

〈자 료〉

憲法問題로서의 政治獻金*
—「目的의 範圍」條項과 會社의 政治獻金—

中島茂樹** 著

鄭宗燮*** 譯

머리말

전후 일본의 3대 疑獄事件(譯者: 嫌疑事件)으로 이름 높았던 昭電疑獄事件, 造船疑獄事件, 록히드사건뿐만 아니라, 근래의 리쿠르트사건, 共和事件, 佐川事件, 金丸巨額脫稅事件, 세네콘汚職事件, KSD사건 등에서 볼 수 있는 것처럼, 大企業, 勞動組合, 各種 業者團體 등이 행한 特定 政黨·政治團體에의 多額의 政治獻金이 利權 등과 연결됨에 따라 정치부패나 汚職(역자: 또는 瀆職)의 원인이 되고 있다는데 대해 이전부터 신랄한 비판속에 지적이 가해져 왔다. 「構造汚職」¹⁾이라고도 부를 수 있는 이러한 정치부패나 汚職을 일소하기 위해, 그 원인이 된 企業·團體獻金の 폐지 등을 겨냥한 政治資金規正法の 개정이 수차례 걸쳐 시도되었으나 아직 그 실효성이 발휘되고 있다고는 말하기 어려운 것이 오늘의 실정이다.²⁾

이러한 상황 속에서 最高裁判所(이하 最高裁)는 1996년 3월, 稅理士會에 의한

* 이 논문은 立命館法學 第271·272號(2001. 2), 647~680쪽에 실린 “憲法問題としての政治獻金”의 논문을 筆者인 中島茂樹 教授의 同意를 얻어 完譯한 것이다.

** 日本國 立命館大學 法學部 教授(憲法)

*** 서울大學校 法科大學 副教授. 初譯은 서울대학교 법과대학 박사과정에 재학중인 崔碩桓 碩士가 하였다.

1) 室伏哲郎, 汚職의 構造, 岩波書店, 1981.

2) 우선, 小栗實, 「企業獻金と政治資金」, 森英樹 編, 政黨國庫補助의 比較憲法的總合的研究, 柏書房, 1994, 179면 이하; 右崎正博, 「政治腐敗의 現狀と政治資金·政治倫理制度의 課題」, 森 編, 前掲書, 159면 이하; 吉田善明, 「政治資金法制と實態」, 明治大學政治資金研究會, 政治資金と法制度, 日本評論社, 1998, 189면 이하 등을 참조.

정치헌금목적의 특별회비의 징수가 당해 구성원의 사상의 자유를 침해하지 않는가 하는 것이 문제된 “南九州稅理士會政治獻金事件”에서, 정당 등 정치단체에의 정치헌금이 稅理士會의 목적의 범위 외의 행위이며, 이러한 기부를 목적으로 하는 본건 결의도 무효라고 하는, 주목할만한 판단을 하였다.³⁾ 이 最高裁 判決이 가지는 헌법판례상의 의의에 대해 필자가 어떤 잡지의 지상에서 “본 판결이 정치단체에 대한 정치헌금을 ‘선거에 있어 투표의 자유와 표리를 이루는 것’이라고 받아들이고 있는 점은 지극히 중요하다. 생각건대, 정당 및 정치단체에의 金員의 기부를 포함한 갖가지의 정치활동은 본래 주권자인 개인이 자주적으로 결정해야 마땅한 사항이고, 이것이야말로 민주주의의 대원칙이기 때문이다. 본 판결의 이러한 논지를 밀고 나간다면, ‘회사는 자연인인 국민과 마찬가지로 국가나 정당의 특정 정책을 지지, 추진 또는 반대하는 등의 정치적 행위를 행할 자유를 갖는다’는 관점에서 기업에 정치헌금의 자유를 무한정으로 긍정하고 있었던 八幡製鐵事件에서의 最高裁 判決은 어떤 식으로든 그 전면적인 재검토를 요구받게 될 것이라고 하겠다”라고 비평⁴⁾하였는데, 다행히도 일부의 논자로부터 명시적인 찬동을 포함하여 긍정적인 평가를 얻을 수 있었다.⁵⁾

그러한 관점에서 위의 稅理士會政治獻金事件判決을 새로이 검토해 본다면, 본 판결에서 그 결론을 이끌어내기 위해 원용된 ‘판단의 기본틀’로서 특징적인 것은, ① “민법상의 법인은 법령의 규정에 따라 정관 또는 기부행위에서 정하여진 목적의 범위 내에서 권리를 갖고 의무를 진다”(民法 43조)라고 하는 「목적의 범위」 조항을 전제로서 견지한 채, 이 「목적의 범위」 조항에 관한 八幡製鐵政治獻金事件의 最高裁 判決⁶⁾의 논지를 명시적으로 인용하면서도, ② 영리법인인

3) 最三小判 平成8(1996), 3. 19, 民集 제50권 제3호, 615면, 또 본건 1심판결에 관해 中島茂樹, 「公益團體の政治獻金と構成員の思想の自由」, 憲法判例百選(제2판), 1988, 64면, 2심판결에 관하여는 中島茂樹, 「公益團體の政治獻金と構成員の思想の自由」, 憲法判例百選(제3판), 1994, 80면. 最高裁판결에 관하여는, 中島茂樹, 「強制加入團體の政治獻金と構成員の思想の自由」, 憲法判例百選(제4판), 2000, 84면과 해당 논문에서 열거하고 있는 문헌을 참조.

4) 中島茂樹, 「稅理士會の政治獻金が法人の目的の範圍外の行爲であり, 政治獻金目的の會費徵收決議は無効であるとした事例」, 法學教室 제192호, 1996, 97면.

5) 森泉章, 「南九州稅理士會政治獻金徵收拒否訴訟上告審判決」, 判例評論 제457호, 1997, 36면; 木下智史, 「稅理士會による政治獻金と會員の思想・信條の自由」, 判例セレクト96 (法學教室 제198호 別冊附錄), 11면; 山田創一, 「法人の目的の範圍 —政治獻金は法人の權利能力の範圍內か—」, 山梨學院大學法學論集 제38호, 1997, 315면의 각주 23.

회사와 強制加入性을 갖는 公益法人인 稅理士會와의 법적 성격의 차이를 강조한 후, ③ 후자의 「목적의 범위 내의 행위」를 한정적으로 해석하고, ④ 그렇게 함으로써 정당 및 정치단체에의 정치헌금을 「稅理士會의 목적의 범위 외의 행위」로서 자리매김을 한다는 것이었다. 본 판결에서 民法 43조의 「목적의 범위」 조항이 한정적으로 해석되었던 것은, 물론 거기에서 문제되었던 것이 단체구성원의 思想의 自由였다는 점과, 그와 관련된 것으로 稅理士會가 強制加入團體였다고 하는 사정에 바탕을 둔 것이기도 했다.

아무튼 여기서 八幡製鐵政治獻金事件이든, 稅理士會政治獻金事件이든, 이들 단체·법인의 정치헌금에 관한 문제를 헌법론이라고 하는 관점에서 생각해 볼 때 하나의 의문으로서 떠오르는 것은, 그러한 문제가 무엇 때문에 民法 43조의 「목적의 범위」 조항의 틀 속에서 다루어지고 있는가 하는 것이다.⁷⁾

이 의문에 대한 헌법학적 관점의 하나의 응답으로서, 佐藤功에 의한 다음과 같은 지적이 있다. 즉 佐藤는 法人의 ‘人權’享有主體性을 논의하는 문맥 속에서 “법인에게도 기본적 인권의 내용을 행할 권리·자유가 인정된다고 하더라도, 그것은 자연인의 경우와 같이 포괄적으로, 더구나 같은 정도에서 항상 보장되는 것은 아니며, 그것은 법령에 의해 정해진 그 설립의 목적의 범위 내에서, 개별적으로 그 보장의 범위와 정도를 판단해야 하는 것이라고 생각된다. 우리 民法 43조가 ‘법인은 법령의 규정에 따라 정관 또는 기부행위에서 정해지는 목적의 범위 내에서 권리를 갖고 의무를 진다’라고 정하고 있는 것도 위의 사고방식을 나타내는 것이라고 해석된다”⁸⁾라고 하면서, 나아가 八幡製鐵政治獻金事件을 문제시하는 문맥 속에서 “회사의 정치헌금에 관해서는, 개인의 경우와는 달리 본래 일정한 규제 하에 있는(民法 43조 참조) 것이라고 해석해야

6) 最大判 昭和45(1970), 6. 24, 民集 제24권 제6호, 625면.

7) 단체·법인과 그 구성원의 권리·자유 의 충돌이 문제가 된 일련의 사건들에서는 일반적으로 단체·법인의 활동이 민법 43조의 「목적의 범위 내」에 포함되는지 여부의 틀 속에서 논의가 이루어지고 있다. 예를 들면, 노동조합의 정치적 활동과 조합원의 정치적 신조의 관계가 문제가 된 國勞廣島地本事件(最判 昭和50(1975), 11. 28. 民集 제29권 제10호, 1698면), 사법서사회의 활동과 구성원의 사상·신조의 자유 사이의 관계가 문제가 된 群馬司法書士會震災復興支援金事件의 항소심 판결(東京高判 平成11(1999), 3. 10. 判例時報 제1677호, 22면) 등을 보라. 나아가 橋本基弘, 「非政治團體の政治的活動と構成員の思想・信條の自由(上)」, 高知女子大紀要(人文·社會科學編) 제41권, 1993, 88면 이하도 참조.

8) 佐藤功, 憲法(上)(新版)(ポケット注釋全書), 有斐閣, 1983, 179면.

할 것이다”⁹⁾라고 논하고 있다. 이러한 기술에서 도출될 수 있는 하나의 결론은 헌법상 법인에게 보장된 권리·자유 범위의 범위와 정도가 民法 43조의 「목적의 범위」 조항의 틀에 의거하여 劃定된다고 하는 것일 것이다. 그러나 佐藤의 이러한 지적에도 불구하고, 회사 그 외의 단체는 그것이 특정한 사업목적을 수행하기 위해 인위적으로 설립된 목적단체인 이상, 그러한 團體의 目的拘束性은 어떤 의미에서는 당연한 것이라고 하더라도, 그러한 단체의 헌법상의 활동 범위, 그 중에서도 특히 단체의 정치헌금의 합헌·위헌이라고 하는 헌법문제가 왜 民法 43조의 「목적의 범위」 조항에 의해, 결국은 사법상의 權利能力論의 틀 속에서 劃定되는 결과가 되는가, 그리고 거기에는 어떠한 헌법문제가 포함되어 있는가 하는 문제는 여전히 미해결인 채로 남아있다.

그래서, 이하에서는 稅理士會와 같은 強制加入團體가 행하는 정치헌금문제는 위의 稅理士會政治獻金事件의 最高裁 判決에서 일단 결말을 보았다고 하는 점을 전제로 하여 민법 43조의 「목적의 범위」 조항과 회사의 정치헌금을 둘러싼 문제에 대해 憲法論의 관점에서 약간의 검토를 시도하겠다.

I. 「목적의 범위」條項의 效力 範圍

1. 立法趣旨

民法 43조는 “법인은 법령의 규정에 따라 定款 또는 寄附行爲에서 정해지는 목적의 범위 내에서 권리를 갖고 의무를 진다”라고 정하고 있다. 이 「목적의 범위」 조항은 法人擬制說의 입장에서 영미법의 ‘ultra vires 이론’에 따라 起草된 것이라고 되어 있다. 이것은 民法起草者 자신에 의해 다음과 같이 밝혀져 있다.¹⁰⁾

「법인은 본래 법률의 창설과 관련되어 혹은 목적을 위해 존재하며 따라서 그 권리능력도 법률의 규정 및 그 목적의 범위 내에 있어서만 존재하고 그 한

9) 佐藤, 전계서(주8), 181면.

10) 이하의 입법취지에 대해서는, 高木多喜男, 「民法43條(法人의 權利能力·行爲能力)」, 林良平·前田達明 편, 新版註釋民法(2), 有斐閣, 1991, 220면 이하; 森泉章, 「法人의 能力」, 谷口知平·加藤一郎(편), 新版·判例演習民法 1 總則, 有斐閣, 1981, 49면 이하; 前田達明, 「法人의 權利能力·行爲能力·不法行爲能力(1)」, 法學教室 제109호, 1989, 64면 이하 등을 참고하였다.

게 이외에 있어서는 법률상의 존재를 갖지 못한다. 특별법에 의해 특별히 창설된 법인의 권리의무는 주로 그 규정에 의해 정하여지고 일반법 또는 특별법의 일반규정에 따라 설립된 법인의 권리의무는 주로 그 정관 또는 기부행위에 의해 정하여지는 것이다. …(중략)… 중세이래 종종 법인의 의제를 부당하게 확장하여 법인은 자연인과 같은 능력을 갖는다고 주장되기도 하였으나 근세에 이르러서는, 법인은 한정능력을 갖고 그 능력은 그 설립목적에 의해 한계 지워진다고 하는 설이 거의 의심의 여지를 허용하지 않기에 이르렀으므로 법인의 행위 중에서 그 설립의 목적의 범위 외에 존재하는 것은 소위 월권행위로 하여(*ultra vires*) 그를 무효로 해야 한다는 것은 논할 필요조차 없는 문제이다.(民法修正案理由書 第2章 法人 11).

이렇듯 민법기초자에 있어서는 법인은 목적의 범위 내에서만 법률상 존재를 인정받는 것이었으므로 그 범위 내에서만 權利能力을 가진다고 인식되었고, 「목적의 범위」 조항은 法人의 能力制限의 規定으로서 자리잡고 있었다는 것은 분명하다. 이리하여 법인의 능력은 무엇보다도 먼저 「목적의 범위」의 해석문제로서 다루어지게 된다.

2. 判例의 展開

이리하여 어떤 행위가 「목적의 범위」의 안팎 어디에 속하는가는 그것이 그 대로 당해 행위의 有無效를 판정하는 기준이 된다. 판례는, 營利法人에 대해서는 「목적의 범위」를 넓고 느슨하게 해석하여 행위를 유효로 하는 경향이 있고, 公益法人인 民法上法人에 대해서는 「목적의 범위」를 엄격히 해석하여 행위를 무효로 하는 경향을 나타낸다는 것을 우선 지적할 수 있겠다.¹¹⁾

초기의 판례는¹²⁾ 「목적의 범위」를 엄격히 해석하여 정관에 명시적으로 기재된 목적자체의 범위에 한정하여 회사의 창업에 힘을 쏟은 공로자에 대한 보수

11) 福地俊夫, 「民法43條(法人의 權利能力의 範圍)」, 篠塚昭二 編, 判例コメント3 民法(總則·物權)(增補版), 三省堂, 1983, 74면; 星野英一, 民法概論 I, 良書普及會, 1987, 133면.

12) 이하의 판례의 전개에 대해서는, 竹內昭夫, 「權利能力의 制限」, 上柳克郎 外編, 新版 註釋會社法(1), 有斐閣, 1985, 100면 이하; 北澤政啓, 「定款所定の目的と會社の能力」, 同編, 判例と學說 商法 I(會社), 日本評論社, 1977, 2면 이하; 高木, 전계서(주10), 243면 이하; 森泉, 전계논문(주10), 52면 이하; 前田達明, 「法人의 權利能力·行爲能力·不法行爲能力(2)」, 法學教室 제110호, 1989, 57면 이하 등을 참고하였다.

의 약속이나 은행에 의한 어음의 지급보증을 「목적의 범위 외」라고 하였다. 그러나 이러한 경향은 회사가 때때로 이를 債務免脫의 구실로 사용하게 되어 불합리하기 짝이 없었다. 여기서 판례는 이 불합리한 결론을 회피하기 위해 「목적의 범위」에 의한 제한을 점차 느슨하게 해석하게 되었다.

우선 1908년(明治 41년)에 大審院은 금전의 대차를 목적으로 하지 않는 회사라도 그 목적상 영업을 위해 금전을 차입하는 행위는 “목적수행을 위한 행위”이고, “목적의 범위 내”에 속하는 것이라고 하였다. 그리고 1912년(大正 元年)에 大審院은 어음의 지급보증에 관한 사례에서 「목적의 범위」 조항에 관한 종래의 이론적 전제 그 자체를 변경하여 “기재사항으로부터 推理演繹할 수 있는 사항은 가령 정관에서 구체적으로 그것을 지시하지 않더라도 역시 그 기재사항 중에 포함되는 것으로 推斷하는 것을 방해하지 않는 것으로 한다”라고 하였을 뿐만 아니라, 한 걸음 더 나아가 “회사의 목적을 달성하는데 필요한 사항은 定款중에 기재되어 있지 않더라도 그 목적의 범위 내에 있어 회사의 업무로서의 성질을 갖는 것으로 한다”고 하였다.

이렇게 「목적의 범위」에 정관에서 정하고 있는 목적만이 아니라 “목적의 수행에 필요한 행위”도 포함된다고 하면, 그 다음으로 특정 행위가 “목적의 수행에 필요한” 사항인지 여부를 결정하는 기준의 문제가 제기된다. 이 점에 대해, 1914(大正3)년 大審院은, 목적수행에 필요한 사항인가 아닌가는 정관 소정의 목적과 행하여진 행위를 “對照審究하여 판정해야 하는 사실문제”라고 하면서, 사실문제라고 한다면 이를 주장하는 자가 입증해야 하는 것이 되어 “反證이 없는 한 바로 회사사업의 수행에 필요한 행위가 된다고 推定할” 수는 없다고 하였다.

그러나 목적의 수행에 필요한 행위인지의 여부를 개별의 구체적인 사정에 따라 판단하고, 나아가 그 立證責任도 目的遂行에 필요하다는 것을 주장하는 자(많은 경우 회사와 거래한 상대방)가 부담하게 된다고 하면, 외부의 제3자에게는 그러한 구체적 사정은 간단하게 물어볼 수 없는 사항들이므로 去來의 安全은 위협받지 않을 수 없게 된다. 그래서, 1938년(昭和 13년)에 大審院은, 특정 행위가 목적수행에 필요한 행위인지 여부의 관점에서가 아니라, 오히려 행위의 외형에서 보아 객관적으로 판단해야 하는 것이라고 하고, 창고업·운송업을 경영하는 회사가 重油를 매입한 행위에 대해, “이 중유매입의 행위가 외형에서 보아 被上告會社의 목적인 前記 업무를 수행하는데 필요한 행위라고 해야 하는가에 있어 당해 행위는 피상고회사의 목적의 범위 내의 행위가 된다고

해야 한다”라고 판시하였다. 그리고 후에 最高裁는 1952년(昭和 27년)에 거래의 안전 확보라는 관점에서 이 취지를 한층 더 명확히 하여, 정관 소정의 “목적 수행에 필요한지 여부는, 문제가 된 행위가 회사의 정관에 기재된 목적에 현실적으로 필요한가 하는 기준에 의해야 하는 것이 아니라 정관의 기재 자체로부터 관찰하여 객관적·추상적으로 필요하다고 할 수 있는가 여부의 기준에 의해 결정할 사항이라고 해석해야 할 것”이라고 하였다.

이리하여, 판례상으로는 거래의 안전확보를 유지하기 위해 목적수행에 필요한가 아닌가를 판단함에 있어서, 個別의 具體的 사정에 따라 그 행위가 필요한 것이었는가 아닌가 하는 기준으로 결정하는 것이 아니라, 행위의 객관적 성질에 입각하여 추상적으로 결정해야 한다는 원칙이 확립되었다. 이것이 「목적의 범위」 조항에 있어 소위 客觀的·抽象的 基準說이다.

3. 學說의 動向

이러한 판례의 전개 속에 民法 43조 「목적의 범위」 조항은, 종래의 통설적 견해에 의하면,¹³⁾ 法人實在說의 입장에서 법인이 어떠한 범위의 권리의무를 취득할 수 있는가 하는 권리능력을 정한 것이고, 그 권리능력이 법인으로서의 특별한 성질에 의하는 이외에 법령의 규정 및 「목적의 범위」라고 하는 두 개의 표준에 의해 제한된다는 것을 명확히 한 것이라고 해석되었다. 그 결과 「목적의 범위」 조항은 법인이 그 권리의무를 취득하기 위해 어떠한 종류의 행위를 할 수 있는가 하는 소위 行爲能力의 範圍를 한계 지운 것으로도 해석되었다. 따라서 이 견해에서 본다면, 법인이 본래 하나의 목적적 존재인 한, 그 목적 외의 행위를 수행할 수 없다고 하는 전제에 서서, 「능력」 외의 사항에 대해서는 법인을 위해 행한 어떠한 법률행위도 법인과 관계에서 어떠한 법률적 효력도 발생시키지 못하는 것이 되고(絶對無效說), 그것이 법인으로서의 「존재」의 한계라고도 설명되었다.¹⁴⁾ 그런데, 이것은 이미 검토한 판례의 입장이기도 했다.

이러한 종래의 통설이나 판례에서 의도하는 바가 법인의 설치목적, 즉 설치자나 구성원의 이익의 보장이나 법인의 재정적 기반의 안정이라는 점은 말할

13) 종래의 통설적 견해의 대표적인 것으로서, 鳩山秀夫, 日本民法總論, 岩波書店, 1922, 136면; 我妻榮, 新訂民法總論, 岩波書店, 1965, 155면 등.

14) 福地俊夫, 「法人の能力と機關」, 谷口地平·加藤一郎 編, 新·民法演習 I (總則), 有斐閣, 1968, 59면.

필요도 없다. 그러나 이는 다른 한편으로 거래 상대방의 주관적 사정, 특히 善意·惡意, 過失·無過失 등을 고려의 대상 외로 하고 있다는 점에서 법인과 거래하는 상대방에게 일방적으로 불이익을 미치는 결과가 될 수밖에 없고, 현대의 거래사회의 일반 룰이라는 관점에서 볼 경우 불합리하다는 점을 부정할 수 없으며, 거래질서를 유지할 수 없게 되는 면이 있다.

여기서 오늘날의 通說¹⁵⁾은, 권리능력의 제한은 권리의무 자체의 종류나 내용에 의한 歸屬可能性의 制限 뿐이라고 해석하고, 民法 43조의 「목적의 범위」에 의한 권리귀속의 제한은, 법인의 「능력」에 관한 것이 아니라, 理事의 代表 (=代理)權限의 제한이며, 또 그 代表行爲의 효과로서의 權利義務 歸屬에 관한 제한에 다름 아니라고 한다.¹⁶⁾

이 견해의 제창자인 川島武宜에 의하면, “법인과 단체(複數 法主體의 집단)의 법률관계를 단순화하여 단일 개인의 법률관계와 같은 것으로 처리하고, 또 목적에 의해 구속된 재산의 법률관계를 그 재산의 종전 주체를 비롯한 여타 주체로부터 분리하여 독립한 단일 개인의 법률관계와 같은 것으로 처리하기 위한 記號的(言語的) 技術이다. 바로 이 점에 법인의 개인형 법인격의 法技術的 意義가 존재하는 것이다. 법인의 법적 인격(소위 법인의 권리능력)의 범위결정은 이 두 가지 점을 떠나 생각해서는 안 된다”라고 하면서, 이러한 입장에서 법인에 귀속하는 재산상의 권리·의무의 범위가 民法 43조의 「목적의 범위」 조항을 근거로 법인의 목적에 의해 제한되는가에 대해 “동조에 의해 제한되는 것은 법인(즉 이사)의 활동 및 그 결과로서의 권리의무 귀속의 범위이고, 법인의 권리능력 그 자체의 제한은 아니라고 해석해야 할 것이다. 즉, 법인에는 모든 재산상의 권리의무의 귀속이 가능하다고 해석해야 할 것이다”라고 한다.¹⁷⁾ 그리고 이러한 川

15) 前田達明은, 1996년의 판례비평(「法人の目的の範圍-會社の政治獻金」, 民法判例百選 I (第4版), 25면)에서는 민법 43조를 법인의 권리능력 제한규정이라고 보는 견해를 통설이라고 하였으나, 1998년의 논문(「法人の目的」, 法學教室 제213호, 13면)에서는 “민법 43조는 대표권자인 이사가 활동할 수 있는 범위 즉 대표권의 범위를 정한 규정이다”라고 설명하는 학설이 통설이라고 하고 있다.

16) 川島武宜, 民法(3), 有斐閣, 1951, 259면; 同 民法總則, 有斐閣, 1965, 112면, 123면 이하; 福地, 전계논문(주14), 64면 이하; 星野, 전계서(주11), 132면; 四宮和夫, 民法總則 (第4版補正版), 弘文堂, 1988, 102면 등.

17) 川島, 전계서(주6 民法總則), 111면. 이 외에도 川島武宜, 「法人の代理と代表」, 川島武宜著作集 제6권, 岩波書店, 1988, 58면 이하; 同 「法的構成としての『法人』」, 전계 川島著作集, 74면 이하도 참조.

島의 소론에서는, 그 논리적 귀결로서 법인의 행위능력 —「법인 자신의 행위」—이라고 하는 개념은 有機體說에 의한 무익한 법적 구성으로서 배척되어, 목적 외의 행위라고 할지라도, 이 또한 법인의 권리능력에 속하는 사항이라고 해석되므로 이사의 목적 외 행위는 越權의 無權代理行爲가 되거나, 表現代理의 요건을 충족시킬 경우에는 有權代理의 효과가 부여되어 법인이 책임을 지게 된다.¹⁸⁾

이러한 川島의 소론의 이론적 전제에는 “법·권리를 만들어내고 또 법·권리의 현실적 사실 그 자체인 ‘사회관계’는 중국적으로는 사회적 개인 상호간의 관계”라는 인식 속에서, 사회나 여러 단체를 구성하는 “이러한 구체적인 개인과 개인의 관계에까지 분석이 이루어지지 않은 채 협동체관계가 다른 체관계의 출발점이 되는 경우에는, 종종 ‘단체’나 ‘사회’ 그 자체는 의심의 여지없는 사실로서 전제되고 법 및 사회관계에 내재하는 모순은 간과된다”¹⁹⁾는 社會有機體說이나 法人實在論의 견해에 대한 비판이 제기되는 것은 물론이다.²⁰⁾ 아무튼 「목적의 범위」 조항과의 관계에 있어 川島의 이러한 사고의 의의에 대해 일찍이 福地俊雄은 다음과 같은 견해를 분명히 하였다. 즉 川島의 소론은 “「목적의 범위」에 의한 권리귀속의 제한 문제에 대해 종래의 통설이 고수해 온 ‘능력’이라고 하는 범주의 좁은 틀에서 벗어나, 그것을 대리=대표제도라고 하는 일반 거래법과 공유 가능한 넓은 틀 내지 토양 위에서 처리하려고 한다는 것이다. 이렇게 함으로써 종래의 통설이 법인의 ‘목적’이라든지 ‘존재’라고 하는 것을 다른 여러 문제로부터 따로 떼어 추상화하여 파악하고, 이 추상화된 표준에만 의존하여 법인 안팎의 이해관계 조정이라고 하는 복잡한 작업을 수행할 수 없었던 곤란함을 구제하려고 하는 것이다”라고.²¹⁾

이렇게 본다면 법인의 「목적」이나 「존재」라고 하는 표준에만 의거하여 法人實在論의 견지에서 권리능력을 넓게 파악하는 것만으로는 이사가 행한 대표행위의 유무효를 적절히 판정할 수 없으므로, 법인이나 단체의 활동범위의 획정에 있어서는 법인의 성격이나 목적, 당사자 쌍방의 여러 사정, 당해 사항의 성격이 법인의 명의 하에 그 대표기관에 맡길 수 있는 것인지의 여부 등과 같은 사법상의 고려요인뿐 아니라, 나아가서는 그러한 사고의 연장선상에서 헌법상의 인

18) 森泉, 전계논문(주10), 58면; 浜田道代, 「會社の目的と權利能力および代表權の範圍・再考(中)」, 法曹時報 제50권 제10호, 1998, 16면.

19) 川島武宜, 所有權法の理論, 岩波書店, 1949, 9면 이하.

20) 相本宏, 「法人論」, 星野英一 外編, 民法講座 1, 有斐閣, 1974, 161면.

21) 福地, 전계논문(주14), 이 외에 浜田, 전계논문(주18), 13면 이하도 참조.

권보장규정에 정해진 여러 헌법적 가치들도 검토의 범위에 포함될 필요가 있을 것이다. 아무튼 여기에서는 적어도 「목적의 범위」 조항을 둘러싼 사법상의 논의가, 법인이 독립하여 활동하는 사회적 실체라고 하는 점에서 法人의 ‘人權’享有主體性を 정면에서 긍정하는, 憲法學上 통설적 견해의 소박한 차원을 훨씬 뛰어넘은 수준에서 전개되고 있다는 점은 확인해 두기로 하겠다.²²⁾

다만 이상과 같은 사법상의 판례·학설의 전개는, 모두 私法上의 去來行爲에 관한 것이고, 去來의 安全保護가 지침이 되어 있던 사례였다. 이에 대하여 그 후에, 사법상의 거래행위 이외의 사례, 특히 회사의 정치헌금이라고 하는, 개인의 정치적 자유나 시민의 參政權의 權利의 根幹에 관한 사례에도 이 원칙이 적용되는지의 여부를 둘러싸고 문제가 된 것이 八幡製鐵政治獻金事件이었다.

II. 八幡製鐵政治獻金事件의 判決

八幡製鐵政治獻金事件의 판결을 둘러싸고는, 그 문제의 중요성 때문에 수많은 문헌이 공표되어 있고, 사건의 개요나 재판의 경과에 대해서도 널리 알려져 있으나 논의의 진행상 간결하게 정리한다면 다음과 같다.

八幡製鐵은 1959년 하반기부터 60년 상반기에 걸쳐 1년간 자유민주당에 대해 1950만 엔, 그 외의 단체·과별 등에 대해 1억 2860만 엔의 기부를 하였다. 이에 대해 지방은행 은행장의 지위에 있는 변호사이며 동회사의 주주이기도 한 X는 1960년 4월 14일자로 자민당에 기부된 350만 엔에 대해, 동회사 대표이사 회장이 동회사의 이름으로 행한 기부는 회사의 정관 소정의 사업목적(定款 2조: “철강의 제조 및 판매와 함께 이에 수반되는 사업을 경영하는 것을 목적으로 한다”)의 범위 외의 행위이고, 동시에 商法 254조의 2(현행 商法 同條의 3)가 정한 임원의 충실의무에도 위반한다고 하여 위 임원들에의 손해배상청구를 내용으로 하는 株主代表訴訟(商法 267조)을 제기하였다.

1. 第1審 判決

제1심인 東京地方裁判所는 회사의 영리성이라는 관점에서 출발하여 회사의

22) 西原博史, 「公益法人による政治獻金と思想の自由」, *ジュリスト* 제1099호, 1996, 99면에서도 ‘민법학의 논의와 비교해 보면, 「법인의 인권」이라고 하는 헌법학의 figure에서는 압도적인 소박함이 눈에 띈다’라고 지적하고 있다.

행위를 去來行爲(營利行爲)와 非去來行爲(非營利行爲)로 나누고, 비거래행위에 대해 다음과 같이 판시하여 원고의 청구를 인용했다.²³⁾

① 무상으로 재산을 出捐하거나 채무를 부담하는 비거래행위는, “본래 대가를 예상하지 않으므로 그것은 항상 영리의 목적에 반하는 행위라고 해야 할 것이고, 따라서, … 특정의 사업목적이 무엇인가 혹은 당해 비거래행위가 그 사업목적을 수행하는 또는 수행하는데 필요한 행위인가 등에 대해 검토할 것 까지도 없이, 모든 비거래행위는 영리의 목적에 반하므로 모든 종류의 사업목적의 범위 외에 있다.” ② 단지 천재지변에 대한 구원자금이나 육성사업에의 기부 등, 비거래행위일지라도 예외적으로 총주주의 동의가 기대되는 행위는 “사회적 의무행위”로서, 그것이 합리적 한도를 넘지 않는 한 예외적으로 임원의 책임이 면책된다. ③ 그러나 “정당은, 민주정치에 있어서는 항상 반대당의 존재를 전제로 하는 것이므로 모든 사람이 어느 특정정당에의 정치자금 기부를 사회적 의무라고 느낀다는 것은 결코 일어날 수 없는 일”이므로, 정당에의 기부는 특정 종교에 대한 기부와 마찬가지로, 사회적 의무행위와 같이 總株主의 동의를 얻을 수 있는 예외적 경우에 해당하는 것은 아니다.

2. 2審 判決

2심 판결은 회사의 사회적 존재에 착안하여 영업생활 이외에도 사회의 성원으로서의 생활영역이 존재한다는 관점에서 原判決을 취소하고, 다음과 같이 판시하여 주주의 청구를 기각하였다.²⁴⁾

① 회사는 독립된 사회적 존재로서 개인과 마찬가지로 일반사회의 구성단위를 이루고, 따라서 “사회에 대한 관계 속에서 유용한 행위는 정관에 기재된 사업목적의 여하 및 그 목적달성을 위해 필요 또는 유익한지 여부에 관계없이 당연히 그 목적의 범위에 속하는 행위로서 이를 행할 능력을 갖는다.” ② 정당에 대한 정치헌금도 그 본래의 성질에서 본다면, “정당의 公的 목적을 위한 정치활동을 助成하는 것”으로서, “사회에 대한 관계 속에서 유용한 행위”이고, 따라서 회사의 목적의 범위 내의 행위이다. ③ 다만 “公黨이어야 할 정당의 主義政策을 좌우하는 등의 불법적 목적으로 행해진 정치자금 기부는 기부자의

23) 下民集 제14권 제4호, 657면.

24) 高民集 제19권 제1호, 7면.

수에 관계없이 公序에 反하여 무효라고 하는 것은 말할 필요도 없”으나, 이러한 일반적 사실의 존재에 대해서는 어떤 주장·입증도 제시되어 있지 않으므로 정치헌금을 무효로 판정할 수 없다.

3. 最高裁 判決

最高裁는 2심 판결에 불복한 주주의 上告를 棄却하고, 다음과 같이 판시하였다.²⁵⁾

① 회사는 정관 소정의 목적의 범위 내에서 권리능력을 가지나, 정관 소정의 “목적의 범위 내의 행위라고 하는 것은, 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것”이 아니라, 그 “목적의 수행상 직·간접적으로 필요한 행위라면 모두 여기에 포함”되며, 따라서 어느 행위가 “목적의 범위 내”에 있는지를 판정하는 기준은 당해 행위가 목적수행상 현실적으로 필요하였는지 여부를 가지고 결정할 것은 아니며 “행위의 객관적인 성질에 입각하여 추상적으로 판단하여야 한다.”

② 회사는 “자연인과 동등하게 국가, 지방공공단체, 지역사회와 마찬가지로의 구성단위인 사회적 실재”이므로, “어느 행위가 일견 정관 소정의 목적과 관계 없는 것처럼 보이더라도 회사에 사회통념상 기대 내지 요청되는 행위인 한, 그 기대 내지 요청에 부응하는 것은 회사가 당연히 행할 수 있는 바이다.”

③ 정당은 헌법상 특별한 지위를 갖는 것은 아니나, “의회제 민주주의를 떠받치는 불가결의 요소”이므로, “그 건전한 발전에 협력하는 것은 회사에 대해서도 사회적 실재로서의 당연한 행위로서 기대되는 바이고, 협력의 한 태양으로서의 정치자금 기부 역시 예외는 아니다.”

④ 선거권을 비롯한 참정권은 자연인에게만 인정된 것이나, “회사가 납세자의 입장에서 국가나 지방공공단체의 시책에 대해 의견의 표명 등의 행동을 취하였다고 하여도 이것을 금지해야 할 이유는 없다.” 뿐만 아니라 “헌법 제3장에 정한 권리”의 행사로서 “회사는 자연인인 국민과 마찬가지로 국가나 정당의 특정 정책을 지지, 추진 또는 반대하는 등의 정치적 행위를 할 자유를 가진다.” 정치자금의 기부도 바로 그 자유의 일환으로, “이것을 자연인인 국민에 의한 기부와 별개의 다른 것으로 취급해야 할 헌법상의 요청이 있는 것은 아니다.”

⑤ 정당 자금의 일부가 買收에 應당되는 경우가 있다고 하더라도 그것은 가

25) 주6 참조.

끔씩 생기는 병리현상에 지나지 않고, “헌법상으로는 공공의 복지에 반하지 않는 한 회사라고 하더라도 정치자금 기부의 자유를 가지며 그렇게 해석하여도 국민의 참정권을 침해하는 것은 아니고, 따라서 民法 90조 위반의 주장은 그 전제가 결여되어 있다.”

⑥ 회사 구성원의 정치적 신조가 같지는 않다고 하더라도 회사에 의한 정치자금의 기부가 특정 구성원의 이익을 도모하거나 또는 그 정치적 지향을 만족시키기 위하여서가 아니라 “회사의 사회적 역할을 수행하기 위해 행해진 것”이라고 인정되는 한 이는 회사의 정관 소정의 목적의 범위 내의 행위이다.”

물론 이러한 最高裁 판결에 대해서는 헌법학상 ① 法人實在論的 견지에서 권리능력을 넓게 파악하여 법인을 자연인과 동일시하여, 자연인의 ‘정치적 행위의 자유’를 일반적으로 법인인 회사에 인정하였다는 점, ② 거대한 경제력·영향력을 갖는 회사가 직접 정치과정에 참가하는 것은 國民主權의 原則과 모순된다는 점, ③ 원래 가치관이 대립하는 정치의 영역에 있어 다수결이나 업무집행기관의 결의를 통하여 법인이 헌금을 하는 것은 주주개인의 참정권의 자유·평등을 침해한다는 등의 점에서 신랄한 비판이 행해지고 있는 것은 주지의 사실이다.²⁶⁾ 그리고 나아가 법인의 ‘인권’향유주체성의 문제와도 관련되어 “인권주체로서 자연인과 법인을 … 논리상 동일선상에 놓는 것에 의해 결과적으로는 법인의 法的 權利를 사실상 우선시키고 있”는 전형적 사례로 평가하고 있는 것²⁷⁾도 일찍이 잘 알려져 있는 바이다.

아무튼 여기에서 八幡製鐵政治獻金事件에 대해 본고의 주제에 입각하여 특징적인 점을 지적한다면, 첫째, 당해 소송제기에 있어 문제의 중심에 자리잡고 있는 것이 任員의 忠實義務違反이라고 하는 상법 고유의 문제라고 하는 것도 있고 해서 실제로는 개인의 정치적 자유나 시민의 참정권적 권리라고 하는 본

26) 佐藤辛治, 「基本權の主體」, 阿部照哉 編, 判例學說 1·憲法, 日本評論社, 1976, 75면; 久保田きぬ子, 「會社の政治獻金」, 憲法の判例(第3版), 1977, 210면; 壽田龍輔, 「法人と人權」, 輿平·杉原 編, 憲法學 I, 有斐閣, 1976, 38면 이하; 芹澤齊, 「法人の人權」, 別冊法學教室, 基本判例, 1985, 12면 이하; 木下智史, 「會社の政治獻金」, 別冊法學セミナー, 法學ガイド 憲法 II (人權), 1991, 44면; 芦部信喜, 憲法學 II 人權總論, 有斐閣, 1994, 173면 이하; 市川正人, 「企業の政治獻金」, 法學セミナー 제489호, 1995, 78면 이하; 樋口陽一, 「個人の尊嚴と社會的勸力」, 同 의, 憲法判例を讀みなおす, 日本評論社, 1994, 35면 이하 등. 이 외에도, 鳥居喜代和, 「法人の基本能力に關する覺書 —團體の憲法上の人權享有主體性研究所說—」, 札幌學院法學 제11권 제1호, 1994, 39면 이하도 참조.

27) 樋口陽一, 「『人權總論』への一つの試み」, 法學教室 제123호, 1990, 14면.

래적으로 민법·상법의 고유의 영역을 벗어난 정치·공법상의 영역에 속하는 문제가 회사의 權利能力論의 장을 말하자면 차용하는 형태로 다투어졌다고 하는 점,²⁸⁾ 둘째, 그 귀결로서 最高裁는 회사가 자연인과 동등하게 사회의 구성 단위인 “사회적 실재”이므로, “특정 행위가 일견 정관 소정의 목적과 관계없는 것처럼 보이더라도 회사에 사회통념상 기대 내지 요청되는 것인 한 그 기대 내지 요청에 부응하는 것은 회사가 당연히 행할 수 있는 바”이고, 議會制民主主義를 떠받치는 불가결의 요소인 정당의 건전한 발전에 협력하여 정치자금을 기부하는 것도 그 예외는 아니며, 정치헌금도 회사의 권리능력내의 행위로서 결론 지워진 점, 그 위에서 특히 셋째, 이 권리능력론의 틀 속에서 얻은 결론을 보장하는 논거로서 회사에 의한 정치헌금이 자연인인 국민에게만 인정된 참정권을 침해하고 民法 90조에 위반되는 것은 아니라는 것을 말하기 위해 “헌법 제3장에 정해진 권리”도 원용하여 회사가 “자연인인 국민과 마찬가지로” “정치적 행위를 행할 자유”를 가진다고까지 판단을 내리고 있다는 점들을 들 수 있을 것이다.

이리하여 最高裁가 ‘목적의 범위’ 조항에 대해, 종래의 판례에서 전개해 온 사법상의 거래행위에 관한 사례에 그치지 않고 개인의 정치적 자유나 시민의 참정권적 권리에 관한 사례에도 확대 적용시킨 한도에서는, 회사의 행위는 원칙적으로 모두 회사의 목적의 범위 내에 속한다고 하는 입장을 명확히 한 것이라고 말할 수 있고, 여기에서 「목적의 범위」 조항=權利能力論은 민법·상법 학상 ‘形骸化’ 내지 ‘有名無實化’²⁹⁾되어 판례 자체에 의해 “실질적으로 폐기된 것과 같다”³⁰⁾고 평가되기에 이르렀으며,³¹⁾ 헌법학적인 관점에서 보아도 법인

28) 명시적으로 이 점을 지적하고 있는 것으로, 奥島孝康, 「會社の政治獻金」, 法學セミナー 제241호, 1975, 121면 이하; 中村一彦, 企業の社會的責任(改訂増補版), 同文館, 1980, 117면 이하; 芹澤, 전계논문(주26), 11면.

29) 森泉, 전계논문(주10), 58면.

30) 浜田道代, 「會社の目的と權利能力および代表權の範圍・再考(上)」, 法曹時報 제50권 제9호, 1998, 7면. 이 점과 관련하여, 浜田(전계논문(주18), 21면 이하)는 나아가 다음과 같이 총괄하고 있다. 즉 ‘현실에 있어서도 판례는 “목적의 범위”의 내외를 판단할 때 상대방의 주관적 사정을 고려하거나 법인에 있어 이익이 되는가 여부를 고려하여 타당한 결론을 도출하려는 노력을 하고 있다. 이는 절대무효와 유효의 어느 한쪽으로 관계자의 운명을 나누어버리는 “목적의 범위”라고 하는 단 하나의 단순한 도구를 그 운영의 묘를 고도로 살리면서 적절하게 사용하여 타당한 결론을 이끌어 내려고 한다는 점에서는 찬사를 들을 만한 일인지도 모르겠다. 그러나 범규범이 판단기준으로서 객관적으로 기능하지 않는 근대법 이전의 상황에 머물러 있음을 보여준다는 점에서는 부끄

이 향유할 수 있는 ‘인권’의 범위를 劃定하는 틀로서는 완전히 파탄된 것이라고 간주해도 좋을 것이다.

여기에서, 다음 문제는 헌법문제로서 회사의 정치헌금을 어떻게 고려할 것인가 하는 점이다. 그러나 여기로 바로 나아가기 전에 本件 訴訟을 통하여 주로 회사의 권리능력론에만 무게가 실려 논의가 이루어졌다고 하는 범위에서는 우선 그 논의 속에서 회사의 정치헌금이 어떻게 논의되고 또 거기에 어떠한 문제점이 포함되어 있는지 하는 점 역시 검토하지 않을 수 없다.

Ⅲ. 會社의 政治獻金을 둘러싼 私法上의 論議

여기에서는 八幡製鐵政治獻金事件의 판결에 입각하여 정치헌금은 회사의 권리능력 내의 행위라는 입장을 政治獻金肯定說, 정치헌금은 회사의 목적의 범위 외의 행위이고 따라서 그 권리능력 외의 행위로서 무효라는 입장을 政治獻金否定說로서 일단 분류한 후,³²⁾ 회사의 정치헌금이 어떻게 논해지고 있는가를 검토하기로 하겠다.

1. 政治獻金肯定說

정치헌금을 긍정하는 견해³³⁾로 우선, 法人實在說의 계보에 속하는 我妻榮은, 자연인과 마찬가지로 “권리능력의 주체가 되기에 적합한 사회적 가치를 갖는 것”을 법인의 본질로 규정하고, “어떠한 것이 이러한 사회적 가치를 갖는지를

러워해야 할 일이다”라고 하고 있다.

31) 鍛治良堅, 『法人의 『目的ノ範圍』』, 星野 외 編, 전게서(주20), 148면도, “회사의 정치활동조차도 ‘목적의 범위 내’라는 最高裁의 견해는, ‘회사는 정관에 정해진 목적의 범위 내에서 권리능력을 가진다’는 전제의 폐기마저 의미할지도 모르는 것이고, 명확히 법인실체설 이론의 남용이라고 하지 않으면 안 된다”는 평가를 내리고 있다. 나아가 竹內, 전게논문(주12), 99면에서도 “이 원칙에 기해 회사에 책임이 없다고 하는 회사의 항변은 재판상 거의 인정되지 않게 되었고 그 한도에서는 이 원칙은 판례에 의해 사실상 거의 폐기되기에 이르렀다고 해도 과언은 아닐 것이다”라고 한다.

32) 이러한 관점에서, 服部榮三, 『會社の政治獻金』, 商法の判例(第3版), 1977, 9면 이하는 문제점을 적확하고 간결하게 분석하고 있다.

33) 정치헌금을 긍정하는 사법상의 견해로서 우선, 田中誠二, 全訂會社法詳論(上卷), 勁草書房, 1982, 76면 이하; 畿代通, 民法總則(第2版), 青林書院, 1984, 121면; 前田, 전게논문(주12), 59면 등을 참조.

사회학·경제학 등의 사회과학의 힘을 빌려 사회생활의 실체를 고찰하고 이를 當代의 法律理想에 비추어 비판함으로써 연구해야 할 것”³⁴⁾이라고 하는 관점에서 회사의 정치헌금에 대해 “나는 가능하면 개인에 한정해 가는 것이 이치에 맞다고 생각하고 있다. 그렇게 해 나가는 것이 바람직하다고 생각하고 있”³⁵⁾으나, 법인의 본질론에서 보면 “정치헌금을 일반적으로 회사의 목적의 범위 외라고 하는 것은 법률론으로서는 아무래도 ‘무리’라고 하는 것이 대부분의 사법학자의 감상일 것이라고 생각한다”³⁶⁾고 말하고 있다.

다음으로 회사의 社會的 存在·實在性を 강조하여 정치헌금을 긍정하는 견해로는 위의 八幡製鐵 정치헌금사건 2심판결과 最高裁判결이 전형적인 것인데, 그밖에 最高裁判결에 관한 大隅健一郎 재판관의 의견은, 회사의 권리능력은 정관 소정의 목적에 의해서는 제한될 수 없고 영리의 목적에 의해 제한될 뿐이나, 이러한 영리의 목적에 의해 제한된 권리능력과 별개로 회사가 “사회적 실재인 것에 기한 권리능력”은 인정되어야 할 것이라고 하고, 다만 이 權利能力은 “사회통념상 상당하다고 인정할 수 있는 범위 내”에 한정되어야 할 것이므로, 應分の 금액이라고 인정될 수 있는 범위를 넘는 기부와 같은 경우는 회사의 권리능력의 범위를 일탈한 것이라고 해석해야 한다고 하는데, 이는 매우 주목할만한 의견이다.³⁷⁾ 그러나 사회적 실재성이라고 하는 성질에 기인하여 특정의 사업목적의 수행에 의한 영리실현을 위해 설립된 목적적인 인위적 결합체인 회사와 자연인을 완전히 같은 것이라고 보는 것과 같은 견해는 과연 민법·상법학설상에서는 少數說에 머무르고 있다고 해도 좋을 것이다.

여기서 민법·상법학설의 대부분은 사업목적에 있어서의 유용성·효용성이

34) 我妻, 전계서(주13), 126면.

35) 我妻榮 외, 「<ジュリストの目> 政治資金の規制」, *ジュリスト* 제365호, 1967, 21면(我妻의 발언)

36) 我妻榮, 「裁判による解決の限界 —政治獻金判決にちなんで—」, *ジュリスト* 제341호, 1966, 10면.

37) 이렇듯, 응분의 한도 내라면 정치헌금이 허용된다고 하는 견해에 대해서는, 일찍이 輿平, 전계논문(주28)이 지적한 바 있는 다음과 같은 논의가 정당할 것이다. “여기서 다루어지고 있는 것은 금액의 다과라고 하는 양적인 문제가 아니라 정치헌금이라고 하는 행위의 반공익성이라고 하는 소위 질적인 문제이다. 상식적으로 회사가 자기의 존립 기초를 위태롭게 할 정도의 정치헌금을 행한다는 것은 거의 없을 것이라고 예측되는 이상, 응분론은 임원의 책임을 추급할 때의 기준으로서는 현실적으로 거의 아무 도움도 되지 않을 것이다. 그렇다고 한다면 본건의 중심적 문제는 반공익성에 수렴되지 않을 수 없는 것이 된다.”

라고 하는 영리성의 관점에서 회사의 정치헌금을 긍정하게 되는데,³⁸⁾ 그 중 대표적 견해로서 鈴木竹雄은 정치헌금에 대해 “나 자신도, 회사가 정당의 주요한 자금원이 되어 있는 현상을 누구보다도 답답하게 생각하고 있으며, 어떻게 해서든 그러한 현상은 시정되어야 한다고 생각하고 있다. 그러나 그 시정은 사회전반의 입장에서 특별법에 의해 이루어져야 하는 문제이고, 주주의 이익의 입장에서 상법의 해석에 의해 행해져야 할 것은 아니다”³⁹⁾라는 입장에서 있으면서도, 회사의 영리성의 관점에서 출발하여 정치헌금이 대국적 견지에서 보아 회사의 사업목적에 필요 또는 유용한 행위라는 인식에서 任員의 義務違反을 발생시키지 않는다고 한다.⁴⁰⁾ 즉, “회사가 행하는 기부가 인정되는 것은 그 경제적 효과가 회사의 목적인 사업의 수행에 도움이 된다는 점에서 찾아야 할 것이다. 따라서 그 자체만을 떼어놓고, 회사에 손해이므로 목적의 범위 외의 행위라고 하는 것은 지나치게 협소한 사고방식이다. 정당에 대한 기부에 대해서도 별다르게 생각할 필요는 없다”⁴¹⁾라고 한다.

이 점을 內田貴는 보다 단적으로 다음과 같이 말하고 있다. “단적으로, 정치헌금도 기업의 활동에 간접적이라고는 하더라도 도움이 된다고 판단되는 이상 당연히 목적의 범위 내라고 논해야 할 것이다. 그래서 그것은 기부의 상대가 정당이든 자선단체이든 혹은 재해의 피해자이든 차이는 없는 것이다. 그 기부가 결과적으로 어떤 의미에서든 회사에 이익이 된다면 모두 목적의 범위 내이다. 기부의 대상이 도덕적 정치적으로 지지할 수 있는가 여부에 의해 증여계약의 효력이 좌우된다면 거래의 안전이 심하게 위협받게 되기 때문이다”라고 논하고, “민·상법이 문제로 삼고 있는 것은 어디까지나 영리활동을 행하기 위해 회사에 일반적 권리능력을 부여하고 있다는 것에 지나지 않는다. ... 예를 들어 정치적으로 정치헌금 절대반대의 입장을 취한다고 하더라도 민법 43조의 해석에 의해 그것을 실현하려고 하는 것은 해석론으로서는 무리가 있다. 이것이 법률가의 논리라고 할 수 있다.”⁴²⁾

정치헌금의 유·무효 문제에 대해 사법상의 권리능력론의 틀 내에서, 그것

38) 이 점에 관해서는, 三枝一雄. 「“會社の政治獻金”論について」, **法律論叢** 제63권 제2·3호, 1990, 31면 이하에서 자세히 다루고 있다.

39) 鈴木竹雄, 「政治獻金判決について」, 同 **商法研究** III, 有斐閣, 1971, 301면.

40) 鈴木, 전계논문(주39), 291면 이하.

41) 鈴木竹雄, 「會社政治獻金」, **會社判例百選(新版)**, 1970, 11면.

42) 內田貴, **民法 I** (第2版, 補正版), 東大出版會, 2000, 136면.

도 회사의 영리목적성 혹은 사회적 존재성을 어떻게 생각할 것인가 하는 관점에 입각해서만 논의하는 경우, 회사의 정치헌금을 부정하는 결론을 이끌어내는 것에는 논쟁이 있을지 모르나,⁴³⁾ 아무튼 “해석론으로서는 무리가 있다”고 할 여지가 있을 것이다. 그러나 이러한 사법상의 논의에서만 구체적 결론을 도출할 수 있는가 하는 점은 문제의 소지가 있고, 이 점은 정치헌금이라고 하는 행위의 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 논점에 입각하여 개인의 정치적 자유나 시민의 참정권적 권리라고 하는 헌법상의 관점도 시야에 넣은 논의를 매개로 해서만 가능한 것이라 할 수 있다.⁴⁴⁾

2. 政治獻金否定說

정치헌금을 부정하는 견해로,⁴⁵⁾ 위의 東京地裁판결은 회사의 영리성을 출발점으로 하여 회사의 행위를 거래행위(영리행위)와 비거래행위(비영리행위)로 나누어 후자를 원칙적으로 회사의 목적의 범위 외의 것으로 하고, 그 예외로서 총주주의 동의가 기대되는 ‘사회적 의무행위’에 대한 免責만을 인정한 후, 정치헌금이 이 예외의 경우에도 해당하지 않는다고 함으로써 임원의 배상책임을

43) 이 점에 대해 服部(전계논문(주32), 13면)는, “정치헌금이 사회적 폐해를 동반하는 행위”라는 것을 근거로 “이를 회사의 목적의 범위 내의 행위로 하여 완전히 적법하다고 하는 것은 상법의 해석론으로서도 의문이다”라고 하고 있다. 최근에는, 浜田道代「會社目的權利能力代表權範圍・再考(下)」, **法曹時報** 제50권 제11호, 1998, 6-7면도 1994년 政黨助成法까지 제정된 상황 속에서, “정치단체가 아닌, 영리법인인 회사까지 그러한 협력(정치헌금-인용자)을 기대하는 정도는 현저히 저하되었다. 이러한 정세 하에서 회사에 의한 정치자금의 기부는 회사법의 논리로서도 허용되지 않는다고 하는 해석론을 명확히 세워나가야 할 것”이라고 한다.

44) 예를 들어 森泉章「法人の目的の範圍-會社の政治獻金」, **民法判例百選 I** (第3版), 1989, 25면은 “정치헌금을 헌법위반이라고 하는 입장에 선다면 이미 회사의 권리능력과의 관련에서 이 문제를 논할 필요는 없다”고 분명히 밝히고 있다.

45) 정치헌금을 부정하는 사법상의 견해로서, 福岡博之, 「會社と政治獻金」, **企業法研究** 第184輯, 1970, 22면 이하; 同「會社の政治獻金」, **法學セミナー** 제155호, 1969, 51면; 西原寬一, 「八幡製鐵政治獻金事件の第一, 第二審判決について」, **判例評論** 제92호, 1966, 99면 이하; 同「(判例批評)政治資金の寄附と會社の權利能力等」, **民商法雜誌** 제64권 제3호, 1971, 508면 이하; 服部, 전계논문(주32), 9면 이하; 森泉, 전계논문(주44), 25면; 三技一郎, 「政治資金の私法的アプローチ」, 日本財政學會編, **政治資金**, 學陽書房, 1991, 20면 이하; 同 전계논문(주38), 80면 이하; 新山雄三, 「株式會社企業の“社會的實在性”と政治獻金能力 —いわゆる八幡製鐵政治獻金事件判決の分析と評價—」, **岡山法學會雜誌** 제40권 제3·4호, 1991, 147면 이하; 河本一郎, **現代會社法**(新訂第8版), 商事法務研究會, 1991, 72면 이하 등을 참조.

긍정하였다. 樋口陽一은 본 판결에 대해 “당시 악의적 매도에 가까운 비판을 받았으나 이제는 명예가 회복되어야 할 것이다”⁴⁶⁾라고 평가하였다. 여기에서 회사의 정치헌금부정론을 보다 체계적이고 정치하게 전개한 사람이 본 판결에 이론적 근거를 제공한 富山康吉이라는 것은 대체로 異論이 없을 것이다.

富山에 의하면 회사의 권리능력의 범위를 정하는 실질적 내용의 주된 것은 거래행위의 경우에는 주주의 이익보호의 요청과 거래의 상대방인 제3자의 권리보호의 요청과의 비교형량이라고 하는 “사적 이익 상호의 대립의 조정이라고 하는 문제에 환원되고”⁴⁷⁾ 이는 “거래의 안전이라고 하는 요청이 강하게 작용하는” 영역이라는 점 때문에 “회사가 행할 수 있는 행위의 범위 한정을 권리능력의 차원에서 벗어나 생각하는 것은 비교적 용이한”데 반해, 회사가 행하는 기부·헌금의 경우에는 공공적·사회적 이익의 측면에서도 강한 제약을 받지 않을 수 없고, “회사가 당연히 행할 수 있는 출연의 종류의 한정을 권리능력의 차원에서 벗어나 해석하는 것은 매우 어렵다”고 한다.⁴⁸⁾ 그리고 나서 富山은 교육·사회사업·풍수해의 구제사업 등에의 기부에 대해서는 누구에게도 공통적으로 긍정되며, 기본적인 가치관의 대립을 포함하지 않는 사회의 일반적 이익을 위해 행하는 출연으로 평가될 수 있으나,⁴⁹⁾ 정치헌금에 대해서는 시민법적 질서 속에서 회사라고 하는 단체는 시민이 그를 통해 경제적 자유를 실현하는 범형식이고 비정치적이며 “사회계층적으로 無色の 것”으로서 성격을 지니고 있으므로 정치적 목적을 위해 회사가 출연한다는 식의 행위는 회사의 활동분야로서 법이 상정하고 있지 않은 영역의 행위인 점이고, 권리능력의 범위 외의 행위로서 전혀 허용되지 않는다고 한다.⁵⁰⁾

이 富山の 견해는 民法 43조의 「목적의 범위」라고 하는 틀을 원용하면서도, 회사가 행하는 정치헌금이 권리능력의 범위 외의 행위라는 것을 논증하려고 하는 것인데, 그 실질에 있어서는 民法 90조의 公序違反을 주장하는 것임에 유념해야 할 것이다. 즉 富山에 의하면, “행위의 사법상의 효력을 절대적으로 부정하는 결론을 얻을 수 있는 한 이것을 권리능력의 범위 외의 행위로 파악

46) 樋口, 전계논문(주26), 39면.

47) 富山康吉, 現代商法學의課題, 成文堂, 1975, 72-73면.

48) 富山, 전계서(주47), 98-99면.

49) 富山, 전계서(주47), 81면.

50) 富山, 전계서(주47), 127, 130, 138면.

하여도 마찬가지이므로, 가령 우리나라의 판례·학설이 현재도 여전히 권리능력의 유무를 가지고 법인이 행할 수 있는 행위의 한계를 정하는 일반적 형식으로 한다는 원칙으로 일관한다면 정치의사형성에의 참가는 원칙적으로 개인인 시민의 생활관계에 속하고, 시민법상의 법인은 이러한 생활관계에는 서있지 않다고 하는 점으로부터 이것을 권리능력의 범위 외의 행위로서 처리하는 것도 혹은 허용될 것이다. 다만, 법기술상으로는 이것을 권리능력의 범위 외의 행위로서 처리한다고 해도 주식회사가 행하는 정치목적에 위한 지출행위의 문제성은 실은 그 反公益性에 있다는 것을 잊어서는 안 된다”⁵¹⁾라고 한다.

그리고 그 反公益性的의 근거에 대해 富山은 회사가 행하는 정치헌금은 ① “그 정당의 특정한 정치적 입장을 지지하여 이에 자금적 원조를 제공하는 것이므로 투표권의 행사와 마찬가지로 국민의 정치의사형성에의 참가라고 하는 관계라고 볼 수 있다는” 것,⁵²⁾ ② 근대민주제 하에서는 “어떠한 정치적 입장을 선택하여 이것을 지지하는가는 개인이 시민으로서 스스로 결정해야 할 것이고, 그 선택을 타인에게 위임할 수는 없다. 이것은 소위 정치적 자유의 가장 기본을 이루는 것이”라는 것,⁵³⁾ ③ 회사의 정치헌금의 문제점은 “그것이 대사회적으로는 국민의 참정의 평등이라고 하는 원칙과 모순되고, 대구성원의 관계에서는 구성원이 시민으로서 보유하는 정치적 자유와 모순”한다는 점,⁵⁴⁾ ④ 따라서 “그 행위의 성질로부터 말하자면, 권리능력의 범위 외의 행위로서가 아니라, 公共의 秩序違反의 行爲(民法 90조)로서 그 사법상의 효력이 부정되어야 할 것”이라는 점을 강조한다.⁵⁵⁾

회사의 정치헌금을 民法 90조의 公序良俗 違反으로 결론을 짓는 이러한 富山の 논지는 오늘날에도 충분히 설득적이라는 것 외에도, 그 이상으로 정치헌금이라고 하는 행위 자체의 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 관점에서 본다면, 뒤에도 언급하겠지만, 이미 검토해 온 南九州稅理士會政治獻金事件에서의 最高裁의 판결의 논지까지도 미리 다루면서 그 내용을 포함하고 있다고 할 수 있다.

단지 富山은, 다른 한편으로 법인의 구성원 전원의 의사의 합치에 기한 것

51) 富山, 전계서(주47), 121면.

52) 富山, 전계서(주47), 81-82면.

53) 富山, 전계서(주47), 119면.

54) 富山, 전계서(주47), 123면.

55) 富山, 전계서(주47), 123-124면.

이라면 정치헌금은 가능하다는 인식을 보이며, 다음과 같이 서술하고 있다. 즉, “주주 전원의 의사에 의해 정치헌금이 행해지는 경우에는 이를 긍정할 수밖에 없다. 전원이 각각 시민으로서의 자발적인 의사에 의해 결정한 것이고, 더욱이 그 전원이 구성원으로서 회사재산의 처분권한을 보유하는 이상 이를 부정할 이유는 없기 때문이다. 법적 구성으로서는 그 정치헌금은 전원이 시민으로서 행하는 행위이고, 회사가 행하는 행위가 아니라 회사는 말하자면 그 통로에 지나지 않는다고 생각할 수 있는 것이 된다”라고.⁵⁶⁾

이런 점에서, 四宮和夫도 회사의 정치헌금에 대해 한편으로는 그것이 “一應 목적의 범위 내라고도 할 수 있으나, 다른 한편에서 사회적 타당성의 판단을 더한다면 다시 목적의 범위의 문제로 돌아오는 2重構造로 되어(있고)”, “결과에 있어서는 목적의 범위 내에는 들어가지 않는다”고 분석하면서, “돈의 행방이 어떻게 되는가는 그다지 본질적 문제는 아니다. 결국, 어느 정당을 지지하는가, 어느 정당에 헌금해야 하는가는 개인이 판단할” 사항이고, 그 자유를 빼앗는 것은 “사법적인 효과로서는 90조 위반이라고 하는 것이 된다”라고 하고, 회사의 정치헌금을 民法 90조의 公序良俗 違反으로 파악하여 그것이 회사의 목적의 범위 외의 것이 되지만, 그러나 다른 한편으로는 鈴木竹雄의 “주주 전원이 동의한다면 (회사의 정치헌금은=인용자 주) 좋다고 할 수 있겠지요”라는 발언에 대해 “그것은 좋다고 생각합니다”라고 하고, “개인의 참정권이 문제가 되어 있”으므로 “그 개인이 동의한다면 좋다. 그러한 것은 도출되는 것이 아니겠습니까”라고 응답하고 있다.⁵⁷⁾

그러나 “주주 전원이 동의한다면 좋다”라고 하는 것은, 총주주의 동의를 요구하는 것이 현실적으로 곤란한 八幡製鐵과 같은 대기업에 있어서는 이론적으로 완전히 무리한 擬制일 수밖에 없다⁵⁸⁾고 하는 문제도 있긴 하지만, 여기에는 정치헌금이라고 하는 행위 자체의 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 정치헌금

56) 富山, 전계서(주47), 124면.

57) 鈴木竹雄 외, 「(座談會)會社の政治獻金の法律問題 —東京高裁の判決をめぐって—, *ジュリスト* 제343호, 1966, 36-37면(四宮和夫 발언). 그 외, 星野英一도 위 좌담회에서 같은 취지의 발언을 행하고 있다(21, 26면). 나아가 河本(전계서(주45), 72-73면)도 “주식회사가 행하는 정치헌금은 주주 전원의 동의에 기해 행해진 것이 아닌 한 상법 이전의 헌법·민법의 단계에서 이미 무효라고 해석하는 입장에 찬성해야 할 것”이라고 하고 있다.

58) 大隅健一郎, 「八幡製鐵政治獻金事件判決について」, *判例評論* 제58호, 1963, 3면; 中村, 전계서(주28), 122면.

문제에 관한 본질적인 논점이 포함되어 있다고 생각된다.

IV. 憲法問題로서의 政治獻金

정치헌금이라고 하는 행위 자체의 성질이 어떠한 것인가에 대해, 위 八幡製鐵政治獻金事件에서의 最高裁 판결은 그것이 표현의 자유의 한 태양으로서 憲法 21조에 보장된 “정치적 행위를 행할 자유”의 일환을 이루는 것으로 파악하고, “일의 성질상, 국민개개인의 선거권 그 외의 참정권의 행사 그 자체에 직접 영향을 미치는 것은 아니다”라고 하고 있다. 이 점에 대해 헌법학설 상으로는 자연인=개인의 정치헌금에 관해 그것이 “표현의 자유의 보장 범위 내에 포함되는 자유”라고 하는 유력한 견해⁵⁹⁾나, 憲法 13조의 幸福追求權을 참정권적인 권리를 포함하는 포괄적인 인권이라고 파악하는 입장에서, 행복추구권 속에 포함되는 참정권적 권리의 하나로서 보장된다는 것을 시사하는 견해⁶⁰⁾도 있다.

그러나 여기서 문제시되고 있는 것은, 법인, 그 중에서도 특히 회사가 행하는 정치헌금이다. 이 점에 대해 우선, 회사의 “정치적 행위를 행할 자유”일반이라고 하는 것에 대해 말하자면 영리활동에 의해 이윤을 얻는 것을 목적으로 하는 회사가 그 영리활동의 일환으로서 여러 가지 정치적 주장을 행하는 것 자체에 대해서는 확실히 이를 부정할 수는 없을 것이다. 그러나 회사가 정치헌금을 기부하는 행위가 직접적으로 표현의 자유의 보장의 범위 내의 것이라고 할 수 있을지, 또 행복추구권 속에 포함되는 참정권적 권리의 하나로 간주할 수 있을지는 극도로 문제의 소지를 제공하는 것이고, 정치헌금이라고 하는 행위의 성질을 단적으로 직시한다면 정치헌금이라고 하는 행위자체는 결코 ambivalent한 것이 아니며, 행위의 객관적 성질로서는 항상 일정한 정치적 가치관 내지 신조에 commit한다고 하는 사회적 의미를 갖는 것이라고 할 수 있을 것이다. 따라서, 이러한 것으로서 정치헌금을 회사가 행하는 것은 회사임원

59) 野中俊彦 외, 憲法 I (新版), 有斐閣, 1999, 214면(中村睦男)은 “八幡製鐵政治獻金事件判決에서 문제가 된 정치활동 자유의 일환으로서의 정치자금 기부의 자유는, 표현의 자유 보장의 범위 내에 포함되는 자유이나 다른 한편, 참정권의 행사와 밀접하게 관련되는 자유이기 때문에 법인에 적용될 것인지에 대한 의견이 나뉘는 것이다”라고 하고 있다.

60) 佐藤辛治 憲法(第3版), 青林書院, 1995, 415면은 “정당에의 기부행위가 설령 표현의 자유의 범위에 속하지 않는다고 하더라도 ‘행복추구권’의 보장대상이 된다”고 한다.

이 구성원 개인의 시민으로서의 정치적 신조의 자유를 침해하고 그 때문에 법인의 이름에 있어 그 대표기관이 하는 데에 맡길 수 없는 것이라고 하지 않으면 안 된다.⁶¹⁾

뿐만 아니라, 문제가 여기에 그치지 않고 위 最高裁判決이 항소심판결과 마찬가지로 정당에의 회사의 정치헌금이 성질상 국민개개인의 참정권 행사 그 자체에 직접영향을 미치는 것이 아니라고 하고 있다는 점은 지극히 중대한 것이다.

정치헌금을 국민의 참정권 행사와의 관계에서 문제로 삼는 경우, 무엇보다도 우선 그 전제로서 확인될 필요가 있는 것은 日本國憲法 15조 1항이 公務員의 選定, 罷免權을 “국민 고유의 권리”라고 정하고, 판례도 “선거권은 국민의 가장 중요한 기본적 권리”라고 하고 있다는 점이다. 즉, 衆議院議員選舉定數不均衡事件의 1976년 판결⁶²⁾에서 最高裁는, ① “선거권은 국민의 국정에의 참가 기회를 보장하는 기본적 권리로서 議會制民主主義의 근간을 이루는 것”이라는 점, ② “선거권에 관해서는 국민은 모든 정치적 가치에 있어 평등해야 한다고 하는 철저한 평등화를 지향해야 한다”는 점, ③ 선거권의 평등의 요청이 투표의 數的 平等인 一人一票의 原則에만 머무를 것이 아니라 “선거권의 내용, 즉 각 선거인의 投票의 價値의 平等도 또한 헌법이 요구하는 바”라는 점을 확인하고 있다. 憲法 14조 1항만이 아니라, 15조 1항·3항, 44조 단서 등을 근거로 투표가치의 평등이 헌법상의 권리라는 것을 처음으로 승인한 1976년 판결은 선거에 있어서는 “철저한 평등화”가 요청되는 것이고, 이 “철저한 평등화”로서 선거결과에 이르는 선거의 과정 전체를 통하여 다른 선거인의 투표와 같은 영

61) 高柳信一 외, 「シンポジウム 政治獻金」, 日本財政學會 編, 政治資金, 學陽書房, 1991, 115면(高柳 발언)은, “사람은 여러 경위로 당해 법인의 사원 혹은 주주가 되므로 그 정치적 신조는 다양할 수 있는 것이나, 그에 관계없이 다수결로 —혹은 대표이사가 단독으로— 헌금을 기부할 정당을 결정한다고 하는 것은 소수자의 정치적 신조를 침해하는 것이 된다”고 한다. 이 외에 위에서 검토한 富井의 견해 외에, 福岡, 전계논문(주 45, 法學セミナー), 51면; 中村, 전계서(주28), 134면; 鈴木竹雄 외, 전계 좌담회(주57), 30면(小林直樹 발언), 36-37면(四宮和夫 발언).

62) 最大判 昭和51(1976), 4. 14. 民集 제30권 제3호, 223면, 또 본 판결은 선거권을 헌법상의 권리로서 위치지웠다는 점에서 일정한 평가를 얻고 있으나 長尾一紘, 「選舉に關する憲法上の原則(上)」, Law School 14호, 1979, 96면 이하에서는, ① 평등선거 원칙과 일반적 평등원칙과의 차이에 대해서는 단순히 양적인 철저도의 차이로서만 파악하고 있다는 점, ② 정수배분에 있어서의 고려사항으로서 비인구적 요소를 거의 무한에 가깝게 인정하는 경향이 있다는 점을 지적하고 있다.

향력을 미칠 수 있는, 평등한 법적 가능성이 보장되어야 한다고 해석될 것이다. 이렇게 문제를 본다면, 最高裁가 확인한 헌법상 요청되는 選舉平等原則의 논리적 귀결로서 정치에의 발언력, 영향력은 평등해야 하고, 이 점에서 보아 “개인의 헌금능력을 능가하는 회사의 정치헌금은 처음부터 참여가 거부되거나 혹은 제한될 수밖에 없는 것”⁶³⁾이라고 추론하는 것도 쉽게 긍정될 것이다.

어쨌든 이러한 “국민의 가장 중요한 기본적 권리”인 선거권에 대한 의의가 확인된 지 20년의 시간이 경과한 후, 最高裁는 1996년의 南九州稅理士會政治獻金事件에서, 정치헌금이라고 하는 행위자체가 어떠한 성질의 것인가 하는 점에 대해 다음과 같이 획기적인 판시를 행하였다. 즉, “정당 등 규정법상의 정치단체에 대해 금원의 기부를 하는지의 여부는 선거에 있어 투표의 자유와 표리를 이루는 것으로서, ... 시민으로서의 개인적인 정치사상, 견해, 판단 등에 기해 자주적으로 결정할 사항이다”라고 하고, 그 이유로서 정당 등 政治資金規正法상의 정치단체에 “金員의 기부를 하는 것은 선거에 있어 어느 정당 또는 어느 후보자를 지지하는가에 밀접하게 연관된 문제”이므로 이러한 사항을 稅理士會가 “다수결원리에 의해 단체의 의사로서 결정하고 구성원에게 그 협력을 의무로서 부과할 수는 없다”라는 판시를 하고 있다.

물론 이 판결에서, 정당 등의 정치단체에의 정치헌금이 稅理士會의 목적의 범위 외의 행위이고, 이 기부를 목적으로 하는 본건 결의도 무효라고 판단함에 있어서, 最高裁가 중시한 것은 “회사와는 그 법적 성질을 달리하는 법인”인 稅理士會의 強制加入團體로서의 성격이었다. 그러나 거기에서 쟁점으로서 다투어진 것이 稅理士會에 의한 政治獻金 目的의 特別會費 徵收가 구성원의 사상의 자유를 침해하지 않는가 하는 문제라는 한도에서, 最高裁에 있어서도 정치헌금이라고 하는 행위자체의 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 것은 피해갈 수 없는 논점이었다. 확실히 이 문제의 핵심에 있어 最高裁가 정치헌금이라고 하는 행위자체의 성질에 대해, ① “선거에 있어 투표의 자유”라고 하는 시민의 참정권적 권리와 일체적인 관계에 있다는 점, ② 시민이 스스로의 개인적 정치사상에 기해 자주적으로 결정해야 할 사항이라는 점, ③ 개인의 정당지지의 자유에 밀접하게 관계되는 사항이라는 점, ④ 단체의 이름으로서 대표기관이 다수결원리에 의해 결정하는데 맡길 수 없는 문제라는 점을 확인하였다고 볼 수 있다고 한다면 거기에서 도출될 수 있는 결론은 단 하나, 영리단체이든

63) 奥平康廣, 「憲法政治の復權はいかにあるべきか」, 法律時報 제61권 제12호, 1989.

비영리단체이든, 강제가입단체이든 임의가입단체이든, 나아가 단체구성원 전원의 동의를 얻었다거나 “주주 전원이 OK”라고 했다고 하더라도, 政治資金規正法上的 政治團體가 아닌 한, 傾向企業도 포함하여, 정치헌금이라고 하는 행위 자체가 갖는 사항의 성질로 보아 일반적으로 모든 단체가 그 단체의 자격으로서는 정치헌금을 기부할 수 없다고 할 수밖에 없다.⁶⁴⁾

맺음말

이상에서 정치헌금을 둘러싼 문제에 대해 「목적의 범위」 조항과 회사의 정치헌금이라고 하는 시각에서 약간의 검토를 시도해 보았다. 여기에서 맺음말로서 憲法論의 관점에서 약간의 지적을 해두려 한다.

법률학상 법인이라 함은, 일반적으로 자연인=개인이 아닌 존재를 권리의무의 통일적인 歸屬點으로 자리매김하는 技術이라고 정의된다. 즉 法技術的 견지에서 본다면 법인이란 “사회집단의 권리의무를 그 사회집단의 복수의 구성원에게 귀속시키지 않고(즉 복수의 권리의무관계로서 처리하지 않고), 단체라고 하는 單一體에 집중 귀속시키는 방법”이고, 이러한 권리의무관계의 단일적 귀속에 대응하여 그 권리의무관계에 관해 그 단체의 구성원 등의 권리의무관계로부터 분별되어 처리되는 기술이 근대법에 있어서의 법인이라고 하는 개념으로 부르는 것의 구체적 내용이다.⁶⁵⁾ 거래의 평면에 있어서 법인의 본질이 법인의 이러한 技術的 契機(법인격)에 있다고 한다면, 문제는 이러한 技術的 契機가 무엇 때문에 발달해 왔는가 하는 것이다.

이러한 사정을 간결히 제시하고 있는 것이 法人理論에 관해 정력적으로 연

64) 이 점에 관해, 樋口陽一, 憲法, 創文社, 1992, 175면에서는 八幡製鐵政治獻金事件最高裁判決을 비판하는 문맥 속에서 “정치적 행위를 행할 자유’에 관련된 사상·표현의 자유나 참정권은 본래 자연인=개인의 것이고, 오늘날에도 자연인=개인의 헌법상의 권리와 ‘같은’ 자격으로 그것과 대항적으로 법인이 주장하는 것은 불가능한 것이라고 생각해야 할 것이다”라고 하고 있다. 또, 浦部法穂, 全訂 憲法學教室, 日本評論社, 2000, 64면은, 명확하게 “정치헌금과 같은 사항은 마땅히 ‘선거에 있어 투표의 자유와 표리를 이루는 것으로서 … 시민으로서의 개인적인 정치사상, 견해, 판단 등에 기해 자주적으로 결정해야 할 사항’이고(南九州稅理士會事件最高裁判決), 강제가입이든 임의가입이든 애초에 단체로서 행할 수 있는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 회사라면 정치헌금을 해도 좋다는 八幡製鐵事件判決은 이 점에서도 잘못된 것”이라고 단언하고 있다.

65) 川島武宜, 「企業の法人格」, 전계 川島 著作集(주17), 45면. 그 외에, 대표적인 것으로 四宮和夫·能見善久, 民法總則(第5版), 弘文堂, 1999, 72면 이하 참조.

구를 거듭해 온 福地俊夫의 다음과 같은 지적이다. 즉 福地에 의하면 자본제적 상품생산의 여러 관계에 기해 생활자료의 거의 모든 것이 상품적 성질을 띠어 온 근대사회에 있어서는 “사람들의 행동기준(가치)이 극도로 수량적·확일적인 것이 되고, 인간의 행동 그 자체도, 그 행동의 객체인 생산자료도 많이 개성을 상실해버려 그 부분만이 사람들의 전 생활 내지 전 사회관계로부터 유리되어 취급되는 독립적·객관적 성격을 띠게 되었다. 그 때문에 무언가의 공동목적 또는 비개인적 목적을 위해 재산상의 거래활동이 의도되는 경우에는 대단히 형식적인 다수결의 방법에 의해 행동결정을 하는 것도 가능하게 된다. 예를 들어 소수과의 의견이 당해 경우에 부정될지라도 그 영향은 … 당해 사항에 국한되기 때문에 그들 생활의 다른 국면에 치명적 효과를 미치지 않는다. 또 일정한 객관적인 틀만 만들어 놓는다면 —실제로 그것을 만드는 것도 쉬운 일이다— 전적으로 미리 타인에 의한 의사결정에 맡겨 두어도 목적 도달은 거의 가능하게 된다.”⁶⁶⁾

물론 이러한 관계를 전형적으로 볼 수 있는 것이 주식회사라는 것은 말할 필요도 없다. 이에 이어 福地는 다음과 같이 말한다. “거기에서는 그것을 둘러싸고 모든 인간행동의 선택기준이 극도로 확일화되어 株式保有數에 의한 다수결·주주의 책임 제한·주주간 상호관계의 최대한의 捨象·주식의 양도성 등이 가능하게 되고 또 제도적으로 실현되며 자본 그 자체가 영리정신이라고 하는 ‘자기목적’을 가지고 활동하여 ‘자기증식’을 성취하는 것과 같은 외관을 露呈한다(‘자본의 집중’). 이를 주주의 측면에서 보면, 그의 출자의 운명을 이 확일적 기구에 일임함으로써 오히려 그 본래의 목적에 더 잘 도달할 수 있는 것이다. 더구나 이러한 현상은 자본 단체에 한하지 않는다. 자본제 생산양식의 지배 하에서는 다양한 비영리목적의 재산운영, 예를 들어 교육적·학술적·종교적·예술적·사회복지의 목적을 위한 재산운영도 많은 적든 資本制企業의 운영형식에 동화되어 기계적 다수결이나 타인의 의사에 의한 대체의 제 방법이 채용되지 않을 수 없도록 되는 것이다.”⁶⁷⁾

이리하여 福地가 지적하는 바와 같이, ‘법인’이라고 하는 범주가 인간의 공동생활의 全側面을 받아들이는 것이 아니라 “재산운영 내지 그에 동화될 수 있는 성질을 갖는 권리의무적 활동의 주체적 추상화”에 다름이 아니라고⁶⁸⁾ 한

66) 福地俊夫, 「法人の法的主體性と社會的主體性」, 法と政治 제10권 제4호, 1959, 57-58면.

67) 福地, 전계논문(주66), 58면

다면, 법인이 향유할 수 있는 ‘인권’의 범위나 한계의 확정에서 있어 당해 法人의 設立目的이나 性質이 가장 우선적으로 고려될 필요가 있다는 것은 말할 것까지도 없다. 그러나 여기에서 문제가 되는 것은 그러한 법인의 설립목적이나 성질을 어떻게 판정할 것인가 하는 점이다. 이에 관한 종래의 학설이나 판례는, 예를 들어 八幡製鐵政治獻金事件의 最高裁 판결이 전형적으로 보여주고 있듯이, 私法上の 權利能力=憲法上の 人權享有能力이라고 하는 이해를 암묵적인 전제로서,⁶⁹⁾ 民法 43조의 ‘목적의 범위’ 조항의 틀 속에서 法人實在論의 관점으로부터 법인의 ‘목적’이라든가 ‘존재’라고 하는 것을 유일한 표준으로 법인 내외의 다양한 이해조정을 행해왔다고 해도 좋을 것이다.

그러나 「목적의 범위」 조항 그 자체에 관해 상법학에서는, 동조항의 회사에의 유추적용을 부정하는 견해가 최근의 有力說이라는 점, 그리고 설령 동조항의 유추적용을 긍정한다고 하더라도 민법학상 이를 法人實在說의 입장에서 권리능력과 행위능력의 범위를 정한 규정으로 해석할 것이 아니라 이사 등의 대리=대표권의 제한으로 해석하고, 법인 자신의 행위라거나 기관개념을 有機體說에 의한 무익한 법적 구성으로서 배척하는 견해⁷⁰⁾가 오늘날의 통설로 받아들여지기에 이르렀다는 점에서 본다면 회사의 행위로서 어떠한 행위가 시인되는가에 관해, 권리능력의 문제로서 추상적으로 논할 것이 아니라 법인의 성격이나 목적, 당사자 쌍방의 제 사정, 당해 사항의 성격이 법인의 이름 하에 그 대표기관이 행하는 것에 맡길 수 있는 것인가의 여부 등의 사법상의 고려 요인뿐만 아니라 나아가서는 거기에서 문제가 되는 헌법상의 ‘인권’의 성질도 포함하여 검토의 범위에 넣어야 할 필요가 있을 것이다.

여기에서 헌법학의 관점으로부터 ‘인권’관념 일반에 관한 문제로 접근한다면, 거기에서는 ‘헌법상 보장된 권리’가 곧 인권이라고 하는 용어의 사용법은 일반적으로 인정된 용법이라고 해도 좋을 것이다. 그러나 법인이 향유할 수 있는 ‘인권’과의 관계 속에서 문제시되는 경우, ‘人’ 일반의 자연권이라고 하는 법사상적 연혁에 기인하여 이는 어디까지나 자연인을 전제한 것이기 때문에 특히 법적 보장을 받아야 한다는 사고방식은 오늘날의 현대사회에 있어 소위 사

68) 福地, 전계논문(주66), 62면 주4.

69) 木下智史, 「稅理士會による政治團體への寄附と法人の權利能力」, 神戸學院法學 제20권 제3·4호, 1990, 151면.

70) 森泉, 전계논문(주10), 58면.

회적 권력에 의한 인권침해에서 개인의 인권을 어떻게 보장할 것인가 하는 것이 문제되는 한 극히 중요한 의미를 갖고 있다. ‘인권’에 관해 이러한 사고방식을 전제한다면 法人에게 헌법상 일정한 ‘인권’이 보장된다고 하더라도, 그것은 자연인=개인과 관계에서는 항상 제2차적인 의미밖에 가질 수 없다고 해야 할 것이다.⁷¹⁾ 이렇게 받아들인 다음으로 문제가 되는 것은 어떠한 ‘인권’을 어떠한 범위에서 법인이 향유할 수 있는가 하는 것이다. 이 점에 관해 一義的인 기준을 설정하는 것은 곤란하며, 일반적으로 지적되는 바와 같이 ‘권리의 성질’에 입각하여 판정할 수밖에 없을 것이다. 그리하여 권리의 ‘성질상’, 선거권이나 피선거권, 생존권을 비롯한 사회권, 사상·양심의 자유, 노예적 구속으로부터의 자유 등 일정한 人身의 자유는 법인이 향유할 수 없는 ‘인권’이 되며, 이에 대해 법 앞의 평등, 재판받을 권리와 같은 國家行爲請求權, 재산권 등의 경제적 자유, 표현의 자유, 통신의 비밀, 적정절차나 주거의 불가침 등의 형사절차상의 여러 권리 등이 법인이 향유할 수 있는 ‘인권’이라고 하는데 異見은 없다고 해도 좋을 것이다.

여기에서 남은 문제는, 八幡製鐵政治獻金事件의 最高裁 판결에서 말하고 있는 바와 같이 회사가 ‘정치적 행위를 행할 자유’를 갖는다고 하는 데에서부터 바로 ‘정치자금 기부를 행할 자유’를 이끌어 낼 수 있는가 하는 것이다. 이 점에 관하여 南九州稅理士會政治獻金事件에서의 最高裁 判決이 정치헌금이라고 하는 행위 자체가 갖는 성질에 대해 “선거에 있어 투표의 자유와 표리를 이루는 것으로서, … 시민으로서의 개인적인 정치사상, 견해, 판단 등에 기해 자주적으로 결정해야 할 사항”이라고 판시한 것은, 이미 상세한 검토를 통하여 분명히 드러난 바와 같이, 정치헌금이라고 하는 행위 자체의 성질로부터 단체의 대표기관이 다수결에 기해 결정하는 사항과는 어울리지 않는 것이기 때문에 八幡製鐵政治獻金事件의 最高裁 判決에 대해 그것이 본래 있어야 할 장소, 즉 歷史博物館에 들어가 있어야 할 것이라는 것을 豫示하고 있다고 말할 수 있을 것이다.

71) 芹澤齊, 『法人と『人權』』, 憲法理論研究會 編, 人權保障と現代國家, 敬文堂, 1995, 33면은, “법인 등의 권리향유의 근거”에 대해 “법인 등의 배후에 존재하는 자연인을 ‘투시’하여 그 자연인에 의한 구성에서 당해 법인 등 자신에 인권유사의 권리를 인정하는 것의 필요성이 승인되는 경우에 한정된다”고 하는 것을 제시하고 있다.

* * *

[譯者の辯] 기업이나 단체의 정치자금기부가 법상 인정되는가 하는 문제는民法이나 商法·勞働法 뿐만 아니라 憲法에서도 중요한 문제로 되어 있다. 이 주제에 대해서 譯者は 1991년에 “법인의 기본권에 관한 연구 서설”이라는 논문(이 글은 수정되어 鄭宗燮, 『憲法裁判研究 1』(서울: 철학과 현실사, 1995/1999), 157쪽 이하에 실려 있다)에서 다룬 후, 1996년에 “企業의 政治資金 寄附의 問題點과 違憲 與否”라는 논문(이 글은 수정되어 鄭宗燮, 『憲法研究 2』 제2판(서울: 博英社, 1996/2001), 155쪽 이하에 실려 있다)과 2000년에 “勞働組合의 政治資金 寄附禁止의 違憲與否”라는 글(『判例月報』 제354호, 8쪽 이하에 실려 있다)을 발표하였다.

이런 논문에서 일본국에서의 판례나 이론적 논의를 언급하였는데, 1996년 最高裁判所가 선고한 南九州稅理士會政治獻金事件에서의 판결은 언급하지 못했다. 南九州稅理士會政治獻金事件에서 보인 最高재판소의 견해는 종래 八幡製鐵政治獻金事件에서 보인 태도와는 매우 다르며, 법인이나 단체의 정치자금기부행위를 어떻게 볼 것인가 하는 점에 대하여 상당히 올바른 방향을 제시하고 있다.

中島茂樹 教授의 이 논문은 이 주제에 대한 일본국에서의 이론적 논의와 最高재판소의 판례에 대하여 상세히 종합·분석하고, 특히 헌법학적 관점에서 이 문제를 어떻게 이해하여야 할 것인가 하는 문제를 다루고 있는 최신의 글이어서 간접적으로 소개하는 것보다는 논문을 그대로 소개하는 것이 보다 바람직하다고 판단되어 여기에 완역한 글을 실는다.