

# 金融構造調整手段의 法的 性格

## - 금융감독위원회 告示의 違憲 여부

박 환 일\*

- I. 事件의 개요
- II. 法的 爭點 및 憲裁決定의 要旨
- III. 國際規範의 國內立法化에 따른 문제
- IV. 結 論

### I. 事件의 개요

D생명보험주식회사(이하 “D생명”이라 함)는 1946년에 설립되어 1999년 9월 현재 납입자본금이 300억원(수권자본금은 800억원)에 달하였으나 금융감독위원회(이하 “금감위”라 함)의 경영상태 실사 결과 1999년 6월 말 기준으로 부채가 자산을 2조 6,753억 원 초과한 자본잠식 상태에 빠진 것으로 나타났다. 이에 금감위는 D생명의 ‘정상적 경영이 어려울 것이 명백하다’는 이유로 동사를 不實금융기관으로 결정하고, ‘해약의 증가, 수입보험료의 감소, 영업조직의 동요와 이탈 및 유동성 부족 등으로 영업의 지속이 어려워 그 조기정상화를 위한다’면서 예금보험공사가 1,000만주의 신주를 인수할 수 있게 하는 자본증가와 위 증자에 의거 예금보험공사에서 출자한 금액을 제외한 기존 주식 전부를 소각하는 자본감소를 명령하였다.

금감위의 증자명령 및 감자명령은 예금보험공사의 출자결정일로부터 효력이 발생하고, 증자 및 감자는 위 출자결정일로부터 9일 이내에 효력이 발생하였는데, 예금보험공사는 이에 따라 1999년 9월 14일 출자를 결정하였다. 그러자 D생명 및 대주주, 임원들은 서울행정법원에 금감위가 내린 일련의 처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 다음, 그 소송에 적용될 수 있는 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제2조 제3호 가목, 제10조 제1항 제2호, 제2항 및 제12조 제2항 내지 제4항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌심판제청신청을 하였다.

서울행정법원에서는 1999년 9월 30일 금감위 처분의 상대방인 D생명이 제기한 소에 대하여 그 청구를 기각하였다.<sup>1)</sup> 또한 금감위 처분의 상대방이 아닌 대주주·임원들이 제기한 소에 대하여는 당사자적격 내지 訴의 이익이 흠결된다는 이유로 이를 각하하는 동시에 위헌제청신청을 기각하였다.<sup>2)</sup> 그러자 D생명과 대주주·임원들은 항소

\* 경희대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

1) 서울행정법원 1999.9.30 선고 99구27596 판결 (부실금융기관결정등 처분취소 사건).

를 하면서, 1999년 10월 13일 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

그 후 D생명은 1999년 12월 15일 서울고등법원에는 訴取下書를, 헌법재판소에는 이 사건 심판에 관한 請求取下書를 각각 제출하였다. 한편 서울고등법원은 2000년 3월 22일 D생명에 대하여 소취하에 따라 소송을 종료하고, 대주주·임원들에 대하여는 항소를 기각하는 취지의 판결을 선고하였다.<sup>3)</sup> 이에 대하여 대주주·임원들이 대법원에 상고하였다. 대법원은 2004년 12월 23일 D생명과 임원들의 상고는 기각하는 한편 대주주들의 상고에 대하여는 원심을 파기하고 서울고등법원에 환송하였다.<sup>4)</sup>

## II. 爭點 및 憲裁決定의 要旨

### 1. 爭點

이 사건은 한 가지 寓話를 생각나게 한다. 옛날에 어느 장수가 뇌염에 걸려 죽게 되었다. 그는 장수가 싸움터에서 큰칼에 맞아 죽지 않고 일개 곤충에 물려 죽는 것을 부끄럽게 여기며 부하에게 칼로 쳐서 죽게 해달라고 사정했다고 한다. 그러나 큰칼은 잘 해야 한 사람만 죽이거나 다치게 할 수 있지만 미생물이 옮기는 전염병은 적과 아군을 가리지 않고 수많은 사람을 죽게 할 수 있는 것이다.

여기 국내 굴지의 대기업이 있다. 이 기업의 총수는 국회에서 제정된 법률로써 기업이 망하는 것이야 어쩔 수 없지만, 일개 사무관이 주무르는 행정고시에 의하여 기업이 문을 닫는 것을 치욕스럽게 생각했던 것 같다. 그러나 그 고시의 내용이 우리나라뿐만 아니라 다른 나라에도 적용되는 보편적인 사항이라면 훨씬 더 威力的이라 아니할 수 없다.

이 사건은 우리 경제가 1997년 말 외환금융위기(이하 “IMF 사태”라 함)를 겪으면서 정부 주도 하에 추진된 금융기관 구조조정이 적법하게 이루어졌는지 문제가 된 대표적인 사례이다. 당시 정부는 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」(이하 “금산법”이라

2) 서울행정법원 99아667.

3) 서울고등법원 2000.3.22. 선고 99누13408 판결.

4) 대법원 판결의 요지는 다음과 같다. “舊금융산업의구조개선에관한법률(2000.1.21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항에 의하여 금융감독위원회의 직무정지명령을 받은 기존 대표이사는 당해 금융기관을 대표할 권한이 없다. 일반적으로 法人의 株主는 당해 법인에 대한 행정처분에 관하여 사실상이나 간접적인 이해관계를 가질 뿐이어서 스스로 그 처분의 취소를 구할 原告適格이 없는 것이 원칙이라고 할 것이지만, 그 처분으로 인하여 궁극적으로 주식이 소각되거나 주주의 법인에 대한 권리가 소멸하는 등 주주의 지위에 중대한 영향을 초래하게 되는 데도 그 처분의 성질상 당해 법인이 이를 다룰 것을 기대할 수 없고 달리 주주의 지위를 보전할 구제방법이 없는 경우에는 주주도 그 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 보이므로 그 취소를 구할 원고적격이 있다.” 대법원 2004.12.23. 선고 2000두2648 판결.

함)을 서둘러 개정<sup>5)</sup>하고 금감위로 하여금 부실금융기관에 대하여 적시시정조치, 증자 또는 감자 명령을 내리게 하는 등 構造調整을 단행하였다.

당시 금감위는 금산법 규정에 의거하여 D생명을 不實금융기관으로 결정하고, 예금보험공사에 의한 증자명령, 기존주주에 대한 감자명령을 내렸다. 청구인들은 금감위가 원용한 금산법 규정들에 違憲要素가 있음을 지적하고 위헌법률에 의한 행정처분은 무효이므로 부실금융기관결정 등의 처분을 취소하라는 재판을 서울행정법원에 청구하였다. 청구인들은 또한 금산법 관련규정의 위헌 여부가 행정소송의 전제가 된다 하여 위헌심판제청신청도 함께 하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인들이 違憲性을 문제삼은 舊금산법(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 규정은 제2조 제3호 가목,<sup>6)</sup> 제10조 제1항 제2호,<sup>7)</sup> 제2항<sup>8)</sup> 및 제12조 제2항 내

5) 본래 금융기관의 구조조정을 촉진하기 위해 「금융기관의합병및전환에관한법률」이 1991년 3월 8일 제정(법률 제4341호)되었는데 1997년 1월 13일 「금융산업의구조개선에관한법률」로 명칭이 바뀌고 전문개정(법률 제5257호)되었다. IMF 위기를 극복하기 위해 1998년 1월 8일 일부 개정(법률 제5496호)되었으며 그 후에도 2000년 1월과 10월, 2001년 3월 등 여러 차례 개정된 바 있다. 이 사건에서 문제가 된 조항들도 일부 개정이 있었으나, 기관의 명칭·용어의 변경과 함께 부실금융기관에 대한 정부의 출자 외에 유가증권의 매입을 추가(동법 제12조 1항 및 3항)한 것 외에는 본질적인 내용의 변경은 없었다. 따라서 본고에서는 현재 결정문을 인용하는 경우 외에는 법 개정 전후에 관계없이 “금산법”으로 통칭한다.

6) 舊금산법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “부실금융기관”이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 금융기관을 말한다.

가. 경영상태를 실사한 결과 부채가 자본을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.

7) 舊금산법 제10조 (적기시정조치) ① 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 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 권고요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다.

1. 금융기관 및 임직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉
2. 자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소
3. 채무불이행 또는 가액변경 등의 위험이 높은 자산의 취득금지 또는 비정상적으로 높은 금리에 의한 수신제한
4. 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인의 선임
5. 주식의 소각 또는 병합
6. 영업의 전부 또는 일부 정지
7. 합병 또는 제3자에 의한 해당 금융기관의 인수
8. 영업의 양도 또는 예금대출 등 금융거래에 관련된 계약의 이전(이하 계약이전이라 한다)
9. 기타 제1호 내지 제8호에 준하는 조치로서 금융기관의 재무건전성을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 조치

8) 舊금산법 제10조 ② 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 조치(이하 “적기시정조치”라 한다)를 하고자 하는 경우에는 미리 그 기준과 내용을 정하여 고시하여야 한다.

지 제4항9)이었다.

헌법재판소에서 심리한 이 사건의 법적 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

① 法院(서울행정법원)에 계속 중인 이 사건에 적용할 법률(금산법 규정)이 憲法에 위반되는지 여부가 당해 사건의 재판의 전제가 되는가.<sup>10)</sup> 이 사건의 청구인들은 原告適格이 있는가.

이 사건은 원칙적으로 법원에 적법하게 계속되어야 하며 원고적격을 가진 자는 D 생명이다. 이해관계를 가진 그 회사의 주주·이사 등<sup>11)</sup>도 법률상의 이익(행정소송법 제12조)을 갖고 원고가 될 수 있는지에 대하여 아직 확립된 대법원 판례는 없지만 헌법재판소는 일단 청구인들이 원고적격을 인정받을 수 있다고 보았다.<sup>12)</sup>

② 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 비추어 법률이 立法事項을 고시·훈령 등 行政規則의 형식으로 위임할 수 있는가.

③ 부실금융기관에 대한 금감위의 증자·감자명령이 헌법상의 재산권 침해, 경제적 민주질서에 반하지 않는가.

오늘날 권력분립의 원칙 하에서도 행정부에 대한 委任立法이 증가하는 추세에 있으나 이 사건은 다음과 같은 견지에서 특별한 고려를 요한다. 왜냐하면 금융시스템의 안정을 위협할 수 있는 부실금융기관의 구조조정에 관한 문제인 데다, 금융기관의 건전경영(safe and sound banking)은 전세계적으로 공통된 기준에 따라 준수되고 있기

9) 舊금산법 제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자 등) ① 금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부등”이라 한다)에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다.

② 제1항의 요청에 의하여 정부등이 부실금융기관에 출자하는 경우 당해 부실금융기관의 이사회는 상법 제330조제344조 제2항 제416조 내지 제418조의 규정에 불구하고 발행할 신주의 종류와 내용, 수량, 발행가액, 배정방법 기타 절차에 관한 사항을 결정할 수 있다.

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자를 하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.

④ 부실금융기관이 제3항의 규정에 의하여 자본감소를 명령받은 때에는 상법 제438조 내지 제441조의 규정에 불구하고 당해 부실금융기관의 이사회에서 자본감소를 결의하거나 자본감소의 방법과 절차, 주식병합의 절차 등에 관한 사항을 정할 수 있다.

10) 헌재 1995.7.21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58 참조.

11) 헌법소원 심판청구는 문제가 된 규정에 의한 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 직접적이고 현재적으로 자기의 基本權을 침해받은 경우에 한하므로, 주주·임원의 청구는 直接性的 요건을 결하였다는 주장이 있었다. 그러나 기본권 침해의 직접성 요건은 ‘權利救濟型’ 헌법소원에나 해당하고(헌법재판소법 제68조 1항), 이 사건 청구와 같이 법률의 위헌여부 심판의 제청신청이 기각된 때 그 신청을 한 당사자가 청구하는 ‘規範統制型’ 헌법소원의 요건은 아니라(동법 제68조 2항) 하여 위의 주장은 배척되었다.

12) 제1심과 항소심 법원에서는 청구인들의 당사자적격을 부정하고 소를 각하하는 판결을 내렸다.

때문이다. 예컨대 국제결제은행(Bank for International Settlements: BIS)의 자기자본 비율(capital adequacy ratio) 규제는 일종의 국제적인 규범(global standards)으로 취급되고 있다. 금산법에 의하여 금감위가 취하였던 適期是正措置(prompt corrective action)도 미국을 비롯한 주요국의 금융감독당국이 일반적으로 취하고 있는 금융감독 수단인 것이다.

이러한 견지에서 본고는 IMF 사태 이후의 금융구조조정에 법적인 틀을 제공하였던 금산법의 규정이 憲法에 위배되는지 여부를 집중적으로 살펴보기로 한다. 따라서 헌법소송 절차상의 문제인 ①은 論外로 하고, 금감위의 고시에 의거하여 부실금융기관의 경영개선 및 증자·감자를 명할 수 있느냐 하는 ②와 ③의 문제를 중심으로 헌법재판소의 결정과 관련문제를 검토하고자 한다.

## 2. 憲裁決定의 검토

헌법재판소 결정<sup>13)</sup>의 要旨를 토대로 위의 爭點에 대하여 구체적으로 살펴본다.

### 가. 금산법 제2조 제3호 가목과 제10조 제1항 제2호 및 제2항의 違憲 여부

청구인들은 금산법이 입법사항을 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임함으로써 국회의 입법권을 규정한 헌법 제40조, 대통령·국무총리·행정각부의 장에 대한 위임입법을 규정한 헌법 제75조와 제95조 등에 위반하였다고 주장한다.

그런데 금산법은 제2조 제3호 가목에서 不實금융기관을 정의하고 그 기준이 되는 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’은 금감위가 정하도록 하고, 아울러 금산법 제10조 제1항에서는 금감위가 금융기관의 자기자본비율 등 재무상태가 소정 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단할 경우 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관 또는 그 임원에 대하여 소정 적기시정조치를 취할 수 있게 하고 제2항에서는 적기시정조치의 기준과 내용을 금감위의 고시에 위임하고 있다.

헌법재판소에 의하면, 告示는 그 성질이 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정되는 것이라 하고,<sup>14)</sup> 원칙적으로 行政規則은 그 성격상 대외적 효력을 갖는 것은 아니지만, 예컨대 裁量權 행사의 준칙인 규칙이 반복 시행되어 행정관행이 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우,<sup>15)</sup> 또한 법령의 위임을 받은 행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 고시·훈령·예규

13) 현재 2004.10.28. 99헌바91 금융산업의구조개선예안법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원 사건. 그 全文은 헌법재판소 홈페이지<<http://www.court.go.kr>>의 판례검색 코너에서 찾아볼 수 있다.

14) 현재 1998.4.30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 506 참조.

15) 현재 1990.9.3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303.

등의 행정규칙이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 경우<sup>16)</sup>와 같이 특별히 예외적인 경우에는 대외적으로 효력을 갖는다고 한다. 그러나, 위와 같은 행정규칙, 특히 후자와 같은 法令補充的 행정규칙의 경우 상위법령과 결합하여 일체가 되는 한도 내에서 상위법령의 일부가 됨으로써 대외적 구속력이 발생하는 것일 뿐 그 행정규칙 자체는 대외적 구속력을 갖는 것은 아니다.

#### 나. 立法事項에 관하여 고시·훈령에 의한委任이 가능한지 여부

재산권 등과 같이 基本權을 제한하는 입법사항은 헌법에서 정한 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임하는 것이 바람직하다.

그 이유는 첫째, 法治國家의 원리는 입헌민주주의라는 제한적 민주주의에서 기원하고, 행정의 法律適合性의 요청 즉, 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙은 주로 민주적으로 구성된 의회가 행정부에 대한 통제수단을 갖게 하는 것이다. 즉, 원칙적인 입법권은 國會가 보유(헌법 제40조)하고, 行政立法은 그것이 외부적인 효력을 가지는 한 의회입법에서 파생하여 이를 보충하거나 구체화 또는 대위하는 입법권의 성격만을 가질 뿐이다.

둘째, 오늘날 국가가 적극적인 秩序形成의 기능을 수행하게 된 결과 규율의 대상이 복잡화되고 전문화되었으며, 개인의 권리의무와 관련된 모든 생활관계에 대하여 국회입법을 요청하는 것은 현실적이지 못하고 국회의 과중한 부담이 된다. 또한 국회는 전문성을 가지고 있는 집단이 아니라는 점, 國會立法은 주변환경의 변화에 탄력적이지 못하며 경직되어 있다는 점 등에서 機能適合的이지 못하다. 따라서 기술 및 학문적 발전을 입법에 반영하는데 국회입법이 아닌 보다 탄력적인 규율형식을 통하여 보충될 필요가 있다.

셋째, 오늘날의 機能的 權力分立論에 입각하였을 때 외부적인 효력을 갖는 법률관계에 대한 형성은 원칙적으로 국회의 기능범위에 속하지만 행정기관이 국회의 입법을 행정적으로 구체화하기 위하여 필요한 범위 내에서 행정입법권을 갖는다고 보는 것이 타당하다.

그렇다면 법률이 입법사항을 고시 등의 형식으로 위임할 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다. 국회의 立法中心主義에 기초하여 일정한 범위 내에서 行政立法을 허용하고, 사회적 변화에 대응한 立法需要의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없게 되었다.

이러한 관점에서 헌법 제40조, 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권으로 행정기관은 법률 등에서 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 법

16) 헌재 1992.6.26. 91헌마25 판례집 4, 444, 449.

정립의 권한을 갖게 되고, 입법자는 규율의 형식을 선택할 수 있게 되었다. 따라서, 헌법이 인정하고 있는 委任立法의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 않는다. 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위, 즉 행정규칙에 대한 위임입법이 불가피할 것이다.

#### 다. 法令補充的 行政規則의 통제

위와 같이 법률이 입법사항을 告示 등에 위임하는 것이 가능하다 할지라도 그에 관한 統制는 다음과 같은 이유로 더욱 엄격하게 행하여져야 한다. 과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발 사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 民主法治國家 議會로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하였다. 그 결과 행정부에서 마련하여 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고 위임입법이 양산된 것이 헌정의 현실이었다.

한편 행정절차법은 국민의 권리의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있도록(제45조) 규정하고 있으나, 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

법규명령과 행정규칙의 이러한 행정절차상의 차이점 외에도 법규명령은 法制處의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정하여 심의) 반드시 公布하여야 효력이 발생되는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력을 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 우리나라에서는 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 않다.

그러므로 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고,17) 금감위의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이다(행정규제기본법 제4조 제2항 단서). 또한 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다.

17) 현재 1998.5.28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509, 515 참조.

## 라. 금산법 각 규정의 違憲 여부에 대한 판단

### (1) 금산법 각 규정과 그에 의하여 위임받은 告示의 내용과 구조

금산법 제2조 제3호 가목은 부실금융기관의 개념을 정의<sup>18)</sup>하면서 ‘부채와 자산의 평가 및 산정은 금감위가 미리 정하는 기준에 의한다’고 규정하고 있다. 마찬가지로 금감위가 고시한 보험감독규정(1999.6.25 개정) 제134조 내지 제137조에 의하면, 부채와 자산에 대한 평가범위에 관하여 현재 통용되고 있는 보험업계에서의 회계기준을 그대로 적용하고 있다. 다만, 부실여부를 판단할 수 있도록 그 가치를 실질적으로 평가할 수 있는 항목만을 추가하고 있으며, 평가절차에 관하여 금융감독원장이 평가에 필요한 기초자료를 평가대상 보험사업자에게 요구할 수 있고 그 사업자에 入店하여 實査할 수 있도록 하고 있다.

금산법 제10조 제1항과 제2항에서는 금감위가 適期是正措置(prompt corrective action: PCA)를 취할 수 있는 경우를 규정하고 있는 바, 금감위가 정하는 적기시정조치의 기준 및 내용이 위의 보험감독규정에 규정되어 있다. 그 속에는 BIS 자기자본비율에 해당하는 ‘지급여력기준’의 계산방식<sup>19)</sup>과 지급여력의 비율과, 경영실태평가에 따라 금감위가 취하게 되는 적기시정조치인 경영개선권고, 경영개선요구, 경영개선명령 및 경영개선계획에 대한 제출명령 등의 기준, 내용 및 절차가 상세히 규정되어 있다.

### (2) 금산법 조항의 위임사항이 금감위의 告示로 위임될 사항인지 여부

금산법 제2조 제3호 가목 소정의 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’에 관하여 볼 때, 위와 같은 기준은 부실금융기관의 결정여부를 판단하는 중요한 기준이 된다. 그렇지만 금감위에서 정하는 부채와 자산의 개념은 회계학상의 용어로서 이 개념을 실무상 적용할 때에는 해당분야의 기술적·전문적인 지식과 경험, 나아가 국가경제정책적 고려까지 필요로 한다. 따라서, 그 내용은 전문적·기술적 사항으로 업무의 성질상 금감위의 고시로 위임할 수밖에 없는 사항이라 할 수 있다.

다음으로, 금산법 제10조 제2항에서 위임된 ‘적기시정조치의 기준과 내용’에 관한 사항 또한 금감위의 고시로 정하는 것이 부적절한 것은 아니다. 금산법에서 규율대상으로 하고 있는 금융기관은 은행, 보험회사, 종합금융회사 등 그 범위가 매우 넓고, 각 금융기관의 영업형태, 재무회계의 기준, 위험의 종류 등이 서로 달라서 하나의 법률에서 모든 금융기관을 통괄하는 통합기준을 마련한다는 것도 어려울 뿐만 아니라 이러

18) 각주 6) 참조.

19) 보험회사의 지급여력비율은 다음과 같이 계산하는데 적어도 100이 넘어야 안전하다고 본다.

즉, 지급여력비율=지급여력금액/지급여력기준금액×100

여기서 지급여력금액은 보험회사의 순자산에 해당하는 것으로 보험회사가 계약자에게 환급해야 할 금액(책임준비금) 이상으로 보유하고 있는 잉여금이며, 지급여력기준금액은 시장리스크, 보험리스크 등의 리스크를 경험통계 및 위험도 등을 감안하여 합리적으로 산출한 금액으로서 보험회사가 보유해야 할 적정잉여금을 의미한다.

한 상황에서 각 적기시정조치별로 모든 금융기관에 대하여 적용 가능한 기준을 마련하여 규정하고 그 기준에 맞는 조치를 하도록 하는 것은 사실상 불가능하다. 그와 같은 적기시정조치는 어디까지나 적기에, 급변하는 금융·자본시장의 상황을 적절히 고려하여 이루어져야 하는 것이므로 그 기준과 내용 역시 전문적·기술적인 것으로 업무의 성질상 금감위의 고시로 위임할 수밖에 없는 사항이라 할 수 있다.

### (3) 委任立法의 限界 逸脫 여부

입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이고, 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 다만, 구체적인 범위는 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 위임된 법규명령 등으로 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.<sup>20)</sup> 이 경우 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.<sup>21)</sup>

금산법 제2조 제3호 가목은 부실금융기관의 정의를 내리고 그 요건인 '부채와 자산의 평가 및 산정'에 관한 사항을 금감위의 고시에 위임하고 있다. 위 규정에서 언급한 자산과 부채라는 개념은 회계학상의 용어이며, 실무상 적용할 경우에는 다소 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 그러나 자산은 해당기업이 가지고 있는 경제적 효익에 대한 권리고, 부채는 타인에 대한 경제적 의무를 의미한다는 점에서 크게 다툼의 여지가 없을 뿐만 아니라 법률의 입법목적, 법률의 체계 및 위 규정이 법률 내에서 차지하는 위치 등에 비추어 위 규정 내에서 부채와 자산은 금융기관에서 일반적으로 통용되고 있는 일반적 개념으로 사용되었다고 볼 수 있다. 금산법에서는 부실금융기관의 정의에서 부채가 자산을 초과할 것이라는 기준을 제시하고 그 기준에 대한 세부적인 사항인 자산과 부채의 개념정립 및 그 적용, 자산과 부채에 대한 평가 및 산정기준에 관하여만 금감위의 고시에 위임하고 있으므로 이 규정 자체로부터 금감위 고시에 규정될 내용을 대강 예측할 수 있다.

헌법재판소에 의하면 금산법 제10조 제1항 및 제2항의 규정에서 '자기자본비율' 또한 회계학상의 용어로서 기업의 안전성을 분석하는 데 중요한 자료로 널리 사용되고 있고,<sup>22)</sup> 이를 다른 뜻으로 해석하거나 하위법령에서 원래의 취지와 다른 규정을 들

20) 헌재 1991.7.8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조.

21) 헌재 1994.7.29. 93헌가12, 판례집 6-2, 155, 165.

22) 금산법 제10조의 '자기자본비율'(capital adequacy ratio)은 회계학상의 용어가 아니라 BIS가 1988년 8월 부실금융기관을 판별하는 기준으로 제시한 금융감독상의 용어이다. Report on the Basle Supervisors Committee on International Convergence of Capital Measurements and Capital

수 없음이 명백하다고 한다. 그리고 이 규정은 금감위가 자기자본비율에 따라 단계별로 ‘자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소’에서부터 주식의 소각, 합병에 이르기까지 다양한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 위 규정에서는 그 조치의 형태에 따라 권고·요구 또는 명령을, 내용별로 제1호에서 제9호까지 각 조치를 구체적으로 열거하고 있는데, 그 기본적인 요건과 내용은 법률에서 이미 규정하고 있고, 그 구체적인 기준과 절차만 금감위의 고시에 위임하고 있다.

위 규정에 따라 금감위의 고시로 자기자본비율 분석에 따른 적기시정조치의 대상이 될 금융기관의 범위, 해당금융기관의 자기자본비율과 조치의 상관관계, 금감위의 조치에 따른 해당 금융기관의 후속조치에 따른 절차, 기타 권고·요구 또는 명령과 관련된 상세절차 등을 정할 것으로 누구라도 충분히 예측할 수 있다. 그렇다고 위와 같은 사항 외에 새로 국민의 권리를 제한할 가능성이 있는 내용을 담을 것으로는 생각되지 않는다.<sup>23)</sup>

더욱이, 위 규정에서 위임하고 있는 사항은 전문적·기술적인 것으로 업무의 성질상 금감위의 고시로 위임함이 불가피한 사항이라고 할 수 있다. 따라서 법률에서는 대략적인 기준만 마련하고 그 법률을 사실상 운용하는 정부기관에서 그 구체적인 기준과 내용을 정하는 것이 옳다. 그렇다면, 금산법 제2조 제3호 가목과 제10조 제2항의 규정에 의하여 위임된 금감위의 고시로 규제될 내용 및 범위의 기본사항은 구체적으로 규정되어 있는 셈이다. 누구든지 위 규정으로부터 금감위의 고시에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로, 包括委任立法 禁止를 선언한 헌법 제75조에 위반되지 아니한다.

#### 마. 금산법 제12조 제2항 내지 제4항의 위헌 여부

##### (1) 금산법 제12조의 立法目的

1997년 12월 IMF는 우리나라에 대한 금융지원을 계기로 부실금융기관에 대한 구조조정을 요구해 옴에 따라 정부는 부실금융기관을 청산할 경우 국내 금융시장에 미칠 파급효과를 고려하여 정부의 출자에 의하여 부실금융기관의 경영정상화를 추진하기로 하였다. 이에 정부는 1998년 1월 8일 금산법을 개정하여, 제12조 제1항에서 금감위가 부실금융기관에 대하여 소정의 요건이 충족되는 경우 정부등의 출자를 요청할 수 있

---

Standards <<http://www.bis.org>>. 그 내용은 금융기관의 자기자본이 자산별로 위험가중치를 고려하여 산출한 위험자산 총합의 8% 이상이 되어야 자산상태가 건전한 것으로 본다는 것이다. 우리나라의 금융감독당국도 IMF 외환위기 직후에 자기자본비율(BIS ratio)이 8%가 못되는 5개 시중은행 및 금융기관을 퇴출시킨 바 있다.

23) 뒤에서 설명하는 바와 같이 금감위는 아무 내용이나 恣意的으로 고시에 규정할 수 있는 것이 아니고 1996년 우리나라가 회원으로 가입한 BIS의 자산건전성에 관한 기준(prudential requirement)을 충실히 따라야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 헌법재판소의 결정문은 정곡을 찌르지 못하고 있다.

도록 하고, 제3항에서 주식소각과 주식병합의 방법을 통한 자본감소의 조치를 명할 수 있게 하고, 제2항과 제4항에서 증자나 감자 등을 추진하는 경우 부실금융기관의 정상화를 촉진하고 부작용을 방지하기 위하여 商法보다 대폭 간소화된 절차를 취할 수 있도록 규정하였다. 특히 감자의 경우 주주총회의 특별결의 대신 이사회 결의로 이를 결정할 수 있도록 하면서, 기존 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그에 반대하는 주주에 대해서는 상법상에는 없는 주식매수청구권(제7항 내지 제9항)을 별도로 도입하였다.

부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입게 되고 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과도 매우 클 것이다. 그러므로 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부등의 출자를 통하여 이를 회생시키고자 하는 것이 입법취지이다. 금융기관이 부실화하는 경우 일반 사기업에 비하여 국민경제에 미치는 파장이 막대하며 예금자 및 거래당사자가 보호되어야 할 필요가 있으므로, 국가가 이러한 부실을 떠안고 국민의 세금으로 조성된 공적 자금을 투입하기로 한 것이다.

## (2) 財産權의 침해 여부

### (가) 부실금융기관 株式의 재산적 가치

금산법 조항은 금감위로 하여금 부실금융기관에 대하여 정부 등의 출자를 통한 자본증가와 주식소각과 주식병합의 방법을 통한 자본감소를 명령할 수 있도록 규정함으로써 주식을 자유롭게 이용·수익·처분하는 주주의 재산권을 제한하고 있다.

우선 자본감소의 경우를 살펴보면, 주식소각이나 주식병합은 비록 외형상으로는 국가에 의한 株式의 박탈이란 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 부실금융기관의 주식 가치가 부실경영으로 말미암아 이미 零에 가까운 상태나 또는 零으로 감소해 있는 상태이다. 즉, 기존 주주들은 감자명령에 의하여 주식의 재산적 가치에 있어서 損失을 입은 것이 아니라 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 制限 당할 뿐이다.

이는 자본증가의 경우에도 마찬가지이다. 부실금융기관의 주식의 가치가 이미 零으로 수렴되었음에도 그 주식의 재산가치가 다소 남아 있어 공적 자금이 투입되고 부실 상태에서 벗어난 결과 기존 주식의 가치가 그에 비례하여 상승하게 될 것이다. 이 경우 기존 주주는 자본증가로 인하여 오히려 이익을 보게 된다.

따라서, 증자나 감자명령은 국가의 재화조달의 목적으로 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 박탈하려는 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것이 결코 아니

다. 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권에 관한 권리와 의무를 장래에 있어서 일반추상적으로 형성하고 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이다.<sup>24)</sup>

#### (나) 대기업 주식 등 財産權에 대한 제한

다른 모든 기본권과 마찬가지로 재산권도 公益上의 이유로 제한될 수 있음은 물론이며, 특히 대형금융기관과 같은 대기업의 주식의 경우 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 가능하다.

재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉 재산권의 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 특정 재산권의 이용과 처분이 일반 국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한을 더욱 폭넓게 가진다.<sup>25)</sup> 이러한 관점에서 볼 때, 대기업의 자본지분인 주식에 대한 재산권의 경우 개인의 인격발현에 대한 의미는 미미하고 사회적 연관성이나 사회적 기능이 훨씬 뚜렷하므로 국가에 의하여 보다 폭넓게 제한될 수 있다.

#### (다) 부실금융기관에 대한 增資 및 減資命令

금융기관의 부실은 다른 사기업의 경우와는 달리 국민경제에 큰 부정적인 효과를 가져올 수 있으므로 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국가경제의 안정을 위하여 국가가 개입할 필요가 있다. 부실금융기관은 대부분의 경우 증자나 감자명령 당시 사실상 지급불능의 상태에 있어 파산을 선언하는 순간 금융기관의 재산가치도 零이 되어 버릴 우려가 크며 부실금융기관의 주식도 이미 零에 가까운 상태로 그 가치가 감소된다. 만일 이러한 주주들이 보유하고 있는 주식을 그대로 둔 채 정부 등이 부실규모에 상당한 자금을 투입할 경우 그에 걸맞는 지분을 확보하기 어려운 반면에 기존 주주들은 새로운 자금이 투입됨에 따라 부실을 면하고 기업가치가 상승하여 예상하지 않던 이익을 얻게 되는 불합리한 결과가 초래된다.

따라서, 금융기관의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 국민경제의 관점에서 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 정부 등의 출자에 의한 자본증가와 자본감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 하고, 감자명령의 경우 자본감소에 이의가 있는 주주들에 대하여 주식매수청구권이 부여된다는 점(법 제12조 제7항) 등을 고려할 때 금융감독기관에게

24) 헌재 1999.4.29. 94헌바37등 판례집 11-1, 289, 305-306.

25) 헌재 1998.12.24. 89헌마214등 판례집 10-2, 927, 945.

자본금의 증가와 감소를 명할 수 있는 권한을 부여할 필요가 있다.

한편, 정부 등의 출자가 효율적이고 적기에 시행되기 위하여는 실현가능성도 없는 주주총회의 특별결의에 따르도록 하기보다 이사회로 하여금 신주발행을 위한 결의를 할 수 있게 하는 등 상법규정을 배제할 필요가 있다.

#### (라) 금산법 제12조 제3항의 合憲性

요컨대 위 각 규정은 국민경제의 안정을 실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정된다. 그러므로 위의 금산법 조항은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이라 할 것이다. 헌법재판소는 이미 금산법 제12조 제3항에 대하여 위와 같은 이유로 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>26)</sup>

#### (3) 헌법 제119조 제2항의 經濟民主化 위반 여부

헌법상의 經濟秩序에 관한 규정은, 국가행위에 대하여 한계를 설정함으로써 경제질서의 형성에 개인과 사회의 자율적인 참여를 보장하는 ‘경제적 기본권’과, 경제영역에서의 국가활동에 대하여 기본방향과 과제를 제시하고 국가에게 적극적인 경제정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하는 ‘경제에 대한 간섭과 조정에 관한 규정’(헌법 제119조 이하)으로 구성되어 있다.

특히 우리 헌법은 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 언급함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다.<sup>27)</sup> 따라서 헌법 제119조 제2항에 규정된 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제민주화’의 이념도 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.

그러나 금산법 조항이 자본증가와 자본감소의 명령을 할 수 있도록 한 것은 금융거래의 보호와 예금자보호라는 공익을 실현하기 위한 것으로서 헌법 제119조 제2항의 ‘경제민주화’와 아무런 연관이 없다. 더욱이 ‘경제민주화’의 이념은 경제영역에서의 국가행위의 한계를 설정하고 청구인의 기본권을 보호하는 헌법규범이 아니라 개인의 경제적 자유에 대한 제한을 정당화하는 근거규범이라는 점에서 헌법 제119조 제2항의

26) 헌재 2003.11.27. 2001헌바35 판례집 15-2(하), 222.

27) 헌재 1996.12.26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692-693.

‘경제민주화’는 금산법 조항의 위헌성을 판단하는 근거로서 고려될 수 없다.

### 3. 反對意見

헌법재판소는 이 사건의 금산법 관련조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 내렸다. 이에 대하여 다음과 같은 취지의 반대의견이 개진되었다.<sup>28)</sup>

#### 가. 금산법 제2조 제3호 가목과 제10조 제1항 제2호 및 제2항에 관하여

##### (1) 헌법상 委任立法의 형식과 行政規則의 문제점

우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서 예외적으로 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙을 한정적으로 열거하고 있다. 헌법이 국회입법의 원칙을 선언하고 있는 이상 직접 그것에 대한 예외를 인정한 형식에 의해서만 행정부에 의한 위임입법이 허용된다고 할 것이다.

고시나 훈령·통첩과 같은 행정규칙들은 법규명령과는 달리 그 성립과정에 있어서 타 기관의 심사·수정·통제·감시를 받지 않고 또 국민에 의한 토론·수정·견제·반대 등에 봉착함이 없이 누구도 모르는 사이에 성립되는 것이 보통이다. 그리하여 행정기관들이 ‘통제없는 행정규칙에의 도피’의 유혹을 받는 것은 당연한 현상이고, 이는 국민의 권리·자유를 부당하게 침해하고, 행정권의 비대화를 촉진하며, 나아가서 입헌주의와 법치주의를 훼손하는 결과를 초래하게 됨은 부인할 수 없는 일이다.

##### (2) 法規命令과 행정규칙

따라서 우리 헌법의 경우에는 법규명령의 형식이 헌법상으로 확정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·위임범위·요건·절차 등에 관한 명시적 규정이 있으므로 그 이외의 법규명령의 종류를 법률로써 인정할 수 없다 할 것이다. 우리 헌법을 이렇게 해석한다면 위임에 따른 행정규칙은 법률의 위임 없이도 제정될 수 있는 집행명령(헌법 제75조 후단)에 의하여 규정할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 내용만을 규정할 수 있다고 보아야 한다.

##### (3) 금감위 告示의 문제점

그렇다면 금산법 제2조 제3호 가목은 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’을 ‘금융감독위원회가 미리 정하는 기준’에, 금산법 제10조 제1항 제2호, 제2항은 ‘적기시정조치의 기준과 내용’을 ‘금융감독위원회의 고시’에 각 위임하고 있는 바, 이는 법규적 사항을 헌법에서 한정적으로 열거한 위임입법의 형식을 따르지 아니하고 법률에서 임의로 위임입

28) 반대의견은 권 성, 주선희, 이상경 등 3인의 재판관이었다. 본고에서는 반대의견을 대폭 간추리고 편의상 중간제목을 붙였다.

법의 형식을 창조한 것으로 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

#### (4) 現實的인 代案

과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 행정부에서 마련하여 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았다. 그로 말미암아 수많은 법령에서 법규적 사항을 고시나 훈령·통칙과 같은 행정규칙에 위임하는 형식을 취한 것이 우리 헌정의 현실이다.

위와 같은 법령을 모두 違憲이라고 하면 심각한 법적 공백상태가 초래될 것이라고 우려하는 견해도 있으나, 헌법재판소가 개개의 법률에 대한 위헌여부를 심사할 때 憲法不合致 선언을 하면서 그 해당법률의 계속적용 여부를 결정한다면 위와 같은 우려는 불식될 수 있다.

### 나. 금산법 제12조 제2항 내지 제4항에 관하여

#### (1) 헌법상의 經濟秩序

우리 헌법은 제119조 제1항에서 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정함으로써 ‘경제계획은 원칙적으로 개인에 의하여 수립된다’는 근본결정을 내리고 있다. 또한 헌법은 제23조에서 재산권을 보장함으로써 헌법 제126조의 사회화의 가능성에도 불구하고 그 조항의 명백한 예외적 성격으로 인하여 사유재산제도를 강하게 보장하고 있다. 또한 헌법의 경제에 관한 장(제9장)에 규정된 다른 헌법규범들이 언급하는 경쟁정책 및 경기정책(제119조 제2항), 구조정책(제123조) 등은 모두 시장경제에서의 경제정책의 주요과제를 의미한다는 점에서 우리 헌법은 시장경제를 전제로 하고 있다.

#### (2) 부실기업에 대한 國家的 支援의 문제점

그렇다면 우리 헌법이 보장하는 이와 같은 시장경제질서 또는 자본주의경제질서에 비추어 금산법 조항이 규정하고 있는 바와 같이 ‘국가가 강제로 사기업에 대하여 주주의 주식을 소각하거나 병합함으로써 자본금을 감소시킬 것을 명령할 수 있는지’에 대하여 근본적인 의문이 제기된다.

헌법적 질서로서의 시장경제원칙은 경제에 대한 국가의 간섭은 가능하면 기업 등 경제주체의 결정의 자유를 존중하도록 하고 시장기능을 고려하여야 하며 시장의 자동조절기능이 활성화되도록 자제되어야 한다는 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 사기업이 부실화하는 경우 국가가 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안 된다. 특히 IMF 사태 이후 부실화된 사기업에 대하여 긴급하고 절박한 필요에 의하여 정당화됨이 없이 막대한 공적 자금이 지원된 것은 궁극적으

로 우리 경제 전체의 자생력을 약화시키고 사경제의 주체인 국민의 도덕적 해이를 불러일으킬 우려가 있다.

이러한 이유로 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며 본건의 경우 부실화된 대상기업이 국가 경제에 큰 영향을 미치는 금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나 단지 이러한 이유만으로는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없다. 따라서 위 각 규정은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

### 3. 憲裁決定 및 反對意見의 검토

문제가 된 금산법 규정에 대한 헌법재판소의 결정과 반대의견을 살펴보면 재산권침해를 가져오는 委任立法의 형식에 대한 논의에 집중되어 있다. 법치주의 원칙에 따라 입법사항을 규정하는 ‘法規命令’과 입법사항이 아닌 것을 규정하는 협의의 ‘行政命令’(즉 행정규칙)으로 나누고, 국민의 권리·의무와 관련이 있는 입법사항에 속하는 것이므로<sup>29)</sup> 헌법에 정한 위임입법의 형식을 따라야 했느냐 하는 것이 논의의 핵심이다. 그러나 이 사건에서 간과할 수 없는 것은 금산법 규정이 규율하고 있는 것이 부실금융기관의 처리 문제로서 비단 우리나라에만 국한된 것이 아니라는 점이다. 우리 정부는 IMF 사태를 극복하는 과정에서 IMF 양해각서의 이행을 위하여 금산법 외에도 商法 등에 이른바 글로벌 스탠더드를 법제화한 것이 많았다.

그러므로 부실금융기관의 정리에 관한 BIS의 자기자본규제 권고안을 국내 법제화함에 있어서 어떠한 입법형식을 취하는 것이 적합한가 하는 문제부터 검토할 필요가 있는 것이다. 이 점은 우리나라가 OECD의 회원국으로서 OECD가 제안하는 법규범을 국내입법화할 때에도 똑같은 문제가 발생한다.

이와 같이 국제성을 띠고 있는 전문적인 사항을 입법화함에 있어서 주무관청이나 관련 행정기관이 수행하는 역할과 한계를 比較法的으로 고찰하는 것도 의의가 있을 것이다. 이에 관하여는 다음에 상세히 논하기로 한다.

## III. 國際規範의 國內立法化에 따른 문제

### 1. 國際規範의 國內立法 필요성

29) 윤명선, 「인터넷 시대의 헌법학」, 대명출판사, 2002, 845면.

우리나라는 1996년 말 OECD에 가입함으로써 OECD가 회원국들에 대하여 요구하고 있는 각종 규범을 국내 입법화할 의무가 있다. 대표적인 사례가 기업의 지배구조 개선을 위하여 상법, 증권거래법, 주식회사 외부감사에 관한 법률 등을 OECD 기업지배구조 원칙(OECD Principles of Corporate Governance)<sup>30)</sup>에 맞게 개정한 것이다.

특히 1997년 말 IMF의 지원을 받아 외환위기를 극복하면서 구조조정 프로그램에 포함된 각종 국제금융기준(international financial standards)을 IMF와 합의한 일정표에 따라 국내 입법화하지 않으면 안되었다.<sup>31)</sup> 특히 금융기관들에 대하여는 BIS 자기자본 비율을 비롯한 여러 국제금융기준을 적용하고 이를 국내법에도 반영<sup>32)</sup>하여야 했다.

여기서 국제금융기준이란 金融의 世界化(globalization) 추세에 맞춰 국제금융 시스템의 강화, 각국의 효과적인 경제정책의 수립·운용을 위해 금융·경제관련 정책, 제도, 통계 등에 관하여 국제적인 정합성과 투명성을 높일 수 있도록 여러 국제기구·단체에서 제정하고 시행하는 기준<sup>33)</sup>을 말한다.<sup>34)</sup> 국제금융기준의 제정과 이행에 관하여 통일적으로 권위를 가진 국제기구는 없고 각 분야별로 해당 전문가 그룹에 일임되어 있다.<sup>35)</sup> 국제금융기준 자체로서는 아무런 強制力도 없지만 그 내용이 합리적이고 급변하는 금융환경 하에서 매우 효과적이며<sup>36)</sup> 각국의 다양한 사정을 고려할 수 있도록 하는 데다 국제적 리더십을 갖고 있는 국가들이 참여하였고 개별 국가가 채택 여부를 결정할 수 있기 때문에 일단 채택되면 국제법 못지 않은 규범적 효력을 갖는다고 할 수 있다. 이러한 국제금융기준은 이를 수용한 나라의 자발적인 이행을 전제로 하며 개별 국가의 국내 입법이나 규제적인 관행을 통하여 이를 이행하는 절차를 밟게 된다. 따라서 이를 효과적으로 이행하려면 국제기준의 해석, 적용, 평가 및 집행절차를 수립하고 효과적인 법률체계와 집행을 위한 하부조직을 갖추어야 한다. IMF와 세계은행은 회원국들의 금융제도의 안정성을 도모하기 위하여 「금융부문평가제도」(Financial Sector Assessment Program: FSAP)를 도입하여 개별 국가의 금융제도와

30) OECD의 홈페이지 <<http://www.oecd.org>>에서 검색할 수 있다.

31) 김병태, “국제금융기준의 내용과 법적 성격”(이하 “국제금융기준”), 『상사법연구』, 한국상사법학회, 제22권 제5호(통권 제41호), 2004, 210면.

32) 1999년 2월에 개정된 은행법은 제45조 제3항에 다음과 같은 규정을 신설하였다. “금융감독위원회가 경영지도기준을 정함에 있어서는 국제결제은행이 권고하는 금융기관의 건전성 감독에 관한 원칙을 충분히 반영하여야 한다.”

33) 여기서 기준(standards)이란 국제금융분야에서 일반적으로 인정되는 규범(codes), 원칙(principles), 실행기준(practices), 지침(guidelines), 권고(recommendations), 조정(arrangements), 방법(methodologies) 등을 총칭하는 의미이다.

30) 한국은행 조사국, “금융·경제 관련 국제기준의 개발현황 및 주요 내용”, 조사통계월보 해설자료, 2000.11, 2면.

35) 김병태, “국제금융기준”, 211~212면.

36) 국제금융기준은 은행, 증권, 보험 등의 각 영역별로 지배구조, 회계, 공개와 투명성, 자본의 적정성, 규제와 감독, 정보의 공유, 리스크 관리, 지급결제, 비즈니스 윤리 등의 특별한 기능을 수행하도록 만들어진다. 상계논문, 214면, 228면.

금융상황을 평가하고 그에 대한 검토와 제안을 해오고 있다.<sup>37)</sup>

대표적인 예가 BIS 자본금협약(Basel Capital Accord)<sup>38)</sup>이라 할 수 있다. 한 은행의 자기자본이 위험자산 총합의 8% 이상이 되어야 한다는 권고(recommendations) 성격의 국제기준은 BIS 회원국들을 대상으로 하고 국제적으로 업무를 수행하는 은행에 대하여 적용한다고 하였지만, 구체적으로 자본금(core and supplementary capital)이 무엇인지, 위험자산(risk-weighted asset) 및 자기자본비율(capital adequacy ratio)은 어떻게 계산하는지 상세히 규정하고 있다. BIS 은행감독위원회는 국제은행들이 안전하고 건전한 은행업(safe and sound banking)을 영위하기 위하여 무슨 위험(risk)에 어떻게 대처해야 하는지<sup>39)</sup> 자세히 설명하고 있다. 동 위원회는 금융환경의 변화에 따라 2001년 초 기존 자기자본기준을 대체할 새로운 자본금 협약(New Basel Capital Accord)<sup>40)</sup> 제안서를 발표하였으며 각 회원국의 의견을 반영하여 2006년 말 시행을 목표로 그 내용을 확정된 바 있다.

## 2. 글로벌 스탠더드의 國內的 效力

이 사건에서 쟁점이 된 국제금융기준은 매우 광범위하고 포괄적인 개념<sup>41)</sup>으로서 하나의 국제관행으로 인정되고는 있으나 개별 국가가 자발적으로 채택하고 이행하기 전에는 법적인 구속력이 없는 ‘소프트 로’(soft law)<sup>42)</sup>로 보고 있다. 국제금융기준의 제

37) IMF는 2003년 3월 한국의 통화, 금융정책의 투명성, 은행감독, 증권규제, 보험규제, 기업의 지배구조, 지급제도 등을 전반적으로 평가한 「금융제도의 안정성 평가에 관한 보고서」(Reports on the Observance of Standards and Codes: Financial System Stability Assessment)를 공표하였다. 김병태, “IMF의 ‘대한민국 금융제도 안정성 평가에 관한 보고서’의 검토 - 은행감독과 법적 규제를 중심으로”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 제23권 제3호(통권 제44호), 2004. 11, 613면.

38) Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, July 1988. <<http://www.bis.org>>

39) 자본적정성(capital adequacy) 지표가 은행의 경우에는 자기자본비율 8%이고, 보험회사는 지급여력비율 100%, 증권회사·선물회사는 영업용 순자본비율 150%, 투자신탁회사는 위험대비 자기자본비율 150%, 종합금융회사 자기자본비율 8%, 여신전문회사 자기자본비율 7%를 각각 기준으로 한다. 그러나 위험자산의 개념이나 산출공식은 BIS의 것과 본질적으로 동일하다. 금감원 자료.

40) 비슷한 이름의 바젤협약(Basel Concordat)은 1975년 외국은행의 감독에 관한 각국 감독기관간의 권한에 대하여 규정한 것이며, 1983년에 개정(Principles for the Supervision of Banks' Foreign Establishments)되었다가 1991년 BCCI 파산 이후 추가적인 규칙들로 보완되었다.

41) 금융안정포럼은 “Compendium of Standards”(http://www.fsforum.org/compendium/about.html)에서 국제기준을 “실행규범으로서 널리 인정되는 것(what are widely accepted as good practices)”이라고 정의하고 있다.

42) 국제법에서 ‘소프트 로’란 국가간 합의에 포함되지만 강제할 수 있는 권리나 의무를 창출하지 않는 의사합치의 기준을 뜻한다. 이러한 소프트 로는 정치적인 협약으로부터 예외 규정을 가진 구속력 있는 합의에 이르기까지, 또는 추가적인 협약과 권고 규정을 요하는 스스로 실행될 수 없는 기준에 이르기까지 광범위한 합의, 조정, 각종 선언과 권고 사항을 망라하는 개념이다. 김병태, “국제금융기준”, 226면 각주 49).

정에 참여하는 국가나 기관이 제한적이고, 일반적인 입법절차가 아닌 각 분야 전문가들 사이의 합의만으로 이루어질 뿐이며, 형식적인 법률문구로 되어 있지 않아 법률적인 명확성이나 예견가능성, 구체수단이 크게 떨어지기 때문이다.<sup>43)</sup> 다만, 오랜 기간에 걸쳐서 일반적으로 인정되는 국제기준은 國際慣習法으로서 법적인 구속력을 부여받을 수 있을 것이다.

IMF 금융구조조정 과정에서 부실금융기관 퇴출의 기준이 되었던 BIS 자기자본비율<sup>44)</sup>은 현재 금감위의 「은행감독규정」과 「은행감독업무시행세칙」에 상세히 규정되어 있으며, 보험·증권업에 대해서도 같은 기준에 입각한 감독규정이 시행되고 있다. 현재 은행법 제45조 제3항에서 금감위로 하여금 BIS 건전성감독원칙을 반영하도록 하고 있지만, 일반적으로 인정되는 국제금융기준은 이러한 실정법 조항이 없더라도 일단 국내에 도입된 이상 그 立法形式에 관계없이<sup>45)</sup> 법적인 구속력을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그 이유는 첫째, 국제금융기준은 국내법으로서의 채택이 제안된 예비단계 또는 준비단계의 법률규칙에 불과하지만 개별 국가의 규제감독당국자 사이에 일종의 양해사향으로 간주<sup>46)</sup>되고 있는 점, 둘째, 국경의 개념이 희박한 국제금융시장에서 국가 간에 큰 편차 없이 통일적으로 시행되고 있는 점, 셋째, 국제기준의 충실한 이행 여부가 정기 또는 수시로 모니터링<sup>47)</sup>되고 국제적인 신용평가나 정책협의 등을 통하여 어떠한 형태로든지 국내에 피드백되고 있다는 점에서 사실상 그 이행이 강제된다고 볼 수 있기 때문이다.

예를 들어 국내 금융기관이 英國에 진출하고자 하는 경우 영국 감독당국이 BIS 건전성감독 원칙을 비롯한 국제금융기준의 이행 여부를 심사한다면 당해 금융기관은 국내 본점을 비롯하여 국제금융기준을 직접 적용받는 결과가 된다. 그렇다면 국제금융

43) 김병태, “국제금융기준”, 228~230면.

44) 이 사건에서 헌법재판소는 D생명을 부실금융기관으로 지정할 때 기준이 된 자기자본비율을 순전히 ‘국내적인 개념’으로서 파악하고 있다. 헌법재판소의 국제금융기준에 대한 沒理解는 다음과 같은 결정문의 誤謬로 나타나 있다. 즉 현재 결정문은 “자기자본비율 또한 회계학상의 용어로서 총자본에 대한 자기자본의 비율을 백분율로 표시한 것으로 기업의 안전성을 분석하는데 중요한 자료로 널리 사용되고 있[다]”라고 하였으나, 이는 “자기자본비율은 오늘날의 중요한 국제금융기준으로서 위험자산의 총합에 대한 자기자본의 비율을 백분율로 표시한 것으로 최소한 8% 이상이 되어야 도산의 우려가 없는 안전한 금융기관으로 인정받을 수 있다”라고 하여야 정확한 설명이 된다.

45) 이와 비슷한 사례는 유럽연합(EU) 指針(directive)에서도 엿볼 수 있다. 유럽의회와 각료이사회에서 제정한 지침은 각 회원국이 입법형식에 관계없이, 즉 새로 법률을 제정하지 않더라도 지침에 포함된 원칙과 규정을 법적 구속력 있는 규범으로서 시행하는 것으로 족하다.

46) 김병태, “국제금융기준”, 227면.

47) 국제금융기준을 제대로 이행하고 있는지 평가하는 것은 해당국의 자체적인 평가도 있지만, IMF·세계은행의 국제기준 및 규범준수에 관한 보고서(ROSC) 및 금융부문 평가제도(FSAP)를 통하여, 또는 금융안정포럼(FSF)이 1999년 12월에 설치한 기준이행특별위원회에서 정기적으로 실시하고 있다. Financial Stability Forum, Task Force on Implementation of Standards - *Terms of Reference*, November 1999 참조.

기준이 헌법 제6조 제1항에서 말하는 ‘일반적으로 승인된 국제법규’는 아닐지라도 국내에 도입된 이상 그 입법형식에 관계없이 법적인 구속력을 갖는다고 보아야 할 것이다.

이러한 판단기준을 이 사건에 적용한다면, BIS 금융기관 건전성감독 원칙에 입각하여 부실금융기관을 지정하고 당해 법인 및 주주·임원들의 재산권을 제한하는 행정조치를 취하였을 때 그 근거규정이 헌법에 규정된 대통령령, 부령 등의 委任立法 형식이 아니라 行政規則의 형태를 취하였다 할지라도 그 효력이 문제되는 것은 아니라 하겠다. 왜냐하면 이러한 국제금융기준은, 이 사건의 반대의견에서도 지적한 것처럼, ‘행정기관들이 제정과정에 있어서 최소한의 심사절차도 거침이 없이, 경우에 따라서는 일반이 요지할 수 있는 정도의 공포절차도 없이, 손쉽게 제정될 수 있는 것’은 결코 아니기 때문이다. 이러한 국제금융기준은 우리나라 대표가 회의에 참여하였거나, 참여하지 않았을지라도 비슷한 여건의 다른 나라 대표가 참여하여 충분한 토의를 거치게 마련이다. 그리고 성립과정에 있어서도 국제적으로 다양한 형태로 심사·수정·통제·감시를 받게 되며, 인터넷 등을 통하여 회의자료가 공개되므로 국민에 의한 토론·수정·견제·반대 등의 기회도 부여되었다고 볼 수 있는 것이다.

그렇다면 여기서 문제가 되는 것은 이와 같은 국제금융기준의 국내 도입 및 시행이 행정청에 맡겨졌을 때 이를 어떠한 절차와 형식을 거쳐서 행할 것인가 하는 점이다. 이 문제는 三權分立의 원칙이 비교적 철저히 지켜지고 있는 美國의 사례를 통해 알아보기로 한다.

### 3. 美國의 세브론 케이스

미국 연방대법원이 연방환경청(Environment Protection Agency: EPA)의 세브론 석유회사에 대한 대기오염물질 배출 규제조치와 관련하여 내린 판결<sup>48)</sup>은 단순한 환경소송 사건에 그치지 않고 위임입법의 적법성과 행정청 재량권의 범위를 2단계에 걸쳐 판단하도록 한 기준을 제시하였다는 점에서 주목을 받았다.<sup>49)</sup>

이 케이스는 민간환경단체인 천연자원보호위원회(Natural Resources Defense

48) *Chevron v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), 104 S.Ct. 2778.

49) 세브론 사건은 그 후 환경뿐만 아니라 복지, 인권, 에너지, 식품·의약품 관리 등 여러 분야에 광범위한 영향을 미쳤다. 예컨대 1980년대 후반 미국의 은행들이 보험·증권업무를 취급하고자 할 때 보험·증권업계에서는 이를 승인한 연방준비제도이사회(FRB), 통화감독청(OCC)의 조치가 은행법 위반임을 내세워 이를 금지하는 소송을 제기하였다. 이때 법원은 세브론 판결을 원용하여 FRB, OCC의 법률해석을 그대로 받아들였다. Edward L. Symons, Jr. and James J. White, *Banking Law* Third Edition, West Publishing Co., 1991, pp.422-534. 대표적인 케이스로는 *Clarke v. Securities Industry Association*, 479 U.S. 388, 404 (1987); *National Association of Life Underwriters v. Clarke*, US District Court, District of Columbia, 1990, 736 F.Supp. 1162 등 참조; 박원일, “민간투자법상 行政廳裁量의 범위 - 의정부 경량전철 사건을 중심으로”, 『토지공법』 제26집, 한국토지공법학회, 2005. 6, 342면.

Council)가 미국의 大氣淨化法(Clean Air Act)에 입각하여 대기오염물질의 배출장치를 단일 시설이 아닌 동일한 산업시설그룹(same industrial grouping)으로 정한 EPA의 조치가 미흡하다며 세브론을 제조한 사건이었다. 당시 미 의회는 일부 州가 EPA가 정한 대기오염도 기준을 지키지 못하자 1977년 대기정화법을 제정하여 각주가 대기중 공해물질의 배출허용기준을 새로 정하도록 한 바 있었다.

이 사건의 쟁점은 EPA가 정한 기준이 공장 전체에서 배출되는 공해물질의 총량만 넘지 않도록 기존 공장의 일부 시설만 改替하는 것으로 족한가 하는 클린에어법 규정<sup>50)</sup>의 해석 문제였다. 연방대법원은 문제가 된 사안을 두 단계로 나누어 우선 법률에 명시적인 규정이 있으면 입법자의 의사(legislative intent)를 따라야 하지만(제1단계), 법률에 규정이 없거나 있어도 모호(ambiguous)한 경우에는 법의 테두리 안에서 행정청의 결정이 합리적(reasonable)인지, 자의적이지 않은지 따져봐야 한다고 말했다(제2단계). 그런데 행정부는 법률에 의하여 위임받은 규정제정의 권한을 갖고 있으므로 의회가 이를 행정부에 위임한 경우에는 그러한 위임입법이 자의적이거나 법률과 저촉되지 않는 한 결정적이라고 보고, 議會가 위임한 것이 明示的이지 않을 때에는 法院이 獨自的인 해석을 내리기보다는 行政廳의 해석이 合理的인지 여부만 검토하면 된다고 하였다.

연방대법원은 의회의 입법연혁을 살펴볼 때 일정한 공장시설에 썩워진 가상의 방울(bubble)이 무엇인지 규정하려는 의도가 없었으므로 EPA의 해석이 합리적인 정책대안이라며 이를 존중해야 한다고 말했다.<sup>51)</sup> 당초 EPA는 공기오염물질 배출원을 공장 전체 및 개개의 시설 二重으로 보았으나, 1981년 레이건 행정부가 들어서면서 행정규제완화 차원에서 일부 시설에서 오염물질의 배출이 증가하더라도 공장 전체적으로는 배출량이 감소하면 법에 저촉되지 않는다는 입장을 취하였다. 즉 공장 전체에 버블이 썩워져 있다고 본 것이다. 연방대법원이 EPA의 조치를 존중하기로 함에 따라 1990년에 개정된 대기정화법에 의하여 규정 이상의 대기오염물질을 배출한 기업도 정화시설을 가동하는 다른 기업과 오염물질 배출권의 거래를 함으로써<sup>52)</sup> 규제를 피할 수 있게

50) 구체적으로는 ‘고정된 배출원천’(stationary source)에 대한 해석문제였다. Clean Air Act, §§111(a)(3), 172(b)(6), 302(j), as amended, 42 U.S.C.A. §§7411(a)(3), 7502(b)(6), 7602(j).

51) 위임입법에 있어서 행정청의 합리적 해석을 존중해야 한다는 연방대법원의 원칙(principle of deference)은 *Marbury v. Madison* 사건(5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)) 이래 “법관만이 무엇이 법인지 선언할 수 있다”고 한 종전의 입장을 상당 부분 양보한 것이라 할 수 있다. Cass R. Sunstein, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2074 (1990).

52) 세브론 케이스에서 인정된 버블 개념(bubble concept)은 공해방지시설을 갖춰 오염물질 배출량을 줄인 공장이 자기네 여유분을 ‘오염물질배출권’이라는 무형자산으로 다른 공장에 팔 수 있는 새로운 시장을 창출하였다. 2005년부터 지구온난화방지를 위한 온실가스 협약인 교토의정서(Kyoto Protocol)가 발효됨에 따라 1996년부터 시작된 이산화탄소배출권 거래가 세계적으로 크게 증가할 전망이다. 이에 따르면 이산화탄소를 많이 배출하는 기업은 그 증가분에 상응하는 숲을 가꾸거나 배출량감축목표를 초과달성하고 대기정화에 기여한 기업으로부터 배출권을 사들여야 한다.

되었다.

세브론 케이스의 法理는 이 사건과 무슨 관계가 있는가?

헌법재판소 결정문에서도 지적한 것처럼 오늘날에는 국가가 적극적인 질서형성의 기능을 수행하게 되면서 규율 대상이 전보다 더욱 복잡화되고 전문화되었다. 이러한 국가기능의 변화 속에 개인의 권리의무와 관련된 모든 생활관계에 대하여 국회입법을 요구하는 것은 현실적이지 못할 뿐만 아니라 전문성을 갖추지 못한 國會의 과중한 부담이 된다.

包括委任立法 禁止의 원칙상 입법자가 법률에서 대략적인 기준만을 정하고 그 법률을 사실상 운용하는 정부기관에서 그 구체적인 기준과 내용을 정하도록 하였다면, 그러한 위임입법이 자의적이거나 법률과 저촉되지 않는 한 결정적이라 할 수 있다. 따라서 미국식 권력분립 원칙에 입각하여 살펴보더라도 행정청에 대하여 일정한 입법형식을 요구하거나 法院이 독자적인 해석을 내리기보다는, 법원의 입장에서 행정청의 해석이 合理的인지 여부만 검토하면 되는 것이다.<sup>53)</sup>

이 사건의 경우 不實금융기관을 지정함에 있어서 부채와 자산의 개념을 정하는 것은 고도의 전문지식과 국가경제정책에 대한 고려를 필요로 한다. 적기시정조치도 금융기관의 부실화를 예방하기 위한 것으로 제반 사정을 고려하여 기동성있게 이루어져야 하므로 전문적·기술적인 성격상 금감위에 위임하는 것이 불가피하다. 그러므로 법률에서는 그 대략적인 기준만을 마련하고 그 법률을 사실상 운용하는 금감위에서 그 구체적인 기준과 내용을 정하도록 함이 타당하다. 사법부는 委任立法의 適否를 논할 게 아니라 금감위가 내린 행정처분이나 행정규칙이 합리적인지 여부만 사후적으로 검토하면 되는 것이다.<sup>54)</sup>

#### IV. 結 論

이 사건은 오랜 역사를 가진 국내 굴지의 생명보험회사가 IMF 사태 이후 내부 경

53) 금융기관의 부실화정도 및 그 회생가능성에 대한 판단은 고도의 전문성을 요할 뿐만 아니라 세부적이고도 기술적인 사항을 내포하는 정책판단에 관한 것이어서 법률로써 일률적으로 규정할 수 없다. 더욱이 위임입법의 범위는 그 사회가 처한 정치, 경제, 사회환경 및 일반인의 건전한 법상식에 기초하여 결정되어야 할 것인 바, 적기시정조치는 그 경제적 파급효과에 비추어 어떠한 결정보다 신속히 내려져야 하는 것인 점을 고려할 때 입법자는 적기시정조치의 내용을 구체적으로 명시하는 한편, 그 범위 안에서 금감위의 전문성, 기술성을 바탕으로 적절한 조치를 할 수 있도록 조치를 선택할 재량을 부여한 것은 포괄적 위임입법금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

54) 세브론 케이스에서 스티븐스 대법관은 대기오염 방지와 경제성장이라는 상충된 정책목표를 어떻게 수용하느냐 하는 것은 행정부의 소관임을 지적하고, 규제내용이 기술적이고 복잡하기 때문에 의회도 행정부에 위임을 한 것이므로 법원이 결정할 사항은 아니라고 말했다. See *supra* note 48) at 865.

영비리와 유동성 위기로 인하여 대주주와 경영진이 교체되는 과정에서 기존 대주주 측이 適法節次를 문제삼은 소송이었다. 비록 경영상의 과오는 있더라도 헌법이 보장하는 재산권을 적법절차를 거치지 않고 박탈하는 것은 민주국가에서는 있을 수 없는 일이다. IMF 사태 이후 온 국민이 고통을 나누었던 구조조정이 헌법과 법률에 의거하지 않고 정치권력자나 사회여론에 의하여 졸속으로 이루어졌다면 지금이라도 시정되어야 마땅하다.

이 사건의 실체법적 쟁점이 되었던 금산법의 관련규정이 헌법에 규정된 위임입법을 벗어난 것인가, 또 구주주의 재산권을 박탈하고 공적자금의 투입을 규정한 금감위의 고시가 헌법 규정과 헌법정신에 위배된 것인가 하는 문제는 헌법재판소에 의하여 違憲이 아닌 것으로 결론이 났다. 이러한 결론은 일부 금산법 규정이 헌법에 규정된 위임입법의 형식을 벗어났다고 하더라도 실체적으로는 BIS 등에서 권고한 국제금융기준을 충실히 따르고 있어 내용상으로 하자가 없다는 점, 실사 절차상의 하자가 있다 하더라도 구조조정의 결과를 뒤엎는 것은 우리나라 금융경제의 현실에 비추어볼 때 타당하지 않다는 점, D생명의 처리가 기존 재벌기업들의 사업교환(Big Deal) 방식과는 달리 비법률적인 절차나 방법으로 이루어지지 않은 점에 비추어 타당한 결론이라고 생각된다.

만일 국제금융기준을 국내에 도입할 때 그 도입근거는 법률로 명시하였으나 그 내용이 입법사항을 다루고 있다 하여 헌법재판소 결정문의 반대의견이 주장하는 대통령령 등의 입법형식을 따라야 한다면 절차나 내용상으로 비효율과 불경제를 초래할 공산이 크다. 왜냐하면 여러 회원국 또는 이해관계를 가진 국가의 대표들이 협의를 마친 국제금융기준의 핵심사항은 비록 강제성을 띠지 않았다 할지라도 국내에서 임의로 변경할 수 없으며,<sup>55)</sup> 국내에서는 여러 代案(alternatives) 중에서 선택해야 하는 경우가 많기 때문이다. 더욱이 그 내용도 고도로 전문적이고 기술적인 경우가 대부분이다. 그렇다면 그 형식과 내용이 헌법과 법률에서 정하는 테두리를 벗어나지 않았다면 주무관청의 고시·훈령에 의해서도 충분히 시행할 수 있다고 하겠다.

그리고 한 가지 지적할 것은 이 사건의 국내외적인 과장이 매우 컸음에도 헌법재판소에서는 결정문에서나 반대의견에서나 外資에 미치는 영향을 전혀 고려대상에 넣지 않았고, 국제금융기준으로 널리 알려진 自己資本比率에 대한 물이해를 노정<sup>56)</sup>하였다는 점이다. 헌법재판소 결정문에조차 명백한 오류가 기재되어 있는 것은 유감이 아닐 수 없다. 오늘날 국내 법제의 國際的 整合性이 外資의 유치를 비롯한 동북아 허브 구축의 전제조건이 되고 있음을 고려할 때 국제금융기준에 대한 司法府의 올바른 이해

55) 이 사건의 법률검토 대상인 금산법을 비롯하여 일련의 금융구조조정 관련규정은 외환위기 직후에 IMF로부터 국제적 기준(global standards)에 입각한 금융기관건전성 규제·감독의 실시를 요구받고 IMF측과의 협의를 거쳐 1998년 8월까지 그 내용을 확정하여야 했다.

56) 각주 22) 참조.

와 응분의 고려는 매우 중요한 문제이다. 미국 셰브론 케이스에서처럼 환경, 공공복지, 정보통신, 지적재산권, 국제금융 등의 분야에서는 행정청의 전문성·기술성을 존중하여 법원이 司法審査를 자제하거나,<sup>57)</sup> 법률의 규정이 모호하더라도 큰 틀이 헌법 규정 및 정신에 부합하는 경우에는 그 구체적인 시행은 합理性(rationality)을 담보로 행정청에 일임하는 원칙을 세우는 것이 바람직하다고 생각된다.

주제어 : 포괄위임입법 금지, 적기시정조치, 금융위원회 고시, 위헌, BIS 건전성감독원칙, 셰브론 케이스

Key Words : prevention of comprehensive delegation of legislation, prompt corrective action(PCA), notification of Financial Supervisory Commission, BIS prudential requirements, Chevron case

<출처: 「헌법해석과 헌법재판」, 윤명선 교수 정년기념논문집, 유스북, 2006.10>

57) 현실적으로도 행정공무원이 민주적으로 통제가 되고 전문성을 갖춘 나라에서는 큰 문제가 없을 것이다. 미국에서는 뉴딜 시대 이래 행정부가 경제의 효율성과 분배의 평등, 권리구제를 보장한다는 인식이 팽배하였다. Sunstein, *op.cit.* pp.2118-2119. 반면 강력한 정부에 의한 인권침해가 자행되었던 독일과 같은 나라에서는 사법부에 의한 견제와 균형이 보다 중시되고 있다.

## 참고 문헌

김병태, “국제금융기준의 내용과 법적 성격”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 제22권 제5호(통권 제41호), 2004.

\_\_\_\_\_, “IMF의 ‘대한민국 금융제도 안정성 평가에 관한 보고서’의 검토 - 은행감독과 법적 규제를 중심으로”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 제23권 제3호(통권 제44호), 2004. 11.

박균성, 「행정법론(상)」 제4판, 박영사, 2005.

박훤일, “민간투자법상 行政廳 裁量の 범위 - 의정부 경량전철 사건을 중심으로”, 「토지공법」 제26집, 한국토지공법학회, 2005. 6.

윤명선, 「인터넷시대의 헌법학」, 대명출판사, 2002.

한국은행 조사국, “금융·경제 관련 국제기준의 개발현황 및 주요 내용”, 조사통계월보 해설자료, 2000.11.

Cass R. Sunstein, 90 *Columbia Law Review* 2071 (1990).

Edward L. Symons, Jr. and James J. White, *Banking Law* Third Edition, West Publishing Co., 1991.

*Chevron v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), 104 S.Ct. 2778, Westlaw Database. <<http://web2.westlaw.com>>

헌법재판소 <<http://www.ccourt.go.kr>>

금융감독위원회 <<http://www.fsc.go.kr>>

금융감독원 <<http://www.fss.go.kr/kor/koreanindex.html>>

경제협력개발기구(OECD) <<http://www.oecd.org>>

국제결제은행(BIS) <<http://www.bis.org>> [이상 2005. 8. 29 최종 검색]