

있으므로 노동조합의 필요성은 존재하나, 문제는 그 조직 형태이다. 즉 전문직의 경우 동직 조합이나 직능조합적 조직이, 단순직의 경우 합동조합적 조직이 가능하다. 나아가 기업별 조합 조직의 쇠퇴로 인한 공백을 메우기 위해 근로자 대표제가 요구되고 있다.

이러한 상황에서 최근 독일에서는 정보기술의 발전이 노동자의 프라이버시를 침해할 위험을 방지하기 위해 전개된 사업장 종업원 대표위원회 제도의 기능에 대한 논의는 주목할만한 가치가 있다. 독일에서는 컴퓨터화를 둘러싼 법적 논의가 다음 4단계의 시대로 구분되어 전개되었다.

첫째, 1980년대 초에는 컴퓨터와 건강의 관련이 문제되어 노동법상 건강보호와 사업장 위원회의 공동결정권이 논의되었고 연방노동법원은 이를 긍정적으로 판시 했다. 둘째, 사용자의 정보권력 증대가 문제되어 정보보호법이 사업장 위원회에 의한 보호와 함께 사용자를 규제했다. 셋째, 모든 생산과정의 컴퓨터화가 문제되어 상이한 기능을 연결하는 사업장내 컴퓨터 네트워크가 존재하는 경우, 노동자가 작업시간 중에 무엇을 하는지를 추적한다. 넷째, 상이한 공장과 기업 사이의 네트워크가 새로운 노동의 분할을 결과한다.

컴퓨터화는 실업과 자격취득이라고 하는 문제를 낳았다. 공동결정권의 하나인 사회계획은 해고의 경우에는 보상, 다른 경우에는 부가적인 직업교육훈련을 규정한다. 과거에는 이 문제가 단체협약으로 처리되기도 했으나, 최근에는 범유럽적으로 훈련계획이 더욱 중요하게 되었다. 그러나 정보기술의 도입은 다음과 같은 두 가지의 새로운 요소에 대한 논의를 낳았다.

첫째, 개인 노동자의 프라이버시 침입에 대한 보호이다. 따라서 정보보호법은 근로자를 보호하는 특수한 형태로서의 노동법 체계에 대한 통합을 뜻했다. 그리고 사업장 위원회의 공동결정권은 정보체계의 변화에도 적용되어 그것에 대한 광범한 해석론이 전개되었다. 둘째, 기업이 고도로

발전된 네트워크의 존재는 개인 근로자 행동의 자유를 기술적으로 제한하여 규정 근로시간을 초과하여 노동하도록 요구한다.

이상의 근로자 대표제가 갖는 기능에는 한계도 있다. 첫째, 공동결정권은 어디까지나 사용자의 결정에 대한 개입이지 그 독자로 존재하는 것이 아니므로 그것은 근로자 자주관리와는 기본적으로 다른 것이다. 또한 협동의 원칙에 의해 대표제의 단체행동은 처음부터 배제되고, 공동결정권이라고 해도 최종적으로는 노사정(중립위원)으로 구성되는 조정위원회의 강행적 결정에 위임되며, 많은 사항들이 청문권이나 협의권에 머물러, 노동조합의 단체교섭이나 단체협약에 비해 사업장 위원회의 사업장협정은 약한 것이다. 물론 이는 우리 나라 근기법에 있는 취업규칙 작성 등의 종업원 대표와 같이 대표 선출권의 제도조차 보장되지 않는 19세기적인 것과는 전혀 다른 것이다. 여기서 우리는 공동결정의 법적 존재구조에 대해 검토할 필요가 있다. 공동결정권은 법정 선거 단위인 사업장의 근로자 집단에 속하는 근로자가 법에 의해 부여된 선거권을 행사하여 선출한 근로자 위원회가 법에 의해 부여받은 권리이다. 이러한 공동결정권은 자본측의 경우 생산성의 향상을 위해서 노동의 자주적 수행이 필요하고, 또한 노동측의 경우 인간의 존엄을 위한 노동환경과 노동내용의 실현이라고 하는 경영민주화를 위해 필요하다.

C. 복수노조와 다수결 및 민주주의

복수 노조가 존재하는 경우 생길 수 있는 문제의 해결을 위한 기본원칙은 다수결과 민주주의이다. 그러나 그것은 헌법상 인정되는 소수노조의 단결권이나 단체교섭권을 침해하는 것이어서는 안 된다. 복수 노조가 금지되기 전인 1953년 노동조합법에서 이러한 원칙은 확립되었다. 예컨대 유니온 쉐어나 일반적 구속력 제도가 복수노조하의 소수 노조에 대해서는 적용되지 않는 것으로 보아야 했다.

그러나 일본에서는 입법기초자들이 다수결을 이유로 유니온 숲이나 일반적 구속력 제도가 소수노조에도 적용된다고 주장했다. 이러한 주장에 따르면 어떤 시점에서 조합원을 다수 포섭한 노조가 한번 유니온 숲을 체결하면 거의 영구적으로 단체교섭권을 독점하게 된다는 문제가 발생한다. 그러나 다수결의 기초인 민주주의 원리에서 보면 다수 조합원의 확보를 둘러싼 조합간의 상호 경쟁이 보장되어야 한다.

여기서 방법론적으로, 조합원 전원의 선거로 결정된 다수조합에게 단체교섭권(협약체결권까지 포함)을 배타적으로 인정하는 미국식 제도나, 조합원 수에 비례하여 단체교섭단을 별도로 구성하는 프랑스식 제도가 참고될 수 있다. 또는 소수조합원이 그 지위를 그대로 유지하면서 다수 조합에 이중으로 가입하는 것도 해결 방법으로 검토할 수 있다.

이러한 방법이 헌법상 보장된 단체교섭권에 위배되는 것인가에 대해서는 신중한 검토가 필요하다. 유니온 숲이나 일반적 구속력제도가 법상 인정되는 이유는 현실적으로 다수 조합만이 근로조건의 규제권능을 갖기 때문이다. 근로기준법 제31-32조가 다수 조합에게 경영상 이유로 인한 고용조정시의 협의 의무를 부과하고, 동 제50조의 1개월 단위 단력적 근로시간제 채택시의 합의와 제51조의 선택적 근로시간제 채택시의 합의 및 제56조의 근로시간 계산 특례시의 합의가 다수조합에 인정되며, 제97조가 다수조합에게 취업규칙 작성시의 의견청취나 불이익변경시의 동의를 인정하는 이유가 바로 그 점에 있다.

근로자의 과반수로 조직된 노동조합(또는 대표)이 아닌 경우 그러한 것이 인정되지 않는다. 왜냐하면 근로조건의 규제권능을 갖지 못하기 때문이다. 이는 헌법상의 단체교섭권의 문제가 아니라 근기법상 근로조건의 규제권능 차원에서 인정되는 특별한 제도에 불과하다.

소수 조합은 다수 조합이 갖는 그런 규제권능을 갖지 못하는 것은 현실적으로 당연한 것으로 인정해야 한다. 그렇다면 소수 조합의 단체교섭

권은 다수 조합이 되기 전까지 일시적으로 정지한다고 볼 필요가 있을 것이다. 도리어 소수 조합의 조합원도 다수 조합에 의한 근로조건 규제의 대가로써 다수 조합에 조합비 상당액을 지불할 의무(이중 가입의무)를 진다고 보는 것이 옳다.

D. 근로관계가 없는 당사자간의 단체교섭

앞에서 말한 취업형태의 다양화에 따라 기업과 직접 근로관계를 갖지 않는 자가 현재에도 존재할 뿐만 아니라 앞으로는 더욱 많이 늘어날 수 있다. 예컨대 회사가 업무를 위탁한 기업의 종업원이나 파견 근로자처럼 당해 회사와 근로관계를 갖지 않은 다른 회사에 고용되어 있는 경우, 또는 프리랜서와 같이 단독으로 업무를 도급받아 어떤 회사와도 근로관계를 갖지 않은 경우 등이다.

후자와 같이 어떤 사용자와도 근로관계를 갖지 않은 프리랜서와 같은 경우의 단체는 중소기업협동조합법에 의해 검토될 수 있다. 동법 제31조 1항 7호는 조합의 업무로서 '조합원의 경제적 이익을 도모하기 위한 단체적 계약의 체결'을 들고 있다. 이어 동법 제35조가 규정하는 단체적 계약은 단체협약과 동일한 효력을 갖는 것이다.

이러한 조합과 그 단체적 계약의 체결을 위한 단체교섭을 헌법 제33조에서 규정하는 단결과 단체교섭에 포함된다고 볼 수 있는가? 예컨대 프로운동선수조합이나 배우조합이 그 회사와 출장 및 출연조건에 관한 단체적 계약을 체결하는 경우 그 조합은 직업별 노동조합과 동일한 활동을 한다고 볼 수 있다. 물론 출연 거부와 같은 단체행동에 대한 민사책임(형사책임은 있을 수 없다)의 면제가 법적으로 명문화되지 않는다고 하는 문제는 있으나, 적어도 단결과 단체교섭의 차원에서 노동조합의 경우와 실질적인 차이가 있다고는 볼 수 없다.

개인사업자와 근로자를 구별하는 것은 쉬운 일이 아니고, 협동조합에

가입해야 할 자가 노동조합을 결성하거나 반대로 노동조합에 가입해야 할 자가 협동조합의 조합원이 될 가능성은 언제나 존재한다. 이러한 경우와는 달리 다른 사용자와 근로관계에 있는 경우를 검토해보자. 직업안정법 제33조에서 규정되는 근로자 공급사업은 국내의 경우 노동조합에 그 허가가 인정된다(직안령 제33조 2항 1호). 이에 따라 노동조합이 근로자 공급사업을 하는 경우 공급처 기업과 공급계약이 체결되고, 당해 계약에 의해 조합원만을 공급하는 크로우즈드 숲이 체결될 수 있고, 당해 기업과 조합원 사이에는 근로관계가 성립된다.

한편 '파견근로자 보호 등에 관한 법률'이 성립되어 근로자공급사업의 예외로 법인된 근로자 파견사업의 경우, 근로관계는 파견근로자와 파견사업 사이에서만 성립된다. 그러나 파견근로자에 대한 실질적 지배력은 사용자에게 있으므로 사용자주는 단체교섭의무를 진다고 보아야 한다. 일본법과 달리 한국법에서는 이에 대한 명문 규정을 두고 있지 않으나, 해석론상 당연하다고 생각된다.

또한 업무위탁계약을 체결한 회사의 종업원이 같은 직장에서 일하고 있는 경우에도 위탁기업이 실제로 행사하고 있는 지휘명령의 정도에 따라, 이것이 '고용주(수탁기업)과 부분적이지만 동일시할 수 있는 정도로 현실적이고 구체적으로 지배하고 결정할 수 있는' 근로조건에 대해서는 그 한도 내에서 위탁기업이 사용자로서 단체교섭의무를 진다고 해석할 수 있다.

E. 단체행동론

한국에서 21세기의 노동법 이론으로서 전개될 필요성이 가장 높은 분야는 앞서도 말한 단체행동론이다. 이 문제는 이미 독일에서 1955년에 불라에 의해 논의된 바 있다.⁶⁾ 이미 반세기가 지난 이 이론을 재론하는

6) Gustav Adolf Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, Rolf

것은 그것이 한국에서는 아직도 충분히 설득력을 갖지 못하고 있기 때문이다. 즉 단체행동이라는 것이 그 명칭에도 불구하고 한국에서는 아직도 개인적 행동으로 파악되고, 나아가 위법적 쟁의행위로 판단되기 때문이다.

여기서 불라의 이론을 검토하기 전에 몇 가지 주의할 사항이 있다. 한국에서 단체행동이란 헌법이 보장하는 인권의 하나이다. 그런데 노동법령에서는 단체행동이라고 하는 말 대신 쟁의행위라는 말을 단체행동은 물론 단체행동에 대한 사용자의 대항행위까지 포함하는 개념으로 사용한다. 그리고 쟁의행위란 권리의 정당한 행사, 위법 쟁의행위란 권리의 남용으로 파악됨이 일반적이다.

그런데 독일의 경우는 우리와 다르다. 독일에서는 헌법에 의해 단체행동이 보장되지 않아 그것은 시민법적 판단에 의해 일용 위법행위로 파악되고, 위법성 조각사유에 의해 범죄 또는 불법행위가 아닌 것으로 간주된다. 단체행동과 직장폐쇄를 동등하게 취급하는 것도 같은 이유에서이다.

(A) 집단적 행위로서의 단체행동

불라는 먼저 집단적 행위로서 단체행동(파업)을 검토한다. 즉 노동생활의 사회적 현상인 단체행동은 특정한 목적을 표명하기 위한 피용자의 노동정지이다. 이 목적은 법질서의 일반 원칙에 따르면 단체행동이 적법하고 노동생활에 사회적 상당성이 있는 범위에서 합법적이다. 단체행동은 그 목적의 관철을 위해, 사용자로 하여금 양보하도록 하기 위해, 노동자들이 공동으로 의도하는 노동력의 정지이다.

이러한 단체행동은 다수인 행동의 의식적 공동성과 그 행동의 독자적인 목적 결정에서 이중적인 구조를 갖는다. 단체행동에 참가하는 노동자

Diets, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, Festschrift für Hans Karl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955. S. 181-188.

의 단체행동에 의한 노동정지는 개별적인 과정이 아니라 다수자의 동일 목적 수행의 노동정지에 의한 의식적이고 의사적인 공동 행동으로 행해지고, 이 다수자에 의한 동일 행동으로 동원된다. 이러한 공동성의 의식, 사회적 집단 의식에서 개인은 자신에게 긍정될 수 있는 단체행동에 참가하는 것을 결심한다. 이러한 행동의 공동성에서 단체행동자들은 그 관철의 목적을 위한 특정 사회의 집단으로 행동한다.

따라서 단체행동은 분명하게 집단적 수단, 그 후의 전체 행동에 의해 유지되고 연속되는 다수자의 의식적인 공동 행동에서 생기는 것이다. 이러한 집단행동으로서 단체행동은 공동적인 개별 행동의 총화와는 본질적으로 다르다. 이는 개별 행동 이상의 것, 개별 행동과 함께 독립의 것으로 이해될 수 있는 전체적 행위이다. 단체행동에서 특정 노동자의 집단, 그 목적, 행위자가 존재한다. 집단적 행위로서의 단체행동은 그 집단의 통일적인 집단행동이고, 개별 노동자가 그 단체행동으로서의 노동정지에 의해 다른 노동자와 같은 방향을 목표로 삼는 의식 하에서 함께 담당하여 실현한다. 그러나 개인은 이러한 단체행동으로서의 노동 정지에 개인 행동으로 가산되는 것이 아니라 그들이 그 참가행동에 의한 집단의 집단적 행동에 합일되어야 한다.

(B) 단체행동의 이면적, 집단적 본질

따라서 개별적으로 노동을 포기하고자 하는 개별 참가 노동자의 다수(집합)는 존재하지 않고 하나의 단결한 집단만이 존재하게 되고, 개인은 다른 집단 구성원과 마찬가지로 행동하는 구성원으로 존재하게 된다. 그리고 노동중지라고 하는 개별 행위는 개개인이 그 한도에서 개인으로서 소멸되는 집단의 의도된 집단적인 전체 행동 속에 존재한다. 이와 같이 공동의 의도된 개별적 행위는 집단적 행위로서의 단체행동이 아니면 서로 동시에 단체행동이라고 하는 이면성을 갖는다.

따라서 개별 노동자에 의한 단체행동으로서의 노동정지는 개인의 개별 행동으로서 나타나지는 않고, 전체 행동의 부분으로서만, 즉 '참가자'로 나타난다. 그러므로 단체행동의 고찰에서는 전체 행동을 통하여 실현되는 집단적 행위가 문제가 되고, 그 집단적 행위는 다수자의 동일 방향을 향한 행동에 의해 의도된 공동성을 갖는 개별의 노동정지에 의해 수행되는 것으로 고찰되어야 한다. 따라서 개별 노동자의 단체행동으로서의 노동 정지는 개인이 아니라 그것이 의거하는 집단적 연관 속에서 언제나 고찰되어야 한다.

여기서 단체행동의 본질은 두 개로 분리되지만 언제나 함께 나타나는 평면의 집단적 현상으로 존재한다는 것이다. 하나는 단체행동 자체로서의 집단적 행위이고(예컨대 어떤 조합의 단체행동), 또 하나는 개념 필연적으로 공동의 동일 방향을 향한 개별적 행동을 하는 다수자 속에 존재하는 집단적 행위의 실현을 위한 다수자의 전체 행위(예컨대 어떤 조합 조합원의 단체행동)이다. 즉 모든 단체행동 참가자의 전체 행동과 그것에서 생기는 단체행동 자체는 같은 것이고, 따라서 그 집단적 본질에 의해서로 분리될 수 없다.

여기서 단체행동의 본질이 이면적이고 집단적이라고 하는 명제가 귀결된다. 즉 단체행동을 복합적인 집단성으로서의 단체행동 자체로 판단하느냐, 아니면 타인의 동일 방향을 향한 행동을 목표로 하는 집단적 행위의 실현을 위하여 이에 포섭되는 개개인의 공동 의식으로 나타나는 전체 행동으로 판단하느냐에 의해 구별된다. 그러나 이러한 이면성, 곧 다수자의 전체행위 및 그것에서 생기는 집단적 단체행동은 동일한 집단적 현상의 두 측면에 불과하다. 따라서 집단적 행위로서의 단체행동을 다수자의 전체행동에서 분리하여 이를 개인주의적으로 취급해서는 안 된다.

그런데 불라는 위법한 쟁의행위는 이면적 및 집단적 성격을 갖지 못하므로 바로 개별 조합원의 행위로 해체된다고 보고서 시민법적 평가를 내

리는 점에 문제가 있다. 위법한 쟁의행위라고 해도 그 행위의 성격이 이면적 및 집단적이라고 하는 것을 바로 부정 당하는 것이라고 할 수 없다. 이는 법적 평가의 문제가 아니라 쟁의행위 그 자체의 사회적 성격 문제이기 때문이다. 따라서 위법한 또는 부당한 쟁의행위라고 해도 그것이 파생적인 개인적 행위가 아닌 한은 개별 노동자가 개별 노동자가 손해배상이나 형사적 책임을 지는 것이 아니라 책임주체는 어디까지나 노동조합 자체라고 보아야 한다.

사회적 자치의 법리에 의해 노동조합의 지도하에 행해진 단체행동은 일반적인 법원칙에 의해 합법인 경우, 법질서에 따라 원칙적으로 적법하다. 이는 승인된 집단적 자력구제권과 개인적 투쟁권으로서 위법성 조각 사유를 구성하기 때문이다. 그런데 집단적 전체행위로서의 단체행동은 이러한 노동법 질서에 의해 합법이라고 해도 근로계약법에 의해 위법으로 판단될 수도 있다. 그러나 노동관계에서는 노동법 질서의 내부에 있는 사회적 자치의 원칙에 의해, 그러한 위법 판단은 사회적 상당성이 있다고 하는 이유에서 부정된다.

따라서 근로자에 의한 단체행동은 물론 그것에 대응하는 사용자의 직장폐쇄의 경우에도 각 당사자는 그 집단적 이익대표의 유도나 지도에 대한 쟁의행위(노동조합의 단체행동과 사용자의 직장폐쇄)라는 방해를 예상해야 한다. 여기서 비로소 노동법 질서 및 법질서 전체의 일반 영역에서 쟁의행위가 그 상대방의 경제적 손실 하에 사회적 이익 대립의 해결을 위한 합법적 수단이 될 수 있다.

F. 분쟁처리

현재 개별적 노사분쟁의 해결은 주로 법원에 맡겨져 있으나, 심리의 장기화와 경비의 고액화로 인해 문제가 많다. 또한 고용구조의 변화에 따라 앞으로는 인사고과, 비정규종업원, 유료 직업소개사업을 이용한 경

우의 근로조건이나 경업피지의무 등의 노동시장을 둘러싼 분쟁이 늘 것이다.

이러한 분쟁에 직면한 근로자의 교섭력을 지원하기 위해서는 자주적 교섭이 원활하게 이루어지지 못한 경우 분쟁을 간이·신속·저렴하게 해결하기 위한 기업 내외의 분쟁처리제도를 정비할 필요가 있다.

IV. 맺음말

흔히 제3의 파도라고 일컬어지는 전자혁명을 맞아 우리는 너무나도 어려운 상황에 놓여있다. 특히 국제적으로 이중적인 난관에 처해있다. 즉 한편으로는 선진 공업국가들에 의한 격렬한 신기술 및 신상품의 개발경쟁을 쫓아야 하고, 다른 한편으로는 동남아시아나 중국과 같은 준 주변 지역의 신흥공업국가들에 의해 저임금에 의한 대량 생산의 추격경쟁에 쫓기고 있다. 이러한 상황에서 고도로 전문적인 근로자의 창조적 노동에 의한 특별 이윤의 획득만이 살길이다. 그리고 이를 위해서는 기술과 조직의 혁신이 절대적으로 필요하다.

새로운 개혁적 경영 시스템으로서의 예컨대 관리 부문을 소수 정예주의로 하고, 일반 부문을 정년제나 연공서열이 아닌 단기고용, 능력급, 연봉제 등으로 대체하며, 모든 근로자에게 재량권과 재정권을 부여한 수평적이고 유연한 업무별 소집단으로 재편성하여 철저한 업적주의 하에서 위탁업무를 수행하는 방식이 구상되고 있다. 우리는 이러한 구상을 권력적 악용이라고 비난할 수만은 없다. 이러한 구상 하에서 근로자도 의식의 개혁이 필요하고 노동조합도 재편성되어야 한다.

즉 고도의 지적 노동 또는 특수 기능을 갖는 숙련 및 반숙련 근로자는 더욱 증가될 것이고, 그들은 보다 자유로운 전문가 집단으로서의 직능별

조합에 가까운 기업의 노동조합을 형성하게 되며, 그 조합은 당해 직능에 관한 근로조건(각 숙련 단계마다의 최저 시급이나 장시간 근로시간 규제 등)의 단체협약, 법률, 조례 등에 의한 설정, 파견 근로자의 알선, 그 목적을 달성하기 위한 사용자단체나 정부 및 자치체와의 단체교섭과 단체행동을 담당해야 한다.

한편 기업 개혁의 결과 상근 근로자가 소수밖에 존재하지 않게 되면 종래의 산업별 및 기업별 노동조합 조직은 상당수 와해될 수 있고, 만일 그렇게 된다면 대부분이 불안정 고용자인 미숙련 근로자는 합동조합적 조직에 가입하게 될 것이다. 곧 노동조합이 근로자의 숙련 정도에 따라 기본적으로 이원화된다는 것이고, 그 조직력은 상당히 약화될 수도 있다는 것이다. 특히 미숙련 근로자의 경우 그 불안정을 이유로 조직 형태도 불안정을 면하지 못할 수도 있다.

그러나 종래의 산업별 및 기업별 노조가 완전히 없어진다고 볼 수는 없을 것이다. 현행 산업 구조와 기업 구조가 기본적으로 존재하는 한 그것들을 토대로 한 현행 노조 조직은 어느 정도로는 지속된다고 보는 것이 옳을 것이다. 문제는 그것들이 현행의 조직들보다 더욱 약화되어 오늘과 같은 노조의 중심 조직으로 기능할 지가 의문이라고 하는 점이다. 게다가 현행의 기업별 조직보다도 산업별 조직이 더욱 약화될 수도 있다고 생각한다. 이는 전통적으로 집약적인 제2차 산업 중심의 산업별 조직이 보다 분산적인 제3차 산업으로 변화됨에 의해 불가피하게 생길 수도 있는 현상이라고 생각된다. 도리어 앞서도 말한 직능별 조합이 더욱 크게 대두할 수 있다.

따라서 앞서도 말했듯이 노조의 산별화 경향은 도리어 지금보다 더욱 약화될 수 있고, 현행의 기업별 노조가 명맥을 유지하되 그 기능도 당연히 정치적 및 사회적 기능으로의 확대라고 하기보다도 오늘날과 같은 경제적인 단체교섭의 기능 정도에 그칠 가능성이 크다. 말하자면 각 사업

장의 종업원 대표위원회의 기능과 동일한 역할을 수행할 것이라고 하는 점이다. 이는 우리 노동운동의 역사적 전통으로 인한 한계 때문에 더욱 그럴 수 있다고 생각된다.

또한 종래의 단일 및 균일적 조직인 산업별 또는 기업별 조직이 상당수 와해되어 노동조합이 없는 직장이 증대될 것이고, 그러한 경향에 의해 기업 단위에서 새로운 종업원 대표위원회의 필요성은 더욱 증대될 것이다. 그것은 관리자 이외의 모든 종업원으로 구성되는 총회에 의해 선임되어 사업장마다 체결되는 취업규칙에 의해 당해 사업장에 타당한 임금과 근로시간 등의 근로조건을 직능별 단체협약을 상회하는 근로조건 설정과 일상적인 고충처리 등을 담당해야 한다.

이러한 대표위원회는 사실상 오늘날의 기업별 노조 내지 노사협의회와 노동자 대표와 유사한 것이 될 것이나, 사실은 어느 것보다 다르다. 즉 모든 사업장에 조직이 강제된다는 점에서는 노사협의회와 같고 기업별 노조와는 다르나, 단체행동권이 인정되어야 한다는 점에서는 기업별 노조와 같고 노사협의회와는 다르다. 또한 독일에서 발전된 단체행동권 없는 사업장 종업원 대표위원회와도 달라야 한다.

이상이 21세기에 예상되는 직능별 조합에 의한 단체협약 교섭과 종업원 대표위원회에 의한 취업규칙 교섭에 의한 이원적 단체교섭 시스템이다. 그것은 주로 사용자단체나 자치체를 교섭의 상대로 하나, 기업과 교섭할 수도 있다. 취업규칙 사항은 종업원 대표위원회의 전권사항이나, 그 위원이 조합원임에 의해 근로조건 사항 전반에 걸쳐 조합이 간접적으로 중요한 영향력을 행사할 수 있고, 전국 및 지역 단체협약 위반 등과 같은 특별한 사정이 정당성을 부여받는 경우에는 조합이 직접 기업과 교섭할 수도 있다.

또한 새로운 노동조합의 중심이 직능별 조직이고, 그 교섭 당사자가 사용자 조직에 그치지 않고 필연적으로 정부나 지방자치체까지 이르고,

나아가 그 교섭대상이 당해 조합의 조직 목적상 그 직능을 둘러싼 윤리, 자격시험, 유자격자수의 제한, 조합원 자격의 박탈, 타 직능과의 관계 조정 등과 같이, 지금까지의 노동조합과는 이질적인 내용과 범위에 걸쳐 행정 및 정치적 사항까지 포함하게 됨은 필연적이다.

이러한 새로운 사태는 당연히 헌법상의 노동단체권의 보장 대상 범위와 효력에 대한 재검토를 요한다. 먼저 종업원 대표위원회를 노동단체의 하나로 볼 필요가 있고, 그것에 노동단체권의 모든 기본적 권리가 부여되어야 한다. 또한 단체교섭의 대상도 종래의 사용자에 대한 것을 당연히 넘어서 행정 및 정치적 사항까지 포함하여야 하게 될 것이다. 결국 이 문제는 종래와 같이 법으로 미리 규제할 필요가 있는 것이 아니라, 새로운 노사 자치의 이념에 비추어 노사가 자치적으로 해결할 수 있는 폭넓은 길을 열어두는 것으로 충분할 것이다. 현행 헌법 이념상 그러한 가능성은 충분히 보장되나, 적어도 현행 노동법 및 판례의 경향에서 보면 그러한 가능성은 상당히 제약될 수 있다. 따라서 그러한 문제점에 대한 근본적인 검토가 필요하다.

필자는 21세기 노동법이 종래 형태의 노동조합의 쇠퇴와 함께 새로운 노동조합 형태의 대두, 그리고 기업 단위의 종업원 대표위원회 제도에 의한 취업규칙의 노사합의적·공동결정적 형성이라고 하는 특징을 가질 것으로 전망한다. 물론 이러한 전망은 단순히 저자의 희망 사항에 그칠 수도 있다.

그러나 우리가 어떻게 노동하는가가 우리의 미래를 결정적으로 규정할 것임에 틀림없다. 인간다운 생활을 위해서는 인간적이고 민주적이며 사회적으로 조직된 노동이 결정적으로 중요하다. 민주화의 목표는 노동의 해방에 있다. 민주화는 근로자 자신이 공동결정권을 이용하고 실현하는 것에 있다.

21세기 소유구조의 변화와 민법개정

조 승 현 (숙명여대 강사)

— 목 차 —

- I. 민법개정론과 민법학 방법론
- II. 사적자치론 비판
- III. 사적 소유의 이데올로기와 그 문제점
- IV. 결론에 갈음하여

I. 민법개정론과 민법학 방법론

1. 민법개정논의와 문제점

몇 년 전부터 민법학계에서도 21세기를 맞이하기 위한 준비가 한창이다. 1958년에 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행되고 7차례에 걸쳐 개정된 현행 민법을 대폭 손질하려는 노력이 그것이다. 이러한 개정노력은 나름대로 의미를 갖는다. 민법개정의 대체적 방향은 그 동안 학계와 법 실무계에서 논의된 성과를 바탕으로 하고 있다.¹⁾ 이 글에서는 개정과 관련된 구체적인 지적은 피하고자 한다.

다만 민법개정과 관련한 몇 가지 문제점을 먼저 지적하면서 이 글을 시작하고자 한다.

1) 민법개정에 관한 학계의 논의로는 특히 민사법학 최근 논문들 참조

우선 용어상 민법개정이라는 말 자체가 민법개정과 관련한 상황을 너무 협소하게 만든다. 민법을 새로이 만드는 것이 아니기 때문에 형식적으로는 민법개정이라고 해야겠지만 그 실제내용은 민법의 해체와 새로운 민법 만들기가 되어야 한다고 본다.

지금 학계와 법실무계에서 논의되고 있는 민법개정론은 다음과 같은 문제가 있다. 우선 절차상 소수 그룹들 중심의 개별적 개정논의에 머무르고 있다는 점이다. 학계와 실무는 서로 독자적인 영역을 주장하려는 듯 개정논의를 각자 진행하고 있다. 물론 학계와 실무가 그 동안 유기적인 교류가 별로 없었다는 점에서 일단 이해하고 넘어가자. 그럼 각자의 독자적인 영역에서 제대로 논의가 진행되고 있는가? 약간의 논의가 진행되고 있는 것은 사실이지만 심도 있는 논의는 없는 것 같다. 민법학계의 구체적인 내부사정에 대해서는 모르겠지만 심지어는 매우 불순한 의도들이 곳곳에서 감지된다. 법원을 중심으로 한 법실무계는 말할 필요도 없다. 사법관료조직이 갖는 한계와 근본적 문제의식의 결여로 논의 중심 자체가 형성되지 않고 있다.

그리고 그나마 현재 진행되고 있는 논의라고 하는 것들도 매우 협소한 수준에 머무르고 있다. 21세기에 걸맞는 민법을 제정하자는 이야기를 하지 않더라도 지금의 논의 수준은 법기술적이고 주변적이며 형식논리에 치우쳐 전체를 보지 못하고 있다. 민법개정이 민법자체의 문제에 국한되고 개별조항들의 문제에 한정되어 진행된다면 그 동안 민법 전반에 대해서 재검토하려는 노력은 사실상 좌절되는 것이라 생각된다.

한편 민법개정이 결국 민법학자들에 의하여 주도된다고 볼 때 민법개정주체의 사고들에 대한 문제를 지적하지 않을 수 없다. 해방 후 법학교육은 주로 사법고등고시 등용을 위한 교육위주로 진행되어 왔다. 법학이 사회과학의 한 종류라고 한다면 법학교육은 당연히 사회과학의 기초 위에서 이루어져야 했음에도 그 동안의 모습은 법학이 사회과학인지를 의

심할 정도이다. 이러한 법학교육의 풍토에서 과연 얼마나 풍부한 민법학 탐구가 가능하겠는가? 사법개혁논의가 활성화되면서 법학교육을 개혁해야 한다는 주장이 설득력을 갖는 것은 바로 이러한 법학교육의 풍토로부터 비롯된 것이다. 사회과학적 기본인식이 결여된 법학자들이 어떻게 사회현실을 제대로 반영한 입법을 하겠는가? 법학자들의 사고들에 대한 문제제기는 여기에 국한되지 않는다. 법의 체계를 이분법에 의해서 분류하고 각 영역의 전공은 서로의 교통을 차단한 채 독자적인 전문영역이라는 미명하에 법학을 조그마한 영역으로 가두어 놓고 있다. 물론 실체법이나 절차법 사법과 공법의 기본원리가 다르다는 것은 인정되고 또한 인정하는 것이 정당하다. 그러나 그것이 각 부분간의 유기적 관계나 관련성을 무시하거나 제거한다면 그것은 분명한 법학의 왜곡이고 법학자를 새장 속에 가두는 꼴이다.

법학교육의 형식적 측면 외에도 법학교육의 기본이념이나 사상을 들여다보면 거기에는 냉전이데올로기가 우려할 정도로 심화 침잠되어 있다. 대부분의 사법학자들은 민법의 사상적 물적 토대를 자유주의와 시장경제 중심의 자본주의로 고정한다. 그에 대한 방법론적 체제론적 비판은 아예 무시한다. 심지어 사회주의라는 말 자체가 금기시된다. 엄밀히 이야기하자면 현행 민법은 자본주의적 요소도 있지만 토지중심의 생산경제 하에서 만들어진 것이다. 또한 자유주의=자본주의라는 등식이 절대적인 것만도 아니다. 이러한 편견과 아집은 민법학을 협소한 가공학으로 전락시킨다.

민법개정의 제반상황과 관련하여 다음으로 지적하고 싶은 것은 부족하나마 그래도 지금까지 진행된 논의들을 어느 정도 인정한다고 하더라도 그러한 민법개정론의 진정한 목표와 문제의식이 어디에 있는가가 드러나지 않는다. 이는 우리 나라의 근대 민법사가 굴욕적이고 불행했던 만큼이나 민법제정을 위한 토양이 너무나 초라한데 연유한다. 즉, 일제식민지로 인하여 주체적인 근대 민법제정역사를 갖지 못했던 상황과 더불어 해

방 후 왜곡된 이데올로기 냉전구도 그리고 뿌리 없는 수입법학 속에서 주체적이고 현실에 살아 숨쉬는 사법의 기본체계를 세울 만한 능력과 기회를 너도나도 갖지 못한데 연유한 것이라는 생각을 지울 수가 없는 것이다.²⁾ 해방 후 제헌의회에서는 무엇보다 우리의 근본생활규범에 관한 철저한 검증과 분석을 통한 입법노력을 다해야만 했다. 재정부족과 민족적 혼란이라는 요인 때문에 그렇게 하지 못했다는 점을 감안하더라도 그러한 혼란이 어느 정도 극복된 후에는 충분히 가능하지 않았을까? 냉전적 이데올로기와 비교법이라는 이름으로 자행된 무분별한 수입법학의 폐단은 지금의 법학을 이상한 상황으로 몰아가 버렸다. 이러한 상황에서 제대로 된 민법개정이 가능하겠는가? 법학자들 스스로의 뼈를 깎는 자기반성이 없이는 민법개정자체가 무의미한지도 모른다. 이러한 반성은 우선 민법학방법론에 대한 비판으로부터 시작되어야 한다.

요컨대 이 글이 목표로 하는 것은 민법개정과 관련한 법기술적이고 형식논리적인 해석학이 아니라 사법 특히 민법의 기초에 관한 근본물음을 던지고 그에 대한 논쟁을 유발하고자 하는 것이다. 따라서 이 글은 다분히 도전적이고 논쟁적이다.

2. 법실증주의적 해석법학

민법학계가 민법을 연구하는 방법론을 한마디로 표현하자면 법실증주의적 해석학이다. 법학의미에 관한 일반적인 견해에 따르면(Larenz) 「법학은 법질서 전체 속에서 법명제를 찾아내어 그것을 분석하고, 법질서의 내재적 성질에 따라서 그것을 해석 정리하고 체계화하는 것이다. 따라서 법학자는 규범이 어디에서 유래하는가? 그 본질이 무엇인가? 그 규범은 정당한 것이고 근거가 있는 것인가? 그것은 어떻게 생성되고 소멸하는

2) 이것이 우리 법학계가 입법무능력 상태에 있음을 말하는 것은 아니다.

것인가? 등을 연구하는 것이 아니라 단지 해석할 뿐이다」라고 표현한다. 이러한 법학에 대한 인식은 법체계론으로 이어진다. 왜냐하면 복잡하게 뒤섞여 있는 규범의 결합체는 도저히 이해하거나 설명할 수 없기 때문에 분류하지 않으면 안된다. 따라서 법학은 이 복잡한 규범의 결합체를 여러 징표에 따라 분류한다. 즉 규범은 사법과 공법으로 나뉘고, 전자는 다시 권원적 의사(법률행위의 내용)에 따라 물권법, 채권법 가족법, 상속법으로 쪼개진다. 민법은 공법과는 영원히 결별한 것처럼 취급된다.³⁾

이리하여 사법학자는 사법적 문제에 적합한 현재의 사법명제를 찾아내려고 노력하고, 그것을 문제에 적용하는 것을 그 임무로 한다는 것이다. 법학의 임무는 그것에만 국한된다. 이러한 법학의 특성을 비유해서 법학(Jurisprudenz)을 법기술(Rechtskunde)이라고 부르기도 한다.

이러한 민법학방법론의 태도는 그 나름대로의 독자적인 의미를 갖고 있다. 또한 이러한 방법론에 기하여 권리분쟁을 효율적으로 해결하고 나아가 훌륭한 입법까지도 도달할 수도 있다.

그러나 법실증주의적 법학방법론은 스스로 학문의 영역을 법기술적 해석학으로 제한함으로써 사회과학으로서 진정한 의미를 상실한지 오래다. 변화해 가는 사회의 동태적 인과법칙에 관한 연구를 스스로 포기한 방법론이 과연 얼마나 오래 갈 수 있을까?

이러한 방법론은 살아 움직이는 경제적 사회적 법현실의 변화무쌍한 상태를 제대로 파악할 수 없다. 법은 그 자체가 분절된 체계가 아니라 항상 현실 속에 살아 숨쉬는 유기체적 현실태이다. 따라서 민법학의 영역은 민법 그 자체에만 국한될 수 없으며 헌법을 포함한 공법과의 유기적 관련성 속에서 고찰되어야 하며,⁴⁾ 특히 사회과학 전반을 흡수할 수

3) 예를 들어 기본권의 효력을 둘러싼 논쟁을 보라.

4) 열린 구조의 민법학. 민법개정작업이라고 해서 꼭 민법개정만에 국한될 필요가 없다. 민법과 관련된 각종 특별법과 절차법 그리고 세법이나 건축법 사회법 등도

있어야 생명력을 얻는다.

법은 그 사회의 기본적 토대에 대한 상부구조이다. 토대의 반영물로서 그리고 상부구조로서의 법은 역사적 전개과정을 통하여 이데올로기로서 작용하기도 한다. 하나의 이데올로기로서 작용하는 법은 이미 법학을 하는 주체와 법연구방법에도 영향을 미치고 이를 지배한다.

자본주의 경제질서를 반영한 근대법과 그 체계는 자본주의의 이데올로기로서 작용한다.⁵⁾ 자유주의와 합리주의 권리주체의 평등은 자본주의의 전유물로서 간주되고 자유주의적 국가법질서는 스스로에게 정당성의 근거를 부여하면서 수많은 법들을 양산한다. 중립자인 국가가 양산한 법들은 그 절차적 정당성 부여에 의하여 실체적 권리분쟁의 해결사가 되고 그 해결은 항상 객관적이고 정당한 것으로 간주된다. 따라서 실정법률의 정당성근거를 논하는 것은 예외적이고 특별한 경우에 한정된다. 이렇게 하여 결국 법학방법론은 특히 민사사법학의 방법론은 결국 범실증적 해석학 이외에는 그 방법적 틀을 찾을 수가 없다는 이데올로기에 포섭되는 것이다.

이러한 관점에서 본다면 실증주의적 법해석학의 지양은 곧 법학의 기초를 사회과학으로 환원하는 곳에서부터 시작되어야 한다. 민법개정론은 이러한 방법론에 대한 심각한 배려가 함께 진행될 때만이 그 진정한 법학적 의미를 획득하는 것이다. 사회과학의 일부로서 법학을 되살리는 단초는 어디서부터 마련되는가. 그 동안 법학에서는 나름대로 비판법학적 관점에서 범경제학이나 법사회학이 꾸준히 발전하고 있다. 이러한 새로운 법학적 방법론의 시도는 그 현재의 성과와 상관없이 그 자체로 의미가 있다. 그러나 단순히 그러한 방법론이 시도되고 있다는 것으로는 대안이 될 수 없다. 사실 범경제학이나 법사회학은 나름대로 자기 독자적

유기적 관련하에서 검토되어야 한다.

5) Menger, Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen, S. 5-12ff.

인 학적 영역을 개척하고는 있으나 인접 분야 특히 사법학에 미치는 영향은 거의 전무하다. 다만 비판법학이 제기한 다양한 기능론적 관점은 당장이라도 사법학계에서 수용할 수 있지 않을까? 예를 들어 사법의 경제적 사회적 기능론으로부터 법자체의 생산성(법이 정당한가, 그 법이 사법현실에 어떠한 영향을 미치고 그러한 기능이 법제도적으로 타당한 것인가, 그리고 그러한 법을 해석하는 단계에서 새로운 목적론적인 해석 방법이 유효한가?)

이러한 시도는 그 동안 사법학이 법 그 자체에 대한 혁신적 노력을 하지 않는데 대한 반발적 성격을 갖는다는 점은 부인할 수는 없겠지만 크게 보면 법학의 지평을 확대하고 재생산하기 위한 건전한 노력이라 생각된다.

3. 기능론적 관점의 시도

법학적 관점에서 볼 때 규범은 경제학이나 사회학의 경우와는 다른 분석의 대상이 된다. 규범은 법학에 있어서 어떤 규범이 권리의 기초를 마련하는가? 규범에 의하여 보장된 권리는 절대적인가 상대적인가, 또는 인적 권리인가, 지적 권리인가, 물적 권리인가 하는 식으로 문제된다. 예를 들어 경제학자에게는 모든 것이 가치이고 모든 것이 소유권이다. 즉 법학자에게는 물에 대한 소유권, 권리나 가치에 대한 소유권(이른바 준 소유 내지 관련적 소유)과 같은 분류가 의미가 있지만 경제학자에게 그러한 것은 의미가 없다(경제학자에게 이 모든 권리는 금전적으로 평가 가능한 것이며 이러한 개인의 권리의 총체가 재산이다).

규범에 의해서 기초 지워진 권리의 행사가 침해받거나 방해받는 경우를 예상하여 그러한 권리의 기초가 되는 규범을 법학은 대상으로 한다. 법학은 규범의 전체를 형식법학적 표지에 따라서 통일체로서 총괄하고

그 결과를 법제도로써 파악한다. 법학은 그 자체에 고유하고 필요한 방법에 따르기 때문에 법제도의 경제적 사회적 기능을 무시하는데, 그러한 고유한 법학의 범주 안에서만 생각한다면 법학은 전적으로 정당하고 타당하다.

그러나 법과 사회 및 법과 경제의 관계를 생각한다면 문제가 그리 단순하지않은 않다. 만약 법이 그 자체로서 독자적인 자기 논리에 의하여 변화하고 발전한다면 형식논리로서 모든 문제는 해결된다.

계약을 생각해 보자. 하나의 법적 형태인 계약은 경제적 및 경제외적이 여러 목적을 지니는 복합적인 것이다. 예를 들면 그것이 단순한 채권계약이든 물권적 계약이든 신분상의 계약이든 법규율형식논리는 하나의 계약론으로 동일하다(물론 각각의 특수성을 반영하여 구체적인 법규범의 적용범위가 조금씩 차이가 있지만. 행위능력이나 의사표시, 대리, 조건과 기한, 소멸시효의 적용범위를 생각해 보라). 그런데 이와는 반대로 동일한 경제적 목적이 여러 형태의 법적 제도에 의하여 실현되기도 한다. 예를 들어 신용의 담보는 저당권, 전세권, 가등기담보, 양도담보, 소유권유보형담보 등의 형태로 실현된다. 또한 재산이나 신분 또는 경영권의 승계를 위하여 상속제도만 이용되는 것이 아니라 생전증여, 유증 심지어는 가장된 매매제도가 이용된다. 즉 계약은 경제적 제 관계 내지 사회적 제 관계를 반영하여 분화하고 발전하는 것이다. 법제도는 생활 속에서 항상 변화해 가는 인간 및 변모하는 각 시대의 사실관계 다시 말해서 경제적 사회적 제 관계를 반영하면서 각 사실관계를 역으로 규율하는 것이다. 바로 이점에서 법적 제도는 규범적 구성체이면서 동시에 사회적 경제적 기능에 따라서 판단할 수 있는 여지가 주어지는 것이다. 사실상 이점에서 법적 제도 및 법학은 이중적 성격을 갖는다.

인간이나 사물이 점차적으로 변화해 가는데도 법제도는 그대로 고정된 채 불변 부동의 상태로 존속할 수 있을까? 물론 한 때 그렇게 법은 법으

로서 존재하는 시대 즉, 수세기에 걸쳐 법은 한때 신의 존재 그 자체처럼 불변의 것으로서 받아들여지고 인간이 법을 변경하려한다는 것은 신성모독으로 생각되는 시절도 있었다. 인간이 스스로 법을 창조할 수 있고 인간의 사회가 직접 법의 창조자가 될 수 있다고 하는 것을 일반적으로 확신할 수 있게 된 것은 근세에 들어서이다. 오늘날 이제 보편적으로 의회가 입법권을 행사한다는데 이견을 다는 사람은 아무도 없다. 그러나 어떻게 하여 이 사회는 그 자체의 새로운 법을 만드는 것일까? 이 점에서만 본다면 규범은 더 이상 정신노동의 출발점이나 결과가 아니다. 그것은 그 자체의 밖에 존재하는 어떤 과정의 산물이다. 따라서 법의 과학은 세 부분의 영역으로 쪼개진다. 즉 법의 생성과정, 그 결과로서 법제도, 법제도의 사회적 경제적 기능으로 나뉘어 지는 것이다. 법의 생성과정과 법제의 사회적 경제적 기능분야는 법제도 분야와 결합하여 법의 과학을 완성한다. 이 세 부분의 종합으로서의 법의 과학은 경험과학이지 관념과학은 아닌 것이다.

이 세 분야 중 법제도 그것에 관한 법기술적 법학적 분석은 충분히 이루어져 왔고 현재에도 이루어지고 있다. 문제는 이 분야만이 법학의 모든 것인 양 평가되고 있다는 점이다. 법제도에 있어서의 규범의 구성이 어떻게 하여 형성되고, 규범이 사회나 경제로부터 어떻게 하여 생겨난 것이며, 법규범의 경제적 사회적 원인은 무엇이며, 그것이 경제적 사회적으로 어떠한 기능을 하는 것인가에 관한 부분은 전혀 개척되어 있지 않다.

사실 이러한 문제제기는 전혀 새로운 것이 아니다.⁶⁾ 이러한 문제제기

6) 경제와 사회가 법과 어떠한 상관관계에 있는가는 이미 맑스가 밝힌 바 있다. 즉, 맑스학파는 전통적으로 경제적 제관계를 토대로 법적 구성체를 상부구조로 파악한다. 그에 따르면 법을 포함한 모든 도덕적 및 문화적인 관계는 이데올로기로서 상부구조에 속한다. 그리고 토대는 일차적으로 상부구조를 규정하고 상부구조는 이에 조응하고 역으로 토대를 상호규정한다. 이러한 맑스의 명제가 정당한 것이냐를 떠나 그것은 하나의 분석틀로서 의미가 있음은 부인할 수 없다.

가 새로운 것처럼 보인다면 그것은 법실증주의 해석학이 암묵적으로 냉전이데올로기의 영향권에 있었기 때문일 것이다.

이러한 점을 고려하면서 우리 민법에 관한 문제로 다시 돌아간다면 민법의 제정사와 관련된 문제와 민법의 기본원리에 대한 가설 검증문제가 필연적이다.

4. 민법제정사와 민법의 경제적 사회적 기능

위에서 밝힌바와 같이 우리의 현재의 상황에서 기능론적 관점은 매우 절실하다. 사실 모두 알다시피 우리 민법사와 사법학사는 일제식민지로부터 시작된다. 민법이 사법의 기본법으로서 작용하기 위해서는 그만큼 노력과 투자가 선행되어야 한다. 어설프게 만든 법은 오히려 제 사법적 생활관계를 왜곡시키고 법과 현실을 괴리시키게 만든다. 우리는 근세 100년 동안 그러한 왜곡의 역사 속에서 살아왔다.

(1) 의용민법과 그 경제적 사회적 기능

일본법학자들이 얼마나 철저히 우리의 법의식과 생활관계 관습 등을 조사하고 그것을 토대로 법을 만들고 운용하였는지는 모르겠지만 그다지 기대할 수 없다.

의용민법을 포함한 구민법(1912-1959)은 법과 제도 그 자체만 본다면 자본주의적 생산양식에 기초하면서 사상적으로는 자유주의와 개인주의를 기본틀로 하고 있다는 것은 명확하다. 이러한 기본틀의 전제는 당연히 초기자본주의 시장경제 및 임노동과 자본중심의 사회를 모델로 하는 것이다. 그런데 의용민법 적용 당시 우리 사회현실은 어떠했는가? 서구와 같이 초기자본주의 시장경제와 자유주의 및 개인주의가 보편적 법의식이었겠는가? 당연히 부정할 수밖에 없다. 최소한 해방전후로 하는 한국사회

는 토지 중심의 생산양식을 토대로 서구식 자본주의로의 이행하여 가는 과도기적 사회다. 정치경제적으로 표현한다면 반봉건적 초기 상업자본주의 사회이다. 국민들의 법의식은 농촌사회중심형의 대가족제이고 여기에 유교적 이데올로기가 접목된 사회라 생각된다. 따라서 기능론적 관점에서 본다면 당시의 민법은 현실과 괴리된 법이다. 조선민사령에 의하여 조선에 적용된 일본민법은 자본주의를 모델로 하는 조선민사령에 의한 일본민법은 자본주의의 생산관계의 정립을 당위론적으로 적용한 것에 불과하다. 그것은 당시 일본의 정치군사적 의도와 연결된 것이겠지만 조선에 있어서 일본민법의 적용과정은 철저히 식민지적 착취를 근간으로 한다. 따라서 근세 민법이 추구하는 자유주의와 개인적 합리주의는 당시 조선의 지배적 이데올로기를 해체하는 기능과 함께 봉건적 수탈구조를 방조하면서 한편으로 일본자본의 침투를 용이하게 하는 역할을 할 수밖에 없다. 즉 1912년부터 1918년까지 시행된 토지조사사업과 지적장부 및 등기부의 편제도 그러한 측면이 강한 것이라고 보아야 할 것이다.

(2) 현행민법과 그 경제적 사회적 기능

현행민법과 구민법은 그 형식과 내용에 있어서 크게 변화되지는 않았다. 7) 변한 것은 법현실이다. 즉 토지중심의 제 생산관계는 공장중심의 생산관계로 변화되었고 자본과 임노동관계가 기본생산양식으로서 소작제중심사회를 대체하였다. 자본의 단계도 독점자본의 단계, 특히 금융독점자본의 과도기단계로 전화하였다. 8)

7) 물론 법기술적 내지 법해석학적 입장에서 본다면 물권이나 채권 내지 신분법의 구체적인 제도에서의 변화는 고려되어야 하겠지만 구민법이 모델로 하는 경제적 사회적 제관계의 형식은 변화가 없는 것이다.

8) 여기서 자본주의의 구체적 발전단계에 관해서는 논의하지 않기로 한다. 지금의 자본주의 단계가 중기독점자본주의인가, 아니면 금융독점자본주의인가, 아니면 국가독점자본주의인가하는 것은 이 글의 논지에서 주변적인 것이며 불필요하다.

따라서 현행민법이 사회경제적 제요소를 반영하여 목적의식적으로 입법자에 의해서 만들어지지 않았을 지라도, 현행민법은 의용민법이나 구민법과는 달리 법적용의 토대에 있어서는 어느 정도 법현실적 기초에 대응하는 조건을 갖추었다고도 할 수 있다. 다만 법형식에서 볼 때 민법 총칙규정 다음에 채권법이 아닌 물권법이 규정된 점과 물권법의 규정이 여전히 토지중심의 생활관계를 반영한 것이라는 점에서는 현실과의 괴리가 존재한다.

그런데 현행민법에 조응하는 법현실을 비판적으로 보면 우리의 사회경제적 제생산관계가 서구모델과는 많은 점에서 다르다. 즉 생산력의 방식은 공장제 노동집약적 산업방식이고 기업의 소유구조가 전근대적이며 이러한 생산관계에 조응하는 법의식은 유교적 전통의 영향이 크며 소위 캐피탈리즘적 문화가 한국적이라는 점에서 민사법의 형식(특히 상법과 채권법)은 오히려 이상에 치우쳐있기조차 하다. 결국 민사법의 형식은 일부는 전근대적이고 일부는 너무나 자본주의형식에 치우쳐 있는 것이다. 이러한 민사법의 형식으로부터 나오는 현실과 이론의 괴리는 법학방법론에 있어서는 더욱더 왜곡된 형식으로 반영되고 있다고 생각된다. 그 대표적인 틀구조가 사적자치론의 핵심으로서 계약자유론과 그 반영인 소유권이론 및 그의 윤회 작용인 과실책임주의이다. 물론 이러한 구조가 추상적 법규범의 기본원리로서 머무는 것이지만 구체적인 법현실에 즉 사회경제에 작용하는 경우에는 또 하나의 왜곡을 낳게 되는 것이다. 한마디로 사적자치의 원리는 이론에 불과하며 계약의 현실은 분명 자유로운 의지와 무관하게 개인들은 기업의 계약 속에 편입되고 이러한 불공정한 게임으로부터 소유구조는 비자본주의적으로 편제되고 있으며 과책주의는 왜소한 개인들의 보호에 무능력하다. 그럼에도 불구하고 법제도에 대한 맹목

다만 주된 생산관계의 포인트가 어디 있고 그것의 흐름이 무엇인가만이 관찰의 대상이다.

적 해석학은 원리에 충실한다는 그 이유 하나만으로 법해석에 이러한 것을 별로 고려하지 못하고 있다.⁹⁾

여기서 사적자치의 원리의 문제점과 그 결과물인 소유구조의 문제점을 간략하게 분석해 보자.

II. 사적자치론 비판

1. 사적자치론의 이론적 근거

민법 나아가 사법에 있어서 기본원리로서의 사적자치론은 모든 권리주체는 자유롭고 평등하다는 전제에서 출발한다. 각자의 구체적인 능력이나 경험 지식 신분 구체적인 상황은 원칙적으로 무시된다. 그리고 이러한 자유롭고 평등한 개인의 의사는 존중되는 것이고 그것은 곧 자기운명은 자기가 결정하고 그것에 대하여 책임을 부담한다는 자기결정론으로 귀속된다. 이러한 사적자치론은 모든 시대와 역사를 초월하여 그 자체로 정당한 것이기 때문에 선형적인 것이다. 개인과 개인사이의 이러한 사적자치론은 국가나 법인단체에도 똑같이 적용된다. 사적자치는 그 도구수단으로서 계약을 주로 이용한다. 계약자유와 결과 탄생된 소유는 재산권의 보호이념 보다 구체적으로 소유권절대사상에 의하여 뒷받침된다. 여기에 과책주의가 윤회유로 작용함으로써 시민사회의 사법관계의 이데올로기체계가 완성되는 것이다.

구체적으로 보면 우선 이 문제를 다루는데 있어서는 항상 정당하고 명백하게 보이는 「약속은 지켜져야 한다」는 원칙에서 출발하지 않을 수 없다. 즉, 계약을 통하여 자신이 부담한 채무를 채권자에게 이행하여야 한다는 것은 계약당사자의 계약 당시의 사정에 상관없이 그 자체로서 일단

9) 그 이유는 위에서 밝힌 바와 같이 법해석학의 한계이다.

정당한 것으로 취급된다. 왜냐하면 계약에서 각자의 이익을 추구하는 계약당사자는 그 계약의 효과가 자신에게 유리한지 아니면 불리한지를 검토해서 자신에게 이익이 되는 관점에서 계약을 체결하고 만약 그 계약이 자신에게 불리하다고 판단되면 계약체결을 거절할 것이기 때문이라는 것이다. 즉 계약자체의 구조가 계약의 정당성을 보증하는 것이다.¹⁰⁾ 따라서 체결된 계약이 계약당사자가 예상한 것과는 달리 자신에게 불리하게 그 결과가 나타나더라도 계약당사자는 계약을 지켜야 한다. 즉 예상했던 계약결과가 자신에게 불리하게 나타나는 데에 대한 위험부담은 계약당사자에게 있는 것이다. 그 이유는 계약을 체결하는 계약당사자는 계약체결과 관련한 모든 제반사정과 정보에 대하여 동등하게 접근하고 판단능력이나 이성적 수준도 동일하기 때문이다.

2. 계약의 현실과 사적자치론의 문제점

사적자치론의 이념적 지표인 자유로운 권리주체와 대등성의 표지가 법 현실에서 그대로 관철되는가를 보면, 현실은 그렇지 않다. 위와 같은 계약명제를 관철할 수 있는 영역은 현대 자본주의사회에서 그리 많지 않다. 오히려 계약주체들은 어느 일방이 계약에 관한 모든 결정을 해놓고 있는 상태에서 타방은 거기에 편입될 뿐이다. 자유주의적 법실증주의 해석학에서도 이 점을 인정하여 계약자유가 무제한으로 허용되지는 않는다는 것을 일반적으로 인정하고 있다. 예를 들어 슈미트림플러는 '계약당사자들의 힘이 전형적으로 불균등한 경우에 계약은 정당한 질서형성의 수단으로서 기능할 수 없기 때문에 고권적 형성으로 대체하거나, 계약 또는 힘의 상태를 고권적으로 수정해야 한다.'고 말한다.¹¹⁾ 라이저는 계약질서

10) Schmidt-Rimpler, "Zum Vertragproblem", in FS für Raiser, S. 6.

11) Schmidt-Rimpler, 위의 논문, S. 15.

와 전체 법질서의 관계에서 '계약질서의 정당성은 계약상대방의 동의가 있으면 보장되는 것이 아니라 사회경제제도를 통하여 정당성의 보호를 위한 적절한 배려가 있어야 한다.'고 하면서 실질적 계약공정(Vertragsgerechtigkeit)을 주장한다.¹²⁾ 영미법계에서는 비양심성(unconscionability)이나 부당압박(undue influence)의 법리 또는 거래교섭력의 불평등성(unequality of bargaining power)의 법리에 의하여 계약공정사상이 실현되고 있다.

계약자유와 계약공정 사이의 긴장관계¹³⁾는 계약당사자들의 계약 교섭력의 힘이 전형적으로 불균등한 경우 즉, 주로 거대 기업과 소비자 사이, 자본과 임노동 사이, 보통거래약관에 의한 계약당사자 사이, 전문가와 비전문가 사이에서 형성되어 왔다. 부합계약¹⁴⁾ 내지 보통거래약관에 의한 계약, 근로계약, 임대차계약, 소비대차계약, 보증계약 등에서 약관작성자의 상대방, 근로자, 임차인, 소비대주, 보증인이 언제나 평등하고 대등한 당사자로서 계약을 체결하는 것은 아니다. 이들은 정보와 경제력, 조직력 등에서 거래상대방인 사용자, 임대인(특히 기업식 임대인), 소비대주(주로 은행), 보증채권자(주로 은행)보다 구조적으로 열등한 위치에 놓이게 되는 경우가 많고, 이는 계약교섭력에 영향을 주어 결국 정당하지 못한 계약 결과를 초래할 수 있는 것이다. 일방당사자의 경제력이나 교섭력의 열등에 기인한 계약의 불공정이나 경제적 약자의 문제를 해결하기 위하여 입

12) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts Bedingungen, 1935, S. 132.

13) 계약공정은 계약자유에 대한 제한이라는 성격을 갖고 있다. 계약자유는 제한의 구체적인 내용은 주로 법률에 의하여 결정되지만 법원의 계약해석과 법형성적 통제에 의해서도 이루어질 수 있다. 특히 민법의 일반조항에 의한 계약통제의 경우 구체적인 요건은 판례의 축적에 의하여 구체화 될 수 있는 것이다.

14) 계약당사자 일방이 결정한 계약내용에 대하여 타방 당사자가 승낙하지 않을 수 없는 경우에 그 계약을 부합계약(附合契約)이라고 한다(김형배, 『채권각론』, 1998, 39면 참조).

법자는 다양한 방법을 강구하여 왔다. 즉 경제력의 과도한 집중을 방지하고 공정한 거래를 확보하기 위한 각종 법률¹⁵⁾, 기업과 개인간의 계약 불균등을 시정하기 위한 법률¹⁶⁾, 소비자를 보호하기 위한 소비자보호관련법¹⁷⁾, 실질적 협약자치를 위한 노동관련법¹⁸⁾, 경제적 약자인 임차인을 보호하기 위한 주택임대차보호법(1981년 제정) 등이 그것이다.

계약공정사상은 입법자의 결단을 통해서 뿐만이 아니고 사법부의 계약 통제에 의해서도 실현되어 왔다(예를 들어 민법상 신의칙의 적극적 활용,

15) 물가안정에 관한 법률(1975.12.31, 법률 제2798호), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1986.12.31, 법률 제3897호), 부정경쟁방지법(1986.12.31, 법률 제4198호) 등.

16) 약관의 규제에 관한 법률(1986년 제정). 경제적으로 우위에 서는 계약당사자가 미리 일방적으로 계약내용을 약관의 형태로 작성함으로써 약관계약의 상대방은 계약조건의 결정에 대하여 흥정할 권리를 상실하고 오로지 계약을 맺을 것인지 여부를 선택할 자유만을 갖게된다. 따라서 이러한 경제적 약자인 일반소비자가 부담하여야 하는 불이익을 배제하기 위하여 각국은 보통거래약관법을 제정하기에 이르렀고 최근에는 소비자계약에 있어서 남용조항에 관한 새로운 유럽연합준칙인 93/13/EWG가 제정되기에 이르렀다.

17) 독일의 방문판매철회에 관한 법률(Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, 1986, 이하 HWiG 또는 Haustürwiderrufsgesetz), 소비자신용법(Verbraucherkreditgesetz, 1990, 이하 VerbrKrG) 등 소비자특별보호법, 그리고 위에서 말한 소비자계약에 있어서 남용조항에 관한 새로운 유럽연합준칙인 93/13/EWG 등. 소비자보호는 실정 민사법에 의해서 해결될 수 없는 측면이 많고 또한 독일의 경우 소비자보호법은 독일민법보다 더 오래된 것이기도 하다(Rolf Bender (hrsg.), "Zur Situation der Hausfrau beim Ratenkredit", in Rechtsstatsachen zum Verbraucherschutz, 1988, S. 104). 우리나라에서도 소비자보호를 종합적으로 추진하기 위하여 소비자보호법(1986년 제정)이 제정되었고, 나아가 최근에 할부거래에 관한 법률(1995년 제정), 방문판매 등에 관한 법률(1995년 제정) 등이 제정되었다.

18) 노동법에서는 단체협약이 제도화됨으로써 열등한 계약당사자인 근로자의 이익실현을 위한 수단이 마련되었다. 독일의 경우 독일연방노동법원(BAG)은 사용자의 경제적이고 사회적인 힘을 근거로 사용자를 국가처럼 다루어 기본권에 구속시키기도 하였다(BAG 1,128)

공서양속·신뢰책임·폭리행위법리의 확대). 즉 이른바 파괴된 당사자의 보충(Kompensation gestörter Vertragsparität)이라는 이름으로 이미 위에서 언급한 바와 같이 영미에서는 비양심성의 법리 또는 부당압박의 법리에 관한 판례가 상당히 축적되어 왔고, 독일의 경우 약 15년 전부터 폭리적인 소비자신용계약에서 은행의 충고의무를 강화하거나 또는 의사법과 제조물책임법상 설명의무를 확대함으로써 또는 민법의 일반조항의 해석에 의한 계약통제의 강화를 통하여 계약공정사상의 영향력이 확대되어 오고 있다.

私法에 있어서 계약자유와 계약공정의 상호관계에 관한 연구도 이와 같은 흐름을 반영하여 이루어지고 있다. 실정법차원에서 계약자유와 본질과 그 한계를 규명하기 위한 이론적 작업의 길목에는 항상 당사자들 사이의 실질적인 힘의 균등 내지 당사자대등성에 대한 평가문제가 자리 잡아 왔다. 파괴된 당사자의 보충은 지금까지 실정법차원에서 주로 논의 되어 온 것이 사실이다. 계약체결과 관련하여 당사자들 사이에 엇비슷한 힘의 균등(당사자대등성)이 설정될 수 있다면, 그때는 좁은 의미에서 보충(Kompensation) 내지 조정(Anpassung)이라고 말할 수 있는데, 이는 계약체결상 우월한 자의 설명의무의 강화로써 충분히 충족될 수 있을 것이다. 그런데 당사자 일방의 계약에 대한 무지나 무경험으로 보충이나 조정이 별로 의미가 없는 경우, 최종적으로 법원이 이러한 계약을 실효시킴으로써 보충하는 넓은 의미에서의 보충도 이야기 될 수 있는 것이다. 이를 민사분쟁해결과 관련지운다면 의무면제를 통한 해결방법(Unverbindlichkeitslösung), 즉 계약의 모든 규정 또는 일부규정의 효력을 거부하는 방법과 임의적인 해결방법(Freistellungslösung), 즉 계약당사자들 사이의 힘의 균등을 바로 잡아주는 방법이 고려된다. 전자는 주로 민법의 일반조항인 공서양속규정이나 신의칙조항(예를 들어 행위기초탈락에 의한 의무면제), 약관규제법, 기타 소비자보호특별법으로써 가능하다. 후

자는 우월한 계약당사자에게 실질적으로 부수의무 특히 설명의무를 부과함으로써 열등당사자의 이익을 강화시켜주거나 그렇지 않으면 계약의 실질적 자유의 토대를 마련해 줌으로써 가능하다. 이와 같은 실정법적 차원의 노력은 사실 그다지 새로운 것은 아니다.

3. 민법개정에서의 반영

이러한 실증법학적 차원에서의 사적자치의 허점을 보완하고자 하는 노력은 사실 제한적이고 우연적이라는데 문제점이 있다. 계약공정이론에 의한 계약자유론의 보완은 자본주의 자기 치유적 대응이다. 이러한 수정적 원리는 나름대로 계약이 낳은 현실적 모순을 어느 정도 보완하는데는 긍정적으로 기여하지만 궁극적으로 완전한 치유책은 되지 못한다.

계약자유와 그 기능의 근본적 문제는 사적자치의 내재적 한계로부터 밝혀지는 것이며 그것에 의하여 사적자치원리의 적용범주가 결정되는 것이다. 사적자치의 내재적 한계를 밝히는 작업은 사실 사회경제적 현실태를 정밀하게 분석함으로써 가능하다. 그로부터 사적자치적용의 범주와 정당성이 나오고 사적자치로부터 벗어난 영역에 대한 법제도적 처방과 당위규범이 도출되는 것이다.¹⁹⁾

위에서도 사적자치의 원리가 그대로 적용되기 어려운 사례들은 장래에 있어서도 마찬가지로 될 것이다. 민법은 이러한 사례들에 있어서 갈수록 그 역할을 상실할 것이고 각종 특별법이 증가할 것이다. 그렇다면 민법 개정에서 이를 반영하는 것이 타당하지 않겠는가.

많은 영역들이 있지만 고용계약의 예를 가지고 본다면,²⁰⁾ 고용계약을

19) 사적자치의 한계를 전면적으로 해명하고 체계화하는 것이 필요하겠지만 이는 너무나 광범위하고 많은 시간이 필요하고 또한 발제자의 능력 밖의 것이기도 하다. 따라서 발제자는 민법개정과 관련하여 몇 가지 대상만을 가지고 이를 언급하고자 한다.

현행 민법전에서 아예 삭제하고 노동관련법을 기본법으로 하는 근로관련 일반원칙에 관한 기본법을 새로이 제정하는 것이 타당하지 않을까? 사실 국민 대다수가 임금을 가지고 생활한다. 따라서 근로와 관련된 문제는 국가가 존재하는 한 그리고 국가가 헌법상 국민에게 국가구성원으로서의 의무를 부과하고 있는 한 국민의 생존권과 자기실현권을 보장하는 차원에서 근로에 관한 기본적인 보장체계를 마련해야 한다는 시간이 갈수록 당위로 다가온다. 노동이라는 것이 계약원리와 시장원리에 의해서만 취급할 수 없다는 것은 노동법전문가들에 의해서 이미 증명된 바 있다. 요즘 노동의 유연화를 이야기하면서 노동법의 폐지를 주장하는 견해가 있는데, 현행노동법이 민법의 특별법으로 간주된다는 점에서는 노동법의 폐지 주장은 전적으로 타당할 지 모른다. 민법의 특별법으로서가 아니라, 국가를 인정한다면 현행 노동법은 국민생활의 기본법으로 바뀌어야 하기 때문이다. 노동의 유연화는 노동의 특수성을 이해하지 못하고 모든 것을 상품화하여 자본이나 실물시장과 동일선상에서 취급하려고 하는 이데올로기에서 비롯된 것이다. 노동의 종속성으로부터 오는 힘의 불균형을 보완한다는 차원에서 노동법을 민법적 원리를 수정하는 차원으로만 근로의 문제를 바라본다면 이는 궁극적인 해결책이 되지 못한다.

장래의 노동의 형태가 어떻게 변화될지는 모르지만²¹⁾ 국가가 계속 존속되고, 그 국가를 구성하는 대부분의 국가구성원들이 임금으로 생활하는 한에서는 현재의 체계는 적절하지 않다는 것은 확실하다.

20) 고용계약 외에도 사적자치의 원리만을 가지고 접근하기에는 곤란한 영역들은 많다. 임대차, 보증, 각종 소비자계약이나 숙박계약의 유형들이 그것이다.

21) 사실 미래사회에서 종속노동이란 적절하지 않다. 오히려 노동의 분화추세로 보아 대공장 중심의 종속노동은 주변으로 밀려나고(제조업은 완전 자동화시스템을 기본모델로 전개되지 않을까), 개인들은 기술지식이나 문화산업을 기반으로 하는 자율노동의 형태가 중심이 된다는 견해가 제시되고 있다.

Ⅲ. 사적 소유의 이데올로기와 그 문제점

1. 한국시민사회의 자본주의와 소유구조

(1) 경제발전 이후의 한국 시민사회의 소유구조

한국 시민사회의 소유구조를 검토하기 전에 시민사회의 개념을 정리할 필요가 있다. 시민사회의 개념은 매우 다층적으로 사용된다.²²⁾ 개념이 사물의 인식을 위한 도구라고 할 때 이 글에서는 시민사회를 경제적 시민사회로 국한하여 사용하기로 한다. 근대시민사회란 구체적으로 초기 자본주의로부터 독점자본의 형성기까지를 지칭한다고 본다. 이 단계에서의 소유구조는 토지와 공장을 중심으로 한 소유구조이다. 이 단계에서는 토지와 공장의 노동집약적 임노동자를 축으로 시민사회의 소유구조가 정립된다. 이 단계에서 계약은 철저하게 자유주의의 이데올로기를 실현하며 토지임노동자와 공장임노동자의 계층적 흡수와 노동의 분화가 심화된다.

이는 결국 수정자본주의라는 보완책을 국가가 마련하지 않으면 안되는 단계로 발전하게 되는 것이다.

(2) 현대 한국 시민사회의 소유구조

국가(현실적 권력체로서의 국가권력기관과 그 내용으로서 법과 제도)

22) 시민사회개념을 크게 3가지로 분류하면 아리스토텔레스적인 시민사회개념 즉, 지배단체로서의 시민공동체와 그 공적 정치적 조직공동체를 포괄하는 개념(res publica)으로서의 시민사회, 중세봉건사회의 각종 정치적 지배형식으로부터 해방된 경제적 부르주아계급으로서의 시민사회(맑스의 분석에 따르면 이는 경제사회로서의 시민사회이다), 최근에 논의되는 탈국가적 탈정치적 시민사회로 나눌 수 있다(하버마스는 이를 자유로운 의사에 기한 비국가적 비경제적인 결합체로 묘사한다). 마지막 세 번째 개념과 구별해야 할 것으로 무정부주의가 있다. 무정부주의는 모든 질서 특히 권력의 규제를 완전히 부정함으로써 자유개념을 생각한다. 이러한 무정부주의는 자유의 의미를 정치적 자유에 국한하지 않고 사회자체의 부정에 이른다는 점에서 반사회적이다.

의 중간자적 역할에 의하여 사적자치에 대한 외적 제약에 의하여 계약은 어느 정도 통제된다. 토지 중심의 생산관계는 극히 그 점유율이 낮아지고 임노동관계도 복잡한 형태로 전개되며 자본축적의 방식도 금융자본의 지배비율이 높아지고 노동집약적 소유구조에서 기술집약적 소유구조로 바뀐다.

이에 따라 자본제관계를 뒷받침하는 법의 사회적 경제적 기능도 복잡하고 다층적이다.

임노동자도 자유로운 계약을 통하여 자본의 혜택을 받지만 결과적으로 불리한 거래관계를 지속하게 된다. 그 결과 이를 보완하는 제 장치, 예를 들어 보통거래약관, 토지거래허가제, 주택임대차보호법, 독점규제법, 제조물책임법, 소비자보호법 등이 출현하는 것이다. 그러나 근본적으로 이러한 치유책은 왜곡을 확대 재생산한다. 여기에 위에서 설명한 한국적 이데올로기(천박한 자본주의 의식)가 가미되어 기업은 재벌화되고 소유와 경영은 하나의 주체에 귀속되며, 반자본주의적인 부정과 부패가 만연하게 되면서 이는 결국 불안정한 자본질서의 심화로 이어진다.²³⁾ 이 과정에서 민법은 아무런 사회적 경제적 기능을 하지 않는 것처럼 오해된다. 즉 모든 사회적 경제적 변화로부터 초연한 것처럼 보이는 것이다. 그러나 이미 민법은 이러한 현상의 최저점에 서있다. 예를 들어 기업의 왜곡된 소유구조와 기업간 불공정거래, 소비자에 대한 일방적 강요는 민법과 상관없는 상법의 문제요 형법의 문제로 치부되고 민법은 단지 그것이 반사회적인가만 평가하는데 사실 어느 사법학자도 그것이 반사회적인지를 평가할 수 없거나 아니면 평가하기를 거부한다. 그것은 이미 민법이 하나의 이데올로기로 작용하고 있다는 증거이기도 하다. 민법을 독자적인 분업화된 영역으로 본다면 형식상 이러한 문제들에 대하여 무관할지 모르나, 민법이 전체법질서 속의 일부이며 그것은 헌법과 여타 특별법과의

23) IMF는 한국적 자본주의구조로부터 필연적으로 도래한 것이다.

상호 유기적 관계에 있다고 본다면 민법은 이미 사회경제적 제기능의 도구로서 작용한다고 볼 수 있다.

여기서 문제되는 것은 민법이 현 단계 한국사회의 소유구조(자본과 노동의 생산과 그 결과로서의 소유분배구조)에 순기능을 하는가 아니면 역기능을 하는 것인가이다.

현행민법이 토지중심의 생산구조를 전제로 하고있다는 점을 부인하지 않는다면 현행민법은 분명 현재의 자본과 임노동의 생산구조에 역기능을 하고 있는 것이다.

그 결과가 어떠한가. 노동자의 절반이상이 불안정한 주거와 실업의 위험에 항상 직면하게 된다. 또한 개개인은 최첨단 산업구조의 위험물에 완전히 노출되고, 환경은 철저하게 사적소유라는 이름으로 파괴된다. 그럼에도 불구하고 법학자들은 국가적 생산력의 제고와 경쟁이라는 이름으로 노동의 유연화를 주장하고 기업을 위한 규제철폐를 외친다. 외치면 외칠수록 소유구조의 왜곡현상은 가속화되고 자본질서의 불안정은 심화된다. 복지의 남용의 결과 나타난 왜곡현상을 극복하기 위해 등장한 신자유주의가 한국적 상황의 해결책으로 오해되어 근거 없는 글로벌화와 사적자치의 무차별적 강조, 규제완화 노동의 유연화를 통한 자본이익의 극대화로 나타나고 있으니 이 얼마나 아이러니컬한가.

민사법과 민사법학은 이러한 현상에 대하여 아무런 대응을 할 수 없고 오히려 이러한 현상을 치유하는데 역기능을 제공하게 되는 것이다. 따라서 현 단계 한국사회의 소유구조의 왜곡현상을 치유하고 자본질서에 맞는 법의 재해석이 필요하다. 이러한 규범적 재해석 작업은 하루 이틀에 이루어질 성질의 것은 아니다. 또한 그러한 작업은 보다 엄밀한 사회적 경제적 분석과 검증을 통해서 이루어져야 한다. 여기서는 사적 소유에 대한 기본적인 단상을 피력하고 문제를 제기하는 차원에서 다음 몇 가지를 지적하는 정도에서 만족하고자 한다.

2. 시민사회에 있어서 사적 소유

사적자치의 보완에도 불구하고 평등한 개인들은 자본축적이 심화되고 고도화될수록 사회경제 불평등 구조 속으로 지속적으로 편입된다. 중간 매개자로서의 국가가 이러한 불평등구조를 법제도와 해석을 통하여 시정하려하지만 이는 법적 차원의 평가일 뿐 현실은 그렇지 못하다. 개인들은 소위 종속노동으로부터 나온 결과(임금)에 만족할 수가 없다. 임금의 절대상승에도 불구하고 그들은 항상 주택과 자영을 위한 건물에 대하여 과도한 사회적 비용을 지불하여야 하고 상대적 소외에 시달려야 한다. 또한 자본의 거대 집적체와의 개별거래에서 더욱더 많은 불평등에서 헤어나지 못한다. 그 뿐만이 아니다. 사적자치의 확대는 모든 것을 사유화하는 결과를 초래하기 때문에 필요한 모든 공공재를 계약의 대상으로 하고 궁극적으로 이는 자본의 자기 이익의 희생양으로 만들 수밖에 없다. 공공재로 남아야 될 영역까지 무한한 사적 소유의 대상으로 전락함으로써 형식적인 자유와 평등만이 남고 개인들은 임금수준을 훨씬 능가하는 비용을 지불하여야만 공공재를 사용할 수 있다.

이러한 사적자치의 한계와 소유의 왜곡현상은 국가의 간섭에 의하여 어느 정도 가려져 있으나 궁극적으로 국가조차도 어찌할 수 없는 단계로 발전한다. 그럼에도 불구하고 법학자들은 사적자치와 사적 소유가 모든 영역에 무차별적으로 적용되어야 할 선형적인 사회원리임을 강조하고 있는 것이다. 물론 이러한 원리들이 시민사회의 기본원칙들임에는 부인하기 힘들다. 문제는 계약과 사적소유가 가져오는 사회적 경제적 왜곡 현상을 어떻게 극복할 것인가이다.

3. 자유로운 계약당사자로서의 법인과 법인의 왜곡된 의사

자본주의의 발달은 영리법인의 발달을 가져왔다.²⁴⁾ 현행 민법은 영리 법인에 관해서는 모든 것을 상법에 일임하고 있다(민법 제39조).²⁵⁾ 상법이 민법의 특별법이지만 사실 현행 자본주의 생산관계에서 기본적인 토대를 반영하고 있는 것은 상법이라고 할 수 있다. 따라서 오히려 사회적 경제적 기능에서 본다면 상법이 더 많은 비중을 차지한다.²⁶⁾

부의 귀속 주체를 기준으로 한 국가의 부의 소유분배를 본다면 단연 법인이 압도적인 비율로 부를 소유하고 있다. 그런데 자연인과는 달리 영리법인은 지배주주의 의사에 의하여 모든 법적 행위를 관철한다. 이론상 지배주주에 의한 법인의 운영과 지배는 그 자체로 정당한 것이다. 그러나 법인의 지배구조의 현실을 보면 대주주는 의결권의 집중원리에 따라 과반수에 미치지 못하는 지분율로도 대부분 법인을 지배한다. 또한 이러한 방식으로 대주주의 법인은 다른 법인을 지배한다. 결국 이러한 지배구조형식은 더욱 확대되어 소수지분율에 의한 다단계지배현상으로 확대되고 소위 거대재벌이 탄생된다.²⁷⁾ 그 결과 대주주는 극히 미미한 지분율로도 다수의 기업을 지배하는 구조가 전개되는 것이다. 특히 소유와 경영이 한 대주주에게 귀속되는 것이 당연한 것처럼 인정되고 있는 우리 나라에서는 소유의 독점현상이 더욱 가속화되고 있다.

사적자치의 결과물로서 소유의 독점은 상속이라는 제도에 의하여 영속

24) 또한 영리법인의 발달은 더욱더 자본의 자기축적과 발전을 가져옴으로써 상호작용을 한다.

25) 민법의 법인편은 비영리 법인에 국한된다. 현행 한국사회의 부의 축적과 생산관계가 영리법인 중심으로 형성된다는 점에서 이러한 입법의 태도가 타당한지 의문이다.

26) 상법의 이러한 기능 때문에 상법의 민화 또는 민법의 상화를 이야기한다.

27) 물론 독점규제와 공정거래에 관련된 법들과 상법에 의한 규제가 있으나 이러한 법률들이 거대재벌의 소유구조를 원천적으로 봉쇄하지는 못한다.

화된다. 민사실체법은 상속의 인정과 그 상속권의 이전방법만을 대상으로 할 뿐 이러한 독점적 소유의 영속화에 관한 문제는 세법에 일임되어 있다. 민사법학은 세법을 예외적으로 취급한다. 또한 사적자치를 평가함에 있어서 민사법의 기본원리만을 강조할 뿐 그것이 여러 법제도와 연계되어 어떻게 사회적 경제적 기능을 발휘하고 있는지에 대하여 무관심하다.

그런데 법인을 통한 대자본의 소유독점과 그 영속화 현상은 사적자치 원리를 기반으로 하는 민사법 특히 상법이 낳은 필연적인 결과이다. 세법상의 누진제와 같은 법적 장치에도 불구하고 이러한 가속화는 막을 수 없다.²⁸⁾

사실 이러한 구조가 자본주의의 발전과정상 필연적인 결과가 아니라 법제도상의 문제인지는 증명하기 어렵다.²⁹⁾ 다만 이러한 결과는 사회적 경제적 가치배분에 있어서 독점현상을 가속화시키기 때문에 결국 사적자치에 의한 재화의 사회적 분배에서 대부분의 권리주체는 소외 될 수밖에 없는 것이다.

4. 사적 소유의 대상으로서의 권리객체

28) 세법이 물론 부분적으로 부의 사적 독점을 어느 정도 해소하는 것은 사실이지만 굉장히 미미한 차원에 머무르고 있다. 왜냐하면 부의 세습은 탈법이나 우회행위의 수단을 사용하여 어떻게든 법적 통제를 통과한다. 현실적으로 사법부가 구체적으로 이를 법감정에 맞게 통제하기 위해서는 일반조항을 활용하여야 하는데 일반조항을 엄격하게 적용하려는 보수적인 경향은 이마저 거의 불가능하게 하고 있다.

29) 이 문제는 영리법인의 자본유통과 지배구조라는 측면도 있지만 의사결정에 있어서 다수결의 문제가 함께 융해되어 있다. 다수결에 의한 의사결정은 절차적 민주주의의 실현이지만 실질적 민주주의라는 측면에서 그 결과가 왜곡되었을 때는 수정과 보완을 요한다. 영리법인의 운영과 지배에 있어서 형식적 민주주의가 가져오는 폐단은 연구과제이다.

사적소유의 이데올로기는 사적 소유가 무소불위의 절대원칙이고 자본주의의 발전과정에서 필수 불가결한 것이기 때문에 이를 무차별적으로 관찰시키려 한다. 모든 것을 사적 소유로 하는 것이 가장 자본주의 적인 것인가. 사적 소유는 자본주의뿐만 아니라 모든 사회와 시대에 선형적으로 적용될 것인가. 인간은 기본적으로 사적 소유를 본능으로 하는가.

물론 사적 소유의 이데올로기를 맹목적으로 적용한다면 이러한 의문은 그야말로 우문에 불과할 것이다. 그러나 사회경제적 관점에서 사적 소유를 무차별적으로 절대적으로 관찰시킨다는 것은 그 자체가 반국가적이며 심지어는 반자본주의적이라는 사실을 금방 알 수 있다.

권리의 객체를 크게 나누면 물건과 권리 그 자체(일종의 가치)이다. 따라서 소유의 대상도 물건과 권리로 나뉜다. 물건은 동산과 부동산으로 구별된다. 초기 자본주의 부의 축적대상과 자본생산의 수단으로서 부동산 특히 토지는 중요한 역할을 하였다. 오늘날 부의 중심과 자본축적의 방식은 과거와는 달리 주로 가치 중심으로 전환되었다. 주식과 채권, 또는 지적재산의 형태가 오히려 부의 축적의 중심에 서있는 것이다.

토지는 주로 1차 산업의 기본생산수단에 불과하고 자본축적의 원천으로서의 그 기능을 점점 상실하고 있다. 반대로 토지는 공공재로서의 그 중요성을 더해간다. 인구는 갈수록 증가하고 경작토지는 줄어들어 따라서 토지는 부의 축적수단이라기보다는 오히려 사회구성원들 전체의 기본적인 생활과 생존을 위한 기본수단이 된다. 만약 천박한 거대자본이 자본축적의 기본원리에서 이탈하여 거대자본을 토지소유로 전환하면 어떠한 현상이 발생할 것인가? 극단적인 모습을 그린다면 1인의 소유와 99인의 용익권이라는 결과가 아닐까?³⁰⁾

이러한 토지의 성격상 토지에 대한 사적 소유의 전면화는 점점 자본의 자기증식을 방해하고 환경을 파괴하며 인간의 기본생활권을 위협한다.

30) 지방자치체가 정착되기 시작하면서 각종 국가의 재산이 점점 사유화되고 있다.

따라서 사적 소유의 전면적 대상으로서 토지는 적절하지 않다.³¹⁾

따라서 우리 나라에서도 이러한 점을 감안하여 토지의 공개념에 입각한 입법이 있었다. 그러한 입법적 논의는 사회발전과정에서 필연적인 것이다. 그럼에도 불구하고 최근의 헌법재판소는 토지공개념차원의 입법을 부인하는 이해할 수 없는 결론을 내린 바 있다.³²⁾ 이는 분명 잘못된 것이다. 오히려 토지 공개념의 법리는 확대되어야 한다. 민법개정시에도 이러한 점이 반영되어야 한다.³³⁾ 법적인 차원에서만이 아니라 현재 진행되고 있는 국가재산의 사적 소유화 현상도 법적으로 제동을 걸어야 한다.

IV. 결론에 갈음하여

앞으로의 소유구조변화의 단초는 사실 과학기술의 발전과 산업기술의 발전에 따른 노동의 분화와 밀접하게 관련된다. 즉 과학과 산업기술의 변화무쌍한 발전으로 인하여 노동집약적인 산업구조는 퇴조하고 그와 관련된 생산인력은 급격히 줄어든 반면 정보와 지식을 기반으로 하는 자율적 노동³⁴⁾은 계속해서 증가한다. 따라서 대규모의 생산기반과 노동력을 바탕으로 하는 대기업 중심의 소유구조도 변화할 수밖에 없다. 그와 더불어 공공재에 대한 필요성은 더욱 가중되고 이는 사적소유와 갈수록 모순적 상황에 직면하게 되며, 결국 기존의 사적자치의 원리와 사적소유구

31) 그렇다고 토지에 대한 사적 소유를 전면적으로 부인하지는 것은 아니다.

32) 자세한 것은 이상영, 「토지공개념의 의미와 택지소유상한제법의 위헌결정에 대한 비판」, 『민주법학』 16호 참조

33) 기존의 토지거래허가제, 토지개발이익환수제, 토지소유상한제를 토지기본법의 형태로 묶던가 아니면 민법에 이러한 토지공개념을 도입하는 것이 바람직하다 생각된다.

34) 요즘의 개념으로 본다면 전문적 자영업

조에나 적합했던 법제도 전반에 대한 재정립이 요구된다.

민법개정은 이러한 점을 반영하여 사회경제적 토대분석을 엄밀히 걸쳐서 새롭게 거듭 태어나야 된다. 민법의 개정이 아니라 거듭 태어나기 위한 민법의 해체가 필요하기까지 하다.

민사법학은 단순한 수입법학의 조류에 편승한 법실증주의적 해석법학에서 벗어나 사회과학의 기초적 임무를 수행하는 방법론을 창출해야 한다. 민사법학은 스스로를 쪽방에 가둘 것이 아니라, 공법과 각종 특별법을 유기적으로 체계적으로 조망할 수 있는, 나아가 다른 사회과학의 자양분을 받아들일 수 있는 열린 바다로 나아가야 한다.

삼성 일가의 세금 없는 사전상속

— 법적 분석과 대책 —

곽 노 현 (한국방송대학교 교수)

— 목 차 —

- I. 문제의 제기
- II. 사안의 개요, 특징, 그리고 쟁점
- III. 기존의 법적 대응과 법적 판단: 개요와 평가
- IV. 발행가액의 불공정성
- V. 회사법적 분석과 대응
- VI. 공정거래법적 분석과 대응
- VII. 세법적 분석과 대응
- VIII. 형법적 분석과 대응
- IX. 결론을 대신하여: 몸통인 이견희 회장에 대한 형사 책임 추궁이 핵심이다

I. 문제의 제기

상속세를 제대로 물리기만 하면 재벌세습은 어렵없는 일이라고 많은 식자들이 주장해왔다. 상속세율이 최고 40%에 달하는 점을 감안하면 그럴듯한 얘기다. 상속세 납부를 위해 상속재산의 40%를 떼어내야 할 판이기 때문이다. 그런데 실제로는 이런 일이 발생하지 않는다. 지금까지의 사례를 보면 재벌총수의 사망시 부과되는 상속세의 액수는 재벌일가에 별다른 부담이 되지 않는다. 예컨대 최근 SK 최종현 회장 일가에 대해

부과된 730억원이 최고액의 상속세일 정도다. 이렇게 낮은 상속세가 부과되는 이유는 상속재산이 형편없이 저평가되기 때문이다. 부동산과 비상장주식의 경우 저평가 정도가 특히 심하다. 예컨대 비상장법인인 에버랜드의 62.5% 주식지분을 물려받았다고 할 때 세법상 얼마를 물려받은 것으로 계산될까? 비상장주식의 경우 시장가격을 활용할 수 없으므로 기업의 자산가치와 기대수익을 따져 계산하는 수밖에 없다.

기업의 자산가치를 알기 위해서는 일단 재무제표, 특히 대차대조표를 참고해야 한다. 그런데 재무제표란 것이 별로 믿을만한 것이 못된다. 에버랜드가 보유한 부동산은 모두 수십년 전 매입 당시의 장부가격으로 기재되어 있기 쉽다. 에버랜드가 보유한 계열사 주식 역시 발행 당시 액면가에 의해 회계처리하고 있을 가능성이 높다. 이런 대차대조표에 입각하여 에버랜드의 순자산가치를 계산한 후 그에 따라 에버랜드의 발행주거나 전환사채 가격을 책정하거나 과세표준액을 산정하는 것은 아무런 의미가 없다. 이렇게 볼 때 상속증여세를 제대로 집행하기 위해서는 무엇보다도 상속재산, 특히 주식과 부동산에 대한 객관적 평가가 선행되어야 함을 알 수 있다. 특히 비상장주식과 부동산에 대한 평소의 회계처리가 최대한 객관적 가치를 반영해야 한다. 그렇지 않을 경우 상속증여세는 마보세 신세를 면하기 어렵다.

아무튼 상속세 부과액을 역산해서 나오는 상속재산의 과세표준액으로는 상속재산의 실질 가치를 속단할 수 없다. 상속재산 중에 비상장주식이나 부동산 등 시가기준을 적용하기 어려운 재산이 많을수록 그렇다. 공시지가와 같은 여러 제도적 요인으로 말미암아 대부분의 상속인은 상속재산 과표액보다 몇 배 많은 재산을 상속받은 것으로 보는 편이 사실에 가깝다. 그렇다 해도 재벌 2세, 3세의 상속재산은 너무 작다. 이것만으로는 오너 총수자리를 물려받기에 턱없이 부족한 경우가 대부분이다. 이 경우 중요한 재산을 이미 사전증여 받았다고 보면 된다. 실제로 오너

재벌총수 자리는 선대 총수의 사망을 계기로 비로소 재산을 상속받아 대물림되는 것이 아니라 선대 총수의 생전에 사전증여와 증여성 내부거래를 통해 대물림되는 경우가 대부분이다. 이런 경우 총수 지위의 승계에 핵심적인 중요 재산은 이미 후계자의 수중에 들어간 상태이기 때문에 사후상속은 총수 승계와 무관하게 진행되는 하나의 부담 없는 법적 절차에 지나지 않는다. 그렇다면 재벌 일가의 증여세 납부실적은 어떤가? 수백억 원에 달하는 상속세 실적과 달리 증여세 실적은 그나마 10억원대에도 못 미치는 경우가 대부분이다. 사전증여액 역시 십수억 원을 넘지 않는다는 말이다.

공식적인 사전증여액과 사후상속액이 이렇게 미미함에도 재벌의 2세, 3세 승계가 아무런 차질 없이 이뤄지는 유일한 이유는 재벌의 2세, 3세 승계권자가 사전증여 자금을 활용하여 단기간 내에 엄청난 규모로 자기 명의의 재산을 만들어 내는 데 있을 것이다. 그렇다면 그 비결은 무엇일까? 선천적, 후천적으로 남다른 기업가 정신과 재테크 안목을 가져서일까? 이들 명의로 부풀려진 재산이 과연 경영채신이나 기술혁신 혹은 모험투자나 근검저축의 소산일까? 단지 16억원을 증여세로 납부함으로써 외이들 채용씨에 대한 3세 세습을 실질적으로 완료한 삼성 일가의 사례를 통해 세금 없는 재벌 세습 현상에 법적 분석을 가하고 법적 대책을 모색하는 것이 이 글의 목적이다.

II. 사안의 개요, 특징, 그리고 쟁점

1. 사안의 개요

삼성의 3세 세습작전은 1995년 12월에 이건희 회장이 채용씨에게 명목상 60억 8천만원을 증여하고 이중 16억원을 증여세로 납부하는 것으

로 시작한다. 일단 채용씨 명의로 현금 44억여원을 확보한 삼성측은 상장 예정인 에스원과 엔지니어링 주식을 인수해서 상장 후 처분하는 손쉬운 방식으로 1년만에 6백억원의 자금으로 키운다. 이제 이 돈으로는 에버랜드, 삼성생명, 그리고 삼성전자 등 그룹 내 지주회사의 지배지분을 채용씨 명의로 만들어낼 차례다. 우선 선정된 대상은 에버랜드 특수관계인 주주만으로 구성된 비상장법인인데다 자본금이 98억원에 지나지 않고 보유 부동산과 계열사주식이 많은데도 자산재평가를 실시하지 않은 덕에 자산가치가 낮게 잡혀 있는 등 여러 모로 안성맞춤이기 때문이었다. 결국 에버랜드는 62.5%의 주식지분에 해당하는 분량의 전환사채를 단돈 92억원에 채용씨를 대상으로 발행하기에 이른다.

이제 삼성생명의 지분을 확보할 차례다. 원래는 삼성생명도 비상장법인인 점을 이용하여 에버랜드와 같이 사모 전환사채를 발행하는 방식으로 소유지배권을 넘길 계획이었을 것이다. 그러나 꼬리가 길면 잡히는 법. 참여연대가 삼성전자의 전환사채 발행을 주주소송으로 문제삼자 전환사채 발행을 통한 부당증여라는 전가의 보도는 폐기되기에 이른다. 삼성측은 고심을 거듭한 끝에 삼성생명을 에버랜드의 자회사로 편입하는 방식으로 채용씨의 지배 아래 두기로 결심하고, 전현직 임직원 명의 삼성생명 주식 전부를 헐값으로 에버랜드에 모아준다. 이렇게 해서 에버랜드는 삼성생명의 20% 대주주가 된다. 이로써 채용씨는 에버랜드에 대한 직접 지배권에 이어 삼성생명에 대한 간접 지배권도 확보한다. 채용씨는 아울러 에버랜드와 삼성생명이 보유한 계열사 주식을 통해 다른 계열사들에 대해서도 덩으로 지배권을 갖게 되었다. 요컨대 이재용씨는 에버랜드를 인수함으로써 삼성생명은 물론 거의 모든 계열사를 지배할 수 있게 되었다. 이와 같이 삼성의 3세 승계작업은 이미 완료된 것이나 다름없다.

삼성전자의 지배권을 확보하는 문제가 아직 남아있지만 이것도 별로 걱정할 것이 없다. 이미 450억원을 투자해서 전환사채를 인수하는 형식

으로 삼성전자의 0.8% 지분을 확보한 상태니 최소한의 발판은 마련된 셈이다. 더욱이 채용씨 명의로 취득한 제일기획 지분을 상장 후 처분하여 마련한 130억원의 현금과 처음에 조성된 600억원 중 쓰고 남은 돈을 합친 200억원대의 자금으로 이미 인터넷 시대의 주력기업으로 부상한 에스디에스의 신주인수권부사채를 파격적인 특혜조건으로 확보해 놓은 상태다. 이 지분은 그룹지배권 확보를 위해 꼭 필요한 것이 아니기 때문에 조건만 맞으면 언제나 처분할 수 있다. 그 경우 현재의 주가로 계산할 때 수천억원의 현금 여력이 생긴다. 필요하다면 이 돈으로 삼성전자의 주식을 매집해서 삼성전자의 최대주주가 될 수 있다. 이로써 채용씨로의 세습을 위한 모든 준비는 완벽하게 갖춰진 셈이다.

놀랍게도 이 모든 과정을 거치면서 삼성 일가가 국가에 낸 세금은 최초 60억 8천만원의 증여에 대한 16억원의 증여세가 전부다. 보통 사람이라면 고작 40억원대의 재산을 물려받는 데 필요한 16억원의 세금으로 한국 최고 재벌의 오너 총수를 새로 만들어낸 삼성측을 어떻게 평가해야 옳을까? 절세의 귀재답다고 찬탄할 것인가, 아니면 뒤통수를 맞았다고 한탄할 것인가? 혹시 법과 정의에 직접 호소함으로써, 삼성측의 세금 없는 세습 시도를 바로잡을 길은 없을까? 이 사안은 우리에게 이러한 질문과 씨름할 것을 요구한다.

2. 사인의 특징

이재용의 재산 취득과 경영권 획득에 동원된 계열사는 에스원, 엔지니어링, 에버랜드, 제일기획, 전자, 생명, 에스디에스 등 모두 7개 회사다. 이 중에서 에버랜드, 제일기획, 전자는 이재용씨를 특정하여 전환사채를 저가 발행하였고, 에스디에스는 이재용씨를 특정하여 신주인수권부사채를 헐값 발행하였다. 이들 계열사는 공통적으로 사모 방식으로 주식연계

형 사채를 초저가 발행함으로써 회사와 주주의 희생 아래 이재용씨의 배를 불려주었다. 보다 구체적으로 이 사안에 나타난 증여성 거래들의 사실관계는 다음과 같은 특징을 갖는다. 첫째, 거래대상이 계열사의 주식이나 주식연계형 사채이라는 점. 둘째, 거래당사자가 지배주주의 휘하에 있는 계열사(경영진)와 지배주주의 외아들이라는 점, 곧 특수관계인 사이라는 점. 셋째, 거래목적이 총수의 외아들에게 지배지분을 증여함으로써 그룹지배권을 새로이 창출하는 데 있다는 점. 넷째, 이에 따라 거래조건이 불공정하기 그지없다는 점, 특히 발행가격이 초저가로 책정되었다는 점. 다섯째, 관련 거래의 내용과 조건이 이재용에로 총수지위 승계라는 일관된 목적에 따라 이건희 회장의 감독과 비서실의 연출에 맞춰 착착 진행되었다는 점이 그것이다.

이 사안에서 동원된 증여성 신종사채 거래들은 기본적으로 대기업집단의 지배주주이자 그룹총수인 이건희 회장의 자기거래적 성격과 이회장 특수관계인간의 내부거래적 성격을 갖는다. 겉으로 드러난 거래당사자는 총수의 외아들과 계열사 경영진이지만, 양자의 배후에는 공히 이건희 회장의 의지와 계산이 버티고 있기 때문이다. 이러한 일련의 자기거래를 통해 이건희 회장이 의도한 것은 세금 부담 없이 아들에게 오너 총수 자리를 물려주는 것이다. 실제로 이러한 편법을 동원하지 않고는 총수 자리를 대물림하는 것이 불가능에 가깝다. 이건희 회장이 자신의 보유지분을 모두 재용씨에게 상속할 경우 적지 않은 부분이 상속세로 잘려나가기 때문이다. 따라서 일단 재용씨에게 대물림할 결심이 서면, 지배주주의 지위를 남용하여 일반주주의 이익과 지분을 가로채는 방법 외에는 없다. 이것은 일반주주에게는 배임의 길이요 국가에는 탈세의 길이다. 상속도 받지 않은 상태에서 현재 이재용씨가 이건희 회장보다 더 많은 보유재산을 갖게 된 것은 오로지 그 결과다.

3. 사안의 핵심 쟁점

이 사안의 사실관계에 대한 핵심 쟁점은 비상장법인인 에버랜드와 에스디에스가 이재용씨에게 발행한 주식형 사채가격의 적정성 여부다. 다시 말해서 관련사채 발행가격이 실제가치에 비해 터무니없이 낮은 것이 아닌가 하는 점이다. 삼성측은 상속증여세법상의 비상장주식 가치 산정 방식에 따라 적법하게 계산된 금액이므로 문제될 것이 없다고 주장한다. 하지만 비상장주식의 발행가격을 상속증여세법상의 산정방식에 따라 정해야 할 이유는 전혀 없다. 현실적으로 그럴 기업도 없을 것이다. 삼성측이 짐짓 이렇게 주장하는 이유는 이 방식에 따른 평가액이 워낙 낮은 데다 이렇게 해야 증여의제를 당해도 증여세를 낼 필요가 없어지기 때문일 뿐이다.

이 사안에 관한 법률판단의 쟁점으로는 다음의 다섯 가지를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 계열사의 주식연계형 사채 발행이 위법무효가 아닌가? 둘째, 이재용씨에게 회사법상 통모인수인의 책임을 물을 수 있는가? 셋째, 계열사의 저가 사채발행이 세법상 의제증여에 해당하는 것이 아닌가? 따라서 국세청이 증여세를 물려야 하는 것 아닌가? 넷째, 특수관계인간의 관련거래가 공정거래법상 불공정거래행위에 해당하는 것이 아닌가? 따라서 공정거래위원회가 원상회복을 명령하고 과징금을 부과해야 하는 것 아닌가? 다섯째, 문제의 거래 배후에서 작용한 이건희 회장과 거래당사자인 계열사 경영진, 그리고 주주인 계열사의 경영진이 형법상 업무상배임죄와 상법상 특별배임죄를 저지른 것이 아닌가?

III. 기존의 법적 대응과 법적 판단: 개요와 평가

이 사안과 관련해서 지금까지 취해진 법적 대응은 삼성전자에 대한 민사소송과 에스디에스에 대한 형사고소와 민사소송, 그리고 공정거래위원회에 대한 에스디에스 고발이 전부다. 참여연대가 고소, 고발, 제소의 주체가 되었다. 하지만 이견회 회장에 대해서는 배임죄로 고소하지 않은 상태다. 보다 구체적으로 참여연대는 삼성전자에 대해 전환사채 발행무효의 소를 제기하고 있으며, 에스디에스에 대해서도 신주인수권부사채 발행무효의 소를 제기하고 경영진을 배임죄로 고소한 상태다. 삼성전자 소송의 경우 1심 가치분소송에서는 원고승소판결이 내려졌으나 본안소송에서 원고패소판결이 내려진 상태이며 현재 2년이 넘도록 서울고법에 계류 중이다. 에스디에스의 경우에도 이미 검찰의 불기소결정과 1심 법원의 원고패소판결이 내려진 상태며 현재 모두 2심에 가있다. 특기할만한 점은 에스디에스에 대해 공정거래위원회가 99년 10월 29일 부당지원행위로 판정하고 158억원의 과징금을 부과하였다는 점이다. 이하에서는 위의 쟁점들에 대해 지금까지 법원과 검찰, 국세청과 공정거래위원회가 어떤 판단을 내렸는지 검토한다.

1. 불공정한 발행가격?

1심 법원과 검찰은 삼성전자와 에스디에스가 관련사채 발행가액의 산정기준으로 상속증여세법상의 산정방식을 채택한 것에 대해 문제가 없다는 입장이다. 하지만 공정거래위원회는 에스디에스의 발행가액은 과거의 수익가치만을 따져 산정된 것으로서 독립적인 제3자에 대해서라면 미래의 수익가치도 감안해서 최소한 2배는 높게 책정했을 것으로 판단했다. 여기서 알 수 있듯이 상속증여세법상의 산정방식도 분명한 것이 아니다.

2. 전환사채 발행무효?

삼성전자 가치분사건에서는 재판부가 무효판단을 내렸다. 자금조달보다는 지배권 양도를 목적으로 전환사채 발행권을 남용한 것으로 판단했다. 그러나 삼성전자 본안 재판부와 에스디에스 재판부는 반대의 결론을 내렸다. 정관의 규정에 따라 사모배정한 것이므로 절차적, 형식적 하자는 없다는 입장이다. 또한 실질적으로도 관련 사채 발행이 경영적 합리성을 갖고 있다는 입장이다. 끝으로 거래안전을 위해서도 무효판단은 곤란하다는 입장이다.

3. 통모인수인의 책임?

지금까지는 누구도 이재용의 통모인수인 책임을 추궁하지 않았다. 하지만 삼성전자 본안판결에서 재판부는 통모인수인의 책임을 추궁하는 것은 별론으로 한다고 명기하고 있다. 발행무효로 보기는 어렵지만 통모인수인의 책임은 물어도 무방하지 않느냐는 재판부의 속내가 드러나는 대목이다.

4. 업무상배임죄?

아직까지 이 사안과 관련하여 삼성경영진이 배임죄로 정식 기소된 바 없기 때문에 법원의 판단을 받은 바는 없다. 하지만 에스디에스 경영진에 대한 고소사건에서 검찰은 불기소결정을 내렸다. 배임죄가 성립되지 않는다고 판단한 것이다.

5. 증여의제?

국세청은 전환사채를 이용한 에버랜드 사안이나 신주인수권부사채를 이용한 에스디에스 사안의 경우, 당시 세법상 명문의 규정이 없었기 때문에 조세법정주의의 원칙상 증여의제를 적용할 수 없다는 입장이다. 국세청은 삼성측의 변칙증여를 당하고 난 후 전환사채와 신주인수권부사채 이익을 증여로 의제하는 법개정을 관철시켰으며, 99년 12월 28일에도 주식의 상장차익을 증여의제하고 기타 증여의제의 폭을 넓히는 방향으로 상속증여세법 개정을 이뤄낸 바 있다.

6. 불공정거래행위?

채벌집단의 계열사와 지배주주(특수관계인 포함)간의 거래는 공정거래법상 불공정거래행위의 혐의를 받는다. 공정거래위원회는 이미 에스디에스의 신주인수권부사채 발행행위가 불공정거래의 하나인 '특수관계인에 대한 부당지원행위'에 해당한다는 이유로 지난 99년 10월 29일 158억 4백만원의 과징금을 부과한 바 있다. 시정명령을 내리지는 않았지만 공정거래위원회는 실사를 통해 부당한 가격이라고 판단하고 과징금을 부과한 것이다.

7. 기존 법적 대응의 한계

기존의 법적 대응은 삼성전자의 전환사채 발행과 에스디에스의 신주인수권부사채 발행에 대해서만 행해졌다. 그 이유는 두 회사의 경우에만 소액주주를 찾는 것이 가능했기 때문이다. 상장법인인 삼성전자의 경우 참여연대가 소액주주를 찾는 데 아무 어려움이 없었다. 에스디에스의 경우에도 상장법인은 아니지만 우리사주조합이 결성된 관계로 참여연대가

주식을 구입할 수 있었다. 반면 에버랜드 전환사채 발행 건의 경우 3세 승계의 핵심과 토대를 이룰 뿐 아니라 실질증여에 가장 가깝고 규모도 제일 크지만, 특수관계인 주주만 있는 관계로 민형사상 문제제기를 하지 못한 채 지금까지 방치되고 있다. 이 경우에도 공정거래위원회나 국세청은 직권조사를 할 수 있지만 아직까지 뚜렷한 조짐이 없다. 검찰 역시 움직임이 없다. 오히려 에스디에스 건에서 배임죄가 성립되지 않는다면 서 면죄부를 부여했다. 요컨대, 세금 없는 세습의 중핵을 이루는 에버랜드 건을 법적으로 시정할 수 있도록 검찰과 국세청을 압박하는 동시에 기왕에 진행중인 삼성전자와 에스디에스 건에서도 검찰과 법원, 국세청과 공정거래위원회가 제대로 판단을 내리도록 국민적 관심을 환기하고 정당한 압력을 행사해야 할 과제가 남아있는 것이다.

IV. 발행가액의 불공정성

대기업집단 지배주주인 그룹총수의 승계의지를 받들어 계열사들이 지배주주 측과 통모하여 그 외아들인 이재용에게 터무니없이 낮은 가격으로 전환사채를 발행해준 것이 이 사안의 공통적 내용이다. 세법상 적정가격의 30% 이하로 발행된 경우 불공정한 것으로 본다. 법적으로 볼 때, 이 사실만 입증되면 발행무효의 원인이 되고, 이사의 손해배상책임을 낳는다. 또한 통모인수인의 책임을 낳을 뿐 아니라, 증여로 의제되어 증여세의 부과대상이 되며, 부당지원행위로 시정명령과 과징금의 대상이 된다.

에스디에스는 이재용에게 신주인수권부사채를 발행하면서 전환가격을 7150원으로 책정했다. 당시 에스디에스 주식은 인터넷 장외거래를 통해 5만원대에 거래되고 있었다. 그럼에도 에스디에스 1심 재판부 및 에스디

에스 고소건을 수사한 서울지검은 이 전환가격이 상속증여세법상의 비상장주식 가치 산정방식에 따라 정해졌으므로 적정가격이라고 판단했다. 반면 공정거래위원회는 같은 방식에 따르더라도 미래의 수익가치를 고려할 경우 지나치게 저가로 발행되었다는 상반된 판단을 내렸다. 특수관계인이 아닌 독립적 거래당사자에 대해 전환사채를 발행할 경우 과거의 수익가치만을 감안하여 전환가격을 책정할 리 없다는 것이다. 물론 공정거래위원회의 논거가 보다 전문적이고 설득력이 있다.

공정거래위원회도 상속증여세법상의 산정방식을 일용 정당한 기준으로 인정하는 점에서는 같다. 하지만 징세 목적을 위해 보충적으로 적용되는 산정기준을 발행가격의 공정성 판단기준으로 삼을 이유는 없다. 에스디에스의 경우 공정거래위원회가 밝혀낸 것처럼 발행 전 1달 동안 여러 차례의 인터넷 장외주식거래가 있었고 그 가격이 모두 5만원 대였다면 그것이 거래시가인 셈이다. 이것을 놔두고 구태여 상속증여세법상의 보충적 산정방식에 따라 도출된 과표가격이 적정가격이라고 볼 이유는 없다. 실제로 보유재산을 남에게 팔면서 대차대조표에 반영된 십수년 전의 장부가액이나 과세당국의 증여세 부과용 가격자료를 기준으로 가격을 정하는 기업은 없을 것이다. 요컨대 비상장주식의 공정가격과 비상장주식의 과표가격과는 아무런 관련이 없다.

과표가격이 얼마나 엉터리인지는 에버랜드의 경우가 웅변한다. 에버랜드의 62.5% 지분가치를 92억원으로 책정한 에버랜드 경영진도 자신의 가격책정을 상속증여세법상의 산정방식에 따른 것으로 합리화할 것이다. 세법상 세무당국은 과세대상기업의 대차대조표에 반영된 자산평가액을 특별한 사정이 없는 이상 존중해야 한다. 하지만 에버랜드의 자산가치는 자산재평가를 실시하지 않은 탓에 말할 수 없이 저평가된 상태다. 또한 에버랜드의 사업 성격상 과거의 수익가치는 없는 것과 마찬가지다. 그 결과 상속증여세법상 에버랜드의 62.5% 지분 값은 고작 92억원에 지나

지 않을 수도 있다. 하지만 상대방이 이재용이 아닌 독립적 지위의 제3자라면 이 가격으로 에버랜드의 62.5% 지분을 넘길 리는 만무하다. 이 가격은 경영권 프리미엄에도 못 미치는 가격 아닌가.

물론 에버랜드의 기업가치와 주식가치를 엄밀하게 입증할 길은 없다. 다만 전화사채 가격이 실제보다 최소한 백 배 이상 낮게 책정되었다는 의혹이 정설로 굳어지고 있을 뿐이다. 문제는 발행가액이 불공정하다는 점을 어떻게 입증할 것인가 하는 점이다. 특수관계인에 대해 전환사채를 사모 발행한 경우 일단 불공정성을 추정하는 바탕 위에서 전환가격의 공정성에 대한 입증책임을 기업측에 지워야 할 것이다. 그렇지 않은 이상 기업의 자산목록이나 평가방식, 기타 기업정보와 회계자료를 접할 수 없는 외부인으로서 발행가액의 불공정성을 입증하는 것이 불가능에 가까울 것이다. 따라서 법원이나 관계당국은 일단 기업 측으로 하여금 발행가액을 산정하는 데 사용한 기초자료를 제출하게 해야 할 것이다. 이렇게 해서 기업 측이 제출한 중요한 자산목록과 평가방식, 그리고 평가액을 놓고 원고측이 잘잘못을 가릴 수 있도록 도와줘야 한다. 이 과정은 물론 법원이나 기타 관련당국이 발행가액의 적정성을 보다 실질적으로 판단할 수 있는 과정이기도 하다. 특히 지배주주나 이사의 배임혐의를 수사하는 검찰이나 탈세혐의를 조사하는 국세청의 경우 이런 과정에서 고의 저가발행 혐의가 드러나면 전문평가기관에 감정을 의뢰해서라도 객관적인 기업가치 및 주당가치를 알아내야 할 것이다.

V. 회사법적 분석과 대응

이 사안은 회사법상 두 가지 측면에서 검토할 수 있다. 첫째는 발행 측면으로 회사의 발행 행위에 초점을 맞춘다. CB나 BW 발행은 회사법

의 규율대상이다. 이들은 잠재적 주식이므로 신주발행의 법리가 적용된다. 특히 사모발행의 경우 기존 주주의 신주인수권을 배제하므로 상법은 정관의 규정이나 주주총회의 특별결의를 요구한다. 따라서 문제의 사모발행이 정관규정에 부합하는지, 정관규정이 신주인수권 배제요건에 부합하는지, 그리고 신주인수권 배제요건이 무엇인지 하는 것이 주식형 사채의 사모 발행과 관련한 회사법적 분석의 내용이 된다. 두 번째는 인수 측면으로 이재용씨의 행위에 초점을 맞춘다. 따라서 이재용씨가 통모인수인의 지위를 갖는지, 통모인수인의 책임을 지는지를 분석한다.

1. 전환사채 등의 사모발행과 신주인수권 배제의 정당화 요건

상법상 사채 발행은 이사회의 권한이다. 하지만 전환사채나 신주인수권부사채와 같은 주식연계형 사채 발행은 잠재적 신주발행과 같다. 따라서 상법은 주식연계형 사채의 경우 주주에게 인수권을 부여함을 원칙으로 하되 정관에 근거가 있거나 주주총회의 특별결의가 있을 경우 주주의 인수권을 배제하고 제3자에게도 발행할 수 있다고 규정한다. 이때 정관의 규정이나 주주총회의 특별결의는 구체적이고 확정적이어야 하며 포괄적 위임은 허용되지 않는 것으로 해석된다. 즉, 정관에는 제3자의 범주나 전환조건 등 발행사항에 대해 이사회의 자의를 제한하는 규정이 마련되어야 한다. 따라서 사모발행의 여부 및 조건을 이사회의 결정에 백지위임하는 정관 규정은 회사법의 취지상 허용되지 않는다. 다시 말해서 정관규정에 따른다고 해서 무조건 면죄부가 주어지는 것은 아니다. 정관규정 자체가 회사법의 정신과 원칙에 위배되어 무효일 수 있기 때문이다.

구체적인 정관규정이나 주주총회 특별결의에 근거하여 발행하라는 것이 사모 전환사채 발행의 절차적 요건이라면, 실질적 요건으로는 회사이익의 원칙과 주주평등의 원칙을 들 수 있다. 특히 지배권 변동은 초래할

수 있는 대량의 잠재적 주식을 제3자에게 배정할 경우에는 단순한 자금조달 목적에 덧붙여 당해 제3자 배정이 회사 이익을 위해 적합하고, 다른 방안 가운데 가장 효과적이며, 신주인수권 배제로 말미암은 주주들의 손해보다 제3자 배정으로 인해 얻는 회사 이익이 크다는 점을 입증해야 한다. 요컨대 신주인수권 배제의 실질적 요건은 적합성, 필요성, 비례성이라고 할 수 있다.

2. 발행 무효의 근거

에스디에스나 에버랜드의 경우 모두 정관의 규정에 의해 사모발행이 이뤄졌다. 그런데 정관의 규정은 실질적으로 이사회에 위임한다는 수준이었다. 이러한 정관규정은 있으나마나 한 규정으로서 신주인수권 배제를 위해 정관이나 주총 특별결의를 요구하는 상법의 요건에 미달하는 것으로 해석된다. 이와 관련하여 검토가 필요한 것은 사모발행에 관한 정관 규정의 존재를 주주들이 이미 신주인수권 배제로 말미암은 지분을 회식을 사전에 포괄적으로 용인한 것으로 해석하는 입장이다. 이러한 해석에 따를 경우 정관규정 자체의 당부를 따지거나 사모발행의 내재적 한계를 설정할 수 없어 문제라 할 것이다.

에버랜드나 에스디에스의 경우 신주인수권배제의 실질적 요건은 더더욱 충족되지 못한다. 신종사채 발행이 회사이익을 위한 것이 아니고, 자금조달을 위해 불가피했던 것도 아니며, 주주의 손해가 워낙 컸기 때문이다. 우선 신종사채 발행의 주된 목적은 회사의 자금조달에 있는 것이 아니라 이재용에게 승계에 필요한 부와 재산을 만들어주는 데 있었다. 또한 터무니없이 낮은 가격으로 전환사채 등을 발행함으로써 회사와 주주에게 막대한 손해를 끼쳤다. 더욱이 무려 62.5%의 지분을 사모방식으로 발행함으로써 확실한 지배권 변동을 초래하였다. 요컨대 에버랜드, 에

스디에스 등의 사모발행은 신주인수권 배제의 형식적, 실질적 요건을 갖추지 못해 무효다.

3. 이재용의 통모인수인 책임

통모인수인의 책임에 관한 상법의 규정에 따르면, 이사와 통모하여 현저하게 불공정한 발행가액으로 전환사채를 인수한 자는 공정한 발행가액과의 차액에 상당한 금액을 회사에 지급할 의무가 있다. 이에 대해서는 대표소송이 인정된다. 통모인수인의 책임은 특정의 주식인수인이 불공정하게 유리한 가격으로 주식 등을 인수하여 회사의 자본충실을 해하고 다른 주주의 주식가치를 희석시키는 것을 막기 위해 인정되는 제도다.

하지만 이 제도의 취지를, 통모에 의한 주식 등의 저가 발행시 발행자채를 무효로 돌리거나 이사의 배임죄 추궁을 할 것 없이 통모인수인에게 차액을 지급 받는 것으로 그치는 데 있는 것으로 이해하는 것은 잘못이다. 이 제도는 통모인수인의 책임에 관한 것일 뿐, 통모이사나 발행회사의 책임에 관한 것은 아니기 때문이다. 물론 회사법의 목적이 주주와 채권자 보호에 있음을 감안할 때 통모인수인의 차액지급만으로도 별 문제가 없는 경우가 있을 수는 있다. 하지만 가액의 불공정성과 거래의 부당성이 심할 경우 통모이사에 대해 배임죄를 묻는 것은 얼마든지 가능한 것으로 해석된다.

이무튼 이재용은 통모인수인으로서 발행회사에 대해 차액지급책임을 진다. 다만 이재용이 이 책임을 이행할 경우에는 이재용에 대한 증여세 추징은 불가능하다. 법적으로는 내내 미국에서 유학 중인 이재용이 과연 에버랜드나 에스디에스 경영진과 통모를 했는지 자체가 논란의 소지가 있을 수 있다. 이 부분만 해결되면 이재용의 통수인수인 책임을 묻는 데 어려움은 없다.

4. 회사법적 대응의 특징과 한계

회사법적 대응은 회사의 내부질서를 바로잡고 주주와 채권자의 권익을 보호하는 데 목표를 둔다. 그룹총수가 자신의 지위와 권한을 남용하여 계열사의 재산을 부당하게 아들에게 넘겨주는 방편으로 사모방식의 전환사채를 발행하였다면 이는 회사법적으로 용인될 수 있는 것이 아니다. 당연히 회사법상 발행무효감이다. 하지만 회사법적 대응은 일반적으로 주주만이 가능하다. 따라서 특수관계인 주주만으로 구성된 에버랜드의 경우 회사법적 대응은 현실적으로 불가능하다. 반면 삼성전자와 에스디에스의 경우 회사법적 대응이 가능하고 효과적이다. 다만 법원은 이런 사안에서 발행무효보다는 통모인수인의 책임추궁을 선호하는 것이 아닌가 싶다.

VI. 공정거래법적 분석과 대응

공정거래위원회는 재벌총수(특수관계인 포함)와 계열사간의 자금, 증권, 상품, 용역 거래 등을 공정거래법상 불공정거래행위의 하나로 규율하고 있다. 이미 공정거래위원회는 에스디에스 사안을 부당지원행위로 판정하고 과징금을 물린 바 있다. 같은 논리로 공정거래위원회는 에버랜드와 이재용간의 사모 전환사채 거래에 대해서도 부당지원행위로 직권 판정하고 과징금을 물리는 것이 가능하다.

하지만 공정거래위원회의 과징금 부과는 몇 가지 문제를 갖는다. 첫째, 위에서도 언급한 바와 같이 과징금은 상속증여세법상의 과표가격을 정상 가격으로 보는 바탕 위에서 부과된다. 따라서 큰 부담이 되지 않는 금액이기 쉽다. 둘째, 과징금은 부당지원의 수혜자, 곧 이재용에게 부과되는

것이 아니고 부당지원을 행한 발행회사에 대해 부과되는 것이므로 형평에 문제가 있다. 셋째, 발행회사의 경우 과징금을 내는 것이 큰 부담이 안 된다. 요컨대 이익을 본 제3자가 아니라 손해를 본 회사가 과징금을 내야 하는 것이 가장 큰 문제다.

VII. 세법적 분석과 대응

이재용씨가 계열사들과의 특혜거래를 통해 막대한 재산을 실질적으로 무상이전 받은 것은 분명하다. 또한 이재용씨가 이렇게 증여 받은 재산에 대해 증여세를 한푼도 내지 않은 것도 분명하다. 세법은 이런 경우를 대비하여 증여의제조항을 두고 있으나 해석과 적용을 둘러싸고 적지 않은 논란이 있다.

1. 실질과세의 원칙

매매 형식을 빌린 세금 없는 증여를 그대로 인정하는 것은 건전한 법감정에 반한다. 그런 법은 없다. 세법도 과세표준의 계산에 관한 규정은 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질내용에 따라 적용한다는 실질과세의 원칙을 규정한다. 부당행위/계산부인이나 증여의제조항은 이러한 실질과세의 정신을 가장 잘 구현하는 세법상의 제도다.

2. 기존의 증여의제 조항과 확대유추해석금지

삼성사태가 불거져 나온 후 국세청은 증여의제규정 신설에 앞장선다. 그 결과 전환사채로 인한 이익을 증여의제하는 조항이 새로 만들어진다.

물론 전환사채 이익의 증여의제조항은 사후입법으로서 삼성사태에 소급 적용하는 것이 법리상 불가능하다. 하지만 당시에든 특수관계인 사이의 특혜성 재산양도를 증여의제하는 세법조항은 존재했다. 국세청은 지금까지 이 조항으로는 삼성의 사례를 증여의제할 수 없다는 입장을 고수해왔다. 조세법정주의의 내용 중 하나인 확대유추해석 금지원칙 때문이란다.

국민에게 부담을 지우는 성격상, 세법은 엄격한 해석이 필요하다. 특히 증여추정도 아닌 증여의제 조항의 경우 더욱 그렇다. 하지만 나날이 발전하는 탈세수법을 그때그때 법률에 규정할 수도 없고, 그대로 방치할 수도 없다. 실질증여에 대해 과세하기로 법률로 정한 이상 유사한 수법이 나타날 경우 본래의 어의(語義)에 어긋나지 않는 한도에서 적용의 탄력성을 꾀하는 것은 조세법률주의에 어긋나는 것으로 보이지 않는다. 이렇게 볼 때 특수관계인 사이의 저가, 고가 양도를 증여로 의제해 온 오랜 법규정이 무슨 이유로 에버랜드 기타 삼성의 증여성 거래에 적용될 수 없는지 이해하기 어렵다.

3. 세법적 대응의 특징과 한계

세법적 대응은 세금 징수가 목적이다. 이는 단순 탈세사건의 경우 유용하다. 예컨대 이재용이 이근희 회장의 재산을 교묘한 방법으로 증여 받았다면 증여세를 물리는 것으로 족할 것이다. 하지만 이재용은 아버지한테 재산을 증여 받은 것이 아니라 거래형식을 빌려 계열사의 재산을 가로챘다. 다시 말해서 이 사안의 핵심은 증여세 면탈보다는 범죄적 재산탈취에 있다. 세법적 대응은 이 점을 간과하는 것이 한계이다.

VIII. 형법적 분석과 대응

이 사안은 증여세를 제대로 물리면 모든 불법이 치유되는 그런 단순 탈세사안이 아니다. 만약 에버랜드나 에스디에스 등 계열사들이 이재용 씨에게 증여성 거래를 해야 할 객관적인 이유가 있었다면, 이 사안은 단순 탈세 사안이 될 것이다. 이 경우 국세청이 증여의제조항에 따라 증여세를 부과하고 이재용씨가 증여세를 납부하면 사태는 원만히 해결될 것이다. 세금 포탈행위는 검찰의 형사소추까지 갈 것 없이 국세청의 징세 통고처분으로 끝내라는 것이 조세범처벌절차법의 취지이기 때문이다.

하지만 에버랜드나 에스디에스 등 계열사들은 이재용씨에게 재산이나 이익을 증여할 아무런 이유가 없다. 이재용씨에 대한 계열사들의 초저가 사모 발행은 회사나 주주의 이익을 도모하는 차원에서 강구된 것이 아니다. 총수의 뜻을 전달받은 계열사 경영진들이 보신책 차원에서 증여성 신종사채 발행에 협조했을 뿐이다. 그럼으로써 이들은 회사와 주주의 이익을 위해 행동할 선관의무와 충실의무를 저버렸다. 이 사안의 형사적 본질은 바로 여기에 있다.

1. 배임죄 추궁

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 그로 인해 본인에게 손해를 가하는 경우 성립한다. 특히 상법은 이사와 감사의 업무상배임죄를 특별배임죄로 규정하고 있다. 이들 범죄는 모두 10년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있으나 배임액이 클 경우 특정경제범죄가중처벌법에 의해 가중처벌된다.

이사로서의 선관의무나 충실의무를 위배하고 그룹총수의 뜻에 따라 이

재용에게 주식형 사채를 초저가 발행함으로써 이재용에게 재산상의 부당 이득을 몰아주고 회사와 주주에 재산상의 손해를 안겨준 에버랜드 등 발행회사 경영진의 행위는 업무상배임죄나 특별배임죄의 전형적 경우라 할 수 있다. 나아가서 에버랜드나 에스디에스의 주식을 보유한 계열사들의 경영진 역시 업무상 배임죄에 저촉될 소지가 있다. 에버랜드나 에스디에스의 특혜성 사모 발행으로 말미암아 에버랜드와 에스디에스의 기존 주주들의 지분율이 대폭 하락하리라는 것은 상식에 속한다. 따라서 기존 주주들인 계열사의 경영진은 에버랜드나 에스디에스를 상대로 이재용에 대한 사모 발행 유지청구의 소를 제기하거나 발행무효 확인의 소를 제기하여 회사의 손해를 막았어야 한다. 상대방이 이재용이라서 그렇게 하지 못했다면 그것이 바로 배임의 고의라고 할 수 있다.

마지막으로 이건희 회장도 배임죄의 주체가 된다. 승계과정의 총지휘자로서 모든 거래의 배후에서 작용한 이건희 회장은 사실상의 이사로서 배임죄의 공동정범이 된다. 설령 에버랜드나 에스디에스의 사채발행을 이건희 회장의 업무로 볼 수 없다고 해도 업무상배임죄의 공동정범으로 보는 데 문제가 없다는 것이 관련판례의 입장이다. 물론 어떤 경우에도 이건희 회장을 업무상 배임 교사범으로 보는 데에는 아무런 문제가 없다.

2. 형법적 대응의 특징과 한계

에버랜드의 전환사채 발행에 대해서는 형사책임 추궁 외에 마땅한 제재수단이 없다. 현실적으로도 이건희 회장과 에버랜드 경영진, 그리고 에스디에스 경영진을 배임죄로 다스리는 것만큼 강력한 대응책은 없다. 형법적 대응만으로는 민사상 손해를 치유하지 못하는 한계가 있는 것이 사실이다. 다만 전환사채 등의 초저가 사모 발행행위가 형법상 범죄행위를 구성한다면 사법상으로도 불법무효로 판단되기 쉬울 것이다.

IX. 결론을 대신하여: 몸통인 이진희 회장에 대한 형사책임 추궁이 핵심이다

이 사안에 대해서는 형법적, 회사법적, 공정거래법적, 세법적 대응이 중층적으로 가능하다. 삼성 이진희 회장과 계열사 경영진에 대해서는 배임죄 추궁을, 이재용에 대해서는 통모인수인의 책임 추궁이나 증여세 추징을, 발행회사에 대해서는 부당지원행위에 따른 과징금 부과를 동시에 진행할 수 있다. 이 중에서도 이 사안의 경우 지금이라도 증여세만 추징하면 그만이라는 주장이 가장 유력한 듯하다. 이러한 주장의 근거는 이 사안의 본질을 수증자인 이재용의 증여세 탈세에 있는 것으로 파악하는데 있다. 하지만 이 사안은 아버지한테 재산을 증여 받고도 증여세를 납부하지 않은 전형적인 증여세 탈세 사안과는 거리가 멀다. 무엇보다도 이재용이 증여 받은 것은 이진희 회장의 재산이 아니라 주주들의 재산이다. 따라서 이 사안에서는 기존 주주들의 지분을 되찾아 주거나 손해를 배상해줄 때 정의가 회복된다. 증여세 추징으로 이러한 결과가 발생하지 않으므로 증여세 추징은 이 사안의 근본적 해결책이 될 수 없다.

증여세 추징방식의 또다른 한계는 최고율의 증여세를 부과하더라도 증여분의 60%는 여전히 이재용의 개인 재산이 된다는 데서도 확인된다. 전형적인 증여세 사안에서와 달리 주식회사라는 법적 형식을 남용한 이 사안의 수증자인 이재용은 증여세를 내고 난 나머지 60%를 제몫으로 차지할 하등의 이유가 없다. 주지하다시피 수증자가 증여분을 적법 보유하는 이유는 권원(權原) 있는 증여자로부터 자유의사에 기초하여 재산을 무상이전 받았기 때문이다. 그런데 에버랜드나 에스디에스는 자유의사로 이재용에게 재산을 증여할 아무런 이유가 없다. 또한 신종사채 사모 발행을 통해 에버랜드와 에스디에스가 이재용에게 증여한 것은 사모 발행

의 결과 발생한 기존 주주의 지분을 희석분으로서 그 증여 여부에 대한 권원은 회사에 있는 것이 아니라 기존 주주에게 있다. 이렇게 볼 때 증여의 권원과 이유를 모두 결여한 발행회사로부터 회사지분을 무상이전 받은 이재용은 그 지분재산을 보유할 아무런 권원과 이유를 갖지 못하는 것으로 봐야 옳다. 요컨대, 에버랜드와 에스디에스의 신종사채 발행은 그 자체가 불법무효로서 없던 일로 돌려놓는 것이 정오다. 기존 주주의 재산권과 사원권을 부당하게 침해한 에버랜드와 에스디에스 경영진의 배임행위는 법적으로 단죄 대상이 될 뿐, 조금이라도 존중해줄 이유가 없기 때문이다.

요컨대, 증여세 추징은 문제의 증여행위가 진실한 증여의사에 기해 합법적으로 이뤄졌다는 전제 아래 수증자 측의 증여세 포탈을 바로잡을 수단으로서 유효할 뿐이다. 따라서 이 사안에서처럼 증여의사 자체가 경영진의 범죄적 배임의지에 지나지 않는 경우에는 증여세를 추징할 것이 아니라 증여 자체를 무효로 돌려야 정의에 부합한다.

탈루 증여세를 추징하는 것보다 더 근본적인 해결책이 회사와 주주의 손해를 보전하는 것이라면 구태여 통모 거래 자체를 불법무효로 돌릴 것 없이 통모인수인의 차액지급책임을 물으면 그만이라는 견해가 있을 수 있다. 통모에 의한 주식 등의 불공정 발행·인수 거래에 대해 우리 상법이 무효 규정 대신 통모인수인의 차액지급 규정을 둔 것을 보면 일응 이런 견해가 타당해 보이는 것도 사실이다. 하지만 통모인수인의 차액지급책임을 규정한 상법의 취지를 통모 거래에 대한 무효 판단을 배제하는 데 있는 것으로 이해할 일은 아니다. 주식 등의 통모 거래는 정관과 법령에 정한 이사의 선관의무와 충실의무에 대한 배임행위를 수반하기 마련이므로 발행무효를 주장하는 것도 얼마든지 가능하다. 다만 발행무효의 소는 발행 후 6월 이내에만 제기할 수 있도록 규정하고 있으므로 통모인수인의 책임 규정이 적용되는 전형적 경우는 통모 사실이 뒤늦게 들통나는

바람에 6월의 제소기간을 넘긴 경우다. 이 경우 통모인수인의 차액지급 책임을 추궁하는 것만큼 좋은 방법은 없을 듯하다.

문제는 에버랜드의 통모 발행건에 대해서는 통모인수인의 책임추궁도 용이하지 않다는 데 있다. 통모인수인의 책임은 발행회사의 경영진이나 주주가 물어야 하는데 특단의 사정이 없는 이상 에버랜드 경영진이나 주주 계열사들이 이재용에 대해 소송을 제기할 가능성은 전혀 없기 때문이다. 재미있는 점은 특단의 사정이 발생하여 이재용이 통모인수인의 책임을 지고 공정가와 발행가의 차액을 에버랜드나 에스디에스에 지급할 경우 이들 회사는 이재용에게 아무 것도 증여하지 않은 셈이 되므로 이후에는 국세청도 이재용에게 증여세를 부과할 수 없다는 점이다. 거꾸로 국세청이 증여세를 먼저 추징할 경우에는 나중에 이재용에게 통모인수인의 책임을 묻는 것이 가능할까? 통모인수인의 책임은 회사와 주주의 손해를 보전하는 데 목적이 있으므로 증여세 추징 여부와 상관없이 소멸시효의 완료 시점까지는 아무 때나 추궁할 수 있을 것으로 판단된다.

에버랜드는 특수관계인 주주만으로 구성된 비상장법인이므로 문제의 통모 거래에 대해 발행무효의 소나 통모인수인의 차액지급청구의 소를 제기하며 다들 주주를 찾는 것이 현실적으로 기대할 수 없다. 설령 그런 주주를 찾아내더라도 이미 4년이 흘렀으므로 상법상 발행무효의 소를 제기할 수는 없다. 이재용의 통모인수인 책임추궁도 시효는 남아있지만 제소할 주주를 구할 방도가 없다. 에버랜드의 주주인 중앙일보, 제일모직, 삼성전자, 삼성문화재단 등을 움직이는 방법을 생각해 볼 수 없는 것은 아니지만 정말 어려운 일이다. 그렇다면 순자산가치가 조(兆)단위에 달한다는 에버랜드의 62.5% 지분을 공정가액의 1%도 안 되는 헐값(92억원)에 주고받은 삼성측의 농간을 무효로 돌리는 것은 고사하고 이재용의 통모인수인 책임마저 물을 방법이 없다는 말인가? 답답하기 짝이 없지만 사법적으로는 그렇다. 그렇다면 최선책은 못되지만 증여세라도 추징하라

고 국세청에 요구해야 하는 것 아닐까? 마침 삼성을 위시한 4대 재벌 일가의 주식이동조사를 국세청이 벌일 방침이라고 한다. 하지만 에버랜드 변칙증여와 관련하여 이재용에 대해 증여세를 추징하더라도 삼성 일가에는 별다른 부담이 되지 않는 금액으로 결정될 것이다. 물론 부과주의를 원칙으로 하는 증여세법상 국세청이 과세표준에 대한 평가를 엄격히 시행하여 증과세할 수도 있지만, 경험칙상 이런 기대는 하지 않는 것이 좋다.

결국 남는 것은 형사책임의 추궁이다. 형법상 이 사안의 몸통인 이건희 회장을 위시하여 에버랜드와 에스디에스의 경영진, 두 회사의 주주 계열사들의 경영진은 모두 배임죄에 해당한다. 배임액수가 워낙 크기 때문에 공소시효도 창창하게 남아있다. 실제로 이재용의 재산취득은 이건희 회장이 지배주주의 지위와 권력을 남용하여 계열사 경영진의 배임을 사주하고 독려한 결과다. 또한 계열사 경영진들이 개인의 보신과 영달을 위해 총수 개인에게 충성하며 회사와 주주의 이익을 배신한 결과이기도 하다. 그렇기 때문에 이재용에게 부당하게 이전된 재산은 계열사 사장이 총수 개인에게 바친 뇌물이나 다를 바 없다. 이렇게 볼 때 정의가 요구하는 것은 분명하다. 그것은 전체 상황을 기획한 이건희 회장과 이를 방조하고 묵인한 관련 계열사 최고 경영진을 모두 특별배임죄로 처벌하는 것이다. 특히 중요한 것은 이 사안의 배후 핵심 인물인 이건희 회장에 대한 형사처벌이다. 이건희 회장의 형사책임을 묻지 않을 경우 몸통은 빼고 깃털만 문제 삼아온 오랜 부조리가 되풀이될 뿐이다.

형사처벌이 능사는 아니지만 이 사안의 경우 이건희 회장에 대한 형사소추의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 왜냐하면 몇 건의 통모 특혜거래를 통해 3년간에 걸쳐 진행된 이재용의 소유지분 및 지배권 취득과정은 자신의 지배와 관리 아래 있는 남의 재산을 가로채서 외아들에게 몰아주는 파렴치한 수법을 통해 총수 자리를 대물림하기로 결

198 21세기 법과 민주주의

심한 이견희 회장의 범죄적 의지가 계열사 사장들의 협조와 묵인 하에 그대로 관철되는 범죄실현 과정에 다름 아니기 때문이다. 이렇게 볼 때 이 사안에 대한 올바른 법적 대응은 이들 범죄행위를 모두 형사적으로 단죄하고 그것의 구체적 표현인 관련 통모거래를 모두 민사적으로 무효화하는 데 있다. 이미 알아본 바와 같이 관련 거래를 민사상 무효로 돌릴 수단이 마땅치 않은 관계상 형사책임마저 제대로 추궁하지 못하면 한국의 법질서는 삼성의 농간 앞에 무릎을 꿇는 셈이 된다. 이렇듯 참담한 결과를 피하기 위해서라도 이견희 회장과 계열사 사장들의 특별배임죄를 추궁하는 국민적 캠페인을 조직하여 검찰을 압박하는 일이 시급하다. 그리하여 이견희 회장이 은퇴를 선언하고 이재용이 포기를 선언하며, 그룹차원에서 사과성명을 내는 그 날, 한국사회는 황제경영과 세금 없는 세습을 뒤로하고 경제정의와 경제민주주의를 향해 힘찬 걸음을 내딛게 될 것이다.

21세기 법과 민주주의

인쇄일 : 2000년 4월 25일

발행일 : 2000년 4월 28일

엮은이 : 민주주의법학연구회

서울시 마포구 서교동 373-2 명일B/D 502호

전화) 324-3724

홈페이지) <http://galaxy.channeli.net/delsa>

펴낸곳 : 관악사

서울시 관악구 신림2동 103-128

전화) 877-1448 / 883-1381
