

2019년 민주주의법학연구회
봄 정기학술대회

국가권력에서 시장권력으로
— 법의 편재(遍在)와 부재(不在) —

일 시 : 2019년 5월 24일 (금) 13:00 ~ 18:20

장 소 : 건국대학교 법학전문대학원 신관 5층 L502호

주 최 : 민주주의법학연구회/건국대학교 법학연구소

【 학 술 대 회 일 정 】

◆ 전제사회 : 오병두 학술위원장(민주주의법학연구회)

13:00 ~ 13:20

등 록 및 인 사

13:20 ~ 13:30

개 회 사

이 계 수 회장 (민주주의법학연구회)

13:30 ~ 13:40

축 사

박 병 도 소장 (건국대 법학연구소)

기조발제

법의 부재와 편재성
: 한국에서 권리담론과 법의 언어(right talks)

13:30 ~ 14:00

권 영 숙 연구원 (서울대 사회과학연구원)

제1부

사 회

송 기 춘 교수 (전북대 법학전문대학원)

제 1 주제

2007년 사법개혁과 로스쿨 제도 도입에 대한 평가: 개혁/진단

14:00 ~ 14:30

김 정 환 변호사 (법무법인 도담)

토론: 이 진 수 박사 (한림법학원)

제 2 주제

절차적 정의와 신자유주의적 변용
: 행정절차법 제정논의를 중심으로

14:30 ~ 15:00

이 계 수 교수 (건국대 법전문)

토론: 김 광 수 교수 (서강대 법전문)

【 종 합 토 론 1 】

15:00 ~ 15:20

【 휴 식 】

제2부

사 회

최 정 학 교수 (한국방송통신대 법학과)

제 3 주제

시장권력과 치안구조의 변화

15:30 ~ 16:00

오 병 두 교수 (홍익대 법과대학)

토론: 박 지 현 교수 (인제대 공공인재학부)

제 4 주제

1998년 이후 상법의 방향성 : 주주자본주의로의 편향과 대안의 부재

16:00 ~ 16:30

김 경 석 강사 (한국방송통신대)

토론: 김 선 광 교수 (원광대 법전문)

【 종합 토론 2 】

16:30 ~ 16:50

【 휴 식 】

제3부

사 회

한 상 희 교수 (건국대 법전문)

제 5 주제

급진민주주의론의 헌법적 포섭 가능성

17:00 ~ 17:30

윤 현 식 연구원 (노동·정치·사람)

토론: 오 동 석 교수 (아주대 법전문)

제 6 주제

임대료 규제의 정당성과 계약법의 역할 : 쟁점피케이션을 중심으로

17:30 ~ 18:00

최 한 미 강사 (한국방송통신대)

토론: 고 영 남 교수 (인제대 공공인재학부)

【 종합 토론 3 】

18:00 ~ 18:20

학회 공지

18:20 ~ 18:30

연구비지급규정 제정 및 연구기금 조성 관련 사안 등

진행: 이 계 수 회장 (민주주의법학연구회):

【 저녁식사 】

기조발제

국가의 비정치화, 정치의 사법화, 그리고
권리담론(right talk)의 팽창과 법의 언어
: 법의 부재(不在)와 편재(遍在)에 대한 일고찰

권영숙 연구원 1

제 1 주제 2007년 사법개혁과 로스쿨 제도 도입에 대한 평가: 개혁/진단

김정환 변호사 7

제 2 주제

절차적 정의의 신자유주의적 변용
: 행정절차법 제정논의를 중심으로

이계수 교수 19

제 3 주제

시장권력과 치안구조의 변화

오병두 교수 39

제 4 주제

1998년 이후 상법의 방향성
: 주주자본주의로의 편향과 대안의 부재

김경석 강사 57

제 5 주제

급진민주주의론의 헌법적 포섭 가능성

윤현식 연구원 83

제 6 주제

임대료 규제의 정당성과 계약법의 역할
: 렌트리피케이션을 중심으로

최한미 강사 109

기조발제

법의 부재와 편재성국가의 비정치화, 정치의
사법화, 그리고 권리담론(right talk)의 팽창과
법의 언어
: 법의 부재(不在)와 편재(遍在)에 대한 일고찰

권영숙 연구원

(서울대학교 사회과학연구원)

국가의 비정치화, 정치의 사법화, 그리고 권리담론(right talk)의 팽창과 법의 언어

- 법의 부재(不在)와 편재(遍在)에 대한 일고찰 - *

권 영 숙 연구원(서울대학교 사회과학연구원)

<요약문>

이 발제는 법의 부재와 편재성이라는 양면성을 박근혜퇴진 촛불운동이후 두 가지 흥미로운 현상으로 필자가 꼽고 있는 국가의 비정치화, 정치의 사법화 현상을 중심으로 살펴보고자 한다. 그리고 이를 1) 권리담론(right talk)의 팽창, 2) '법의 언어'가 정치의 언어를 압도하는 현상, 3) 민주화이후 노동에 대한 사법적 통제 등 3가지를 통해서 토론할 것이다. 시기적 상황적인 맥락으로 이 발제는 주로 박근혜정부의 '국정농단'이라고 불리는 것의 실체, '정상국가' 담론, 그리고 촛불시위에 조력한 사법기구의 역할을 염두에 두고 있다. 이를 설명하기 위해 이 발제는 법이론적으로 어떻게 시민사회를 규정하던 영구전쟁이 영구평화의 체제로 자리를 잡았는가에 대한 질문을 던지며 이에 대한 홉스, 칼 슈미트, 푸코등의 이론적 자원에 대해서 주목할 것이다. 근대의 전환기에 자연법이 역사의 법, 나아가 실정법에 자리를 내준 정치과정이 있다. 이 과정은 자유와 평등, 인권과 시민권의 대당이 재구성되고, 자유주의와 민주주의의 일치불가능성이 가능성으로 전화하고, 정치적인 것이 사회적인 것을 포섭해가고, 최종적으로 자본주의와 민주주의의 화해불가능성이 해소되어간 과정이기도 하다. 어떻게 해서 국가와 법은 전쟁을 영속화하고 그러면서 전쟁을 막는가? 법은 어떻게 편재하면서 부재한가? 그리고 한국의 촛불운동은 어떻게 국가의 비정치화, 정치의 사법화로 이어졌는가? 이어서 다음 질문을 던지고자 한다. 자유는 평등과 어떻게 배치되고, 그 음흉한 동거를 시작했는가? 즉사적 소유의 자유는 어떻게 민주주의적 평등 속에서 깃들고, 정치적 민주주의는 어떻게 사회적 불평등 구조 속에서 깃들고 있는가? 권리 담론은 어떻게 권리들로 복수화되면서 권리 자체를 끝없이 '움직이는 타겟'으로 만드는가? 법의 언어는 어떻게 정치적 언어에 코딩되었는가, 혹은 정치의 언어는 어떻게 법의 언어로 번역되는가? 이것들은 법과 민주주의에 대한 동시적인 질문이다. 결론적으로 말하면, 통치(governmentality)와 통제(control)는 한 몸이다.

* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

< 차 례 (잡 정) >

- I. 전쟁의 의미
- II. 자유와 평등
- III. 한국의 법현실
- IV. 국가의 비정치화, 정치의 사법화
- V. 법의 언어와 권리담론(right talk)의 팽창
- VI. 국가권력과 시장권력 : 노동에 대한 사법적 통제

제1주제

2007년 사법개혁과 로스쿨 제도 도입에 대한 평가 : 개혁/진단

김 정 환 변호사
(법무법인 도담)

토 론 | 이 진 수 박사
(한림법학원)

2007년 사법개혁과 로스쿨 제도 도입에 대한 평가 개혁 / 진단 *

김 정 환 변호사(법무법인 도담, 법학박사)

<요약문>

정원을 동결하는 로스쿨 도입, 법조인의 절대적인 영향력 하에 시행되는 변호사 시험에 대한 우려 등 로스쿨 도입 이전에 제기 되었던 로스쿨에 대한 각종 문제제기는 로스쿨 도입 후에 그대로 현실이 되었다. ‘사법개혁’이라는 이름으로 이루어진 여러 가지 조치 중 로스쿨 도입은 법조인의 숫자를 늘이고 사법시험의 폐해를 없애는 획기적인 조치였으나 시행 10년을 맞이한 지금 로스쿨은 많은 장점에도 불구하고 사회적으로는 단점만이 부각되고 로스쿨 관련자 모두가 불행한 제도로 전락하고 말았다.

로스쿨의 문제점은 결국 변호사시험의 운영에서 비롯되는데 특히 변호사의 위상에 대한 잘못된 관념으로 인하여 “변호사를 숫자로 통제해야 한다”는 틀에서 벗어나지 못한 제도의 운영이 문제이다.

본 발제문은 우선 사회적으로 변호사의 위상이 어떠해야 하는지에 대하여 공익성과 전문성의 측면에서 이를 살펴 변호사를 숫자로 제한하는 것이 폐지되어야 한다고 주장한다.

로스쿨 문제의 진단과 개혁에서는 크게 변호사시험의 문제, 실무교육의 문제, 평생응시금지제도의 문제, 로스쿨 입시의 문제를 지적한다. 그 중 로스쿨 문제의 핵심은 현행 변호사시험임을 밝히고 이의 개선 없이 로스쿨 제도의 개혁은 불가능하다는 점을 주장한다.

주제어: 법학전문대학원, 로스쿨, 변호사시험, 변호사, 사법개혁

< 차 례 >

- I. 들어가며
- II. 변호사의 법적 성격 및 수의 통제
- III. 로스쿨의 거짓말 - 진단과 개혁
- IV. 나가며 - 변호사시험이 핵심이다

* 이 글은 발표용 초고이므로 전재나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

I. 들어가며

1. 우려는 현실이 되었다.

“(앞 문단 생략) 판검사와 변호사를 불문하고 이들은 오로지 매년 배출되는 변호사수의 증가를 막는 데에 혈안이 되어 있다. 사개위안 자체가 법조계의 음모적 작당의 결과물이거나와, 거기에는 변호사수의 증가를 막는 온갖 제도들로 가득 차 있다. 이들은 변호사 수의 증가만 막을 수 있다면, 로스쿨이 도입되든지 여부나 어떤 형태의 로스쿨이 도입되는지에 대해서는 그다지 관심이 없어 보인다. (중략) 매년 배출되는 변호사수를 최소화하려는 법조계의 욕심과 법조인의 배출권을 독점하려는 몇몇 유력 대학의 욕심만을 충족시켜주는 제도가 도입될 가능성이 점차 커지고 있는 것이다. 그것은 입학정원은 2000-3000명 수준으로 확대하되, 매년 배출되는 변호사수를 1000명 수준으로 동결하는 안이다. 이러한 안은 우리가 집요하게 비판하고 수용을 거부했던 사개위안보다도 더 나쁜 최악의 선택이다. 이 경우 사개위안이 갖는 폐해가 그대로 반복되며, 특히 로스쿨은 수험 학원화할 것이기 때문에 정상적인 법학교육이 이루어질 수 없고 로스쿨간의 학문적 분화가 일어날 수 없다. (중략) 우리의 주장 1. 생략 2. 변호사수의 획기적인 증대를 전제하지 않은 어떤 형태의 법학교육 개혁에도 반대한다. 3. 생략”¹⁾

“(앞문단 생략) 토론참여자들은 공통된 목소리로, 변호사시험제도는 로스쿨에서 충실히 교육을 받은 이들이 최소한 변호사로서의 기본자질을 갖추었는지를 파악하는 자격시험제도가 되어야 함을 강조하였다. 현재 법무부에서 만들고 있는 법률안의 명칭도 단순히 ‘변호사시험법’이 아니라, 그 성격을 분명히 하기 위해 ‘변호사자격시험법’이어야 한다는 지적도 반복되었다. 그리고 변호사시험제도가 기존 사법시험제도와 별 차이가 없다면, 이는 곧 로스쿨에서 다양한 분야에 걸친 교육을 받은 변호사를 양성하겠다는 애초의 제도 도입의 취지가 달성될 수 없게 만들고 로스쿨마저도 ‘고시학원’으로 전락시켜 버릴 것이라는 데 참석자 대부분이 공감하였다. (중략) 또 변호사시험을 관리할 가칭 변호사시험관리위원회가 법무부 관료나 법조인의 영향력에 휘둘리게끔 구성되어서는 안 된다는 의견도 제시되었다. (후략)”²⁾

위의 두 글은 대표적으로 법학전문대학원(이하 본 발제문에서는 ‘로스쿨’이라 한다. 현행 법률에서는 법학전문대학원이라는 표현을 정식으로 사용하지만 일반적으로 이를 로스쿨이라 부르는 것에 사회적 합의가 이루어진 듯 하다)이 도입될 당시의 우려를 보여준다. 당시에는 우려였다. ‘사법개혁’이라는 이름으로 이루어진 여러 가지 조치 중 로스쿨 도입은 법조인의 숫자를 늘리고 사법시험의 폐해³⁾를 없애는 획기적인 조치

1) 민주주의법학연구회, “변호사 합격자수는 제한하고 로스쿨 입학정원만 늘리려는, 특권적 법조계와 유력 법과대학간의 기만적 타협을 경계한다!”, 민주법학 제29호(민주주의법학연구회, 2005), 499쪽.
2) 참여연대 사법감시센터, “변호사시험법 잘못 만들면, 로스쿨은 고시학원 된다” 2008. 5. 20, <<https://www.peoplepower21.org/Judiciary/518835>>, 검색일: 2019. 5. 14.
3) 사법시험의 문제점에 관하여는 김선수, 사법개혁리포트(박영사, 2008) 88-89쪽 참조. 사법시험은 수많은 사회문제를 발생시킨 원인이라 볼 수 있을 정도로 여러 가지 폐해를 가지고 있었다. ‘서울대 도서관에서는 모두 법전을 보고 있다’는 말이 나올 정도로 대학 교육을 황폐화 시킨 것은 물론 전관예우를 가능케 하는 획일성 폐쇄성 등 법조계가 가지는 문제점의 근원이 된 시험이었다. 본 발제문은

로 논의되었으나 위와 같은 우려는 지속되었고 2019년 현재, 당시의 우려는 우려의 내용 그대로가 현실이 되어버렸다.

2. 법조인의 편재와 부재

법이 지배하는 사회라고 하지만 Rule of law의 관념은 Rule by law의 관념으로 오독되기 일상이다. 권력자를 통제하고 예측가능성을 확보한다는 법치주의는 만들어진 법을 잘 지켜야 한다는 준법주의로 왜곡되고 있다. 권력자들이 인치와 구별되는 법치를 두려워하는 것이 아니라 오히려 권력을 강조하는 용도로 법치라는 단어를 사용하고 있다. 사실 애초에 법은 모두를 위한 것이 아니었다. 법률관계는 호의관계와 구별되어 ‘권리 의무 관계’로 규정되는데 ‘권리’는 우리를 시민으로서 굳건히 자리매김하는 단어로도 기능하지만 불평등의 근원으로 작용하기도 한다. 루소는 그의 저서 ‘인간불평등기원론’에서 소유권과 그를 뒷받침 하는 화폐 및 상속을 불평등의 원인으로 지목하기도 하였다.⁴⁾ 소유가 인정되자 정의에 관한 최초의 규칙이 생겼거나 가장 강한자 또는 가장 궁핍한자가 그의 힘이나 욕구를 타인의 재산에 대한 권리로 생각함에 따라 평등이 깨졌다는 루소의 지적⁵⁾은 현대사회에서도 법의 오용에 대한 깊은 성찰을 가져다준다.

법조인은 타인의 권리에 대해 복무하는 직업이다. 법조인이 다루는 것은 그 누군가의 권리에 대한 것이며 특히 소유권에 관한 것이다. 그러다보니 법조인은 시민 대중을 위한 직업이 아니라 특정 계급 및 경제적 이익을 위해 존재하는 직업이라는 관념이 서양 역사에서는 보편적인 관념이었고 이런 까닭에 식민지 시대 미국에서는 법조인에 대한 강한 불신이 널리 퍼져있었을 정도였다.⁶⁾ 우리도 ‘유전무죄 무전유죄’가 대변하는 위와 같은 관념이 일반적인 사회였다. 즉 일반 시민의 입장에서 법의 존재를 자각하는 경우는 많은 경우 법률서비스를 직접적으로 필요로 하는 경우인데 법조인은 너무나 먼 곳에 존재하는 사람들이었고 그들만의 세계를 구축하고 있었다.

편재(遍在)는 널리 퍼져있음을, 부재는 존재하지 않음을 의미한다. 시민들에게는 법은 준법이라는 이름으로 일상을 옥죄는 데는 편재하였지만 막상 법조인의 조력을 받고자할 때는 부재하는 것이 아니었을까? 법조인 양성 문제가 사법개혁 논의의 단골주제가 될 수 있었던 이유는 바로 법의 편재와 부재에 대하여 법을 ‘법조인’과 연관시키는 시민의식 덕분일 것이다. 기존의 법조인은 숫자가 너무 적었고 너무 멀었다. 재판은 너무 오래 걸렸고 구속수사는 너무 빈번했지만 제대로 된 변호를 받을 수는 없었다. 로스쿨 도입 논의가 정부기구에 의해 구체적으로 최초로 이루어진 것은 지금의 로스쿨 형태 논의가 이루어지기 한참 전인 1995이었다. 당시 “세계화추진위원회”에서 ‘법률서비스 및 법학교육의 세계화’라는 주제가 중요하게 다루어지고 3년 또는

현행 로스쿨제도의 문제점을 비판하고 대안을 제시하는 내용을 담고 있지만 ‘사법시험 부활’이 그 대안이 될 수 없음은 명확하다.

4) 국순옥, 민주주의 헌법론(아카넷, 2015) 61쪽.

5) 루소, 인간불평등기원론(책세상, 2003, 주경복·고봉만 역) 109-113쪽.

6) Matthew Lippman, *Law and Society 2nd ed.*(SAGE, 2018), 138-139쪽.

4년의 학부교육에 이어 3년간의 전문교육을 실시하는 ‘한국형 전문법과대학원’이 대안으로 제시된 것이다.⁷⁾ 이는 법조인의 부재에 대한 시민적 욕구가 반영된 것으로 봐야 할 것이다. 심지어 1995년 당시는 사법시험을 300명 뽑을 때였다. ‘한국형 전문법과대학원’이 논의되면서 1996년부터 단계적 사법시험 인원증가가 결정되었고 1996년에 500명, 1997년에 600명으로 합격자 수를 늘린다. 즉 사법개혁의 최우선 핵심 과제는 바로 ‘변호사 수를 늘이는 것’이라는 사회적 합의가 있었던 것이고 이는 결국 사법시험 폐지와 지금의 로스쿨 제도로 귀결된다.

3. 모두가 불행한 로스쿨

사법개혁의 산물로 탄생한 지금의 로스쿨 제도는 한마디로 표현하면 “모두가 불행한 로스쿨”이다.⁸⁾ 로스쿨에 가고 싶어 하는 학생들은 그 입학의 어려움과 불확실성에 불안해한다. 로스쿨 학생들은 로스쿨을 학교가 아닌 학원으로 여기며 오로지 재판연구관, 검사, 변호사가 되기 위한 과정에 몰입하여 학교 수업에는 관심이 없다. 학교 수업에 가장 집중하는 학생들은 좋은 학점이 필요한 소위 검클빅⁹⁾ 지망생일 뿐이다. 모든 로스쿨 학생들이 변호사시험을 보기 위해 학원에서 만든 교재와 강의에 의존하여 정리를 하고 있으며¹⁰⁾ 객관식, 사례형, 기록형으로 무자비하게 출제되는 변호사시험은 그 내용이 너무 어렵고 복잡하다. 수많은 판례는 외워도 외워도 끝이 없다. 이런 변호사시험에 5회 불합격한 로스쿨 졸업생들은 낙오자라는 낙인 아래 평생응시금지라는 굴레에 갇혀 사회적으로 도태되어 가고 있다. 로스쿨 교수들은 자신이 원하는 방식과 내용의 수업을 전혀 할 수 없고 오로지 변호사 시험에 도움되는 수업을 해야 한다. 그래야 수강생들이 수업에 집중한다. 그마저 전공과목이 변호사시험 과목인 경우는 수강생들의 호응을 얻을 수 있지만 변호사시험 과목이 아닌 과목을 담당하는 교

7) 사법개혁을 위한 정부주도 기구의 변화에 관하여는 김선수, 앞의 책, 10-27쪽.

8) 필자는 특이한 경력을 가지고 있다. 사법시험에 응시하여 1차 시험 합격 후 2차 시험 불합격 하였었고, 박사학위 취득 후 연세대학교 로스쿨에서 리걸클리닉과 학생지도센터 행정 업무를 보조하는 연구교수를 했었다. 연구교수 재직 중에는 연세대학교 정치외교학과에서 로스쿨 진학준비반 학생들의 지도교수를 맡았었고 그 후 필자 스스로 전북대학교 로스쿨에 진학하여 학생으로서 수학한 후 변호사가 되었다. 지금은 다시 시간강사 신분으로 로스쿨에 가고 싶어하는 학생들이 모여 있는 수업(연세대학교 학부 2019년 1학기 법과정치)과 변호사 시험을 준비하느라 마음 바쁜 로스쿨 3학년 수업(전북대학교 로스쿨 2019년 1학기 헌법소송실무)을 맡고 있으며 변호사로서 여러 개의 소송도 직접 수행하고 있다. 이렇게 장황하게 필자의 이력을 본 발제문에 소개하는 것은 이렇게 다양한 각도에서 정말 가까이에서 ‘법조인이 되는 과정’을 지켜본 결과 지금의 로스쿨에 대해 내린 결론이 ‘모두가 불행한 로스쿨’이라는 점을 강조하기 위해서다.

9) 로스쿨에서 사용되는 은어로 ‘검사, 로클릭(재판연구관), 대형로펌’을 의미한다. 로스쿨에 진학한 절대 다수의 학생들은 저학년 때 검클빅을 목표로 공부하고 있으며 어느 정도 성적으로 윤곽이 가려진 고학년 때는 검클빅 가능 학생들을 제외하고는 모두 변호사시험에 올인하는 것이 로스쿨의 현 상황이다.

10) 수험생이 학원 교재에 의존하는 현상을 필자는 부정적으로 보지는 않는다. 모든 시험은 그 시험에 가장 적합한 대비 방법을 고민하는 시험 전문가가 있기 마련이고 이는 미국의 변호사시험도 일본의 변호사시험도 마찬가지이다. 과거 사법시험 체제에서도 “대한민국 모든 신입 검사들의 형법 선생님은 신O진이다”라는 말이 있을 정도로 특정 학원 강사의 책임 오랫동안 유행하였었다. 빠른 시간에 효율적인 정리를 하기 위해서는 당연한 현상인 것이다.

수들은 매 학기 폐강의 위기에 내몰린다.¹¹⁾ 게다가 학문으로서의 법학에 몸담고 있는 학자의 입장에서는 후속세대 양성이 어려워져 고립되고 있다. 기존의 변호사들은 변호사 숫자가 너무 늘어나서 사건 수임에 지장이 있고 생계를 위협받는다고 불만이다.¹²⁾ 시민들의 입장에서는 여전히 법률서비스는 고가의 서비스이며 충분하고 제대로 된 법률서비스를 받는 것은 요원한 일이다. 눈을 지방으로 돌리면 각 지역 로스쿨을 지원하여 내 고장 변호사를 많이 배출하고자 했던 지방자치단체와 지역 시민사회는 서울지역에 비해 낮은 지방 로스쿨의 변호사시험 합격률에 좌절하고 변호사 자격 취득 후 서울로 다시 가버리는 로스쿨 학생들이 야속하다. 그야말로 총체적 난국이고 모두가 불행한 로스쿨이다.

모두가 불행한 로스쿨이라면 로스쿨을 없애면 되는 것 아닐까? 하지만 이는 문제의 원인을 잘못 짚어 기침감기에 걸린 사람의 폐를 도려내는 잘못을 범하는 것이다. 로스쿨 제도는 분명 도입 당시 ‘사법개혁’의 목표를 가지고 있었고 그 목표는 여전히 유효하다. 본 발제문은 로스쿨의 정상화를 바라는 마음으로 작성한 글이다. 이 글에서는 로스쿨이 가진 장점이나 로스쿨 도입 당시 사법개혁의 의미는 짧게 다룰 수 밖에 없지만 분명 로스쿨은 우리 사회의 법조인에 대한 왜곡된 시선을 변화시키고 법을 시민들에게 가까이 가도록 하는 장점이 있는 제도이다. 해답은 생각보다 쉬운 곳에 있을 수 있다. 근본적으로 문제의 원인이 되는 ‘법조인의 수’를 통제하겠다는 발상을 폐기하여야 하고 우선적으로는 ‘변호사 시험’을 개혁하여야 한다. 아래에서 구체적으로 살핀다.

II. 변호사의 법적 성격 및 수의 통제

1. 변호사의 법적 성격

특정 직업의 법적 성격을 논하는 것은 일반적으로 행정법적으로 그 자유의 제한과 해제의 형태를 논하는 것이라 할 수 있다. 즉 행정청이 명령적 행위 또는 형성적 행위를 통하여 사인에게 어떠한 자유를 회복시켜 주거나 권리를 설정하여 주면 사인은 그를 통해 누리는 자유 또는 권리를 직업으로 삼게 되므로 직업의 법적 성격은 결국 국가가 그 직업의 공익성을 중시하는지 아니면 기본권으로서 직업선택의 자유를 중시하여 사익을 우선시 할 것인지의 문제로 귀결되는 것이다. 비슷해 보이는 행위에 대해서도 국가가 적용 영역에 따라 전혀 다른 통제를 하기도 한다. 예컨대 운전의 경우는 도로상의 위험과 안전에 관한 것이지만 일반적 행동자유권의 실현이자 현대 사회의 필수불가결한 이동권에 관한 것이므로 최소한의 경찰목적을 충족하면 (위험하지 않게 운전할 수 있다는 것을 면허시험에서 입증하면) 국가는 이를 허가한다. 이 경우

11) 대표적으로 인권법 수업이 그러하다. 오마이뉴스, 2019. 3. 22., “배틀로얄형 법조인은 그렇게 탄생한다. - 전북대 로스쿨 정영선 교수 인터뷰” 참조, 검색일: 2019. 5. 14.

12) 이는 현 변호사업계의 가장 잘못된 주장으로서 본 발제문이 비판하고자 하는 중요 내용 중의 하나이다.

운전에 대한 국가의 감독은 상대적으로 소극적이다. 그러나 자동차운송사업면허는 공공복리를 위한 것으로 전체 자동차의 수 및 교통에 필요한 정도를 국가가 판단하여 재량행위로 특정인에게만 부여하여 그들에게 영업의 자유를 누리도록 한다.¹³⁾ 다만 국가는 영업에 대한 감독도 적극적으로 한다.

변호사의 경우도 그 직업의 법적 성격을 특정 짓기 위해서는 결국 공공성과 사익성의 논의가 중요하다. 변호사업무가 고도의 공공성을 가진 것이라면 국가가 그 제도 설계에 입법재량을 가지고 정원제를 통한 공급관리를 하며 업무에 대한 사후 감독도 충실하고 철저히 하여야 할 것이다. 그러나 변호사라는 직업이 사적인 성격의 것이라면 헌법 제15조에 따라 일정한 요건을 갖춘다면 큰 무리 없이 변호사가 될 수 있도록 하여야 할 것이며 국가가 업무에 대한 개입도 최소화 하여야 할 것이다.¹⁴⁾

서구에 있어서도 변호사의 공익성은 지난한 논쟁이었다. Matthew Lippman은 그의 최근 저서 Law and Society에서 법률가의 역사를 소개하며 흥미로운 비교를 한다. 영국의 경우 변호사제도가 이원화 되는데 일선에서 고객을 만나 사건을 수임하고 법률 조언을 하지만 법정에서 발언할 수 없는 사무변호사(Solicitor)와 법정에서 변론을 담당하는 법정변호사(Barrister)로 나누어진다는 특징이 있다. 법률가는 역사적으로 귀족층으로 분류되고 그 전통은 아직도 남아 영국에서는 아직도 법정에 설 수 있는 변호사와 아닌 변호사를 구별하여 자격지우고 있으며 엄격한 교육체계를 유지하고 있다는 것이다. 1990년에 이러한 이원적 분류를 완화하는 법(Courts and Legal Services Act)이 시행되었으나 여전히 법정변호사의 전통이 강하고 법정변호사는 Inns of Court에서 교육을 받고 시험에 합격한 사람만이 할 수 있는 구조이다. 그러나 미국은 그러한 구별이 없는데 이러한 차이는 “양질의 변호사가 유지되도록 법률가가 되는데 많은 제한을 가해야 한다는 인식”과 “인구의 다양한 측면에서 더 넓고 많은 변호사가 나와야 한다는 것을 옹호하는 입장”의 차이에서 비롯된다고 보는 것이다. 즉 영국이 공공성이 더 강한 반면에 미국은 전통적으로 많은 법률가가 배출되어야 하고 흑인, 히스패닉, 아시안, 여성 변호사가 더 많이 나와야 한다는 것을 사회적으로 지지하고 있다고 설명한다.¹⁵⁾

흥미로운 사실은 이렇게 변호사에 대하여 귀족적 행위라는 역사를 가진 영국에서조차 변호사는 2017년 통계로 15만명이 넘게 활동한다는 것이다.¹⁶⁾ 변호사 수에 있어 미국은 130만명, 영국(잉글랜드 및 웨일즈)은 15만명 정도이고, 변호사 1인 당 인구 수는 미국은 250명, 영국 인구 380명 정도이다.

변호사는 그 직업 수행에 있어 공공성이 매우 강조되는 직역임은 틀림없다. 심지어 보수에 대해서 과거 변호사 윤리장전은 “제29조(원칙) ① 변호사의 사명은 기본적인

13) 이러한 직업과 행정행위의 특성에 관하여는 홍정선, 행정법원론 上(박영사, 2019) RN947 참조.

14) 임재홍, “변호사의 법적 성격에 대한 규범적 고찰”, 민주법학 제27호(민주주의법학연구회, 2005), 213쪽.

15) Matthew Lippman, 앞의 책, 138쪽. 이 책에서 Matthew Lippman은 아직도 많이 부족한 미국변호사의 다양성을 비판하고 있다. 즉 변호사업계는 여전히 백인 남성 위주의 사회라는 것이다.

16) 박찬운, “영국 법학교육의 현실과 그것이 한국 로스쿨 교육에 주는 함의”, 저스티스(한국법학원, 2017. 4) 400쪽.

권의 옹호와 사회정의의 실현에 있으므로 그 직무는 영업이 아니며, 대가적 거래의 대상이 되어서는 아니된다. ② 변호사는 공공성을 지닌 전문직이므로 그 보수는 절대로 과다하여서는 아니된다.” 고 하여 영업성을 부정하고 영리행위성을 부정하기도 하였다. 이 조항은 현행 2017년 개정 윤리장전에서는 다음과 같이 바뀌어있다. “제31조 [원칙] ① 변호사는 직무의 공공성과 전문성에 비추어 부당하게 과다한 보수를 약정하지 아니한다. ② 변호사의 보수는 사건의 난이도와 소요되는 노력의 정도와 시간, 변호사의 경험과 능력, 의뢰인이 얻게 되는 이익의 정도 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 결정한다.” 즉 영업성을 부정하던 조항을 삭제한 것이다. 이러한 논의가 시민들에게는 어떻게 받아들여질지 여부는 굳이 따지지 않더라도 변호사의 사익성 또한 부정할 수 없는 것이 사실이다. 필자는 법률과 윤리장전 등에서 문장으로 이루어진 변호사의 명목상 공익성의 가치를 폄하하고 싶지 않다. 오히려 법을 직접 다루는 사람으로서 변호사는 그 직업윤리가 확고해야 하며 이는 공공성의 바탕이 된다고 믿는다. 하지만 구체적으로 특정 공익을 지향하는 것이 아니라 “변호사가 공공성을 가지기 때문에” 특별해야한다는 것에는 동의할 수 없다.

앞서 예를 든 자동차 운수 사업은 그 사업의 운영이 잘못될 경우 피해를 국민이 직접 입게 된다. 즉 학생이 학교를 못가고 직장인이 출근을 못하게 된다. 제3자에게 미치는 영향이 그만큼 큰 것이다. 그래서 국가는 자동차운수 사업 영업의 이익을 법률상 이익으로 보호해 주는 것이다. 그러나 변호사의 업무가 과연 법률상 이익으로 보호받을 업무인지는 의문이다.¹⁷⁾ 물론 제대로 된 법률서비스를 제공받지 못한 의뢰인의 피해를 상정해 볼 수 있다. 그것은 운전에서의 교통사고에 비교할 수 있을 것이다. 교통사고는 생명 신체에 관련되기에 결코 법률서비스의 실패보다 가볍지 않을 것이다. 대한민국에 운전면허증을 최고의 자격증으로 만드는 방법은 운전면허를 1년에 2000명만 받도록 하는 것이다. 그럼 도로는 한산해지고 교통사고도 절대적으로 줄어들 것이다. 그러나 운전을 하고자 하는 사람들에게는 받아들일 수 없는 위험적인 것이다.

2. 변호사의 전문성

변호사는 역사적으로 의사 성직자와 함께 3대 전문직으로 분류되었다고 한다.¹⁸⁾ 변호사는 크게 나누어 소송업무와 비소송업무에 종사하게 되는데 소송분야는 일반적인 민사·형사·행정재판에서 당사자를 대리·변호하는 업무로서 복잡한 소송법적인 절차와 진행에 대한 그 자체의 전문성을 요하고 비소송분야 역시 관련 법률 내용의 법리에 대한 전문성을 요한다. 그런데 전문성이라는 말은 사실 그 실체가 모호한 것이다. 예컨대 의료소송을 하는 변호사의 입장에서 관련 불법행위 성립에 대한 법리 또

17) 우리 헌법재판소는 변호인의 변호권이라는 독자적 기본권을 인정하고 있으며 (2017. 11. 30. 2016. 헌마503) 이러한 헌법재판소의 견해에 따르면 변호사의 업무를 법적으로 법률상 이익으로 볼 여지가 없는 것은 아니다.

18) Matthew Lippman, 앞의 책, 134쪽.

는 설명의무 등의 법리가 있지만 사실관계를 법리에 적용하기 위해서는 결국 의료 현장의 ‘의학전문성’을 가지지 않고서는 사건을 해결할 수 없다. 필자가 맡은 한 의료소송에서 필자는 정형외과 의사의 과실여부를 다투는 과정에서 의학 교과서와 수많은 의학 논문을 읽어야 했으며 ‘방아쇠수지’ 현상에 대하여 의사 정도의 지식을 가지고 그에 대한 시술 및 수술 방법에 대해서까지 공부했어야 했다. 이는 모든 분야에서 마찬가지이다. 즉 사회복지시설 관련 업무를 하고자 하는 변호사는 사회복지시설의 운영에 대해 사회복지사 자격을 가진 사람 이상의 지식을 가져야 하며 세무관련 업무를 하고자 하는 변호사는 세무사의 업무는 당연히 알아야 하고 그 이상의 법리를 알아야 하는 것이다. 그렇다면 법률가로서의 전문성이라는 것은 결국 각 기초법의 법리를 충실히 아는 것을 말하고 구체적으로 개별 실체법 사건에 있어서는 그 개별 분야의 전문성을 요한다고 보아야 하지 않을까? 그래서 변호사는 평생을 공부해야하는 직업이라고 하는 것이다. 물론 형사사건의 처리에 있어 수사기관에서의 대응, 검찰 작성 조서를 어떻게 분석할 것인지, 증인신문을 어떻게 할 것인지 등에 대하여 ‘법률가만의’ 전문성이 있고 헌법소송을 함에 있어 소송요건 등 판단을 함에 있어 ‘법률가만의’ 전문성을 통해 이를 해결할 것이다. 그러나 결국에 법은 세상 모든 일에 법적인 개입을 하게 되어 있으며 개입하고자 하는 그 일에 대한 전문성을 다시 요하게 되는 것이다.

로스쿨은 이러한 점에서 ‘전문성을 가진 법조인’을 양성하는 것을 목표로 삼고 출범한 것이다. 다양한 분야의 전문성을 가진 사람들이 로스쿨에서 법교육을 받음으로서 자신이 가진 전문성을 바탕으로 사회 각 분야에서 활동하는 것을 전제로 하였다. 즉 로스쿨이 추구하는 전문성은 과거 사법시험에서 ‘전문가로서의 법조인’의 전문성의 내용이 법 그 자체에 대한 전문성이자 소송법적 지식을 주로 의미했던 것에 반하여 개별 실체법적 내용 및 사회 각 분야의 전문성을 의미하는 것으로 의미가 바뀌었다고 볼 것이다. 기존의 법조인들도 판사, 검사, 일반 송무 변호사 등 사건의 내용과 상관없이 모든 분야에 대해 법률의 관점으로 접근하여 서비스를 제공해야 하는 경우를 제외하고는 특정 분야에 대한 자신의 전문성을 가지기 위해 노력한다. 대형 로펌의 경우 변호사를 각 전문분야로 분화시켜 업무를 하는 것이 일반적이며 결국 자신의 분야 이외에는 잘 모르는 변호사가 되는 것이다. 그렇다면 로스쿨을 졸업하고 특정 분야에 전문성을 가진 법조인이 배출되어 그 분야에서만 일을 하게 되는 것은 앞으로 지극히 자연스러운 현상이 될 것이다.

3. 숫자로 제한해야 하는가?

변호사의 공공성을 강조하더라도 지금의 우리나라 변호사는 그 숫자가 다른 나라에 비해 매우 적은 것이 현실이고 앞으로 개별 분야의 전문성을 가진 많은 법조인이 필요하다는 것을 생각하면 변호사의 숫자를 인위적으로 묶어 1년에 몇 명이 배출되는 것이 적당하다는 논의는 사실 무의하게 여겨진다. 적정 변호사 숫자라는 것이 과연 산정할 수 있는 것인지도 의문이고 산정한다면 결국 기존의 법조인들이 어느 정도 진입장벽을 쌓는 것이 좋겠느냐고 합의하는 형상이다. 현재 변호사의 숫자를 제한하자

는 것은 결국 기존 변호사들의 ‘수입’을 보장하자는 논리 이상도 이하도 아니다. 여전히 변호사의 수입은 개별 직업 영역 중 상위권이지만 변호사 업계는 어려워졌다고 이구동성으로 외친다. 하지만 변호사의 업무의 성격이 사적인 부분이 있다는 것을 부인할 수 없고 개별 분야의 전문성을 가진 변호사가 더 많이 나오도록 학 위하여는 숫자로 변호사의 배출을 조절하는 것은 타당하지 않다.

III. 로스쿨의 거짓말 - 진단과 개혁

1. 로스쿨은 거짓말을 하고 있다.

- * 25개 로스쿨이 변호사시험 합격률에 상호 경쟁할 수 밖에 없는 구조
- * 로스쿨이 가진 장점이 많지만 현재의 로스쿨은 ‘전문성 가진 법조인을 많이 배출하여 국민들에 대한 법률서비스의 양과 질을 향상시키겠다.’는 애초의 약속과는 다르게 운영되며 많은 부분에서 거짓말을 하고 있음.

2. 거짓말 1 - 변호사 시험의 융합 출제 등

- * 융합출제란 존재하지 않음.
- * 변호사시험의 무한 경쟁에 따라 일정한 유형의 시험에 대한 답안 작성을 위한 반복 훈련이 있을 뿐.
- * 법조윤리 등 교육은 형해화 되었음.

3. 거짓말 2 - 실무교육

- * 리걸클리닉 운영은 형식적임. 그나마 학생들이 기피함. (1,2기 때와 지금 로스쿨의 가장 큰 분위기 차이)
- * 6개월간의 법률사무종사, 연수는 위헌적일 뿐만 아니라 노동법적으로도 여러 문제를 가지고 있음.

4. 거짓말 3 - 고시 낭인 방지

- * 오탈자는 사회의 가장 큰 낙오자가 되어버림.
- * 현재의 로스쿨은 변호사가 되냐 아니냐의 문제일 뿐. 변호사가 되지 못하면 로스쿨 입학 자체가 무의미해지는 구조.

5. 거짓말 4 - 법학적성시험

- * 입시개혁이 필요함.
- * 단 몇시간의 법학적성시험으로 입학 여부가 갈리는 지금의 입시는 반드시 개혁되어야 함. 변호사시험 개혁만큼 중요한 의미가 있음.
- * 논술시험을 강화해야 함.

IV. 나가며 - 변호사시험이 핵심이다

- * 변호사시험의 대대적 개혁이 없이는 현재 로스쿨제도의 문제점은 어떤 것도 해결될 수 없음.
- * 숫자제한 방식의 선발이 자격시험으로 바뀌어야 함.
- * 법학 특유의 채점 방식으로 인해 자격시험이 오히려 변호사시험을 더 어렵게 만들 우려가 있으므로 현재의 표준점수제는 유지할 필요가 있음. (과거 2003년 사법시험 1000명 선발 예정이었으나 면과락자 900명이었던 사건)
- * 갑자기 바꾸기 힘들다면 소프트랜딩이라도 시켜야 함. 안그러면 몇 년 내로 로스쿨은 그 존재의 의미가 사라지고 사법시험 부활의 목소리가 힘을 얻을 것임. (사회적으로 로스쿨에 대한 편견은 사법시험의 부정적 측면에 대한 것 보다 더 심각할 지경임)
- * 소프트 랜딩의 방법으로 단계적 합격자 수 증원이 필요. (응시자 수 고려)
- * 로스쿨 제도는 소중한 사법개혁의 산물. 지금 죽느냐 사는냐의 절체절명의 순간임. 골든타임을 놓치면 우리는 다시 법조 기득권의 세계가 계속 유지되는 것을 보고만 있어야 함.

제2주제

절차적 정의의 신자유주의적 변용 : 행정절차법 제정논의를 중심으로

이 계 수 교수
(건국대학교 법학전문대학원)

토론 | 김 광 수 교수
(서강대학교 법학전문대학원)

절차적 정의의 신자유주의적 변용

— 행정절차법의 입법사를 중심으로 —*

이계수 교수(건국대학교)

<요약문>

1998년 1월 1일부터 시행된 행정절차법은 ‘발전국가 한국’이 ‘신자유주의 국가 코리아’로 변화하는 길목에서 제정되었다. 무소불위의 재량권을 가진 행정권력을 절차법적으로 통제하는 일은 좋은 일이다(굿 거번넨스). 그러나 매서 아널드(Matthew Arnold)의 경구(警句)를 조금 변형해서 말하자면 이렇다. “절차적 정의는 아주 타기 좋은 말이지만, 그걸 타고 어디로 가는가가 문제다.” 한국 행정절차법의 제정에는 민주주의적-시민적 동기가 아니라, 자본축적상의 장애를 제거하려는 (신)자유주의적-대내외 자본적 동기가 작동했다. 법의 지배를 통한 공정하고 투명하며 예측(신뢰) 가능한 행정의 실현이라는 거부하기 힘든 이념과 원리를 앞세워, 오늘날 대내외 자본은 개별 국민국가의 행정을 조종·제어(Steuerung)할 수 있는 힘을 확보하였다. 세계화와 외국법이 가하는 내국법에 대한 영향과 압력을 신자유주의 시대만의 현상으로 치부할 수는 없다. 다만, 이러한 영향과 압력이 오늘날의 신자유주의 국가 체제 아래에서 일상화-예외적이지 않다는 의미에서 그것은 규범적인 것이기도 하다-되는 있는 점은 주목해야 한다. 그렇다면, 법을 매개로 한 인민정치의 신자유주의적 포획에서 벗어나는 길은 무엇일까? 답이 잘 안 보이지만, 그래도 제기해야 하는 질문이다. 필자는 행정(절차)법의 민주주의적 기획이라는 다소 모호한 답변을 내놓으며 글을 맺었다.

주제어: 행정절차법, 신자유주의 국가, 법의 지배, 세계화, 자유 민주주의

< 차례 >

- I. 간략한 역사
- II. 입법사의 표충과 심층
- III. 세계화와 내국법에 대한 대내외 자본의 영향
- IV. 법을 통한 자본지배(=‘법의 지배’)와 행정절차법의 자유주의적 변용
- V. 행정절차법과 민주주의적 기획

I. 간략한 역사

* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

세계화를 국정과제로 표방한 김영삼 정권 하에서 제정(1996. 12. 31)된 행정절차법이 시행(1998. 1. 1)된 이래 20년 정도가 지났다. 이제 이 법에 대한 거시적 평가를 시도해볼 때가 되었다. 평가의 시점(視點)은 이 법의 제정과 시기를 같이하는 한국사회의 신자유주의적 구조조정(structural adjustment)이다. 행정절차법이 제정되고 1년도 안 된 시점에 한국정부는 국제통화기금(IMF)로부터 단기 외화차입을 해야 하는 위기에 직면했다. 그러나 위기는 기회이기도 하다. 미국의 제국적 힘이 작동하는 국제통화기금과 국내의 정치·경제 엘리트들에게 단기 외자 부족사태는 “규제개혁과 비즈니스의 자유를 목표로, 1961년부터 계속되어온 국가 주도적 경제개발을 종료시킨 김영삼 정부의 ‘신경제계획’(1993년)”¹⁾이 어차피 한 번은 맞고 가야할 장맛비였다.²⁾ 1982-1984년의 멕시코의 경제위기 이후, 자유 시장 원리주의와 신자유주의의 정통이론을 보급하고 실시하는 중심기관이 된 국제통화기금과 세계은행은 채무상환 연기와 신자유주의 개혁의 실시를 연동시켜왔다. 채무국은 채무 상황의 연기를 승인받는 대신에, 복지지출의 삭감, 유연성을 높인 노동시장입법, 민영화 등의 제도개혁 실행을 압박받았다. 구조조정의 발명이었다.³⁾ 이 글은 행정절차법이 바로 이러한 국면에서 제정되었다는 사실에 주목한다.

1996년 말에 제정·공포되기 전에도 이전에도 여러 번에 걸쳐 행정절차법 제정 논의가 있었다. 한국에서 행정절차법 문제가 공식적으로든 비공식적으로든 논의되기 시작한 것은 1960년대 중반 이후부터이다.⁴⁾ 1960년대 중반부터 한국공법학회, 서울변호사회, 대한변호사회 등 학계·법조계를 중심으로 일반 행정절차법 제정의 필요성이 주장되었고,⁵⁾ 1970년대에 접어들면 정부 또한 입법에 관심을 보이기 시작한다.⁶⁾ 군사독재, 유신독재 시대였지만 행정정책의 일환으로 행정절차법에 대한 관심도 부분적으로 존재했던 셈이다.⁷⁾ 이러한 전사(前史)는 1950년, 1962년, 1979년 등 세 번에 걸쳐 행정절차법 제정 문제를 논의했던⁸⁾ 일본에서의 동향에 영향을 받은 것으로 보이지만, 다른 한편, 민주주의와 분리되어 행정의 효율성 혹은 행정의 주민수용성 증대라는 측면에서 적법절차가 논의되었던 사정도 엿보인다. 혹은 행정절차법은 처음부터 민주주

1) 지주형, 한국 신자유주의의 기원과 형성, 129쪽.

2) 지주형의 위 책은 이러한 점을 체계적으로 논증하고 있다.

3) David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 29쪽. 1997년 당시 국제 통화기금(IMF)은 한국 법제도를 국제기준에 합치시키는 것을 조건으로 한국을 원조하였고, 이후 한국 법제도의 각 분야에서 국제기준에 맞추는 작업이 진행되었다. 장승화 편저, 국제기준과 법의 지배, 박영사, 2004, iii쪽.

4) 이미 1965년 1월에 이종극 의원의 시안을 바탕으로 한 전문 11개조 부칙 2개조의 행정절차법안이 청원입법의 형태로 국회에 제출된 바 있다. 김철용, “행정절차법의 특색과 내용”, 고시계, 1997년 2월호, 15쪽.

5) 홍준형, “김영삼 정부의 행정법개혁에 대한 중간평가”, 민주주의법학연구회 심포지엄 자료집, 한국사회의 법과 민주주의, 1994, 72쪽.

6) 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1989, 493쪽에 의하면 정부차원에서 입법에 처음 나선 것은 1975년에 국무총리 소속 하의 상설기관이었던 행정개혁위원회가 입법 작업에 착수한 때부터라고 한다.

7) 김이열 편저, 행정절차법연구, 삼영사, 1989, 3쪽(서문).

8) 김철용, “독일과 일본의 행정절차법의 최근동향”, 일감법학, 제4호(1999), 9쪽. 일본은 이 세 번의 시도 끝에 1993년 11월에 아시아에서는 처음으로 행정절차법을 제정하기에 이른다. 김철용, “행정절차법의 특색과 내용”, 17쪽; 일본행정절차법의 입법경과에 대한 조금 더 자세한 소개로는 한국법제연구원, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 1994, 9쪽 이하 참고.

의의 결핍을 보완할 일종의 보상책으로서 검토되었던 것으로 보인다.⁹⁾

1970년대를 지나 1980년대에 접어들면서 정부는 동법의 제정을 위해 본격적으로 움직이기 시작한다.¹⁰⁾ 1980년대는 사인이 행정과의 관계에서 점점 더 주체적인 지위를 차지하는 방향으로 서서히 변해가던 시기였으므로,¹¹⁾ 행정절차법 제정이 중요한 국정과제로 자리 잡아 간 것은 자연스러워 보이지만, 이러한 흐름을 누가 주도했는가는 생각해 보아야 한다. 국가가 지배적 위상을 갖고 있었던 ‘발전국가’ 한국에서 행정에 대한 절차법적 통제를 생각했던 세력이 누구였는가 하는 질문이다.¹²⁾ 일부의 주장이지만 흥미롭게 볼 대목은 발전국가에 대한 “가장 크고 결정적인 도전은 1970년대 후반부터 관료제 내부의 자유주의 분파와 다수 지식인 집단, 그리고 점차 강력해진 재벌간 동맹으로 구체화하기 시작한 신자유주의(Neo-Liberal) 세력에서 일어났다.”¹³⁾는 사실이다.¹⁴⁾ 이 주장을 진지하게 수용한다면 바로 이 ‘자유주의 블록’이 1980년대 이후 행정절차법 제정 시도 등 행정의 자유화를 추진한 정치경제적 (지배)세력이 될 것이다. 이 점은 1996년에 행정절차법을 만든 세력이 결국 ‘(신)자유주의파’라는 점과 논리적으로 연결되기도 하여 눈여겨 볼 필요가 있다.

아무튼 정부는 1981년부터 법 제정을 위한 연구 작업을 시작하였고, 1986년에는 총무처 소속의 행정절차법심의위원회를 정식으로 발족시켜 행정절차법안(정부안)까지 성안하기에 이른다.¹⁵⁾ 그러나 이 안은 입법예고(1987. 7. 7~1987. 8. 5)까지 거쳤음에도 불구하고 제12대 국회(1985~1988)에 제출되지 않고 폐기되고 말았다. 1987년은 권위주의 정부에서 ‘민주화’ 정부로 이행하던 시기였다. “당시 우리나라의 입법현실로 볼 때 결코 짧지 않은 준비 작업을 거쳐 학계와 실무의 협찬에 의해 작성된 흔치 않은 입법적 결실”¹⁶⁾이 이렇게 좌절하고 만 것은 의미심장하다. 특히 자주 이야기되지만 1987년 법안은 행정계획 확정절차를 도입하려 하였는데, 발전국가의 개발주의에 인이 박힌 관료들이 이런 절차를 아무 조건 없이 수용할리는 없었을 것이다.¹⁷⁾

9) 독일의 경우 역사적으로 참여는 국가조직에서의 민주주의 결핍을 보완할 일종의 보상이었으며, 부르주아 시민혁명에 실패한 독일의 (부르주아) 자유주의자들에게 주어진 민주주의적 자기결정권을 대신하는 하나의 대체물에 불과했다. Andreas Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, Tübingen, 2002, 55쪽 이하.

10) 이상규/김철용/성낙인/김승렬, “행정절차법 및 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 제 문제”, 고시계, 1997년 3월호, 15쪽.

11) 김철용, 행정법입문, 제2판, 고시계사, 2012, 49쪽.

12) Tom Ginsburg, “Dismantling the ‘Developmental State’?: Administrative Procedure Reform in Japan and Korea”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 4, 585-625 쪽 참고.

13) 장하준/신장섭, 주식회사 한국의 구조조정, 창비사, 2004, 116쪽

14) 지주형은 <한국 신자유주의의 기원과 형성>에서 이들 신자유주의 관료와 그들을 지지한 경제학자들의 면모와 행적을 구체적으로 추적하고 있다.

15) 홍준형, “김영삼 정부의 행정법개혁에 대한 중간평가”, 73쪽.

16) 홍준형, 같은 곳.

17) 1987년의 행정절차법안 제3장에서 명문화한 행정계획의 확정절차에 대하여는 긍정적 평가와 부정적 평가가 있으나, 학자들 간에는 긍정적 평가가 다수였다. 특히 긍정평가론은 현대 행정에서 중요한 행위형식인 행정계획에 대하여도 사전의 절차적 통제가 가능하게 되었다는 점에 후한 점수를 준다. 김철용, “계획확정절차의 도입문제”, 행정법연구, 제4호(1999), 7쪽; 한편 홍준형, “행정절차법의 문제점”, 고시연구, 1997년 2월호, 42쪽은 주요시안 및 입법례의 규율범위를 비교하고 있는데, 이에 따르면 행정계획 확정절차는 1987년 예고안 및 1996년 경제정의시민연합안, 그리고 독일 연방행정절차법

1987년 법안이 좌절된 이후 정부는 1989년 11월에 ‘국민의 권익보호를 위한 행정절차에 관한 훈령’을 발령한다. 이를 두고 행정절차법의 제정을 포기하는 것을 염두에 둔 조치라는 평가가 있는가 하면,¹⁸⁾ 행정절차법 제정을 위한 준비 작업이라는 평가도 있다. 특히 후자의 견해에 따르면 “그 당시는 행정 여건의 미흡과 경험 및 판례의 축적이 미흡하였고 시행여건의 미성숙 등의 이유로 정부·학계에서 논란이 많아 법의 시행은 일단 보류”한 것이므로 우선 여건 조성을 위해 1989년에 국무총리 훈령을 제정한 것으로 되어 있다.¹⁹⁾ 그렇다면 1987년에는 존재하지 않았거나 미흡했던 경험 및 판례, 시행여건이 10년 만에 갖추어졌기 때문에 1996년에 행정절차법이 법률로 성립한 것이 되는데, 그럴 리가 있겠는가 하는 의문을 갖게 된다.²⁰⁾ 오히려 동법의 성립은 1993년에 출범한 김영삼 정부 및 동 정부가 추진한 신경계계획=세계화·자유화와 밀접한 관련이 있다고 보는 것이 맞을 것이다.²¹⁾

경제정의시민연합²²⁾ 등의 주장을 수용하여 행정절차법·정보공개법 제정을 공약사항으로 포함시킨 김영삼 대통령은 1993년 정부출범 이래 행정쇄신위원회의 건의 등을 받아 행정절차법의 제정을 국정과제의 하나로 추진하였다.²³⁾ 다만 실제 추진은 조금 늦어져 1995년 5월에야 행정절차법안심의위원회가 구성되는데, 주목할 점은 동 위원회 구성 후 불과 1년 정도 만에 행정절차법안이 마련되어 입법예고(1996년 8월 1일) 단계에까지 이르렀다는 사실이다. 이는 행정절차법 제정을 위한 노력과 연구가 상당 정도 축적되어 왔음을 방증할 뿐만 아니라 동법의 ‘조속한’ 제정에 대한 ‘시대적’ 기운이 무르익었음을 보여준다. 이 후자는 위에서 말한 세계화·자유화와 연결되어 있다.

이후 법안은 1996년 10월 30일 국회에 제출되고, 곧바로 제181회 정기국회에서 통과되어 동년 12월 31일 공포되기에 이른다. 한마디로 속전속결이다. 국회 소관 상임위원회인 행정위원회와 법제사법위원회에서의 논의 과정을 보아도 동 법안에 대한 실질적인 검토는 찾아볼 수 없다.²⁴⁾ 분위기가 무르익고 만들어야겠다는 의지가 집약되

에만 포함되어 있다.

18) 홍준형, “김영삼 정부의 행정법개혁에 대한 중간평가”, 74쪽.

19) 김승렬 법제처 법제관의 발언이다. 이상규/김철용/성낙인/김승렬, 위의 글, 15쪽.

20) 다만, 1987년 헌법 이후 헌법재판소가 그 직무를 시작하고, 사회의 (신)자유주의화가 본격적으로 진행되면서, 행정판례 또한 그 양과 질에서 폭발적으로 성장했음은 부인할 수 없다. 이러한 변화는 무엇보다도 1994년의 행정소송법 개정(1998년 3월 1일 시행)으로 행정소송이 3심제로 바뀌고 서울에 행정법원이 설치된 것에 힘입은 바가 크다.

21) 당시 서울대학교 법과대학에 재직 중이던 박세일 교수가 청와대 수석비서관(정책기획, 사회복지)이 되어 세계화 정책을 이론적으로 뒷받침한 것으로 알려져 있다.

22) 경실련은 행정절차법의 제정에 관심을 갖고 처음부터 일관되게 정부정책에 개입한 거의 ‘유일한’ 시민단체이다. 엄석진/허미혜, “행정절차법과 정보공개법의 제정과정 비교연구: 정책옹호연합모형(ACF)의 적용”, 한국행정학회동계학술대회, 2011, 22쪽 참고.

23) 엄석진/허미혜, 위의 글, 13쪽.

24) 법안 내용과 관련해서는 동법안의 적용을 제외하는 범위가 너무 넓지 않은가 하는 정도의 이야기만 나왔을 뿐이다. 이상규/김철용/성낙인/김승렬, 위의 글, 16쪽; 그러다보니 법사위원회 위원인 조순형 의원은 다음과 같은 항의의 기록도 남기고 있다. “명색이 법사위원회인데 법안이 올라오면 위원들이 사전에 한 번 정도는 검토할 여유가 있어야 됩니다. 그런데 오늘 갑자기 올라와 가지고 법안내용도 한 번 못 보고 전문위원은 어떻게 이렇게 빨리 검토를 했는지는 모르겠습니다마는 어느 법을 막론하고 최소한도 국회법을 지키는 방향으로 위원장께서 의사진행을 해주십사 하는 말씀을 드립니다. 최소한도 3일 전에 오게 되어 있으며 이틀 전이나 하루 전이라도 와야 되지요. 그냥 오늘 와서 오늘 통과시켜 달라고 하는 행정부도 문제가 있어요. 법사위원들 통법위원 아닙니다.” 제181회-법제사법제9차,

자 그 이후의 절차는 순식간에 모든 일이 처리된 느낌마저 들게 한다.²⁵⁾

II. 입법사의 표층과 심층

1987년 당시 입법예고까지 된 정부제출 법안이 법률로 성립되지 못한 데에는 앞서서도 지적했듯이 관료들의 저항이 만만치 않았기 때문이라고 흔히 이야기되고 있다.²⁶⁾ ‘행정절차법이 제정되면 행정의 효과적이고 신속한 임무수행은 어렵게 된다’, ‘개인주의적-법치국가적 절차보장을 앞세우다가 행정의 기능적합성을 훼손하게 될 수도 있다’는 식의 반박은 어느 나라에서나 제기되기 마련이다.²⁷⁾ 그렇다면 1996년에는 행정과정을 법적으로 통제하려는 김영삼 정부의 의지가 강력하여 그러한 저항들이 모두 제압되었다는 말인가? 만약, 누군가가 ‘그렇다’고 답한다면, 그것은 표층(表層)의 이유 혹은 논거에 불과하다. 역사를 대면하는 연구자는 심층(深層)의 이유를 찾아나서야 한다.

미셸 푸코는 <지식의 고고학>²⁸⁾에서 역사란 어떤 사슬의 고리들처럼 여러 사건들이 일관된 흐름으로 이어져 전개되면서 어떤 절대의 상태를 지향해간다는 역사관에 반대하는 입장을 취한다. 그의 관점에서 연속적으로 전개되는 역사는 인간의 역사가 아니라 자연적인 풍토나 식물의 역사일 뿐이며, 어떤 통일된 의미 속에서 연속적으로 역사가 진행된다는 견해는 착각이며 환상이다. 대신, 푸코는 여러 가지 요소들이 뒤엉켜 있고 모순의 형태로 이루어진 역사를 인식하고, 다양한 모순의 양상을 심층적으로 파악하려는 노력의 중요성을 강조한다.²⁹⁾

모순의 인식론이라고 부를 수 있는 푸코의 관점은 당연히 역사의 연속성이나 전체성, 변증법적 발전을 바라보는 헤겔의 시각과 대립한다. 헤겔의 변증법이 주체의 동일성을 유지하고 타자성을 통합하여 주체성을 더욱 공고히 하려는 전략이라면, 푸코는 연속성을 전제로 한 변증법적 시각과는 달리 역사의 전개를 불연속이나 단절로 파악

조순형 발언, 36-37쪽. 그 밖의 발언 등은 제181회 국회(정기회) 제8차 전체회의 회의록(행정위원회), 제181회 국회(정기회) 제9차 전체회의 회의록(법제사법위원회) 참고. 회의록은 국회-의안정보시스템에서 검색. http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=013730

25) 그래서 제1차 및 제2차 행정절차법심의위원회에 각각 위원으로 참여한 김철용 교수는 “상당히 난산이 될 것으로 보였는데 갑자기 너무 순산해 버려 좀 의아스럽게 생각했습니다.”라고 말할 정도였다. 이상규/김철용/성낙인/김승렬, 위의 글, 16쪽.

26) 예컨대 다음과 같은 진술을 참고하라: “필자 등이 그 기초에 참여했던 우리나라의 1987년도 행정절차법안은 당초 독일의 행정절차법을 참고하여 행정법 총칙적 규정을 상당히 포함하고 있었다. 입법예고까지 이른 동 행정절차법안은 그러나, 정부의 의지의 결여로 시행을 보지 못하고 사장되고 말았다.” 김남진, “위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰: 미국과 독일의 그것을 중심으로”, 미국헌법연구, 18권 2호(2007), 27쪽 각주 52번.

27) Christoph Wölki, *Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG) im Wertewandel: Eine interdisziplinäre Untersuchung zu zeitgemäßen Entstehungsvoraussetzungen eines Verwaltungsakts unter dem Grundgesetz*, Peter Lang, 2004, 87-88쪽.

28) 미셸 푸코, 이정우 옮김, 지식의 고고학, 민음사, 1993.

29) 오생근, 미셸 푸코와 현대성, 나남, 2013, 295쪽. “<지식의 고고학>은 푸코의 역사 인식론이 잘 드러난 작품인데, 이 책을 관류하는 것이 불연속이라는 개념이다.” 이영남, 푸코에게 역사의 문법을 배우다, 264쪽.

한다.³⁰⁾ 19세기 당시에는 야콥 부르크하르트가 헤겔의 이런 ‘역사철학’에 정면으로 도전했다.³¹⁾

푸코 식으로 이해하면 1996년의 입법은 1987년의 변증법적 발전의 한 도달점이 아니라 하나의 불연속이나 단절이며 여러 가지 요소들, 예컨대 대내적 요소(내부적 동력)와 대외적 요소(외부적 압력)들이 뒤엉켜 있는, 다양한 모순의 결과물이다. 그러므로 특정 입법의 역사를 들여다보려면 어떠한 이해관계들이 서로 뒤엉켜 있는지, 어떠한 요소가 지배적인지를 살펴보아야 한다. 입법의 역사는 단지 이념 혹은 신념의 역사가 아니다. 구호나 국정방향의 단순한 실현도 아니다. 거기에는 입법을 추동한 현실의 힘, 즉 정치·경제·사회적 이해관계와 대립·투쟁이 개입한다.

독일 연방행정절차법의 역사에서도 이러한 면모를 확인할 수 있다. 의회가 만든 법률을 통해 행정의 절차적 과정을 규율한다면 법치국가에서 더욱 중요한 가치를 갖는 법적 안정성을 높이게 되고, 덩달아 시민의 법적 지위를 강화할 수 있다. 또한 연방국가인 독일행정법의 통일화, 집중 및 불일치의 제거라는 목표도 달성할 수 있다. 그래서 행정절차법이 필요하다. 이상은, 1976년에 만들어진 독일 연방행정절차법의 공식 제정이유에 해당한다.³²⁾ 말하자면 표층의 이유인 셈이다. 그러나 이것이 전부는 아니다. 독일에서 행정절차법의 법제화 논의는 이미 1950년대부터 있었다. 1960년에는 독일 법조회의(Deutscher Juristentag³³⁾)가 연방행정절차법의 제정을 촉구했다. 이후 여러 개의 정부초안(Referentenentwürfe)이 검토된 끝에 1976년 5월 25일에 동 법률이 제정되기에 이른다.³⁴⁾ 그렇다면 왜 이 시기였을까?

1970년대는 전후 자본주의가 본격적인 저성장의 국면으로 접어들면서 자본축적의 위기가 본격화한 시기이다. 20년 넘게 지속된 전후 복구 경제는 한계를 드러냈으며, 실업율과 인플레이션율은 세계 각지에서 상승했다. 이런 상황은 모든 이들에게 영향을 주었다. 불만이 커져갔다. 1970년대의 자본축적의 위기는 자본에게는 위기였고 노동자와 도시의 사회운동에게는 기회였다. 전후 성공적인 자본축적의 근거가 되었던 노사 간의 사회적 타협을 대신할 사회주의적 대안까지 대두했다. 공산당과 사회민주주의정당은 유럽 각지에서 지지를 넓혀갔고, 경우에 따라서는 정권을 잡기까지 했다. 미국에서조차 민중운동은 광범한 개혁과 국가의 개입을 강하게 호소했다. 선진자본주의 국가에서도, 그리고 다수의 발전도상국가에서도 경제 엘리트와 지배계급은 정치적 위협을 받았다. 상층계급은 자신들의 정치적·경제적 파멸을 피하기 위해 반격의 기회를 노리고 있었다.³⁵⁾ 때마침 제1차 석유위기가 발발하고 서독 내 극좌파들의 세력이

30) 오생근, 위의 책, 296쪽.

31) 야콥 부르크하르트, 이상신 옮김, 세계사적 성찰, 신서원, 2010.

32) *Begründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*, BT-Drs. 7/910, <https://di.pbt.bundestag.de/doc/btd/07/009/0700910.pdf>, 28쪽; Hans Joachim Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 제5판, Carl Heymanns Verlag, 1996, 51쪽. 독일 연방행정절차법에 대한 개략적인 소개는 김철용, “서독의 연방행정절차법”, 연구논총(건국대학교 행정대학원), 제8집(1980), 43쪽 이하; 또한 김철용, “독일과 일본의 행정절차법의 최근동향”, 1쪽 이하; 김철용, “독일 행정절차법시행 10년의 결산과 우리 행정절차법제정상의 문제점”, 건대학술지, 제35집(1991), 242쪽.

33) 독일 법조대회라고 번역되기도 한다.

34) Andreas Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 185쪽.

커져가자, 사회민주주의 정부의 상상력은 협소해지기 시작했다.³⁶⁾ 이런 과정에서 자연스럽게 정치·경제적 지배계급과 사회민주주의 서독 정부 사이에는 새로운 합의가 형성되었을 것이다. 새로운 민주주의를 향한 대중의 도전·저항과 실험을, 주어진 민주주의를 당연한 것으로 전제하고 그것에 참여하는 것으로 축소할 수 있다면, 민주주의의 외양을 버리지 않으면서도 자본축적의 위기를 넘어가는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 나는 이런 정치적 고려들이 독일 연방행정절차법 제정을 결정지은 심층의 이유라고 생각한다. 사정이 이러하니 입법의 역사를 추적할 때에는 표층의 이유와 심층의 이유를 동시에 들여다보아야 한다.

미국 행정절차법의 제정과정은 더욱더 다이내믹한 역사를 보여준다. 1946년에 제정된 미국 연방행정절차법은 트루먼 대통령과 민주당(여당) 내 뉴딜정책 지지자들이 당시 이미 예견되고 있었던 공화당 정권과 그 정권에 의한 반(反)뉴딜정책에 대비하기 위한 하나의 안전장치로 ‘기획’되었다는 것이 다수 미국 학자들의 설명이다.³⁷⁾ 즉, 현재 뉴딜정책으로 혜택을 보는 이익집단들이 이후에도 정책결정과정에 참여하여 정책을 ‘고착’(lock in)시킬 수 있도록, 사전통제방법으로 행정절차법을 활용하였다는 것이다. 현재의 다수당이 잠재적 여당에 대하여, 현 정책상황을 유지하기 위한 도구로서 행정절차법을 제정했다는 주장이다.³⁸⁾ 루스벨트 하의 민주당은 원래, 뉴딜정책에 대한 견제수단으로 강조되었던, 사법절차에 필적하는 적법절차에 대해 소극적이었다.³⁹⁾ 이런 점을 고려하면 1946년 민주당 정부 하에서의 행정절차법 제정은 매우 드라마틱하다.⁴⁰⁾

그렇다면 1996년의 한국 행정절차법은 어떠한 내부적 동력과 외부적 압력 하에서 제정되었는가? 이제부터는 이 이야기를 해야 하는데 특히 역사의 표층이 아니라 심층을 들여다보아야 한다고 주장하는 필자의 말대로라면 그 심층을 직간접적으로 확인할 수 있는 자료제시에 충실해야 한다. 그러한 자료에는 중앙부처의 공문서, 각종 회의록 및 토론회자료, 대통령 회고록, 시민단체 청원서, 관련 연구기관의 연구보고서, 언론 기사 자료, 기타 국내외 논문, 단행본, 정기간행물의 문헌과 국회의 의안정보시스템, 법제처의 법령 검색시스템 등이 포함된다.⁴¹⁾

35) David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 14-15쪽.

36) 제프 일리, 유강은 옮김, *THE LEFT 1848~2000: 미완의 기획, 유럽 좌파의 역사*, 756-757쪽. 한편 제1차 석유위기(1973)는 아랍의 자원민족주의 등 분명한 정치적 원인에 의해 촉발되었다. 그렇기 때문에 1973년 당시 미국은 석유공급량을 원래대로 돌리고 석유가격을 인하시키기 위해 사우디아라비아, 쿠웨이트 등의 산유국에 군사력을 동원해 쳐들어갈 계획까지 세웠다. 이러한 사실은 영국 정보부의 보고서에 의해 백일하에 드러났다. David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 27쪽.

37) 엄석진/허미혜, 위의 글, 4쪽. 다만 김광수 교수는 이러한 정치적 해석이 다소 과장되었다고 지적한다. 김광수, “미국 행정절차법 연구: 미국 행정법상 절차적 권리의 유효사거리에 관하여”, *행정법연구* 제12호(2004), 275쪽 각주 3번.

38) 엄석진/허미혜, 위의 글, 4쪽.

39) 이상돈, “미국의 연방행정절차법”, 김이열 편저, *행정절차법 연구*, 61-66쪽.

40) 독일과 미국에서 행정절차(법)의 위상과 기능상의 차이에 대해서는 우선 다음을 참고하라. 강경선, 이계수, *행정법 I*, 한국방송통신대학출판부, 2009, 44-46쪽. 또한 Fritz Scharpf, *Die Politischen Kontrollen des Rechtsstaats: Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, Tübingen, 1970.

41) 엄석진/허미혜, 위의 글, 11쪽 참고.

다만, 이런 자료들을 일별해도 심층을 알 수 없는 경우가 있을 수 있다. 실제로 행정절차법이 어떠한 내부적 동력과 외부적 압력 하에서 만들어졌는지를 알 수 있는 단서가 이들 자료로부터 나오지 않는다. 국회의 소관 상임위원회의 논의를 읽어보아도 심층의 이유를 알 수 없다. 그래서 필자는 행정절차법 제정 논의와 제정의 면에서 “시기적으로 그 궤도를 같이 한다”⁴²⁾고 이야기되는 일본의 행정절차법에 대한 평가에 우선은 기대보기로 했다.

전후 일본은 세 번에 걸쳐 행정절차법 제정의 기회를 만났는데, 한국과 마찬가지로 일본도 세 번째 기회를 포착하여 간신히 행정절차법을 제정할 수 있었다.⁴³⁾ 이렇게 우여곡절 끝에 만들어진 일본 행정절차법은 다음과 같은 입법과정 상의 특징을 갖는다.⁴⁴⁾

첫째, 일본에서 행정절차법은 행정개혁이라는 정책과제 수행의 일환으로 받아들여져 왔다. 입법이 국민·주민의 민주적 요구를 수용하는 양상으로 성취된 것은 아니라는 뜻이다. 이는 미국 연방행정절차법의 제정에서 나타나는, 민주-공화 양당 간의 치열한 정치적 프로세스로서의 법률제정과도 거리가 멀다.

따라서 ① 정치일정에 따른 결과 30년 이상 지연된 행정절차법의 제정 작업이 일순간에 촉진됨과 동시에 행정개혁과 직접 관계가 없고 심의에 시간이 걸리는 일은 심의의 대상으로 하지 않았다. ② 행정개혁의 중요한 목표 중 하나가 행정규제완화, 행정의 과도한 민간개입의 시정이었기 때문에 행정절차 부회(部會)의 심의에서도 중점은 개인과 기업의 역할에 대한 것이었다.⁴⁵⁾ 특히 실제 입법에서는 인·허가 신청에 대한 행정기관의 대처 및 바람직한 행정지도 방식에 초점이 맞추어져 그와 관련된 사항이 행정절차법에 폭넓게 반영되었다.⁴⁶⁾ 이러한 현실을 더 넓은 (일본의) 정치-사회적 맥락에서 풀어쓰면, 행정절차법은 “전후사를 통하여 진행된 관료와 재계의 권력 내 주도권 다툼에서 재계의 정부에 대한 상대적 우위가 확립된 단계에서, 관료주도로부터 재계주도를 도모하는 중에 행정재량의 축소·통제 요구를 재계가 제기하고 이것을 정부도 받아들인”⁴⁷⁾ 하나의 결과물이 된다.

둘째, 한국에서와 마찬가지로 일본에서도 행정절차법은 법학자와 실무자 사이의 긴밀한 제휴의 결과물이다. 여기에 시민단체 및 언론의 역할은 미미했다.⁴⁸⁾

셋째, 삼세판 만에 결국 행정절차법이 제정된 데는 외압 특히 미국의 일본에 대한

42) 이상규/김철용/성낙인/김승렬, 위의 글, 16쪽.

43) 김철용, “독일과 일본의 행정절차법의 최근동향”, 9쪽.

44) 아래의 내용은 김철용, 위의 글, 9쪽을 주로 참고하면서 필자가 적절히 내용을 추가한 것이다.

45) 石崎成也, “司法制度改革と行政訴訟: 最高裁の判例動向を踏まえて”, 法の科学, 41号(2010), 31쪽.

46) 행정지도는 일본행정법의 한 특수성을 구성하는 부분이면서, 동시에 유럽인들의 ‘보편적’인 시각에서 보았을 때, 도무지 이해하기 어려운 규제 방식이었다.

47) 石崎成也, “司法制度改革と行政訴訟: 最高裁の判例動向を踏まえて”, 法の科学, 41号(2010), 31쪽.

48) 1995년에 구성된 행정절차법안심의위원회의 위원명단 중 사회단체에서 위촉된 위원은 전국경제인연합회 이사, 한국노총 정책실장, 대한상공회의소 이사 등 3인이었는데, 이들은 모두 재계의 입장을 대변하는 인물들이어서 시민단체의 참여는 전적으로 배제되고 있음을 확인할 수 있다. 당시 위원회 전체 명단은 오준근, 행정절차법, 삼지원, 1998, 49쪽 각주 24번; 한편 시오노 교수는 일본에서 행정절차법을 제정할 당시 매스컴이 그에 대해 전혀 관심을 갖지 않았다고 술회한다. 塩野宏/岡田正則/人見剛, “立法による行政の変革と公法学: 塩野宏先生に聞く”, 法律時報, 제80권 10호(2008/09), 5쪽.

시장개방 압력이 결정적이었던 사실이다.

이상의 세 가지 특징은 한국 행정절차법 입법사의 심층을 이해하는 데에도 매우 적절한 관점을 제공한다. 오랫동안 지연된 행정절차법의 제정 작업이 일순간에 촉진된 것이라든지, 관치경제를 타파하고 규제완화를 추진했으며, 경제협력개발기구(OECD)에 가입하고 세계화를 주장한 김영삼 정부의 일련의 ‘개혁’ 입법 중 하나가 바로 행정절차법이라는 점은 일본의 상황과 매우 유사하다.⁴⁹⁾ 당시 행정절차법과 함께 행정 개혁의 쌍둥이 법률로 제정된 것이 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’(정보공개법)인데, 이 법률안들에 대한 (극히 형식적이고 통법부적인) 국회 논의 중에도 이석현 위원의 다음 발언은 귀에 쏙 들어온다. “OECD에 가입이 확정된 이상 정보공개법의 입법이 요구되는 것은 어쩌면 극히 당연한 결과라고 볼 수 있습니다.”⁵⁰⁾

신자유주의는 시장에서의 교환을 “그 자체가 윤리이며, 사람들의 모든 행동을 향도하는 능력을 갖는, 이제까지 유지되어온 모든 윤리적 신념을 대체하는” 것이라고 평가하며, 시장에서의 계약관계의 중요성을 강조한다. 그것은 시장거래의 범위와 빈도를 최대화하는 것에서 사회재화는 최대화된다고 보는 사고방식이어서, 사람들의 모든 행동을 시장의 영역으로 끌고 들어오려 한다. 이렇게 하려면 정보창조를 위한 기술이 필요하고, 글로벌 시장이라는 환경 속에서 결정의 지침이 될 방대한 데이터를 축적, 보존, 이동, 분석, 처리하기 위한 능력이 있어야 한다. 그러므로 신자유주의는 정보기술에 강한 관심을 보이며, 그 동향을 열심히 추적하려고 한다. OECD가 개인정보보호에 관한 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)을 만들어 이를 열심히 전파하고 있는 것,⁵¹⁾ 세계화를 추진한 김영삼 정부가 그 출범 첫 해에 바로 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’을 제정한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 여기에 이제 정보공개법과 행정절차법이 추가된 것이다.

사정이 이러하기에 한국과 일본에서 행정절차법이 제정되기에 이른 직접적인 계기는 한국의 자본과 경제엘리트들도 원했던 신자유주의적 규제완화이며, 여기에 미국정

49) 또한 두 나라는 공히 1990년대의 워싱턴 합의(Washington consensus)의 직접적인 영향 아래 있었다.

50) 제15대 국회 제181회-행정제8차 회의록. (이석현 위원의 발언), 2쪽. 한국은 1996년 12월 12일 회원국으로 OECD에 가입하였다.

51) “The OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, adopted on 23 September 1980, continue to represent international consensus on general guidance concerning the collection and management of personal information. By setting out core principles, the Guidelines play a major role in assisting governments, businesses and consumer representatives in their efforts to protect privacy and personal data, and in obviating unnecessary restrictions to transborder data flows, both on and off line. The reflection of twenty-one years of expertise and experience shared among representatives of OECD governments, business and industry, and civil society, this publication contains the instruments that serve as the foundation for privacy protection at the global level: the 1980 OECD Privacy Guidelines, the 1985 Declaration on Transborder Data Flows and the 1998 Ministerial Declaration on the Protection of Privacy on Global Networks.” 출처: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en

부가 한국 혹은 일본 정부에 대해 요구한 행정운영의 투명화라는 압력도 주효했음을 알 수 있다.⁵²⁾

III. 세계화와 내국법에 대한 대내외 자본의 영향

사실, 오늘날 입법의 역사를 이해하는 데 빼놓을 수 없는 요소가 세계화이다.⁵³⁾ 세계화, 글로벌화 국면, 그리고 법의 통합이 이루어지고 있는 국면에서 특정 법률의 진면모를 알아내려면 외국법(세계법), 지역법(EU법)에서 오는 ‘외압’과 자국법의 전통에서 오는 ‘내압’ 사이의 상호 투쟁을 이해해야 한다.⁵⁴⁾

개별 국민국가에서 법은 내부 압력(자본과 노동의 이해, 계급투쟁 등)과 외부 압력의 복합적 요소가 작용하여 제정되거나 개폐된다. 자본주의 초기 국면에서는 19세기 영국의 곡물법 사례가 이를 잘 보여준다. 곡물법 제정의 외부적 압력 혹은 동인은 패퇴한 나폴레옹 프랑스에 대한 영국의 견제였다. 그러나 내부적으로 들어가면 산업자본과 토지자본의 대립이 등장한다. 마르크스는 <자본론> ‘제10장 노동일’에서, 1846~47년 곡물법 폐지에 대해 언급한다. 흥미로운 것은 곡물법 폐지 문제를 놓고 노동자와 자본가(자유무역주의자)들의 일시적 동맹이 형성되었다는 사실이다.⁵⁵⁾

따라서 세계화와 외국법이 가하는 내국법에 대한 영향과 압력을 신자유주의 시대만의 현상으로 치부할 수는 없다. 다만, 주목할 점은 이러한 영향과 압력이 오늘날의 신자유주의 국가 체제 아래에서는, 특정한 사안과 계기에서만 작동하는 것이 아니라 일상화·예외적이지 않다는 의미에서 그것은 규범적인 것이기도 하다—되고 있다는

52) 石崎成也, 위의 글, 31쪽; 마고사키 우케루 전 외무성 국제정보국장은 2013년 말 일본 시민사회의 폭넓은 비판에도 불구하고 아베 정권이 밀어붙인 비밀보호법은 “일본의 필요에 의해 만들어지는 게 아니라 미국의 요구에 의해 제정된 것”이며, 이 법의 핵심은 “집단적 자위권 행사로 자위대가 미군과 함께 전쟁을 할 경우 미군의 정보가 새어나가지 않게 하려는” 데 있다고 비판한 바 있다. 한겨레신문, 2013. 11. 5자(기사제목: 일본 전 고위관료 “비밀보호법 추진 뒤엔 미국 있다”). 우케루 전 국장은 미국의 동아시아 지배를 일본 사례를 중심으로 역사적으로 설명한 책을 내기도 했다. 마고사키 우케루, 양기호 옮김, 미국은 동아시아를 어떻게 지배했나: 일본의 사례, 1945-2012년, 메디치미디어, 2013.

53) 서울대학교 법학연구소 법의지배센터가 펴낸 최초의 연구시리즈(2004-1) 발간사에서 안경환 교수는 다음과 같이 적고 있다. “국제화(Globalization)라는 화두는 근원적 정당성이나 실용적 허와 실을 따지기 이전에 이미 현실로 정착되었다.” 장승화 편저, 위의 책, i 쪽.

54) ハンス=コアヒム・コッホ編/岡田正則 監訳, ドイツ環境法, 成文堂, 2012, 412쪽.

55) 마르크스의 ‘자유무역에 대한 연설’에는 다음과 같은 흥미로운 대목이 있다. “영국 노동자들은 토지 소유자들과 산업 자본가들 사이의 투쟁의 의미를 아주 잘 알고 있었습니다. 사람들이 [산업 자본가들이] 빵 가격을 하락시키려 하는 것은 임금을 하락시키기 위함이라는 것, 그리고 지대가 감소하면 산업 이윤이 그만큼 증가하리라는 것을 노동자들은 너무도 잘 알고 있습니다. 영국 노동자들은 자신들이 자유무역론자들의 현혹과 기만에 속지 않는다는 것을 그들에게 깨우쳐주었습니다. 그럼에도 불구하고 노동자들이 토지 소유자들에 대항하여 자유무역론자들과 연합했던 것은 봉건제의 마지막 전제들을 일소하기 위해서, 그리고 이제는 오직 하나의 적만을 상대할 수 있기 위해서였습니다. 노동자들의 계산은 어긋나지 않았습니다. 왜냐하면 토지 소유자들은 공장주들에게 복수하기 위해 노동자들과 제휴를 맺고 10시간 노동법을 통과시켰기 때문입니다. 이 법안은 노동자들이 30년 동안이나 요구하였으나 소용없었던 것인데 곡물 관세 폐지 후에 즉각 통과되었습니다.” 마르크스, “자유무역 문제에 대한 연설”, 칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작 선집1, 박종철출판사, 358-359쪽.

점이다.

마르크스는 공장법을 “사회가 그 생산과정의 자연발생적 형태에 가한 최초의 의식적이고 계획적인 반작용”이라고 평가한 뒤, 공장법의 제정을 면사나 자동 물 방적기, 전신 등과 마찬가지로 대공업이 낳은 하나의 필연적 산물로 보았다. 공장법은 자유경쟁의 유지를 위해 이후 확대 적용되어갔다. 작업장 또는 공장 중에서 적나라한 착취가 제한되는 곳과 그렇지 않은 곳이 동시에 나타나면, 사회적 규제를 받는 측에서는 ‘손실’을 메꾸려는 경향이 생긴다. 이 착취의 탐욕이 사회적 규제의 적용 확대를 불러 일으킨다. 대규모 고용주의 공장주들은 소규모 작업장이 법적 규제에서 면제되어 있는 반면, 자신들은 규제와 제한을 받고 있다는 사실을 못견뎌하면서 착취의 평등을 요구한다.⁵⁶⁾ 이런 일은 자본축적의 역사에서 늘 있어왔지만, 착취의 평등을 향한 요구가 이제는 세계적 차원에서도 보편적으로 주장·관철되고 있다.⁵⁷⁾

일례로 2018년 10월 19일 벨기에 브뤼셀에서 열린 한-유럽연합(EU) 정상회담에서 EU 측은 한국에 “노동기본권에 관한 약속을 지키라”고 요구했다. 한국이 2010년 유럽연합과 자유무역협정(FTA)을 체결하면서 노동기본권 보장 약속을 했지만 이행하지 않고 있다는 지적과 함께 말이다. 자유무역협정에는 노동기본권 조항이 반드시 들어간다. 노동기본권 보장에 들이는 사회적 비용을 ‘최저한’으로 두어 기본권을 희생해야 하며 무리하게 경쟁하는 일을 막기 위해서다.⁵⁸⁾

1960년대 중반부터 본격화한 자본의 축적위기는 자본간 ‘공정한’ 경쟁을 요구하게 되고, 이것은 OECD 이사회가 오염자 부담원칙(Polluter Pays Principle, 약칭 PPP)의 적용을 각국에 권고(1972)하는 계기가 되기도 했다.⁵⁹⁾ 그러므로 미국·서독·일본·북유럽 등 ‘선진’ 자본주의 국가에서 1970년대가 환경법의 첫 번째 입법기로 자리 잡은 것은 우연이 아니다.”⁶⁰⁾

그러므로 신자유주의 국가, 즉 “국내외의 자본에게 유리한 축적조건을 촉진하는 것을 기본임무로 하는 국가기구”⁶¹⁾가 “강력한 사적 소유권, 자유시장, 자유무역을 특징으로 하는 제도적 틀의 범위 내에서 개개인의 기업 활동의 자유와 그 능력이 무제한

56) 마르크스는 자본론에서 “대규모 고용주의 공장이 규제를 받고 있는데, 똑같은 사업부문에서 소규모 사업장이 노동시간에 대한 아무런 법적 규제도 받지 않는다는 것은 대규모 고용주에게 부당한 일이다. 소규모 작업장을 법적 규제에서 제외시킴으로써 노동시간과 관련된 경쟁조건이 부당한 상태에서 대규모 공장주들에게 또 하나의 불이익이 추가되고 있다. 즉 소년노동과 부녀자노동이 공장법의 규제를 받지 않는 작업장들에 공급되고 있는 것이다. 그것은 결국 소규모 작업장의 증가를 가져오겠지만, 이런 작업장은 거의 예외 없이 국민의 건강·안락·교육과 전반적인 후생에 하나도 도움이 되지 않을 것이다.”

57) 제1차 세계대전 직후인 1919년에 설립된 국제노동기구(ILO)는 자본축적 과정에서 자본간 경쟁의 격화로 발생할 수 있는, 극단적인 경우 전쟁으로까지 비화할 수도 있는 자본축적 상의 경합을 줄여보려는 노력의 한 결과물이었다.

58) “한-EU 정상회담서 ‘노동기본권 약속 지켜라’ 지적받은 까닭은”, 한겨레신문, 2018. 10. 22자.

59) 오염자부담원칙은 공해규제의 준수비용이 오염자의 부담으로 되는 나라에서 조업하는 사업자와 정부의 부담으로 되는 나라에서 조업하는 사업자 간에는 정부보조금 만큼의 제비용차이가 발생하는 것이므로 그로 인해 발생하는 국제통상에서의 경쟁력 왜곡을 시정하여 공정한 국제적 경쟁을 실현하는 것에 초점을 맞추고 있다. 北村喜宣, 現代環境法の諸相, 48-49쪽; 구마모토 가즈키, 이승무 옮김, 일본의 순환형사회 만들기 무엇이 잘못되었는가(순환경제연구소, 2012), 113쪽.

60) 이계수, “환경법의 역사와 과제”, 민주법학 제51호(2013), 145-146쪽.

61) David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 7쪽.

적으로 발휘되는 것에 의해 인류의 부와 권리가 가장 증대한다고 주장하는 정치경제적 실천이론”⁶²⁾에 부합하는 제도적 틀을 창출하고 유지하는 것을 자신의 역할로 삼는 건 당연한 일이다.

1990년대 중반부터 진행된 유럽연합(EU)의 확대과정에서도 이런 면모를 확인할 수 있다. 유럽연합은 경제력이 취약한 신규 가입희망국들에 대해 유럽연합가입을 위한 전제조건을 제시하였다. 그에 따르면 가입희망국들은 유럽연합의 전체 법체계를 수용해야하며 나아가 현재 회원국의 경제적 기준에 맞추어 국민경제를 재편해야 한다. 이것은 구체적으로 말해 유럽연합에 가입하려는 가입희망국들이 ‘신자유주의적’ 경제 원리를 수용해야 하며, 사회보장을 대규모로 감축하고 공적 부문을 대폭 축소해야 한다는 것을 의미했다. 이렇게 되면 유럽연합 가입을 계기로 결국 대다수 국민을 희생시키는 ‘사회적 덤핑’과 경제력이 강한 회원국가의 대기업만 이득을 보는 일이 생기게 된다. 유럽연합의 확대는 결국 자본주의적 세계화에 다름 아니었던 것이다.⁶³⁾

개별 주권국가·국민국가의 법은 세계무역기구(WTO)나 자유무역협정(FTA), 그리고 자율적 민간 국제기구의 직접적 영향 하에 놓인다.⁶⁴⁾ 예컨대 금융규제실무에서 중요한 것은 국제결제은행 기준(BIS)에 따른 자기자본비율이다. 그 비율을 정하는 것은 국민국가의 국회가 아니다. 오늘날 금융규제법의 전개에서 외부적 압력은 내부적 동력을 압도한다. 혹은 내부적 동력에서 주도권을 쥔 세력은 외부적 압력을 적절히 이용한다.

한편, 외부적 압력 혹은 외국법, 세계법의 영향이라고 하지만, 실상 그것의 실체는 미국(법)의 압력과 영향이다. 특히 회사법, 금융법, 반독점법 등에서 그것의 영향력은 가히 제국(帝國)적이라 할만하다. 미국은 또한 IMF나 월드뱅크는 물론, 국제결제은행 기준, 국제회계기준을 만들어내는 국제 ‘민간기구’들을 사실상 통제한다. 이 기구들은 그러나 사적 주체들이기 때문에 미국의 제국주의적 개입이라는 외양은 분식(粉飾)된다.⁶⁵⁾

IV. 법을 통한 자본지배(=‘법의 지배’)와 행정절차법의 자유주의적 변용

2차 대전 패전 이후 일본 행정법 학계는 한때 독일식 법치국가원리에 기초한 전통적 행정법학을 비판하기 위해 영미식 법의 지배원리의 우월성을 강조했다. 법치국가와의 대비 속에서 법의 지배를 과도하게 이상화하고 높게 평가했던 것이다.⁶⁶⁾ 그러나 이러한 경향은 이후 점차 사그라지고 법치주의나 법의 지배나 모두 실질적 법치국가

62) David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 2쪽.

63) 마르틴 쿠차, 이계수 옮김, “유럽연합의 확대: 줄어든 주권=줄어든 민주주의?”, 신자유주의와 민주법학, 2001년 민주주의법학연구회 심포지움 자료집, 11-12쪽

64) 김태호, “경제행정의 세계화-행정의 통제규범으로서 WTO협정?: 대법원 2005.9.7. 선고, 2004추10 판결의 평석을 겸하여”, 법학(서울대학교), 46권 4호(2005), 312-348쪽.

65) 요아힘 히르쉬

66) 김남진, “법률의 지배와 법의 지배 : 독일형 법치주의와 영미형 법치주의”, 고시연구, 1997년 4월호, 47-48쪽.

의 구현의 면에서 차이가 없다는 해석이 일반적으로 되었다. 그런데 이러한 해석이 재차 변하고 있는 것으로 보인다. ‘법의 지배’가 신자유주의 세계화 국면에서 보다 더 우월적 지위를 누리는 ‘법치국가’ 이론으로 등장하고 있다. 이러한 사정은 한국 행정법학에서도 크게 다르지 않은 것처럼 보인다. 바로 이러한 국면에서 행정절차법이 만들어졌다.

신자유주의적으로 재해석된 법의 지배에서 법은 하이에크(F. Hayek)적 의미의 ‘자생적 질서’이며, 상당히 복고적 의미를 지닌다. 여기서 법은 다국적기업을 중심으로 한 사적 주체의 자유와 시장 질서에 개입하는 국가권력에 대해 방어적 태도를 취한다. 이러한 법 하에서도 행정의 재량행위 일체가 부정되지는 않지만 행정부의 권한은 최소한으로 억제되고 재량행위가 시장 질서를 왜곡하지 않아야 한다. 그러려면 행정의 권한 행사는 공정하고 투명하며 예측(신뢰) 가능해야 한다.⁶⁷⁾ 투명성과 신뢰성, 그리고 (행정)절차법의 이념으로서 공정성(fairness)⁶⁸⁾은 시장질서의 왜곡을 막는 절차적 정의와 깊이 연결되어 있다. 이것이 오늘날 법의 지배 원리 하에서 자주 얘기되는 내용이다.⁶⁹⁾

위와 같은 법의 지배 이념을 수용하기 위하여 한국과 일본에서 행정절차법은, 앞서도 지적한 바와 같이 개인과 기업의 역할에 집중했고, 실제 입법에서는 인·허가 ‘신청’에 대한 행정기관의 대처 및 행정지도에 대한 통제원리와 법리에 초점을 맞추게 된다.

한국과 일본의 행정절차법이 대기업을 염두에 두고 불이익절차와 신청에 대한 절차로 처분절차를 양분한 것은 비교법적으로 볼 때 아주 독특한 것은 사실이다.⁷⁰⁾ 또한 동양적 특수성으로까지 이야기되었던 행정지도는 법의 지배 이념에 의해 규제되어야 마땅할 것으로 비쳐졌을 것이다.

물론, 행정의 권한 행사가 공정하고 투명하며 예측 가능해지는 것은 좋은 일이다(행정절차법 제1조, 제5조 등 참조). 행정절차법 제49조에 따르면 행정지도의 취지와 내용 및 책임자는 명확해야 한다. 여기서 취지는 동법 제23조가 말하는 이유제시와는 다르다. 그것은 행정지도의 목적을 상대방에게 설명함으로써 협력을 얻는 수단이자, 특정한 행정지도의 이유를 명확히 하는 과정에서 불합리한 행정지도를 방지하는 역할을 한다.⁷¹⁾ 또한 동법 제51조는 다수인을 대상으로 행정지도를 할 경우 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다고 규정한다. 이

67) 윤현식, 하이에크의 헌정질서론에 관한 연구, 건국대학교 대학원(법학박사), 2012, 258-259쪽.

68) 현행법은 공정성의 내용을 직접 조문화하지는 못하였지만, 그 이념을 절차적 규정 가운데서 대폭 반영하고 있다.

69) 하이에크의 헌정질서론 및 그가 주장한 법의 지배에 대한 비판적 연구로는 윤현식, 위의 글을 참고할 것.

70) 시오노 교수는 “부회(部會)에서 논의를 해도, 특히 대기업 측에서는—그 당시는 대기업에 대하여 불이익 처분을 하는 것은 일단은 없으므로—불이익처분에 대해서는 그다지 관심은 없다. 반면 신청에 대한 처분절차에 대해서는 대단한 관심이 있었고, 필시 그런 배경이 있었기 때문에 둘로 나누는 논의가 어느 단계에선가 시작되었던 것으로 생각합니다. 나는 이 구별이 제안되었을 때 이상하지 않는다고 의문을 갖기도 했습니다.”라고 술회하고 있다. 塩野宏/岡田正則/人見剛, 위의 글, 7쪽.

71) 김원주, “우리나라 행정절차법상 행정지도의 쟁점”, 고시계, 1997년 7월호, 84쪽

렇게 하지 않으면 산업계·경제계는 당연히 문제제기를 할 것이고,⁷²⁾ 그러한 대응이 행정을 투명하고 예측가능하게 만들 것이다. 이를 두고 행정법의 합리화·근대화 과정이라고 평가할 수도 있다.⁷³⁾

그러나 투명화, 예측가능성의 증대, 법적 근거의 제시가 항상 긍정적인 결과만 가져다주는 것은 아니다. 오늘날과 같은 세계화 시대에 초국적 자본은 개별 국가의 행정 권력을 ‘조종·제어’(Steuerung)하는 데 있어 매우 유리한 지위에 있다. 그러한 자본이 행정에 대해 투명할 것을 요구한다는 것은 무엇을 의미하는가? 재래시장, 구멍가게를 망하게 하는 대형 마트와 기업형 슈퍼마켓(SSM)과 같은 거대유통자본을 규제해 달라고 소상공인들이 행정에 대해 요구하여도 행정, 특히 지방행정권력은 법적 근거가 없이는 규제하지 못한다고 답한다.⁷⁴⁾ 이런 경우 그나마 대안으로 동원해 볼 수 있는 규제 수단이 행정지도인데, 이를 두고 다국적 자본과 투자자들은 투명하지 않은 규제라고 비판한다.

행정절차법이 보장하는 투명성 원리는 이처럼 행정이 사회경제적 약자를 보호하거나 사회적 조정을 위한 정치적 수단으로서 행정지도를 사용하려고 할 때, 그것을 공격하는 원리로 기능할 수 있다. 그러므로 법의 지배와 그것을 구체화한 적법절차라는 강력한 무기는 마치 양날의 칼과 같은 것이다. 적법절차의 이러한 양면성은 이미 역사 속에서도 확인할 수 있다. 1920년대에 발전하기 시작한 미국의 행정절차를 보면, 이의 도입이 시장경제에 대한 정부의 개입을 반대하는 측에 의해서도 그리고 정부의 개입을 주장하면서 그 개입이 지속적이고 신빙성이 있어야 한다고 주장한 측에 의해서도 동일하게 주장되었던 것을 확인할 수 있다.⁷⁵⁾

물론, 법의 지배와 절차법적 보장이 항상 규제철폐, 정부개입 반대 모델과 결합하는 것은 아니다. 그러나 글로벌 경제 하에서 그것들은 점점 더 빈번하게 글로벌 대기업, 금융자본, 투자자들에 의해 주장되고 있다.⁷⁶⁾ 그들은 세계화를 움직여가는 실체들이다.⁷⁷⁾ 이들 실체들은 전 세계의 자본주의화(=세계화) 과정을 진전시키며, 그 과정에서

72) 김원주, 위의 글, 86쪽; 또한 오준근, 경제규제행정의 투명성 제고를 위한 법제정비 방안, 한국법제연구원, 1996 참고.

73) 일본 행정절차법 제정에 참여한 시오노 교수는 행정법의 근대화와 현대화를 나누면서 근대화란 “입헌주의를 기본으로 하는 근대법을 일본에 실현·정착시키는 것”이고 현대화란 “근대법이 기본적으로 예정하지 않았던 세계적인 제반 사정의 급격한 변화에 수반하는 문제가 발생할 때” 해야 할 법학의 대응으로 정의하고 있다. 또한 현대화의 과제로서 대표적인 사례로 (주민)참가의 문제를 든다. 塩野宏/岡田正則/人見剛, 위의 글, 5-6쪽.

74) 다만, 이 사안은 현재는 유통산업발전법에 의해 어느 정도 규율되고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 규율상의 한계는 남아 있다. 이와 관련한 행정소송사건으로는 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두 295 전원합의체 판결[영업시간제한등처분취소]을 참고할 것.

75) 이상돈, 위의 글, 60쪽; Paul R. Verkuil, “The emerging concept of administrative procedure”, *Columbia Law Review*, 78권 2호(1978), 260쪽.

76) 행정절차법 시안 작업 단계에서는 국민 외에 외국인의 참가자격에 대하여 별도로 규정을 두는 것이 검토되었다. 그러나 오늘날과 같은 세계화 시대에 새삼스럽게 규정을 두는 것이 이상하다는 의견이 지배적이어서 별도로 규정은 두지 않는 것으로 했다고 한다. 김철용, “행정절차법의 특색과 내용”, 20쪽.

77) 서울대학교 법과대학의 “역사를 통틀어 최초의 본격적인 국제적 차원의 산학협동의 효시가 된 ‘Rule of Law’ 연구프로젝트는 2001년 Microsoft사의 지원으로 시작되었다.” 특기할 만한 점은 이 연구가 진행되는 동안 “서울대학교 법학연구소의 정식편제 속에 ‘법의 지배센터’가 설립되었다.”는 사실이다.

구조적으로 민주주의를 배제하고 있다. 그들은 개별 국민국가 정부가 행하는 기업과 시장에 대한 정당하고 민주적인 규제조차도 투자의 자유 보호, 신뢰보호를 앞세워 방어·봉쇄하고자 하는데, 이때 행정절차법도 하나의 방어수단으로 기능한다.⁷⁸⁾

여기서 ‘법의 지배’는 민주주의적 정치와 대립한다. 정치가 우선하는 것이 아니라 그 반대이다. 널리 정치가 작동해야 하는 사회의 제 영역은 공정, 절차, 국제기준과 같은 규범들에 의해 두루 관리되고 있다. 그래서 이제는 널리 법이 지배하는 사회가 된 것 같지만, 그 법의 혜택이 모든 국민들에게 두루 미치지 않는다. 오히려 노동자, 농민, 개발사업에 반대하는 지역주민, 도시빈민, 도시의 임대자영업자들은 법의 부재 앞에서 고통 받고 있다. 자본주의 국가에서 법의 지배는 언제나 전략적, 선택적으로만 관철된다. 법의 지배의 편재(遍在) 속에 법의 부재(不在) 현상이 두드러지는 것이다.

행정법학은 절차적 정의의 정치적 순기능 및 역기능의 문제를 제기하기 위해 자기 자신을 객관화해야 하며, 그 대상인 법질서 및 법 실무로부터 거리를 두어야 한다.⁷⁹⁾ 즉, ‘법의 지배’, 자유주의 절차법의 지배로 인한 민주주의의 희생·대가의 문제를 논의의 대상에서 제외해서는 안 된다.

V. 행정(절차법)의 민주주의적 기획

19세기 영국에서 문화비평의 기틀을 닦았던 매서 아널드(Matthew Arnold)는 다음과 같은 사례 깊은 말을 남기고 있다. “자유는 아주 타기 좋은 말이지만, 그걸 타고 어디로 가는가가 문제다(freedom is a very good horse to ride, but to ride somewhere).”⁸⁰⁾ 절차도 마찬가지다. 절차 혹은 절차적 정의는 아주 좋은 말이지만, 그걸 타고 어디로 가는지를 물어야 한다. 그것도 자유 민주주의 하에서의 절차법의 민주주의적 기획의 관점에서 말이다.

근대 자본주의 하에서 헌법이란 하나의 잠정타협(modus vivendi) (문서)이다. 그 타협의 두 축을 형성하고 있는 것이 바로 자유주의와 민주주의이며, 양자는 자유 민주주의라는 형식으로 접합 되어 있다.⁸¹⁾ 다만, 이 접합은 필연적인 것이 아니며 우연

장승화 편저, 위의 책, i 쪽.

78) 하비는 미국의 신자유주의적 행정실무와 관련하여 다음 사례를 소개한다. “투자에 대한 우대세제는 노조조직율이 높은 북동부 및 중서부에서 노조조직율이 낮고 노동규제가 느슨한 남부와 서부로 자본이 이동하는 것을 효과적으로 부추겼다.” 말하자면 미국 내 노조가 없거나 약한 지역으로 자본이 이동하는 것에 대해 국가권력은 보조금을 준 셈이다. David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 26쪽. 그런데 만약 행정이 자신의 선행조치(투자할 경우 세금우대조치를 하겠다는 공적인 견해표명)를 이행하지 않는 경우 어떻게 될까? 행정법학에서는 이를 신뢰보호원칙 위반 여부로만 다를 뿐 신뢰보호원칙이 그나마 작동할 수 있는 대의제 민주주의 하에서의 합법성 원칙마저 무너뜨리는 자본의 무기가 될 수 있다는 사실에 대해서는 주목하지 않는다.

79) Fritz Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats: Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, 12쪽.

80) David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 6쪽에서 재인용.

81) C. B. 맥퍼슨은 자유 민주주의를 자유주의와 민주주의의 우연적 접합으로 보았는데, 이러한 시각은

적이다. 근대 자본주의 헌법에는 법의 지배, 개인적 자유에 대한 존중 등의 가치로 구성되는 자유주의적 전통과, 평등과 치자와 피치자의 동일시, 그리고 인민주권 등의 사상으로 구성되는 민주주의적 전통이 우연하게 역사적으로 접합(a contingent historical articulation) 되어 있다.⁸²⁾

헌법이 하나의 잠정타협이고, 자유 민주주의의 구성요소인 자유주의와 민주주의의 결합 자체가 19세기의 부르주아 민주주의라는 역사적 상황의 우연성에 기인한 것임을 상기한다면 자유주의와 민주주의 사이에는 자유 민주주의 내에서의 우위를 차지하기 위한 치열한 투쟁이 벌어지게 될 것임은 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 왜냐하면 칼 슈미트가 간파한 것처럼 “개인을 중심으로 하는 도덕적 담론으로서의 자유주의적 개인주의와 본질적으로 정치적이며 동질성에 기초하여 동일성을 창출하는 것을 목적으로 하는 민주주의의 이상 사이에는 극복할 수 없는 대립이 존재”⁸³⁾하기 때문이다. 1987년의 노동자 대투쟁의 좌절과 1996년 행정절차법의 입법은 그러한 투쟁이 잠정적으로 자유주의의 승리로 귀결되었음을 보여준다.

필자는 이미 “자유주의와 한국행정법”⁸⁴⁾이라는 선행논문에서 한국의 행정절차법은 민주주의의 기획보다는 자유주의의 요구에 충실하다고 주장한 바 있다. 위 논문에서 필자는 한국행정법의 역사(특히, 1987년 헌법 하에서의 역사적 전개)와 현재를 자유주의라는 키워드를 통해 들여다보았다. 여기서 말하는 자유주의는 자유지상주의(libertarianism)·시장자유주의이며, 이는 사회적 자유주의·진보적 자유주의와 대립한다. 자유지상주의로 이해된 자유주의는 시장의 자유 혹은 사적 자치의 이니셔티브를 중심에 놓으면서 ‘법의 지배’ 원리를 강화해간다. 1996년 행정절차법은 크게 보아 바로 이러한 자유화 프로세스의 일환으로 이해할 수 있다.⁸⁵⁾ 동법이 계획 확정절차를 채택하지 않은 이유로 신자유주의의 세계화 국면에서 기존의 계획 확정절차마저도 간소화·신속화 하는 독일의 사정이 중요하게 고려되고 있는 점은 이러한 사정을 반증한다.⁸⁶⁾ 개발을 신속하게 실행하고자 하는 기업과 시장 세력에게 그러한 절차가 썩 반갑지는 않았을 것이다.⁸⁷⁾

상탈 무폐 등에 의해 계승되었다.

82) 상탈 무폐, 이보경 옮김, 정치적인 것의 귀환, 후마니타스, 2007, 15-16쪽.

83) 상탈 무폐, 이보경 옮김, 위의 책, 66쪽.

84) 이계수, “자유주의와 한국행정법”, 행정법연구, 제31호(2011), 51-77쪽.

85) 슈미트-아쓰만도 신뢰보호는 행정절차법 제정 과정에서 핵심적으로 논의된 주제였다고 적고 있다. Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea*, 제2판, 2004, Heidelberg, 357쪽. 신뢰보호는 결국 자유의 보호이다.

86) 김철용, “행정절차법의 특색과 내용”, 19쪽. 물론 계획 확정절차를 채택하지 않은 이유가 이것만은 아니다. 행정계획의 성질 자체가 지나치게 다양하여 일률적으로 규율할 수 없다는 점과 한국 행정절차법의 구성 자체가 독일법과 달라서 독일법상의 행정계획 확정절차를 그대로 수용하기는 어렵다는 이유도 제시되었다. 김철용, 위의 글, 같은 곳.

87) 한국 행정소송법에 따르면 취소소송을 제기하더라도 처분의 효력 등은 정지되지 않는다. 이를 집행부정지의 원칙이라고 한다. 반면 독일 행정법원법은 집행정지를 원칙으로 한다. 이에 대해 대부분의 교과서들은 무엇을 원칙으로 할 것인가는 입법정책의 문제라고 한다. 반면, 김중권 교수는 “행정법원에 의한 잠정적 권리보호는 입법자가 임의로 부여하거나 제한하거나 빼앗을 수 있는 선물이 아니라, 헌법상의 명령(원칙)”이라고 지적하고 있다. 그런데 이러한 독일의 집행정지제도도 1990년 독일 통일 이후 개별법에 의해 상당부분 침식당하고 있다. 예컨대 독일 행정법원법 제80조 제2항 제3호는 “연방 법률에 규정되거나, 주법의 경우 주의 법률에 의하여 규정된 그 밖의 경우, 특히 투자나 일자리의

이러한 프로세스는 경제적·사회적 권력을 가진 소수의 자유는 확장하지만, 그렇지 못한 다수의 실질적인 자유는 오히려 축소한다는 점⁸⁸⁾에서 ‘자유화의 모순’ 혹은 ‘자유화의 딜레마’에 해당한다. 그리고 이러한 우려는 절차법이 적용되는 실제 사례에서 현실화되기도 한다.

행정청이 불이익처분을 할 때 상대방에게 의견제출 기회를 부여하지 않은 것이 문제가 되었다. 여기서 처분 상대방의 쟁송제기 자체를 문제 삼을 수는 없다. 다만, 이러한 자유 방어적 지위 혹은 기회가 시장 지배적 지위에 있는 사인들에게 유리하게 배분되고 있다면 이 점에 대해서는 비판적으로 들여다보아야 한다. 행정절차법상 당사자는 “행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자와 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인”이고, ‘불특정 다수의 인근주민’은 ‘당사자 등’에 해당하지 않는다는 사실에 주목해야 한다.⁸⁹⁾

행정결정이 적법절차에 따라 이루어져야 한다는 것은 모든 국민이 기대하는 바이지만 현실에서 모든 국민이 행정절차법을 원용할 수 있는 것은 아니다. 일방의 이익과 타방의 불이익 간에 상호구속성이 존재하는 삼면적 행정법 관계에서 행정절차법적으로 보장되는 이익은 제한되어 있다. 그래서 행정절차법이 “처분 및 행정지도의 상대방의 절차적 권리를 규정하는 데 주안”을 둠으로써 “난개발에 저항하는 주민들의 절차적 지위를 보장하는” 것이 아니라 “오히려 개발을 촉진하는 법”처럼 기능하고 있다는 비판도 나오고 있다.⁹⁰⁾ 행정법의 자유화가 반드시 행정법의 민주화를 의미하는 것은 아닌 셈이다.

자유 민주주의가 자유주의와 민주주의의 결합체제인 이상 이러한 현실은 불가피해 보이지만, 그렇다고 이것을 계속 방치해도 된다는 뜻은 아니다. 행정법의 자유화의 길이 행정법의 민주화의 길도 견인해낼 수 있는 방법을 찾아야 한다. 그렇게 하지 않으면 자유의 과잉이 민주주의에 대한 위협을 초래할 수도 있다.

1990년대 이후 행정절차법은 자유주의의 동반자의 길을 걸어왔다. 그러나 신자유주의와 자본주의적 세계화의 폐해가 속출하고 있는 현실을 생각한다면 행정절차법의 새로운 시대는 민주주의 행정법의 요구를 분명하게 수용해야한다. ‘절차적 정의’가 특정 집단의 주관적 이익만을 보호하거나 민주주의의 결핍을 분식(粉飾)하는 알리바이로만 기능해서는 안 된다.

자신의 행정법교과서 제3판 서문에서 오토 마이어는 “헌법은 변해도, 행정법은 변

창출에 관련된 행정행위에 대한 제3자의 행정심판 청구 및 소송의 경우” 집행정지효가 상실될 수 있다고 규정하였고, 이에 따라 독일 건설법전(Baugesetzbuch), 제212a조 제1항은 다음과 같이 조문을 두고 있다. “사업안에 대한 건축 감독청의 허가에 대해 제3자가 제기하는 행정심판청구 및 취소소송은 (집행)정지효/연기효가 없다” 독일 건설법전 제212a조 제1항은 1990년 동서독일 통일 이후 전체 독일 국민의 긴급한 주택수요를 만족시킬 목적으로 입법된 주택건설용의화법(WoBauErlG)의 일부분으로 제정된 건설법전조치법에서 유래한다.

88) Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehre*, Heidelberg, 1992, 256-257쪽.

89) 최우용, 로스쿨 일본 변호사시험 행정법 완전분석, 한국학술정보, 2011, 152-153쪽; 또한 대법 2009. 4. 23. 선고 2008두686 판결 참조.

90) 石崎成也, 위의 글, 32쪽.

하지 않는다(Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht).”⁹¹⁾고 말했다. 1924년의 일이다. 행정법교수들은 요즘 세상에 저런 말은 더 이상 유효하지 않다고 설명한다. 그런데 행정법교수들이 말하지 않는 것이, 혹은 알려고 하지 않은 것이 하나 더 있다. 오토 마이어가 왜 그 시점에서 굳이 저런 말을 했는가 하는 점이다. 오토 마이어는 절대주의적 관헌국가의 이념을 합법화하려고 시도한 이론가에 불과했다는 평가도 있지만, 절대주의적 관헌국가 이념과 법치국가 이념을 적절히 타협하려고 한 이론가라는 평가도 받는다.⁹²⁾ 어느 쪽이든 그는 사회민주주의 국가에 반대했다. 그는 위의 문장을 통해 바이마르 헌법의 정치적 영향력에서 벗어나, 19세기 관헌국가와 법치국가를 보존하는 행정법의 독자성을 강조하고 싶었을 것이다. 그러므로 저 도발적인 문장은 바이마르 공화국이 되어서도 변함없이 19세기 자유주의 행정법학을 지키겠다는 정통 보수 부르주아 학자의 결기에 찬 선언에 다름 아니다.

나아가 저 문장이 품고 있는 대결의 심층을 이해하려면 1921년에 채택된 독일 사회민주당의 괴를리츠 강령(Das Görlitzer Programm)을 읽어보아야 한다. 동 강령에서 사회민주당은 행정법을 통한 사회의 민주주의적 개혁을 주장하였다. 오토 마이어의 문장이 대결하고자 하는 세력은 바로 저, “민주주의적 행정”을 통해 사회를 변혁하려고 하는 자들인 것이다. 괴를리츠 강령 중 “헌법과 행정”에 대해 서술한 부분도 흥미롭다. 이런 것을 읽어내야 한다. 행정절차법 제정 20년이 지난 지금, 민주법학에게는 이 법을 민주주의적 참여의 도구로 만들 수 있는지를 진지하게 재검토해야 하는 임무가 주어져 있다. 그러자면 오토 마이어의 저 유명한 문장의 의미를 정치적으로 해석하는 일부터 다시 시작해야 할지도 모르겠다.

91) 이 문장을 직역하면 “헌법은 사라지지만, 행정법은 존속한다.”가 되지만 의역을 하자면 그렇다.

92) 山本 敬生, “オットー・マイヤーの国家観”, 산경논총.

제3주제

시장권력과 치안구조의 변화

오 병 두 교수
(홍익대학교 법과대학)

토론 | 박 지 현 교수
(인제대 공공인재학부)

시장권력과 치안구조의 변화

- 검찰과 경찰의 최근 변화를 중심으로 - *

오병두 교수(홍익대학교 법과대학)

<요약문>

이 글은 이명박-박근혜정부 이래의 '시장권력'의 강화가 검찰-경찰과 같은 '치안기구'의 역할·기능, 다시 말하면 '치안구조'에 어떠한 영향을 미치고 있는지를 다루기 위한 것이다. 형사법적 관점에서 '단속·처벌권력'을 지칭하는 의미로 '치안'을 다루었다. 본론에서는 검찰과 경찰의 최근 움직임 중에서 시장권력과 관계된 행보를 일별하고 그에 따라 치안구조의 변화 추세 내지 상호관계를 관찰함으로써 신자유주의적 치안구조의 변화가 발견되는지 확인하고자 하였다.

한국의 검찰과 법무부는 치안기구로서 많은 영역에서 경찰과 중복되는 역할을 수행해왔다. 검찰이 경찰과 더불어 '치안'영역에서 유사한 역할을 중복 수행하면서 경쟁하는 듯한 모양새이다.

최근 검찰의 행보는 '생활적폐 수사'를 명문으로 종래의 '기획수사' 기능을 강화하고, '수사의 전문성 강화'를 이유로 중점검찰청을 확대하여 수사권조정 이후를 대비하고 있다. 또한 '경제영역'에 대한 수사를 적극적으로 전개하겠다는 입장이다. 특히 공정거래법 위반 사건 등에 대해 직접 수사를 강화하여 시장권력을 통제하고자 한다.

경찰은 이명박-박근혜정부 이래의 '신자유주의적인 치안정책'을 큰 변화 없이 유지하고 있는 것으로 판단된다. 2013년 문제가 되었던 범죄지도와 그 공개 문제는 '집값'에 민감한 한국 사회의 현실을 보여주는 계기가 되었을 뿐 아니라 공간과 관련된 신자유주의 형사정책의 한 요소를 확인시켜주었다. 또한 경찰이 강조하는 지역치안협의회 체제 등도 같은 맥락에서 파악될 수는 있다.

주제어: 시장독점, 치안기구로서의 검찰, 중점검찰청, 범죄지도, 치안협의회

< 차례 >

- I. 시작하며
- II. 검찰권력과 시장권력
- III. 경찰권력과 시장권력
- IV. 결론을 대신하여

* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

I. 시작하며

이 글은 이명박-박근혜정권 이래 ‘시장권력’의 강화가 검찰-경찰과 같은 ‘치안기구’의 역할·기능, 다시 말하면 ‘치안구조’에 어떠한 영향을 미치고 있는지를 다루기 위한 것이다. 여기에서 ‘치안’과 ‘치안구조’, ‘치안기구’는 형사법적 관점에서 ‘단속·처벌권력’을 지칭하는 잠정적인 의미로 사용하기로 한다. 따라서 이 글에서 다루는 ‘치안’의 범위는 -국방력까지를 포함하는- 국가 전체 차원의 치안(public security)까지는 아니다.

이처럼 검찰과 경찰의 최근 변화를 중심으로 ‘치안구조의 변화’와 ‘시장권력’ 사이의 연관관계가 어떠한 방식으로 진행되고 있는가를 다루고자 할 때, 문제는 그 접근 방법일 것이다. 양자의 상호관계, 인과관계를 실증적인 자료를 통해 분석하는 일을 쉽지 않고, 필자는 능력도 그에 미치지 못한다. 부득이 필자는 검찰과 경찰의 공식적인 언명, 특히 외부로 적극적으로 공개한 자료를 시기별로 일별하면서 최근 10여 년간 검찰과 경찰의 주요 정책적 중점의 변화과정을 관찰하여 그 사회·경제적 의미가 무엇인가를 검토하는 방법을 택하고자 한다.

‘치안’이라는 용어는 다양한 맥락과 의미로 사용된다.¹⁾ ‘치안’의 구체적 의미에 관하여는 보다 엄밀한 검토와 논증이 필요할 것이나 그 중심에 ‘경찰’이 있다는 점에 특별한 의문은 없는 것 같다. 그와 더불어 검찰도 형사적 권력기구이면서 동시에 치안기구로 보아야 한다. 이 점은 검찰권이 과도하게 비대한 한국적 현실과 관련이 깊다.²⁾ 그러나 한국 검찰이 ‘치안기구’라는 점은 단순히 그 역할을 형사사건의 소추에 한정하고 있지 않다는 점과 법무부를 실질적으로 장악하여 국가의 (법)정책 전반에 깊숙이 개입하고 있다는 점과 관련이 깊다.³⁾⁴⁾ 필자가 2008년 이계수 교수와의 공동논문에서 “신자유주의적 경찰국가화”가 당시 이명박정권에서 “법률적 승인 단계로 격상

1) ‘치안’의 의미는 다양하게 사용된다. 이 글과 관련하여 몇 가지만 보기로 한다. 우선, 국가의 내부적 통치술이라는 의미에서도 ‘치안’이라는 용어가 사용되기도 한다. 이는 푸코가 강조하는 police/Polizei의 번역어이다. 이에 관하여는, 사카이 다카시(酒井隆史) 지음, 오하나 옮김, 통치성과 ‘자유’-신자유주의 권력의 계보학, 그린비, 2011, 74쪽 등. 푸코는 “국가의 통치화를 가능하게 만든 세 가지 요소로 ① 사목권력 ② 외교-국방기술 ③ 치안(police)을 들고 있다.”(같은 책, 74쪽) 실정법상 ‘치안’개념이 경찰이 행하는 기능 전체의 의미로 사용되는 예가 있다. 예컨대, 경찰청법 제3조 제4호와 경찰관직무집행법 제2조 제4호의 “치안정보의 수집·작성 및 배포”가 그것이다. 이에 관하여는 오병두, “정보경찰 개혁방안-경찰개혁위원회의 “경찰의 정보활동 개혁”권고안을 중심으로-”, 민주법학 제68호, 2018.11, 269-292쪽. 특히 273쪽 이하.

2) 다만, 이와 관련되어 현재 논의되고 있는 검·경 수사권조정이나 정보경찰의 문제 등은 ‘시장권력’과 관련성이 크지 않고, 다른 곳에서도 이미 상세하게 다루어지고 있으므로 여기에서는 다루지 않기로 한다. 전자에 관한 상세한 분석으로는, 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학 제68호, 2018.11, 347-373쪽 참조. 후자에 관하여는 오병두, “정보경찰 개혁방안-경찰개혁위원회의 “경찰의 정보활동 개혁”권고안을 중심으로 -”, 269-292쪽.

3) 문재인정부에서 검찰의 탈검찰화가 진행되고 있는 이러한 점에서 긍정적이다. 그러나 문재인정부 2년 차 탈검찰화가 지지부진하다는 지적으로는 임지봉, “종합평가”, 참여연대 사법감시센터, 백년하청 검찰개혁 날개다는 검찰권력[문재인정부 2년 검찰보고서(2018.5.~2019.4.)], 2019, 267-270쪽.

4) 또한 여기에는 법무부와 검찰의 기능에 대한 왜곡된 인식도 작용하고 있음은 물론이다. 즉, 검찰, 법무부와 경찰을 그 기능에 따라 대등한 기관으로 인식하지 않고 검찰, 법무부를 통해 경찰을 통제하려는 집권층의 사고도 연결되어 있다.

되고 있다.”고 진단하면서, 법무부를 외피로 한 검찰권의 비대화와 그 법적 수단에 대해 지적한 것을 이러한 연유에서였다.⁵⁾

치안구조가 시장권력의 변화 추이에 따라 어떻게 변해갔는지를 전체적 파악하기는 쉽지 않다. 검찰과 경찰의 최근의 변화추이를 일별하는 방법을 택하였다. 이하에서는 검찰과 경찰의 최근 움직임 중에서 시장권력과 관계된 행보를 일별하고 그에 따라 치안구조의 변화 추세 내지 상호관계를 관찰함으로써 신자유주의적 치안구조의 변화가 발견되는지 확인하고자 한다. 해당기간의 검찰과 경찰의 모든 정책을 다룰 수는 없으므로 ‘시장권력’과 연관된 몇 가지 주요한 쟁점에 대해서만 다루기로 한다.

II. 검찰권력과 시장권력

1. ‘치안기구’로서의 검찰, 법무부

이명박-박근혜정부의 검찰과 법무부는 형사사법기구로서의 지위를 넘어 ‘치안기구’로서의 성격을 강하게 드러내 왔다. 이는 한국 검찰과 법무부는 그 국가기구 내에서 자신의 업무영역을 확장하여 경찰이 행하는 업무와 같거나 크게 구별되지 않는 업무 까지도 수행하고 있음을 의미한다.

법무부는 <2008년도 법무부 연두업무 계획>⁶⁾에서는 “법질서 실천운동의 전국적 확산”을 위해, “지자체·민간단체와 함께하는 풀뿌리 법질서 운동 추진”하면 “민·관 합동으로 먹거리 안전, 범죄로부터 우리아이 지키기 등 지역 실정에 맞는 생활질서 분야 중점 추진”할 계획을 공표하였다. 또한 “부정부패 엄단”을 위해 “고위 공직자 등 사회지도층의 부정비리 집중 단속”을 위해, “유관기관 「합동수사 TF」 구성·운영”하며 구체적으로는 “최소인원으로 구성하되, 주요 범죄 수사 시 추가 인원 파견”하고 “대규모 금융·증권범죄 등 국가성장동력 저해범죄 중점 단속” 등을 언급하고 있다. 경제활성화라는 정치적 목표를 위해 재벌 등을 타깃으로 하면서 그 ‘자발적 협력’을 요구하는 구조인 것이다.

또한 <2014년 법무부 업무보고>에서는 “4대 사회악 근절(성폭력, 가정폭력, 학교폭력, 불량식품)”을 위해 전면에 나서겠다거나⁷⁾, <2015년 법무부 업무보고>에서처럼 “대한민국 정체성 확립-국가안보 위해사범에 엄정대응”하기 위해 “안보수사역량[을] 강화”하겠다고 한다든지, “불법시위 삼진아웃제 확대[를] 실시”하고 “폴리스라인 침범 시 적극 대응”하겠다고 하기도 하였다.⁸⁾ 경찰의 고유한 업무영역보기는 데에까지 사

5) 이계수/오병두, “친기업적 경찰국가와 민주법학: 비판과 대응”, 민주법학 38호, 2008.12, 11-38쪽.

6) 2008년도 법무부 연두업무 계획, <<http://www.moj.go.kr/viewer/skin/doc.html?rs=/viewer/result/bbs/163&fn=1545276251664101>>, 검색일: 2019. 5. 17.

7) 2014년 법무부 업무보고, 18쪽, <<http://www.moj.go.kr/viewer/skin/doc.html?rs=/viewer/result/bbs/163&fn=1545276251915101>>, 검색일: 2019. 5. 17.

8) 2015년 법무부 업무보고, 6-7쪽, <<http://www.moj.go.kr/viewer/skin/doc.html?rs=/viewer/result/bbs/163&fn=1545276251965101>>, 검색일: 2019. 5. 17.

법기관을 자처하는 검찰과 법무부가 나서고 있는 것이다. 검찰이 경찰과 더불어 ‘치안’영역에서 유사한 역할을 중복 수행하면서 경쟁하는 듯한 모양새이다.

2. 검찰의 조직적 발전전략

2.1. 문재인정부하의 검찰 발전전략

그렇다면 문재인정부 하의 검찰은 어떠한가? <2019년 법무부 주요업무 계획>⁹⁾에 나타난 내용을 통해 검찰조직의 발전방향을 가늠해보기로 한다. 이러한 작업은 문재인정부 검찰이 그 이전의 정권에서의 검찰과의 차별성을 점검하는 의미도 있다. 이와 관련하여 두 가지 사항이 주목된다. 첫째는 ‘생활적폐 수사’로의 방향전환이고, 둘째는 ‘수사전문성 강화’이다.¹⁰⁾

우선, 검찰은 현재 진행 중인 ‘적폐수사’를 ‘생활적폐 수사’로 전환하고자 한다. <2019년 법무부 주요업무 계획>의 “생활적폐 엄단”항목을 보면, “불공정한 관행과 부조리 등 생활적폐 집중 수사”하며, “공공기관 채용, 재건축·재개발, 안전분야 등 각종 비리 유형을 선정하여 집중 단속 및 지역 특성에 맞는 토착비리 수사”를 하겠다고 한다. 이는 문무일 검찰총장이 취임 초기부터 강조하던 바, 즉 검찰이 과거 정권에 대한 ‘적폐수사’를 조속히 마무리하고 일상생활과 관련된 ‘생활적폐 수사’로 나아가야 한다는 것과 맥을 같이한다. 정치적으로 부담스러운 영역이 아닌, 일상생활과 밀접하게 관련된 사회적·경제적인 영역에서의 비리수사를 강화하겠다는 것이다.

듣고 보면 좋은 이야기이다. 하지만, 이는 “적극적인 수사 의제설정 및 집행을 하겠다”는 것으로 검찰이 “앞으로 스스로 발굴하고 설정한 영역을 중심으로 수사활동을 펴겠다”는 취지이다. 소위 검찰의 ‘기획수사’ 기능을 강화한다는 취지를 표현만 바꾼 것이다. ‘적폐수사’라는 시민적 요구에 따른 수사보다는 자신의 의제설정 아래 수사 활동을 전개하고 싶다는 의지표명과 같다. 과거 검찰의 권력지향적 태도에서 크게 바뀐 것은 아니라고 할 것이다.

다음으로, 검찰은 “수사전문성 강화”와 관련하여, 중점검찰청을 확대 운영하겠다고 한다. 즉, “분야별 전문수사인력을 양성하고, 지역특성과 전문분야를 감안한 중점검찰청을 지정·운영함으로써 형사부의 전문성 강화”를 추진한다는 것이다. 중점검찰청은 이미 박근혜정권부터 시범적으로 설치하여 “서울서부(식품의약품안전), 의정부(환경), 대전(특허) 등 11개 청”에서 운영하고 있는데, 추가로 더 늘리겠다는 것이다.

이 중점검찰청(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)이란 수사전문성을 높이기 위해 특정 검찰청이 일정분야 사건을 전담하도록 하는 제도이다.¹¹⁾ 해당분야의 수사에 관

9) 2019년 법무부 주요업무 계획, <www.moj.go.kr/bbs/moj/182/390072/download.do>, 검색일: 2019. 5. 17.

10) 이하의 내용은 오병두, “종합평가: ‘검찰, 어디로 가고 있나?’ - 문재인정부 검찰 2년 평가”, 참여연대 사법감시센터, 백년하청 검찰개혁 날개다는 검찰권력[문재인정부 2년 검찰보고서(2018.5.~2019.4.)], 2019, 12-15쪽.

11) 경찰도 이와 유사한 제도적 구상을 하는 것으로 보인다. 2013년 경찰청 업무보고, 18쪽, <<https://www.police.go.kr/portal/notice/noticeView.do>>

하여 자신의 소속·관할지역을 넘어 전국적으로 사건을 취급할 수 있다는 점에 특색이 있다. 한국 검찰이 모델로 삼는 독일 중점검찰청은 바로 이 점을 분명히 하고 있다(§ 143 Abs. 4 GVG 참조).¹²⁾ 즉, “검찰청의 관할은 법원관할권에 따른 토지관할을 행사하는 것이 일반적이나 중점검찰청은 토지관할에 대한 예외를 인정한다.”¹³⁾ 그 결과 검찰총장을 정점으로 하는 검찰조직 내에서 분야별로 분산된 전문수사조직이 활동하는 것이므로, 중점검찰청 제도를 통해 검찰은 과거 ‘중수부’나 현재 ‘특수부’의 기능을 수행하면서도 더 전문성을 지닌 조직을 갖추게 된다.

한편, 중점검찰청이 기업범죄 수사의 유효한 방책으로 거론되는 점도 주의를 끈다.¹⁴⁾ 또한 독일에서 중점검찰청을 설치하게 된 배경은 “대규모 경제범죄의 수사 및 소추를 전담케 함으로써” 경제범죄에 효율적으로 대처하고 “특히 여러 개의 검찰청의 장소적 관할에 속하는 특히 광범위한 경제사건의 신속한 처리와 그 절차적 복잡성을 해결하려는 것”에 있다고 한다.¹⁵⁾

이상과 같은 중점검찰청의 확대는 현하에 논의되고 있는 경찰과의 수사권 조정에도 불구하고 검찰권한으로 남는 직접수사의 영역을 질적으로 그리고 양적으로 확장하기 위한 장기적 포석으로 이해된다.

3. 검찰의 시장권력적 행보(경제검찰)

<2019년 법무부 주요업무 계획>은, “공정경제 입법”과 관련하여 다음과 같은 내용을 강조한다.

- 「공정거래법」 전면 개편에 따른 불공정행위 처벌 강화
 - 대기업 총수의 사익추구 범죄, 기업집단의 일감 몰아주기·비용전가 등에 대한 수사 및 처벌 강화
 - 공정경쟁을 심각하게 왜곡하는 중대한 담합에 대한 전속고발제 폐지 추진
- 실효적인 경제사범 관리 제도 정비

www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201512020321178380.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.에 의하면, “‘지방청 집중 전문 수사체제’ 확대 추진, 경찰서는 민원처리에 집중”하도록 하고, “대출사기, 보이스피싱 및 스미싱(문자메시지 사기) 관련 지방청별 전담팀 구축”한다는 계획을 갖고 있었다.

12) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) § 143

(4) Den Beamten einer Staatsanwaltschaft kann für die Bezirke mehrerer Land- oder Oberlandesgerichte die Zuständigkeit für die Verfolgung bestimmter Arten von Strafsachen, die Strafvollstreckung in diesen Sachen sowie die Bearbeitung von Rechtshilfersuchen von Stellen außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes zugewiesen werden, sofern dies für eine sachdienliche Förderung oder schnellere Erledigung der Verfahren zweckmäßig ist: in diesen Fällen erstreckt sich die örtliche Zuständigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft in den ihnen zugewiesenen Sachen auf alle Gerichte der Bezirke, für die ihnen diese Sachen zugewiesen sind.

13) 한생일, “독일 검찰청 조직과 검찰공무원의 역할”, 형사법의 신동향 제22호, 대검찰청, 2009.10, 172쪽.

14) 유병규, 기업범죄수사의 효율성 제고방안, 한국형사정책연구원, 2003, 34쪽 이하.

15) 앞의 글, 205쪽.

- 특정 경제사범 취업제한 대상 기업에 ‘피해 기업체’를 포함하는 내용으로 법령 개정

요는 ‘경제영역’에 대한 수사를 적극적으로 전개하겠다는 것이다. 특히 공정거래법 위반사건에 대하여 전속고발권을 폐지한다는 것¹⁶⁾은 검찰의 대기업에 대한 직접 수사를 강화하여 불공정행위에 대한 검찰의 판단에 의하여 처벌하겠다는 것이다.¹⁷⁾

대기업에 대한 직접수사 강화는 동시에 대기업에 대한 검찰의 영향력 강화, 검찰에 의한 자본통제, 동시에 자본과 검찰권력의 결합을 강화하는 결과를 초래할 수 있다. 소극적으로는 전속고발권 폐지로 공정거래위원회가 각종 정보를 검찰과 공유함에 따라¹⁸⁾ 검찰이 기업 내부의 핵심적인 정보에 접근할 수 있게 된 것¹⁹⁾이지만, 적극적으로는 검찰이 언제든지 범죄혐의 확인을 이유로 기업 내부사정을 들여다 볼 수 있게 된다. 시장권력이 확대된 현 시점에서, 이러한 상황은 시장권력에 대한 검찰의 적극적 개입은 이 영역에서 검찰권력 확대를 가져온다. 기업 입장에서든 이러한 상황은 검찰과의 적극적으로 이익 공유 내지 힘의 제휴를 행할 유인을 강화시킨다.

단기적, 부수적으로는, 이러한 조치가 전직 검찰로 하여금 공정거래법 위반사건을 수임하여 대기업과 검찰간의 조정자로서 활동할 기회를 증가시키고 그 과정에서 전관예우의 구습이 작동할 우려도 지적되고 있다. 이는 검찰 퇴직자를 중심으로 하는 법조 로비-금권과 사법권의- 사슬의 확대·강화를 의미한다.

결과적으로 검찰, 그리고 (법무부의 탈검찰화가 완전하게 진행되기 전에는) 법무부가 시장권력에 직접 관여하는 계기가 된다. 이것인 결과적으로 한국형 신자유주의 체제의 새로운 국면을 의미하게 될지는 아직은 알 수 없다. 그러나 이것이 검찰을 핵심으로 하면서 그 조직적 외피로 기능하는 법무부가 시장·자본중심의 ‘법치’체제를 선도하는 역할을 수행함으로써 경찰국가화의 핵심관청이 되는 한국적 상황²⁰⁾을 보여주는 예라는 점에는 분명하다.

III. 경찰권력과 시장권력

16) 현제도 2018. 8. 21. 김상조 공정거래위원장과 박상기 법무장관이 공정거래법에 의한 전속고발제 폐지에 합의했다. 이에 따라 검찰은 공정거래법 위반 행위 중 가격담합, 공급제한, 시장분할, 입찰담합 등 소위 ‘경성담합’ 행위에 대해 독자적인 수사권 및 기소권을 가지게 되었다. 이를 검찰권 강화의 관점에서 본 것으로는, “‘전속고발권 폐지’ 검찰 권한 강화, 부작용은?”, 이코리아 2018. 8. 22.자, <<http://www.ekoreanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=27116>>, 검색일: 2019. 5. 17.

17) 공정거래위원회의 현장조사기능에 실효성을 제고하기 위해 공정거래위원회의 조사공무원에게 특별사법경찰관의 지위와 영장신청권을 부여하는 동시에 피조사자에게 진술거부권을 인정하고 영장주의 등 적법절차 원칙이 관철되도록 하여야 한다는 주장으로는 최정학, “공정거래위원회의 조사절차 정비방안-적법절차의 강화와 강제조사권의 도입-”, 민주법학 제65호, 2017.11, 111-114쪽.

18) “전속고발권이 폐지되면서 공정위가 리니언시 정보를 검찰과 공유하기로 해, 검찰도 핵심적인 기업 내부정보에 접근할 수 있게 됐다.”는 지적으로는 “‘전속고발권 폐지’ 검찰 권한 강화, 부작용은?”, 이코리아 2018. 8. 22.자. 여기에서 리니언시(leniency) 제도란 소위 공정거래위원회에 기업담합의 경우에 인정하고 있는 ‘자진신고 감면제도’를 말한다. 이에 관하여는 <https://news.joins.com/article/12996196>, 검색일: 2019. 5. 17. 참조.

19) “‘전속고발권 폐지’ 검찰 권한 강화, 부작용은?”, 이코리아 2018. 8. 22.자.

20) 이계수·오병두, 앞의 글, 24쪽.

1. 지속되고 있는 흐름

1.1. 경찰의 신자유주의적 치안정책

지난 10여 년간 경찰이 보여준 정책들 중에는 “우범자 관리 강화 및 법제화 추진”²¹⁾, “CCTV 설치 확대”²²⁾ 등과 같이, 신자유주의적 치안정책으로 평가할 만한 것들은 적지 않다. 이와 유사한 맥락으로 이해되는 경찰활동으로는 2015년-2016년 사이에 강조되었던 ‘동네조폭’의 단속이 있다. 즉 “동네조폭 근절 등 생활주변 안전 취약요소[를] 제거”하기 위하여 ‘동네조폭’에 대하여 “연중 단속체계 유지, 재범 및 보복범죄 예방 등 사후관리[를] 강화”하겠다는 것도 신자유주의적 치안정책과 무관하지 않다.²³⁾

또한 민관협의체의 형태로서 ‘지역치안협의회’도 동일한 맥락이다. 이는 “지역치안협의회 활성화로 안전문제 공동 대응”한다는 취지에서 2008년부터 구성되어 활동 중이다. “경찰 주도로 광역·기초 단위 모두에 자치단체·교육·소방·시민단체 등으로 ‘지역치안협의회’를 구성”하고 있으며 2013년 기준으로 “전국 237개(광역 16, 기초 221), 3,924개 기관·단체 참여 중”이었다.²⁴⁾ 이 지역치안협의회는 박근혜정부에서는 “4대 사회악 근절을 핵심의제로 하여 기존 지역치안협의회 위원·분과구성을 재정비하고 주민·민간단체 참여확대 추진”되기도 하였다.

이하에서 자세히 보고자 하는 ‘범죄지도’도 역시 신자유주의적 치안정책으로서의 성격을 지닌 것이다.

1.2. ‘제복을 입은 시민’(?)으로서의 경찰과 정책정보

본격적인 논의에 앞서 이명박-박근혜정부에서 취하였던 경찰의 기본적 정책흐름이 연속되고 있음을 보여주는 사례들이 있다.

민갑룡 경찰청장은 취임초기 중앙경찰학교 졸업식(2018. 8. 3.)에서 “경찰은 제복을 입은 시민이며, 경찰이 곧 시민이고 시민이 곧 경찰이라는 마음으로 민주·인권·민생경찰로 나아가 달라”고 당부하였다.²⁵⁾ “민주·인권·민생경찰”이라는 취지는 어렵지 않게 이해된다. 그러나 -주지하는 바와 같이- ‘제복을 입은 시민’(citizen in uniform; Staatsbürger in Uniform)은 독일에서 군내부에도 민주주의·법치주의가 관철됨을 설명하기 위하여 사용되는 표현이다.

21) 경찰청 2016년 주요 업무계획, 31쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201611300344097540.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

22) 경찰청 2016년 주요 업무계획, 43쪽.

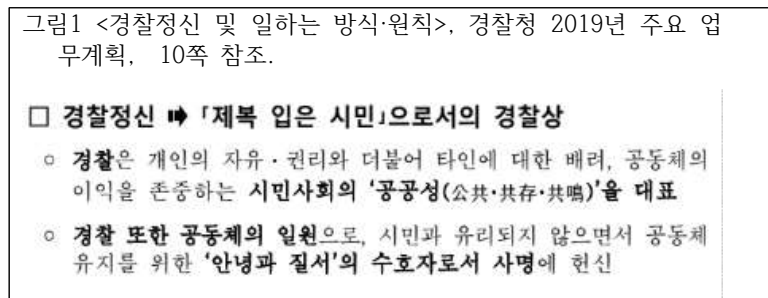
23) 경찰청 2015년 주요 업무계획, 3쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201511170705018570.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

24) 2013년 경찰청 업무보고, 22쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201512020321178380.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

25) “치안현장 뛰어드는 ‘제복입은 시민들’…신임 경찰관 졸업식”, 연합뉴스, 2018.8.3., <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/08/03/0200000000AKR20180803042100004.HTML>>, 검색일: 2019. 5. 17.

이와 같은 취지를 더욱 확장하여, 경찰청의 <2019년 주요 업무계획>에서는 ‘제복을 입은 시민’이라는 표현을 “경찰정신”(의 내용)으로까지 고양시키고 있다. 경찰이 “시민사회의 ‘공공성(공공·공존·공명)’을 대표”하는 존재이며, “공동체의 일원으로 … 공동체 유지를 위한 ‘안녕과 질서’의 수호자”라는 것이다.²⁶⁾

이는 치안의 주체인 경찰의 정체성을 새롭게 정립하고자 하는 시도라고 할 수 있다. 그러나 이를 경찰이 대국민 관계에도 사용하는 상황은 어딘가 부조리하다. 법치주의가 전도되어 사용되는 불편함과 ‘국민을 향하여’ 법치를 말하던 과거의 행태가 겉과 속이 뒤집힌 기묘함이 느껴진다.



또한 경찰의 최근 행보와 관련하여 주목되는 것이 ‘정책정보’에 대한 여전한 관심이다. <경찰청 2019년 주요 업무계획>에서는 “사회갈등이 날로 진폭을 더해감에 따라 정부에서도 대한민국 미래비전으로 ‘포용국가’ 개념[를] 강조”하는 상황에서 “다양한 의견이 범규범의 틀 안에서 공존할 수 있도록 하는 경찰의 갈등 조정 노력이 본격적인 시험대에 오를 전망”이라는 예측을 내놓고 있다.²⁷⁾ 여기에서 언급되고 있는 “경찰의 갈등 조정 노력”이란, 경찰이 정책정보기능을 달리 지칭하는 것이다.

2. 범죄지도와 그 공개 문제

2.1. 범죄지도

경찰은 이미 2004년 1월부터 “사건관리, 범죄통계, 지도분석, 여죄추적, 수범영상정보, 민원처리, 업무관리 등을 하나로 통합한 종합적인 정보관리시스템”인 <범죄정보관리시스템(Crime Information Management System, CIMS)을 운영하고 있었는데, 이 CIMS에는 “전자지도가 있어서, 범죄발생 장소 등 관련 정보를 지도에 표기”해오고 있었다.²⁸⁾ 그러나 이 범죄정보 중에서 정확한 “지역별 정보”는 외부에 공개하지 않았다.

26) 경찰청 2019년 주요 업무계획, 10쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201903281051409151.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

27) 경찰청 2019년 주요 업무계획, 7쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201903281051409151.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

28) 하혜영, “외국의 범죄지도 공개·활용사례와 도입 논의방향”, 이슈와논점 제42호, 2010. 3. 31, 1-2쪽, <http://www.nars.go.kr/brdView.do?cmsCd=CM0018&brd_Seq=987>, 검색일: 2019. 5. 17.


그림 2 <지리적 프로파일링 시스템(Geo-Pros)>, 경찰청 2013년 업무보고, 24쪽 참조.

사례

범죄예방을 위한 빅데이터 활용
- 지리적 프로파일링 시스템(Geo-Pros)

□ 개념 및 주요기능

- 방대한 범죄수사 데이터를 지리정보시스템(GIS)과 과학적 공간 통계 분석 기법을 적용하여 분석, 지도상에 범죄위험 지역 등을 표현하는 시스템



<주요 기능>

- 범죄 유형·지역·시간대별로 범죄다발지역과 위험도를 Hot-Spot으로 표시
- 기존 발생 범죄를 분석하여 추가 범죄의 방향성·우선 수사 대상자를 선별
- 연쇄 범죄의 발생가능성이 높은 장소·시간 예측 / 용의자 거주지 예측

※ 美·英 프로그램의 예측 오차범위 "2km" vs 한국형 프로파일링 예측 오차범위 "270m"

□ 활용범위

- 성폭력 등 범죄에 대한 지역별·시기별 맞춤형 치안 대책 수립
※ GeoPros 분석 자료를 토대로 「성폭력범죄 특별관리구역」 선정, 관련 대책 마련
- 범죄위험도에 따른 순찰차 배치·순찰 경로 선정으로 범죄 예방
- 지자체와 방법용 CCTV 우선 설치 필요지역 선정 등 치안 협업 전개

□ 향후 발전방향

- 112신고출동시스템·순찰차 내비게이션과 연계하여 현장 대응력 강화
※ 시간·지역별 범죄위험지역을 순찰차에서 바로 확인하여 전략적 순찰활동 전개
- 행정구역·관할 중심에서 「치안 블록」을 기반으로 한 맞춤형 치안활동 실시
▪ 치안블록: 지역특성·주거형태·소득수준 등 유사성을 지닌 인구 100명 내외의 단위
- 범죄예방지도 등 생활치안 정보를 생산하여 국민에게 공개, 지역 치안에 대한 관심을 제고하고 주민 스스로의 범죄예방을 유도

또한 2009년 4월부터 경찰은 <지리적 프로파일링 시스템(Geographic Profiling System: Geo-Pros)>을 구축·운영하고 있었다.²⁹⁾ <경찰청 2013년 주요업무계획>에 따르면, 2013년 5월부터 추진된 고도화작업을 거쳐, 2014년부터는 이 시스템을 토대로 오차범위 270m 수준으로 매우 정밀하게 “지역특성 주거형태 소득수준 등 유사성을 지닌 인구 100명 내외의 단위”의 “치안블록”을 형성하고 “맞춤형 치안활동”을 한다는 것이다.³⁰⁾ 『경찰백서』는 이에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다.

29) 김상호, “범죄지도의 활용과 공개 -주요 쟁점과 분석-”, 61쪽.

30) 경찰청 2013년 주요업무계획, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_

지리정보 시스템(Geographic Information System, GIS)은 지리적·공간적으로 참조 가능한 모든 형태의 정보를 효과적으로 수집, 저장, 분석, 표현하는 시스템으로, 최근 들어 각 사회분야에서 실태 분석 및 의사 결정에 활용되고 있다. 경찰에서도 각종 범죄자료와 지리정보 시스템(GIS) 및 공간 통계 분석 기능을 접목, 과학적으로 범죄를 예방하고 범인 검거 활동을 지원하는 「지리적 프로파일링 시스템(Geographic Profiling System : GeoPros)」을 구축하여 2009년 4월부터 운영하고 있다.

지리적 프로파일링 시스템(GeoPros)은 범죄 다발지역 분석, 수사대상자 분석, 사건 분석, 연쇄 범죄자 거주지 예측 등 다양한 기능을 갖추고 있다. 범죄다발지역(Hot Spot) 분석은 범죄발생 밀집정도를 통계적으로 분석하여 범죄위험도에 따라 지도상에 등고선 형태로 표현하는 기능이다. 생활안전분야에서는 이 기능을 집중순찰 지역 선정, 범죄위험 예측 지역의 선정, CCTV 설치 장소 선정 등에 활용하고 있다.

또한, 수사대상자 분석은 지역 거주자 정보와 범죄전과 정보를 연계하여 현재 특정지역에 거주하는 유사전과자 및 유사수법 범죄자 거주지를 검색할 수 있게 하였다. 따라서 기존에 며칠씩 소요되던 것을 단 몇분만에 이루어지는 등 형사활동 효율성 강화에 크게 기여하였다.

연쇄범죄자 거주지 예측기능은 2010년 3월, 연쇄강간범 및 방화범 거주지 예측 알고리즘 개발을 시작으로 기존 이론이나 외국 알고리즘의 한계를 극복하고 공간통계에 기반한 거주지 추정의 예측력을 10배 이상 강화하여 중요 연쇄범죄의 범인 거점예측에 활용되고 있다.

최근에는 데이터에 기반한 과학적 행정 및 경찰활동에 대한 관심 증가에 힘입어 2013년 5월부터 지리적 프로파일링 시스템의 고도화 사업이 추진되고 있다.

중점추진 고도화분야는 지역분석을 통해 치안불력을 설정하고 공간회귀를 통해 범죄위험지수를 산출함으로써 지역 내 범죄 예측력을 더욱 높일 예정이다.

또한 정부 3.0의 취지에 따라 향후 범죄위험지수의 대국민 서비스를 목표로 객관적이고 첨단화된 범죄예측 자료의 제공을 통해 국민 안심치안에 크게 기여할 것으로 기대된다.³¹⁾

이와 같은 경찰청의 추진계획은 채 1년을 유지하지 못하고 <경찰청 2014년 주요업무계획>부터는 사라져,³²⁾ 그 이후의 경찰청 주요업무계획에서는 현재까지 별다른 언급이 없다.³³⁾ 여기에서 구별할 것은 이 <지리적 프로파일링 시스템>이 공개되지 않는다고 해서, 경찰에서 연구·개발하고 활용하지 않는 것을 의미하지는 않는다는 점이다. 공개되지 않음에도 불구하고 이 시스템은 현재 경찰 내부에서는 활용되고 있는 것이다.

201512020321178380.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

31) 경찰청, 2013년 경찰백서, 174-175쪽, <<https://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200600>>, 검색일: 2019. 5. 17.

32) 경찰청 2014년 주요업무계획, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201512020322325100.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17. 경찰청 2015년 주요업무계획, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201511170705018570.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17. 경찰청 2016년 주요 업무계획, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201611300344097540.pdf&rs=/portal/viewer/201905>

33) 경찰청, “2019년 주요업무계획”, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201903281051409151.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

한편, 행정안전부는 2014. 9. 30.부터 <생활안전지도> (www.safemap.go.kr)의 하나 영역으로 <치안지도>에서 공개하고 있는데, 이 <치안지도>의 데이터는 경찰청이 제공하고 있다.³⁴⁾

2.2. 공개문제

현재 국민에게 제공되는 <치안지도>는 <지리적 프로파일링 시스템>에 비하면 개략적인 추세 이상의 구체적인 정보제공은 어려운 수준이다. 당초에 계획하였던 것보다는 구체성이 매우 떨어지는 형태의 추상적 정보로 제공되고 있다.

<지리적 프로파일링 시스템>은 공개문제와 관련하여 <생활안전지도> 수준으로 낙착되었는지, 혹은 <지리적 프로파일링 시스템>으로 나아가지 못하게 한 것을 무엇인가?

당시(2014. 9. 30.) 안전행정부의 보도자료는 ‘범죄지도’가 공개와 관련한 논의를 소개하고 있다. ‘범죄지도’의 공개로 발생할 것이 우려되었던 “생활안전지도 공개에 따른 낙인효과, 재산가치 하락 등의 부작용을 최소화”하기 위하여 지역주민, 전문가 등의 의견을 수렴한 결과, “침수예상도·침수흔적도(면적표시), 범죄정보(Hotspot)는 도로·보행길·공원 등 비주거 지역에만 침수정보, 범죄정보를 표출”하고, “Hotspot정보를 기반으로 특정지역 내의 상대적 등급영역으로 표시해, 지역 상호간 비교가 불가능하고 지역 내 주민이 안전 정보로만 활용하도록 유도”하기로 하였다고 한다.³⁵⁾ 여기에서 말하는 “낙인효과, 재산가치 하락 등의 부작용”은 구체적으로는 “피해자의 사생활 및 개인정보를 침해할 수 있고, 치안불안 지역이 타지역과 비교되어 공개될 경우 지역간 갈등, 학생유치 문제, 집값 하락 등의 문제”를 말한다.³⁶⁾

여기에서 주목되는 것이 ‘집값 하락’이라는 부작용이 가지는 힘이다.³⁷⁾

34) 행정안전부 <생활안전지도> 중 <치안안전> 항목 참조, <<http://www.safemap.go.kr/main/smap.do#>>, 검색일: 2019. 5. 17.

<치안지도>의 팝업창에 제공되는 정보이력은 이 정보의 내용을 다음과 같이 안내하고 있다.

- 최근 3년 전체(9대 범죄) 범죄발생건수를 표시한 정보입니다.
- 경찰관서(경찰서·지구대·파출소)별 발생건수를 등급(5등급)으로 표현하고 있습니다.
- 치안사고통계정보는 발생건수를 비교할 수 없도록 지자체별 자체등급을 적용하여 표출하고 있습니다.

35) 여기에서 “Hotspot”이란 “범죄발생구역의 위험도 등급에 따라” 색을 달리하는 표시방법을 말한다. 이상의 내용은 행정안전부(보도자료), “생활안전지도, 대국민 첫 공개…웹·모바일 동시 서비스”, 2014. 9. 30. <https://www.mois.go.kr/frt/bbs/type010/commonSelectBoardArticle.do%3Bjsessionid=NJOhOVilE1ziXOXSJC5YnCMtvmjfQgTCOC77bbJY4tTB4kIMMyan5adnh00bUneW.mopwas54_servlet_engine1?bbsId=BBSMSTR_0000000000008&ntId=43782>, 검색일: 2019. 5. 17.

36) 하혜영, “외국의 범죄지도 공개·활용사례와 도입 논의방향”, 이슈와논점 제42호, 2010. 3. 31, 4쪽 (일부 수정), <http://www.nars.go.kr/brdView.do?cmsCd=CM0018&brd_Seq=987>, 검색일: 2019. 5. 17.

그동안 범죄지도의 일반공개에 대해서는 찬반론이 있어 왔다. 찬성측은 범죄지도의 공개이후 지역 범죄율 감소 등 범죄예방효과가 있다고 본다. 즉 어느 지역의 학교가 범죄로부터 안전한지, 어느 거리가 상대적으로 안전한지 등에 대한 정보를 제공함으로써 범죄예방에 도움을 주고, 범죄율도 감소한다고 주장한다.

반면, 반대측은 범죄지도의 공개는 피해자의 사생활 및 개인정보를 침해할 수 있고, 치안불안 지역이 타지역과 비교되어 공개될 경우 지역간 갈등, 학생유치 문제, 집값 하락 등의 문제가 발생한다고 주장하기도 한다. 그리고 이와 같은 범죄지도의 공개는 외국에서도 비교적 최근에 도입되어 그 효과를 정확히 측정하기가 쉽지 않다는 점도 지적한다.

37) 한편, 지역적인 범죄예방의 필요성과 관련해서는 성폭력 범죄자에 대한 위치공개가 주된 수단으로

이와 관련하여 언급하고 싶은 것이 ‘환경설계를 통한 범죄 예방’(예방환경설계, CPTED: Crime Prevention Through Environmental Design)이다. 신자유주의의 통치성과 ‘환경설계를 통한 범죄 예방’에 대해서는 많은 연구가 누적되어 있다.³⁸⁾ 그러나 한국사회에서 이 분석은 집값을 중심으로 형성된 ‘부동산카르텔’에 의해 수정·변형되어야 사태를 제대로 설명할 수 있을 듯싶다. ‘환경설계를 통한 범죄 예방(CPTED)’와 부동산 공화국의 결합은 ‘각자도생의 미학’을 보여준다. ‘보안지향형 주택 단지’(gated community), 고급아파트의 조건으로서 자체 커뮤니티의 강조, 소셜믹스(social mix)³⁹⁾의 배제가 행해지는 상황 등도 이와 연결된다.

이에 대한 하나의 해법은 거주지가 ‘우리과 같은 사람들’로 채워지도록 보증하는 일이다. 이것이야말로 건축업자들이 보안이 중시되는 주거 공동체와 관련하여 염두에 두고 있는 판매 요점 중의 하나이다.⁴⁰⁾

한국사회에서 치안지도나 CPTED의 논의는 ‘부동산공화국’이라 불리는 한국 사회의 현실은 부동산 가격이 다른 변수를 압도하는 힘을 지니고 있음을 보여주는 것 같다. 이 변수는 그와 관련된 정부정책마저 움직일 힘이 있는 것이다. 치안구조가 한국 자본주의의 기형적 발전양상에 영향을 받은 것이라고 할 수 있다

‘환경설계를 통한 범죄 예방’의 또 다른 측면은 이것이 “범죄의 자리 옮김, 공간의 치안화, 감시의 확대, 범죄의 자기책임화, 안전의 빈부격차, 리스크의 사사화”와 연결된다는 점이다.⁴¹⁾

요컨대 CPTED는 일상의 공간을 범죄 예방이라는 문제설정에 따라 재편하고, 개인으로 하여금 그 공간에 지속적으로 개입/참여하여 안전, 안심, 예방, 협력 등의 긍정적인 가치들을 강화하게 만들며, 그럼으로써 안전과 치안과 같은 사회적 영역들을 자기 선택과 자기 책임의 문제로 바꾸어내는, 정확히 주체 형성의 문제설정 위에 구축되어 있다.⁴²⁾

이 ‘환경설계를 통한 범죄 예방’과 동일한 문제상황이 <지리적 프로파일링 시스템>의 공개문제에도 존재함을 시사하는 논쟁이 있다. 2013년 당시 범죄지도 공개를 둘러싼 논의를 보여주는 것이 있다.⁴³⁾ 경향신문 2013.04.11.자에게 게재된 지상논쟁에 의하면, 당시 장정욱 참여연대 시민감시2팀장은 범죄지도 공개에 대해 “정부가 일부러

활용되고 있음은 비교·검토를 요하는 대목이다.

38) 사카이 다카시, 앞의 책, 106-110쪽에서는 신자유주의적 형사정책의 대표적인 예로서 이를 자세히 논급하고 있다.

39) “아파트 단지 내에 분양, 임대를 함께 조성하는 것”, 네이버사전, <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3408496&cid=43667&categoryId=43667>>, 검색일: 2019. 5. 17.

40) 김성언, “범죄의 두려움과 주거 단지의 요새화”, 336-337쪽. 이 연구는 “‘보안지향형 주택 단지’(gated community)”가 범죄에 대한 두려움에 기초하고 있음을 실증적으로 제시하면서, “이웃과 지역의 문제를 집합적으로 해결하고자 하는 집단 노력”(338쪽)이 보다 더 효과적인 대안이라고 주장한다.

41) 이러한 문제제기는 박승일, “신자유주의 통치성과 ‘환경설계를 통한 범죄 예방(CPTED)’”, 388쪽. 다만 이 글의 범위를 넘는 것이어서 자세히 다루어지고 있지는 않다.

42) 박승일, “신자유주의 통치성과 ‘환경설계를 통한 범죄 예방(CPTED)’”, 385쪽.

43) 당시 범죄지도와 관련된 논쟁을 소개한 것으로는 “[지금 논쟁 중]범죄지도 공개”, 경향신문 2013.4.11.자, <http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201304112131525#csidxa37d9f2916a4684bb60b3f66500af92> 검색일: 2019. 5. 17.

위험을 강조하고, 국민의 불안감을 통해 경찰권을 비롯한 공권력의 확대를 꾀하려는 것이 아니라면 부작용에 대한 충분한 검토가 선행되어야 할 것”이라며 부작용 최소화하기 위한 노력이 선행되어야 한다면 반대입장을 표명하였다. 반면, 당시 안전행정부 국립재난안전연구원장이었던 여운광은 범죄지도가 “지역사회와 자치단체가 이러한 정보를 토대로 지역안전 확보에 자발적으로 참여토록 하고자 하는 것”이라는 점을 강조하였다. 후자의 입장과 동일한 취지가 <경찰청 2013년 업무보고>에도 언급되고 있다. “범죄예방지도 등 생활치안 정보를 생산하여 국민에게 공개, 지역 치안에 대한 관심을 제고하고 주민 스스로의 범죄예방을 유도”한다는 점에 있다는 것이다.

치안문제에 시민의 주체적인 참여를 제안하고 있지만, 결국 이 문제는 ‘치안의 개인화’로 흘러가게 될 우려가 있는 것이다. 1990년대 이후 ‘안전의 시장화·상품화’와 함께 ‘안전의 자기책임화’가 신자유주의 확대와 더불어 심화되는 상황에서 경찰의 ‘생활안전’에 대한 강조와 사적 영역에서의 민간경비업의 활성화 등의 현상이 나타난다.⁴⁴⁾

같은 맥락에서 ‘안전/치안의 자기책임화/상품화’와 관련되는 것으로는 소위 ‘사립탐정’의 도입문제가 있다. <경찰청 2016년 주요 업무계획>에서는 “국민들의 다양한 권익보호와 1만 5천여개 일자리 창출에 기여 등의 효과가 기대, 시급한 도입이 필요”하다고 하면서, “민간조사업(일명 ‘탐정업’) 관리법률 입법 추진”하겠다고 한 바 있다.⁴⁵⁾

한편, 최근(2018. 6. 28.) 헌법재판소는 재판관 전원 일치 의견으로, 특정인의 사생활 등을 조사하는 일을 업으로 하는 행위와 탐정 유사 명칭의 사용 금지를 규정한 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제40조 후단⁴⁶⁾이 직업선택의 자유와 평등권 등을 침해하지 아니하여 합헌이라고 선고하였다.⁴⁷⁾ 결정의 취지는 공적 치안의 관점에서 사립탐정 제도를 절대적으로 금지한다는 취지는 아니다. 오히려 “특정인의 사생활 등을 조사하는 일을 업으로 하는 행위와 탐정 유사 명칭의 사용 금지”를 규정한 현행 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제40조 후단이 합헌이지만, 탐정 탐정제도의 도입문제가 입법적 결단에 따라 결정될 사안이라는 점을 지적하고 있다.⁴⁸⁾

44) 이에 관한 민주법학 차원의 소개와 분석으로는 이계수, “신자유주의 국가‘권력’과 용역‘폭력’: 소유·권력·폭력에 대한 법정지학적 고찰을 중심으로”, 민주법학 48호, 민주주의법학연구회, 2012.3, 13-48쪽, 특히 22-26쪽.

45) 경찰청 2016년 주요 업무계획, 176쪽.

46) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2009. 4. 1. 법률 제9617호로 개정된 것) 제40조(신용정보회사 등의 금지사항) 신용정보회사 등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 되며, 신용정보회사 등이 아니면 제4호 본문의 행위를 업으로 하거나 제5호의 행위를 하여서는 아니 된다.

4. 특정인의 소재 및 연락처(이하 “소재 등”이라 한다)를 알아내거나 금융거래 등 상거래관계 외의 사생활 등을 조사하는 일. 다만, 채권추심업을 허가받은 신용정보회사가 그 업무를 하기 위하여 특정인의 소재 등을 알아내는 경우 또는 다른 법령에 따라 특정인의 소재 등을 알아내는 것이 허용되는 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 정보원, 탐정, 그밖에 이와 비슷한 명칭을 사용하는 일

47) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌마473결정 “신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제40조 제4호 등 위헌확인”(합헌) <특정인의 사생활 등을 조사하는 일을 업으로 하는 행위와 탐정 유사 명칭의 사용 금지 및 그 위반자에 대한 형사처벌 조항 위헌소원 사건>

48) 이 결정에서 주목하여야 하는 점은 다음의 부분이다. “탐정제도의 도입은 국민의 의견을 수렴하여 궁극적으로 입법을 통해 이루어져야 하는 문제이다. 입법자에게는 탐정업의 업무범위, 자격요건, 제재 및 감독수단 등 탐정제도의 주요 내용을 정책적인 판단에 따라 형성할 수 있는 입법재량이 있고, 그러한 입법자의 판단은 원칙적으로 존중되어야 할 것이다. 그러나 탐정제도에 관하여 입법형성의 여지

2.2. 관련문제

<경찰청 2014년 주요 업무계획>에서는 “치안 관련 사업의 전략적 육성으로 「창조경제」 추진[을] 지원”하겠다는 항목이 등장한다. 이와 관련하여, “방범인증제 도입”, “CPTED 활성화” 등으로 “범죄예방 산업 성장 견인”하고, “민간산업의 활용가치가 높은 치안 관련 공공데이터의 대국민 개방 확대”를 위해서 “운전습관 데이터와 보험료 연계 등 UTIS[다양한 교통정보 서비스를 제공하기 위한 교통정보 인프라 시설(센터, 통신망 등)] 이용 서비스 개발”, “범죄예방지수, 교통안전 정보 공개로 안전산업 활성화 유도 등”을 추진하겠다는 내용이 등장한다.⁴⁹⁾ 치안정보의 상품화 가능성과 그 상품 혹은 재료인 데이터의 공급자로서 경찰의 잠재력을 시사하는 대목이다. 현재 수집되고 있는 치안정보가 언제든지 경제적 자원으로 활용될 수 있다는 사실은 반대로 그만큼 질적·양적으로 풍부한 정보가 일상적으로 수집되고 있음을 보여준다.

IV. 결론을 대신하여

이상에서 최근 10여 년간 검찰과 경찰의 활동을 중심으로 ‘치안구조의 변화’와 ‘시장권력’과의 상호작용을 몇 가지의 ‘징표’적 차원의 사안들만으로 주마간산으로 다루어보았다.

‘치안구조의 변화’와 ‘시장권력’과의 관계라는 점에서 볼 때, 여전히 미해결의 혹은 확인되어야 할 쟁점이 많이 남아 있다. 예컨대, 최근 경찰의 ‘국가안보’의 강조는 어떻게 보아야 하는가, 문재인정권의 경찰이 주장하는 ‘보안경찰’ 강화론은 어떤 맥락에서 정리될 수 있는가,⁵⁰⁾ 자치경찰의 도입은 ‘치안구조의 변화’와 ‘시장권력’ 양자의 관계에 어떠한 영향을 미치는가 등등이 그것이다.

1990년 후반 이후 노무현정부 시기 신자유주의화가 본격화됨에 따라, 형법을 비롯한 사회통제법제가 영향을 받았는데, 그 과정에서 나타난 주된 특성으로서 ‘국가주도적 신자유주의’라는 점이 주된 특성으로 나타났다는 지적이 있다.⁵¹⁾ 이 지적은 위에서 검토한 바와 같이, 지난 10여 년간에도 꾸준히 지속되고 있다고 평가할 수 있겠다.

경찰의 야망은 실질적으로 치안정책의 중심기구가 되고자 하는 것이다. 법무부와와의 관계, 내용적으로는 검찰과의 관계에서 치안정책의 주도권을 회복하는 것이다. 검찰도 이에 대항하는 차원에서 경쟁에 나서고 있다.

가 있다고 하더라도 그러한 탐정제도의 도입에 의해 ‘사생활 등 조사업 금지조항’의 입법목적은 동일한 정도로 실현할 수 있다고 단정할 수 없다.”

49) 경찰청 2014년 주요 업무계획, 7쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201512020322325100.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

50) “보안경찰 역할 재정립 및 역량 강화”, 경찰청 2019년 주요 업무계획, 17쪽, <https://www.police.go.kr/portal/viewer/skin/doc.html?fn=BBS_201903281051409151.pdf&rs=/portal/viewer/201905>, 검색일: 2019. 5. 17.

51) 박지현, “87년 후 20년간의 사회통제 법제 -시민적 자유에 관한 신자유주의의 역설-”, 민주법학 제 36호, 2008.3, 47-75쪽. 특히 67쪽 이하.

이런 경쟁상황이 국민의 입장에서 그다지 나쁜 것은 아니다. 양 기관이 동일한 목표를 추구하면서 중복영역의 예산투입으로 자원배분의 비효율성이 초래되는 측면은 있지만 대중적인 동의를 얻기 위한 노력이 치안기구의 일방적인 권력기관화를 어느 정도 제어하는 요소가 될 수 있기 때문이다.

법무부(검찰)와 경찰이 경쟁적으로 새로운 제도를 모색하는 상황에서, 모든 새로운 시도를 신자유주의화의 관점엿 도식적으로 파악하기는 것은 어렵다. 따라서 이러한 현상을 신자유주의의 ‘지리적 불균등발전’⁵²⁾로 파악할 것인지 아니면 신자유주의와 상호작용하는 ‘강화된 국가주의’로 볼 것인지는 더 논의할 필요가 있다. 그것은 한국 사회에서 올바른 ‘치안구조’ 개혁의 방향을 결정하는 데에 중요한 의미가 있을 것이기 때문이다.

52) 데이비드 하비(David Harvey) 지음, 최병두 옮김, 신자유주의: 간략한 역사, 한울아카데미, 2007, 113쪽 이하.

제4주제

1998년 이후 상법의 방향성

김 경 석 강사
(한국방송통신대학교)

토론 | 김 선 광 교수
(원광대학교 법학전문대학원)

1998년 이후 상법의 변화

- 주주자본주의로의 편향과 대안의 부재 -*

김경석 강사(한국방송통신대학교)

<요약문>

1. 상법의 제정과 1998년 개정의 계기

1962년 제정 이래 우리 상법은 다양한 개정이 이루어져 현재에 이르고 있다. 우리 상법이 그 동안 거쳐 왔던 모든 개정은 나름대로 그 이유가 있었지만, 그 중 가장 명확한 방향성을 나타내며 큰폭으로 이루어진 개정이라고 할 수 있는 것은 1998년 이루어진 개정이라고 할 수 있을 것이다. 1997년에 우리나라는 이른바 'IMF사태'를 맞이하게 되고 이를 계기로 1998년 개정을 시작으로 2001년 구제금융을 상환하기 까지 상법에는 큰 폭의 변화가 일어나게 된다.

2. 1998년 이후 개정의 방향성

1998년부터 2001년까지 이루어진 개정의 주요한 내용은 소수주주권의 강화와 회사경영에 대한 감시강화, 경영자의 책임강화, 투명성 보장, 지배구조개선, 국제경쟁력 강화 등에 관한 것들이다.

1998년부터 이루어진 개정을 통해 우리 상법은 미국식 주주자본주의에 따른 제도를 일관되게 도입하여 오고 있다. 그리고 이에 따라 우리 상법 회사편은 형식적으로는 주주의 권리를 강화하여 주주가 회사운영에 적극적인 의견을 개진할 수 있고 기업의 이해관계자들 사이의 이해관계 조정이 합리적으로 이루어진 규정을 갖추고 있는 것으로 보인다.

3. 우리나라의 현실과 제도의 괴리

법제도가 얼마나 잘 만들어졌는가는 어떻게 판단해야 하는 것일까에 대해서는 다양한 대답이 있을 수 있겠지만, 좋은 제도인가를 판단하는 기준 중 하나는 해당제도를 적용하는 곳의 실정과 얼마나 부합하는 제도인가의 여부일 것이다.

그렇다면 주주자본주의는 어떤 상황 하에서 본래의 장점을 발휘하는 시스템일까에 대해 생각해보면, 일반적으로 주주자본주의 시스템이 성공하기 위해서는 주주와 투자자가 기업에 대해 강력한 영향력을 발휘하여 기업이 잘못된 행위를 하지 못하도록 감시할 수 있어야 한다.

그리고 기업은 주주와 투자자에게 정확한 정보를 적절한 시기에 제공하며 만약 기업 내부에서 잘못된 행위가 발생하더라도 주주의 적극적인 대응으로 감시와 문제해결이 가능하기 때문에 기업에 발생한 갈등을 자체적으로 해결할 수 있다고 알려져 있다.

결국 주주자본주의는 적극적인 의견을 표출하는 주주와 투자자가 존재한다는 전제 하에 그 기능을 원래 의도대로 발휘하게 되는 것이다.

그러나 우리나라는 창업주의 자손들이 회사의 전체 지분 중 매우 낮은 지분을 보유하고 있음에도 황제경영이라고 표현될 정도로 전횡적으로 회사의 운영을 좌우할 수 있는 독특한

* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

구조를 가지고 있으며, 이러한 우리나라의 현실에서 회사의 지배권을 가지고 있는 창업주의 자손들 외의 주주는 사실상 회사에 별다른 영향을 미치지 못하고 있는 것이 현실이다.

4. 우리에게 맞는 대안 찾기

우리나라는 정부주도의 불균형 성장우선전략을 통해 경제발전을 이룩했다. 즉, 기업이 스스로의 힘만으로 현재의 성공을 이룬 것이 아니라 정부의 도움을 통해 그리고 정부의 지원을 받지 못한 다른 산업의 희생과 저임금속에서도 최선의 노동력을 제공한 노동자를 기반으로 현재의 발전을 이루었다고 할 수 있다.

따라서 기업의 주인은 물적 기반을 제공한 주주뿐만 아니라 회사의 발전을 위해 다양한 지원을 한 모든 자들이 기업의 주인이라고 할 수 있으며 이러한 생각에 바탕을 둔 시스템인 이해관계자 자본주의가 우리나라에 더 적합한 시스템이라고 보아야 할 것이다.

그러나 주주자본주의에 오랫동안 이끌려온 우리나라의 경우, 이해관계자 자본주의가 한 순간에 정착되기는 어려울 것이다. 이와 함께 여전히 회사의 물적 기반을 제공한 주주가 아닌 자가 회사의 주인이라는 것을 이해하는 것도 어려울 수 있다.

하지만 주주자본주의를 주장하는 측도 이해관계자와의 좋은 관계유지가 회사의 발전에 매우 중요한 부분이라는 데에 대해서는 인정하는 정도의 단계에는 도달해 있다고 본다.

그렇다면 먼저 주주자본주의와 이해관계자 자본주의의 중간적인 형태를 채택하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

예를 들어 이해관계자 자본주의의 대표적인 제도라고 할 수 있는 노동자의 경영참여제도를 다소 변형시켜 중간적인 형태의 제도로 만들어보는 것에 대해 생각해보면, 이해관계자가 회사의 경영에 참여하기를 고집하기 보다는 경영자의 감시감독에 참여하는 제도로써 감사위원회의 구성원인 사외이사에 이해관계자를 의무적으로 일정 비율 포함시키는 제도를 생각해 볼 수 있으며 이는 노동자공동결정제도의 변형이라고 할 수도 있을 것이다.

< 차 례 >

- I. 시작하며
- II. 1998년부터 2001년까지 개정
- III. 2009년부터 현재까지 개정
- IV. 1998년 개정부터 현재까지 나타나는 상법의 방향성
- V. 마치며

I. 시작하며

우리는 대기업의 창업주 혹은 그 자손들에 의한 일탈행위나 그들에 의해 상식적으로 이해하기 힘든 방향으로 기업이 운영되는 것을 수없이 경험하고 있다. 그리고 그러한 행위들이 가능한 것은 다양한 사회적 제도의 문제에 기인하고 있으며, 그 중 하나는 법제도, 특히 기업의 운영에 직접적인 영향을 미치는 상법 중 회사편의 제도적 문제도 그러한 문제의 하나의 원인일 수 있다.

회사에 대해 규정한 최초의 우리나라 법제는 1905년에 제정된 사설철도조례(私設鐵道條例)라고 하며 그 뒤를 이어 1906년에는 농공은행조례(農工銀行條例) 그리고 동양척식주식회사법(東洋拓植株式會社法)이 1908년에 제정되어 적용되었다고 한다.¹⁾

그 이후에는 우리가 잘 알고 있는 것처럼 일본에 의해 주권이 찬탈당하여 1945년 8월 15일까지 일본 상법이 의용되었으며 해방을 맞이했으나 일본 상법의 의용에서 벗어나지 못하고 제정 상법이 시행된 1963년 1월 1일 이전까지는 여전히 독일 상법을 계수한 일본상법의 의용이 지속되었다.²⁾

우리의 상법이 처음으로 만들어진 것은 1962년 1월 20일로 일제 때부터 의용되어 오던 일본상법에 대체하여 새로운 자본주의 경제질서에 부응하는 상법을 제정하여 국민경제의 발전에 기여하려는 목적으로 제정되었으며³⁾ 1963년 1월 1일부터 시행되었다.

1962년 제정 이래 우리 상법은 다양한 개정이 이루어져 현재에 이르고 있다. 수차례의 개정으로 우리상법은 이른바 선진적인 제도에 근접해가고 있는 것으로 보이지만 과연 바로 그 선진적인 제도가 우리나라에 적합한 것인가에 대해서는 의문이 남는다.

우리 상법이 그 동안 거쳐 왔던 모든 개정은 나름대로 그 이유가 있었지만, 그 중 가장 명확한 방향성을 나타내며 이루어진 개정이라고 할 수 있는 것은 1998년 이루어진 개정이라고 할 수 있을 것이다. 1997년에 우리나라는 국제통화기금(IMF, International Monetary Fund)에 구제금융을 신청하게 되는 이른바 ‘IMF사태’를 맞이하게 되고 이를 계기로 1998년 개정을 시작으로 2001년 구제금융을 상환하기 까지 상법에는 큰 폭의 변화가 일어나게 된다.

특히 그 변화는 상법 중 회사편을 중심으로 일어나게 되는데 이하에서는 1998년 이후 이루어진 상법개정 중 회사편에 관한 사항을 개정의 주요내용과 당시 해당 개정이 가졌던 의미 등으로 간략히 정리하고자 한다. 특히 1998년부터 2001년 7월 이루어진 개정을 중심으로 우리상법의 변화를 살펴보면, 2001년 이후 2009년까지는 회사법제에 큰 변화가 없었기 때문에 동 기간 중에 이루어진 개정은 생략하고 2009년 개정부터 현재까지 이루어진 개정사항을 살펴보기로 한다.

1998년부터 지금까지 상법 회사편의 변화를 전체적으로 검토하는 것은 다양한 측면에서 깊이 있는 논의가 필요하겠으나 필자의 능력이 부족한 관계로 본고에서는 해당기간 동안 우리상법이 보여준 방향성과 그 의미에 대해 개인적인 생각을 간단히 정리해보는 것에 그치기로 하겠다.

II. 1998년부터 2001년까지 개정

1) 정희철, 양승규, 보정판 상법학원론(상)(박영사, 1986), 255쪽(임재호, “한국 회사법의 변천사(一)”, 법학논총 제19집 제3호(조선대학교 법학연구소, 2012), 428쪽 재인용).

2) 손주찬, “한국상법개정의회고”, 상사법연구 제10집(한국상사법학회, 1992), 28면.

3) 국가법령정보센터(2019년 4월 8일 검색).

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=58093&ancYd=19620120&ancNo=01000&efYd=19630101&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000>

위에서 언급한 것처럼 우리는 1997년 IMF사태를 맞이하게 된다. 이를 시작으로 우리나라는 상황을 마무리하는 2001년까지 4년 동안 IMF주도의 신자유주의 처방을 받으면서 경제뿐만 아니라 나라의 모든 부분이 변화하게 되어 현재까지도 그 영향을 받고 있다.

IMF는 구제금융을 무기로 우리나라의 거의 모든 분야에 영향력을 행사하게 되며, 그러한 영향력은 법률의 제정이나 개정으로 이어지기도 했다.

특히 기업들에게 직접적인 영향력을 미치는 경제관련 법률들, 예를 들어 공정거래법, 상법, 증권거래법, 주식회사의 외부감사에 관한 법률 등, 이루 헤아릴 수 없는 법률의 제정과 개정을 촉발(혹은 강요)하였고 해당 개정은 ‘세계화’ 혹은 ‘경쟁력 강화’라는 이름 하에 진행되었다.

이하에서는 우리상법, 특히 회사법에 있어서 가장 큰 변화로 평가받는 IMF구제금융의 시기인 1998년부터 2001년 사이의 회사법 개정에 대해 살펴보기로 한다.

1. 1998년 12월 28일 시행개정

1998년 이루어진 상법의 개정은 IMF사태에 대응하기 위한 차원의 개정으로 상법 회사편을 중심으로 이루어졌다. 동 개정에 대해 법제사법위원회의 심사보고서에서는 경제위기에 대한 대응과 원활하고 합리적인 경제구조개편의 필요성이 제기됨에 따라서 기업의 구조조정을 제도적으로 지원하기 위해 회사합병절차의 간소화와 회사의 분할제도를 도입하고 자본조달의 편의를 위해 주식최저액면액 인하 및 주식분할제도와 중간배당제도를 도입할 것을 제안하고 있다. 또한 기업경영에 대한 감시강화와 경영자의 책임강화 및 투명성 보장을 위해 소수주주권을 강화하고 집중투표제도를 도입하는 등의 제도를 도입하고 이를 통해 우리 기업의 국제경쟁력을 제고하려는 것이 동 개정의 제안이유라는 것을 밝히고 있다.⁴⁾

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 회사합병절차의 간소화

IMF사태로 인해 기업의 구조조정 필요성이 높아지자 이를 지원하기 위한 차원에서 이루어진 개정이다.

구체적으로는 소규모합병제도를 새롭게 도입하여 합병 후 존속하는 회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 5를 초과하지 아니하는 때에는 그 존속하는 회사의 주주총회의 승인은 이사회에 승인으로 갈음할 수 있도록 하였다. 다만, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 경우에 그 금액이 존속하는 회사의 최종 대차대조표상으로 현존하는 순자산액의

4) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 15109)(2019년 4월 10일 검색)
<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=014634>

100분의 2를 초과하는 때에는 소규모합병절차에 의하지 못하도록 하였다(제527조의3 제1항).

또한 회사합병 시 채권자의 이익제출기간을 2월에서 1월로 단축하였으며(제232조 제1항), 신설합병의 창립총회와 관련하여 이사회는 공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있도록 하였다(제527조 제4항).

2) 주식최저액면액 인하 및 주식분할제도 도입

회사 합병준비단계에서 당사 회사의 주가차를 조절하고 고가주의 유통성을 회복시키기 위하여 주식분할제도를 도입하였으며(제329조의2), 주식분할을 자유롭게 하고 신주발행 시 기업자금 조달의 편의를 돕기 위하여 1주의 최저 액면금액을 종전의 5천원에서 100원으로 인하하였다(제329조).

3) 주주제안제도의 신설

주주의 적극적인 경영참여와 경영감시를 강화하기 위하여 발행주식 총수의 100분의 3이상의 주식을 보유한 주주에게 주주총회의 목적사항(의제 또는 의안)을 이사회에게 제안할 수 있는 권한을 부여하고, 주주제안이 있을 경우 이사의 의무를 규정하였다(제363조의2).

4) 집중투표제도의 도입

소수주주의 이익을 대표하는 이사의 선임이 가능하도록 2인 이상 이사의 선임 시 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 3이상의 주식을 보유한 주주의 청구가 있는 경우에는 1주마다 선임할 이사의 수만큼의 의결권을 갖도록 하고 이를 이사후보자 1인에게 집중하여 행사할 수 있는 집중투표의 방법에 의하여 이사를 선임할 수 있도록 하였다. 그러나 집중투표제는 강제적인 규정은 아니며 정관을 통해 배제할 수 있도록 하고 있다(법 제382조의2).

5) 이사의 충실의무 신설

이사의 책임강화를 통한 건전한 기업운동을 촉진하기 위하여 이사회에게 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 충실히 그 직무를 수행할 의무를 명시적으로 규정하였다(제382조의3).

6) 이사 수의 자율화

회사의 규모를 고려하지 않고 일률적으로 3인 이상의 이사를 두도록 하고 있던 규

정을 개선하여 자본금에 따라 이사의 숫자를 자율적으로 결정할 수 있도록 하였다. 이에 따라 발행 주식의 액면총액(자본금)이 5억원 미만인 회사의 경우에는 1인 또는 2인의 이사를 둘 수 있도록 자율화하고(제383조 제1항), 이사가 1인이 된 경우에는 이사회를 주주총회의 권한으로 하였다(제383조 제4항).

7) 업무집행지시자 등(사실상의 이사)의 책임 강화

사실상 회사에 영향력을 행사하지만 이사가 아닌 자, 예를 들어 명예회장, 회장, 사장 등의 명칭을 사용하면서 회사에 영향력을 행사하여 이사의 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하는 지배주주 등을 이사로 의제하여(제401조의2 제1항), 회사 및 제3자에 대하여 이사와 연대배상책임을 부담하도록 함으로써 주식회사의 건전한 경영을 도모하고자 했다(제401조의2 제2항).

8) 소수주주권의 행사요건 완화

1998년 12월 개정 이전에는 발행주식의 총수의 100분의 5이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 행사할 수 있던 소수주주권의 요건을 완화하여 주주들의 효율적 경영감시를 유도하고 기업경영의 투명성을 보장을 도모하였다.

구체적으로는 주주총회소집청구권이나 이사·감사해임청구권, 회계장부열람권 등의 소수주주권을 행사하기 위한 요건을 발행주식의 총수의 100분의 3으로 낮추고(제366조, 제385조 제2항, 415조, 제466조 제1항), 또한 이사위법행위유지청구권과 대표소송 제기권을 행사하기 위한 요건은 발행주식의 총수의 100분의 1로 낮추었다(402조, 403조).

또한 대표소송의 당사자요건을 발행주식 총수의 100분의 5이상의 주식을 가진 주주에서 100분의 1이상의 주식을 가진 주주로 하는 등 소수주주권의 행사요건을 완화했다(법 제403조 등).

9) 중간배당제도의 도입

1998년 12월 개정 전에는 모든 회사는 영업년도 말의 이익배당만을 할 수 있도록 규정하고 있었으나, 개정을 통해 년 1회의 결산기를 정한 회사는 영업연도 중 1회에 한하여 이사회결의로 이익배당(중간배당)을 할 수 있도록 하였다(제462조의 3).

10) 회사분할제도의 도입

이전 상법에 회사분할에 대한 규정이 없는 불편을 해소하고 기업의 구조조정을 지원하기 위해 주식회사에 한하여 주주총회결의로 회사분할을 할 수 있도록 하였다(제530조의2).

또한 분할 전 회사의 주주와 채권자보호를 위한 규정도 마련하였는데, 분할계획서 또는 분할합병계약서를 통해 분할 전 회사의 지분비율을 승계하여 분할 후에도 유지할 수 있도록 하고(530조의10), 분할 전 회사의 채무에 대하여 분할 후의 각 회사가 연대하여 변제할 책임을 규정하였으며(530조의9 제1항), 분할 전 회사의 이사에게 분할대차대조표를 공시할 의무를 부과하였다(530조의7).

(2) 동 개정의 의미

위에서 살펴 본 것처럼 1998년 12월의 개정은 IMF사태로 인하여 시작된 것으로 회사의 합병절차를 간소화하여 구조조정이 원활하게 이루어지는데 기여하였고, 소수주주권의 강화와 집중투표제의 도입 등을 통해 회사경영에 대한 감시강화, 경영자의 책임강화, 투명성 보장이라는 긍정적인 영향이 촉발되도록 하였다는 의미가 있을 것이다.

그러나 동 개정은 우리정부가 1997년 12월 국제통화기금(IMF)의 긴급자금지원을 받으면서 합의한 이행조건인 'IMF 자금지원 합의내용'의 요구사항을 상법개정을 통해 수용했다는 성격이 강하다고 할 수 있다.⁵⁾

또한 개정된 각 규정사항에 대해서도 실질적인 측면에서 긍정적인 영향은 제한적일 것이라는 비판적인 견해도 제기되었다.

먼저, 소규모합병제도의 경우, 실무계의 의견을 적극 반영한 것이라는 측면에서는 긍정적인 개정으로 평가되지만 소규모합병이 가능한 비율($5/100 \cdot 2/100$)이 실질적인 구조조정 촉진이라는 측면에서 낮게 설정되어 있고 존속회사의 주주총회도 생략할 수 있도록 한 것은 소수주주보호라는 측면에서 적절하지 못하다는 비판이 있었다.⁶⁾

이사의 충실의무에 대해서도 해당 규정은 추상적인 선관주의의무를 구체화한 규정에 불과하다는 비판이 있었다.⁷⁾

그 외에도 1주의 액면가를 100원으로 낮춘 것은 현실적이지 못하다거나,⁸⁾ 업무집행지시자의 개념이 모호하다⁹⁾는 등의 비판도 있었던 개정이었다.

2. 1999년 12월 31일 시행개정

1999년 이루어진 개정은 기업의 국제화에 대한 필요성이 제기됨에 따라, 이사회 기능과 역할을 강화하여 기업경영의 효율성을 제고하고, 감사위원회제도의 도입을 통하여 기업경영의 투명성을 보장하며, 주주총회 및 이사회 운영방법을 정비하는 등 기업지배구조를 개선함으로써 건전한 기업발전을 도모하고 궁극적으로 우리 기업의

5) 김성태, “상법개정의 방향과 내용”, 기업구조의 재편과 상사법 : 회명 박길준교수 화갑기념논문집 I (정문사, 1998), 163쪽.

6) 김성태, 위의 논문 166~167쪽.

7) 임재연, 회사법Ⅱ(박영사, 2012), 376쪽.

8) 김성태, 위의 논문 164~165쪽.

9) 김성태, 위의 논문 173쪽.

국제경쟁력을 강화하고자 이루어졌다.¹⁰⁾

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 주식매수선택권제도의 도입

회사는 정관에 따라 주주총회의 특별결의로 회사의 설립 · 경영과 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 이사·감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리(주식매수선택권)를 부여할 수 있도록 하고 이에 관한 규정을 마련하였다(제340조의 2~4).

2) 자기주식 취득제한 완화

자기주식 취득에 대한 제한을 완화하여 회사는 자기의 주식을 양도할 목적으로 취득하거나 퇴직하는 이사·감사 또는 피용자의 주식을 양수하기 위한 목적으로 자기의 주식을 취득하는 경우, 발행주식총수의 100분의 10을 초과하지 않는 범위 내에서 자기의 계산으로 자기주식을 취득할 수 있도록 하였다(제341조의 2).

3) 주주총회 질서유지권 신설

증권거래법에서는 이미 도입하고 있던 주주총회 질서유지권을 신설하였다. 즉, 주주총회의 질서유지를 위하여 주주총회에서 고의로 의사진행을 방해하는 자에 대하여는 발언의 정지·취소 또는 퇴장을 명할 수 있는 질서유지권을 주주총회 의장에게 부여하였다(제366조의2).

4) 주주총회 및 이사회 운영방법의 개선

주주의결권의 행사에 편의를 도모하기 위해 서면에 의한 의결권행사를 허용하고, 이사가 직접 회의에 출석하지 않고 동시통신수단에 의하여 이사회에 참가하는 것을 인정함으로써 주주총회와 이사회의 운영방법을 개선하였다(제368조의3 및 제391조 제2항).

5) 이사회 내 위원회제도 도입

이사회운영의 효율성을 도모하기 위해 미국제도인 이사회 내 위원회제도를 도입하기로 하였다. 이에 따라 이사회 내에 2인 이상의 이사로 구성되는 각종 위원회를 설치하여 이사회로부터 위임받은 권한을 행사할 수 있게 되었다(제393조의 2).

10) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 152271)(2019년 4월 10일 검색)
<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=015830>

6) 감사위원회제도 도입

1999년 12월 개정 이전에는 회사 내 감독기관으로 감사를 두는 것만이 가능했지만 미국식 감사위원회제도를 도입하여 회사는 정관이 정하는 바에 따라 감사 또는 감사위원회를 선택하여 운영할 수 있도록 했다. 이전부터 사내이사로는 엄격한 감사가 이루어지기 어렵고 따라서 그 대안으로 경영자로부터 독립적인 지위에 있는 감사제도의 필요성이 제기되어 왔다.¹¹⁾

감사에 갈음하여 감사위원회를 설치하는 경우에는 3인 이상의 이사로 구성하고, 동 위원 중 사외이사의 비율이 3분의 2 이상이 되도록 하였다(제415조의 2).

7) 분할합병 요건의 완화

기업구조조정의 편의를 위하여 회사를 발행주식총수 100분의 5이하의 소규모로 분할합병하는 경우에는 주주총회의 결의에 갈음하여 이사회 결의로 분할합병할 수 있도록 요건을 완화하였다(제530조의 11 제2항).

8) 유한회사 관련제도 정비

유한회사의 경우 소수사원의 대표소송제기요건을 자본총액의 100분의 5에서 100분의 3으로 인하하는 등 소수사원권을 강화하고, 주식회사와 같이 중간배당제도를 도입하는 등 유한회사와 관련된 규정을 정비하였다(제565조 · 제572조 및 제581조 내지 제583조).

(2) 동 개정의 의미

1999년 12월 개정은 국제화의 요청, 회사경영의 투명성 제고, 지배구조의 개선이라는 목적 하에 이루어졌다.

위의 목적들은 결국 1998년 12월 이루어진 개정에 연결되는 것이라고 할 수 있으며, 1998년 12월 개정이 구조조정을 중심으로 이루어졌다면 1999년 12월 개정은 지배구조개선을 중심으로 이루어졌다는 차이를 보이고 있다.

3. 2001년 7월 24일 시행개정

11) 국회법률정보시스템, 심사보고서(2019년 4월 10일 검색)

http://likms.assembly.go.kr/law/lawsLawtInqyDetl1010.do?mappingId=%2FflawsLawtInqyDetl1010.do&genActiontypeCd=2ACT1010&genDoctreattypeCd=&procWorkId=&workstepId=&repFlowId=&flowId=&workId=&workSno=&winWd=&winHg=&winTypeAttr=M&nextWinWd=&nextWinHg=&nextWinTypeAttr=&nextMappingId=&nextGenActiontypeCd=&TOTALVIEWCOUNT=&selectCollection=&viewGb=PROM&contSid=0010&contId=1962012000000025&cachePreid=ALL&sfield=&keyWord=&srchType=&genMenuId=&back_TOTALVIEWCOUNT=&back_selectCollection=&back_viewGb=PROM&back_contSid=0010&back_contId=1962012000000025&back_cachePreid=ALL&back_sfield=&back_keyWord=&back_srchType=&basicDtView=2019.04.20&basicDt=&minExeDt=#

2001년 이루어진 개정도 이전 2차례의 개정과 같은 흐름 속에서 이루어졌다. 동 개정은 기업경영의 투명성을 제고하고 국제경쟁력을 강화하기 위해 주주총회의 결의사항을 확대하고, 이사회제도를 개선하며 주주의 신주인수권을 강화하는 등의 기업지배구조를 개선하고, 기업의 구조조정을 지원하기 위해 지주회사 설립을 위한 주식의 포괄적 교환·이전제도를 도입하는 등의 내용으로 이루어졌다.¹²⁾

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 주주총회 결의에 의한 주식소각 인정

회사의 주가관리 등의 편의를 위하여 정기총회의 특별결의에 의해 이익배당 한도 내에서 주식을 매수하여 소각할 수 있도록 하였다(제343조의2).

2) 주식의 포괄적 교환 · 이전에 의한 지주회사 설립

지주회사 설립 등을 쉽게 할 수 있도록 회사가 주식의 포괄적 교환 또는 이전에 의해 완전모회사를 설립하고 완전자회사가 될 수 있도록 함으로써 기업의 구조조정 원활화를 지원하였다(제360조의2 내지 제360조의15).

3) 주주총회 결의사항의 확대

주주의 의결권을 강화할 위해 회사 영업의 중요부분을 양도하는 경우뿐만 아니라 회사 영업에 중대한 영향을 미치는 다른 회사의 영업 일부의 양수에 대하여도 주주총회의 특별결의를 얻도록 하는 규정이 새롭게 규정되었다(제374조 제1항 제4호).

4) 신주인수권의 강화

동 개정 이전에는 정관으로 별다른 제한 없이 주주의 신주인수권을 제한할 수 있었으나 개정을 통해 주주 외의 자에게 신주를 배정하는 경우에는 정관에 의하되 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영목적상 필요한 경우로만 제한할 수 있도록 함으로써 주주의 신주인수권을 강화하였다(제418조).

위의 개정 외에도 주식매수청구권 행사 시 곧바로 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있도록 하고(제374조의 2 제4항 및 제5항), 이사회 활성화를 위하여 이사회 결의사항의 범위를 구체화하고, 이사의 회사업무에 관한 정보접근권을 강화하

12) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 160586)(2019년 4월 10일 검색)
<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016701>

였다(제393조).

(2) 동 개정의 의미

포괄적 교환 · 이전에 의한 지주회사 설립을 통해 구조조정의 원활화에 기여하고 주주의 권리를 강화하는 개정(주주총회결의사항 확대나 인수인수권의 강화)이 이루어졌다고 할 수 있다.

Ⅲ. 2009년부터 현재까지 개정

2001년 IMF구제금융 상환이후에도 상법의 개정은 몇 차례 이루어졌으나 회사편에 대한 의미 있는 개정은 한동안 이루어지지 않았다.

예를 들어 2001년 12월 이루어진 개정은 유한회사와 합자회사에 관한 개정이었으며 2007년 이루어진 개정은 해상운송계약 관련 법체계를 국제무역 실무에 맞게 재정비하는 등의 목적으로 위해 「상법」 제5편 해상 부분을 전면적으로 개선·보완하려는 것이었다.

이후 상법은 2009년 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」이 제정(법률 제8635호, 2007. 8. 3. 공포, 2009. 2. 4. 시행)됨에 따라 폐지가 예정되어 있던 「증권거래법」 상의 상장법인의 지배구조에 관한 특례규정을 상법에 포함시켜 법적용의 계속성을 유지하고 회사법제의 완결성을 추구하고자 개정을 하기 된다.¹³⁾

1. 2009년 2월 4일 시행개정

위에서 언급한 것처럼 2009년 개정은 증권거래법 상의 규정을 「상법」 회사편에 포함시키는 것으로 상법에는 상장법인과 관련한 특례규정이 신설되어 제542조의 2부터 제542조의 12까지 11개의 조문이 신설되었다.

그 중 몇 가지를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 주식매수선택권

주식매수선택권과 관련하여 상장회사의 경우 그 회사 외에 관계회사 이사 등에게도 부여할 수 있도록 하고, 부여범위도 발행주식총수의 100분의 10 이하에서 100분의 20 이하로 확대하며, 주주총회 결의 없이 이사회 결의만으로도 발행주식총수의 100분의 10 이하 범위에서 주식매수선택권을 부여할 수 있도록 하였다(제542조의 3).

13) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 1803424)(2019년 4월 13일 검색)
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N0M9F0Q1R0D6Y1E1J1G8D3P2R0P7F9

2) 소수주주권 행사요건 완화

소수주주권의 행사요건을 완화하여 주주총회 소집청구권과 검사인선임청구권을 위한 소수주주의 지분율을 1천분의 30에서 1천분의 15로 낮추는 한편, 상장회사의 주식을 6개월 이상 보유한 자만 행사할 수 있도록 하였다(제542조의6).

3) 집중투표 행사요건 완화

집중투표 청구권의 행사요건을 완화하여 대규모 상장회사에 대한 집중투표 청구권의 행사요건을 완화하고 집중투표를 도입하거나 배제하려는 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 주식에 대해서는 의결권을 행사할 수 없도록 하였다(542조의7).

4) 사외이사 선임 의무화

대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 상장회사의 사외이사는 이사 총수의 4분의 1 이상이 되도록 하고, 대통령령으로 정하는 대규모 상장회사의 사외이사는 3명 이상으로 하되, 이사 총수의 과반수가 되도록 사외이사 설치를 의무화하였다(제542조의8).

5) 주요주주 등 이해관계자와의 거래 제한

상장회사의 경우에는 주요주주 등 특수관계인을 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여를 할 수 없도록 하고, 다만 일정한 규모 이하의 거래나 약관 등에 의하여 정형화된 거래는 이사회 승인을 받거나 사후에 주주총회에 보고하도록 하는 방식으로 거래를 허용하였다(제542조의9 및 제624조의2).

6) 감사 및 감사위원회 설치 선임의결권 제한(법 제542조의10 및 제542조의11 신설)

일정 규모의 상장회사에 대하여는 1명 이상의 상근감사를 두도록 하고 대규모 상장회사에 대하여는 감사위원회를 의무적으로 설치하도록 하였다. 또한 감사위원회 위원의 선임·해임권이 주주총회에 있음을 명문으로 규정하고, 위원 선임 시 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 주식에 대하여는 의결권을 제한하였다(제542조의10 · 542조의11 신설 · 제542조의12).

(2) 동 개정의 의미

2009년 개정의 경우에는 회사와 관련한 새로운 규정이 마련된 것은 아니고 「증권거래법」 상의 상장법인의 지배구조에 관한 특례규정이 상법으로 옮겨온 것으로 법적

용의 계속성이라는 측면에서 의미가 있는 정도이다.

2. 2009년 5월 개정(2010년 5월 시행)

2009년 이루어진 개정은 경제활성화를 위하여 소규모회사의 창업이 용이하도록 회사설립 시 자본금의 규모나 설립형태를 불문하고 정관에 대하여 공증인의 인증을 받게 하던 정관에 대한 인증의무를 면제하고, 창업절차를 간소화를 위해 주주총회의 소집절차를 간소화 하는 등의 개정과 전자적 방법에 의해 주주가 의결권을 행사할 수 있도록 하였다.¹⁴⁾

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 소규모회사의 설립 · 운영 등의 간소화

동 개정에서는 소규모회사의 창업을 활성화하기 위한 규정이 설립과정의 간소화 · 운영의 간소 · 기관선임의 간소화 · 설립자금부담의 면제라는 측면에서 이루어졌다.

구체적으로는 먼저, 자본금의 규모나 설립 형태를 불문하고 회사를 설립하는 경우에는 설립등기 시에 첨부하는 정관에 대하여 일률적으로 공증인의 인증을 받도록 강제하고 있어 창업에 불필요한 시간과 비용이 드는 경우가 있었으나, 이를 개정하여 자본금 총액이 10억원 미만인 회사를 발기설립하는 경우에는 창업자들의 신뢰관계를 존중하여 발기인들의 기명날인 또는 서명이 있으면 공증인의 인증이 없더라도 정관에 효력이 발생하도록 하였다(제292조).

두 번째로 가족기업처럼 운영되는 소규모 주식회사에 대하여 복잡한 주주총회 소집절차를 준수하도록 요구하는 것은 회사의 운영에 과도한 부담으로 작용하였기 때문에 자본금 10억원 미만 주식회사의 주주총회 소집통지 기간을 10일 전으로 단축하고, 주주 전원이 동의하면 소집절차를 생략할 수 있도록 허용하며, 서면에 의한 주주총회 결의도 허용하였다(제363조).

세 번째로는 회사를 설립하는 경우에는 반드시 감사를 선임하도록 하고 있었으나 자본금 총액이 10억원 미만인 회사를 설립하는 경우에는 감사 선임 여부를 회사의 임의적 선택사항으로 하고, 감사를 선임하지 아니할 경우에는 주주총회가 감사의 임무를 수행하도록 하였다(409조 4항 · 5항 · 6항).

마지막으로 주식회사를 설립하는 경우 필요로 하던 최저자본금(5천만원) 규정을 삭제함으로써 주식회사를 설립할 때 발생할 수 있는 경제적 부담을 감소시켰다(제329조 제1항 삭제).

2) 전자투표제 도입

14) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 1804676)(2019년 4월 13일 검색)
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D009H004W2R1Z1Z6E1Q6B5A3X1X8O8

정보통신 기술의 발전에 맞춰 주주가 주주총회에 출석하지 않고 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 전자투표제를 도입하였다. 전자투표제는 총회비용의 감소와 운영의 효율성 및 주주의 총회참여 활성화에 기여할 것으로 기대되었다(제368조의 4).

(2) 동 개정의 의미

동 개정은 창업활성화에 초점이 맞추어진 개정으로 판단되지만 창업을 활성화시키기 위해 최소한의 안전장치를 포기하는 것이 바람직한 것인가에 대해서는 의문이 있다.

우리나라는 비상식적으로 주식회사의 비율이 높다. 주식회사는 대규모의 자금을 조달하여 운영되는 것을 상정하고 만들어진 제도임에도 우리나라의 경우에는 상상하기 힘들 정도의 소규모(회사라고 보기 어려울 정도의) 주식회사도 매우 많이 존재하고 있는 것으로 판단된다.

그럼에도 불구하고 단순히 창업의 활성화라는 이름 하에 최저자본금제도를 폐지하고 감사선임의 예외를 인정하는 것은 주식회사의 부실화를 촉진하는 것이었다고 보인다.

우리 상법상 회사의 종류가 주식회사만 존재한다면, 특히 주주가 간접·유한책임을 부담하는 회사의 형태가 주식회사만 존재한다면 이러한 상황이 납득할 수 있겠으나, 당시 우리나라에는 주식회사 외에도 유한회사도 있었음에도 모든 창업자가 대기업을 상정하고 주식회사를 설립하는 것을 법률이 지원 내지는 조장하는 것이 과연 올바른 방향인가에 대해 의문이 있다.

3. 2012년 4월 시행법률 개정

동 개정은 자금 및 회계 관련 규정을 정비하여 기업경영의 투명성과 효율성을 높이고, 정보통신 기술을 활용하여 주식·사채(社債)의 전자등록제를 도입하며, 합자조합과 유한책임회사 등 다양한 기업 형태를 도입함으로써 국제적 기준에 부합하는 회사법제로 재편하는 한편, 이사의 자기거래 승인 대상범위를 확대하고 이사의 회사기회 유용 금지 조항을 신설하여 기업경영의 투명성을 높임으로써 활발한 투자 여건을 조성하고 급변하는 경영환경에 기업이 적절히 대응할 수 있는 법적 기반을 마련하는 것이었다.¹⁵⁾

동 개정에서는 회사법을 중심으로 개정이 이루어졌으며 회계 관련 규정의 개정(제446조의2 신설, 제447조 및 제447조의4)과 법정준비금제도 개선(제460조, 제461조의2), 배당제도 개선(제462조제2항, 제462조의4) 등의 개정도 이루어졌으나 회사의 지배구조와 직접적인 관계가 적은 관계로 이하에서는 다루지 않기로 한다.

15) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 1811092)(2019년 4월 13일 검색).
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_R1U1N0Y3S0E9Y1W5A5L0X1G7J3Q7I9

(1) 개정사항의 구체적 내용

1) 새로운 기업형태 도입

동 개정에서는 새로운 기업형태가 도입되었는데, 하나는 업무집행조합원과 유한책임조합원으로 구성된 합자조합(제86조의2)이며 다른 하나는 유한책임회사제도이다(제287조의2~42). 즉, 사원에게 유한책임을 인정하면서도 회사의 설립·운영과 기관 구성 등의 면에서 사적 자치를 폭넓게 인정하는 유한책임회사를 신설함으로써 다양한 형태의 회사에 대한 수요에 부응하려고 노력하였다.

2) 무액면주식의 도입

동 개정 이전에는 액면주식만이 인정되고 있었기 때문에 자본금을 충실히 하여 채권자를 보호한다는 것을 이유로 액면미달 발행은 매우 제한적으로 인정되었고 이로 인해 부실기업이 자기자본인 주식을 통해 자본을 조달하는 것이 매우 어려웠다.

이러한 문제점에 따라 상법에 무액면주식을 도입하여 회사가 액면주식과 무액면주식 중 한 종류를 선택하여 발행할 수 있도록 하였으며(제291조, 제329조 등), 이를 통해 주식발행의 효율성 및 자율성을 높이고 소규모기업의 원활한 창업이 확대될 것으로 기대하였다.

3) 다양한 종류주식의 도입

동 개정 이전에 종류주식을 발행하는 것이 가능했지만 그 내용이 매우 제한적이어서 회사의 입장에서는 실제 종류주식을 통해 자금을 조달하는 것이 어려운 상황이었으며¹⁶⁾ 이에 다양한 종류주식을 새롭게 도입하게 된다.

구체적으로는 의결권이 배제되거나 제한되는 주식(제344조의3)의 발행이 가능하게 되고, 상환주식(제345조)과 전환주식(제346조)을 종류주식에 포함시켰다.

4) 주식 및 사채의 전자등록제 도입

IT기술의 발전에 따라 회사제도에도 해당 기술의 도입이 추진되었으며 그러한 움직임의 하나로 주식과 사채를 실제 발행하지 않고 전자등록을 통해 증권을 소지한 것과 동일하게 권리의 양도나 담보설정 및 권리행사가 가능하도록 하는 제도가 도입되었다(제356조의2 및 제478조제3항).

이를 통해 실물증권의 발행이나 유통에 소요되는 비용을 줄이며 기업과 증권시장의 효율성을 높일 것으로 기대되었다. 또한 주식과 사채의 전자등록제는 세계적인 추세

16) 양만식, “종류주식의 다양화가 기업지배에 미치는 영향”. 상사법연구 제30권 제2호(한국상사법학회, 2011), 38쪽.

에 따른 것이기도 하다.¹⁷⁾

5) 지배주주에 의한 소수주식의 전부 취득 규정의 신설

지배주주가 대부분의 주식을 보유하고 있는 회사의 경우에는 소수주주가 주주총회를 통해 회사의 운영 등에 관여하는 것이 사실상 불가능하며, 보유하고 있는 주식을 공정한 가격에 처분하는 것도 어려운 상황에 놓이게 된다.

또한 위와 같은 경우, 회사로서는 매우 낮은 비율의 지분을 보유한 소수주주의 권리를 위해 비용이 소요되기 때문에 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 지배주주가 소수주주의 주식을 매수할 수 있거나 소수주주가 지배주주에게 주식을 매도할 수 있는 제도를 마련하게 된다.

구체적으로는 발행주식총수의 95퍼센트 이상을 보유하는 지배주주가 소수주주의 주식을 공정한 가격에 매입할 수 있도록 하고, 이와는 반대로 소수주주도 지배주주에게 주식의 매수를 청구할 수 있는 규정을 신설하였다(제360조의24~26).

6) 회사의 사업기회 유용금지제도 신설

우리나라 대기업들은 오랜 기간 회사의 사업과 관련하여 새로운 기회가 생기는 경우 이를 회사를 위해 이용하는 것이 아니라 해당 사업기회를 지배주주의 자손들에게 제공하고 이를 통해 지배주주의 자손들의 부를 증식시켜주는 편법적인 증여수단으로 이용하고 있었다.

이러한 편법적인 증여행위가 지속적으로 발생하게 되자 이를 규제하기 위해 상법에 이와 관련된 규정이 새롭게 도입되게 되는데 그것이 바로 사업기회유용금지규정이다. 즉, 이사가 회사의 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 정보 또는 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제3자에게 이용하도록 하는 경우에도 이사회 승인(이사 3분의 2 이상)을 받도록 하고 이를 위반한 경우 이사에 연대배상의 책임을 부담하도록 했다(제397조의2).

7) 이사의 자기거래 승인대상 확대

동 개정 이전에는 이사의 자기거래 승인 대상은 이사가 회사와 거래하는 경우로 한정되어 있었다.¹⁸⁾ 따라서 개정 전의 규정으로는 이사가 직접 회사와 거래를 하지 않고 배우자나 직계존비속 등을 내세워 회사와 거래를 하는 경우에는 이를 규제하는 것이 어려웠다.

이에 이러한 문제점을 보완하기 위해 이사와 회사 간 자기거래의 요건을 더욱 엄

17) 심인숙, “주식 및 사채의 전자등록제 도입에 관한 상법개정안 고찰”, 상사법연구 제28권 제3호(한국상사법학회, 2005), 216쪽.

18) 개정 전 제398조(이사와 회사간의 거래) 이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제삼자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다.

격히 규정하여 이사뿐만 아니라 이사의 배우자, 이사의 직계존비속, 이사의 배우자의 직계존비속과 그들의 개인회사가 회사와 거래하는 경우까지 이사회 승인(이사 3분의 2 이상)을 받도록 규정하였다. 또한 이에 더해 해당 거래의 내용이 공정하여야 한다는 요건을 추가함으로써 회사의 이익을 침해하면서 부당한 이득을 취하는 행위를 방지하고자 했다(제398조).

8) 이사의 책임 감경

이사의 경영책임에 대한 부담을 감소시켜 유능한 경영인을 영입하고 이사의 적극적인 경영을 활성화한다는 목적으로 회사에 대한 이사의 책임을 고의 또는 중대한 과실로 회사에 손해를 발생시킨 경우를 제외하고는 이사의 최근 1년간의 보수액의 6배(사외이사는 3배) 이내로 제한하고, 이를 초과하는 금액에 대하여는 면제할 수 있도록 하였다(제400조제2항).

그러나 고의 또는 중과실로 발생한 손해가 아닌 경우에 이사에게 이에 대한 손해배상책임을 추궁할 것인가에 대해 의문이 있으며, 경과실로 손해를 발생시킨 이사에게 손해배상책임을 인정될 것인지에 대해서도 의문이 있다.

9) 집행임원제도 도입

이사회의 감독 하에 회사의 업무 집행을 전담하는 기관인 집행임원에 대한 근거 규정을 마련하고자 집행임원제도를 도입하였으며 회사가 자율적으로 선택할 수 있도록 하였다(제408조의2부터 제408조의9).

10) 준법지원인 제도 도입

기업의 준법경영과 사회적 책임강화를 기대하며 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위해 임직원이 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 "준법통제기준"이라 한다)를 마련하고 준수에 관한 업무를 담당하는 준법지원위원인을 일정 규모 이상의 회사에 의무적으로 두도록 하였다(제542조의13).

그러나 여기에서의 일정 규모가 '최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 5천억원 이상인 회사'인데, 이 정도 규모의 회사에 사내변호사(대학교수직에 있던 자와 일정 기간 법무부서에서 근무한 경력이 있는 자도 자격은 있지만 사실상 의미가 없다고 판단된다)가 없는 경우는 많지 않을 것이며, 설사 사내변호사가 없다고 해도 이 정도 규모의 회사에서 직무를 수행하는 경우 따라야 하는 적절한 업무메뉴얼이 없는 경우도 상상하기 힘들 것이다.

동 규정은 도입 시부터 로스쿨을 통해 변호사가 배출되면 증가된 변호사의 수요에 일정 부분 기여할 것을 의도하며 도입이 추진되었다는 비판도 있었던 규정으로 여전히 본 규정의 필요성에 대해서는 의문이 있다.

(2) 동 개정의 의미

동 개정은 1962년 상법 제정 이후 가장 큰 폭의 개정이 이루어졌으며, 이를 통해 우리 상법이 선진화되었다거나¹⁹⁾ 우리 회사법이 국제기준에 접근했다는 평가²⁰⁾가 있다.

4. 2016년 3월 시행개정 법률 · 2018년 12월 시행개정 법률

2012년 4월 시행된 법률의 개정 이후에는 큰 변화는 없었다. 이후 2016년 3월 시행된 법률의 개정과 2018년 11월 시행, 동 년 12월 시행된 개정을 통해 현재에 이르고 있으며 개략적인 내용은 다음과 같다.

(1) 2016년 3월 시행개정 법률

본 개정은 기업 인수 · 합병 시장의 확대 및 경제 활성화를 도모하기 위하여 삼각주식교환, 역삼각합병 및 삼각분할합병 제도가 도입되었으며(제360조의3 및 제530조의6), 기업의 원활한 구조 조정 및 투자 활동이 가능하도록 다양한 형태의 기업 인수 · 합병 방식을 도입하는 한편, 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 · 보완하려는 목적으로 반대주주의 주식매수청구권 제도를 정비하는 등의 개정이 이루어졌다.²¹⁾

(2) 2018년 11월 시행법률 개정

본 개정은 기술의 발전에 따라 전자금융거래가 활성화되고 있는 사회적인 현상을 반영하여 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약 체결 시 동의를 얻어야 하는 타인의 서면의 범위에 전자서명(「전자서명법」 제2조 제2호) 또는 공인전자서명이 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 본인 확인 및 위조 · 변조 방지에 대한 신뢰성을 갖춘 전자문서(「전자서명법」 제2조 제2호)를 포함하고, 단체보험 계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때 타인의 생명보험의 경우와 같이 전자문서를 포함하도록 개정한 것이다.²²⁾

IV. 1998년 개정부터 현재까지 나타나는 상법의 방향성

19) 송양호, “2011년 改正商法(會社編)의 主要內容 및 向後 課題”, 동북아법연구 제7권 제1호(전북대학교 동북아법연구소, 2013년), 186쪽.

20) 정찬형 · 최장식, “2011년 개정상법(회사편)에 대한 의견”, 기업소송연구 통권 제10호(기업소송연구회, 2012년), 46쪽.

21) 국회, 의안정보시스템, 상법중개정법률안(의안번호 1912002)(2019년 4월 13일 검색).

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_G1I4M1V0W0I6O1H8D4U6Q2O1Z1L0X0

22) 국회, 의안정보시스템, 상법중일부개정법률안(의안번호 2009697)(2019년 4월 23일 검색).

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y1C7C0Y9F2F6L1N3G4X4B3S1H4N9C3

1. 미국식 주주자본주의로의 편향과 대안의 부재

(1) 1998년 이후 상법의 방향성

기업이 성립하기 위해서는 많은 요소들이 필요하겠지만, 물적 기반인 자본과 기업을 위해 노동력을 제공할 노동자 그리고 물적 요소와 노동자를 균형 있고 합리적으로 조율할 수 있는 경영능력이 반드시 필요할 것이다. 그리고 이러한 자본과 노동 그리고 경영이라는 3가지 요소가 조화롭게 협력을 이뤄야만 기업은 성공할 수 있을 것이다.

그러나 우리나라의 경우에는 이러한 3가지 요소의 협력이 아닌 자본가, 그것도 매우 낮은 지분을 갖고 있는 창업주의 자손들이 기업의 모든 것을 결정하고 있으며 그들에게 이익이 되는 방향으로만 기업이 운영되고 있다.

기업환경이 위와 같은 상황이라면 당연히 관련 제도를 통해 위와 같은 문제점을 해소해야 하지만 우리나라의 제도, 특히 기업과 매우 밀접한 관계를 갖는 회사법제는 위와 같은 문제를 해소하는 것과는 전혀 반대방향으로 진행되어 온 것을 생각된다.

우리 상법은 1962년 제정된 이래, 다양한 측면에서 수차례의 개정이 이루어졌다. 그 중 일부 개정사항은 이전에 비해 크게 발전한 것으로 평가받는 내용도 있었으나, 개정의 이유를 찾기 어려운 내용도 다수 있었다.

특히 우리 상법은 1997년 IMF구제금융을 신청한 이후 한쪽 방향으로 움직임을 고정하게 되는데, 그것은 바로 미국식 회사제도로의 편중이다. 물론 IMF구제금융 이전에도 심지어 제정 상법에서도 미국의 제도가 우리 상법에 포함되어 있기는 하였으나 당시에는 미국제도를 도입한 것이 아니라 일본 상법을 받아들였기 때문에 일본 상법이 도입하고 있는 미국제도가 우리 상법에 들어오게 된 것이었다.

즉, IMF사태라는 경제위기에 대한 대응과 합리적인 경제구조개편의 필요성에 의해 기업의 구조조정을 제도적으로 지원하기 위한 제도도입이 이루어졌으며 그와 함께 기업경영에 대한 감시강화, 경영자의 책임강화, 투명성 보장, 국제경쟁력을 제고, 지배구조의 개선 등의 수많은 목적 하에 위에서 살펴 본 것처럼 미국식 제도는 우리상법의 주요부분을 차지하게 되었고 그러한 방향성은 현재에도 진행 중이라고 할 수 있다.

(2) 주주자본주의는 우리나라에 적합한 것일까?

제도가 얼마나 잘 만들어졌는가는 어떻게 판단해야 하는 것일까? 다양한 대답이 있을 수 있겠지만, 좋은 제도인가를 판단하는 기준 중 하나는 해당제도를 적용하는 곳의 실정과 얼마나 부합하는 제도인가의 여부일 것이다.

우리나라는 1997년 IMF사태를 시점으로 ‘글로벌스탠다드’라는 단어에 몰두하게 된다. 즉, 우리나라가 경제적 위험에 처한 것은 후진적 제도의 문제였으며 따라서 당시 우리나라가 처하고 있던 경제적 위기를 극복하기 위해서는 선진적 제도이자 세계의

표준을 따라야 한다는 것이었다. 그리고 당시 선진적 제도이며 세계적 표준으로 제시되었던 것이 영미식 자본주의인 ‘주주자본주의’로 우리나라는 주주자본주의의 정신에 따라 자본시장을 전면적으로 개방하고 적대적 인수합병을 허용하였으며 외국 자본의 요구에 맞추어 사외이사제나 집중투표제 등의 제도를 계속해서 도입하게 된다.

주주자본주의가 무엇인가에 대한 설명은 간단하지 않을 것이며 다양한 측면에서 설명이 이루어질 수 있을 것이나, 간단히 설명한다면 회사의 주인은 유일하게 주주뿐이며 회사의 경영은 주주에게 최고의 배당을 제공하는 방향으로 이루어져야 한다는 입장이라고 할 수 있다.²³⁾ 즉, 회사의 물질적 기반인 자본을 제공한자인 주주가 회사의 유일한 주인이며 따라서 회사는 주주에게 최고의 이익이 되는 방향으로 경영되어야 하며 주주 외에 회사가 책임을 져야하는 존재는 없다는 것이다.

밀턴 프리드먼이 1970년대 뉴욕타임스에 기고한 글의 제목인 ‘The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits’는 미국식 주주자본주의의 속성을 가장 잘 나타낸 표현이라고 할 것이다.

이러한 주주자본주의는 미국이 경제적으로 성공을 거듭함에 따라 매우 선진적이며 세계에서 가장 좋은 시스템인 것으로 이해되었고 경제적으로 어려움을 겪는 국가들에게 만병통치약인 것처럼 무분별하게 처방되었다.

그렇다면 주주자본주의는 어떤 상황 하에서 본래의 장점을 발휘하는 시스템일까에 대해 생각해 보면, 일반적으로 주주자본주의 시스템이 성공하기 위해서는 주주와 투자자가 기업에 대해 강력한 영향력을 발휘하여 기업이 잘못된 행위를 하지 못하도록 감시할 수 있어야 한다.

그리고 기업은 주주와 투자자에게 정확한 정보를 적절한 시기에 제공하며 만약 기업 내부에서 잘못된 행위가 발생하더라도 주주의 적극적인 대응으로 감시와 문제해결이 가능하기 때문에 기업에 발생한 갈등을 자체적으로 해결할 수 있다고 알려져 있다.

결국 주주자본주의는 적극적인 의견을 표출하는 주주와 투자자가 존재한다는 전제 하에 그 기능을 원래 의도대로 발휘하게 되는 것이다.

그렇다면 우리나라의 경우에도 위와 같이 주주와 투자자의 적극적인 행동이 가능할 수 있을까에 대해 생각해 본다면 누구나 부정적인 결론에 도달할 것이다.

공정거래위원회의 ‘2018년 대기업집단 주식소유현황 발표’²⁴⁾에 따르면 2018년 5월 기준으로 우리나라 상위 10대 그룹의 총수일가가 보유한 평균 지분율은 2.5%다 이 비율은 각 그룹 계열사의 전체 자본금 중 총수일가가 보유한 주식금액이 차지하는 비중은 SK(0.45%) 현대중공업(0.63%) 삼성(1.03%) 한화(1.60%), 두산(2.16%), 한진(3.33%), 현대(3.45%), 엘지(3.85%) 등으로 나타났고 10대 그룹 총수일가 지분율은 2013년(3.0%) 이후 계속 감소하고 있다고 한다.

그러나 지분율의 감소에도 불구하고 총수일가의 지배력은 오히려 더 강화되었는데

23) 본 논문에서는 주주자본주의 자체에 대한 평가는 논의하지 않기로 한다.

24) 공정위 홈페이지(2019년 5월 2일 검색).

<http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1>

이는 계열사가 회사 돈으로 다른 계열사에 출자하는 방식으로 우호 지분을 늘림으로써 가능하게 된 것으로 10대 그룹 총수일가와 그룹 임원, 계열사 보유지분 등을 모두 합한 내부지분율은 2013년의 52.9%보다 5.1%포인트나 상승했다고 한다.

이처럼 우리나라는 창업주의 자손들이 회사의 전체 지분 중 매우 낮은 지분을 보유하고 있음에도 황제경영이라고 표현될 정도로 전횡적으로 회사의 운영을 좌우할 수 있는 독특한 구조를 가지고 있으며, 이러한 우리나라의 현실에서 회사의 지배권을 가지고 있는 창업주의 자손들 외의 주주는 사실상 회사에 별다른 영향을 미치지 못하고 있는 것이 현실이다.

우리나라에서 회사의 주인은 주주가 아닌 창업주의 자손이라는 것은 누구도 부정하지 않는 사실이라고 할 수 있을 것이며 심지어 외국계자본들도 이러한 우리나라의 독특한 환경을 받아들이고 있는 것으로 보인다.

예전에도 그리고 현재에도 진행 중인 셀 수 없는 수많은 사건들에서 매우 낮은 지분을 보유한 총수일가의 이익을 위해 다수 주주에게 손해를 끼친 사례를 쉽게 볼 수 있었던 것에서 알 수 있듯이 주주들의 적극적인 행동을 전제로 하는 주주자본주의는 우리나라에 적합한 것으로 보기에는 어려움이 있다.

또한 현재 우리 상법에 도입되어 있는 주주자본주의를 위한 제도들의 경우에도 대부분 원래의 기능에 맞는 역할을 해내고 있지 못하고 있다는 점, 예를 들면 사외이사 제도의 경우 대주주를 위한 거수기의 역할을 하고 있는 등의 사실에 비추어 보더라도 우리나라에 있어 주주자본주의가 적합한 시스템이 아니라는 것은 다양한 측면에서 쉽게 알 수 있는 사실이다.

결국 우리의 경제를 회생시키고 세계적인 경쟁력을 갖추 수 있도록 기대하며 주주자본주의의 구현을 위해 상법 회사편의 개정을 통해 도입된 다양한 제도들은 해당 제도들이 실제로 적용되어야 하는 기초토양을 전혀 고려하지 않고 도입됨으로써 본래의 기능을 발휘하고 있지 못한 상황이다.

심지어 다른 나라의 제도를 도입한다면 해당 제도가 기능을 발휘하도록 모든 구성요소가 한꺼번에 도입되어야 함에도 마치 개별적인 제도인 것처럼 시기를 달리하여 각각 도입하는 상황도 긍정적으로 바라보기 어렵다.

그렇다면 위와 같은 문제점을 해결할 수 있는 방법은 무엇이 있을까? 주주자본주의에 대한 평가는 논외로 하고 우리나라의 실정에 맞는 제도인가를 판단해본다면 위에서 검토한 것처럼 우리나라에 있어 주주자본주의는 맞지 않는 옷을 입고 있는 듯한 상황이라고 생각된다.

그러나 현재 우리상법의 방향성을 본다면 이에 대한 대안은 별다르게 보이고 있지 않은 듯하다. 여전히 우리상법에서는 주주의 경영참여기회를 확대하고 소수주주의 권리를 향상시킴으로써 우리기업들에 발생하고 있는 문제들을 해결할 수 있다고 믿는 것으로 보이며 이러한 태도는 쉽게 변화될 것으로 보이지 않는다.

2. 개선을 위한 대안 찾기

위에서 언급한 것처럼 주주자본주의가 좋은 시스템인가에 대한 논의는 제외하고 단지 우리에게 적합한 시스템인가를 살펴본다면 그렇지 못하다는 결론에 도달하였다. 그렇다면 우리나라의 경우에는 누가 회사의 주인이 되어야 할 것인가에 대해 생각해 보면, 일반적으로 알고 있는 것처럼 우리나라는 정부주도의 불균형 성장우선전략을 통해 경제발전을 이룩했다. 즉, 기업이 스스로의 힘만으로 현재의 성공을 이룬 것이 아니라 정부의 도움을 통해 그리고 정부의 지원을 받지 못한 다른 산업의 희생과 저임금속에서도 최선의 노동력을 제공한 노동자를 기반으로 현재의 발전을 이루었다고 할 수 있다.

따라서 기업의 주인은 물적 기반을 제공한 주주뿐만 아니라 회사의 발전을 위해 다양한 지원을 한 모든 자들이 기업의 주인이라고 할 수 있으며 이러한 생각에 바탕을 둔 시스템인 이해관계자 자본주의가 우리나라에 더 적합한 시스템이라고 보아야 할 것이다. 이해관계자 자본주의는 소비자, 해당 기업의 노동자, 거래상대방, 채권자, 정부, 사회일반 등에 이르기까지 이해 관계자(Stakeholder)의 이해를 반영하는 자본주의의 한 형태로 독일 등의 유럽식 자본주의다.

이해관계자 자본주의는 주주의 이익을 우선하기 보다는 기업과 관계되는 이해관계자 모두가 함께 기업의 이익을 나누고 기업의 경영에 참여하는 것으로 독일의 경우에는 은행들이 기업 주주로 참여하여 경영진과 이사회를 견제하고 단기적인 성과보다는 장기 목표를 위해 노력하며 노동자들의 경영참여도 이해관계자 자본주의의 대표적인 제도로 이해되고 있다.

최근 주주자본주의의 대표적 국가라고 할 수 있는 미국에서도 주주가치를 절대시하는 것이 옳지 못하다는 주장이 제기되고 있고 이러한 생각을 기반으로 한 법률안이 발의되었다.

미국 민주당의 유력 정치인인 엘리자베스 워런 상원의원(매사추세츠주)이 2018년 8월 16일에 발의한 ‘책임 있는 자본주의법’(Accountable Capitalism Act)²⁵⁾으로 동 법안의 주요한 내용은 세 가지로 구성되어 있다.²⁶⁾

첫 번째로, 상무부 안에 연방법인국을 신설하여 연간 총수입이 10억달러 이상인 연방법인(US Corporation)은 정관의 목적에 주주의 재무적 이익만이 아니라, 해당 기업과 계열사 및 협력업체 노동자, 소비자, 지역공동체 등 ‘전반적인 공공의 이익’(이해관계자)을 위해 활동한다는 내용을 명시하도록 하고 이에 대한 인가를 받도록 한 이른바 ‘인가제’를 도입하였다.

두 번째로, 연방법인 이사회 구성원의 40% 이상을 노동자가 선출하도록 하여 노동자의 경영 참여를 보장하였다. 구체적인 선출 방법은 증권거래위원회(SEC)와 노동위

25) 동 법안에 대해서는 ‘책임자본주의 법’이나 ‘자본주의의 책임에 관한 법률’ 등으로 번역하는 경우도 있다.

26) 원문은 이하를 참조(2019년 5월 7일 검색).

<https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/Accountable%20Capitalism%20Act%20One-Page%20r.pdf>

원회(NLRB)가 협의해 정하도록 하고 있으며 이를 지키지 않을 경우에는 노동부 장관은 해당 기간 1일당 5만~10만달러의 과징금을 부과하고, 심각한 경우에는 연방법인 인가를 취소할 수 있도록 하고 있다. 이와 함께 정치활동에 자금을 지출하려면 이사와 주주 3/4의 동의를 얻도록 하고 있다.

마지막으로 연방법인의 경영진은 해당 법인의 주식을 취득한 뒤 5년 안에 처분할 수 없도록 하는 경영자 보수 제한 규정을 포함하고 있다.

이처럼 더 이상 주주가치의 제고가 기업의 절대적인 목표가 될 수 없고, 또한 주주 자본주의가 우리나라에 적합한 시스템이 아니라면 그리고 이해관계자 자본주의가 우리나라에 더 어울리는 시스템이라고 한다면 구체적으로 어떠한 제도가 우리나라에 필요한 것일까?

우선, 주주자본주의에 오랫동안 이끌려온 우리나라의 경우, 이해관계자 자본주의가 한 순간에 정착되기는 어려울 것이다. 이와 함께 여전히 회사의 물적 기반을 제공한 주주가 아닌 자가 회사의 주인이라는 것을 이해하는 것도 어려울 수 있다.

하지만 주주자본주의를 주장하는 측도 이해관계자와의 좋은 관계유지가 회사의 발전에 매우 중요한 부분이라는 데에 대해서는 인정하는 정도의 단계에는 도달해 있다고 본다.

그렇다면 먼저 주주자본주의와 이해관계자 자본주의의 중간적인 형태를 채택하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

예를 들어 이해관계자 자본주의의 대표적인 제도라고 할 수 있는 노동자의 경영참여제도를 다소 변형시켜 중간적인 형태의 제도로 만들어보는 것에 대해 생각해 보면, 반드시 이해관계자가 경영에 참여하는 것을 고집해야 하는가에 대해서는 의문이 있다. 오히려 이해관계자가 회사의 경영에 참여하기를 고집하기 보다는 경영자의 감시 감독에 참여하는 것도 하나의 대안이 될 수 있을 것으로 생각된다.

이렇게 하면 주주가 아닌 자가 회사의 경영에 참여하는 것은 허용될 수 없다는 주주자본주의의 주장을 벗어날 수 있고, 이해관계자가 회사의 경영을 감시·감독함으로써 주주의 이익뿐만 아니라 이해관계자의 이익을 위해 일할 수 있을 것이다. 구체적으로는 감사위원회의 구성원인 사외이사에 이해관계자를 의무적으로 일정 비율 포함시키는 것이다. 노동자공동결정제도의 변형이라고 할 수도 있을 것이다.

동 제도와 유사한 상법개정안이 2016년 김종인의원에 의해 발의된 상법개정안에 포함된 적이 있었다. 동 개정안에서는 소수주주대표나 우리사주조합에 의해 추천된 사외이사를 1인 이상 선임하도록 하고 있었다.

물론 이 경우 김종인의원의 개정안에 대한 반대의견과 마찬가지로 상법 제382조 제3항에²⁷⁾ 위반된다는 비판이 있을 수 있다. 만약 노동자를 감사위원회의 구성원인 사

27) 상법 제382조 ③ 사외이사(社外理事)는 해당 회사의 상무(常務)에 종사하지 아니하는 이사로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 자를 말한다. 사외이사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직을 상실한다.

1. 회사의 상무에 종사하는 이사·집행임원 및 피용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사·집행임원 및 피용자
2. 최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존속·비속

외이사로 선임하는 규정이 도입된다면, 단서규정으로 “단, 노동자감사위원은 제외한다.” 등의 규정을 두면 될 것이며, 현행 규정에 어긋나기 때문에 새로운 규정을 도입할 수 없다는 비판은 받아들이기 어려울 것이다.

V. 마치며

현재 우리 상법이 유일한 지향점으로 삼고 있는 주주자본주의에 대해 정작 주주자본주의의 대표적 국가인 미국에서는 부정적인 의견들이 지속적으로 제기되고 있으며 위에서 살펴본 것처럼 주주자본주의의 핵심적인 주제에 정면으로 배치되는 내용의 법안이 발의되기도 했다.

위와 같은 미국 내의 주주자본주의에 대한 부정적인 의견을 예로 들지 않더라도 우리나라에서는 한국식의 이른바 재벌자본주의 시스템으로 인해 주주의 영향력은 미미하고 따라서 기업의 잘못된 행위를 주주가 감시한다는 것은 사실상 불가능에 가깝다. 따라서 공권력을 가진 정부를 제외하면 기업에게 투명성을 요구하거나 잘못된 행위를 처벌하는 주체가 없다고 할 수 있으며 이러한 현실 하에서 미국식 주주자본주의는 우리나라에는 적합한 것으로는 보이지 않는다.

기업은 자본가가 투하한 자본으로 물적 기반을 형성하고 특히 현대 기업의 대표적인 형태인 주식회사의 경우에는 더욱 물적 기반인 자본이 중요한 의미를 갖는다.

그러나 기업의 성장 내지 성공은 자본가가 투하한 자본만으로 이루어지는 것은 아니다. 특히 우리나라 기업들의 성공은 자본가가 투하한 자본 이외에도 다양한 이해관계자의 노력이 함께 하여 이루어진 결과물이다.

그렇다면 기업의 성공이라는 결과물을 함께 만들어낸 이해관계자의 이익은 당연히 고려되어야 하며, 그러한 이해관계자의 이익을 반영하여 기업을 운영하는 것은 지극히 당연한 일이라고 할 수 있다.

우리에게 필요한 제도는 성공한 나라의 제도가 아니라 우리에게 적합한 제도이며 이러한 당연한 결론에 따라 우리 상법도 소비자, 해당기업의 노동자, 거래상대방, 채권자, 정부, 사회일반 등의 이해관계자(Stakeholder)의 이해를 반영하는 제도로 방향을 전환해야 할 것이다.

-
3. 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자
 4. 이사·감사·집행임원의 배우자 및 직계 존속·비속
 5. 회사의 모회사 또는 자회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자
 6. 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자
 7. 회사의 이사·집행임원 및 피용자가 이사·집행임원으로 있는 다른 회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자

제5주제

급진민주주의론의 헌법적 포섭 가능성

윤현식 연구원

(노동·정치·사람)

토론 | 오동석 교수

(아주대학교 법학전문대학원)

급진민주주의론의 헌법해석적 포섭 가능성

- 무폐의 이론을 중심으로 -

윤현식 연구원(노동·정치·사람)

<요약문>

민주주의의 위기는 주체 간 갈등의 양상을 설명할 수 없을 때 도래한다. 오늘날 민주주의의 위기를 가장 잘 드러내는 분야는 경제영역이다. 자본주의 시장경제질서가 고착된 오늘날 시장권력은 경제영역에서 민주주의 원리의 작동을 방해한다. 부르주아 헌법체계의 구조는 이러한 민주주의의 위기를 해소하기에는 취약하다. 이러한 상황에서, 우리 헌법의 경제민주화 규범은 시장권력을 제어하고 시장실패를 치유하기 위한 방편의 근거가 될 수 있다는 시각이 있다. 반면 경제논리에는 민주주의의 원리가 작용될 여지가 없고, 오히려 시장을 자유롭게 방치하는 것이 민주주의 원리에 부합한다는 논리가 있다. 제헌헌법에서부터 경제의 장을 따로 두고 있는 우리 헌법의 독특한 경제헌법구조는 경제민주화 규정까지 두고 있어서 그 성격에 대한 논란이 계속되고 있다. 또한 최근 부각된 경제민주화 의제로 인해 경제민주화의 성격과 그 내용에 대한 다양한 논의가 이루어지고 있다. 헌법학의 주류적 입장이나 헌법재판소의 견해는 제119조 제1항과 제2항의 상호관계에 대한 판단을 중심으로 한국의 경제체제를 자유시장경제 내지 사회적 시장경제 등으로 규정하고 있다. 그런데 이러한 해석적 입장은 단지 실정법의 규정을 문리적으로 해석하는 수준에 머무르면서 구체적인 생활관계들을 경제논리로 환원하는 구조를 벗어나지 못하고 있다. 이러한 해석론의 한계에 대하여 새로이 제시되는 해석의 방법론은 ‘헌법적 인간상의 재정립 → 인간중심적 헌법관의 설정 → 경제영역에 민주주의의 원리 실현 → 탈인격적 시장논리에 대한 비판의 근거 수립 → 경제민주화의 성격 제고’라는 구조를 설정하면서, 기존의 형식논리적 헌법해석과는 다른 가치를 조망하고 있다. 이러한 새로운 방법론을 뒷받침할 수 있는 민주주의 이론으로 급진민주주의이론이 적절히 기능할 수 있을지를 검토한다. 하이에크로 대표되는 고전적 자유주의 또는 신자유주의적 관점에서 민주주의는 자본주의적 시장경제체제를 법리적으로 뒷받침하는 알리바이의 기능을 담당한다. 하이에크가 본래 의미의 민주주의라고 정의하는 민주주의는 절차적 민주주의이며, 이 민주주의는 카탈락시로 대표되는 경쟁구조를 보장하기 위한 제도의 성격에 국한된다. 이것이 하이에크가 주장하는 노모스인데, 이러한 성격을 벗어난 민주주의는 무제한적 민주주의로서 자생적 시장질서를 위협한다. 이러한 하이에크의 민주주의는 결국 정치를 배제하게 되고 다원성의 보장과 가치상대주의라는 민주주의 본래의 원리를 왜곡한다. 이에 반해 상탈 무폐가 제시하는 급진민주주의는 절차로서의 민주주의의 기능적 한계를 극복하면서 다양한 주체의 다양한 욕망이 분출하는 공간으로서 민주주의를 재배치한다. 라클라우와 함께

진행한 연구에서 무폐는 헤게모니의 개념을 재정립하면서, 계급환원주의와 경제결정주의를 벗어나 개인의 개별적이고 자유로우며 구체적인 실존과 욕망에 근거한 적대와 다원성의 개념을 제시한다. 여기에서 급진민주주의는 그동안 상부/하부 토대론에 결속되어 자본주의에 대적하는 다양한 층위의 적대를 도외시한 변혁주체들에 대한 비판을 가한다. 다원성과 적대를 기반으로 하는 급진민주주의는 전체주의적 신화와 실증주의의 현실영합 중간에서 획일화를 부정하는 다양한 적대를 기획한다. 이러한 급진민주주의는 그 성격상 필연적으로 반자본주의의 형태와 쟁투로 이어지게 된다. 무폐의 이러한 급진민주주의 이론은 한국에서도 조희연 등에 의하여 활발하게 논의되고 있다. 여기서 급진민주주의 이론이 경제헌법을 새롭게 해석하고자 하는 방법론과 조응하느냐가 본 논문의 관심이다. 검토결과 급진민주주의는 그 성격과 구조가 경제헌법을 새롭게 해석하는 방법론적 전환에 상당한 기여를 할 수 있을 것으로 분석되었다. 다만 가치로서의 민주주의에 치우친 현재의 급진민주주의이론이 제도화의 경로를 어떻게 구체화할 수 있을지가 향후 헌법해석의 방법론에 이를 포섭할 수 있을 것인지를 고려하는데 주요 검토사안이 될 것이다. 급진민주주의 이론이 헌법해석론에 유효하게 포섭될 수 있을 때, 기존 헌법해석의 형식 논리적 한계가 극복될 수 있을 것으로 전망된다.

주제어: 급진민주주의, 경제민주화, 자본주의, 시장경제질서, 시장권력

< 차 례 >

- I. 서론
- II. 민주주의 논쟁과 경제민주화의 헌법해석
- III. 자본주의 시장경제체제와 급진민주주의 이론
- IV. 시장권력 견제를 위한 헌법해석과 급진민주주의론의 관계
- V. 결론

I. 서론

1980년대부터 전 세계적으로 진행된 ‘신자유주의’로 명명되는 자본주의 시장지배체제의 특징이다. 그 현상은 세계 각국에서 경험적으로 확인되었다. 미국 레이건 행정부에서 진행된 대규모 민영화와 긴축재정, 노동복지강화방식의 빈곤정책¹⁾, 영국 대처 정부가 강력하게 드라이브를 걸었던 노동자 및 노동조합에 대한 국가차원의 전면적 공세²⁾ 등이 대표적이다. 이들 선진 자본주의 국가의 모델은 세계적 추세로 이어지게

1) 이성균, 미국의 신자유주의와 경제적 불평등, 문화/과학 2006년 가을호(통권 47호)(문화과학사 2006. 9), 175-178쪽.
 2) 허찬영, 강충호, 대처정부의 신자유주의 정책에 대한 영국노동조합운동의 대응(한국노총 중앙연구원, 2008), 15-28쪽.

되었으며 한국도 예외가 아니다. “권력은 시장에 있다”면서 시장이 가자고 하는 방향을 거역할 수가 없다고 선언하는 것은³⁾ 단순한 레토릭이 아니라 현재의 상황을 그대로 반영한 것이었다.

프랜시스 후쿠야마는 지금으로부터 30년 전, 이른바 ‘역사의 종말’을 선언했다. 그는 “인간이 스스로의 경제적 이익에 대한 명확한 비전을 품고 있는 한 진보적인 근대 과학의 논리는 인류사회를 자본주의의 방향으로 인도해 준다”며 우파버전의 역사발전 법칙을 설파했다.⁴⁾ 그의 입장에서 자본주의와 자유민주주의는 비례적으로 작용하는 것으로 보인다. 그는 자유민주주의에 대적할 이데올로기적 적대는 역사의 종말단계에서는 존재하지 않게 된다고 하는데⁵⁾ 결국 그의 논지에 따르면 자본주의는 경제체제의 최종국면이 되며 자유민주주의는 이데올로기적 완성체가 된다.

역사발전의 과정이 종착에 도달했다는 이 선부를 선언은 진작에 철회되었다. 태동 시기부터 제기되었던 자본주의의 위기도 여전히 현재진행형이다. 하지만, 자본주의는 다양한 변수를 거둬들이면서 스스로의 존재기반을 강화해오고 있다. 가장 최근의 자본주의 작동양식인 신자유주의는 벌써 수십 년째 그 종말이 예언되어오고 있지만, 여전히 건재하다. 시장이 권력기구화하는 가운데 자본의 재편을 통해 발생하는 빈부의 양극화 심화, 노동 유연화로 인한 고용불안정의 가속, 사회적 가치와 행복의 척도 상실 등 자본주의의 모순은 날로 심화된다.⁶⁾

시장권력이 사회를 장악하고 자원의 순환과 생산수단을 독점함으로써 민주주의의 위기가 유발된다. 국가적 및 사회적 문제해결을 위한 조치의 수행을 방해하는데 자본이 동원된다. 자본은 “민주적 조치들을 무마시키기 위해 돈과 정치적 영향력을 활용”하고 그 결과 “민주주의는 자본주의에 의해 손상될 위기”에 처한다.⁷⁾ 이러한 상황에 대한 우려는 민주사회 내지 민주국가에 대한 회의로 이어진다.⁸⁾ 이처럼 자본주의적 시장질서⁹⁾를 유지 강화하기 위한 알리바이로 민주주의가 동원되고, 시장권력을 제어할 수 있는 적절한 대응기제를 창출하지 못하는 상태가 민주주의의 위기다.

3) 오송국제바이오심포지엄 특별연설. 국가기록원 대통령 기록관, 2003. 10. 27. <http://www.pa.go.kr/research/contents/speech/index.jsp?spMode=view&artid=1309460&catid=c_pa02062> 검색일: 2019. 5. 21.

4) 프랜시스 후쿠야마, 이상훈 옮김, 역사의 종말(한마음사, 1992). 173쪽.

5) 프랜시스 후쿠야마, 위의 책, 318쪽.

6) 필립 코틀러 지음, 박준형 옮김, 다른 자본주의(더난출판사, 2015). 필립 코틀러는 이 책에서 자본주의의 위기를 낳는 다음 14가지 문제를 열거한다. (1) 빈곤 해결책의 부재 (2) 불평등 심화 (3) 생활임금 지급 불능 (4) 자동화로 인한 일자리 소멸 (5) 기업의 사회비용 지불 회피 (6) 환경파괴와 자원남용 (7) 경기순환의 불안정 (8) 개인주의와 사리사욕 추동 (9) 개인채무증가 조장 (10) 정치의 파행 (11) 장기투자 외면과 단기수익 선호 (12) 품질·안전규제 미비 (13) 수치(GDP) 성장에 매몰 (14) 사회적 가치와 행복 추구 외면

7) 필립 코틀러 지음, 다른 자본주의, 61쪽.

8) 필립 코틀러 지음, 위의 책, 94-95쪽.

9) 자본주의와 시장체계의 의미를 구분할 필요는 있다. 노진석, 한국헌법과 경제민주화, 고려대학교 박사학위청구논문, 2014. 19쪽. 각 개념의 연원과 의미 등을 검토할 때 납득할 수 있는 입장이다. 하지만 굳이 이 글에서는 자본주의와 시장질서(시장체계)를 동일한 지위에서 병렬적으로 배치하는 용어를 피하지 않겠다. ‘지배이데올로기는 지배계급의 이데올로기’임을 감안할 때, 자본주의가 지배하고 있는 시장질서는 결국 자본주의적 시장질서이고, 이를 구분하는 것이 이 글에서 중요한 의미가 있지는 않기 때문이다.

우리 헌법은 제119조 제2항에서 경제민주화의 원칙을 밝히고 있다. 헌정질서가 정상적으로 작동한다고 가정할 때, 헌법규정의 내용이 실질적으로 현실에 담보되고 있는 상태라면 국민은 누구나 “적정한 소득의 분배를 유지”하고 있어야 하며, 특정한 주체가 경제력을 남용할 수 없으므로 시장은 누구에게도 지배적이고 독점적으로 장악되지 않아야 하며, 경제주체 간의 조화가 이루어지고 있어야 한다. 만일 이러한 상태가 아니라면 “경제의 민주화를 위하여” 국가는 “규제와 조정을” 하고 있어야 한다. 그러나 현행 헌법의 체계 안에서 이러한 경제민주화의 작동이 정상적으로 이루어지고 있다고 믿을 수 있는지는 의문이다.

이러한 의문은 다시 민주주의의 가치가 존중되고 있는지, 민주주의적 절차가 제대로 보장되고 있는지에 대한 의문으로 이어진다. 민주주의의 형식과 실질이 헌정질서 안에서 향유되고 있지 않다면 그 대안을 찾는 과제가 지급으로 닥칠 것이다. 시장권력을 제어할 수 있는 여하한 대응방안을 마련하고, 그 전망과 실천경로를 모색할 수 있을 때 도래한 민주주의의 위기를 타개할 수 있을 것이다.

이를 위해 이하에서는 먼저 헌법이론 안에서 통상적으로 인정되는 민주주의의 개념과 내용을 검토하고, 헌법 해석론의 차원에서 시장권력에 의해 초래된 민주주의의 위기를 해소할 수 있는 이론적 근거를 모색할 수 있을지를 확인한다. 더불어 대안체제의 전망을 구사하는데 기여할 수 있는 민주주의이론을 검토한다. 이 글에서는 그 대상으로 무페(Chantal Mouffe)의 이론을 중심으로 하는 급진민주주의를 분석한다. 특히 급진민주주의론이 헌법체계 내에 제도적으로 포섭될 수 있는지 여부를 파악하고자 한다.

II. 민주주의 논쟁과 경제민주화의 헌법해석

1. 시장권력이 초래한 민주주의의 위기

헌법이론적으로 민주주의는 인민에 의한 지배,¹⁰⁾ 주권자인 국민이 자신을 직접 통치하는 원리,¹¹⁾ 국민주권원리를 실현하는 것¹²⁾ 또는 의사결정을 구성원들이 직접 하거나 대표들이 행하는 형태로¹³⁾ 정리된다. 민주주의는 이념적 원리로서 가치의 성격을 가지는 동시에 절차로서 규범적 성격을 가진다.

헌법재판소는 제도 또는 절차적인 측면에서 “민주주의 원리는 억압적이지 않고 자율적인 정치적 절차를 통해 … 하나의 국가공동체적 다수의견을 형성해 가는 과정”이라고 정의하는 한편, 가치의 측면에서는 “개인의 자율적 판단능력을 존중하고 사회의 자율적인 의사결정이 궁극적으로 올바른 방향으로 전개될 것이라는 신뢰를 바탕 … 민주주의는 … 타인과 공존할 수 있는 동등한 자유, 그리고 대등한 동료시민들 간의

10) 강경선, 헌법의 기초(한국방송통신대출판문화원, 2017). 110쪽.

11) 김학성, 헌법개론(피앤씨미디어, 2015). 65쪽

12) 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2011). 135쪽.

13) 차병직·윤재왕·윤지영, 지금 다시 헌법(로고폴리스, 2016). 33쪽.

존중과 박애에 기초한 자율적이고 협력적인 공적 의사결정에 있는 것”이라고¹⁴⁾ 설명한다. 헌법재판소는 공화주의 원리를 민주주의의 한 요소로 파악하고 있기도 하다. 한편 헌법재판소는 자유민주주의적 기본질서를 현행 헌법이 지향하는 최고의 가치로 해석한다.¹⁵⁾

하지만 현행 헌법 안에서 민주주의의 핵심적 형태로 천명된 자유민주적 기본질서에 대한 문제제기가 있다. 예를 들어 독일 본 기본법 상의 ‘자유로운 민주주의적 기본질서’가 가지는 반자유주의적 모순의 한계를 인식하지 못한 헌법재판소의 입장에 대한 비판이 필요하다는¹⁶⁾ 견해가 있다. 헌법의 규범구조 안에서조차 민주주의는 해석투쟁의 필요성이 절실하다는 한 예이다.

게다가 통상의 헌법이론을 넘어서서 민주주의의 개념은 언제나 논쟁적이다. “민주주의가 실현된 현실적 모습이 어떠해야 하는가를 명확히 고정된 형태로 표현할 수 없다는 점에 민주주의의 고유한 특징”이 있다.¹⁷⁾ “민주주의라는 말은 누구나, 그리고 모두가 자신의 꿈과 희망을 싣는 텅 빈 기표(empty signifier)”이다.¹⁸⁾ 그럼으로써 “민주주의 담론 자체가 ‘쟁투의 영역’”으로¹⁹⁾ 존재하게 된다. “민주주의에 대한 논의가 논쟁적이지 않다면, 그것은 진정한 민주주의에 대한 논의가 아니다.”²⁰⁾ 따라서 민주주의는 그 발화의 주체만큼이나 많은 수의 의미를 가진다. 이로써 적대적 상호가 서로 민주주의를 전면에 내세우는 것이 가능해진다.

2016년 연말부터 2017년 3월 16일 헌법재판소의 대통령 탄핵 인용 결정이 있기까지 광장을 메웠던 연인원 1천 7백만의 촛불은 스스로 민주주의를 지켜냈다고 자부한다.²¹⁾ 그로부터 2년 후인 2019년 봄, 제1야당 자유한국당은 주요 법안의 패스트트랙 처리를 두고 민주주의의 사망을 선언하는 한편 한국의 좌파들이 자유민주주의를 말살하고자 획책한다고 주장한다.²²⁾ 양측은 모두 ‘민주주의’의 수호 내지 회복을 이야기한다. 그러나 그 내용은 전혀 다를 뿐만 아니라 상호 대척점에 서 있다. 민주주의가 혼미한 암중에 흔들리고 있는 것처럼 보인다.

하지만 민주주의는 그 방향과 내용의 차이가 중단 없이 충돌하는 자체를 본질적 존재양식으로 삼는다. 이러한 전제를 수용한다면, 오늘날 정치적 입장을 달리하는 양자가 서로 민주주의를 내세우면서 대립하는 현상은 민주주의의 본질이 현현하는 것에

14) 헌법재판소 2014.12.19. 2013헌다1

15) 헌재 1990.4.02. 89헌가113; 1994.4.28. 89헌마221; 2001.9.27. 2000헌마238.

16) 국순옥 지음, 민주주의 헌법론(아카넷, 2015). 211쪽 이하. 특히 ‘자유로운 민주주의적 기본질서’가 내포하고 있는 파시즘적 요소에 대해서는 242쪽 이하 참조.

17) 조희연, 한국적 ‘급진민주주의론’의 개념적·이론적 재구축을 위한 일 연구, 데모스 No.1.(급진민주주의연구모임 데모스 역음, 2011). 53쪽.

18) 웬디 브라운, 김상운 양창렬 홍철기 옮김, 민주주의는 죽었는가(난장, 2010). 85쪽.

19) 조희연, 앞의 논문, 2011. 55쪽.

20) 폴 우드러프 지음, 이윤철 옮김, 최초의 민주주의:오래된 이상과 도전(돌베개, 2012). 15쪽.

21) 한국일보, 2017년 12월 6일 기사. 촛불시민을 대표해 2017 에버트 인권상을 수상한 세월호 생존자 장애진씨는 “대한민국 민주주의가 자랑스럽다”고 수상소감을 피력했다. 박원순 서울 시장은 “국민이 민주주의를 회복했다”고 평했고, 정범구 전 의원은 “촛불집회를 통해 민주주의가 일상이 됐다”고 말했다. <<http://www.hankookilbo.com/News/Read/201712061592764036>>, 검색일: 2019. 5. 21.

22) 매일경제, 2019년 5월 7일 기사. <https://www.mk.co.kr/news/politics/view/2019/05/297176/>

불과하다. 오히려 여기서 헌법학의 과제로 부상하는 것은 이처럼 주체에 따라 표방하는 민주주의의 제 양상의 차이가 헌법체계 안에서 어떻게 수용될 수 있는 지이다. 민주주의의 위기는 주체 간 갈등의 현존에서 오는 것이 아니라 그 갈등의 양상을 설명할 수 없을 때 도래한다.

이 설명할 수 없는 민주주의의 위기상황을 오늘날 가장 잘 드러내 보이는 분야는 경제분야이다. 정치권력이 시장권력을 운운하는 상황에서 자본주의 시장질서에 대한 관점과 입장은 민주주의라는 공통의 명목을 앞에 세운 채 충돌하고 있다.

한편에서는 자본주의의 모순과 자유방임적 시장질서 보장으로 인하여 경제분야에서 민주주의가 관철되지 못하고 있다고 주장한다. 민주주의를 위협하는 수준으로 자본주의의 모순이 심화되고 있다는 것이다. 이러한 현상을 부르주아 헌법체계의 구조 안에서²³⁾ 해소하기는 근본적 한계가 있다. 그럼에도 시장권력을 제어하고 시장실패를 일정하게 치유하기 위한 방편이 바로 경제민주화라고 주장하는 입장이 그것이다.

다른 한편에서는 지금보다 더 완전하게 시장의 자율성을 보장하는 것이 자유민주주의의 원리에 부합한다는 주장이 있다. 이들은 자율적으로 생성/소멸, 유지/발전하는 시장의 작동에 정부의 계획이 개입함으로써 그 자동조절장치가 붕괴된다고 본다. 더 나가 시장을 움직이는 경제논리는 정치이론으로서 민주주의 원리가 적용될 여지가 없다고까지 강변한다.²⁴⁾ 이와 같은 관점에서 불평등은 자연스러운 경제현상인데 이를 해소하겠다면 내세우는 경제민주화는 경제원리가 아닌 도덕적 처방일 뿐이라는 견해가 있다. 이에 따르면 경제민주화를 빙자한 시장에 대한 정부의 개입은 양극화나 불균형문제를 해소하기보다는 빈곤과 불균형 심화시키게 된다.²⁵⁾

만일 시장이 완전경쟁적으로 작동한다면 가장 민주적인 상태일 수가 있다. ‘보이지 않는 손’의 작용이 이루어지면서, 이론상으로는 경쟁의 압력을 통하여 기업가에 대한 민주주의적 통제가 가능하기 때문이다.²⁶⁾ 하지만 완전경쟁시장은 시장지상주의자인 하이에크조차도 망상이라고 치부한 이론이다.²⁷⁾ 시장주의에 입각하여 경제적 민주주의를 정치적 민주주의와 엄격하게 분리하려는 고전적 자유주의 혹은 신자유주의의 입장은 국가와 경제의 이원적 구조를 상정한다. 그러나 이러한 입장은 오늘날 헌정질서 내에서는 통용되기 어렵다. 자유방임주의가 횡행할 때의 야경국가와 오늘날의 사회국가는 그 기능을 현저하게 달리하며, 경제분야에 대한 국가의 개입이 기본권을 침해한

23) 민주주의법학연구회 발족선언문은 “남한 사회의 제반 법률은 남한 신식민지 파쇼 체제를 유지하고 근로민중의 민족민주운동을 탄압하는 남한 반동 부르주아지의 도구 바로 그것”이라고 규정한다. 이 규정을 실천강령으로 삼을 경우, 헌법해석론(이른바 헌법해석투쟁)의 필요성 여부가 문제되지만 이는 논외로 한다.

24) 민경국, 하이에크, 신자유주의 그리고 경제민주화, 황해문화 2012가을(새얼문화재단, 2012), 43쪽.

25) 신중섭, ‘경제민주화’: 경제에 도덕의 자리가 있는가, 철학과 현실2012가을호(통권 제94호)(철학과 현실, 2012.9), 123-124쪽.

26) 정운찬, 우리나라의 경제민주화, 문학과사회 1997겨울호(제10권 제4호 통권 제40호)(문학과지성사, 1997.11), 1365쪽.

27) 시장 참여자들이 모두 완전한 정보력을 갖추고 있고, 시장에서 거래되는 재화가 동질적이며, 시장 진입과 탈퇴가 자유롭고, 다수의 판매자와 구매자가 있어서 이들 모두 가격을 주어진 것으로 수용해 완전경쟁시장이 성립하는데, 이러한 조건이 갖추어진 시장에서는 경쟁이 일어날 수가 없다. 다시 말해 완전경쟁시장이라는 개념은 그 자체가 형용모순이다.

다기보다는 오히려 강화하는 측면에서 발동하는 등의 현실에 비추어 볼 때 헌법현실에서는 국가와 경제를 이원적으로 해석할 이유가 없기 때문이다.²⁸⁾ 이를 좀 더 구체적으로 살펴보자.

2. 경제헌법과 경제민주화의 해석론

경제헌법은 협의로는 경제에 관한 헌법의 규정을, 광의로는 경제생활과 관련된 모든 규범을 의미한다.²⁹⁾ 헌법의 규범으로 경제헌법이 명시된 것은 자유방임형 자본주의에 대한 반성과 정의로운 경제질서 확립을 목적으로³⁰⁾, 바이마르 헌법에 경제에 대한 상세한 규정을 둔 이래³¹⁾ 각국 헌법체계에 도입되었다. 특히 한국의 헌법은 제정부터 경제질서에 관한 별도의 장을 마련하고 있는 특징을 가지고 있다. 그런데 제정 당시부터 경제헌법의 성격에 대한 논란이 있었다. 시장주의적이나 사회주의적이나 혼합경제나 통제경제나 등의 논란이 그것이다.³²⁾

한국헌법은 기본적으로 시장경제질서원리를 바탕으로 규정되어왔고³³⁾, 시장경제 지향을 강화하는 현행헌법에 이르기까지 구조상의 큰 변화 없이 이어지면서 경제질서를 규정해왔다.³⁴⁾ 이에 대해서는 유신헌법 이래 한국의 경제헌법은 사회경제적 민주주의로부터 경제적 자유주의 또는 시장 민주주의로 경도되었다는 견해가³⁵⁾ 있다. 하지만 제헌 당시의 정황과 논의과정을 볼 때, 제헌헌법부터 자유경제체제를 지향했고, 다만 해방정국에서 일정한 국가의 경제 통제와 향후 국가주도 경제성장을 추진하는 방향을 설정한 것이라는 견해가 설득력이 있다.³⁶⁾

그런데 87년의 정치적 민주화 이행 이후 국제적인 환경변화 등으로 경제체제는 오히려 악화되었고, 특히 97년 위기와 구조조정을 전환점으로 사회적 양극화와 불평등, 신빈곤 심화, 재벌개혁 실종 등의 문제가 확산되었다.³⁷⁾ 이 과정에서 경제민주화에 대한 논의가 활발하게 진행되기 시작했고, 특히 2012년 대선 과정에서 경제민주화가 쟁점이 되기도 했다.

현행 경제헌법의 해석에서 경제민주화에 대한 논의가 광범위하게 이루어지고 있다. 경제민주화에 대한 헌법적 논의는 19세기 말 영국에서 시작된 산업민주주의가 1차

28) 유승익, 헌법 제119조 제2항 “경제의 민주화” 해석론, 법학연구 제47집(한국법학회, 2012.8). 11쪽.

29) 홍성방, 경제헌법-개념, 연혁 그리고 정치헌법과의 관계, 고시연구 2003년 3월호(통권 제348호)(고시연구사, 2003.3). 15쪽.

30) 이학수, 경제규제의 헌법적 원리와 발전적 재조명: 소프트웨어진흥법상 대기업참여제한제도의 헌법적 소고, 정보화정책 제19권 제3호(한국정보사회진흥원, 2012). 4-5쪽.

31) 홍성방, 앞의 논문, 19쪽.; 이학수, 앞의 논문, 5쪽.

32) 최선, 1948년 헌법 경제조항 형성의 동학과 의미, 한국정치학회보 52집 4호(한국정치학회, 2018). 63쪽.

33) 성낙인, 대한민국헌법사(법문사, 2012). 90-91쪽.

34) 최선, 앞의 논문, 76쪽.

35) 이병천, 대한민국 헌법의 경제이념과 제119조의 한 해석, 동향과 전망 2011가을·겨울호(통권 83호)(한국사회과학연구회, 2011.10). 157쪽.

36) 신용옥, 제헌헌법의 사회·경제질서 구성 이념, 한국사연구 제144호(한국사연구회, 2009.03), 37쪽.

37) 이병천, 대한민국 헌법의 경제이념과 제119조의 한 해석, 167쪽.

대전 이후 독일 바이마르 헌법을 시작으로 경제적 민주주의 논의로 보편화되면서부터 시작되었다고 한다.³⁸⁾ 그런데 관점에 따라 경제민주화에 대한 이해가 다르다. 자유주의적 입장에서 경제민주화는 경제자유화를 의미한다. 반면, 사민주의적 입장에서는 실질적 민주주의로 호칭되는 경제불평등해소의 방안을 의미한다. 물론 이 양자는 모두 부르주아 의회정치의 범주 안에 머문다는³⁹⁾ 한계를 가지고 있다.⁴⁰⁾

통상 경제민주화는 경제조직에 경제적 약자들의 참여를 증진하는 것, 다수의 약자들에게 경제적 평등이 실현되는 체제라거나⁴¹⁾ 사회구성원의 경제생활 상의 민주적 요구 및 실질적 민주주의를 실현해 나가려는 사상 혹은 제도⁴²⁾ 등 자본주의 경제체제와 민주주의의 공생을 모색하는 방법에 따라 이론적 표지가 여러 차원에서 제기된다. 좌파적 관점에서는 경제민주화가 체제유지의 일환으로서 제기된다는 입장도 있다. 즉 경제민주화를 “광범한 빈곤의 축적, 저들의 표현에 의하면 양극화의 심화와 언제 그에 의해서 촉발될지 모를 내전과 혁명에 대한 공포”에서 발현된 지배계급의 위기의식의 발현이라고⁴³⁾ 보는 것이다. 자본주의 헌법의 한계로 인하여 민주정부라고 할지라도 생산수단 또는 사회적 부를 자본가들로부터 전취하지 못하며 결국 자본주의적 경쟁법칙이 작동하므로⁴⁴⁾ 경제민주화는 한계가 있을 수밖에 없다는 것이다.

그 내용으로는 재벌개혁, 노동의 민주화, 사회적 경제라는 3위일체 모델⁴⁵⁾ 또는 여기에 교육권의 보장과 토지공개념의 제도적 강화를 포함하는⁴⁶⁾ 등 다양한 견해가 있다.⁴⁷⁾ 여러 견해에 비추어볼 때, 경제민주화의 내용적 표지를 (i) 민주적 시장체계의 확립, (ii) 경제주체 간 법적 대화절차의 제도화, (iii) 경제공동체 구성원들이 민주적으로 분배된 의사결정권을 가지는 것으로 정리할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

한편 경제민주화를 일종의 정책패키지로 보는 입장이 있다. 예컨대 한국의 경제구조가 동아시아 발전모델에서 출발하여⁴⁹⁾ 87년 체제에서 동아시아 모델의 국가규제와 신자유주의적 규제완화가 모순적으로 결합하는 경제발전모델의 변형이 이루어지면서

38) 신용옥, ‘민주화’ 20년의 경제민주화, 그 굴곡과 해체, 역사비평 2007년 겨울호(통권81호)(역사비평사, 2007.11). 111쪽.

39) 신용옥, 앞의 논문. 113쪽.

40) 신용옥은 사민주의적 관점에서 경제민주화의 가능성을 검토하고 있다. 그는 87년 이후 진행된 신자유주의 세계화의 내용과 파생문제를 검토하면서, 현행 헌법 체제 안에서 제도를 통한 국가의 개입 가능성을 광범위하게 열어놓고 있다. 신용옥, 앞의 논문. 134쪽.

41) 이정우, 경제민주화의 과제, 내일을 여는 역사 2013년 봄호(통권 제50호)(재단법인 내일을여는역사재단, 2013.03). 19쪽.

42) 김윤자, 인권과 경제민주화, 민주법학 제50호(민주주의법학연구회, 2012). 126-127쪽.

43) 채만수, 경제민주화라는 기만과 반동, 정세와노동 82호(노동사회과학연구소, 2012.09). 9쪽.

44) John Molyneux, Capitalism versus democracy, SOCIALIST REVIEW, 2012.01. <<http://socialistreview.org.uk/365/capitalism-versus-democracy>>, 검색일 2019. 5. 21.

45) 이정우, 경제민주화의 과제, 26쪽.

46) 김윤자, 앞의 논문, 143-146쪽.

47) 경제민주화의 각종 내용에 대하여는, 노진석, 한국헌법과 경제민주화, 103쪽.

48) 노진석, 한국헌법과 경제민주화, 105쪽.

49) 동아시아 발전모델의 주요 구성요소는 (1) 강력한 산업정책을 매개로 형성된 집권적·위계적 국가·기업관계, (2) 기술도입·정착·개량에 유리한 이해당사자 중심의 기업지배구조와 기업 간 관계로 나타난다. 이일영, 87년 체제와 네트워크 국가: 경제민주화의 발전경제학, 동향과 전망 2012년 가을·겨울호(통권 86호)(한국사회과학연구회, 2012.10). 49쪽.

성장의 한계를 노정했다고⁵⁰⁾ 한다. 이렇게 도래한 경제위기를 극복하기 위해 기업 간·산업 간·지역 간 균형, 집권적·위계적 관계를 분권적·수평적 관계로 전환하는 네트워크 경제·국가로 경제체제의 변형이 필요한데 경제민주화는 네트워크 경제의 확대를 통해 과거 발전모델을 혁신하기 위해 도입되는 정책패키지라는 것이다.⁵¹⁾

헌법재판소는 우리 헌법상의 경제질서를 자유경제질서와 사회적 시장경제질서라는 두 축으로 판단하고 있다. 현행 헌법의 경제질서를 “자유시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정들을 광범위하게 인정하는 사회적 시장경제질서”⁵²⁾ 또는 “우리 헌법은 … 자유경쟁을 존중하는 시장경제를 기본으로 하면서도, … 사회정의, 공정한 경쟁질서, 경제민주화 등을 실현하기 위한 국가의 규제와 조정을 허용하는 사회적 시장경제임”이라고⁵³⁾ 하거나 “우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다”고⁵⁴⁾ 판단하고 있는 것이다.

그런데 제119조의 구조에 대한 판단은 종종 일관되지 않게 나타난다. 제119조 제1항과 제2항의 관계에 대해 제119조 제1항으로 “우리 헌법이 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고” 있으며, 제119조 제2항은 자본주의 시장경제질서 안의 “공정한 경쟁질서를 형성하고 확보”하기 위한 전제에 의하여 “개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익”을 보장하는 “국가의 지속적 과제”를 선언하고 있다는⁵⁵⁾ 결정예가 있다. 헌법재판소의 경향은 대체적으로 제119조 제1항과 제2항을 병렬적 등위관계로서 상호 보완관계로 보고 있는 것처럼 보인다.

하지만 그렇지 않은 판단도 있다. “경제민주화는 시장의 자유와 창의를 존중하는 기반에 있어야”⁵⁶⁾하므로 제119조 제1항을 원칙적으로 보면서, “제119조 제2항, 제123조 제3항 등의 경제에 관한 규제와 조정은 자유경제질서를 보완하는 원리로서 그것과 조화를 이루어야 한다는 한계를 지니고”⁵⁷⁾ “헌법 제119조 제2항에 규정된 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제민주화’의 이념도 … 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범”이라고⁵⁸⁾ 하여 이를 기본권 제한의 한계 규정으로 보는 판례가 있다. 이러한 판례들은 제119조 제1항을 자본주의 시장경제질서의 원칙으로 보고

50) 이일영, 앞의 논문, 56-58쪽.

51) 이일영, 앞의 논문, 65쪽.

52) 헌재 1997.12.24. 96헌가19, 96헌바72(병합); 2001.6.28. 99헌바54.; 2003.6.26. 2003헌가4.; 2012.3.29. 2010헌바342.

53) 헌재 1996.4.25. 92헌바47.; 2018.6.28. 2016헌바77·78·79(병합).

54) 헌재 2000.6.1. 99헌마553.; 2001. 6. 28. 2001헌마132.

55) 헌재 2002.7.18. 2001헌마605.

56) 이학수, 경제규제의 헌법적 원리와 발전적 재조명: 소프트웨어진흥법상 대기업참여제한제도의 헌법적 소고, 10쪽.

57) 헌재 2001.6.28. 2001헌마132.

58) 헌재 2003.11.27. 2001헌바35.; 2004.10.28. 99헌바91.; 2009.5.28. 2006헌바86

2항은 시장실패라는 예외적 상황에서 제한적인 국가개입의 가능성을 열어주는 보완규정으로 보는 견해이며,⁵⁹⁾ 정부가 시장에 개입할 수 있는 근거 및 한계원리로서 경제민주주의를 이해한다.⁶⁰⁾

3. 헌법해석의 한계와 방법론의 전환

이상에서 살펴본 통상의 경제헌법 및 경제민주화에 관한 헌법적 해석이 매우 경직된 것이라는 비판이 있다. 현행 경제헌법은 형식적으로 “공공재가 시장원리에 의하여 실현될 수 없는 시장의 실패가 나타날 때 보충적으로만 개입할 수 있는 체제”를⁶¹⁾ 가지고 있음은 부정할 수 없다. 그러나 헌법해석이 그 체제구조의 범주 안에 머물게 되면서, 경제영역을 생활영역과 동일시하면서 구체적인 생활관계들을 경제논리로 환원하는 구조를 극복하지 못하게 된다. 따라서 이들 해석론들은 인간성이 질곡에 빠질 가능성을 간과한다는 것이다.

자유주의에 기반한 자본주의는 인간을 재화와 용역의 수준에서 다루는데⁶²⁾, 통상의 해석론들이 이러한 ‘자본주의의 본질적 속성’을 넘어서지 못한다는 것이다. 자본주의적 시장질서는 인간을 배제하고 지배하는 자본주의의 비민주적 속성을 그 본질로서 내포하고 있다.⁶³⁾ 일단의 헌법적 해석들은 헌법의 경제규정들을 시장논리로 전환함으로써 시장에서의 교환을 인간과 인간의 관계가 아닌 탈인격화된 객체와 객체의 거래행위로 치부하는데, 이러한 수준에서 이루어지는 자본주의는 논리필연적으로 민주적일 수가 없다고 한다.⁶⁴⁾

이 견해는 헌법 규정의 해석에 머무는 도식적 경제헌법 및 경제민주화에 대한 해석의 방법론을 다시 구성하자고 제안한다. 우선 헌법이 말하는 인간상을 새롭게 재정립하는 것에서 출발한다. 현재의 통상적 해석은 헌법적 인간상을 자유주의적 인간관, 즉 외부세계로부터 독립되고 자율성을 가지고 있으며 보편적 주체로서 규범과 제도를 통해 획일적으로 형식화될 수 있는 주체로⁶⁵⁾ 정식화하고 있다. 이제 이러한 태도에서 탈피해 헌법적 주체를 모든 타인 및 각종 상황과 유기적이고 연속적인 관계 속에서 자신의 동일성을 추구하는 존재로 상정하자는 것이다.⁶⁶⁾ 이로써 헌법해석은 인간 중심적 헌법이해로 전환된다.

이렇게 되면 탈인격을 전제하는 구조의 지배로 이해되는 시장원리에 대한 다른 차

59) 정대근, 신자유주의 경제체제의 위기와 경제관계법의 변화, 법학연구 제55권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2014.2). 18쪽.

60) 윤성현, 존 스튜어트 밀의 정치경제학과 헌법상 경제민주주의론 서설, 헌법학연구 제21권 제1호(한국헌법학회, 2015.3). 226쪽.

61) 한상희, 민주주의와 경제질서-재구성적 헌법읽기, 민주법학 제14호(민주주의법학연구회, 1998). 11쪽.

62) 한상희, 앞의 논문, 12-13쪽.

63) 한상희, 앞의 논문, 15쪽.

64) 한상희, 민주주의와 경제질서-재구성적 헌법읽기, 31쪽.

65) 한상희, 앞의 논문, 16-17쪽.

66) 한상희, 앞의 논문, 19쪽.

원의 헌법적 논의가 가능해진다고 한다.⁶⁷⁾ 경제헌법이 단지 시장원리를 확인하는 수준이 아니라 헌법의 주체가 기본권 등을 통하여 세계와 관계를 맺는 형식 속에서 기능하도록 배치되었음을 해석적으로 유도할 수 있게 된다. 그렇게 될 때 경제민주화는 새롭게 정의된 헌법적 주체가 경제영역에 참여할 수 있도록 보장하는 것으로⁶⁸⁾ 이해될 수 있다.

이렇게 될 때, 경제민주화와 함께 논의되어야 할 민주주의는 보다 그 성격을 분명하게 조립할 수 있게 된다. 헌법주체의 성격을 관계를 가진 개별적이며 독자적인 주체로서 설정함에 따라, 스스로의 의지로 집단적 의사형성의 과정에 참여하게 되는 민주주의의 본질이 경제분야에서도 발현하게 될 근거를 확보하게 된다. 이것이 “민주주의는 개념필연적으로 사람과 사람의 관계에 관한 규율을 의미”하는⁶⁹⁾ 것이며, “개개인들이 나름의 생활의 장에 대하여 가지는 자신만의 의미부여가 존중되고 또 실현되는 것이 민주주의”라는⁷⁰⁾ 정의에 부합한다. 아이리스 매리언 영(Iris Marion Young)이 “사회와 제도는 노동분업, 의사결정 권력을 조정하는 방식, 그 사회와 제도의 문화적 의미가 모든 사회 구성원의 자기 존중과 자기표현을 고양시키는지 여부에 따라 평가되어야 한다”고⁷¹⁾ 말한 것처럼, 경제헌법이 헌법주체의 “자기 존중과 자기표현을 고양시키는지 여부”가 경제민주화의 지표가 되는 것이다.

이러한 태도는 경제헌법의 해석에 동원할 수 있는 민주주의 이론의 무한확장을 가능하게 한다. 개별 헌법주체의 독자적이고 자주적인 지위를 인정하면서 개별적 욕망과 그 욕망을 실현하기 위한 노력을 보장함으로써 헌법실천을 전개할 수 있도록 하는 민주주의 이론은 제도화의 범주를 넘어서는 것이다. 그럼으로써 새롭게 형성되는 민주주의론은 자본주의 시장경제질서에 대한 도전이 될 수 있다. 민주주의는 그 성격상 전복을 욕망하는 세력에게는 무기가 되고 기득권에게는 불온한 도전이 된다. 이 두 주체는 기실 동일한 주체인 경우가 상당하다. 예컨대 근대의 부르주아지는 구체제를 전복하는 과정에서는 민주주의를 자신들의 이념적 기반으로 삼았다. 하지만 자본주의 체제가 공고해진 후 민주주의는 이 부르주아지의 기득권을 전복하려는 불온사상으로 탄압받았다.

“헌법의 내용과 형태를 분리시켜 지배계급의 이해관계를 은폐하는 이중화전략을 폭로하고, 헌법 내부의 모순을 인식하는 해석작업이 민주주의 헌법학의 과제”라고 할 때,⁷²⁾ 경제헌법과 경제민주화에 대한 해석론의 재구성은 민주법학의 한 과제임이 분명하다. 헌법의 규범구조 안에서 해석론을 통하여 자본주의 시장경제체제에 대한 도전을 염두에 둔다면, 여기에 특별한 영감을 제공할 수 있는 이론이 급진민주주의 이론이다.

67) 한상희, 앞의 논문, 33쪽.

68) 한상희, 앞의 논문, 37-38쪽.

69) 한상희, 민주주의와 경제질서-재구성적 헌법읽기, 37쪽.

70) 한상희, 앞의 논문, 39쪽.

71) 아이리스 매리언 영, 문현아 외 역, 제멋대로의 범주들, 캐빈 올슨 엮음, 불평등과 모욕을 넘어-낸시 프레이저의 비판적 정의론과 논쟁들(그린비, 2016), 154쪽.

72) 국순옥 지음, 민주주의 헌법론, 173-174쪽.

III. 자본주의 시장경제체제와 급진민주주의 이론

1. 자본주의 시장경제체제의 알리바이 - 하이에크의 민주주의 이론

급진민주주의의 내용과 헌법해석상의 포섭가능성을 보기 전에 현존 시장경제체제를 강력하게 옹호하는 민주주의이론을 잠깐 살펴보자. 그 대표적인 것이 하이에크의 민주주의 이론이다.

민주주의를 부정했다는 비판을 받기도 하지만⁷³⁾ 정작 하이에크는 진정하고 원래의 의미에 충실한 민주주의를 “옹호하기 위해서라면 투쟁할 각오까지 할 수 있”다고 선언한다.⁷⁴⁾ 그가 인정하는 진정한 민주주의는 “정부가 추구하는 구체적인 목표나 가치” 같은 것이 아니라 “정부의 정책의 결정방법 또는 절차”로서 민주주의이다.⁷⁵⁾ 민주주의를 경제적 효율 및 게임의 규칙이라는 차원에서 바라보는 시장주의적 관점은 하이에크에게 고유한 것은 아니지만⁷⁶⁾, 하이에크의 입장은 그의 자생적 질서론과 결부하여 독특한 형태로 전개된다.

하이에크가 주장하는 진정한 의미의 민주주의는 자생적 질서를 통해 진화한 산물인 일반적인 정의로운 행동규칙에 부합하는 법⁷⁷⁾ 아래 정부를 위치시키는 수단이다. 하이에크는 이 규칙체계를 ‘노모스(nomos)’라고 명명한다. 관습과 판례를 중심으로 형성되는 노모스는 특정한 목적을 띄고 구체적인 대상을 정해 의회에서 만들어지는 법률과는 다르다. 하이에크가 말하는 노모스는 플라톤이나 칼 슈미트의 그것과도 약간의 차이를 가진다. 플라톤은 하이에크와 매우 유사한 성격으로 노모스를 언급하지만, 하이에크의 노모스가 발견되는 것이라면 플라톤의 노모스는 발견보다는 선언된다는 측면에서 다르다.⁷⁷⁾ 한편 칼 슈미트는 하이에크와 마찬가지로 실정법이 노모스로 인식되는 현상을 비판한다. 그러나 칼 슈미트의 노모스는 장소의 확정과 그 확정을 통한 질서의 통일을 의미하는 반면⁷⁸⁾, 하이에크의 노모스는 진화발전의 과정에서 구성원들의 카탈락시(Catallaxy)⁷⁹⁾ 게임의 결과를 보장한다는 의미로 다루어진다.

이 노모스의 체계와 모순을 일으키지 않는 범주에서, 민주주의가 수단으로 정당화될 수 있기 위해 전제되는 세 가지 기준이 있다. 그 첫 번째는 수단으로서 다수결인데, 다수결은 우위를 점하고 있는 의사를 확인하고 더 강하게 지지되는 의견을 결정하는데 유효하다.⁸⁰⁾ 그러나 하이에크는 다수결이 평화적 변동을 위한 목적 외에 임의

73) 이상수, 하이에크, 자유의 투사인가? 독재자의 앞잡이인가?, 민주주의법학연구회, 심포지움-신자유주의와 민주법학, 2001. 349-350쪽.

74) F.A.v.하이에크 저, 민경국 편역, 자본주의나 사회주의나(문예출판사, 1990). 151쪽.

75) 프리드리히 A. 하이에크 저, 서병훈 역, 법·입법 그리고 자유 III:자유사회의 정치질서(자유기업센터, 1997). 25쪽.

76) 예를 들어, 제임스 M. 뷰캐넌·고든 텔러, 전상경·황수연 공역, 국민합의의 분석(시공아카데미, 1999). 365쪽 이하.

77) 플라톤, 김태경 옮김, 정치가(한길사, 2009(제4판)), 294b.

78) 칼 슈미트, 최재훈 옮김, 대지의 노모스-유럽 공법의 국제법(민음사, 1995). 47-70쪽.

79) 하이에크는 “시장질서를 구성하는 무수히 많은 상호 관련된 경제들의 시스템을 기술하기 위하여” 이 용어를 제안한다. 하이에크, 법·입법 그리고 자유 II, 221-222쪽.

80) 프리드리히 A. 하이에크 저, 김균 역, 자유헌정론 I(자유기업센터, 1997). 185쪽.

의 통치형태로 이용되는 것에는 우려를 나타낸다.⁸¹⁾ 민주주의의 정당화 기제 두 번째는 그것이 개인의 자유를 보장하기 위한 방책일 때이다. 다만 하이에크는 민주주의 체제에서 자유가 보장될 가능성이 높더라도 이것은 다수가 자유를 의식적으로 목표하는지에 달려있음을 주지한다.⁸²⁾ 마지막으로 거론되는 정당화 기제는 여론의 형성과정으로 기능하는 것이다. 하이에크는 이에 대해 민주주의의 최대 장점은 구성원의 절대 다수가 여론의 형성과정에 적극 참여함으로써 폭넓은 사람들이 선택 가능한 범위 안에 있게 되는 것이라고 주장한다. 이러한 기준들이 충족될 때 올바른 민주주의가 작동하며 정부를 정의로운 행동규칙, 즉 노모스 구조 속에 위치시키게 된다. 특히 그는 민주주의가 진가를 발휘하는 것은 그 역동성에 있음을 상기한다.⁸³⁾

그런데 하이에크는 민주주의가 의회주의의 부속이 되어버림에 따라 그 본연의 의의를 상실했다고 주장한다. 하이에크는 이러한 문제를 “다수가 승인한 것만이 모든 사람을 구속해야 한다”는 믿음에서 ‘다수가 승인한 모든 것이 그런 강제력을 가질 수 있다’는 믿음으로 옮겨가는 것이” 중국에는 “한 정부에서 전혀 다른 정부로 옮겨가는 의미를 내포하고 있다”고 지적한다.⁸⁴⁾ 즉 민주주의가 가지고 있는 하나의 기능은 사회의 다수가 어떤 사안에 대한 의사를 일치시킨 것에 의하여 그 다수가 스스로를 구속하는 것이었는데, 이것이 어느 순간 다수가 결정하면 뭐든 가능하다는 의미로 전환되었다는 것이다. 그가 보기에 의회는 이제 일반적 규칙-제한적 민주주의 안에서 자생적 질서를 유지하기 위한 역할-에 통제되지 않는 ‘자의적’ 기관이다.⁸⁵⁾ 의회는 자생적 시장질서의 작동과 무관하게 특정한 이해관계 집단의 요청을 사회정의로 둔갑시키고⁸⁶⁾ 이로써 민주주의는 집단들의 조직적 이익충족의 수단인 ‘협상민주주의(bargaining democracy)’로 전락하면서 ‘집단이익의 노리개’가 되어버린다.⁸⁷⁾

의회의 독점적 권한행사에 의해 왜곡된 민주주의의 위기는 곧 법의 지배의 위기로 이어지게 된다. 하이에크의 입장에서 민주주의체제의 국가는 정의로운 행동규칙에 의하여 강제력이 제한되고 이것이 노모스가 작동하는 법의 지배이다. 즉 그가 말하는 법의 지배란 법의 이상적 형태의 척도-노모스가 실정법과 합치되는 것을 의미한다.⁸⁸⁾ 하이에크는 개인주의적 자유주의의 관점에서 개인의 자유를 최대한 보장하기 위한 목적으로 민주주의의 절차적 작동을 요청한다. 절차가 잘 작동하면 민주주의이고 그렇지 않으면 반민주주의-하이에크식으로 표현하자면 무제한적 민주주의가 될 뿐이다. 다시 말해 시장에 대한 정부의 개입이 최소화되고 시장에 영향을 미치는 외적 요인에 대해 정부의 역할이 강화되는 것은 민주주의이다.

81) 하이에크, 자본주의나 사회주의나, 153쪽.

82) 하이에크, 자유헌정론 I, 186쪽.

83) 하이에크, 자유헌정론 I, 187-188쪽.

84) 하이에크, 법·입법 그리고 자유 III, 27-28쪽.

85) 하이에크는 ‘자의적’이라는 말의 의미를 “일반적 규칙에 의해 통제되지 않는 특수한 의지에 따라 결정되는 것”으로 규정한다. 하이에크, 법·입법 그리고 자유 III, 30쪽.

86) 법·입법 그리고 자유 III, 33-37쪽.

87) 법·입법 그리고 자유 III, 164-167쪽.

88) Murray Forsyth, *Hayek's Bizarre Liberalism*, edited by G.W.Smith, *Liberalism-Critical Concepts in Political Theory*(Routledge, 2002). p.88.

그런데 이러한 하이에크의 관점은 그의 전제, 즉 오로지 민주주의를 절차로서 이해할 때만 합리성을 인정받을 수 있다. 그가 말하는 민주주의가 작동할 때, 카탈락시의 작동을 위해 정부는 시장을 위협하는 모든 외부에 대하여 강한 정부가 되지 않을 수 없게 된다. 하이에크주의적 경제드라이브에 명운을 걸었던 영국의 대처 행정부가 의회입법을 통한 강한 정부로 재위치하면서 노조를 탄압하는 역설을 하이에크가 이야기하는 본래 의미의 민주주의는 설명하지 못한다. 오히려 이 부분에서 민주주의는 하이에크의 바람과 반대로 절차에 자신의 성격을 국한시키지 못한 채 통치 불가능성으로 그 성격을 드러낸다. 랑시에르의 지적처럼, 민주주의는 통치 불가능 자체이며 이로 인하여 통치행위가 나타난다고 할 때⁸⁹⁾ 하이에크의 이론으로 볼 때는 일련의 역설인 현상들을 설명할 수 있게 된다.

또한 절차를 민주주의로 치환하는 하이에크의 민주주의론은 정치의 배제로 이어지게 된다. 하이에크는 민주주의가 타락함에 따라 정치의 혐오가 발생한다고 지적한다.⁹⁰⁾ 권력이 집중된 의회제도는 타락한 것일 뿐만 아니라 허약하기까지 하다고 하이에크는 주장한다. 왜냐하면 이러한 의회는 일관된 정책의 지향을 견지할 수 없기 때문이다.⁹¹⁾ 그러나 이 견해에 의할 때 그가 말하는 정치는 시장의 관리체계에 국한될 뿐이다. 그 관리체계는 사적소유권을 보호하는 체계이며, 시장질서를 보장하는 체계이다. 정치는 시장질서를 유지하는데 도움이 되는지 여부, 그리고 개인의 의지에 의한 사적소유권의 행사가 방해받지 않는지의 여부에 의해서만 그 타락의 정도를 판정받을 수 있게 된다. 따라서 하이에크가 말하는 정치에 대한 혐오는 실제로는 관리체계에 대한 혐오 내지 의심이 된다.

하이에크의 민주주의론에 의할 경우, 의회입법에 의한 정부(국가)의 시장개입은 ‘무제한적 민주주의’의 발로이다. 이 본래의 의미를 상실한 민주주의는 진화의 결과로 구성된 자생적 질서에 따른 카탈락시를 왜곡한다. 민주주의는 오로지 시장의 역동성을 보장할 때만 존재의 가치를 가지게 된다. 민주주의를 제도론적 차원에서 바라보는 입장이라면 하이에크의 시장주의는 민주주의의 기본원리에 충실한 것으로 이해하기 쉽다. 이러한 외견상의 장점으로 말미암아 하이에크가 제공한 논리는 신자유주의의 위기가 폭증한 오늘날에도 교조적 위력을 발휘한다. 신자유주의가 당면한 위기를 극복하기 위해서는, ‘무제한적 민주주의’의 유혹을 떨치고 시장질서의 자생성을 더욱 보강할 필요가 있다는 주장으로 확장되는 것이다. 예컨대 2008년 이후 발생한 세계적 금융위기가 금융시장에 대한 정부의 방만한 개입에서 비롯되었으므로, 이를 타개하기 위해서는 레이건 행정부 당시의 규제완화정책과 같은 경제위기해소모델을 고려해야 한다는 주장이 있다.⁹²⁾ 또한 헌정질서의 기본원리로서 ‘자유시장 경제질서’와 이를 보장하는 ‘법치주의’의 준수가 운위된다.⁹³⁾

89) 자크 랑시에르 지음, 허경 옮김, 민주주의는 왜 증오의 대상인가(인간사랑, 2011). 111쪽.

90) 하이에크, 법·입법 그리고 자유 III. 34쪽.

91) 하이에크, 법·입법 그리고 자유 III. 35쪽.

92) 민경국, 경제적 자유주의의 옹호론-신자유주의는 실패한 이념인가?, 철학과 현실 2009년 봄(통권 제 80호), 2009. 73-74쪽.

93) 권혁철, 시장경제질서와 우리나라 시민단체 활동의 문제점, 한국비영리연구 제1권 제1호(한국비영리

그러나 하이에크의 민주주의론이 내포하고 있는 본질적인 맹점은 앞서 언급했듯 정치의 배제이다. 이러한 현상은 가치상대주의와 다원성의 보장이라는 민주주의의 기본 전제가 하이에크의 민주주의론에서는 매우 편협하게 다루어지기에 발생한다. 그의 관점에서 개인주의적 자유주의 이외의 가치는 존중될 수 없다. 개인주의적 자유주의 이외의 가치는 사회주의로 흐를 수밖에 없고, 결국 ‘노예의 길’로 이어진다. 그러므로 민주주의는 개인의 자유를 보호하기 위한 실용적 도구에 지나지 않게 된다.⁹⁴⁾ 이미 시장지상주의라는 절대적 가치 내지 객관적 진리가 근간이 되어 있는 상태에서 다원성이 보장되는 민주주의적 정치의 작동이 경제영역에서는 불가능해진다.

2. 자본주의 시장경제체제의 대안 - 무페의 급진민주주의 이론

하이에크의 민주주의 이론처럼 일단의 민주주의론이 시장경제체제의 알리바이로 역할 하는 데 반하여, 규범구조의 경계를 파훼하면서 등장하는 민주주의 이론이 급진민주주의이론이다. 체제 내적 안정을 추구하는 것을 민주주의의 본연으로 간주하는 앞의 이론과 달리, 급진민주주의 이론은 체제의 내부와 외부의 격돌을 조장함으로써 다양한 주체와 다양한 욕망이 분출되는 정치적 공간을 연출한다.

급진민주주의(radical democracy)론의 대표적 주자인 샹탈 무페는 “합리주의, 개인주의, 보편주의와 절연”을 통해 “다원주의의 관념을 급진화”함으로써 “젠더, 인종, 계급, 성적 정체성 등을 둘러싸고 서로 다른 민주주의 투쟁들에 접합될 수 있는 틀을 제공할 수” 있다는 주장을 전개한다.⁹⁵⁾ 무페의 이러한 입장은 민주주의를 단지 절차로 한정하는 것을 넘어선다. 제도가 이미 결정해놓은 어떤 틀을 따르느냐 마느냐라는 수동적 태도를 넘어 주체가 내용과 방향을 설정하고 이를 달성하기 위한 전략적 실천 경로를 독창적으로 형성하는 적극적 태도를 민주주의의 성격으로 확인하는 것이다.

무페는 라클라우와 함께 헤게모니 개념을 재정립한다. 이들은 기존의 경제결정론(토대결정론) 내지 계급환원론에 기한 한계를 해체하고 정치영역에 있어 독자성을 확인하는 차원에서 헤게모니를 구성한다. 이를 위해 라클라우와 무페는 헤게모니의 계보학을 검토한다. 그들에 따르면, 헤게모니 이론에 중요한 획을 그은 각각의 이론들은 결정론적, 경제주의적 한계를 벗어나지 못하거나⁹⁶⁾ 계급결정론을 극복하지 못하는 한계를 노정한다.⁹⁷⁾ 필연적 법칙과 일정하게 결별하려는 이론조차도 완전한 단절을 모색하지 못하는 한계를 가지고 있었다고 한다.⁹⁸⁾ 급진적 전환에 근접한 소렐의 생디칼

학회, 2002), 21쪽.

94) 프리드리히 A. 하이에크, 김이석 역, 노예의 길: 사회주의 계획경제의 진실(나남출판, 2007), 121쪽.

95) 샹탈 무페, 이보경 옮김, 정치적인 것의 귀환(후마니타스, 2007), 20쪽.

96) 경제적 토대의 필연적 법칙 위에서 계급의 통일성을 정초한 칼 카우츠키의 이론은 계급에게 주어진 역사적 사명과 현실의 의식에서 오는 간극을 정치이론으로 해소할 수밖에 없는데, 그 이론은 필연적이고 기계적으로 결정되는 순환론에 빠지기 때문이다. 에르네스토 라클라우·샹탈 무페 지음, 이승원 옮김, 헤게모니와 사회주의 전략(후마니타스, 2012), 67-68쪽.

97) 이들은 로자 룩셈부르크의 자생주의(spontaneism) 개념 역시 계급결정론을 극복하지 못했다고 비판한다. 에르네스토 라클라우·샹탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 43쪽.

98) 라클라우와 무페는 윤리적 주체의 자율성을 인정함으로써 필연적 법칙이라는 결정론과 단절하려 한

리즘에서 비로소 우연의 논리가 지닌 특수성의 실체를 발견하게 되는데⁹⁹⁾ 그럼에도 소렐은 기존 마르크스주의에서 전제하는 객관적 법칙들의 유효성에 의문을 제기하는데 이르지 못했다고 그들은 판단한다.¹⁰⁰⁾

무페와 라클라우가 보기에 그람시는 헤게모니 이론에서 두 가지 기여를 했다. 하나는 그 물질성으로 인하여 이데올로기는 관념체계나 허위의식과 동일시될 수 없다는 점을 확인했다는 점이다. 다른 하나는 정치적 주체를 계급에 한정하는 것이 아니라 복합적인 집합의지로 확인하면서, 헤게모니계급이 접합시킨 이데올로기적 요소들이 필연적으로 계급적 속성을 지니지 않음을 짚은 것이다.¹⁰¹⁾ 그러나 그람시에게도 또한 통합원칙의 단일성과 이것의 필연적 계급성이라는 사회질서의 두 가지 원칙은 헤게모니투쟁으로 인한 필연적 구조가 된다. 한편 경제가 헤게모니적 재구성을 위한 사회의 잠재적 가능성에 극복할 수 없는 한계가 됨에 따라 경제적 공간의 구성논리 자체는 헤게모니적이지 않다고 주장하게 된다. 라클라우와 무페는 그람시의 이러한 애매한 태도에서 “경제를 필연적 법칙에 의해 통일된 동질적 공간으로 보는 자연주의적 편견”을 지적한다.¹⁰²⁾

이상의 계보학적 검토를 경유하면서 무페와 라클라우는 단지 경제적 차원이 아니라 사회의 모든 차원에서 헤게모니적이라고 할 수 있는 실천들이 작동하고 있음을 주장한다. 이러한 관점은 기존의 이론들이 경제결정론을 극복하지 못했던 것과 차별성을 가진다. 이로써 무페와 라클라우는 필연이 작동하는 토대의 법칙과 우연이 작동하는 정치의 법칙을 전혀 다른 별개의 영역으로 구분할 수 있게 되며, 토대의 법칙에 종속되지 않는 정치의 법칙을 확인한다. 이는 결과적으로 기존 마르크스주의가 견지하던 본질주의와 차별화된다.

헤게모니의 개념을 경제환원론 내지 계급결정론으로부터 해방시킴으로서 무페와 라클라우는 다원성과 적대의 개념을 등장시킬 수 있게 된다. 칼 슈미트의 정치적인 것의 개념에 관한 이론과 접목한 ‘적대’의 이론을 발전시키면서, 무페는 적대의 개념을 통해 민주주의가 본질적으로 갈등적이면서 투쟁적인 성격을 가지고 있음을 부각한다. 칼 슈미트는 구체적이고 존재적인 의미에서 적/동지의 구분이 이루어져야 함을 강조하면서, “말살”이 아닌 한 제거 불가능한 적대를 선언하지만,¹⁰³⁾ 무페는 칼 슈미트의 적/동지 구분의 형식을 수용하면서 대립되는 상대를 ‘적(enemy)’과 ‘반대자(adversary)’로 구분할 것을 제안한다. 적은 배제되어야 할 대상이지만 반대자는 그 존재의 정당성을 인정해야 한다. 민주주의적인 게임의 규칙을 받아들이지 않음으로써 스스로 정치공동체에서 배제된 사람들만이 적으로 남게 된다.¹⁰⁴⁾

베른슈타인은 정치의 자율적 공간을 상정하게 해주었다고 본다. 그럼에도 베른슈타인 또한 경제적 필연성과 단절하는 선형적 주제를 설정함에 따라 다양한 정치적 이해관계들의 접합에 대한 이해를 놓치면서 점진주의적 전략에 머무는 한계를 보인다고 한다. 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 83-84쪽.

99) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 90쪽.

100) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 91쪽.

101) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 134-135쪽.

102) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 138쪽.

103) 칼 슈미트 저, 김효전 옮김, 정치적인 것의 개념(법문사, 1995), 44쪽.

사회운동의 자율성은 적대가 출현하기 위한 요건이 되는데¹⁰⁵⁾ 이로부터 ‘새로운 적대들’이 형성된다. 이 새로운 적대들은 자기중심주의의 증식으로 발현하고 자율성 자체를 요구함에 따라 사회적 삶 자체의 상품화와 관료화, 동질화에 대한 저항의 형식으로 나타난다. 그리하여 이 새롭게 등장하는 저항의 형태들 중 상당수는 과거와는 달리 집합적 투쟁의 형태가 아니라 개인주의를 통해 등장한다고 한다.¹⁰⁶⁾ 그런데 바로 이렇게 다양하게 나타나는 저항들은 통일된 주체의 범주를 승인하지 않는다. 무페는 이러한 상태가 다수성을 사고하기 위한 필수조건이 된다고 한다. 이로부터 “급진적이고 다원적인 민주주의라는 통념”을 이해할 수 있는 토대가 나온다. 무페는 이러한 전제에 입각해 다음과 같은 결론을 도출한다.

주체 위치들을 하나의 실정적이고 단일한 정초 원리로 되돌릴 수 없다는 점이 받아들여지는 경우에 한해서만, 다원주의는 급진적인 것으로 간주될 수 있다. 이와 같은 다원적 정체성들의 각 항목들이 초월적이거나 기저적인 실정적 기반이 아니라 그 자신 안에서 자신의 유효성의 원리를 발견할 때에만 다원주의는 급진적일 수 있다. 그리고 이러한 급진적 다원주의는 각 항목들의 자기구성성(autoconstitutivity)이 평등주의적 상상의 전치들에 따른 결과인 경우에 한해서만 민주주의적이다. 이런 이유로, 급진적이고 다원적인 민주주의 기획은 일차적인 의미에서 등가적-평등주의적 논리의 일반화라는 토대 위에서 영역들을 최대한 자율화하기 위한 투쟁과 다를 바 없다.¹⁰⁷⁾

이로부터 다원성과 급진성의 내용을 가지게 된 민주주의의 다른 차원이 제시된다. 다원성의 이론적 포섭을 통해, 무페는 칼 슈미트와 달리 민주주의와 자유주의의 병립을 모색한다. 다양한 정체성을 이루는 과정들과 인민들 사이의 간극을 인정함으로써 자유민주주의의 존재의의가 있다. 이 간극을 매우려하기보다는 이를 경쟁의 영역으로 남기는 것이다. 기실 이러한 논리구조는 민주주의를 “언제나 복수의 그리고 경쟁적인 정체성을 이루는 과정”으로 보는 무페의 입장에서 나오는 필연적 결과물이다.¹⁰⁸⁾

무페는 여기서 전통적 좌파의 독단, 즉 광범위한 사회적 의제를 상부구조/하부구조의 양자구조 안에서 사고하는 경직성을 지적하면서, 이로 인하여 다양한 헤게모니적 재접합을 위한 모든 노력의 주도권을 우파에게 뺏겼음을 비판하면서, 이제 토대/상부구조의 구분을 포기하고, 사회적 실재의 영역에서 구축된 모든 헤게모니적 접합이 수렴과 정치적 구출이라는 복잡한 과정에서부터 출발한다는 것을 인식할 것을 요구한다.¹⁰⁹⁾ 이로써 좌파의 과제는 자유-민주주의적 이데올로기를 단념하는 것이 아니라 오히려 이것을 급진적으로 다원적인 민주주의의 방향으로 심화하고 확대하는 것이 된다.¹¹⁰⁾

104) 상탈 무페 지음, 정치적인 것의 귀환, 15쪽.

105) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 238-239쪽.

106) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 283쪽.

107) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 287쪽.

108) 상탈 무페 지음, 이행 옮김, 민주주의의 역설(인간사랑, 2009), 91쪽.

109) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 299-300쪽.

110) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 302쪽.

무페가 강조하는 급진민주주의 정치는 “이상도시(Ideal City)라는 전체주의적 신화와 아무런 기획 없는 개혁주의자의 실증주의가 대표하는 두 극단” 사이의 중간 어딘가에 존재한다.¹¹¹⁾ 이러한 시공간에서 구성되는 급진민주주의의 기획은 “모든 ‘본질’의 우연성과 애매성에 대한 긍정 및 사회적 분할과 적대의 구성적 성격에 정초한 정치형태”가¹¹²⁾ 된다. 급진적인 것은 권력의 관계를 근본에서 전환시키는 것을 목표로 삼는데¹¹³⁾ 무페는 그 예로 “탈사회민주주의적 정치”를 든다. 이것은 사회민주주의 이전의 자유주의를 추구하는 것이 아니라 보다 급진적이고 다원주의적인 민주주의 형태로 더 나아가는 것을 의미한다.¹¹⁴⁾

이처럼 민주주의의 기획을 급진민주주의 입장에서 재정식화하기 위해서는 획일적인 인간본성을 전제하는 추상적인 계몽적 보편주의를 포기하라고 무페는 주문한다. 차이의 인정, “다시 말해 사실상 추상적인 ‘인간’ 개념에 의해 배제되었던 모든 것을 인정하라는 것”이 급진민주주의가 우리에게 요구하는 것이다.¹¹⁵⁾ 통상적으로 전제되는 민주주의의 기본전제인 가치상대주의와 다원성의 인정은 무페에 의해 보다 중첩적인 반명제의 성격을 가지게 된다. 즉 기존의 개념들이 서로 상대방을 인정하라는 원리였다면, 이제 이 개념은 서로를 인정할 수 없음을 인정하라는 원리로 전환된다. 여기서부터 적대가 형성되고 경쟁이 발생하며 다원성이 전제된 급진적 민주주의의 기획들이 나타나게 되는 것이다.

무페는 권리에 있어서도 ‘자연적’ 권리라는 관념, 개인/사회라는 허위적 이분법을 폐기하라고 한다. 개인적 권리는 사회관계의 맥락에서만 규정할 수 있다는 것이다. ‘시민권’을 넘어서 민주주의적 권리행사 영역의 확대는 필수적이다. 예컨대 민주주의적 권리들은 고전적인 ‘정치’ 영역으로부터 경제의 영역으로 확대될 수밖에 없으며 이는 반자본주의적 투쟁의 지형으로 전개된다. 여기서 경제는 민주주의의 범주가 적용될 수 없는 ‘사적’ 영역이라는 경제적 자유주의자들의 논리는 정당성을 잃게 되며, 사회주의 이론이 시민이자 생산자인 사회적 행위자의 평등과 참여의 권리를 옹호할 수 있게 되기 때문이다.¹¹⁶⁾

정리하자면, 무페의 급진민주주의 이론은 민주주의를 합의의 생산양식이라기보다는, 위계질서를 전복할 수 있는 가능성이 상존하는 구조 속에서 적대하는 주체들 간에 벌어지는 끊임 없는 충돌을 열어놓는 공간으로 전제한다. 이렇게 될 때 민주주의의 급진성이 도출된다. 적대는 소외된 외부를 내부화하는 동력일 뿐만 아니라 대상에게 실존성을 부여하는 과정이다. 여기서 다원성의 여지를 확장하는데 급진민주주의의 고유한 특징과 양식이 발현된다. 전통적 마르크스주의는 계급투쟁을 유일한 사회적 동학으로 설정한다. 그런데 무페가 볼 때 바로 이러한 경직성으로 인하여 고전적 마르크스주의는 자본주의 모순구조로는 치환할 수 없는 다양한 사회갈등을 설명하지 못한

111) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 323-324쪽.

112) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 327쪽.

113) 상탈 무페, 앞의 책, 184쪽.

114) 상탈 무페, 앞의 책, 187쪽.

115) 상탈 무페, 정치적인 것의 귀환, 29쪽.

116) 에르네스토 라클라우·상탈 무페, 헤게모니와 사회주의 전략, 314-315쪽.

다. 무폐는 급진적 민주주의의 기획을 통하여 다양한 주체의 다양한 욕망을 다양한 층위에서 결합할 것을 제안한다. 이로써 자본주의에 대항하는 다양한 차원의 적대가 민주주의의 구조 속에서 진지를 획득할 수 있게 된다.

3. 국내의 급진민주주의론 논의와 그 비판

한편 국내에서도 급진민주주의 이론을 둘러싼 논의는 꽤 오랜 시간 동안 다양한 층위에서 이루어져 왔다. 단순화의 위험을 감안하고 그 대표적인 논의만을 추려보자. 조희연은 급진민주주의가 (i) 민주주의와 자본주의의 관계 속에서 자본주의를 넘어서는 동력 (ii) 대의적 민주주의를 넘어 (인)민의 직접정치 혹은 대중적 민주주의를 실현하는 동력 (iii) 다양한 사회적 차별과 공존하는 민주주의가 아닌 모든 차별이 소멸되고 차이만 존재하는 사회적 평등상태를 실현하는 동력으로 작용하기를 희망한다.¹¹⁷⁾ 그리하여 급진민주주의는 배제된 하위주체를 정치의 장에 재진입시킴으로써 현실권력이 독점한 민주주의를 해체하는 ‘탈독점적 민주주의론’의 성격을 지닌다.¹¹⁸⁾ 그는 무폐의 주장을 수용하면서 급진민주주의를 자유주의와 다원주의의 급진적 전유로 설정하면서¹¹⁹⁾ 더불어 사회주의와 마르크스주의의 경제적 평등을 향한 급진적 지향을 성찰적으로 계승하는 입장에 위치지운다.¹²⁰⁾ 이와 동시에 다양한 사회적 차별과 적대, 억압을 쟁점화하면서 다층적인 사회해방의 프로젝트로 기능하도록¹²¹⁾ 급진민주주의를 배치한다.

급진민주주의의 성격을 이렇게 설정한 후 그 성격에 따른 실천과제로서 우선 조희연은 체제를 사회화하는 방식으로 자본주의를 극복할 것을 목표로한다.¹²²⁾ 즉 급진민주주의는 사회주의의 목표인 ‘생산수단의 사회화’를 민주주의의 급진적 확장으로 연결하고자 한다.¹²³⁾ 급진민주주의를 탈자본적 민주주의의 일환으로 보는 것이다. 급진민주주의는 “정치의 급진적 확장을 통해 체제를 사회화하는 방식으로 자본주의를 넘어서고자”하며,¹²⁴⁾ “자본주의 체제에 반하는 ‘반체제적인’ 급진주의 및 ‘체제 이탈적인’ 급진주의와 동맹하고 그 동력을 수용하고 소통하면서 체제 내부에서 민주주의를 통한 급진화 전략을 동시에 추구”하는 ‘다중적인 초/반자본주의 전략’이다.¹²⁵⁾

그런데 이러한 급진민주주의론에 대한 문제제기가 있다. 우선 계급중심론과 계급환원론을 구분하지 못함에 따라 발생하는 문제이다. 즉 급진민주주의론이 이 두 개념을 동일시하면서 “주체성의 구조적 근거 자체를 방기한다”는 것이다. 다시 말해, 비록 표면적으로는 다양한 사회적 적대들이 존재하나 실질적으로 이러한 적대는 계급적대에

117) 조희연, 한국적 ‘급진민주주의론’의 개념적·이론적 재구축을 위한 일 연구, 69쪽.

118) 조희연, 한국적 ‘급진민주주의론’의 개념적·이론적 재구축을 위한 일 연구, 70-71쪽.

119) 조희연, 앞의 논문, 76쪽.

120) 조희연, 앞의 논문, 77쪽.

121) 조희연, 앞의 논문, 79쪽.

122) 조희연, 앞의 논문, 92쪽.

123) 조희연, 앞의 논문, 79쪽.

124) 조희연, 앞의 논문, 91쪽.

125) 조희연, 앞의 논문, 94쪽.

의해 매개되고 있음을 간과하는 문제가 있다고 한다.¹²⁶⁾ 더불어 급진민주주의론은 사적 소유가 유지되더라도 민주주의의 평등주의적 잠재력을 확장함으로써 자본주의에 의한 민주주의의 식민화를 제한할 수 있다고 보지만, 이러한 태도가 마르크스에 의해 비판받았던 공상적 사회주의와 크게 다르지 않다는 것이다.¹²⁷⁾

이러한 문제제기는 결국 조희연의 급진민주주의론이 지적하고 있는 마르크스주의의 문제점이 진정한 문제점인가라는 회의로까지 이어진다. 한국적 급진민주주의론이 마르크스주의에 대한 본질주의적이고 환원주의적 성격이라는 비판을 성급하게 수용하고 있는 것이 아니냐는 것이다. 즉 급진민주주의론의 학문적 주체성을 확인하기 위해서는 라클라우와 무페의 포스트 마르크스주의적 급진민주주의론이 전제하는 마르크스주의 비판의 타당성 여부를 검토하는 것에서 출발할 필요가 있다는 것이다.¹²⁸⁾

한편 급진민주주의의 급진성에 대한 성찰이 있다. 이 성찰은 급진민주주의에 대한 비판의 반비판에서 제시된다. 여기서 급진성의 여부는 실천의 여부에 있고, 이론의 급진성은 실천에 대한 기여의 정도에 달려있게 된다. 결국 급진민주주의론은 “자본주의적 시장체제와 관료적 국가에 의해 소외된 인민들의 필요충족 능력을 복원하는 것, 즉 자원, 정보, 지식의 급진적 재분배를 통해 인민의 힘을 고양시키는 것에 맞추어져 있다. 이러한 전략은 절차와 과정에 치중하는 기존의 민주주의를 넘어서는 것이며 다양한 차원과 공간에서 자기통치와 자율적 생산과 소비 영역을 급진적으로 확장하는 것이다. 이것이 바로 민주주의의 ‘급진화’인 것이다.”¹²⁹⁾

무페의 급진민주주의론은 정치의 작동 과정으로서 민주주의를 강조하게 된다. 다시 말해 하이에크의 ‘본래 의미의 민주주의’가 정치를 배제하는 방향으로 나가는 것과 달리 ‘급진민주주의’는 정치 그 자체의 복원에서 출발한다. 더불어 계급적대론의 획일성과 환원주의의 오류를 극복하고 가치상대주의와 다원성의 보장을 가능하게 한다. 물론 여기서 말하는 다원성은 차이를 해소하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 그 차이로 인한 적대와 경쟁이 보장되는 것을 전제한다.

그런데 급진민주주의의 ‘급진성’과 실천전략은 “기존의 민주주의를 넘어서는 것”이라기보다는 절차로서의 민주주의에 가치로서의 민주주의를 대비한 것이 아닌가라는 의문이 들기 시작한다. 조희연은 현 시기 논의되고 있는 몇 가지 민주주의 담론을 소개하는데, “민주주의의 자유화론, 민주화론, 비본질론, 급진화론”이 그것이다.¹³⁰⁾ 그런데 각각의 민주주의 담론은 실질적으로는 자유주의(민주주의의 자유화론), 사민주의(민주주의의 민주화론), 반자본주의(민주주의의 비본질론), 그리고 ‘급진민주주의’에서 각각 말하는 민주주의의 성격론에 불과하다.

126) 류석진·방인혁, ‘한국적 급진민주주의론’의 급진성과 주체성 연구, 경제와 사회 통권 제93호(비판사회학회, 2012.03), 225쪽.

127) 류석진·방인혁, ‘한국적 급진민주주의론’의 급진성과 주체성 연구, 231쪽.

128) 류석진·방인혁, 앞의 논문, 236쪽.

129) 서영표, 사회비판의 급진성과 학문의 주체성, 경제와 사회 통권 제95호(비판사회학회, 2012.09), 206쪽.

130) 각 민주주의 담론의 내용은, 조희연, 한국적 ‘급진민주주의론’의 개념적·이론적 재구축을 위한 일 연구, 27-35쪽.

특히 민주주의의 급진화론의 방향성이 “제도정치에 인입되지 않는 대중의 다양한 저항적 잠재력을 ‘정치화’함으로써 제도정치와 사회의 괴리를 정정하고 민주주의의 재구성을 도모”한다는 것인데,¹³¹⁾ 기존에 논의되어왔던 통상적인 가치로서의 민주주의론과 어떤 차별성이 있는지 의문이다. 다시 말해, 하이에크의 민주주의가 가치를 실증한 절차로서의 민주주의만을 이야기한 것이라면, 급진민주주의는 제도화에 대한 전망은 적대의 결과물로 예정해놓은 채 가치로서의 민주주의에만 천착하는 한계를 가지고 있는 것으로 보인다.

IV. 시장권력 견제를 위한 헌법해석과 급진민주주의론의 관계

앞서 우리는 경제헌법 및 경제민주화를 해석하는 방법을 재구성하는 일단의 가능성을 살펴보았다. 즉 ‘헌법적 인간상의 재정립 → 인간중심적 헌법관의 설정 → 경제영역에 민주주의의 원리 실현 → 탈인격적 시장논리에 대한 비판의 근거 수립 → 경제민주화의 성격 제고’라는 일련의 해석적 방법론을 전개할 수 있는 가능성을 점검했다. 그리고 이러한 방법론에 일정한 기여를 할 수 있는 민주주의 이론으로 급진민주주의 이론을 설정하고 간략하게나마 급진민주주의이론을 검토했다.

새롭게 제안한 방법론과 급진민주주의는 일정한 친연성을 가질 수 있는 것으로 보인다. 급진민주주의이론이 제안하는 다원성은 기본적으로 개별 주체의 고유한 성격과 욕망을 승인한다. 계급원론이나 경제결정론의 차원에서 설정되는 추상적이며 보편적인 인간상을 부정하는 것이다. 이러한 태도는 이기적이며 합리적인 인간형으로 상정되는 기존의 경제적 인간에서 탈피하여 존재하는 관계 속에서 시공간을 달리하여 다른 얼굴로 나타나는 인격을 주체로 설정하는 새로운 헌법적 인간상과 상통한다.

한편 급진민주주의가 제시하는 다원적 적대는 합의의 형성을 목적으로 하는 민주주의가 아니라 갈등과 충돌이 본원적 성격으로 인정되는 민주주의를 요구한다. 이러한 요청은 필연적으로 경제적 영역에서 반자본주의적 경제적 평등을 향한 급진적 변화의 요청으로 이어진다. 이것은 인간중심적 헌법관의 설정이 인간중심적 헌정질서의 전개를 요청하는 것으로 이어지며, 필연적으로 경제영역에서 민주주의의 원리를 관철하는 요청으로 이어질 수밖에 없는 새로운 방법론과 친연성을 보인다.

더불어 급진민주주의가 궁극적으로는 자본주의적 시장체제를 극복하고 인민들에 대한 자원의 급진적 재분배를 통해 인민의 힘을 고양시키고자 하는데 목적을 두고 있음과 비교할 때, 새로운 헌법 해석의 방법론이 추구하는 바 탈인격적 시장논리를 극복하고 시장권력을 제어할 수 있는 경제민주화의 안착이라는 목적은 상당한 유사성을 가지고 있다고 판단된다.

그럼에도 급진민주주의론이 경제헌법의 해석에 있어 새로운 방법론과 바로 연결될 수 있는지에 대해서는 좀 더 검토가 필요할 것으로 보인다. 가장 곤란한 난점은, 새로운 방법론은 원천적으로 해석론이라는 한계를 가지고 있다는 점이다. 해석론은 당

131) 조희연, 앞의 논문, 33쪽.

연히 해석을 필요로 하는 전거, 즉 이 경우에 있어서 그 전거는 헌법이라는 제도이다. 이것은 현존의 실체가 문제적이든 그렇지 않은 간에 일련의 제도를 통해 구체적인 존재의 양식을 향유하고 있을 때 비로소 해석의 여지가 발생한다는 것을 의미한다.

그런데 급진민주주의는 비록 중첩적 층위의 경쟁과정이 중국에는 제도를 통해 구체화된다는 것을 인정하고 있다고 할지라도 그렇다면 어디서부터 어디까지가 제도화될 수 있는지를 잠정적으로라도 확정할 수 없다. 다시 말하면 해석을 요청할 수 있는 전거가 마련되어 있지 않음에 따라 해석을 위한 방법론으로 기능할 수 있는지 의심스럽게 되는 것이다. 결국 급진민주주의에서 논의될 수 있는 의제들은 헌법의 해석론에서 가치로서의 민주주의라는 측면에서는 원용의 가능성을 가질지라도 절차로서의 민주주의라는 측면에서는 검토의 대상을 발견하기 어려울 수 있다.

헌법해석의 새로운 방법론에 조응하는 급진민주주의론의 가능성은 이처럼 그 본연의 성격에서 확인된다. 급진민주주의론은 다양한 적대의 동시적 공존을 이해하지 못하는 경제결정론과 환원주의의 경직성을 극복했다. 또한 주체와 욕망의 관계성에 대하여 착목하면서 그 결과 추상적이며 보편적으로 형식화된 개인을 넘어서 수 있었다. 이처럼 급진민주주의는 인간의 존재와 욕망이 관계를 통해 확인되고 확장될 수 있으며, 이러한 존재와 욕망이 작동하는 시공간을 민주주의가 제공하는 메커니즘을 설명했다. 그리고 이를 통해 경제영역에서 민주주의의 원리가 작동해야 함을 확인함으로써 헌법해석의 새로운 방법론에 상당한 아이디어를 제공하게 된다. 반면 제도화의 문제에서 일정한 한계를 노정한다. 이것은 모든 개별적 욕망을 제도로 전환할 수 있는가의 문제와 통하게 되는 것이다.

이와 관련하여 빈트겐스(Luc J. Wintgens)의 입법이론이 눈에 띈다. “모종의 정의관념을 일반화하지 않고 개인들이 가지는 자유의 관념을 교환한다는 사고”가 급진민주주의와 조응한다는 것이다. 빈트겐스의 입법이론적 원리는 다음과 같이 정리된다.

- (i) 대안의 원리 : 사회계약이 실패한 경우에만 대안적으로 입법의 개인적인 자유에 대한 개입이 정당화될 수 있다는 원리 (ii) 규범적 밀도의 원리 : 보충적 성격을 가지는 입법을 통한 제재는 자유의 제한이라는 측면에서 더욱 특별한 정당화를 요구 (iii) 정합성의 원리 : 전체로서 법적 체계라는 관점에서 입법을 정당화 (iv) 잠정성의 원리: 법 창출행위는 역사적 조건에 의해 변화하므로 입법에 대한 정당화는 지속적인 과정임을 나타내는 원리.¹³²⁾

이 중에 ‘잠정성의 원리’는 특정한 정당화 절차를 거친 결과는 진리라기보다는 불가피한 선택임을 의미한다고 한다. 이러한 측면이 급진민주주의의 기초인 반본질주의 내지 반필연주의를 내포하고 있다고 볼 수 있다는 것이다.¹³³⁾

이처럼 입법론적으로 급진민주주의의 내용들이 제도화될 수 있다고 한다면 앞서 살폈던 경제헌법을 해석하는 다른 방법론이 더욱 체계적인 논리구축을 하는데 도움이

132) 심우민, 급진민주주의적 사회정의와 입법, 법철학연구 제14권 제2호(한국법철학회, 2011). 57-59쪽.

133) 심우민, 앞의 논문, 60쪽.

될 수 있을 것으로 보인다. 양자의 관계 및 제도화에 관한 이후의 연구가 필요한 대목이다.

V. 결론

민주주의는 논란이 많은 개념인 동시에 오랜 역사 동안 불신받고 비판받았던 이념이기도 하다. 민주정이 중우정으로 변질될 가능성을 항상 의심받았던 것은 대중의 동요가 결국 예수를 십자가에 못 박게 하거나¹³⁴⁾ 소크라테스로 하여금 독배를 들게 만들었기 때문¹³⁵⁾이기도 했다. 그러나 이러한 사례는 과거의 것만으로 종료된 것이 아니라 오늘날에도 현존한다. 오늘날에는 정치적 책임을 회피하기 위한 수단으로 소위 심의민주주의가 활용되기도 하고,¹³⁶⁾ 민주주의의 이름으로 포퓰리즘적 선동이 횡행한다. 그럼에도 민주주의가 가지는 제도로서의 지위와 그 가치를 향한 이념은 더욱 정교한 논의를 필요로 하고 있으며, 특히 경제영역과 민주주의의 원리의 관계에 관한 주제는 매우 중요한 논란이 되고 있다.

무폐는 민주주의를 급진화하는 과정은 반드시 반자본주의를 포함한다고 강조한다.¹³⁷⁾ 민주주의의 급진화 프로젝트는 종속적 관계의 청산을 그 내용으로 가진다. 그런데 현존 자본주의 시장질서체제에서 가장 대표적이면서 가장 광범위하게 조직되어 있는 종속이 바로 자본주의 생산관계들에서 연유하고 있다. 따라서 논리필연적으로 급진민주주의는 자본주의 시장질서와 충돌할 수밖에 없는 것이다. 급진민주주의론은 민주주의의 원리가 경제영역에서 작동하는 것을 정당화하는 이론체계가 된다. 본문에서 살핀 것처럼 이러한 이론은 경제민주화를 규정하고 있는 경제헌법의 해석을 민주주의적 원리에 의하여 해석하는 방법론에 힘을 실어줄 수 있다.

헌법해석에 급진민주주의론을 포섭함으로써 기대되는 효과는 기존 헌법해석의 형식논리적 한계를 극복하는 것이다.¹³⁸⁾ 특히 이 논의가 자본주의 시장경제체제가 유일한 사회동학으로 자리매김되고, 시장권력이 민주주의의 원리를 거부하는 지경에까지 이른 현재의 위기를 헌정질서의 체계화로 극복할 수 있도록 하기 위한 방법론적 전환을 위한 계기가 되길 바란다.

134) 빌라도가 무리 앞에서 손을 씻으며 이르되 이 사람의 피에 대하여 나는 무죄하니 너희가 당하라. 백성이 다 대답하여 이르되 그 피를 우리와 우리 자손에게 돌릴지어다 하거늘(개역개정 신약 마태복음 27장 24-25절)

135) “제가 유죄판결을 받기는 했습니다만, 그러나 실은 말이 부족해서가 아니라, 뻔뻔스러움과 몰염치가 부족해서며, 또한 여러분이 듣기에 가장 좋을 그런 것들을 여러분에게 말하고 싶어하는 열의가 부족해서입니다.(소크라테스의 변론, 38d)” 박종현 역주, 에우티프론, 소크라테스의 변론, 크리톤, 파이돈(서광사, 2003). 177쪽.

136) 3개월에 걸친 신고리 5·6호기 공론화 과정이 마무리되었습니다. 정부는 그 결과에 따라 신고리 5·6호기 건설을 조속히 재개하겠습니다. ... 민주주의는 토론할 권리를 가지고 결과에 승복할 때 완성된다고 생각합니다. 공사중단이라는 저의 공약을 지지해주신 국민들께서도 공론화위원회의 권고를 존중하고 대승적으로 수용해주시길 부탁드립니다. 2017년 10월 22일, 신고리 5·6호기 공론화 결과에 대한 대통령 입장. <<https://www1.president.go.kr/articles/1283>>, 검색일: 2019. 5. 21.

137) 상탈 무폐 지음, 이승원 옮김, 좌파 포퓰리즘을 위하여(문학세계사, 2019). 80쪽.

138) 한상희, 민주주의와 경제질서-재구성적 헌법읽기, 41쪽.

제6주제

임대료 규제의 정당성과 계약법의 역할 :젠트리피케이션을 중심으로

최 한 미 강사
(한국방송통신대학교)

토 론 | 고 영 남 교수
(인제대 공공인재학부)

임대료 규제의 정당성과 계약법의 역할

- 젠트리피케이션을 중심으로 -*

최한미 강사(한국방송통신대학교)

<요약문>

이 글은 상가임대차법의 제·개정 상황과 시기별 사회현상을 분석하여 상가임대차법의 편재와 부재가 결국 젠트리피케이션을 초래했음을 밝힌다. 2018년 10월 16일 개정된 상가임대차법은 여전히 그 적용범위에 제한을 두어, 환산보증금 초과 상가임대차 또는 새로운 임대차 등에는 차임 및 보증금 인상 시 증액상한을 적용하지 않기 때문에 급격한 임대료 상승을 막을 수 없다.

이에 상가임대차법상 임대료 규제 도입과 관련해 주로 논란이 되고 있는 두 가지 쟁점(상가임대차법은 영세한 상가임대차인의 보호만을 목적으로 하는가, 임대료 규제가 사적 자치를 과도하게 제한하는가)을 비판적으로 검토하고, 상가임대차법상 임대료 규제의 필요성과 정당성을 논증한다. 나아가 계약법을 계약에 구속력을 부여하는 사회적 규정(規整)으로 파악하고, 계약법의 적극적인 역할을 다음의 두 가지로 제시한다. 첫째, 계약 당사자의 대등한 교섭력 확보를 위한 조건을 형성해야 한다. 둘째, 재화와 용역의 '정당한 가격'을 이념화해야 한다.

사회의 모든 재화나 용역에는 '정당한 가격'이 존재한다. 그것이 존재한다는 확신과 그 기준을 설정하기 위해 겪게 되는 수많은 시행착오와 의견조율 과정, 그 자체가 큰 의미를 갖는다. 스스로 사회의 규정(規整) 형성에 적극적으로 참여하는 자에게 그 규정(規整)은 곧 최대의 권리이자 최소한의 의무가 되고, 그 사회의 민주주의 발현형식이 된다. 이로써 계약법은 곧 시민사회의 법이 되고, 계약법의 역할은 시민사회의 연대를 형성하고 유지하는 데까지 확장된다.

주제어 : 젠트리피케이션, 상가임대차법, 임대료 규제, 계약법, 연대, 민주주의

< 차례 >

- I. 젠트리피케이션과 상가임대차법
- II. 임대료 규제에 관한 논의 개관
- III. 계약법상 임대료 규제의 정당화 근거
- IV. 민주주의 발현형식으로서 계약법의 역할
- V. 여론(餘論) : 재산권에 대한 고민

* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

I. 젠트리피케이션과 상가임대차법

1. 젠트리피케이션의 개념과 형성과정

1.1. 젠트리피케이션의 개념

한국에서 젠트리피케이션이라는 용어는 2010년 이후 임차인들이 급격한 임대료 상승을 견디지 못하고 상업적 공간에서 내몰리는 현상과 관련하여 본격적으로 언급되기 시작했다. 젠트리피케이션이라는 사회현상을 설명함에 있어 국가권력과 시장권력의 작용을 간과한 채 마치 유기체인 도시가 성장과 쇠퇴의 진화적 주기를 거치는 자연스러운 현상으로 파악하는 것, 심지어 기존의 임차인들이 젠트리피케이션이 발생한 지역에 흥미를 잃고 자발적으로 이주한다고 분석하는 것¹⁾은 젠트리피케이션이라는 사회문제의 본질을 제대로 파악하지 못한 것이다.

따라서, 이 글에서는 상가건물 임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’)의 제·개정 상황과 시기별 사회현상을 분석하여 상가임대차법의 편재와 부재가 결국 젠트리피케이션을 초래했음을 밝히고, 계약법상 임대료 규제가 필요하고 정당하다는 점을 논증한다. 이로써 임대료 규제 도입의 근거를 제공하고, 계약법의 사회적 역할을 다시 생각하는 기회를 제공한다.

1.2. 한국에서 젠트리피케이션의 형성 과정

최근 한국형 젠트리피케이션에 대한 연구에 따르면²⁾ 한국의 젠트리피케이션 형성시기는 총 4단계로 나눌 수 있다.

<표1> 젠트리피케이션과 연결성 높은 핵심단어 분석 결과 비교³⁾

	제1단계 (2007년~2010년)	제2단계 (2011년~2013년)	제3단계 (2014년~2015년)	제4단계 (2016년~2018년)
형성 시기	가능성 암시	초기	성장기	성숙기

1) 안지현, “한국의 젠트리피케이션 이슈에 대한 의미연결망분석: 2007년부터 2018년까지의 국내 웹 뉴스 자료를 중심으로”, 한국지역개발학회지 제30권 제4호(통권 제103집)(한국지역개발학회, 2018), 107쪽. 이와 같은 설명에 동의하지 않으나 한국형 젠트리피케이션의 개념 설정과 현상을 파악함에 있어서 해당 연구의 결과는 유용한 면이 있다.

2) 안지현, “한국의 젠트리피케이션 이슈에 대한 의미연결망분석: 2007년부터 2018년까지의 국내 웹 뉴스 자료를 중심으로”, 85-112쪽에서는 국내 웹 뉴스 자료(네이버, 총 1489건)에서 젠트리피케이션 이슈를 중심으로 관련 핵심단어 간의 ‘의미론적 연관성’과 관계구조를 밝히는 과정을 통해 한국형 젠트리피케이션의 개념적 일반화의 근거와 시사점을 제시하였다. 구체적인 방식은 젠트리피케이션 관련 기사를 2007년 7월부터 2018년 7월까지 1년 단위로 수집하여 비슷한 핵심단어가 제시된 연도를 묶어 젠트리피케이션 형성시기를 총 4단계로 나누었다.

3) 안지현, 위의 논문, 96-106쪽의 분석 결과를 인용하여 필자가 <표1>로 재구성한 것이다. 별표(*)는 각 시기별 특징을 드러내는 단어를 표기한 것이다.

관련 기사		총 1건	총 30건	총 657건	총 801건
연 결 중 심 성 순 위	1	동대문운동장*	도시	젠트리피케이션	젠트리피케이션
	2	서울시	공간	서울	임대료
	3	도시	사람	임대료	정책제도
	4	공간	지역	법제도	도시재생
	5	삶	예술	지역	보존
	6	재개발	시장	사람	지역
	7	의식	문래동*	임대인	상가건물
	8	야구장	예술가	주민	상생협약
	9	건설	삶	도시	임대인
	10	자연	주택	임차인	임차인

제1단계에서 ‘동대문운동장’이라는 단어가 젠트리피케이션과의 연결성이 가장 높게 나타난 이유에 대해 해당 논문에서는 별다른 언급이 없으나, 2003년 청계천 복원사업으로 천오백여 노점상들이 7개월 만에 강제 퇴거당하고 2004년부터 동대문운동장 한쪽에 자리를 잡았지만 2007년 오세훈 서울시장의 당선되면서 동대문디자인파크 사업을 발표해 또 다시 폭력적으로 성동기계공고 앞으로 강제 이주되었던 사건과 관련지을 수 있다.⁴⁾ 이 시기 정부는 ‘도시재정비촉진사업’이라는 이름으로 거대자본과 결탁해 폭력적인 강제 철거를 자행했고, 결국 2009년 1월 20일 ‘용산참사’라는 비극적인 사건을 초래하기에 이르렀다. 이후로도 2009년 홍대 앞 ‘두리반’⁵⁾, 2011년 명동 ‘카페마리’⁶⁾ 등 거대자본과 손잡은 국가권력은 엄동설한에 가난한 임차인들을 거리로 내

4) 레드앙, “청계천 젠트리피케이션 이해하기”, 2018. 6. 30., <<http://www.redian.org/archive/123013>>, 검색일: 2019. 4. 30.

5) 2009년 12월에도 경전철이 지나가기로 되면서 지가가 상승한 홍대 앞 건물주들은 10배가 넘는 시세 차익을 챙기고 시행사에 건물을 매각했고, 시행사로부터 강제 철거당하던 식당들이 있었다. 그 중 한 곳이 소설가 유채림과 그의 아내가 운영하던 칼국수집 ‘두리반’이었다. 2009년 12월 24일 들어닥친 철거용역들에 맞선 ‘두리반’의 투쟁과정을 보도한 기사들은 “용산참사는 진행형”, “아직 끝나지 않은 ‘용산참사’”, “작은 용산”, “용산은 끝났으되 끝나지 않았다”라고 표현한다. 결국 농성 531일 만에 시행사가 홍익대 인근에 식당을 다시 열 수 있도록 지원, 고소 및 고발을 모두 취하하는 것으로 합의하면서 마무리되었다. 오마이뉴스, “권리금이 1억인데...이사비용 300만원에 떠나라니”, 2009. 12. 31., <http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001292853>, 검색일: 2019. 4. 30.; 한겨레, “홍대앞 ‘두리반’ 식당을 빼앗기지 말라”, 2010. 1. 3., <<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/because/396792.html>>, 검색일: 2019. 4. 30.; 한겨레, “홍대앞 ‘작은 용산’ 두리반(철거민 운영 식당)의 싸움”, 2010. 1. 8., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/397773.html>, 검색일: 2019. 4. 30.; 시사IN, “용산은 끝났으되 끝나지 않았다”, 2010. 1. 14., <<https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=6219>>, 검색일: 2019. 4. 30.; 한겨레, “531일 만에 끝난 두리반의 싸움”, 2011. 6. 8., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/481889.html>, 검색일: 2019. 5. 1.; 이하 제시된 사례들에 대한 내용은 신현방 외, 안티 젠트리피케이션, 무엇을 할 것인가?(동녘, 2017), 신현준/이기웅, 서울, 젠트리피케이션을 말하다(푸른숲, 2018).

6) 도시환경정비사업이라는 이름으로 25층 금융센터가 지어질 명동 재개발 3구역에 늘어난 음식점과 상점들은 수천만 원에서 수억 원의 권리금과 시설투자비를 들여 장사해왔으나 시공사측이 제시한 보상액은 4백만에서 1천7백만에 불과했고 임차인들은 2011년 6월 14일 카페 마리에서 점거 농성을 시작, 같은 해 9. 8. 시공사와의 합의로 마무리되었다. 노컷뉴스, ““일촉즉발” 카페마리”, 2011. 8. 4., <<http://www.nocutnews.co.kr/news/861488>>, 검색일: 2019. 5. 1.; 노컷뉴스, “명동 카페마리, 역점거-재탈환 과정서 큰 충돌”, 2011. 8. 4., <<https://www.nocutnews.co.kr/news/4210403>>, 검색

물었다.

제2단계에 등장한 ‘문래동’이라는 핵심단어에 대해서도 해당 논문은 별다른 언급을 하고 있지 않으나, 1970년대부터 기계부품산업의 중심지로 경제발전의 한 축을 담당해오다 관련 산업의 침체로 점차 활기를 잃었던 문래동에 2000년 이후 저렴한 비용의 공간을 필요로 하던 예술가들이 유입되면서 창작촌이 조성되고 공방, 카페, 음식점 등이 늘어나던 상황과 관련지을 수 있다.⁷⁾ 그러나, 이러한 상황은 곧 임대인들의 급격한 임대료 인상 요구로 이어지고, 그 공간에 활기를 불어넣었던 젊은 상인들과 예술가들은 오르는 임대료를 감당하지 못해 자신들이 꾸린 공간으로부터 쫓겨났다. 1980년대 이후 재개발이라는 이름으로 국가권력에 의해 축출되었던 임차인들은 이제 자본을 등에 업고 소유권을 거머쥔 임대인이라는 시장권력에 의해 자신들이 일궈놓은 공간에서 하나, 둘 축출되기 시작했다. 축출은 자발적인 듯 보이지만 여전히 비자발적인 것이었고, 합법적인 듯 보이지만 여전히 폭력적인 소송과 강제집행에 의한 것이었다.⁸⁾

제3단계와 제4단계는 시장권력에 의한 축출이 본격적으로 가시화된 시기이다. 2015년 한남동 카페 ‘테이크아웃드로잉’⁹⁾, 2016년 가로수길 곱창가게 ‘우장창창’¹⁰⁾, 2016년 북촌 전통한복가게 ‘장남주 우리옷’과 공예품가게 ‘씨앗’¹¹⁾, 2017년 신촌 ‘공씨 책방’¹²⁾ 등 이전에는 각개격파 당하던 임차인들이 한 데 모여 연대를 형성하고 공동으로 대응하자 곧 사회적 이슈가 되었다. 사회적 이목을 집중시킬 수 있었던 요인 중 하나는 당당하게 소유권을 주장하며 합법적인 폭력을 사용해 임차인들을 내몰려고 했

일: 2019. 5. 1.; 프레시안, “명동 카페 ‘마리’, 시공사와 보상 문제 합의”, 2011. 9. 8., <<http://www.pressian.com/news/article/?no=105300>>, 검색일: 2019. 5. 1.

7) 프레시안, “이곳에 가면 ‘오세훈 없는 서울’이 보인다!”, 2011. 8. 23., <<http://www.pressian.com/news/article/?no=66722>>, 검색일: 2019. 4. 30.

8) 신현방은 2000년대 중반 대규모 재개발 및 재건축 방식의 개발사업 진행이 용이치 않고, 수익성을 담보할 수 없게 되자 개별 부동산 투자로 관심이 집중되면서 상업적 젠트리피케이션이 나타났다고 설명한다. 신현방 외, 안티 젠트리피케이션, 무엇을 할 것인가?, 16-17쪽.

9) 유명연예인 씨이가 소유한 한남동 건물에 입주해 있던 카페 ‘테이크아웃드로잉’과 씨이 간에 명도소송, 강제집행 등으로 이슈가 되었던 사건이다. 예술가들은 연대를 이뤄 밤낮으로 이 공간을 지켰고 1년 8개월 만인 2016년 4월 건물주의 사과와 합의로 마무리하였다. 합의라고 하지만 결국은 2016년 8월까지 자발적으로(?) 이주할 기간을 주고 재건축 시기를 연기하는 것이었다. 프레시안, “‘씨이 나쁘다!’...씨이 한남동 카페 기습 강제 집행”, 2015. 9. 21., <http://www.pressian.com/news/article/?no=129923&ref=nav_search>, 검색일: 2019. 5. 1.

10) 유명연예인 리쌍이 소유한 건물에 입주해 있던 ‘우장창창’이 2016년 7월부터 철거용역 100여명과 포크레인을 동원한 건물주의 강제집행에 맞섰던 사례이다. 프레시안, “가수 리쌍, 결국 ‘우장창창’ 강제집행”, 2016. 7. 18., <http://www.pressian.com/news/article/?no=139165&ref=nav_search>, 검색일: 2019. 5. 1.

11) 이 상점들이 입주한 건물의 건물주는 ‘서민들의 금고’라고 하는 삼청 새마을금고였다. 한겨레, “북촌이 뜨고 ‘두 김사장’이 쫓겨났다”, 2016. 8. 23., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/758065.html>, 검색일: 2019. 5. 1.; 경향신문, “[문화비평]사라지는 것들에 대한 두려움”, 2016. 9. 20., <http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201609202123005&code=990100>, 검색일: 2019. 5. 1.

12) 건물주가 기존 월차임 130만 원에서 300만 원으로 인상하는 동시에 임차인에게 계약갱신거절을 통지했다. 한겨레, “법원, 45년 된 헌책방 ‘공씨 책방’에 퇴거 명령”, 2017. 9. 21., <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/812033.html>, 검색일: 2019. 5. 1.; 연합뉴스, “1세대 헌책방 ‘공씨책방’, 성수동 안심상가로 옮긴다”, 2018. 2. 7., <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20180207028000004?input=1195m>>, 검색일: 2019. 5. 1.

던 건물주들이 유명 연예인이었다는 사실이다.¹³⁾ 또 하나의 요인을 꼽자면, 벼랑 끝에 내몰린 임차인들의 폭력적인 대응방식을 들 수 있다. 이 두 가지 요인은 언론을 발 빠르게 움직이도록 하는 경제적 유인으로 작용했고, 운 없는 어느 누군가의 일로 치부되었던 문제가 드디어 젠트리피케이션이라는 용어와 함께 사회 전면에 등장하게 되었다.¹⁴⁾ 임차인의 폭력적인 대응방식으로 이슈화 된 대표적인 사례가 2018년 서촌 ‘궁중족발 사건’이다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 그러나, 이 사건의 본질이 ‘살인의 고의’가 아니라 바로 ‘살인적인 임대료’¹⁷⁾에 있었다는 것이 알려지자 제2의 궁중족발 사태발생을 막아야 한다는 여론이 형성되었고, 마침내 2018년 10월 16일 제11차 상가임대차법의 개정으로 이어졌다.¹⁸⁾ 앞의 <표1>에서 나타난 ‘임대료’, ‘법제도’, ‘상생협약’ 등의 핵심단어들은 이 시기에 젠트리피케이션을 사회적 문제로 인식하고, 근본원인을 파악하려는 시도와 해결방안을 모색하려는 움직임이 나타났다는 것을 보여준다.

2. 상가임대차법의 제·개정 상황과 그 한계

2.1. 상가임대차법의 제정과 개정

1997년 IMF 이후 급랭한 부동산 시장에 연이어 발표된 각종 부동산 경기 활성화

- 13) 싸이, 리쌍 외에도 권리금 명목의 보상금 없이는 나갈 수 없다는 임차인에 맞서 명도소송을 제기한 손예진 등. 국제신문, “손예진, 건물 세입자와 법정다툼...권리금 두고 갈등”, 2016. 4. 13., <<http://www.kookje.co.kr/news2011/asp/newsbody.asp?code=0500&key=20160413.99002000956>>, 검색일: 2019. 5. 1.
- 14) 위 <표1>을 통해서도 제1단계~제2단계까지 31건에 불과하던 관련 기사는 제3단계~제4단계 시기에 1,458건으로 급증한 것을 확인할 수 있다.
- 15) 2016년 궁중족발이 임차 중인 건물을 사들인 건물주가 보증금 3천만 원에 월차임 297만 원이었던 임대료를 보증금 1억 원에 월차임 1천2백만 원으로 네 배 가까이 인상하면서 갈등을 겪어오다 결국 2018년 6월 7일 임차인의 대낮 길거리 망치 폭행사건으로 변진 사건이다. 연합뉴스, “임대료 갈등 서촌 ‘궁중족발’사장, 둔기로 건물주 폭행(종합)”, 2018. 6. 7., <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20180607147451004?input=1195m>>, 검색일: 2019. 5. 1.; 검찰의 무리한 ‘살인죄’기소에 대해 2심 법원은 1심과 마찬가지로 살인의 고의를 인정하지 않고 원심의 2년 6개월 형을 2년으로 감형하는 판결을 내렸다. 경향신문, “‘궁중족발’ 사장, 살인미수 무죄”, 2019. 3. 28., <http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201903281101001&code=940301>, 검색일: 2019. 5. 1.
- 16) 사건이 발생하기 사흘 전까지도 ‘궁중족발’에는 12번째 강제집행이 진행되었고 이를 막으려던 연대 활동가가 부상을 당하는 등 생존권 사수를 위한 처절한 몸부림이 계속되었다. 새벽 3시 30분 경 위협적인 중장비와 수많은 용역들이 ‘궁중족발’에 휘두르는 그야말로 ‘합법적인’ 폭력에 사회는 그다지 흥미를 갖지 않았다. 그러나, 사흘 뒤 벼랑 끝에 선 임차인이 백주대낮 길거리에서 고작 두 뺨 남짓한 망치를 휘두르며 ‘불법적인’ 폭력을 행사하는 영상에 사회는 엄청난 관심을 보였다. 사건이 발생한 2018년 6월 7일부터 9일까지 사흘 간 이를 보도한 웹 뉴스는 총 107건이었던 반면 사건 발생 사흘 전인 6월 4일 벌어진 폭력적인 12번째 강제집행과 관련한 뉴스는 10건, 이튿날인 6월 5일 1건, 6월 6일 1건으로 사흘간 총 12건에 불과했다. 네이버 기간 설정 검색: 검색어 ‘궁중족발’, <<https://www.naver.com>>, 검색일: 2019. 5. 3.
- 17) 앞서 젠트리피케이션의 형성시기 중 제3단계와 제4단계의 연결중심성 높은 핵심단어 역시 ‘임대료’였다는 점과 연관지어 해석할 수 있다.
- 18) KBS NEWS, “‘궁중족발 사태 방지’ 상가임대차보호법 개정안 발의”, 2018. 8. 6., <<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4020347&ref=A>>, 검색일: 2019. 5. 3.; MBC NEWS, “‘상가임대차보호법 개정하라’ 궁중족발 재판 앞두고 법원 앞 시위”, 2018. 9. 4., <http://imnews.imbc.com/news/2018/society/article/4803642_22673.html>, 검색일: 2019. 5. 3.; 시사저널이코노미, “논란의 ‘궁중족발 사건’...상가임대차보호법 개정”, 2018. 12. 27., <<http://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=193238>>, 검색일: 2019. 5. 3.

정책과 금융 규제 완화 정책들은 영세상인들을 희생양으로 삼았다. 1990년대 말부터 2000년대 초반, 명동 코스모스프라자 사례, 동대문 밀리오레 사례 등 임차인의 대형 피해사례가 이슈화되고 시민단체에 수백 건에 이르는 크고 작은 피해사례들이 접수되자, 국회는 상가임대차보호 공동운동본부의 입법청원¹⁹⁾과 총 3건의 상가임대차 관련 제정법률안,²⁰⁾ 총 1건의 주택임대차법 개정법률안²¹⁾을 검토하여 위원회 대안을 제안하고 2001년 12월 7일 열린 본회의에서 상가임대차법을 통과시켰다. 2001년 12월 29일 법률 제6542호로 제정된 상가임대차법은 당초 2002년 11월 1일부터 시행 예정이었다. 그러나 시행 전 1년이 채 되지 않는 기간 동안 과도한 임대료 인상과 계약해지권 남발이 문제되면서 그 시행시기를 약 2개월가량 앞당기는 것을 내용으로 하는 제1차 개정이 이루어졌다. 이 최초의 개정을 포함하여 2019년 5월 현재까지 총 11회에 걸친 개정이 이루어졌고, 그 주요 내용을 정리하면 아래 <표2>와 같다.²²⁾

<표2> 상가건물 임대차보호법 개정 연혁 및 주요 개정 사항

개정 회차	공포일(시행일) * 재임 대통령	개정 이유 및 주요 내용
최 초 제 정 법 률	2001. 12. 29. (2002. 11. 1.) *제15대 김대중	<ul style="list-style-type: none"> ■ 환산보증금 이하 상가임대차로 제한(제2조 제1항) ■ 건물의 인도와 사업자등록 신청으로 대항력 인정(제3조) ■ 이해관계자의 등록사항 열람 및 제공 요청권(제4조) ■ 보증금의 회수 및 임차권등기명령(제5조~제6조) ■ 임대차의 기간 1년으로 간주(제9조) ■ 계약갱신요구권, 최초의 임대차 기간 포함 최장 5년(제10조) ■ 차임 또는 보증금의 증감청구권 보장과 한도 제한(제11조)

- 19) 당시 상가임대차보호 공동운동본부 공동대표였던 권영길, 김중배가 제16대(2000~2004) 국회에 제안한 상가임대차보호법제정 입법청원(청원번호 제160081호, 접수일 2000. 10. 10.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=100676>>, 검색일: 2019. 5. 3.
- 20) 이재오의원이 대표발의한 상가등비주거용건물임대차보호법안(의안번호 제160674호, 제안일자 2001. 3. 20.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016789>>, 검색일: 2019. 5. 6.; 송영길의원이 대표발의한 상가임대차보호법안(의안번호 제160714호, 제안일자 2001. 4. 13.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016831>>, 검색일: 2001. 5. 6.; 이주영의원이 대표발의한 상가등비주거용건물임대차보호법안(제160850호, 제안일자 2001. 6. 25.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016964>>, 검색일: 2019. 5. 6.
- 21) 이종걸의원이 대표발의한 주택임대차보호법개정법률안(제160820호, 제안일자 2001. 6. 14.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016938>>, 검색일: 2019. 5. 6. 주택임대차보호법을 건물임대차보호법으로 개정, 비주거용 건물의 임대차에까지 확대 적용할 것을 제안하였다.
- 22) 제2차 개정(법률 제7358호, 2005. 01. 27. 타법개정)은 본법과 관련한 민사집행법 개정에 의한 것이었고, 제3차 개정(법률 제9361호, 2009. 01. 30. 일부개정)과 제4차 개정(법률 제9649호, 2009. 5. 8. 일부개정)도 한글 사용을 원칙으로 하여 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸고 문장을 간결·명료하게 정비하는 작업이었다. 제5차 개정(법률 제10303호, 2010. 5. 17. 타법개정) 역시 관련 은행법 개정에 의한 것, 제6차 개정(법률 제10580호, 2011. 4. 12. 타법개정)은 관련 부동산등기법 개정에 의한 것, 제7차 개정(법률 제11873호, 2013. 6. 7. 타법개정)은 관련 부가가치세법 개정에 의한 것, 제10차 개정(법률 제14242호, 2016. 5. 29. 타법개정)은 관련 수산업협동조합법 개정에 의한 것으로 상가임대차법상 의미 있다고 할 만한 것은 나머지 3차례 개정이다. 이하에서 서술하는 주요 내용은 제8차, 제9차, 제11차 개정의 내용을 정리한 것이다. 국가법령정보센터, <<http://www.law.go.kr>>.

		<ul style="list-style-type: none"> ▪ 월차임 전환 시 산정을 제한(제12조) ▪ 전대차관계에 계약갱신요구권 등 보호 규정(제13조) ▪ 최우선변제금액 임대건물가액의 $\frac{1}{3}$ 범위(제14조)
제 8 차	2013. 8. 13. (2013. 8. 13.) *제18대 박근혜	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 환산보증금 초과 상가임대차 5년 계약갱신요구권(제2조 제3항 신설) 및 갱신 시 차임 또는 보증금의 증감청구권(제10조의2 신설) 단, 증액 한도 제한 규정(제11조)은 미적용. ▪ 금융기관 등의 우선변제권 승계(제5조 제7항~제9항 신설) ▪ 철거 또는 재건축 사유 세분화 제한(제10조 제1항 제7호 개정) ▪ 최우선변제금액 상한 임대건물가액의 $\frac{1}{2}$ 범위(제14조 제3항 개정)
제 9 차	2015. 5. 13. (2015. 5. 13.) *제18대 박근혜	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 환산보증금 초과 상가임대차에도 대항력, 권리금, 차임연체해지권, 표준계약서의 작성 등에 관한 규정(제2조 제3항 개정) 적용 ▪ 권리금 규정 도입(제10조의3~7 신설) ▪ 차임 3기 연체 시 임대인의 계약해지권 (제10조의8 신설) ▪ 권리금 보호대상에서 전대차 제외(제13조 제1항 개정)
제 11 차	2018. 10. 16. (2019. 4. 17.) *제19대 문재인	<ul style="list-style-type: none"> • 계약갱신요구권 보장기간 10년(제10조 제2항 개정) • 권리금 회수기회 보호기간 연장(제10조의4 제1항 개정) • 전통시장을 권리금 규정 적용(제10조의5 제1호 신설) • 상가건물임대차분쟁조정위원회 설치(제20조~제22조 신설)

상가임대차법 제정으로 임차인 보호의 법적 근거는 마련했으나, 그 적용범위를 제한하면서²³⁾ 시행 전부터 이 적용범위를 벗어나려는 임대인들이 단기간에 임대료를 올리는 혼란을 초래했다.²⁴⁾ 경기부양을 위해 고삐를 풀어버린 부동산 규제의 여파는 고스란히 임차인들의 몫이었다.

이후 2013년, 2015년 두 차례 개정을 통해 권리금 회수 기회 보호 규정들을 도입하고, 대항력, 권리금, 계약갱신요구권, 갱신 시 차임 또는 보증금 증감청구권 보장에 한해 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차(이하 ‘환산보증금 초과 상가임대차’)에까지 적용범위를 확대하고, 소액임차인의 최우선변제금액 상한을 제정 당시 임대건물가액의 3분의 1 범위에서 대통령령으로 정하도록 하던 것을 2분의 1 범위까지 확대하여 임차인의 보호를 강화였다. 그러나, 새로이 도입된 권리금 보호 규정은 대규모점포 또는 준대규모점포를 적용 대상에서 제외하면서 사실상 전통시장까지 배

23) 시행령 제정 당시(2002. 10. 14.) 대통령령이 정하는 보증금액은 다음과 같다.

1. 서울특별시 : 2억 4천만 원
2. 수도권 중 과밀억제권역 : 1억 9천만 원
3. 광역시 : 1억 5천만 원
4. 그 밖의 지역 1억 4천만 원

당시 중소기업청은 한국궐럼과 대한상공회의소에 의뢰해 최초로 전국 규모의 상가건물(3만1천31개 상가임대차 사업자 대상)에 대한 임대차 실태조사를 실시하여 시행령상의 법 적용 범위, 임대료 인상한도 등을 결정하는 기초자료로 활용하였다. 연합뉴스, “수도권상가 평균 임대료 1억2천243만 원<중기청>”, 2002. 7. 29., <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0000213331>>, 검색일: 2019. 4. 26.

24) 국민일보, ““점포 비워달라” 소송 봇물”, 2002. 10. 7., <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=005&aid=0000121484>>, 검색일: 2019. 4. 26.; 연합뉴스, “임대료 최고 178% 인상 상가건물 7곳에 시정명령”, 2002. 6. 17., <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0000189623>>, 검색일: 2019. 4. 26.

제시커버리는 결과를 낳았고, 환산보증금 초과 상가임대차의 갱신 시 증액상한 규정을 적용하지 않으면서 결과적으로 임대인의 과도한 증액 요구에 임차인이 스스로 갱신을 포기하게 되는 상황은 변함이 없었다. 심지어 3기의 차임 연체 시 임대인에게 법정해지권을 부여하는 규정을 도입하여 모든 상가임대차에 적용하고, 기존 권리금 보호 대상이었던 전대차의 경우 오히려 보호대상에서 제외하는 등 상가임대차법의 입법목적²⁵⁾을 거스르는 개정들이 이루어졌다.

2018년 10월 16일 시행된 개정 상가임대차법(이하 '현행 상가임대차법'²⁶⁾)은 계약 갱신요구권 행사 기간을 5년에서 10년으로 확대하고, 임대인이 임차인의 권리금 회수 기회를 방해하지 못하도록 하는 기간을 임대차 종료 3개월 전부터 임대차 종료 시로 정하던 것을 임대차 종료 6개월 전부터로 앞당겼으며 전통시장을 권리금 보호 규정 적용 대상에 포함시켰다. 또한 제20조 내지 제22조의 신설로 대한법률구조공단 지부에 상가건물임대차 분쟁조정위원회를 설치하여 상가임대차법의 실효성을 확보하고자 하였다.

2.2. 현행 상가임대차법의 한계

현행 상가임대차법(2018년 10월 16일 개정· 2019. 4. 17. 시행된 것)은 제2조²⁷⁾와 동법 시행령 제2조²⁸⁾(이 두 조항은 이하 '적용제한규정')를 통해 그 적용대상을 대통령령으로 정하는 보증금액 이하 상가임대차로 한정한다(이하 '환산보증금 이하 상가임

25) 제정 당시부터 현재까지 상가임대차법 제1조(목적)은 “국민 경제생활의 안정을 보장함을 목적”으로 규정하고 있다. 법무부는 상가임대차법의 제정이유를 “상가건물의 임대차에서 일반적으로 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 민법에 대한 특례를 규정하려는 것”이라고 밝히고 있다.

26) 2018. 10. 16.에 개정된 현행 상가임대차법은 공포된 날부터 시행하였으나, 단, 부칙<제15791호>에 의해 상가건물임대차분쟁조정위원회 설치와 관련하여 신설된 제20조 내지 제22조는 공포 후 6개월이 경과한 2019. 4. 17.부터 시행되었다.

27) 상가임대차법 제2조(적용범위) ① 이 법은 상가건물(제3조제1항에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물을 말한다)의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다)에 대하여 적용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서에 따른 보증금액을 정할 때에는 해당 지역의 경제 여건 및 임대차 목적물의 규모 등을 고려하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 그 차임액에 「은행법」에 따른 은행의 대출금리 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하여야 한다.

③ 제1항 단서에도 불구하고 제3조, 제10조제1항, 제2항, 제3항 본문, 제10조의2부터 제10조의8까지의 규정 및 제19조는 제1항 단서에 따른 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용한다.

28) 상가임대차법 시행령(대통령령 제29671호, 2019. 4. 2. 일부개정, 2019. 4. 17. 시행) 제2조(적용범위) ① 「상가건물 임대차보호법」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1항 단서에서 "대통령령으로 정하는 보증금액"이란 다음 각 호의 구분에 의한 금액을 말한다.

1. 서울특별시 : 9억원
2. 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다) 및 부산광역시: 6억9천만원
3. 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역, 부산광역시는 제외한다), 세종특별자치시, 파주시, 화성시, 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시: 5억4천만원
4. 그 밖의 지역 : 3억7천만원

② 법 제2조제2항의 규정에 의하여 보증금외에 차임이 있는 경우의 차임액은 월 단위의 차임액으로 한다.

③ 법 제2조제2항에서 "대통령령으로 정하는 비율"이라 함은 1분의 100을 말한다.

대차'). 따라서 현행 상가임대차법상 직접적으로 급격한 임대료 상승을 막을 수 있는 장치인 동법 제11조²⁹⁾와 동법 시행령 제4조³⁰⁾(이 두 조항은 이하 '증액상한규정')의 적용을 받을 수 있는 상가임대차의 범위도 한정되어, 환산보증금 이하 상가임대차 중 '계속 중인 임대차 계약'과 '10년 간 보장되는 계약갱신요구권에 의해 갱신되는 임대차 계약'의 경우에 한해 '청구당시의 차임 또는 보증금의 100분의 5의 금액'을 초과할 수 없도록 하는 증액상한규정이 적용된다.

이에 따르면 환산보증금 초과 상가임대차의 경우는 말할 것도 없고,³¹⁾³²⁾ 환산보증금 이하 상가임대차라 하더라도 제10조 제1항 각호에서 정하는 '정당한 사유'에 해당하여 임대인이 계약갱신거절권을 가진 경우,³³⁾ 계약갱신요구권 보장기간 10년을 초과한 경우,³⁴⁾ 심지어 계약갱신요구권이 보장되는 기간 내라고 하더라도 임대인과 임차인 간 합의에 의해 새로운 계약을 맺는 경우 증액상한규정은 적용되지 않는다. 개정된 상가임대차법에 의하더라도 법의 부재로 인해 고통스러운 투쟁을 준비해야 하는

29) 상가임대차법 제11조(차임 등의 증감청구권) ① 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제 사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우에는 당사자는 장래의 차임 또는 보증금에 대하여 증감을 청구할 수 있다. 그러나 증액의 경우에는 대통령령으로 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못한다.

② 제1항에 따른 증액 청구는 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못한다.

30) 상가임대차법 시행령 제4조(차임 등 증액청구의 기준) 법 제11조 제1항의 규정에 의한 차임 또는 보증금의 증액청구는 청구당시의 차임 또는 보증금의 100분의 5의 금액을 초과하지 못한다.

31) 상가임대차법은 제2조 제3항에서 대항력 요건(제3조), 10년 간 계약갱신요구권 행사 보장(제10조 제1항 내지 제2항), 갱신의 효력(제10조 제3항 본문), 차임 또는 보증금 증감청구권(제10조의2), 권리금 회수기회 보장(제10조의2 내지 제10조의7), 3기의 차임연체 시 임대인의 해지권(제10조의8), 법무부장관의 상가건물임대차표준계약서 사용 권장 조항(제19조)의 경우 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 상가건물의 임대차에도 적용하도록 규정하고 있으나, 차임 또는 보증금 증액 시 제11조에서 정하는 범위에 따르도록 한 제10조 제3항 단서조항의 적용은 배제하고 있다.

32) 김지석/김성록, “상업 젠트리피케이션 방식을 위한 법제 개선 및 실무적 적용 방안”, 법과정책연구 제17집 제2호(한국법정정책학회, 2017), 133쪽; 문종면/문성제, “주요 국가들의 입법례를 통한 상가건물임차인 보호 방안”, 아주법학 제12권 제3호(아주대학교 법학연구소, 2018), 71쪽에서도 이번 개정에서 환산보증금이 폐지되지 않은 점을 문제점으로 지적한다.

33) 상가임대차법 제10조 제1항이 '정당한 사유'로 들고 있는 경우는

1. 임차인이 3기의 차임액에 해당하는 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
5. 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
 - 가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
 - 나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
 - 다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
8. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

34) 구 상가임대차법(2018년 10월 16일 개정 이전의 것)에는 계약갱신요구권 행사 보장기간을 5년으로 정하고 있었는데, 이번 개정을 통해 10년으로 연장되었다. 그러나 '이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용'(부칙 제2조)하기 때문에 제10조 제3항 및 제11조의 적용범위는 더 좁아진다.

임차인들은 여전히 존재한다.

3. 상가임대차법의 편재와 임차인을 위한 법의 부재

총 11번의 개정을 거치면서 상가임대차법은 마치 그 입법목적 및 제정이유를 살려 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호하는 방향으로 발전해온 것처럼 보인다. 그러나 이 법 제정을 위해 2000년 10월 10일 상가임대차보호 공동운동본부가 제안한 입법청원의 주요 골자를 살펴보면 2001년 이 법 제정 당시 일부 반영된 사항³⁵⁾ 외에, 10년간 계약갱신요구권을 보장할 것, 소액임차인의 최우선변제액을 임대건물가액(대지 가액 포함)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정할 것, 임차인이 동의하지 않는 경우 임대인이 임차보증금을 월세로 전환할 수 없도록 할 것, 임차인의 필요비·유익비 상환청구권을 강행규정으로 할 것, 시·군·구에 임대차분쟁조정위원회를 설치할 것 등을 제안하였다. 그러나, 이후 위원회가 제안한 대안에서 위 사항들은 받아들여지지 않거나 축소된 채 원안가결되었다.³⁶⁾ 이중 최우선변제액을 임대건물가액의 2분의 1 범위 내로 확대하는 개정은 2013년에 이르러, 10년의 계약갱신기간 보장과 임대차분쟁조정위원회 설치에 2018년에 이르러서야 상가임대차법 안으로 들어올 수 있었다.

즉, 상가임대차법은 제정 당시부터 임차인들을 보호하기 위해 만들어져 점차 강화되어온 것이 아니라, 오랜 투쟁 끝에 제정되었고, 제정 당시에도 묵살되었던 임차인들의 요구 중 일부만이 이후 20여 년 간의 긴 투쟁과 많은 희생을 치르고서야 겨우 관철된 것이다. 따라서 임차인들의 투쟁은 여전히 현재진행형일 수밖에 없다. 법의 편재(偏在)는 여전하다. 상가임대차법에 있어 법의 편재(偏在)는 곧 임차인에게 법의 부재(不在)다. 2000년대 중반 이후 뉴타운 정책의 실패로 자본의 관심이 점차 개별 부동산 투자로 옮겨가면서 임차인들의 투쟁 상대는 이제 거대자본과 손잡고 대규모 재개발 및 재건축 방식의 개발사업을 벌이던 국가권력에만 한정되지 않는다. 앞으로 임차인들은 소유권을 절대적인 힘의 원천으로 여기고 ‘합법적인 폭력’을 휘두르는 개개인들과도 투쟁해야 한다.

II. 임대료 규제에 관한 논의 개관

현행 상가임대차법은 최근 몇 년간 젠트리피케이션으로 인한 문제점들이 불거져 이에 대한 대책이 시급하다는 사회적 공감대에 따라 개정된 것임에도 불구하고, 정작 직접적인 임대료 규제와 관련해서는 시행령상의 증액상한비율을 기존 9%에서 5%로 강화한 것에 그치고 있다. 앞서 본 바와 같이 개정 이후에도 많은 수의 상가임대차는 증액상한규정의 적용에서 제외되고 있다. 과연 개정 전 학계나 국회에서는 직접적인

35) 앞의 <표2> 참조.

36) 제225회 국회(정기회) 국회본회의회의록 제21호(국회사무처, 2001. 12. 7.), 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=017410>>, 검색일: 2019. 5. 3.

임대료 규제와 관련한 논의가 이루어지지 않았을까? 이하에서는 학계의 논의와 제20대 국회에 제출된 상가임대차법 개정 관련 청원 및 개정법률안을 검토하여 이번 개정에서 증액상한규정의 적용범위를 확대하여 상가임대차법의 사각지대에 놓인 임차인에게 적용하려는 시도가 있었는지 살펴본다.

1. 학계에서의 논의

최근 학계에서는 상가임대차계약에서 임대료 급등에 따른 문제점을 인식하고, 당사자 간 협의를 우선으로 하되 협의가 성립하지 않으면 법원이나 독립된 전문가로 구성된 위원회 등 제3의 기관에서 합리적인 임대료를 결정하도록 하는 제도를 마련해야 한다거나,³⁷⁾ 상가임대차 실태조사를 통해 활성화된 상권의 임대료 통제 정책을 전향적으로 검토해야 한다는 주장이 등장하고 있지만,³⁸⁾ 주로 외국의 임대료 규제 방식을 소개하며 신중한 접근을 요하거나,³⁹⁾ 도시재생법과 관련해 논의를 전개하거나,⁴⁰⁾ 사회적자치를 강조하며 개입과 간섭을 자제해야 한다는 주장⁴¹⁾ 혹은 공공복리의 적용을 강화해야 한다는 주장⁴²⁾의 대상으로 상가임대차법상 임차인보호를 다루는 정도에 그치고 있다.

임대료 규제와 관련해서는 주로 주택임대차에서 활발히 논의되어⁴³⁾ 구체적인 방법들이 제시되고 있는데, 시장가격 이하로 임대료를 동결하는 임대료 통제를 비롯해 임대료상한제에 해당하는 형태로 최고임대료⁴⁴⁾와 인상율상한제⁴⁵⁾, 공정임대료⁴⁶⁾, 보증

37) 문종면/문성제, “주요 국가들의 입법례를 통한 상가건물임차인 보호 방안”, 71-72쪽에서는 계약갱신요구권 보장기간 10년이 지나고 임대인의 차임인상에 동의하지 않을 경우 계약해지 가능성이 높기 때문에 임차인은 높은 차임인상을 받아들이 수밖에 없는 구조임을 지적하고 임차인 보호 규정을 재정비할 필요가 있음을 주장한다.

38) 허강무, “부동산 민사특별3법과 공공복리”, 토지공법연구 제84집(한국토지공법학회, 2018), 15쪽.

39) 김형선, “독일 민법상 주택임대차와 상가임대차”, 일감부동산법학 제10권(건국대학교 법학연구소, 2015), 239-262쪽; 김영두, “영국의 점포임차인 보호법제의 변천이 주는 시사점”, 법학연구 제25권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2015), 217-250쪽; 박지영, “상가건물 임차인 보호 관련 해외 입법례와 시사점”, 이슈와 논점 제1238호(국회입법조사처, 2016. 12. 26. 발행); 문종면/문성제, “주요 국가들의 입법례를 통한 상가건물임차인 보호 방안”, 48-75쪽 등.

40) 김지석/김성록, “상업 젠트리피케이션 방지를 위한 법제 개선 및 실무적 적용 방안”, 119-141쪽; 하창효, “도시재생으로 인한 젠트리피케이션 대응방안에 대한 법적 고찰”, 부동산법학 제21집 제2호(한국부동산법학회, 2017), 227-247쪽.

41) 이진기, “사회적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 인권과정의 제454호(대한변호사협회, 2015), 92-114쪽; 사동천, “상가건물임대차보호법상 근대민법 3대원칙의 수정원리의 적정성에 관한 검토”, 홍익법학 제19권 제3호(홍익대학교 법학연구소, 2018), 164쪽.

42) 허강무, “부동산 민사특별3법과 공공복리”, 1-19쪽.

43) 서진형/김학환, “주택임대료규제정책에 관한 연구”, 부동산법학 제19집 제1호(한국부동산법학회, 2015), 29-51쪽; 박인, “선진국의 임대료규제와 도입방안의 연구: 공정임대료법안을 중심으로”, 대한부동산학회지 제33권 제2호(대한부동산학회, 2015), 345-372쪽; 정은아, “미국 뉴욕의 주택 차임 규제 제도 연구”, 외법논집 제42권 제2호(한국외국어대학교 법학연구소, 2018), 313-336쪽; 이은희, “영국의 차임규제에 관한 연구: ‘통제’에서 ‘시장’으로의 전환”, 민사법학 제34호(한국민사법학회, 2006), 513-563쪽 등.

44) 이은희, “영국의 차임규제에 관한 연구: ‘통제’에서 ‘시장’으로의 전환”, 554쪽에서는 “이자제한법이 이자율의 상한을 정하였듯이, 차임의 경우에도 임대부동산의 자본가치의 일정 퍼센트로 최고차임(maximum rent)을 정하는 것이 바람직하다”고 한다. 그러나, 일 년 사이에도 특정지역에서 임대부동산의 재산가치가 2배 가까이 급등하는 기현상이 나타나는 한국에서 임대부동산의 자본가치의 일정 비율

임대차⁴⁷⁾ 등이며, 이러한 규제는 사적 자치의 과도한 제한이며 재산권 침해라는 위험론, 임대료가 폭등할 것이라는 부작용론과 실효성에 의구심을 가지는 무용론, 증액 상한의 적정성 등의 문제점들이 주로 제기되고 있다.⁴⁸⁾

2. 제20대 국회에서의 논의

제11차 개정이 이루어진 2018년 10월 26일까지 제20대 국회에 제출된 상가임대차법 개정 관련 청원은 총 1건,⁴⁹⁾ 법률안은 총 33건으로 그 주요내용은 차임 또는 보증금 증액상한을 하향 조정하거나 증액상한 공시방식을 조례로 변경하려는 것⁵⁰⁾이었으며, 청원내용과 유사하게 계약갱신요구권 행사기간 내 기존 임차인의 재건축 건물 우선입주요구권 보장 및 퇴거료 보상을 제안한 법률안⁵¹⁾도 있었으나 이번 개정에는 반영되지 않았다.

개정법률안들 중 제11조의 적용에서 제외되는 임차인들의 법의 부재를 해소할 수 있을 만한 것으로 두 가지 안이 눈에 띈다. 새로운 임대차계약에 따라 차임 및 보증

이라는 기준을 적용할 경우 임대부동산의 재산가치가 급등함에 따라 임차인의 부담도 급증할 우려가 늘 잠재할 것으로 생각된다.

- 45) 임대인과 임차인 양측 모두의 입장에서 인상률에 대한 예측가능성을 부여할 수 있다는 데 장점이 있다고 생각된다. 이 방식은 현재 상가임대차법에도 채용하고 있으나, 앞서 지적한 것처럼 그 적용범위에 제한을 둬으로써 상가임대차법이 젠트리피케이션이 형성을 목인하는 결과를 초래하였다. 따라서 실효성을 높이기 위해서는 적용범위의 제한을 없애야 할 필요가 있다. 이 경우 새로운 임차인과의 계약에도 적용할 수 있도록 의무적으로 임대료를 공시하도록 하는 제도도 마련되어야 할 것이다.
- 46) 임대차 계약 당사자는 계약 내용과 관련하여 지자체에 등록하도록 하고 지자체는 위원회를 구성하여 등록된 자료를 바탕으로 공정임대료를 산정·공시하도록 하는 방식이며 임차인이 지급한 임대료 중 공정임대료 초과분에 대해서는 무효화하는 것을 주요 내용으로 한다. 외국 예를 통해 볼 때 이 방식은 공정임대료 산정방법과 기준에 따라 실효성을 확보하기 어려울 수도 있을 것이다. 이은희, “영국의 차임규제에 관한 연구: ‘통제’에서 ‘시장’으로의 전환”, 543-546쪽에서는 영국의 경우 법원이, 탈규제와 더불어 임대주택 공급 증가를 이유로 공정차임이 “법률이 규정하는 배제요소 및 희소성 공제를 감안한 시장차임과 같아야 한다”고 주장하는 임대인들의 손을 들어주면서 사실상 임차인보호 기능을 상실했음을 보여준다.
- 47) 임대료의 결정을 시장가격에 따라 임대인과 임차인이 자율적으로 정하도록 하되 임대료가 과도한 경우에 임차인이 이의를 제기할 수 있도록 하는 방식이기 때문에 주로 주거복지제도가 사회보장제도가 뒷받침되어야 한다. 이 경우 임차인에게 이의제기권이 있다고 하더라도 대등하지 않은 임대인과의 관계에서 실질적으로 행사하기는 어렵고 주거복지 및 사회보장 영역의 지출부담이 클 수밖에 없다. 이은희, “영국의 차임규제에 관한 연구: ‘통제’에서 ‘시장’으로의 전환”, 546-553쪽.
- 48) 서진형/김학환, “주택임대료규제정책에 관한 연구”, 39쪽 및 42-48쪽에서 임대료 규제정책의 도입에 따른 쟁점을 소개하고 있다.
- 49) 2017년 11월 16일 경제정의실천시민연합 대표 윤순철이 접수한 청원은(청원번호 제2000114호) 젠트리피케이션의 폐해를 예방하기 위해 계약갱신요구권 행사기간을 10년으로 연장하고, 기존 임차인의 재건축 건물 우선입주권 및 퇴거보상료 지급 요구권을 보장하는 내용의 개정을 요청하였다. 윤순철, “상가건물 임대차보호법 일부개정에 관한 청원”, 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_H1C7X1E1B2A0I1X1U2E5B4N6E5T4M2>, 검색일: 2019. 5. 3.
- 50) 상가임대차법 개정과 관련하여 윤호중의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제7682호, 발의일자: 2017. 6. 29.); 박주민의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제1045호, 발의일자: 2016. 7. 21.); 이언주의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제9302호, 발의일자: 2017. 9. 12.); 권칠승의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제13947호, 발의일자: 2018. 6. 19.); 추미애의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제14853호, 발의일자: 2018. 8. 13.); 노회찬의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제6225호, 발의일자: 2017. 3. 16.) 등, 의안정보시스템, <<http://likms.assembly.go.kr>>.
- 51) 박주민의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제1045호, 발의일자: 2016. 7. 21.), <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B1I6A0P7P2T1K1Z5W3T9I1W6E8W3C0>.

금을 증액할 경우 직전 임대차계약의 차임 및 보증금의 100분의 10의 금액을 초과하지 못하게 하는 안과 상가임대차법 적용범위의 제한을 없애는 안이다.

2.1. 새로운 임대차계약 시에 차임 또는 보증금 증액한도를 적용하는 안의 검토

제윤경의원이 대표발의한 이 법률안은 이전에 연체한 사실이 있는 경우 계약갱신거절의 사유에 해당되어 기존 임차인을 퇴거시키기 위한 주된 명분이 되고 있고, 기존 임차인에게는 차임 등을 일정 수준 이상으로 증액을 청구할 수 없기 때문에 임대인이 계약갱신을 거절하고 새로운 임차인으로부터 차임 등을 대폭 증액하고 있는 상황을 지적하고 새로운 임대차 계약에 따라 차임 및 보증금을 증액하는 경우에도 직전 임대차계약 차임 및 보증금의 100분의 10의 금액을 초과하지 못하도록 할 것을 제안하였다.⁵²⁾ 이 안에 따르면 계약갱신에 의하지 않은 새로운 상가임대차계약 시에도 직전 임대차계약의 차임 또는 보증금의 일정 비율 이상 증액하지 못하도록 함으로써 임대인이 기존 임차인을 내쫓을 경제적 유인을 약하게 하고, 급격한 임대료 인상을 방지할 수 있을 것으로 보이지만, 그 적용범위는 여전히 환산보증금 이하 상가임대차에 한정된다는 점에 한계가 있다.

2.2. 상가임대차법의 적용범위 제한 규정을 삭제하는 안

박주민의원이 대표발의한 안은 낮은 환산보증금액 기준과 짧은 계약갱신요구권 행사 보장기간으로 인해 “인기를 얻은 동네의 상가들은 정작 그 동네를 일구고도 비싼 세입조건에 밀려 떠나야 하는 상황”을 지적하고 환산보증금액을 정하고 있는 규정을 삭제할 것을 제안하였다.⁵³⁾ 이 안에 따르면, 모든 상가임대차에 증액상한 적용이 가능하게 되겠지만, 계약갱신 시 혹은 계속 중인 임대차의 경우에만 그 증액상한이 적용될 뿐 새로운 임대차계약에는 해당되지 않는다는 문제는 여전히 남게 된다.

3. 소결

이번 개정과정에서 급격한 임대료 인상을 막으려는 위와 같은 제안들은 받아들여지

52) 제윤경의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제13559호, 발의일자: 2018. 5. 14.)은 이 외에도 임대인의 계약갱신 거절 사유에 해당하는 임차인의 차임 연체 3기라는 요건에 대하여 그 연체 시점을 임대차기간 만료일 직전 6개월 내로 제한할 것, 차임 및 보증금 증감분쟁에 대해 법원에 조정을 신청할 수 있도록 할 것을 제안하였다. 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1E8X0N511B4P1Z0L0B3Z4N8E2N5R1>.

53) 박주민의원 대표발의 일부개정법률안(의안번호 제1045호, 발의일자: 2016. 7. 21.)은 이 외에도 차임 또는 보증금 증액 시에 대통령령이 아닌 「통계법」 제3조에 따라 통계청장이 고시하는 전년도 전국소비자물가변동률의 2배의 범위에서 특별시·광역시·도·특별자치도의 조례로 정할 것, 결격사유가 없는 한 임대차기간 중 언제든지 권리금 회수가 가능하도록 보장하며 재건축건물의 기존 임차인 우선입주권이나 퇴거보상료를 선택적으로 요구할 수 있도록 할 것, 광역지자체에 상가임대차분쟁조정위원회를 설치할 것 등을 제안하였다. 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B1I6A0P7P2T1K1Z5W3T9I1W6E8W3C0>.

지 않았다. ‘궁중족발 사건’으로 젠트리피케이션이 심각한 사회문제로 대두되었고 그 결과 또 한 번의 상가임대차법 개정 논의가 급물살을 타는 과정에서도 입법자들은 고작 동법 시행령 개정을 통해 적용범위를 확대하고,⁵⁴⁾ 차임 등의 증액상한을 하향조정⁵⁵⁾하는 데 그쳤다. 개정은 끝났지만 임차인들의 투쟁은 여전히 끝나지 않았다.

위의 두 개정법률안에 대한 법제사법위원회의 검토의견을 통해 젠트리피케이션의 심각성으로 인해 탄생하게 된 현행 상가임대차법이 정작 증액상한규정을 전면적용하지 않은 이유를 파악하고, 임대차 규제를 둘러싼 쟁점들을 정리한다.

<검토의견 1 : 새로운 임대차계약 시 차임 인상을 상한제 도입>⁵⁶⁾

개정안처럼 ‘새로운’ 임대차계약을 체결하면서 차임 등의 상한을 제한하는 것은.....임대차 계약의 중요 요소인 차임 및 보증금의 한도를 법률로 규정함으로써 임대인의 재산권과 계약자유의 원칙을 제한하여 임대차거래를 위축시킬 우려가 있음. 또한 임대인의 보상심리로 인한 단기적인 보증금·차임 상승을 유발할 수 있고, 임대사업의 수익성 악화에 따른 신규 임대차 공급의 부족으로 인하여 오히려 임차인의 진입장벽 등의 부작용을 초래할 우려가 있음을 고려하여 면밀한 검토가 필요할 것으로 보임.

<검토의견 2 : 상가임대차법 적용범위 제한의 폐지>⁵⁷⁾

일정 보증금액 이하의 임대차만을 적용대상으로 규정하게 된 취지는 사회적 약자인 영세 임차인의 경우 지위가 열악하므로 보호할 필요가 있는 반면에 대기업·은행 등과 같이 경쟁력 있는 고액의 임차인까지 특별법으로 보호할 필요가 없기 때문임.....

(1) 사적자치원칙과 임대인 등의 재산권 침해 우려

상가의 임차인 중에도 반드시 경제적 약자라고 할 수 없는 경우가 있고, 나아가 상가임대인이 임대인과 마찬가지로 상인으로서 영리를 추구한다는 점까지 고려하면, 상가임대차도 상거래의 일종으로 시장원리에 맡기는 것이 원칙이라고 할 수 있을 것임.따라서 법의

54) 현행 상가임대차법 시행령 제2조 제1항은 앞의 주28) 참조. 구 상가임대차법 시행령(대통령령 제28611호, 2018. 1. 26. 일부개정, 2018. 1. 26. 시행) 제2조 제1항에 따르면

1. 서울특별시 : 6억 1천만 원

2. 「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다) 및 부산광역시 : 5억 원

3. 광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역, 부산광역시는 제외한다), 세종특별자치시, 파주시, 화성시, 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시 : 3억 9천만 원

4. 그 밖의 지역 : 2억 7천만 원이었다.

55) 구 상가임대차법 시행령(대통령령 제26637호, 2015. 11. 13. 일부개정, 2015. 11. 14. 시행)에서 청구당시의 차임 또는 보증금의 100분의 9의 금액을 초과하지 못하도록 하던 것을 2018년 1월 26일 상가임대차법 시행령 일부개정을 통해 100분의 5로 하향 조정하였다. 현행 상가임대차법 시행령 제4조는 앞의 주30).

56) 법제사법위원회, 상가건물임대차보호법 일부개정법률안(제윤경의원 대표발의, 제13559호) 검토보고(2018. 11.). 제11차 개정 전 (구)상가임대차법에 대한 검토이다. 여기서 “새로운 임대차계약”이라 함은 제안이유를 통해 유추해볼 때 기존 임차인이 계약갱신에 의하지 않고 다시 체결하는 임대차계약은 물론 새로운 임차인과의 임대차계약도 포함하는 것으로 이해된다. 밑줄은 필자의 것. 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1E8X0N5I1B4P1Z0L0B3Z4N8E2N5R1>.

57) 법제사법위원회, “상가건물임대차보호법 일부개정법률안(박주민의원 대표발의, 제1045호) 검토보고(2016. 11.)”. 제11차 개정 전 (구)상가임대차법에 대한 검토의견이다. 밑줄과 괄호 속 내용은 필자의 것. 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B1I6A0P7P2T1K1Z5W3T9I1W6E8W3C0>.

적용범위에 관한 제한규정을 삭제하여 대기업·은행 등과 같이 경제력이 있는 고액의 임차인까지 보호대상이 될 경우 이 법 본래의 입법목적에 부합하는지, 지나친 사적자치의 원칙을 침해하는 것은 아닌지, 임대인·다른 담보물권자 등의 재산권에 대한 과도한 제한이 아닌지 등을 신중하게 검토할 필요가 있음.

임대료 규제와 관련해 학계와 국회에서 제기되는 쟁점은 첫째, 상가임대차법은 영세임차인 보호만을 목적으로 하는가, 둘째, 사적 자치에 대한 과도한 제한인가로 정리할 수 있다.⁵⁸⁾ 이하에서는 이 쟁점들에 대해 비판적으로 검토하고 계약법상 임대료 규제의 필요성과 정당성을 주장한다.

III. 계약법상 임대료 규제의 정당화 근거

1. 상가임대차법은 영세임차인 보호만을 목적으로 하는가

현행 상가임대차법에 따라, 증액상한규정의 적용을 받지 못하는 상가임대차의 경우는 민법상 임대차에 관한 규정의 적용을 받게 되어 임대료 인상에 관한 한 온전히 당사자들의 합의에 맡겨진다. 상가임대차법의 적용범위를 제한하는 것에 대해 현재는 합헌이라 판단한 바 있다.⁵⁹⁾ 해당 결정은 현재가 환산보증금 초과 상가임대차를 상가임대차법의 적용범위에서 제외하는 것이 평등원칙에 위반되는 것인지, 재산권을 침해하는 것인지, 직업수행의 자유·행복추구권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것인지에 관하여 판단하였다. 이 세 가지 쟁점에 대해 각각 비판적으로 검토한다.

1.1. 평등원칙 위반 여부에 대한 검토

먼저 적용범위의 제한 없이 모든 주택임차인에게 적용되는 주택임대차법과 달리 상가임대차법상 적용범위의 제한을 두고 있는 것은 상가임차인에 대한 차별취급으로 평등원칙에 위반한다는 주장에 관하여 현재는 주택임차인과 상가임차인을 동일한 비교 집단으로 보기 어려워 평등원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

58) 이 외에도 단기적인 임대료 폭등현상이나 공급 부족 등의 부작용 발생 우려도 제기되고 있으나 여기서는 별도로 다루지 않는다. 보다 근본적인 문제로 재산권 침해에 대한 쟁점도 나타나 있으나 다음의 과제로 남기고, 이 글에서는 첫째, 둘째 쟁점으로 범위를 한정해 논의를 전개한다.

59) 현재 2014. 3. 27. 2013헌바198, (전), 일정한 보증금액을 초과하는 상가임대차를 적용범위에서 제외하는 구 상가임대차법(법률 제9361호, 2009. 1. 30. 일부개정) 제2조 제1항 단서 및 환산보증금 산정 비율의 범위를 법률로 정하지 않고 대통령령에 위임하고 있는 구 상가임대차법(법률 제10303호, 2010. 5. 17. 일부개정) 제2조 제2항이 포괄위임입법금지원칙에 위반되고, 주택임대차와 비교해 합리적인 이유가 없는 차별취급으로서 평등원칙에 위반될 뿐 아니라 (적용범위에서 제외되는 임차인의) 권리금 및 시설비용으로 투자된 금원을 회수할 수 있는 영업의 기회라는 재산권 등을 침해하여 위헌이라 주장하며 헌법소원심판을 청구한 사안이다. 이하 인용에서 밑줄 및 굵은 글씨체, 괄호 속 내용은 필자의 것이다.

주택은 국민 생활의 가장 기본적인 문제인 만큼, 헌법은 국가에게 주택개발정책 등을 통해 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부과함으로써(제35조 제3항) 그 중요성을 강조하고 있다. 특히 주거의 안정은 인간다운 생활을 하기 위한 필수 불가결한 요소이며, 국가는 경제적 약자인 임차인을 보호하고 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다는 점에서, 주택임차인을 보호하는 것은 헌법 제34조 제1항 및 제2항에 의해 정당화될 수 있다.....반면, 상가건물은 기본적으로 영리활동을 목적으로 하는 공간이므로.....제119조 제1항을 통해 보장하는 자유시장 경제질서 내에서 사적 자치의 원칙에 따라 규율되는 것이 원칙이다. 다만.....상가임대차법이 상가임차인을 보호하는 것은 원칙적으로 사적 자치를 존중하면서 시장경제질서의 회복을 위해 보충적으로 규제와 조정을 가할 수 있도록 한 헌법 제119조 제2항에 의해 정당화될 수 있는 것이다.

이러 설령 주택임차인과 상가임차인을 동일한 비교집단으로 상정하더라도 그러한 차별은 합리적인 이유가 있는 것으로 판단하였다.

상가임차인과 주택임차인의 신분을 법률적으로 다르게 보는 것에 대한 문제의식은 대규모 도시개발로 거리로 내몰릴 위기에 처했던 임차인들이 상가임대차법 제정의 필요성을 외치던 시기부터 존재해왔다. 주택을 ‘생존의 장소’로, 상가를 ‘돈을 버는 수익 활동 공간’으로 의제하고 주택임대차와는 달리 상가임차인과 임대인 간의 관계는 대등한 관계로서 특별법에 의해 보호하지 않는다는 당시 법의 논리에 상가임차인들은 분개했고, 추후 상가임대차법이 제정되더라도 “기존의 법논리를 너무 고수한다면 결국 큰 실효는 거둘 수 없을 것”이라고 지적했다.⁶⁰⁾ 이러한 우려는 이후 현실이 되어, 약 25년이 지난 지금에 이르러서는 주택임차인과 상가임차인의 분리에 그치지 않고 더 나아가 상가임차인을 보호해야 할 대상과 보호할 필요가 없는 대상으로 양분하고 있는 것이다. 해당 결정문에서 헌재가 밝힌 상가임대차법의 입법목적 살펴보자.

상가임차인의 영업활동과 투자는 임차 상가에 투여되거나 그와 밀접하게 결부되어 행해지므로 상가임차인의 영업적 권리와 이익은 임대인의 계약 해지 및 갱신 거절에 의해 침해될 수 있을 뿐 아니라, 그러한 사정 자체가 임대인과의 관계에 있어서 임차인의 교섭상의 지위를 약화시키는 조건이 된다. 그리고 계약의 갱신 교섭에 있어서 임차인의 불리한 지위는, 상가건물 임대차관계의 불공정을 가져올 위험이 있을 뿐 아니라, 상가임차인의 경제활동을 위축시키고, 나아가 국민경제의 균형발전에 장애가 될 수도 있다. 이러한 점을 고려하여 임차인의 교섭지위를 규범적으로 강화시킴으로써 실질적 계약자유 내지 사적자치 실현의 전제조건을 확보하고, 공정한 계약의 형성 내지 법적 정의의 실현을 담보하고자 하는 것 역시 상가임대차법의 주요한 입법목적이다.

이에 따르면 상가임대차 계약에서 ‘임차인’이라는 지위 그 자체가 상대적으로 불리하게 작용함을 전제로 하고 있을 뿐, 임차인을 또다시 자력 있는 집단과 자력 없는 집단으로 나누려는 의도는 찾아볼 수 없다. 헌재는 결정문 서두에서 위와 같이 입법

60) 이종배, “상가임대차 보호법 제정 시급하다”, 월간말 1996년 1월호(민주언론운동협의회), 254-257 쪽. 1995년 11월 7일부터 점포를 비워 달라 요구하는 건물주에 맞서 옥상농성을 벌이던 을유상가 임차인들은 “점포는 곧 생존권”, “주택과 상가는 다르지 않다”고 주장한다.

목적은 밝히고서도 중국에는 이 법에 따라 적용대상에 제한을 두는 것은 타당하다고 결론지었다. 그것이 의식적으로 행해졌건 혹은 무의식적으로 행해졌건, 본질적으로 동일한 집단을 쪼개고 나누어 달리 취급함으로써 집단의 고유한 연대의식을 조각내고 분쇄시키는 모습은 웬지 낯설지 않다.⁶¹⁾

1.2. 적용범위에서 제외되는 임차인의 재산권 침해 여부에 대한 검토

현재는 상가임대차법상 임차권을 헌법에서 인정하는 재산권 보장의 대상으로 파악하고, 그 한계의 기준을 보증금액의 다과로 설정하는 것이 합리적인 재량을 넘어 임차인의 재산권을 침해한다고는 보기 어렵다고 한다.

.....이 사건 제외조항(제2조 제1항 단서)의 목적은 상가임대차법의 적용을 일정 범위의 임대차관계로 한정하고 적용에서 제외되는 임대차관계는 민법상의 일반원칙에 맡김으로써 상충하는 법익 간의 균형을 이루기 위한 것이므로 그 목적의 정당성이 충분히 인정될 수 있다.

앞서 언급한 바와 같이 상가임차인을 나누고 쪼개어 일부는 보호하고 나머지는 시장에 먹이로 던져주는 방식이 상가임차인 보호와 다른 권리주체들의 법익 간에 균형을 도모하는 것이라는 논리는 “시장이 사회 질서를 만들도록 허용”⁶²⁾하는 사회에서나 가능하다. 그러한 사회에서 보증금액의 다과를 기준으로 상가임차인의 경제력을 판단하는 것은 별도의 근거를 필요로 하지 않는 당연한 것일지 모른다. 이어 현재는 오로지 “가능성”과 “전제”에만 의존하여 도출해 낸 보증금액이라는 기준을 정당화한다.

.....어느 정도의 보증금을 감당할 수 있는지가 상가임차인의 경제력을 판단하는 유일한 요소는 아니어도 가장 중요한 요소 중 하나라는 점은 부인할 수 없고, 임대차계약에 의해 명백히 드러난 보증금 액수 외에 어떤 다른 요소가 임차인의 경제력과 명확한 상관관계를 가지며 그 파악이 용이할 것인지 상정하기 어렵다. 따라서 대체로 보증금이 소액인 상가임대차의 경우 임차인이 영세한 상인일 가능성이 크고, 반대로 거액의 보증금이 수수되는 임대차계약의 경우에는 임차인이 비교적 자력이 있는 경우가 많을 것이라는 전제 하에 보증금의 액수를 상가임대차법의 적용 기준으로 선택한 입법자의 판단은 그 합리성이 충분히 인정될 수 있다.....임대인들로 하여금 상가임대차법의 적용을 피하기 위해 차임을 인상하도록 유발하는 측면이 있다고 하여도 이는 일반적으로 제도의 도입에 따라 발생하는 부수적인 현상이므로, 그 현상만을 이유로 이 사건 제외조항(제2조 제1항 단서)의 합리성이 훼손되지는 않으며, 차임은 기본적으로 시장원리에 의해 형성되는 것이지 임대인이 주변의 시세와 경제상황을 고려하지 않고 자의적으로 결정할 수 있는 것도 아니다.

61) 가까이는 무상급식 대상 선정을 둘러싼 논쟁부터, 멀리는 최저임금제 도입이 논의될 시점에 그 적용 범위를 근로기준법상 소정근로자 기간이 짧은 18세 미만자·수습중인 근로자와 직업훈련생, 틈을 받는 직종 등 특수근로형태를 제외하자던 주장들까지 거슬러 올라갈 수 있다. 배무기, “최저임금제의 주요 쟁점”, 노동경제논집 제9권(한국노동경제학회, 1986), 1-9쪽.

62) 다니엘 자모라(Daniel Zamora), “불평등을 비난하면서 원인을 외면한다면?”, 르몽드 디플로마티크 2019년 1월호(르몽드코리아), 12쪽.

시장이 사회 질서를 만들도록 허용하는 사회에서는 어떤 제도의 도입이 법의 적용을 피하기 위한 임대인들의 과도한 차임 인상을 유발하더라도 그것은 단지 “부수적인 현상”으로 취급될 뿐이다. 임대료는 시장원리에 의해서 형성되는 것이라는 신념은 이미 우리 사회의 질서를 만들어가는 것이 다름 아닌 ‘시장’임을 보여준다.

1.3. 직업수행의 자유 및 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부에 대한 검토

현재는 해당 조항들이 상가건물에서의 영업이라는 직업수행행위를 직접적으로 제한하는 것이 아니며, 사적자치에 의해 규율되는 사인 간의 법률관계에서 상가임차인의 계약갱신요구권이나 우선변제권⁶³⁾ 등은 헌법 제34조 제1항에 의한 보호대상이 아니기 때문에 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다고 한다.

자기 소유 건물에서 영업행위를 하는 사람은 이 사건 법률조항들로 인하여 영업행위에 아무런 제한을 받지 않고.....임차하여 영업을 하는 사람은.....그 임대차관계가 상가임대차법의 적용범위에 포함되지 않을 경우에 계약갱신요구권을 행사할 수 없기 때문에 같은 장소에서 지속적으로 영업할 수 있는 가능성은 다소 낮아질 수 있지만, 이는 직업수행의 자유에 대한 간접적이고 사실적인 효과일 뿐이며(헌재 2011. 11. 24. 2011헌바51 참조)⁶⁴⁾, 당사자 사이의 합의를 통해 계약을 갱신하여 같은 장소에서 계속 영업을 하는 데에는 아무런 제한을 가하지 않는다.....헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리일 뿐, 사적자치에 의해 규율되는 사인 사이의 법률관계에서 계약갱신을 요구할 수 있는 권리나 보증금을 우선하여 변제받을 수 있는 권리 등은 헌법 제34조 제1항에 의한 보호대상이 아니므로, 이 사건 법률조항들이 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

상가건물을 임차하여 영업을 하고자 하는 상가임차인에게 있어 그것이 불가능해지는 상황을 직업수행행위의 직접적 제한이 아닌 ‘간접적이고 사실적인 효과’에 불과하다고 판단하는 것은, 결국 임대인이 요구하는 만큼 임대료를 인상해주고 계속 같은 장소에서 영업을 하거나 그게 역을하다면 건물주가 되면 될 것 아니냐는 것으로 “빵이 아니면 과자(혹자는 케익이라고, 또 혹자는 고기라고도 하지만)를 먹으라”는 말과 같다. 또한 전 재산을 투자해 마련한 삶의 터전, 즉 생존권이 달려 있는 상가에서 쫓

63) 헌법소원심판 대상인 법률조항은 구 상가임대차법(2009. 1. 30. 일부 개정된 법률 제9361호 및 2010. 5. 17. 일부개정된 법률 제10303호) 상의 조항들로 당시에는 환산보증금 초과 상가임대차의 경우 상가임차인의 계약갱신요구권과 대항력, 우선변제권 보장에서 모두 제외되고 있었다. 이후 제8차 개정(2013. 8. 13. 일부개정)과 제9차 개정(2015. 5. 13. 일부개정)을 통해 제2조 제3항이 신설 및 개정되면서 계약갱신요구권과 대항력, 권리금 회수 기회 보호, 차임연체와 해지, 표준계약서 작성 등에 관한 규정은 환산보증금 초과 상가임대차에까지 확대되었다.

64) 도로교통법(2005. 5. 31. 법률 제7545호로 개정된 것) 제63조(통행 등의 금지)의 자동차(이륜자동차는 긴급자동차에 한한다)외의 차마의 운전자 또는 보행자는 고속도로 등을 통행하거나 횡단해서는 안 된다는 규정이 배달업자인 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구한 사안에서 다수의견은 이 사건 법률조항으로 청구인의 배달업에 지장이 있다 해도 이는 간접적·사실상 효과에 불과하여 직업수행의 자유에 대한 제한이 아니라고 판시했다.

겨나지 않을 권리를 보장해달라는 요구, 최소한 전 재산이나 다를 바 없는 보증금이
라도 우선적으로 돌려받을 권리를 보장해달라는 요구가 어째서 ‘최소한의 물질적인
생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리’에 해당하지 않는지 의문이다. 아
래에서 보는 바와 같이 현재는 이러한 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있고,
이 경우 그 의미와 내용을 확대하거나 위헌심사의 강도와 밀도를 높여 계층 간 격차
와 갈등을 줄여감으로써 사회통합에 기여해야 함을 설시한 바 있다.⁶⁵⁾

현대사회에서 노사갈등, 계층갈등, 세대갈등, 남녀갈등, 이념갈등, 지역갈등이 심화·확대되
고 세분화·고정화 되면서 인간의 존엄과 가치 그리고 행복이 심각하게 위협받는 상황에서
는 사회보장영역에서 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의
유지에 필요한 급부의 의미와 내용을 확대하거나 이에 대한 위헌심사의 강도와 밀도를 높
여 나감으로써 사회적 기본권의 보장을 강화하고 실질화하여 계층간 격차와 갈등을 줄여감
으로써 사회통합에 기여할 수 있을 것이다.....⁶⁶⁾

주택임대차와 상가임대차를 구분하여 달리 취급하고, 또 다시 상가임차인의 자력
여부에 따라 구분하여 달리 취급하고자 한다면, 과연 보증금 5억에 월차임 500만 원
을 지불하는 주택임차인과 보증금 4억에 월차임 500만 원을 지불하는 상가임차인은
헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 보장받고, 보증금 5억에 월차임 500만 원
의 상가임차인은 보장받을 수 없는 이유는 무엇인지 보다 명확한 근거를 제시할 수
있어야 한다.⁶⁷⁾ 심지어 현재가 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리에 해당하
지 않는다고 했던 계약갱신요구권은 2013년 제8차 개정으로 모든 상가임대차에 적용
되게 되었다.

1.4. 소결

상가임대차법의 입법목적은 임대차관계에서 상대적으로 약할 수밖에 없는 임차인의
교섭 상 지위를 규범적으로 강화시키는 데 있음을 명백히 밝히고 있다. 현재의 논리
대로 법익의 균형을 이루기 위한 수단이라고 한다면 오히려 자력 없는 임대인을 보호
하는 조항을 추가로 신설해야 한다는 주장으로 이어지는 것도 가능해진다.⁶⁸⁾ 임차인

65) 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254. 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로
부상 등이 발생한 경우만 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목의
조항이 평등원칙에 위배된다고 판단하고 헌법불합치 결정을 하였다. 사회보장영역에서의 사회보장수
급권으로서 산재보험수급권에 대한 판단이었으나 헌법상 재산권은 공사법상의 모든 재산적 가치 있는
권리를 포함한다는 점에서 상가임대차법의 적용범위에 대한 판단에 있어서도 시사하는 바가 크다.

66) “비해택근로자에게도 재산권성 인정의 요건이 되는 사적 유용성, 수급자의 상당한 자기기여, 생존보
장에 기여라는 표지는 모두 갖추어져 있으므로.....그 심사의 강도를 좀 더 높일 필요가 인정된다고
할 것”이라고 한다. 필자의 판단으로 이 세 가지 표지는 상가임차인에 적용하더라도 그 인정 가능성
이 충분하다.

67) 문종면/문성제, “주요 국가들의 입법례를 통한 상가건물임차인 보호 방안”, 72쪽에서도 “환산보증금
으로 영세상인 여부를 가릴 근거가 없다”고 주장한다.

68) 김영두, “영국의 점포임차인 보호법제의 변천이 주는 시사점”, 238쪽. 점포임차인 보호의 문제는 시
장상황의 변화를 고려해야 하며, 임대인들의 수익권 보장을 위해 “어느 정도 점포임차인 보호를 위한

의 교섭력을 뒷받침하고자 만든 법에 임대인의 권한을 강화시키는 조항을 끼워 넣는 것을 가능하게 하는 요인은 무엇인가? 임차인, 특히 ‘영세한’ 임차인을 ‘보호’한다는 식의 논리에 빠지면 위와 같은 일들이 가능해진다. 임차인 집단에 대한 분리는 임대인과 임차인 간의 대립뿐 아니라 영세한 임차인과 자력 있는 임차인 간의 대립도 조장한다. 초점은 영세한 임차인이 아니라 ‘임차인’ 그 자체에 맞춰져야 하고, 적어도 그 집단 전체에는 산술적·절대적 평등이 기준으로 작용해야 한다. 영세함이라는 것은 그들이 가진 고유한 개성이나 존중받아야 할 차이점이 아니라 사회 구조적인 불평등의 결과이며, 분배를 통해서만 격차를 줄일 수 있는 불가피한 현실이 아니라 시장에 대한 맹신을 버림과 동시에 깨어질 수 있는 공상일 뿐이다. “일부 패를 다시 돌리는 데” 그칠 것이 아니라 이제 “게임의 법칙” 그 자체를 바꾸어야 한다.⁶⁹⁾

2. 사적 자치에 대한 과도한 제한인가

80~90년대 민법의 기초이념에 관하여 공공복리를 최고의 실천원리 내지 행동원리로 파악하는 입장⁷⁰⁾과 사적 자치를 인간 존엄과 가치 보장을 위한 유일한 수단으로 파악하는 입장⁷¹⁾의 첨예한 대립이 보여주듯이 사적 자치의 위상을 어떻게 정립할 것인가하는 것은 정치·경제이념과 맞물려 중요한 논쟁거리였다. 오늘날은 대체로 사적 자치가 민법의 가장 중요한 기본원리라는 점에는 대체로 일치하되,⁷²⁾ 사적 자치와 그 한계에 대한 논쟁으로 그 논점이 이동하고 있다.

토지나 건물은 자본주의 시장경제사회에서는 하나의 상품으로서 시장에서 자유로운 교환을 통해 공급된다는 원칙은 매매시장뿐 아니라 임대차시장에서도 마찬가지이다.⁷³⁾ 따라서 임대차 계약에서의 대가인 임대료에 대한 규제는 곧 임대차시장에서 ‘정당한 가격’을 설정할 수 있는가의 문제로 이해할 수 있다. 사적 자치를 중요시하는 입장에서는 개개인 각자가 자기 이해를 추구하여 자유로운 계약에 기초한 교환관계를 형성하는 사회가 가장 조화롭고 이상적이라고 여기기 때문에 한 사회에 있어서 재화

법적용을 회피할 수 있는 방안을 마련할 필요는 있다.”고 주장하면서 점포단기임대 보장과 대규모점포관리자가 유통산업발전법의 관점에서 점포임차인 보호법제를 회피할 수 있는 길을 열어줄 것을 제안한다; 이진기, “사적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 100쪽에서는 권리금의 법제화를 두고 상가임차인 보호가 도를 넘었다고 표현한다; 앞서 살펴보았듯이 실제로 박근혜 정부 시절 상가임대차법을 두고 임대인에 대한 역차별이라는 주장들과 함께 2013년 제8차, 2015년 제9차 개정을 통해 차임 3기 연체 시 임대인이 계약을 해지할 수 있도록 하는 조항(제10조의8)이 신설되었고, 기존에는 권리금 보호 대상이었던 전대차를 그 대상에서 제외하는 내용의 개정(제13조 제1항)이 이루어졌다.

69) 다니엘 자모라(Daniel Zamora), “불평등을 비난하면서 원인을 외면한다면?”, 13쪽. 불평등을 자유주의경제에 따르는 문제로 인식하고 빈부 격차 감소를 통해 평등을 이룰 것이 아니라 시장에 대한 의존성, 즉 불평등의 원인인 메커니즘에 대한 의존성을 줄일 것을 주장하면서 “위대한 이상의 힘은 단지 일부 패를 다시 돌리는 데 있는 게 아니라, 게임의 법칙을 바꾸려는 데 있다”고 표현한다.

70) 박윤직, 민법총칙(박영사, 2000), 55-65쪽.

71) 이영준, 민법총칙(박영사, 1995), 98쪽.

72) 사적 자치의 원칙에 대한 민법학계 및 헌법학계 각각에서 학설과 대법원 판례의 흐름 등을 정리하고 사적 자치와 관련하여 현재와 대법원 모두가 다루었던 개별 사례들을 검토한 최근 논문으로 김동훈, “사적 자치의 원칙의 헌법적·민사법적 의의: 현재 결정례와 대법원 판례의 비교·분석을 중심으로”, 법학논총 제30권 제3호(국민대학교 법학연구소, 2018), 41-85쪽.

73) 吉田克己, 市場・人格と民法學(北海道大學出版會, 2012), 161쪽.

나 용역에 대한 ‘정당한 가격’이란 기준은 존재하지 않는다고 한다.⁷⁴⁾ 과연 ‘정당한 가격’이란 존재하지 않는가?

2.1. 사적 자치와 ‘정당한 가격’에 관한 논쟁 사례들

대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜왔고, 현재에도 그 타당성을 인정하고 있는 변호사 보수 청구 제한의 법리⁷⁵⁾는 곧 재화나 용역에 ‘정당한 가격’이 존재함을 의미한다. 이에 관한 최근의 대법원 전원합의체 판결에서 다수의견은 신의칙과 형평의 관념에 반하는 특별한 사정⁷⁶⁾이 있다고 판단되는 경우에 예외적으로 보수 제한의 필요성을 인정하고 있다.⁷⁷⁾

한편, 입법부와 사법부는 이자제한법의 부활⁷⁸⁾이나 부동산중개업법상 법정수수료 규정, 최저임금제 도입 등을 통해 이미 사적 자치의 영역에 속하는 것이라도 재화나 용역에 대한 사회의 합의된 기준을 현저히 벗어나는 계약은 무효임을 확인한 바 있다. 먼저, 1998년 이자제한법 폐지 법률이 기본권 제한 규정이라 주장하며 제기한 헌법소원심판에서 현재는 “국민의 사적자치권 또는 계약의 자유에 대한 제한을 경감하거나 제거하였다고 할 것이지, 이로써 오히려 국민의 기본권을 제한하는 것이라고 할 수 없다.”⁷⁹⁾고 판단했으나 2007년 입법부는 사채업의 폐해를 해결할 수 없다는 인식하에 이자제한법을 부활시켜 ‘이자’의 적정한 최고한도를 정하고 있다. 또한, 법정수수료를 규정하고 있는 구 부동산중개업법 제15조 등이 위헌이 아니라는 2002년 현재의 결정은 부동산중개수수료의 정당한 가격은 ‘누구나 부동산시장에 접근할 수 있을 만큼의 가격 수준’이어야 한다는 기준을 제시한다.⁸⁰⁾ 그리고, 1986년 제정된 최저임

74) 김동훈, “사적 자치의 원칙의 헌법적·민사법적 의의: 현재 결정례와 대법원 판례의 비교·분석을 중심으로”, 44쪽.

75) 보수에 관하여 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 약정 보수액 전부를 청구할 수 있는 것이 원칙이지만 신의칙이나 형평의 관념에 반하는 특별한 사정이 있다면 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있고, 이러한 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유 원칙에 대한 예외를 인정하는 것으로 법원이 합리적인 근거를 명확히 밝혀야 한다는 법리를 말한다.

76) 대법원 2018. 5. 17. 2016다35833(전). 신의칙과 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는지를 판단하는 기준으로 “의뢰인과의 평소 관계, 사건 수임 경위, 사건처리 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정”을 들고 있다.

77) 그러나, 일부 대법관은 이 법리에 동의할 수 없으며, ‘적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액’이란 모호하고 불확정적이라고 지적하고, 나아가 최근 법무사와 중개사의 보수, 신탁회사의 신탁보수 등에 대해서도 그 보수의 감액을 인정하며 위임계약 일반으로 법리가 확장되는 추세는 앞으로 매매계약의 매매대금, 임대차계약의 차임 등 모든 계약에서 대금의 감액을 인정하는 데까지 확장될 것이라 우려하였다. 대법원 2018. 5. 17. 2016다35833(전).

78) 1997년 외환위기 직후 비정상적인 고금리시기에 IMF의 고금리 정책 권고를 배경으로 1998년 1월 13일 폐지되었으나, 사채업의 폐해를 해결할 수 없다는 인식하에 2007. 3. 29. 법률 제8322호로 다시 제정되어 같은 해 6월 30일부터 시행되었다.

79) 현재 2001. 1. 18. 2000헌바7(전).

80) “.....많은 수수료를 줄 수 없는 일반서민은 부동산시장에의 접근 자체가 봉쇄되고, 결국 가진 자만이 부동산시장에 접근을 할 수도 있게 된다. 물론 부동산시장에서 더 높은 가격을 제시하는 자가 부동산에 대한 권리를 취득하는 것은 사적 자치의 원칙상 어쩔 수 없는 일이라고 할지라도 최소한 부동산시장에 접근하는 기회는 보다 많은 국민에게 되도록 넓게 부여하는 것이 부동산의 불충분한 공급실정에 비추어 필요하다고 할 것이다.....”, 현재 2002. 6. 27. 2000헌마642 등.

금법 제1조는 “임금의 최저수준을 보장하여 근로자의 생활안정과 노동력의 질적 향상”을 목적으로 한다. 이는 비록 노동에 대한 ‘정당한 가격’을 보장하고 있지는 않지만 매년 사회적 합의를 거쳐 노동의 대가에 대한 최소한도라도 설정하려는 시도로 이해할 수 있다.

영업활동으로 생계를 이어가는 비율이 갈수록 높아지고 있는 오늘날 상가임차인들이 삶의 터전을 지킬 수 있도록 보장하는 것은 근로자들에게 해고당하지 않을 권리를 보장하는 것과 다르지 않다. 상권이 살아남에 따라 지가가 상승했다면 그것은 상가임차인들의 노력이 투여된 결과이며, 단지 소유하고 있다는 이유만으로 임대인이 지가를 반영한 높은 임대료 수익을 가져가는 것은 부당하다. 지가가 오를수록 임차인들로부터 임대인에게로 이전하는 불로소득의 크기는 증가할 수밖에 없고 임차인에게 돌아오는 건 축출뿐이다. 오로지 소유권만으로 타인의 몫을 착취할 수 있다는 것은 소유권의 대상이 되는 물건을 매개로 타인을 노예화하는 것과 같다.⁸¹⁾ 봉건사회에서 노예는 재산의 일부로서 주인으로부터 관리와 보호라도 받을 수 있었지만, 오늘날의 자유시민들은 오랜 착취 끝에 결국 내쫓기는 가혹한 상황에 처해 있다. 따라서 상가임대차계약에 있어서 ‘정당한 가격’이란 이념은 반드시 필요하다. 또한 앞의 사례들을 통해 이것이 가능하다는 것도 보았다. 이하에서는 계약법이론상으로도 ‘정당한 가격’은 정당함을 논증한다.

2.2. 계약법의 역할로서 ‘정당한 가격’의 이념화

사적 자치를 중시하면서 개인의 의사에 절대적인 의미를 부여하는 측은 계약이 당사자의 의사합치만으로 법률효과를 발생시킨다고 주장한다.⁸²⁾ 누가 누군가와 어떠한 방식으로 어떤 내용의 ‘약속’을 하는가는 그의 완전한 사적 자치의 영역에 속한다. 그러나, 당사자의 의사합치는 일종의 ‘약속’에 지나지 않는다. 그 ‘약속’에 강제력이라는 법률효과를 부여해 ‘계약’이라는 법률관계를 형성하도록 승인하는 것은 바로 ‘법질서’이다.⁸³⁾ 따라서, 계약에 강제력을 부여하는 것, 즉 계약 구속력의 근거는 그러한 법질서를 허용하고 있는 계약법에서 찾을 수 있다.⁸⁴⁾

81) 필자로서는 사법상의 재산권과 관련하여 이 지점에서 많은 고민이 시작되지만 앞서 언급했듯이 이 부분에 대한 연구는 이후의 과제로 남겨 두기로 한다.

82) 이진기, “사적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 96쪽에서는 “채권의 구속력은 채권관계를 체결한 당사자의 의사를 직접원인”으로 한다고 주장한다.

83) “계약은 그 자체로 충분하지는 않지만, 사회에 기원을 둔 계약규제(une réglementation du contrat qui est d'origine sociale) 덕분에 가능한 것이다.....다음으로 계약은 그것이 규정되어야 할 특정 조건들에서만 구속력(le pouvoir de lier)을 가지고, 또 그래야만 하기 때문이다. 만약 원칙적으로 사회가 의무적 강제력을 계약에 부여한다면, 그것은 일반적으로 미리 법조항에 유보된 개별 의사의 합치가 사회적 기능들의 조화로운 협력(le concours harmonieux des fonctions sociales diffuses)을 보증하기에 충분하기 때문이다.”, Émile Durkheim, *De la division du travail social: Étude sur l'organisation des sociétés supérieures*(1893)(Reprinted in: Kessinger Publishing, 2010), 235쪽.

84) 流王貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 社會學評論 제63권(日本社會學會, 2012), 413-414쪽. 류오 타카요시(流王貴義)는 뒤르켐이 주장하는 ‘계약에 구속력을 부여하는 수동적 역할에 머무르지 않고, 개별 계약에 대하여 적극적인 역할을 하는 사회적 규

그렇다면 이제 계약법은 계약에 구속력을 부여하는 수동적인 역할을 넘어 어떠한 계약에 구속력을 인정할 것인가라는 보다 적극적 역할을 고민해야 한다.⁸⁵⁾ 이 지점에서 계약법은 ‘정당한 가격’이라는 이념과 연결된다. 앞서 사적 자치와 ‘정당한 가격’에 대한 논쟁사례들(Ⅲ-2-2.1.)로 보았듯이 정당한 가격이 아니라고 판단될 경우 당사자의 의사합치는 사적 자치 하에서도 구속력을 부여받지 못한다. 그러한 계약에서 구속력이 부정되는 이유는 ‘당사자의 의사’의 문제가 아니라 계약 당사자에게 초래되는 ‘부당한 결과’ 때문이다.⁸⁶⁾ 어떤 사회든 대략적으로나마 재화나 용역에 대한 정상적 가치를 정하는 기준이 존재하고, 그러한 기준은 계약의 정당성을 판단하는 척도이다. 따라서 재화나 용역의 대가가 정당한 가치보다 높은 가격에 합의되는 경우에 계약법은 그것을 정당한 계약으로 승인해서는 안 된다.⁸⁷⁾⁸⁸⁾

2.2.1. 반박가능성1 : ‘정당한 가격’은 모호하고 불확정적이다

이쯤에서 개인의 자유의사를 절대시하는 입장에서는 정당한 가격이라는 것이 모호

정(規整)’이라는 것이 바로 ‘계약법’이라 주장한다.

85) “어떤 경우에도 사회의 역할을 수동적으로 계약을 집행하는 것에 한정할 수 없다. 어떤 조건에서 집행력이 있는지를 판단하고, 필요에 따라 일반적인 형태로 계약을 회복시키는 것 또한 마찬가지이다. 당사자들 간의 합의는 그 자체로 정당하지 않은 계약조항을 정당하게 회복시킬 수 없고, 비록 이해관계 당사자들이 동의했다 하더라도, 사회정의를 위반을 경고해야 하는 정의규범(règles de justice)들이 있다.”, Émile Durkheim, *De la division du travail social: Étude sur l'organisation des sociétés supérieures*, 235-236쪽; 계약법의 역할이란 “대략 계약이기만 하면 구속력이 인정된다는 의미는 아니고, 구속력이 보장되어야 할 계약이란 어떤 것인가, 또 보장되는 구속력이란 어떤 것인가”를 정하는 것. 大村敦志, 消費者法(제2판)(有斐閣, 2003), 53쪽; 이 부분은 流王 貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 419-420쪽 주11)에서 재인용; 근대 계약법에서는 원칙적으로 양당사자의 합의만이 그 정당화의 근거로 되기 때문에 그러한 법률에서 중요한 것은 합의의 내용이 아니라 합의의 프로세스(process)이고, “근대계약법에서는 「자유에 충실하게 결정된」 합의의 프로세스(process)를 확보하기 위한 규정이 양적으로 다수를 점하며 중시되고 있다”고 비판한다. 星野英一, 契約思想・契約法の歴史と比較法, 岩波講座基本法學4(岩波書店, 1983), 23쪽; 이 부분은 流王 貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 419-420쪽 주11)에서 재인용.

86) “It is therefore not the amount of a greater or lesser freedom that matters,.....It arises from the consequences that an obligation thus formed inevitably brings upon the contracting party.”, Emile Durkheim, Cornelia Brookfield 옮김, *Professional ethics and civic morals*(1958)(Reprinted in: Forgotten Books, 2015), 206-207쪽. 밑줄은 필자의 것.

87) “정당한 계약(just contract)은 단순히 자유롭게 동의된 명시적 강제 없는 계약이 아니라 재화와 용역이 정당한 가치(at the true and normal value, in short, at the just value)에 교환되는 계약이기도 하다.....우리는 계약이 동의에 의해 이루어져야 한다는 것뿐 아니라 계약 당사자들의 권리를 존중하는 것도 필요하다. 첫 번째 권리는 재화와 용역이 정당한 가격이 아니면 주어져서는 안 된다는 것이다. 우리는 ‘사자의 몫(the lion's share)’을 담고 있는 계약, 즉 일방 당사자를 희생시키고 다른 당사자에게 부당하게 유리한 계약을 승인하지 않는다. 따라서 사회는 이런 계약을 강제해선 안 된다”고 주장하고, 사회가 고리계약(the contract of usury)을 인정하지 않고, 최저임금(to fix a firm minimum wage)을 보장하는 것을 예로 들면서 표면적으로는 실제적인 강제 없이 자발적으로 동의한 계약으로 보이더라도 모두 유효하고 공정한 계약은 아니라고 한다. Emile Durkheim, *Professional ethics and civic morals*, 211-213쪽.

88) 김서기, “배분적 정의와 경제적 효율성 관점에서 본 한국에서의 주택임대차 계약 통제”, 법학연구 제18권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2010), 179-200쪽에서도 사법이 계약 공정성을 평가해서는 안 된다는 원칙은 오늘날 유효하지 않다고 주장하며 한 사회에서 법은 사회적·경제적 연대를 구성하는 본질적 요소가 된다고 한다.

하고, 불확정적일 수밖에 없다고 반박할 수 있다.⁸⁹⁾ 그러나 어떠한 사회든 재화나 용역의 가치에 대한 대략적 판단기준을 가지고 있다. 평당 2,200만 원으로 보상이 이루어진 토지를 평당 7,000만 원에 매도할 때 우리 사회가 ‘알박기’라 비난하고 대법원이 ‘불공정’하다고 판단하는 것은⁹⁰⁾, 비록 모든 재화나 서비스의 가치가 수치화되어 명확히 공시될 수는 없지만, 평균적이라고 여기는 수치에 대한 그 사회의 의견들이 존재한다는 것을 말한다. 그러한 사회의 의견들을 반영하여 세부적인 기준을 어떻게 마련할 것인가는 구체적이고도 실제적인 수많은 요소들을 반영하고, 수많은 시행착오를 거쳐 도출되는 정치적·경험적 차원의 문제이다. 이 문제에 관한 한 우선적으로 전제되어야 할 것은 ‘정당한 가격이 존재한다’는 명제 그 자체이다. 이 명제를 건너뛰고 ‘도대체 얼마가 정당하냐’라는 논쟁으로 바로 논점을 옮겨가선 안 된다.⁹¹⁾

2.2.2. 반박가능성2 : 사적 자치 또는 계약자유원칙에 대한 침해다

이제 개인의 자유의사를 절대시하는 입장에서는 설령 정당한 가격이 존재하고 그 기준을 설정할 수 있다고 해도, 개인의 자유로운 의사에 따라 자발적으로 맺어진 계약에까지 그것을 적용할 수는 없다고 반박할 것이다. 늘 그렇듯 최후에는 사적 자치, 자유 등의 관념으로 방어하기 때문이다.⁹²⁾ 앞서 주장했듯이 사적 자치나 자유라는 개념들은 그 자체로 법률관계를 형성할 수 없다. 계약법이라는 관문을 통과한 자유의 결과물들만이 유효한 법률효과를 발생시킨다. 이유는 간단하다. 계약법이 상정하는 자유는 일반관념으로서 경제학자들이 말하는 자유와는 다르다.⁹³⁾ 계약법이 상정하는 자

89) 이진기, “사적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 99쪽에서는 사법의 사회적 임무가 무엇이며 사회적 인 가치가 민법전에 작용하는 방식 등을 고민하는 것에 대해 “이때 ‘사회적’은 불확정의 개념으로서 보통 단어가 가진 뜻을 넘어 현재 존재하지 않으나 이루어지기를 바라는 것의 의미로 사용되는 경향이 뚜렷하다”고 한다; 앞서 변호사 보수 청구 제한의 법리에 대한 판단에 있어서도 이 법리에 반대하는 대법관들은 그 이유 중 하나로 ‘적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액’이란 모호하고 불확정적이라는 점을 들고 있다. 대법원 2018. 5. 17. 2016다35833(전). 그러나, 필자가 볼 때 개인의 의사가 곧 사적 자치의 핵심이라 주장하는 이들이 “현재 존재하고 뺏기기 싫은 무언가를 지키고자” 할 때 주로 사적 자치, 계약자유라는 단어를 사용하는 경향이 강하게 나타난다.

90) 대법원 2010. 7. 15. 2009다50308.

91) 모든 시대와 사회에는 교환되는 물건의 가치와 제공되는 서비스의 가치에 대한 모호하면서도 한편으로는 선명한 감각(sense)이 존재하고, 정해진 요금표(tariff)는 없지만 적어도 대략적으로나마 정상적 가치(normal value)를 정하는 의견 상태(a state of opinion)가 존재한다는 것, 즉 일정한 순간에 진정한 가치(true value)를 표현하는 진정한 가격(true price)으로 간주되는 평균적 수치(average figure)가 있다고 주장하면서, 이 가치 척도에 어떻게 도달하는지는 관심사가 아니고 이 척도가 분명 실제적인 척도라는 것, 교환의 공정성을 판단할 수 있는 기준(touchstone)이라는 것이 중요한 진실이라고 한다. Emile Durkheim, *Professional ethics and civic morals*, 211-212쪽.

92) 앞의 주89) 참고. 이진기, “사적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 97쪽. 계약자유원칙은 특별한 보호이익이 인정될 때에만 제한될 수 있으며, 문제는 제한의 방법과 범위, 정도에 있다는 전통적 계약관념을 주장한다. 그러면서도 저자는 특별한 보호이익이 인정되는 경우로 차임증액청구권과 임차권의 보장을 들고 있다.

93) 류오 타케요시(流王貴義)는 뒤르켐이 경제학자가 자유의 특성을 잘못 설정하고 있다고 비판했음을 전한다. 경제학자는 자유를 인간본성에서 유래하는 특성, 개인의 관념에서 논리적으로 도출되는 특성이라고 오해하여, 자유는 사회가 아닌 자연상태에서 완전해진다는 오류에 빠지고, 자유와 사회를 대립시키는 잘못을 범하여 모든 규정을 강제적 산물로 속단해버린다는 것이다. 流王貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 418쪽.

유란 개인의 인간본성으로부터가 아니라 사회로부터 도출된 것이다. 따라서 사회가 규정하는 계약법을 강제적 산물이나 통제로 여기지 않는다. 계약법이 상정하는 자유는 항상 일반관념으로서의 자유에 포함되는 반면 경제학자들이 말하는 자유가 항상 계약법이 상정하는 자유인 것은 아니다. 이 둘의 관계를 도식화 하면 다음의 <그림1>과 같다.

<그림1> 계약법이 상정하는 자유와 일반관념으로서 자유의 관계



따라서 어떤 사회에서 계약법이 계약 당사자 간 교섭력의 불균형을 묵과하고 있다면, 표면적으로는 자유로운 합의에 기초한 계약이라고 하더라도 실질적·사실적 강제가 작용할 수밖에 없기 때문에 유효한 계약으로 인정되어서는 안 된다. 즉, 정당한 계약이란 자유롭게 합의되기만 하면 되는 것이 아니라 착취가 없는 계약을 의미하고, 여기서 ‘강제’는 단순한 물리적·신체적 강박만이 아니라 정신적인 강박까지도 포함하는 것으로 이해되어야 한다. 마찬가지로 ‘정당한 가격’이 보장되지 않는 계약은 마치 자발적인 동의에 의한 것처럼 보이더라도 그 속에는 실질적·사실적 강제가 녹아들어 있는 것이다.⁹⁴⁾

94) 뒤르켐은 물리적·신체적 강박(violence)만이 아니라 정신적인 강박(menace)까지 포함하여 ‘실질적 강제’ 혹은 ‘사실상의 강제’로서 강박의 개념을 넓게 파악하고 계약에서 합의의 하자를 검토하면서 실질적 강제가 개재한 계약으로 노동계약을 든다. 노동계약의 당사자인 노동자는 그 계약을 체결하지 않으면 생활이 되지 않기 때문에 설령 표면적으로는 자유로운 합의에 기초해 계약이 체결되었다고, 실질적으로는 생명과 맞바꾸는 상태가 되어 간접적인 강박이 행해지고 있다고 한다. 이처럼 뒤르켐의 문제의식은 계약에 대한 사회의 적극적인 개입 없이는 교섭력 약한 존재의 어떤 자유도 보장 받을 수 없기 때문에 계약법에 의한 규정(規整), 사회의 적극적인 개입을 통해 교섭 불균형을 시정할 필요가 있겠다는 것이었으며, 바로 이것이 오늘날 계약법이 수행해야 할 적극적 역할이라고 설명한다. 流王 貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 417-418쪽; 호시노 에이이치(星野英一)도 이와 같은 취지로 계약당사자 간에 사실상의 불평등이 존재하는 경우 “사회적·경제적으로 우위에 있는 당사자가 일방적으로 미리 결정하고, 상대방은 이것을 전면적으로 인정하여 계약하지 않을 수 없다. 상대방은 그것이 싫으면 계약을 하지 않을 자유는 있지만 생활에 필요한 계약이라면, 사실상 계약할 수밖에 없다”고 지적한다. 星野英一, “私法における人間: 民法財産法を中心として”, 芦部信喜 엮음, 岩波講座基本法學1(岩波書店, 1983), 152쪽; 이 부분은 流王 貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 421쪽 주)19에서재인용; 유사한 인식으로 계약법 영역에서 자유를 공화주의 전통으로부터 유래한 비지배의 자유로 이해하는 글로 Gillian Demeyere, “Discrimination, Freedom, and the Limits of contract”, *International journal of discrimination and the law*, vol. 10, (2009), 228쪽; 질리언 드메이어(Gillian Demeyere)의 주장을 토대로 계약자유원칙은 ‘불간섭’이 아닌 ‘비지배의 자유’임을 주장하는

2.3. 소결

계약에 구속력을 부여하는 사회적 규정, 그것은 바로 계약법이다. 계약은 ‘당사자의 의사합치’만으로 효력을 발생하는 것이 아니라 반드시 법질서의 승인을 필요로 하고, 우리 사회의 법질서는 이자제한법, 부동산중개업법상 법정수수료 규정, 최저임금제의 규정을 위반하는 계약과 같이 당사자가 자발적으로 ‘부당한 결과’를 야기하는 계약을 했다고 해도 구속력력을 부여하지 않는다. 모든 사회에는 재화나 용역에 대한 정당한 가치에 대한 감각이 존재하고, 그 감각은 계약의 정당성을 판단하는 척도가 된다. 교환되는 하나의 가치가 다른 가치보다 떨어진다는 것은 특권적 개인이 다른 누군가를 희생시킬 때에만 가능하다.⁹⁵⁾

계약법이 ‘정당한 가격’을 이념화한다면 임차인에게 있어 상가임대차법상 임대료 규제는 부당한 결과를 막아주는 최소한의 장치가 된다.⁹⁶⁾ 계약법이 참가자의 대등한 교섭력을 보장하지 않고, 결과의 공정성을 담보하지 않는다면 계약은 곧 일종의 게임이 되고, 계약의 결과는 늘 ‘승자’의 승리로 돌아가게 될 것이다. 매정한 승자는 패자의 고통을 모른 척 할 수도 있고, 자비로운 승자는 패자 중 일부를 선별하여 (원래는 패자의 몫이었던) 자신의 전리품을 일부 나누어 줄 수도 있다. 그러나 계약법이 당사자의 교섭력을 보다 정교하게 조정하고, 계약이행의 결과로서 ‘정당한 가격’을 담보한다면, 각자 배분받은 패에 따라 누군가는 보호대상으로 ‘선별’되고 누군가는 약육강식이 지배하는 시장으로 ‘축출’되는 일은 일어나지 않는다. 따라서, 상가임대차법은 상가임차인과 임대인 간 대등한 교섭력을 확보하고, 임대료 규제를 통해 ‘정당한 가격’을 설정하여 계약법의 적극적인 역할을 수행해야 한다.⁹⁷⁾

IV. 민주주의 발현형식으로서 계약법의 역할

글로 최한미, “계약자유원칙에 대한 비판적 연구: 상대방선택의 자유를 중심으로”, 인제대학교 법학석사학위논문(인제대학교, 2014), 81-96쪽.

95) 일방은 원하는 조건이 아니면 계약을 체결하지 않을 수 있더라도, 상대방에게 있어서 그것이 살기 위해 뭔가를 얻기로 하는 계약이라면 그는 계약을 거절할 수 없고, 그저 양보하고 정해지는 것에 따를 수밖에 없다고 한다. Emile Durkheim, *Professional ethics and civic morals*, 213쪽.

96) 뒤르켐은 계약의 상호성(the reciprocity of contracted services)을 보장하는 기본조건으로서 계약 당사자들의 무기를 가능한 한 대등하게 하고, 재화나 용역이 동일한 가치로 교환되게 한다면 그 결투에서는 “승자도 패자도 없을 것이다(there will be neither victor nor vanquished)”라고 한다. Emile Durkheim, *Professional ethics and civic morals*, 213쪽. 계약은 승부를 가리는 게임이나 결투가 아니라 공정함을 전제로 사회의 각 부분을 유지하고 조화를 이루기 위해 행해지는 사회적 작용이다. 만약 누군가 계약을 통해 이득을 얻고자 한다면, 그는 곧 불법행위를 저지르는 것과 같다.

97) 이러한 사고는 현재가 밝힌 상가임대차법의 입법목적과도 일치한다. “임차인의 교섭지위를 규범적으로 강화시킴으로써 실질적 계약자유 내지 사적자치 실현의 전제조건을 확보하고, 공정한 계약의 형성 내지 법적 정의의 실현을 담보하고자 하는 것 역시 상가임대차법의 주요한 입법목적이다.”, 헌재 2014. 3. 27. 2013헌바198.; 이것은 <표1>에서 4단계 핵심단어로 ‘상생협약’이 등장한 것을 통해서도 입증된다.

계약법 영역에서 상가임대차법의 편재는 곧 상가임차인들을 위한 법의 부재이다. 그 결과는 임차인들을 생활터전으로부터 그리고 이웃과 사회로부터 축출하는 현상으로 나타나고 있다. 이러한 현상에 계약법이 민감하게 반응하지 않는다면, 특정집단에 가해지는 분리와 축출은 가속화되어 결국 사회 모든 영역의 연대를 분쇄시키고 말 것이다.

계약에 강제력을 부여하는 것은 계약법이다. 계약법은 계약에 구속력을 부여하는 수동적인 역할을 넘어 어떠한 계약에 구속력을 인정할 것인가라는 보다 적극적 역할을 고민해야 한다. 따라서, 필자는 사회적 규정으로서 계약법의 적극적인 역할을 다음의 두 가지로 제시한다.

첫째, 계약법은 계약 당사자의 대등한 교섭력 확보를 위한 조건을 형성해야 한다.

둘째, 계약법은 재화와 용역의 사회적 가치가 균형을 이루도록 ‘정당한 가격’을 이념화해야 한다.

사회의 모든 재화나 용역에는 ‘정당한 가격’이 존재한다. 비록 정당한 가격이라는 것의 정확한 수치를 제시할 수는 없다고 하더라도 그것이 존재한다는 확신과 그것을 밝히기 위해 사회가 겪게 되는 수많은 시행착오의 과정, 각자의 의견들을 보고, 듣고, 조율하는 과정, 그 자체로 큰 의미를 갖는다. 그것은 시행착오의 과정에 투여되는 사회적 비용의 많고 적음의 문제로 치환할 수 있는 성질의 것이 아니다. 우리가 민주주의를 돈과 맞바꾸지 않는 것과 같은 이치다. 사회의 규정(規整)을 강제라 여기는 것은 그 규정(規整)을 만든 것이 자신이 아닌, 타인 혹은 외부의 어떤 강력한 힘이라는 인식하에서만 가능하다. 스스로 사회의 규정(規整) 형성에 적극적으로 참여하는 자에게 그 규정(規整)은 곧 최대의 권리이자 최소한의 의무가 되고, 사회에 있어 그 규정(規整)은 민주주의의 발현형식이 된다. 이것은 계약법의 죽음도 아니고, 계약법이 법으로서의 지위를 포기하는 것도 아니다. 오히려 계약법의 지위를 시민사회의 법으로 끌어올리고,⁹⁸⁾ 계약법의 역할을 시민사회의 연대 형성과 유지에까지 확장시키는 것이다.⁹⁹⁾

98) 민법을 시민사회, 즉 자립한 개인의 자발적 단위가 형성하는 사회의 기본적인 법(사회적 constitution)이라고 주장하는 학자로는 星野英一, 民法のすすめ(岩波書店, 1998), 115-122쪽; 오오무라 아츠시(大村敦志)도 사회의 구성원으로서 민법의 역할을 강조한다. 大村敦志, “民法と民法典を考え: 思想としての民法のために”, 民法研究 제1호(信山社, 1996), 5쪽; 이 부분은 吉村良一, “民法學から見た公法と私法の交錯・協働”, 立命館法學 제312호(立命館大学法学会, 2007), 233-235쪽에서 재인용.

99) “최저임금제 도입의 제1의 목적은 근로자들의 사회적 최저수준이상의 생활보호 및 생계안정에 있다. 이는 기본적으로 공동체적 연대감에 기초하여 오늘날과 같은 고도산업사회·문명사회에서 사회성원의 일부가 사회적 최저수준(social minimum)이하의 생활을 하고 있다는 사실은 용인될 수 없다는 일종의 공동체적 판단에서 비롯되는 것이다”. 박세일, “최저임금제의 대상과 운용”, 노동경제논집 제9권(한국노동경제학회, 1986), 11-20쪽; 당사자의 의사합치에 대하여 계약으로서 법적 구속력을 부여할 만한 사회적 가치가 있는가는 당사자 간의 약속이 “사회적 제기능의 조화로운 협동”을 해치는가 아닌가로 판단하고, 그 판단기준은 계약법 규정들에 합치하는가 아닌가에 있다. 流王貴義, “「契約における非契約的要素」再考: 有機的連帶における契約法の積極的役割”, 413-414쪽.

V. 여론(餘論) : 재산권에 대한 고민

그러나, 이러한 논리는 임차인의 교섭력을 강화하고 과도한 임대료 인상을 억제해야 한다는 계약법상의 요청에 이론적 근거를 보태는 데 그칠 뿐 기존의 논의에서 조금도 앞으로 나아간 것 같지 않다. 이쯤에서 의문이 생겨난다. 영세한 임차인과 자력 있는 임차인으로 쪼개고 나누는 것이 “시장원리가 사회질서를 만들어내는 사회”에서나 가능한 논리라면, 임차인과 임대인을 보호대상과 규제대상으로 나누어 대립하게 하는 것 또한 그와 같지 않은가?¹⁰⁰⁾ 다시 말해, 여전히 일부 패만 다시 돌리고 있는 것은 아닌가? 게임의 룰을 바꾸려는 시도는 재산권 개념을 포함한 보다 큰 틀에서 들여다 볼 때 더욱 명확해지는 것이 아닌가?¹⁰¹⁾ 특히, 지난 해, 경자유전(耕者有田)에 비유하여 상자유점포(商者有店鋪), 영자유점(營者有店)등¹⁰²⁾과 같은 용어로 언급되었던 토지소유권에 대한 문제인식은 필자에게도 많은 물음을 남겼다. 상품으로서의 토지라는 관념에서 한정된 자원으로서 토지라는 관념으로의 전이, 토지소유권을 중심으로 한 사고에서 벗어나 토지사용권을 중심으로 논의를 전개해야 한다는 인식, 토지공유사상에 대한 관심과 실현 가능성, 과연 누가 소유하고 누가 분배하고 어떻게 사용할 것인가 등으로 점차 확장하고 있으나 현재로서는 앞으로 보다 많은 고민이 필요함을 절감하는 데 그치고 있다. 부끄럽게도 필자가 다루기에 너무 큰 주제이기에 이후의 과제로 남겨 두기로 한다.

100) 이와 유사한 문제의식으로는 고영남, “주택임대차보호법의 한계와 공공성의 포기”, 민주법학 제23호(민주주의법학연구회, 2003), 166쪽. 주택임대차보호법이라는 규범을 “주거문제를 사인들에게 맡기는 정글법칙”에 비유하고 다음과 같이 지적한다. “결국 주택임대차보호법은 주택용익에 대한 시민들의 거래를 규율하는 규범에 불과하므로 임차인을 보호한다는 법률의 규범목적이 정한 취지와는 무관하게 사적 소유를 전제로 한 주택의 소유와 이용을 조절함으로써 발생하는 부담을 역시 임대인이라는 사인에게 전도할 뿐만 아니라 임차인에게는 여전히 불안한 계약당사자의 지위에 머물게 한다.”

101) 이러한 필자의 고민은 앞서 주81)에서 언급하였다. 이 글에서 제시한 ‘정당한 가격’ 개념과 연관지어 조금 더 언급하자면, 재산의 가치는 인간의 노동이 물건에 투여된 결과가 아니라 계약을 통해 사회에서 정해지는 것이라는 뒤르캥의 지적은 필자에게 재산권의 기원과 형성 등에 관한 많은 궁금증을 유발하고 있다.

102) 2018년 민주주의법학연구회 개헌TF에서 한상희 교수(건국대 법전문)의 발언 중, 그리고 2018년 민주주의법학연구회 가을정기학술대회(2018. 11. 30. 개최)에서 이은희 교수(충북대 법전문)의 토론발언 및 토론문 중 인용.