

Pufendorf의 귀속이론과 의무론

성 낙 현*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. Pufendorf의 자연법 이론의 기초
- III. Pufendorf의 귀속이론
- IV. Pufendorf의 의무론
- V. 맺음말

I. 머리말

자연법의 근원과 형성, 적용의 실재, 유효성, 인간에 의한 실정법과의 관계 등은 오늘날까지도 법철학에서의 주요 논제가 된다. Platon, Aristoteles, Cicero, Hugo Grotius(1583-1645), Thomas Hobbes(1588-1679) 등 역사적으로 수많은 사상가들이 이를 논했으나 Samuel von Pufendorf(1632-1694)에 이르러 비로소 자연법을 둘러싼 추상적 사고가 법률적·철학적 논제로서의 개념과 형태를 갖추게 되었고, 그 결과물은 오늘날의 대부분 법치국가의 주요 실정법에 반영되어 활발한 생명력을 이어나가고 있다. Pufendorf는 인간의 공동체생활에 대한 관찰을 통해서, 그리고 교회와 인문학의 가르침으로부터 보편의 이성에 근거한 법이론의 체계를 처음으로 구성하기에 이르렀다. 형법에서 그는 의지자유에서 출발하는 책임형법이론의 기초를 마련했으며 Feuerbach의 심리적 강제이론에 선행하는 예방사상도 주장했다. 무엇보다 그는 자신이 기초한 자연법체계의 바탕 위에서 범죄론을 위한 발전가능성 있는 사고형태를 귀속의 개념을 통해 구

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

체화함으로써¹⁾ 고전적 귀속이론의 창시자로 인정된다.²⁾ Aristoteles가 이미 이 문제를 다루기는 했지만 Pufendorf가 귀속(imputatio)의 개념을 기술적 개념으로서 법학에 처음 도입했고³⁾ 그 이후의 전체적 형법에 영향을 주었다.⁴⁾

Pufendorf의 사고는 언어·계약·혼인관계 등을 포괄하는 사회적 제도론 등 자연법의 매우 폭넓은 범위에 미치고, 각 영역에서 의미 있고 유용한 결과를 이룩했다. 특히 그의 자연법이론에서의 귀속이론과 인간의 자연적 의무에 관한 이론은 오늘날의 실정법 분야에서 중요하고 실질적인 가치를 증명하고 있다. 물론 오늘날에도 이러한 이론에 대해서는 격렬한 논의가 이루어지고 다양한 견해의 다툼이 있음을 부정할 바는 아니다. 다만 수많은 세대가 흐른 지금에 와서 이와 관련한 그의 논리의 옳고 그름을 쟁점으로 하여 비판적으로 접근하는 것은 의미가 없다고 판단한다. 아래에서는 암흑기로 지칭되는 1600년대를 살았던 한 사상가의 귀속이론과 의무론을 집중적으로 조명하고, 현대의 시각에서 그 의미를 다시 한 번 되새겨본다. 시대를 훨씬 앞선 그의 탁월한 사고결과의 공유가 지금으로부터의 법학발전의 새로운 토대가 되기를 기대한다.

Ⅱ. Pufendorf의 자연법 이론의 기초

1. 당대의 자연법사상 형성의 시대적 배경

1529년 4월 19일 소수 신교파가 Speyer의 독일제국의회에 모여 Karl 5세가 Martin Luther를 파문하고 그의 저서와 이론에 대해 법률보호박탈처분(Ächtung)을 한 데 대한 항거를 했다.⁵⁾ 이로써 독일제국의 존속기능의 가장

1) Haft, Strafrecht AT, S. 16.

2) Hruschka, Zurechnung und Notstand, Begriffsanalysen von Pufendorf bis Daries, in: Entwicklung der Methodenlehre, S. 164.

3) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, S. 82; Hruschka, Zurechnung seit Pufendorf, in: Zurechnung als Operationalisierung, S. 17. 객관적 귀속이론의 발전과정에 관하여는 김성룡, “객관적 귀속이론의 발전사”, 『법사학연구』 제42호, 2010, 119면 이하; 조기영, “구성요건과 위법성의 구분” - 객관적 귀속이론의 관점에서-, 『형사법연구』 제22권 제3호, 2010, 116면 참조.

4) Samlowski, Strafrechtstheorie und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf, S. 37 ff; Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 84.

5) https://de.wikipedia.org/wiki/Protestation_zu_Speyer.

근본이 되는 원칙의 하나, 곧 황제의 종교적 성격에 의해 법률의 보편성이 보장된다는 원칙이 붕괴되었다.⁶⁾ 중세의 근본적 법규약에 대한 항거라는 그야말로 사상초유의 획기적 사건의 결과로 제국의회는 마비되었고, 그때까지 제국과 시민이 공유하던 종교에 대한 시각이 근본에서 흔들리게 되었다. 법규약과 황제직의 무력화는 모든 종교의 세력다툼의 발단이 되었고, 이는 30년(1618-1648)에 걸친 종교전쟁으로 이어졌다. 종교전쟁에 지친 당대의 사람들은 종교적 격분으로 억눌린 세계에서 공동체 생활을 위한 새로운 기초에 대해 숙고하기 시작했다. 이에 따라 기존의 암울한 체제를 제거하고 새로운 시대의 인간에게 공동체생활을 위한 질서체계를 제시하고자 하는 취지에서 특정 자연법이론의 이성적 사고가 등장했다. 이러한 출발점에서 선 Pufendorf에게 기존의 Hugo Grotius나 Thomas Hobbes의 이론이 직접적 영향을 주었다. 따라서 Pufendorf의 이론에 대한 이해를 위해서는 그에게 영향을 준 이론을 우선 살펴볼 필요가 있다.⁷⁾

2. Pufendorf의 자연법 이론의 철학적 근거

Pufendorf의 자연법 이론이 기독교사상에서 출발한다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 그는 원죄 이전의 인간은 순수하고 죄가 없으며, 진정한 신의 형상과 신이 제시한 규율을 인지한다는 등의 스콜라 철학의 교조적 이론을 여과 없이 자신의 법이론에 반영하기보다는, 오히려 자연법을 종교신학을 중심으로 한 도덕론으로부터 분리하고 이 양자의 이론뿐 아니라 각각의 과제도 서로 엄밀히 분리하고자 했다. 도덕론은 사후세계에서의 영혼의 평화에 이르는 데 필수적인 규율을 포함하는 반면, 자연법은 오로지 지상의 생명에만 관련하는 것으로서 현세에서의 인간에게 공동생활의 규율을 제공하는 데 그쳐야 한다는 것이다.⁸⁾ 여기서 이미 자연법의 과제와 기능을 명확하게 이해하고, 이를 통해 모든 인간에게 적용될 수 있는 새로운 법학의 기초를 다지기 위한 Pufendorf의 매우 강한 체계의지가 나타난다.⁹⁾

6) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 2.

7) Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 31.

8) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 15.

9) Haft, Strafrecht AT, S. 16.

Pufendorf가 예리하게 비판했던 이론 중의 하나는 현실의 대상으로부터 독립된 실체를 가진 사물의 성질에 관한 합리주의적 이론(Perseitas; Durch-sich-selbst-sein)이다. 예컨대 Grotius에 따르면 선이란 신에 종속되지 않고 영속적으로 존재하는 불변의 진리이며, 법 또한 신의 의지뿐 아니라 심지어 신의 존재와도 무관한, 그리고 신이 존재하지 않는다고 하더라도 인정되는 인간의 본연에 근거한 불변의 원칙이다. 이 이론은 선과 악이 그 내용에 있어 마치 수학적 결과처럼 신으로부터 뿐 아니라 실재의 존재로부터도 독립적임을 표현한다.¹⁰⁾¹¹⁾

이와 달리 Pufendorf는 선과 악은 독립적 존재가 아니라 행위 주체, 즉 인간과의 관련성을 가질 수밖에 없다고 주장한다. 자신의 행위를 이성적으로 인지하고 판단할 수 있는 인간만이 옳게 혹은 그르게 행위할 수 있다는 것이다. 또한 존재란 사물의 본질의 필수적 구성요소이기 때문에 존재에서 분리되어 본질에 종속되지 않는 이상적 형태의 실재는 따라서 존재할 수 없다고 한다. 따라서 Pufendorf는 선과 악에 관련한 편면적인 수학적 인과관계적 사고를 부정한다.¹²⁾

그는 나아가 모든 법률은 자신이 제정한 법률을 적용할 입법자를 필요로 하는데, 그러한 존재가 바로 신이라고 설명한다.¹³⁾ 곧 자연법칙의 필수전제는 우선 창조자이며 입법자이며 동시에 적용자로서의 신의 존재라는 주장이다.¹⁴⁾ 그는 신의 존재에 의해서 자연법의 절대적 구속력이 형성된다고 믿는다. 즉 인간이 신으로서의 입법자에 의한 형벌을 두려워하게 될 때 자연법은 규범으로서의 생명력을 갖게 될 것이지만, 만일 그렇지 않다면 자연법은 법적 구속력과 근거를 잃은 하나의 권고사항에 지나지 않게 된다고 한다. 따라서 그의 견해에 따르면 자연법은 신과 무관한 것이 아니다.

한편으로 Pufendorf는 현실에서의 형법의 존재근거를 국가에서 찾는다. 국가

10) Wezel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 36.

11) 같은 견지에 있는 Hobbes는, 국가는 법을 제정하고 국가 이전의 인간은 권리나 예절이 결부되지 않은, 법을 알지 못하는 야생의 동물이라고 설명한다. 같은 맥락에서 만일 이와 달리 세상이 존재나 본질에서 신의 의지에 종속되고, 따라서 선과 악이라는 판단이 신의 임의의 기준에 의존하게 된다는 것을 전제로 할 때, 신은 언제라도 자신의 명령을 임의로 취소하거나 변경하거나 거꾸로 뒤집어 놓으면 어찌할 것인가를 우려한다; Wezel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 38.

12) Wezel, a.a.O., S. 36 f.

13) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 48 § 11.

14) Pufendorf, a.a.O., S. 48 § 10 f.

는 규범을 침해함으로써 시민의 안전을 위협한 범인을 처벌할 수 있다.¹⁵⁾ 이때 범인은 응보나 정의의 이유로 처벌되는 것이 아니라 순전히 국가의 이익 때문에 처벌된다고 한다.¹⁶⁾ 공공의 질서유지는 인간의 안전한 공동체 생활을 위한 국가적 필수요건이기 때문이라는 설명이다.¹⁷⁾

이와 같은 형벌의 정당화와 목적에 대한 공리주의적 태도에 따라서 형법적으로 의미 있는 행위의 범주가 정해진다. Pufendorf는 범죄(Verbrechen)와 죄악(Sünde)을 모두 규범이탈로 보되 양자 간의 명확한 구분은 하지 않고 있다.¹⁸⁾ 물론 그도 죄악은 자체로 처벌되어 마땅하다고 여기지만, 그러한 행위의 일부에 대하여는 처벌을 하더라도 그것이 국가에 도움이 되지 않는다면 그러한 처벌은 불필요하다고 본다. 말하자면 도덕적 차원에서의 범죄와 죄악적 행위(Sünde)는 모두 자연법을 침해했다는 공통점으로 인해 일부는 중복될 수 있는데, 이러한 행위들 모두가 반가치적이라는 이유로 실정법적 제재의 대상이 되는 것이 아니라 그 중 공동체에 해가 되는 경우에 한해서 그러하다는 것이다.¹⁹⁾

Ⅲ. Pufendorf의 귀속이론

1. 귀속이론의 기초

Pufendorf가 생각하는 귀속이란 임의의 자유로운 행위가 그 행위자에게 속한다는 것을 표시해주는 작용이다. 그는 자유의사에 따른 행위만이 도덕적·윤리적 평가의 대상이 될 수 있으므로 그러한 행위만이 귀속가능하다고 설명한다.²⁰⁾ 귀속의 개념을 법의 영역을 넘어서는 의미로 이해한 그는 자신의 귀속이

15) Samlowski, Strafrechtstheorie und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf, S. 10 ff.

16) Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, VIII Cap. III §§ 8, 17; Samlowski, a.a.O., S. 14 ff.

17) Samlowski, a.a.O., S. 14.

18) 다만 죄악은 도덕적 성향에 따른 문제이고 범죄는 사회적 차원에서의 의미와 효과가 따르는 행위로 구분할 수 있을 것이다; Fiorillo, Verbrechen und Sünde in der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, in: Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, S. 104, 111.

19) Fiorillo, a.a.O., S. 116.

20) Hardwig, Die Zurechnung, S. 41.

론을 도덕적 행위이론의 기초 위에서 출발하여 발전시켜 나갔다.²¹⁾

그는 인간의 본성에 대한 분석을 통해, 동물과 구별되는 인간의 고유의 특징은 이성과 자유의지임을 깨달았다.²²⁾ 여기서 이성이란 모든 윤리적 행위의 중심점이 되는 규범을 인식할 줄 아는 인간의 능력, 곧 인간이 하고자 하는 바에 대한 인지를 의미하며,²³⁾ 의지는 외부작용이 아닌 자유로운 자의와 동기에 따른 인간의 행동을 가능하게 하는 요건이다.²⁴⁾

그는 이 세상의 실존체를 물리적 존재(entia physica)와 도덕적 존재(entia moralia)로 나눈다. 신의 창조(creatio)로 형성된 피조물은 처음부터 어떠한 가치가 정해진 것은 아니다. 가치가 정해지지 않은 이러한 실존체를 그는 물리적 존재로 칭한다.²⁵⁾ 스스로 결정하여 행위할 수 있고 사물을 평가할 능력을 갖게 된 인간은 이러한 물리적 존재에 도덕적 가치나 의미를 부여한다. Pufendorf는 이 절차를 신의 창조(creatio)와는 구분되는 첨부(impositio)로 칭하며,²⁶⁾ 그러한 절차를 거쳐 특정한 가치나 의미가 부여된 대상을 도덕적 존재(entia moralia)라 이른다.

인간이 전혀 개입하지 않은 물리적 존재에서의 사건은 원인-결과-관련성에 따르고, 이로써 인과적으로 결정된 것이다. 여기까지는 순전히 물리적 존재에 대한 관찰이기 때문에 아직은 가치가 정해진 행위에 관련된 문제와는 상관이 없다.²⁷⁾ 인간이 그의 이성과 의지를 실제로 사용했을 때의 행위, 즉 ‘자유를 통한 결정’으로서의 행위에 이르러야 비로소 결정된 자연현상으로부터 구분되어,²⁸⁾ 이제는 가치와 무관한 것이 아니라 특정 가치관련적 성격을 갖게 된다는 것이다.²⁹⁾

여기서의 가치평가의 척도는 윤리적 가치 혹은 인간에 대한 요구로 등장하는 법규이다.³⁰⁾ 이 법규는 사람에 의한 실정법일 수도 있고 신에 의한 자연법일

21) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 81.

22) Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, I, Cap. V § 1.

23) Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 21 f.

24) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 75.

25) Hübner, Entwicklung der objektiven Zurechnung, S. 30.

26) Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, I, Cap. I § 4; Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 21.

27) Welzel, a.a.O., S. 86.

28) Hübner, Entwicklung der objektiven Zurechnung, S. 29; Welzel, a.a.O., S. 21.

29) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 83; Welzel, a.a.O., S. 86.

30) Welzel, a.a.O., S. 86.

수도 있다.³¹⁾ 인간의 행위는 자연법이나 실정법 또는 윤리적 가치와의 관계에서 완전한 도덕적 행위가 될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.³²⁾ 따라서 자유로운 자기결정권에 의해 의도적·인식적으로 일어난 행위는 단순한 인과과정에 따라서가 아니라 도덕적 척도에 따라 그 행위자에게의 귀속여부가 판단된다.³³⁾ 이로써 인간행위의 자유는 Pufendorf의 귀속이론의 출발점이라 할 수 있다.

2. 도덕적 행위의 귀속의 원칙

이러한 토대 위에서 Pufendorf는 다음과 같은 일반법리학의 기본적 귀속원칙을 제시한다.

“윤리규범에 부합할 수 있는 행위로서 인간의 능력에 비추어 행할 수도, 행하지 않을 수도 있는 모든 임의의 행위는 그 당사자에게 귀속이 가능하다. 반대로 그 자체로 모든 그 원인으로 모든 인간의 능력범위 밖에서 일어난 결과는 인간에게 귀속될 수 없다.”³⁴⁾

그가 이해하는 귀속가능성의 범위에는 “정규적 귀속(ordentliche Zurechnung)”과 “비정규적 귀속(außerordentliche Zurechnung)”이라는 두 가지 귀속방식이 포함된다. 인간에게 행위당시 처한 상황에서 유발이든 저지이든 인간의 능력으로 가능한 모든 것은 “정규적”으로 귀속된다.³⁵⁾ 이와 달리 인간에게 그러한 행위 시 당장에 처한 상황에서 그의 능력 밖에 있었지만 그가 가지고 있는 능력을 의무에 합당하게 유지했었다라면 할 수 있었던 행위들은 “비정규적”으로 귀속된다.³⁶⁾

그의 기본적 귀속원칙에서 근본적으로 자유로운 행위만이 귀속될 수 있음을 알 수 있다. 귀속이 가능한 ‘인간의 능력범위에 있는 행위’가 행위자로부터 의

31) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 83 ff.

32) Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 24 f.

33) Welzel, a.a.O., S. 86.

34) Hruschka, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa, ZStW 96, 1984, 661 f.에서 인용; Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 86 f; 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위의 연혁과 최근독일의 논의상황”, 『법학논총』 제15집, 2003, 국민대학교 법학연구소, 161면.

35) Hruschka, ZStW 96, 1984, 664 참조.

36) Hruschka, ZStW 96, 1984, 663 f; 김성룡, 앞의 논문, 129면.

도적으로 행해졌을 때 그 행위는 자유롭다. 자유롭지 못한 행위는 원칙적으로 귀속에서 배제된다. 자유로운 행위에는 ‘자체로 자유로운 행위(actus libera in se)’와 ‘원인에서 자유로운 행위(actus libera in sua causa)’가 포함된다.³⁷⁾ 즉 자체로 자유로운 행위뿐 아니라 자체로는 자유롭지 못한 행위에도 행위자의 부책이 따를 수 있다. 자체로 자유롭지 못한 행위는 바로 그 부자유 때문에 우선은 귀속되지 않는 것이 원칙이다. 다만 그 부자유에 행위자의 책임이 있는 경우, 자체로 자유로운 행위에 동등화가 이루어질 수 있다. 이로써 자체로 부자유스러운 행위인 모든 ‘원인에서 자유로운 행위’는 행위당시의 부자유상태에 대한 행위자의 답책성을 근거로 자유로운 행위로서 행위자에게 귀속이 가능해진 다.³⁸⁾ 원인에서 자유로운 행위 개념은 자체로 자유로운 행위(actus libera in se)에 대한 필수적 보완개념으로 이해할 수 있다.³⁹⁾⁴⁰⁾

Pufendorf는 범죄는 절대적으로 금지되었으므로, 사전적(ex ante)으로 보아 범죄에로 연결될 수 있는 모든 가능성은 차단되어야 한다는 자신의 구상에 따라 누구라도 자신이 범죄의 도구로 악용될 수밖에 없는 상태에 처하지 않도록 주의해야 할 의무가 있음을 주장한다. 따라서 주의를 다하여 그러한 상태를 피하여야 할 법적 충실의 의무에 거슬러 과실로 어떠한 강제상태에 빠진 자에게는 이 상태에서의 비자의적 행위가 비정규적으로 귀속된다.⁴¹⁾ 이에 상응하여, 사려 깊은 주의의무를 다하였고 그에게 주어진 허용한계를 넘는 행위를 하지 않은 경우에는 아무것도 귀속될 수 없고 책임은 부정된다. 그렇지 않으면 인간의 행위의 자유영역이 너무 제한될 것이기 때문이다.⁴²⁾

37) Hruschka, ZStW 96, 1984, 666.

38) Hübner, Entwicklung der objektiven Zurechnung, S. 107 f; Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 87; 한상훈, 앞의 논문, 161면.

39) Hruschka, ZStW 96, 1984, 667.

40) Pufendorf는 원인에 있어서 자유로운 행위의 적용범위를 음주사례에 한정하지 않고 강제 폭력과 회피할 수 없는 불인식의 범위로 확장했다. 그럴 때 그는 항상 ‘원인에서 자유로운 강제’와 ‘원인에 있어서도 자유롭지 않은 강제’를 구분했고 혹은 ‘그 자체로 회피불가능한 불인식’과 ‘원인에 있어서도 회피가 불가능한 불인식’을 구분했다; Hruschka, ZStW 96, 1984, 668 ff.

41) Hruschka, ZStW 96, 1984, 686.

42) Hruschka, ZStW 96, 1984, 686 f.

3. 귀속의 단계와 귀속배제의 근거

1) 귀속의 2단계 구분

특정한 인식의 결여상태 혹은 강제상태에서의 행위는 귀속이 배제될 수 있다. 이에 대한 견고한 평가를 위해 Pufendorf는 귀속의 절차를 사실의 귀속(imputatio facti)과 법률의 귀속(imputatio juris)의 2단계로 구분하여 진행한다.⁴³⁾

귀속을 위해서는 우선 하나의 범행이 전제가 된다. 여기서의 범행이란 법적으로 의미 있는 행위를 말한다. 모든 단순한 물리적 과정에 법이 적용될 수 있는 것은 아니므로 법적용을 위해서 이러한 범행은 논리적으로 전제가 된다. 이러한 의미에서 하나의 작위 혹은 부작위가 위법성판정을 위해 중요한 가치가 있는 것으로 인정하는 것이 사실의 귀속(imputatio facti)이다.⁴⁴⁾

귀속의 첫 번째 단계에서 행위가 행위자에게 귀속되는 것으로 확정된다면, 두 번째 단계인 법률의 귀속(imputatio juris)에서는 위법한 행위에 대한 책임귀속 여부를 판단한다.⁴⁵⁾ 여기서 주목해야 할 것은 책임귀속 판단의 대상이 되기 위해서는 그 행위의 위법성이 전제되므로 사실의 귀속의 절차를 통과한 행위에 대한 위법성 여부가 확인되어야 한다. 즉 행위의 법률포섭단계인 ‘법적용행위(applicatio legis ad factum)’단계가 필요하다. 정작 Pufendorf는 사실의 귀속과 법률의 귀속 사이의 ‘법적용행위’가 정규적·비정규적 귀속에서 어떻게 작용해야 하는지를 알지 못했다고 할 수 있을지라도⁴⁶⁾ 사실의 귀속이 곧바로 위법성으로, 그리고 자동적으로 책임으로 연결되는 것이 아니라면 법적용행위와 두 번째 단계에서의 귀속의 구분은 의미가 있다. 법적용행위 절차에서 적극적 위법성이 확정되면 귀속의 두 번째 단계에서 범인에게 이 위법한 행위에 대한 책임이 귀속될지를 검토한다. 이로써 법적용행위(applicatio legis ad factum)와 법률의 귀속(imputatio juris)의 구분은 논리적으로 불가결하다.⁴⁷⁾

43) 용어의 번역은 이형국, 『형법총론』 개정판, 법문사, 1996, 116면을 따른다.

44) Hruschka, ZStW 96, 1984, 672 f; Schumann, Von der sogenannten „objektiven Zurechnung“ im Strafrecht, Jura, 2008, 408 f.

45) Schumann, Jura 2008, 408.

46) Hruschka, ZStW 96, 1984, 682 f.; 김성룡, 앞의 논문, 129면.

47) Hruschka, ZStW 96, 1984, 674; 김성룡, 앞의 논문, 130면 참조.

2) 귀속의 배제사유

(1) 일반적 귀속배제사유

정규적 혹은 비정규적 귀속의 전제가 되는 것은 인간의 의도적 행위이므로,⁴⁸⁾ 의사작용에 의하지 않은 인간의 신체거동은 인간에 의해 영향을 받을 수 없는 외부세계의 인과적 사건과 마찬가지로 행위자에게 귀속될 수 없다.⁴⁹⁾ 당사자의 책임 없이 정신적, 신체적, 시간적 능력이 제한된 상황에서 그 능력범위를 벗어나는 행위도⁵⁰⁾ 인간에게 귀속될 수 없다. 정신착란자, 수면자, 어린이의 행위는 도덕적 행위라는 관념을 생각하기 이전에 이미 의사에 따르지 않은 행위로서 첫 단계에서의 귀속이 부정된다.⁵¹⁾

(2) 특수 귀속배제사유

Pufendorf는 ‘강제된 거동’과 ‘회피할 수 없는 불인식’을 귀속배제사유로 들었다.⁵²⁾ 우선 강제된 거동과 관련하여 그는 처음에는 강제(coactum)의 개념에 심리강제는 배제되고 오직 절대강제(vis absoluta)만이 포함되는 것으로 이해했다.⁵³⁾ 그러나 긴급피난이론의 발전은 그의 강제개념에도 영향을 주어, 그는 후일 심리적 강제나 다른 강요수단에 의해 강제된 행위에 의한 사례들도 강제(coactum)의 개념에 포함시키는 것으로 견해를 변경하였다. 예컨대 상관의 명령에 따라 무고한 사람을 살해한 군인의 행위는 귀속되지 않음을 인정한다. 명령을 거부하면 필수적으로 따르게 될 형벌 때문에 어쩔 수 없이 명령을 이행한 그에게 첫 단계에서 당장의 귀속이 인정되더라도 살인에 대한 귀속은 인정되지 않음을 밝힌다.⁵⁴⁾ 즉 이는 면책을 허용하는 두 번째 단계에서의 귀속배제사유의 문제로 이해하게 된 것이다.

48) Hardwig, Die Zurechnung, S. 40; Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, I, Cap. V § 3.

49) Pufendorf, a.a.O., Cap. V § 6 f.

50) Samlowski, Strafrechtstheorie und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf, S. 47; Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 87.

51) Hruschka, ZStW 96, 1984, 675 f.

52) Hruschka, ZStW 96, 1984, 675.

53) Samlowski, a.a.O., S. 62.

54) Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, I, Cap. V § 9; Hruschka, ZStW 96, 1984, 679 f.

회피가 불가능한 불인식 사례에서도 이 원리는 적용된다. ‘회피할 수 없는 불인식(ignorantia invincibilis)’에서 그는 회피불가능의 대상을 행위상황(ignorantia facti; 사실에 대한 무지)으로 한정할 것인지 혹은 위법성에 대한 착오(ignorantia juris; 법률에 대한 무지)도 포함할 것인지에 대한 의문을 던졌다. 행위상황에 대한 착오 혹은 무지(ignorantia facti)가 회피 불가능했다면 불인식 속에 행위하는 자의 범행은 그로부터 조종될 수 없기 때문에 첫 단계에서의 귀속부터 불가능한 것은 자명하다. 반면에 회피할 수 없는 법률의 무지(ignorantia juris invincibilis)의 경우에는 행위자는 행위의 위법성에 대해서만 알지 못했을 뿐 행위에 대해서는 인식이 있었고, 따라서 이에 대해 조종이 가능했기 때문에 귀속은 가능하다는 생각을 가졌었다.⁵⁵⁾

그러나 Pufendorf는 범행의 위법성 관점에서의 불인식을 회피할 수 없는 사례가 가능한 것으로 인정함으로써 이전의 자신의 견지를 완화한다.⁵⁶⁾ 예컨대 타고장에 도착한 어부들이 현지에서는 법적으로 금지된 종교적 제를 올리면서 금지된 사실을 알지 못한 경우,⁵⁷⁾ 그들의 범행은 행위의 성격을 갖추어 첫 번째 단계에서 정규적으로 귀속되나 책임귀속의 문제로서 두 번째 단계의 귀속이 배제될 수 있음을 인정했다.⁵⁸⁾

4. Pufendorf의 귀속이론의 정리

앞에서 설명한 바의 자체로 자유로운 행위(actio libera in se)와 원인에서 자유로운 행위(actio libera in sua causa)를 귀속의 두 단계 체계에 적용한다면 다음과 같은 형상으로 나타난다.

갑은 병으로부터 생명에 대한 협박을 받은 끝에 을의 집에 불을 질렀다. 이 행위는 갑에게 자체로 자유로운 행위로서 첫 단계에서 귀속이 가능하다. 갑은 육체적으로 항거불능의 상태에 빠져있지 않았기 때문이다. 반면에 귀속의 두 번째 단계에서는 자체로 자유롭지 않은 행위가 문제된다. 갑은 을의 집에 방화하고 싶지 않았으나 강제에 따른 화를 면하기 위해 그리했을 뿐이기 때문이다.

55) Hruschka, ZStW 96, 1984, 677 f.

56) Hruschka, ZStW 96, 1984, 681.

57) Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, I, Cap. V § 10.

58) Hruschka, ZStW 96, 1984, 682. 오늘날의 보편적 견해로서 조기영, 앞의 논문, 137면 참조.

갑은 이로써 면책된다.

갑이 처하게 된 강제상태에 자기책임이 있는 경우로 사례를 변경한다면 결론은 달라진다. 즉 갑이 누구의 협박도 없이 자기 스스로가 용기를 얻기 위해 술을 마셔 만취된 후 을의 집에 방화했다면, 여기서의 방화행위는 귀속 첫 단계에서 자체로 자유로운 행위인 것은 동일하나 두 번째 단계에서는 원인에서 자유로운 행위의 문제가 된다. 즉 여기서는 면책이 되지 않고 책임이 그대로 인정된다.

자체로 자유로운 행위는 따라서 동시에 자체로 자유롭지 않은 행위 혹은 원인에서 자유로운 행위가 될 수 있다. 이는 귀속의 어느 단계에서 귀속방식의 문제가 발생하느냐에 종속된다. 귀속의 두 단계의 구분에 있어서 모순은 발생하지 않는다.

행동의 규범침해를 귀속의 근거로 삼는 오늘날의 객관적 귀속에 관한 규범적 이론에 따르면, 결과는 범인이 야기한 법적으로 허용되지 않은 위험이 결과에서 실현되었을 때에만 귀속가능하다.⁵⁹⁾ 조건설에 따른 인과개념이 지극히 넓기 때문에 객관적 귀속의 범주으로써 의미 없는 결과를 배제하기 위해 이러한 규범적 제한기준이 필요한 것이다.⁶⁰⁾

행위자를 처벌할 수 있기 위해서는 객관적 귀속을 포함한 모든 객관적 구성요건표지가 충족되어야 할 뿐 아니라 주관적 구성요건도 확정되어야 한다. 나아가 이 구성요건행위에 대한 위법성이 확정된 후에 이 위법한 행위가 책임에 있어서도 행위자에게 귀속될 수 있는지 검토되어야 한다. 이 3단계 범죄체계에 사실의 귀속(imputatio facti), 법적용행위(applicatio legis ad factum) 그리고 법률의 귀속(imputatio juris)의 구분이 나타난다. 오늘날에 적용되는 이 3단계 범죄체계에 따른 전체적 귀속절차의 최소한의 기초는 Pufendorf에 의해 마련된 것이라 할 수 있다.⁶¹⁾

59) Hübner, Entwicklung der objektiven Zurechnung, S. 125; Schumann, Jura 2008, 412; Roxin, Strafrecht AT I, § 11 Rn. 44 ff. 김일수/서보학, 「형법총론」 제13판, 박영사, 2018, 116면; 임웅, 「형법총론」 제11판, 법문사, 2019, 155면.

60) Schumann, Jura 2008, 412. 오영근, 「형법총론」 제5판, 박영사, 2019, 114면.

61) Hruschka, Zurechnung seit Pufendorf, in: Zurechnung als Operationalisierung, S. 25 f; Maihofer, Schlußwort: Was uns Pufendorf noch Heute zu sagen hat, in: Samuel Pufendorf und seine Wirkungen, S. 251.

IV. Pufendorf의 의무론

1. 의무론의 전제와 의무의 발생근거

Pufendorf의 법사상의 근원은 인간의 본성과 생존이다. 태어나면서부터 남의 도움을 절대로 필요로 하는 존재인 인간은 생존과 자기보존을 위해서 공동체를 구성하여 다른 사람과 함께 살아가는 방식을 취하게 된다. 인간에게 인간보다 더 유용한 존재가 없겠지만,⁶²⁾ 동시에 이기적이며 타인의 부담으로 자신의 이익을 추구하는 본성을 지닌 인간은 동종의 생물체에 일정한 비율의 위험을 형성한다. Pufendorf에 따르면 이러한 이기주의는 인간이 여타의 동물과는 달리 자기욕구의 기본적 충족에 그치는 것이 아니라 그 이상을 추구하려는 무절제성에서 기인한다.⁶³⁾ 각자 고유의 가치관을 가지며 동시에 이기적 본능을 지닌 인간은 타인과의 관계에서 화해할 수 없는 대립과 갈등관계에 빠질 수 있다.⁶⁴⁾

이러한 인간본성에 근거한 대립관계로 혼동이 가득 찬 공동체에서 필요한 것은 평화로운 공동생활을 위한 규칙이다. 즉 구성원 각자에게 타인으로부터 침해당하지 않으면서 안정된 공동생활을 할 수 있도록 보장해 주는 규칙을 발견해야 할 필연성이 나타난다.⁶⁵⁾ 자연법의 기본원칙에서 모든 인간에게 최선을 다해 공동체와 공동체에서의 생활을 보호하고 지원해야 할 의무가 부과된다.⁶⁶⁾ 자연법의 명령을 따라야 하는 인간의 이 같은 의무는 신이 인간을 창조했다는 사실과 자연법칙을 거부하거나 따르지 않을 때에는 제재를 통해 처벌된다는 사실에서 발생한다.⁶⁷⁾

Pufendorf는 의무의 발생근거로서의 法源(Rechtsquelle)을 다음 3가지로 분류한다. 첫째는 자연적 이성이다. 이는 모든 윤리적 행위의 지향점이 되는 규범에 대한 인지능력을 의미한다.⁶⁸⁾ 여기에서 일반적 인간의 책무가 발생하고, 자연법은 이를 다룬다. 둘째는 국가권력으로 제정된 실정법이다. 이 법률에서 시민의

62) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 46, § 3.

63) Pufendorf, a.a.O., S. 46, § 4.

64) Pufendorf, a.a.O., S. 47, § 6.

65) 이러한 규칙을 Pufendorf는 자연법이라 이해한다; Pufendorf, a.a.O., S. 47 f § 7 f.

66) Pufendorf, a.a.O., S. 48, § 9.

67) Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht, S. 140.

68) Denzer, a.a.O., S. 75.

의무가 발생한다. 마지막으로 성서에서 도출되는 종교적 의무이다. 이는 도덕신학에 포함된다. 이러한 세 가지 법원의 구분은 세 가지 학문적 영역의 체계적 구분에 기여한다. Pufendorf는 자연법과 도덕신학의 구분은 자연법과 국가적 법률의 구분보다 쉽지 않은 것으로 판단했다.⁶⁹⁾

2. 의무의 종류와 내용

Pufendorf는 자연법에서 중요한 일반적 의무를 절대적 의무와 상대적 의무로 구분한다. 인간의 절대적 의무에는 신에 대한 의무⁷⁰⁾, 자신에 대한 의무 그리고 타인에 대한 의무가 포함된다. 타인에 대한 의무로부터는 모든 사람에게 구속력 있게 적용되는 절대적 의무뿐 아니라 특정한 인적 범위에서만 적용되는 상대적 의무도 발생한다.

1) 인간 자신에 대한 절대적 의무

Pufendorf가 생각하는 자기 자신에 대한 의무란 생명과 신체의 완전성의 유지, 자기방어, 자기능력의 완성의 의무이다.⁷¹⁾ 이러한 의무는 신에 의해 창조된 인간으로서 신으로부터 특별히 부여받은 능력을 허비해서는 안 된다는 데서 발생한다.⁷²⁾ 곧 인간은 공동체생활의 목적에 맞는 정신을 함양하고 사회에 적합한 생활방식을 영위함으로써 정신적·육체적 완전성을 유지해야 하며,⁷³⁾ 자신을 스스로 위해에 빠뜨리는 행위를 해서는 안 된다. 다만 예컨대 신의 명령에 대한 방어나 공동체의 안전 등과 같은 상대적으로 높은 법익을 보호하기 위해 자신의 생명이나 신체에 대한 인지적 위해를 피할 수 없는 경우에는 항상 정당

69) Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, S. 14; 자연법은 이 세상의 법정에 관련되는 데 비해 도덕신학은 하늘나라의 법정에 관련된다는 차이를 인정할 수 있으나, 종교에도 그 기초가 되는 도덕관념으로 사회구성원을 도덕적으로 교화하여 공동체를 유지시켜야 하는 현세의 과제가 포함되기 때문에 양자를 명확히 구분하기 어렵다는 것이다.

70) 신에 대한 인간의 의무라는 개념은 Pufendorf가 살았던 당대에 있어서는 자연적 종교의 관점에서 매우 중요하고 의미 있는 내용을 담는 것이었겠지만 현대법학의 관점에서는 그 만큼의 중요성은 없다 할 것이므로 여기서의 자세한 설명은 불필요하다고 판단한다.

71) Denzer, a.a.O., S. 143.

72) Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, S. 59 § 1.

73) Pufendorf, a.a.O., S. 59 § 2.

성이 인정된다.⁷⁴⁾ 이런 이유가 아닌 다른 이유로 자살을 하는 경우에는 결코 정당화되지 않는 것은 당연하다.⁷⁵⁾ 자기유지의 의무는 자신에 대한 의무일 뿐 아니라 신이나 인간공동체에 대한 의무이기도 하기 때문이다.⁷⁶⁾

자기유지는 자기보호뿐 아니라 동시에 공동체생활에 기여하는 보장기능이라는 고유의 의미를 갖는 것이므로, 자기유지행위는 타인의 자유영역이라는 경계를 침범해서는 안 된다. 즉 후술하는 타인에 대한 침해금지에서 한계에 이른다.⁷⁷⁾ 그러나 이 원칙에는 예외가 인정될 수 있다. 자기유지욕구가 공동체생활의 명령과 해결불가능한 충돌이 이루어질 때, 예컨대 타인의 공격으로 인해 자신의 생명에 대한 위협이 발생한 경우 피공격자에게는 정당방위의 권리가 주어진다.⁷⁸⁾ 자기유지의 권리가 본질이 되는 이러한 상황에서는 공동체생활의 명령을 준수하라는 의무는 문제되지 않으므로 피공격자의 이러한 권리행사에는 상대적 의무침해는 부가되지 않는다고 해야 한다. 단, 그의 방위행위가 균형성의 범위 안에 있고 과잉이 없는 한에서 그러하다.⁷⁹⁾ 정당방위권리는 신체의 완전성보호, 여성의 명예, 가치가 없지 않는 한 재물의 보호에도 적용된다.⁸⁰⁾ 나아가 “위난은 의무를 알지 못한다(Not kennt kein Gebot)”라는 기본원칙에서 자기유지욕구에서의 일반적 긴급피난권한도 도출된다. 여기에도 역시 의무침해의 성격은 없다.⁸¹⁾

2) 이웃에 대한 절대적 의무

인간은 사회적 동물이므로 이웃에 대한 의무는 자연법의 고유의 대상이다.⁸²⁾ 이 의무 역시 절대적 의무와 상대적 의무⁸³⁾로 구분된다. 절대적 의무는 공동체

74) Denzer, a.a.O., S. 143.

75) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 60 § 4.

76) Denzer, a.a.O., S. 143.

77) Denzer, a.a.O., S. 143.

78) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 61 § 5 f.

79) Pufendorf, a.a.O., S. 62 § 7 ff.

80) Pufendorf, a.a.O., S. 66 § 14 ff.

81) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 67 § 18 ff.

82) Denzer, a.a.O., S. 144.

83) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 96 § 22; 이 절대적 의무에 상응하는 상대적 의무의 의무적 성격은 절대적 의무와는 달리 인간 사이에 체결된 계약이나 특수한 인간의 제도에서 비롯된다. 여기에서는 소유권의 종류, 취득, 이전, 소멸

를 지원하고 이에 해가 되는 모든 행위를 피하라는 자연법의 기본명령으로부터 도출된다. Pufendorf는 이웃에 대한 절대적 의무와 관련하여 다음의 몇 가지 명제를 제시한다.

(1) 침해금지의 의무

“누구도 남에게 피해를 주어서는 안 된다”⁸⁴⁾

타인에 대한 절대적 의무는 침해금지에서 출발한다. 이러한 의무 없이는 공동체생활이 불가능할 것이므로 침해금지는 의무 중에서 가장 기초적이라 할 수 있으며, 이러한 의무는 단순한 부작위만으로 이행이 충분하므로 가장 간단한 의무이다. 침해금지의 대상에는 생명, 신체, 명예, 자유 등 인격적 법익뿐 아니라 계약이나 합의 또는 국가기관 등을 통해 얻을 수 있는 이익들도 포함된다.⁸⁵⁾ 힘든 노동과 완전화에 대한 추구를 기반으로 얻어진 재화가 인간의 비열한 동기에 의한 범죄로 희생된다면 인간존재의 완전화의 의무는 손상되고 자연법의 공동체보호기능은 공허한 것이 될 것이다. 따라서 이러한 법익에 대한 범죄는 방지되어야 하며, 범죄에 의해 발생된 침해는 다른 대체물로 보상해야 할 의무가 생겨난다.⁸⁶⁾

Pufendorf는 침해에 대한 대체의 방식과 범위를 다음과 같이 구체화한다. 첫째로 그는 정범과 공범을 구분하고 이에 따라 각자가 이행해야 할 의무를 별도로 제시한다. 둘째, 가해행위의 종류(간교한 기망, 고의, 과실, 무책성 등)와 간접적 손해책임(동물소유자, 노예 혹은 농노소유자의 관리소홀에 따른 책임)을 구분하고, 마지막으로 원상회복이 불가능한 침해에 대한 손해배상을 정한다. 이때는 침해에 따른 후속결과에 대해서도 보상이 이루어져야 한다고 한다. 예컨대 살인피해자의 유가족에 대한 재정지원이나 절도의 경우 멸실된 소득에 대한 보상이 이루어져야 한다고 주장한다.⁸⁷⁾

에 관한 문제와 인간이 설정한 제도에서의 당사자 간의 자유협약인 혼인에 관련한 의무 등이 언급된다. 이에 관련한 내용이 방대하여 본 연구에서 함께 다루기보다는 본 논문의 범위를 벗어나 새로운 하나의 장을 만들어 별도로 논의해야 할 것으로 보인다.

84) Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, S. 72 § 2.

85) Denzer, a.a.O., S. 147.

86) Denzer, a.a.O.: 이때 Pufendorf는 침해라는 개념을 비자의적 재물교부에 한정된 ‘Schaden’으로 표현하지 않고 모든 종류의 권리침해를 포괄하는 개념인 라틴어 단어 ‘Damnum’을 사용한다.

87) Denzer, a.a.O.

(2) 평등의 의무

“각자는 모든 타인을 어떠한 경우에도 그 자연적 본질에서 자신과 동일한 인간으로 보아야 하며, 또한 그리 대해야 한다.”⁸⁸⁾

언제나 계급이나 권력에서 혹은 능력이나 재력에서 남보다 낫다고 여기는 사람이 존재하기 마련이고, 특히나 오늘날에 비해 사회적 지위와 계층의 구분이 뚜렷했던 Pufendorf의 시대에서 평등에 대한 명령은 침해금지명령에 비해 상대적으로 이행되기 어려운 것이었다. 그럼에도 불구하고 그는 신 앞에 보잘 것 없는 존재로서의 인간은 우열을 비교할 수 없을 정도로 동등할 수밖에 없으며,⁸⁹⁾ 다른 한편으로 인간의 섬세한 감정은 차등 취급에 따른 자존감에 대한 침해를, 단순한 신체나 재산에 대한 침해에 비해 훨씬 심각하게 느낄 수 있다고 주장한다. 다만 그가 의미하는 평등은 모든 인간의 실제적 동등취급이 아닌 법적 평등으로서, 이러한 의미의 평등은 계약론에서 누구도 상대방의 동의 없이는 어떠한 사물이나 사람에 대해 권리를 갖지 못한다는 내용으로 구체화된다. 자연상태의 법적 평등은 사회계약의 전제가 되고, 동시에 이로부터 근원적으로 노예와 주인이 없음이 도출된다. 그러기에 다른 사람의 도움을 원하는 사람은 상대방의 이익을 위한 반대급부를 이행해야 한다는 것이다.⁹⁰⁾

그러나 그가 구상했던 평등은 실제에서 실현되기 어렵다는 것은 자명하다. 어떠한 사회이건 공직분배와 특권분배를 통해서 인간 간의 불평등과 차별을 이루는 지배권력이 형성되고, 이를 통해서 자유는 차별적으로 제한되기 때문이다. 즉 계약이나 법률은 극단적 불평등으로부터 인간을 보호해주는 장치이면서 동시에 상대적·합리적 불평등의 근거가 되는 것이다.⁹¹⁾

(3) 상호부조의 의무

“모두는 자신에게 손해가 발생되지 않는 한 다른 사람의 이익을 지원해야 한다.”⁹²⁾

88) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 78 § 1.

89) Denzer, a.a.O., S. 148 f.

90) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 80 § 3.

91) Denzer, a.a.O., S. 149.

92) 이러한 부조의무에 관한 그의 사고는 오늘날 “사고, 공공의 위험 또는 긴급한 상황에서, 필요하고 상황에 비추어 기대 가능한 구조, 특히 자신에 대한 현저한 위험이나 기타 중요한 의무의 위반 없이도 가능한 구조를 이행하지 아니한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있는 독일형법 제323c조, 이른바 ‘착한 사마리아인 규정’에 계

인간은 공동체를 형성하여 서로 의존하며 살 수밖에 없는 만큼 서로에 대한 책임을 져야 한다. Pufendorf는 사회공동체생활에 있어서는 단순한 부작위로써 타인을 침해하지 않는 것으로 만족할 것이 아니라 능동적 행위로 다른 사람을 지원할 필요가 있음을 강조한다. 인간은 자신에게 자연발생적으로 부여된 권리를 이웃에 대한 능동적 부조의무로서 실현하고 입증해야하므로 권리와 의무는 분리할 수 없는 일체로 형성된 것으로 이해한다.⁹³⁾

인간은 타인의 위난을 감소시키거나 특별한 이익을 안겨주기 위해 반대급부를 바라지 않고 힘든 노고와 경비를 희생할 때 높은 등급의 인간애를 보여 준다. 다만 부조의무 이행에 있어서는 증여자와 수혜자의 상황에 따른 적절성의 원칙(Regeln der Angemessenheit)이 고려되어야 한다. 즉 부조증여자와 수혜자와의 밀접관계의 정도, 수혜자의 위난상태의 심각성, 증여자에게 가능한 것 이상이 증여되어야 하는지 여부, 호의적 행위가 수혜자나 제3자에게 오히려 해가 되지 않는지 여부 등이 종합적으로 고려되어야 한다.⁹⁴⁾ 호의의 행위는 증여자와 수혜자 또는 제3자의 불이익을 피하고 궁극적으로 공동체생활에 이익이 되는 것이어야 하기 때문이다. 타인에 대한 지원의 직접적 의무의 이면은 그 상대방의 감사의 의무이다.⁹⁵⁾

(4) 계약성실의 의무

“모두는 주어진 성실의 약속을 지켜야 하며 약속과 계약을 이행해야 한다.”⁹⁶⁾

계약성실의 의무는 다른 절대적 의무와는 달리 자연의 근거에서 형성된 인간 상호간의 형제애의 원칙에서 나온 것이 아니라, 사회공동체의 원리를 관철하고 유지하기 위한 필요에서 기인한다.⁹⁷⁾ 인간적 공동체의 원만한 작동을 위해서는 구성원의 자기손실 없는 허용이나 증여를 포함한 호의적 행위를 막연히 기대하는 것만으로는 부족하다. 평상적으로 볼 때 인간은 대체로 반대급부 없는 급부를 이행할 상황이 전혀 되지 않기 때문이다.⁹⁸⁾ 따라서 인간공동체의 유지를 위

승되어 있다고 할 수 있다.

93) Denzer, a.a.O., S. 150.

94) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 83 § 5.

95) Pufendorf, a.a.O., S. 84 § 6. 이와 관련하여 배은망덕은 자체로 불법은 아니나, 이웃에 대한 절대적 의무에는 위반됨을 밝힌다.

96) Pufendorf, a.a.O., S. 87 § 3.

97) Denzer, a.a.O., S. 151.

98) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 86 § 2.

해 인간성이나 사랑이 아닌 완전한 법률에 근거한 계약성실의 의무가 필수적이다.⁹⁹⁾ 계약에 동의할지의 여부, 동의의 시기나 방식 또는 내용에 대한 결정은 인간의 자유에 맡겨져 있되, 공동체에서의 인간의 본성은 계약이 침해되지 않고 이행될 것을 요구한다. 계약이행의무는¹⁰⁰⁾ 이로써 자연법의 절대적 의무이다. 계약성실의 절대적 의무에 관한 Pufendorf의 사고는 훗날 1900년에 제정된 독일민법의 총칙부분에 절대적 영향을 주었다. 요컨대 명시적 혹은 묵시적 동의에 의한 계약관계의 성립, 행위능력, 기망과 사기, 계약의 공서양속위배 등¹⁰¹⁾ 오늘의 독일민법이 적용하는 이러한 개념들은 Pufendorf가 기초를 닦은 것이라 할 수 있다.

V. 맺음말

자유로운 인간의 의지를 기초로 하는 Pufendorf의 귀속이론에 따르면, 귀속 판정은 사람이 자신의 의지를 실현하기 위해 당해행위로 표현했다는 확정을 담는다. 범행능력을 전제로 하는 자유로운 행위와 행위자 사이에는 도덕적 기초로서의 인간을 증명하는 기능관계가 존재한다. 행위의 결과는 그 주체자와의 사이에 단순한 외부 세계의 인과적 사건과는 다른 관계를 형성한다.¹⁰²⁾

Pufendorf의 귀속이론의 핵심적 내용과 그가 정한 귀속의 기준이 현행의 실정법의 가치평가에 용해되었다는 데 의문의 여지가 없다. 즉 행위와 비행위뿐 아니라 합법과 불법, 나아가 책임과 비책임의 문제까지 거론하는 그의 의도적 귀속론의¹⁰³⁾ 규범화가 이루어졌음을 인정할 수 있다. 이로써 행위, 불법, 책임이라는 도덕적·규범적 가치가 서로 다른 세 가지 관점에서 인간의 행위가 단계적으로 평가되는 가능성이 열린다. 첫 단계의 인간성(Humanität)이라는 관점에서 인간으로서의 가능성이라는 척도에 따라 행위와 비행위가 구분된다. 두

99) Denzer, a.a.O., S. 151.

100) 이른바 “Pacta sunt servanda(계약은 지켜져야 한다)”는 공법과 사법에서 가장 중요한 원칙 중의 하나로 예컨대 독일 민법 제241, 242조의 기본정신이다.

101) Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers, S. 86 ff.

102) Sticht, Sachlogik als Naturrecht? S. 269.

103) Maihofer, Schlußwort, in: Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, S. 250.

번째 단계의 사회성(Sozialität)이라는 관점에서는 사회의 어느 한 부류에 속하는 사람으로서의 가능성에 따라 합법과 불법이 구분되며, 마지막으로 개인성(Individualität)의 범위에서는 행위자 당사자의 가능성 여하에 따라 책임과 비책임이 구분된다.¹⁰⁴⁾ 그가 마련한 이러한 일반적 귀속론이¹⁰⁵⁾ 오늘날에도 귀속이론의 기초로서 기능을 한다.¹⁰⁶⁾

또한 그가 의무론의 계약성실의 의무에서 언급한 내용들은 오늘날의 민법의 기초가 되었고, 정당방위의 자기수호 및 법확증의 원리, 긴급피난의 법리, 침해금지과 평등의 원칙의 내용들도 실정법에 폭넓게 적용되어 있거나 적어도 이론적으로 인정을 받고 있다.

자연법이론은 수 백여 년 동안 비판적 주목을 받았다. 부분적으로는 Pufendorf 스스로 비판했고 Kant를 비롯한 후세학자들의 법이론을 통해 비판이 이루어졌다. 비판의 중점은 자연법에 신이 관련된다는 점에 주어진다. 신이 존재하지 않는다면 자연법은 어떠한 형상을 갖추어야 할지에 대한 의문을 제기하는 것이다. 자연법에서는 창조주체를 배제한다면 법규범의 기원의 문제가 어쩔 수 없이 발생한다. 특히 법규범의 기원이 문화와 관계없이 모든 사람에게 적용되어야 한다면 그러하다. 이러한 문제를 벗어나기 위해 이미 Grotius는 신의 존재와 무관한 자연법 적용을 주장했으나¹⁰⁷⁾ Pufendorf는 그에 맞섰다. Pufendorf에 있어 신의 의미는 무엇보다 그의 자연법칙의 명령성격을 위해 중요했다. 그러나 앞에서 확인한 바처럼 귀속이론과 의무론에서 Pufendorf가 고찰한 본질적 내용들이 제정이 분리된 현대 독일법에 도입되었다는 점을 감안할 때, 실제로 신의 존재여부 혹은 신과 자연법의 필연적 관련성은 최소한 미결인 채로 남겨둘 수 있다. 왜냐 하면 신의 존재와 형상의 공동체에 대한 유용성은 최종효과에 좌우되는 것으로 판단할 수도 있기 때문이다.

그 밖의 몇몇 Pufendorf의 자연법에 주어지는 비판을 위한 비판에서 한걸음 물러나서 바라보면, 당대에 있어 시대를 앞선 학자로서 그의 인간존엄성을 위한 고유한 사상은 경탄스러울 만큼 타당하다는 평가를 내릴 수 있다. 자연법적

104) Maihofer, a.a.O., S. 250.

105) 김일수, 「한국형법」 I, 박영사, 1992, 382면.

106) 후세의 학자는 이와 관련하여 ‘형법에서 귀속이론 혹은 책임이론으로 다루어지는 모든 것들이 오늘날에도 Pufendorf의 어깨 위에서 쉬고 있다’고 단언한다; Loening, Zurechnungslehre des Aristoteles, S. XI.

107) Welzel, Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, S. 35 f.

사고의 과제가 정의의 최상의 기준을 제시하고 법체계의 사물논리적 구조를 개발하는 데 있다고 본다면 그의 자연법체계는 이러한 과제를 매우 탁월하게 이행했다고 할 수 있다. 우리가 현재 누리는 자유와 법적 안정성에 기여한 그의 업적의 가치가 재평가되어야 할 것이다.

투고일 : 2019.10.28. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

[참고문헌]

- 김성룡, “객관적 귀속이론의 발전사”, 『법사학연구』 제42호, 2010.
- 김일수, 『한국형법』 I, 박영사, 1992.
- 김일수/서보학, 『형법총론』 제13판, 박영사, 2018.
- 오영근, 『형법총론』 제5판, 박영사, 2019.
- 이형국, 『형법총론』 개정판, 법문사, 1996.
- 임 옹, 『형법총론』 제11판, 법문사, 2019.
- 조기영, “구성요건과 위법성의 구분” - 객관적 귀속이론의 관점에서 -, 『형사법연구』 제22권 제3호, 2010.
- 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위의 연혁과 최근독일의 논의상황”, 『법학논총』 제15집, 국민대학교 법학연구소, 2003.
- Denzer, Horst, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, 1972.
- Fiorillo, Vanda, *Verbrechen und Sünde in der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, in: *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, 1996.
- Haft, Fritjof, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 2004.
- Hardwig, Werner, *Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
- Hruschka, Joachim, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, ZStW 96, 1984.
- _____, *Zurechnung und Notstand, Begriffsanalysen von Pufendorf bis Daries*, in: *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, 1998.
- _____, *Zurechnung seit Pufendorf*, in: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004.
- Hübner, Christoph, *Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 2004.
- Loening, Richard, *Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1967.
- Maihofer, Werner, *Schlußwort: Was uns Pufendorf noch Heute zu sagen hat*, in: *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, 1996.

- Pufendorf, Samuel von, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, hg. von Luig, Klaus, 1994.
- , Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Teil I, Teil II (Nachdruck der Ausgabe 1711), 1998.
- Roxin, Claus, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006.
- Samlowski, Erich, Strafrechtstheorie und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf, 1920.
- Schumann, Kay H., Von der sogenannten „objektiven Zurechnung“ im Strafrecht, Jura, 2008, 408 ff.
- Sticht, Oliver, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels, 2000.
- Welzel, Hans, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts, 1958.

[국문초록]

Pufendorf의 귀속이론과 의무론

성 낙 현*

자연법이론은 수 백여 년 동안 비판적 주목을 받았다. 비판의 중점은 자연법에 신이 관련된다는 점과 이성적 자연법은 현존의 실정법으로부터 이탈하여 철학적 자기목적이 되었다는 점에 주어진다. 그러나 Pufendorf의 자연법 사고의 결과물은 오늘날의 대부분 법치국가의 주요 실정법에 반영되어 활발한 생명력을 이어나가고 있다.

우선 행위와 비행위뿐 아니라 합법과 불법, 나아가 책임과 비책임의 문제까지 거론하는 그의 의도적 귀속론이 현행의 법체계에 용해되었음을 인정할 수 있다. 그의 귀속이론으로써 행위, 불법, 책임이라는 도덕적·규범적 가치가 서로 다른 세 가지 관점에서 인간의 행위가 단계적으로 평가되는 가능성이 열린다. 첫 단계의 인간성(Humanität)이라는 관점에서 인간으로서의 가능성이라는 척도에 따라 행위와 비행위가 구분된다. 두 번째 단계의 사회성(Sozialität)이라는 관점에서는 사회의 어느 한 부류에 속하는 사람으로서의 가능성에 따라 합법과 불법이 구분되며, 마지막으로 개인성(Individualität)의 범위에서는 행위자 당사자의 가능성 여하에 따라 책임과 비책임이 구분된다.

또한 그가 의무론의 계약성실의 의무에서 언급한 내용들은 오늘날의 민법의 기초가 되었고, 정당방위의 자기수호 및 법확증의 원리, 긴급피난의 법리, 침해금지과 평등의 원칙의 내용들도 실정법에 보편적으로 적용되어 있거나 적어도 이론적으로 인정을 받고 있다.

종합적으로 평가하건대, 자연법적 사고의 과제가 정의의 최상의 기준을 제시하고 법체계의 사물논리적 구조를 개발하는 데 있다고 본다면 Pufendorf의 자연법체계는 이러한 과제를 매우 탁월하게 이행했다고 할 수 있다. 우리가 현재 누리는 자유와 법적 안정성에 기여한 그의 업적의 가치가 재평가되어야 할 것이다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

주제어 : 푸펜도르프, 귀속이론, 사실의 귀속, 법률의 귀속, 법 적용행위, 의무론

[Abstract]

Pufendorf's doctrine of imputation and theory of duty

Seong, Nak-Hyon*

It was Pufendorf who brought the legal and philosophical material into terms and forms which are still alive today in the most important constitutional states. By observation on the human coexistence and derivation of church doctrines, he succeeded in designing the first system of a general legal theory based on reason law.

His imputation theory poses not only the question of act or non-act, but also of lawfulness and unlawfulness as well as guilt and innocence. This opened up the possibility of judging the moral quality of act, unlawfulness and guilt from three different perspectives. First, from the point of view of humanity, actions can be distinguished from non-actions on the scale of the human possible. Secondly, on the basis of the sociality lawfulness and unlawfulness on the scale of the one as such possible and thirdly, guilt and innocence on the scale of the self-possible of individual contemplation. These evaluation criteria developed by Pufendorf also serve as a basis for today's theory of imputation.

It is precisely the achievements of Pufendorf that his teachings on natural law and the natural duties of man is still a valuable and important reading for lawyers even today.

Key words : Pufendorf, doctrine of imputation, imputatio facti, imputatio juris, applicatio legis ad factum, theory of duty

* Prof. Dr. jur., Yeungnam University, School of Law.