금융감독법제정비방안 연구

1999. 12

研究者 : 兪珍式(首席研究員)

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론 5

제 1 절 처음에 5

1. 경제활동에 대한 규제 5
2. 금융규제일반 7
3. 금융감독법제와 문제점 9

제 2 절 연구의 범위 12

제 2 장 금융감독법제의 체계 15

제 1 절 처음에 15

제 2 절 금융감독기구의 설치 등에 관한 법률 16

제 3 절 금융산업구조개선에 관한 법률 18

1. 적기시정조치 20
2. 적기시정조치의 이행을 위한 지원조치 21
3. 부실금융기관에 대한 정부 등의 출자 21
4. 행정처분 23
5. 금융기관의 청산 및 파산 24
6. 소 결 24

제 3 장 법적 검토 27

제 1 절 금융감독법제의 복합구조와 정합성의 결여 27

1. 법제의 형식적인 문제점 27
2. 규제작용의 균형의 결여 28

제 2 절 개념의 불명확성에 의한 혼란 29

1. 「부실금융기관」에 대한 개념의 문제 29
2. 법률개념의 인식과 정비 : '부실금융기관'의 결정(=지정) 31

제 3 절 법집행절차에 있어서 절차적 인식의 결여 33
1. 처음에 33
2. 금융감독위원회의 법적 성격 34
3. 행정위원회의 준사법적 기능 35
4. 현행법제의 법집행절차 39
제 4 절 금융감독위원회의 권한의 위헌성여부 40
제 5 절 계약이전제도 42
1. 계약이전제도의 형성 43
(1) 보험업법상의 계약이전제도 43
(2) 상호신용금고법상의 계약이전제도 45
2. 금융산업의 구조개선에 관한 법률상의 계약이전제도 46
(1) 경 과 46
(2) 계약이전제도의 내용 48
(3) 계약이전결정과 기업활동의 자유의 문제 51
(4) 사유재산권침해의 문제 55
(5) 계약자유의 원칙의 문제 63
제 6 절 사례연구 - 금융감독위원회의 계약이전결정 - 73
1. 처음에 73
2. 자산·부채이전방식 74
3. 경 과 76
4. 계약의 내용 77
5. 처분절차의 문제 78
6. 소 결 81

제 4 장 결 론 83

참고문헌 87

제 1 장 서 론

제 1 절 처음에

'금융안정' 내지 '금융위기해소'라는 말은, 우리 나라를 비롯한 몇몇 아시아 국가의 금융위기를 계기로, 국제사회의 새로운 話頭로 등장하였다. 이 話頭에 대한 答으로 '건전성 규제(=감독)'라는 말이 국제사회에서 시민권을 얻어 폭넓게 쓰여지고 있다. 여기서 건전성규제란, 금융시스템의 안정성을 유지하기 위하여, 민간은행이나 증권회사 등에 대한 유동자산의 보유 비율이나 자기자본비율 등의 대차대조표상의 지표, 국제결제은행(BIS)이 정한 자기자본비율규제의 국제적인 통일기준, 여신한도규제, 금융거래와 관련된 정보개시에 관한 사항을 규제하는 것을 말한다.

우리 나라의 경우, 위와 같은 국제적인 금융산업의 환경에 부응하는 한편, 이른바 「IMF경제체제」로 표현되는 금융산업의 위기를 극복하기 위한 일환으로, 종래의 분야별로 분산되어 있던 감독기능을 금융감독위원회로 통합·일원화하여 대폭적인 금융감독체제의 개편을 단행하였다. 즉, 우리 나라는, 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」(1997년 12월 31일 제정, 1998년 4월 1일 시행)(이하, 설치법이라 한다)을 제정하여 새로운 금융감독체계를 수립한 것이다.

위와 같은 새로운 상황의 전개는 우리 나라의 금융산업과 금융시장에 대한 규제행정이라는 측면에서 볼 때, 획기적인 일임은 틀림없는 사실이다. 그러나, 설치법을 비롯한 금융감독법제는 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 여기서, 금융감독규제에 대한 논의의 실마리로 삼기 위하여, 경제활동에 대한 규제일반과 금융규제일반에 대하여 간략히 살펴보기로 한다.

1. 경제활동에 대한 규제

우리 헌법은 자유경제체제를 경제의 기본질서로 하고 있으며, 이러한 경제체제하에서 자유로운 자본의 집약인 주식회사[1]가 가장 전형적인 기업형태로서

1) 倉澤康一郎, 株式會社と私的自治、法學セミナー增刊 總合特集シリーズ=14 現代の企業, 128面.

지배적인 위치를 차지하고 있음은 누구나 다 아는 사실이다. 이처럼, 주식회사를 대표로 하는 기업은 내재적으로 「자유」를 갖추고 있고, 이것은 「기업의 자유」라고 하는 뛰어난 근대적인 관념을 구성원리로 하여 법적으로 제도화되어 있다. 회사설립의 준칙주의나 주주총회의 자치원칙 등은 이러한 제도화의 한 예이다.[2] 그러나, 사회적인 제도는, 역으로 그것이 제도화되었기 때문에 외적인 제약을 받지 않을 수 없게 된다.[3] 기업이 사회성을 띤다는 말은 이와 같은 현상을 다른 말로 표현한 것이라고 할 수 있다.[4] 이처럼, 정부가 기업의 경제활동에 대하여 규제를 하는 근거는 기업이 지니고 있는 내재적인 논리에서도 이끌어 낼 수 있다.

그렇다면, 구체적으로, 기업의 경제활동에 대한 정부의 규제는, 왜, 그리고 어느 정도의 범위까지 필요한가? 정부의 규제는, 그 목적에 따라서, 사회적 규제와 경제적 규제로 나누어 볼 수 있다.[5]

사회적 규제란, 국민의 안전이나 건강 등, 사회적인 기본조건을 확보하는 것을 목적으로 하는 규제이다. 이들 규제 중에서 가장 기본적이며, 전통적인 것은, 안전이나 건강보호를 위한 규제, 비교적 새로운 것은, 환경보호규제와 소비자보호규제이다.

경제적 규제란, 안전성이나 건강을 보호하기 위한 것이 아니라, 경제상의 업적의 개선이나 사회정책상의 이유에서 경제적인 결과를 수정하기 위하여 행해지는 규제이다. 경제적 업적을 개선하기 위한 규제는, 시장원리가 충분히 기능하지 않는 것을 이유로 행해지고, 사회정책상의 규제는, 시장원리를 기본으로 한 결과가 소득의 분배상 바람직스럽지 못하다는 이유에서 행해지는 것이다.

경제적 업적을 개선하기 위한 규제가 행해지는 구체적인 이유는, ①자연독점의 폐해방지, ②과당경쟁의 방지, ③자연적·인위적인 원인에 근거한 자원의 희소성, ④정보부족에서 오는 소비자의 보호와, 그에 따른 산업시스템의 기능보전, 그리고, ⑤도덕적 해이의 방지이다. 그 중에서도, 네 번째의 이유

---

2) 倉澤, 上揭論文, 128面.
3) 倉澤, 上揭論文, 129面.
4) 今村成和, 企業活動の公的規制, 法學セミナー增刊 總合特集シリーズ=14 現代の企業, 136面.
5) 古城誠, 公的規制と法、岩波講座 現代の法8 政府と企業, 岩波書店(1997), 103~108面을 참조하여 작성.

는 금융산업에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 예를 들면, 은행은 예금자의 저축을 예금으로 받아들여, 이것을 기업에 빌려줌으로써, 국민의 저축을 기업에 투자하는 매개역할을 하고 있다. 은행이 도산하게 되면, 예금자는 예금을 잃게 되는 데, 예금자는 각 은행의 안전성을 충분히 식별할 수 없다. 다른 한편, 안전성을 식별할 수 없기 때문에, 예금자가 예금을 인출해가게 되면, 투자를 위한 자금을 충분히 공급할 수 없게 된다. 예금의 보호는, 예금자를 보호할 뿐만 아니라, 국민경제에 있어서 중요한 금융시스템의 기능을 확보하기 위하여 필요하며, 이를 위해서 규제가 행해진다. 그런데, 이와 같은 규제는 금융산업에 있어서 금융기관과 소비자와의 사이의 이른바 정보의 비대칭성에서 오는 규제이며, 금융산업에 대한 규제는 좀더 다양한 형태를 띠고 있다. 이 점에 대해서 항목을 바꾸어 살펴보기로 한다.

2. 금융규제일반

자원을 유용하게 이용(=효율적인 자원 배분)하기 위한 필요조건의 하나는, 투자자와 저축자와의 사이에서 자금이 원활하게 이전하는 것이다. 효율적인 자금이전의 대부분은, 투자자와 저축자를 여러 가지 형태로 연결시켜주는 전문적인 중개업자의 활동에 의해서 이루어진다. 그런데, 자금이전의 효율성은, 이들 금융중개전문업자가 어떻게 효율적으로 금융중개 서-비스를 제공할 수 있느냐에 달려 있다.

금융거래에서 필수적으로 따르는 계약이 원만히 체결되어, 실행된다고 하는 확신이 당사자간에 존재하여야 하며, 이를 위하여 일정한 형식을 갖춘 계약에 의한 거래의 유효성을 보증하는 최소한의 룰-이 필요하다. 공동사회가 그 룰-을 정하고 그에 따라 각 거래자가 개별적으로 금융거래계약을 체결하는 방식이, 개별적으로 거래마다 룰-을 정하는 것 보다, 합리적인 경우가 많다. 안정적인 룰-을 책정하고, 관계자가 그 룰-을 준수하도록 감시하고, 나아가 룰-위반자에 대하여 적절한 제재를 가하는 활동은, 시장경제에 있어서도 공공당국의 중요한 역할이다.

금융규제 중에는 상법의 규정에서 볼 수 있는 아주 일반적인 계약거래의 유효성을 보증하는 형식으로, 금융거래의 방식을 규정한 것도 있다.

그러나, 여기서 논하는 금융규제는, 좀더 개별·구체적이며, 주로 금융중개에 관련된 전문업자의 활동에 대한 공적인 제약을 가리킨다. 본고에서 분석의 대상으로 삼고 있는 금융규제란, 주로 금융중개메커니즘에서 거래에 참가하는 경제주체의 행동, 가격형성의 방식에 어떠한 방법으로든 제약을 가함으로써 자유방임적인 금융·자본시장과는 다른 상황을 창출하려는 政策手段의 集合이다.

금융규제의 방법을 규제의 작용에 초점을 맞추어서 분류하면, 사전적 활동규제와 사후적 활동규제로 나눌 수 있다. 사전적 활동규제는, 금융시스템에 있어서 금융중개에 종사하는 금융기관, 중개업자, 나아가 시장거래자의 통상의 활동에 관하여 일정한 규제를 가하는 방법을 말하며, 사후적 규제는, 금융기관이나 중개업자가 경영상의 위기에 빠진 경우에, 그 사후적인 처리과정에 공공당국이 개입하는 방법을 말한다.[6] 여기서, 다시 사전적 활동규제는 경쟁제한적 규제와 건전경영규제로 나누어 볼 수 있다. 경쟁제한적 규제는, 관계하는 금융기관 내지 중개업자가 자유로운 경쟁을 전개하는 것을 제약하는 규제이다. 예를 들면, 각종의 예금금리에 대한 규제, 증권매매의 중개수수료에 대한 규제, 금융기관의 점포설치에 관한 규제, 각종의 업무분야에의 진입에 대한 제약, 각종의 금융업무의 겸업에 관한 제한(업무분야규제 등) 등이 전형적인 예이다. 건전경영규제는, 특히, 금융시스템의 안정성유지와 깊은 관련이 있다. 건전경영규제는, 개개의 금융기관의 경영리스크가 과도하게 상승하는 것을 방지하기 위한 규제로 구성된다. 예를 들면, 민간은행이나 증권회사 등에 대한 유동자산의 보유 비율이나 자기자본비율 등의 대차대조표상의 지표나 국제결제은행(BIS)이 정한 자기자본비율규제의 국제적인 통일기준을 부여하고 지도하는 것, 그리고 여신한도규제, 금융거래와 관련된 정보개시에 관한 규제 등이 대표적인 예이다.

사후적 규제는, 주로 금융당국이 개별금융기관의 경영파탄에 대하여 구제조치 등을 강구함으로써, 그 파탄이 금융시스템전체에 파급하는 것을 방지하는 것을 그 내용으로 한다. 이것은 주로 이른바 safety net을 구축하는 것을 의미한다. 즉, 다시 말하면, 금융당국이 개개의 금융기관의 경영위기, 파탄이 금융시스템의 동요로 이어지지 않도록 조치를 강구하는 것, 혹은 그와 같은 조치가 내포된 구조·제도를 구축하는 것을 일컫는다. 최근, 이들 제도

6) 堀內昭義, '講座·公的規制と産業⑤ 金融', NTT出判株式會社(1994), 13~14面.

가운데에서 중요성을 더해 가고 있는 제도가 예금보험제도이다. 예금보험제도는, 민간은행에 대하여 공적인 예금보험에의 가입을 강제하는 한편, 보험제도에 가입하고 있는 은행이 도산한 경우에, 그 은행의 예금자에 대하여 일정한 범위에서 예금지급을 공적보험기구가 보증하는 것을 말한다. 사후적 규제의 목적은, 금융기관이나 금융중개업자가 파탄하여도, 이들과 거래하고 있는 투자가, 특히 예금자에게 전가되는 손실액은 제로로 하거나 소액에 그치게 하는 룰-을 만듦으로써, 투자가(특히, 예금자)가 거래계약을 해약하지 않고서도 수습할 수 있는 여건을 조성하는데 있다.[7] 우리 나라에서도 예금자보호법에 의하여 예금보험제도를 채택하고 있다.

3. 금융감독법제와 문제점

이상에서 경제활동에 대한 규제와 금융규제일반에 대하여 간단히 살펴보았다. 그런데, 우리 나라의 금융감독법제는 국제사회의 보편적인 목표인 「건전성규제」의 범위를 훨씬 뛰어 넘어, 적극적으로 금융산업의 구조를 개선하는 등의 영역에까지 시야에 두는 복합적인 구조로 되어 있다. 즉, 금융감독위원회는, 설치법을 비롯한 각 금융기관에 대한 개별법규에 의한 규제이외에도, 설치법 제17조 제5호의 규정에 의한, 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」(이하, 금개법이라 한다)에 근거하여, 부실금융기관의 정비 등, 적극적으로 금융산업의 구조개선을 꾀할 수 있는 권한을 지니고 있다. 물론, 한 나라의 금융감독체계가 반드시 국제적인 조류에 따라야만 한다는 것은 아닐 것이다. 즉, 그 나라의 금융산업이 처해 있는 특수한 상황에 따라서 얼마든지 독자적인 감독체계를 구축할 수 있다고 할 것이다. 그러나, 문제는 이와 같은 복합적인 감독체계를 뒷받침할 수 있는 법체계가 정비되어 있어야 한다는 점이다. 왜냐 하면, 금융감독법제의 구조가 건전성규제에 그치는 경우와 적극적으로 금융산업의 구조개선까지를 포함하는 경우의 법체계는 다르기 때문이다.[8] 그런데, 우리 나라의 설치법을 비롯한 금개법 등의 금융감독법

---

7) 堀內, 上揭書, 13~15면.

8) 兩者의 차이점은 다양하지만, 法理에 있어서의 차이점 한 가지만을 보기로 하자. 건전성규제의 경우에는 일정한 금융질서유지를 목적으로 하는 소극적인 규제이기 때문에, 피규제대상인 금융기관은, 법령에 근거하여 감독기관이 제시한 기준만을 준수하면 된다. 따라서, 감독기관은 이들 피규제대상인 금융기관이 이들 기준을 준수하고 있는지

제는 위와 같은 점을 인식하고 있지 못한 결과, 법률간의 整合性이 결여되어 있는 등 법체계상의 문제점을 안고 있다. 그러나, 문제는 이것뿐만이 아니다. 이들 법령 등에 규정되어 있는 개념의 명확성의 결여로 인하여 법조문상의 혼란을 불러일으키고, 이것은 나아가 행정법 등에서 확립된, 행정행위이론과 같은 가장 기초적인 법이론 조차도 수용하지 못하는 결과를 낳고 있다. 여기서, 우리 나라 금융감독법제가 안고 있는 주요한 문제점을 지적하면 다음과 같다.

첫째, 앞서 잠깐 설명한대로, 금융감독법제는 복합구조로 되어 있는데, 법형식은 이것을 인식하고 있지 못하고 있다는 점이다. 금융감독법제의 근간이 되는 법률은 설치법이다. 다시 말하면, 설치법은 금융감독법제의 母法인 것이다. 그런데, 이 설치법의 목적을 비롯한 규정을 보면, 그 내용은 이른바 건전성규제에 그치고 있다. 그럼에도 불구하고, 금융감독위원회는 설치법 제17조 제5호의 규정에 의하여 母法의 영역을 훨씬 벗어난 금개법에 근거하여 부실금융기관의 정비 등 적극적으로 금융산업의 구조개선에까지 개입하고 있다. 또한, 금개법 자체의 법규정형식에도 문제가 있다. 즉, 목적규정에는 금융산업의 구조개선을 지원하는 법이라고 규정하고 있으나, 실제로 법규의 내용은 금융감독위원회의 일방적인 조치에 의해서 금융기관의 합병, 전환, 정리 등을 할 수 있도록 되어 있기 때문이다. 이 점에 대해서는 후술하기로 한다.

그리고, 금융감독법제의 복합구조와 관련하여 또 한 가지 지적할 수 있는 사항은, 행정조직과 그에 따른 행정조직법의 정비의 문제이다. 즉, 단순히, 건전성규제만을 목표로 하는 행정조직의 경우에 비하여 적극적으로 금융산업의 구조개선을 꾀하는 경우에는 시장의 움직임을 파악하는 등 방대한 행

의 여부만을 체크하면 되고, 기준을 준수하는 방법 등을 지시하는 등 적극적으로 개입하여서는 아니 된다. 또한 경업자(競業者)(=동업자)와의 관계에서는 어는 금융기관에 대한 규제로 인하여 입게되는 이익이나 불이익은 이른바 반사적 이익에 속하는 것으로써, 그 금융기관에 대한 처분에 대하여 그 이외의 금융기관은 다툴 수 없다. 그에 반하여 국가가 적극적으로 금융산업을 육성·발전시키기 위하여 구조개선을 꾀하고자하는 경우에는 당해 행정청은 적극적으로 피규제대상인 금융기관의 활동에 개입할 수 있다(물론 여기에는 보조금의 지급이나, 인허가상의 특혜 등 일정한 인센티브를 가미하는 경우가 보통이다). 또한, 경업자와의 관계에서도, 어느 금융기관에 대한 처분에 의하여 영업권 등이 침해당한 금융기관이 있는 경우에는 당해 금융기관은 그 처분을 법정에서 다툴 수 있다.

정조직이 필요하며, 그에 따른 행정조직법상의 규정의 정비가 선행되어야 한다. 그러나, 우리 나라의 금융감독법제에는 이 부분에 대한 정비가 되어 있지 않다.

둘째로, 법률에 규정된 개념의 불명확성에 의한 법조문상의 혼란을 들 수 있다. 법률에서 사용하는 개념은 지금까지 판례·학설 등에서 공유해 온 기본적인 내용에 적합해야 할 것이다. 그것은 많은 논쟁과 검증을 거쳐서 형성된 것으로 모두의 재산이라고 할 수 있다. 그러나, 현행 법제, 특히 금개법의 경우, 행정행위(=처분)와 같은 이른바 행정법상에서 국민에 대하여 권리·의무관계의 변동을 일으키는 가장 핵심적인 행위수단에 대해서조차도 충분히 이해하지 못하고 있다.

셋째로, 금감위의 법집행절차에 관한 문제이다. 설령, 바로 앞에서 지적한 금융감독위원회의 권한을 인정한다고 하여도, 현행법상의 절차에 관한 규정은 매우 미비하여, 위법함을 면치 못하는 상황에 있다. 금융감독위원회는, 후술하는 바대로, 이른바 행정위원회이다. 행정위원회의 본질은 여러 가지로 말해지고 있지만, 그 중에서 가장 핵심적인 사항은 준사법적인 기능이다. 다시 말해서, 행정위원회의 법집행절차는, 소송절차의 전형적인 예인 민사소송절차에 준해서 진행되어야 한다. 이를 위해서는 행정위원회의 기구의 정비와 절차의 정비가 필요한데, 현행법상의 금융감독위원회의 기구나 법집행절차는 행정위원회의 본래의 그것으로부터 매우 멀리 떨어져 있다. 심지어, 금융감독위원회는, 일반행정기관이 처분시에 따르고 있는 절차에 관한 일반법인 행정절차법조차 충분히 인식하고 있지 못하고 있는 실정이다.[9]

마지막으로, 금융감독위원회의 소관사무와 관련한 권한의 문제이다. 우리 나라는 헌법 제6장에서 경제활동의 자유를 보장하는 것을 비롯하여, 사유재산을 보장하는 등, 자유경제적 시장경제를 그 기본질서로 하고 있다. 따라서, 이러한 기본질서를 유지하기 위해서 헌법은 사유재산권, 계약자유의 원칙 등을 보장하고 있으며, 이를 제한하는 것은 법률에 의해서만 행할 수 있으나, 거기에는 일정한 한계가 있음을 선언하고 있다. 그러나, 금융감독위원회의 업무사항으로 되어 있는 금개법에 규정된 부실금융기관에 대한 계약이전결정, 감자명령 등은 헌법이 인정하고 있는 기본권을 침해할 위험성이 매우 크다.

이처럼, 행정상의 편의를 중시하여, 법적인 관점에서 볼 때, 매우 과격한 제도와 이론 등이 금융감독법제에 도입된 데에는 정부의 산업의 각 부분에 대하여 깊은 개입이 있었던 것과 무관하지 않다.

---

9) 서울행정법원, 99구23709 부실금융기관결정등처분취소, 1999. 8. 31. 선고, 참조.

최근의 민영화와 규제완화조치 등에 의해서, 경제운영의 주체가 정부로부터 민간부문으로 바뀌기 시작함에 따라 자원배분기능이 금융의 기본역할로서 부각되고 있다. 자원의 배분은 원칙적으로 금융시장의 가격기구에 의해 이루어져야 할 것이다. 그러나 어느 시장경제에 있어서도 완전한 자유경쟁이 지배하는 금융산업은 존재할 수 없으며, 정부는 자원배분에 있어서의 형평이 악화되거나 금융시장의 불완전경쟁요소가 현저하여 자원배분이 왜곡되어 있는 경우 형평과 효율성 제고를 위해 금융시장에 개입하게 된다. 다만 정부의 개입은 최소한의 범위 내에서 경쟁력을 저해하는 요인을 제거하며 근본적으로 시장이 해결할 수 없는 형평의 개선에 국한되어야 할 것이다.

그러나, 우리 나라의 경우, 정부가 주도적으로 경제발전을 이끌어 오는 과정에서 금융기관의 경영에 깊숙이 개입하여 왔다. 이러한 개입에 의해서 국가의 전략산업에 유효하게 자원을 배분한다는 장점도 있지만, 그에 따르는 폐해도 간과할 수 없다. 현재 정부가 금융산업을 안정시키기 위하여 부실한 금융기관에 투입하려는 공적 자금의 액수는 64조원에 이르고 있다. 이처럼, 우리 나라의 금융기관이 수지를 무시한 무책임한 경영을 하게 된 데에는 정부가 산업정책을 뒷받침하기 위한 하나의 수단 내지는 하부조직으로 금융기관을 통제·운영하는 과정에서 은행이 기업으로서의 이윤동기를 상실하게 된 역사적인 사실이 있다. 즉, 은행은 지금까지 정부의 정책에 따라 정부가 지시하는 산업, 부문, 그리고 기업들에게 자금을 배분하는 정부대행기관에 불과했던 것이다.

이로 인하여 우리 나라의 금융기관은 대체로 자율적인 경영능력을 갖추고 있지 못하며, 이 점은 국제수준의 금융감독시스템을 갖추려는 계획에 가장 큰 걸림돌로 작용을 하고 있다.

제 2 절 연구의 범위

금융감독법제에 관하여 분석해야 할 사항은 매우 광범위하다고 할 수 있다. 위에서 지적한 법적인 문제점은 이른바 公法的인 側面에서 바라본 것이다. 이들 문제점들은 금융감독법제의 토대를 이루는 가장 기초적인 이론이기 때문에 반드시 정비되어야 할 중요한 사항들이다. 따라서, 금융감독법제의 정비는 이들 문제의 해결에서부터 시작된다고 하여도 과언이 아니다.

이와 같은 관점에서, 본 연구에서는, 편의상 위에서 지적한 네 가지 법적 문제에 한정하여 논의를 진행하고자 한다. 이를 위해서 우선 금융감독법제의 체계를 간략히 개관하고, 이어서 법적인 검토를 한 후 결론부분에서 법제개선방안에 대해서 간단히 언급하고자 한다.

제 2 장 금융감독법제의 체계

제 1 절 처음에

금융감독위원회의 설치 및 활동의 근거는 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」이다. 동법은, 「금융감독위원회와 금융감독원을 설치하여 건전한 신용질서와 공정한 금융거래관행을 확립하고 예금자 및 투자자 등 금융수요자를 보호함으로써 국민경제의 발전에 기여함을 목적」으로 하고 있다. 이러한 취지에 의해서 설립된 금융감독위원회는, 금융감독(설치법 제17조)과 금융감독원에 대한 지시·감독(동법 제18조)을 소관사무로 하고 있다. 즉, 금융감독원은 금융감독위원회 또는 증권선물위원회의 지시를 받아 금융기관에 대한 검사·감독업무 등을 수행하기 위해서 설립되었다(동법 제24조). 다시 말하면, 금융감독원은 금융감독위원회의 집행기관이다. 여기서 금융감독위원회의 업무영역을 알아보기 위해, 소관 사무를 다시 한번 살펴보기로 하자. 금융감독위원회의 금융감독업무는 설치법과 다른 법령이 규정하는 바에 따라 다음의 사항을 심의·의결하는 것이다.

1. 금융기관에 대한 감독과 관련된 규정의 제정 및 개정
2. 금융기관의 경영과 관련된 인·허가
3. 금융기관에 대한 검사·제재와 관련된 주요사항
4. 증권·선물시장의 관리·감독 및 감시등과 관련된 주요사항
5. 기타 다른 법령에서 금융감독위원회에 부여된 업무에 관한 사항

그런데, 위에서 말하고 있는 금융기관이 구체적으로 어디까지를 포함하고 있는지 나타나고 있지 않지만, 이것은 금융감독원의 업무의 대상인 금융기관으로부터 유추할 수 있는데, 그 범위는 실로 방대하다(설치법 제38조(검사대상기관)). 즉, 은행법 또는 장기신용은행법에 의한 인가를 받아 설립된 금융기관에서부터, 축산업협동조합법에 의한 축산업협동중앙회의 신용부문까지의 13개부문과, 다른 법령에서 금융감독원이 검사를 하도록 규정한 기관, 그리고 기타 금융업 및 금융관련업무를 영위하는 자로서 대통령령이 정하는 자에 이르고 있다. 결국, 금융업에 관한 거의 모든 부문이 금융감독위원회의 감독의 대상이 된다고 할 수 있다. 즉, 설치법이 제정되기 이전에 은행은 은행

감독원, 증권회사는 증권감독위원회, 그리고 상호신용금고 등은 신용관리기금 등에 감독기능이 분산되어 있었는데, 이 설치법에 의해서 금융감독위원회가 통합해서 감독업무를 수행하게 된 것이다.

이들 금융기관에 대한 감독법제는 母法이라고 할 수 있는 설치법을 근간으로 하여(동법 제17조 참조), 공통으로 관련된 법과 각 금융기관별로 정해진 業法[10]으로 되어 있다. 공통으로 관련된 감독법제는 다음과 같다. 즉, ①금융산업의 구조개선에 관한 법률, ②예금자보호법, ③금융기관부실자산 등의 효율적 처리 및 성업공사의 설립에 관한 법률, ④신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, ⑤금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률, ⑥외국환거래법 등이 그것이다. 그런데, 이들 중에서 실제로 금융감독과 관련하여 중요한 의미를 갖는 것은, ①, ②, 그리고 ③이며, 그 중에서도 특히 ①이 가장 핵심적인 법률이라고 할 수 있다. 그리고 업법의 경우에는, 은행법을 비롯하여 각 금융기관별로 개별법이 존재하며 거기에 감독규정이 산재해 있다. 따라서, 이하에서는 금융감독법제의 핵심적인 법률이라고 할 수 있는 「설치법」과 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」(이하, 금개법이라 한다)을 중심으로 감독법제를 개관해 본다.

제 2 절 금융감독기구의 설치 등에 관한 법률

설치법 제1조(목적)는, 「이 법은 금융감독위원회와 금융감독원을 설치하여 건전한 신용질서와 공정한 금융거래관행을 확립하고 예금자 및 투자자 등 금융수요자를 보호함으로써 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 한다.」라고 규정하고 있다. 동법은 두 가지의 목적, 즉 ①건전한 신용질서와 공정한 금융거래관행의 확립, 그리고, ②예금자 및 투자자 등 금융수요자의 보호를 목적으로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고, 동법 제2조(공정성의 유지 등)는, 「금융감독위원회와 금융감독원은 그 업무를 수행함에 있어 공정성을 유지하고 투명성을 확보하며 금융기관의 자율성을 저해하지 아니 하도록 노력하여야 한다.」라고 규정하여 업무수행상의 「공정성」과 「투명성」 그리고 금융

10) 어떠한 일정한 분야의 사업이 害惡을 일으키지 않게 하거나, 또는 그 사업이 잘 운영되도록 誘導하기 위하여 제정되는 법률을 말한다. 木南 敦, 業法による企業運營の健全性の確保、森本滋外編, 企業の健全性確保と取締役の責任, 有斐閣(1997), 165面.

기관의 「자율성」을 강조하고 있는데 이것은 말할 것도 없이 법집행시의 절차적인 중요성은 물론, 금융감독기관의 감독업무에는 일정한 한계가 있다는 사실을 스스로 인식하고 있음을 말해준다.

설치법에 규정된 감독기구로는 금융감독위원회, 금융감독원, 그리고 증권선물거래위원회가 있다. 본 항목의 논의와 관련하여, 각 기구의 소관사무를 중심으로 간단히 살펴보기로 한다.

설치법이 규정하고 있는 감독기구의 중심은 말할 것도 없이 금융감독위원회이다. 금융감독원(금감법 제18조, 제23조 등)이나 증권선물거래위원회(제19조 등)는 금융감독위원회의 지시를 받아 업무를 수행하는 집행기관으로 볼 수 있다. 여기서 금융감독위원회의 소관사무를 살펴보기로 하자.

'금융감독위원회'의 소관사무는 「금융감독(법 제17조)」과 「금융감독원에 대한 지시·감독(동 제18조)」인데 후자는 전자를 수행하는데 따르는 사무이기 때문에 실질적인 사무는 전자라해도 상관이 없다. 거기서 동법 제17조 금융감독위원회의 소관사무는 앞에서 이미 살펴본대로 설치법 제17조에 다섯 가지 사항을 심의·의결하는 것으로 되어 있다.

여기서, 설치법이 규정하고 있는 소관사무를 살펴보면, 제1조 목적조항을 비롯하여 제17조의 제1~4호는, 후술하는 바와 같이, 이른바 건전성규제를 중심으로 한 사전적 규제에 즉, 건전성규제를 중심으로 규정하고, 이 설치법에서는 사후적 규제에 관한 규정은 어디에서도 찾아볼 수 없다. 즉, 이 설치법의 규정에 의하는 한, 동법이 의도하고 있는 규제방식은 사전적 규제방식이라고 할 수밖에 없다. 따라서, 법 제17조 제5호의 「기타 다른 법령에서 금융감독위원회에 부여된 업무에 관한 사항」에서 말하는 「기타 다른 법령」에서 부여하는 업무의 영역도 사전적 규제에 속하는 것이어야 한다. 즉, 이 점에 대해서는 후술하겠지만, 이 규정은 「법령」으로 규정하는 모든 업무가 허용된다는 의미가 아니고, 그 내용은 母法인 설치법의 목적과 명시된 규정의 범위내의 업무이어야 한다. 왜냐 하면, 위임의 원칙상, 모법인 설치법에서 규정하고 있는 업무의 범주를 벗어나서는 안되기 때문이다.

금융감독원은, 「금융감독위원회 또는 증권선물위원회의 지시를 받아 금융기관에 대한 검사·감독업무 등을 수행」하기 위하여 설립되었다(설치법 제24조). 그리고 설치법 제37조는 금융감독원의 업무로 다음과 같이 네 가지를 규정하고 있다.

제37조 (업무) 금융감독원은 이 법과 다른 법령이 규정하는 바에 따라 다음 각호의 업무를 수행한다.

1. 제38조(검사대상기관 : 필자주) 각호의 기관의 업무 및 재산상황에 대한 검사
2. 제1호의 검사결과에 따른 이 법과 다른 법령의 규정에 의한 제재
3. 제2장(금융감독위원회 : 필자주)의 규정에 의한 금융감독위원회 및 증권선물거래위원회의 업무보좌
4. 기타 이 법과 다른 법령에서 금융감독원이 수행하도록 하는 업무

그리고, 위의 업무와 관련하여 금융기관의 장에게 일정한 사항에 시정명령을 내리거나, 임·직원에 대한 징계 요구할 수 있으며(설치법 제41조), 임면의 해임권고 등(동 제42조), 그리고 영업정지 등(동 제43조)의 처분을 할 수 있다.

이처럼 금융감독위원회의 집행기관인 금융감독원의 업무영역도, 이른바 사전적 규제의 범위내에 속해 있다.

증권선물거래위원회는, 금융감독위원회에 설치된 위원회로서, 설치법과 다른 법령이 규정하는 바에 따라 다음과 같은 업무를 수행한다(설치법 제19조).

1. 증권·선물시장의 불공정거래조사
2. 기업회계의 기준 및 회계감리에 관한 업무
3. 금융감독위원회가 심의·의결하는 증권·선물시장의 관리·감독 및 감시등과 관련된 주요사항에 대한 사전심의
4. 증권·선물시장의 관리·감독 및 감시등을 위하여 금융감독위원회로부터 위임받은 업무
5. 기타 다른 법령에서 증권선물위원회에 부여된 업무

이처럼, 증권선물거래위원회의 업무범위도 역시 사전적 규제의 영역내에 있음을 쉽게 알 수 있다.

이상에서 알 수 있듯이 세 감독기구의 수행하는 업무의 영역은 건전성 규제를 중심으로 한 사전적 규제의 영역에 한정되어 있다는 사실을 알 수 있다.

제 3 절 금융산업구조개선에 관한 법률

금개법 제1조(목적)는, 「이 법은 금융기관의 합병·전환 또는 정리 등 금융산업의 구조개선을 지원하여 금융기관간의 건전한 경쟁을 촉진하고 금융

업무의 효율성을 높임으로써 금융산업의 균형있는 발전에 이바지함을 목적으로 한다」라고 규정하고 있다. 즉, 동법은, 목적조항을 살펴보는 한, 금융산업의 구조개선을 지원하기 위한 支援法이라고 말할 수 있다. 그러나 동법은, 법 전체의 내용을 보면, 목적규정의 내용과는 달리 지원법의 범위를 넘어선 내용을 규정하고 있음을 알 수 있다. 예를 들면, 동법 제3장의 부실금융기관의 정비에 관한 규정이 그것이다. 이 점도 역시 법형식적으로 문제가 되는데 이점에 대해서는 후술한다. 여기서, 동법의 내용을 간단히 살펴보면, 다음과 같다.

먼저, 금융기관의 합병 및 전환에 관한 내용이다. 이 법에 의하여 합병 및 전환을 할 경우, 그 절차를 간소화하여, 상법 및 증권거래법상에 규정된 절차 보다 완화된 절차가 적용된다(동법 제5조). 그 뿐만 아니라, 이 法에 의한 合併의 경우에는 租稅減免規制法 기타 租稅의 減免에 관한 法令이 정하는 바에 의하여 不動産등의 취득에 따른 取得稅, 法人·不動産등의 登記에 따른 登錄稅, 合併으로 消滅되는 金融機關의 淸算所得에 대한 法人稅, 合併으로 消滅되는 金融機關의 株主의 擬制配當에 대한 所得稅 또는 法人稅 기타 租稅를 減免하는 등 세제상의 혜택을 주고 있다(동법 제5조 제9항). 그 이외에도, 자본감소 및 주식을 병합하는 절차를 간소화하여, 금융기관이 주식을 소각하거나 병합하여 자본감소를 결의하는 경우, 채권자의 이의제출 및 주주총회의 소집기간과 절차에 대해서도 특칙이 적용된다(동법 제5조의2). 거기에 재경부장관의 금융기관의 합병에 따른 지원(동법 제8조), 합병 또는 전환에 따른 업무계속 등에 대해서도 특칙이 적용된다(동법 제9조).

이어서, 금개법의 가장 핵심적인 부분이며, 많은 논란을 불러일으키고 있는 부분이 동법 제3장에 규정되어 있는 부실금융기관의 정비이다. 이 부분은 앞서 살펴 본 금융규제의 일반이론에서 살펴본 사전적 규제의 범위를 훨씬 벗어나 있다. 즉, 이 부분의 규정은, 계약자유의 원칙, 기업의 영업의 자유, 사유재산권의 보장 등, 자유시장경제를 기본으로 하는 우리 나라의 헌법이 보장하고 있는 여러 원칙을 대폭 수정하는 것이어서 위헌성의 여부가 논해지고 있다. 이에 관한 자세한 분석은 뒤로 미루고, 이하에서 대략적인 내용을 소개하기로 한다.

1. 적기시정조치

금융감독위원회는 금융기관의 自己資本比率이 일정수준에 미달하거나 또는 巨額의 金融事故 또는 不實債權의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 금융감독위원회가 정한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에, 금융기관의 不實化를 豫防하고 건전한 경영을 誘導하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 다음 각호의 사항을 권고·요구 또는 命令하거나 그 履行計劃을 제출할 것을 명하도록 되어 있다.

1. 金融機關 및 任·職員에 대한 주의·警告·譴責 또는 減俸
2. 資本增加 또는 資本減少, 保有資産의 처분 또는 店鋪·組織의 縮小
3. 債務不履行 또는 價格變動 등의 위험이 높은 資産의 취득금지 또는 非正常的으로 높은 金利에 의한 受信의 제한
4. 任員의 職務停止 또는 任員의 職務를 代行하는 管理人의 選任
5. 株式의 消却 또는 併合
6. 營業의 전부 또는 일부 정지
7. 合併 또는 第3者에 의한 해당 金融機關의 引受
8. 營業의 讓渡 또는 預金·貸出 등 金融去來에 관련된 契約의 移轉(이하 "契約移轉"이라 한다)
9. 기타 第1號 내지 第8號에 준하는 措置로서 金融機關의 財務健全性을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 措置

위의 내용을 보면, 금융감독위원회는, 금융기관의 재무상태가 동위원회가 정한 기준에 미달한다는 이유만으로 당해 금융기관의 인사에서 주식의 소각 또는 병합, 나아가 합병 또는 제3자에 의한 해당금융기관의 인수에 이르기까지 금융기관의 존립과 운영에 관한 거의 모든 조치를 취할 수 있도록 되어 있다. 그러나, 금융기관이 부실화하여 금융시장을 혼란에 빠뜨린다거나 소비자들에게 불측의 손해를 끼칠 염려가 있어 이를 방지하고자 하는 경우에는, 당해 금융기관의 영업을 정지한다거나 허가를 취소하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 따라서, 위에서 규정하고 있는 내용중 영업의 정지 등과 같은 조치를 제외하고 기업의 자치나 시장기능에 맡겨야 할 부분까지 감독기관이 개입하는 것은 헌법이 보장하고 있는 계약자유의 원칙, 기업의 영업의 자유, 사유재산권의 보장 등의 원칙에 위배될 가능성이 높다. 이 점에 대해서는 후술한다.

2. 적기시정조치의 이행을 위한 지원조치

금융감독위원회가 부실금융기관에 대하여 합병, 영업의 양도 또는 계약이전을 명하는 경우에 행해지는 몇 가지 지원조치가 있다. 먼저, 금융감독위원회는 다른 금융기관을 지정하여 명령의 대상이 되는 금융기관과의 합병, 영업의 양도 또는 계약이전을 권고 할 수 있다(동법 제11조 제1항). 이 때에 예금보험공사는 합병, 영업의 양도 또는 계약이전을 권고 받은 금융기관에 대하여 그 이행을 전제로 자금지원(즉, 자금의 대출 또는 예치, 자산의 매수, 채무의 보증 또는 인수, 출자 또는 출연(예금자보호법 제2조 제6호))의 금액과 조건 등을 미리 제시할 수 있다(동법 제11조 제2항). 또한, 預金保險公社는 金融機關이 適期是正措置를 원활히 이행할 수 있도록 하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 金融機關간의 合併이나 營業의 讓渡·讓受 또는 第3者에 의한 引受를 알선할 수 있다.

그리고, 資本減少, 株式의 일부 또는 전부의 消却이나 株式의 併合을 命令받은 不實金融機關이 그 命令을 이행하거나 金融機關이 資本增加를 위하여 동법(第5條 第7項 또는 第5條의2)의 規定에 의하여 株式을 併合한 결과 資本金이 해당 金融機關의 設立에 관한 法律에서 정하는 最低資本金미만으로 감소하는 경우 금융감독위원회는 1年이내의 기간동안 해당 金融機關의 認可 또는 許可를 取消하지 아니할 수 있다.

위와 같은 조치, 즉, 適期是正措置에 따른 金融機關간의 合併, 引受, 營業讓渡·讓受 또는 契約移轉의 결과 證券去來法 등 기타 關聯法令의 規定에 저촉되게 되는 경우 당해 금융기관은 금융감독위원회가 정하는 節次에 따라 3年이내에 關聯法令의 規定에 적합하도록 하여야 한다. 그리고, 은행법에 의하여 설립된 금융기관 및 종합금융회사에 관한 법률에 의한 종합금융회사가, 금융감독위원회가 정하는 바에 따라 기존의 貸出金 등을 出資로 轉換함으로써 所有하게 된 株式과 政府가 元利金의 지급을 보증한 債券의 취득은 銀行法 第38條 및 綜合金融會社에 관한法律 第17條의 規定에 의한 株式 또는 有價證券의 취득으로 보지 아니한다.

3. 부실금융기관에 대한 정부 등의 출자

금융감독위원회는 不實金融機關이 계속된 預金引出등으로 영업을 지속하

기가 어렵다고 인정되는 경우에는 政府 또는 預金保險公社에 대하여 당해 不實金融機關에 대한 出資를 要請할 수 있다(금개법 제12조 제1항). 이 경우에는 부실금융기관이 단지 재무상태가 악화된 상태를 넘어서 이른바 인출사태가 일어나 정상적인 영업이 곤란한 경우에 금융시장이 혼란에 빠지는 것을 방지하기 위하여 취하는 조치이다. 이것이 바로 이른바 공적 자금의 투입이다. 이렇게, 정부등의 출자가 있게 되면 후속조치로서, 상법 등의 규정에 대한 특칙이 적용된다.

먼저, 상법 제330조의 규정(額面未達發行의 制限)에도 불구하고 액면미달의 주식을 발행할 수 있으며, 주식의 내용과 수, 그리고 이익배당에 관하여 우선적 내용이 있는 종류의 주식에 대하여 최저배당율을 정함에 있어서, 상법상에는 정관으로 정하도록 되어 있으나(상법 제344조 제2항), 특칙에 의하여 이사회의 결의에 의하여 정할 수 있도록 하였다(금개법 제12조 제2항). 또, 新株發行에 있어서, 발행사항의 결정(상법 제416조), 액면미달의 발행(상법 제417조), 그리고 新株引受權의 內容 및 配定日의 指定·公告(상법 제418조)에 있어서, 정관의 규정이나 주주총회의 결의, 그리고 법원의 인가 등과 같은 절차가 규정되어 있으나, 이와는 관계없이 부실금융기관의 이사회의 결정으로 위의 절차를 갈음할 수 있도록 하였다.

그리고 주주와의 관계에 있어서, 금융감독위원회는 出資하기로 決定한 不實金融機關에 대하여 特定株主(出資한 政府등을 제외한 株主 또는 당해 금융기관의 不實에 責任이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 株主를 말한다.)가 소유한 株式의 일부 또는 전부를 有償 또는 無償으로 소각하거나 特定株主가 소유한 株式을 일정비율로 併合하여 資本金을 감소하도록 命令할 수 있다. 이 때의 자본감소절차 역시, 주주총회의 의결을 필요로 하는 상법상의 규정(상법 제438조 내지 제441조)에도 불구하고 당해 不實金融機關의 理事會에서 資本減少를 決議하거나 資本減少의 방법과 節次, 株式併合의 節次등에 관한 사항을 정할 수 있다. 단, 이 절차에 의한 자본감소를 하고자 하는 경우에는, 당해 不實金融機關은 債權者에 대하여 10日이상의 기간을 정하여 異議를 제출할 것을 2개이상의 일간지에 公告하여야 하며, 異議를 제출한 債權者가 있는 때에는 그 債權者에 대하여 辨濟 또는 상당한 擔保를 제공하거나 이를 目的으로 하여 상당한 財産을 信託會社에 信託하도록 되어 있다(다만, 實際 資本減少金額(自己株式을 有償으로 買入하여 소각하는 경우에

있어서 그 買入金額을 말한다)이 政府등이 出資하는 금액에 미달하는 경우에는 그러하지 아니하다). 그리고, 당해 不實金融機關은 위와 같은 사항에 대하여 理事會決議를 한 때에는 지체없이 2개이상의 일간지에 그 決議事項과 決議事項에 반대하는 株主의 경우 10日이내에 株式의 종류와 수를 기재한 書面으로 會社에 대하여 자기가 보유한 株式의 買受를 請求할 수 있다는 사실을 公告하여야 한다. 이 공고에 의하여 株式의 買受請求가 있는 경우에는, 당해 부실금융기관은 請求를 받은 날부터 2月이내에 그 株式을 買受하여야 한다. 이 경우 株式의 買受價額은 株主와 會社間의 協議에 의하여 결정하며 協議가 이루어지지 아니하는 경우에는 會計專門家가 政府등의 出資가 이루어지기 전의 不實金融機關의 財産價値와 收益價値등을 고려하여 算定한 價格으로 한다. 단 이 결정으로 정해진 買受價額에 대하여, 會社 또는 株式의 買受를 請求한 株主가 보유한 株式의 100分의 30이상이 반대하는 경우에는, 그 價額을 決定한 때부터 30日이내에 法院에 대하여 買受價額의 決定을 請求할 수 있다.

그리고, 주식을 병합하는 경우에는 다음과 같은 절차에 의한다. 먼저, 당해 不實金融機關은 5日이상의 기간(그 기간중 마지막 날을 "株式併合基準日"이라 한다)을 정하여 그 내용과 그 기간내에 株券을 會社에 제출할 것을 公告하고, 株式併合基準日로부터 1月 이내에 新株券을 교부하여야 한다(다만, 證券去來法에 따라 株券이 證券預託院에 預託되어 있는 株式을 併合하는 경우에는 株式併合基準日에 實質 株主名簿의 기재에 의하여 舊株券의 제출 및 新株券의 교부가 이루어진 것으로 할 수 있으며 이 경우 그 사실을 本文의 規定에 의한 公告時 함께 公告하여야 한다).

4. 행정처분

금융감독위원회는 적기시정조치와 이 조치의 이행을 위한 지원에도 불구하고, 부실금융기관이 그 조치에 따르지 아니하거나, 정리가 의도한대로 되지 않을 경우에는 여러 가지 행정처분을 내릴 수 있다. 먼저, 적기시정조치에 따른 요구 또는 명령을 위반하거나 이행하지 않을 경우, 금융감독원장의 건의에 따라 당해 금융기관의 업무집행정지를 명하거나 주주총회에 대하여 그 임원의 해임을 권고 할 수 있다(동법 제14조 제1항). 그리고, 적기시정

조치에 따른 命令을 이행하지 아니하거나 이행할 수 없게 된 경우, 예금보험공사에 의한 不實金融機關의 合併등이 이루어지지 아니하는 경우 및 負債가 資産을 현저히 초과함으로써 적기시정조치에 따른 命令의 이행 또는 不實金融機關의 合併등이 이루어지기 어렵다고 판단되거나 預金者保護등을 위하여 긴급한 措置가 필요하다고 인정되는 경우에는, 不實金融機關에 대하여 契約移轉의 決定, 6月의 범위내에서의 일정기간의 營業停止 등 필요한 처분을 할 수 있으며, 재정경제원장관에게 營業의 認可·許可의 取消등 필요한 처분을 할 수 있다(동법 제14조 제2항). 그런데, 위의 행정처분 중에서, 계약이전결정명령이 내려진 경우, 계약에 관한 구체적인 내용, 즉 契約移轉이 되는 契約의 범위, 契約移轉의 조건 및 移轉받는 金融機關 등은 금융감독위원회에 의해서 정해진다(동법 제14조 제5호).

위의 행정처분, 그 중에서도 특히 계약이전결정명령은, 이미 잘 알려진 바와 같이, 위헌성의 여부가 다투어지고 있다. 이점에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

5. 금융기관의 청산 및 파산

금융기관이 해산 또는 파산되는 때에는, 상법과 파산법상의 청산절차의 규정에도 불구하고, 본법에 의하여 그 절차가 진행되는데, 이 경우 역시 금융감독위원회에 많은 권한이 주어져 있다. 먼저, 금융감독위원회는 預金保險公社의 의견을 들어 淸算人 또는 破産管財人을 法院에 추천할 수 있으며, 法院은 특별한 사유가 없는 한 금융감독위원회가 추천한 者를 淸算人 또는 破産管財人으로 選任하여야 한다(다만, 동법 第2條第1號 各目에 規定된 法律에서 淸算人 또는 破産管財人을 지정하거나 그 선임방법을 정하고 있는 경우에는 당해 法律이 정하는 바에 의한다)(동법 제15조 제1항). 그 뿐만 아니라, 금융감독위원회는 금융기관에 破産法 第117條의 規定에 의한 破産의 원인이 되는 사실이 있음을 알게 된 때에는 破産의 申請을 할 수 있다.

6. 소 결

이상에서 살펴 본 대로, 설치법과 금개법은 법의 목적과 내용이 다름을 알 수 있다. 즉, 설치법의 경우, 건전성규제를 중심으로 한 사전적 규제를 내용

으로 하고 있는 반면에, 금개법의 경우, 금융산업의 구조개선을 통한 금융산업의 적극적인 발전을 꾀하고 있음을 알 수 있다. 따라서, 금개법에 규정된 금융감독위원회의 소관사무가, 모법인 설치법에 규정된 내용의 범위를 벗어나기 때문에 이것은 법체계상에 문제가 있다고 할 수밖에 없다. 이것은 단지 형식적인 문제에 그치지 않는다. 즉, 규제란 제한 없이 행해질 수 있는 것이 아니기 때문에, 법의 목적과 내용에 따라서, 규제의 대상과 방법 그리고 한계 등이 달라지기 때문이다. 그리고, 나아가 위의 설치법과 금개법처럼 목적과 내용에서 현저히 다른 경우에는 행정조직의 문제도 뒤따른다. 다시 말해서, 설치법에서 예정하고 있는 사전적 규제를 수행하는 행정조직과, 금개법처럼 적극적으로 금융산업의 발전을 꾀하는 경우의 행정조직은 다르기 때문이다. 따라서, 금개법이 안고 있는 법적인 내용은 차치 하고라도, 지금까지 지적한, 설치법과 금개법과의 법체계상의 문제점은 정리되어야만 한다.

제 3 장 법적 검토

제 1 절 금융감독법제의 복합구조와 정합성의 결여

1. 법제의 형식적인 문제점

이상에서 경제규제와 금융규제일반, 그리고 금융감독법제의 체계에 대하여 살펴보았다. 거기서 금융감독위원회의 소관사무와 활동의 근거는 설치법과 이 설치법을 母法으로 하는 기타 다른 법령이다(설치법 제17조 제5호). 그리고 이 기타 다른 법령 중에서 가장 중요한 법률이 금개법임을 알았다. 이 금개법의 목적은, 설치법에서 예정하고 있는 금융기관에 대한 사전적 규제에 있지 않고, 한 걸음 더 나아가, 금융산업의 구조를 개선하고 적극적으로 발전을 꾀하는 데에 두고 있다. 즉, 금융감독법제는 사전적 규제로 일관되어 있는 것이 아니라, 금융산업의 구조개선과 적극적 발전이라는 相異한 법제가 복합적으로 부가되어 있는 것이다. 그러나, 이러한 금융감독법제는 위임의 형식을 비롯한 내용 면에 이르기까지 많은 문제점을 안고 있다. 이들 문제점에 대해서 살펴보면 다음과 같다.

먼저 법의 위임의 형식에 관한 문제이다. 앞서 잠깐 언급한대로, 현재 금융감독위원회의 소관사무를 둘러싸고 가장 문제가 되고 있는 금개법은 그 근거가 설치법 제17조 5호의 규정이다. 그런데, 설치법과 금개법은 양자가 규율하고 있는 법의 내용과 목적이 다르기 때문에 이러한 위임관계가 과연 가능한지 의문이라고 하지 않을 수 없다. 다시 말하면, 앞서 금융규제의 일반이론에서 잠깐 살펴본대로, 전자, 즉 설치법의 경우는 사전적 규제를 위주로 한 이른바 건전성규제를 내용으로 하고 있는데 반하여, 후자, 즉 금개법의 경우에는 사후규제는 물론, 더 나아가 적극적으로 금융산업의 발전을 꾀하는 것을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 이 점은, 설치법에 규정된, 동법의 목적과 금융감독위원회의 소관사무를 보면 명백해진다. 즉, 설치법이 규정하고 있는 소관사무는 제1조 목적조항을 비롯하여 제17조의 제1~4호의 규정은 위에서 말한 이른바 사전적 규제에 해당한다. 그리고, 이 설치법의 규정을 보는 한 사후적 규제에 관한 규정은 어디에서도 찾아볼 수 없다. 즉, 이 설치법의 규정을 살펴보는 한, 동법이 의도하고 있는 규제방식은 사

전적 규제방식 이라고 할 수밖에 없다. 따라서, 법 제17조 제5호의 「기타 다른 법령에서 금융감독위원회에 부여된 업무에 관한 사항」에서 말하는 「기타 다른 법령」에서 부여하는 업무의 영역도 사전적 규제에 속하는 것이어야 한다. 즉, 이 규정은 「법령」으로 규정하는 모든 업무가 허용된다는 의미가 아니고, 그 내용은 母法인 설치법의 목적과 명시된 규정의 범위내의 업무이어야 한다. 왜냐 하면, 위임의 원칙상, 모법인 설치법에서 규정하고 있는 업무의 범주를 벗어나서는 안되기 때문이다.

이상은, 위임의 형식과 관련하여, 설치법과 금개법과의 관계에서 법체계상의 문제점을 살펴본 것이다. 그런데, 금개법은 법규정의 형식, 그 자체에도 문제가 있다. 그 이유는, 금개법 제1조(목적)에서 규정하고 있는 내용과 금개법의 전체의 내용이 일치하지 않기 때문이다. 즉, 금개법 제1조는 「이 법은 금융기관의 합병·전환 또는 정리 등 금융산업의 구조개선을 지원」한다고 규정하여, 동법이 이른바 「支援法」임을 밝히고 있다. 그런데, 금개법의 내용 중 제3장의 '부실금융기관의 정비'에 관한 규정은, 더 이상 설명할 것도 없이, 지원의 범위를 훨씬 넘고 있음을 알 수 있다. 이 점은, 금개법 제3장의 규정의 위헌성에 대한 논란의 여부를 떠나서, 형식적으로 문제가 있음을 지적하지 않을 수 없다.

이렇게 볼 때, 금융감독위원회에 '부실금융기관의 정비 등'의 권한을 부여하고 있는 금개법의 규정방식은 법형식적으로도 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 왜냐 하면, 위의 법률이 규정하고 있는 소관사무는 모법인 설치법의 업무영역인 사전적 규제의 범위를 훨씬 뛰어 넘어, 적극적으로 금융업무의 효율성을 높이는 것 등을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 그리고 금개법상의 목적조항과 본문의 내용과의 모순점도 문제점으로 지적할 수 있다. 따라서, 금융감독위원회가 동법에 규정된 권한을 행사하기 위해서는, 금개법의 내용에 대한 논란은 뒤로하더라도, 우선 모법인 설치법의 목적조항을 비롯하여 소관사무에 관한 규정과 금개법의 목적조항과 본문의 내용을 일치시키는 개정이 필요하다고 할 것이다.

2. 규제작용의 균형의 결여

금융감독(=규제)의 주된 목적은 설치법이 명쾌히 밝히고 있는 것처럼, 「건전한 신용질서와 공정한 금융거래관행을 확립하고 예금자 및 투자자 등 금

융수요자를 보호」하는 데에 있다고 할 수 있다. 즉, 쉽게 말해서, 금융감독이란, 예금자가 금융기관에 안심하고 돈을 맡기면, 금융기관은 이 돈을 모아서 기업에 투자를 하고, 예금자가 다시 돈을 요구할 때에 정확하게 지급해주는 금융질서를 확립하도록 하는 것이라고 할 수 있다. 따라서, 금융감독의 주된 내용은 사전적 규제를 중심으로 전개하고, 사후적 규제는 아주 예외적인 경우에 한해서 행해야 할 것이다. 그리고, 사전적 규제는, 실효성 있게, 합리적으로 전개할 경우, 금융기관이 부실화할 가능성이 매우 낮기 때문에 규제의 효율성 면에서도 뛰어나다고 할 수 있다. 이 경우, 금융기관의 자산이나 경영 등에 관한 소비자에의 정보개시(discovery), 그리고 절차에 따른 엄정한 행정조사 등에 대한 정비가 중요한 의미를 갖게 된다. 그러나, 현행 금융감독법제에서는 이들에 대한 규정이 불충분 할 뿐만 아니라, 각 개별법에 산재해 있어서 체계성도 갖추고 있지 못한 실정이다. 이에 반해서 사전적 규제의 범위를 넘어선 금개법이, 위헌성의 논란이 있는 많은 조항을 포함한 채 단일법으로 존재하고 있다. 이것은 금융감독의 의미를 지나치게 확대해서 인식하고 있을 뿐만 아니라, 정책적인 측면에서 고려해도, 부실을 키워서 정리하는 식이 되기 때문에, 결코 바람직하지 못하다. 어쨌든, 금융감독 당국의 의도와는 관계없이 현행 법제의 부실금융기관의 정비를 주된 목적으로 인식하고 있는 현행 법제는 정비되어야 할 것이다.

제 2 절 개념의 불명확성에 의한 혼란

1. 「부실금융기관」에 대한 개념의 문제

위에서 살펴 본 것처럼 금융감독법제의 체계에서 중요한 지위를 차지하고 있는 것이 금개법이다. 그런데, 이 금개법에 규정된 내용 중에는 개념이 명확하게 규정되어 있지 않아서, 이에 대한 정리가 필요하다.

여기서 문제가 되는 개념은 '부실금융기관'이다. 즉, 금개법은 '부실금융기관'과 부실금융기관으로 지정하기 위한 요건이 되는 어느 금융기관의 '부실한 상태'를 명확히 구별하지 않고, 어느 경우에는 같은 개념으로 또 어느 경우에는 다른 개념으로 사용하고 있어, 법률의 규정이 매우 혼란스럽게 되어 있을 뿐만 아니라, 법해석상으로도 문제가 될 수 있다. 금개법의 규정을 보자.

동법 제10조 제4항은, 「금융감독위원회는 제2항의 규정에 의한 기준(금융감독위원회가 부실금융기관에 대하여 적정시기조치를 취하기 위하여 정해 놓은 기준 : 필자 주)을 정함에 있어서 금융기관 또는 금융기관의 주주에게 중대한 재산상의 손실을 끼칠 우려가 있는 영업의 전부정지, 영업의 전부 양도, 계약의 전부이전 또는 주식의 전부소각에 관한 명령 및 이에 준하는 조치는 해당 금융기관이 부실금융기관이거나 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 크게 미달하고 건전한 신용질서나 예금자의 권익을 해할 우려가 현저하다고 인정되는 경우(밑줄은 필자)에 한하도록 하여야 한다」라고 규정하고 있다. 즉, 「영업의 전부정지, ……, 이에 준하는 조치」를 취할 수 있는 요건은 금융기관이 '부실금융기관'이거나 '제2항의 규정에 의한 기준에 크게 미달하는 ……, 경우'로 되어 있다. 즉, 여기서는 '부실금융기관'과 '부실한 상태'를 구별하고 있다. 반면에, 동법 제10조 제1항은, 「금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 불량채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 다음 각호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다」라고 규정하고 있다. 이 규정에서는 어느 금융기관이 '부실한 상태'에 있다는 금융감독위원회의 인식만으로 제10조 제1항의 조치를 취할 수 있다는 이야기가 된다. 그러나, 동법 제14조 제2항을 보자.

제14조 (행정처분) ②金融監督委員會는 不實金融機關이 다음 各號의 1에 해당하는 경우(밑줄은 필자)에는 당해 不實金融機關에 대하여 契約移轉의 決定, 6月의 범위 내에서의 일정기간의 營業停止 등 필요한 처분을 할 수 있으며, 재정경제원장관에게 營業의 認可·許可의 取消등 필요한 처분을 할 수 있다. 다만, 第1號 및 第2號의 不實金融機關이 不實金融機關에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 第10條第1項의 規定에 의한 命令을 이행하지 아니하거나 이행할 수 없게 된 경우
2. 第10條第1項 및 第11條第3項에서 規定하는 命令 또는 알선에 의한 不實金融機關의 合併등이 이루어지지 아니하는 경우
3. 負債가 資産을 현저히 초과함으로써 第10條第1項의 規定에 의한 命令의 이행 또는 不實金融機關의 合併등이 이루어지기 어렵다고 판단되거나 預金者保護등을 위하여 긴급한 措置가 필요하다고 인정되는 경우

내용상으로 보면, 제14조 제2항의 요건이나, 제10조 제1항의 요건은 같아야 하는 데, 전자는 부실금융기관을 후자는 '부실한 상태'를 요건으로 삼고 있다. 이것은, 금개법이, 전자 즉, 부실금융기관은 결정(또는 지정)행위라는 이른바 행정행위를 통해서 결정된다는 점을 인식하지 못하고, 양자를 같은 개념으로 취급하는 데에서 비롯되는 오류이다. 그러나, 부실금융기관으로 지정된 경우와, 어느 금융기관이 '부실한 상태에 있다'는 것은 전혀 다른 차원의 이야기이다. 후자는 단지, 어느 금융기관을 부실금융기관으로 지정하기 위한 조건에 불과한 것으로 이미 지정된 부실금융기관과는 법적인 효과가 전혀 다르다. 이것은 단지 개념적인 유희가 아니라 처분의 상대방에게는 중대한 문제가 된다. 왜냐 하면, 경우에 따라서는, 어느 금융기관이 부실금융기관으로 지정되지도 않았는데 단지 부실한 상태에 있다는 사실만으로, 정부의 공적자금이 투입된다든가 계약이전결정명령 등의 불이익처분을 받을 수도 있기 때문이다. 따라서, 이 부분은 다음과 같이 정리되어야 한다. 즉, 금융감독위원회가 볼 때, 어느 금융기관이 부실한 상태에 있다고 생각되면, 그 사실만으로 어떠한 조치를 내리지 말고, 우선 법률이 정하고 있는 절차에 따라서 당해 금융기관을 부실금융기관으로 지정하는 이른바 행정처분을 하여야 한다(이 점에 대해서는 후술함). 이렇게 지정행위를 한 후에 그 다음 단계의 처분, 즉 공적자금의 투입, 계약이전명령 등의 처분을 하여야 한다. 따라서, '부실금융기관'과 어느 금융기관이 부실한 금융기관으로 지정되기 위한 요건인 '부실한 상태'가 혼용되어 규정되어 있는 현행 금개법의 규정은 정리되어야 한다. 즉, '부실한 상태'라는 표현은 어느 금융기관을 '부실금융기관'으로 지정하기 위한 요건의 경우에만 사용하여야 하며, 어느 금융기관에 공적 자금의 투입 등의, 불이익처분을 하는 경우에는 그 요건으로 '부실금융기관'이라는 표현을 써야한다. 이 점에 대해서 항목을 바꾸어 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

2. 법률개념의 인식과 정비 : '부실금융기관'의 결정(=지정)

법령에 의해서 사인과 행정주체와의 사이에 존재하는 추상적인 권리·의무관계가 구체적인 권리·의무관계로 되기 위해서는 일정한 법률사실(=법률요건)이 필요하다.[11] 그리고 이들 법률사실 가운데에서 가장 대표적인 것

11) 鹽野宏, '行政法 I 〔第二版〕', 有斐閣(1994), 90面.

이 이른바 행정행위라는 것은 말할 필요도 없을 것이다. 행정행위의 개념에 대해서는 다양한 의견이 있지만, 그 논의는 여기서의 주제는 아니며, 단지 행정청의 공권력의 행사로서 사인에 대하여 구체적으로 법률관계를 규율하는 것이라고 이해하는 것으로 족하다고 할 것이다.[12] 행정행위가 법률사실로서 갖는 의미는, 무엇보다도, 행정청의 일방적인[13] 의사표시에 의해서 사인과의 법률관계가 형성된다는 점에 있다. 따라서, 이러한 행정행위가 성립하기 위해서는 행정행위를 할 수 있는 권한을 가진 정당한 행정청이 적정한 절차에 의하는 등의 엄격한 요건에 맞추어서 행해져야만 한다.[14]

'금개법' 제2조 제3호 가목에서 규정하고 있는 부실금융기관의 '결정'은 행정행위이다. 금융기관이 부실금융기관으로 결정되면, 앞에서 살펴 본 것처럼, 이것을 근거로 하여 금융감독위원회에 의해 계약이전명령을 받거나, 영업정지, 또는 영업의 인·허가의 취소가 재정경제부에 요청되는 등의 불이익을 받는다(금개법 제10조, 제11조, 제12조, 제14조 등). 이처럼 어느 금융기관이 부실금융기관으로 결정되면 당해 금융기관과 금융감독위원회를 비롯한 감독기관 사이에 구체적인 법률관계가 형성되게 된다. 따라서, 어느 금융기관이 부실금융기관으로 결정되느냐의 여부는 당해 금융기관은 물론 금융감독위원회를 비롯한 감독기관에 있어서도 중대한 문제이다.

그러나, '금개법'은 이 부실금융기관의 '결정'을 행정행위로 인식하고 있지 못하고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

먼저, 결정의 주체의 문제이다. 금개법 제2조 제3호 가목을 보면, 결정의 주체는 금융감독위원회와 예금보험공사에 설치되어 있는 운영위원회이다. 그런데 이 운영위원회는 행정행위를 할 수 있는 행정기관이 아니고, 예금보험공사의 심의기관에 불과하다(예금자보호법 제8조). 더구나, 예금보험공사 자체도 위의 결정을 할 수 있는 행정기관이 아니다. 위의 '결정'은 금융감독행정의 일환으로 이루어지는 행정행위인데 예금보험공사는 금융기관에 대한 감독권한을 가지고 있지 않기 때문이다. 결국, 금개법은 이 '결정'을 금융감독기관과 금융기관사이의 법률관계를 구체적으로 결정하는 행정행위로 보지 않고, 단지 어느 금융기관이 부실한 상태에 있다는 점에 대한 '인식'이라는

12) 小早川光郎, '行政法 上', 弘文堂(1999), 265面.
13) 여기서 일방적이라는 말은, 결코 자의적이라는 말은 아니다.
14) 김동희, '행정법 I', 박영사(1999), 277~282면.

의미로 받아들이고 있다. 이 점은 금개법 제10조 제1항과 제14조 제2항을 살펴보면 더 확실히 드러난다. 즉, 앞에서도 살펴 본 것처럼, 이 두 조항을 종합해서 보면, 제10조 제1항의 (불이익 처분을 내리기 위한) 추상적인 요건을 제14조 제2항의 일정한 작업을 거쳐 내려진, 구체적인 결과인 '부실금융기관'과 동일시하고 있기 때문이다. 이처럼 금개법은 '결정'을 행정행위로 인식하지 않기 때문에 동법에 '결정(=처분)'절차를 두고 있지 않다. 즉, 만약 금개법이 위의 '결정'을 행정행위로 인식했다면, 이 결정은 불이익처분이기 때문에 이에 대한 구체적인 처분절차를 두고 결정을 하여야만 한다. 물론, 행정절차법이라는 행정처분을 하는데 일반적으로 적용되는 절차법이 있기 때문에 이 법에 의하여 처분을 할 수도 있으나, 위의 부실금융기관 결정이라는 처분은 전문성이 요구되는 등 일반적인 처분과는 다른 강화된 요건의 처분절차가 요구된다.

이상에서 살펴 본 것처럼 금개법이 부실금융기관의 결정을 행정행위가 아니라 단순히 부실상태의 '인식'으로 취급하고 있는 것은 잘못이다. 따라서, 행정절차법 보다 강화된 요건의 처분절차를 규정하여 결정을 하여야 할 것이다.

제 3 절 법집행절차에 있어서 절차적 인식의 결여

1. 처음에

1996년 12월 31일 제정되어 1998년 1월 1일부터 시행되고 있는 행정절차법에서 알 수 있듯이 법을 적용함에 있어서의 절차의 중요성이 점차 강조되고 있다. 거기에 금융감독위원회는 준사법절차를 본질적인 기능으로 하는 행정위원회이다.[15] 그럼에도 불구하고, 현재의 금융감독위원회의 법집행절

15) 금융감독위원회가 합의제 행정기관, 즉 이른바 행정위원회라는 점에 대해서는 異論이 없다 할 것이다. 그러나, 동위원회가 중앙행정기관에 속하는지의 여부 등 법적 지위에 대해서는 여러 가지 논의가 있을 수 있다. 왜냐 하면, 현행 정부조직법상의 규정에 의하면, 중앙행정기관은, 특별법에 의하지 않는 경우를 제외하고는, 部·處·廳만을 의미하기 때문이다(정부조직법 제2조 제2항). 공정거래위원회의 경우, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서 동위원회가 중앙행정기관으로서 소관사무를 수행한다고 규정(동법 제35조 제2항)하고 있는 반면, 금융감독위원회의 경우, 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」에는 이에 관한 규정이 없다. 따라서, 법형식상으로 보면,

차는 앞서 언급한 이른바 「대생판결」에서 보았듯이 절차에 관한 일반법인 행정절차법조차도 제대로 적용되고 있지 못하고 있는 것이 현실이다. 이하에서는, 절차법상 중요한 의미를 갖는 행정위원회로서의 금융감독위원회의 법적 성격에 대하여 살펴보고 현행법상의 문제점을 고찰하기로 한다.

2. 금융감독위원회의 법적 성격

정부조직법 제5조(합의제행정기관의 설치)는, 「행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다」고 규정하고 있다. 그리고, 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」 제3조(금융감독위원회의 설치 및 지위)는 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제 3 조 (금융감독위원회의 설치 및 지위) ①금융감독업무를 수행하게 하기 위하여 국무총리소속하에 금융감독위원회를 둔다.
> ②금융감독위원회는 그 권한에 속하는 사무를 독립적으로 수행한다.

금융감독위원회는 위와 같은 근거에 의해서 설치된, 이른바 행정위원회(administrative commissions or boards)이다. 행정위원회제도의 원형은, 19세기말에서 20세기에 걸쳐서, 주로 미국에서 발달하였다. 19세기말에서 20세기에 걸쳐서, 사회정책적 내지 사회주의적인 색채를 띤 입법이 격증하였고, 이와 함께, 행정권의 활동이 현저히 확대, 강화되었다. 새롭게 발전한 행정분야에는, 특정한 당파에 의해 정책이 영향을 받지 않고, 보다 광범한 시야에서, 영속적인 견지에 서서, 주도면밀한 조사를 기초로 하여, 기술적·합리적인 정책을 수립하는 것이 바람직한 분야, 정당의 압력에서 벗어나 공정하고 중립적일 뿐만 아니라 능률적으로 운영·실시되어야 할 분야, 각 방면의 이해관계자들의 참여를 필요로 하는 분야 등이 적지 않았다. 위와

금융감독위원회는 중앙행정기관이라고 볼 수 없다. 그러나, 앞서 살펴본 금융감독위원회의 광범위한 소관사무와 금융감독위원장을 비롯한 구성원에 대한 신분보장, 그리고 운영 등에 관한 규칙제정권(설치법 제16조) 등을 보면, 동위원회는 실제로는 중앙행정기관에 못지 않은 법적 지위를 누리고 있다고 할 수 있다. 따라서, 이에 대해서는 법개정을 통하여 형식적으로 중앙행정기관으로 해야할 것이다.

같은 분야에서는 행정부로부터 어느 정도 독립한 행정위원회를 설치하여, 이 행정위원회로 하여금 행정을 맡도록 함과 동시에, 그 사항의 정치적 중립성·기술적 전문성·이해대립성 등에 유의하면서, 그에 관한 입법적 기능 및 사법적 기능까지를 행정위원회로 하여금 행사하게 하였다(행정위원회의 이른바, 준입법적 기능, 준사법적 기능).16)

위와 같은 행정위원회는 각 나라에 따라 설치된 배경이나 기능 등에 있어서 각각 다르지만, 행정조직법상에서 보았을 때, 일반행정부로부터 어느 정도 독립성을 지니고 있다는 점, 그리고 활동면에서 보았을 때, 준입법적 및 준사법적인 기능을 한다는 점은 공통적이라고 말할 수 있다.

3. 행정위원회의 준사법적 기능

행정위원회에 주목해야 할 가장 큰 이유는 역시 행정위원회의 준사법적인 기능에서 찾아야 할 것이다. 행정의 관행을 볼 때, 우리 나라의 행정은, 경제적 규제의 영역에서 사무처리의 능률성을 강조해 왔을 뿐만 아니라, 정치적인 중립성도 견지하기 힘들었기 때문에 행정사안의 결정에 있어서 절차의 중요성을 그다지 의식하지 않았던 것이 사실이다. 물론 이러한 환경에는 커다란 변화가 있다. 즉, 1996년 12월 31일 행정절차법이 제정·공포되어, 1년 후인 1997년 12월 31일부터 시행되게 된 점이다. 이것은, 대륙법계의 영향을 받고 있는 우리 나라 행정법학의 핵심원리인 「법률에 의한 행정의 원리」의 형식논리적, 관료주의적인 해석, 적용에 대한 비판과 반성의 결과라고 할 수 있다. 그런데, 이러한 결과에 이르기까지 많은 영향을 주었던 것은, 역시 절차를 중시하는 영미법의 전통이었으며, 행정위원회도 그 중의 하나라고 할 수 있다.

행정위원회의 준사법적 기능에 대한 논의는 행정위원회의 행정심판의 기능의 차원, 즉 주로 행정구제법체계에 있어서의 과제로서 행해져 왔다고 할 수 있다. 다시 말하면, 이 논의는, 일차적으로 행정처분이 내려진 후 이 처분에 대하여 위법 또는 부당함을 다투는 사후적 구제절차를 행정위원회가 담당하며 그 때의 절차는 사법절차에 준한다는 것을 기본구도로 하고 있다. 우리 나라 헌법도 제107조 제3항에서, 「재판의 전심절차로서 행정심판을 할

16) 田中二郎, 新版 行政法 中卷, 有斐閣(1988), 53~54面.

수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다」고 규정하여 기본적으로 위와 같은 입장에 서 있다.

그러나, 행정위원회의 준사법적인 기능은 분쟁해결절차, 즉 제2차적인 사후적 구제절차에서 만이 아니라, 행정문제의 제1차적인 사안처리에 있어서도 의미가 있다는 점이다. 즉, 이것은 사전절차에도 준사법절차를 채용하는 것으로, 이른바 행정절차의 「사법형식화」(Justizfoermligkeit)라고 한다.[17] 예를 들면, 미연방행정절차법 제7조의 청문에 관한 규정이나 제11조의 심사관에 관한 규정 등이 바로 이러한 예이다. 우리 나라의 실정법에서는, 행정절차법에서 청문절차 등을 두어서 위와 같은 경향에 따르는 추세이지만, 아직 채용하고 있지는 않다. 가장 채용이 시급한 공정거래위원회의 심결절차에도 아직 채용되고 있지 않은 실정이다.

그런데, 행정위원회의 준사법적 기능의 적절·공정·타당하게 운영되기 위해서는 기구적 측면이 정비되어야 하며, 이것은 또한 준사법적기능의 중핵적 내용을 이루는 심사절차의 요건과 불가분의 관계에 있다. 이하에서는 이 두 가지 요건에 대하여 간단히 살펴보기로 한다.

(1) 기구적 요건

준사법적 기능과 관련하여, 행정위원회기구에 가장 절실하게 요구되는 요건은, 독립한, 제3자적인, 재판의 前審機關이어야 한다는 점이다. 이점은 직권을 행사하는데 있어서, 독립성과 공정성을 어떻게 보장할 것인가, 또 이를 위한 제3자적성격이 인적 구성면에서 충분히 유지될 것인가, 하는 점에 귀착한다고 할 수 있다. 이와 관련해서는 다음과 같은 세가지점을 지적할 수 있을 것이다.

첫째, 행정조직체계에 있어서 심사기구의 독립성이다. 제3자적인, 독립성이 강한 심사기관으로부터 규제를 받으면, 집행기관으로서는 행정책임을 지기 어렵다는 견해도 있으나, 현대행정의 본질은, 사법국가 혹은 법의 지배하에 있어서 실질적인 「법률에 의한 행정」에 있기 때문에 엄격한 제3자적인 심사기관의 감시와 심사를 받고, 또 그러한 감시와 심사에 견딜 수 있는 행정의 자세야말로 바람직하다고 할 수 있다. 행정위원회의 준사법적 기능하에

17) 和田英夫, "行政委員會の準司法的機能", 公法の理論 中, 有斐閣(1983), 965~966面.

서, 사안이 위법·적법의 쟁점에 관해서만이 아니라, 당·부당이라는 행정의 판단에까지 미치는 것을 생각하면, 복잡다기한 행정책임은, 단순하고 일원적이어서 경직되어 있는 관료주의적 하이어라키조직을 유지하는데 있는 것이 아니라, 오히려 행정 그 자체에, 다원적이며, 어느 정도 유연한 체크시스템과 피드백기능을 내포하고 있는 현대행정조직체계에 의해서만 달성될 수 있을 것이다.

둘째로, 심사기구의 제3자적성격은, 특히 구체적인 사안처리라고 하는 직권행사의 면에서 관철되지 않으면 안된다. 이를 위해서는, 사법절차에 있어서 본질적이며, 고유한 문제인, 심사관 기피의 원칙 내지는 「편견의 원칙」(rule of bias)[18]이나 정규의 재판관의 직권의 독립에 유사한 제도가, 심리기구의 개개의 멤버에 대해서도 요구되어야 할 것이다.

셋째로, 심리기관이 채용하고 있는 심리방식에는 직접심리주의와 간접심리주의의 두 가지 방식이 있는데, 이 두 가지 방식중, 어느 방식이 나은지에 대해서는 논의가 있지만, 이 문제도 준사법적 기능을 둘러싼 심사기구의 존재양식, 그리고 조직운영과 관련하여 중요하다.

일반적으로 직접심리주의는, 당사자의 진술이나 증거조사를, 당해 사안에 대하여 재결·결정하는 심사원이, 구두심리를 통하여 직접 행하는 방식으로, 진술의 취지를 심사원이 직접 듣고, 구체적으로 분석하여 파악한 진상을 바탕으로 하여 심증을 형성할 수 있게 한다는 점에서 매우 뛰어나다고 할 수 있다. 간접심리주의는 당사자의 진술이나 증거조사를 심사원이 직접 구두심리를 통해서 하는 것이 아니라, 별도의 조직에서 진술이나 증거조사를 행하고 이 조직을 통해서 얻은 자료를 바탕으로 하여 심증을 형성하는 것을 말한다. 이 심리방식은 신속하고 간편하게 진행할 수 있다는 장점이 있지만, 심증을 형성하는데 쓰이는 자료의 증거능력이 떨어진다는 단점이 있다.

행정위원회의 준사법적 기능과 관련하여 기구적인 조건에서 세 가지 점을 살펴보았다. 그 내용은 세 가지 모두, 제2차적 절차, 즉 일단 내려진 처분에 대한 분쟁을 전제로한 사후적 구제절차를 다루는 행정위원회를 상정하고 기

18) 배심원의 선임절차에 있어서, 어느 배심원후보가 사건에 관하여 예단을 표시한 경우 그 후보는 배심원의 선임에서 제외되고, 또 재판관이 재판을 진행하는 과정에서 어느 한 당사자에게 예단을 표시한 경우에 그 재판관에 대한 기피신청을 할 수 있다는 원칙. 田中英夫, 英美法辭典, 東京大學出版會(1991), 97面, 참조.

술된 것임을 쉽게 알 수 있을 것이다. 그러나, 이러한 조건들은 금융감독위원회와 같은 제1차적 절차, 즉 사전적 절차를 다루는 행정위원회에도 적용될 수 있다. 단, 여기에는 전제조건이 있다. 그것은 처분절차에 있어서 당사자의 구도를 지금의 2자구도에서 3자구도로 바꾸는 것이다. 즉, 지금은 처분청이 거의 직권주의적으로 조사를 한 후에 상대방에게 처분을 하는 2자구도이다. 원래, 행정위원회의 심판기능은, 재판에 있어서 재판관의 기능에 상응하는 것으로 보며, 행정위원회의 이러한 기능을 통상 준사법적 기능이라고 한다.[19] 즉, 행정위원회의 준사법적 기능의 본질 역시, 재판관의 그것에서 찾을 수 있는 것이다. 따라서, 행정위원회가 준사법적인 기능을 수행하기 위해서는 재판절차의 기구적 조건에 상응하는 조건을 갖추어야만 한다. 그리고, 금융감독위원회처럼 제1차적 절차의 집행, 그것도 불이익처분을 하는 행정위원회가 갖추어야 할 재판의 기구적조건의 모델은 형사재판이 되어야 할 것이다. 즉, 재판관에 해당하는 심판관, 검사에 해당하는 소추관, 그리고 피고에 해당하는 상대방의 3자구도가 바로 그것이다. 금융감독위원회가 수행하는, 부실금융기관의 결정이나 계약이전명령 등은 당해 금융기관의 주주를 비롯한 수많은 이해관계자가 관련되어 있기 때문에, 그 절차는 위와 같은 구도하에서 신중히, 그리고 당사자들이 납득할 수 있는 형태로 이루어져야 할 것이다.

(2) 절차적 요건

앞에서 이미 언급한 것처럼, 행정위원회의 준사법적 기능에 있어서의 핵심적인 사항은, 심리절차에 의해서 형성되는, 행정위원회의 심리구조 혹은 심리를 진행시키는 과정의 메카니즘이다.[20] 앞에서 살펴 본, 기구적 요건도 실제로는 이 절차적 요건과 밀접하게 관련되어 있음은 말할 것도 없다.

여기서, 행정위원회의 준사법적 기능에 적합한 심리구조 내지 진행과정의 메카니즘이 어떠해야 하는지에 대한 검토는 소송심리의 전형적인 예인 민사소송절차를 참고로 하여 행하는 것이 생산적일 것이다. 그러나, 여기서 한가지 전제를 해야할 사항은, 행정위원회의 준사법적 기능이라고 하여도, 위원

19) 和田, 上揭論文, 965面.
20) 和田, 上揭論文, 975面.

회의 성격에 따라서 그 심리절차가 다르다는 점이다. 즉, 그 절차가 제1차적 절차 내지 사전절차로서 행해지는 경우와 제2차적 절차 내지 사후구제절차(특히, 쟁송대립적인 심판절차)로서 행해지는 경우는 다를 것이기 때문이다. 그러나, 이들 절차의 본질적인 부분에서는 그렇게 큰 차이가 없기 때문에, 일률적으로 고려하여도 큰 문제는 없을 것이다.

민사소송의 심리구조는 다양한 부분으로 이루어져 있지만, 그 중에서 가장 중핵적인 부분은 변론절차(구두변론)와 증거의 부분이다. 민사소송절차에서 법관은, 법정에서 양당사자의 공방을 거친 증거만을 기초로 하여 심증을 형성해야 한다. 따라서, 이 부분이 준사법절차에 원용될 때에, 법정에서와 동일한 절차로 엄격히 진행되지는 않는 다하여도, 본질적인 부분은 그대로 유지되어야 할 것이다.

그리고 준사법절차에서 고려해야 할 또 한가지 사항은, 관련 당사자의 구도이다. 예를 들면, 행정위원회에서 불이익처분을 내리기 위해서 절차를 진행시킬 경우, 이것은 형사재판과 유사하기 때문에 소추관과 심판관 그리고 상대방의 3자구도로 진행되어야 할 것이다.

4. 현행법제의 법집행절차

앞서 살펴본 것처럼, 금융감독위원회는 이른바 행정위원회인데, 행정위원회의 가장 핵심적인 사항은 법집행절차에 있어서 준사법절차의 채용이다. 그러나 현행 금융감독법제의 법집행절차를 보면, 준사법절차와 아주 거리가 멀 뿐만 아니라, 심지어 1997년 1월 1일부터 시행되고 있는 일반행정절차법의 규정보다도 더 불충분하다. 즉, 부실금융기관의 지정이나, 계약이전결정 등과 같은 당해 금융기관에 있어서 존립에 관계되는 중대한 사항에 대해서 청문절차조차도 명문으로 규정되어 있지 않다.[21] 따라서, 현행 금융감독법제에 있어서 시급히 정비가 요구되는 부분은 바로 이 법집행절차에 있어서 절차의 정비라고 할 수 있을 것이다.

---

21) 행정절차법은 청문에 관하여, ①다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우, 그리고 ②행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 실시한다고 규정하고 있다(행정절차법 제22조 제1항). 따라서, 개별법에 청문의 규정이 없는 경우, 행정관행상 청문을 실시하지 않고 처분이 이루어질 가능성이 매우 높다.

제 4 절 금융감독위원회의 권한의 위헌성여부

위에서 살펴 본대로, 설치법과 금개법 등에 규정된 금융감독위원회의 소관사무는 사전적 규제의 영역을 훨씬 벗어나, 적극적으로 금융산업의 구조를 개선하는 영역에까지 이르고 있다. 그리고, 이 소관사무를 수행하기 위하여 동위원회에 부여된 권한 또한 우리의 눈을 끌기에 충분할 정도로 광범위하고 강력한 것이다. 그런데 문제는 이러한 권한 중 많은 부분이 현행 우리의 법질서, 특히 자유시장경제를 기본 이념으로 하는 헌법질서에 위배되는 것은 아닌가 하는 논란이 끊임없이 제기되고 있으며, 실제로 금개법의 규정에 의하여 이른바 퇴출된 5개은행 등에 의해 소송이 제기되어 재판이 진행되고 있다.[22]

그리고, 금융감독위원회의 권한과 관련하여 법적으로 가장 문제가 되고 있는 부분은 역시 금개법에 규정되어 있는 내용이다. 금개법에 규정된 금융감독위원회의 권한에 대해서는 앞에서 살펴 본 바 있으나 여기서는 실제로 법적으로 문제가 되는 사항을 간추려 보고 다음 이야기를 진행하기로 한다.

금개법에 규정된 금융감독위원회의 권한 중, 법적으로 가장 문제가 되는 부분은 금개법 제3장 「부실금융기관의 정비」의 부분에 집중되어 있다. 부실금융기관의 정비와 관련해서, 이미 앞서 살펴 본대로, 금융감독위원회는 ① 적기시정조치(동법 제10조), ②적기시정조치의 이행을 위한 지원조치(동법 제11조), ③부실금융기관에 대한 정부 등의 출자(동법 제12조), 그리고 ④ 행정처분(동법 제14조) 등의 조치를 취할 수 있다. 이들 조치 중에서 공통적으로 문제가 되는 사항은 다음과 같다.

첫째로, 任·職員의 人事에 대한 관여의 문제이다. 즉, 적기시정조치의 일환으로, 금융감독위원회는 부실금융기관의 任·職員에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉, 그리고 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인의 선임 등을 권고·요구 또는 명령할 수 있다(금개법 제10조 제1항 제1호, 제4호). 그러나, 기업의 임·직원의 선임 등 인사에 관한 사항은 기업활동에

22) 5개은행의 퇴출과 관련하여 현재 진행중인 주된 소송은 다음과 같다. 동남은행 : P&A 취소청구소송, 고용승계이행청구소송, 동화은행 : P&A취소청구소송, 대동은행: P&A 취소청구소송, 경기은행 : 은행업무정지 등 처분무효확인청구소송, 충청은행 : 국가배상소송.

있어서 기본적인 요소에 속하는 것으로써, 기업의 고유한 권한에 속한다고 할 것이다(상법 제382조, 제385조, 제409조, 제415조 등 참조). 따라서, 왜 금융감독위원회가 기업의 인사에 관여를 할 수 있는 지, 정당성의 근거와 그 한계를 밝힘이 없이 이러한 권한을 행사하는 것은 법적으로 문제가 된다고 할 것이다.

둘째로, 영업활동에 대한 관여의 문제이다. 즉, 금융감독위원회는, 역시, 부실금융기관에 대한 적기시정조치로써, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소, 그리고 채무불이행 또는 가격변동 등의 위험이 높은 자산의 취득금지 또는 비정상적으로 높은 금리에 의한 수신의 제한을 권고·요구 또는 명령할 수 있다(금개법 제10조 제1항 제2호, 제3호). 그러나, 아무리 부실금융기관이라 하여도 영업활동의 자유는 인정되는 것이기 때문에, 당해 금융기관의 영업에 대하여 행정지도, 즉 본 조항에서 말하는 권고는 할 수 있지만 적극적으로 명령하는 것은 역시 문제가 된다고 할 것이다.

셋째로, 기업의 활동 및 주주와 관련된 문제이다. 즉, 부실금융기관의 정비와 관련하여 금융감독위원회의 권한으로 자본의 증가 또는 감소, 주식의 소각 또는 병합 등을 권고·요구 또는 명령할 수 있다(금개법 제10조 제1항 제3호, 제5호, 제12조 제3항 등). 기업의 자본의 증감이나 주식의 소각 등도 말할 것도 없이 기업의 고유의 권한이기 때문에 금융감독위원회의 일방적인 명령에 의해서 이 권한을 박탈할 수 있는 지는 의문이다(상법 제416조, 제438조 내지 제446조 등 참조).

마지막으로, 합병이나 계약의 이전 등 기업의 존립 그 자체에 관한 권한의 문제이다. 금융감독위원회는, 부실금융기관에 대한 적기시정조치, 적기시정조치의 이행을 위한 지원조치, 그리고 행정처분 등과 관련하여 합병 또는 제3자에 의한 해당 금융기관의 인수, 영업의 양도 또는 예금·대출 등 금융거래에 관련된 계약의 이전 등을 명할 수 있다. 그러나, 이러한 권한은 기업을 운영하는데 있어서 가장 핵심적인 것으로, 이 부분이 보장되지 않고서는 우리의 경제질서를 자유주의 시장경제질서라고 결코 할 수 없을 것이다. 특히 계약이전에 관한 권한의 부분은 매우 심각한 상태에 있다고 할 수 있다. 즉, 계약이전을 명하는 자체가 문제가 되는데, 거기에 그치지 않고, 계약이전결정에 관한 금융감독위원회의 권한의 내용이 더욱더 문제이다. 즉, 계약이전결정에 있어서, (계약이전을 받는 금융기관의 이사회의 동의를 얻도록 되어

있기는 하지만) 상대방을 결정하는 권한은 물론, 계약내용 그 자체를 결정하는 권한이 금융감독위원회에 부여되어 있는 것이다. 즉, 금융감독위원회는 계약이전의 결정을 하는 때에 필요한 범위 안에서 계약이전이 되는 계약의 범위, 계약이전의 조건 및 이전 받는 금융기관을 정하도록 규정되어 있다(금개법 제14조 제1항 제5호). 이것은 금융감독위원회에의 계약의 백지위임이나 마찬가지라고 할 것이다. 이러한 계약의 백지위임은, 소유권의 이전의 주요한 수단을 계약이라고 할 경우, 사실상 금융감독위원회가 당해 부실금융기관의 소유권을 수용하는 의미가 있다고 할 것이다. 따라서, 이러한 해석이 가능하다면, 수용에 대한 절차나 보상규정을 명확히 규정하지 않은 채 재산권을 수용하는 것은 헌법 제23조의 취지에도 반한다고 할 것이다. 이상에서, 금융감독법제가 안고 있는 법적인 문제점으로 네 가지 항목을 소개하였다. 위에서 열거한 법적인 문제점은 설치법을 비롯한 금융감독법제 전체에 관련되어 있지만, 역시 가장 문제가 되는 부분은, 금개법에 규정된 내용, 그 중에서도 계약이전결정에 관한 사항이다. 이미 앞서 간단히 살펴 본대로, 계약이전결정은, 금융기관의 존립을 좌우하는 행정행위로서, 이 결정은 당해 금융기관의 주주, 임직원, 채권·채무자 등 당해 금융기관의 모든 이해관계자에게 중대한 영향을 끼치는 사항이다. 또한, 계약이전결정은 위에서 지적한 금융감독법제가 안고 있는 법적인 문제점을 포괄적으로 담고 있다. 따라서, 계약이전결정에 관한 법적인 문제를 살펴보면, 그 외의 문제도 동시에 해결되는 측면이 있다. 이러한 이유에서, 이하에서는 절을 바꾸어, 계약이전결정을 둘러싼 법적인 문제점에 대하여 자세하게 살펴보기로 한다.

제 5 절 계약이전제도

우리 나라에 계약이전제도가 실정법에 규정된 것은, 금개법이 최초는 아니다. 이미, 현행 금개법에 규정된 내용과는 조금 차이가 있지만, 이미 60년대부터 보험업법과 상호신용금고법에 그 내용이 규정되어 있었다. 금개법상의 현행 규정은 위의 선행규정을 참고로 하여 만들어졌다고 할 수 있다. 이하에서는 현행 금개법상의 계약이전제도를 살펴보기 전에 이 제도가 어떠한 과정을 거쳐서 형성되어 왔는가 살펴보고자 한다.

1. 계약이전제도의 형성

(1) 보험업법상의 계약이전제도

우리 나라에서 계약이전명령제도가 처음으로 등장한 것은, 1962. 1. 15. 일의 보험업법의 개정을 통해서였다. 당시의 개정보험업법 제90조와 제91조, 그리고 제128조는 다음과 같이 규정하고 있었다.

제90조 (정리의 권고) ①재무부장관은 보험회사의 업무 또는 재산의 상태에 의하여 보험회사로 하여금 합병, 업무와 재산관리의 위탁 또는 계약을 이전시키는 것이 적당하다고 인정할 때에는 보험회사에 대하여 이를 권고할 수 있다.
②전항의 경우에 있어서 재무부장관이 필요하다고 인정할 때에는 상대 회사를 지정하고 또 그 회사에 대하여도 전항의 사항을 권고할 수 있다.
제91조 (정리명령) 재무부장관이 보험회사의 업무 또는 재산의 상태에 의하여 그 사업의 계속이 부적당하다고 인정할 때에는 사업의 정지, 업무와 재산의 관리 또는 계약이전의 명령을 할 수 있다.
제128조 (해산후의 명령권) ①재무부장관은 해산한 보험회사의 업무 또는 재산의 상태에 의하여 필요하다고 인정할 때에는 업무와 재산의 관리 또는 계약이전의 명령을 할 수 있다.

그리고, 재무부장관에 의한 위의 명령이 있게 되면 보험관리 인이 선임되는데, 보험관리인에 대해서는 다음과 같이 규정되어 있었다.

제92조 (보험관리인) ①前條 또는 제128조 제1항의 관리는 재무부장관이 선임한 보험관리인이 이를 한다.
②보험회사는 정당한 사유 없이 보험관리인이 될 것을 거부할 수 없다.
③보험관리인은 관리를 받는 회사를 대신하여 보험계약 기타의 거래 및 재산의 관리와 처분을 하는 권한을 가진다.
④재무부장관은 보험관리인 또는 관리를 받는 회사에 대하여 관리에 관하여 필요한 명령을 할 수 있다.
⑤재무부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험관리인을 해임할 수 있다.
⑥제87조 제1항·제2항과 제4항 및 상법 제38조 제1항과 파산법 제163조 내지 제166조의 규정은 보험관리인에 이를 준용한다. 그러나 파산법 중 법원이라 함은 이를 재무부장관으로 한다.

결국, 재무부장관에 의해 임면되는 보험관리인이 해당 보험회사의 실질적인 경영자가 된다.

보험관리인이 선임된 후에는, 강제이전의 협의 절차가 이어진다. 이 때에, 재무부장관에 의하여 상대회사가 지정된 경우에는 그 회사, 지정이 없는 경우에는 재무부장관의 인가를 얻어 다른 보험회사에 대하여 이전에 관하여 협의를 하도록 되어 있었다(동법 제112조 제1항). 그리고, 이 강제이전의 협의에 따른 부수적인 절차로서는, 재무부장관의 지정 또는 인가한 상대회사에 대한 통지, 각 회사의 협의에 대한 주주총회 또는 사원총회에서의 의결, 그리고 협의가 이루어 졌을 경우 재무부장관에의 인가신청 등이 있었다(동법 제112조 제2항 내지 제5항). 또, 재무부장관은 필요하다고 인정할 때에는 이전할 보험계약에 관한 計理에 대하여 특별한 계산을 할 것을 명하고 기타 이전 받을 보험회사의 보험계약자, 피보험자 또는 보험금액을 취득할 자의 이익을 보호하는데 필요한 명령을 할 수 있었다(동법 제114조).

위와 같은 조치에 의해서 계약이전이 이루어지지 않는 경우에, 재무부장관은 강제이전을 결정할 수 있었다. 즉, 계약이전에 관한 협의를 하지 아니하거나, 할 수 없거나, 또는 협의가 이루어지지 아니 할 때에, 재무부장관은 閣令이 정하는 바에 따라, 각 회사의 의견을 청취한 후, 계약의 이전에 대하여 필요한 결정을 할 수 있었다(동법 제115조 제1항, 제2항). 이 때에, 강제이전의 효력은, 재무부장관의 인가 또는 결정에 의하여 발생하였다(동법 제116조 제1항).

보험회사는, 부실금융기관의 정리방식에 있어서 계약이전방식이 어느 금융기관보다 적합하다고 한다. 그 이유는 보험은 다른 금융상품과는 달리 일정한 기간을 적립하는 것을 상품의 내용으로 하기 때문이다. 따라서, 해당 보험회사가 부실하게 되었을 때에, 보험계약자로서는 계약을 해지하지 않고, 계약자체가 다른 회사로 이전되는 것이 계약자 자신에게 유리하기 때문이다. 그러나, 이러한 장점을 인정한다 하더라도, 행정청의 일방적인 결정에 의해서 소유권이 이전되는 정리방식은 재산권의 보장, 기업활동의 자유 등의 측면에서 보았을 때, 법적으로 많은 문제점을 내포하고 있다고 할 수밖에 없다.

위의 계약이전제도는, 권한행사의 주체가 재정경제부장관에서 금융감독위원회로 바뀌어, 현행 보험업법에 그대로 존속되고 있다

(2) 상호신용금고법상의 계약이전제도

이어서, 1975. 7. 25. 일의 상호신용금고법의 개정을 통하여 계약이전명령제도가 두 번째로 도입이 되었다. 동법 제23조의2(계약이전·영업양도명령등)는 다음과 같이 규정하고 있었다.

> ①재무부장관은 상호신용금고의 경영 또는 재산상태가 건전하지 못하여 공익을 해할 우려가 있다고 인정될 때에는 지급의 정지, 계약의 이전·업무 및 재산의 관리, 영업의 양도·합병, 계약금액 기타 계약내용의 변경, 업무의 종류 및 방법의 변경, 임원의 변경, 주주명의 개서의 금지 기타 필요한 명령을 할 수 있다.
> ②제1항의 규정에 의한 명령을 받은 때에는 상호신용금고는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 요지를 공고하여야 한다.

그리고, 이 당시의 계약이전명령 후의 절차는, 보험업법의 그것과 거의 흡사하다. 즉, 관리인의 선임(동법 제23조의3), 임원의 직무집행정지(동법 제23조의5), 계약이전의 협의(동법 제23조의7), 계약이전의 결정(동법 제23조의8), 그리고 계약이전의 효력(동법 제23조의9) 등이 그것이다.

그러나, 현행법에서는 권한행사의 주체가 재정경제부장관에서 금융감독위원회로 바뀌었을 뿐만 아니라, 그 내용도 상당히 바뀌게 되었다.

먼저, 구법에서는 계약이전을 명령할 수 있다고 규정하고 있었는데, 현행법에서는 명령이 아니라 요구할 수 있는 것으로 바뀌었으며, 그 요건도 변화되었다. 관련조문을 소개하면 다음과 같다.

> 제24조의8 (계약이전의 요구) ①금융감독위원회는 제23조의3의 규정에 의하여 경영관리를 받는 상호신용금고에 대한 재산실사의 결과 상호신용금고의 재산으로 그 채무를 완제할 수 없는 경우로서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 계약이전을 받을 자를 지정하여 계약의 이전(이하 "계약이전"이라 한다)을 당해 상호신용금고에 대하여 요구할 수 있다.
> 1. 계약이전을 받고자 하는 상호신용금고가 있는 경우
> 2. 대통령령이 정하는 기준에 의하여 상호신용금고가 파산하는 경우 보다 계약 이전하는 경우가 바람직하다고 인정되는 경우
> ②제1항의 규정에 의한 상호신용금고의 계약이전을 받고자 하는 상호신용금고는 금융감독위원회에 신청하여 그 지정을 받아야 한다.
> ③제2항의 규정에 의한 지정의 기준 및 절차 등은 재정경제부령으로 정한다.

제24조의9 (계약이전의 협의와 인가) ①상호신용금고는 제24조의8제1항의 규정에 의하여 계약이전의 요구를 받은 때에는 계약이전의 지정을 받은 상호신용금고와 계약이전에 관한 협의를 하여야 한다.
②협의는 쌍방의 상호신용금고에 있어서 상법 제434조의 규정에 의한 결의(합자회사의 경우에는 총사원의 3분의 2이상의 동의)를 얻어야 한다.
③협의가 성립된 때에는 쌍방의 상호신용금고는 지체없이 금융감독위원회로부터 계약이전의 인가를 받아야 한다.

위의 규정을 살펴보면, 보험업법상의 계약이전제도와 몇 가지 다른 점이 눈에 띄지만, 실제로는 거의 차이가 없고, 가장 큰 차이는 계약이전을 받고자 하는 상호신용금고를 강제로 지정하지 않고 신청을 받아서 지정을 한다는 점이다. 그리고, 계약이전요구 이후의 절차로서, 구법과 다른 점은 금융감독위원회가 예금보험공사에 자금지원을 요청할 수 있다는 점이다(동법 제24조의10). 그 이외의 계약이전의 결정(동법 제24조의11)이나, 계약이전의 효력(동법 제24조의12) 등은 구법의 내용과 大同小異하다.[23]

2. 금융산업의 구조개선에 관한 법률상의 계약이전제도

(1) 경 과

위에서 살펴 본 계약이전명령제도는 그 내용을 강화하여 1997. 1. 13일의 금개법의 개정을 통하여 금융산업일반에 도입되게 된다. 그 당시의 계약이전제도의 내용은 다음과 같았다.

제10조 (금융기관의 건전성 유지) ①재정경제원장관 등은 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 불건전하다고 인정하는 때에는 해당 금융기관에 대하여 주의·경고 또는 경영개선계획의 제출요구 등 필요한 조치를 취할 수 있다.
②재정경제원장관 등이 제1항에 의한 조치를 하고자 할 때에는 그 기준과 조치내용을 미리 정하여야 한다.

---

23) 계약이전제도가 위헌성의 논란이 있지만, 만약 적용된다면, 부실한 상호신용금고를 정리하는 데에도 비교적 용이하다고 한다. 그 이유는, 상호신용금고법은 원래 私債를 陽性化하기 위하여 제정된 법으로, 상호신용금고는 대개 1인 소유가 많기 때문에 소유주 한사람만 설득하면 되고, 따라서 계약이전이 된다고 하더라도, 그에 따른 이해관계자가 적기 때문이다. 그러나, 이러한 점은 계약이전의 법적인 문제를 고려하는 데 본질적인 내용은 아니라고 할 것이다.

제11조 (부실금융기관에 대한 경영개선조치의 명령 등) ①재정경제원장관 등은 예금자보호 및 신용질서의 안정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 부실금융기관에 대하여 정상적인 경영을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 자본금의 증액, 보유주식의 처분 등 경영개선조치를 명할 수 있으며 합병, 영업의 전부 또는 일부의 양도(제2조제1호 마목에 규정된 보험사업자의 영업양도를 제외한다. 이하 같다), 제3자에 의한 당해금융기관의 인수 등을 권고할 수 있다.

②예금보험기구는 제1항의 규정에 의한 명령 또는 권고를 받은 금융기관에 대하여도 당해 금융기관이 채무에 대한 지급이 정지상태에 있는 경우에는 당해 예금보험기구의 설립근거가 되는 법률이 정하는 바에 따라 보험금 또는 보전금의 지급여부를 결정할 수 있다.

③예금보험기구는 금융기관과 부실금융기관간의 합병이나 영업의 전부 또는 일부의 양도·양수 또는 제3자에 의한 부실금융기관의 인수(이하 "부실금융기관의 합병 등"이라 한다)를 알선할 수 있다.

제14조 (행정처분)①재정경제원장관 등은 금융기관이 제10조 제1항의 규정에 의한 조치를 위반하거나 이행하지 아니하는 경우에는 제2조 제1호 各目에 규정된 법률에서 정하는 감독기관(이하 "감독기관"이라 한다)의 건의에 따라 당해 금융기관임원의 업무집행정지를 명할 수 있으며, 주주총회에 대하여 그 임원의 해임을 권고할 수 있다.

②재정경제원장관 등은 부실금융기관이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 부실금융기관에 대하여 계약이전의 결정, 일정기간의 영업정지 등 필요한 처분을 하거나 영업의 인가를 취소할 수 있다. 다만, 제1호 및 제2호의 부실금융기관이 부실금융기관에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제11조 제1항의 규정에 의한 경영개선조치명령을 이행하지 아니하거나 이행할 수 없게 된 경우
2. 제11조 제1항 및 제3항에서 규정하는 권고 또는 알선에 의한 부실금융기관의 합병 등이 이루어지지 아니하는 경우
3. 채무가 재산을 현저히 초과함으로써 제11조의 규정에 의한 경영개선조치명령의 이행 또는 부실금융기관의 합병 등이 이루어지기 어렵다고 판단되거나 예금자보호 등을 위하여 긴급한 조치가 필요하다고 인정되는 경우

위의 내용은 1998. 1. 8일과 1998. 9.14개정을 통하여 현행 계약이전결정제도가 되었다.

(2) 계약이전제도의 내용

금개법상의 계약이전제도에는 계약이전명령과 계약이전결정의 두 종류가 있다. 양자에 대하여 각각 살펴보기로 하자.

1) 계약이전명령

계약이전명령은 부실금융기관을 정비하기 위하여 행해지는 적기시정조치 중의 하나이다. 적기시정조치란, 금융감독위원회가 어느 「金融機關의 自己資本比率이 일정수준에 미달하는 등 財務狀態」가 동법 第10條 第2項의 規定에 의한 기준에 미달하거나 「巨額의 金融事故 또는 不實債權의 발생으로 인하여 金融機關의 財務狀態」가, 第10條 第2項의 規定에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단될 때, 「金融機關의 不實化를 豫防하고 건전한 경영을 誘導하기 위하여 당해 金融機關」에 대하여 일정한 사항을 권고·요구 또는 命令하거나 그 履行計劃을 제출하는 것을 말한다. 계약이전명령은 이 적기시정조치로서 행해지는 명령 중의 하나이다.

이 경우, 계약이전명령은 다음과 같은 방법에 의해서 이행된다. 즉, 금융감독위원회가 다른 금융기관을 지정하여 명령의 대상인 금융기관과의 계약이전을 권고하는 방법이다(동법 제11조 제1항). 이 때의 「계약이전의 권고」는 이른바 행정지도로 지정을 받은 금융기관에 대한 법적인 구속력은 없다. 왜냐 하면, 행정지도는 상대방의 동의를 원칙으로 하는 행정작용이기 때문이다. 행정절차법은 이 점을 명문화하여, 「행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요해서는 아니 된다」라고 규정하고 있다(행정절차법 제48조). 따라서, 금융감독위원회는, 지정을 받은 금융기관이 설령 그 권고에 따르지 않는다 하여도, 당해 금융기관의 의사에 반하여, 계약이전을 받아들이도록 강요해서는 안된다.

금개법은, 이 계약이전권고를 인수금융기관이 쉽게 받아들이도록 하기 위하여, 몇 가지 지원책을 쓰고 있다. 그 중의 한가지가, 예금보험공사에 의한 자금지원이다. 즉, 예금보험공사는 계약이전을 권고 받은 금융기관에 대하여 그 이행을 전제로 예금자보호법의 규정에 따른 자금지원(즉, 자금의 대출 또는 예치, 자산의 매수, 채무의 보증 또는 인수, 출자 또는 출연(예금자보호

법 제2조 제6호))의 금액과 조건을 제시할 수 있다(동법 제11조 제2항).

2) 계약이전결정

(가) 내용과 요건

금융감독위원회는, 위와 같은 부실금융기관에 대하여 적기시정조치를 취하였음에도 불구하고 당해 부실금융기관이 정비되지 않을 경우에는 계약이전을 스스로 결정할 수 있다. 금융감독위원회가 구체적으로 계약이전결정을 할 수 있는 경우는 다음과 같다.

1. 第10條 第1項의 規定에 의한 命令을 이행하지 아니하거나 이행할 수 없게 된 경우
2. 第10條 第1項 및 第11條 第3項에서 規定하는 命令 또는 알선에 의한 不實金融機關의 合併 등이 이루어지지 아니하는 경우
3. 負債가 資産을 현저히 초과함으로써 第10條第1項의 規定에 의한 命令의 이행 또는 不實金融機關의 合併등이 이루어지기 어렵다고 판단되거나 預金者保護등을 위하여 긴급한 措置가 필요하다고 인정되는 경우

이 방법은, 금융감독위원회가 강제로 파트너가 될 금융기관을 지정하여 계약을 이전시키는 방법이다(동법 제14조 제5항). 즉, 제10조 제1항 제8호의 규정에 의한 계약이전명령은 당해 부실금융기관에게는 구속력이 있지만, 지정을 받은 금융기관에게는 구속력이 없기 때문에, 설령, 예금보호공사에 의한 자금지원이라는 메리트가 있다 하더라도, 계약이전명령에 의하여 반드시 부실금융기관의 계약이 금융감독위원회에 의해서 지정된 금융기관에 이전되리라는 보장은 없다. 따라서, 이 계약이전결정은 계약이전명령이 안고 있는 위와 같은 한계를 인식하여 마련해 둔 제도라고 할 수 있다.

금융감독위원회가 계약이전의 결정을 하는 경우, 필요한 범위안에서 계약이전이 되는 계약의 범위, 계약이전의 조건 및 이전받는 금융기관을 정해야 한다. 이 경우 계약이전을 받는 금융기관의 이사회의 동의를 미리 얻어야 한다(동법 제14조 제5항). 그러나, 계약이전의 결정에 의한 계약이전에 관해서는 관계법률 및 정관의 규정에 불구하고 계약이전을 하는 부실금융기관의 이사회 및 주주총회의 결의를 요하지 아니한다(동법 제14조 제6항).

그리고, 계약이전명령에 의하여 부실금융기관으로부터 계약이전을 받은 금융기관이 계약이전과 관련하여 주주총회결의, 주식매수청구, 채권자이의제출

등의 절차를 이행하는 경우에는 특칙이 적용된다(동법 제14조 제9항, 제5조).

금융감독위원회는 계약이전의 결정을 한 때에는 부실금융기관의 관리인을 선임하여야 한다(동법 제14조 제7항). 관리인은 선임목적에 따라 대행할 임원의 직무 또는 계약이전의 결정과 관련된 업무의 범위내에서 부실금융기관의 자산·부채 등을 관리·처분할 권한을 가진다. 금융감독위원회는 관리인의 업무수행에 대한 명령, 그리고 해임할 수 있는 권한을 가지고 있다(동법 제14조의3).

계약이전의 결정이 있는 경우 금융감독위원회는 당해 부실금융기관 및 인수금융기관으로 하여금 계약이전과 관련된 자료를 보관·관리하게 하고, 이를 이해관계인이 열람할 수 있도록 하며, 보관·관리 및 열람에 필요한 기준 및 절차는 금융감독위원회가 정하도록 되어 있다(동법 제14조의2 제5항).

(나) 효 력

계약이전의 결정이 있는 경우, 그 결정내용에 포함된 계약에 의한 부실금융기관의 권리와 의무는 그 결정이 있은 때에 계약이전을 받는 금융기관(=인수금융기관)이 이를 승계하게 된다(동법 제14조의2 제1항 본문). 그러나, 계약이전의 대상이 되는 계약에 의한 채권을 피담보채권으로 하는 저당권이 있는 경우에는 일정한 공고절차를 거친 후에 인수금융기관이 이를 취득하게 된다(동법 제14조의2 제1항 단서). 여기서 공고절차란 당해 부실금융기관 및 인수금융기관이 공동으로 그 결정의 요지 및 계약이전의 사실을 2이상의 일간신문에 지체없이 공고하는 것을 말한다(동법 제14조의2 제2항). 이 공고가 있는 때에 그 계약이전과 관련된 채권자·채무자·물상보증인을 비롯한 이해관계인과 당해 부실금융기관 사이의 법률관계는 인수금융기관이 동일한 내용으로 이를 승계한다(동법 제14조의2 제3항 본문). 다만, 이해관계인은 위의 공고전에 당해 부실금융기관과의 사이에서 발생한 법률관계에 대해서는 인수금융기관에 대항할 수 있다(동법 제14조의2제3항 단서). 그리고 이 공고에 의해서 인수금융기관은 채무자에 대하여 민법 제450조의 규정에 의한 지명채권의 대항요건을 갖춘 것으로 보며, 다만 채무자는 당해 채무가 당해 부실금융기관과의 사이에서 발생했다는 것을 이유로 인수금융기관에 대항할 수 있다(동법 제14조의2 제4항).

(3) 계약이전결정과 기업활동의 자유

1) 처음에

부실금융기관의 정비방법의 하나로서 금개법에 규정되어 있는 계약이전결정은 그 절차와 요건, 그리고 내용 등에 있어서, 법치주의와 자유시장경제질서를 기본원리로 규정하고 있는 헌법의 규정에 비추어 볼 때, 많은 문제점을 안고 있다고 할 수밖에 없다. 계약이전결정은 처분 그 자체도 위헌성의 여부가 논의의 대상이 되고 있지만, 처분 이후의 절차에서도 법적으로 문제되는 점이 한두 가지가 아니다. 그것은 계약이란, 경제활동의 가장 기본이 되는 것이며, 그 계약을 기초로 하여 그 다음의 경제질서가 형성되기 때문이다. 따라서, 헌법을 비롯한 여러 법률에서는 이러한 점을 고려하여 이러한 경제질서를 형성하는데 필요한 절차나 요건 등을 제도적으로 보장하는 것이 보통이다. 계약이전결정은 위와 같은 자유시장경제질서를 기본으로 하는 법체계에 대한 야심찬 도전이라고 할 수도 있을 것이다. 그러나, 도전이 언제나 성공하는 것은 아니다. 이하에서는 계약이전결정이 현행 법체계상에서 직면하고 있는 문제는 구체적으로 무엇이며, 과연 그러한 장벽들은 극복될 수 있는 것인지, 아니면, 더 근본적인 물음으로, 그러한 도전 자체가 무모한 것으로 허용될 수 없는 것인지 등에 대해서 살펴보기로 한다.

2) 요건의 문제

앞서 이미 살펴 본대로 금융감독위원회가 어느 금융기관에 대하여 계약이전결정을 할 수 있는 요건은, 당해 금융기관이 부실금융기관으로서 동법 제14조제2항 1, 2, 3호에 열거된 사항에 해당하는 경우이다. 여기서, 문제가 되는 것은 부실금융기관을 지정하는 절차가 없다는 점인데, 이 점에 대해서는 앞에서 상세히 서술했으므로 여기서는 생략하기로 한다. 이어서 각 항목별로 차례로 살펴보기로 한다.

(가) 제14조 제2항 제1호

동조항은 다음과 같이 되어 있다. 즉, 「第10條第1項의 規定에 의한 命令을 이행하지 아니하거나 이행할 수 없게 된 경우」라고 규정되어 있는데, 제10조 제1항의 규정은, 금융감독위원회가 부실한 금융기관에 내리는 명령으로 여기에는 다음과 같은, 9가지의 경우가 있다.

1. 金融機關 및 任·職員에 대한 주의·警告·譴責 또는 減俸
2. 資本增加 또는 資本減少, 保有資産의 처분 또는 店鋪·組織의 縮小
3. 債務不履行 또는 價格變動 등의 위험이 높은 資産의 취득금지 또는 非正常的으로 높은 金利에 의한 受信의 제한
4. 任員의 職務停止 또는 任員의 職務를 代行하는 管理人의 選任
5. 株式의 消却 또는 併合
6. 營業의 전부 또는 일부 정지
7. 合併 또는 第3者에 의한 해당 金融機關의 引受
8. 營業의 讓渡 또는 預金·貸出 등 金融去來에 관련된 契約의 移轉(이하 "契約移轉"이라 한다)
9. 기타 第1號 내지 第8號에 준하는 措置로서 金融機關의 財務健全性을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 措置

즉, 금융감독위원회는, 부실한 금융기관에, 위와 같은 명령을 내렸을 경우, 당해 금융기관이 이 명령을 이행하지 않거나, 이행할 수 없는 때에 계약이전결정을 할 수 있다. 그런데, 이러한 요건들에 문제가 없는지 한번 살펴보기로 하자. 계약이전결정은, 뒤에서 자세히 살펴보는 것처럼, 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 처분으로 위헌이라고 할 수밖에 없다. 게다가, 설령, 이 처분이 본질적인 내용을 침해하고 있지 않다고 가정한다고 하더라도 역시 위헌임을 면치 못할 것이다. 왜냐 하면, 계약이전결정은, 부실은행을 퇴출하는 수단으로 이용했을 정도로 대단히 무거운 처분이고, 그에 관련된 이해관계인, 즉 당해 금융기관의 주주, 예금자, 채권자, 채무자 등이 존재하기 때문에, 이러한 처분을 하는 데에는 엄격한 기준과 절차에 따라서 신중히 행해져야 하는 것은 물론이다. 그런데도, 위의 요건, 그 중에서도 제1호 내지 제4호와 같은 그렇게 중대하지 않은 사항에 대한 불이행, 또는 이행불능을 가지고, 계약이전명령을 내리는 것은, 헌법재판소가 위헌의 또 하나의 요건으로 제시하고 있는 이른바 과잉금지의 원칙에 해당하는 전형적인 예로서 위헌이라고 할 수밖에 없을 것이다.[24]

(나) 제14조 제2항 제2호 및 제14조 제2항 제3호

제2호의 경우는 명령 또는 알선에 의한 부실금융기관의 합병이 이루어지지 않은 때이며, 제3호는 부채가 자산을 초과하여 명령의 이행이나, 합병이

24) 헌재 1989. 12. 22. 88 헌가 13, 헌법재판소판례집 제1권(1989), 373~374면.

이루어지지 않는 경우를 들고 있다. 그러나, 합병이 부실금융기관을 정비하는 최상의 방법이라는 보장은 어디에도 없으며, 또한 부채가 자산을 초과했다고 해서 기업으로서 존재할 의의를 상실했다고는 보기 어려울 것이다. 따라서, 이 두 요건도 좀더 신중한 검토가 필요하다고 할 것이다.

3) 계약의 내용과 효과의 문제

계약이전결정에 있어서, 이전의 대상이 되는 계약의 내용 및 이전의 상대등의 지정에 이르기까지 모두 금융감독위원회의 권한으로 되어 있다. 즉, 금개법 제14조 제5항은, 「金融監督委員會는 第2項의 規定에 의하여 契約移轉의 決定을 하는 때에는 필요한 범위 안에서 契約移轉이 되는 契約의 범위, 契約移轉의 조건 및 移轉받는 金融機關을 정하여야 한다. 이 경우 契約移轉을 받는 金融機關의 理事會의 同意를 미리 얻어야 한다」라고 규정하고 있다. 이렇게 보면, 계약자유의 원칙은 계약이전결정에 있어서는 완전히 부인되고 있다고 할 수밖에 없다. 말할 것도 없이, 계약자유의 원칙은, 계약을 체결할 것 인지의 자유, 어떠한 내용의 계약으로 할 것인지의 자유, 그리고 계약의 상대방을 선택할 수 있는 자유를 포함하고 있다. 여기서는 이 세 가지 자유가 모두 부인되고 있으며, 더 나아가 계약이전을 받는 금융기관의 입장에서 보면, 강제로 계약의 상대방이 되어야 하는 상황이 전개되고 있는 것이다. 그리고, 더욱더 중대한 사실은 계약이전결정에 있어서, 이전의 대상이 되는 '계약'의 내용이 불분명하다는 점이다. 즉, 부실금융기관과 관련된 계약에는 여러 종류가 있다. 당해 은행과 예금주, 대출자, 그리고 담보관계자와의 계약 등이 그것이다. 이 경우 금개법에서 규정하고 있는 계약은 어느 것이며, 또 그 내용 등은 무엇인지 전혀 언급이 없고 전적으로 금융감독위원회의 재량에 맡겨져 있다. 이것은 계약의 내용에 대해서 금융감독위원회에 백지위임을 한 것이 되고, 경우에 따라서는 금융감독위원회의 결정에 의해 소유권이 침해당하는 수도 있을 것이다. 실제로, 뒤에서 살펴보겠지만, 5개 퇴출은행의 계약이전결정의 사례는 재산권의 수용에 가까운 내용으로 되어 있다. 이것은 우리 헌법 제23조에서 보장하고 있는 재산권의 보장과 공공의 필요에 의해서 그리고 정당한 보상 하에서만 재산권의 행사를 제한할 수 있다는 규정에 정면으로 배치하는 것이다. 이처럼, 금융감독위원회의 원래 설치목적이나 금융규제행정의 일반이론에서 보았을 때, 자본주의사회의 가장 근간이

되는 계약자유의 원칙까지 부인할 충분한 근거가 있는지 매우 의심스럽다. 이 점에 대해서는 뒤에서 다시 한번 언급하기로 한다.

계약이전결정에 있어서, 계약 그 자체가 안고 있는 문제 이외에, 계약이전결정에 따른 후속절차에도 법적으로 셀 수 없이 많은 문제가 산적해 있다. 그 중에서 문제가 될만한 몇 가지 사항들을 살펴보기로 하자.

먼저, 계약이전결정에 의한 계약이전에 관해서는 관계법률 및 정관의 규정에 불구하고 계약이전을 하는 부실금융기관의 이사회 및 주주총회의 결의를 요하지 않는다고 규정되어 있다(동법 제14조 제6항). 이사회 및 주주총회의 기능이 무엇이며, 그것이 법적으로 어떻게 보장되어 있는지에 대한 논의가 있음은 사실이지만[25], 회사의 경영권과 소유권 등이 박탈당할 가능성이 있는 등, 경영자와 주주에게 결정적인 영향을 미치는 계약이전결정에 대해서 아무런 의사표시도 할 수 없게 하는 점은 문제라고 하지 않을 수 없다.

그리고 계약이전결정이 있는 경우, 그 決定內容에 포함된 契約에 의한 不實金融機關의 權利와 義務는 그 決定이 있은 때에 契約移轉을 받는 金融機關이 이를 承繼하도록 되어 있다. 그런데, 이 때에 契約移轉의 대상이 되는 契約에 의한 債權을 被擔保債權으로 하는 抵當權이 있는 경우 그 抵當權은, 당해 계약이전의 사실이 2이상의 일간신문에 公告된 때에 引受金融機關이 이를 취득한다(동법 제14조의2 제1항, 제2항). 그러나, 이 경우에도 저당권은 등기를 통해서 공시를 하게 하고, 분쟁이 발생했을 때에는 예고등기를 하여 선의의 제3자가 불측의 손해를 입지 않도록 하고 있는데, 과연 이러한 민법상의 취지를 무시하고 단지 공공에 의해서 저당권을 취득하게 할 수 있는지 의문이다.

이어서 관리인의 선임 및 임무 등에 관한 문제이다.

금융감독위원회는 계약이전결정을 한 후 부실금융기관에 관리인을 선임하도록 되어 있다(동법 제14조제7항). 그리고, 選任된 管理人은 管理人의 選任目的에 따라 代行할 任員의 職務 또는 契約移轉의 決定과 관련된 業務의 範圍內에서 不實金融機關의 資産·負債 등을 관리·처분할 權限을 가지고 있다(동법 제14조의3 제1항). 금융감독위원회는 管理人에게 그 業務遂行에 필요한 命令을 할 수 있으며, 필요하다고 인정하는 때에는 管理人을 解任할

25) 宇田一明, 營業讓渡命令と株主總會決議との關係, 青竹正一外編, 現代企業と法, 名古屋大學出版會(1991), 參照.

수도 있다(동법 제14조의3 제2항, 제3항). 그러나, 금융감독위원회는, 원래, 당해 부실금융기관의 자산·부채 등에 관하여 처분권을 가지고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 금융감독위원회에 의해서 임면되는 관리인이 당해 부실금융기관의 자산·부채 등에 관하여 처분권을 행사한다는 것은 법적으로 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

(4) 사유재산권침해의 문제

1) 처음에

부실금융기관에 대한 계약이전결정이 있게 되면 당해 부실금융기관의 주식소각이나 자본감소 등이 있게 되고 이로 인하여 당해 부실금융기관의 주주들이 소유하고 있던 주식이 원래 지니고 있던 재산가치는 완전히 없어지거나 하락하게 된다. 그리고 당해 부실금융기관에 대하여 채권·채무를 동시에 가지고 있는 자도 재산상의 손실을 입을 수 있다. 왜냐 하면, 계약이전의 경우, 채권과 채무가 각각 서로 다른 기관에 인수되는 경우가 있기 때문이다. 이 경우, 채권은 파산재단 등에 속하게 되어 채권의 전부를 행사할 수 없는 반면에, 채무는 전액 변제해야 하는 수가 있다. 즉, 계약이전결정이 없었더라면, 상계 등에 의해서 재산권을 보전할 수 있었던 자가, 계약이전결정에 의해서 재산상의 손실을 입게 되는 일은 능히 상상해 볼 수 있다. 이처럼, 계약이전결정은 부실금융기관의 이해관계자들의 재산권에 중대한 영향을 끼치게 된다.

그렇다면, 위와 같이 계약이전결정에 의해서 재산권이 침해되는 것에 대해서는 어떻게 생각해야 할 것인가? 이 작업을 함에 있어서 소재로 삼아야 할 대상은 말할 것도 없이 헌법의 재산권과 경제활동에 관한 규정이다.

이미 다 알고 있는 것처럼, 헌법 제23조는 재산권의 보장과 제한에 대하여 규정하고 있고, 그 제한과 관련하여, 헌법 제37조에서 일정한 경우에 본질적인 내용을 침해하지 안는 한 제한을 할 수 있다는 점, 또 헌법 제9장(헌법 제119조~제127조)의 이른바 경제조항에서는 경제질서와 관련하여 재산권에 관하여 일정한 제한을 할 수 있음을 규정하고 있다.

그런데, 헌법 제23조에서 보장하고 있는 재산권의 의미는 그 후 자본주의의 발달과 더불어 分派하여 근대헌법에서 예정하고 있던 「인권으로서의 재산

권」과 「인권이 아닌 재산권」, 즉 「자본주의적 사유재산제도의 중핵을 밑받침하는 자본소유권」으로 二分되었다는 설득력 있는 주장이 제기되고 있다.[26] 이하에서는, 위에서 언급한 재산권에 관한 헌법상의 규정을 논의함에 있어서 하나의 참고 사항으로써 삼기 위하여, 위의 재산권의 의미의 변화에 대하여 간단히 살펴보고 본 항목의 테마에 대하여 생각해 보기로 한다.

2) 사유재산권의 제한

(가) 소유권사상

소유권은 불가침이며, 절대적인 것이라는 생각과 소유권은 절대적인 것이 아니라 공공복지를 위하여 폭넓게 제한해도 좋다는 생각이 대립해 왔다. 이 두 가지 생각의 대립은, 실제로는 현대 소유권의 사상에 내재(內在)해 있는 대립이며, 그 근거는, 어느 쪽이나, 자본주의사회의 사유재산제도속에 두고 있다. 이러한 두 가지 입장은 각각 그 나름대로의 이유를 가지고 있음을 쉽게 알 수 있다.[27]

이러한 생각은 우리 헌법의 사상속에 이미 포함되어 있다. 우리 헌법 제23조는 제1항 제1문에서, 「모든 국민의 재산권은 보장된다」라고 하여 소유권의 불가침성을 천명한 후,[28] 제1항 제2문, 제2항, 그리고 제3항에서, 재산권의 「내용과 한계는 법률로 정한다」 「재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다」 「공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다」라고 규정하고 있다. 소유권의 불가침성 내지 자유라고 하는 사상과, 공공복지에 의한 제한이라고 하는 사상, 이 두 가지 사상의 대립은, 오늘날 소유권사상의 중심문제라고 하여도 과언이 아니다.[29]

(나) 소유권사상의 변화

① 소유권자유의 사상과 그 기반 - 소유권의 역사적 기반 -

소유권의 불가침성 내지 자유의 사상이, 근대시민혁명에 있어서 기본적 인

---

26) 渡邊洋三, "所有權の思想", 「現代法 13」, 有斐閣, 1972. 森英樹, 經濟活動と憲法, 樋口陽一編 「講座 憲法學 4 權利の保障【2】」, 日本評論社, 1994.

27) 渡邊洋三, 上揭書, 140면.

28) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 1999, 541면.

29) 渡邊, 前揭書, 140면.

권사상의 중요한 내용을 이루고 있다는 점은 이미 잘 알려져 있다. 각국의 근대헌법 내지 권리장전은, 그 대부분이, 소유권존중의 사상을 선명하게 밝히고 있다. 이와 같이 소유권의 불가침성이나 자유의 존중을 강조하는 사상은, 근대시민혁명에 있어서 다음과 같은 의미를 지니고 있었다고 할 수 있다. 그것은, 시민사회가 형성되기 시작했을 당시에는, 재산에 대한 소유가, 시민생활의 기초이며, 그것이 위협을 당해서는 생활 그 자체의 파괴를 초래할 수 있기 때문에, 소유권의 보장이, 다름아닌 생활의 보장을 의미하며, 봉건세력으로부터의 시민생활의 해방은, 소유권의 해방이 필요불가결한 것임을 말해주고 있는 것이다. 즉, 여기서는, 소유권의 확보는, 생존권의 확보와 불가분적인 관계에 있기 때문에, 그러한 의미에서, 소유권의 불가침성이나 자유의 존중이라고 하는 사상은, 시민혁명에 있어서 본질적인 것이었다.

② 소유권의 자유의 제한의 사상과 그 기반

위와 같은 소(小)생산자적 시민사회를 기초로 하는 자연적 기본권으로서의 소유권사상은, 그 후 자본주의가 형성·발전해 감에 따라서 역사적 기반을 잃게 된다. 즉, 아이러니 하게도, 소유권의 자유라고 하는 사상을 낳은 자유로운 상품교환, 그리고 자유시장에서의 자유경쟁은, 소생산자들이 주축이 되어 있던 상품교환사회를, 자본주의적 경제관계가 지배하는 사회로 점차 변화시켜 갔던 것이다. 자본주의적 경제관계의 전개에 의해서 나타나는 소유의 형태는 이른바 생산수단의 소유와 노동의 분리를 기본적인 특징으로 하고, 나아가, 노동에 의해서 생긴 생산물은 생산노동자가 아니라 생산수단의 소유자에게 귀속하게 되었다. 여기서 성립하는 자본주의적 소유의 형태는 이전의 소생산자가 직접 생산하고 소유하는 형태와는 본질적으로 다른 성격을 띠고 있음을 알 수 있다. 이처럼, 소생산자의 소유의 형태에서 출발했던 근대의 사적 소유의 형태는, 그 전개과정에서, 전혀 다른 방향으로 변화하게 되었던 것이다.

위와 같은 소유형태의 변화는 자연히 소유권사상의 변화를 불러일으키게 된다. 소유권의 불가침성과 자유의 사상은, 앞서 언급한 것처럼, 소유권이, 「사람의 안전과 행복 등을 추구할 수 있는 권리(매세추세츠헌법)」로서의 의미를 가지며, 소유권의 보장이 생활권(생존권)의 보장과 연결되는 것을 전제로 하는 사상이었다. 그런데, 자본주의적 소유형태가 등장하여 확산됨에 따라, 기업가들의 이윤확보를 우선하는 경영방식에 의해 노동자들은 생존권 그 자체에 위협을 느끼지 않을 수 없게 되었다. 이처럼, 자본주의적 소유형태

아래에서는, 소유권의 불가침성이나 자유를 강조하는 사상이 오히려 노동자들의 생존권을 압박하는 자유를 옹호하는 결과를 낳을 수도 있었던 것이다. 여기에 소유권의 불가침성이나 자유를 공격하거나, 혹은 자유의 제한을 강조하는 소유권사상이 등장하게 된 배경이 있다.

③ 독점단계에 있어서의 소유권의 자유의 제한

자본주의가 독점단계에 들어서면서, 자본집중에 따른 거대자본, 특히 독점의 형성은 위와 같은 문제점을 더욱 첨예하게 드러냈을 뿐만 아니라, 자본주의적 소유의 형태에도 새로운 局面을 가져오게 되었다. 초기자본주의 형성기에 있어서의 소유권의 자유의 사상은, 계약자유의 이름으로 자유시장에서의 경쟁의 자유라는 사상을 포함하고 있었음은 물론이다. 이것은, 고전파경제학에서 주장되었던 독점을 거부하는 사상이기도 하였다. 그러나, 이 사상 자체는 경쟁은 완전히 자유이지만, 경쟁상대를 쓰러뜨려서는 안된다는 정도에 그치고 있었다. 따라서, 이 정도의 독점을 거부하는 자유경쟁의 사상만으로는 독점이 형성되는 것을 막을 수는 없었다. 결국, 소유권의 자유나 계약자유의 사상은 역으로 독점형성을 옹호하는 결과를 낳게 되었다.

그런데, 자본의 집중과 독점의 형성을 담보하는 것은, 말할 것도 없이 주식회사이다. 주식회사가 지배적인 역할을 하면서부터 소유의 기능은 변화했다. 소유와 경영이 분리되고, 나아가, 이사회가 주주를 지배할 수 있는 제도가 확립되었다. 이와 같은 소유와 경영의 분리는, 고전적인 소유권이념을 변모시키기에 이르렀다. 자유주의 경제하에서, 소유권보호의 사상은, 富 내지 재산 그 자체의 보호를 의미했다기 보다, 富를 획득하고 추구하는 노력을 보호하는 것을 의미하고 있었다. 즉, 거기서는 각자가 자유경쟁하에서 이익을 추구하려고 하면, 자기사업에 책임을 지고, 리스크를 부담하며, 최대한의 능력을 발휘하여 경영을 하게 되고, 이와 같은 이익추구의 자유를 통해서 사회전체의 이익도 실현된다고 생각되었으며, 이 전제하에서, 개개의 소유권의 보장은, 말할 것도 없이 사회전체의 복지에 도움이 된다는 생각이 지배적인 생각이었다. 소유권보호의 사상은, 이와 같이 소유와 경영의 일치를 전제로 하여 성립하고 있었던 것이다. 이 상황하에서, 소유자는 두 가지 기능, 즉 사업에 투자를 하고, 리스크를 부담한다고 하는 기능과, 그 기업의 이익을 최대한으로 올리기 위하여 노력한다고 하는 기능을 혼자서 담당했으며, 이들 양자사이에 모순은 없었다.

이처럼 주식회사가 지배적이 되는 상황하에서는, 기업에 투자하고 리스크를 부담하는 자와, 그 기업을 경영하여, 이윤을 추구하는 자가 분리된다. 이것은 결국, 고전적인 소유에 포함되어 있던 위의 두 가지 기능이 소극적인 소유(=투자와 위험부담)와 적극적인 소유(=경영에 의한 기업의 지배)로 분리 되게 되는 것을 의미한다. 그러나, 위와 같은 構圖는, 다시, 경영자와 연결된 대주주와 회사의 경영에 대해서 이렇다 할 정보를 갖고 있지 못하는 소액주주로 재편된다.

자본주의적 소유는, 독점단계에서는, 주식회사조직을 통하여, 노동자를 지배할 뿐만 아니라, 자본시장에 대해서도 막대한 영향력을 행사하게 하게 된다. 따라서, 이와 같은 소유형태의 변화 속에서의 본래적인 의미의 소유권의 불가침성이나 자유의 사상은 퇴색하지 않을 수 없다.

(다) 재산권을 둘러싼 二分論이 시사하는 것

재산권의 의미가 원래의 「인격권으로서의 재산권」에서 분파되어 「인격권이 아닌 재산권」이 존재한다는 渡邊教授를 비롯한 학자들의 이야기는 매우 설득력이 있다고 할 수 있다. 즉, 원래 「소유」의 문제로서 관찰해 왔던 재산「권」은, 역사적·논리적으로 보면, 헌법상의 권리의 주체인 국민의 구체적인 사회적 존재양식의 변화에 대응하여, 해체과정을 거쳐 그 가치가 생존권·근로기본권·사회보장권 등으로 이전했음을 알 수 있다.[30] 따라서 이러한 인식론을 바탕으로 하여, 「재산권」의 이론을 구성할 경우, 「개인적 재산」과 「예를 들면, 독점형태의 자본, 즉 자본주의적 대기업의 재산」을 양극으로 하는 이념적인 판단기준을 설정할 수 있을 것이다. 이 경우, 후자, 즉 「독점재산」은 「재산권일반의 보장」이라는 차원에서는, 이것도, 헌법 제23조 제1항에서 말하는 재산권개념에 포섭하지 않을 수 없을 것이다. 그러나, 그것은 「아무리 보아도 인권으로서의 실체를 지닌 가치」라고는 할 수 없기 때문에, 「개인적 재산」과 「독점재산」과는 보장의 의미를 달리 하며, 따라서, 「독점재산」에 대하여는 「개인적 재산」과는 다른 강도의 「外的인 制限」을 가하여도 헌법상 허용된다고 할 수 있을 것이다.[31]

위와 같은 논의는, 체계적으로 정리가 되지 않았을 뿐, 우리 나라의 헌법의 규정이나 학설·판례 등에서 충분히 도출될 수 있는 이론이라고 할 것이다.[32]

---

30) 森, 前揭論文, 27面.

31) 森, 上揭論文, 27~28面.

32) 김철수, 전게서, 205~216면. 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13, 등 참조.

따라서, 우리 나라에서도 재산권의 제한의 범위와 한계를 고려할 경우, 위의 판단기준은 유용한 기준으로 이용될 수 있을 것이다.

(라) 헌법의 규정과 계약이전결정에 의한 재산권의 침해

앞서 간단히 살펴 본대로, 우리 헌법은 재산권을 보장하면서도 일정한 경우에 제한을 가할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서, 계약이전결정에 의한 재산권의 침해가 재산권에 관한 헌법의 규정과 학설·판례에 비추어 볼 때 과연 허용될 수 있는 것인지가 문제가 된다. 이 점에 대해서 고려할 헌법상의 규정은, 앞서 언급한 대로, 헌법 제23조, 제37조, 및 제9장(제119조~제127조)이다.

헌법 제23조와 관련해서는 먼저, 이른바 재산권을 둘러싼 이분론의 관점에서 이 문제를 생각해 볼 수 있다. 계약이전결정에 있어서 침해된 재산권의 의미가 이른바 「개인적 재산」, 즉 「인권으로서의 재산권」인지 아니면 「독점재산」, 즉 「인권이 아닌 재산권」인가의 문제이다. 이 경우 계약이전결정에 의해서 주식의 소각 또는 자본감소, 그리고 채권·채무가 각각 별개의 기관에 이전됨으로써 재산권이 침해되는 당사자는 대주주 나 대기업일 수도 있으며, 또 소액주주 또는 소액채권·채무자일 수도 있을 것이다. 그러나, 본 문제에서는 재산권을 적극적으로 행사한다거나, 독점자본의 폐해 등을 시정하기 위해서 행해진 재산권의 제한이 아니기 때문에 침해의 당사자가 대주주 또는 대기업이든 소액주주 또는 소액채권·채무자이든 관계없이 헌법 제23조에서 규정하고 있는 재산권의 의미에 포섭된다고 할 것이다. 즉, 대기업의 재산권이라 하더라도, 사회에 대한 2차적인 책임의 의미에서 재산권에 대한 보장에서 차이가 있다는 의미이지, 경제활동의 기본이 되는 재산까지도 헌법이 보장하지 않는다는 의미는 아니다. 따라서, 계약이전결정에 있어서 경제적인 이해관계자는 개인이건, 대기업이건 각자가 소유하는 재산권에 대하여 헌법으로부터 보호를 받는다고 할 수 있다. 그리고, 헌법 제23조와 관련해서는 보상에 관한 논의가 필요한데 이점에 대해서는 후술하기로 한다.

헌법 제37조 제2항은 「국민의 자유와 권리는 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수」 있지만 그 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 여기서 본질적인 내용이란, 추상적으로 말하면, 「만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미해지는 경우의 그 본질적인 요소」[33]를 의미하는 데, 기본

33) 김철수, 전게서, 323면.

권의 종류에 따라서 본질적인 내용은 달라 질 수 있는 데, 예를 들면, 언론·출판·집회·결사·거주·이전의 자유에 대한 허가는 본질적 내용의 침해에 해당한다고 한다.[34] 헌법재판소는, 그 이외에도, 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등도 본질적인 침해가 된다고 판시하고 있다.[35] 나아가, 헌법재판소는, 「헌법의 기본정신(헌법 제37조 제2항)에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 설사 없다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못한다」고 선언하고 있다. 이 때에, 과잉금지의 원칙은 「국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 受忍의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.」[36]

여기서, 먼저, 위의 학설과 헌법재판소의 판지에 따라서 계약이전결정에 의한 재산권의 침해가 본질적인 침해에 해당하는지 살펴보기로 한다.

계약이전결정에 의하여 재산권이 침해되는 자는 다양하지만, 편의상 위에서 언급한 주식소각이나 자본감소에 의하여 침해당한 주주와 채권·채무를 동시에 가지고 있는 자에 한정하여 생각해보자. 주주가 회사에 대하여 갖는 권리에는 주주의 경제적 이익의 확보를 위한 재산적 권리인 自益權[37]과 업무집행에 대한 共益權[38]이 있다.[39] 이처럼 주주에게는 주식소유의 규모에

---

34) 김철수, 상게서, 323~324면.

35) 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13, 헌법재판소판례집 제1권, 373면.

36) 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13, 상게판례집 374면.

37) 상법상 인정되는 自益權에는, 이익배당청구권(상법 제462조), 이자배당청구권(동 제463조), 잔여재산분배청구권(동 제538조), 신주인수권(동 418조), 전환사채인수권(동 제513조의2 제1항), 신주인수권부사채의 인수권(동 제516조의10, 제513조의2), 주권교부청구권(동 제355조의 제1조), 주권전환청구권(동 357조 제2항), 결의반대주주의 주식매수청구권(동 제374조의2, 제522조의3) 등이 있는데, 이상의 권리는 1주를 소유하는 주주라도 행사할 수 있는 單獨株主權이다. 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 1998, 580면.

38) 여기에는 單獨株主權인 共益權과 少數株主權인 共益權이 있다. 前者에는, 의결권(상법 제369조 제1항), 설립무효판결청구권(동 제328조), 합병무효판결청구권(동 제529조), 분할·분할합병무효판결청구권(동 제530조의11 제1항, 제529조), 총회결의취소판결청구권(동 376조), 총의결의무효 또는 부존재판결청구권(동 제380조), 자본감소무효판결청구권(동 제445조), 신주발행유지청구권(동 제424조), 신주발행무효판결청구권(동 제429조), 불공정한 전환사채 또는 신주인수권부사채발행의 유지청구권

관계없이 회사에 대하여 有·無形의 여러 가지의 권리가 인정되고 있음을 알 수 있다. 따라서, 어느 부실금융회사가 채무액이 채권액을 초과하고 있다고 해서 주주가 보유하고 있는 주식의 가치가 전혀 없다고 할 수 없다. 현행 우리 상법이, 주주(또는 회사채권자)의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 주식소각에 대하여, 일정한 요건에 따라서만 할 수 있도록 규정하고 있는 것도 이러한 관점에 서 있다고 할 수 있다.

즉, 주식의 소각에는 이익에 의한 소각과 자본감소규정에 의한 소각이 있다. 전자의 경우에는 모두의 이익으로 주식을 소각하므로 채권자보호절차가 필요하지 않는 등 비교적 간단한 절차에 의하여 이루어진다(상법 제343조 제1항 단서, 참조). 문제가 되는 것은, 후자인데, 이 경우에는 엄격한 절차가 요구된다. 먼저 자본감소에 의한 주식소각의 경우에는 정관의 규정은 필요 없지만 주주총회의 특별결의가 있어야하며, 이 결의에서는 소각의 방법도 구체적으로 정하여야 한다(상법 제343조 제1항 본문, 제438조 제1항, 제439조 제1항). 그리고, 자본감소를 위하여 주식을 소각하는 때에는 그만큼 채권자를 위한 담보액과 자본에 해당하는 재산이 감소되므로 채권자보호절차를 밟도록 되어 있다(상법 제 439조 제2항, 제3항, 제232조, 제635조 제1항 제14호).[40] 이렇게 볼 때, 주식소각에 의한 재산권의 침해는 헌법에 규정된 재권에 관한 규정에 비추어 볼 때 다음과 같은 이유에서 위헌이라고 할 수밖에 없을 것이다. 먼저, 주식소각명령에 대하여 주주가 참여할 수 있는 절차 및 救濟節次가 마련되어 있지 않다는 점이다. 주식소각명령은 당해

(동 제516조 제1항, 제424조, 제516조의10), 정관 등의 열람권(동 제396조 제2항), 재무제표 및 그 부속명세서·영업보고서·감사보고서의 열람권(동 제448조 제2항) 등이 있다. 후자에는, 주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주에만 인정되는 소수주주권으로서 총회소집청구권(상법 제366조), 주주제안권(동 제363조의2), 累積投票請求權(동 제382조의2), 회사의 업무와 재산상태의 검사청구권(동 제467조 제1항), 이사·감사의 해임청구권(동 제385조 제2항), 청산인의 해임청구권(동 제539조 제2항), 회계장부열람권(제466조) 등이 있다. 또한 발행주식총수의 100분의 1 이상을 가진 주주의 소수주주권으로는 이사의 위법행위에 대한 留止請求權(동 제402조), 대표소송(동 제324조, 제403조, 제467조의2 제4항) 등이 있고, 발행주식총수의 100분의 10 이상을 소유하여야 하는 소수주주권으로는 회사의 해산청구권(동 제520조 제1항)과 회사정리개시청구권(회사정리법 제30조 제2항) 등이 있다. 최기원, 상게서, 580~581면.

39) 최기원, 상게서, 579면.

40) 최기원, 상게서, 662~663면.

부실금융기관에 내려지기 때문에 주주가 관여할 수 있는 여지가 없으며, 救濟 또한 주주는 처분의 상대방이 아니기 때문에 주식소각명령에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기하는 것은 용이하지 않다.[41] 따라서, 현행 상법에서 엄격한 절차에 의해서 주주의 회사에 대한 권리를 제도적으로 보장하고 있음에도 불구하고, 단지 경제적으로 긴급한 상황이라는 이유 하나만으로 일방적으로 주식소각을 명하여, 주주가 누리고 있는 권리를 박탈하는 것은 헌법상 규정하고 있는 재산권의 제한의 한계인 재산권의 본질적인 내용을 침해한 것이라고 할 수밖에 없을 것이다. 또 한가지 점은, 주식소각의 경우, 경제위기극복을 위하여 강제로 주주의 주식을 소각하는 것으로 어느 면에서는 국가에 의한 財産의 收用이라고 볼 수 있는 측면이 있다. 이렇게 해석한다면, 주식소각명령에 대하여 아무런 보상규정도 정해놓지 않은 현행 법령은 재산의 수용에 정당한 보상을 하도록 규정하고 있는 헌법 제23조의 규정에 반하는 것이 된다.

(5) 계약자유의 원칙

1) 계약자유의 원칙과 헌법

금개법상의 계약이전의 결정은, 금융감독위원회가 부실금융기관에 일방적으로 처분을 명한 다음, 인수할 금융기간을 지정할 뿐만 아니라, 또 계약내용에 대해서도 금융감독위원회가 일방적으로 정한 내용에 따라 계약이전이 이루어진다. 그러나, 계약자유의 원칙의 일반적인 내용으로 일컬어지는, 체결의 자유, 상대방 선택의 자유, 그리고 계약내용에 대한 자유가 고려되지 않는 계약이전결정이 헌법상 보장하고 있는 기본권을 침해하는 것은 아닌지 의문이라고 할 수밖에 없다. 이하에서는 이 점을 염두에 두고 헌법재판소의 결정[42]을 참고로 하여 계약자유의 원칙의 내용과 헌법상의 지위에 대해서 살펴보기로 한다.

---

41) 현행 행정심판법 제9조와 행정소송법 제12조는 처분의 직접 상대방이 아닌 경우에도 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자는 행정심판과 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나, 주식소각명령의 경우, 주주의 수가 다수이기 때문에 설령 소송이 제기된다고 하여도 유효하게 소송을 수행할 수 있을지 의문이다.

42) 헌재 1991. 6. 3. 89 헌마 204, 헌법재판소판례집 제3권, 268~288면.

(가) 사 안

사안은 「화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률」 제5조(보험가입 의무) 제1항의 위헌성여부였다. 여기서 사안과 관련된 동법의 규정을 보기로 하자.

> 제4조 (建物所有者損害賠償責任) ①특수건물의 소유자는 그 건물의 화재로 인하여 타인이 사망하거나 부상한 때에는 과실이 없는 경우에도 제8조의 규정에 의한 보험금액의 범위 안에서 그 손해를 배상할 책임이 있다. 「실화책임에 관한 법률」의 규정에 불구하고 특수건물소유자에게 경과실이 있는 경우에도 또한 같다.
>
> 제5조 (保險加入義務) ①특수건물의 소유자는 전조 제1항의 규정에 의한 손해배상책임의 이행을 위하여 그 건물을 손해보험회사가 영위하는 신체손해배상특약부화재보험(이하 "특약부화재보험"이라 한다)에 가입하여야 한다. 다만, 종업원에 대하여 산업재해보상보험법에 의한 산업재해보상보험에 가입하고 있는 경우에는 그 종업원에 대한 제4조 제1항의 규정에 의한 손해배상책임을 담보하는 보험에 가입하지 아니할 수 있다.
>
> ②특수건물의 소유자는 전항의 규정에 의한 특약부화재보험에 부가하여 풍재·수재 또는 도괴 등으로 인한 손해를 담보하는 보험에 가입할 수 있다.
>
> ③손해보험회사는 전2항의 규정에 의한 보험계약의 체결을 거절하지 못한다.
>
> ④특수건물의 소유자는 그 건물이 준공검사에 합격된 날 또는 그 소유권을 취득한 날로부터 30일 내에 특약부화재보험에 가입하여야 한다.
>
> ⑤특수건물의 소유자는 전항의 특약부화재보험계약을 매년 갱신하여야 한다.
>
> 제7조 (保險加入의 促進) ①재무부장관은 제5조의 규정에 의한 보험의 가입의무자가 그 보험에 가입하지 아니한 때에는 관계행정기관에 대하여 가입의무자에 대한 인·허가의 취소, 영업의 정지, 건물사용의 제한 등 필요한 조치를 취할 것을 요청할 수 있다.
>
> ②전항의 규정에 의한 요청을 받은 행정기관은 정당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

그리고 위와 같은 근거에 의해서 이른바 '특수건물'의 소유자에게 보험가입이 왜 위헌인가에 대하여, 청구인은 다음과 같이 주장하였다.

첫째, 「화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률」은 입법권을 가진 국회에서 제정된 법률이 아니고 정당한 입법권을 가졌다고 볼 수 없는 이른

바 10월 유신 당시의 비상국무회의에서 제정된 것이므로 당연 무효의 법률이다.

둘째, 보험계약의 체결 여부는 국민의 자유에 속하는 사항이므로 공공복리를 위하여 필요한 경우가 아니면 보험계약의 체결을 강제하는 것은 헌법상 보장된 국민의 재산권 및 사생활의 자유를 침해하는 것인 바, 의료보험과 같은 사회보험에 가입을 강제하거나 타인에게 보상의무를 부담시키는 경우에 그 의무이행을 확보하기 위하여 보험에의 가입을 강제하는 것은 공공복리상 필요하다고 할 수 있을 것이나 위 법률이 가입을 강제하고 있는 신체손해배상 특약부 화재보험은 건물의 화재로 인하여 건물소유자가 입는 재산적인 손해의 보상을 주된 내용으로 하는 것이고 타인에 대한 손해배상책임의 이행을 위한 부분은 부수적인 것에 불과하여 그러한 보험에의 가입강제는 헌법상 인정되는 기본권 제한의 한계를 넘어선 것이고 위 법률에 의하여 화재보험회사에게 특혜를 부여한 것은 헌법상 평등원칙에도 위배된다.

한편, 재무부장관과 법무부장관 그리고 한국화재보험협회는 다음과 같은 반론을 폈다.

비상국무회의가 제정한 법률도 구 헌법(1972.12.27. 개정된 것) 부칙 제4조에 의하여 법률로서의 효력이 있으며, 화재로 인한 손실은 단순한 개인적인 문제가 아닌 사회 전체의 문제이므로 「화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률」은 이러한 화재를 예방하고 화재발생의 경우 재해의 신속하고 효과적인 보상을 위하여 제정된 것으로서 헌법 제34조 제2항 및 제6항 소정의 국가의 사회보장과 사회복지의 증진에 노력할 의무와 재해예방 및 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력할 의무에 그 근거를 둔 것이고, 그 법률이 화재보험회사에게 부당한 특혜를 주는 것도 아니며 재산소유자 자신의 손해라도 그것이 국가 경제사회에 미치는 영향이 클 때에는 국가가 그 손해의 보상을 위하여 재산권의 내용을 일부 법률로써 제한하더라도 위헌이라고는 할 수 없다.

(나) 헌법재판소의 판단

① 계약자유의 원칙의 내용과 헌법상의 지위

헌법재판소는, 먼저 동법 제5조에 의한 보험가입이 강제보험임을 지적한 뒤, 계약자유의 원칙의 내용과 헌법상의 지위에 관한 일반론으로써 다음과 같이 말하고 있다.

「헌법 제10조 전문은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 여기의 행복추구권 속에 함축된 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 하는 것이라고 볼 것이다. 일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로, 법률행위의 영역에 있어서는 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유 즉 원치 않는 계약의 체결은 법이나 국가에 의하여 강제 받지 않을 자유인 이른바 계약자유의 원칙도, 여기의 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다. 이는 곧 헌법 제119조 제1항의 개인의 경제상의 자유의 일종이기도 하다.」

그렇기 때문에, 본건의 「특수건물의 소유자에게 특약부 화재보험계약체결의 강제는 계약자유의 원칙에 대한 제약인 동시에 헌법상의 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유의 제한이 된다」고 판단하여, 사안이 헌법상 문제가 있음을 지적하면서, 사안의 화재보험계약체결강제의 내용을 구체적으로, 다음과 같이, 분석하고 있다.

첫째로 위 법률에서는 특수건물의 소유자에 대하여 일반건물의 소유자에 비하여 매우 무거운 책임을 지우고 있다. 위 법률 제4조에 의하면 특수건물의 소유자는 그 건물의 화재로 인하여 타인이 사망·부상 등 인명피해가 생겼을 때에 제8조 소정의 보험금액의 범위내에서 무과실책임을 인정하였으며, 이에 나아가 「실화책임에 관한 법률」의 적용을 배제하고 경과실의 경우에도 특수건물의 소유자는 손해배상책임을 면치 못하게 하였다. 이러한 의미에서 특수건물의 소유자에게 법적 차별이라고 할 무거운 책임을 지우는 바, 위 법률 제5조 제1항의 취지는 여기에 더하여 이러한 배상책임의 이행을 더욱 확실하게 하기 위하여 임의보험원칙의 예외로서 보험가입의무까지 지운 것이다. 따라서 특수건물 소유자에게 이중으로 책임과 의무를 가중시켰다고 할 것이다.

둘째로 보험계약체결의 강제방법에 관하여 본다. 보험계약의 체결강제를 위하여 위 법률 제23조에서는 특수건물의 소유자가 가입의무를 어기는 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처하게 하였고, 위 법률 제7조는 이에 더 나아가 재무부장관이 관계 행정기관에 대하여 가입의무자에 대한 인·허가의 취

소, 영업의 정지, 건물사용의 제한 등 필요한 조치를 취할 것을 요청할 수 있고 행정기관은 이 요청에 정당한 이유가 없으면 응하여야 하도록 하였다. 따라서 보험가입 의무자인 특수건물소유자가 의무이행을 하지 않을 때에는 그 직업선택의 자유와 재산권행사의 제한이 따르게 함으로써 기본적 생존, 인간다운 생활에 위협을 받게 하는 등 그 간접강제의 수단으로서는 지나치게 가혹한 면을 포함하고 있다. 비록 「자동차손해배상보장법」에 의한 자동차손해배상 책임보험과 고압가스안전관리법에 의한 손해배상 책임보험도 일종의 강제보험이지만 그 가입강제를 위하여 인·허가의 취소, 영업의 정치처분 등의 제재까지를 과하게 되어 있지는 않다.

셋째로 손해보험회사가 영위하는 특약부 화재보험에의 가입강제이다. 즉 공보험 아닌 사보험에의 가입강제인 것이다. 다시 말하면 영리행위를 목적으로 하여 설립된 손해보험회사와의 특약부 화재보험계약의 체결이 강제되는 것이다. 영리추구를 목적으로 하는 보험회사와의 보험계약의 체결의 강제는 보험회사측에 영업상의 큰 특혜가 됨에 틀림없고 보험가입자에게는 그 의사에 반하는 계약체결의 강제로 경제적 부담이 아닐 수 없다. 세계 각국의 입법례를 볼 때 이와 같은 강제보험의 경우에는 사보험보다도 공보험을 선호하고 있다. 우리 나라의 경우에도 강제보험의 일종인 산업재해보상보험을 정부가 직접 관장하고 있다. 물론 강제보험의 경우에 반드시 공보험이 되어야 할 당위성은 없다 하여도 사보험으로 될 때에는 보험가입자를 위하여 국가권력이 개입하여 영리회사인 보험회사를 견제하는 대응적 법적 조치가 있어야 공평을 기하는 것이 될 것이며, 그렇지 않으면 공정한 계약이 되지 못하고 부합계약이 되어 보험가입자의 재산권이 보장받기 어려워지는 문제점이 생길 것이다. 그렇기 때문에 「자동차손해배상보장법」에서는 강제보험인 자동차손해배상 책임보험을 사보험으로 하면서 동법 제25조에서 재무부장관이 보험료 또는 보험약관에 관하여 인가 등의 처분을 할 수 있는 것으로 규정하였다. 그러나 여기의 특수건물의 특약부 화재보험계약에는 국가권력에 의한 같은 통제장치를 규정하고 있지 않다. 다만, 강제보험의 특혜를 받는 손해보험회사는 위 법률 제11조에 의해 화재예방 및 소화시설에 대한 안전점검과 이에 대한 연구·계몽 등을 그 업무로 하는 한국화재보험협회를 설립하게 되어 있으며, 동 시행령 제10조 제1항에 의하여 손해보험회사는 협회비로 보험료 수입의 20/100을 출연하여야 할뿐이다.

넷째로 강제보험의 목적과 범위를 본다. 위 법률 제5조 제1항에 의하면 보험가입의무는 제4조 제1항의 규정에 의한 손해배상책임의 이행을 위하여 부과하는 것으로 규정하였다.

그런데 제4조 제1항의 책임이란 특수건물 소유자에게 화재로 인한 인명피해의 경우에 지우는 무과실 손해배상책임과 건물실화로 인한 인명피해의 경우에 「실화책임에관한법률」의 적용을 배제하고 경과실의 경우에도 지우는 손해배상책임을 뜻하는 것으로 풀이되므로, 결국 제5조 제1항은 특수건물소유자가 제3자에 대해 지는 대인적 손해배상책임의 이행을 담보하기 위한 것이라 할 것이다. 그런데도 강제보험의 범위는 신체손해배상 특약부 화재보험으로 규정하고 있다. 위 법률의 표제와 제1조의 목적 및 위에서 밝힌 제4조·제5조 제1항의 취지를 종합하여 고려하면 위 법률의 주된 목적은 어디까지나 특수건물 소유자에게 무거운 대인배상책임을 지우면서 이를 확보하기 위한 강제적인 책임보험인데도 제8조(보험금액)를 보면 신체손해배상 특약부 화재보험의 내용인 즉 대인배상책임과는 무관한 화재로 인하여 건물소유자 자신이 입은 손실보상을 위한 화재보험의 가입을 강제하고 있다(반면 화재로 인한 제3자의 물적 손해에 대하여는 책임보험을 강제하고 있지 않다). 이렇게 본다면 배상책임보험이라는 그 공공적인 주된 목적은 뒤쪽으로 물러나고 화재보험이 오히려 주된 자리를 차지하게 하였다. 즉 위 법률 제8조, 동 시행령 제5조를 보면 보험금액에 관하여 배상책임보험의 경우에는 사망 500만원, 부상 400만원을 상한으로 한 부분보험임에 대하여, 화재보험의 경우에는 건물시가에 해당하는 금액 전액으로 하여 전부 보험으로 하고 있다. 따라서 주된 입법목적을 일탈하여 배상책임보험은 뒷전으로 돌려 부수적인 것으로 하고 화재보험만을 완벽하게 한 본말전도의 체계부조화의 입법이라 아니 할 수 없다.

이상 본 바로서 ① 보험가입강제는 특수건물의 소유자에게 법적 차별이라고 할 무거운 배상책임을 지우면서 이에 대하여 그 이행확보의 방법으로 채택한 예외적 법적 조치인 것이며, ② 보험계약의 체결강제를 위한 간접강제의 방법으로 벌금 이외에 특수건물 소유자가 개인적으로 가진 인·허가의 취소 등을 택함으로써 직업선택의 자유 등에 제약을 주고 인간다운 생활에 큰 위협이 되게 하였고, ③ 영리추구를 목적으로 하는 보험회사와의 사적인 보험계약체결의 강제이어서 보험가입자의 재산권보장에 침해요소가 포함되

어 있으며 나아가 ④ 주된 목적과 달리 화재보험만 완벽하게 된 체계부조화의 강제보험제로 되어 국민의 일반행동자유권 내지 경제활동의 자유를 제한하고 있다.

②기본권침해요소가 있는 제도의 합헌요건

이처럼 특약부 화재보험의 가입강제가 평등권, 직업선택의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 국민의 재산권 나아가 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유 등 국민의 기본권 제한임에 틀림없는 것이라면, 우선 이 사건 본안 문제인 위 법률 제2조 제3호 가목 소정 4층 이상의 건물도 무조건 가입강제의 특수건물에 포함시킨 입법이 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 제한이라고 할 수 있는지를 보기로 한다.

위 법률 제2조 제3호 가목에서는 단순히 "4층 이상의 건물"로서만 규정하고 있을 뿐 그 용도나 연면적, 입주가구수나 인원 등의 표준을 세워 그 규모를 한정하고 있지 않다. 따라서 화재가 발생하여도 대량재해의 염려가 없는 소규모의 하잘 것 없는 4층 건물이라도 보험가입이 강제된다. 한편 4층 이상의 건물이면 가입강제가 되는 것이고 다수인이 출입 또는 근무하거나 거주하는 건물일 것을 요하지 않는다. 따라서 다수인이 출입·근무·거주하지 않는 건물 예를 들면 단독주택용이나 창고용이나 차고용 등의 건물이라도 4층 이상의 건물이면 보험가입이 강제된다. 이러한 건물을 좁은 토지의 효율적 이용을 위하여 오늘날과 같이 토지이용의 입체화가 강조되는 시대에 있어서는 얼마든지 상정할 수 있는 것이다. 앞서 본 바와 같이 보험가입강제의 주된 취지는 건물화재로 인하여 타인에게 재해를 입힌 경우 특히 타인이 사망 또는 부상한 경우에 대인적 배상책임의 이행이라는 공공복리에 있는 것이라면 응당 타인에 재해를 입히기에 적합한 건물에 대해 책임보험에의 가입강제 정도로 그쳐야 할 것인데 이에 나아가 책임보험과 무관한 건물화재보험까지로 강제되는 보험의 범위를 넓히고 오히려 화재보험제도를 더 완벽하게 정립하였다. 게다가 위 제2조 제3호 가목에서는 단순히 4층 이상의 건물이라는 이유만으로 가입을 강제함으로써 다수인이 출입하지 아니하여 화재가 나도 대인적 손해가 크게 문제되지 않을 경우까지 포함되게 가입강제 대상을 더 확장시킨 것이다.

그렇다면 위 가목에 관한 한 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호할 수 있는 합리적이고 실효성이 있는 사회보장책으로 배려된 입법으로

단정하기도, 국민의 일반행동자유권 내지 경제활동의 자유의 제약에도 불구하고 헌법 제34조 제6항에 의하여 정당화할 제도로도 보기가 어렵다고 할 것으로, 결국 국민의 기본권을 제한하여도 공공복리를 위해 필요한 경우에 한하게 되어 있는 기본권 제한에 관한 원칙에 반하는 것이라고 하겠다.

위 법률 제5조 제1항의 법목적이 어디까지나 건물화재로 인한 손해배상책임 특히 인명피해에 대한 손해배상책임의 담보에 있는 것이고 화재로 인한 소유주의 손실보상은 부차적인 것이라면, 여기의 목적을 달함에는 위 법률 제2조 제3호 나목에 정한 국유건물·교육시설·백화점·시장·의료시설·흥행장·숙박업소·공장·공동주택 기타 다수인이 출입 또는 근무하거나 거주하는 건물로서 대통령령이 정하는 건물만을 특수건물로 한정하여 그것만 강제보험에 가입시키는 것으로 족하다 할 것이며, 그렇게 될 때에는 앞서 본 여기의 강제보험제도의 체제부조화의 문제점에도 불구하고 합리적인 기본권의 제약이 되어 정당화 될 여지가 있다. 다시 말하면 입법자의 의도가 고층건물로서 그 용도나 평수를 보아 건물화재가 발생하는 경우에 다수인의 인명피해가 예상되고 대인적 배상책임이 크게 문제될 것은 반드시 강제보험에 가입시켜 타인의 인명재해의 위험에서 보호하겠다는 것이라면 동 조항 나목의 "기타 다수인이 출입 또는 근무하거나 거주하는 건물로서 대통령령으로 정하는 건물" 부분을 활용하여 대통령령으로 포섭 규정시켜 보험가입강제의 대상으로 삼는다면 그것으로서 해결될 일이라 하겠다. 따라서 동조항 나목의 규정만으로도 국민의 기본권을 덜 제약하며 법에서 달성하고자 하는 목적을 이루기에 충분할진대 구태여 동 조항 가목으로 4층 이상의 건물에 대하여 획일적으로 임의보험의 원칙을 배제하고 가입강제토록 별도의 규정을 둘 필요는 없다 할 것이며, 이 점에서 기본권 제한에 있어서 그 선택된 수단이 정당하거나 또한 부득이한 것이 되지 못한다고 할 것이다. 앞서 본 바와 같이 제5조 제1항의 보험가입강제는 체계부조화의 문제점이 있고 또 기본권침해의 요소가 없지 않은 제도라면, 이는 개인의 경제상의 자유와 창의의 존중을 기본으로 하는 경제질서하에서는 어디까지나 예외적인 것이어야 하며, 그리고 엄격한 요건아래서만 인정되어야 할 것이다.

따라서 이러한 법일수록 목적달성을 위하여 최소한의 범위로 국한시켜야 하며 다른 합헌적인 대체수단이 있으면 이를 따를 것이고 함부로 확대입법한다는 것은 과잉금지의 원칙에 합치될 수 없는 것이다.

③ 결 론

그렇다면 위 법률 제5조 제1항에서 4층 이상의 건물에 대해 획일적인 보험가입강제를 한 것은 그 한도에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로 필요 부득이한 제한이 아니며 따라서 헌법 제10조, 제11조, 제15조, 제23조, 제34조 제1항, 제119조 제1항에 위반된다고 할 것이다. 나아가 위 법률 제5조 제1항과 함께 보험가입의무와 직접 관련있는 동조 나머지 조항의 경우도 같은 헌법위반의 문제가 생긴다고 할 것으로, 그렇다면 위 법률 제5조의 "특수건물" 부분에 제2조 제3호 가목 소정의 "4층 이상의 건물"을 포함시키면 그 한도에서 동 규정은 헌법에 위반될 수밖에 없다.

2) 헌법재판소의 판단의 논리구조

헌법재판소의 계약자유의 원칙에 대한 판단의 논리구조도, 위에서 살펴본 사유재산권침해에 대한 논리구조와 마찬가지로 3단구조의 형식을 취하고 있다. 즉, 헌법재판소는, 먼저 당해 기본권이 헌법상에서 규정하고 있는 어느 가치를 구현하며 또 그 가치가 헌법에서 어떻게 보호되고 있는가 하는 점을 살펴보고 있다. 그리고 이어서, 당해 기본권에 대한 제한의 내용, 방법, 그리고 절차 등이 합리성이 있는지를 살펴보고, 마지막으로 이러한 제한의 내용이 헌법 제37조 제2항이 제시하고 있는 기본권제한의 한계를 넘고 있는지의 여부를 검토한다. 본건에 있어서도, 계약자유의 원칙은 헌법 제10조가 규정하고 있는 행복추구권속에 함축된 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권으로부터 파생되는 것이라고 규정하고 있다. 이어서 본건의 「특수건물의 소유자에게 특약부 화재보험체결을 강제하는 제도」의 내용의 검토에 들어가, 당해 제도는 평등성, 보험계약체결의 강제방법, 당해 제도에 대한 통제장치의 존재여부, 그리고 강제보험의 목적과 범위 등에서 문제점이 있음을 지적하고 있다. 그리고, 마지막으로, 이러한 제한이 헌법 제37조 제2항의 규정에 의하여서도 정당화될 수 없다는 점을 피력하고 있다.

3) 계약이전결정과 계약자유의 원칙

위의 계약자유의 원칙에 대한 헌법재판소의 판단구조와 내용이, 계약이전결정에 있어서 계약자유의 원칙에 대한 문제를 고려하는데 전면적으로 援用

될 수 없음은 물론이다. 왜냐 하면, 무엇보다도 위의 사안은 개인에 관한 건인데 반하여 계약이전결정은 수많은 이해관계당사자가 관련되어 있으며, 나아가 국가경제와도 밀접한 관련을 갖는 법인에 관한 건이기 때문이다. 그러나, 계약자유의 원칙이 갖는 기본적인 가치는 법인에게도 인정이 되며, 또한 판단의 단계구조도 적용이 가능하다. 따라서, 위의 사안은 계약이전결정에 있어서 계약자유의 원칙을 고려하는데 어느 정도 참고가 될 수 있다고 볼 수 있다. 여기서, 헌법재판소의 위의 사안에 대한 판단구조를 참고로 하여, 금개법상의 계약이전결정의 위헌성의 여부에 대해서 생각해 보기로 하자.

위의 사안에서 헌법재판소가 헌법 제10조의 행복추구권에서 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 이끌어 내고, 계약자유의 원칙도 이 행동자유권에서 파생되었고, 헌법 제119조 제1항의 경제상의 자유의 일종이라고 보고 있다. 위의 사안은 개인의 계약자유이고, 계약이전결정의 경우에는 그 주체가 법인이기 때문에 위의 논거가 그대로는 적용될 수 없지만 유추해서 적용할 수 있을 것이다. 즉, 위의 행동자유권은 법인의 경우, 영업의 자유 등으로 해석할 수 있으며, 헌법상의 논거로서는 헌법 제15조 직업선택의 자유와 위의 사안에서도 언급하고 있는 헌법 제119조 제1항의 경제질서의 기본조항 등을 들면 될 것이다.

이어서, 계약이전결정에 의한 그 제한과정에 대해서 살펴보자. 이 부분에 대하여, 위의 사안에서는 당해 기본권에 대한 제한의 내용, 방법, 그리고 절차 등이 합리성이 있는지를 살펴보고 있다. 이 방법을 계약이전결정의 경우에 대입해서 생각해보자. 그런데, 이 부분에 대해서는 이미 앞에서 자세히 살펴보았으며, 많은 문제점이 있다는 것도 알았다. 즉, 계약이전결정의 전제가 되는 부실금융기관의 개념에 대한 문제, 계약이전결정에 의한 임·직원의 인사에 대한 관여, 영업활동에 대한 제한, 주식소각이나 자본감소명령에 의한 재산권의 침해, 계약이전에 있어서 계약내용의 금융감독위원회에의 백지위임, 그리고 법집행절차의 미비 등 제한의 합리성을 인정하기 힘든 내용이 대부분이다.

여기서 마지막으로, 이러한 합리성이 결여된 방법에 의해서 제한을 할 수 밖에 없는 긴급한 이유가 존재하는 지의 여부, 즉 헌법 제37조 제2항의 문제가 남게된다. 이에 대해서 금융감독위원회를 비롯한 정부측의 입장은 당시의 상황이 IMF라는 경제위기상황이었다는 점을 들고 있다. 그러나, 이미

앞에서 자세히 분석한대로 계약이전결정, 그 자체를 비롯하여 이 결정에 의하여 이어지는 일련의 제한의 내용, 방법, 그리고 절차 등이 본질적인 내용을 침해하고 있기 때문에, 정부측이 주장하는 대로 아무리 위기상황이라고 하여도, 헌법 제37조 제2항에 의해서는 정당화되지 못할 것이다. 만약, 그처럼 절박한 상황이었다면, 헌법 제76조에 의한 긴급처분·긴급명령을 발해야 하며, 제37조 제2항을 이용할 수는 없을 것이다. 실제로, 계약이전결정은 世界第2次大戰前 일본의 보험업법에 그 규정이 있었는데, 위헌성의 논란이 있었던 관계로, 기본권이 극도로 제한되고 있었던 그 당시에서 조차 한번도 적용된 적이 없었다.[43] 따라서, 이처럼 위헌성의 가능성이 높은 법률이 상시입법으로 존재하는 것은 큰 문제라고 하지 않을 수 없다.

결론적으로 계약이전결정은 그 자체와 결정에 의해 이어지는 일련의 사항이 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 본질적 침해에 해당하기 때문에 위헌이라고 할 수밖에 없으며, 만약 긴박한 상황이 있을 경우에는 헌법 제76조에 의하여 긴급처분이나 긴급명령을 발해야만 할 것이다.

제 6 절 사례연구 - 금융감독위원회의 계약이전결정 -

1. 처음에

위에서 살펴 본대로 계약이전결정은 법적으로 많은 문제점을 안고 있다는 사실을 알았다. 그러나, 그 중에서도 가장 문제가 되는 것은, 역시 계약이전결정의 내용에 관한 규정이다. 앞서 살펴 본대로, 금융감독위원회는, 「契約移轉의 決定을 하는 때에는 필요한 범위안에서 契約移轉이 되는 契約의 범위, 契約移轉의 조건 및 移轉받는 金融機關」을 정할 수 있는 권한을 가지고 있다(금개법 제14조 제5항). 이것은, 거듭 말할 필요도 없이 금융감독위원회에 백지위임을 한 것이나 마찬가지이기 때문에, 동위원회가 선택하는 내용

43) 이 당시 일본에서의 계약이전결정은 1939년 보험업법의 개정에 의해서 처음으로 등장하게 되었는데, 그 조문은 다음과 같았다.
第124條 (强制移轉의 決定) 契約의 移轉에 관한 協議를 하지 않거나 또는 할 수 없거나 또는 協議를 調整할 수 없을 때에는 主務大臣은 勅令이 정하는 바에 따라 契約의 移轉에 관하여 필요한 決定을 할 수 있다.
2. 主務大臣이 前項의 決定하고자 할 때에는 미리 各 會社의 意見을 들을 것을 요한다.

의 組合에 의해서 이전되는 계약의 내용은 얼마든지 다양해 질 수 있다. 이 점은 지난 1998년 6월 29일의 금융감독위원회에 의한 이른 바 5개은행퇴출시에도 잘 나타나고 있다. 이하에서는, 금융감독원에 의한 계약이전결정이 실제로 어떠한 내용으로 어떻게 이루어지는 지에 대해서 위의 사례중 동남은행의 예를 들어서 살펴보기로 한다.

2. 자산·부채이전방식

(1) P&A란 무엇인가?[44]

지난 1998년 6월 29일 5개은행의 퇴출시에 금융감독위원회가 선택한 방식이 이른바 P&A였다고 말해진다. 그러나, 이 P&A방식이 무엇을 의미하는지 명확하게 밝혀진 것은 아니다. 여기서, 먼저 이 P&A방식이란 무엇인지 간단히 살펴보기로 하자.

P&A(Purchase of Assets and Assumptions of Libilities)란 미국의 연방예금보험공사(Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC)[45]가 은행이나 저축기관의 부실화시에 附保된 예금을 보호하기 위하여 부실금융기관을 정리하는데 사용하는 방식중의 하나이다. 자산·부채이전방식은 폐쇄형거래로서 건전한 금융기관(인수자)이 부실한 은행이나 저축기관의 자산의 일부나 전부를 취득하고 부보된 예금전부를 포함하여 부채의 일부나 전부를 인수하는 방식이다.

1) 제1단계

FDIC의 공식적인 정리활동은 금융기관의 설립인가당국이 FDIC에 금융기관의 부실이 임박했음을 통보하는 '부실금융기관 통보서(Failing Bank

---

44) 예금보험공사, 조사분석자료 98-2 '미국 FDIC의 부실금융기관 정리방식'(1998), 6~28면을 참고하여 작성.

45) FDIC는 은행 및 저축대부조합의 예금자를 보호하기 위하여 1933년 설립되었다. FDIC는 건전한 은행경영관행을 촉진하고 법정한도 까지 예금을 보호하여 미국금융시스템에 대한 공공의 신뢰를 유지하는 것을 주된 임무로 하고 있다. 또한, FDIC는 은행에 대한 검사를 실시하여 예금보험기금에 초래할 위험을 확인, 측정, 제거함으로써 附保預金取扱機關 및 미국금융시스템의 안전성과 건전성을 제고하는 역할을 하고 있다. 예금보험공사, 상게자료, 1면.

Letter)'를 보냄으로써 개시된다. FDIC가 이 통보를 받으면, 기획팀은 부실은행이나 부실저축기관의 최고경영자와 접촉하여 상세한 정리계획을 세우고 고위경영진의 정리업무 참여문제를 논의하는 한편 여수신자료의 취합을 부실금융기관 또는 자료관리자에게 명한다. 이어서, FDIC는 부실금융기관이 보유하고 있는 자산과 부채의 종류와 양 등에 대한 상세한 정보를 수집하여, 자산을 평가하고 정리방식을 결정하게 된다. 정리방식을 결정하는데에 FDIC는 다음과 같은 4가지 요소를 고려한다. 첫째, 부실금융기관의 자산과 부채의 구성, 둘째, 부실금융기관의 영업활동영역내의 경쟁적·경제적 조건, 셋째, 동일 시장내의 유사기관의 정리경험, 넷째, 이와 관련된 기타 정보 등이 그것이다.[46] 이어서 기관폐쇄를 위한 마지막 준비단계로 FDIC는 임점검사를 실시하여 부보되지 않는 예금액을 산정하고, 우발채무의 내용을 분석하여 판정하는 한편 직권남용 등이 있었는지를 조사한다.

2) 제2단계

정리방식이 결정되면 FDIC는 비밀리에 입찰응찰자간의 경쟁을 최대한 유도하는 방향으로 부실은행이나 부실저축기관의 마케팅활동을 시작한다. 이 과정에서 FDIC는 매수희망입찰자들과 정보제공회의를 열어서 이들에게 필요한 정보를 제공하며, 자산예정가액을 공개한다. 이것을 토대로 입찰응찰자는 부실금융기관의 임점검사를 통하여 자산을 실사한 후, FDIC에 입찰가액을 제출한다. FDIC는 본부에 제출된 모든 입찰제안을 검토하여 그 중에서 가장 적은 비용이 소요되는 대안을 선택한다. FDIC의 직원들은 최소비용분석사본, 비부보예금의 고객들이 부담해야 하는 추정손실액에 대한 정보를 포함한 서면제안서를 FDIC 이사회에 제출한다. FDIC 이사회는 최소비용이 소요되는 거래방식을 결정할 최종적인 책임이 있다. 이사회에 의해 거래방식이 확정되면 FDIC 직원은 낙찰자 및 기타 모든 입·응찰자에게 이 사실을 통지하고, 인수자가 적절한 법률문서에 서명함으로써 계약은 종료된다.

정리절차의 마지막 단계에 부실금융기관이 폐쇄되고 매각된 자산과 인수된 예금이 인수자에게로 이전된다. 설립인가당국은 부실금융기관을 폐쇄하고

46) 1991년 이래로 FDIC는 정리방식의 결정시에 가능한 모든 대안 중에서 최소비용이 소요되는 정리방식을 사용하도록 요구하는 신법안의 규정이 적용되고 있다. 결과적으로 인수기관은 부실금융기관 정리시에 여러 가지대안을 제안받게 된다. 예금보험공사, 전게 보고서, 12면.

FDIC를 청산관리인(receiver)으로 임명한다. FDIC는 청산관리인으로서 부실금융기관의 폐쇄 직후 계정을 마감하고 새로운 소유주에게 자산과 부채를 인계시키며 인수자에 대한 정확한 지급액(인수된 부채에서 매각자산과 프레미엄을 차감한 금액)을 결정하는 등, 은행 및 저축기관의 폐쇄후의 각종 사항을 처리하게 된다.

(2) P&A와 계약이전제도

위에서 살펴 본대로, P&A와 금개법이 예정하고 있는 계약이전제도와는 직접적인 연관이 없음을 알 수 있다. 여기서, P&A와 계약이전제도를 간단히 비교해 보기로 하자.

먼저, 부실기관을 정리하는 주체에 대해서 생각해 보자. P&A의 경우는 FDIC가 금융기관이 도산을 하게 되면 일정한 경우에 예금주에게 보험금을 지급해야 하는 직접적인 이해관계자이다. 그에 반해서, 계약이전제도의 경우, 주체인 금융감독위원회는 국가의 행정기관으로 건전한 금융질사를 유지하는 등의 공적인 목적을 가지고 활동을 할 수 있을 뿐, 직접 금전적인 이해관계는 없다. 그리고, P&A는 위에서 살펴 본대로, FDIC가 부실금융기관을 될 수 있는 한 좋은 값에 처리하려는 목적에서 움직이고 있는 반면에, 계약이전제도의 경우에는, 금전적인 유리함보다도, 예금자의 보호나, 금융질서의 전반적인 상황을 고려해서 계약이전의 상대방을 물색하게 된다. 또 한가지 차이점은, P&A의 경우는 말 그대로 자산·부채를 이전의 대상으로 하지만, 계약이전의 경우는, 금개법의 규정을 엄격하게 해석한다면, '계약' 그 자체만을 이전의 대상으로 삼는다는 점도 차이점으로 지적할 수 있다.

이처럼, 본 사례에서는 금융감독위원회가 변형된 자산·부채이전방식을 채택하였지만, 원래 금개법이 예정하고 있는 정리방식은 그렇지 않았을 것이다.

3. 경 과

금융감독위원회는 '97년말 현재 BIS자기자본비율이 6%에 미달한 동남은행에 대하여 '98. 2. 26. 금개법 제10조 제1항 제9호에 근거하여 경영개선조치를 요구하였다. 동은행은 위의 요구에 따라 경영정상화계획을 작성하여 '98. 4. 30. 금융감독위원회에 제출하였다. 금융감독위원회는 동위원회에 설

치된 경영정상화계획 평가위원회에 동은행의 정상화계획의 평가를 의뢰 하였고, 동평가위원회는 1999년 3월말 및 2000년 3월말까지 BIS자기자본비율에 대한 중간목표비율(각각 6%, 8%)의 달성이 어렵다는 평가를 내렸다. 금융감독위원회는 동평가위원회의 평가와, 동은행의 '98년 3월말 현재 재산·채무실사결과 채무가 재산을 초과한다는 점을 들어, 1998. 6. 29. ① 경영정상화계획 불승인, ②영업의 정지 및 인가·허가 등의 취소요청, ③계약이전의 결정, 그리고 ④임원의 직무집행정지 및 관리인 선임의 처분을 내렸다.

4. 계약의 내용

앞에서도 지적한 바대로 계약이전결정명령의 가장 큰 문제점 중의 하나가 계약의 내용이 금융감독위원회에 백지위임된 상태라는 점이다. 즉, 다시 말해서, 계약의 상대방의 선택을 비롯하여, 수 없이 많은 이해관계인이 존재하는 은행의 재산권의 이전에 대해서도 금융감독위원회의 전적인 명령에 의해서 이루어지게 되어 있다.

동은행에 대한 계약이전결정명령에 있어서의 계약의 내용도 계약이전결정서라는 서식에 의해서 이전 받는 기관은 주식회사 한국주택은행과 성업공사로 지정되었고 계약의 내용도 결정되었다. 이 계약이전결정서에 의하여 한국주택은행에는, 계약이전기준일 현재, (계약이전결정서의) 붙임1에서 정하는 동남은행의 자산·부채 및 그 발생의 기초가 되는 계약상의 지위(이것을 포괄하여, '자산·부채 등'으로 칭하고 있음 : 필자주), 부수업무와 관련된 동남은행의 계약상의 지위를 이전하는 것을 주요내용으로 하고 있다(계약이전결정서 제3조 제1항). 주택은행에는 비교적 우량한 자산이 이전되었다고 말해진다. 그런데, 여기서 주목해야 할 사항은 붙임1에서 정하고 있는 부채·자산의 내용이다. 즉, 거기에는 현금, 외화예치금, 그리고 유가증권 등과 같은 계약과는 전혀 관계없는 자산이 포함되어 있는 것이다. 그리고, 성업공사에는 주택은행에 이전되는 자산보다는 불량한 것으로 알려졌는데, 이전되는 자산·부채에 계약이외의 항목이 포함되어 있는 것은 주택은행의 경우와 마찬가지이다. 즉, 계약이전결정서 제8조 제1항은 다음과 같이 규정되어 있다.

제8조 (인수대상 자산 등) ①갑(=동남은행 : 필자 주)은 본 계약이전의 결정과 동시에 계약이전일 현재 갑이 보유하고 있는 다음 각호의 1에 해당하는 자산을 병에게 계약이전하고 병(=성업공사 : 필자 주)은 이를 인수한다.

1. 내국신용장어음매입, 가지급금, 신용카드계정 및 미수금 중 「은행감독규정」 제30조의 규정에 의한 '고정', '회수의문' 및 '추정손실'로 분류된 자산
2. 제1호 자산과 관련된 채무자에 대한 모든 자산
3. 갑과 을의 계약이전대상에서 제외된 비업무용고정자산

위와 같은 계약이전의 내용은 금개법의 규정과 배치된다고 할 것이다. 원래 부실금융기관의 정리방법에서 계약이전방식이 고려되는 것은 '계약' 그 자체를 이전함으로써, 부실금융기관의 정리에 따른 계약의 해지와 같은 복잡하고, 경제적으로도 손실을 가져오는 일을 피할 수 있기 때문이다. 이러한 이유로, 계약이전방식은 부실한 보험기관의 정리에 적합하다고 흔히 이야기된다. 따라서, 금개법에서 예정하고 있는 계약이전에서 계약이란, 말 그대로 부실금융기관이 맺고 있는 계약을 의미한다고 보아야 한다. 결국, 본 사례에서 살펴 본 계약이전결정의 내용은 금개법에서 정하고 있는 범위를 넘어선 처분이라고 하지 않을 수 없다.

5. 처분절차의 문제

금융감독위원회는 동남은행에 대하여, 1998. 6. 29.에 ①경영정상화계획 불승인, ②영업의 정지[47] 및 인가·허가 등의 취소요청, ③계약이전의 결정, ④임원의 직무집행정지 및 관리인 선임의 처분을 내리고 있다. 그러나, 여기에는 몇 가지 문제점이 있다.

먼저, 성질상, 네 가지 처분이 동시에 행해질 수 있는가 하는 문제이다. 즉, 처분의 성질을 고려할 경우, 먼저, 경영정상화계획의 승인을 거부하고 행정절차법 등, 적정절차를 거쳐서, 영업의 정지 및 재정경제부에의 인가·허가 등의 취소요청을 한 후에, 다시 적정절차를 거쳐 계약이전결정을 하는

47) 이들 처분 중, 영업정지처분은 처분내용의 불분명하여 무효라고 해야 할 것이다. 즉, 금융감독위원회는 동남은행에 대하여, 「1998년 6월 29일부터 별도의 명령이 있을 때까지 모든영업의 정지를 명령한다」라는 처분을 내리고 있다. 그러나, 「1998년 6월 29일부터 별도의 명령이 있을 때까지」라는 내용의 처분은 내용이 확정되어 있지 않기 때문에 무효이다. 김동희, 전게서, 279면, 참조.

것이 순서일 것이다. 왜냐하면, 각 처분에 대해서, 처분의 상대방은, 처분절차가 진행되는 과정에서, 자신의 권리를 주장하는 기회를 갖을 수 있기 때문이다. 그리고 실제로도, 위의 처분 중, 계약이전의 결정의 경우, 계약이전결정서에 의하여, 1998년 6월 29일 08시를 기해서 자산·부채가 주택은행과 성업공사에 이전되게 되어 있으므로(계약이전결정서 제1조), 영업의 정지나 인·허가의 취소 등은 사실상 의미가 없다고 할 것이다.

그리고, 가장 중대한 사실은, 처분절차의 미비와, 그나마, 행정절차법을 비롯한 실정법에 규정하고 있는 처분절차를 준수하지 않았다는 점이다. 앞에서 살펴본 것처럼, 행정위원회의 가장 본질적인 기능은 준사법기능에 있는데, 현행 금융감독법제는 이러한 절차의 필요성과 중요성을 인식하고 있지 못하다.

그리고, 행정처분의 절차에 대해서는, 개별법에 특별한 규정이 없는 한, 행정절차법이 일반법으로 적용된다(행정절차법 제3조). 따라서, 위와 같은 처분과 같이 불이익처분을 할 경우에는 처분을 하기전에, 행정절차법에서 정하고 있는 내용[48]에 따라, 행정절차법이 정하고 있는 특별한 사정이 없는 한, 처분의 상대방에게 사전통지를 하여야 한다(행정절차법 제21조). 통지를 한 후에는 의견을 청취하여야 한다. 현행 행정절차법에서 인정하고 있는 의견청취방법에는 청문, 공청회, 그리고 의견제출이 있다. 이 중에서, 청문이 가장 뛰어난 의견청취방법인데, 현행법의 경우, 청문이 실시되는 경우를 매우 제한적으로 규정하고 있다. 즉, 청문은, ①다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우, ②행정청이 필요하다고 인정하는 경우이다. 본 사례의 경우, 청문에 대하여 규정하고 있는 것은, 금융감독위원회가 부실금융기관의 영업의 인가·허가 등을 취소하고자 하는」 경우에 대해서이다(금개법 제14조의4). 계약이전결정에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 계약이전결정이 영업의 인·허가의 취소 보다 더 무거운 불이익처분이기 때문에, 동규정에서 인·허가 '등'이라고 표현하고 있는데, 이 '등'속에 계약이전결정이 포함된다고 해석해야 할 것이다. 그리고, 불이익처분에 대해서는 의견청취 중의 어느 한가지는 반드시 실시하도록 되어 있다(행정절차법 제22조 제3항). 그러나, 본 사례의 처분과정에서 의견청취를 실시한 증거는

48) 사전통지에 포함되는 사항은 다음과 같다. 1. 처분의 제목, 2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 5. 의견제출기관의 명칭과 주소, 6. 의견제출기한, 7. 기타 필요한 사항 등이다.

어디에도 없다. 그리고 다음에 주목해야 할 사항이 처분의 이유제시이다(행정절차법 제23조). 이 처분의 이유제시는 이른바, 이유부기제도라고 하는데, 이 제도의 목적은, 처분청의 판단의 신중·합리성을 담보하여, 상대방에게 행정쟁송의 편의를 부여하는데 있다고 할 수 있다. 따라서, 이유제시의 정도는 상대방이 자기가 어떠한 이유로 불이익처분을 받았는가를 구체적으로 이해할 수 있는 형태로 제시되어야지, 단지 근거법조문을 나열한 것만으로는 이유제시로서 불충분하다.[49] 이유제시가 불충분한 처분은 취소할 수 있다. 그런데, 본 사례의 처분에 대한 이유제시는 극히 불충분하다. 즉, 금융감독위원회는 처분이유를 다음과 같이 제시하고 있다.

> 「우리 위원회에서는 귀행이 제출한 경영정상화계획을 불승인하고 귀행을 금융산업구조개선에관한법률 제2조제3호의 부실금융기관으로 결정한 바, 귀행에 대하여 금융산업구조개선에관한법률 제14조제2항 및 은행법 제46조의 규정에 의거 붙임과 같은 조치를 취하였으니, 그 이행에 만전을 기하여 주시기 바랍니다. 만약, 귀행에 대한 우리 위원회의 조치에 대하여 이의가 있을 경우에는 이 통지서를 접수한 날로부터 90일 이내에 행정심판을 청구할 수 있음을 알려드립니다.」[50]

위와 같은 내용만으로는 처분의 이유제시로서 불충분하다는 것은 말할 것도 없을 것이다.

다음으로 문제가 되는 것이 처분기준이다. 행정절차법 제20조는 처분기준에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제20조 (처분기준의 설정·공포) ①행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.
> ②제1항의 규정에 의한 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 공표하지 아니할 수 있다.
> ③당사자 등은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.

---

49) 대법원 1990. 9. 11. 선고, 90누1786 판결, 법원공보,1990년 11월 1일, 제883호, 2102면. 유진식, 행정절차법에 있어서 처분규정의 구조, 한양법학 제9집(1998. 12.), 341~342면, 참조.

50) 금융감독위원회의 동남은행에 대한 「은행의 업무정지·계약이전결정명령등의 통지」.

이러한 처분기준은, 담당자의 恣意·獨斷을 억제하는 기능을 하는 것으로써, 행정청이 재량권을 행사하는 경우 판단의 지침이 되는 기준 즉, 재량기준의 일종이라고 할 수 있다. 또한 여기서 주목해야 하는 점은 당해 처분의 공표기준을 의무화하고 있다는 점이다(의무규정). 동법이 시행되기 이전에도 행정청은 내부적으로 처분기준을 작성하여 활용해 왔다고 생각되지만 그것이 외부에 공표되는 경우는 많지 않았다. 그렇기 때문에 처분기준 자체가 적절한지의 여부, 행정청이 당해 처분기준을 준수했는지의 여부도 외부에서는 확인할 수 없었다. 또한 처분기준이 공표되지 않을 경우 설령 상대방에게 의견진술의 기회가 부여된다 할지라도 처분기준을 알지 못하기 때문에 자기에게 유리한 정보를 행정청에 전달할 수 없게 된다.[51]

본 사례에 있어서는, 어느 경우에 있어서 보다, 명확한 처분기준의 제시와 공표가 필요하다고 할 것이다. 왜냐 하면, 본 사례, 즉 이른바 퇴출은행의 결정은 동남은행 단독의 문제가 아니고 전국의 모든 금융기관 중에서 자본이 가장 부실한 은행을 고르는 문제이기 때문이다.[52]

6. 소 결

이상에서 살펴본 것처럼, 동남은행에 대한 이른바 계약이전결정에는, 이 제도 자체의 위헌성여부를 떠나서, 다음과 같은 법적인 문제점이 있다는 점을 지적할 수 있다.

첫째로, 계약이전결정에 있어서 계약이전의 방식이다. 본 사례에서는 이른바 P&A방식에 의해서 계약이전이 이루어졌다고 말해지고 있으나, 앞에서 살펴 본대로, 이 방식과는 직접 관련이 없음을 알았다. 원래 계약이전에 있어서 계약의 내용은, 제도의 취지에서 말하면, 계약 그 자체를 이전하는 것이어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 본 사례에서는 계약의 내용이 당해 은행의 전재산을 포괄하고 있다는 점은 문제라고 하지 않을 수 없다.

---

51) 유진식, 행정절차법에 있어서 처분규정의 구조, 331-332, 335면, 참조.

52) 이른바 일본의 개인택시사건, 東京地方裁判所 1963. 9. 18,「行政事件裁判例集」第14卷 第9號, 1666面 ; 東京高等裁判所, 1965. 9. 16,「行政事件裁判例集」第16卷 第9號, 1585面 ; 最高裁判所, 1971. 10. 22,「最高裁判所判例集」第25卷 第7號, 1037面, 참조. 또한, 許永敏·兪珍式, 行政節次法의 形成과 判例의 役割 - 日本國을 中心으로 -, 佳山 金致善博士 古稀紀念 '國際化時代의 勞動法의 課題', 博英社(1994)도 참조.

둘째로, 처분절차의 문제이다. 이 점에 대해서는 본문에서 자세히 살펴 본 대로, 금융감독위원회가 행정원회라는 점에 비추어 볼 때, 부실금융기관에 대하여 처분을 하는 경우에는 원래 준사법적 절차와 같은 엄격한 절차에 의해서 행해져야만 한다. 그러나, 현행 우리 나라의 법제에서는 이 절차를 채용하고 있지 않기 때문에, 적어도 행정절차에 관한 일반법인 행정절차법에 의해서 처분이 내려져야만 한다. 그러나, 앞서 살펴본대로 본 사례에서의 처분에 행정절차법이 충실히 적용되었다고는 할 수 없다.

제 4 장 결 론

현행 금융감독법제는 IMF로 상징되는 경제위기의 극복이라는 기대를 받으면서 정비되었으며 실제로 어느 정도 효과를 내고 있다고 볼 수 있다. 그러나, 그렇다고 해서 금융감독법제에 문제가 없다는 말은 아니다. 실제로, 본문에서 살펴 본대로 법적으로 볼 때 많은 문제점을 안고 있음을 알 수 있다. 이하에서는 본문에서 지적하였던 법적인 문제들을 요약함으로써, 본고의 결론에 가름하고자 한다.

첫째로, 금융감독법체계와 법규정의 형식의 문제이다. 먼저, 위임의 형식의 문제이다. 금융감독법제의 모법은 설치법이며, 그 내용은 이른바 건전성 규제를 중심으로 한 사전적 규제로 되어 있다. 한편, 금융감독법제에서 가장 핵심적인 내용이라고 할 수 있는 금개법은, 소극적인 사전규제에 그치지 않고, 적극적으로 금융산업의 구조개선을 꾀하고, 발전을 도모하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 여기서, 금개법이 모법인 설치법의 영역을 훨씬 넘고 있기 때문에 이점은 위임의 원칙을 벗어났다고 할 수 있다. 따라서, 금개법의 위헌성에 대한 논란은 차지하더라도, 설치법의 내용을 바꾸든지, 금개법의 업무를 설치법으로부터 분리하든지, 양자가 정합성을 유지하도록 법의 정비가 필요하다 할 것이다. 이어서, 법규정의 형식도 문제이다. 그 이유는, 금개법 제1조(목적)에서 규정하고 있는 내용과 금개법의 전체의 내용이 일치하지 않기 때문이다. 즉, 금개법은 제1조, 목적조항에서, 동법이 이른바 「支援法」임을 밝히고 있는데, 금개법의 내용 중 제3장의 '부실금융기관의 정비'에 관한 규정은, 지원의 범위를 훨씬 넘고 있다. 이 점 역시, 금개법 제3장의 규정의 위헌성에 대한 논란의 여부를 떠나서, 형식적으로 문제가 있음을 지적하지 않을 수 없다. 그리고 또 한가지, 한마디 더 덧붙이자면, 현행 감독법제가 사후규제 위주로 되어 있고, 사전규제에 관한 사항은 각 개별법에 산재해 있어서, 감독행정상 균형이 맞지 않는다는 점을 지적해 두고 싶다.

둘째로, 금개법상의 개념의 정리와 행정행위에 대한 인식의 제고이다. 부실금융기관에 지정되는 것과, 어느 금융기관이 단지 '부실한 상태'에 있다는 것은 전혀 다르다. 전자는 이른바 행정행위로서, 이 행정행위에 의해서 감독행정청과 금융기관사이에 새로운 권리·의무관계가 발생한다. 즉, 부실금융

기관으로 지정되면, 주식소각이나 감자명령, 공적자금의 투입 그리고 계약이전결정 등과 같은 상대방에 대하여 중대한 사유가 발생한다. 반면에, 후자는 이러한 행정행위 등, 감독행정청이 어떠한 조치를 취하기 위한 인식의 출발점에 불과한 것이지, 이 인식에 의해서 전자와 같은 권리·의무관계가 발생하는 것은 아니다. 그러나, 금개법에서는, 이러한 점을 인식하지 못하고, 양자를 구별하지 않고 사용함으로써, 법해석상의 혼란을 일으키고 있을 뿐만 아니라, 이러한 혼란은 행정행위를 하는데 당연히 전제되어야 할 절차적 규정의 불비로 이어지고 있다. 따라서, 금개법상의 개념의 정비와 거기에 따른 절차의 정비 역시 시급히 검토되어야 할 사항이다.

셋째로, 금융감독위원회의 금융기관의 임·직원에 대한 징계요구 등과 같은 기업의 사적자치와 저촉되는 것과, 저당권제도, 지명채권의 대항요건 등과 같은 자본주의 경제질서를 유지하는데 필요한 기본적인 제도들에 대하여 간단히 예외를 인정하는 경우가 많다는 점이다. 이 점에 대해서도 진지한 검토가 이루어져야 한다고 본다.

넷째로, 금융감독위원회의 법집행절차에 대한 준사법적인 절차의 채용의 문제이다. 금융감독위원회는 이른바 행정위원회로서, 가장 본질적인 기능이 바로 준사법적 기능인 것이다. 그럼에도 불구하고, 현재의 상태는, 금융감독위원회의 법집행절차의 준사법화는 고사하고, 행정절차에 있어서, 일반법인 행정절차법 조차 적용되고 있지 않는 것이다. 금융감독위원회가 행정위원회로서, 기능을 제대로 발휘하기 위해서 제일 먼저 고려해야할 사항이 바로 이 준사법절차의 도입이라고 할 수 있다.

마지막으로, 금개법상의 계약이전결정이 안고 있는 심각한 법적인 문제점이다. 계약이전결정은 그 요건의 추상성 등으로 인하여, 금융감독위원회의 의사여하에 따라서 쉽게 내려질 수 있는 법구조로 되어 있다. 그러나, 이 계약이전결정은, 당해 금융기관의 이해관계자들에게 치명적인 것이다. 즉, 계약이전결정에 있어서, '계약' 그 자체에 대하여 금개법에 구체적인 범위와 내용이 정해져 있지 않기 때문에, 실제로는 금융감독위원회에 백지위임되어 있는 상태라고 할 수 있다. 이 점은, 앞서 살펴본 사례연구에서 보았듯이, 금개법의 규정을 뛰어 넘어서, 자산·부채이전방식에 의한 부실금융기관의 정비가 이루어졌던 것이다. 이와 같은 내용의 계약이전결정은, 헌법재판소의 지금까지의 판단구조에 의하면, 위헌임을 면하지 못할 것이다. 기본권은 「국가의

안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로써 제한할 수 있지만, 그 경우에도 기본권의 「본질적인 내용」을 침해할 수 없다. 그리고 헌법의 기본정신에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 설령 없다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못한다(헌법재판소의 기본권제한에 대한 판단의 3단구조). 백지위임에 가까운 계약이전결정 그 자체가 이미 헌법 제37조 2항에서 말하는 본질적 내용을 침해하고 있으며, 계약이전결정 후에 이어지는 일련의 조치도, 그 내용, 방법, 목적, 절차 등을 살펴보면 이른바 과잉침해금지의 원칙에 위배되어 위헌이라고 밖에 할 수 없다. 따라서, 만일 우리 나라의 금융산업의 상황이 위기상황에 처해있어서, 불가피하게 계약이전결정과 같은 제도가 필요하다면, 헌법 제76조에 의한 긴급처분이나 긴급명령에 의하여야 할 것이다. 우리 나라의 기본권에 대한 헌법의 규정과 헌법재판소의 입장에 비추어 볼 때, 금개법상에 규정되어 있는 계약이전결정과 같은 기본권의 제한은 법률로써 시행하는 것은 불가능하다고 할 것이다. 이 계약이전결정은 현행 금융감독법제 중에서 어떠한 사항보다도 가장 먼저 검토되어야 할 사항이다.

《참고문헌》

◎국내문헌

〈논 문〉

김광수, 재산권 보장의 구조와 사회적 의무, 한국공법학회 제84회 학술발표회(1999.12.18).

이덕연, 보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구 제9권 「보상없는 재산권제한의 한계」와 「국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의」(1997).

김남곤, 금융규제의 개선방향에 관한 연구(석사학위논문, 서울대), 1995.2.

유진식, 행정절차법에 있어서 처분규정의 구조, 한양법학 제9집(1998. 12.).

許永敏·兪珍式, 行政節次法의 形成과 判例의 役割 -日本國을 中心으로-, 佳山 金致善博士 古稀紀念 '國際化時代의 勞動法의 課題', 博英社(1994).

한수웅, 경제적 기본권의 새로운 문제점과 그 전망, 헌법학연구 제5권 제2호(1999.10).

〈단행본〉

김동희, '행정법 I', 박영사(1999).

김철수, 「헌법학개론」, 박영사(1999).

최기원, 상법학신론(상), 박영사(1998).

예금보험공사, 조사분석자료 98-2 미국 FDIC의 부실금융기관 정리방식(1998).

정인서·최재열, 한국금융의 조직과 이해, 세학사(1997).

조화식, M&A와 근로관계 승계의 문제, 중앙경제(1999).

권기범, 기업구조조정법, 삼지원(1999).

이철송, 경제법령의 위헌요소 검색, 전국경제인연합회(1996).

송희준, 연구보고서 금융산업에 대한 행정규제의 합리화 방안, 한국금융연구원(1997).

《참고문헌》

강문수·최범수·나동민, 연구보고서 금융의 효율성제고와 금융규제 완화, 한국개발연구원(1996).
박영철, 금융발전의 과제와 정책, 고려대학교 출판부(1993).
강문수, 연구보고서 금융자유화와 금융감독, 한국개발연구원(1996).
금융개혁위원회, 금융개혁 1차 보고서(1997. 4).
금융개혁위원회, 금융개혁 2차 보고서(1997. 6).
금융개혁위원회, 금융개혁 3차 보고서(1997. 11).
금융개혁위원회, 금융개혁백서(1998. 1).
한국금융연구원, 금융제도개편연구 각론

◎日本文獻

〈論文〉

倉澤康一郎, 株式會社と私的自治, 法學セミナー增刊 總合特集 シリーズ＝14 現代の企業.
今村成和, 企業活動の公的規制, 法學セミナー增刊 總合特集シリーズ＝14 現代の企業.
古城 誠, 公的規制と法、岩波講座 現代の法8 政府と企業, 岩波書店(1997).
木南 敦, 業法による企業運營の健全性の確保、森本滋外編, 企業の健全性確保と取締役の責任, 有斐閣(1997).
宇田一明, 營業讓渡命令と株主總會決議との關係, 青竹正一外編, 現代企業と法, 名古屋大學出版會(1991).
渡邊洋三, "所有權の思想", 「現代法 13」, 有斐閣, 1972.
森英樹, 經濟活動と憲法, 樋口陽一編「講座 憲法學 4 權利の保障【2】」, 日本評論社, 1994.
渡邊洋三, 現代資本主義と基本的人權, 東京大學社會科學研究所編, 基本的人權 1 總論, 東京大學出版會(1978).
岡田与好、「營業の自由」と, 「獨占」および「團結」, 東京大學社會科學研究所編, 基本的人權 5 各論, 東京大學出版會(1980).
堀部政男, イギリス革命と人權「營業の自由」の成立過程京大學社會科學研究所編, 基本的人權 2 歷史, 東京大學出版會(1978).

〈單行本〉

堀內昭義, 講座・公的規制と産業⑤ 金融, NTT出判株式會社(1994).
鹽野宏, 行政法Ⅰ〔第二版〕, 有斐閣(1994).
小早川光郎, 行政法 上, 弘文堂(1999).
田中二郎, 新版 行政法 中卷, 有斐閣(1988).
和田英夫, "行政委員會の準司法的機能", 公法の理論 中, 有斐閣(1983).
田中英夫, 英美法辭典, 東京大學出版會(1991).
石井寬治, 近代日本金融史序說, 東京大學出版會(1999).
淺木愼一・岡田豊基・川口恭弘, 現代企業法入門, 中央經濟社(1999).

연구보고 99-13

금융감독법제정비방안 연구

1999년 12월 24일 印刷
1999년 12월 31일 發行

發 行 人 徐 承 完
發 行 處 **한국법제연구원**

서울특별시 서초구 양재동 90-4
전 화 : (579)0090, 0308
등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

값 5,500 원

· 本院의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
· ISBN 89-8323-120-3 93360