

사법과 균등대우의 원칙

Privatrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz

Hans Hanau (한스 하나우)

목 차

I. 자유와 평등의 충돌 (Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit).....	3
1. 두 가지 사례 (Zwei Fälle).....	3
2. 평등원칙에 대한 국가의 구속 (Bindung des Staates an den Gleichheitssatz).....	3
3. 강한 대조: 자의적 선택의 자유로서의 계약자유 (Starker Kontrast: Vertragsfreiheit als Willkürfreiheit).....	4
4. 평등원칙에 의한 구속: 사적자치에 대한 개입 (Gleichheitsbindung als Eingriff in die Privatautonomie).....	4
II. 사법에서는 원칙적으로 균등대우를 요구할 권리가 인정되지 않는다 (Grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Privatrecht).....	5
1. 적극적 계약자유와 소극적 계약자유 구별 (Unterscheidung von positiver und negativer Vertragsfreiheit).....	5
a) 적극적 계약자유 행사 (Ausübung der positiven Vertragsfreiheit).....	5
b) 소극적 계약자유 행사 (Ausüben der negativen Vertragsfreiheit).....	5
2. 계약 체결에서 적극적 계약자유와 소극적 계약자유가 결합되는 방식 (Die Verbindung von positiver und negativer Vertragsfreiheit im Vertragsschluss).....	5
3. 계약체결의 자유와 계약상대방 선택의 자유: 소극적 계약자유를 처분할 자유 (Abschluss- und Partnerwahlfreiheit als Freiheit zur Disposition über die negative Vertragsfreiheit).....	6
III. 소극적 계약자유에 대한 제한으로서의 균등대우 (Gleichbehandlung als Eingriff in die negative Vertragsfreiheit).....	7
1. 균등대우의 유형 (Spielarten der Gleichbehandlung).....	7
a) 동일한 기준 적용 의무 (Anknüpfungsgebot).....	8
b) 특정 특성을 판단 기준으로 삼는 것의 금지 (Anknüpfungsverbot).....	8
c) 결론: 원칙적으로 계약강제 발생 (Fazit: regelmäßiger Kontrahierungszwang).....	8
2. 자의적 선택의 자유로서의 계약자유 종말: 사적 자치에서 사적 타율로 (Das Ende der Vertragsfreiheit als Willkürfreiheit – Von Privatautonomie zu Privatheteronomie).....	9
IV. 주도적인 정의 원칙 (Leitende Gerechtigkeitsmaxime).....	9
1. 계약적 정의 – 교환적 정의 (Die Vertragsgerechtigkeit – die Iustitia commutativa).....	9
2. 계약적 정의와 배분적 정의의 양립 불가능성 (Unverträglichkeit mit der Verteilungsgerechtigkeit – der Iustitia distributiva).....	10
V. 평등원칙에 의한 구속의 정당화 (Rechtfertigung für Gleichheitsbindung).....	11
1. 배분적 정의의 우위: 패러다임의 전환 (Vorrang der Verteilungsgerechtigkeit – Paradigmenwechsel).....	11

a) 동일 기준 적용 의무 (Anknüpfungsgebote).....	11
aa) 독점: 사적 자치의 사회적 구속성 (Monopol – Sozialpflichtigkeit der Privatautonomie).....	11
bb) 노동법 (Arbeitsrecht).....	11
cc) 회사법 (Gesellschaftsrecht).....	12
b) 특정 특성을 판단 기준으로 삼는 것의 금지: 차별금지법 (Anknüpfungsverbot: Antidiskriminierungsrecht).....	12
2. 예외: 계약적 정의의 요청으로서의 계약강제 (Ausnahme: Kontrahierungszwang als Gebot der Vertragsgerechtigkeit).....	12
VI. 결론 (Zusammenfassung).....	13

I. 자유와 평등의 충돌 (Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit)

Ich möchte Sie heute in ein privatrechtliches Grundlagenthema einführen. Haben Privatrechtssubjekte, haben Bürger gegeneinander einen Anspruch auf Gleichbehandlung? 오늘은 사법(私法)의 기본적인 문제 하나를 소개해 드리고자 합니다. 사법의 주체(Privatrechtssubjekte), 다시 말해 시민들은 서로에게 균등대우(Gleichbehandlung)를 요구할 권리가 있을까요?

1. 두 가지 사례 (Zwei Fälle)

Denken Sie etwa an folgenden Fall: Eine Frau bestellt in einem Baumarkt eine Duschwand, die nicht vorrätig ist. Als sie eine Nachricht erhält, dass sie die Duschwand abholen kann, sieht sie im Eingangsbereich des Baumarkts einen Stapel mit der gleichen Duschwand als Sonderangebot zu einem deutlich günstigeren Preis. Hinten im Baumarkt holt sie die bestellte Duschwand ab. An der Kasse verlangt der Kassierer den ursprünglichen, höheren Preis, für den sie die Duschwand bestellt hat. Die Frau ist empört und verlangt, dass man ihr nur den Preis des Sonderangebots berechnet. Sie müsse genauso behandelt werden wie die anderen Kunden auch.

첫 번째 사례입니다. 한 여성이 건축자재·공구 매장(Baumarkt)에서 샤워부스(Duschwand)를 주문했습니다. 당시에는 재고가 없었습니다. 며칠 뒤 샤워부스를 찾아가도 된다는 연락을 받고 매장에 간 여성은 입구에서 같은 제품이 훨씬싼 특가로 판매되고 있는 것을 보았습니다. 매장 안쪽에서 자신이 주문한 샤워부스를 찾아 계산대로 가져가자, 계산원은 주문 당시의 더 높은 가격을 요구했습니다. 여성은 이에 화를 내며 특가 가격만 받아야 한다고 요구합니다. 다른 고객들과 똑같이 대우받아야 한다는 것입니다.

Zweiter Fall: Eine Fußballmannschaft geht nach dem Spiel in eine Kneipe. Die Spieler bestellen Bier. Der Wirt stellt allen ein Glas auf den Tisch, nur einem Spieler verweigert er das Getränk: Er verkaufe nichts an einen dunkelhäutigen Spieler. Die ganze Mannschaft ist empört, und der betroffene Spieler verlangt, dass er auch ein Bier serviert bekommt.

두 번째 사례입니다. 한 축구팀이 경기를 마친 뒤 술집에 갔습니다. 선수들은 맥주를 주문했습니다. 주인은 모든 선수에게 맥주 한 잔씩을 내주면서, 한 선수에게만은 주기를 거부했습니다. 피부색이 짙은 선수에게는 술을 팔지 않겠다는 것이었습니다. 팀원들은 모두 분노했고, 그 선수는 자신에게도 맥주를 내달라고 요구합니다.

2. 평등원칙에 대한 국가의 구속 (Bindung des Staates an den Gleichheitssatz)

Der Staat ist in seinem Verhältnis zu den Bürgern immer an den Gleichheitssatz gebunden. In Deutschland ergibt er sich aus Art. 3 GG. Der Staat unterliegt einer strengen Zweckbindung, er darf nie willkürlich handeln. Das, was er einem Bürger gewährt, muss er unter den gleichen Voraussetzungen auch allen anderen Bürgern gewähren.

국가는 시민과의 관계에서 언제나 평등원칙(Gleichheitssatz)에 구속됩니다. 독일에서는 이 원칙이 독일 기본법(Grundgesetz, GG) 제 3 조에 규정되어 있습니다. 국가는 엄격한 목적구속(Zweckbindung)을

받으므로 결코 자의적으로 행동해서는 안 됩니다. 한 시민에게 어떤 혜택을 부여했다면, 같은 요건을 갖춘 다른 시민들에게도 그 혜택을 부여해야 합니다.

3. 강한 대조: 자의적 선택의 자유로서의 계약자유 (Starker Kontrast: Vertragsfreiheit als Willkürfreiheit)

In starkem Kontrast dazu steht die Privatautonomie der Privatrechtssubjekte. Im Rechtsverkehr unter Bürgern besteht Vertragsfreiheit: Jeder Bürger kann grundsätzlich ganz nach Belieben – also willkürlich, ohne sich dafür rechtfertigen zu müssen – über seine rechtlichen Beziehungen zu anderen Bürgern entscheiden. Es gilt das Prinzip der Selbstbestimmung. Es korrespondiert auf der anderen Seite mit der Eigenverantwortung des Bürgers. Er wird beim Wort genommen und muss am Ende für seine Verpflichtungen auch haften.

이와 뚜렷한 대조를 이루는 것이 사법 주체(Privatrechtssubjekte)의 사적 자치(Privatautonomie)입니다. 시민들 사이의 법률관계에서는 계약자유(Vertragsfreiheit)가 인정됩니다. 원칙적으로 각 시민은 다른 시민과 어떤 법률관계를 맺을지 자기 뜻대로 결정할 수 있고, 그 이유를 따로 정당화할 필요도 없습니다. 여기에는 자기결정 원칙(Prinzip der Selbstbestimmung)이 적용됩니다. 한편 이 원칙은 시민의 자기책임(Eigenverantwortung)과도 맞닿아 있습니다. 시민은 자신이 약속한 바에 구속되며, 결국 자신이 부담한 의무에 대해서도 법적 책임을 져야 합니다.

4. 평등원칙에 의한 구속: 사적자치에 대한 개입 (Gleichheitsbindung als Eingriff in die Privatautonomie)

Damit können wir jetzt schon festhalten: Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit könnten in den Ausgangsfällen beide Anbieter frei entscheiden, ob und wie sie den Vertrag schließen. Sie könnten ohne Begründung die gewünschte Leistung verweigern, beide Nachfrager hätten also keinen Anspruch.

이제 앞서 든 두 사례에 대해 이렇게 정리할 수 있습니다. 계약자유 원칙(Prinzip der Vertragsfreiheit)에 따르면, 각 사업자(Anbieter)는 계약을 체결할지, 체결한다면 어떤 내용으로 할지 자유롭게 결정할 수 있습니다. 원하는 급부(Leistung)의 제공을 이유를 밝히지 않고 거부할 수도 있습니다. 따라서 두 고객(Nachfrager) 모두 사업자에게 계약 체결을 요구할 청구권이 없습니다.

Müsste der Anbieter die Nachfrager aber gleichbehandeln, wäre es vorbei mit seiner Willkürfreiheit. Er müsste sich jedenfalls rechtfertigen, wenn er die Gleichbehandlung verweigert. Das wäre ein tiefer Eingriff in die Vertragsfreiheit.

그런데 사업자(Anbieter)가 고객(Nachfrager)을 균등하게 대우해야 한다면, 사업자의 자의적 선택의 자유(Willkürfreiheit)는 더 이상 인정되지 않을 것입니다. 적어도 균등대우(Gleichbehandlung)를 거부하려면 그 이유를 정당화해야 할 것입니다. 이는 계약자유(Vertragsfreiheit)에 대한 중대한 제한이 됩니다.

Lässt sich ein Anspruch auf Gleichbehandlung also überhaupt rechtfertigen?

그렇다면 균등대우를 요구할 권리(Anspruch auf Gleichbehandlung)는 과연 정당화될 수 있을까요?

II. 사법에서는 원칙적으로 균등대우를 요구할 권리가 인정되지 않는다 (Grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Privatrecht)

Zunächst ist zu fragen, ob er sich doch aus dem System der Privatautonomie selbst heraus begründen lässt.

우선 평등대우를 요구할 권리가 사적 자치(Privatautonomie)의 체계 자체에서 도출되고 정당화될 수 있는지 살펴보겠습니다.

1. 적극적 계약자유와 소극적 계약자유 구별 (Unterscheidung von positiver und negativer Vertragsfreiheit)

Die Vertragsfreiheit unterfällt in zwei Elemente.

계약자유(Vertragsfreiheit)는 두 가지 요소로 나뉩니다.

a) 적극적 계약자유 행사 (Ausübung der positiven Vertragsfreiheit)

Der Vertragsschließende macht durch einen Vertragsschluss von seiner positiven Vertragsfreiheit Gebrauch: Er gestaltet die Beziehung zum potentiellen Vertragspartner aktiv.

계약을 체결하는 당사자(Vertragsschließende)는 계약을 맺음으로써 적극적 계약자유(positive Vertragsfreiheit)를 행사합니다. 다시 말해, 잠재적 계약상대방과의 법률관계를 능동적으로 형성하는 것입니다.

b) 소극적 계약자유 행사 (Ausüben der negativen Vertragsfreiheit)

Ein Privatrechtssubjekt hat aber gleichermaßen das Recht, einen Vertragsschluss zu verweigern. Es macht dann von seiner negativen Vertragsfreiheit Gebrauch.

사법 주체(Privatrechtssubjekt)는 계약 체결을 거부할 권리도 마찬가지로 갖습니다. 이때 소극적 계약자유(negative Vertragsfreiheit)를 행사하는 것입니다.

2. 계약 체결에서 적극적 계약자유와 소극적 계약자유가 결합되는 방식 (Die Verbindung von positiver und negativer Vertragsfreiheit im Vertragsschluss)

Im Vertragsschluss verbinden sich nun positive und negative Vertragsfreiheit in geradezu faszinierender Weise: Durch das Ausüben der positiven Vertragsfreiheit bewegt der eine Vertragspartner den anderen zum Vertragsschluss. Wenn er auf diese Weise einen Anspruch gegen den anderen erwirbt, hat er seine Dispositionsmöglichkeiten entsprechend erweitert und insoweit einen Freiheitsgewinn erzielt.

계약 체결(Vertragsschluss)에서는 적극적 계약자유(positive Vertragsfreiheit)와 소극적 계약자유(negative Vertragsfreiheit)가 그야말로 흥미롭게 맞물립니다. 한쪽 계약 당사자가 적극적 계약자유를 행사하면, 상대방이 계약을 체결하도록 이끌게 됩니다. 이로써 상대방에 대한 청구권(Anspruch)을 취득하면, 자신이 법률관계를 정하고 처분할 수 있는 범위(Dispositionsmöglichkeiten)가 넓어지고 그만큼 자유를 얻게 됩니다.

Zum anderen bedeutet der Vertragsschluss aber immer auch einen Freiheitsverlust, denn der Vertragsschluss bewirkt zugleich eine Bindung an den Vertragspartner, aus der insbesondere im gegenseitigen Vertrag eine eigene Verpflichtung resultiert. Im Umfang seiner Selbstbindung begibt sich der Vertragsschließende seiner Handlungsfreiheit, er disponiert damit über seine Freiheit im negativen Sinn, die Freiheit, keinem Zugriff auf das eigene Leistungsvermögen ausgesetzt zu sein. Kurz: Er verzichtet insoweit auf seine negative Vertragsfreiheit.

그러나 계약 체결은 언제나 자유를 잃는 일이기도 합니다. 계약을 체결하면 계약상대방과의 관계에 구속되기 때문입니다. 특히 쌍무계약(gegenseitiger Vertrag)에서는 그 구속에 따라 계약 당사자 자신도 의무를 부담하게 됩니다. 계약 체결자는 자기구속(Selbstbindung)의 범위만큼 행위의 자유(Handlungsfreiheit)를 내려놓습니다. 다시 말해, 자신의 급부능력(Leistungvermögen)에 대해 타인의 청구를 받지 않을 자유를 스스로 처분하는 것입니다. 간단히 말해, 그 범위에서는 소극적 계약자유를 포기하는 것입니다.

3. 계약체결의 자유와 계약상대방 선택의 자유: 소극적 계약자유를 처분할 자유 (Abschluss- und Partnerwahlfreiheit als Freiheit zur Disposition über die negative Vertragsfreiheit)

Aus der Freiheit, von einer vertraglichen Leistungsverpflichtung ohne vorausgegangenen Selbstbindungsakt verschont zu bleiben, folgt insbesondere das Recht, selbst über den Abschluss des Vertrages zu entscheiden und sich seinen Vertragspartner auszusuchen.

사전에 자기구속 행위(Selbstbindungsakt)를 하지 않았다면 계약상 급부의무(vertragliche Leistungsverpflichtung)를 부담하지 않을 자유가 있습니다. 여기서 특히 계약을 체결할지를 스스로 결정하고, 계약상대방을 선택할 권리가 나옵니다.

Der Entscheidung, mit einer Person zu kontrahieren, geht typischerweise eine Auswahlentscheidung unter verschiedenen in Betracht kommenden potentiellen Vertragspartnern voraus. Der Konsument hat als Nachfrager die Qual der Wahl zwischen den verschiedenen um sein Budget konkurrierenden Anbietern, da er seinerseits als Anbieter einer Geldleistung die geforderte Gegenleistung notgedrungen jeweils nur ein einziges Mal bestreiten kann.

특정인과 계약을 맺기로 결정하기에 앞서, 통상 잠재적 계약상대방으로 고려할 수 있는 여러 사람 가운데 먼저 선택하는 과정이 있습니다. 고객인 소비자(Konsument)는 자신의 예산을 두고 경쟁하는 여러 사업자 가운데 선택해야 하므로, 말 그대로 선택의 고민을 하게 됩니다. 소비자 자신도 금전급부(Geldleistung)를 제공하는 입장이지만, 한정된 예산으로 사업자들이 요구하는 대가(Gegenleistung)를 모두 지불할 수는 없기 때문입니다.

Gleiches gilt umgekehrt für den Anbieter der Sachleistung. So verfügt etwa der Vermieter einer Wohnung oder der Anbieter eines Arbeitsplatzes über ein knappes Gut, das er nicht an einen beliebigen, sondern nur an einen Nachfrager vergeben möchte, der bestimmte Kriterien (Qualifikation, Solvenz etc.) erfüllt.

반대로, 비금전적 급부(Sachleistung)를 제공하는 사업자에게도 마찬가지입니다. 예를 들어 주택 임대인이나 일자리를 제공하는 사업자는 희소한 자원을 가지고 있습니다. 그런 자원을 아무 고객에게나 제공하기보다는, 자격이나 지급능력(Solvenz) 같은 일정한 기준을 충족하는 고객에게만 제공하고자 합니다.

Eine Auswahl durch den Anbieter unter den um das beschränkte Angebot Konkurrierenden ist hier also für den Vertragsschluss konstitutiv. Der Anbieter wird seine Entscheidung anhand der genannten Merkmale treffen, die er aufgrund seiner Vertragsfreiheit grundsätzlich nach seinem Gutdünken, also im Wortsinn „willkürlich“ bestimmen kann. Entsprechend dieser Merkmale werden die Nachfrager unterschieden, was lateinisch übersetzt nichts anderes als „diskriminiert“ bedeutet. Die diesen Anforderungen nicht entsprechenden Konkurrenten kommen nicht zum Zuge. Im Vergleich zum glücklichen Erwählten werden sie also notwendig **zurückgesetzt**.

따라서 여기서는 한정된 공급을 두고 경쟁하는 고객들 가운데 사업자가 한 명을 선택하는 일이 계약 체결의 필수 요소(konstitutiv)입니다. 사업자는 앞서 말한 기준을 바탕으로 선택을 내립니다. 계약자유(Vertragsfreiheit)에 따라 원칙적으로 그 기준은 자기 뜻대로, 말 그대로 ‘자의적으로’ (willkürlich) 정할 수 있습니다. 고객들은 이 기준에 따라 서로 구별됩니다. 라틴어 어원을 따라 말하면, 이러한 ‘구별’은 다른 아닌 ‘차별(diskriminiert)’을 뜻합니다. 요건을 충족하지 못한 고객들은 선택되지 않습니다. 따라서 운 좋게 선택된 사람에 비해 뒤로 밀릴 수밖에 없습니다.

In dieser Zurücksetzung liegt aber in aller Regel **keine Herabsetzung** im Sinne eines Unwerturteils über die Person, sondern die Zurücksetzung ist vielmehr die schlichte Konsequenz aus der Entscheidung des Anbieters für einen anderen Bewerber, der eben in Hinblick auf die angelegten Auswahlkriterien geeigneter erscheint. Dass hierin keine Herabsetzung liegt, erhellt schon die schlichte Kontrollüberlegung, dass eine Korrektur der Auswahlentscheidung zu Gunsten des zunächst abgewiesenen Bewerbers notwendig die Zurücksetzung eines anderen Bewerbers zur Folge hätte usw. In moderner Terminologie formuliert: Im Regelfall wird der Bewerber, der den Zuschlag bekommt, „positiv“ und nicht etwa der Abgewiesene „negativ“ diskriminiert. 그러나 이렇게 후순위로 밀려났다고(Zurücksetzung) 해서 통상 그 사람 자체를 낮게 평가하는 것은 아닙니다(keine Herabsetzung). 사업자가 다른 지원자를 선택한 데 따른 결과일 뿐이며, 그 지원자가 적용된 기준에 비추어 더 적합해 보였기 때문입니다. 이것이 인격적 폄하가 아니라는 점은 간단한 반대 상황을 생각해 보면 알 수 있습니다. 처음 거절된 지원자에게 유리하도록 선택을 바꾸면, 그 대신 다른 지원자가 밀려나게 됩니다. 현대적 용어로 표현하면, 대체로 선정된 지원자가 ‘긍정적으로 차별’ 받는 것이지, 거절된 지원자가 ‘부정적으로 차별’ 받는 것은 아닙니다.

III. 소극적 계약자유에 대한 제한으로서의 균등대우 (Gleichbehandlung als Eingriff in die negative Vertragsfreiheit)

따라서 균등대우의 원칙(Gleichbehandlungsgebot)은 필연적으로 소극적 계약자유(negative Vertragsfreiheit)를 제한합니다.

1. 균등대우의 유형(Spielarten der Gleichbehandlung)

Es kann in zwei Spielarten auftreten.

평등대우 의무는 두 가지 방식으로 나타날 수 있습니다.

a) 동일한 기준 적용 의무(Anknüpfungsgebot)

Als Anknüpfungsgebot: Das Privatrechtssubjekt wird verpflichtet, sämtliche Interessenten nach den gleichen Maßstäben, nach den gleichen Auswahlkriterien zu behandeln. Wenn die Interessenten den Kriterien entsprechen, haben sie einen Anspruch auf Gleichbehandlung.

동일한 기준을 적용할 의무(Anknüpfungsgebot)로서: 사법의 주체(Privatrechtssubjekt)는 계약을 희망하는 모든 고객을 동일한 기준, 즉 동일한 선정 기준에 따라 대우할 의무를 집니다. 고객이 이러한 기준을 충족하면 균등대우(Gleichbehandlung)를 요구할 권리를 갖습니다.

Im ersten Ausgangsfall müsste also die Kundin den besseren Preis bekommen, weil sie sich in keiner Weise von allen anderen Kunden unterscheidet und genügend Duschwände vorhanden sind, um alle Interessenten zu berücksichtigen.

따라서 첫 번째 사례에서는 여성 고객에게도 더 저렴한 특가를 적용해야 합니다. 다른 고객들과 다를 바가 없고, 구매를 원하는 사람 모두에게 제공할 만큼 샤워부스 재고도 충분하기 때문입니다.

b) 특정 특성을 판단 기준으로 삼는 것의 금지(Anknüpfungsverbot)

Die Gleichbehandlung kann sich aber auch aus einem Anknüpfungsverbot ergeben. Der Vertragsschließende darf dann bestimmte Merkmale nicht berücksichtigen. Tut er es doch, diskriminiert er zu Unrecht. In der Zurücksetzung liegt zugleich eine Herabsetzung. Er muss dann die Benachteiligung beseitigen.

균등대우(Gleichbehandlung)는 특정한 특성을 판단 기준으로 삼는 것을 금지하는 원칙(Anknüpfungsverbot)에서도 도출될 수 있습니다. 이 경우 계약을 체결하는 자는 특정한 특성(Merkmale)을 고려해서는 안 됩니다. 그런데도 이를 고려한다면 부당한 차별을 하는 것입니다. 이러한 불리한 대우(Zurücksetzung)에는 상대방을 비하하는 의미(Herabsetzung)도 함께 담겨 있습니다. 따라서 그로 인해 발생한 불이익(Benachteiligung)을 해소해야 합니다.

Im zweiten Ausgangsfall dürfte also der Wirt die dunkle Hautfarbe nicht zum Grund seiner Entscheidung machen und müsste dem Spieler das gewünschte Bier servieren.

따라서 두 번째 사례에서 술집 주인은 선수의 피부색이 짙다는 점을 판단 근거로 삼아서는 안 되며, 그 선수에게 주문한 맥주를 내주어야 합니다.

c) 결론: 원칙적으로 계약강제 발생 (Fazit: regelmäßig Kontrahierungszwang)

In beiden Fällen begründet das Gleichbehandlungsgebot einen Vertragsschluss. Der Verpflichtete unterliegt also insofern einem Kontrahierungszwang.

두 경우 모두 균등대우의 원칙(Gleichbehandlungsgebot)에 따라 계약체결의무가 발생합니다. 따라서 의무자(Verpflichtete)는 이러한 범위에서 계약강제(Kontrahierungszwang)를 받게 됩니다.

2. 자의적 선택의 자유로서의 계약자유 종말: 사적 자치에서 사적 타율로 (Das Ende der Vertragsfreiheit als Willkürfreiheit – Von Privatautonomie zu Privatheteronomie)

In einem solchen Fall endet die Willkürfreiheit des Anbieters. Er unterliegt bestimmten inhaltlichen Zwängen. Aus Privatautonomie wird Privatheteronomie!

이런 경우 사업자는 더 이상 자기 뜻대로 선택할 자유를 누리지 못합니다. 일정한 내용상의 제약을 받게 됩니다. 사적 자치가 사적 타율로 바뀌는 것입니다!

Aus dem System der Privatautonomie heraus lässt sich also ein Gleichbehandlungsgebot nicht rechtfertigen.

따라서 균등대우의 원칙(Gleichbehandlungsgebot)은 사적 자치(Privatautonomie)의 체계 자체만으로는 정당화될 수 없습니다.

IV. 주도적인 정의 원칙 (Leitende Gerechtigkeitsmaxime)

Dann bleibt nur noch eine Rechtfertigung aus anderen Gründen, die von außen auf das Privatrecht einwirken.

그렇다면 이제 사법(Privatrecht)에 외부에서 작용하는 다른 근거를 통해 정당성을 찾아야 합니다.

Dazu hilft eine Orientierung an den beiden zentralen Gerechtigkeitsformen, die der berühmte Philosoph Aristoteles, von dem Sie vielleicht schon einmal gehört haben, schon vor über zweitausend Jahren entwickelt hat.

이를 위해 아마 한 번쯤 들어보셨을 유명한 철학자 아리스토텔레스가 2 천여 년 전에 정립한 두 가지 핵심적인 정의의 형태를 살펴보겠습니다.

1. 계약적 정의 – 교환적 정의 (Die Vertragsgerechtigkeit – die Iustitia commutativa)

Beginnen wollen wir mit der Vertragsgerechtigkeit, der Iustitia commutativa. Sie schaut nicht auf die beiden Vertragsparteien und ihre unterschiedlichen Eigenschaften und Interessen, die Beteiligten werden vielmehr als gleich vorausgesetzt. Die Vertragsgerechtigkeit interessiert sich nur für die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Güter. Man spricht aus diesem Grund auch von Austauschgerechtigkeit. Sie korrespondiert deshalb mit der Vertragsfreiheit.

먼저 계약적 정의, 즉 교환적 정의(Iustitia commutativa)부터 보겠습니다. 계약적 정의는 계약 당사자 두 사람의 서로 다른 특성이나 이해관계를 따지지 않습니다. 당사자들은 서로 대등한 것으로 전제됩니다.

계약적 정의가 살피는 것은 오직 교환되는 재화의 등가성(Gleichwertigkeit)뿐입니다. 이런 이유로 이를 교환적 정의(Austauschgerechtigkeit)라고도 합니다. 따라서 교환적 정의는 계약자유(Vertragsfreiheit)에 상응합니다.

Es gibt keine inhaltlichen Vorgaben, keinen objektiv gerechten Preis. Vielmehr verlässt man sich auf die Beurteilungsautonomie der Beteiligten, auf die Mechanik des Marktes, die berühmte „unsichtbare Hand“. Wenn sich die beiden Vertragsparteien einigen, darf man davon ausgehen, dass

sich beide davon einen Vorteil versprechen. Sie halten also jeder für sich den Preis für angemessen. Man spricht deshalb auch von einer Richtigkeitschance des Vertragsinhalts oder von subjektiver Äquivalenz.

계약 내용에 관한 실질적인 기준도, 객관적으로 정의로운 가격이라는 것도 없습니다. 대신 당사자들의 판단 자율성(Beurteilungsautonomie)과 시장의 작동 원리, 곧 유명한 ‘보이지 않는 손’을 신뢰합니다. 양 당사자가 합의했다면, 각자 그 계약에서 이익을 얻으리라고 기대했을 것이라고 볼 수 있습니다. 다시 말해 각 당사자는 자기 판단에 따라 그 가격이 적절하다고 본 것입니다. 그래서 이를 계약 내용이 정당할 가능성(Richtigkeitschance), 또는 주관적 등가성(subjektive Äquivalenz)이라고도 합니다.

2. 계약적 정의와 배분적 정의의 양립 불가능성 (Unverträglichkeit mit der Verteilungsgerechtigkeit – der Iustitia distributiva)

Die zweite Gerechtigkeitsform nimmt eine andere Perspektive ein. Hatten wir es bei der Vertragsgerechtigkeit mit einer zweiseitigen Rechtsbeziehung zu tun, sind hier mindestens drei Personen im Spiel. Die zweite Gerechtigkeitsform fragt danach, an welche Kriterien eine Person gebunden ist, wenn sie eine Leistung an mehrere Interessenten verteilt. Bekommen alle gleich viel oder geht es um Bedürftigkeit oder um besondere Leistungen, die belohnt werden sollen? Auf diese Fragen antwortet die Verteilungsgerechtigkeit, die Iustitia distributiva. Hier geht es um die Versorgung mit Gütern, um Teilhabe. Die Eigenschaften und Leistungen der betroffenen Personen sind hier also nicht mehr gleichgültig, sondern je nach Verteilungskriterium entscheidend dafür, ob sie die Leistung erhalten.

두 번째 정의의 형태는 다른 관점에서 출발합니다. 계약적 정의에서는 두 당사자 사이의 법률관계를 다루었다면, 여기에는 적어도 세 사람이 관여합니다. 한 사람이 여러 희망자에게 급부(Leistung)를 나누어 줄 때 어떤 기준을 따라야 하는지를 묻는 것입니다. 모두에게 똑같이 나누어 주어야 할까요? 아니면 필요한 정도를 기준으로 삼아야 할까요? 보상받아야 할 특별한 성과를 기준으로 삼아야 할까요? 이런 물음에 답하는 것이 배분적 정의(Verteilungsgerechtigkeit), 즉 배분적 정의(Iustitia distributiva)입니다. 여기서는 재화를 공급하고 그 혜택을 나누는 문제가 중요합니다. 따라서 관련자들의 특성(Eigenschaften)과 성과(Leistungen)는 더 이상 무관하지 않습니다. 어떤 분배 기준(Verteilungskriterium)을 적용하느냐에 따라 급부(Leistung)를 받을지가 결정되기 때문입니다.

Eine Gleichheitsbindung lässt sich also mit der Verteilungsgerechtigkeit begründen. Wenn das Interesse eines Dritten an einer ausgeschütteten Leistung durch die Verteilungsgerechtigkeit geschützt wird, kann daraus ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrags erwachsen.

이처럼 배분적 정의를 근거로 평등원칙에 의한 구속(Gleichheitsbindung)을 정당화할 수 있습니다. 배분적 정의가 배분 대상인 급부에 대한 제 3자의 이익을 보호한다면, 그로부터 계약 체결을 요구할 권리(Anspruch auf Abschluss eines Vertrags)가 발생할 수 있습니다.

Im deutschen Privatrecht hat grundsätzlich die Vertragsgerechtigkeit Vorrang. Das Privatrecht orientiert sich nicht am Nutzen für eine Gruppe, sondern am Nutzen des Einzelnen. Es ist individualistisch geprägt, nicht kollektivistisch.

독일 사법에서는 원칙적으로 계약적 정의가 우선합니다. 사법은 집단의 이익이 아니라 개인의 이익을 지향합니다. 개인주의적 성격을 띠며, 집단주의적 성격을 띠지는 않습니다.

Ein Kontrahierungszwang lässt sich also nur begründen, wenn ausnahmsweise die Verteilungsgerechtigkeit Vorrang hat.

따라서 계약강제(Kontrahierungszwang)는 예외적으로 배분적 정의가 우선하는 경우에만 정당화될 수 있습니다.

V. 평등원칙에 의한 구속의 정당화 (Rechtfertigung für Gleichheitsbindung)

1. 배분적 정의의 우위: 패러다임의 전환 (Vorrang der Verteilungsgerechtigkeit – Paradigmenwechsel)

Im Laufe der letzten Jahrzehnte haben sich für diesen Vorrang tatsächlich in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen ausgebildet. Dabei müssen wir zwischen Anknüpfungsgeboten und Anknüpfungsverboten unterscheiden.

지난 수십 년 동안 독일의 입법과 판례에서는 실제로 배분적 정의의 우위를 뒷받침하는 여러 사례군 (Fallgruppen)이 형성되어 왔습니다. 이때 동일한 기준을 적용해야 하는 경우(Anknüpfungsgebote)와 특정 특성을 판단 기준으로 삼아서는 안 되는 경우(Anknüpfungsverbote)를 구분해야 합니다.

a) 동일 기준 적용 의무 (Anknüpfungsgebote)

aa) 독점: 사적 자치의 사회적 구속성 (Monopol – Sozialpflichtigkeit der Privatautonomie)

Das erste Anknüpfungsgebot greift, wenn ein Anbieter ein Monopol über ein Wirtschaftsgut hat, auf das Nachfrager elementar angewiesen sind – wie etwa über Gas, Wasser und Elektrizität. Es greift außerdem, wenn der Anbieter über eine besonders starke Position am Markt verfügt. In einem solchen Fall hat die Güterversorgung Vorrang. Die Verteilungsgerechtigkeit gebietet hier den Abschluss eines Vertrages mit jedem Nachfrager. Der Anbieter kann sich hier also seine Kunden nicht aussuchen, sondern unterliegt ausnahmsweise einer strengen Gleichheitsbindung.

첫 번째 동일 기준 적용 의무는 사업자가 고객의 생활에 필수적인 재화, 예를 들어 가스·수도·전기 등에 대해 독점적 지위를 점하고 있을 때 적용됩니다. 사업자가 시장에서 특히 강한 지위를 가진 경우에도 마찬가지입니다. 이런 경우에는 재화의 공급이 우선합니다. 배분적 정의(Verteilungsgerechtigkeit)에 따르면 사업자는 모든 고객과 계약을 체결해야 합니다. 따라서 사업자는 고객을 마음대로 골라 계약할 수 없으며, 예외적으로 엄격한 평등원칙의 구속을 받습니다.

bb) 노동법 (Arbeitsrecht)

Ähnliches gilt auch im Arbeitsrecht. Wenn der Arbeitgeber kollektiv vorgeht, Leistungen also nicht einzelnen Arbeitnehmern, sondern einer Gruppe von Arbeitnehmern zuwendet, muss er alle Gruppenmitglieder gleichbehandeln. Auch insoweit dominiert mithin die Verteilungsgerechtigkeit.

노동법에서도 이와 유사한 원칙이 적용됩니다. 사업자(Arbeitgeber)가 개별 근로자가 아니라 일정한 근로자 집단을 대상으로 급부를 제공하는 등 집단적으로 조치하는 경우에는, 그 집단의 모든 구성원을 균등하게 대우해야 합니다. 따라서 이 경우에도 분배적 정의(Verteilungsgerechtigkeit)가 우위를 차지합니다.

cc) 회사법(Gesellschaftsrecht)

Auch im Gesellschaftsrecht gilt ein Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieses Rechtsgebiet hat von vornherein eine kollektive Dimension, weil sich hier mehrere Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen. Die Gesellschaftsorgane müssen deshalb die Interessen aller Gesellschafter gleichmäßig berücksichtigen. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um einen Fall von Privatheteronomie. Vielmehr haben sich hier die Gesellschafter auf die Gleichbehandlung **freiwillig** geeinigt.

회사법(Gesellschaftsrecht)에서도 균등대우의 원칙(Gleichbehandlungsgrundsatz)이 적용됩니다. 회사법은 여러 사람이 공동의 목적을 추구하기 위해 결합하는 것을 다루기 때문에, 본래부터 집단적 성격을 지니고 있습니다. 따라서 회사의 기관(Gesellschaftsorgane)은 모든 사원(Gesellschafter)의 이해관계를 균등하게 고려해야 합니다. 다만 이러한 경우는 사적 타율(Privatheteronomie)에 해당하지 않습니다. 사원들이 균등대우에 자발적으로 합의한 것이기 때문입니다.

b) 특정 특성을 판단 기준으로 삼는 것의 금지: 차별금지법 (Anknüpfungsverbot: Antidiskriminierungsrecht)

In allen drei eben genannten Fallgruppen besteht ein Anknüpfungsgebot. Der Anbieter muss alle Nachfrager nach den gleichen Verteilungskriterien behandeln.

앞서 살펴본 세 사례군에서는 모두 동일 기준 적용 의무가 적용됩니다. 공급자(Anbieter)는 모든 수요자(Nachfrager)를 동일한 분배 기준에 따라 대우해야 합니다.

Anders verhält es sich in der vierten Fallgruppe, dem Antidiskriminierungsrecht. Hier herrscht ein strenges gesetzliches Anknüpfungsverbot in Hinblick auf bestimmte Kriterien, insbesondere Geschlecht, Alter, Religion und sexuelle Orientierung. Hier geht es um die Berücksichtigung von gesellschaftlichen Gruppen, die es sonst schwer haben, am Markt Erfolge zu erzielen. Im Mittelpunkt steht also gesellschaftliche Teilhabe und wiederum die Versorgung etwa mit Arbeitsplätzen und Mietwohnungen.

반면 네 번째 사례군(Fallgruppe)인 차별금지법(Antidiskriminierungsrecht)에서는 특정 기준을 판단 근거로 삼는 것이 법률상 엄격히 금지됩니다. 특히 성별, 연령, 종교, 성적 지향을 기준으로 삼아서는 안 됩니다. 여기서 핵심은 시장에서 성과를 거두기 어려운 사회집단을 고려하는 것입니다. 따라서 사회적 참여를 보장하고, 일자리나 임대주택 같은 기회를 제공하는 문제가 중요합니다.

2. 예외: 계약적 정의의 요청으로서의 계약강제 (Ausnahme: Kontrahierungszwang als Gebot der Vertragsgerechtigkeit)

Im Antidiskriminierungsrecht gibt es allerdings eine Fallgruppe, die nicht auf Verteilungsgerechtigkeit beruht, sondern der Vertragsgerechtigkeit dient. Wenn wie im zweiten Ausgangsfall ein Mensch öffentlich herabgesetzt wird, erleidet er eine Verletzung in seinem Persönlichkeitsrecht. In diesem Fall schuldet der Verletzer den Vertragsschluss als Schadensersatz

für die zuvor begangene Herabsetzung. Ausnahmsweise ist hier der Kontrahierungszwang also nicht Folge einer Gleichheitsbindung.

다만 차별금지법(Antidiskriminierungsrecht)에는 분배적 정의(Verteilungsgerechtigkeit)에 근거하는 것이 아니라, 계약적 정의(Vertragsgerechtigkeit)를 실현하기 위한 사례 유형(Fallgruppe)도 있습니다. 앞서 제시한 두 번째 사례에서처럼 어떤 사람이 공개적으로 비하를 당했다면, 그 사람의 인격권(Persönlichkeitsrecht)이 침해된 것입니다. 이 경우 가해자(Verletzer)는 앞서 행한 비하에 대한 손해배상(Schadensersatz)으로서 피해자와 계약을 체결할 의무를 집니다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 계약강제(Kontrahierungszwang)가 평등원칙에 따른 구속(Gleichheitsbindung)의 결과로 발생하는 것이 아닙니다.

VI. 결론 (Zusammenfassung)

1. Das Privatrecht wird von der Privatautonomie bestimmt. Die Vertragsfreiheit ist Ausdruck der Selbstbestimmung der eigenen Angelegenheiten. Insoweit besteht Willkürfreiheit. Inhaltlicher Maßstab ist die Vertragsgerechtigkeit.

1. 사법(Privatrecht)은 사적 자치(Privatautonomie)에 의해 규율됩니다. 계약자유(Vertragsfreiheit)는 자기 사무에 관한 자기결정(Selbstbestimmung)의 표현입니다. 이 범위에서는 자의적 선택의 자유(Willkürfreiheit)가 인정됩니다. 계약 내용의 기준은 계약적 정의(Vertragsgerechtigkeit)입니다.

2. Gleichbehandlung bedeutet Privatheteronomie. Der Anbieter muss unfreiwillig andere Nachfrager genauso behandeln wie seinen bisherigen Vertragspartner, wir sprechen hier von einem Anknüpfungsgebot. Oder er darf Nachfrager nicht wegen bestimmter Kriterien benachteiligen, dann haben wir es mit einem Anknüpfungsverbot zu tun. Wenn der Anbieter sich nicht an diese Regeln halten möchte, muss er sich dafür rechtfertigen. Hier hat die Willkürfreiheit also ein Ende. Inhaltlicher Maßstab ist die Verteilungsgerechtigkeit.

2. 균등대우(Gleichbehandlung)는 사적 타율(Privatheteronomie)을 의미합니다. 사업자(Anbieter)는 자신의 의사와 관계없이 다른 고객(Nachfrager)도 기존 계약상대방과 동일하게 대우해야 합니다. 이를 동일한 대우를 적용할 의무(Anknüpfungsgebot)라고 합니다. 또는 사업자는 특정한 기준을 이유로 고객을 불리하게 대우해서는 안 됩니다. 이를 특정 기준에 따른 차별적 대우의 금지(Anknüpfungsverbot)라고 합니다. 사업자가 이러한 규칙을 따르지 않으려면 그 이유를 정당화해야 합니다. 따라서 여기서 자의적 선택의 자유(Willkürfreiheit)는 한계에 이르게 됩니다. 이때 실질적인 판단 기준은 분배적 정의(Verteilungsgerechtigkeit)입니다.

3. Wenn das Gleichbehandlungsgebot nicht wie im Gesellschaftsrecht freiwillig vereinbart wird, ist es also ein Fremdkörper im System des Privatrechts. Falls es gleichwohl Anwendung finden soll, muss es der Gesetzgeber eigens anordnen oder an seiner Stelle die höchstrichterliche Rechtsprechung. In Deutschland können wir hierfür drei Fallgruppen unterscheiden: Den Monopolisten, den Arbeitgeber und den Anbieter, der wegen bestimmter Differenzierungskriterien Nachfrager benachteiligt.

3. 회사법(Gesellschaftsrecht)에서처럼 균등대우의 원칙(Gleichbehandlungsgebot)을 자발적으로 합의한 것이 아니라면, 이 원칙은 사법(私法) 체계에서 이질적인 요소(Fremdkörper)라고 할 수 있습니다. 그럼에도 이 원칙을 적용하려면 입법자가 이를 별도로 규정하거나, 입법자를 대신하여 최고법원의 판례(höchststrichterliche Rechtsprechung)가 이를 인정해야 합니다. 독일에서는 이와 관련하여 세 가지 사례 유형을 구분할 수 있습니다. 독점사업자(Monopolist), 사업자(Arbeitgeber), 그리고 특정한 구별 기준(Differenzierungskriterien)에 따라 수요자를 불리하게 대우하는 공급자(Anbieter)입니다.

4. Im ersten Ausgangsfall hat die Kundin also keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Ihre Situation unterfällt keiner der drei genannten Fallgruppen. Sie muss somit den ursprünglichen, höheren Preis bezahlen.

4. 따라서 첫 번째 사례의 여성 고객은 균등대우(Gleichbehandlung)를 요구할 권리가 없습니다. 이 고객의 상황은 앞서 언급한 세 가지 사례군 가운데 어느 것에도 해당하지 않기 때문입니다. 그러므로 이 고객은 당초의 더 높은 가격을 지불해야 합니다.

Im zweiten Ausgangsfall darf der Wirt hingegen den dunkelhäutigen Gast nicht diskriminieren. Die Anknüpfung an die „Rasse“ ist ausdrücklich gesetzlich verboten. Der Wirt muss deshalb dem Spieler das Bier servieren.

반면 두 번째 사례에서 술집 주인은 피부색이 짙은 손님을 차별해서는 안 됩니다. ‘인종’ (Rasse)을 기준으로 삼는 것은 법률상 명시적으로 금지되어 있습니다. 따라서 술집 주인은 그 선수에게 맥주를 내주어야 합니다.