

◆ 16 LEET 언어이해 33~35번

[33~35] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

『로마법대전』에 대한 연구는 12세기에 볼로냐를 중심으로 본격적으로 시작되었다. 당시에 이 법서는 ‘기록된 이성’이라 부를 만큼 절대적인 권위가 인정되었고, 그 가운데 특히 「학설휘찬(Digesta)」 부분이 학자들의 관심을 끌었다. 여기에는 로마 시대의 저명한 법학자들의 저술에서 발췌한 학설들이 수록되어 있다. 초기에 법학은 이를 정확히 이해하는 데 치중하였고, 로마법을 비판적으로 바라보는 것은 금기시되었다. 이러한 학풍은 13세기 중엽 표준 주석서를 집대성하는 성과를 낳았고, 이후로는 로마법을 어떻게 실무에 적용할지의 문제로 법학의 중점이 옮겨 갔다. 16세기에 들어서면서부터는 「학설휘찬」에 대한 맹신에서 벗어나, 그것을 역사적 자료로 보면서 주석서의 해석에 얽매이지 않고 새롭게 접근하는 시도가 나타났으며, 이후에는 이런 경향이 낫설지 않게 되었다. 17세기의 학자인 라이프니츠도 로마법 자료에 대해 비판적으로 접근하여 새로운 논의를 이끌어 내려 하였다. 다음은 「학설휘찬」에 나오는 파울루스의 글이다.

펠릭스가 자신의 농장에 대해 에우티치아나(A), 투르보(B), 티티우스(C)에게 순차적으로 저당권을 설정해 준 것이 실질적 법률관계이다. 그런데 A는 C와의 소송에서 자신의 순위를 입증하지 못하여 패소하였고, 판결이 확정되었다. 이후 B와 C 사이에 저당권의 순위에 관한 다툼이 생겨 소송을 하게 되었다. 이 경우에 A를 상대로 승소한 C가 B보다 우선한다고 해야 하는가, 아니면 A는 없다고 생각하고 B의 권리를 C보다 앞에 두어야 하는가? ㉠ 어떤 이들은 C가 우선한다고 주장한다. 하지만 ㉡ 나는 그런 결론이 매우 부당하다고 생각한다. A가 방어를 잘못된 탓에 C에게 패소했다고 하자. 그러면 C가 A에게 승소한 판결의 효력이 B에게 미치는가? 이후에 일어난 B와 C 사이의 소송에서 B가 승소하면 그 판결의 효력이 A에게 미치는가? 나는 아니라고 생각한다. 제3순위자는 제1순위자를 배제시켰다고 해서 자기가 제1순위자가 되는 것은 아니며, 당사자 사이의 판결은 그 소송에 관여하지 않은 이에게 유리하게도 불리하게도 작용하지 않는다. 첫 번째 소송의 판결이 모든 것을 해결하는 것은 아니고, 다른 저당권자의 권리는 손대지 않은 채 남겨져 있는 것이다.

㉢ 라이프니츠는 ‘손대지 않은 채 남겨져 있는 것’에 대하여 순위를 따져 보려고 하였다. 그는 우선 위 사안을 다음과 같이 정리하였다. 동일한 부동산에 대한 저당권은 설정한 순서에 따라 우선권이 주어지는 것이 로마법의 원칙이므로, (1) 가장 먼저 설정한 A의 권리는 최우선권을 가지므로 B의 권리에 우선한다. (2) 두 번째로 저당권을 설정한 B의 권리는 C의 권리에 우선한다. 하지만 (3) 판결로 확정된 법률관계는 그것이 진실한 것으로 취급될 수밖에 없으므로 C의 저당권은 A의 저당권에 우선한다. 여기서 (1)과 (3)이 충돌하지만 확정 판결의 효력 때문에 (3)이 우선할 수밖에 없으므로, 유효하게 고려하여야 하는 (2)와 (3)을 가지고 따져보면 순위는 간단히 정리될 수 있다고 보았다.

파울루스는 A가 제1순위를 회복할 수 없다고 하면서, C가 B보다 우선한다고도 B가 A보다 우선한다고도 인정할 수 없다고 하였다. 라이프니츠는 B가 A보다 우위라고 확인할 수 없다는 점에 대해 비판하였다. B가 C보다 앞설 경우에 C가 A보다 앞선다면, B는 A보다 앞서는 것이 당연하다는 것이다. 그리고 B가 C보다 후순위가 된다고 가정하는 것은, 판결의 효력이 소송에 관계하지 않은 이에 영향을 미쳐서는 안 된다는 데 위배되는 상황, 곧 파울루스가 피하고자 하는 것을 피하지 못하게 되는 설정이 되기 때문에, 허용될 수 없다고 하였다. 라이프니츠는 이러한 결론이 한 번의 패소로 순위가 두 개나 밀리게 만들지만 부당한 것은 아니라고 말한다. 소송을 잘못된 이에게 두 번 불이익을 주는 것이 잘못이 없는 이에게 한 번 불이익을 주는 것보다 낫기 때문이라는 것이다. 라이프니츠는 파울루스가 현자라는 사실이 의심된다는 의심까지 부린다.

라이프니츠의 이러한 작업은 로마법이 끼친 영향과 함께 그에 대하여 자유롭게 접근했던 당시의 분위기를 짐작하게 해 준다. 18세기 이후에는 로마법 연구의 전통을 기반으로 하여 새로운 이론과 법체계를 성립시키는 발전이 이어진다.

33. 앞글의 내용과 일치하는 것은?

- ㉠ 12세기의 법학자들은 파울루스의 학설에 대하여 시대적 간극을 초월하여 받아들일 수 있는 이성적인 결과물로 여겼다.
- ㉡ 13세기에는 「학설휘찬」보다 앞서 편찬된 『로마법대전』이 주요한 연구 대상으로 선택되었다.
- ㉢ 17세기 이후의 법학은 당시의 실정에 맞지 않는 로마법에 대한 연구를 버리고 법률 실무를 중심으로 한 새로운 방법론을 추구하였다.
- ㉣ 라이프니츠가 활동하던 시기에는 「학설휘찬」에 대한 비판이 금기시되었다.
- ㉤ 라이프니츠는 로마법을 역사적 자료로 보기보다는 시공을 뛰어넘어 적용할 수 있는 보편적인 법원으로 보았다.

34. [가]에 대한 추론으로 적절하지 않은 것은?

- ㉠ B와 C 사이의 소송에서 B는 자신이 C보다 먼저 저당권을 설정하였기 때문에 자신이 선순위자라고 주장하였을 것이다.
- ㉡ B와 C 사이의 소송에서 C는 A가 B보다 먼저 저당권을 설정하였다는 것을 기초로 하여 자신이 B보다 선순위자라고 주장하였을 것이다.
- ㉢ ㉠은 C의 순위가 A에 우선한다는 판결이 B에게는 효력이 없다는 입장이다.
- ㉣ ㉡은 A와 C 사이에 내려진 판결이 A, B, C 모두의 순위를 바꾸는 것으로 판결한 것은 아니라는 입장이다.
- ㉤ ㉠과 ㉡ 모두 A와 C 사이에 내려진 판결의 효력은 인정해야 한다고 전제한다.

35. ㉠가 한 논증 과정에서 나타나지 않은 것은?

- ① 저당권의 순위는 B, C, A의 순으로 놓인다는 결론을 내렸다.
- ② 확정 판결의 효력이 실질적 법률관계에 우선한다는 점을 전제로 삼았다.
- ③ 저당권의 우선순위는 먼저 설정된 순서로 정해진다는 로마법의 원칙이 부당하다는 것을 확인하였다.
- ④ 파울루스가 논의한 사안을 정리한 결과, A가 제1순위라는 내용과 A가 제1순위가 아니라는 내용의 충돌이 일어나자 그 모순을 해결하였다.
- ⑤ 권리를 입증하지 못하여 패소한 이가 이후에 자신이 당사자가 아닌 소송의 판결 때문에 거듭 불이익을 받을 수 있다는 결론이 도출되지만, 그것이 부당하지 않다고 보았다.

◆ 12 LEET 언어이해 21~23번

[21~23] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

법은 인간의 행위를 지도하고 평가하는 공식적인 사회 규범이다. 그리고 법을 통한 행위의 지도는 명령, 금지, 허용 등의 규범 양상으로 이루어진다. 명령은 행위를 해야 하도록 하는 것이며, 금지는 행위를 하지 않도록 하는 것이다. 허용은 행위를 할 수 있도록 하거나, 하지 않을 수 있도록 하는 것인데, 통상 전자를 적극적 허용, 후자를 소극적 허용이라고 부른다.

19세기 분석법학의 연구 성과는 이들 규범 양상들이 서로 일정한 의미론적 관계 및 논리적 관계를 맺고 있음을 보여 주고 있다. 이에 따르면 명령은 소극적 허용의 부정이지만 적극적 허용을 함축하며, 금지는 적극적 허용의 부정이지만 소극적 허용을 함축한다. 소극적 허용은 금지를 함축하지는 않으며, 적극적 허용은 명령을 함축하지는 않는다. 또한 소극적 허용과 적극적 허용은 서로 배제하거나 함축하지 않는다. 그리고 이들 네 가지 규범 양상은 행위 지도의 모든 경우를 포괄한다.

이러한 규범 양상들의 상호 관계에 대한 분석은 주로 입법 기술의 차원에서 그 실천적 의의를 찾을 수 있다. 즉 그러한 분석은 법을 명확하고 체계적으로 정립하기 위해 준수해야 하거나, 법의 과잉을 방지하기 위해 고려해야 할 원칙들을 제공해 준다. 가령 법의 한 조항에서 어떤 행위를 하지 않을 수 있도록 허용했다면 다른 조항에서 그 행위를 명령해서는 안 된다는 것이나, 어떤 행위를 할 수 있도록 허용하는 방법이 반드시 그 행위를 명령하는 것일 필요는 없다는 것 등이 그러한 예가 될 것이다.

이러한 분석이 법 현상을 제대로 반영하고 있는 것인지에 대해서는 다소 의문이 제기되고 있다. 법체계가 폐쇄적일 경우에는 이러한 분석이 통용될 수 있겠지만, 개방적일 경우에는 그렇지 못하다는 것이다. 가령 개방적 법체계 내에서는 금지되지 않은 것이 곧 허용된 것이라고 말할 수는 없기 때문에, 적극적 허용이 금지를 부정한다는 명제는 성립하지 않는다. 한 사람을 지킬 수 있을 뿐인 나뭇조각을 서로 붙잡으려는 두 조난자에게 각자 자신을 구할 수 있는 행위를 하는 것이 금지되지 않았다고 해서, 곧 서로 상대방을 밀쳐 내어 죽게 할 수 있도록 허용되어 있다고 말할 수는 없다는 것이다.

나아가 그러한 분석은 폐쇄적 법체계를 전제함으로써 결과적으로 인간의 자유가 가지는 의미를 약화시킨다는 지적도 있을 수 있다. 개방적 법체계에서는 법 그 자체로부터 자유로운 인간 활동의 고유한 영역이 존재할 수 있지만, 폐쇄적 법체계 내에서 인간의 자유란 단지 소극적 허용과 적극적 허용이 동시에 주어질 수 있는 상태, 즉 명령도 금지도 존재하지 않는 상태에 놓여 있음을 뜻할 뿐이다. 따라서 인간의 자유란 게으른 법의 침묵 덕에 어찌다 누리게 되는 반사적인 이익에 불과할 뿐 규범적 질량을 가지는 권리일 수는 없게 된다.

그러나 이 같은 비판들에 대해서는 다음과 같은 반론을 제시할 수 있을 것이다. 우선 앞의 사례와 같은 경우가 존재한다고 해서 법체계의 개방성을 인정해야 하는 것은 아니다. 상대방을 밀쳐 내어 죽게 하는 행위는 허용되지 않지만, 자신을 구하기 위해 불가

피한 것이었다는 점에서 비난의 대상이 되지 않는다고 볼 수 있기 때문이다. 금지와 허용 사이의 역설적 공간이 아니더라도 죽은 자에 대한 애도와 산 자에 대한 위로가 함께할 수 있는 것이다. 또한 금지되지 않은 것이 곧 허용된 것이라고 말할 수 없다면, 번덕스러운 법이 언제고 비집고 들어올 수 있다는 것과 같아서, 인간이 누리게 되는 자유의 질은 오히려 현저히 저하될 수밖에 없을 것이다.

비록 일도양단의 논리적인 선택만을 인정함으로써 현실의 변화에 유연하게 대처하지 못하고, 자칫 부당한 법 상태를 옹호하게 될 수 있다는 한계도 있지만, 19세기 분석법학이 추구한 엄밀성은 전통적인 법에 내재해 있는 모순과 은폐된 흠결을 간파하고 이를 적극 제거하거나 보완함으로써 자유의 영역을 선제적으로 확보하는데 기여해 온 것으로 평가할 수 있다. 나아가 그러한 엄밀성은 사법 통제의 차원에서도 의의를 지닐 수 있다. 이른바 결과의 합당성을 고려해야 한다는 이유를 들어 명시적인 규정에 반하는 자의적 판결을 내리려는 시도에 대하여, 판결은 법률의 문언에 충실해야 한다는 점을 일깨우고 있기 때문이다.

21. 위 글에 제시된 글쓴이의 견해로 옳은 것은?

- ① 명확한 법을 갖는 것보다 유연한 법을 갖는 것이 중요하다.
- ② 자유는 법 이전에 존재하는 권리가 실정법에 의해 승인된 것이다.
- ③ 법의 지배를 강화하려면 법을 형식 논리적으로 적용해서는 안 된다.
- ④ 분석적 엄밀성을 추구하는 것이 결과의 합당성을 보장하는 것은 아니다.
- ⑤ 법으로부터 자유로운 영역을 인정하는 입장은 자유의 확보에 기여한다.

22. <보기>의 법 조항에 대해 해석한 내용 중 ‘개방적 법체계’를 전제로 해야 가능한 것으로 볼 수 없는 것은?

<보 기>
누구든지 타인의 생명을 침해해서는 안 된다.

- ① 출생한 이후부터 사람이므로 태아를 죽게 하는 것은 타인의 생명을 침해하는 것은 아니지만, 허용되지는 않는다.
- ② 자살은 타인의 생명을 침해하는 것이 아니지만, 타인의 자살을 돕는 것은 타인의 생명을 침해하는 것이므로 허용되지 않는다.
- ③ 말기 암 환자의 생명 유지 장치를 제거하는 행위는 생명을 침해하는 것이지만, 환자의 존엄성을 지켜 주기 위해 그것을 제거하는 것은 허용된다.
- ④ 생명이 위태로운 타인을 구해 주어야 한다는 뜻은 아니지만, 아무리 무관한 타인이라도 그의 생명이 침해되는 것을 보고만 있는 것이 허용되지는 않는다.
- ⑤ 어떤 경우라도 타인의 생명을 침해하는 것은 허용되지 않지만, 두 사람 모두를 구할 수는 없는 상황에서 둘 중 하나라도 살리기 위한 행위는 그것이 곧 나머지 한 사람의 생명을 침해하는 것일 지라도 허용된다.

23. [A]의 내용과 일치하지 않는 것은?

- ① 어떤 행위가 명령의 대상이 된다면 반드시 적극적 허용의 대상이 된다. 그러나 금지의 대상이 된다면 반드시 소극적 허용의 대상이 된다.
- ② 어떤 행위가 금지의 대상이 된다면 절대로 적극적 허용의 대상이 되지 않는다. 그러나 금지의 대상이 되지 않는다면 반드시 적극적 허용의 대상이 된다.
- ③ 어떤 행위가 명령의 대상이 된다면 절대로 금지의 대상이 되지 않는다. 그러나 명령의 대상이 되지 않는다고 해서 반드시 금지의 대상이 되는 것은 아니다.
- ④ 어떤 행위가 명령의 대상이 된다면 절대로 소극적 허용의 대상이 되지 않는다. 그러나 명령의 대상이 되지 않는다고 해서 반드시 소극적 허용의 대상이 되는 것은 아니다.
- ⑤ 어떤 행위가 적극적 허용의 대상이 된다고 해서 소극적 허용의 대상이 되지 않는 것은 아니다. 그러나 적극적 허용의 대상이 되지 않는다면 반드시 소극적 허용의 대상이 된다.

◆ 11 MDEET 언어추론 32~34번

[32~34] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

흔히 자유에는 두 가지가 있다고 한다. 자기가 원하는 것을 할 수 있는 적극적 자유와, 자기가 원하는 바를 하지 못하게 막는 속박으로부터의 자유, 즉 소극적 자유가 그것이다. 이렇게 적극적 자유와 소극적 자유를 구분하는 견해는 적극적 자유를 속박 개념으로 설명하지 않고 소극적 자유만을 속박 개념으로 설명하고 있다. 하지만 이것은 속박 개념의 분석에 의해 효과적으로 비판할 수 있다.

우리가 일상에서 경험하는 속박들 사이에 두 가지 중요한 구분이 이루어질 수 있다. 그 구분이란 적극적 속박과 소극적 속박, 그리고 내적 속박과 외적 속박 간의 구분이다. 나아가 이러한 속박들은 종횡으로 얹혀 네 개의 범주, 곧 내적인 적극적 속박, ㉠ 내적인 소극적 속박, 외적인 적극적 속박, 그리고 외적인 소극적 속박으로 나눌 수 있다.

적극적 속박은 어떤 것이 있어서 내가 원하는 것을 하는 데에 장애가 되는 경우를 말한다. 혈박, 방해, 신체의 구속이 그런 속박의 예이다. 그에 반해 소극적 속박은 어떤 것이 없어서 장애가 되는 경우를 말한다. 예컨대, 돈, 힘, 기술, 지식 등의 부족은 내가 원하는 어떤 것을 하는 데에 장애가 될 수 있다. 이러한 조건들은 부재하는 조건이란 점에서 소극적이다.

내적 속박과 외적 속박을 어떻게 구분하는가 하는 문제는 자아의 경계를 어떻게 정하는가에 달려 있다. 만일 자아를 양심이나 이성으로 좁게 한정하면, 거의 모든 속박들이 외적인 것이 되어 버리는 문제점이 있다. 그래서 내적 속박과 외적 속박의 구분을 현실에 적용하려면, 단순히 공간을 기준으로 삼아야 한다. 이 경우 외적 속박은 사람의 심신 밖에서 오는 것이고, 그 밖의 모든 속박들은, 근육통이든 두통이든 저급한 욕망이든 그 자신에게는 다 내적인 것이 된다.

이렇게 속박을 구분하고 나서, '소극적/적극적 속박'과 '소극적/적극적 자유'의 관계를 살펴보면 다음과 같다. 소극적 속박으로부터의 자유란 무언가가 없어서 하고 싶은 것을 하지 못하는 상태에서부터의 자유를 의미하며, 이것은 하지 못하던 것을 할 수 있음을 의미한다. 그러므로 그것은 소정의 행위를 할 수 있는 어떤 조건의 현존인 것이다. 조건의 현존이 어떤 사람에게 외적일 때에는 기회라 하고 내적일 때에는 능력이라고 한다. 하지만 그런 조건이 없다고 해서, 그것이 다 소극적 속박인 것은 아니다. 그 조건의 부재가 주체에게 중요한 고려 대상이 되는 그런 것들이 속박이다. 또한 속박은 자연적인 무능력과도 구분되어야 한다. 자연의 법칙이나 신체적 구조로 말미암아 실현이 불가능한 비현실적 욕구와 관련된 부재는 속박으로 볼 수 없다.

만일 적극적 요인만을 속박으로 간주한다면, 고급 승용차를 사고 싶은 극빈자의 경우 그가 고급 승용차를 사고 싶은 욕구에 대한 적극적 속박이 없어서 자유롭다고 말해야 하는데, 이것은 잘못이다. 왜냐하면 그에게는 고급 승용차를 살 돈이 없으므로 돈의 부족이라는 소극적 속박을 인정해야만 하기 때문이다. 마찬가지로, 만일 속박을 외적 요인들에만 국한한다면, 고열로 심하게 아픈 사람은 일하려 하지 못하게 하는 외적 속박으로부터 자유롭다고 할 수 있는데, 이것은 잘못이다. 왜냐하면 그의 내부에 그가 일하려 하지 못하게 하는 속박이 있기 때문이다. 그래서 내적 속박을 인정해야만 하는 것이다. 이처럼 우리가 소극적 속박과 내적 속박을

인정한다면, 두 가지 자유 모두를 속박 개념으로 설명할 수 있다. 따라서 나로 하여금 X를 하지 못하도록 막는 것이 없다면 X를 할 자유가 있다. 역으로, 내가 X를 할 자유가 있다면, 아무 것도 나로 하여금 X를 하지 못하게 할 수 없다. 요컨대 속박이 없다면 자유로운 것이고, 자유가 있다면 속박이 없는 것이다.

32. 위 글의 주장에 부합하는 것은?

- ① 적극적 속박이 없는 사람에게는 소극적 속박도 없다.
- ② 소극적 속박으로부터의 자유를 소극적 자유라고 한다.
- ③ 적극적 자유이든 소극적 자유이든 속박의 부재로 설명된다.
- ④ 속박이 없는 상태에서도 자유가 보장되지 못하는 경우가 있다.
- ⑤ 소극적 자유는 기회로, 적극적 자유는 능력으로 이해되어야 한다.

33. ㉠에 해당하는 사례로 적절한 것은?

- ① 스키를 타고 싶는데 고소 공포증이 있어서 타지 못하는 경우
- ② 스키를 타고 싶는데 스키를 타러 갈 돈이 없어 타지 못하는 경우
- ③ 스키를 타고 싶는데 갑자기 심한 두통이 생겨 타지 못하는 경우
- ④ 스키를 타고 싶는데 부모님이 허락하지 않아서 타지 못하는 경우
- ⑤ 스키를 타고 싶는데 스키 타는 방법을 몰라서 타지 못하는 경우

34. <보기>가 뜻하는 바를 해석한 것으로 적절하지 않은 것은?

—<보 기>—
독수리처럼 날 수 없고 고래처럼 헤엄칠 수 없는 것은 자유가 없기 때문이 아니다.

- ① 자유롭지 못해서 생기는 무능력과 자연적인 무능력을 구분해야 한다.
- ② 자유를 현실적이고 실현 가능한 욕구들에 관련된 것으로 생각해야 한다.
- ③ 인간 이외의 다른 존재가 아닌 데서 오는 욕구의 좌절은 속박의 문제가 아니다.
- ④ 인간은 자기가 하고 싶은 것보다 훨씬 더 많은 것을 할 수 있을 때 자유롭다고 보아야 한다.
- ⑤ 인간이 할 수 있는 것과 원하는 것을 구분해야 하며, 자유는 할 수 있는 것의 범위 내에서 논의되어야 한다.

[16~21] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

(가)

호펠드는 권리 개념이 생각보다 복잡하기 때문에 엄밀하게 사용되지 않을 경우 잘못된 추론이나 결론으로 이어질 수 있다고 보았다. 그는 'X가 상대방 Y에 대하여 무언가에 관한 권리를 가진다.'는 진술이 의미하는 바를 몇 가지 기본 범주들로 살펴 권리 개념을 이해해야 권리자 X와 그 상대방 Y의 지위를 명확히 파악할 수 있다고 주장했다. 권리의 기본 범주는 다음과 같다.

첫째, 청구권이다. 이는 ㉠ Y가 X에게 A라는 행위를 할 법적 의무가 있다면 X는 상대방 Y에 대하여 A라는 행위를 할 것을 법적으로 청구할 수 있다는 의미이다. 호펠드는 청구가 논리적으로 언제나 의무와 대응 관계를 이룬다고 보았다. 가령 X는 폭행당하지 않을 권리를 가졌는데, Y에게 X를 폭행하지 않을 의무가 부과되지 않았다고 한다면 그 권리는 무의미하기 때문이다. 따라서 청구로서의 권리는 단순히 무언가를 주장하는 것이 아니라 의무 이행 혹은 의무 불이행에 대한 일련의 법적 조치를 포함하고 있다. 또한 의무의 내용이 달라지면 권리의 내용도 달라진다고 볼 수 있다.

둘째, 자유권이다. 이는 X가 상대방 Y에 대하여 A라는 행위를 하거나 하지 않아야 할 법적 의무가 없다면 X는 Y에 대하여 A를 행하지 않거나 행할 법적 자유가 있다는 의미이다. 이 권리의 특징은 의무의 부정에 있다. 가령 A를 행할 자유가 있다는 것은 A를 하지 않아야 할 법적 의무가 없다는 것이다. 이때 Y는 X가 A를 행하는 것을 방해하지 말아야 할 의무가 있는 것은 아니다. 즉 권리자의 상대방은 권리자의 권리 행사를 방해할 권리를 가질 수 있다는 것이다. 이처럼 자유로서의 권리는 상대방의 '청구권 없음'과 대응 관계에 있다.

셋째, 권능으로서의 권리이다. 이는 X가 상대방 Y에게 법적 효과 C를 야기하는 것이 인정된다면 X는 Y에게 효과 C를 초래할 수 있는 법적 권능을 가진다는 의미이다. 권능은 법률 행위를 통해서 자신 또는 타인의 법률관계를 창출하거나 변경 또는 소멸시킬 수 있는 힘을 가리킨다. 가령 소송할 권리 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 이때 권능을 행사하는 자의 상대방은 권능을 가진 자의 처분 아래 놓인 상태에 있다.

넷째, 면제권이다. 이는 X에게 C라는 효과를 야기할 법적 권능이 상대방 Y에게 없다면, X는 Y에 대하여 C라는 법적 효과에 대한 법적 면제를 가진다는 의미이다. 다시 말해 Y가 X와 관련하여 법률관계를 형성, 변경, 소멸시킬 수 있는 권능을 가지고 있지 않다는 것이다. 면제로서의 권리는 상대방이 그러한 처분을 '할 권능 없음'과 대응 관계에 있다. 그러므로 면제권의 부정은 권능을 가진 자의 처분 아래 놓여 있음을 의미한다. 가령 토지 소유권자는 자신 이외의 다른 사람에 의해서 토지가 처분되지 않을 권리를 가지고 있다고 할 수 있다.

(나)

근대 이후 개인의 권리가 중시되자 법철학은 권리의 근본적 성격을 법적으로 존중되는 의사에 의한 선택의 관점에서 볼 것인가 아니면 법적으로 보호되는 이익의 관점에서 볼 것인가를 놓고 지속적으로 논쟁해 왔다. 각각 의사설과 이익설로 불리는 두 입장은 권리란 무엇인가에 대해 서로 견해를 달리한다.

의사설의 기본적인 입장은 어떤 사람이 무언가에 대하여 권리를 갖는다는 것은 법률관계 속에서 그 무언가와 관련하여 그 사람의 의사에 의한 선택이 다른 사람의 의사보다 우월한

지위에 있음을 법적으로 인정하는 것이다. 의사설을 지지한 하트는 권리란 그것에 대응하는 의무가 존재한다고 보았다. 그는 의무의 이행 여부를 통제할 권능을 가진 권리자의 선택이 권리의 본질적 요소라고 보았기 때문에 법이 타인의 의무 이행 여부에 대한 권능을 부여하지 않은 경우에는 권리를 가졌다고 말할 수 없다고 주장했다.

의사설은 타인의 의무 이행 여부와 관련된 권능, 곧 합리적 이성 가진 자가 아니면 권리자가 되지 못하는 단점이 있다. 가령 사람이 동물 보호 의무를 갖는다고 하더라도 동물이 권리를 갖는다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 동물은 이성적 존재가 아니기 때문이다. 그래서 의사설은 권리 주체를 제한한다는 비판을 받는다. 또한 의사설은 면제권을 갖는 어떤 사람이 면제권을 포기함으로써 타인의 권능 아래 놓일 권리, 즉 스스로를 노예와 같은 상태로 만들 권리를 인정해야 하는 상황에 직면한다. 하지만 현대에서는 이런 상황이 인정되기가 ㉡ 어렵다.

이익설의 기본적인 입장은 권리란 이익이며, 법이 부과하는 타인의 의무로부터 이익을 얻는 자는 누구나 권리를 갖는다는 것이다. 그래서 타인의 의무 이행에 따른 이익이 없다면 권리가 없다고 본다. 이익설을 주장하는 라즈는 권리와 의무가 동전의 양면처럼 논리적으로 서로 대응하는 관계일 뿐만 아니라 권리가 의무를 정당화하는 관계에 있다고 보았다. 즉 권리가 의무 존재의 근거가 된다고 보는 입장을 지지한다고 볼 수 있다. 그래서 누군가의 어떤 이익이 타인에게 의무를 부과할 만큼 중요성을 가지는 것일 때 비로소 그 이익은 권리로서 인정된다고 보았다. 호펠드식으로 말한다면 법이 개인들에게 이익이 되는 바를 그 중요도나 특성에 따라서 청구권, 자유권, 권능 또는 면제권의 형식으로 보호하는 것이라고 볼 수 있다.

이익설의 단점으로는 제3자를 위한 계약을 들 수 있다. 가령 갑이 을과 계약하며 병에게 꽃을 배달해 달라고 했다고 하자. 이익 수혜자는 병이지만 권리자는 계약을 체결한 갑이다. 쉽게 말해 을의 의무 이행에 관한 권능을 가진 사람은 병이 아니라 갑이다. 그래서 이익설은 이익의 수혜자가 아닌 권리자가 있는 경우를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다. 또한 이익설은 권리가 실현하려는 이익과 그에 상충하는 이익을 비교해야 할 경우 어느 것이 더 우세한지를 측정하기 쉽지 않다.

16. (가)와 (나)에 대한 설명으로 가장 적절한 것은?

- ① (가)는 (나)와 달리, 권리의 기본 범주와 그 의미들을 분석하고 있다.
- ② (나)는 (가)와 달리, 특정 기준에 따라 권리의 종류를 분류하고 있다.
- ③ (가)와 (나) 모두 정치적으로 올바른 권리 개념이 무엇인지 논하고 있다.
- ④ (가)와 (나) 모두 권리론과 관련된 논쟁을 소개하며 각각의 장단점을 제시하고 있다.
- ⑤ (가)는 권리론이 발전되어 온 과정을, (나)는 권리 간의 충돌을 해소할 수 있는 방법을 소개하고 있다.

17. (나)의 '하트'와 '라즈'의 입장에서 ㉠을 설명한 내용으로 적절하지 않은 것은?

- ① 하트: X가 권능을 행사할 수 없다고 판단되면 X는 권리자의 지위를 가지고 있지 않다고 볼 수 있다.
- ② 하트: X가 Y에 대하여 의무 이행 요청을 포기한다면 X는 자신의 권능을 부정하는 것이다.
- ③ 하트: X가 권리자라면 X는 Y의 의무 이행을 면제할 수 있다.
- ④ 라즈: X의 이익이 곧 권리이므로 Y의 의무 이행에 따른 이익이 없다면 X에게 권리가 있다고 보기 어렵다.
- ⑤ 라즈: X의 이익이 Y에게 의무를 부과할 만큼 중요한 것일 때 X의 권리가 인정될 수 있다.

18. (가)의 [자유권]에 대한 이해로 가장 적절한 것은?

- ① 만일 내가 담 너머 이웃의 건물을 구경할 권리가 있다면, 그 이웃은 내가 구경하지 못하도록 담을 높게 세울 수 없다는 것이 자유로서의 권리이다.
- ② 만일 나와 친구가 길가의 낙엽을 보았을 때 내가 낙엽을 주을 권리가 있다면, 그 친구는 낙엽을 주을 수 없다는 것이 자유로서의 권리이다.
- ③ 만일 내가 내 자동차를 친구에게 빌려주지 않을 권리가 있다면, 그 친구는 나에게 내 자동차를 빌릴 수 없다는 것이 자유로서의 권리이다.
- ④ 만일 내가 이웃의 가게에 들어갈 권리가 있다면, 그 이웃은 내가 가게에 들어가지 못하도록 막을 수 있다는 것이 자유로서의 권리이다.
- ⑤ 만일 내가 원하는 대로 옷 입을 권리가 있다면, 타인은 내가 원하는 대로 옷 입는 것을 허용해야만 하는 것이 자유로서의 권리이다.

19. (나)를 이해한 내용으로 적절하지 않은 것은?

- ① 의사설은 의무가 있는 곳에는 권리자가 필연적으로 존재한다고 본다.
- ② 의사설은 권리의 본질을 권리자의 의사에 의한 선택이라고 설명한다.
- ③ 의사설은 법적 권능을 행사할 수 있는 합리적 이성을 갖춘 자만 권리 주체로 인정한다는 비판을 받는다.
- ④ 이익설은 권리가 의무 존재의 근거가 된다고 본다.
- ⑤ 이익설은 권리가 실현하려는 이익과 그에 상충하는 이익을 비교해야 할 경우 어느 것이 더 우세한지 판단하기 어렵다.

20. (가)와 (나)를 바탕으로 할 때, <보기>의 ㉡에 대해 보인 반응으로 가장 적절한 것은? [3점]

< 보 기 >

㉡ 언론 출판의 자유는 모든 국민이 마땅히 누려야 할 기본적 권리이다. 이를 헌법으로 보장한 것은 언론 출판의 자유를 국민에게 부여함으로써 국민이 얻는 이익이 매우 중요하기 때문이다. 언론 출판의 자유는 국가를 비롯하여 다른 누구의 권능에게도 지배받지 않는다고 할 수 있다. 또한 국민은 자신에게 부여된 언론 출판의 자유를 남에게 넘겨줄 수 없으며, 언론 출판의 자유를 보장하도록 국가에 부과된 의무를 국민이 좌지우지할 권한이 없다.

- ① 호펠드라면 ㉡는 국가의 권능 아래에 있지 않아 ㉡를 면제권으로 설명할 것이고, 하트라면 국민이 국가에 권능을 행사할 수 없어 ㉡를 권리로 설명하기 어렵다고 말할 것이다.
- ② 호펠드라면 국가는 ㉡를 제한하는 법을 제정할 권능이 없어 ㉡를 권능으로서의 권리로 설명할 것이고, 라즈라면 법적으로 보호되는 이익을 국민이 갖게 되어 ㉡는 권리로서 승인된다고 말할 것이다.
- ③ 호펠드라면 ㉡는 기본적 권리로서 국민이 좌지우지할 권능이 없어 ㉡를 면제권으로 설명할 것이고, 하트라면 ㉡는 국가에 의무를 부과할 만큼 중요성을 가지기 때문에 ㉡는 권리로서 승인된다고 말할 것이다.
- ④ 호펠드라면 어느 누구도 ㉡에 영향을 미치는 권능을 행사할 수 없어 ㉡를 권능으로서의 권리로 설명할 것이고, 하트라면 ㉡는 어느 누구나 누려야 할 이익에 해당하여 국민 모두가 권리자가 될 것이라고 말할 것이다.
- ⑤ 호펠드라면 ㉡를 권능으로서의 권리나 면제권 어느 것으로도 설명할 수 있다고 할 것이고, 라즈라면 권리자와 이익의 수혜자가 일치하지 않는 경우에 해당하여 ㉡를 자신의 권리론으로는 설명하기 어렵다고 말할 것이다.

21. ㉢와 문맥적 의미가 가장 유사한 것은?

- ① 살림이 어려운 때일수록 힘을 합쳐야 한다.
- ② 휴가를 얻지 못해 여행 가기가 어려울 것 같다.
- ③ 이 책은 너무 어려워서 내가 읽기에는 참 힘들다.
- ④ 그 사람은 어려운 형편 속에서도 씩씩하게 살았다.
- ⑤ 나는 선생님이 어려워서 그 앞에서는 말도 제대로 못 한다.

◆ 11 LEET 언어이해 9~11번
[9~11] 다음 글을 읽고 물음에 답하시오.

20세기 초반 미국의 법률가들은 법철학이 실무에서는 별로 쓸모가 없는 학문이라 평가하고 있었다. 그들이 보기에 법철학자들은 대개 권리나 의무의 본질에 대한 막연한 이론을 늘어놓기만 할 뿐, 그것이 구체적인 법률문제의 해결에 기여해야 한다는 생각은 없는 것 같았기 때문이다. 호펠드의 이론은 당대의 통념을 깨뜨린 전형적인 사례라 할 수 있다. 그는 다의적인 법적 개념의 사용으로 인해 법률가들이 잘못된 논증을 하게 되고 급기야 법적 판단을 그르치기까지 한다고 지적한 뒤, 이 문제를 해결하기 위해 “누가 무엇가에 관한 권리를 가진다.”라는 문장이 의미하는 바가 무엇인지를 분석하고 권리 개념을 명확히 할 것을 제안했다.

그는 모든 권리 문장이 상대방의 관점에서 재구성될 수 있다고 보았다. 법률가들이 ‘사람에 대한 권리’와 구별해서 이해하고 있는 이른바 ‘물건에 대한 권리’도 어디까지나 ‘모든 사람’을 상대로 주장할 수 있는 권리일 뿐이므로 예외가 될 수 없다고 한다. 또한 그는 법률가들이 권리라는 단어를 서로 다른 네 가지 지위를 나타내는 데 사용하고 있음을 밝힘으로써 권리자와 그 상대방의 지위를 나타내는 네 쌍의 근본 개념을 확정할 수 있었다. 결국 모든 법적인 권리 분쟁은 이들 개념을 이용하여 진술될 수 있을 것이다.

각각의 개념들을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 청구권은 상대방에게 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리이며, 상대방은 그 행위를 할 의무를 지게 된다. 둘째, 자유권은 특정한 행위에 대한 상대방의 요구를 따르지 않아도 되는 권리이며, 상대방에게는 그 행위를 요구할 청구권이 없다. 셋째, 형성권은 상대방의 법적 지위를 변동시킬 수 있는 권리인데, 이러한 권리자의 처분이 있으면 곧 지위 변동을 겪게 된다는 것 자체가 바로 상대방이 현재 점하고 있는 지위, 곧 피형성적 지위인 것이다. 넷째, 면제권은 상대방의 처분에 따라 자신의 지위 변동을 겪지 않을 권리이며, 상대방에게는 그러한 처분을 할 만한 형성권이 없다.

호펠드는 이러한 근본 개념들 간에 존재하는 미묘한 차이와 관계적 특성을 분명히 함으로써 권리 문장이 지켜야 할 가장 기초적인 문법을 완성하고 있다. 그에 따르면 청구권이 상대방의 행위를 직접적으로 통제하는 데 비해, 형성권은 상대방과의 법률 관계를 통제하는 결과 그의 행위에 대한 통제도 이루게 되는 차이가 있다. 또한 청구권이 상대방을 향한 적극적인 주장이라면 자유권은 그러한 주장으로부터의 해방이며, 형성권이 상대방과의 법률관계에 대한 적극적인 처분이라면 면제권은 그러한 처분으로부터의 해방으로 볼 수 있다. 그리고 두 사람 사이의 단일한 권리 관계 내에서 볼 때 만일 누군가 청구권을 가지고 있다면 그 상대방은 동시에 자유권을 가질 수 없고, 만일 누군가 형성권을 가지고 있다면 그 상대방은 동시에 면제권을 가질 수 없다. 마찬가지로 자유권자의 상대방은 동시에 청구권을 가질 수 없고, 면제권자의 상대방 또한 동시에 형성권을 가질 수 없다.

호펠드는 이러한 [권리의 문법]에 근거하여 ‘권 대(對) 리덤’ 사건 판결문의 오류를 지적함으로써 법철학 이론도 법률 실무에 충분히 기여할 수 있음을 보여 주었다. 판결의 취지는 다음과 같았다. “육류 생산업자인 원고에게는 피고가 속해 있는 도축업자 노조의 조합원이 아닌 사람도 고용할 수 있는 자유가 있음에도 불구하고, 피고는 고객들에게 원고와 거래하지 말 것을 종용함으로써 원고의 자유에 간섭하였고, 그 결과 원고의 사업장은 문을 닫게 되었으므로 피고는 원고에게 발생한 손해에 대해 책임이 있다.” 호펠드의 분석에 따르면, 판사는 원고에게 자유권이 있다는 전제로부터 곧바로 피고에게는 원고의 자유권 행사를 방해하지 않을 의무가 있다는 결론을 도출하는 우를 범함으로써, 정작 이 자유권의 실질적 보장을 위해 국가가 예외적으로 개입할 필요가 있는지 숙고해 볼 수 있는 기회를 놓치고 있다는 것이다. 호펠드의 희망은 이렇듯 개념의 혼동과 논증의 오류가 정의와 올바른 정책 방향에 대한 법률가들의 성찰을 방해하지 않게 하는 데 자신의 연구가 보탬이 되는 것이었다. 이러한 그의 작업은 훗날 판례 속의 법적 개념과 논증을 비판적으로 탐구하는 미국 법학의 큰 흐름을 낳은 것으로 평가되고 있다.

9. 위 글에 나타난 호펠드 법철학의 역할로 볼 수 없는 것은?

- ① 권리 문장에 사용되는 권리 개념의 다의성 문제를 해소할 수 있는 방안을 제시함.
- ② 권리에 대한 법률가들의 통념적 구별이 가질 수 있는 개념적 오류를 비판함.
- ③ 권리 문장의 분석을 통하여 권리들 간에 우선순위가 발생하는 근거를 해명함.
- ④ 권리 문장을 사용한 법률가들의 추론에 논리의 비약이 내재해 있음을 규명함.
- ⑤ 권리 개념들 간의 관계적 특성을 반영한 권리의 일반 이론을 모색함.

10. 두 사람 사이의 단일한 권리 관계에서 볼 때, [권리의 문법]에 대한 이해로 옳지 않은 것은?

- ① 누가 어떤 권리를 가지면 상대방이 일정한 의무를 가진다는 판단을 내릴 경우가 있다.
- ② 누가 어떤 권리를 가지면 동시에 그는 일정한 의무를 가진다는 판단을 내릴 경우가 있다.
- ③ 누가 어떤 권리를 가지면 상대방이 일정한 권리를 갖지 않는다는 판단을 내릴 경우가 있다.
- ④ 누가 어떤 권리를 갖지 않으면 동시에 그는 일정한 의무를 가진다는 판단을 내릴 경우가 있다.
- ⑤ 누가 어떤 권리를 갖지 않으면 상대방이 일정한 의무를 갖지 않는다는 판단을 내릴 경우가 있다.

11. 호펠트의 근본 개념들이 <보기>의 상황에 적용된다고 가정했을 때, 이에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (단, <보기>에 제시되지 않은 상황은 고려하지 않는다.)

—<보 기>—

경기 도중 득점 기회를 잡은 선수 A를 막으려고 상대 팀 선수 B가 정당하게 몸싸움을 벌였다. 하지만 다음 순간 A는 경기장이 미끄러운 탓에 몸싸움을 이기지 못하고 넘어졌다. 심판 C는 이 상황을 제대로 보지 못하고 B를 퇴장시켰다. 심판은 판정 과정에서 어떠한 영향도 받지 않아야 하는 지위에 있기 때문에, B의 팀은 C의 판정에 따라 한 명이 줄어든 상태에서 경기를 해야 했다. 감독 D는 수비 약화를 우려하여, 뛰고 있던 공격수를 빼고 몸을 풀고 대기 중인 선수 E를 투입했다.

- ① A는 B에게 몸싸움을 걸지 말라고 요구할 청구권을 가지고 있다.
- ② A는 C에게 그의 판정이 잘못되었는지 여부를 알려 줄 의무를 위반하고 있다.
- ③ B는 C의 판정만으로 퇴장당하게 되는 피형성적 지위에 있지 않다.
- ④ C는 D에 의해 판정의 자율성을 침해 받지 않을 면제권을 가지고 있다.
- ⑤ D는 E가 시합에 나가지 않을 자유권을 침해하고 있다.