

는 한국경제의 현황을 “경제시스템의 발전궤도를 확립하지 못한 채 절충과 실험을 반복하며 과도기적 혼란상태에서 방향성을 잃고 표류하고 있는 상황”으로 진단하고, 이어서 제2편<정체성의 혼란과 비전의 부재>에서는 “한국경제의 진단과 처방에 관한 논의들이 실용적인 고민과 미래의 대안이 아니라 이념적 대립과 정체성의 혼란으로 확대되는 양상을 보이고 있다”고 지적하고 있다. 특히 ‘영미형 시장경제’, ‘정부중심 시장개혁론’, ‘유럽형 코퍼러티즘’, ‘한국형 신발전주의’ 등의 네 가지 모델³⁸⁾을 둘러싸고 진행되는 경제체제에 관한 담론에서 다음 세 가지 문제점을 적시하고 있다.

첫째로 지적된 문제점은 논의의 토대가 되는 이상적인 경제체제에 대한 공통지식과 정보가 취약하다는 것이다. 모든 논의의 대강과 교차되는 찬성과 반대의 주장이 특정국가 또는 일정한 유형의 국가군의 특정한 경제체제를 준거모델로 삼고 있는데, 각각의 체제가 정착될 때까지의 발전과정과 제도적 환경에 대한 관심과 연구가 크게 미흡하다는 것이다. 한편으로는 장점과 연결되는 결과와 성과의 부분만이 단편적으로 강조되고, 반면에 단점과 역기능은 은폐되거나 축소되어 체제에 대한 왜곡된 또는 빈약한 지식과 정보를 갖게 되고, 결국 한국 경제의 대안에 대한 논의가 이념적 대립으로 진행될 수밖에 없다는 지적이다.³⁹⁾

38) 위의 책, 31면. 표 1-7(한국경제를 보는 네 가지 시각). 표의 편제와 일부 표현만을 바꾸었을 뿐, 내용은 그대로 전제한 것임.

<표1>

	기본입장	원칙 및 정책선호
영미형 시장경제 (신자유주의)	- 성장동력의 회복을 위한 시장효율성 제고	주주자본주의, 노동관계유연화, 기업 및 금융기관의 자율성보장, 규제완화, 민영화, 시장개방
정부중심 시장개혁론	- 재벌, 금융 및 노동부문에 대한 정부주도 개혁	주주자본주의, 정부의 금융규제, 노사정모델지지, 시장개방
유럽형 코퍼러티즘 (사회적 시장경제)	- 보호주의 및 소득재분배	재벌에 대한 사회적 통제: 노조의 경영참여, 금융의 공공성, 시장개방반대, 노사정모델의 확대를 통한 사회적 대타협
한국형 신발전주의	- 외환위기사 과잉개혁으로 성장동력 훼손 - 과거 산업화모델같은 고유한 성장모델 필요	기업친화적 규제완화, 반(비)시장적 정책(노사정, 형평성위주 분배정책) 반대, 국내기업 역차별 금지 및 경영권보호 조건부 시장개방 지지

39) 위의 책, 34-5면.

이러한 현상이 이데올로기적 입장에 의해 규정된 지적인 불균형성과 논쟁상의 전략적 선택에 따른 의도적인 편협성이 표현된 것은 아닌지, 그것이 체제중립적인 일반적인 현상인지 여부에 대해서는 의문이 없지 아니하지만, 적어도 인식공유의 토대와 지평이 크게 미흡하다는 점에 대해서는 이견이 없다.

두 번째 문제점은 각각의 입장에서 추상적인 경제체제모델의 원용을 주장만 할 뿐, 구체적인 현실정합성, 즉, 한국경제에 접목될 수 있는 가능성과 그 조건 등에 대해서는 침묵하고 있다는 것이다. 상황에 따라 개별적인 ‘제도의 수입’(institutions shopping)에만 관심을 갖고, ‘제도적 정합성’의 문제는 외면하기 때문에 원용된 법제들이 제도 자체의 효율성은 물론이고 효과성, 즉 사회전체의 생산성을 높일 수 있는 일관체제로 운용되지 못하고, 궁극적으로 경제주체들의 불확실성에 대한 불안만을 증폭시킨다는 것이다.⁴⁰⁾

셋째는 한국 경제의 강점과 약점에 대한 냉철한 분석이 부족하다는 문제점이다. 좀 더 생산적인 논의를 위해서는 환경의 변화와 현황에 대한 인식을 공유할 수 있는 ‘정형화된 사실’이 확보되어야 하는데, 그렇지 못하다는 지적이다.⁴¹⁾

전술한 바와 같이, 일부 세부적인 논점에서는 이견이 없지 아니하지만, 실용적인 대안 선택의 지향점과 우리 경제의 구조적 상황에 대한 진단 및 문제인식은 공유하고자 한다. 다만, 여기에서 관심은 이러한 문제점을 안고 있는 경제체제에 관한 담론을 좀 더 생산적인 논의로 발전시켜 나갈 수 있는 가능성과 조건 및 그 방법을 탐색하는 작업에서 (경제)헌법과 헌법학이 할 수 있고 또 해야 하는 역할을 자임하고, 더 나아가서 그 일부 작업을 진행시켜 보는 것이다.

3) 경제체제담론의 헌법정책적, 헌법해석론적 함의

논의의 지평을 좀 더 넓히는 관점에서 앞에서 제시했던 네 가지 경제체제 모델을 좀 더 세분화하여 다음 <표 2>⁴²⁾에서와 같이 ‘자유방임적 시장경제’와 ‘완전한 계획경제’를 양극단으로 하고, 그 중간에 국가의 시장 및 기업에 대한 개입 및 통제의 양식과 정도, 말하자면 시장과 기업의 자율성보장의 범위를 기준으로 ‘순수한 시장’ 모델에 근접한 측과 ‘완전한 계획경제’ 측에 각각 6단계씩 총 14단계로 분류한 대안모델을 놓고, 우리 헌법상의 경제질서와 연결하여 헌법정책적, 헌법해석론적 함의를 검토해본다.

40) 위의 책, 35면.

41) 위의 책, 36면.

42) H. Bartling/F. Luzius, *Grundzuege der Volkswirtschaftslehre*, 8. Aufl., Verlag Vahlen, 1991, 37면. 이 분류표는 후술되는 현행 헌법 제119조 해석론의 부분에서 ‘소명부담배분’의 기준으로 재원용된다. 경제체제의 분류와 비교에 관해서는 다음 문헌도 참고할만 하다. H. Leipold, *Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich*, 4. Aufl., UTB, 1985, 특히 47-74면.

<표 2>

시장경제의 원형

- (R0) 무정부주의(완전한 자유방임경제)
- (R1) 경제에 대한 특정한 질서들(예컨대 경쟁보호) - 자유주의
- (R2) 비경쟁부문의 국가적 관리(공공제조달) - 자유주의
- (R3) 재분배정책 - 사회적 시장경제
- (R4) 시장에 대한 포괄적 관리 - 유도적 시장주의
- (R5) 부문별 각개 관리 - (관리적 시장주의: 필자 부기)
- (R6) 기업차원의 미시적 관리(투자통제) - 순화된 사회주의

- (L6) 경영상 투자의 자유 - 시장사회주의
- (L5) 국가의 부문별 생산계획 - 프라하의 봄
- (L4) 기업단위의 생산의 자유에 대한 국가적 계획 - 프라하의 봄
- (L3) 분권화된 국가의 생산계획 수립 - 신경제체제
- (L2) 가계의 소득추구활동의 자유(직장선택의 자유)
- (L1) 가계의 소득사용(소비)의 자유
- (L0) 완전한 미시적 관리 - 완전한 명령경제

중앙계획경제의 원형

유리한 다수설에 의해서 현행 헌법상의 경제질서로 이해되는 '사회적 시장경제질서'의 기초는 '경자유전의 원칙'(제86조), 사기업 근로자의 '이익분배균점권'(제18조 제2항) 까지 규정할 정도로 통제적 경제질서를 취했던 제헌헌법 이래 그 편차는 적지 아니하지만, 현행 헌법까지 유지되고 있다. 물론 제5차 개헌 이전 까지 지속된 제헌헌법의 경제조항(제84조)⁴³⁾과 제3공화국 헌법(제111조) 이후 현행 헌법에 이르는 경제조항은 '원칙과 예외'의 비대칭적 구도가 상반된다는 점에서 동일한 경제모델로 파악할 수는 없겠지만, 자

43) "대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 한다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다."

유와 평등의 조화를 통해서 시장자본주의의 폐해를 보정하고, 경제적 약자를 보호하려는 사회민주주의의 이념적 토대는 공유하였다고 할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

<표 2>에 대입해보면, 예컨대 개별 기업차원의 이익분배를 대상으로 한 '이익분배균점권'을 준거로 할 경우 전자의 경우는 '완화된 사회주의'(R6) 모델에 가깝고, 현행 헌법상의 경제질서는 '사회적 시장경제질서'(R3)에 해당 또는 근접한 것으로 볼 수 있을 것이다. 개념에 관한 이견이 없지 아니하지만, 우리의 관심은 '사회적 시장경제'라는 모델의 작명(作名)에 있지 아니하다. 우리의 경제질서가 독일의 '사회적 시장경제질서'의 모델, 말하자면 특유한 사회 및 경제의 발전과정과 제도적, 제도의적 환경에 따라 정립된 특정한 '질서정책적 구상'(ordnungspolitisches Konzept)과 일치하는 것인지 또는 얼마나 일치하는지는 헌법사나 비교헌법론의 관점에서 주목하는 것일 뿐이다. 말하자면 헌법정책론과 헌법해석론상 유력한 참고자료일 뿐이다.

다만, 적어도 동 경제체제의 이념과 기본원리 중에 우리가 공유하고 있고 또 공유할 수 있는 부분이 적지 아니하고, 그 제도와 운용체계, 특히 헌법상 유사한 '규범복합체'를 비롯하여 기본적인 사법체계가 우리와 크게 다르지 않은 점, 더욱이 우리 헌법 제119조에 명시적으로 규정되어 있는 '적정한 소득분배'는 오늘날 거의 모든 국가에서 주목되는 핵심적인 요청이기도 하지만, 특히 독일의 '사회적 시장경제질서'(R3)와 '유도적 시장경제'(R4)의 모델을 구별하는 결정적인 준거가 된다는 점 등을 고려하면, 동 모델이 우리 경제체제의 선택과 바람직한 발전방향을 모색하는데 유력한 준거모델이 될 수 있는 것은 분명하다. 예컨대, 적어도 '개인의 자유와 창의를 기반으로 하는 사회정의실현'이라는 '사회적 시장경제질서'의 근본이념이나, '개인의 자유와 창의적 활동'을 사회의 경제적 능력을 증대시키고 지속가능한 경제적 성과를 확보하기 위한 필수조건으로 또 경제적 활력을 사회정의실현의 전제조건으로 보는 기본인식은⁴⁵⁾ 후술하는 바와 같이 우리 헌법 제119조를 시장중심의 '원칙과 예외의 형식'으로 보는 해석론에 거의 그대로 원용될 수 있을 것이다.

이러한 점에서 '사회적 시장경제질서'는 헌법 제119조의 해석론에서는 물론이고, 헌법정책론의 차에서도 바람직한 경제체제의 선택과 발전방향에 관한 담론에서 현실적인 선택가능성을 전제로 주장되는 대안들 중에 '중점'(中點)에 있는 유용한 준거모델로 활용될 수 있다. 헌법해석론의 측면은 다음 절에서 상론하고, 우선 헌법정책론의 관점에서 담론의 기본조건과 한계 두 가지만을 지적한다.

순수한 이론적 연구나 이데올로기적 투쟁의 범주가 아니라, 이론과 현실 및 규범이 서

44) 우리 헌법상 경제조항의 변천에 관해서는 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1990, 125-31면.

45) H. J. Thieme, Soziale Marktwirtschaft, dtv, 1991, 9-11면.

로 조건과 한계의 관계로 연계되어 있는 지점에서 주목하는 경제체제의 문제는 헌법의 가능성과 한계에 대한 주도면밀한 헌법정책적 검토와 함께 접근되어야 한다. 이상적인 모델에 관한 빈약한 지식과 정보, 현실정합성 또는 제도간 정합성의 문제에 대한 의면, 우리 경제현황에 대한 냉정한 분석의 결여 등, 앞에서 짚어본 세 가지 문제점은 특히 이러한 맥락에서도 재삼 주목의 대상이 되는 것이기도 하거니와, 여기에서는 경제헌법의 개정에 관한 생산적인 논의의 방향과 그 조건을 모색하는 헌법정책론의 관점에서 유의해야 할 두 가지 지침을 검토한다.

우선 정치경제규범인 헌법의 특성과 기능에서 도출되는 헌법이론상의 당위적인 요청과 현실정합성의 문제를 배제한 채 진행되는 경제체제에 관한 담론은 공론의 자격을 인정받을 수 없다. 정치적 타협의 결과인 동시에 타협을 위한 정형화된 담론의 공유매체이고 공간인 헌법의 최고 정치규범으로서의 정치규율기능과 그에 따른 경직성과 추상성, 개방성 등을 고려할 때, 경제체제를 선택 또는 변경하는 헌법개정이라면 유동성과 안정성의 사이에서 적어도 안정성 쪽에 치우친 보수적인 입장에서 논의가 시작되어야 하고, 시종 일관 '숙고'의 자세가 유지되어야 한다.

헌법규범과 헌법현실, 특히 둘 사이의 틈새에 대한 냉철한 분석이 '숙고'의 출발점이고, 지향점을 제대로 잡기 위한 필수조건임은 물론이다. 말하자면 논의의 구조와 맥락상 개헌에 대한 헌법정책적 접근은 헌법해석의 가능성과 한계, 말하자면 현행 헌법의 해석을 통해 확보되는 그릇의 용량과 탄력이 더 이상 우리 경제 현안을 해결하고 장래 지속 가능한 경제활력을 발전시키는데 긴요한 제도와 정책을 담아낼 수 없는 한계선에 이르렀는지에 대한 검토에서부터 출발되어야 하는 것이다. 우리 헌법 제119조의 원칙규정을 비롯한 경제헌법조항의 전면폐지를 주장하며 내세우는 '개헌 없이는 미래가 없다'는 캐치프레이즈는 '숙고'의 분위기와 어울리지 아니한다.

또한 헌법해석론의 관점에서 이에 관한 반론은 후에 상술하거니와, 이러한 성급하고 격한 정치선동성의 개헌론은 현실정합성의 관점에서 공론의 장에 수용하기 어려운 근본주의적인 편향성과 폐쇄성의 문제를 안고 있다. 주지하는 바와 같이 조화점의 위치변화에도 불구하고 적어도 제5차 개헌이후 우리의 경제체제와 실제 운용기조의 중심이 일정한 오차범위 내에서 시장경제의 틀을 벗어난 적이 없었다. 헌법실현의 측면에서, 특히 정치경제규범으로서의 실효성이 충분히 확보되지 못했던 상황을 감안한다고 하더라도, 제헌헌법과 그 이후 네 번(제2차, 5차, 7차, 8차)에 걸친 경제관련 조항들의 개정을 통한 경제체제의 선택과 변화는 상당 부분 정치사회적 타협의 산물이었다고 할 수 있다.

건국 당시의 특별한 정치경제적 상황이 반영되어 통제경제체제의 성격이 강했던 제헌헌법을 포함하여 자유민주주의와 자본주의의 이데올로기적 제약, 정확하게 말한다면 이

념적 결단에 따른 경제체제의 선택은 자유와 평등 두 이념간의 절충과 타협의 결과였고, 그 선택의 현실정합성과 당위성의 근거는 사회경제적 이해관계에 따라 이념적 성향이 엇갈리는 집단 상호간에 공감과 설득의 노력에서 찾아진다. 최고규범으로서 헌법의 실효성이 크게 미흡했던 사정이나 쿠데타의 후속정리작업으로 진행된 개헌과정의 파행성을 감안한다고 하더라도, 집단 상호간의 설득을 위한 비용과 그것이 합쳐진 사회 전체 차원에서 설득비용이 정치 사회적으로 감당할 수 있는 수준을 넘어서는 경우였다면 설령 권위주의체제 하에서 특정집단의 절대적인 지원을 받는 경우라도 관철 또는 강요될 수 없었을 것으로 생각된다.⁴⁶⁾

<표 1>에서 제시된 바와 같이, 우리의 사회구조와 정치경제상황 속에서 타협을 위한 설득의 비용은 이론적으로 상정되는 좌우측 모델군의 중점을 기준으로 하여 양극으로 갈수록 좌우대칭의 정비례의 관계로 순증하는 구도가 아니라, 원천적으로 시장의 극에 치우친 우측 중간지점 정도에 설정된 중점을 기준으로 한 극심한 불균형의 비대칭구도로 설명된다. 말하자면 적어도 <R3>를 기준점으로 하여 <R2>와 <L6>의 범위를 넘어서는 모델을 선택하는 것은 설득비용을 또는 역으로 설득을 포기한 채 일방적으로 강요하는 경우라면 그에 수반되는 정치사회적 부담을 감당할 수 없었을 것이다.

이러한 분석들과 이에 따른 헌법정책적 판단과 전망은 기본적으로 현재 우리 상황에도 그대로 적용될 수 있을 것으로 생각된다. 요컨대, 모델명을 그대로 차용할 것인지 여부와는 관계없이 헌법정책론의 차원에서 독일의 '사회적 시장경제질서'와 유사한 모델을 우리 헌법상 선택가능한 대안들 중에 중점에 있는 것으로 설정하는 경우, 이 중점을 기준으로 하여 일정 범위를 넘어서는 모델의 선택을 주장하는 입장들은 정치경제적 담론이라면 모르겠으나, 적어도 개헌공론의 의제로서는 배제되어야 한다. 고비용 대비 효율성과 효과성을 전혀 기대할 것이 없기 때문이다.

4) 문제인식의 지평확대

경제체제담론상 문제점의 하나로 '제도적 정합성'의 문제를 충분히 고려하지 않고 외국법제를 무분별하게 직수입하는 관행의 문제는 앞에서 지적한 바 있다. 그 근원은 유례를 찾기 어려운 정도의 초고속의 경제성장과 그에 따른 급속한 사회변화에서 찾아지고

46) 예컨대, 제5차개헌을 통해 '개인의 경제상의 자유와 창의 존중'을 기본으로 하는 시장경제질서가 경제기본조항(제111조 제1항)에 명시적으로 규정되었던 것이나, 제8차개헌에서 기본원칙을 그대로 유지하면서 '독과점 폐단에 대한 적절한 규제와 조정'을 추가(제120조 제3항)하였던 것 등은 정치적 결단과 그에 따른 정책기조의 변화가 표현된 것이기는 하지만, 사회구조와 경제상황의 변화에 대한 공통인식과 그에 부응하는 기본경제질서에 대한 폭넓은 사회적 공감대가 반영된 타협의 결과라고 할 수 있을 것이다.

또 그렇기 때문에 어느 정도 불가피한 측면이 없지 않았다고 할 수 있으나, 앞으로 논의 과정에서는 동일한 시행착오가 반복되어서는 아니된다는 점에 대해서는 이견이 있을 수 없을 것이다. 더 이상 그것을 불가피한 것으로 변명할 수 있는 상황조건이 아닐 뿐만 아니라, 우리 경제의 절대적, 상대적 규모나 정치사회 부문과의 연관성의 크기 등을 고려할 때 부정합에 따른 역기능과 비용은 이전과는 비교할 수 없을 정도로 심대하기 때문이다.

다만, 경제체제에 관한 담론의 주제로 이 문제점을 논의하는 맥락에서는 문제인식의 지평을 좀 더 확장해서 초점을 달리하여 문제를 제기하고 차선의 답을 탐색하는 것이 필요하다. 이념과 기능상 상호 정합적인 관계에 있는 일련의 정책과 법제들을 특정한 체제의 이상적 모델의 범주에 확정하고, 그 경계선을 넘어서는 정책과 제도들의 선택과 조합 또는 병행을 확실히 부정적인 '부정합'의 현상으로 단정하여 그것을 확실히 배제 또는 완화하는 최선의 방안을 묻는 것은 적절한 문제제기가 되지 못한다. '제도간의 부정합성'도 문제이기는 하지만, 그에 앞서서 그 원인과 배경의 관점에서 다음과 같은 세 가지 부정합의 측면이 고려되어야 하는 것은 바로 그 때문이다.

첫째, 제도와 의식간의 부정합, 특히 시장참여자들의 제도와 정책에 대한 불신의 문제가 여전하다. 결과적으로 실패한 과거의 부동산대책이나 교육정책 등이 그러했듯이, 그 근원은 일관성이 결여된 정책추진의 과정에서 찾아진다. 현안이 부각될 때마다 즉흥적인 미봉책을 성급하게 급조하여 내놓고, 그러다 보니 제도와 정책의 일관성이 결여될 수밖에 없는 상황에서 시장이 가장 싫어하는 불확실성이 초래되면서, 결국 경제심리가 일상화된 시장의 반응은 정책당국자의 예상과 기대에 어긋나고, 오히려 실패에 대한 확신을 전제로 정부가 손에 쥐고 있는 '숨겨진 카드'를 넘겨짚는 것에만 관심을 기울이는 현상이 고착화되었다. 또 한편 제도와 정책 자체의 문제가 아니라, 정부의 중립성과 정책의지에 대한 냉소적인 의식이 해소되지 않고 있는 것은 더욱 심각한 문제이다. 불법적인 분식회계를 통해 엄청난 규모의 비자금을 조성하고 횡령한 재벌총수들에 대한 지나친 감경 처벌과 무분별한 사면조치의 주기적인 반복 등으로 인해 정상적인 정책의 수립과 시행을 위한 최소한의 필수조건이라고 할 수 있는 법의 엄정성과 사법체제의 공정성에 대한 신뢰의 자본은 거의 잠식된 상태이다.⁴⁷⁾

둘째, 우리 사회의 전체적인 여건이 일정한 오차범위 내에서 예측이 가능했던 문제들

47) 극히 일부의 재벌대기업들만이 관련되는 지주회사규제, 출자총액제한, 이른바 '금산분리정책'의 폐지 및 완화나, 이른바 '황금주'(거부권부 주식), 'Poison Pill' 등 기업 경영권방어수단을 도입하는 것 등도 투자확대를 유도하여 경기를 부양하기 위한 유력한 방안들로 검토될 수 있는 것은 물론이지만, 몰아치기식의 일방적이고 성급한 추진과정 속에서 그 역기능과 부작용, 특히 정책의도의 중립성에 대한 불신의 측면은 전혀 고려되지 못하고 있는 것도 하나의 부정합의 현상으로 주목된다.

에 대하여 차분한 준비와 숙고 속에서 대응해 나갈 수 있는 상황이 아니었던 점도 고려되어야 한다. 적어도 문제의 상당 부분은 제도적 부정합성의 문제에 대하여 충분한 검토를 하지 못한 상태에서 또는 인지된 부정합성과 그에 따른 비용을 감수하면서라도 대증요법식의 제도와 정책을 시행할 수밖에 없었던 비상한 사정에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 1980년대 후반의 이른바 '토지공개념입법' 등 그동안 슬하계 시행착오를 거듭해 온 부동산정책들을 비롯하여, 1997년 외환위기의 수습을 위해 취해졌던 무리한 금융개혁과 대기업 구조조정의 조치들은 그 좋은 예이다. 또 한편 입법자의 기대와 예상과는 크게 어긋나는 시장의 반응 속에서 2007년 7월부터 발효된 '기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률'⁴⁸⁾의 시행과정에서도 드러나고 있듯이, '제도간 부정합성'의 문제와 함께 또는 그에 앞서서 우리가 주목해야 하는 문제는 상호 보완의 조건관계에서 선행 또는 병행되어야 할 조치가 취해지지 않은 채, 특정한 제도나 정책이 성급하게 도입 시행되는 '제도와 현실의 부정합성'의 문제이다.

셋째, 초고속의 경제성장과 산업화 및 도시화의 과정에서 고착된 우리 사회의 정치경제적 구조와 그 속에서 비롯되는 현안들의 특수성도 주된 원인의 하나로 검토되어야 한다. 경제체제의 이상적인 모델 자체가 특정한 국가의 정치사회적 여건과 경제발전의 과정과 연계되어서 상정된 것이기도 하거니와, 칸막이가 쳐진 특정한 체제모델의 범위 내에서만 해결대안을 선택할 수 없었던 것은 상당 부분 이질성을 넘어서 차원과 위상이 다른 문제들이 동시다발의 양상으로 주어져 온 우리의 특수한 상황에 기인한다.⁴⁹⁾ 노동자 또는 자본가와의 근친성, 정부의 시장개입에 대한 찬반입장, 체제변화에 대한 선호도 또는 급진성 여부 등의 기준에 따라 좌파와 우파를 단선적으로 대별하는 것이 우리나라에 그대로 적용될 수 없는 것도 같은 맥락에서 이해된다.⁵⁰⁾ 예컨대, 앞의 <표1>에서는 '재벌에 대한 사회적 통제'를 유럽형 코퍼러티즘의 시각에서만 주장하는 것으로 분류하였으나, 재벌이 우리의 특유한 문제라는 점이나 재벌에 대한 다양한 문제인식과 그에 따른 재벌개혁의 방향과 대안에 대한 엇갈리는 시각⁵¹⁾을 떠나서 적어도 독과점방지, 회계투명성의 제고와 총수일가에 의해 지배되는 기형적인 기업지배구조의 개선 등 일정 범위에서

48) 2006년 11.30일 의결.

49) P. Drucker는 그의 저서인 *Management Challenges for the 21st Century*의 한글번역본에 덧붙인 '한국독자를 위한 메시지'에서 다음과 같이 단언하고 있다. "어떤 국가가 겪은 도전도 지난 50년간 한국이 경험한 것만큼 크지는 않다. 어떤 선진국도 앞으로 10년 또는 20년 내에 정책, 조직, 구조 그리고 노동력의 개발과 보상이라는 측면에서 - 무엇보다도 그것에 대한 가정과 기본적 목표에서 - 한국보다 더 심각한 변화를 겪지는 않을 것이다." 이 재규(역), 21세기 지식경영, 한국경제신문, 1999, 13면.

50) 이에 관해서는 장하준, 개혁의 뒷, 248-9면.

51) 예컨대, 위의 책, 155-66면.

의 개혁은 '영미형 시장경제' 등 어떤 준거모델을 취하는 경우라도 배제될 수 없는 정책 과제일 것이다.

요컨대, 우리가 당면하고 있는 '제도적 부정합성'의 문제는 부정합성 자체의 문제점에 대한 주목과 함께 또는 그에 앞서서 문제상황과 맥락에 따라, 부문과 유형 및 형식별로 특정한 체제모델의 칸막이를 넘어서는 '정책혼합'(policy-mix)이 인정될 수 있는 범주를 설정하고, 허용가능한 부정합의 조건과 편차범위에 대한 대강의 기준을 마련하는 방향에서 접근되어야 한다.

4. 경제체제담론과 헌법학

이와 같이 '제도적 부정합성'의 문제에 대하여 시각을 달리하여 그 원인과 배경을 재검토해 본 것도 같은 맥락에서이지만, 문제해결을 위한 대안의 모색도 칸막이가 쳐진 폐쇄된 공간을 벗어나서 개방된 공간에서 학제간 공조작업을 통해서 접근되어야 한다. 다음 장에서 제시되는 헌법 제119조에 대한 해석론도 적어도 부분적으로는 이러한 공조작업의 일환에 해당된다고 할 수 있거니와, 여기에서는 헌법정책론의 관점에서 헌법과 헌법해석론이 자임할 수 있고 또 분담해야만 하는 적정한 역할의 획정을 위해 검토되어야 할 세 가지 단서를 간략하게 살펴본다.

i) 헌법해석의 방법론은 정당화 관점들 간의 설득력을 둘러싼 경쟁이다. 정당화의 관점들은 우선 가치규범인 헌법을 공통의 준거와 매개로 하는 점에서 상당부분 절제된 가치적 선판단에 의해서 걸러진다. 또한 이 경쟁은 상대적으로 잘 정서되어 축적된 '법적 논증의 규칙'에 따라 진행된다는 점에서 적어도 부분적으로는, 특히 경제체제의 선택 등 '전략적 틀'에 대한 합의와 같이 이데올로기적 성격의 '큰 현안'(large-scale issues)들에 대한 '갈등관리'(Konflikt-management)의 측면에서 다른 양식의 담론에 비해서 더 효율적이고, 효과적이다.

우선 정서된 규칙과 함께 축적된 선례 및 이론적으로 정립된 학설(doctrine)들에 의한 제약들은 법관들에 대해서 뿐만 아니라 해석방법론 및 해석론의 차원에서도 상당한 수준의 절제를 담보한다. 헌법해석방법론 자체가 이론의 불완전성, 즉 "어떤 해석이론도 스스로 정당화될 수 없다"⁵²⁾는 전제에서 출발하는 가치적 정당화의 이론이라는 점에서 적어도 반증가능성을 부정하는 자기정당화의 주장은 자연스럽게 걸러질 수 있다. 예컨대, 이 미 "사실상 죽은 자율시장신화"⁵³⁾의 부활을 주장하는 의제는 헌법적 논의의 장에 상정되

52) C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford Univ. Press, 1996, 180면.

지 못한다. 철학의 우선과제를 '알토당도않은 것을 피하는 것'(Unsinnvermeidung)이라고 한다면⁵⁴⁾, 그것은 정치경제학적 담론에서 헌법학의 우선 과제이기도 하다.

ii) 헌법학이 분담하는 '갈등관리'의 역할이 경제정책의 기초를 설계하고 구체적인 제도와 정책을 선택하는 전면적인 '대위결정'(vicarious decision)을 포함하는 것은 아니다. 일차적으로 한계를 넘는 '알토당도않은 정책'을 걸러 내는 것은 헌법의 정치규범 및 정책규범적 효용으로 당연히 기대되는 것이되, 헌법이 정치와 정책과정을 대신할 수는 없다. 헌법의 개방성, 추상성의 특성과 함께 '법관(헌법재판관)이 헌법이라고 말하는 것이 헌법'이라는 관점에서 헌법해석의 기능적 측면을 고려하면, 정책규범으로서 헌법의 장점은 '옳은 결정'의 실제적 판단보다는 우선 그 가능성을 높이기 위하여 정책과정상의 절차적 정당성을 담보하는 규칙과 형식의 측면에서 주목된다. 결정기술의 관점에서 '법적 논증'과 '민주적인 숙고'가 상호 장단점이 교차되는 것과 마찬가지로, 유권해석자인 헌법재판관은 물론이고, 앞에서도 언급한 바와 같이 헌법학자들이 교육과 경력, 도덕적, 정치적 덕성 등의 측면에서 '옳은 결정'을 내릴 수 있는 더 나은 조건을 갖추었다고는 볼 수 없다. Sunstein이 나무만 보고 숲은 보지 못하는 시각적 한계나 현실적인 관철력의 부족 등을 지적하면서, 특히 '사회개혁'차원의 '높은 수준의 현안들'(high-level issues)에 대하여 불가피한 경우가 아닌 한 사법자제를 주문하는 것도 같은 맥락에서 이해된다.⁵⁵⁾

다만, 그렇다고 해도 '과잉금지원칙' 또는 '최적화의 명령' 등과 같은 헌법원칙들의 실제적인 가치판단기준으로서의 규범적 효용이 전면 부인되지는 아니한다. 예컨대, 그 자체가 전형적인 '합리화된 결정 및 통제체계'인 '과잉금지원칙'은 전술한 알토당도않은 정책과 제도를 걸러낼 수 있는 저비용-고효율의 합리적인 정책통제수단이다. 또한 후술하듯이, 그 행위규범으로서 효용은 헌법소송의 단계에서만 기대되는 것이 아니라 법원의 합헌적 법률해석 및 적용의 단계에서는 물론이고 정책과정의 전반에 걸쳐서 적용되고, 위헌성 판단의 근거로 고려될 수 있는 가능성도 단순한 가부간의 결정이 아닌 '제3의 중간영역', 즉 경제정책의 최대한의 헌법정향성과 현실정합성을 동시에 수렴해낼 수 있는 공간으로 확대될 수 있다.⁵⁶⁾ 바로 이 개방된 공간 속에서 '자율시장의 신화'를 강변하면서 오로지 '경제적 효용'만을 강조하는 '관점의 편향성'과 '가치간의 불균형' 및 그에 따른 '제도적 부정합성'의 문제에 대한 숙고와 수정의 기회가 주어진다.

53) J. E. Stiglitz, *The Great Transformation*, K. Polanyi, 2001, Foreword, 10면.

54) A. Somek, *Rechtliches Wissen*, Suhrkamp, 2006, 26면.

55) C. R. Sunstein, 앞의 책, 176-182면.

56) Vgl. W. Leisner, "Verfassungsschranken der Unternehmensbelastungen", *NJW* 1996, S. 1516.

iii) 그 자체가 가치적 통합규범이면서, '갈등관리'의 관점에서 기능적 장점을 갖고 있는 헌법을 준거로 하는 헌법해석방법론은 앞에서 논의했던 '제도적 부정합성'의 문제와 관련하여 보다 넓은 시각에서 접근할 수 있는 기회를 제공해줄 수 있다. 소송절차가 그 전형적인 공식제도이기도 하지만, '헌법적 논증'은 절차의 공정성을 담보하는 규칙에 의해서 제약되는 특수한 정당화담론의 한 형식이다.

예컨대, Ely는 사법심사(judicial review)와 대의민주주의를 조화시킬 수 있는 대안으로 이'과정기반이론'(process-based theory)을 제시하면서, 사법심사의 정당성의 근거로 정치적 대의과정에서 참여하지 못한 집단과 공정하게 대표되지 못한 이익을 배려할 수 있는 기능적 장점을 제시하는 바⁵⁷⁾, 이는 사법심사의 정당한 기준을 제시하는 헌법해석론의 과정에도 그대로 적용된다. 말하자면, 헌법과 헌법이론을 통해 확인된 기본권목록과 원칙들은 어떤 이유로든 필수적으로 고려되어야 할 기본적인 가치들이 배제되거나 또는 적정하게 반영되지 못하게 되는 '가치의 무지'와 '관점의 불균형'의 사태를 피할 수 있게 하는데 유용한 안전망을 구성한다.⁵⁸⁾ Forst의 말대로, 오늘날 사회적 부정의에 대한 저항은 근본적으로 '무엇인가를 차지하려고 하는 또는 더 가지려고 하는 소유욕'보다는 '정당화를 요구할 수 있는 근본적인 권리'를 더 이상 억압당하고 무시당하지 않으려고 하는 적극적인 참여의식에서 비롯되고, 이는 바로 정당화의 근거를 제시하고 또 요구할 수 있는 이른바 '정당화의 존재'(Rechtfertigungswesen)로서 존증을 요구하는 자긍심의 표현이다.⁵⁹⁾

앞에서 우리의 경제체제담론상의 문제점을 논의하면서 '기본적인 가치들과 자율시장 이데올로기간의 부정합성'의 문제를 지적한 것이나, '제도간 부정합성'의 문제를 현상 자체보다 그 원인과 배경을 더 주목한 것 등이 적절한 문제제기와 대안을 모색하는데 성과가 전혀 없지는 않았다고 한다면, 그것은 법학적 관점론과 '헌법적 논증'의 안전망이 작동된 결과라고 할 수 있을 것이다. Sunstein은 "What Constitution Do"라는 부제를 붙인 그의 저서 "De-signing Democracy"(2001)를 마무리하면서 '민주적 헌법'(democratic constitution)의 과제는 "합의가 필요하면 경우 그것을 가능하게 하고, 합의가 불가능한 경우에는 그것을 불필요하게 만드는 것"이고, 그것을 통해서 '상호존중'과 '사회적 안정'이 확보될 수 있다는 결론을 제시하고 있다.⁶⁰⁾ 헌법(학)이 합의가 필요한 경우와 불가능

57) *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*. Harvard Univ. Press, 1980, p. 75. 181. Ely의 '과정이론'에 대한 상세한 내용은 윤 명선, 미국헌법과 통치구조, 유스북, 2006, 314-38면.

58) 오늘날 지배적인 법학방법론의 하나로 자리잡은 법학적 관점론의 이념으로 소극적 형평과 적극적 형평의 관점에서 중용, 형평, 조화 및 비례를 제시하는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 김명재, 『헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰』, 공법연구, 제29집 제1호(2000.11), 12-5면.

59) R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, Suhrkamp, 2007, 10면.

60) C. R. Sunstein, 앞의 책, 243면.

한 경우에 대한 판단권과 그것을 가능하게 만들고 불필요하게 만들 수 있는 능력을 독점하여 경제체제에 관한 담론을 주도하거나 경제정책의 결정을 대위하는 것은 가능하지도 않고 또 바람직하지도 않다. 그러나 진지한 관심과 적극적인 참여는 엄중한 헌법의 명령이다. 특히 지금 우리의 상황에서는 더욱 그렇다.

IV. 경제정책과 경제헌법 - 제119조의 해석

1. 개요 - '사회적 시장경제질서'의 개념론 탈피의 필요성

우리 헌법 제119조 제1항은 '대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다'고 규정하여 시장경제질서를 기본으로 한다는 것을 천명하는 동시에, 제2항에서는 '국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다'고 규정하여 시장규제에 대한 헌법적 정당화의 근거와 그 한계를 제시하고 있다.

우리 헌법학계의 유력한 다수설은 동 조항에 의해 규정된 경제질서를 이른바 '사회적 시장경제질서'로 보고 있다는 것은 전술한 바 있다. 헌법재판소도 같은 입장이다. 독일의 특유한 경제체제모델을 차용하는 것이 아닌 한, '사회적 시장경제질서'의 개념을 그대로 사용하는 것에 대하여 비판적인 견해가 없지 아니하다.⁶¹⁾ 예컨대, 일부 학자들은 '사회조화적 시장경제'라는 용어를 주장하고 있는데, "시장경제를 기본으로 하면서, 사회조화적 요구를 실현하기 위하여 국가가 경제에 대한 규제와 조정을 할 수 있는 경제질서라는 의미"라는 설명에 따르면 내용상의 차이는 별로 없는 것으로 생각된다. 개념론적으로 보면 '사회적 시장경제질서'의 개념에서도 '조화'의 추상적인 명제 자체는 전제된 것이고, 관건은 '적정한 조화'의 구체적인 지점을 설정하는 것이기 때문이다.⁶²⁾

또 한편 '사회적'이라는 개념의 애매모호성으로 인하여 처음부터 시장경제와 부합되기 어려웠다는 문제점과 함께, 실제로도 동 개념은 국가의 강력한 경제개입에 대한 제한보다 오히려 허용에 길을 열어주는 결과를 초래하기도 하였다는 점이 지적되고 있다.⁶³⁾ 그러나 기술한 바 있듯이, 여기에서 '사회적 시장경제질서'라는 용어를 원용하는 것의 당부

61) 예컨대, 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 203-7면.

62) 황적인/권오승, 앞의 책, 41면 이하.

63) 정종섭, 앞의 책, 207면.

는 관심의 대상이 아니다. 헌법도그마틱의 관점에서 동 개념을 원용하여 해석론의 근거로 삼는 경우, 우리는 우선 독일과 우리나라의 경제 및 경제와 관련된 제도적, 제도의적 여건과 상황이 크게 다르다는 점에 대한 확인을 전제한 후에, 두 가지 대안을 검토할 수 있을 다.⁶⁴⁾ 다만, 여기에서 이에 관한 상론은 약하고, 독일의 '사회적 시장경제질서'를 준거모델로 하여 기준점을 잡고, '최적화명령'과 '소명부담'을 중심으로 하는 헌법 제119조의 해석론을 제시해본다.⁶⁵⁾

2. 윤곽규정과 '최적화명령'

'사회적 시장경제질서'를 둘러싼 개념론상 어떤 대안을 선택하든 우리 경제헌법의 기본조항인 제119조의 핵심 내용은 상당한 정도로 우측, 즉 시장에 편향된 비대칭의 구도에서 자유방임적 시장경제와 함께 계획경제체제를 배제하는 윤곽의 획정이다.⁶⁶⁾ 말하자

64) 첫째는, 문제상황이 크게 다름에도 불구하고 문제구조의 유사성에 초점을 맞추어서 자유와 평등의 적정한 조화를 통한 사회정의실현의 기본이념을 담고 있는 동 개념을 그대로 원용하되, 우리 상황에 부합되는 경제체제모델을 형성해나가는 것이다. 독일의 '사회적 시장경제질서'의 모델은 시장실패와 정부실패가 교차 또는 반복되는 속에서 장대하면서도 밀도 있는 실험을 통해 정리된 결과이고, 그렇기 때문에 적어도 자유와 평등의 '적정한 조화점'을 찾는 핵심과제와 그 구조적인 맥락의 측면에서는 적어도 헌법정책론 및 헌법해석론의 관점과 접근방법상의 공통점이 적지 아니하다는 점을 주목하는 선택이라고 할 수 있다. 말하자면 구조적으로 유사한 문제상황 속에서 진행된 이념적 갈등과 이론적 논란 및 그에 따른 시행착오의 경험을 적어도 그대로 반복하지 않으면서 또 한편 현실정합성의 측면에서도 본질적인 수정과 변용을 거치지 않고도 수용할 수 있는 범위 내에서 그 핵심결과물을 우리 경제헌법의 유력한 근거들로 삼아서 경제정책 및 제도의 설계와 운용의 이념적인 정향점과 기준점으로 활용하는 방안이다.

둘째는, 문제상황이 본질적으로 다른 점을 주목하여 '사회적 시장경제질서'의 개념 자체를 변용하여 외연을 확대하는 방안이다. 말하자면 독일 특유의 역사적인 맥락과 사회상황 속에서 형성된 특정한 모델인 '사회적 경제질서'의 개념을 그대로 사용하는 것이 아니라, 동 개념의 외투와 핵심이념은 차용하되, 그 구체적인 내용은 동 모델의 획정선을 넘어서는 범위로 확대하여 구성하는 것이다. 예컨대, 전술한 경제체제모델의 분류를 기준으로 한다면 <R3> - <R5>, 더 나아가서는 <R6>와 <R7>번의 모델까지도 포함할 수도 있는 독자적인 내용의 광역모델로 설정하는 것이다.

생각건대, 이 두 가지 방안 모두 이론적으로는 선택이 가능한 대안으로 생각되지만, 지나치게 그 외연을 확대시키는 후자의 경우는 경제체제에 관한 담론을 그대로 헌법해석론의 장으로 옮겨서 진행하는 것 외에 다른 실익을 기대할 것이 없을 것으로 생각된다. 오히려 앞에서 지적한 바 있는 '제도적 정합성'의 문제, 즉 '제도간 부정합' 자체와, 제도와 이념 또는 가치, 제도와 현실간의 부정합성 등의 문제에 대한 접근에서 요구되는 차별화된 관점과 준거를 확보하기 어렵게 하여 경제체제담론의 차원에서 전제 및 도출되는 공통인식과 유용한 참고자료들을 활용할 수 없게 되는 결과가 초래될 뿐이다. 가치적 정당화론으로서 헌법해석론이 갖는 기능적 장점, 특히 안정성과 예측가능성 및 '관점의 균형성'을 담보하는 '법적 논증'의 안전망이 허술해지는 것도 우려된다.

65) 이 부분은 공법학회 제119회 학술대회(국가경제와 공법질서, 2004년 11월)에서 발표된 논문인 『한국헌법의 경제적 좌표-시장(기업)규제의 범위와 한계』 중에서 해당 부분을 수정 보완하여 축약한 것이다. 공법연구, 제33집 제2호, 2005.2, 11-20면.

66) 현재 1989.12.22, 88헌가13; 1996.4.25. 92헌바47; 1998.5.28. 96헌가4; 2001.2.22. 99헌마365 등.

면 우리 헌법은 이른바 '혼합경제체제'를 제시하고 있다고 할 수 있다. 그런데 헌법 제119조는 혼합 또는 조화의 적정한 지점에 대해서는 구체적인 지침과 한계선을 제시하지 못한다. 자유와 평등의 조화를 통한 사회정의실현의 이념적 지표와 그것을 지향하는 부정적인 배제의 '윤곽질서'에서 경제제도와 정책의 설계와 운용에 대한 구체적인 헌법규범적 준거를 도출하는 것은 쉽지 않다. 또한 제119조는 규정체계상의 고도의 개방성과 개념의 추상성 때문에 국가의 경제개입을 제한하는 규율(Regel)적 성격의 '윤곽규정'(Rahmensordnung)으로 보기에 그 윤곽 자체가 불명확하다.

헌법, 특히 경제헌법의 경우 상당한 정도의 개방성과 추상성은 입법기술상 불가피하고 또 필요한 형식이다. 경제정책의 목표를 설정하고 수단을 선택하는 결정권자에게 경제헌법의 기본조항을 통해서 구속력있는 구체적인 지침과 한계를 제시하는 것은 입법기술상 불가능하거나 또는 가능하다고 하여도 바람직하지 않다. 시장과 국가의 적정한 역할분담이라는 경제체제론의 문제가 확정된 헌법규범의 기준에 따라 확립적으로 판단될 수도 없거니와, 전체 국민경제의 상황별로 국가의 경제계획과 정책이 필수적인 것인지 여부 또는 바람직한 것인지 또 어떤 범위에서 바람직하고 필수적인 것인지는 근본적으로 법적 판단과는 거리가 있는 문제들이기 때문이다.⁶⁷⁾ 말하자면 경제에 관한 규제와 조정의 수단이 '사회적 시장', 말하자면 '참여자의 자유와 책임이 조화되는 시장'⁶⁸⁾에 부합되는 것인지, 경제관련 법제와 정책이 개별 집단의 이익에 편향된 것인지 또는 경쟁자들과의 관계에서 중립적인지 여부 등의 문제에 관하여 헌법과 헌법해석론이 정책적 판단과 결정을 대위하는 것은 적절하지 못하다.

이러한 관점에서 볼 때 제119조는 우선 경제정책에 대한 헌법적 한계선으로서보다는 경제정책결정권자에 폭넓은 입법형성과 정책적 재량의 공간을 허용하는 것으로 이해된다. 말하자면 이 공간은 국제규범과 정책 및 제도의 설계자가 파악하는 시장의 현실여건과 우리의 문제상황에 부합되는 경제정책을 수행해 나갈 수 있는 '실천적 조화의 공간'이고, 제119조는 이 공간의 입구에 '헌법의 절제'를 요구하는 주의문을 제시하고 있다.⁶⁹⁾

다만, 우리 헌법은 이 공간을 완전한 방임하지는 않고, 그 안에서 행사되는 정책적 재량에 대하여 최소한의 규범적 지침을 주고 있는 바, 이른바 '최적화의 명령'(Optimierungs- gebot)⁷⁰⁾이 그것이다. 이 명령은 국가권력행사에 대한 제한의 형식이

67) P. Badura, "Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit", in: R. Stodter/W. Thieme(Hg.), Hamburg- Deutschland-Europa, Fs. f. H. P. Ipsen, 1977, 369면.

68) Vgl. K.-H. Fezer, "Verantwortete Marktwirtschaft", JZ 1990, S. 657면 이하.

69) 전술한 바 있듯이, 이른바 '신자유주의자'들이 제119조의 폐지를 강력하게 주장하는 것은 헌법해석론의 측면에서도 납득할 수 없다. '시장친국'의 수준이라면 몰라도 현실의 시장 속에서라면 기본적으로 시장친화적인 구조의 이 공간은 그들의 의견과 주장을 충분히 유리한 입장에서 살려나갈 수 있다고 여겨지기 때문이다.

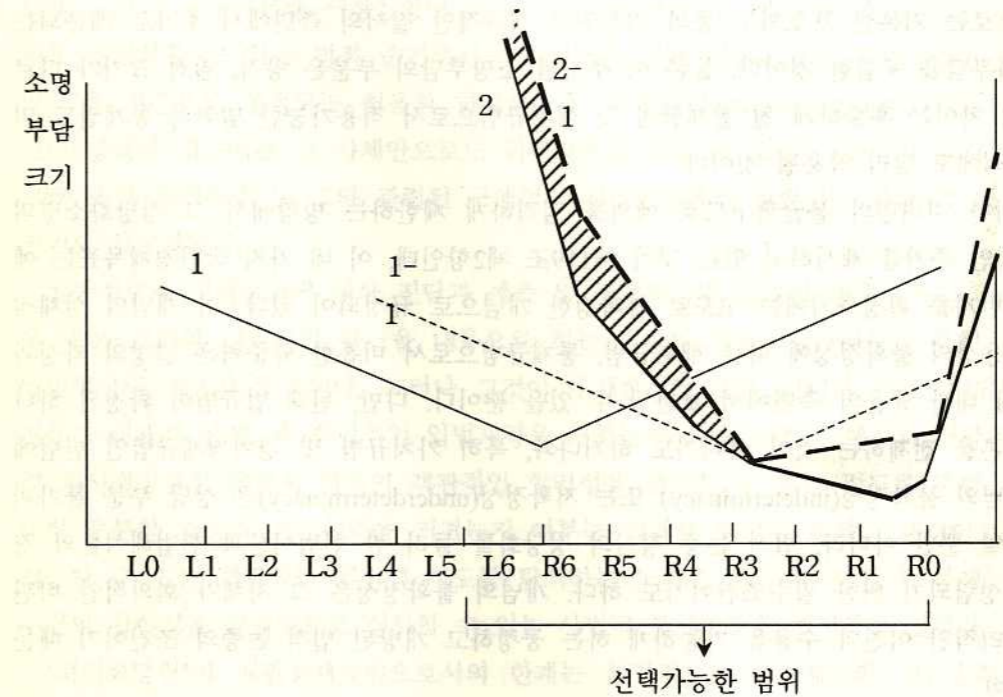
라는 점에서는 '과잉금지'의 명령'과 동일하지만 행위규범, 통제규범으로서 그 구체적인 내용은 분명히 구별된다. 과잉금지의 원칙이 공공복리실현의 정책목적과 기본권을 제한하는 정책수단 간의 관계에서 이른바 '한계의 한계'(Schranken-Schranken)설정의 기준인데 반해서, '최적화의 명령'은 목적과 목적간의 관계에서 '조정의 적정성'에 대한 판단기준을 제시한다.⁷¹⁾

3. '원칙과 예외 형식'에 따른 '소명부담'(Darstellungslast)⁷²⁾의 배분

최적화명령은 실제적인 가치판단의 척도를 제공하지는 못한다. 대위적인 정책결정보다는 결정과정에 초점을 맞추어 상충하는 헌법상 원리나 법익에 대한 합리적인 비교형량, 위험과 불확실성의 요소에 대한 충분한 고려 등 정책결정과정상의 의무를 부과하는 객관적인 지침이다. 제119조 제1항과 제2항은 국가의 경제개입에 대한 '원칙과 예외의 규율 형식'(Regel- Ausnahme-Formel)을 취하고 있다.⁷³⁾ 말하자면, 그 규범적 의미는 '원칙'적으로 시장의 자율성은 보장되고 '예외'적으로 필요한 경우에 국가의 경제에 관한 규제와 조정이 허용되지만, 그 결정은 '최적화의 명령'에 부합되어야만 한다는 "선후 또는 비대칭적 관계"⁷⁴⁾의 구도에서 파악된다.

70) '최적화명령'에 관한 문헌소개는 이덕연, 앞의 글, 13면, 주석 35.
 71) '최적화명령'을 '넓은 의미', 보통의미, 좁은 의미'로 구분하고 '비례의 원칙'의 본질을 '최적화명령'으로 이해하는 입장에 관해서는 이준일, 『'원칙'으로서의 기본권과 비례성'명령』, 공법연구, 제28집 제1호(1999.10), 85면 이하. 다만 이는 논증양식의 공통점을 주목한 것이지만, 특정한 가치를 우선시키는 선판단의 전제 하에 제한의 한계를 설정하는 판단과 가치형성의 적정성에 관한 판단은 법리적으로 분명히 구별된다.
 72) Vgl. BVerfGE 79, 311(344ff.). 이에 관해서는 이덕연, 『국채발행에 대한 헌법적 제한』, 헌법판례연구3, 2001, 514-6면 참조.
 73) 적어도 실시상의 표현만을 보면 일찌감치 헌법재판소도 같은 입장을 제시한 바 있다. "헌법 헌법이 제 23조 제1항, 제119조 제1항에서 추구하고 있는 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 최대한으로 존중·보장하는 자본주의에 바탕을 둔 시장경제질서이므로, 국가적인 규제와 통제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산제도와 아울러 경제행위에 대한 사적 자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서만 허용될 뿐이다." 헌재 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 376면. 다만 토지거래허가제도에 대한 합헌의 결론과 그 핵심논증의 구도에 비추어 보면, 동 결정에서 헌재가 제119조 제1항과 제2항의 관계를 원칙과 예외의 관점에서 파악하고 있는 것으로 볼 수 없다는 비판은 적확하다. 김성수, 『경제질서와 재산권보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망』, 공법연구, 제33집 제4호(2005.6), 144-5면, 주13.
 74) 김성수, 헌법상 경제조항에 대한 개정론, 190면. 김 교수는 '비대칭관계'의 의미를 '경제현상에서 사회적 의미의 부차적인 비중', '경제의 핵심인 생산과 소비행위의 가치중립적 과정에서 이념과 주의의 탈색' 및 '분배와 사회적 약자에 대한 배려 등 사회정의실현을 사회정책적 과제로서 인식' 등 세 가지 지침으로 설명하고 있다. 기본적으로 '비대칭관계'로 보는 관점에는 찬성하지만, 이 세 가지 지침 역시 '원칙과 예외'의 기준에 따라 차별화되어야 한다는 점에 유의해야 한다. 예컨대, 생산재시장에서의 순수한 거래분야와 노동, 환경정책, 아동보호 등과 관련된 정책부문에

다음 그래프에서 볼 수 있듯이, 제119조의 해석론상 헌법에서 수용이 가능한 체제 또는 정책의 선택 또는 조합의 범위를 대체로 <L6>와 <R1>의 중간지대로 상정할 때, 그 선택에 따른 소명부담은 일정한 오차범위 내에서 '사회적 시장경제질서'(R3)를 기준으로 하여 좌우 비대칭의 구도로 배분된다.⁷⁵⁾



좌측으로는 <L6>의 지점을 한계선으로 하는 좁은 범위에서 상대적으로 급격하게 소명부담이 증가되고, 반면에 우측으로는 상당한 넓은 범위에서 <R2>와 <R1>의 범위에서는 상대적으로 소명부담이 저감된다. 다만, 적어도 <L6> 내지는 <R6>의 범주에 속하는 제도와 정책들의 경우, 일반적으로는 미국의 사법심사에서 정리된 '엄격심사'(strict scrutiny test)의 기준과 같이 '이론적으로는 가중된 소명부담의 문제이지만, 실제 위헌심사에서는 치명적인 것'(strict in theory, but fatal in fact)이 될 가능성이 크다. 개방된 경제체제담론상의 중점을 좌우대칭의 균형점으로 가정하여 본다면, 그 경우에 설정되는 소명부담의 배분구도<선1>에 비해 제119조의 '원칙과 예외'의 형식에 따른 해석론에 의해 주어지는

서 경제현상의 사회적 연관성은 크게 달리 평가될 수밖에 없다. 또한 "모든 가격은 정치적이다"라는 명제의 타당성이 전적으로 부인되지는 않는다고 한다면, 생산과 소비를 '가치중립적인 과정'으로 인식하는 것도 적어도 일반적으로 타당한 것일 수는 없기 때문이다. 가격의 본원적인 정치성에 관해서는 장하준, 국가의 역할, 135-7면.

75) 경제체제의 모델에 관해서는 앞에서 제시된 Bartling/Luzius의 분류에 따른 <표 2> 참조할 것.

소명부담은 기준점 자체가 많이 우측으로 이동된 상태에서<선1-1>, 소명부담의 크기 자체도 크게 우측에 편향된 시장친화적 경향의 불균형구도<선2>로 배분된다. 여기에서 <선2>는 제119조의 해석론에 따른 소명부담크기만을 나타낸 것이고, <R3>의 기준점 좌우 양측으로 빗금친 부분과 회색 부분을 더한 소명부담의 크기를 보여주는 <선2-2>는, 기본권도그마틱의 차원에서 볼 때 대체로 좌측으로는 기본권제한의 정당화의 측면에서, 우측으로는 기본권 보호의무 등의 기본권의 객관적인 질서의 측면에서 추가로 배분되는 정당화부담을 포함한 것이다. 물론 이 추가된 소명부담의 부분은 양적, 질적 크기가 다르고, 이 차이는 후술하게 될 통제규범 및 행위규범으로서 적용가능한 범위와 통제밀도 및 그 양식에도 달리 작용될 것이다.

이러한 비대칭의 불균형구도로 예외를 엄격하게 제한하는 방향에서 그 정당화소명의 공식적인 준거를 제시하고 있는 것이 제119조 제2항인데, 이 네 가지 국민경제목표는 예외의 한계를 확정하기에는 고도로 불확정한 개념으로 규정되어 있다. 이 개념의 실제적인 내용상의 불확정성에 따른 행위규범, 통제규범으로서 미흡한 규준력은 결정의 과정과 절차에 대한 규율의 측면에서 보완될 수 있을 뿐이다. 다만, 원래 법규범이 확정된 하나의 결론을 전제하는 것이 아니기도 하거나, 특히 가치규범 및 정치경제규범인 헌법에서 개념의 불확정성(indeterminacy) 또는 저확정성(underdeterminacy)은 상당 부분 불가피한 것일 뿐만 아니라, 법적 논증 형식의 정당화를 둘러싼 헌법이론과 헌법해석론의 경쟁이 성립되기 위한 필수조건이기도 하다. 개념의 불확정성은 그 자체가 회의적인 비판과 합리적인 이견의 수용을 가능하게 하는 공정하고 개방된 법적 논증의 조건이기 때문이다.⁷⁶⁾

요컨대, '원칙-예외의 형식'에 따른 배분의 기준에 따르면, 경제에 관한 규제와 조정에 나서는 입법자와 정책당국자는 가중된 소명부담을 지게 된다. 제119조 제2항의 정당화요건, 즉 '국민경제의 균형성장과 안정', '적정한 소득분배', '시장지배와 경제력남용의 방지' 및 '경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화'의 관점에서 구체적으로 국민경제상 어떤 문제와 위험이 인식 또는 예견되는지, 어떤 의도와 목적으로 '계획'하고 개입하였는지 또한 그 효과는 어떻게 예측하고 있는지 등에 대한 정책적 구상과 판단의 준거를 구체적으로 명확하게 밝혀야만 한다.⁷⁷⁾

76) Ch. L. Kutz, "Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the rule of law", 103 *Yale LJ.* 1994, pp. 1029-30.

77) 이 네 가지 국민경제목표의 정당화요건으로서의 설득력도 확정된 것이 아니라 전체적인 정치경제 및 사회의 현실상황에 따라 가변적인 것임은 물론이다. 이와 관련된 현황진단과 전망에 관해서는 이덕연, 앞의 글, 15-6면.

4. '소명부담'의 통제규범 및 행위규범⁷⁸⁾으로서의 효용

'최적화명령'의 '소명부담배분'의 객관적인 기준이 위 그래프상 선택가능한 범위 내, 즉 <L6> 또는 <R6>와 <R2>의 중간지대에 속하는 법제와 시장규제에 대하여 행위규범 및 통제규범으로 적용될 수 있는 가능성과 필요성은 확일적으로 판단될 수 없다. 다만, 현재 우리의 경제여건과 시장상황에 비추어 볼 때 제119조 제2항의 경제목표가 시장규제를 정당화할 수 있는 법적 준거로서의 소명력은 크게 약화되었고, 그에 따라 '최적화명령'을 기준으로 설정되는 허용의 한계선, 즉 '최적점'(Optimierungspunkt)⁷⁹⁾을 넘어선 것이 명백한 경우에는 그 자체만으로도 위헌결정을 내릴 수 있는 가능성이 없지 아니하고⁸⁰⁾ 또한 경제목표 및 그와 관련된 구체적인 시장현실과의 정합성에 따라 그 가능성의 크기도 차별화된다.

일반적으로 경제현실에 대한 진단과 예측 및 경제계획과 조치의 필요성과 그 효과 등에 관한 고도의 정책적인 판단을 내용으로 하는 법률의 합헌성심사에서는 특히 폭넓은 입법형성의 자유가 인정된다. 그러나 그것이 무제한적인 것은 아니다. 우선 입법형성의 자유의 내재적 한계, 즉 합리적인 입법재량을 거쳤는지 여부, 예컨대 예측과 전망의 정책적 의사결정과정 속에서 정책의 객관적인 합리성을 담보할 수 있는 정도로 관련 자료에 대한 충분한 검토와 의견수렴을 거쳤는지 여부는 엄격한 헌법적 통제의 대상이고, 이를 검증할 수 있는 객관적인 헌법적 척도를 탐색하는 노력은 포기될 수 없다. 문제는 정책수단의 합헌성을 실질적으로 심사할 수 있는 사법적 통제기준을 제시하는 것이다.

'최적화명령'의 재판통제규범으로서의 한계는 본질적으로 헌법재판의 기능법적 한계, 특히 '정치문제이론'(political-question-doctrine)에서와 마찬가지로, 이른바 '경제문제'(economic-question)에 대한 입법에 대한 헌법재판의 기능적 한계를 제시하는 논리 형식에서 제기되는 문제이다.⁸¹⁾ 말하자면 우리 헌법과는 달리 독일 기본법에서와 같이 경제정책에 관한 실질적인 내용의 헌법규정을 두고 있지 않은 경우에 이른바 헌법의 '경

78) 행위규범과 통제규범의 구별은 기본적으로는 헌법재판을 통한 합헌성통제의 기준으로서의 구속력의 구체성과 확정성을 기준으로 한 것이지만, 후술하는 바와 같이 작용의 단계와 양식의 관점에서 서로 다르다. 우리 현재는 '인간다운 생활을 할 권리'와 관련하여 기준이나 구속력의 구체적인 차이점을 분명하게 제시하지 아니한 채 구별하고 있으나, 대체로 입법부와 행정부에 대한 행위규범으로서 기준은 상대적으로 높게 설정되지만 위헌판단의 준거로 적용될 수 있는 효력은 제한되는 것으로 보고, 통제규범의 경우에는 그 반대로 이해하고 있는 것으로 여겨진다. 현재 1997.5.29. 94헌마33, 판례집, 9-1, 553-554면.

79) Vgl. K. Stern, *Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/2*, C.H.Beck, 1994, 835면.

80) 이러한 가능성은 부실금융기관의 정리와 관련된 현재 결정에서 소수의견을 통해서 부각된 바 있다. 2003. 11.27. 2001헌바35, 판례집, 15-12(하), 239-41면; 2004.10.28. 99헌바91, 판례집, 16-2(하), 104-37.

81) H. Spanner, "Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze", *DOeV*, 1972, S. 217ff.

제정정책 중립성'과 연계된 논제라고 할 수 있다.

그런데 우리 헌법은 제119조 외에도 제120조 이하에서 '국토의 효율적인 개발과 보전'(제122조), '균형있는 지역경제육성'(제123조 제2항), '중소기업보호'(제123조 제3항), '소비자보호'(제124조), '대외무역의 육성'(제125조), 심지어는 농수산물의 가격안정을 통한 농어민이익보호(제123조 제4항)와 같은 개별경제정책에 이르기까지 다양한 '국가목적조항'(Staats-zielbestimmung)형식의 명시적인 계획수권과 입법위임 규정들을 두고 있다. 이러한 규정들의 필요성 여부와 헌법정책적 문제점에 관한 상론은 약한다. 여기에서 관심의 대상은 '최적화명령'을 담고 있는 제119조와 이들 헌법규정들이 어떤 관계에 있는지, 특히 총론적 규정인 제119조의 행위규범, 통제규범으로서의 적용에 각론적 성격의 개별 국가목적조항들이 어떤 영향을 미치는가 하는 것이다.

우선 이러한 객관적인 '국가목적조항'이 국가의 기본권보호의무의 측면에서든, 주관적 공권의 측면에서든 기본권적 법익과 상충되는 경우, 예컨대 중소기업의 보호와 대기업의 경영의 자유 또는 소비자보호와 기업의 자유가 상충되는 경우, 적어도 통제규범의 관점에서 보면 정책결정권자에 대하여 '프로그램적 규정' 이상의 어떤 규범적 효력을 가질 수 있는지 의문이다. '경자유전의 원칙'(제121조)과 같이 특수한 헌정사적 배경이 고려된 경우를 포함해서 이러한 구체적인 경제목표들은 개방된 '최적화의 명령'에 당연히 수렴될 수 있고 또한 그렇게 되었어야 바람직한 것으로 생각된다. 개별적인 경제정책사항들을 헌법상의 '국가목적조항'으로 규정한 것은 헌법차원에서 경제입법자에 대하여 구속력 있는 경제정책적 지침을 제시한 것이지만, 오히려 실제로는 일방적으로 국가의 시장개입을 정당화하는 정반대의 방향에서 편향되게 이용되어 왔다.

제119조를 '원칙과 예외 형식'의 최적화명령으로 이해하고, 이 명령에 폭넓은 입법형성의 정책공간과 함께 객관적인 실천의 준거로 '최적점'이 포함되어 있다고 본다면, 제120조 이하의 '국가목적조항'을 근거로 하는 경제입법, 계획 등의 경우에도 이 지침이 그 위헌성을 판단하는 독자적인 근거로 적용될 가능성과 필요성은 적어도 원칙적으로 부인되지 아니한다. 또한 그 실제 가능성은 상당부분 시장개입의 현실정합성과 그에 대한 정부와 입법자의 '소명'의 타당성과 설득력에 달려 있다. 말하자면 '경제에 관한 규제와 조정'을 하는 정책수단의 적정성에 대한 '소명부담'은 상대적으로 감면될 뿐, 기본적으로는 최적화명령이 그대로 적용된다.⁸²⁾

82) 이러한 맥락에서, 직업선택의 자유 및 평등의 원칙과 함께 자유경쟁질서와 헌법 제123조 제3항의 중소기업보호육성의무에 위반된다는 이유로 담배제조업의 허가기준(자본금 300억 이상, 연간 50억개비 이상 제조가능시설)을 정한 담배사업법 시행령 제4조 제1항 제1호를 위헌으로 본 행정법원의 판결은 시사하는 바가 적지 않은 것으로 주목된다. 서울행정법원(행정11부), 2007.5.2. 2006구합27014. 이와 관련하여 사실상 특허에 가깝게 운영되는 정화조청소업에 대한 제한적 허가제

또한 최적화명령의 합헌성통제를 위한 객관적인 지침으로서의 규범적 효력은 재판규범에만 국한되지 아니한다. 법적 구속력이 없는 이른바 단순한 '입법방침'과는 분명히 구별되는 행위규범으로서 작용되는 독자적인 기능영역이 있다. 이 행위규범은 단순히 헌법재판을 통해 위헌 또는 합헌여부에 대하여 가부간의 판단을 하는 근거로서 적용되는 통제규범과는 그 작용공간과 적용양식이 다르다. 우선 행위규범의 기준은 이미 확정된 정책에 대한 헌법재판통제의 단계에서만 적용되는 것이 아니라 법원의 합헌적 법률해석 및 적용의 단계⁸³⁾에서는 물론이고 정책과정의 전반에 걸쳐서 적용된다는 점에서 적용의 공간이 훨씬 넓다. 또한 위헌성 판단의 근거로 고려될 수 있는 가능성도 가부간의 결정이 아닌 '제3의 중간영역', 즉 경제정책의 최대한의 헌법정합성과 현실정합성을 동시에 수렴해낼 수 있는 공간으로 확대할 수 있다.⁸⁴⁾

요컨대, 행위규범은 경제입법의 타당성에 대한 단순한 헌법정책적 의문이나 권고의 단계는 아니고, 동시에 명백한 위헌의 단계도 아닌 '위헌에 근접한 회색지대'의 공간을 확보하고, 헌법의 정책규범으로서의 기능을 적정한 범위로 조절할 수 있게 하는 유용한 수단이다.⁸⁵⁾ 규범적 의미의 불분명성과 함께 헌법 제37조로 대체할 수 있다는 이유를 제시하며 제119조 제2항의 독자적인 규범적 효용을 부인하거나⁸⁶⁾ 또는 동 조항의 국민경제적 목표들 대신 '공공복리'를 기준으로 하여 기본권제한의 원칙과 제도를 적용하는 것이 바람직하다는 일부 주장⁸⁷⁾에 찬성할 수 없는 것은 바로 제119조의 객관적인 통제규범 및 행위규범으로서의 현실적, 잠재적 효용이 적지 않다고 생각되기 때문이다. 또한 기본권의 상충이나, 기본권과 기타 경제 관련 헌법적 법익이 충돌되는 경우에 적정한 조화점을 찾는 법익형량이나, '기업의 자유'와 같은 특화된 기본권해석론의 관점을 개발하는 작

도의 위헌성 여부를 다룬 현재의 결정은 관점비교의 차원에서 검토해볼 만하다. 2007.4.26. 2004헌바56.

83) 특히 향후 급격하게 증대되어 나갈 것으로 예상되는 공정거래법 위반 사건에서 법해석과 합리적이고 유연한 법해석과 사태파악을 하는데 유용한 준거로 발전시켜 나가야 할 것으로 생각되는 바, 이러한 관점에서 포스코의 시장지배적 지위남용 여부를 둘러싼 사건에서 원심을 파기환송한 대법원의 판결이 주목된다. 2007.11. 22. 2002두8626, 동 판결에 대한 평석문으로는 정영진, 대법원의 시장경제에 대한 철학적 고뇌, 법률신문, 2007년 12월 13일자, 15면.

84) W. Leisner, 앞의 글, 1516면 참조.

85) 최근에 원유와 농산물을 비롯한 원자재가격의 폭등으로 물가문제가 불거지자 대통령이 50개 생필품에 대한 집중적인 가격관리를 지시하여 관료들을 당황하게 만들었다는 보도가 있었다. 이에 관해서는 정운찬, 조선일보, 2008년 3월 27일, 시론, A30면. 그러나 결국은 이른바 '강제적 행정지도'의 형식으로 집행될 수밖에 없는 70년대식의 가격통제정책에서 관료들의 당혹만이 문제가 되는 것은 아닐 것인 바, '최적화명령'의 행위규범적 측면에서 가격기구의 왜곡 등에 대한 부작용을 지적하는 경제학자들의 우려들이 헌법규범의 장에서도 논의될 수 있고 또 그래야 하는 단서를 찾을 수 있다.

86) 정중섭, 앞의 책, 204면.

87) 김성수, 앞의 글, 196면.

업과 관련해서도 제119조는 매우 유용한 지침과 단서로 활용될 수 있다.⁸⁸⁾

V. 맺는말

심각한 경제적 어려움 속에서 경제선진화와 퇴보의 기로에 서있는 우리에게 가장 절실하게 필요한 것이 무엇인가? 경제활성화의 숙제와 함께 압도적인 신임을 부여받은 이 명박 정부는 무엇을 요구받고 있고 또 요구할 수 있는가? 그 요구의 조건들은 무엇인가? 이 글을 쓰기 시작하면서 자문해보았던 질문들이다.

전문답은 아니지만, 제너럴리스트로서의 한계를 인정하는 동시에 K. Polanyi가 말하는 ‘지각이 있는 한 사람’(a decent man), 즉 “자신이 개인적으로 거부하였다는 이유로 국가의 강제행위에 대해서 책임을 부인하거나 또한 자신이 그것으로 아무런 이득을 취한 것이 없다는 이유로 사회의 경제적 곤궁에 대하여 책임이 면제된다고 생각하지는 않는다.”⁸⁹⁾ 한 헌법학자로서 우리 경제의 어제와 오늘 그리고 내일을 헌법의 언어로 곱씹어본 결과 떠오르는 답은 ‘조화와 통합’이다. 헌법교과서의 내용 중 헌법의 기능과 특성을 다룬 원론부분에 표제어를 단다면 틀림없이 제1순위에 선정될 명제이다. 아마도 이 답안의 실용성에 대해서는 몰라도, 적어도 이 명제 자체를 부정하지는 않을 것으로 생각되는 일부 ‘명민한 자유시장경제론자’들은 쉽게 동의할 수 없겠지만, 이 답과 그것을 탐색하기 위한 최선의 방법과 단서는 우리 헌법에서 찾아진다.

헌법이 결코 비판의 대상이 될 수 없는 것이 아님은 물론이거니와, 특히 제119조의 기본조항을 비롯한 현행 헌법의 경제조항들에 대한 개정론에 대해서도 토론의 장은 늘 열려있다. 이 공론장은 누가 열어주고 맡고 하는 것이 아니다. 헌법에 의해 늘 그렇게 되어 있는 것이다. 하지만 이 공론장에 입장하여 의제를 상정하고 토론에 참여하기 위해서는 하나의 조건이 있는 바, ‘헌법에 대한 예의’가 바로 그것이다. 혁명을 하자는 것이 아니라면, 민주적 헌법의 정당성 자체에 대한 의문은 허용되지 않는다. 개헌론, 특히 경제체제의 선택과 같은 근본적인 헌법사항에 대한 개정을 주장하는 경우에도 설득비용의 한계와 그에 따른 타협의 현실적인 가능성에 대한 헌법정책적인 고려와 함께, 헌법해석론의 차원에서 현행 헌법의 내용, 즉 최고의 정치경제규범으로서 그 기능적 효용의 가능성

88) 이는 개별 기본권의 해석론, 예컨대, ‘직업의 자유’나 재산권의 일반적인 해석론의 범주와는 차별화된 접근이 필요한 ‘기업의 자유’ 등과 관련된 관점개발의 측면에서도 중요한 의미를 갖는다. 이에 관해서는 이덕연, 『한국의 경제헌법질서상 기업의 자유』, 공법연구, 제29집 제1호(2000,11), 166-77면.

89) K. Polanyi, *The Great Transformation*, 2nd. ed. Beacon Press, 2001, 266면.

과 한계에 대한 면밀한 검토가 선행되어야 하는 것도 같은 맥락에서이다.

‘자유시장의 신화’를 내세우며 현행 헌법을 우리 경제의 구조적인 문제점과 그에 따른 모든 병리현상의 근원이고 또 선진경제로의 진입을 가로막는 장애물로 보는, 지나치게 단순하고 성급한 예단은 헌법에 대한 결례이다. 개인적 소신이든, 이데올로기적 선동이든 그러한 담론도 우리 헌법상 ‘의사표현의 자유’를 즐길 수 있는 것은 물론이되, 다만 공정하고 개방된 개헌의 공론장에 진입을 허용하기에는 실용성과 위험도의 기준에서 자격미달이다.

이른바 ‘사회적 시장경제질서’ 또는 이를 중점으로 일정한 오차범위 내에서 ‘혼합경제질서’를 채택하고 있는 현행 헌법은 경제선진화를 위해 우리가 필요로 하는 체제 및 정책의 선택과 혼합을 수용해내기에 그 용량과 탄력도가 부족하지 아니하다. 투자부진과 경기침체, 잠재성장률 저하, 가계저축의 붕괴, 사회 양극화 등등, 정부실패가 있다면 그것은 정치와 정책의 실패 또는 헌법의 운용과 해석의 실패일 뿐이지, 헌법의 실패로 단정될 수 없다. 요컨대, 현행 경제헌법은 최선은 아니지만, 적어도 현 시점에서 성급하게 용도폐기의 진단을 내릴 정도로 중대한 결함을 갖고 있지 아니하다.

더구나 현행 헌법이 제공하는 경제정책운용의 공간은 기본적으로 적잖이 우측으로 편향된 지형구조를 갖고 있고 또 여러 가지 환경과 분위기도 시장친화적인 흐름에 순행할 것으로 예상된다. 작은 정부, 감세, 공기업 민영화, 시장친화적인 규제철폐 및 완화, 대기업의 투자촉진을 위한 친기업 정책, 시장개방, 노동시장 유연성 제고 등 이른바 신자유주의자들의 주장과 궤를 같이 하는, 경제살리기에 올인을 선언한 정부의 주요 정책들의 시행에 현행 헌법이 걸림돌이 되지는 아니한다. 필요하면 얼마든지 할 수 있고 또 해야만 한다. 다만, 우리 헌법은 국정운영의 기초와 연관되는 경제체제의 선택과 혼합을 비롯한 중대한 정책의 결정과정과 절차에 대하여 다음 네 가지 조건과 규칙을 제시하고 있는 바, 이는 바로 필요한 만큼의 ‘숙고’(deliberation)와 설득을 통한 ‘타협’을 위한 최소한의 필수조건이다.

첫째, 적어도 개헌과 헌법해석의 공론장에서 순수한 ‘자유시장의 신화’는 퇴출되어야 한다. 신화와 교조는 원천적으로 논증과 토론의 대상이 아니다.

둘째, 공정하고 개방된 토론의 기회가 보장되어야 한다.

셋째, 토론참여자간에 ‘무기대등의 원칙’이 지켜져야 한다. 특히 확성기 휴대는 금지되거나 출력이 제한된다.

넷째, 상황에 따라 다르겠지만, 가능한 한 급박한 시한을 두지 말아야 한다.

결국 이러한 조건과 규칙들은 빨리 그리고 멀리 가기 위하여 필요한 토대다지기과 도움닫기를 소홀히 하지 않도록 유도하는 가장 효율적이고 효과적인 수단이라고 할 수 있

다. 경제선진화와 실용의 가치를 내세우는 신정부의 정책당국자들이 특히 유념해야 할 대목이다.

<참고문헌>

- 국내문헌

- 강성호(역), E. Hobsbawm, 역사론, 민음사, 2002.
- 권영설, 「국가와 경제-경제질서의 헌법적 기초」, 공법연구, 제16집(1988).
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
- 김명재, 「현대헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰」, 공법연구, 제29집 제1호(2000.11).
- 김성수, 「헌법상 경제조항에 대한 개정론」, 공법연구, 제34집 제4호 제2권(2006.6).
- 김성수, 「경제질서와 재산권보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망」, 공법연구, 제33집 제4호(2005. 6).
- 김정호, 「경제헌법개정의 필요성과 방향」, 경제헌법 개정을!, 제7회 자유주의 워크숍, 자유기업센터, 1998.
- 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1990.
- 김형성, 「경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계」, 헌법과 경제정책 심포지엄(2004.6.15 한국법학원 주최) 발제문, 3-5면.
- 노대명(역), E. Hobsbawm의, 제3의 길은 없다, 당대, 1999.
- 민경국, 「자유시장경제를 위한 헌법발전의 방향 - 시장경제와 헌법의 개정방향」, 헌법을 바꿔야 미래가 산다: 자유민주주의와 시장경제확립을 위한 헌법개정방향, 헌법포럼(2007.11.26) 발제문집, 93-139면.
- 배진영, 「경제질서, 경제체제, 경제헌법의 개념적 비교」, 제도와 경제, 창간호(2007.8).
- 윤명선, 미국헌법과 통치구조, 유스북, 2006.
- 이덕연, 「국채발행에 대한 헌법적 제한」, 헌법판례연구3, 2001.
- 이덕연, 「한국의 경제헌법질서상 기업의 자유」, 공법연구, 제29집 제1호(2000.11).
- 이덕연, 「한국헌법의 경제적 좌표-시장(기업)규제의 범위와 한계」, 공법연구, 제33집 제2호(2005. 2).
- 이상돈, 법철학, 법문사, 2003.
- 이영철(역), L. Wittgenstein, MS 125 58v, 문화와 가치, 책세상, 2006.
- 이재규(역), P. Drucker, Management Challenges for the 21st Century, 21세기 지식경영, 한국경제신문, 2002.
- 이재규(역), 클래식 드러커, 한국경제신문, 2007.
- 이준일, 「'원칙'으로서의 기본권과 비례성'명령」, 공법연구, 제28집, 제1호(1999.10).

- 임석진(역), K. 만하임, 이데올로기와 유토피아, 청아, 2000.
- 장하준, 개혁의 덫, 부키, 2004.
- 장하준, 형성백(역), 사다리 걷어차기, 부키, 2004.
- 장하준, 이종태/황해선(역), 국가의 역할, 부키, 2006.
- 정영진, 대법원의 시장경제에 대한 철학적 고뇌, 법률신문, 2007.12.13.
- 정순훈, 『우리 헌법상 경제질서와 경제규제의 한계』, 공법연구, 제16집(1988),
- 정순훈, 경제헌법, 법문사, 1993.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
- 이해준(역), J. K. Galbraith, *The Economics of Innocent Fraud*, 갤브레이스에게 듣는 경제의 진실, 지식의날개, 2007.
- 한수웅, 『한국헌법상의 경제질서』, 공법학의 현대적 지평, 심천 계획열박사 화갑기념논문집, 1995.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
- 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006.11.
- 홍기빈(역), K. Polanyi, 전세계적 자본주의인가 지역적 계획경제인가, 책세상, 2002.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.
- 홍순영, 장 재철 외, 한국경제20년의 재조명, 삼성경제연구소, 2006.
- 황적인/권오승, 경제법, 법문사, 1996.
- . 외국문헌
- P. Badura, "Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit", in: R. Stuedter/W. Thieme(Hg.), *Hamburg-Deutschland-Europa, Fs. f. H. P. Ipsen*, 1977, S. 369ff.
- H. Bartling/F. Luzius, *Grundzuege der Volkswirtschaftslehre*, 8. Aufl., Verlag Vahlen, 1991.
- H.-J. Chang, "Breaking the mould: an institutionalist political economy alternative to the neo-liberal theory of the market and the state", *Cambridge Journal of Economics*, 2002, 26, pp. 539-50.
- R. H. Coase, "The institutional structure of production", *American Economics Review*, Vol. 82. No. 4, 1992, pp. 713-9.
- J. H. Ely, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*. Harvard Univ. Press, 1980,
- K.-H. Fezer, "Verantwortete Marktwirtschaft", *JZ* 1990, S. 657ff.

- R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, Suhrkamp, 2007.
- R. Kuttner, *Everything for Sale: The Virtues and Limits of Markets*, A Century Foundation Book 1999.
- Ch. L. Kutz, "Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the rule of law", 103 *Yale Law Journal*. 1994, pp. 997-1030.
- W. Leisner, "Verfassungsschranken der Unternehmensbelastungen", *NJW* 1996, S. 1516ff.
- H. Leipold, *Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich*, 4. Aufl., UTB, 1985.
- M. Lewis, "The Age Demanded: The Rhetoric of Karl Polanyi", *Journal of Economic Issues*, Vol. XXV No. 2(1991.6), pp. 475-82.
- N. G. Mankiw, *Principles of Economics*, 4e, Thomson, 2007.
- K. Polanyi, *The Great Transformation*, 2nd. ed. Beacon Press, 2001.
- F. Schauer, "Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law", T. Campell/J. Goldsworthy, *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, 2000, pp. 222-6.
- A. Somek, *Rechtliches Wissen*, Suhrkamp, 2006.
- H. Spanner, "Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze", *DOeV*, 1972, S. 217ff.
- K. Stern, *Das Staatsrecht der BRD*, Bd. III/2, C.H.Beck, 1994.
- J. E. Stiglitz, Foreword, K. Polanyi, *The Great Transformation*, Beacon Press, 2001.
- C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford Univ. Press, 1996.
- C. R. Sunstein/A. Vermeule, "Interpretation and Institutions", 101 *Mich. L. Rev.* 886, 2003.
- H. J. Thieme, *Soziale Marktwirtschaft*, dtv, 1991.

연금수급제한과 재산권 보장, 경제질서

金又洙*

I. 서론

(1) 독일이나 프랑스 등 유럽 여러 나라에서는 새 정부를 구성할 때마다 경제개혁의 하나로 연금제도의 개혁을 들고 나오고 있다. 우리나라에서도 새 정부 들어 행정안전부가 업무보고를 통해 공무원연금개혁안을 6월까지 확정하여 국회에 제출하겠다고 하면서 그 개선방안으로 신규임용 공무원에게는 국민연금과 같은 구조를, 기존 공무원에게는 ‘더 내고 덜 받는’ 새 구조를 적용하겠다고 밝히고 있다. 국민연금은 이미 지난 해 내는 돈을 지금 수준 그대로 두되 받는 돈은 40년 가입자 기준으로 생애평균소득의 60%에서 40%로 낮추도록 바꾸었다. 그 재정형편도 국민연금은 40, 50년 뒤에 바닥나겠지만 공무원연금은 2003년부터 이미 걷는 돈보다 나가는 돈이 많아져 버렸다고 한다.¹⁾ 최근에 경기악화와 국민연금재정의 악화 등으로 인해 과연 국민연금 등 각종 연금수급권이 안정적으로 유지될 수 있을 것인가에 대한 우려가 나오고 있다. 특히 저출산과 빠른 고령화로 인하여 연금재정의 고갈이 예상보다 빨리 진행되고 있기 때문에 연금제도의 개혁은 더 이상 미룰 수 없는 시급한 과제가 되었다.

(2) 여기서 각종 연금수급의 제한(制限)과 조정(調整)은 한편으로 개인의 기본권 보장 측면에서, 다른 한편으로는 헌법상 경제질서 측면에서도 중요한 의미를 가지게 되었다. 그런데 종래 연금수급제한의 문제가 주로 개인의 기본권, 특히 재산권, 평등권 등에 대한 침해 여부의 차원에서 논의되어 왔다. 구체적으로 보면, 국민은 국가에게 국민연금수급권이 안정적으로 유지될 수 있도록 요구할 법적 권리가 존재하는가, 아니면 국민연금수급권 나아가 사회보험수급권과 관련된 사항은 입법자의 입법재량에 속하는 사항으로 설사 특정집단에게 불리하다고 하더라도 이를 승인할 수밖에 없는가, 국민연금수급권에 대한 법적 보호를 강화하는 측면에서 재산권성을 인정하여야 하는 것이 아닌가, 그렇다면 국민연금제도를 경제상황에 맞게 수정·변화시켜 제도의 경직화 또는 붕괴를 막기 위해

* 춘천지방법원 강릉지원 부장판사.

1) 조선일보 2008. 3. 12.자 및 3. 17.자 기사 참조

입법자의 입법형성권의 범위를 어느 정도 인정하여야 되지 않는가 등이 그것이다.²⁾

(3) 한편, 우리 헌법 제119조는 대한민국의 경제질서에 관하여 규정하면서 특히 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, ... 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 규정하여 시장경제에 대한 조정의 한 방법으로 所得의 適正한 分配를 명시하고 있다. 연금수급의 제한과 조정은 사회적 고려에 입각한 소득재분배 정책과도 밀접한 관련이 있고, 국가에 의한 사회보장체계의 유지·존속의 차원에서도 헌법상 경제질서와 무관하다고 할 수 없다.

(4) 헌법재판 실무에서는 연금수급의 제한 등 관련 문제들을 재산권 등 기본권 침해의 측면에서 다루어 왔고, 또 기본권 침해의 문제로 보는 한 헌법상 경제질서 위배 여부는 부수적 쟁점으로 되어 왔기 때문에 이 부분에 대한 검토가 상대적으로 미약하였다고 볼 수 있다.

이하에서는 각종 연금수급권의 법적 성격과 그 제한·조정 유형 등을 살펴보고, 연금수급 제한 및 조정의 문제를 재산권 보장의 측면과 헌법상 경제질서의 측면에서 검토하기로 한다(편의상 사회보장체계 중 사회보험수급권, 특히 공무원연금법, 국민연금법 등에 기초한 각종 연금수급권을 위주로 기술한다).

II. 연금수급권의 법적 성격, 제한 및 조정

1. 연금수급권의 유형 및 법적 성격

가. 사회보험수급권 (사회보장체계; 사회보상, 사회부조와 구분)

(1) 사회보장의 정책수단은 급여의 원인관계를 기준으로 社會保險, 社會補償, 그리고 社會扶助 및 促進體系로 구분될 수 있다. 사회보험은 일정한 개인의 집단을 사회적 위험에 동일한 확률로 처해있는 공동체로 결합하여, 한편으로는 구성원간에, 다른 한편으로는 개인의 생애주기에 있어 시간적으로 위험을 분산시켜 사회적 위험으로부터 자기보호를 꾀할 수 있도록 하는 제도이다(예; 공무원연금법, 군인연금법, 국민연금법, 의료보험법,

2) 俞聖在, “國民年金收給權의 財產權性 -年金給與削減의 憲法上 限界-”, 사회법연구(제3호), 한국사회법학회, 121면 이하

산업재해보상보험법 등). 반면에 사회보상체계는 국가유공행위 중의 혹은 특별히 공동체 전체에 책임이 귀속되는 인적, 물적 피해에 대한 국가의 보상관계를 규율한다(예; 국가유공자에우등에 관한 법률, 의사상자보호법 등).³⁾ 사회부조 및 촉진체계는 법적 원인관계를 전제로 하지 않은 순수한 사회정책적 목적에서 지급되는 급여로서, 개인에게 구체적으로 발생한 수요상황을 보호하며, 여기서는 구체적인 수요충족의 원칙이 엄격하게 적용되어, 급여가 제공되기 전에 수요심사 및 자산조사가 선행된다(예; 생활보호법, 의료보호법, 장애인복지법, 노인복지법 등).⁴⁾ (이하, 편의상 사회보험수급권 중 공무원연금, 국민연금과 관련된 연금수급권에 관하여 살펴본다)

(2) 공무원연금제도는 공무원을 대상으로 하여 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(공무원연금법 제1조), 위와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임 아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.⁵⁾

공무원연금법상의 급여를 그 보호내용의 성격에 따라 구분하면, ① 퇴직이나 사망 등에 의한 소득상실시 그 소득을 보장해주는 所得保障的 성격의 퇴직급여와 유족급여(유족보상금 제외), ② 민간의 법정퇴직금에 해당하는 勤勞報償的 성격의 퇴직수당, ③ 근로재해에 대해 보상을 해주는 災害補償的 성격의 공무상요양급여(공무상요양비·공무상요양일시금), 장해급여 및 유족보상금, ④ 일반재해에 대해 위로하는 차원에서 지급하는 扶助的 성격의 재해보조금과 사망조위금 등으로 나누어진다.

그러나 공무원연금법상의 각종 급여는 퇴직수당과 같이 후불임금의 성격이 강한 것도 있고 그렇지 아니한 것도 있지만, 기본적으로는 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가

3) 사회보상체계는 그 내용은 다를지라도 法的 原因關係를 전제로 한 급여인 점에서(사회보험; 보험료 각출, 사회보상; 공동체책임의 특별희생 또는 국가유공행위 중의 특별희생), 또 사회적 위험의 발생으로 곧 추상적으로 수요상황이 의제된다는 점에서 사회보험과 공통점을 갖는다. 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 공법연구(제21집), 286면

4) 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 284면 이하

5) 전학선, “공무원연금법 제64조 제3항 위헌소원 -퇴직후의 사유에 기한 공무원 연금급여제한과 재산권 보장-”, 헌법재판소결정해설집(2002), 242면 이하. 공무원연금제도는 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 이외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무상 재해보상급여, 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며, 아울러 전·현직 공무원을 위한 다양한 후생복지 프로그램도 마련하고 있다. 즉 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다.

6) 성기용, “공무원연금법 제47조 제3호 위헌소원 등 -퇴직연금 지급정지제도와 포괄위임금지의 원칙-”, 헌법재판소결정해설집(2003), 438면 이하

짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다.⁷⁾

(3) 국민연금제도는 국민의 노령·장애 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활안정과 복지증진에 이바지하는 것을 목적으로 하(국민연금법 제1조) 위와 같은 사태가 발생한 때에 그 부담을 국가적인 보험기술을 통하여 대량적으로 분산시킴으로써 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.⁹⁾

국민연금법에 의한 급여의 종류는 노령연금, 장애연금, 유족연금 및 연금수급요건을 충족시키지 못한 중도탈락자에게 연금보험료 해당액을 반환하는 반환일시금이 있다. 모든 종류의 연금은 가입자의 소득과 가입기간을 기준으로 한 기본연금액과 부양가족을 고려한 가족수당적 성격을 가지는 가급연금액을 합산한 형태로 구성되어 있다.

국민연금급여는 가입자의 보험료에 대응하는 반대급여라고 할 수 있다. 국민연금수급권을 단순한 기대권에 불과하다고 볼 경우 원칙적으로 재산권보호의 대상에 속하지 않는다고 할 것이나, 한편 헌법 제23조의 재산권을 기능적(機能的) 관점에서 파악한다면 재산권보호의 대상이 되는 권리로 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁾¹¹⁾

나. 단순한 기대권 또는 확정적인 연금수급권

(1) 연금수급권은 장래 발생 가능한 사회적인 위험의 현실적 발생을 조건으로 지급된다는 점에서 일종의 기대권(期待權)에 불과하다.¹²⁾ 즉 헌법 제23조 제1항에서 보호하고

7) 헌재 1998. 12. 24. 선고 96헌바73 결정, 헌재 2000. 3. 30. 선고 98헌마401등 결정

8) 전학선, “공무원연금법 제64조 제3항 위헌소원 -퇴직후의 사유에 기한 공무원 연금급여제한과 재산권 보장-”, 242면 이하. 형벌 등에 의해 급여가 제한되는 경우에도 공무원으로 근무하면서 공무원연금법에 의하여 납부한 기여금은 민법의 규정에 의한 이자를 가산하여 수급자에게 반환하도록 하고 있다. 공무원연금법상 연금재원은 보수월액의 1,000분의 85에 해당하는 공무원의 기여금과 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 구성되는바(공무원연금법 제65조, 제66조 제2항, 제69조 제1항, 시행령 제59조, 제65조의3 제1항), 공무원연금법상의 급여 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직 중 근무의 대가로서 지급하였어야 할 임금의 후불적 성격이 강하고, 그 나머지 부분은 재직 중의 근무에 대한 은혜적인 보상 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 할 것인데, 재산권의 성격이 강한 기여금과 그 이자 부분은 반환하는 것이다.

9) 헌재 2001. 2. 22. 선고 99헌마365 결정 (국민연금법 제75조 등 위헌확인 사건)

10) 全光錫, “財産權과 社會保障請求權”, 고시연구(제18권 제5호), 77면 이하

11) 헌재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마15 결정 (구국민연금법 제67조 제1항 위헌소원 사건) 국민연금 가입자가 반환일시금 등 국민연금법상의 급여를 받을 권리는 수급자에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용되고, 수급자의 연금보험료라는 자기기여가 있으며, 수급자의 생존의 확보에 기여하므로, 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 수급권의 박탈이 법치국가원리에 반한다고 할 것이어서 재산권의 보호대상에 포함된다고 할 것이다.

12) 全光錫, “財産權과 社會保障請求權”, 76면 이하. 즉 연금청구권자는 사법상의 소유권과 같은 정도의 지배권을 연금에 대해서 행사할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 연금청구권의 구체적인 내용

있는 재산권은 이미 재산권 주체에게 현존하고 있는 재산적 가치가 있는 재화의 존속을 보호하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에 단순한 기대권에 불과한 연금수급권은 원칙적으로 재산권보호의 대상에 속하지 않는다.¹³⁾¹⁴⁾ 그러나 헌법 제23조의 재산권을 기능적(機能的) 관점에서 파악한다면 재산권보호의 대상이 되는 권리로 볼 수 있을 것이다(각종 연금수급권의 재산권성에 관해서는 따로 검토한다).

(2) 반면 연금수급권이 이미 확정된 권리의 모습을 띠는 경우에는 단순한 기대권과 달리 평가하여야 한다. 특히 연금수급권 중 수급권자의 기여금에 해당하는 부분은 재산권적 보호의 대상이 될 수 있을 것이다. 따라서 기여금에 해당하는 부분의 지급정지는 재산권제한의 한계를 지켜야 한다.¹⁵⁾ 실제로 공무원연금법은 공무원이 연금수급자격을 박탈당한 경우에도 기여금에 해당하는 금액은 환불받을 수 있도록 규정하고 있다.¹⁶⁾

2. 연금수급 제한·조정 유형

연금급여의 제한(制限)은 연금수급권자가 비난가능한 행위를 하였고 법질서유지의 관점에서 책임을 물을 필요가 있는 경우에 가해지는 사회보장법적 제재의 한 방법이다. 예컨대 군인연금법 제33조 제1항, 공무원연금법 제64조 제1항 등 급여제한 규정은, 국가에 대한 충실의무 및 법령준수의무를 위반했다는, 자신에게 책임있는 사유로 사회적 위험이 발생한 경우에는 연대공동체의 부담으로 보호를 하지 않겠다는 태도를 입법화한 경우이다.

반면, 연금급여의 조정(調整)은 사회정책적 형평을 기하기 위한 방법으로, 사회보험에서 발생할 수 있는 급여의 중복과 이로 인한 사회보장의 남용을 방지하기 위한 제도이다.

원래 사회보험의 종류와 보장정도 및 보장내용은 사회·경제 발전의 수준과 상황에 따라 다양한 모습을 가질 수 있는데, 사회보장의 내용이 축소되거나 보험료가 증대하는 국

을 결정하는 요소는 피보험자의 보수월액, 사업장근로자전체의 평균임금, 보험기간 등인데, 이 연금결정요소들은 모두 아직 확정되지 않은 사실관계이고 또 부분적으로는 대통령령에 의한 정책적 결정에 위임되어 있기 때문이다.

13) 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구(제11권, 2000), 헌법재판소, 175면. 국민연금수급권은 국가의 사회보장·사회복지의 증진노력에 의해 형성되는 청구권이라고 하는 점에서 이미 형성되어 있는 재산권에 대한 현재상태의 보장을 의미하는 재산권의 보장과는 구별된다.

14) 헌법 제23조 제1항 및 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권 보장의 대상이 아니라 할 것이다. 헌재 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 결정, 헌재 1997. 11. 27. 선고 97헌바10 결정 등 참조

15) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정 (군인연금법 제21조 제5항 위헌제정 사건)

16) 공무원연금법 제64조 제1항

면에 있어서는 한편으로 국민의 부담의 증가와 보장의 감소라는 문제를 야기한다. 사회보장을 운영하는 국가나 공공단체의 입장에서는 사회보장 자체의 지속과 사회보장의 실질화 측면에서 보험료의 인상 혹은 보장내용의 축소를 검토하지 않을 수 없다(예: 연금수급의 연령제한, 지급방법 개선 및 의료보험료 인상 등). 사회보험수급권에 대하여 재산권적 지위를 인정하는 것은 국민에게 법적 안정성과 예측가능성을 보장하는 측면이 있기는 하지만, 그렇다고 하여 이미 보장된 사회보험수급권의 불변성만을 강조하면, 경우에 따라서는 사회보장제도 자체의 부실과 중단을 의미할 수 있다. 그렇기 때문에 합리적인 조정의 문제를 심각하게 고려할 필요가 생기게 된다.¹⁷⁾

가. 형벌 등에 의한 급여의 제한(制限)

(1) 개별 법률에서 연금수급자가 일정한 형벌을 받은 경우, 탄핵·징계에 의해 면직된 경우, 혹은 국적을 상실하는 경우에 그 급여를 받을 수 없도록 규정하고 있다. 예컨대 공무원연금법 제64조의 형벌 등에 의한 급여의 제한.¹⁸⁾ 즉 수급권의 성립원인이 되는 사유의 발생에 수급권자 스스로의 책임이 인정되는 경우에 급여를 제한하고 있다.

이와 관련해서 당연퇴직자에게 연금수급권을 인정하지 않는 공무원연금법규정의 위헌 여부,¹⁹⁾ 재직중 사유로 형사상의 처벌을 받은 자에게 연금수급권을 제한하는 규정의 위헌 여부²⁰⁾ 등이 문제된 바 있다.

(2) 연금청구권에 대한 압류금지의 합헌 여부에 대한 소송도 넓은 의미에서는 급여의

17) 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구(제11권, 2000), 191-193면
18) 제64조 (형벌 등에 의한 급여의 제한)
① 공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액이하로 감액할 수 없다.
1. 재직중의 사유로 금고이상의 형을 받은 때
2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때
3. 금품 및 향응수수, 공금의 횡령·유용으로 징계 해임된 때
② 재직중의 사유로 금고이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행중에 있거나 형사재판이 계속중에 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부에 대하여 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 급여의 제한사유에 해당하지 아니하게 된 때에는 그 잔여금에 대통령령이 정하는 이자를 가산하여 지급한다.
③ 형법 제2편제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법(제10조를 제외한다)에 규정된 죄를 범하여 금고이상의 형을 받은 경우에는 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액을 반환하되 급여는 지급하지 아니한다.
19) 현재 1999. 9. 16. 선고 98헌바46 결정 (공무원연금법 제3조 제1항 제1호 등 위헌소원 사건)
20) 현재 1995. 7. 21. 선고 94헌바27등 결정 (공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원 사건)

제한과 관련된 문제이다.²¹⁾ 또 법률에 정한 유족이 아닌 유족이 사망한 가입자의 급여청구권을 상속할 수 있는가의 문제도 위와 같은 차원에서 제기되었다.²²⁾

나. 일반소득 및 다른 연금수급권과 관련된, 연금급여의 조정(調整)

(1) 연금가입기간 등 조정(합산)

우리 연금보험은 복합행정체계를 유지하고 있기 때문에 하나의 직역에서 다른 직역으로 직장을 옮기는 가입자의 연금법적 지위에 대한 조정(합산) 규정이 필요하며,²³⁾ 기존의 직역에서의 연금가입기간과 새로운 직역에서의 연금가입기간이 합산되어 연금산정의 기초가 된다.

합산규정이 적용되면 기존의 직역에서 연금수급요건을 충족시켰더라도 연금은 지급되지 않고, 이 경우 이미 지급된 퇴직급여액은 반납되어야 한다.

(2) 보험급여의 지급 정지

연금수급자가 다른 소득활동을 하는 경우 직장의 종류에 따라서 연금의 일부 혹은 전부에 대하여 지급을 정지하는 규정이 있는데, 이러한 규정의 위헌 여부가 문제된 바 있다.²⁴⁾

예컨대, 국민연금은 일정 수준 이상의 소득이 있는 경우 연금을 감액 혹은 정지하도록

21) 현재 1992. 9. 16. 선고 92헌마185 결정 (군인연금법 제7조 위헌확인 사건), 현재 2000. 3. 30. 99헌바53등 결정 (공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인 사건)
22) 현재 1998. 12. 24. 선고 96헌바73 결정 (공무원연금법 제30조 제1항 위헌소원, 형사소송법 제279조 등 위헌소원 사건)
23) 현재 우리나라에서는 공무원, 군인, 사립학교교직원 등을 대상으로 하는 연금보험의 경우 합산규정이 있다(공무원연금법 제23조 제2항; 사립학교교직원연금법 제32조 제1항; 군인연금법 제16조 제6항 등 참조). 이러한 합산은 임의적이다. 반면 특수직역종사자에 대하여는 연금보험과 국민연금과의 합산규정은 마련되어 있지 않다.
24) 현재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정 (군인연금법 제21조 제5항 위헌제정 사건); 현재 2000. 6. 29. 선고 98헌바106 결정 (공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원 사건) 한정된 재원으로 보다 많은 공무원과 그 유족에게 적절한 사회보장적 급여를 실시하기 위하여는 연금지급이 필요하지 않은 경우에 그 지급을 정지할 필요성이 있으므로 공무원연금법 제47조 제1항 제1호의 목적은 공공복리를 위한 것으로서 정당하고, 공무원연금제도와 사립학교교직원연금제도는 보험의 대상이 서로 달라 각각 독립하여 운영되고 있기는 하지만 동일한 사회적 위험에 대비하기 위한 하나의 통일적인 제도로서 이들 사이에서 직종을 옮긴다 하더라도 전체적인 사회보험의 관점에서 보면 적용법률이 달라질 뿐 퇴직이라는 사회적 위험이 발생한 것은 아니며 공무원연금법상 퇴직연금의 수급자가 학교기관의 교직원으로 재직하는 경우에는 실질적으로 퇴직연금의 지급사유가 있다고 보기 어렵고, 위 규정에 의하여 지급이 정지되는 것은 사립학교기관으로부터 보수를 지급받고 있는 기간중의 퇴직연금만이고 퇴직수당 등 다른 급여의 지급이 정지되는 것은 아니므로 이는 입법목적달성을 위하여 필요하고 적정한 방법으로서 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다.

하고 있다.²⁵⁾ 이는 보험료를 납부하고 연금청구권을 취득한 자가 직업을 수행한다는, 그리고 소득이 있다는 이유로 연금청구권을 제한하는 결과가 되며, 재산권 및 직업의 자유, 그리고 평등의 원칙에 비추어 의문이 제기될 수 있다.²⁶⁾

III. 연금수급제한과 재산권 침해 여부

1. 연금수급권의 재산권성 여부

가. 헌법상 재산권의 개념

(1) 헌법상 재산권의 범위는 '사법상 재산가치를 가지는 모든 권리와 재화'의 범위를 넘어서는 것이고, 그 범주에는 재산가치가 있는 모든 사법·공법상의 권리가 포함된다.²⁷⁾ 따라서 재산권보호의 대상으로서의 재산에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권(소유권·점유권·지상권·전세권·질권·저당권 등), 재산가치가 있는 사법상의 채권(급료청구권·이익배당청구권·회원권·주주권·임차권 등)과 특별법상의 권리(광업권·어업권 등)가 포함된다.

(2) 그러나, 재산권이 보장된다는 것은 현존하는 재산권의 존속이 보장된다는 것을 의미한다. 따라서 단순한 판매의 기회 및 이익획득의 기회, 희망, 기대, 전망, 나아가 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적 기회, 우연히 생긴 법적 지위 등은 재산권 보호의 대상이 되지 않는다.

나. 연금수급권의 법적 성격 : 재산권성 여부

연금급여의 제한 및 다른 연금청구권 혹은 소득과 조정의 문제는 주로 급여의 법적 성격, 특히 수급자 본인이 아닌 국가의 부담금에 의해 형성된 급여에 대한 평가 등과 관련하여 논의되었다.

25) 국민연금법 제66조, 공무원연금법 제47조 등 참조

26) 全光錫, "한국연금제도의 현황과 과제", 연세대법학연구(제12권 제4호), 62면 이하

27) 金炯盛, "財産權", 「基本權의 概念과 範圍에 관한 研究」, 헌법재판연구(제6권), 헌법재판소, 1995, 400면 이하; 李德衍, "補償없는 財産權制限의 限界에 관한 研究", 헌법재판연구(제9권), 헌법재판소, 1997, 23면 이하

(1) 연금수급권에 대한 재산권적 보호를 인정할 것인지는 다른 재산권과는 달리 연금보험이 갖는 인과관계를 존중하여 동일시점을 기준으로 개별피보험자 간의 보험료납부를 통한 기여의 비율을 반대급부의 산정에 있어 유지시킨다는 의미를 갖는다.²⁸⁾

그런데, 연금수급권은 재산권성을 인정하기 어려운 측면과 이를 재산권으로 볼 수 있는 두 가지 측면을 모두 가지고 있다.

(2) 재산권성을 인정하기 어려운 측면

앞서 본 바와 같이, 예컨대 국민연금수급권은 장래 발생 가능한 사회적인 위험의 현실적 발생을 조건으로 지급된다는 점에서 이미 확정된 권리들과 구별되는 기대권(期待權)에 불과하다. 즉 헌법 제23조 제1항에서 보호하고 있는 재산권은 이미 재산권 주체에게 현존하고 있는 재산적 가치가 있는 재화의 존속을 보호하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에 단순한 기대권에 불과한 연금수급권은 원칙적으로 재산권 보호의 대상에 속하지 않는다.

또한 국민연금수급권은 국가의 사회보장·사회복지의 증진노력에 의해 형성되는 청구권이라는 점에서 이미 형성되어 있는 재산권에 대한 현재상태의 보장을 의미하는 재산권의 보장과는 구별된다.²⁹⁾

(3) 재산권성 인정 가능성

반면, 현대사회에서 국가에 의한 급부영역이 확대되고 있고, 그에 따라 재산적 가치가 있는 공권의 종류와 범위가 점점 확대되어 개인의 경제생활에서도 재산적 가치가 있는 공권이 차지하는 비중이 증가해가는 측면에서 연금수급권의 재산권성을 인정하여야 할 필요성이 높아가고 있고, 실제로 연금수급권이 확정된 권리로서의 형태를 띠게 되는 경우에는 달리 보아야 한다. 즉 헌법 제23조의 재산권을 기능적(機能的) 관점에서 파악한다면 재산권보호의 대상이 되는 권리로 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾

28) 全光錫, "재산권과 사회보장청구권", 78면 이하

29) 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구(제11권, 2000), 175면

30) 재산권을 기능적으로 이해한다는 것은 재산권을 재산에 대한 국가의 침해로부터 보호하는 것을 넘어 기본권주체에게 재산법 영역에서 자유의 영역을 보장하고 또 이를 통하여 그의 삶을 지속적으로 형성할 수 있도록 해 주는 것을 국가의 과제로 파악하는 것을 의미한다. 즉, 개인이 경제영역에 있어서 스스로 책임을 지는 생활의 형성을 가능하게 하려면, 현대 사회에서 생존기반으로서의 비중을 더해가고 있는 사회보험수급권을 재산권보장의 대상에서 배제시켜서는 안 되며, 재산적 가치가 있는 공권은 경제적인 가치에 있어서 사법상의 재산적 권리와 유사한 지위를 인정하여야 한다는 것이다. 金炯盛, "財産權", 「基本權의 概念과 範圍에 관한 研究」, 383면; 李德衍, "補償없는 財産權制限의 限界에 관한 研究", 29면; 정하중, "헌법재판소의 판례에 있어서 재산권 보장", 헌법논총(제9집, 1998), 헌법재판소, 303면; 俞聖在, "國民年金收給權의 財産權性 -年金給與

특히 연금수급권 중 수급자의 기여금에 해당하는 부분은 재산권적 보호의 필요성이 크다고 할 것이다. 한편, 예컨대 공무원연금법상의 급여청구권은 공무원의 퇴직 또는 사망으로 인하여 발생하는 것이므로, 퇴직 후의 사유로 급여청구권을 제한하는 것은 이미 발생한 급여청구권을 사후에 발생한 사유로 소급하여 제한하는 것이 된다.³¹⁾

다. 각종 연금수급권의 재산권성 (현재의 판례)

헌법재판소 판례는 공법상의 권리가 재산권보장의 대상이 되기 위해서는, ① 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용 가능해야 하고(사적 유용성), ② 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), ③ 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다고 하고 있다.³²⁾³³⁾

또 헌법재판소는 연금보험료 중 기여금은 가입자 본인이 부담하는 것이기 때문에 기여금에 대한 급여는 봉급연불적인 성격을 갖는다고 보는 반면, 부담금은 근로자를 중심으로 보면 제3자(사용자인 국가)의 부담이기 때문에 은혜적인 급여라고 보아서 국가의 부담금에 의해 형성된 급여는 원칙적으로 재산권적 보호의 대상이 아니라는 태도를 보여왔다.³⁴⁾ 나아가 연금수급권의 구체적인 내용을 정함에 있어서 이를 하나의 전체로서 파악하여 어느 한쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수도 있다고 한다.³⁵⁾

그러나 이러한 입장에 대해 다음과 같은 논거에서 반대하는 견해도 있다.³⁶⁾ ① 사회보험은 자영노동사회에서 종속노동사회로 옮겨지는 것을 시대적 배경으로 하여, 노동력 외에 생활수단이 없는 근로자에게 노무를 제공할 수 없는 원인(질병, 장애, 노령, 사망 등

削滅의 憲法上 限界”, 125면
31) 전학선, “공무원연금법 제64조 제3항 위헌소원 -퇴직후의 사유에 기한 공무원 연금급여제한과 재산권 보장-”, 254면
32) 헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정 (국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인 사건)
33) 우리 헌법재판소의 입장은 대체로 독일 연방헌법재판소의 견해를 채용한 것으로 볼 수 있다. 방승주, “독일사회보험법상 급여수급권과 재산권보장 -독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로-”, 헌법논총(제10집, 1999), 431면 이하 참조; 한편 우리 헌법재판소나 독일 연방헌법재판소가 제시하는 요건 가운데 ‘배타적 귀속’, ‘상당한 자기기여’ 외에 ‘생존보장에 기여’는 그 구별기준이 모호할 뿐만 아니라 재산권보호의 여부를 어떠한 급여가 얼마나 일반화되었느냐에 따라 판단하는 것은 옳지 않다고 보아, ‘생존보장에 기여’를 재산권 인정의 요건으로 하고 있는 것에는 반대하는 입장도 있다(俞聖在, “國民年金收給權의 財產權性 -年金給與削滅의 憲法上 限界-”, 136면 이하).
34) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정 (군인연금법 제21조 제5항 위헌제정 사건), 헌재 1995. 7. 21. 선고 94헌마27등 결정 (공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원 사건)
35) 헌재 1999. 4. 29. 선고 97헌마333 결정 (공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인 사건)
36) 全光錫, “社會保險法에 관한 憲法裁判所 決定例 分析”, 憲法の 規範力과 法秩序 (滄泉 許營博士 停年紀念論文集), 550-554면

사회적 위험)이 발생하여 스스로 생활을 할 수 없게 되는 사회문제를 해결하기 위한 제도로 형성·발달되었으며, 보험료 및 보험급여의 산정도 근로자가 고용관계에서 취득하는 임금을 기준으로 하여, 즉 근로자의 자산이나 그 밖의 재산상황을 고려하지 않은 채 이루어졌기 때문에 재산권적 보호가 되는 사회보험의 급여의 범위도 법률에 정해진 소득 대체부분 전체가 되어야 한다. ② 부담금은 근로자에게 사회적 위험이 발생했을 때 ‘근로자를 보호하기 위한 목적’으로 납부된 것이고 또 ‘근로자에게 귀속’되는 것이기 때문에 부담금에 대해서 근로자의 자기기여로서의 성격을 부인할 수 없고, 또 사적 유용성의 요건도 충족시키므로³⁷⁾ 사회보험의 부담금은 적극적으로 재산권적 보호의 요건을 충족시킨다. ③ 부담금도 임금의 일부로 볼 수 있는데, 임금이 현재 개인의 소비재원으로 소비하는데 비해 부담금은 사회적 위험이 발생한 후 개인의 소비재원이 된다는 시간적 차이만 있을 뿐이며 사적유용성의 측면에서는 차이가 없다.

최근 선고된 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33 결정(공무원연금법 제64조 제1항 제1호 위헌소원 사건)은 특히 국가의 負擔金에 의해 형성된 급여부분도 개인의 寄與金에 의해 형성된 급여부분과 동등한 수준으로 재산권적 보호가 이루어져야 한다는 취지로 입장을 바꾼 것으로 해석될 여지를 남기고 있다.³⁸⁾

(1) 군인연금법에 의한 퇴역연금수급권

군인연금법 제21조 제1항 내지 제4항에 의하여 보장되는 퇴역연금수급권은 경제적 가치가 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권이다. 군인연금법상 퇴역연금

37) 이를 위해서는 재산권보호의 요건인 ‘자기성취성’을 완화해서 해석해야 되는데, 자기성취성 요건은 국가의 일방적인 급부가 아닌 경우에는 충족되며, 반드시 가입자 자신이 보험료를 납부해야 하는 것은 아니며, 즉 제3자가 보험료 부담자인 경우에도 자기성취성이 부인되지 않는다. 따라서 사회보험에서 부담금과 기여금은 동일체를 이루면서 재산권적 보호의 대상이 된다.
38) 특히 이 결정의 다수의견에 대한 보충의견(김종대 재판관)은, 공무원 퇴직급여를 퇴직연금이든 퇴직수당이든 모두 총체적으로 파악하여 하나의 사회보험급여로 보고 있다. 즉 “종래 헌법재판소에서는 공무원연금법상 퇴직 시에 받는 각종 급여의 성격을 퇴직급여·퇴직수당으로 구분하여 그 성격을 사회보험적 성격, 후불임금적 성격, 공로보상 내지 은혜적 성격으로 규명했다. 공무원연금법상의 각종 급여가 공무원이 내는 기여금과 국가에서 부담하는 부담금을 합쳐 운용한 결과이니 기여금에 착안하면 임금후불적 성격이 있다 할 것이고, 국가 부담금에 착안하면 공로보상적, 은혜적 성격이 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 견해는 오늘날 사회보장제도의 일종인 공무원연금의 성격을 제대로 파악했다고 볼 수가 없다. 앞서 본 바와 같이 공무원 퇴직급여는 퇴직공무원에 대한 사회보험이며, 헌법이 퇴직공무원의 인간다운 생활의 보장을 위해 둔 사회보장제도의 하나다. 임금후불적 성격과 공로보상적, 은혜적 성격은 사회보험이란 기본적인 성격과 대립하는 대등하고 독립된 성격이 될 수는 없고, 다만 그 형성재원에 바탕한 부속적 성격에 지나지 않을 뿐이다. 물론 공무원퇴직급여는 그 급여내역이 여러 가지로 나뉘어져 있고 그 각 재원조달의 방법도 달리하고 있다. 그러나 이는 지급방법과 회계처리의 기술상 달리 나뉘어져 있을 뿐 각 급여의 성격이 확연 구분되기 때문에 나뉘어진 것은 아니라 본다. 받는 사람의 입장에서 볼 때 퇴직급여권 퇴직연금이든 퇴직수당이든 모두가 퇴직 시에 받는 사회보험급여에 지나지 않기 때문이다.”

은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적보상으로서 지급된다고 하는 은혜적(恩惠的) 성질을 갖는 한편 퇴역연금 중 기여금에 상당한 부분만은 봉급연불적(俸給延拂)인 성질을 갖고 있을 뿐만 아니라, 군인이 부담하는 기여금은 군인인 기간 동안 및 퇴직 후에 있어서의 공적(公的) 재해보험(災害保險)의 성질이 있고 국고의 부담금은 군인과 그 가족을 위한 사회보장(社會保障) 부담금으로서의 성질이 있다 할 것이므로, 결국 퇴역연금은 퇴역군인의 생활을 보장하기 위한 사회보험 내지 사회보장·사회복지적인 성질도 함께 갖는다.³⁹⁾

헌법재판소는 퇴역연금이 재산권성이 강하게 인정되는 후불적 임금으로서의 성격뿐만 아니라, 재산권성이 약한 은혜적 성격을 동시에 가지고 있다고 보았다. 즉 퇴역연금의 은혜적 성격으로부터 입법자에게는 폭넓은 입법형성권이 인정되지만, 퇴역연금은 재산권보호의 대상이기 때문에 퇴역연금에 대한 지급정지는 기본권 제한의 한계를 정한 헌법의 일반원칙을 준수하여야 한다는 것이다.

(2) 공무원연금법에 의한 퇴직급여·퇴직수당 등 수급권

공무원연금법에 의한 퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 후불임금으로서의 성격과 공로보상 내지 은혜적 급여로서의 성격을 함께 가진다. 다만 퇴직급여의 재원이 공무원 자신의 기여금과 이와 동액의 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 형성되는 것이라는 점에서, 퇴직급여 중 공무원 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직 중 근무의 대가로서 지급하였어야 할 임금의 후불로서의 성격이 강하고 나머지 부분은 재직중의 성실한 복무에 대한 공로보상 또는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하다.⁴⁰⁾

39) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정 (군인연금법 제21조 제5항 위헌제정 사건)
군인연금법상 퇴역연금은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적보상으로서 지급된다고 하는 은혜적 성질을 갖는 한편 퇴역연금중 기여금에 상당한 부분만은 봉급연불적인 성질을 갖고 있을 뿐만 아니라, 군인이 부담하는 기여금은 군인인 기간 동안 및 퇴직 후에 있어서의 공적 재해보험의 성질이 있고 국고의 부담금은 군인과 그 가족을 위한 사회보장 부담금으로서의 성질이 있다 할 것이므로, 결국 퇴역연금은 퇴역군인의 생활을 보장하기 위한 사회보험(社會保險) 내지 사회보장(社會保障)·사회복지적(社會福祉的)인 성질도 함께 갖는다. 따라서 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우 어느 정도 퇴역연금의 지급을 제한할 것인가는 입법자가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭 넓게 그의 형성재량으로 결정할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 퇴역연금은 봉급연불적 성질도 있으므로 적어도 그 범위 안에서 퇴역연금의 지급정지는 기본권 제한의 한계를 정한 헌법의 규정에 따라야 한다.

40) 헌재 1995. 7. 21. 선고 94헌바27등 결정 (공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원 사건), 헌재 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정.
공무원연금법에 의한 퇴직급여는 공무원의 퇴직에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위한 것으로서 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 후불임금으로서의 성격과 공로보상 내지 은혜적 급여로서의 성격을 아울러 가진다. 이와 같은 퇴직급여의 재원은 공무원 자신의 기여금과 이와 동액의 국가 또는 지방자치단체의

결국 공무원의 퇴직급여청구권은 공무원의 개인의 노력과 금전적 기여를 통하여 취득되고 자신과 그 가족의 생활비를 충당하기 위한 경제적 가치가 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 갖는다.

다만, 공무원의 퇴직급여 및 퇴직수당은 후불임금으로서의 성격과 사회보장적 급여로서의 성격, 공로보상 내지 은혜적 급여로서의 성격을 아울러 갖고 있는데, 그 성격의 차이에 입법형성의 재량에도 차등이 있다고 할 수 있다.

(3) 공무원연금법상 유족급여수급권

공무원연금법상의 퇴직급여, 유족급여 등 각종 급여를 받을 권리, 즉 연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 갖고 있으므로, 순수한 재산권이 아니며, 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있다.⁴¹⁾ 공무원연금의 재원은 공무원이 납부하는 기여금과 국가가 부담하는 부담금으로 구성되는데, 이 두 재원을 각각 사회보장급여, 보험료, 후불임금으로 구분하여 정확하게 귀속시킬 수 없다. 그러므로 비록 연금수급권에 재산권의 성격이 일부 있다 하더라도 그것은 이미 사회보장법리의 강한 영향을 받지 않을 수 없고, 또 사회보장수급권과 재산권의 두 요소가 불가분적으로 혼재되어 있다면 입법자로서는 연금수급권의 구체적 내용을 정함에 있어 이를 하나의 전체로서 파악하여 어느 한 쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수도 있다.

(4) 국가유공자예우등에관한법률에 의한 보상금수급권

국가유공자예우등에관한법률에 의한 보상금수급권도 법정요건을 갖춘 경우에는 재산권 보호의 대상이 될 수 있다.

국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 국가재정능력에 한계가 있으므로 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법재량의 영역에 속하고, 따라서 국가보훈 내지 국가보상적인 수급권도 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다.

따라서 보상금수급권 발생에 필요한 절차 등 수급권 발생요건이 법정되어 있는 경우에는 이 법정요건을 갖추기 전에는 헌법이 보장하는 재산권이라고 할 수 없다. 즉 전물권

부담금으로 형성되는 것이라는 점에서 보면, 퇴직급여 중 공무원 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직중 근무의 대가로서 지급하였어야 할 임금의 후불로서의 성격이 강하고 나머지 부분은 재직중의 성실한 복무에 대한 공로보상 또는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하다고 하여야 할 것이다.

41) 헌재 1999. 4. 29. 선고 97헌마333 결정 (공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인 사건)

경의 유족 및 전공사상자가 보상금수급권을 받을 수 있는 지위에 있다고 하더라도 법이 요구하고 있는 요건을 충족하기 전까지는 기대이익에 불과하기 때문이다.

동법에 의한 보상금수급권은 법률에 의하여 비로소 인정되는 권리이지만 법정요건을 갖춘 후 발생하는 보상금수급권은 구체적인 법적 권리로 보장되고, 그 성질상 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리이다. 헌법 제23조 제1항, 제13조 제2항이 보장하고 있는 재산권이란 경제적 가치가 있는 공·사법상의 모든 권리를 포함하는 것이므로, 동법에 의한 보상금수급권도 위 헌법조항들에 의하여 보호받는 재산권의 하나에 해당된다.⁴²⁾

(5) 국민연금수급권

연금수급권은 사회보장수급권의 하나로서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권의 성격과 아울러, 연금의 주요재원인 연금보험료의 일부를 수급권자 자신이 부담한다는 점과 이는 재산적 가치가 있는 권리라는 점에서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 성격을 갖는다.⁴³⁾

(6) 의료보험수급권과 적립금

의료보험법에 의한 의료보험수급권은 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리이지만, 의료보험조합의 적립금은 헌법 제23조에 의해 보장되는 재산권의 보장대상이 아니다.⁴⁴⁾

공법상의 재산적 가치 있는 지위가 헌법상 재산권의 보호를 받기 위하여는, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급자의 범위, 수금액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어 개인의 주관적 공권의 형태를 갖추어야 하기 때문에, 사회보험법상의 지위는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권의 보호대상이 될 수 있다. 즉 의료보험조합의 적립금에 관하여는 법

42) 헌재 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정 (국가유공자에우등에관한법률 제9조 본문 위헌제정 사건) 헌법은 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 국가의 의무만을 명시하고 있지만 이는 헌법이 국가유공자 등이 조국광복과 국가민족에 기여한 공로에 대한 보훈의 한 방법을 구체적으로 예시한 것일 뿐이며, 동 규정과 헌법전문에 담긴 헌법정신에 따르면 국가는 “사회적 특수계급”을 창설하지 않는 범위 내에서(헌법 제11조 제2항 참조) 국가유공자 등을 예우할 포괄적 인 의무를 지고 있다고 해석된다. 이와 같은 국가의 의무를 이행함에 있어 가능하다면 그들의 공훈과 희생에 상응한 예우를 충분히 하는 것이 바람직할 것이지만, 국가재정능력에 한계가 있으므로 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다고 할 것이고, 따라서 국가보훈 내지 국가보상적인 수급권도 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다고 할 것이다.

43) 헌재 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정 (공공자금관리기금법 제5조 제1항 등 위헌제정 사건)

44) 헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정 (국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인 사건)

률이 조합의 해산이나 합병시 적립금을 청구할 수 있는 조합원의 권리를 규정하고 있지 않다는 점에서 적립금에는 사법상의 재산권과 비교될 만한 최소한의 재산권적 특성이 결여되어 있기 때문에 이를 재산권의 보호대상에 포함시킬 수 없다.

2. 재산권 침해 여부

가. 일반적 논의

(1) 연금수급권 등 사회보험청구권이 헌법상의 재산권적 보호의 대상으로 인정된다고 하는 것이 곧 당해 사회보험청구권의 대상인 급부를 삭감하는 조치가 재산권침해의 결과를 초래하는 것으로 이어지는 않는다. 재산권의 내용과 한계는 입법사항으로 입법자에게 이에 대한 형성권이 인정되기 때문에, 사회보험수급권이 재산권보호의 대상이 된다고 하여도 급부체계의 기능유지와 공동체이익의 보호를 위해 입법자가 연금의 절대액이나 연금산정방식 또는 연금산정요소 등을 불이익하게 변경하는 것이 절대적으로 금지되는 것은 아니다.⁴⁵⁾

(2) 재산권제한과 법률유보

헌법 제23조 제1항 제2문은 재산권과 관련하여 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있어, 재산권에 대하여 입법자는 무제한적으로 재량권을 행사할 수 있는 것처럼 보여 진다.

이 조항의 해석과 관련하여, ① 기본권 형성적 법률유보론, ② 기본권 제한적 법률유보론의 대립이 있다. 기본권 형성적 법률유보론은 헌법 제23조 제1항 제2문을 문언대로 해석하여 입법을 통해서만 재산권보장의 대상이 확정되어지며 입법자는 재산권과 관련하여 광범위한 입법재량권을 가진다고 본다. 우리 헌법상의 재산권보장은 기본권 형성적 법률유보에 의해서 실현되고 구체화될 수 있다는 규범구조상의 특징을 가지고 있기 때문에 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미보다는 재산권을 형성한다는 의미를 더 많이 가지게 된다는 것이다.⁴⁶⁾

반면 기본권 제한적 법률유보론은 위 조항을 기본권 제한적 기능을 가지고 있는 규정

45) 全光錫, 『재산권과 사회보장청구권』, 82면 이하

46) 허영, 한국헌법론(1998), 451면 이하. 그러나 기본권 형성적 법률유보론에 따른다 하더라도 입법자가 무제한적 입법형성권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 즉 재산권의 구체적인 내용과 한계는 입법권자의 입법형성권에 의해서 정해질 사항이지만, 입법권자가 재산권에 관해서 입법형성권을 행사하는 경우에는 적어도 사유재산제도와 사유재산을 바탕으로 한 구체적인 권리가 존중될 수 있도록 재산권의 내용과 한계를 정하여야 한다는 것이다.

으로 파악하고 있다⁴⁷⁾. 재산권의 내용을 법률로 정하도록 하는 것은, 오늘날의 재산권이 사적인 물적 재산권만을 뜻하는 것이 아니라 무체재산권을 포함하여 국가에 의한 계획과 조정, 분배가 이루어져야 하는 재산권을 포함하는 것이라고 한다면, 입법자에 의한 재산권의 내용 형성 규정으로서의 의미가 있다는 것이다. 또한 우리 헌법은 헌법 이전에 존 재하는 일종의 자연권인 재산권을 전제하고, 이를 보장한다는 것을 명백히 하고 있으며, 다만 입법에 의하여 재산권의 내용과 한계가 새로이 광범위하게 규정될 수 있다는 법률유보조항을 둔 것이라고 해석함이 타당하다는 것이다. 이 학설에 의하면, 개별재산권자의 법적 지위를 제한하는 입법자의 규제권능이 무제한적으로 허용되는 것이 아니다. 재산권의 법률유보규정에 의한 내용과 한계설정은 한편으로는 사유재산권을 위한 헌법의 근본적인 가치결정을 준수하여야 하고, 다른 한편으로는 평등권규정, 인격의 자유로운 발현권 및 법치국가와 사회국가원리의 헌법규범에 합치하여야 한다.

헌법재판소는, 헌법 제23조 제1항 제2문이 기본적 형성적 기능을 가지고 있다고 하여도 “입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 자유를 가지는 것은 아니며 어떠한 재산을 사용·수익할 수 있는 사적 유용성과 처분권을 본질로 하는 재산권은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나 가기 위한 범위에서 헌법적으로 보장되어 있는 것이다. 따라서 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것으로 볼 수 있다”고 함으로써⁴⁸⁾ 기본권 제한적 법률유보의 입장을 일부 수용한 것으로 볼 수 있다.

나. 헌법재판소의 판례

(1) 군인연금법에 의한 퇴역연금 제한

헌법재판소는 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정에서 ‘군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 경우 그 퇴역연금의 2분의 1 이내에서 그 지급을 정지하는 조치는 현재의 제도와 상황에서는 입법자의 형성재량의 범위 내에 속하는 것으로 정당하나, 이를 초과하여 지급을 정지한다면 퇴역연금수급자의 퇴역연금수급권을 제한하는 정도가 지나쳐 헌법상 비례의 원칙에 어긋나므로 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항, 헌법 제11조 평등권 조항에 위반된다’고 판단하였다.

47) 俞聖在, “國民年金收給權의 財産權性 -年金給與削減의 憲法上 限界-”, 141면 이하. 재산권은 입법자의 입법행위와 무관하게 국가에 의하여 보장되어야 하는 자연법적 권리이기 때문에, 재산권과 관련하여 입법자의 광범위한 입법재량권을 무제한적으로 인정하는 것은 옳지 않다는 것이다.

48) 헌재 2001. 4. 26. 선고 99헌바37 결정 등 참조

다만, 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 취업한 경우 퇴역연금의 2분의 1 이하의 지급을 정지하는 것이 합헌이라고 평가하기 위해서는 개정 전 군인연금법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관에 취업한 자가 취업 후 납부하는 보험료라는 부담과 그 보험료에 기초하여 증가하는 연금액과의 차액을 한편으로 하고, 개정 전 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 자에게 지급정지되는 연금의 액을 다른 한편으로 했을 때 이 두 가지가 형평을 이루어야 하는데, 그 두 가지가 비교가능하지 않으며, 실제로 구체적인 비교작업이 이루어지지 않은 상태에서 평등권 위배 여부를 판단하는 것은 무리하는 비판도 있다.⁴⁹⁾

(2) 공무원연금법에 의한 퇴직급여 제한

헌법재판소는 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정과 1995. 7. 21. 선고 94헌바27등 결정에서 ‘공무원연금법에 의한 퇴직급여가 후불임금으로서의 성격뿐만 아니라 사회보장 혹은 공로보상적 급여로서의 성격을 아울러 갖는다는 점에 비추어 볼 때, 동법 제64조 제1항에 의한 퇴직급여청구권의 제한은 국민 전체에 대한 봉사자로서 엄격한 직무상의 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직 중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 상당성 및 법익의 균형성을 갖춘 것으로서 재산권의 본질적 내용을 침해하였거나 과잉금지 원칙에 반하는 자의적인 것이라고 볼 수 없다’고 판단하였다.

퇴직급여가 재산권적 성격을 갖는다고 하더라도, 재산권이 제한이 없이 보장되는 것은 아니기 때문에, 재산권의 제한이 헌법이 요구하는 원칙들을 준수하고 있다면 헌법에 위반하여 재산권을 침해한 것은 아니게 된다.

그런데 헌법재판소는 2007. 3. 29. 선고 2005헌바33 결정에서 같은 내용의 조항에 대하여, 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적에 달성에 데 적합한 수단이라고 볼 수 없고, 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우며, 또 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵고, 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라는 등의 이유로, 위 법률조항이 재산권을 침해하고 평등의 원칙에

49) 全光錫, “社會保險法에 관한 憲法裁判所 決定例 分析”, 555면 이하

도 위배된다고 판단하였다.

(3) 유족연금 수급자격 제한

헌법재판소는 1999. 4. 29. 선고 97헌마333 결정에서, 공무원연금법상 연금수급권의 법률적 형성에는 전체적으로 입법자에게 상당한 정도의 형성의 자유가 인정되며, 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있고, 그 결정이 현저히 자의적이거나, 사회적 기본권의 최소한도의 내용마저 보장하지 않은 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 보았다.

따라서 공무원연금법 제3조 제2항에서 18세 이상으로서 폐질상태에 있지 않은 자는 신체적, 정신적으로 성숙하여 사회생활에 적응할 수 있고, 독자적 노동능력을 갖추어 적어도 최소한의 생활은 스스로 영위해 나갈 수 있는 것으로 보아 유족의 범위에서 배제, 유족급여를 받을 수 없게 하였다 하더라도, 이는 우리나라의 경제수준, 재정능력, 전체적인 사회보장수준, 우리 가족관계의 특성 등을 합리적으로 고려한 것으로서 입법형성의 한계를 벗어나 사회보장수급권, 재산권, 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

(4) 국가유공자에우등에관한법률에 의한 수급권 침해 여부

보상금수급권 발생에 필요한 절차 등 수급권 발생요건이 법정되어 있는 경우에는 이 법정요건을 갖추기 전에는 헌법이 보장하는 재산권이라고 할 수 없다. 즉 전몰군경의 유족 및 전공사상자가 보상금수급권을 받을 수 있는 지위에 있다고 하더라도 법이 요구하고 있는 요건을 충족하기 전까지는 기대이익에 불과하기 때문에 법률의 개정을 통하여 이러한 기대이익을 제한한다고 하여 헌법상 보장된 재산권을 침해한 것으로 볼 수 없다.⁵⁰⁾

⁵⁰⁾ 헌재 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정 (국가유공자에우등에관한법률 제9조 본문 위헌제청 사건)
(1) 국가유공자에우등에관한법률(이하 '예우법'이라 한다) 제9조가 정하고 있는 전몰군경의 유족 및 전공사상자의 수급권은 다른 국가보상적 내지 국가보훈적 수급권이나 사회보장수급권과 마찬가지로 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리라고 할 것이고, 보상금수급권의 내용, 그 발생시기 등도 입법자의 광범위한 입법형성의 자유영역에 속하는 것으로서 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있는 것이다. 따라서 급여금수급권 발생시기를 예우법 제6조에서 정한 등록을 한 날이 속하는 달로 규정한 것도 원칙적으로 입법재량에 속한다고 할 것이어서 그 구체적 내용이 특히 그 입법재량의 범위를 이탈한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
(2) 전몰군경유족과상이군경연금법이 폐지되기 이전에 전몰한 군경의 유족의 연금법에 의한 유족연금수급권은 1984. 8. 2. 이 사건 법률조항 시행 전에 이미 소멸한 것이므로 이 사건 법률조항이 연금법에 의한 유족연금을 수급할 수 있는 내용으로 규정하지 아니하였다고 하더라도 연금법에 의한 유족연금수급권인 재산권을 소급입법에 의한 박탈을 한 것이라고 할 수 없다. 또한 동법 시행 전 또는 그 시행 중에 전공상을 받은 군경이라 하더라도 동법 제4조 단서에 정

(5) 수익성이 낮은 기금운용의 재산권 침해 여부

헌법재판소는 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정에서, 연금수급권은 사회보장수급권의 하나로서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권의 성격과 아울러, 연금의 주요 재원인 연금보험료의 일부를 수급권자 자신이 부담한다는 점과 이는 재산적 가치가 있는 권리라는 점에서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 성격을 갖는다고 하면서, 비록 연금수급권이 재산권의 성격을 갖는다고 할지라도, 연금기금은 재산권보장에 관한 헌법규정과 국민연금법의 입법목적(제1조)에 부응하도록 정부가 그 합리적 재량에 따라 이를 관리·운용할 수 있으며, 국민연금기금의 운영방법이 그 수익률에 있어서는 다소 떨어진다 하더라도 장기적인 안정성에 있어서 충분한 보장이 있는 이상 그와 같은 기금 운영방법이 곧 연금가입자의 장래의 연금수급권을 침해한다거나 그들의 인간다운 생활을 할 기본권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다고 판단하였다.

(6) 의료보험조합 적립금의 통합이 의료보험수급권을 제한하는지 여부

일단 법률로써 규정된 사회보험법상의 권리가 비용절감의 이유 등 국가의 정책적 필요에 의하여 사후적으로 축소되거나 제거되는 때에는 헌법상 보장된 재산권에 대한 제한이 문제될 수 있다. 의료보험법 제47조의 보험급여를 받을 권리인 의료보험수급권은 의료보험법상 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리이다. 그러나 적립금의 통합이 의료보험 수급권의 존속을 위태롭게 하거나 의료보험법 제29조 내지 제46조에 규정된 구체적인 급여의 내용을 직장가입자에게 불리하게 변경하는 것이 아니므로, 적립금의 통합에 의하여 재산권인 의료보험수급권이 제한되는 것은 아니다.⁵¹⁾

다. 검토 및 종합

(1) 사회보험급여의 경우 수급권자의 기여금에 의해 형성된 급여부분은 재산권적 성격이 강하고, 또 그와 관련된 수급자격은 구체적으로 수급권이 발생하기 전이라도 재산권으로서의 보호의 필요성이 높다고 할 것이다.

반면, 국가의 부담금에 의해 형성된 급여에 관하여는, 종래에 재산권 보호의 대상이 아

한 확인을 받지 아니하면 헌법이 보장하는 재산권으로서의 연금수급권 자체가 발생하지 않는 것으로 보아야 하므로, 이 사건 법률조항이 연금법 시행 전 또는 그 시행 중에 전공상을 입은 군경으로서 동법 제4조 단서 소정의 확인을 받지 않은 자의 그 상이를 받은 때로부터의 연금법상의 연금수급권을 인정하는 내용으로 규정되지 아니하였다 하여 이 사건 법률조항이 소급입법에 의하여 위와 같은 상이군경의 재산권을 박탈한 규정이라고 할 수 없다.

⁵¹⁾ 헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정 (국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인 사건)

나라거나 혹은 재산권성이 미약하고 폭넓은 입법형성권이 인정되어 이를 제한하더라도 위헌이라 보기 어렵다고 보아 왔다. 물론 '후불임금적 급여로서의 성격 ⇒ 재산권성 강함; 은혜적·사회보장적 급여로서의 성격 ⇒ 재산권성 희박, 폭넓은 입법형성권 인정'이라는 이해가 과연 타당한지, 또 은혜적·사회보장적 급여로서의 성격으로부터 폭넓은 입법형성권이 도출되는지, 양자의 구별이 반드시 명확한지에 관해서는 의문이 제기될 수도 있을 것이다.

예컨대 공무원연금법상의 연금수급권과 같이 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있어 순수한 재산권이 아니라고 볼 여지도 있고, 또 공무원의 기여금과 국가의 부담금의 두 재원을 각각 사회보장급여, 보험료, 후불임금으로 구분하여 정확하게 귀속시킬 수 없는 측면도 있다. 그렇지만, 국가(사용자)의 부담금도 사회적 위험이 발생하였을 때에 공무원(근로자)을 보호하기 위한 목적에서 납부된 것이고 또 공무원에게 귀속되는 것이라는 측면에서 '수급자의 상당한 자기기여, 사적 유용성, 생존의 확보에 기여' 등 재산권적 보호의 요건을 충족시키기 때문에, 국가의 부담금에 의해 형성된 급여에 은혜적 성격 혹은 사회보장적 성격이 있더라도 재산권성 자체가 부인될 수는 없다.

(2) 사회보험급여의 경우 그것이 재산권적 보호의 대상에 포섭되기 때문에 입법자의 재량에는 일정한 헌법적 한계가 있을 수 있다. 다만 사회보험급여가 재산권적 보호의 대상이 되더라도 그 내용을 형성할 입법자의 재량은 여전히 존재하며, 특히 사회보험급여 중 社會的 調整의 요소에 기초하여 산정되는 사회보험급여는 自己寄與에 대한 反對給付 자체라고 할 수 없으므로 입법자의 형성권은 광범하게 인정될 것이기 때문이다.

주목할 만한 것은 헌법재판소가 공무원연금법 제64조(형벌 등에 의한 급여의 제한) 제1항 제1호의 위헌 여부에 관하여, 합헌이라고 판시한 종전 판례(1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정, 1995. 7. 21. 선고 94헌마27등 결정)를 변경하면서 2007. 3. 29. 선고 2005헌마33 결정에서 위 조항에 대하여 헌법불합치 선언을 한 것이다. 종전 판례는 공무원연금법에 의한 퇴직급여가 후불임금으로서의 성격뿐만 아니라 사회보장 혹은 공로보상적 급여로서의 성격을 아울러 갖는다는 점을 중시하여, 퇴직급여청구권의 제한은 국민 전체에 대한 봉사자로서 엄격한 직무상의 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직 중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 상당성 및 법익의 균형성을 갖춘 것으로서 재산권의 본질적 내용을 침해하였거나 과잉금지 원칙에 반하는 자의적인 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 그런데 현재 2007. 3. 29. 선고 2005헌마33 결정은, 우선 공직의 구조 및 사회인식의 변화, 사회국가의 대상으로서의 공직제도 등을 거론하면서 부담금에 의한 급여를 제한하는 논거로써 위와 같은 퇴직급여 등의

법적 성격을 전면으로 내세우고 있지 않다. 이 결정의 다수의견에 대한 보충의견은 오히려 공무원 퇴직급여를 퇴직연금이든 퇴직수당이든 모두 총체적으로 보아 하나의 사회보험급여로 파악하고 있다. 그러면서 위 결정은 앞서 본 바와 같은 여러 가지 이유로 헌법불합치 선언을 하였다.

생각건대 퇴직급여나 퇴직수당이 후불임금적 성격이나 사회보장적 및 공로보상적 급여로서의 성격을 함께 가지고 있음을 부인할 수 없고, 다만 그렇다고 하더라도 헌법 제23조의 재산권을 기능적 관점에서 파악할 때 퇴직급여 등 연금수급권도 재산권적 보호의 대상이 될 수 있을 뿐이다. 그런데 공직의 구조 및 사회인식의 변화, 공무원연금법상 재원조달의 방식이나 내용 등에 근본적인 변화가 없는 상태에서⁵²⁾ 합헌이라고 선언하지 불과 10여년 만에 퇴직급여 등 연금수급권의 법적 성격을 달리 볼 수 있는지 의문이 제기된다. 오히려 위 법률조항의 위헌 여부는 퇴직급여 등의 법적 성격을 바탕으로 하여 전체적으로 재산권적 보호의 대상이 되는 퇴직급여 등에 대한 제한이 헌법적 정당성이 있느냐 하는 관점에서 검토되어야 할 것이다. 특히 형벌 등에 의한 급여의 감액은 공무원의 기여금을 제외한 주로 국가나 지방자치단체의 부담금에 의해 형성된 급여부분에서 문제가 되고 있다. 퇴직급여 등의 법적 성격을 종전과 달리 볼만한 특별한 사정이 없고 만약 그 법적 성격을 종전과 같이 본다면 부담금에 기초한 급여부분에 대한 입법자의 입법형성 재량은 광범위하게 인정될 여지도 없지 않다. 위 결정은 퇴직급여 등의 법적 성격에 대한 충분히 검토를 거침이 없이 공무원의 '(특히 급여에 있어서) 일반 직장인과의 유사성'을 지나치게 강조한 느낌이 없지 않다.

(3) 국가유공자에우등에관한법률에 의한 보상금수급권처럼 법정요건을 갖춘 경우에 비로소 재산권보호의 대상이 될 수 있다. 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 국가재정 능력에 한계가 있으므로 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법재량의 영역에 속하고, 따라서 국가보훈 내지 국가보상적인 수급권도 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다. 다만 이 경우에도 비록 수급자측의 금전적 기여가 전제되어 있지는 않지만 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가

52) 특히 위 결정의 반대의견(이강국, 이공현, 이동훈 재판관)이 지적하고 있는 바와 같이, 공무원연금법은 공적 연금제도의 특별한 형태로서, 1960. 1. 1. 제정된 이래 부분적으로 개정되기는 하였지만 공무원연금제도의 목적, 비용조달방식, 급여의 종류와 내용 등에 있어서 기본적 골격을 유지하면서 오늘에 이르고 있고, 특히 형벌에 의한 급여의 감액은 입법 이후 크게 달라진 바 없으며, 다른 법률에서도 유사하게 규정하고 있거나 이를 준용하고 있다(군인연금법 제33조 제1항, 사립학교교원연금법 제42조 참조).

보훈적 성격을 띠는 한편, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다든 특 성도 가지고 있어 사회보장적 성질도 겸하고 있다.

3. 신뢰보호의 원칙, 소급입법에 의한 재산권 박탈 금지

(1) 입법자의 입법형성권을 제한하는 또 다른 요소로는 신뢰보호의 원칙을 들 수 있다. 사회보험법에 있어서 신뢰보호의 원칙이 적용된다는 것은 사회보험수급권에 대한 기대권 을 입법자가 함부로 변경할 수 없다는 것을 의미한다. 헌법 제13조 제2항은 신뢰보호의 원칙의 표현으로서 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하고 있다.

(2) 소급입법의 태양에는 진정소급효의 입법과 부진정소급효의 입법으로 나눌 수 있고, 진정소급입법에 대하여는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호와 법적 안정성을 위하여 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 그대로 존중할 의무가 있고 그것이 입법의 한계라고 할 것이다. 반면 부진 정소급효의 입법에 대하여는 소급입법에 의한 재산권의 박탈이 금지되는 것은 아니나, 그렇다고 입법자의 입법형성권이 절대적으로 보장되는 것도 아니다. 부진정소급효의 입 법의 경우에는 침해받는 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰 침해의 방법과 새 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량 하여 입법자가 입법형성권을 초월하였는지의 여부를 판단하게 된다.⁵³⁾

(3) 헌법재판소의 견해에 따르면 이미 확정된 사회보험수급권을 제한하는 법개정은 진정소급효의 입법에 속하는 것으로 재산권침해가 금지되는 반면, 아직 확정되지 아니한 사회보험수급권을 제한하는 법개정은 부진정소급효의 입법으로 입법자에게 폭넓은 입법 재량권이 인정된다. 사회보험수급권에 대한 법개정은 일반적으로 부진정소급효의 입법형 태를 취하게 될 것이며, 이러한 법개정의 효력은 법개정을 통하여 실현하고자 하는 공익 적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단하게 되며 수급권의 제한은 재정적 어려움을 극복하고 사회보험을 유지하기 위하여 실시된다는 점에서 사회보험수급권을 제한하는 입 법이 신뢰보호의 원칙에 위반하여 헌법에 반하게 될 가능성은 매우 희박할 것으로 보여 진다.⁵⁴⁾

⁵³⁾ 헌재 1995. 6. 25. 선고 94헌바39 결정; 헌재 1995. 3. 23. 선고 93헌바18등 결정 참조

⁵⁴⁾ 俞聖在, “國民年金支給權의 財產權性 - 年金給與削減의 憲法上 限界-”, 146면 이하

IV. 연금수급 제한·조정과 경제질서

1. 우리 헌법상 경제질서

가. 학계논의 및 판례

(1) 우리 헌법은 前文에서 “국민생활의 균등한 향상을 기하기” 위한 국가의 과제를 선 언하고 있고, 제9장 경제의 장에서 우리 헌법상 경제질서의 기본모형을 순수한 시장경제 와 계획경제의 양극단을 취하지 않는 혼합경제질서를 예정하고 있다. 특히 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본 으로 한다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, …”라고 규정하여 시장경제에 대한 조정의 한 방법으로 所得의 適正한 分配를 명시적으로 열거하고 있다.⁵⁵⁾

(2) 우리 헌법이 어떤 경제체제를 지향하고 있는가 하는 문제에 관하여 국내학설은 대 다수가,⁵⁶⁾ 판례는 일부분이나마 社會的 市場經濟秩序를 거론하고 있다. 그 헌법적 근거로 서 헌법 제119조 제1항은 자유시장경제의 원칙을 선언하고 있고, 동조 제2항은 사회적· 경제적 약자의 보호를 위한 사회적 정의의 요청에 따라 자유방임적 자본주의가 아니라 자유시장원리를 원칙으로 하면서 자본주의 경제질서와 사회주의 경제질서간의 조화의 한 형태로서 경제의 규제와 조정이 인정되는 수정자본주의에 입각한 사회적 시장경제질서를 우리 경제헌법의 기본원리로 삼고 있다고 한다. 그리고 헌법 제120조 이하의 경제조항은 사회적 시장경제질서를 구체화하는 내용으로 파악해야 한다는 주장이다. 즉 헌법 제119 조 제1항은 자유시장경제의 원칙을, 제2항은 그에 대한 예외로서 경제에 관한 규제를 규 정한 것으로 이해하고 있다.

대법원⁵⁷⁾과 헌법재판소⁵⁸⁾ 우리 헌법이 사회적 시장경제질서를 채택한 것으로 보고

⁵⁵⁾ 헌법에서 경제조항을 기본권조항과 구별하여 규정하는 헌법례는 자유민주주의국가들에서는 그리 흔하지 않는 경우에 속하고, 따라서 헌법 제9장의 경제규정들은 우리 헌법의 하나의 특색이라고 할 수 있다. 洪性邦, “韓國憲法과 經濟秩序”, 고시계(제48권 제3호), 5면 이하; 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 278면 이하. 더 나아가 위에서 언급한 경제질서를 기본 권적으로 뒷받침하기 위해서 우리 헌법은 자유권적 기본권에 대한 제한가능성을 규정하고, 또 사 회적 기본권을 통해서 국가에게는 적극적인 사회적 평등을 위한 권한위임을, 그리고 국민에게는 이에 대한 권리를 보장하고 있다.

⁵⁶⁾

김철수, 헌법학개론(2001), 213면; 권영성, 헌법학원론(2002), 168면; 허영, 한국헌법론(2002), 158면; 계획열, 헌법학(상), 355면

있다.⁵⁷⁾

(3) 반면, 헌법이 어떤 특정 경제질서를 택하고 있는가는 헌법규정들의 상호의존성 속에서 도출되어야 하고, 헌법적 기본원칙은 물론 헌법제정에서 다양한 경제정책적 의도와 상이한 이념에서부터 출발한 경제에 관한 헌법 속의 특별규정들도 고려하여 총체적으로 파악하여야 한다는 관점에, 우리 경제의 헌법적 기본질서를 混合經濟體制 또는 自由主義的 混合經濟體制로 보는 입장도 있다.⁶⁰⁾ 또 헌법 제119조는 제1항 및 제2항을 분리하여 제1항에서 '시장경제질서'를, 제2항에서 '사회적'이라는 명제를 도출해낼 수 있는 것이 아니라, 두 항을 서로 내적 연관관계에서 파악하여 '개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회적 정의를 실현하는 경제질서'라는 의미의 '경제헌법상의 근본적인 목표설정규정'으로 해석하여야 하며, 헌법 제119조는 (사회적) 시장경제의 헌법적 보장이 아닌, 경제헌법상의 근본적인 목표설정규정으로 해석하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁶¹⁾

또 헌법 제119조를 제1항과 제2항으로 분리하여 제1항은 원칙, 제2항은 예외를 규정

57) 대법원 1992. 10. 23. 선고 92누2387 판결 등

58) 헌재 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정 (축산업협동조합법 제99조 제2항 위헌소원 사건) 우리나라 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; 헌재 1998. 5. 28. 선고 96헌가4등 결정 (자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호 위헌제청 사건) 헌법 제119조는 제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고, 그 제2항에서 국가는 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하여 사회국가원리를 수용하고 있으므로, 우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있다.

59) 헌법재판소는 헌법상의 경제질서를 헌법 제119조 제1항에 의거할 때는 '자본주의 시장경제질서', '자유시장경제질서', '시장경제원리에 입각한 경제체제' 등으로 설정하고 있고, 재산권 보장과 헌법 제119조 제1항을 연관지어 판단하는 경우에는 헌법상의 경제질서를 '자본주의적 시장경제질서'로 설정하고 있으며, 반면 직업선택의 자유와 근로3권과 관련해서는 헌법상의 경제질서를 '사서'로 설정하고 있으며, 한편 헌법재판소는 헌법 제119조 제2항에 의거할 때는 헌법상의 경제질서를 '민주복지국가의 이상을 추구하는 경제질서'라고 설정하고 있고, 헌법 제119조 제1항과 제2항을 근거로 헌법상의 경제질서를 '사회국가원리를 수용한 경제질서'라고 설정하기도 하였다.

이와 같이 헌법재판소는 헌법규정들(헌법 제119조 제1항, 제119조 제2항, 제119조 전체 또는 헌법 전체)에 따라서 각각 상이한 헌법상의 경제질서를 설정하고 있어서, 우리 헌법상 경제질서가 과연 어느 것인지 불분명하고, 헌법재판소가 헌법상의 경제질서를 설정함에 있어 일관성을 갖지 못하다는 비판도 있다. 崔甲先, "經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察", 헌법논총(제9집), 헌법재판소, 738-746면

60) 金桐盛, "經濟憲法과 經濟秩序의 改革", 고시계(제43권 제2호), 95면

61) 한수용, "국가경제정책의 헌법적 근거와 한계 -헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로-", 헌법논총(제16집), 헌법재판소, 642, 643면

한 것으로 보기보다는 전체로서 경제질서의 기본원칙을 규정한 것으로 이해하면서도, 경제헌법도 궁극적으로는 인간의 존엄을 실현하기 위하여 존재하는 것이므로 이 규정을 경제헌법상의 근본적인 목표설정규정으로 볼 수 없다는 입장도 있다. 즉 헌법 제119조는 인간의 존엄을 실현하기 위하여 경제질서에서 자유 사회적 정의를 결합시키려 한 규정이고, 그것은 자유주의적 시장경제와 사회주의적 계획경제를 변증법적으로 통합시킨 사회적 시장경제를 채택하고 있는 규정으로 이해하여야 한다는 것이다.⁶²⁾

나. 소득재분배와 사회보장법

(1) 헌법 제119조 제2항이나 그 밖에 경제질서에 관한 규정 등을 통하여 사회적 고려에 입각한 분배정책은 헌법적으로 허용될 뿐 아니라 헌법이 요구하는 과제라 할 것이고, 그 방법의 하나가 사회보장법이다.⁶³⁾

그런데, 우리 헌법이 원칙적으로 시장경제질서를 채택하고 있기 때문에 소득분배의 기준은 제1차적으로 시장경제 원칙에 의할 것이지만, 한편 국가는 시장의 기능유지를 위해서 각종 제도를 운영하고 또 개입할 권한과 의무를 갖는다. 헌법 제119조 제2항에서 언급하고 있는 "적정한 소득분배"는 국가에 의한 재분배정책(Umverteilungspolitik), 즉 국가경제정책의 목표가 소득에 대한 누진세율, 최저임금정책, 사회적 급부, 사회보장 등과 같은 국가적 조치를 통하여 이루어지는 2차적 분배 또는 재분배를 의미한다고 볼 수 있다.⁶⁴⁾

(2) 시장경제질서를 채택하고 국가가 분배과정에 개입하여 모든 사회문제를 해결하는데에는 여러 가지 측면에서 한계가 있을 수밖에 없기 때문에, 국가는 기존의 시장경제의 메카니즘을 그대로 기능하도록 두면서, 사회문제를 해결하기 위한 새로운 메카니즘을 창설하는 방법을 채택할 수밖에 없다. 소득분배의 결과인 1차 소득의 일부가 개인 혹은 집단의 사회문제의 해결이 위임된 국가 혹은 공법인에게 이전되고, 이것을 재원으로 사회적 고려에 따라 개인 혹은 집단에게 재분배된다. 결국 우리 헌법상의 경제질서는 1차 소득의 적정한 분배와 동시에 사회보장법을 통한 재분배정책을 조화롭게 혼합하여 사회적

62) 洪性邦, "한국헌법과 경제질서", 7, 8면

63) 사회보장법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구(제11권), 153면 이하; 소득분배 및 소득재분배정책은 다양한 영역에서 또 다양한 기술을 통해서 수행될 수 있는데, 임금정책, 가격정책, 산업구조정책, 조세정책 등이 정도의 차이는 있지만 모두 분배 및 재분배정책의 수단일 수 있다. 全光錫, '社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近', 279면

64) 한수용, "국가경제정책의 헌법적 근거와 한계 -헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로-", 655면

의를 실현하도록 요청하고 있다.⁶⁵⁾

(3) 그러나 사회보장에서의 소득재분배는 사회보장의 체계를 유지하는 범위 내에서 이루어져야 한다. 예컨대 사회보험에서의 소득재분배는 가입자간(inter-personal) 소득재분배, 같은 가입자에 있어서 생애 전체에 걸쳐서 시간적으로 이루어지는(inter-temporal) 소득재분배, 그리고 세대간(inter-generational) 소득재분배 등 관점에 따라서 여러 가지로 나타난다. 가입자간 소득재분배는 일반적으로 개인의 사회적 위험 발생가능성을 고려하지 않고 가입자의 소득에 비례하여 보험료 및 급여가 산정되는 방식을 통해서 이루어지는데, 사회보험에서는 결과적으로 사회적 위험발생가능성이 낮은 자로부터 사회적 위험 발생가능성이 높은 자로 또는 고소득자에서 저소득자로 사회적 소득(Sozialeinkommen)이 이전되는 형태로 이루어진다.

여기서 사회보험, 그리고 사회보험의 특징을 이루는 社會的 調整의 요소들은 개인을 사회적 위험으로부터 보호하기 위한 수단이 되는 원칙들이지, 그 자체가 自己目的(Selbstzweck)은 아니기 때문에, 모든 국민에게 사회적 위험을 극복하기 위한 급여의 수준을 넘어서서 사회보험이 소득재분배정책을 통해서 모든 국민의 실질소득의 평균화를 목표로 한다면, 이는 헌법이 정당성을 부여하고 있는 사회보험이 될 수 없다.⁶⁶⁾

2. 사회보험제도, 연금수급 제한·조정과 경제질서 관계

(1) 사회보장체계 중 사회보험급여는 국가의 일방적인 급여가 아니라 보험료납부에 대한 反對給付이고, 따라서 사회보험에서는 전형적으로 雙務的인 소득재분배가 이루어진다. 피보험자가 사용자 등과 함께 부담하는 보험료는 일반목적용 수행하는 국가기관 혹은 사회보장의 목적을 위해 창설된 특수법인에 이전되고, 이전된 재정은 국가 혹은 특수법인이 피보험자에게 사회적 위험이 현실화되었을 때 지급하는 반대급부의 재원이 된다.

65) 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구(제11권), 155면 이하. 헌법상의 경제질서는 이와 같이 국가의 사회보장정책에 대한 정당성을 부여하고 있으나, 한 걸음 나아가서 헌법상의 경제질서가 어떠한 사회정책을 요청하는가 하는 질문에 대해서 헌법이 직접적이고 구체적인 지침을 제시하는 것은 아니다. 헌법상의 경제정책적 목표가 다양하고, 이러한 다양한 경제정책적 목표들은 다시 국가의 다양한 사회정책적 목표들과 상관관계에 있으며, 이러한 정책적인 다양성 속에서 가장 효율적인 사회정책적 해법을 찾는 것이 헌법의 과제가 될 수는 없을 것이기 때문이다.

66) 예컨대 保險料의 징수에 있어서는 모든 피보험자가 所得에 比例하여 보험료를 각출하고, 給與는 모든 피보험자에게 동일하게 책정하는 사회보험은 헌법적 정당성을 가질 수 없다. 또한 소득재분배를 자기목적으로 하는 사회보장은 소득재분배 관련 당사자의 기본권의 관점에서 헌법적 한계를 일탈하여 헌법적 정당성을 가질 수 없다. 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 300면 이하

연금보험 등 각종 사회보험을 통한 소득재분배효과는 보험료가 개별 피보험자의 위험 현실화 가능성이 아니라, 소득에 비례하여 산정된다는 점에 있다. 사회보험은 私保險과 구별되는 제도이고 또 사회정책적 목적, 즉 개인의 자기책임에 의한 자기생활형성권을 보장하기 위한 제도라는 측면에서 일정한 한계가 있다. 따라서 사회보험은 그것이 아무리 국민 대다수를 보호대상으로 하더라도 기본적으로 사회구성원간의 自己保護를 위한 제도이므로, 모든 국민에게 최저한도의 생활보장을 위해서 사회보험능력(보험료납부능력)이 없는 자를 사회보험에 포섭하고 이들에게 보험료 납부의무 없이 급여를 지급하는 것은 사회보장의 체계에 반한다. 또 일반목적용 달성하기 위한 재원을 조세가 아닌, 사회구성원의 집단적 목적에서 각출하는 보험료로 충당하는 것은 形式違反(Formenmissbrauch)의 국가정책이 된다.⁶⁷⁾ 나아가 사회보험에서 사회적 위험이 현실화되었을 때 제공되는 급여의 재원은 위험공동체가 부담하는데, 그 위험공동체를 구성하는 구성원 간에 사회적 위험과 관련하여 어느 정도 동질성이 존재하는가 하는 문제도 있다.⁶⁸⁾

(2) 한편, 국민연금 등 사회보험은 다른 사회보장제도에 비해서 보다 국민경제와 밀접한 관련을 갖고 발전한다. 국민경제가 국민연금의 거시적 기초가 되며, 국민연금은 반대로 국민경제에 중요한 변수로서 영향을 미치기 때문이다. 또 국민연금은 국민생활에 장기적이고 중요한 영향을 미치기 때문에 정치권력의 정당성을 좌우하는 파급력을 갖기도 한다. 이때 국가가 복지생산의 독점을 통하여 정치적 지지를 획득하려는 의도를 가지고 있다면 이는 필연적으로 국가의 부담을 가중시키고, 지킬 수 없는 정치공약을 하게 된다. 이는 개인의 형태를 변화시키는 위험을 갖기도 한다. 개인은 자신의 현실적인 사회적 수요와 이에 대한 보호의 필요성이 아니라, 자신 혹은 자신이 속해있는 집단의 정치적 영향력의 정도에 따라 연금정책을 요구하고, 평가할 가능성이 있으며, 이로써 연금보험의 사회성과 효율성이 약화될 위험이 있기 때문이다. 또 반대로 국가가 다른 정책목표에 우선순위를 두고 사회보장재정을 잠식하는 정치적 불균형 역시 견제되어야 하고, 그만큼 국민연금의 탈정치화를 위한 제도적 장치가 개발되어야 한다(탈정치화).⁶⁹⁾

특히 연금정책의 핵심적인 과제는 재정문제라고 할 수 있고, 특히 적정보험료 수준에

67) 全光錫, “社會保險法에 관한 憲法裁判所 決定例 分析”, 557면 이하

68) 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 302면 이하. 만약 경제사회적 동질성이 없는 구성원들이 하나의 위험공동체에 편성되어 그 집단간의 위험분산, 즉 소득재분배가 이루어지는 것은 이미 사회적 관점에서의 위험분산 외에 순수한 소득재분배 목적이 전면에서 나서기 때문에 헌법이 정당성을 부여할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되기 때문이다.

69) 全光錫, “한국연금제도의 현황과 과제”, 법학연구(제12권 제4호), 70면

관한 문제라고 할 수 있다. 연금정책결정권자는 일반 정치적 관점에서 독립하여 국민연금의 지속적이고 안정적인 운영을 위하여 필요한 범위 내에서 점차 보험료율을 현실화하는 작업에 착수하여야 한다.⁷⁰⁾ 또한 한 나라의 연금정책은 국제화의 기로에 서 있고, 이에 따라 국가의 정책은 변화에 직면하고 있다. 자본의 자유로운 이동, 노동자 상호간의 상호 경쟁을 겪어야 한다. 또 인구구조의 변화, 즉 평균수명의 연장과 출산율의 저하로 인하여 인구구조의 심각한 불균형을 초래하고 있다. 국가는 이와 같은 제반 상황변화에 대응하여 경제질서의 변화를 시도하고 그에 따라 개인의 권리나 법적 지위에 영향을 주고 있다. 결국 연금제도, 연금수급 제한·조정 등은 국가의 경제질서와 무관하다고 할 수 없다. 연금수급의 범위와 내용, 제한과 조정이 입법자에게 유보되어 있다고 하더라도, 사회보장을 통한 소득재분배와 관련된 헌법상 규범적 한계를 준수하여야 함은 분명하다.

3. 위헌심사기준으로서의 헌법상 경제질서

(1) 헌법재판에서 개별 기본권 조항 외에 헌법상 경제질서조항을 위헌심사의 기준으로 삼을 수 있는지에 관해서는 견해가 나뉘고 있다.⁷¹⁾

헌법 제119조 제1항은 경제적 자유권 보장을 확인한 것이므로 재산권, 직업선택의 자유 등 경제적 자유권의 침해 여부의 판단과 별도로 제119조 제1항 위반 여부를 판단할 필요는 없다고 보는 입장도 있다.⁷²⁾ 또 市場性의 요청(시장의 기능을 고려하는 국가경제정책에 대한 요청)은 이미 자유를 제한하는 국가권력을 다시금 제한하는 비례의 원칙에 의하여 충분히 고려되고 충족되고 있기 때문에, 기본권의 헌법적 보장 외에 별도로 시장경제질서를 헌법적으로 보장하는 것은 불필요하고 따라서 헌법 제119조 제1항으로부터 시장경제질서의 헌법적 보장을 도출한다 하더라도 시장경제질서는 국가경제정책의 위헌성을 심사하는데 유용한 기준을 제공할 수 없다는 견해도 있다.⁷³⁾

70) 이는 두 가지 효과가 있는데, 첫째, 기금이 고갈하는 시기에 임박하여 보험료율을 인상하여 국민연금에 대한 전반적인 신뢰를 떨어뜨리는 것을 방지할 수 있고, 둘째, 미래세대에게 보험료부담을 지나치게 지우지 않음으로써 세대간 형평을 도모할 수 있다. (全光錫, “한국연금제도의 현황과 과제”, 63면)

71) 한편 이것은 헌법으로부터 특정 경제질서를 도출하고자 하는 경우, 입법자를 기본권과 같은 개별적인 헌법규범 외에 일정 경제체제에 기속시킴으로써 국가경제정책에 대하여 또 하나의 부가적인 제한을 가할 수 있는가 하는 문제와 연관될 수 있다. 즉 헌법재판에서 심판대상 규정의 위헌성을 판단함에 있어서 헌법상 보장된 기본권 외에도 헌법상의 경제질서 또는 헌법 제119조의 규정이 어느 정도로 독자적인 심사기준으로서 기능할 수 있는지 하는 '경제적 기본권과 헌법상의 경제질서의 관계'가 문제된다. 한수웅, “국가경제정책의 헌법적 근거와 한계 -헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로-”, 633, 634면

72) 양건, 헌법강의 I, 법문사(2007), 175면

73) 한수웅, “국가경제정책의 헌법적 근거와 한계 -헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로-”, 642면

(2) 헌법재판에서 실제로 청구인이 심판대상 법률의 위헌성을 주장하면서 심판대상 조항이 헌법상 보장된 기본권을 침해할 뿐만 아니라 헌법상 경제질서에도 위반된다는 주장을 하고 있고(헌재 2002. 10. 31. 선고 99헌바76등 결정⁷⁴⁾ 참조), 헌법재판소도 본안에서 재산권 등 기본권 침해 뿐만 아니라 헌법 제119조 제1항에서 규정한 자유시장경제질서 위반 여부의 문제를 아울러 심판한 경우가 있다(헌재 2001. 2. 22. 선고 99헌마365 결정(국민연금법 제75조 등 위헌확인 사건),⁷⁵⁾ 헌재 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 결정(신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준 제3조 제1항 등 위헌확인 사건)⁷⁶⁾).

74) 다만 헌재 2002. 10. 31. 선고 99헌바76등 결정(구 의료보험법 제32조 제1항 등 위헌소원 사건)에서, 청구인들은 헌법 제119조 제1항 등 헌법정신에 비추어 볼 때 요양기관 강제지정제와 관련된 국민건강보험법의 규정내용은 개별요양기관의 자유로운 경제활동과 경쟁을 유도하기 보다는 국가가 주도적인 중앙통제경제를 통하여 행정편의적이고 규제적인 경제정책을 취함으로써 의료의 발전, 자유로운 의료공급체계, 의료소비자의 효율적인 의료자원이용 등을 저해하고 있으므로 헌법 제119조에 위반된다고 주장하였는데, 헌법재판소는 ‘요양기관 강제지정제(당연 요양기관제)’에 의하여 제한될 수 있는 기본권을 판단함에 있어서, 헌법상의 경제질서는 심사기준으로 부적합하다는 점을 다음과 같이 밝히면서 직업의 자유, 평등권 등 침해 여부만을 판단하고 있다. “헌법은 제119조에서 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의의 실현하기 위한 경제질서를 선언하고 있다. 이 규정은 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침이고, 동 조항이 언급하는 ‘경제적 자유와 창’의는 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로3권과 같은 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화된다. 따라서 이 사건에서 청구인들이 헌법 제119조 제1항과 관련하여 주장하는 내용은 구체화된 헌법적 표현인 경제적 기본권을 기준으로 심사되어야 한다.”

75) 헌재 2001. 2. 22. 선고 99헌마365 결정(국민연금법 제75조 등 위헌확인 사건)
강제가입과 소득재분배 효과를 전제로 한 연금보험료의 강제징수에 관한 국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호로 개정된 것) 제75조, 제79조 규정이 재산권보장과 행복추구권 외에 헌법상 시장경제질서에 위반되는지에 관하여, 헌법재판소는 ‘우리 헌법의 경제질서 원칙에 비추어 보면, 사회보험방식에 의하여 재원을 조성하여 반대급부로 노후생활을 보장하는 강제저축 프로그램으로서의 국민연금제도는 상호부조의 원리에 입각한 사회연대성에 기초하여 고소득계층에서 저소득층으로, 근로 세대에서 노년 세대로, 현재 세대에서 미래 세대로 국민간의 소득재분배 기능을 함으로써 오히려 사회적 시장경제질서에 부합하는 제도라 할 것이므로 국민연금제도가 헌법상의 시장경제질서에 위배된다는 위 주장은 이유 없다’고 판시하고 있다.

76) 헌재 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 결정(신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준 제3조 제1항 등 위헌확인 사건)
신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우 동 무가지와 경품류의 제공행위가 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 소정의 불공정거래행위에 해당하는 것으로 규정한 「신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호, 신문고시)」 제3조 제1항 제2호의 위헌 여부를 판단함에 있어, 헌법재판소는 ‘위 조항에 의하여 침해되는 사익은 신문판매업자가 발행업자로부터 공급받은 신문을 무가지로 활용하고 구독자들에게 경품을 제공하는데 있어서 누리는 사업활동의 자유와 재산권 행사의 자유라고 할 수 있는 반면, 동 조항에 의하여 보호하고자 하는 공익은 경제적으로 우월적 지위를 가진 신문발행업자를 배경으로 한 신문판매업자가 무가지와 경품 등 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여 민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 올바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기

다만 헌법재판소가 구체적인 법률조항이 우리 헌법의 경제질서 조항에 위반되는지 여부를 판단함에 있어 경제질서의 본질적인 내용이나 구성요건, 그 위배 여부를 판단하는 기준 등을 명확하게 정하고 있지 않으며, 기본권 침해 여부 판단에 비하여 그 논증과정 이 치밀하지 못하거나 구체적인 논증 없이 ‘자본주의적 시장경제질서’, ‘자유시장경제질서’ 혹은 ‘사회적 시장경제’에 위배되지 않는다는 식으로 간단하게 판단하고 있을 뿐이다. 또 헌법 제119조 이하 경제조항의 헌법적 의미를 밝히는데 있어 다소 소극적이라고 볼 수 있다.

(3) 그런데 경제관련 헌법규정들은 단순한 방침문구(공허규정)가 아닌 헌법적 의미를 부여해주는 규범적 성격을 가지고 있고, ① 국가행위에 대한 헌법적 지침을 제시함으로써 국가의 행동을 조정하는 국가목표규정,77) ② 입법위임 내지 특정한 국가행위에의 수권을 부여하는 국가수권규정,78) ③ 사회·경제입법에 의한 기본권제한을 정당화하는 공익적 목적근거로서의 역할을 수행한다.79)

따라서 기본권 침해를 원인으로 하는 헌법소원 사건이 아닌, 위헌법률심판제청사건의 경우에는 개별 기본권 조항 외에 헌법상 경제질서조항도 심사기준이 될 수 있을 것이다.

원래 위헌법률심판절차에서는 헌법의 모든 규정이 법률의 합헌성 심사의 기준이 될 수 있고, 당해소송의 당사자들에게 주관적 공권으로서의 기본권을 보장하는 헌법규정에 그 심사기준이 국한되지는 않는다. 심사기준으로서의 헌법 혹은 헌법원칙은 헌법전에 포함된 개별 규정들의 단순한 총합만을 의미하는 것은 아니며, 개별 규정들의 근거에 가로놓여 있는 헌법의 원칙들이나 근본적 결단들을 포함하는 개념이다.80)

능을 유지하고자 하는데 있는바, 이러한 공익과 사익을 서로 비교할 때 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료 신문대금의 20% 이하로 제한하고 있는 위 조항은 그 보호하고자 하는 공익이 침해하는 사익에 비하여 크다고 판단되므로 동 조항은 양쪽의 법익교량의 측면에서도 균형을 도모하고 있다고 할 것이어서 결국 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 헌법 제119조 제1항을 포함한 우리 헌법의 경제질서조항에도 위반되지 아니한다고 판단하였다.

77) 이러한 헌법규정으로는 제119조 제1항(개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중), 제120조 제2항(국토와 자연의 균형있는 개발과 이용), 제121조 제1항(경자유전의 원칙달성), 제123조 제1항(농업 및 어업의 보호육성), 제2항(지역간의 균형발전), 제3항(중소기업 보호육성), 제4항(농수산물 수급균형과 유통구조의 개선), 제5항(농·어민과 중소기업의 자조조직 육성), 제124조(소비자 보호운동보장), 제127조(과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발) 등을 들 수 있다.

78) 이러한 헌법규정으로는 제119조 제2항(경제의 규제와 조정), 제120조 제1항(광물 등의 채취, 개발 및 이용 특허), 제122조(국토의 제한과 의무부과), 제125조(대외무역의 규제와 조정), 제126조(사영기업의 국공유화 또는 관리통제) 등을 들 수 있다.

79) 崔甲先, “經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察”, 732-735면

80) 헌법재판실무제요(제1개정판), 헌법재판소, 106, 107면. 예컨대 “수신료의 금액은 이사회가 심의·결정하고, 공사가 공보처장관의 승인을 얻어 이를 부과·징수한다”고 규정한 한국방송공사법 제

특히 연금수급 등 사회보장 관련 입법 등 입법형성의 자유가 광범위하게 인정되는 분야에서는 기본권 침해 여부만을 심사하는 것으로는 위헌심사의 한계가 있을 수밖에 없고 (폭넓은 입법형성의 자유 등의 이유로 기본권 침해 주장이 배척될 여지가 많을 것임), 때로는 헌법상 경제질서조항 위반 여부도 중요한 의미를 가질 수 있다. 즉 연금수급의 범위와 내용, 제한과 조정 등 사회보장에서의 소득재분배와 관련하여 헌법상 규범적 의미와 한계를 밝히는 것이 과제라고 할 것이다.

4. 위헌심사방법: 적합성원칙의 심사

(1) 기본권침해가 관련되지 아니한 경제관련 헌법규정들의 위반여부 심사에 있어서 비례의 원칙을 전면적으로 적용하는 것은 타당하지 않다.81) 헌법은 기본권 침해가 관련되지 아니한 정치적 영역이나 경제적 영역에서는 입법자에게 광범위한 입법형성권을 부여하고 있기 때문이다. 따라서 경제관련 헌법규정들의 사법적 통제에서는 선택된 수단이 헌법규정에 정해진 국가목표의 실현에 적합한지 여부만 심사하는 적합성원칙만이 적용되고, 다수의 적합한 수단들을 통제하는 최소침해성원칙과 목적과 수단을 비교형량하는 균형성원칙은 적용되지 않는다고 할 것이다.82)

(2) 특히 경제정책영역에서는 입법자에게 폭넓은 입법형성의 자유가 부여되므로, 경제적인 수단의 적합성 심사에서는 매우 완화된 사법통제기준이 적용된다. 목적의 달성에 객관적으로 기여하는 모든 수단이 적합하다. 이는 입법자의 주관적인 평가에 의존할 것이 아니라 적합성을 객관적인 기준에 따라서 판단해야 한다는 것을 의미한다.

아주 작은 기여도 목적달성에 충분하기 때문에 수많은 수단들이 ‘적합’하다고 여겨질 수밖에 없다. 따라서 명백히 목적에 위반되거나 목적과 전혀 관련 없는 수단만이 부적합하고, 헌법상 허용되지 아니한다. 다시 말해서 명백성통제가 적합성원칙심사에서 이루진

36조 제1항이 법률유보(의회유보)원칙에 어긋나는 것이어서 헌법 제37조 제2항과 '법치주의원리' 및 '민주주의원리'에 위반된다고 판단한 사례가 있다(헌재 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정, 텔레비전방송수신료 사건).

81) 독일연방헌법재판소도 기본권침해가 관련되지 아니한 재정헌법영역에서는 적합성심사만이 행해진다고 판시하고 있다: “헌법은 기본권 침해가 관련되지 아니한 정치적인 영역에서는 입법자에게 광범위한 형성여지를 부여한다. 재정입법은 이러한 영역에 해당된다. 이러한 정치적인 행동에 대해서 헌법은 단순히 하나의 윤곽 내지 틀을 설정할 뿐이다. 국민경제의 균형적인 발전에 방해가 되는 장애물을 제거하기 위해서 입법자가 선택한 ‘재정차입의 증대’라는 수단은, 국민경제의 균형적인 발전이라는 목적달성에 적합해야 하지만, 다수의 적합한 수단들을 통제하는 최소침해성심사나 좁은 의미에서의 비례성심사를 거쳐야 하는 것은 아니다.”(BVerfGE 79, 311, 342-343)

82) 崔甲先, “經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察”, 736면

다.

(3) 사회보험제도, 연금수급의 제한·조정과 관련해서도 기본권 침해 측면 외에 헌법상 경제질서의 측면에서 위헌심사가 이루어 질 수 있을 것이다. 다만 그 심사방법은 연금수급 제한·조정과 관련된 입법이 그 목적 달성에 적합한 수단인지 여부만이 심사의 대상이 될 수 있을 것이다.

헌법 제119조 제2항이 국가의 소득재분배정책에 정당성을 부여하고 있고, 또 헌법상 다양한 내용의 사회적 기본권이 규정되어 있기는 하지만, 이를 실현하는 데에는 규범적, 현실적 한계가 있다.

먼저, 사회보험은 사회적 조정의 요소를 특징으로 하는, 개인을 사회적 위협으로부터 보호하기 위한 수단이지 그 자체가 목적이 아니기 때문에, 사회적 위협을 극복하기 위한 급여의 수준을 넘어서서 소득재분배정책을 통해 모든 국민의 실질소득의 평균화를 목표로 하게 되면 헌법적 정당성을 잃게 된다.

또, 사회보험은 사회보장체계를 유지하는 범위 내에서 보험료의 부담, 위험공동체의 구성 등이 이루어져야 한다. 조세를 재원으로 하여 추진되어야 하는 일반적인 소득재분배정책이 보험료를 통해서 집행된다면 形式違反(Formenmissbrauch)의 입법이 될 것이다.

무엇보다도 사회적 기본권을 통해서 실현되는 사회적 정의 또는 사회적 평등은 그 자체가 불확정개념이어서 사회적 기본권이 추구하는 목표간의 우선순위에 대한 결정은 민주적 정당성을 가진 입법자에게 유보될 수밖에 없다. 또 사회적 정의의 목표내용에 대한 합의가 이루어졌다 하더라도 그 목표내용을 현실적으로 구체화하는데 선택되는 효율적인 수단에 대해서 헌법 자체는 구체적인 결정을 할 수 없기 때문에, 이 결정은 결국 전적으로 입법자에게 위임될 수밖에 없다. 또 사회적 기본권의 실현은 자원의 유한성 때문에 현실적 한계가 있을 수밖에 없다.⁸³⁾

끝으로 사회보험 입법의 내용 측면에서 보더라도 연금수급의 제한·조정이 목적달성에 적합한 수단인지에 관해서는 연금보험의 전문성, 기술성 등에 비추어 그 적합성 여부를 판단하는 것이 쉽지는 않을 것이다.

V. 맺음말

(1) 이상으로 연금수급권의 법적 성격, 그 제한 및 조정의 문제를 재산권 보장의 측면

83) 全光錫, “社會保障의 所得再分配構造에 대한 憲法的 接近”, 297면 이하

과 헌법상 경제질서의 측면에서 개괄적으로 검토해 보았다.

연금수급권은 법정요건을 갖추어 구체적인 권리로 형성되었을 경우, 그리고 헌법 제23조의 재산권을 기능적 관점에서 파악하게 될 경우에 재산권성을 인정할 여지가 높아졌고, 그 경우에 연금수급의 제한과 조정은 재산권의 침해 문제로 귀착될 수밖에 없을 것이다.

그런데 연금수급권에 대하여 재산권성을 인정하면서도, 사회보장적 급여로서의 성격 및 국가의 경제수준, 재정능력, 전체적인 사회보장수준 등을 고려할 때 이 부분에 대해 광범위한 입법형성권이 인정된다는 이유로 이를 제한하는 법률조항에 대하여 위헌 선언을 한 사례는 극히 적었다.

(2) 연금수급의 제한 및 조정은 헌법 제119조 제2항의 소득재분배 정책과 밀접한 관련이 있고, 한편 사회보장에서의 소득재분배도 사회보장의 체계를 유지하는 범위 내에서 이루어져야 한다.

연금수급 제한에 대한 규범적 접근 시도는 크게 보면 결국 연금급여 등 사회보장정책을 탈정치화(脫政治化)시켜 사회보장 본래의 과제에 충실하게 할 수 있도록 하기 위한 것이며, 따라서 사회보장도 법적 보장을 통해서 수행되지 않고서는 개인에게 예측가능성을 박탈한다는 의미에서 대단히 불안정한 제도로 머무를 수밖에 없다.

(3) 연금수급의 제한 및 조정은 개별 법령에 따라 그 형식과 내용을 달리하고 있어 이를 일률적으로 파악하기는 어렵다. 연금수급 제한 및 조정에 관련된 문제가 재산권, 평등권 등 기본권 침해 외에 헌법상 경제질서 위배 여부의 차원에서도 심도 있게 검토될 필요가 있다. 이 부분이 학계와 실무에서 상대적으로 비중 있게 다루어지지 못한 점이 아쉽고, 향후 이와 관련하여 헌법상 경제질서의 본질적 내용, 구성요건 및 위헌심사 기준이 더 명료하게 정리되어야 할 것이다.

그렇지만 과연 개별 법률조항이 헌법상 경제질서에 위반되는지 여부를 심사하는 데에는 그 논증과정이 결코 간단하지는 않을 것으로 여겨지고, 그러한 한계는 앞으로 진지한 연구와 검증을 통해 극복되어야 할 것으로 보인다.