

經濟法の 理論과 體系*

Fritz Rittner**

權 五 乘*** 譯

I. 머 리 말

이 主題는 이론적인 激戰場이라고 말할 수 있을 정도로, 논쟁이 대단히 치열한 문제이다. 왜냐하면 많은 學者들이 아직도 도대체 經濟法이라고 하는 것이 존재하는지 혹은 존재할 수 있는지에 대하여 의문을 품고 있기 때문이다. 이 문제에 대한 논의는 거의 모든 나라에서 일어나고 있으며, 이것은 서유럽뿐만 아니라 동유럽이나 동아시아의 경우에도 마찬가지이다.

이 문제는 우선 아주 이론적이고 학문적인 냄새를 풍긴다. 理論과 體系는 언뜻 보기에는 교과서를 쓰거나 강의를 해야 하는 교수들의 일처럼 보인다. 그러나 자세히 살펴 보면, 경제법에 관한 문제는 커다란 정치적인 의미를 가진다는 것을 발견하게 된다. 예컨대 經濟를 하나의 독자적인 규율영역으로 볼 것인지, 아니면 국가의 한 부분 내지 국가조직의 한 부분으로 보아야 할 것인가 하는 문제가 바로 經濟法에 관한 문제이다. 만약 경제를 국가조직의 한 부분으로 본다면 특수한 經濟法이라고 하는 것은 필요하지 않게 될 것이다. 이러한 例로부터, 우리는 理論은 단순한 學者들의 사무에 그치는 것이 아니라, 사물을 정당하게 즉 사리에 맞게 사고하기 위한, 다시 말하자면 “사물에 대한 사려깊은 통찰”(Aristoteles)을 가능하게 하는 수단이라는 것을 알 수 있다. 그리고 體系는 思考 내지 구체적인 觀念의 정당한 秩序를 가리킬 뿐이다. 따라서 경제법을 연구하는 사람이면 누구나 그 체계에 대하여 생각하지 않을 수 없는 것이다. 이러한 이유에서 나는 이 테마가 가지는 실제적인 의미를 끊임없이 재음미해 오고 있다.

제 1 절에서는 이 문제에 대한 국제적인 論議를 개관해 보려고 한다. 그리고 제 2 절에서는 독일과 유럽의 經濟法の 最近의 발전을 여러분들에게 소개하려고 한다. 제 3 절에서는 企業法, 公法, 競爭法の 현황을 소개하고, 마지막으로 미래의 전망에 대하여 언급하려고 한다.

* 이 論文은 Fritz Rittner 교수가 1990. 5. 1 서울대학교 법과대학에서 강연한 것을 번역한 것이다.

** 서독 프라이부르크 대학 教授

*** 慶熙大學校 法科大學 教授

II. 經濟法의 理論

1. 서부유럽의 국가

a) 경제법은 중부유럽에서 제 1 차 대전이후에 발생하였다. 産業化의 전개로 인하여 1870 년이후에 이미 전통적인 法體系에 쉽게 편입될 수 없는 수많은 法律과 法現象이 생겨나게 되었다. 전통적인 法體系는 유럽에서 계몽주의의 自然法의 영향하에(S. Pufendorf, Chr. Thomasius, Chr. Wolff) 형성되고, 19세기 중엽이후에 완성을 보게 된다(F.C. v. Savigny, K.A. von Vangerow, B. Windscheid). 여기서는 전체의 法體系를 公法과 私法이라는 두 분야로 나누고, 국가는 私法에 관하여는 그다지 큰 관심을 가지지 않는다는 것을 전제로 하고 있다. 국가는 시민이 평화로운 상태에서 생활하고, 그들의 사법적인 분쟁거리를 법정에 제출하고, 중국에는 그들의 청구권을 국가적인 강제를 통하여 집행할 수 있도록 보장해 주기만 하면 되었다. 그러나 산업화의 결과로, 특히 전쟁경제를 수행하기 위하여, 국가가 자율적으로 형성되고 있던 私法의 영역에 깊이 관여하기 시작함에 따라, 전통적인 體系는 더 이상 유지되지 않게 되었다. 처음에는 많은 학자들이 이와 같이 새롭게 형성된 法들을 하나의 고유한 체계속에 포함시키려고 하였다. 예컨대 H. Lehmann은 産業法으로 파악하려 하였으며(1913), Kahn, Nußbaum, Heymann은 전쟁경제법으로 이해하려고 하였다(1918, 1920, 1921). 그들은 결국 경제법을 전통적인 法體系에 편입시키려고 했던 본래의 목적을 포기하고 만다. 따라서 經濟法은 하나의 異物質로 남아 있게 되었다.

그후에도 특히 독일에서 經濟法을 전통적인 체계에 편입시키려는 시도가 보이지만(Goldschmidt 1929, Rosenstock 1926, Hedemann 1929, Klausning 1931), 이러한 시도는 모두 완전한 것이 되지 못하고 만다. 전통적인 체계는 대단히 강력하기 때문에, 정치적으로 중요한 의미를 가지는 새로운 분야를 배척하게 되었다. 이것은 마치 건강한 육체가 박테리아나 바이러스와 같은 미생물들을 배척하는 것과 같은 이치이다. 말하자면, 法律家들은 낡은 질서가 이미 정치적으로는 추월당했음에도 불구하고, 아직도 그 낡은 질서를 고수하고 있는 셈이다.

b) 이러한 사정은 西獨의 40년 역사속에서도 실질적인 변화를 보이지 않고 있다. 聯邦法律公報(Bundesgesetzblatt Teil III)는 經濟法이라는 분야를 두고, 이를 一般經濟法, 營業法, 價格法, 對外經濟法, 鑛山 및 에너지, 貨幣·金融 및 保險, 기타의 經濟法, 農業 및 食糧·수산업 및 自然保護·수렵 및 어로등과 같은 9개의 세부분야로 나누고 있다. 그러나 이것은 체계적인 설명이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 經濟法의 이론적인 기초에도 맞지 않고, 체계적인 분류에도 일치하지 않는다(Fikentscher 1983, Rinck-Schwark 6. Aufl., 1983, Rittner 2. Aufl., 1987, Tilmann 1986 참조).

여기에는 다음과 같은 이유가 있다. 첫째로 전통적인 체계가 아직도 강한 抵抗力을 가지

고 있다. 고전적인 체계는 설명하기가 용이할 뿐만 아니라 분명한 것처럼 보인다. 둘째로 독일의 法學者들은 오늘날에도, 19세기와 마찬가지로, 私法學者, 公法學者 및 刑法學者로 나누어져서, 서로 긴밀한 교류를 하지 않고 있다. 그러나 實務家들은 그러한 분과현상은 보이지 않지만, 체계적인 說明을 시도하지 않는다.

c) 따라서 나는 近代의 產業國家에 있어서는 法學이 經濟法の 체계에 대하여 진지하게 검토하지 않으면 안된다고 생각한다. 그러나 여기서 우리는 이차원적인 분류와는 결별하지 않으면 안된다. 정확히 말하자면, 근대의 法體系는 이차원이나 삼차원으로 분류될 수는 없다. 法體系에 포함되어 있는 기본관념은 둘이나 셋보다는 훨씬 더 많기 때문에, 法體系는 훨씬 더 복잡하다. 개별적인 法規範이나 法制度는 法體系속에서 오로지 하나의 자리를 가지는데 그치지지만 이러한 자리매김은 다양한 기본관념에 의하여 결정되고, 여러가지의 관련을 가지게 된다. 예컨대 所有權은 오로지 物權法에서만 의미를 가지는 것이 아니라, 收用法이나 憲法에서도 중요한 의미를 가진다. 특히 憲法은 所有權을 보호하고 그 행사를 제한한다. 그리고 刑法은 所有權을 도난이나 횡령으로부터 보호한다.

經濟法은 私法이나 行政法과 같은 다른 法域을 침범하는 것이 아니라, 전통적인 체계에 포함되지 않고 있는 規範이나 制度들을 하나의 기본관념속에 통합시키는 것이다. 경제법에 특수한 기본관념으로서는 1919년의 라이히憲法 제151조를 들 수 있다.

“經濟生活의 秩序는 모든 국민에게 人間다운 生活을 보장하기 위한 正義의 원칙에 합치하지 않으면 안된다. 각 개인의 경제적인 자유는 이러한 한도내에서 보장된다.”

따라서 經濟法은 經濟生活에 관하여 가능한 한 正義롭고 合目的的인 秩序의 形成을 목적으로 하고 있다. 企業法, 競爭法, 價格法, 對外經濟法 및 保險·金融, 에너지, 交通등과 같은 분야에 대한 특별규제 등이 이러한 목적에 기여하고 있다. 전통적인 法域 즉 公法과 私法은 전혀 다른 기본관념을 기초로 하고 있다. 私法은 市民들 상호간의 法律關係를 규율하는데, 여기서는 契約秩序가 중요한 의미를 가진다. 한편 憲法이나 行政法과 같은 公法은 國家權力 특히 國家機關과 개별적인 市民과의 관계를 규율한다. 그러나 이미 오래전부터 경제법적인 성격을 띠고 있는 法律들이 존재해 오고 있다. 이러한 法律에는 특정한 經濟法的 目的을 실현하기 위하여 私法과 行政法이 서로 결합되어 있다. 예컨대 1901년의 독일의 保險監督法은 相互保險團體, 保險株式會社 및 保險契約에 관한 사법적인 규범을 포함하고 있을 뿐만 아니라, 保險業에 대한 감독기관의 감독이나 기타의 法的 規制를 위한 행정법적인 규범도 포함하고 있다. 法律을 公法과 私法으로 양대별하는 전통적인 法體系에서는 保險監督法을 公法的인 부분과 私法的인 부분으로 분리시키지 않으면 안된다. 전통적인 法體系속에는 保險業의 가능한 한 正當하고 자유로운 秩序라고 하는 기본관념이 들어설 자리가 없다. 그러나 立法者들은 이미 1901년에 다른 생각을 하고 있었다. 이러한 관점에서 보면, 法學은 立法者들보다 거의 90년이나 뒤지고 있는 셈이다.

d) 특정한 法體系 속에는 그러한 經濟法이 아예 존재하지 않는다는 이유로, 이상과 같은 經濟法의 理論에 대하여 반대할 수도 있다. 이 問題는 각 法秩序에 따라 다를 수 있기 때문에, 각 法秩序는 저마다 이 문제를 독자적으로 제기하고 回答하여야 한다. 근대국가라고 하여 반드시 經濟法을 가지고 있어야 하는 것은 아니다. 그러나 대개의 경우에는 經濟法을 가지고 있는 것이 사실이다. 왜냐하면 經濟法을 가지고 있지 않은 나라들은 經濟生活에 대한 포괄적인 規律을 포기하고 있기 때문이다. 法秩序가 모든 經濟活動을 私法과 個人的 私的 自治에 맡겨 놓는 이른바 자유방임적인 태도를 취하거나, 혹은 法秩序가 모든 經濟活動을 국가에 위임하고, 국가가 行政法을 통하여 이를 규율하는, 이른바 모스크바 아카데미의 行政法學派가 주장하고 있는 中央管理經濟의 경우에만 經濟法이 존재하지 않을 수 있다.

2. 東歐의 사회주의 國家

이들 국가들은 모두 그들의 “經濟法”을 개발하였다. 그러나 그들은 원칙적으로 生産手段에 대한 私的 所有를 인정하지 않고 있기 때문에, 이들 나라에서는 經濟法을 行政法과 구별하기가 곤란하다. 모스크바에서 일어나고 있는 行政法學派와 經濟法學派간의 論爭은 아직도 해결되지 않고 있다. 그러나 Lapter는 다른 학자들과 더불어 1975년에 이미 “社會主義 經濟法”을 제시하였다.

a) 東獨에는 20여년전부터 특별경제법이 존재하고 있다. Uwe-Jens Heuer 교수가 다른 학자들과 공동으로 집필한 방대한 體系書가 나와 있다. 이 책에서는 내가 일찌기 시도한 바 있는 것과 비슷한 방법으로, 經濟法과 行政法을 구별하고 있다(同書, 54면이하). 兩獨逸의 經濟는 대단히 다른 內容을 가지고 있고, 대단히 다른 원칙에 따라 형성되고 있는 점에 비추어 보면, 이러한 현상은 특별한 注意를 끈다. 그러나 兩法秩序는 全體經濟의 正當한 形成, 즉 全體經濟의 正當한 組織과 指導는 하나의 통일적인 과제이기 때문에, 이를 行政法이라고 하는 法秩序의 한 부분, 예컨대 경찰법, 학교법 또는 자치단체법과 같은 行政法에만 맡길 수는 없다고 하는 점에 대하여 인식을 같이 하고 있다.

b) 헝가리, 폴란드 및 체코슬로바키아에서도 사정은 마찬가지이다. 그러나 이들 나라에서는 순수이론적인 문제인 經濟法에 관한 법체계적인 문제를 經濟法典 즉 經濟法의 法典化라고 하는 법정채적인 문제와 혼동하고 있는 실정이다. 이들 두가지 문제는 원칙적인 이유와 실제적인 이유에서 서로 분리되어야 한다. 하나의 經濟法典을 가지는 것이 바람직하나 하는 문제는 나에게서는 대단히 의심스럽다. 法典의 편찬을 즐기는 독일에서조차도 아직 단일의 經濟法典을 편찬할 생각을 하지 않고, 다수의 단행법을 가지는데 만족하고 있는 것은 우연한 일이 아니다.

3. 기타의 國家

180개의 서로 다른 法秩序를 자세히 검토할 필요는 없기 때문에, 기타의 國家들에 대해

서는 개괄적으로만 고찰하기로 한다. 그러나 여기서 주의할 요하는 것은, 經濟法에 대한 문제는 각 法秩序에 따라 서로 다른 특성을 가지고 있다는 점이다.

a) 대륙법제로부터 영향을 받은 나라들에서는 經濟法에 관하여 독일과 유사한 방법으로 논의되고 있다. 이러한 현상은 특히 日本과 韓國에서 두드러지게 나타나고 있다. 이들 나라에는 유럽에 비해 훨씬 강한 經濟法學會가 존재하고 있다. 라틴 아메리카의 몇몇 나라에서도, 다소 사정이 다르긴 하지만, 이와 유사한 현상이 나타나고 있다.

b) 그러나 英美法系의 國家에서는 사정이 전혀 다르다. 美國에서는 經濟法(Economic Law)에 대하여 간혹 이야기하는 경우가 있기는 하지만, 그 의미는 대단히 불확정적인 경우가 보통이다. 이 理由는 이들 나라들이 經濟法이라는 문제를 가지고 있지 않거나, 이러한 문제를 보지 못하고 있기 때문이 아니라, 이들은 전통적으로 法體系에 대하여 진지하게 생각하지 않기 때문이다. 이들 나라에 있어서는 계몽주의시대의 自然法이 大法典編纂作業을 시도하지도 않고, 완전성을 지향하는 포괄적인 學問體系를 형성하지도 않았다. 그들은 매우 실제적이고 실용적으로 생각하기 때문에, 그들은 오히려 男便과 아내, 主人과 노예, 地主와 小作人, 商品의 賣買, 契約, 不法行爲등과 같은 구체적인 法分野에 대하여 이야기하기를 좋아한다(David S. 352). 이들 나라에서는 法을 전혀 다른 기준으로 분류한다. 예컨대 普通法(Common Law)과 衡平法(Equity)이 그것이다. 그러나 이러한 분류는 대륙법적인 法域의 구별과는 아무런 관계를 가지지 않는다.

이들 나라에는 이러한 體系가 존재하지 않기 때문에, 學者들의 고민은 그만큼 절약되는 셈이다. 이 점에 관하여 대륙법이 영미법으로부터 배울 수 있는지, 있다면 언제 그것을 배울 것인지에 대해서는 뒤에서 언급하기로 한다.

Ⅲ. 독일과 유럽에 있어서 최근의 經濟法의 發展

유럽에 있어서 최근의 經濟法의 발전은 다음과 같은 두가지의 사정에 의해서 결정된다.

——유럽공동체시장의 완성

——동구권의 國家의 변화

1. 유럽공동체 시장의 완성

우리가 유럽공동체法을 생각하게 되면, 체계적인 思考를 하지 않고는, “經濟法”에 대하여 논의할 수 없다는 것이 명백해진다. 왜냐하면 유럽공동체法은 원래 國際法에 속하는 사항이다. 그러나 유럽공동체법은 國家法을 형성하지는 않는다. 왜냐하면 공동체는 (연방)국가와는 상당히 먼 거리에 있을 뿐만 아니라, 결코 그러한 형태로 발전하지는 않을 것이기 때문이다. 유럽공동체법은 정치적인 이유때문에, 경제공동체로서 만족할 수 밖에 없을 것이다. 다시 말하자면 유럽공동체는 12개국의 부분적인 統合, 즉 共同市場에 그치게 될 것이다.

유럽공동체법은 이러한 목적을 위하여 각국의 經濟法에 깊이 간여하게 될 것이다. 이 법은 원칙적으로 모든 會員國에 대하여 직접적인 효력을 가지며, 각국의 법, 특히 각국의 憲法에 우선하는 효력을 가진다. 따라서 오늘날 독일의 經濟法에 대하여 최고의 결정권을 가지고 있는 기관은 Bonn에 있는 議會나 Karlsruhe에 있는 聯邦憲法裁判所가 아니라, Luxemburg에 있는 EC의 委員會 또는 유럽 法院이다. 유럽공동체법은 결코 이론적인 차원의 문제에 그치는 것이 아니라, 企業과 관청의 일상적인 사무에 점차 중요한 영향을 미치고 있다.

b) 그러나 유럽공동체법은 완전한 經濟秩序를 형성하기 위하여 특정한 경제학적인 개념이나 이론을 개발하려고 시도하지는 않았다. 만약 그러한 시도를 했더라도, 그러한 시도는 실패하고 말았을 것이다. 왜냐하면 EC國家들내에서도 經濟法的 기초와 기본견해가 나라에 따라 서로 다를 뿐만 아니라, 정치적·경제적인 조건이 서로 다르기 때문이다. 따라서 유럽공동체법은 원칙적으로 개별국가들간의 경제적인 境界를 철폐하는데 만족하지 않으면 안된다. 이를 위하여 「유럽경제공동체의 설립을 위한 協約」(EWGV)은 회원국의 개인과 기업에게 다음과 같은 4가지 自由를 인정하고 있다.

① 商品去來의 自由: 한 會員國의 법규정에 의하여 그 나라에서 합법적으로 거래되는 모든 상품은 다른 회원국에도 수입될 수 있다.

② 人的 去來의 自由: 이 자유는 다음과 같은 두가지의 의미를 가진다.

하나는 공동체내에서는 勞動者들이 자유로이 이주할 수 있다는 것이고, 다른 하나는 공동체내에서는 企業이 다른 나라에 支店이나 子會社등을 자유로이 설치할 수 있다는 것이다

③ 서비스去來의 自由: 예컨대 면직물의 염색, 금속의 도금 등과 같은 商品의 가공이나 보험은 공동체내에서 자유로이 이루어질 수 있다.

④ 資本去來의 自由: 이 자유는 아직 전면적으로 실현되고 있는 것은 아니다. 왜냐하면 換率의 決定權이 아직도 각 會員國에게 남아 있기 때문이다.

유럽공동체의 그밖의 經濟法은 모두 이들 4가지의 自由에서 도출되며, 각 회원국의 法規定的 조화를 지향하고 있다. 각 회원국의 法規定的 調和는 필요한 한도내에서만 추구되며, 그 목적은 競爭의 歪曲을 막기 위한 것이다. 예컨대 유럽공동체는 製造物責任에 관한 指針을 통하여, 이 문제에 대한 내용적으로 통일된 法을 마련했는데, 이는 특별히 관대한 製造物責任을 통하여 어떤 會員國을 이롭게 하려는 것은 아니다. 그리고 유럽공동체는 비슷한 이유에서 資本會社의 計算法과 自動車를 위한 배기가스방지장치(Katalysator)에 관한 규정을 통일하였다. 그러나 이러한 法規定的 調和가 어디까지 전개되어야 하는지에 대하여는 쉽게 판단할 수 없다. 아마 회원국들간의 상당한 차이는 항상 존재하게 될 것이다. 왜냐하면 모든 국가는 그 자신의 고유한 역사를 가지고 있을 뿐만 아니라, 많은 法的 및 事實的인 특수성을 가지고 있기 때문이다. 이러한 사정들이 보다 의욕적인 調和를 막고 있다. 그

리고 유럽공동체조직의 제한된 能力도 이러한 조화를 저해하는 작용을 담당하고 있다. 왜냐 하면 유럽공동체의 모든 규범은 원칙적으로 네개의 조직, 즉 委員會, 理事會, 議會 및 經濟社會委員會를 통과하여야 하기 때문이다. 뿐만 아니라 각 회원국의 12개의 議會에 상정되어야 한다. 따라서 유럽공동체에서는 매년 아주 제한된 수의 法規밖에 제정되지 않는다.

c) 따라서 유럽공동체의 經濟法은 대단히 역동적인 과정에 놓여 있다. 왜냐 하면 1992년 12월 말일까지 內部市場(Binnenmarkt)이 완성되어야 하기 때문이다. 그러나 이러한 사정을 아는 사람들은 누구도 1992년 12월 말까지 內部市場이 형성되리라고는 믿지 않고 있다. 會員國들은 통일유럽법(1986)에서도, “1992년 12월말이라고 하는 日字의 지정은 법적으로는 아무런 의미를 가지지 않는다”고 명백히 규정하고 있다. 따라서 이러한 過程은 1992년 12월말 이후에도 아마 수십년동안 계속될 것이다. 왜냐하면 유럽의 정치적인 統合은 대단히 원대한 목표일 뿐만 아니라, 아직도 정치적·경제적인 조화를 위해서는 많은 노력이 필요하기 때문이다. 세계적인 정치관계, 특히 東歐의 정치적 발전이 어느 정도 정상적인 모습을 찾을 경우에만, 이러한 모든 계획이 순조롭게 진행될 것이다. 그런데 이 점에 관해서는 예측하기가 대단히 곤란하다.

일반적으로 通貨聯合의 형성이 통합과정에 있어서 가장 중요한 단계라고 생각되고 있다. 작년에 委員長의 주도아래 작성되었던 Delors-Plan도 이 목적에 어느 정도 접근하고 있지만 아직 장래의 일정은 잡히지 않고 있다. 따라서 미래에 대하여 보다 정확하게 설명하려고 하는 것은 모두 비현실적이라고 할 수 있다. 그 이유로서는 다음과 같은 세가지들을 들 수 있다.

(1) 12개국의 經濟發展의 수준이 상당히 다르다. 그들이 모두 같은 수준에 있어야 할 필요는 없지만, هول란드, 벨기에와 그리스, 포르투갈과 같은 극단적인 차이는 극복되어야 한다.

(2) 화폐가치와 그의 安定性에 대한 주관적인 인식이 크게 다르다. 예컨대 독일은 모든 인플레이션에 대하여 대단히 예민한 반면에, 그리스와 이탈리아 같은 나라들은 이미 여기에 익숙한 실정이다.

(3) 中央銀行(發券銀行)의 기능과 법적 지위에도 상당한 차이가 있다. 예컨대 독일은 두 차례에 걸친 높은 인플레이션을 경험한 뒤에, 發券銀行을 모든 정치적인 영향력으로부터 해방하여, 법적·사실적인 독립성을 보장해 주고 있는데 반하여, 프랑스와 기타의 국가들은 중앙은행에 대하여 강한 정치적인 영향력을 행사하고 있다.

2. 東歐國國家의 변화

a) 이들 나라의 경제의 발전은, 그들의 역사적·정치적 발전과 마찬가지로, 각각 그들의 고유한 길을 걷고 있다. 이들 나라에 있어서 공통적인 것은, 이들이 모두 상호경제협력기구(COMECON)의 회원이라는 점과, 원칙적으로 사회주의적인 經濟法을 가지고 있다는 점이다. 그러나 후자의 경우에는 나라에 따라 상당한 차이가 있다. 이들 나라에는 그간에 소

련의 영향력이 지대했음에도 불구하고, 아직 동일한 經濟法을 가져본 적이 없으며, 앞으로 같은 길을 걷기는 힘들 것이다. 그것은 그들 국가내의 經濟法에 대해서 뿐만 아니라, 유럽공동체에 대한 접근에 있어서도 마찬가지이다.

b) 국내의 經濟法은 엄격한 사회주의적인 중앙관리경제로부터 보다 자유롭고 경쟁적인 형태로 전환하기 위한 課題를 담당하고 있다. 이러한 작업은 헝가리에서 광범하게 전개된 바 있으며, 체코슬로바키아가 이를 따르고 있다. 폴란드, 東獨 및 유고슬로비아는 모두 변혁과정에 놓여 있기 때문에, 그 자세한 사항을 이야기하기가 곤란하다.

그러나 소련은 대단히 어려운 문제에 봉착하고 있다. 소련에서는 지난 1년간 經濟法에 관하여 많은 변혁이 있었는데, 이에 대하여는 國民과 엘리트들이 많은 저항을 하고 있다. 變革은 “사회주의적 市場經濟”라고 하는 절충적인 길을 택하고 있는데, 여기에는 사회주의와는 결별하고, 市場經濟에는 이르지 못할 위험이 내재하고 있다. 예컨대 營業 내지 企業의 자유는 오로지 小企業 특히 手工業者, 小商人 및 치과의사와 같은 1人企業에게만 허용되고 있다. 그런데 거대한 국가기업을 株式會社로 개편하는 경우에는, 株式은 증권거래소의 자유로운 거래에 맡겨지는 것이 아니라, 國債의 형태로 모집되게 될 것이다. 이러한 이유들 때문에, 소련은 서방국가의 企業들의 자본과 노·하우를 가장 많이 필요로 하고 있다.

c) 유럽공동체는 원칙적으로 이들 나라에도 개방되어 있다. 유럽경제공동체의 설립을 위한 協約 제237조는 유럽의 모든 나라는 共同體의 회원이 되려는 신청을 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 共同體의 회원이 되기 위해서는 12개국의 대표가 참여하는 위원회에서 만장일치의 찬성을 얻어야 한다. 지금으로서는 회원국을 더 늘리려 하지 않고 있다. 그리스, 스페인 및 포르투갈을 참여시킨 이른바 「남쪽으로의 확장」은 공동체에 대단히 큰 부담을 안겨 주었다. 따라서 오스트리아와 터키는 아직도 한참동안 더 기다려야 할 것이다. 그리고 최근에는 유럽자유무역협회(EFTA)에 가입한 나라들, 특히 스위스와 하나의 유럽경제구역(EWR)을 형성하기 위한 協約을 체결하려는 움직임이 보이고 있다. 유럽경제공동체의 설립을 위한 협약은 물론 제3국의 참가를 허용하고 있긴 하지만, 참가가 인정되려면 회원국 전원의 동의를 얻어야 한다.

동구권의 나라들중에서는 아마 東獨이 제일 먼저 유럽공동체에 편입되게 될 것이다. 새로운 참가국의 모습으로 참여할 수도 있고, 독일안에 있는 양 국가의 통일의 형태로 이루어질 수도 있을 것이다. 그리고 헝가리와 폴란드도 멀지 않은 장래에 그러한 협약을 체결할 수 있을 것이다. 그러나 소련이 유럽공동체에 참여할 가능성은 극히 희박하다고 생각된다. 소련이 가지고 있는 거대한 정치적 비중이 몇몇 중소국가들의 공동체를 쉽게 파괴할 우려가 있다는 점외에도, 소련측에서는 企業에게 더 이상의 자유를 허용하기를 꺼려하고 있으며, 또 소련의 국민경제의 구조가 유럽공동체의 그것과 본질적으로 다르다는 점도 문제이다.

IV. 실제적인 문제

여기서는 이상에서 설명한 것을 몇가지의 실제적인 문제를 가지고 증명해 보려고 한다. 나는 그 예로서 企業法과 競爭法을 들고, 이들을 비교법적으로 설명해 보려고 한다.

1. 企業法

a) 모든 經濟法에 있어서 가장 기본적인 문제는 누가 企業을 설립하고 영위할 것인가 하는 문제이다.

(1) 많은 法律들은 이 문제를 전통적인 私法上의 人概念을 가지고 설명하고 있다. 이에 따르면, 平等의 原則에 따라 모든 自然人和 法人이 원칙적으로 企業을 설립하고 영위할 수 있다. 물론 이러한 原則에는 커다란 예외가 있다. 대부분의 法秩序에 있어서는 消費財의 生産, 商業 및 예술, 타이핑, 통역등과 같은 일반적인 서비스와 호텔, 세탁소등에 대하여만 이 원칙이 적용된다. 많은 독립적인 企業에 대하여는 法秩序가 일정한 要件을 요구하고 있다. 예컨대 手工業者, 銀行, 保險業 및 旅客運送에 대하여는 일정한 資格을 요구하고 있다. 따라서 여기에는 전문적인 심사가 따르게 된다. 그리고 특정한 분야에 대하여는 특정한 企業形態만을 허용하고 있다. 예컨대 保險業은 株式會社나 相互保險團體만이 영위할 수 있다. 그리고 몇몇 法秩序에서는 관청에서 개별적인 企業의 필요성에 대하여 심사하는 경우도 있다. 독일에서는 술집과 약국에 대하여 이러한 태도를 취하고 있었다. 술집의 설립을 제한하는 이유는 사람들이 알콜을 너무 많이 섭취하지 않도록 하기 위함이고, 약국의 설립을 제한하는 이유는 모든 약국이 좋은 돈벌이를 하면서 금지된 약을 취급하지 않도록 하기 위함이다.

(2) 모든 사람은 일반적으로 權利能力을 가진다고 하는 私法的인 人概念을 알지 못하는 法秩序에는 상당한 어려움이 내재하고 있다. 이러한 法秩序는 일반적인 原則規定을 가지고 있지 않기 때문에, 그들은 어떠한 관청이 어떠한 조건하에서 특정한 종류의 기업에게 식료품상, 자동차회사, 은행등을 영위할 수 있게 할 것인지를 法律로 규정하지 않으면 안된다. 여기서 담당관청에게 너무 많은 權限을 허용하지 않으려면, 법률로 필요한 사항을 자세히 규정하지 않으면 안된다. 이것은 결국 그 직업에 참여하는 것을 곤란하게 할 뿐만 아니라 市場參入을 어렵게 한다. 따라서 국가가 특정한 직업이나 市場의 參入을 강하게 규제하면 할수록, 人間の 자기발전의 가능성은 그만큼 축소된다.

b) 모든 企業法에 관한 두번째의 문제는 企業에 대한 국가의 감독이다. 어떤 法秩序가 市民에게 기업적인 活動에 대하여 아주 관대한 허용을 하고 있다고 하더라도, 그들에게 다른 사람들을 착취하거나 강탈 또는 사기할 수 있는 자유까지 허용할 필요는 없다. 따라서 많은 국가들은 기업을 감독하기 위하여 특별한 기구를 설립하고 있다. 그러나 모든 企業을 전반적인 감독하에 두는 것은 현명한 처사가 아니다. 그렇게 되면 企業의 活動은 크게 위

측될 것이며, 企業運營者의 士氣는 크게 저하되게 될 것이다. 따라서 특정한 분야와 특정한 과제에 대해서만 감독을 받도록 감독관청을 제한해야 할 것이다. 많은 나라에서는 실제로 保險, 金融, 에너지 및 交通業에 대해서만 감독기관을 두고 있는데, 그 이유는 유럽법원이 보험업에 대하여 한때 이야기한 바와 같이(EuGH 1986.7.10 판결), 이들 분야가 특별히 예민하기 때문이다. 手工業, 商工業을 대상으로 하고 있는 전통적인 營業監督은 그들 영업상에서 나타나는 위험, 예컨대 생산, 제과 및 술집에 있어서 건강상의 위험과 産業分野에서 나타나는 환경파괴위험에 제한하고 있다.

c) 모든 企業法에 관한 세번째 문제는 大企業의 문제이다. 자동차, 철강, 전자제품, 旅客이나 貨物의 항공운송등은 이제 수공업적 기업에 맡겨 놓을 수는 없다. 기술적인 이유뿐만 아니라 경쟁적인 이유——국제경쟁적인 관점——에서도 大企業의 출현은 불가피하다. 그러한 企業은 그 규모와 국민경제에서 차지하는 의미때문에, 그들의 종업원, 고객 및 환경에 대하여 마치 작은 국가와 같은 포괄적인 責任을 부담하고 있다. 여기에서 우선 이러한 企業에 대하여 어떠한 법적 형태가 필요한가 하는 문제가 제기된다. 국가기관에게 맡기는 것이 좋으나, 公法人에게 맡기는 것이 좋으나, 아니면 단순히 株式會社에게 맡기는 것이 좋으나 하는 문제가 제기된다. 여기에는 法秩序가 개별적인 大企業에게 조직의 자유를 어디까지 인정하는 것이 좋으나 하는 또 다른 문제가 제기된다.

이들 두 문제에 대하여는, 비교법적으로 볼 때, 서로 다른 대답이 가능하고, 실제로 많은 나라에서 이 문제에 관하여 많은 법정정책적인 논쟁이 일어나고 있다. 대부분의 서유럽국가의 경우에는 상당히 자유주의적인 해결책을 취하고 있는데, 그 결과는 그다지 나쁘지 않았다. 따라서 大企業은 모든 自然人과 法人(公法人도 포함)에 의하여 ——法形式에 대한 아무런 강제없이——영위될 수 있다. 그리고 이들 企業은, 특별한 산업분야를 제외하면, 완전한 組織의 自由를 누리고 있다. 여기서 특히 독일에서는 큰체른法이 하나의 특수한 法領域으로 발전되었다. 왜냐하면 많은 大企業들은 수백개의 큰체른企業으로 구성되어 있다. 그리고 각 큰체른企業은 그 큰체른의 내부에서 각각 특수한 임무를 담당하고 있다. 그러나 큰체른법의 과제는 각 큰체른기업의 채권자와 외부에 있는 株主의 보호에 그쳐야 할 것이다.

2. 競爭法

모든 企業을 지역적 또는 국가적인 독점성을 가지고 있는 行政單位로 구성하고 있지 않는 法秩序에서는 企業상호간의 競爭은 불가피하다. 그 競爭이 어느 정도로 치열한지는 우선 競爭하는 企業의 數에 따라 좌우되며, 고객의 관심과 사람들의 성향에 따라 좌우된다. 그런데 이러한 競爭은 다음과 같은 두가지의 문제를 제기한다.

a) 우선 모든 사람이 항상 공정하게만 행동할 수는 없다는 점이 문제된다. 競爭은 특히 불공정한 행위를 자극하게 된다. 예컨대 경쟁자의 商品에 대하여 허위 또는 불리한 사실을 말하고, 또 그의 상표, 상품 또는 선전슬로건등을 쉽게 모방하기도 한다. 따라서 대부분의

나라에서는 不公正한 競爭을 방지하기 위하여 특별법을 마련하고 있으며, 法院이 여기에 크게 기여하고 있다. 예컨대 프랑스와 같은 法秩序에 있어서는 이 문제에 대하여 不法行爲의인 보호로 대처해 나가고 있다. 不公正한 競爭을 방지하기 위한 法은 주로 損害賠償의 請求와 留止請求등과 같은 私法的인 手段에 의존하고 있으며, 형법적인 규범은 별로 많이 사용하지 않고 있다. 그리고 관청에 의한 감독은 극히 드물게 나타나고 있다.

b) 競爭에 관한 또 하나의 문제는 카르텔문제인데, 이 문제는 관청에 의한 감독이 없이는 해결될 수 없다. 企業들은 競爭을 부담스러운 것으로 생각하는 경우가 많다. 왜냐하면 경쟁은 그들에게 긴장과 분노와 땀을 요구하기 때문이다. 따라서 경쟁자들은 그들의 행위에 대하여 타협하고, 맥주나 시멘트와 같은 상품의 가격을 공동으로 결정하고, 그들의 활동영역을 분할하려는 유혹을 받게 된다. 法秩序는 이러한 합의가 私法上 無效라고 선언하는 방법으로 이에 대처할 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 “카르텔구성원들”이 그 협정에 따라서 행동하는 경우에는, 고객은 여전히 인상된 가격이나 지역독점에 의하여 착취되기 때문에, 이러한 私法的인 規制는 실효성을 잃게 된다. 따라서 모든 카르텔법은 특수한 관청을 설립하여, 그 관청으로 하여금 금지된 카르텔에 대하여 행정법적인 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.

V. 展 望

마지막으로 經濟法の 장래의 展望에 대하여 간단히 개관해 보려고 한다.

1. 大陸法系의 나라에서는, 公法과 私法을 엄격하게 분리하는 전통적인 태도를 그대로 유지하더라도, 체계적인 법주로서의 經濟法은 보다 더 확고한 지위를 차지하게 될 것이다. 왜냐하면 모든 나라에 있어서 국가는 그간에 經濟生活에 대한 원초적인 責任을 떠맡고 있으며, 이러한 과제는 法體系속에서 고유하고 중심적인 지위를 요구하고 있기 때문이다.

2. 經濟法の 內容은 나라에 따라 상당히 다르며, 한 法秩序에 있어서도 끊임없이 변화하고 있다. 따라서 “競爭經濟”(W. Eucken), “社會的 市場經濟”(Müller-Armack) 혹은 “競爭的 社會主義”(Oskar Lange, F.M. Taylor)와 같은 어떤 경제학파가 개발한 특정한 모델이나 “經濟憲法”(Wirtschaftsverfassungen)을 어느 나라의 經濟法으로 바로 수용하려고 하는 것은 잘못이라고 생각된다. 정당한 規律은 아마 계속적인 追求過程에서만 발견될 수 있을 것이며, 또 그것은 끊임없는 修正을 거쳐야 할 것이다. 여기서 특히 유의해야 할 것은, 각 개인이 스스로 결정할 수 있는 私的 自治의 틀이 지나치게 좁게 설정되어서는 안될 것이며, (강행법규, 관청에 의한 허가과 감독과 같은) 고전적인 統制는 점점 더 세련되어야 한다는 점이다.

3. 英美法系와 같이, 아직까지 經濟法에 관하여 별다른 논쟁이 없었던 나라에서도, 經濟法の 특수한 課題와 機能은 시간이 지남에 따라 더욱 분명하게 드러나게 될 것이다. 그러

나 오늘날 유럽과 동아시아에서 나타나고 있는 것과 같은 기본적인 체계적 論爭은 일어나지 않을 것이다.

4. 따라서 經濟法에 관한 국제적인 論議는 한편으로는 立法, 관청의 活動 및 判例에 대하여 점점 더 큰 의미를 가지게 될 것이며, 다른 한편으로는 개별적인 국민경제가 상호간의 접촉을 빈번하게 하면 할수록, 개별국가의 經濟法들은 점차 상호접근해 가게 될 것이다.