

## 민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제 - 법이론의 관점에서 -

우 세 나\* · 양 천 수\*\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 소의 이익의 체계적 지위
- III. 민사소송에서 소의 이익이 수행하는 기능
- IV. 소의 이익의 유형과 내용
- V. 확인의 소의 이익에 관한 문제
- VI. 글을 맺으며

### I. 서론

우리 민사소송법의 지배적인 학설과 판례는 ‘소의 이익’을 소송요건으로 인정한다.<sup>1)</sup> 따라서 특정한 소제기가 소의 이익을 갖고 있지 않은 경우에는 법원은 이를 소송요건을 갖추지 않아 부적법하다는 이유로 각하해야 한다. 그러나 이러한 소의 이익이 과연 소송요건에 해당하는지, 소의 이익이 어떤 기능을 수행하는지, 소의 이익이 갖는 구체적인 내용이 무엇인지, 오늘날에도 여전히 소의 이익이 소송요건으로 필요한 것인지에 관해서는 그 동안 특히 독일 민사소송법학에서 치열하게 논쟁이 되어 왔다.<sup>2)</sup> 그 중에서도 구체적인 분쟁상황에서 소의

\* 주저자 · 국립공주대학교 인문사회과학대학 법학과 부교수 · 법학박사.

\*\* 교신저자 · 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

1) 예를 들어 정동윤 · 유병현 · 김경욱, 「민사소송법」 제5판, 법문사, 2016, 384면 아래; 대법원 2006.3.9. 선고 2005다60239 판결 등 참고.

2) W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts: Eine rechtsvergleichende Darstellung

이익을 어떻게 판단해야 하는지의 문제는 단순히 이론적인 문제로만 그치는 것이 아니라, 실무적으로도 아주 중요한 의미를 지닌다. 이는 무엇보다도 자칫 그 외연이 자의적으로 확장될 수 있는 확인의 소의 이익에서 문제가 된다.<sup>3)</sup> 이 글은 이러한 점을 염두에 두면서 민사소송에서 소송요건으로 인정되는 소의 이익을 둘러싼 몇 가지 문제를 검토하는 것을 목표로 한다. 이 과정에서 법이론적 분석방법 및 논증을 원용하고자 한다.

## II. 소의 이익의 체계적 지위

### 1. 소송요건으로서 소의 이익

#### 1) 소송요건

현재의 지배적인 학설과 판례에 의하면 소의 이익은 소송요건으로 인정된다. 민사소송법학은 소송요건에 속하는 것을 크게 네 가지로 구분한다. 첫째는 법원에 관한 것이고, 둘째는 당사자에 관한 것이며, 셋째는 소송물에 관한 것이고, 넷째는 특수소송에 관한 것이다.<sup>4)</sup> 그 중 소의 이익은 두 번째 당사자에 관한 것 그리고 세 번째 소송물에 관한 것과 관련을 맺는다. 이를테면 당사자에 관한 것으로는 “당사자가 실재하고 당사자능력이 있을 것”, “당사자가 소송능력을 가질 것”, “당사자가 당사자적격을 가질 것”, “원고가 소송비용의 담보를 제공할 필요가 없을 것”이 언급되는데, 소의 이익은 이 중에서 당사자적격과 관련을 맺는다.<sup>5)</sup> 또한 소송물에 관한 것으로는 “청구가 민사소송일 것”, “청구가 권리보호의 자격이 있을 것”, “청구에 관하여 권리보호의 필요 또는 이익이 있을 것”이 언급되는데, 이 중에서 “청구가 권리보호의 자격이 있을 것”, “청구에 관하여 권리보호의 필요 또는 이익이 있을 것”이 소의 이익과 관련을 맺는다.<sup>6)</sup> 요컨대,

von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG, 2. Auflage, Bielefeld, 1974, 3면.

3) 이에 관해서는 김영란, 「판결을 다시 생각한다: 한국사회를 움직인 대법원 10대 논쟁」, 창비, 2015, 133면 아래 참고.

4) 이시윤, 「신민사소송법」 제8판, 박영사, 2014, 201-202면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 375-376면 참고.

5) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 375면.

당사자적격이 소의 이익의 주관적 측면과 관련을 맺는다면,<sup>7)</sup> 청구의 권리보호 자격 및 필요성은 소의 이익의 객관적 측면과 관련을 맺는다고 말할 수 있다. 물론 이는 소의 이익 개념을 넓게 파악할 때 도출되는 결론이다. 소의 이익을 좁게 파악하면, 권리보호의 자격 및 필요성만이 보통 소의 이익으로 취급된다.<sup>8)</sup>

## 2) 해석의 결과물

우리 민사소송법은 소의 이익을 명문으로 규정하고 있지는 않다. 물론 소의 이익에 속하는 몇몇 내용은 민사소송법이나 그 밖의 법률이 규정하기도 한다. 예를 들어, “청구가 법률상의 쟁송에 해당할 것”은 공통된 소의 이익으로 인정되는데, 이는 법원조직법 제2조 제1항이 규정하는 “법률상의 쟁송”에 근거를 둔 것이다.<sup>9)</sup> 또한 증서의 진정 여부에 관한 이익이 확인의 소의 이익에 해당한다는 민사소송법 제250조도 확인의 소의 이익에 대한 실정법적 근거가 된다.<sup>10)</sup> 나아가 민사소송법 제251조도 ‘장래 이행의 소의 이익’을 규정한 실정법적 근거로 파악할 수 있다.<sup>11)</sup> 이처럼 몇몇 소의 이익은 민사소송법을 포함한 현행 실정법이 규정한다. 그렇지만 소의 이익 일반 그리고 그 밖의 개별적인 소의 이익은 실정법이 규정하고 있지 않다. 이는 전적으로 학설과 판례에 의해 인정되고 있는 해석의 결과물이라고 말할 수 있다.

## 3) 소의 이익이 소송요건인지에 대한 논쟁

앞에서 언급한 것처럼, 지배적인 학설과 판례는 소의 이익을 소송요건으로

6) 위의 책, 376면.

7) 이시윤, 앞의 책(주4), 210면.

8) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 377면.

9) 위의 책(주1), 388면; 참고로 법원조직법 제2조 제1항은 다음과 같이 정한다. “법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 법률상의 쟁송(爭訟)을 심판하고, 이 법과 다른 법률에 따라 법원에 속하는 권한을 가진다.”

10) 위의 책(주1), 388면; 민사소송법 제250조는 “증서의 진정여부를 확인하는 소”라는 표제 아래 “확인하는 소는 법률관계를 증명하는 서면이 진정한지 아닌지를 확정하기 위하여서도 제기할 수 있다.”고 규정한다.

11) 위의 책(주1), 390면; 민사소송법 제251조는 “장래의 이행을 청구하는 소”라는 표제 아래 “장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다.”고 규정한다.

인정한다. 그러나 일부 견해는 소의 이익은 소송요건이 아닌 본안요건이라고 주장하기도 한다.<sup>12)</sup> 더 나아가 소의 이익을 소송요건으로서 독자적으로 인정할 필요가 없다는 주장도 제기된다.<sup>13)</sup> 우리 대법원도 초기에는 소의 이익이 없는 경우에는 소각하 판결이 아닌 청구기각 판결을 내려야 한다고 판시하기도 하였다.<sup>14)</sup> 물론 이러한 견해는 소수의 학자들만이, 그것도 주로 독일에서 주장될 뿐이다. 이러한 견해가 소의 이익을 소송요건으로 파악하지 않거나 그 독자성을 부인하는 것은 크게 두 가지 이유 때문이다. 첫째, 위에서 언급한 것처럼 소의 이익은 독자적인 실정법적 근거를 갖고 있지 않다는 점이다. 달리 말해, 소의 이익은 해석의 결과물이라는 점이다. 이는 민사소송법과 같은 실정법에 뿌리를 두고 있는 다른 소송요건과 차이가 있는 부분이다. 둘째, 다른 소송요건과는 달리 소의 이익은 본안판단, 즉 실체법적 권리관계나 법률관계에 대한 판단과 밀접하게 관련을 맺는다는 점이다. 실체법적 관계를 어떻게 파악하는가에 따라 해당 분쟁에서 소의 이익이 존재하는지 여부가 달라진다.<sup>15)</sup> 이러한 근거에서 소의 이익을 과연 소송요건으로 볼 수 있는지, 더 나아가 기능적 독자성을 인정할 수 있는지 의문이 제기되는 것이다.

그러면 이를 어떻게 평가할 것인가? 이러한 소수설에 이론적 설득력이 없는 것은 아니다. 그렇지만 실제 재판에서 소의 이익이 수행하는 기능을 전혀 무시할 수는 없다고 생각한다. 이를테면 법적 쟁송이 아닌 도덕적·윤리적 분쟁을 소로 제기하는 경우처럼 소의 이익이 명백하게 흠결된 경우에는 이를 소송요건의 문제로 보아 소각하 판결을 하는 것이 ‘한정된 법원자원의 효율적 배분’이라는 측면에서 보아도 타당하다. 이러한 근거에서 소의 이익은 여전히 소송요건으로 파악하는 것이 타당하다.

## 2. 소의 이익과 당사자적격

여기서 잠깐 소의 이익과 당사자적격의 관계에 관해 살펴볼 필요가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, 소의 이익과 당사자적격은 서로 밀접한 관련을 맺는다. 당

12) 위의 책(주1), 407-408면 참고.

13) E. Allorio, "Rechtsschutzbedürfnis", in: ZJP 67, 1954, 321면 아래 참고.

14) 대법원 1955.9.6. 선고 4288행상59 판결.

15) 이에 관해서는 아래 V.2. 참고.

사자적격은 소의 이익의 주관적 측면에 해당하기 때문이다. 소의 이익은 크게 객관적 측면과 주관적 측면으로 구분할 수 있다.<sup>16)</sup> 이른바 ‘청구적격’이라고 하는 청구의 권리보호 자격 그리고 권리보호의 필요성이 소의 객관적 측면에 속한다. 이에 대해 ‘당사자적격’은 소의 이익의 주관적 측면에 속한다. 따라서 당사자적격을 판단한다는 것은 해당 분쟁에서 당사자가 소의 이익을 갖고 있는지를 판단하는 것과 거의 같은 의미를 지닌다.<sup>17)</sup> 그러나 이를 민사소송법이 명문으로 규정하고 있는 것은 아니다. 현행 민사소송법은 당사자적격이나 소의 이익 모두 명문으로 직접 규정하고 있지는 않는다. 그 점에서 당사자적격이라는 개념이나 당사자적격과 소의 이익의 관련성 그리고 소의 이익 개념 그 자체도 모두 민사소송법 도그마틱을 통해 인정되고 있는 것이다.

이는 당사자적격, 즉 ‘원고적격’과 ‘피고적격’을 명문으로 규정하는 행정소송법과 차이가 있다. 행정소송법은 다음과 같이 원고적격과 피고적격을 규정한다. 우선 행정소송법 제12조는 “원고적격”이라는 표제 아래 “취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.”고 규정한다. 또한 제13조는 “피고적격”이라는 표제 아래 제1항에서 “취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분등이 있는 뒤에 그 처분등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.”고 규정한다. 시민과 시민 사이에서 발생하는 법적 분쟁을 대상으로 하는 민사소송과는 달리, 행정소송은 기본적으로 항고소송으로서 행정청이 시민에 대해 일방적으로 행하는 행정처분으로 발생하는 법적 분쟁을 대상으로 한다. 따라서 피고는 언제나 국가를 대변하는 행정청이 된다. 원고는 국가의 행정처분으로 법률상 이익이 침해된 시민, 즉 사인이 된다. 따라서 행정소송법에서 말하는 원고적격이란 민사소송에서 말하는 당사자적격과 거의 같은 의미를 지닌다. 이러한 맥락에서 보면, 행정소송법은 법률상 이익을 갖는 자에게 원고적격을 인정함으로써 법률상 이익, 즉 행정소송의 이익과 당사자적격 사이에 밀접한 관련이 있다는 점을 명문으로 규정하고 있는 셈이다. 이러한 행정소송법의 규율태도는 민사소송에서 당사자적격을 판단하는

16) 아래 IV.1.(2) 참고.

17) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 205면.

데 중요한 시사점을 제공한다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. 민사소송에서 소의 이익이 수행하는 기능

이렇게 해석으로써, 달리 말해 민사소송법의 도그마틱으로 인정되는 소의 이익은 민사소송에서 어떤 기능을 수행하는가? 민사소송법이 명문으로 규정하지 않는 소의 이익을 해석으로써 인정하는 이유는 무엇인가? 아래에서는 법이론적인 분석틀을 활용하여 이를 살펴보고자 한다.

#### 1. 권리보호 기능(?)

학설상 논란이 있기는 하지만, 민사소송은 기본적으로 각 시민이 갖고 있는 민사법적 권리, 즉 청구권을 보장하기 위해 존재한다.<sup>19)</sup> 이러한 맥락에서 보면, 소의 이익 역시 민사법적 권리를 보호하기 위해 인정되는 것으로 볼 여지가 있다.<sup>20)</sup> 그러나 소의 이익이 각 시민의 권리를 보장하는 데 직접적으로 기여하는 것이라고 볼 수는 없다고 생각한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 앞에

18) 한편 민사소송법학에서는 이러한 당사자적격과 구별해야 하는 개념으로서 당사자능력과 당사자확정을 언급한다. 이는 다음과 같이 구별된다. 먼저 당사자능력은 민법상 권리능력과 마찬가지로 특정한 주체가 소송상 당사자로서 소송을 수행할 수 있는 추상적인 자격을 말한다. 요컨대, 당사자능력은 소송 일반을 대상으로 하는 추상적인 능력이자 자격인 것이다. 이에 대해 당사자적격은 ‘지금 여기서’ 진행되고 있는 구체적인 소송에서 정당한 당사자가 될 수 있는 자격을 말한다. 당사자능력이 소송 일반을 전제로 하는 추상적인 개념이라면, 당사자적격은 ‘지금 여기서’ 이루어지는 소송을 전제로 하는 구체적인 개념인 것이다. 마지막으로 당사자확정은 ‘지금 여기서’ 실제로 이루어지는 소송에서 누가 당사자인가를 가려내는 것을 말한다. 이는 특히 ‘성명모용소송’에서 문제가 된다. 당사자를 확정하는 작업은 당사자적격을 찾아내는 과정일 수도 있지만, 양자가 반드시 일치하는 것은 아니다. 왜냐하면 당사자확정 과정을 통해 누가 실제의 당사자인지를 가려내도 그가 당사자적격, 즉 소의 이익을 갖고 있는지는 별도로 판단해야 하는 문제이기 때문이다. 실제 소송에서 이는 다음과 같은 순서로써 검토된다. 먼저 현재 이루어지는 소송에서 누가 당사자인지를 확정해야 한다. 그 다음에는 이렇게 확정된 당사자가 당사자능력을 갖고 있는지를 판단해야 한다. 마지막으로 이러한 당사자가 해당 소송에서 소의 이익을 갖고 있는 정당한 당사자인지를, 다시 말해 당사자적격을 갖고 있는지를 판단해야 한다. 당사자확정 및 당사자능력에 관해서는 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책(주1), 171면 아래 참고.

19) 민사소송의 존재이유를 둘러싼 논란에 관해서는 위의 책(주1), 23-27면 참고.

20) 위의 책(주1), 386면.

서 살펴본 것처럼, 소의 이익은 소송요건에 속한다. 소송요건은 특정한 소제기가 갖추어야 할 형식적 요건에 해당한다. 특정한 소제기가 소송요건을 갖추지 않은 경우에는 법원은 이를 직권으로 조사하여 부적법 각하해야 한다. 따라서 소송요건을 엄격하게 요구하거나 법원이 소송요건을 엄격하게 판단하면 할수록 법원에 접근할 수 있는 분쟁당사자의 법적 가능성은 적어진다. 바꿔 말해, 소송요건이 엄격해질수록 각 당사자에게 헌법상 보장되는 재판청구권이 그 만큼 제한되는 것이다.<sup>21)</sup> 사실 각 당사자의 재판청구권을 완벽하게 보장하려면, 소송요건을 극히 제한적으로만 인정하거나, 아니면 소송요건을 아예 인정하지 말아야 한다. 그런데도 현행 민사소송법은 소송요건을 명문으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 해석으로써 소의 이익이라는 별도의 소송요건마저 인정하고 있다. 이렇게 보면, 소의 이익은 오히려 각 당사자의 권리를 보호하는 데 직접적으로 기여하기보다는 오히려 경우에 따라서는 권리를 보호하는 데 직접적으로 필요한 재판청구권을 일정한 범위에서 제한하는 기능을 수행한다. 이러한 근거에서 볼 때, 소의 이익은 우선적으로 당사자의 권리를 보호하기 위해 존재하는 것이라고 볼 수는 없다고 생각한다.

## 2. 법체계의 독자적인 기능보호

이처럼 소의 이익은 분쟁당사자의 권리를 보호하는 데 직접적인 기여를 하지는 않는다. 따라서 소의 이익을 인정하는 목적은 다른 곳에서 찾아야 한다. 이에 대해 필자는 소의 이익은 법체계의 독자적인 기능을 보호하는 데 기여한다는 데제를 주장하고자 한다. 이를 논증하기 위해 필자는 독일의 사회학자 루만(N. Luhmann)이 정립한 체계이론(Systemtheorie)의 관점을 원용하고자 한다.<sup>22)</sup>

### 1) 독자적인 사회적 체계로서 법체계

루만의 체계이론에 따르면, 한 ‘사회’(Gesellschaft)는 그 자체가 독자적인 ‘사회적 체계’(soziales System)가 된다.<sup>23)</sup> 따라서 현대사회 역시 독자적인 사회적

21) 이를 지적하는 이시윤, 앞의 책(주4), 210면.

22) 체계이론에 관해서는 우선 니클라스 루만, 율재왕 (옮김), 「체계이론 입문」, 새물결, 2014; 마르코트 베르크하우스, 이철 (옮김), 「쉽게 읽는 루만」, 한울아카데미, 2011 등 참고.

체계서로 작동한다. 그런데 루만에 따르면, 현대사회는 복잡화·다원화·전문화로 인해 내적 분화과정을 거치게 된다. 이를 통해 각기 다양한 기능체계들이 독립적으로 분화된다. 정치, 경제, 법, 교육, 학문, 종교, 예술, 의료 등이 바로 이러한 기능체계에 해당한다. 따라서 법은 그 자체 독자적인 사회적 체계이자 기능체계로 작동한다.

그런데 체계이론에 따르면, 이렇게 독립되어 분화된 사회의 기능체계들은 자율적인 사회적 체계로서 작동한다. 달리 말해, 이러한 사회의 기능체계들은 모두 ‘자기생산적 체계’(autopoietisches System)로서 작동한다.<sup>24)</sup> 이는 사회의 기능체계들이 각각 독자적인 소통방식, 매체, 코드, 프로그램에 의해 작동하며, 체계 자신을 유지하는 데 필요한 요소를 ‘자기준거’(Selbstreferenz)에 따라 독자적으로 재생산한다는 것을 시사한다.<sup>25)</sup> 체계이론은 <체계-환경> 도식에 따라 한 체계의 경계선을 기준으로 하여 체계 안에 속하는 것은 체계로, 체계 밖에 속하는 것은 환경으로 구분한다.<sup>26)</sup> 이러한 <체계-환경> 도식에서 볼 때, 한 체계는 자율적인 체계로서 환경에 종속되지 않는다. 환경은 체계에 일정한 자극을 줄 수는 있지만, 그렇다고 환경이 체계를 특정한 방향으로 조종할 수 있는 것은 아니다. 체계는 정보라는 측면에서는 환경에 대해 열려 있지만(인지적 개방성), 체계의 작동이라는 측면에서는 환경에 대해 닫혀 있다(작동적 폐쇄성).<sup>27)</sup>

이러한 사회적 기능체계의 작동방식은 법체계에 대해서도 그대로 적용된다. 자율적인 사회적 체계에 속하는 법체계는 독자적인 매체, 코드, 프로그램에 의해 작동한다. 이를테면 법체계는 법을 소통매체로서, <합법-불법>이라는 이항 코드를 법체계의 코드로서, <요건 ⇔ 효과>로 대변되는 ‘조건프로그램’을 법체계의 프로그램으로 사용한다. 사랑이나 권력, 화폐, 도덕 등을 소통매체로 하는 경우에는 법체계가 사용하는 소통매체가 아니어서 법체계 내부로 포섭될 수

23) 루만에 의하면, 체계는 기계, 생명체계, 심리체계, 사회적 체계로 구분되며, 사회체계는 다시 상호작용, 조직, 사회로 구분된다. N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984, 15면 아래 참고.

24) 자기생산적 체계에 대한 상세한 설명은 양천수, “인권법체계의 자기생산적 구조: 법사회학의 측면에서 접근한 試論”, 『법학연구』 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008.2, 33-58면 참고.

25) 독일어 ‘Selbstreferenz’는 ‘자기지시’로 번역되기도 한다. 이에 관해서는 장춘익, “‘자기지시적 체계’에서 ‘자기지시Selbstreferenz’란 무엇을 뜻하는가?: 루만의 이론의 한 핵심어에 대하여”, 『철학연구』 제107집, 대한철학회, 2014. 겨울, 141-172면 참고.

26) N. Luhmann, 앞의 책(주23), 35면 아래 참고.

27) 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 『사회의 법』, 새물결, 2014, 63면 아래 참고.



없다. 합법 또는 불법이라는 값을 할당할 수 없는 소통 역시 법적 소통이 아니어서 법체계에 편입될 수 없다. 그런데도 만약 이렇게 법을 소통매체로 사용하지 않고, <합법-불법>이라는 이항코드를 사용하지 않는 소통방식이 법체계에 무리하게 편입되면, 법체계의 기능적 자율성과 독자성은 훼손되고 만다. 이를 통해 법체계가 다른 사회의 기능체계에 종속되는 문제, 헌법학적으로 바꿔 말하면 사법부의 독립이 훼손되는 문제가 발생하게 된다. 이른바 ‘사법의 정치화’가 이에 대한 좋은 예가 될 것이다.<sup>28)</sup>

## 2) 법체계의 독자성을 보호하는 소의 이익

이처럼 법체계가 독자적인 사회적 체계로서 기능을 수행하기 위해서는 독자적인 소통매체, 코드, 프로그램으로 작동할 수 있어야 한다. 쉽게 말해, 합법과 불법으로 구분될 수 있는 법적 소통만을 법체계의 소통으로 포섭할 수 있어야 한다. 만약 그렇게 하지 않으면, 법체계의 기능적 독자성은 붕괴된다.

소의 이익은 바로 이러한 체계이론적 맥락에서 파악할 수 있다. 소의 이익을 소송요건으로 인정함으로써 법체계, 더욱 정확하게 말해 법체계의 중심부에 속하는 법원은 법체계가 판단할 수 없는 비법적인 소통방식을 법체계에 포섭되지 않도록 하는 것이다. 아래에서 다시 살펴보겠지만, 기본적으로 소의 이익은 권리를 중심으로 하는 ‘법률상 이익’으로 구성된다.<sup>29)</sup> 이는 법원이 판단해야 하는 분쟁이 법률상 이익을 지니고 있는 법적 분쟁, 체계이론적으로 다시 말하면 법적 소통방식으로 구성되어 있어야 한다는 것을 뜻한다. 합법이나 불법으로 판단할 수 없는 비법적 분쟁이나 법률상 이익이 존재하지 않는 분쟁은 소의 이익이 없는 것으로서 법체계에 포섭될 수 없다. 이러한 분쟁은 다른 체계, 이를테면 정치체계나 경제체계 혹은 종교체계가 판단해야 한다.<sup>30)</sup> 이러한 방식으로 소의 이익은 법원을 포함하는 법체계가 독자적인 사회적 체계로서 기능을 수행할 수 있도록 기여한다. 바로 이 점에서 소의 이익이 어떤 기능을 수행하는지

28) 사법의 정치화에 관해서는 박범영, “사법권에 의한 정치의 통제: 사법의 정치화”, 『입법정책』 제8권 제1호, 한국입법정책학회, 2014.6, 22-64면 참고.

29) 아래 IV.2.(1) 참고.

30) 루만에 의하면 도덕은 독자적인 기능체계를 구성할 수 없다. 이에 관해서는 서영조, “니클라스 루만의 윤리학 비판과 도덕의 기능 분석”, 『현상과 인식』 제24권 제3호, 한국인문사회과학회, 2000. 가을, 65-86면 참고.

를 확인할 수 있다.

### 3. 민사사법의 경제성 보장

소의 이익을 인정하는 이유는 법경제학의 관점에서도 해명할 수 있다. 법원이 법적 분쟁을 재판하기 위해서는 인적·물적·시간적 자원이 소요된다. 한마디로 말해 비용이 소요된다. 그렇지만 법원, 즉 민사분쟁을 관할하는 민사사법이 갖고 있는 자원에는 한계가 있다. 민사분쟁을 해결하기 위해 민사사법 자원을 무한정하게 사용할 수는 없다. 특히 우리 법원처럼 극히 제한된 법관이 다수의 분쟁을 해결해야 하는 상황에서는 언제나 제한된 자원을 효율적으로 배분해야 할 필요가 있다. 이러한 상황에서 소의 이익은 민사사법이 갖고 있는 제한된 자원을 효율적으로 배분하는 데 기여한다. 법적 분쟁이자 소의 이익이 있는 분쟁에 대해서만 본안판단을 하도록 함으로써 민사사법이 갖고 있는 한정된 자원을 효율적으로 배분하는 것이다. 이러한 맥락에서 경제성 원칙은 적정, 공평, 신속과 더불어 민사소송이 추구해야 하는 목적으로 인정되고 있다.<sup>31)</sup>

### 4. 국가권력의 법치국가적 제한

국가권력이라는 측면에서 보면, 소의 이익은 국가권력을 법치국가적으로 제한하는 데도 기여한다. 법적 분쟁을 재판하는 사법권력 역시 국가권력에 해당한다. 그런데 만약 소의 이익을 소송요건으로 마련하지 않으면, 시민들 사이에 발생하는 각종 분쟁에 사법권력이 개입할 수 있는 여지가 넓어진다. 그 만큼 사적 분쟁에 국가권력이 개입할 수 있는 범위가 확대되는 것이다. 이는 이중적인 의미를 갖는다. 우선 국가권력이 적극적으로 관여할 수 있는 사적 분쟁의 범위를 확장함으로써 분쟁이 법적, 달리 말해 권력적으로 해결할 수 있는 가능성을 넓힌다는 긍정적인 기능을 한다. 그러나 이와 달리 국가권력이 사적 분쟁에 과도하게 개입함으로써 시민들이 자율적으로 자신의 분쟁을 해결할 수 있는 여지를 축소할 수도 있다. 법철학의 관점에서 다시 말하면, 후견주의를 옹호하는 입장에서는 이를 긍정적으로 평가할 수 있지만,<sup>32)</sup> 자유주의를 옹호하는 입

31) 민사소송의 목적에 관해서는 류승훈, “민사소송의 목적을 통해 살펴본 민사재판의 현대적 의미”, 『외법논집』 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.11, 133-150면 참고.

32) 후견주의에 대한 법철학적 분석으로는 권지혜, “형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주

장에서는 이를 부정적으로 평가할 수 있는 것이다. 그런데 민사소송은 처분권주의와 변론주의로 대표되는 당사자주의가 지배하는 소송이라는 점에서 볼 때, 사적 분쟁에 국가권력이 과도하게 개입하는 것은 자유주의의 관점에서 해석할 필요가 있다. 그 점에서 보면, 국가권력을 대변하는 사법권력이 사적 분쟁에 너무 과도하게 관여하는 것은 바람직하지 않다. 이러한 근거에서 소송요건으로 인정되는 소의 이익은 사법권력이 사적 분쟁에 과도하게 개입하는 것을 통제하는 법치국가적 제한장치라고 말할 수 있다.

## IV. 소의 이익의 유형과 내용

### 1. 소의 이익의 유형

#### 1) 넓은 의미의 소의 이익과 좁은 의미의 소의 이익

먼저 소의 이익은 ‘넓은 의미의 소의 이익’과 ‘좁은 의미의 소의 이익’으로 유형화할 수 있다. 이미 앞에서도 살펴본 것처럼, 넓은 의미의 소의 이익이란 당사자적격과 청구의 권리보호 자격 및 권리보호의 필요성을 모두 포함하는 개념을 말한다. 이와 달리 좁은 의미의 소의 이익이란 넓은 의미의 소의 이익 중에서 당사자적격을 제외한 개념을 말한다. 다시 말해, 청구의 권리보호 자격 및 권리보호의 필요성이 좁은 의미의 소의 이익을 뜻한다.

#### 2) 객관적 소의 이익과 주관적 소의 이익

다음으로 소의 이익은 ‘객관적 소의 이익’과 ‘주관적 소의 이익’으로 유형화할 수 있다. 전자는 소의 이익의 객관적 측면을 말한다. 청구의 권리보호 자격과 권리보호의 필요성이 바로 객관적 소의 이익에 해당한다. 이와 달리 후자는 소의 이익의 주관적 측면, 즉 소의 이익을 갖는 당사자를 말한다. 당사자적격이

---

의에 대한 비판적 고찰: 드워킨(Gerald Dworkin)과 파인버그(Joel Feinberg)의 논의를 중심으로” 고려대학교 대학원, 법학박사 학위논문, 2016 참고.

이러한 주관적 소의 이익에 해당한다. 이 같은 객관적 소의 이익과 주관적 소의 이익은 넓은 의미의 소의 이익에 포함된다.

### 3) 소송의 유형에 따른 소의 이익

나아가 소의 이익은 소송의 유형에 따라 구분할 수 있다. 민사소송은 크게 이행소송, 확인소송, 형성소송으로 구분되므로, 소의 이익 역시 이에 따라 이행의 소의 이익, 확인의 소의 이익, 형성의 소의 이익으로 유형화할 수 있다.<sup>33)</sup>

물론 엄밀하게 말하면, 소의 이익이 민사소송에서만 인정되는 것은 아니다. 행정소송법 제12조와 제35조가 시사하는 것처럼, 행정소송법상 취소소송이나 무효확인소송에서도 소의 이익이 인정된다. 그렇지만 행정소송상 취소소송은 민사소송에서 말하는 형성소송 가운데 한 유형에 해당하고, 행정소송법상 무효확인소송은 민사소송에서 말하는 확인소송과 그 구조가 같으므로, 이를 독자적인 유형으로 보기는 어렵다.

## 2. 소의 이익내용 분석

그러면 소의 이익은 무엇으로 구성되는가? 소의 이익에 대한 구체적이고 상세한 내용은 이미 민사소송법 도그마틱이 충실하게 밝히고 있으므로 여기에서는 이를 자세히 다루지는 않으려 한다.<sup>34)</sup> 그 대신 소의 이익이 무엇을 내용으로 하는지 추상적인 차원에서 몇몇 개념으로 유형화하고자 한다.

### 1) 출발점으로서 법률상 이익

행정소송법 제12조가 간접적으로 시사하는 것처럼, 소의 이익은 기본적으로 법률상 이익을 출발점으로 한다. 다시 말해, 법률상 이익, 즉 법규범이 규정하고 보호하는 이익이 소의 이익을 구성한다. 그러나 언뜻 보면 명확해 보이는 이 테제도 자세히 들여다보면 좀 더 구체적으로 분석해야 할 필요가 있다. 왜냐하면 법률상 이익이 포괄하는 외연이 어디까지인지, 달리 말해 법률상 이익

33) 각 소의 이익에 관한 상세한 내용은 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 390면 아래 참고.

34) 이에 관해서는 위의 책(주1), 387면 아래 참고.

의 구체적인 내용이 무엇인지는 반드시 명확한 것이라고 말할 수 없기 때문이다. 그러므로 법률상 이익은 더욱 구체화해야 한다. 이는 다음과 같이 구체화할 수 있다.

## 2) 권리로서 법률상 이익

우선 소의 이익으로서 법률상 이익은 권리로 구체화할 수 있다. 권리 자체가 법률이 보호하는 이익을 뜻하기 때문이다. 물론 권리란 무엇을 뜻하는가에 관해서는 기본적으로 의사설과 이익설이 대립한다.<sup>35)</sup> 그러나 오늘날의 지배적인 견해는 이익설의 견지에서 권리 개념을 파악한다. 이는 특히 행정법학에서 행정소송법 제12조가 규정하는 ‘법률상 이익’이 무엇인지를 둘러싸고 이루어지는 논의에서 확인할 수 있다.<sup>36)</sup> 그러므로 소의 이익으로서 법률상 이익은 일단 권리를 뜻한다고 말할 수 있다.

민사법에서 볼 때 권리는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 민사법이 직접 규정하는 권리와 법률행위, 즉 계약을 통해 형성되는 권리가 그것이다. 전자의 경우로는 소유권을 필두로 하는 물권을 대표적으로 들 수 있다. 특정한 경우에 법률이 인정하는 취소권 등도 법률이 직접 규정하는 권리에 속한다. 후자의 경우로는 각종 계약을 통해 형성되는 채권을 들 수 있다. 이러한 권리는 이행의 소의 이익이나 형성의 소의 이익에서 중요한 부분을 차지한다.

## 3) 권리가 아닌 법률상 이익

그러나 이러한 법률상 혹은 계약상 권리만이 법률상 이익을 구성하는 것은 아니다. 권리가 아닌 법률상 이익 역시 존재한다. 권리가 아닌 법률관계를 그 자체와 관련을 맺는 이익도 법률상 이익에 해당한다. 이를테면 유효한 법률관계를 형성하고 있는지에 관한 이익, 혼인관계가 무효에 해당하는지에 관한 이익

35) 이에 관해서는 양천수, “권리의 형성 메커니즘”, 『법철학연구』 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013.4, 199-232면 참고.

36) 이에 관해서는 김중권, “규범집행에 관한 권리로서의 행정법상의 주관적 공권에 관한 소고”, 『공법연구』 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012.6, 159-190면; 이상학, “행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로”, 『법학연구』 제56권 제1호, 한국법학회, 2015.2, 33-62면 등 참고.

등이 이러한 법률상 이익에 속한다. 유효한 법률관계를 형성하고 있는가에 관한 이익은 그 자체가 권리에 해당하는 것은 아니지만, 이러한 법률관계를 기초로 한 권리를 행사하는 데 선결요건이 된다는 점에서 법적으로 중요한 의미를 갖는다. 따라서 이러한 이익은 권리가 아닌 법률상 이익이지만 소의 이익으로 인정할 수 있다. 이러한 법률상 이익은 특히 확인의 소의 이익에서 중요한 의미를 지닌다.

#### 4) 법률상 이익의 확대경향

사실 소의 이익의 출발점이 되는 법률상 이익은 오늘날 지속적으로 확대되는 경향을 보인다. 이는 특히 행정소송법에서 원고적격이 지속적으로 확장되고 있는 현상에서 확인할 수 있다.<sup>37)</sup> 이에 대해서는 크게 두 가지 이유를 제시할 수 있다. 첫째, 헌법상 기본권이 미치는 영역이 확대되고, 특히 기본권의 대사인적 효력에 의해 민사범영역에 대해서도 기본권이 효력을 미침으로써 기본권이 법률상 이익을 파악하는 데 영향을 끼치고 있다는 것이다. 둘째, 바로 이러한 영향 아래 오늘날 과거에는 존재하지 않았던 새로운 권리들이 지속적으로 출현하고 있다는 것이다.<sup>38)</sup> 일조건 등과 같은 환경관련권리들이 그 예라고 할 수 있다. 이를 통해 소의 이익은 점점 확장되고 있는데, 이러한 경향은 무엇보다도 확인의 소의 이익에서 찾아볼 수 있다.

## V. 확인의 소의 이익에 관한 문제

### 1. 확인의 소의 이익에 관한 문제

민사소송에서 인정되는 소의 이익 중에서 판단하기 쉽지 않고 이론적인 문제도 다수 안고 있는 이익으로서 확인의 소의 이익을 들 수 있다. 일반적으로 확

37) 이에 관해서는 함인선, “행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제: 취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토”, 『공법연구』 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005.6, 509-544면 참고.

38) 양천수, 앞의 논문(주35), 199면 아래 참고.

인의 소의 이익은 ‘즉시 확정이 필요한 법률상 이익’으로 정의된다.<sup>39)</sup> 여기에서 알 수 있듯이, 확인의 소의 이익은 두 부분으로 구성된다. 첫째, ‘법률상 이익’이라는 것이고, 둘째, ‘즉시 확정이 필요한’ 법률상 이익이라는 것이다. 그러나 구체적으로 무엇이 ‘즉시 확정이 필요한 법률상 이익’인지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다.

### 1) 법률상 이익의 불명확성

첫째, 법률상 이익이라는 개념 자체가 명확하지 않다는 것이다. 만약 법률상 이익을 권리로 한정하면, 무엇이 법률상 이익인지를 판단하는 것이 그다지 어렵지는 않을 것이다. 당사자에게 권리가 존재하는지를 판단하면 되기 때문이다. 이러한 맥락에서 이행의 소의 이익이나 형성의 소의 이익을 판단하는 것은 상대적으로 어렵지 않다. 왜냐하면 이행의 소나 형성의 소는 기본적으로 당사자가 갖고 있는 권리에 기반을 두기 때문이다. 그렇지만 확인의 소는 권리와 직접 관계가 없는 법률관계에서 비롯하는 이익 역시 소의 이익으로 인정하기에 그 만큼 무엇이 확인의 소에서 법률상 이익인지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 이러한 문제는 법률상 이익 개념 자체가 지속적으로 확대되고 있는 오늘날의 경향과 맞물려 더욱 심화된다. 오늘날 법률상 이익이 권리의 외연을 넘어 지속적으로 확장되면서, 어디까지 법률상 이익으로 볼 것인지를 판단하는 것이 더욱더 어려워지고 있다.

### 2) 소의 이익의 실체법 연관성

둘째, 확인의 소의 이익이 당해 민사 분쟁에서 문제가 되는 실체법적 관계와 밀접하게 관련을 맺는다는 것이다. 문제되는 법적 분쟁에서 각 당사자가 실체법상 어떤 지위에 있는지, 어떤 권리와 의무를 갖는지를 판단하는 문제와 소의 이익을 어떻게 파악할 것인지의 문제가 서로 긴밀하게 연결되어 있다는 것이다. 이를테면 현재는 사립학교법인의 이사로 재직하고 있지는 않지만, 사립학교법인 및 이사회 제도의 본질을 어떻게 구성하는가에 따라 현재는 이사가 아닌

39) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(주1), 396면.

당사자의 법적 지위가 달라질 수 있고, 이에 따라 당사자에게 즉시 확정 필요한 법률상 이익이 존재하는지 여부도 달라질 수 있는 것이다. 이는 특히 아래에서 다루는 이른바 ‘상지대 사건 판결’에서 극명하게 드러난다.

### 3) 법원의 정책적 선이해 의존성

셋째, 이렇게 확인의 소의 이익에서 말하는 법률상 이익 개념이 유동적이고 본안 판단의 대상이 되는 실체법적 관계와도 긴밀하게 연결되어 있어, 법률상 이익을 판단하는 데 판단주체인 법원의 정책적 선이해에 의존하는 경향이 강해진다는 것이다. 다시 말해, 법원 또는 법관이 현재 문제되는 법적 분쟁에서 소의 이익의 출발점이 되는 법률상 이익과 실체법적 관계를 어떤 정책적 선이해로 판단하는가에 따라 그 결론이 달라질 수 있는 것이다. 예를 들어, 확인의 소의 대상을 넓게 인정함으로써 법적 분쟁에 법원이 관여할 수 있는 범위를 확장하고자 하는 선이해를 갖고 있는 경우에는 그 만큼 즉시 확정 필요한 법률상 이익의 외연이 넓어질 것이다. 물론 법해석학(juristische Hermeneutik)의 견지에서 보면, 모든 법적 판단은 판단주체의 ‘선이해’(Vorverständnis)로부터 자유로울 수 없다.<sup>40)</sup> 모든 법적 판단은 판단주체의 선이해로부터 많건 적건 간에 영향을 받게 된다. 그 점에서 보면, 확인의 이익을 판단하는 과정이 판단주체인 법관의 선이해로부터 영향을 받는 것은 어찌 보면 당연해 보인다. 그렇지만 확인의 이익 개념 자체가 상당히 유동적이라는 점, 이러한 확인의 이익은 본안판단의 대상인 실체법적 관계와 긴밀하게 연결되어 있다는 점에서 볼 때, 확인의 이익은 다른 어떤 법 개념보다도 판단주체의 정책적 선이해로부터 자유로울 수 없다.

## 2. ‘상지대 사건’ 판결에서 드러난 확인의 소의 이익 문제

확인 소의 이익을 둘러싼 이러한 문제는 특히 ‘상지대 사건’으로 알려진 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결에서 극명하게 확인할 수 있다. 이 판결에서는 무효확인소송이 문제가 되었는데, 여기에서 대법원 다수의

40) 이에 대한 상세한 분석은 양천수, 「법해석학」, 한국문화사, 2017 참조.



견은 사립학교법인과 법인이사 제도의 본질을 독자적으로 해석함으로써 기존 판례와는 다르게 확인의 이익을 상당히 확장하고 있다. 아래에서는 이 판결을 검토함으로써 확인의 이익이 어떻게 본안판단의 대상이 되는 실체법적 관계와 연결되는지, 법관의 선이해가 어떻게 확인의 이익을 판단하는 데 영향을 미치는지 살펴보고자 한다.

### 1) 사실관계 및 법적 쟁점

학교법인 상지학원의 정식이사로 재직하고 있던 원고들은 사학비리 등을 이유로 하여 1993년 6월 4일 교육부로부터 이사취임 승인취소처분을 받았다. 그 후 상지학원은 10년 이상 교육부가 파견한 임시이사로 구성된 임시이사 체제로 운영되었다. 2002년 10월 상지학원은 서울행정법원으로부터 임시이사 체제에서 벗어나도 좋다는 판결을 받아 2003년 12월 임시이사로 구성된 이사회를 통해 정식이사 9명을 선임하였다. 그러자 원고들은 통상적인 업무만을 수행할 수 있을 뿐이고, 따라서 정식이사를 선임할 권한을 갖고 있지 않은 임시이사회가 정식이사를 선임한 것은 무효라는 이유로 임시이사회의 결의가 무효임을 확인해 달라는 소, 즉 무효확인 소를 제기하였다.<sup>41)</sup>

이 사건에서는 크게 두 가지가 법적 쟁점이 되었다. 첫째는 소송요건에 관한 문제로서 원고들이 무효확인을 구할 이익, 즉 확인의 이익을 갖고 있는가 하는 점이었다. 왜냐하면 원고들은 이사취임 승인취소처분을 받아 현재 정식이사의 지위를 갖고 있지 않고, 따라서 학교법인 상지학원에 대해 특정한 법적 이해관계가 있다고 말할 수 없는 것처럼 보이기 때문이었다. 실제로 이를 이유로 제1심 법원은 원고들이 소의 이익을 갖고 있지 않다는 이유로 소각하 판결을 하였다. 둘째는 본안에 관한 문제로서 임시이사회의 권한이 어디까지인가 하는 점, 즉 임시이사회가 정식이사를 선임할 수 있는 권한을 갖고 있는가 하는 점이었다. 이 글은 이 중에서 첫 번째 쟁점에 집중하고자 한다.

41) 사실관계에 대한 상세한 내용은 김영란, 앞의 책(주3), 133-138면 참고.

## 2) 확인의 이익에 대한 견해대립

소제기 당시 학교법인 상지학원의 이사직을 수행하고 있지 않은 원고들이 상지학원 임시이사회가 행한 이사회결의가 무효임을 확인해 달라는 소를 제기할 수 있는지, 다시 말해 무효확인 소에 대한 이익을 갖고 있는지에 관해서는 대법원 전원합의체에서 견해가 대립하였다. 언뜻 생각하면, 원고들은 현재 상지학원의 이사직을 수행하고 있지 않고, 따라서 상지학원과 법적인 이해관계를 갖는다고 말할 수 없기에 확인의 이익을 갖지 않는 것처럼 보인다. 그렇지만 대법원 다수의견은 다음과 같은 논증으로써 원고들이 확인의 이익을 갖는다고 판시하였다.

### (1) 대법원 다수의견의 견해

우선 대법원 다수의견은 사립학교를 설립하고 운영하는 것 자체가 헌법상 보장되는 기본권이라는 점에 주목한다. 대법원 다수의견에 따르면, 이는 헌법이 보장하는 ‘사학의 자유’에 해당한다. 사학의 자유에 따르면, 사립학교 그 자체는 법인으로서, 사립학교를 설립한 자는 설립자 개인으로서 그리고 사립학교법인의 이사는 이사의 지위를 수행하는 과정에서 사학의 자유를 누린다. 따라서 각 개인은 자유롭게 사립학교법인을 설립 및 운영할 수 있고, 사립학교법인은 독자적인 법인격으로서 사학의 자유를 누리며, 학교법인 이사회는 이러한 사학의 자유 안에서 학교법인 설립자의 의사가 학교법인을 운영하는 데 충실하게 반영될 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이러한 취지는 그 당시 사립학교법이 임시이사에 관해 제한적인 권한만을 인정하는 것에서 확인할 수 있다고 한다. 이를 테면 대법원 다수의견은 다음과 같이 말한다.

“민법 제63조의 내용과 비교해 볼 때 이 조항은 학교법인의 임시이사에 대한 특칙이라 할 수 있는데, 이처럼 기본적으로 민법상의 재단법인의 일종으로 이해되는 학교법인에 대하여 민법 제63조에 대한 특칙으로서 임시이사의 선임사유, 임무, 재임기간 그리고 정식이사로의 선임제한 등에 관한 별도의 제한적인 규정을 두고 있는 것은, 궁극적으로는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 보장한다는 헌법 제31조 제4항에 따라 인정되는 학교법인의 설립자 및 학교법인 그리고 그 운영주체인

이사들의 사학의 자유, 즉 사학의 설립 및 운영의 자유를 두텁게 보장하려는 취지라고 이해할 수 있다. 즉, 학교법인은 민법상 재단법인의 일종으로서 재단법인법의 영역에서 사적 자치의 자유를 누리고, 또한 국가에 대한 관계에서 기본권을 주장할 수 있는 사법인(私法人)으로서의 성격을 갖고 있으며, 구체적으로 사학의 설립 및 운영의 자유, 재산권 등이 인정되는데, 우리 헌법은 사학의 설립 및 운영의 자유에 대한 별도의 규정을 두지는 않고 있으나 헌법 제10조(일반적 행동의 자유), 제31조 제1항(교육받을 권리), 제31조 제4항(교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성) 등에 의하여 인정되는 기본권이라 할 수 있다.”

그러면서 대법원은 “사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위해 설립되는 것이므로 사립학교 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체이기 때문에, 이와 같은 헌법 정신은 학교법인과 관련된 법률을 해석할 때의 기본원칙이 되어야 할 것”이라고 말한다. 이러한 기본원칙에 따라 대법원 다수의견은 사립학교법인 및 사립학교법인 이사회의 본질도 파악해야 한다고 말한다. 이에 따르면, 사립학교법인 및 학교법인 이사회의 본질은 다음과 같이 파악된다.

“학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종으로서 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을, 또 그 다음에는 그 후임이사들이 자신의 후임이사들을 선임하는 방식으로 순차적으로 이사를 선임함으로써 학교법인의 설립목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사 제도의 본질이라 할 수 있다.”

이러한 논증에 기반을 두어 대법원 다수의견은 임시이사가 선임되기 직전의 정식이사는 현재 이사직을 수행하고 있지 않다 하더라도 학교법인에 대해 법적 이해관계를 갖는다고 말한다. 이를 다음과 같이 논증한다.

“이러한 이해를 바탕으로 생각해 보면, 학교법인에게 인정되는 헌법상의 사학의 자유는 순차로 선임되는 관계에 있다는 점에서 연결선 상에 있다고 볼 수 있는 이사들에 의하여 실질적으로 구현되는 것이고, 그 중 종전이사는 보통 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있는 자라 할 수 있으므로, 이처럼 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위에 있다고 할 수 있는 종전이사로서는, 구 사립학교법 제20조의2 제1항에 의한 이사취임승인의 취소 등에 뒤이어 같은 법 제25조에 의하여 교육인적자원부장관이 선임한 임시이사들로만 구성된 임원진이 존재하다가 임시이사 선임사유가 해소된 경우, 자신이 정식이사로서의 지위를 회복하는지 여부 또는 스스로 새로운 정식이사를 선임할 권한이 있는지 여부와 관계없이 학교법인의 설립목적을 구현함에 적절한 정식이사를 선임하는 문제와 관련하여 직접적인 이해관계를 가지는 사람이라 할 것이다. 구 사립학교법 제25조 소정의 임시이사 선임사유가 발생하였을 때 종전이사들이 교육인적자원부장관에 대하여 임시이사 선임청구를 할 이해관계인에 해당한다고 해석할 수 있고, 또한 그 임시이사 선임사유가 해소되었음에도 교육인적자원부장관이 부당하게 임시이사를 계속 유임시키고 있을 때 역시 종전이사들이 교육인적자원부장관에게 임시이사의 해임신청을 할 수 있는 이해관계인에 해당한다고 해석할 수 있는 것도 모두 종전이사의 위와 같은 지위에 터잡은 것이라 할 수 있다.”<sup>42)</sup>

이러한 논증에 따라 결국 대법원 다수의견은 “종전이사들은 위와 같은 이사회 결의에 대하여 법률상의 이해관계를 가진다고 할 수 있으므로, 그 무효확인을 구할 소의 이익이 있다”는 결론을 이끌어 낸다.

## (2) 대법원 소수의견

이와 달리 대법원 소수의견은 원고들이 확인의 이익을 갖지 않는다고 말한다. 먼저 대법원 소수의견은 그 동안 판례를 통해 축적된 확인의 이익이 무엇인지를 밝히는 것에서 논의를 시작한다. 이에 따르면, “확인 소에 있어서는

42) 강조는 인용자가 추가한 것이다. 아래 같다.

권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고, 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안, 위험이 있어 이를 즉시 제거하여야 할 필요성이 있고 그 불안, 위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다.” 그러므로 확인의 소에서는 “원고가 확인소송의 대상이 되는 법률관계 및 피고에 대하여 단순한 이해관계를 갖는 것만으로는 부족하고 그와 관련하여 권리 또는 법률상 지위를 보유하고 있어야” 한다고 말한다.

이러한 확인의 이익 법리를 바탕으로 하여 대법원 소수의견은 이 사건에서 원고들은 다음과 같은 이유에서 확인의 이익을 갖지 않는다고 말한다.

“이 사건에서 원고들은 장기화된 학내분규에 대한 책임을 지고 스스로 정식이사의 직에서 사임하였고 원고 4를 제외한 나머지 원고들은 이사취임승인마저 취소된 자들로서, 이 사건 학교법인이 10년 이상 임시이사 체제로 지속되어 오다가 임시이사들로 구성된 이사회에서 정식이사들이 선임되자 원고들은 그 취임승인이 취소되기 전에 이사로 근무하다가 임기만료된 이사들이라는 이유로 그와 같이 임기 만료된 이사의 지위에서 이 사건 이사회결의의 무효 확인을 구하고 있다. 그러나 이 사건 이사회결의가 무효라고 하더라도 원고들은 사임하거나 임기 만료 후 취임한 이사직에 대하여 이사취임승인의 취소가 확정되고 그 후 임시이사들이 순차로 선임되어 직무를 수행하였던 이상, 원고들이 정식이사로서의 지위를 회복하거나 스스로 새로운 정식이사를 선임할 수 있는 권한을 보유하게 된다고 볼 수 없으므로, 원고들에게는 이 사건 이사회결의의 효력을 다룰 확인의 이익이 부정된다.”

물론 대법원 소수의견 역시 오늘날 확인의 이익이 지속적으로 확대되는 경향을 인정하면서 기본적으로 이를 긍정적으로 평가한다. 그렇지만 이 사건에서 원고들에게 확인의 이익을 인정하는 것은 확인의 이익을 너무 무리하게 확장하는 것으로서 방법론적으로도 타당하지 않다고 지적한다.

“소의 이익을 지나치게 좁게 인정하는 것은 국민의 재판청구권의 행사를 제한하는 결과로 될 것이므로 합리적인 범위 내에서 소의 이익을 확대하여 나가려는 최근의 추세에 동의하지 않을 이유가 없다. 그러나 이사들

이 임기만으로 퇴임하여 다음 이사들에게 직위가 옮겨지고 그 후임이사들의 취임승인이 취소된 경우, 해당 후임이사들이 다수의견이 내세우는 바와 같이 학교법인의 정체성을 대변할 수 있는 이사로서의 지위를 회복하기 위해서는 이사취임승인 취소처분의 효력을 다투는 행정소송으로 권리를 회복하는 길이 열려 있으므로 이를 통하여야 하는 것이 원칙이다. 종전의 판례들이 그와 같은 경우 소의 이익을 좁게 인정하여 왔던 탓에 권리회복이 어려웠다면 그 부분을 넓혀 주는 방법으로 문제를 해결하여야 한다. 후임이사들의 이사취임승인 취소처분이 그대로 유효하게 확정된 경우 그들이 임시이사의 정식이사 선임결의를 다룰 수 있는 법률상의 지위를 갖지 않는다는 것은 다수의견도 전제하고 있는 것으로 보이는바, **그렇다고 하여 그 이전의 이사들에게 거슬러 올라가 학교법인의 정체성을 대변한다는 명목으로 임시이사의 정식이사 선임결의를 다룰 수 있는 법률상의 지위를 부여하려는 다수의견의 견해는 우회적으로 무리하게 소의 이익을 확장하는 것으로서 방법론으로도 적절하지 않다.** 왜냐하면, 이사 전원이 임시이사로 구성되는 임시이사 체제는 뒤에서 지적하는 바와 같이 학교법인의 해산에 갈음하는 것으로서 기존의 정식이사 체제와는 그 성격을 달리하는 이상, 이러한 임시이사 체제를 더 이상 다룰 수 없게 되었다면 종전의 이사는 그 어느 누구도 현재의 학교법인의 정체성을 대변할 수 있는 위치에 설 수 없다고 하여야 하기 때문이다. 더욱이 본안에 관한 문제로서 뒤에서 보는 바와 같이 임시이사에게 정식이사를 선임할 수 있는 권한이 있다면, 이러한 점에서도 임시이사 체제 이전의 종전이사들은 누구라도 더 이상 학교법인의 정체성을 대변하는 지위를 갖는다고 볼 수 없음이 명백하다.”

이뿐만 아니라, 대법원 소수의견은 이사 제도의 본질을 다음과 같이 대법원 다수의견과는 달리 이해한다.

“학교법인의 설립목적은 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 이사 제도의 본질이라는 다수의견의 견해에는 찬성할 수 없다. **설립자는 학교법인에 대한 관계에 있어서 그 설립 목적을 담은 정관에 의하여 사학의 설립 및 운영의 자유 등을 실현하는 것이지 그 외의 다른 방법으로 학교법인**

및 이를 운영하는 주체인 이사의 업무에 영향을 주어서는 안 될 것이고, 이사 역시 학교법인에 대한 관계에서 관계 법령과 위와 같이 설립자의 설립목적이 화체된 정관에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 처리하면 될 뿐 그 권한을 설립자로부터 위임받거나 설립자를 위하여 업무를 처리하여야 하는 것은 아니므로, 다수의견이 파악하고 있는 이사 제도의 본질에 관한 견해에는 동의할 수 없는 것이다.”

### 3) 분석 및 평가

이처럼 대법원 다수의견은 원고들에게 확인의 이익을 인정하는 반면, 소수의견은 이를 부정한다. 그런데 위에서 확인할 수 있는 것처럼, 대법원 다수의견은 원고들에게 확인의 이익이 있다는 주장을 논증하기 위해 본안판단의 대상이 되는 사립학교법인 및 이사회 제도의 본질을 새롭게 파악한다. 이에 따르면, 사립학교법인은 사학의 자유를 누리고, 설립자의 의지는 이사선임이라는 방식을 통해 인적으로 연결되므로, 설사 현재 이사직을 수행하지 않는 퇴임이사라 할지라도 임시이사회가 구성되기 직전의 정식이사였다면 이들은 설립자의 의지를 인적으로 대변하는 지위에 있으므로, 새로운 정식이사 선임에 관해 법적 이해 관계를 갖는다는 것이다.

이와 달리 대법원 소수의견은 원고들이 현재 정식이사가 아니라는 점에 초점을 맞추어 확인의 이익을 부정한다. 또한 굳이 원고들에게 확인의 이익을 인정하지 않아도 행정소송과 같은 다른 법적 구제수단이 있으므로 원고들에게 ‘즉시 확정’이 필요한 법률상 이익이 없다고 주장한다. 이뿐만 아니라, 대법원 소수의견은 사립학교 설립자의 의지는 이사선임이라는 ‘인적 관계’를 통해 사립학교법인에 투영되는 것이 아니라, 학교법인 정관을 통해 투영된다고 말한다. 요컨대, 대법원 다수의견은 설립자의 의지가 ‘인적 관계의 연속성’을 통해 유지된다고 보는 반면, 대법원 소수의견은 정관을 통해 ‘객관적·기능적’으로 유지된다고 보는 것이다. 이러한 근거에서 대법원 다수의견은 직전 정식이사에게 확인의 이익이 있다고 본 반면, 대법원 소수의견은 확인이 이익이 없다고 본 것이다.

이러한 대법원 전원합의체의 견해대립은 크게 두 가지 점을 분명하게 보여준

다. 첫째, 확인의 이익 자체가 한편으로는 유동적인 것이면서, 다른 한편으로는 지속적으로 확장되고 있다는 점이다. 둘째, 확인의 이익은 실체법적 관계를 어떻게 파악하는가와 밀접하게 관련을 맺는다는 점이다. 이 점에서 위 대법원 전원합의체 판결은 의미가 있다.

그렇지만 필자는 대법원 소수의견의 주장과 논증이 더욱 설득력 있다고 생각한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 설립자의 의지가 이사선임이라는 ‘인적 관계의 연속성’을 통해 유지된다고 보는 대법원 다수의견의 주장은 학교법인이 설립자 개인의 소유하는 재산이라는 관념을 우회적으로 보여준다. 학교법인 그 자체를 권리주체로 취급하는 것이 아니라, 권리의 객체로 여기는 것이다. 우리가 일상생활에서 흔히 말하는 ‘재단의 오너’라는 비법적인 관념을 반영하고 있는 것이다. 그 때문에 이를 관리할 수 있는 이사를 선임하는 것이 설립자의 의지를 유지하고 관철하는 데 더욱 중요한 요소가 되는 것이다. 그렇지만 우리 민법이 명확하게 보여주는 것처럼, 학교법인은 재단법인의 특수한 형태로서 권리의 객체인 것이 아니라 자연인과 같은 권리의 주체이다. 독자적인 인격체인 것이다. 체계이론의 관점에서 보면, 학교법인은 조직체(Organisation)로서 독자적인 사회적 체계가 된다.<sup>43)</sup> 자기생산적 체계로서 스스로 작동하는 것이다. 이러한 학교법인에서 가장 중요한 역할을 하는 것은 바로 학교법인의 헌법에 해당하는 ‘정관’(Verfassung)이다. 민법이 잘 보여주는 것처럼, 학교법인의 설립목적은 바로 정관을 통해 구현된다. 따라서 설립자의 의지는 정관을 통해 객관적·기능적으로 구현되는 것이지, 설립자가 선임한 정식이사의 인적 연속성을 통해 구현되는 것이 아니다. 그런데 이렇게 정관에 구현되어 있는 설립자의 이념은 정식이사가 아닌 임시이사를 통해서도 실현될 수 있다. 설립자와 인적 관계를 맺는 정식이사들만이 이를 실현할 수 있는 것은 아니다. 그 점에서 필자는 대법원 소수의견이 오히려 사립학교법인 및 이사회 제도의 본질과 기능을 정확하게 파악하고 있다고 생각한다. 따라서 대법원 소수의견처럼 이 사건에서는 원고들에게 확인의 이익을 인정하지 않는 것이 타당하다고 생각한다.

43) N. Luhmann, 앞의 책(주23), 15면 아래 참고.



## VI. 글을 맺으며

지금까지 민사소송에서 소송요건으로 인정되는 소의 이익에 관한 몇 가지 문제를 검토해 보았다. 소의 이익의 기초가 되는 법률상 이익은 개념적으로 그다지 명확하지 않고 유동적이며 오늘날 지속적으로 확장되고 있다. 또한 다른 소송요건과는 달리 본안판단의 대상이 되는 실체법적 관계와 밀접하게 관련을 맺는다. 그 때문에 소의 이익을 별도로 인정할 필요가 있는가에 관해 논란이 되기도 한다. 그렇지만 소의 이익은 법체계가 독자적인 자기생산적 체계로서 작동하는 데 중요한 기능을 수행한다. <합법-불법>이라는 이항코드로 판단될 수 있는 분쟁만을 법체계 안으로 포섭될 수 있도록 함으로써 법체계가 다른 사회적 기능체계들에 대해 기능적으로 독립성을 유지할 수 있도록 하는 데 기여한다. 그 점에서 소의 이익은 오늘날에도 여전히 소송요건으로서 유효하다.

투고일 : 2017.05.24. / 심사완료일 : 2017.06.07. / 게재확정일 : 2017.06.15.

[참고문헌]

- 권지혜, 「형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주의에 대한 비판적 고찰: 드워킨(Gerald Dworkin)과 파인버그(Joel Feinberg)의 논의를 중심으로」, 고려대학교 대학원, 법학박사 학위논문, 2016.
- 김영란, 「판결을 다시 생각한다: 한국사회를 움직인 대법원 10대 논쟁」, 창비, 2015.
- 김중권, “규범집행에 관한 권리로서의 행정법상의 주관적 공권에 관한 소고”, 「공법연구」 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012.6.
- 류승훈, “민사소송의 목적을 통해 살펴본 민사재판의 현대적 의미”, 「외법논집」 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.11.
- 박범영, “사법권에 의한 정치의 통제: 사법의 정치화”, 「입법정책」 제8권 제1호, 한국입법정책학회, 2014.6.
- 서영조, “니클라스 루만의 윤리학 비판과 도덕의 기능 분석”, 「현상과 인식」 제24권 제3호, 한국인문사회과학회, 2000, 가을.
- 양천수, “인권법체계의 자기생산적 구조: 법사회학의 측면에서 접근한 試論”, 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008.2.
- \_\_\_\_\_, “권리의 형성 메커니즘”, 「법철학연구」 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013.4.
- \_\_\_\_\_, 「법해석학」, 한국문화사, 2017.
- 이상학, “행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제56권 제1호, 한국법학회, 2015.2.
- 이시윤, 「신민사소송법」 제8판, 박영사, 2014.
- 장춘익, “‘자기지시적 체계’에서 ‘자기지시Selbstreferenz’란 무엇을 뜻하는가?: 루만의 이론의 한 핵심어에 대하여”, 「철학연구」 제107집, 대한철학회, 2014. 겨울.
- 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」 제5판, 법문사, 2016.
- 함인선, “행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제: 취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토”, 「공법연구」 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005.6.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「체계이론 입문」, 새물결, 2014.
- 마르고트 베르크하우스, 이철 (옮김), 「쉽게 읽는 루만」, 한울아카데미, 2011.

- E. Allorio, "Rechtsschutzbedürfnis", in: ZZP 67, 1954.
- W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts: Eine rechtsvergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG, 2. Auflage, Bielefeld, 1974.
- N. Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt/M., 1984.

[국문초록]

## 민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제 - 법이론의 관점에서 -

우 세 나\* · 양 천 수\*\*

민사소송법학은 소의 이익을 민사소송의 소송요건으로 인정하고 있다. 판례 역시 소의 이익을 소송요건으로 인정한다. 그렇지만 이러한 소의 이익을 소송요건으로 인정할 수 있는지, 소의 이익이 민사소송에서 수행하는 기능이 무엇인지, 소의 이익의 구체적인 내용이 무엇인지에 관해서는 논란이 없지 않다. 이 글은 이러한 문제들을 다루는 것을 목표로 한다. 이를 위해 법이론적 분석 및 논증방법을 원용한다. 특히 체계이론의 관점을 수용한다. 행정소송법과는 달리, 현행 민사소송법은 소의 이익이란 무엇인지 명문으로 규정하지는 않는다. 소의 이익은 기본적으로 해석의 결과물이다. 또한 다른 소송요건과는 달리, 소의 이익은 본안판단의 대상이 되는 실체법적 관계와 밀접한 관련을 맺는다. 바로 이러한 이유에서 소의 이익을 별도로 인정할 필요가 없다는 주장이 제기되기도 한다. 이 글은 소의 이익 개념이 그다지 명확하지는 않고, 또한 본안판단의 대상이 되는 실체법적 관계와 밀접하게 관련된다는 주장에 동의한다. 그렇다 하더라도 이 글은 소의 이익이 여전히 소송요건으로 필요하다고 주장한다. 그 이유는 소의 이익은 법체계가 자율적인 사회적 체계로서 작동하는 데 기여하기 때문이다. 이를테면 소의 이익을 갖지 않은 도덕적·윤리적 분쟁을 소송요건을 갖추지 않았다는 이유로 각하함으로써 법체계는 기능적 독립성을 확보할 수 있는 것이다. 이외에 이 글은 오늘날 소의 이익이 지속적으로 확장되고 있다는 тезис을 주장한다.

주제어: 소의 이익, 민사소송, 법률상 이익, 소송요건, 체계이론, 자율적인 사회적 체계로서 법체계

\* 주저자 · 국립공주대학교 인문사회과학대학 법학과 부교수 · 법학박사.

\*\* 교신저자 · 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

[Abstract]

Some Problems on Benefit of Lawsuit in Civil Procedure  
- From the perspective of legal theory -

Woo, Se-Na\* · Yang, Chun-Soo\*\*

Civil procedure law recognizes benefit of lawsuit as a litigation requirement for civil litigation. The Korean Supreme Court recognizes it as a litigation requirement too. However, there is yet controversy about the questions of whether benefit of lawsuit can be recognized as a litigation requirement for civil litigation, what is its function in civil procedure and what is its specific contents. This article deals with these problems on benefit on lawsuit in civil procedure. To do this, this article uses the method of legal theory and argumentations. Especially, this article accepts the perspective of systems theory of Niklas Luhmann. Unlike the Korean Administrative Litigation Act, the current Korean Civil Procedure Act does not prescribe the concept of benefit of lawsuit directly. Therefore, the concept of benefit of lawsuit is a dogmatic result of legal interpretation. In addition, unlike other litigation requirements, benefit of lawsuit is closely related to substantial legal relationship, which is the subject of civil litigation judgments. For that reason, someone argues that it is not necessary to recognize benefit of lawsuit as a litigation requirement for civil litigation. Basically, this article agrees with the thesis that the concept of benefit of lawsuit is not clearly and it is very related to substantial legal relationships. However, this article argues that we should yet recognize benefit of lawsuit as a litigation requirement. This is because benefit of lawsuit contributes to the operation of legal system as an autonomous social system.

---

\* Associate Professor at Kongju National University Department of Law · Ph.D. in Law.

\*\* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

Key words : Benefit of lawsuit, Civil procedure, Legal interest, Litigation requirement, Systems theory, Legal system as an autonomous social system