

권리능력에 관한 연구*

A Study On the Legal capacity

이 홍 민**
Lee, Hong-Min

목 차

- I. 서설
- II. 권리능력의 법적 성질
- III. 부분적 권리능력의 인정 여부
- IV. 자연인의 권리능력
- V. 법인의 권리능력
- VI. 결어

국문초록

권리능력은 권리의 주체가 될 수 있는 자격 내지 지위라고 할 수 있다. 민법 제3조가 정하고 있는 것처럼, 오늘날 모든 사람은 당연히 권리능력을 가진다. 그러나 권리능력을 가지는 존재가 사람, 즉 자연인에 한정되는 것은 아니며, 법에 의하여 인격이 부여된 존재, 즉 법인도 권리능력을 가지게 된다(민법 제34조). 이러한 권리능력은 각종 권리·의무의 귀속과 관련하여 가장 기본적인 개념이라고 할 수 있다. 그런데, 권리능력에 대해서는 그 자체보다 대개 태어나 비법인사단, 조합 등 특정한 존재의 권리능력에 관하여 연구되고 있다. 그리고 그 존재의 법적 문제 해결에 초점을 두고 연구가 이루어지다 보니, 정작 권리능력

논문접수일 : 2020. 07. 16.

심사완료일 : 2020. 08. 11.

게재확정일 : 2020. 08. 11.

* 본 연구는 2019년도 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 이루어졌음.

** 법학박사·가톨릭대학교 법학과 부교수

의 개념 및 핵심적인 기능 자체가 혼선을 빚는 경우들이 보이고 있다. 이에 이 글에서는 우선 권리능력의 법적 성질과 관련하여, 권리능력은 법률행위의 성립 요건으로 파악하였다. 일반적인 견해는 법률행위의 효력요건으로 파악하여 권리능력이 없는 자는 권리의 주체가 될 수 없으므로 권리능력이 없는 존재가 개입된 법률행위는 무효라고 하지만, 권리능력이 없다는 것은 결국 법률주체(즉 당사자)가 존재하지 않는 것과 같은 것이기 때문이다.

다음으로 권리능력은 권리의 주체에 대해서는 권리를 향유하고 의무를 부담할 수 있도록 하는 기능을 하지만, 대외적으로는 어떠한 권리의 귀속 주체가 누구인지 명확히 하는 기능을 하므로, 권리능력이라는 개념은 절대적이고 포괄적·불가분적인 개념으로 보아야 한다는 점에 대해 서술하였다. 그리고 상대적 내지 부분적 권리능력이라는 개념을 긍정하게 되면, 권리능력을 상대적으로 이해하면서, 그 내용을 구체적·개별적으로 파악하기 때문에 권리능력의 기본적인 기능을 제대로 수행하기 어렵다는 문제점을 지적하며, 부분적 권리능력이 인정되는 존재로 거론되는 비법인사단 및 조합에 대해서도 현행법상 그 구체적인 법률관계를 분석해 보면, 부분적으로라도 권리능력이 인정된다고 보기는 어렵다는 점에 대해 살펴보았다.

그리고 이러한 내용들을 바탕으로 자연인 중 특히 태아의 권리능력에 관한 기존의 논의들을 비판하고, 법인의 권리능력이 자연인과 달리 어떻게 제한되는지에 대해 살펴보았다.

주제어 : 권리능력, 비법인사단의 권리능력, 조합의 권리능력, 태아의 권리능력, 법인의 권리능력

1. 서설

1. 권리능력의 의의

권리능력은 개념상 권리의 주체가 될 수 있는 자격 내지 지위라고 할 수 있

다. 그런데 권리의 주체는 동시에 의무의 주체이기도 하므로, 의무주체의 측면에서 권리능력은 의무능력이라고 할 수 있으며, 오늘날 권리주체는 모두 의무주체가 되므로 권리능력은 권리·의무능력이라고 하는 것이 보다 더 정확하다는 지적이 있다.¹⁾ 다만 민법 제3조는 “사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다.”고 규정하여 권리능력과 의무능력이 표리관계에 있음을 전제로 하며, 우리 민법이 권리본위로 구성하는 체계를 취하고 있다는 점에서 권리능력과 권리·의무능력 중 어느 것이 더 정확한 용어인가에 관한 논의는 실익이 없으며,²⁾ 권리와 의무의 귀속주체가 될 수 있는 법적 지위 또는 자격을 단순히 권리능력이라고 표현³⁾해도 무방하다고 생각한다.

민법 제3조가 정하고 있는 것처럼, 오늘날 모든 사람은 당연히 권리능력을 가진다. 그러나 이처럼 모든 인간에게 권리능력이 인정된 것은 오랜 시간이 지나 비로소 확립된 일이다. 고대사회에서는 인간은 공동체생활을 영위하였기 때문에 공동체 구성원 모두에게 권리능력이 인정되지는 않았으며, 가족공동체에서는 가장(家長)만이 완전한 권리능력을 가졌다. 그밖에 가족 및 노예의 권리능력은 거의 인정되지 않았으며, 특히 노예는 사람이었음에도 살아있는 물건으로서 물권의 객체로 다루어지고 권리능력이 인정되지 않았다. 또 씨족 내의 평화를 깨뜨려서 씨족으로부터 추방당한 자인 평화상실자도 권리능력이 인정되지 않았다.⁴⁾

그러나 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 실현을 지상의 이념으로 하는 근대민법에서는 권리의 주체가 되지 못하고 의무만을 부담하거나 권리의 객체가 되는 노예제도가 부정되고, 모든 인간에게 그 신분이나 계급과 관계없이 동등한 권리능력을 부여하게 되었다. 이를 ‘권리능력 평등의 원칙’이라고 하며, 우리 민법 제3조는 모든 자연인이 출생하면서 권리와 의무의 주체가 된다고 규정함으로써 이러한 권리능력평등의 원칙을 명백하게 천명하고 있다고 할 수 있다.⁵⁾

1) 곽윤직, 「민법총칙(신정판)」, 박영사, 1994, 71면; 김상용, 「민법총칙」, 화산미디어, 2009, 129면.

2) 이영준, 「한국민법론[총칙편](수정판)」, 박영사, 2004, 728~729면.

3) 김대정, 「민법총칙」, 도서출판 fides, 2012, 167면; 명순구, 「민법총칙」, 법문사, 2005, 89면.

4) 김상용, 앞의 책, 130면. 백경일, 「알기 쉽게 풀어쓴 민법총론」, 고래시대, 2014, 207~208면도 참고.

5) 백경일, 위의 책, 209면.

2. 문제점

권리능력은 이처럼 권리·의무의 주체가 될 수 있는 자격을 의미하므로, 각종 권리·의무의 귀속과 관련하여 가장 기본적인 개념이라고 할 수 있다. 그런데, 권리능력을 둘러싼 연구를 살펴보면, 권리능력 자체에 대한 연구는 거의 없고, 대개 태어나 비법인사단, 조합 등 특정한 존재의 권리능력에 관한 연구가 이루어지고 있다. 그리고 각각의 특정한 존재와 관련하여 권리능력이 연구되다 보니, 권리능력의 개념 및 핵심적인 기능 자체가 흔들리는 내용들이 점점 더 혼재되고 있는 것 같다는 생각을 가지게 되었다. 이에 이 글에서는 우선 권리능력과 구별되는 개념 및 권리능력이 가지는 법적 성질을 살펴봄으로써 권리능력이란 어떠한 것인지를 분명히 하고(Ⅱ), 권리능력의 개념 및 기능을 흔들리게 하는 이론으로 이른바 상대적 내지 부분적 권리능력에 대해 살펴보고자 한다(Ⅲ). 그 후 이러한 권리능력에 대한 정리를 바탕으로, 자연인(Ⅳ)과 법인의 권리능력(Ⅴ)에 대해 문제되는 부분 위주로 살펴보도록 하겠다.

Ⅱ. 권리능력의 법적 성질

1. 권리능력과 구별해야 하는 개념

가. 의사능력·행위능력

의사능력이란 “자기 행위의 의미와 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지 지능”⁶⁾을 말한다. 단순한 심리적 능력이 아니라 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되는 규범적 능력으로, 의사자치의 원칙상 의사무능력자의 법률행위는 무효라고 평가된다. 그리고 행위능력이란 단독으로 확정적으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 능력을 말한다. 의사능력의 결여를 증명하기 어렵다는 점 및 증명되었을 때 상

6) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결.

대방이 입게 될 피해 등을 고려하여, 의사능력을 객관적 기준에 의해 법률상 획일화한 것이 행위능력이라고 할 수 있는데, 민법은 행위무능력자가 단독으로 한 법률행위는 취소할 수 있도록 정하고 있다(민법 제5조, 제10조, 제13조).

이러한 의사능력이나 행위능력은 구체적으로 스스로 판단해서 유효한 행위를 할 수 있기 위해 필요한 것이라는 점에서, 단순히 권리·의무의 주체가 될 수 있는 일반적·추상적인 자격 내지 지위를 의미하는 권리능력과 구별된다.⁷⁾

나. 당사자능력

소송상 당사자(원고 또는 피고)가 될 수 있는 자격 내지 지위를 당사자능력이라고 하는데, 권리능력과 구별되는 개념이라는 것을 전제하면서도, 소송법상의 권리능력이라고 할 수 있다고 한다.⁸⁾ 이러한 접근은 민사소송법학계에서도 마찬가지로, 당사자능력을 소송당사자가 될 수 있는 소송법상의 권리능력이라고 한다.⁹⁾

이러한 견해는 당사자능력자를 실질적 당사자능력자와 형식적 당사자능력자로 구분하여, 실체법상 권리능력을 가지기 때문에 소송상 당사자능력을 가지는 자를 실질적 당사자능력자라고 하고, 실체법상 권리능력은 없지만 소송상 당사자능력이 인정되는 자를 형식적 당사자능력자라고 표현하기도 한다.¹⁰⁾ 이처럼 당사자능력을 권리능력에 대응하는 개념으로 이해하는 통설은, 실체법상 권리능력을 가지는 자에게 당사자능력이 인정되는 근거로 민사소송법 제51조를 들고 있다.¹¹⁾ 그러나 민사소송법 제51조는 “당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 이 법에 특별한 규정이 없으면

7) 김상용, 앞의 책, 132면. 다만 권리능력의 개념을 권리주체의 법적인 활동능력으로 파악하여 구체적인 의미로 보는 견해에 대해서는 이 글, Ⅲ.1. 참고.

8) 김상용, 위의 책, 131면

9) 호문혁, 「민사소송법(제8판)」, 법문사, 2010, 215면. 이시운, 「신민사소송법(제13판)」, 박영사, 2019, 146면과 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2019, 193면이 당사자능력에 대해 민사소송의 당사자로 될 수 있는 일반적 능력으로 민법상 권리능력에 대응하는 개념이라고 밝히는 것도 마찬가지로 시각이라고 할 수 있다.

10) 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 194면

11) 이시운, 앞의 책, 147면; 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 195면; 호문혁, 앞의 책, 215면.

민법, 그 밖의 법률에 따른다.”고 규정하고 있을 뿐, 권리능력에 관해 아무런 언급이 없는 이 규정을 권리능력자에게 당사자능력을 인정하는 근거라고 보기에에는 미흡하다고 생각한다.¹²⁾ 특히 민사소송법상 당사자의 개념이 19세기 말 이후 이미, 소송에서 다루어지는 권리관계의 주체가 당사자라고 하는 실질적 당사자개념에서, 실체법상의 권리의무의 주체로부터 완전히 분리되어 자기의 이름으로 권리보호를 요구하거나 요구받는 자가 당사자라고 하는 형식적 당사자개념으로 변화되었다¹³⁾는 점을 고려할 때, 당사자가 될 수 있는 자격인 당사자능력을 (실체법상) 권리능력과 연결 짓는 것은 이해하기 어렵다. 이런 점에서, “당사자능력은 모든 소송물에 공통된 당사자적격의 문제라고 할 수 있다”¹⁴⁾라는 표현이 당사자능력을 더 적절하게 설명하는 것일 수 있다고 생각한다.

물론 소송법상으로 권리의무의 귀속을 둘러싸고 다투는 당사자가 되기 위해서는 먼저 실체법상으로 권리의무의 귀속주체가 될 수 있는 자여야 한다는 점을 근거로 실체법상의 권리능력을 가지는 자에게 당사자능력이 인정된다고 보는 것¹⁵⁾은 소송법이 존재하는 이유를 고려해 볼 때에 충분히 긍정할 수 있다. 그러나 실체법상의 권리능력과 절차법상의 당사자능력은 엄격하게 구별하여야 한다. 당사자능력은 민사소송의 당사자로서 소송상의 모든 효과가 귀속될 수 있는 지위를 말하는 것으로 이는 실체법상의 권리능력과 상관없이 “누구를 소송 당사자로 하는 것이 분쟁해결에 적절한가” 하는 측면에서 정해진 것일 뿐이다.¹⁶⁾ 따라서 “권리능력자에게 당사자능력이 존재한다.”라는 명제는 성립할 수 있어도, 그 역(逆), 즉 “당사자능력자에게 권리능력이 존재한다.”라는 명제는 성립할 수 없다.

다. 등기당사자능력(등기능력)

12) 민법상 행위능력에 대응하는 개념으로 설명되는 민사소송법상 ‘소송능력’ 개념에 대해, 필자와 유사한 시각에서 지적하는 글로, 박태신, “소송능력에서의 「능력」 개념의 재검토를 위한 시론”, 『홍익법학』 제15권 제3호, 2014, 276~277면 참고.

13) 이시윤, 앞의 책, 132~133면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 174면; 호문혁, 앞의 책, 206면

14) 新堂幸司, 『民事訴訟法(現代法學全集 30)』, 筑摩書房, 1978, 93頁.

15) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 194면.

16) 명순구, 앞의 책, 89면.

등기당사자능력이란 등기명의인이 될 수 있는 일반적인 능력으로 민법상의 권리능력에 해당하지만 그보다 범위가 넓고(부동산등기법 제26조 참조), 민사소송법상의 당사자능력에 대응하는 개념이라고 한다.¹⁷⁾ 이를 등기능력이라고 표현하기도 한다.¹⁸⁾ 그러나 위의 소송법상의 당사자능력에서 논의한 것과 마찬가지로, 등기당사자능력은 (실체법상) 권리능력과는 엄격하게 구별하여야 하며, “등기당사자능력자에게 권리능력이 존재한다.”라는 명제도 성립할 수 없다고 해야 할 것이다.

2. 권리능력의 법적 성질

가. 법률행위의 성립요건

법률행위가 그 법률효과를 발생하려면 먼저 법률행위로서 성립하여 존재하여야 하고, 이어서 존재하는 법률행위가 유효한 것이어야 한다. 이 때 법률행위가 성립하기 위한 요건을 법률행위의 성립요건이라 하고, 성립한 법률행위가 유효하기 위한 요건을 법률행위의 효력요건이라고 한다.¹⁹⁾ 이와 같은 구분에 대해 법률행위의 요건 중 성립요건과 효력요건을 구별할 필요가 없다는 주장도 있지만,²⁰⁾ 증명책임의 분배라는 측면에서 성립요건은 법률행위의 효과를 주장하는 당사자가 그 증명책임을 부담하고, 효력요건의 부존재는 법률행위의 무효를 주장하는 당사자가 그 증명책임을 부담한다는 점에서 법률행위의 성립요건과 효력요건을 구별하는 것은 충분히 그 실익이 있다.²¹⁾ 뿐만 아니라 민법에서 정하는, 법률행위가 무효인 경우에 일부무효(민법 제137조), 무효행위의 전환(민법 제138조), 무효행위의 추인(민법 제139조) 등의 규정이 법률행위의 불성립의 경우에는 적용될 여지가 없다는 것²²⁾도 성립요건과 효력요건의 구별 실익 중 하

17) 법원행정처, 「부동산등기실무[I]」, 법원행정처, 2007, 147면. 오영관, 「부동산등기법(신정2판)」, 법학사, 2012, 205면은 등기신청당사자능력이라고 표현한다.

18) 김상용, 앞의 책, 133면.

19) 이영준, 앞의 책, 145면.

20) 박영규, 「판례로 배우는 민법총칙(제2판)」, 법원사, 2019, 312~313면.

21) 이영준, 앞의 책, 145면.

나라고 할 것이다.

권리능력이 없는 자는 권리의 주체가 될 수 없으므로, 권리능력이 없는 존재가 개입된 법률행위는 무효라는 것이 전통적인 견해이다. 즉 권리능력은 법률행위의 효력요건이라고 하는 것이다.²³⁾

그러나 권리능력의 존재를 효력요건으로 드는 것은 수궁하기 어렵다. 권리능력이 없다는 것은 결국 법률주체(즉 당사자)가 존재하지 않는 것과 같은 것이기 때문이다.²⁴⁾ 따라서 권리능력은 법률행위의 성립요건으로 보아야 한다. 이는 다음과 같은 사안을 생각해 보면 명확해진다. 예컨대 현재 동물에게는 권리능력이 인정되지 않는다는 데에 이견이 없다.²⁵⁾ 그런데 동물 중 침팬지는 아이큐가 80 이상이라고 하므로 사람의 지시를 어느 정도 이해할 수 있다고 한다. 만약 침팬지 A의 주인 B가 침팬지 A에게 간단한 심부름을 시켰는데, 침팬지 A가 이를 이해하고 따랐다고 하면 위임 계약이 성립한다고 보아야 하는가? 만일 권리능력을 효력요건으로 보아 권리능력이 없는 경우를 무효사유라고 하게 되면, B의 위임계약 주장에 대해 A가 스스로 자신은 권리능력이 없음을 항변사유로 주장하여야 한다. 이러한 예를 받아들일 수는 없다. 결국 권리능력은 법률행위의 성

22) 김준호, 「민법강의(제26판)」, 법문사, 2020, 189면.

23) 고상룡, 「민법총칙(전정판)」, 법문사, 2001, 321면; 박윤직, 앞의 책, 343면; 김대정, 앞의 책, 598면; 이영준, 앞의 책, 146~147면; 지원림, 「민법강의(제17판)」, 홍문사, 2020, 173면 등

24) 명순구, 앞의 책, 331면. 이와 달리 권리능력 없는 자의 의사표시는 의사표시로서의 존재가 인정되지 않는다는 것을 이유로 권리능력의 존재를 법률행위의 성립요건으로 파악하여야 한다는 견해도 있다(김상용, 앞의 책, 341면; 백태승, 「민법총칙(제4판)」, 법문사, 2000, 332면; 송덕수, 「신민법강의(제13판)」, 박영사, 2020, 63면). 그러나 이러한 주장은 권리능력 있는 자만이 의사표시를 할 수 있다는 것을 전제로 하는 것인데, 현재 시점에서는 타당하지만 과학기술의 급격한 발달에 따라 권리능력 없는 존재에 의한 의사표시가 발생할 수도 있다는 점(예컨대 유전자조작된 동물이나 A.I.의 의사표시가 발생할 수 있는 가능성을 완전히 부정하기 어렵다)을 고려하면, 권리의 주체로 인정될 수 있는 당사자가 존재하지 않는 점을 근거로 하는 것이 더 타당하다고 생각한다.

25) 독일, 스위스, 오스트리아 등 외국의 입법례는 동물이 단순히 물건으로 권리의 객체에 불과한 존재가 아님을 선언하고 있다. 이러한 입법례를 따라, 또 인간과 동물에 대한 관계가 과거 지배-종속적인 관계로부터 출발하였으나, 오늘날에는 반려 혹은 이웃과 같은 역할을 한다는 점을 고려하여, 우리도 “동물은 물건이 아니다”라는 규정을 신설할 것을 주장하는 견해가 있다(윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」 제56호, 민사법학회, 2011, 399~435면 등). 그러나 이 견해 또한 동물은 인간과 공존 내지 보호의 대상이 될 수 있을 뿐이며, 동물이 권리의 주체와 동등한 법적 지위를 가지는 것은 아니라는 점을 분명히 하고 있다(같은 글, 425~426면).

립요건이라고 보아야 할 것이다.

나. 절대적·포괄적·불가분적 개념

권리능력이 인정된다는 것의 구체적인 의미는, 자기 자신의 이름으로 법률행위를 하고, 권리를 취득하고, 의무를 부담하는 것을 가능하게 한다는 것이다. 그렇게 하여 취득한 재산은 곧 그 권리능력이 인정되는 존재 자신의 것이 되기 때문에, 그 자의 채권자는 그 자의 재산으로부터 강제집행을 할 수 있다. 즉 권리능력제도는 권리능력자에게 그 재산권을 귀속시켜서 타인의 것으로부터 독립시키고 그 권리능력자의 채권자의 책임재산으로 보장하는 것에 그 목적기능을 가진다고 할 수 있다.²⁶⁾

결국 권리능력은 권리의 주체에 대해서는 권리를 향유하고 의무를 부담할 수 있도록 하는 기능을 하지만, 대외적으로는 어떠한 권리의 귀속 주체가 누구인지 명확히 하는 기능을 한다고 할 수 있다. 이는 과거 로마에서 권리능력이 없는 노예가 변식능력 있는 사람으로서 행위능력이 인정되어 주인의 지시에 따라 대부분의 법률행위를 할 수 있었지만, 권리능력이 없는 노예가 취득한 재산은 당연히 그 주인에게 귀속되었고, 경우에 따라 그 상대방이 채무의 이행이나 손해배상을 구하는 경우에도 그 주인을 상대로 해야 했던 것²⁷⁾과 비교해 보아도 명백하다고 생각한다.

권리능력이 이러한 기능을 적절히 수행하기 위해서는, 권리능력이라는 개념은 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 자격이라는 의미로, 절대적이고 포괄적·불가분적인 개념으로 보아야 한다. 그러나 이와 달리 권리능력을 상대적으로 이해하면서, 그 내용은 구체적·개별적으로 파악하려는 논의가 있다. 이에 대해서는 장을 달리하여 살펴보도록 하겠다.

26) 米倉明, 「民法總則講義(1)」, 有斐閣, 1984, 57頁; 熊谷士郎, “權利能力平等の原則”, 「法學セミナー」, 日本評論社, 2008. 07., 12~13頁.

27) 현승중·조규창, 「로마법」, 법문사, 1996, 346~347면. 최병조, 「로마법강의」, 박영사, 1999, 279~280면도 참고.

Ⅲ. 부분적 권리능력의 인정 여부

1. 상대적 내지 부분적 권리능력의 인정 여부

총래의 통설이 권리능력을 단순히 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 자격으로서 이는 혼일되고 불가분한 것으로 파악하고 있다. 이에 따르면 권리능력은 일반적으로 권리의무의 주체가 될 수 있는 완전한 능력 또는 법률관계에서 책임의 종착점이라고 이해할 수 있다.²⁸⁾ 이러한 전통적 이해와 달리 권리능력은 상대적으로 이해되어야 하고, 그 내용은 개별적·구체적으로 파악할 수 있다는 이론을 권리능력의 상대성론(Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit) 내지 부분적 권리능력론(Lehre von der Teilrechtsfähigkeit)이라고 한다.²⁹⁾

우선 파브리치우스(Fabricius)에 의하면, 자연인과 법인이 완전한 권리능력을 가진다는 명제가 도출될 수는 있지만, 그로 인하여 법이 완전한 권리능력을 가지는 권리주체만을 인정하겠다는 취지로 이해되어야 하는 것은 아니라고 한다.³⁰⁾ 어떤 주체가 권리능력이 있는지 여부는 법질서 혹은 법규정의 해석을 통하여 귀납적으로 발견되어야 하기 때문이다.³¹⁾ 이에 따라 태어나 권리공동체 등을 부분적 권리능력을 가진 주체로 인정할 수 있을 것이라고 한다.³²⁾

또 통설이 의미하는 권리능력의 개념은 추상적·포괄적인 개념으로 그 빈 공간은 구체적이고 개별적인 권리능력의 개념으로 채워지고 표현되어야 한다고 한다. 즉 각각의 권리주체가 가지는 구체적인 권리능력의 내용이나 범위는 권리주체의 특성에 따라 서로 달리질 수밖에 없으며, 권리능력의 개념요소로서 권리

28) Habermann/Weick, *Staudinger Kommentar zum BGB*, Buch 1, 2004, Vor §1, Rn.1; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, §5, Rn.2(김세준, “민법상 조합의 부분권리능력”, 「민사법학」 제86호, 민사법학회, 2019, 94면에서 재인용).

29) 송호영, 「법인론(제2판)」, 신문사, 2015, 134면에 의하면, 두 이론은 엄격한 의미에서는 그 내용이 구분되지만 양자의 기본적인 콘셉트가 같기 때문에 독일학계는 양자를 同類의 학설로 취급한다고 한다. 이 글에서는 ‘부분적 권리능력’으로 표현하고자 한다.

30) 송호영, 위의 책, 135면; 김세준, 앞의 논문, 96면.

31) 김세준, 앞의 논문, 96~97면.

32) Fabricius, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München/Berlin, 1963, S.111 이하.(송호영, 앞의 책, 135면에서 재인용)

주체의 행위가능성을 제시하여 권리능력이란 결국 ‘권리주체의 법적인 활동능력’이라고 정의내린다.³³⁾

다음으로 파블로브스키(Pawlowski)에 의하면, 권리능력을 개념상 좁은 의미의 권리능력과 넓은 의미의 권리능력으로 구분한 후, 좁은 의미의 권리능력은 권리·의무의 귀속자가 될 수 있는 능력으로 모든 권리주체에게 주어지는 것이라고 한다. 이러한 좁은 의미의 개념은 권리능력의 개념을 형식적·추상적으로만 파악하고 구체적인 능력(예컨대 혼인능력, 유언능력, 영업능력 등)과 관련한 개별적인 법률관계를 도외시할 때에만 성립될 수 있는 개념으로 결국 ‘가지거나 아니면 전혀 못 가지거나’하는 성질의 것이라고 하면서, 좁은 의미의 권리능력은 누구를 상대로 소송을 제기해야 하고, 누가 법률관계에서 발생한 책임을 질 수 있는가 하는 것을 밝혀 주는 기능, 특히 의무의 측면에서 누가 책임의 귀속체가 되는가 하는 것을 밝혀 주는 기능을 한다고 한다.³⁴⁾

이와 달리 넓은 의미의 권리능력은 특정한 법률관계에 한정되는 부분적 권리능력으로, 추상적인 권리능력 개념이 아니라 구체적이면서 내용적으로 파악한 것이라고 한다. 즉 넓은 의미의 권리능력은 추상적·불확정한 개념이 아니라 사법의 영역에서 법률관계를 형성·확장시킬 수 있는 권능(Kompetenz)을 의미하며, 권리능력은 人的 상태와 관련하여 파악되어야 하므로 개별적인 법률관계에서는 권리능력이 있는(즉 부분적 권리능력이 있는) 귀속주체들이 존재할 수 있는데, 비법인사단, 민법상 조합, 태아 등이 이에 해당한다고 한다.³⁵⁾

결국 이 견해가 주장하는 부분적 권리능력이라는 개념은, 법에 의해 일반적인 권리능력을 인정받는 존재는 아니지만, 개별 법률 규정에 의해 그 존재가 어떠한 활동을 할 수 있는 존재라고 인정받는다고 할 때에, 그 존재를 그 구체적인 활동의 법적 주체가 될 수 있는 것으로 인정하기 위한 개념이라고 이해할 수 있을 것이다.

그러나 권리능력의 상대성을 강조하기 위해 ‘법인은 혼인을 할 수 없다’는 것

33) Fabricius, a.a.O., S.44.(송호영, 위의 책, 135면에서 재인용)

34) Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Heidelberg 1998, Rz. 98-Rz. 130. (송호영, 위의 책, 136~137면에서 재인용)

35) Pawlowski, a.a.O., Rz. 98-Rz. 130. (송호영, 위의 책, 137면에서 재인용)

을 그 예로 드는 것은 법학의 진부함을 노정시키는 것이다. 위와 같은 규정이 없다고 해도 법인의 권리능력이 가족법 영역에서 제한될 수 있음은 권리능력의 상대성 운운하기 이전에 법인의 본질에 이미 내재한 당연한 명제인 것이다.³⁶⁾ 또 부분적 권리능력이라는 개념은 권리능력의 엄밀한 분석을 요구하는 선전적인 표현일 뿐, 정작 그 내용은 정해진 것 없이 유동적일 뿐이며, 특히 권리능력의 개념으로 너무 많은 개별 문제들을 풀어내려고 함으로써 결국 권리능력의 개념 자체를 무용할 정도로 해체하였다는 비판이 가능하다. 오히려 권리능력을 불가분한 것으로 이해하는 통설이 비록 논리전개가 치밀하지는 않을지 몰라도 권리능력의 개념을 지나치게 세분화하는 과제의 부담을 덜고 있다고 할 수 있다.³⁷⁾ 즉 권리능력이 수행해야 하는 기본적인 기능은, 권리능력을 가지고 있는지 문제되는 존재가 권리의 주체가 될 수 있는지, 즉 그 권리가 해당 존재에게 귀속될 수 있는지를 판단할 수 있는 것이라고 할 수 있을 텐데, 부분적 권리능력이라는 개념을 인정하게 되면, 이러한 권리능력의 기본적인 기능이 제대로 작용하기 어렵게 된다. 권리주체에 의해 성립된 특정한 법률관계의 근거 규범이 권리능력을 부여한 것인지 일일이 확인해야 할 수 있기 때문이다. 그러한 검토가 각종 거래활동의 활발한 수행에 도움이 되는지 또한 의문이다.

뿐만 아니라 부분적 권리능력론은 권리능력을 행위능력과 결부된 권리행사능력으로 보는데, 이 또한 공감하기 어렵다. 권리능력과 행위능력이 밀접한 연관성을 가지고 있는 것은 사실이지만, 민법은 근본적으로 양자가 서로 결부된 것이 아니라 각자 독자적이면서 각기 고유한 성질을 지닌 별개의 제도로 규율하고 있기 때문이다.³⁸⁾

따라서 최근의 견해는, 종래의 통설이 의미하는 권리능력의 개념을 다양한 부분적 권리능력으로 채우고자 했던 파브리치우스(Fabricius)의 시도와는 달리, 절대적이고 포괄적·불가분적인 개념으로서의 권리능력의 개념을 기본적으로 인정하면서, 다만 이에 추가하여 실정법상 권리능력이 없다고 규정되어 있는 조직

36) 송호영, 위의 책, 142면.

37) Karstern Schmidt, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, Heidelberg, 1984, S.38-S.39. (송호영, 앞의 책, 139면에서 재인용)

38) 송호영, 위의 책, 142면.

에 대한 개별적인 권리능력을 인정할 수 있는 근거로서 부분적 권리능력의 개념을 긍정하는 것으로 보인다.³⁹⁾ 이에 따르면, 법률에서 법인으로 인정하지 않은 조직에 대해서도 부분적 권리능력을 인정함은 특정한 법률관계에 한해서 그 조직의 구성원이 아니라 그 조직 자체가 독자적인 권리·의무주체로서 행위나 책임의 최종적인 귀속주체가 됨을 의미한다고 한다.⁴⁰⁾ 이와 같은 분석은 한편으로는 무척 편리한 점이 있다. 자연인도 법인도 아니어서 일반적인 권리능력을 가지지는 않지만, 사회적으로 어떠한 법률관계를 맺는 존재가 있을 때에, 그 존재가 개입하는 법률관계에서 최종적으로 누가 책임을 부담하는지에 대해 그 존재 자체라고 쉽게 결론지을 수 있기 때문이다.

그러나 개인적으로는 이처럼 일반적인 권리능력과 부분적 권리능력을 모두 인정하는 것에 의문이 있다. 즉 부분적 권리능력을 인정한다는 것 자체가 종래의 통설이 의미하는 권리능력의 가장 기본적인 기능을 수행하는 데에 오히려 지장이 되는 것 아닌가 하는 생각이다. 만약 부분적 권리능력이라는 개념을 인정한다면, 일반적인 권리능력이 부정되는 경우에 다시 부분적 권리능력의 존재 여부를 판단해야 한다는 점에서, 결국 모든 법률관계에 있어서 부분적 권리능력의 존재 여부를 판단해야 하는 것과 마찬가지로의 결과가 되기 때문이다. 이런 점에서, 아래에서는 항을 바꾸어, 부분적 권리능력이 인정된다고 하는 존재, 즉 비법인사단 및 조합이 과연 부분적으로라도 권리능력을 가진다고 볼 수 있는지에 대해 살펴보도록 하겠다.⁴¹⁾

2. 비법인사단의 권리능력 인정 여부

가. 비법인사단의 법률관계에 관한 규율

39) 송호영, 위의 책, 140~143면 참고.

40) 송호영, 위의 책, 141면.

41) 비법인사단과 조합 외에 부분적 권리능력이 인정되는 존재로 평가하는 또 하나의 존재로 이른바 비법인재단 내지 권리능력 없는 재단이 있다. 그러나 필자는 비법인사단과는 달리 비법인재단에 대해서는 그 존재 자체에 대해 의문을 가지고 있으며, 판례가 비법인재단으로 인정한 유치원(대법원 1968. 4. 30. 선고 65다1651 제2부 판결)이나 사찰(대법원 1991. 6. 14. 선고 91다9336 판결)에 대해서도 이를 비법인재단으로 평가한 것에 대해 의문을 가지고 있다. 다만 이에 대해서는 추후 별도의 연구로 미루고자 한다.

비법인사단 내지 권리능력 없는 사단이란, 사단으로서의 실체는 갖추고 있지만 법인설립의 절차를 거쳐 법인격을 취득하지 않은 사단을 말한다. 민법이 비영리법인의 설립에 허가주의를 취하고 있어서(민법 제32조) 주무관청으로부터 허가를 얻지 못하는 경우가 발생하며, 한편으로는 주무관청으로부터의 간섭을 피하고 비영리의 목적을 구성원들이 자율적으로 추구하기 위하여 사단법인이 될 절차를 밟지 않기 때문에 존재한다. 비법인사단으로 인정되기 위해서는 사단의 실체가 있어야 하므로, 대표자와 총회가 존재하며 구성원의 변경이 있더라도 단체로서의 독자성이 유지되는 등 구성원 개인과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 조직체가 존재하여야 한다. 그리고 이러한 조직체의 중요 사항을 규율하기 위하여 법인의 정관에 상응하는 규칙이 존재하여야 한다.⁴²⁾

민법은 법인 아닌 사단의 법률관계에 관하여 재산의 소유형태 및 관리 등을 규정하는 제275조 내지 제277조를 두고 있을 뿐이다. 따라서 법인 아닌 사단의 법률관계에 대하여 학설과 판례에서는 사단법인에 관한 민법규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것(예컨대, 법인등기)을 제외하고 그 유추적용을 인정하고 있다.⁴³⁾ 이에 따라 내부관계에서는 사단법인에 관한 규정에 따라서 업무를 집행하게 되므로 정관에 따라 총회를 최고의사결정기관으로 하여 처리하게 되며, 외부관계에서는 업무집행기관이 비법인사단의 대표자로서 비법인사단을 대표하여 행하며, 그 행위가 곧 비법인사단의 업무가 된다.⁴⁴⁾

한편 비법인사단의 소유권은 사단 자체에 귀속하는 것이 아니라 사단 구성원 전원의 총유에 속하며(민법 제275조 제1항), 소유권 이외의 다른 재산권도 사단 자체에 귀속하는 것이 아니라 사단 구성원 전원의 준총유에 속한다(민법 제278조). 또 비법인사단이 부담하는 채무도 사단 구성원의 준총유에 속하므로, 비법인사단의 총유재산으로 책임을 질 뿐이라고 해야 한다.⁴⁵⁾ 이렇게 볼 때에 비법인사단의 책임재산이 채무보다 많을 때에는 제3자의 채권 확보에 문제가 없지만 책임재산이 채무보다 부족할 때에는 제3자는 완전한 변제를 받을 수 없게 된

42) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결 참고.

43) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결 등.

44) 김상용, 앞의 책, 270면.

45) 김대정, 앞의 책, 507면; 김상용, 앞의 책, 270면 등

다. 이에 비법인사단의 채권자보호를 위해 입법론적으로 독일 민법 제54조 제2문과 같이 비법인사단의 이름으로 법률행위를 행한 자에게 책임을 지도록 하는 규정을 두도록 하자는 주장⁴⁶⁾이나, 비법인사단의 재산을 합유로 하고 그 채무 또한 준합유로 하자는 주장⁴⁷⁾이 있다. 다만 이러한 주장은 어디까지나 입법론으로, 현행 민법의 해석상으로는 비법인사단의 채무에 대해 그 구성원이 개인재산으로 책임을 지지는 않는다고 해야 한다(유한책임의 원칙).⁴⁸⁾

나. 비법인사단의 권리능력 인정 여부

부분적 권리능력론을 주장했던 학자들이 비법인사단에 대해 부분적 권리능력을 긍정한 것은 비법인사단이 법적으로 활동할 수 있다는 점에 근거한 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 그러나 비법인사단에 대해 조합에 관한 규정을 적용하는 독일 민법 제54조와 달리, 우리 민법은 비록 그 타당성 여부에 대해서는 논란이 있지만⁵⁰⁾ 비법인사단에 대해 총유 내지 준총유에 의해 그 법률관계를 규율하고 있기 때문에(민법 제275조~제278조 참고), 비법인사단의 일반적인 법적 활동과 관련하여 그와 별도로 비법인사단 자체의 부분적 권리능력을 인정할 필요는 없다고 생각된다.

오히려 우리 민법의 해석과 관련하여 비법인사단의 권리능력을 인정해야 한다는 논거로 드는 것은 부동산등기법 제26조에 의해 인정되는 등기당사자능력 또는 등기능력과, 민사소송법 제52조에 의해 인정되는 당사자능력이다. 즉 부분적 권리능력의 개념은 우리 법에서도 유용하게 활용될 수 있는데, 비법인사단에 게도 부동산등기능력 및 소송상 당사자능력이 인정되는 것은, 비법인사단은 완

46) 김상용, 위의 책, 273면. 독일 민법 제54조 제2문은 비법인사단과 관련하여, “이러한 사단의 이름으로 제3자에게 행한 법률행위에 대해서는 행위자가 스스로 책임지며, 행위자가 수인인 때에는 연대책무자로서 책임을 진다.”고 정하고 있다.

47) 곽윤직, 앞의 책, 231~232면.

48) 곽윤직, 위의 책, 232면; 김대정, 앞의 책, 507면.

49) 송호영, 앞의 책, 135면 및 137면 참고.

50) 민법상 총유 제도의 문제점에 대해서는 우선, 명순구, “공동소유제도의 개정방향 -합유, 총유의 재정비-”, 「안암법학」 제34호, 안암법학회, 2011, 349~355면 참고. 다만 이러한 논의는 일반적으로 민법 개정에 의해 해결할 문제로 본다.

전한 권리능력을 가지지는 않지만 부분적 권리능력은 가질 수 있다고 설명할 수 있다고 한다.⁵¹⁾ 따라서 과연 이 두 규정이 (부분적이라고 해도) 권리능력을 인정하는 규정이라고 볼 수 있는지에 대해 검토할 필요가 있다.

우선 부동산등기법상 등기능력에 대해 살펴보도록 하겠다. 부동산등기법 제 26조는 “종중, 문중, 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다.”고 정하고 있다. 이에 대해 부동산 물권 변동에 대하여 대항요건주의를 취하였던 의용민법시대와 달리 이제는 성립요건주의를 따르고 있으므로, 등기가 부동산 소유권 성립의 핵심 요소가 되었다고 할 수 있고, 이제는 등기를 함으로써 소유권을 얻는다고 할 수 있으므로(민법 제186조), 비법인사단이 소유권을 누릴 자격을 갖는다고 볼 여지가 있게 된 것이라고 한다.⁵²⁾ 이에 따르면, 비법인사단의 소유관계는 일반적으로는 총유로 하되 부동산에 관해서는 총유로 보지 않고 법인 자체에 귀속하는 것으로 본다.⁵³⁾ 여기서 더 나아가 법인이 아닌 사단은 원칙적으로 권리능력이 있으며 이와 배치되는 민법 제275조~제277조의 규정은 사문화된 것이라고 보는 견해도 있다.⁵⁴⁾

그러나 이러한 해석들은 비법인사단 명의로 등기된 것에 대해 지나친 의미를 부여하는 것으로 받아들이기 어렵다. 우선 등기를 함으로써 소유권을 얻는다는 것은 등기의 권리변동적 효력과 관련된 설명이다. 그러나 등기의 권리변동적 효력은, 등기의 유·무효와 관계없이 어떤 등기가 존재한다는 사실 자체만으로 인정되는 효력인 등기의 일반적 효력과 달리, 실체법상 및 절차법상의 유효요건을 갖추어야 발생하는 효력이다.⁵⁵⁾ 비법인사단에 실체법상 권리능력이 없는 이상 비법인사단의 명의로 등기되었다고 하여 비법인사단이 해당 부동산의 소유권을

51) 송호영, 앞의 책, 140면.

52) 임상혁, “법인이 아닌 사단의 당사자능력과 권리능력”, 「민사법학」 제39-1호, 민사법학회, 2007, 420면.

53) 임상혁, 위의 논문, 423면. 이호정, “우리 민법상의 공동소유제도에 대한 약간의 의문-특히 합유와 총유를 중심으로-”, 「서울대학교 법학」 제24권 2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1983, 113면도 참고.

54) 강태성, 「민법총칙(제9판)」, 대명출판사, 2019, 377면 및 강태성, 「물권법(제3판)」, 대명출판사, 2009, 683면.

55) 김증한·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1998, 100~101면; 김준호, 앞의 책, 1404면.

취득한다고 할 수는 없다. 뿐만 아니라 위와 같은 해석은 민법의 태도에 반한다. 비법인사단의 명의로 등기하는 것이 허용된다고 해도 그 재산의 귀속은 총유 내지 준총유라는 것이 현행 민법의 태도인 것이다.⁵⁶⁾ 이에 대해 민사소송법상 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것(제52조)으로부터 비법인사단의 권리주체성을 인정할 수 있고, 부동산등기법상 비법인사단의 명의로 그 재산을 등기할 수 있다는 것(제26조)을 근거로, 재산의 귀속형태가 민법상 총유라고 해도 실질적으로는 일종의 특수한 단독소유의 형태로 풀이해야 할 것이라는 견해도 있다.⁵⁷⁾ 그러나 민법은 총유에 대해, 비법인사단 구성원이 집합체로서 물건을 소유하는 형태라고 밝히고 있고, 이를 공동소유의 한 형태로 규정하고 있다. 따라서 부동산등기법 제26조는, 비법인사단의 부동산에 관한 권리능력과는 무관하게, 집합체의 구성원 전체를 등기부에 기재해야 하는 불편함을 피하기 위해 마련된, 편의적인 규정에 불과하다고 보는 것이 타당하다.

다음으로 민사소송법 제52조는 “법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.”라고 하여 비법인사단이 소송의 당사자가 될 수 있다는 것을 정하고 있다. 그리고 이를 근거로 비법인사단에게 당사자능력이 있으면서 권리의 주체가 될 수 없다면 소송법상 당사자능력을 인정할 아무런 실익이 없다면, 비법인사단의 권리주체성, 즉 권리능력을 인정하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 이는 당사자능력에 대한 오해에서 비롯된 논리라고 생각한다. 총유 내지 준총유는 비법인사단의 사원이 집합체로서 재산권을 소유할 수 있게 해 주는 제도로서, 만일 비법인사단 자체가 소송의 당사자가 될 수 없다면 그 비법인사단을 구성하는 사원 모두가 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 소송을 수행해야 하는데,⁵⁹⁾ 이는 불편하기 때문에 민사소송법 제52조와 같은 규정을 둔 것이지,⁶⁰⁾ 비법인사단의 명의로 소송의 당사자가 될 수 있게 해 주는 것이 바로 비법인사단에게 권리능력을

56) 김상용, 앞의 책, 271면.

57) 고상룡, 앞의 책, 266면.

58) 고상룡, 위의 책, 262~263면.

59) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결 참고.

60) 이시운, 앞의 책, 149면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 196면.

인정하는 것이라고 할 수는 없다.

혹시 사비니(Savigny)에 의해 창시되어 독일 민사소송법 초안에 반영되었던⁶¹⁾ 실체법설이 지금도 판결의 효력으로서 기판력의 본질로 인정된다면 당사자능력이 인정되는 것을 근거로 권리능력을 인정할 수 있을지 모른다. 즉 기판력의 본질에 관한 실체법설에 의하면 판결이 당사자간의 실체법상의 법률관계를 변경하는 것이라고 보기 때문에, 정당한 판결이라면 종래의 법률관계를 그대로 확인하는 효력이 있고, 부당한 판결은 종래의 법률관계를 판결의 내용대로 발생·변경·소멸시키는 효력이 있는 것으로 본다.⁶²⁾ 만일 지금도 이 견해가 받아들여진다면, 권리능력이 없는 비법인사단이 당사자가 된 판결이 있을 때에 그 판결의 효력에 의하여 비법인사단에게 실체법상 권리능력이 인정될 수 있을지도 모른다. 그러나 오늘날 이 견해를 취하는 학자는 거의 없다.⁶³⁾

결국 현행법의 해석으로는 비법인사단에게 (부분적으로라도) 권리능력을 인정할 수는 없다고 할 것이다.⁶⁴⁾

3. 조합의 권리능력 인정 여부

조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되지만, 사단에 비하여 구성원의 개인성이 강하게 드러나는

61) 국순옥, “기판력의 본질과 작용”, 「민사법연구」 제11권 1호, 대한민사법학회, 2003, 4면.

62) 이시윤, 앞의 책, 628면; 정동운·유병현·김경욱, 앞의 책, 766면; 호문혁, 앞의 책, 664~665면.

63) 호문혁, 앞의 책, 665면.

64) 다만 김교창, “비등기사단법인은 비법인사단이 아니다.”, 「저스티스」 제140호, 한국법학원, 2014, 91~110면은, 일반적으로 논의하는 비법인사단은 등기를 하지 않았을 뿐 실질적으로 사단법인과 마찬가지로 존재하므로 비등기사단법인으로서 법인으로 보아야 한다고 하여, 민법 개정 없이 비법인사단에 대해 권리능력을 인정하고자 하고 있다. 그러나 이른바 비법인사단에 해당하는 존재를 법인으로 보기 위해서는, 법인의 기관체로서 활동하는 자연인과 상응할 만큼의 사회적 활동이 가능한 존재여야 하고, 거래 내지 법적 활동에 필요한 경제적 요소가 갖추어져야 하며, 이를 전제로 그 존재를 자연인과 별개의 법적 인격으로 인정할 것인지에 대한 사회적 합의가 이루어져야만 한다(이홍민, “법인의 본질”, 「법과정책」 제22집 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2016, 293~294면)는 점을 고려할 때, 비법인사단은 앞의 두 요건을 갖추고 있다고 할 수 있겠지만, 이를 법인으로 인정하기 위한 사회적 합의의 표현으로서의 ‘입법’은 거처야만 할 것이다.

인적 결합체를 말한다.⁶⁵⁾ 이러한 조합에 권리능력을 인정할 수 있는지에 대한 논의는, 비법인사단에 관한 논의와는 다른 방식으로 이루어지고 있다. 즉 어떤 기준에 따라 일정한 단체에 법인격을 주느냐 하는 것은 입법정책의 문제가 되는데, 민법상 조합에 권리능력을 인정하는 것은 현행법상 불가능하다.⁶⁶⁾

다만 독일의 연방대법원 제2민사부의 2001년 1월 29일 판결이 민법상 조합에 대해 법적 거래에 참여함으로써 독자적인 권리의무의 근거가 정당화되는 한 그 조합 자체에 대해 실무상 필요성을 근거로 권리능력과 당사자능력이 있다는 것을 승인한 바 있는데,⁶⁷⁾ 우리도 조합 자체의 (부분적인) 권리능력을 인정할 필요성은 마찬가지라는 이유로 조합에 권리능력을 인정하려는 시도가 있다.⁶⁸⁾ 그러나 이 견해는 당사자 보호라는 관점에서, 민법상 조합의 거래상대방은 조합과 거래를 하려는 것이지 개별 조합원과 거래하려고 하는 것이 아니므로 거래의 안전이나 상대방 보호를 위해 자연인과 마찬가지로 법적 거래관계에 참여하는 단체를 그 구성원으로부터 분리하여 독립한 존재로 파악해야 한다고 하는데,⁶⁹⁾ 이에 대해서는 의문이 있다. 권리능력이 있다는 것은 어떠한 권리의 귀속 주체가 될 수 있다는 의미도 있지만, 해당 권리의 귀속 주체가 그 자에 한정된다는 의미도 있다. 그러나 조합의 채무에 대해서는 각 조합원도 그 책임을 부담하게 된다(민법 제712조 참고). 위 견해가 이러한 조합원의 책임을 부정하는 것도 아니면서,⁷⁰⁾ 조합을 독립한 존재로 보아 그 권리능력을 (부분적으로라도) 인정하고자 하는 것은 이해하기 어렵다고 생각한다.

65) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결.

66) 안성포, “민법상 조합의 권리능력과 당사자능력”, 『비교사법』 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003, 309면.

67) 김세준, 앞의 논문, 101면 및 112면.

68) 김세준, 위의 논문, 112~114면; 안성포, 앞의 논문, 309~310면.

69) 김세준, 위의 논문, 113면.

70) 김세준, 앞의 논문, 115면. 다만 이 견해는 일반적인 해석이 조합원의 채무를 인정하는 것과 달리, 조합재산으로 채무를 완제하지 못한 경우에 한하여 부종적으로 조합원이 책임을 부담하는 것에 불과한 것으로 보고자 한다. 그러나 상법상 합자조합의 업무집행조합원(무한책임조합원)이나 합명회사(법인이지만 조합의 성질을 가지는 것으로 해석)의 사원에 대해 부종적으로 책임을 부담하는 것으로 정하고 있는 상법 86조의8 제2항이나 제212조와 같은 별도의 규정 없이 그렇게 해석하는 것은 오히려 조합 채권자를 해칠 수 있다는 점에서 찬성하기 어렵다고 생각한다.

결국 현행법의 해석상 조합에 대해서 (부분적으로라도) 권리능력을 인정하고 자 하는 것은 비법인사단보다 더 어려운 일이라고 할 것이다.

IV. 자연인의 권리능력

1. 권리능력의 시기와 종기

자연인에게 권리능력이 인정된다는 것은 바야흐로 독립한 한 사람의 인간으로서 법적으로 존중된다고 하는 의미를 가지는 것이라고 할 수 있다.⁷¹⁾ 따라서 자연인의 권리능력과 관련해서는, 권리능력이 언제부터 언제까지 인정되는지를 명확히 할 필요가 있는데, 이에 대해 민법 제3조는 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.”고 하여 자연인은 출생한 때부터 사망한 때까지 권리능력을 가지는 것으로 정하고 있다.

우선 언제 출생⁷²⁾한 것으로 볼 것인지와 관련하여, 자연인의 출생과정은 모체의 진통으로부터 시작하여 태아가 모체로부터 완전히 분리되는 과정을 거치게 된다. 이러한 과정 중에서 어느 시점을 출생으로 볼 것인가에 대해서는 진통설, 일부노출설, 독립호흡설 등이 주장될 수 있지만, 현행 민법의 해석으로는 출생시점을 명확하게 확정지을 수 있는 전부노출설에 따라 태아가 모체로부터 전부 노출되었을 때를 출생시기로 보는 것이 민법학계의 일반적인 견해이다.⁷³⁾

다음으로 언제 사망한 것으로 볼 것인지와 관련해서는, 역시 견해 대립이 있다. 종래의 통설은 맥박중지설을 따르고 있다.⁷⁴⁾ 즉 심장박동이 정지한 시점에 사망한 것으로 보고 있다. 그런데 이는 뇌사를 사망으로 인정하여 뇌사자의 장기를 이식할 수 있도록 할 필요성에 따라 논란이 되고 있다. 이론적으로도 예컨대 심장이식을 하려면 일단 심장을 적출하여야 하는데, 심장을 적출하면 심장

71) 熊谷士郎, 앞의 논문, 12頁.

72) 출생 이전의 수정란 시기나 태아 시기가 아니라 출생 시점을 권리능력의 시기로 보는 이유에 대해서는 백경일, 앞의 책, 220면 참고.

73) 곽윤직, 앞의 책, 137면; 김상용, 앞의 책, 134면; 명순구, 앞의 책, 90면 등

74) 곽윤직, 앞의 책, 146면; 명순구, 앞의 책, 91면 등

박동은 당연히 정지하게 되므로, 심장을 이식하는 대상은 결국 사체라는, 이상한 결과가 된다. 또 심장을 제공하는 사람의 입장에서도 심장박동을 중심으로 사망을 판단하게 되면 살아있는 자의 심장을 적출하는 것이 되므로 심장을 적출한 의사는 살인을 하는 결과가 된다. 이런 문제를 해결하기 위해 뇌사를 인정하여야 한다는 주장이 많다. 다만 장기 등 이식에 관한 법률 제21조는 “뇌사자가 이 법에 따른 장기등의 적출로 사망한 경우에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다.”라고 규정함으로써 뇌사 자체는 사망으로 보지 않는 입장을 취하고 있다.

한편 출생하여 사망할 때까지, 즉 생존한 동안 사람은 성별·연령·직업·계급 등을 묻지 않고 평등하게 권리능력을 갖는 것이 원칙이다. 다만 예외적으로 국가 정책상 외국인에 대해서는 권리능력이 제한되는 경우가 있다. 예컨대 외국인은 한국 선박 및 한국 항공기의 소유권을 취득할 수 없으며(선박법 제2조, 항공안전법 제10조), 당해 외국의 법률상 대한민국인이 토지를 취득할 수 없도록 하는 나라의 국민은 대통령령으로 정하는 바에 따라 대한민국의 토지를 취득할 수 없도록 할 수 있다(부동산 거래신고 등에 관한 법률 제7조).

2. 태아의 권리능력

가. 태아 보호의 필요성

자연인의 권리능력과 관련하여 가장 논의가 많은 부분은 태아의 권리능력에 관한 것이다. 출생시점을 전부노출설에 따라 판단하게 되면, 출생 전의 태아는 권리능력을 전혀 갖지 못하게 되는데, 이렇게 되면 태아에게 지나치게 불리한 경우들이 많이 발생한다. 이러한 문제를 해결하기 위해 각국의 입법례는 일정한 경우 태아의 권리능력을 인정하고자 한다. 태아를 보호하기 위한 입법주의로는 두 가지 방식이 존재하는데, 우선 일반적 보호주의는 태아의 이익이 문제되는 경우에는 항상 출생한 것으로 본다는 형식으로 입법하는 것으로 로마법 이래로⁷⁵⁾ 대만 민법 제7조나 스위스 민법 제31조 제2항이 이러한 방식을 취하고 있다. 이와 달리 개별적 보호주의는 특히 중요하다고 생각되는 경우에 개별적으

로 열거하여 태아가 출생한 것으로 보는 방식으로 입법하는 것으로, 독일, 프랑스 일본 등이 이러한 방식을 채택하고 있는데,⁷⁶⁾ 우리나라는 두 가지 방식 중 개별적 보호주의를 취하고 있다. 그리고 민법 제762조에서 불법행위에 의한 손해배상청구와 관련하여, 민법 제1000조 제3항에서 상속의 순위와 관련하여 태아는 이미 출생한 것으로 본다고 규정하고 있으며, 민법 제1064조에서 유증과 관련하여 민법 제1000조 제3항을 준용하고, 민법 제858조에서는 태아도 인지의 대상이 된다는 것을 규정하고 있다.

나. 태아의 권리능력에 관한 기존 논의

태아의 권리능력에 관한 기존의 논의는, 태아가 살아서 출생할 것을 조건으로 하여 권리능력이 인정된다는 것을 전제로 하고 있다.⁷⁷⁾ 이러한 논의로는 두 가지 견해가 있는데, 우선 정지조건설은 태아는 출생할 것을 정지조건으로 그 권리능력이 인정된다는 견해이다. 즉 문제되는 시점, 예컨대 상속 등의 사건 발생시에는 태아의 권리능력이 인정되지 않지만, 태아가 살아서 출생할 때에, 즉 출생이라는 정지조건이 성취되었을 때에 권리능력을 취득하는 효과가 문제의 사건이 발생한 시기까지 소급하여 발생한다는 견해이다.⁷⁸⁾ 이와 달리 해제조건설은 태아는 출생하지 않는 것을 해제조건으로 그 권리능력이 인정된다는 견해이다. 즉 문제의 사건이 발생한 때에 태아는 권리능력을 갖지만, 사산(死産)하게 되면 그 해제조건이 성취하게 되어, 문제의 사건시까지 소급하여 권리능력이 소멸한다는 견해이다.⁷⁹⁾ 그리고 판례는 “태아가 특정한 권리에 있어서 이미 태어난 것으로 본다는 것은 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 상당하다.”⁸⁰⁾고 하여, 정지조건설을 취하는 것으로 평가되고 있다.

75) 백경일, 앞의 책, 223면.

76) 김상용, 앞의 책, 137면; 명순구, 앞의 책, 94면

77) 권순한, “태아의 법적 지위에 관한 재고”, 「연세법학」 제24호, 연세법학회, 2014, 73면.

78) 김상용, 앞의 책, 142면; 이영준, 앞의 책, 737면 등

79) 곽운직, 앞의 책, 142면; 김대정, 앞의 책, 182면 등

80) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결.

다. 태아의 권리능력에 관한 최근의 논의

태아의 권리능력에 대한 위와 같은 기존의 논의는 최근 여러 가지로 비판을 받고 있다. 우선 민법의 어디에도 태아 보호와 관련하여 출생을 조건으로 한다는 언급이 없다. 뿐만 아니라 특히 불법행위와 관련하여 기존의 견해들에 의하면, 태아가 불법행위로 상해를 입고 출생한 때에는 손해배상청구권이 인정되지만, 태아가 사산한 때에는 손해배상청구권이 인정되지 않는다는 결론이 되는데, 이는 태아의 신체적 법익만 보호하고 그보다 높은 가치로서 가장 중요한 법익인 생명은 보호하지 않는다는 모순이 발생하게 된다.⁸¹⁾

이러한 점을 근거로 하여, 크게 두 가지 방향에서 논의가 진행되고 있다. 하나는 민법이 정하고 있는 개별적인 경우들은 주의적인 것으로 보면서 태아를 일반적으로 보호하고자 하는 시도이다. 이 견해는 독일 민법 제1조가 “사람의 권리능력은 출생이 완료된 때로부터 시작한다.”고 규정하고 일본 민법 제3조 제1항이 “사권의 향유는 출생에서 시작한다.”고 하여 명시적으로 ‘출생’이라는 표현을 사용하고 있는 것과 달리, 우리 민법 제3조는 ‘생존한 동안’이라고 표현할 뿐이므로 그 보호법익에 태아를 포함시킬 수 있는 여지가 있다고 한다.⁸²⁾ 그리고 태아의 인격성과 생명권을 강조하여 민법 제3조의 ‘사람’은 태아 자체를 포함하는 개념이며, ‘생존’은 태아의 생명성 내지 발달 및 생육가능성을 포함하는 개념으로 해석해야 한다고 한다.⁸³⁾

다른 하나의 견해는 민법이 정하고 있는 경우에 한하여 태아를 보호하되, 출생을 조건으로 하지 않고 태아를 보호하고자 하는 시도이다. 이 견해는 태아의 권리능력에 관하여 개별보호주의를 취하고 있다면 그에 관한 이론구성도 사안마다 개별적으로 할 필요가 있다고 한다.⁸⁴⁾ 이를 전제로 민법 제762조와 관련

81) 권순한, 앞의 논문, 83면; 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003, 40~41면.

82) 김천수, 위의 논문, 44면.

83) 김천수, 위의 논문, 59면. 한편 유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 관한 제언”, 『한국의료윤리학회지』 제17권 제1호, 한국의료윤리학회, 2014, 14~33면은 이 견해와 전반적으로 같은 주장을 하지만, 이를 해석에 의해 주장하는 것은 어려우므로 입법에 의해 해결하자고 한다.

84) 권순한, 앞의 논문, 86면.

해서는 태아에게 손해배상청구권이라는 권리와 관련하여 출생을 의제하고 있으므로, 태아인 상태에서 손해배상청구권에 관한 권리능력을 인정하고 있음이 명백하며, 따라서 태아인 상태에서 불법행위의 피해를 입은 경우에는 태아 자신의 손해배상청구권을 인정하고, 만일 사산한 경우에는 그 상속을 긍정해야 한다고 한다.⁸⁵⁾ 또 민법 제1000조 제3항과 관련해서는 태아에게 상속순위와 관련하여 출생을 의제할 뿐 상속권에 관하여 법문상 언급하고 있지 않은 이상, 태아인 동안에는 상속자격을 인정하되 이는 잠정적인 것일 뿐이며 상속인으로서의 확정적인 권리취득은 출생시에 비로소 인정되는 것이라고 해석한다.⁸⁶⁾ 끝으로 인지의 대상이 된다는 민법 제858조와 관련해서는, 종래의 견해가 이를 권리능력에 관한 것으로 다룬 것과 달리, 여기서는 출생의 의제를 한 것이 아니며 단지 태아도 임의인지의 대상이 될 수 있음을 규정하고 있는 것에 불과한데, 이미 사망한 자에 대해서도 인지할 수 있다는 점(민법 제857조 참고)을 고려하면 인지의 대상은 권리능력과 무관하므로 민법 제858조는 태아의 권리능력을 정한 규정이 아니라고 해석한다.⁸⁷⁾

라. 검토

태아의 권리능력에 관한 최근의 논의가 지적하는 것은 전적으로 타당하다고 생각한다. 이러한 기존의 논의는 외국의 입법례들이 출생을 전제하고 있는 점에서 비롯된 것으로 보이는데, 이와 같은 ‘출생 도그마’는 이제 포기해야 할 것이다.⁸⁸⁾ 그러나 그렇다고 해서 태아를 일반적으로 보호하고, 민법이 태아를 보호하기 위해 별도로 정한 규정들을 주의적 규정에 불과한 것으로 해석하는 것⁸⁹⁾은 입법자의 의사⁹⁰⁾에 명백히 반할 뿐만 아니라, 개별 사항들에 대해 출생을 의제

85) 권순한, 위의 논문, 87면.

86) 권순한, 위의 논문, 89~90면.

87) 권순한, 앞의 논문, 91~92면.

88) 김천수, 앞의 논문, 42면.

89) 김천수, 위의 논문, 45면 및 59면.

90) 태아의 보호입법에 대한 입법자의 의사에 대해서는, 명순구, 「실록 대한민국 민법 1」, 법문사, 2008, 75~80면 참고.

하는 규정을 일부러 둔 현행 민법의 태도에 부합하지 않는다고 생각한다.⁹¹⁾

민법은 제762조나 제1000조에서 명백히 “태아는 ... 이미 출생한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘본다’라는 것은 간주 내지 의제로서 법률이 정한 효력을 당연히 생기게 하는 것이다. 따라서 이러한 표현을 그대로 해석한다면, 문제의 시점에 의제의 효과를 현실적으로 바로 발생시켜서 태중에서 이미 권리를 취득하게 하는 것으로 보는 것이 타당하다. 이러한 관점에서 볼 때 태아의 권리능력에 관해서는, 최근의 논의 중 두 번째 견해에 기본적으로 찬동한다. 다만 이 견해가 주장하는 부분 중, 민법 제1000조 제3항과 관련되어, 태아인 동안에는 잠정적인 상속자격이 인정될 분 상속인으로서의 확정적인 권리취득은 출생시에 비로소 인정되는 것이라고 해석하는 부분에 대해서는 의문이 있다. 즉 상속권이 없는 자가 상속인으로서 그 상속순위가 문제될 수는 없기 때문이다. 따라서 민법 제1000조 제3항은 상속개시시에 태아가 출생한 것으로 의제하여 그 시점에 바로 권리능력을 가진 것으로 의제한 규정으로 해석해야 할 것이다. 이렇게 파악할 때에 태아는 태중에 있는 상태에서 상속과 관련해서는 권리능력자로서 확정적으로 상속을 받게 된다고 할 수 있다. 다만 현실적으로 상속분할에 참여하는 등 그 상속받은 권리의무를 행사할 수 없을 뿐이다. 따라서 불법행위에 의한 손해배상청구권과 마찬가지로 태아가 태중에서 사망한 경우 그 태아로부터 다시 상속이 발생한다고 보아야 할 것이다. 이렇게 파악하는 것이 권리능력의 기본 개념에 비추어 볼 때 더 합당하다고 생각한다. 한편 이처럼 태아에게 권리능력이 인정되는 경우에 대해, 불법행위와 상속에 관하여 태아에게 제한적 권리능력⁹²⁾ 또는 부분적 권리능력(Teilrechtsfähigkeit)을 수여한 것⁹³⁾이라고 이해하기도 하지만, 여기서 태아에게 권리능력을 인정하는 것은 권리의 최종적인 귀속 주체를 확정하는 것이라는 점에서, 최소한 권리능력의 상대성론 내지 부분적 권리능력론에서 주장하는 ‘법적인 활동능력’에서 비롯되는 부분적 권리능력과는 다르다고 생각한다.

91) 권순한, 앞의 논문, 84면.

92) 이진기, “태아의 권리능력에 관한 이론의 재평가”, 「가족법연구」 제27권 3호, 한국가족법학회, 2013, 86면.

93) 이진기, 위의 논문, 89면.

V. 법인의 권리능력

1. 권리능력의 일반적 제한

법인도 자연인과 함께 권리주체이므로 권리능력을 갖는다. 그러나 법인은 자연인과 달리 법률관계를 간명하게 처리하고 책임을 제한하기 위한 법기술로서 권리주체성이 인정되기 때문에, 자연인과 동일한 범위에서 권리능력을 갖지는 않는다.⁹⁴⁾ 이에 따라 성질상·법률상의 제한을 갖는다.

우선 법인은 자연인의 육체적 존재를 전제로 하는 권리능력이 인정될 수는 없다. 즉 법인은 원칙적으로 물권·채권·지적재산권과 같은 재산권만을 취득할 수 있으며, 생명권·친권·부권·정조권·신체상의 자유권 등과 같은 자연인의 천연의 성질을 전제로 하는 권리·의무의 주체가 될 수 없다.⁹⁵⁾

다음으로 법인은 법률에 의하여 목적달성 기타 사회적 활동이 허용되는 인격이므로, 법률에 의하여 권리능력이 제한될 수 있다. 예컨대, 청산법인 및 청산회사의 권리능력은 청산의 목적범위 내에서만 권리능력이 인정되며(제81조, 상법 제245조), 회사는 다른 회사의 무한책임사원이 되지 못한다(상법 제173조).

2. 정관의 목적에 의한 권리능력 제한

민법 제34조는 “법인의 권리능력”이라는 조문제목 하에, “법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다”라고

94) 다만 이는 어디까지나 입법정책적인 문제이다. 특히 민법 제34조에서 법인의 권리능력의 범위를 정관에서 정한 목적 범위 내로 제한한 것은 결국 법인에게 책임제한의 항변권을 인정하고 있는 것이어서 오히려 법인에게 우월한 지위를 인정하고 있는 것인데, 법인의 지위는 자연인의 지위와 똑같이 두는 것이 거래의 안전을 위해서도 바람직하다는 지적이 있다(송호영, 앞의 책, 448~458면). 입법론으로는 필자도 이에 찬동하지만, 이 글에서는 현행법의 태도에 따라 서술하기로 한다.

95) 법인이 상속인이 될 수 없다는 것도 일반적으로 성질상의 제한으로 보지만, 독일민법은 법인에게도 상속능력을 인정하고 있으므로(독일민법 제2044조 제2항, 제2101조 제2항 등 참고), 법인에게 상속권이 인정되지 않는 것은 법률상의 제한으로 보는 것이 타당하다(송호영, 위의 책, 144면).

규정하고 있다. 이 규정의 해석과 관련하여 크게 두 가지 견해가 주장되고 있다. 하나는 이 규정이 법인의 권리능력을 제한하는 규정이라는 견해이고, 다른 하나는 법인 대표자의 대표권을 제한하는 규정이라는 견해이다.

우선 우리나라의 통설은 민법 제34조가 정관의 목적으로 제한하려는 것은 법인의 권리능력이라고 이해한다.⁹⁶⁾ 이 견해에 따르면, 법인이 한 법률행위가 성립하는지 여부는 그 법률행위가 정관에 정한 목적의 범위에 포섭될 수 있느냐의 여부에 달려 있으며, 만약 그 정관목적의 범위 내라고 판단되면 법인에게 그 책임이 귀속될 수 있지만, 그 범위 밖의 것으로 인정되면 법인의 권리능력이 없는 범위의 행위이므로 그 행위는 성립할 수 없다.⁹⁷⁾ 대법원도 “민법 제34조에 의하면 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 된다고 규정하고 있으므로 법인의 권리능력이 그 목적에 의하여 제한됨은 자명한 것”⁹⁸⁾이라고 하여 이 견해를 취하고 있는 것으로 평가된다.

한편 소수설은 법인의 정관에 규정된 목적에 의하여 제한되는 것은 권리능력이 아니라 법인의 대표기관의 대표권의 범위라고 이해한다.⁹⁹⁾ 이 견해는 법인이 법률과 성질에 의한 제한을 제외하고는 모든 권리능력을 가지는 것이라는 점을 전제로 하며, ‘권리능력의 제한’이란 어떤 종류의 권리를 가질 수 없다는 것을 의미하는 것으로, 정관 목적으로 권리능력을 제한할 수 있다는 것은 용어법상 옳지 않다고 한다.¹⁰⁰⁾ 또 권리능력의 제한이 아니라 대표권의 제한으로

96) 곽윤직, 앞의 책, 250면; 김상용, 앞의 책, 229면; 명순구, 앞의 책 「민법총칙」, 197면; 이영준, 앞의 책, 817면 등

97) 다만 종래의 일반적인 견해는 권리능력을 법률행위의 효력요건으로 이해하기 때문에, 목적 범위 내의 행위는 유효하고, 목적 범위 외의 행위는 무효라고 서술한다. 그러나 앞에서 밝힌 바와 같이 권리능력은 법률행위의 성립요건으로 보아야 하므로, 그에 따라 표현을 수정하였다.

98) 대법원 1974.11.26. 선고 74다310 판결.

99) 고상룡, 앞의 책, 207면; 김민중, 「민법총칙」, 두성사, 1995, 255면; 지원림, 앞의 책, 123면. 이와 달리 송호영, 앞의 책, 152~156면은 ‘수권범위설’이라고 표현하고 있지만, 그 내용은 사실상 이 견해와 같은 것으로 보인다(특히 155면 참고).

100) 고상룡, 위의 책, 207면. 한편 이 견해는 제34조의 ‘목적의 범위’를 권리능력의 범위라고 풀이하면 타인에게 손해를 가하는 불법행위가 법인의 목적 범위 내의 행위라고 할 수는 없다는 점에서, 법인의 불법행위책임에 관한 제35조 제1항을 설명하기 어렵다고 하기도 한다. 그러나 법인의 불법행위책임을 인정한 제35조 제1항은 법인에게 권리능력을 인정한 조치에 상응하여 법인에게 사회적 책임을 부담시키고자 하는 법정정책적 고려가 작용한 것으로, 제34조와 제35조 제1항을 동일한 차원에서 바라볼 수는 없는 일이므로 이 논거는 받아들이기 어렵다.

이해한다면, 법인의 대표자가 법인의 이름으로 법인의 목적범위를 초과하는 행위를 한 경우에, 이는 단지 대표권을 넘는 행위를 한 것이므로 표현대리(제126조)의 법리 또는 무권대리행위의 추인(제130조)에 따라 당해 행위를 법인의 행위로 할 수 있는 가능성이 있다는 점을 이 견해의 장점으로 들기도 한다.¹⁰¹⁾

그러나 소수설의 주장은 받아들이기 어렵다고 생각한다. 우선 제126조의 표현대리가 성립하기 위해서는 상대방으로서는 대표자에게 당해 행위를 할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있어야 하는데, 법인의 목적은 법인정관의 필요적 기재사항인 동시에 등기사항(민법 제40조, 제43조, 제49조)이어서 법인의 목적을 초과하는 행위의 상대방에게 과실이 인정되지 않을 가능성은 거의 없다. 또 무권대리행위의 추인의 법리의 경우도, 법인의 목적범위를 벗어난 행위가 법률분쟁으로까지 비화한 상황에서 당해 행위를 추인하는 법인이 있을지는 의문이다. 이런 점에서 소수설이 장점이라고 하는 부분은 별다른 실익이 없다.¹⁰²⁾ 결국 어떤 견해의 장·단점 보다는 규범의 목적을 고려하여 해석해야 할 것인데, 입법의 타당성 여부와는 별론으로 이 규정의 기원이 되는 영미법상 *ultra vires* 원칙을 분석해 볼 때 영국과 미국에서 정관의 목적은 결국 결국 권리능력과 관련된 것이라는 점¹⁰³⁾을 고려해 보면, 민법 제34조는 권리능력에 관한 규정으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

따라서 민법 제34조의 정관의 목적은 권리능력을 제한하는 규정으로 보는 것이 타당하다. 이는 민법 제34조가 “법인은 ... 권리와 의무의 주체가 된다.”고 한 표현을 보아도 명백하다. 소수설은 이에 대해, 권리능력은 모든 법인에 대하여 동등하게 포괄적이고 혼일하며 완전하게 부여되어야 한다고 하면서, 정관의 목적에 따라 개별 법인의 권리능력의 범위가 달라진다고 하면 이는 권리능력을 권리 행사능력으로 이해하는 것과 마찬가지로 독일의 상대적 권리능력론 내지 부분적 권리능력론의 주장을 연상시킨다고 비판한다.¹⁰⁴⁾ 그러나 자연인과 달리 법인은 그 본질상 사회적으로 합의된 범위 안에서 권리능력을 가진다. 그리고 우리

101) 김민중, 앞의 책, 255면.

102) 명순구, 앞의 책 「민법총칙」, 197면.

103) 가정준, “영미법상 법인의 권리능력과 행위능력에 대한 고찰 = *Ultra Vires Doctrine*을 중심으로-”, 「민사법학」 제48호, 민사법학회, 2010, 47면 및 50면 참고.

104) 송호영, 앞의 책, 153면.

민법의 입법자가 민법 제34조에서 법인은 정관으로 정한 목적의 범위 안에서 권리능력을 가진다고 정한 것은, 이와 같이 사회적으로 합의된 범위를 정한 것으로 해석할 수 있을 것이다. 이에 따라 그 목적 범위 내의 행위라면 법인이 최종적으로 그에 대한 책임을 진다. 결국 정관의 목적으로 권리능력을 제한한다고 해서, 이를 근거로 법인의 권리능력이 상대적이라고 보기는 어렵다고 생각한다.

그리고 권리능력이 법률행위의 성립요건이라고 해도, 이 규정이 권리능력을 제한하는 것인 이상, 정관의 목적범위 안에 해당하는지 여부는 권리발생사실에 대한 반대사실이 된다. 따라서 법인의 권리능력 여부에 관한 다툼이 발생할 경우, 법인의 상대방 쪽에서 자신의 상대방이 ‘법인’이라는 점만 증명하면, 법인 쪽에서 문제되는 법률행위가 목적범위 외의 행위라는 점을 증명하도록 해야 한다.¹⁰⁵⁾

Ⅵ. 결어

권리능력이 없는 자는 권리의 주체가 될 수 없으므로, 권리능력이 없는 존재가 개입된 법률행위는 무효라는 것이 전통적인 견해이다. 즉 권리능력은 법률행위의 효력요건이라고 하는 것이다. 이렇게 보면, 소송에서 권리능력의 존재 여부가 다투어지는 경우에 그 부존재에 대해 법률행위의 무효를 주장하는 자가 증명책임을 부담한다고 해야 하는데, 여기서 권리능력의 존재 여부가 문제되는 존재에 동물과 같이 권리능력이 명백히 부정되는 존재를 대입해 보면, 그 결과가 부당하다는 것은 명백하다. 따라서 권리능력이 없다는 것은 결국 법률주체(즉 당사자)가 존재하지 않는 것과 같은 것이기 때문에 권리능력의 존재는 법률행위의 성립요건으로 보아야 한다. 즉 증명책임의 분배와 관련하여 권리능력의 존재는 법률행위의 효과를 주장하는 당사자가 그 증명책임을 부담하여야 한다.

최근 많은 학자가 상대적 내지 부분적 권리능력이라는 개념을 수용하고 있다. 그런데 권리능력제도는 권리능력자에게 그 재산권을 귀속시켜서 타인의 것으로부터 독립시키고 그 권리능력자의 채권자의 책임재산으로 보장하는 것에 그 목적기능을 가진다고 할 수 있다. 권리능력이 이러한 기능을 적절히 수행하기 위

105) 이시윤, 앞의 책, 544~545면 참고.

해서는, 권리능력이라는 개념은 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 자격이라는 의미로, 절대적이고 포괄적·불가분적인 개념으로 보아야 한다. 만일 상대적·부분적 권리능력이라는 개념을 긍정하게 되면, 권리능력을 상대적으로 이해하면서, 그 내용을 구체적·개별적으로 파악하기 때문에 이러한 기능을 제대로 수행하기 어렵다. 뿐만 아니라 부분적 권리능력이 인정되는 존재로 거론되는, 비법인사단 및 조합에 대해서도 현행법상 그 구체적인 법률관계를 분석해 보면, 부분적으로라도 권리능력이 인정된다고 보기는 어렵다. 결국 현행법상 부분적 권리능력이라는 개념을 인정할 필요는 없다고 생각한다.

한편 태아의 권리능력에 관한 기존의 논의는, 정지조건설이나 해제조건설이나 모두 태아가 살아서 출생할 것을 조건으로 하여 권리능력이 인정된다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 민법의 어디에도 태아 보호와 관련하여 출생을 조건으로 한다는 언급은 없으며, 특히 불법행위와 관련하여 기존의 견해들에 의하면, 태아가 불법행위로 상해를 입고 출생한 때에는 손해배상청구권이 인정되지만, 태아가 사산한 때에는 손해배상청구권이 인정되지 않는다는 결론이 되는데, 이는 태아의 신체적 법익만 보호하고 그보다 높은 가치로서 가장 중요한 법익인 생명은 보호하지 않는다는 모순이 발생하게 된다. 따라서 태아의 권리능력과 관련하여, 출생을 조건으로 하는 것은 타당하지 않다. 이를 전제로 살펴볼 때, 민법은 제762조나 제1000조에서 명백히 “태아는 … 이미 출생한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘본다’라는 것은 간주 내지 의제로서 법률이 정한 효력을 당연히 생기게 하는 것이다. 따라서 이러한 표현을 그대로 해석한다면, 문제의 시점에 의제의 효과를 현실적으로 바로 발생시켜서 태중에서 이미 확정적으로 권리를 취득할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

그리고 민법 제34조의 해석과 관련하여, 법인의 정관에 규정된 목적에 의하여 제한되는 것은 권리능력이 아니라 법인의 대표기관의 대표권의 범위라고 이해하는 견해가 있다. 이 견해는 권리능력은 모든 법인에 대하여 동등하게 포괄적이고 혼일하며 완전하게 부여되어야 하므로, 정관의 목적에 따라 개별 법인의 권리능력의 범위가 달라진다고 하면 이는 권리능력을 권리행사능력으로 이해하는 것과 마찬가지로서 상대적·부분적 권리능력론의 주장을 연상시킨다고 한다. 그러나 이는 민법 제34조가 “법인은 … 권리와 의무의 주체가 된다.”고 한 표

현을 보아도, 민법 제34조의 정관의 목적은 권리능력을 제한하는 것으로 보는 것이 타당하다. 자연인과 달리 법인은 그 본질상 사회적으로 합의된 범위 안에서 권리능력을 가지며, 우리 민법의 입법자는 이와 같은 사회적 합의의 표현으로, 법인은 정관으로 정한 목적의 범위 안에서 권리능력을 가진다고 정하였으므로 그 목적 범위 내의 행위라면 법인이 최종적으로 그에 대한 책임을 진다. 따라서 정관의 목적으로 권리능력을 제한한다고 해서 이를 근거로 법인의 권리능력이 상대적이라고 보기는 어렵다고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 강태성, 「민법총칙(제9판)」, 대명출판사, 2019.
 강태성, 「물권법(제3판)」, 대명출판사, 2009.
 고상룡, 「민법총칙(전정판)」, 법문사, 2001.
 곽윤직, 「민법총칙(신정판)」, 박영사, 1994.
 김대정, 「민법총칙」, 도서출판 fides, 2012.
 김민중, 「민법총칙」, 두성사, 1995.
 김준호, 「민법강의(제26판)」, 법문사, 2020.
 김증한·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1998.
 김상용, 「민법총칙」, 화산미디어, 2009.
 명순구, 「민법총칙」, 법문사, 2005.
 _____, 「실록 대한민국 민법 1」, 법문사, 2008.
 박영규, 「판례로 배우는 민법총칙(제2판)」, 법원사, 2019.
 백경일, 「알기 쉽게 풀어쓴 민법총론」, 고래시대, 2014.
 백태승, 「민법총칙(제4판)」, 법문사, 2000.
 법원행정처, 「부동산등기실무[I]」, 법원행정처, 2007.
 송덕수, 「신민법강의(제13판)」, 박영사, 2020.

- 송호영, 「법인론(제2판)」, 신론사, 2015.
오영관, 「부동산등기법(신정2판)」, 법학사, 2012.
이시윤, 「신민사소송법(제13판)」, 박영사, 2019.
이영준, 「한국민법론[총칙편](수정판)」, 박영사, 2004.
정동운·유병현·김경욱, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2019.
지원림, 「민법강의(제17판)」, 홍문사, 2020.
최병조, 「로마법강의」, 박영사, 1999.
현승중·조규창, 「로마법」, 법문사, 1996.
호문혁, 「민사소송법(제8판)」, 법문사, 2010.
新堂幸司, 「民事訴訟法(現代法學全集 30)」, 筑摩書房, 1978.
米倉明, 「民法總則講義(1)」, 有斐閣, 1984

2. 논문

- 가정준, “영미법상 법인의 권리능력과 행위능력에 대한 고찰 = Ultra Vires Doctrine을 중심으로-”, 「민사법학」 제48호, 민사법학회, 2010.
국순옥, “기관력의 본질과 작용”, 「민사법연구」 제11권 1호, 대한민사법학회, 2003.
권순한, “태아의 법적 지위에 관한 재고”, 「연세법학」 제24호, 연세법학회, 2014.
김교창, “비등기사단법인은 비법인사단이 아니다.”, 「저스티스」 제140호, 한국법학원, 2014.
김세준, “민법상 조합의 부분권리능력”, 「민사법학」 제86호, 민사법학회, 2019.
김천수, “태아의 법적 지위”, 「비교사법」 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003.
명순구, “공동소유제도의 개정방향 -함유,총유의 재정비-”, 「안암법학」 제34호, 안암법학회, 2011.
박태신, “소송능력에서의 「능력」 개념의 재검토를 위한 시론”, 「홍익법학」 제15권 제3호, 2014.
안성포, “민법상 조합의 권리능력과 당사자능력”, 「비교사법」 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003.

- 유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 관한 제언”, 「한국의료윤리학회지」 제17권 제1호, 한국의료윤리학회, 2014.
- 윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」 제56호, 민사법학회, 2011.
- 이진기, “태아의 권리능력에 관한 이론의 재평가”, 「가족법연구」 제27권 3호, 한국가족법학회, 2013.
- 이호정, “우리 민법상의 공동소유제도에 대한 약간의 의문—특히 합유와 충유를 중심으로—”, 「서울대학교 법학」 제24권 2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1983
- 이홍민, “법인의 본질”, 「법과정책」 제22집 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2016.
- 임상혁, “법인이 아닌 사단의 당사자능력과 권리능력”, 「민사법학」 제39-1호, 민사법학회, 2007.
- 熊谷士郎, “權利能力平等の原則”, 「法學セミナー」, 日本評論社, 2008.07.

[Abstract]

A Study On the Legal capacity

Lee, Hong-Min

Associate Professor, The Catholic University of Korea, School of Law

This article discussed two points more in depth compared to studies on legal capacity conducted thus far. One point is regarding whether legal capacity is a requirement for the establishment or a requirement for the effect of legal acts, and the other is regarding whether the concept of partial legal capacity can be accepted.

First, with regard to whether the legal capacity is a requirement for the establishment or a requirement for the effect of legal acts, a prevalent view is understanding it as a requirement for the effect. Accordingly, a person without legal capacity cannot be a subject of rights. Therefore, a legal act involving an entity without legal capacity is said to be invalid. However, regarding the existence of legal capacity as a requirement for the effect cannot be easily accepted because the absence of legal capacity is eventually equal to the absence of legal entity (i.e. the party concerned). Therefore, legal capacity should be regarded as a requirement for the establishment of a legal act. This becomes clear when the following issue is considered. Currently, there is no disagreement, for example, on the fact that legal capacity is not recognized in animals. However, among animals, chimpanzees are said to have IQs not lower than 80, and therefore, they are said to be capable of understanding humans' instructions to some extent. If chimpanzee A's owner B sent chimpanzee A on a simple errand, and chimpanzee A understood the relevant instruction and followed it, should we regard that a delegation agreement has been established? If the legal capacity is regarded as requirement for the effect and the absence of legal capacity is considered as a cause of nullity, A should argue that it has no legal capacity by itself as a ground for defense against B's argument that a delegation agreement has been established. We cannot accept this example. Eventually, legal capacity should be regarded as a requirement for the establishment of legal acts.

Next, recently, most views accept the concept of partial legal capacity. However, the concrete meaning of the fact that the legal capacity of a person is recognized is that the person is enabled to make contracts, acquire rights, and bear obligations in his/her name. Since the property acquired as such becomes the property of the person of whom the legal capacity is recognized, the creditor of the person can conduct compulsory

execution to his/her property. That is, the legal capacity system can be said to have an intended function to vest the property right in the person with legal capacity so that the property is independent from others' properties, and to ensure the property as chargeable property of the creditor of the person with legal capacity. In order for legal capacity to properly perform this function, the concept of legal capacity should mean the qualification to become the subject of rights and obligations, and must be viewed as an absolute, inclusive, and indivisible concept. However, if the concept of partial legal capacity is affirmed, it is difficult to perform this functions properly, since the legal capacity is understood as being relative and the content is concretely and individually understood. In addition, when the concrete legal relations for unincorporated associations and partnerships, which are mentioned as beings for which partial legal capacity is recognized, are analyzed, it is difficult to regard that legal capacity is partially recognized. Therefore, I do not think it is necessary to acknowledge the concept of partial legal capacity.

Based on the two analyses as such, this article described the legal capacity of natural persons and the legal capacity of juridical persons.

Key words : Legal capacity, Legal capacity of unincorporated associations, Legal capacity of partnerships, Legal capacity of unborn children, Legal capacity of juridical persons