

민법에서 사권의 공공성 一瞥*

The Significance of Public Weal in Civil Law Area - Based upon Private Right -

배 성 호(Bae, Sung Ho)**

ABSTRACT

The intersection between private law sphere and public law sphere came into main issue these day. For instance, environmental problem such as protection of environmental benefits, privacy, which contains constitutional problems, sexual discrimination, family system, that also contains constitution value and non-contradiction and infringement of obligatory right etc.

Such being the case, those intersections are related to civil public weal or private quasi-public. However, public weal or private public is vehicle for those intersections. The private autonomy and mandate in market have different type of concept, but it is important to guarantee the concept of the private autonomy, due to the meaning of public weal and quasi-public, civil law made up with social principal of norm, which means civil law connote the existence of civil freedom and quasi-public. Those quasi-public contains formation of civil social order's rule. The main propose of civil law is to enhance social order, which actually will guarantee the personal freedom and self-determination right.

This paper describes the principle of No abuse of rights, and the significance of public weal in civil law due to article 103.

Key Words: 사적 자치(Private autonomy), 공공복리(Public weal), 공서양속(Good public order and customs), 사회질서(Social order), 공공성(Quasi-public), 권리남용(abuse one's right)

1. 初述

오늘날 사법 영역에 있어서도 공법적 영역과의 교차문제가 확장되고 있다. 가령 경관, 자연환경 등과 같은 주민의 개별이익에 환원될 수 없는 환경이익보호 문제의 대두, 명예·프라이버시와 같은 헌법상 기본적 인권과 관련되는 인격적 이익에 관한 민사분쟁의 증가, 남녀차별·家제도 등 가족법질서의 헌법적 가치와의 정합성 문제의 증가, 채권침해와 관련하여 사법에 있어 경쟁질서의 확립문제 등이 그러하다. 이와 같은 사법

** 이 논문은 2008년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2008-321-B00213).

** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

영역에 대한 공법적 영역의 교차문제는 민법상 공공복리 또는 사권의 공공성과 관련된 다. 즉 이와 같은 사법영역에 공법적 관여 내지 공법적 영역의 확장의 매개체는 바로 공공복리 내지 사권의 공공성이라 할 것이다.

민법에서 공공복리는 사적 자치에 대비되어 사용된다. 사적 자치는 사법의 기본질서이다. 그러나 한편 사법질서는 하나의 사회적 제도로써 다른 모든 개인의 자유나 권리와 조화되어야 하는 등의 내재적 한계가 있다. 가령 헌법 제23조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 한다. 또한 민법 제2조 제1항은 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실하게 하여야 한다.”고 하고, 동조 제2항은 “권리는 남용하지 못한다.”라고 하여, 법률행위의 자유 내지 권리행사의 자유에 대한 내재적 한계를 설정하고 있다. 따라서 사적 자치는 사법의 기본질서이며, 공공복리 내지 사권의 공공성은 이를 제한하고 보충하는 것이라 볼 수 있을 것이다.¹⁾

이하 본고에서는 사법질서에 있어서 공공복리의 현대적 의미를 궁구하기 위하여, 권리행사의 자유와 그 제약원리로서 공공복리와 권리남용에 대하여(Ⅱ), 나아가 법률행위 자유와 그 제약원리로서 사회질서를 중심으로, 민법에 있어 공공복리의 구체적 의미를 살펴보고(Ⅲ), 마지막으로 결론에 갈음하여 앞으로의 연구방향을 가다듬기 위하여 민사법질서에 있어 공공복리 내지 사권의 공공성의 의미부여와 관련하여 가령 사법상 환경이익의 보호문제, 가족법질서의 헌법 정합성문제, 사법상 경쟁질서 확립문제 등에 관하여 논의의 단초를 제시하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 권리행사의 자유와 공공복리, 권리남용

1. 서

공공복리에 관한 민법상의 논의는 민법의 기본원리에 대한 것이 중심이었다. 전통적 견해²⁾에 의하면 우리 민법은 개인주의·자유주의에 바탕을 둔 근대민법의 기본원리가 자본주의의 폐해가 나타남에 따라 수정된 것을 그 바탕으로 하고 있다고 한다. 즉 근대 민법은 사유재산권 존중의 원칙, 사적 자치의 원칙 및 과실책임의 원칙이라는 이른바 3대원칙을 인정하면서 거래의 안전 등을 위하여 예외적으로만 이를 제한하였다. 그러나 자본주의의 폐해가 나타남에 따라 경제적·사회적 민주주의로의 수정을 거친 현대 민법은 공공복리를 최고원리로 하고, 그 실천원리로서 신의성실·거래안전·사회질서 등

1) 주지하는 바와 같이 필자의 논리와 대척점에 서 있는 종래의 통설적 견해도 있다. 즉 사법의 최고원리는 공공복리라는 견해이다. 이 견해에 의하면 공공복리는 사적 자치를 제한하는 적극적인 것이며, 사적 자치는 공공복리의 제한 내에서 승인된다고 이해한다. 박운직, 민법총칙, 제7판, 2002, 37면 이하 참조.

2) 박운직, 37면 이하 참조.

이 있으며, 이른바 3대원칙도 실천원리의 제약 안에서 수정된다.

이에 대하여 최근에는 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리(헌법 제10조)에 바탕을 둔 사적자치의 원칙을 민법의 최고원리로 파악하는 견해가 다수를 점하고 있다.³⁾ 사적 자치의 원칙이란 각자가 자기의 법률관계를 자기의 의사에 따라 자주적으로 처리할 수 있고, 국가나 법질서는 여기에 직접적으로 개입하거나 간섭하지 않는다는 것, 즉 민사법의 범위 안에서 각자는 자기의 법률관계를 자기의 의사에 따라 결정(자기 결정)하고, 그 결정에 대하여 자기가 스스로 책임(자기책임)을 져야 함을 말한다. 그러나 다른 한편 사법질서는 하나의 사회적 제도로서 다른 모든 개인의 자유나 권리와 조화되어야 하는 등의 내재적 한계가 있다. 만일 어떠한 권리의 행사가 개인의 사적 이익의 극대화에만 치중한다면 권리와 권리의 끝없는 충돌만이 있을 뿐이며, 법질서의 종국적 목표인 질서와 정의의 구현은 달성되지 않을 것이다. 따라서 권리(사권)의 공공성 내지 공공복리가 중요한 보충 내지 제한질서로 작용하게 된다. 그 대표적 예로 헌법 제23조 제2항과 민법 제2조를 들 수 있다.

따라서 아래에서는 권리행사의 자유의 보충 내지 제한질서로서 공공복리를, 그리고 공공복리의 실천원리로서 권리남용금지원칙에 관하여, 일본에서의 논의를 참조하면서,⁴⁾ 민법에서의 공공복리의 현대적 의미를 조명해 보고자 한다.

2. 일본에서 공공복리론과 권리남용금지 원칙

가. 일본에서 공공복리론의 전개

(1) 공공복리 규정의 신설

일본에서 1947년 민법개정에 의한 공공의 복리에 관한 일본 민법⁵⁾ 제1조 제3항의 신설은, 신헌법의 대원칙을 민법 가운데 규정함을 목적으로 하였다.⁶⁾ 그 때 신헌법의 대원칙은 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리의 남용을 금지하고, 이것을 항상 공공의 복리를 위하여 이용할 책임을 부담한다라고 하는 헌법 제12조의 이념이었다. 헌법 제12조가 기본적 인권의 제약원리를 규정한 것과 대비하여, 민법에는 사권의 제약원리로서 공공의 복리조향을 둔다라는 것이 민법개정에 있어서의 문제인식이었다.

이에 대하여는 많은 비판이 있었지만, 결국 그러한 비판을 수용하여 “사권은 전체적

3) 양창수, 민법입문 신수판, 2003, 354면 이하 참조.

4) 이하 일본에서의 논의는 吉田克己, 公共の福祉・權利濫用・公序良俗, Jurist 増刊 民法の争点 内田貴・大村敦志 編, 2007, 48-50면에서의 일본학설에 대한 소개를 전체적으로 참조하여 재구성 하였다.

5) 이하 본항에서 특별한 언급이 없는 경우의 법령(가령 민법, 헌법 등)은 일본의 것을 지칭한다.

6) 이하의 입법과정에 대하여는 池田恒男, 日本民法典の展開(1) 民法典の改正一前3編, 廣中俊雄・星野英一 編 民法典の百年 I 全般的考察, 1998, 1525면 이하 참조.

으로 공공의 복리를 위하여 존재한다”라고 하는 원안이 “사권은 공공의 복리에 따른다”라고 하는 꽤 완만한 문구로 수정되어 입법이 이루어졌다.

비판자를 포함하여 이 단계에서의 논의에서 공통되고 있는 것은 공공의 복리를 민법 외재적인 이념으로 파악하고 있다는 것이다. 논의의 대상이 된 것은 단적으로 말하면 국가관이고, 국가와 사회의 발전을 사권제약적·개입주의적 국가에 의하여 실현하려고 하는 사회국가관의 가부이었다. 여기에서 사권제약은 국가사회의 발전이라고 하는 민법 외부의 논리에 기초하고 있었기 때문에, 민법 내재적 논리와는 무관하였다.

(2) 공공복리 규정의 의의

그 후 입법과정에서 공공복리 규정의 의의에 관하여 적극설과 소극설의 대립이 재현되고, 결국 소극설이 우세하게 된다.

우선 적극설은 법의 목적과 공공의 복리에 관하여 다음과 같이 본다.⁷⁾ 즉 법의 목적은 사회전체의 향상발전이고, 근세의 개인주의적 법사상이 사권의 절대불가침성을 강조하는 것은, 그렇게 함으로써 사회전체의 향상발전을 도모할 수 있기 때문이다. 19세기 말부터 부의 편재에 의하여 그것이 불가능하게 된 이상, 사권의 사회성·공공성을 확인하는 것 그것이 사회전체의 향상발전에 의하여 필요하게 된다. 공공의 복리는 이 사권의 사회성원리를 宣明한 것에 지나지 않는다.

이에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다.⁸⁾ 즉 무엇보다도 일본에서는 근대의 개인주의적 법사상이 아직 충분히 발현되지 않은 분야가 있고, 그와 같은 분야에 있어서는 공공의 복리에 의하여 사권이 가지는 제일단계의 사명을 희생시킬 염려가 있기 때문에 공공의 복리의 성급한 적용에 신중하여야 한다고 한다.

이 신중한 자세의 요구는 다수의 견해에 공유되고 있다.⁹⁾ 또한 본항의 직접적용이 없다고 해결 불가능한 사안도 아직 없다는 것을 지적하고, 본항의 존재를 증시할 수만은 없다는 견해도 있다.¹⁰⁾ 본항의 강조가 지나치면 공익이 사익에 우선한다라고 하는 사고방식이 위험한 형태로 적용범위를 넓혀나갈 염려가 있기 때문이라고 한다. 더욱이 민법 제1조 제1항이 헌법이 보장하는 재산권을 제약하는 것으로서 헌법위반의 의문이 있다고도 볼 수 있음을 이유로 공공의 복리를 이유로 하는 안이한 사권제한을 하지 않도록 유의하여야 한다는 견해도 있다.¹¹⁾ 이와 같은 소극설이 다양하게 제시되는 배경에는 공공의 복리 이념이 특히 권리남용 법리적용의 영역에서 현실적으로 다소 안이한 사권제한을 초래한다라고 하는 사정이 있었다.

7) 我妻英, 新訂民法總則(民法講義1), 1965, 32-33면.

8) 我妻英, 34면.

9) 星野英一, 民法概論 I 序論·總則, 1971, 73-74면.

10) 鈴木祿彌, 民法總則講義 제3판, 2003, 349-350면.

11) 辻正美, 民法總則, 1999, 31면.

나. 권리남용법리와 공공복리와의 관계

권리남용금지 1947년 민법개정에 의하여 명문화되기 이전부터 판례의 범형성에 의하여 인정되어 오던 법리이다. 소위 객관설에 입각하면서, 공공의 복리 이념이 중요한 역할 하에, 무권원점유자와의 관계에 있어서 권리남용법리의 적용을 인정하였다.

권리남용법리를 적용한 초기의 중요판례인 宇奈月은천사건판결¹²⁾은 무권원점유자에 대한 방해배제청구에 대하여 害意가 인정되는 사안이었지만, 주관적 요건과 함께 객관적 요건을 들고 권리남용법리의 적용을 인정하였다. 그 후 무권원점유자에 대한 관계에서 권리남용이라고 하는 구성을 명시하지 않은 채 당사자간 더욱이 사회일반의 이익 상황의 객관적 비교에 기초하여 방해배제청구를 부정한 판결이 몇 개가 계속 되었다. 타인의 토지의 지하에 무권원으로 부설된 발전소 용수로 제거청구를 부정한 판결¹³⁾과 무단 철도선로부설공사에 대한 토사의 제거청구를 배척하는 판결¹⁴⁾ 등이 있다.¹⁵⁾ 후자의 판결은 토사 제거를 강행한다면 “동 지방에서 중요한 교통로가 장기에 걸쳐 현저히 불편과 위험을 초래하여 일반 공공의 이익을 저해할 수 있다”고 하여 공공적 관점에서 권리행사를 부정하고 있다.

객관설의 구체적 적용에 있어 국가정책수행이라고 하는 정치적 관점도 공공의 복리의 내용이 된다는 것이 유력한 논거가 되었다. 제2차 세계대전 후의 대표적 권리남용판결인 板付기지사건판결이 그와 같은 예를 보여준다.¹⁶⁾ 국가가 소유자로부터 임차하여 공군기지 용지로 미군에게 제공한 토지에 대하여 계약기간이 만료되었기 때문에, 소유자가 국가에 대하여 그것의 반환을 청구한 사건에서, 민법의 논리에 의하면 당연히 인정될 수 있는 청구가 권리남용법리에 의하여 배척되었다. 즉 最高裁는 “원상회복을 구하는 본소와 같은 청구는 사권의 본질인 사회성, 공공성을 무시하고, 과도한 청구를 한 것으로, 인용하기 어렵다”라고 하였다.

권리남용법리는 독일과 프랑스에 있어서도 초기에는 원래 권리행사자의 부당이득 획득의도와 사해의 의사 등의 주관적 사정에 의하여 비로소 인정되는 것이었다.¹⁷⁾ 그 후 이들 나라에 있어서도 객관설이 유력하게 되었지만,¹⁸⁾ 프랑스의 경우 객관설의 적용은

12) 大判 昭和 10.10.5, 民集 14卷 1965면.

13) 大判 昭和 11.7.10, 民集 15卷 1481면.

14) 大判 昭和 13.10.26, 民集 17卷 2057면.

15) 그 외에도 最判 昭和 41.9.22, 判例時報 460号 1면; 最判 昭和 43.11.26, 判例時報 544号 32면 등.

16) 最判 昭和 40.3.9, 民集 19卷 2号 233면.

17) 독일민법 제226조(권리를 이용한 횡포의 금지) 권리의 행사가 타인에게 손해를 가하는 것만을 목적으로 하는 경우에는 이는 허용되지 아니한다.

18) 이와 관련하여 독일의 대표적 사례인 RGZ 72, 251(賊의 소유자인 아버지는 그의 아들에게 그 성의 정원에 있는 그의 처이자 아들의 어머니의 묘소 참배를, 아들과 아버지의 관계악화로 인하여 아들을 대면하게 되면 지병인 심장병이 악화된다는 이유로 금지하였다. 이에 제국 최고재판소(RG)는 아버지가 아들의 어머니 묘소 참배를 전면적으로 금지하는 것은 쉬카네의 금지에 해당한다고 하였다.) 참조. 실제 쉬카네 금지를 규정한 독일민법 제226조는 그 적용례

“상린자간의 중대한 불편함”법리라고 하는 형태로 채택되었고, 상린자 간의 임민시은의 경우에 한정되었다.¹⁹⁾

결국 여기에서의 문제는 권리자 대 권리자의 이해조정이고, 일본과 같이 무권리자와의 관계에서 권리자의 권리행사를 부정하는 것은 아니다. 상린자간의 이해조정에 있어 문제가 되는 것은 결국 권리행사의 위법화이다. 이것과의 대비로서 일본의 권리남용법리의 적용을 특징짓자면, 그것은 침해행위의 부분적 위법화에 지나지 않는다. 일본의 권리남용법리는 그 결과 일종의 사적 수용의 기능을 갖게 된다.²⁰⁾ 권리남용법리의 남용

가 극히 드물다. 왜냐하면 권리자의 권리행사가 상대방에게 손해만을 주기 위함이라는 주관적 요건은 입증하기가 아주 곤란할 뿐만 아니라 또한 이에 해당하는 경우에는 객관적 요건으로 충분한 다른 규정의 적용을 충족할 수 있기 때문이다. 따라서 독일의 학설과 판례는 BGB 제226조의 위카네 금지규정으로부터 벗어나 권리남용의 요건을 객관화하고 있다. 백태승, 114면 참조.

19) 스위스민법(ZGB)은 주관적 가해의사의 요건에서 탈피하여 객관적으로 권리의 목적 내지 사명을 일탈하는 권리의 행사를 제한하는 입법태도를 취한다. 동법 제2조 제2항은 “권리의 명백한 남용은 법의 보호를 받지 못한다”라고 규정한다. 또한 그리스 민법 제281조는 “권리의 행사가 신의성실에 의하여 또는 선량한 풍속에 의하여 또는 권리의 사회적 내지 경제적 목적에 의하여 그어지는 한계를 명백히 넘을 경우에는 그 권리행사는 허용되지 않는다”라고 규정한다.

20) 우리 나라에서도 권리남용금지원칙의 적용과 공공복리의 관계는 일본의 경우와 크게 다르지 않다. 우리 나라에서도 권리남용금지의 원칙은 토지소유권제한과 관련하여 일찍부터 전개되어 왔다. 가령 판례는 건물철거청구에서 건물모서리 벽면 1㎡의 철거를 청구한 경우(대판 1991.6.11, 91다8593), 토지면적이 246㎡인데 건축물의 침범부분이 11.6㎡에 불과한 경우(대판 1992.7.28, 92다16911), 병원 확장공사를 하면서 대로변에 접해 있는 토지경계를 0.3㎡ 침범한 경우(대판 1993.5.14, 93다4366)와 같이 건물부분을 철거하더라도 원고에게 별다른 이익이 없는 반면, 건물소유자인 피고에게는 막대한 손실이 발생하는 경우에 권리남용을 인정한다. 또한 한구전력공사가 정당한 권원에 의하여 토지를 수용하고 그 지상에 변전소를 건설하였으나 토지소유자에게 그 수용에 따른 손실보상금을 공탁함에 있어 착오로 인하여 부적법한 공탁이 이루어져 수용재결이 실효됨으로써 결과적으로 그 토지에 대한 점유권원을 상실하게 된 경우, 토지소유자가 그 변전소의 철거와 토지의 인도를 청구한 사건에서, “한국전력공사가 정당한 권원에 의하여 토지를 수용하고 그 지상에 변전소를 건설하였으나 토지 소유자에게 그 수용에 따른 손실보상금을 공탁함에 있어서 착오로 부적법한 공탁이 되어 수용재결이 실효됨으로써 결과적으로 그 토지에 대한 점유권원을 상실하게 된 경우, 그 변전소가 철거되면 61,750가구에 대하여 전력공급이 불가능하고, 그 변전소 인근은 이미 개발이 완료되어 더 이상 변전소 부지를 확보하기가 어려울 뿐만 아니라 설령 그 부지를 확보한다고 하더라도 변전소를 신축하는 데는 상당한 기간이 소요되며, 그 토지의 시가는 약 6억 원인데 비하여 위 변전소를 철거하고 같은 규모의 변전소를 신축하는 데에는 약 164억 원이 소요될 것으로 추산되며, 그 토지 소유자는 그 토지가 자연녹지지역에 속하고 개발제한구역 내에 위치하고 있어서 토지를 인도받더라도 도시계획법상 이를 더 이상 개발·이용하기가 어려운데도 그 토지 또는 그 토지를 포함한 그들 소유의 임야 전부를 시가의 120%에 상당하는 금액으로 매수하겠다는 한국전력공사의 제의를 거절하고 그 변전소의 철거와 토지의 인도만을 요구하고 있는 점에 비추어, 토지소유자가 그 변전소의 철거와 토지의 인도를 청구하는 것은 토지 소유자에게는 별다른 이익이 없는 반면 한국전력공사에게는 그 피해가 극심하여 이러한 권리행사는 주관적으로는 그 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있고, 객관적으로는 사회질서에 위반된 것이어서 권리남용에 해당한다”고 하였다(대판 1999.9.7, 99다27613). 그외 대판 2001.11.13, 99다32899, 대판 2001.5.8, 2000다43284·43307 등 참조. 판례는 이러한 사례 이외에는 췌장의 한도를 넘는 권리행사를 권리남용으로 보지 않으려는 신중함을 보이고 있다(대판 1965.7.6, 65다198; 대판 1972.3.28, 72다142; 대판 1996.5.14, 94다54283 토지소유자가 토지 상공에 송전선이 설치되어 있는 사정을 알면서 그 토지를 취득한 후 13년이 경과하여 그 송전선의 철거를 구한 사례; 대판 2003.2.14, 2002다62319·62326 고압송전탑과 고압송전선이

으로서 자주 비판의 대상이 되는 것은 이와 같은 이유 때문이다.

다. 현대에 있어 일본에서의 공공복리론

이상과 같은 공공의 복리에 주도된 권리남용법리의 남용에 의한 사권제약에 대한 하나의 대응은 앞서 논한 공공의 복리조항의 적용을 제한적으로 보아야 한다는 소극설이다. 이 소극설은 근래의 소극설과는 다른 방향에서 공공의 복리의 그와 같은 문제성에 대응하려고 한다. 그 방향이란 공공복리의 내용적 재구성이다.

그 대표적 견해는 일본 민법 제1조 제1항의 명제가 민법상의 명제라는 것, 즉 민법에 있어서도 공공이 문제가 된다고 한다.²¹⁾ 여기에서 민법상 공공이 문제되는 것은 민법상 특정분야, 구체적으로는 생활이익법 및 경쟁이익법(소위 외곽질서와 관계되는 법)에 한정된다는 것이다. 이 견해에 의하면 공공의 복리는 지역주민에 일정한 생활이익을 제공하는 환경(생활이익법) 혹은 공정한 경쟁의 존재에 의하여 관계사업자 내지 일반소비자에게 경쟁이익을 제공하는 환경(경쟁이익법)으로의 각개의 그리고 나아가 공동의 이익향수 속에서 발견되는 것 그것이며, 그 의미에서 사익에 대한 공익의 우선 혹은 각개를 초월한 전체의 이익으로 설명되는 단체주의·전체주의와는 전혀 무관한 것이다.

이 견해에 의하면 생활이익보호를 위하여 일정한 토지이용행위를 권리남용이라고 평가하고 유지청구를 인정하는 등의 판례가 적극적으로 평가될 수 있다.²²⁾ 한편 토지소유권방해에 대한 방해배제청구권을 권리남용법리에 의하여 부정하는 것은 원칙적으로 인정되지 않는다.²³⁾

권리남용에 관한 이 방향성은 그 후 廣中俊雄교수가 말하는 것과 같이 외곽질서²⁴⁾에 한정되지 않고, 시민적 공공성에 민법 전체를 지도하는 의의를 인정하는 견해에까지 이어지고 있다.²⁵⁾ 이 견해를 바탕으로 공공의 복리는 민법의 조정대상으로 시민에 관계되는 공공성, 즉 사인이 속한 공동생활 등 공공(Public)에 관계되는 공공성(시민적 공공성)으로 파악된다. 따라서 권리남용법리에 관하여는 그 객관적 기준에 국가행정이익 및 대기업의 국가경제의 부흥에 대한 기여 등이 고려되었다는 점 등이 비판되고, 객관적 기준을 시민적 공공성에 한정하여야 한다고 주장한다.²⁶⁾

설치된 사정을 알면서도 그 토지를 취득하여 전원주택분양사업을 추진한 토지소유자들의 위송전답 등의 철거청구가 문제된 사례 등).

21) 廣中俊雄, 新版 民法綱要 第1卷 總論, 2006, 135-137면.

22) 廣中俊雄, 159면.

23) 廣中俊雄, 164-165면.

24) 廣中俊雄 교수는 시민사회에 성립하는 기본질서를, 재화질서(재화이전과 재회귀속)와 그 외곽질서로서 경쟁질서, 인격질서와 그 외곽질서로서 생활이익질서, 권력질서로 보고, 외곽질서에 있어서 공공성의 문제는 민법내재적인 문제이고, 가령 생활질서에 있어서 공공의 복리는 지역주민에게 일정한 생활이익을 제공하는 환경으로부터의 각개의 공공이익향수 중에 출현하게 된다고 한다. 廣中俊雄, 民法綱要 第1卷 總論 上, 1989, 3면 이하, 117면 참조.

25) 宗建明, 日本民法における公共の福祉の再検討(5・完), 北大法學論集 53卷 3号, 2002, 629면.

26) 宗建明, 631면.

3. 정리

오늘날 시대환경은 사적 자치의 영역에 대한 공법적 작용의 다양하고 광범위한 개입을 더욱 필요로 하고 있다. 가령 환경이익보호문제, 가족법질서의 헌법정합성문제, 사법상 경쟁질서 확립 문제 등에 있어서 사권의 사회성·공공성의 고려는 사적 자치의 이념에 반하는 것이 아니라 오히려 바람직한 사적 자치의 실현을 위한 환경조성이 될 수 있다. 따라서 사적 자치와 시장에의 완전한 위임은 동일하다고 할 수 없다. 그러나 공공복리의 실현을 위한 사권의 사회성·공공성의 고려 내지 국가의 시장 개입은 적어도 사적 자치를 보장하고 강화하는 것과 배치되어서는 아니될 것이다.²⁷⁾

민법은 시장의 기본원칙이며, 시민사회의 구성원리이자 규범원리이다. 근래에는 후자의 기능이 더욱 증시되는데, 거기에서는 시장을 조성하고, 시민의 자율적 존립의 공동조건을 형성하는 것으로써 사권의 공공성이 이해될 수 있을 것이다. 여기에서의 공공성은 민법 외재적인 제약원리가 아니라, 민법 내재적인 것이며 그와 같은 공공성의 형성·유지에 있어 민법은 적극적인 역할을 다할 수 있고, 다할 수밖에 없게 된다.

III. 법률행위의 자유와 사회질서

1. 서

사적 자치의 제약원리 중 민법 제103조도 신의칙 또는 권리남용금지 원칙의 적용과 함께 대표적인 것이라 할 것이다. 민법 제103조는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”라고 규정한다. “선량한 풍속 기타 사회질서”를 공공복리의 민법적 실천 내지 사권의 공공성에 관계되는 것으로 본다면, 사적 자치를 기본이념으로 하는 민사법질서에 있어 공공복리는 외부적 제약원리가 아니라 민법 내재적 원리로 보고, 적극적으로 평가할 수 있을 것이다.

아래에서는 이와 관련하여 일본에서의 공서양속론의 전개와 근래 제시되고 있는 새로운 공서양속론의 재구성에 대하여 자세히 살펴봄으로써 사적 자치에 있어 공공복리의 의미를 탐구해 보고자 한다.²⁸⁾

27) 제철웅, 152면 참조.

28) 이하 일본에서의 논의는 吉田克己, 50-51면에서의 일본학설에 대한 소개를 전체적으로 참조하여 재구성하였다.

2. 일본에서의 공서양속론

가. 공서양속론에 관한 학설의 전개

(1) 일본 민법²⁹⁾의 입법과정에서 민법 제90조의 원안은 “공의 질서 또는 선량한 풍속에 관한 법률”에 저촉되는 합의 등의 “불성립”을 정한 (구)법령 규정만으로는 불충분하므로, 법률위반에 한정하지 않고, 법관에게 무효판단을 위임하는 것이 좋다는 이유에서 제안되었다. “공의 질서”는 행정관청·사법 등 국가의 제도에 관계된 것이고, “선량한 풍속”은 성풍속이었다. 이 원안에 대하여는 남용의 위험이 지적되고, 도덕의 문제인 “선량한 풍속”을 삭제하거나 반대로 독일민법과 같이 “공의 질서”를 삭제하고 “선량한 풍속”만으로 하는 등의 수정안이 제안되었지만, 결국 원안이 유지되었다.³⁰⁾

이상의 입법과정에서 보는 바와 같이 민법 제90조의 적용범위는 상당히 협소한 것이었다. 또한 경제적인 문제로 인하여 법률행위를 무효로 한다는 발상이 발견되지 않는 것도 주목할 만하다.³¹⁾ 민법제정 후 초기의 학설도 이와 같은 제한적인 시각을 유지하였다.

(2) 그와 같은 상황은 1920년대에 소위 근본이념설의 등장을 계기로 커다란 변화가 있었다. 근본이념설에 의하면 “현재에 있어서 모든 법률관계는 공서양속에 의하여 지배될 수밖에 없고, 공서양속은 법률의 전체계를 지배하는 이념으로 볼 수 있다. … 제90조는 개인적사의 자치에 대한 예외적 제한을 규정한 것이 아니라, 법률의 전체계를 지배하는 이념이 간혹 그 편린을 여기에 나타내는 것에 지나지 않는다.”³²⁾라고 한다. 이 견해는 전술한 바와 같이 공공의 복리조항에도 적극적 의의를 인정하였다. 이 견해의 기저에는 “개인을 국가에 대립하는 것으로 보는 것”이 아니라 “개인과 국가가 유기적으로 결합한 個와 衆의 관계에 있다”고 보는 “국가협의회체”주의관을 취하고 있다. 여기에서 국가는 국민 전부의 “실질적인 자유와 평등, 행복추구의 이상을 실현할 수 있도록” 적극적인 관여를 할 수밖에 없는 것으로 본다.³³⁾ 이 견해는 공공복리론의 영역에서 확실히 통설적 지위를 획득하였다고 말할 수는 없지만, 공서양속론에서는 통설적 지위를 점하였고, 오늘에 이르기까지 일본사법학계에 커다란 영향을 미치고 있다.

공서양속규범은 요건이 포괄적이고 일반적이기 때문에 그 적용을 위하여는 일정한 정형화가 요청된다. 근본이념설은 판례를 정리하여 법관이 이용하기 쉬운 인덱스를 만

29) 이하 본항에서 특별한 언급이 없는 경우의 법령(가령 민법, 헌법 등)은 일본의 것을 지칭한다.

30) 입법과정에 관한 자세한 것은 大村敦志, 公序良俗と契約正義, 1995, 11면 이하; 山本敬三, 公序良俗論の再構成, 2000, 115면 이하 참조.

31) 大村敦志, 14-15면.

32) 我妻英, 270-271면.

33) 我妻英, 新憲法と基本的人權, 民法研究Ⅳ 憲法と私法, 1970, 172면, 175면.

들었고, 그것이 다음의 7유형이다:³⁴⁾ ① 인륜에 반하는 것, ② 정의의 관념에 반하는 것, ③ 타인의 경솔·궁박에 편승하여 부당한 이익을 도모하는 것, ④ 개인의 자유를 극도로 제한하는 것, ⑤ 영업의 자유를 제한하는 것, ⑥ 생존의 기초인 재산을 처분하는 것, ⑦ 현저히 사행적인 것

나. 현대에 있어 일본에서의 공서양속론

일본에서 이상의 공서양속론에 대한 재검토의 움직임이 일어난 것은 1990년대에 들어와서이다. 그 배경에는 판례에 있어 공서양속규범의 적용에 약간의 변용을 가져온 사회적 배경의 변화가 있었다. 즉 거래관계에서 공서양속 규정의 적용이 증가한 것과 개인의 자유와 평등 등 헌법적인 가치를 실현과 관련된 일련의 사건의 증가 등의 이유를 들 수 있다.

(1) 경제적 공서론

이와 같은 동향에 의해 1990년대 중반에는 프랑스법에 있어서 정치적 공서와 경제적 공서의 분류에 시사를 받아, 시장질서의 공서에의 반영을 지향하는 경제적 공서론이 주장되고, 뒤따르는 논의들에 커다란 영향을 주었다. 경제적 공서론의 근거로서 지적되는 것은 경쟁 가치의 경시라고 하는 일본적 특징이 최근 변용되기 시작하였다는 것이다. 따라서 시장의 확보와 경쟁의 유지라고 하는 가치를, 독점금지법과 증권거래법(현, 금융상품거래법) 등의 법령만으로도 아니라, 사법 그 자체에 의하여 옹호되어야 한다는 것이다. 그것을 위하여는 이러한 법령위반행위의 효력을 부정하는 것도 필요하다고 한다.³⁵⁾

이 주장의 기저에는 법질서에 있어서 개인의 역할을 재검토한다는 문제인식도 있다. 즉 공법, 사법의 관계는 준별되는 것이 아니라 상호의존관계로 볼 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 따라서 이 상호의존관계에는 ① 공법질서를 개인의 권리실현의 지원으로 본다는 인식과, ② 역으로 사법상의 공서를 법령의 목적실현을 지원하는 것으로 본다는 인식의 두 가지 이해가 제시되고 있다.³⁷⁾

(2) 기본권보장론

1990년대 후반에는 소위 기본권보장론이라고 하는 이론이 제시되었다. 이 견해도 뒤따르는 논의들에 커다란 영향을 미치게 된다. 헌법상 보장된 기본적 인권, 즉 기본권의 보장이라고 하는 관점에서 공서양속론을 재구성한다는 것이 그 기본적 문제인식이다.

34) 我妻英, 新訂民法總則, 272면 이하.

35) 大村敦志, 去來と公序, 契約法から消費者法へ, 1999(초판은 1993), 187면.

36) 大村敦志, 179면.

37) 大村敦志, 202면.

헌법상 보장된 기본권인 사적자치와 계약자유가 민법 제90조에 의하여 제한된다고 보고, 법원이 헌법상의 자유인 계약자유를 제한하려고 하는 정당화이유를 어떻게 볼 것인가라는 문제가 자각화된다.³⁸⁾

기본권보장론을 주장하는 山本敬三교수는 계약자유에 대한 제한을 정당화하는 실질적 이유로서, 기본권보호와 정책목적의 실현을 든다. 그리고 각각에 대응하는 것으로 기본권보호형과 정책실현형의 두 가지 공서양속을 추출해 낸다. 더욱이 국가기관으로서 법원이 계약자유를 제한하려고 하는 형식적인 이유로서는 법원의 입법존중의무와 헌법존중의무가 제시되고, 이들 각각에 대응하는 법령형과 재판형의 두 가지 공서양속이 추출된다. 따라서 이러한 조합에 의하여 재판형—정책실현형, 재판형—기본권보호형, 법령형—정책실현형, 법령형—기본권보호형이라고 하는 공서양속의 4유형이 도출되게 된다.³⁹⁾ 이 유형화는 계약자유에 대한 제한의 정당화에 착안한 것이다. 가령 재판형—정책실현형은 공서양속규범에 의한 개입의 정당화가 어렵다는 특징이 있다.⁴⁰⁾ 그러한 의미에서 이 유형화는 종래의 통설적 견해인 我妻英二교수의 유형과는 문제인식과 성격을 달리하고 있다.

이 이론은 기본권보호를 위하여 공서양속규범의 적용을 통한 국가개입에 적극적이다. 그러나 그것은 적어도 기본권보호를 실현하기 위한 것이고, 기본적 문제인식은 개인의 자기결정과 자유의 확보이다.⁴¹⁾ 그 점에서 이 이론은 근본이념설이 취하는 국가관과는 대조적이라 할 것이다.

3. 정리

(1) 이상의 경제적 공서론도 기본권보장론도, 경제질서실현과 기본권확보를 위한 공법·사법의 상호지원, 결국 공·사 협동을 이야기한다는 점에서 공통의 방향성을 보이고 있다. 무엇보다도 이 공사법의 관계에 대하여는 ① 공을 私의 지원으로 보는 인식과, ② 私를 공의 목적실현의 수단으로 보는 인식이 있을 수 있다. 山本敬三교수가 ①을 지향함에 대하여, 大村敦志교수의 경우에는 전술한 바와 같이 두 가지 모두를 지향하고 있다. 그 후 법령위반행위의 사법상의 효력론을 무대로 하여, ②의 방향을 전면으로 내세우는 공서양속론도 제시되고 있다.⁴²⁾ 이 견해는 공서양속의 유형론에 대하여는 공서양속위반행위에 의하여 침해된 질서에 착안하여, 국가질서·시장질서·사회질서라고 하는 3유형을 추출하였다.⁴³⁾

38) 山本敬三, 46-47면.

39) 山本敬三, 57-58면.

40) 山本敬三, 61-62면.

41) 山本敬三, 197면 이하 참조.

42) 森田修, 獨禁法違反行爲の私法上の效力(試論), 日本經濟法學會年報 19号, 1998; 同, 市場における公正と公序良俗, 金子晃ほか監修 企業とフェアネス, 2000.

43) 川島武宜·平井宜雄 編, 新版註釋民法(3), 2003, 133면 이하(森田修 執筆).

그러나 이에 대하여 ②와 같은 인식에 대하여 민법을 정책법으로 만든다하여 부정적으로 평가하고, 자각적으로 ①과 같은 인식을 옹호하는 견해도 있다.⁴⁴⁾

이와 같이 일본에서는 공서양속에 대한 논의에 있어 기본적 대립축의 顯在化가 나타나고 있다. 거기에서는 ①과 ②의 대립적인 성격이 부상되어 있지만, ①과 ②를 그와 같이 대립적인 것으로 보는 것 자체가 하나의 논점이다. II.에서 본 공공성에 대한 논의는 그와 같은 방향에서의 문제를 생각할 때에도 우리에게 시사적이다.

(2) 이상 본항은 일본에서의 법률행위의 자유와 그 제약원리인 사회질서, 즉 공서양속론을 중심으로 한 새로운 구성에 대하여 자세히 살펴보았다. 일본민법 제정초기부터 1920년대의 근본이념설의 등장 이래 1990년대 초반까지의 논의상황은 우리 나라에서의 민법의 기본이념에 관한 사적 자치론과 공공복리론의 논의와도 그 맥을 같이 하고 있다.

그러나 1990년대 초반 이후 거래관계에서 공서양속 규범 적용 사례의 증가와 개인의 자유와 평등 등의 헌법적 가치와 관계되는 사법영역에 있어서의 공법영역의 교차문제의 증가 등을 배경으로 시장경제질서를 해하는 것을 공서양속위반으로 보는 경제적 공서론과 기본권 보장론의 등장, 그리고 그 후 이들 새로운 견해에 뒤따르는 현재의 공서양속에 관한 논의 등은 공공복리의 현대적 의의 내지 사권의 공공성에 관한 본고의 논의에 있어 시사하는 바가 자못 크다.

IV. 결론에 갈음하여—사권의 공공성 서설—

1. 서

이상과 같이 본고는 권리남용금지의 원칙과 민법 제103조의 사회질서 등에 관한 일본에서의 논의를 통하여 민사법질서에 있어 공공복리의 현대적 의의를 탐구하였다.

오늘날 사법 영역에서도 공법적 영역과의 교차문제가 확장되고 있다. 가령 사법에 의한 환경이익 보호 문제, 가족법질서의 헌법정합성 문제, 사법상 경쟁질서 확립 문제 등에 있어서 사적 자치만을 통한 새로운 문제의 해결은 많은 문제를 야기한다. 사적 자치와 시장에서의 완전한 위임은 동일하다고 할 수 없다. 그러나 공공복리 또는 사권의 공공성에 대한 의미부여에 있어서 적어도 사적 자치를 보장하고 강화하는 것과 배치되어서는 아니 될 것이다.

민법은 시민사회의 구성 원리이자 규범원리이다. 여기에서는 시장을 조성하고, 시민의 자율적 존립의 공동조건을 형성하는 것으로써 공공성이 이해될 수 있을 것이다. 이

44) 山本顯治, 競争秩序と契約法—厚生對權利の一局, 神戸法學雜誌 56卷 3号, 2006.

와 같은 공공성은 민법 외재적인 제약원리가 아니라, 법 내재적인 것이며 그와 같은 공공성의 형성·유지에 있어 민법은 적극적인 역할을 다할 수 있고, 다할 수밖에 없게 된다. 민사법질서의 궁극적 목적은 사회질서 등의 공공복리의 보완을 통한 사적 자치의 극대화이며, 이는 곧 개인의 자기결정권과 자유의 확보를 의미한다.

아래에서는 앞으로의 연구방향을 가다듬기 위하여 민사법질서에 있어서 공공복리 내지 사권의 공공성의 의미부여와 관련된 약간의 검토를 행하며 결론에 갈음하고자 한다.

2. 사권의 공공성과 사법상 환경이익 보호문제

환경문제는 당초, 대기오염과 수질오염에 의한 건강침해 혹은 소음·진동에 의한 생활방해 등의 문제로 顯在化되었다. 이와 같은 소위 공해문제에 대하여는 침해된 이익이 건강과 생활상의 이익이기 때문에, 그 침해에 대하여 주민이 피해자로서 손해배상과 停止를 청구하는 경우, 그러한 이익이 민법상 보호되는 것인가에 대한 의문없이, 소송에서 오로지 과실과 인과관계 등이 쟁점이 되었다. 그러나 그 후, 환경문제는 다양화되고, 자연환경의 보전과 경관·조망의 보호라는 문제가 중요한 과제로 부상하게 되었다.

이와 같이 다양화된 환경문제 가운데, 양호한 자연환경의 보전과 아름다운 경관·조망의 보호는 당해 지역주민에게 커다란 관심사이고, 주민의 생활이익 등에 밀접한 관계가 있지만, 그와 동시에, 여기에서 문제가 되는 환경이익은, 주민의 개인적 이익에 환원할 수 없는 성격까지도 갖고 있다. 즉 그것들은 특정 개인에게 귀속되는 것이 아니라, 당해지역 주민전체 혹은 사회전체에 귀속된다는 의미에서 공공적 성격도 갖고 있기 때문이다. 예를 들어 지역의 자연환경이 개발에 의하여 파괴된 경우 혹은 지역의 경관을 훼손하는 건물의 건축이 이루어지는 경우, 공공적 성격을 갖는 이러한 환경이익의 보호를 누가 어떻게 주장할 수 있느냐가 문제된다. 또한 사법상 이러한 이익이 보호될 수 있는 것인가가 더욱 문제된다.

이러한 이익에 대하여는 현재까지는 주로 국가와 지방자치단체 등의 공적 주체가, 그 보전을 위하여 공법적 수단을 통하여 그와 같은 파괴행위를 저지하거나 파괴된 환경을 회복하는 등의 다양한 대책을 강구하여 왔다. 대표적인 예로 환경정책기본법에 의한 환경오염에 대한 공법적 규제를 들 수 있다.

그러나 행정적 대응이 충분하지 않은 경우, 이러한 지역주민의 생활과 밀접히 관련되면서, 동시에 개개 주민의 이익으로 환원할 수 없는 그런 의미에서 공공적 성격을 가진 경관 등과 같은 환경적 이익의 보호를 私人인 주민이 구하는 것은 불가능한 것인가. 자연환경과 경관·조망의 문제는 당해 지역주민의 삶의 질·환경과도 밀접한 관련을 가진다. 그런 의미에서 당해 지역주민이 어떠한 주장을 법적으로 할 수 있어야 하는 것은 아닌가라고 생각하여 본다. 따라서 그 경우, 주민 스스로의 권리와 이익을 주장하는 수단으로서 私法, 즉 민법이 일정한 역할을 할 여지는 없는 것인가가 문제된다.

확실히 경관이익, 나아가 환경이익은, 私人의 이익으로 해소될 수 없는 공공적 성격

을 가지고, 따라서 그것은 소유권 등의 전통적인 사법상의 권리로서 환원될 수 없는 측면을 가지고 있다. 그러나 그것은 이와 같은 공공적 성격까지도 가진 환경이익보호에 있어서 사법이 기능할 수 없다는 것을 의미한다고 생각할 수밖에 없는 것인가.

환경이익보호에 있어서 사법의 적극적 의의는, 다음의 두 가지 측면에서 근거지을 수 있다. 첫째, 환경이익보호에 있어서 사법의 의의는 환경이익의 특성으로부터도 근거지워진다. 즉 여기에서 문제가 되고 있는 환경이익은, 시민에 의하여 독점과 배타적 지배에 친숙하지 않은 성격—그러한 의미에서 공공적 성격—을 가진다. 따라서 환경은 유한한 것이고 상호의존성을 가지고 있기 때문에, 지역의 각 요소의 환경이용 방식의 조정이 불가결하게 된다. 그러나 동시에 그것은 시민의 생활, 나아가서는 생존의 기반이고, 양호한 환경 가운데 그곳 시민의 생활과 생존은 확보될 수 있다. 이와 같은 양면성은, 환경이익의 형성·유지에 있어서, 공법과 사법의 양면에서의 협동을 요청하게 된다. 즉 그곳에는 개별요소의 사적 이해를 뛰어넘는 조정이 필요하지만, 동시에 그 조정은 개별 요소의 사적 이해를 무시하고 행할 수 없는 것이고, 개별 요소의 이익의 단순한 총화에는 환원할 수 없지만, 개별 요소의 이익에 결부되어, 환경이익은 실효적으로 보호될 수 있기 때문이다. 애당초 환경문제에 있어 공공성이라는 것은, 주민의 이익에 外在하고 그것과 대치되는 것이 아니라, 주민을 포함한 각양각색의 요소 상호 이익의 조정원리 내지 조정결과 그것으로 볼 수밖에 없고, 공공성이란 본래 시민과 주민의 권리로부터 이탈되어 그것을 제약하는 것이 아니라, 당해 지역의 시민과 주민의 이익의 총체—그 조정통합원리 혹은 그 결과—로서의 질서—공서—를 지향하는 것이라고 한다면 그와 같은 환경질서—공서=공공성—의 형성·유지·향수에 있어서 사법은 커다란 역할을 다할 수 있고, 또한 다할 수밖에 없지 않을까.

그러나 이상에서 살펴본 바와 같이 경관 등의 환경이익과 사인의 권리로의 관념이 문제된다. 경관이익과 같은 환경이익은 주지하는 바와 같이 사인의 이익에 환원되지 않는 공공적 성격을 가지고 있다. 이러한 의미에서 공유법리에 의하여 소유권 유사의 권리로서 환경권을 구성한 초기의 환경권론에는 한계가 있다. 그러나 환경이익은 주민의 권리로 구성할 수 있고, 구성할 수밖에 없는 것은 아닌가. 따라서 이와 같은 권리를 구성함으로써, 환경질서=환경적 공공성의 형성과 유지에 주민이 주체적으로 관여되게 되는 것은 아닌가.

이와 같은 것으로서 환경권—환경질서의 형성·유지·향수의 권리—이 관념될 수 있다면, 그것은 두 가지를 의미한다. 첫째는, 환경질서의 형성유지에 참가하는 권리라는 측면에서 “절차권으로서 환경권”으로 볼 수 있을 것이다. 둘째는, 환경질서를 적정히, 타 요소의 향수와 공존할 수 있는 방식으로 향수할 수 있는 권리라고 하는 측면에서 “환경공동이용권으로서 환경권”이라 볼 수 있을 것이다. 이와 같은 환경권이 사법, 즉 민사소송을 통하여 실현되는 것이 환경에 있어서 공공성의 형성·유지와 연결되고, 시민이 양호한 환경 하에서 자기실현을 위한 조건이 되는 것이다.

3. 사권의 공공성과 가족법질서의 헌법 정합성문제

사법질서 중에서도 가족에 관한 것은 명예, 프라이버시 등의 인격권과 같은 개인 자신의 것을 제외한다면 가장 사적인 부분이다. 따라서 사적 자치를 철저히 관철한다면 가족에 관한 사항은 각 가족구성원들이 자율적으로 결정하여야 하고, 다른 사회구성원이나 국가는 간섭하지 말아야 한다. 그러나 근대 민법전은 재산관계뿐만 아니라 가족관계까지도 규율하고 있다. 즉 민법은 가족관계까지도 사회적 계약관계로 파악하고 있다.⁴⁵⁾ 이와 같이 민사법질서에 있어 가족관계는 개인의 내적 문제가 아니라 사회구성원 모두, 즉 시민과의 관계속에서 규정된다. 따라서 이와 같이 본다면 가족관계는 더 이상 사적인 이익에만 국한되는 것이 아니라 시민 전체, 즉 공공과도 관계된다. 그렇다면 여기에서 공공이란 민법외재적인 제한원리라고 하기보다는 민법 내재적인 사법자치의 제한원리로서 작용하는 공공복리의 실천원리로서 사회질서와 관련되는 것으로 볼 수 있다는 것이다. 즉 여기에서 공공복리는 사회구성원, 즉 시민과 관련되는 것이며, 결국 민법상의 가족관계에 관한 규정도 공공복리와 직접적 관련을 갖는다는 것이다.

가족법상의 권리는 동시에 도덕상 의무로서의 성격이 병존하는 경우가 많기 때문에 권리행사의 제한에 있어서 재산법보다 더 많은 필요성을 갖고 있다.⁴⁶⁾ 공공복리의 민법적 실천원리로서 사회질서 또는 권리남용금지의 원칙이 추구하는 목적은 재산법영역과 가족법영역에서의 의미가 공유되고 있다. 가령 부부간의 법률관계에 대한 권리남용금지 원칙의 적용—동거·부양·협조 청구권의 남용, 부부간의 계약취소권의 남용, 유책배우자의 이혼청구와 권리남용, 혼인취소권의 남용—, 자의 복리에 반하는 양친자관계의 발생을 목적으로 하지 않는 양자에 대한 소송에 권리남용금지원칙의 적용, 유류분반환청구권의 행사에 대한 권리남용금지원칙의 적용 등 다양하다.⁴⁷⁾

또한 가족관계는 가족법의 테두리를 넘어 헌법과의 정합성이 문제되며, 그와 동시에 가족관계는 헌법적 기준에 따라 규율된다.⁴⁸⁾

4. 사권의 공공성과 사법상 경쟁질서 확립문제

자본주의사회에서 사법질서와 거래질서는 시장경제체제의 유지라는 기능을 수행한다

45) 이와 관련하여 포르탈리스, 양창수(역), 민법전서론, 2003, 67면에 의하면 “자연적 행위가 부부 사이에, 또 그들과 자식 사이에 만들어 내는 유대와 의무는 계약이다. 그래서 민사입법도 이를 그와 같이 파악하였다.”라고 하고 있다. 또한 양창수, 가족법상의 법률행위의 특징, 가족법연구 제19권 제1호(려송 이희배 교수 교회기념), 2005, 72-85면 참조.

46) 김주수, 친족·상속법, 제5전정판, 1998, 28면; 박동섭, 친족상속법, 2003, 7면; 박동진, 신의칙과 권리남용금지원칙의 가족법관계에의 적용, 가족법연구 제19권 제1호(려송 이희배 교수 교회기념), 2005, 29-30면; 이경희, 가족법, 2002, 8면.

47) 박동진, 56-65면 참조.

48) 양창수, 헌법과 민법, 민법연구 제5권, 2006, 12-17면 참조; 윤진수, 전통적 가족제도와 헌법—최근의 헌법재판소 판례를 중심으로—, 서울대 법학 제47권 제2호, 2006, 149-188면 참조.

는 점에서 상호불가분의 관계에 있다. 사인간의 법률관계를 형성하는 경제행위를 규율하는 데 있어 적용되는 민법의 기본원리는 개인의 존엄이라는 이념에서 도출되는 사적자치의 원칙이다. 이 원칙은 사유재산제와 자유경쟁시장을 기초로 하는 자본주의 경제질서를 전제로 하고 있으며, 시장에서의 자유경쟁 원리를 법적으로 표현한 것이라 할 수 있다.⁴⁹⁾ 민법은 개인 상호간의 법률관계를 정당하게 규율하는 것을 목적으로 하는 반면, 경제법은 국민경제 전체를 정당하게 질서 지우려는 것을 목적으로 하기 때문에 그 근본목적이 다르다. 그러나 민법의 기본원리인 계약자유와 경쟁질서 사이에는 밀접한 관련이 있기 때문에, 어느 한쪽이 없이는 다른 쪽이 성립할 수 없다. 시장이 정상적으로 기능하기 위해서는 사적 경제주체들이 자유롭게 경제활동을 영위해 나갈 수 있어야 하기 때문에 시장경제질서는 사적자치의 원칙, 특히 계약의 자유를 그 논리적 전제로 하고 있다.

계약의 자유는 시장에서 자유롭고 공정한 경쟁이 유지되는 것을 그 전제로 한다. 계약의 자유는 계약체결의 자유, 상대방 선택의 자유, 계약방식의 자유, 계약내용의 자유를 그 내용으로 하는데, 시장에서 자유롭고 공정한 경쟁이 유지됨을 전제로 한다. 시장에서 상품이나 서비스를 공급하는 기업들 간에 자유롭고 공정한 경쟁이 이루어지지 않는다면 그들과 거래하는 사업자나 소비자의 상대방 선택의 자유가 보장되지 않는다. 따라서 계약의 공정을 위하여 계약의 자유는 제한되기도 한다. 경쟁의 자유와 계약의 공정성이 침해되는 경우에는 계약의 자유도 유지될 수 없기 때문이다. 이처럼 계약의 자유와 경쟁질서는 표리의 관계에 있기 때문에 경쟁질서를 침해하는 행위는 계약의 자유를 침해하게 되고, 경우에 따라서는 사회질서, 특히 경제질서에 위반하는 행위로서 그 효력이 부인될 수 있다.⁵⁰⁾ 자본주의적 경제질서의 근간을 위해서는 자유로운 경쟁체제의 구축이 필요하고, 그와 더불어 공정한 경쟁질서를 유지하는 것 또한 중요하다.

일반적으로 경쟁질서와 관련된 논의는 경제법 영역에 국한되어 있지만, 불공정한 경쟁행위에 관한 법원칙은 계약법의 기본 원칙이면서 동시에 불법행위책임과도 관련되어 있고, 특히 채권침해론과 직접적 관련을 맺게 된다. 이는 거래질서의 기반을 형성하는 자유경쟁시장을 어떻게 이해할 것인가, 따라서 특히 이미 성립하고 있는 계약관계 내지 거래관계를 후발의 제3자의 사실행위 또는 거래행위에 의한 침해로부터 어떠한 경우에 어느 정도 보호할 것인가라는 점과 관련된다. 현대 자본주의 사회에서의 거래질서는 독과점화가 심화되어 시장기구가 정상적으로 기능하지 못하는 폐해가 나타나고 있다. 이러한 문제를 해결함에 그 원리형성의 기초를 달리하는 공법적 법률관계가 사법적 법률관계의 모든 영역에 침투하거나 나아가 이를 대체하는 것은 시장경제 고유의 속성인 자율성이라는 관점에서 바람직하지 않다. 따라서 자유경쟁의 원리를 거래질서원리로 파악하여 경쟁과정을 통한 시장경제의 자기통제의 기능이 원활하게 작동할 수 있도록 외

49) 권오승, 계약자유와 계약공정, 계약법의 제문제, 1988, 57면.

50) 권오승·이민호, 경쟁질서와 사법상의 법률관계, 비교사법 제14권 제1호, 2007, 79-80면, 88-89면.

부의 직접적인 간섭이 없이 사적인 자율성을 통제하고 그것의 남용을 막을 수 있는 법적 장치를 마련하고 있다.⁵¹⁾

경쟁질서를 직접적으로 규율하는 법으로 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”(이하 ‘독점규제법’이라 한다), 사법상 규제를 규정하고 있는 “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률”(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다), 권리구제 방식을 취하는 상표법 등 지적재산권 관련법이 그러하다. 그러나 독점규제법과 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위와 불공정거래행위를 열거하는데 그치고, 부정경쟁방지법은 손해배상을 청구할 수 있는 자를 영업상 이익을 침해받은 자에 대하여만 한정하고 있기 때문에 경쟁질서 위반 내지 시장왜곡 행위에 의하여 피해를 입은 私人 내지 소비자의 구제는 민법에 의하여 해결할 수밖에 없는 상황이다.⁵²⁾

경쟁질서와 민법은 시장경제체제의 유지라는 기능을 수행한다는 점에서 상호 불가분의 관계에 있고, 공정한 경쟁질서 유지라는 것은 민법에 있어서도 중요하다. 사인간의 소송은 결국 공정한 경쟁질서 실현으로 이어지기 때문이다. 또한 경쟁질서에 관한 모든 문제를 제한된 규율범위를 갖고 있는 몇몇 특별법으로 규율하기는 사실상 불가능하며,⁵³⁾ 결국 민법의 일반원칙에 의하지 않을 수 없다. 자유경쟁과 채권침해의 관계설정 내지 기준의 확립에 있어서는 자유롭고 공정한 경쟁질서확립, 시장전체의 경쟁에의 영향, 강행법규 또는 사회질서 위반여부 및 소비자의 선택 내지 소비자보호까지도 그 고려요소로 삼아야 할 것이다.⁵⁴⁾ 여기에서 건전한 시장경제체제의 유지를 위한 사법에서의 공공복리 내지 사권의 공공성은 더욱 부각된다 하겠다.

51) 홍대식, 불공정거래행위와 공서양속, 비교사법 제14권 제1호, 2007, 111-113면.

52) 양창수, 독점규제법에서의 손해배상, 민법연구 제5권, 2006, 218-222면; 윤태영, 시장왜곡행위로부터의 소비자 보호, 민사법학 제40호, 2008, 97면 이하; 동 경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임, 비교사법 제14권 제1호, 2007, 139면 이하 참조.

53) 이와 관련하여 권오승, 공정거래법의 개요와 쟁점, 자유경쟁과 공정거래(권오승 편), 2002, 3면 이하; 조학국, 공정거래제도의 발전방향, 자유경쟁과 공정거래(권오승 편), 2002, 59면 참조.

54) 배성호, 자유경쟁과 채권침해—계약체결교섭과정에서의 계약침해 여부—, 인권과 정의 2007.7., 117면 이하 참조.

<참고문헌>

- 곽운직, 민법총칙, 제7판, 2002
- 권오승, 계약자유와 계약공정, 계약법의 제문제, 1988
- 권오승·이민호, 경쟁질서와 사법상의 법률관계, 비교사법 제14권 제1호, 2007
- 김주수, 친족·상속법, 제5정전판, 1998
- 박동진, 신의칙과 권리남용금지원칙의 가족법관계에의 적용, 가족법연구 제19권 제1호(려송 이희배 교수 고학기념), 2005
- 박동섭, 친족상속법, 2003
- 배성호, 자유경쟁과 채권침해—계약체결교섭과정에서의 계약침해 여부—, 인권과 정의 2007
- 양창수, 가족법상의 법률행위의 특징, 가족법연구 제19권 제1호(려송 이희배 교수 고학기념), 2005
- 양창수, 민법입문 신수판, 2003
- 양창수, 헌법과 민법, 민법연구 제5권, 2006
- 윤진수, 전통적 가족제도와 헌법—최근의 헌법재판소 판례를 중심으로—, 서울대 법학 제47권 제2호, 2006
- 윤태영, 시장왜곡행위로부터의 소비자 보호, 민사법학 제40호, 2008
- 윤태영, 경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임, 비교사법 제14권 제1호, 2007
- 이경희, 가족법, 2002
- 이영준, 민법총칙, 개정증보판, 2007
- 제철웅, 사적 자치와 공익의 상호관계, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006
- 포르탈리스, 양창수(역), 민법전서론, 2003
- 廣中俊雄, 新版 民法綱要 第1巻 總論, 2006
- 池田恒男, 日本民法典の展開(1) 民法典の改正—前3編, 廣中俊雄=星野英一 編 民法典の百年 I 全般的考察, 1998
- 大村敦志, 去來と公序, 契約法から消費者法へ, 1999(초판은 1993)
 , 公序良俗と契約正義, 1995
- 我妻英, 新訂民法總則(民法講義1), 1965
 , 新憲法と基本的人權, 民法研究IV 憲法と私法, 1970
- 星野英一, 民法概論 I 序論・總則, 1971
- 辻正美, 民法總則, 1999
- 宗建明, 日本民法における公共の福祉の再検討(5・完), 北大法學論集 53卷 3号, 2002
- 山本敬三, 公序良俗論の再構成, 2000
- 森田修, 獨禁法違反行為の私法上の效力(試論), 日本經濟法學會年報 19号, 1998
 , 市場における公正と公序良俗, 金子晃ほか監修 企業とフェアネス, 2000
- 川島武宜·平井宜雄 編, 新版註釋民法(3), 2003
- 山本顯治, 競争秩序と契約法—厚生對權利の—局面, 神戸法學雜誌 56卷 3号, 2006
- 藤岡康宏·須加憲子, 環境利益の救済法理について, 中山古稀記念論文集 環境・公害法の理論と實踐, 2004