

민법과 인권의 내적 연관성*

- 법철학의 관점에서 -

양 천 수**

I. 서 론

아마도 인권 개념 자체가 지닌 상징성 때문인지, 지금까지 인권은 민법과 상법을 포괄하는 민사법과는 그리 관련이 없는 개념으로 취급된 감이 없지 않다. 그 때문에 인권법을 연구대상으로 삼는 인권법학은 보통 공법학의 한 영역에 속하는 것으로 인식되고는 하였다. 공법학자가 아닌 민사법학자가 인권을 말하는 것은 그리 어울리지 않다는 인식이 지배적이었다. 아마도 그 이유를 크게 두 가지로 말할 수 있지 않을까 생각한다. 첫째, 인권은 말 그대로 ‘인간의 권리’라고 말할 수 있는데, 민사법은 흔히 인간이 아닌 물건에 관해 규율하는 법이라는 관념이 강했다는 점을 들 수 있다. 둘째, 헌법이 규정하는 기본권이 인권과 유사하다는 점에서 인권은 자연스럽게 기본권의 연장선상에서 헌법학을 포함한 공법학의 연구대상이 되었다는 점을 들 수 있다. 이는 기본권은 곧 ‘기본적 인권’을 뜻한다는 이해방식을 통해 강화되었다.

그러나 이와 같은 이해방식에 기반을 두어 민사법과 인권은 서로 관련이 없다고 파악하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다.¹⁾ 우선 인권은 헌법상 기본권과는 구별되는 개념이라는 점에 주의할 필요가 있다. 물론 양자가 같은 역사적 근원을 지니고 있고, 또 많은 면에서 서로 겹치는 부분을 갖고 있는 것은 사실이다. 그렇지만 원칙적으로 기본권은 한 국가공동체의 구성원을 염두에 둔 권리인

* 이 글은 지난 2011년 6월 23일 영남대학교 법학연구소가 주최한 교내 정기학술발표회에서 필자가 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 필자의 발표에 생산적인 토론을 해주신 영남대학교 법학전문대학원의 이부하 교수님과 유익한 조언을 해주신 성낙현, 김혜정, 조임영 교수님께 감사를 드린다.

투고일자 : 2011. 06. 05 심사일자 : 2011. 06. 17 게재확정일자 : 2011. 06. 24

** 영남대학교 법학전문대학원 조교수·법학박사

1) 이 문제에 관해서는 우선 정종섭, “기본권의 개념”, 『헌법연구 5』, 박영사, 2005, 61쪽 아래 참고.

반면, 인권은 해당 권리주체가 일정한 국가공동체의 구성원인가 여부와는 상관없이 인간이면 보편적으로 누릴 수 있는 권리라는 점에서 양자는 구별할 필요가 있다고 생각한다. 나아가 민사법을 물건에 관해 규율하는 법으로만 파악하는 것은, 민사법의 성격을 너무 편협하게 파악하는 것이라고 생각한다. 왜냐하면, 물건에 관해 규율하는 부분은 전체 민법 가운데 한 부분에 불과한 것이기 때문이다. 이를테면 민법은 이를 물건법 영역에서 다루는데, 이외에도 민법은 채권법을 자신의 관할영역으로 삼고 있다. 그런데 이 채권법은 급부를 중심으로 하여 형성되는 사람들 사이의 관계를 다루는 법이다. 다시 말해, 채권법은 채권을 매개로 하여 연결되는 사람들의 권리와 의무를 규율하는 법인 것이다. 이렇게 보면, 민법은 이미 물건 이외에도 사람, 즉 인간의 권리를 시야에 넣고 있다. 그러므로 민법이 인간의 권리와 무관하다고 보는 것은, 민법을 너무 편협하게 파악하는 것이라고 말할 수밖에 없다.

사실이 그렇다면, 여기서 우리는 다음과 같은 의문을 던질 수 있다. 즉 민법과 인권은 어떻게 서로 연결되고 있다는 말인가? 우리는 어디에서 민법과 인권의 상호연관성 혹은 내적 연관성을 찾아볼 수 있을까? 이러한 문제의식에 기반을 두어, 아래에서는 법철학의 전지에서 어떻게 민법과 인권이 내적 연관성을 획득하는지 살펴보고자 한다.

II. 민법의 구조 분석

과연 민법과 인권 사이에 일정한 내적 연관성이 있는지를 검증하려면, 그 전에 민법의 구조, 즉 민법이 어떤 성격의 법체계인지를 검토할 필요가 있다고 생각한다. 그 이유는 이렇게 민법의 구조를 분석함으로써, 민법과 인권의 내적 연관성에 대한 이론적 실마리를 찾을 수 있기 때문이다. 필자는 민법의 구조적 특색으로서 크게 두 가지를 언급할 만하다고 생각한다. 첫째는 민법이 자유주의 법모델의 전형인 법체계라는 점이고, 둘째는 민법이 권리를 중심으로 하여 구조화된 법체계라는 점이다. 이를 아래에서 상세하게 다루도록 한다.

1. 자유주의 법모델의 전형으로서 민법

첫째, 민법은 - 삼단계 법모델의 시각에서 볼 때 - 자유주의 법모델의 전형에 해당한다.²⁾ 여기서 왜 민법이 자유주의 법모델의 전형이 될 수 있는지 논증하기 위한 전제

로서, 우선 자유주의 법모델이란 무엇을 뜻하는지 간단하게 검토하도록 한다.³⁾ 자유주의 법모델은 서구의 계몽주의와 시민혁명 등을 통해 18~19세기에 등장한 법모델을 말한다. 이러한 자유주의 법모델은 형식적인 의미를 갖는 법치국가 원칙과 결합하여, 자유주의적 법치국가라는 이념으로서 제도화되었다. 자유주의적·시민적 법치국가는 크게 자유주의와 (형식적) 법치국가로 나누어 그 의미를 파악할 수 있다. 여기서 자유주의는 국가 혹은 공동체의 가치보다는 개인 혹은 시민의 자유를 최우선적인 것으로 파악한다는 것을 뜻한다. 나아가 법치국가는 “법을 통한 지배(Rule of Law)”를 그 이념으로 삼는다. 다시 말해, 국가권력은 국민의 대표자인 의회가 정한 법률을 통해 행사되어야 한다는 것이다. 그런데 여기서 말하는 법률은 ‘중립성’, ‘형식성’, ‘외부성’이라는 특성을 띤다.⁴⁾ 첫째, ‘중립성’이란 법이 모든 수범자에게 중립적으로 평등하게 적용되어야 함을 의미한다. 따라서 특정한 개인이나 상황을 대상으로 하는 처분적 법률은 원칙적으로 금지된다. 이를 통해 개개 수범자들은 추상화된다. 둘째, 이러한 중립성으로 인해 법은 ‘형식성’을 띠게 된다. 이는 막스 베버(M. Weber)가 말한 ‘형식적 합리성’과 궤를 같이 하는 것이다. 법은 개별 상황이 갖고 있는 고유한 상황논리 혹은 실질적인 사물논리를 고려하지 않고, 구성요건상황이나 주체를 형식적으로 동일하게 파악하여 적용될 뿐이다. 예를 들어, 민법은 이러한 형식성에 의거하여 사용자나 노동자에게 모두 동일하게 적용된다. 셋째, 이러한 맥락에서 법은 행위자에 의해 외부적으로 드러난 행위 또는 결과만을 규제한다. 그러므로 행위자의 동기는 크게 문제되지 않는다.⁵⁾

그러면 어떤 측면에서 민법이 이러한 자유주의 법모델에 해당한다고 말할 수 있는가? 이는 무엇보다도 민법이 사적자치의 기본원칙으로 채택하고 있다는 점 그리고 민법이 자유주의에 기반을 둔 책임 제도를 도입하고 있다는 점에서 찾아볼 수 있다. 여기서는 후자를 더욱 구체적으로 살펴보도록 한다. 민법 영역에서 책임은 크게 불법행위 책임(민법 제750조)과 채무불이행 책임(민법 제390조)으로 구성된다. 여기서 채무불이행 책임은 채권관계를 전제로 한 책임인데 반해, 불법행위 책임은 채권관계를 전제로 하지 않는 책임으로서 채무불이행 책임보다 더욱 일반적인 의미를 갖는다고 할 수 있다.

2) 아래의 서술은 양천수·배성호·심재한·이부하, 『현대사회와 민사법의 구조변동』, 경인문화사, 2011, 5-7쪽에 의존하였다.

3) 자유주의 법모델에 관해서는 우선 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2008, 단락번호 [13] “법과 역사”, 464쪽 아래; 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 시론 -”, 『원광법학』 제24권 제2호(2008. 6), 92-96쪽; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1991, S. 53 ff.

4) 이에 관해서는 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2008, 465-467쪽.

5) 이 점을 지적하는 K. Günther, 김나경 (역), “형법의 대화윤리적 근거지움의 가능성”, 이상돈 (역), 『대화이론과 법』, 법문사, 2002, 152-154쪽.

그런데 민법 도그마틱에 따르면, 일정한 일탈행위가 불법행위 책임을 구성하려면, 몇 가지 요건을 충족해야 한다. 그 중에서 중요한 것으로 ‘인과관계’와 ‘과책’(Verschulden)을 거론할 수 있다. 인과관계는 ‘객관적 귀속’(objektive Zurechnung)의 인정범위를 제한하는 요소로서, 그리고 과책은 ‘주관적 귀속’(subjektive Zurechnung)의 인정범위를 제한하는 요소로 작동한다. 그런데 이러한 책임요건에서 우리는 두 가지 점을 간취할 수 있다. 첫째, 불법행위 책임은 행위주체나 행위상황과는 무관하게 인과관계와 과책이 인정되면 성립한다는 점에서 ‘형식적인 구조’를 띠고 있다는 것이다. 둘째, 인과관계와 과책이 인정되지 않는 경우에는 불법행위 책임을 부정함으로써, 개인의 자유를 극대화하고 있다는 것이다. 더군다나 비교법적 관점에서 보면, 독일 불법행위법은 일반조항 대신 유형화에 따른 규정형식을 선택함으로써, 개인의 행위자유를 더욱 도모하고 있다는 점이 눈에 띈다. 결국 현행 민법이 규정하고 있는 불법행위 책임은 ‘형식적인 책임’과 ‘자유주의적 책임’이라는 특징을 담고 있다고 말할 수 있다. 이러한 기본구조는 채무불이행 책임에서도 되풀이된다.⁶⁾ 이렇게 볼 때, 민법은 자유주의 법모델의 전형으로서, 사회적자치가 지배하는 사적 영역의 ‘기본법’으로서 그 의미를 갖는다고 말할 수 있다.

2. 권리중심적 법체계로서 민법

위에서 말한 것처럼, 민법은 자유주의적 법모델의 전형을 이룬다. 그리고 주지하다시피 자유주의적 법모델은 각 개인이 갖는 자유를 보장하는 것을 최우선의 과제로 삼는다. 이는 달리 말해 자유주의적 법모델은 개인의 자유를 중심으로 하여 법체계가 구성된다는 점을 함의한다. 이를 반영하듯이 자유주의적 법모델의 전형인 민법은 법적 주체가 갖는 권리를 중심으로 하여 체계화되었다. 이를테면 판택텐체계로 짜여있는 현행 민법은 크게 재산법 영역과 가족법 영역으로 구분되고,⁷⁾ 재산법 영역은 다시 총칙, 물건, 채권으로 체계화된다. 여기서 총칙은 민법 전체를 총괄하는 부분으로서, 전체 민법에서 공통되는 부분을 주체-객체 모델에 입각하여 체계화한 것이고, 물건은 물건의 권리에 대한 부분을 그리고 채권은 급부를 중심으로 하여 형성되는 사람과 사람의 관계에 대한 권리를 체계화한 것이다. 이를 통해 알 수 있듯이, 현행 민법은 권리를 중심으로 하여 구조화되어 있다. 아니 더욱 정확하게 말하면, 민법은 법적 주체가 갖는 권리와 이

6) 민법상 채무불이행 책임의 기본구조에 대해서는 김형배, 『채권총론』, 제2판, 박영사, 1999, 152쪽 아래.

7) 그러나 재산법과 가족법을 획일적으로 구분하는 것에 대한 비판적인 견해로는 양창수, “「가족법」상의 법률행위의 특성”, 『민법연구』 제8권, 박영사, 2005, 321쪽 아래 참고.

에 대응하는 의무로, 즉 권리와 의무를 중심으로 하여 구조화되어 있다. 그러나 이 권리와 의무 중에서 더욱 비중을 차지하는 것은, 역시 권리라고 할 수 있다. 이는 유럽의 대륙법 전통을 계수한 우리의 현행 민법에서 가장 기초가 되는 개념인 ‘법률행위’(Rechtsgeschäft) 개념에서도 확인할 수 있다.

민법학에 따르면, 법률행위는 의사표시를 핵심요소로 삼는 행위로서 일정한 법률관계를 형성하는 데 기여한다. 법률행위를 통해 각각의 법적 주체 사이에서 권리와 의무로 구성된 법률관계가 형성되는 것이다. 바로 이 때문에 법률행위는 민법 전체를 관통하는 핵심 개념이 되고 있다. 그런데 이 법률행위의 독일어 원어인 ‘Rechtsgeschäft’의 번역에 관해, 국내의 일부 학자들은 이를 법률행위가 아닌 ‘권리행위’로 번역해야 한다고 주장하기도 한다.⁸⁾ 이러한 주장이 과연 타당한지에 관해서는 여기에서 자세히 다루지 않기로 한다. 다만 이 주장은 독일어 ‘Recht’가 ‘법’과 ‘권리’라는 이중적인 의미를 담고 있다는 점에서, 또한 독일어 ‘Rechtsgeschäft’가 ‘권리관계’를 형성해주는 행위라는 점에서, 이를 ‘권리행위’라고 번역해야 한다고 말한다는 부분에는 주목할 필요가 있다. 여기서 우리가 추론할 수 있는 것은, 이 Rechtsgeschäft가 바로 권리관계를 형성해준다는 이유에서 전체 민법에서 핵심적인 개념으로 자리 잡고 있다는 점이다. 이는 민법이 권리중심적으로 구조화되어 있다는 점을 간접적으로 보여준다.

III. 민법과 인권의 내적 연관성에 대한 이론적 기초

1. 출발점

위에서 우리는 민법이 자유주의적 법모델의 전형이고, 바로 이 때문에 각 개인이 갖는 권리를 중심으로 하여 구조화되었다는 점을 확인하였다. 필자는 바로 여기서 민법과 인권의 내적 연관성에 대한 실마리를 찾을 수 있다고 생각한다. 그러나 이것만으로는 아직 민법과 인권의 내적 연관성이 분명하게 드러난 것은 아니다. 이를 좀 더 구체적으로 논증할 필요가 있다. 이를 위해 아래에서는 법철학의 방법을 동원해 민법과 인권이 일정한 내적 연관관계를 맺고 있다는 점을 논증하려 한다. 무엇보다도 민법과 인권이 동일한 철학적 맥락에 서있다는 점을 밝힘으로써, 민법과 인권의 내적 연관성을 근거 짓고자 한다.

8) 이러한 주장을 하는 학자로서 민법학자인 신유철 교수를 들 수 있다.

2. 사비니와 민법학

민법의 이론적·철학적 기초를 살펴보려면, 오늘날의 민법전이 성립하는 데 지대한 공헌을 한 19세기 독일의 로마법학자 사비니(F.C.v. Savigny)에 대해 간략하게 살펴볼 필요가 있다.⁹⁾ 필자는 사비니를 로마법학자이자 사법학자로서 그리고 역사법학의 창시자로서만 파악하는 것은, 사비니를 너무 협소하게 이해하는 것이라고 생각한다. 『현대 로마법 체계』로 오늘날의 민법 도그마틱에 대한 초석을 놓은 사비니는 단순히 역사법학만을 자신의 방법론으로 수용한 것은 아니었다. 이외에도 사비니는 체계적 방법을 자신의 법학방법으로 받아들여, 이후 이른바 개념법학이 성장하는 데 기여하기도 하였다. 뿐만 아니라, 사비니는 이성법주의자였던 칸트를 철학적으로 추종한 칸트주의자이기도 하였다.¹⁰⁾ 이는 ‘법률행위’와 ‘물권행위’ 등 민법의 기본개념을 확립한 사비니가 권리를 중심으로 하여 민법의 전체 체계를 구성하였다는 점에서 우선적으로 확인할 수 있다.¹¹⁾ 왜냐하면, 칸트 역시 자유를 인간이 존엄성을 획득하는 데 필요한 가장 중요한 요소로 파악하였는데, 이러한 자유가 외적으로 발현된 것, 즉 ‘외적 자유’가 - 칸트에 따르면 - 바로 가장 기본적인 권리가 되기 때문이다.¹²⁾ 같은 맥락에서 사비니는 ‘의사주의’의 토대 위에서 민법상 권리 및 법적 인격(Rechtsperson) 개념을 이해한다. 사비니에 따르면, 민법상 권리의 본질은 바로 권리자의 의사(Wille)에 있다. 이 의사(혹은 의지)가 권리의 본질을 이루며, 동시에 권리를 만들어주는 법률행위(권리행위)의 핵심요건이 된다.¹³⁾

이러한 의사주의는 민법상 권리주체인 법적 인격 개념에서도 발견할 수 있다. 왜냐하면, 사비니가 정립한 민법 도그마틱에 따르면, 법적 인격은 자율적으로 법적 의사를 형성할 수 있는 주체를 뜻하기 때문이다. 그러므로 법적 의지를 자율적으로 형성할 수 없

9) 사비니에 관해서는 우선 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호(2007. 5), 233-258쪽 참고.

10) 이에 대한 분석으로는 임미원, “칸트와 역사법학”, 『법사학연구』 제38호(2008. 10), 49-71쪽 참고.

11) 그러나 로마법 원전을 토대로 하여 물권행위 개념을 정립한 사비니의 성과에 대해서는 비판적인 견해 역시 없지 않다. 이에 관해서는 명순구·김제완·김기창·박경신, 『아듀, 물권행위』, 고려대학교출판부, 2006 등 참고.

12) 칸트의 ‘외적 자유’에 관해서는 이충진, 『이성과 권리: 칸트 법철학 연구』, 철학과현실사, 2000, 86쪽 아래 참고.

13) 이를 권리에 대한 의사설이라고 한다. 이에 관해서는 김도균, 『권리의 문법』, 박영사, 2008, 45쪽 아래; 아래에서는 문맥에 따라 ‘의사’와 ‘의지’를 혼용해서 사용하도록 한다. 독일어 ‘Wille’를 보통 법학에서는 ‘의사’로 그리고 철학에서는 ‘의지’로 번역한다.

는 주체는 의사무능력자 또는 행위무능력자로서 행위능력이 제한되고, 의사에 흠이 있는 법률행위는 무효 또는 취소의 대상이 된다(민법 제107조~제110조). 그런데 우리는 이러한 인격 개념의 원형을 바로 칸트에게서 발견할 수 있다. 칸트에 따르면, 인격체(Person)란 자신의 행위를 스스로에게 귀속시킬 수 있는 주체이기 때문이다.¹⁴⁾ 자신의 행위를 스스로에게 귀속시킬 수 있으려면, 그 전제로서 행위자에게 자율적인 의지가 존재해야 한다. 그러므로 자신의 행위를 자신에게 귀속시킬 수 있는 인격체란 바로 자율적인 의지를 지닌 존재라고 말할 수 있는 것이다. 바로 여기서 우리는 칸트가 사비니에게 미친 영향을 읽어낼 수 있다.

칸트가 사비니에게 남긴 유산인 의사주의는 이외에도 민법의 기본원리인 ‘사적자치’(Privatautonomie) 그리고 ‘과책주의’(Verschuldensprinzip)에서도 발견할 수 있다. 사적자치는 말 그대로 칸트가 강조한 자율성의 이념을 극명하게 보여준다. 아울러 과책주의에서도 칸트가 언급한 인격의 귀속가능성을 발견할 수 있다.

3. 칸트와 자연권 전통

이렇게 독일 민법학의 초석을 놓은 사비니가 칸트의 영향을 강하게 받았다는 점에서, 우리는 민법과 인권의 내적 연관성에 대한 이론적 실마리를 발견한다. 그 이유는 사비니에게 영향을 미친 칸트가 바로 자연권의 전통 아래에서 자신의 법철학을 전개하였기 때문이다. 아래에서 다시 살펴보겠지만, 근대 인권은 바로 자연권 전통에서 출발하였다. 이 점을 고려하면, 사비니의 철학적 스승인 칸트가 자연권의 전통 선상에 놓여 있었다는 것은, 인권과 민법이 철학적 근원을 공유한다는 점을 보여준다. 이를 도식화해서 표현하면, 다음과 같다.

<도 식> 인권과 민법의 철학적 동근원성

근대적 인권 ⇨ 자연권 전통 ⇨ 칸트의 법철학 ⇨ 사비니의 의사주의
⇨ 근대 민법

그러면 구체적으로 어떤 측면에서 칸트가 자연권의 전통에 서 있었는가? 이를 해명

14) 임미원, 앞의 논문(주10), 65쪽.

하기 위해서는, 먼저 칸트가 전개한 실천철학을 간략하게 개관할 필요가 있다.¹⁵⁾ 잘 알려져 있는 것처럼, 칸트는 ‘순수이성’과 ‘실천이성’을 구분한다. 칸트에 따르면, ‘순수이성’은 자연과학적 인과율이 지배하는 ‘존재의 세계’에서 작동한다. 반면에 ‘실천이성’은 자유와 의지가 지배하는 당위의 영역, 즉 규범 영역에서 작동한다. 칸트에 따르면, 규범에 대한 인식은 존재에 대한 인식과는 다르다. 경험적 명제와는 달리, 규범적 명제에 대해서는 명확하게 참과 거짓을 말할 수 없다. 왜냐하면, 규범의 세계에서는 서로 모순되는 명제가 양립하는 ‘이율배반’(Antinomie) 현상이 나타날 수 있기 때문이다.¹⁶⁾ 그러므로 실천이성 영역에서는 순수이성 영역과는 다른 방식으로 규범적 진리를 정초해야 한다.

그렇다면 어떻게 칸트는 실천이성 영역에서 규범적 진리, 즉 도덕을 정초하는가? 이에 대한 출발점은 칸트가 생각한 인간 개념에서 찾을 수 있다. 칸트는 인간을 크게 ‘경험적 인간’과 ‘규범적 인간’으로 구분한다. 경험적 인간은 현실, 즉 경험적 세계에서 우리가 마주치는 인간상인 반면, 규범적 인간은 규범적 세계에서 우리가 당위로서 지향해야 하는 인간상을 말한다. 이 중에서 칸트의 도덕철학에서 중요한 인간상은 당연히 규범적 인간이다. 이에 따르면, 인간은 실천이성을 사용할 수 있는 존엄한 존재이다. 칸트에 따르면, 인간이 존엄한 이유는 자신의 실천이성을 사용하여 자율적으로 도덕법칙을 준수할 수 있기 때문이다. 여기서 알 수 있듯이, 칸트의 도덕철학에서 인간을 인간답게 만드는 것은 바로 ‘자율성’(Autonomie)이다. 이는 영국의 사회계약이론가 로크(J. Locke)에게서 출발하는 자유주의 전통을 규범적으로 새롭게 정립한 것이다. 즉 자율성은 자유주의가 강조하는 자유를 새롭게 정립한 것이다.

그러면 칸트는 어떻게 자유를 새롭게 정초하는가?¹⁷⁾ 전통적으로 자유는 외적인 압력이 없는 상태에서 자신이 원하는 것을 선택할 수 있는 상태라고 정의되고는 하였다. 즉 전통적인 자유는 ‘행위의 자유’(Handlungsfreiheit)로 이해되었다. 그러나 이러한 자유는 칸트에 따르면 ‘외적 자유’에 불과할 뿐이다. 이와 달리 칸트는 인간이 자유롭다는 것은, 인간이 외적인 조건이나 목적뿐만 아니라, 내적인 욕구나 목적으로부터도 자유롭

15) 칸트의 법사상에 대한 자세한 내용은 우선 심재우, “인간의 존엄과 법질서”, 『법률행정논집』(고려대) 제12집(1974) 참고.

16) 예를 들어, “신은 존재한다.”라는 명제와 “신은 존재하지 않는다.”라는 명제는 서로 모순되는 명제이지만, 양립할 수 있는 명제이다. 왜냐하면, 신이 존재하느냐, 존재하지 않느냐 하는 문제는 경험적으로 그 참과 거짓을 검증할 수 있는 차원의 문제가 아니라, 바로 믿음의 문제이기 때문이다. 이러한 이율배반 문제에 관해서는 I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Darmstadt 1983, S. 399 ff.

17) 칸트의 자유 개념을 알기 쉽게 설명하는 문헌으로 마이클 샌델, 이창신 (옮김), 『정의란 무엇인가』, 김영사, 2010, 153쪽 아래 참고.

다는 것을 뜻한다고 말한다. 이를 칸트는 ‘내적 자유’라고 말한다. 이러한 내적 자유는 인간이 아무런 목적 없이 스스로 도덕법칙을 준수한다는 점에서 ‘자의’(Willkür)가 아니라 ‘자율’(Autonomie)을 뜻한다. 바로 이 같은 이유에서 칸트의 도덕철학에서는 자율이 핵심적인 지위를 차지하는 것이다.

물론 그렇다고 해서 칸트가 외적 자유를 부정하는 것은 아니다. 이미 언급한 것처럼, 칸트는 자유를 내적 자유와 외적 자유로 구분하면서, 내적 자유를 도덕적 자유로 그리고 외적 자유를 법적 자유로 근거 짓는다. 이와 같은 구분은 내면성과 외면성을 기준으로 하여 도덕과 법을 구별하는 칸트의 구상에 상응한다.¹⁸⁾ 이에 따르면, 외적 자유는 법이 보호하는 자유로서, 이를 우리는 법적 권리로 파악할 수 있다. 즉 칸트가 말하는 외적 자유는 법적 권리인 자유권인 셈이다. 그런데 여기서 우리가 주의해야 할 점은, 비록 내적 자유와 외적 자유가 구별된다고 해서, 양자를 전혀 별개로 보는 것은 타당하지 않다는 점이다. 즉 외적 자유가 내적 자유와 개념과 성질의 면에서 구별된다 하더라도, 외적 자유와 내적 자유는 같은 이론적 기초 위에서 있다고 하는 점이다. 그것은 바로 인간을 존엄한 존재로 만들어주는 자율성, 즉 ‘자유의지’(Willensfreiheit)이다. 외적 자유 역시 그것이 법적 권리로서 정당성을 확보할 수 있는 것은, 바로 법적 권리가 자유의지에 기반을 두고 있기 때문이다. 그리고 바로 이 지점에서 우리는 칸트가 법적 권리로 강조한 자유권이 자연권의 전통 아래 놓여있다는 점을 간취할 수 있다. 왜냐하면, 칸트에 따를 때 자유권이 정당한 법적 권리일 수 있는 이유는, 자유권이 자유의지에 정초하고 있기 때문인데, 이 자유의지는 인간이 이성적 존재로서 필연적으로 가져야 하는 조건이기 때문이다. 다시 말해, 자유권은 법을 통해 비로소 인정되는 것이 아니라, 법 이전에 인간의 실천이성을 통해 그 존재근거를 확보하고 있는 것이다.

4. 자연권 전통과 근대 인권

지금까지 우리는 근대 민법학의 기초를 다진 독일의 법학자 사비니에게 철학적 유산을 남긴 칸트가 어떻게 자연권의 전통 아래에서 내적 자유와 외적 자유를 정초하였는지를 살펴보았다. 이를 통해 우리는 민법과 자연권 전통 사이에 일정한 연결고리가 있다는 점을 확인하였다. 그렇다면 이제 우리에게 남은 과제는 자연권 전통과 인권 사이에 일정한 연결고리가 있는지를 검증하는 것이다. 만약 사실이 그렇다면, 이를 통해 민

18) 도덕과 법을 구별하는 칸트의 구상에 관해서는 I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, in: W. Weischedel (Hrsg.), *Kant Werke IV*, Darmstadt 1998, S. 324 참고.

법과 인권 사이의 내적 연관성을 확인할 수 있기 때문이다.

인권과 자연권 전통 사이에는 일정한 연결고리가 존재하는가? 이 문제에 대해서는 비교적 쉽게 긍정적으로 대답할 수 있다. 왜냐하면, 대다수의 인권전문가들이 인정하고 있듯이, 인권, 더욱 정확하게 말하면, 근대 인권은 자연권 전통에 기반을 두고 형성되었기 때문이다.¹⁹⁾ 이 점은 근대 인권이 형성되는 데 중요한 이론적 자양분을 제공한 로크(J. Locke)의 소유권이론에서 발견할 수 있다. 전통적인 자연법사상과는 달리, 로크는 자연권이라는 관념을 도입하여 인권을 정초하고자 하였다. 물론 로크의 작업도 넓게 보면 자연법의 전통에서 인권을 정초하고자 한 것이라고 볼 수 있다. 왜냐하면, 자연권 역시 자연법의 연장선상에서 이해할 수 있기 때문이다. 그러나 로크가 사용한 논증방식은 한편으로는 자연법사상의 전통을 따르기도 하지만, 다른 한편으로는 종전의 자연법 사상과는 차이가 있는 자유주의적 사회계약론에 서 있다는 점에서 ‘자연법을 통한 논증’과는 차이가 있다. 또한 전통적인 자연법사상과는 달리, 로크의 사회계약론적 자연권 사상은 사회비판적인 측면을 지니고 있다는 점에서도 차이가 있다.²⁰⁾

그러면 로크는 어떻게 인권을 근거 짓는가? 사회계약이론가인 로크는 ‘안전국가’를 정립한 홉스(T. Hobbes)와 마찬가지로 ‘자연상태’를 상정한다. 그러나 이 자연상태는, 홉스가 말한 “만인에 대한 만인의 투쟁상태”와는 다소 차이가 있다.²¹⁾ 로크가 예정하는 자연상태는 “인간의 이성의 법칙인 자연법에 따라 생활하는 상태”를 말한다.²²⁾ 이러한 자연상태에서 모든 인간은 기본적으로 자신에게 부여된 자연권을 조화롭게 주장하고 누릴 수 있다. 이 때 로크가 강조한 자연권은 ‘생명’, ‘자유’, ‘재산’이다. 이러한 권리를 통틀어 로크는 ‘소유권’(the right of property)이라고 한다. 로크에 따르면, 인간이라면 그 누구나 상관없이 자연상태에서 조화롭게 주장하고 누릴 수 있는 권리가 바로 이 소유권이다. 왜냐하면, 이 권리들은 철저하게 자기 자신에게 속하기 때문이다. 다시 말해, 이 권리들은 자기 소유에 속하기 때문에 소유권에 해당한다. 그리고 생명, 신체, 자유와 같은 자연권은 자기 소유에 속하는 권리들이기 때문에, 소유자인 자기 자신이 마음대로 사용, 수익, 처분할 수 있다.²³⁾ 이와 반대로 이 권리들은 원초적으로 소유자 개인이 갖는 권리이므로, 아무리 국가라 할지라도 이 권리를 마음대로 처분할 수 없다. 바로 이 지점에서 우리는 근대적 인권의 철학적 기초를 발견한다. 로크가 철저하게

19) 최현, 『인권』, 책세상, 2009, 50쪽 아래.

20) 임재홍, “근대 인권의 확립”, 인권법교재발간위원회 (편), 『인권법』, 아케넷, 2008, 19쪽.

21) 이에 대해서는 심재우, “Thomas Hobbes의 법사상”, 『법사상과 민사법』, 1979, 61쪽 아래.

22) 임재홍, 위의 책(주20), 23쪽.

23) 그러면서도 로크는 인간 자신의 생명은 신에게 속하기 때문에 마음대로 처분할 수 없다고 말한다. 즉 인간은 마음대로 자살할 수 없다는 것이다.

자기 소유에 속한다고 말한 권리가 바로 시민적·정치적 권리로 대변되는 근대적 인권의 전형적인 예에 해당하기 때문이다. 이렇게 로크의 소유권이론은 근대적 인권이 성립하는 데 중요한 이론적 자양분을 제공하였다. 이후 계몽주의적 사회계약이론가들이 강조했던 천부인권은 대부분 이러한 이론적 기초 위에서 주장되었다.

그러나 여기서 우리는 두 가지 지점에서 주의해야 할 필요가 없지 않다. 그것은 첫째, 근대적 인권과 현대적 인권의 사상적 기초는 동일하지 않다는 점이고, 둘째, 로크의 자연권이론과 칸트의 자연권이론도 서로 구별해야 할 점이 있다는 점이다. 첫째, 로크의 소유권이론은 기본적으로 근대적 인권에만 적용된다고 보아야 한다. 왜냐하면, 근대적 인권의 이론적·현실적 문제 때문에 등장한 현대적 인권은 사상적 기초의 측면에서 근대적 인권과 차별화되기 때문이다. 이를 분명하게 논증하기 위해, 우선 근대적 인권과 현대적 인권에 관해 간략하게 검토할 필요가 있다. 널리 알려져 있는 것처럼, 인권은 크게 근대적 인권과 현대적 인권으로 구별할 수 있다.²⁴⁾ 이러한 구분은 국제인권규약이 시민적·정치적 권리(자유권 규약)와 경제·사회·문화적 권리(사회권 규약)를 별도의 규약으로 규정하고 있다는 점에서도 추론할 수 있다. 시민적·정치적 권리에서 핵심이 되는 인권은 역시 자유권이다. 이 자유권이 사적영역에서는 생명, 자유, 재산으로 그리고 공적영역에서는 정치적 참여권으로 구체화된다. 이미 언급한 것처럼, 이와 같은 시민적·정치적 권리가 근대적 인권의 전형을 이룬다. 그리고 위에서 살펴본 것처럼, 시민적·정치적 권리는 근대 자유주의, 무엇보다도 로크의 소유권이론에 기반을 둔 자유주의를 사상적 기초로 삼는다. 이와 달리, 경제·사회·문화적 권리에서는 이른바 사회적 인권이 핵심을 이룬다. 다시 말해, 근로의 권리와 같은 경제적 권리, 사회부조나 사회보험 등과 같이 ‘생존배려’와 관련이 깊은 사회보장적 권리, 문화적 재화를 자유롭고 평등하게 이용할 수 있는 문화적 권리 등이 바로 이 사회적 인권에 속한다. 그리고 이 같은 사회적 인권이 근대적 인권과는 구별되는 현대적 인권의 전형을 이룬다. 여기서 추론할 수 있듯이, 현대적 인권은 근대적 인권의 기반을 이룬 소유적 자유주의만으로는 근거 짓기 어렵다. 왜냐하면, 우리 사회에서 사회적 인권이 수행하는 역할에서도 볼 수 있듯이, 현대적 인권은 소유적 자유주의에 기반을 둔 근대적 인권이 부딪힌 현실적 한계를 극복하기 위해 새롭게 태동한 인권 개념이기 때문이다. 헌법학의 시각에서 말하면, 현대적 인권은 자유주의의 문제점을 교정하기 위해 등장한 사회국가 원리에 바탕을 둔다. 바로 이와 같은 까닭에서 근대적 인권의 사상적 기초와 현대적 인권의 사상적 기초는 서로 구별해야 할 필요가 있다.

24) 이러한 구분에 관해서는 조효제, 『인권의 문법』, 후마니타스, 2010, 제2장 및 제3장 참고.

둘째, 근대적 인권에 철학적 자양분을 제공한 로크의 자연권이론과, 역시 사비니의 민법이론에 철학적 토대를 제공한 칸트의 자연권이론 사이에는 섬세하게 구별해야 할 점이 없지 않다. 이를테면 로크의 자연권이론은 - 위에서 살펴본 것처럼 - 소유권이론에 기반을 둔다. 생명, 자유, 재산 등과 같은 권리가 자연권인 이유는, 이 권리들이 애초부터 나의 소유에 속하기 때문이다. 이 때 ‘나’라는 주체가 이성적인 존재인지 여부는 그리 중요하지는 않다. 이와 달리, 칸트의 자연권이론은 실천이성을 지닌 존엄한 존재인 인간에 기반을 둔다. ‘나’라는 주체가 내적 자유와 외적 자유를 포함한 자유권을 가질 수 있는 근거는, ‘나’라는 주체가 바로 이성적 존재라는 점에서 찾을 수 있다. 여기서 알 수 있는 것처럼, 칸트의 자연권이론에서는 권리주체가 이성적 주체일 것을 요청한다. 권리주체가 이성적 주체, 즉 ‘규범적 인간’(homo noumenon)이기 때문에 자율적인 인간일 수 있고, 바로 그 때문에 자유권 역시 가질 수 있는 것이다. 이렇게 칸트의 자연권이론은 인간이 이성적 존재일 것을 요청한다는 점에서, 이를 전제로 삼지 않은 로크의 자연권이론과 차이가 있다.

5. 민법과 인권의 내적 연관성

이렇게 인권 개념이 근대적 인권과 현대적 인권으로 구별되고, 로크의 자연권이론과 칸트의 자연권이론 사이에 차이가 있다면, 로크에 기반을 둔 근대적 인권과 칸트에 기반을 둔 민법은 서로 연결점을 찾을 수 없는 것일까? 그렇지는 않다고 생각한다. 이러한 이론적 상황에서도 필자는 민법과 인권 사이에서 일정한 상관관계를 찾을 수 있다고 생각한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다.

우선 양자 사이에 이론적 차이가 존재한다 하더라도, 로크의 자연권이론과 칸트의 자연권이론 사이에는 이론적 공통점 역시 발견할 수 있다고 생각한다. 크게 두 가지 측면에서 이론적 공통점을 발견할 수 있다. 첫째, 로크의 자연권이론과 칸트의 자연권이론은 모두 사회계약론의 선상에 서 있다는 점이다.²⁵⁾ 둘째, 비록 이론적 전제가 다르기는 하지만, 로크나 칸트 모두 국가에 우선하는 자연권 개념을 긍정한다는 점이다. 로크가 강조하는 생명, 자유, 재산이나 칸트가 강조하는 자유는 모두 국가가 마음대로 처분할 수 없는 국가 이전의 권리들이다. 바로 이 점에서 로크나 칸트 모두 넓은 의미의 자연권 전통 안에 놓여 있는 것이다.

나아가 로크가 이론적 기초를 다듬은 근대적 인권과 마찬가지로 민법 역시 자유주의

25) 이 점을 분석하는 심재우, 『저항권』, 고려대학교출판부, 2000 참고.

전통 아래 놓여 있다는 점을 들 수 있다. 이미 살펴본 것처럼, 민법은 자유주의적 법모델의 전형을 이룬다. 이것은 민법이 자유주의에 기반을 두고 있음을 단적으로 보여준다. 민법이 소유권 개념을 가장 완벽하게 정의하고 있다는 점에서도, 민법의 자유주의적 속성을 읽을 수 있다. 이렇게 보면, 근대적 인권과 민법은 자유주의라는 점에서 서로 연결고리를 획득한다. 결과적으로 민법과 인권은 크게 두 가지 지점에서 내적 연관성을 획득한다. 첫째는 민법과 인권이 모두 자연권이론의 이론적 수혜를 받고 있다는 점이고, 둘째는 민법과 인권이 자유주의 전통을 공유하고 있다는 점이다.

IV. 민법상 근대적 인권의 모습들

위 III.에서 필자는 자연권이론과 자유주의 전통이라는 측면에서 민법과 인권이 내적 연관성을 획득하고 있다는 점을 논증하였다. 그러면 구체적으로 민법은 근대적 인권을 어떻게 제도적으로 구체화하고 있는지 문제가 될 수 있다. 이를 아래 IV.에서 살펴보기로 한다.

1. 민법의 기본원리와 의사주의

우선 근대 민법을 지배하는 기본원리에서 근대적 인권의 모습을 찾아볼 수 있다. 우리 민법학은 근대 민법의 기본원리로서 크게 ‘사유재산권 존중 원칙’, ‘사적자치 원칙’, ‘과실책임 원칙’을 거론한다.²⁶⁾ 여기서 ‘사유재산권 존중 원칙’은 근대 민법이 근대적 인권 중에서, 특히 로크의 인권이론에서 핵심적인 지위를 차지하는 소유권을 민법상 기본 권리로 수용하고 있음을 발견할 수 있다. 사유재산권을 강조하는 민법의 태도는 로크의 소유권이론을 극명하게 반영한 것이라고 말할 수 있다. 나아가 ‘사적자치 원칙’이나 ‘과실책임 원칙’에서는 칸트의 자연권이론에서 토대가 되었던 ‘의사주의’의 모습을 발견할 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 먼저 주로 계약법 영역에서 기능을 수행하는 ‘사적자치 원칙’의 경우에는, 이 개념의 독일어 원어인 ‘Privatautonomie’가 시사하는 것처럼, ‘자치’, 즉 ‘자율’이 개념 안에 포함되어 있다. 이는 사적자치가 제대로 작동하기 위해서는 계약주체의 자율적인 의지가 전제될 수밖에 없다는 점을 함의한다.

26) 이에 관해서는 우선 박윤직, 『민법총칙』, 신정판, 박영사, 1989, 68쪽 아래 참고; 여기서 ‘과실책임 원칙’은 달리 ‘과책주의’(Verschuldensprinzip)라고 표현하기도 한다.

이뿐만 아니라, 채무불이행책임과 불법행위책임 두 영역에서 핵심적인 역할을 수행하는 ‘과실책임 원칙’에서도 실천이성에 기반을 둔 의사주의의 흔적을 엿볼 수 있다. 일반적으로 ‘과실’은 행위자의 주의의무위반을 뜻한다. 그런데 이렇게 주의의무위반으로서 과실이 성립하기 위해서는, 행위자가 자신이 갖고 있는 실천이성을 자율적으로 행사하면 주의의무 위반행위를 예견하고 회피할 수 있는 가능성, 다시 말해 예견가능성과 회피가능성을 확보할 수 있다는 점을 전제로 한다. 만약 행위자에게 주의의무위반에 대한 예견가능성과 회피가능성이 결여되어 있다면, 행위자에게 과실을 인정할 수 없다고 한다. 그런데 이처럼 행위자에게 예견가능성과 회피가능성을 인정할 수 있으려면, 행위자가 자율적인 의지를 지닌 이성적 존재일 것을 전제로 해야 한다. 만약 행위자가 자율적인 의지, 즉 ‘자유의지’를 갖고 있지 않다면, 우리는 행위자에게 예견가능성과 회피가능성을 기대할 수 없고, 결과적으로 행위자에게 과실을 귀속시킬 수도 없다. 바로 이 같은 까닭에서 우리는 ‘과실책임 원칙’에서 칸트가 강조한 의사주의의 모습을 발견할 수 있는 것이다.

2. 근대적 인권의 구체화된 모습으로서 민법상 권리체계

민법에서 근대적 인권의 모습은 무엇보다도 민법이 체계화한 권리에서 확인할 수 있다. 민법학은 민법상 권리를 크게 다음과 같이 체계화한다. 우선 재산법과 가족법의 준별이라는 기준 아래, 민법상 권리를 재산법상 권리와 가족법상 권리로 구분한다. 재산법상 권리는 말 그대로 재산적 성격이 강한 권리를 말하는 데 반해, 가족법상 권리는 가족관계에 바탕을 둔 권리로서 - 인격권처럼 - 인격적인 요소가 강하다. 이 때문에 재산법상 권리는 권리주체가 자유롭게 처분할 수 있는 반면, 가족법상 권리는 권리주체가 자유롭게 처분할 수 없다고 한다.²⁷⁾

나아가 재산법상 권리는 다시 - 판택텐법학의 전통에 따라 - 물권과 채권으로 구분된다.²⁸⁾ 물권은 물건에 대한 권리로, 채권은 다른 권리주체의 ‘급부’(Leistung)에 대한

27) 이와 관련하여 가령 가족법상 이루어진 한정승인이나 상속포기, 상속재산분할 등에 대해 채권자취소권을 행사할 수 있는지 등이 문제되기도 한다. 이에 관해 견해가 대립하는데, 이를 부정하는 견해는 한정승인이나 상속포기, 상속재산분할 등이 지닌 ‘인격적인 요소’ 때문에, 이러한 행위 등에 대해서는 채권자취소권을 행사할 수 없다고 한다. 이에 관해서는 우선 양창수, 앞의 논문(주7), 329-330쪽 참고; 이에 반해 이를 긍정하는 견해로는 윤진수, “상속법상의 법률행위와 채권자취소권 - 상속포기 및 상속재산 협의분할을 중심으로 -”, 『사법연구』 제6집(2001. 12), 1쪽 아래 참고.

28) 이에 관해서는 이상태, 『물권·채권 준별론을 위한 판택텐체계의 현대적 의의』, 건국대학교출판부, 2006 참고.

권리로 이해된다. 아울러 일반적으로 물권은 - 역시 판택텐법학의 전통에 따라 - 절대적이고 대세적인 권리로, 그리고 채권은 상대적이고 대인적인 권리로 파악된다. “물권은 채권을 깨뜨린다.”는 법언은, 물권이 채권보다 우월하다는 점을 시사한다. 이외에도 청구권이나 형성권 등이 언급되지만, 이들 역시 넓게 보면 물권이나 채권에 포함시킬 수 있다고 생각한다.

다른 한편 채권은 다시 법률행위에 기한 약정채권과 법규정 자체에서 형성되는 법정채권으로 구분할 수 있다. 계약관계에 토대를 둔 각종 권리가 약정채권이라면, 사무관리나 부당이득, 불법행위에 토대를 두어 형성되는 권리들이 가장 대표적인 법정채권에 해당한다.

3. 권리자 지향의 인권

위에서 살펴본 것처럼, 근대 민법은 채권이나 물권 등을 통해 근대적 인권인 시민적 권리를 제도화하고 있다. 로크가 강조한 인권 중에서 생명이나 신체에 대한 권리는 불법행위책임에 따른 손해배상청구권이, 자유는 채권법의 기본원리가 되는 사적자치 원칙이 그리고 재산은 물권과 채권이 구체화하고 있다. 이렇게 보면, 근대적 인권은 민법을 통해 실정화·제도화된 권리로서 현실세계에서 법적 힘을 발휘하고 있는 셈이다.

그러나 이미 민법에 대한 구조분석에서 확인한 것처럼, 민법이 제도화한 인권은 권리자를 강하게 지향한다. 속된 말로 하면, 민법이 규정한 인권들은 이른바 ‘가진 자들을 위한 인권’일 수 있는 것이다. 바로 이 때문에 우리 민법의 모태가 된 독일 민법전이 제정될 당시, 강단 사회주의 민법학자였던 멩거(A. Menger)는, 독일 민법전이 부르주아지를 위한 법전이라고 비판하기도 하였다.²⁹⁾ 물론 민법이 채무자와 같은 의무자를 전혀 고려하지 않은 것은 아니다. 예를 들어, 공서양속 위반행위를 규정한 민법 제103조나 폭리행위를 규정한 민법 제104조, 그리고 과책이 있는 경우에만 책임귀속을 인정하는 과책주의(민법 제390조) 등은 권리자가 아닌 의무자를 지향한 규정이라고 볼 수 있다. 그렇다 하더라도, 민법이 규정한 인권들은 전체적으로 양 권리주체가 평등하다는 것을 전제로 한 것으로서, 결국 권리자, 즉 ‘가진 자’를 지향하고 있다는 점을 부인하기는 어렵다고 생각한다.

29) 이에 관해서는 H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10. Aufl., Heidelberg 2005, S. 183.

V. 민법상 근대적 인권의 한계 - 결론을 대신하여

바로 이와 같은 까닭에서 민법상 권리와 근대적 인권 사이에 존재하는 내적 연관성은 한계를 지닐 수밖에 없다. 우리는 지금까지 민법과 인권이 서로 내적 연관성을 획득한다는 점을, 자연권전통과 자유주의를 공유한다는 점을 확인하였지만, 이는 동시에 민법이 규정한 인권의 한계점을 보여준다. 이는 특히 민법이 규정한 고용계약관계에서 확연하게 드러난다. 민법은 고용관계에서 양 당사자가, 즉 사용자와 노무자가 서로 대등한 권리주체라는 점을 전제로 하면서 권리와 의무를 부여한다. 이에 따르면, 사용자와 노무자는 사적자치 원칙에 따라 자유롭게 계약을 체결할 수 있을 뿐 아니라, 계약관계에서 벗어날 수도 있다. 그러나 이 같은 태도는 사용자와 노무자 사이에서 현실적으로 존재하는 힘의 불균형을 도외시한 것이다. 지난 19세기의 극단적인 자본주의가 노무자, 즉 노동자를 어떻게 착취하였는지는 역사가 잘 보여준다. 그런데 이러한 현실에 대해 민법은 무력하기만 했을 뿐이었다. 노동법과 같은 사회법, 근대적 인권에 대비되는 현대적 인권은 바로 그 당시의 현실을 반성하면서 등장하였다. 이 점에서 민법이 규정한 인권이 권리자를 강하게 지향하고 있다는 점은, 진지하게 반성해야 할 부분이라고도 말할 수 있다. 이제는 권리자의 인권뿐만 아니라 의무자의 인권을 염두에 둘 필요가 있다. 이는 이제까지 민법이 안주하고 있던 자유주의적 틀을 어느 정도 벗어던짐으로써, 이른바 민법의 구조변동을 피함으로써 달성할 수 있다고 생각한다.³⁰⁾

30) 이에 관해서는 우선 P. Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, Baden-Baden 2000 참고.