

법인의 본질

Essence of a juridical person

이 홍 민*
Lee, Hong-Min

목 차

- I. 서설
- II. 법인의 본질에 관한 기존의 논의
- III. 법인의 본질에 관한 새로운 논의
- IV. 법인의 본질에 대한 연구방법론의 전환
- V. 법인의 본질과 현행법의 해석
- VI. 결어

국문초록

법인의 본질론을 볼 때에 유의해야 할 것은, 예를 들어 법인과 자연인의 특성이 엄연히 구별되는데도 불구하고 법인을 구태여 자연인과 같은 구조로 이해하는 Gierke의 학설이야말로 의제설(Fiktiontheorie)이라는 비판이 있는 것처럼, 어떤 학자의 견해를 바라보는 시각에 따라 그 이론에 대해 전혀 새로운 입장으로 정리할 수도 있다는 것이다. 따라서 법인본질론에 관한 기존의 학설은 무엇보다 어떤 논리적 변용 없이, 그 자체로 볼 수 있도록 하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 그 학설이 처음 주장되었던 시기의 사회적 배경, 국가의 정책, 법인제도의 필요성에 대한 시장의 요청 등을 함께 고려해서 볼 수 있도록 해야 한다.

논문접수일 : 2016. 10. 30.

심사완료일 : 2016. 11. 10.

게재확정일 : 2016. 11. 10.

* 법학박사·가톨릭대학교 법정경찰부 조교수

이런 점에서 볼 때에 법인이론에 관한 기존의 견해 중 사회적 가치설이, 법인의 본체가 존재하는 것을 인정하되 그 본체의 성질 여하 특히 조직의사의 유무는 법률학의 연구분야에 속하지 않는다고 하는 지적은, 이후 다른 연구분야와의 교류에 따라 법인의 실체파악에 효과적으로 작용할 수 있다는 점에서 그 가치를 재음미할 필요가 있다고 생각한다. 특히 현행법상 인정되는 사단법인 및 재단법인에 대한 여러가지 근거를 제시하기 위해서가 아니라, 앞으로 언젠가 어떤 새로운 존재를 법인으로 인정해야 하는 상황이 발생할 경우에는 더욱 이 이론의 지적은 그 의미를 가질 수 있을 것이다. 법인의 본질에 관한 기존 이론은 만약 언젠가 인공지능에 대해 법인격을 부여하려는 논의가 있을 경우 그 입법론으로서 큰 효용을 가지지 못한다. 법인에 관한 현행 제도는 어디까지나 자연인의 활동 및 그에 따른 법률효과를 귀속시킬 수 있는 존재를 전제로 한 것이지만, 예컨대 만약 인공지능에게 법인격을 인정하고자 할 때에 그 모습은 현재의 사단법인 및 재단법인과는 정반대의 형태, 즉 배후에 존재하는 자연인과는 별개의 존재로서의 사회적 활동체에 대해 그 자연인으로부터 단절하여 인격을 부여할 수 있는지의 문제가 되기 때문이다.

다만 기존의 견해들이 시사하고 있는 점들은 법인의 본질을 파악할 때에 항상 유념해야 할 부분이라고 할 수 있다. 이러한 점들을 고려할 때에 현재의 사단이나 재단과는 다른 어떤 새로운 존재에 대해 법인격을 부여하려는 시도가 있을 때에 그 존재는 최소한, 법인의 기관체로서 활동하는 자연인과 상응할 만큼의 사회적 활동이 가능한 존재여야 한다고 할 것이다. 뿐만 아니라 자연인과 별도로 법인에게 인격을 부여하는 것은 거래관계를 처리하기 위한 제도라는 점을 고려할 때 그 존재에게는 최소한 거래 내지 법적 활동에 필요한 경제적 요소가 갖추어져야 한다. 즉 그 존재의 거래에 대해 책임질 수 있는 자체적인 재산이 있어야 한다. 그리고 이처럼 최소한의 두 가지 요건을 갖출 것을 전제로 그 존재를 자연인과 별개의 법적 인격으로 인정할 것인지에 대한 사회적 합의가 이루어져야만 법인으로 인정할 수 있을 것이다.

주제어 : 법인, 법인의 본질, 법인의 권리능력, 인공지능, 인공지능의 권리능력

I. 서설

올해 초에 있었던 이세돌 기사와 알파고 간의 대국은 인공지능에 대한 선풍적인 관심을 불러일으켰다. 그와 함께 자동주행 자동차가 조금씩 선을 보이고, 미국에서는 자동주행 모드로 달리던 전기자동차의 충돌사고로 운전자가 사망하는 일까지 발생하면서,¹⁾ 인공지능을 둘러싼 논의는 점점 심화되고 있다. 최근 미국 교통부에서는 인공지능을 운전자로 인정하는 것을 배제하지 않는 내용의 자율주행자동차 규제 지침을 발표하기도 했다.²⁾ 이러한 시점에서, 아직은 많이 이른 논의일 수도 있지만, 언젠가 인공지능에 대해 권리능력을 인정할 수 있을지에 대한 호기심이 생겼다.

민법상 권리능력을 보유하는 존재는 자연인과 법인뿐이다. 인공지능이 자연인이 될 수는 없으므로, 인공지능이 권리능력을 취득할 수 있기 위해서는 입법에 의하여 법인격을 부여받아야 할 것이다. 그러나 아무런 이유 내지 근거 없이 법인격을 부여할 수는 없으므로, 인공지능이 법인격을 취득할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는 두 가지 선행연구가 필요하다. 하나는 법인의 본질에 대한 연구이다. 법인 본질론이란 자연인 이외에 법인에게 권리능력을 부여하는 이유가 무엇인가에 대한 논의이다.³⁾ 법인이 어떠한 사회적 실체 내지는 구조를 갖는가를 밝히려는 이론⁴⁾이라고도 하지만, 그 내용은 결국 자연인이 아닌 존재에 대해 법률상 권리·의무의 주체성을 인정하는 이유에 대한 논의라고 할 수 있다. 이러한 논의를 통해 법인에게 권리능력을 부여하는 이유를 확인한 후에는, 인공지능이 어떠한 구조를 가지고 어떠한 성질을 가지는지에 대해 연구할 필요가 있다. 최근에 이루어지고 있는 인공지능의 논증방식에 대한 연구⁵⁾라든

1) 조선일보 2016년 7월 1일 기사

〈http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/07/01/2016070100927.html〉 참고.

2) 모터그래프 2016년 9월 21일 기사

〈<http://www.motorgraph.com/news/articleView.html?idxno=10422>〉 참고.

3) 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 160면.

4) 김준호, 민법총칙, 법문사, 2016(제10판), 123면.

5) 조한상·이주희, “인공지능과 법, 그리고 논증”, 법과 정책연구 제16권 제2호, 한국법정책학회,

지 인공지능의 연구방법론에 대한 검토⁶⁾들은 인공지능의 구조·성질을 연구하는데에 큰 도움이 될 것이다. 이와 같은 두 가지 선행연구를 거쳐서 인공지능의 성질이 법인에게 권리능력을 부여하는 이유에 합당한지 검토하게 되면 비로소, 장래 인공지능에 법인격을 부여할 수 있는지에 대해 결론지을 수 있게 될 것이다. 이런 점에서 우선 이 글은 법인의 본질에 대해 살펴 보고자 한다.

법인본질론 즉 법인이론과 같은 것은 아무 실익이 없다는 견해도 있다.⁷⁾ 특히 법이 규율하지 않는 영역이 거의 없어진 현대에, “법인의 능력이나 책임 등의 실정법상의 해석문제가 입법·해석법학·판례 등을 통하여 충분히 해결되고 있어, 법인확설을 논하는 실익은 거의 없어졌다.”⁸⁾고 하기도 한다.

그러나 법인이론은 당대의 석학으로 법인실재설의 주창자로 알려진, Otto v. Gierke가 “법인이 자연인과 마찬가지로 살아 움직이는 조직체라는 것을 규명하는 것에 자신의 학문적 전생애를 바쳤다”⁹⁾고 고백한 바 있을 정도로 쉽지 않은 문제이다. 이 문제는 작게는 민법 제34조의 해석·적용에 직접적으로 관련되거나 민법의 법인에 관한 규정들을 체계적으로 이해하는 데 도움을 줄 수 있고, 크게는 민법 외의 법인 또는 단체에 대한 실질적인 파악에 도움을 줄 수 있을 것으로서, 단순히 ‘19세기 서구 학자들 사이에서의 논쟁’이나 ‘고전이론’¹⁰⁾으로만 볼 것은 아니라고 생각한다. 또 한편으로는 국가나 법, 권리의 본질론 내지 그 고찰방법론에 대한 다툼과 직접 관련되고, 다른 한편으로는 구체적인 각종의 법인형태에 대한 고찰에 있어서의 논쟁과도 긴밀하게 관련되므로 오히려 이를 깊이 연구하기 위해서는 매우 광범위한 준비가 필요하다고 할 것이다.¹¹⁾

2016, 295~320면.

6) 이봉재, “인공지능과 인간중심주의 - 인공지능의 연구방법론에 대한 철학적 해석”, 대동철학 제31권, 대동철학회, 2005, 81~98면.

7) 예를 들면, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 318 et suiv. (福地俊雄, *法人法の理論*, 信山社, 1998, 1~2면에서 재인용).

8) 김준호, 앞의 책, 124면. 星野英一, “法人論-權利能力なき社団·財団論を兼ねて-”, *民法論集* 第4卷, 有斐閣, 1978, 134면은 “법인이론을 논의하는 시대는 지났다.”고 할 수 있다고 한다.

9) 1902년의 베를린대학 총장취임연설문. (송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, *민사법학* 제31호, 2006. 3., 11면 참조.)

10) 森泉章, *新法人法入門*, 有斐閣, 2004, 93면.

11) 福地俊雄, 앞의 책, 1면.

법인이론에 대해 국내의 일반적인 태도는 법인의 실체를 인정하느냐에 따라 법인의제설, 법인부인설, 법인실재설로 나누어 설명하는 것이다.¹²⁾ 그러나 이러한 이론들은 근본적으로 단체 내지 법인에 대한 국가정책이나 입법정책의 변천에 따라 전개된 이론들이므로 각 학설이 주장된 역사적·사회적 배경에 대한 논의를 제외한 이론적 논의는 큰 의미를 갖기 힘들 것이다.¹³⁾¹⁴⁾

또 이에 관한 논의를 국가별로 나누어서 하는 문헌도 있다.¹⁵⁾ 법인에 대한 인정여부는 국가적인 정책에 따라 다를 수 있다는 점을 고려할 때 수긍할 수 있는 점도 있지만, 법인이론이 본격적으로 논의되었던 19세기 유럽의 국가별 정책이 각 나라별로 단절시켜 볼 수 있는지는 다소 의문이라는 점¹⁶⁾에서, 이러한 구분을 따르는 것도 힘들다고 생각한다.

소개의 편의를 위해 아래에서는 국내 일반 교과서에서의 설명을 먼저 소개한 후 그에 대한 새로운 설명들을 소개하도록 하겠다.

II. 법인의 본질에 관한 기존의 논의

일반적인 국내의 교과서는 법인의제설, 법인부인설, 법인실재설을 논하고 있

12) 박윤직, 민법총칙, 박영사, 2001(신정수정판), 176~180면; 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007(개정증보판), 901~904면; 김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991(제3전정판), 125~130면, 이은영, 민법총칙, 박영사, 2004(제3판), 230~236면 등.

13) 김준호, 앞의 책 124면 참조.

14) 이희봉, “법인론-법인학설을 중심으로”, 사법행정 제9권 3호, 1968., 21면도 “법인이론에 관한 학설들은 서로 대립되는 견해로 파악할 것이 아니라, 近世에 있어 단체에 대한 사회의 태도 또는 단체의 사회적 활동상의 변천에 따른 학설의 발전으로 파악하여야 할 것이다.”라고 한다.

15) 박윤직 편/ 이주홍 집필, 민법주해 총칙(1), 박영사, 1993, 454~462면.

16) 예를 들어 프랑스민법은 제정당시 법인에 관한 일반적인 규정을 두지 않았었지만, 독일민법이 시행되었던 1900년의 직후인 1901년 7월 비영리사단계약법에 의해 비영리사단에 대해 법인격을 인정하였다(남효순, “프랑스법에서의 법인의 역사-법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사-”, 서울대학교 법학 제40권 3호, 1999, 166면 참고.), 동법은 행정기관에 대한 신고를 통해 법인격을 취득할 수 있도록 하고 있다는 점에서, 즉 허가를 요구하지 않는다는 점에서도 독일민법의 태도와 유사하다(남효순, 앞의 논문, 179~180면 및 독일민법 제21조 참고).

다. 그 내용은 다음과 같다.¹⁷⁾

1. 법인의제설

가. 내용

이 학설은 개인의사 절대라는 법리 위에 서는 것¹⁸⁾으로서 Savigny가 주창한 것에 대해 Puchta, Windscheid가 이를 지지·찬동하면서 유력한 학설로 등장한 견해이다.¹⁹⁾²⁰⁾ 이에 따르면 권리·의무의 주체는 자연인인 개인에 한하여야 하며, 자연인이 아니면서 권리·의무의 주체가 될 수 있는 것은 법률의 힘에 의하여 자연인에 의제된 것에 한한다고 한다.²¹⁾ 이는 권리의 개념에 대한 소위 意思說을 전제로 하는 것인데²²⁾ 권리는 의사의 지배이므로 의사가 없는 법인에 대해서는 권리·의무의 주체가 될 수 있는 지위를 인정할 수 없으므로, 법인은 법률이 자연인으로 의제한 것에 지나지 않는다는 것이다.²³⁾

17) 언제부터라고 확정짓기는 곤란하지만, 예컨대 의용민법시대 이전의 申佑善, 民法總論, 1908, 61~63면은 “自然主義”, “團體主義”, “擬人主義”, “擬制主義”, “實在說”의 식으로 논해졌다(그 내용은 박준서 편/ 정종휴 집필, 주석민법[총칙(1)], 한국사법행정학회, 2002(3판), 478~479면에도 소개되어 있다). 일본에서 처음 본문과 같은 방식의 분류가 행해진 것은 我妻榮 교수의 스승인 鳩山秀夫 교수의 日本民法總論(上)(1923) 부터였다고 한다(박준서 편/ 정종휴 집필, 앞의 책 480면 참조).

18) 박윤직, 앞의 책, 176면.

19) 김기선, 앞의 책, 125면.

20) 현승중, 로마법원론, 일조각, 1960, 95면은 이 이론에 대해 “중세 이후의 로마법 학자와 교회법 학자가 로마법을 출발점으로 하여 발전시킨 이론을 기초로 하는 것”이라고 하지만 이는 오해의 소지가 있는 표현으로 보인다. 현승중·조규창, 로마법, 법문사, 1996, 391면에 의하면 “판덱텐 법학자가 구성한 법인론은 로마법원을 기초로 한 이론이 아니라 독일법학에 특유한 추상적 사고의 산물이다. 이들은 다만 자신이 구성한 법인론을 정당화하기 위한 근거로서 로마法源을 원용한 데 지나지 않으며, 이는 실증적 근거가 없는 가설에 지나지 않는다.”고 한다. 즉 로마법에서는 국가와 공공자치단체는 현대적인 법인개념과는 다른 의미로 이해되었으며, 사법생활관계에서 국가와 공공자치단체가 私人과 동일한 법적 지위에 있다는 법리를 구성한 적은 없었다는 것이다(같은 책, 392면). 현승중 교수님도 1982년의 새 판에서는 “의제설은...Savigny 및 기타의 독일보통법학자들이 만들어낸 이론이다.”라고 표현을 바꾸셨다(현승중, 로마법, 일조각, 1982, 70면.).

21) 박윤직, 앞의 책, 176~177면.

22) 명순구, 앞의 책, 161면.

이 이론은, 법인은 법률에 의해 특히 인정하는 경우에만 성립하는 것으로 생각하므로, 19세기 前半에 있어서의 反團體的 사상 내지 정책에 합치하는 것이었으며, 법인의 설립에 관한 특허주의 내지 허가주의의 이론적 기초가 되었다.²⁴⁾

나. 비판

19세기 후반 이후의 사회적인 사상의 흐름이 법인을 금지하는 것에서 법인을 방입하는 쪽으로 변해가면서 이 견해는 과거의 학설이 되어 버렸다. 즉 권리·의무의 주체는 자연인에 한한다는 것은 오늘날의 법사상과 부합하지 않는다. 자연인도 법률을 떠나서 前法律的으로 당연히 권리주체가 되는 것은 아니며 역시 법률에 의하여 권리능력이 부여되는 이상, 자연인이나 법인 모두 법률에 의하여 권리능력이 부여된다는 점은 같은 것이다.²⁵⁾

2. 법인부인설

가. 내용

만일 법인이 법률에 의하여 자연인으로 의제된 것이라고 한다면 결국 법인은 독자적인 사회적 실체를 가지 않는다는 것이 되는데, 여기서 그 본체를 법인을 구성하는 개인이나 재산에서 찾으려는 견해가 나타났다.²⁶⁾ 이 견해는 법인을 법률관계를 처리하기 위한 법기술로 이해하는 점에서는 의제설과 동일하나, 의제설이 법인의 설립을 전적으로 정부권력에 맡기는 데 대하여 이 견해는 거래사회에 있어서의 실질적인 기능이라는 객관적 사실 안에 법인의 기초를 두는 점에서 다르다고 한다.²⁷⁾ 이러한 견해를 통틀어서 법인부인설이라

23) 이영준, 앞의 책, 902면.

24) 김기선, 앞의 책, 125면.

25) 박윤직, 앞의 책, 177면; 김기선, 앞의 책, 126면.

26) 박윤직, 앞의 책, 177면.

27) 김기선, 앞의 책, 126면.

고 하는데, 다시 다음과 같은 견해로 나뉘어진다.

(1) 목적재산설(無主財産說)

이 견해는 교회의 재산은 신에게 속한다는 교회법상의 학설에서 유래하는데,²⁸⁾ Brinz와 Bekker가 주장한 것이다. 원래 재산에는 인적재산(personen Vermögen) 즉 특정인에게 귀속하는 재산과, 목적재산(zweck Vermögen) 즉 주체가 없는 재산으로서 다만 특정한 목적을 위해 존재하는 재산이 있는데, 법인에 있어서는 권리의 주체는 존재하지 않고 다만 특정한 목적을 위해 마치 인격자와 같이 활동하는 목적재산만이 존재할 뿐이라는 것이다. 즉 이 견해는 주체가 없는 권리를 인정하고 있다.²⁹⁾

(2) 享益者주체설(수익자주체설)

Jhering이 주장한 견해인데, 법인의 실질상의 주체는 법인재산의 이익을 향수하는 다수의 개인이고 법인으로 생각되는 것은 단지 형식적인 권리의 귀속자에 불과하다고 한다. 즉 권리는 법률상 보호된 이익이며 그 귀속자는 자연인에 한정되므로 법인은 진정한 권리주체가 될 수 없고 다만 형식적인 권리자가 되는데 불과하다는 것이다. 예컨대 사회사업을 목적으로 하는 법인에 있어서는 진정한 권리주체는 법인이 아니고 법인으로부터 이익을 받는 빈민, 유아, 병자 등이다.³⁰⁾

(3) 관리자주체설

현실적으로 법인재산을 관리 또는 처분할 수 있는 권한을 보유하고 있는 자가 법인의 본체라고 하는 견해로서 Hölder, Binder가 주장한 것이다.³¹⁾

나. 비판

28) 정무동, 민법총론강의, 박영사, 1986, 163면.

29) 김기선, 앞의 책, 126~127면.

30) 김기선, 앞의 책, 127면.

31) 박윤직, 앞의 책, 177면; 김기선, 앞의 책, 127면.

법인부인설은 주로 재단을 대상으로 하는 이론이며³²⁾, 사단에 관한 설명으로는 무력하다. 또한 법인의 실체를 인정하여 이를 권리주체로 하고 있는 현재의 법률제도에는 부합하지 않는다.³³⁾

3. 법인실재설

가. 내용

의제설이 법인을 법률에 의하여 의제적으로 창조되는 것이라고 하는 데 대하여, 법인은 그러한 空虛物이 아니라 권리주체로서의 실질을 가지는 사회적 실체라고 보는 학설을 통틀어서 실재설이라고 한다.³⁴⁾ 이 견해는 권리주체인 본체를 구비한 것을 널리 법인으로서 인정하려고 하기 때문에 준칙주의의 이론적 근거를 이룬다.³⁵⁾ 다만 그 사회적 실체가 무엇이나에 관하여는 다시 견해가 나뉘어진다.

(1) 유기체설

Beseler가 처음 주창하였고 그 제자인 Gierke가 완성한 견해로서 법인은 단체이며 법인의 구성원의 의사의 합계와 전혀 다른 단체의사를 갖고 있는 사회적 유기체라고 하는 견해이다.³⁶⁾ 즉 단체는 '부분의 다수성과 전체의 단일성이 조직적으로 결합한 통일적 구조'의 유기체이며, 단체 고유의 생명과 의사(단체의사)를 가지는 사회적 실재체로서 고유의 의사주체이므로 당연히 법인격을 가진다는 것이다.³⁷⁾ 이 견해는 법인에게 자연인과 마찬가지로 의사를 인

32) 그러나 이러한 비판을 법인부인설에 대해 일반적으로 언급할 수 있는지는 의문이다. Jhering은 사단보다 오히려 재단의 경우에 더 복잡한 설명방식을 취했다(최병조, "Rudolph von Jhering의 법인이론", 서울대학교 법학 제28권 3,4호, 1987., 227~228면 참고.).

33) 박윤직, 앞의 책, 177면.

34) 박윤직, 앞의 책, 178면.

35) 김기선, 앞의 책, 127면.

36) 김기선, 앞의 책, 128면.

37) 박윤직, 앞의 책, 178면.

정한다는 점에서 기존의 견해와 차별되는데, 그 의사는 사단법인에 있어서는 사원의 총의이고, 재산법인에 있어서는 기부행위의사라고 한다.³⁸⁾

(2) 조직체설

프랑스의 Michoud, Saleilles 등에 의해 주장된 견해인데, 유기체설이 사회학적 이론에 그치고 법률이론이 되지 못한 점을 바로 잡아, 법인의 실체를 권리주체가 되기에 적합한 법률상의 조직체라고 설명한다.³⁹⁾ 즉 법인은 실재하되 그 본체는 자연인과 같은 생활체가 아니고, 일정한 목적을 위하여 또는 일정한 목적에 의하여 통일되어 있는 독립한 사회적 또는 법률적인 조직체라는 것이다.⁴⁰⁾

법률이 자연인에게 인격을 부여하는 이유는 ① 객관적 요건으로서 유기체로서 존재하고, ② 주관적 요건으로서 이익을 주장하는 의사를 갖고, ③ 사회적 요건으로서 보호될 사회적 가치를 갖는다는 점 때문이다. 그런데 법인은 ① 권리주체가 되기에 적합할 만한 단체 또는 목적재산을 조직화한 조직체이므로 객관적 요건을 충족하고, ② 조직체로서 형성된 의사를 가지므로 주관적 요건을 충족하며, ③ 보호될 사회적 가치를 가지므로 사회적 요건도 충족한다. 이 세 가지 요건은 법률상 실재하는 것이므로 법인을 권리주체로 인정해야 한다는 것이다.⁴¹⁾

(3) 사회적 가치설(사회적 작용설)

법인의 본질은 독자의 사회적 작용을 하고, 권리능력을 가지는 데 적합한 사회적 가치를 가지는 것이라고 하는 견해로서 일본의 我妻榮 교수가 주장한 것이다.⁴²⁾ 이 견해는, 법인은 결코 의제된 것이 아니지만, 그 실재하는 본질이

38) 김기선, 앞의 책, 128면.

39) 박윤직, 앞의 책, 178면.

40) 김기선, 앞의 책, 128~129면.

41) 김기선, 앞의 책, 129면 참고.

42) 다만 기존 교과서가 마치 이 견해를 我妻榮 교수가 처음 주장한 것 처럼 서술한 점에 대해서는 의문이다. 我妻榮 교수 스스로는 프랑스의 Duguit와 독일의 Kohler에 기초한다고 서술하고 있었으며(我妻榮, 民法總則, 岩波書店, 1933, 138면.), 일본의 주석서는 이 견해를 취하는 학자로 Duguit, Kohler, 我妻榮을 들고 있다(林良平 편/ 林良平 집필, 注釋民法(2), 有斐閣, 1974, 7면.).

무엇이냐에 대해서는 먼저 ‘하나의 독립한 사회적 작용을 담당함으로써 개인과 마찬가지로 권리능력의 주체임에 적합한 사회적 가치를 가진 것’이라고 한 후, 그 사회적 가치에 대해서는 사회학·경제학 등의 사회과학의 힘을 빌려서 사회생활의 실체를 고찰하고 이것을 당대의 법률사상에 비추어서 연구해야 한다고 한다.⁴³⁾ 즉 법인의 본체가 존재하는 것을 인정하되 그 본체의 성질 여하 특히 조직의사의 유무는 법률학의 연구분야에 속하지 않는다는 것이다.⁴⁴⁾

나. 비판

(1) 유기체설에 대한 비판

이 이론에 대해서는, 사람의 결합체를 유기체로 볼 것인가, 또한 단체의사를 인정할 것인가는 사회학의 문제이며, 사회적 유기체에 대하여 법인격을 주는 이유를 밝히지 못하고 있다는 지적이 있다. 특히 사단의 구성원이 사단과는 별개의 사회적 존재를 가지는 동시에 사단도 그 구성원을 떠나서 독자적 사회적 존재를 가지는 점을 설명하지 못하므로 결국 이 견해는 일종의 비유로서의 가치를 가질 뿐이라고 한다.⁴⁵⁾ 또 만약 의사의 존재를 인격부여의 요건으로 한다면 고대에 권리능력이 없는 노예를 설명하지 못하는 모순에 빠진다는 점도 지적된다.⁴⁶⁾

(2) 조직체설에 대한 비판

유기체설이 사회학적 이론이라는 점을 지적하는 이 이론은, 단체가 자연발생적으로 성립하며, 독자적인 생명을 가지고 활동하는 것이어서, 법률의 힘으로 함부로 금지하거나 의제할 수 없는 실체를 가진다고 주장하는 유기체설의 장점을 수용하지 못했다는 비판이 있다.⁴⁷⁾ 또 법인을 사회적 유기체로서 존재

43) 박윤직, 앞의 책, 179면.

44) 김기선, 앞의 책, 129면.

45) 박윤직, 앞의 책, 178면.

46) 김기선, 앞의 책, 128면.

47) 박윤직, 앞의 책, 178면.

한다고 보지 않고, 법에 의하여 조직된 법적 실재라고 함으로써 결국 법 이전에는 자연인의 실재만을 인정하는 의제설에 가깝다는 지적⁴⁸⁾과 너무 형식적이고 일정한 조직이 있는 곳에 법률이 권리능력을 인정하는 이유를 충분히 설명하지 못했다는 지적도 있다.

(3) 사회적 가치설(사회적 작용설)에 대한 비판

이 견해에 대해서는, ‘사회적 작용을 담당함으로써……사회적 가치를 갖는다’는 것은 어떤 실재에 대하여 인격을 부여할 이유는 될 지라도 이러한 가치를 갖는다는 것이 곧 實在를 의미할 수는 없다. 즉 이러한 가치를 갖는다는 것과 법인이 실재하는 본체가 무엇인냐고 하는 것은 전혀 관계가 없는 문제라는 지적⁴⁹⁾이 있다.

Ⅲ. 법인의 본질에 관한 새로운 논의

1. 기존이론의 재해석

아래에 소개하는 것은 Savigny, Jhering, Gierke의 이론에 대한 새로운 분석들이다. 이러한 분석들은 기존의 학설 소개가 처음에 의도되었던 연구물을 그대로 소개한 것이 아니라, 논리적인 변용을 거쳐서 본래의 의도와는 다르게 이해되고 있다는 것을 강조한다는 점에서 공통된다.

가. Savigny의 법인이론

일반적으로 법인론에 관한 오늘날의 인식의 출발점은 Savigny에서부터였다고 보고 있는데,⁵⁰⁾ Savigny의 이름은 곧 의제설과 결합되어 있다고 보는 것

48) 박윤직, 앞의 책, 179면.

49) 김기선, 앞의 책, 130면.

50) 이기수, “법인의 본질”, 상법논총-정희철선생정년기념, 박영사, 1985, 80면. 다만 ‘법인’(Juristische

이 일반적인 태도이다.⁵¹⁾ 그러나 이는 오해에서 기인된 것으로 Savigny가 ‘인간’을 의제하였다는 주장은 옳지 않으며 Savigny는 ‘인간적 단체의 본질(Das Wesen der Menschlichen)’이라는 테마는 전혀 다룬 바 없다고 한다.⁵²⁾

Savigny는 법제도를 자연적·도덕적 기초의 존재여부에 따라 자연적 제도와 인위적 제도로 구별하는데,⁵³⁾ 자연적 존재로서 부락(Gemeinde), 도시(Städte), 마을(Dörfer) 등을 인정하고, 인위적 존재로서 재단(Stiftung) 및 회사(Gesellschaft) 등을 인정하였다. 그런데 Savigny는 전자의 경우에 해당하는 법인의 실재성에 대해서는 결코 의심하지 않았으며, 후자의 경우에 속하는 법인의 성질을 ‘인공적 또는 자의적인 존재’라고 표현한 이유도 이들 법인의 존재가 전자의 경우와 달리 반드시 필요한 것은 아니라는 것을 나타내기 위해서일 뿐이다.⁵⁴⁾

이처럼 Savigny가 법인을 의제가 아닌 실재로 보는 것은 Savigny가 국가를 법인으로 보는데서도 알 수 있다. 즉 Savigny는 모든 법인 가운데 가장 크고 중요한 것은 국고(der Fiskus), 즉 국가 자체이며 이는 사법관계의 주체라고 하였다.⁵⁵⁾

Savigny 이론의 오인은 특히 법인의 성립에 관한 Savigny의 견해에 대한 오해에서 주로 비롯되었다. 즉 Savigny는 “모든 법인의 성립에는 국가의 허가가 필요하다”고 강조하였기 때문이다.⁵⁶⁾

Savigny에 따르면, 자연인은 출생에 의해 이미 그 자체로 권리능력에 관한 청구권을 갖는 데 반하여, 법인은 그러한 자연적인 신뢰가 결여되어 있다.⁵⁷⁾ 여기서 Savigny가 법인의 ‘의제(Fiktion)’라고 한 것은 허구의 실체에 대한 것

Person)이라는 용어가 맨처음 사용된 것은 Hugo에 의해서였으며, 독일 법학교과서에서 맨 처음 ‘법인’이라는 개념을 사용한 사람은 ‘법률행위’(Rechtsgeschäft)라는 개념을 맨먼저 사용하였던 Heise이다(이기수, 앞의 논문, 80~81면.).

51) 이기수, 앞의 논문, 82면. 참고로 독일에서도 이러한 경향은 아직 해소되지 않고 있으며, 특히 Wieacker는 Savigny를 의제설의 ‘창시자’(Begründer)라고 하고 있다고 한다(이기수, 앞의 논문, 각주 19번.).

52) 독일의 Flume의 주장이라고 한다. 이기수, 앞의 논문, 82면.

53) 김학동, “Savigny의 법사상”, 민사법학 제6호, 1986. 12., 544면.

54) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 민사법학 제31호, 2006. 3., 8~9면.

55) 이기수, 앞의 논문, 83면.

56) 이기수, 앞의 논문, 87면. 다만 여기서 ‘모든 법인’이란 인위적 존재로서의 법인에 한정된 것으로 보는 것이 옳은 것 같다. 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 9~11면 참고.

57) 이기수, 앞의 논문, 87면; 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 9~10면.

이 아니라, 자연인에 있어서 '자연적인 신뢰'에 대한 것이다.⁵⁸⁾

나. Jhering의 법인이론

Jhering의 법인이론은 일반적으로 법인부인설로 분류된다. 그러나 Jhering은 법인의 존재 자체를 부인한 바 없다. 예를 들어 Jhering은 그의 한 법률감정의 견서에서-즉 실무에서- 법인이 권리주체라는 사실로부터 출발하고 있다.⁵⁹⁾

주지하는 바와 같이 Jhering은 권리를 '법적으로 보호된 이익'으로 보았다. Jhering에 의하면 '권리가 의사를 위해서 있는 것이 아니라, 의사가 권리를 위하여 있는 것'이고, 권리에 관한 의사설의 난점으로 지적되던 '의사능력 없는 자의 권리능력'을 인정할 수 있었다.⁶⁰⁾

권리에 대한 이러한 시각에서, Jhering은 "법인은 자체로서는 완전히 享益能力이 없고, 이익과 목적들도 갖지 않으며, 그러므로 또한 권리들도 가질 수 없다. 왜냐 하면 권리란 그 존재이유(Bestimmung)를 달성할 수 있는 곳에서만, 즉 권리주체에 봉사할 수 있는 곳에서만 가능한 것이기 때문이다. 권리자의 인격에 있어서 이러한 자기의 목적을 성취할 수 없는 권리란 권리개념의 기본이념에 대한 모순이다."라고 한다.⁶¹⁾

그러나 한편으로는, 법인에게 권리담당자로서의 지위를 인정하면서,⁶²⁾ 권리담당자를 다음과 같이 설명한다. "권리담당자는 공동체의 대외적 관계를 편리한 방법으로 매개하기 위한 역할자(Figurant), 단순한 機制(Mechanismus)이외에 아무 것도 아니다. 대내적으로 권리자는 그가 아니라, 그의 배후에 있고 그가 단순히 主導機具(Leitapparat)로서 봉사하는 공동체의 이해관계자들이다. 대외적으로는 그러나 그는 단연코 실질권리자와 의무자의 지위를 접하는 바, 소구하고 피소되는 것도 그이며, 법률행위를 체결하고 수행하는 것도 그이다."⁶³⁾

58) 이기수, 앞의 논문, 88면; 송호영, "법인의 활동과 귀속의 문제", 10면.

59) 최병조, "Rudolph von Jhering의 법인이론", 서울대학교 법학 제28권 3,4호, 1987, 232면.

60) 최병조, 앞의 논문, 220~222면.

61) 최병조, 앞의 논문, 223면.

62) 최병조, 앞의 논문, 228면.

63) 최병조, 앞의 논문, 225면.

이런 점에서 볼 때 Jhering이 법인의 권리능력을 인정하지 않았다는 것은, 그가 관심을 둔 점이 법인의 형태에 관한 것이라기보다 ‘법인’이라는 법형상의 목적내용과 목적기체에 관한 것이기 때문일 것이다. 예를 들어 그는 조합과 주식회사를 구별함에 있어서도 양자의 구조와 관련한 법률적 차이를 확인하는 것보다 이것들이 어떻게 개개의 구성원들에게 이익이 되는가를 해명하는데에 중점을 두었던 것이다.⁶⁴⁾

Jhering이 법인을 경시하지 않았음은 Jhering의 법정책적 입장에서도 추측할 수 있다. 즉 Jhering이 염두에 두었던 것은 자본주의적 산업의 융성 속에 시민투자자들의 보호였는데, 이렇게 보자면 Jhering이 법인에게 아무런 권리주체성을 인정하지 않았다는 것은 지극히 이상하다. Gierke와 마찬가지로 Jhering 역시 단체의 생성활동을 감지할 수 있었는데, 두 사람의 차이는 Gierke가 우선적으로 단체의 ‘형성’에 관심을 두었던 것과 달리 Jhering은 ‘시민’에게 사유재산의享益의 가능성을 철저히 보장하려는 시도에 주된 관심을 두었던 것일 뿐이다.⁶⁵⁾

이런 점에서 볼 때 Jhering의 견해는 다음과 같이 이해될 수 있을 것이다. 즉, 예링은 이미 용어 자체가 시사하듯이 ‘享益者’는 실제로는 목적주체로, 법인은 권리주체로 구상한 것이다. 이 때 자연인에 있어서는 권리주체와 목적주체가 합치하지만, 법인은 권리주체와 목적주체가 분리된다. 이 때 개개의享益者는 말하자면 법인의 ‘존재이유(raison d'être)’로서, 달리 표현하자면 정당성을 부여하는 요인으로서 이해해야 할 것이다.⁶⁶⁾

다. Gierke의 법인이론

Gierke는 Beseler의 이론적 기반위에 인류학적·심리학적 방법론을 동원하여 법인이 결코 허구가 아닌 실재하는 인간적인 단체(menschliche Verbände)임을 정치하게 설명한다. 그가 설명하는 단체인(Verbandsperson)⁶⁷⁾은 개별인(Einzelperson)

64) 최병조, 앞의 논문, 230면 참고.

65) 최병조, 앞의 논문, 237면 참고.

66) 최병조, 앞의 논문, 228면 및 235~238면 참고.

67) Gierke는 법인(juristische Person)이라는 표현을 의식적으로 피하고 團體人이라는 표현을 쓰고

과 마찬가지로 실재하는 완전한 人(volle Person)이다. 다만 개별인과는 달리 하나의 합성된 人(eine zusammengesetzte Person)이며 이 단체인의 실재성은 우리의 외적 경험과 내적 경험을 통해서 증명이 가능하다고 한다.⁶⁸⁾

그렇다면 Gierke의 단체인은 그 실재성으로 말미암아 당연히 법인격을 취득하는 것인가? 그렇지 않다. Gierke도 단체의 실재성을 강조하면서도 단체가 단체인격(Verbandspersönlichkeit)을 취득하기 위해서는 법의 승인이 필요하다고 주장하였다. 다만 여기서 ‘법’에 실정법 외에 관습법을 포함시킴으로써, 단체를 통제할 수 있는 입법자들의 권한범위를 좁게 해석하고자 하였다.⁶⁹⁾

Gierke는 단체의 법인격을 승인하는 방법을 세 가지로 분류하였는데, ① 단체의 존재로 말미암아 인격을 취득하는 경우(Persönlichkeit kraft Daseins), ② 특별한 공시를 통하여 인격을 취득하는 경우(Persönlichkeit kraft besonderer Kundmachung), ③ 허가를 통하여 인격을 취득하는 경우(Persönlichkeit kraft Verleihung)가 그것이다. 이는 오늘날 법인설립에 있어서 각각 자유설립주의, 준칙주의, 허가주의에 대응하는 개념인데, Gierke의 생각으로도 단체의 실재성이 자연인과 동등한 이른바 ‘자연적인 증명’을 보장하는 것은 아니며, 법적 승인을 통하여 비로소 단체의 존재가 법인으로서 확인(즉 공시)된다고 보았던 것이다.⁷⁰⁾

2. 세 가지 계기론

일본의 四宮和夫 교수가 주장한 견해⁷¹⁾인데, 국내에도 이를 따르는 분이 계

있는데, 이에 대해 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 비교사법 제4권 2호, 1997.12., 607면 각주 39번은, Gierke가 표현한 Verbandsperson은 현재 독일 민법이나 우리 민법에 표현된 법인(juristische Person)과 별 차이가 없다고 생각되는데, Gierke가 구태여 Verbandsperson이라고 한 이유는 Savigny 이래로 기존의 판택텐 법학자들이 법인이라는 표현을 쓰면서 그 본질을 가공의 또는 허구의 人(vorgestellte oder erdichtete Person)이라고 했는데, 이에 대한 반발로 의식적으로 용어상 차별을 두려 한 것으로 생각된다고 한다. 그렇게 이해해야 재단이나 영조물이 ‘단체’인에 속한다는 것을 납득할 수 있다는 것이다.

68) 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 606~607면.

69) 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 608~609면.

70) 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 608~609면 및 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 11~12면.

71) 고상룡, “법인론의 재검토 소고”, 성균관법학 창간호, 1987, 170면.

신다.⁷²⁾

이 견해는 우선 법인을 성립시키는 계기에는 다음의 세 가지 계기가 있다고 한다. 즉 첫째는 실체적 계기로, 우선 사회적·경제적 관점에서 보아, 자연인이 아니고 거래의 주체가 되는데 적합한 실체(사단·재단)가 존재해야 한다. 둘째는 가치적 계기로, 정책적 견지에서 가치판단에 따라 그 사회의 역사적·사회적 사정 하에서 거래의 주체가 될 만한 가치가 있어야 한다. 셋째는 기술적 계기로, 법인은 자연인이 아닌 존재를 권리·의무의 통일적인 귀속점으로 하는 기술이며 이러한 기술적인 계기는 거래의 평면에서의 법인의 본질을 이룬다고 한다.⁷³⁾

그리고 기존의 법인이론의 대립은 결국 법인에 있어서의 이러한 세 가지 계기 중 어느 것을 강조하는가라는 차이에 귀착할 뿐이므로 종래의 어느 특정한 학설에 구애받지 말고 법인을 구성하는 위 세 가지 계기를 고려하면서 타당한 해결을 꾀하여야 한다고 한다.⁷⁴⁾

3. 二面性 이론

법인은 법기술로서의 측면과 실체를 갖추었다는 기능적 측면의 두 가지면을 다 가지고 있다. 그러나 기존의 법인이론은 이러한 법인의 二面性 가운데 어느 한 면만을 파악하여 이론구성하고 있으므로 어느 견해도 따르기 힘들다. 따라서 법인본질론은 법인의 二面性을 고려해서 재검토해야 한다.⁷⁵⁾

이러한 관점에서 우선 법인격 그 자체가 갖고 있는 법기술적인 문제를 살펴보면, 어떤 단체가 법인격이 있다고 할 때에 ① 그 단체 자신이 권리·의무의 주체가 되고, ② 단체명의로 그 재산을 등기할 수 있고, ③ 소송당사자가 되며, ④ 그 단체에 대한 채권자는 그 단체의 재산만을 압류할 수 있고, 반면에 구성원의 채권자는 그 구성원 개인의 재산만을 압류할 수 있다는 법률효과가

72) 김주수, 민법총칙, 삼영사, 1982, 142~145면.

73) 김주수, 앞의 책, 142면.

74) 김주수, 앞의 책, 143면.

75) 고상룡, 앞의 논문, 170~171면.

발생한다.⁷⁶⁾

그러나 법인은 그 법인의 배후에 어떤 사회적 실체가 존재한다는 것을 인정할 수 있으며 이에 따라 여러 종류의 법인을 인정할 수 있는데, 위의 ①~④의 효과는 법인이라고 하여 반드시 발생하는 것이 아니라 그 실체에 따라 다르다. 예컨대 합명회사와 같이 무한책임사원으로 구성된 법인은 법인격이 있다고 해도 위의 효과 중 ①~③의 효과만이 발생한다.⁷⁷⁾

이 견해는 법인과 관련된 문제를 해결하는데 있어, 어떠한 실체가 법인이라는 이유로 위의 ①~④의 법률효과가 발생한다는 연역적인 해결방법을 피하고, 개개의 문제에 대해 그러한 법적 효과를 인정하는데 적합한 사회적 실체인가라는 귀납적인 방법으로 문제를 해결해야 한다고 한다.⁷⁸⁾

4. 귀속이론

위에서 보았던 바와 같이 Savigny의 이론과 Gierke의 이론은 본질적으로 서로 모순되거나 대립되는 것이 아니다. Savigny가 법인의 실재성 자체를 의심한 것은 아니며, Gierke가 법인의 법적 승인을 무시한 것도 아니다. 다만 Savigny는 인위적 존재의 설명에 초점을 맞추었고, Gierke는 단체의 존재로 말미암아 인격을 취득하는 경우에 착안하여 이론을 발전시킨 점에서 서로 대립되는 것처럼 보일 뿐이다.⁷⁹⁾

마찬가지로 법인의 활동과 관련한 법인과 기관인의 관계에 대해 종래 Savigny의 이론에 따르면 대리설을, Gierke의 이론에 따르면 기관설을 취하게 된다는 것도 과장된 것이다. Gierke에 있어서도 기관은 엄연한 법적 개념으로 그러한 기관의 활동이 법인의 활동으로 인정되느냐의 여부는 법률적 판단의 문제일 수 밖에 없으며, 법인이 기관을 통해서만 행위할 수 있다는 점에서 실제상으로는 Savigny와 큰 차이가 없는 것이다.⁸⁰⁾ 즉 Savigny가 법인의 기관인을 일

76) 고상룡, 앞의 논문, 171~172면.

77) 고상룡, 앞의 논문, 172면.

78) 고상룡, 앞의 논문, 172면.

79) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 12~13면.

중의 대리인으로 보았던 것은 기관인의 행위를 법인 자신의 것으로 귀속시키는(angerechnet) 것에 대해 정당성을 부여해 줄 수 있는 법리적인 도구가 필요했기 때문인데, Gierke도 법인의 인식은 법률의 규정이 기관의 지·부지를 법인의 것으로 귀속시킴으로써(zuschreibt) 법적인 의미를 가진다고 하거나, 기관이 권한범위 내에서 행한 작위·부작위는 법인 자신의 작위·부작위로 귀속된다고(zugerechnet) 설명하여 기관의 활동이 법인에게 귀속됨으로써 법인 자신의 활동으로 인정되는 것임을 명확히 하고 있다.⁸¹⁾ 요컨대 법인의 기관을 대리로 보든 혹은 기관으로 보든 양자 모두 종국적으로 일정한 기관의 활동을 법인의 것으로 귀속시킴으로써 법인의 활동이 이루어지는 것으로 보는 점에서는 차이가 없다는 것이다.⁸²⁾

이러한 관점에서 법인의 활동에 관한 문제는 더 이상 법인이 스스로 활동을 할 수 있는 존재인지 아니면 그렇지 아니한 존재인지로 접근할 것이 아니라, 기관인에 의해서 실제로 이루어진 의욕·인식·작위·부작위 등의 활동요소 및 그에 따른 법률효과를 법인에게 귀속시킬 수 있느냐 혹은 그렇지 않느냐의 문제로 접근하는 것이 타당하다. 이 때 귀속여부를 결정함에 있어서는 귀속규범의 목적과 기준이 판단요소로 고려된다.⁸³⁾

IV. 법인의 본질에 대한 연구방법론의 전환

1. 법인이론에 대한 패러다임의 전환 시도

최근 독일에서는 현행법상 인정되고 있는 법인격없는 다수의 법형상들의 실체를 설명하기 위하여 권리, 권리능력, 권리주체 등 기본적인 법개념의 변환을 시도하는 견해가 있다고 한다.⁸⁴⁾ 특히 Uwe John 교수는 1977년에 발표된

80) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 13~17면.

81) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 17~19면.

82) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 19면.

83) 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 41~42면. 송호영, 법이론(제2판), 신론사, 2015, 56~58면도 참고.

자신의 교수자격취득논문인 “조직화된 권리인-사법상 의인체의 체계와 문제- (Die organisierte Rechtsperson - System und Problem der Personifikation im Zivilrecht-)”에서 실정법의 규정을 고려하지 않는 고전적 법인론의 고수는 의미가 없는 것이라며, 법인의 개념은 항상 현행법 내에서 정립되어야 한다고 주장하였다.⁸⁵⁾

고전적 법인론의 연구결과는 실정법과 시간과 공간을 달리했던 것이므로 현행 실정법체계와 모순을 보이는 것이 당연하다. 이러한 모순은 고전적 법인론의 관점에서 보면 새로운 규정의 제정에 의해 극복될 수도 있겠지만, 현행법을 연구대상으로 한 것이 아니기 때문에 직접적이고 실제적인 적용범위를 파악하기 힘들다는 점과 어떤 법인론의 전개가 실정법의 개정을 조건으로 하고 있는 것이라면 그것은 현행법체계의 안정성을 위협한다는 점에서 곤란하다. 이런 점에서 Uwe John 교수의 연구는 고전적 법인론의 체계적 방법론을 비판하고 새로운 패러다임으로서 실정법규정으로부터 접근하는 방법론을 채택하여 현행법체계를 일원적으로 구성하려는 것이다.⁸⁶⁾

2. 종래 법인이론의 방법론적 기초에 대한 분석

가. 분석방법

오늘날 통설에 의하면 권리는 일정한 이익을 향유하게 하기 위하여 법이 인정하는 힘이므로, 권리라는 개념은 당연히 그 법적 힘이 부여되는 주체가 존재하는 것을 전제로 한다. 즉 권리의 귀속자가 권리주체인 것이며 사법상의 권리주체는 자연인과 법인이다. 이는 권리주체로서의 법인의 문제가 권리의 문제라는 것을 의미한다. 따라서 법인에 관한 학설들을 체계적으로 분석하기 위해서는 법체계상 법인의 지위가 권리주체와 권리의 개념과의 관계에서 어떻게 설명되고 있는지 알아보는 것이 중요하다.⁸⁷⁾

84) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 상사법연구 제18권 제2호(1999), 248면.

85) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 249면.

86) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 249면.

나. 권리로부터 발전한 권리주체

(1) 의사설에 따른 권리

(가) 권리주체 二元論

Savigny에 의하면 권리는 의사의 힘이므로 권리능력은 동시에 (자연인의) 행위능력이 된다. 이러한 원칙은 물론 미성년자와 정신장애자(Wahnsinngen)에게는 적용되지 않는데, 여기에 또 하나의 예외가 추가된다. 이것이 법인이다. 따라서 행위능력없는 자연인과 마찬가지로 대리(Vertretung)라는 인위적인 제도(künstliche Anstalt)를 통하여 그 모순을 해결하게 된다.⁸⁸⁾ Puchta도 Savigny와 마찬가지로 인간을 본질적으로 유일한 권리주체로 보는데, 이에 따르면 법인의 권리주체성을 설명할 수 없게 되므로 권리능력에 관한 규정의 예외를 인정한다.⁸⁹⁾

이처럼 Savigny와 Puchta는 권리주체에 대해 단일개념을 도출하지 못했는데, 그것은 그들의 권리와 권리주체의 개념이 이미 철학적으로 형성되었기 때문에 구체적인 법현상과 충돌하게 되고 그 문제를 해결하기 위하여 의제(Fiktion)의 방법을 택하였기 때문이다. 그러나 이런 의제는 문제를 해결한다기보다 오히려 문제를 은폐시키는 방법이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾

(나) 권리주체 一元論

Gierke는 권리를 의사의 힘으로 보면서 권리주체를 단일적으로 설명하고자 하였다. 그는 권리주체성은 능력, 즉 자유로운 의사를 가지고 있는 인격(Persönlichkeit)을 전제로 하는 것으로 보고, 오직 자유로운 의사의 담당자만이 人(Person)이라고 하였다. 다만 Savigny와 달리 철학적인 기초에 더 이상 의미를 두지 않고, 법은 그 형식적인 전능(Allmacht)에 의해 임의적인 사물 그 자체를 人(Person)으로 정할 수 있다고 하여 단체인(Verbandsperson)⁹¹⁾을

87) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 250면.

88) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 251면.

89) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 252면.

90) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 252~253면.

人으로 볼 수 있었다.⁹²⁾

Gierke가 말하는 단체인은 개별인(Einzelperson)과 같이 실재적이고 완전한 人(eine wirkliche und volle Person)이다. 다만 하나의 합성된 人(eine zusammengesetzte Person)이란 점이 개별인과 다를 뿐이다. 이 때 단체인의 권리능력은 개별인보다 제한적일 수도 있고 확장될 수도 있지만, 개별인의 입과 손에 해당하는 자연인들로 구성된 기관(Organe)을 통해 행하여지므로 단체인은 그 자체가 의사능력과 행위능력을 가진다.

그러나 Gierke의 단체인은 사회적 유기체라는 점에서 개별인이 자연적 유기체인 것과 달라서 권리주체 개념의 단일화에 대해 불명확성이 발생한다. 또 모든 단체인들의 권리주체성이 동일한 방법으로 달성되는 것이 아니며 사단(Körperschaft)과 영조물(Anstalt)에 있어 본질적인 차이가 있다는 점에서⁹³⁾ 오히려 법체계를 분화시키고 있다.

(2) 이익설에 따른 권리

Jhering은 항상 권리로부터 권리주체를 결정하려고 하였는데, 그에 의하면 권리는 인간의 목적과 이익을 보호하는 것이므로 모든 권리의 귀속자(Destinatär)는 인간이다. 따라서 법인은 실체가 없으므로 진정한 권리주체가 될 수 없고 다만 형식적으로 권리자가 되는 데 불과하다고 한다. 이런 점에서 Jhering에 의하면 어떤 의미에서 권리주체 개념의 단일성이 달성되어진다. 법인에 있어서 권리의 향유자는 항상 법인에 관여하는 인간이기 때문이다.⁹⁴⁾

그러나 Jhering에 의할 때 인적 결합이 아닌 재단의 경우 재단의 권리귀속자의 고유한 訴權(Klagerecht)을 설명하기 힘들어진다. Jhering은 재단의 권리는 완전한 권리가 아니고 소극적인 권리라고 하지만, 이러한 태도는 권리개념의

91) Gierke는 법인(juristische Person)이라는 용어 대신 단체인(Verbandsperson)이라는 용어를 사용하여 자연인을 의미하는 개별인(Einzelperson)에 대비시켰다.

92) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 254~255면.

93) 예컨대 영조물의 한 예로서 재단(Stiftung)의 경우에는, 인간 스스로 사단의 정신인 공동의사를 구성하는 사단의 경우와 달리, 인간들이 재단의 정신인 설립자의 의사에 구속된다는 점에서 본질적인 차이가 있다(안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 257면.).

94) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 258면.

중대한 수정일 뿐만 아니라 법인으로부터 재단을 분리하는 것과 같다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾

3. Uwe John의 權利人

가. 연구방법

Uwe John은 權利人(Rechtsperson) 개념의 정립에 있어 몇 가지 방법론적 전제를 제시한다. 우선 권리와 직접적인 관련없는 독자적인 개념으로 權利人 개념을 발전시켜야 한다는 것이다. 이는 법체계의 단일화, 즉 권리주체의 구조를 일원적으로 설명하기 위한 것이다.⁹⁷⁾

다음으로 권리인의 개념은 超法律的 또는 非法律的인 전제에서 벗어나서 현행법 자체의 체계적인 필요성에 의해 발전되어야 한다. 왜냐하면 모든 실제적인 사안들은 법이 사안으로 취급할 때만 중요한 것으로 인간(Mensch)도 일정한 법규가 적용되는 경우에만 권리인(Rechtsperson)이 되기 때문이다.⁹⁸⁾

또 권리인의 일반적인 이론은 자연인과 법인을 동일하게 포함하여야 한다. 따라서 체계화하려는 소재를 세분화시키지 않고 가능한 한 공통점을 발견하려는 방법에 의하여야 하는데, 이 때 특히 법인을 분석하는데에 필요한 구조요소는 일반적인 단체법을 고려하여 擬人體에 대해서도 확대·적용시킬 수 있도록 해야 한다.⁹⁹⁾

나. 권리인의 요소

95) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 259면.

96) 그 외에 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 260~268면은 권리의 의미에 대해 권리 법력설을 취하면서 그로부터 권리주체의 개념을 확정지으려는 논의와 그에 대한 비판, 권리와 권리주체의 개념을 독립시키는 논의와 그에 대한 개별적인 비판을 소개하고 있다. 다만 기존 논의에 대한 비판과 중복되고, 지나치게 이론적이기도 할 뿐만 아니라, 이 연구를 소개한 것은 앞에서 소개한 기존의 법인이론과 대비시키기 위한 것이므로, 생략하기로 한다.

97) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 268~269면.

98) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 269면.

99) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 271~272면.

우선 법률관계를 결정하는 역할을 수행해야 한다. 일반적으로 “법적으로 결정한다(Entscheidung treffen)”라는 것은 “법적으로 행위한다(handeln)”는 것을 의미하므로 권리인은 독자적인 활동단일체가 된다. 다만 미성년자, 정신장애자, 법인 등은 일정한 행위조직(Handlungsorganisation)을 통하여 권리인으로 구성되어진다.¹⁰⁰⁾

다음으로 권리인은 그들의 행위에 대하여 책임을 져야 한다. 이것은 실제적으로 권리대상들이 권리인에 귀속되어 있다는 것을 의미한다. 따라서 권리인은 그들의 재화를 가지고 행위조직의 활동에 대해 책임을 지는 실체를 만들어야 하는데 이를 책임단체(Haftungsverband)라고 한다.¹⁰¹⁾

그리고 이 두 가지 요소(행위조직, 책임단체)를 거래계에서 연결시켜주기 위해 권리인의 명칭(Name)이 필요한데,¹⁰²⁾ 이를 동일성장치(Identitätsausstattung)라고 한다.¹⁰³⁾

따라서 Uwe John의 권리인이란 결국 ‘공동의 명칭을 가진 행위조직과 책임단체를 가지고 있는 독자적인 단일체’라고 정의할 수 있게 된다. 이는 권리주체의 개념과는 다른 것으로 자연인과 법인은 완전한 권리인(volle Rechtsperson)이 되지만, 각종 법인격없는 법형상들은 권리인의 구성요소의 완성정도에 따라 독자성이 결정되는 의인체(Personifikation)가 된다.¹⁰⁴⁾

4. 평가

Uwe John 교수가 기존 학설에 대해, 권리주체의 개념을 철학적 또는 초법률적인 전제에서 구성하여 법률적으로 순수하지 못하므로 성질상 법체계화의 필요성과 충돌할 위험이 상존한다고 지적하는 것¹⁰⁵⁾은 음미할 가치가 있다고 본다. 즉 권리의 성격으로부터 권리주체의 개념을 도출하려 하기 때문에 권리

100) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 272~273면.

101) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 273면.

102) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 273면.

103) 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 611면.

104) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 273~274면.

105) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 268면.

의 개념이 불분명 할수록 권리주체의 개념도 더욱 불분명해진다는 것이다.

또 실정법상 법인이 아닌 단체나 조합까지도 의인화(Personifikation)를 하려는 시도¹⁰⁶⁾는 현실의 요청¹⁰⁷⁾을 적절히 반영한 것이라고 생각한다.

그러나 새로운 방법에 따라 權利人 개념을 설정한다고 해도 이는 지나치게 추상적이어서 이러한 방법에 따라 법인의 본질을 파악하는 것이 실제로 얼마나 의미를 가질 수 있는지는 의문이다. 또 이 견해는 권리인 개념을 도출하는데에 철저하게 현행법을 그 대상으로 해야 한다고 하는데,¹⁰⁸⁾ 법인이론이 실제로 그 의미를 가질 수 있는 것은 입법후(post-législation)의 시점보다는 오히려 입법전(pro-législation)의 시점이라는 점¹⁰⁹⁾에서도 의문을 갖게 한다.

V. 법인의 본질과 현행법의 해석

1. 법인본질론의 효용성 문제

종래의 통설적 설명에 의하면 법인의 능력에 관한 문제는 법인본질론과 밀접한 관계를 가지는 문제라고 하였다. 즉 법인학설이 의제설·부인설에서 실재설로 옮겨가고, 법인에 대한 입법주의가 제한적 태도에서 긍정적 태도로 변천함에 따라 법인의 권리능력은 넓혀졌으며, 그 활동능력에 대해서도 법인 자신의 행위능력이 인정되게 되어 그 범위가 점차 넓혀졌으며, 불법행위능력도 가지게 된다고 설명한다.¹¹⁰⁾

그러나 법인의 본질에 관한 논의가 직접적으로 해석론의 문제를 해결하기 위한 것은 아니라고 할 것이다. 즉 법인의 본질에 관하여 위의 어느 견해를

106) 송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 610면.

107) 독일에서는 2001년 1월 29일 독일연방법원의 판례변경에 의하여 민법상 조합의 권리능력을 인정하였다고 한다(안성포, “민법상 조합의 권리능력과 당사자능력 -2001년 1월 29일 독일연방법원의 변경된 판결을 중심으로-”, 비교사법 제10권 3호, 2003. 9., 287면). 다만 조합의 법인성을 인정한 것은 아니다(안성포, 앞의 논문, 298~299면).

108) 안성포, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 271면.

109) 명순구, 앞의 책, 163면.

110) 박윤직, 앞의 책, 206면 등.

취하든 구체적인 법률문제와 관련하여 결과가 달라진다고 보기는 어렵고 단지 설명방법 내지 근거에서만 차이를 보이게 된다고 보는 것이 옳을 것이다.¹¹¹⁾ 아래에서는 일반적으로 문제되는 부분에 대해 각각 서술하기로 한다.

2. 법인의 설립

민법 제31조는 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다.”고 하여 자유설립주의를 배제하고,¹¹²⁾ 민법 제32조가 비영리법인의 설립에 주무관청의 허가를 요구하므로 법인설립에 있어 이른바 허가주의를 취하고 있다.¹¹³⁾ 이는 단체의 실재만으로 법인격을 인정하기 보다는 법정정책 고려를 거쳐 단체에 대한 법적 승인을 선별적으로 하겠다는 취지이므로, 의제설을 기초로 한 것이라고 하기도 한다.¹¹⁴⁾

그러나 우선 민법 제31조에 대해서는, 관습법에 의한 법인 성립을 부정하면, 종래에 실정법이 제정되기 이전에 관습법에 의하여 인정되어 왔던 단체에 관한 모든 법질서가 파괴당하여야 한다는 것인데, 이는 민법 제1조와도 맞지 않으며, 헌법 제9조의 ‘전통문화의 계승발전과 민족문화의 전달’의 정신에 비추어도 맞지 않는 점이 있다는 지적이 있다.¹¹⁵⁾

그리고 민법 제32조의 ‘허가’의 법적 성질은 일반적으로 행정법상 허가로 보고 있기 때문에 허가 여부는 행정관청의 자유재량에 속하며, 허가를 얻지 못하더라도 행정소송의 대상이 되지 않는다고 한다.¹¹⁶⁾ 현행민법의 제정 당시에 민법안심의소위원회에서 “공익사업을 표방하면서 실은 악질행위를 감행하는 실례가 허다한 한국의 현실로 보아서는 허가주의를 채택한 초안의 태도가 타당하다.”¹¹⁷⁾고 한 점에 비추어 보아도 우리 민법이 허가주의를 염두에 둔 입법

111) 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 578면.

112) 박윤직, 앞의 책, 194면.

113) 박윤직, 앞의 책, 194~195면.

114) 이은영, 앞의 책, 234면.

115) 정환담, “민사법인설립제도에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법 제5권 1호, 1998. 6., 95~96면.

116) 박윤직, 앞의 책, 198면.

117) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957, 28면.

인 것은 분명하다. 그러나 이에 대해서는 다음과 같은 비판이 있는데 음미할 필요가 있다고 생각한다.

행정법적 이론에 의하면 허가는 이른바 권력적 행정행위로서 일반적 금지에 대한 개별적 해제를 의미한다. 따라서 私人是 허가를 받아서 비로소 일정한 법적 행위를 할 수 있다. 그러나 단체를 설립하기로 하는 다수인의 사단설립행위는 합동행위 또는 특수한 계약으로서 허가 없이도 이미 이루어져서 법인격 없는 사단이 창설된다. 그러므로 민법 제32조의 허가는 어떠한 금지의 해제가 아니고 법인을 설립할 수 있도록 주무관청이 법인격 없는 사단에다 일정한 능력이나 자격을 부여하는 행정청의 행위로서 학문적으로는 '인가'로 보아야 한다. 만일 이를 일반적 금지를 전제로 하는 학문적 '허가'로 본다면 헌법 제21조 제2항 및 헌법 제37조에 위반될 소지가 크다.¹¹⁸⁾

대법원은 민법 제42조 제2항을 준용하는 민법 제45조에 대해 “법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나, 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로, 그 법적 성격은 인가라고 보아야 한다”고 하였는데,¹¹⁹⁾ 정관변경에 허가를 요구하는 것은 설립시에 허가를 요구하는 것에 대응하는 것이라는 점¹²⁰⁾에서 추후 대법원의 태도에 주목할 필요가 있다고 생각한다.¹²¹⁾

3. 법인의 권리능력

통설은 법인의 권리능력이 법인에 대한 입법정책, 법인이론의 추이와 관련을 가지고 점차 그 범위가 확장되어 왔다고 하면서 다만 법인의 권리능력은 성질·법률·목적에 의해 제한을 받는다고 설명한다.¹²²⁾

118) 박준서 편/ 정중휴 집필, 주석민법[총칙(1)], 599~600면.

119) 대법원 1996. 5. 16. 선고 95누4810 전원합의체 판결.

120) 정관변경에 관한 우리 민법 제정과정에서 참고가 되었던 중화민국민법 제53조의 입법이유는 다음과 같다: “공익을 목적으로 하는 사단의 설립에는 주무관서의 허가를 거쳐야 하는 것처럼 그 정관을 변경하는 경우에도 역시 주무관서의 허가를 거쳐야 한다. 이는 간섭주의를 채택한 결과이다.” (保成六法全書編輯委員會 편, 六法-立法理由, 相關法令, 判解釋義, 考題文獻-全書: 民法, 保成文化事業出版公司, 1995, 71면. 밑줄은 필자.)

121) 현재 국회에 제출되어 있는 민법개정안 제32조와 제42조 등도 '허가'를 '인가'로 전환하였다.

이 중 특히 문제가 되는 것은 ‘목적에 의한 제한’과 관련된 민법 제34조이다. 이 규정은 일본민법 제43조를 이어받은 것인데, 다른 일반적인 민법 규정들과 달리 일본민법 법인편의 입법을 담당한 穂積陳重이 영국에서 공부한 적이 있다는 우연한 사정에 의해 영미법상 *ultra vires* 원칙이 수용된 것이라고 한다.¹²³⁾ 그리고 *ultra vires* 원칙이 점차 폐지되어 가고 있는 실정¹²⁴⁾에 비추어 최소한 이 규정을 상법상 회사에는 적용하지 말아야 한다는 것이 상법학계의 통설이며, 최소한 입법론상으로는 동 규정을 폐지하는 것이 바람직하다고 한다.¹²⁵⁾

그 외에 독일에서는 비법인사단이나 민법상 조합의 권리능력을 인정할 것인가와 관련하여 상대적 내지 부분적 권리능력론이 제기되고 있다. 다만 권리능력이라는 개념은 불가분하고 포괄적인 성격을 가진다는 점에서 여전히 다수의 견해는 이 이론에 반대한다고 한다.¹²⁶⁾

4. 법인의 행위능력

기존의 견해는 일반적으로 ‘법인의 행위능력’이라는 표제 아래 누가 어떠한 행위를 하였을 때에 이를 법인의 행위로 인정할 것이냐에 관한 문제를 논의한다.¹²⁷⁾ 이 점은 법인의 본질에 관한 논의가 역사적으로 발전되어 왔던 것과 관계가 있다고 생각된다. 예를 들어 Savigny의 이론에 따르면 행위능력은 ‘법인’의 ‘의제’에 의하여 보충할 수 없기 때문에, 법인인 형상에는 아무런 행위능력이 없고, 이처럼 ‘법인의 자연적인 행위무능력’(Die natürliche Handlungsunfähigkeit der juristischen Person)은 Savigny에 있어서 당연한 것이었다.¹²⁸⁾ 이처럼 입법 이전의 논의로서는 미성년자나 정신장애자와 같은 행위무능력자와 비슷한 논의가 이루어질 수 있었을 것으로 보인다.

122) 곽윤직, 앞의 책, 205~208면; 장경학, 민법총칙, 법문사, 1985, 316~320면 등.

123) 고상룡, 민법총칙, 법문사, 1999(전정판), 208면.

124) 정찬형, 회사법강의, 박영사, 2002(제2판), 74~75면.

125) 송호영, “법인의 권리능력”, 비교사법 제7권 1호, 2000. 6., 122면.

126) 상대적 내지 부분적 권리능력론에 관해 상세한 것은 송호영, “법인의 권리능력”, 93~104면 참고.

127) 곽윤직, 앞의 책, 208면 등.

128) 이기수, 앞의 논문, 88면.

그러나 현행법상 행위능력은 민법 제5조 이하에서 규정하는 행위무능력자의 보호를 위한 개념일 뿐 위의 논의는 행위능력과 더이상 관계가 없다고 보아야 할 것이며, 위의 논의는 ‘법인의 활동’으로서 논의하면 족하다고 생각한다.¹²⁹⁾ 만일 그렇지 않다면, 기존의 교과서에서 서술하는 “행위무능력자에 의하여 단독으로 이루어진 법률행위는 취소할 수 있다.”는 설명과도 맞지 않게 된다.

5. 법인격무시이론¹³⁰⁾ 과의 관계

종래 학설은 법인이론과 법인격무시이론을 관계지어 설명하고자 하였다.¹³¹⁾ 그러나 이 이론은 법인의 권리능력을 *ultra vires* 원칙상 정관목적에 따라 제한할 수 있는 것으로 보던 미국에서 판례를 기반으로 발전된 것¹³²⁾으로, 법적 토양이 다른 우리나라에서의 법인이론과 연결짓는 것은 무리라고 생각한다.

우리와 비슷한 법적 토양을 가지고 있는 독일의 통설적 견해인 규범적용설(Normanwendungslehre)이 법인격무시이론이 적용될 사안에 대해 법인의 법인격 자체를 무시하지 않고 법인의 법인격을 그대로 인정한 상태에서, 일단 각각의 사례마다 적용될 수 있는 규범을 찾아보고 여의치 않을 경우에는 신의성실의 원칙을 통하여 가능한 유사규범의 합리적인 해석을 통하여 문제해결을 시도하려는 것¹³³⁾도 이러한 생각을 뒷받침할 수 있다고 본다.

129) 我妻榮, 民法案內2 民法總則, 勁草書房, 2005, 117면도 자연인과 법인에 있어 행위능력의 개념이 다르다는 점을 지적하고 있다.

130) 일반적으로는 ‘법인격부인이론’으로 논해진다. 그러나 법인격을 전면적으로 부인하는 것이 아니므로 ‘법인격무시이론’이라고 하는 것이 타당하다는 정동윤, 회사법, 법문사, 2000(제6판), 21면의 지적에 공감하므로 아래에서는 ‘법인격무시이론’으로 표현하기로 한다.

131) 김기수, “법인학설”, 고시계 1982. 3., 205면; 고상룡, 앞의 책, 181면 등. 이기수, “법인의 본질”, 79~90면도 Flume 교수의 연구를 소개하는 이유로 법인격무시이론에 관한 기초공사를 위한 것을 들고 있다.

132) 이러한 점에서 법인격무시이론의 실정법적 근거를 굳이 찾으려면 민법 제2조나 상법 제171조 제1항보다 오히려 민법 제34조를 드는 것이 타당할 것이라는 지적(명순구, 앞의 책, 168면.)은 의미가 있다고 생각한다. 법인격무시이론의 실정법적 근거를 굳이 민법 제2조나 상법 제171조 제1항에서 찾으려던 것은 민법 제34조가 회사에 적용되지 않는다고 보는 것이 통설(정동윤, 앞의 책, 50면; 정찬형, 앞의 책, 69~75면 등.)인 상법학계에서 주로 이에 관한 논의가 이루어져 왔기 때문이 아닐까 생각한다.

133) 송호영, “독일법상 법인실체파악이론의 운용과 우리 법에의 시사점”, 비교사법 제14권 3

VI. 결어

이상에서 법인의 본질론과 관련된 문제를 나름대로 정리해 보았다. 이에 관한 논의를 볼 때에 유의해야 할 것은, 예를 들어 Flume 교수가, 법인과 자연인의 특성이 엄연히 구별되는데도 불구하고, 법인을 구태여 자연인과 같은 구조로 이해하는 Gierke의 학설이야말로 의제설(Fiktiontheorie)이라고 비판¹³⁴⁾하는 것과 같이, 어떤 학자의 견해를 바라보는 시각에 따라 그 이론에 대해 전혀 새로운 입장으로 정리할 수도 있다는 것이다. 따라서 법인본질론에 관한 기존의 학설은 무엇보다 어떤 논리적 변용 없이, 그 자체로 볼 수 있도록 하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 그 학설이 처음 주장되었던 시기의 사회적 배경, 국가의 정책, 법인제도의 필요성에 대한 시장의 요청 등을 함께 고려해서 볼 수 있도록 해야 한다.

이런 점에서 볼 때에 법인이론에 관한 기존의 견해 중 사회적 가치설이, 법인의 본체가 존재하는 것을 인정하되 그 본체의 성질 여하 특히 조직의사의 유무는 법률학의 연구분야에 속하지 않는다고 하는 지적¹³⁵⁾은, 이후 다른 연구 분야와의 교류에 따라 법인의 실제과악에 효과적으로 작용할 수 있다는 점에서 그 가치를 재음미할 필요가 있다고 생각한다. 특히 현행법상 인정되는 사단법인 및 재단법인에 대한 여러가지 근거를 제시하기 위해서가 아니라, 앞으로 언젠가 어떤 새로운 존재를 법인으로 인정해야 하는 상황이 발생할 경우에는 더욱 이 이론의 지적은 그 의미를 가질 수 있을 것이다. 예컨대 최근에 주장된 이른바 '귀속이론'의 경우, 현행법의 해석 및 현재의 법인에 대한 여러가지 근거 제시에 대해서는 별다른 이론적 문제를 가지지 않는 것으로 보이지만, 만약 언젠가 인공지능에 대해 법인격을 부여하려는 논의가 있을 경우 그 입법론으로서의 별다른 효용을 가지지 못한다. 법인에 관한 현행 제도는 어디까지나 자연인의 활동 및 그에 따른 법률효과를 귀속시킬 수 있는 존

호, 2007. 9., 435~437면.

134) 송호영, "법인의 활동과 귀속의 문제", 18면, 각주 52번.

135) 김기선, 앞의 책, 129면.

재를 전제로 한 것이지만, 만약 인공지능에게 법인격을 인정하고자 할 때에 그 모습은 현재의 사단법인 및 재단법인과는 정반대의 형태, 즉 배후에 존재하는 자연인과는 별개의 존재로서의 사회적 활동체에 대해 그 자연인으로부터 단절하여 인격을 부여할 수 있는지의 문제가 되기 때문이다.

한편 기존의 견해들이 시사하고 있는 점들은 법인의 본질을 파악할 때에 항상 유념해야 할 부분이라고 할 수 있다.

우선 법인의제설이 근대형의 단체(Corporation)를 ‘구성원으로부터 초월한 독립된 개인’으로 인정한 점, 즉 구성원과는 별개의 독립된 권리·의무의 귀속 점을 기술적 의제로 창안한 점은 오늘날의 법인제도에 있어서도 법인이 갖고 있는 법기술적 성격을 무시할 수 없다는 점에서 높이 평가되어야 한다.¹³⁶⁾

다음으로 법인부인설이 법인의 성부에 대해 정부권력에 맡기지 않고 거래 사회에 있어서 실질적인 기능이라는 객관적 사실 가운데에서 법인의 기초를 구하고 있는 점, 즉 법인제도의 근거는 시민사회 그 자체 가운데에 있다고 보는 점은 법인제도가 거래관계를 처리하기 위한 제도라는 점에서 역시 높이 평가되어야 한다.¹³⁷⁾

그리고 법인실재설이 사회적 단체의 특성을 인식¹³⁸⁾하여 종래의 개인법적 관념의 구속에서 탈피하여 단체법을 개인법에서 사회법으로, 그리고 법인의 기초가 되는 사회적 사실의 존재를 강조하고, 특히 단체 내부의 규범관계, 단체적 소유의 제형태 등을 밝힌 점에 대하여 정당한 평가가 있어야 함은 물론이다.¹³⁹⁾ 우리가 현실적으로 경험할 수 있는 것은 법인의 구체적인 활동 뿐¹⁴⁰⁾인 것이다.

이러한 점들을 고려할 때에 현재의 사단이나 재단과는 다른 어떤 새로운 존재에 대해 법인격을 부여하려는 시도가 있을 때에 그 존재는 최소한, 법인의 기관

136) 고상룡, 앞의 책, 177면.

137) 고상룡, 앞의 책, 177~178면.

138) 특히 Gierke는 단체인의 종류를 사단적 단체(Körperschaften)와 재단적 단체(Anstalten)로 나누는 후 사단적 단체와 재단적 단체의 중간형태(Mischformen)도 존재할 수 있다고 하였는데(송호영, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 608면.), 이는 오늘날에도 시사하는 바가 크다고 본다.

139) 고상룡, 앞의 책, 178면.

140) 장후영, 現行民法總論, 정음사, 1954, 86~87면.

체로서 활동하는 자연인과 상응할 만큼의 사회적 활동이 가능한 존재여야 한다고 할 것이다. 뿐만 아니라 자연인과 별도로 법인에게 인격을 부여하는 것은 거래관계를 처리하기 위한 제도라는 점을 고려할 때 그 존재에게는 최소한 거래 내지 법적 활동에 필요한 경제적 요소가 갖추어져야 한다. 즉 그 존재의 거래에 대해 책임질 수 있는 자체적인 재산이 있어야 한다. 그리고 이처럼 최소한의 두 가지 요건을 갖출 것을 전제로 그 존재를 자연인과 별개의 법적 인격으로 인정할 것인지에 대한 사회적 합의가 이루어져야만 법인으로 인정할 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 민법총칙(전정판), 법문사, 1999.
곽윤직, 민법총칙(신정수정판), 박영사, 2001.
김기선, 한국민법총칙(제3전정판), 법문사, 1991.
김주수, 민법총칙, 삼영사, 1982.
김준호, 민법총칙(제10판), 법문사, 2016.
명순구, 민법총칙, 법문사, 2005.
송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011.
송호영, 법인론(제2판), 신론사, 2015
이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사, 2007.
이은영, 민법총칙(제3판), 박영사, 2004.
장경학, 민법총칙, 법문사, 1985.
장후영, 現行民法總論, 정음사, 1954.
정동윤, 회사법(제6판), 법문사, 2000.
정무동, 민법총론강의, 박영사, 1986
정찬형, 회사법강의(제2판), 박영사, 2002.
현승종, 로마법원론, 일조각, 1960.

- _____, 로마법, 일조각, 1982.
- _____. 조규창, 로마법, 법문사, 1996.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957.
- 곽윤직 편, 민법주해 총칙(1), 박영사, 1993.
- 박준서 편, 주석민법[총칙(1)](3판), 한국사법행정학회, 2002.
- 福地俊雄, 法人法の理論, 信山社, 1998.
- 森泉章, 新法人法入門, 有斐閣, 2004.
- 我妻榮, 民法總則, 岩波書店, 1933.
- _____, 民法案內2 民法總則, 勁草書房, 2005.
- 林良平 편, 注釋民法(2), 有斐閣, 1974.
- 保成六法全書編輯委員會 편, 六法-立法理由, 相關法令, 判解釋義, 考題文獻-全書: 民法, 保成文化事業出版公司, 1995.

2. 논문

- 고상룡, “법인론의 재검토 소고”, 성균관법학 창간호, 1987.
- 김기수, “법인학설”, 고시계 1982. 3.
- 김학동, “Savigny의 법사상”, 민사법학 제6호, 1986. 12.
- 남효순, “프랑스법에서의 법인의 역사-법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사-”, 서울대학교 법학 제40권 3호, 1999.
- 송호영, “독일법상 법인실체과악이론의 운용과 우리 법에의 시사점”, 비교사법 제14권 3호, 2007. 9.
- _____, “법인론과 관련한 독일 사법학계의 최근동향”, 비교사법 제4권 2호, 1997.12.
- _____, “법인의 권리능력”, 비교사법 제7권 1호, 2000. 6.
- _____, “법인의 활동과 귀속의 문제”, 민사법학 제31호, 2006. 3.
- 안성포, “민법상 조합의 권리능력과 당사자능력 -2001년 1월 29일 독일연방법원의 변경된 판결을 중심으로-”, 비교사법 제10권 3호, 2003. 9.
- _____, “Uwe John의 組織化된 權利人”, 상사법연구 제18권 제2호, 1999.

- 이기수, “법인의 본질”, 상법논총-정희철선생정년기념, 박영사, 1985.
- 이봉재, “인공지능과 인간중심주의 - 인공지능의 연구방법론에 대한 철학적 해석”, 대동철학 제31권, 대동철학회, 2005
- 이희봉, “법인론-법인학설을 중심으로”, 사법행정 제9권 3호, 1968.
- 정환담, “민사법인설립제도에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법 제5권 1호, 1998. 6.
- 조한상·이주희, “인공지능과 법, 그리고 논증”, 법과 정책연구 제16권 제2호, 한국법정책학회, 2016
- 최병조, “Rudolph von Jhering의 법인이론”, 서울대학교 법학 제28권 3, 4호, 1987.
- 星野英一, “法人論-權利能力なき社団・財団論を兼ねて-”, 民法論集 第4卷, 有斐閣, 1978.

[Abstract]

Essence of a juridical person

Lee, Hong-Min

Professor, The Catholic University of Korea, School of Law

Earlier this year, there was a Baduk competition between Mr. Lee Se-Dol, a Baduk master, and AlphaGo, a product of artificial intelligence. It received a lot of attention because AlphaGo was a product of artificial intelligence and not a natural person. In addition, self-driving vehicles have recently been gradually appearing. In the US, an electric car running on the automatic driving mode hit and killed a person. Such an accident caused controversies over artificial intelligence. Recently, the Department of Transportation of the US Government issued instructions on the regulation of the self-driving cars, stating that they would not rule out the recognition of artificial intelligence

as a driver. At this point, I was curious about the possible granting of legal capacity to artificial intelligence in the future even though it may seem a little too early right now.

According to civil law, only a natural person and a juridical person can receive legal capacity. Therefore, as artificial intelligence cannot be a natural person, there shall be new laws if we want to give legal capacity to artificial intelligence. However, legal capacity cannot be granted to artificial intelligence without any reason or ground. Therefore, we need two prior studies to judge whether artificial intelligence can obtain the qualifications of a corporate entity. One of them is a study on the essence of a juridical person. The study on the essence of a juridical person is a discussion on why legal capacity should be granted to legal entities other than the natural person. Though it is said to be related to the theory on what kind of social entity or structure a juridical person has, its ultimate topic is related to why legal capacity should be granted to an entity other than a natural person in terms of legal rights and obligations. Once the cause for granting legal capacity to a juridical person is confirmed through this type of discussion, we need to study what kind of structure or nature artificial intelligence has. Recent studies on the method of proof and the methodology of artificial intelligence would be of great help in studying the structure and nature of artificial intelligence. Once these two preliminary studies are conducted to find the cause of granting legal capacity to a juridical person, we could draw a conclusion on whether artificial intelligence may obtain legal entity in the future. Hence first I would like to discuss on the essence of the juridical person.

Key words : Juridical person, Essence of a juridical person, Juridical person's legal capacity, Artificial Intelligence, Artificial intelligence's legal capacity

