

2006年 8月

碩士學位論文

統一憲法上の經濟秩序에 關한 研究

朝鮮大學校 大學院

法學科

吳基萬

統一憲法上の經濟秩序에 關한 研究

- *A Study on the Economic Order in Uni-Korea's
Constitutional Law* -

2006 年 8 月 25 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

吳 基 萬

統一憲法上の經濟秩序에 關한 研究

指導教授 金 炳 錄

이 論文을 法學碩士學位 申請論文으로 提出함.

2006 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

吳 基 萬

오기만의 碩士學位論文을 認准함

審査委員長 朝鮮大學校 教授 _____

審査委員 朝鮮大學校 教授 _____

審査委員 朝鮮大學校 教授 _____

2006 年 5 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

ABSTRACT

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위 및 방법	2
제 2 장 한국헌법과 경제질서	4
제 1 절 경제질서의 의의	4
1. 서설	4
2. 경제헌법의 개념정의	5
3. 경제헌법과 정치헌법	7
제 2 절 경제질서의 유형	8
1. 자유시장경제질서	9
2. 중앙계획경제질서	9
3. 혼합경제질서	9
제 3 절 경제질서의 연혁	11
1. 제헌헌법상의 경제조항	11
2. 제2차 개헌후의 경제조항	13
3. 제5차 개헌후의 경제조항	14
4. 제7차 개헌후의 경제조항	14

5. 제8차 개헌후의 경제조항	15
6. 현행헌법상의 경제조항	15
제4절 경제질서의 성격	16
1. 우리 헌법상 경제질서의 성격	16
2. 우리 헌법상 경제질서의 내용	20
제5절 경제규제의 한계	27
1. 서설	27
2. 경제규제의 한계	28
제6절 경제에 대한 국가개입의 한계	30
1. 사적자치의 원칙 존중과 보충성 원칙에 의한 한계	30
2. 법치국가원리에 의한 제한	32
3. 본질적 내용침해 금지와 보상	32
4. 사회주의적 계획경제 불허용	36
제 3 장 북한헌법상 경제질서의 변천과 내용	37
제1절 북한헌법상 경제질서의 변화와 발전	37
1. 북한헌법상 경제질서의 헌정사	37
2. 북한 경제질서 조항에 대한 분석	43
제 2 절 북한의 현행헌법상 경제질서의 의의와 성격	52
1. 개정배경 및 의의	52
2. 북한 헌법상 경제질서에 대한 평가	54
3. 북한헌법상 경제질서에 대한 전망	56
제 4 장 통일헌법상 경제질서	59
제 1 절 통일의 방향	59

1. 흡수통일과 통일헌법	59
2. 합의에 의한 단계적 통일	61
제 2 절 통일한국의 경제적 과제	62
1. 경제의 성장과 안정	62
2. 시장질서의 확립	63
3. 사회적 정의의 실현(경제의 민주화)	64
4. 지속가능한 개발 및 성장(친환경적 경제운동)	65
제 3 절 통일헌법상 경제질서의 원칙	66
1. 시장경제질서	66
2. 부의 균등분배(사회적 정의)와 독과점의 규제	68
3. 친환경적 경제활동	70
4. 계획적 요소의 제한적 허용	70
제 5 장 결 론	74

參 考 文 獻

ABSTRACT

A Study on the Economic Order in Uni-Korea' s Constitutional Law

Oh, Ki-Man

Advisor : Prof. Kim, Byeong-Rok. Ph.D.

Department of Law

Graduate Shool, Chosun University

The Constitution of Republic of Korea prescribe a followed clauses in Article 119 “(1) The economic order of the Republic of Korea shall be based on a respect for the freedom and creative initiative of enterprises and individuals in economic affairs. (2) The State may regulate and coordinate economic affairs in order to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the domination of the market and the abuse of economic power and to democratize the economy through harmony among the economic agents”.

In Article 119, it puts the first place on the individual freedom and market economy. Exceptionally, it permits the State to intervene with individual field to enhance social welfare. So we can find Korean Constitutional law pursues the

economic efficiently and the social equalities in the Article.

The State regulates and intervenes the economic order to guarantee the good operation of market economy and secure the social welfare. It can exercise the economic policy and social policy for the social justice, social safety and social integration.

But its role has limits. it cannot impair the nature of individual freedom and market economy. For market economy to go with administrative plan, it must not interfere with individual field where everything operates autonomously. Only it has to put its nose on the field where market economy does not function well or can not operate at all.

In the long time, Korean Constitutional Law adopts the social market economy which mixes the market economy with the planned economy. But social market economy puts the first value on the individual freedom and market economy. The plan is needed to promote the public good. Social market economy makes the market economy go toward social purposes, which are social qualities, social justice and social welfare.

Consequently we can conclude that Uni-Korean Constitutional Law should have social market economy as the economic order and harmonizes the efficiency with equalities within certain boundary where the state must not impair the nature of individual freedom and the principle of market economy.

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

20C말에 불어닥친 개혁과 개방의 물결은 남북한 관계에 있어서도 새로운 전기를 맞이하고 있다. 남북한은 그간 상호정복을 중심으로 한 대결구도를 연출하고 있었다. 제2차 세계대전에 따라 남북한과 동서독이 분단되었지만, 독일에 있어서는 일찍이 개방과 화해정책을 통하여 동서독간의 교류가 활성화되어 있었으며 그것은 궁극적으로 서독에 의한 동독의 흡수통일로 귀결되었다. 독일 통일은 우리에게 엄청난 교훈을 던져 주었을 뿐만 아니라 공산주의 종주국 소련의 몰락과 중국의 개혁과 개방은 이제 더 이상 북한 또한 과거의 종주국에 안주하던 양태에 머무를 수 없음을 입증하고 있다. 따라서 이제 한반도의 통일을, 비록 예측은 가능하지만 예외적 상황으로 가정한다면 여기에 대한 헌법적 논의는 통일 후에 우리가 속한 공동체 사회의 향방을 가름하는 중요한 역할을 할 것으로 생각된다.

특히, 통일한국의 경제질서가 어떻게 재편되어야 할 것인지에 대한 논의는 경제문제가 모든 정치·사회적 변화의 근간을 이루고 있다는 점에서 평가되어야 한다. 오늘날 한 국가의 경제력은 바로 그 국가의 국력을 의미할 뿐만 아니라 그 국가의 정치, 사회, 문화 등 모든 영역의 발전과 변화에 결정적 영향을 준다. 개인의 생활영역 역시 국가의 구성원들이 어떤 경제 질서 속에서 경제생활을 영위해 가며 개개인의 경제적 활동은 어느 정도 자유로울 수 있으며, 나아가서 여기에 대해 어느 정도 개입할 수 있는가에 따라 크게 좌우될 수 있다. 따라서 경제에 대한 국가의 책임은 실로 막중한 것이며, 국가라는 사회공동체의 법적 기본질서인 헌법이 여기에 대해 어떤 입장을 취하고 있는가는 현대 헌법국가에서 간과할 수 없는 헌법적 기본문제이다.¹⁾

1) 김형성, “한국헌법의 경제 질서에 관한 연구”, 여산 한창규교수 화갑기념 현대공법의 제 문제,

경제에 대한 규범적 의미는 그것이 국가에 어떤 영향을 미치고 있는지, 이 영향을 통하여 국민의 권리와 의무에 어떤 영향을 미치고 이해관계가 형성되는지 여부에 있다. 경제가 미치는 영향의 범위에 따라서 국가는 규범을 통하여 개입내지는 간섭하게 된다. 왜냐하면 국가의 간섭을 정당화하기 위해서는 일정한 절차가 필요하고 이를 위하여 법이 뒷받침해야 하기 때문이다.²⁾

헌법은 국가의 근본법으로서 국가의 통치조직과 통치 작용의 원리를 정하고, 국민의 기본권을 보장하는 최고법이다.³⁾ 따라서 한 국가의 경제모델은 그 국가가 지향하고 있는 정치적 이념과 동일하게 정해지고 구현될 수밖에 없으며 우리 헌법은 제9장에서 경제에 관한 규정을 독립적으로 두고 있다.

따라서 이 논문은 우리 헌법이 경제질서와 관련하여 규정하고 있는 것은 어떠한 것이 있으며, 그 규정은 어떤 내용과 성격을 지니고 있는지 살펴보는 데 그 목적을 두고 있다. 그에 앞서 경제질서의 개념정의와 경제헌법과 정치헌법은 일체성이 인정될 수 있는지 아니면 서로 독립적인지 검토를 하게 될 것이다.

아울러 남북한 분단이라는 한국적 상황에서 북한헌법상의 경제질서에 관한 연혁, 내용, 성격에 대한 분석을 통해 통일헌법상 새로운 경제질서 가능성을 모색해 보고 북한의 경제개혁과 시장경제체제의 변환가능성을 살펴본 후 남북한 경제통합의 헌법적 방향을 살피는 것이 이 논문의 또 하나의 주요 목적이다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

이 논문은 우리 헌법이 규정하고 있는 경제질서는 무엇이며, 이를 구체화하기 위하여 우리헌법이 가지고 있는 경제질서에 관한 규정으로는 어떠한 것이 있는지 또 그런 질서 하에서 국가의 간섭과 통제는 어느 정도까지 이루어질 수 있는가 하는 것도 논의될 것이다. 아울러 북한헌법상의 경제질서의 변천과 내용, 성격을 살펴봄으로써 통일헌법상의 새로운 경제질서를 모색해 보도록 한다.

1993, 316면.

2) 김상겸, “금융감독체계에 관한 법적 고찰”, 공법연구 제31집 제3호, 2003, 105면.

3) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006, 13면 참조.

이 논문은 현재 효력을 발생하고 있는 실정헌법에 대한 연구가 아니라 장래에 존재할 수 있는 헌법에 대한 헌법입법적·헌법정책적 연구라고 할 수 있다. 따라서 기본적으로는 헌법해석학적 방법에 의존하면서도 법사회학적 그리고 비교법학적 방법을 병용하기로 한다.

이 논문은 제1장 서론을 포함해 5개의 장으로 구성되었다. 제2장에서는 한국헌법과 경제질서라는 주제로 우리 헌법상의 경제질서의 의의와 성격을 다루었다. 또 경제질서의 헌정사를 고찰해봄으로써 우리 헌법이 사회적 시장경제질서를 갖추기까지의 과정을 살펴보고자 한다. 또 헌법상의 경제조항과 경제에 대한 국가개입의 한계를 살펴봄으로써 시장이라는 틀 속에서 국가가 경제질서 확립을 위해 지켜야 할 적정한 범위를 알아보하고자 한다. 제3장에서는 북한헌법상의 경제질서 변천과정을 통해 나타난 북한헌법상 경제질서에 대한 평가와 전망을 분석해 봄으로서 남북통합측면의 가능성을 모색해보고 제4장에서는 통일헌법상의 새로운 경제질서 모색을 위해 통일헌법상의 경제적 과제에 대해 살펴본 후 통일헌법상 경제질서의 방향을 제시해보고자 한다. 제5장은 결론 부분으로서 지금까지의 논의를 정리할 것이다.

제 2 장 한국헌법과 경제질서

제 1 절 경제질서의 의의

1. 서설

제1차 세계대전 이후 경제적 위기는 각 국가가 자유방임주의를 버리고 경제에 대한 국가적 지도를 강화하게 된 계기가 되었다. 이를 계기로 복지국가, 행정국가 등이 등장하였고 국가가 경제전반에 대해 적극적인 역할을 수행하게 되었으며, 특히 각 국가는 자본주의 체질여하에 따라 경제규제와 조정을 단행하게 되었다.⁴⁾

제1·2차 세계대전과 1930년대의 세계경제공황 그 이전부터 독점자본주의가 형성되었고 그에 따라 각종 폐해가 나타나면서부터 자유방임주의경제에 대한 반성과 개혁의 기운이 움트기 시작하였다. 이러한 반성과 개혁의 기운은 전 세계가 경제공황에 빠졌을 때 국가권력과 경제질서와의 관계에 근본적인 개혁을 요구하는 계기가 되었으며, 독점자본의 요구로서 나타나기 시작한 경제에 대한 국가권력의 규제강화는 ‘개선에 대한 희망’이 동기였는데 비해 세계경제공황을 계기로 나타난 경제에 대한 규제강화는 자본주의 국가의 생존을 위한 몸부림이었다.⁵⁾

오늘날 국가의 경제력은 국가 구성원들이 어떤 경제질서 속에서 경제활동을 하고 국가가 여기에 간섭할 수 있는가에 크게 좌우될 수 있다.⁶⁾

그러므로 현대국가에 있어서 경제에 대한 국가의 역할은 매우 막중한 것이며, 국

4) 변재욱, “헌법의 경제규제와 조정”, 공법연구 제16집, 1988, 51면.

5) 김영추, “경제질서에 있어서의 자유와 규제에 관한 연구”, 동국대 박사학위논문, 1978, 59면.

6) 김형성, “경제헌법과 경제간섭의 한계”, 공법연구 제16집, 1988, 225면.

가의 법적 기본질서인 헌법이 여기에 어떠한 입장을 취하고 있는가는 현대헌법국가에서 명확해져야 할 헌법적 기본문제라고 할 수 있을 것이다.

경제활동의 자유와 국가의 규제, 그리고 경제활동의 기초가 사유재산인가 아니면 공유재산의 형태인가에 대한 결정은 국가와 사회가 공동으로 해결해야 할 과제이다. 따라서 공동체의 기본이 되는 결정들이 헌법에서 규정하거나 아니면 최소한 법적으로 확인되어야 할 것이다.

우리 현행헌법 또한 우리 사회가 요구하는 경제적 질서, 국가와 경제의 관계를 비교적 광범위하고 개괄적으로 규정하고 있다. 따라서 경제질서와 관련한 헌법규정에 대하여 헌법전체의 체계와 관련한 해석상에 많은 혼란과 의문점이 내재되어 있고 또 국가가 경제에 대해 얼마나 많은 책임을 지고 있으며 경제의 흐름에 국가가 어느 정도 개입 간섭할 수 있는지에 대한 헌법적 논의는 아직도 충분하지 못한 수준에 머물러 있다고 할 수 있다.⁷⁾

본 절에서는 우선 경제문제에 대한 헌법적 수용으로서 경제헌법의 개념을 중심으로 기술하고 제헌헌법 이후 그동안 우리 헌법에서 규정한 경제조항 및 관련된 규정을 살펴봄으로써 현행헌법상의 경제질서에 대해서 고찰해 보고자 한다.

2. 경제헌법의 개념정의

헌법상 경제질서⁸⁾의 개념은 오늘의 사회국가⁹⁾, 복지국가¹⁰⁾에 있어서 경제질서 그

7) 김형성, 전계논문, 226면.

8) 원래 '경제질서'의 개념은 경제학에서 유래하였으며 경제학에서는 '경제체제', '경제형태' 혹은 '경제단계'의 개념들과 동일한 의미로 사용하였다. 그러나 이 개념은 현상적·사실적인 면과 규범적인 면의 두 가지 개념으로 대비된다. 즉 전자는 역사적·사실적인 상황을 이론적으로 파악하여 상호 비교하려는 설명이나, 후자는 실제로 사회질서를 형성하는 규범과 제도들의 총체를 의미한다. 근래에 와서 '경제질서'란 한 사회의 경제운용방식을 가리키는 말로서는 '경제체제'라는 용어와 '경제질서'라는 용어가 서로 혼용되어 사용되고 있음을 알 수 있다. 권오승, 경제법, 법문사, 2005, 28면.

이러한 경제질서는 원칙적으로 '자유 시장경제'와 '중앙집권적 계획경제'로 구분하지만 규범적인 경제질서의 개념은 헌법이론적인 개념에 의존한다. 정영화, "통일 후 북한의 재산권문제에 관한 연구", 서울대 박사학위논문, 1995, 16~17면 참조. 이 논문에서는 헌법이론적 개념에 의존한 규범적인 경제질서의 개념으로 이해하여 기술하고자 한다.

9) '사회국가'라 함은 "사회연대의 사상에 의하여 국가의 구성원인 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키고 건강하고 문화적인 생활을 영위하게 하여 인간다운 삶을 누리도록 국가가 배려하는 국가"를 의미한다. 이러한 사회국가의 원리는 개인이 고립되어 삶을 영위하지 않고 사회를 이루어 인생을 살아가며,

자체가 단순한 경제적 활동과 그 조직의 문제만을 의미하지 않고, 헌법전체를 지배하는 통일적인 가치의 문제를 의미하기 때문에 실제 국민생활에 있어서 중요한 의미를 가진다. 헌법상 경제질서란 한 사회공동체구성원들의 경제생활 질서에 관한 근본적인 결단이라고 할 수 있다. 따라서 자유민주적 경제질서의 근본문제는 그 헌법질서의 근본원칙과 모순되지 않고 또한 국가가 개인의 권리와 자유의 영역을 어느 정도까지 제한할 수 있는가에 있다.¹¹⁾

경제헌법은 국가의 총체질서에 있어서의 경제의 지위에 관한 근본원칙을 내포하고 있다. 경제헌법은 경제질서 내에 상쟁하고 또 상보하고 있는 자유와 통제의 정치적 결단으로서 성립하고 있다고 할 수 있을 것이다.¹²⁾

경제헌법의 개념은 다양하게 정의되고 있다. 많은 경우에 경제생활의 실제상태, 하나의 이념적인 경제체제, 그리고 하나의 규범인 경제헌법은 명확하게 구별되지 않고 있다.¹³⁾

오늘날 헌법의 개념에는 경제질서를 포함하고 있는 것으로 보아야 한다. 국민은 인간의 존엄을 향유하기 위하여 국가가 과거에 이룬 바를 계속 유지해 줄 것과 국가가 과거에 이룬 바를 계속 유지해 줄 것과 국가가 과거에 이루지 못한 것과 지금 이루어 가는 중에 있는 것을 현재와 미래에 이루어주기를 바란다. 정치적 통합이 전자에 속한다면, 사회적 정의의 실현은 후자에 속하는 것으로 볼 수 있다. 국가를 정

또 모든 개인의 동의에 의해서만 공동체의 공권력을 형성하고 공동체의 구성원인 개인은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 인간다운 생활을 할 수 있어야 한다는 사상에 기초하고 있다. 하지만 사회국가란 '사회주의국가'와는 구별되는 개념이다. 사회주의국가는 사회경제적인 생활의 책임을 개인이 아니라 사회공동체에 부담을 지우는 국가이다.

또한 사회국가는 '복지국가'와도 구별되는 개념으로 사회국가가 개인의 자유와 창의를 바탕으로 자율적인 생활형성을 강조하는데 반하여 복지국가는 "요람에서 무덤까지", 국가가 개인의 생활을 철저히 보장하는 국가로서 국가주도의 사회보장에 의하여 개인을 피동적인 존재에 머물르게 한다. 사회국가와 복지국가의 구별에 관해서는 헌법학자들간에 의견이 나뉘고 있으나 본고에서는 생략하기로 한다. 이성환, 헌법, 김문환 집필, '법학의 이해', 길안사, 1998, 97~98면 참조.

10) 헌법상의 복지국가 이념을 실천하기 위하여 국가가 공공복리를 위하여 사적영역에 개입하는 것이 필요하다고 하더라도 자유주의적 시장경제질서를 근간으로 하고 있는 우리 헌법 질서 하에서는 국가는 우선 사적 자치영역에서 그러한 공공복리의 목적수행이 가능하도록 조장하고 그것이 여의치 않을 때에만 실질적 법치주의에 따른 목적과 비례성 범위 내에서 개입하는 것이 타당하다고 본다, 헌재 1995. 11. 30. 94헌가2 참조.

11) 정영화, 전개논문, 17면 참조.

12) 김철수, "경제헌법에 관한 소고", 문흥주교수 화갑기념논문집, 1977, 435면.

13) 경제헌법의 개념에 대해서는, 김진, 남북한 경제질서에 관한 연구-통일헌법상 경제질서를 중심으로-, 동국대 대학원 석사학위논문, 2003, 7~8면 참조.

치공동체임과 동시에 똑같은 정도로 경제공동체라고 말할 수 까지는 없다고 하더라도 국가가 경제문제를 도외시한다면 그 과제를 다한다고 볼 수는 없을 것이다. 그러므로 헌법은 인간의 존엄을 실현하기 위하여 정치적 통일과 정의로운 경제질서를 형성하는 국가의 법적 기본질서로 정의할 수 있을 것이다. 이러한 기초 위에서 경제헌법이란, “국가공동체의 법적 기본질서로서의 헌법 가운데 경제질서를 헌법적으로 형성하는 근본요소의 총체”로 이해할 수 있다.

3. 경제헌법과 정치헌법

헌법의 경제질서와 관련하여 중요한 논의의 하나는 경제질서가 헌법에서 지향하고 있는 정치이념과 상관없이 결정되고 현실화 될 수 있는가 하는 것으로 곧 경제헌법과 정치헌법의 관계문제이다.

경제헌법과 정치헌법에 관한 논의는 국가와 사회에 관한 이론과 깊이 관련하고 있다. 여기에는 국가와 사회의 구별을 부정하는 입장과 긍정하는 입장 그리고 양자간의 상호관련을 전제로 구별을 인정하는 입장이 있다.

첫 번째, 국가와 사회의 구별을 전적으로 부정하는 입장에서는 정치적 헌법과 구별되는 별개의 경제헌법을 인정할 수 없게 된다. 이러한 입장에서 Ehmke는 오늘날과 같은 민주주의사회에서는 국가와 사회를 구별하는 현실적인 이유를 상실하고 있기 때문에 국가와 사회는 같을 수밖에 없다는 것을 근거로 정치헌법과 구분되는 경제헌법의 개념자체를 부정하고 있다.

두 번째, 국가와 사회의 완전한 독립성을 전제로 구별하는 입장에서는 Ballerstedtd와 같이 정치헌법과 다른 경제헌법을 주장할 수 있게 된다.

세 번째, 국가와 사회의 구별을 인정하면서도 양자간의 긴밀한 상호관련을 전제로 인정하는 경우에는 정치적 헌법과 일체성을 갖는 경제헌법의 개념을 주장하게 된다.

국가와 사회의 구별을 하면서도 아주 깊은 관련성을 가지고 있다는 것을 전제로 하여 정치적 이념으로서의 정치헌법과 경제질서로서의 경제헌법 사이에는 비교적 밀접한 관련이 존재한다는 점에서 출발해야 할 것이다. 그러므로 전체주의 국가는 자유시장 경제질서를 채택할 수 없고 자유시장 경제질서는 자유로운 국가의 형성 없이는 존재할 수 없게 된다.

제 2 절 경제질서의 유형

우리 헌법이 결정하고 있는 경제질서가 무엇인지 밝히기 위해서는 먼저 경제질서에는 어떠한 것들이 있는가 하는 것이 정리되어야 할 것이다. 경제질서의 유형은 이를 분류하는 학자마다 조금씩 달리하고 있어 여러 가지로 유형화되어 있다.¹⁴⁾ 예를 들어 Huber는 크게 시장경제, 계획경제, 그리고 국영경제로 분류하고 다시 시장경제는 순수한 시장경제, 경제내적 구속을 수반하는 경제질서, 국가에 의한 통제경제, 사회적 시장경제로 세분하고 계획경제는 협동적 관리경제, 공동경제, 그리고 중앙관리경제로 구분하고 있으며, 국영경제는 부분적 국영경제와 전반적 국영경제로 나누고 있다.¹⁵⁾ Stober는 크게 거시조정적 시장경제, 경제계획에 입각한 시장경제 사회주의적 시장경제로 분류하고 있다.¹⁶⁾ 이밖에도 분류하는 형태는 다양하다.¹⁷⁾

경제질서의 유형에 대해서는 자유시장경제질서와 중앙계획경제질서라는 본질적으로 상이한 두 체제에 대한 논의부터 시작된다. 물론 두 가지의 경제질서는 오늘날 순수한 형태로 남아있지 않으나 적어도 이론적으로 두 경제질서는 재화의 희소성과 분업적 협동력 등의 요청으로 특징되는 경제적 문제의 이상적 해결을 위한 모델로써 충분한 가치가 있다.¹⁸⁾ 그러므로 여기서는 우선 자유시장 경제질서와 중앙계획 경제질서 그 중간형태의 다양한 모델을 혼합경제질서로 분류하고자 한다.

14) 김진, 전계논문, 10~13면 참조.

15) 성낙인, “헌법상 경제질서의 연구” 서울대학교 석사학위논문, 7면, 김창희 “헌법상의 정치질서와 경제질서”, 중앙대 석사학위논문, 1987, 51면 이하 참조.

16) 최송화·이원우(공역), 볼프 슈토버, 독일경제행정법, 법문사, 1996, 56면.

17) 예컨대 정순훈 교수는 자유시장경제, 유도시장경제, 전면중앙관리경제, 개혁중앙관리경제로 분류하고 다시 각 기본체제의 변형된 형태로 경제질서로 나누어 설명하고 있으며(정순훈, 경제헌법, 법문사 1993, 197면) 홍정선 교수는 시장(교환)경제, 계획(중앙관리)경제, 혼합경제로 구분하고 혼합경제에서는 사회적 시장경제, 사회조정적 시장경제, 계획적 시장경제, 사회주의적 시장경제, 사회주의적 관리경제로 분류하고 있다.(홍정선, “한국헌법의 경제체계에 관한 연구”, 사회과학논집 제59집 2호, 이화여대 한국문화연구원, 1991, 175면).

18) 김형성, “경제헌법과 경제질서의 개혁”, 고시계, 1998. 2. 91면.

1. 자유시장경제질서

자유시장경제질서는 개인의 경제적 자유를 최대한 보장하는 경제질서이다. 국가는 질서를 유지하기 위한 경우를 제외하고는 경제에 간섭하지 않는 것을 원칙으로 한다. 그러므로 개인과 기업은 자유로운 경쟁의 원칙아래에서 모든 경제적 활동을 스스로 계획하고 결정하며, 개인의 계획과 결정은 시장에서 공급과 수요의 양을 결정하고 가격을 형성한다.

2. 중앙계획경제질서

중앙계획경제질서는 국가에 의해 계획되고 조직되는 경제질서이다. 그러므로 모든 경제에 관한 계획과 결정은 국가가 하며 개인의 경제활동에 대한 계획과 결정은 국가의 전체경제계획에 의해 대체되거나 구속된다. 생산수단의 사적소유는 부정되며 시장에서의 자유로운 경쟁도 존재하지 않는다. 그러므로 생산과 소비의 양도 시장에서 결정되는 것이 아니라 국가의 계획목표에 따라 결정된다.

3. 혼합경제질서

다양한 형태의 혼합경제질서는 경우에 따라서는 특정한 국가의 역사적, 시대적 상황과의 관련 하에서만 설명이 가능하다. 이러한 이유로 그의 일반성에 대하여 문제가 있음에도 불구하고, 몇 가지 중간형태(혹은 변형된 형태)의 경제질서는 우리의 경제질서를 파악하는 데 있어서 중요한 의미를 가질 수 있다.

(1) 사회적 시장경제질서

사회적 시장경제는 경제적 자유주의와 사회주의 사이의 '제3의 길'로 시장에 있어서의 자유의 원칙에 사회적 형평의 원칙을 결합하려는 곧 사회적 성격을 가진 시장 경제이다.¹⁹⁾ 독일의 Müller-Amack에 의해 처음으로 사용되었으며 Walter Eucken,

Franz Böhm 등의 프라이부르크 학파(Freiburger Schule)에 의해 발전된 시장경제는 국가는 경제활동에 있어서의 개인의 기본적인 자유를 보장하며 다만 사회적 정의를 실현하기 위해 요구되는 경우에 한해서 경제질서에 개입한다. 그러므로 국가는 시장의 자유로운 경쟁을 유지하기 위하여 경제력의 집중화와 독점화를 배제하고 경제성장의 조성을 통한 최소한의 경제적 생존을 배려하며 노동보호와 공동결정을 통한 근로자를 보호하기 위하여 경제에 개입하게 된다. 독일(舊 서독)의 전후 20년 동안의 경제질서를 보통 ‘사회적 시장경제’라고 부른다.²⁰⁾

(2) 거시조정적 시장경제질서(사회조정적 시장경제질서)

사회적 시장경제는 자유로운 시장의 사고가 중심에 놓이는 것에 반하여 거시조정적 시장경제 또는 사회조정적 시장경제질서는 계획경제의 요소가 중요한 의미를 갖는다. 국가는 시장경제의 위협을 제거하거나 사회적 근거에 기인한 경제에의 개입에 한정되지 않고 전체 국민경제의 균형을 이루기 위하여 중앙의 경제정책적 결정과 재정조치를 통하여 능동적이고 광범위하게 전체경제를 조정한다. Keynes는 재정 금융정책에 의한 조정을 Milton Friedman은 통화량정책에 의한 조정을 제시하였다.

(3) 사회주의적 시장경제질서

사회주의적 시장경제는 중앙계획경제의 모델이 중심에 놓여있다. 그러나 이와 함께 계획경제의 관념 속에는 시장경제적 요소가 존재한다. 생산기업은 근본적으로는 공동소유지만 중앙에 의해서가 아니라 노동자들 스스로에 의해 관리되며 노동자가 생산목표와 생산과정을 결정한다. 또한 모든 기업이 반드시 공동소유로 되어있을 필요는 없으며 소규모의 생산시설, 수공업기업, 상업, 대중접객업 및 농업 등은 대부분 시장경제적으로 조직되어 있으며 경쟁이 존재한다. 과거의 유고나 헝가리의 경제를 사회주의적 시장경제로 본다.²¹⁾

19) 최송화·이원우, 전계서, 61~62면.

20) 정순훈, 전계서, 206면.

21) 최송화·이원우, 전계서, 71면; 홍정신, 전계논문, 180면.

제 3 절 경제질서의 연혁²²⁾

1. 제헌헌법상의 경제조항²³⁾

8·15 해방후 남한에 진주한 미군정은 군정청 일반고시 제1호(1945. 10. 5)로 1933년에 일제가 폐지하였던 미국의 자유시장을 부활하고 일반고시 제2호(1945. 10. 20)로 생활필수품에 대한 자유시장의 설치를 선언하였다. 그 결과 일제에 의하여 강행되었던 주요물자의 배급제, 폭리단속, 공정가격제, 가격통제 등과 같은 모든 통제가 폐지되고 생활필수품에 대한 자유시장제도가 확립되었다. 그러나 계속되는 인플레이션으로 인하여 국민들이 물가고와 식량고에 시달리게 되자 미군정은 다시 미곡의 수집과 배급제도를 실시하였고(1946. 1. 25) 중앙경제위원회를 창설하여 경제에 관한 전반적인 통제를 실시하게 되었다. 그리하여 주요 생활필수품에 대한 최고가격제가 실시되고(1946. 7. 14) 일반은행의 업무를 양적으로 규제하는 이른바 자유예산 한도제를 실시하게 되었다. 이런 상황 속에서 1948. 7. 17일 제정된 제헌헌법은 바이마르 헌법의 경제생활규정을 본받아 그 제6장에 경제조항을 두어 대한민국의 경제질서를 위한 결단을 내리고 있었다. 경제헌법으로는 경제조항이외에도 헌법전문과 제5조와 기본권 조항의 몇 조항을 들 수 있을 것이다.

헌법전문은 제3단에서 「정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘케 하여 각인의 책임과 사무를 완수케」 한다고 함으로써, 정치적 민주주의와 함께 경제적·사회적 민주주의를 건국의 기본이념으로 하고 있음을 천명하였다. 헌법 제5조도 「대한민국은 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 자유, 평등과 창의를 존중하고 보장하여 공공복리를 향하여 이를 보호하고 조정하는 의무를 진다」고 있고 제84조는 「대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의

22) 경제질서의 연혁에 관한 자세한 내용은, 김진, 전개논문, 13~19면 참조.

23) 김철수, “경제헌법에 대한 소고”, 문흥주 박사화갑기념논문집, 1977, 454~456면.

실현과 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다 각인의 경제상 이유는 이 한계 내에서 보장된다。」고 하여, 전문의 기본이념을 명확히 하였다. 또 제15조의 재산권 규정도 재산권의 내용과 한계를 법률로써 정하도록 하고 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 의무화하여 공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용·사용 또는 제한함을 법률의 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행하도록 하여 재산권의 절대성을 부인하였다.

이러한 조항에서 볼 때 제헌헌법의 경제헌법은 경제적 자유와 경제적 평등(사회적 정의의 요청)이 서로 충돌하는 경우에는 경제적 평등을 보다 중시하였고 국민 각자의 경제적 자유의 한계를 규정함으로써 국민의 균등생활의 확보를 보장하려 했다고 볼 수 있을 것이다.²⁴⁾

이러한 경향은 경제조항에서 구체화되어 제85조에서는 중요한 자원과 자연력의 원칙적인 국유화를 규정하였고 제86조에서는 농민에게 분배할 것을 규정하였고 제87조에서는 중요한 공공성을 가진 기업은 원칙적으로 국영 또는 공영으로 할 것과 대외무역을 국가의 통제 하에 둘 것을 규정하였으며 제88조에서는 국방상 또는 국민생활상 긴절한 필요가 있는 경우에는 사영기업을 국유 또는 공유로 하든가 그 통제 또는 관리할 수 있음을 규정하고 제89조에서 권리의 수용·제한에는 상당한 보상을 지급하도록 규정하고 있었다.

이 규정들은 생산수단의 국유화 또는 사회화를 규정하고 농지분배를 규정했으며 또 사영기업의 국·공유화 등의 면에서 볼 때 우리의 경제 질서가 「국가가 경제전체를 그의 수중에 장악하여 완전히 국가사회주의국가를 이룬 것 같은 감」이 없지 않았다.²⁵⁾

또 모든 국민에게 인간다운 생활을 확보하게 하기 위한 생존권보장이 규정되어 있었고 그 중에서도 근로의 의무(17조), 생활보장을 받을 권리(19조), 근로자의 단결권(18조 1항), 근로자의 이익분배균점권(18조 2항), 보건에 관한 권리(20조) 등을 규정함으로써 사회적 약자인 근로자의 권리 무산자의 권리 등을 보호하고 있었다. 특히 제18조 2항은 「영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서는 근로자는 법률이 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리」를 부여함으로써 근로자의 보수청구권

24) 제헌헌법하의 경제조항은 경제헌법면에서 볼 때는 부분적 국영경제를 기반으로 하는 강력한 통제경제체제를 취하고 있었다. 광범한 국유화·사회화 규정 하에 공공복리를 위한 국가의 강력한 간섭주의가 그 특징이었다고 하겠다.

25) 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1959. 25면.

뿐만 아니라 사기업에 대한 이익분배청구권을 인정함으로써 근로자의 권리보호에 획기적인 방향을 제시하였다.

이러한 경제질서는 서로 상충하는 두 이념인 자유와 평등을 조화시키려는 노력의 산물으로써 경제적 자유를 기반으로 하는 자본주의의 폐해를 배제하고 경제적 약자를 보호하려는 사회민주주의적인 규정이라고 하겠다.

그러나 이것은 우리나라의 경제발전 과정이 선진 자본주의 제국과 동일한 경로를 밟고 있는 것이 아닐 뿐 아니라 봉건적인 농경경제의 전통이 뿌리 깊이 남아 있고 시장 경제에 대한 무경험과 빈곤이 평준화되어 있던 당시에는 국민 생활의 향상과 부의 균등한 분배가 경제질서의 기본 목표가 되지 않을 수 없기 때문이었다. 그러나 이상을 실천할 주체의 부존재와 국영경제의 난맥 속에서 헌법의 경제질서는 사회적 정의의 실현이라는 대명제를 완성할 수 없었다.²⁶⁾

2. 제2차 개헌후의 경제조항

정부는 1954년 11월 27에 이른바 사사오입개헌에 의하여 헌법의 경제조항을 대폭 개정하게 되었다. 헌법전문과 제5조의 건국이념과 제15조의 재산권 보장 그리고 제84조의 경제질서의 원리규정은 그대로 유지하면서 제85조의 천연자원에 대한 국유화 원칙을 개정하여 법률이 정하는 바에 의하여 일정기간 그 채취, 개발 또는 이용을 특허할 수 있도록 하고 제87조의 중요한 공공적인 기업의 국영 또는 공영의 원칙을 개정하여 국방상 또는 국민생활상 간절한 필요에 의하여 법률로써 특히 규정한 경우를 제외하고는 사영기업의 국·공유화 또는 그 경영의 통제와 관리를 허용하지 않았다. 이러한 변화는 우리나라를 농업국가에서 공업국가로 급진적으로 변천하기 위해서는 부득이한 것으로 인정된다. 왜냐하면 Loewenstein의 주장대로 농업국가에서 공업국가로 급속히 변천하기 위해서는 사경제적 창의와 자본주의적 모험심이 없어서는 힘들기 때문이다. 따라서 이러한 변화는 전반적으로 볼 때 경제질서가 경제적 평등보다는 경제적 자유를 원칙으로 하고 경제적 자유를 우월시하는 경향의 소산이라 할 수 있다. 다만 한국적 현실로 볼 때 관권과 결탁한 부정축재자의 대량 양산을 가져온 것이 경제조항의 자유화를 계기로 한 것이라는 비난이 있었다.²⁷⁾

26) 정승훈, “우리헌법상의 경제질서와 경제규제의 한계”, 공법연구 제16집, 1988, 162면.

27) 김철수, 전계논문, 457면.

3. 제5차 개헌후의 경제조항

5·16 군사쿠데타로 집권한 박정희 대통령은 경제적인 후진성의 극복과 국민경제의 균형있는 발전을 경제정책의 기본으로 삼고, 농어촌 고리채정리와 부정축재의 처리와 같은 과감한 경제시책을 펴나가는 동시에 자립경제의 확립을 위하여 1962년 1월에 「제1차 경제개발 5개년 계획」을 공포함으로써 계획적이고 종합적인 경제개발을 본격적으로 추진하게 되었다. 1962년 12월 26일에 개정된 제3공화국 헌법은 이러한 경제개발계획을 뒷받침하기 위하여 헌법상의 경제조항을 대폭 개정하였다.

헌법 제111조 1항은 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하여 우리나라의 경제질서가 시장경제를 기본으로 한다는 점을 선언한 다음 2항에서는 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.”고 규정함으로써 시장기구가 해결하지 못하는 경제문제, 즉 시장 실패를 교정하기 위하여 국가가 경제를 규제·조정할 수 있는 근거를 마련하였다. 이로써 우리나라의 경제질서는 경제적 평등보다는 경제적 자유를 중시하는 시장경제를 기본으로 하고 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 위해 필요한 범위 내에서 국가가 경제를 규제 조정하는 이른바 혼합 경제체제를 채택하게 되었다.

4. 제7차 개헌후의 경제조항

1972년 연말에 단행된 제4공화국 헌법은 경제조항에 상당한 변천을 가져왔다. 유신헌법에서 신설된 주요내용은 국토개발계획·농어촌개발계획 등으로 다음과 같은 조항이 있다. 117조 2항에서는 국토와 자원의 보호와 개발계획에 관하여 규정하면서 「국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위한 계획을 수립한다.」고 규정하고 있다. 120조 1항에서는 농어촌개발계획과 지역사회의 균형있는 발전을 규정하면서 「국가는 농민과 어민의 자조를 기반으로 농어촌개발을 위하여 계획을 수립하고 지역사회의 균형 있는 발전을 기한다.」고 규정하고 있다. 또한 경제과학심의회의를 임의기구로 하여 과학기술의 창작 진흥을 규정하고

있다. 제123조에서는 1항에서 「국민경제의 발전과 이를 위한 과학기술은 창달 진흥되어야 한다.」 2항에서는 「대통령은 경제과학기술의 창달 진흥을 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.」고 규정하고 있다. 또 헌법전문이나 생존권 관련 조항은 많이 변하지 않았으나 노동자의 노동3권은 국민경제의 발전을 위해 많이 제약되게 되었다.²⁸⁾

5. 제8차 개헌후의 경제조항

1980년대에 들어오면서 정부는 수출주도형 경제성자정책에 따른 여러 가지 문제점을 해결하고 정부주도형 경제개발의 비능률성을 제거함과 동시에 아울러 여러 가지의 문제점을 해결하고 정부주도형 경제개발의 비능률성을 제거함과 아울러 경제성자의 과실을 모든 국민에게 골고루 분배하기 위하여 우리나라의 경제질서에 많은 수정을 가하기 시작하였다. 우선 1980년 개정된 제5공화국 헌법은 경제질서의 기본 원칙은 그대로 유지하면서 국가는 독과점의 폐단을 규제·조정하는 한편(제120조 3항) 중소기업의 사업활동을 보호·육성하고(제124조 2항, 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하고, 그 정치적 독립성을 보장하며(제124조 3항) 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자 보호운동을 보장한다(125조)로 규정하였다.

6. 현행헌법상의 경제조항

1987년에는 정치질서 변화를 요구하는 민주화운동에 힘입어 헌법상의 경제조항을 다시 개정하게 되었는데 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 시장경제를 원칙으로 하면서 균형 있는 국민경제의 성장과 안정 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력 남용의 방지, 경제주체간의 조화의 실현을 통한 경제민주화를 위하여 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있다.

28) 한태연, 헌법학, 법문사, 973, 591면~594면.

제4절 경제질서의 성격

1. 우리 헌법상 경제질서의 성격

우리 헌법상 경제질서가 어떠한 경제질서를 지향하고 있는가에 대한 평가는 경제와 관련된 이 모든 개별 헌법규정들이 헌법의 전체의 체계 속에서 갖는 의미와 관련하여 이루어져야 할 것이다.

우리 헌법은 경제에 대하여 비교적 많은 규정을 가지고 있다. 첫째는 기본권의 장에서 규정하고 있는 것들이다. 그리고 이들 규정의 기본적인 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 우리 헌법은 개인의 경제적 자유와 자본주의 시장경제질서에 기초하고 있다. 이러한 사실은 무엇보다도 “……정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게…”한다는 헌법전문에서 확인할 수 있으며 직업의 자유를 보장하고 재산권을 보장하며 결사와 단결의 자유를 보장하고 거주·이전의 자유를 보장하는 기본권의 규정과 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”는 제119조 1항에서 분명히 하고 있다. 그러므로 수요와 공급은 가격구조를 매개로 경쟁을 통하여 시장에서 자율적으로 결정되며 이에 따라 자원배분이 이루어진다. 이러한 점에서 우리 헌법은 사회주의 중앙계획 경제질서를 부정한다.

둘째, 우리 헌법은 이러한 경제적 자유와 시장경제에 대하여 국가가 개입, 규제, 조정할 수 있는 기능과 과제를 부여하고 있다. 경제적 자유를 보장하는 기본권들은 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 제한될 수 있으며 재산권의 사용은 공공복리에 적합하여야 한다. 시장에서의 경쟁의 조건을 실현하기 위하여 제119조 2항에서는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 규제 조정할 수 있도록 하고 있다. 또한 제120조 2항, 제122조, 123조, 125조, 126조 등 일정한 영역에서 국가가 계획하고 조정하며 유

도할 수 있다는 것을 밝히고 있다. 이외에도 사회정책적인 요구에 의하여 곧 복지국가의 원리에 따른 사회정의의 실현, 환경의 보호 등을 위하여 국가의 개입과 규제가 인정된다. 이러한 점에서 우리 헌법은 순수한 자본주의 시장경제질서를 배제하고 있다.

우리 헌법이 어떤 경제질서를 지향하고 있는가하는 문제에 관하여는 사회적 시장경제질서로 이해하는 견해와 이에 대한 비판적인 견해가 있다.

(1) 사회적 시장경제질서로 이해하는 견해

우리 헌법상 경제질서는 사회적 시장경제로 이해하는 것이 지배적인 견해이다.²⁹⁾

이러한 견해는 대체로 사회적 시장경제질서를 독일의 특수한 경제질서라기보다는 자본주의 시장경제질서와 사회주의 계획경제 질서 사이의 제3의 경제질서로서 수정 자본주의에 있어 보편적 경제질서를 의미하는 것으로 이해하는 데 있다.

학설과 달리 헌법재판소는 우리 헌법이 추구하고 있는 경제질서가 무엇인가에 대하여 신중한 입장을 보였었다. 토지거래허가 결정에서 “...자유방임적 시장경제를 지향하지 않고 아울러 전체주의 국가의 계획통제경제도 지양하면서...자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자의 구제 내지 완전 고용, 평범한 사회보장을 책임 있게 시행하는 국가, 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는...”라는 표현으로 특정 경제질서의 채택을 명문화하는 것을 회피하였다.³⁰⁾ 국산영화 의무상영제에 대한 헌법재판소 결정에서는 “...직업선택의 자유라 함은 ...국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의...”라고 하면서 조심스러운 입장을 밝혔다.³¹⁾ 그러다가 최근 축산업 협동조합 복수설립에 대한 결정에서 “우리나라의 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에

29) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006, 157면; 김계환, 헌법학정해, 박영사, 1997, 180면, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 205면, 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006, 159면, 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2006, 443면.

30) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 (국토이용관리법 제21조의 3 제1항, 제31조의 2에 대한 위헌 심판).

31) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125 (영화법 제26조 등 위헌확인), 이와 동일한 결정으로 헌재 1997. 4. 24. 95헌마273.

수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”라고 함으로써 직접적이고 분명하게 사회적 시장경제질서를 채택하고 있다는 점을 밝히고 있다.³²⁾

(2) 비판적인 견해

이처럼 우리헌법의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 이해하는 것에 대하여는 비판하는 의견이 있다. 이러한 비판적인 견해는 통일적인 내용을 가지는 것은 아니지만 다음의 몇 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 사회적 시장경제는 독일의 특수한 역사적 경제적 성격을 가지는 것으로 그 전제로서 자본주의의 성숙이 먼저 존재하여야 함에 비추어 자생적 자본주의의 경험이 없었던 우리의 경우 국가의 개입은 자본축적의 형성을 위하여 그리고 시장의 기능을 형성하기 위하여 요청된 것이므로 기초를 달리하는 독일의 사회적 시장경제질서로서 우리의 헌법을 설명할 수 없다는 견해가 있다.³³⁾

둘째, 우리헌법상 경제조항은 사회적 시장경제질서로서는 수용할 수 없는 계획적·조정적 요소를 포함하고 있으므로 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 설명하는 것은 적절하지 못하다는 견해가 있다.³⁴⁾ 사회적 시장경제질서는 자유를 최우선 가치로 보고 경제를 경제질서와 경제과정으로 구분하여 경제질서에 대한 간섭만을 인정하는 질서를 의미하며 경제과정에 대한 직접적·간접적인 조정방식은 배제된다는 점에서 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 하기는 곤란하다는 견해도 여기에 포함될 수 있다.³⁵⁾

셋째, 우리 헌법은 원칙적으로 혼합경제를 채택하고 있으나 보다 구체적인 경제체제에 관하여는 중립적인 입장을 택하고 있다는 견해가 있다. 곧 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제로 단언할 수는 없으며 입법자가 시대의 상황에 따라서 순수한 자유시장경제와 완전한 중앙계획경제 사이에 존재하는 다양한 혼합경제질서를 결정할 수 있다는 것이다.³⁶⁾

32) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47(축산업 협동조합법 제99조 제2항에 대한 헌법소원).

33) 권영성, “국가와 경제-경제질서의 헌법적 기초”, 공법연구 제16집, 1988, 10면.

34) 김형성, 전계논문, 94면.

35) 정순훈, “우리헌법상의 경제질서와 경제규제의 한계”, 공법연구 제16집, 1988, 173면.

(3) 우리 헌법의 경제질서

우리 헌법상 경제질서의 성격에 대한 견해의 차이는 무엇보다도 ‘사회적 시장경제’의 개념과 내용에 대한 인식의 차이에서 비롯된다. 사실 사회적 시장경제는 경쟁과 연대의 상호 긴장관계가 내재하고 있으며 시장경제적 요소를 강조하느냐 사회적 요소를 강조하느냐에 따라 사회적 시장경제의 성격이 달라질 수 있는 만큼 그 내용과 개념은 불분명하다. 사회적 시장경제에 있어 ‘사회적’인 것의 내용과 비중이 과거 독일의 경제상황에 따라 변화해 왔고 학자들의 의견도 일치하지 않는다. 또한 독일에서 사회적 시장경제가 발전하는 과정 1948년~196년까지와 1966년과 67년 그리고 67년 이후 70년대의 사회적 시장경제를 실현하는 경제정책의 내용도 같은 것이 아니었다.³⁷⁾

사회적 시장경제를 수정자본주의 혹은 사회복지국가의 보편적인 경제모델로 인식한다면 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 보는 것이 문제될 수 없다. 다만 독일의 특수한 경제상황과 이론에 기초하여 성립한 사회적 시장경제질서를 수정자본주의 혹은 사회복지국가의 보편적인 경제질서로 이해할 수 있는가 하는 문제는 여전히 남게 된다. 그리고 이를 긍정할 수 없다면 우리 헌법의 경제 질서를 사회적 시장경제질서로 이해하는 것은 부적절하다. 이러한 점에서 우리 헌법의 경제질서는 반드시 사회적 시장경제질서에 한정한다고 할 수 없다. 그러므로 헌법재판소 결정에서의 ‘사회적 시장경제’라는 의미는 그 명확한 표현에도 불구하고 순수한 자유시장 경제질서와 중앙계획 경제질서라는 양 극단사이에 존재한 다양한 형태의 경제유형 중에서 ‘사회적 시장경제’라는 특정한 경제질서를 의미하는 것이 아니라 양극단을 배척하는 수정자본주의 혹은 사회복지국가의 보편적인 경제질서를 의미하는 것으로 보아야 한다.

우리 헌법은 특정한 경제질서를 결정하지 않았으며 헌법의 경제에 관한 기본적인 결단을 존중하는 한 경제상황이나 사회현실 그리고 집권정당의 정책방향과 관련하여 그때그때마다 적절한 경제정책을 추구할 수 있는 경제질서라고 생각한다. 따라서 국가의 계획, 규제, 조정의 가능성을 인정하고 있는 규정 즉, 119조 제2항, 제122조,

36) 홍정선, 전게서, 182면; 김문현, “헌법헌법상의 경제질서의 성격”, 고시계 1997. 9. 91면.

37) 김문현, 전게논문, 91면.

제125조 등이 ‘할 수 있다’라고 규정하고 있는 사실은 중요한 의미를 가진다 하겠다. 곧 국가의 시장에 대한 개입의 범위와 정도는 헌법에서 확정하고 있는 것이 아니며 경제에 대한 일정한 계획이나 규제, 조정을 반드시 명령하고 있는 것으로 볼 수도 없다. 그러므로 우리 헌법이 경제에 관하여 많은 규정을 두고 있다 하더라도 그것은 특정의 경제질서로 결정하고 있는 것이 아니라 입법자와 정책결정자에게 광범위한 경제정책의 추구를 인정하는 것으로 보아야 할 것이다. 우리 헌법재판소의 결정들도 헌법질서를 존중하는 한 순수한 자유시장 경제질서와 중앙계획 경제질서라는 양극단을 제외한 어떠한 경제정책도 입법자가 자유롭게 추진할 수 있다는 기초 위에 있다.

2. 우리 헌법상 경제질서의 내용

우리 헌법은 경제정의가 무시되고 경제민주화가 이루어지지 않는 곳에서는 정의 사회의 이념이 뿌리를 내리기 어렵다는 인식 아래 수정자본주의원리를 경제활동의 기본원리로 삼아 사회적 시장경제질서를 마련하고 있다.³⁸⁾ 즉 우리 헌법은 인간의 존엄과 가치를 경제생활 영역에서도 존중하고 경제적인 개성신장을 촉진시킴으로써 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 수 있는 경제적인 자립조건을 마련해 주기 위해서 국민의 경제활동을 보호하는 여러 가지 기본권을 보장하고 있는 것이다.³⁹⁾

현행 헌법 제119조 제1항의 규정은 대한민국의 경제질서에 관한 기본규정이라고 할 수 있다. 우리 경제질서의 원칙을 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하고 있다. 이는 시장경제질서의 원칙을 원칙으로 함을 선언한 것이라고 할 수 있을 것이다. 시장경제질서는 기본적으로 재산권이 보장된 상황 하에서만 가능하며 이것은 곧 우리 헌법 23조에서 규정하고 있는 재산권 보상의 법리와 그 맥락을 같이하고 있다.

우리 헌법재판소도 현행헌법상의 경제질서의 기본이념을 현행헌법은 제23조 1항에서 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다.’고 하는 재산권보장에 대한 일반적인 원칙규

38) 헌재 1996. 4. 25 92헌바47; 우리나라의 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.

39) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006, 160-161면.

정을 두고 있으며 아울러 제13조 2항은 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 제119조 1항은 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.’고 규정하고 있다. 즉 우리 헌법은 사유재산제도와 경제활동에 대한 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는 것이다. 이는 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산과 그 처분 및 상속을 보장해주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다. 라고 판시하였다.⁴⁰⁾ 그러나 헌법 제119조 제2항에서는 “시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 하여 국가적 규제와 조정을 행할 수 있도록 한 것은 시대적 요구인 정치의 민주화와 더불어 경제의 민주화를 위한 의지의 표현이라고 할 수 있다.⁴¹⁾

따라서 우리 경제헌법의 기본원칙은 사유재산제를 기본바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 시장경제질서를 기본으로 하는 것이지 자유방임적 시장경제를 의미하는 것은 아니며⁴²⁾ 자유시장경제에 수반되는 여러 모순과 폐단을 시정하고 복지국가·경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 하는 사회적 시장경제질서를 그 기본원리로 하고 있다.⁴³⁾

40) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

41) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 : 헌법은 제119조 2항에서 “국가는 균형 있는 국민 경제성장 및 안정과 적정한 소득분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 대한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 명시하고 있는데 이는 헌법이 이미 많은 문제점과 모순을 수정한 자유방임적 시장경제를 지향하지 않고 아울러 전체주의 국가의 계획통제제도 지양하면서 국민 모두가 호혜공영하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가 바꾸어 말하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장 메커니즘의 자동 조절기중이라는 골격을 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도 조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임 있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하고 있는 것이다.

42) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125; 영화법 제26조 등 위헌확인심판결정에서 “헌법 제119조 조항의 규정은 대한민국의 경제질서가 개인과기업의 창의를 존중함을 기본으로 하고 있으나 그것이 자유방임적 경제질서를 의미하는 것은 아니다. 따라서 입법자가 외국영화에 의한 국내 영화시장의 독점이 초래되고 국내영화의 제작업은 황폐하여진 상황에서 외국영화의 수입업과 이를 상영하는 소비시장만이 과도히 비대하여질 우려가 있다는 판단 하에서 이를 방지하고 균형 있는 영화산업의 발전을 위하여 국산영화 의무상영제를 둔 것이므로 이를 들어 헌법상의 경제질서에 반한다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

(1) 사유재산제의 제한과 보장

현행헌법은 제23조 제1항에서 재산권을 보장하고 제22조 제2항에서는 지적재산권까지 보장하고 있기 때문에 현행헌법의 경제질서는 전통적인 사유재산제를 기반으로 하는 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 제23조 제2항에서는 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 규정하고 있고 제122조에서는 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다”고 하여 법치주의에 입각한 재산권의 사회적 유보를 규정하고 나아가 ‘토지공개념’⁴⁵⁾까지 규정하고 있다.⁴⁶⁾

1) 국토의 이용·개발·보전과 토지소유권의 제한

국토개발과 자원개발은 경제발전의 종합계획을 수립하는데 있어 특히 중요한 비중을 차지한다. 그리고 이러한 계획을 국가가 미리 수립하고 발표해야 국민은 개인 경제를 이에 맞게 조정할 수 있다. 따라서 헌법 제120조 제2항은 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.”고 규정하고 있다. 이러한 목적을 위한 법률로는 국토건설종합계획법, 국토이용관리법, 농지의 보전 및 이용에 관한 법률 등이 있다.

특히 토지는 가장 본질적인 생산수단으로서 개인의 토지소유는 재산권에 의해 보장되고 있으며 이는 우리 헌법의 경제질서가 사회주의적 경제질서가 아님을 보여주는 가장 큰 특징이라 할 수 있다.

그러나 근대 시민국가 이후 토지는 절대적 재산권으로 취급되어 왔으나 현대 사회는 이러한 토지재산권과 관련하여 많은 경제적·사회적·정치적 문제점에 봉착하게 되었다. 그 하나로 토지는 다른 재화와는 달리 공급 탄력성이 거의 없다는 점이다. 따라서 수요가 많아지면 공급이 증가하는 것이 아니라 가격만 상승하게 된다.

43) 구병삭, 신헌법학원론, 박영사, 1996, 219면.

44) 권영성, 전계서, 162면.

45) 토지 공개념이란 토지는 소유자가 누구이든 그것이 가지는 기능·적성 또는 그것이 위치하는 지역에 따라 공공복리를 위하여 가장 효율적으로 이용되지 않으면 안되며 이를 위하여 국가에 의한 적절한 규제가 가해져야 한다는 생각 또는 원칙을 말한다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2003, 168~169면.

46) 구병삭, 전계서, 220면.

이러한 가격상승은 토지에 대한 투기를 초래할 수 있으며 토지의 원활한 가격의 안정은 이를 수가 없으며 자유시장에서 이루어지는 가격 메커니즘은 그 기능을 상실하게 된다. 따라서 이러한 국가경제의 부정적 측면을 해결하기 위해서 근본적인 토지정책의 일대전환의 필요성이 요구되었다.

우리 헌법도 현대국가의 헌법적 경향에 따라서 재산권의 보장과 함께 재산권의 규제와 제한을 인정하고 있음은 앞에서 본바와 같다. 우리 헌법은 여기에 그치지 않고 제122조에서 “국가는 국민모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의해 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다”라고 규정하고 있다. 우리나라는 협소한 국토에 비하여 지극히 높은 인구밀도를 가지고 있으므로 국토의 효율적인 관리의 필요성과 이에 따른 적절한 공법적 규제가 절실하다.⁴⁷⁾ 토지는 또한 수요가 증가한다고 하여 공급을 늘릴 수가 없기 때문에 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없을 뿐 아니라 개인의 자유로운 이용과 처분에 맡기는 것도 적당하지 아니한 것이다.⁴⁸⁾

2) 자연자원의 부분적 사회화

우리 헌법은 제120조 제1항에서 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 그 이용을 특허할 수 있다.”고 규정⁴⁹⁾하고 있으며 제126조에서도 “국방상 또는 국민 경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는 사영기업은 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.”는 규정을 두고 있다. 가장 기본적인 생산수단의 경제적 자연자원을 국유로 하는 것을 원칙으로 하고 그런 전제하에서 채취·개발 또는 그 이용을 법률로 위임하고 있다. 또 사영기업의 국유나 공유도 국민경제상의 긴절한 필요가 있을 때에는 가능하게 하고 있다. 국내문헌이나 논문에서는 대부분 자연자원이나 농지 및 그 밖의 중요한 생산수단의 국·공유화를 사회화라고 표현하고 있다.⁵⁰⁾

47) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13; 국토는 모든 국민의 복리증진을 위한 유한한 자원이며 공통기반임에 비추어 그 이용에 있어서는 공공복리를 우선시키고 자연환경을 보호함과 아울러 지역적 여러 조건을 충분히 고려하여 토지가 합리적으로 이용되고 적정하게 거래되도록 함으로써 양호한 생활환경의 확보와 국토의 균형있는 발전을 도모함을 그 기본 이념으로 하는 것이다.

48) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

49) 이와 관련한 법률로는 광업법, 수산업법, 전기사업법, 공유수면관리법 등이 있다.

독일 헌법의 규정이나 이론에 따른다면 정확한 개념정의가 될 수 있겠지만⁵¹⁾ 우리 헌법에서는 생산수단이라는 용어대신에 사영기업으로 표현하고 있으며 여기에서 중요한 생산수단과 사영기업을 동일한 것으로 볼 수 있는 것에 대한 문제가 발생한다. 예컨대 독일에서는 은행이 생산수단의 범주에 들어갈 수 있는가 하는 논쟁이 있었는데 우리의 헌법규정에 따른다면 기업이란 제조업뿐만 아니라 서비스업도 포함한다고 볼 수 있으며 독일과 같이 생산수단의 개념을 제품생산에 한정하는 입장에서는 서비스업이 제외되어야 하는 점을 감안한다면 사영기업과 생산수단은 동일한 것으로 보기 어렵고 따라서 사영기업이라는 표현은 훨씬 광범위한 것으로 볼 수 있다. 따라서 자연자원이나 사영기업의 국유 또는 공유화를 사회화라는 용어으로써 표현할 수 있는데 이는 전통적으로 사회주의적 경제의 중요한 내용을 이루어 왔다. 이러한 사회화의 개념은 헌법 제23조 제3항에서 규정된 공공필요에 의한 재산권의 공용징수와는 구별되는 몇 가지 특징을 가지고 있는데 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국가는 필요에 따라 사법상의 계약으로 행정재산·재정재산을 취득할 수 있으나 계약으로 하는 국·공유화는 여기서 말하는 사회화와는 다르다. 여기서의 사회화란 법률의 제정이나 그 집행과 같은 공법상의 수단에 의하여 국유 또는 공유로 하는 것을 의미한다. 따라서 헌법 제120조 제1항의 규정은 자연자원을 사회화할 수 있도록 하는 규정이 아니라 자연자원이 국유라는 것을 확인하고 선언하는 의미를 가지며 그것이 채취·개발 또는 이용의 경우에 한해서 법률로 위임하고 있다. 따라서 엄격한 의미의 ‘사회화’는 아니라고 볼 수 있으며 우리 헌법상 사회화의 대상은 헌법 제126조의 사영기업에 한정된다.

둘째, 재산권의 공용징수가 공익을 위한 불가피한 사적계획의 제공이나 징발에 초점이 맞추어져 있다면 사회화는 사영기업의 공동경제적 변형을 의미한다. 여기서는 단순한 소유자의 변경을 의미하는 것이 아니라 소유권 자체의 변형 즉 소유권의 내용을 종전과는 다른 새로운 내용으로 형성하는 경우를 포함한다.

셋째, 사회화는 개별적 조치에 의해서만 가능한 공용징수와는 달리 일반적인 조치에 의해 이루어져야 한다. 즉 특정기업에 대한 개별적 조치는 우리 헌법상 불가능하다고 보아야 하며 조선·제철·에너지 등과 같은 특종의 기업군이 아니면 안 된다. 사회화의 대상은 이미 위에서 언급한 바와 같이 엄격한 의미에서는 사영기업만이

50) 권영성, 전계서, 163면.

51) 독일기본법 제15조에서는 토지, 자연자원, 생산수단을 공동경제 또는 공동재산상태로 전화하는 것을 비교적 명확하게 규정하고 있다.

해당된다고 할 수 있다. 사영기업의 사회화와 관련하여 국방상의 긴급한 필요한 문제의 사기업을 사회화하지 않고도 도저히 국방의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말하고 국민경제상의 긴급한 필요란 문제의 사기업을 사회화하지 않고는 국민경제의 정상적인 운용이 곤란한 경우를 의미한다. 전·후자를 막론하고 사회화는 사유재산제를 골간으로 하는 자본주의 사회를 기초부터 뒤흔드는 것이므로 그 요건의 해석에 있어서는 매우 엄격한 심사가 요청된다.⁵²⁾

(2) 시장경제질서

헌법은 전문에서 “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며”라고 하고 제119조 제1항에서는 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라고 하고 있으며 제15조에서는 직업선택의 자유를 규정하여 현행헌법의 경제질서가 원칙적으로 자유경쟁에 입각한 시장경제질서를 근간으로 하고 있음을 명백히 하고 있다. 헌법 제119조 제1항의 경제상 자유에는 계약의 자유⁵³⁾·경쟁의 자유·기업의 자유·광고의 자유·소비의 자유 등이 포함된다.

자본주의 경제질서 하에서는 재산소유형태를 사유재산제에 입각하고 있는 한 그 경제구조는 필연적으로 시장경제에 입각하지 않을 수 없다. 시장경제는 공개된 상태 하에서 경쟁에 의하여 화폐라는 수단을 통하여 가격의 형성 생산 및 고용과 분배를 결정하는 경제구조이다.⁵⁴⁾ 이러한 시장경제질서는 국민경제 전체의 입장에서 보더라도 모든 국민의 창 의와 자기책임에 의하여 경제가 형성되며 또한 시대적 경제상황의 변화에 대응하여 국가적 규제와 조정을 탄력적으로 실행할 수 있는 장점을 내포하고 있다. 하지만 자칫 국가의 과도한 규제와 조정은 계획경제 질서하에서처럼 개인의 자유와 창의를 부정하게 될 수도 있다는 점이다. 헌법재판소도 이러한 맥락에서 국제그룹해체사건에서 “헌법 제119조 제1항(제5공화국 헌법 제120조 제1항)은 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한

52) 노영록, “토지재산권의 헌법적 한계”, 박사학위논문, 성균관대 대학원, 1996, 122~125면.

53) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마24: 일반적 행동의 자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동하는 것은 물론 소극적으로 행동하지 않을 자유, 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로 법률행위의 영역에 있어서는 계약을 체결할 것인가의 자유, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과 관계에서 어떤 방식으로 체결하느냐 하는……계약자유 의 원칙도 여기의 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다.

54) 성낙인, 전계서, 161면.

다고 하여 시장경제의 원리에 입각한 경제체제임을 천명하였는바 이는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유의 표현이며 국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개임을 원칙으로 한다는 뜻이다”라고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

(3) 경제민주화의 지향

헌법 제119조 제2항이 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득을 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 하여 우리나라의 경제질서가 경제의 민주화를 지향하고 있음을 밝히고 있다. 경제민주화라 함은 민주주의 이념을 정치영역 뿐만 아니라 경제영역에서도 실현하려는 것으로 그 목표는 생산의 합리화와 분배의 공정을 통하여 모든 국민의 탈빈곤화와 인격이 존중되는 사회화에 두고 있다는 점이라고 볼 수 있다.⁵⁶⁾

즉 균형 있는 경제발전, 적정한 소득분배, 시장지배와 경제력남용방지, 경제주체간의 조화, 경제민주화⁵⁷⁾를 위한 규제와 조정을 하는 것이다. 그리고 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화의 넓은 의미는 경제에 관한 국가적 규제와 조정을 행할 수 있는 근거가 되는 표현이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 조문의 표현대로 보다 좁은 의미의 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 국가가 개입을 행한다는 의미는 곧 경제적 약자를 경제적 강자로부터 보호함으로써 국민경제 전체의 보호를 목적으로 한 규정이라고 볼 수 있다.⁵⁸⁾

그런데 이러한 경제민주화의 지향은 생존권적 기본권의 보장과 특히 밀접한 관련을 가지고 있다. 우리 헌법은 제34조에서 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무, 생활능력 없는 국민의 보호를 규정하고 있다. 이것은 사회적 시장 경제질서하에서의 경제민주화와 사회정의 지향의 중요한 내용

55) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31.

56) 성낙인, 한국헌법연습-사례와 판례, 언약, 1997, 166면.

57) 변형윤, 경제민주화의 길, 비봉출판사, 1992, 11면~21면; 한국에 있어서 경제민주화의 주된 내용으로는 ㄱ)민주적인 노조·농민조직·소비자조직의 결성, ㄴ)실질적인 기업공개와 주식분산, ㄷ)독과점 및 경제력 집중의 규제, ㄹ)금융자율화, ㅁ)경제계획의 신축성과 유연성을 들고 있다.

58) 성낙인, 전게서, 166면.

이라 할 것이다.⁵⁹⁾

오늘날 경제민주화에의 요구는 그동안의 비경쟁적 질서 속에 야기되었던 경제구조의 취약성을 극복하기 위한 것이라는 성격 또한 갖게 된다. 아울러 이는 곧 자본주의적 경제질서의 제1차적 원리라 할 “경쟁의 원리를 회복시키고 강화시킨다는 목표를 위한 것이기도 하겠다.⁶⁰⁾

제 5 절 경제규제의 한계

1. 서설

일반적으로 규제라 함은 가장 좁게는 일정한 행동에 특정한 질서를 부여하기 위하여 이를 제한하는 작용이라고 이해되고 있지만, 널리 ‘국가의 간섭’이라는 의미로 사용된다. 경제에 대한 국가의 간섭, 즉 경제규제에는 일반적으로 소극적 간섭과 적극적 간섭이 있고, 고권적 간섭과 비고권적 간섭이 있는데 경제의 규제에는 이들 모두가 포함된다. 경제규제란 용어는 실정법상의 것이 아니고 학문상의 것이므로 그 의미, 내용에 관하여 유권적인 설명이 정립되기 어렵다. 경제규제는 개인의 행위나 활동이 아니라 하나의 국가작용이다. 즉 경제규제의 주체는 국가이다. 따라서 개인이 특정한 목적을 달성하기 위하여 자기의 이성이나 욕구의 판단, 명령에 따라 경제행위를 하는 것은 경제 규제가 아니다. 개인이 자기의 경제행위를 규제하는 것은 자율적인 합리성 판단이나 도덕에 의한 것이므로 국가에 의한 타율적이고 강제적인 규제와 다르다.⁶¹⁾ 또한 경제규제에 해당되는 내용의 현상에 대해서도 다양한 용어가 사용되고 있다. 경제규제의 필요성과 과제에 관한 정확한 해답을 얻기 위해서는 분석대상이 되는 경제규제의 실제 내지 본질이 정확하게 파악, 인식되어야 한다.

한편 경제에 대한 국가적 간섭을 표현하는 말로서는 규제라는 용어와 더불어 통

59) 구병삭, 전계서, 220면.

60) 권영성, 전계논문, 32면.

61) 김영추, “경제규제의 필요성과 과제”, 공법연구 제16집, 1998, 115면.

제라는 용어가 널리 사용되고 있다. 통제라는 관념은 국가의 권력적인 간섭과 비권력적인 간섭을 모두 포함하는 상당히 넓은 의미로 사용되는 경우가 있고, 오로지 국가의 권력적인 간섭만을 의미하는 것으로 이해되는 경우도 있다.⁶²⁾ 여기에서의 경제규제는 넓은 의미의 경제에 대한 국가적 간섭으로 이해하기로 한다.

국가가 생긴 이래 지구상의 모든 국가가 헌법상의 근거유무와는 관계없이 다소간 경제에 간섭해 온 것은 사실이다. 이러한 국가의 간섭은 경제위기의 극복이나 경제 발전에 긍정적으로 기여했음은 부인할 수 없는 것이다.

일반적으로 경제에 대한 국가간섭의 폐해문제는 경제적 효율과 자유라는 관점에서 제기 된다. 즉 경제에 대한 과도한 국가간섭은 경제적 효율을 저해하면서 개인의 자유를 침해하거나 상실하도록 한다. 왜냐하면 경제적 효율과 자유의 보장은 시장기구의 원활한 기능과 밀접한 관련을 가지기 때문이다. 또한 경제에 대한 국가의 간섭은 그 자체가 개인의 경제적 자유에 대한 침해이다. 뿐만 아니라 경제적 자유는 정치적 자유를 위해 없어서는 안 될 수단이다. 이러한 경제규제에 있어 헌법적 한계는 분명히 우리헌법 제119조 제1항에 규정되어 있다. 물론 제37조 제2항에 의해서도 그 한계가 있다.

따라서 경제규제의 헌법적 한계와 그와 관련된 사항에 대해서 살펴보는 것은 자유로운 경제활동의 보장과 국민의 기본권 보장적 측면이라는 점과 관련하여 그 의미가 있다고 하겠다.

2. 경제규제의 한계

우리 헌법은 경제에 대한 규정을 기본권과는 다른 별도의 장에 두고 있다. 또한 경제에 대한 국가의 조정, 간섭의 목적을 분명히 밝히고 있다. 이는 앞에서 밝힌 바와 같이 우리 헌법상 경제질서의 이념적 기초를 밝힌 것으로 자유와 평등 및 효율을 의미한다고 할 것이다. 따라서 국가가 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 하는 경우에도 이러한 기본가치를 존중하는 범위 내에서만 가능할 것이다.

첫째는 오늘날 우리들의 사적생활영역 중 경제생활이 차지하는 부분이 매우 중요한 위치를 점하고 있음을 볼 때 경제에 대한 지나친 간섭은 '자유'의 내용에 반한다고 하겠다.⁶³⁾ 우리 헌법은 이러한 경제상의 자유를 보장하기 위하여 기본권조항에서

62) 권오승, 전계서, 46~47면.

경제적 자유권을 규정한 외에 경제조항에서 자유시장 경제를 우리 경제질서의 기본 원칙으로 함을 천명하고 있다. 즉 시장에 의한 조정방식이나 사유재산제를 폐지하거나 정지 또는 예외로 하는 조치 즉 중앙관리에 의한 조정방식과 생산수단을 전면적으로 도입하거나 그 기본질서를 원칙으로 하는 경제질서는 도입할 수 없다고 하겠다. 또한 국방상 또는 국민경제상의 긴절한 필요로 인하여 법률로 제한하는 경우라 하더라도 시장경제나 사유재산제도의 근간을 해칠 정도로 많은 부분을 차지해서는 안 될 것이다. 이와 같이 우리 헌법은 ‘자유’를 경제질서의 기본가치로 하면서 다른 한편으로는 사회정의의 실현을 위한 다른 가치를 규정하고 있다.

둘째는 평등의 요청이다. 우리 헌법에서 규정한 평등은 기업활동의 결정권이나 생산활동의 관리형태의 개조를 통한 평등화가 아니라 결과로서 생긴 소득분배의 개선을 통하여 인간생활의 기본조건의 최저한을 보장한다는 의미에서 평등화를 실현하는 것이다. 이러한 수단으로는 누진적인 소득세체계와 사회보장제도의 도입 및 교육기회의 평등화를 촉진하는 재정조치와 고용의 안정화정책, 노동기본권보장, 최저임금제도의 실시 등이 가능하다. 즉 우리 헌법에서 규정한 평등의 의미는 ‘완전한 평등화’를 보장하거나 ‘참가’의 문제에 한한 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

셋째는 경제적인 목표, ‘효율’의 문제이다. 우리 헌법 제119조 2항에서 ‘국가는 균형 있는 국민경제의 성장과 안정 및 적정한 소득분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화를 위하여’ 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이때 ‘균형 있는’이라는 의미는 계층간의 균형이라기보다는 경제적 목표 예컨대 경제에서의 ‘물가안정’, ‘경제성장’, ‘무역수지균형’, ‘완전고용’ 등의 조화로운 달성을 의미하는 것이라 하겠으며 따라서 지나치게 경제성장에 치중하여 인플레이션으로 인해 물가가 상승한다거나 역으로 물가안정에만 중점을 둔 결과 고용을 소홀히 하는 경제정책을 수립해서는 안 된다는 의미라고 할 수 있다.

제6절 경제에 대한 국가개입의 한계

63) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006, 294면 참조.

1. 사적자치의 원칙 존중과 보충성 원칙에 의한 한계

국가가 경제에 대한 규제와 조정을 함에 있어서는 화폐경제, 자유경제, 계약의 자유 등 자유경제질서의 근간을 이루는 사적자치의 기본은 유지하여야 한다.⁶⁴⁾ 또한 국가의 개입은 보충성의 요청, 즉 개인과 사회 및 국가의 일반적인 조직원리 내지 기능분배원리로서 가능하면서 하위단계 혹은 작은 단위의 조직 혹은 주체에게 기능과 권한이 분배되어야 한다는 원칙에 입각하여 허용된다.

대법원은 “토지거래 허가구역으로 지정된 토지에 관해 건설교통부 장관이 허가구역지정을 해제하거나 또는 허가구역 지정기간이 만료되었음에도 허가구역 재지정을 아니한 취지는 당해 구역 안에서의 개별적인 토지거래에 관하여 더 이상 허가를 받지 않도록 하더라도 투기적 토지거래의 성행과 이로 인한 지가의 급격한 상승으로 인해 토지거래허가제도가 달성하려고 하는 공공의 이익에 아무런 지장이 없게 되었고 허가의 필요성도 소멸되었으므로 허가구역 안의 토지에 대한 거래 계약에 대하여 허가를 받은 것과 마찬가지로 취급함으로써 사적자치에 대한 공법적 규제를 해제하여 거래당사자가 당해거래계약으로 달성하고자 한 사적 자치를 실현할 수 있도록 함에 있다 할 것이므로”라고 판시하고 있는데⁶⁵⁾ 이는 공공의 이익을 해하지 않는 범위에서 사적 자치를 인정하겠다는 취지이다.

그리고 대법원은 “건축회사가 상가를 건축하여 각 점포별로 권장 업종을 정하여 분양한 후에 점포에 관한 수분양자의 지위를 양수한 자는 특별한 사정이 없는 한 상가의 입점업자들에 대한 관계에서 상호 묵시적으로 분양계약에서 약정한 업종제한 등의 의무를 수인하기로 동의하였다고 봄이 상당하므로”라고 판시함으로써⁶⁶⁾ 상가내 점포를 분양 받은 자 또는 그 양수인들 사이에서 업종제한 약정위반을 이유로 한 동종영업금지 청구를 인정하고 있다. 이는 분양계약 또는 수분양자 사이의 약정에 의한 업종제한을 사적자치의 영역에 속하는 사항으로 본 것이다.

또 대법원은 “영업양도 당사자 사이에서 근로관계계약의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지

64) 권영성, 전거서, 165면.

65) 대판 1996. 6. 17. 98다40459.

66) 대판 1997. 12. 26. 97다 42540.

않을 수 있으나 그런 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제27조 제1항의 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며 영업양도 그 자체만을 이유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있는데⁶⁷⁾ 이는 사회적 약자의 지위를 보기 위하여 사적 자치의 원칙을 제한하고 있는 것이다.

그리고 헌법재판소는 “헌법상의 복지국가 이념을 실천하기 위하여 국가가 공공복리를 위하여 사적 영역에 개입하는 것이 필요하다고 하더라도 자유주의 시장경제질서를 근간으로 하고 있는 우리 헌법질서 하에서는 국가는 우선 사적자치의 영역에서 그러한 공공복리의 목적 수행이 가증하도록 조정하고 그것이 여의치 않을 때에만 실질적으로 법치주의에 따른 목적과 비례의 범위 내에서 개입하는 것이 타당하다.”고 판시한 바도 있다.⁶⁸⁾ 또한 헌법재판소는 “자유민주주의 국가에서 시장경제 원리를 중시하는 것은 그것이 개인의 자유와 창의를 보장하고 재화를 효율적으로 배분하는 데 가장 알맞은 원리이기 때문인데 투기가 성행하는 경우에는 이러한 시장의 정상적인 기능이 마비되고 사회적으로 여러 가지 폐단과 모순을 노정하게 되므로 이를 그대로 방치해 둘 수는 없으며 어떤 형태의 구제가 불가피한 것이다. 국가적인 규제와 통제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 어디까지나 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산제도와 아울러 경제행위에 대한 사적자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서만 허용될 뿐이라 할 것인데 자유민주주의 국가에서는 각 개인의 인격을 존중하고 그 자유와 창의를 최대한으로 존중해주는 것을 그 이상으로 하고 있는 만큼 기본권 주체의 활동은 일차적으로 그들의 자결권과 자율성에 입각하여 보장되어야 하고 국가는 예외적으로 꼭 필요한 경우에 한하여 이를 보충하는 정도로만 개입할 수 있고 이러한 헌법상의 보충의 원리가 국민의 경제생활영역에서 적용됨은 물론이므로 사적자치의 원칙이 자유민주주의 국가에서 지극히 존중되어야 할 대원칙임은 부인할 수 없다. 그러나 이것은 어디까지나 타 개인이나 사회와 조화와 균형을 유지하면서 공존 공영하는데 있어서 그것이 유익하거나 적어도 유해하지 않는 범위 내에서 용인된다는 것이지 무조건 무제한 적으로 존중된다는 뜻은 아닌 것이다.”라고 판시한 바 있다.⁶⁹⁾

67) 대판 1994. 5. 28. 93다33173.

68) 헌재 1995. 11. 30. 94헌가2.

69) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

2. 법치국가원리에 의한 제한

경제에 관한 규제와 조정은 법치국가적 원리에 따라 행해져야 한다.⁷⁰⁾ 헌법재판소는 “국가의 공권력이 부실기업의 처분 정리를 위하여 경영권에 개입하고자 한다면 적어도 간절한 필요 때문에 정한 법률상의 규정 없이는 불가능한 일이고 다만 근거 법률은 없지만 부실기업의 정리에 개입한 예외적인 길은 부실기업 때문에 국가가 중대한 재정·경제상의 위기에 처하게 된 경우 공공의 안녕 질서의 유지상 부득이하다하여 요건에 맞추어 긴급명령을 발하여 이를 근거로 할 것이고 그렇게 하는 것만이 합헌적인 조치가 될 수 있는 것이다.……부실기업을 그대로 방치할 때 국가 사회적 과급효과가 크다고 하더라도 법의 테두리 안에서 문제를 해결하도록 시도하는 것이 법치행정이 원칙의 준수이며 만일 법이 없다면 공권력 개입의 객관적 기준을 세운 법안을 발안한 다음 새 입법을 기다려 그에 의거하여 할 것이지 그와 같은 절차가 번거롭다 하여 이를 생략한 채 목적이 좋다는 것만 내세워 초법적 수단에 의거하여 마치 국·공영기업의 경영자를 바꾸는 식의 공권력의 행사는 시장경제적 법치 질서를 파탄시키는 것 밖에 되지 못한다.”고 판시한 바 있다.⁷¹⁾

3. 본질적 내용침해 금지와 보상

헌법 제37조 제2항 후단의 본질내용침해금지의 원칙은 기본권의 본질내용이 무엇이나 문제점을 내포하고 있다. 이러한 기본권의 본질내용에 관하여 살펴보면 기본권 제한 후에도 기본권의 핵심이 그대로 남아 있을 때 본질내용이 침해되지 않는 것으로 이러한 기본권 핵심의 내용은 무제한적이라는 절대설과 모든 기본권 침해에 있어서 본질내용은 개별사안에서 상호 경합되는 이익과 가치를 비교해 봄으로써 찾을 수 있다는 상대설로 나누어진다. 상대설의 입장에서 보면 기본권에 구체적으로 결정되어져야 할 문제와 관련하여 중요성이 더 약할 때에는 위헌적 기본권 침해가 일어나지 않는다. 헌법재판소도 상대설의 입장을 취하고 있다고 여겨진다.⁷²⁾ 하지만 비

70) 권영성, 전거서, 165면.

71) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31.

72) 헌재 1989. 12. 12 88헌가 13; 토지거래허가제는 처분권이 완전히 금지되는 것은 아니라는 점

록 이러한 입장이 기본권 보장을 형해화할 수 있는 결과에 이르게 되나 헌법 제122조의 관련 속에서 본다면 실정헌법의 해석상 불가피하며 여기에 우리 헌법 체계상의 문제가 내재되어 있다. 기본권 보장과 경제에 관한 규제조항이 각각 독립된 체계하에 있음으로 인해 경제규제조항을 통해서 기본권보장의 공동화 현상이 초래될 수도 있을 것이다.⁷³⁾

국가에 의한 경제간섭의 또 다른 한계로서 비례성의 원칙을 들 수 있다. 이에 대해서는 헌법재판소의 기본권 보장과 관련하여 중요한 한계이다. 헌법재판소는 국토이용관리법 제21조의 3 제1항, 제31조의 2 위헌심판에서 “국토이용관리법 제21조의 3 제1항의 토지거래 허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한의 한 형태이고 토지의 투기적 거래의 억제를 위하여 그 처분을 제한함은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니면 헌법상의 경제조항에도 위배되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수단의 선택이 헌법상의 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다.”라는 판시를 한 바 있다.⁷⁴⁾ 이러한 헌법재판소의 기본권보장과 관련한 그 한계로서 비례성의 원칙은 자주 거론되어지며 학계에서도 거의 이론 없이 인정되고 있다.

일부견해는⁷⁵⁾ 국가에 의한 경제간섭의 한계는 우리 헌법의 해석상 기본권의 제한과 거의 일치한다고 하면서도 헌법 제126조의 경우에는 헌법이 직접 기본권의 본질적 내용침해를 규정하고 있기 때문에 사실상 일반적 법률유보와는 독립되어 있다고 볼 수밖에 없다고 하면서 다만 이런 경우에도 법치국가 원칙으로부터 도출되는 헌법적인 비례성의 원칙의 적용을 통하여 기본권 보장과 국가목적의 부분적으로나마 조화시킬 수 있다고 본다.

또 다른 견해는⁷⁶⁾ 헌법 제126조는 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요”로서 그 목적과 정도를 제37조 2항에 비교하여 엄격히 축소, 제한하고 있으므로 ‘긴절한 필

및 당국의 거래불허가 처분에 대하여서는 불복방법이 마련되어 있는 점 등을 종합해볼 때 사유재산제도의 부정이라고 보기는 어렵고 다만 그 제한의 한 형태라고 봐야할 것이다. 생산이 자유롭지 않은 토지에 대하여 처분의 자유를 인정하지 않고 이를 제한 할 수밖에 없음은 실로 부득이한 것이며 토지거래허가제는 헌법이 명문으로 인정하고 있는(헌법 제122조) 재산권의 제한의 한 형태로서 재산권의 본질적인 침해라고 할 수 있는 것이다.

73) 김형성, 전계논문, 245면.

74) 헌재 1989. 12. 12. 88헌가13.

75) 김형성, 전계논문, 242~243면.

76) 신우철, 재벌해체의 헌법적합성, 서울대학교 법학연구 제4권, 1997, 14면.

요'의 의미를 소극적, 방어적 필요에 한정시킬 필요가 없고 국민 경제의 적극적 증진을 위한 경우라 하더라도 국·공유화나 통제 등의 조치가 긴절히 필요하다고 판단되면 이를 허용함이 타당하다고 한다. 즉 이 경우 그 목적이 국방과 국민경제로 엄격히 제한되며 이를 위한 수단의 내용도 합헌성이 과잉금지원칙의 하부원칙들에 의하여 충분히 심사되어야 한다는 의미이고 소극적 방어적 필요성의 요청은 엄격, 철저한 과잉금지 원칙의 한 표현에 불과한 것이지 그것이 절대적 요건은 아니라는 것이다.

그러나 이와 같은 견해는 타당하지 않다. 우리헌법은 인간의 존엄과 가치를 경제생활영역에서도 존중하고 경제적인 개성신장을 촉진시킴으로써 모든 국민의 인간다운 생활을 할 수 있는 경제적인 자립터전을 마련해주기 위하여 국민의 경제활동을 보호하는 여러 가지 기본권을 보장하고 있는데 거주·이전의 자유(제14조), 직업의 자유(제15조), 재산권(제23조), 근로의 권리(제32조, 제33조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조) 등이 그 예이다. 그러나 국민의 경제적인 개성신장은 합리적인 경제질서를 전제로 해서만 가능하기 때문에 우리 헌법은 경제질서의 기본을 수정자본주의로 잡고 국가가 '개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함'을 원칙으로 하면서도 '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 있도록 한 것이다.'

우리 헌법은 이처럼 경제적인 자유방임주의에서 벗어나고 시장 및 경제메커니즘의 자율조정기능에 의한 전통적인 믿음을 완화해서 제한적이거나 시장 및 경제형상을 국가적인 규제와 조정의 대상으로 삼은 것이다.⁷⁷⁾ 헌법 제126조의 경우에도 예외가 될 수 없다. 따라서 헌법 제37조 제2항의 적용대상이 될 수밖에 없다. 그리고 비례성의 원칙은 적용되면서 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 있다는 것은 타당하지 않다.

비례의 원칙은 기본권의 제한은 필요한 경우에 한하여 그 제한이 불가피한 경우에만 허용되며 제한을 하는 경우에도 그 정도는 최소한의 제한에 국한되어야 하는 원칙으로서 이는 기본권의 본질적 침해금지에 앞서 적용되는 원칙인 것이다. 따라서 비례의 원칙을 적용함을 통해서 기본권의 보장을 부분적으로 달성할 수 있다고 하는 견해는 전혀 타당하지 않은 것이다. 따라서 경제헌법에 있어서도 기본권 본질적

77) 허영, 전계서, 161면.

내용의 침해금지에는 국가개입의 한계로서 언제나 적용된다고 할 것이다.

두 번째 견해도 역시 타당하지 않다고 본다. 이 견해는 헌법 제126조가 목적과 정도를 제37조 2항에 비하여 엄격히 제한하고 있으므로 긴절한 필요를 폭넓게 해석해도 무방하다는 것인데 이는 모순된 주장이다. 헌법 제126조는 사영기업을 국·공유화 할 수도 있다는 내용을 담고 있는데 헌법 스스로 이 경우 목적을 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요가 있을 때로 엄격히 제한하고 있다. 긴절한 필요는 국·공유화를 실행하지 않을 경우 경제가 교란에 빠지는 등 위급한 상황이 초래되는 경우를 의미한다 할 것이다. 국민경제의 적극적 증진을 위한 경우를 긴절한 필요에 포함시켜 해석한다면 적극적 증진이라는 개념자체의 불명확성으로 인해 국가가 자의적으로 국·공유화 정책을 실시할 수가 있다. 헌법 제126조가 제37조 2항에 비해 그 요건을 엄격히 규정하고 있는 이상 긴절한 필요의 의미를 폭넓게 해석하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

헌법재판소는 “사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없으나”라고 판시한 바 있다.⁷⁸⁾

또 헌법재판소는 “헌법에서 수용에 대한 손실보상 절차를 규정하는 법령을 제정하도록 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 가정하더라도 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위한 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백한데 국가가 행위의무를 불이행하고 있는 것은 위헌이다”라고 하고 있다.⁷⁹⁾

따라서 이런 경제조항에 근거하더라도 헌법 제37조 제2항의 본질내용침해금지의 원칙을 엄격하게 적용해야 한다고 할 때 절대설의 입장이 타당하다고 하겠다. 또한 결과적으로 국가의 경제규제에 대한 한계의 중요한 기준이 되는 기본권의 본질적 내용에 대한 엄격한 해석과 비례성의 철저한 적용이 요청된다.

4. 사회주의적 계획경제 불허용

자본주의 테두리 안에서 규제와 조정을 하는 경제계획은 무방하지만 전면적인 국가관리경제를 의미하는 사회주의적 계획경제 내지 전면적 사회화는 허용되지 아니

78) 헌재 1998. 12. 22. 88헌가13.

79) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2.

한다.⁸⁰⁾

80) 권영성, 전 개서, 165면.

제 3 장 북한헌법상 경제질서의 변천과 내용

제1절 북한헌법상 경제질서의 변화와 발전

1. 북한헌법상 경제질서의 헌정사⁸¹⁾

북한헌법은 1948년 정권수립이후 50년에 걸쳐 몇 차례의 개정을 통해 발전하여 왔다. 다음에 북한헌법의 변화과정 및 배경을 간략하게 언급하되 임시헌법 및 인민민주주의헌법(1948년 헌법), 사회주의 헌법(1972년 헌법), 1992년 헌법, 1998년 헌법 등으로 나누어 살펴본다.

(1) 1948년 헌법

북한은 1945년 8·15 광복 후 단독정권수립을 위한 준비를 진행하던 중 제2차 미·소 공동위원회가 결렬(1947. 8. 12)되고 UN총회가 UN감시하의 남북한 총선거 실시와 선거를 감시할 「UN한국임시위원단」의 설치를 결의(1947. 11. 14)하자 이른바 ‘인민공화국’의 수립을 서두르게 되었다.⁸²⁾ 이에 북한은 ‘북로당’ 중앙위원회 전원회의(1947. 11. 16)에서 통일전선전략에 의거 통일임시정부수립을 위한 법적 기초로서 임시헌법의 제정을 결의하고 「조선임시헌법제정위원회」와 「법전작성위원회」를 구성하기로 결의하였다.⁸³⁾ 1947년에 북조선 임시 인민위원회로부터 계승, 개편된 북

81) 북한헌법상 경제질서의 헌정사에 관한 자세한 내용은, 김진, 전개논문, 45~52면 참조.

82) 북한개요, 국토통일원, 1984, 40면.

83) 장명봉, 남북한의 정치 및 헌법체제의 변화-북한을 중심으로, 통일논총 제5권 제2호, 1985, 국토통일원,

조선 인민위원회는 헌법초안을 작성하기 위하여 ‘31인민위원회’를 구성하였으며, 이 위원회는 한반도 전체에 적용될 헌법의 기초를 마련하고자 시도하였다. 그리하여 이 위원회는 조선민주주의 인민 공화국 헌법 초안을 작성, 조선 인민 민주주의 인민공화국 최고인민회의에 제출하여 그 초안이 채택되었는데 이것이 1948년의 북한 헌법인 ‘조선민주주의 인민공화국 헌법’이다.

1948년 북한헌법은 사회주의적 발전단계 중 초기형태를 그대로 반영하고 있는데 공산주의 국가들의 ‘인민 민주주의 헌법’과 마찬가지로 1936년 소련 헌법의 절대적 영향아래 제정되어 초기 사회주의 발전단계의 일반적 특징과 더불어 반봉건적, 반자본주의적 요소가 혼합된 헌법이 되었다. 1948년 9월 8일의 조선민주주의 인민 공화국 헌법의 제정과 더불어 동년 9월 9일에 조선민주주의 인민 공화국을 수립함으로써 북한의 사회주의 정권이 성립되었다.

1948년의 북한헌법은 총 10장 104개조로 구성되어 있다. 제1장에서 10개조의 총칙적인 규정을 두고 있으며 1조에서 국체 및 정체를 조선민주주의 인민 공화국이라고 밝히고 제2조에서는 주권은 명목상이나마 인민에게 있음을 명시하였다. 제2장 공민의 기본적 권리와 의무에서는 제11조의 공민은 성별, 민족별, 신앙, 기술, 재산, 지식 정도의 여하를 불문하고 국가, 정치, 사회, 경제, 정치, 문화생활의 모든 부문에 있어서 동등한 권리를 가진다고 규정하였다.

제3장은 권력 구조에 관하여 규정하고 있는데 최고 주권기관으로써 최고 인민회의, 최고인민회의 상임위원회를 두고 있다. 제32조의 최고인민회의는 최고중권기관이며 합의제국가의 원수의 지위에 있지만 실질적으로는 최고인민회의의 휴회 중에 그 기능을 행사하는 최고인민회의 상임위원회가 권력의 핵심이었다고 할 수 있다. 제6장 사법제도 부문에 관하여는 제82조에서 재판은 최고재판소, 도, 시, 군 재판소, 특별재판소에서 수행하며, 제83조에서는 재판소의 구성은 최고재판소의 경우 최고인민회의에서 도, 시, 군 재판소의 경우 비밀투표로 각급 인민위원회에서 선거하도록 하고 특별재판소의 경우는 따로 법령으로 규정하도록 하였다. 이 헌법에서 특이한 것으로는 제103조에서 ‘조선민주주의 인민공화국의 수도는 서울시’라고 규정함으로써 한반도 전체를 지배하고자 하는 헌법적 구상을 피력하고 있다는 것이다.

북한은 1948. 4. 8에 조선민주주의 인민공화국 헌법을 공포하였다. 사회주의의 기초 건설에 상응하는 헌법으로 소련의 지대한 영향아래서 형성되었다. 이 당시의 헌

34~35면.

법은 당시의 북한 사회의 모습을 상당히 반영하고 있다. 즉 자본주의가 고도로 발달된 상태에 있었던 상황은 어느 정도의 생산수단의 사유와 토지의 개인소유 및 사기업업을 인정할 수밖에 없었던 것이다. 따라서 맑스-레닌주의와 그 핵심 내용인 프롤레타리아 독재를 헌법에 명문으로 규정할 수 없었고, 공산당이 이미 사회의 지도적 위치를 점하고 있었지만 공산당의 지도적 역할을 헌법에 선언할 수도 없었다. 하지만 이 헌법의 특징을 김일성은 조선 인민민주주의 공화국 헌법 실시예 인민이 쟁취한 승리를 법적으로 확인하고 경제생활 전반의 변화를 반영하여 국민의 자유와 권리를 실질적으로 보장한다고 말함으로써 1948년의 북한 헌법을 아직 프롤레타리아라고 볼 수 없는 자들과의 타협 하에 부르주아 제국주의를 축출하여 프롤레타리아 독재를 선언한 헌법으로 규정하고 있다. 이러한 1948년의 북한 헌법은 인민민주주의 헌법에서 사회주의 헌법으로 발전하는 과도기의 헌법으로 1924년 레닌 헌법과 부합하지만 세부적 내용에 있어서는 스탈린 헌법관에 따른 공산주의헌법이라 할 수 있다.

1948년 헌법은 1972년 사회주의 헌법 채택시까지 5차에 걸쳐 부분 개정되었다.⁸⁴⁾

(2) 1972년 헌법

1948년 북한 헌법의 다선 차례의 개정 후 1972년 10월 28일 최고인민회의 제5기 제1차 회의에서 조선민주주의 인민공화국 사회주의 헌법이 제정되었다. 1972년의 북한헌법의 제정동기는 그들 나름대로 사회주의를 발전시키면서 사회주의 발전의 초기형태인 인민민주주의 원리가 더 이상 맞지 않게 되었고, 그 가운데 중국과 소련 사이의 이념분쟁과 주체사상의 등장이라는 이념적 변화를 겪었으며 당과 국가기관에 관한 규정, 즉 권력 구조 부문의 실질적 변화에 대한 필요성 때문에 1948년 북한 헌법은 더 이상 유효하지 않게 된 것에 그 원인이 있다.⁸⁵⁾ 최고인민회의에서의 연설을 통해 김일성은 새 헌법의 필요성에 대해 다음과 같이 말하였다. “오늘 우리나라의 현실은 새로운 사회주의 헌법을 제정함으로써 사회주의 혁명과 사회주의 건설에서 우리 인민이 이룩한 위대한 성과들을 법적으로 고착시키며 사회주의 사회에서의 정치, 경제, 문화 분야의 제원칙들을 법적으로 규제할 것을 절박하게 요구하고 있

84) 개정내용에 관해서는 「북한법령집」 제1권, 1990, 14~16면.

85) 예를 들어 1948년 헌법상 국가최고기관인 최고인민회의 및 그 상임위원회에 대해 법상 하위에 있던 내각의 수상에 불과하던 김일성이 초헌법적인 당의 1인자의 입장에서 1인 독재정치를 행한데 따른 규범과 현실관의 괴리 현상이 발생했었다. 이러한 문제를 일인지도제 국가주석제 채택으로 해소시킨 것이다.; 박일경, “북한의 신헌법”, 국토통일 1973년 10월호, 국토통일원, 92면.

다.”⁸⁶⁾ 사회주의 헌법은 12월 27일 최고인민회의에서 만장일치로 채택되었다.

1972년 북한 헌법은 총 11장 149개조로 구성되어 있는데, 제1조에서 국가의 성격을 사회주의 국가라고 정의하면서 제2조에서 국가의 기초로서 로동계급이 령도하는 로동동맹에 기초한 전체인민의 정치사상적 통일과 사회주의적 생산 관계와 자립적 민족 경제에 의거한다고 규정하여 사회주의체제를 명시하였다. 제4조에서는 지도원리로서 주체사상의 우위성을 밝히고 있으며 제10조에서 조선민주주의 인민공화국은 프롤레타리아독재를 실시하며 계급노선과 균중노선을 관철한다고 규정하고 있다.

국민의 기본권에 대하여는 제4장에서 ‘하나를 위하여 전체는 하나를 위하여’라는 집단주의 원칙을 새로이 추가하였다. 권력구조에 대하여 1972년 북한 헌법은 주권기관으로서 최고인민회의, 조선민주주의인민공화국 주석, 중앙인민위원회, 지방인민회의, 인민위원회를 두고 있고 행정적 집행기관으로서 정무원, 지방행정위원회, 사법기관으로서 재판소 및 검찰소를 두고 있다.

1948년 헌법과 비교하여 특별한 것은 조선민주주의인민공화국의 수도를 ‘서울’에서 ‘평양’으로 개정한 부분으로서, 이는 제5조의 남북 통일문제 조항에서 ‘북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하여 전국적 범위에서 외세를 물리치고 조국을 평화적으로 통일하며...’와 균형을 맞춘 개정으로서 헌법상 현실을 수궁하여 수용한 것이다.

최고 인민회의에서 만장일치로 채택된 1972 북한 헌법은 자본주의 잔재요소와 그 계급의 소멸을 선언하고 북한이 자주적 사회주의국가라고 규정하여(제3조) 인민민주주의 단계에서 사회주의 단계로의 완전한 이행을 선언하고 있다. 헌법 2장에서 경제에 관한 장을 설정하여 공산주의 경제원칙을 규정하고 있으며 사적 소유에서 집단적 소유로 전환(제19조)하고 프롤레타리아 독재실시(제10조)를 규정하였으며 신앙의 자유와 반종교선전의 자유를 규정(제54조)하고 있다.

이러한 1972년의 헌법에 대해 김일성은 1948년 이후의 사회주의 건설을 경제적인 측면과 사상적 측면으로 구별하여 집단적 소유로의 전환, 집단주의 체제형성, 노동의 질과 양에 의한 배분, 프롤레타리아 독재 실시 등을 근거로 새로운 헌법제정의 당위성을 강조하며 사회주의 제도 수립을 선언하였다. 하지만 여전히 프롤레타리아의 독재와 계급노선의 관철을 선언하며 사회주의의 완성을 단정짓지는 않고 있다. 또한 명시적으로 북한사회를 후르시초프가 말한 발전된 사회주의 이론으로써의 전 인민국가라고 명시하고 있지도 않다.

86) 이와 관련하여 김남식, “북한의 공산화과정과 계급노선”, 「북한공산화과정연구」, 고려대 아세아문제연구소, 1972, 91~216면

(3) 1992년 헌법

1992년 북한헌법은 1972년 북한헌법이 제정된 이래로 20년만인 1992년 4월 9일 최고인민회의 제9기 제3차 회의에서 수정, 채택되었다. 북한은 1992년 헌법에 관해 “사회주의 헌법채택이후 20년간 김일성 주석과 노동당이 새롭게 제시한 사상과 이론” 및 “당과 수령의 령도 밑에 혁명과 건설에서 이룩한 성과”를 반영한 것이라고 하였다.⁸⁷⁾ 이 헌법은 사회주의 헌법의 제1차 개정예 해당하고 1948년 북한헌법으로부터는 통산 제7차 개정예 해당하는 것이다. 1992년 북한 헌법은 구 사회주의권의 몰락이후 국제환경의 급변에 대응하고 대외정책의 이념과 원칙을 수정하여 대회경제 개방정책의 추진을 위한 법적 토대를 마련하며, 김정일어로의 후계권력 체계의 기반과 권력의 승계를 효율적으로 달성하기 위하여 권력구조를 부분적으로 다원화하기 위하여 개정되었다.

1992년 북한 헌법은 총7장 171개조로 구성되어 있다. 헌법구조에 대하여 살펴보면 1992년 북한 헌법은 ‘제4장 국방’의 장을 신설하고 사회주의체제의 고수의지를 명백히 천명하면서 ‘맑스-레닌주의’의 이념을 포기하고 제3조에서 ‘주체사상의 독자성’을 강조하고 있다. 제5장 국민의 기본권리와 의무에 대하여는 1972년 북한 헌법과 크게 달라진 것은 없으나 ‘반종교선언의 자유’를 삭제한 것이 두드러진다. 아울러 근로자의 먹고 입고 살 수 있는 모든 조건 마련, 대학과 전문학교 학생에 대한 장학금지급, 문화 시설 완비 등 인민 복지 향상을 강조한 것이 눈에 띈다.

1992년 북한 헌법개정의 배경을 크게 두 가지로 나누어 보면, 하나는 여타 사회주의체제의 몰락에 따라 우리식 사회주의의 강화에 의한 사회주의를 고수함과 동시에 정치체제유지를 위한 김일성 후계권력체제의 기반을 공고히 할 필요성에 따른 정치적 배경을 들 수 있다. 또 다른 하나는 국제적 고립과 경제난이라는 현실적 당면과제를 개선하고 대외경제개방의 문호를 열 필요성에 따른 경제적 배경을 들 수 있다. 요컨대 이번 헌법개정에는 체제유지라는 정치적 배경과 대외개방이라는 경제적 배경의 양면성이 반영되었음을 알 수 있다.

(4) 1992년 헌법의 개정(1998년 헌법)

87) 1992년 4월 9일 북한중앙방송보도; 「주간북한동향」 제678호 (통일원 정보분석실, 1992. 4. 5~11) 9면.

북한은 1998년 9월 5일 만수대 의사당에서 김정일을 비롯한 대의원 680명이 참석한 가운데 최고인민회의 제10기 제1차 회의를 개최하여 ‘사회주의 헌법’을 수정하고 권력구조를 개편하였다.⁸⁸⁾ 최고인민회의에서는 김정일의 권력 승계를 제도적으로 정비함으로써 김정일 시대의 출범을 재차 공식화하였으며 행사는 김정일 시대의 출범식으로 표현될 정도로 향후 북한의 정국 방향을 가늠할 수 있는 중요 사항들이 결정되었다. 금번 북한의 헌법 개정에서 나타난 주요 특징은 형식상이나 권력 분리를 통해 책임을 분산하고 권력기관간 상호 견제를 강화한 점을 들 수 있다.

이번 헌법에는 이례적으로 ‘서문’을 신설하였다. 대한민국 헌법에는 ‘전문’이 있는데 북한 헌법의 ‘서문’에서는 김일성을 조선민주주의 인민공화국의 창건자이며 사회주의조선의 시조로 규정하면서 그의 사상과 영도업적을 찬양함과 동시에 그 계승발전과 주체혁명 위업의 완성을 다짐하고 있다. 경제면에서는 북한에서의 경제활동의 변화에 맞추어 소유구조의 조정과 개인소유의 범위 확대, 경제의 자율성 확대, 대외경제개방의 확대와 관련하여 다소 발전된 듯한 내용을 담고 있다. 국민의 기본권과 관련하여 ‘거주, 여행의 자유’를 신설하고 구 헌법에서 ‘조국과 인민을 배반하는 것은 큰 죄악이며 조국과 인민을 배반하는 자는 법에 따라 엄중히 처벌한다.’는 조항을 삭제하였다. 대한 최고인민회의 상임위원회의 지위를 대폭 강화하였는데 이는 1972년 헌법 이전의 국가기구로의 복귀를 의미한다. 최고인민회의 상임위원회는 대내외적인 국가대표 기능을 수행하도록 되어있다. 98년 헌법의 특징은 김일성 유훈통치를 지속함으로써 체제의 결속과 국민의 지지를 강화시키고자 노력하고 있음을 보여주고 있으며 권력 구조상 국가주석제를 폐지하고 형식상 이른바 ‘합의제 국가 원수제’를 채택한 것으로 볼 수 있다. 경제부문에서는 북한의 심각한 경제난의 탈피를 위해 경제활동의 현실에 부응하는 제도적 변화와 필요성을 반영하였다. 이 헌법은 닥쳐올 경제적 어려움을 타개하기 위해 국가가 책임져야 할 부분을 개인에게 양도하면서 일견 개방화를 표방하고 있지만 실제로는 국가의 위기를 현실적으로 반영하는 헌법 개정이라고 할 것이다.

2. 북한 경제질서 조항에 대한 분석

88) 이 헌법의 채택과정과 전문은 「로동신문」 1998년 9월 6일, 7~8면.

(1) 1948년 헌법

북한의 1948년 헌법은 경제에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 북한은 이 헌법의 경제조항과 관련하여 “인민이 이룩한 경제개혁의 성과들을 법적으로 고착시켰다.”라고 하고 이어 인민대중을 생산수단의 주인으로 되게 하기 위한 경제개혁으로 식민지적이며 봉건적인 사회경제관계를 청산하고 민주주의적인 경제제도를 세우며 근로인민대중을 제국주의적 및 봉건적 예속에서 해방하기 위한 반제반봉건민주주의적인 사회경제개혁을 실시하여야만 노동계급이 반제반봉건민주주의 혁명에서 완전한 승리를 할 수 있는 것이라고 하였다.⁸⁹⁾ 그래서 북한은 1948 헌법상 경제조항에 인민대중을 생산수단의 주인이 되게 하기 위한 경제개혁의 내용인 토지개혁과 산업국유화의 실시에 관한 내용을 반영하고 있었다. 그 특징적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 생산수단은 국가·협동단체·개인자연인·개인법인의 소유 등으로 규정하여 개인과 법인에 대해 생산수단의 소유를 인정하고 광산 기타 지하부원 삼림, 하해, 주요기업, 은행, 철도, 수운, 항공, 체신기관, 수도 자연력 및 전 일본국가, 일본인 또는 친일분자의 일체소유는 국가의 소유라고 하였다(제5조)

둘째, 토지에 대하여 전 일본국가와 일본인의 소유토지 및 조선인 지주의 소유토지는 몰수하며 소작제도는 영원히 폐지한다고 하였으며, 토지는 자기의 노력으로 경작하는 자만이 가질 수 있다고 하고 토지의 개인소유와 아울러 국가 및 협동단체도 토지를 소유할 수 있는데 국가 및 협동단체의 토지소유면적은 무제한임을 명시하고 있었다.(제6조)

셋째, 아직 토지개혁이 실시하지 아니한 조선인의 지역에 있어서는 최고인민회의가 규정하는 시일에 이를 실시한다고 하여 북한에서 토지개혁이 계속 진행 중임을 나타내고 있었다. 이때의 토지개혁에 대하여 북한은 일부나라들과 달리 지주로부터의 무상몰수와 농민에 대한 무상분배원칙에 따랐다고 하고 산업국유화에 있어서도 제국주의자들과 예속자본가들의 일체소유를 무상으로 철저히 몰수하였다고 강조하였다.⁹⁰⁾

넷째, 국가의 인민경제계획의 실시를 규정하여 사회주의계획경제원칙을 밝히고 이는 국가 및 협동단체의 소유를 근간으로 하고 개인경제부문을 이에 참가하게 함으

89) 김경현, “우리나라 인민민주주의 헌법의 특징”, 김일성종합대학학보: 력사·법학 제44권 제3호 (평양: 김일성종합대학 출판사, 1998, 46면.)

90) 김경현, 전계논문, 46면.

로써 실시된다고 하였다.(제10조)

1948년 헌법상 경제조항에 관하여 북한은 당시 북한지역에서 독창적으로 실시된 경제개혁의 결과 국가적 소유와 협동단체소유, 개인소유를 확인·보호하며 국가 및 협동단체 소유를 기본으로 경제를 계획적으로 발전시키기 위한 경제발전방향을 규정하는 것이라고 강조한다.⁹¹⁾

(2) 1972년 헌법

1972년 헌법은 제2장의 경제조항(제18조~제34조)에서 경제관련조항을 두고 있다. 여기서는 북한에서 이른바 사회주의단계로의 진입이라는 주장에 따라 사회주의경제원칙에 입각한 규정으로 바뀌었으며 해당규정도 1948년 헌법에 비해 증가되었음을 알 수 있다.

북한의 1972년 헌법은 국가와 협동단체에 대해서만 생산수단의 소유를 인정함으로써(제18조) 1948년 헌법상 개인자연인이나 개인법인의 사적소유를 완전히 폐지하였다. 아울러 국가의 경제에서의 주도적 역할담당과 국가소유의 대상의 무제한을 밝혀(제19조) 협동단체의 소유마저도 국가소유로 전환할 것을 기약하고(제21조) 개인소유는 개인적 소비를 위한 소유에만 국한하고 그것도 개인의 노동에 의하여 분배된 것과 국가 및 사회에 의하여 추가적으로 분배된 것에 한하도록 하여(제22조) 개인의 잉여소득은 비록 그것이 소비를 위한 것이라고 하더라도 일체 용인되지 않았다.

1972년 헌법은 제2장의 경제조항(제18조~제34조)에서 이러한 사회주의경제질서에 관하여 규정하였다. 즉 국가의 경제적 기초(제18조~제22조), 국가활동의 최고원칙과 사회주의의 완전한 승리를 위한 국가의 경제적 과제(제23조~제26조), 노동의 성격과 노동생활원칙(제27조~제29조), 경제관리형태와 경제지도원칙(제30조~제34조) 등을 상세히 규정하였다.

북한은 1972년 사회주의 헌법의 경제조항과 관련하여 경제 분야의 제 원칙을 헌법의 중요한 구성부분으로 규제함으로써 종래의 헌법과 구별되는 특징을 가지고 있다고 하고 현 시기 혁명발전요구에 맞게 사회주의의 완전승리를 위하여 나서는 과업들을 주요내용으로 규제하고 있다고 주장하였다.⁹²⁾ 그러면서 사회주의헌법상 경제

91) 김경현, 전계논문, 47면.

92) 김경애, “경제분야의 제 원칙에 관한 헌법적 규제는 사회주의국가의 경제적 기반을 더욱 강화하며 사회주의의 완전승리를 보장하는 경제건설의 확고한 법적 담보”, 「조선인민민주주의사회주의헌법 연구논문집」 평양; 사회과학출판사, 1973, 102~104면.

조항은 소유관계와 생산력을 공고 발전시키고 사람들의 자주적이며 창조적인 활동을 최대한 발양시켜 사회주의국가의 경제적 기반을 강화하며 사회주의의 완전승리를 다그치게 하는 법적 담보이며 근본 담보라고 강조하였다.⁹³⁾

그래서 북한은 1972년 헌법을 자발적 민족경제건설에서 이룩한 성과들을 법적으로 고착시키고 북한에서의 사회경제생활의 제원칙을 밝힌 것이라고 한다.

이에 북한의 1972년 헌법은 다음의 경제조항을 규정하고 있었다.

첫째, 소유제 원칙을 개정하였다. 사회주의 사회에서 생산수단은 오직 국가와 협동단체만이 소유한다는 원칙, 즉 생산수단에 대한 사회주의적 소유를 헌법에 규정하였다. 이로써 국가와 협동단체에 대해서만 소유를 인정하였다.(제18조) 아울러 국가의 경제에서의 주도적 역할담당과 국가소유의 대상의 무제한을 밝혀(제19조) 협동단체의 소유마저도 국가소유로 전환할 것을 기약하였다.(제21조)⁹⁴⁾ 개인소유는 개인적 소비를 위한 소유에만 국한하고 그것도 개인 노동에 의하여 분배된 것과 국가 및 사회에 의하여 추가적으로 분배된 것에 한한다.(제22조) 따라서 개인의 잉여소득은 비록 그것이 소비를 위한 것이라고 하더라도 일체 용인되지 않는다.⁹⁵⁾ 이러한 소유제도를 기초로 하여 국가는 전면적인 계획경제를 실시하며 사회의 모든 경제활동은 국가의 예산편성과 경제계획에 의하여 중앙집권적으로 조정 통제된다. 국가의 모든 생산은 국가의 소유가 되고 이것을 노동의 대가로 개인에게 분배하는 만큼 개인소유가 인정될 때에만 있을 수 있는 조세제도가 존재할 이유가 없게 된다.⁹⁶⁾

둘째, 자립적 민족경제의 토대와 공업화 성과의 발전을 규정하였다.(제24조) 북한은 자립적 민족경제의 토대에 관한 문제를 생산수단에 대한 소유관계문제와 함께 경제분야의 제원칙을 합법화하는데서 최우선의 문제로 삼고 있다. 그러면서 자립적 민족경제건설이란 “사회주의 물질기술적 토대축성의 합법칙적 요구”이며 자립적 민족경제는 “정치에서 자주, 국방에서 자위의 물질적 기초이며 사회주의 공업화는 자립적 민족경제건설의 합법칙적 요구”임을 강조하였다.⁹⁷⁾

93) 김경애, 상계논문, 104면~115면.

94) 북한은 협동단체 소유는 국가 소유 즉, 전 인민적 소유와는 달리 과도기적 성격을 띠는 소유 형태라 하고 국가소유는 공산주의의 미래를 대표하는 유일한 소유형태라고 주장되었다. 김경애, 전계논문, 106~107면.

95) 최달곤, “북한법에 대한 개설적 연구”, 국토통일원 학술용역 연구논문, 1978, 37~38면.

96) 최달곤, 상계논문, 38면.

97) 유승찬, “사회주의 헌법에 규제된 정치, 경제, 문화의 제 원칙들은 노동계급의 혁명 위업을 성

셋째, 기술혁명의 추진과 근로자들의 노동생활원칙을 규정하였다(제25조~제29조) 북한은 헌법에서 기술혁명의 추진을 규정한 것은 사회주의제도의 확립을 토대로 혁명발전의 현실적 요구에 맞게 사회주의국가의 경제적 토대를 공고 발전시키고 완전히 승리한 사회주의사회에 상응한 생산력발전수준을 이룩하기 위한 법적 담보라고 하였다.⁹⁸⁾ 그리고 이른바 “3대 기술혁명과업을 강조하였는데 이는 종합적 기계화, 반자동화, 자동화를 실현하여 중공업, 경공업, 농업 등 인민경제의 전 부문에서 기계 설비를 비롯한 노동도구의 발전을 통해 전환된다는 점을 강조하였다. 그리고 도시와 농촌의 차이, 노동계급과 농민계급의 계급적 차이를 없애기 위해 군의 역할을 높이고 노동에 대한 제도와 방조를 강화하기 위한 국가의 경제활동의 방향을 헌법에서 명시한 것이었다.

넷째, 국가의 경제관리 형태 및 경제지도원칙으로 대안의 사업체제와 새로운 농업지도체계에 따른 경제관리 운영원칙을 명시하였다(제30조) 여기서 대안의 사업체제는 “기업관리에서 군중노선과 과학성의 원칙을 구현하여 낡은 자본주의적 경제관리 방법의 잔재를 중국적으로 청산한 새로운 사회주의적 경제관리 형태”이며 새로운 농업지도 체계는 “국가가 농업협동경리를 행정적 방법으로가 아니라 기업적 방법으로 지도하며 농업생산발전에서 전 인민적 소유의 지도적 역할을 높이고 협동적 소유의 전 인민적 소유에로의 접근과정을 촉진하는 체계”라고 설명하였다.⁹⁹⁾

다섯째, 북한의 인민경제는 계획경제원칙에 입각하여 국가가 계획한 사업의 원칙 문제로 계획의 일원화, 세부화 방침의 관철을 규정하였다.(제31조) 이는 생산발전의 높은 속도와 인민경제의 균형적 발전을 개선하는 독창적인 방침으로 김일성이 제시한 계획의 일원화, 세부화방침¹⁰⁰⁾을 법제화한 것이다.

이러한 1972년 헌법상 경제조항에 대하여 북한은 사회주의·공산주의 건설의 합법칙적 요구와 생산수단에 대한 사회적 소유에 기초한 사회주의적 생산관계의 본질적 우월성을 반영하였으며 계획적·균형적 발전법칙이 작용하는 대규모의 사회주의 경제

과적으로 수행해 나갈 수 있게 하는 법적 담고” 「조선민주주의인민공화국 사회주의헌법연구 논문집」, 평양; 사회과학출판사, 1973, 39~41면.

98) 김경애, 전계논문, 111면.

99) 김경애, 전계논문, 113면.

100) 김일성, “인민경제계획의 일원화, 세부화의 위대한 생활력을 남김없이 발휘하기 위하여”, 국가계획위원회 당총회에서 한 연설. 1965. 9. 23: 사회과학원 경제연구소 편 경제사전2. 평양; 사회과학 출판사. 1970, 836면.

의 본질적 요구를 정확하게 반영하였다고 주장하였다.¹⁰¹⁾

(3) 1992년 헌법

북한의 1992년 헌법상 경제조항(제2장)은 1972년 헌법의 경제조항에 비하여 조항 수가 늘어났다. 특히 1992년 헌법은 북한의 대내외적 경제환경의 변화에 따라 개정된 만큼 경제조항에 관한 내용의 변화가 주목되었다. 이러한 헌법개정에도 불구하고 북한은 경제에 있어서 사회주의 경제원칙을 고수한다고 강조하고 있으나 경제조항의 개정내용은 상당히 사회주의경제원칙에서 진전된 모습을 보여주고 있다. 그것은 사회주의경제원리에 부분적이거나 자본주의적 요소를 가미하는 것이었다. 경제난 타개를 위한 현실적 대안으로 경제개발이 불가피한 만큼 이를 헌법적으로 뒷받침하기 위한 조치로서 1992년 헌법의 경제조항의 변화를 살펴볼 수가 있다.

북한의 1992년 헌법은 경제조항에서(제19조~38조) 북한의 경제난 타개라는 현실을 반영하고 경제질서의 주요부분에 대한 변화를 시도하는 조항을 신설하였다. 이를 보면 경제건설촉진의 강화를 위해 인민경제의 주체화, 과학화, 현대화의 실현(제26조), 기술발전문제의 최우선과제선정 및 과학기술발전과 인민경제의 기술개조의 강화(제27조)농촌기술혁명을 통한 농촌 공업화(제28조)등을 규정하였다. 또한 ‘식·의·주’문제의 해결을 위한 인민복지조항(제25조) 신설하였는데 이는 북한의 경제현실을 감안할 때 주민들을 무마하기 위한 명목적인 규정에 불과한 것이다.

1992년 헌법상 주요한 변화는 사회주의경제체제를 견지하면서도 대회경제개방정책의 법적 토대를 마련하였다는 점이다. 즉 북한내의 외국인의 합법적 권리와 이익을 보장하고(제16조) 외국법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작을 장려하는 조항을 신설하였다(제37조). 이는 북한이 대회경제부문에서 법적 제도적 여건의 개선을 통한 선진자본과 기술을 도입할 수 있는 정책추진의 근거를 마련한 것이었다.

1992년 헌법은 경제조항에서 (제19조~제38조) 북한의 경제난 타개라는 현실을 반영하고 경제질서의 주요부분에 대한 변화를 시도하는 조항을 신설하였다. 이를 보면 경제건설촉진을 위해 인민경제의 주체화·현대화·과학화의 실현(제26조), 기술발전문제의 최우선과제 선정 및 과학기술발전과 인민경제의 기술개조의 강조(제27조), 농촌기술혁명을 통한 농촌공업화(제28조)등을 규정한 점, 식·의·주 문제의 해결을 위한 인민복지조항(제25조)을 신설한 점, 북한내 외국인의 합법적 권익보장(제16조), 외국

101) 유승찬, 전개논문 34~35면.

법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작장려 조항(제37조)을 신설한 점 등이다..

다음에 이를 좀더 살펴본다.

첫째, 경제건설 촉진에 관한 규정을 보완하였다. 그 내용을 보면 “인민경제의 주체화, 현대화, 과학화를 다그쳐 인민경제를 고도로 발전된 주체적인 경제로 만들며 완전한 사회주의 사회에 맞는 물질기술적 토대를 쌓기 위해 투쟁한다.”(제26조)고 하고 기술혁명은 사회주의 경제를 발전시키기 위한 기본고리(제27조)라 하고 국가는 모든 경제활동을 진행하는 데 있어 기술발전 문제를 최우선과제로 놓고 과학기술발전과 인민경제의 기술개조를 강조하였다. 또한 농촌기술혁명을 통해 농촌공업화를 이룩할 것을 강조하였다.(제28조) 아울러 국가는 선진과학기술을 적극 도입하고 새로운 과학기술분야를 개척하며 과학기술발전계획을 세우고 과학기술발전을 촉진시킬 것도 규정하였다.(제50조와 제51조) 북한은 이전부터 인민경제의 주체화, 현대화, 과학화를 실현하는 것은 사회주의 자립적 민족경제를 건설하는 중요한 과업이라고 하고 인민경제의 기술장비를 끊임없이 현대화하며 모든 생산활동을 과학화하여야 사회주의·공산주의의 물질·기술적 토대를 튼튼히 쌓을 수 있다고 하면서 중공업을 우선적으로 발전시키고 경공업과 중공업을 동시에 발전시키는 경제건설의 기본노선을 확고히 견지한다는 점을 강조하여 왔는데,¹⁰²⁾ 이를 구체적으로 명시한 것이었다. 그러나 북한은 ‘우리식 사회주의’의 고수원칙에 따라 사회주의경제체제의 유지를 강조하고 1972년 헌법상의 사회주의 경제원칙을 수정하지 않았다. 김정일은 “인민대중 중심의 우리식 사회주의는 필승 불패이다”의 담화에서 사적소유재산을 제도로 부정하고 사회주의계획경제의 우월성을 재차 강조하였다.

둘째, 인민의 복지향상을 도모하는 조항을 추가하였다. “국가는 모든 근로들에게 먹고, 입고 쓰고 살 수 있는 온갖 조건을 보장한다.”(제48조)는 조항과 “국가는 정신적으로 육체적으로 끊임없이 발전하려는 사람들의 요구에 맞게 현대적인 문화시설을 충분히 갖추어 주어 모든 근로자들이 사회주의적 문화정서생활을 마음껏 누리도록 한다.”(제53조)는 조항 및 “국가는 생산에 앞서서 환경보호 대책을 세우며 자연환경은 보존, 조성하고 환경오염을 방지하며 인민들에게 문화위생적인 생활환경과 노동조건을 마련하여야 한다.”(제57조)는 조항도 신설하여 인민복지향상을 도모하는 조항을 보완하였다.

이에 관해 김일성은 1992년 신년사를 통해 “자립적 민족경제건설로선을 철저히 관

102) 유승찬, 전개논문, 43~45면.

철하여 나라의 경제적 위력을 강화하고 인민들의 ‘식·의·주’ 문제를 사회주의적 요구에 맞게 원만히 해결”¹⁰³⁾하여야 한다고 하고 “모든 사람이 다같이 흰쌀밥에 고깃국을 먹으며 비단옷을 입고 기와집에 살려는 우리 인민의 세기적 염원을 실현하는 것은 사회주의 건설에서 당면하여 우리가 건설하여야 할 중요한 목표”¹⁰⁴⁾라고 강조한 바가 있었다. 김정일도 “우리당과 공화국 정부의 인민적 시책에 의하여 우리 인민은 누구나 먹고 입고 쓰고 사는데 필요한 온갖 조건을 국가와 사회로부터 실질적으로 보장받으며 고드롭고 행복한 생활을 누리고”¹⁰⁵⁾있다고 주장하고 있지만 북한의 경제현실은 그러한 주장을 무색하게 만들고 있다는 면에서 인민복지향상 관련 조항은 다분히 주민들에게 희망을 주는 명목적인 규정이라 할 수 있다.

셋째, 대외경제개방정책의 법적 근거를 마련한 것으로 1992년 헌법상 경제조항의 개정 중 주목되는 규정이다. 1992년 헌법은 사회주의경제체제를 견지한다고 하면서도 대외경제부문에서 개방을 확대하는 정책전개를 위한 법적 토대를 마련하였다. 즉 “자기령역안에 있는 다른 나라 사람의 합법적 권리와 이익을 보장한다.(제16조)”고 하고 “국가는 우리나라 기관, 기업소, 단체와 다른 나라 법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작을 장려한다.”(제37조)고 하여 북한이 대외경제부문에서 정책변화를 할 수 있는 발판을 만들었다. 이를 계기로 북한은 중국식의 경제개방정책을 모방하여 법적·제도적 여건개선을 통한 선진자본과 기술을 도입하여 경제난을 극복하려는 의지를 보이고 있다.

1992년 헌법에서 북한의 외국과의 합영·합작근거조항을 신설한 것은 중국이 1982년 헌법에서 외국기업·기타 경제조직·개인이 중국에 투자하고 경제합작의 추진을 허가한다는 규정(제18조 1항) 및 중외합자경영기업의 합법적 권리와 이익을 보호한다(제18조 2항)는 규정과 유사하다. 북한은 1984년 서방의 자본과 기술을 유치하기 위한 법적 장치로서 중국의 중외합자경영기업법(1979)을 모델로 한 ‘합영법’을 제정¹⁰⁵⁾하였으나 이와 관련한 법제도가 미비하여 그 실적은 부진하였다. 게다가 북한은 사회주의 국가들의 붕괴에 영향을 받아 해외시장을 상실하여 무역이 감소되고 이로 인한 경제난이 심화되었다. 이런 대외적 경제여건의 약화는 북한경제를 더욱 침체시키고 말았다. 사회주의체제의 붕괴가 결국 경제위기에서 비롯된 만큼 체제고

103) 김일성, 1992년 신년사 「통일속보」, 전계자료 5면.

104) 김일성, 전계자료, 같은 면.

105) 최고인민회의 상설회의 결정 제10호(1984. 9. 8), 북한법제개요, 608~626면.

수를 위해서라도 북한은 국제적 고립과 경제난을 타개하기 위해 경제개방의 필요성을 인식하고 부분적으로나마 대외경제개방정책을 추진하게 되었다.

북한의 대외경제개방정책은 두만강지역개발계획의 추진, 나진·선봉 자유경제무역지대의 설정, 나진·선봉·청진 등 3개항에 대한 자유무역항 지정으로 외국인 투자유치를 위한 사업의 시행¹⁰⁶⁾과 이와 관련한 외국인투자 관련법의 제정 등에 의해 활발히 추진되고 있다. 개정헌법의 법적 근거 하에 1992년 10월 5일 ‘외국인 투자법’, ‘합작법’, ‘외국인기업법’ 등의 법률이 제정되고¹⁰⁷⁾ 이어 후속조치로 1993년 1월 31일 ‘외국인투자기업 및 외국인 세금법’, ‘외화관리법’, ‘자유경제무역지대법’ 등의 입법을 시작으로 관련 법령의 정비작업이 계속되고 있다.

(4) 1998년 헌법

1998년 헌법에서 경제조항은 제3장(제19조~제38조)에 규정하고 있다. 이는 1992년 헌법상 경제조항의 개정으로 소유제도의 범위와 대상 등의 규정에서 북한경제의 변화된 현실을 반영하고 있다. 1998년 헌법상 경제조항에 관한 설명을 보다 구체적으로 살펴본다.

1998년 헌법은 경제질서에서 1992년 헌법에서보다 많은 변화를 보이고 있는데 소유구조의 조정과 개인소유범위의 확대 경제의 자율성확대, 대외경제개방의 확대 등과 관련한 진일보한 내용을 담고 있다. 다음에 그 변화 내용을 간략하게 살펴본다.

첫째, 생산수단의 소유주체를 ‘국가와 협동단체’에서 ‘국가와 사회·협동단체’로 규정하여(제20조) ‘사회단체’를 추가함으로써 북한에서 경제활동의 주체로서 사회단체의 영역이 확대되었다. 국가소유의 대상을 축소하고(제21조 예: 종전의 ‘교통운수’부문을 ‘철도·항공운수’로 한정)사회·협동단체 소유 대상을 확대하였다(제22조 예: 종전의 ‘농기구’, ‘고깃배’에서 ‘농기계’, ‘배’로 규정) 이와 관련하여 1990년 처음 제정된 북한민법(1990)은¹⁰⁸⁾ ‘살림집’(주택)이라든가 ‘승용차’ 같은 기재도 개인소유의 대상에 포함시키고 있다.(제59조)

둘째, 개인소유의 주체를 ‘근로자’에서 ‘공민’으로 바꾸고(제24조) 동시에 개인소유의 대상 중에 협동농장원들의 텃밭경리를 통해 초보적인 자본주의적 활동이 이루어

106) 동아일보, 1992년 6월 12일 2면.

107) 이 법률에 관해서는 북방통상정보 1992년 11월호, 대한무역진흥공사, 1~9면과 193면~199면.

108) 이와 관해서는 최달곤, 북한민법의 연구, 세창출판사, 1998, 13~123면.

지고 있는 것으로 알려져 있다. 그 밖의 합법적인 경리활동을 통하여 얻은 수입도 개인소유에 속한다.(제24조)고 하여 개인소유의 대상을 확대하였는데 이는 묵인되어 왔던 주민의 상거래 등의 사적경제활동을 허용하는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁹⁾

셋째, 국가는 경제관리에서 ‘대안의 사업체계’¹¹⁰⁾의 요구에 맞게 ‘독립채산제’를 실시하며 ‘원가’, ‘가격’, ‘수익성’ 같은 경제적 공간을 옮겨 이용한다는 규정을 신설하였다.(제33조) 북한에서 독립채산제는 국영공장·기업소 중심에서 농업부문과 비생산적 부문인 유통부문으로 확대되어 왔으며 이로 인해 경제관리 운용에서 자율성도 확대될 것으로 보인다. 또한 원가, 가격, 수익성 같은 시장경제개념의 도입은 북한경제에 활력소가 되도록 하려는 정책의지를 보여주는 것이다.

넷째, 대외무역은 ‘국가 또는 사회·협동단체가 한다.’(제37조)로 수정하여 대외무역의 주체로 국가 외에 ‘사회·협동단체’를 추가함으로써 대외무역의 국가독점에서 벗어나 다방면의 무역활성화를 통해 경제 활로를 모색하고 있다.

다섯째, ‘특수경제지대’에서의 다양한 기업창설·운영의 장려를 추가하였다.(제37조) 특수경제지대는 나진·선봉 이외의 자유경제무역지대의 확대 및 금강산 등의 관광특구의 지정을 예상할 수 있다. 북한은 그러한 지역 내에서의 자유로운 경제활동을 보장함으로써 외국 및 남한의 투자를 적극 유치하여 북한 경제의 활로를 찾으려 하고 있다.

여섯째, 농업부문에서 농업의 공업화에 ‘현대화’를 추가하였다.(제28조) 이는 농업부문의 생산성 향상을 제고함으로써 인민의 생활수준을 높이고 식량난의 위기를 극복하기 위해 북한이 농업정책을 ‘현대화’하려는 정책의지를 엿볼 수 있다.

일곱째, 과학분야에서 종전의 저작권과 발명권의 보호에 추가하여 ‘특허권’의 보호를 규정하였는데(제74조) 이는 북한 사회에서도 지적재산권에 대한 보호의 필요성이 제기되고 있다는 사회변화의 반영이기도 한 것이다. 앞으로 특허권도 법적보호의 대

109) 텃밭경장에 의한 이윤뿐만 아니라 농민시장이나 물물교환 등을 통해 얻는 개인적 이득을 인정한 것이라 볼 수 있다, 북한민법(1990)은 기존의 개인소유의 범위(제58조2항)에 살림집과 가정생활에 필요한 여러 가지 가정용품·문화용품·그 밖의 생활용품과 승용차 같은 기재를 포함시킴으로써 개인소유권의 대상을 확대하였다.(제59조).

110) 북한에서 ‘대안의 사업체계’는 공업부문의 관리형태로 출발하였으나 모든 경제분야의 경영관리체제로 발전되었으며 각 개별 법률에서도 반영되었다. 예컨대 ‘재산관계의 설정과 실현에서 요구되는 법칙’(민법 제5조), ‘상업에 대한 지도관리체계’(사회주의상업법 제6조), 노동조직의 원칙(노동법 제26조)으로 규정되어 있다. 신용식·안성조, 북한의 외국인 투자법, 한국무역협회, 1998, 32면.

상이 됨에 따라 개인, 사회단체 등의 지적 재산권에 대한 독점적 상품화의 가능성도 있다고 볼 수 있다.

제 2 절 북한의 현행헌법상 경제질서의 의의와 성격

1. 개정배경 및 의의

북한의 경제질서는 사회주의 경제질서로서 헌법 제2장 경제에서 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 북한은 1998년 헌법개정을 통하여 김정일 시대를 위한 권력구조의 개편과 함께 경제조항의 일부분을 개정하였다. 이번 경제조항의 개정은 심화되고 있는 북한의 경제현실의 극복과 관련하여 중요한 의미를 포함하고 있다. 이번 헌법상의 경제관련 조항의 개정배경은 다음의 몇 가지 점에서 살펴볼 수가 있다.

첫째, 북한이 심각한 경제난을 타개하기 위한 대응책의 일환이라 할 수 있다. 북한은 지속된 경제위기에 의해 국가의 계획능력이 약화되었다. 또한 소비재 생산과정의 격감은 국가통제적 상업체계를 마비시켰으며 식량난은 식량배급제를 와해시켰다. 이런 상황에서 현재 경제회복은 북한의 정치체제를 고수하기 위해서도 필수적 과제라는 인식을 바탕으로 한 것이다. 한편 북한주민의 경제발전에 대한 기대를 높여줌으로써 주민의 불만을 무마하려는 의도로 작용한 것으로 보인다.

둘째, 북한의 경제위기의 양상 및 경제활동의 변화를 현실화 내지 공식화하기 위한 것이다. 북한은 부분적이지만 사회주의 계획경제원리에서 벗어나 일부 시장경제 원리에 입각한 경제제도를 도입하거나 이를 장려하였다. 텃밭경작의 확대, 분조관리제의 강화를 통한 개인소유의 대상을 확대하거나 농민시장에서의 자주매매의 활성화

111) 조선 인민민주주의 공화국은 사회주의적 생산관계와 자립적 민족경제의 토대에 의거하고, 생산수단은 국가와 협동단체만이 소유하고, 나라의 모든 자연부원, 중요공장과 기업소, 항만, 은행, 교통운수와 체신기관은 국가만이 소유하고 국가 소유를 우선적으로 보호하며 장성시키고, 개인소유는 근로자들의 개인적이며 소비적인 목적을 위한 소유이고, 노동에 의한 사회주의 분배와 국가와 사회의 추가적인 혜택으로 이루어진다.; 한국법제연구원, 북한의 헌법개정과 입법동향, 1994, 300면.

화 등은 그러한 사례로 들 수 있다. 이러한 현상은 식량과 소비품 공급이 감소하면서 암시장과 사적거래의 확산을 불러왔다. 이는 계획경제인 ‘제1경제’가 사적 경제활동이나 계획의 영역으로서 ‘제2경제’¹¹²⁾에 역전되어 북한에서는 제2경제영역이 전반적인 경제순환을 주도하게 되었다.¹¹³⁾ 북한에서 사적경제영역의 확대와 암시장의 확산은 사회주의 경제체제의 효율성 저하, 체제정당성의 약화라는 측면이 있지만, 소비재부족을 완화하여 체제불만을 약화시켜 체제유지에 도움이 되는 측면을 간과할 수는 없을 것이다. 이번 헌법개정은 바로 북한에서 자연발생적으로 확산되고 있는 암시장의 체제를 인정하고 이를 공식화하는 계기를 마련한 것이다. 한편 북한의 식량난은 식량의 국가배급제에 의한 주민통제를 약화시켰다. 이에 북한주민은 식량조달을 위해 종래에 비해 비교적 자유로운 이동이 가능해짐으로써 거주·여행의 통제는 무의미하게 되었다.

셋째, 북한은 대외경제개방정책의 확대에 따른 법적 근거의 보완의 필요성을 들 수 있다. 북한은 서방의 자본과 기술도입을 위한 대외경제개방정책을 확대하고 있다. 북한은 나진·선봉지대를 ‘자유경제무역지대’로 설정하고 여기에 외국인 및 외국기업의 투자를 확대하기 위한 노력을 지속해왔다. 이러한 경제무역지대를 통한 경제개방은 북한이 처한 경제난을 타개하기 위한 현실적 대안으로 제시되었다. 그래서 제한적으로나마 경제무역지대를 확대함으로써 북한 경제의 활로를 개척하려는 시도를 보이고 있다.

넷째, 경제부문에서 부분적이거나 실용주의 노선으로 진입할 필요성의 제기이다. 북한은 이른바 ‘북한식 사회주의 시장경제원리’의 도입을 시도하고 있다. 이는 중국의 경제에서의 개혁·개방정책이 어느 정도 성공을 거두고 있다는 점에서 이를 모방하여 시장제도를 통한 경제의 활력을 불러일으켜 북한경제를 희생시키는 효과를 얻고자 하는 데에 기인한다. 이것은 폐쇄적 민족경제의 틀에서 벗어나 실리를 추구하고자 하는 자세를 보여주는 것이다.

2. 북한 헌법상 경제질서에 대한 평가

112) 최수영, 북한의 제2경제, 민족통일연구원, 1998, 1~83면 참조.

113) 김연철, “북한의 제2경제와 경제정책 변화 전망”, 「통일문제연구」 제9권 제2호, 평화문제연구소, 1997, 33~35면.

1998년 헌법상 경제조항의 변화내용을 다음의 몇 가지 점에서 평가해 볼 수 있다. 여기에는 북한의 경제현실이 반영되고 북한이 경제난 타개를 위해 시도하고 있는 경제정책의 변화움직임을 포함하고 있다.

(1) '북한식 시장경제체제'로의 전환 시도

북한은 여전히 사회주의 계획주의의 원리에 입각한 자립경제원칙을 내세우고 이 원칙을 고수할 것임을 강조하고 있다. 그런 한편 제한된 범위에서의 경제개혁 및 개방정책을 추진하고 있다. 이를 위해 이번 헌법 개정으로 시장경제원리의 일부를 도입하는 변화를 보이고 있다. 이를 위해 이번 헌법 개정으로 시장경제원리의 일부를 도입하는 변화를 보이고 있다. 그것은 소유제의 변화, 즉 국가소유의 범위를 축소하고 사회·협동단체 및 개인소유의 범위를 확대한 것에 나타난다. 이로 인해 북한의 대외무역회사로서 이른바 광명성총회사, 대성무역총상사 등 영리를 목적으로 대외무역 등의 경제활동을 하고 있는 회사 내지 상사들은 생산수단의 소유가 가능하게 됨으로써 보다 활발한 경제활동을 가능하게 하는 계기를 만들었다. 이러한 변화에서 북한이 경제부문에서 실리를 추구하는 실용주의를 택하였다는 자세변화를 엿볼 수가 있다. 북한의 헌법개정에서 나타난 바와 같이 독립채산제의 실시, 원가·가격·수익성이란 개념의 도입 등은 북한의 경제개혁·개방의 자세와 의지를 보여주는 것으로 주목되는 부분이다.

(2) 대외무역의 강화

북한은 1998년 헌법개정을 통해 대외무역을 강화하고 이를 위해 국제경제체제의 참여를 모색하고 있음을 알 수 있다. 대외무역의 주체를 국가독점에서 사회·협동단체로 확대한 것(제36조)은 대외무역의 현실적 여건을 반영한 것이다.¹¹⁴⁾ 자유경제무역지대를 중심으로 한 합영·합작회사의 자유로운 설립과 함께 이들을 통한 수출입의 확대, 교역대상국과 교역품목의 확대를 위하여 다양한 무역회사의 설립을 법적으로 뒷받침하는 조치를 마련한 것이다. 아울러 대외무역의 강화조치는 남한과의 경제교류·협력의 확대와도 연관되어 있는 것이다. 실제로 남북간에는 제3국을 거치지

114) 이는 대외무역의 주체에 사회·협동단체를 포함시킴으로써 이른바 대외무역의 분권화를 도모한 것이라 할 수 있다.

않고 서로 직접적인 교역이 추진되어 있으며, 여러 분야에서의 협력사업이 추진 중에 있다. 무엇보다 북한이 대외무역을 강화하려는 것은 대외무역의 강화를 통해 북한의 경제난 타개를 위한 돌파구를 여는 데에 있다.

(3) '특수경제지대'의 설정을 통한 경제활성화 도모

북한은 나진·선봉지역 외에 자유경제무역지대의 확대 가능성을 내비치고 있다. 그동안의 성과를 바탕으로 외국기업 및 외국인에 대한 대외경제개방을 확대하여 추진하고자 하는 것이다. 북한의 경제현실에서 서방국가의 자본과 기술을 도입하는 방법으로 이른바 경제특구를 설치하여 여기에서의 자유로운 경제활동을 보장하고 여기서 얻은 이익을 극대화하려는 것은 북한의 정치체제의 안정성을 유지하는 가운데 경제회복을 도모하는 가장 현실적인 제안으로 채택될 수 있는 것이다.

따라서 나진·선봉 이외에서 남포·원산의 보세가공 무역지대, 신의주·금강산 등의 경제특구의 확대가 예상되고 있다. 북한의 '특수경제지대'의 설정은 남한기업의 투자도 확대하는 결과를 가져오게 되어 남북교류협력기반을 확충하는 데에도 긍정적인 영향을 미칠 것으로 기대된다.

(4) 북한의 경제여건의 반영

1998년 헌법상 경제조항의 변화는 결국 북한경제의 여건을 반영한 것이다. 북한 경제는 구조적으로 침체되어 있으며 이 상황에서 계획경제의 틀을 고수한다는 것은 불가능한 일이다. 그래서 이를 타개하기 위해 외부의 지원을 강력하게 요청할 수밖에 없는 상황에 이르고 있다. 이런 상황의 북한에서는 현물배급체제가 마비되고 국가의 공급능력이 한계에 달한 상태에서 대부분의 생산 및 유통기능이 이른바 '제2경제'가 담당하게 되었다. 제2경제가 계획경제를 대체하고 있는 북한에서 암시장은 확산일로에 있는 것으로 알려지고 있다.

북한에서의 암시장의 확산은 북한체제의 변화에 있어서 하나의 변수가 될 수 있다. 이를 두고 북한체제의 붕괴, 생존전략, 시장개혁의 전조등으로 북한의 입장을 파악할 수가 있다. 북한은 암시장을 통제 하든가 공식화하여야 한다는 최종선택 하에서 헌법개정을 통해 볼 때 식량이나 소비품에 대한 국가배급이 불가능한 상황에서 시장체제를 수용하고 있음을 엿 볼 수 있다. 즉 국가소유의 대상범위를 축소하고 사회·협동단체 및 개인의 소유대상 범위를 확대한 것은 바로 북한의 경제생활 및 활동

의 변화를 반영한 것이다.

이러한 변화의 조짐은 법제면에서 이미 1990년 북한민법의 제정에서 알 수 있다. 북한은 현재 외부적으로 국제사회의 개방의 요구에 대응하는 동시에 내부적으로 주민의 경제난에 불만을 해소해야 할 난국에 봉착하고 있는데 이는 곧 체제유지와도 연관되어 있다. 이에 대한 대응책의 일환으로 민법체계 및 헌법상 경제조항의 재편은 국제 환경변화와 북한의 대내외적 환경변화에 따른 소산물이라고 볼 수 있다.

북한헌법상 경제조항의 본질은 사회주의 경제원리에 입각하고 있다. 북한의 경제 개방은 정치체제의 유지정책과 연계되어 추진될 것임이 분명하다. 이른바 강성대국 건설과 관련하여 사상과 주민통제를 강화하는 가운데 경제체제의 개방을 제한된 범위 내에서 시도할 것이다.¹¹⁵⁾ 국가의 경제통제는 사회주의 경제체제하에서 피할 수 없지만 북한의 경제활동 및 운영에 있어서 다소나마 경제적 자율성이 확보될 것이란 점을 1998년 헌법조항은 보여주고 있다.

3. 북한헌법상 경제질서에 대한 전망

북한은 사회주의 경제원칙에 입각한 자립적 민족경제원칙의 고수를 강조하고 있다. 그러나 이번 북한헌법의 경제조항의 개정내용을 보면 북한이 처한 경제현실을 반영하고 있음을 알 수 있다. 북한의 경제운영에서의 변화모색은 북한의 심화된 경제난과 지속적인 경제위기에 따른 체제위기에 대응한 생존전략으로 제기된 것이라 할 수 있다. 이는 헌법상 경제조항의 개정은 일부 시장경제원리를 도입하는 것으로 이미 북한에서 ‘제2경제’가 주도하고 있는 경제현실의 변화를 공식화한 것이라고 할 수 있다.¹¹⁶⁾ 이러한 경제원리의 변화와 경제운영의 전환은 북한의 체제변화에 영향을 미칠 것으로 보인다. 비록 북한은 김정일 시대에서 이른바 ‘우리식 사회주의’에 입각한 북한체제의 고수를 강화해 나갈 것이지만 점차 대내외적인 경제개혁의 요구는 장기적으로 북한체제의 변혁을 가져오게 할 것이다.

115) 북한은 명분상 중공업중심의 자립적 민족경제노선을 표방하는 가운데 대외관계에서의 실리를 추구하고 수출촉진과 외화유치를 통한 외화 및 기술획득 등에 의한 경제적 실리를 획득하려는 과도기적인 이중적 정책을 펴고 있는 것으로 평가할 수 있다. 오승렬, “북한경제의 변화와 대북 경제정책 변화”, 「한반도 냉전구조 해체방안(4)-장기적·포괄적 접근방안」, 통일연구원, 1999. 12. 22, 6~7면.

116) 김연철, 전개논문, 49~50면.

이 점과 관련하여 경제개혁이 정치체제의 변화를 가져오는 변화양상은 구소련과 비롯한 사회주의국가들의 변화과정을 통해서 살펴볼 수 있다.

먼저 구소련의 경우를 보면 고르바초프의 개혁이 위기상황에 직면한 경제체제의 근본적 개혁을 중심으로 한 것이었지만 경제뿐만 아니라 정치적 다원주의 내지 정치적 민주화를 이루는 것으로 이른바 당-국가체제 구조를 타파하는 정치체제의 개혁을 수반하였다. 그래서 고르바초프는 1990년 3월 13일 헌법개정을 통해 공산당의 지도조항을 삭제하고(제6조) 정치적 보수주의를 명기함으로써(제7조) 정치개혁의 법적 틀을 형성하게 되었다.

또한 베트남의 경우도 1992년 개정헌법에서 경제개혁노선에 부합되는 제반 법적 근거를 마련하면서 한편 정치개혁의 토대를 형성하는 조치를 취하고 있음을 볼 수 있다. 이를 보면 당이 국가와 사회의 주도적 사회임을 규정하여 헌법에 반영하였다. 즉 일반 행정의 권한을 총리에게 이양하고 ‘법의 지배’를 강조하였다. 이는 시장경제의 활성화와 경제개혁의 제도화를 추구하는 데에 있어 정치개혁을 통한 정치적 안정을 추구하였다.

그리고 중국의 경우는 등소평을 개혁·개방을 추진하면서 사상해방 내지 실사구시를 강조함으로써 개인숭배와 교조주의의 굴레를 벗어나 사회주의의 이론을 수정하여 중국에 적용하였다. 즉 ‘사회주의 초급단계론’을 제시하고 사회주의 시장경제노선을 채택하였다. 이와 함께 중국은 ‘프롤레타리아전공주의 사회국가’에서 ‘인민민주주의 전공 사회주의국가’라고 국가성격의 변화를 명시하였으며 권력분산과 당정분리를 위한 제도적 장치를 마련하여 공산당의 일원화된 영도체제를 완화하는 조치를 취하였다. 즉 당우위의 권력을 지양하기 위하여 당의 활동은 헌법과 법률의 범위 내에서 엄격히 제한되고 어떠한 조직이나 개인도 헌법과 법률을 초월하는 특권을 가질 수 없도록 하고 당과 국가간의 기본단계에서 혁신적인 변화를 보였다.

이러한 사회주의국가들의 경제개혁은 정치개혁과 그 축을 같이하여 추진됨을 알 수 있다. 이는 새로운 경제개혁이란 구시대의 사회주의의 정치체제로서는 뒷받침 될 수 없다는 점을 일깨운다. 경제체제의 개혁은 바로 정치체제의 개혁을 요청하는 강력한 요인이 되고 있다. 이에 비추어 북한의 경제원리 및 관리운영체제의 변화가 성과를 얻기 위해서는 종래의 정치체제가 이를 효과적으로 뒷받침 할 수 없다는 면에서 기존 정치체제의 병폐를 치유하지 않으면 안 될 것이다. 따라서 북한에서 기대하는 바대로 경제개혁이 추진되려면 경제체제의 변화에 따라 확대될 정치개혁의 요구를

수용하여 체제변화의 길을 모색하게 될 것이다.

제 4 장 통일헌법의 경제질서

제 1 절 통일의 방향

가능한 통일의 유형은 여러 가지가 있으나 크게 2가지 유형으로 대별될 수 있다. 즉 그 하나는 합의에 의한 단계적 통일이고 다른 하나는 독일통일에 있어서와 같은 흡수통일의 방식이다. 흡수통일은 우리정부가 통일정책으로서 배제하고 있는 것이기는 하지만, 대내·외적으로 어떤 방향으로의 통일을 추구하는가와는 달리 통일의 과정이 전개된다면 현실적으로 가장 가능성이 크다고 보는 방안이다. 남·북한의 교류·협력을 통한 단계적 통일의 경우에도 국가연합의 형태로 나아갈 것인지 아니면 낮은 단계의 연방제로 갈 것인지가 구분될 수 있으나, 낮은 단계의 연방제가 독자적인 국방과 외교를 전제로 한 것이라면 국가연합과 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 어떠한 형태의 통일이 되든지 기존의 헌법이 확대·적용되지 않는 한 새로운 통일헌법의 제정은 불가피하다.

1. 흡수통일과 통일헌법

우리 정부가 의도적으로 가장 강하게 부정하고 있는 통일방안이지만 그 가능성에 있어서는 가장 높게 평가받는 방안이며, 다소 보수적 시각에서는 합의에 의한 통일이란 이론상으로나 가능하지 현실적으로는 불가능하며, 통일이 이루어진다면 그것은 북한이 붕괴되고 남한이 북한을 흡수통일하는 것이 될 수밖에 없다는 다수의 인식이 확산되어 있는 것도 부정할 수 없다.

북한이 붕괴하고 통일이 이루어질 때 헌법적 과제의 해결을 위해서는 우선 통일헌법의 제정을 고려해볼 수 있다. 실현되지는 않았지만 독일의 경우 기본법 제146조에 의한 통일방식과 유사한 것으로서 새로운 헌법제정권력의 발동으로 설명될 수

있다.¹¹⁷⁾ 북한과의 협상을 통하여 통일헌법을 제정함으로써 통일에 따른 각종 헌법적 문제를 일거에 해결하는 방안으로서, 우리 헌법에 명백한 규정이 있는 것은 아니지만 헌법제정권력의 발동은 기존 헌법상의 근거를 반드시 요하는 것은 아니므로 이론상 당연히 인정될 수 있는 것임에 의문의 여지가 없다.

통일헌법의 제정에 있어서도 국가연합이나 낮은 단계의 연방제통일의 형태에 있어서와 비슷한 과도기적 통일헌법을 만들 수도 있고, 완결된 헌법으로서의 통일헌법을 제정할 수도 있다. 후자의 경우에는 통일이라는 과정이 현실로 도래하는 급박한 상황전개 하에서는 신속한 헌법적 대응이 요구되는 바, 이 방식은 그런 요구에 제대로 부응할 수 없으며 경우에 따라서는 내용상의 기준이나 절차적 문제의 해결에 매달려 천금같은 통일의 기회를 자칫 놓치는 우를 범할 수 있다는 점에서 현실적으로 채택하기는 어려운 방안이라 하겠다. 그러나 전자의 경우에는 가능한 대안으로서 검토해볼 만한 가치가 있다. 우선 완결된 헌법으로서의 통일헌법을 제정하는 경우보다는 훨씬 그 절차와 방식이 간단하고 빠르게 전개될 수 있으며, 흡수되는 쪽의 주민들로 하여금 패배감에 젖은 맹종보다는 통일국가에 대한 당당한 참여로 적극적이고 책임감 있는 기여를 자연스럽게 유도할 수 있다는 점에서 외부적 상황이 그렇게 급박하지만 않다면 시도해볼 만한 방안으로 평가된다. 실제로 독일통일의 경우에도 이 방안의 시도가 있었으나 결과적으로는 채택되지 못했다. 그러나 이런 길을 갔더라면 통일후의 내부적 문제를 해결하는데 있어서는 보다 용이한 점이 많았을 것으로 보는 견해도 있다.

다음으로는 기존의 대한민국헌법을 북한지역에 확대하여 적용·실시하고 후속적으로 이에 필요한 관계헌법조항들을 개정함으로써 통일에 따른 헌법적 문제들을 비교적 쉽게 해결할 수 있다. 물론 이 경우에는 헌법 제3조의 영토조항이 있다는 것을 전제로 한 것이다. 그러나 영토조항이 존재한다는 것을 전제로 하더라도 북측당국이 라고 할만한 실체로서의 당사자가 존재하느냐 아니냐에 따라서 독일통일에서와 같은 통일합의서 내지는 통일조약의 체결이 필요할 수도 있다.

이론적으로만 본다면 헌법 제3조의 영토조항에 따라 우리 헌법의 효력이 북한지

117) 기본법 제146조에 의하여 신헌법을 제정하는 방식에 의한 통일을 주장했던 사람들은 Jürgen Harbermas, Jürgen Seifert 등과 같은 비보수계 학자들로서 합리적이고 합헌적인 통일을 위해서는 양독국민이 동등한 참여자로서의 역할을 해야하며, 일방적 편입을 동독에 강요할 수는 없다는 것이다. 기본법 제146조에 의한 통일방식에 대해 자세한 것은 H. Weis, Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschland, AöR, Bd. 116, S. 2 ff..

역으로 확장되기만 하면 통일에 따른 헌법적 문제는 일거에 제거될 수 있으므로 통일조약의 체결이 반드시 필요한 것이라고는 할 수 없다. 그러나 현실적으로는 민주적으로 개편된 북한당국과의 합의가 없이는 통일의 실현을 보기도 어려울 뿐만 아니라 평화통일의 헌법적 요구도 충족하기 어렵다.¹¹⁸⁾ 즉 북한지역에 기존의 정권이 붕괴되었다 하더라도 이를 대체할 수 있고 또 북한주민을 대표할 수 있는 실체가 어떤 형태로든지 존재하는 것이 통일의 과정을 보다 순화시키고 촉진시키는 데에도 도움이 된다. 이런 측면을 고려하면 대한민국의 헌법이 북측지역에 실효성을 가지게 되는 것과 동시에 북측당국은 북한주민의 특별한 법적 보호를 위하여 남쪽에 대하여 여러 가지의 통일에 따른 요구사항을 제시하고 협상을 거쳐 남측이 이 중 수용 가능한 제안들을 받아들일 가능성이 있다. 그러므로 흡수통일의 경우 통일헌법의 제정방식을 취하지 아니하게 되면 통일합의서 내지는 통일조약의 체결은 불가피한 것으로 보인다. 그러나 이 경우에도 기존의 헌법질서의 틀이 그대로 유지되는 것이기 때문에 경제헌법에 있어서의 변화도 크게 고려의 대상이 되지 않는다고 본다.

2. 합의에 의한 단계적 통일

이 통일방식은 정부가 공식적으로 추구하고 있는 통일 방안이다. 가장 먼저 거쳐야 하는 단계는 교류와 협력의 단계다. 독일의 통일이 갑작스러운 흡수통일에 의해서 이루어진 것이기는 하지만, 여기에는 오랜 기간에 걸친 동·서독간의 경제적·정치적·사회적 영역에 있어서의 광범위한 인적·물적인 교류가 통일의 실질적 밑거름이 되었다는 점을 아무도 부정하지 않는 것은 통일을 위한 접근에 있어서 이것이 갖는 유용성에 대한 역사적·경험적 증거이기도 하다.

또 이론적으로도 국가사이에 있어 높은 수준의 정보교류와 거래가 결합사회의 형성을 촉진시키고, 광범위하고 빈번한 의사소통의 과정은 정보의 상호교류를 가속화하여 국가지도자와 일반 시민들에 의해 공유된 상호인식과 기억의 공간을 확장시킨다는 것은 충분한 설득력이 있다. 즉 경제와 교역·교류의 증가 그리고 정보교류의 증가는 보다 많은 교류의 조정을 위한 행정적 조치를 공통으로 취할 수 있게 만드는 경향이 있다. 이러한 경향은 안보공동체를 형성하기도 하고 또 실질적인 삶의 공동체를 이루는 결과가 되어 통일로 연결된다는 논리다.

118) Seung Dae Kim, Preview of constitutional issues in Korean Reunification, 헌법학 연구 제3집, 361면.

낮은 단계의 연방제나 남북연합의 단계에서는 당연히 새로운 질서를 위한 통일헌법이 마련되어야 한다. 이러한 통일헌법은 남북한의 당국자 사이에 계약이나 조약의 형식으로 이루어질 수 있다. 낮은 단계의 연방제나 국가연합을 위한 통일헌법이 어떤 내용을 구체적으로 담아야 할 것인지는 통합이 이루어지는 시점의 여러 가지 상황과 그것에 근거한 남북간의 합의에 따라서 달라지겠지만 본 논문에서는 기본적으로 반드시 규정해야 할 경제질서와 관련된 내용들을 구체화시켜 보고자 한다.

제 2 절 통일한국의 경제적 과제

1. 경제의 성장과 안정

통일한국의 진행과정에서나 성립 후에 있어서 해결해야 할 많은 고제가 있지만 경제적 과제는 정치·외교적 과제 이상으로 중요한 과제라고 할 수 있다. 경제적 과제에 있어서도 그 처음이 바로 통일 한국이 경제적으로 발전하고 안정되어야 한다는 것이다. 경제적 성장과 안정은 다른 정치적·사회적 안정의 토대가 될 뿐만 아니라 그렇게 되도록 유도하는 역할도 하게 된다는 점에서 아무리 강조되어도 지나치지 않는다.

베트남의 통일은 전쟁상태를 종식시키기는 했지만 국가경제의 발전이라는 점에서는 결코 성공적이지 못했고, 그런 점에서 긍정적인 것만은 아니다. 따라서 늦은 감이 있지만 베트남도 다른 공산권국가들의 뒤를 이어 사회주의적 이념과의 타협 하에 시장경제의 도입을 적극적으로 추진하고 있는 것도 타산지석으로 삼아야 할 점이다.

독일이 통일된 지 이미 10년이 넘었지만 만약 그동안 통일독일이 경제적으로 순항하지 못하고 실패했다면 유럽의 중추국가로서 지금과 같은 독일이 존재할 수 있었겠는가를 반추해 볼 때 독일경제의 안정된 성장이야말로 독일의 사회적·정치적 발전에 밑거름이 되었다고 할 수 있다.

장래에 맞이하게 될 통일한국도 올바른 경제정책노선과 남·북간의 인적·물적

자원의 효율적 배분을 통하여 예견할 수 있는 경제적 과탄을 극복하고 가능한 한 단기간 내에 안정적인 성장의 궤도에 진입하는 것이 매우 중요하다.¹¹⁹⁾ 바로 이런 이유에서 통일헌법의 경제질서가 어떻게 정해져야 할 것인가는 다른 어떤 문제에 못지 않게 선결되어야 할 과제이다. 특히 독일과는 달리 우리의 경우에는 남한도 아직은 경제적으로 안정적 궤도에 진입하지 못하고 있고, 북한의 경우는 세계적인 최빈국의 수준을 맴돌고 있는 상황에서 서로 다른 가치관과 생활방식을 조화시키고 경제적 부를 성취해 나갈 수 있는가에 대해서는 낙관만 할 수는 없는 처지다.

2. 시장질서의 확립

통일한국의 경제적 성장과 안정을 위해서는 무엇보다도 시장질서의 확립이 긴요하다. 20세기에 들어와서 줄곧 계속되었던 자유로운 경쟁을 전제로 하는 시장중심의 시장경제와 계획을 전제로 하는 계획경제의 대립은 결국 시장경제질서의 일방적 승리로 귀결되었다. 구 소련의 체제붕괴를 비롯하여 동구권 국가들의 변화와 나아가서는 앞에서 지적된 바와 같이 중국, 베트남 심지어 북한가지도 이러한 변화의 대열에 합류하고 있다는 점을 고려할 때 적어도 현시점에서 판단하는 앞으로의 경제질서는 시장경제를 기초로 하는 질서여야 한다는 점에서는 의심의 여지가 없다.

물론 우리의 경제질서가 시장중심의 경제질서이어야 한다는 데에는 체제경쟁에서의 우월성입증이라는 점 외에도 몇 가지 다른 요인들이 고려되어야 한다.¹²⁰⁾ 첫째로 시장경제는 이윤을 얻기 위한 경쟁을 전제로 하며, 이는 개인의 자유로운 경제활동을 보장하는 바탕 위에 비로소 가능한 것으로서, 우리 헌법이 추구하고 보호하는 개인의 자유와 관련하여 중요한 부분을 구성하고 있다. 즉 경제활동에 있어서의 자유를 전제로 하고 있는 시장경제질서는 자유를 개념내재적으로 포괄하고 있는 현대의 민주적 헌법국가가 가져야 할 불가피한 경제질서로서 파악된다는 점을 간과할 수 없다는 것이다.

둘째는 통일한국의 성장과 안정을 가져다 줄 수 있는 경제질서는 결국 시장경제라는 점이다. 세계화라는 말로 압축적으로 표현되는 현대사회의 전지구적 경제질서 역시 시장을 중심으로 하는 자유로운 경제활동을 전면에 내세우고 있다. 따라서 자

119) 국회사무처, 통일헌법상의 경제질서, 2001, 81면.

120) 국회사무처, 전개논문, 82~83면.

원이 부족한 우리의 현실에서는 전체와 다른 고립된 질서가 아니라 전체와 조화되거나 같은 방향으로의 전개 속에서 우리 경제의 성장과 안정을 추구 할 수 있는 것이다. 그런 점에서 유효경쟁이 이루어지고 기능이 활성화된 시장의 확립은 통일 한국의 경제질서에 있어서 기본이 되는 것이다.

물론 이러한 시장질서의 확립에 대한 필요성은 의심의 여지없이 인정되고 있으나, 이의 존속을 위해 국가의 어떤 간섭이나 통제가 뒤따라야 할 것인가에 대해서는 다른 차원에서 논의될 필요가 있다. 순수하게 자유와 효율성이라는 측면에서 접근할 것인지, 아니면 부의 균등분배와 같은 사회적 정의의 관점에서 접근할 것인지에 대한 검토도 이루어져야 한다.

3. 사회적 정의의 실현(경제의 민주화)

자유방임적 자본주의의 구조적 모순의 결과로서 문제 중에서 가장 심각하게 지적되는 것이 소위 부의 편재 현상이며, 이러한 문제점의 인식에서부터 출발한 것이 바로 사회적 정의 즉, 경제적 사회적 약자들에 대한 분배적 정의의 실현이다. 사회적 정의의 실현은 20세기를 관통하는 문명제국의 화두였으며, 부의 편재로 인한 사회적 갈등을 해소하고 공동체의 평화를 유지하기 위한 불가피한 그러나 그 달성이 매우 어려운 과제였다.

예상되는 통일한국은 무엇보다도 경제적 측면에 있어서의 불평등이 심화될 것으로 보인다. 이미 IMF체제 이후 우리 내부의 빈부격차도 그 이전에 비해서 크게 벌어진 것으로 나타나 커다란 사회적 문제로서 대두될 가능성이 잠재되어 있다. 그러나 이러한 가능성은 통일이 되었을 경우 남쪽 사람과 북쪽사람 사이에서 나타날 수 있는 경제적 차이에 비하면 아주 작은 문제라고 할 수 있다. 그 만큼 남·북 구성원들 사이에서 나타날 수 있는 부의 편재현상은 통일 한국의 사회적 통합에 결정적인 걸림돌이 될 수 있으며, 정치적 통합을 무위로 돌릴 수도 있을 정도의 파괴력을 가질 것으로 예상된다. 이와 같은 현상은 동서독의 통합과정에서도 적나라하게 부각되었었다. 당시 동독은 사회주의국가들 중에서는 경제적 수준에 있어서 수위를 다투고 있었고, 서독 역시 자유주의 국가들 중에서는 최상위의 경제력을 자랑하고 있었던 상황이었다. 또 동독지역에 확대되었던 본 기본법도 사회국가원리를 헌법의 기본원리로서 규정하여 분배에 있어서 사회적 정의의 실현을 국가의 의무로 하여 통일 독

일의 연방정부가 적극적 타개책을 실행했음에도 불구하고, 통합초기에 나타났던 동·서독 주민들간의 극심한 빈부격차가 동독주민들로 하여금 말할 수 없는 물질적·정신적 고통과 인내를 강요하였음은 이미 잘 알려진 사실이다.

이러한 독일의 사정에 비하면 기아선상에 있는 북한의 경제현실을 볼 때 우리의 상황은 훨씬 더 좋지 않으며, 그것은 단순히 좋지 않은 상황으로 끝나는 것이 아니라 경우에 따라서는 통일 한국의 실질적 통합을 저해하는 커다란 장애물이 될 수도 있다는 점에서 문제의 심각성이 있다. 그러므로 통일한국의 경제질서가 해결해야 할 과제로서 사회적 정의의 실현은 그 어떤 것 못지 않게 신중히 다루어져야 할 내용이다.¹²¹⁾

4. 지속 가능한 개발 및 성장(친환경적 경제운용)

통일 한국의 과제는 당면하는 경제적·사회적 문제의 해결만을 요구하는 것이 아니라 미래의 우리가 보다 더 풍요롭고 삶의 질을 향상시킬 수 있는 그런 사회를 이룩하는 데에서 찾아야 한다. 아무리 한 나라, 한 민족으로서의 전통과 통일의 당위성을 인정한다고 하더라도 그러한 통일이 우리들에게 결코 밝은 미래에 대한 비전을 제시해 주지 못한다면, 통일의 의미는 반감되고 퇴색될 수밖에 없는 것이다.

그런 관점에서 볼 때 통일한국의 경제운용은 환경적 측면과 조화를 이루어야 하고, 지속적인 성장과 개발을 보장할 수 있어야 한다. 그러나 개별 기업은 자신의 경제활동이 사회에 미치는 역작용을 자신의 손익계산에 포함시키지 않으므로 완전경쟁시장에서도 개별기업의 활동은 사회전체의 이익과 충돌될 수 있다. 즉 화학공장의 산림파괴나 폐수발생과 같은 공해는 개별기업의 활동에 대한 제한이라도 정부가 규제할 필요가 있다는 것은 일찍이 오이켄에 의해서도 지적되고 있다. 나아가서 오늘날 경제활동과 환경보호는 이제 더 이상 대립적인 관계에 있지는 않다. 상호작용적으로 조화될 수 있는 관계로서 선진국에서는 이미 환경산업이 이윤을 많이 내는 새로운 산업영역으로서 그 부리를 내리고 있다는 점은 충분히 고려되어야 한다.¹²²⁾

특히 우리의 현실상황을 돌아보면 친환경적 경제질서의 필요성은 더욱 절실했다. 남한의 경우만 하더라도 전 국토의 무차별적인 난개발로 몸살을 앓고 있으며,

121) 국회사무처, 전개논문, 83~84면.

122) 국회사무처, 전개논문, 84~85면.

대기를 통한 오염물질의 배출이나 오·폐수의 무단방류 그리고 폐기물의 불법방치와 투기를 통한 토양오염 등등 그 실상은 매우 실망스러운 수준이다. 최근의 경제적 어려움과 함께 상황은 더욱 나빠졌다고 할 수 있다. 이런 상황에도 불구하고 취약한 환경산업과 환경기술수준으로 인하여 다른 산업활동과 조화를 이루지 못하고 있는 상황이다. 우리에게 비하면 북한의 경우는 더욱 그 정도가 심각하다고 할 수 있다. 기아에 허덕이는 경제적 파탄으로 인하여 환경문제에 대한 고려자체가 배제될 수밖에 없을 뿐만 아니라, 환경오염을 초래하더라도 약간의 경제적 이득을 주는 것이라면 해야하는 매우 열악한 상황이다. 몇 년 전에 있었던 대만으로부터의 핵폐기물 수입 사건은 그 대표적인 사례에 해당한다.

우리의 경제현실이나 수준에서 환경문제의 적극적 고려는 어렵다는 현실적 주장도 있을 수 있으나, 오염된 환경을 차후에 다시 복구할 수 있을 것인지 그리고 복구를 위해 얼마나 많은 시간과 비용을 투입해야 가능할지 등을 생각할 때 이미 늦긴 했지만 지금부터라도 최선을 다해야 한다. 최근 미국이 지구온난화의 원인으로 지목되고 있는 온실가스의 감축을 담고 있는 교토협약을 이행하지 않겠다고 하여 국제적 비난의 대상이 되고 있는 것을 보면 장래에는 산업활동이나 경제활동이 환경적 요소의 고려 없이는 불가능하다는 것을 실감할 수밖에 없다.

바로 이런 점에 통일 한국의 경제질서가 어떤 형태로든 환경적 요소를 고려하고 조화를 이루어야 하는 불가피한 이유가 있는 것이다.

제3절 통일헌법상 경제질서의 기본원칙

이상의 논의를 바탕으로 한 통일헌법의 경제질서를 위해서는 다음과 같은 몇 가지의 기본원칙이 제시될 수 있다. 이러한 원칙들은 법원칙이 갖는 특성인 파기가능성(Durchbrechungsmöglichkeit)을 전제로 상호 보충적으로 조화되어야 한다.

1. 시장경제질서

통일 헌법의 경제질서에 있어서 가장 중요한 원칙은 시장경제질서라고 할 수 있

다. 여기서 말하는 시장경제란 대부분의 재화와 용역이 상품으로서 시장에서 매매되는 경제를 말하는 것으로서 사회적 분업과 시장의 확립이 시장경제의 필요충분조건이라고 할 수 있다.¹²³⁾ 다르게 파악하면 시장경제란 분업의 결과로 교환이 이루어지는 공간 내지 제도인 시장을 통한 분업경제를 의미하기도 한다. 따라서 시장경제는 다음과 같은 몇몇 중요한 특징을 갖게 된다.

시장경제는 무엇보다도 시장에 참여하는 사람들 즉 수요자와 공급자의 자유로운 시장참여와 그것을 전제로 하는 경쟁을 가장 큰 특징으로 한다. 경제활동에 있어서의 자유는 상이한 목표와 선호를 가진 수많은 사람들의 자발성과 창의성이 발휘되도록 함으로써 경쟁을 촉진시키고 시장의 기능을 활성화하게 된다. 시장에서 사람으로 하여금 합리적으로 행동하도록 만드는 자유경쟁이 보장되지 않으면 시장에서의 가격 메커니즘은 제대로 작동될 수 없으며 시장은 결국 실패하게 된다. 물론 여기서 말하는 자유시장과 자유주의는 앞에서 언급한 현대의 신자유주의적 입장과는 다소 구별되어야 한다.¹²⁴⁾

다음으로는 자기책임의 원칙으로서 시장경제의 기본원리인 사유재산제도는 이 원리를 실현하는 대표적인 제도이다. 이 원칙에 따르면 자신의 노력으로 얻은 이익은 자신이 가지며, 동시에 자신의 잘못으로 인한 손실도 자신이 거두어야 한다는 것으로서 사유재산제도가 갖는 효율성의 원천이라고 할 수 있다. 아울러서 경쟁의 효율성이 실현되기 위해서는 공정한 게임이 보장되어야 한다. 공정한 규칙의 확립은 모든 자유주의의 성립을 위한 필수조건이다. 공정한 법과 사회윤리가 필요한 것도 바로 이 때문이며, 자유주의가 법치주의를 전제로 하는 이유도 여기에 있다.

이런 특성을 가진 시장경제의 실천을 위한 전제조건은 정보공개와 투명성의 확보에 있다. 정보가 투명하게 공개되어야 시장상황에 대한 파악이 가능하고 문제의 예

123) 자본주의 경제는 사유재산제도하에서 이윤추구를 목적으로 하는 자본가가 임금노동자를 고용하여 상품을 생산하는 경제를 말하는 것으로서 시장경제에 사유재산제도와 계급분화가 추가된 것이라 할 수 있다. 따라서 시장경제와 자본주의 경제는 사실상 같은 것으로 보아도 무방하다. 차이점이라면 자본주의 경제는 계급분화와 사유재산제도를 강조하는 반면에 시장경제는 시장기구를 강조하는 용어라고 할 수 있다.

124) 이근식, 자유주의 사회경제사상, 1999, 800면: 여기에서 그는 우리나라와 같이 후진국은 선진국들이 이미 거쳤던 자유주의의 단계나 복지국가의 단계를 거치지 않았기 때문에 선진국의 신자유주의를 그대로 받아들이는 것은 바람직하지도 가능하지도 않다고 하면서, 우리에게 정작 필요한 것은 19세기 구미의 고전적 자유주의를 본받아 민주주의, 법치주의, 효율적인 자본주의와 같은 근대시민사회의 기본적인 체도를 형성하는 것이 현 단계에서의 목표가 되어야 한다고 하고 있다.

방이 가능해진다. 자신의 문제가 공개된다는 것을 알면 누구도 함부로 반칙을 할 수 없다. 또 시장경제는 신용사회이며, 신용사회는 상호신뢰를 전제로 하고 상호신뢰는 서로에 대한 정확한 정보가 있을 때에만 형성될 수 있다.

통일 헌법은 이와 같은 시장경제의 특성을 고려하여 시장경제의 원칙을 확립할 수 있는 규범구조를 갖추어야 한다. 따라서 기본권 보장을 통하여 경제활동의 자유가 충분히 보장되어야 하고, 사유재산권과 상속권의 보장은 물론이고 자기책임의 원칙에 따라서 공정한 게임의 룰이 작용할 수 있는 규범적 체계가 마련되어야 한다.

2. 부의 균등분배(사회적 정의)와 독과점의 규제

사적 자치에 입각한 계약의 절대적인 자유와 절대적인 사유재산제도에 바탕을 둔 19세기적인 자본주의가 우리 인류에게 경제활동의 광범위한 자유와 높은 경제성장을 이끌어 냈고 또 적어도 물질적으로는 과거보다 훨씬 더 풍요로운 경제생활을 가져다 준 것은 부정할 수 없는 긍정적 측면이다. 그러나 경제정의와 경제민주화, 환언하면 많은 근로대중의 실질적 자유와 실질적 평등을 보장한다는 측면에서는 큰 진전을 이루지 못했으며 오히려 많은 폐단과 문제점을 안겨주었다.¹²⁵⁾

그 대표적인 것으로서 첫째 부익부, 빈익빈 현상을 들 수 있다. 국가의 간섭이 배제된 개인의 자유로운 경제활동으로 인해 경제적 능력을 가진 사람은 더 많은 부를 축적할 수 있게 되었고 상대적으로 그렇지 못한 사람은 더욱더 빈곤할 수밖에 없게 되었다. 따라서 경제적 약자는 사회의 모든 면에서 불리한 입장에 처할 수밖에 없게 되었으며 이것은 많은 노동자들이 경제적 측면에서뿐만 아니라 사회적·정치적·문화적으로도 점차 소외되는 현상으로 치닫게 되었으며, 사회적 갈등이 갈수록 고조되게 되었다. 사회주의 이론이나 공산주의 이론이 바로 이러한 시대적 상황을 그 존립의 근거로 하고 있음도 의심의 여지가 없다. 둘째로는 이러한 부익부 현상과 함께 독점기업가의 출현이 불가피하게 되었으며, 결과적으로는 경제적 강자에 의한 시장의 독점이나 과점에 의해 시장에 있어서의 자유로운 경쟁을 그 본질적 요소로 삼고 있는 자본주의 체제를 구조적으로도 불가능하게 하는 자기모순적 상황을 창출하게 되었다. 즉 소수독점자본가의 시장지배와 경제력 남용은 시장의 자동조절기능 파괴로 인한 간헐적인 경제공황과 그로 인한 대량실업사태, 소비자저항 등 경제적 부조

125) 자유시장경제질서의 문제점에 관해서는, 국회사무처, 전계논문, 87~88면.

리, 그리고 그 결과로 자유와 평등의 형식화, 경쟁적인 해외시장 개척을 둘러싼 국제적인 갈등과 긴장고조 등으로 이어지게 된다. 이런 고전적 자본주의가 노정시킨 문제점들을 시정하고 극복하여 사회평화와 사회안정을 이루기 위해서는 수정자본주의의 출현은 불가피했다.

물론 사회적 정의 내지는 분배적 정의란 현대사회를 현혹하는 유령에 불과하며, 시장경제에서 분배정의를 실현한다는 목표를 위해서 정부는 시민과 그의 재산을 행정의 대상으로 삼기 시작하였고, 그 결과 국가의 법들은 올바른 행동의 준칙이라는 현대법의 원리로부터 이탈하여 특정한 목적을 위하여 국가기능을 조직하는 정부의 법으로 변형되었다는 비판 역시 통렬하다. 그러나 사회정의를 특정한 계층의 이익을 증대하기 위한 그릇된 정책을 옹호하는 명분이 아니라 생활무능력자와 같은 사회적·경제적 약자를 위한 진정한 배려는 잠재된 사회적 갈등의 해소와 사회통합이라는 적극적 목적을 위해서 불가피하게 요청되는 것이다. 즉 어떤 이유로든 시장에서 적절한 수입을 얻지 못한 사람들에게 시장 밖에서 일정한 최저소득을 제공해 주는 것은 자유의 제한을 초래할 필요도 없고 개인의 자유보장원칙과도 모순되지 않는다.

대부분의 경제학자들과는 달리 하이에크는 현실적으로 어떤 독점기업이 그 어느 누구보다도 낮은 비용으로 생산하여 싼 가격으로 공급한다면 이는 우리가 원하는 최상의 상태이므로 독점기업을 인정할 뿐만 아니라 독점기업이 독점적 지위를 활용하도록 허락하는 것이 바람직하다고 하면서, 독점이 특정한 생산요소의 독점적 소유로부터 발생하는 한 독점이윤을 포기하고 평균이윤만 얻기를 기대하는 것은 무리라고 지적한다.¹²⁶⁾ 자신만의 독특한 기술과 물건을 자신을 위해서 사용하는 것은 사유재산권의 당연한 행사라는 입장에서 출발한 것이다. 그러나 우리가 독점자체에 대해서 이와 같은 긍정적인 입장을 견지한다고 하더라도 경쟁이 방해받거나 경쟁질서가 공정하게 유지되지 못하는 상황으로 인한 독점은 경제 전체에 매우 나쁜 영향을 줄 수 있다는 것은 의심의 여지가 없다. 하이에크가 지적하는 바의 독점옹호도 바로 여기에 그 한계가 있는 것이다.

따라서 이러한 전체적 맥락에서 본다면 통일헌법의 경제질서는 분배에 있어서 사회적 정의를 실현할 수 있고, 독과점의 출현을 최대한 억제할 수 있게 하는 공정한 경쟁질서를 확립하는 규범적 기초가 요구된다.

126) 서병훈 역, 법, 입법 그리고 자유 III: 자유사회의 정치질서(Hayek, Law, Legislation and Liberty, The University of Chicago Press, vol 3, The Political Order of a Free People, 1979), 자유기업센터, 1996, 126면 이하.

3. 친환경적 경제활동

앞에서도 언급한 바와 같이 환경보호는 이제 더 이상 경제발전과 대립되는 개념이 아니다. 그런 점에서 미래세대에 있어 무엇보다도 중요한 환경문제는 통일헌법의 경제질서와 조화를 이루어야 한다. 그러나 그것이 어떤 형태로 구체화되어야 할 것인가에 대해서는 이견이 있을 수 있다. 물론, 경제질서와 환경과의 관계에 대해 충분한 명시적 규정이 있는 것은 아니지만 독일의 경우처럼 국가목적조항으로 존재해야 할지 아니면 현행의 우리 헌법처럼 기본권규정으로도 문제가 없는지 또는 경제질서관련조항에 직접 환경보호를 결부시키는 등의 방법이 제기될 수 있다.

생각건대 헌법의 규범체계는 전체적이고 통일적인 측면에서 파악되어야 한다. 예를 들어 경제에 관해서 아무런 구체적 규정을 두고 있지 않더라도 기본권을 통해서 각 사경제주체들의 자유로운 경제적 활동이 보장된다면 시장경제에 대한 헌법적 보장은 의심의 여지가 없는 것이다. 반드시 별도의 경제조항을 두고 거기에서 구체적으로 자유로운 경제활동이나 시장체계를 언급해야 비로소 경제질서가 규정되는 것은 아니다. 이런 맥락에서 본다면 국가목적조항이든 또는 기본권이든 간에 모든 국가활동이 환경보호와 결부된다면 그 규정의 구체적 방식은 큰 문제가 없는 것으로 생각된다.¹²⁷⁾ 즉 경제조항에서 구체적으로 환경보호를 결부시켜서 규정해야 하는 것은 아니다.

오히려 중요한 것은 국가의 활동이나 사경제주체의 활동이 환경보호적 요소를 경제활동의 중요한 고려사항으로 인식하고 책임지게 할 수 있는 규범적 근거가 마련되는 것이다.

4. 계획적 요소의 제한적 허용

경제계획이란 국가가 수행해야 할 공익적 목적의 실현을 위해 사경제에 과해지는 체계적, 조정적, 장기적 영향의 총체적 개념으로 파악할 수 있다.¹²⁸⁾ 사회주의 경제

127) 여기에 대한 입법방식의 차이는, 김성수 남북한 통일헌법의 경제질서문제, 공법연구 제21집, 112면 참조.

128) Münchner Recht-Lexikon, 1987 Bd. 3, S.1214.

의 본질적 내용이며 자유주의적 시장경제에서는 금기사항으로 여겨져 왔던 경제계획은 오늘날 개념정의상 몇 가지 어려움에 직면해 있다. 우선 기업의 생산영역에서나 소득의 지출과 관련된 가계의 소비영역에서나 모든 합리적 경제활동은 계획되어야 한다는 점이다. 현대와 같은 경제발전에 임하여 경제가 복잡해지면 질수록 예견되는 계획에 대한 최소한의 필요성은 불가피해 진다. 시장경제에서의 계획은 분화적이고 개인과 기업이 자기책임으로 마련한 계획들은 가격체제의 도움을 받아 시장을 통해 이루어진다. 그러나 총체적이고 극단적인 경제계획의 경우에는 하나의 중앙기구가 무엇이, 언제, 어디서, 어떻게 생산되어야 할 것인지 그리고 그러한 생산물이 어떻게 분배되어야 할 것인가를 독점적으로 결정한다. 구 소련의 계획경제(Zentralverwaltungswirtschaft)의 초기 단계에서 그 전형을 찾아볼 수 있다. 그러나 그것은 곧 비현실적이고 추상적인 것으로 되었다. 왜냐하면 그러한 극단적인 형태가 실현된다는 것은 불가능했기 때문이다. 즉 경제가 복잡해지면 질수록 개별적 경제주체에게 일정한 의사결정권한을 넘겨주는 것이 불가피해진다.

개념정의의 또 다른 어려움은 완전히 개별적으로 마련된 계획의 조정이 시장과 가격체제를 통해서만 이루어지는 완전자유경쟁경제는 19세기 자유경제의 전성기에나 볼 수 있었던, 그러나 지금은 어디서도 찾을 수 없는 추상적 모델에 지나지 않는다는 점이다. 따라서 오늘날 시장경제의 유지 특히 자유경쟁의 보장은 국가에 의한 경제적 간섭에 의해서만 비로소 그것이 가능하게 되었고 국민경제의 성장, 가격의 안정, 완전고용, 균형적 국제수지 등의 거시경제적 목적의 달성은 결국 국가적 시책에 의존할 수밖에 없게 되었다. 그리고 시장경제의 기능을 유지하기 위한 국가적 시책에의 요청은 그 시책의 항구적인 합리화를 요구하게 되는 데 여기에 대응하는 것이 바로 경제계획이다. 따라서 오늘날의 시장경제에 있어서 총체적 경제계획은 시장경제 그 자체를 부정하는 것이 아니라, 오히려 시장경제 자체의 기능을 합리적으로 조절하기 위한 현대적 경제정책의 한 부분을 의미하며 나아가서 경제의 현대적 변모를 의미한다.

이런 관점에서 볼 때 오늘날 어떤 경제체제를 택하고 있거나 경제계획은 불가피하다고 할 수 있다.¹²⁹⁾ 문제는 다만 어느 정도 광범위하게 또 어느 정도 심도 있게 할 수 있느냐 하는 점이다. 이와 관련해서 경제계획은 총체적 경제계획과 부분적 경제계획으로 분류된다. 전자의 전체적이고 총체적 성격과는 달리 후자는 경제활동의

129) 동지; 국회사무처, 전계논문, 89면 이하 참조.

특정 종류나 개별경제영역 또는 특정 지역에 따라 제한적으로 전개된다. 예를 들어 다른 모든 경제과정들은 개별경제주체들의 독립적 계획에 의해 결정되고 오직 투자만이 집중적 계획에 의해 이루어 질 때를 의미한다. 부분적 계획의 또 다른 형태로 에너지경제 분야, 교통경제분야 등과 같은 개별경제 부분의 계획이며 오늘날 지역적 계획도 그 의미를 점차 더하고 있다.

이와는 달리 경제계획에 있어서 국가적 영향의 강제성 여하에 따라서도 크게 명령적 계획과 지표적 계획으로 나눌 수 있다. 명령적 계획은 경제주체에게 구속적 목표를 설정하며 지표적 계획은 개별 경제주체들이 개별적 계획을 마련하고 독자적 결정을 할 수 있게 하기 위한 근거를 제시해 준다. 명령적 계획은 시장경제질서와는 근본적으로 일치하지 않으나 후자의 경우는 서구의 여러 나라에서 보는 바와 같이 계획의 요소가 시장경제질서 속으로 유입된다. 물론 이 양자 사이에는 경제주체에게 주어지는 자유로운 결정과 관련하여 몇 가지의 중간 형태가 존재한다.

과거 우리가 경제적 발전을 하는데 있어서 결정적 역할을 해 온 경제계획은 그동안 여러 차례에 걸쳐 행해져왔던 총체적 경제계획으로서의 경제개발 5개년 계획이다. 다른 여러 개발도상국에 있어서와 마찬가지로 축적된 국민적 자본도, 시장경제의 경험도 그리고 근대자본주의적 경제질서의 윤곽도 갖추지 못한 우리 사회도 국민경제의 빠른 성장과 특정경제구조의 달성을 위한 수단으로서 경제계획을 세우고 또 실천해 왔다. 여기에 있어서 계획의 실천은 명령과 강제에 의하지 않고 권유·유도·요청 등등과 같은 강제 이외의 방법에 의존하고 있다. 즉 경제계획을 실천함에 있어 먼저 정부가 추진해야할 경제부분을 선택하고 이 선택에 따라서 이 부분에 참가할 기업을 선정하고 이 선정에 의하여 그 계획이 수행된다. 이런 경우 국가는 선정된 기업에 대하여 차관의 지불보증, 금융, 세제상의 지원과 같은 조치를 하고, 여기에 상응하여 기업은 계획의 내용을 구체적으로 수행해야할 의무를 지게된다. 즉 계획의 수행에 있어서 국가와 기업은 준계약적 관계에 놓이게 된다. 그러므로 우리의 경제계획은 총체적·지표적·계약적 경제계획을 의미한다고 볼 수 있다.¹³⁰⁾ 그 헌법적 근거는 모든 경제조항과 특히 헌법 제119조 제2항의 경제에 관한 규제와 조정이 그 핵심적 근거조항이 된다.

통일헌법의 경우에도 심각하게 낙후되어 있는 북한지역의 경제적 발전과 사회통합을 위해 절실히 요구되는 남북한간의 균형개발을 위해서는 계획에 의한 발전전략

130) 여기서 말하는 총체적 경제계획이란 중앙관리계획경제질서에서와 같이 모든 경제주체들의 활동을 포괄하는 그런 의미에서의 계획을 의미하는 것은 아니다.

은 어느 정도 불가피 할 것으로 생각된다. 물론 그 이후에도 현대사회의 특성상 경제문제에 대한 계획은 거시적 측면에서는 필요하다. 따라서 통일헌법의 경제질서는 이러한 특수한 상황과 관련하여 계획적 요소를 가능하게 하는 방향으로 체계화되어야 하며, 구체적 방법에 있어서는 간접적인 방법에 의존하도록 해야 한다. 문제는 이러한 경제계획으로 인하여 과연 기본권에서 보장되고 있는 국민의 자유와 권리가 침해되어도 좋은가 하는 점이다. 이러한 경제계획의 기본권침해 문제나 위헌성 심사는 역시 비례성 원칙과 법치국가원칙의 적용을 통해서 해결될 수 있도록 짜여져야 한다.

제 5 장 결 론

통일한국의 경제질서에 관해서는 사회적·환경적으로 지향된 시장경제를 공동의 경제질서로 제시할 수 있다.¹³¹⁾ 사회주의적 통제경제 하에 있던 북한의 입장에서 볼 때 이것은 가장 심각하고 중대한 변화이다.

통독 이후 나타나고 있는 바와 같이 구 동독국민들에게 있어서 경쟁을 전제로 한 시장경제는 너무나도 생소할 뿐만 아니라 여기에 적응할 수 있게 되기까지에는 많은 노력과 시간이 필요했다. 타율적 지시에 따라 극히 제한된 범위 내에서 경제활동을 해왔던 동독인들에게 있어서 능력에 따라 자율적 경쟁에 기초한 경제주체로서의 자유로운 경제활동을 한다는 것은 우선 모든 생활영역에 있어서 사고방식의 일대 전환을 의미하는 것으로 통독과정에서 동독인들이 가장 극복하기 어려운 과제 중의 하나였다.

특히 경제적으로 서독에 비해서 그야말로 열세에 놓여 있었던 동독의 입장에서 볼 때 이것은 장래에 동독국민들에 대한 엄청난 고통을 예약하는 것이나 마찬가지며 이러한 결과가 부분적이기는 하지만 현실로 나타나기도 했었다. 바로 이런 점을 고려한다면 남북한의 통일도 직접적 방식에 의한 흡수통일이 아니라 과도적 과정을 거치는 것이 더 빨리 진정한 통합에 이르는 길이 될 수도 있다.

따라서 통일헌법은 이러한 문제점들을 해결하기 위해 국민들의 경제적 생활조건을 최대한 빨리 평준화시키기 위하여 필요한 모든 조치를 취하고 장려할 의무가 있음을 공표하도록 명시할 필요가 있다. 이 문제는 한반도의 통일에 있어서 매우 어려운 과제가 될 것으로 예측되며 어떻게 이 문제를 조화롭게 해결하느냐가 성공적 통일의 실질적 열쇠가 될 것으로 보인다. 즉 통일 헌법의 경우에는 지금보다 더욱 더 시장경제의 사회적 조정이 필요하며, 바로 그런 점에서 현대의 신자유주의 노선과는 다소 거리를 두어야 할 것이다.

자유로운 경쟁을 전제로 하는 시장경제의 자율성과 창의성이 통일한국의 경제적 성장과 안정에 기여하기 위해서는 자유주의에 기초한 제도와 현실이 뒤따라 주어야

131) 물론 이것은 사회적 시장경제질서나 사회주의적 계획경제질서와 같이 어떤 정형화된 경제체제를 의도하는 것은 아니다. 오히려 사회적 측면과 나아가서 오늘날 심각한 문제로 대두되고 있는 환경적 측면이 고려된 개방된 시장경제를 그 내용으로 하고 있다.

한다. 기본권의 충분한 보장 하에 국민들의 건전한 정치의사가 국가기관의 구성에 올바르게 반영되어야 하고, 국가권력의 행사는 공동체 전체의 이익을 위하여 법치주의 원칙에 따라 공정하게 행사되어야 한다. 아울러 합리성과 투명성에 기초한 효율적 경제제도가 확립되어 과거와 같은 정경유착이나 관치경제가 자리잡을 수 없는 사회적 기반과 경쟁을 저해하는 독점의 합리적 규제가 바탕이 될 때 비로소 시장경제는 제대로 운용될 수 있고, 제 기능을 다할 수 있다.

물론 우리는 먼 장래에 나타날 수도 있는 자유주의가 가진 한계에 대해서도 고려해볼 필요가 있다. 현재로서 그 대안을 찾기가 어려운 민주주의나 법치주의는 차치하고, 자유주의가 노정시킬 수 있는 인간관계의 단절이나 소외현상 그리고 빈부격차의 문제는 보다 적극적인 차원에서 보완되어야 한다. 바로 그 점에서도 통일헌법의 경제질서는 공공복지제도 등을 통한 사회적 조정이 불가피하다.

통일 한국의 현실은 생각보다 훨씬 더 심각할 수 있으므로 충분한 민주적 정당성의 근거아래 상당한 정도의 경제계획도 요구된다. 이 계획은 그러나 시장의 자유로운 경쟁을 훼손하는 정도에 이르러서는 목적 달성이 어렵다. 이미 지적인 바와 같이 계획당국의 계획과 그 실현으로 시장에 맡길 경우보다 더 좋은 결과를 기대한다는 생각은 비현실적이다. 계획은 경우에 따라서 전체적인·지표적인 것이 될 수도 있고 미시적이고 부분적인 것일 수도 있으나, 전자의 경우에는 보다 더 신중한 접근이 되어야 하며, 국민에게 보장된 기본권을 침해하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다.

오늘날 선진국일수록 환경과 경제의 관계는 모순과 대립의 관계를 벗어나서 점차 상호 보완적이고 보충적인 관계로 조화를 이루어 나가고 있다. 우리의 국토와 자연은 통일 후의 다음세대에게까지 온전하게 물려주어야 하고, 경제의 성장과 안정은 환경과의 조화를 전제로 추구되어야 한다. 환경을 희생양으로 하는 경제적 발전은 훗날 더 큰 대가를 치루어야 한다는 관점에서 통일경제헌법의 틀이 짜여져야 한다.

끝으로 우리사회의 가장 큰 문제점 중의 하나로서 모든 일을 너무 성급하게 처리한다는 것에 이론이 없다. 그러한 결과로 현행헌법에도 여러 곳에 체계상의 불일치나 부조화가 자리 잡고 있으며, 이로 인해 소모적인 논쟁을 감내해야 하는 경우가 많다. 통일헌법의 제정에 있어서는 이점이 특히 다각적으로 고려되어 졸속적인 헌법 입법이 되지 않아야 하며, 경제헌법에 있어서도 지나치게 단기적 안목에서의 입법은 피해야 할 것으로 생각된다. 국가의 근본규범으로서의 헌법은 현실적 적응력과 함께 규범적 안정성도 충분히 고려되어야 한다.

參 考 文 獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 구병삭, 신헌법학원론, 박영사, 1996.
- 국회사무처, 통일헌법상의 경제질서, 2001.
- 권오승, 경제법, 법문사, 2005.
- 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2006.
- 김계환, 헌법학정해, 박영사, 1997.
- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 1992.
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
- 변형운, 경제민주화의 길, 비봉출판사, 1992.
- 북한개요, 국토통일원, 1984.
- 최달곤, 북한민법의 연구, 세창출판사, 1998
- 한국법제연구원, 북한의 헌법개정과 입법동향 (1994)
- 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 2001.
- 성낙인, 한국헌법연습-사례와 판례, 언약, 1997.
- 신용식·안성조, 북한의 외국인 투자법, 한국무역협회, 1998.
- 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1959.
- 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1997.

정순훈, 경제헌법, 법문사, 2000.
 최송화·이원우(공역), 룰프 슈토버, 독일경제행정법, 법문사, 1996.
 최수영, 북한의 제2경제, 민족통일연구원, 1998.
 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006.
 ----, 한국헌법론, 박영사, 2006.

2. 論文

권영성, 국가와 경제-경제질서의 헌법적 기초, 공법연구 제16집, 1988.
 김남식, 북한의 공산화과정과 계급노선, 북한공산화과정연구, 고려대 아세아문제연구소, 1972.
 김대환, 통일경제체제와 국가의 역할, 한반도 통일국가의 체제구상 <경제부문>, 한겨레신문사·학술단체협의회, 1995. 7. 8.
 김문현, 현행헌법상의 경제질서의 성격, 고시계 1997. 9.
 김상겸, 금융감독체계에 관한 법적 고찰, 공법연구 제31집 제3호, 2003.
 김성수, 남북한 통일헌법의 경제질서문제, 공법연구 제21집, 1993.
 김연철, 북한의 제2경제와 경제정책 변화 전망, 통일문제연구 제9권 제2호, 평화문제연구소, 1997.
 김영추, 경제질서에 있어서의 자유와 규제에 관한 연구, 동국대 박사학위논문, 1978.
 -----, 경제규제의 필요성과 과제, 공법연구 제16집, 1998.
 김진, 남북한 경제질서에 관한 연구-통일헌법상 경제질서를 중심으로-, 동국대 대학원 석사학위논문, 2003.
 김철수, 경제헌법에 관한 소고, 문흥주 교수 화갑기념논문집, 1977.
 김창희, 헌법상의 정치질서와 경제질서, 중앙대 석사학위논문, 1987.
 김형성, 경제헌법과 경제간섭의 한계, 공법연구 제16집, 1988.
 -----, 경제헌법과 경제질서의 개혁, 고시계, 1998. 2.
 -----, 한국헌법의 경제 질서에 관한 연구, 여산 한창규교수 화갑기념 현대공법의 제문제, 1993.
 노영록, 토지재산권의 헌법적한계, 성균관대 박사학위논문, 1996.
 박정원, 통일헌법의 이념과 기본질서에 관한 일고, 헌법학연구 제3집, 1997.
 변재욱, 헌법의 경제규제와 조정, 공법연구 제16집, 1988.

성낙인, 남북통일의 경제질서와 사회정의, 아·태공법연구 제2집.
 -----, 통일헌법상의 경제질서, 숙명여대 통일문제연구소, 통일논총 제20호.
 신우철, 재벌해체의 헌법적합성, 서울대학교 법학연구 제4권, 1997.
 오승렬, 북한경제의 변화와 대북 경제정책 변화, 한반도 냉전구조 해체방안(4)-장기적·포괄적 접근방안, 통일연구원, 1999. 12. 22.
 장명봉, 남북통일에 대비한 헌법적 대응방안, 한국법제연구원 제6회 세미나 자료집.
 -----, 남북한의 정치 및 헌법체제의 변화-북한을 중심으로, 통일논총 제5권 제2호, 1985.
 정승훈, 우리헌법상의 경제질서와 경제규제의 한계, 공법연구 제16집, 1988.
 정영화, 북한 김일성헌법과 시장경제이행의 전망, 북한법연구 제2호, 북한법연구회, 1998.
 -----, 통일 후 북한의 재산권문제에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1995.
 조명철, 북한과 중국의 경제관계현황과 전망, 대외경제정책연구원, 1997.
 최달곤, 북한법에 대한 개설적 연구, 국토통일원 학술용역 연구논문, 1978.
 홍정선, 한국헌법의 경제체계에 관한 연구, 사회과학논집 제59집 2호, 이화여대 한국문화연구원, 1991.

II. 外國文獻

Hesse, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
 Kunig, Philip: Das Rechtsstaatsprinzip, Tubingen 1986.
 Lorenz, Grunderchte und Verfafrensordnungen, NJW 1977, 865ff.
 Maunz, Theodor/Durig, Grunter: Grundgesetz, Kommentar, Munchen, Stand 1995.
 Schlink, Bernhard: Abwagung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
 Stein, Staatsrecht, 19.Aufl, Tubingen, 2001.
 Schmidt, Offentliches Wirtschaftsrecht, 1990.