

## 法으로부터 自由로운 領域

—法の 限界에 관한 法理論的 考察\*\*—

沈 憲 燮\*

1. ‘法으로부터 自由로운 領域’이라는 말은 우리에게 낯선 개념이다. 그러나 이는 그 표현에 있어서는 항상 동일하지는 않았지만<sup>(1)</sup>, 적어도 Bergbohm에까지 소급되는 오래된 개념이다. 어쨌든 우리는 이 말과 함께 法の 限界에 관한 문제와 대결하고 있음을 느낄 수 있다.

2. 과연 ‘法으로부터 自由로운 領域’이 존재하는가? 이러한 질문은 사실 한편 생각하여 보면 肯定的인 대답을, 다른 한편 생각하여 보면 否定的인 대답을 동시에 얻을 수 있다. 이리하여 法の 限界에 관한 문제는, 이미 Engisch가 지적했듯이<sup>(2)</sup>, 실로 二律背反的 主張의 對象이 되어 왔다. 이에 대한 肯定的 主張과 否定的 主張을 살펴보자.

### 2.1. 肯定的 主張은 다음과 같다 :

법은 四方 한계에 직면하고 있다. 인간만이 법을 따르지 神이나 동물이 법 밑에 있는 것은 아니다. 인간을 규제하나해도 생각만으로 처벌할 수 없고, 또 不可能에 책임지을 수 없다. 이미 일어난 일을 안 일어나게 할 수는 없으므로, 법은 遡及效를 갖지 못한다. 외국의 외국인에 법은 못 미친다.

學問, 藝術, 經濟, 政治의 ‘固有法則性’은 존중되어야 한다. 정치를 法院에 끌어들이면 법원만 政治化된다. 국가나 개인의 “緊急狀態는 法の 有限性(Endlichkeit)을 폭로시킨다”(Hegel). 나아가 법은 실로 自由에의 衝動에서도 自己制限을 한다. 따라서 법은 주로 최소한의 ‘禁止’로만 되어 있다. 그뿐만 아니라 법질서의 이른바 ‘欠缺’도 하나의 眞空! 등등  
.....

\* 서울대학교 法科大學 助敎授

\*\* 이 글은 서울대학교 법과대학 교수세미나에서 읽은 것을 補完한 것이다. 여러 교수님들의 論評에 감사를 드린다.

(1) 사람들은 혹은 ‘法空白的 領域’(rechtsleerer Raum—K. Bergbohm), 혹은 ‘禁止되지 않는 領域’(Bereich des Unverbotenen—K. Binding), 혹은 ‘法中立의 領域’(rechtsneutraler Raum)으로 표현하였다. 그리던 것이 ‘法으로부터 自由로운 領域’(rechtsfreier Raum)으로 표현의 일치를 보게 된 것은 Engisch의 동일한 제목밑의 깊은 논문에 기인한 것이라고 보겠다. K. Engisch, Der rechtsfreie Raum, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 108(1952), 385面이하.

(2) K. Engisch, 前掲文, 368面 이하를 참조한다.

## 2.2. 이에 대해 否定的인 主張은 다음과 같다 :

하늘과 땅 어느 곳도 법은 막혀있지 않다. 모든 主體, 모든 客體, 모든 事象이 법에 규제된다. “법의 침묵도 法空白의 영역을 의미하는 것이 아니라, 默示的으로 규제된 영역을 의미한다”(Somló). ‘법학은 神과 人間事에 관한 학문이다’(Digesta). 인간을 두고 보더라도 受範不能者란 존재하지 않는다. 또 법은 자기 자신에 대해서도 義務를 지운다. 모든 自己侵害는 자기만에 그치는 것은 아니다. 精神力으로서의 법은 인간의 心情과 性格을 형성한다. “強制는 同意를 생산시킨다”(Mussolini). 법은 항상 可能的의 영역에만 머무는 것은 아니며, 또 遡及效의 법률도 자주 나타난다. “개개의 법질서도 그 효력은 全世界를 포괄한다”(Radbruch).

學問, 藝術, 經濟, 政治의 固有法則性에 대한 존중도 법질서의 실질적 內容일 뿐이다. 不可侵의 限界란 自由主義에서도 지켜지지 않았다. “法은 社會經濟의 論理的 條件이다”(Stammler). “1600년 이후 구라과에서 법으로부터 자유로운 政治的 행동의 영역은 없었다”(Wolf). 行政行爲, 統治行爲, 革命的 政治行爲도 法空白의 영역에서 일어나는 것은 아니다. 戰爭에도 법은 있다. ‘禁止되지 않은’ 緊急避難도 보통은 금지된 행위를 ‘法’이 풀어 놓는 것이다. ‘自由의 승인’도 공동생활의 특수한 秩序方法일 뿐이다. 許容도 拋棄와 마찬가지로 法的評價이다. 최소한의 禁止로 된 法의 시대는 옛말! 또 欠缺이란 ‘法律’의 흠결이지, 全體로서의 법질서란 完結의이다! 등등……

3. 法의 限界, ‘法으로부터 자유로운 영역’에 대한 肯定的 主張과 否定的 主張사이의 對立은 실로 우리를 辨證法的 遊戲의 마당에로 이끌고 있다. 우리는 이러한 二律背反의 克服을 시도해 볼만하다. 그러나 그것은 깊은 法律觀 내지 世界觀의 대립을 밑에 깔고 있다. 그야말로 완벽하게 다듬어진 法哲學없이 그 일의 완성이란 생각할 수 없다. 그러나 또 이러한 법철학을 여기에서 전개한다는 것도 불가능한 일이다. 우리는 분수를 지켜 視野를 좁히지 않을 수 없는 것 같다.

우선 우리의 고찰을 無前提下에 둘 것이 아니라 일정한 法秩序의 ‘存在’와 결부시켜야 할 것이다. 물론 이는 制定된 法律로 되어 있고, 국가의 庇護를 받는 現代의 법질서가 될 것이다. 그리고 우리의 문제에 대하여 일정한 결론을 얻으려면 양 주장이 맞서고 있는 공통되는 핵심적인 ‘論點’을 들추어 내어 이를 검토하여야 할 것이다. 이에 대한 검토는 단순히 經驗的인, 따라서 우연적인 성질의 것이 아니라 理論的, 論理的인 성질의 것이어야 할 것이다. 그러면 이러한 논점으로 들 수 있는 것은 어떤 것인가?

무엇보다 중요한 것으로는 法理論的, 法論理的 그리고 法解釋學的 論點이다.

### 3.1. 우선 法理論的 논점을 살펴보기로 하자.

Engisch는 法空白의 領域을 인정할 것인가 아닌가는 사람들이 法 자체를 어떻게 보는가

에 달려 있다고 지적하고 그는 법을 命令, 즉 禁止와 要求의 총체라고 하는 ‘法命令說’(Imperativentheorie)을 취하면서 다음과 같이 지적한다: “명령이란 그 개념상……타인의 意思行爲에로 지향된 意欲의 표현일진대, 법규범의 효력범위는……명령에 의해 動機化가 가능한 意的행위 자체를 논할 수 없는 곳에서, 先驗的으로 끝나는 것이다.”<sup>(3)</sup> 따라서 이러한 견지에 서면 ‘법으로부터 자유로운 영역’은 도처에서 발견된다는 것이다.

이에 대해 법을 ‘客觀的 評價規範’(objektive Bewertungsnorm)으로 보는 이들은 반대의 의견을 밝힌다.<sup>(4)</sup> 여기에는 누구보다 Radbruch의 다음과 같은 설명이 인상적이다: “普遍的이고자 하는 것이 법질서의 본질이다. 법은 部分的 규제를 취함에 있어서도 이미 그러한 인간관계의 規制部分을 선택함으로써 規制안한 부분에 대해서도——바로 法的 作用의 排除라는 것을 통해서——태도를 취하지 않고는, 취할 수 없다. 따라서 ‘法空白의 영역’이란 언제나 다만 법질서의 자기 의사에 기한 法空白이며, 이는 도대체 엄밀한 의미에서 法空白 즉 법적으로 규제안된 영역이 아니라, 消極的 의미에서, 다시 말해서 모든 법적 효과의 否定을 통해서 규제된 事實영역이다.”<sup>(5)</sup> Kelsen도 규범적 질서에 의한 인간행위의 規制는 積極的 내지 消極的 방법으로 이루어 진다고 보고, 법률상 금지되지도 않고 또 특별한 허용 규범없이 허용되어 있는 경우도 소극적으로 규제된 것으로 보고 있다<sup>(6)</sup>. 이렇게 본다고 할 때 法的 限界, ‘法으로부터 자유로운 領域’이란 역시 자리잡을 곳이 없게 된다.

사실 이러한 法理論의 논점에 의거한 대립에 대해서 일도양단의 해결을 내려주기란 어렵다. 법규범을 評價規範으로 본다고 할 때 극단의 경우에는 ‘수답이 우는 것은 법적으로 허용되어 있다’든가, ‘장미가 피는 것은 不可罰의이다’라는 法的 評價(?)도 가능하게 된다. 그러나 評價規範說도 이렇게 까지 나아가지는 않고 법질서의 評價를 받는 데에는 ‘人間’의 行爲나 ‘利益’에 일정한 관련은 있어야 한다는 일반적인 制限을 한다<sup>(7)</sup>. 그러나 이는 이러한 정도의 관련을 안 가진 것이 또 어디 있겠느냐를 생각하여 본다면 별 의미는 없지만, 최소한도로 법이 無意味를 內容으로 할 수 없다는 점은 스스로 인정한 것이다. 실로 Kaufmann이 지적하듯이 ‘法으로부터 자유로운 領域’이란 法에 ‘意味’를 부여할때 생각할 수 있는 것이다<sup>(8)</sup>. 법의 意味가 ‘인간’의 관계를 규제하는 데 있다면, 그것은 神이나 動植物에 효력은 없을 것이며, 특히 他人과의 관계만을 문제삼는다고 한다면 個人으로서의 인간에

(3) K. Engisch, 前掲文, 405面.

(4) E. Mezger는 다음과 같이 말한다(Strafrecht, 2. Aufl. 1933, 164面, 166面): “법적 평가의 대상은 무엇이든 될 수 있다. 행위능력이나 책임능력의 유무에 관계없이 일체의 인간의 行態, 他生物的 行態, 자연의 사건이나 상태, …특히 합법적 내지 위법적 상태도 존재한다.”

(5) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 298面.

(6) H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 15面이하.

(7) H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 32面.

(8) Arthur Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: Festschrift für R. Maurach, Karlsruhe 1972, 333面.

대해서는 범규범이 아니라 道德이나 宗教의 규범만이 효력을 가질 것이다. 나아가 ‘법으로부터 자유로운 영역’은 법 상호간에도 그 意味와 機能이 다를 때에는 유추적으로 말할 수 있겠다. 따라서 民法上の 不法이 刑法으로부터 자유로운 영역일 수도 있고(예, 使用竊盜), 형법상의 不法이 民法으로부터 자유로운 영역일 수도 있는 것이다(예, 未遂). 또 하나의 법을 두고 보더라도 그 의미를 어떻게 보는가에 따라 그 법으로부터 자유로운 영역의 범위는 크게 달라진다. 예컨대 刑法의 課題를 국민의 倫理的 根本見解와 價値를 보호하는 데 있다고 보느냐, 또는 기초적인 法益의 侵害만을 처벌하는 데 있다고 보느냐에 따라 그 차이는 클 것이다.<sup>(9)</sup>

이렇게 볼때 ‘法으로부터 자유로운 領域’이 法理論적으로 불가능하다고 단언할 수는 없다. 사실 評價規範說은 모든 생각할 수 있는 것은 근본적으로 評價의 대상이 될 수 있다는 원칙에서 있다. 그러나 이는 법을 無意味와 無機能의 準則이나 判斷으로 까지 추상화시킨다. 이런 점을 고려해 보면 法命令說이 法規範의 內容을 실질적으로 파악한 것 같다. 우리는 위에서 일정한 實定的인 國家法秩序를 진제한다고 했다. 이에 부합되는 것은 제일차적으로 法命令說인 것 같다. 따라서 ‘법으로부터 자유로운 영역’의 가능성은 추론된다.

물론 평가규범설과 범명령설이 可能한 法理論의 모두는 아니다. 또 크게 이 두 이론을 놓고 보더라도 그들 사이는 兩者擇一的도 아니다. 어쨌든 法理論적으로 ‘법으로부터 자유로운 영역’을 부정할 수 없는 것은 밝혀지는 것이다.

3.2. 다음으로 法論理的 논점을 검토하여 보기로 하자.

사람들은 論理學的 견지에 서면, ‘법으로부터 자유로운 영역’이란 인정될 수 없는 것이 거이 결정적이라 여기고 있다. 그래서 ‘合法, 그렇지 않으면 違法’이라는 두개의 評價 이외에 그 이상의 가능성은 없는 것으로 보았다. 예컨대 Sauer는 ‘違法’과 ‘合法’은 서로 ‘矛盾的’ 對立이므로 제 3의 可能性이란 배제되어 있으며, 따라서 法으로부터 자유로운 領域이란 ‘論理的 不可能’(logische Unmöglichkeit)이라고 하였다.<sup>(10)</sup> 다시 말해서 그것은 排中律(*tertium non datur*)에 위반된다는 뜻이다.

이에 대해 Kaufmann은 다음과 같은 인상적인 설명을 한다: 즉 排中律이란 矛盾的 對立 그 ‘안에서’ 다른 가능성이 없다는 것이지 그 양자를 포함한 쉰 영역에도 타당한 것은 아니다. 예컨대 기차가 달릴 ‘동안’ 빠르거나 빠르지 않는 것이지 기차는 멈출 수도 있는 것이다. 마찬가지로 범질서가 행위를 규제할 ‘때’ 위법하거나 합법하고, 금지되거나 허용되는 것이지, 이는 모든 행위를 규제한다는 것을 말하는 것은 아니다. 따라서 범질서가 어떠한 평가도 하지 않은 행위도 있을 수 있는 것이다……라고.<sup>(11)</sup>

(9) Arthur Kaufmann, 前掲文, 334面.

(10) W. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, 236面 (인용은 A. Kaufmann, 前掲文, 334面에서).

(11) A. Kaufmann, 前掲文, 334面.

이상과 같은 Sauer의 論理的 주장과 Kaufmann의 反論, 정확히 말해서 存在論(理)的 반론의 대립은 흥미있다. 사실 排中律을 포함한 論理學의 諸法則은 전통적으로 眞과 僞의 두 평가만이 가능한 事實命題(proposition)를 두고 형성된 것이다. 문제는 이러한 논리적 법칙이 規範, 다시 말해서 規範의 命題에 대해서도 그대로 타당한 것인가이다. 이미 Engisch도 법을 評價規範으로 본다고 하면, 肯定的 評價(찬양)와 否定的 評價(비난)이외에 제3의 것, 다시 말해서 아무런 평가를 하지 않는 것도 있다고 지적했다.<sup>(12)</sup> 어쨌든 좀더 논리적으로 파고 들어가야 해결의 실마리가 풀릴것 같다.

3.2.1. Philipps는 規範의 영역에서 '否定'의 의미가 전통적 논리학에서의 그것과 다르다는 점에 특히 주목하면서 '법으로부터 자유로운 영역'의 문제를 다룬다.<sup>(13)</sup> 예컨대 이웃집 아이가 너무나 무례한 횡동을 하여 따귀를 때렸다고 하자. 그에게 과연 그런 권리가 있는가? 그의 행위는 과연 정당화될 수 있는가? 확실히 그러한 懲戒權이 成文化되어 있지 않는 것은 틀림없다. 그러나 법률가들은 明文의 규정이 없다고 해서 그런 권리가 없다고 급하게 결론을 내리지 않는다. 그것은 社會的 相當性, 社會常規, 事務管理와 같은 法原理 내지 法制度가 있기 때문이다. 그러나 다른 한편 생각하여 보면 이러한 원리에 입각하여 권리를 인정한다면 교육을 부모에 맡긴 헌법과 모순된다. 또 그러한 권리의 인정은 사회적 갈등의 사유도 될 것이다. 즉 그것은 법의 아주 기초적인 가치, 즉 法的 平和에 반하는 것이다. 이렇게 볼때 하나의 규범을 否定하기 위해서는 그것이 制定되지 않았다는 것으로는 충분치 않고 적극적으로 그것의 肯定은 不法으로 귀착된다는 이른바 歸謬法(reductio ad absurdum)까지 필요한 것이다.

물론 하나의 '효력있는' 규범의 존재를 전제로 해서 보면 그것의 否定은 그 자체 不法이고 이것의 否定은 허용되어 있다. 이러한 한에서는 一般論理에서와 다를바 없다. 그러나 이와는 달리 단순한 '규범의 二重的 否定'이 규범의 肯定으로 이르는가이다. 一般論理學에서 보면 이는 필연적이겠지만 규범의 영역에서는 사정이 다르다. 예컨대 한 밧줄로 등반하던 세 사람중 두 사람이 빙하의 틈에 가망없이 끼어 있다고 하자. 살아 남은 제3자는 불행히도 두 사람을 끌어당길 힘을 갖고 있지 못하다. 그는 하나만이라도 살리기 위해 밧줄을 끊어 한 사람은 구했으나 다른 한 사람은 보이지 않는 곳으로 떨어져 버렸다. 이러한 경우 이 제3자의 행위를 어떻게 보아야 할까? 그는 과연 이렇게 할 권리를 갖고 있는가? 누구도 죽음에 직면한 사람이라고 해서 그를 죽일 권리는 없다. 또 죽은 사람은 자신의 운명때문에 죽은 것이 아니라 다른 이를 살리기 위해서 죽은 것이다. 죽은 자로서 보면 하필이면 자기가 죽어야 할 이유는 없다. 그러나 그는 이러한 선택을 법적으로 정당한 것으로,

(12) K. Engisch, 前掲文, 414面.

(13) L. Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie(ARSP) Vol. 1 L II/2, 1966, 특히 196面 이하.

다시 말해서 자기의 살해에 대한 正常防衛權을 가짐이 없이 받아들여야 한다. 이 모두를 종합해서 말한다면 제 3 자에게 살인할 권리는 인정할 수 없으나, 그렇다고 해서 그의 행위를 不法으로 보려고 한다면 이 또한 不法이 되고 만다. 따라서 단순한 규범의 二重的 否定은 그것의 肯定으로 이르지 않는 것이다. 이러한 고찰을 토대로 하여 볼때 “하나의 규범은 존재하든가 또는 존재하지 않든가” 이고, 그리고 ‘그것이 존재하지 않는 것이 틀린 것이면 그에 따라 그것은 존재하여야 한다’ 라는 規範上的 排中律과 二重否定律이란 규범이 存在形像이 아닌 한 타당할 수 없음이 밝혀지는 것이다. 따라서 ‘법으로부터 자유로운 영역’이라는 제3의 가능성이 論理的 不可能이라고 하여 이를 거부하려는 논리적 입장은 찬성하기 어려운 것이다. (14)

3.2.2. Tammelo도 規範樣相의 論理的 操作原則에 따라 ‘법으로부터 자유로운 영역’의 가능성을 보인다. 그는 우선 規範樣相(deontic modality)을 다음과 같이 나눈다. (15)

- (1) ‘命令’(O)—어떤 일을 하여야 할 의무(Obligatory)
- (2) ‘禁止’(H)—어떤 일을 하지 않아야 할 의무(Prohibitory)
- (3) ‘積極的(一般的) 許容’(P)—하여야 할 의무가 있든 없든 어떤 일을 할 일반적 권리(Permissory)
- (4) ‘消極的(一般的) 許容’(D)—아니 해야할 의무가 있든 없든 어떤 일을 아니할 일반적 권리(Dispensory)
- (5) ‘積極的(個別的) 免許’(L)—해야 할 의무없이 어떤 일을 할 개별적 권리(Licensory)
- (6) ‘消極的(個別的) 免許’(C)—아니 해야할 의무없이 어떤 일을 아니할 개별적 권리(Concessory)

그런데 이러한 規範樣相을 가지고 우리는 우선 命令(O)의 否定이 消極的(一般的) 許容(D)을 또 禁止(H)의 否定이 積極的(一般的) 許容(P)을 반드시 가져오는, 다시 말해서 주어진 規範世界에서 禁止와 許容이 補集合(complement)의 관계에 있어야 한다는 要請에 입각한 (法)規範體系를 구성할 수 있다. 다음으로 또 우리는 命令(O)과 消極的(一般的) 許容(D) 그리고 禁止(H)와 積極的(一般的) 許容(P)사이가 單純한 排反(simple exclusion)이지 二分的 排反(dichotomic exclusion)이어서는 안된다는 要請에 입각한 (法)規範體系도 구성할 수 있다. 우리는 전자를 閉鎖的 法規範體系(closed legal system), 후자를 開放的 法規範體系(open legal system)라고 부를 수 있다.

(14) Tammelo는 이를 특히 國際法에 있어서의 ‘non liquet’와 관련해서 여러 곳에서 논하고 있다. Logical Aspects of the Non-liquet Controversy in International Law, in: Rechtstheorie, Bd 5, 1974, Heft 1, 1面이하. 그리고 Outlines of Modern Legal Logic, Wiesbaden 1969, 89面이하.

(15) 물론 완전한 規範樣相은 여기에다 일정한 規範事態(作爲나 不作爲)를 결합해야만 이루어진다. 즉 ‘어떤 행위는 命令되어 있다’ 또는 ‘어떤 행위는 禁止되어 있다’가 진정한 規範樣相이다.

그런데 폐쇄적 법규범체계에서는 ‘法的으로 禁止되지 않은 것은 법적으로 許容되어 있다’라는 이른바 ‘消極的 規範’(Negative Norm) 또는 ‘消極的 法原理’(Negatives Rechtsprinzip)<sup>(16)</sup>가 당연히 타당하게 된다. 그러나 개방적 법규범체계에서는 하나의 규범의 부정은 다른 규범의 긍정을 반드시 의미하지는 않는다. 여기에서는 ‘單純한 排反’이 개방해 놓은 ‘規範的으로 中立的’인 영역이 존재한다. 이는 적극적(일반적) 허용(P)도 소극적(일반적) 허용(D)도 아닌 어떤 자유로운 規範狀態일 것이다. 이렇게 분석해 놓고 보면 ‘법으로부터 자유로운 영역’이란 우리가 법규범체계를 開放的 體系로 볼 때에만 가능하고, 이른바 ‘消極的 法原理’가 주장되는 곳에서는 자리잡을 수 없는 것이다.

그런데 消極的 法原理가 가장 요청되는 듯한 刑法의 영역에서도 그것의 적용이 의심되는 것은 위의 Philipps의 분석을 고려하면 잘 알 수 있다. 하물며 私法, 公法, 특히 國際公法의 영역에서는 ‘법으로부터 자유로운 영역’의 가능성을 부정하는 것은 더욱 어려울것 같다.<sup>(17)</sup> 그렇다면 우리는 법체계를 開放的 法規範體系로 볼 수 있다. 이러한 법규범체계에서는 어떤 법적으로 의미있는 事態가 법규범체계에 의해 ‘積極的’으로 規制되지도 않고 다시 말해서 ‘命令’도 ‘禁止’도 안되고, 그렇다고 해서 ‘消極的’으로도 규제안된 다시 말해서 ‘적극적(일반적)으로 허용’되어 있지도 않고, ‘소극적(일반적)으로 허용’되어 있지도 않은 영역이 존재하게 된다는 결론이 나온다.<sup>(18)</sup>

### 3.3. 끝으로 法解釋學의 논점을 살펴보기로 하자.

법질서는 法的 評價에 있어서 等差를 인정한다. 따라서 어떤 法域은 그 평가를 객관적인 기준에 의한 것으로 만족치 않고 더 나아가 主觀的인 기준에 의할 것을 요구한다. 이것은 특히 刑法에 있어서 그렇다. 여기에서는 ‘合法—違法’ 이외에 ‘免責—有責’의 그것을 승인한다. 그래서 형법에서는 ‘違法은 客觀的으로, 責任은 主觀的으로’라는 원칙이 수립되었다.

(16) 이는 閉鎖的 法體系의 完全性을 확신시키는 원리이며 또한 ‘법으로부터 자유로운 영역’을 부정하는 근거로도 주장되었다. 대표적으로 Kelsen을 들 수 있다. 그는 명백히 “Was rechtlich nicht verboten ist, ist rechtlich erlaubt.” (Reine Rechtslehre, 248面)라고 말하고 있다.

(17) Tammelo는 國際法上으로도(특히 H. Lauterpacht에서와 같이) 消極的 法原理를 견지하여 보려는 시도가 계속되어 왔지만 타당하지 않다고 비판한다; 즉 自然法論者는 그것이 自然法에 속하는 것이라고 하나 이는 우선 자연법론자가 아닌 자에게 설득할 힘이 저다. 또 다른 하나의 규범의 否定에서 오는 규범이 어찌해서 단순한 論理的 否定 때문에 자연법적 도덕적 가치를 가지는 것인지도 자연법론자들은 증명하여야 한다. 또 자연법론자는 국제법에 欠缺이 있어서는 국제법질서의 安定性이 보장될 수 없다고 보나 安定性이 국제법의 최고의 요구일 수도 없는 것이 아닌가? 또 法實證主義者들은 消極的 法原理가 慣習的 國際법의 한 원칙이라고 하지만(Lauterpacht), 충분한 증거가 있는가이다. 즉 각 국가는 필요요건인 慣行과 法的 確信이 그들의 행동과 표명된 태도를 바탕으로 주장될 수 있다는 식으로 문제해결에로 임하지 않았지 않는가이다. 또 혹자는 消極的 原理가 ‘文明된 국가에 의해 승인된 法의 一般原則’이라고 하나 이 또한 의심스럽지 않은가? 소련의 국제법적 관념에 의하면 國際慣習法이거나 國際條約인 경우에만 국제법의 일부를 형성하는 것으로 보고 있음을 보면 더욱 그런 생각이 든다는 것이다. Tammelo, 前掲文, 8面이하.

(18) I. Tammelo, 前掲文(Rechtstheorie) 10面.

이러한 원칙에서 보면 위의 登山事例같은 것은 어쨌든 法的으로 찬성 못할 ‘結果’는 발생하였으므로 違法判斷은 면치 못할 것이다.

이리하여 白南櫟박사는 “緊急避難行爲가 刑法的 評價의 對象이 되는 以上 그것은 適法이나 違法이나의 擇一關係에 있는 것이며, 適法도 아니고 違法도 아닌 中間行爲를 認定하는 것은 스스로 理論構成을 拋棄하는 結果밖에 되지 않는 것이다”라고 말한 다음, “緊急避難行爲는 他人의 法益을 侵害하는 점에 있어서 違法行爲이나 普通人에게는 緊急避難行爲以外의 態度를 期待할 수 없는 까닭에 責任만이 阻却된다는 것이……理論적으로 第一 穩當한 것으로 生覺된다”고 지적했다.<sup>(19)</sup> 또 Maurach는 ‘緊急은 法을 모른다’라는 命題는 규범의 意思決定의 기능이 탈락된다는 것이지, 그것의 評價의 기능이 탈락되는 것으로 이해해서는 안된다고 한 다음, 문제의 긴급사태를 法中立地帶로 인정하는 것은 法으로부터 評價를 박탈한다는 것을 간과한 것이라고 지적했다.<sup>(20)</sup>

사실 이와같은 緊急事態는 일찌기 희랍의 철학자 Karneades(214 B.C.)가 든 사례, 즉 難敵후 한 사람만을 지탱할 수 있는 나무조각에 두 사람이 서로 독점하려고 한 이른바 ‘Karneades의 나무조각’의 경우나, 오늘날 하나만의 인공호흡기를 갖춘 병원의사가 동시에 들어닥친 두 중환자중 하나를 죽게할 수 밖에 없는 경우등에서도 볼 수 있다. 그러면 이러한 사태를 ‘免責的’인 緊急避難으로 보는 것이 과연 解釋學的으로 타당한 것인가?

일찌기 Binding은 이런 사태에 대해 違法의 판단을 내린다면 결국 한 사람이 자진해서 죽거나 두 사람 함께 죽어야만 하는 것이 合法하다는 이상한 결론, 그야말로 ‘不合理 그 자체’가 나올 수 밖에 없다고 했다.<sup>(21)</sup> Engelhard/Radbruch는 ‘Karneades의 나무조각’에서 두 사람이 서로 싸울 경우 각각 정당방위를 할 수 있게 되어 正當防衛에 對한 正當防衛라는 있을 수 없는 일이 생기며, 이 경우 각자의 행위는 결국 위법인 동시에 위법이 아닌 것이 된다고 지적했다. 이리하여 이런 사태야말로 法的으로 規制안된 狀況의 전형적인 사례라는 결론에 이르렀다.<sup>(22)</sup> 또 여기에 단순히 責任阻却事由를 실사 인정한다해도 그 해결이 온당하지 않다고 보면서, Kaufmann은 緊急避難行爲者에게 한편으로 그러한 상황에서는 ‘모든 다른 사람도 그와 같이 행위하는 것이 정당하지 않을 수 없다’고 하면서, 다른 한편 그에게 적법한 행위를 기대할 수 없다는 이유로 ‘免責’한다고 하는 것은 불합리하다고 지

(19) 白南櫟, 刑法總論, 法文社, 1965, 207-208面. 그러나 우리나라는 緊急避難을 違法阻却事由로 보는 것이 지배적 추세이지만 登山事例같은 것만은 그 非常例性으로 인해 ‘相當性’의 기준으로 측정될 수 없다. 따라서 「違法阻却」의 적극적 평가도 어렵다.

(20) R. Maurach, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 385面. 물론 마우라하는 이를 違法과 責任 어느 것에도 배당시키지 않고, 그 중간인 ‘Tatverantwortung’이라는 영역에 해당시킨다.

(21) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., 1885, 765面. (인용은 A. Kaufmann, 前掲文, 328面에서)

(22) 이 점 특히 H. Engelhard/G. Radbruch, Strafrecht, Die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen, 2. Aufl. 1948, 23面: “두 사람의 싸움은 공격으로는 위법하고, 방어로는 합법하다.”



적한다. (23)

그런데 종래의 法解釋學의 주장에는 이러한 긴급사태에 대해 법이 힘없이 단념한다는 것은 부당하고, 이런 경우일수록 법은 특별히 철저한 規制에로 도전받고 있는 것이며, 이를 법으로부터 자유로운 영역으로 보면 그것이 완전히 허용된 것으로 오해할 수 있고 ‘無法的 自然狀態’를 승인하는 것이 된다는 法政策的 고려가 큰 역할을 했다. 이에 대해 Kaufmann은 “우리의 법질서는 인간을 야만인으로가 아니라, 성숙된 시민으로 보고 있으며, 그리고 법질서가 아주 개인적인 現存的 내지 良心的 困窮狀況에 대해 강제규범의 설정을 단념할 경우, 그것은 자유로운 良心의 결정을 가능케 하고 특히 그러한 문제에서 대개 나타나는 相異한 道德觀에 대해 관용을 보이려 하기 때문인 것이다. 이 점은 제쳐놓고라도 이러한 상황에서 법적 평가를 한다면 合理的 결정기준이 없는데 도대체 무엇을 기준으로 내려야 할 것인가라는 문제도 생긴다. 그런 기준이란 非合理的이고, 學的으로 근거없는 기준일 수밖에 없으며……”라는 더 의미있는 法政策的 고려로 맞선다. (24)

생각컨대 우리가 살펴본 바와 같은 緊急事態같은 것은 적극적으로 違法이라는 판단을 이끌어낼 수도 없고 또 法益의 數量도 불가능하여 법질서는 이에 대해 合理的이고 普遍的으로 구속적인 결정을 내릴 기준을 갖고 있지 않다. 또 違法판단이 확실히 서지 않는 한 免責云云도 부당하다. 따라서 이러한 實存的 緊急狀況까지 法解釋學이 완전히 파악할 수 있다고 보는 것은 지나친 것 같다.

4. 이상으로 우리는 ‘法으로부터 자유로운 領域’의 問題에 대한 論議를 검토하여 보았고 이의 存在可能性에 대해 肯定的인 결론에로 이르렀다. 그러나 이때까지 一言하여 ‘법으로부터 자유로운 영역’이라고 표현했지만 그것이 가리키는 事態가 동일하지 않음을 짐작할 수 있다. 그러면 우리는 여기에서 ‘법으로부터 자유로운 영역’이 구체적으로 어떠한 사태를 두고 이야기하는 것인가를 구별해서 논해 보기로 하자.

4.1. 우리는 다음과 같은 세 부류를 나눌 수 있다. (25)

4.1.1. 우선 들 수 있는 것은 법이 도대체 관심을 두지 않은 行爲들이다. 우리의 일상생활에서 행하는 여러 행태들, 예컨대 먹는다, 마신다, 누워 잔다, 산보한다, 음악을 듣는다, 편지를 쓴다, 예배간다……등등이 이에 해당한다. 이것들에 대해서는 우리는 ‘法空白的’ ‘法無關心的’ ‘法中立的’ 영역이라고도 말할 수 있다. 法이 構成要件과 法的 效果라는 두 구

(23) A. Kaufmann, 前掲文, 338面.

(24) A. Kaufmann, 前掲文, 338面.

(25) A. Kaufmann, 前掲文, 336面이하의 설명을 참조하여 구분하여 본다. 물론 이러한 구분에 異議가 없는 것은 아니다. 첫째 경우에 대해서는 누구나 승인하지만 둘째, 특히 셋째 경우에 대해서는 논란이 있겠으나 우리의 논리로 보아서는 법으로부터 자유로운 영역으로 보는 것이 좋겠다.

성부분으로 이루어진 法規로 표현된다고 볼때, 이러한 영역은 '法規로부터 자유로운 영역' 또는 '構成要件으로부터 자유로운 영역'이라고 말할 수 있다. 우리가 아무리 법을 評價規範으로 보더라도 '사실상' 評價의 對象으로 삼지 않은 영역은 존재하는 것이다.

4.1.2. 다음으로 들 수 있는 것은 '法的 效果로부터 자유로운 영역'이라고 말할 수 있는 행위部類이다. 인간의 행위들에는 法的으로 중요하고, 또 법질서에 의해 評價를 받으나 일정한 事由로 원래 마련된 法的 效果가 예외적으로 탈락되는 것들이 있다. 그것은 예컨대 正當防衛와 같이 違法性이 이미 阻却되어 그럴 수도 있고, 強要된 행위에서와 같이 責任이 阻却되어 그럴 수 있고, 나아가 親族相盜例와 같이 단순히 형벌만이 阻却되어 그럴 수 있다. 이 모든 경우 법질서는 法的 效果를 퇴각시킨다. 그러나 중요한 것은 하나의 명백한 價値評價를 내린 점이다. 이러한 행위집합을 우리는 '構成要件으로부터는 자유롭지 않으나 法的 效果로부터 자유로운 영역'이라고 부를 수 있다.

4.1.3. 셋째번의 부류는 첫째의 경우처럼 법적으로 전혀 의미없는 영역은 아니나, 그렇다고 둘째의 경우처럼 명백히 法的 評價를 내리고 있는 것은 아닌, 다시 말해서 法的으로 有關 내지 有意味하나 법질서가 法政策的 기타 이유로 '規範을 철수시켜 法的 評價를 拋棄한' 경우이다. 위에서 여러번 언급된 實存的 葛藤 내지 限界狀況이 여기에 해당한다. 일찌기 Binding은 이를 '禁止되지 않은'(Unverboten) 행위라고 했다. 위에서 말했지만 여기는 禁止도 許容도 안된 영역이나, 그렇다고 법이 완전히 缺如된, 다시 말해서 法建物 밖에 있는 것이라고 해서는 안된다. 이 점은 Philipps가 "여기는 아주 세밀한 規範意味가 現在하며, 그리고 法으로부터 자유로운 영역이 法的 意味全體로부터 제외되어 있지 않다는 것은, 법관이 이를 존중하여야 하고 또 법관은 입법자가 삼가한 규범설정을 자기가 설정할 수 없다는 데서 나타난다"고 잘 지적하고 있다.<sup>(26)</sup>

어쨌든 이러한 의미에서의 '법으로부터 자유로운 영역'은 정확히 표현한다면, '同等한 價値이거나 또는 合理的으로 評價를 내릴 수 없는 法益이나 義務가 서로 衝突하는 인간의 問題的 葛藤狀況"이라고 할 수 있겠다. 따라서 違法阻却의 緊急避難의 경우나, 명백히 '責任阻却의' 緊急避難인 경우는 여기에서 제외될 것이다.

이와같이 서로 똑같지 않은 여러 사태를 가리키는 개념이 '법으로부터 자유로운 영역'이다. 따라서 이를 한말로 정의할 수 없다는 것은 어려운 것이다. 그러나 이를 종합해서 본다면 Engisch가 지적한 것처럼, "하나의 行爲나 어떤 하나의 事態가 法的으로 禁止된 것도 아니고 許容된 것도 아니고 命令(要求)된 것도 아니며, 非難된 것도 아니고 是認된 것도 아니며, 構成要件의 對象도 아니고 法的 效果의 內容도 아닌 때"<sup>(27)</sup> 우리는 '법으로부터 자

(26) L. Philipps, 前掲文, 205面.

(27) K. Engisch, Der Begriff der Rechtslücke, in: Sauer-Festschrift, 1949, 100面.

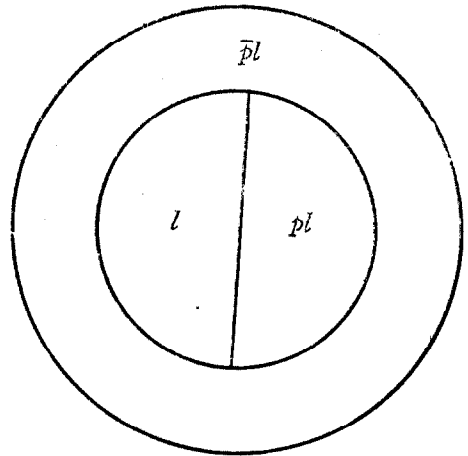
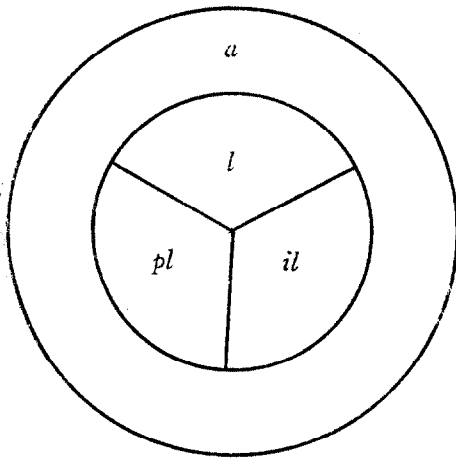
유로운 영역'을 말할 수 있다고 할 것이다.

4.2. 이상과 같은 '법으로부터 자유로운 영역'을 法規範體系와 관련해서 圖式化해 보는 것도 의미있는 일이라 하겠다.

4.2.1. 하나의 法規範體系는 하나의 意圖的인 體系이다. 따라서 그것은 世界內의 現實的 이거나 可能的인 事態에 대한 일정한 關心과 態度를 보이고 있다. 그러나 그것은 어디까지나 世界의 '모든' 사태에 대한 것은 아니고, 세계의 部分的 事態에 대한 것으로 그친다. 그것은 세계란 법이 전혀 관심을 보이지 않은 영역까지 포함하고 있기 때문이다. 우리가 세계를 큰 원으로, 안에 든 작은 원을 범영역으로 표시하면 다음과 같이 도식화될 수 있다.

I. 開放的 法體系

II. 閉鎖的 法體系

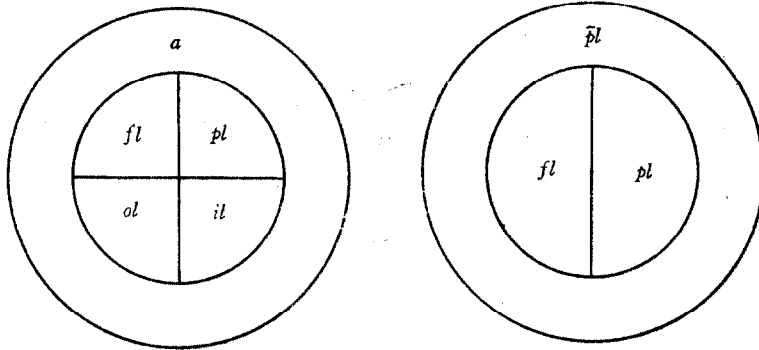


$\alpha$  = 法이 전혀 관심을 보이지 않은 영역  
 $l$  = 法領域  
 $P$  = 法的 效果로부터 적극적으로 자유로운 영역  
 $\bar{P}$  = 法的 效果로부터 소극적으로 자유로운 영역  
 $i$  = 法的 評價를 拋棄한 영역

4.2.2. 그런데 法規範體系가 세계에 대해 취하는 태도에는 여러 規範樣相을 띤다. 위에 서도 지적했지만 禁止, 許容, 命令(要求), 그리고 禁止도 許容도 命令도 아닌 無關心(自由)등이 그것들이다. 위의 기호 이외에 禁止를 f, 그리고 命令을 0로 표시하면 법규범체계는 다음과 같이 도식화할 수 있다.

I. 開放的 法體系

II. 閉鎖的 法體系



5. 이상으로 우리는 ‘법으로부터 자유로운 영역’의 문제를 간단히 다루어 보았다. 이에 관한 고찰과 관련하여 重要한 몇가지 점을 더 언급하지 않을 수 없다.

5.1. 첫째로 ‘법으로부터 자유로운 영역’과 ‘法の 欠缺’의 관계이다. 이는 간단한 문제가 아니다. 한편에서는 欠缺을 ‘법으로부터 자유로운 영역’의 증거로 내세우는가 하면, 다른 한편에서는 이른바 법의 欠缺과 법으로부터 자유로운 영역은 피페네산맥의 이쪽과 저쪽과 같다고 한다. 그러나 법의 欠缺이 모두 법으로부터 자유로운 영역이 아님은 그 補完이 논의되는 데서 명백히 알 수 있다. 물론 法欠缺의 補完은 단순한 法發見이 아니라 法創造이다. 따라서 그것을 事前的 또는 事後的으로 보는 데에 따라 ‘법으로부터 자유로운 영역’일 수도 있고 아닐 수도 있다. 또 법의 흠결은 法 ‘안에’ 있고, ‘법으로부터 자유로운 영역’은 법 ‘밖에’ 있다고 하기도 어렵다. 우리는 위에서 법안에 있으면서도 법으로부터 자유로운 葛藤狀況을 언급했다. 또 公然性이 없는 名譽毀損 및 侮辱에 대해서나 開披의 방법에 의하지 않은 秘密侵害에 대해서는 입법자는 침묵을 지켰다. 이는 意圖된 欠缺일 수 있으면서도 법으로부터 자유로운 영역으로 보지 않을 수 없을 것이다. 따라서 우리가 유의해야 할 것은 모든 ‘법의 침묵’이 법으로부터 자유로운 영역이 아니라는 점일 것이다.

5.2. 둘째로 法(裁判)拒否禁止(Rechtsverweigerungsverbot)의 원칙에 대한 再考이다. 주지하듯이 18세기의 ‘完結된 法典’의 사상 밑에서 불란서 민법 제4조는 이를 成文化했었다.<sup>(28)</sup> 법의 침묵이 모두 法空白의 영역이 아니라는 의미에서 法拒否禁止는 의미가 있다. 그러나 이는 ‘先驗的’으로 타당한 것은 아니다. 우리가 ‘법으로부터 자유로운 영역’을 公法的 내지 國際法的 차원으로 올려 생각해 보면 ‘non liquet’는 하나의 實在임을 부정키 어렵고, 또

(28) “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

法欠缺의 경우에도 법관이 모두 대답을 주어야 할 義務는 없는 것이다.<sup>(29)</sup> 위에서도 보았지만 ‘법으로부터 자유로운 영역’ 중에는 법관이 존중하여야 하지만, 立法者가 保留해 놓은 명령 대신에 法官 자신의 그것을 代置하는 것 또한 拒否되어 있는 영역이 있는 것이다.

5.3. 셋째로 많은 規範理論家들이 받아들여 왔던 ‘消極的 規範’ 또는 ‘消極的 法原理’에 대한 反省이 요청된다. 이 원리에 입각하여 사람들은 禁止안된 것은 許容되어 있다는 생각을 가져 許容이란 禁止의 不在 또는 缺如로만 생각하였을 뿐만 아니라, 禁止와 許容 이외의 다른 規範樣相의 存在可能性을 부정했다. 그러나 이것이 모두 오류인 것은 위의 설명에서 잘 알 수 있다.<sup>(30)</sup> 우리가 ‘法으로부터 자유로운 영역’을 승인한다고 할 때 종래 合法과 違法, 免責과 有責등의 硬直된 二分的 評價方法도 지양된다고 하겠다.

5.4. 넷째로 法(특히 刑法)解釋學的으로 종래의 이른바 ‘放任說’과는 다른 의미에서 放任된 領域의 存在를 긍정하기에 이른다.<sup>(31)</sup> 이에 自殺行爲나, 위에서 든 ‘카르네아메스의 나무조각’과 醫師사례 이외에도, 유명한 시노네트호사건, 요즈음의 安樂死, 人工妊娠中絶의 일정한 경우는 물론, 나아가 차원을 달리하면 진정 ‘統治的’인 영역등도 포함되고 또 그러한 관점에서 논의되어야 할 것이다. 실로 “말할 수 없는 곳에는 침묵해야 한다”는 어느 哲人의 말은 다른 뜻에서이지만 법질서에도 타당하다고 하겠다.

6. 이제 “법으로부터 자유로운 영역”에 관한 우리의 조그마한 素描的 高찰은 그 끝에 이르렀다. 누구보다 이에 깊이 파고 들었던 어느 학자도 이를 ‘無價値한’ ‘灰色의 이론’이라고 말했지만, 이때까지의 고찰을 되돌아 보면 반드시 그런것만은 아닌것 같다.

(29) 이 점 K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart 1971, 155面, 또 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975, 390面도 지적한다. 특히 국제법상의 ‘non liquet’에 대해서는 위註<sup>(17)</sup>을 참조.

(30) 특히 許容의 獨自性에 대해서는 핀랜드의 유명한 規範理論學者 v. Wright는 “어떤 일을 하도록 허용되어 있다는 것은 이 일을 하지 말도록 하는 禁止의 缺如나 不在와 같다는 견해를 나 자신이 이전에...받아 들였다. 그러나 이 견해는 심각한 오류인 것 같다”고 하고 있다. G. H. v. Wright, Norm and Action, A Logical Enquiry, London (Routledge & Kegan Paul) 1963, 85面. 또 여러 規範樣相의 形成可能性에 대해서는 이미 위의 Tammelo의 설명에서 밝혀진 것이다.

(31) 종래 ‘放任說’은 대개 ‘合法的’이라는 적극적 평가를 내리는 것과 같다고 이해되었으나 ‘법으로부터 자유로운 영역’에서는 어떠한 평가도 포기된 것이라는 점에서 그것과 구별해야 할 것이다.

## Zusammenfassung

# Über den rechtsfreien Raum

Hun Sup Shim\*

1. Die Diskussion um den *rechtsfreien Raum* ist heutzutage sehr lebhaft. Sie ist sowohl rechtstheoretisch als auch rechtsphilosophisch von Bedeutung.
2. Das Problem des rechtsfreien Raums ist, wie Engisch bemerkt hat, ein Gegenstand der antinomischen Behauptungen. Die eine will ihn als Selbstverständliches anerkennen, während die andere ihn ganz ablehnt.
3. Die Argumente, die den Grund für oder gegen ihn bildete, sind rechtstheoretischer, rechtslogischer und rechtsdogmatischer Natur. Der rechtsfreie Raum ist *rechtstheoretisch* anerkennbar, wenn man die Rechtsnorm mit bestimmtem 'Sinn' betrachtet. Die logische Unmöglichkeit vom Dritten ist *rechtslogisch* nicht gültig, weil die allgemeine Logik nur für die Aussagen gilt. Der rechtsneutrale Raum ist denkbar, sofern man die Rechtsordnung nicht für geschlossen, sondern für offen hält. *Rechtsdogmatisch* muß es einen Raum geben, in dem das Recht auf seine Bewertung verzichtet, wenn es nicht die Unvernunft selbst sein soll. So betrachtet, könnte man auf die den rechtsfreien Raum bejahende Behauptung mehreres Gewicht legen.
4. Der so anerkannte rechtsfreie Raum bezeichnet verschiedene Sachverhalte. *Arthur Kaufmann* hat nicht nur den rechtstatbestandsfreien und rechtsfolgefreien, sondern auch den auf Bewertung verzichteten Raum in 'rechtsfreien Raum' eingeschlossen. Wie *Engisch* könnte man aber dann davon sprechen, wenn "ein Verhalten oder ein sonstiger Sachverhalt rechtlich weder verboten noch erlaubt noch geboten, weder mißbilligt noch gebilligt, weder Gegenstand eines Tatbestandes noch Inhalt einer

---

\* Assistant Professor of law, Seoul National University Law School

Rechtsfolge ist”.

5. Die Lehre vom rechtsfreien Raum bezieht sich auf viele Probleme, d.h. auf Rechtslücke, Rechtsverweigerungsverbot, negatives Rechtsprinzip, Modalitäten der Normen und Möglichkeit des Verzichts der Rechtsbewertung, und gibt gleichzeitig neuen Gesichtspunkt, über solche Probleme neu betrachten zu können.
6. Zusammenfassend kann man sagen, daß die Lehre vom rechtsfreien Raum nicht bedeutungslos ist.