

국가의 시장개입의 한계와 재판심사기준¹⁾

정영화²⁾

I. 서론

1. 헌법과 경제질서³⁾

헌법에서 일정한 경제원리 등을 표방하는 국가들은 경제헌법을 채택하고 있다. 근대의 자유주의 경제에서 각 경제주체의 ‘국가로부터의 자유’를 넓게 인정하기 위해서 개인은 사적이익을 추구하며, 시장기구의 자동조정기능에 의해서 균형상태가 유지된다고 보았다. 또 이러한 사고방식에 기초하여 헌법에서는 자유권과 소유권을, 민법에서 사적자치와 계약의 자유와 같은 제 원칙이 존중되며, 국가의 경제간섭은 경찰, 조세, 재판, 공공사업 등에 최소한으로 제한되었다. 근대법은 권리의무를 명확히 규정하여 권리침해와 의무위반에 대해서는 당사자의 요구에 따라 재판상의 분쟁해결과 제재를 제도화하였다. 이에 대해서 1930년대 이후 자본주의 경제체제의 공통적인 특징으로 국가의 경제에 대한 간섭이 증대하였다. 특히 대공황이후 정부는 고용보장, 경기조절, 물가안정, 시장기능의 회복 등의 목표를 제시하여 여러 가지 형식으로 경제에 간섭하였다. 국가에 의한 경제간섭은 경제정책의 수립과 집행에 있어서 정형화되었다. 그래서 정부가 일정한 경제정책을 입안하고, 집행함에 있어서 법적 근거를 부여하기 위해서 의회가 제정한 법률이 필요하고, 또 그러한 법률에 근거하여 정부가 행정작용을 하게 되었다. 이로써 경제헌법은 정부가 경제정책을 집행하는 수단 내지는 도구로서 작용한다는 점에서 경제헌법의 전형이라고 한다.⁴⁾ 국가의 경제개입은 고용증대와 경기조정에 의한 경제안정을 달성하기 위해서 또 재정 및 금융정책에 대한 시장기구의 실패에 대처하기 위해서 시장에 대한 개입이 일반화되었다. 오늘날 국가의 중요한 경제정책으로서 재정정책·금융정책·사회보장·환경보전·무역외환정책·시장기구의 실패에 대비한 정책들은 법률에 근거하여 시행되고 있다. 근대법과 비교하여 현대법의 특징은 국가가 경제생활에 있어서 제 문제를 해결하기 위해서 경제정책을 입안할 경우 법의 지배에 따른 법치행정이 실현되어야 한다는 점이다.

한편, 경제헌법은 국민경제에 직접 영향을 미치는 법규범의 대상이 일정하지 않기 때문에 규범의 기능을 중시하여 국가의 경제규제를 수행하는 法源으로 볼 수 있다. 경제헌법은 자본주의 하에서 경제적·사회적 문제를 조정 및 해결하기 위해서 국가의 경제에 대한 간섭 및

1) 이 글은 2011.6.17. ‘한국제도경제학회’ 월례주제발표 원고를 위하여 줄저, 헌법, 일조사, 2011, p.100- 115 내용과 줄고, “헌법상 경제조항의 개명방안에 관한”, 법학 27권 제2호, 전북대 법학연구소, 2010.12 등을 수정하여 작성되었음.

2) 전북대학교 법학전문대학원 교수(yhjung@jbnu.ac.kr)

3) 줄저, 헌법, 일조사, 2011, p.110 이하 참조.

4) 金井貴嗣·江口公典·山部俊文·土田和博, 經濟法(東京: 有斐閣, 1999), p.3 참조.

규제에 관한 헌법규범으로서 경제헌법의 본질에 대한 이해는 시장경제현상에 대한 정확한 분석이 선행되어야 함으로 시장경제와 법제도의 상호관계를 살펴보기로 한다.

2. 시장경제의 법적 기초

고전적 시장경제를 지지한 이데올로기는 자유주의로서 시장경제의 발전을 위해서는 자연자원과 노동력의 자유로운 이동과 경제활동의 자유를 제도적으로 보장하지 않을 수 없었다. 근대 헌법의 자유권과 소유권의 보장, 민법의 사적자치와 계약의 자유 등은 시장경제와 불가분한 관계로 결합되었다. 오늘날 '자유'는 근대헌법의 형식적 자유로서 '국가로부터 자유'라는 소극적 의미가 아니라, 국가의 간섭에 의해서 그 내용과 범위가 결정되고 있다. 구체적인 예로서 독점규제법에 의한 카르텔의 금지는 카르텔 체결의 자유를 제한하고, 경쟁의 자유나 시장교환의 자유를 확보하기 위한 것이다. 이 경우에 카르텔 체결의 자유는 형식적 자유이고, 이를 제한함으로써 달성될 수 있는 경쟁과 시장거래의 자유를 실질적 자유라고 전제하면, 이는 형식적 자유와는 상호 뚜렷하게 구별된다.

이처럼 경제헌법의 연혁에 있어서 두 차례의 세계대전과 경제공황을 경험하면서 경제위기를 극복하기 위해 경제에 대한 국가의 적극적 간섭을 일반적으로 정당화하고, 또 국가의 경제정책의 목적을 용이하게 수행하기 위해서 정부간섭을 요청하였다. 우리나라도 1997년과 2008년 두 번의 금융위기에 처해서 정부의 적극적인 재정정책의 위력을 실감하고 있다. 특히 시장에서 기업·활동 및 그에 수반하는 국가의 역할이 문제된다. 물론 경제헌법은 그 대상에 대한 법적용에서 다른 법률들이 경합적으로 적용되기 때문에 경제영역에서 공·사법의 법체계와 관련되었다. 현대국가는 시장기구의 자동조정기능을 보완하여 공정한 경쟁을 담보하는 동시에 국민경제의 후생을 증대하고, 또한 기본적으로 사적자치원칙을 보완하기 위해서 경제규제 또는 규제완화의 권력행사에서 발생하는 경제법⁵⁾을 확대하고 있다.

한편, 경제현상은 일정한 법칙으로 분석하는 것이 아니라, 사회성원의 심리변화에 따라서 행위가 표출되기 때문에 정확한 행위의 예측이 곤란하다. 자본주의 시장경제체제는 자유방임주의를 경험한 이후, 국가의 경제간섭을 적극 허용하여 개별기업이 대규모 기업집단으로 발전하면서 법인이 변영하여 개인과 소기업들이 대기업에게 사실상 종속되거나 또는 법제상 지배당하는 사례가 빈번하였다. 때문에 국민경제에서 경제력 또는 부의 소수집중이 일반화되어 그들이 정치사회영역에 막강한 영향력을 행사하는 경제권력이 등장하기도 하였다. 따라서 넓은 의미의 경제헌법은 경제현상을 분석하여 일정한 국민경제의 목적을 실현하는데 필요한 법제도의 총체라고 하면, 경제헌법의 유형은 경제정책의 목적과 입법목적의 범위에 따라서 구체화된다고 할 것이다.

5) 경제법은 일반경제법과 특별경제법으로 구분할 수 있다. 일반경제법은 기업법, 권력적 규제, 경쟁제한금지법 및 일반적 통제법을 내용으로 한다. 특별경제법은 개별적인 경제규제 및 완화를 위한 도구로 세분화된다.

II. 현대헌법에서 경제질서의 특성과 연구방법

1. 경제질서의 특성

세계의 주류학계는 경제헌법의 개념에 대하여 직접적인 논의를 전개하지 못하고, 전통적인 공·사법의 구분과 관련하여 법체계에 대한 물음만을 제기하고 있다. 전통적으로 국가마다 개별적인 입법과 행정의 개입방식과 범위가 다소 상이해서 일반적으로 경제행위의 형태가 규칙적이거나 정형화되지 못한 상태이다. 따라서 경제생활은 원칙적으로 私法の 적용에 의해서 해결되었으나, 경제영역이 공공문제로 확대되어 국가가 경제생활에 대한 간섭영역을 더욱 확장할 수밖에 없다. 그래서 입법부와 法院은 법률을 매개로 경제생활에 대한 규율방식과 그 한계를 어떻게 설정할 것인가의 문제에 직면하였다. 즉 경제생활에 대한 법적 규율의 필요성이 인정될지라도 국가의 구체적인 經濟秩序를 형성·유지하는데 직접적 또는 간접적으로 관련되는 법규범을 狹義의 경제헌법으로 파악한다.

현대는 복잡한 법제 아래에서 경제헌법을 19세기와 같이 모든 법소재(法素材)를 두 영역으로 구분하는 公·私法 二元論에 입각하여 이해하기 어렵다. 우선 경제헌법의 공법적 요소로서 국가는 국민경제의 질서를 ‘正義 原則’에 부합해야 하고, 동시에 “모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하는” 것을 목표로 삼고 있다. 나아가 私法的 要素로서 소유권의 자유와 계약자유의 원칙에 기초한 私的自治의 형성에 의하여 규정되는 동시에 다양한 형태로 공권력에 의해서 영향을 받는다. 예컨대 법률에 의한 작위와 부작위의 명령, 규제행정의 감독과 통제, 회계실사와 법원의 통제 등은 입법자에게 특별한 주의를 요구한다. 입법자가 이러한 과제들을 정당하게 실현할 수 있을 때, 비로소 私的自治와 公權力의 상충되는 두 요소의 균형을 모색하는 것이 현대 경제질서의 특징이다.

2. 경제질서(헌법)의 연구방법

경제질서는 20세기부터 새로운 법역으로 생성하였다. 종래의 문헌과 학설들은 경제헌법의 개념이나 연구대상에 관하여 통일적인 입장이 확립되지 못하고 있다. 그 까닭은 경제헌법이 전통적인 법체계에 속하지 않고 매우 새로운 영역으로서 그 연구방법이 정치경제학, 경제사회학, 경제심리학, 법정정책학 등의 학제간 연구가 필요하기 때문이다. 경제헌법은 경제학과 법학 상호간의 중립성 때문에 사법 및 공법의 법규범을 예정하고 있다. 따라서 경제에 관한 法源은 모든 생활에서 경제현상과 법규범을 분리하여 평가할 수 없고, 또 경제현상과 법규범의 상호작용을 고려하지 않으면 안되기 때문이다. 경제헌법은 경제현상의 변화에 따라서 법규범의 개정을 수반하기 때문에 動態的인 法源이다. 예컨대 경제영역에서 새로운 기술진보와 시장축소·확대, 소비자의 기호변화에 따른 수요변화, 경제발전에 따른 법규범의 지속적 변화를 직면하게 된다. 이는 경제헌법의 연구대상이 경제발전과 경제변동에 의해서 수시로 변화되고 또 경제헌법의 개념은 고정된 것이 아니라 개방성과 유동성을 내재하고 있다.

따라서 경제헌법은 사실적 및 규범적 경제현상, 경제주체의 경제생활과 이에 기초한 상호작용을 분석·평가하여 이해할 수 있다. 결국 경제헌법의 관념과 대상·구조와 영역 및 해석기

준 등에 있어서 불확정성을 가급적 최소화하는 연구방법이 개발되어야 한다.

그러나 경제헌법은 다른 법제와 관계를 설정하고, 이에 관한 독자적 내용 및 적용원리를 설명하기 위해서는 경제헌법의 관념과 대상을 명확하게 설정해야 한다. 이는 특정한 법질서와 관련되는 실정법의 해석론이나 또는 추상적인 경제이론에 의존하여 전개할 수 있지만, 경제헌법의 연구방법은 과학성과 객관성을 보장해야 함으로 법해석과 법정책 및 경제학을 절충하여야 할 것이다. 이러한 연구방법으로는 법경제학(law & economics), 공공선택이론(public choice theory) 또는 신제도주의(new institutionalism)의 학제적 연구방법을 적용해야만 경제헌법의 과학성과 객관성을 담보할 수 있다.⁶⁾

Ⅲ. 헌법상 경제민주주의 입법례와 의의

1. 입법례

1919년 바이마르 공화국의 제정헌법은 경제민주주의를 배경으로 삼았다. 당시 독일은 제1차 세계대전의 패전과 러시아 공산혁명의 영향을 받아서 노동자와 무산자의 보호와 자유·평등 및 박애와 같은 헌법원리를 실천할 수 있는 경제문제를 헌법에 수용하게 되었다. 이러한 바이마르헌법은 경제민주주의를 헌법의 배경으로 하여 노사의 대립과 노동계층의 사회적 확대에 따른 헌법과괴의 위험이 고조되었다. 부연하면, 바이마르 헌법 기본권편(제2편) 제5장 「경제생활」에서 경제민주주의의 특질을 다음과 같이 명시하고 있다. (1) 경제적 활동의 자유와 규제 (2) 특별한 법익으로서 노동권의 보호 (3) 경제평의회제도에 의한 고유한 경제질서의 수립을 규정하였다. 이러한 바이마르헌법은 전통적인 자유주의 이념과 제도를 상이한 사회주의적 원리와 제도를 결합시키는 사회개량적 경제민주주의 헌법의 원형이 되었다.⁷⁾

나아가 독일 기본법의 경제민주주의는 2차 대전이후 점령국에 의해서 제시된 전시경제를 약화시키는 것을 가장 중요한 원칙으로 하였다. 예컨대 경제활동과 관련되는 공적 및 사적 경제연구소와 기관들은 모두 연합국의 통제와 감독하에 두었다.⁸⁾ 기본법은 경제생활과 노동생활의 법적 질서와 형성에 관하여 입법기술상 하나의 독립적인 헌법의 장에 명시하지 않았다. 그 이유는 바이마르헌법의 “경제생활”의 장이 자유주의와 사회주의 보장과 강령을 혼합하여 규정하였던 점에서 형식적으로 다른 주 헌법과도 구별하였다. 이는 내적으로 헌정국가와 자유민주주의 재현을 반대하였던 나치(Nazi)의 법과괴 때문이다. 또한 의회는 기본법을 불확실한 장래의 국가 및 사회적 건지에서 과도적인 제도로 인정하여 경제형성을 전적으로 입법자의 결정에 위임한 것으로 이해한다. 이러한 결합을 이유로 새로운 국가의 특징은 ‘사회적’(sozial)이란 말로 표현되고,⁹⁾ 주 헌법들은 경제민주주의를 구현하기 위하여 다음과

6) Richard A. Posner, 『Economic Analysis of Law』, 4th ed, Little, Brown and Co., 1992; Oliver Williamson, 『Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behavior』, Basil Blackwell, 1987 등이 있다.

7) W. Thiele(1974), Wirtschaftsverfassungsrecht, 2 vollig uberarbeitete Aufl., S.87ff.

8) Reinhard Blum(1969), Soziale Marktwirtschaft, SS.150-151f.

9) Peter Badura(1976), Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS Aapril, S.205f.

같은 바이마르헌법의 원형을 따르고 있다.

첫째, 바이에른(Bayern) 주 헌법은 제4편에서 “경제와 노동”의 표제로 전체 경제활동은 공공복리에 기여해야 하며(제15조 제1항 제1문), 그 목적 안에서 계약의 자유는 법률에 의해서 효력을 가진다(제15조 제1항 제2문).

둘째, Hessen 주 헌법은 제27조에서 사회질서와 경제질서는 인간의 가치와 인격의 존중에 기초하여야 하고, 이는 전체 사회 및 경제질서의 원리로 이해된다. 제38조에서 경제목표로서 사회적 생산의 공평한 분배를 요구한다. 또한 제 39조에서 독점적인 권력집중과 정치력에 대하여 경제적 자유의 남용을 금지하고, 경제력 남용의 경우에는 사회화를 요청한다. 헤센 주 헌법은 나프탈리(F. Naphtali)의 경제민주주의 관념¹⁰⁾에 의해서 학설상의 발전을 이룩한 비젤(Wissel)과 뮐렌도르프(Moenllendorf)의 사상과도 연관되어 있다.

셋째, 노드라인 베스트팔렌(Nordrhein Westfalen) 주 헌법은 제24조에서 “경제 및 사회질서의 근본지침을 성문화하여 “경제생활의 중점은 인간의 복지에 있다. 노동력의 보호는 물질적 소유보다 우월하다”고 하여(제24조 제1항 제1문), 경제생활은 모든 인간의 복지에 기여하여야 한다고 선언하고 있다. 기타 경제력의 남용방지를 명문으로 규정하고 있다(제27조 제1항 제2문).

이와 같이 주 헌법은 기본법 제31조(연방법의 우위)에 의하여 헌법질서와 모순되지 않는다. 주헌법이 기본법과 일치하는 기본권을 보장하거나(제124조) 또는 기본권을 준용하는 방식으로 수용하는 경우에도 차이가 없다.¹¹⁾

2. 헌법의 경제민주주의 의의

우리나라 헌법에서 경제민주주의는 제헌헌법의 제정이념에서 명확히 드러났다. 헌법의 기본정신은 정치적 민주주의와 경제적·사회적 민주주의의 조화로 보았다. 모든 사람의 자유와 평등과 권리를 보장하기 위하여 존중하는 동시에 경제적 균등을 실현하는 것이 헌법의 기본취지라고 할 때, 자유와 평등을 기본원리로 하면서 이들이 국가 전체의 이해와 모순되는 단계에 이르면 국가권력에 의하여 이를 조화시키는 것으로 해석하였다.¹²⁾

원래 민주주의원리가 정치적 영역에서 뿐만 아니라 경제사회적 영역에서도 보장되어야 한다는 것이 경제민주주의이다. 민주정치와 실질적 실현은 경제전체주의와 경제민주주의가 구별되고 대조되는 형태에 의해서 이루어진다. 물론 민주주의는 정치적인 형식원리임에 틀림 없지만, 정치적 지배와 경제력의 일반적인 결합 및 집중에 의해서 공권력의 법치주의적 제한과 민주적 통제가능성이 失效되고 또 헌법의 기본권을 단순한 정치제도의 기능으로 변질

10) 독일의 경제민주주의를 체계화하여 “경제민주주의”란 저서를 출간했다. 그는 노동조합을 중심으로 하는 노사 공동결정권, 즉 노사협조에 의하여 산업평화의 실현 내지 사회개량을 목적으로 한다. 그의 구체적인 내용은 ① 국가경제정책기구의 민주화, ② 노사관계의 민주화(공동결정제도), ③ 경제민주화(경제단체, 기업, 노동조합 등), ④ 교육제도의 민주화로 구체화하고 있다. F. Naphtali(1929), Wirtschaftsdemokratie- Ihr wesen, Weg und Ziel; vgl. Franz Rittner(1987), Wirtschaftsrecht, 2., voellig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., S.38.f.

11) K. Hesse(1984), Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundes Republik Deutschland, 15. Aufl., Nr.90(91).

12) 유진오(1956), 헌법의 기초이론, 일조각, pp.115-116 참조.

시킨다면 문제는 심각해진다. 어떤 국가가 민주정을 운영한다고 해서 헌법의 경제질서가 민주적인 방식으로 조직되어야 한다거나 혹은 민주적으로 조직될 것이라고 추론할 수 없지만, 헌법과 법률이 그러한 경제민주적인 개혁을 허용하는지 여하에 의해서 판단되어야 한다.¹³⁾

한편, 헌법 제119조에서는 경제민주화를 위해서 국가가 경제에 대하여 규제와 조정을 할 수 있도록 명시하고 있다. 여기서 국가의 경제규제와 조정의 형식과 범위 및 한계를 어떻게 정할 것이지의 문제가 제기된다. 여기서 경제민주주의는 이전의 ‘사회정의’라는 일반적·포괄적인 법원리에서 파생되었던 구체적인 실천원리로 변경된 것이지만, 이는 전체 법질서와 헌법해석에 의해서 인간의 존엄과 행복추구권(제10조), 인간다운 생존권 내지 사회권의 보장(제34조) 그리고 원칙적인 시장경제질서에 의한 사회국가원리를 표현한 것이다.¹⁴⁾ 물론 바이마르 헌법의 경제민주주의로부터 사회국가원리가 도출되었음을 알 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 헌법의 경제민주주의는 실질적 자유와 평등의 실현이라는 사회국가의 구현을 위한 헌법지침의 성격을 지닌다고 볼 것이다.¹⁶⁾

IV. 현행 헌법상 시장경제의 내용

1. 1997년 전후 시장경제이행

우리나라는 1997년 외환위기를 경험하면서 정부의 공적자금투입에 의하여 산업 및 기업구조조정이 전개되었다. 다수의 학설과 판례는 현행 경제헌법은 사회적 시장경제원리로 파악하였다. 즉, 사회적 시장경제질서란 원칙적으로 사유재산제와 시장경제원리를 근간으로 하되, 사회정의나 경제민주화 등의 경제정책의 제 목적을 실현하기 위해서 부분적으로 사회주의적 계획경제를 가미한 경제질서로 이해하기도 한다.¹⁷⁾

그러나 사회적 시장경제질서의 주요한 내용은 사유재산제의 보장, 자유경쟁의 시장경제유지 그리고 사회정의를 지향하는 세 가지 요소를 내포한다. 문제는 사회정의의 실현이 시장경제원리의 이상적 요소임을 알 수 있다. 시장경제작용이 독과점의 억제, 효율적 자원배분이나 공정한 소득배분 등을 구현하는 것은 별도의 경제사회정책에 의하여 실현될 수 있다는 점이다. 따라서 국가가 사회정의를 실현하는데 어떠한 경제적 간섭이 가능할 것인지 문제이다. 경제적 간섭이 오히려 경제정책의 효과를 왜곡시키기 때문에 사회적 시장경제와 통상의 시장경제질서와의 차이점을 명확히 하는 것이 과제이다. 즉, 사회적 시장경제질서는 국가의 경제간섭의 범위가 광범위할 뿐만 아니라 그 개입방식으로서 입법 및 행정작용의 한계가 명확하지 않다는 점이다. 적어도 사회적 시장경제질서는 시장경제질서와 같이 법치행정원칙의 한계(포괄적 위임입법금지, 벌칙의 재위임금지 등)를 준수해야 한다는 점에서 동일하지만, 시장

13) P. Badura, a.a.O., s.209.ff.

14) 김철수, 헌법학개론, p.143; 권영성, 헌법학원론, p.156; 허 영, 한국 헌법학, p.294 참조.

15) F.Rittner, a.a.O., S.38.

16) vgl. U. Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht, s.219f.

17) 권영성, 앞의 책, p.164.

경제원리와 달리 국가의 경제개입의 수단과 범위가 확대되기 때문에 법치주의를 위반하는 결과를 초래할 수 있다. 이리하여 사회적 시장경제질서는 개방경제 하에서는 유지하기 어려운 문제점을 내포한다. 적어도 국민경제가 대외적으로 개방된 경우에는 국가의 경제적 간섭이 일정한 요건과 기준을 충족하는 조건에서 가능하지만, 현재와 같이 글로벌경제 하에서는 사회적 시장경제의 요건과 기준을 충족할 수 없음이 명백하다.

그러나 헌법재판소는 헌법의 경제질서가 사유재산제를 바탕으로 자유경쟁을 존중하는 자유 시장경제를 기본으로 하되, 이에 수반되는 모순의 제거와 사회복지 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 허용하는 사회적 시장경제의 성격을 가진다고 판시한다(1996.4.25. 92헌바47).

2. 사유재산제의 보장

사유재산제보장의 본질은 생산수단(토지, 자본, 노동력 등)의 사유제를 전제한다는 점이다. 인간은 자신의 기본욕구를 충족시키고 기본적인 생활여건을 조성하는 물적 재화없이 아무것도 할 수 없다. 인간의 생활과 사회적 활동을 위해서는 이러한 물적 재화는 중요한 수단이다. 이러한 인간의 재화 사용에 대한 보편적 권리는 재화의 보편목적의 원칙에 근거한다. 즉, 재화의 보편적 목적과 이용이란 각인이 모든 재화를 임의로 처분할 수 있다거나 편리한대로 이용하거나 소유할 수 있다는 의미는 아니다. 재화의 보편적 목적의 원칙이란 인간이 이러한 재화들의 기원과 목적을 망각하지 않고 도덕원칙에 입각한 경제관을 키워 나감으로써 공정한 세계를 실현하는 것이다. 나아가 재화의 보편적 목적은 모든 사람이 인간다운 생활을 하는데 기여할 수 있도록 모든 개인의 완전한 발전에 필요한 조건을 얻기 위한 공동의 노력을 요구한다.¹⁸⁾

3. 경제규제권한의 배분과 조정

헌법 제119조 제1항에서 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하고, 또한 경제에 관한 기본적 인권으로서 직업의 자유, 거주이전의 자유, 재산권의 보장하고 있다. 판례는 경제적 인권규정의 해석에 있어서는 자유주의 헌법해석에 입각하여 개인의 창의와 인권존중의 기본취지를 중시한다.

인간은 노동을 통해서 얻은 땅의 일부를 자신의 것으로 만든다. 여기서 사유재산제의 기원을 찾을 수 있다. 재화의 사적 소유권은 개인의 자립에 반드시 필요한 자유영역을 각인에게 제공하는 것이다. 이는 자유신장으로 간주하고, 자기책임을 이행하게 하는 시민적 자유의 조건을 구성한다. 사유재산제는 진정한 사회적 및 민주적 경제정책의 핵심요소이고, 공정한 사회질서를 보증할 수 있다.

물론 재화의 보편적 목적은 그 적법한 소유자에게 자신의 재화를 사용하는 방식에 대하여 의무를 부과한다. 즉, 개인은 자신이 소유하는 재화에 대하여 결과를 고려하지 않고 처분하

18) 그런 세상에서는 모든 사람이 상호 주고받고 일부의 진보가 더 이상 다른 사람의 발전에 장애가 되지 않을 뿐만 아니라 다른 사람들을 구속하는 구실이 되지 않아야 한다는 점이다(사회교리, 147).

기 보다는, 자신과 사회의 공동선에 이익을 가져다 주는 방식으로 활용하여야 한다. 사유재산제를 채택할지라도 모든 재산권을 사유화하는 것을 전제하지 않으며, 일정한 요건하에서 국공유재산제를 병행하고 있다. 이로부터 헌법 제23조의 재산권의 사회적 의무를 부과하는 경제사회적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 토지재산의 공익우선(§122), 자연자원의 국유화(§120①), 공기업의 공유화(§126) 등을 통해서 사유재산의 예외를 허용하고 있다. 특히, 경제질서의 형성은 원칙적으로 개인의 사적 자치를 부여하고, 보충적으로 입법·행정·법원의 권한에도 맡겨져 있다. 사적 자치는 헌법에서 보장되고, 또 개별 사법제도의 기능과 제한은 원칙적으로 입법형성에 달려 있다. 현행 경제헌법은 단순히 경제영역을 구분하여 권한의 조정과 배분을 개별적으로 규정하고 있다. 예컨대, 국토와 농지 및 자원의 규제, 독과점규제와 대외무역의 감독, 농어업과 중소기업의 육성, 사기업의 사회화 가능, 소비자보호 그리고 정보와 인력 개발을 명시하는데, 이러한 헌법규정은 현재의 글로벌경제체제하에서 적합하지 않는 동시에 그 기능을 전혀 할 수 없기 때문에 대부분 전면 개정이 필요하다.¹⁹⁾

(1) 사적 자치의 보장

헌법상 보장하는 행복추구권과 일반적 행동자유권, 재산권과 같이 재화와 용역의 생산·교환은 일차적으로 사적자치원칙에 맡겨져 있다. 개인은 넓은 생활영역에서 자유롭고 자주적으로 경제활동을 한다. 이는 일반적 행동자유와 상응하고, 국가의 과도한 권한과 책임부여를 억제하는 것과 일치한다. 계약의 형성과 체결은 기업과 소비자 등에게 위임하면 시장이 용이 보장되고 경쟁적인 거래를 촉진하면 불합리한 거래를 점차 줄이게 된다.

그러나 헌법도 재화등의 생산을 개인의 사적자치원칙에서 출발하지만, 결코 개인만이 그 기능을 완전하게 성취한다고 보기 어렵다. 근대 사법은 모든 인간이 평등하다는 전제하에서 출발하고, 공공단체나 국가기관도 인격체로 취급하였다. 이러한 인격체들이 재화나 서비스의 생산에 얼마나 참여하는지 실제적 문제가 있다. 헌법도 이 문제를 명백하게 해결하지 못하고 있다. 따라서 사적자치원칙은 공권력에 의한 보충과 지원이 없이는 유지되기 어렵고, 이는 사법의 한계에도 동일하게 적용된다. 예컨대 법률행위의 정당성을 보증하려면 민법은 강제력있는 법률에 호소하고, 무효와 취소를 통해서 사적자치원칙의 한계를 설정한다. 법원이나 공증인의 협력을 얻어서 사적 자치를 통제한다. 물론 사법규정들은 기본적으로 당사자의 법률행위의 정당성을 보장함과 동시에 공공질서 유지도 고려해야 한다.

(2) 공권력의 법치주의 제한

경제규제에서 공권력은 그 목적과 내용 및 담당자에 따라서 다양한 형태를 띤다. 기본적으로 사적자치의 기초를 이루는 시장경쟁조건을 담보하는 것이 경제규제의 원래 목적이다. 이와 달리 공권력이 다른 목적을 달성함에 있어서 경쟁이 어렵게 되는 사태에 처하게 된다. 예컨대, 각종 사업관련의 금융법·유통법·증권법·세법이 특정한 시장의 자율적 활동을 어렵게 한다. 따라서 공권력은 시장참가자들이 경쟁을 제한하지 않도록 경쟁제한 문제를 해결해야

19) 상세한 내용은 줄고, “헌법개정에서 경제질서의 개정방안”, 법학연구(38집), 전북대법학연구소, 2010.12.

한다. 역시 시장행위도 공법에 의해서 가격과 생산 및 유통의 일반규제 형태로 다소 영향을 받을 수 있다. 적어도 경제규제는 사적자치의 구조와 절차에 영향을 미치는 다양한 공법규제와 관련되므로 헌법도 이러한 공법적 규제를 허용하게 된다.

(3) 단체결성 및 단체행동권

단체의 권한은 경제규제에 관하여 직접적으로 중요한 역할을 한다. 단체의 권한은 사적자치와 민주주의원리에 의해서 공권력과 대등하지 않다. 따라서 입법자는 입법권한을 국가 이외의 단체에 임의로 위임할 수 없다. 사업자단체나 노동조합은 자주조직권한을 가지며, 이 권한은 본질적으로 공법과 사법의 통제를 받지 않는다.

4. 생산의 권한

(1) 일반적 행동의 자유

재화나 용역의 생산은 원칙적으로 개인의 의사결정에 좌우되고, 일반적 행동의 자유에 속한다. 개인은 경제과정에 자주적으로 참여할 실질적인 자유를 가지며, 또 이는 헌법의 행복추구권의 구체적인 내용을 보충하는 효력을 가진다. 적어도 기업이 자주적으로 발전할 수 있는 합당한 활동영역은 불가침이다. 경제적 행동의 자유는 보충적 기능에 의해서 직업의 자유나 재산권의 보장과 같이 개별적인 기본권의 보호를 허용하면, 이는 일반적으로 적용하기 어려운 기본권에 해당한다.

(2) 기업의 자유와 재산권보장

원래 시장경제와 사회질서의 본질적 요소인 개인의 생산권한은 기본적 인권으로 규정하고, 또 영업의 자유와 기업의 설립 및 경영의 맥락에서 기업의 자유도 포함된다. 직업의 자유는 시장에 참여와 유효경쟁을 보장하는 전제조건이다. 특히 사기업의 영업의 자유를 국가와의 경쟁, 공공독점에 대항하여 어디까지 보호하는지 문제된다. 국가나 지방자치단체의 경제활동의 한계는 직업의 자유에서 구하기보다는 평등한 개인으로서 그 경제활동의 능력을 인정한다. 따라서 사기업은 불법행위와 부정경쟁방지의 법적 요건을 근거로 공기업에 대항하여 경쟁할 수 있다고 본다.

사유재산권의 보장은 경제규제에 있어서 다음과 같은 세 가지 의미를 가진다. 첫째, 이는 개인의 법적 지위를 포괄적으로 보장하고, 그의 사회구속성을 인정한다. 둘째, 이는 특별법에 의거하기보다는 본래의 사법질서를 보장한다. 셋째, 이는 다른 기본권과 함께 사적 자치의 영역을 계속 유지하는 것을 담보한다. 보호의 객체는 모든 재산가치가 있는 사권과 일정한 재산가치가 있는 공권이다. 예컨대 사회보험청구권, 약사영업권도 공권에 해당한다. 경제적 권리는 국가의 간섭에 대항하여 기업의 사유재산에 대한 보호는 원칙적으로 당연하지만 국가의 과도한 규제나 과세부과에 대해서 방어할 수 없는 경우에는 문제가 된다.

5. 경쟁보장 및 경쟁제한의 규제

재화생산을 개인의 사적 자치에 위임한 법률들은 개인들의 경쟁을 제한하여 사적 자치의 기능을 방해 또는 부분적으로 폐지시키지 않아야 한다. 이러한 과제는 다양한 공권력의 수단을 가진 국가만이 실현할 수 있다. 경쟁제한적인 계약의 효력을 일반적으로 무효선언하고, 사적자치의 범위를 제한하며, 모든 문제해결을 법원에 의존할 수 있다. 이는 법원의 역할을 과도하게 기대하면, 입법·관료·자치단체와 같은 제도들의 중요성을 제고해야 한다. 오늘날 법과 권리의 공급자로서 법원과 입법부의 기능은 약화되는데 반하여 수요자로서 시장 확대와 비공식 조직이 급증하여 참여와 협상의 거래비용이 증대하고 있다.

한편, 국가는 특별행정기관을 설치하여 그에 대해서 간섭과 감독권을 유보하고, 기타 형벌 제재 등을 예고할 수 있다. 헌법은 “시장의 지배와 견제력남용의 방지”를 위하여 ‘독점규제 및 공정거래법’을 시행하고 있다. 그렇지만 경쟁제한의 규제입법은 사적자치원칙의 영역을 확보하기 위해서 헌법의 기본권과 갈등을 초래하지 않아야 한다. 계약의 자유, 일반적 행동 자유 등의 제한은 입법목적과 비례원칙의 범위 안에서 헌법의 기본원리에 부합하여야 한다.

6. 경제규제의 감독권

행정청은 부여된 권한에 의해서 경제감시와 직접지도를 결정하고 법률에 의거하여 법령준수를 감독하는 것으로 충분하다. 이러한 경제감독의무가 허가유보, 해제가능성, 조사권, 형벌제재와 같은 강력한 행정권과 결합하면, 경제감독은 직접적 경제규제로 전환한다. 국가는 전체경제의 균형발전과 경기조절을 위한 예산관리의 기본원칙 등을 정하는데, 모든 경제정책은 전체경제의 균형이라는 목적에 부합해야 한다. 시장경제를 안에서 전체경제의 균형은 “가격안정, 높은 취업률, 국제수지의 균형, 적정·지속적인 경제성장”의 네 가지 경제목표를 달성하는 것이다. 입법자나 행정청은 다른 특별한 경제정책의 목적들보다 이 목적들을 우선적으로 고려해야 한다. 물론 경제정책의 규제는 시장경제과정을 지지하고, 보충하는 과업을 수행해야 한다. 이러한 경제목적 달성을 위한 개별적인 경제조치는 비례원칙의 범위안에서 최소한도 제한으로 한정되고, 내용상으로 경제적 자유를 가능한 한 최소한도로 제한해야 한다. 또한 전체경제의 공급 능력도 법적 근거 아래에서 방해가 되지 않도록 적절한 방법과 시기를 고려해야 한다. 예컨대 급격한 예산팽창은 재정확대로 인해서 경기흐름에 심각한 영향을 미칠 수 있기 때문에 정부는 균형재정의 중요성을 이해한다. 특히 예산팽창이 국민경제에서 시장실패의 가능성 및 사적 자치를 축소시킬 수 있음을 인식해야 한다.

V. 국가의 시장개입의 한계²⁰⁾

1. 국가와 시장의 관계

자유시장은 재화와 용역의 생산에서 효율성을 보장할 수 있기 때문에 중요한 제도이다. 자유경제시장은 효과적인 자원배분과 개인의 욕구에 부합하며, 기업가정신과 기술혁신에 상응하는 보상을 확보하고 재화의 교환에 필요한 정보를 간편하게 이용할 수 있다. 물론 기업의 이윤은 정당한 것이지만, 유일한 목표가 될 수 없다.

그러나 시장만이 모든 재화와 용역을 생산하고 공급할 임무를 맡아야 한다는 관념은 개인과 사회에 대한 환원주의 시각에 근거한 것이기 때문에 동의할 수 없다. 현대사회에서 시장은 사회적으로 중요한 기능을 맡고 있기 때문에 시장의 궁극적 힘이 무엇인지 밝혀야 할 것이다. 물론 인간이 재화의 생산 및 소비의 객체로서 타율적 관계로 파악하면 인간은 생활관계에서 소외되고 말 것이다. 특히 경제문제에서 국가의 근본적인 의무는 경제문제를 조절하기 위한 적절한 법적 틀을 마련하는 것이다. 시장경제에서 경제활동은 제도와 법, 정치의 공백상태에서는 수행하기 어렵다. 반면에 경제활동은 통화안정과 효과적인 공공서비스 외에도 개인의 자유와 사유재산에 대한 보장을 전제한다. 시장과 국가는 상호 보완적 관계를 유지해야 한다. 실제로 자유경제시장에서의 국가가 경제발전의 윤곽을 정하고 유도할 수 있는 체제를 갖출 때에만 전체 국민에게 유리한 영향을 미친다. 국가는 공정하고 투명한 법규의 준수를 장려하고, 시장의 효율성을 도달할 수 없는 경우와 소득재분배와 관련하여 필요한 기간만 제한할 수 있다.

2. 국가의 시장개입에 대한 사법심사기준

오늘날 국민경제는 다른 모든 부문들과 상호작용에 의해서 국민생활의 인적·물적 기초를 제공하고, 또 인간의 의식과 정치·사회 등을 제약하는 토대를 형성한다. 즉, 경제는 인간존엄과 행복한 삶을 보장하기 위한 수단으로서 정치·경제·사회·문화와 불가분관계에 있다. 오늘날 민주정에 있어서 유권자의 여론이 입법과정과 그 결정에 상당한 영향을 미치고 있다. 그런데 전반적인 경제정책의 의사결정들을 의회가 그 권한을 '시행령과 백지조항'을 통해서 행정부에 포괄적 위임하고 있다. 경제영역의 의사결정은 행정부의 우위가 현저하면서 권력균형의 원리가 무시되고 있다. 또한 법체계에 있어서도 유사한 문제가 제기되는데, 개별 경제주체나 경제집단의 행위를 실질적으로 통제하는 약관이나 자치규범들이 성문법령을 대체하는 경향도 등장하고 있다. 이러한 문제 때문에 국가의 경제작용에 대한 아래와 같은 헌법제한원리가 모든 경제규제정책에 대한 법원리로 적용되어야 할 것이다.

20) 출처, 앞의 책, p.114이하 참조.

(1) 인간존엄권의 보장

오늘날 시장경제의 법치국가에서는 국가의 경제정책은 헌법에 합치된 법규와 행정처분으로 수행된다. 헌법은 국가가 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호할 의무를 진다(§10). 근래에 인간존엄은 사회적 안정의 최소한도를 요청하고 또한 공포와 궁핍으로부터 자유롭고 인간다운 생활보장을 요청하게 되었다. 사실 헌법의 인간상은 고립되고 독립된 개인이 아니라 오히려 인간의 사회연대성 및 사회구속성에 근거를 둔 인격체로 본다. 더구나 ‘인간의 자주성’은 반드시 유지되어야 하며, 또 인간의 행동자유와 관점에서 개개인은 입법자가 주어진 상황에서 일반적으로 요구할 수 있는 한계에서 행동의 자유에 대한 제한을 감수하지 않을 수 없다.

그런데 이 근본원칙은 경제과정에 있어서 개인이 어떤 역할을 수행하는 것과는 무관하게 적용된다. 적어도 국가가 개인에게 강제적인 노동제공의 의무를 부과하는 계획경제체제에서의 개인과 같이 노동력의 객체인 동시에 재화의 배급객체로 격하하지 말아야 한다. 이로써 기본적으로 국가명령에 근거하는 분배 및 노동체제는 우리 헌법에 부합되지 아니한다. 따라서 국가의 공권력은 시장기구의 자동조정기능을 위해서 개인의 경제행위와 의사결정을 위해서 보충적·보조적으로 활용되어야 한다. 물론 개인들의 의사결정에 위임된 사적자치의 형성은 헌법에서 당연히 보장한다. 예컨대 현행 헌법의 전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘케 하며”라고 규정하고, 또 제119조 제1항의 “개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 개인의 창의성과 자율성을 보장하여 사적자치의 형성을 담보하고 있다.

문제는 사적자치와 공권력의 양자택일의 불가피성과 사적 자치의 우위를 빈번히 오해하는 경향이 있다는 것이다. 그 이유는 법률과 그 과제에 근거하기보다는 일방적으로 국가적 과제를 우선적으로 고려하기 때문이다. 이처럼 법률과 국가를 동일시한다면, 개인은 국가에 종속되는 까닭에 전제국가로 나아가게 된다. 특히 사적 자치 형성의 위임범위가 어느 정도 인가는 별도의 문제이다. 따라서 입법자에게 사적자치와 고권적 형성간의 ‘불안한 선택’²¹⁾은 사적 자치원칙의 최소한의 범위만 요구하게 된다. 특히 국가는 개인의 기본권을 보장할 헌법적 의무를 진다. 이는 모든 국가권력에 대하여 직접적 효력을 가지므로 인격권과 행복추구권은 국가의 공권력을 제한하고 또 입법목적과 경제정책의 수단을 규율한다. 결국 국가는 경제정책에 관한 입법과 행정을 인격권과 행복추구권의 보호범위 안에서 행사할 수 있다. 따라서 이를 침해하는 법률과 명령 및 행정처분은 위헌·무효인 동시에 그 손해에 대한 국가배상책임을 물을 수 있다.

21) 전체 경제질서를 형성하는 두 가지 방법이 있다. 그 중 하나는 국가가 고권적으로 생산, 분배하는 것이고, 또 다른 하나는 분권주의에 의해서 개인의 사적 자치와 사유재산권의 보장에 의해서 재화의 생산과 분배를 위임하는 것이다. 그러나 경험상 이 두 가지 질서중 어느 것도 또한 인간의 약점에 직면하여 보다 이상적인 결과를 기대할 수 없기 때문에 입법자는 양자사이에서 불안한 선택만 하게 된다. Fritz Rittner, Wirtschaftsrecht 2. Aufl. (C.F.Mueller 1987), S. 18f.

(2) 법치주의원리

법치주의원리는 시장경제질서에서 사회정의의 요소와 합법성을 판단하는 척도가 되기 때문에 경제정책의 형식적 요소와 실질적 요소로서 결정적인 기능을 한다. 왜냐하면 헌법은 개인의 자유를 보장하는 동시에 정당하고 합목적적이며 효과적으로 공권력의 적용을 담보하고 자 정치권력을 제한해야 하기 때문이다. 따라서 현행 헌법의 법치주의는 경제정책에 관한 입법이나 행정처분에 중요한 의미를 가진다. 사실 현행 헌법은 법치주의원리를 명문으로 규정하고 있지 않지만, 실질적으로 인간존엄과 행복추구권 및 기본권의 보장(§10), 기본권제한의 과잉금지원칙(§27②), 인간다운 생활할 권리(§34), 국가배상청구권(§29), 권력분립원칙(§40, §66④, §101), 사법적 권리보장(§107②, §111①) 등에서 법치주의를 선언하고 있다.

그런데 법치주의원리는 행정의 법률적합성에 의하여 법률의 우위와 법률의 유보의 두 가지 내용을 지닌다. 법률의 우위란 입법권이 모든 국가 권력의 의사에 우선함을 의미한다. 즉, 모든 국가작용은 헌법에 합치되는 법률에 근거를 두고 또 그 법률에 기속되기 때문에 입법자만이 경제정책형성의 목적과 수단을 결정할 수 있다. 법원은 경제영역에 있어서 법률의 정치적·경제적 합목적성을 통제하는 것이 아니라, 입법형성이 공공복리와 비례원칙 및 평등원칙에 부합하는지를 심사한다. 헌법상 비례원칙은 법치국가원리와 불가분의 관계에 있다.²²⁾ 개인의 경제행위와 경제적 자유를 최소로 침해하여 소기의 목적을 달성할 수 있는 다른 방법이 있음에도 이를 채택하지 아니한 경우에는 명백히 비례원칙에 위반한다.

이상으로 경제작용에 대한 법률과 행정처분의 적합성 여부를 판단하기 위해서는 처분이 의도한 목적을 달성하는데 적합해야 한다(목적적합성). 수단은 목적달성의 필요한 정도를 초과하지 않아야 한다(최소필요성). 목적과 수단의 상호간에 적절한 비례관계가 있어야 한다(비례원칙과 기대가능성). 난해한 경제문제와 관련하여 목적의 적합성을 기대할 수 없는 경제정책 분야에는 다소간 의미가 감소될 수 있다. 사실 경제정책이 헌법원리에 구속될지라도 그로 인한 권리침해의 구제에는 몇 가지 문제가 있다.

먼저, 경제정책은 법률에 의하여 집행되더라도 법률 자체는 추상적인 정책목표나 방침만을 정하거나 또는 불확정개념의 광범위한 위임입법을 전제하기 때문에 행정작용에서 넓은 재량여지를 일반적으로 인정한다. 현대의 경제정책은 고립된 영역에서만 그 정책목표를 달성하는 것이 아니라, 정치사회 및 외교정책 등의 모든 부문까지 고려하여 결정할 정도로 가변적이고 불확실성이 내포되어 있다.

둘째, 그 결과로 광범위한 법률의 수권 아래에서 정책을 마련함으로써 국가의사를 형성하는 행정행위로서 경제행정작용을 제시한다. 이러한 정책결정은 대부분 심의회와 공청회의 행정절차를 마련하여 전문가나 이해관계인의 의사가 행정행위에 반영되고 있다. 따라서 사법심사도 종래와 달리 행정절차의 변용에 적절히 대응하지 않으면 안된다. 다의적이고 전문적인 경제정책의 내용에 대한 행정행위의 심사에 있어서 법원이 그 재량을 얼마나 인정하는냐는 중요한 과제이다. 왜냐하면 지식과 기술의 발달로 인하여 '결정사항'의 전문성 때문에 전문가들의 의사와 평가가 중시되기 때문이다. 결국 국민의 정치적 의사형성이란 민주적 정

22) Fritz Rittner, Wirtschaftsrecht 2., Aufl.(C.F.Muller 1987), SS.36-37.

당성보다 전문가의 전문의견이 중시되는 정치에 의해서 정책결정은 행정부가 입법부보다 우월하여 의회민주제나 대의제에 대한 위협이 되고 있다. 따라서 입법부의 행정부의 통제를 보완하기 위해서는 경제정책에 대한 실질적인 사법통제가 타당하다. 법원은 행정의 내용에 대해서 실체적 및 절차적 심사를 하되, 그에 대한 실체적 심사가 어렵거나 또는 실체심사가 적합하지 않으면 의사결정과정이나 적법절차를 심사해야 할 것이다.

(3) 평등원칙

헌법상 평등의 원칙은 “본질적으로 평등한 것을 불평등하게, 역으로 본질적으로 불평등한 것을 평등하게 취급하는 것을 금지한다”. 이는 자의의 금지라고도 하며, 입법자와 경제행정을 기속한다. 대다수 국가의 판례는 경제규율의 법률을 지속적으로 평등의 원칙에 의해서 심사하고 있다.²³⁾ 사실 평등원칙은 객관적인 법질서인 동시에 주관적 공권으로서 지위를 가진다. 국가가 입법·행정·사법에 있어서 평등원칙에 위배되는 입법·처분 및 재판의 경우에 법률의 위헌심사, 행정소송, 상소 등에 의해서 그 시정을 요구할 수 있다. 특정한 사태를 평등 또는 불평등하다고 평가할 수 있는지 여부는 보통 해당 법규의 목적에 의존한다. 규율의 목적이 입법과 행정에 의해서 결정되기 때문에 평등원칙은 대개 자의금지만을 내포하는 경우가 많다.²⁴⁾ 대표적인 판례들은 국가와 개인의 지위 균등화와 국가의 과세권의 적정성 및 위임입법의 한계에 관한 것이다. 그러나 문제는 평등권의 원용이 빈번하고, 그에 대한 논거의 제시가 불충분하다는 점이다.

(4) 민주주의원리

국가권력은 정치영역에서 유권자의 선거에 의해서 또는 입법기관에 의해서 행사된다. 그러나 입헌민주주의원리가 일반적으로 승인된 헌법원리를 준수하는 한 경제영역까지 확장될 수 있다. 논자에 따라서 “1인 1표”의 정치적 민주주의원리가 “1인 1표”의 경제민주주의로의 확대를 반대하는 입장도 있다. 민주주의원리에 입각한 경제민주화는 경제적 자치행정의 확대나 시장경제의 의사분권을 통해서 경제주체들의 경제과정의 참여를 확대할 필요가 있다. 각종 경제단체나 경제조직에 있어서 자율성과 자치행정은 민주적 정당성을 가지므로 시장경제에 기초한 민주주의는 당연한 귀결이다. 경제관련 법령과 행정처분에 있어서도 경제주체나 경제집단이 민주주의에 따른 폭넓은 참여는 헌법에 합치된다. 예컨대 경제정책의 의사결정과정에서 단체나 집단 또는 구성원의 이익을 위해서 행정작용이나 입법결정에 대한 영향력의 행사는 민주주의원리의 요소이고, 동시에 자유로운 의사형성의 본질적 요소로서 허용된다. 더구나 경제정책의 형성에 대한 국민의 참여는 선거과정의 참여나 의사표현에 국한되지 않고, 보다 본질적인 사항을 결정함에 있어서 그 중요성과 영향력의 범위에 비추어 국민투표도 고려할 수 있다.²⁵⁾

23) 독일연방헌법재판소도 경제규제법률을 평등의 원칙에 의해서 심사하였다(석유제품의 최저비축에 관한 법률 -BVerfGE30,292).

24) Hans D. Jarass, Wirtchaftsversaltungsrecht und wirtschaftsverfassungsrecht, 2.Aufl.(Alfred Metzner Verlag 1984), s. 72f.

(5) 사회국가원리

헌대헌법에서 사회국가원리의 구현방법은 사회적 기본권이나 생존권을 규정하여 간접적으로 제도화하고, 또 사회국가원리를 하위법령으로 구체화하는 방법, 끝으로 기본권과 사회국가원리 양자를 명문으로 규정하여 제도화하는 방법이 있다.

그런데 헌법은 사회적 기본권을 규정하여 사회국가원리를 간접적으로 구현하고 있다. 국가가 경제생활에 관하여 ‘계획’, ‘조정’, ‘급부’, ‘배분’하는 기능을 부여하는 다수의 권한규정들은 사회국가원리에 근거를 두고 있다. 또한 국가로 하여금 사회적 갈등과 대립을 조정하고 정당한 사회질서의 배려의무를 부과한다. 특히 개인의 자유와 가치를 위한 헌법적 근본결정을 자기책임을 수반하는 자유를 폐지하는 중앙집권적 복지국가나 배급국가는 사회국가의 관념에 부합되지 아니한다. 사회국가는 각 사람을 위한 자유의 실질적인 조건의 달성을 목적으로 한다. 자유법치국가로부터 사회적 법치국가로의 이행을 확정한 사회국가원리의 헌법적 목표관념은 사회적 현실에서 기능하는 실질적인 자유이다.²⁶⁾

오늘날 실제적인 자유는 경제적 불평등에 의해서 또 계획하는 관료주의에 의해서 화석화되면서 그를 실현하기 어렵게 되었다. 따라서 사회국가원리는 경제규제를 위한 중요한 실정헌법적 근거를 의미한다. 왜냐하면 국가는 사회국가원리의 징표인 실질적 자유와 평등을 적극적으로 실현함으로써 사회정의와 사회안정을 이룩할 수 있기 때문이다. 따라서 국가는 빈민과 생활무능력자의 생활을 보호할 책임을 지고 또한 경제생활과 노동생활의 관계를 정당하게 형성할 책임을 진다. 물론 현행헌법은 제10조의 인간존엄과 가치의 보호, 제34조의 인간다운 생활보장, 제119조의 경제질서의 원칙에 관한 규정을 통하여 그 방향을 제시하고 있다.

한편, 국가의 경제생활에 관한 직접적인 규제나 조치가 항상 특별히 효과적이고 유익한 것은 아니라는 사실이 경험으로 명백해졌다. 개인의 자기결정이 우선하고, 고권적 조치에 의해서 간접적인 영향력을, 다양한 제도들의 개입에 의해서 그 이익을 실현시켜야 한다(Rittner,³⁸). 사회국가원리는 종래의 헌법규정의 해석과 같이 시민에 의한 법적 실현과 동일한 방식으로 성취하기 어렵다. 그 원리의 추상성과 모호성 때문에 입법자에 의한 구체화를 필요로 하므로 입법자에게 의무적인 위임을 인정하고, 이는 기본권 해석에서 중요한 보충수단이 된다. 또한 행정청이 재량여지를 가질 때 사회국가원리는 행정재량을 영으로 수축시킬 수 있다(Jarass,⁷³). 특히 사회국가원리의 수범자인 입법자, 행정청 및 사법이지만, 입법자는 사회국가를 정치적으로 형성하고, 동시에 다른 국가권력은 법규해석과 이익형량 및 재량권의 행사에 있어서 사회국가를 실현할 의무를 부담한다. 또한 원칙적으로 사회국가원리 자체에서는 특정한 경제행위나 급부청구의 재판상 청구권이 도출되지 않지만, 소송상 청구권은 입법자가 사회국가원리를 법규범에 구체화할 때 비로소 가능하다. 예외적으로 평등원칙과 관련하여 사회국가원리로부터 개인의 재판상 청구권이 도출될 수 있다.

25) 예컨대 헌법 제66조는 대통령의 긴급재정경제명령이나 긴급재정경제처분을 발령할 수 있고 또한 국방, 외교, 통일 기타 국가의 중요정책에 관하여 국민투표에 부의할 수 있다.

26) Jarass, S.72.

VI. 결론

국가의 경제에 대한 규제나 조정도 일정한 한계가 있고, 또 규제조치에 대한 일반적 및 구체적 합헌성의 심사기준은 두 가지 유형으로 구분된다. 규제조치의 일반적인 합헌성 심사기준에 관하여 다음의 몇 가지 이슈를 제기할 수 있다.

첫째, 사유재산제·자유경쟁·계약의 자유 등과 같은 시장경제의 근간이 되는 사적자치의 기본을 유지한다. 사적자치원칙은 개인의 합리성에 입각한 그 행위효과를 책임지도록 한다.

둘째, 경제에 대한 규제와 조정은 법치국가의 적법절차에 따라서 집행하고, 자유·공정한 경쟁질서가 유지·존속되도록 시장지배력 및 경제력의 남용방지를 위하여 재화의 사회적 배분을 가격기구만이 아니라 권력적 작용에 따라서 법치주의 한계에서 이루어져야 한다.

셋째, 사유재산권을 침해하는 경우에 공익과 부합하는 범위 안에서 완전보상이 전제되어야 한다. 정치적 이유에 의한 몰수나 담세능력을 무시한 조세부과 등은 허용되지 아니한다. 공공필요에 의한 과도한 공용수용·공용사용 및 공용제한을 효율적으로 통제하려면 당해 구성요건과 효과를 이익형량에 의하여 엄격한 해석기준이 요구된다.

넷째, 자본주의 안에서 규제와 조정을 행하는 경제계획은 가능하지만, 중앙집권의 사회주의 계획경제 또는 전면적 사회화는 허용되지 아니한다. 예컨대 구체적인 경제계획은 우선 민간부문의 소비자·노동자·기업가들의 대표와 공공부문의 관료와 공기업 그리고 학계의 전문가들로 구성된 전문가위원회 내지 독립규제위원회를 설치하여 국민경제의 기본계획을 수립하되, 개별기업의 생산에 직접적 영향을 미치지 않아야 한다. 따라서 정부는 경제계획을 수립하고, 의회가 이를 승인하며 그 집행을 감독하는 역할로 재편되어야 한다.

한편, 합헌성 심사대상의 유형을 경제적 규제와 사회적 규제로 구분하여 각 규제조치에 대한 구체적인 합헌성 심사기준을 수립할 수 있다. 즉 경제규제는 헌법상 보장된 기본권으로서 경제적 자유권(직업의 자유, 거주이전의 자유, 재산권의 자유 등)을 제한함에서 구체적인 규제가 헌법에 위반되지 않는지 여부가 문제이다. 여기서 규제의 합헌성에 관하여, 판례는 “규제의 목적, 필요성, 내용, 규제에 의해 제한되는 자유의 성질, 내용 및 제한의 정도를 검토하고, 그들을 교량해서” 결정할 것이다.²⁷⁾ 여기서 규제는 적극적 규제와 소극적 규제로 구분한다. 적극적 목적의 규제는 입법형성을 넓게 인정하여 규제조치가 ‘현저히 불합리한 정도가 명백한 경우에 한하여’ 완화된 심사기준을 적용할 것이다. 반면에, 소극적 목적의 규제는 구체적인 규제조치가 필요성 및 합리성이 있는지, 당해 조치가 규제목적 달성을 위한 합리성의 기준으로 위헌심사를 할 수 있다. 이러한 합리성의 기준을 충족하는 한, 소극적 규제는 헌법에 합치된다.²⁸⁾ 이러한 전제하에서, 사회적 규제에 관한 생명·건강의 유지, 노인·과·장애인 보호는 형평성의 기준에 의하여 심사할 것이다. 결국 경제적 규제와 사회적 규제는 동일한 법원리와 심사기준을 적용할 수 없다.²⁹⁾

27) 소매상업조정특별법사건(最判昭 47·11·22 刑集 26·9·586) 참조.

28) 同旨; 金井貴嗣 外, 250 참조.

29) 국제그룹사건(1993.7.29. 선고 89헌마31); 축협복수조합금지(1996.4.23. 선고 92헌마47); 공용수용의 공시 송달제도(1993.11.30 선고 94헌가2)