학적 방법의 제규칙』

---

4) 기든스, 위의 책, 22면.

(1895), 『자살론』(1897) 등이 있고, 1902년에는 『사회학연보』를 창간하여 그 편집을 맡기도 하였다. 그리고 1902년에 파리의 소르본느대학으로 자리를 옮겨 사망할 때까지 17년 동안 그곳에서 봉직하였다. 그가 일부의 반대에도 불구하고 소르본느대학에 정교수가 될 수 있었던 것은 당시 미미한 존재에 불과했던 사회학의 학문적 지위가 공식적으로 격상되는 의미를 가지는 것이기도 하였다. 보르도대학에 머물렀던 기간이 의외로 길었던 것도 사회학이 핵심적 사회과학이라는 그의 주장이 당시의 지식인사회에서 얼마나 극심한 반대에 부딪쳤는가를 보여주는 단적인 예가 된다고 할 수 있다. 1916년 전쟁이 발발하여 그의 외아들 **앙드레**가 세르비아전선에서 퇴각하면서 사망하자 **뒤르켐**은 원래 좋지 않던 건강이 더욱 악화되었고 뇌졸중의 후유증으로 만년의 관심사였던 도덕에 관한 저술을 마치지 못하고 1917년 11월 15일 59세의 나이로 일찍 세상을 떠났다.

뒤르켐의 사회학이론은 지금 보더라도 결코 보수주의적이라고 보기는 어려울 것임에도 당시에 마르크스주의자들은 그를 보수적 이론가 내지 보수적 민주주의를 대변하는 사람으로 폄하하였다. 그의 이론은 유물론적이지도 않을 뿐만 아니라 계급투쟁에 대한 의식도 없다는 것이 그 주된 이유였다. 사회주의와 사회학은 역사적으로 함께 발전하였다. 그러나 **뒤르켐**의 사회적 관심은 혁명적이라기보다는 과학적 분석에 기초한 개혁주의였고, 이 점에서 사회주의는 과학적 사회학이 뒷받침되지 않은 것으로 보았다. 그러므로 사회를 변화시키기 위해 필요한 것은 **마르크스**가 말하는 혁명이 아니라 과학적 지식을 기초로 사회구성원을 교육하고 도덕적 신념을 갖게 함으로써 그들의 의식을 개혁해야 하는 것으로 보았다. 이 점에서 그는 개량주의적 사회주의자라고 할 수 있다. 사회학이 이론을 제공하는 분야라면 교육학은 이것을 실천하는 분야에 속하는 것으로 보았다. 그가 보르도와 소르본느대학에서 행한 강의의 주제에 사회학과 함께 늘 교육학이 따라다닌 것도 이런 점에서 이해가 가능할 수 있다.

Ⅲ. 犯罪正常理論의 內容

1. 뒤르켐의 犯罪概念

(1) 社會的 事實과 集合意識

먼저 범죄정상설과 범죄필요설의 내용에 들어가기에 앞서 **뒤르켐**의 범죄정의를 살펴볼 필요가 있다. 그런데 사회현상의 하나로서 범죄는 "사회적 사실"(fait sociaux, soziale Tatsache)에 속한다. 사회적 사실은 **뒤르켐**에서 사회학의 인식대상으로서 매우 중요한 의미를 가지고 있고 범죄도 사회적 사실로부터 그 실마리를 찾아야 한다. 사회적 사실의 예로서 그는 관습·도덕·법·종교적 관행·화폐제도·직업집단의 규칙·격언·정치구조·여론 등을 들면서 이것들이 사회학의 연구대상이 된다고 한다. 즉 사회에서 일반적으로 나타나는 행위·사고·감각의 유형이 사회적 사실이라는 것이다. 사회적 사실은 마치 자연적 사실처럼 바로 사실 그 자체이며, 그것과 마찬가지로 실재한다는 것이다. 그리고 이러한 사실에 대한 학문인 사회학을 과학적으로 구축하기 위해서는 자연과학이 자연적 사실에 대해 취하는 방법과 동일한 방법을 취해야 할 것이라고 한다. 사회적 사실은 다음과 같은 두 가지 개념적인 특징을 가지고 있다. 1) 사회적 사실은 개인에 외재하는 행위양식·사고방식으로서 사회의 "集合意識"(conscience collective, kollektives Bewußtsein) 가운데 자리잡고 있는 독자적 유형이다. 2) 그럼에도 불구하고 사회적 사실은 개인에 대해 강제력을 가짐으로써 구속적 성격을 갖는다.[5] 개인에 외재하면서 개인을 구속하는 무수한 사회적 사실은 여러 세대를 거쳐 변화되지 않고 전수되면서 어린 시절부터 학습하여 익숙하게 되고 따라서 개인은 사회적 사실이 강제력을 행사한다는 사실조차 의식하지 못하게 된다. 그러나 이 무의식은 착각으로서 요구되는 의무를 다하려고 하지 않으

---

5) Die Regeln der soziologischen Methode, 105면 이하. 뒤르켐의 범죄개념에 대한 우리나라 법학자의 연구로는 정영일, 「아노미이론의 내용과 그 형법학적 의미」, 형사정책연구 1997, 35면 이하; 기광도, 「뒤르껭의 범죄이론에 관한 고찰」, 형사정책연구소식 제42호, 1997/7·8, 15면 이하.

면 이러한 구속의 의무가 존재한다는 사실은 금방 확연하게 드러난다. 이것은 마치 우리가 물리적 사실에 구속당하면서도 일상적으로는 그러한 구속의 느낌을 갖지 못하는 것과 유사하다. 예컨대 우리는 숨쉬기에 대한 의무를 느끼지 못하지만 그러나 짧은 순간이라도 숨을 참으려고 하면 숨쉬도록 강요받고 있다는 사실을 금방 알 수 있다. 하지만 평소에는 생명을 유지하기 위해 숨을 계속 쉬어야 하는 표준적 의무가 있다는 인식하는 것은 고사하고 숨을 쉰다는 사실조차 인식하지 못하는 경우가 대부분이다. 사회적 사실은 물리적·자연적 사실이 아님에도 그것 못지 않게 인간행위의 조건을 형성하기 때문에 사회적 사실 또한 자연적 사실처럼 하나의 사물로 간주하여 그것과 동일한 연구정신과 태도를 가지고 접근해야 한다는 것이 **뒤르켐**의 주장이다. 여기에서 한 가지 남는 과제는 사회적 사실이 사실로서 자리잡게 된 과정에 관한 이해이다. 즉 사회적으로 요청되는 표준적 의무가 형성된 경위와 사회적 사실의 속성은 별개의 문제가 아닐 수 없다. 전자를 설명하는 과정에서 등장한 개념이 바로 "집합의식" 내지 "집합표상"이다.

개인이 갖는 개인의식에 대칭되는 개념으로 공동체전체가 갖는 공동의식을 집합의식으로 표현하는데, 그 내용은 "동일사회의 평균적인 시민들에게 공통된 신념과 감정의 총체"로서 그 자체로서 하나의 체계를 이룬다고 한다.[6] 집합의식은 사회의 구석구석까지 확산되어 있으며 특별한 성격을 가지고 있다. 집합의식은 개인의식을 초월하여 별도로 존재하는 실체이며 개인의식을 규율한다. 즉 개인은 두 가지 의식을 갖는데, 하나는 집단과 공유하는 내면화된 집합의식이고, 다른 하나는 개인에게 고유한 의식이다. 양자는 상호적 관계에 있어서 어느 하나가 강조되면 다른 하나는 약화되는 특성을 가지고 있다. 집합의식이 강조되는 사회에서 개인의 가치가 제대로 인정받는 것은 어려운 일에 속한다.

집합의식이 생성되는 배경과 관련하여 **뒤르켐**은 "발현성(emergence)논의"를 전개하는데, 이는 마치 기체인 산소와 수소가 결합하여 전혀 다른 속

6) 뒤르켐(임희섭역), 자살론/사회분업론, 421면; Haferkamp, Kriminalität ist normal, 1972, 59면 참조.

성의 물이라는 액체가 만들어지는 것처럼 개별적 삶의 상호작용으로부터 이 질적인 집합현상으로서 사회현상, 즉 사회적 사실이 발현된다는 것이다.[7] 그리고 이 사실에 대한 설명은 개인이 아닌 집단의 작용을 지배하는 법칙에 의해 이루어져야 한다. 본질적으로 인간생활의 산물인 사회생활은 개인의식이 서로 결합하여 겪게 되는 특별한 정교화과정에서 발생하여 새로운 존재형태로 발전하게 된다. 다시 설명하면, 사회는 이미 조직되어 있고 개인발전의 토대가 되는 사회에 태어난다. 그리고 사회는 수세대의 개인들이 자신들의 삶을 살고 죽어가는 동안 수세기에 걸친 안정된 조직을 만든다. 그러므로 개인은 전체의 구성부분으로서 큰 제도의 단일인자에 지나지 않는다. 그러나 전체인 사회의 특성은 이를 형성하는 데 결합되는 개인의 특성으로부터 유래하는 것은 아니다. 사회적 사실의 구속적 성격은 마치 물리적 세계의 구속적 성격처럼 그들이 외재적 성격에서 유래한다. 이것은 개인이 공동생활을 영위하면서 준수해야 할 의무를 개인적으로 하고 싶지 않다고 하여 하지 않으면(예컨대 납세·병역의무, 교통규칙준수 등) 곧 곤경에 처하는 것을 보아서도 알 수 있다.

(2) 犯罪의 定義

뒤르켐은 "범죄는 강력하고 확정적인 집합의식의 상태에 유해한 행동"이라고 정의한다.[8] 그러나 범죄가 아니면서도 집합감정에 위배되는 행위가 얼마든지 있을 수 있기 때문에 범죄가 범하는 집합감정은 다른 집합감정과 구별되는 독자적 성격의 것으로서 평균이상의 강도를 가지고 있어야 한다. 즉 그것은 일반인에게 광범위하면서도 매우 깊이 뿌리 박힌 감정과 경향을 나타내는 것이어야 한다. 형법의 변천이 더딘 것도 여기에 그 원인이 있다고 할 수 있다. 그러나 이것으로써 범죄성이 밝혀지는 것은 아니다. 이것에 관한 설명은 범죄와 특정 집합감정 사이의 적대관계에서 찾아야 하는데, 그 적대관계는 범죄를 구성하는 조건이며 범죄의 파생적 결과가 아니다. 일정

---

7) Durkheim, Die Regeln der soziologischen Methode, 93-94면.
8) 뒤르켐, 위의 책(주 6), 422면; Haferkampf, 위의 책(주 6), 59면.

한 행동이 범죄적이기 때문에 집합감정에 충격을 주는 것이 아니라 오히려 거꾸로 공동의식에 충격을 주기 때문에 범죄적인 것으로 규정된다. 그러나 이러한 집합의식이 그것이 부정하는 범죄의 본질적인 성격을 규정하는 것은 어려운 일이다. 왜냐하면 우리의 모든 의식 속에 자리잡고 있는 일정한 강도와 정확성의 감정은 매우 다양한 목적을 가진 것으로서 하나의 공식으로 정리할 수 없기 때문이다. 중요한 것은 경향이며 쾌락과 고통은 부차적인 것이다. 좋아하는 사물이 좋은 사물이 되는 것처럼 나쁜 행동이기 때문에 사회가 부정하는 것이 아니라 사회가 부정하기 때문에 나쁜 행동이 되는 경우가 대부분이다. 이것은 고통과 쾌락에서 형성되는 집합감정이 존재하는 것을 부정하는 것이 아니라 집합감정에서 더욱 근본이 되는 것은 경향이라는 점이다.

(3) 機械的 連帶를 위한 刑法

범죄는 집합감정의 침해이고 형법은 이에 대한 집합적 보복 내지 억압으로 작용하는 사회의 사회적 연대는 동질성에 기초한 機械的 連帶이다. 그러므로 개인의 동류성 내지 집합의식이 강조되는 사회일수록 형법은 그만큼 중요한 역할을 수행하게 된다. 즉 기계적 연대가 지배하는 사회일수록 생활의 대부분은 사회적 금지와 명령에 의해 지배된다. 범죄가 집합"감정"에 대한 침해로 이해되는 곳에서 그것에 대한 형법상의 반작용인 형벌이 "보복적 활동"이라는 감정적 효과로 나타나는 것은 논리적이라고 할 수 있다. 목적형사상이 지배하는 오늘날의 관점에서 보면 잘 이해가 되지 않을 지 모르나 이에 대한 뒤르켐의 논거가 흥미롭다. 범죄자에게 고통을 주기 위해서 형벌을 부과하는 것은 아니라고 하지만 우리는 그가 고통을 받는 것을 보고 정당하다고 느끼는 것도 사실이다. 처벌이 현재 어떤 모습을 가지고 있다는 것과 그것이 어떤 것으로 되어야 하는가를 규정하는 것은 별개의 문제이다.

> "처벌이 장래에 우리를 보호해야 한다고 가정하면, 그것은 무엇보다도 과거의 행위에 대한 속죄이어야 함을 의미한다. 우리가 처벌을 될 수 있는 대로 범죄의 경중에 따라 정확한 비례로 과하려고 하는 것이 그 증거

이다. 만일 범죄자는 악을 행하였기 때문에 그리고 악을 행한 정도에 따라 고통을 받아야 한다고 믿지 않으면 처벌은 설명되기 어렵다. 만일 처벌이 실제로 방어의 수단에만 한정된 것이라면 그런 등급은 불필요할 것이기 때문이다."[9]

그러나 현대사회의 연대는 기능적 상호의존관계에 기초한 **有機的 連帶**를 그 특징으로 한다. 현대사회는 분업에 의해 이질화된 사회로서 개인 사이의 동류성이 적어지는 반면 개인 사이의 의존관계는 증가하기 때문이다. 유기적 연대가 강조되는 사회에서는 집합의식의 중요성이 감소하고 따라서 그것의 유지를 주된 과제로 하는 형법의 의미도 감소하고 대신 민법이나 행정법과 같은 법률의 중요성이 증가한다. 형법은 억압과 보복을 그 정신으로 하지만 민법은 배상과 원상회복을 수단으로 개인간의 계약관계를 유지시키기 위한 목적을 가지고 있다. 유기적 연대에 대한 비중이동은 사회적 연대에서 집합의식이 차지하는 중요성이 그만큼 감소하는 것을 의미한다.

그러면 집합감정을 침해하는 행위인 범죄에 대한 집단의 반작용이 마찬가지로 "집합적" 형태를 띠는 이유는 무엇일까? 이에 대해 **뒤르켐**은 "**公憤理論**"을 전개한다. 상반된 감정은 서로를 배척하지만 동일한 감정은 서로를 끌어당긴다. 그리고 그 강도는 감정 자체의 강도에 비례한다. 그래서 사람들은 같은 느낌과 생각을 가지고 있는 사람들과 함께 하는 것을 좋아한다. 그리고 이와 다른 생각과 행동을 하는 사람에 대해서는 함께 이야기하는 가운데 동일한 분노 속으로 빠져든다. "서로 교환된 동일한 인상과 표현된 분노로부터 상황에 따라 어느 정도 확정된 독특한 분노가 형성되는데, 그것은 특정한 사람의 것이 아닌 모든 사람의 분노로서 公憤에 속하는 것이다."[10] 그리고 범죄는 집합감정으로부터 이탈을 의미하기 때문에 집단은 이를 결속시키기 위한 프로그램을 갖지 않으면 자신들의 합의는 손상을 입게 된다. 즉 집합감정은 내부적 일치를 확인함으로써 스스로 결속을 강화시켜야 한다. 이것을 위한 유일한 방법은 공동대응이다. 공격대상이 된 것은 집합의

9) 뒤르켐, 위의 책, 427면.
10) 위의 책, 438면; 레이몽 아롱(이종수역), 사회사상의 흐름, 309면 참조.

식이므로 이에 대한 저항도 공동의식으로부터 나온다. 그러므로 그 형식은 집합적이지 않을 수 없다. 범죄에 대한 집합적 분노는 곧 집합의식 내지 공동의식의 만족을 위한 수단에 지나지 않는다. 이와 같은 형벌이론에 합리적 설명이 자리잡을 수 있는 여지는 존재하기 어렵다.

2. 正常과 病理

(1) 目的·手段의 區別과 正常·病理의 槪念

생물학적인 정상상태와 병리상태의 구별에 들어가기에 앞서 그것이 목적과 수단의 관계와 유사한 성격을 띤다는 점에 착안하여 후자의 문제에 대한 언급부터 전개한다.[11] 가치문제를 해결하는 데 目的과 手段을 구별하는 이분법적인 사고는 도움이 되지 않는다는 것이 **뒤르켐**의 기본생각이다. 일정한 사회적 사실에 대한 진술과 가치 사이에는 넘을 수 없는 논리적 간극이 존재한다. 사회적 사실이 목표달성을 위해 적용되는 기술적 수단이 될 수는 있지만 목표 자체가 사회적 사실의 탐구를 통해서 정당화될 수 있는 것은 아니다. 그러므로 수단과 목표를 추상적 이분법으로 구별하는 것은 功利主義的 社會模型이 안고 있는 오류를 일반 철학영역에 재연시키는 것에 지나지 않는다. 그는 특히 목적개념의 모호성과 함께 목적·수단구별의 상대성을 강조한다.

> "모든 수단은 다른 관점에서 보면 그 자체가 하나의 목적이 된다. 왜냐하면 그것을 적용하기 위해서는 수단이 실현하고자 하는 목표처럼 수단의 실현 또한 원해야 하기 때문이다. 주어진 목표에 도달하는 데는 언제나 여러 가지 길이 있으므로 그 가운데서 어느 하나를 선택하지 않으면 안 된다. 가장 훌륭한 목적을 선택하는 데 과학이 도움이 되지 않는다면 그것에 이르러 가는 가장 좋은 수단에 대해 과학은 또한 어떤 정보를 제공할 수 있겠는가? 어떤 근거로 과학은 경제적 수단보다는 빠른 수단, 단순한 수단보다는 안전한 수단 또는 그 반대의 경우를 권할 수 있는가? 만일 과학이 최상의 목표를 확인하는 데 도움이 되지 않는다면 우리가

11) Durkheim, Die Regeln der soziologischen Methode, 141면 이하.

수단이라고 부르는 이차적이고 종속적 목표의 경우에도 그만큼 무기력하지 않을 수 없다."[12]

이와 같은 목적과 수단의 합리성이라는 경험주의적인 모델과 뒤르켐 자신이 "이데올로기"라고 지칭한 가치합리적 질서의 체계구조 사이의 선택문제에 직면하여 경험적 사실 자체를 체계적이고 합리적 가치기준으로 정립하고자 하는 중재적 해결방법을 모색한다. 이처럼 경험적 토대를 가지면서 동시에 규범적 타당성을 가진 가치론은 인과판단이 가치판단을 탈바꿈하는 것으로서 "正常"과 "病理"의 방법론적인 구별가운데서 전개된다. 겉보기에는 명백한 가치전제로서 뒤르켐은 사회나 개인을 막론하고 "건강"은 좋은 것으로서 바람직한 현상이고 반면에 "질병"은 나쁜 것으로서 모두 피하고 싶어하는 현상이라는 사실을 대비시킨다. "우리가 객관적인, 즉 건강과 질병을 과학적으로 구별할 수 있는, 현상 가운데 내재하는 기준을 찾고자 한다면, 그 과학은 자신의 방법론에 충실한 가운데 현실에 대한 설명력을 가질 수 있다."[13] 그렇다면 하나의 사회적 사실로서 병리상태와 정상상태는 어떻게 구별할 수 있는 것일까?

뒤르켐은 "정상"과 "병리"를 의학적·생물학적 의미에서 사용하고 있지만 그것의 질병과 건강의 관념에 대한 비판을 잊지 않는다. 통증이 질병의 충분한 기준이 되는 것도 아니고 신체조직이 주변환경에 잘 적응한다고 하여 건강하다고 말할 수도 없다. 생존가능성과 건강문제를 연결하는 것도 무의미하기는 마찬가지이다. 그리고 세포 등과 같이 신체의 일부조직이 소멸하는 것은 지극히 정상적인 현상에 속한다. 그러나 사회에 대해서는 생성과 소멸을 말할 수 없기 때문에 이 공식은 사회에 대해서는 적용하기 어렵다. 여기에서 뒤르켐은 이미 현대적 의미의 질병개념을 지향하고 있는데, 질병의 원인에 관한 탐구가 신체의 기관에서 조직으로 나아가서는 세포병리학으로 세분화되는 것에 대해서는 관심을 두지 않는다. 이는 신체기관전체의 적

12) 위의 책, 142면.
13) 위의 책.

응·생존의 생물학적 진화동기를 강조하기 위한 목적에서 나온 것이다. 이 점에서 뒤르켐은 퐁트의 입장과 일치하고 있다. 즉 퐁트도 특별한 사회학적 질병개념을 제시하지 않으면서도 사회조직의 혼란은 질병과 위기를 초래하는 원인이 된다고 한다.

(2) 病理現象의 普遍性

그러나 뒤르켐의 놀라운 착상은 병리가 社會生活의 正常性을 나타내는 징표라고 보는 점에 있다. 그리고 정상과 병리의 구별기준은 일정한 현상이 특별한 질서 가운데서 얼마나 광범위하게 펴져 있는가에 따라서 결정된다고 한다. 하나의 사회적 현상이 동일한 사회유형을 가진 모든 사회 또는 대부분의 사회에서 발견되면 그것은 그러한 사회유형에서는 정상적인 것으로 취급될 수 있다. 물론 더욱 자세한 연구에 의해 보편성의 기준이 잘못 적용되었다는 것이 밝혀지는 경우는 예외가 된다. 그러므로 어느 사회에서 일반적인 하나의 사회적 사실은 이 일반성이 그 사회유형이 기능하는 상황 속에서 발견된다는 것이 밝혀지면 정상적인 것으로 판단된다. 즉 일반적인 것은 곧 정상적인 것을 의미하고 이러한 일반적·평균적 유형에서 벗어나는 것은 특별한 사회학적 현상으로서 병리적인 것이 된다.[14] 이 기준은 "社會的 事實"이라는 징표와 마찬가지로 쉽게 인식 가능할 뿐만 아니라 사회적으로 중요한 자료를 구별할 수 있는 매우 유용한 수단이 된다.

이제 문제는 일반적 현상의 판단방법에 있다. 어떤 현상이 정상적인 것으로 판단되기 위해서는 실제로 시간적·공간적 관점에서 보편적으로 발생해야 하는가? 그렇다면 병리적인 것으로 판단되기 위해서는 역으로 나타나는 현상이 보편적이지 않고 차이를 보이기만 하면 되는가? 일정한 현상의 정상과 병리에 관한 판단은 그 현상이 주어진 시간대에 갖는 사회적 유형을 고려해서만 내릴 수 있는 판단이다. 그러므로 정상성에 관한 판단은 사회유형의 형성과 그것의 진화에 대한 관념을 전제로 한다. 짧은 시간 안에 급격

14) 위의 책, 148면.

한 사회변동이 일어나는 과도사회에서는 전통적 가치에 대한 쇠퇴가 곧 병리상태에 해당된다고 주장하는 사람도 있다. 이 때 새로운 가치를 외면하고 전통적 가치가 보여주는 일반성은 정상과 병리를 판단하는 정확한 기준이 되기는 어렵다. 이처럼 사회전체가 아직 새로운 형태로 정착되지 못하고 진화과정을 겪고 있을 때에는 구질서에서 정상적이었던 요소들은 여전히 존재한다. 이런 경우에는 과거에 일반적으로 평가되었던 조건을 분석하고 이 조건이 현재에도 계속해서 존재하는지 조사하여야 한다. 만일 이 조건이 현재 적합성을 상실하고 있으면 문제가 되는 현상이 일반적이더라도 정상적이라는 평가를 받을 수는 없다.

따라서 정상성은 사회적 사물의 본질적 속성이라기보다는 시간적·공간적·사회적으로 구별되는 사회적 사실에 관한 판단으로 내려진다고 할 수 있다. 정상과 병리에 관한 이와 같은 進化論的 相對主義는 정상성에 대한 평가를 내리는 과정에서 구체적 모습을 띠게 된다. 왜냐하면 "事實의 正常"을 "法의 正常"으로 변모시키는 것이 중요하기 때문이다. 그리고 후자는 다시 일반적인 것의 정상에 대한 설명을 찾는 것에 좌우된다. 그러므로 정상의 판단기준으로서 일반성 내지 보편성은 정상성판단의 매우 복잡한 형식에 의해 대체된다. 사실상 일반적인 것이 규범적 효력을 갖는 깊은 이유는 사회적 사실과 인간의 생존조건의 결합에 있다고 할 수 있다. 이제 정상성에 관한 판단은 다음과 같은 방식으로 요약할 수 있다. 즉 일정한 사회조직의 유지에 필수적 조건이 되는 체계의 필수적 결과로 나타나는 현상은 "정상적"이다.

그러면 정상성판단에 대한 진화론적 상대주의와 윤리학이론의 관계는 어떻게 될까? 윤리학은 역사를 초월하여 타당할 수 있는 정상성의 기준에 관심을 가지고 있는 분야이다. 역사를 반복 불가능한 사건의 연속으로 보는 사람들은 일반화된 윤리의 가능성을 배제한다. 그러나 윤리의 절대성을 믿는 사람들은 윤리법칙이 시간·공간을 초월하여 전 인류에게 적용될 수 있는 것으로 생각한다. 그러나 고대사회의 특정한 종교관 내지 노예제도 등을 토대로 한 윤리관념이 오늘날 매우 진부한 것으로서 부활될 수 없는 현실을 감안한다면 일정한 윤리가치의 상대성도 부정하기 어렵다. 물론 윤리적 가

치의 경우에는 다른 가치와 달리 효력을 갖는 기간에서는 차이가 있을 수 있다. 이 문제에 대해 **뒤르켐**은 현재 존재하고 있는 사정을 도덕적으로 바람직한 것과 동일시하여 현상에 대한 순종을 권유하는 태도를 취하는데, 이는 사회변동을 능동적으로 이루어내기 위한 수단으로 정당화한다. 즉 사회변혁은 사회현실 가운데서 잠재적으로 출현하고 있는 경향을 알아야만 가능하다는 것이다. 형성과정에 있는 도덕적 가치를 과학적으로 규명해냄으로써 그 토대와 성장조건이 되는 사회적 조건을 분석할 수 있을 뿐만 아니라 배척해야 할 진부한 경향도 가려낼 수 있다. 물론 그렇다고 하여 과학이 갖는 불완전성 그리고 경우에 따라서는 과학을 앞질러 살아야 하는 현실적 필요성을 부정하는 것은 아니다.

나아가서 **뒤르켐**은 보편적 가치의 윤리학에 관심을 기울이는 철학의 추상적 시도를 무가치한 것으로 간주하지는 않는다. 철학이 도덕률을 형성하는 것은 아니지만 역사적으로 보면 철학자들이 기존의 도덕률을 변경시키는데 일정한 역할을 해온 것도 사실이다. 이것은 대부분 무의식적 형태로 이루어지며 미래의 사회변화에 대한 선각적 활동으로 행해진다.[15]

3. 犯罪正常理論

(1) 社會生活의 基本條件

이제 본론인 범죄정상이론 내지 범죄유익이론의 내용을 설명할 차례가 되었다. 이 이론의 내용은 일단 일반적 상식에는 반한다. 그러므로 학문적으로 위장된 가치판단이 아니라 어떤 진정한 방법론을 통해서 범죄에 관한 일반인의 이해가 극복될 수 있는지 보여주어야 한다.

뒤르켐에서 범죄가 "사회적 사실"의 하나로 파악된다는 것은 위에서 설명한 바와 같다. 그 이유는 범죄에 대한 제재가 행위자의 의사에 반하여 외부로부터 부과되는 강제력에 속하고 범죄가 시공을 초월해서 존재하는 보편적 현상에 속한다는 점에서 찾는다. 이것은 범죄정상이론의 토대가 되는 경

15) 위의 책, 218면.

험적 질문으로서 이것이 긍정될 때 이론적 질문이 뒤따른다. 즉 범죄의 경험적 보편성과 사회생활의 기본조건 사이의 논리적 관련성이다. 만일 후자가 긍정될 경우에는 범죄는 사회생활의 기본조건과 불가분의 관계에 있는 정상적 현상에 속한다는 결론을 끌어낼 수 있다.

문제는 범죄가 사회생활의 기본조건과 관련을 맺는 논증의 내용에 있다. 먼저 범죄가 없는 사회는 완전히 불가능하다는 것이 그 첫 번째 논거가 된다.

> "범죄는 종족을 달리하는 모든 국가와 사회를 망라하여 발견되는 보편적 현상에 속한다. 범죄가 존재하지 않는 사회는 없다. 범죄의 형식은 바뀔 수 있어서 범죄로 지칭되는 행위가 언제나 동일한 것은 아니지만 그러나 때와 장소를 가리지 않고 억압수단으로 형벌이 부과되는 행위를 범하는 사람들은 언제나 존재해 왔다."[16]

그러므로 범죄가 공동생활의 기본조건과 밀접한 관련을 맺는 것은 자명하다. 범죄를 사회적 질병으로 파악하는 것은 질병이 우연히 발생하는 것이 아니라 오히려 한 생명체의 기본조건에 속하는 정상적 현상이라는 의미를 함축하는 것이기도 하다. 물론 지나치게 높은 범죄율은 비정상적인 것으로서 병리현상에 속하는 것으로 진단할 수 있지만 이렇게 범위를 벗어나지 않고 단순히 범죄 그 자체가 존재한다는 것은 정상적이라고 할 수 있다. 그러나 범죄의 정상성과 상관없이 사회적 사실과 심리적 사실은 구별해야 하기 때문에 범죄자 개인이 생물학적·심리학적으로 비정상으로 평가되는 것은 별개의 문제에 속한다고 한다. 이 점은 뒤에서 다시 언급한다.

그리고 지금 범죄로 정의되는 행위를 억제하는 데 충분한 조건이 구비되는 경우에도 범죄를 완전히 종식시키는 것은 불가능하다. 왜냐하면 범죄는 다른 형태로 다시 계속될 것이기 때문이다. 범죄는 공동체구성원의 個人意識과 공동체의 集合意識의 간극에서 발생하는 것으로서 이렇게 양분된 가치

16) 위의 책, 156면.

표상을 강화시켜 현존하는 범죄를 없애는 일은 종래까지 범죄화되어 있지 않던 가벼운 윤리위반정도가 다시 범죄로 취급되는 상황이 전개될 수 있기 때문이다. 예컨대 세속적인 범죄를 찾아볼 수 없는 완벽한 사회인 수도원에서도 그 질이 다를 뿐 범죄로 판단되는 행위는 여전히 존재하기 마련이다. 즉 세상에서는 가볍게 보아 넘길 수 있는 대수롭지 않은 행위가 그곳에서는 세상의 범죄와 같은 평가를 받을 수 있는 것이다.[17]

나아가서 개인의식과 집합의식의 완전한 同質性을 요구하는 것은 의식의 본질상 무리이다. 개인 사이에서도 그것은 불가능한 일인데 공동체의 모든 구성원과 공동체의 추상화된 집합의식 사이에서 동질성을 요구하는 것은 처음부터 충족하기 어려운 일이다.[18] 사회의 높은 규범적 요청과 개인의 현실적 충족가능성 사이의 간극은 개인과 사회 사이에 존재하는 사회생활의 근본적 차이점에 그 원인이 있다. "개인이 처한 물리적 환경과 개인이 받는 사회의 영향력은 개인마다 차이가 있고 따라서 그들의 의식은 개인마다 다를 수밖에 없다."[19] 즉 사람은 각자 자기만의 고유한 경험을 가지고 있기 때문에 모두 생각이 다르고 따라서 개인의식과 집합의식의 불일치로 발생하는 범죄행위는 인간이 모여 사는 사회에서는 어쩔 수 없는 현상이라고 할 수 있다. 여기에서는 집합의식이 토대가 되는 이론은 보충을 받아야 할 필요가 있다. 즉 개인은 상이한 自然環境, 전통적 사고가 지배하는 社會環境 그리고 생물학적 기관을 가진 존재로서 個人이라는 세 가지 요소의 접점에 놓여 있다. 이와 같은 인간의 특징은 곧 그의 한계로 작용한다. 범죄정상이론에서 범죄의 발생이 정상적 현상에 속한다는 이유도 그것이 개인과 사회가 서로 다르다는 사회조직의 근본속성의 필연적 결과물이기 때문에 그렇다. 집합적 유형을 벗어나는 개인이 없는 사회란 존재하지 않는다. 그러므

17) 위의 책, 158면.
18) Phillipson, Die Paradoxie der sozialen Kontrolle und der Normalität des Verbrechens, in: Lüderssen und Sack(Hrsg.), Abweichendes Verhalten I, 1975, 131면; Haferkamp, 위의 책(주 6), 59면.
19) Durkheim, 위의 책(주 11), 159면.

로 이러한 행위 가운데 범죄적 성격의 행위가 포함될 수 있는 것은 당연한 일에 속한다. 왜냐하면 그 성격은 범죄의 내적 속성으로부터 나오는 것이 아니라 오히려 집합의식에 의해 규정되기 때문이다.

(2) 犯罪有益論

범죄정상이론의 논증은 범죄가 사회의 구조적 산물의 필연적 결과에 속한다는 차원을 넘어서서 사회조직에 대해 직접적 가치를 갖는다는 犯罪有益論으로 연결될 때 더욱 강화될 수 있다. 이를 위해서는 범죄와 사회생활 사이에 적극적 피드백이 존재해야 한다. 즉 사회조직은 個人과 社會의 相異性을 특징으로 하고 이것으로부터 범죄가 나오는데 이제 이 범죄가 거꾸로 사회조직에 대해 어떤 의미를 갖는가 하는 점이 문제가 되는 것이다. 뒤르켐은 법과 도덕을 가변적인 것으로 보는 규범적 구조의 유동적 형성가운데서 이러한 적극적 의미를 찾으려고 한다. 즉 범죄가 발생하는 조건은 법과 도덕이 정상적으로 발전하는 과정에서 나타나는 불가피한 현상으로 이해한다. 사회의 실존조건에 변화가 일어나면 법과 도덕도 사회적 유형과 더불어 변화될 수밖에 없을 뿐만 아니라 동일한 유형 안에서도 얼마든지 다른 모습으로 나타날 수 도 있다. 이러한 변화가 가능하기 위해서는 도덕의 기초가 되는 집합의식이 변화를 수용할 수 있을 정도의 유연성을 가지고 있어야 한다. 이것은 범죄가 가능해야 충족될 수 있는 조건이기도 하다. 도덕의식이 갖는 권위도 일정한 한계가 있어서 사람이 위반하는 것이 가능할 수 있어야지 그렇지 않으면 경직된 모습을 갖게 된다. 도덕의식이 발전되기 위해서는 個人의 獨創性을 관철하는 것이 가능할 수 있어야 한다. "시대를 앞서가는 이상주의자의 도덕이 가능하기 위해서는 시대적 수준이하에 있는 범죄자의 도덕 또한 가능할 수 있어야 한다. 하나는 다른 하나의 조건이 된다."[20]

범죄의 구조해체적 기능은 곧 규범적 구조가 지녀야 할 유동성의 전제조건이 된다고 할 수 있다. 도덕의 발전에 범죄가 간접적으로 유익한 역할을

20) 위의 책, 160면; Haferkamp, 위의 책(주 6), 59면 참조.

수행한다는 차원을 넘어서서 많은 경우에는 범죄가 필수적 변화에 직접 기여하는 것도 적지 않다. 즉 범죄가 가능한 곳에서는 집합의식이 새로운 형태로 발전되기 위한 상태에 놓여 있을 뿐만 아니라 범죄는 종종 집합의식의 미래의 모습을 직접 결정하기도 한다.

> "범죄가 실제로 얼마나 자주 미래의 도덕을 예견함으로써 되어져야 할 것의 첫 단계가 되는가. 아테네의 법률에 의할 때 **소크라테스**는 범죄자였으며 그 판결은 정당한 것이었다. 그러나 그의 범죄와 사상의 독립성은 인류를 위해서 뿐만 아니라 그의 조국 희랍을 위해서도 유익한 것이었다. 왜냐하면 그는 당시의 아테네 사람들이 필요로 하고 있었던 새로운 도덕과 사상의 발전에 기여하였기 때문이다. 즉 지금까지 함께 살았던 전통은 더 이상 현재의 실존조건과 부합하지 않기 때문에 이미 변화되어야 할 필요성을 안고 있었던 것이다. **소크라테스**의 경우가 유일한 것은 아니며, 그러한 일은 세계역사에서 주기적으로 반복하여 등장하고 있다."[21]

그러므로 범죄는 사회생활의 근본구조에 대한 변화를 가능하게 한다는 점에서 사회생활체계에 유익한 현상이라고 할 수 있다. 즉 범죄는 모든 공동체의 보편적 현상으로서 "정상적"일 뿐만 아니라 사회생활 자체의 기본조건과 인과적·기능적으로 연결되어 있다고 할 수 있다.

犯罪有益論은 범죄에 대한 반복적 처벌이 社會的 連帶性을 강화시켜준다는 의미에서도 논증이 될 수 있다. 범죄에 대한 법적 효과인 형벌은 해악을 내용으로 하고 이 해악은 범죄에 대한 공동체의 불승인을 표현하는 수단으로 사용된다. 공동체의 구성원들은 각자 상이한 이해관계를 가지고 있음에도 범죄라는 공동의 적 앞에서는 연대감을 가진다. 그리하여 이견은 감추고 公敵인 범죄자에 대해서는 한 목소리를 낸다. 이 연대감은 공동체를 유지시켜주고 그 한계를 규정하는 결정적 요소로 작용한다. 즉 범죄자가 공동체의 유지·존속에 실질적 위협요인으로 작용하는 경우는 대규모 조직범죄나 나치스 등 전체주의적 정치범죄 등 극소수의 예외적 경우를 제외하면 거의 없

21) 뒤르켐, 위의 책.

다고 할 수 있다. 그러나 범죄자는 공동체의 구성원들로 하여금 공동체의 지속적 가치를 확인하고 강화시켜주는 역할을 수행한다. 형벌이 갖는 공개적 낙인의 의미는 바로 범죄자와 형벌체계의 상호작용이 얼마나 공동체의 도덕을 강화시켜주는 수단으로 작용하는지 알 수 있게 한다. 즉 형벌은 끊임없이 허용되는 것과 금지되는 것의 한계를 긋고 범죄자는 이것을 몸으로 증명해주는 역할을 한다. 이 점에서도 범죄는 사회에서 추방되어야 할 백해무익한 존재가 아니라 정상성을 넘어 적극적으로 공동체의 결속을 강화시켜주는 유익한 측면도 있다는 사실을 알 수 있다.

범죄정상이론 내지 유익론의 결론은 100여 년이 지난 오늘날도 충격적인 것으로 받아들여지는 것을 감안하면 **뒤르켐**이 생존했던 당시에는 그 정도가 훨씬 극심했을 것으로 미루어 짐작할 수 있다. 냉소적 비판도 서슴지 않던 당대의 학자들에 대해 개인적 문제와 사회적 문제는 구별해야 한다는 반론으로 맞서기도 하였다. 즉 범죄가 사회학적으로 정상적 현상이라는 판정을 받는다고 해서 범죄자 個人心理의 病理性이 완전히 배제되는 것은 아니라는 것이다.[22] 범죄의 일반적 정상성은 개개의 문화를 초월하는 분석영역에서 전체사회와 관련하여 내려야 할 판단이지만 범죄자의 정상성은 특정사회의 구체적 범죄자와 관련해서만 말할 수 있다. 그리고 그 판단은 문화구속적으로 내릴 수밖에 없어서 해당 사회의 범죄판단기준을 탐구함으로써 비로소 가능할 수 있다. 따라서 해당 문화의 정상적 판단기준에 의한 범죄자는 병리적이라는 사실을 배제하지 않는다.

하지만 이러한 해결방법은 사회적 사실을 자연과학의 자연적 사실처럼 사회학의 연구대상으로 삼음으로써 實踐的 理性과 觀念的 理性을 매개하고자 하는 그의 본래 의도에는 역행하는 것이라고 할 수 있다. 즉 **뒤르켐**이 취하고 있는 범죄의 사회적 정상성과 범죄자의 개인적 병리성 사이의 모순을 단순히 知的으로만 해결하려고 하는 것은 현실성이 있는 설명으로 보기 어렵다. 사회학자가 범죄전체를 정상적인 것으로 평가를 하는 데 범죄자의

---

22) 위의 책, 157면의 註 참조; Phillipson, 위의 책(주 18), 133면.

개인적 병리를 말한다면 그것은 질병으로서 고쳐야 할 대상에 속하기 때문이다.

그러나 이 문제에 대한 합리적 설명이 보이지 않는다고 하여 정상이론의 선각자적 의미가 퇴색되는 것은 아니다. 가장 큰 공적은 범죄에 대한 일상적 이해를 바꿀 수 있는 방법론적 지침을 제공했다는 점이다. 말하자면 범죄를 윤리적으로 중립화시키는 기술인데, 여기에서 관건은 악을 예찬하지도 않고 그렇다고 지배적 도덕을 맹목적으로 재생산하지도 않는다는 것이다. 이것은 뒤르켐의 역설적 예술작품이라고 할 수 있다.

Ⅳ. 批判的 檢討

이제 뒤르켐 범죄정상이론의 공과에 대한 검토를 하고자 한다. 범죄정상이론에 대한 가장 일반적인 비판은 分析法理論家들이 機能主義犯罪理論에 대한 비판의 일환으로 행하는 것이 대종을 이룬다.[23] 물론 뒤르켐을 기능주의자로 볼 것인가 아니면 행위이론가로 볼 것인가에 대해서는 얼마든지 이견의 여지가 있을 수 있다.[24] 규범적 형법이론의 관점에서 보면 범죄는 해악이고 형벌은 이에 대한 제재를 의미하기 때문에 사회에 대한 위협인 범죄가 일정한 긍정적 기능을 갖는다는 것은 상식적으로는 생각하기 어렵다. 왜냐하면 긍정적 기능이 있는 행위를 처벌하는 것은 모순이기 때문이다. 그러나 범죄정상이론은 사회를 체계초월적으로 이해하여 범죄의 사회에 대한 적극적 기능을 주장한다는 점에서 기능주의 범죄이론의 하나로 분류하는 것으로 보인다. 즉 기능주의이론은 체계개념을 사용하여 체계와 기능을 구별하고 정상·병리와 같은 개념도 구별한다.

---

23) 노이만/슈로트(배종대역), 형사정책의 새로운 이론, 123면 이하, 135면 이하; Meurer, Gehalt und Erklälungswert funktionaler Kriminalitätstheorien, Lange-FS, 1976, 555면 이하.

24) 파슨스는 후자의 입장이다. Parsons, The Structure of Social Action, 1949, 301면 이하.

Ⅳ. 批判的 檢討

1. 短點

비판은 犯罪槪念부터 시작된다. 범죄를 국민의 도덕감정을 손상하는 집합의식 내지 감정에 대한 침해로 정의할 때 특별형법이 규정하는 법정범의 경우, 예를 들면 수렵금지기간의 사냥처럼 결코 집합의식의 직접적 침해로 볼 수 없는 행위도 가벌적 행위가 된다는 사실을 설명하기 어렵다고 한다.[25] 그러나 **뒤르켐**은 범죄의 질적 분류를 거부하고 모든 범죄는 언제나 동일한 작용을 한다는 전제에서 수렵금지기간의 사냥행위도 간접적으로 집합의식을 침해한다는 이론구성을 한다.[26] 이 경우에도 처벌이 정당하지 않다고 여겨지는 경우는 없기 때문에 인위적인 범죄의 구분은 의미가 없다고 한다. 다만 법정범에 대한 처벌이 여론에 의해 강화되지 않는 경우는 있을 수 있는데, 그것은 여론이 반대하지 않거나 덜 강력하게 주장하고 있을 뿐이다. 이러한 경우에도 처벌을 찬성해야 하는 이유는 사회유해적이지 않은 행위에 대한 처벌도 도덕의식을 강화시켜주는 기능을 수행하기 때문이라고 한다. 이러한 설명에 대해서는 **뒤르켐**이 사회학자로서 법학자처럼 法律의 規範性을 일차적 관심대상으로 삼지 않았다는 사실을 염두에 두어야 할 필요가 있다. 즉 위의 설명은 내용과 형식이 모두 악법으로 평가되는 법률에 대해서는 타당할 수 없기 때문이다. 형사정책의 가치평가에 대한 경험적 기술 내지 기능적 분석과 같은 '사회학적 작업'과 가치평가의 현실적 실현은 별개의 문제에 속한다. 후자는 법학의 과제이다.

범죄의 긍정적 기능이 갖는 비판적 능력이 매우 제한적이라는 비판도 제기된다. 범죄의 기능성이 형벌의 기능성에 필적할 수 없고 범죄가 아니라 범죄에 대한 형벌이 규범안정에 기여하는 것으로 파악할 수도 있다는 것이다.[27] 그리고 범죄정상이론을 형법비판이나 사회비판에 적용하기에는 지나

---

25) 노이만/슈로트, 위의 책(주 23), 125면.
26) 뒤르켐(임희섭역), 위의 책(주 3), 423면.

치게 추상적이라는 지적도 있다. 모호한 개념을 사용함으로써 경험적으로 지탱하기 어렵고 따라서 미래지향적 목적을 실현하기 위한 이론으로서는 그 가치가 매우 적다는 것이다.

그리고 범죄가 없는 사회는 전적으로 불가능하기 때문에 범죄는 사회의 본질적 구성요소가 되고 따라서 범죄는 사회의 정상적 현상에 속한다는 명제에 대해서도 범죄를 인간의 영원한 징표로 이해한다는 비판이 제기된다. 즉 범죄를 인간의 숙명에 속하는 것으로 이해한다는 것이다.[28] 이렇게 되면 범죄는 더 이상 "사회학적"으로 파악되지 않고 "생물학적·인류학적"으로 설명하는 것에 지나지 않는다는 의문이다. **롬브로조**는 개인이 범죄자로 태어난다고 하였지만 **뒤르켐**은 인류가 범죄자로 태어난다고 설명하는 차이밖에 없다. 범죄가 인간의 근본적 악의에 근거하는 것이라면 그것을 치유할 수 있는 방법은 존재하지 않는다. 그러나 이 비판 자체가 매우 추상적이라는 점도 잊어서는 안 된다. **犯罪의 遍在性**이라는 경험적 사실을 부정할 수 없을 뿐만 아니라 이 사실을 당위적인 것으로 설명하는 것은 차원을 달리하는 문제이다. 위에서 본 것처럼 사회학자의 "있다"는 주장을 법학자가 "있어야 한다"는 것으로 해석하면 양자 사이의 학제적 대화는 불가능하다. 즉 존재 내지 경험과 당위의 혼동이다.

2. 長點

일정한 학문이론에 대한 역사적 평가를 할 때에는 공과를 저울질할 수 있는 균형감각이 있어야 한다. 사회를 설명대상으로 하는 사회이론에서 "절대적 진리"를 구하는 것은 최소한 지금까지는 부질없는 욕심에 지나지 않는 것으로 결론이 내려졌다. 그러나 "구더기 무서워 장 못 담그는" 소극적 자세가 아니라 해당 이론의 장점을 취사선택하여 극대화할 수 있는 적극적 자세 또한 학문발전에 필요하다. **뒤르켐**의 범죄정상이론 내지 유익론이 범죄

27) 노이만/슈로트, 위의 책(주 23), 151-152면.
28) Filser, Einführung in die Kriminalsoziologie, 1983, 107면.

이론의 "전부"가 될 수 있는가 하는 문제가 중요한 것이 아니라 형사정책의 기본이 되는 범죄의 이해에 그의 이론이 어떤 패러다임의 전환을 가져왔는가 하는 점이 중요하다.

우선 刑罰論과 관련된 논의부터 시작하기로 한다. 형벌론은 다 아는 것처럼 국가적 형벌의 정당성을 구하는 분야이다. 법익보호의 수단으로 사용되는 형벌이 어떻게 법익침해를 그 내용으로 할 수 있는가 하는 점에 관한 납득할 수 있는 설명을 형벌론이 하지 못하면 국가의 형벌은 그 정당성을 상실하게 된다.[29] 범죄자가 처벌되는 것은 범죄를 범하였기 때문이라고 하면 그 형벌의 내용은 應報가 된다(절대적 형벌이론). 여기에서 출발하는 사회적 합목적성의 고려는 기껏해야 威嚇를 통한 消極的 一般豫防 정도이다(상대적 형벌이론의 소극적 일반예방이론). 그러나 응보와 위하가 형벌의 사회적 의미에 관한 가장 상식적인 내용을 담고 있을지라도 국가적 형벌로서 정당화되는 데는 미흡하지 않을 수 없다. 왜냐하면 중립성과 객관성 그리고 윤리적 총체로서 국가는 자연인과 달리 형벌의 감정적 색채를 지워야 할 의무가 있기 때문이다. 그렇지 않으면 복수를 내용으로 하는 私刑罰이 公刑罰로 전환된 의미가 없어진다. 그러므로 공동체구성원의 권리를 추상적으로 보호하는 법률과 이에 대해 적대관계를 형성하고 있는 범죄자 사이에는 긍정적 내지 적극적 의미의 연결관계가 형성되어야 할 필요가 있다. 여기에서 등장한 것이 바로 재사회화이론으로서 특별예방이론과 적극적 일반예방이론이다. 범죄에 대한 적대관계가 존재하는 한 범죄자를 교화·개선한다는 것은 무리이다. 응보적 처벌이라는 부정적 수단으로 범죄자를 교화·개선하여 범죄원인을 제거하는 긍정적 효과를 기대하는 것은 현실성이 없기 때문이다. 온갖 비난·조롱·냉대·멸시·따돌림·차별 등을 당하면서도 "새사람"으로 거듭날 정도의 사람이라면 그는 처음부터 범죄행위를 하지 않아야 할 범주에 속할 것이다.[30] 범죄자에 대한 부정적 대우는 그로 하여금 재범의

29) 자세한 설명은 배종대, 형법총론, 제5판, 1999, 4/1이하.
30) 책임내용을 "비난가능성"으로 이해하는 규범적 책임론의 문제점도 같은 문제점을 가지고 있다. 배종대, 위의 책, 81/4이하.

원인이 되는 반발심과 과 증오심을 불러일으키는 것이 일반적이다. "사회조직 가운데 범죄에 대한 적대적 태도가 존재하는 한 여기에 속하는 구성원 개인들은 범죄자에 대한 적으로 남을 수밖에 없다. 범죄를 증오하면서 동시에 범죄자를 사랑한다는 것은 심리적으로 완전히 불가능한 일이다."[31] 그러므로 범죄에 대한 사회의 인식전환 없이 기술적 처벌을 통해서 범죄자의 인격을 변화시키겠다는 온갖 사회복귀노력은 성공하기 어렵다. 재사회화사상은 현실적인 불완전성에도 불구하고 형벌의 정당화에서 포기할 수 없는 요소이다. 뒤르켐의 범죄정상이론은 형벌의 도덕형성력에 의한 준법의식의 강화라는 적극적 일반예방 그리고 범죄자의 진정한 재사회화를 위해서는 범죄에 관한 일반인의 인식부터 바꾸어야 한다는 점을 정확하게 지적해 주고 있다고 평가할 수 있다.

나아가서 범죄정상이론은 犯罪原因論에 대한 고찰을 풍부하게 해 줄 수 있는 장점도 가지고 있다. 범죄를 사회의 정상적 현상의 하나로 받아들이게 되면 범죄원인을 범죄자 개인의 내적·외적 원인에서만 찾고자 하던 자세에서 벗어나서 이제는 사회의 절차 내지 범죄에 관한 사회의 해석구조에도 시각을 돌릴 수 있는 계기가 마련될 수 있다. 고전적 범죄학은 범죄원인을 오로지 범죄자 개인의 생물학적·심리학적 원인에서만 찾으려고 하였고 그러한 원인을 가진 범죄자는 단순히 사회에서 격리조치를 하는 것으로써 해결될 수 있는 것으로 믿었다. 그러나 범죄정상이론은 범죄를 규정하는 사회적 절차가 이에 못지 않게 중요하다는 사실을 일깨워주었다. 즉 일단의 사회구성원이 다른 사람에 의해 범죄자로 규정되고 그 결과 그들이 자신을 범죄자로 인식하게 되는 일탈자와 그 일탈을 규정하는 사람 사이의 상호작용에 의해서만 범죄는 "이해"될 수 있다는 점을 강조한다.[32] 이 점은 특히 형법이 특별한 기준 없이 정치적 흥정 내지 일반인을 안심시키기 위한 정치적 수단으로 악용되는 사회에서는 더욱 그렇다고 할 수 있다. 특별법만능주의에 빠

31) G. H Mead, The Psychology of punitive Justice, in: Reck(Hrsg.): Mead: Selected Writings, 1964, 288면. Phillipson, 위의 책(주 18), 135면에서 재인용.
32) Phillipson, 위의 책(주 18), 144면.

져 있는 우리나라가 바로 여기에 해당된다. 진정으로 이해해야 할 대상은 범죄 그 자체가 아니라 이 범죄를 만들어내는 기준이라고 해도 지나친 말은 아니고 사회학의 입장에서는 더욱 그렇다.

V. 結 論

뒤르켐의 범죄정상이론과 관련하여 제기되는 비판 가운데 하나는, 위에서도 잠깐 언급하였지만, 그를 '機能主義者'로 규정하는 것으로부터 비롯된다. 기능주의는 인간의 육체가 유기적 부분의 결합으로 이루어지듯이 사회도 같은 관점에서 이해하려고 하는 것을 말한다. 그리하여 사회의 모든 구성부분은 사회전체의 기능을 충족시키는 방식으로 작동한다는 가설에서 출발한다. 이렇게 되면 기능의 주체가 되는 사회는 永續性을 전제하므로 변화를 필요로 하지 않는다는 政治的 保守性向과 관련을 맺게 된다. 즉 기능주의이론은 현행 제도가 포함하고 있을지도 모를 불평등과 불의는 고려하지 않고 사회의 기능적 조화만을 최고의 이상으로 삼는다. 이 점에서 기능주의는 현상을 유지시키기 위한 이론으로서 과학적이기보다는 이데올로기적이라는 비판을 받는다.[33] 범죄의 사회통합기능 내지 종교의 사회연대성에 대한 기여 등을 말하는 그의 분석은 바로 사회의 제도나 관행이 부정적이거나 파괴적이고 경우에 따라서 반생산적일 수도 있다는 사실을 간과할 수 있다는 것이다.

그러나 뒤르켐이 보수주의자라는 비판은 그의 정치적 견해와 상관없이 기능주의 일반으로부터 제기되는 것으로 보는 것이 옳다. 그가 혁명적 변화를 원치 않고 개량주의적 입장을 취하였고, 비록 유대교의 랍비가 되지는 않았지만 매우 종교적 분위기에서 성장하고 사고하였으며 그리고 이를 토대로 매우 도덕주의적 경향을 표방하였다는 점에서 '보수주의적' 근본은 미루어 짐작할 수 있다. 하지만 그에 대한 비판은 주로 마르크스주의자들에 의

33) 휴즈 · 마틴 · 샤록, 고전사회학의 이해(주 3), 322면.

해 행하여졌다는 것을 간과해서는 안 된다. 그는 마르크스주의적 사회주의자가 아니었을 뿐이지 비마르크스주의적 프랑스전통이 갖고 있는 이상주의와 정당정치에 대한 혐오를 기초로 하는 自由主義와 社會主義를 신봉하는 사람이었다. 즉 마르크스처럼 혁명을 통한 사회변동이 아니라 적절한 과학적 지식에 입각하여 교육·산업정책의 개혁 그리고 도덕과 공동체의식의 개혁을 통해서 그것을 달성할 수 있는 것으로 믿었다.

뒤르켐의 범죄정상이론은 범죄에 대한 일반의 시각을 전환시킬 수 있는 이론적 틀을 마련하였다는 점에서 높이 평가되어야 할 것으로 생각한다. 그리고 이 인식은 범죄에 대한 효과적인 장·단기의 대책을 수립하는 필수적 조건에 속한다. 이제 문제는 이러한 인식의 실천에 있다. 범죄는 일반인들이 생각하듯이 병리적 현상이 아니라 사회의 정상적 현상에 속한다는 인식이 보편화될 때 범죄에 대한 진정한 해결책은 마련될 수 있을 것이다. 이런 의미의 機能主義, 즉 선언적 기능과 잠재적 기능을 구별하고 사회체계의 다기능적 효과를 발견하여 기능적 대가에 대한 사회학적 상상력을 키워나가는 것은 의미 있는 일이 아니고 무엇이겠는가.

의료의 자율성과 법의 정당성
– 의료보험과 의약분업의 제도 개혁에 대한 법이론적 분석 –

이 상 돈*

《目 次》

Ⅰ. 문제제기
1. 대립과 갈등의 의료체계
2. 성찰을 통한 의료개혁

Ⅱ. 의료생활세계의 구조
1. 의료행위의 본질: 치료적 대화
2. 의료생활세계의 구조적 요소
3. 의료생활세계의 재생산구조

Ⅲ. 의료생활세계의 식민지화
1. 의료체계의 기능적 왜곡
2. 의료생활세계의 병리적 현상

Ⅳ. 의료체계의 합리화
1. 합리성 개념의 대화이론적 재구성
2. 의료시민사회와 의료공론영역
3. 의료법규범의 정당성

Ⅰ. 문제제기

1. 대립과 갈등의 의료체계

의약분업의 실시를 두고 최근 의료계가 정치체계를 상대로 한 투쟁을 강력하게 펼치고 있다. 이 투쟁은 단지 의약분업의 문제만이 아니라 우리 사회의 의료체계에 터잡혀 있는 구조적 왜곡 전반을 주제화하고 있다. 그 중에서도 사회보장적 의료체계의 구조적 결함을 시정하겠다는 것이 투쟁의 전략적 목표이다. 의료계의 이 투쟁과 반사적인 이해관계를 맺고 있는 또 다른 이익집단인 약사회는 이 투쟁의 결말에 대해 불안스런 방관의 태도로 지켜보고 있고, 행정권력은 늘 그러했듯이 고압적인 자세로 투쟁의 불길을

* 高麗大 法大 敎授 · 法學博士

진화하려고만 하고 있다. 이에 반해 시민들은 무엇이 제대로 문제인지도 모른 채 수수방관만 하고 있다. 물론 시민들의 방관은 의료계에 대해 우호적이지 않다. 시민들은 누구나 어느 정도는 의료계의 권위주의적 문화와 의료체계의 기능적 결함으로부터 오는 크고 작은 피해를 경험하고 있기 때문이다. 바로 그런 집단적 경험에 응축된 의료계에 대한 비판적 정서는, 여러 시민단체들이 현재 의료계가 정치체계를 상대로 벌이는 투쟁을 너무 쉽게 집단이기주의의 옹색한 표현으로 몰아버리게 만드는 토양이 되고 있다. 그러나 시민들은 자신을 대표한다는 단체들의 그와 같은 편향적 해석이 정말로 타당한 것인지, 그리고 그런 비판들이 종국에는 자신들의 이익으로 귀환하게 될 것인지에 대해서도 역시 아무런 전망을 갖지 못한다. 그렇기 때문에 시민들은 정부의 의료정책에 대한 시민단체들의 지지에 대한 전략적 판단에서도 불확실성에 빠져들게 된다. 시민들의 방관은 바로 그런 불확실성의 표현일 것이다.

이와 같은 전략적 행동들이 대립하는 상황은, 대립하는 이익집단들 사이의 역학관계에 따라 각기 다른 방향으로 기울어질 수 있게 될 것이다. 즉, 힘의 기울음이 있으면 이익분할도 편중되기 쉽다. 그러나 설령 이익집단들 사이에 힘의 균형이 잡힌 경우에도 반드시 이익분할의 정의로움이 보장되는 것은 아니다. 왜냐하면 그런 이익분할은 기존의 힘의 균형을 재창출하는 데 기여하는 것은 분명하지만 의료영역에서 어떤 형태의 힘의 균형도 정의로운 관계를 반영하게 되는 것은 아니기 때문이다. 또한 최근 우리나라의 의료체계에서 펼쳐지고 있는 대립과 갈등의 심각성을 진지하게 고려한다면, 이론적 이유를 분석해보지 않아도, 의료인집단의 체제부정적 관점이나 약사집단의 영역확장적 관점, 행정관료의 사회보장적 정책관점 그리고 시민단체의 엘리트집단이 설정하는 시민운동적 관점, 그 어느 것도 현실적으로 정의를 결정짓는 독점적이거나 우월적인 관점의 지위를 누릴 수 없다는 것을 금새 알 수 있다.

2. 성찰을 통한 의료개혁

(1) 이론적 성찰의 필요성

이런 상황에서 대립하는 이익집단과 행정권력 사이의 타협은, 그들 각자의 관점이 교환되는 과정을 통해 자기반성적 수정을 거쳐 '상호이해가 가능한 관점'으로 수렴되지 않는 한, 불가능할 것으로 보인다. 설령 일시적으로 예컨대 권력의 압력에 의하여 타협이 이루어질 수는 있으나 거시적으로 보면 그런 타협은 또 다른 갈등과 대립의 시작일 뿐, 진정한 화해와 조화의 시작은 되기 어렵다. 그러므로 지금 의료체계의 갈등상황에서 중요한 것은 타협을 이끌어내는 사실적인 힘을 마련하는 것이 아니라, 상호이해가 가능한 관점을 갈등의 당사자들은 물론 시민 모두가 함께 성찰해보는 것이라 할 수 있다. 이를 위해서는 모든 당사자들이 각자의 관점에 갇히는 폐쇄성을 '반성'하고, 다른 당사자의 대립적인 관점이 갖는 근거들을 '성찰'해보는 개방성이 무엇보다도 절실하게 요구된다고 할 수 있다.

그러나 그런 반성과 성찰이 도대체 어떻게 가능할 수 있을 것인가? 대립과 갈등으로 점철되고 그로 인한 불신과 반목의 골이 깊어져만 가는 우리나라의 의료체계와 같은 현실에서는 반성과 성찰의 과정이 출발하기조차 어려울 것으로 보인다. 나의 생각으로는 바로 그와 같은 현실 속에서야말로 '더욱 이념적인 것', '더욱 이론적인 것'에 대한 관심이 필요하다고 본다. 바꿔 말해 더 깊고 더 높은 전망을 지닌 이론의 지평을 형성하는 학문적 작업이야말로, 권력과 금전의 이해관계로 얼룩지고 비틀어진 우리나라의 의료체계 현실을 변화시키는 반성과 성찰의 원동력이 되어줄 것이다. 이 글은 바로 그런 작업을 수행하는 단지 '하나'의 학문적 실천이 되고자 한다.

(2) 성찰의 기초이론

먼저 이 글에 대한 좀 더 정밀한 이해를 위해서는 이 글이 펼치는 의료이론의 배후이론을 고백할 필요가 있다. 그러니까 이 글이 수행하는 이론적 성찰이 준거하고 있는 기초이론은 하버마스(Habermas)의 의사소통행위이론(Theorie des kommunikativen Handelns)[1]이라는 점이다. 좀 더 솔직히 표

현한다면 하버마스는 이 글이 펼치는 이론의 철학선생과도 같다. 그러나 그 선생은 이 글이 펼쳐보여주는 인식의 구체적 내용을 알지 못한다. 이는 기초이론과 '응용'이론[2]이 늘 보여주는 실천적 간극일 것이다. 그러나 또한 기초이론과 응용이론의 관계는 단지 소재의 차이로부터 비롯되는 내용적 차이에 그치지 않는다. 즉, 응용이론을 통하여 기초이론은 비로소 더 '구체화'되고 더 '현실화'된다. 이것은 응용이론이 기초이론에 대해 창조적 기능을 갖고 있음을 말해준다. 또한 그런 구체화와 현실화를 통하여 기초이론은 자신의 실천적 관할영역을 '확장'한다. 그러니까 하버마스의 의사소통이론은 이 글과 같은 작업을 통하여 사회이론의 성격을 넘어서 법이론의 - 더 구체적으로는 의료에 대한 법이론의 - 성격을 획득하게 되고, (의료영역에서) 법제화의 방향을 정립해주는 임무를 정당하게 떠맡을 수 있게 된다. 이와 같은 위상을 갖는 응용이론으로서 이 글은 다음과 같은 구성으로써 우리나라 의료현실에 대한 (의사소통)이론적 성찰을 수행한다.

- 올바른 의료의 모형으로서 의료인의 직업적 생활세계, 즉 의료생활세계의 이념 유형과 그 재생산구조를 설계한다(아래 II).
- 의료생활세계의 이념유형적 모습이 권력과 금전에 얼룩진 현재의 의료체계 속에서 병리화된 모습을 밝혀냄으로써 현재의 의료체계에 대한 비판적 관점을 성취한다(아래 III).
- 의료생활세계의 병리적 현상을 극복하고 의료체계의 개혁방향을 설정하는 데 있어 기초가 되어야 하는 이론, 즉 의료생활세계의 대화적 재생산 모델을 기획한다(아래 IV).

---

1) 대표적으로는 Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.I,II, 1981.

2) 법학분야 밖에서도 이러한 응용이론은 전개되고 있다. 하버마스의 의사소통행위이론을 준거로 삼아 '한국사회의 구조론'을 설계하는 사회학자 한상진 교수의 작업(한상진, 민중의 사회학적 인식, 1987, 특히 제2장, 제3장 참조)은 바로 그러한 응용이론에 속하는 대표적인 예라고 할 수 있다.

Ⅱ. 의료생활세계의 구조

1. 의료행위의 본질: 치료적 대화

(1) 전략적 행동과 대화적 행동

의사와 환자의 만남은 병의 치료라는 목표에 지향된 상호작용이다. 그런데 이 상호작용은 서로가 서로를 의심하거나, 또는 상대방을 자신의 목표를 달성하기 위한 일방적인 수단으로 만들어 버리는 '전략적 행동'에 의해서는 자신의 목표에 도달할 수가 없다. 병의 치료는 오로지 의사와 환자 사이의 치료적 대화에 의해서만 달성될 수 있을 뿐이다. 즉, 의사는 병만을 생각하고 병의 치료를 위해 최선의 방법이 무엇인가를 생각하며 가능한 모든 수단을 동원하여 그 최선의 방법을 실행에 옮기는 반면, 환자는 자신의 병을 진실하게 표현하고 의사의 조언을 성실하게 듣고 숙고하며 실존적인 자기결단을 바탕으로 의사의 치료행위에 협조적으로 참여하는 '대화적 과정'이 없이는 병의 효과적인 치료는 기대하기 어렵다. 이러한 치료적 대화의 과정은 두 사람 사이의 신뢰가 전제되지 않고는 절대로 펼쳐질 수가 없다. 다시 말해 의사와 환자 사이에서 '신뢰'는 치료적 대화가 전개될 수 있는 전제조건이며, 의료행위의 본질적 구성요소임을 알 수 있다. 여기서 의료관계는 <의료서비스와 진료비의 교환적 관계> 또는 <생산자와 소비자의 일차선형적 관계>와 같은 물적 관계로 환원될 수가 없다. 의료관계는 물론 그런 관계의 측면을 배제하지는 않지만, 그런 관계의 차원을 넘어 상호신뢰를 바탕으로 하는 대화적 관계이어야 하는 것이다.

(2) 치료적 대화의 상호주관성

A. 의료관계의 상호주체성 이런 대화적 관계 속에서는 의사와 환자 중 한 사람은 주체이고 다른 사람은 객체가 되는 것이 아니라 모두가 동시에 '(의료)주체'가 된다. 이러한 상호주체성(상호주관성)이 가능하기 위해서는 무엇보다도 환자가 의사의 후견적 보호대상이 - 바꿔 말해 의사의 치료객체가 - 되는 전근대적 법적 지위로부터 벗어나야 함은 물론이고, 환자가 국가

의 후견적 보호대상이 되는 법적 지위를 넘어야만 한다. 다시 말해 (의료) '윤리적 후견주의'와 (사회)'국가적 후견주의'를 모두 지양해야 한다. 왜냐하면 누구로부터 시혜적인 돌봄을 받는다는 차이만 있을 뿐, 두 가지 가운데 어떤 경우이든간에 환자는 결국 돌봄의 '대상'으로만 남아 있고, 그 돌봄의 전과정을 지배하는 주체가 되지는 못하기 때문이다. 그런 지양은 환자가 의사의 의료행위의 전 과정에 참여하여 의사와 함께 공동으로 의료행위에 관한 결정을 하는 주체의 지위를 얻게됨으로써 가능할 수 있다. 그러나 다른 한편 이러한 상호주체성이 대등한 무기를 갖고 전략적으로 행동할 수 있는 의사와 환자의 관계를 의미한다고 이해되어서도 안된다. 물론 그런 경우에도 환자는 의사와 대등한 주체라고 말할 수는 있지만 그런 상호주체성은 치료라는 목적을 오히려 그르치는 것이기 때문이다. 여기서 환자주권주의를 표방한 의료소비자운동[3]의 목표가 이와 같은 전략적 행동의 대등성에 지향되어서는 안됨을 알 수 있다. 결국 의사와 환자의 상호주체성이란 의사와 환자가 치료적 대화를 온전하게 펼칠 수 있는 의사소통적 교류(의 전제조건들)를 의미할 수 밖에 없다.

B. 상호주관적 권리로서 의업권 이와 같은 의료관계의 상호주관적 이해로부터 이른바 의업권에 대한 새로운 해석이 가능해진다. 흔히 의사의 포괄적인 의료권을 의업권이라고 표현한다. 그런데 의업권은 의사에게 의료행위를 자유롭게 할 수 있는 의사력의 지배영역, 즉 '주관적 권리'(subjektive Rechte)로 이해된다. 헌법상 직업의 자유(제15조)는 바로 그런 권리를 보장하는 것으로 원용된다. 그러나 의료관계의 상호주관적 이해에 의하면 직업의 자유(헌법 제15조)는 의사에게 이러한 치료적 대화를 자율적으로 전개할 수 있는 의사소통적 권한을 보장할 뿐이다. 의사소통적 권한은 그

3) 그러므로 여기서 환자주권주의(patient sovereignty)를 지향한 의료소비자운동(이에 관해, 손명세 · 신현호, 의료소비자운동의 법률적 분석, 한국의료법학회지, 1999/1, 51쪽 참조)은 의사의 환자에 대한 주권을 밀어내고 환자의 의사에 대한 주권을 그 자리에 대신 세우는 데 있는 것이 아니라 의사와 환자가 서로를 주체로 승인하는 상호성에 지향되어야 한다.

상대방, 그러니까 의료소비자의 의사소통적 참여를 전제로 하지 않고는 존재할 수 없다. 그러므로 행복추구권(헌법 제10조)과 소비자주권(소비자보호법 제3조)뿐만 아니라 직업의 자유(헌법 제15조)도 이미 의료소비자에게 일정한 참여의 권리를 보장하고 있는 것으로 해석될 수 있다. 다시 말해 의업권은 고립된 주체로서 의사 개인에게 의료의 자유를 부여하는 '자유권적 기본권'이 아니라(단지 국가로부터의 자유를 보장한다는 소극적인 의미를 넘어서서) 의사가 환자와 '함께' 의료행위를 수행할 수 있는 '자율영역'을 보장하는 것임을 알 수 있다.[4] 그런 자율영역을 의료생활세계라고 부를 수 있다.

2. 의료생활세계의 구조적 요소

(1) 의료행위규범의 자율정립

그러한 자율영역에서 의사는 환자와의 치료적 대화를 끊임없이 펼치면서 경험적, 반성적으로 일정한 의료행위의 표준을 정립해 나아간다.

A. 준행위규범 그러한 표준들은 의료인사회에서 - 의료인의 전체집단 또는 크고 작은 부분집단(예: 1차~3차 의료기관별로 분류되는 각 집단 또는 의료기술의 첨단화를 선도하는 그룹) 내에서 - 상호승인됨으로써 일종의 의료행위규범이 된다.[5] 물론 이러한 의미의 의료행위규범은 법이나 사회윤리와 같은 일

---

4) 이런 자율영역을 설정하게 되면 헌법 제15조는 의사에게 의료권을 부여한 것일 뿐만 아니라 환자의 의료를 받을 권리, 즉 수진권을 함께 포함하고 있는 것이라고 할 수 있다. 물론 이처럼 수진의 기회를 단지 의료권(행사)의 '반사적 이익'이 아니라 진정한 의미에서 환자의 '주관적 권리'로 승인할 수 있기 위해서는 전통적인 기본권 이해, 즉 자유주의적 이해의 지평을 넘어서 기본권의 상호주관적 이해 패러다임이 전제되어야 한다. 그와 같은 기본권 이해방식의 변화에 관해서는 Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 109쪽 아래, 329쪽 아래 참조; Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, ARSP-Beiheft Nr.54, 58~73쪽 참조.

5) 이러한 행위규범성은 의료체계의 법이론적 분석을 위한 개념설정이다. 과거에도 비록 의료보험법상의 진료기준에 관한 것은 아니고 또한 단지 단발적으로 사용된 것이긴 하지만, 보건의료공급관련법(의료법)이 '행위규범'으로 기능한다는 점에 대한 지적이 있기도 했다. 그런 개념사용으로 연세대 보건정책 및 관리연구소가 보건복지부에 제

상적 행위규범처럼 엄격한 의미의 행위규범이 아니며, 일종의 '半'행위규범 또는 '準'행위규범이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 그런 의미의 의료행위규범은 그때 그때 쉽게 변해가는 (의료행위의) '기술적 표준'에 가깝지만, 다른 한편 그런 기술적 표준은 의사가 치료적 대화에서 준수해야 하는 실천적 행위의 일반적 표준으로도 작용하기 때문이다. 어쨌든 이와 같은 의료행위규범은 의사(집단)이 자율적으로 형성하고 수정하고 또한 폐기할 수 밖에 없다.

B. 임상성 이와 같은 의사(집단) 스스로에 의한 의료행위규범의 자율적인 재생산은 의료전문인의 직업적 생활영역에서 이루어져야 한다. 왜냐하면 무엇이 환자에게 적합한 진료인가는 '임상의 현장'에서 확인되는 것이지 예를 들면 보건행정관료의 책상 위에서 확인되는 것이 아니기 때문이다. 예를 들어 임상진료지침(Clinical Practice Guideline)은 그와 같은 행위규범의 재생산표준이며, 이 표준은 의학계에 의해 끊임없이 변경되어 나아간다. 이처럼 의료행위규범이 임상의 현장에서 재생산되어야 한다는 요청은 다른 한편으로는 동등한 수준의 다양한 의료행위 가운데 어떤 행위를 선택할 것(의료행위규범의 구체화6))인지는 치료적 대화의 구체적 진행 속에서만 비로소 적절하게 판단될 수 있음을 의미한다. 그러니까 일반적인 의료행위규범은 어떤 의료행위가 의학의 발전수준을 고려할 때 '올바른'(richtig) 것인지를 설정하는 반면, 구체적인 의료행위규범은 어떤 의료행위가 특정한 환자의 특정한 병을 치료하는 개별적인 진료상황에 '적절한'(angemessen) 것인지를 설정한다.

출한 보고서 「국민건강증진 기반조성을 위한 보건의료법령체계 정비」, 1999, 86쪽 참조.

6) 이것은 법률이 일반적인 규범을 정립하고 법관이 법률을 구체적 사건에 적용함으로써 일반적인 규범을 좀 더 구체적인, 즉 사안에 더 근접한 규범으로 구체화하는 것에 비유할 수 있다. 법관이 해석에서 얼마간의 창조적 공간을 갖듯, 의사도 의료행위규범을 사안적용을 통하여 구체화하는 과정에서 얼마간의 창조적 공간을 갖는다. 의료행위의 특성 가운데 하나로서 의료의 '재량성'이란 개념은 바로 이와 같은 '의료행위규범의 구체화' 라는 현상을 표현한다.

C. 최선진료 여기서 적절한 의료행위라는 것은 상황적합성을 말하는 것이고, 치료적 대화가 전개되는 임상의 현장에서 의료행위규범은 일반적인 규범이건 구체적인 규범이건 언제나 '최선의 진료'를 지향할 뿐이다. 그러나 최선의 진료는 치료적 대화가 권력이나 자본에 의해 제한되지 않고 완전하게 펼쳐질 수 있는 상황에서만 실제로 가능할 수 있다. 다시 말해 최선의 진료는 '이상적인' 의료행위규범의 공리와도 같은 것이라고 말할 수 있다. 그러므로 최선의 진료란 현실적으로는 의료행위규범의 자율정립에서 단지 일종의 '구심력'을 발휘할 수 있을 뿐이다. 그러나 최선의 진료는 어떤 기능적 요소가 아니라 의사들의 직업적 윤리의식이라는 실제적 현상이다. 다만 그런 윤리적 요청은 현실적으로 완전하게 실현하기는 매우 어려운 일종의 '심정윤리'(Gesinnungsethik)[7]에 속할 뿐이다. 이에 반해 의료공급기구의 행정가들이 즐겨 사용하는 '적정진료'라는 개념은 최선의 진료와 구별된다. 적정진료는 의료'체계'의 기능조건(예: 의료자원배분의 합리성, 의료공급기구의 자본(확대)재생산 또는 병원경영의 정상적 수익성유지)이라는 제약을 고려한 진료의 수준을 가리키며, 그런 진료를 행해야 할 의무는 '책임윤리'(Verantwortungsethik)에 속한다.

(2) 의료인격과 의과대학의 자치

의과대학은 의료생활세계의 한 구성요소이다. 왜냐하면 의과대학은 의료'인격'의 형성, 즉 의료인의 직업적 사회화를 담당하는 제도이기 때문이다. 예컨대 의사의 의료기술습득이나 의료윤리습득[8]은 의과대학의 직업사회화 과정에서 이루어진다. 의료생활세계 내에서 치료적 대화가 왜곡없이 전개될

---

7) 히포크라테스 선서(The Oath Of Hippocrates)는 이와 같은 의사의 심정윤리적 의무를 정형화하고 있다고 할 수 있다.

8) 의과대학에서 의료윤리의 습득은 그동안 매우 등한시되어 왔다. 그러나 최근에는 여러 의과대학에서 의료윤리교육의 중요성을 인식하고 다양한 교육프로그램을 개발하고 실험하는 움직임이 나타나고 있다. 이러한 움직임에 관해서 『임상윤리학』(서울대학교 의과대학 의학교육연수원 편), 1999, 제3부(의료윤리와 교육); 김일순 · 손명세 · 김상득, 『의료윤리의 네가지 원칙』, 제5장(의과대학 윤리교육의 과제와 전망) 참조.

수 있기 위해서는 의과대학의 사회화기능 역시 권력과 자본의 논리로 얼룩지지 않아야 한다. 바꿔 말하면 의과대학은 의료인격이 형성되는 자율영역으로 터잡아야 한다. 학문의 자유(헌법 제22조 ①항)나 대학의 자율성(제31조 ④항)은 바로 의과대학의 자치를 보장하는 규범이다. 의과대학의 자치는 의료교육의 '주체'(누가 의료교육의 주체가 될 것인가?), '행위'(어떤 직업사회화 프로그램을 운영할 것인가?), '결과'(예: 의과대학교육과정의 부적절성에 대한 통제)에 대한 규율을 의과대학(또는 그 단체[9])이 자율적으로 정할 수 있을 때 비로소 가능하다. 물론 의료교육은 '치료적 대화'에 필요한 전문지식과 직업윤리를 함양시켜야 한다는 정언명령(Imperativ)에 따라야 하고, 권력이나 자본의 논리에 의해 얼룩져서는 안된다. 예를 들어 의과대학은 현재의 교과과정처럼 의료의 수익성을 높이는 기술을 전수하는 프로그램(의료행위에 소요되는 기구나 재료의 가격, 환자가 부담하는 비용, 진료수가 등)을 제공해서는 안된다.[10] 반면 의과대학의 설립요건도 정부에 의해 - 의료인의 양적 증가라는 정책적 목표를 실현하기 위한 수단으로 - 권력적으로 정해져서는 안되고, 이를 테면 의과대학단체[11]에서 의료인격의 형성을 위해 필요한 인적·물적 자원의 기준을 정하고, 그 기준에 따라 의과대학의 설립과 폐지가 결정되어야 한다.

(3) 성찰적 의료문화

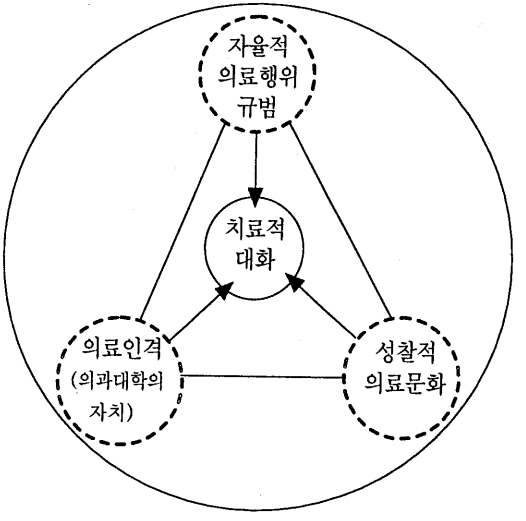
의료생활세계의 또 다른 제도적 요소는 의료문화이다. 의료문화가 권력적인 권위주의나 경제적인 타산성에 물들 경우에 그 문화에 젖어 있는 의료인들이 환자와 치료적 대화를 전개할 가능성은 현저하게 낮아진다. 예컨대

9) 예를 들면 1997년에 결성된 한국의학교육협의회를 생각할 수 있다. 이 협의회 안에는 의과대학장협의회, 의학교육학회, 기초의학협의회, 의사국가시험원, 의과대학인정평가위원회 등이 참여하고 있다.

10) 이에 반해 의사와 환자의 관계가 대화적 관계가 되도록 하는 인문, 사회과학적 소양교육이나 의료관련윤리와 법의 교육은 의과대학의 교과과정에 포함되어야 한다(맹광호, 21세기 한국의학교육 발전을 위한 제언, 대한의사협회지, 2000/1, 31쪽)

11) 예를 들면 한국의학교육협의회 안에 있는 의과대학인정평가위원회를 생각할 수 있다.

전문의 수련과정이 군대조직과 같은 권위주의적 위계질서의 문화 속에 편입되어 있을 경우에 그 수련과정을 마친 의사는 환자에 대해서도 대화적 태도보다는 권위적 태도(이를테면 독백적 진단 - 명령식의 의학적 충고 - 독단적 처치)로 대할 개연성이 높다. 또한 전문의 수련과정이 경제적 수익성에 의해 각인될 경우(이를테면 고소득 진료영역의 선택 - 저소득 진료영역의 배제, 촌지에 따른 환자의 차별취급과 같은 촌지문화) 의사는 환자를 치료적 대화의 파트너로 바라보기보다는 고객(손님)으로 대하게 될 개연성이 높다. 그러나 현실적으로 의료행위가 권력과 금전에 대해 완전히 '중립적'일 수는 없다. 어떤 시대 어떤 사회의 의료현실도 정도의 차이는 있지만 권력과 금전에 의해 각인되기 마련임을 부인할 수는 없다. 그렇기 때문에 의료생활세계는 그와 같은 의료현실과 치료적 대화 사이의 괴리를 임상의 현장에서 끊임없이 인식하고 반성을 통해 극복하는 의료인들의 문화가 터잡힐 때 비로소 '자율적인 삶의 영역'이 될 수 있다. 여기서 의료현실을 성찰하는 의료인들의 문화, 즉 성찰적 의료문화는 의료생활세계의 구성요소라고 할 수 있다.



의료생활세계의 구조적 요소

3. 의료생활세계의 재생산구조

이상에서 설명한 의료행위규범, 의료인격, 의료문화는 의료생활세계라는 개념의 집을 떠받드는 세가지 기둥이 될 수 있다. 이 기둥을 중심으로 좀 더 자세히 의료생활세계의 재생산구조를 설명하기로 한다.[12] 먼저 치료적 대화의 임상현장으로부터 반성적으로 재생산되는 의료행위규범 위에서 의료인과 의료소비자인 시민들 사이의 관계, 즉 의료관계는 정당하게 질서잡힌 '사회적 관계'(legitim geordnete interpersonale Beziehungen)가 될 수 있다(②ⓑ). 그러한 관계 속에서 의료인과 시민들은 치료적 대화에서 요구되는 각자의 역할과 행위를 수행할 '동기'(Motivation)를 형성할 수 있다(②ⓒ). 이런 질서와 동기화가 정상적으로 작동할 때 '정당성'(Legitimation) 있는 의료시민사회가 성립할 수 있다(②ⓐ). 다음으로 앞에서 설명한 의과대학의 자율적인 직업적 사회화가 정상적으로 기능할 때, 다시 말해 의료인교육의 효과를 발휘하는 행위표본이나 교육목표(bildungswirksame Verhaltensmuster, Erziehungsziele) 등이 정상적으로 작동할 때(③ⓐ)에, (치료적 대화에 지향된) 상호작용을 환자시민과 펼치는 능력(Interaktionsfähigkeiten)을 구비한 의료인이 양성될 수 있으며, 바로 그런 상호작용능력은 의료인의 정체성(Identität)을 이루는 근본바탕이 된다(③ⓒ). 아울러 그런 정체성을 의료인들이 함께 공유함으로써 의료인 개인들은 고립된 개인이 아니라 하나의 사회적 집단으로서 의료인사회에 소속되어 있다는 '사회적 소속감'(soziale Zugehörigkeiten)을 가질 수 있다. 이와 같은 의료인의 인격성로 인하여 환자시민의 인격성도 가능해진다. 즉, 이를 통해 환자는 치료적 대화의 또다른 인격(주체)로 승인되고, 또한 전문가인 의료인에게 그의 생존이 무력하게 내맡겨진 고립된 개인이 아니라 의료소비자운동이나 환자주권주의가 성취하고자 하는 지위를 누리는 주체들의 이념유형적 집합으로서의 의료소비자집단에 소속됨을 느낄 수 있다(③ⓑ). 다음으로 의료문화가 치료적 대화를 지향한

12) 이 생활세계의 재생산구조의 틀은 Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.2, 182~228쪽, 특히 212쪽 아래의 내용을 응용한 것이라 할 수 있다.

구조적 요소 / 재생산과정	① 의료'문화'	② 의료'사회'	③ 의료'인격'
ⓐ 의료-'문화적 재생산'	의사와 환자 모두가 '합의가능한 해석틀'(지식)	의료사회의 '정당성'	의료'교육의 행위표본', 의료'교육의 목표'
ⓑ 의료-'사회적 통합'	의사와 환자의 도덕적 '의무화'	'정당하게 질서잡힌 의사와 환자의 관계'(의료관계)	의료인'사회에의 소속감' 의료소비자'사회에의 소속감'
ⓒ 의료-'사회화'	치료적 대화에 기여하는 '해석활동'	의사와 환자의 역할수행에로의 '동기화'	의사와 환자의 대화적 '상호작용능력'(의료인격)

의료생활세계의 구조적 요소의 재생산과정

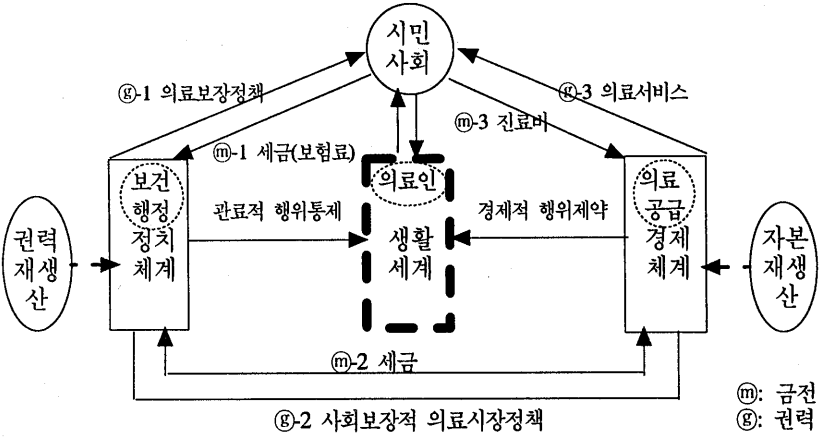
성찰적인 문화가 되면 의료인뿐만 아니라 환자시민들도 합의할 수 있는 의료관계의 해석틀(konsensfähige Deutungsmuster)이 재생산될 수 있다. 이 해석틀은 이를 테면 환자중심적 해석틀이나 의사중심적 해석틀처럼 어느 한쪽의 이익에 기여하는 지식[13]이 아니며 환자와 의사 모두가 치료에 대한 상호이해를 도모할 수 있게 하는 지식이다(①ⓐ). 또한 그런 해석틀 속에서 의사나 환자는 각자에게 주어진 '도덕적 의무(Obligationen)'(예: 환자의 진실한 병력 진술의무나 협조의무, 의사의 설명의무)를 진정하게 구속력 있는 것으로 받아들일 수 있다(①ⓑ). 또한 이로써 (수련의의 과정을 거쳐, 전문의로 경력을 쌓는 과정을 포함하여) 의료인으로 사회화되는 과정은 한편으로는 치료적 대화에 지향된 해석틀 속에서 의료지식을 습득하는 것이지만, 다른 한편으로는 어떤 기술적 의료지식이라도 궁극적으로는 치료적 대화의 공간을 넓히는 데에 기

13) 현재 우리나라 의료현실은 이와 같은 해석틀의 대립이 펼쳐지고 있는데, 이런 대립의 해소 방향이 의사중심적 해석틀에서 환자중심적 해석틀로 이동하고 있다고 할 수 있다. 이에 관해 자세한 것은 이상돈, 의료형법, 1998, [1](의료분쟁해결의 법제화와 형법의 임무)를 참조.

여하는 방향으로 재해석하는 '해석활동'(Interpretationsleistung)을 펼치는 과정이기도 하다(①ⓒ). 이상의 설명을 종합하면 다음의 표와 같이 정리할 수 있다. 이 표로부터 진정한 의미의 '의료생활세계'가 재생산되는 구조를 개관할 수 있게 된다.

Ⅲ. 의료생활세계의 식민지화

이와 같은 의료생활세계는 우리사회의 의료현실은 아니다. 물론 왜 그렇게 되었는가를 완전하게 규명한다는 것은 매우 어렵다. 더욱 어려운 점은 그런 규명은 이론적 분석틀이나 해석관점에 따라 각기 다른 결론으로 나아갈 수 있다는 점이다. 아래에서 나는 하버마스(Habermas)가 주창한 생활세계의 식민지화 현상이 우리의 의료현실에서도 펼쳐지고 있다는 점을 규명해보려고 한다. 즉, 우리의 의료생활세계가 어떻게 - 의료보험관련법규와 의약분업관련법규를 조종매체로 삼는 - 정치체계의 권력논리와 경제체계의 자본논리에 의해 점령당하고 있고, 그로 인해 자신의 의미구조를 정상적으로 재생산하지 못하는 병리적 현상을 겪게 되는지를 분석하고자 한다. 다음의 도표는 아래에서 논의할 내용의 이해를 돕기 위해 그 내용을 미리 요약적으로 보여준다.



1. 의료체계의 기능적 왜곡

의료생활세계에서 병리적 현상이 나타나는 이유는 위의 그림이 보여주는 바와 같이 의료체계를 구성하는 세 주체들인 정치체계(행정권력), 의료공급체계, 시민사회 사이의 교류가 의사소통적 교류에서 벗어나 권력과 금전의 교환관계로 환원되고, 그렇게 환원된 의료체계의 기능적 왜곡이 의료생활세계를 압박해오고 있기 때문이다. 따라서 의료체계의 세 주체들 사이의 교류가 어떻게 권력과 금전의 교환관계로 환원되고 있는지를 먼저 살펴보아야 한다.

(1) 권력과 금전의 교환관계 1: 정치체계와 시민사회

A. 상징적인 사회보장적 의료체계 현행 의료체계는 정치체계에 의해 기획되고 조종되며 또한 강력하게 통제되는 사회보장적 체계라고 할 수 있다. 사회보장적 의료체계의 확립을 위해 정치체계는 의료공급체계에 대해서 뿐만 아니라 시민사회에 대해 권력을 행사한다. 즉, 의료보험을 강제보험으로 운영하여 보험료를 징수하고, 또한 시민들로부터 조세를 징수하여 사회보장적 의료정책의 기금이나 극빈자들에 대한 의료보호의 기금으로 사용한다. 그러나 이러한 권력적 집행은 적어도 겉으로는 시민들의 이익을 위한 것으로, 즉 낮은 보험료로 높은 수준의 의료서비스를 누릴 수 있는 혜택을 대가로 행해진다. 이러한 대가의 약속은 정치체계가 시민사회로부터 광범위한 지지기반을 확보하기 위한 것,[14] 그러니까 정치권력의 재생산을 위한 것이라 할 수 있다. 권력재생산은 정치체계의 정언명령과도 같다. 그래서 정치권력은 재정현실을 무시하고 시민에게 낮은 보험료만으로 높은 의료서비스가 보장된다는 약속을 하게 된다. 이러한 방식의 권력재생산은 단기

14) 우리나라의 경우 1962년 군사독재정부가 들어선 이후 박약한 권력기반을 다지기 위한 방편의 하나로 사회보장적 의료보험제도의 확립이 재정적 기반이 조성되지 않은 채 무리하게 지속적으로 추진되어온 측면이 있다. 이러한 추진과정에 대해서는 한국사회 의료부문 정상화를 위한 의료보험 제도의 합리화 연구(한국의료법학회), 1998, 1~8쪽; 한동관/손명세/박형욱/박민, 의료보험법 분석, 1998, 27~35쪽 참조.

적으로는 시민사회에 우호적인 것으로 비춰질 수 있다. 그러나 장기적으로는 시민사회에 대해 불리하다. 왜냐하면 민간의료시장을 허용하지 않는 상황에서 낮은 의료수가를 강제하는 것은 의료공급기구들의 수익성 악화를 가져오고, 이를 피하기 위해 의료공급기구들은 시민사회에 대해 '공격적 경영'을 감행하게 되어, 시민들은 그런 경영의 수동적인 피해자로 남게 되기 때문이다. 예를 들면 현재 시민들이 부담하는 의료비의 본인부담률(30~55%[15])은 사회보장적 의료제도라고 부르기에 무색할 정도로 매우 높다. 즉, 시민들이 부담하는 의료비는 <높은 보험료->높은 의료수가-> 낮은 의료비(본인부담율)>의 연쇄반응이 일어나는 정책이 실시될 경우보다 적어도 결코 낮은 것이 아닐 수 있다. 그러므로 현재의 의료보험이 특히 저소득층에게는 재난성 질환의 의료비부담으로 인한 생존의 위험을 분산시키는 기능이 거의 없는 현실[16]을 초래하고 있다.[17] 그 때문에 정치권력이 펼치는 의료보험법정책의 사회보장성은 재정학적으로는 이른바 '환상적인 재정정책'[18]이고, 법사회학적으로는 '상징적 입법'(symbolische Gesetzgebung)[19]일 수밖에 없다. 그런 정책과 입법은, 시민을 정치체계가 창출한 상징성들을 무비판적으로 수용하기만 하는 바보와 같은 존재, 민속학적 방법론(Ethnomethodologie)진영의 용어로 표현한다면 일종의 '사회학적 멍청이'[20](soziologischer Depp)

---

15) 구 의료보험법 제34조 및 동법시행령 제75조; 현행 국민건강보험법 제41조 및 동법시행령(안) 제22조 참조.

16) 이른바 보라매병원사건(이상돈, 보라매병원사건에 대한 법이론적·법정책적 분석, 한국의료법학회지, 1999/1, 91~102쪽)은 이와 같은 문제현실을 가장 극명하게 보여준다.

17) 의료보험이 사회보장보험으로서 의의를 가지려면 모든 국민에게 기본적인 의료문제를 해결해주어야 할 뿐만 아니라 고소득층과 저소득층 사이의 소득재분배기능을 바르게 할 수 있어야 하고, 이 기능이 없으면 의료보험은 사보험과 다를 바 없다고 할 수 있다. 이런 논지의 견해로 대표적으로 최병규, 우리나라 의료보험제도의 문제점과 개선방안, 보험학회지, 제51집, 1998/3, 272~275쪽 참조.

18) 이필우, 개발독재와 재정환상, 서울대출판부, 1996.

19) 상징적 입법의 개념에 대해서는 Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1988; Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, 37쪽; Hassemer(배종대·이상돈 역), 형법정책, 1998, 325~329쪽 참조.

20) Wunderlich, Pragmatik, Sprechsituation, Deixis, Zeitschrift für Literaturwissen-

로 전제되고 있는 것과 같다고 할 수 있다.

B. 의료생활문화의 강제변형 정치체계는 시민사회에 대해 이처럼 정치적 지지와 상징적인 사회보장적 의료체계의 교환관계를 확립하는 데에만 권력을 사용하지 않고, 오랜 세월동안 계속되어 온 의료생활문화의 혁명적 변화를 도모하는 데 사용하려고 하고 있다.

(a) 의약분업에 의한 의료생활문화의 변혁 의약분업의 관철이 바로 그것이다. 이 의약분업정책은 약사회와 시민단체로부터 지지를 받고 있는 반면, 의사사회로부터는 그런 지지의 강도를 훨씬 초과하는 저항에 직면하고 있다. 그럼에도 불구하고 정치체계는 의약분업의 권력적 관철을 감행하고 있다. 의약분업은 의약품의 오·남용을 방지하려는 보건정책적 목적을 추구한다고는 하지만 우리나라의 전승된 의료생활문화에 반한다.[21] 즉, 우리 사회에서는 전통의료(한의)에서는 물론이고 서양의료가 도입된 이후 지금까지도 진료와 처방을 행한 의사가 그에 적합한 약을 선택·조제하여 환자에게 제공하는 '진료와 투약의 일체성'이 의료생활문화의 구성적 요소로서 뿌리 깊게 자리잡아 있기 때문이다. 이것은 (투약행위에 마진이 붙는 경우에는) 의사의 이익에 기여할 수도 있으나, 다른 한편 시민의 편의(현대적 용어로는 one-stop-service)[22]에도 봉사한다고 볼 수 있다. 이런 의료생활문화가 의약품의 오남용을 초래하는 구조적인 주요 원인이라면, 그런 의료생활문화는, 비록 시민사회로부터의 변화요구와 움직임이 감지되지 않는다 하더라도, 마치 문화혁명하듯 단숨에 법제도를 통해 변혁되는 것이 어느 정도 타당성을 얻을 수 있을 지도 모른다. 그러나 '법을 통한 문화변혁'은 매우 위험스

---

schaft und Linguistik, 1970/1971, 175쪽

21) 이에 대한 같은 지적으로 박윤형, 의약분업정책의 경위와 향후전망, 2000.3.20. 연대보건대학원 「의료와 법」 고위자과정의 발표문, 27쪽 참조.

22) 의약분업체계에서 환자는 먼저 병원에서 진단·처방받고, 약국에서 약을 구입하며, 때로는 다시 병원으로 가서 그 약을 갖고 주사를 맞는 '삼단계의 의료서비스'를 감수해야 한다.

러운 실험이며, 값비싼 대가를 치러야만 하는 모험일 수 있다. 그런 실험과 모험을 권력적으로 감행하는 정책은 결코 합리성을 확보할 수 없다. 이것은 한편으로는 우리 사회의 의약품 오·남용의 구조적 원인이 과학적으로 충분히 분석·입증되지 않았고, 다른 한편으로는 시민사회에서도 그런 의료생활문화의 변혁을 요구하는 의사소통적 교류가 의미있을 정도로 성장하지도 않았기 때문이다.

(b) 치료적 대화의 궤도 그러나 이보다 더 중요한 이유는 아마도 진료와 투약의 일체성 전통이 과연 의료생활세계의 핵심적 구성요소인 '치료적 대화'의 논리에 반하거나 적어도 무관한 것이라고 보기는 어렵다는 점에 있을 것이다. 즉, 의사가 진찰하고, 병을 진단하고, 병을 이겨내는 약을 처방하고, 적절한 약을 선택·투약하며, 그런 일련의 의료행위가 가져오는 결과를 주의깊게 관찰한 다음 의료행위의 오류가 발견되면 그것을 교정하는<진찰-진단-처방-투약>의 과정을 다시 밟는 것이 하나의 치료적 대화의 과정에 속한다는 점이다. 다시 말해 <진찰-진단-처방-투약>의 반성적인 순환이 하나의 치료적 대화의 궤도 안에서 진행되는 것이다. 이런 궤도 안에서 의사가 병을 치료하는 약은 그냥 '약'이 아니라 언제나 '의약'(醫藥)품일 수밖에 없는 것이다.[23] 이러한 투약과 치료적 대화의 분리불가능성은 임상현장

23) 그러므로 현재 보건복지부가 추진중인 의약분업의 실시계획(계획의 추진경위에 관해 자세한 것은 박윤형, 의약분업 정책의 경위와 향후전망, 연대 보건대학원 주최 「의료와 법」 고위자과정 발표문(2000.3.20) 참조)에 의하면 '전문의약품'과 '일반의약품'을 구분하여 앞의 것은 의사의 처방전에 의해서만 판매하고 뒤의 것은 처방전 없이 판매할 수 있도록 하고 있다(일반의약품의 기준에 관해서는 보건복지부고시 제1998-28호 참조). 여기서 일반의약품은 내가 위에서 말한 '약'에 해당하고, 전문의약품은 '의약'품에 해당한다고 할 수 있다. 이와 같은 약과 의약의 개념구분은 약을 일반의약품이라고 부른다고 할지라도 일반의약품으로 분류될 수 있는 약품은 전문의약품에 비해 매우 제한적일 수밖에 없음을 말해준다. 즉, 그 비중은 의약분업제도가 실시되고 있는 서구선진각국에서 일반의약품으로 분류되는 약의 비중보다는 적어도 낮은 것이어야 함이 나의 논의맥락에서 보면 '이론적으로 필연적'이라고 할 수 있다. 왜냐하면 서구선진각국의 의약분업은 비록 정도의 차이는 있으나 치료적 대화로부터 투약행위의 일부를 분리시키는 것을 어느 정도까지는 희생시키는 것을 전제로 하기 때문이다. 다른 한편 치료적 대화의 직업권이 의사에게 보장되는 것처럼 약사의 전문

에서도 드물지 않게 확인된다. 같은 환자, 같은 질병에 약효가 완전히 똑같은 약을 투여하더라도 그 투약행위의 효과는 의사와 환자 사이에 의사소통과 상호작용이 어떻게 전개되어 오고 있느냐에 따라 다르게 나타날 수 있다. 의사와 환자가 치료에 대한 확신을 공유할 정도로 대화를 통해 상호신뢰를 형성한 경우에는 좀 더 나은 효과가 기대되는 반면, 의사와 환자가 서로 의심하는 불신의 의사소통적 상황에서는 적은 효과만 나타나거나 때로는 아무런 효과도 나타나지 않기도 하는 것이다. 의약품의 육체에 대한 작용(효과)은 정신과 마음에서 분리·고립된 작용이 아니라, 정신과 마음의 상태와 상관관계를 맺은 채 나타나는 통합과 연관의 작용인 것이다. 그러므로 투약행위는 어떠한 경우에도 - 약의 조제와 판매를 설령 약사에게 맡긴다 하더라도 - 의사와 환자 사이의 치료적 대화의 궤도에서 이탈시켜서는 안된다. 여기서 질병을 치료하는 의약품의 조제를 약사가 임의로 또는 환자와의 창구상담을 통해 행하는 것, 이른바 약사의 '임의조제'[24]를 불법화하는 까닭을 이해할 수 있다. 임의조제행위는 치료적 대화를 잃어버린 투약으로서 한편으로는 의사의 직업권을 형해화하고, 다른 한편으로는 국민의 건강권(헌법 제36조 ③항)을 위협한다.

(c) 생물학적 동등성이 아닌 의사소통적 동등성 그러므로 의약품의 생물학적 동등성을 근거로 의사의 처방과 다른 약품으로 약사가 조제판매할 수 있는 '대체조제제도'의 문제점은 의협의 이의제기[25]처럼 단지 생물학적

성도 제도적으로 보장되어야 한다. 그러니까 약의 개념은 다시 이분화되어 의사의 처방전없이 약사가 판매할 수 있는 약과 슈퍼에서 일반인(상인)이 판매할 수 있는 약을 구분하여야 한다. 앞의 경우를 일반의약품이라고 부른다면, 뒤의 경우는 일반약품이라고 부를 수 있을 것이다. 이렇게 되면 약품은 3단계, 전문의약품(의사의 처방·투약), 일반의약품(약사의 상담·투약), 일반약품(시민의 자율투약)으로 분류될 수 있다.

24) 임의조제의 개념 자체가 논란의 대상이 된다. 이 논란에 대해서는 특히, 김용익 교수가 1999.12.10. 보건복지부 간담회에서 발표한 글; 의협의 국민건강을 위한 의약분업 시행방안, 「한국 의사의 새 출발 국민과 함께」(대한의협/의권쟁취투쟁위원회 편), 2000, 5~42쪽, 특히 10쪽과 17~21쪽 참조.

25) 약효동등성 확보와 관련한 의협의 의견은 대한의사협회 회원 교육자료집, 「한국의사의 새출발 국민과 함께」(대한의사협회/의권쟁취투쟁위원회), 2000, 47~48쪽 참조;

동등성 시험의 박약한 신뢰가능성(예: 신뢰성 없는 실험방법[26])이나 외국특허의약품의 카피제품(generic drug)이 난무하는 국내제약현실에 그 본질이 있지 않음을 알 수 있다. 대체조제의 문제는 (전문의약품의) 투약을 의사와 환자의 치료적 대화의 궤도에서 이탈시킨다는 데에 있는 것이다. 다시 말해 약사와 환자의 상담이 의사와 환자의 치료적 대화를 대체한다는 점이 문제이다. 따라서 대체조제가 의약분업의 실시와 함께 '제도화'될 수 있으려면 '생물학적 동등성'이 아니라 '상담'과 '대화'간의 동등성, 말하자면 '의사소통적 동등성'이 충족되어야 하는 것이라 할 수 있다.[27] 의사소통적 동등성을 생물학적 동등성으로 환원시키는 것은, 철학적으로 말한다면 인간존재의 사회적 지평을 모두 거세하고 오로지 약리학적 또는 생물학적 반응의 객체로 전락시키는 것이라 할 수 있다.

(d) 정책의 은폐된 전략과 문화적 비합리성 이상의 비판적 관점에서 보면 의약분업의 행정적 강제집행은 원칙적으로 투약을 치료적 대화의 궤도에서 진행시켜 온 의료문화에 아말감과 같은 이물질을 강제로 이식시키는 것과 같다. 여기서 의약분업을 통하여 의료생활문화의 합리화, 그러니까 의약품의 오·남용방지 또는 적정사용을 확립하겠다는 정책적 목표의 합리성에 의문을 제기하게 되고, 그런 목표의 명분 뒤에 은폐되어 있을지도 모를

아울러 지삼봉, 의협신보, 2000.4.10.자 13쪽 컬럼 참조; 의협은 1.약효동등성 입증을 졸속·편법으로 간소화하는 것을 반대하고, 2.시험대상 품목의 (이른바 B code약품의 로의)국한을 재검토하고, 3.약효동등성은 생물학적 동등성 시험을 거쳐 합격된 제품에 한해 인정하고, 4.합격된 제품은 대체조제를 허용하되 미처 시험을 거치지 않은 제품에 대해서는 반드시 의사의 사전동의를 얻어 대체조제할 것을 주장하고 있다.

26) 생물학적 동등성 시험이 시간과 비용이 많이 듦으로 의약분업의 시행에 앞서서는 시험기간을 편의적으로 1년 6개월 유예하고 단지 '비교용출시험'만을 거친 의약품을 대체조제의약품으로 허용하는 식약청의 계획(약효동등성시험관리지침 제정고시 2000.2 14 참조)은 그 대표적인 예이다.

27) 그런 의사소통적 동등성은 의사와 약사의 직업사회화 과정을 고려하면 가능하지 않다. 그럼에도 불구하고 의약분업을 앞두고 이른바 '전문약국'(Professional Pharamacist)이라는 개념이 확산되고 있는데(이에 관한 보도로는 청년의사, 2000.1.26.자 1,2쪽 참조), 이 개념은 창구상담과 치료적 대화간의 동등성을 근거짓는 상징적 기능을 수행할 위험이 있다고 할 수 있다.

전략적 목표에 대한 의혹을 제기하게 된다. 즉, 의약분업은 의약품의 오·남용방지를 통한 '국민건강의 보호'라는 이익보다는 (병원-약국-병원을 오락가락하는)번거로운 외래이용을 기피하는 시민들의 경향(의 증대)을 이용하여 국민의료비의 감소나 (현재 매우 부실상태에 빠져 있는[28])의료보험재정의 건실화와 같은 '경제적 이익'을 겨냥한 전략이 아니냐는 의혹[29]이 의료계에 점점 더 널리 퍼져나가고 있다. 다시 말해 의약분업정책은 사회보장적 의료체계의 재정보완정책[30]이며, 정치체계의 시민사회에 대한 사회보장약속의 '상징성'을 재생산하는 기능을 수행한다는 것이다.

물론 이와 같은 의혹이 의료계의 이기적인 자기방어의 논리와 다소 연관되어 있음을 부인할 수는 없다. 따라서 의료계의 공격적 방어논리 전부가 타당한 것은 아니다. 그러나 적어도 그러한 논리의 저편에는 투약행위가 치료적 대화의 궤도에서 진행되어 온 의료문화의 합리성이 권력적으로 집행되는 정책의 뒤안길로 너무 쉽게 밀려나고 있다는 중대한 문제점이 있다는 것을 간과해서는 안된다. 정책적 합리성의 개념과 문화적 합리성이 단지 대립

---

28) 예컨대 1998년 의료보험재정적자는 실질적으로는 1조 4천억원에 이르며, 정부가 추진하는 일련의 보건의료개혁은 이와 같은 의료보험재정의 심각한 부실과 연관있다는 분석으로, 김종대 교수가 청년의사(20000.2.16.자 5쪽)에서 행한 인터뷰 내용 참조.

29) 만일 보건복지부가 2000.4.19. 의약분업실시에 따른 영향분석 테스크포스 2차회의의 분석계획에서 확정한 바 <의약분업시행시 1.현 수가수준을 토대로 의료기관과 약국의 수입증가 규모 추계, 2.의료기관과 약국의 수입감소 및 비용증감 추계, 3.의료기관과 약국의 수지균형에 필요한 소요재정 추계, 4.수가항목별 세부 조정방안마련, 5.본인부담제도 개선 방안 마련, 6.보험재정 추가소요 규모 추정의 6단계 분석을 내용으로 함>처럼 의약분업의 효과분석을 오로지 '의료경제체계의 변동'에만 맞추고 의약품의 오·남용의 변화나 시민들의 의료생활패턴의 변화와 같은 '의료생활문화의 변동'에는 아무런 관심을 기울이지 않는다면, 위에서 제기된 의혹은 점점 더 신빙성을 얻어갈 것이다.

30) 1984.5월부터 1984.12월까지 목포에서 행한 계약에 의한 강제 의약분업 시범실시 결과 총진료비는 3.7% 증가하였으나 주사약대와 경구약대는 각각 0.9%와 2.1% 감소되었고, 평균 내원일수와 일당 진료비도 감소되었다. 이처럼 이론적으로 의약분업은 단기적으로는 국민의료비를 다소 상승시킬 수 있으나 장기적으로는 국민의료비 지출이 감소되고, 보험재정의 안정에도 기여할 수 있다는 견해로, 문옥륜/박세택/이재형/조형원/노운녕/우영국, 한국의료보험론, 1990, 397쪽 참조.

적 관계로 설정되는 상황에서 정책을 집행하는 권력의 매체로서의 법이 합리성을 확보할 수는 없기 때문이다.

(2) 권력과 금전의 교환관계 2: 정치체계와 의료공급체계

다른 한편 정치체계는 시민사회에 대한 약속을 상징적으로 이행하기 위해, 자율적인 사적 의료시장을 고갈시키고 의료인의 행위방식을 통제하는 정책을 법에 의해 강제로 실시한다. 이러한 의료공급체계에 대한 정치체계의 권력적 집행의 대가로서 의료공급체계는 정치체계에 금전(조세)을 제공할 뿐 그런 권력적 집행에 관한 대화의 파트너 지위를 전혀 누리지 못하고 있다. 그러므로 정치체계와 의료공급체계의 관계도 결론적으로는 단지 '권력과 금전의 교환관계'로 특징지워질 뿐이다. 이 관계의 핵심은 정치체계의 권력적 집행이다. 이를 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

A. 의료시장의 사회화 먼저 정치체계는 사회보장적 정책을 위하여 민간의료시장을 현저하게 축소시키는 정책을 오랫동안 감행해 왔다.

(a) 요양기관으로 강제편입 예컨대 구 의료보험법제[31] 아래에서 의료기관은 요양기관으로 강제지정되고, 요양기관지정을 임의로 취소하는 것도 금지되었으며, 현재의 국민건강보험법제[32] 아래에서는 아예 모든 의료기관이 법률상 당연히 요양급여기관으로 간주되고 있다. 다시 말해 의료시장은 거의 사회화되었다고 할 수 있다. 여기에 더하여 요양기관의 경우에도 의사는 행정권력에 의해 허용된 매우 제한적인 경우[33]를 제외하고는 의료

---

31) 구 의료보험법 제32조, 제33조, 제86조.

32) 국민건강보험법 제40조 ①항은 '요양급여는 다음 각호(제1호: 의료법에 의하여 개설된 의료기관)의 요양기관에서 행한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익 또는 국가시책상 요양기관으로 적합하지 아니하다고 인정되는 의료기관 등으로서 대통령령이 정하는 의료기관은 요양기관에서 제외할 수 있다'고 규정한다.

33) 구 의료보험법제 아래서는 보건복지부 장관의 고시(보건복지부고시 제1997-58호, 의료보험요양급여기준 II-7-나)에 의해 보건복지부장관의 사전허가없는 임의비급여는 금지되었고, 현행 국민건강보험법 제45조도 임의급여는 대통령령이 정하는 바에 의하여

보험법상의 의료와 다른 어떤 의료행위를 자유롭게 행할 수 없다(임의비급여의 금지). 그러니까 사회화된 의료시장 위에서의 제한된 민간의료시장조차 합법화되지 않고 있는 셈이다. 이러한 제도는 의료시장을 사회보장체제로 완전히 편입·예속시킨다고 할 수 있다.

(b) 의료시장의 수익성 고갈정책 여기에 더하여 최근에는 의료시장의 수익성을 고갈시키는 또 다른 정책이 실시되고 있다. 즉, 의료공급기구의 채산성을 사실상 보전해 온 것으로 알려진 '의약품거래를 통한 수익'(약값마진)을 이른바 '의약품 실거래가 상환제'[34]를 통하여 고갈시키는 것이다. 이처럼 의료행위에 사용되는 의약품의 마진을 완전히 없애버리면 의료공급기구는 실질적으로는 의약품공급자와 거래를 할 필요가 없게 될 것이다. 즉, 의료공급기구의 입장에서는 의약품을 공급받고, 대금을 주고, 그 대금을 다시 정부의 조종대리인인 보험자(국민건강보험공단)에게 청구하는 과정은 불필요한 것이 된다. 그래서 의료공급기구는 단지 의약품공급자로부터 의약품을 공급받고 그 내역만을 보험자에게 알려 주기만 하면, 보험자가 의약품공급자에게 대금을 직접 지불하는 그런 의약품거래제도가 - 비록 의료공급기구의 수익성에는 반하지만 사회보장적 의료체계(의 구축)에 대해서는 - 더 기능적이라 할 수 있다. 그러나 이것은 의료시장의 한 구성요소[35]이지만 이제까지는 일종의 (왜곡된) 민간시장으로 방치되어 있었던 의약품시장이 사회보장적 의료체계에 강제적으로 편입되는 것을 의미한다. 국민건강보험법[36]은 바로 그와 같은 체계기능적인 의약품거래제도를 규정하고 있다. 이로써 모든 의료시장의 사회화가 완성된 셈이다.

장제비·상병수당 기타의 급여에 국한됨을 명시하고 있다.

34) 이에 관해 자세한 내용은 이창훈, 의료보험 의약품 실거래가 상환제도의 허와 실, 「한국 의사의 새 출발 국민과 함께」(대한의협/의권쟁취투쟁위원회), 2000, 164쪽 참조: 이 글은 특히 의약품실거래가상환제가 의약품 거래의 자유시장을 부정한다는 문제점을 지적하고 있다.

35) 이것은 '질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여'하는 것이 의료행위의 한 구성요소라고 보는 관점(대판 1986.10,14, 86도1678)과 연장선상에 있는 결론이다.

36) 국민건강보험법 제43조 ⑥항 참조.

B. 의료행위규범의 기능화 정치체계의 의료공급체계에 대한 권력적 집행은 시장의 사회화에 그치지 않는다. 의료시장 위에서의 행위 자체에 대한 관료적 통제가 없이는 의료시장을 사회보장적 의료체계의 틀 속에 묶어둘 수가 없기 때문이다.

(a) 규격진료의 관료주의적 강제 그러므로 정치체계는 의료행위(보험법상 요양급여)의 방법·절차·범위·상한 등을 치료적 대화를 전개하는 의사와 환자가 아니라 의료관계 밖에 있는 행정관료가 권력적으로 정하게[37] 함으로써 자유로운 의료행위가 사회보장적 의료체계의 틀을 내부로부터 파괴하지 않도록 통제하게 된다. 이러한 방식으로 틀지워진 의료행위의 수준은 무엇보다 재정적인 측면(의료보험재정이나 국가의 의료부분투자예산 등의 측면)에서 언제나 사회보장적 의료체계의 기능조건에 적합한 선에서만 결정된다. 그런데 보편적 진료란 현실적으로는 언제나 (의료자원배분의 효율성과 합리성을 고려할 때) (민간)의료공급체계의 기능화에 적합한 진료수준, 흔히 '적정진료'라고 불리우는 수준보다 낮기 마련이다. 이런 낮은 수준[38]의 '보편적 진료'[39](또는 기본적 진료)이외의 의료행위는 행정권력에 의해 허용된 경우를 제외하고는 의료인이 임의로 행하는 것이 금지되며, 또한 강제적으로 관철된다.[40] 그러므로 이런 맥락에서 사회보장적 의료보험법상의 진료(보편적 진료)는 '규격진료'라고 부를 수 있다.

---

37) 구 의료보험법 제29조, 현행 국민건강보험법 제39조 ②항.

38) 사회보장기본법 제10조 ①항은 사회보장의 수준으로 '건강하고 문화적인 생활'을 선언하고 있고, 사회보장 일반의 급여수준은 이 조항에 의해 결정되어야 하므로(전광석, 한국사회보장법론, 1997, 188쪽), 사회보장제도인 의료보험도 건강한 생활이 가능한 의료를 보장해야 할 것이다. 그러나 보편적 진료는 의료보험현실을 보면 이와 같은 건강한 생활이 가능한 정도의 의료를 보장하지 못하고 있는 실정이다.

39) 보건복지부고시 제1997-58호, 의료보험요양급여기준 III-1-다('피보험자에 대한 진료는 의료보험진료기준에 의한 보편적인 진료를 하여야 한다. 다만, 특수 또는 새로운 요법 등에 의한 진료를 하고자 할 경우에는 장관의 사전승인을 받아야 한다').

40) 구 의료보험법제 아래에서는 환자의 동의를 얻어 허가되지 않은 임의비급여를 행한 경우 그 관련비용을 전액환불조치한다는 의료보험진료비심사지침과 최고 10배의 과징금을 부과하는 규정(구 의료보험법 제77조)에 의해 강제됨.

(b) 의료행위규범의 체계기능화 그러나 진료의 보편적 규격화란 의료인이 환자와의 치료적 대화과정에서 최선의 진료라고 판단되는 행위를 할 수 없음을 의미한다. 즉, 진료의 보편적 규격화는 의료인이 구체적 의료행위상황에서 그때 그때 가장 적절한 의료행위를 할 수 있는 자유가 박탈되는 것을 의미한다. 물론 의사는 규격진료 이외에도 자신이 판단하기에 최선의 진료를 환자에게 시술할 수 있지만 적어도 법적으로는 보건복지부장관의 허가없이는 진료비용을 상환받지 않을 것을 무릅써야 한다. 여기서 '사이비 행위규범'의 관료적 생산과 그 강제적 관철을 말할 수 있다. 이 관료적 의료행위규범은 의료인이 그들의 생활세계에서 최선의 진료로 판단하는 행위가 아니라 '사회보장적 의료체계의 (특히 재정적 측면에서의) 기능화'라는 목적에 의해 규정된다. 즉, 부족한 의료행정재원으로 사회보장적 의료체계를 (적어도 형식적으로, 상징적으로) 성취할 수 있는 방향으로 설정되는 낮은 의료수가에 상응하는 의료행위를, 의료인은 구체적 의료행위상황에서 자신이 취해야 할 행위의 지표로 삼아야만 하는 것이다. 이와 같은 의료행위규범의 '체계기능화' 또는 '목적규정성'(Zweckbestimmtheit)으로 인하여 의료생활세계에서 의사와 환자 사이의 치료적 대화를 통하여 의료행위규범이 끊임없이 반성적으로 재생산되는 과정은 강제적으로 멈춰지게 된다. 바로 이런 맥락에서 위헌성(직업의 자유 침해)을 말할 수 있다.

(3) 권력과 금전의 교환관계 3: 의료공급체계와 시민사회

정치체계와 의료공급체계 사이의 권력과 금전의 교환관계는 의료체계를 구성하는 세 번째 관계인 의료공급체계와 시민사회의 관계까지 의사소통적 구조로 짜일 수 없게 만든다. 그 이유를 이해할 수 있기 위해서는 먼저 의료공급체계의 기능조건을 살필 필요가 있다. 하나의 의료(공급)체계가 공공부문이 아니라 민간부문에서 형성되어 있는 경우에 그 의료(공급)체계는 경제적인 사회적 하부체계의 하나로서 기능할 수 있어야 한다. 자본주의 경제체제 아래서 모든 사회체계들이 그러하듯 특히 의료공급체계도 스스로 그 체계를 기능화할 수 있는 자본을 재생산할 수 있어야 한다. 의료계에서 흔

히 말하는 '적정진료'란 이론적으로는 무엇보다도 ① 한 환자에 대해 한정된 의료자원을 합리적으로 배분하여 투입할 수 있는 진료수준의 측면을 가리킨다. 그러나 현실적으로 적정진료란 ② 의료공급기구가 주로 민간부문(한국의 경우 약 90%[41])에 자리잡고 있음으로 인해 자신의 기능조건으로서 자본의 재생산을 가능케 하는, 바꿔 말해 '(진료)비용 대 (진료)수입의 경제성(수익성)'을 보장하는 진료수준의 측면을 가리킨다고 볼 수 있다.

그러나 의료시장 구조가 수익성을 보장하지 않고 심지어는 수익성을 고갈시키는, 통제되고 '사회화된 시장구조' 위에 서 있는 경우에는, 의료공급체계는 이른바 '공정한 경쟁'의 방법에 의해서는 스스로를 기능화할 수 있는 자본을 재생산할 수 없다. 여기서 의료공급기구들은 시민사회에 대하여 공격적 경영을 펼치게 된다. 예를 들면 의료수가가 낮은 진료를 기피한다든지,[42] 불법적인 임의비급여를 확대한다든지,[43] 불필요한 진료(특히 각종 검사)를 환자에게 행하는 왜곡된 현상이 빚어진다. 또한 이를 위하여 의료기관간에 무분별한 첨단장비의 도입 경쟁이 펼쳐지기도 한다. 그런 경쟁은 의료기관간의 협동적 기능분화를 가로막고 갈등적 경쟁관계를 촉진시킴[44]은 물론 전공과목별 의료인력의 균형있는 공급도 왜곡시켜버린다.[45] 이렇게 볼 때 의료공급체계는 시민사회에 대하여 의료서비스를 공급함을 넘어서 전문적 지식과 과학적 기술의 독점적 지위를 이용하여 자본의 재생산을 도모하는 (과학기술적) '권력'의 실행을 감행한다고 말할 수 있다.

---

41) 대한병원협회, 전국병원명부 재구성, 1998 참조: 국립(1.8%), 시립(1.3%), 도립(0.3%), 공립(1.5%), 지방공사(4.4%) 등의 공공의료기관은 전체병원수의 약 9.3%에 불과하다.

42) 이런 기피는 예를 들면 산부인과 영역의 경우 자연분만보다는 제왕절개시술을 권하는 현상으로 발전하며, 제왕절개시술률이 총분만의 1/4에 육박하는 기현상을 낳기도 한다.

43) 한동관/손명세/박형욱/박민, 의료보험법 분석, 1998, 65쪽.

44) 같은 인식으로 한달선, 한국보건의료의 미래상, 대한의사협회지, 2000/1, 8쪽.

45) 최병규, 우리나라 의료보험제도의 문제점과 개선방안, 보험학회지, 제51집, 1998/3, 282쪽.

따라서 시민사회와 의료공급체계 사이에도 권력과 금전이 교환되는 측면이 있으며, 이 점이 시민사회로부터 의료공급체계에 대한 뿌리 깊은 불신을 가져오는 토양이 되고 있다고 말할 수 있다. 이러한 불신의 확산은 한편으로는 정치권력(행정관료)으로 하여금 의료공급을 민간영역에 맡겨두지 않는 정책을 선택하게 만들고, 다른 한편으로는 시민들에게도 국가가 후견적으로 간섭하지 않은 민간의료시장에 대한 회의와 사회보장적 의료체계에 대한 선호를 불러 일으킨다. 그래서 앞에서 살핀 바와 같은 의료공급체계에 대한 정치체계의 권력적 집행은 불가피한 것임이 근거지워지게 된다.

2. 의료생활세계의 병리적 현상

이상과 같은 의료체계의 기능적 왜곡에서 비롯된 상호불신과 권력적 집행의 악순환은 더 이상 의사와 환자의 관계가 치료적 대화의 관계로 남을 수 없게 한다. 의사도 환자도 각자의 (생존)이익을 지키기 위해 전략적 행동을 할 수밖에 없게 만든다. 이 점을 좀 더 자세히 설명하기로 한다. 먼저 의사와 환자의 관계는 관료적으로 생산되는 의료행위규범 위에서 정돈된다. 그 의료행위규범은 사회보장적 의료체계의 기능조건에 정향되어 목적적으로 규정된 의료행위준칙일 뿐이다. 그러므로 의료관계는 의사와 환자가 대화로 형성하는 자율성과 국가가 표준적으로 정해주는 공적 관계의 합법성으로 이원화되어 내적 갈등과 혼란에 빠지게 된다. 이를 의료사회의 아노미라(Anomie)고 할 수 있다(아래 표의 ②ⓑ). 아노미 속에서 의료인과 시민들은 치료적 대화를 위해 요구되는 각자의 본래역할과 행위를 수행할 동기를 잃어버리게 된다(Motivationsentzug)(②ⓒ). 또한 이처럼 아노미와 동기상실이 있는 의료사회는 정당성을 유지할 수가 없다(②ⓐ). 다음으로 의과대학의 자율적인 직업적 사회화도 정상적으로 기능하기 어렵게 된다. 왜냐하면 치료적 대화에 지향된 교과과정과 임상의 현장에서 때로는 '임의비급여'라는 이름 아래 불법적·탈법적인 것으로 간주되거나 때로는 정당한 대가를 승인받지 못하기 때문이다. 의료계가 인식하는 교육현실, 즉 '교과서식 진료와 망

하지 않기 위한 진료, 두가지를 따로따로 배우고 가르쳐야 하는 현실'[46]은 바로 이와 같은 의료교육의 (방향성)위기(Orientierungskrise)를 말해준다(③ⓐ). 또한 의료교육의 위기는 의사의 치료적 대화능력을 약화시키며, 망하지 않기 위한 진료는 환자로 하여금 의사를 전략적 행동으로 대면하도록 만든다. 이로써 의료인과 환자 모두 의료의 인격적 주체의 지위에서 이탈하게 된다(③ⓒ). 이런 이탈이 지속되면 의사 개인은 다른 의사는 어떤지 모르지만 자기는 의료인격의 집단으로서 의료인사회로부터 '소외'(Entfremdung)되어 있다는 의식을 갖게 된다. 또한 환자 개인도 다른 환자는 어떤지 모르지만 적어도 자기는 전문가집단인 의료인에게 자신의 생존을 무력하게 내맡겨 놓고 있는 고립된 개인이 되어버린 느낌, 다시 말해 환자주권주의가 성취하고자 하는 지위를 누리는 시민집단으로부터 소외되어 있다는 의식을 갖게 된다(③ⓑ). 다음으로 의료문화 또한 더 이상 치료적 대화에 지향된 성찰적 문화로 남지 않는다. 즉, 의료인과 환자시민들이 모두 합의할 수 있는 의료관계의 해석틀은 더 이상 가능하지 않게 된다. 바꿔 말해 의료관계의 사회적 '의미가 상실'된다(Sinnverlust)(①ⓐ). 따라서 의사나 환자에게 의료관계에서 어떤 도덕적 의무를 부과하기 어렵게 된다. 여기서 특히 의료인사회의 '집단적 정체성'(kollektive Identität)이 동요됨에 주목할 필요가 있다. 즉, 의료체계의 기능적 왜곡이 가져오는 의료공급체계의 경제적 기반 악화는 장기적으로 보면 (의료공급기구들의 탈법적인 자구책 개발로써) 어느 정도는 막을 수 있을지도 모른다. 그러나 그런 자구책의 강구를 통해 의사들은 치료적 대화의 인격적 주체가 아니라 마치 암시장의 상인과 같은 밀거래인의 집단적 의식을 갖게 된다. 물론 의료소비자들도 자신들의 질병 치료를 위해 최선의 진료를 선택하기 위해서는 의료의 암시장에서 밀거래하는 고객의 의식을 떠안아야만 하게 된다(①ⓑ). 그러므로 의료인으로 사회화되는 과정은 일종의 밀거래인으로 커가는 과정이고, 그런 사회화과정은 의료지식을 치료적 대화의 공간을 넓히는 방향으로 해석하는 전통을 파괴하게 된다(①ⓒ).

---

46) 2000.3.20.열린 전국의과대학 학장협의회 운영위원회의 시국선언문 참조.

이상의 설명을 요약하면 아래와 같은 표로 나타낼 수 있다.

구조적 요소 / 장애영역	① 의료'문화'	② 의료'사회'	③ 의료'인격'
ⓐ 의료-'문화적 재생산'	의사와 환자 모두가 공유할 '의미의 상실'	의료사회의 '정당성상실'	의료'교육의 방향의 위기'
ⓑ 의료-'사회적 통합'	의사와 환자의 '집단적 정체성의 불안'	의료관계의 '아노미'	의료인과 의료소비자의 '소외'
ⓒ 의료-'사회화'	치료적 대화에 지향한 해석 '전통의 파괴'	의사와 환자의 역할수행 '동기박탈'	의사와 환자의 전략적 행동 (심리적 병리)

의료생활세계의 구조적 요소의 재생산 장애

Ⅳ. 의료체계의 합리화

의료생활세계의 식민지화 현상에 대한 분석에서 보면 의료'행정'의 효율성이나 의료공급기구의 수익성이 증대되는 것이 결코 의료체계의 합리화가 아님을 알 수 있다. 법에 의해 사회보장적 의료체계를 확립하라는 권력적 요청과 그런 체계의 국가재정적 결함에 의해 제약받는 의료공급기구들이 의료를 통해 자본을 재생산해야 한다는 경제적 요청을 - 바꿔 말해 권력의 재생산과 자본의 재생산이라는 정언명령을 - 의료생활세계에 침투시키는 정도가 강할수록, 치료적 대화의 공간은 점점 더 줄어들기 때문이다. 그러면 이와 같은 의료생활세계의 식민지화 현상을 어떻게 극복할 수 있을 것인가?

1. 합리성 개념의 대화이론적 재구성

그 극복방안을 올바르게 모색할 수 있기 위해서는 의료체계의 합리성이

라는 개념에 대한 재해석이 선행되어야 한다.

(1) 의료체계의 합리성 개념

A. 체계적 합리성과 생활세계적 합리성 현재까지 전개되어 온 법정책이 전제하고 있는 의료체계의 합리성 개념은 아마도 의료생활세계와 유리된 채, 자기 스스로를 목적화하는 합리성 개념이었다고 할 수 있다. 따라서 의료체계가 기능적으로 효율화되는 것이 합리적인 것이었으며, 줄여서 말한다면 '체계기능적 효율성'이 바로 합리성인 것이었다. 그러나 그런 합리성 개념의 내용은 실제로는 - 의료체계가 루만(Luhmann)식의 완결적인 '자기준거적 하부체계'(selbstreferentielles Subsystem)[47]가 아닌 한 - 의료체계 밖에 놓여 있으면서 의료체계 안으로 명령어를 입력하는 정책적 프로그램에 의해 채워진다. 그런 정책적 프로그램의 대표적 모습은 앞에서 분석한 바와 같이 사회보장적 의료체계의 확립을 통한 정치적 지지기반을 확대하려는 정치적 기획, 그리고 부수적으로는 사회보장적 의료체계에 편입되면서도 재정적 기능조건을 유지하려는 경제적 기획이었다고 할 수 있다. 따라서 체계기능적 효율성이라는 합리성 개념을 채택하는 한, 이와 같은 정치적·경제적 기획의 실천은 이론적으로 의료체계의 합리성을 높인다고 볼 수 있지만, 앞(III)에서 분석한 바와 같이 실제로는 의료생활세계에 다양한 병리적 현상을 가져올 뿐이었다. 그러나 의료생활세계의 병리적 현상을 가져오는 의료체계를 두고 - 합리성 개념이 실천적이어야 하는 한 - 합리성을 말할 수는 없다.

그러므로 의료체계의 '실천적 합리성'은 의료체계의 기능적 효율성과는 다른 것이어야 한다. 의료체계의 실천적 합리성은 바로 의료가 실천되는 현장에서의 합리성, 그러니까 의료생활세계의 합리성이어야 한다. 의료생활세계의 합리성은 앞(II)에서 분석한 바와 같이 치료적 대화가 원활하게 펼쳐질 수 있는 조건, 즉 의료적 의사소통조건이 구현되는 현실을 표현하는 술어라

47) Luhmann, soziologische Beobachtung des Rechts, 1986; Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 특히 제3장 참조.

고 할 수 있다. 그렇다면 의료체계는 치료적 대화가 원활하게 펼쳐질 수 있기 위한 조건을 성취하는 사회체계일 때 비로소 '합리적인 체계'라고 말할 수 있게 된다.

B. 합리성 모델의 상실 그러나 현재, 현실의 의료생활세계는 이미 심각하게 병리화되어 있다. 그러니까 의료체계를 정책적으로 다시 짜려고 해도 무엇을 지표로 하여 합리성을 모델링할 것인지를 정하기 매우 어렵다. 예를 들어 사회보장적 의료체계를 포기하고, 다시 말해 정치체계는 의료시장에 대한 간섭과 개입을 중단하고, 민간의료시장에 방임하면 합리적인 의료체계가 구현될 수 있을까? 아니면 병리적 현상을 제거하기 위해 정치체계가 또 한 번 다른 법적 통제와 제재의 수단을 투입하면 합리적인 의료체계가 구현될 수 있을까? 과학적 분석을 더 진행하지 않아도 두가지 가운데 그 어느 것도 회의적이라는 전망을 가질 수 있다. 왜냐하면 자유방임적 의료체계는 과학기술적 권력을 통제할 수 없을 것이며, 법에 의해 치료적 대화를 강제하는 의료체계는 그 자체로서 대화의 자율성과 모순될 뿐만 아니라 의료생활세계의 병리적 현상을 오히려 더 가중시킬 위험을 내포하고 있기 때문이다. 특히 비대화된 사회보장적 의료체계의 현행법제도 위에다 치료적 대화를 강제하는 법을 올려 놓은 정책은 마치 타율 속의 자율을 기대하는 바와 같다.

(2) 의료적 대화의 논리

여기서 현실상황에서 의료체계의 합리성을 모델링하기 위한 표준으로 삼을 수 있는 의료생활세계의 재생산구조를 다시 설계할 필요가 있게 된다. 다시 말해 자유방임도 법적 강제도 아닌 제3의 그 무엇으로서 치료적 대화의 전개를 가능케 하는 기획을 생각해야 한다. 아래에서는 그런 기획으로 나는 의료생활세계 내에 '상호이해지향적' 또는 '대화지향적' 행위로 하여금 의료생활세계의 재생산을 떠맡게 하는 것을 설계해보고자 한다. 바꿔 표현한다면 '의료생활세계의 대화이론적 개념'을 설계하고자 한다.

A. 자유주의적 의료생활세계의 한계 앞(II)에서 서술한 병리화되기 이전의 원형적인 모습으로서의 의료생활세계는 주로 의료인의 자유와 의료인사회 및 의료(인)문화의 자율성을 환자와의 치료적 대화라는 정언명령 아래서 구체화하는 요소들로 짜여진 것이었다. 그러나 이런 의료생활세계 개념에 의하면 의료인의 자유, 의료인사회 및 의료(인)문화의 자율성은 사회보장적 의료체계의 구축이라는 또 다른 정당한 이익과 '대립적 갈등의 관계'에 놓인다. 그와 같은 의료생활세계의 자유주의적 개념은 그 자체로서는 각각 정당한 두 이익 가운데 어느 것을 우선하고, 어느 것을 더 중요한 것으로 볼 것인가 하는 문제에 대하여 무력할 수밖에 없다. 의료의 자유라는 개념은 그 자유가 사회보장적 의료체계의 구축을 위해 왜 그리고 어느 정도까지 제한되어도 괜찮은 것인지에 관해 아무런 (이익형량적) 평가관점을 제공해주지 못하기 때문이다. 그러므로 현행 의료체계처럼 사회보장적 의료체계의 구축이라는 공적 이익을 더 중요한 것으로 평가하는 관점(정책, 윤리)에 대해 (의료계가) '의료의 자유이념'을 (공허하게 되풀이하여) 외치는 것은 물론 '근거'가 있는 주장이라고는 볼 수 있으나, 현재의 관료적 의료정책이 제시하는 근거, 즉 '의료의 평등이념'보다 '더 설득력있다'고 단정할 수는 없다.[48] 물론 의료계의 입장과는 정반대로 헌법재판소처럼 사회보장적 의료체계의 구축, 즉 의료의 평등이념이 더 중요하다는 이익형량적 결정[49]을 내리는 것도 근거는 있다고 할 수는 있지만, 의료의 자유이념을 더 중요시하는 의료계의 입장보다 더 설득력있다고는 말할 수 없다.

B. 의료에서 자유와 평등의 변증 그러나 의료생활세계의 병리적 현상은 현재의 사회보장적 의료체계에 적어도 어떤 구조적 결함이 있음을 말해준다. 그 결함은 평등의 이념 그 자체에 있다기 보다는 자유와 평등의

48) 이를 자유와 평등이라는 법이념으로 일반화시켜 말한다면, 자유의 개념으로는 단지 자유의 가치적 자명성을 말할 수 있을지언정 자유가 평등보다 더 중요한 것인지 아니면 덜 중요한 것인지, 또 그렇다면 평등을 위해 어느 정도까지 후퇴(제한)될 수 있는지에 관해서는 아무 것도 말할 수 없는 것이다.

49) 헌재결 2000. 1.27. 99헌바23 전원재판부.

이념을 변증적으로 지양하지 못한다는 점에 있다고 보아야 한다. 다시 말해 현재의 사회보장적 의료체계가 의료생활세계를 병리화하는 까닭은 '의료의 자유'이념과 '의료의 평등'이념을 '평등 속의 자유', '자유 속의 평등'으로 지양시키지 못하였기 때문이라고 할 수 있다. 예컨대 자유(의사의 진료자유, 환자의 자유로운 진료(수준)선택자유[50])를 잃어버리고, 정치체계가 평등하게 획일적으로 정해주는 의료(규격진료)만을 주고 받는 관계 속에서는 의료인이든 시민이든 인격적 주체가 되지 못한다. 이와는 정반대로 자유는 누리지만 (의료자유)시장의 논리에 따라 의료의 혜택이 불평등하게 분배되는 상황 속에서도 (금전이 부족하거나 금전은 있어도 의료정보력이 약한) 시민은 물론 의료인도 - 경제적 수익성의 논리에 치료적 대화를 왜곡시켜야만 한다는 점에서 - 인격적 주체가 되지 못한다. 바로 여기서 자유는 누리되 평등을 지향하고, 평등은 누리되 자유를 지향하는 변증적 교류의 가능성을 확보할 수 있는 메커니즘이 요구됨을 알 수 있다.

그런 메커니즘으로서 '의료경제체계에 대한 합리적인 정책', 그러니까 자유와 평등의 이념을 균형있게 실현하는 재정정책[51]은 처음부터 한계가 있다. 그와 같은 재정투자의 합리적 배분은, 자유이념을 실현하는 의료영역에서는 불평등한 결과를 낳고 평등이념을 실현하는 의료영역에서는 자유상실의 결과를 낳게 되지, 결코 자유 속에서 불평등을 지양시키고 평등 속에서 자유를 실현하는 변증적 관계설정을 할 수는 없기 때문이다. 그런 메커니즘은 경제적이며 합리적인 정책을 실행하는 정치체계의 기능이 아니라 오로지 의료(체계)에 참여하는 사람들간의 '대화적 의사소통과 상호작용'에 의해 창출될 수 있다. 대화적 의사소통과 상호작용 속에서 한편으로는 의료의 자유가 불평등의 결과를 낳는 것을 인지하고 그것을 예방하거나 극복하기 위한

---

50) 소비자문제를 연구하는 시민의 모임이 주도하여 1985.11.8.에 초안설명회를 가진 바 있는 「환자의 권리선언」 제9조(환자는 자유로운 의사에 따라 검사치료 등 의료행위를 선택하고 수락 또는 거부할 권리가 있다)도 환자의 의료선택권을 규정한다(이에 관해서는 송보경, 소비자운동과 의료소비자 운동, 연대 보건대학원 주최 「의료와 법」 고위자과정 4.24.발표문, 3,6쪽 참조)

51) 이러한 해결관점을 보여주는 문옥륜, 국가경제 인프라와 개원의 그리고 의료경제, 대한의사협회지, 2000/3, 216~217쪽.

방안이 모색되며, 다른 한편으로는 의료의 평등이 자유를 상실한 노예의 지위를 강요하는 측면을 인지하고 평등의 구체적 실천과정에 대한 관련당사자들의 참여를 보장함으로써 그것을 극복할 수 있기 때문이다. 물론 어떤 관점이 자유의 불평등과 평등의 자유상실을 인지하고 극복하는 의사소통과정을 지배하게 될 것인지를 대화적 구조 그 자체가 결정하는 것은 아니다. 그것은 대화에 참여하는 사람들의 경험적 반성과 이성적 통찰의 몫일 뿐이다.

C. 의료적 대화 여기서 이와 같은 대화의 개념은 개별 의료행위의 차원에서 의사와 환자 사이에 펼쳐지는 치료적 대화만을 가리키는 좁은 개념이 아님을 알 수 있다. 또한 이 점은 물론 치료적 대화가 자유주의적 의료생활세계에서도 정언명령이었다는 점으로부터도 쉽게 반추해 볼 수 있다. 좀 더 정확히 말한다면 여기서 말하는 대화란 의사와 환자의 개별적 관계 차원을 넘어서 '의료생활세계의 재생산 구조' 차원에서 펼쳐지는 개념이다. 이런 대화 개념을 치료적 대화 개념과 구별하기 위해 편의상 '의료적 대화'라고 부를 수 있을 것이다.

(a) 주체 따라서 이 의료적 대화의 주체는 치료적 대화와는 달리 의사와 환자만이 아니라 의료체계를 구성하는 주체들, 예컨대 정치영역의 행정관료(특히 보건복지부관료)와 그의 조종대리인인 보험자 및 - 민간의료보험이 공식화·활성화될 경우에는 - 민간의료보험자단체, 그리고 의료인(대표)단체[52]와 의료소비자대표단체[53], 그 밖의 전문가단체[54] 등도 포함한다.

---

52) 의료인대표단체에는 대한의사협회, 병원협의회, 개원의협의회, (컴퓨터통신을 통한 의사들의 모임인) 민주의사회 등이 속할 수 있을 것이다.

53) 물론 의료소비자를 대표하는 단체가 무엇인지는 단정적으로 말하기 어렵다. 예를 들면 소비자문제를 연구하는 시민의 모임, YMCA와 같은 각종 소비자보호단체뿐만 아니라 '의가협'(의료사고가족협의회)이나 '건강연대'(국민건강권 확보를 위한 범국민연대) 등도 이에 속할 수는 있겠으나 지금과 같이 집단이기주의에 빠진 투쟁지향적 활동성향이나 준관료화(또는 관변화)된 - 단체의 몇 리이더들에 의해 행동방향이 결정되거나 정부로부터 보조금(또는 연구금) 등을 받는 - 정치적 성향을 극복해야 하는 변화가 참여의 전제로서 요구된다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 점은 1999년 이후 전개된 의약분업의 실시에 대한 공론에서 시민들의 여론을 충분히 반영하지 않은

(b) 대화적 상호작용 물론 지금의 의료현실을 냉철하게 들여다 보면 이들 주체들간의 대화적 의사소통과 상호작용이 펼쳐질 것을 기대하기는 매우 어렵다. 그러나 의료적 대화에서 말하는 대화 개념은 실천적으로는 대화의 주체들이 전략적 행동을 모두 포기하고 무조건 평화로운 합의형성을 위해 끝없는 노력을 기울여야 함을 말하는 것이 아니다. 그보다는 오히려 지극히 전략적 행동의 상호작용이 펼쳐지기 쉬울 것이고, 그것이 또한 현실일 것이다. 그러나 의료적 대화의 개념은 그런 전략적 행동이 어느 한 주체(집단)가 결론을 지배결정할 수 있는 힘을 독점하지 않도록 상호작용의 구조를 짤 것을 요구한다. 바꿔 말하면 어느 한 주체(행정관료)에 의한 일방적 조종이나 감시가 아니라, 상호유도와 상호감시체계가 필요하다.[55] 왜냐하면 팽팽하게 대립되는 힘들 사이에는 일정한 공백(힘의 공백)이 생기고, 주체들의 전략적 행동은 마치 진공 속으로 빨려들어가듯 그런 공백 속에서 일정한 합의점으로 수렴되어 갈 수 있기 때문이다. 다시 말해 실제로는 설령 전략적 행동이 난무한다 하더라도 그 행동들이 기회균등하게 전개될 수 있도록 하는 절차(의사소통조건)가 짜여진다면, 주체들간의 대화적 의견형성이 바로 그 절차 속의 (힘의) 진공 속에서 작동하게 될 것이다.[56]

(c) 성찰적 진보 물론 의료적 대화를 단지 전략적 행동을 통한 대화적 의견형성으로 환원시키는 것을 경계할 필요가 있다. 각 주체들이 대립과

(EBS방송 난상토론의 시민여론조사를 근거로 이와 같은 점을 지적하는 한경일, 시민없는 시민운동, 청년의사(2000.4.26.)에 실린 메쩸바움(Metzembaum)의 논설 참조) 시민단체의 맹목적 찬성과 정부정책의 지지에서도 잘 드러난다.

54) 예를 들면 각종 의학회, 의료관련 각종 법학회(예: 한국의료법학회) 등을 들 수 있다.

55) 본인과 대리인의 3중적 관계(<국민--정부 · 보험자>, <정부 · 보험자--요양취급기관>, <요양취급기관--시민국가> 사이에 발생하는 문제(이 문제는 ① 본인과 대리인 사이의 계약 · 고용관계가 있고 ② 양자간에 정보의 비대칭이 존재하고 ③ 양자간에 이해상충이 있을 것을 전제로 함)를 유인구조(incentiv structure)와 감시체계(monitoring system)의 방법으로 해결을 모색하는 연구로 손명세, 헌법이념에 기초한 의료보험법의 개정방향, 한국의료법학회가 주최한 국민의 정부시대 올바른 의료보험체계 구축을 위한 공청회(1998.4.27.)의 연제집, 6쪽 아래 참조.

56) 이러한 대화의 논리로 Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 290, 291쪽.

갈등의 부담이나 예측할 수 없는 전략적 행동의 결말뿐만 아니라 바로 그런 부담과 불확실성의 경험적 반성으로부터, 때로는 자발적으로 자기성찰적 통찰을 펼침으로써 점점 더 대립과 갈등을 지양하고 합의형성에 더 가까이 다가서게 되는 이성능력(의사소통능력 Kommunikationsfähigkeit)을 구비하게 될 수 있다는 점이 가볍게 다루어져서는 안된다. 그런 이성능력의 성장을 우리는 '경험과 반성의 학습과정을 통한 진보'라는 개념으로 파악할 수 있을 것이다. 경험과 반성의 학습과정을 통한 진보는 이상적인 '의료적 대화'에 도달하게 될 것이다. 즉, 의료생활세계는 그것을 구성하는 다양한 주체들의 성찰적 자기반성을 토대로 펼쳐지는 대화적 의사소통과 상호작용에 의해서 재생산될 수 있을 뿐이다.

바로 이와 같이 의료생활세계를 구성하는 주체와 상호작용구조의 변화를 통하여 한편으로는 행정관료가 의료생활세계를 규격화·획일화하는 것을 배척할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 의료전문인이 의료생활세계를 과학기술적 지식으로 재단하고 독점적으로 지배하는 것도 배척할 수 있게 된다.

(3) 의료생활세계의 대화적 재생산구조

의료생활세계가 대화적으로 재생산되기 위해서 의료체계를 어떻게 짤 것인가 하는 문제는 의료체계의 구체적인 법제화 문제이다. 여기서는 먼저 그런 의료체계가 짜여진 경우를 가정하고, 그런 의료체계 속에서 의료생활세계가 대화적으로 재생산되는 모습을 앞에서 분석한 '의료생활세계의 구조적 요소별 재생산 차원의 구조'를 활용하여 서술해보기로 한다. 그러나 <의료체계의 법제화 -> 의료생활세계의 대화적 재생산>의 관계는 단지 논리적 관계일 뿐이다. 실천적으로는 아래서 기획하는 의료생활세계의 대화적 재생산 메커니즘이 의료체계의 구체적인 법제화 방향을 지시해줄 수 있을 것이다.

(a) 의료사회 먼저 의료행위규범은 관료적으로 생산되지도 않지만 의료인의 전문지식에 의해 독점적으로 결정되지도 않는다. 그대신 의료인의 전문지식을 바탕으로 하지만 환자 및 그 밖의 주체들이 '대화지향적 의사소

통과 상호작용'을 통하여 형성되는 합의에 의해 정해진다. 다시 말해 의료행위규범은 전문적인 행위표준이긴 하지만 '상호주관적으로 승인가능한 것'이어야 한다. 따라서 의료행위규범의 자율적 재생산은 의료전문가가 주도할 수는 있으나 독점해서는 안되는 것이다. 이를 위해서는 특히 의료의 주체로서 의료소비자가 그런 규범의 생산과정에 참여할 수 있어야 한다. 그런 참여는 예를 들어 의학계에서 정하는 '임상진료지침'(Clinical Practice Guideline)을 의료인(대표)과 의료소비자(대표) 및 보험자가 공동으로 그리고 공식적으로 관리함으로써 어느 정도 가능해질 수 있을 것이다. 즉, 임상진료지침의 정립과 변화가 의료소비자들의 감시와 통제하에 이루어지게 된다면 의료소비자가 치료적 대화에 참여할 수 있는 권한(의사소통적 권한)은 일반적으로 증대된다고 말할 수 있게 된다(이상 아래표의 ②ⓑ).

그밖에도 치료적 대화에서 의사의 과학기술적 권력을 막기 위해서 의료인단체가 의료행위를 통제하는 '외곽기준'을 자율적으로 설정·관리하고 그 과정에 의료소비자(대표) 및 보험자가 참여하는 자율적 통제제도가 마련될 필요가 있다. 예를 들면 지역별 및 전공별로 개업의의 환자당 최소진료시간을 정한다든지, 의사들의 투약행위독점으로 인한 폐해(예: 항생제, 주사제의 과용)를 막기 위해 의사 1인당 월별 특정 항생제의 최대사용량을 정하는 기준의 설정관리가 요구된다. 이런 자율적인 의료행위의 외곽기준들도 넓은 의미에서 의료행위규범에 속한다. 이와 같이 의료행위규범이 상호주관적으로 재생산된다면, 의사와 환자는, 개인적인 상호작용의 고립된 차원을 넘어서 의료체계 전체의 차원에서 펼쳐지는 대화의 가치(예: 합의형성력, 상호주관적 승인이 가능한 의료행위규범의 형성력)를 내면화하고 그 내면화를 바탕으로 치료적 대화를 위해 요구되는 각자의 역할을 정상적으로 수행할 동기도 가질 수 있게 된다(②ⓒ).

바로 이와 같은 상호주관적으로 승인가능한 의료행위규범과 대화적 가치의 내면화(와 그에 따른 역할수행의 동기화)가 작동하는 의료사회는 '새로운 정당성'의 기반 위에 올라서게 된다(②ⓐ).

(b) 의료인격 다음으로 이렇게 되면 의료교육의 목표 또한 다시 설정된다. 즉, 의료교육은 '개인적인 차원'[57]에서 의사의 직업윤리를 실현하는 지식의 학습 및 재생산의 장으로부터 의료의 행위와 조직 및 절차의 모든 차원에서 대화적 가치를 실현하는 배움과 지식재생산의 장, 다시 말해 '의료적 대화윤리'[58](medizinische Diskursehtik)가 재생산되는 장으로 선회하게 된다. 이러한 의료교육에서는 정확하지만 독단적이거나 권위적인 의료행위의 능력을 키우는 것이 중요하지 않고, 고도의 전문지식이 개인적 차원에서 뿐만 아니라 체계의 차원에서도 대화의 궤도 속에서 사용되고 재개발되도록 하는 것이 더 중요하게 된다(③ⓐ).

이와 같은 의료교육목표의 방향선회는 의사나 환자의 '인격'을 개인적인 차원의 도덕적 함양(치료적 대화에 지향된 상호작용의 능력[59])이 아니라 모든 의료주체들이 의료행위가 펼쳐지는 삶의 세계를 대화적 방식으로 함께 구성하는 '의사소통의 역량과 권한을 갖는 것'을 의미한다고 보게 만든다. 이렇

57) 현재 의과대학에서 불고 있는 의료윤리 교육의 방향은 - 내가 보기에는 - 대체로 의사 개인이 의료행위를 할 때 지켜야 하는 전승된 윤리규범을 확인하고 새로운 윤리규범을 형성하는 데로 나아가고 있는 듯하다. 의료윤리의 개인주의적 해석이 전제되어 있는 것이다.

58) 여기서 대화윤리란 어떤 실체적인 내용의 특정(의료)윤리를 대화적 방식으로 수용한다는 것이 아님에 주의해야 한다. 대화윤리란 (도덕적) (의료)행위규범 자체가 오직 그 규범에 관련되는 모든 개인들이 자유롭고 기회균등하게 의견을 교환한 가운데 '더 나은 근거'가 (서로) 상대방을 설득시키며 (서로) 그 의견을 수용하는 의사소통적 과정, 즉 상호이해에 지향한 합의형성적 의사소통적 방식으로만 정당한 규범으로 자리매김될 수 있다는 것, 그리고 바로 이와 같은 요청은 복잡한 경제현실, 탈중심화된(다원화된) 문화, 다층적인 맥락의 사회로 특징되는 현대사회에서도 시민들이 수용할 수 있는 (최소한의) 핵심윤리가 된다는 점을 가리킨다. 이런 대화윤리의 철학적 개념에 대하여 Habermas, Diskursethik - Notizien zu einem Begründungsprogramm, in: Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983 참고.

59) 현재의 왜곡된 의사상을 극복하고 21세기에 적합한 새로운 의사상, 이른바 의사다움(doctoring)을 강화하기 위해 환자(및 가족 또는 동료 등)와의 대화능력을 의사들이 갖추어야 하고, 이에 맞춰 의과대학 교육목표도 재편되어야 한다는 논의(예를 들어, 김용일, 21세기에 기대하는 의사상: 전망과 과제, 대한의사협회지, 2000/1, 42~43쪽 참조)는 다소 불분명하지만 여전히 개인주의적으로 이해된 대화 개념을 전제로 하는 문제점을 보여주고 있다.

게 이해된 의료'인격'의 개념에 의하면 의사'인격'과 환자'인격'은 자유주의적인 의료생활세계에서 이해되었던 바처럼 서로 분리된 상태로 남아있을 수 없게 된다. 이를테면 인격적인 의사와 비인격적인 환자라는 인격성의 주관적 분리, 즉 의사는 치료적 대화에 지향된 의사소통능력과 의지를 가지고 있으나 환자는 자기방어적이며 의사에 대해 전략적인 태도로 대하거나 그 반대의 경우와 같은 식의 인격적 차등성이 발생하지 않는다는 것이다. 물론 개인적으로는 그런 인격적 차등이 있을 수 있다. 그러나 의료생활세계가 대화적으로 재생산되지 않는 한, 그런 의사와 환자의 인격의 높낮이는 단지 개인적 현상에만 머무를 뿐이고, 환자는 의사의 낮은 인격(예: 경제성편향, 권위주의성, 불친절)을 비난하고, 의사는 환자의 낮은 인격(예: 결과책임적 성향, 무지성, 비협조성)을 비난하는 대립적 관계가 계속될 것이며, 그런 관계 속에서 거시적으로 보면 어떤 의사, 어떤 환자도 - 한 사회에서 유일한 의사, 유일한 환자로 존재하지 않는 한 - 결코 홀로 높은 의료인격성을 유지할 수가 없게 된다. 이처럼 의료인격이 의료생활세계의 대화적 재생산과정에서 상호주관적으로 형성되는 것이라면 의료인격은 개인의 윤리적 수준을 가리키는 개념이 아니라, 의료생활세계를 의사와 환자가 (아울러 그 밖의 의료주체들과) 함께 대화적으로 형성하는 '의사소통의 권한과 능력'을 가리키는 개념으로 재해석된다. 그런 권한과 능력은 의사나 환자가 서로에 대해 승인하지 않는 한, 어느 일방도 누릴 수 없는 것이며, 바로 이점에서 의사의 인격과 환자의 인격은 분리될 수 없게 된다. 이런 점에서 의사인격과 환자인격은 대화적 의사소통과 상호작용의 흐름 속에서 형성되는 '하나의 정체성(Identität)'이 - 의사와 환자의 입장에서 각각 비춰질 때 - 나타나는 의사소통적 주체성 이외에 다름 아니다(③ⓒ).

여기서 더 나아가 이런 상호주관적 정체성의 형성은 '사회적 소속감'에도 변화를 가져온다. 의료인의 사회적 소속감은 이제 그의 의료능력과 경험을 근거로 단지 의료전문가사회에 소속되어 있다는 (개별)집단적 동질감일 수 없고, 환자의 사회적 소속감 역시 환자주권주의가 표방하는 바와 같은 의료소비자집단에로의 (고립된) 소속감일 수 없다. 비록 전문성과 역할의 차

이는 있지만 의료인이든 환자든 모두가 (물론 다른 의료주체들과 함께) 대화적 의사소통과 상호작용으로 의료생활세계를 함께 형성하는 공동체, 줄여 표현한다면 '의료적 대화공동체'에 소속되어 있다는 감정이 재생산됨으로써 새로운 (의료)사회적 통합의 기초가 마련되는 것이다(③ⓑ).

(c) 의료문화 다음으로 이러한 의료사회와 의료인격의 변화는 의료문화의 변화도 수반한다. 먼저 의사와 환자에게 다양한 의무를 부과하는 도덕적 관점은 의사나 환자의 가치관점에 좁혀지지 않고, 의료생활세계의 재생산에 참여하는 모든 주체들의 가치관점으로 그 지평이 확대된다. 그에 따라 의사와 환자가 합의가능한 해석틀(지식)이 의료문화를 구축하는 것이 아니라, 그것을 포함하여 다른 대화주체들의 다양한 가치관점까지 함께 대화적 방식으로 융해된 해석틀(지식)이 의료문화를 구축하게 된다. 예를 들면 의사의 전통적 직업윤리는 '전승'되지만 그 심정윤리적 완고함을 벗어던지고, 이를테면 환자의 편의와 선택권에 의해 여과될 수 있고, 보험자의 '재정적 관점'이나 전문학술단체의 '임상적 권고' 또는 소비자단체의 '주권적 판단'에 의해 수정될 수도 있다. 여기서 그와 같은 '여과와 수정', 즉 전통의 비판은 물론 의료생활세계에 참여하는 모든 주체들간의 대화적 의견형성에 따라 진행된다는 점이 전제됨을 잊어서는 안 된다. 더 나아가 대화적 의료공동체는 이와 같은 전승과 비판을 넘어서 과거에는 존재하지 않았던 전혀 새로운 해석틀을 창출하기도 한다. 이른바 생명의료기술의 영역[60]은 바로 그러한 창출의 주된 영역이 될 것이다(①ⓐ).

또한 이처럼 의료생활세계의 모든 주체들이 펼치는 가치관점의 다양성(다원주의성)에도 불구하고 의료사회의 통합이 가능할 수 있는 것은 바로 '의료적 대화'라는 의료문화의 새로운 핵심가치 때문이라고 할 수 있다. 즉, 어떤 가치관점이 선택되어 의료생활세계의 제도로 침전되기도 하고 다시 다

60) 예를 들어 장기이식술에 대한 대화이론적 조명과 법제화방향을 제시하는 이상돈, 의료형법, 1998, [10]단락 참조; 또한 안락사의 허용문제에 대해서도 같은 이론적 해석으로 이상돈, 안락사의 절차적 정당화, 한일법학, 제18집(의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응), 1999, 375~390쪽 참조.

른 가치로 대체되기도 하고, 또 새로운 가치가 모색되기도 하는 것, 이 모두가 행정관료의 권력적 집행이나 의료인의 전문적·독점적 판단이 아니라 의료생활세계의 모든 주체들 사이에 펼쳐지는 대화적 의사소통과 상호작용에 따라 결정된다는 점이다. 다시 말해 가치관점은 다양하게 변화할 수 있으나 그것들의 수용, 변경, 배척의 과정들을 좌우하는 것은 다른 (새로운) 어떤 가치관점의 우월성 그 자체 때문이 아니라, 오직 의료적 대화라는 '절차적 가치' 때문이라는 것이다. 좀 비유적으로 바꿔 표현한다면, 대화적 핵심가치는 다양한 가치지향에 대해 면역화되어야 한다는 것이다(①ⓑ).

마지막으로 이처럼 변화된 의료문화의 모형에서 보면 의료인으로 사회화된다는 것의 의미도 새롭게 이해된다. 즉, 의료인으로 사회화되는 것은 한 사람(의대생, 수련의 등)이 치료적 대화의 지식을 습득하고, 수정·발전시키는 과정이라는 개인주의적 의미가 아니라, 의료적 대화공동체에서 의료인으로서의 역할을 수행하는 한 구성원으로 성장·편입되는 과정, 즉, 대화적 의료문화에 성장편입(Enkulturation)되는 것을 의미한다.(①ⓒ) 이상에서 설명한 내용을 요약한다면 아래와 같은 표로 나타낼 수 있다.

구조적 요소 / 장애영역	① 의료'문화'	② 의료'사회'	③ 의료'인격'
ⓐ 의료-'문화적 재생산'	대화적 모형의 해석틀(지식)의 전승과 비판 및 새로운 창출	대화적 절차를 통한 의료사회의 정당성 재창출	의료교육(목표)를 대화적 가치로 전환
ⓑ 의료-'사회적 통합'	다양한 가치지향에 대한 대화적 핵심가치의 면역화	상호주관적으로 승인가능한 의료행위규범	대화적 의료공동체에로의 소속감 재생산
ⓒ 의료-'사회화'	(의료인의) 대화적 의료공동체에로의 편입성장	의료적 대화의 '가치(의식)의 내면화'	(의사와 환자의) '상호주관성' 창출

의료생활세계의 대화적 재생산

2. 의료시민사회와 의료공론영역

이상과 같은 의료생활세계의 대화적 재생산이 실천적으로는 도대체 어떻게 가능할 것인가? 정치체계가 권력적 집행을 자발적으로 포기하고, 의료인사회가 과학기술적 권력을 자발적으로 포기할 것을 기대할 수는 없다. 그렇다고 지혜와 용기가 있는 한 개인(예: 대통령)이나 한 집단(예: 청년의사회)에 의한 혁명적 변화에 의할 수도 없다. 왜냐하면 그런 혁명적 변화는 - 여기서 자세히 논의할 수는 없고, 또 그럴 필요도 없지만 - 그 자체로서 이미 의료생활세계를 대화적으로 재생산하라는 요청과 모순되기 때문이다. 바로 여기서 의료생활세계를 구성하는 의료'사회'의 개념을 아래에서 자세히 설명하는 바와 같은 의료'시민'사회와 의료'공론'영역으로 분화시키고 각 영역을 성장·발전시켜, 의료체계의 합리화를 관철시키는 시민사회의 힘(의사소통적 권력)을 키워나가는 기획을 하게 된다.

(1) 의료시민사회

먼저 의료시민사회의 개념을 구체화하기로 한다. 의료영역에서 각 개인들(예컨대 의사나 환자)의 이해에 직접 연관된 문제가 발생하면, 그것이 인지되고 그에 관한 다양한 의견이 비공식적으로 자유롭게 전개되는 시민사회의 의사소통적 흐름을 생각할 수 있다. 다시 말해 우리사회에도 이미 의료영역의 개별적인 문제상황들이 다양한 채널을 통하여 의료생활세계의 다양한 주체들에 의해 인지되고, 그들이 일으키는 반향들을 수용하고 응축하고, 또 그 목소리를 키워서 공론영역으로 넘기는 의사소통적 교류가 펼쳐지는 현상이 발견된다.

특히 그런 의사소통적 교류는 주로 자발적으로 형성된 연합체나 조직에 의해 이루어진다. 예를 들면 각종 의학회나 수련의협의회 또는 보건의료에 관련한 각종 연구원 등과 같은 조직들이 '산발적으로' 임상의 현장에서 발생하는 문제를 인지하고 과학적으로 분석하여 의료체계의 어떤 변화 필요성을 발제하고, 임상의 현장에 있는 의사들의 그것에 대한 반향을 응집하여

그 목소리를 키우는 현상을 볼 수 있다. 이를 테면 '청년의사(회)'라든지 '민주의사회' 등이 펼치는 의료생활세계의 개혁운동 같은 것들이 이러한 현상에 속할 수 있을 것이다. 또한 크고 작은 시민연합체나 시민단체가 '산발적으로' 환자들의 부정적인 경험을 수집하여 임상이나 의료체계의 어떤 문제를 인지하고 그에 따른 의료체계의 변화 필요성을 발제할 뿐만 아니라, 의료소비자들의 그것에 대한 반향을 응집하여 그 목소리를 키우는 현상도 인지할 수 있다. 이를 테면 소비자문제를 연구하는 시민의 모임이 1985년에 주도한 환자의 권리선언은 이러한 현상에 속할 수 있다. 그 밖에 특정 질환을 앓고 있는 환자들의 연합체가 그 질환에 관련된 환자의 권리 문제를 표제화한다든지, '국민건강연대'가 의료체계의 합리화를 위해 펼치는 각종 심포지움 등도 마찬가지로 이러한 현상에 속할 수 있을 것이다.

이러한 예에서 볼 수 있듯이 시민사회에는 비공식적인 수준에서 자발적으로 의료문제에 대한 어떤 의견이 산발적으로 형성되는 의사소통적 흐름의 장이 있고, 그런 장을 - 하버마스의 시민사회(Bürgergesellschaft) 개념[61]을 응용하여 표현하면 - '의료시민사회'(medizinische Bürgergesellschaft)라고 부를 수 있을 것이다. 말하자면 의료시민사회의 의사소통적 흐름은 의료생활세계를 재생산하는 대화적 의사소통이 '생성'되는 과정이라고 할 수 있을 것이다.

(2) 의료공론영역

그러나 이러한 의료시민사회의 의사소통적 흐름만으로는 아직 의료영역에서 발생하는 문제를 체계적이며 구조적으로 변화시키는 권력이나 힘을 형성하지 못한다. 의료시민사회의 의사소통적 흐름은 무엇보다 여론을 모으는 언론매체나 공식적인 사회단체들을 통하여 조직적이며 체계적으로 형성되는 공식적인 비판과 토론의 장으로 들어올 수 있다. 최근 논의되고 있는 의약분업에 대한 논의를 예로 하여 설명한다면, 먼저 의약분업이 실시될 경우

61) Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 430쪽.

임상의 현장에서 발생할 수 있는 문제점들을 지적하는 목소리들, 이를테면 의약분업은 시민들의 생활문화에 맞지 않는다든지 개원의들의 경제적 기반을 붕괴시킨다든지 하는 바와 같은 의견들이 여기저기서 일어나고, 각종 학회나 협회 내부에서도 산발적으로 그 문제점들에 관한 의견을 주고받는 의사소통이 전개된다. 이와 같이 산발적이며 비체계적이며 비조직적인 비판의 목소리는 아직 제도화된 힘으로 전환되지 못한다. 그러나 그런 문제점의 지적은 더 많은 사람들의 공감을 얻을수록 차츰차츰 - 바꿔 말해 의료시민사회에서의 논의가 성숙해질수록 - 의협이나 병협과 같은 단체에 의해 조직적이며 체계적으로 그리고 공식적인 논의의 수준에서 전개되기 시작한다. 그렇게 되면 의협이나 병협과는 다른 이해집단(예: 약사회)이나 행정관료의 비판과 반대주장이 동일한 방식과 수준에서 펼쳐질 수 있게 되고, 시민사회단체는 (때때로 일종의 중재적 성격의) 공청회를 개최하기도 한다. 더 나아가 이러한 공식적 · 체계적 · 조직적인 다원적 의사소통은 각종 언론과 복잡미묘한 상호작용을 펼친다. 즉, 때로는 그런 다원적 의사소통이 언론을 매개로 하여 시민사회에서 광범위하게 동의를 얻는 일정한 방향의 의견을 형성하기도 하고, 때로는 정반대로 언론이 그런 다원적 의사소통에 대한 나름대로의 방향설정을 토대로 시민사회에서 여론을 모으는 역할을 수행하기도 한다. 2000년 7월 실시를 앞둔 몇 달 전쯤의 시기에서, 뒤늦게[62] 나마 언론매체를 통하여 전개되는 의약분업에 대한 논란은 이런 단계의 의사소통적 흐름을 보여준다. 이와 같은 방식으로 펼쳐지는 의사소통의 장은 분명 앞에서 규정지은 '의료시민사회'의 개념으로는 적절하게 포착될 수 없다. 여기서 그런 의사소통의 장을 - 하버마스의 공론영역(Öffentlichkeit)개념[63]을 응용하여 - '의료공론영역'(medizinische Öffentlichkeit)이란 개념으로 파악하는 것은 이론적으

62) 이것은 2000년 7월 실시를 예정한 의약분업제도가 '공론'의 장을 거치지 않은 채 확정되고 권력적으로 관철된다는 점을 반증해준다. 이런 취지의 時論으로 이상돈, 의사파업, 그들만의 밥그릇 지키기인가?, LOWLAW, 2000/4(월호), 114쪽 참조.

63) 이 개념에 대해서는 Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1971; Faktizität und Geltung, 1992, 특히 435,436쪽 참조.

로나 실천적으로 매우 유용하다.

3. 의료법규범의 정당성

(1) 의사소통적 합리성으로서 법의 정당성

먼저 의료공론영역에서 형성되는 합의는 이론적으로 의료(행위)를 규율하는 법규범의 정당성 기초가 된다. 의료영역에서 법의 정당성이 이처럼 '내용적으로'(또는 실체적으로)가 아니라 '절차적으로'[64] 창출된다는 점은, 앞에서의 논의를 면밀하게 종합해 보면 법철학의 현대적 논의[65]에 깊이 들어감이 없이도, 쉽게 그리고 소박하게 이해될 수 있다. 즉, 한편으로는 의료영역에서 행위, 조직, 체계의 차원을 관할하는 법규범들은 관료적 정책프로그램으로 채워져서는 정당할 수 없고, 다른 한편으로는 의료인의 전문적 지식을 현실에 옮기는 프로그램으로 채워져도 역시 정당할 수 없다. 더 나아가 시민단체나 언론이 주도하여 형성된 여론이나 법감정으로 채워져도 - 많은 경우 과학적 합리성을 상실함으로 인해 - 마찬가지이다. 이러한 현실은 탈형이상학화되고, 다원화되고, 통일적인 패러다임이 상실된 오늘날의 사회에서는 보편적인 현상이다. 그런 사회에서는 전통적 권위(예: 관료의 권력, 의료인의 전문적 및 직업윤리적 명망)가 세계를 지배했던 사회에서와는 달리 어떤 주체도 의료법규범을 독점적으로 정립할 권위를 가질 수 없다. 여기서 민주적 규범형성이 자연스럽게 대안으로 남게 된다. 즉, 의료영역에서 행위, 조직, 체계의 차원을 관할하는 모든 법규범들은 의료시민사회와 의료공론영역에서 형성되는 합의를 수용할 수 있는 만큼에 비례하여 '정당한' 것일 수가 있다. 그러나 이러한 법의 정당성은 단지 이미 존재하는 의료시민사회와 의료공론영역에서 이미 형성된 합의를 거울처럼 반영하는 방식으로만 창출되는 것은 아니다. 그보다는 - 특히 의료공론영역의 성장이 아직 미진한 사회에서 그리고 의

64) 이러한 관점에서 법의 정당성을 근거짓는 연구로는 이상돈, 법이론, 1997, 특히 제3장을 참조.

65) 이에 관한 가장 대표적인 문헌으로는 현대법철학의 흐름(한국법철학회 편), 1996 참조.

료의 행위들을 규율하는 법영역의 경우에는 - 오히려 법이 의료시민사회와 의료공론영역에서 대화적 의사소통과 상호작용이 자유롭고 왜곡됨이 없이 펼쳐질 수 있도록 그 의사소통적 흐름의 통로를 제도화하는 역할까지 수행함으로써만 법의 정당성은 확보될 수 있다. 다시 말해 특히 의료행위규범을 대화적 의사소통으로 끊임없이 재생산하는 의사소통적 구조가 법에 의해 형성되는 만큼에 비례하여 그 법은 정당성을 획득하게 된다는 것이다.

(2) 의사소통적 권력의 실천력

다음으로 의료공론영역에서 형성되는 합의는 정치세력으로 하여금 그 합의내용을 법으로 제도화하도록 압박을 가하며,[66] 시민들은 그렇게 법제화된 합의의 내용인 규범을 준수하지 않을 수 없는 부담을 갖게 만드는 실천적 힘을 발휘할 수 있다. 이 힘은 권위주의적 행정관료의 권력적 집행이나 독단적인 의료인의 과학기술적 권위보다 장기적으로 보면 더 크고 강력하다. 왜냐하면 권력적 집행이나 과학기술적 권위는 많은 저항과 비판에 직면하게 되지만,[67] 의료공론영역에서 형성되는 합의는 일방의 견해가 타방의 견해보다 비판과 토론의 과정을 거쳐 '더 합리적인 근거'로 자리매김되고, 가장 많은 사람들에게 설득력있는 주장으로 (상호)승인되는 과정에서 형성된다는 점에서 자발적 준수를 동기화하는 역량이 훨씬 더 크기 때문이다. 여기서 의료시민사회와 의료공론영역에서의 의사소통은 정당한 권력의 근원이 됨을 알 수 있다. 그런 권력을 '의사소통적 권력'(kommunikative Macht)이라고 부를 수 있다.

---

66) 2000년 4월초의 의사파업을 계기로, 의료보험과 의약분업의 제도적 문제점들이 의료공론영역에서 논의되기 시작하면서 보건복지부의 입장이 국민건강보험은 물론 의약분업에 관한 실시방안에서 점차 변화되어가는 현상을 보면, 의사소통적 권력의 힘을 쉽게 인지할 수 있다.

67) 이 점은 1999년 의료공론영역의 논의가 성숙하기 전에 확정된 정부의 의약분업안이 2000년 3월의 의사들의 파업과 같은 저항에 부딪히고, 의사들의 주장(의료수가의 대폭인상주장이나 의약분업은 원칙적으로 찬성하나, 실시방향을 집단이기주의적으로 설정하는 전략) 또한 정부나 약사회는 물론 상당수의 시민들로부터 비판에 부딪히고 있는 현상에서 쉽게 확인된다.

정치체계는 바로 이와 같은 의사소통적 권력을 수용할 때 정당성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라 행정적 집행력도 확보할 수 있다. 물론 정치체계가 그런 공론에 의해 뒷받침된 의료행위규범을 물리치거나 변형시킬 수는 있다. 그러나 그렇게 되면 정치세력은 (정당한) 권력이 아닌 벌거벗은 폭력으로서의 '힘'을 행사하는 것이 된다. 따라서 정치세력 스스로도 그와 같은 폭력적인 힘의 행사가 장기적으로 행해지면 결국에는 정치적 지지기반의 심각한 약화를 가져오게 됨을 직감하게 되며, 바로 그렇기 때문에 정치세력은 의료공론영역에서 형성된 합의를 수용하지 않을 수 없게 되는 것이다. 말하자면 의사소통적 권력은 단지 이론적인 권력이 아니라 현실적인 힘으로 전환될 수 밖에 없다. 또한 의료공급체계도 이와 같은 의료공론영역의 합의형성이 갖는 의사소통적 권력을 거부할 수가 없다. 물론 의료공급기구들은 생리적으로 민간병원운영에 필요한 자본을 재생산하는 수준을 넘어서 상당하게 확대재생산하는 목표를 좇기 위해 의료시민사회와 의료공론영역에서 형성된 광범위한 합의내용을 물리치거나 변형시킬 수 있다. 그러나 그런 거부는 정치체계는 물론이고 시민사회로부터 비판과 저항에 부딪힐 수 있고, 그런 비판과 저항이 장기화되면 될수록 의료공급기구들은 더 불리한 법제도 속으로 빨려들어갈 위험에 직면하게 되며, 설령 탈법적 방법으로 수익성확대의 목표를 계속 좇을 수는 있을지라도 그로 인해 의료생활세계의 병리적 현상이 다시 확대될 수밖에 없을 것이다. 그러므로 장기적으로 볼 때 의료공급체계 역시 의료공론영역에서 형성되는 합의를 수용하지 않을 수 없게 될 것이다. 이상의 논의를 종합해보면 의료생활세계의 대화적 재생산이 확립되기 위해서는 의료시민사회와 의료공론영역이 성장하고 활성화되어야 함을 알 수 있다. 의료시민사회와 의료공론영역이 성장할수록 정치체계의 권력이나 (의료)경제체계의 자본이 의료영역을 왜곡시키는 것은 그만큼 더 어려워지게 될 것이다.

Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*
– Ein philosophischer Versuch –

Otfried Höffe**

《Übersicht》

1. Die Frage
2. Fünf Antwortmuster
3. Ein Fall
4. Europäische oder moderne Rechtsmoral: Menschenrechte
5. Kulturoffene Grundsätze
6. Zur Legitimation des Strafrechts
7. Der Fall (I): Rückfragen
8. Der Fall (II): Ein interkulturelles Strafrecht
Literatur

1. Die Frage

Die zunehmende Globalisierung reicht über den Raum von Wirtschaft und Finanzen weit hinaus. Daß dabei nicht nur staatliche, sondern auch gesellschaftlich-kulturelle Grenzen überschritten werden, macht die Frage dringlich, wie sich Rechtsordnungen gegen die Personen, die diese Grenzen überschreiten, gegen Fremde also, verhalten sollen, zumal gegen den "großen Fremden", der nicht aus einem kulturell benachbarten Staat kommt, sondern aus einer andersartigen Rechtskultur: Dürfen die Rechtsordnungen trotzdem ihr stärkstes Mittel, das Strafrecht, einsetzen?

---

* Vortrag in Seoul, Korea, 21. September 1999, Rechtsinstitut der Korea Universität

** Professor am Universität Tübingen

Haben sie ein (subjektives) Recht, ihr (objektives) Strafrecht kulturübergreifend anzuwenden? Gibt es eine interkulturelle Strafbefugnis? Bei diesen Fragen verstehe ich das subjektive Recht nicht im positiven Sinn - darüber entscheiden die Rechtsordnungen selber -, vielmehr im rechtsmoralischen Sinn, das heißt als Teil jener moralischen Verbindlichkeiten, deren Anerkennung die Menschen einander schulden. Die Frage lautet also: Gehört eine interkulturelle Strafbefugnis zu den Verbindlichkeiten, auf die die Menschen einen Anspruch haben; ist eine derartige Strafbefugnis rechtsmoralisch legitim?

Derartige Fragen sind um so dringender, als die Globalisierung ein Element bedroht, das für das Menschsein unverzichtbar ist: die Zugehörigkeit zu wohlbestimmten Gruppen. Und dieser Umstand ist kriminalpolitisch gesehen sehr erheblich. Identitätsgeschädigte Personen neigen weit eher zur Kriminalität als identitätsgefestigte; Identitätsschwierigkeiten sind "kriminogen". (Zu diesem Thema s. schon Sellin 1938)

Auf der anderen Seite darf man nicht übersehen, da sich die Fragen, lebensweltlich gesehen, häufig weniger dramatisch stellen. Rechtspolitisch gesehen sind sie in vielen Fällen insofern gegenstandslos, als nicht nur der staatliche Strafanspruch, auch ein Großteil der Delikttypen in so gut wie allen Rechtskulturen gleichermaßen anerkannt ist. Gerade das Strafrecht ist zwar in den Feinheiten besonders eng an Tradition und "Wertbewußtsein" einer Gesellschaft gebunden, weshalb man neuerdings selbst von einem nur Europäischen Strafgesetzbuch Abstand nimmt (gleichwohl gibt es Vereinheitlichungstendenzen, vgl. Tiedemann 1997). Trotzdem wissen wir spätestens seit dem Kodex Hammurapi sogar in Schriftform, daß Rechtsgüter wie Leib und Leben, Eigentum und ein guter Name ("Ehre") seit altersher strafrechtlich geschützt werden. Wenn

nun erstens der Typ des Deliktes bekannt ist und man zweitens vom Fremden erwarten kann, daß er sich zumindest in strafrechtlicher Hinsicht über Besonderheiten des Gastlandes kundig macht, zumal in Bereichen, in denen mit Besonderheiten zu rechnen ist, kann er sich auf Abweichungen nicht so einfach berufen.

Offensichtlich überzeugt eine Antwort nur dann, wenn sie sich dem Anspruch der Frage unterwirft und sich letztlich weder auf die Überzeugungen des eigenen Kulturraums noch deren Voraussetzungen beruft. Auf eine Kulturen übergreifende Frage sind allein sachgerecht kulturübergreifend gültige Begriffe und Argumente. Wenn man Kultur als einen Komplex von bestimmten Werten, Überzeugungen und Handlungsnormen versteht, so erwartet man von Rechtfertigungen, daß sie kulturabhängig sind. Meine These ist, daß dies weder für die Grundlagen des Strafrechts noch für alle Delikte noch die Grundprinzipien von Strafverfahren der Fall ist. Das Thema steht im Horizont der generellen Frage, was unterschiedliche Kulturen einander zumuten dürfen. (Ausführlicher behandle ich das Thema in Höffe 1999a.)

2. Fünf Antwortmuster

Wer über historisches Bewußtsein verfügt, weiß, daß die Frage nicht grundsätzlich neu ist. Zum einen darf man nicht vergessen, daß sich in pluralistischen Gesellschaften ähnliche Probleme schon gesellschaftsintern stellten. Namentlich durch die Glaubensspaltung ausgelöst, im Zeitalter der Aufklärung bekräftigt und durch die bürgerliche und die industrielle Revolution verstärkt, hat sich in den sogenannten alteuropäischen Gesellschaften ein Differenzierungsprozeß vollzogen, der die ehemals

relativ homogenen Verhältnisse aufgelöst und mehrdimensional offene Gesellschaften hervorgebracht hat. In ihnen leben immer zahlreichere Gruppen mit eigenen Interessen und Überzeugungen, und machen sich ebenso zunehmend unterschiedliche Sitten und Werte breit. Soweit es noch nötig war, hat das Strafrecht die hier fällige "Lektion" rasch gelernt und durch entsprechende Liberalisierung dem vorher kulturell Fremden das strafrechtlich mögliche Heimatrecht gegeben: Ob man an religiös Andersgläubige oder an (sogar kämpferische) Atheisten denkt, an Gesellschafts- und Staatskritiker, an Ehescheidung, an Homosexualität und an sexuelle Freizügigkeit - das "abweichende Verhalten" ist nicht länger ein Delikt, vielmehr strafrechtlich gesehen unbedenklich geworden.

Auf der anderen Seite darf man nicht übersehen, daß es kräftige Ansätze zur Multikulturalität, selbst Globalisierung seit langem gibt: in der Antike etwa im Gefolge der Alexanderfeldzüge, später bei der Ausbreitung des Römischen Reiches, wieder später bei der Verbreitung des Christentums und auch der des Islam. Nicht zuletzt kennen wir derartige Entwicklungen aus den Zeiten der Entdeckung, später der Kolonialisierung, der Industrialisierung und des Welthandels. Bei all diesen Entwicklungen taucht unsere Frage auf, wie man den Fremden, zumal den großen Fremden strafrechtlich behandle. Schon in der Antike bilden sich dabei Antwortmuster heraus, die bis heute diskussionswürdig sind. Und zwei der Antwortmuster sind uns auch ohne besondere Fachkenntnisse gegenwärtig.

Das erste Antwortmuster stammt aus dem Alten Testament. Nach dessen Regel - "Wie ein Einheimischer soll euch der Fremdling gelten, der bei euch wohnt" (3 Mose = Leviticus 19,34) - soll der Fremdling weder besser noch schlechter behandelt werden. Er wird keinem Sonderrecht ausgesetzt, vielmehr denselben Gesetzen unterworfen. Die

Fortsetzung desselben Verses nennt die dahinter liegende, humanitäre Intention: "du sollst ihn (sc. den Fremdling) lieben wie dich selbst". Als Grund der Gleichbehandlung klingt der Gedanke der Gastfreundschaft an und als dessen Grund die eigene Erfahrung: "denn ihr seid ja auch Fremdlinge gewesen im Ägypterland". Die Erfahrung allein ist freilich kein zureichendes Argument. Um den generell drohenden Legitimationsfehler, den Sein-Sollens-Fehlschluß, zu vermeiden, bedarf es eines zusätzlichen, genuin moralischen Elementes. Dieses kann aber so selbstverständlich sein, daß es nicht ausgesprochen werden muß. Für den genannten Vers dürfte es die Goldene Regel in ihrer negativen Fassung sein: "Was du nicht willst, das man dir tu, das füg' auch keinem andern zu." (Für das Alte Testament vgl. Tobias 4,15.) Und diese Regel, ein Grundprinzip der Wechselseitigkeit, ist sowohl im empirischen als auch im legitimatorischen Sinn interkulturell gültig. Nun könnte sich die humanitäre Gleichbehandlung als inhuman erweisen. Der Fremdling, der den einheimischen Gesetzen unterworfen wird, verliert nämlich das Recht, seinen heimatlichen Gepflogenheiten zu folgen. Da sie ihm in Fleisch und Blut übergegangen sein dürften, läuft er sogar Gefahr, sich strafbar zu machen. Ein harmloses Beispiel: Aussiedler gehen Forellen fischen; weil es in ihrer Heimat Kasachstan Gewohn- heitsrecht war, haben sie kein Unrechtsbewußtsein. Nicht mehr so harmlos sind Sexualverhältnisse mit Minderjährigen, die man teils eingeht, weil "man halt mal anfängt", teils weil in der eigenen Heimat Mädchen, die nicht streng gehütet wurden, als "Freiwild" gelten.

Wer der Straffälligkeit entgehen will, muß sich den eigenen Gepflogenheiten entfremden und fremden Sitten unterwerfen. Hier taucht ein Dilemma auf, das Rechtsdilemma interkultureller Begegnung: Ein elementarer Gerechtigkeitsgrundsatz jeder Rechtsordnung, die Gleich-

behandlung, droht, auf Fremde angewandt, in Ungleichbehandlung, folglich Ungerechtigkeit, umzuschlagen: Während die Einheimischen den eigenen Sitten folgen dürfen, müssen die Fremden sich bislang unbekannten, überdies häufig genug auch ihren Gepflogenheiten zuwiderlaufenden Sitten unterwerfen.

Dem Römischen Reich ist das Rechts-Dilemma zumindest im Prinzip bekannt. Als ein Staatsverband, dem zahlreiche mehr oder weniger autonome Einzelstaaten angehren, die nur durch völkerrechtliche Verträge von Rom abhängen, handelt es sich um einen Vielvölkerstaat, in dem es eine nach heutigen Begriffen hochkomplexe multikulturelle Gesellschaft gibt. In ihr entstehen weitere Antwortmuster, so etwa ein spezielles Völkerrecht. Das betreffende römische ius gentium meint nicht das zwischen den Völkern herrschende (öffentliche) Recht, ein ius inter gentes, vielmehr ein internationales Privatrecht, vor allem Handelsrecht. Allenfalls am Rand taucht auch ein zwischenstaatliches öffentliches Recht, beispielsweise das Recht des Gesandten und der Staatsverträge, auf. Im Unterschied zu Roms autochtonen Privatrecht, dem quirinischen ius civile, gilt das ius gentium als ein allen Völkern bekanntes, interkulturelles Recht, das die philosophisch beeinflußte Schuldoktrin auf eine allen Menschen gemeinsame natürliche Vernunft (naturalis ratio) zurückführen wird. Für Schuldverhältnisse (einschließlich Kauf, Miete, Geschäftsführung...) beispielsweise beruft man sich auf die fides, auf die Pflicht zum Worthalten, die für alle Menschen unabhängig von ihrer ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit gelte und ursprünglich unter göttlichem Schutz stand. Als ein interkulturelles wird es mit gutem Grund gegen Fremde angewandt. Rom behandelt Fremde (hostes, später: peregrini, Ausländer) weder nach dem römischen noch - zumindest bei Beziehungen verschiedener Nationalitäten untereinander - nach deren

eigenem Recht. Vielmehr greift es auf ein allen Völkern vertrautes Recht zurück, so daß die in Alt-Israel drohenden Gefahren - Entfremdung, Unterwerfung - entfallen.

Unter Berücksichtigung fremder Rechtserfahrungen wird das ius gentium im Laufe der Generationen vervollständigt und verfeinert, so daß es im zweiten Jahrhundert n. Chr. durch den römischen Rechtsgelehrten Gaius als ein überstaatliches, geradezu universalistisches Recht dargestellt werden kann, anerkannt von allen (zivilisierten) Völkern (omnes populi qui legibus et moribus reguntur: Gaius 1,1). Und wo es nicht herrscht, sieht schon Sallust eine Sitten- und Rechtslosigkeit-, überdies Herrschaftslosigkeit am Werk (neque moribus, neque lege, neque imperio cuiusquan regebautur: Jugurthinischer Krieg 18,1). Ein neutraler und zugleich interkulturell sensibler Beobachter sieht in dieser Deutung allerdings Reste eines Rechtskulturimperialismus am Werk. Der "große Rechtskulturimperialismus" findet zwar nicht statt; denn dieses "Römische Recht" entspricht nicht dem Partikularrecht der römischen Stadtrepublik, dem ius civile. In einer bestimmten Zeit und für viele, nicht alle Völker entwickelt, ist es aber trotz seines interkulturellen Charakters nicht derart universal gültig (die Germanen fehlen, ferner Schwarzafrika, von den Ureinwohnern Amerikas ganz zu schweigen), daß jeder abweichenden Rechtsvorschrift die Zugehörigkeit zur Gesamtmenge "Recht" schlicht abgesprochen werden dürfte.

Das römische Strafrecht fällt nicht unter das ius gentium. Nach Theodor Mommsens klassischer Monographie, Römisches Strafrecht (1899) bezieht 'unsere Überlieferung... das ius gentium nicht auf die delictischen Festsetzungen, aber nur, weil die engen Satzungen des formalen Civilrechts überhaupt auf diesen Kreis nicht angewendet werden.' (119) Dabei begegnen wir einem dritten Antwortmuster. In ihm

entfällt der Unterschied von Bürger und Fremder, weil "der Begriff des Verbrechens, des öffentlichen wie des privaten, nicht auf den Bürger gestellt ist, sondern auf den Menschen." Damit taucht schon damals ein Menschen-Recht auf, freilich im objektiven, nicht subjektiven Verständnis von Recht, ein menschheitlich universales Strafgesetz: Ob "Mord, Brandstiftung, Diebstahl, Sachbeschädigung" - in all diesen Fällen fragt man "lediglich nach der ethischen Verschuldung, nicht nach dem Personalstand des Thäters" (118). Zu ergänzen ist gegenüber Mommsen, daß die genannten Delikte als allgemeinmenschliche Rechtsverstöße gelten, insofern stillschweigend doch ein jetzt strafrechtliches ius gentium in Anspruch genommen wird: Selbst beim "Ehebruch ist, als er in criminelle Behandlung genommen ward, nicht die bürgerliche Ehe des römischen Civilrechts zu Grunde gelegt worden, sondern ein weiterer Begriff, der sämmtliche peregrinische Ehen einschliesst". (119) In der letzten Bemerkung taucht eine Bedingung des objektiven Menschen-Rechts bzw. universalen Strafgesetzes auf; sie entspricht dem Gedanken des ius gentium: Um jeder Hegemoniegefahr zu entgehen, bediene man sich nicht lokal oder regional gebundener, sondern überregionaler, weiter Rechtsbegriffe. Und wo gegen die Bedingung verstoßen wird, etwa bei dem unter christlichen Kaisern eingeführten neuen Staatsverbrechen der Häresie, geschieht offensichtlich rechtsmoralisches Unrecht, darüber hinaus politisches Unheil.

In der Strafgerichtsbarkeit kommt ein viertes, nicht notwendig alternatives Modell hinzu; zum strafrechtlichen Menschen-Recht kommt ein Phänomen hinzu, das in die Nähe eines strafrechtlichen Föderalismus reicht und die bis heute aktuelle Forderung "keine fremden Richter" erfüllt: Vor allem die in ihrer Kultur und Rechtskultur selbstbewußte Osthälfte, der griechische oder griechisch beeinflußte Teil, behält für

untertänige Städte oder Staaten das Recht auf eigene Strafgerichte.

Der Strafrechtsföderalismus erstreckt sich sogar auf einige Delikte; denn nicht alle Delikte sind in allen Teilen des Römischen Reiches als solche anerkannt. Dieser denn doch erstaunliche Delikt-Föderalismus erlaubt zwei Interpretationen. Entweder haben nicht alle Delikte einen allgemein-menschlichen Rang; so daß es zwei Deliktarten gibt: neben den interkulturell gültigen Delikten auch kulturspezifische Delikte. Oder aber es gibt "letztlich", das heißt hier: nach gründlicher Überlegung, nur allgemeinmenschliche Delikte. Von ihnen sind es aber nicht alle, wohl einige, vielleicht sogar die meisten wie "Mord, Brandstiftung, Diebstahl, Sachbeschädigung", vielleicht auch Fälschung, so offensichtlich ein Delikt, daß sie jederzeit und überall geahndet werden dürfen. Anderen fehlt es dagegen offensichtlich. Und hier, beispielsweise bei Handlungen, die in einer Gesellschaft weithin und ohne Unrechtsbewußtsein als Nicht-Delikt gelten, kann man sie aus Rücksicht auf andere Gepflogenheiten noch einige Zeit mit Nachsicht dulden. Jedenfalls werden die gallischen Menschenopfer den römischen Bürgern zwar schon von Augustus, allgemein aber erst später verboten (Mommsen 1899, 122).

Erforderlich wird das privatrechtliche ius gentium wegen eines Problems, das dem modernen, sowohl säkularen wie territorialen Staat fremd, für die antike Stadtrepublik dagegen unvermeidbar ist. Weil man zum Bürger weder durch Unterordnung unter eine territoriale Staatsgewalt noch durch Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gemeinschaft, vielmehr durch Teilnahme an einem politisch-rechtlichen Verband wird und weil das in ihm geltende Recht mit sakralen und sittlichen Normen eng verflochten ist, gilt statt des Territorialprinzips das Personalitätsprinzip. Unabhängig vom Domizil lebt jeder - so ein fünftes Muster - nach seinem Herkunftsrecht (dazu Giaro 1991). In diesem Sinn heißt ius civile

wörtlich und ursprünglich jenes Bürgerrecht, das für die cives, die Bürger als Mitglieder einer civitas eines Stadtstaates, und ausschließlich für sie gilt; es bedeutet hier nicht das bürgerliche Recht als Privatrecht im Gegensatz zum öffentlichen Recht.

Ziehen wir eine Zwischenbilanz: Den ersten drei Antwortmustern ist gemeinsam, daß der Fremde sich nicht auf sein Anderssein berufen kann: Nach dem altisraelischen Muster darf er es nicht, weil er gleich wie die Einheimischen behandelt, nach dem altrömischen Privatrechtsmuster nicht, weil er an einem interkulturell gültigen Recht gemessen wird und nach dem altrömischen Strafrechtsmuster nicht, weil es von vornherein auf den Menschen als Menschen abhebt. Während das vierte, "föderalistische Modell" regionale Besonderheiten zuläßt, spielt das fünfte Modell, eine Beurteilung nach dem eigenen, heimischen Recht, bis in die Gegenwart eine gewichtige Rolle.

3. Ein Fall

Im römischen Strafrechtsmuster kann sich der Fremde nicht auf sein Anderssein berufen. Wie sieht es aber dort aus, wo die Dinge sowohl von existentiellem Gewicht sind als auch - und durchaus bekanntermaßen - sehr unterschiedlich ausfallen: im Bereich der Sexualdelikte und im Bereich der Ehre? Als Beispiel konstruiere ich einen Fall, der einem tatsächlich geschehenen Fall nahekommt: Ein Senegalese verabredet mit den Eltern eines ebenfalls aus dem Senegal stammenden minderjährigen Mädchens, dieses nach Deutschland mitzunehmen und es in seinem Haushalt zu betreuen. Nach einiger Zeit übt er mit der damals Sechzehnjährigen Geschlechtsverkehr aus.

Deutschem Strafrecht zufolge hat er damit eine Schutzbefohlene sexuell mißbraucht. Denn nach § 174 StGB macht sich strafbar, wer "sexuelle Handlungen ... an einer Person unter achtzehn Jahren, die ihm zur ... Betreuung in der Lebensführung anvertraut ... ist, unter Mißbrauch der mit dem ... Betreuungs- ... Verhältnis verbundenen Abhängigkeit" vornimmt. Wären Täter und Opfer Einheimische, so müßte das Urteil eindeutig auf "schuldig" lauten. Nach einer Auskunft des Mädchens, der die Richter Glauben schenken, gehört es aber zu den im Senegal herrschenden kollektiven Üblichkeiten, daß sich eine Frau dem, der sie in sein Haus aufnimmt und ihren Lebensunterhalt bestreitet, ihrem Versorger also, sexuell "hingibt". Das Mädchen betont auch, ohne Bedrängnis, aus freien Stücken gehandelt zu haben. Wie ist der Fall jetzt zu beurteilen?

Einen anderen Fall ergäbe ein Araber, der in Deutschland eine zweite Frau heiratet, was sein Heimatland erlaubt, Deutschland aber als Bigamie verbietet (§ 5 Ehegesetz, § 171 StGB). Die Komplikation des Falles: Der Araber ist in Deutschland verheiratet, geht in sein Heimatland nur zu dem Zweck zurück, um eine zweite Frau zu heiraten, und kehrt nach Deutschland zurück, um hier mit beiden Frauen zu leben.

4. Europäische oder moderne Rechtsmoral: Menschenrechte

Für eine interkulturell überzeugende Diskussion derartiger Fälle drängt sich der Begriff der Menschenrechte auf - vorausgesetzt, er läßt sich ohne kulturspezifische Prämissen rechtfertigen. Zunächst eine rechtsgeschichtliche Bemerkung: Nicht ohne Grund ist der Westen auf den

Gedanken der Menschenrechte besonders stolz. Trotzdem darf er nicht vergessen, daß er sich erst spät durchsetzt: Wie gesagt lassen sowohl das antike Griechenland als auch Judentum und Christentum, selbst die frühe USA die Sklaverei und die Ungleichstellung der Frau zu. Auch andernorts schafft der Westen zunächst einmal jene Pathologien wie etwa die religiöse Intoleranz, den absolutistischen Staat und den Kolonialismus, gegen die die Menschenrechte als Therapie nötig werden. Nicht zuletzt erlaubt sich der Westen schwere Rückfälle und bis heute noch manches Defizit.

Wenn man zum Zweck einer interkulturellen Rechtfertigung auf der deskriptiven Seite von allem Kulturspezifischen absieht, so bleibt die Conditio humana und deren Untersuchung eine Anthropologie, übrig. Bei ihr wiederholt sich zwar die Gefahr, für allgemeinmenschlich zu erklären, was tatsächlich nur kulturspezifisch gültig ist. Und einige Ethnologen vertreten jenen radikalen Kulturrelativismus, den schon ein Kritiker der Aufklärung, Joseph Marie de Maistre, formuliert und der sich bei ihm nicht anders als bei den entsprechenden Ethnologen, zum Beispiel Herskovits(1947), gegen den Gedanken universaler Menschenrechte richtet.

Dieser Skepsis tritt der Gedanke von Interessen entgegen, die die Bedingung der Möglichkeit gewöhnlicher Interessen darstellen: von logisch höherstufigen, transzendentalen Interessen. Auch wenn das damit bezeichnete Argumentationsmuster neu ist, kennt die Philosophie das Ergebnis seit ihren Anfängen. Dasselbe gilt für andere Kulturen; de facto erkennen sie die Sache, höherstufige Interessen, an.

Als logisch höherstufig, dabei kulturindifferent gültig erweisen sich drei Dimensionen. Um sie zu entdecken, bedarf es nicht einmal einer langen Suche oder scharfsinnigen Überlegung; unsere Alltagserfahrung genügt; außerdem hat sie sich längst in anthropologischen Grundbe-

stimmungen niedergeschlagen: Welche Interessen auch immer in einer Kultur vorherrschen - als Bedingungen der Möglichkeit, überhaupt Interessen auszubilden und sie zu verfolgen, als Bedingungen von Handlungsfähigkeit ("conditions of agency") und in diesem Sinn für den Menschen unverzichtbar erweisen sich: (1) Leib und Leben, einschließlich (materieller) Bedingungen zur Lebensführung: zu Recht reiht die Anthropologie den Menschen in den Kosmos der Natur, näherhin der zoa oder animalia, der Leib- und Lebewesen ein; (2) Sprache und Vernunft: der Mensch gilt als zôon logon echon bzw. animal rationale; nicht zuletzt (3.1) eine generelle Sozialäfhigkeit: der Mensch ist das animal sociale und (3.2) eine spezifische Politikfähigkeit: der Mensch als zôon politikon, zu dem das Recht (animal juridicum) und das Gemeinwesen (animal politicum) hinzugehören.

Bei jeder Dimension mag es zwar Einwände geben; sie lassen sich aber entkräften. Gegen die These der logisch höherstufigen Bedeutung von Leib und Leben etwa wird man auf Märtyrer und Selbstmörder hinweisen, die auf verschiedene Weise das Lebensinteresse relativieren. Weil aber auch sie entscheiden wollen, wofür, wann und wie sie sterben - andernfalls werden sie schlicht umgebracht -, bleiben Leib und Leben, obwohl sie nicht "der Güter höchstes" sind, gleichwohl Bedingungen ihrer Handlungsfähigkeit. In jeder der drei deskriptiven Hinsichten sind nun das Recht und, moralisch gesehen, die Rechtsmoral gefragt.

Wenn man auf der anderen, normativen Seite ebenfalls von allem Kulturspezifischen absieht, so bleibt der Gedanke einer Regelung übrig, die gegen Willkür und Gewalt Einspruch erhebt, diesen Einspruch in universaler Reichweite verwirklicht und dabei einen Vorteil für alle Betroffenen ermöglicht. Eine derartige Regelung kann man rechtlich-praktische Vernunft nennen. Man verwirklicht sie in drei Stufen

zunehmender Anerkennung. Auf der ersten Stufe der Rechtsrealisation werden gewisse Regeln eingeführt, auf der zweiten Stufe der Rechtslegitimation wird streng nach ihrer Maßgabe gehandelt, und auf der dritten Stufe der Rechtsnormierung werden die Regeln ihrerseits rechtsmoralischen Regeln (zweiter Stufe) unterworfen.

Denkbar wäre es, auf der ersten Stufe irgendwelche Regeln einzuführen. Tatsächlich wird eine derartige Willkür seit der Frühzeit abgelehnt. So gut wie allerorten unterwirft man sich Regeln, die wie der Schutz von Leib und Leben, von Eigentum und Ehre einen rechtsmoralischen Charakter haben. Vogelfrei, das heißt: ohne jeden Rechtsschutz, ist nur, wer aus der Rechtsgemeinschaft ausgestoßen wird; und dieser Vorgang, selber ein Rechtsakt, erfolgt nur wegen höchst gravierender Rechtsverstöße.

Die genannten Regeln, besser Regelungsbereiche, gehören sogar in die Dimension der Menschenrechte hinein, so daß man das Selbstverständnis der europäischen Neuzeit korrigieren muß. Die Neuzeit erfindet nicht die Sache der Menschenrechte, sondern allenfalls einige dieser Rechte. Selbst die Religionsfreiheit, auf welche die Neuzeit stolz sein wird, ist nicht schlechthin neu. Sowohl das Alexanderreich, vorher schon das persische Reich unter Kyros, als auch das Römische Reich pflegen religiöse Toleranz. Und in Japan ist das friedliche Nebeneinander des Schintoismus und des Buddhismus, später auch des Christentums nicht nur in der Gesellschaft, sondern vielfach bei ein und derselben Person seit langem üblich. Eher neu sind andere Elemente: die Abschaffung der Sklaverei, die Abschaffung der Leibesstrafen und die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Kurz: Nicht das Institut der Menschenrechte selbst, wohl aber seine umfassende Anerkennung ist für die Moderne charakteristisch.

Wie sieht es nun mit der Legitimation aus? Bezogen auf die erste der

genannten drei Dimensionen, den Menschen als Leib- und Lebewesen, gilt folgendes Argumentationsmuster (vgl. Höffe 1996, Kap. 2-3, auch Höffe 1999, Kap. 2-3): Nach seiner biologischen Ausstattung, weil er nämlich gegen seinesgleichen die Hand erheben und durch die Hand von seinesgleichen verletzt werden kann, ist der Mensch sowohl mögliches Opfer als auch möglicher Täter von Gewalt. Auf diese Grundsituation des Menschen, eine Conditio humana socialis, gibt die Rechtsmoral die moralisch angemessene Antwort. Nach ihrem Gedanken der Menschenrechte besteht ein subjektiver Anspruch, nicht zum Opfer fremder Gewaltfähigkeit zu werden, positiv formuliert: ein Recht auf Leib und Leben.

Um dieses Recht zu begründen, reicht die Annahme eines Interesses, selbst eines unverzichtbaren (transzendentalen) Interesses, an Leib und Leben nicht aus. Denn aus einem Interesse folgt noch kein Anspruch auf die Anerkennung des Interesses durch die anderen. Dafür bedarf es eines weiteren Argumentes. Dieses geht von dem Umstand aus, daß nur dort subjektive Rechte bestehen, wo andere die entsprechenden Pflichten übernehmen; Menschenrechte sind an die entsprechenden Menschenpflichten gebunden. Beispielsweise besteht mein Recht auf Leib und Leben in der Verpflichtung aller anderen, gegen mich auf ihre Gewaltfähigkeit zu verzichten.

Nun besteht generell dort ein Anspruch auf eine Leistung, wo diese von vornherein unter dem Vorbehalt erbracht wird, daß eine gewisse Gegenleistung erfolgt. Ansprüche rechtfertigen sich aus einer Wechselseitigkeit, pars pro toto: aus einem Tausch. Um die Menschenrechte in ihrem Charakter als subjektive Rechte zu rechtfertigen, muß man daher eine Wechselseitigkeit ausweisen, die den Menschen, bloß weil er Mensch ist, auszeichnet. Diese Situation liegt dort vor, wo man ein für

jeden Menschen unverzichtbares Interesse nur in Wechselseitigkeit und durch Wechselseitigkeit verwirklichen kann. Hier, wo Interessen unverzichtbar sind und zugleich an Wechselseitigkeit gebunden, überträgt sich die Unverzichtbarkeit auf die Wechselseitigkeit; der entsprechende Tausch ist seinerseits unverzichtbar. Nicht schon, weil ein (höherstufiges) Interesse an Leib und Leben jeder Mensch hat, gibt es ein Menschenrecht, sondern erst deshalb, weil erstens das Interesse sich nur in Wechselseitigkeit verwirklichen läßt und weil zweitens im "System der Wechselseitigkeit" jeder schon jene Leistung in Anspruch nimmt, den Gewaltverzicht der anderen, die lediglich unter Bedingung der Gegenleistung, des eigenen Gewaltverzichtes, erfolgt.

Diese Skizze der einschlägigen Argumentation zeigt, wie sich Menschenrechte sowohl nach ihrem deskriptiven als auch ihrem normativen Bestandteil kulturindifferent rechtfertigen lassen. Dabei spreche ich von Menschenrechten bewußt ohne den bestimmten Artikel. Denn mit "den" Menschenrechten bezeichnen wir allzu gern einen bestimmten Katalog von Rechten, in den aber häufig kulturspezifische Elemente mit eingehen. Im Wissen, daß nicht alle Rechte, die unter dem Titel "Menschenrechte" in Anspruch genommen werden, es tatsächlich sind, begnügt sich die skizzierte Rechtfertigung zunächst mit einem Kriterium für Menschenrechte und überläßt die Aufstellung eines Menschenrechtskatalogs nachgeordneten Überlegungen.

5. Kulturoffene Grundsätze

Unser Zwichenergebnis lautet: Menschenrechte sind nicht spezifisch europäische oder westliche Phänomene, vielmehr kommt in ihnen etwas

Allgemeinmenschliches zum Durchbruch. "Zum Durchbruch kommen" beinhaltet aber ein Moment der Evolution. Insofern dem Westen der Durchbruch gelingt, anderen Kulturen dagegen nicht, erscheinen letztere als weniger entwickelt, womit denn doch anklingt, wogegen sich die anderen "natürlich" wehren, eine Neigung zur Überheblichkeit: die europäisch-nordamerikanische Kultur schätzt sich als höher denn die anderen ein.

Zeugt die angenommene Rechtsevolution tatsächlich von Überheblichkeit? Zunächst einmal versteht "der Westen" die Evolution nicht im Verhältnis zu anderen Kulturen sondern zu sich selbst, zu seiner eigenen Vergangenheit. Wenn die Neuzeit überheblich ist, so ist sie es in erster Linie gegenüber dem Mittelalter und der Antike; wie die Phasen der Wiedergeburt ("Renaissance") der Antike belegen, ist sie es allerdings nicht generell. In der Tat erbringt die Abschaffung der Sklaverei und die Gleichberechtigung der Frauen sowohl gegenüber Athen als auch dem christlichen Mittelalter einen Rechtsfortschritt. Einen Verlust, vielleicht sogar Rückschritt gibt es freilich ebenfalls; verglichen mit Athen verfügen die heutigen Demokratien sowohl quantitativ als auch qualitativ über eine weit geringere politische Beteiligung.

Nun glaubt "der Westen", die Elemente, auf deren Überwindung er so stolz ist, die rückschrittlichen Rechtsinstitute, in anderen Kulturen wiederzufinden. Unter dieser Annahme ist es nur folgerichtig, daß er die Überlegenheit über die eigene Vergangenheit ausweitet und sich auch gegenüber den anderen Kulturen als überlegen dünkt. Aus der relativen: kulturimmanenten und diachronen, wird eine absolute: kulturtranszendente und synchrone, Überlegenheit. Ein interkultureller Rechtsdiskurs gebietet jedoch Vorsicht.

Bei der Begegnung des Westens mit anderen Kulturen, in der Neuzeit

etwa mit China und Japan, findet eine wechselseitige Befruchtung, ein gegenseitiges Geben und Nehmen statt. Und soweit der Westen von der Gegenseite die Menschenrechte einfordert, muß er sich fragen, ob es tatsächlich die reinen Menschenrechte sind, unverfälscht und ohne spezifische Beigaben, oder nicht häufig ein Gemisch vorliegt, die Verbindung der Menschenrechte mit westlichen Eigenständigkeiten, mit Sondererfahrungen, vielleicht sogar Sonderinteressen. Aus diesem Grund empfiehlt sich eine Hypothese der Vermischung, die Annahme nämlich, die vermeintlichen Menschenrechte seien in Wahrheit mit anderen Elementen vermischt.

Obwohl jedes angebliche Menschenrecht von nicht-universalen Elementen durchsetzt sein kann, gebietet diese Hypothese keine grundsätzliche Zurückhaltung. Sie verlangt aber die Mühe einer sorgfältigen Interpretation. Aus der Hypothese der Vermischung folgt die Aufgabe der Ent-mischung. Nach dem Muster eines analytischen Chemikers trenne man das wirklich Allgemeine vom Partikularen, um auf diese Weise zu den wirklichen Menschenrechten zu gelangen. Erst in dieser Arbeit vollenden Philosophen ihre seit den Griechen übernommene Verpflichtung auf die schlechthin allgemeine Vernunft und erlaubt ihnen, auch wenn sie nur moderne Europäer sind, sich mit Husserl (^{2}1962, 15) 'Funktionäre', besser : Anwälte der Menschheit zu nennen.

Aus der interkulturellen Rechtfertigung der Menschenrechte folgt, daß sie nur dann von anderen Kulturen eingefordert werden dürfen, wenn man diesen ein hohes Maß an Eigenständigkeit einräumt. Daß sich dabei schwierige Abgrenzungsfragen stellen, zeigt folgendes Beispiel, das in der Tat zur Bescheidenheit mahnt: Orinoko-Indianer haben in ihrer Frühzeit die neugeborenen Mädchen ertränkt. Diese Übung zwang die herangewachsenen Knaben zu einer Praxis - man mußte sich in Gruppen

(Horden) zusammentun und fremde Mädchen rauben -, mit der sich diese Indianer vor Inzucht schützten. Später wurden sie aus ihren angestammten Gebieten in höhere Lagen der Anden vertrieben. Weil dort Flüsse fehlten, konnte man die grausame Übung des Ertränkens nicht fortsetzen - mit dem Ergebnis, daß heute, wegen Inzucht, übermäßig viele Kretins unter ihnen leben.

Kulturoffen muß nicht nur der Gesetz- und Verfassungsgeber sein, da er die Menschenrechte und das menschenrechtsverpflichtete Strafrecht formuliert. Kulturoffenheit braucht auch der Strafrichter, auf daß er bei Strafprozessen, die sich aus typischen Kulturkonflikten ergeben, die Täter- und die Opferseite gleichermaßen würdige. Selbst bei schwerwiegenderen Fällen hat sich zumindest die deutsche Strafgerichtsbarkeit auf diese rechtskulturelle Offenheit eingelassen: Nach einem höchstrichterlichen Urteil des Strafsenats des Bundesgerichtshofes (BGHSt 22, 77) wird die Blutrache, nicht als niederer Beweggrund gewertet, obwohl sie es nach gewissen Tatbestandsmerkmalen (§ 211 II StGB; dazu BGHSt 2, 63) sein müßte. Und dasselbe Gericht sprach einen Vater aus der Osttürkei, der mit seiner volljährigen Tochter eine sexuelle Beziehung unterhielt, deshalb frei, weil er sie im Heimatland begonnen hatte und dort kein Strafdelikt ist.

6. Zur Legitimation des Strafrechts

Ausgehend vom Begriff und der Begründung der Menschenrechte läßt sich eine (vollständige) Strafrechtstheorie entwickeln. Ethnologen vertreten gern einen Relativismus. Die Gesellschaften, die sie erforschen, sind so unterschiedlich, daß sie gegen die Annahme, es gebe allgemein anerkannte

Verbindlichkeiten, skeptisch bleiben. Das Strafrecht leistet einen klaren Gegenbeleg. Die Art des Strafens fällt, je nach Gesellschaft und Epoche, höchst verschieden aus. Daß ein Gemeinwesen - pars pro toto: ein Staat - überhaupt strafe, findet sich nicht erst in der Moderne, sondern ebenso im Mittelalter, ebenso in der Antike, ebenso in den altorientalischen Reichen, ebenso in noch ferneren Kulturen. Kurz: Das Rechtsinstitut der (staatlichen) Kriminalstrafe erweist sich als ein soziokulturelles Universale.

Die Kriminalstrafe ist aber ein derart einschneidendes Zwangsmittel, daß wir sie nicht als Tradition oder Konvention einfach übernehmen dürfen. Wir müssen die Legitimationsfrage stellen: Gehört die Kriminalstrafe wirklich zu den legitimen Staatstätigkeiten?

Eine "Ideologiekritik", die das Strafrecht als Rachinstitut der Gesellschaft interpretiert, übersieht, daß das Strafrecht vom Gesetzgeber festgelegt, vom Richter angewandt und vom entsprechenden Teil der Exekutive vollzogen wird. Und darin liegt die große Kulturleistung des staatlichen Strafens liegt darin, daß sie an die Stelle von Blutrache, Fehde und Privatjustiz tritt, daß die Reaktion also weder von seiten der Geschädigten selbst erfolgt noch von der Familie, den Freunden oder Nachbar, noch von einer diffusen Öffentlichkeit. Die Strafbefugnis liegt allein bei einem (vielleicht nicht immer tatsächlich, im Prinzip aber doch) unparteiischen Dritten. Damit ist die staatliche Strafe in einem zweiten, freilich noch bescheidenen Sinn legitim oder gerecht. Wenn es das Institut der Kriminalstrafe überhaupt geben soll, dann nicht in Form von Willkür oder subjektiver Betroffenheit, sondern ausgeübt von einem unparteiischen Dritten, den dazu autorisierten öffentlichen Gewalten.

Rechtsstrafen pflegen allerdings gesellschaftliche und berufliche Strafen nach sich zu ziehen. Nach Verbüßen von Freiheitsstrafen verliert man viele Sozialkontakte; man findet schwer eine Arbeit; und oft genug

werden Familienmitglieder, also Unschuldige, mitbestraft. Derartige Zusatzstrafen sind weder kontrolliert noch autorisiert. Sie sind mithin illegitim, trotzdem vorhersehbar, weshalb sich hier ein neuer Verantwortungsbereich auftut: Die Gesellschaft muß sich von den illegitimen Zusatzstrafen freimachen.

Noch einmal: Es gibt sehr wohl die inkriminierten Formen gesellschaftlicher Racheinstinkte. Sie führen nicht nur zu zusätzlichen Strafen, sondern oft genug auch dort zu Strafen, wo die Justiz den Angeklagten freispricht. Die Gesellschaft ist eben nicht daran gebunden, nur dort zu reagieren, wo vorher festgesetzte und bekannt Regeln verletzt worden sind, auch nicht daran, die Reaktion mit einer Überprüfung des Sachverhaltes zu beginnen und im Fall einer legitimen Sanktion sich an ein sowohl vorab festgelegtes wie der Straftat korrespondierendes Strafmaß zu halten. Einmal mehr erweist sich das der - ebenso diffusen wie parteilichkeitsgefährdeten - "Gesellschaft" entzogene Strafrecht als ein rechtsmoralischer Gewinn.

Hinsichtlich der sogenannten Strafzwecke erlaubt der Begriff der Strafe eine erste Beurteilung. Sie läuft auf etwas hinaus, das, obwohl ein wenig farblos eine "Vereinigungstheorie" heißen kann: Mit dem Begriff der Vergeltung wird die Grundstruktur der Rechtsstrafe getroffen - sie darf nur nach und wegen eines Verbrechens erfolgen - und zugleich für das Strafmaß ein Prinzip aufgestellt: Strafe nach Maßgabe der Schwere des Verbrechens und der Schuld. Gleichwohl liegt keine zureichende Bestimmung vor, um die Art der Strafe, und noch weniger, um die Art des Vollzuges zu bestimmen. Hier können Aspekte der Abschreckung ("Prävention") und vor allem der Besserung (Resozialisierung") zu ihrem Recht kommen. Sie können also den Vergeltungsgedanken ergänzen, ihn aber keineswegs korrigieren oder gar aufheben. Die Abschreckung dient

dem Generalziel des Strafrechts, die Rechtsordnung aufrechtzuerhalten. Und wenn sich der Rechtsbruch nicht hat verhindern lassen, so soll alles unternommen werden, um einen Rückfall des Rechtsbrechers zu verhindern und ihm eine neue Chance der gesellschaftlichen und beruflichen Eingliederung zu eröffnen.

Eine Legitimation der Kriminalstrafe muß zunächst zeigen, warum gewisse Handlungen kategorisch verboten sind, sodann warum es zur Durchsetzung der kategorischen Verbote der Kriminalstrafe bedarf. Hier ist nicht der Ort, beide Legitimationsschritte im Detail zu entfalten; es genügt, auf den jeweiligen Legitimationskern hinzuweisen: Ein erster Schritt erweist die genannten Verbote als die Kehrseite legitimer Ansprüche. Weil jeder Mensch ein Recht auf Leib und Leben hat, ist es verboten zu töten; damit es Eigentumstitel geben kann, ist es verboten zu stehlen; usw. An den entsprechenden Verboten hat nun im Prinzip jeder ein Interesse; sie dienen dem Gemeinwohl nicht nur in einem kollektiven, sondern auch distributiven Sinn; sie haben nicht nur einen utilitaristischen, sondern sogar einen Gerechtigkeitsrang: teils weil sie die Handlungsfähigkeit, teils die Rechtsfähigkeit, allererst möglich machen, teils die Rechtsfähigkeit.

Allerdings kann im Einzelfall die Mißachtung der Verbote für die eine Seite vorteilhaft sein. Um zu verhindern, daß man die Vorteile der Rechtsordnung in Anspruch nimmt, den allfälligen Preis aber nicht immer zahlen will, pointiert gesagt: um einem Trittbrettfahrer an der Rechtsordnung entgegenzuwirken, belegt der Staat die Mißachtung der Verbote mit einem Nachteil, eben der Strafe, die so hoch ausfällt, daß sie den Vorteil überwiegt. Genauer muß der erwartete Schaden, das heißt das Produkt aus der zu erwartenden Strafe und der Wahrscheinlichkeit, erwischt und bestraft zu werden, höher ausfallen. Vorausgesetzt, man

handelt wissentlich und willentlich, so weiß man: die Übertretung lohnt nicht, womit die Rechtsordnung gesichert wird. Der Einwand liegt auf der Hand, die Voraussetzung treffe doch allzu häufig gar nicht zu. In der Tat geschehen viele strafbare Handlungen im Affekt. Dieser Umstand kann ein legitimer Milderungsgrund, manchmal sogar ein Entschuldigungsgrund sein. Es gehört zu den wichtigsten Aufgaben eines Strafprozesses festzuhalten, ob derartige Gründe vorliegen. Auch darin utnerscheidet sich die Kriminalstrafe sowohl von einem Racheinstitut wie von "natürlichen Strafen", daß sie erst einmal den Sachverhalt sorgfältig erkundet, bevor sie eine eventuelle Strafe ausspricht, und daß sie die Gelegenheit zur Verteidigung und Entlastung bietet.

7. Der Fall (I): Rückfragen

Kehren wir nach den rechtsmoralischen Grundsatzüberlegungen zum eingangs skizzierten Fall des Senegalesen zurück und wägen Opfer- und Täterinteressen gegeneinander ab. Zunächst drängen sich simple Rückfragen auf. Zur Vereinfachung übergehe ich einige Nebenfragen, die sich ein fallsensibler Richter gleichwohl vorlegen sollte, Fragen nach der Auswirkung auf das Opfer: Verliert das Mädchen durch eine Verurteilung seinen Versorger, wodurch es schlechter gestellt würde? Erliegt es, in die Gazetten geraten, einer Stigmatisierung? Folgende Rückfragen sind aber unvermeidlich.

Erstens: Sind Täter und Opfer vielleicht nur für sehr kurze Zeit in Deutschland? Dann könnte man sie als Durchreisende ansehen, in deren Privatangelegenheiten man sich nicht aufdringlich und unnötig einmische. Im angenommenen Fall geht es aber um mindestens einige Monate. Aus

diesem Zeitraum können bekanntlich Jahre, vielleicht sogar Jahrzehnte werden, was die strafrechtspolitische Frage aufwirft, womit jungen Senegalesinnen denn mehr gedient ist: mit dem - angeblich - geringeren Strafrechtsschutz ihrer Herkunfsgesellschaft oder mit dem größeren Strafrechtsschutz der Gesellschaft, in der sie einige Dauer weilen, vielleicht sogar - das läßt sich nicht ausschließen - ein Leben lang.

Zweitens: Galt das Mädchen vielleicht zu Hause bereits mit sechzehn Jahren als volljährig? Sofern die Richter es für möglich halten, könnten sie einem Verbotsirrtum auf seiten des Angeklagten erwägen, was aber nicht zur Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung führen würde. Bei einem Verbotsirrtum müßte man freilich annehmen, der Angeklagte habe nur deshalb, weil er die Schutzbefohlene schon für volljährig hielt, mit ihr sexuellen Umgang gepflegt.

Drittens: Wie sah denn die Vereinbarung mit den Eltern des näheren aus? Vielleicht gab es von seiten der Eltern schon eine (materielle oder ideelle) Entschädigung, so daß der Angeklagte sich doppelten Lohn nahm?

Viertens: Wenn man auf der Ebene der Gepflogenheit bleibt, fragt sich, wie freiwillig im Rahmen einer Gepflogenheit die "freiwillige Hingabe" denn ist? Außerdem entlastet die Freiwilligkeit der Hingabe nicht von der Strafbarkeit; denn bei Nichtfreiwilligkeit käme zum Delikt "Mißbrauch einer Schutzbefohlenen" (§ 174 StGB) eventuell noch Gewalt oder schwere Drohung, mithin "Nötigung" (§ 240 StGB) hinzu. Im übrigen kann man kaum eine schlechthinnige Freiwilligkeit annehmen; denn die Handlung findet im Rahmen einer Vorgabe, der die Handlungsoptionen vorprägenden Gepflogenheit, statt. Jede Gepflogenheit engt aber die Handlungsmöglichkeiten ein. In der vorliegenden Gepflogenheit geht die Einengung über diese grundsätzliche, mit jeder Gepflogenheit

verbundene Form noch hinaus. Die sexuelle Hingabe ist nämlich eine Gegengabe zur Gabe der Versorgung. Hier spielt das Prinzip der Tauschgerechtigkeit - Leistung für Gegenleistung - eine Rolle. Vom Angeklagten versorgt, glaubt das Opfer, die ihm - einzig? - mögliche Entschädigung, sexuellen Gehorsam, schuldig zu sein. Die Freiwilligkeit erfolgt also im Rahmen einer Nichtfreiwilligkeit, des Zwangs zur Entlohnung.

Fünftens: Welchen (straf-)rechtlichen Status hat die genannte Gepflogenheit? Immerhin lehnt sich das senegalesische Rechtswesen an das französische Vorbild an, folglich an eine mit unserer so weit verwandten Rechtskultur, daß ein Recht auf eine strafrechtliche Ausnahme auf schwächeren Füßen als im Fall einer ganz andersartigen Rechtskultur steht. Im neuen französischen Code pénal dürfte Art. 227, 27 einschlägig sein: Mißbrauch des Autoritätsverhältnisses bei einem Opfer, das älter als 15 Jahre, aber minderjährig und nicht durch Heirat emanzipiert ist. In dem für den Senegal noch zuständigen alten Code pénal dagegen ist es Art. 331-1, der wiederum dem deutschen § 174, Abs. 1, Nr. 2 des StGB im wesentlichen entspricht, übrigens auch die Emanzipationsklausel enthält.

Sechstens: Der Inhalt der Gepflogenheit läßt auf eine traditionelle, zudem patriarchalische Gesellschaft schließen, die im Fall des Senegal überwiegend - zu 90% - dem Islam anhängt. Da man weiß, welchen Wert derartige Gesellschaften der Jungfräulichkeit beimessen, dürfte die genannte Gepflogenheit auf eine einschneidende Benachteiligung des Mädchens hinauslaufen. Dieser Umstand sollte uns gegen die Behauptung, dort liege eine andere Gepflogenheit vor, skeptisch stimmen, und sie ohne gründliche Nachforschungen nicht hinnehmen. Eher dürfte man im Senegal, zumal in den islamischen Einflußgebieten, mit strengeren

Gepflogenheiten rechnen, womit ein Recht auf eine strafrechtliche Ausnahme einmal mehr auf schwächeren Füßen steht.

Siebentens: Man könnte sich überlegen, ob das unverzichtbare Tatbestandsmekmal "Mißbrauch" entfalle, da ein echtes Liebesverhältnis vorliege. Dagegen spricht aber die Berufung auf eine senegalesische Gepflogenheit, also auf eine Üblichkeit oder Tradition statt auf eine ganz persönliche Liebe.

8. Der Fall (II): Ein interkulturelles Strafrecht

Unsere Rückfragen zeigen, daß das Zusammentreffen verschiedenartiger Kulturen nicht so ohne weiteres Situationen schafft, in der sich Fremde auf ihre andersartige (Rechts-)Kultur berufen könnten. Ohnehin sagen Kenner, daß sich manche Afrikaner, Indianer ... gegen nichtwestliche Kulturen gern einer doppelten Moral befleißigen: In Fällen, wo die andere Kultur mehr Verantwortung verlangt, berufen sie sich im Westen auf ihre heimische Kultur, in der Heimat dagegen auf europäische Gewohnheiten. Zur Vereinfachung nehmen wir aber an, daß die genannten Rückfragen zugunsten des Angeklagten beantwortet werden, so daß die Kernfrage übrig bleibt: Wie weit gegenüber anderen Kulturen geht in einem solchen Fall die Zwangsbefugnis einer Rechtsordnung?

Ginge es nur darum, die angeblich in jedem Strafurteil exekutierte kulturelle Voreingenommenheit zu überwinden, so wäre der Fall einfach; über Reste von kultureller Borniertheit setzen sich moderne Gesellschaften hinweg. In diesem Sinn haben sie ihr Strafrecht nach und nach entrümpelt, beispielsweise als Delikte den Selbstmord, später die Homosexualität oder die sog. "Unzucht unter Verlobten", außerdem

Häresie, Majestätsbeleidigung und Staatskritik gestrichen. Einem Großteil der Strafdelikte, besonders deutlich denjenigen gegen Leib und Leben, liegt aber keine kulturelle Voreingenommenheit zugrunde. Im Gegenteil handelt es sich um Rechte menschenrechtlicher Dignität, die überdies so gut wie allerorten anerkannt sind; Rechtskulturen, die keine Tötungsdelikte vorsehen, sind nicht bekannt.

Damit können wir die Titelfrage beantworten: Soweit sich die strafrechtlichen Delikte mit allgemeinmenschlichen, des näheren mit menschenrechtlichen Argumenten begründen lassen - und dies trifft auf viele Delikte generell zu, auf die von liberalen Strafrechtsordnungen noch besonders -, ist eine kulturübergreifende Strafbefugnis, ein interkulturelles Strafrecht, zweifelsohne gegeben. Der Grund liegt nicht in der Anmaßung einer Rechtsordnung, Fremde zu unterwerfen. Er liegt auch nicht im Willen, dem Fremden ein Privileg, nämlich vom Strafrecht freigestellt zu werden, zu verweigern. Schließlich besteht er nicht primär in dem (gewiß berechtigten) Interesse einer Gesellschaft aus Selbstschutz, sondern darin, daß es, strafrechtlich gesehen, den großen Fremden gar nicht gibt: Rechtskulturen, die so grundsätzlich anders sind, daß sie die menschenrechtlich begründbaren Delikte gar nicht kennen, sind schwer zu finden. Und wenn es sie doch geben sollte, kann man von deren Mitgliedern, sofern sie in die Fremde gehen, deren Anerkennung verlangen. Denn die entsprechenden Delikte sind ja menschenrechtlich begründbar. Das interkulturelle Strafrecht bekräftigt damit eine Faustregel interkultureller Rechtsdiskurse: Wofür wir uns nachdrücklich einsetzen, finden wir in anderen Kulturen auch. Über das, worüber wir uns empören, empören sich andere ebenso.

Literatur

Beccaria, Cesare 1764: Dei delitti e delle pene (neuere Ausgabe: Mailand 1973; dt. Über Verbrechen und Strafen, Leipzig 1905)

Berner, A. F. 1876: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig

Bultmann, Christoph 1992: Der Fremde im antiken Juda, Göttinge

Ferri, Enrico 1881: I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Bologna

Gaius: Die Institutionen, übers. v. J. Lammeyer, Paderborn 1929; lat. Gai Institutiones, hrsg. v. M. David, Leiden ²1964.

Giaro, Tomasz 1991: Fremde in der Rechtsgeschichte Roms, in: M.T. Fögen (Hrsg.), Fremde der Gesellschaft. Historische und sozialwissenschaftliche Untersuchungen. Zur Differenzierung von Normalität und Fremdheit, Frankfurt/M. 39-57.

Herskovits, M. 1947: Statement on Human Rights; in: American anthropologist 49 (1947), 539 - 543.

Höffe, Otfried 1996: Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt/M.

- 1999: Demokratie im zeitalter der Demokratisierung
- 1999a: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht

Houten, Christiana von, 1991: The Alien in Israelite Law, Sheffield

Husserl, Edmund ²1962: Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie, Den Haag

Lombroso, Cesare 1889: L'uomo delinquente, 2 Bde., Turin (dt.: Der Verbrecher, 3 Bde., Hamburg 1894ff.)

Mommsen, Theodor 1899: Römisches Strafrecht, Leipzig

Ostermeyer, Helmut 1975: Die bestrafte Gesellschaft, München

Sallust: Bellum Iugurtinum/Der Krieg mit Jugurtha, Lat/dt., übers. v. K. Büchner, Stuttgart 1986.

Sellin, Thorsten 1938: Culture Conflict and Crime. A Report of the Subcommittee on Delinquency of the Committee on Personality and Crime, New York, Social Science Research Council

Tiedemann, Klaus 1996: Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee, in: Juristenzeitung, 51. Jahrgang, 5. Juli, 647- 649.

Zielcke, A. 1996: Fremde Betten. Über die Schwierigkeit des multikulturellen Zusammenlebens, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 17.5.

통합문화적 형법은 가능한가?*
- 철학적 시론 -

Otfried Höffe**
번역 : 김일수*** · 박민성****

《目 次》

1. 질문
2. 5개의 모범답안
3. 사례
4. 유럽 또는 근대적 법윤리 : 인권
5. 문화개방 원칙
6. 형법의 정당화에 대해
7. 사례(II) : 재질문
8. 사례(II) : 통합문화적 형법 문헌

1. 질문

세계화는 경제와 재정의 영역을 훨씬 뛰어 넘어 진행되고 있다. 국가적 한계뿐만 아니라 사회-문화적 한계도 극복됨에 따라, 법질서는 이러한 한계를 극복한 사람들과 외국인에 대하여 어떠한 태도를 취해야 하는가의 문제와 또한 문화적으로 인접하지 않은 국가 출신의 다른 문화에 속하는 "수많은 외국인"들에 대해 어떠한 태도를 취해야 하는가의 절박한 문제가 제기된다. 즉 법질서는 자신의 가장 강한 수단인 형법을 투입해야 하는가? 법질서는 (주관적) 권리를 가지고 있으며 또한 자신의 (객관적) 형법을 적용해야

---

* 1999년 9월 21일 고려대학교 법학연구원 강연 원고
** 독일 튀빙겐 대학교 교수
*** 高麗大 法大 敎授 · 法學博士
**** 고려대학교 법학연구원 전임연구원

하는가? 통합문화적 형벌권은 존재하는가? 이러한 질문들에 대해 나는 주관적 권리를 적극적 의미 - 주관적 권리를 결정하는 법질서 자신 - 로 이해하지 않고 법윤리적 의미로 이해하고자 한다. 즉 그것의 승인을 인간 서로가 책임져야 하는 윤리적 의무의 부분으로 본다. 따라서 질문은 다음과 같다. 통합문화적 형벌권은 인간이 청구할 수 있는 의무에 속하는가? 그와 같은 형벌권한은 법윤리적으로 정당한가?

이와 같은 질문들은 세계화가 인류에게 필수불가결한 요소들, 즉 복지를 결정하는 그룹에 속하는 것들을 위협하면 할수록 더욱 급박해진다. 또한 이러한 상황은 형사정책적으로 볼 때 매우 중요하다. 동일성을 상실당한 사람들은 동일성을 확보한 사람들보다 훨씬 더 범죄자가 되는 경향이 있다. 즉 동일성에 대한 확인을 어렵게 하는 것은 "범죄적"인 것이다(이 테마에 대해서는 Sellin 1938을 보라).

또 다른 측면에서 볼 때 사람들이, 생활세계에서, 이러한 질문들을 덜 절박한 것으로 자주 제기한다는 점을 간과해서는 안 된다. 법정책적으로 볼 때, 이러한 질문들은 많은 사건들에서 국가의 형벌권뿐만 아니라 대다수의 범죄유형이 거의 모든 법문화에서 동일한 정도로 승인되는 경우에만 대부분 의미 없는 것이 된다. 형법은 그 정수(精髓)가 사회의 전통이나 "가치의식"과 특히 긴밀하게 연결되어 있기는 하다. 그래서 근래 사람들은 유럽단일형법전을 포기한 것이다(그러나 통일에의 경향은 존재한다. Tiedemann 1977 참조). 그럼에도 불구하고 우리는 늦어도 함무라비법전 이후부터, 생명, 재산 그리고 좋은 이름(명예)와 같은 법익이 고대부터 형법에 의해 보호받아 왔다는 점을 문서의 형태로 알고 있다. 첫째 범죄의 유형이 잘 알려지고, 둘째 외국인에게 우선 손님의 땅(Gastland)의 특수성을 잘 알고 있을 것을 기대할 수 있다면, 특히 형법의 관점에서 특수하게 고려할 수 있는 분야에서 그렇다면, 그 외국인은 상이성을 그렇게 쉽게 원용할 수는 없을 것이다.

이러한 질문들의 요청을 만족시키고, 각자의 문화영역에 대한 확신뿐만 아니라 그 전제조건에도 의지하지 않는 대답만이 명백히 확신을 준다. 한 문화에 관련되는(übergreifend) 질문에 대해서는 단지 하나의 적절하고

(sachgerecht) 문화관련적으로 타당한 개념과 논거만이 존재한다. 만약 우리가 문화를 특정 가치, 확신 그리고 행위규범의 집합체로 이해한다면, 정당화는 문화에 의존하게 될 것으로 기대된다. 나의 테제는 이러한 점이 형법의 토대, 모든 범죄 그리고 형사절차의 근본원칙에 대해서도 타당하다는 것이다. 이 테마는 상이한 문화 속에서 무엇을 기대할 수 있느냐 하는 일반적인 질문의 수평에 서 있다(이 테마에 대해 좀더 상세한 것은 Höffe 1999a에서 다룬다).

2. 5개의 모범답안

역사적 의식이 있는 자는 이 문제가 근본적으로 새로운 문제가 아니라는 점을 알고 있다. 첫째, 우리는 다원화된 사회에서 유사한 문제가 이미 사회 내에 존재했다는 점을 망각해서는 안 된다. 특히 신념의 해체를 통해 해소되었고, 계몽의 시대에 힘을 얻고 시민혁명과 산업혁명을 통해 강화되기는 하였으나, 상대적으로 균질의(homogene) 관계가 해소되고 다차원적인 열린 사회를 출현시킨 차별화과정은 이른바 고대 유럽(alteuropäisch) 사회에서 완성되었다. 유럽사회에서는 각자의 이익과 확신을 가진 많은 그룹들이 항상 살고 있었고, 점차 다양한 윤리와 가치를 뽐내고 있었다. 필요한 한, 형법은 여기서 만기의(fällig) "강의"를 신속히 배웠고, 이에 상응하는 자유화를 통해 이전부터 문화적 외국인들에게 형법적으로 가능한 모법이 되었다. 즉 종교적으로 다른 신념을 가진 자나 (심지어 투쟁적인) 무신론자, 사회-국가비판론자, 이혼, 동성연애 그리고 성전환 - 이러한 "일탈행위"는 더 이상 범죄가 아니며, 오히려 형법적으로 고려할 필요가 없게 되었다.

다른 한편, 문화다원성에 대한 강력한 착안점은 세계화에도 불구하고 오래 전부터 존재해 왔다는 점을 간과해서는 안 된다. 즉 고대에 예컨대 알렉산더의 원정의 결과, 그후 로마 영토의 확장에 의해 그리고 다시 기독교의 전파와 이슬람교의 전파의 결과에도 있었다. 최근에도 그와 같은 발전은 지리상 발견의 시대, 그후의 식민개척시대, 산업화시대 그리고 세계 무역의

시대에도 발견할 수 있다. 이러한 모든 발전에서 우리가 외국인을, 특히 많은 수의 외국인을 형법적으로 어떻게 취급해야 하는가가 우리의 질문이다. 오늘날까지도 논의할만한 가치가 있는 모범답안이 이미 고대에 제시되었다. 그리고 모범답안 중 두 개는 또한 특별한 전문지식이 없다 하더라도 우리들과 현재 같이 있다.

첫 번째의 모범답안은 구약성서에서 유래한다. "너희와 함께 있는 타국인을 내국인처럼 여겨라"(레위기 19, 34)라는 구약의 원칙에 따르면, 타국인은 더 잘도 더 못하게도 취급받아서는 안 된다. 어떠한 특별법도 제정하지 않았고, 오히려 동일한 법률을 따르도록 하였다. 위 구절 아래 부분은 다시 "너는 그(외국인)를 너 자신처럼 사랑하라"는 휴머니즘적인 의도를 보여주고 있다. 동일취급의 토대는 손님후대(Gastfreundschaft)의 사상이며, 손님후대의 토대는 그들의 경험이다. "왜냐하면 너희도 애굽 땅에서 객이었기 때문이니라." 오직 경험만으로는 물론 어떠한 충분한 근거도 될 수 없다. 일반적으로 위협적인 정당성의 흠결, 즉 당위-명령-배리(背理)를 회피하기 위하여, 추가적이고 진정한 윤리적 요소가 필요하다. 또한 이 점은 말할 필요가 없을 만큼 자명하다. 위에서 인용된 구절에 대해서는 소극적 형태의 황금율이 필요하다. "네가 하기 싫은 일은 타인에게도 하게 하지 말라"(구약에서는 도빗서 4, 15). 이 황금률, 즉 상호원칙은 경험적 의미에서뿐만 아니라 정당성의 의미에서도 통합문화적으로 타당하다. 휴머니즘적인 동일취급은 비인간적인 것으로 증명될 뿐이다. 자국의 법률이 적용되는 외국인은 곧 고국의 관습을 따를 권리를 잃어버린 것이다. 고국의 관습은 그에게 살과 피를 형성시켜주었기 때문에, 그는 심지어 자신이 처벌될 수 있는 위험에 빠지게 된다. 무해한(harmlos) 다음과 같은 하나의 예가 있다. 자신의 고향인 카자흐스탄의 관습법에 따르면 아무런 불법의식이 없기 때문에 낚시꾼이 숭어를 낚으러 가는 경우를 들 수 있다. 일부는 "사람들은 처음부터 할 수 있기(man halt mal anfängt)" 때문에 그리고 일부는 자신의 고향에서는 강한 경계심을 보이지 않은 소녀는 "자유로운 야성(Freiwild)"으로 간주되기 때문에 미성년자와 성관계를 맺은 사람은, 더 이상 무해한 것은 아니다.

형사처벌을 받지 않으려는 자는 자신의 관습과는 다른 외국의 도덕에 따라야만 한다. 여기에서 딜레마, 즉 다음과 같은 통합문화적 만남의 법적 딜레마에 빠진다. 개개 법질서의 기본적인 정의원칙, 즉 동일취급은, 외국에 적용되면, 불동일취급에 이르게 되며 결국 부정의로 변하게 될 위험이 있다. 원주민은 자신의 도덕을 따라야 하는 반면 외국인은 지금까지 알려지지 않고, 심지어 자주 자신의 관습과 모순되는 도덕을 따라야 하기 때문이다.

로마법에서 이러한 법적 딜레마는 최소한 원칙적으로는 잘 알려져 있다. 국제법적 조약에 의해 로마에 의존하는 크거나 작은 많은 자율적 개별 국가들로 구성된 국가연합인, 오늘날의 개념을 빌리면, 고도의 복잡한 다문화사회가 존재했던 다민족국가가 중요했다. 여기서 나타나는 또 다른 모범답안은 예컨대 특수한 국제법이다. 이에 해당하는 로마의 만민법(ius gentium)은 민족들 사이에서 적용되는 (공)법, 즉 통합씨족법(ius inter gentes)이 아니라 오히려 국제사법, 특히 상법이었다. 주변부에서는 기껏해야 예컨대 대사법(das Recht des Gesandten)과 국가간 계약법과 같은 국제적 공법이 발생했을 뿐이다. 로마의 토착 사법과는 달리, 크비리니 시민법(ius civile)에는 만민법이 모든 민족들에게 잘 알려진 통합문화적 법으로 적용되었는데, 이 통합문화적 법은 철학적 영향을 받은 학설(schuldoktrin)이 모든 인간들에게 공통적인 자연적 이성(naturalis ratio)으로 환원되었다. (매매, 임대, 업무집행 등을 포함한) 채권관계에서 사람들은 자신의 인종적 또는 종교적 소속과는 무관하게 모든 사람들에게 적용되고, 근원적으로는 신의 보호를 받는 예컨대 신뢰(fides)나 약속이행의무를 원용했다. 통합문화적인 것으로 충분한 근거를 가지고 외국인에게 적용된 것이다. 로마는 외국인(hostes, 후에는 peregrini)을 로마법으로도 - 최소한 여러 국적이 관련된 경우 - 자신의 고국법으로도 다루지 않았다. 오히려 모든 민족이 신뢰하는 법으로 돌아갔으며, 따라서 고대-이스라엘을 위협했던 위험 - 소원(Entfremdung), 복종(Unterwerfung) - 을 없앴다.

외국의 법적 경험을 고려하여 만민법은 세대가 경과함에 따라 완성되어 갔으며 정교해졌다. 이에 따라 기원 후 2세기에는 로마 법학자 가이우스

(Gaius)에 의해 초국가적, 전세계적 법으로 서술될 수 있었으며, 모든 (시민화된) 민족들에 의해 승인되었다(omnes populi qui legibus et moribus reguntur: Gaius 1, 1). 그리고 이 법이 지배하지 않는 곳은, 이미 잘루스트(Sallust)가 그의 저작에서 도덕상실, 법상실, 심지어 지배상실된 곳으로 보았다(neque moribus, neque lege, neque imperio cuiusquan regebautur: Jugurthinscher Krieg 19, 1). 중립적이고 통합문화적인 감각을 가진 관찰자는 이러한 의미에서 그의 작품에서 법문화제국주의의 유산을 보게 될 것이다. "거대한 법문화제국주의"가 발견되지는 않았다. "로마법"은 로마 도시공화국(Stadtrepublik)의 특별법이 아니고 시민법이기 때문이다. 그러나 특정 시간 동안, 모든 민족은 아니라 하더라도, 많은 민족을 위해 발전되어 통합문화적 성격을 갖고 있음에도 불구하고, 전세계적(universal)으로는 적용되지 않아, 개개의 상이한 법규정들이 "법"이라는 전체집합을 구성하고 있을 뿐이라고 말할 수 있을 정도였다(게르만, 북아프리카에는 적용되지 않았으며, 아메리카 원주민은 말할 것도 없이 완전히 적용되지 않았다).

로마형법은 만민법에 속하지 않았다. 테오도르 몸센(Theodor Mommsen)의 고전적 단행본인 로마형법(1899)에 따르면, '우리들의 전통... 만민법은 범죄의 확정에는 적용되지 않는다. 형식적 민법의 몇 안되는 규정이 일반적으로 이러한 범위 내에서 적용되지 않기 때문만은 아니다'(119). 여기서 우리는 세번째의 모범답안을 만나게 된다. 여기에서는 시민과 외국인의 차별이 존재하지 않는다. "범죄의 개념은 공사(公私)의 개념처럼 시민만을 목적으로 삼지 않고 모든 인간을 목적으로 삼기" 때문이다. 따라서 그 당시에 이미, 법에 대한 주관적 이해가 아닌 객관적 이해의 의미에서, 인류-법(Menschen-Recht)이 나타났다. 즉 인류 모두에게 적용되는 다음과 같은 죄형법규가 그것이다. "살인, 방화, 절도, 재물손괴" - 이와 같은 경우에 우리는 이러한 행위 여부를 - 를 "행위자의 개인적 상태에 따라 묻지 않고 단지 윤리적 책임에 따라" 묻는다(118). 몸센은 또한 앞에 언급된 범죄들이, 무언중에 여전히 형법적 만민법이 요청될 수 있는 다음과 같은 경우에도, 인류 전반에 대한 권리침해라는 점을 보충하였다. 즉 "이혼에서조차도, 형사처벌

이 요청될 때, 로마민법의 시민 결혼이 그 근거가 아니고 오히려 전체 외국인의 결혼을 포함한 더 넓은 개념이 근거였다"(119). 마지막 언급에서 객관적 인류-법, 예컨대 전세계적 죄형법규의 조건이 나타난다. 그것은 만민법의 사상에 일치하는 것이다. 즉 모든 주도권위험(Hegemoniegefahr)를 없애기 위해 사람들은 현재지에 또는 지역적으로 결합된 법개념이 아니라 오히려 초지역적인 더 넓은 법개념을 이용하는 것이다. 그리고 이러한 조건에 반하는 곳에서는, 예컨대 기독교를 믿는 제왕이 이교행위(Häresie)를 국가범죄로 새롭게 도입한 경우에는 명백한 법윤리적 불법이 발생하며, 그것을 넘어 정치적 화(Unheil)도 발생한다.

형사관할권에서 네 번째의, 반드시 대체적이지는 않은 모델이 나타난다. 즉 형법적 연방주의와 유사하게 자주 나타나고 오늘날까지도 여전히 목하진행중인(aktuell) "어떠한 외국 법관도 필요 없다"는 요청을 만족시키는 현상을 형법적 인류-법의 하나로 덧붙일 수 있다. 즉 무엇보다 문화적 그리고 법문화적으로 자부심이 강한 그리스와 그러한 그리스의 영향을 받았던 동반구(Osthälfe)는 지배 도시나 국가들에 대해 자신의 형사관할의 법을 유지하였다.

형법연방주의는 심지어 몇몇의 범죄에까지 확장되었다. 모든 범죄가 로마제국의 모든 영역에서 범죄로 승인된 것은 아니기 때문이다. 이와 같이 놀라운 범죄-연방주의는 두 가지의 해석을 가능하게 한다. 모든 범죄가 일반적-인류적 지위를 차지한 것은 아니므로 두가지 유형의 범죄가 존재한다는 해석이 첫 번째이다. 즉 통합문화적으로 타당한 범죄와 또한 문화에 특유한(kulturspezifisch)한 범죄가 존재한다는 것이다. 또 하나는 "최종적인", 즉 근본적인 숙고를 해보면, 결국 인류일반적인 범죄만이 존재한다는 것이다. 이러한 범죄는 모든 범죄는 아니라 할지라도, 아마 대부분 "살인, 방화, 절도, 재물손괴"와 같은 것이 몇 안되는 범죄의 주종을 이루고, 위조도 포함될 것이며, 항상 도처에서 찾아볼 수 있는 범죄들이 명백히 포함될 것이다. 반대로 그 이외의 것들은 포함되지 않는 것이 명백하다. 그리고 여기서, 예컨대 하나의 사회 내에서 그리고 불법의식이 없어 범죄로 인정되지 않는 행위들에서, 우리는 다른 관습을 기대하여 그러한 행위를 일정 유예기간 동

안 참을 수 있다. 이미 아우구스투스가 로마 시민을 갈리아의 인간제물로 사용하는 것을 금지했으나, 나중에는 결국 모든 사람이 금지되었다(Mommsen 1899, 122).

사법적 만민법은, 근대의 세속화되고 지역적인 국가에게는 생소한, 고대의 도시공화국에서는 회피할 수 없었던, 문제 때문에 필요하다. 하나의 지역적 국가권력에 복종하거나 인종적 사회에 소속되는 것이 아니라 오히려 정치적-법적 결합에 참여함으로써 시민이 되기 때문에, 그리고 그에게 타당한 법은 종교규범과 도덕규범에 밀접하게 연결되어 있기 때문에, 지역원칙(Territorialprinzip) 대신에 인격성원칙(Personalitätsprinzip)이 타당하다. 거주지와 무관하게 각자는 - 다섯 번째의 모범답안과 같이 - 자신의 출생지법)(이에 대해서는 Giaro 1991)에 따라 생존한다. 이러한 의미에서 ius civile은 말 그대로 그리고 원래 한 도시국가의 한 civitas의 동료로서의 시민(Bürger), 즉 cives를 위해, 그리고 전적으로 그들만을 위해 적용되는 시민법(Bürgerrecht)을 말한다. 여기에서 시민법은 공법의 대립되는 의미로서의 사법을 의미하는 것이 아니다.

중간결론을 내려봅시다. 세 번째까지의 모범답안은 외국인이 자신의 타인성(Anderssein)을 원용할 수 없다는 점에서 공통적이다. 즉 고대 이스라엘의 모범에 따르면 외국인은 그가 주거하는 곳의 주민과 동일하게 취급되어야 하기 때문에 원용할 수 없다. 고대 로마의 사법적 모범에 따르면 그가 통합문화적으로 타당한 법을 측정할 수 없으며, 고대 로마의 형법적 모범에 따르면 처음부터 인간에서 배제되었기 때문이다. 네 번째의 "연방주의적 모델"은 지역적 특수성을 허용하는 반면에, 다섯 번째의 모델은 각자의 고국법에 따른 판단을 허용하는데, 현재까지도 중요한 역할을 하고 있다.

3. 사례

로마 형법적 모범답안에서 외국인은 자신의 타인성을 원용할 수 없다. 사태가 존재적으로 중요하고 또한 - 완전히 잘 알려진 - 매우 상이한 곳에

서는 어떻게 되는가? 즉 성범죄와 결혼의 영역에서는 어떻게 되는가? 예로서 실제 사건과 유사한 하나의 사례를 구성해 보겠다. 한 세네갈 사람이 세네갈 출신의 미성년의 소녀를 독일로 데려와 자신의 집안 일을 돌보기로 부모와 계약을 체결하였다. 어느 정도 시간이 흐른 후에 그는 당시 16세의 소녀와 성관계를 맺었다.

독일 형법에 따르면 그는 피보호자를 성적으로 오용하였다. 독일 형법 제174조에 따르면, "자기에게... 생활보호를 위하여... 위탁된 18세 미만의 자와 성행위를 하거나, ... 위탁-.. 관계에 결합된 종속성을 이용하여 오용한.." 자는 처벌되기 때문이다. 행위자와 피해자가 같은 지방 사람이었다면, 분명히 "책임이 있는" 것으로 판결받았을 것이다. 그러나 재판관이 신뢰한 소녀의 진술에 따르면, 한 여자를 자신의 집에 받아 들여 여자의 생계비를 지불하는 사람에게 그 여자가 자신의 보호자에게 몸을 받치는 것은 세네갈에서는 지배적인 집단적 관습에 속한다. 또한 그 소녀는 강제 없이 자발적으로 그렇게 행동했다고 강조하였다. 이 사건은 어떻게 판결되어야 하는가?

또 하나는 독일에서 두 여자와 결혼한 한 아랍인의 사건이다. 그의 고향에서는 중혼이 허용되나 독일에서는 금지된다(독일 혼인법 제5조, 독일 형법 제171조). 이 사건의 좀더 복잡한 전말은 다음과 같다. 그 아랍 사람이 독일에서 결혼하고, 두 번째 여자와 결혼하기 위해 자신의 고국으로 돌아갔다가, 다시 독일로 돌아와서 두 여자와 같이 살고 있다.

4. 유럽 또는 근대적 법윤리 : 인권

이와 같은 사건들에 대한 통합문화적으로 설득력 있는 토론을 위해 인권 개념이 필요하다. 인권 개념이 특정문화적 가정 없이 정당화될 수 있다고 가정한다면 말이다. 우선 법사적 언급은 다음과 같다. 서구는 인권 사상을 근거 없이 특히 자랑스러워하는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 서구는 늦게 성취했다는 점을 잊어서는 안 된다. 전술한 바와 같이 고대 그리이스나 유대교 그리고 기독교, 심지어 초기 미국도 노예제도와 여성의 불평등을

허용하였다. 서구는 다른 지역에서 종교적 편견과 같은 병리현상, 절대 국가와 식민주의를 창조하였는데, 이것들에 대한 치료약으로 인권이 필요하다. 또한 서구는 심각한 재발을 허용해서는 안 되며 오늘날까지 여전히 많은 사람들이 인권의 결핍에 허덕이고 있다.

만약 우리가 기술적(deskriptiv) 측면에서의 통합문화적 정당화를 위해 모든 문화특수성을 도외시한다면, 인간의 조건(Conditio humana)과 그 인간 조건에 대한 연구는 인류학(Anthropologie)의 영역이 된다. 인류학에서 사실 단지 문화특수적으로 타당한 것을 인류일반적으로 설명할 위험이 반복되기는 한다. 그리고 몇몇 민족학자는 이미 계몽의 비판자인 Joseph Marie de Maistre가 공식화한 급진적 문화상대주의를 추종하고 있으며, 그들 중에서 예컨대 Herskovits(1947) 같은 사람은 전세계적 인권에 대해 반대하고 있다.

이러한 회의주의는 이익 사상과 반대된다. 이익 사상이란 일상적 이익의 가능성을 위한 조건들을 설명하는 것이다. 즉 논리상 고차원의 그리고 초월적인 이익사상과 반대된다. 여기서 제시된 모범적 논증이 새롭다 하더라도, 철학은 그 결과를 시작부터 알고 있다. 다른 문화도 역시 마찬가지이다. 즉 다른 문화도 이러한 사태, 즉 고차원의 이익을 사실상 승인하고 있기 때문이다.

논리적으로 고차원이며 문화에 관련 없이 타당한 것으로 세 가지의 차원이 증명될 수 있다. 그것들을 발견하기 위해서는 오랜 동안의 연구나 날카로운 직관력 있는 숙고가 필요한 것은 아니다. 우리들의 일상 경험만으로 충분하다. 또한 그것들은 오래 전부터 인류학의 근본가정에 침잠해 있다. 즉 우리의 문화 속에서 항상 지배적인 이익이 바로 그것이다. 이익 일반을 형성하고 그것에 따를 가능성의 조건으로서, 즉 행위능력의 조건("대리의 조건")으로서 그리고 이러한 의미에서 인간에게 필수불가결한 것으로 다음과 같은 것들이 증명된다. (1) 생활영위를 위한 (실질적) 조건을 포함한, 생명과 신체. 인류학은 정당하게도 인간을 자연적 우주 속에 포함시킨다. 좀 더 자세히 설명하면, 동물(zoa 또는 animalia), 신체존재(Leibwesen)와 생명존재(Lebewesen)를 포함시킨다. (2) 언어와 이성. 인간은 이성적 동물(zôon logon echon 또는 animal rationale)이다. 또한 (3.1) 일반적 사회적 능력.

인간은 사회적 동물(animal sociale)이다. 그리고 (3.2) 특수한 정치적 능력. 인간은 정치적 동물(zôon politikon)이다. 그리고 여기에 법(animal juridicum)과 공동체(animal politicum)가 속한다.

각각의 차원에서 항변이 있기는 하다. 그러나 그것들을 무기력하게 할 수 있다. 예컨대 논리상 신체와 생명의 고차원적 의미 테제에 대해서 우리는 여러 방법으로 생명이익을 상대화시키는 순교자와 자살자를 제시할 수 있다. 그러나 그들 또한 무엇을 위해, 언제 그리고 어떻게 죽어야 하는가 - 다른 사람들은 그저 단순히 죽을 뿐이다 - 를 결정하려 하기 때문에, 신체와 생명은, "매우 고차원적 이익"은 아니라 하더라도, 여전히 그들의 행위능력의 조건이다. 세 가지의 기술적(deskriptiv) 관점의 각각에서 법과, 윤리적으로 볼 때, 법윤리가 질문되어진다.

만약 우리가 모든 문화특수적인 것을 도외시하고 또 다른 규범적 측면을 보려 한다면, 자의와 폭력에 대항하는 규율 사상이 남게 된다. 이러한 대항은 전세계적으로 실현되고 모든 관련자에게 이익이 되는 것이다. 그와 같은 규율을 우리는 법-실제적 이성이라 명명할 수 있다. 우리는 그것을 점증적인 승인의 세 단계에서 실현시킬 수 있다. 첫째 단계인 법실제화(Rechtsrealisation)의 단계에서 어떤 규율이 도입되고, 둘째 단계인 법정당화(Rechtslegitimation)의 단계에서는 자신의 척도에 따라 강하게 취급되고, 세 번째 단계인 법규범화(Rechtsnormierung)에서 규율은 법윤리적 규율의 측면에(두번째 단계) 지배받는다.

첫 번째 단계에 어떠한 규율들이 도입될 수 있는가를 생각해 보자. 사실 그와 같은 자의(Willkür)는 초기부터 거절되었다. 거의 모든 지역에서 사람들은 신체와 생명, 재산과 명예의 보호가 법윤리적 성격을 갖는 규율들에 복종한다. 단지 법공동체로부터 배척된 자만이 법의 보호를 받지 않는다. 즉 어떠한 법적 보호도 배척당한다. 그리고 이러한 절차, 즉 법적 작용은 매우 강한 법위반인 경우에만 행해진다.

이러한 규율들은, 좀더 자세히 말하면 규율영역은, 인권의 차원에 속한다. 따라서 유럽의 근대(Neuzeit)에 대한 자기이해를 수정해야만 한다. 근대

(Neuzeit)는 인권이라는 사태(Sache)를 발견한 것이 아니라, 그것들 중 단지 몇몇만을 발견했을 뿐이다. 근대가 자랑스러워하고 있는 종교의 자유조차 새로운 것이 아니다. 알렉산더 제국, 예전의 키로스의 페르시아 제국 그리고 로마 제국도 종교적 관용을 실천하였다. 그리고 일본에서도 신도와 불교의 평화적 공존, 이후에는 기독교의 공존은 사회적 차원에서뿐만 아니라 개인적 차원에서도 오랫동안 일상적인 것이 되었다. 다른 요소들, 예컨대 노예제도의 폐지, 신체형의 폐지 그리고 남녀 평등의 정당화는 오히려 새로운 것이다. 요약하면, 인권 제도가 아니라 아마도 그것에 대한 포괄적 승인이 근대의 특징이다.

정당화는 어떠한 모습인가? 앞에서 언급한 처음 세 가지 차원에서는, 다음과 같은 모범적 논증이 신체- 그리고 생명존재인 인간에게 타당하다 (Höffe 1996, Kap. 2-3, 또한 Höffe 1999, Kap. 2-3). 인간의 생물학적 조건에 따를 때, 인간은 즉 동료인간에게 축복을 주고 동료인간의 손에 의하여 다칠 수도 있기 때문에, 인간은 폭력의 잠재적 피해자인 동시에 잠재적 행위자이다. 인간의 이러한 근본상황, 즉 인간의 사회적 조건(Conditio humana socialis)에서 법윤리는 도덕적으로 적절한 대답을 제시할 수 있다. 인권사상에 따라 타인의 폭력능력(Gewaltfähigkeit)의 피해자가 되지 말라는 주관적 요청이 발생한다. 이를 적극적으로 표현하면, 신체와 생명에 대한 권리가 된다.

이러한 권리를 근거지우기 위해서 신체와 생명에 대한 하나의 이익을, 심지어 포기할 수 없는 (초월적) 이익을 받아들이는 것만으로 충분하지 않다. 이러한 이익으로부터는 다른 사람도 그 이익을 승인하라는 어떠한 요청도 도출되지 않기 때문이다. 또 다른 논거가 필요하다. 이 또 다른 논거는 주관적 권리는 타인이 권리에 상응하는 의무를 받아들이는 데에서만 존재한다는 상황으로부터 출발한다. 즉 인권은 이에 상응하는 인권의무와 결합되어야 한다. 예컨대 신체와 생명에 대한 나의 권리는 다른 모든 사람들이 나에 대한 그들의 폭력능력을 포기한다는 의무 부담에 그 본질이 있다.

일반적으로 하나의 급부에 대한 청구권은 처음부터 이러한 급부가 다른

반대급부를 창출한다는 유보가 있는 곳에서만 존재한다. 청구권은 상호성, 다시 말해 부분은 전체를 위하여(pars pro toto), 즉 교환에 의해 정당화된다. 따라서 인권의 특성을 주관적 권리로 정당화하기 위해서는, 인간을 빛내주는, 단지 인간이기 때문에, 상호성을 증명해야 한다. 이러한 상황은 모든 인간들이 포기할 수 없는 이익을 상호성 안에서 그리고 상호성을 통해서 실현하는 곳에 존재한다. 여기서, 즉 이익을 포기할 수 없고 동시에 상호성과 결합된 곳에서 포기불가능성이 상호성으로 전환된다. 이러한 교환은 필수불가결한 것이다. 모든 인간은 신체와 생명에 대한 (높은 단계의) 이익을 가지고 있으므로 인권이 이미 존재하는 것이 아니다. 오히려 그것은 첫째, 그 이익이 상호성 내에서 실현될 수 있고, 둘째 "상호성의 체계"내에서 각자가 이미 각자의 폭력포기라는 반대급부의 조건하에서만 나타나는 타인의 폭력포기급부를 요청하기 때문에 비로소 인권은 존재하는 것이다.

이러한 논거에 대한 간략한 스케치는 인권이 자신의 기술적 구성부분만이 아니라 규범적 구성부분에 따라 어떻게 문화와 무관하게 정당화되는가를 보여주고 있다. 여기서 나는 인권에 대하여 특정 조항 없이 의식적으로 말하고 있다. "그" 인권이라는 말에 의해 우리는 문화특수적 요소를 자주 포함시키게 되는 권리들의 특정 목록을 너무 쉽게 지칭하기 때문이다. "인권"이라는 타이틀하에 요청되는 전부가 다 권리는 아니라는 인식 하에, 앞에서 간략하게 스케치된 정당화는 우선 인권에 대한 하나의 기준으로 충분하며 인권목록의 작성은 나중에 숙고를 해야 한다.

5. 문화개방 원칙

우리의 중간결론은 다음과 같다 : 인권은 유럽에 특수하거나 서구적 현상만은 아니고, 오히려 전인류적인 것으로서 발생하였다. 그러나 "발생하였다(Zum Durchbruch kommen)"는 표현은 진화적 요소를 포함하고 있다. 서구에서 발생이 성공하고 다른 문화에서는 그렇지 못하였다면, 후자가 전자보다 덜 발전한 것으로 보인다. 그러나 다른 문화는 지나친 우월을 부인함

으로써 "당연히" 방어할 것으로 보인다. 즉 다른 문화는 유럽-북아메리카 문화를 상당히 높은 것으로 평가한다.

법의 진화에 대한 가정은 사실 지나친 우월성을 보여주는 것은 아닌가? 우선 "서구"는 진화를 다른 문화와의 관계에서가 아니라 자신에 대한 관계에서, 즉 자신의 지나간 과거와의 관계에서 이해하고 있다. 근대가 지나치게 우월하다면 그것은 일차적으로 중세와 고대에 대해 그렇다는 것이다. 고대의 재탄생(르네상스) 국면의 상황은 물론 일반적인 것은 아니다. 사실 노예제도의 폐지와 남녀평등의 정당화는 아테네와 중세 그리고 기독교적 중세에게 하나의 법적 진보를 제공하였다. 물론 상실, 아마 심지어 퇴보도 있다. 아테네와 비교하여 오늘날의 민주주의는 양적으로도 질적으로도 정치적 참여가 훨씬 적다.

"서구"는 자신이 극복했음을 자랑스러워하는 요소들, 즉 퇴보적 법제도가 다른 문화에서 재발견되고 있다고 믿고 있다. 만약 그렇다면, 서구가 자신의 과거에 대한 숙고를 넓혀 다른 문화에 대하여도 숙고하는 것이 논리에 맞다. 상대적인 숙고, 즉 문화내재적이고 양분법적인 숙고에서 절대적인 숙고, 그러니까 문화초월적이고 일분법적인 숙고가 된다. 그럼에도 불구하고 통합문화적인 법적 대화는 조심할 것을 요청한다.

서구가 다른 문화와 만날 때, 근대에 예컨대 중국과 일본과 만났을 때, 상호적인 결실, 즉 서로 주고받는 것이 있었다. 그리고 서구가 상대편에게 인권을 요청하는 한, 서구는 그것이 가식 없고 특별한 조건 없는 순수한 인권인지, 아니면 인권과 서구의 독립성의 혼합물이나 인권과 특수경험의 혼합물은 아닌지, 심지어 인권과 특별한 이익과의 혼합물은 아닌지를 자신에게 물어보아야 한다. 이러한 근거에서 혼합의 가설(Hypothese der Vermischung), 즉 추정된 인권이 사실 다른 요소와 혼합되어 있다는 점에 대한 가정을 추천한다.

이른바 개개의 인권이 비-세계적 요소에 의해 관철될 수 있다 하더라도, 이 가설은 어떠한 근본적인 제지도 요청하지 않는다. 그러나 이 가설은 주의 깊은 해석에 노력을 기울일 것을 요청한다. 혼합의 가설로부터 탈혼합의

임무가 도출된다. 분석적 화학자의 모범에 따라 실제적인 인권을 획득하기 위해 우리는 특별한 것으로부터 일반적인 것을 분리해 낸다. 이러한 작업을 통해 철학자들은 그리스 시대부터 전승되어 온 일반 이성의 의무화를 완성했고, 스스로를, 근대 유럽인들이었다 하더라도, 담당자들(Funktionäre), 좀 더 자세히 말하면, 인류의 대리인들이라 부르는 것을 훗설(^{2}1962, 15)과 함께 허용했다.

우리가 다른 문화에 대해 높은 독립성을 인정하는 경우에만 이러한 인권들이 다른 문화에 의해 요청될 필요가 있다는 점이, 인권에 대한 통합문화적 정당화로부터 도출된다. 여기서 어려운 한계문제가 발생한다는 점은 겸손(Bescheidenheit)을 환기시키는 다음의 예에서 알 수 있다. 오리노코 인디안은 초기에 새로 태어난 여아를 익사시켰다. 이러한 습속은 성숙한 청년들을 동종교배로부터 보호하는 - 그러나 그룹으로(무리가) 함께 행위하거나 타른 부족의 여자를 강간하는 - 현실을 강요했다. 이후 그들은 자신들의 전래의 영토로부터 안데스 산맥의 고지대로 이주하였다. 거기에는 강이 없었기 때문에 사람들은 잔인한 익사 습속을 계속할 수 없었다. 그 결과 오늘날에는 동종교배 때문에 비정상적으로 많은 백치병자들이 그들 사이에 살고 있다.

입법자와 헌법제정자는 문화개방적이어야 한다. 인권과 인권의무적인 형법을 하나의 공식으로 표현해야 하기 때문이다. 문화개방성은 또한 전형적인 문화충돌이 발생하는 형사소송에서 형사재판관이 행위자측과 피해자측을 동일한 정도로 평가하도록 요구한다. 가중된 사건들에서조차 우선 독일 형사관할권은 이러한 법문화적 개방성을 허용해왔다. 즉 독일 연방최고법원 형사합의부의 판결(BGHSt 22, 77)에 따르면, 구성요건표지(독일 형법 제211조 2항; 이에 대해서는 BGHSt 2, 63)에 따르면 비열한 동기임에도 불구하고, 피의 복수는 비열한 동기로 평가하지 않는다. 그리고 동 법원은, 자신의 성년의 딸과 성관계를 맺은 동터키 출신의 아버지를, 그 행위를 고국에서 시작했고 거기에서는 범죄가 아니기 때문에, 무죄로 판결하였다.

6. 형법의 정당화에 대해

인권의 개념과 인권의 개념을 근거지우는 것으로부터 출발하여, 하나의 (완성된) 형법이론이 발전될 수 있다. 인종학자들은 상대주의를 따른다. 인종학을 연구하는 학자들은 의견이 서로 상이하여 일반적으로 승인되는 의무가 존재한다는 가정에 대해 회의적일 정도이다. 형법은 명확히 반대입장을 취한다. 형벌의 종류는, 사회와 시기에 따라 매우 다양하게 나타난다. 하나의 공동체 - 부분은 전체를 위하여(pars pro toto), 즉 국가 - 가 일반적으로 형벌을 내린다는 점은, 근대에서야 발견되는 것이 아니라 중세에도, 이미 고대에도, 고대 동방 제국에서도 그리고 다른 문화에서도 발견된다. 요약하면, (국가적) 형벌이라는 법제도는 전세계적 사회문화로 증명된다.

형벌은 그러나 우리가 형벌을 전통이나 관습으로 단순히 전승받아서는 안될 정도로 매우 신랄한 강제수단이다. 우리는 정당화의 문제를 제기해야만 한다. 형벌은 실제로 정당화될 수 있는 국가작용에 속하는가?

형법을 사회의 복수제도로 해석하는 "이데올로기 비판"은, 형법은 입법자에 의해 확립되었으며, 재판관에 의해 적용되며 그리고 행정부에 의해 집행된다는 점을 간과하고 있다. 그리고 피의 복수, 사투(Fehde) 그리고 사설재판(Privatjustiz)을 대신하고, 피해자나 가족, 친구나 이웃 또는 대중에 의해서도 대응하지 않는 것이 국가 형벌의 커다란 문화작용(Kulturleistung)이다. 형벌권한은 오직 (실제로 항상 그렇지는 않지만, 원칙적으로는) 불편부당한 제3자이다. 따라서 국가형벌은 두 번째의 의미에서, 물론 아직도 절제된 의미에서 정당하다. 형벌제도 일반에 정당성이 주어지려면, 자의나 주관적 관련성의 형태가 아니라, 불편부당한 제 3 자, 즉 권한 있는 공적 기관에 의해 수행되어야 한다.

법적 형벌은 물론 사회적 그리고 직업적 형벌로 연장되곤 한다. 자유형을 집행받은 후에 사람들은 많은 사회적 접촉을 잃어버린다. 또한 직업을 구하기도 어렵다. 그리고 책임 없는 가족들도 충분히 함께 처벌받는다. 그와 같은 부가적 형벌은 통제되지도 않고 권한이 부여된 것도 아니다. 부가

적 형벌은 예견 가능한 것임에도 불구하고 정당하지 못한 것이다. 따라서 여기에 새로운 유책성 범주(Verantwortungsbereich)가 생겨나야 한다. 즉 사회는 부정당한 부가형벌로부터 자유로워야 한다.

또한 사회적 본능의 범죄화되지 않은 형식이 존재한다. 그것은 추가적인 형벌이 될 뿐만 아니라 사법이 피고인을 무죄 석방한 곳에서도 형벌이 된다. 사회는 예전부터 확정된 그리고 잘 알려진 규율이 침해된 곳에서만 반응해야 하는 것은 아니며, 또한 대응이 사태에 대한 조사로 시작될 필요도 없으며 정당한 제재인 경우 미리 확정된 범죄행위에 상응하는 형량을 준수해야 하는 것도 아니다. 여하튼 불명료하고 당파적인 "사회"를 벗어난 형법은 하나의 법윤리적 승리로 증명된다.

이른바 형벌목적과 관련하여 형벌의 개념은 첫 번째의 판단을 허용한다. 첫 번째 판단은, 별로 공정하지 않다 하더라도, "절충설"이라고 불려질 수 있는 어떤 것이다. 즉 응보의 개념에 의해 법적 형벌의 근본구조가 드러났고 - 그것은 범죄에 따라 그리고 범죄 때문에 생겨난다 -, 또한 응보의 개념을 통해 형량을 위한 하나의 원칙이 세워지는데, 범죄와 책임의 경중에 따른 형벌이 바로 그것이다. 그럼에도 불구하고 형벌의 종류와 집행의 종류를 결정할 만족할만한 결정력은 존재하지 않는다. 여기에서 위하("예방")의 측면이 부각되며 무엇보다 개선("재사회화")이 고려되는 것은 정당하다. 그것들은 또한 응보사상을 보충하나, 결코 그것을 수정하거나 완전히 조각하지 않는다. 위하는 법질서를 유지하는 형법의 일반 목적에 봉사한다. 그리고 법위반이 만약 저지되지 않는다면, 모든 사람들이 법위반자들의 재범 저지를 시도하여야 하며, 모든 사람들에게 사회적이고 직업적인 재분류(Eingliderung)를 가능하게 하는 새로운 기회를 열어놓게 된다.

형벌의 정당화는 우선 어떠한 행위가 왜 정언명령적으로 금지되느냐를 제시해야 하며 그런 후에 정언명령적 금지의 관철을 위해 왜 형벌이 필요한가를 제시해야 한다. 여기는 두 정당화 단계 모두를 상세하게 펼칠 장소는 아니다. 각각의 정당화핵심을 제시하는 것으로 충분하다. 첫 번째 단계는 언급된 금지는 정당한 요청의 뒷면인 것이라는 점에 의해 증명된다. 모든

사람은 신체와 생명에 대한 권리를 가지고 있으므로 살해하는 것은 금지된다. 또한 재산을 훔치는 것을 금지하는 재산권이 있을 수 있다. 이와 같이 각각의 금지에 원칙적으로 모든 사람들이 이익을 가지고 있다. 그것들은 전체적 의미에서뿐만 아니라 배분적 의미에서도 복지에 기여한다. 그것들은 공리적일 뿐만 아니라 정의의 지위도 가진다. 즉 그것들은 일부는 행위능력을 가능하게 하고 일부는 권리능력을 최초로 가능하게 하기 때문이다.

물론 개별 사건의 경우 금지를 따르지 않으면, 한 측이 이익을 볼 수 있다. 법질서에게 그러한 이익을 요청하는 것을 저지하고 항상 일어날 수 있는 희생을 치르지 않으려면, 즉 요점만을 말해 무임 승차자(Trittbrettfahrer)가 법질서를 무력화하는 것을 방지하려면, 국가는 금지에 대한 무시를 불이익, 즉 이익보다 높은 정도의 형벌로 대응하면 된다. 좀더 정확하게 설명하면, 기대되는 손해, 즉 기대되는 형벌과 붙잡혀 처벌받게 될 개연성으로부터 나오는 산출물이 더 높아야 한다. 만약 사람들이 알면서 그리도 의도적으로 행동한다고 가정하면, 사람들은 위반시에 그에 대한 대응이 있다는 것을 알게 되며, 그럼으로써 법질서는 안정된다. 그러나 이러한 전제가 너무 종종 전혀 맞지 않는다는 항변이 있다. 사실 많은 가벌적 행위들이 격정 중에 발생한다. 이러한 상황은 정당한 감경사유나 심지어 면책사유가 될 수도 있다. 그와 같은 사유가 존재하는가를 확인하는 것이 형사소송의 가장 중요한 임무 중의 하나에 속한다. 또한 형벌은, 최종적인 형벌을 언도하기 전에 사태를 주의 깊게 탐색한다는 점에서 그리고 옹호하고 짐을 벗을 수 있는 기회를 준다는 점에서, 복수제도나 "자연적 형벌"과 구별된다.

7. 사례(II) : 재질문

법윤리적 원칙에 대한 숙고에 따라 모두에 간략히 언급했던 세네갈인의 사건으로 돌아가자. 그리고 행위자와 피해자의 이익을 서로 교량해 보자. 우선 간략한 질문으로 돌아가 보자. 단순화시키기 위해 사건에 민감한 재판관이 고려할 몇 가지의 주변문제를 조사해 보겠다. 이 문제는 피해자에게

미치는 영향에 관한 것이다. 즉 소녀가 판결에 의해 그녀의 보호자를 잃어버리게 되면, 이를 통해 어떠한 결과가 발생하는가? 그녀가, 신문에 보도됨으로써, 오명을 받아야 하는가? 그러나 다음과 같은 재질문은 피할 수 없다.

첫째, 행위자와 피해자가 매우 짧은 시간동안 독일에 있었는가? 그렇다면 우리는 그들을 여행하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 이 개인적 사건에 우리는 필요하지 않은 뻔뻔스런 개입을 하고 있는 것이다. 그러나 이 사건에서는 최소한 몇 달 동안이라는 점이 문제이다. 이러한 기간으로부터 몇년, 심지어 몇십년이 될 수 도 있는데, 이에 따라 형법정책적 질문이 던져진다. 젊은 세네갈 여자는 어떤 보호를 더 받아야 하는가? 자신이 속한 사회의 이른바 좁은 형법적 보호인가 아니면 그녀가 잠시 동안 머무른, 더 나아가 - 배제될 수 없듯이 - 평생동안 머물렀을 수도 있는 사회의 넓은 형법적 보호인가?

둘째, 소녀는 아마 고국에서 16세로서 이미 성년이 된 것은 아닌가? 재판관이 이 점이 가능한 것으로 인정한다면, 피고인 입장에서 금지착오에 빠졌다고 고려할 수 있다. 그러나 과실의 범행으로서 가벌성이 인정되지는 않을 것이다. 금지착오의 경우 물론 우리는 피고인이, 피보호자가 이미 성년에 달했다고 가정했기 때문에 그녀와 성행위를 가졌다고 인정할 수 있을 것이다.

셋째, 가까운 부모와의 계약은 어떻게 보아야 하는가? 아마도 부모의 입장에서는 이미 (실질적이던 이념적이던) 배상이 있었을 것이다. 따라서 피고인은 이중의 대가를 받는 것은 아닌가?

넷째, 관습에서 본다면, 관습상 "자유의지에 기한 제공"이 도대체 얼마나 자유의지에 의한 것인가? 또한 제공의 자유의지는 가벌성을 탈락시키지는 않는다. 자유의지가 아니었다면, 폭력이나 상당한 해악을 고지한 협박과 그것에 의한 "강요"(독일 형법 제 240 조)는 사정에 따라 "피보호자의 오용"죄(독일 형법 제 174 조)도 되기 때문이다. 또한 절대적인 자유의지를 전혀 받아들일 수 없다. 행위는 주어진 상황(Vorgabe), 즉 미리 행위조건을 각인시키는 관습의 영역에서 발생하기 때문이다. 그러나 모든 관습은 행위

가능성을 제한한다. 현재 논의되고 있는 관습에서 이러한 제한은 모든 관습과 결합된 이러한 원칙적 형태를 능가한다. 즉 성적 제공은 보호에 대한 반대급부이다. 여기에서 교환정의(Tauschgerechtigkeit) 원칙 - 급부 대 반대급부 - 이 하나의 역할을 한다. 피고인으로부터 보호받았기 때문에 피해자는 그에게 - 유일한? - 가능한 배상, 즉 성적 복종이 유책한 것으로 믿었는가? 자유의지는 비자유의지, 즉 보답의 강제내에서 일어났다.

다섯째, 앞에서 언급된 관습은 어떠한 (형-)법적 지위를 가지는가? 세네갈의 법체계(Rechtswesen)는 프랑스법을 모델로 삼고 있다. 독일의 법문화와 다른 법문화를 모델로 삼고 있는데, 형법적 예외에 대한 권리는 완전히 다른 종류의 법문화에 서있는 경우보다 더 약한 지반 위에 서있을 정도이다. 프랑스 개정 형법(Code pénal)에서 제 227 조와 제 27 조가 이에 해당한다. 즉 혼인하지 않은 15세 이상의 미성년자인 피해자에 대한 지배관계의 오용이 그것이다. 이와 반대로 세네갈에서는 아직도 유효한 구 형법(Code pénal) 제 331-1 조 - 독일 형법 제 174 조 1항 2호와 본질적으로 일치한다 - 가 예외조항(Emanzipationsklausel)을 포함하고 있다.

여섯째, 관습의 내용은 세네갈의 경우 대부분의 - 약 90%의 - 사람들이 이슬람에 따르는 전통적인 그리고 가부장적인 사회와 맞물려 있다. 어떠한 가치로 그러한 처녀들의 사회를 측정하는가를 알기 때문에, 앞에서 언급된 관습은 소녀에게 신랄한 불이익이 되고 있다. 이러한 상황은 그곳에는 다른 관습이 존재한다는 주장에 대해 회의적인 반감을 갖게 한다. 또한 이러한 주장은 근본적인 연구 없이는 받아들일 수 없다. 세네갈은 이슬람의 영향을 받은 곳이어서, 이곳 사람들은 관습을 강하게 요구하므로, 형법적 예외에 대한 권리는 더욱 약한 지반 위에 서있다.

일곱째, 우리는 포기할 수 없는 구성요건표지인 "오용"이 진정한 사랑관계 때문에 배제되는지를 숙고해야 한다. 그러나 세네갈의 관습을 원용하면, 즉 완전히 인격적인 사랑을 원용하는 것 대신에 전통과 일상성을 원용하면 반대가 된다.

8. 사례(II) : 통합문화적 형법

우리들의 재질문에 의해, 상이한 문화들의 만남은, 외국인이 자신의 다른 (법-)문화를 원용할 상황을 곧바로 만들어내지는 않는다는 점을 알았다. 게다가 전문가들은 많은 아프리카인, 인디안이 ... 비서구적인 문화에 반대하면서 이중적 윤리에 몰두한다는 점을 말하고 있다. 다른 문화가 더 이상의 책임을 묻지 않는 경우에는 서구에서는 고국의 문화를 원용하고, 반대로 고향에서는 유럽의 관습을 원용한다. 단순화를 위해 앞에서 말한 재질문이 피고인에게 유리하게 대답된다고 가정하면, 핵심 질문이 남게 된다. 즉 한 법질서의 강제권한은 이 사례에서 다른 문화에 대하여 얼마나 멀리 미치는가?

이른바 모든 형사판결에서 집행되는 문화적 편견을 극복하려면, 간단하다. 즉 현대 사회가 문화적 편협의 잔존을 없애면 된다. 이러한 의미에서 근대사회가 형법에서 예컨대 범죄에서 자살을, 나중에는 동성연애나 이른바 "약혼 중의 외설"을 점차 없애고, 또한 이교, 신성모독, 국가비판을 삭제했다. 그러나 형사범죄의 대부분에는, 특히 신체와 생명에 대한 범죄들에는 어떠한 문화적 편견도 존재하지 않는다. 반대로 거의 모든 곳에서 승인되고 있는 인권적 존엄(Dignität)에 대한 권리가 중요하다. 살인을 예견하지 않은 법문화는 알려져 있지 않기 때문이다.

이 논문 제목의 질문에 대해 답해 보자. 형법상의 범죄가 인류일반적 논거, 좀더 상세하게는 인권적 논거에 의해 근거지워지는 한 - 이 점은 특히 자유주의적 형법질서의 많은 범죄들에서 일반적으로 타당하다 - , 문화간섭적 형벌권한, 즉 통합문화적 형법은 의심없이 존재해 왔다. 그 근거는 외국인을 복종시키는 법질서의 자만에 있는 것이 아니다. 또한 외국인에게 형법으로부터 면제시키는 특권을 주는 것을 거부하는 의지에 있는 것도 아니다. 그것은 일차적으로 사회의 자기보호의 (어떤 정당한) 이익에 근거가 있는 것도 아니다. 오히려 형법적으로 볼 때, 많은 외국인이 전혀 존재하지 않는다는 점에 있다. 즉 인권에 의해 근거지워질 수 있는 범죄를 전혀 알지 못

할 정도로 근본적으로 다른 법문화는 찾아보기 어렵기 때문이다. 그리고 만약 그러한 법문화가 여전히 존재한다면, 우리는 그 법문화의 동료들에게, 외국에 가는 경우, 그것을 받아들일 것을 요청할 수 있다. 이러한 범죄들은 인권에 의해 근거지워질 수 있기 때문이다. 통합문화적 형법은 따라서 통합문화적인 법적 대화의 조잡한 규칙(Faustregel)에 힘을 실어 준다. 즉 우리가 힘차게 보호하는 것을 다른 문화에서도 발견한다. 또한 우리가 격분하는 것에 대해 다른 사람들도 역시 격분한다.

문 헌

Beccaria, Cesare 1764: Dei delitti e delle pene (neure Ausgabe: Mailand 1973; dt. Über Verbrechen und Strafen, Leipzig 1905)

Berner, A. F. 1876: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig

Bultmann, Christoph 1992: Der Fremde im antiken Juda, Göttinge

Ferri, Enrico 1881: I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Bologna

Gaius: Die Institutionen, übers. v. J. Lammeyer, Padeborn 1929; lat. Gai Institutiones, hrsg. v. M. David, Leiden ^{2}1964.

Giaro, Tomasz 1991: Fremde in der Rechtsgeschichte Roms, in: M.T. Fögen (Hrsg.), Fremde der Gesellschaft. Historishe und sozialwissenschaftliche Untersuchungen. Zur Differenzierung von Normalität und Fremdheit, Frankfurt/M. 39-57.

Herskovits, M. 1947: Statement on Human Rights; in: American anthropologist 49 (1947), 539 - 543.

Höffe, Otfried 1996: Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt/M.

_____, 1999: Demokratie im zeitalter der Demokratisierung

_____, 1999a: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht

Houten, Christiana von, 1991: The Alien in Israelite Law, Sheffield

Husserl, Edmund ^{2}1962: Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie, Den Haag

Lombroso, Cesare 1889: L'uomo delinquente, 2 Bde., Turin (dt.: Der Verbrecher, 3 Bde., Hamburg 1894ff.)

Mommsen, Theodor 1899: Römisches Strafrecht, Leipzig

Ostermeyer, Helmut 1975: Die bestrafe Gesellschaft, München

Sallust: Bellum lugurtinum/Der Krieg mit Jugurtha, Lat/dt., übers. v. K. Büchner, Stuttgart 1986.

Sellin, Thorsten 1938: Culture Conflict and Crime. A Report of the Subcommittee on Delinqency of the Personality and Crime, New York, Social Science Research Council

Tiedemann, Klaus 1996: Das neue Strargesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee, in: Juristenzeitung, 51. Jahrgang, 5. Juli, 647-649.

Zielcke, A. 1996: Fremde Betten. Über die Schwierigkeit des multikulturellen Zusammenlebens, in: Frankfurter Allgemeiner Zeitung v. 17.5.

Grundrechte und Privatrecht

Professor Dr. Christian Starck, Göttingen*

《Übersicht》

I. Die verschiedenen Drittwirkungslehren
II. Mehrdimensionales Freiheitsproblem und Staatsrichtung der Grundrechte
III. Ausdrücklich privatrechtsbezogene Grundrechte
IV. Rücksicht des Privatrechts auf die objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte
V. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts
1. Vertragsrecht
2. Deliktsrecht
3. Vereinsrecht
4. Eigentumsrecht
5. Arbeitsrecht
6. Schlußbemerkung

I. Die verschiedenen Drittwirkungslehren

Die Frage, ob die Grundrechte auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten einwirken, wird in Deutschland unter dem Stichwort "Drittwirkung der Grundrechte" behandelt. Die verschiedenen Drittwirkungslehren versuchen, eine mehr oder minder starke Bindung der Privatrechtssubjekte an die Grundrechte zu begründen. Ansatzpunkt der Überlegungen bilden nicht nur die Beziehungen der Privaten untereinander, sondern auch die

* Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Platz der Göttinger Sieben 6 · D-37073 Göttingen.
Telefon 0551-397412 · Telefax 0551-397414 · e-mail: cstarck@gwdg.de

Stellung des Zivilrecht setzenden Gesetzgebers und des Zivilrechtsstreitigkeiten entscheidenden Richters. Im Ergebnis führen die Drittwirkungslehren aber stets dazu, das Maß der Grundrechtsbindung von Privaten festzulegen, und zwar vermittelt entweder durch grundrechtskonforme Privatrechtsgesetzgebung oder durch grundrechtskonforme Urteile der Zivilgerichtsbarkeit. Eine erste Schwierigkeit der Drittwirkungsproblematik zeigt sich schon in der Namensgebung für die zur Lösung des Problems entwickelten Theorien. Die zur Unterscheidung von Wirkungen nur wenig geeigneten Ausdrücke "unmittelbar" und "mittelbar" müssen auch für die Drittwirkung herhalten.

Ein Teil der Lehre und das Bundesarbeitsgericht nehmen eine *unmittelbare Drittwirkung einzelner (mancher)* Grundrechte auf die Privatrechtsbeziehungen an.[1] Diese Bindung ergebe sich daraus, daß die Grundrechte die Funktion von objektiv-rechtlichen Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung hätten. Eine Variante der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung[2] begründet[3] diese mit der staatlichen Gewährleistung der Privatautonomie. Der Staat müsse die Grundrechte achten, wenn er sich durch rechtliche Regelung, gerichtliches Urteil und vollstreckenden Zugriff auf dem Feld des Privatrechts bewege: also

---

1) *Enneccerus-Nipperdey,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.Bd., 1.Hlb.Bd., 15.Aufl. 1959, S.92ff.; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13 ff.; aus der Rspr. BAGE 1, 185, 193f.; 4, 274, 276f.; 7, 256, 260; 13, 168, 174ff.; 16, 95, 100f.; weitere Anhänger dieser Lehre erwähnt bei *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S.1531 f., 1538.

2) *Schwabe,* Drittwirkung, 1971, S.16ff., 67ff.; *ders.,* Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213.

3) Vgl. die ausführliche Darstellung der Drittwirkungslehren bei *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1518 ff.; *Bleckmann,* Staatsrecht II, 3. Aufl. 1989, S.175ff., jeweils m.w.N.; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529.

Drittwirkung über die staatliche Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit in Zivilsachen. Dem Dilemma des Gleichheitssatzes entgeht die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, indem sie den allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz normalerweise im Privatrecht nicht gelten lassen will, da eine Gleichbehandlungspflicht das Privatrecht aus den Angeln höbe.[4] Die Privatautonomie wird also in der Regel über den Gleichheitssatz gestellt. Die Stärke der Lehre von der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrecht ist darin zu sehen, daß die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht gleichermaßen die Gesetzgebung und die Gesetzesanwendung trifft.

Die Lehre von der *mittelbaren Wirkung* der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung benutzt ausüfllungsbedürftige (offene) Rechtsbegriffe, um grundrechtliche Wertungen in die Auslegung privatrechtlicher Normen einfließen zu lassen;[5] sie beachtet dabei den Grundsatzder Privatautonomie, der ebenfalls von der Verfassung geschützt sei und der den anderen Grundrechten, insbesondere dem Gleichheitssatz nicht zum Opfer gebracht werden dürfe. Begründet wird diese Lehre, der sich das Bundesverfassungsgericht schon in den 50er Jahren angeschlossen hat,[6] damit, daß Privatrecht und Verfassung nicht beziehungslos nebeneinander stünden, daß vielmehr die Grundrechte als objektive Wertordnung für alle Bereiche des Rechts Geltung hätten. Diese Lehre behandelt die Frage nicht, wie es mit der Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht steht,

---

4) Z.B. BAGE 13, 103, 105.

5) Vor allem *Dürig*, Nawiasky-FS 1956, S. 157f.; *ders.*, DÖV 1958, S.194ff.; aber auch BAGE 3, 296, 301; weitere Autoren bei *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1532.

6) BVerfGE 7, 198, 205; 25, 256, 263; 34, 269, 280; 42, 143, 148; 49, 89, 142 m.w.N.; 52, 131, 165f.; 73, 261, 269; vgl. die Darstellung von *Classen*, AöR 122 (1997), 65 ff.

wenn keine geeigneten Generalklauseln zur Verfügung stehen.

Die beiden Theorien stehen sich nicht so fern, wie es vielleicht zunächst scheint. *Nipperdey*, der Begründer der Lehre von der "unmittelbaren Drittwirkung", spricht zwar von einem Bedeutungswandel der Grundrechte, den diese mit der modernen Verfassung vollzogen hätten. Die Verfassung erschöpfe sich nicht mehr in der Grundlegung der staatlichen Organisation. *Nipperdey* schränkt aber diesen Bedeutungswandel deutlich dahin ein, daß nur "manche (!) Grundrechtsbestimmung ... neben ihrer Eigenschaft als Grundrecht (!) die wichtige Funktion einer für die gesamte Rechtsordnung und damit auch für das Privatrecht unmittelbar geltenden Grundsatznorm (!) hat".[7] Damit ist offensichtlich eine besondere Einwirkung der Grundrechte auf die Privatrechtsgesetzgebung und auf die Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln gemeint. Schon früher hat *Nipperdey* deutlich gemacht,[8] daß die Frage der Grundrechtswirkung *nicht allgemein* von einer bestimmten historischen Auffassung aus für die Grundrechte des Grundgesetzes so oder so entschieden werden könne; vielmehr müsse von dem konkreten Inhalt, dem Wesen und der Funktion des einzelnen Grundrechts, noch genauer, der einzelnen aus dem Grundrecht herzuleitenden Rechtssätze in unserem heutigen Gemeinwesen ausgegangen werden.[9] Diese Sicht des Problems ermöglicht bei aller dogmatischer Unsicherheit[10] jedoch, in

---

7) *Nipperdey*, in: Die Grundrechte IV/2 (1962), S.748 f.

8) *Nipperdey*, in: Die Grundrechte II (1954), S.18.

9) Ebenso die außerdeutsche Verfassungsreformdiskussion, vgl. für die Niederlande *Simons*, EuGRZ 1978, 450, 454; für die Schweiz Bericht der Expertenkommission fr die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung 1977, S.55; vgl. berichtend *Starck*, Verfassungsstaat, S. 212 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1533 ff.

10) Kritisch insbesondere *Oeter*, AöR 119 (1994), 542 ff.

jedem konkreten zur Entscheidung stehenden Fall zu einer vernünftigen Lösung zu kommen.[11]

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung nicht förmlich aufgegeben; es geht aber in seinen Entscheidungen dazu über, in den Grundrechten den Ausdruck einer allgemeinen Wertordnung zu sehen, die auch für das Privatrecht gelte und dieses über Generalklauseln beeinflusse.[12] Dies äußert sich auch im Duktus der Begründung: das Gericht prüft die Rechtslage zunächst nach bürgerlichem Recht und erwägt sodann, ob die privatrechtlich gefundene Lösung mit der Wertordnung der Grundrechte im Einklang steht.[13] Die von *Dürig* begründete Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nimmt nicht Stellung zum Einfluß der Grundrechte auf die Gesetzgebung, der konsequenterweise bestehen muß, wenn ein Einfluß auf die Gesetzesauslegung beteht. *Dürig* bekämpft um der Eigenständigkeit des Privatrechts willen, das selbst Ausfluß der Grundrechte sei, die *Nipperdey*sche Lehre, ohne auf deren dogmatische Offenheit und die daraus resultierenden Differenzierungsmöglichkeiten näher einzugehen. Selbst wenn man *Dürig* darin zustimmt, daß das überkommene Privatrecht als solches eine wesentliche Freiheits- und Gleichheitsgarantie darstellt, muß das nicht unter jedem Aspekt zutreffen.

---

11) Ebenso *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S.358; ähnlich *Rüfner*, HStR V (1992), § 117 Rdnr. 58.

12) BAGE 7, 256, 260; 13, 168, 176; sehr deutlich BAGE 48, 122, 138 - 139: "Bei der Beantwortung der Frage nach dem, was Treu und Glauben jeweils gebieten, ist auch auf die in den Grundrechten des Grundgesetzes zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung der Verfassung Bedacht zu nehmen".

13) BAGE 24, 438, 441, enthält sich einer Stellungnahme zur Art und Weise der Drittwirkung.

II. Mehrdimensionales Freiheitsproblem und Staatsrichtung der Grundrechte

Je nachdem, wie weit man in die Geschichte der Grundrechte zurückgeht und worauf man eingeht, kann man die bloße Staatsgerichtetheit der Grundrechte nachweisen oder in der Freiheitsdiskussion noch früherer Zeiten eine umfassende Inbezugnahme des Rechts (einschließlich des Privatrechts) feststellen. *Kant* sieht das Privatrecht unter dem Prinzip der Einstimmung der Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen.[14] Das Preußische Allgemeine Landrecht schützt die natürliche Freiheit des Menschen, "sein eigenes Wohl ohne Kränkung der Rechte eines Anderen suchen und befördern zu können".[15] Auch bei *Carl v.Rotteck*[16] kommt noch die Mehrdimensionalität des Freiheitsproblems deutlich zum Ausdruck. Danach hat der Staat als Rechtsanstalt in dieser Eigenschaft "die Freiheit seiner Angehörigen als ein ihnen in allen Sphären der menschlichen Thätigkeit schon schlechthin als Personen zukommendes Recht anzuerkennen und zu schirmen". Habe sich der Staat "der selbsteigenen Eingriffe in die Freiheitsrechte seiner Angehörigen enthalten, so bleibt ihm noch übrig, dieselben auch gegen diejenigen zu schirmen, womit sie in ihrer Wechselwirkung untereinander selbst bedroht sein mögen". Das erläutert *v.Rotteck* wie folgt: Der Staat dürfe keine Leibeigenschaft dulden und nichts ähnliches mehr aufkommen lassen. Er solle ferner durch weise Gesetze und deren sorgsame Verwaltung die den Bürgern sonst noch und woher immer drohende Freiheitsbedrückung

---

14) *Kant,* Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (1797), ㎟ 5, 10, 18.

15) § 83 Einl. ALR (1794).

16) *v.Rotteck,* in: v.Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon, 2.Aufl. 1847, Bd.V, S.184, 186; ferner *ders.,* Lehrbuch des Vernunftrechts, Bd.II, 2.Aufl. 1840, S.78.

steuern, namentlich den Mißbrauch der Privat- und Gesellschaftsgewalt im Hause und in der Familie.[17]

Selbst wenn die Auffassung *v.Rottecks* auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 zum Ausdruck kommt,[18] sind die Privatrechtsbeziehungen der Rechtsgenossen im Laufe der Zeit mehr und mehr aus dem Blick der allgemeinen Freiheits- und Grundrechtsdiskussion herausgelöst worden. Das hängt mit dem Positivismus und den geglückten, den damaligen Verhältnissen entsprechend Freiheit und Gleichheit sichernden neueren Privatrechtskodifikationen zusammen.[19] Die Grundrechtsproklamationen der europäischen Staaten entsprangen "dem Bestreben, den antiabsolutistischen Lehren des Natur- und Vernunftrechts von der Begrenztheit der Staatsgewalt und von den unveräußerlichen Freiheits- und Gleichheitsrechten des Individuums einen gesetzgeberischen Ausdruck zu geben".[20] Der an diesen Proklamationen ausgerichtete klassische Grundrechtsbegriff war primär der des status negativus sive libertatis des Einzelnen, der sich gegen die öffentliche Gewalt wendet, ein Recht des Einzelnen auf eine staatsfreie Sphäre

---

17) Ähnlich noch *v.Rönne,* Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd.II, 4.Aufl. 1882, S.38; im Zusammenhang mit dem Schutz des Briefgeheimnisses wurde in der Paulskirche die Drittwirkung erörtert, vgl. *Scholler* (Hrsg.), Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche, 1973, S.20.

18) Vgl. Art. 2, 4; in den amerikanischen Rechteerklärungen ist das Freiheitsproblem einseitig im Verhältnis Bürger - Staat formuliert, was auf der ungebrochenen common-law-Tradition beruht, aus der heraus die Freiheitsprobleme zwischen den Bürgern zu lösen waren.

19) Vgl. *R.Scheyhing,* AcP 158 (1959/60), S.503, 521ff.; Zweigliederung der Freiheit in privatrechtlichen und staatsrechtlichen Aspekt bei *O. v.Gierke,* Die Grundbegriffe des Staatsrechts (1874), zitiert nach der Ausgabe 1915, S.109f., wobei im staatsrechtlichen Bereich das subj. Recht stark zurücktritt (vgl. S.106).

20) *Thoma,* in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I (1930), S.15.

statuiert und die Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die individuelle Rechtssphäre begrenzt.

Die Grundrechtsbestimmungen sollten nicht Maßstäbe setzen oder Schranken ziehen für die Rechtsbeziehungen der einzelnen Staatsbürger untereinander; sie waren keine allseitigen Freiheits- und Gleichheitsverbürgungen, keine drittbezogenen oder drittgerichteten, sondern staatsbezogene oder staatsgerichtete Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen. Dies zeigt sich bis in die Formulierungen der Grundrechte hinein und findet deutlich Ausdruck in Art.1 Abs.3 GG, der eine *unmittelbare* Bindung an die Grundrechte nur für die öffentliche Gewalt vorschreibt.

Die Weimarer Reichsverfassung gewährte ebenfalls Grundrechtsschutz gegen den Staat; hiervon gab es zwei bemerkenswerte Ausnahmen in Art.118 Abs.1 S. 2 und Art.159 S. 2 GG für die Meinungsäußerungsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit, die gegen nichtstaatliche "soziale Gewalten" ausdrücklich geschützt wurde. Diese Ausnahmen bestätigten den im übrigen staatsgerichteten Charakter der Grundrechte. Die Gleichheit von Männern und Frauen hingegen war nur auf die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten bezogen (Art. 109 Abs. 2 WRV) und beeinflußte nicht das Ehe- und Familienrecht. Die zuletzt genannten Beispiele zeigen deutlich, wie sich einige Grundrechte durchaus auch zum Zivilrecht verhalten und auf Grund ihres höheren Ranges (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) das Zivilrecht beeinflussen. Das Grundgesetz hat in Art. 3 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 117 Abs. 1 GG eine klare Entscheidung in Abweichung von der Weimarer Verfassung und vom damals geltenden Ehe- und Familienrecht getroffen, die das Zivilrecht beeinflussen mußte, soweit in ihm die Beziehungen zwischen Mann und

Frau geregelt werden.

III. Ausdrücklich privatrechtsbezogene Grundrechte

Wie die genannten Beispiele zeigen, gewährleisten bzw. gewähren einige Grundrechte nicht nur Abwehransprüche gegen den Staat, sondern auch gegen Private durch den Schutz, sich in Gewerkschaften zusammenzuschließen (Art. 9 Abs. 3 S.3 GG), oder übertragen dem Staat Schutzpflichten[21] im Hinblick auf die Menschenwürde (Art.1 Abs.1 S. 2 GG) und auf Ehe und Familie sowie die Mütter (Art.6 Abs.1 und Abs.4 GG); sie enthalten Gewährleistungspflichten für die ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) sowie für Eigentum und Erbrecht (Art.14 Abs.1 GG). In zwei Grundrechten wird der Staat verpflichtet, Gleichheit zu verwirklichen: Art.3 Abs.2 S. 1 GG i.V. mit Art.117 Abs.1 und Art.6 Abs.5 GG. Diese Schutz- und Gleichberechtigungsaufträge wirken unmittelbar ins Zivilrecht, wo die entsprechende Materie geregelt ist.[22] Bezeichnenderweise handelt es sich bei den genannten Grundrechten nicht (nur) um klassische Abwehrrechte, sondern um Gleichheitsrechte bzw. um Rechte, deren Verwirklichung eine entsprechende Gestaltung gerade des Zivilrechts verlangt. Das gilt auch für die Garantie des elterlichen Erziehungsrechts in Art. 6 Abs. 2 GG,

---

21) Hierauf machte frühzeitig *Dürig* aufmerksam, vgl. AöR 81 (1956), 117, 118f.; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art.1 Rdnr. 131; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

22) BVerfGE 3, 225, 242ff.; 25, 167, 196ff.; erwogen in BVerfGE 49, 304, 319f. Vgl. die Darstellung bei *Götz*, in: Heyde/Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 51 ff. Zum Schutz durch Strafrecht vgl. BVerfGE 39, 1, 41f.

der Einfluß auf das Familienrecht hat.[23] Mit diesen Überlegungen lassen sich bereits einige sog. Drittwirkungsprobleme lösen, ohne daß die Grundrechtsgeltung pauschal auf das Gebiet des Privatrechts ausgedehnt und dann nicht selten willkürlich wieder eingeschränkt werden müßte.[24]

IV. Rücksicht des Privatrechts auf die objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte

Neben den genannten besonderen Verfassungsnormen, die ausdrücklich auf das Privatrecht einwirken, läßt sich auf einem weiteren Weg ein normativer Einfluß des Verfassungsrechts auf das Privatrecht begründen. Dabei ist zunächst daran festzuhalten, daß die im Grundgesetz formulierten Grundrechte das Staat-Bürger-Verhältnis betreffen.[25] Denn die Grundrechte sind die besondere verfassungsrechtliche Antwort auf die historische Erfahrung, daß die öffentliche Gewalt die Freiheit der Bürger zu verletzen geneigt ist. Es gibt aber - wie bereits erwähnt - nicht nur Freiheits- und Gleichheitsprobleme im Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern auch im Verhältnis der Bürger untereinander, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Geschlechtsverschiedenheit und der verschiedenen sozialen Mächtigkeit. Zu diesen Problemen, die bei der Entstehung des Grundgesetzes 1948/49 noch aus der Diskussion der Weimarer Zeit bekannt waren,[26] hat sich

---

23) BVerfGE 24, 119, 143 ff.; 56, 363, 381 ff.; 64, 180, 187 ff.; 84, 168, 179; 92, 158, 176 ff.

24) Oder sonstige Kunstgriffe benutzt werden müßten, wie sie z.B. das BAG entwickelt hat, um Tarifverträge dem Art.3 Abs.2 zu unterwerfen (BAGE 1, 258, 262; 4, 240, 252).

25) Deutlich zuletzt wieder BVerfGE 52, 131, 165f.

das Grundgesetz - von der Ausnahme der Art.3 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 9 Abs.3 GG abgesehen - nicht geäußert, sondern hat insoweit auf das übernommene Zivilrecht und den zukünftigen Zivilrechtsgesetzgeber vertraut. Diese Entscheidung muß man ernst nehmen und der Grundrechtsauslegung zugrunde legen. Insbesondere kann hier nicht mit der Zauberformel vom Verfassungswandel gearbeitet werden; denn eine wesentliche Wandlung der Verhältnisse seit der Weimarer Zeit, die man bei Entstehung des Grundgesetzes vor Augen hatte, als der Grundrechtskatalog formuliert wurde, ist nicht eingetreten.

Ohne diesen Feststellungen Abbruch zu tun, muß jedoch an den Gedanken angeknüpft werden, daß Verfassung und Privatrecht nicht beziehungslos nebeneinander stehen.[27] Wenn auch im Verkehr der Rechtsgenossen untereinander Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Eigentum beachtet werden müssen, so folgt dies nicht aus einer unmittelbaren Grundrechtsbindung aller Staatsbürger, die gesetzlich konkretisiert worden ist, sondern aus den überkommenen Regeln menschlichen Zusammenlebens, auf denen *auch* die Grundrechte beruhe n.[28] Das im Grundgesetz zum Ausdruck gebrachte *Menschenbild* ist also

---

26) Vgl. die Nachweise in *v. Mangoldt/Klein*, I, S.62; so kann man die Freiheitsrechte nicht als Ausdruck brügerlicher Staatsferne in Deutschland charakterisieren, wie dies *Scheuner*, E.R. Huber-FS 1973, S.147, tut.

27) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art.1 Rdnr. 127ff.; *Maunz/Zippelius*, Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, S.134; *Zippelius*, in: BK, Art.1 Rdnr. 34f.; vgl. ferner allgemein *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 329, FN49; *Schmidt-Salzer*, NJW 1970, 8, 10f.; *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988; *Stern*, Staatsrecht III/1,1988, S. 1563 ff.; *Rüfner*, HStR V (1992), § 117 Rdnr. 62 ff.

28) Zu weitgehend und von den möglichen Ergebnissen her zu unpräzise ist der Versuch von *Rupp*, AöR 101 (1976),161, 170, von der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte her deren Einfluß auf das Privatrecht zu begründen.

nicht nur Grundlage für die Grundrechte im Bürger-Staat-Verhältnis, sondern auch Basis für die Gestaltung des Zivilrechts.[29] Das kommt im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie dadurch zum Ausdruck, daß Art.1 Abs.1 GG auch die Pflicht des Staates statuiert, die Menschenwürde zu schützen, d.h. auch im Verhältnis der Rechtsgenossen untereinander sicherzustellen.

Diese Begründung schließt eine analoge Anwendung der nicht auf das Zivilrecht bezogenen Grundrechte im Privatrechtsverkehr aus. Es geht immer nur um Rücksicht des Privatrechts auf das in den Grundrechten zum Ausdruck gebrachte Menschenbild. Das Bundesverfassungsgericht sieht dieses in der sog. *objektiv-rechtlichen Wirkung der Grundrechte* verankert.[30] Diese Lösung des mit der sog. Drittwirkung angeschnittenen Problems hat den Vorzug, daß die auf das Bürger-Staat-Verhältnis zugeschnittenen Grundrechte nicht verbogen werden müssen (rechtsdogmatische Klarheit) und daß der Rückgriff auf das in den Grundrechten zum Ausdruck kommende Menschenbild jede gewaltsame Pauschallösung vermeidet (Praktikabilität). Über die das Zivilrecht betreffenden ausdrücklichen Schutz- und Gleichberechtigungsaufträge hinaus bedarf der verfassungsgerichtlich oder fachgerichtlich festgestellte Einfluß der Grundrechte auf das Privatrecht einer besonderen Begründung.

Den Einfluß der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung über besondere Schutz- und Gleichberechtigungsauftrge sowie ber das in den Grundrechten zum Ausdruck kommende Menschenbild bzw. die objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte hat in erster Linie der

---

29) BVerfGE 52, 131, 165f., spricht von Wertordnung.
30) BVerfGE 7, 198, 205.

Gesetzgeber im Wege der Gesetzgebung zu realisieren.[31] Zur Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe ist der Fachrichter zuständig:[32] Dieser entscheidet den einzelnen Fall und verwirklicht dabei die der Rechtsprechung aufgetragene Einzelfallgerechtigkeit im Rahmen des Gesetzes. Das Bundesverfassungsgericht darf nur prüfen, ob die fachrichterliche Entscheidung - zur Norm verallgemeinert - mit dem heranzuziehenden für das Privatrecht relevanten Gedanken aus dem einschlägigen Grundrecht vereinbar ist.[33]

Über den notwendigen Ausgleich von Rechtspositionen kann hier allgemein nur gesagt werden, daß die jeweilige Tiefe (Intensität) des Eingriffs in eine Rechtsposition eingehend analysiert[34] und der Ausgleich unter bestmöglicher Wahrung der einander gegenüberstehenden Positionen getroffen werden muß.[35] Beispiele sind:

—Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote (Art.3 Abs.3 GG) sowie Verbot der Sittenwidrigkeit,[36]

---

31) Z.B. BVerfGE 14, 263ff.; 39, 1ff.; 73, 261, 270; *Götz*, in: Heyde/Starck (Anm. 22), S. 46 ff; *Badura*, Odersky-FS 1996, 159, 172 f.

32) Z.B. BVerfGE 7, 198ff.; 35, 202ff.; *Götz*, in: Heyde/Starck (Anm. 22), S. 58 ff.

33) Vgl. *Starck*, JZ 1996, 1033, 1039 f.

34) *Rfner*, BVerfG-FS II (1976), S.465ff.; hnlich *Bethge*, Zur Problematik der Grundrechtskollisionen, 1977, S.323; *Schwabe*, Probleme Grundrechtsdogmatik, 1977, S.317f.

35) *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 354f.; *F.Müller*, Normativität und Normstruktur, 1966, S.213 m.w.N.; aus der Rspr. BVerfGE 35, 202, 219 244.

36) BVerfGE 89, 214, 230; vgl. dazu *G. Spieß*, Inhaltskontrolle von Verträgen - das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung, DVBl. 1994, 1222 ff.; *J. Gernhuber*, Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, 1086; *P. Derleder*, Unterlegenenschutz im Vertragsrecht, KritJ 1995, 320, 325 f.; *R. Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133, 1136.

—Dauerschuldverhältnis und Tätigkeitsvorbehalte, die aus der Menschenwürde fließen,

—Meinungsäußerungsfreiheit und Schädigungsverbote,[37]

—freie Berichterstattung und Persönlichkeitsrecht,[38]

—Kunstfreiheit und Menschenwürde,[39]

—Eigentum des Kleinaktionärs und Eigentum des Großaktionärs,[40]

—Vertragsfreiheit und strukturelle Unterlegenheit eines Vertragspartners.[41]

Diese Beispiele zeigen, daß auch das Zivilrecht selbst Regeln für den Ausgleich zur Verfügung stellt. Sowohl die erforderliche Analyse wie die Differenziertheit des Ausgleichs verweisen auf case law, das im letzten Abschnitt behandelt wird.

V. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfasusngsrechts

1. Vertragsrecht

Im deutschen Handelsrecht gibt es eine Norm, nach der der Unternehmer mit dem Handelsvertreter vereinbaren kann, daß dieser nach Beendigung des Vertragsverhltnisses für einen Zeitraum von längstens zwei Jahren in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt ist. Solch eine Wettbewerbsabrede soll den Unternehmer vor Konkurrenz durch seinen

---

37) BVerfGE 7, 198, 203f.; 62, 230, 243 ff.
38) BVerfGE 35, 202, 219.
39) BVerfGE 30, 173, 195ff.
40) BVerfGE 14, 263, 282.
41) BVerfGE 89, 214, 232 f (Brgschaft); BVerfGE 97, 169, 175 (Vertragsfreiheit und Kündigungsschutz).

ehemaligen Handelsvertreter schützen, der dafür eine angemessene Entschädigung bekommt. Der Unternehmer braucht diese Entschädigung jedoch nicht zuzahlen, wenn er den Vertrag aus wichtigem Grunde wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters gekündigt hat.

Diese Regelung hielt das Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).[42] Der Gesetzgeber müsse das Wettbewerbsverbot nach Beendigung des Vertrages so regeln, daß einerseits für die Interessenwahrnehmung auf seiten der Unternehmer ausreichender Spielraum bleibe, andererseits aber die Verhandlungsschwäche auf seiten der Handelsvertreter ausgeglichen werde. Das Regelungsermessen des Gesetzgebers sei nach beiden Seiten begrenzt, weil es sowohl für die Unternehmer als auch für die Handelsvertreter um grundrechtlich geschützte Positionen gehe. Weder Freiheitsbeschränkung noch Freiheitsschutz dürften in einer solchen Wechselbeziehung unverhältnismäßig sein.

Diese Argumentation zeigt in aller Deutlichkeit, wie weit die Grundrechte ins Zivilrecht vorgedrungen sind. Die notwendigen Interessenabwägungen und das Ausmaß der zu lassenden Freiräume der Vertragsschließenden werden durch die Grundrechte regiert, so wie sie das Bundesverfassungsgericht auslegt.

Die Karenzentschädigung hält das Bundesverfassungsgericht für besonders geeignet, die gegenläufigen Interessen auszugleichen, ohne übermäßig in die Vertragsfreiheit einzugreifen. Zugunsten des Handelsvertreters werde berücksichtigt, daß dieser auf die Nutzung seiner Berufsfreiheit zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage

---

42) BVerfGE 81, 242, 260 ff.

angewiesen sei, bei weitgehenden beruflichen Beschränkungen also eines finanziellen Ausgleichs bedürfe. Dem Unternehmer bleibe die freie Entscheidung, ob er auf die Wettbewerbsunterlassung verzichte oder auf ihr bestehe und zahle. Letzten Endes wurde die gesetzliche Regelung vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, weil die undifferenzierte und vollständige Verweigerung einer Vergütung für jedwede Fallgestaltung und für die Höchstdauer von zwei Jahren keine sachliche Grundlage in den Besonderheiten einer vorzeitigen und verschuldeten Vertragsbeendigung finde. Eine solche Sanktion sei nicht erforderlich, um einem wettbewerbsrechtlichen Nachteil des kündigenden Unternehmers zu begegnen. Dem Handelsvertreter sei sie wegen ihrer einschneidenden Folgen vielfach unzumutbar. Sie wirke also in dieser Allgemeinheit unverhältnismäßig.

2. Deliktsrecht

Erich Lüth, damals Vorsitzender des Hamburger Presseklubs, hatte sich im Jahre 1950 mehrfach öffentlich gegen Veit Harlan gewandt, der während des Dritten Reichs den antisemitischen Film "Jud Süß" gedreht hatte, und Verleiher, Kinobesitzer sowie das Publikum aufgefordert, dessen neuen Film "Unsterbliche Geliebte" zu boykottieren. Lüth wurde wegen sittenwidriger Aufforderung zum Boykott unter Androhung einer Geld- oder Haftstrafe dazu verurteilt, derartige Boykottaufrufe knftig zu unterlassen. § 826 BGB, der diesem Urteil zugrunde lag, verpflichtet zum Ersatz des Schadens, den jemand einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich zugefügt hat, und gewährleistet gleichzeitig in Verbindung mit § 1004 BGB einen entsprechenden Unterlassungsanspruch.

Das Bundesverfassungsgericht gab der gegen das zivilgerichtliche Urteil gerichteten Verfassungsbeschwerde statt, weil dieses Urteil mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar sei.[43)]

Zur Begründung führte das Bundesverfassungsgericht aus, da die Grundrechte zwar in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat seien. Jedoch habe das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein wolle, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet, worin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck komme. Dieses Wertsystem müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. So beeinflusse es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zu ihm stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden. Bei der Anwendung der materiellen zivilrechtlichen Vorschriften habe der Richter deshalb zu prüfen, ob diese Normen in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflußt seien. Treffe dieses zu, dann habe er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten. Dies gelte vor allem für Generalklauseln wie § 826 BGB, die zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auch auf außerrechtliche Maßstäbe wie die guten Sitten verwiesen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Verhaltensweise den guten Sitten entspreche, habe sich der Richter folglich an jene grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien zu halten, die er im

---

43) BVerfGE 7, 198.

Grundrechtsabschnitt der Verfassung finde. Innerhalb dieser Wertordnung, die zugleich eine Wertrangordnung sei, müsse auch die hier erforderliche Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und den seine Ausübung beschränkenden Rechten und Rechtsgütern vorgenommen werden.

Mit Blick auf diese Erwägungen gelangte das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, daß das Zivilgericht bei seiner Beurteilung des Verhaltens Lths die besondere Bedeutung verkannt habe, die dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung auch dort zukomme, wo es mit privaten Interessen anderer in Konflikt trete. Das zivilgerichtliche Urteil wurde deshalb aufgehoben, die Verfassungsbeschwerde Lüths hatte Erfolg.

3. Vereinsrecht

Nach deutschem Vereinsrecht erlangt ein Verein die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Eine Eintragung in das Vereinsregister erfolgt nur, wenn der Verein bestimmte, in § 21 ff BGB aufgeführte Voraussetzungen erfüllt und seine Satzung mit dem Grundsatz der Selbständigkeit und Selbstverwaltung des Vereins (Vereinsautonomie) vereinbar ist.

Die Religionsgemeinschaft der Bahá'í wird in Deutschland durch einen Nationalen Geistigen Rat vertreten, als dessen Untergliederungen auf gemeindlicher Ebene Örtliche Geistige Räte gewählt werden. Der Antrag eines solchen Örtlichen Geistigen Rats auf Eintragung in das Vereinsregister wurde von den zuständigen Gerichten abgewiesen. Begründet wurde die ablehnende Entscheidung insbesondere damit, daß

die Satzung Regelungen enthalte, durch die dem Nationalen Geistigen Rat das Entscheidungsrecht über den Ausschluß von Mitgliedern, Satzungsänderungen, die Vereinsauflösung und andere Vereinsbelange übertragen werde. Ein derart umfassender Fremdeinfluß auf die Organisation eines Vereins sei unzulässig und mit dem Grundsatz der Vereinsautonomie nicht vereinbar. Gegen die eine Eintragung in das Vereinsregister ablehnenden gerichtlichen Entscheidungen wurde u.a. mit der Begründung Verfassungsbeschwerde eingelegt, der institutionelle Aufbau der weltweiten Bahá'í-Gemeinschaft beruhe auf einem göttlichen Stiftungsakt und könne deshalb nicht verändert werden. Dies sei bei der Auslegung und Anwendung des Vereinsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht hinreichend berücksichtigt worden.

Das Bundesverfassungsgericht gelangte zu dem Ergebnis, daß die Entscheidungen der Gerichte der Bedeutung des in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 140 GG/137 Abs. 2 und 4 WRV gewährleisteten Grundrechts der religiösen Vereinigungsfreiheit für die Auslegung (und Handhabung) des Vereinsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gerecht geworden seien und dadurch die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten verletzten.[44)]

Die religiöse Vereinigungsfreiheit gebiete, das Selbstverständnis der Religionsgesellschaft, soweit es durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt sei, bei der Auslegung und Handhabung des einschlägigen Rechts, hier des Vereinsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs, besonders zu berücksichtigen. Spielräume bei der Auslegung der entsprechenden Normen seien deshalb, soweit erforderlich, zu Gunsten der

44) BVerfGE 83, 341.

Religionsgesellschaften zu nutzen. Dies dürfe allerdings nicht dazu führen, daß die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die Rechte anderer vernachlässigt würden. Unvereinbar mit der religiösen Vereinigungsfreiheit wäre jedenfalls eine Auslegung, durch die eine Religionsgesellschaft mit Blick auf ihre innere Organisation von der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr gänzlich ausgeschlossen oder diese nur unter Erschwerungen ermöglicht würde, die unzumutbar seien.

Diesem normativen Gehalt der religiösen Vereinigungsfreiheit seien die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht geworden. Zunächst müsse bei der Auslegung der vereinsrechtlichen Vorschriften berücksichtigt werden, daß auch in der satzungsmäßigen Beschränkung des Selbstverwaltungsrechts des Vereins eine Ausübung der Vereinsautonomie erblickt werden könne. Zudem liege es mit Blick auf die vielfach zu beobachtende glaubensgebundene hierarchische innere Organisation von Religionsgesellschaften nahe, daß Vereine, die Teilgliederungen von Religionsgemeinschaften seien, oder mit ihnen in besonderer Verbindung stünden, sich in die Hierarchie ihrer Religionsgemeinschaft einfügen wollten. Insbesondere die Einordnung von Teilgliederungen von Religionsgesellschaften in die Strukturen der übergeordneten Religionsgesellschaft, die sich bei einem religiösen Verein gerade als Ausdruck der religiösen Selbstbestimmung der Mitglieder in ihrem gemeinsamen Glauben darstelle, müsse nicht schlechthin als Preisgabe der Selbstbestimmung des Vereins beurteilt werden. Die Grenze sei erst dort erreicht, wo Selbstbestimmung und Selbstverwaltung des Vereins nicht nur in bestimmten Hinsichten, wie sie sich aus der religionsrechtlich vorausgesetzten hierarchischen Einordnung ergeben, sondern darüber hinaus in so weitem Umfang ausgeschlossen seien, daß

der Verein nicht mehr vornehmlich vom Willen der Mitglieder getragen würde.

Hiernach lasse es das Vereinsrecht zu, bei einem als Teilgliederung einer Religionsgesellschaft konstituierten religiösen Verein Einschränkungen der autonomen Auflösungs-, Ausschließungs- oder Betätigungsbefugnis nicht als mit der Vereinsautonomie unvereinbare Fremdbestimmung von außen anzusehen, sofern sie der Sicherung der Einordnung in die größere Religionsgemeinschaft im Rahmen der bestehenden religionsrechtlichen Verknüpfungen dienten und sich darauf beschränkten. Bei einer solchen Begrenzung der Eingriffsbefugnisse einer hierarchisch übergeordneten Instanz bleibe noch ein hinreichender Bestand an Selbstbestimmung und Selbsttätigkeit des Vereins gewahrt. Die Ablehnung der Eintragung ins Vereinsregister verletze danach die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht der religiösen Vereinigungsfreiheit.

4. Eigentumsrecht

Nach § 564 b BGB darf ein Mietverhältnis über Wohnraum vom Vermieter nur dann gekündigt werden, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Ein solches berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ist dann anzunehmen, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, die zu seinem Hausstand gehörenden Personen oder seine Familienangehörigen benötigt (Kündigung wegen Eigenbedarfs). Auf der Grundlage dieser Vorschriften wurde, nachdem ihm wegen Eigenbedarfs gekündigt worden war, ein Mieter zur Räumung seiner bisherigen Wohnung verurteilt. Die Vermieterin hatte ihren Eigenbedarf damit begründet, daß sie die Wohnung für ihren Sohn benötige, weil sie

aufgrund ihres schlechten Gesundheitszustandes darauf angewiesen sei, ihren Sohn in nächster Nähe zu haben. Dieser Argumentation hatte der Mieter ohne Erfolg entgegengehalten, daß der Sohn der Vermieterin schon jetzt in einem Nachbarhaus wohne, seine Mutter also innerhalb kürzester Zeit erreichen könne, weshalb vom Bestehen eines die Kündigung rechtfertigenden Eigenbedarfs nicht ausgegangen werden könne. Mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen das Räumungsurteil rügte der Beschwerdeführer u.a. eine Verletzung seines Grundrechts auf Eigentum gemäß Art. 14 GG.

In der entsprechenden Entscheidung nahm das Bundesverfassungsgericht zu der Frage Stellung, ob das aus einem Mietvertrag folgende Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sei.[45] Diese Frage wurde vor allem deswegen bejaht, weil die Wohnung für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz sei. Der einzelne sei auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Da ein Großteil der Bevölkerung zur Deckung seines Wohnbedarfs jedoch nicht auf Eigentum zurückgreifen könne, sondern gezwungen sei, Wohnraum zu mieten, erfülle das Besitzrecht des Mieters Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukämen. Es stelle eine privatrechtliche Rechtsposition dar, die dem Mieter wie Sacheigentum zugeordnet sei.

Aufgrund des Umstandes, daß sich der Mieter ebenso wie der Vermieter auf das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen könne, bestehe die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung

---

45) BVerfGE 89, 1 ff.

des Mietrechts. Der Gesetzgeber müsse in Erfüllung seines Auftrages zur Bestimmung des Inhalts und der Schranken des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die beiden miteinander konkurrier- enden Eigentumspositionen inhaltlich ausgestalten, gegeneinander abgrenzen und die jeweiligen Befugnisse so bestimmen, daß die beiden Eigentumspositionen angemessen gewahrt würden. Der Gesetzgeber müsse mithin die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.

Für den Regelfall der ordentlichen Kündigung habe der Gesetzgeber die notwendige Interessenabwägung vor allem mit § 564 b BGB vorgenommen. Er habe dabei sowohl die Belange des Mieters, nämlich sein Bestandsinteresse, als auch die des Vermieters, nämlich sein Selbstbenutzungsinteresse, in angemessener Weise berücksichtigt. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung eines der Vertragspartner sei nicht erkennbar.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Eigentumspositionen von Mieter und Vermieter sei auch im Rahmen der Auslegung und Anwendung des § 564 b BGB durch die Fachgerichte zu beachten. Diese müßten die verfassungsrechtlich gebotene und im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachte und unverhältnismäßige Eigentumsbeschr- änkungen vermeide. Hieraus folge, daß das Gericht Einwänden des Mieters gegen das Bestehen eines Eigenbedarfs des Vermieters in einer Weise nachzugehen habe, die der Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses gerecht werde. Das Gericht müsse also beispielsweise nachprüfen, ob der Selbstnutzungswunsch ernsthaft verfolgt werde, ob der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht sei, oder ob er zwar

vorhanden sei, jedoch die Möglichkeit in Betracht komme, ihn ohne Inanspruchnahme der gekündigten Wohnung zu befriedigen, etwa weil eine andere im Eigentum des Vermieters stehende Wohnung frei sei, in der der geltend gemachte Wohnbedarf ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden könne. Weil das Zivilgericht diesen Anforderungen gerecht geworden sei, blieb die Verfassungsbeschwerde des Mieters gegen das Räumungsurteil erfolglos.

5. Arbeitsrecht

Nach den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nur dann zulässig, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Dies ist nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes dann der Fall, wenn sie durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Darüber hinaus wird das Kündigungsrecht des Arbeitgebers im Kündigungss- chutzgesetz weiteren Beschränkungen unterworfen. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 des Kündigungsschutzgesetzes gelten diese das Kündigungsrecht des Arbeitgebers beschränkenden Bestimmungen aber nicht für Kleinbetriebe, d.h. für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Das Bundesverfassungsgericht, das auf Verfassungsbeschwerde eines Arbeitnehmers über die Verfassungsmäßigkeit dieser sog. Kleinbetriebsklausel zu befinden hatte, nahm eine Prüfung der entsprechenden Vorschrift am Maßstab des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vor.[46] Es führte aus, das Grundrecht der

46) BVerfGE 97, 169.

Berufsfreiheit begründe zwar weder einen Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes noch eine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz und gewährleiste dementsprechend auch keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Jedoch obliege dem Staat eine aus dem Grundrecht folgende Schutzpflicht, nämlich eine Pflicht zum Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigung durch den Arbeitgeber.

Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel als einer das private Vertragsrecht ausgestaltenden Norm sei zu berücksichtigen, daß diese Norm dem Ausgleich widerstreitender Interessen diene, die regelmäßig beide grundrechtlich verankert seien. So stehe dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprächen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Der Arbeitgeber übe dadurch regelmäßig seine Berufsfreiheit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG aus, die auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit umfasse. Für den Gesetzgeber stelle sich damit ein Problem praktischer Konkordanz. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam würden. Dabei sei dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt, dessen Grenzen erst dann überschritten seien, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet werde, daß in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden könne.

Das sei im Fall der Kleinbetriebsklausel jedoch nicht der Fall. Weil der Arbeitsplatz die wirtschaftliche Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer und seine Familie sei, seien bei einer Regelung des Kndigungsschutzes auf seiten des Arbeitnehmers zwar gewichtige Belange berührt, jedoch sei auf der anderen Seite auch das Kündigungsrecht des Kleinunternehmers in hohem Maße schutzwürdig, weil in einem Kleinbetrieb dem Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein besonderer Stellenwert zukomme und der Geschäftserfolg mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer abhänge. Den Arbeitnehmern in Kleinbetrieben sei das größere rechtliche Risiko eines Arbeitsplatzverlustes angesichts der schwerwiegenden und grundrechtlich geschützten Belange der Arbeitgeber deshalb zuzumuten.

Dies gelte um so mehr, weil die Arbeitnehmer durch die Herausnahme aus dem gesetzlichen Kündigungsschutz nicht völlig schutzlos gestellt seien; denn sie seien durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt, wobei diese Generalklauseln ihrerseits im Lichte der Grundrechte auszulegen seien. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition sei damit in jedem Fall gewährleistet.

6. Schlußbemerkung

Die hier geschilderten Fälle zeigen, daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu geführt hat, daß fast alle Gebiete des Schuldrechts inzwischen grundrechtlich durchdrungen sind. Damit sind das Zivilrecht und die Zivilgerichtsbarkeit der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen. In Ländern ohne besondere

Verfassungsgerichtsbarkeit, die über Individualbeschwerden entscheidet, würde das Oberste Gericht das letzte Wort sprechen. Die Wertung von gegenläufigen Interessen muß dann nicht auf Grundrechte gestützt werden, wie das in Deutschland der Fall ist, weil das Bundesverfassungsgericht nur Verfassungsrecht zum Maßstab seiner Entscheidungen nehmen darf.

基本權과 私法*

(Grundrechte und Privatrecht)

Professor Dr. Christian Starck** 글
계 희 열*** 옮김

《目 次》

Ⅰ. 여러 가지 제3자효이론
Ⅱ. 다차원적 자유의 문제와 기본권의 대국가성
Ⅲ. 명시적으로 사법과 관련된 기본권들
Ⅳ. 기본권의 객관(법)적 효력에 대한 私法의 고려
Ⅴ. 연방헌법재판소 판례에서의 사례들
1. 契約法
2. 不法行爲法
3. 團體法
4. 財産權
5. 勞動法
6. 結論

Ⅰ. 여러 가지 제3자효이론

기본권이 사인간의 법적 관계에 영향을 미치는지의 문제가 독일에서는 기본권의 제3자효라는 제목으로 다루어지고 있다. 여러 가지 제3자효이론들은 사법상의 법적 주체들이 기본권에 대하여 상당히 강한 구속을 받는 이유를 설명하고자 한다. 사인 상호간의 관계만이 아니라 민법을 제정하는 입법자와 민사분쟁을 재판하는 판사들의 지위가 이러한 고찰들의 출발점을 이룬

---

* 이 글은 Christian Starck 교수가 2000년 3월 15일 고려대학교 법과대학에서 'Grundrechte und Privatrecht(기본권과 사법)'이라는 주제로 강연한 내용을 번역한 것이다.

** 독일 Göttingen대학교 법과대학 교수
*** 고려대학교 법과대학 교수 · 법학박사

다. 하지만 결과적으로 항상 제3자효이론들은 간접적으로 기본권합치적인 사법제정에 의해서이건 아니면 기본권합치적인 민사재판에 의해서이건 사인의 기본권구속의 정도를 결정하게 된다. 제3자효이론 문제의 첫 번째 어려움은 문제의 해결을 위하여 전개된 이론들의 작명에서부터 시작된다. 효력의 구별을 위하여 별로 적합하지 아니한 "직접"과 "간접"이라고 하는 표현들이 제3자효를 위하여서도 사용되지 않을 수 없다.

일부 학설과 연방노동법원은 (몇개의) 개별 기본권이 사법관계에 대하여 직접적인 제3자효를 갖는다고 본다.[1] 이러한 구속은 기본권이 전체 법질서에 대하여 객관적인 원칙규범의 기능을 가진다는 점으로부터 나온다는 것이다. 직접 효력설[2]의 다른 입장은 사적 자치의 국가적 보장을 그 근거로 삼는다.[3] 즉 국가는 법규정, 법원의 재판과 집행행위를 통해서 사법 영역에서 활동하는 경우에는 기본권을 존중하여야 한다는 것이다. 즉 국가의 입법 및 민사재판를 통한 제3자효이다. 평등취급의무는 사법체계를 완전히 뒤바꾸어 버릴 것이기 때문에 보통 사법에서는 이러한 일반적인 헌법적 평등원칙을 적용시키지 않으려고 함으로써 기본권의 직접효력설은 평등원칙의 딜렘마에 대하여 대처한다.[4] 사적자치는 보통의 경우 평등의 원칙 보다 상위에 놓여진다. 사법에 있어서 기본권의 직접효력설의 장점은 사법에 대한 기본권의 영향이 입법과 법적용에 똑같이 관계된다는 점에서 찾을 수 있다.

사법질서에 대한 기본권의 간접효력설은 기본권의 가치를 사법규범의 해

---

1) Ennecerrus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Hlb. Bd., 15. Aufl. 1959, S. 92 ff.; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13 ff.; 판례로는 BAGE 1, 185, 193 f.; 4, 274, 276 f.; 7, 256, 260; 13, 168, 174 ff.; 16, 95, 100 f.; 이 학설을 따르는 학자들에 대하여 언급하고 있는 것으로는 Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1531 f., 1538.

2) Schwabe, Drittwirkung, 1971, S. 16 ff., 67 ff.; ders., Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213.

3) 제3자효이론의 자세한 설명은 Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1518 ff.; Bleckmann, Staatsrecht II, 3. Aufl. 1989, S. 175 ff.와 각각의 인용들 참조; Oeter, AöR 119(1994), 529.

4) 예를 들어 BAGE 13, 103, 105.

석에 끌어들이기 위해서 구체화될 필요가 있는 (개방된) 법개념을 이용한다.[5] 간접효력설은 똑같이 헌법에 의하여 보호되고 있으며 다른 기본권, 특히 평등의 원칙을 위하여 희생되어서는 안되는 사적자치의 원칙을 존중한다. 연방헌법재판소가 이미 50년간 따랐던[6] 이 학설은 사법과 헌법은 관계가 없이 병존하는 것이 아니라 오히려 기본권은 객관적인 가치질서로서 모든 법 영역에 대하여 효력을 가진다고 하는 점에 근거하고 있다. 이 학설은 적당한 아무런 일반규정이 없을 경우에 민법에 있어서 기본권의 효력은 어떻게 되는 것인가의 문제에 대하여는 다루고 있지 않다.

두가지 이론들은 겉보기 보다는 별로 다르지 않다. "직접효력설"의 창시자인 Nipperdey는 현대 헌법이 가지고 있는 기본권의 의미변천에 대하여 언급하고 있다. 즉 헌법은 국가조직의 기초로 다 끝나는 것은 아니라는 것이다. 하지만 Nipperdey는 이러한 의미변천을 다음과 같이 명백하게 제한하고 있다. 즉 단지 "몇개의(!) 기본권규정만이 기본권으로서의 성격과 더불어 전체 법질서에 대하여 그리고 사법에 대하여서도 직접적으로 효력을 가지는 원칙규범(!)으로서의 중요한 기능을 가진다는 것이다.[7] 따라서 이러한 입장은 명백히 사법제정과 사법의 일반조항의 해석에 대한 기본권의 특별한 효력을 의미하는 것이다. 일찍이 Nipperdey는 기본권의 효력의 문제는 일정한 역사적 관점으로부터 일반적으로 기본법상의 기본권에 대하여 이렇게 또는 저렇게 결정될 수 없다는 점을 명백히 한 바 있다.[8] 오히려 오늘날 우리 공동체내에서 개별 기본권, 좀더 정확히 말하자면 기본권으로부터 개별적으로 도출되는 법원칙들이 가지는 구체적인 내용, 본질과 기능으로부터 출발해야 한다는 것

5) 특히 Dürig, Nawiasky-FS 1956, S. 157 f.; ders., DÖV 1958, S. 194 ff.; 그러나 BAGE 3, 296, 301; 그밖의 학자들에 대하여는 Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1532.

6) BVerfGE 7, 198, 205; 25, 256, 263; 34, 269, 280; 42, 143, 148; 49, 89, 142와 그곳의 인용들; 52, 131, 165 f.; 73, 261, 269; Classen, AöR 122(1997), 65 ff.의 설명 참조.

7) Nipperdey, in: Die Grundrechte IV/2(1962), S. 748 f.

8) Nipperdey, in: Die Grundrechte II(1954), S. 18.

이다.[9] 이러한 문제의식은 해석론이 제아무리 불안정[10]한 경우에도, 결정되어야 할 구체적인 모든 사례에서 합리적인 해결에 이를 수 있게 해 준다.[11]

연방노동법원은 직접효력설의 입장을 형식적으로 포기하지는 않았다. 하지만 그의 결정들을 보면 기본권에서 사법에도 효력을 가지며 일반규정을 통하여 사법에 영향을 미치는 일반적인 가치질서의 표현을 찾는 입장으로 선회하고 있다.[12] 이것은 또한 결정이유의 필체에서도 나타난다. 즉 동법원은 법적 상황을 우선적으로 민법에 따라서 심사하고 그리고 나서 私法的으로 발견된 해결방법이 기본권의 가치질서와 부합하는지 여부를 형량한다.[13] Dürig에 의하여 성립된 기본권의 간접효력설은 법률해석에 대하여 어떠한 영향이 있는 경우에는 당연히 존재해야 하는 입법에 대한 기본권의 영향에 대하여 별다른 입장을 표시하지 않고 있다. Dürig는 그 해석론적 개방성과 그로부터 나오는 상세화가능성에 대하여 더 이상 들어가지 않고서, 그 자체가 기본권의 성과라고 하는 사법의 독자성을 위하여 투쟁하고 있다. 전통적인 사법은 그 자체가 자유와 평등의 보장이라고 하는 점에 대하여 Dürig의 입장에 찬성을 한다 하더라도 이것은 모든 관점에서 타당한 것은 아니다.

Ⅱ. 다차원적 자유의 문제와 기본권의 대국가성

기본권의 역사를 얼마나 거슬러 올라가는가 그리고 이를 어떻게 다루는

---

9) 마찬가지로 외국의 헌법개정논의와 관련 네덜란드에 대하여는 Simons, EuGRZ 1978, 450, 454; 스위스에 대하여는 Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung 1977, S. 55; 이에 대한 보고로 Starck, Verfassungsstaat, S. 212 f.; Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1533 ff.

10) 특히 비판적으로는 Oeter, AöR 119(1994), 542 ff.

11) 마찬가지로 Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 358; Rüfner, HStR V(1992), § 117 Rdnr. 58.

12) BAGE 7, 256, 260; 13, 168, 176; 매우 분명하게 BAGE 48, 122, 138 - 139: "신의 성실이 그때 그때 무엇을 의미하는지에 대한 물음에 답하기 위해서는 기본법상의 기본권에 표현되어 있는 헌법의 가치결단을 고려해야 한다."

13) BAGE 24, 438, 441는 제3자효의 유형과 방법에 대하여 언급을 하지 않고 있다.

가에 따라서 기본권은 단순히 대국가성을 가진다는 점을 지적하거나 아니면 보다 이전시대의 자유에 대한 논의에 있어서는 (사법을 포함한) 법의 포괄적인 자유와의 관련성을 확인할 수 있다. Kant는 私法을 한 사람의 자유와 다른 사람의 자유가 일치한다는 원칙에서 파악하고 있다.[14] 프로이센의 일반 국법은 "그 자신의 행복을 다른 사람의 권리를 제한하지 않고서 추구할 수 있는"[15] 인간의 자연적 자유를 보호한다. 또한 Carl v. Rotteck[16]는 자유문제의 다차원성을 분명하게 보여주고 있다. 이에 따르면 법인격으로서의 국가는 그 속성상 "자신의 구성원의 자유를 인간활동의 모든 영역에서 그들에게 이미 직접적으로 인격으로서 귀속되는 권리로 받아들이고 보호"하여야 한다. 국가가 "그 구성원의 자유를 스스로 침해하는 것을 자제하였다면 그 구성원들의 자유를 그들 상호관계 가운데서 스스로 위협할 수도 있는 자들로부터 보호할 필요가 있다." 이것을 v. Rotteck는 다음과 같이 언급하고 있다. 즉 국가는 결코 노예의 신분을 감수해서는 안되며 그와 비슷한 어떤 것도 허용해서는 안된다. 나아가 국가는 현명한 법률과 면밀한 행정을 통해서 시민들을 계속하여 위협하는 자유에 대한 압제, 특히 가정과 가족내에서의 私權力과 共同體權力의 남용을 통제하여야 한다.[17]

v. Rottecks의 견해가 1789년의 프랑스 인권선언에서도 표현되고 있기는 하지만[18], 법공동체의 사법적 관계들이 시간이 흐름에 따라서 점점 더 일반적인 자유론과 기본권론적 시각으로부터 분리되어 나왔다. 이것은 실증주의와 그리고 당시의 상황에 맞게 자유와 평등을 잘 보장한 보다 새로운 사법

14) Kant, Metaphysik der Stten, Rechtslehre(1797), §§5, 10, 18.

15) § 83 Einl. ALR(1794)

16) v. Rotteck, in: v. Rotteck/Welcker, Staatslezikon, 2. Aufl. 1847, Bd. V, S. 184, 186; 나아가 ders., Lehrbuch des Vernunftsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 1840, S. 78.

17) 또한 비슷하게 v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. II, 4. Aufl. 1882, S. 38; 서신의 비밀보호와 관련하여 바울교회에서는 제3자효가 논의되었다. Scholler(Hrsg), Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche, 1973, S. 20.

18) 제2조, 제4조 참조; 미국의 인권선언에서는 이러한 자유의 문제가 일방적으로 시민과 국가와의 관계로 표현되고 있는데 이것은 깨지지 않는 common-law의 전통에 입각한 것으로서 시민들 상호간의 자유의 문제도 이러한 전통에 의하여 해결하려 하고 있다.

의 성문화와 관계가 있다.[19] 유럽 국가들의 기본권선언들은 "국가권력은 제한되어야 한다고 하는 반절대주의적 자연법과 이성법이론 및 개인의 자유권과 평등권은 불가양이라고 하는 이론을 입법적으로 표현하려는 노력"에 해당된다.[20] 이러한 선언에 지향되어 있는 고전적인 기본권개념은 주로 공권력에 대항하는 그리고 개인의 권리를 국가로부터 자유로운 영역에서 찾으며 개인적인 권리영역에 대한 국가의 침해가능성을 제한하는 개인의 소극적 지위 혹은 자유였다.

기본권규정들은 개별 국민 상호간의 권리관계에 대하여는 어떠한 기준이나 한계가 되지 못하였다. 기본권규정들은 모든 측면에서의 자유보장과 평등보장이 아니며, 또한 제3자와 관련하거나 제3자에 지향된 것이 아니라, 국가와 관련되거나 국가에 지향된 자유보장과 평등보장이었다. 이것은 기본권의 규정에 드러나고 있으며 단지 공권력에 대해서만 직접적인 기속력을 규정하고 있는 기본법 제1조 제3항에서 분명하게 표현되어 있다.

마찬가지로 바이마르 헌법은 대국가적 기본권보호를 보장하였다. 여기에 대한 두가지 주목할 만한 예외는 의사표현의 자유와 결사의 자유에 대한 제118조 제1항 제2문과 제159조 제2문에서 찾을 수 있다. 이러한 예외규정들은 그 밖의 경우에는 기본권이 대국가적인 것임을 입증해 주었다. 이에 반해서 남성과 여성의 평등은 국민의 권리와 의무와 관계되었을 뿐이며(바이마르 헌법 제109조 제2항), 혼인법과 가족법에 대하여 아무런 영향을 미치지 아니하였다. 전술한 예들은 몇가지 기본권들이 민법에 대하여서도 어떻게 취급되고 있으며 그리고 그 효력상 우위(기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항)를 근거로 해서 민법에 어떻게 영향을 미치는지를 분명하게 보여주고

19) Vgl. R. Scheying, AcP 158(1959/60), S. 503, 521 ff.; 사법과 공법적 관점에서의 자유의 이분론에 대하여는 O. v. Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts(1874), 1915년판 S. 109 f. 에서 인용. 이 경우 공법영역에서 주관적인 권리가 매우 위축되고 있다(S. 106 참조).

20) Thoma, in: Nipperdey(Hrsg), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I(1930), S. 15.

있다. 기본법은 기본법 제117조 제1항과 관련, 기본법 제3조 제2항 제1문에서 남자와 여자와의 관계를 규정하는 경우에 민법에 영향을 미치지 않을 수 없는 바이마르 헌법 및 당시에 적용되던 혼인법 및 가족법과의 결별을 명시적으로 결단하고 있다.

Ⅲ. 명시적으로 사법과 관련된 기본권들

전술한 예가 보여주고 있듯이 몇 개의 기본권들은 대국가적 방어권을 보장할 뿐만 아니라, 노동조합을 결성할 수 있는 자유를 대사인적으로까지 보장하며(기본법 제9조 제3항 제3문), 또는 인간존엄(기본법 제1조 제1항) 및 혼인과 가족이나 모성(기본법 제6조 제1항 및 제4항)과 관련해서는 국가에 보호의무[21]를 지우고 있다. 그리고 어떤 기본권들은 방해받지 아니하는 종교행사의 보장(기본법 제4조 제2항)과 재산권 및 상속권(기본법 제14조 제1항)에 대한 보장의무를 포함하고 있다. 두 개의 기본권에서는 국가가 평등을 실현해야 할 의무를 진다. 즉 기본법 제117조 제1항과 관련하여 기본법 제3조 제2항 제1문과 그리고 기본법 제6조 제5항이 그렇다. 이러한 보호의무와 남녀평등실현의무는 상응하는 내용이 규정된 민법으로 직접 침투된다.[22] 특기할 만한 것은 전술한 기본권들은 전통적인 방어권(만)이 아니라 평등권 내지는 그 실현을 위해서 상응하는 민법상의 규정이 필요한 권리들이라는 것이다. 이것은 또한 가족법에 대하여 영향을 미치는 기본법 제6조 제2항에서의 부모의 양육권보장의 경우도 마찬가지이다.[23] 이러한 고찰을

---

21) 이에 대하여는 일찍이 Dürig가 언급한 바 있다. vgl. AöR 81(1956), 117, 118 f.; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rdnr. 131; Canaris, AcP 184(1984), 201, 225 ff.

22) BVerfGE 3, 225, 242 ff.; 25, 167, 196 ff.; BVerfGE 49, 304, 319 f. Götz의 설명 참조, in: Heyde/Starck(Hrsg), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 51 ff. 형법에 의한 보호에 대하여는 BVerfGE 39, 1, 41 f.

23) BVerfGE 24, 119, 143 ff.; 56, 363, 381 ff; 64, 180, 187 ff.; 84, 168, 179; 92, 158, 176 ff.

하게 되면 소위 제3자효의 몇가지 문제는 이미 기본권의 효력을 사법의 영역에 대해서까지 포괄적으로 확대하거나 간혹 자의적으로 다시 제한할 필요가 없이도 해결된다.[24]

Ⅳ. 기본권의 객관(법)적 효력에 대한 私法의 고려

명시적으로 私法에 영향을 미치는 전술한 특별한 헌법규범들 외에 그 밖의 방법으로 私法에 대한 憲法의 규범적 영향은 설명되어진다. 이 경우 우선 기본법에 보장된 기본권은 국가 대 시민 관계와 관련된다는 점을 확실히 하여야 한다.[25] 왜냐하면 기본권은 공권력이 시민의 자유를 침해하기에 적합하다고 하는 역사적 경험에 대한 특별한 헌법적 해답이기 때문이다. 그러나 - 이미 언급한 바와 같이 - 시민의 국가에 대한 관계에서만이 아니라, 시민 상호간의 관계, 특히 남성과 여성 및 다양한 사회적 세력들의 관점에서 자유와 평등문제들이 존재한다. 기본법은 바이마르 시대의 논의로부터 1948/49년 기본법의 제정 당시까지 알려져 있던[26] 이러한 문제들에 대하여 기본법 제3조 제2항 제1문과 제9조 제3항의 예외를 제외하고는 아무런 입장을 표시하지 않고 있으며, 오히려 그러한 한에서 전래되어 온 민법과 장래의 민법제정자에게 이 문제를 맡기고 있다. 우리는 이러한 결단을 진지하게 받아 들여야 하며 기본권의 해석의 기초로 삼아야 한다. 특히 이러한 문제를 헌법변천이라고 하는 呪文으로 해결할 수는 없다. 왜냐하면 기본법의 제정당시에 이미 알고 있었던, 바이마르시대 이래의 상황이 본질적으로 바뀌지 않았기 때문이다.

---

24) 또는 연방노동법원이 단체협약에 기본법 제3조 제2항을 적용하기 위하여 전개한 바와 같은, 그밖의 기교가 사용되어야 할 것이다(BAGE 1, 258, 262; 4, 240, 252).

25) 분명하게 BVerfGE 52, 131, 165 f.

26) v. Mangoldt/Klein, I, S. 62 참조; 그러므로 Scheuner가, E. R. Huber-FS 1973, S. 173에서 지적하고 있듯이, 독일에서는 자유권을 시민의 국가로부터 자유로운 영역의 표현으로서 볼 수 없다.

하지만 이러한 확인을 포기하지 않으면서도 헌법과 사법이 아무런 관계 없이 병립하는 것이 아니라고 하는 관념과 연관지어야 한다.[27] 법공동체의 거래에 있어서도 생명, 건강, 자유, 명예와 재산이 존중되어야 한다고 해서 이것이 모든 국민들의 - 법률적으로 구체화된 - 직접적인 기본권구속으로부터 나오는 것이 아니라, 인간의 공동생활의 전통적 규칙으로부터 나오는 것이며 기본권도 여기에 기초하고 있는 것이다.[28] 따라서 기본법에 표현된 인간상은 시민 대 국가 관계에서의 기본권에 대한 기초일 뿐만 아니라 민법형성의 기초이기도 하다.[29] 이것이 인간존엄의 보장의 관점에서는 다음과 같이 나타나고 있다. 즉 기본법 제1조 제1항은 인간의 존엄을 보호할, 즉 법공동체 구성원 상호간의 관계에서도 이를 보장해야 할 국가의 의무도 규정하고 있다.

이러한 이론은 민법에 관련되지 않는 기본권을 사법적 거래에 유추적용하는 것을 배제한다. 다만 항상 문제되는 것은 기본권에 표현된 인간상에 대한 私法의 고려일 뿐이다. 연방헌법재판소는 이것이 기본권의 소위 객관(법)적 효력에 뿌리를 두고 있는 것으로 보고 있다.[30] 소위 제3자효로 제기되는 문제에 대한 이러한 해결은 시민 대 국가 관계를 기초로 하고 있는 기본권들을 왜곡하지 않아도 되며(법이론적인 명확성), 기본권에 표현되어 있는 인간상을 고려하면 모든 무리한 포괄적 해결을 피할 수 있다(실용성)고 하는 장점을 가지고 있다. 민법과 관련되는 명시적인 보호의무와 평등실현

---

27) Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rdnr. 127 ff.; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, S. 134; Zippelius, in: BK, Art. 1 Rdnr. 34 f.; 나아가 일반적으로는 Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 329, FN 49; Schmidt-Salzer, NJW 1970, 8, 10 f.; Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988; Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1563 ff.; Rüfner, HStR V(1992), § 117 Rdnr. 62 ff.

28) Rupp가 기본권의 객관(법)적 측면에서 사법에 대한 기본권의 영향을 근거지우려고 한 시도는 너무 광범위하고 가능한 결론의 관점에서 볼 때 너무 부정확하다. Rupp, AöR 101(1976), 161, 170.

29) BVerfGE 52, 131, 165 f.는 가치질서에 대하여 언급하고 있다.

30) BVerfGE 7, 198, 205.

의무를 넘어서 헌법재판소가 또는 법원이 私法에 대한 기본권의 영향을 확인하기 위해서는 특별한 근거를 필요로 한다.

특별한 보호의무와 평등실현의무 및 기본권에 표현된 인간상 내지는 기본권의 객관(법)적 효력을 통한 사법질서에의 기본권의 영향에 대하여 우선적으로는 입법자가 입법의 방법으로 실현하여야 한다.[31] 개방된 법률개념을 구체화할 권한은 법원이 가진다.[32] 법원은 개별사례를 재판하며 이 경우 司法에 부여된 개별적 正義를 법률의 범위내에서 실현한다. 연방헌법재판소는 법원의 재판이 - 이를 규범으로 일반화하는 경우에 - 私法을 위하여 해당 기본권으로부터 끌어들여진 중요한 사상과 합치되는지만을 심사할 수 있을 뿐이다.[33]

법적 지위들에 대하여 필요한 조정에 대하여 여기에서는 법적 지위에 대한 침해의 각각의 정도를 자세히 분석하고[34] 상호 대립되는 지위들을 최대한 유지하는 가운데서의 조정이 이루어져야 한다고 하는 일반적인 언급만을 할 수 있을 뿐이다.[35] 예를 들면,

- 契約의 自由와 差別禁止(기본법 제3조 제3항) 내지는 公序良俗違反 禁止[36]

---

31) 가령 BVerfGE 7, 198 ff.; 35, 202 ff.; Götz, in: Heyde/Starck(Anm. 22), S. 46 ff.; Badura, Odersky-FS 1996, 159, 172 f.

32) 가령 BVerfGE 7, 198 ff.; 35, 202 ff., Götz, in Heyde/Starck(Anm. 22), S. 58 ff.

33) Vgl. Starck, JZ 1996, 1033, 1039 f.

34) Rüfner, BVerfGE-FS II(1976), S. 465 ff.; 비슷하게 Bethge, Zur Problematik der Grundrechtskollisionen, 1977, S. 323; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 317 f.

35) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 354 f.; F. Müller, Normativität und Normstruktur, 1966, S. 213 m.w.N.; 판례로는 BVerfGE 35, 202, 219-244.

36) BVerfGE 89, 214, 230; 이에 대하여 G. Spieß, Inhaltskontrolle von Verträgen - das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung, DVBl. 1994, 1222 ff.; J. Gernhuber, Ruinöse Bürgerschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, 1086; P. Derleder, Unterlegenschutz im Vertragsrecht, KritJ 1995, 320, 325f.; R. Singer,

- 持續的 債權關係(Dauerschuldverhältnis)와 人間尊嚴으로부터 나오는 行爲留保
- 意思表現의 自由와 名譽毁損禁止[37],
- 報道의 自由와 人格權[38],
- 藝術의 自由와 人間의 尊嚴[39],
- 少額株主의 財産權과 巨大株主의 財産權[40],
- 契約의 自由와 契約相對方의 構造的인 從屬性[41].

이러한 예들은 민법도 그 자체가 조정을 위한 규칙을 가지고 있다는 점을 보여준다. 필요한 분석과 조정의 세분화가능성은 다음 장에서 다룰 case law를 참조할 수 있을 것이다.

V. 연방헌법재판소 판례에서의 사례들

1. 契約法

독일 상법에는 企業家가 代理商과 계약관계가 종료한 후에 장기 2년의 기간동안 영업활동을 제한하는 계약을 체결할 수 있는 규정이 있다. 그러한 경쟁금지는 기업가를 자신의 과거 대리상과의 경쟁으로부터 보호해 주며 대리상은 그에 대한 적당한 보상을 받는다는 것이다. 그러나 만일 기업가가 대리상의 책임에 해당되는 행위를 근거로 한 중대한 이유로 계약을 해지하는 경우에는 이러한 보상을 지불할 필요가 없다.

Vertragsfreiheit, Grundrecht und Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133, 1136.

37) BVerfGE 7, 198, 203 f., 62, 230, 243 ff.

38) BVerfGE 35, 202, 219.

39) BVerfGE 30, 173, 195 ff.

40) BVerfGE 14, 263, 282.

41) BVerfGE 89, 214, 232 f(보증); BVerfGE 97, 169, 175(계약의 자유와 해고제한)

이러한 규정을 연방헌법재판소는 직업의 자유(기본법 제12조 제1항)와 합치하지 않는다고 보았다.[42] 입법자는 계약이 종료한 후의 경쟁금지를 다음과 같이 규율하여야 한다는 것이다. 즉 한편으로는 기업가의 입장에서의 이익보호를 위하여 충분한 여지가 남으며, 다른 한편으로는 대리상의 입장에서 협상에서의 불리한 지위가 조정되도록 말이다. 입법자의 규정에 있어서의 재량은 양쪽 측면으로부터 제한된다는 것이다. 왜냐하면 企業家에게는 물론 代理商에게도 기본권에 의하여 보호되는 지위가 문제되고 있기 때문이라는 것이다. 자유의 제한도 자유의 보호도 모두 그러한 상호관계 내에서 비례의 원칙에 어긋나게 되어서는 안된다는 것이다.

이러한 논증은 기본권이 민법에 어느 정도까지 개입될 수 있는지를 분명하게 보여준다. 요청되는 利益衡量과 계약을 체결하는 당사자들의 자유로운 영역의 정도는 연방헌법재판소가 그렇게 해석하고 있듯이 기본권에 의하여 통제되고 있다.

연방헌법재판소는 猶豫期間補償(Karenzentschädigung)이 계약의 자유를 과도하게 침해하지 않고서 상반된 이해관계를 조정하기에 매우 적합한 수단인 것으로 보고 있다. 대리상의 이익을 위하여서는 그가 경제적 생활의 기초를 확고히 하기 위해서는 자신의 직업의 자유를 행사하는 데 의존하고 있으며 따라서 그 이상의 직업활동의 제한을 위해서는 재정적인 보상이 필요하다는 점이 고려된다는 것이다. 기업가에게는 그가 경쟁제한을 포기하든지 아니면 경쟁제한을 유지하고서 보상금을 지불할 것인지 여부에 대한 자유로운 결정의 여지가 남는다는 것이다. 결국 그 법률조항은 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언되었다. 왜냐하면 모든 사례에 대하여 그리고 2년이라고 하는 최장기간 동안 세분화하지 아니한 채 완전히 보상을 거부하는 것은 조기의 그리고 (대리상에게) 책임이 귀속되는 계약종료의 특수성을 고려한다 하더라도 하등의 합리적인 근거가 없기 때문이라는 것이다. 계약해지를

42) BVerfGE 81, 242, 260 ff.

하는 기업가의 公正去來法상의 불이익에 대처하기 위하여 그러한 제재까지 필요한 것은 아니라는 것이다. 그리고 대리상에 대하여 그러한 제재는 지나친 결과를 초래할 것이기 때문에 흔히 기대가능하지 않다는 것이다. 즉 그러한 제재는 일반적으로 비례에 맞지 않는 효과를 발휘한다는 것이다.

2. 不法行爲法

Erich Lüth, 당시 함부르크 언론클럽 회장은 1950년에 제3제국 시대 동안 "Jud Süß"라고 하는 유대인 배척주의적인 영화를 촬영하였던 Veit Harlan을 몇차례 공개적으로 비판하고 임대업자와 영화관장과 대중에게 그의 새 영화 "불멸의 연인(Unsterbliche Geliebte)"을 보이코트 하도록 촉구하였다. Lüth는 선량한 풍속에 위반되는 보이코트 요구를 이유로 벌금형 또는 구류형의 경고하에 앞으로 그러한 보이코트선동을 중지하라고 하는 판결을 받았다. 이러한 판결의 기초가 된 민법 제826조는 어떤 사람이 따른 사람에게 선량한 풍속에 위반되는 방법으로 고의적으로 야기한 손해에 대하여 배상할 의무를 지우고 있으며 동시에 민법 제1004조와 함께 그러한 행위의 중지청구권을 보장하고 있다. 연방헌법재판소는 이 민사재판에 대한 헌법소원을 인용하였다. 왜냐하면 이 판결은 기본법 제5조 제1항 제1문에 따른 의사표현의 자유라고 하는 기본권에 합치되지 아니하기 때문이라는 것이다.[43]

결정이유에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 기본권은 우선적으로 시민의 대국가적 방어권이다. 하지만 결코 가치중립적 질서이기를 원하지 않은 기본법은 그 기본권을 규정하고 있는 章에서 객관적인 가치질서를 지향하고 있으며 여기에서 기본권의 효력을 원칙적으로 강화하고 있음이 나타난다. 이러한 가치체계는 법의 모든 분야에 대한 헌법적 근본결단으로서의 효력을 가진다는 것이다. 그리하여 그러한 가치체계는 당연히 민법에 대하여도 영향을 미친다는 것이다. 즉 어떠한 민법규정도 그러한

43) BVerfGE 7, 198.

가치체계에 모순되어서는 안되며 모든 민법 규정은 그 가치체계의 정신에 따라서 해석되어야 한다는 것이다. 따라서 실체적인 민법 규정을 적용함에 있어서 법관은 이러한 규정들이 전술한 방법으로 기본권에 의하여 영향을 받았는지 여부를 심사하여야 한다는 것이다. 이것이 인정되는 경우에 법관은 이러한 규정을 해석하고 적용함에 있어서 그로부터 도출되는 私法의 수정된 내용을 존중하여야 한다는 것이다. 이것은 특히 인간의 행위를 판단하기 위하여 선량한 풍속과 같은 법외적인 기준을 지시하고 있는 민법 제826조와 같은 일반규정에 대하여 적용된다는 것이다.

따라서 어떠한 행위양식이 선량한 풍속에 부합하는지 여부를 판단함에 있어서 법관은 헌법의 기본권 章에 존재하는 전술한 원칙적인 가치결단과 사회적인 질서원리를 기준으로 삼아야 한다는 것이다. 동시에 가치서열질서이기도 한 이러한 가치질서 내에서 또한 여기에서 요청되는 기본법 제5조 제1항 제1문에 따른 의사표현의 자유라고 하는 기본권과 그 행사를 제한하는 권리들과 법익들간의 형량이 이루어져야 한다는 것이다.

이러한 형량을 고려하여 연방헌법재판소는 민사재판소가 Lüth의 행위를 판단함에 있어서 다른 사람의 사적인 이익과 충돌하는 경우에도 의사표현의 자유라고 하는 기본권에 주어지게 되는 특별한 의의를 오해한 흠이 있다고 하는 결론에 이르렀다. 따라서 이 민사재판은 파기되었으며 Lüth는 헌법소원에서 승소하였다.

3. 團體法

독일 단체법에 따르면 단체는 관할 지방법원의 단체명부에 등록함으로써 권리능력을 획득한다. 단체명부에 등록하는 것은 그 단체가 민법 제21조 이하에 규정된 일정한 전제조건을 충족하며 그 정관이 독립성과 단체의 자치(단체자율)원칙에 합치되는 경우에만 허용된다.

Bahá'í의 종교단체는 독일에서 전국교단회의(Nationaler Geistiger Rat)에 의하여 대표되고 있으며 그 하부조직으로서 지방자치단체 차원에서는 지역교단회의들(örtliche Geistige Räte)이 선발되고 있다. 한 지역교단회의가 단체명부에의 등록을 신청하였으나 이것이 관할 법원에 의하여 거부되었다. 거부결정의 이유는 특히 그 정관이 전국교단회의에 회원의 제적, 정관의 개정, 단체의 해산 및 기타 단체와 관련된 사항에 대한 결정권을 위임하는 근거규정을 포함하고 있었다는 점이다. 단체의 조직에 대한 외부기관의 그러한 포괄적인 영향력은 허용되지 않으며 단체자치원칙에 부합하지 않는다는 것이다. 이에 단체명부에의 등록을 거부하는 법원의 결정에 대하여 특히 다음과 같은 이유로 헌법소원이 제기되었다. 즉 전 세계적인 Bahá'í 종교의 제도적 구조는 종교적인 기부행위에 기반을 두고 있으며 따라서 변경될 수 없다는 것이다. 민법의 단체관련 규정을 해석하고 적용함에 있어서 이것이 충분히 고려되지 않았다는 것이다.

연방헌법재판소는 법원의 결정들은 민법전의 단체법을 해석(하고 집행)함에 있어서 기본법 제140조 / 바이마르 헌법 제137조 제2항 및 제4항과 관련하여 기본법 제4조 제1항과 제2항에서 보장된 종교적 결사의 자유라고 하는 기본권이 가지는 의의를 존중하지 않았으며 따라서 청구인들의 기본권을 침해하였다는 결론에 이르렀다.[44]

종교적 결사의 자유는 종교단체의 정체성(Selbstverständnis)을, 그것이 기본법 제4조 제1항 및 제2항에 의하여 보호되는 한에서, 해당 법률 즉 여기에서는 특히 민법전의 단체법을 해석하고 적용함에 있어서, 특별하게 고려할 것을 요구한다. 따라서 해당 규정들을 해석함에 있어서 가질 수 있는 재량의 여지는 필요한 한도 내에서 종교단체의 이익을 위하여 이용되어야 한다. 물론 이 과정에서 법적 거래의 안전과 다른 사람의 권리가 무시되는 결과를 초래해서는 안된다. 어쨌든 어떠한 종교단체가 그 내부 조직을 고려

44) BVerfGE 83, 341.

하여 일반적인 법적 거래에 완전히 참여하지 못하게 하거나, 또는 이러한 참여가 기대할 수 없을 정도로 대단히 어렵게만 이루어질 수 있는 것으로 해석하는 것은 종교적 결사의 자유에 합치되지 않을 것이라는 것이다.

종교적 결사의 자유의 이러한 규범적 내용을 심판대상 판결은 고려하지 않았다는 것이다. 우선 단체법 규정을 해석함에 있어서는 단체의 자치권을 정관의 범위내에서 제한하는 것도 단체자율권의 행사일 수 있다는 것을 고려해야 한다는 것이다. 게다가 흔히 고찰할 수 있는 종교단체의 신앙과 결부된 계급적 내부조직을 고려할 때 종교단체의 부분조직에 해당하거나 그들과 특별한 결합관계에 있는 단체들은 그 종교단체의 계급구조에 편입되기를 원한다고 볼 수 있다는 것이다. 특히 종교단체의 부분조직을 상위 종교단체의 구조에 편입시키는 것 - 이것은 어떠한 종교단체에서는 구성원들의 공통적인 신앙 가운데서 행하는 종교적 자율의 표현이라고 할 수 있는데 - 을 단순히 단체의 자율을 희생하는 것으로 판단해서는 안된다는 것이다. 다만 단체의 자율과 자치가, 가령 종교법상 전제되어 있는 계급적 위계질서로부터 나오는 바와 같이, 특정한 관점에서만 배제되는 것이 아니라, 이것을 넘어서 그 단체가 더 이상 구성원의 의사에 의하여 주도적으로 운영되지 않을 정도로 광범위하게 배제되는 경우에는 한계에 도달하게 된다는 것이다.

따라서 종교단체의 부분조직으로서 구성된 종교단체가 자율적인 해산권, 제적권 또는 활동권을 제한한다 하더라도, 그것이 현존하는 종교법상의 관련 범위내에서 보다 큰 종교단체에 편입될 수 있는 것을 보장하고 또한 그러한 목적에만 국한되어 있는 한에서, 이러한 제한을 단체자율과 부합하지 아니하는 외부에 의한 타율적 지배로 간주하지 않는 것을 단체법은 허용한다는 것이다. 피라미드구조상 상위기관의 개입권한을 그와 같이 설정하고 있는 경우에도 단체의 자결과 자기활동의 여지가 충분히 보장된다는 것이다. 따라서 단체명부에의 등록거부는 청구인들의 종교적 결사의 자유를 침해한다는 것이다.

4. 財産權

민법 제564b조에 따르면 임대인의 주거에 대한 임대계약은 임대인이 임대계약의 종료에 대한 정당한 이익을 가지는 경우에만 해지될 수 있다. 임대계약의 종료에 대한 임대인의 그러한 정당한 이익은 임대인이 공간을 자신이나 자신의 가내에 속하는 사람이나 자신의 가족구성원이 거주할 주거로서 필요한 경우에 인정될 수 있다(자신의 필요에 의한 계약해제). 이러한 규정을 근거로 자신의 필요를 이유로 해약고지를 받고 난 후, 임차인이 자신의 주거를 비우라는 판결을 받았다. 임대인은 자신의 필요의 근거를 다음과 같이 들었다. 즉 아들의 건강상태가 좋지 않아서 자신의 아들을 근거리에 두어야 할 필요가 있기 때문에 자신의 아들을 위한 주거가 필요하다는 것이다. 이러한 주장에 대하여 임차인은 임대인의 아들이 이미 현재 인근에서 살고 있으며 따라서 그의 어머니는 최단 시간내에 그에게 갈 수 있으므로 임대계약의 해제를 정당화할 수 있는 자신의 필요가 존재할 수 없다는 주장을 하였으나 승소하지 못하였다. 퇴거명령판결에 대한 그의 헌법소원을 통해서 청구인은 특히 기본법 제14조에 따른 재산권의 침해를 주장하였다.

이에 대한 결정에서 연방헌법재판소는 임대차계약으로부터 나오는 임차인의 주거에 대한 점유권은 기본법 제14조 제1항 제1문의 의미에서의 재산권인지 여부에 대하여 입장을 표명하였다.[45] 이러한 문제는 특히 주거가 모든 사람의 사생활의 본거지라는 이유로 인정되었다. 개인은 기본적인 생활의 필요를 충족시키기 위하여 그리고 자유의 보장과 개인의 인격을 발현시키기 위하여 주거의 사용에 의존하고 있다는 것이다. 대다수의 국민은 자신의 주거의 필요를 충족시키기 위해서 주택을 소유할 수 있기 보다는 주거를 임대하지 않으면 안되는 상황이기 때문에 임차인의 占有權은 그것이 전형적으로 물건에 대한 소유권(Sacheigentum)에 귀속되는 바와 같은 기능들을 가진다는 것이다. 점유권은 물건에 대한 소유권과 같이 임차인에게 귀속되는

45) BVerfGE 89, 1 ff.

사적인 법적 지위라는 것이다.

임차인이 임대인과 마찬가지로 기본법 제14조 제1항 제1문으로부터 나오는 재산권을 원용할 수 있다고 하는 이러한 상황을 근거로 주택임대차법이 법률적으로 구체화될 필요성이 있다는 것이다. 입법자는 기본법 제14조 제1항 제2문에 따른 재산권의 내용과 한계를 규정해야 할 위임을 실행함에 있어서 두가지 상충하는 재산권적 지위들을 내용적으로 형성하고, 상호 한계를 설정하며 그리고 각각의 권리들을 양 재산권적 지위들이 적절하게 보장될 수 있도록 규정하여야 한다는 것이다. 따라서 입법자는 양측의 보호할 만한 이익을 고려하고 균형있는 관계를 가지도록 하여야 한다는 것이다.

입법자는 정상적인 계약해제의 일반적 사례를 위하여 특히 민법 제564b조로써 필요한 이익형량을 하였다는 것이다. 여기에서 입법자는 임차인의 이익, 특히 그의 존속이익은 물론 임대인의 이익, 특히 자기이용이익을 적절한 방법으로 고려하였다는 것이다. 계약당사자 중 어느 일방을 유리하게 하거나 불리하게 한 점은 보이지 않는다는 것이다.

임차인과 임대인의 재산권적 지위의 헌법적 보호는 법원에 의한 민법 제564b조의 해석과 적용의 범위 내에서도 준수되어야 한다는 것이다. 법원은 헌법적으로 요청되며 법률로 표현된 이익형량을 양측의 재산권보호를 존중하고, 비례에 맞지 않는 재산권보호를 피하는 방법으로 실행하여야 한다는 것이다. 이로부터 법원은 임대인 자신의 필요가 존재한다는 데에 대한 임차인의 반박을 임차인의 존속이익의 의미와 정도를 존중하는 방법으로 고려하여야 한다는 것이다. 따라서 법원은 예를 들면 스스로 이용하고자 하는 희망이 진지한 것인지, 또는 주장된 주거의 필요가 지나치게 과도한 것은 아닌지, 또는 그러한 주거의 필요가 존재하기는 하지만, 가령 임대인의 소유에 속하는 다른 주거가 비어 있고 이러한 주거를 통해서 임대인 자신의 주거의 필요가 별다른 문제 없이 충족될 수 있기 때문에, 이미 임대해 준 주거를 비우지 않고서도 해결할 수 있는 가능성이 있는지 등을 심사하여야 한

다는 것이다. 민사법원은 이러한 요청들을 준수하였다는 이유로, 퇴거명령 판결에 대한 헌법소원에서 임차인은 패소하였다.

5. 勞動法

解雇制限法(Kündigungsschutzgesetz)규정에 따르면 사용자에 의한 勤勞關係의 解止는 그것이 사회적으로 정당화되는 경우에만 허용된다. 이것은 동법 제1조 제2항에 따르면 사람이나 또는 근로자의 행위에 존재하는 이유에 의하여 또는 이 기업에서 근로자를 계속 고용하기 어려운 급박한 경영상의 필요가 있는 경우에 인정된다. 나아가서 사용자의 해고권은 해고제한법에서 그 이상의 제한을 받는다. 해고제한법 제23조 제1항 제2문에 따르면 사용자의 해고권을 제한하는 이러한 규정들은 영세사업장, 즉 통상 5명 이하의 근로자를 고용하는 사업장에는 적용되지 아니한다. 연방헌법재판소는 이러한 소위 영세사업장조항(Kleinbetriebsklausel)의 위헌여부에 대한 근로자의 헌법소원에 대하여 판결해야 했었는데, 동재판소는 위 규정을 직업의 자유(기본법 제12조 제1항)를 기준으로 하여 심사하였다.[46] 연방헌법재판소는 직업의 자유라고 하는 기본권은 직장제공에 대한 청구권이나, 한번 선택한 직장에 대한 존속보장의 근거가 될 수 없으며, 따라서 사용자에 의한 해고를 근거로 한 실직에 대하여 직접적인 보호를 보장하지는 않는다고 전제하였다. 하지만 국가는 기본권으로부터 나오는 보호의무, 즉 근로자를 사용자의 해고로부터 보호할 의무를 진다는 것이다.

사적인 계약법을 구체화한 규정의 하나라고 할 수 있는 영세사업장조항의 위헌여부를 심사함에 있어서, 이 규정이 보통 모두 기본권에 의하여 보호를 받게 되는 상반된 이익들의 조정에 기여한다는 점을 고려하여야 한다는 것이다. 그리하여 한편으로는 기본법 제12조 제1항에 의하여 보호되는, 직장을 계속 유지하고자 하는 근로자의 이익과, 다른 한편으로는 사업장에서 사용자의 구상에 맞는 근로자만을 고용시키고 또한 근로자의 수를 자신

46) BVerfGE 97, 169.

이 결정한 정도로 제한하고자 하는 사용자의 이익이 서로 대립된다는 것이다. 사용자는 이를 통해서 보통 경제활동의 자유를 포함하는 기본법 제12조 제1항의 의미에서의 직업의 자유를 행사한다는 것이다. 따라서 입법자에게는 실제적 조화의 문제가 나오게 된다는 것이다. 충돌하는 기본권적 지위들은 그 상호작용 가운데서 파악하고 그것들이 모든 관계 당사자들에 대하여 가능한 한 광범위하게 효력을 유지하도록 제한되어야 한다는 것이다. 이 경우 입법자에게는 넓은 형성의 자유가 인정되는데 이러한 형성의 자유의 한계는 만일 하나의 기본권적 지위가 관계되는 기본권의 의의와 범위를 고려하는 경우에도 더 이상 적절한 조정이라고 할 수 없을 정도로 다른 계약당사자의 이익에 못미치게 되는 경우에 비로소 침해된다는 것이다.

하지만 영세사업장조항의 경우에는 그렇지 아니하다는 것이다. 왜냐하면 직장은 근로자와 그의 가족을 위한 경제적 생활근거이기 때문에, 해고제한법을 규정함에 있어서는 근로자의 측면에서는 중요한 이익이 관련되기는 하지만 다른 한편 영세사업자의 해고권 역시 고도로 보호할만한 가치가 있다는 것이다. 왜냐하면 영세사업에 있어서는 고용자와 근로자 사이의 신뢰관계가 특별한 의미를 가지며 경영의 성공여부가 거대기업의 경우에 있어서보다는 훨신 더 모든 개별 근로자들에게 달려 있기 때문이다. 따라서 영세사업장의 근로자들에 대하여 직장상실이라고 하는 보다 커다란 법적 위험부담을 요구하는 것은 사용자의 기본권에 의하여 보호되는 중대한 이익을 위하여 가능하다는 것이다.

이것은 근로자가 법률적인 해고제한법의 보호로부터 배제된다고 해서 완전히 보호를 받지 못하는 것은 아니기 때문에 더욱 그렇다고 한다. 왜냐하면 근로자들은 민법상의 일반규정을 통하여 선량한 풍속이나 신의칙에 반하는 사용자의 해고권 행사로부터 보호되기 때문이며, 이 경우 이러한 일반규정은 다시금 기본권에 비추어서 해석되어야 한다는 것이다. 따라서 헌법적으로 요청되는 사인의 처분에 의한 직장상실로부터의 최소한의 보호는 어떠한 방법으로든 보장되고 있다는 것이다.

6. 결론

여기에서 설명한 사례들은 연방헌법재판소의 판례로 인하여 계약법의 거의 모든 분야가 그 사이 기본권의 영향범위에 속하게 되었다는 것을 보여준다. 따라서 민법과 민사재판은 연방헌법재판소에 의한 심사를 받게 되었다. 개인적 헌법소원에 대하여 결정하는 특별한 헌법재판제도가 없는 국가들의 경우는 최고법원이 최종적인 판단을 하게 될 것이다. 상반되는 이익들의 평가가 반드시 독일에서의 경우와 같이 기본권을 기초로 하여야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 연방헌법재판소는 헌법만을 그의 판단의 기초로 삼을 수 있기 때문이다.

Funktionen, Methoden und Grenzender Strafrechtsvergleichung

Professor Dr.Dres.h.c. Albin Eser, M.C.J.*

《Übersicht》

I. Einleitende Bemerkungen

II. Zu Begriff und Geschichte der Rechtsvergleichung im Strafrecht

III. Funktionen der Strafrechtsvergleichung heute
1. *"Judikative Rechtsvergleichung"*
2. *"Legislative Rechtsvergleichung"*
3. *"Wissenschaftlich-theoretische Rechtsvergleichung"*

IV. Mittel und Methoden der Strafrechtsvergleichung
1. *Vorgehensweisen*
2. *Institutionelle Voraussetzungen*

V. Grenzen der Strafrechtsvergleichung Hürden bei der Rechtsvereinheitlichung

VI. Ausblick

I. Einleitende Bemerkungen

"Die Rechtsvergleichung erlebt eine Blüte ... Sie gilt allgemein als probates Mittel, um von anderen Rechtskulturen zu lernen und das eigene Recht zu verbessern ... Und doch: 'Der Duft der großen weiten Welt'

* Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

darf uns nicht verüfhren, die Dinge zu einfach, die Welt als rechts-kulturellen Selbstbedienungsladen zu sehen. Denn immer wieder stoßen wir schon in unserem kleinen Europa auf merküwrdige Hemmnisse, die den Überschwang dämpfen. Kaum treffender als mit dieser Feststellung in der Einleitung eines kürzlich erschienenen Buches zu "Kernfragen der Rechtsvergleichung"[1] könnte die Ambivalenz markiert sein, der wir auch im Hinblick auf die Rechtsvergleichung im Strafrecht nicht werden entgehen können: auf der einen Seite das gewaltige Erkenntnis und Rechtschöpfungspotential, das aus der Rechtsvergleichung zu gewinnen ist, auf der anderen Seite die ernüchternden Grenzen, die auch der Rechtsvergleichung gesetzt sind. Dabei die richtige Balance zwischen Optimismus und Pessimismus zu finden und gegenüber komparations-feindlichem nationalem "Autismus" niemals die Hoffnung auf transnationale Blickerweiterung zu verlieren, soll das Leitmotiv meiner Überlegungen sein.

Ich möchte diesen Weg durch ein weites Feld in vier teils kleineren, teils größeren Schritten angehen: Im Zuge eines kurzen Rückblicks auf die Geschichte der Rechtsvergleichung müssen wir uns zunächst vergewissern, was unter dieser Disziplin überhaupt verstanden werden kann (II.). Danach werden etwas detaillierter die Aufgaben der Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung und in der Rechtspolitik und zu der dafür jeweils erforderlichen Vergleichungsforschung zu beschreiben sein (III). Um diese Ziele zu erreichen, ist es um so wichtiger, die richtigen Methoden einzusetzen (IV). Daß freilich auch der Rechtsvergleichung gewisse Grenzen gesetzt sind, wird der abschließende Gegenstand unserer Betrachtung sein müssen (V).

---

1) *B. Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, S.1, 3.

II. Zu Begriff und Geschichte der Rechtsvergleichung im Strafrecht

Wenn hier eine scharfe Trennung zwischen dem Begriff und der Entwicklung der Rechtsvergleichung bewußt vermieden wird, so geschieht dies nicht aus intellektueller Bequemlichkeit, sondern aufgrund der Einsicht, daß unter Rechtsvergleichung offenbar immer gerade das verstanden wird, was der betreffende Autor - sei es aus persönlicher Neugierde oder sei es im Hinblick auf eine bestimmte Aufgabe - als erforschenswert an einer fremden Rechtsordnung findet. Wird es ihm dabei mehr auf die "exotischen" Eigentümlichkeiten eines fremden Rechts ankommen, so wird er Rechtsvergleichung mehr wie eine Art von Museum betreiben, in dem besonders interessante Ausprägungen eines fremden Rechts gleichsam wie "Fossilien" nebeneinandergestellt und in ihrer Diversitt oder auch Übereinstimmung mit dem eigenen Recht verglichen werden. Demgegenüber wird ein mehr rechtspolitisch orientierter Komparatist den Blick über die Grenzen des eigenen Rechts vor allem deshalb tun, um im ausländischen Recht Argumentationsmaterial für seine politischen Postulate zu finden. Zwischen dieser "musealen" Rechtsvergleichung einerseits und ihrer politischen Instrumentalisierung andererseits gibt es natürlich unterschiedlichste Graduierungen und Zielsetzungen, die es fast aussichtslos erscheinen lassen, Rechtsvergleichung in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen. Deshalb kann es auch kaum überraschen, daß in dem eingangs zitierten Buch zu "Kernfragen der Rechtsvergleichung" diese selbst an keiner Stelle definiert wird, sondern allenfalls durch Beschreibung von legitimen oder illegitimen Aufgaben bzw. guten oder schlechten Methoden des

Vergleichens mehr bildhaft vor Augen als begrifflich präzisiert wird.

Auf jeden Fall werden aber zwei Elemente als wesentlich für jede Art von Rechtsvergleichung festzustellen sein: zum einen der Blick über die Grenzen eines (meist des eigenen) Rechts sowie zum anderen der Vergleich zwischen diesen beiden (oder mehreren) Rechten. Was aber dabei verglichen wird - ob nur bestimmte Rechtssätze oder Institutionen, ob nur deren gegenwärtigen Erscheinungsformen oder auch ihre Entstehungsgeschichte und Zukunftsperspektiven, ob nur das normative Selbstverständnis oder auch die tatsächliche Implementation oder ob unter Berücksichtigung sonstiger Aspekte - alles dies sind mögliche Ausprägungen von Rechtsvergleichung, zu der freilich, um den Anspruch von Wissenschaftlichkeit erheben zu können, noch als drittes Element hinzukommen mu, da sie mit allgemein anerkannten Methoden und daher vor allem planmäßig und zielbewut betrieben wird.[2)]

---

2) Selbst diese drei Minimalelemente von Rechtsvergleichung finden sich freilich in der heutigen Literatur zur Rechtsvergleichung nur unterschiedlich klar ausgeprägt. Soweit Rechtsvergleichung berhaupt definiert wird, übegegnen uns aus diesem Jahrhundert beispielsweise folgende Begriffe:
Holland, The Elements of Jurisprudence, 13. Auflage, London 1924, S.8; zitiert nach *L.-J. Constantinesco*, Rechtsvergleichung I, Köln 1971, S.209: "Comparative Law collects and tabulates the legal institutions of various countries, and from the results thus prepared, the abstract science of jurisprudence is enabled to set forth an orderly view of the ideas and methods which have been variously realised in actual systems."
E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: K. Zweigert/ H.-J. Puttfarken (Hrsg.), "Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978, S.85108 (86): Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates (oder einer sonstigen rechtsetzenden Gemeinschaft) mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten."
H. Lévy-Ullmann, Droit Mondial du XXe Siécle; zitiert nach *H.C. Gutteridge*,

Ohne mir daher ein Urteil erlauben zu wollen, ob es sich dabei jeweils um "gute" oder "schlechte" Rechtsvergleichung gehandelt hat, mögen einige Beispiele genannt sein, in denen aus unterschiedlichen Gründen fremdes Recht einer Betrachtung für wert befunden wurde.

An erster Stelle bleibt einem NichtJuristen Tribut zu zollen, der sich als Philosoph von einem Blick über die Grenzen der eigenen Polis offenbar einen Gewinn an Gerechtigkeit versprach, wie *Aristoteles*, als er die griechischen Stadtstaaten des 4. und 5. Jahrhunderts v.Chr. miteinander verglich und dies folgendermaßen begründete:

> "Da wir uns vorgenommen haben, zu untersuchen, welches von allen die beste staatliche Gemeinschaft ist für Menschen, die imstande sind, möglichst nach Wunsch zu leben, so müssen wir auch die anderen Staatsverfassungen in Betracht ziehen, sowohl diejenigen, welche in manchen Staaten ... in Gebrauch sind, als auch diejenigen, welche von Einzelnen vorgeschlagen worden sind, damit sich zeige, was an ihnen richtig und brauchbar ist ...[3)]

Comparative Law. An Introduction to Comparative Method of Legal Study and Research, 2.Auflage, Cambridge 1949, S.3: "Comparative law is a branch of legal science whose object it is to bring about systematically the establishment of closer relations between the legal institutions of the different countries."

Zweigert/Puttfarken (in der zuvorgenannten "Rechtsvergleichung"), S.3: "Rechtsvergleichung ist diejenige juristische Disziplin, welche verschiedene nationale Rechte zugleich zu ihrem Gegenstand macht und dafür die notwendigen begrifflichen und methodischen Voraussetzungen schafft."

H. Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen, in: F. Haft u.a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, S.743-759 (744): "Rechtsvergleichung ist als Vergleichung von Rechtskulturen zu verstehen. Die Rechtsvergleichung bedarf der Sinnfrage, indem sie nach dem Sinn der Lebensverhlätnisse fragt, die Grundlage der Rechtskultur waren oder sind."

Als exemplarisch für die Schwierigkeit, Rechtsvergleichung definitorisch zu erfassen, sei im übrigen hingewiesen auf die Arbeiten eines der profundesten Komparatisten unseres Jahrhunderts, nämlich *M. Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2.Auflage, München 1987, S.1ff. mit weiteren Nachweisen.

Während *Aristoteles* dabei wohl kaum an die vollständige Transplantation einer Verfassung von der einen Polis auf die andere dachte, sondern sich durch den Vergleich gewissermaßen das Extrakt einer bestmöglichen Verfassung für freie Menschen erhoffte, hatten die Römer wohl schon eher die Imitation eines fremden Rechts im Auge, als sie die griechischen Rechsinstitutionen in ihre ZwölfTafelGesetzeü bernahmen.[4)]

Wenn von den alten Römern nun ein gewaltiger Sprung bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts gemacht sei, dann möge dies nicht so verstanden werden, als habe es in der Zwischenzeit keinerlei Rechtsvergleichung gegeben. Denn für das Mittelalter wären durchaus einzelne Kanonisten und Legisten zu nennen, die gelegenütlich weltliches und kanonisches Recht einander gegenberstellten, ebenso wie zum Beginn der Neuzeit ein gewisses Interesse an einem "law merchant" zu vermerken und nicht zuletzt an *Montesquieu* zu erinnern wäre, der einen modernen Gesetzesbegriff zu entwickeln versuchte, wobei er das Recht als ein soziales Phänomen verstand, dessen nationale Unterschiedlichkeit eher in der Verschiedenartigkeit der geschichtlichen, ethnischen, politischen und sonstigen Rahmenbedingungen lag.[5)]

Bei diesen verschiedenen Bemühungen handelte es sich jedoch zunächst mehr um den Vergleich von Einzelphänomenen, während der umfassendere Ansatz von *Montesquieu* erst in der von *Leibniz* konzipierten und von *Feuerbach* entwickelten Idee einer "Universaljurisprudenz" zu vollem Durchbruch kam. Um deutlich werden zu lassen, daß es dabei

---

3) *Aristoteles*, Politik; zitiert nach *Rheinstein* (Fn.2), S.41.

4) Näher dazu *W. Hug*, The History of Comparative Law, in: Harvard Law Review XLV 32 (1931), S.10271070; abgedruckt in: Zweigert/Puttfarken (Fn.2), S.109-161 (110, 130).

5) Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Hug* (Fn.4), S.113ff.; *Rheinstein* (Fn.2), S.40ff.; *Constantinesco* (Fn.2), S. 69 ff.; *Gutteridge* (Fn.2), S.11ff.

nicht um vordergründige Imitation fremden Rechts, sondern um ein tieferes Verständnis auch des eigenen Rechts ging und damit auch der Empirie große Bedeutung zukam, möge *Anselm von Feuerbach* hier selbst zu Wort kommen:

> "Warum hat der Rechtsgelehrte noch keine vergleichende Jurisprudenz? Die reichste Quelle aller Entdeckungen in jeder Erfahrungswissenschaft ist Vergleichung und Combination. Nur durch mannigfaltige Gegensäze wird das Entgegengesezte vollständig klar; nur durch Betrachtung der Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten und der Gründe von beiden wird die Eigenthümlichkeit und innere Wesenheit jeden Dinges erschöpfend ergründet. So wie aus der Vergleichung der Sprachen die Philosophie der Sprache, die eigentliche Sprachwissenschaft hervorgeht; so auch aus der Vergleichung der Geseze und Rechtsgewohnheiten der verwandesten, wie der fremdartigsten Nationen aller Zeiten und Länder, die Universal-Jurisprudenz, die Gesezwissenschaft ohne Beinamen, welche aber jeder besonders benannten Gesezwissenschaft erst ihr wahres kräftiges Leben verleiht.[6]

Obgleich *Feuerbach* Strafrechtler war und in seinem Schüler *Carl Joseph Anton Mittermaier* einen literarisch ungemein produktiven Unterstützer seiner universalen Ideale fand,[7] hat die Rechtsvergleichung im 19. Jahrhundert zunächst im Zivilrecht ihren größten Durchbruch erzielt. Dies erscheint auch durchaus verständlich, wenn man bedenkt,

---

6) *J.P.A. Feuerbach*, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen. München 1810, in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, 1.Abteilung, Nürnberg 1833, S.152-177 (163).

7) Näher zur rechtsvergleichenden Bedeutung *Mittermaiers* im Bereich des Gerichtsverfassungs und Strafverfahrensrechts *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Auflage, Göttingen 1965, S.288ff.

daß mit verstärktem grenzüberschreitendem Handel und sonstigen wirtschaftlichen Aktivitäten, die ihrerseits mit Reisen in andere Länder verbunden sind, sowohl das Interesse für das fremde Recht geweckt wird als auch das Bedürfnis nach kollisionsrechtlichen Regelungen steigt und dafür rechtsvergleichende Vorarbeiten erforderlich werden. Daher kann es auch nicht verwundern, daß große Namen wie der von *Sir Henry Maine* in England oder der von *Rudolf von Jhering* in Deutschland als auch die ersten Vereinigungen, wie die Société de Législation Comparée von 1869 in Frankreich, vornehmlich dem Zivilrecht verbunden sind und dieser Bereich auch im 20.Jahrhundert vor allem durch *Edouard Lambert* in Lyon und *Ernst Rabel* in Berlin eine besonders eindrucksvolle Entwicklung erfahren hat.[8] Gleichwohl erscheint es reichlich anmaßend, wenn selbst heute wie jedenfalls in Deutschland immer noch Bücher unter dem umfassenden Titel von "Rechtsvergleichung" erscheinen, aber schon ein kurzer Blick in deren Inhalt enthüllt, daß dabei im Grunde nur die Zivilrechtsvergleichung behandelt wird.[9] Denn damit werden nicht nur die rechtsvergleichenden Leistungen, wie sie für die Entwicklung des modernen Völkerrechts erforderlich sind, unterschlagen, sondern auch die

---

8) Vgl. im einzelnen *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.Auflage, Tübingen 1996, S.53ff.; *Rheinstein* (Fn.2), S.40ff.; aber auch *H. Coing*, Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, in: NJW 1981, S.2601-2604 (2604).

9) Dies gilt namentlich für folgende Hand und Lehrbücher der Rechtsvergleichung: *A.F. Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre I, 2.Auflage, Basel 1961; immerhin wird aber wenigstens in der Einleitung (S.2) auf die Rechtsvergleichung im Straf- und öffentlichen Recht kurz hingewiesen; vgl. ferner *K.H. Ebert*, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen, Bern 1978; *I. Schwenzer/M. Müller-Chau*, Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien, Tübingen 1996, sowie *Großfeld* (Fn.1). Auch in der auf dem Außendeckel sogenannten "Einführung in die Rechtsvergleichung" von *Zweigert/Kötz* (Fn.8) wird erst aus dem inneren Deckblatt ersichtlich, daß es im wesentlichen nur um die *Privat*rechtsvergleichung geht.

rechtsethnologische Forschung ausgegrenzt, die in ihrer Zielsetzung zwar weniger juristisch als kulturwissenschaftlich ausgerichtet sein mag, methodisch hingegen ebenfalls rechtsvergleichend arbeitet. Auch bei dieser stark empirisch arbeitenden Disziplin wären wiederum die Namen von *Feuerbach* und *Maine* als ersten Initiatoren solcher Studien zu nennen, auch wenn diese stark empirisch arbeitende Disziplin ihre volle Entfaltung erst durch Forscher wie *Josef Kohler* in Deutschland oder *Karl Nickerson Llewellyn* in den USA erfahren hat.[10]

Doch auch die hier vor allem interessierende Strafrechtsvergleichung kann sich sofern man nicht sogar den bereits von unserem Jubilar beschriebenen vollzugsorientierten Blick über die Grenzen seit dem 16.Jahrhundert einbeziehen will[11] jedenfalls schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts recht gut sehen lassen.[12] Auch wenn zu deren Entwicklung wiederum nur einige Beispiele genannt werden können, sind doch einmal mehr an erster Stelle die Namen von *Feuerbach* und *Mittermaier* zu erwähnen, nachdem den beiden etwas geglückt ist, was man heute als "legislative Rechtsvergleichung" zu bezeichnen pflegt:[13] Ich meine damit die Einführung der modernen Prozeßgrundsätze der Anklage, der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung sowie der Staatsanwaltschaft als einer besonderen, vom Gericht funktionell getrennten Behörde aufgrund von Vorbildern im Common-law-Prozeßsysätem und dem neueren französischen Recht.[14] Als ein weiterer

---

10) *G. Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, Wien 1934, S.190ff. Vgl. auch *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.8.f., 56f.; *Rheinstein* (Fn.2), S. 42ff., 71, 75.

11) *G. Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, Darmstadt 1985, S.1ff.

12) Vgl. zum Nachfolgenden inbes. *H.-H. Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, Tübingen 1955, S.10ff.

13) *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.49.

Fortschritt ist für den akademischen Bereich aus Frankreich von der Einrichtung eines Lehrstuhls für vergleichendes Strafrecht an der Pariser Juristenfakultät im Jahre 1846 zu berichten.[15] Im Jahre 1888 folgt die erste grenzüberschreitende wissenschaftliche Organisation mit Gründung der "Internationalen Kriminalistischen Vereinigung" durch den Belgier *Prins*, den Holländer *van Hamel* und den in Deutschland lehrenden Österreicher *von Liszt*. Unter maßgeblichem Einfluß des letzteren ist dann auch im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts die bislang umfassendste, aus 16 Bänden bestehende "Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts"[16] gelungen, deren bisherige Einmaligkeit auch außerhalb Deutschlands, wie namentlich von *Radzinowicz* als "a landmark in the history of comparative penal studies" anerkannt wurde.[17] Stark reformpolitisch orientiert war auch die unter französischer Führung nach dem 1. Weltkrieg ins Leben gerufene "Association Internationale de Droit Pénal" (AIDP), die trotz der gegenwärtigen Präsidentschaft eines Amerikaners (*Bassiouni*) auch heute noch maßgeblich von Europäern dominiert wird.[18] Wohl nicht zuletzt deshalb ist als ein gewisses Gegengewicht im Bereich des common law vor rund 10 Jahren die vor allem auf kanadische Initiative zurückgehende "Society for the Reform of

---

14) Näher zur Entwicklung dieses "reformierten" Strafprozesses in Deutschland seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts *Schmidt* (Fn.7), S.324ff.

15) *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.54, 57.

16) *K. Birkmeyer u.a.* (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905-1909, 16 Bnde.

17) *L.Radzinowicz*, International Collaboration and Criminal Science, in: The Law Quarterly Review, 58 (1942), S.128.

18) Die Aktivitäten der AIDP finden vor allem in der von ihr herausgegebenen Zeitschrift Revue Internationale de Droit Pénal (Editions Erès Paris) ihren Niederschlag.

Criminal Law" entstanden, die sich - in gewissem Unterschied zu den meist etwas längerfristig angelegten Reformzielen der AIDP - nicht scheut, auch mehr aktuelle und punktuelle Reformanliegen auf ihr Programm zu setzen.[19]

All diese Aktivitäten verdienen um so mehr unsere Bewunderung, als sie meistens auf Privatinitiative zurückgingen, von großem wissenschaftlichem oder rechtspolitischen Idealismus getragen waren und letztlich auch freiwillig betrieben wurden. Im Verhältnis zu Staat und Politik - sei es auf nationaler oder internationaler Ebene - bedeutet dies, daß die rechtsvergleichende Wissenschaft allenfalls über fremdes Recht aufklären, Reformmodelle anbieten oder politische Postulate aufstellen konnte, aber letztlich völlig dem Gutdünken der politischen Entscheidungsträger ausgeliefert war, ob diese die rechtsvergleichende Botschaft auch hören und umsetzen wollten. Oder in Kaufmannsprache ausgedrückt, war die rechtsvergleichende Wissenschaft in der Rolle des Anbieters, dem auf politischer Seite eine entsprechende Nachfrage fehlte.

In dieser Hinsicht haben sich in den letzten Jahrzehnten die Verhältnisse entscheidend gewandelt, wenn nicht gar umgekehrt. Das zeigt sich beispielsweise auf der europäischen Ebene, wo das wirtschaftliche Zusammenwachsen immer mehr zur Rechtsangleichung zwingt und die Erreichung dieses Ziels entsprechende rechtsvergleichende Vorarbeiten voraussetzt. Da diese von den zuständigen Ministerien nicht erbracht werden können, werden rechtsvergleichende Forscher und Institute immer stärker als Gutachter herangezogen. Ähnliches läßt sich

---

19) Über die Aktivitäten dieser Society berichtet The Reformer (The Society for the Reform of Criminal Law, Vancouver B.C.); vgl. ferner das von ihr mitherausgegebene Criminal Law Forum - An International Journal (Ruttgers University School of Law, Camden N.Y.).

auch auf weltweiter Ebene beobachten, wenn es etwa um die Einrichtung von internationalen Strafgerichtshöfen geht: Da das traditionelle Völkerrecht für die Verfolgung von internationalen Verbrechen so gut wie keine Regeln über die materielle Strafbarkeit und das zu beachtende Verfahren enthält und diese Lücke nicht einfach durch die Heranziehung eines bestimmten nationalen Rechts geschlossen werden kann, bedarf es der Entwicklung von Regeln, die einen möglichst breiten Konsens widerspiegeln. Auch dieser ist aber schwerlich ohne entsprechende rechtsvergleichende Vorarbeiten herauszufiltern. Insofern ist es heute die politische Seite, die froh sein muß, wenn ihrem Verlangen nach rechtsvergleichenden Studien entsprochen wird. Dadurch ist die Strafrechtsvergleichung von einem Angebots zu einem Nachfragemarkt geworden. Und diese Chance gilt es zu nutzen.

Damit sind wir bei der Frage nach den Aufgaben, durch die die Rechtsvergleichung überhaupt erst ihre jeweilige Substanz erlangt. Denn wenn, wie der geschichtliche Rückblick ergeben hat, der Blick über die Grenzen eines Rechts sowie dessen Vergleich mit einem anderen Recht verschiedenartigen Zielen dienen kann und danach auch die jeweilige Methode auszurichten ist, so ist ein substantieller Begriff von Rechtsvergleichung jeweils nur von seiner Aufgabenstellung her definierbar und demzufolge bis zu einem gewissen Grade auch variabel.

Ⅲ. Funktionen der Strafrechtsvergleichung heute

Als klar unterscheidbare Wurzeln heutiger Rechtsvergleichung werden gerne zwei Ziele genannt: zum einen die Heranziehung ausländischer

Rechte bei der Schaffung neuer nationaler Gesetze im Sinne einer "legislativen Rechtsvergleichung" und zum anderen die vergleichende Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen zum Zwecke besserer Erkenntnis des Rechts im Sinne einer "wissenschaftlichtheoretischen Rechtsvergleichung".[20] Davon wäre jedoch - wie schon von dem Zivilrechtler *Zitelmann* zu Beginn dieses Jahrhunderts vorgeschlagen[21] - noch eine weitere Art der Berücksichtigung fremden Rechts abzuheben, die bei der Rechtsanwendung im Einzelfall erforderlich sein kann und daher vielleicht als "judikative Rechtsvergleichung" bezeichnet werden könnte.[22]

1. "Judikative Rechtsvergleichung"

Wenn diese Form der Rechtsvergleichung - obgleich häufig nicht einmal als Besonderheit erwähnt - hier als eigenständig herausgestellt und sogar am Anfang behandelt werden soll, so ist damit vielleicht sogar dem Skeptiker die unmittelbare praktische Bedeutung von Rechtsvergleichung am nachdrücklichsten vor Augen zu führen.

Ein besonders klarer Fall, in dem der nationale Strafrichter ausländisches Strafrecht zu ermitteln hat, findet sich im Bereich des - auf dem europäischen Kontinent meist sogenannten - *internationalen Strafrechts*, das heißt bei der Beurteilung von Auslandstaten nach dem

---

20) So die Feststellung von *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.49.

21) *E. Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, in: Deutsche Juristen-Zeitung V (1990), S.329-332; abgedruckt in: Zweigert/Puttfarken (Fn.2), S.11-17 (11).

22) Auch ohne diesen Terminus bereits benutzt zu haben, findet sich diese Form von Rechtsvergleichung namentlich beschrieben bei *Ebert* (Fn.9), S.176ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.16ff. und *H. Uyterhoeven*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Bern 1959, S.58ff., 67ff.

Recht des Gerichtsortes. Wenn beispielsweise ein deutscher Staatsbürger in Brüssel von einem Österreicher ermordet wird und der Täter auf dem Weg zurück nach Wien eine Zwischenlandung in Frankfurt zu einer Besichtigung des Goethehauses benutzt, wo er als mutmalicher Mrder erkannt und verhaftet wird, so kann er in Frankfurt nach deutschem Strafrecht verurteilt werden, wenn gemäß § 7 Abs.1 des deutschen StGB die Tat auch nach dem Recht des Tatortes - also nach belgischem Recht - strafbar ist. Dies wird im Falle eines Mordes leicht festzustellen sein. Wie aber, wenn - wie vor kurzem vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zu verhandeln - ein Kurde einen Landsmann wegen vermeintlichen Verrats an der gemeinsamen Sache im Libanon in einem gerichtsähnlichen Verfahren hinrichtet, bei der Einreise nach Deutschland in Düsseldorf ergriffen und dort wegen Mordes vor Gericht gestellt wird? In einem solchen Fall ist das deutsche Strafrecht zwar ebenfalls anwendbar, wenn der Täter aus bestimmten Gründen nicht ausgeliefert werden kann und die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist (§ 7 Abs.2 Nr.2 StGB), was natürlich auch im Libanon für Mord der Fall ist. Welchen Einfluß könnte es aber auf die Strafbarkeit am Tatort haben, wenn sich der Täter auf Rechtfertigung wegen des vermeintlichen Verrats des Getöteten beruft oder der Staat Libanon eine Amnestie für politisch motivierte Tötungen erläßt? Wie schwierig es in einem solchen Fall sein kann, das zu berücksichtigende Tatortrecht festzustellen und richtig auszulegen, hatte ich kürzlich als ein vom Gericht berufener Experte selbst Gelegenheit zu erfahren.[23)]

Doch nicht nur - wie vorangehend - bei der Frage nach dem anzuwendenden Recht überhaupt, sondern speziell auch bei der Frage

---

23) Vgl. dazu *A. Eser*, Grundlagen und Grenzen Stellvertretender Strafrechtspflege, in: JZ 1993, S.875-884.

nach dem Umfang der Schuld des Angeklagten und der danach zu bemessenden Strafe kann die Berücksichtigung ausländischen Rechts eine Rolle spielen: so etwa wenn im Falle des in verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich strafbaren Inzests bei einer Anklage wegen strafbaren sexuellen Verkehrs zwischen Stiefvater und Stieftochter die erst kurz zuvor eingewanderten Angeklagten geltend machen, von der Strafbarkeit am neuen Wohnsitz nichts gewußt zu haben, weil diese Form von Geschlechtsverkehr in der alten Heimat nicht strafbar war. Wenn das Gericht eine derartige Berufung auf "Verbotsirrtum" nicht von vornherein als Verteidigung ausschließen will, wird es um die Berücksichtigung des in der früheren Heimat geltenden Rechts nicht herumkommen.[24]

In ähnlicher Weise können die Justizbehörden eines Landes zur Ermittlung ausländischen Strafrechts genötigt sein, wenn es bei Auslieferung - oder wie bei Gewährung sonstiger Rechtshilfe in Strafsachen meist üblich - auf die *beiderseitige Strafbarkeit* ankommt ("principle of dual criminality").[25]

Während es sich bei diesen Beispielen um gleichsam "klassische" Anwendungsfälle der Berücksichtigung von ausländischem Recht durch die inländische Justiz handelt, wird durch den Aufstieg einer

---

24) Zu dieser Art von Berücksichtigung ausländischen Rechts vgl. *Jescheck*, Entwicklung (Fn.12), S. 27. Zur Behandlung solcher Fälle in der deutschen Rechtsprechung vgl. BGHSt 10, S.35-42, aber auch *B. Jähnke*, in: H.H. Jescheck/W. Ruß/G. Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Auflage, Berlin/New York 1989, § 211 Rdnr.39.

25) Vgl. *P. GullyHart*, Loss of Time Through Formal and Procedural Requirements in International CoOperation, in: A. Eser/O. Lagodny (Hrsg.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Freiburg 1992, S.245-266 (261ff.); *K. Cornils*, Leges in ossibus? Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat, in: J. Arnold u.a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Freiburg 1996, S.211-228 (213ff.).

supranationalen Strafjustiz, wie dies neuerdings mit den Jugoslawien- und Ruanda-Tribunalen und dem von einer UN-Conference akzeptierten "Rome Statute of the International Criminal Court" (17.7.1998) zu beobachten ist, auch die "judikative Rechtsvergleichung" vor neue Aufgaben gestellt. Nachdem bislang weder das vertragliche noch das gewohnheitsrechtliche Völkerrecht eigene materielle Regeln für die Ahndung von internationalen Verbrechen kennt und daher die einschlägigen Statuten zum Teil auf nationales Recht verweisen (wie vor allem hinsichtlich der Sanktionierung nach dem Recht des Tatorts),[26] sind auch supranationale Verfolgungsbehörden und Gerichte zu rechtsvergleichenden Recherchen gezwungen. Da dies freilich nicht einfach ist, könnte die Schließung solcher Lücken eine wichtige Aufgabe für die "legislative Rechtsvergleichung" darstellen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Zuvor jedoch ist noch auf eine weitere wichtige Funktion von ausländischem Recht hinzuweisen: nämlich seine Rolle bei der *Auslegung* des eigenen Rechts. Das kann natürlich vor allem dort essentiell sein, wo der eigene Straf oder Verfahrenskodex von einem fremden Land übernommen wurde, wie dies für die aus Deutschland in die Türkei transferierte Strafprozeßordnung gilt: Wenn in einem solchen Fall die Auslegung einer bestimmten Vorschrift oder Rechtsfigur, wie beispielsweise das Problem von Beweisverboten, in Frage steht, liegt es nahe, daß sich der zur Anwendung des übernommenen Rechts berufene

---

26) Vgl. im einzelnen Art.24 des Statuts für das International Yugoslavia Tribunal (UNDoc. S./25704, 3.5.1993, par.32ff.) und den inhaltsgleichen Art.23 des Statuts für das Ruanda Tribunal (UNDoc. S/Res/955, 8.11.1994), ferner Art.47 des Draft Statute for an International Criminal Court (UNDoc. A/49/10, S.29-161). Vgl. dazu auch die unten in Fn.52 angeführten Autoren.

Richter im Zweifel Aufklärung bei der Rechtsprechung des Landes holt, aus dem die fragliche Vorschrift stammt.[27] Wenn auch weniger offensichtlich als bei der unmittelbaren Übernahme einer Vorschrift aus einem fremden Recht kann eine solche grenzüberschreitende Auslegungshilfe doch auch dort nützlich sein, wo es um Prozeßmaximen geht, die für das Verständnis der Struktur eines Verfahrenssystems von grundlegender Bedeutung sind: Wenn etwa Grundsätze wie die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Hauptverfahren, die in Deutschland über 100 Jahre außer Zweifel standen, sich neuerdings immer mehr als verfahrenshemmend und dadurch dysfunktional erweisen und dabei festzustellen ist, daß diese hohen Prinzipien in anderen Ländern, wie z.B. Frankreich und den Niederlanden, einen weitaus geringeren Stellenwert haben,[28] so kann es nützlich sein, auf die "Mutterrechte" zurückzugehen, in denen diese Maximen entstanden sind, und sich darauf zu besinnen, ob die Funktion, die sie in ihrer Entstehungszeit gehabt haben, sich inzwischen möglicherweise gewandelt hat.[29]

---

27) Dies geschieht allerdings typischerweise nur auf indirektem Wege, wie etwa zu den Belehrungspflichten auf die Weise, daß auf die Darstellung der deutschen Rechtsprechung im Lehrbuch des Strafverfahrensrechts von *E. Kern/C. Roxin* von einem türkischen Autor Bezug genommen wird, so von *E. Yurtcan*, Ceza Yarigilamasi Hukuku. Strafverfahrensrecht, 5.Auflage, Istanbul 1994, S. 255, und diese Darstellung ihrerseits in der Entscheidung des 1. Strafsenats des türkischen Obersten Gerichtshofs A2: E 157/K438 vom 21.2.1995 Berücksichtigung findet.

28) Vgl. dazu näher *W. Perron* (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg 1995, insbesondere S. 112 ff., 299 ff., 569 ff.

29) Allgemein zu diesem Zurückgehen auf die historischen Wurzeln eines Rechtsinstituts in einem ausländischen "Mutterrecht" vgl. *H.H. Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974), S.761782 (765); speziell zur gewandelten Bedeutung der angesprochenen Prozeßmaximen *A. Eser*, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des

Aber selbst bei Auslegung rein internen Rechts kann ein Blick über die Grenzen lohnen. Wie viel etwa ein Richter lernen kann, wenn er bei seiner Rechtsanwendung die Gesetzgebung, Doktrin und Praxis eines fremden Rechts konsultiert und berücksichtigt, wurde innerhalb des deutschsprachigen Rechtskreises vor einigen Jahren durch einen schweizerischen Strafrechtler in sehr eindrucksvoller Weise dargetan.[30] Auch wenn diese Art von Vergleichung natürlich dort besonders nahe liegt und dementsprechend auch nützlich ist, wenn es sich um dasselbe Wort handelt, wie beispielsweise beim "falschen Schlüssel" im Falle von schwerem Diebstahl oder beim "Absetzen" im Falle von Hehlerei, kann der Richter offensichtlich doch auch bei gleichsinnigen Begriffen oder Elementen, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit oder Täterschaft und Teilnahme, aus der Behandlung in einem verwandten ausländischen Recht Erkenntnisse für die Auslegung des eigenen Rechts gewinnen.[31]

Bei diesem Blick über die Grenzen ist ein weiteres nicht zu unterschätzen: Wird der Richter bei Auslegung des eigenen Rechts mit dem fremden Recht konfrontiert, so kann davon eine selbstkritische Wirkung ausgehen. In diesem Sinne hat sich beispielsweise der deutsche Bundesgerichtshof im Hinblick auf homosexuelle Handlungen durch

---

Strafverfahrens?, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Recht und Veröfahren, Heidelberg 1993, S.21-51; auch verffentlicht in: ZStW 104 (1992), S.361-396.

30) *R. Hauser*, Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht, in: Th. Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.Geburtstag, Bd. 2, Berlin 1985, S.1215-1232.

31) Als Beispiel kann hier auch BGHSt 38, 214-231 (228ff.) dienen, wo der BGH zur Frage der Verletzung von polizeilichen Belehrungspflichten und ihrer Folge die Regelungen verschiedener ausländischer Rechtsordnungen zum Vergleich heranzieht. Allgemein zu dieser "Auslegungsfunktion" von Rechtsvergleichung vgl. auch *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S. 16 f.; ferner *M. Bogdan*, Comparative Law, Göteborg 1994, S. 32 f., *Ebert* (Fn.9), S. 176 f.; *Gutteridge* (Fn.2), S. 101 ff.

Berücksichtigung der ausländischen Entwicklung zu einer restriktiven Interpretation bewegen lassen.[32] Dadurch kann der judikativen Rechtsvergleichung über ein bloßes Auslegungsmittel hinaus auch eine *Kontrollfunktion* zukommen.[33]

Würde sich im übrigen die Justiz verschiedener Länder wechselweise im Spiegel benachbarter Rechtsordnungen sehen und dies zu einer konvergierenden Auslegung führen, so könnte der judikative Blick über die Grenzen sogar eine *Harmonisierungsfunktion* erlangen, wie sie etwa der ehemalige Präsident des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf eine *Angleichung* des europäischen Rechts beschworen hat.[34]

2. *"Legislative Rechtsvergleichung"*

Sobald der Richter Recht nicht nur interpretiert, sondern mit Blick auf ausländisches Recht zu harmonisieren und vielleicht auch umzufunktionieren versucht, hat er im Grunde bereits die Grenze zur Rechötschpfung überschritten und damit den Bereich betreten, den man als "legislative Rechtsvergleichung" zu bezeichnen pflegt. In dieser rechtspolitischen Orientierung wird gelegentlich sogar die wichtigste Funktion von Rechtsvergleichung erblickt.[35] In England hat diese Zielsetzung neuerdings sogar eine gesetzliche Grundlage erhalten, wenn es in Section 3 (1) des Law Commissions Act von 1965 heißt:

---

32) Vgl. BGHSt 1, S.293-298 (297).

33) Allgemein dazu *Ebert* (Fn.9), S.176f., 179f.; *Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, in: RabelsZ 15 (1949/50), S.5-21 (17 ff.).

34) *W. Odersky*, Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, in: ZEuP 2 (1994), S.1-4 (2).

35) Vgl. etwa *Jescheck*, ZStW 86 (Fn.29), S.765; ferner *Coing* (Fn.8), S.2603, sowie grundlegend *U. Drobnig/P. Dopffel*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, in: RabelsZ 46 (1982), S.253-299.

"It shall be the duty of each of the commissioners ... to obtain such information as to the legal system of other countries as appears to the commissioners likely to facilitate the performance of any of their duties."[36]

Von gleichen Absichten war auch die bereits erwähnte "Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts" aus dem ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts getragen,[37] die - wenngleich in weitaus kleinerem Maßstab in den 50er Jahren zu Beginn der neueren Reform des deutschen Strafrechts eine Nachfolge in rechtsvergleichenden Berichten als Teil der "Materialien zur Strafrechtsreform" gefunden hat.[38] Derartige grenzüberschreitende Blickerweiterungen dürfen natürlich nicht zu dem Fehlschluß verleiten, daß das Neugefundene notwendigerweise auch das Bessere oder Richtige sei; denn aus dem Vergleich verschiedener Rechte können sich zwar verschiedene Regelungsalternativen anbieten; welche davon jedoch für das betreffende Land oder unter den gegebenen Umständen die vorzugswürdige ist, diese Wertungsentscheidung hat letztlich der Gesetzgeber zu treffen. Insofern hat die "legislative Rechtsvergleichung" nur eine Vorbereitungsfunktion.[39]

---

36) Zitiert nach *H.H. Jescheck*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift fr Paul Bockelmann zum 70.Geburtstag, München 1979, S.133154 (148). Zu einem früheren britischen Vorläufer dieses gesetzlichen Auftrags vgl. bereits die selbst auferlegte Pflicht der britischen Königlichen Strafrechtskommission in ihrem "Fourth Report of Her Majesty's Commissioners of Criminal Law 1839", bei *Jescheck*, Entwicklung (Fn.12), S.16.

37) Vgl. oben Fn. 16.

38) Materialien zur Strafrechtsreform. Band II: Rechtsvergleichende Arbeiten, 2 Teilbände, Bonn 1954 und 1955.

39) Vgl. *Jescheck*, Entwicklung (Fn.12),, S.43, *ders.*, ZStW 86 (Fn.29), S.781; *Drobnig/Dopffel* (Fn.35), S.269; *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.16. Vgl. dazu auch unten IV.1 zur fünften Stufe vergleichender Forschung.

Gleichwohl kann damit der "Vorrat an Lösungen"[40] für die vom Gesetzgeber letztlich zu treffende Wahl eine beträchtliche Bereicherung erfahren.

Wenn es in diesem Sinne mit *Alan Watson* zutrifft, daß "law develops mainly by borrowing",[41] so ließen sich dafür schon allein mit Blick auf Deutschland die letzten 150 Jahre der Strafprozeßreform als Beispiel anführen, ist doch der "liberale Strafprozeß" des 19. Jahrhunderts ohne englische und französische Vorbilder gar nicht zu denken, ebensowenig wie in neuerer Zeit die Rechtstellung des Beschuldigten ohne die Vorreiterrolle des US Supreme Court derart gravierende Verbesserungen hätte erfahren können.[42] Während sich Deutschland dabei meist als Importeur fremden Rechts betätigte, wurde es nach dessen "Aufarbeitung" doch auch immer wieder zum Exportland, indem namentlich Japan und die Türkei beträchtliche Anleihen beim deutschen Straf und Strafprozeßrecht nahmen.[43]

Wenn wir uns unter Verzicht auf weitere historische Rezeptionsbeispiele gleich den Aufgaben einer legislativen Strafrechtsvergleichung zuwenden, so sind dabei im wesentlichen drei Ebenen zu unterscheiden: eine

---

40) Wie bereits von *Zitelmann* (Fn.21), S.13 plastisch beschrieben.

41) *A. Watson*, The Making of the Civil Law, Cambridge/Massachussetts 1981, S.181.

42) Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jescheck*, ZStW 86 (Fn.29), S.765ff.; ferner *C.D. Robinson/A. Eser*, Le droit du prévenu en silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux EtatsUnis d'Aémrique, in: Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1967, S.567-618; *A. Eser*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtstellung des Beschuldigten, ZStW 79 (1967), S.565-623.

43) Zu diesen Transferprozessen vgl. - unter anderem - *K.-F. Lenz/R. Heuser*, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China, Freiburg 1995, S.4ff. bzw. *A. Önder*, Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei, ZStW 70 (1958), S. 313-322.

nationale, eine regionale und eine supranationale.[44]

Auf der *nationalen* Ebene geht es um ein echtes "borrowing" in dem Sinne, daß ein Land bestimmte Regeln oder auch Institutionen mehr oder weniger unmittelbar oder modifiziert von einem anderen Land übernimmt. Dabei kann es sich zunächst um rein punktuelle Einzelreformen handeln, wie etwa bei Einführung von polizeilichen Belehrungspflichten in Deutschland nach amerikanischem Vorbild oder bei der polnischen Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs nach dem deutschen Indikationsmodell. Über die Auswechslung von bloßen Teilen der rechtlichen "Software" hinaus kann es jedoch unter Umsätnden auch zur Ersetzung von größeren Teilen, wenn nicht sogar des ganzen "Hardware-Systems" kommen, wie beispielsweise bei der Neugestaltung der Geldstrafe nach dem skandinavischen Tagesbußensystem oder der fundamentalen Umorientierung des italienischen Strafprozesses von einem inquisitorischen zu einem adversatorischen System.[45] Doch wie groß oder klein auch immer solche Transplantationen auf der nationalen Ebene sein mögen, handelt es sich dabei doch allemal um einen grundsätzlich einseitigen Vorgang: Das rezipierende Land sichtet und wählt, was ihm aus dem "ausländischen Angebot" sinnvoll erscheint, ohne daß es dabei

---

44) Zu solchen drei Ebenen - wenn auch teils mit anderer Nuancierung - vgl. bereits *Jescheck*, BockelmannFestschrift (Fn.36), S.136ff. Die hier gemeinte Aufteilung "legislativer Rechtsvergleichung" auf drei Ebenen findet eine gewisse, aber keineswegs deckungsgleiche Entsprechung in den drei Ebenen grenzüberschreitender Strafrechtspflege; näher dazu *A. Eser*, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline, in: E.M. Wise (Hrsg.), Criminal Science in a Global Society, Littledon/Col. 1994, S.320; *ders.*, Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, Wiesbaden 1992, S.21-53.

45) Über Einzelheiten zu neueren Reformaktivitäten speziell im prozessualen Bereich vgl. *A. Eser*, Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, ZStW 108 (1996), S.86127.

zu einer reziproken Rückwirkung kommen müßte. Daher kann auf dieser Ebene die Rechtsvergleichung in der Tat leicht zu einem reinen "Selbstbedienungsladen" verkommen, aus dem sich jedes Land holt, was ihm gerade ins rechtspolitische Konzept paßt.

Das ist, sofern es korrekt zugeht, auf der *regionalen* Ebene bereits anders. Dies jedenfalls dann, wenn es für bestimmte Weltregionen wie beispielsweise für den Bereich der Europäischen Union darum geht, zum Abbau von grenzüberschreitenden Schwierigkeiten oder zur Herstellung einer großräumigen Kriminalpolitik eine gewisse *Rechtsharmonisierung* zu versuchen.[46] Diese kann ihrerseits in mehreren, unterschiedlich weitgehenden Schritten erfolgen: angefangen von einer jeweils national selbstständigen, aber an der Entwicklung in Nachbarländern orientierten Gesetzgebung, unter Umständen unterstützt durch gegenseitige Regeln über Rechtshilfe in Strafsachen, fortfahrend mit national eigenständigen, aber beiderseitig abgestimmten Regelungen im Sinne von "separate but uniform", bis schließlich hin zu allgemein verbindlichen Regeln für alle beteiligten Länder und im Grunde auch mit "supranationaler" Kraft.[47]

---

46) Vgl. zu einer dementsprechenden Entwicklung innerhalb der Europäischen Union und ihrer Bedeutung für die Strafrechtsvergleichung und die Kriminologie *G. Dannecker*, Strafrecht in der europäischen Gemeinschaft. Eine Herausforderung für Strafrechtsdogmatik, Kriminologie und Verfassungsrecht, JZ 1996, S.869-880.

47) Zu derartigen unterschiedlichen Kooperations und Harmonisierungsaktivitäten auf europäischer Ebene vgl. die Beiträge in *U. Sieber* (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln 1993, und in *Ch. Harding u.a.* (Hrsg.), Criminal Justice in Europe. A Comparative Study, Oxford 1994; ferner *S.Riondato*, Competenza Penale della Comunità Europe, Padova 1996; und *A. Cadoppi*, Towards a European Criminal Code?, in: European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 4 (1996), S.2-17. Vgl. hierzu auch den von einer europäischen Arbeitsgruppe unter Leitung von *Delmas-Marty* vorgeschlagenen Corpus Juris (Paris 1997). Für die Einführung eines Europäischen Modellstrafgesetzbuchs *U. Sieber*, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, S.369-381 (insb. S.378ff.); vgl. aber demgegenüber auch *Th. Weigend*,

Auf der (teils schon zuvor erreichten) *supranationalen* Ebene, die sich in gewisser Hinsicht auch als *universale* verstehen läßt,[48] kann Rechtsvergleichung ebenfalls in verschiedener Hinsicht fungieren:

So zum einen durch die Ermittlung von *obersten Rechtsgrundsätzen*, die unter "civilized nations" weitgehende Anerkennung gefunden haben und daher Maßstab und Standard für alle Länder sein sollten. Das gilt insbesondere für die in allgemeinen Menschenrechtserklärungen enthaltenen Verbote grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafen oder etwa auch für die Anerkennung des Gesetzlichkeits und Schuldprinzips.[49] Das gilt in noch zwingenderer Weise dort, wo sich ein Land vertraglich verpflichtet hat, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, wie etwa den Völkermord oder bestimmte Formen der Umweltverschmutzun g.[50] Aber auch soweit es dadurch zu einer uniformen Gesetzgebung mehrerer Länder in Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen kommen kann, handelt es sich dabei doch letztlich immer noch um parallele nationale Gesetzgebung der verschiedenen Länder.

Zu wirklich supranationaler Gesetzgebung kommt es daher im Grunde erst dort, wo die Strafbarkeit bestimmter *internationaler Verbrechen* nicht mehr unbedingt von der Anerkennung des einzelnen Landes abhängt und

---

Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), S.774-802 (787ff.). Vgl. zum Ganzen auch die auf der Strafrechtslehrertagung von 1997 in Berlin gehaltenen Vorträge von *U. Nelles/M. Pieth* und *K. Kühl*, in: ZStW 109 (1997), S.727-755, 756-776 bzw. 777807 mit Diskussionsbericht von *F. Zieschang* S.830-844.

48) Vgl. *Jescheck*, BockelmannFestschrift (Fn.36), S.137 f.

49) Näher dazu *Jescheck*, ibid.

50) Vgl. die Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, in: UN Treaty Series, Bd. 78 (1951), Nr. 1021, S. 277-323., bzw. International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 2 November 1973, in: B. Rüster/B. Simma (Hrsg.), International Protection of the Environment, Bd. II, Dobbs Ferry N.Y. 1975, S. 552-568.

zudem ein internationaler Strafgerichtshof existiert, der notfalls auch gegen den Willen eines nicht kooperativen Landes zur Verfolgung von internationalen Verbrechen befugt ist. Auf diesem Weg ist die Weltgemeinschaft sicherlich durch die Einrichtung von internationalen Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda einen wichtigen Schritt weitergekommen, so daß auch die mit dem "Rome Statute of the International Criminal Court" verbundenen Hoffnungen nicht mehr völlig illusorisch erscheinen. Solange jedoch solchen Statuten ausreichende allgemeine Anwendungsregeln fehlen,[51] wird Skepsis angebracht sein; dies vor allem dann, wenn die bisher meist aus dem Bereich des öffentlichen internationalen Rechts kommenden Entwurfsverfasser weiterhin meinen, selbst bei einer substantiell strafrechtlichen Materie, wie sie nun einmal das Recht und das Verfahren für internationale Verbrechen darstellt, des besonderen Sachverstands von Strafrechts- experten entraten zu können. Auch wenn es nicht unbedingt erforderlich erscheint, einer internationalen Strafrechtskodifikation einen bis ins letzte ausgefeilten "Allgemeinen Teil", wie er für die meisten Strafgesetzbücher heute üblich ist, voranzustellen, sollten doch wenigstens die Mindestvoraussetzungen und -regeln für die Strafbarkeit und Sanktionierung von internationalen Verbrechen ausformuliert sein.[52]

Als ein weiterer Schritt auf dieser transnationalen Ebene könnte sich

---

51) Vgl. *M.Ch. Bassiouni* (Hrsg.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Paris 1993, darin speziell zu den Defiziten allgemeiner Regeln *A. Eser*, The Need for a General Part, S.4352.

52) Zum Diskussionsstand in dieser Frage (bis zum Rome Statute vom 17.7.1998) vgl. *Ch. Nill-Theobald*, Anmerkungen ber die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 108 (1996), S.229-239 (233ff.); ferner *K. Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, in: ZRP 29 (1996), S.263271.

schließlich die Herausbildung eines *universalen "Modellstrafgesetzbuches"* anschließen. Auch dafür gibt es bereits gewisse Vorbilder, wie beispielsweise der im Jahr 1971 vorgelegte Allgemeine Teil eines "Código Penal Tipo para Latinamerica", der immerhin bereits als Grundlage für die Strafrechtsreformen für Costa Rica (1970), Bolivien (1972) und El Salvador (1971) diente,[53] oder den "Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica" von 1988.[54] Doch ganz abgesehen davon, ob eine globale Uniformisierung des Strafrechts wirklich wnschenswert wäre, wird man derartige Hoffnungen vorerst nicht allzu hoch schrauben dürfen.[55]

Diese Skepsis hat freilich nichts mit Rechtsvergleichung als solcher zu tun, sondern hat ihre eigentlichen Wurzeln auf politischem Feld. Denn die besten vergleichenden Synopsen und Alternativen sind so lange Muster ohne Wert, als der politische Wille zu ihrer Verwirklichung fehlt; dieser aber findet auf der internationalen Bühne oft sehr rasch eine Barriere in internationaler Angst vor Souveränitätseinbußen. Gleichwohl darf sich der Komparatist durch die Unwägbarkeiten der hohen Politik nicht irre machen lassen; denn um den Weg zu politischen Entscheidungen überhaupt zu eröffnen, müssen alternative Muster auf den Verhandlungstisch. Und das ist die Stunde der wissenschaftlichtheoretischen Rechtsvergleichung.

---

53) Vgl. dazu *Jescheck*, BockelmannFestschrift (Fn.36), S.149 f.

54) Vgl. dazu *J.LL. Rodriguez*, Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Ein Beitrag zur Strafprozeßreform in Lateinamerika, Freiburg 1995, S.5 f.

55) Obgleich ein solches Modellgesetzbuch selbst ins Gespräch bringend, gleichzeitig doch auch skeptisch *H. Schultz*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, in: H.H. Jescheck/G. Kaiser (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, S.725 (23).

3. *"Wissenschaftlich-theoretische Rechtsvergleichung"*

Wenn bei der vorangehenden Betrachtung der "judikativen" und der "legislativen" Rechtsvergleichung der Eindruck aufkommen konnte, als ob vom einzelnen Richter oder Parlamentarier erwartet werden könne, daß er in eigener Person rechtsvergleichende Studien betreibt, so mag dies zwar in Einzelfällen zutreffen, entspricht jedoch kaum der Realität. Denn ganz abgesehen davon, daß weder in normalen Gerichtsbibliotheken noch in parlamentarischen Informationsdiensten das notwendige ausländische Material vorzufinden sein wird, fehlt dem normalen Richter, Anwalt oder Politiker meist auch schon das schlichte Handwerkszeug, um mit ausländischem Recht kompetent umzugehen. Schon um an das einschlägige Material heranzukommen und es richtig einzuordnen, ist die Hilfe des wissenschaftlichen Komparatisten unentbehrlich. Deshalb liegt bereits bei der rein *praktischen Vermittlungshilfe* ein wichtiges Aufgabengebiet für rechtsvergleichende Forscher und Institute. Dazu ließe sich gerade aus den Aktivitäten des MaxPlanckInstituts für ausländisches und internationales Strafrecht vieles berichten.[56]

Wenn von "wissenschaftlicher Rechtsvergleichung" die Rede ist, so ist damit natrlich mehr gemeint als ein bloßer Informationsdienst zum ausländischen Recht. Entscheidend wird dann vielmehr die analytische Durchdringung verschiedener Rechte, die vergleichende Gegenüberstellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden und die Suche nach Modellen und Grundstrukturen. Von den verschiedenen Zielen, die dabei verfolgt werden können,[57] seien hier wenigstens drei mögliche Erkenntnisinteressen

---

56) Um wenigstens eine gewisse Vorstellung von der Größenordnung der von der strafrechtlichen Forschungsgruppe erbetenen Gutachten und Auskünfte zu vermitteln, kann ich als Durchschnittszahl der Anfragen rund 200 pro Jahr nennen.

hervorgehoben:

Theoretische Rechtsvergleichung kann zum einen dem *besseren Verständnis des eigenen Rechts* dienen. Dieses "Selbsterkenntnisinteresse" hat bereits *Ernst Rabel* durch ein anschauliches Bild zu verdeutlichen versucht: "Stellen wir ein kleines Kind zum ersten Mal vor einen Spiegel; es greift nach dem vermeintlichen anderen Kind; es wird zum ersten Mal sich selber kennenlernen. Um dem eigenen Recht den Spiegel vorzuhalten, muß man sich außerhalb von ihm aufstellen".[58] Was *Rabel* mit diesem Bild im Hinblick auf die Rechtskritik und die Rechtspolitik zum Ausdruck bringen wollte, gilt nicht zuletzt auch für die Rechtsdogmatik: Gerade in Ländern, die wie Deutschland besonders stolz auf ihre hochentwickelte Dogmatik sind, kann unter Umständen die Konfrontation mit den "einfachen" Lehren anderer Länder zu der ernüchternden Erkenntnis führen, daß theoretische Überzchtungen, wenn sie als l'art pour l'art die praktische Relevanz aus dem Auge verlieren, geradezu kontraproduktiv werden können.

Demgegenüber die nur *dienende Funktion der Rechtsdogmatik* bewußt zu machen, ist ebenfalls eine nicht unwichtige Aufgabe der Rechtsvergleichung.[59] Zu dieser Art von besserem Verständnis der Ziele und Grenzen des eigenen Rechts kann die theoretische Rechtsvergleichung nicht zuletzt auch dem Richter bei der Rechtsanwendung im Rahmen der

---

57) Allgemein zu einer solchen "Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung" *Schultz* (Fn.55), S.7ff.; ferner *G. Kaiser*, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, in: G. Kaiser/Th. Vogler (Hrsg.), Strafrecht Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975, S.7990; außerdem *Jescheck*, ZStW 86 (Fn.29), S.764.

58) *Rabel* (Fn.2), S.92.

59) Besonders eindrucksvoll dazu *H. Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: RabelsZ 54 (1990), S.203215 (208ff.). Zu dieser "Kontrollfunktion" der Rechtsvergleichung durch Lieferung von Kriterien zur Richtigkeitsprüfung von Theorien vgl. auch *Ebert* (Fn.9), S.179.

"judikativen Rechtsvergleichung" verhelfen.[60]

Eine nicht weniger wichtige Rolle kommt der rechtsvergleichenden Forschung auf der *politischen* Ebene zu, wobei hier nur zwei Anwendungsfelder hervorgehoben seien:

Das betrifft zum einen die Mitwirkung an *Gesetzgebungsvorhaben*, indem durch rechtsvergleichende Studien der bereits genannte "Lösungsvorrat" an denkbaren Regelungsalternativen aufgezeigt wird. In diesem Zusammenhang erscheint bemerkenswert, daß jedenfalls in Deutschland - vermutlich aber auch in manchen anderen Ländern - heute kaum noch eine größere Rechtsreform stattfindet, ohne daß zuvor erforscht worden wäre, wie andere Länder mit dem beteffenden Problem umgehen. Das hat beispielsweise für unser Max-Planck-Institut zur Folge, daß etwa ein Drittel unserer Arbeit in der Erstellung von rechtsvergleichenden Gutachten für Parlamente oder Ministerien besteht, wobei aus neuester Zeit lediglich auf unsere rechtsvergleichenden Untersuchungen zur Beweisaufnahme im Strafverfahren[61] bzw. zur Bekämpfung der Korruption[62] hingewiesen sei. Auch wenn solche Untersuchungen in erster Linie für den jeweiligen nationalen Gesetzgeber bestimmt sein mögen, können sie doch verschiedenen Ländern auch in ihrem Bemühen um eine harmonisierende Rechtsvereinheitlichung in dem zuvor bei der "legislativen Rechtsvergleichung" beschriebenen Formen zugute kommen und daher auch transnationale Wirkung entfalten.

Damit ist bereits das zweite politisch relevante Anwendungsfeld

---

60) Vgl. oben zu III.1.

61) *W. Perron* (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg 1995.

62) *A. Eser/M. Überhofen/B. Huber* (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Freiburg 1997.

angesprochen: die Vermittlungshilfe von rechtsvergleichender Forschung in der *internationalen Zusammenarbeit.* Wenn etwa, um einen höchst aktuellen Streitpunkt innerhalb der Europäischen Union zur Sprache zu bringen, die praktische Umsetzung des Schengener Abkommens zum Abbau von Grenzen zwischen verschiedenen europäischen Ländern immer wieder auf Schwierigkeiten stößt, so dürfte dies nicht zuletzt seinen Grund darin haben, daß man bislang noch zu wenig von den unterschiedlichen Zielsetzungen und Strukturen der Strafverfolgung weiß.[63]

Daß schon allein die mangelnde Kenntnis von den Besonderheiten eines anderen Rechtssystems die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen behindern und dabei bis zur Blockierung von Auslieferungsverträgen oder Rechtshilfeabkommen führen kann, konnte ich selbst am Rande diesbezüglicher Verhandlungen zwischen den USA und Deutschland beobachten: Wenn einerseits die Amerikaner nicht verstehen können, daß bei einer in den USA begangenen Tat eines Deutschen die deutsche Justiz sich zur Aburteilung nach deutschem Recht für zuständig halten kann und die Auslieferung des Beschuldigten in die USA verweigert, vermag andererseits die deutsche Seite kein Verständnis dafür aufzubringen, daß im Falle eines von einem amerikanischen Unternehmer in den USA begangenen Betrugs amerikanische Verfolgungsorgane "auf eigene Faust" gegen den nach Deutschland geflohenen Beschuldigten glauben ermitteln zu dürfen. Statt dessen betrachten beide Länder das jeweilige Vorgehen des anderen als eine Mißachtung der eigenen Souveärnität.

---

63) Vgl. *D. O'Keeffe*, The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?, in: Yearbook of the European Law 11 (1991), S. 185-219; *W. Schomburg*, Strafrecht und Rechtshilfe im Geltungsbereich von Schengen II, in: NJW 1995, S. 1931-1936.

Wie sich auf einer zur Behandlung solcher Fragen im Juni 1988 an der Harvard Law School veranstalteten Konferenz[64] gezeigt hat, war eine gemeinsame Plattform erst zu finden, als die unterschiedlichen Ansätze zur Behandlung von Straftaten im Ausland sichtbar geworden waren: Einerseits war zum common law festzustellen, daß dieses bei der exterritorialen Anwendung seines Strafrechts eher restriktiv vorgeht, auf dieser engeren Basis dann aber keine Bedenken hat, bei einer im Inland begangenen Tat seine prozedurale Jurisdiktion und Ermittlungstätigkeit auch exterritorial auszuüben und daher auch die Auslieferung von fremden Staatsbürgern an den inländischen Tatort zu verlangen. Andererseits entspricht es kontinental-europäischer Tradition, den Anwendungsbereich des nationalen Strafrechts mehr oder weniger weit über die eigenen Grenzen hinaus auszudehnen und demzufolge auch Auslandstaten in expansiver Weise der eigenen inländischen Jurisdiktion zu unterwerfen, mit der Folge, daß eigene Staatsbürger nicht auszuliefern sind, weil sie auch bei einer Auslandstat unter Umständen nach dem eigenen Recht abgeurteilt werden können.[65] Welche dieser Konzeptionen die bessere oder gar "gerechtere" ist, steht hier nicht zur Debatte; denn hiermit ging es vor allem darum zu demonstrieren, welche wichtige Aufklärungsfunktion der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung auch beim Abbau von Mißverständnissen und bei der Vorbereitung von grenzüberschreitender Kooperation zukommen kann.

Zu guter Letzt darf aber über allen diesen anwendungsorientierten

---

64) Proceedings of the Harvard Law School Conference on International Cooperation in Criminal Matters, in: Harvard International Law Journal 31 (1990), S.1-127.

65) Zu weiteren Einzelheiten dieser Problematik vgl. *A. Eser*, Common Goals And Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective, ibid., S.117127.

Zielen die ureigenste Funktion einer wissenschaftlich-theoretischen Rechtsvergleichung nicht vergessen werden: nämlich ihre Rolle als *Grundlagenforschung*. Dabei mag dahinstehen, ob diese Art von Rechtsvergleichung wirklich so "zweckfrei" ist oder sein muß, wie dies von manchen postuliert wird;[66] denn daß sich ein Forscher frei von jeglichen Zweckvorstellungen dem mühevollen Studium eines fremden Rechts unterwürfe, setzt ein Forscherbild voraus, das in der Realität wohl kaum eine Entsprechung findet. Worauf es jedoch bei Grundlagenforschung nicht unbedingt anzukommen braucht, ist ihre Nützlichkeit im Sinne einer bereits vorbestimmten Anwendbarkeit. Denn erst wenn befreit von der blickverengenden Erwartung, ein bestimmtes Ergebnis erreichen oder eine erhoffte Position begründen zu müssen, wird die Sicht frei für das unvoreingenommene Wahrnehmen von Eigentümlichkeiten und Strukturen eines anderen Rechts.

Auf dieser Grundlagenebene erscheinen vor allem drei Forschungsziele als besonders lohnend:

Zum einen steht nach wie vor eine *Phänomenologie des Strafrechts* aus, die sowohl auf eine transnationale Modellbildung der wichtigsten Verbrechenstypen als auch auf eine Sondierung auffälliger Varianten ausgerichtet sein könnte. Davon wären nicht nur Aufschlüsse über die zu schützenden Interessen und über die wichtigsten Verletzungsmodalitäten zu erwarten; vielmehr könnte man sich auf diese Weise auch über unterschiedliche Erfahrungen divergierender Rechtsordnungen austauschen. Eine solche mehr am äußeren Erscheinungsbild der Verbrechen orientierte Phänomenologie wäre jedoch noch durch einen *allgemeinen Strukturvergleich* sowohl zu ergänzen als auch zu vertiefen, um hinter

66) Vgl. beispielsweise *Jescheck*, ZStW 86 (Fn.29), S.764; *Kaiser* (Fn.57), S.82; *Schultz* (Fn.55), S.8, wenn er von "reiner Forschung" spricht.

die äußere Fassade zu dringen und tieferliegende Gemeinsamkeiten oder Unterschiede aufzudecken. Erste Schritte in diese Richtung haben wir am Freiburger Max-Planck-Institut durch vergleichende Forschungen zu Rechtfertigung und Entschuldigung als "key issues" der allgemeinen Verbrechenslehre in Angriff genommen.[67] Dem soll in einem weiteren Schritt eine allgemeine Strukturanalyse des Strafrechts folgen.[68] Falls sich die damit verbundenen Vorstellungen realisieren lassen, könnte schließlich vielleicht doch noch gelingen, was bereits *v. Liszt* im Sinne einer allgemeinen Strafrechtslehre gefordert[69] und wozu namentlich schon *Jimenez de Asa* durch seinen mehrbändigen "Tratado de Derecho Penal" bedeutende Vorarbeiten geleistet hat.[70]

Schließlich ist bei alledem auch die *Kulturaufgabe* vergleichender Strafrechtsforschung nicht zu vergessen,[71] kommen doch die in einer Gesellschaft vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch die gesellschaft-staatliche Reaktion auf Wertabweichungen in keinem anderen Rechtsgebiet derart klar zum Ausdruck wie gerade im Strafrecht.

---

67) Zu weiteren Einzelheiten vgl. *A. Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in: A. Eser/G.P. Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I, Freiburg 1987, S.1-8, 17-65, sowie *A. Eser*, Eröffnungsansprache, in: A. Eser/W. Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg 1991, S.1-6 (2ff.).

68) Näher dazu *W. Perron*, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes "Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich", in: J. Arnold (Fn.25), S.127-136; *ders.*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme, ZStW 109 (1997), S.281-301 (287ff.).

69) *F.v. Liszt*, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, I. Bd., Berlin 1894, S.XX, XXI, XXV.

70) *L.J. de Asa*, Tratado de Derecho Penal, Bd. IVII, Buenos Aires 1950-1970; vgl. dazu *Schultz* (Fn.Fn.55), S.23 f.

71) Vgl. *Kaiser* (Fn.57), S.82.

Ⅳ. Mittel und Methoden der Strafrechtsvergleichung

Wenn nun auch noch von der Methodik der Strafrechtsvergleichung zu sprechen ist, so geht es dabei weniger um jene allgemeinen Verfahrensweisen, wie sie von jeder Disziplin zu verfolgen sind, die Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erhebt, als vielmehr um etwaige Besonderheiten, die gerade bei rechtsvergleichender Forschung zu beachten sind. Freilich wäre es verfehlt, dafür einen allgemein verbindlichen Methodenkanon zu erwarten; denn ebenso wie sich die möglichen Ziele rechtsvergleichender Forschung als vielfältig herausgestellt haben, können auch die dabei jeweils einzuschlagenden Wege unterschiedlich sein. Wenn es etwa um eine strukturelle Analyse geht, wie verschiedene Rechtsordnungen mit der Beteiligung von mehreren Personen an der Verwirklichung einer Straftat umgehen, wird sowohl der Forschungsplan als auch die methodische Durchführung von vornherein sehr viel aufwendiger sein müssen als beispielsweise bei der Prüfung von "double criminality", wo lediglich die Existenz von zwei sich entsprechenden Straftatbeständen festzustellen ist. Gleichwohl lassen sich - abgesehen von solchen Einzelfragen - aufgrund langjähriger Erfahrung einige Grundregeln nennen, die sich für den Regelfall als erfolgversprechend erwiesen haben.

1. Vorgehensweisen[72)]

In einem *ersten* Schritt ist das *Sachproblem* zu definieren, um dessen Beleuchtung es aus der Sicht verschiedener Rechtsordnungen geht. Bei

---

72) Vgl. zum Nachfolgenden auch - wenngleich mit teils anderer Reihenfolge oder anderer Akzentuierung - *Jescheck*, Entwicklung (Fn.12), S.36ff., *ders.*, ZStW 86 (Fn.29), S.771ff. sowie allgemein *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.31 ff.

dieser sogenannten "Funktionalitätsfrage"[73] können zwar auch, wie in den Frühzeiten der rechtsvergleichenden Forschung meist üblich, unmittelbar bestimmte Rechtsinstitute oder gar einzelne Rechtssätze auf dem Prüfstand stehen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß aus dem Fehlen eines entsprechenden Rechtssatzes in einem anderen Recht nicht ohne weiteres auf Regellosigkeit geschlossen werden kann; denn da Rechtssätze - richtig verstanden - ihren Sinngehalt nicht schon in sich selbst tragen, sondern aus dem jeweils zu regelnden sozialen Problem ziehen und dieses in einer anderen Rechtsordnung durch einen andersartigen Rechtssatz abgedeckt sein kann, darf man sich bei vergleichender Forschung keinesfalls mit dem Gegenüberstellen von Rechtssätzen oder Rechtsinstituten begnügen, sondern hat auf den dahinterstehenden Lebenssachverhalt und seine soziale Einbindung zurückzugehen. Statt sich also mit der Frage zu begnügen, ob es beispielsweise für "Vorsatz" oder "Anstiftung" einen vergleichbaren Begriff in einem anderen Recht gibt, wären zunächst die mentalen Vorgänge bzw. die Einwirkungsweisen auf einen anderen zu beschreiben, die im einen Recht als "Vorsatz" bzw. "Anstiftung" begriffen werden, um dann sinnvollerweise die Frage stellen zu können, ob diese psychischen Vorgänge oder Einflußnahmen in einem anderen Recht mit den gleichen Begriffen oder mittels anderer Regeln erfaßt werden. Mit anderen Worten: Eigentlicher Vergleichsgegenstand ist nicht (nur) die Norm, sondern der ihr vorausliegende Lebenssachverhalt als ein regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem.[74]

In einem *zweiten* Schritt hat die *Auswahl der zu vergleichenden*

---

73) So namentlich *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.33.

74) Diese methodische Umorientierung ist nach *Coing* (Fn.89), S.2604 vor allem dem Verdienst von *Ernst Rabel* und seiner Schule zuzuschreiben.

Länder zu erfolgen, wobei sich ein *Vortest* als nützlich erweisen kann, um einerseits nicht die wirklich relevanten Länder zu verfehlen und andererseits unergiebige Länder von vornherein auszuschließen.[75]

Der *dritte* Schritt besteht in der Anfertigung der einzelnen *Landesberichte*. Diese werden je nach der Fragestellung unterschiedlich knapp oder umfassend sein. So wird man sich mit einer bloßen Auflistung von Rechtsnormen allenfalls dort begnügen können, wo es für die einzelne Fragestellung allein auf das Vorhandensein oder Fehlen solcher Normen ankommt. Im Regelfall hingegen wird ohne Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und der Einschätzung der Lehre ein zuverlässiger Landesbericht nicht zu erstellen sein.[76] Da es somit nicht nur auf das "law in the books", sondern auf das "law in action" ankommt, wächst auch der Kriminologie als ergänzendem Vergleichsinstrument eine immer größere Bedeutung zu.[77] Nicht zuletzt wird in den Länderberichten jeweils auch besonderen Stilmerkmalen des betreffenden Rechts[78] wie auch sprachlichen und sonstigen kulturellen Besonderheiten[79] Beachtung zu schenken sein.

Als *vierter* Schritt ist auf der Grundlage der Länderberichte ein *rechtsvergleichender Querschnitt* zu erstellen. Dieser sollte sich jedoch nicht in einer summarischen Wiederholung der in den Landesberichten

---

75) Vgl. *Jescheck*, ZStW 86 (Fn.29), S.771. Soweit dieser allerdings die Länderauswahl als die "erste" zu stellende Frage bezeichnet, bleibt zur Vermeidung von Mißverständnissen zu beachten, daß die Länderauswahl kaum ohne vorherige Festlegung des Ordnungs- und Regelungsproblems als dem eigentlichen Vergleichsgegenstand getroffen werden kann.

76) Vgl. *Schultz* (Fn.55), S.9f.

77) Näher dazu namentlich *Kaiser* (Fn.57), S.81ff.

78) Vgl. *Schultz* (Fn.57), S.15 f. sowie allgemein zum "Stil" der verschiedenen Rechtskreise *Zweigert/Kötz* (Fn.8), S.62ff.

79) Zu solchen vergleichungsrelevanten Aspekten besonders instruktiv *Großfeld* (Fn. 1).

zusammengetragenen Einzeldaten erschöpfen, sondern auf die Profilierung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden gerichtet sein und nach Möglichkeit auch zu einer Typenbildung führen. Damit wird selbstverständlich nicht ausgeschlossen sein, auf besondere Abweichungen hinzuweisen, können solche Auffälligkeiten doch nicht nur einen kritischen Kontrast zum "main stream" zum Ausdruck bringen, sondern auch zukunftsweisendes Potential für rechtspolitische Reformen indizieren. Auf diese Weise kann gerade der rechtsvergleichende Querschnitt zu einem Reservoir für jenen "Lösungsvorrrat" werden, wie er gerade für die "legislative Rechtsvergleichung" besonders wichtig ist.

Als *fnfter* Schritt kann sich noch eine eigene rechtspolitische Wertung verschiedener Regelungsalternativen - unter Umständen verbunden mit Formulierungsvorschlägen an den Gesetzgeber - anschließen. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten. Denn wie bereits im Zusammenhang mit der "legislativen Rechtsvergleichung" angedeutet, ist die Herausarbeitung von Regelungsalternativen das eine und die schließlich zu treffende Wahl das andere.[80] Eine solche politische Entscheidung kann natürlich auch einem Forscher in seiner Rolle als politischem Bürger nicht verwehrt sein. Diese Rolle hat er jedoch offenzulegen, um nicht persönliche Politik unter dem Deckmantel reiner Wissenschaftlichkeit zu treiben.

2. Institutionelle Voraussetzungen

Angesichts der Vielfalt von Aufgaben und der Unterschiedlichkeit der dabei einzusetzenden Methoden kann es nicht überraschen, daß strafrechtsvergleichende Forschung nicht ohne eine entsprechende Ausstattung sinnvoll betrieben werden kann. Neben dem allgemeinen

80) Vgl. oben zu Fn.40.

methodischen know how des Komparatisten gehört dazu vor allem die Verfügbarkeit einer *Bibliothek*, mit der die Rechtsordnung des zu untersuchenden Landes erschlossen werden kann. Sofern dafür, wie wohl meist der Fall, ein Forschungsaufenthalt in dem zu untersuchenden Land nicht möglich ist, bedarf es einer hinreichenden bibliothekarischen Ausstattung am Domizil des Forschers. Die damit verbundenen finanziellen Probleme werden natürlich um so größer, je breiter ein Forschungsvorhaben angelegt und je mehr verschiedene Länder einzubeziehen sind. Diesem Problem ist naturgemäß am besten durch die Institutionalisierung von Bibliotheken zu begegnen, in denen das rechtliche Material möglichst vieler Länder in systematischer und umfassender Weise gesammelt wird.

Auf ähnliche Weise ist auch ein *personelles* Problem anzugehen: Selbst ein ausgewiesener Komparatist wird in der Regel nur eine beschränkte Zahl von ausländischen Rechten näher kennen. Sobald sich also ein Forschungsprojekt noch auf weitere Länder erstrecken soll, ist dies nicht ohne die Mitwirkung von weiteren Forschern zu machen, die sowohl die Sprache als auch das Recht des betreffenden Landes hinreichend gut kennen. Solche länderspezifischen Experten in derselben Institution zu versammeln, eröffnet zugleich die Möglichkeit zu intensiver Kooperation, insbesondere auch mit Gastwissenschaftlern.

Deshalb wäre es wünschenswert, wenn es möglichst viele solcher *rechtsvergleichenden Institute* gäbe. Dem stehen jedoch häufig die immensen Kosten entgegen, wie sie die Einrichtung und der Betrieb eines Instituts voraussetzt, das in personeller und bibliothekarischer Sicht die Dimensionen eines normalen Universitätsinstituts überschreitet. Um so mehr sind Forschungsstätten wie das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, die sich als eine

solche Integration von Forschungspersonal und Bibliothek verstehen,[81] vonnöten, wobei die damit eröffneten Arbeitsmöglichkeiten natürlich auch für ausländische Wissenschaftler zugänglich sein sollen.

V. Grenzen der Strafrechtsvergleichung - Hürden bei der Rechtsvereinheitlichung

Bisher kam mehr die Sonnenseite der Strafrechtsvergleichung zum Vorschein. Doch auch gewisse Schattenseiten sind nicht zu übersehen.

Dazu gehört in handwerklicher Hinsicht sowohl die Gefahr des Dilettantismus wie auch des Eklektizismus, wenn etwa das fremde Recht nicht hinreichend beherrscht wird[82] und/oder vorgefundenes Material mehr oder weniger wahllos sondiert oder wegen Unsicherheit der Kriterien und Indikatoren wenig zuverlässig ausgewertet wird[83].

Nicht weniger gefährlich ist die Versuchung zu wertender Kurzschlüssigkeit, indem vorschnell von scheinbar passenden Einzeldaten auf das erhoffte Ergebnis geschlossen wird. Doch selbst bei professionellster Methodengemäßheit kann Rechtsvergleichung an ihre Grenzen stoßen, weil beispielsweise das Material aufschlußreich erscheinender Länder - aus welchen sachlichen oder personellen Gründen auch immer - unzugänglich ist oder sonstwie von vornherein kein volles Bild tatsächlicher Erscheinungsformen oder möglicher Regelungsalternativen

---

81) Zur Konzeption und Entwicklung dieses Instituts vgl. im einzelnen *H.-H. Jescheck*, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br., ZStW 79 (1967), S.128-144; zur Entwicklung bis Mitte der 80er Jahre vgl. Max-Planck-Gesellschaft. Berichte und Mitteilungen, Heft 4/85, S.9-20.

82) Vgl. *Jescheck*, Entwicklung (Fn.12), S. 38.

83) Vgl. *Kaiser* (Fn.57), S.82; *Schultz* (Fn.55), S. 21.

erwartet werden kann. Unter Bedingungen von Unsicherheit entscheiden zu müssen, ist freilich kein Exklusivitätsmerkmal der Rechtsvergleichung, sondern angesichts der Begrenztheit menschlichen Wissens ein nahezu allgemeines Phänomen. Deshalb ist die Unmöglichkeit einer vollen Materialerfassung kein Grund, von einem Vergleichsversuch von vornherein Abstand zu nehmen, wohl aber Anlaß, auf die Begrenztheit der Untersuchung und die Bedingtheit der daraus gezogenen Schlußfolgerungen hinzuweisen.

Über diese inhärenten Schwachpunkte der Rechtsvergleichung hinaus, denen jedenfalls bis zu einem gewissen Grad durch methodenbewußtes Vorgehen entgegenzusteuern ist, kann vor allem die legislative Strafrechtsvergleichung an Grenzen stoßen, die weniger in der Methode als vielmehr in der Materie - und dabei insbesondere in der Unerreichbarkeit des angestrebten Ziels - liegen können. Vor dieser Art von Enttäuschung muß man vor allem dort gewappnet sein, wo man von einem anderen Recht transplantierbare Regeln erhofft oder eine beiderseitige Harmonisierung angestrebt wird, der Rechtsvergleich jedoch ergibt, daß solchen Absichten fundamentale Strukturunterschiede entgegenstehen.[84]

Da es sich dabei um ein Problem handelt, das bei der gegenwärtigen Diskussion um eine *Harmonisierung des europäischen Strafrechts* zum Teil offenbar unterschätzt wird,[85] seien dazu einige kritische

---

84) Ausführlich zu dieser Problematik *Perron* ZStW 109 (Fn.68), S. 287ff.

85) Zu Einzelheiten vgl. die mehr oder weniger skeptischen Positionen der oben in Fn. 47 angeführten Autoren. Abgestellt wird u.a. darauf, daß insbesondere das Strafrecht nach wie vor als wesentlicher Ausdruck nationaler Souveränität angesehen wird, die einer schnellen Vereinheitlichung und Zusammenführung schwer zu überwindende Hindernisse entgegensetzt, vgl. *Perron* (Fn.68), S.283ff.; *Weigend* (Fn.47), S.775 mit weiteren Nachweisen.

Betrachtungen angestellt - nicht aus grundsätzlicher Opposition gegenüber solchen Harmonisierungsbestrebungen, sondern um nicht ein legitimes Ziel durch einen falschen Weg zu verfehlen.

Um sich bei der Frage nach einer Angleichung nationaler Strafrechte auf europäischem Boden keinen Illusionen hinzugeben, wird man sich von vornherein klar machen müssen, daß der Regelungsgehalt und die Wirkungsweise strafrechtlicher Normen nicht nur von den einzelnen *Straftatbeständen*, sondern auch von den allgemeinen Zurechnungsregeln sowie der Art der Umsetzung des materiellen Rechts im Strafprozeß bestimmt werden. Nun mögen zwar die verschiedenen Straftatbestände noch weitgehend ähnlich sein, auch wenn selbst bei den "klassischen" Delikten wie Mord, Raub, Diebstahl und Betrug bereits nicht zu unterschätzende Unterschiede festzustellen sind. Noch weitaus schwieriger dürfte jedoch der Versuch einer Angleichung der allgemeinen *Zurechnungsregeln* sein. Schon ein Blick in die Standardlehrbücher des Strafrechts von Ländern wie Deutschland, England und Frankreich, die alle auf weit zurückreichenden, eigenständigen Rechtstraditionen aufbauen, zeigt die Vielfalt in der Systematisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Während dem deutschen Strafjuristen der Verbrechensaufbau nach Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld schon quasi "naturgesetzlich" erscheinen mag, wird sein englischer Kollege ähnliches von der Unterscheidung zwischen actus reus und mens rea und sein französischer Kollege von der Unterscheidung zwischen den éléments légal, matériel und moral behaupten. Aber auch bei wichtigen Einzelregeln des Allgemeinen Teils des Strafrechts gibt es handfeste Differenzen. So wird die Reichweite eines Tatbestands nicht unerheblich von der Strafbarkeit des Versuchs, den verschiedenen Formen der Tatbeteiligung wie auch der Strafbarkeit der Begehung durch Unterlassen

bestimmt. Um die tatsächliche Vielfalt dieser Regelungen zu ermessen, braucht man nur einen kurzen Blick in die entsprechenden Übersichten zum ausländischen Recht im Lehrbuch von *Jescheck* zu werfen.[86]

Ebensowenig ist der Einfluß des *Strafverfahrensrechts* und seiner Beweisproblematik auf die materiellrechtlichen Strafbarkeitsmerkmale zu übersehen; denn auch hier sind die Unterschiede beträchtlich, selbst wenn man einmal von der besonderen Problematik der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse und der Beweisverbote absieht und nur die gerichtliche Beweisaufnahme für sich betrachtet.[87]

In *Deutschland* haben wir ein Amtsermittlungsverfahren mit einer umfassenden, stark formalisierten Hauptverhandlung von Berufs- und Laienrichtern, in welcher der Unmmittelbarkeitsgrundsatz gilt und die Verteidigung durch Ausübung von Frage-, Erklärungs- und insbesondere Beweisantragsrechten einen sehr starken Einfluß gewinnen kann. Der Prozeßstoff wird dabei von gut vorbereiteten professionellen Akteuren so gründlich aufgearbeitet, daß in komplizierten Materien, wie vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität, ohne Kooperation der Verteidigung eine auch nur einigermaßen schnelle Verfahrensbeendigung nicht mehr möglich ist. Entsprechend aufwendig müssen daher schon im Vorverfahren die polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen geführt werden, und als entsprechend schwer aufklärbar können sich einzelne materiellrechtliche Tatbestandsmerkmale erweisen.

In *England* hingegen findet die Beweisaufnahme in einem adver-

---

86) Vgl. *H.-H. Jescheck/Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996, S.527f., 612f., 661f.

87) Zu Nachweisen und weiteren Einzelheiten der nachfolgend angesprochenen Prozeßordnungen vgl. *Perron*, Beweisaufnahme (Fn.28), S.23ff.,96ff., 560ff., ferner *U. Nelles*, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa?, in: ZStW 109 (1997), S.727755, insbes. S.746ff.

satorischen Verfahren vor Laienrichtern statt, die von dem Verfahrensgegenstand bis zum Beginn der Hauptverhandlung keine Kenntnis haben und in der Hauptverhandlung zwar von einem verfahrensleitenden Berufsrichter instruiert werden, bei der eigentlichen Urteilsberatung aber (auf sich) allein (gestellt) sind. Die Beweise werden von Anklage und Verteidigung kontradiktorisch und aus der Sicht eines einseitig festgelegten Interesses präsentiert, und zwar in einer Weise, die von den Laienrichtern hic et nunc verstanden und verarbeitet werden muß. Komplexe Materien müssen daher drastisch vereinfacht werden, wobei die Verteidigung nicht den Eindruck erwecken darf, durch Obstruktions- und Verzögerungstaktik eine gerechte Verurteilung des Angeklagten verhindern zu wollen. Auch umfangreichere Sachverhalte können auf diese Weise einfacher bewältigt werden, da beide Seiten kein Intersse an einer zu großen Ausdehnung haben. Insbesondere fällt die Aufklärung von Zweifeln über subjektive Tatbestandsmerkmale weitgehend in die Verantwortung des Angeklagten. Auf der anderen Seite bekommen widersprüchliche Zeugenaussagen und atmosphärische Faktoren ein sehr viel stärkeres Gewicht, zumal die Jury aufgrund des sehr fragmentarischen Eindrucks, den die Hauptverhandlung oft bietet, häufig eher intuitiv entscheidet.

Auch in *Frankreich* gibt es ein Geschworenenverfahren. Allerdings wird die Hauptverhandlung von einem Berufsrichter geleitet, der nicht als neutraler Schiedsrichter auftritt, sondern zur eigenständigen Aufklärung der Wahrheit verpflichtet ist und dadurch die Jury sehr viel stärker als sein englische Kollege beeinflußt. Außerdem gilt der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht in gleicher Strenge wie im deutschen Strafverfahren; vielmehr wird die Beweisaufnahme im wesentlichen durch Bezugnahme auf die Akten des Untersuchungsrichters durchgeführt. Die eigentliche Beweisaufnahme

findet in einem weniger formalisierten Verfahren vor dem Untersuchungsrichter statt, wo der Sachverhalt zwar gründlich, aber bei weitem nicht so aufwendig wie in Deutschland aufgearbeitet wird. Auch komplizierte Materien lassen sich dadurch zügig bewältigen.

Ohne die angesprochenen Unterschiede rechtspolitisch werten zu wollen, erscheint doch unverkennbar, daß man in England, Frankreich und Deutschland - um unter Vernachlässigung kaum weniger divergierender Strafrechtsordnungen anderer Länder bei diesen Beispielen zu bleiben - zum Ausgleich von Unterschieden jeweils andere materiellrechtliche Vorschriften einführen müßte, wenn man in der täglichen Strafverfolgungpraxis gleiche Resultate erzielen wollte. Insgesamt dürfte daher schon an diesen wenigen Punkten deutlich geworden sein, daß für eine wirkliche Angleichung des Strafrechts auf europäischer Ebene sehr umfassende Veränderungen notwendig wären, deren tatsächliches Ausmaß auch von den Fachleuten kaum realitätsgerecht abzuschätzen ist.[88] Das soll nicht heißen, daß solche Angleichungen völlig unmöglich wären. Auch sei keineswegs verkannt, daß sich - nicht zuletzt wegen der bisherigen Lückenhaftigkeit der europäischen Gesetzgebung - zumindest durch die Spruchpraxis europäischer Gerichtsinstanzen eine Art "gemeines europäisches Recht" jedenfalls für bestimmte grundlegende Rechtsprinzipien und -institutionen herausbilden könnte.[89] Solange jedoch beispielsweise Großbritannien nicht einmal für seinen eigenen nationalen Bereich ein sowohl einheitliches wie auch geschriebenes Strafgesetzbuch zuwege gebracht hat,[90] erscheint kaum vorstellbar, da es sich zu einem

---

88) Zu den Voraussetzungen einer internationalen Strafrechtsangleichung vgl. *Perron* (Fn.68), S.297ff.

89) Vgl. dazu etwa *K. Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in: Vogler u.a. (Fn.30), Bd. 2, S.1411-1440.

90) Zu dahingehenden, aber bislang noch wenig erfolgreich erscheinenden Bemühungen

umfassenden europäischen Strafkodex, und sei es auch nur durch Übernahme eines derartigen Modells, bereit fände.

VI. Ausblick

Dieser ernüchternde Befund muß sicherlich für jeden schmerzlich sein, der sich eine rasche Harmonisierung der verschiedenen nationalen Strafrechtssysteme in Europa erhofft. Wenn auf diese Weise rechtsvergleichende Forschung desillusionierend wirkt, so kann darin freilich auch etwas Positives gesehen werden: Nach der Art eines Frühwarnsystems kann sie vor allem gegenüber einschneidenden Reformvorstellungen mittels Adaption von fremdem Recht auf fundamentale Strukturunterschiede und unbeabsichtigte Folgewirkungen aufmerksam machen.

Diese Warnfunktion vergleichender Forschung kann gerade in einer Zeit, in der zahlreiche einstmals sozialistische Länder mit einem grundlegenden Umbau ihres Strafrechtssystems beschäftigt sind, nicht ernst genug genommen werden. Wenn tatsächlich zutreffen sollte, daß sich einige Nachfolgeländer aus der ehemaligen Sowjetunion von "Common Law-Missionaren" den Übergang vom traditionellen inquisitorischen zu einem adversatorischen Verfahren haben aufreden lassen, so könnte man einer solchen rechtsvergleichenden Ignoranz nur mit Fassungslosigkeit gegenüberstehen. Denn wenn ein derartiger Systemwechsel schon in Italien mehr schlecht als recht geglückt erscheint,[91] muß in Ländern, in

---

vgl. *B. Huber*, Landesbericht Großbritannien, in: A. Eser/B. Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa. Bd. 3.1, Freiburg 1990, S.479-594 (510ff.) und Bd. 4.1, Freiburg 1993, S.635-744 (678ff.).

denen die Staatsanwaltschaft eine traditionell starke Stellung hat, während es an einer gleichweise starken und auch funktionierenden Anwaltschaft noch weithin fehlt, ein adversatorisches System zum Scheitern verurteilt sein. Diese - zugegebenermaßen politische - Einschätzung möge weder als grundsätzliche Ablehnung des adversatorischen Verfahrenssystems noch als Plädoyer für ein Weiterfahren in alten inquisitorischen Geleisen verstanden werden; denn daß letztere in eine gute Zukunft führten, ist gleichermaßen zu bezweifeln. Anstelle eines fundamentalen Systemwechsels mit unabsehbaren Nebenwirkungen ließen sich aber unter Berücksichtigung des gesamten sozialen Kontextes einschließlich der gewachsenen Verfahrenskultur auch gewisse Zwischenlsöungen denken. Dies um so mehr, als das alte wahrhaft "inquisitorische" System (in dem Ankläger und Richter weitgehend zusammenfielen) in vielen Ländern bereits durch ein "instruktorisches" System (in dem dem Richter zwar die Wahrheitsermittlung obliegt, dies jedoch unter starker Mitwirkung der "Parteien" geschieht) abgelöst ist und sich auch manche adversatorische Systeme zur Mitte hin bewegen.[92]

Die Chance zur Systemerkenntnis, Systemöffnung und möglicherweise auch Systemmüberwindung ist vielleicht sogar das wichtigste Potential, das in rechtsvergleichender Forschung steckt: Sie öffnet die Augen für andere Rechtskulturen und vermag dadurch auch intellektueller Sterilität und gesellschaftlicher Starrheit entgegenzuwirken. Und wenn Rechtsvergleichung in einem positiven Sinne zu "déformations professionnelles" führen würde, so könnte man mit *Kötz* zwei Dinge

---

91) Vgl. *E. Amodio*, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, ZStW 102 (1990), S.171195.

92) Vgl. *N. Jörg/St. Field/Ch. Prants*, Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?, in: Harding (Fn.47), S. 41-56.

nennen: zu einem eine gewisse "Dogmenskepsis" und zum anderen ein ansonsten für Juristen untypisches Maß an "Aufgeschlossenheit gegenüber den anderen Sozialwissenschaften".[93] Ein solches unvoreingenommenes Suchen nach Wahrheit mit weitgeöffneten Augen für andere Menschen, Länder und deren Gesellschafts- und Rechtssysteme ist gerade in einer Zeit, in der fundamentalistische Bewegungen absolute Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen und dabei nicht zuletzt auch immer wieder die Unterstützung doktrinärer Juristen finden, ein Gebot der Stunde. Bei dieser Wahrheitssuche aber kommt gerade dem Vergleichen allergrößte Bedeutung zu; denn wie schon im Eingangs-Motto des verehrten Jubilars treffend ausgedrückt: "Was für die Naturwissenschaften das Experiment bedeutet, stellt für die anderen Wissenschaften der Vergleich dar"[94]. Daher ist auch im rechtlichen Bereich das Vergleichen die beste Medizin gegen den Aberglauben an absolute Wahrheiten.[95]

---

93) So *H. Kötz* in einem (bislang nicht veröffentlichten) Vortrag über "Aufgaben und Probleme der Rechtsvergleichung an den juristischen Instituten der Max-Planck-Gesellschaft" anläßlich des 25jährigen Bestehens des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (Februar 1991).

94) So - mit Berufung auf *Durkheim* (Les règles de la méthode sociologiques, Paris 1895) *Kaiser* (Fn.57), S.79.

95) Vgl. dazu bereits *A. Eser*, in: Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Internationalität der Forschung, Berichte und Mitteilungen 1/97, S.82f.

비교형법학의 기능·방법 그리고 한계*

Albin Eser 著**
김일수*** · 정승식**** 共譯

《目 次》

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 형법에서 비교법의 역사와 개념에 관하여
Ⅲ. 오늘날 비교형법연구의 기능들
1. 司法的 比較法
2. 立法的 比較法
3. 理論的 比較法學
Ⅳ. 비교법연구의 수단과 방법
1. 접근방법
2. 제도적 필요조건
Ⅴ. 비교형법연구의 한계 - 법률조화의 장애물
Ⅵ. 전 망

Ⅰ. 서 론

「비교법이 번성하고 있다.……다른 법문화를 배우고 자기 고유의 법체계를 개선하기 위한 효율적 수단으로서 이를 널리 받아들이고 있다. 그러나, "크고 넓은 세상 맛보기"(a taste of a big, wide world)가 사물을 지나치게 단순화하는 것이나 세상을 법문화의 잡화점(as a self service shop of legal

---

* 이 논문은 1996년 9월 브뤼셀에서 열린 세계법률회의(WLC; the World Law Conference)에서 발표한 논문을 수정·증보한 것이다.

** 현재 Freiburg의 Albert Ludwigs 대학의 교수이며, 현재 "외국법과 국제형법의 연구를 위한 막스플랑크 연구소(the Max Planck Institute for Foreign and International Crimminal Law)"의 소장이다.
*** 고려대 법대 교수·법학박사
**** 고려대 법학연구원 전임연구원

cultures)으로 바라보는 것이서는 안된다. 왜냐하면, 이 작은 유럽에서조차도 점점 우리의 번영에 찬물을 끼얹는 낯선 방해물과 마주치기 때문이다.」

이 글은 私法學者이자 나의 동료인 Bernhard Grobfeld (Münster)가 새로 발간한 "비교법연구의 핵심과제"라는 책에서 따온 것으로서, 비교형법분야의 우리들도 피할 수 없는 양면성(ambivalance)를 적절히 설명하고 있다. 즉, 한편으로는 비교법연구로부터 얻을 수 있는 지식의 성취와 법창조라는 무한한 잠재성과, 다른 한편으로는 비교법의 냉정한 한계성을 설명한다. 낙관주의와 회의주의 사이의 올바른 균형을 이루는 것과 비교를 거부하는 국가적 자폐증(anti-comparative national autism)에 대응하여 우리의 지식의 지평을 넓히려는 희망을 오늘 나의 강의의 모티브로 삼으려 한다.

나는 4단계로 나누어 여러분을 이 넓은 분야로 인도하고자 한다. 비교법의 역사에 대한 짧은 고찰의 과정에서 우리는 먼저 이 학문으로부터 이해할 수 있는 것이 무엇인가(Ⅱ)를 정립해야 한다. 이를 통해서 첫째 실제 법적용과 법정책형성에 관련된, 둘째 前者에서 각각 필요로 하는 비교연구와 관련된, 비교법의 과제와 기능을 상세하게 언급할 것이다(Ⅲ). 이러한 목적을 달성하기 위해서 올바른 방법(Ⅳ)을 적용하는 것이 매우 중요하다. 마지막으로 비교법연구가 받아들이지 않으면 안 될 특수한 한계성(Ⅴ)을 검토할 것이다.

Ⅱ. 형법에서 비교법의 역사와 개념에 관하여

비교법의 개념과 발전 사이의 분명한 구분을 여기서 피하고자 한다면 이는 지적인 태만의 소산은 아니다. 오히려 비교법은 관련학자들이 개인적인 호기심에서든 특별한 과제의 관점에서든 외국법체계에서 연구할 가치가 있다고 생각하는 것으로 항상 이해된다는 입장에 근거한다. 외국법체계의 이국적인 특수성에 초점을 맞춘다면, 그때는 비교연구의 성격이 박물관적 전시순서(line of administration of a museum)을 따라 수행된다. 즉, 자기 고유의 법체계와의 다양성과 유사성을 비교하기 위해서 화석처럼 특별히 관심

있는 형태의 외국법체계를 나란히 진열할 것이다. 반면에, 법률정책을 지향하는 법률가는 자신의 정치적 주장(political postulations)을 뒷받침하기 위한 외국법의 원조를 얻기 위해서 자국의 법체계를 넘어 기웃거린다. 이 두 극단적 접근, 즉 박물관적 접근(museum approach)과 정치적 도구주의(political instrumentalism) 사이에는 자연히 여러 단계와 다른 목적이 존재한다. 그래서, 모든 것을 포함하면서 동시에 일반적으로 받아들여질 수 있는 비교법의 정의(defininition)에 이르는 것은 거의 가망이 없는 과제인 것처럼 보인다. 그러므로, 서문에서 인용한 책에서 "비교법"을 전혀 정의하지 않은 것은 놀랄 일이 아니다. 오히려, 비교연구의 올바른 과제와 올바르지 않은 과제, 좀 더 정확하게, 좋은 방법과 나쁜 방법의 설명을 통해서 이 학문의 관념적 접근보다는 가시적인 접근을 제시하고자 한다.

그럼에도 불구하고, 두가지 요소는 비교법학(comparative jurisprudence)의 형성에서 핵심적인 요소로 보고 있다. 첫째, 자신의 법체계의 경계를 넘어서 바라보는 것과 둘째, 둘 또는 그 이상의 법체계의 비교를 말한다. 또 다른 문제는 비교할 진정한 목적이다. 그것은 법이론이나 제도의 시험-지금의 현상이든 역사적 발전과 미래의 전망이든-일 수 있다. 또는 법 자체의 일반적인 자각(self-perception), 주어진 법체계하에서의 현실적 이행 또는 고려할 수 있는 그 밖의 측면일 수 있다. 이 모든 것이 비교법의 가능한 모습이다. 그러나, 비교연구를 과학의 단계로 끌어 올리기 위해서는 제3의 요소가 더하여져야 한다. 즉, 일반적으로 인정되는 방법에 따라 수행되어져야 하고, 그래서 올바른 방법에 따라 목적적이고 질서있게 수행되어져야 한다.

다음의 예들에서 비교법연구가 잘 되어졌는지 잘못되어졌는지에 대하여 나 자신이 판단하기 보다는 외국법의 연구에서 가치있다-다양한 이유에서-고 여겨지는 많은 예들을 제시하고자 한다.

자신의 폴리스(polis)의 경계를 넘어 바라봄으로써 正義의 의미를 알고자 했던 법률가가 아닌 철학자에게 제일 먼저 경의를 표하여야 한다. 아리토텔레스는 기원전 4-5세기에 그리스 도시를 비교하고 다음과 같이 말하였다.

> "가능한한 시민들이 바라는 삶을 살 수 있는, 시민들을 위하여 가장 잘 운영되는 공동체는 어디인가를 조사할 때, 어떠한 형태가 올바르고 유용한 것인지를 확인하기 위해서 우리는 개인이 제안하는 정체(constitution)들뿐만 아니라 다른 국가의 현재 사용되는 정체도 고려하여야 한다."

여기서 아리스토텔레스가 어느 한 폴리스에서 다른 폴리스로의 정체의 완전한 이식(transplantation)을 생각한 것은 아닐 것이다. 오히려, 자유시민을 위한 최선의 정체를 구성하는 요소들을 상당한 정도로 추출할 수 있으리라 희망했을 것이다. 대조적으로 로마인들은 그들의 12표법에서 그리스의 법률제도를 모방하였을 때 외국법체계의 채용을 염두에 두었던 것 같다.

고대 로마에서 19세기의 초기에로 엄청난 도약이 있는 것 같지만 그 사이에 어떤 형태의 비교법학도 발생하지 않았다고 생각해서는 안된다. 사실 중세시대에 세속법과 카논법을 비교했던 카논법학자와 변호사들을 들 수 있다. 근세 초기에 발생한 상인법(law merchant)에도 또한 특별한 관심을 둘 수 있다. 특히, 국가적 차이는 역사·윤리·정치 및 그 밖의 골격(frameworks)의 다양성에 있다고 보아 법률을 사회적 현상으로서 이해함으로써 근대적 개념을 발전시키려 시도했던 몽테스키외를 들수 있다.

그러나 이러한 다양한 노력들은 단일한 현상의 비교를 다루고 있다. 몽테스키외의 깊이있는 비교연구는 라이프니쯔가 인지하고 포이에르바흐가 발전시킨 "universal jurisprudence"라는 개념이 나타나기까지는 획기적인 진전을 얻은 것은 아니다. 이는 외국법의 외양적인 모방의 문제는 아님을 분명히 해야 한다. 오히려 자기 자신의 법체계에 대한 심도있는 이해와 관련된다. 이와 더불어 경험론이 커다란 중요성을 가지고 인식되게 되었다. 이를 뒷받침하기 위해서 Anselm von Feuerbach의 글을 인용하고자 한다.

> "왜 법학자는 비교법학(comparative jurisprudence)을 하는가? 경험과학에서 모든 발견의 가장 풍부한 근원은 비교와 조합이다. 다양한 대비를 통해서만이 반대명제(the contrary)가 전적으로 분명해진다. 즉, 유사성과 차이성, 그리고 양자의 합리성을 관찰함으로써 정확성과 내적 본질

> 을 철저하게 인식할 수 있다. 다양한 언어의 비교가 언어철학 또는 언어학을 나았듯이 다양한 국가-우리와 가장 밀접한 국가와 가장 멀리 떨어진 국가 모두-의 법과 법관습의 비교가 보편적 법학(universal legal science)을 창조한다. 즉, 어느 특정 국가의 특수한 법학에도 그 자체만으로도 진실되고 활기찬 생명을 불어넣을 수 있는 한계가 없는 법학(legal science without qualfication)을 창조한다."

포이에르바호와 그의 제자인 미트마이어(Carl Joseph Anton Mittermeier)-"uiversal"理想에 대한 열렬한 지지자이자 많은 저작을 한-가 형법학자이지만 19세기 비교연구가 가장 획기적인 진전을 이룬 것은 민사법(civil law)분야에서 처음이었다. 여러 나라를 거치면서 연결되는 국경을 넘는 거래와 경제활동의 증가와 함께 외국법에 대한 관심이 촉발되었음을 고려할 때 이는 충분이 납득할 수 있는 것이다. 그리고 그 결과로서 증가하는 필요성에 의하여 분쟁을 규율할 수 있는 규칙(rules)-초기 비교연구를 필요로 했던-을 얻게 되었다. 그러므로 1869년 프랑스의 비교입법학회(the Société de Législation Comparée)와 같은 협회를 민사법에서의 비교연구와 관련짓고 영국의 Henry Maine경과 독일의 Rudolf von Jhering을 크게 언급하는 것은 놀랄 일이 아닐 것이다. 그리고 이 영역이 20세기에 특히 인상적인 발전-특히 리옹의 Edouard Lambert와 베를린의 Ernst Rabel의 노력에 기인하는-의 시대를 경험하는 것도 놀랄 일이 아니다. 그럼에도 불구하고, 목차를 들여다 보면 민사법만을 비교하고 있음에도 불구하고 비교법(Rechtsvergleichung)이라는 일률적인 제목으로 발행되는 오늘날의 책들-적어도 독일에서는-은 매우 뻔뻔스럽다. 이것은 근대 국제공법(public international law)의 발전을 위하여 핵심적이었던 비교법에서의 업적이 무시되어지고, 법적 연구보다는 문화적 연구를 좀더 지향하는 민족학적 법률연구(ethnological legal research)를 배척-그럼에도 비교방법으로서 적용하고 있다-하는 것을 의미한다. 이 학문의 완전한 발전은 독일의 Josef Kohler와 미국의 Karl Nickerson Llewellyn과 같은 연구자들에 의해서 처음으로 이루어진다. 그러나 이 강한 경험적 학문의 최초 연구개시자로서 인식되는 연구자는 von Feuerbach와

Maine이다.

그러나, 19세기의 시작부터 형법비교연구- 여기서 우리의 첫째 관심사항인-는 모습을 들어냈다. 발전과정의 여러 예들을 언급할 수 있지만 다시 한번 von Feuerbach와 Mittermaier를 먼저 논하여야 한다. 그들은 오늘날의 "입법적 비교법"(legislative comparative law)이라는 것을 얻는데 성공하였다. 즉, 법원으로부터 기능적으로 분리된 공공기관으로서의 검사, 고소, 구두절차(oral proceedings), 소송절차의 공공적 성격 그리고 증거의 자유로운 평가와 관계되는 근대 소송절차의 원칙을 의미한다. 이것들은 common law의 소송절차체계와 그 당시의 新프랑스법에서 찾을 수 있는 모델에 기초하고 있다. 학계에서의 더 큰 발전은 1846년 파리 법과대학에서 비교형사법을 위한 강좌를 만든 것이다. 1888년 첫 국제적 학문단체가 결성되었다. 이는 벨기에인인 Prins, 독일인인 Vereinigung, 독일에서 교수하던 오스트리아인인 von Liszt에 의하여 국제형법학회(Internatioanal Criminal Association ; IKV, Internationale Kriminalistische Vereinigung)의 설립을 가져왔다. 국제형법학회의 결정적인 영향하에 16권으로 구성되고 지금까지 가장 광범위한 작품인 "독일형법과 외국형법의 비교"(Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts)가 1910년에 출간되었다. 이 작품의 독창성-독일 밖에서 조차-으로 인하여, Radzinowiez가 말한 것처럼, 이 책은 "비교형법연구의 역사에서 이정표(landmark)"로서 인정되고 있다. 그리고 정치적 개혁을 강하게 지향하고 있는 "국제형법학회"(AIDP: Association Internationale de Droit Pénal)가 있다. 이 학회는 1차 세계대전 이후 프랑스의 영향하에 있었고, 아직도 유럽인들-현회장이 미국인(Bassiouni)인이지만-에 의하여 주도되고 있다. 분명히 부분적으로는 이에 대한 반작용으로서, common law에서 한 캐나다인 학자의 발의에 의하여 "형법개정학회"(the Society for the Reform of Criminal Law)의 설립으로 평형(counterbalance)을 이루었다. 국제형법학회(AIDP)의 장기적 개혁목표와 대비하여 소위 "국제사회"(International Society)는 보다 시사적이고 시기적절한 논제들을 안건으로 상정하는 것을 주저해서는 안된다.

이러한 활동들은 개인 주도하의 결과로서, 그리고 학술적(academic) 또는 법정치적 이상주의(legal political idealism)에 의하여 지지되고, 마침내는 자발적인 기초위에서 실행 될 때에 비로소 보다 더 찬사를 보낼 가치가 있는 것이다. 국가와 정치-국가적 또는 국제적 단계에서 있을-와의 관계에서 이것은 비교법연구가 외국법률체계를 조명하고, 개혁모델을 제시하거나 정치적 제안(political postulates)을 하는 것을 의미한다. 그러나 이것은 이 메시지를 듣고 이행할 것인지 아닌지는 종국에는 정치적 의사결정집단의 재량적인 은총에 달려 있다. 경제적 용어로 말한다면, 비교법이라는 과학은 정치적 측면에서 그에 상응하는 수요자가 없는 공급자의 위치에 있다고 할 것이다. 이 마지막 관점에서 완전한 반전을 이룰 수는 없지만 상황적으로 결정적인 변화가 있어 왔다. 이것은 예를 들면, 유럽에서 관찰할 수 있다. 즉, 경제적 성장은 점진적으로 법률의 조화(harmonisation)를 강제한다. 그리고 이러한 목적의 성취는 비교법 분야에서 적절하고 우선적인 연구를 전제로 한다. 책임있는 관료들이 이러한 연구를 수행할 수 없다는 사실에 비추어서 비교법 연구자들과 연구소들이 전문가로서 점차 부름을 받고 있다. 이와 같은 사실은 국제관계에서도, 예를 들면 국제형사재판소의 설립에서도 관찰된다. 즉, 국제범죄의 소추를 위한 전통적인 국제공법(public international law)에는 가벌성(punishability)과 소추절차의 실체적 요소에 관한 규정을 거의 찾아볼 수 없다. 이러한 공백을 한 특정국가의 법률체계를 도입하여 채울 수 없다는 사실을 볼 때, 가장 광범위하고 가능한 공감대를 반영할 수 있는 규정의 개발이 요구된다. 그러나 이것은 적절하고 우선적인 비교법적 작업이 없이는 여과(to filter out)하기가 너무나도 어렵다. 이러한 요구가 비교법연구에 의하여 충족될 때 만족스러울 것은 정치적 측면이다. 이와 같은 방법으로 비교법학(comparative jurisprudence)은 공급시장에서 수요시장으로 변화하였다. 이는 비교법연구가 놓쳐서는 안되는 기회이다.

그래서 우리는 비교법의 과제라는 문제에 도달한다. 그리고 이를 통해서 관련내용(relevent substance)을 실제로 얻을 수 있다. 역사적 고찰에서 들어난 것처럼 다른 법체계의 비교와 더불어 "한 법체계의 경계를 넘어 엿보

기"(a look beyond the borders of a legal system)는 상이한 목적들에 이바지할 수 있다. 그리고 각각의 목적은 고유의 적절한 방법을 요구한다. 각각의 경우에 비교법의 실체적 개념은 그 기능의 관점에서 오로지 정의되어질 수 있고, 이에 따라서 상당한 정도로 다양할 수 있기도 하다.

Ⅲ. 오늘날 비교형법연구의 기능들

오늘날 비교법학의 구별할 수 있는 뿌리(roots)로서 두가지 목적을 들 수 있다. 즉, 한편으로는 "입법적 비교법"(legislative comparative law)의 이념으로 국가적 입법을 창출하기 위한 외국법률을 참고하고, 다른 한편으로는 "학문적·이론적 비교법학"(academical-theoretical comparative jurisprudence)의 이념으로 더 나은 법이해의 목적을 위하여 다른 법질서와의 비교를 말한다. 이에 더하여, 금세기 초에 私法學者인 Zittelmann이 이미 제안한 바와 같이, 외국법체계의 고려는 그 이상의 유형으로 구별되어질 수 있다. 비교연구가 개인적인 상황에서 법을 적용하게 되는 경우를 "司法的 비교법"(judicative comparative law)이라고 할 수 있다.

1. 司法的 比較法(judicative comparative law)

이 비교법의 형태-종종 예외적인 것으로서 언급조차 하지 않지만-를 당연히 연구의 한 분야로 보아야 하고 또 실제로 처음부터 다루어야 한다면, 아마도 회의주의자들에게 비교법연구의 즉각적이고 실제적인 중요성을 인식하게 하여야 할 것이다.

특히 분명한 事案으로서 형사재판관이 외국 형법을 조사해야 하는 경우는 "국제형법"(international criminal law)으로 유럽 대륙에서는 잘 알려진 영역에서 일어난다. 이는 외국에서 행하여진 범죄행위를 그 사건을 심리하는 法庭地의 법률로서 심판하는 문제와 관련된다. 예를 들면, 독일시민이 오스트리아인에 의하여 브뤼셀에서 살해된 사안을 다루어 보자. 만약에 범

인이 비엔나로 돌아오던 중 프랑크프르트에 들려서 괴테 하우스를 방문하는 동안에 살인 용의자로서 인지되어 체포되어진다면, 범죄행위는 그 행위지의 법률하에서 처벌할 수 있다는 독일형법(StGB) 제7조 1항에 따른다면 독일 법률에 의해 그를 소추하고 재판을 할 수 있다. 벨기에에서의 이 살인사건의 경우에는 이를 쉽게 확인할 수 있다. 그러나 최근에 뒤셀도르프 항소법원에 있어던, 소위 공동목적의 배신(betrayal of a common goal)을 이유로 법정과 유사한 절차로 레바논에서 동포를 살해하고, 독일에 입국하자 뒤셀도르프에서 체포되어 재판에 회부된, 한 쿠르드인의 사건은 어떠한가? 가해자를 상당한 이유로 범죄인인도를 할 수 없고 그 범죄행위가 행위지의 법률에 의하여 처벌될 수 있다면-이는 레바논법하에서 처벌가능하다-(독일형법(StGB) 제7조 2항 2호) 독일법은 역시 여기에 적용될 것이다. 그러나, 가해자가 살해된 자는 배신행위를 하였다는 항변을 제출한다면 또는 레바논국이 정치적인 동기를 가진 살인행위에 대하여 사면을 허용한다면 범죄지에서의 행위의 가벌성(punishability)에 관하여 어떠한 영향이 있을까? 나는 법정에서 전문가증인(expert witness)으로서 그러한 사안에서 범죄지의 적정한 법률을 정확하게 해석하고 설시하는 것이 얼마나 어려운 것인지를 최근에 경험하게 되었다.

위와 같이, 적용법(the applicable law)의 문제를 넘어서, 외국법의 고찰은 특히 피고인의 유죄(the guilt)와 이에 따라서 양형되어질 형벌(the punishment)의 범위를 결정할 때 역할을 하기도 한다. 예를 들어 여러나라에서 매우 다른 정도로 처벌할 수 있는 근친상간(incest)이 그러하다. 어느 나라에서 갓 이민온 자가 그의 의붓딸과 성관계를 가진 범행의 혐의를 받는다고 가정하자. 그는 이러한 성관계가 그의 고국에서는 처벌되지 않기 때문에 새로운 주거지에서 자신의 행위의 범죄성(criminality)을 몰랐다고 주장한다. 법원이 애초에 그 행위는 본질적으로 금지되는 행위(prohibited nature of the act)라는 이유로 그와 같은 착오의 항변(defence pleadings of error)을 배척하는 것을 원하지 않는다면, 법원으로서는 그 피고인의 고국에서 적용되는 법률을 찾아보는 것 이외에는 다른 방법이 없다.

이와 유사하게, 국가의 사법기관은 사법공조의 도움으로 형사관련문제에서 널리 일반화된 이중처벌금지의 원칙(the principle of dual criminality)이 범죄인의 인도에서 문제가 된다면 외국 형법을 조사하여야 한다.

위에서 언급한 예들은 국내 司法에서 외국법을 고찰하는 "전형적(classic)"인 사건을 다루고 있다면, 司法的 比較法(judicative comparative law)은 최근의 유고슬라비아와 르완다 사건의 국제범죄재판소에서 보는 바와 같이 "범국가적 형사사법"(supranational criminal justice)의 대두로 새로운 도전을 받고 있다. 지금까지 조약에 근거하거나 관습에 근거한 국제공법(pulic international law)은 국제범죄를 처벌할 실체적 규정(rules)이 없었다. 그 결과 관련 학자들은 부분적으로-무엇보다도 범죄지의 법률에 따른 제재라는 면에서- 국내법(national law)에 의존한다. 그러므로 초국가적 소추기관들(supernational prosecution bodies)도 비교법연구를 하도록 재촉한다. 이를 쉽게 인정할수 없을 때 그런 격차를 좁히는 것이 이후에 우리가 돌아볼 "입법적 비교법"(legislative comparative law)의 중요한 과제가 될 것이다.

그러나 여기서 강조할 외국법의 다른 중요한 기능이 있다. 즉 자국법의 해석의 기능(the role of the interpretation of one's own law)이 그것이다. 이는 분명히 국내 형법 또는 형사소송법을 외국으로부터 계수한 나라들이 가장 관심을 가질 것이다. 그래서, 예를 들면 터어키는 독일로부터 형사소송법을 받아들였다. 어떤 규정 또는 법제도의 해석-예를 들면 승인되지 않은 증거에 관한 문제-에 의문이 있는 경우에는 법관은 그 문제의 기원이 된 그 나라의 관련법으로부터 해결책을 구하여 계수된 법을 적용하는 것이 합리적이다. 외국법체계로부터 계수한 법으로 규율된 사건보다는 덜 분명하지만, 소송절차의 구조를 이해하기 위해서 기본적으로 중요한 소송절차의 원칙과 관련한 사건들에서 외국의 법해석의 조력(assistance)를 받는 것도 도움이 될 것이다. 즉, 법정의 증거조사에서 구술심리원칙(the principal of orality)과 직접심리원칙(the principal of immediacy)을 예로 들어보자. 이는 의심할 바 없이 독일에서 근 백여년간 있어 왔다. 그러나 최근에 이 원칙들은 소송절차에서 방해가 되고 그 결과 비기능적이라는 것이 입증되고 있다.

그렇다면 만약에 이 기본원칙들이 프랑스와 네덜란드와 같은 다른 나라에서도 상당히 그 가치가 떨어짐을 설명할 수 있다면, 그 원칙들을 들여올 당시 가졌었던 그 기능들이 그 동안 변형되었는지의 여부를 고찰하기 위해서 그 원칙들의 기원인 "母法"(parent law)으로 돌아가는 것은 유용하다고 할수 있다.

순수한 국내법의 해석에서조차 "경계를 넘보기"는 가치가 있을 수 있다. 법관이 법을 적용함에 있어서 외국법체계의 입법, 이념, 집행을 설명하고 참고함으로써 얼마나 많은 것을 배우는가를 한 스위스 법학교수가 매우 인상적으로 설시하였다. 그런 상황에서의 이 유형의 비교가 예를 들어 중절도(aggravated theft)와 관련하여 동의어 "falscher Schlüssel" 또는 절취된 재물의 수령과 관련하여 동의어 "Absetzen"의 문제일 때는 특히 명쾌하고 유용하지만, 법관은 관련외국법체계의 고찰을 통한 자국법의 해석을 위하여 고의(intent), 과실(negligence) 또는 위반(perpetration) 그리고 공모(complicity)와 같은 유사한 개념 또는 요소들도 분명히 조망하여야 한다.

이러한 경계를 넘보는 특별한 작업에서 낮게 평가해서는 안되는 또 하나의 문제가 있다. 법관이 자국의 법해석에서 외국법에 직면해야 한다면 자기비판적 효과(self-critical effect)를 낳을 것이다. 이 점에서 독일연방법원은, 예를 들면 외국법의 발전을 고려하여 동성애 행위와 관련한 제한적인 해석의 채용을 용인하였다. 이러한 방법으로 司法的 比較法은 단순한 해석의 방법을 통해서 "통제기능"(control function)을 얻는다.

부수적으로 각국의 司法이 서로가 상대방 법질서의 거울을 들여다 보고 수렴된 해석으로 이끈다면, 경계를 넘는 司法의 조사는, 유럽법률의 조화와 관련하여 이와 유사한 방식으로 독일연방법원장이 최근에 명명한 것처럼, 조화기능(harmonisation function)을 얻을 수 있다.

2. 立法的 比較法(legislative comparative law)

법관이 외국법을 고려하면서 해석하고 법률의 조화와 기능의 변경을 구

함과 동시에 법관은 이미 법집행과 입법 사이의 영역에 발을 들여놓는다. 그렇게 함으로써 司法은 입법적 비교법이라고 알려진 영역으로 들어간다. 몇몇 저자들은 이를 법정책적 과제(legal political task)에 놓인 비교법의 가장 중요한 기능으로 보기까지 한다. 영국에서는 이 목적이 최근에는 입법적 기초(legislative basis)를 얻기까지 했다. 즉, 1965년 Law Commissions Act section 3 (1)에서 "자신의 의무이행을 용이하게 할 수 있는 다른 나라의 법제도에 관한 정보를 얻는 것도 커미션너(commissionner) 각자의 의무이다." 라고 규정하였다. 이러한 의미는 앞에서 언급한 1910년의 "독일형법과 외국형법의 비교" 라는 책에서 결정적이었다. 이는 또한 비록 더 작은 범위였지만 50년대-사실 오늘에도- 새로이 부활한 개혁운동을 위하여 준비되어졌던 "형법의 개혁을 위한 소재"였다.

분명히, 자국의 법체계의 경계를 넘어 바라봄으로써 자신의 지평을 확장하는 것이 잘못된 결론, 즉 새로이 발견된 것은 最善이거나 옳다는 잘못된 결론에 이르도록 허용해서는 안된다. 다른 법률의 비교는 규율을 위한 상이한 대안을 제시할 수 있다. 그러나 그것들 중에서 어느 것이 주어진 환경하에서 또는 그와 관련하여 그 나라에 가장 적절한 것인가는 결국 입법기관이 할 가치판단의 문제이다. 이 범위에서 입법적 비교연구는 예비적 기능을 가진다. 동시에 해결책의 축적(stockpile of solutions)은 입법기관에게 가능한 선택의 폭을 늘릴 수 있다.

이런 의미에서 Alan Watson의 "법률은 주로 차용(borrowing)에 의해서 발전한다."는 말을 인용한다면, 지난 150여년간의 독일 형사소송법의 개정은 주요한 예이다. 19세기 "자유주의 형사법정"(liberal criminal trial)은 영국과 프랑스 모델이 없었다면 상상도 할 수 없었을 것이다. 선구자로서의 미국연방법원이 없었더라면 오늘날의 피고인의 법적지위에 대한 중요한 개선과 같은 것은 없었을 것이다. 독일이 외국법모델의 수입국으로서 주된 역할을 하였지만, 자국의 법체계에 이것들을 결집함에 따라 독일은 점차 수출국의 지위를 얻게 되었다. 일본과 터어키는 독일의 형법과 형사소송법으로부터 상당한 차용을 해오고 있다.

한 법률을 다른 법률로부터 계수하는 역사적 예들을 좀더 설명하는 것은 자제하고 입법적 비교연구의 기능과 과제들에 주의를 돌린다면, 기본적으로 세가지 단계, 즉 국가적 단계·지역적 단계·초국가적 단계로 구분하여야 한다.

국가적 단계(national level)는 한 나라가 다른 나라로부터 직접적으로 또는 수정하여 다소의 규정 또는 제도들을 채용하는 의미에서 "차용"(borrowing)을 다룬다. 이 첫째 경우에서 순수한 선별적이고 개인적인 개혁의 조각들이다. 즉 예를 들면, 미국모델로부터 독일에 소개된 소추기관에 의한 피의자에 대한 고지(causations), 또는 승인된 상당한 이유하에서만 낙태를 허용하는 독일의 적응모델(indication model)을 채용한 폴란드에서의 낙태법 개정이 그것이다. 그러나 법적 소프트웨어의 단순한 일부의 교체 이상으로, 전체적인 하드웨어의 교체는 아닐지라도, 많은 부분이 교체되는 상황이다. 이 예들은 이른바 "일수벌금제도"(day-fine system)의 노선을 따르는 스칸디나비아에서의 벌금제도의 개혁과 糾問主義(inqusitorial system)로부터 當事者主義(adversarial system)로의 이탈리아 형사소송법의 근본적인 구조개혁을 포함한다. 그러나 국가적 단계에서의 이러한 移植이 크건 작건 간에 항상 기본적으로 일방적인 과정(one-sided process)이다. 즉, 상호적인 피이드백(feedback)의 필요적인 발생없이 수입국은 수출국으로부터 적절하다고 생각되는 것을 시험하고 선택한다. 이 단계에서는 법제도의 비교는 각국이 그 당시의 법정책적 개념(legal political concep)에 적합한 것을 꺼내올 수 있는 단순한 잡화점(self-service shop)으로 쉽게 전락될수 있다.

올바르게 수행된다면 지역적 단계(regional level)에서는 다를 것이다. 이는 세계의 어느 지역, 예를 들어 유럽연합이 국경간 어려움을 제거하고 국가간 형사정책을 세우기 위해서 상당한 정도의 법적조화(legal harmonisation)을 추구하는 경우이다. 이것은 다양하게 상이한 장기적인 단계들을 포함한다. 즉, 첫째 단계에서는 이웃 나라들과의 발전을 지향함으로써 국가적 범위의 독립적인, 그리고 종국에는 형사법의 강화를 위한 상호협력에 기초한 互惠法(reciprocal laws)에 의하여 지지되는 입법의 개시이다. 다음 단계는

"분리 그러나 통일지향"(separate but uniform)이라는 이념으로 상호간에 합의되어진 독립적인 국가적 규율을 하는 것이다. 마지막 단계에서는 관련국가들이 실제로 초국가적인 구속력을 가지고 그들을 일반적으로 결속하는 규율에 합의하는 것이다.

부분적으로는 이미 성취되어졌고 어떤 관점에서는 범세계적(universal)이라고 할 수 있는, 초국가적 단계(supernational level)에서는 법제도의 비교가 수많은 상이한 방식들로 작용될 수 있다.

먼저, 문화국가들 사이에 널리 승인된, 그리고 다른 나라들에게 척도와 표준으로서 사용되곤 하는 법의 최고 원리를 탐구함으로써, 일반적 인권선언에 포함되거나 또는 合法性(legality)과 有責性(culpability)의 원칙의 승인과 관련하여 잔인하고 비인간적인 형벌을 금지하는 경우이다. 이것은 예를 들면, 집단살해(genocide) 또는 일정한 종류의 환경오염과 같은 일정한 유형의 행위를 처벌하기 위해서 보다 강제적인 방법으로 국가가 조약으로 승인한 경우들이다. 그러나, 국제공법의무의 충실한 이행으로서 여러 나라들의 통일입법의 결과에도 불구하고, 종국에는 각국의 수평적인 국가적 입법의 문제는 남는다.

그러므로 진정한 초국가적 입법은 일정한 국제범죄의 가벌성(punishability)이 더 이상 절대적으로 개별 국가의 승인에 의존하지 않을 때, 그리고 필요에 따라서는 비협력국가의 의지에 반하여 국제범죄를 소추도 할수 있는 권한이 부여된 국제형사재판소가 존재할 때에만 있을 수 있다. 유고슬라비아와 르완다 사태를 위한 국제법정의 설립은 확실히 이 방향으로의 중요한 일보이다. 그래서, 항구적인 국제형사법원의 설립이라는 희망은 더 이상 전혀 환상이 아니다. 그러나 국제형법 또는 국제형사법원법의 초안에 일반적 이행규정을 포함하지 않는다면 회의주의는 정당화될 것이다. 무엇보다도 회의주의는 초기에 국제공법 분야 출신의 조약 입안자들이 국제범죄를 위한 법률과 절차에 관한 경우처럼 실체적으로 형법과 관련된 경우일 때조차 형사법 전문가들의 특수한 지식을 다룰 수 있다는 생각을 계속 가지는한 정당화될 것이다. 상세한 "일반적인 부분"의 국제형법 법제화(codification)로 서

문을 시작할 필요는 특별히 없을지라도, 대부분의 형법규정이 오늘날 일반적이지만, 가벌성과 형사제재를 위한 최소한의 필요조건과 규칙을 적어도 분명히 하여야 한다.

마지막으로 초국가적 수준(transnational level)의 더 앞선 단계는 범세계적 모델법전(universal model code)의 발전이라 할 것이다. 1971년의 "the Codigo Penal Tipo para Latinamerica"의 일반부분 또는 1988년의 "Proyecto de Codigo Procesal Penal Modelo para Iberoamerica"와 같은 상당한 예들이 사실 이미 존재한다. 결국 전자는 코스타리카(1970), 볼리비아(1972) 그리고 엘살바도르(1971)에서의 형법개정을 위한 기초로서 이미 사용되어졌다. 그러나, 세계적 수준에서 통일형법전의 진정한 가치를 고찰하는 것은 별문제로 하더라도, 지금으로서는 너무 높은 기대를 할 수는 없다.

이런 회의주의는 분명히 비교법과는 전혀 관계가 없고, 오히려 정치에서 실질적 起源을 갖는다. 最善의 비교법적 개요(comparative synopses)와 대안들은 이를 실현하려는 정치적 의지를 상실하는 한, 가치를 잃고 모델로 남는다. 국제무대에서는 이런 실행의 의지는 주권 상실이라는 국제적 두려움이라는 장벽에 종종 부딪친다. 동시에 비교법률학자는 헤아릴 수 없는 고도의 정치적 측면에 의하여 자신을 성가시게 해서는 안된다. 왜냐하면 모든 대안적 모델에서 정치적 결단을 위한 방법을 준비하기 위해서는 그 자신이 반드시 협상테이블에 있어야 하기 때문이다. 그래서 이제 이론적 비교법학을 설명할 적절한 때가 되었다.

3. 理論的 比較法學(theoretical comparative jurisprudence)

司法的 그리고 立法的 비교연구에 관한 앞서의 논의를 바탕으로 법관 또는 국회의원 개인이 스스로 비교연구를 수행할 것이라고 기대하는 인상을 떠올린다면, 비록 제한적 상황하의 경우이지만, 이는 현실과 일치하지 않는다. 필요한 외국자료들은 보통의 법원도서관이나 국회정보서비스에서도 발견할 수 없다는 사실은 별문제라고 하더라도, 보통의 법관, 변호사나 정치

인이 외국법을 완전하게 다룰 수 있는 簡易한 수단을 일반적으로 소유하고 있지 않다. 비록 적정한 자료에 접근할 수 있고 정확히 분류할 수 있을지라도 과학적 비교법학자의 도움은 그 가치를 헤아릴 수 없다. 그러므로 비교법 연구원들과 연구소들의 중요한 기능은 순수한 실용적 조사협력(practical investication aid)에 있다. 이러한 면에서 "외국법과 국제형법연구를 위한 막스플랑크 연구소"의 활동상은 많은 것을 시사한다.

"과학적" 비교법연구라고 말할 때는 외국법에 관한 단순한 정보서비스보다는 그 이상을 의미하는 것은 분명하다. 상이한 법률의 분석적 조사, 공통점과 차이점의 비교 그리고 모델과 기본적 구조에 대한 탐구가 보다 더 결정적이다. 이 과정에서 추구되어질 많은 목적들 중에서 세가지 인지가능한 중요성를 여기서 적으나마 언급한다.

이론적 비교법학은 한편으로는 자국의 법체계에 대한 이해를 개선할 수 있다. Ernst Rabel은 다음과 같은 비유을 가지고 이러한 자기성찰의 중요성을 밝히려고 노력했다 ; "한 소년이 처음으로 거울을 들여다보고 있다고 가정하자. 그는 다른 가상의 아이를 발견한다. 그는 처음으로 자신을 알게 된다. 자신의 법체계에 거울을 비추었을 때 비로소 자신이 그 밖에 서 있을 수 있다."

Rabel의 비유의 요지는 기본적으로 법과 법정책(legal politics)의 비판을 언급하는 것이지만 법원리(legal doctrine)에도 적용할 수 있다. 이는 고도로 발달한 법원리에 자부심을 가지는 독일과 같은 나라들을 위해서는 사실이다. 이런 나라들에서는 다른 나라의 "단순한" 이론과의 대비(confrontation)가, 만약 학문 그 자체를 위한 학문을 추구하여 실용적 관련성을 보지 못한다면 지나친 이론적 만연이 역효과적일 수 있다는 진지한 깨달음으로 이끌 수 있다. 반대로, 순수하게 법원리의 도구적 기능(instrumental function)에 관심을 기울이는 것도 비교법연구의 중요한 과제이다. 특히 이론적 비교연구는 법관이 司法的 비교법의 일부로서 법률을 적용할 때 자신의 법체계의 목적과 한계를 더 잘 이해하는 것을 도와줄 수 있다.

비교법연구는 정치적 단계(political level)에서 중요한 역할을 가진다. 그

러나 여기서는 적용(application)의 두가지 영역만을 설명한다.

그 첫째는 입법프로젝트(legislative project)와 관련된다. 이 프로젝트에서 비교법연구에 의하여 이미 언급한 "해결책의 집적"(solutions stockpile), 즉 규제대안들(regulation alternatives)을 제시한다. 이 중에서 최소한 독일 -그리고 아마도 일부 다른 나라들- 에서의 광범위한 법률개혁은, 다른 나라들이 관련된 문제들을 어떻게 다루고 있는지를 먼저 조사하지 않고서는 결코 이루어질 수 없다. 그 결과 막스플랑크 연구소의 우리들은 대략 우리 작업의 삼분의 일을 국회의원들 또는 관료들을 위한 비교법보고서를 쓰는 것으로 구성한다. 그러나 최근에는 부패와의 전쟁 또는 형사절차에서의 증거의 수집과 평가에 관한 우리의 비교법보고서를 언급할 수 있다. 그러한 조사들은 원칙적으로 관련 국가입법자들을 위하여 의도된 것이다. 그러나 이것은 "입법적" 비교연구라는 이름아래 이미 언급한 형태들에서 조화로운 표준화(standardisation)를 얻으려고 노력하는 다른 나라들에게도 가치있는 것이다. 이 방식으로 그것은 초국가적 효과(transnationl effect)를 낳기도 한다.

그리고 두 번째, 적용의 정치적 관련부분은 이미 언급하였다. 즉, 국제협력(international cooperation)에서 비교법연구의 중재기능이다. 예를 들면, 유럽연합 안에서 다툼있는 논점으로 언급되는 여러 유럽 국가들 사이의 국경의 해체에 관한 쉔겐 조약(the Schengen Agreement)의 실제 이행이 계속적으로 어려움을 맞는다면, 그 이유가 지금까지 각국의 형사소추와 司法制度(justice system)의 상이한 목적과 구조에 관해서 잘 알려지지 않았다는 사실에 있는 것은 전적으로 아니다. 다른 법체계의 특성에 관한 지식의 부족이 형사관련문제에서 국제협력을 방해할 수는 있다. 그래서 미국과 독일 사이의 관련 협의의 결렬처럼 범죄인 인도 또는 사법공조조약들의 장애로까지 연결될 수 있다. 즉 예를 들어본다면, 한 편으로는 미국인들이 독일 사법부가 독일법에 따라서 미국에서 독일인이 저지른 범죄를 소추하고 판결을 하는 권한을 주장할 수 있다는 사실을 이해할 수 없다면, 다른 한편으로는 독일인들이 미국인 사업가가 미국에서 저지른 사기사건에서 미국소추기관이

독일로 달아난 그 피고인을 독일의 주권을 무시하고 "자신의 주도 아래" 조사할 권한이 있다고 믿는 것을 이해할 수 없다면 말이다. 1988년 하버드 로스쿨에서 개최된 이 문제를 다룬 회의에서 볼 수 있었던 것처럼, 외국에서 범죄를 다루는 상이한 접근법을 분명히 하였을 때 공통된 기반을 발견할 수 있다. 즉, 한편으로는 common law가 실체적 형법의 치외법권적 적용(extraterritorial application)을 좀더 제한적으로 다루는 경향이 있다. 그러나, 이러한 협의의 기초 위에서 common law는 국내에서 행해진 범죄행위와 관련하여 국외에서 소송관할권과 조사활동을 행사하는 것에 관하여는 의심을 두지 않는다. 그러므로 범죄행위가 국내에서 행하여졌을 때, 외국시민의 범죄지로의 범죄인 인도 요청은 당연한 것으로 받아들인다. 다른 한편으로 유럽대륙의 전통은 자국의 국경을 넘어서 국내법의 적용 영역을 확장하고, 그 결과로서 광범위한 방식으로 국외범죄를 자국의 관할권에 복종시키는 것이다. 그 결과 자국의 시민이 외국에서 한 행위가 행위지의 법률에 따라 범죄행위로서의 혐의가 있다고 하더라도 자국의 시민을 범죄인으로 인도할 수 없다. 이러한 개념들 중에서 어느 것이 더 좋고 더 공정한지는 여기서 논쟁할 문제가 아니다. 오히려 나는 무엇보다도 오해를 제거하고 국제협력을 준비할 때 중요한 구조적 기능으로서 과학적 비교법연구가 얻을 수 있는 것은 무엇인가를 여기서 설시하려고 한다.

끝으로-그러나 중요한- 이 모든 적용본위의 목적들(application-oriented objectives) 중에서 진정으로 과학적 비교법학의 가장 근본적 기능, 즉 기초연구로서의 기능(function as basic research)은 결코 잊어서는 안된다. 일부 학자들이 가정하는 것처럼 이 유형의 비교법연구가 "목적으로부터 자유"(free of purpose)롭거나 자유로와야 하는지는 논쟁되어질 수 있다. 연구자가 어떤 개념의 목적으로부터도 자유로이 외국법제도를 열심히 연구한다는 것은 실제에서 그 외국법제도의 등가물을 쉽게 찾을 수 없을 것이라는 확신적인 견해를 미리 가정함을 의미한다. 그러나 기초연구의 유용성은 미리 예정된 적용의 면에서는 필연적으로 본질적인 것이 아니다. 왜냐하면 어떤 결과를 얻어야 하거나 어떤 견해를 구체화하여야 하는 기대-비젼을 좁히는-

로부터 자유로울 때만이 연구자의 시야가 다른 법체계의 성격과 구조에 대한 편견없는 인식을 위하여 자유로울 수 있다.

이러한 근거에서 3 가지 연구목적은 특히 가치가 있다.

첫째, 탐지되는 현저한 변수들(a sounding out striking variables)뿐만 아니라 가장 중요한 유형의 범죄들의 범세계적 모델 개발을 갈망하는 형법의 현상학(a phenomenology of criminal law)이 나와야 한다. 보호법익들에 관한 정보들과 가장 중요한 유형의 위반행위에 관한 정보들이 기대될 뿐만 아니라, 나뉘어진 법질서의 상이한 경험들의 교류도 가능할 것이다.

범죄행위의 외부적 명시를 지향하는 그러한 현상학은 바깥 껍질을 관통하여 더 깊은 공통점과 차이점을 벗겨내기 위해서 일반구조비교(general structural comparison)에 의하여 심화될뿐만 아니라 확장되는 것이다. 프라이브르그의 막스플랑크 연구소에서 우리는 범죄행위 일반이론의 "핵심주제"로서 정당화(justification)와 면책(execuse)에 관한 비교연구를 추구함으로써 이 방향으로 첫 걸음을 내딛였다. 한 걸음 더 나아가 이것은 형법에 관한 일반구조연구가 뒤따라야 한다. 그 결과로서 "형법의 일반이론"이라는 저서의 이념으로서 v. Liszt가 이미 증진시켰던, 그리고 Jimenez de Asùa가 "Tratado de derecho Penal"라는 그의 여러 저서에서 이미 공헌하였던, 결합된 사고(associated ideas)의 실현은 결국 정말로 성공할 수 있을 것이다.

마지막으로 비교법연구의 문화적 기능(cultural function)을 잊어서는 안된다. 일탈을 평가하는 사회와 국가의 반응뿐 아니라 한 사회에서의 지배적 도덕 개념이 형법에서처럼 분명하게 표현된 법영역은 없었다.

Ⅳ. 비교법연구의 수단과 방법

그리고 지금 비교법연구의 방법을 논한다면, 그것은 모든 학문에서 추구하는 바와 같이 과학적일 것을 요구하는 일반절차와는 덜 관련되고, 비교법연구에서 특별히 고찰되어야 하는 가능한 특성과 더 많은 관련성이 있다.

그리고 비교법연구의 가능한 목적들이 다양하다는 것과 그에 따르는 관련방법들이 다양할 수 있음이 입증되어졌기 때문에 일반적 구속력을 가지는 방법론의 正典(canon)을 기대하는 것은 잘못일 것이다. 범죄행위의 실행에서 數人의 관련성에 관하여 상이한 법질서들이 다루는 다양한 방식들처럼 구조적 분석과 관련된다면, 그때는 방법론적 실행뿐만 아니라 연구계획은 처음부터 단순히 두개의 일치하는 범죄규정(two corresponding crime provisions)의 존재를 확인해야 하는 이중처벌금지(double criminality)의 사건보다는 훨씬 복잡해진다. 그러나 그런 단순한 문제들은 별문제로 하고, 대부분의 사건들에서 가능성(promising)이 있다고 입증되어진, 많은 기본적인 원칙들(ground rules)을 많은 세월의 경험에 기초하여 확인할 수 있다.

1. 접근 방법

첫 단계로, 상이한 법질서의 관점에서 조사하여야 하는 실체적 문제(substantive problem)를 정의할 필요가 있다. 이를 이른바 "기능성 문제"(functionality question)라고 할 때 법률제도들 또는 개별적 법규정들을 비교법연구의 초기시절에서의 경우처럼 실제로 직접 시험할 수 있다. 그러나 그렇게 함으로써 다른 법체계에서 일치하는 법규정의 부존재를 이유로 재고함이 없이 어떤 규칙의 완전한 흠결을 결론지을 수 없다. 왜냐하면 법규정-정확히 이해된-이 그 자체에 그 의미를 내포하고 있지 않을 때, 그러나 오히려 그 의미를 개별 사안에서 규율되는 사회문제로부터 끌어낼 수 있을 때, 그리고 그 문제가 다른 법질서에서 상이한 법규정에 의하여 다루어질 수 있을 때는 비교법연구에서 단순한 법규정 또는 법제도의 기술에 만족할 수 없기 때문이다. 오히려 삶의 기초되는 사실들과 그것들의 사회적 응집체(integration)를 조사하여야 한다. 그러므로 문제에 만족하기보다는, 예를 들면 한 법체계에서는 "고의(intention)" 그리고 "교사(incitement)"로서 이해되어지는, 타인에 대한 영향의 심리적 과정들 또는 방식인 "고의(intention)" 또는 "교사(incitement)"에 관한 비교할수 있는 단어가 다른 법제도에 존재

하는지의 여부를 먼저 설명하여야 한다. 이를 한 이후에만 심리학적 과정들 또는 영향력을 다른 법체계에서 유사한 개념들 또는 다른 규정들로써 다룰 것인가의 문제를 제기하는 것이 의미가 있다. 다른 말로 하자면, 비교의 진정한 주제는 규정이 아니라 오히려 법률이 규율하는 사회질서의 문제로서 미리 예정된 삶의 상황이다.

둘째 단계에서, 비교할 국가의 선택이 따라야 한다. 이 때 한편으로는 실제로 관련된 국가들을 빠뜨리지 않기 위해서 그리고 다른 한편으로는 처음부터 비생산적인 국가들을 제외하기 위해서 예비조사(pilot study)가 유용할 수 있다.

셋째 단계는 개별적 국가보고서들로 구성된다. 이것은 다양하게 문제의 유형화(formulation)에 의존하다. 그래서 개별적 문제들이 규정의 존재 또는 부존재에 의존하는 경우에는 보고서는 기껏해야 그 법규정들의 단순한 목록으로 만족할 수 있다. 그러나 일반적으로 신뢰할 수 있는 보고서는 관련 법률의 고찰 또는 법원리(legal doctrine)의 평가없이는 편찬될 수 없다. 그래서 단순히 "책 속의 법률"에 의지하기보다는 "살아있는 법"(law in action)에 의지하여야 하기 때문에, 범죄학은 부가적인 비교수단으로서 점점 그 중요성을 얻고 있다. 각각의 국가보고서들에서 언어적 특성과 그 밖의 문화적 특성들뿐만 아니라 관련법체계의 특별한 유형적 특징들에 주의를 기울여야 한다.

넷째 단계는 국가보고서들을 기초로 비교단면도(comparative cross-section)를 편찬하는 것이다. 그러나 이것은 국가보고서에 포함된 개별적 자료를 단순히 요약하는 再版에 이르러서는 안된다. 오히려 그것은 공통점과 차이점의 윤곽을 그리고, 가능하면 모델의 개발로 이끄는 방향으로 나가야 한다. 특별한 편차(deviations)의 조사는 그와 같은 분명한 특징들이 "주된 흐름(main stream)"에 대한 비판적 對比를 제시할 뿐 아니라 법정책적 개혁(legal political reforms)을 위한 잠재적 전망을 지시할 수 있을 때까지는 분명히 배제되지 않을 것이다. 이런 방식으로 비교법률단면도는 특히 "입법적" 비교법을 위하여 특별히 중요한 "해결책의 축적"(stockpile of solutions)의

저장소로 발전할 수 있다.

다섯째 단계로서 상이한 규제대안들의 분리된 법정책적 평가(입법기관에 대한 공식적 제안과 관계될 수 있는)가 따른다. 그러나 주의를 요한다. "입법적" 비교법과 관련하여 이미 설시한 것처럼, 하나의 사물(thing)이 규제대안들을 제시하면서, 그리고 다른 대안들 사이에서 최종의 선택을 한다. 그러한 정치적 결정을 정치적 시민의 역할을 가진 연구자가 자연히 거부하지 않을 수 있다. 그러나 순수한 과학의 外皮아래 개인적 정치행위를 하지 않도록 그 역할은 밝혀내야 한다.

2. 제도적 필요조건

적용되는 방법들의 과제, 기능들 그리고 차이점들의 큰 다양성의 관점에서 법비교연구가 적절한 "장비"(equipment)없이 지혜롭게 실행될 수 없다는 것은 놀랄 일이 아닐 것이다. 게다가 도서관의 유용성은 무엇보다도 비교학자의 일반적이고 체계적인 노하우에 속한다. 도서관을 사용하여 조사대상인 국가의 법체계를 밝힐 수 있다. 조사하는 국가에의 방문이 불가능-이 경우가 일반적일 수 있다-한 이상 연구자의 주소지에 세워진 충실한 도서관이 필요하다. 이와 관련된 재정문제는 연구프로젝트가 정하는 범위가 넓을수록 그리고 포함되는 국가들이 많을수록 자연히 커질 것이다. 본질적으로 이 문제는 도서관의 제도화-가능한 한 많은 국가들의 법률자료들을 체계적이고 광범위한 방법으로 모으는-가 부딪치는 문제이다.

이와 유사하게 유능한 인적자원의 필요를 또한 언급하여야 한다. 경험있는 비교학자는 일반적으로 단지 제한된 수의 외국법체계를 잘 알 뿐이다. 그러므로 더많은 국가들을 다루는 연구프로젝트의 확장은 더 많은 연구자들-관련국가들의 언어와 법률를 충분히 잘 알고 있는-의 협력없이는 불가능하다. 동일한 연구소에서 그런 전문가들을 모으는 것은 동시에 보다 집약적인 협력-특히 객원 연구원들과의-을 위한 가능성을 연다.

그러므로 그와 같은 비교법연구소가 많으면 많을수록 바람직할 것이다.

그러나 인력과 도서관의 규모에서 평범한 대학부설 연구소의 규모를 넘는 연구소의 설립과 운영의 필요조건인 막대한 비용이 종종 노정된다. 앞에서 언급한 프라이브르그의 "외국법과 국제형법 연구를 위한 막스플랑크 연구소"와 함께 그런 연구인력과 도서관의 집약으로 이해되는 연구소-외국 연구원들에게 기꺼이 연구편의를 계속적으로 열어놓는-를 대표하는 것은 가장 즐거운 일이다.

V. 비교형법연구의 한계 - 법률조화의 장애물

지금까지 비교형사연구의 밝은 면을 조명하였다. 그러나 어두운 면을 또한 간과할 수 없다.

기술적으로, 예를 들면 외국법에 충분히 능통하지 않을 때, 그리고(또는) 발견한 자료들이 다소 드문드문 측정되어지거나 신뢰할 수 없이 평가된 기준 또는 지표의 불확실성에 기인할 때는 딜레땅띠즘(dilettantism)과 절충주의의 위험을 내포한다.

적정한 듯한 개별사실로부터 성급하게 희망하는 결과를 추론해내는 "우회적"(short-circuited) 가치판단의 유혹은 매우 위험스럽다. 그러나 예를 들어 정보가 풍부한 각국의 문서 또는 다른 자료들이, 사실적 이유에서든 개인적 이유에서든, 접근하기 어렵다면 또는 처음부터 그외 방법에서 事象 또는 가능한 규제대안의 완전한 모습을 예견할 수 없다면, 가장 전문적 방법론 조차도 비교법연구를 어렵게 할 수 있다. 그러나 불확실성의 조건들을 결정하는 것은 비교법에 대하여 유일한 것이 아니라 오히려 인간 지식의 자연스러운 한계에 기인하는 자연스러운 현상인 것이다. 그러므로 모든 적정한 문서 수집의 불가능성이 처음부터 비교의 시도를 멀리할 이유는 절대 아니다. 오히려 조사의 한계와 그로부터 나오는 결론의 한계성을 제시하는 하나의 기회이다.

이러한 비교법의 고유한 취약성-의식적 방법론으로(in a method conscious

way) 진행함으로서 적어도 어느 정도는 중화시킬 수 있는-이외에는 특히 형사법 분야에서의 입법적 비교연구는 실체적 한계들을 떨칠 수 있다. 이 한계들의 이유는 방법에 있다고 보기보다는 오히려 자료들 그리고 특히 원하는 목적의 성취할 수 없는 본성(unattainable nature of desired goals)에 있다. 다른 법체계로부터 이식가능한 규칙을 희망하거나 상호조화를 얻기 위해서 노력한다면 반드시 그와 같은 실망에 이르게 된다. 그러나 법비교(legal comparison)는 기본구조의 差異性이 그와 같은 의도를 방해한다는 사실을 밝혀준다.

유럽형사법의 조화(harmonisation of European criminal law)에 관한 현재의 논의에서 이 문제가 부분적으로 과소 평가되고 있다. 그와 같은 조화의 노력에 대하여 기본적으로 반대를 하려는 것이 아니라 그 잘못된 길로 감으로써 입법목적을 상실하지 않기 위하여 많은 비판적 반성들을 고려하여 보자.

유럽지역에서 국내 형법의 조정문제에서 환상에 굴복하지 않기 위해서는, 규제내용과 형사법 규정의 효과적 형식은 다양한 형법규정(crime provisions)에 의하여서 뿐만 아니라 일반적 책임귀속원칙(imputation)과 형사법정에서 실체법의 이행의 방식에 의하여서도 결정된다는 사실을 처음부터 깨달아야 한다. 살인, 강도, 절도 그리고 사기의 "고전적"인 범죄행위에서 중요한 차이점을 발견할지라도 형법규정들 사이에는 일반적으로 유사한 것이 당연하다. 그러나 일반적 책임귀속원칙을 조정하려는 시도는 매우 어렵다. 오랫동안 확립된 개별적 법적 전통에 기초를 둔 독일, 영국, 그리고 프랑스와 같은 나라들의 형법 교과서를 一見하여 보면 可罰性의 필요조건들에 대한 체계화의 다양성을 보여준다. "구성요건해당성(Tatbestandsmäßigkeit)", "위법성(Rechtswidrigkeit)" 그리고 "책임(Schuld)"으로 범죄행위를 분석하는 것은 독일의 형법학자들에게는 準"自然法"的 성격을 나타내듯이, "actus reus"와 "meus rea" 사이의 차이점을 구별하는 영미 형법학자들과 "légal élément", "matérial élément" 그리고 "moral élément" 사이의 구별을 하는 프랑스의 형법학자들도 유사한 것을 주장한다. 형법의 일반적 측면의 중요한 개별규

정들 사이에는 실체적 차이가 있다. 그래서 위반행위를 구성하는 행위들의 범위는 범행동기, 범죄행위 가담의 상이한 형태 그리고 부작위의 가벌성에 의해서 결정된다. 이런 규칙들의 실제 다양성을 음미하기 위해서 Jescheck의 교과서에서 외국법에 관한 개관(surveys)를 잠시 들여다 보자

여기서도 그 기능적 차이점이 상당하기 때문에 형사소송법과 실체적 구성요건의 상호의존성을 조금은 간과할 수 있다. 단지 경찰조사기관의 특별한 어려움(difficulties)과 증거증력(admissionability)에 관한 규정들을 무시하고 법정에서의 증거의 인정(takings)만을 설명하는 경우가 있다. 독일에서는 광범위하고 엄격하게 정형화된 주된 절차(main proceeding)-노련한 전문재판관과 일반재판관이 참여하고, 증거의 제출과 관련하여 직접심리주의(the principle of the immediacy)가 적용되며, 그리고 피고인은 증인에 대한 질문권, 진술권 그리고 증거신청권을 행사함으로써 강한 영향력을 행사할 수 있는-을 포함한 공식적 조사절차가 있다. 그래서 재판자료들은 잘 훈련된 전문가의 참여에 의하여 철저하게 조사된다. 주로 경제범죄의 영역에서 일어나는 사건과 같은 복잡한 문제들에서는 피고인들의 협력이 없이는 공정하고 신속한 재판의 성취는 전혀 불가능하다. 그러므로 이런 철저한 방식으로 경찰과 검사의 소송전 수사가 행하여져야 한다. 그 결과 범죄행위의 다양한 실체적 구성요건들을 분석하기가 어렵다는 것을 증명할 수 있다.

이에 비하여 영국에서는 주된 절차의 개시 전까지는 재판의 내용에 관하여 알 수 없는 일반재판관들(lay jurdges) 주재하의 對審的 節次에서 증거의 심리가 행하여진다. 비록 일반재판관들은 그 절차를 주재하는 노련한 전문재판관에 의하여 지시되어지지만 판결을 심의할 때는 그들 자신이 독립하여 결정한다. 증거는 검사와 변호인 측에 의하여 대립적으로 제출된다. 즉, 그 증거는 어느 일방에 치우친 이해의 시각(perspective)으로부터 나온다. 그리고 법관은 즉각적으로(hic et nunc) 이해하고 정리하여야 한다. 복잡한 공소사실(subject matter)은 단순화하여야 한다. 변호인 측은 방해와 지연작전에 의하여 피고인에 대한 공정한 재판을 지연시킨다는 인상을 주지 않도록 하여야 한다. 이러한 식으로 양측이 지나친 확장(extantion)에 관심이 없을 때

복잡한 정황적 사실(fact situation)은 쉽게 처리할 수 있다. 특히 범죄행위의 실체적 구성요소와 관련된 의문점들을 분명히 하는 것은 대부분 피고인측의 책임으로 남는다. 다른 한편으로는, 특히 종종 배심원들이 주된 절차가 제시한 단편적인 인상들에 기초하여 보다 주도적으로 판단을 할 때, 증언들과 정황적 요소들에 의한 모순된 진술들은 매우 큰 중요성을 가진다.

프랑스에서도 배심재판이 열린다. 그러나 중립적인 중재자라기 보다는 오히려 독립적으로 진실을 밝힐 의무에 충실한 노련한 법관에 의하여 주된 절차는 진행된다. 그는 영국의 법관들보다도 더 강한 방식으로 배심원들에게 영향을 준다. 그 외에 직접심리주의(the principle of the immediacy)는 독일 법정에서와 같은 정도로 적용되지 않는다. 그러나 오히려 증거의 인정은 예심판사(a judge d'instruction)의 기록과 관련하여 이루어진다. 예심판사는 덜 정형화된 심리-독일에서처럼 철저하지는 않지만 조심스럽게 공소사실을 다루는-에서 증거를 얻는다. 이러한 방식으로 복잡한 사실일지라도 빠르게 처리할 수 있다.

어떤 법정책적 입장에서 논하여진 차이점들을 평가하고 싶지는 않지만, 영국, 프랑스 그리고 독일-이런 예들이 남아있고 다른 나라의 다양한 형사법질서를 무시하는-에서 일상의 형사소추의 관행으로부터 동일한 결과를 얻기 원한다면, 차이점의 균형을 이루기 위하여 상이한 실체적 규율을 각각의 경우에 소개하여야 한다. 대체로 유럽에서의 진정한 형사법의 조화를 위하여 광범위한 변화가 필요하다는 사실은 이러한 관점으로부터 분명하여져 왔다. 이것의 실제범위는 사실 전문가들조차 평가할 수 없다. 이는 그러한 조화가 완전히 불가능하다는 것을 의미하지는 않는다. 유럽법원의 판례법의 관행-이는 지금까지 유럽입법의 불완전한 성격 때문에 지속되어 온 것이 아니다-을 통하여 일종의 "일반유럽법"(common European law)이 최소한 어떤 기초적 법원칙과 제도들을 발전시킬 수 있다는 사실을 부인하는 것은 아니다. 그러나 예를 들어 영국이 자국영토에 적용할 통일된 성문 형법전을 만들지 않는 이상, 영국이 광범위한 유럽형법전에 동의할 것이라고는 상상할 수 없다. 비록 그와 같은 종류의 모델의 채용을 통해서 일지라도.

Ⅵ. 전 망 (outlook)

유럽에서 상이한 각국 형사법의 조속한 조화를 희망하는 모든 이들에게 진지한 연구는 고통스럽다. 비교법연구는 이 점에서 환상을 깬 것 같지만, 아직도 잠재적인 것이 남아있다. 이전의 교훈적인 체계(warning system)를 통하여 비교법연구는 다른 법문화의 경험에 초점을 맞추어 핵심적인 구조적 차이점들과 급진적인 개혁의 의도하지 않은 부작용들에 관심을 가졌다.

이러한 비교연구의 교훈적 기능은 특히 이러한 시대-우리들처럼 한때는 사회주의국가였던 많은 나라들이 형사법체계의 기초적인 재건에 바쁜-에는 충분히 심각하게 받아들일 수 없다. 舊소련의 몇몇 후계국가들이 "common-law 宣敎者들"(common-law missionaries)에 의하여 확신을 갖고 전통적인 규문주의적 절차로부터 당사자주의적 절차로 이행하려는 것이 실제로 일어난다면, 비교법의 단계에 대한 그러한 무관심에 놀랄 수밖에 없을 것이다. 그러한 체계의 변화가 이탈리아에서 썩 잘되지는 않았지만 성공하였다고 할지라도, 검사가 전통적으로 더 강한 역할을 하고 이와 동일하게 변호사가 강하게 기능적이지 못하는, 그와 같은 국가들에서는 당사자주의 체계는 훨씬 더 실패할 운명에 놓일 것이다. 이러한 판단-명백히 정치적인-을 당사자주의에 대한 절대적 거부 또는 규문주의의 계속을 지지하는 항변으로 보아서는 절대 안된다. 후자가 밝은 미래로 인도할 지는 더욱 의심스럽다. 예견할 수 없는 다양한 부작용이 있는 체계의 기본적인 변화보다는, 진화하여 온 소송절차의 문화를 포함하는 全社會的 脈絡(total social context)을 고려함으로써 임시적인 해결책을 생각할 수 있다. 그런 임시적 해결책은, 많은 나라에서 낡은 규문주의 체계-검사와 판사가 상당부분 동일시되는-가 "교육적인 체계"(instructional system)-검사가 사실의 확인에 대한 책임을 지고 당사자들은 보다 더 적극적으로 관여하는-에 의하여 대체되어지고 있다는 사실을 생각하면, 보다 더 잘 상상할 수 있다. 동시에 당사자주의는 보다 중심적인 위치를 차지하여 가고 있다.

아마도 비교법연구의 가장 중요한 잠재력은 그것이 제공하는 기회-다른

체계의 지식을 얻을 수 있고 체계의 개방과 체계의 극복을 증진하는-일 것이다. 즉, 비교법연구는 우리의 눈을 열어 상이한 법체계를 보게 하여 지적 無知와 사회적 硬化를 중화시킬 수 있다. 그리고 비교법이 적극적 의미에서 "직업적인 습벽"(déformation professionelles)으로 인도한다면, 두 가지 면을 지적한 Kötz에 동의할 것이다. 즉, 하나는 "도그마의 회의주의"(scepticism of dogma) 그리고 다른 하나는 법학자들에게는 일반적으로 비정상적인, "다른 사회과학에 대한 개방"의 면이 그것이다. 특히 근본적 활동들이 절대적 진리를 요청하고 순수한 "교리적"(doctrinaire) 법학자들로부터의 지지를 구하는 이와 같은 때에 그와 같은 진실에 관한 편견 없는 연구-다른 사람들, 국가들 그리고 그들의 사회 및 법체계들에 대한 열린 눈을 가지고 행하여야 하는-가 요구되어진다. 비교법연구가 커다란 중요성을 가지는 것은 이러한 진리에 대한 연구에 있다. 왜냐하면 "실험은 자연과학에게, 비교탐구는 그 외의 과학에게" 있기 때문이다. 이러한 이유 때문에, 법학분야에서도 비교는 절대적 진리의 神話에 대항하는 최고의 名藥이다.