

양창수 교수의 주제발표(헌법과 민법)에 대한 지정토론문

尹 眞 秀*

1. 一般的인 感想

양교수님이 다루신 주제는 저도 평소에 관심을 가지고 있었으나 제대로 정리되지 않은 상태에 있었는데, 양교수님의 발표를 계기로 하여 다시 한 번 생각하여 보게 되었습니다. 여러 가지 면에서 많은 깨우침을 받았으나, 지정토론자의 입장에서 굳이 문제 제기를 하여 보겠습니다.

2. 民法과 憲法の 관계에 대하여

기본적으로는 말한다면, 민법을 ‘사회의 기본법’이라고 말할 수 있다는 데 대하여는 별다른 이의가 없습니다. 나아가 “민법 또는 사적자치의 헌법에 의하여 비로소 일정한 경계 안에서 그 권한이 부여된 자율의 공간이라고 하거나 헌법이 언제든지 간섭을 재개할 수 있는 일시적 특혜영역이라고 하는 소극적 파악은 배척되어야 한다”는 데 대하여도 어느 의미에서는 공감할 수 있습니다.

그런데 여기서 제가 드리고 싶은 질문은, 그와 같은 언명이 실천적으로 어떤 의미를 가지는가 하는 점입니다. 다시 말하여 헌법과 민법의 관계를 그와 같이 파악하는 것이, 실제적인 결론에 있어서 종래의 이해와는 어떠한 차이를 가지는가 하는 점입니다. 예컨대 민사관계 법률의 위헌심사에 있어서 사법의 독자성이 어느 정도 존중될 수 있는가 하는 문제에 관하여 위와 같은 관점이 구체적으로 어떻게 반영될 수 있는가 하는 점에 대하여 양교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

3.

이와 관련하여 기본권의 사인간의 효력 문제에 대하여 언급하고자 합니다. 양교수님은 오늘날의 통설인 간접적용설을 지지하고 계십니다만, 그렇다면 최근에 논의되는 이른바 국가의 보호의무 이론에 대하여는 어떤 견해를 가지고 계신지요? 이

* 서울大學校 法科大學 助教授

는 물론 독일에서 주로 논의되고 있는 이론이지만, 우리 헌법재판소도 1997. 1. 16 선고 90헌마110, 136 결정에서, 교통사고처리특례법 제4조가 위헌인가 여부를 따짐에 있어서, 국가가 사인의 기본권 침해행위로부터 국민을 보호할 의무가 있음을 인정하고 있는데, 이러한 국가의 기본권 보호의무를 인정하는 것이 종래의 간접적용설의 약점을 제거한 것이라는 견해가 있는바, 이에 대한 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.