

영리기업으로서 민간경비의 영업활동에 대한 제도적 제약성 고찰

A Study of Institutional Restrictions for Private Security's Activities as for Profit Businesses

공 배 완[†]

Gong, Baewan

Abstract Private Security company concentrated on the commerciality as a for-profit businesses. Even so, his role is concerned with public welfare and public security over personal gain. Establishing a company and the business activities are free and protected by the constitutional law and the commercial law such as natural rights. However, it would be restricted in case of need for the national security affairs, public security violation and public weal problems. On the other hand, even though private security law is a for-profit businesses, the natural rights of the text of the Constitution is ignored and distinct from the different apply the rules for the establishment standard and for the business activities. Also, over a certain size of place and capital are required to establish a private security company. Therefore, this paper will study the public interests and the profits of commerciality for the private security by constitutional law and commercial law which assure and conserve the natural rights and the business activities.

Keywords Private Security, Public Interests, Commerciality, Natural Rights, Business Activities

요 지 민간경비업은 사설영리기업으로서 영리성을 목적으로 하고 있으며 동시에 범죄예방이라는 사회적 공익을 우선하고 있다. 이러한 측면에서 민간경비업에 대한 영리성과 공익성의 문제가 상충되고 있으며 영리기업이면서도 공익에 대한 관리감독을 받고 있다. 영리기업의 설립조건과 영업활동권은 상법에 명시되어 있으며 자연인으로서 국민적 기본권과 직업선택의 자유는 헌법에 보장되어 있다. 그럼에도 불구하고 민간경비업은 공익이라는 사회적 기능을 이유로 경비업법에 준하여 설립조건이나 영업활동의 제약, 직업선택의 자유 등에서 제약을 받고 있다. 즉, 영리법인이면서도 헌법조항의 기본권이 무시되고 있으며, 상법상 법인설립기준이나 영업활동보장권을 적용받지 못하고 있는 것이다. 경비업법에 따르면 경비업을 영위하고자 하는 자는 반드시 법적 절차에 따라 해당기관으로부터 허가를 받아야 하며 회사를 대표하는 임직원들도 결격사유가 있어서는 안 된다. 그러나 상법상 법인설립의 기준은 1명이상, 업종별 규정에 따라 차이가 있지만 기본적으로는 자본금 100원 이상이면 법적제약을 받지 않고 회사설립을 할 수 있고, 헌법에 보장된 노포권에 따라 영리를 목적으로 한 모든 소득활동은 보장된다. 이에 따라 본 연구는 민간경비업의 특수성에서 비롯되는 공익성과 영리성에 대한 법적, 제도적 문제점을 살펴보고자 한다.

핵 심 어 민간경비, 공익성, 영리성, 영업활동권, 국민기본권

† 교신저자 : 정희원, 정치학박사, 경남대학교 경호비서학과 교수
E-mail : gbw21c@yahoo.co.kr
TEL : (055)249-2555 FAX : (0505)999-2157

1. 서론

사회의 발전 속도와 산업주기의 전환 사이클은 혁명적인 과학기술의 진보와 더불어 더욱 빠른 속도로 진행되고 있다. 이에 따른 산업의 흥망성쇠도 산업주기에 따라 나타나고 있으며, 고객은 시장에서 필요재화를 충족하고 있다. 시장의 원리는 고객의 필요충분조건으로 순환되고 있고, 정부의 시장개입은 점차 배제되어 국가권력에 비해 시장기능의 확대가 경제흐름을 주도해 나가고 있다. 이러한 측면에서 민간경비업에 대한 공리성과 영리성의 문제가 대두되고 있다.

민간경비업은 사설영리기업으로서 영리성을 목적으로 하고 있으며, 사회적 기능은 범죄예방이라는 공익을 우선하고 있다. 영리기업으로서 법인의 설립조건과 자유로운 영업활동권은 상법에 준하고 있으며, 직업선택과 직업활동에 대한 기본권은 헌법으로 명시하고 있다. 상법상 영리기업의 설립기준은 회사설립에 뜻을 같이 하는 사람으로서 1인 이상의 발기인이면 가능하고, 자격에는 내국인이나 외국인, 법인 등 특별한 제한이 없다(상법 제288조). 다만, 미성년자인 경우에는 발기인이 되기 위해서 법정 대리인의 동의를 필요하다(상법 제292조). 또한, 헌법 제15조에서는 직업활동의 자유를 포함한 직업선택의 자유를 규정하고 있고, 이는 국민의 기본권으로서 어떠한 경우에도 침해당할 수 없음을 명시하고 있다(헌법 제37조 제2항). 다만, 국가안전보장·사회질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으나, 이 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없도록 하고 있다.

반면, 경비업법은 영리법인이면서도 헌법조항의 기본권이 무시되고 있으며, 상법상 법인설립기준이나 영업활동보장권이 적용되지 못하고 있다. 설립조건에 있어서 경비업은 일정규모 이상의 시설이나 자본금이 마련되어야 하고 허가관청으로부터 허가를 득해야 하며 허가의 유효기간도 5년이다. 법인의 임원에 대한 결격사유도 없어야 한다. 또한, 영업활동에 있어서도 법으로 규정된 영역을 벗어날 수 없으며 주기적으로 감독관청으로부터 관리나 지시를 받아야 한다. 국가의 간섭을 배제하고 독자적 역량에 따라 기업운업을 하는 일반 영리기업과는 대조적인 양상이다.

이에 따라, 본 연구는 민간경비업의 특수성에서 비롯되는 공리성과 영리성에 대한 법적·제도적 문제점을 살펴보고, 이러한 요인이 헌법에 보장된 기본권 침해와 상법상 영업권의 제약에 배치(排置)되는지를 비교·고찰함으로써 민간경비업에 대한 제도적 불합리성을 지적하고자 한다. 이에 대한 연구는 일반적 법리해석학의 시각으로 접근하고자 한다.

2. 민간경비의 공리성과 영리성

1.1 민간경비의 공리성

민간경비의 사회적 성장요인이 일차적으로 인간의 안전욕구에 바탕을 두고 있고, 사회범죄의 증가에 그 배경을 두고 있다. 또한 과거에는 국가권력만으로 사회통제나 질서유지가 대체로 원만할 수 있었으나, 작은 정부를 요구하는 시장 메카니즘적 다원주의 사회에서는 국가역할이 축소되면서 사적(私的)영역이 확대되어 공적기능의 민간영역이 사회를 리드하게 되었고 시민의 안전욕구도 민간기관에 의존하는 현상을 보이게 되었다(공배완, 2004). 공권력에 절대적으로 의존하던 시민의 안전문제가 수익자부담원칙에 따른 민간 의존적 안전구축 구도로 체제전환이 발생하고 있는 것이다.

따라서 민간경비는 영리기업이면서 사회적으로 범죄예방 역할을 수행하는 특수적 입장 때문에 공리성과 영리성이라는 양면성을 가질 수밖에 없다. 민간경비의 공리성은 사회적 기능에서 찾아볼 수 있다. 공리성(公利性)이라 함은 사적 영리추구보다는 공공의 이익을 우선적으로 도모하는 사회적 역할을 말한다. 따라서 전통적으로 국가기관이나 공공기관 또는 국가의 지원기관이나 단체에서 공익을 도모하는 사회역할을 수행해 왔으며, 공익의 주체는 국가나 공공기관이었고 일반시민은 공익의 대상으로 혜택을 누렸다.

민간경비의 성장과 발전이 자본주의적 사회발전과 연관성을 가지고 있다고 한다면 다원주의적 사회현상이 심화될수록 민간경비는 더욱 발전할 수밖에 없는 명제를 가지고 있다. 자본주의의 사회적 특성이 물질적 비대성과 더불어 사회병리현상의 조절능력 상실이라는 상대적 이중성을 가지고 있기 때문이다. 민간경비업은 이러한 사회과정에서 범죄예방이라고 하는 공리성을 목적으로 설립된 사설 영리기업의 형태이다. 따라서 민간경비의 공리성은 범죄예방이라고 하는 사회적 기능에서 찾아볼 수 있다. 다만, 특수 수요계층을 대상으로 하고 있다는 점이 일반적 공공성과의 차이점으로 설명되지만 범죄의 차단과 저지에 대한 사회적 목적

에서 본다면 공익의 범주로 분류되고 있는 것이다.

민간경비의 범죄예방 활동은 사회안전 기능으로서 시민의 생명과 재산을 보호하며 각종의 위협이나 위협으로부터 고객의 안전을 확보하는데 그 목적을 두고 있다. 안전의 문제는 삶의 질적인 문제로 귀결되며, 삶의 질 향상은 안전 확보를 기본 전제로 하고 있다. 경제수준의 향상은 안전구매를 용이하게 하였고, 이에 따른 안전관리의 역할도 시장을 중심으로 형성되기 시작하였다. 이는 범죄예방에 대한 공공적 기능의 분배 또는 차별화의 현상으로 이해될 수 있으며, 공익에 대한 국가독점 현상이 민간업체와의 공유체제로 전환되는 것을 의미하기도 한다.

1.2 민간경비의 영리성

민간경비업체는 사단법인으로 설립된 사설영리회사이다. 법인회사의 특성은 사단성과 법인성 그리고 영리성으로 나타난다. 사단성이 일정한 목적을 위하여 결합된 단체라고 한다면 법인성은 법률에 의하여 권능력이 인정된 단체를 말하며, 영리성은 영리를 최고 목적으로 설립된 단체를 말한다. 민간경비업체가 비록 공익성을 가지고 있다고 하더라도 법인으로 설립된 단체인 만큼 영리성은 부인할 수 없는 민간경비의 상업적 성격이다. 다만, 민간경비의 역할과 사회적 기능이 공리성을 배경으로 하고 있는 것이다.

민간경비의 성장배경 역시 영리성에 그 근원을 두고 있다고 볼 수 있다. 공권력의 절대적 부족에 의한 사회치안질서가 통제 불능 상태이더라도 구매와 판매의 수요-공급원리가 작동되지 않는다면 시장에서의 사설업체의 성장은 사실상 불가능하다. 즉, 사업성 또는 영리성이 배제된 사설업체의 성장과 발전은 있을 수 없다는 논리이다. 영리성이라 함은 회사가 대외적인 기업활동을 통해 이익을 얻고, 그 얻은 이익을 사원에게 분배하는 것을 말한다(이익분배설). 따라서 경비분야에서 안전서비스를 제공하는 민간경비업체도 판매활동을 하면서 구매자를 확보하여 수익을 창출하고(수익자 부담원칙), 창출된 수익을 통하여 구성원들의 복리증진과 회사를 존속 발전시켜 나간다(집단 이익론). 이에 공권력의 한계와 개인안보의식의 증대는 민간경비업체의 발전에 우호적으로 작용하는 요인이 되고 있는 것이다.

한국의 경우 민간경비업체는 매년 꾸준한 증가추세를 보이고 있다. 경비업이 제정되고 난 직후 1978년에는 10개 업체에 종사자 수는 4,991명이었으나, 1980년에는 13개 업체에 5632명, 1990년에는 252개 업체에 25,559명, 1995년에는 833개 업체에 40,109명, 2000년에는 1,838개 업체에 81,819명, 2007년 말에는 총 3,387개 업체에 종사자 수는 135,400명으로 조사되고 있다(경찰청, 2009). 경찰청(2011) 자료에 따르면 2010년 말 현재 3,473개의 경비업체에 142,363명의 경비원이 종사하고 있는 것으로 조사되고 있다. 최근(2007-2010) 민간경비업체와 민간경비원의 증가추이를 보면 아래의 그래프(Fig.1)와 도표(Table1)와 같다. 경비업체는 완만한 증가추세를 보이는 반면 경비원은 2009년을 기점으로 점차 증가하다 이후에는 다소 감소되는 추세를 보이고 있다.

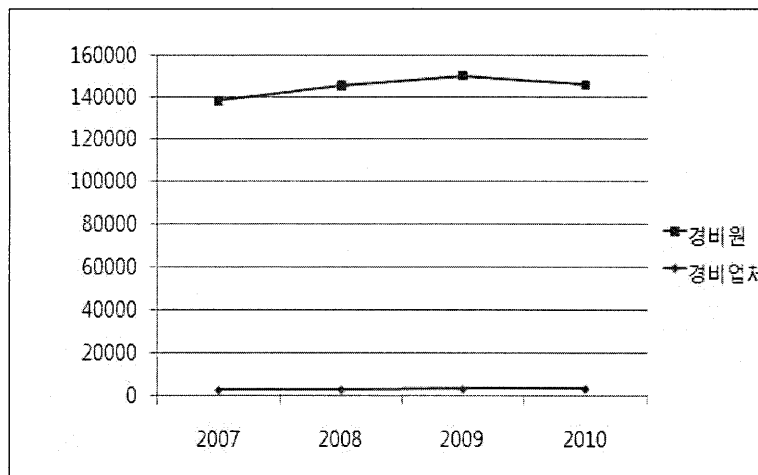


Fig. 1. 민간경비업체 및 경비원의 증가추이

Table 1. 민간경비업체 및 경비원의 수(경찰청, 2011)

구 분	업체 수	경비원 수
2007	2,834	135,400
2008	3,043	142,457
2009	3,270	146,805
2010	3,473	142,363

특히, 1990년 이후 경비업체의 수가 급증하였고, 이는 1986년의 아시안 게임과 1988년의 서울올림픽, 1993년 대전엑스포 등 국제적인 행사를 통해 국내 시큐리티 시장이 활성화되었기 때문으로 보고 있다. 시큐리티 시장의 활성화는 결국 사업성에 대한 자본의 이동이 발생하였기 때문이고, 투자를 통한 영리가 확보되었기 때문이다. 따라서 민간경비업체는 공익을 실천하는 사설영리기업으로 활동하고 있는 것이다.

3. 영리기업으로서 민간경비업에 대한 제도적 양면성

3.1 경비업법

경비분야에 있어서의 사단법인 설립이나 영업행위는 경비업법에서 규정하고 있다. 경비업을 영위하고자 하는 자는 반드시 법적 절차에 따라 해당 기관으로부터 허가를 받아야 하며 회사를 대표하는 임원진들도 결격사유가 있어서는 안 된다. 이는 경비업체가 일반 사단법인과는 달리 사람의 생명이나 신체 또는 재산을 보호하는 사회적 역할을 하기 때문에 국가기관으로부터 관리 감독을 받고 있는 것이다(공배완, 2007).

1) 민간경비업체의 제한

경비업을 영위하고자 하는 자는 법률이 정한 바에 따라 일정규모 이상의 시설이나 자본금을 갖추어 법인설립을 해야 하며 법인임원의 결격사유가 있어서는 안 된다*. 또한 경비업은 법인이 아니면 영위할 수 없으며(법 제3조), 법인은 경비인력, 자본금, 시설 및 장비 등을 갖추어야 한다(시행령 제3조). 경비업 법인은 주 사무소 소재지의 지방경찰청으로부터 영업활동 분야에 대한 허가를 받아야 하고 허가의 유효기간은 5년이며 연장할 수 있다. 허가사항의 영업내용 변경이나 휴업이나 폐업 등에 대해서도 허가관청에 신고를 하도록 되어 있다(경비업법 제4조, 시행령 제5조).

따라서 민간경비업을 영위하는 경우 자본의 규모나 설립규정, 유효기간 등 법적 제약요소들이 일반 법단체 설립에 비해 까다로운 편이며 허가관청으로부터 지시와 감독을 받고 있다. 허가관청인 공공기관이 민간사업체 운영에 대한 실질적인 관리·감독권을 가지고 있으며**, 명령에 대한 위반이나 불이행 시 처벌할 수 있는 권한도 가지고 있다***. 이는 헌법에 명시된 국민의 기본적 권리와 배치되는 부분이기도 하다.

2) 민간경비 영업활동의 제약

경비업법 제2조 경비업의 정의에 따르면 “경비업이라 함은 시설경비업무, 호송경비업무, 신분보호업무, 기계경비업무, 특수경비업무 등의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 영업을 말 한다”라고 하여 경비업의 영역을 5개 분야로 한정시키고 있다. 따라서

* 법인 임원의 결격사유(법 제5조): ①금치산자 또는 한정치산자 ②파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 ③금고 이상의 형을 선고 받고 그 형이 실효되지 아니한 자 ④이 법 또는 대통령 경호실법에 위반하여 벌금형의 선고를 받고 3년이 지나지 아니한 자 ⑤이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 허가가 취소된 법인의 허가취소 당시의 임원이었던 자로서 그 취소 후 3년이 지나지 아니한 자.

** 경비업체의 제한, 경비업의 허가, 경비업자 등의 의무, 경비원 교육, 경비원 명부배제 및 폐지 등

*** 경비업의 허가취소, 청문, 감독, 보안지도·점검, 행정처분 및 벌칙, 형의 가중처벌, 과태료, 양벌규정 등

법적으로 본다면 5개 영역 외의 대인·대물 안전 활동을 하는 경우에는 정상적인 경비업으로 볼 수 없으며, 허가취득 없이 이와 같은 영업활동을 하는 경우에는 불법으로 간주되어 법적 제재조치를 받게 된다. 또한 안전 활동을 수행함에 있어 국가로부터 지시와 감독을 받고 있음에도 불구하고 어떠한 법적권한도 주어지지 않으며, 소극적 방어수단 외에는 물리적 강제력이 허용되지 않는다.

사적 영역에서의 안전 활동 비중은 점점 확대되어 가고 있다. 방법, 방재, 방화 등 다양한 영역에서 자연적 또는 인위적 재해나 사고의 위협이 시민의 일상생활에 상존하고 있으며, 이는 국가기관에 의한 관리의 범주를 넘어서고 있다. 이에 대해 국가역할의 대체기능으로서 자발적 수익자부담원칙에 따른 안전지원 사업이 민간업체에 의해 이루어지고 있다. 따라서 영리를 목적으로 하는 민간업체는 영리성이 확보되는 경우 모든 영역에서 소득활동을 할 수 있는 것이 시장자본주의 원리이며 국민의 기본권이다. 이러한 관점에서 민간경비업체에 대한 영업활동의 법적 제약 문제는 다소 논란의 여지를 제공하고 있다.

3.2 헌법 및 상법

1) 국민의 기본적 권리

인간이 인간으로서 가지는 당연한 권리를 기본권이라 하고 이는 국민의 기본적 권리로서 헌법이 보장하고 있다. 헌법 제2장 국민의 권리와 의무에서 열거된 기본권 내용은 다음과 같다.

첫째, 불합리한 차별을 받지 않을 권리로서의 ‘평등권’이다.

둘째, ‘자유권’으로서 신체의 자유, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 주거의 자유, 사생활비밀의 자유, 통신의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 학문과 예술의 자유 등이 있으며 이는 국가권력으로부터 간섭받지 않을 개인고유의 자유이다.

셋째, ‘참정권’으로서 재산권 보장 및 손실보장, 선거권, 공무원 담임권 등 정치에 참여할 수 있는 자유이다.

넷째, ‘청구권’으로서 청원권, 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권 등 다른 기본권을 보장하기 위한 국민 기본권이다.

다섯째, 국가에 대한 인간다운 생활을 보장할 수 있는 권리로서 ‘사회권’이 있다. 즉, 교육받을 권리, 근로의 권리, 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권, 환경권 등이 사회권에 포함된다.

헌법 제10조에서는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’라고 밝히고 있어 개인의 합법적 사회활동과 행복추구에 대한 제도적으로 보장을 하고 있다. 또한 헌법 제37조 1항에서 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다’라고 함으로서 개인의 기본권이 포괄적으로 보장되고 있음을 알 수 있다. 반면, 동조(同條) 제2항에서는 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’고 함으로서 국가의 안전보장이나 사회질서유지에 우선하여 국민의 자유와 권리는 헌법으로 보장되고 있다.

2) 직업선택의 자유

직업선택의 자유란 개인이 바라는 바에 따라 어떠한 직업이라도 자유롭게 선택할 수 있는 자유를 말한다. 영업의 자유도 이에 포함된다. 이는 현행 헌법 제15조에 규정하고 있는 국민의 기본권으로서 어떠한 경우에도 침해당할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 다만, 국가안전보장·사회질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으나, 이 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없도록 하고 있다.

헌법에 보장된 직업선택의 자유는 합법적 소득활동을 보장하는 것으로서 개인의 경제활동을 법으로서 제한하지 않는다는 기본 내용이다. 따라서 개인은 소득활동을 자유로이 선택할 수 있을 뿐만 아니라 능력에 따른 영업활동 및 사업의 확장도 할 수 있으며 국가는 이를 보장해야 한다. 이는 자신을 비롯한 가족의 생계유지를 위한 필수조건이기 때문이다. 다만, 직업의 선택에 있어서 건전성과 공공성, 타당성이 전제되어야 하며 공익을 저해하는 직업 또는 소득활동이 되어서는 안 된다.

따라서 직업선택의 자유는 모든 경제활동을 포함하고 있는 통합적 기본권으로서 소득활동에 관한 자유이고, 자아실현의 자유이며 개인적 선택의 자유이다. 국가는 국익이나 공익에 위배되지 않는 한 이를 제지 또는 제한할 수 없으며 개인은 국가로부터 간섭을 받지 않으며 특정 직업의 선택에 대해 강제 받지도 않는다. 이에 대해 헌법 제119조에서는 “대한민국의 경제 질서는

개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다” 라고 규정하고 있다. 반면 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다(헌법 제119조)” 라고 함으로서 국가경제질서의 전반에 대해 국가의 개입을 일부 허용하고 있다. 또한 “국방상 또는 국민경제상 간절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다(헌법 제126조)” 라고 명시함으로 사영기업에 대한 국가의 통제 및 관리를 제한하고 있다. 따라서 국가는 긴급을 요하는 시장질서의 조정이나 국가안보의 침해문제를 제외하고는 원칙적으로 개인 또는 사영기업의 경제 및 영리활동에 개입할 수 없다.

3) 영업권의 보장

상법 제42조에 따르면 영업은 “일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하는 것으로, 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것”을 말한다. 즉, 영리를 목적으로 결합된 유·무형의 재산과 조직의 영리활동을 말하는 것으로 회사가 대표적 사례이다. 회사라 함은 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립한 사단법인을 말한다(상법 제169조). 따라서 상법상 모든 회사는 영리사단법인이다(169조, 171조 1항).

영리활동의 법적권리로서 영업권의 보장은 자영업 또는 비자영업의 직업선택에 대한 포괄적 소득창출활동을 말한다. 즉 선택된 직업 내에서 이루어지는 모든 영리활동을 말하는 것으로서 생산·제조 및 구매·판매 등에 수반되는 육체적·정신적 활동의 포괄적 개념이다. 따라서 영업권(營業權)은 굿윌(good will) 또는 노포권(老鋪權)이라고도 하며 직업선택과 동시에 이루어지는 것으로 영리를 목적으로 하는 모든 소득활동에 대한 개인의 기본권적인 개념을 말한다. 공법상 영업권은 “자유롭게 영업을 종류를 선택하고 그것을 영위할 수 있는 권리”로서 직업선택의 자유(헌법 15조)나 영업의 자유와 같은 뜻으로 풀이된다(네이버 백과사전). 따라서 영업권은 직업선택의 자유(헌법 제15조)와 재산권의 보장(헌법 제23조) 등 헌법에 의해 보장되고 있으며 국가는 개인 및 단체의 합법적 영업권을 침해할 수 없다.

4) 상법상 법인설립의 기준

상법상 법인설립에 대한 기본규정과 절차는 발기인의 구성으로부터 설립등기에까지 간단하게 이루어진다. 발기인의 구성은 회사설립에 뜻을 같이 하는 사람으로서 1인 이상이면 가능하고, 자격에는 내국인이나 외국인, 법인 등 특별한 제한이 없다(상법 제288조). 다만, 미성년자인 경우에는 발기인이 되기 위해서 법정 대리인의 동의가 필요하다(상법 제292조).

회사설립에 필요한 최저 자본금에 대해서는 2009년 5월 28일 상법개정에 의해 ‘주식회사의 최저자본금은 5천만원 이상으로 한다’라는 최저자본금 규정이 삭제됨으로서 상법상 1주 액면가 이상이면 된다. 주식회사의 경우 최소 1주 이상은 발행하여야 하고, 상법상 1주당 액면가액은 100원 이상으로 한다는 규정상(상법 제417조, 제455조) 법인설립에 필요한 법률상 최저자본금은 100원 이상으로 볼 수 있다. 다만, 자본금의 규모와 내용에 대해서는 업종별 규정에 따르도록 하고 있다. 면허가 필요한 건설업이나 인허가에 해당하는 영업행위 등의 경우에는 해당법규에서 최소 자본금 규모를 설정하고 있으며, 자본금의 내역에는 사무실 보증금이나 인테리어 및 집기비품 구입비 등도 포함시키고 있다. 자본금의 납입에 대해서는 10억원 미만 자본금의 발기설립의 경우 발기인 대표의 은행잔고증명으로 주금납입보관증명서를 대체할 수 있도록 하고 있어 별도의 납입증명을 요구하고 있지 않다(상법 제288조 및 329조).

주식회사는 최종적으로 설립등기에 의하여 성립되어 법인격을 취득하게 된다. 설립등기는 창립총회 종료일로부터 2주 이내에 본점소재지 관할 법원 또는 상업등기소에 신청해야 하고 설립등기 신청서에는 이사전원이 기명·날인하여야 하며, 법인설립절차가 관계 법령에 따라 적법하게 이루어졌음을 증명하는 다음의 서류를 첨부하여야한다(상법 제317조).

따라서 상법상 법인설립은 까다로운 절차 없이 비교적 간단하게 이루어지고 있으며, 설립된 법인의 영리활동에 대해서도 제도적 규제나 국가의 간섭이 배제되고 있다. 즉, 직업활동의 자유와 영업권이 보장되고 있으며 법인의 관리나 확대도 경영자나 관리자의 개인적 능력에 전적으로 위임되어 있다.

4. 영리기업으로서 민간경비의 영업활동 제약성

4.1 법인설립문제

법인설립문제에 있어서 경비업법과 상법은 각각 차이를 보이고 있다. 우선 경비업을 하려는 경우 반드시 법인이어야 하고 (경비업법 제3조) 개인은 경비사업체를 운영할 수 없다. 또한 경비업을 영위하고자 하는 법인은 반드시 소재지의 지방경찰청으로부터 허가를 받아야 하고 허가받은 업종 외에는 영업활동을 할 수 없으며, 허가의 유효기간도 5년으로 명시되어 있다. 즉, 경비업은 한시적 허가제이다. 그러나 일반사업자의 경우 법인 혹은 개인으로도 법적 유효기간 없이 소득활동을 할 수 있으며, 법인의 경우 발기인의 구성 및 사업성격에 따라 주식회사, 유한회사, 합명회사, 합자회사 등 자유의사로登記할 수 있고, 개인의 경우에는 업종에 관계없이 개인사업의 운영도 현행 제도로서는 가능하다.

법인설립에 대한 제도적 규제나 제약성이 완화되거나 신고의무제로 전환되는 추세를 감안한다면 경비업의 법인설립은 비교적 까다로운 법적 규제 장치를 설치하고 있다. 이는 사실영리기업의 합법적 시장진입을 방해하는 제도적 요인으로 작용을 하고 있고, 자유로운 직업선택권을 저해하는 위법적 장치로서 기본권 침해소지를 가지고 있다. 기본권은 헌법이 보장하고 있는 국민의 생존권이며 평등권(헌법 제2장)으로서 누구나 누릴 수 있는 당연한 권리이다. 따라서 법률적 측면에서 헌법이 제시하는 국민 기본권과 경비업법에 명시된 민간경비업체의 제한은 사실적으로 배치되는 조항이며 시장 자본주의 원리에도 역행되는 차별적 요인이다.

4.2 영업활동문제

영업활동(operating activities)은 투자활동이나 재무활동에 속하지 않는 모든 거래를 포함하는 소득활동을 말하는 것으로, 제품의 생산을 비롯하여 상품 및 용역의 구입 및 판매활동 등을 말한다. 상법에서는 상인을 기업이라는 개념에서 구체적으로 포착하여 이를 영업이라고 한다. 한국에서는 헌법상 영업의 자유는 기본원칙이지만, 어떤 종류의 영업에 대해서는 공익적 견지에서 허가를 필요로 하는 경우와 사법상(私法上) 질서유지를 위하여 법적 제약 등이 과해지기도 한다. 그러나 계약에 입각한 영업의 제한은 개인의 자유를 침해하지 않으면 유효하다. 객관적 의미의 영업은 동산·부동산·채권·채무 등으로 이루어져 영업목적에 위하여 결합될 뿐만 아니라 영업상의 비결이나 고객 등의 사실관계도 포함하고 있다. 따라서 영업은 구성부분인 각개의 권리의 무의 단순한 집합체 이상의 가치를 지니며, 회사는 그 자체가 영업조직으로 인정되고 있다(네이버 백과사전). 상법 제42조에서 영업은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하는 것으로, 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것을 말한다.

따라서 영업활동에 있어서 헌법과 상법은 개인의 자유로운 상거래 활동으로 영업권을 보장하고 있으며, 이는 직업선택과 동시에 이루어지는 것으로 개인의 기본권적인 개념이다. 따라서 국가는 합법적 범위 내에서 이루어지는 영업활동에 대해 개인 및 단체의 영업권을 침해할 수 없도록 되어 있다. 그러나 경비업법에서는 경비영역에 대한 영업의 범주를 시설경비, 호송경비, 신변보호, 기계경비, 특수경비 등 5개 영역으로 한정시킴으로써(경비업법 제2조) 자유로운 영업활동을 제약하고 있다. 소득에 대한 과세의무를 면제받지 않는 한 영업활동과 영업이익에 대한 제약조건이 전제되어서도 안 된다. 영업활동은 개인의 능력으로 간주되어야 하고, 국가안보나 사회치안질서유지를 훼손하지 않는 범위 내에서 허가 및 신고를 통해 이루어진 개인의 합법적 소득활동은 보장되어야 한다. 현재 논의 중인 민간조사원제도의 경우도 국가안보와는 무관함에도 불구하고 개인정보유출 및 사생활 침해 우려의 이유로 영업권이 인정되지 않고 있으며, 직업선택의 기본권마저 용인되지 않고 있는 실정이다. 이로 인해 매년 증가되고 있는 실종자나 미야에 대한 문제는 전담부서조차 없는 공공기관이나 개인의 노력에 맡겨 두고 있는 실정이다.

제한된 범주 내에서만 영업권을 인정하는 것은 과잉경쟁을 초래함으로써 기업의 부실을 가져올 수 있을 뿐만 아니라 자본유입을 차단함으로써 기업의 질적 성장에 장애요인으로 작용 한다. 따라서 무분별한 영업활동에 대한 적절한 관리장치를 만들므로써 영업권이 보장될 수 있도록 해야 하고 개인의 자유로운 소득활동이 보장되어야 한다. 경비업자의 겸업금지 조항이 헌법에 명시된 개인의 직업선택의 자유에 위배된다는 이유로 2001년 삭제된 것은 좋은 사례 중의 하나이다.

4.3 기본권 침해문제

직업 및 소득활동에 대한 기본권은 헌법 제15조 직업선택의 자유(모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다)에서 찾아 볼 수

있다. 이는 직업의 선택뿐만 아니라 선택한 직업을 영위하고 행사하는 자유까지 포함한 개념으로 해석되고 있다. 직업의 자유에 대한 보호의 대상이 되는 ‘직업’은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적이며 합법적인 소득활동을 의미하며 직업의 종류와 성질은 무관한 것으로 보고 있다. 또한 헌법 제10조에서는 개인의 행복추구권을 인정하여 직업활동을 통한 개인의 행복추구를 국가가 제도적으로 보장하고 있다.

직업선택의 자유는 ‘직업결정의 자유’와 ‘직업수행의 자유’까지 포함한다. 직업결정의 자유는 본인이 원하는 직업과 직종을 결정할 수 있는 자유를 말하며, 법인의 설립은 설립 그 자체가 직업선택의 자유로 인정되고 있다. 또한, 다수의 직업을 동시에 가지는 겸직의 자유도 직업선택의 자유에 포함된다. 직업수행의 자유는 영업활동의 자유와 경쟁의 자유, 전직의 자유 등 선택된 직업에 대한 합리적 소득활동을 말한다.

직업의 자유는 개인의 능력과 무관하게 직업행사에 의해 제한될 수 있다. 학원의 영업시간 제한이나 공중목욕탕의 거리제한 등 공공복리나 질서유지, 국가안전보장 상 필요한 경우에 직업자체가 갖는 특수성으로 인하여 직업행사가 제한되는 경우가 있으나, 이 경우에도 과잉금지원칙에 따라 그 제한은 필요최소한도에 그쳐야 한다(헌법 제37조 제2항).

민간경비업은 국가의 안전보장이나 사회질서유지, 또는 공공복리를 저해하는 직업의 종류이기보다는 사회질서유지 등 오히려 공익을 위한 직업의 유형이다. 직업수행의 과정에서도 유흥업소와 같은 퇴폐적 사회문화를 조성하는 것과는 달리 공익을 위한 건전한 사회참여활동을 하고 있다. 그럼에도 불구하고 민간경비업은 법적인 제약을 받고 있다. 현행 경비업법에 따르면 직업선택권에 대한 기본권이 제한을 받고 있으며, 직업수행의 자유에 대해서도 제약을 받고 있다. 기타 법인설립과 임원진의 구성에 있어서도 기본권과는 다른 차별적 요소가 적용되고 있다. 헌법에 명시된 국민의 기본권이 하위법령에 의해 실질적인 제약을 받고 있는 것이다. 직업수행의 제약은 결국 직업선택의 자유를 제한함으로써 생존권을 위협하는 궁극적 요인으로 작용한다.

5. 결론

인간이 인간으로서 가지는 당연한 권리를 기본권이라 하고 이는 국민의 기본적 권리로서 헌법이 보장하고 있다. 헌법 제2장에서 명시되어 있는 국민의 기본권으로서의 행복추구권, 평등권, 자유권(직업선택의 자유포함), 참정권, 청구권, 사회권 등이 있다. 특히, 직업선택의 자유는 생계문제와 연관성을 갖는 중요한 문제로서 영업활동을 포함한 자유로운 개인경제 활동의 자유를 말한다. 따라서 직업선택과 직업활동의 자유는 개인의 능력을 사회적으로 발휘할 수 있는 자유이며, 생활수준의 향상을 위한 사회적 조건이다.

헌법재판소는 직업선택의 자유의 보호영역을 넓게 인정함으로써 직업수행의 자유와 직업선택의 자유를 포함해서 국민의 직업생활영역을 포괄적으로 보호하려 하고 있다(허영, 2011). 또한 헌법 제119조에서는 ‘대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다’라고 명시되어 있으며, 헌법 제126조에서는 ‘국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다’라고 규정하고 있다. 따라서 직업의 문제는 개인의 경제적 행위이며 가족의 생계문제와 국가의 존립문제로서 가장 우선적으로 보장되어야 할 중요한 기본 조건이다.

헌법 제37조 제1항에서 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니 한다’ 라고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’라고 그 제한과 한계를 규정하고 있다. 따라서 직업선택권과 영업권은 우선적으로 보장되어야 할 국민의 기본권이며 생존권이다.

반면, 경비업법에서는 직업의 선택과 영업활동의 자유를 제한함으로써 헌법상 기본권 보장과의 법률적 경합문제를 발생시키고 있다. 생산·서비스 활동에 자유로이 참여할 수 있는 경제자유의지가 민간경비업 분야에 있어서는 법적 제약을 받고 있으며, 소득활동에 대한 영업권의 보장도 명확하지 않다. 제도적 장치를 통한 국가의 간섭과 관리가 이루어지고 있는 것이다. 기본권경합이론에 따라 직업의 문제에 있어서 보다 체계적이고 심도 있는 연구가 필요한 부분이다.

감사의 글

이 논문은 2011학년도 경남대학교 학술연구 장려금 지원을 받아 수행된 연구 결과이며 이에 감사드립니다.

참고문헌

- [1] 공배완 (2004). 민간경비학 개론. 한울출판사
- [2] 공배완 (2007). 최신 경비업법. 한울출판사
- [3] 경찰청 (2009). 경찰백서 2009.
- [4] 경찰청 (2011). 경찰청통계자료.
- [5] 허 영 (2011). 헌법이론과 헌법. 박영사

- ▶ 논문접수일 : 2011년 06월 29일
- ▶ 심사의뢰일 : 2011년 07월 04일
- ▶ 심사완료일 : 2011년 07월 17일