

〈특집: 법에 있어서의 공익〉

사적 자치와 공익의 상호관계*

諸 哲 雄**

I. 서설

1. 이 글에서의 “공익” 개념의 정의

(1) “公益”의 개념정의에 대해서는 다양한 논의가 있다. 私益과 구분되는 公益의 정의에 있어서는, 사회의 다수에게 이익이 되면 소수에게는 불이익이 있더라도 이를 공익이라고 하는 견해가 있는가 하면, 공동체 구성원이 공통적으로 보유하는 私益, 공동체 구성원 모두의 이익에 해당되는 것이 공익이라는 견해도 있고, 공동체가 추구하는 목적이라는 의미에서 공익을 사용하는 견해도 있다고 한다.¹⁾ 이에 반하여 법학에서는 公益을 다양한 의미로 사용하며,²⁾ 이 점은 법률에 표현된 公益의 의미를 음미해 보더라도 마찬가지이다. 사회구성원에게 불이익을 주지 않으면서 다른 사회 구성원에게 이익이 된다는 점에서 “사회 일반의 이익”을 공익으로 표현하기도 하고(공익법인의설립·운영에관한법률 제2조, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조 등), 사회 일반의 이익이 아니라 경제적, 사회적 약자의 이익이라는 의미에서 “공익”이라는 용어를 사용하기도 하며(공익법무관에관한법률), 특정 개인 또는 집단에게는 불이익하지만, 다수에게는 이익이 된다는 의미로 “공익”이라는 용어를 사용하기도 한다. 민법 제366조의 법정지상권의 인정,³⁾ 민법 제219조의 주위토지통행권의 인정,⁴⁾ 제3자의 신뢰보호

* 이 논문은 2006년 8월 23일 법학연구소가 개최한 晴潭 崔松和 教授 정년기념 학술회의 “법에 있어서의 公益”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

** 한양대 법과대학 교수, 법학박사

1) 정치철학의 면에서 공익과 사익에 관한 국내번역서로는 V. 헬드/강형기, 이상룡 역, **공익과 사익**, 박영사 참조.

2) “공익” 개념에 대한 체계적 연구는 최송화, **공익론-공법적 탐구**, 서울대학교 출판부, 2004년 참조.

3) 법정지상권의 인정은 토지소유자에게는 불이익할 수 있지만 건물소유자 또는 자원의

의 근거,⁵⁾ 과도한 투기거래의 방지, 증권거래법 제54조의 입법취지를 투자자보호라는 공익의 관점에서 판단하기도 하는 것⁶⁾ 등이 그 예이다. 그런데 시야를 넓혀 보면 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이 곧 공익이며, 국가(입법, 행정, 사법)는 공익인 이런 질서의 형성, 유지, 발전의 고유한 임무가 있다고 볼 수도 있을 것이다.⁷⁾ 즉 “공익”이라는 용어의 사용없이 구성된 법률이라 하더라도 그 법률에 의해 형성된 질서와 이의 유지는 곧 공익에 해당될 수 있다는 것이다.

(2) 사회 구성원이 가족, 단체 또는 사회에서 생활할 때 그들에게 적용되는 질서인 私法에는 흔히 사적 자치가 그 근간을 이룬다고 한다. 즉 私法の 질서는 그 근거해명의 의무없는 판단의 자유가 지배하고 있지만, 이와 달리 公法の 질서는 그 근거해명의 의무있는 판단, 특히 법률에의 구속이 지배하고 있다고 한다.⁸⁾ 그러나 오늘날 폭넓은 판단의 자유가 인정되는 私法 영역은 점차 줄어들고, 심지어 가족 생활에도 국가의 개입이 시작되었으며 앞으로 더욱 확대되어 갈 것이다.⁹⁾ 이처럼 점차 확산되어 가는 私法 영역에 대한 국가의 개입은 공공복리 또는 공익을 그 근거로 한 것이다. 우리 사회가 유지시켜 나가야 할 질서라는 넓은 의미의 공익에는 사적 자치라는 질서도 포함되지만, 私法の 영역에서 언급되는 “공익”은 이처럼 사적 자치에 대비되는 의미로서의 공공복리 등을 지칭한다. 이 글에서의 “공익”은 사적 자치를 제한하는 원리로서의 공공복리 등을 총칭하는 것으로 사용하기로 한다.

낭비적 사용의 방지라는 점에서는 다수에게는 이익이 된다는 점에서 대법원 관례는 법정지상권의 인정이 공익을 위한 것이라고 본다. 가령 대판 2003.12.11, 98다43601 (공보 2004년, 134) 참조.

4) 대판 2005.7.14, 2003다18661(공보 2005년, 1308) 참조.

5) 대결 2003.5.30, 2002카기129(공보 불게재) 참조.

6) 대판 2002.12.26, 2000다44980, 44997(공보 2003년, 455) 참조.

7) 최송화(위註 2), 311면 이하에서 말하는 사회적 의미의 범위를 넓혀 본 공익에 상응할 것이다.

8) 이 점은 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Rn. 4 참조.

9) 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률 또는 아동복지법에 따른 행정청에 의한 친권 행사에의 개입이 그 예이다. 오늘날은 더 나아가 아동의 보호를 위해 다양한 방법의 친권제한이 가능할 수 있도록 하여야 한다는 논의가 확산되고 있다. 그 필요성에 대해서는 제철웅, “친권과 자녀의 권리간의 충돌과 그 조정방향”, *아세아여성법학* 제9호 117면 이하.

2. 私法의 영역에서 私的自治와 公益 간의 관계를 어떻게 이해할 것인가?

(1) “공익”을 이유로 사적 자치를 제한하는 법률이 늘어가면서, 사적 자치와 공익의 관계의 인식은 私法學者에게 매우 중요한 문제로 대두되었다. 그 관계의 이해 내용에 따라 공익 관련 규정의 해석에 차이가 나타날 것이기 때문이다. 또한 그것은 공법학자에게도 마찬가지로 중요할 것이다. 공익 관련 규정의 입법적 정당성, 그 규정에 기초한 행정처분의 적법성에 대한 해석은 그 관계의 이해 여하에 따라 달라질 것이기 때문이다. 나아가 그것은 국가의 권력 행사(입법, 사법, 행정)에 있어서도 매우 중요할 것이다. 그 올바른 이해가 있어야만 국가 권력을 올바르게 행사할 수 있을 것이기 때문이다.

(2) 그런데 사적 자치와 공익 간의 관계에 관하여는, 주지하듯이, 민법학자 간에도 견해의 대립이 있다. 양창수 교수는 “민법의 기본을 이루는 것은 개인의 존엄이라는 이념으로부터 도출되는 사적 자치의 원칙”이라고 한다.¹⁰⁾ 이를 더 인용해 본다.

각자는 자신의 인간성을 자신의 의지에 따라 전개·형성하여 갈 수 있는 자유, 즉 ‘일반적 행동의 자유’를 가진다. 이것은 공동체라 하더라도 그것이 진리를 독점하지 않는다는 믿음의 표현이다. ... 이와 같이 각 개인의 자유로운 자기형성을 공공체보다 앞세우는 이념이 민법에 투사된 것이 바로 사적 자치의 원칙이다. 이로부터 인격존중의 원칙, 계약자유 원칙, 소유권존중의 원칙, 유책성의 원칙, 양성평등의 원칙 등이 도출되며, 이들 원칙들은 민법전상의 여러 제도로부터 귀납될 수도 있다.....그러나 다른 한편으로 소유권, 계약, 불법행위 등은 하나의 사회적인 제도로서 다른 모든 개인의 자유나 권리와 조화될 수 있도록 유지·발전되어야 한다. 만일 어떠한 권리가 주어졌다고 하여서 이를 무차별하게 추구해 나아간다면, 결국 권리와 권리의 끝없는 충돌이 있을 뿐이고, 법이 중국적인 목표로 하는 평화와 질서는 내내 달성되지 않는다. 이로부터 ‘사회적 형평’ 내지 ‘권리의 사회적 책임성’이라고 부를 수 있는 제2의 --그러나 단지 소극적·제한적인--이념이 점차 명확하게 인식되고 있다. 예를 들면 헌법은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 정하고(제23조 제2항), 민법도 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실하게 하여야 한

¹⁰⁾ 양창수, **민법입문**, 신수판, 354면 이하 참조.

다. 권리는 남용하지 못한다”고 정하는데(제2조), 이는 위와 같은 정신의 표현이다.

양창수 교수는 사적 자치가 私法의 기본질서이며, 공공복리라는 공익은 이를 보충하고 제한하는 질서라고 보는 것이다. 이와 대척점에 서 있는 견해는 공공복리, 즉 공익이 私法의 최고원리라고 이해한다. 이를 대표하는 곽윤직 교수의 견해를 들어 본다.¹¹⁾

민법은, 모든 사람에게 법인격을 인정하고(제3조), 사유재산권을 보장하고(제211조), 사적 자치를 인정하며(제103조, 제105조), 과실책임을 원칙으로 한다(제750조). 그러나 한편으로는, 3대원칙(사유재산권 존중의 원칙, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 지칭하는 것임. 인용자 첨가)의 제한원리 또는 수정원리로서 작용한 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙을 보편적 원칙으로서 민법전의 첫머리에 분명하게 선언하고 있다. ... 이것은 필경 공공복리라는 존재원리의 실천원리(행동원리)로서 신의성실과 권리남용 금지의 원칙을 든 것이 틀림없다. 바꾸어 말하면, 민법은, 헌법과 마찬가지로, 공공복리를 그의 최고원리로 하면서, 그의 행동원리를 앞에 내세워, 이른바 3대원칙은 이들 행동원리의 제한 내에서 승인된다는 것을 명백히 하고 있는 것이다. 따라서 신의성실·권리남용 금지, 그리고 거래안전·사회질서 등의 여러 원칙들은, 3대 원칙을 적극적으로 제한하는, 그리고 3대원칙보다 높은 상위원칙이며, 그것은 공공복리라는 최고원칙의 구체화이다. ... 우리 민법은 자유인격의 원칙과 공공복리의 원칙을 최고원리로 하며, 공공복리라는 최고의 존재원리의 실천원리 내지 행동원리로서 신의성실·권리남용의 금지·사회질서·거래안전의 여러 기본원칙이 있고, 다시 그 밑에 이른바 계약자유, 소유권절대의 원칙, 과실책임의 원칙 등의 3대 원칙이 존재한다

곽윤직 교수는 공공복리가 사적 자치를 제한하는 것은 적극적인 것이며, 사적 자치는 공공복리의 제한 내에서 승인된다고 이해하는 것이다.

(3) 민법학의 공부가 아직 일천한 발표자로서는 私法에서의 공익의 의미를 치밀하게 이론적으로 분석할 능력이 부족하기에, 그러나 법학적 논의의 핵심은 그 실천성에 있다고 믿기에, 사적 자치와 공익의 관계에 대한 이해가 어떤 실천적

11) 곽윤직, **민법총칙**, 제7판, 37면 이하 참조.

의미를 가지는지에 초점을 맞추어 살펴 보고자 한다. 공부가 부족한 발표자로서는 민법학적인 소재를 활용하지 않을 수 없지만, 뜻깊은 자리인 최송화 교수님의 정년기념학술대회를 통해 마련된 공법학과의 대화를 위하여, 논의를 공법의 영역으로 조금 이동시켜 해야 할 것이고, 따라서 민법학의 해석론적 논증의 상당부분을 버리고 논의를 진행할 것이다. 아래에서는 사적 자치와 공익의 관계의 이해가 구체적으로 私人 간의 분쟁해결을 주된 과제로 삼는 법원의 판결에, 그리고 民法學에 어떻게 나타나는가를 먼저 살펴 보고, 이어서 私法學은 법률 또는 행정행위를 통해 사적 자치의 영역에 개입하는 입법 및 행정에 대해 어떤 요구를 할 수 있는지를 살펴 보고자 한다. 그리고 그 논의의 잠정적인 결론을 몇가지 구체적인 예를 통해 적용해 보고자 한다.

II. 사법질서와 공익의 관계

1. 사적 영역에서의 분쟁해결에 있어서

사적 자치와 공익의 상호관계를 어떻게 이해하는가에 따라 특정 분쟁에 대해 상이한 해법이 제시될 수 있다. 아래에서는 이를 구체적으로 살펴 본다.

(1) 민법 제368조 제2항의 후순위저당권자의 대위와 제481조의 변제자대위 간의 우열문제

가) 동일한 채권을 담보하기 위해 수개의 부동산에 공동저당권을 설정한 경우, 공동저당권자는 수개의 공동저당권 중 일부를 먼저 실행하여 피담보채권의 전부 또는 일부의 변제에 충당시킬 자유가 있다(민법 제368조 제2항 제1문). 다만 수개의 저당권을 실행하여 동시에 배당될 경우에는 후순위저당권자의 이익도 보호하기 위해 각 부동산의 경매대가에 비례하여 피담보채권의 변제에 충당하도록 한다(제368조 제1항). 同條 제1항은 후순위저당권자의 이익도 보호하려는 공익목적의 강행규정이다. 이런 이익배려는 다른 사안에도 관철되어야 일관될 것이다. 공동저당권자가 수개의 공동저당권 중 하나를 먼저 실행하여 변제에 충당시킨 경우, 당해 부동산의 후순위저당권자의 보호를 위한 별도의 조치가 없다면 同時配當에 비해 異時配當의 후순위저당권자는 불이익하게 될 것이다. 이런 평가모순을 피하고, 후순위저당권자의 보호라는 원칙을 일관시키려면 異時配當의 경우에

도 同時配當과 동일한 지위를 후순위저당권자에게 부여해야 한다. 이것이 민법 제368조 제2항 제2문의 후순위저당권자의 대위이다. 그런데 공동저당권설정자가 각기 다를 경우, 특히 채무자와 물상보증인일 경우에도 민법 제368조 제2항 제2문이 적용되는가에 대해서는 학설상의 다툼이 있다.

나) 논의에 필요한 한도에서 간단히 학설의 대립을 살펴 본다.¹²⁾ 첫째, 일부 학설은 물상보증인의 변제자대위가 우선한다고 본다. 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우 물상보증인은 민법 제481조에 의해 공동저당권자의 채권과 담보권을 당연히 취득하여 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자보다 우선하여 求償할 수 있다. 동시배당된 경우라도 사정이 다르지 않다. 즉 공동저당권자는 민법 제368조 제1항에 의해 경매대가에 비례하여 자기 채권을 변제받지만, 물상보증인은 민법 제481조의 적용에 의해 채무자 소유 부동산의 환가대금으로부터 공동저당권자의 피담보채권액 중 그가 변제받고 남은 금액을 상한으로 하여 자신이 공동저당권자를 만족시킨 금액만큼 우선변제를 받을 수 있다. 한편 채무자 소유 부동산의 환가대금이 먼저 배당되면, 그 부동산의 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항 제2문의 후순위저당권자의 대위를 원용할 수 없다. 어떤 경우이든 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자보다는 물상보증인의 보호가 우선된다. 둘째, 다른 일부 학설¹³⁾은 후순위저당권자의 대위가 물상보증인의 변제자대위보다 우선한다는 입장을 취한다. 가령 채무자 소유 부동산의 환가대금이 먼저 배당된 경우 그 부동산의 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항 제2문에 의해 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유 부동산의 환가대금에서 우선변제 받을 수 있다는 것이다. 한편 물상보증인 소유 부동산의 환가대금이 먼저 배당된 경우 물상보증인은 민법 제481조에 의해 공동저당권 및 피담보채권을 취득하지만, 同時配當의 경우 공동저당권자에게 안분비례하여 배당되었을 금액만큼만 대위할 수 있고, 나머지 금액은 그 부동산의 후순위저당권자에게 배당된다는 것이다. 同時配當의 경우 공동저당권자가 민법 제368조 제1항에 의해 채무자소유 부동산으로부터 배당받은 금액을 제외한 나머지 금액은 그 부동산의 후순위저당권자에게

12) 이에 관한 상론은 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, **민법연구**, 283면 이하를 참조.

13) 가령 이영준, **물권법**, 841면 이하; 김상용, **물권법**, 808면 등 참조. 그 밖에 후순위저당권자대위 우선설의 내용은 **민법주해** VII, 199면(조대현 집필부분) 이하도 참조.

배당된다.

다) 이런 입장의 차이는 어디에서 연유하는 것일까? 첫째, 물건거래질서에 관한 제368조는 강행규정이므로, 거기서 공동저당권설정자를 구분하지 않았다면 채권법에 비해 물건법을 우선적용해야 하는 것일까? 그러나 민법 제481조의 변제자대위도 공익을 위해 둔 강행규정이며, 채권법에도 물건거래와 관련된 규정을 둘 수 있기 때문에, 兩 규정의 우열을 그 규정의 위치로부터 판별할 수는 없다. 둘째, 민법 제368조 제2항 제2문이 제481조에 우선한다면, 채무자 소유의 부동산이 먼저 경매되어 배당된 경우 결과적으로 그 부동산의 후순위저당권자는 자기를 위해 저당권을 설정하지 않은 자의 재산으로부터 만족을 얻게 된다. 후순위저당권자의 이익이라는 공익으로써 이를 정당화할 수 있는가? 자신의 의사에 반하여 타인 채무에 대해 책임을 지는 것은 그 의사에 같음할 수 있는 책임귀속의 근거가 있어야만 할 것이다. 이행보조자의 과실에 대한 채무자의 책임(민법 제391조), 사용자책임(제756조) 등등이 그 대표적 예이며, 동일 채무자를 위해 數人 이 채무 또는 책임을 부담하는 경우 그들 간의 형평의 실현을 위해 채무 또는 책임을 부담하도록 하는 것(민법 제482조, 제448조)도 그 예이다. 그러나 물상보증인은 채무자와 더불어 공동저당권자에 대해 책임을 질 것을 결단한 것이지, 채무자의 후순위저당권자의 채권에 대해 책임질 것을 결단하지 않았다. 그럼에도 불구하고 後者を 위해서도 책임을 져야 한다는 것은 “부동산의 담보가치를 충분하게 이용한다”는 자본주의질서적 공익을 우선시키겠다는 가치판단이 아니고서는 납득될 수 없다.¹⁴⁾ 변제자대위의 우선설을 취하는 대법원의 판결¹⁵⁾은 후순위저당권자의 대위보다 변제자대위를 우선시키는 것은 “부동산의 담보가치의 충분한 이용”이라는 이익을 위하여 사적 자치를 희생시켜서는 안된다는 입장을 취한 것으로 이해할 수 있다.

14) 戰後 그 견해를 변경하였지만, 일본의 我妻榮은 이런 이론으로써 소위 후순위저당권자의 우위를 주장하였다고 한다. 이 점에 관한 상세한 것은 양창수(위註 12), 303면 이하 참조. 그는 또한 322면 이하에서 이 문제가 기실 사적 자치에 대한 공공복리의 우위, 소유권보호보다는 동적 안전의 우위를 전제하는 私法觀과 연결됨을 시사하고 있다.

15) 대판 1994.5.10, 93다25417(공보 1994년, 1639); 대판 2001.6.1, 2001다21854(공보 2001년, 1510) 등 다수의 판결 참조.

(2) 권리자보호를 위해 악의의 무단점유자에게 취득시효를 부정하는 것

가) 취득시효제도를 통해 私人은 자신의 의사에 반하여 그 소유권을 상실하게 된다. 민법 제245조는 “20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유”하면 시효취득할 수 있도록 규정하고 있다. 민법의 시효제도는 법률생활의 안정과 평화달성이라는 사회질서, 즉 공익 목적에서 마련된 것이며,¹⁶⁾ 시효취득도 이와 다르지 않다. 그런데 이 규정을 문언대로 해석하면 가령 자신이 소유자 아님을 알면서 무단히 타인 소유의 부동산을 자신의 것이라 주장하면서 점유하더라도 시효취득할 수 있게 된다. 이는 매우 중대한 단점을 가진다. 가령 소유자 아닌 자(A)로부터 부동산을 매수하여 점유하는 자(B)가 시효취득을 하더라도 소유자는 권원없이 자기 부동산을 처분한 자(A)를 상대로 불법행위법상의 손해배상청구권을 행사할 수 있고, 이 청구권은 B의 시효취득으로 소유권을 상실함으로써 손해가 발생한 때로부터 그 소멸시효가 진행된다. 따라서 공익 목적 때문에 자신의 소유권을 상실하더라도 소유자는 손해를 전보받을 가능성이 있다.¹⁷⁾ 그러나 악의의 무단점유자에게 취득시효를 인정하게 되면 소유자는 아무 보상없이 공익 목적 때문에 그 소유권을 상실하게 된다. 이 때의 소유자는 아무런 손실 전보수단이 없으므로 그 피해는 매우 극심하다.

16) 시효제도의 존재이유에 관해 개괄적인 것은 **민법주해 III**, 387면 이하(윤진수 집필부분) 참조. 한편 소멸시효제도의 긍정성을 평가하는 것으로 양창수, “사비니의 소멸시효론”, **오늘의 법률** 138호(2000.7.15), 4386면; 同, “유럽계약법원칙의 소멸시효규정”, **민법연구** 제8권, 154면 이하 참조.

17) 공익 목적을 위해 특정 私人에게서 권리를 박탈하고 다른 私人에게 권리를 귀속시킬 때에도, 특별한 사정이 없는 한, 공익 목적으로 희생을 당하는 것이므로 적절한 보상장치가 마련되어야 할 것인데, 권리가 박탈된 私人에게 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권 등을 인정하는 것만으로도 충분하다. 거래안전이라는 공익목적 때문에 사인의 소유권을 상실시키는 선의취득(민법 제249조), 첩부에서의 부당이득반환청구권(민법 제261조) 등이 그 예이다. 한편 대판 1993.6.11, 92다50874(공보 1993년, 2012)에서는, 무권리자가 무단으로 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 이를 제3자에게 매도하여 그 제3자가 등기부시효취득을 한 사안(무권리자 명의로 등기가 경료된 시점부터 약 21년이 경과하였다)에서 그 권리자가 무단으로 소유권이전등기를 경료한 것과 소유자가 소유권을 상실한 것 사이에는 상당인과관계가 있다고 판단하였다. 원 소유자의 손해배상청구권의 범위확정에 있어서는 그의 관리소홀 등을 과실상계로써 고려할 여지는 있다고 한다. 또한 일관된 판례에 따르면 가해행위와 손해 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위의 경우 그 후 손해가 현실화되었다고 볼 수 있는 때 손해배상청구권이 성립하고 또한 그 소멸시효도 진행한다고 한다. 대판 (전) 1979.12.26, 77다1894, 1895(공보 1980년, 12526); 대판 1998.5.8, 97다36613(공보 1998년, 1578); 대판 2005.9.15, 2005다29474(공보 2005년, 1608) 등 다수의 판결 참조.

나) 물론 채권의 소멸시효 역시 법률생활의 안정 등이라는 공익 목적을 위해 아무 보상없이 그 권리를 상실시키므로, 악의의 무단점유자의 시효취득을 인정하더라도 이와 다를 바 없다고 볼 여지가 없지는 않다. 그러나 채권자는 이를 침해하는 채무자를 알고 있고, 그를 상대로 비교적 쉽게 자기 권리를 보전할 수 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않은 것인데 반하여, 시효취득의 사안에서는 소유권을 침해하는 자가 누구인지를 쉽게 알 수 없다는 점에서 소멸시효제도와 동일하게 보기는 어렵다. 또한 악의의 무단점유자조차 취득시효를 원용할 수 있게 할 필요성은 전혀 높지 않은데 반하여, 이로 인해 피해를 입는 소유자의 불이익은 매우 클 수밖에 없다. 대법원이 전원합의체 판결로 “악의의 무단점유자”에게 민법 제245조의 “소유의 의사”를 부정한 것은, 민법 제245조 제1항을 사적 자치를 존중하는 방향으로 해석하였다고 볼 것이다.¹⁸⁾ 더구나 악의의 무단점유자를 보호할 공익은 매우 적는데 소유자가 입는 불이익이 매우 현저하기 때문에, 同條를 이렇게 해석하지 않으면 위 규정은 위헌적이라고 볼 수도 있을 것이다.¹⁹⁾

(3) 사적 자치의 필수요소인 자기결정에 따른 책임에 대한 해석

가) 국가 활동은 헌법과 법률에 구속적이며 그 활동의 근거를 해명할 의무가 있지만, “사적 자치”의 영역은 개인의 자유로운 판단을 존중한다는 점에서 차이가 있다. 개인의 자유로운 판단을 존중하는 것은 그 판단으로 인한 결과가 판단 주체인 개인에게 귀속되고 그로 인한 책임을 지기 때문이다.²⁰⁾ 그 점에서 사적 자치와 개인의 책임은 불가결의 상관관계에 있다. 이런 관점이 분쟁해결을 위한 법적용에도 지대한 영향을 미친다는 것을 다음의 사례를 통해 알 수 있다.

¹⁸⁾ 대판(전) 1997.8.21, 95다28625(공보 1997년, 2501); 대판(전) 2000.3.16, 97다3661(공보 2000년, 962) 등 참조. 박해성, “무단점유자의 점유자 자주점유인가?”, **인권과정의** 1996년 11월호, 8면 이하에서는 악의의 무단점유는 원칙적으로 자주점유가 아닌 것으로 보아야 한다고 본다. 그러나 “악의의 무단점유”를 타주점유로 해석하는 것은 방법론적으로 문제가 있다고 지적하는 견해도 있다. 가령 송덕수, “악의의 무단점유와 취득시효”, **인권과정의** 1996년 11월호, 33면 이하에서는, 민법 제245조 제1항의 취지와 민법의 근본입장에 비추어 정당한 권원과 선의의 요건이 있어야 시효취득할 수 있도록 하고, 이 경우 상대방이 그 없음을 입증하되, 개연성의 입증으로 충분하게 하자는 견해를 제시하고 있다.

¹⁹⁾ 물론 헌재 1993.7.29, 92헌바20(헌공 제3호)에서는 민법 제245조 제1항이 위헌이 아니라고 판단하였다. 그러나 여기서는 악의의 무단점유자도 시효취득할 수 있는지의 문제는 고려되지 않은 것으로 보인다.

²⁰⁾ 이 점은 Medicus(위註 8), Rn. 4 f. 참조.

나) 손해배상책임에서 우리 민법은 과실책임주의를 원칙으로 하지만(민법 제390조), 유책사유없는 채무불이행의 경우 채무자가 그 이행불능과 상당인과관계 있게 얻은 이익을 채권자에게 반환하도록 하는 규정들을 두고 있다. 가령 유증의 목적물이 멸실되고 그에 갈음한 代償을 취득하였다면 그것을 유증의 목적으로 간주하는 것(민법 제1083조, 제1084조), 부당이득반환채무자에게 원래의 반환의무에 갈음하여 가액을 반환하도록 한 것(민법 제747조), 소유물반환의무자로 하여금 얻은 이익을 반환하도록 하는 것(민법 제202조) 등이 그 예이다. 그런데 편무계약이든, 쌍무계약이든 채무가 유효하게 성립된 후, 채무자의 유책사유없는 이행불능이 있고 채무자가 이행불능으로 인해 代償을 취득한 경우에는 아무런 법률규정이 없다. 그 반환에 관한 합의나 법률규정이 없다는 이유로 채무자가 이를 보유하도록 해야 하는 것일까? 이에 대해서는 다양한 대답이 가능할 것이다.²¹⁾ 대법원은 민법에 그 규정이 없음에도 불구하고 채권자에게 代償請求權을 인정한다.²²⁾ 계약의 당사자는 급부의 목적물에 대한 경제적 판단을 거친 후 경제적 결단으로써 계약을 체결한 것이므로, 계약체결의 시점에서 당사자들이 예상하지 못한 채무자의 유책사유 없는 이행불능의 발생으로 채무자에게 이익이 귀속되었다면, 채권자가 원하는 한, 그것 역시 채권자에게 귀속시키는 것이 경제적 결단에 상응한 법적 판단일 것이다. 이로써 계약의 효력 범위가 넓어지고, 사적 자치도 강화되는 효과가 생기게 된다. 한편 대법원은 대상청구권을 법정채무의 경우에도 인정하는데,²³⁾ 이는 채무의 성립원인에 따른 차별을 둘 합리적인 근거가 없고, 이때 대상청구권을 인정하지 않으면 쌍무계약에서와 달리 채무자만이 이익을 얻게 되는 불이익이 있으므로 오히려 이를 인정할 필요가 있기 때문일 것이다.

다) 거래안전이라는 공익 목적을 위해 민법은 다양한 형태의 제3자 보호규정을 두고 있다. 가령 민법 제249조의 선의취득, 민법 제107조 내지 제110조의 제3자보호, 민법 제125조, 제126조, 제129조의 표현대리에서의 제3자보호, 민법 제470조의 선의의 채무자보호 등이 그 예이다. 이들 사안들은 모두 계약으로 달성

21) 이를 긍정하는 견해와 제한적으로만 부정하는 견해 등 다양한 것들이 있다. 이 점은 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, **사법연구** 제4집, 71면 이하 참조,

22) 대판 1992.5.12, 92다4581, 4598(집 40-2, 21) 참조. 대상청구권의 인정이 전체 유추의 해석방법에 의해 정당화될 수 있다는 것은 양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, **민법연구** 제3권, 392면 이하를 참조.

23) 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권자에게 인정하는 것으로, 대판 1996.12.10, 94다43825(공보 1997년, 286) 등 참조.

하고자 목적을 실현할 수 없게 되는 위험이 가장 빈번하고 전형적인 것들에 해당된다. 이 경우 권리자의 보호를 중시하면 계약의 안전, 즉 거래의 안전이 침해될 것이며 이는 공익에 반한다. 따라서 권리자의 희생 하에 거래의 안전을 보호할 수 있도록 하였다. 그런데 거래안전을 위한 우대를 애초에 원하였던 법률효과를 실현시켜 줄 것인지(효과의 종국성), 그 효과의 실현과 否定 중에서 선택할 권리를 줄 것인지(효과의 선택성)가 문제된다. 거래의 안전 보호라는 목적에 가장 적합한 수단은 애초의 경제적 결단대로의 효과를 부여하는 것인데, 여기에 덧붙여 선택가능성을 보장하는 것은 자신의 잘못된 경제적 판단을 후회할 가능성을 열어 주는 것이어서 “결단에 따른 자기 책임”에 모순될 뿐 아니라,²⁴⁾ 법률관계의 불확정으로 인해 逆으로 거래의 안전을 저해할 수 있을 것이다. 대법원은 선의취득의 효과는 종국적이라고 하며,²⁵⁾ 채권의 준점유자에 대한 변제의 효과 역시 종국적으로 본다.²⁶⁾ 허위표시에서의 선의의 제3자 보호에 관한 대법원의 범명제, “허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못한다.”²⁷⁾는 것도 동일한 취지로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그렇지 않으면 선의의 제3자의 채권자, 그로부터의 전득자는 어떤 보호를 받을 수 있는지가 불명확해지고, 이로 인해 逆으로 거래의 안전도 저해될 것이기 때문이다.²⁸⁾ 그렇다면 표현대리에서의 제3자 보호도 이와 다르게 해석할 이유가 없으며,²⁹⁾ 다르게 해석하고자 하는 자가 그 차별의 합리성을 입증하여야 할 것이다.

24) 가령 부동산의 매수인이 가격 하락 이후 무권리자로부터의 매수임을 주장하면서 매도인에게 대금의 반환을 청구하는 것(또는 이행불능에 대해 제3자에게 책임을 추궁하거나 또는 보험금지급을 청구하는 것), 채권의 준점유자에게 변제한 후 진정한 채권자에 대해 채무자가 사후적으로 반대채권을 취득하였으나 그 채권자는 무자격이어서 상계하고자 할 경우 등이 그 예이다.

25) 대판 1998.6.12, 98다6800(공보 1998년, 1882) 참조.

26) 대판 2004.4.23, 2004다5389(공보 2004년, 870); 대판 1999.4.27, 98다61593(공보 1999년, 1044) 등 참조.

27) 대판 2000.7.6, 99다51258(공보 2000, 1861); 同 1996.4.26, 94다12074(공보 1996년, 1656) 참조.

28) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, **민법연구** 제5권, 122면에서는 부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제3항의 “대항할 수 없다”는 의미의 해석에서 그 효과의 종국성을 주장한다. 민법 제107조 내지 제110조의 “대항할 수 없다”는 의미의 해석에서 그 효과의 종국성을 주장하는 것으로는 제철용, “불성립한 보증채무를 이행한 보증인의 보호와 민법 제108조 제2항”, **민사법학** 제21호, 285면 이하 참조.

라) 계약의 일방당사자(A)가 상대방(B)에 대한 채무이행으로써 급부를 하였으나 반대급부를 받지 못한 경우, 그러나 그 급부가 동시에 제3자에게 이익을 가져다 준 경우, A는 제3자에게 부당이득반환청구를 할 수 있는가의 문제에 대해서도 민법의 규정만으로는 명확한 해답을 찾기 어렵다. 가령 그 급부가 제3자 소유물에 첨부되어 부합되는 효과가 생긴 경우 A는 민법 제261조, 제741조 이하에 의해 부당이득반환청구권을 행사할 수 있을 것처럼 보이기도 하고, A의 급부가 제3자의 물건을 불법적으로 점유하여 비용을 지출하는 것으로 나타나면 민법 제203조가 적용될 수 있을 것처럼 보이기도 하며, 그렇지 않더라도 제3자는 A의 재산 또는 노무로 법률상 원인없이 이익을 얻은 것처럼 보이기도 하므로 제741조 이하의 부당이득법이 적용된다고 볼 여지가 전혀 없지는 않을 것이다. 그러나 대법원은 이런 가능성을 모두 부정한다. 전용물소권의 부정을 통하여 민법 제741조의 적용을 부정하므로, 민법 제261조가 적용될 여지는 사라진다. 또한 이 경우 민법 제203조의 비용지출은 A가 아니라 B가 한 것이라고 판단함으로써 同條의 적용도 부정한다. 그 기저에 깔려 있는 근본사상은, 위와 같은 것을 인정하면, “자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐 아니라, 채권자인 계약 당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반 채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하므로, 위와 같은 경우 계약상의 급부를 한 계약 당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다”³⁰⁾는 것에서 찾을 수 있을 것이다. 사적 자치의 중핵인 자기 책임을 강조하는 것이 거래 안전의 보호에 불가분적으로 결합되어 있음을 잘 드러내고 있다고 할 것이다.

(4) 소결

위에서 든 몇몇 예에서 짐작할 수 있듯이, 대법원은 공익 관련 규정을 사적 자치에 우월한 어떤 것으로 이해하지 않고, 이를 정당한 목적의 범위 내로 좁혀

29) 주지하듯이 이에 관하여는 민법학 내부에 의견의 대립이 심하다. 그 개관은 **민법주해 III**, 93면 이하(차한성 집필부분) 참조.

30) 대판 2002.8.23, 99다66564, 66571(공보 2002년, 2174) 참조. 이 판결에 대한 평석적 의미의 글로는 제철웅, “3자관계에서의 부당이득: 특히 전용물소권의 사안을 중심으로”, **저스티스** 2002년 6월, 54면. 보다 일반적인 검토로는 **민법주해 XVII**, 228면 이하(양창수 집필부분) 참조.

서 제한적으로 적용하고 있다. 이런 예들은 부동산실권리자명의등기에관한법률에 의해 무효가 되는 명의신탁을 한 경우 신탁자의 수탁자에 대한 물권적 청구권 또는 부당이득반환청구권을 긍정하는 대법원의 판결에서도 찾아 볼 수 있다.³¹⁾ 이를 인정하더라도 同法이 추구하는 “공익” 목적을 충분히 달성할 수 있다고 보는 것이다. 앞당겨 말하자면, 위 (3)의 예에서도 알 수 있듯이 대법원은 사적 자치가 근간이 되는 사회질서를 유지, 강화시키고자 한다고 말할 수 있을 것이다. 공익에 보완기능을 부여함으로써 사적 자치를 근간으로 삼는 사회질서를 유지, 강화시키고자 하는 대법원의 입장이 잘못된 것일까? 입법자들은 사적 자치보다 “공익”을 우선하는 법률을 만듦으로써 법원의 태도를 시정할 수 있을까? 이 문제는 사적 자치의 정당화근거와 밀접하게 관련되어 있다.

2. 사적 자치의 정당화근거

(1) 사적 자치의 도덕적 정당성

가) 사적 자치는 인간의 존엄성에 기초한 질서라고 할 수 있다. 물론 사적 자치를 부정하거나 제한적으로만 인정하는 집합주의적 질서에서도 인간의 존엄을 부정하지 않았지만, 사적 자치에서 상정하는 인간의 존엄과는 차이가 있다. 사적 자치가 전제하는 인간의 존엄성의 근거는 그의 자율성에서 찾을 수 있다. 자신의 욕구를 충족함으로써 행복을 추구하는 점에서는 인간은 여타의 생물체와 다를 바 없지만, 後者와 달리 인간은 자율적으로 정한 삶의 목표를 실현해 나감으로써 행복을 추구한다. 이타적인 생활, 학문적 성취, 특정한 종교적 신앙 또는 세계관의 추구, 공동체에서의 세속적 성공, 재산의 축적, 화목한 가정생활 등등, 스스로 설정한 이런 삶의 목표를 달성해 나가는 과정에서 인간은 자신의 인격을 완성해 나가며(자아실현), 그 결과에 대해서도 스스로 책임을 지는 존재라는 특성이 있고(인간의 자율성), 이러한 이유 때문에 다른 어떤 생물체보다도 존엄하다.³²⁾ 그

31) 대판 2002.12.26, 2000다21123(공보 2003년, 452) 참조. 대판 2002.8.27, 2002도2926(공보 2002년, 2371)은 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자가 그 부동산을 처분한 경우 횡령죄로 처벌한다. 부동산실명법상의 무효인 명의신탁약정에 기한 등기라 해서 그것을 민법 제746조 본문의 불법원인에 해당되지 않는다는 것으로는 양창수(위 주 28), 115면 이하를 참조.

32) 인권의 윤리적 기초에 관한 설명에서 이런 논리를 전개하는 것으로, Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, 1991, 제5장의 설명 참조. 법철학자이면서 민주화 이후 아르헨티나의 민주질서 확립에 뛰어난 현실 정치가이기도 한 Nino의 학문적 실

럼에도 불구하고 인간은 타인을 수단으로 삼는 경향이 있기 마련이다. 사회적 존재인 인간의 행복추구는 한편에서는 타인과의 관계에서 실현되기 마련이고--가령 특정한 종교관 또는 세계관을 추구하는 자는 他人이 그 가치관에 동조하여 자신과 공통의 삶을 살아 가는 것에서 행복을 느끼고 자아실현이 될 것이다-- , 다른 한편에서는 각 개인은 자신이 설정한 삶의 목표가 최고의 가치라고 믿으며,³³⁾ 이런 삶의 목표의 주관적 우월성 때문에 他人을 자기 삶의 목표 달성을 위한 수단으로 삼을 위험이 상존한다는 것이다. 따라서 인간의 자율성과 존엄성을 보장하기 위해서는 그 실천원리로서 인간의 불가침성, 인간을 수단 아닌 목적으로서 대우하여야 한다는 명제가 자연스럽게 도출된다. 즉 사회구성의 원리인 인간의 존엄성은 어떤 순간에도 他人을 수단으로 삼지 말 것을 명령하는 것이다.³⁴⁾

나) 인간의 자율성, 존엄성에 기초한 사적 자치의 질서에서는 다음과 같은 것이 중핵적 내용으로 포함되어야 한다. 첫째, 인간의 자율성의 실현을 위한 필요조건으로서 일반적인 활동의 자유, 계약의 자유가 보장되어야 한다. 둘째, 인간의 자율성, 존엄성의 기초인 생명의 존중, 신체의 온전성의 존중이 보장되어야 한다. 한편 인간의 자율성, 존엄성과 긴밀하게 결합된 물질적인 생존조건도 보장되어야 할 것이다. 물론 물질적인 생존의 질적 보장은 부차적인 문제일 수 있다. 가난 속에서도 삶의 목표 실현이 가능하기 때문이다. 셋째, 자유로운 인격실현의 중심 수단으로서 소유권이 보장되어야 한다. 넷째, 인간의 불가침성, 수단 아닌 목적으로서의 인간이라는 실천원리는 타인의 자유를 침해하지 않고 공존하기 위한 자유의 제한(사회질서의 유지) 이외에는 자신의 의사에 기하지 않고서는 그의 자유를 제약해서는 안 된다는 것, 개인의 의사에 반한 자유의 침해에 대해서는 손해 배상을 하는 것, 다수의 이익을 위해 개인의 자유를 제한하는 경우에는 적절한 보상을 하는 것 등이 보장되어야 한다. 이런 내용의 사적 자치는 시장경제와 밀접한 관련이 있지만, 이는 사적 자치의 필요조건이기는 해도 충분조건은 아니다.

천성은 그의 주장을 보다 현실감있게 느끼게 해 준다.

33) 인간의 자율성과 존엄성, 수단이 아닌 목적으로서 인간의 대우하는 것 등은 모두 가치의 상대성을 전제로 한 것인데, 이런 가치의 상대성은 사회제도 형성의 원칙이지, 개인적 가치판단에서 상대성이 있다는 것은 아니다. 이 점은 Nino(위註 32), pp.132 참조.

34) 인간의 존엄을 그 자율성에서 찾고, 인간의 불가침성, 개개 인간을 수단 아닌 목적으로 삼는 것을 인간의 존엄을 실현하는 실천원리로 삼는다는 점에서 사적 자치가 전제하는 인간의 존엄은 집합주의적 인간의 존엄과 근본적인 차이가 있다. 後者에서의 존엄은 국가의 존엄이 있음으로써 인정되는 것이기 때문이다.

경제질서에 있어서도 인간의 자율성, 존엄성, 불가침성, 수단 아닌 목적으로서의 인간의 실현을 보장하기 위해 필요한 규범적 질서가 시장에 부여되어야 한다는 것이다. 또한 현실의 인간을 규범적 요청인 자율성과 존엄성을 가질 수 있게 조력하는 내용과 방향으로 현실의 시장을 규제하는 것도 필요할 것이다. 인간의 존엄성을 해치는 사업 및 영업을 금지 또는 규제하는 것, 정보의 비대칭성으로 인해 불이익을 입는 소액투자자, 소비자를 보호하기 위해 정보를 우월적으로 지배하는 집단에 규제를 가하는 것, 힘의 불균형으로 인해 공정한 계약을 체결하기 곤란한 개인들의 결사를 보호하는 것, 개인들의 능력배양을 위해 교육 등 제반의 지원을 하는 것 등은 인간의 자율 및 존엄을 보장하기 위해서도 필요하고 또 바람직한 개입이라고 할 것이다.³⁵⁾

(2) 사적 자치의 법적 정당성

우리 헌법이 보장하는 기본권을 세밀히 살펴 보면, 사적 자치의 실현을 보장할 의무가 국가에게 있음을 잘 알 수 있다. 신체의 자유(헌법 제12조), 거주·이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판·집회·결사의 자유(제21조), 학문·예술의 자유(제22조) 등은 인간의 자율성의 실현을 위한 가장 중요한 수단인 활동의 자유의 대표적인 예를 열거하는 것이다. 교육받을 권리(제31조), 근로의 권리(제32조)는 인간의 자아전개를 위한 가장 중요한 조건이라는 점에서 사적 자치와 불가분적 관계가 있다. 평등권(제11조), 재산권의 보장(제23조), 국민의 자유와 권리의 존중 및 기본권제한의 한계를 정한 헌법 제37조는 인간을 수단 아닌 목적으로 대우할 의무가 있음을 선언하는 것이기도 하다. 한편 사회보장, 혼인과 가족생활보장 등의 헌법규정들은 인간의 자율성 실현의 조건을 향상시키기 위한 제반의 조치를 국가의 의무로 규정한 것이다. 나아가 헌법에 열거된 기본권은 아니지만, 인간의 자율성과 존엄성, 이에 기초한 각 개인의 자유로운 인격전개와 실현가능성을 국가가 침해해서 안 되며 오히려 이를 보장할 의무가 있음을 헌법 제10조는 선언하고 있다. 달리 말하면 우리 헌법은 시민생활에서의 사적 자치의 보장을 국가의 존재이유 중 가장 중요한 것의 하나로 삼고 있다고 할 것이다.³⁶⁾

³⁵⁾ Nino(위 註 32), p.186에서는 이를 평등주의적 자유주의(egalitarian liberalism)라고 한다.

3. 사적 자치와 국가의 권력작용 간의 관계

(1) 사적 자치 영역에 대한 국가의 권력작용에서 준수할 원칙

우리의 헌법이 사적 자치의 보장과 존중을 국가의 의무로 확인하고 있기 때문에, 입법, 행정, 사법의 권력작용은 사적 자치를 존중하고 강화하는 방향으로 행사되어야 할 것이다. 국가의 권력작용이 사적 자치의 유지, 강화를 위한 내용일 때에는 문제가 없지만, 이와 달리 일정 집단에는 이익을, 다른 집단에는 불이익을 주는 내용이거나 사적 자치를 제한하려는 것일 때에는 헌법 제37조의 정신을 감안하여 개인의 권리와 자유를 제한하려는 목적이 정당한지, 그 수단이 정당한지를 세심하게 검토하여야 할 것이다. 물론 사적 자치를 제한하는 대다수의 권력작용에는 하나의 올바른 판단이 있을 수 없고, 따라서 입법자의 재량이 있을 수밖에 없을 것이다. 그렇지만 그 재량행사에 있어서도 판단의 근거에 대한 충분한 해명이 있어야만 할 것이고, 그 필연적 전제로서 충분한 숙고가 수반되어야만 할 것이다. 자기의 이름으로 활동을 하더라도 그것이 타인의 계산으로 귀결되는 경우에는 그 활동의 판단에 있어서는 자유가 주어지지 않는다. 그 타인의 청구가 있으면 전말을 보고하여야 하기 때문이다(민법 제683조). 하물며 국민에게서 나온 財源으로써 활동하며, 그 판단의 효과가 국민에게 넓고 깊게 미치는 국가의 권력작용에 있어서는 타인을 위해 활동하는 私인에게 요구되는 것보다 훨씬 강화된 숙고와 해명의무가 부과되어야만 할 것이다. 보다 구체적으로 말하자면, 私인의 기본권을 제한하는 입법을 할 때에는 그 제한의 한계가 준수된 것인지를 충분히 숙고하고 이를 납득할 만큼 설명하여야 할 것이고,³⁶⁾ 법률을 적용하는 사법부는 자신의 법률해석이 헌법합치적인지를 검증해야 하고 문언대로 해석할 경우 그 규정이 헌법위반적 결과가 초래된다면 달리 해석할 가능성이 없는지를 신중하게 검토해야만 할 것이다. 법률에 그 구체적 기준을 정하지 않고 행정청에 재량을 부여한 경우라 하더라도 그 처분에 있어서 기본권 제한의 한계를 준수한 것인지 여부를 신중하게 검토하여야만 할 것이다.

36) 양창수, “헌법과 민법”, **민법연구** 제5권, 20면 이하에서 민법을 사회의 기본법이며, 헌법의 존재이유도 사법적 개념·제도를 옹호하는 데에서 찾을 수도 있겠다는 언명은 사적 자치의 도덕적 정당성을 국가가 존중하고 있으며, 또한 그래야 한다는 의미로 이해할 수 있을 것이다.

37) 법률제정 또는 개정에서 대립되는 이익에 대한 형량과 그 판단을 담은 입법이유서를 마련하는 것은 최소한의 요청이다.

(2) 분쟁 예방장치로서의 입법 또는 행정처분에 있어서 준수하여야 할 원칙

가) 사회구성원 간의 외부질서 형성을 통한 간접적 예방적 개입

私法은 사적 자치의 영역에 거래질서의 유지를 위한 경계를 설정함으로써 私인들이 그 테두리 내에서는 자율성과 창의성으로써 자유롭게 활동할 수 있는 공간을 마련해 준다. 그 경계는 침범자에게는 의무를, 피침범자에게는 권리를 부여한 것이기에 분쟁이 발생한 경우 그 경계가 곧 분쟁해결 지침이 된다. 따라서 私法の 질서는 분쟁을 일반적, 간접적으로 예방하는 동시에 그 분쟁을 해결하는 기능을 한다. 한편 정보의 비대칭성이 있는 영역, 공익성이 높은 영역, 약자를 보호할 필요성이 높은 영역, 다수의 이해관계가 걸려 있는 영역에서는 그 경계는 일방에게는 좁게, 타방에게는 넓게 설정될 것이다. 이때 前者에게는 의무가 부과되는 것이므로, 의무부과의 정당성이 있는지, 그 방법은 적절한지 여부를 신중하게 검토해야 할 것이다.

나) 단체 내부 규율을 통한 간접적 예방적 개입

개인들이 조직체를 형성하여 사회활동에 참여하더라도 그 조직체는 위 가)에서 언급한 경계 내에서 활동한다. 그러나 입법자는 조직체 스스로가 예방조치를 취하도록 그 활동의 경계를 설정할 수 있다. 조직체의 규모가 거대하여 외부인과의 사이에서 발생한 분쟁이 심대해질 가능성이 클수록, 그 조직체의 공익성이 강할수록, 이런 예방조치는 정당화될 것이다. 특정 자격을 갖춘 자가 임원이 되도록 하는 것(보험업법 제13조, 신용협동조합법 제28조 등등), 특정 행위를 할 때 이사회 의결을 거치도록 하고, 그렇지 않은 경우 그 행위를 무효로 만드는 것(신용협동조합법 제36조, 사립학교법 제16조), 내부인이 아닌 외부인을 이사에 포함시키는 것(증권거래법 제191조의16), 외부의 감사를 받도록 하는 것 등이 이런 예방조치에 해당될 것이다. 이런 제한 역시 기본권제한의 한계를 준수하여야 하는 것은 말할 것도 없다. 그런데 그 경계설정은 외부에 의한 조직구성의 변경이라는 형식이어서는 안될 것이다. 그런 조치는 조직체의 사적 자치의 본질을 침해하는 것인 반면, 이를 정당화할 만한 공익을 상정하기 어렵고, 더구나 그 목적이 정당하더라도 사적 자치의 본질을 침해하는 방법은 이미 그것으로도 정당성을 상실한 것이기 때문이다. 특히 단체 내부규율을 통한 간접적 예방장치가 아무리 정교하더라도 분쟁이 발생하지 않는 것은 아니라는 것, 분쟁이 발생한 경우 그 경계는 분쟁해결 規準으로 기능하지 않고 단지 분쟁 야기자를 공법적으로 제재하는 規準에 지나지 않는다는 것도 유의해야 한다. 가령 사립학교법 상의 개방형

이사--이하 이를 사외이사라고 보고 대비해 본다--를 재단법인--상장법인만이 아니라 일정 규모 이상의 모든 주식회사라 하자--의 외부에 있는 기관에서 추천한 자 중에서 선택하도록 하는 경우를 상정해 보자. 이를 통해 그 추천기관 자체가 私法的 권리를 가지는 것은 아니고, 이렇게 추천했다 하더라도 예방하고자 하는 분쟁이 발생하지 않는 것은 아니며, 이런 예방장치가 발생한 분쟁의 해결기준을 제공하는 것도 아니며, 그렇다고 추천기관을 제재할 수 있는 가능성도 없다. 그러나 조직체 내부의 권리있는 자--가령 주식회사의 주주 또는 재단법인의 이사--에게 그 권리를 실효성있게 보장하는 예방장치--상법 382조의2, 증권거래법 제191조의17에 따른 집중투표제 또는 재단법인의 이사의 독립성과 관한 강화--는 사정이 다르다. 이로써 권리, 의무관계가 형성되기 때문이다. 따라서 외부에 의한 조직체 내부의 구성에 관여하는 것은 사적 자치의 본질을 침해하는 것이므로, 이를 정당화할 수 있는 공익은 찾아 볼 수 없다고 할 것이다.³⁸⁾

다) 행정청에 의한 직접적 예방적 개입

사법 또는 공법으로써 사적 자치의 영역에 정교한 질서를 부여하더라도 분쟁은 발생하게 되고, 이때에는 司法的 판단이 중궁적 해결로 예정되어 있다. 이는 다시 법질서의 내용을 구체화하기 때문에 일반적, 간접적 예방기능을 하게 된다. 그러나 사적 자치의 영역에 행정청이 직접적으로 개입하는 것이 분쟁의 예방에도움이 될 수 있다. 私權形成的인 행정처분의 영역, 사적 자치를 제한하는 행정처분 등이 그것이다. 행정청에 의한 이런 개입은 구체적인 당해 사안에서 직접적인 예방기능을 하기 때문에 보다 효율적이다.³⁹⁾ 그러나 그 영역의 선정, 개입방

38) 재단법인은 설립자의 설립이념을 집행하는 집행조직으로서 그 법인격이 부여되었다는 점을 유의해야 한다. 재단법인의 집행조직적 성격 때문에, 설립자는 原始 이사를 스스로 선임하며, 이때의 原始 이사는 재단법인의 설립목적에 찬동하고 설립자와 동일한 이념을 가진 자들로 선임되기 마련이다. 그래야만 이들은 설립자가 설정한 설립이념을 구체화하고 지속화시키는 집행조직으로 기능할 수 있기 때문이다. 한편 설립자는 原始 이사가 자신의 이념에 동감하는 자로서, 설립이념을 집행하는 기관이기 때문에 통상 原始 이사로부터 연속하여 현재 이사로 하여금 후임 이사 선임하게 한다. 설립자가 수인을 原始 이사로 선임하는 것은 한편으로는 동일한 이념을 가지더라도 이를 실현하기 위한 방법론적인 차이가 있고, 다른 한편으로는 상호견제를 하게 하는 데 그 목적이 있다. 그럼에도 불구하고 이사의 선임을 정관과 달리 법률로써 외부기관에 맡기게 되면, 그 이사가 전체 이사 중 소수를 점하더라도 그 자체로 적지 않은 문제가 있다. 정관에 반하여 외부기관에 이사선임을 맡기도록 강제하는 것은, 자연인에 비유하자면, 자기 정체성의 분열을 초래하는 것이다.

39) 대판 1987.4.28, 86다카2534(공보 1987년, 887. 사립학교법 관련); 2004.12.15, 2003다 56625(공보 2004년, 339. 신용협동조합법 관련)에서는, 주무관청의 허가를 얻도록 하

법 등의 판단에서는 기본적 제한의 한계를 준수하여야 할 것이다. 또한 입법기술의 미비 등으로 당해 행정처분의 근거법률에서 그 처분의 세부기준을 정하지 않았다 하더라도, 그 규정은 기본권 제한의 한계를 준수한 처분일 것을 전제한 것으로 해석해야 할 것이다. 그 결과 헌법적 기준을 충족하지 못한 기본권 제한으로 귀결되는 행정처분은 위법한 것으로 판단되어야 할 것이다.

III. 몇가지 사례를 통해 본 사적 자치와 공익의 관계

이상의 논의는 추상적이므로, 사적 자치의 제한을 초래하는 몇몇 사례로써 위의 논의를 구체화해 볼 필요가 있다.

1. 민법 제999조 제2항의 상속회복청구권의 제척기간

(1) 2002년 개정되기 전 민법 제999조는 참칭상속인에 의해 상속권이 침해된 경우 상속권자는 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속이 개시된 날로부터 10년을 경과하면 더 이상 상속회복청구권을 행사할 수 없도록 규정하고 있었다. 상속으로 소유권을 취득하였다도 이제 그 소유권에 기한 물권적 청구권도 행사할 수 없다는 것이다.⁴⁰⁾ 그런데 재산법에서는 소유권은 소멸시효에 걸리지 않고, 소유자의 의사에 반해 부동산소유권이 상실될 수 있는 것은 취득시효를 통해서만 가능하도록 하였는데(민법 제245조), 상속회복청구권의 제척기간을 둠으로써 여타의 원인으로 취득한 소유권과 차별하는 것의 정당화근거가 무엇인지가 의문이야 아닐 수 없었다.

는 이유를 재산의 원활한 관리, 유지보호와 재정의 적정화를 기해 그 법인의 건전한 발달을 도모하고 본래 목적 사업에 충실하도록 하기 위한 것이라고 한다. 이런 언급은 마치 공익 관련 규정이 법인 자체의 보호를 목적으로 한 것처럼 읽힐 수도 있으나, 그 법률행위와 직, 간접적으로 관련된 당사자들(신용협동조합의 경우 조합원, 사립학교의 경우 설립이념. 그러나 이 경우 법인만이 권리주체로 당사자성을 가지므로 법인이 될 것이다)을 보호하는 것과 불가분적으로 결합되어 있다. 따라서 분쟁예방적 기능을 할 것이다.

⁴⁰⁾ 대판(전) 1981.1.27, 79다854(집 29-1, 20)는 상속회복청구권의 제척기간이 도과하면, 그것으로 상속인의 소유권에 기한 물권적 청구권도 더 이상 행사할 수 없게 되며, 그로부터 전득한 제3자에 대해서도 마찬가지로 함으로써 그 전까지 분열되었던 대법원 판결을 정리하였다.

(2) 대법원은 상속개시 후 10년의 제척기간으로써 상속재산으로서의 소유권을 상실하게 하는 것의 근거를 “상속재산에 관련된 법률관계의 조속한 안정”, “거래의 안전”이라는 공익에서 찾았다.⁴¹⁾ 그러나 시효제도의 근거도 법률생활의 안정과 평화달성이라는 “공익” 때문인데, “상속재산에 관련된 법률관계의 조속한 안정”, “거래의 안전”이라는 것만으로는 재산법의 시효제도와 차별할 목적상의 정당성을 찾기 어렵다. 가령 부동산 소유권관계의 조속한 안정을 취할 공익은 상속재산에 관한 분쟁 이외에도 얼마든지 있다. 유독 이 경우의 법률관계의 조속한 안정을 도모할 이유는 결국 “家內 분쟁의 조속한 해결”을 통한 “家制度의 안정”에서만 그 차별성을 찾을 수 있을 것이다. 그러나 “家內 분쟁”의 일종인 자녀의 친권자에 대한 권리도 자가 능력자로 된 때로부터 6월 이내에는 소멸시효가 완성되지 않도록 한다는 점(민법 제180조), “법적인 家”의 범위 내에 포함되지 않거나 “법적인 家”의 범위 내에 포함된다고 하더라도 생활상의 가족이 아닌 자도 참칭상속인이 될 수 있기 때문에 “家內 분쟁의 조속한 해결”이 과연 사적 자치의 중핵인 권리자 보호를 방기하면서까지 존중하여야 할 공익인지는 의문이다. 또한 무권리자로부터 부동산을 취득한 여타의 사안에서는 고려하지 않던 “거래의 안전”을 유독 참칭상속인으로부터 부동산을 취득한 사안에서는 시효취득보다 더 강하게 고려하는 것도 문제이다. 헌법재판소가 이를 재산권, 행복추구권, 재판청구권, 평등권을 침해한 위헌규정으로 판단한 것은 지극히 정당하다고 할 것이다.⁴²⁾

(3) 2002년 개정된 민법 제999조 제2항은 상속회복청구권은 상속개시된 날로부터가 아니라 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년의 제척기간에 걸리게 한다. 이로써 상속권자가 불이익을 입는 정도는 상당히 완화되었다. 헌법재판소는 상속제나 상속권의 구체적 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항으로서 원칙적으로 입법형성의 자유에 속한다고 하면서, 개정 민법이 위헌이 아니라고 하였다.⁴³⁾ 그러나 이에 찬성할 수 없다. 첫째, 상속으로 취득한 재산이 무

41) 대판 1994.10.21, 94다18249(공보 1994년, 3072) 참조. 상속회복청구권의 해석은 일본 민법학의 영향을 지대하게 받은 것인데, 일본 민법의 상속회복청구권의 제척기간은 그 정당성을 “家內 분쟁의 조속한 해결”에서 찾고 있었다. 이에 대해서는 제철웅, “상속회복청구권”, **한림법학 포럼** 제6권, 106면 이하 참조.

42) 헌재 2001.7.19, 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2001헌가23(헌공 제59호) 참조. 윤진수, “상속회복청구권의 소멸시효에 관한 구관습의 위헌 여부 및 판례의 소급효”, **비교사법** 제11권 2호, 302면 이하에서는 위 헌법재판소 결정의 결론을 지지하면서도 평등원칙의 위반을 들고 있는 것은 문제라고 지적한다.

상취득이라는 이유로 유상취득과 비교하여 조세부과에서는 차별을 둘 수 있겠지만, 취득한 재산의 보호라는 측면에서 볼 때 상속재산이라는 이유만으로 증여로 취득한 재산과 차별할 이유는 없다. 더 나아가 어떤 연유이든 일단 유효하게 취득한 재산이라면 그 재산에 대한 침해에 대한 보호를 그 취득원인에 따라 여타의 경우와 차별할 이유도 없다. 둘째, 보다 중요한 것은, 상속권의 구체적 내용 중 상속권자의 순위, 법정상속인의 범위, 공동상속의 효과(공유 또는 합유 등), 법정상속과 유언상속의 관계 등 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항이 많지만, 상속으로 취득한 권리의 효력은 입법형성의 자유에 속하지 않는다고 볼 것이다. 다액의 재산을 취득하는 가장 중요한 수단이 상속이라는 것, 정당한 상속을 보장하는 것은 家族의 안정을 유지하는 중요한 한 수단이 된다는 점, 유언의 자유를 제한하면서까지 유류분반환청구권을 인정하는 것도 가족의 안정적인 유지를 위한 목적이 매우 크다는 것 등을 감안하면, 가족의 안정적 유지는 매우 보호가치가 있는 이익이다. 더구나 가족의 안정적 유지를 다양한 방법으로 국가가 보장하는 것은 헌법 제36조 제1항에 기한 국가의 의무이자, 가족 구성원의 기본권이기도 하다. 따라서 상속으로 재산을 취득할 수 있는 권리 그 자체는 입법자의 재량 사항이 아니라, 여타의 재산권에 비해 더 보호가치가 있으면 있었지 약하게 보호할 것은 아니라는 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 상속으로 취득한 권리의 보호를 여타의 재산권에 비해 제한하기 위해서는 헌법 제37조의 기본권제한의 한계가 준수되어야 한다. 셋째, 그렇다면 상속으로 취득한 소유권을 여타의 경우보다 약하게 할 정당한 목적이 있는지가 검토되어야 할 것이다. 상속인이 미성년자일 경우 그 침해가 발생할 가능성이 매우 높고, 참칭상속인은 악의의 무단침탈자--재산법에 따르면 이들은 시효취득도 가능하지 않다. 이 점은 위 II 1. (2) 참조--이거나 중대한 과실이 있는 자들이 일반적일 것이며, 이런 사안에서는 이들의 보호가치는 全無하다. 반면 상속권을 침해당한 미성년자의 경우 권리행사를 할 수 있는 사실상의 가능성이 거의 없을 수 있다는 것, 설사 공동상속인에 의한 침해가 있더라도 家內 질서는 “인간의 존엄과 평등”을 기초로 하여야 한다는 점(헌법 제36조 제1항) 등을 감안하면 상속으로 취득한 소유권의 보호보다 참칭상속인을 더 보호할 공익은

43) 현재 2002.11.28, 2002헌마134(헌공 75) 참조.

44) 독일 기본법이 제14조에서 재산권과 더불어 상속권을 특별히 언급하고 있는 것도 의미할 만하다. 상속권이 개인의 기본권으로서 보호받을 뿐 아니라, 가족보호를 내용으로 하는 同 기본법 제6조에 의해서도 뒷받침된다고 한다. 이에 대해서는 MünchKomm/Leipold, BGB, 5. Buch(3. Aufl.), Einleitung, Rn. 17 a ff. 참조.

없을 것이다. 그렇다면 이로부터 파생하는 거래안전의 보호 역시 다른 경우의 거래안전의 보호에 비해 더 우대할 가치가 없다.

(4) 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 민법 제999조 제2항이 합헌이라고 이해하였다면, 법원은 이 규정을 헌법합치적으로 해석함으로써 기본권제한의 한계를 위반한 입법을 교정하지 못한 헌법재판소의 잘못을 시정해야 할 것이다. 그것은 상속회복청구권과 별도로 소유권에 기한 물권적 청구권의 행사를 긍정함으로써, 서구의 제법에서 이해하는 것과 마찬가지로 상속회복청구권을 상속인보호규정으로 해석하는 것,⁴⁵⁾ 그렇지 않으면 “참칭상속인”의 범위에서 악의자와 중대한 과실로 알지 못한 자를 배제하는 것만이 유일하게 남아 있는 해결방법일 것이다.⁴⁶⁾

2. 친권자의 학교선택권 및 私學의 학생선발권에 대한 제한

(1) 친권은 부모에게 부여된 천부의 권리이자 의무이며, 그 부분권리인 교양권의 핵심내용은 부모가子を 특정 종교관, 세계관, 가치관에 입각하여 교육시키고, 자녀에게 특정의 교육방법에 따른 교육을 하는 학교에 자녀를 보낼 수 있는 권리이다.⁴⁷⁾ 한편 특정 개인 또는 집단은 자신들이 옳다고 믿는 교육목표, 방법에 따라 아동을 교육시키고자 사학을 설립할 수 있다. 우리 헌법에는 독일 기본법 제7조 제4항과 같은 규정은 없지만, 설립자가 재산을 출연하여 사립학교를 설립하고, 그 설립취지에 맞게 사립학교를 운영할 자유는 헌법상 보장되는 기본권이라고 한다. 특히 사립학교는 독자의 교육목적을 실현하기 위해 독자의 교육방법

45) 상속회복청구권을 이와 같이 해석하여야 한다는 것으로는 제철웅(위 註 41), 116면 이하 참조.

46) 윤진수(위 註 42), 306면도 이런 입장으로 보인다. 한편 동소에서는 자신이 상속인이 아님을 잘 알고 있으면서도 상속인이라고 칭하거나 또한 그러한 자에게 상속권이 있다고 믿을 만한 합리적 사유가 없음에도 상속인이라 칭하는 자는 상속회복청구권에서의 참칭상속인에 해당되지 않는다고 한 일본 최고재판소 1978(소화 53).12.30, 大法廷 판결의 다수의견을 소개하면서, 우리 법의 해석으로는 과실있는 참칭상속인에까지 확장할 수는 없을 것이라고 한다. 윤진수, “상속법 개정안의 과제와 문제점”, **인권과정의** 1998년 9월호, 14면에서는, 입법론적으로는 상속회복청구권의 제척기간 규정을 폐지하는 것이 낫다고 주장한다.

47) 물론 이런 교양권에는 제한이 있을 수 있다. 가령 부모가 자녀를 특정의 종교학교에 보내거나 특정의 세계관에 입각한 학교에 보냈지만, 자녀가 그 학교에 다니기를 원하지 않을 경우, 부모는 특정 교육과정을 진행하는 학교 또는 특정 직업을 준비하기 위한 학교에 자녀를 보내고 싶은데, 자녀는 이를 원하지 않는 경우 등에서 문제가 된다. 이런 문제의 처리에 관하여는 제철웅(위 註 9), 130-133면 참조.

과 교육조직을 통해 이를 실현하는 것이기 때문에 사립학교의 운영의 독자성은 사학의 자유라는 기본권을 보장함에 있어서 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요소이다. 이런 기본권은 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 한 내용을 이루는 “일반적인 행동의 자유권”, “모든 국민의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항” 그리고 “교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제3항”에 의해 인정되는 기본권이다.⁴⁸⁾ 그런데 행정청은 정규 중등학교에 평준화정책을 시행함으로써 학부모의 자녀를 위한 학교선택권을 제한하고, 私學의 기본권의 본질적 내용인 학생선발권을 박탈하고 있다.⁴⁹⁾ 뿐만 아니라 얼마 전 서울시교육청은 종교사립학교에서의 종교교육을 제한하는 지침을 내려 보내 논란이 일었던 적이 있다.⁵⁰⁾ 행정청에 의한 이런 정책은 적법한가?

(2) 교육기본법 및 초·중등교육법에서는 평준화정책의 시행을 직접 규정하지는 않지만, 초·중등교육법 제43조 제2항 및 제47조 제2항에서 중학교 및 고등학교의 입학방법과 전형에 관하여는 대통령령으로 정하도록 하며, 同法 시행령 제68조는 중등학교의 평준화를, 시행령 제77조는 교육감의 승인으로 학교장이 입학전형을 실시할 권한이 있도록 하지만(제1항), 제2항은 교육인적자원부령에서 정한 지역에서는 교육감이 이를 정할 수 있도록 한다. 그 결과 “교육감이 고등학교의 입학전형을 실시하는 지역에만 한하여”에서 정한 서울특별시, 광역시 등에서는 평준화정책에 따라 고등학교의 입학에 정하고 있다. 즉 이들 지역의 학부모의 학교선택권과 私學의 학생선발권도 없어지게 된다. 과연 초·중등교육법 제43조 제2항, 제47조 제2항이 행정청에게 이런 정도의 재량권을 부여한 것으로 이해해야 하는가? 同法 시행령 제77조 제2항에 기초한 위 규칙은 적법한 것인가? 헌법재판소는 거주지를 기준으로 한 중·고등학교의 입학에 제한하는 것이 헌법에 위

48) 현재 2001.1.18, 99헌바63(헌공 53)참조.

49) 사학의 기본권은 학생선발의 자유, 교육방법의 자유, 교사선발의 자유를 그 핵심으로 한다. 법률에 의한 학생배정은 그 기본권의 본질적 침해인 것이다. 물론 그 기본권은 제한될 수 있는데, 가령 독일은 이미 기본법 제7조 제3항에서 부모의 資力에 따른 차별적 입학에 금지한다. 학생선발권의 보장과 제한에 대해서는 hrsg. J. P. Vogel/H. Knudsen, *Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft*, 2. Teil, 22.7 참조.

50) 교육기본법 제6조 제2항은 “국가 및 지방자치단체가 설립한 학교에서는 특정한 종교를 위한 종교교육을 실시하여서는 아니된다”는 규정을 두지만, 종교사학에는 이런 규정이 없고, 오히려 동법 제25조에서 사학의 육성에 관한 규정만을 두고 있다.

반하는지 여부를 검토하면서 그 제한이 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 지킨 것으로 판단하였다.⁵¹⁾ 헌법재판소는 과열 입시경쟁으로 인한 과외교육의 만연과 학부모의 과외교육비용의 과다한 지출, 학생들의 신체적·정신적 발달의 저하, 재수생 양산의 사회문제 등을 방지하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 있다고 보았다. 입법수단의 정당성이라는 점에서도 중·고등학교의 입시제도는 입법권자에게 광범위한 재량권이 요구되는 분야이므로 특정지역 또는 특정학교에 한하여 거주지 제한없이 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 兩者를 병합한 방법에 의해 고등학교를 선택할 수 있게 하고, 나머지 지역은 거주지를 기준으로 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 兩者를 병합한 방법으로 고등학교를 선택하게 하는 것은 그 재량권의 범위 내에 속한다고 판단하였다. 그러나 헌법재판소가 들고 있는 평준화정책의 입법목적인 과열 입시경쟁으로 인한 과외교육의 만연으로 인한 학교교육의 비정상화, 학부모의 과외교육비용의 과다한 지출, 학생들의 신체적·정신적 발달의 저해, 재수생으로 인한 사회문제 등은 적어도 현재에는 그 기초에 변화가 발생하였다. 과열 입시경쟁은 없지만, 과외교육의 만연과 과외교육비 지출의 비상한 급증, 학교교육의 심각한 비정상화는 평준화정책의 지속화 이후 더 심화되었다. 평준화정책의 정당성은, 다양한 계층, 다양한 가치관, 종교관을 가진 집단으로 구성된 사회를 통합적으로 유지하기 위해서는 그 구성원의 성장과정에서 상호를 이해하면서 성장할 수 있는 공간이 마련되어야 하고, 학교가 가장 중요한 공간이라는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 부모들의 경제수준이 향상되고 자녀 교육에 대한 욕구도 매우 다양해졌으며, 세계적 차원에서의 격화된 경쟁에서는 다양하고 창의성있는 인재의 양성이 국가적으로도 매우 중요하다는 점을 감안한다면, 오늘날에는 헌법재판소가 들고 있는 입법목적의 정당성은 사라졌다.

(3) 학부모의 학교선택권을 제한하고 私學의 학생선발권을 박탈하는 평준화정책, 특히 초·중등교육법 제43조, 제47조, 同法 시행령 제68조, 제77조 및 이에 기초한 교육인적자원부령은 그렇다고 위헌은 아니며, 현재에도 이를 유지할 정당한 이유가 있을 것이다. 첫째, 국·공립학교의 경우 특수한 목적을 위한 학교가 아닌 이상 학교에서 학생선발권을 가지는 것이 오히려 위헌적일 수 있다. 국·공립학교의 경우 학령에 달하고 중등교육을 받을 수 있는 일정 자격요건을 갖춘

⁵¹⁾ 헌재 1995.2.23, 91헌마204(판례집 7-1, 267) 참조.

자는 누구든지 입학할 수 있도록 해야만 평등권을 침해하지 않게 될 것이다. 물론 정원에 의해 모두를 수용할 수 없을 경우 선발기준이 있어야만 할 것이지만, 성적만을 기준으로 해서는 안 될 것이고 다른 기준이 포함되어야만 할 것이며, 그 점에서 선발기준에 대한 입법자의 형성의 자유는 광범위할 수 있다.⁵²⁾ 그러나 私學은 사정이 다르다. 즉 학생선발권은 私學의 기본권의 본질적 요소이므로, 이를 위 (2)에서 언급한 이유로써 제한하는 것은 더 이상 정당하지 않다. 따라서 私學에 학생선발권을 돌려줌으로써 학부모의 학교선택권도 비로소 완전하게 회복될 것이다. 둘째, 그러나 소수를 제외하고 다수의 私學은 다양하고 창의로운 독자의 교육방법을 가지고 운영되지 못하고 있는 것도 현실이다. 근대교육의 역사가 짧은 탓도 있겠지만, 1961년 군사정권의 등장 직후 제정된 교육에관한임시특례법, 이를 이어받아 1963년 6월 26일 군사정부의 최고회의가 제정한 사립학교법, 1980년 12.12. 군사반란으로 집권한 군사정권의 국가보위입법회의가 1981년 2월 28일 개정한 사립학교법으로 인해 私學의 자율권은 심대하게 박탈되었으며, 점차적으로 확대 실시된 평준화정책과 더불어 다수의 私學은 독자의 교육방법을 개발할 여력을 상실한 듯이 보인다. 또한 私學과 국·공립 간에 납입금에서의 차이를 두지 않으면서, 학교재정의 주된 수입원인 납입금, 수수료, 기부금 등으로부터는 학교법인의 운영경비도 사용하지 못하게 막고, 별도의 수익사업을 하여 그 수익 중 80%를 교비회계에 전입시킨 후 나머지로 학교법인의 운영경비로 충당하게 함으로써 일부 私學 경영진들은 위법행위를 할 유혹을 받게 되었고, 이것이 다시 私學에 대한 사회의 불신을 낳게 되었다. 이에 더하여 평준화주의 이념을 가진 집단에 의한 私學의 사실상의否定을 위한 입법운동으로 私學이 성장할 수 있는 토대가 거의 메말랐다고 해도 과언이 아니다. 즉 학생선발권을 돌려줌으로써 私學을 보호할 필요성이 절실하지 않다는 것이다. 셋째, 私學에 학생선발권을 전면적으로 반환하는 것은 다양성이 결핍되었음에도 불구하고 소수의 私學에 과다하게 학생들이 집중되게 하여 혼란이 가중될 수 있다. 이런 혼란보다는 질서정연함의 이익이 더 클 수도 있다. 즉 현재의 상태는 종식되어야 할 잠정적 상태이며, 평준화정책을 私學에 강요하는 현실의 질서정연한 해체를 시도해야 할 때라는 것이다. 그렇다면 행정청은 私學의 다양성과 자율성을 강화하기 위한 지원정책을 지속하는 한편, 소위 자립형사립학교의 범위를 점차 확대해 나가 중국

52) 물론 국공립 대학의 학생선발권은 헌법 제31조 제4항에 의한 대학의 자유로 인해 사정이 다를 것이다. 이는 논외로 한다.

적으로 私學의 학생선발권을 보장함으로써 학부모의 학교선택권을 완전히 회복시켜 줄 수 있을 것이다. 이와 같은 조치를 취하지 않으면 않을수록 위 법규정의 위헌가능성은 더욱 높아질 수밖에 없을 것이다.

3. 법인의 설립 및 활동의 영역에 대한 공법적 개입

(1) 법인의 설립과 주무관청의 허가

가) 인간은 다양한 영역에서의 삶을 영위하는데, 그 중 일부 영역에서의 목표를 실현하기 위해 타인과 결합하여 단체를 구성하기도 하며, 재산을 출연하기도 한다. 이처럼 단체 또는 재단을 통한 삶의 영위는 우리 생활에 필수불가결한 것이며, 헌법 제21조도 결사의 자유, 헌법 제10조의 일반적 활동의 자유, 기타 열거된 기본권을 통하여 이런 욕구를 보장하고 있다. 그런데 민법은 비영리법인의 설립요건으로 법인설립행위와 주무관청의 허가, 그리고 등기를 요구한다(민법 제32조, 제33조). 즉 법인의 설립 단계에서 행정청의 관여가 예정되어 있다. 법인설립의 단계에서 행정청이 관여하는 근거가 무엇인지, 행정청은 어떤 범위의 권한으로써 관여할 수 있는가?

나) 대법원⁵³⁾은 “현행 법령상 비영리법인의 설립허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니하므로, 비영리법인의 설립허가를 할 것인지 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다”고 본다. 다만 “주무관청의 법인설립 불허가처분에 사실의 기초를 결여하였는지 또는 사회관념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고, 주무관청이 그와 같은 결론에 이르게 된 판단과정에 일응의 합리성이 있음을 부정할 수 없는 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 불허가처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없다”고 한다. 그러나 이런 판단에는 여러 가지 의문이 제기된다. 첫째, 법인을 결성하는 이유는 학술, 종교, 자선, 기예, 사교, 친목 등 다종다양한 목적의 수행을 지속적이고 안정적으로 하기 위한 것이다. 즉 법인결성의 목적은 존엄하고 가치있는 인간이 향유하는 일반적 활동의 자유의 구체화이고, 사단은 헌법 제21조에서도 아울러 보장되기도 한다. 이를 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항의 요건 하에서만 가능할 것이다. 법인설립의 목적이 국가안전보장을 침해한다든지, 공공복리를 위태롭게 한다든지, 사회질서의 교란을 목적으로 하는 것이 아닌 한, 이

⁵³⁾ 가령 대판 1996.9.10, 95누18437(공보 1996년, 3041) 참조.

를 막을 이유가 없다는 것이다. 둘째, 활동의 방법에 있어서 개인적으로 하는 것은 허용되지만, 단체를 결성해서 하는 것은 행정부의 재량권 범위 내에 있다고 볼 수도 없다. 인격 전개와 실현의 한 내용으로써 특정 목적의 활동을 하기 위해 타인과 결합하는 것이 헌법상 보장되는 한, 그것의 구체화인 민법상의 사단법인 및 재단법인의 설립은 그 설립자가 헌법상의 기본권을 행사하는 것이며, 그 설립 불허가처분은 학술, 종교, 예술의 자유 등의 기본권을 침해하는 것이자, 일반적 활동의 자유권, 행복추구권을 침해하는 것이다. 따라서 그 침해가 정당화되기 위해서는 당해 불허가처분이 헌법 제37조 제2항의 요건에 부합되어야 한다.

다) 따라서 민법 제32조의 “주무관청의 설립 허가”를 행정청에 재량행위를 할 수 있도록 한 것이라고 이해해서는 안 될 것이다. 이렇게 이해한다면, 이 규정은 위헌일 것이다. 민법 제32조를 헌법합치적으로 운영하기 위해서는 이 규정을 다음과 같이 이해해야 할 것이다. 첫째, 법인은 특정 목적의 지속적, 안정적 수행을 목적으로 하는 것인데, 그 활동에 있어서 대외적, 대내적으로 다양한 분쟁이 발생할 수 있고, 이를 예방하기 위한 국가의 개입이 필요하다. 이런 이유로 내부적 규율장치로서의 정관을 법인설립자로 하여금 미리 작성하도록 하고(민법 제40조, 제43조 등), 법인의 대내외적 활동에 관하여 질서를 부여한다(민법 제1편 제3장의 다수의 규정). 둘째, 그런데 영리활동이 중심인 사회에서는 비영리의 목적을 위한 타인과의 결합을 충분한 숙고 없이 결단할 수 있다. 그럼에도 불구하고 법인이 성립되면 필연적으로 다양한 경제활동을 하며, 그 결합목적의 범위가 넓고 재산규모가 커질수록 대외적으로만이 아니라 내부적으로도 분쟁이 발생할 개연성이 높다. 일반적, 간접적 예방장치만으로는 이미 발생한 분쟁으로 인해 내부 구성원 또는 제3자가 입은 손해를 전보하기에 불충분할 수 있다. 분쟁에 휘말린 사람들의 범위와 피해 정도가 클수록, 구체적, 직접적 예방의 필요성이 높을 것이며, 이런 예방에 적합한 국가권력이 곧 행정청이다. 민법 제32조의 “주무관청의 허가”를 이런 예방장치로 이해할 수 있을 것이다. 셋째, 그렇다면 민법 제32조의 “허가”는 행정청으로 하여금 법인설립자가 민법에서 요구하는 설립 요건을 다 갖추었는지, 법인 설립의 목적 자체가 공공복리를 위태롭게 하는 것은 아닌지, 그 목적 수행을 위한 재원조달의 수단을 규정하고 있는지,⁵⁴⁾ 사원 평등을 부당하게 침해하거나 기관의 책임을 부당하게 감축시키는 규정을 두지는 않았는지,

⁵⁴⁾ 현실적으로 마련되어 있어야 할 필요성은 없을 것이다. 사단의 경우 회비로써 충당할 수 있다면 이를 규정한 것으로 충분할 것이다.

법적 자격없는 자가 임원으로 선임되지 않는지 등을 심사할 권한을 위임한 것으로 해석해야 할 것이다. 또한 법인의 목적, 규모, 종류가 매우 다양한데 반해 그 판단기준을 세부적으로 정할 입법기술의 미발달로 인해 막연히 “허가”라고만 규정했다고 해석해야 할 것이다. 따라서 불허가 처분은 헌법 제37조 제2항의 요건을 준수한 것일 때에만 가능할 것이다. 이 요건을 충족하지 못할 경우 설립자는 불허가처분취소소송을 통한 구제가 주어진다고 이해해야 할 것이다. 이렇게 이해할 때에만 민법 제32조의 헌법합치적인 해석이 가능할 것이다.

(2) 법인의 일상적 활동과 주무관청의 감독권

가) 자연인, 법인 모두 대외활동에 있어서 다양한 공법적 규제를 받는다. 그런데 자연인과 달리 법인의 경우 행정청은 대외활동 직전의 단계인 법인의 내부활동에 대해서도 관여한다. 주무관청이 법인의 사무를 검사, 감독할 수 있기 때문이다(민법 제37조). 그러나 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 주무관청으로 하여금 임원의 취임을 승인하도록 정관에서 규정한 경우 임원의 취임승인은 주무관청의 재량행위인가? 대법원은 이에 대한 “행정청의 승인행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 인가행위 또는 인가거부행위는 공법상의 행정처분으로서, 그 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항이라고 할 것이고, 재단법원의 임원취임 승인신청에 대하여 주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다”라고 한다.⁵⁵⁾ 둘째, 공익법인의설립·운영에관한법률 제14조 제2항 또는 사립학교법 제20조의2에 의한 임원취임승인취소도 재량행위인가? 대법원은 이를 재량행위로 보고, 재량권의 한계를 일탈한 경우 비로소 그 처분을 취소할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾ 셋째, 법인의 정관변경에 대한 주무관청의 허가 역시 재량행위인가? 대법원은 이를 긍정하고 있다.⁵⁷⁾ 넷째, 사립학교법 제28조에서 정한 ‘의무부담행위’에 대해서는 관할청의 허가를 받도록 하고 있다. 이런 ‘허가’도 법인설립허가에서의 재량행위처럼, ‘그 처분에 사실의 기초를 결여하였는지 또는 사회관념상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고, 주무관청이 그와 같은 결론에 이르게 된

⁵⁵⁾ 대판 1995.7.25, 95누2883(공보 1995년, 2996); 대판 2001.1.28, 98두16996(공보 2000년, 601) 참조.

⁵⁶⁾ 대판 2003.5.30, 2002두11073(공보 2003년, 1470) 참조.

⁵⁷⁾ 대판 1995.7.25, 95누2883(공보 1995년, 2996); 대판 2000.1.28, 98두16996(공보 2000년, 601) 등 참조.

판단과정에 일응의 합리성이 있다'면 적법한 것인가?

나) 잠시 독일의 예를 살펴 보는 것이 유익할 수 있다. 독일에서의 社團은 기본법 제9조에 결사의 자유가 보장됨으로써 행정청이 일상활동에 대해 감독권을 행사하는 것은 더 이상 존재하지 않게 되었다.⁵⁸⁾ 그러나 이에 반하여 재단법인에 대해서는 행정청이 행정처분으로써 그 활동을 감독한다. 그러나 재단법인에 대한 행정청의 감독권⁵⁹⁾은 재량감독이 아닌 법적 감독으로 이해되고 있다. 그 轉機는 1972년의 독일 연방행정법원의 판결(BVerwGE 40, 347)이다.⁶⁰⁾ 연방행정법원은 재단법인 역시 독일 기본법 제2조 제1항의 그 인격의 자유로운 전개의 기본권, 따라서 일반적 활동의 자유권을 가진다는 것을 전제하면서,⁶¹⁾ 재단법인에 대한 국가의 감독권은 재단법인의 기본권을 침해해서는 안 되며, 그 행위의 자유를 제한함에 있어서도 재단법인의 사무가 법률과 재단법인의 정관에 일치하여 이루어 질 수 있도록 보장하는 데에 필요한 한도에서만 허용될 수 있다고 보았다. 달리 말하면 국가가 재단법인을 감독하도록 규정한 것은 재단법인의 기관이 재단법인

58) 독일 기본법 제9조 제2항의 금지되는 사단의 경우 행정처분에 의한 명시적 확인이 필요하다고 하며(BVerwGE 4, 188), 그 후 기본법 제9조 제2항의 실행절차법으로서 단체법(Vereinsgesetz)을 제정하였다고 한다. 이에 대해서는 Staudinger/G. Weick, BGB, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 21 ff. Rn. 4 참조.

59) 독일 민법에는 재단법인의 감독에 관한 규정이 없다. 물론 독일 민법의 입법자가 국가의 재단감독에 관한 것을 규정하지 않으려 하였던 것은 아니다. 민법 제정 당시 입법권한은 私法에 한정되었는데, 당시의 재단법인이 공법의 규율대상인지 사법의 규율대상인지에 관하여 통일된 법상태에 있지 않았기 때문에 이를 민법전에 규정하지 않았다. 이에 대해서는 Liermann, *Geschichte des Stiftungsrechts*, 7. Kapitel을 참조. 오늘날에는 재단법인에 대한 공법적 규율은 각 주의 재단법인법에 의해 규율된다.

60) 원고 재단법인의 감사회--정관에 따르면 그 기관으로 학교이사회와 감사회(Kuratorium)가 있는데, 감사회는 학교이사회 구성원을 선임하고, 이사회 구성원과의 법률행위를 할 때 법인을 대표하는 기관이다--는 보조참가인을 학교 이사회의 이사장(교장격)으로 선임하면서 그와 체결한 선임계약의 認可를 오버바이에른 州정부에 신청하였다. 그러나 州 정부는 보조참가인에게 인정한 급여가 검직수당을 포함하여 공무원 A 15 그룹의 급여액을 초과한다는 이유로 선임계약의 인가를 거부하였다. 州 정부는 인가거부의 이유로, 재단법인 운영에서 준수하여야 할 절약원칙(Sparsamkeitsprinzip)에 위반한 것이며, 위 재단법인은 州 정부로부터 상당한 액수의 경상경비의 재정지원을 받기 때문에 계속하여 존속할 수 있는데, 보조참가인에게 지급하기로 한 높은 급여는 비교 가능한 공립학교의 보수체계로부터 상당히 벗어난 것이어서 그 선임계약을 인정할 수 없다고 하여 임용계약인가불허가처분을 하였다. 연방행정법원은 오버바이에른 州 정부의 인가거부처분의 취소를 명하였다.

61) 이미 이것은 연방헌법재판소가 일찍부터 인정하고 있던 것이었다. 가령 BVerfGE 10, 89(99); 10, 221(225); 19, 206(215); 20, 323(336); 23, 12(30); 29, 260, 265 f. 참조.

의 정관에 구체화되어 있는 설립자의 의사에 反하여 자신의 활동의 자유를 행사하지 않도록 하는 공익목적 때문이라는 것이다. 그런데 “재단법인의 보호”라는 공익을 빌미로 감독청의 판단--재단법인에 더 유익하다는 구실로써--으로써 재단법인 기관의 판단을 대체해서는 안 된다고 한다. 공익재단법이라고 해서 달리 취급할 이유는 없다는 것이다. “재단법인의 감독이 재단법인의 기본권을 침해하지 않도록 하기 위해서는 재단법인의 설립자가 부여한 과제를 이행함에 있어서 재단법인의 보호(기관 자체로부터 재단법인을 보호하는 것을 포함하여)에 기여하는 것이어야 하기 때문에, 재단법인의 설립목적 그 자체로부터 도출되지 않는 공익은 판단기준이 되어서는 안된다. 재단법인의 기관이 그 활동에 있어서 재단법인의 목적에 충실한지 여부의 심사에 있어서, 재단법인 감독청은 재단법인 기관의 재량을 대신하여 자신의 재량으로 대체해서는 안된다. 옳다고 판단되는 길을 선택하는 것은 재단법인 기관의 과제이며, 그 결과에 대해 책임을 지는 것도 그 기관”이라는 것이다.

다) 우리 민법 제37조의 주무관청의 감독의 이해에서도 이와 다를 바 없다고 할 것이다. 사단법인이든 재단법인이든 그것은 인간이 삶의 목표를 추구하는 수단 내지 형식으로 선택한 것이고, 이를 통해 인격의 실현을 도모하는 것이므로, 법인도 자연인과 마찬가지로의 일반적 활동의 자유를 비롯하여, 그 성질에 반하지 않는 제반의 기본권을 향유하는 것은 자명한 이치이다. 그렇다고 해서 법인의 내부활동에 대한 행정청의 감독이 불필요하지는 않다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 자연인이 공익 관련규정을 위반하면 손해배상책임을 지거나 공법상의 제재를 받을 수 있다. 이런 제재는 그 자연인으로 하여금 자기반성을 하게 하므로 그것으로 충분하다. 그러나 법인의 목적이 공익적일수록, 그 활동범위가 광범위할수록, 그 규모가 클수록 공익 관련 규정의 위반으로 인한 피해가 넓고 클 수 있다. 이런 이유 때문에 일반적, 간접적 예방조치만이 아니라, 구체적, 직접적 예방조치가 필요할 수 있다. 여기에 적합한 국가권력이 행정청이다. 둘째, 사단법인에 비해 재단법인에 대한 감독은 여기에 추가하여, 그 기관이 설립자의 의사를 올바르게 집행하는지를 감시할 공익이 있다. 즉 재단법인 설립자의 의사실현의 보장이 곧 공익인 것이다. 이런 두 가지 이유 때문에 행정청에 의한 내부활동에 대한 감독이 정당화될 수 있다. 그러나 이런 예방적 활동으로서의 감독권은 법인의 기본권인 일반적 활동의 자유를 제한하므로, 그 제한이 정당해지기 위해서는 헌법 제 37조 제2항의 요건을 충족하여야 한다. 감독대상이라는 면에서는 그것은 위법 또

는 정관규정에의 위반과 관련된 것에 한정되어야 한다. 가령 자격없는 임원을 선임하는 것은 아닌지, 정관변경 또는 특정거래의 인가에 있어서는 이를 위한 결의가 사원의 권리 또는 설립자의 설립의사를 위법하게 침해하는 것은 아닌지 등에 한정되어야 하고, 법률 또는 정관 규정에 위반이 없으면 인가를 거부해서는 안 될 것이다. 감독권 행사의 일환으로 임원취임승인을 취소하는 것 역시 중대한 위법이 있거나 정관규정을 위반한 행위가 있을 때, 당해 사유가 있는 자에 한정하여, 내부적, 자율적 문제해결이 되지 않을 때 비로소 가능하다고 해석하여야 할 것이다. 그 밖의 일상적인 감독에 있어서는 의심할만한 중대한 사유가 있지 않는 한, 자료의 제공, 조사 등을 요구해서는 안 될 것이다. 민법 제37조를 이렇게 해석하지 않는 한 민법 제37조는 위헌규정이라고 하지 않을 수 없다. 민법 제37조를 위헌규정이라고 이해하지 않기 위해서는, 법인 자체의 보호와 제3자(사원 및 제3자)의 보호를 위해 행정청의 직접적인 예방조치가 필요하지만, 그 감독권한의 세부내용을 입법할 능력이 부족하였기 때문에 이를 막연히 감독이라고 표현한 것이고, 입법자는 행정청에게 헌법 제37조를 준수한 감독권을 행사할 권한을 위임한 것으로 해석해야 할 것이다.⁶²⁾ 그 점에서 대법원이 주무관청의 감독권을 재량행위라고 해석하는 것은 잘못된 것이다.

IV. 결론

오늘날에는 두 흐름이 기묘하게 결합될 조건이 충분히 마련되었다. 인류의 역사는 인간 삶의 가장 큰 행복이 이타주의의 실천에 있음을 가르쳐 왔고, 그 신봉자는 점차 늘고 있다. 그러나 이런 삶의 목적이 나의 인격의 완성, 즉 자아의 실현에 있지 않고, 타인의 변화를 목적으로 하는 것은 이타주의를 假裝한 또 다른 모습의 이기주의이며, 타인을 자기 목적을 달성하기 위한 수단으로 삼는 것에 지

62) 양창수, “의무의 부담에 관할청의 허가를 요하는 법규정에 대하여”, **민법연구** 제5권, 374면에서는, 사립학교법 제28조 제1항은 위헌적 규정이라고 하면서, 위헌규정을 헌법 합치적으로 해석하기 위해서는 同條의 “의무의 부담”을 그 뒤의 “권리의 포기”와 병행하여 해석하여 무상의 의무부담을 가리킨다고 해석하는 것만이 유일한 방도라고 한다. 그 밖의 경우에도 허가가 있어야만 하고, 그렇지 않을 경우 이를 무효로 하는 것은 법인의 활동의 자유를 위헌적으로 제한하는 것이라고 본다.

나지 않을 것이다. 한편 소비능력의 향상은 사회 구성원으로 하여금 노동에서의 해방을 만끽하게 하고, 거기서 향유하는, 구속으로부터의 해방이라는 의미에서의 자유는 더 많은 소비욕구를 자극하게 되고, 다수의 사회구성원들은 손쉽게 “자본” 제일주의로 나아가게 된다.⁶³⁾ 이는 소비능력과 그 기회의 확대를 요구하면서, 개인의 책임과 타인 존중의 관점을 잃기 쉽다. 쉽게 결합되기 어려운 이 兩者가 우연적 조건 하에서 결합되면 그 파장은 간단하지 않다. 즉 상대적 소수인 가진 자를 수단으로 해서 다수의 욕구충족을 “공익”이라는 이름 하에 정당화하고자 한다는 것이다. 이 兩者가 결합한 시점에서는 공익의 내용과 범위를 둘러싼 사회의 갈등이 고조될 수 있다. 前者가 도덕적 정당성을 배경으로 그 목소리를 높이기 때문이다. 더구나 오늘날의 시대환경은 사적 자치의 영역에 대한 공익 목적의 다양하고 광범위한 개입을 더욱 더 필요하게 만들기 때문이다. 인간을 수단으로 삼는 향락산업, 사행산업이 시민들의 말초적 욕구를 자극하고, 더 많은 소비욕구를 충족시키기 위해 투기적인 활동의 유혹이 클 때라는 것이다. 물론 이에 대해서는 강력한 국가의 개입이 사적 자치의 이념에 반하지 않고, 오히려 부합할 수 있다. 즉 사적 자치와 시장의 위임은 동일하지 않다는 것이다. 그러나 공익 목적의 국가 개입이 사적 자치를 보장하고 강화하는 것과 배치되어서는 안될 것이다. 어느 누구도 타인을 수단으로 삼을 수 없고, 인간 그 자체를 목적으로 취급하여야 한다는 것은 몇몇 철학자의 이야기가 아닌, 인류의 정신적 지도자인 수많은 聖者들이 설파한 공통적 규범이었으며, 이와 다르지 않는 사적 자치는 한 순간도 포기할 수 없는 최고의 가치이기 때문이다. 이런 사적 자치의 이념을 강조하고 수호하기 위한 학문적 노력은 비단 私法學者만의 과제는 아니다. 우리 헌법 제10조는 사적 자치의 존중과 강화를 의식적으로 개인의 법적 권리로서 수용하였으므로, 그 존중은 국가의 가장 중요한 의무이기도 하다. 국가의 권력작용의 규범을 연구하고 그 방향을 제시하는 공법학자들이 사적 자치를 지키고 강화하는 또 하나의 보루여야 할 것이다.

주제어: 사적 자치, 공공복리, 공익, 기본권제한의 한계

63) 소비자사회와 자유의 관계에 대해서는 지그문트 바우만/문성원 역, **자유**, 이후 출판사, 2002년 참조.

<Zusammenfassung>

Die Korrelation zwischen der privaten Autonomie und dem öffentlichen Interesse

Je, Cheol-Ung*

Nicht nur für das Zivilrecht sondern auch für das öffentliche Recht ist es sehr wichtig, wie die Korrelation zwischen der privaten Autonomie und dem öffentlichen Interesse zu verstehen ist. Darüber gibt es nicht geringfügigen Meinungsunterschied zwischen den Rechtswissenschaftler, sogar auch zwischen den Zivilrechtler. Einige Zivilrechtler geben dem öffentliche Interesse oder dem Gemeinwohl den Vorrang vor der privaten Autonomie, aber andere Zivilrechtler räumen zu recht jenem eine subsidiäre Funktion ein. Der Aufsatz veranschaulicht, dass der Unterschied der Meinung zum Unterschied der Interpretation der das Gemeinwohl betreffenden Regelungen führt und dass die Rechtsprechung aber in Richtung der Achtung der Privatautonomie verschiedene gesetzliche Regelungen auslegt. Er vertritt auch, dass die Achtung und die Verstärkung der Privatautonomie eine der wichtigsten Aufgaben des Staats sein sollen, weil dem Staat die Achtung der individuellen Würde und des menschlichen Rechts obliegt(Art. 10 der koreanischen Verfassung). Art 37 der koreanischen Verfassung, der die Pflicht des Staats zur Achtung der individuellen Freiheit und der wie auch immer ungeschriebene Grundrechte und bei Beschränkung der Grundrechte von Gemeinwohls wegen die Grenze vorschreibt, soll also sich steuernde Rolle spielen lassen, wenn der Zivilgesetzgeber die Sphäre der Privatautonomie verengende Gesetze entwerfen, wenn die Behörden durch Verwaltungsakt in diese Sphäre eingreifen, und wenn die Rechtsprechung die subjektiven Rechte berührende gesetzliche Regelungen auslegt. Auf diesem Prinzip

* Prof. Dr. iur., Hanyang University

stehend kritisiert in concreto der Aufsatz das Urteil des Verfassungsgerichts, nach dem die Ausschlußfrist des Erbschaftsanspruchs (§ 999 Abs. 2 des koreanischen BGB) nicht verfassungswidrig sei, die Verordnung des Ausbildungsgesetzes, die nach dem Schulauswahlrecht der Eltern beschränkt und das Recht der Privatschule zur Auswahl der Schüler verneint, und das Urteil des obersten Gerichts, nach dem die Genehmigung der Behörde bei Entstehung der juristische Person und bei Verwaltungsaufsicht ein Ermessensakt sei.

Schlagwörter: Privatautonomie, Gemeinwohl, öffentliches Interesse, Grenze der Beschränkung der Grundrechte