

한국공법학회(제142회) 대법원 헌법연구회(제7회) 공동학술대회

경제질서와 헌법

- ▣ 일 시: 2008년 4월 19일 토요일 14:00~18:00
- ▣ 장 소: 대법원 16층 대회의실

社團
法人 韓國公法學會
 Korean Public Law Association

대법원 헌법연구회

한국공법학회(제142회) 대법원 헌법연구회(제7회) 공동학술대회

경제질서와 헌법

■ 일 시: 2008년 4월 19일 토요일 14:00~18:00

■ 장 소: 대법원 16층 대회의실

社團
法人 韓國公法學會
Korean Public Law Association

대법원 헌법연구회

일 정

- 일 시: 2008년 4월 19일(토) 14:00~18:00
- 장 소: 대법원 16층 대회의실

13:40-14:00	등록 및 접수
14:00-14:20	개 회 식 사 회 이규진 서울중앙지법 판사 환 영 사 김용담 법원행정처장 개 회 사 김해룡 한국공법학회 회장 인사말씀 서기석 대법원 헌법연구 회장
14:20-16:00	주제발표와 토론
	제1부 사 회 신봉기 교수 (경북대)
14:20-14:50	경제질서와 기본권 -재산권을 중심으로- 윤재만 교수 (대구대)
14:50-15:00	지정토론 김태호 판사 (헌법재판소)
15:00-15:30	법률의 개정과 재산권 보장 김대웅 판사 (사법연수원)
15:30-15:40	지정토론 김승환 교수 (전북대)
15:40-16:00	휴식
	제2부 사 회 박홍우 판사 (서울고법)
16:00-16:30	경제선진화와 경제헌법의 효용 이덕연 교수 (연세대)
16:30-16:40	지정토론 김상환 판사 (헌법재판소)
16:40-17:10	연금수급 제한과 재산권 문제 등 김우수 판사 (강릉지원)
17:10-17:20	지정토론 김성수 교수 (연세대)
17:20-18:00	종합토론
18:00	폐회사 김해룡 한국공법학회 회장
18:30-19:30	만찬(법원행정처장 초청) 대법원 3층 매화식당 사 회 김병기 교수 (중앙대)

목 차

▷ 經濟秩序와 基本權 — 財産權을 중심으로 —	윤 재 만 1
▷ 법률의 개정과 재산권의 변동	김 대 응 25
▷ 경제선진화와 (경제)헌법의 효용	이 덕 연 45
▷ 연금수급제한과 재산권 보장, 경제질서	김 우 수 83

經濟秩序와 基本權

— 財產權을 중심으로 —

尹在萬*

I. 序 言

인간은 그냥 육체적으로만 살아가는 존재라기보다 그 본질에 있어서 정신적 가치를 추구하는 정신적 존재라고 보는 것이 옳을 것이다. 그럼에도 불구하고 여러 가지 경제적 재화가 인간에게 미치는 영향은 극단적으로는 인간의 존재 그 자체를 좌우할 만큼 지대하다. 그뿐만이 아니다. 정신적 존재인 인간이 자신이 추구하는 정신적 가치를 효과적으로 실현시키기 위해서 경제적 재화는 필수불가결한 요소가 된다. 이렇게 재화 자체가 경제상의 자유의 대상이 될 뿐만 아니라, 마치 인간이 종교의 자유에서 종교 자체뿐만 아니라, 종교와 관련된 여러 행위를 할 수 있는 자유가 보장되어야 하는 것처럼, 경제상의 자유에서도 강제되지 않고 경제적 재화를 중심으로 한 경제활동을 할 수 있는 자유도 보장되지 않으면 안 된다.

이러한 경제적 재화를 중심으로 한 개인의 경제활동을 할 경제상의 자유를 헌법재판소는 대한민국헌법¹⁾ 제119조 제1항(“대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”)에서 도출하였다.²⁾ 이 재화를 대상으로 한 경제상의 자유는 개인이 원하는대로 무제한적으로 행사될 수 있는 것은 아니고, 특히 헌법 제23조에 따라 소극적으로 공익을 해쳐서는 안 되는 사회적 기속성에 의해서 제한될 뿐만 아니라, 적극적으로는 공익을 증진시키기 위한 공익목적에 의해서 제한될 수 있다.

이에 따라 전국의 토지들은 국토의 효율적·합리적 그리고 균형 있는 이용을 위하여 혹은 공동체 전체의 이익을 위하여 수많은 공법적 제한들을 겹겹이 받고 있으며, 경우에 따라서는 그 처분과 취득이 토지거래허가에 종속될 수도 있다. 특히 어떤 토지들은 재산권에 내재된 사회적 제약이라하여 아무런 댓가도 받지 못하고 무기한 개발이 제한되어

* Dr. jur. Jaeman Yun, Prof. (Verfassungsrecht), Daegu Univ., 대구대학교 법과대학 법학부 교수(헌법)

1) 전부개정 1987.10.29 헌법 제10호, 이하 ‘헌법’이라 축약한다.

2) 헌재 1993.07.29. 89헌마31 (전원재판부) 참조.

수익도 지가상승도 기대할 수도 없는 불이익을 감수해야 한다. 바로 인근에 있음에도 어떤 토지들은 그러한 제한을 받지 않고 그 소유자에게 고수익을 창출해주고 있는 것과 서로 비교해보면, 이러한 경제적 재화를 중심으로 한 개발 등의 경제상의 자유의 제한이 실제에 있어서 얼마나 중요한지를 실감할 수 있다. 또한 사학설립자가 사학설립을 위하여 출연한 재산이, 사학설립자가 임시이사 파견 등으로 인하여 당해 사학에서 영구히 배제되어 버림으로써, 국가에 의하여 사실상 수용된 것과 동일함에도 보상을 규정한 법률이 없다. 그리고 어떤 경우에는 이제까지 수행하던 경제활동을 법률이 개정됨으로 인하여 영위할 수 없게 됨으로써 예컨대 이전까지 약사가 직업적으로 수행해오던 한약제조권 등을 잃게 되기도 한다. 또 어떤 경우에는 공무원이 법률로 계급정년제가 도입되어 퇴직당하는 불이익을 입기도 한다. 그 외에 헌법규정으로 예컨대 모성의 보호³⁾ 등의 공익을 위해 사업자는 출산휴가급여 등 부담을 감수해야 한다. 그리고 헌법 자체의 규정(제29조)에 의하여 군인·군무원·경찰공무원 등은 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없는 불이익을 감수해야 한다. 또한 국방의무를 위해 현역병 등으로 복무해도 이에 상당한 급여를 받지 못하고 공익을 위해 봉사해야 한다. 그리고 국가적으로 이익을 가져오기 때문에 정당화된다고 할 수 있는 외국과의 자유무역협정(FTA) 체결로 인해 예컨대 농산물 수입으로 인하여 입는 손실에 대하여 정부의 일부 지원에도 불구하고 완전한 보상을 받지 못하고 피해를 감수해야 한다.

헌법 제119조 제1항은 경제질서는, 경제적 기본권의 축소가 아닌, 경제상의 자유를 ‘존중’함을 기본으로 한다고 규정하고 있음에도 불구하고, 이런 공익을 위한 경제질서에 의한 경제상의 자유에 대한 제한은 제한을 당한 기본권주체에게는 매우 민감하게 느껴지는 것이 일반적이다.

본고는 경제상의 자유와 공익을 위해 이를 제한하는 경제질서와의 관계에 대한 고찰을 대상으로 한다.

II. 經濟秩序와 經濟上の 自由

위에서 언급한 바와 같이, 헌법 제119조 제1항이 경제상의 자유와 관련하여 경제질서를 규정하고 있는데, 대한민국헌법의 경제질서가 순수한 자본주의적 자유시장경제질서나 사회주의적 계획경제질서가 아닌, “사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자

3) 헌법 제36조 제2항(“국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”)

유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는”⁴⁾ 사회적 시장경제질서라는 것이 헌재⁵⁾와 학설의 대체적인 입장이다.⁶⁾ 그러나 대한민국헌법의 경제질서가 사회적 시장경제질서라는 개략적인 정의만으로는 경제질서가 경제상의 자유를 구체적으로 어느 정도 제한하는지를 알기 어렵고 보다 진전된 논의를 필요로 한다고 해야 할 것이다.

헌재는, 이미 언급한 바와 같이, 기본권인 경제상의 자유를 질서조항인 헌법 제119조 제1항에서 도출하였다.⁷⁾ 물론 이는 헌법이론적으로 가능하다.⁸⁾ 그러나 제119조 제1항이 전제하고 있는 기본권은 모든 경제영역에 있어서의 기본권인 재산권이라고 할 수 있기 때문에⁹⁾, 굳이 경제상의 자유의 기본권을 제119조 제1항에서 도출하지 않고도, 그 근거를 헌법 제23조에서 찾을 수 있었다고 해야 한다.¹⁰⁾

이에 반하여 헌법 제23조 재산권의 구성요건¹¹⁾이 넓게 이해될 수 없기 때문에 헌법

4) 헌재 1996.04.25, 92헌바47, 판례집 제8권 1집, 370, 380

5) 상계 헌재결 참조.

6) 김철수 헌법학개론, 2001, 213면; 권영성, 헌법학원론, 2002, 168면; 허영, 한국헌법론, 2002, 158면; 계획열, 헌법학(상), 2001, 355면; 성낙인, 헌법학, 2008, 255면; 홍성방, 헌법학, 2006, 979면 등 참조. 이에 대하여 권영실, 국가와 경제 - 경제질서의 헌법적 기초, 공법연구 제16집, 1988, 10면; 정승훈, 우리 헌법상 경제질서와 경제규제의 한계, 공법연구 제16집, 1988, 173면; 정승훈, 경제헌법, 1993, 197면; 김문현, 현행헌법상의 경제질서의 성격, 고시계, 1997. 9., 91면과 김형성, 경제헌법과 경제질서의 개혁, 고시계, 1998. 2., 91면 등은 유보적인 입장이다.

7) “헌법 제119조 제1항 ... 소정의 개인기업의 자유... 을(를) 직접적으로 위반한 것이다”, “헌법 제119조 제1항 ... 의 규정을 어겨 청구인의 기업활동의 자유 ... 을(를) 침해한 것이므로 헌법에 위반된 것임을 확인하며 ...”(헌재 1993.07.29, 89헌마31) 참조.

8) 이에 대해서는 정종섭, 기본권조항 이외의 헌법규정으로부터의 기본권도출에 관한 연구, 헌법논총 제5집, 1994. 09, 239면 이하; 줄고, 기본권의 도출과 헌법이론, 공법학연구 제8권 제4호; 줄고, 기본권의 양면성에 관한 고찰, 성균관법학 제17권 제1호, 2005. 06. 참조.

9) 김철수, 전제서, 215면; 권영성, 전제서, 171면; 허영, 전제서, 159면; 계획열, 전제서, 365면; 성낙인, 전제서, 254면; 홍성방, 전제서, 981면 참조.

10) 이에 반하여 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204는 “계약의 자유가 헌법 제10조 행복추구권에 함축된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이나 헌법 제119조 제1항의 경제상의 자유의 일종이기도 하다”고 함으로써, 경제상의 자유의 구성요건(보호영역)적 범위와 재산권의 구성요건적 범위가 다른 것으로 보고 있는데, 이는, 뒤에 살펴보게 되는 바와 같이, 헌재가 재산권의 구성요건을 좁게 이해하여, 장래를 향한 경제적 재화의 취득 등을 위한 경제활동의 자유를 재산권의 구성요건에서 원천적으로 배제하고, 그 결과 재산권으로부터 배제함으로써 비롯된 결과이다.

11) 기본권으로 보장되기 위한 필요조건적 요건인 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand)은 가끔 보호영역 혹은 Fr. Müller가 주장하고 K. Hesse에 의해서 지지되는 규범영역으로 표현되기도 한다. 이 기본권 구성요건(Grundrechtstatbestand)이라는 개념은 M. Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin, Heidelberg, 2000, A7, S. 94 ff.(방어권에 대하여 사용하며 Schutzgegenstand [보호대상]이라는 개념도 사용한다); K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 10 ff. 등에서도 사용되지만 이를 기본권 이론의 중심 개념으로 발전시킨 것은 R. Alexy이다(vgl. ders., Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., 1986, S. 272 ff.). 이 개념과 정확하게 일치하지는 않으나 保護領域(Schutzbereich)이라는 개념이 쓰이기도 한다. 또한 김철수, 전제서, 2004, 323면도 기본권의 구성요건(Grundrechtstatbestand)라는 개념을 사용하고 있다. 넓은 기본권

제119조 제1항에서 도출될 수 있는 모든 경제영역에서의 기본권인 경제상의 자유와는 다르다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 재산권이 경제적 (용역을 포함한 의미의) 재화를 이미 소유하고 있는 자의 사적유용성·처분의 자유만 아니라, 재화를 아직 소유하고 있지 않은 자의 취득의 자유도 동일하게 보장되지 않으면, 결국 재화의 시장을 통한 가격은 재화의 취득이 모든 사람들에게 자유롭게 보장되어 있느냐에 달려 있기 때문에, 재화 미소유자의 취득의 자유의 제한은 재화 기소유자의 처분의 자유의 제한과 동일하게 작용할 것이며, 따라서 재산권의 구성요건에 재화 미소유자의 취득의 자유도 포함해야 한다는 견해도 설득력을 얻고 있다.¹²⁾ 그뿐만 아니라 단순한 기대이익이나 수익의 가능성 등에서 확정적 이익이나 수익이 침해당했다고 주장할 수는 없겠지만, 그러나 그렇다고 하여 그러한 불확정적 재화의 취득 등을 추구할 자유 자체가 사인이나 국가에 의한 전적인 봉쇄도 가능하며, 보호되어서는 안 된다는 것을 의미하지는 않는다. 예를 들면 결사의 자유나 종교의 자유가 결사단체나 종교 자체만을 보호대상으로 하는 것이 아니라 이미 그 종교를 가진 자나 결사단체에 가입한 자의 자유로운 종교활동이나 결사활동을 보장하고, 아직 종교를 가지지 아니 한 자나 결사단체에 가입하지 않은 자의 종교나 결사관련 자유를 보장하는 것처럼, 재산권도 경제적 재화 자체만이 아니라 (획득할 가능성이 높은 낮은) 재화를 획득하기 위한 활동 등 재화와 관련된 자유들을 그 보호대상으로 하여야 함은 다른 기본권과 비교할 때에 당연하다고 할 것이다. 그리고 이런 미래를 향한, 불확정적 경제적 재화의 취득을 위한 자유를, 경제상의 재산권의 구성요건을 좁게 이해하고 구성요건에서부터 배제하여, 경제적 재화와 관련된 것이 있음에도 불구하고 경제적 재화와 관련된 것이 전혀 없는 일반적 행동의 자유에 속한다고 해야 할 이유가 없다. 그리고, 이후에 다시 논의되겠지만, 기본권을 최적보장하기 위하여, 비례원칙에 의한 가능최소한 제한 이전단계에서부터 미리 비이성적인 느낌에 의해 구성요건에서부터 배제해서는 안 되므로, 기본권의 구성요건은 넓게 이해되어야 한다고 할 수 있는데, 이러한 넓은 기본권 구성요건이론에 따라 헌법 제23조 재산권의 기본권구성요건을 이해하면, 결국 헌법 제119조 제1항의 경제상의 자유와 다르지 않게 된다. 물론 직업의 자유, 근로의 권리, 거주

구성요건이론에 대해서는 특히 R. Alexy, ebd.; 줄고, 기본권구성요건개념, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003. 05. 참조. 그 외에 재산권의 구성요건은 역사적으로 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1. 7. Aufl. 1891, § 167, S. 492 m. Anm. 5. Vgl. ferner F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 367; G. F. Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 200 ff.에서부터 넓게 이해되어 왔다고 한다(vgl. H.-J. Papier, GG-Kommentar, Maunz/Dürig, Art. 14, RNR. 24).

¹²⁾ M. Kloepfer, Grundrechte als Existenzsicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 37 ff., 41 ff. H. Limpens, Funktion und Grenzen der Inhaltsbestimmung des Eigentums im Sinne von Artikel 14 Absatz Satz 2 des Grundgesetzes, 1973, S. 164 ff.의 견해도 대체로 비슷하다.

이전의 자유 등을 통해서도 경제적 재화를 추구하는 등 경제상의 자유를 행사할 수도 있으므로 이런 기본권들을 통하여 행사되는 경제상의 자유들은 다시 헌법 제23조의 재산권에도 포함된다고 할 수 있다. 결론적으로, 헌법 제119조 제1항의 경제질서가 전제하고 보장하고자 하는 경제상의 자유는 결국 헌법 제23조의 재산권을 의미한다고 할 수 있을 것이다.

그러면 이렇게 헌법 제119조 제1항의 경제질서에서 경제상의 자유인 헌법 제23조의 재산권이 도출될 수 있다는 사실이 경제상의 자유인 재산권이 경제질서와 반면(Kehrseite)의 관계에 있음을 의미하는 것일까? 그러나 경제질서가 경제상의 자유에 대한 최적화를 의미한다고 이해될 수 있는¹³⁾ 헌법 제119조 제1항의 규정으로 보아 경제질서와 경제상의 자유인 재산권이 서로 반면관계에 있다고 단언할 수는 없다고 보여지지만, 이 경제질서와 경제상의 자유로서의 재산권의 관계에 대하여는 서로 상반된 두 헌법이론이 대립하고 있다.

이하에서는 이 두 헌법이론의 논의를 포함하여 헌법 제119조의 경제질서가 어떠한 내용의 경제질서이어야 하는지, 그리고 이러한 경제질서와 제23조의 경제상의 자유로서의 재산권의 제한의 관계에 대해서 논의하고자 한다.

III. 經濟秩序와 經濟上의 自由로서의 財產權과의 關係

1. 大韓民國憲法의 經濟秩序

기본권과 질서에 관한 일반적 헌법이론을 재산권의 제한과 관련하여 고찰하기 전에 먼저 대한민국헌법이 경제질서를 어떻게 구체적으로 규정하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

헌법 제119조는 “①대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ②국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 함으로써 경제질서를 규정하고 있다.

¹³⁾ 이덕연, 한국의 경제헌법질서상 기업의 자유, 공법연구 제29집 제1호, 2000, 161면 이하, 164면은 헌법 제119조 제1항과 제2항이 원칙과 예외의 관계에 있으므로, 최적화의 명령에 부합한다고 한다.

그런데 여기서 헌법 제119조 제1항의 경제질서와 제2항이 의미하는, “경제에 관한 규제와 조정”의 관계와 관련하여, 제1항이 자유경제의 원칙과 경제활동의 자유를 원칙적으로 규정한 것이며, 제2항이 그에 대한 예외로서 경제에 관한 규제와 조정을 규정한 것이라고 이해하는 것이 다수설이다.¹⁴⁾ 그러나 이에 비해 혹은 “헌법 제119조는 제1·2항을 분리하여 제1항에서 ‘시장경제질서’를, 제2항에서 ‘사회적’이라는 명제를 도출해 낼 수 있는 것이 아니라, 두 항을 서로 내적연관관계에서 파악하여, 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의 실현하는 경제질서라는 의미의 ‘경제헌법상의 근본적인 목표설정규정’으로 해석해야 한다”¹⁵⁾거나 “헌법 제119조를 제1항과 제2항을 분리하여 제1항은 원칙, 제2항은 예외를 규정한 것으로 보기보다는 전체로서 경제질서의 기본원칙을 규정한 것으로 이해하는 것이 옳다고 생각한다. ... 헌법 제119조는 ... 자유주의적 시장경제와 사회주의적 계획경제를 변증법적으로 통합시킨 사회적 시장경제를 채택하고 있는 규정으로 이해해야 한다”¹⁶⁾는 견해등의 소수설이 있다. 이 소수설은 헌법 제119조의 경제질서는 제1항과 제2항을 동시에 만족시키는 경제질서이어야 하며, 원칙적으로는 제1항의 자본주의적 시장경제질서이고, 예외적으로 제2항의 사회적 경제질서가 아니라는 것이다. 결론적으로는 이러한 다수와 소수의 견해의 차이는 내용적 차이보다, 다수설은 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계를 경제상의 자유와 그 제한과의 관계로 봄에 비하여, 소수설은 제1항의 경제질서와 제2항의 (경제에 관한 규제와 조정을 하는) 경제질서와의 관계를 뜻하는 데에서 비롯되는 비내용적 차이를 말하는 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 다수설은 헌법 제119조 제1항에 규정된 경제상의 자유를 최적보장해주는 경제질서가 원칙이며, 예외적으로 공익을 위해 제한(규제와 조정)하더라도 최소화하여야 한다는, 즉 경제상의 자유라는 기본권과 공익을 위해 그 기본권을 제한하는 경제질서가 대립관계에 있다고 전제하는 입장이며, 이에 비하여 소수설에 따른 헌법 제119조의 경제질서는 경제상 자유의 기본권을 보장하면서도 공익을 위한 질서이기 때문에, 다수설과는 달리, 원칙적으로 공익을 위하여 기본권을 제한하는 경제질서가 서로 대립관계에 서있는 것이 아니라, 기본권과 공익을 모두 만족시킬 수 있는 경제질서가 존재할 수 있다고 전제하는 입장이다. 경제질서는 기본권도 만족시키고 공익도 만족시켜야 한다고 규정하고 있는 헌법규정의 해석으로서는, 기본권과 공익의 대립관계를 전제하기 때문에, 양자를 동시에 모두 만족시키는 경제질서는 존재할 수 없다고 전제하는 다수설의 견해보다, (순수 이론적으로만 보면) 양자를 모두 만족시키는 경제질서이어야 한다는 소수설이 타당하다. 그러나 그러한

14) 김철수, 전거서, 213면; 권영성, 전거서, 168면; 허영, 전거서, 158면; 계획열, 전거서, 355면; 이덕연, 상계논문, 164면 참조.

15) 한수용, 한국헌법상의 경제질서, 심천 계획열 박사 화갑기념논문집 1995, 173면 이하, 190면.

16) 홍성방, 전거서, 981면.

경제질서가 실제로 존재할 수 있느냐, 그러한 경제질서가 존재한다면 그러한 경제질서는 어떠한 질서이냐에 대해서는 명백한 대답이 없고, 다만 자유주의적 시장경제와 사회주의적 계획경제를 시행착오를 거쳐서 적절히 혼합하여 변증법적으로 찾아가야 한다거나, 헌법 제119조는 그러한 (이상적) 경제질서를 (찾는 것을) 국가목표로 설정했다는 것만 알 수 있을 뿐이다. 그러나 만약 소수설이 주장하는 그러한 경제상의 자유를 보장하면서 동시에 공익을 만족시키는 경제질서가 존재할 수 없다면 그러한 주장은 구체적 내용이 없는 공허한 주장에 그치고 말 것이다. 그럼에도 소수설은 대한민국의 경제질서는 경제상의 자유를 보장하면서 동시에 공익을 만족시킬 수 있는 경제질서가 어떠한 경제질서인지에 대해서 구체적인 내용을 말하지 않는다.

헌법 제119조의 경제질서는 단지 경제상의 자유를 보장하고 동시에 공익을 만족시키는 질서가 아니라, 경제상의 자유를 가능한 최대도로 보장하면서 동시에 공익을 가능최대로 증진시키는 질서여야 한다. 따라서 그러한 경제질서는 (기본권의 감소를 가져오지 않도록) 공익을 해쳐서 감소시키지 않으면서, (補充性的의 原則¹⁷⁾에 따라 私人이 할 수 없는 경우에) 공동체가 보상을 지불하고 제한한 기본권을 가능최소로 투입하여 가능최대의 공익을 창출한 후, 창출된 공익을 공동체구성원들에게 합리적으로 배분함¹⁸⁾으로써 기본권을 증대시키는 질서 혹은 제도이지 않으면 안 된다. 그러한 경제질서에서는 공동체는 모든 제한되는 기본권에 대해서 보상을 하여야 하는 것이 아니라 기본권을 가능최대로 보장하기 위해서 공익을 해쳐서 감소시키는 행위에 대해서는 보상 없이 금지하지 않으면 안 되고, 이미 행해진 이런 공익파괴적 행위에 대해서는 오히려 이를 파괴된 공익을 전보하게 하고 이런 행위가 재발하지 않도록 필요한 조치를 취하지 않으면 안 된다. 왜냐

17) 여기서의 보충성의 원칙은 본래 국가와 사회의 원칙적인 분리(prinzipielle Trennung von Staat und Gesellschaft)에서 출발하여 공동체는 오직 개인이 할 수 없는 예외적인 상황에서만 기능한다는 원칙을 의미한다(vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. IV/1, 2006, § 104 II 6, S. 908). 상세히는 Chr. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999 참조. Vgl. ferner H. Schambeck, Globalisierung und Subsidiarität, Teoria del Diritto e dello Stato, 2004, S. 248 ff.; Blickle/Hüglin/Wyduckel(Hrsg), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Rechtstheorie, Beiheft 20, 2002; J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. mit einem Nachtrag versehene Aufl. 2001, S. 18 ff.

18) 창출된 공익이 공동체에 의해서 배분될 경우에는 공동체구성원에게 기본권이 증진되는 방법으로 배분되어야 하기 때문에, 배분이 강요의 형식으로 이루어지면 물론 안 되겠지만, 합리적 기준에 의해 배분을 받은 공동체구성원이 큰 어려움 없이 반환하거나 임의로 처분할 수 있다면 본인이 명백하게 배분 받기를 거부하지 않는 한 신청하지 않더라도 공동체가 배분한다고 하여 배분을 받은 자의 기본권을 침해했다고 할 수 없을 것이고, 오히려 일반적으로 공동체는 구성원에게 신청이 없더라도 배분할 의무가 있다고 해야 할 것이다. 이런 의미에서 예컨대 현행 사회보장급여의 경우에도 수급권자가 신청하지 않더라도 수급권자의 기본권의 가능최대보장을 위해 공동체가 적극적으로 지급할 의무가 있다는 해석도 가능할 것이다.

하면 공동체가 이러한 행위를 자유방임할 경우 오히려 기본권이 침해되는 결과에 이르고¹⁹⁾, 공익으로서의 기본권²⁰⁾이 침해되어 감소할 것이기 때문이다. 그러나 아무리 공익 파괴·감소행위라도 비례원칙에 따라 최소제한 되어야 하며, 그 이전에 기본권구성요건에서부터 미리 비이성적으로 배제되어서는 안 된다고 해야 한다. 이는 헌법 제119조의 경제질서²¹⁾는 가능최대한의 공익증진을 통하여 궁극적으로 공동체구성원 개개인의 경제상 자유의 기본권을 가능최대한 증대시킬 수 있는 질서이어야 하기 때문이다. 이렇게 가능최대한의 공익증진을 통하여 공동체구성원 개개인의 경제상 자유의 기본권을 가능최대 한 증대시킬 수 있는 경제질서만이 헌법 제119조에 부합하는 경제질서라고 할 수 있을 것이다. 이러한 ‘공익·기본권증대 경제질서’에서는 소수설이 헌법 제119조의 경제질서가 경제상의 자유를 보장할 뿐만 아니라 동시에 공익도 만족시켜야 함을 주장만 했을 뿐 그 경제질서의 구체적 내용이 없었던 점이나, 다수설의 경제상의 자유가 기본권으로서 원칙이며 그 제한이 예외라는 주장에는 물론 동의하여야 하지만, 그러나 다수설이 주장하는 경제질서는 기본권과 공익이 갈등관계에 서있었기 때문에 공익의 증대를 통한 기본권의 증대를 설명하지 못했던 점 등이 제거되었다고 할 수 있다.

그런데 이러한 헌법 제119조의 경제질서는 직업의 자유, 근로의 권리 등 경제관련 기본권에 적용되며, 경제상의 자유로서의 재산권에도 적용된다고 해야 한다.

2. 經濟上의 自由로서의 財産權의 制限

19) 헌재 2003. 02. 27. 2002헌바4: “헌법이 보호하는 경제상의 자유란 어떠한 경우에도 제한을 받지 않는 자유방임을 의미하는 것이 아니다. 어떤 분야의 경제활동을 사인간의 사적 자치에 완전히 맡길 경우 심각한 사회적 폐해가 예상되는데도 국가가 아무런 관여를 하지 않는다면 오히려 공정한 경쟁질서가 깨어지고 경제주체간의 부조화가 일어나게 되어 헌법상의 경제질서에 반하는 결과가 초래될 것이다.”

20) 같은 기본권도 이해하는 시각에 따라서 주관적 권리도 될 수 있고 공익도 될 수 있다. 즉, 예컨대 깨끗한 물을 마실 자유도 기본권주체에 일반적으로 해당되는 이익이 아닌 개인적 차원에서 자신의 권리로서 주장할 때에는 주관적 권리로서의 기본권으로 이해되지만, 독일연방헌법재판소의 Naßauskiesung(자갈채취) 결정(BVerfGE 58, 300 참조)에서와 같이 깨끗한 물을 마실 자유를 기본권주체들에게 일반적으로 해당되는 이익적인 차원에서 볼 때에는 공익으로 이해될 수 있다. 이는 알권리 등 모든 기본권들은 기본권주체가 권리로서 자신(들)을 위한 주관적(이익) 차원에서 주장할 때에는 주관적 권리로서의 기본권이 되지만, 기본권주체가 주장하는 것이 아니라(공동체에 의하여) 객관적으로 기본권주체들에게 일반적으로 공통하는 공동이익으로서 고려될 때에는 공익으로 이해될 수 있음을 뜻한다. 따라서 기본권은 기본권주체가 권리로서 주장할 경우에는 기본권(주관적 권리)으로 주장되는 것이지만, 주관적 권리로 주장되지 않을 경우에는 공익에 포함되어 보호된다고 할 수 있을 것이다. 후자를 여기서는 공익으로서의 기본권 혹은 기본권적 공익이라고 표현한다.

21) 물론 이 질서모델이 경제상의 자유의 기본권에만 적용되는 것이 아니라 모든 기본권에 적용될 수 있다.

1) 經濟秩序와 經濟上 自由로서의 財産權의 制限

헌법 제23조는 “①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

위에서 거듭 언급한 바와 같이, 재산권은 다른 기본권들과 마찬가지로 넓게 이해되어야 하며, 그 경우 헌법 제23조의 재산권은 헌법 제119조의 경제상 자유와 다르지 않게 된다. 따라서 헌법 제119조에서의 경제질서는 헌법 제23조의 재산권의 제한에도 적용된다고 하여야 한다.

위에서 논의된 결과로서의 도출된 ‘공익·기본권증대 경제질서’는, 공익의 증대를 통해서 가능최대한 경제상의 자유 기본권을 증대시켜야 하기 때문에, 우선 기본권(경제상의 자유)의 구성요건이 넓게 이해된 후, 기본권 행사로 인하여 공익을 파괴·감소할 경우에는 보상 없이 제한되어야 하지만, 공익의 (감소가 아닌) 가능최대한의 증대를 위하여 기본권이 가능최소한 제한된 경우에는 제한된 기본권에 대하여 보상을 하여야 하고, 이렇게 창출된 공익이 다시 공동체 구성원에게 합리적으로 배분되는 질서를 의미한다. 따라서 이러한 경제질서를 재산권의 제한에 적용할 경우, 첫째, 기본권(재산권)의 구성요건이 넓게 이해되어야 하고, 둘째, 공익을 감소시키는 재산권 부분은 보상 없이 제한되어야 하며, 셋째, (창출된 공익이 공동체 구성원에게 합리적으로 배분된다는 전제에서) 공익의 가능최대한의 증대를 위하여 기본권이 가능최소한 제한된 경우에는 제한된 기본권에 대하여 보상을 하여야 한다는 사항들이 적용되어야 한다.

우선 첫째, 기본권(재산권)의 구성요건이 넓게 이해되어야 하기 때문에, 제23조 제1항 제1문의 재산권의 구성요건이 넓게 이해되어야 한다. 따라서 제1항 제2문에 의하여 법률에 의하여 일반적·추상적으로 재산권의 구성요건을 축소시키는 한계가 그어졌다고 보아서 안 된다.²²⁾ 왜냐하면 만약 제1항 제2문의 법률에 의하여 일반적·추상적으로 비례원칙에 의하지 않고²³⁾ 설정된 한계를 재산권 보장에서 배제한다면, 재산권을 가능최대

22) 계획열, 전게서, 2002, 499면은 “재산권의 내용과 한계는 제23조 제1항 제2문에 따라 법률이 규정하도록 되어 있다. 따라서 법률이 재산권이라고 규정하는 모든 것이 헌법상 재산권의 보호영역에 포함된다.”라고 한다. 이는 법률에 규정되어 있지 않거나, 법률이 재산권에 포함되지 않는다는 한계로 규정한 사항이 재산권의 보호영역(구성요건)에서 제외되는 재산권의 좁은 구성요건을 의미한다.

23) 헌법 제23조 제1항 제2문의 법률에 의해 설정된 재산권의 한계를 계획열, 전게서, 2002, 499면과 같이 재산권의 구성요건에서의 배제로 이해하면서도, 드문 예외(김철수, 전게서, 2004, 620면 참조)를 제외하고는 거의 모든 학설과 헌법판례들이 이러한 법률의 합헌성을 비례원칙을 적용하여 심사하여야 하는 데에 견해가 일치하고 있는데, 이 경우에는 본래 재산권 한정(한계설정)으로 좁게 취해진 재산권의 구성요건이 비례원칙의 적용을 통해 다시 넓은 구성요건을 취한 것으로 전

보장할 수 없게 되기 때문이다. 둘째, 경제질서에 의해 공익을 (증대가 아니라) 감소시키는 재산권 부분은 보상 없이 제한되어야 하는데, 이는 제23조 제2항의 공공복리의무에 반하여 공익을 파괴·침해함으로써 감소시키는 경제상의 자유(재산권)를 제23조 제1항 제2문의 일반적·추상적 법률을 통하여 제한함으로써 보상을 지급하지 않고 제한하는 형태로 나타났고 보아야 한다. 셋째, 경제질서에서는 (창출된 공익이 공동체 구성원에게 합리적으로 배분된다는 전제에서) 공익이 가능최대한의 증대를 위하여 기본권이 가능최소한 제한된 경우에는 제한된 기본권에 대하여 보상을 지급하여야 하는데, 이는 제23조 제3항의 보상의무 있는 공용제한의 모습으로 재산권에 적용되었다고 볼 수 있다.

그런데 이러한 재산권의 제한에서 유의할 사항은 재산권의 구성요건을 넓게 보아서, 그 구성요건에 속하는 자유가 제한되었을 때에는, 공익을 파괴·침해함으로써 감소시키는 경우가 아닌 한, 이에 대하여 공동체는 완전한 보상을 지급하여야 한다는 점이다. 공동체는 이러한 보상을 지급하고도 충분히 남는 공익이 창출될 때에만 이러한 공용제한을

환되었다고 주장할 수 있다(예컨대 R. Alexy, ebd.). 왜냐하면 그것은 제1항 제2문의 한계의 최소 여부를 심사하기 위하여 재산권에 비례원칙을 적용할 때에는 그렇게 재산권의 구성요건을 좁힌 그 한계를 없던 것으로 하고, 그리고 다른 어떠한 한계도 없는 것으로 전제하고(즉 재산권이 원칙적으로 한계가 없는 것으로 전제하고) 비례원칙을 적용할 때에만 최소한의 제한을 찾아낼 수 있기 때문이라고 주장할 가능성도 있기 때문이다. 즉 비례원칙을 적용하여 제23조 제1항 제2문의 법률에 의한 한계(제한)가 최소한의 제한인지 여부를 심사한다는 것은 재산권의 구성요건을 좁힌 그 법률의 한계와 다른 모든 한계가 없어지고 비례원칙에 의해 새로이 한계를 찾는 것을 의미하기 때문에, 재산권의 원칙적 무한계성이 전제된 것이며, 동시에 재산권의 구성요건을 넓게 취한 결과가 되었음을 뜻한다고 주장할 수도 있을 것이기 때문이다. 만약에 이 주장대로 이렇게 헌법 제23조 제1항 제2문의 재산권한정(한계설정) 법률에 대한 비례원칙에 의한 심사를 허용함으로써 결국 헌법 제23조 제1항의 재산권의 구성요건을 넓게 취한 결과에 이르게 된다면, 이는 또한 재산권의 원칙적인 무한계성을 인정된 결과가 될 것이다. 그렇다면 결국 처음에는 헌법 제23조 제1항 제1문의 재산권 구성요건을 좁게 취하고, 제1항 제2문의 법률을 통하여 재산권의 제한이 아니라 재산을 배제하는 한계를 설정한다고 해석하더라도, 나중에 비례원칙을 통한 심사를 허용한다면, 처음부터 제1항 제1문의 재산권 구성요건을 넓게 취하고, 제1항 제2문의 법률이 재산권을 (한정이 아니라) 제한한다고 해석하는 것과 결과적으로 아무런 차이가 없기 때문에, 제1항 제1문의 재산권의 구성요건을 넓게 이해하든 좁게 이해하든, 그리고 제1항 제2문의 법률을 재산권을 한정하는 법률로 이해하든, 제한하는 법률로 이해하든, 실제로는 아무런 차이가 없다고 주장할 수 있다. 그러나 그것은 그렇지 않다. 비례원칙을 적용하여 제1항 제2문 법률에 의한 재산권의 최소제한 여부를 심사하기 위하여 반드시 재산권이 구성요건을 넓게 취하지 않으면 안 되는 것이 아니기 때문이다. 왜냐하면 P. Häberle가 (비례원칙을 내포한 이익형량(Güterabwägung)원칙이 비례원칙까지 포함하고 있다고 하면서) 이익형량을 할 때에 기본권의 무한계성을 전제하지 않고 우선 문제(생각)되는 법익(zunächst gedachter Verfassungsrechtsgüter)들만 (기본권구성요건에 새로이 포함시킨 후에) 공익과 형량해서 기본권의 범위·한계를 조정해나가면 된다고 주장하는 바와 같이(P. Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 31 ff.), 보통의 경우에도 좁은 구성요건 상태의 재산권을 재산권으로 문제되는 이익(자유)들만 들어올 수 있도록 기본권구성요건 넓혀서 기본권구성요건에 새로이 들어온 이들 자유들을 개별적으로 재산권에 속하는지 속하지 않는지 비례원칙을 적용하여 심사하여 법률이 재산권의 한계를 잘못 설정한 경우에 재산권의 한계를 개별적으로 조정할 수 있고, 또 실제로도 그렇게 하고 있기 때문이다.

행할 수 있음은 이미 언급한 바와 같다.

그러나 이러한 헌법 제119조의 경제질서를 재산권에 적용한 결과가 기본권이론, 학설, 헌재판례와 여러 상이점들을 드러내는데, 이하에서는 이에 대하여 간단히 논의하고자 한다.

2) 基本權理論

(1) 無限界的 基本權理論

C. Schmitt는 그의 헌법이론에서 그의 배분의 원칙(Verteilungsprinzip)을 통해 근대적 헌법을 법치국가적 구성부분과 정치적 구성부분으로 나누고, 전자는 개인의 자유영역으로서 원칙적으로 무한계적(prinzipiell unbegrenzt)이며, 후자는 국가의 조직·권력영역으로서 원칙적으로 한계적(prinzipiell begrenzt)이라고 함으로써,²⁴⁾ 자유권만에 한정하여 인정한 헌법의 기본권을 원칙적으로 무한계적이라고 이해한다. 이렇게 그가 기본권을 원칙적으로 무한계적이라고 이해한 것은 기본권이 절대적으로 제한될 수 없다는 의미가 아니고, (원칙적으로 한계적인) 법률에 의해 제한될 수 있지만, 그 제한이 예외(Ausnahme)이며, 기본권은 이 예외에 대한 원칙으로서 존재하는 것으로 전제되어야(vorausgesetzt) 함을 의미한다.²⁵⁾ 이것은 기본권이 제한되기 전에 제한된 부분이나 배제된 부분이 없이 온전한 것으로, 즉 한계가 없는 것으로 전제되어야 함을 뜻한다. 그리고 국가의 조직·권력영역에 속하는 제도적 보장은 국가권력과 마찬가지로 원칙적으로 한계적이기 때문에, 기본권과는 본질적으로 구별되며, 서로 양립할 수 없는 것으로 이해한다.

그러나 칼 슈미트의 이러한 기본권이론은 Weimar 헌법 제153조에 규정된 재산권에 이르러서 문제에 봉착하게 된다. 왜냐하면 현행 대한민국헌법 제23조 제1항과 유사하게 바이마르 헌법 제2장(독일인의 기본권리와 기본의무)에 속한 제153조 제1항은 “재산권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률에서 나온다.”²⁶⁾고 규정되어 있었기 때문에, 재산권은 마치 권력분립된 국가권력처럼 처음부터 한계가 정해진 제도적 보장은 될 수 있어도 기본권은 될 수 없었기 때문이다. 슈미트는 바이마르 헌법 제153조 제1항의 제1문에서는 이 재산권이 헌법에 의해서(von der Verfassung) 절대적으로 보장된다고 하면서, 동시에 제2문에서는 처음부터 단순히 상대적으로(von vornherein nur relativ), 즉 한계 내에서(innerhalb der Schranken) 혹은 법률이 정하는 바에 따라(nach Maßgabe der Gesetze) 보장된다고 하는 것은 모순이라고 생각한다.²⁷⁾ 왜냐하면 재산권이 기본권이면서

²⁴⁾ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 1. Aufl., 125 ff., 167 f.

²⁵⁾ Ders., aaO., S. 166.

²⁶⁾ Artikel 153: “(1) Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.”

동시에 사법적 제도가 되기 때문이다. 그의 이제까지의, 자유는 제도가 아니라는²⁸⁾ 사고에 비추어 볼 때 문제가 생긴 것이다. 그러나 그는 재산권이 없는 시민적 법치국가는 있을 수가 없기 때문에, 바이마르 헌법의 재산권은 헌법률적 권리가 아니라 기본권으로서 이해하였다.²⁹⁾ 그는 이렇게 재산권을 기본권으로 봄으로써 원칙적으로 한계가 없는 원칙(Prinzip)³⁰⁾으로서의 성격을 갖는 것으로 이해하였다.

이러한 슈미트의 무한계적 기본권이론은 이후에 나타나게 될 R. Dworkin과 R. Alexy의 원칙이론과 넓은 구성요건이론 등보다 훨씬 오래 전에 이들 이론들을 모두 내포하고 있는 뛰어난 이론이라는 평가를 받기에 충분하다고 할 것이다. 겉보기에는 단순해 보이지만 그의 이 기본권이론에는 깊은 뜻이 담겨 있다. 마치 초실정법에 속하기 때문에 본래 실정화할 수 없는 저항권을 실정화한 독일 기본법상의 저항권이 초실정법적 저항권을 최종적으로 완벽하게 대체할 수 없는 것처럼, 그의 무한계적 기본권이론을 음미해볼 때, 뜻밖에도 실정 기본권규정이 초실정법적 기본권에 닿아 있으며, 완전히 이를 대체할 수 없고 오히려 이를 섬기고 있다는 결론에 이르게 된다. 본래 초실정법적으로 무한계적인 기본권을 법률이 한계를 그었다 하여 최종적으로 완벽하게 그어지지 않는 것처럼, 헌법 자체가 그러한 한계를 그었을 때에도 마찬가지로 해야 할 것이기 때문이다.

기본권이 처음부터 그러한 한계를 가지지 않는 것으로 전제되어야 한다는 그의 기본권이론은 비례원칙 등을 적용하여 기본권의 제한을 최소제한하기 위하여 중요한 논리적 전제조건을 밝혀주었다고 해야 한다. 그리고 그의 의도와 관계없이, 그의 논리를 계속 적용하면, 비록 한계적이어야 하는 국가권력이 제정하는 헌법이 (무한계적으로 전제되어야 하는 기본권이) 어떤 한계를 가졌다고 보이는 규정을 했더라도, 이를 한계로 해석해서는 안 되고 기본권의 무한계성을 전제하는 기본권제한으로 해석해야 한다는 데에 이르게 된다. 결국 헌법이 초실정법적인 기본권에 닿아있고 그 초실정법적인 기본권을 섬기고 있다는 충격적인 결론에 도달하는 것이다. 나중에 언급하게 될 R. Dworkin과 R. Alexy의 원칙이론(Prinzipientheorie)도 그들의 의사와는 관계없이 그 논리를 계속 적용하면 동일한 결과에 이르게 된다. 따라서 대한민국헌법 제23조 제1항 제2문이 비록 “그(재산권의) 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 규정하여, 이러한 재산권한정 법률로 재산권에 속하지 않는 부분을 재산권에서 미리 배제하는 것처럼 보이더라도 그러한 의미의 ‘한계’설정규정으로 해석해서는 안 되고, 기본권의 무한계성(그리고 그 결과 넓은 기본권구성요건)을 전제한 기본권제한규정으로 해석하지 않으면 안 된다.³¹⁾

27) C. Schmitt, aaO., S. 166, 171 f.

28) Ders., aaO., S. 171.

29) Ders., aaO., S. 172.

30) Ders., ebd.

그러나 그의 이러한 ‘공적’에도 불구하고, 그의 기본권이론이 본고의 주제와 관련하여 부족한 점은 - 물론 재산권의 구성요건을 넓게 이해해야 한다는 점은 잘 설명할 수 있지만 - 왜 공익을 파괴·감소시키는 재산권이 보상 없이 제한되어야 하는지를 설명하지 못한다는 점이다. 또한 마지막으로, 그의 기본권이론은 기본권이 제한되었을 때에는 보상되어야 한다는 것은 잘 설명할 수 있으나, 공익의 증대를 통한 기본권의 증대를 적극적 국가작용으로 설명해주지 못한다는 약점을 가지고 있다. 그런데 이는 그의 기본권이론이 자유권 중심으로 되어있고, 국가를 통한 기본권의 증대·신장은 기본권이 아닌 제도적 보장으로 이해함으로써, 즉 국가조직영역에서 국가에 의해 생성된 기본권을 국가권력과 동일하게 원칙적으로 한계적으로 취급함으로써, (원칙적으로 무한계적인 기본권이 예외적으로 최소한 제한되어야 함에 비하여) 최대한도까지 법률에 의하여 제한할 수 있다고 해버림으로써 이를 기본권 수준으로 보장하지 못한 것뿐만 아니라, 공익의 증대를 통한 기본권의 증대에는 전혀 생각이 미치지 못하여 이를 전혀 설명할 수 없게 된 것이라고 해야 할 것이다.

(2) 限界的 基本權理論

(aa) 統合論(Integrationslehre)

C. Schmitt의 한계적 기본권이론을 체계적으로 부정한 것이 R. Smend의 통합론이다. 스멘트의 주장은 슈미트가 기본권이 원칙적으로 한계를 가지지 않았다는 이론을 전적으로 부정하고, 인간은 공동체를 떠나서 존재할 수 없기 때문에, 기본권은 처음부터 한계를 가졌다는 것이다. 슈미트는 제도적 보장을 오직 국가 내에서만³²⁾ 인정하는 데에 비하여, 기본권을 전국가적인 것³³⁾, 모든 사회적 질서의 이전에 존재하는 자연적 권리³⁴⁾로, 즉 국가나 모든 공동체 이전적인 것으로 이해한다. 그가 이렇게 공동체의 질서에 의해서 혹은 공동체의 질서를 위하여 가해질 수 있는 한계가 전혀 없는, 처음부터 공동체를 떠나서 존재할 수 있는 것으로 전제함으로써 무한계적으로 이해함에 대하여, 스멘트의 통합론은 기본권은 사회를 떠나 존재할 수도, 생각할 수도 없으며, 결코 사회와 분리할 수 없고, 공동체를 전제하지 않으면 안 된다는 근본적 생각이 어느 일부분이 아니라 그의

31) 위에서 언급한 바와 같이, 대부분의 해석론들의 경우 제23조 제1항 제2문의 법률을 재산권배제적 한계규정으로 해석하면서 그 한계의 합헌성여부를 심사하기 위하여 비례원칙을 적용하여야 한다고 주장하는데, 그러나 그렇게 하더라도 제23조 제1항 제1문의 재산권의 구성요건이 넓어지는 것이 아니고, 따라서 제23조 제1항 제2문의 법률이 자신들이 생각한 재산권 한정규정이 재산권 제한규정으로 성격이 바뀌는 것이 아니다(vgl. R. Alexy, ebd.).

32) C. Schmitt, aaO., S. 170 f.

33) Vgl. ders., aaO., S. 171(“etwas Vorstaatliches”).

34) Vgl. ders., ebd.(“vor jeder sozialen Ordnung bestehendes natürliches Recht”).

통합론의 전편을 거쳐 흐르고 있다.³⁵⁾ 이러한 스멘트의 통합론을 전체로서 살펴보면, 개인들의 전체로서의 정신적 체험의 통일체³⁶⁾가 전체적 관점에서 변증법적 공동질서³⁷⁾ 혹은 공동체의 질서와 각 개인들 사이에 교차적³⁸⁾ 혹은 사회교차적³⁹⁾ 이해가 이루어지게 된다. 이렇게 공동체 질서가 개인들에 의해서 이해된다는 것은 공동체 질서가 개인에 의해 공동체 전체를 고려하고 그 상황에서 모순을 제거하고 만족시킨다는 의미에서 변증법적으로 이해됨을 뜻한다. 이렇게 개인과 공동체간의 변증법적·교차적⁴⁰⁾ 이해가 발생한다는 것은 기본권이 인과적으로 이해되는 것도, 개념적으로 도출되는 것도 아니고, 통일체로서의 공동체가 개인의 주관에 의해 사회적 교차적으로 이해된 기본권이 다시 하나의 계기(Moment)로서 전체에서 보아 이해됨으로써⁴¹⁾ 또다시 공동체가 계속적으로 갱신(Aktualisierung)⁴²⁾되는 것을 의미하는 것이지, 이러한 공동체가 이러한 변증법적 과정 없이 미리 선재하여 각 개인들이 교차적으로 이해한 기본권을 보장하기 위하여 존재한다는 것을 뜻하지 않는다.⁴³⁾ 따라서 개인적 권리로서의 기본권은 개인이 전체로서의 공동체를 각자 자신의 시각에 따라 변증법적으로 이해하고 체험함으로써 행사되고, 개인의 이러한 전체체험에의 참여를 통하여 공동체가 변증법적으로 갱신되는 과정을 계속 되풀이함으로써⁴⁴⁾ 전체관계로서의 공동체가 항상 흐르고 있다고 표현될 수 있다.⁴⁵⁾ 기본권의 이러한 변증법적 이해는 계기(Moment)로서의 개인적 기본권이 공동체 전체의 시각에서 이해되고, 이러한 이해가 다시 전체관계·체험의 통일체로서의 공동체를 끊임없이 갱신하는 교차적 이해를 의미한다. 이렇게 스멘트에게 있어서의 기본권은 개인과 공동체간의 교차적

35) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. erw. Aufl., Berlin, 1968, S. 125 ff., 160 ff., passim.

36) R. Smend, aaO., etwa S. 126, 132.

37) Ders., aaO., S. 126, 138, 139.

38) Ders., aaO., S. 133

39) Ders., aaO., S. 126, 138("durch die soziale Beziehung gegebenen strukturellen Verschränkung"; "persönlichen Lebensverschränkung"). Vgl. auch ders., Staat, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 520("dialektische Verschränkung der Beziehungen aller Beteiligten untereinander").

40) 여기서 기본권이 개인의 주관적 시각(Verspektive)에 따라 교차적으로(verschränkt) 이해되었다는 것은 C. Schmitt의 경우와 같이 아무런 한계 없이 이해되었다는 뜻이 아니라, 이미 공동체 전체의 입장에서 공동체 부분들이 모순이 없도록 질서화된 통일성(Einheit des Zusammenhangs)의 한계 내에서 교차적으로 이해되었음을 뜻한다(vgl. ders., aaO., S. 133, Anm. 27).

41) Ders., aaO., S. 130.

42) Vgl. ders., aaO., S. 134("Staat als einer geistigen Einung").

43) Ders., Staat, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 520; ders., Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 128.

44) Ders., aaO., S. 136("nur in diesem Prozeß ... dauernden Neuerlebenswerdens"); ders., Integrationslehre, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 475 (475).

45) Ders., aaO., S. 132("... stets von neuem aktualisiert ...", "... in Symbolen, Formen, Satzungen verfestigt, ist doch stets im Flusse ...").

· 변증법적 과정에 의하여 그 한계가 설정된다. 그러므로 이러한 한계는 기본권에 내재해있게 된다.

K. Hesse도 기본권을 스멘트와 마찬가지로 국가공동체의 한계 내에서 이해하는 것은 그가 스멘트의 통합론을 따르는 한 어쩔 수 없을 결과일 것이다. Hesse는 원칙적으로 절대적인 자연적 국가권력을 가정할 수 없는 것처럼, 독일 기본법의 기본권도 원칙적으로 무제한적인 자연적 자유를 假定할 수 없다고 한다.⁴⁶⁾ 그의 이러한 주장은 기본권이, 그의 헌법의 통일성의 원칙(Einheit der Verfassung)이 의미하는 것처럼, 공동체를 위한 한계를 처음부터, 즉 내재적으로, 포함하고 있음을 뜻하고 있다. 다시 말하면, 기본권이 무한계성을 가진다는 假定(Annahme)을 할 수 없다는 것이다.

P. Häberle에 의하면 기본권은 주관적 권리로서의, 개인권리적 '측면'⁴⁷⁾과 제도적 측면⁴⁸⁾을 가졌는데, 이 기본권의 제도적 측면은 자유주의적으로 질서화되고⁴⁹⁾ 형성된 생활영역의 헌법적 보장⁵⁰⁾을 의미한다고 한다. 그리고 이러한 - 헌법의 전체와 연결되는 - 생활관계, 객관적 질서, 생활영역들은 예컨대 자유주의적인 계약질서, 재산질서, 상속질서⁵¹⁾를 나타내며, 존속하는 혼인질서와 가족질서와 현행 결사의 자유, 집회의 자유, 단결권 등에 나타낸다고 한다.⁵²⁾ 이를 그는 기본권의 제도적 측면 혹은 제도로서의 기본권이라고 하며, 이러한 기본권의 개인권리적인 측면과 제도·질서적인 측면 등 두 측면들⁵³⁾이 전체로서 기본권을 이룬다고 한다. 그리고 헤벌레에 의하면 결국 이러한 기본권의 제도적 측면은 기본권을 생활관계적인 측면에서 본 것이며, 이는 곧 기본권의 한계가 나타

46) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991, S. 125(RNr. 292).

47) P. Häberle, aaO., S. 70(individualrechtliche "Seite").

48) Ders., aaO., S. 70 ff.("institutionelle Seite")

49) Ders., ebd., Anm. 4: K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVStRL 17 (1959), S. 11. ff. (32: 질서["Ordnungen"]·생활영역["Lebensbereiche"]·생활관계["Lebensverhältnisse"]로서의 기본권), ders., aaO., S. 43. Anm. 92: 사실영역("Sachbereiche")으로서의 기본권; G. Giere, Das Problem des Wertsystems der Weimarer Grundrechte, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Königsberg, Heft 3, 1932, S. 84, 118: 객관적 질서("objektive Ordnungen"); BVerfGE 6, 55 (72): 기본법 제6조는 혼인과 가족의 생활질서("Lebensordnungen" Ehe u. Familie)의 보장을 의미하고, 그러므로(!) 하나의 제도적 보장을 포함하고 있다; 기본법 제19조 제2항과 관련하여 BVerfGE 2, 266 (285)의 제도적 시사점도("den auch (!) instit. Ansatz") 참조: 규정할 생활관계("... das zu regelnde Lebensverhältnis").

50) P. Häberle, ebd.("verfassungsrechtliche Gewährleistung freiheitlich geordneter und ausgestalteter Lebensbereiche")

51) Ders., ebd.("die freiheitliche Vertrags-, Eigentums- und Erbbordnung")

52) Ders., aaO., S. 70 f.

53) 헤벌레는 기본권이 기본권권리자(주체) 측에서 볼 때 주관적 공권이며, 생활관계적인 측면에서 볼 때 제도로서 보인다고 한다(ders., ebd.: Grundrechte "als Institution").

내는 객관적 질서를 의미하게 된다. 왜냐하면 그에 의하면 이러한 객관적인 생활관계, 즉 제도로서의 기본권에 들어감(Eintritt)으로써 개인적인 자유에게 한계가 그어진다고 하기 때문이다. 그리고 기본권권리자(주체)들은 이러한 생활관계의 “고유법칙성”, 즉 “제도적 질서들”⁵⁴⁾에 편입되어 지배받게 되는데, 이러한 기본권영역의 생활관계의 고유법칙성들은 다수가 헌법 이전에 이미 존재하는데, 이러한 고유법칙성들을 기본권의 제도적 측면을 위하여 그리고 또한 입법자들의 기본권을 한정하고(begrenzen) 형성하는(ausgestalten) 기능에 의하여 계수될 뿐만 아니라 그들 스스로 이 개별적인 생활영역의 고유법칙성들을 생성하는 것도 드물지 않다고 한다.⁵⁵⁾ 그리고 이 고유법칙성들은 개인들에게 의무를 부과시키며 속박한다고 한다. 그리고 개인적인 자유란 처음부터(von vornherein) 이 생활관계에 들어있는 자유이지, 이 생활관계 밖에서(“außen”) 혹은 위에서(“oben”) 생활관계로 옮겨진 것이 아니며, 이 생활관계로부터 분리할 수도 없으며, 오히려 이 생활관계 속에서 “현실성”⁵⁶⁾을 얻고, 또 계속하여 새롭게 현실성을 얻는다고 한다. 이것은 개인적 자유의 “내용과 한계”⁵⁷⁾가 이 생활관계 속에서 정해짐을 의미하며, 반대로 이 생활관계가 개인적인 자유에 처음부터 주어졌었음을 의미한다고 한다. 요컨대, 헤벌레는 개인적 자유로서의 기본권이 처음에 생활관계 밖에 무한계적으로 있다가 나중에 생활관계 속으로 들어와서 제한되는 것이 아니라 처음부터 생활관계 속에 들어 있었기 때문에, 처음부터 생활관계에 의한 한계를 내재⁵⁸⁾하고 있다는, 즉 기본권의 한계가 “외부로부터” 가해지는 제한이 아니라 기본권 자체 내에 내재하는 한계라는⁵⁹⁾ 주장을 열심히 하고 있는 것이다.

인간은 아마도 어떤 사물들은 그 미치는 영향의 범위가 무한하고, 어떤 다른 사물들은 이 영향을 제한하고 있다고 생각하기보다, 사물들이 서로 영향을 미칠 수 있는 영역들이 한계를 이루며 존재하고 있다고 생각하는 습성이 있는 듯하다. 기본권의 한계를 전제하는 통합론과 같은 이론은 어떤 특별한 이론이라기보다 기본권이 미치는 영역과 공동체가 미치는 영역이 서로 정해져 있다고 생각하는 인간이 보편적으로 가지고 있는 영역·한계 중심의 사고에서 비롯된 산물로 보여진다. 어떻든 이러한 통합론의 한계적 기본권이론은, 이미 언급한 바와 같이, 비례원칙이나 이익형량⁶⁰⁾을 통하여 부분적으로 단점이 보충될

수 있겠지만 완전히 치유될 수 없다고 해야 한다. 따라서 통합론의 한계적 기본권이론의 본고의 주제와 관련하여 부족한 점은 우선, 무한계적 기본권이론과는 상반되게, 재산권의 구성요건을 넓게 이해해야 한다는 점부터 잘 설명할 수 없지만, 그러나 왜 공익을 파괴·감소시키는 재산권이 보상 없이 제한되어야 하는지는 - 기본권은 공동체를 전제하기 때문에 공동체의 각 기본권영역에서의 고유법칙성 혹은 생활관계를 떠나서 보장될 수 없다는 논리를 통하여 - 슈미트의 무한계적 기본권이론보다 더 잘 설명할 수 있다고 해야 한다. 마지막으로, 통합론의 기본권이론은 슈미트의 무한계적 기본권이론보다 공동체를 통한 기본권보장을 제도적 보장 수준보다 높여주는 하지만 객관적 질서의 반면(Kehrseite) 이상으로 높일 수는 없기 때문에, 공익의 증대를 통한 기본권의 증대를 위한 적극적 국가작용을 설명해주지 못한다는 약점을 가지고 있다고 해야 한다.

(bb) 基本權의 內在的限界

통합론에 영향을 받아 전개된 이론일 수 있겠지만, 한계적 기본권이론은 통합론에서만 주장되는 것은 아니며, 기본권의 내재적 한계⁶¹⁾를 주장하는 이론들은 모두 기본권의 한계성을 주장하고 있다고 할 수 있다.

이 기본권의 내재적 한계이론들은 독일 기본법상 본래 법률로 제한 할 수 없는 소위 절대적 기본권⁶²⁾을 제한하기보다는 그 기본권들에게 한계를 설정하기 위하여 전개된 이론들이다.

이러한 기본권의 내재적 한계를 주장하는 독일의 이론들로는 독일 기본법 제2조 제1항의 3한계(Schrankentrias)를 소위 절대적 기본권에도 적용하려고 하는 3한계이론⁶³⁾과 기타 기본권오용이론⁶⁴⁾, 헌법의 통일성(Einheit der Verfassung)의 원칙⁶⁵⁾, 개념내재적한계이론⁶⁶⁾, 공동체유보이론⁶⁷⁾, 사리적 한계이론⁶⁸⁾, 기본권형성적 법률유보이론⁶⁹⁾ 등이 있

Meinungsausßerung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 96 ff.).

61) 독일에서 ‘내재적 한계’라는 개념을 아마도 최초로 사용했다고 여겨지는 문헌으로는 G. Holstein, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, 1921, S. 85. Vgl. H. van Nieuwland, Darstellung und Kritik der immanenten Grundrechtsschranken, 1981, S. 7 FN 4.

62) Vgl. H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., 1953, Vorb. vor den Grundrechten Erl. 2, Art. 4 Erl. 2, Art. 5 Erl. 8, Art. 8 Erl. 3, Art. 12 Erl. 3; R. Thoma, AÖR, Bd. 75, 1949, S. 363 (364 f.); E. Friesenhahn, NJW 1949, 701 (704); K. Kleinrahm, DÖV 1949, 537 (539 f.).

63) Vgl. H. Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift für R. Laun, hrsg. v. D.S. Constantopoulos/H. Wehberg 1953, S. 669 ff.; R. Smend, Das Recht der Meinungsausßerung, S. 97, auch in: VVStRL Heft 4 (1928), S. 44 (52); G. Dürig, Anmerkung zum Elfes-Urteil, in: JZ 1957, S. 169 ff.

64) 여기에 대해서 상세히는 H.-U. Galwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967 참조.

65) Vgl. K. Hesse, aaO., S. 27, RNr. 71, passim.; BVerfGE 19, 206 (220); 28, 243 (261); 33, 23 (29); 1107, 104 (118).

54) P. Häberle, aaO., S. 100(“Eigengesetzlichkeit”, “institutionelle Ordnungen”).

55) Ders., ebd.

56) Ders., ebd.(“Wirklichkeit”)

57) Ders., ebd.(“Inhalt und Grenze”)

58) Ders., aaO., S. 51 ff., passim.

59) Ders., aaO., S. 51(“von außen”).

60) 헤벌레는 비례원칙을 내포한 이익형량의 원칙을 적용하고(P. Häberle, aaO., S. 31ff.),

헷세도 기본권한정에 비례원칙을 적용하는 것은 주지의 사실이다(K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, passim.). 또한 스멘트도 형식적 일반적법률에는 사용하지 않지만, 내용적 일반적법률을 구별하는 데에는 법익형량의 한다(R. Smend, Das Recht der

다. 이러한 기본권의 내재적 한계이론을 어떤 문헌들은 독일 기본법과 같이 법률로 제한할 수 없는 소위 절대적 기본권을 규정하고 있는 경우에는 인정할 수밖에 없다고 주장하지만, 그런 절대적 기본권의 경우에도 반드시 내재적 기본권한계를 인정하여야 하여야 한다고는 할 수 없다. 기본권의 내재적 한계의 근거로서 주장하는 사유들을, 우선 해당 기본권의 구성요건을 넓게 이해한 다음, 기본권의 제한사유로 해석함으로써 이들 사유들을 기본권한계 사유로 이해할 때보다 기본권을 최적으로 보장할 수 있다는 점은 여러 번 강조되어도 지나치지 않을 것이다.

(cc) 좁은 基本權構成要件 理論

법규범의 법적효과는 그 법규범의 모든 조건들이 충족되면 발생하므로 기본권구성요건의 개념도 기본권의 확정적 법적효과를 위한 조건들의 총체로 이해하는 것으로 정의할 수도 있는데 이런 기본권구성요건의 개념을 넓은 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand im weiteren Sinne)이라고 한다면, 이런 광의의 구성요건에 비해서 좁은 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand im engeren Sinne)은 이제까지 단순하게 구성요건이라고 일컬어졌던, 기본권제한(규정)과 대립되었던 개념을 의미한다.

기본권의 구성요건을 넓게 이해하여 구성요건에서 직관적·비이성적 배제를 인정하지 않는 이론을 넓은 기본권구성요건이론이라고 하고, 이에 반하여 어떤 형식으로서든 구성요건에서 직관적·비이성적 배제를 인정하는 이론을 모두 좁은 기본권구성요건이론이라고 한다. 가장 좁은 기본권구성요건은 구성요건에 확정적으로 보장되는 기본권만으로 구성

66) 예컨대 집회의 자유의 집회의 개념과 결사의 자유의 결사의 개념에 이미 그 계속성의 차이 때문에 기본권의 한계가 들어 있다는 이론이다. 그리고 집회, 결사뿐만 아니라 모든 기본권들의 개념(예컨대 종교, 예술, 언론, 직업 등)에도 이미 한정된 개념들이 들어 있어서 그 개념들이 기본권의 한계가 된다는 것이다. 그 외에 기본법 제8조의 집회의 자유의 “평화롭게, 무기를 소지하지 않고” 등의 집회의 개념 외에 부가된 표현에 의하여서도 집회의 개념이 정해지며, 또한 기본법 제4조 제3항의 병역거부의 자유에 부가된 표현인 “집총거부”에 의해, 또한 기본법 제5조 제1항 제1문의 정보의 자유에서도 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원” 등의 부가적 표현에 의해 기본권의 한계가 정해진다는 이론이다. Vgl. K. Hesse, aaO., S. 131, RNr. 310; H.-J. Wipfelder, Ungeschriebene und immanente Schranken der Grundrechte, BayVBl. 1981, 417 ff. 계획열, 전게서, 2002, 116면 참조.

67) Vgl. H.-J. Wipfelder, aaO.; F. E. Schnapp, Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, S. 732.

68) Fr. Müller, Die Positivität der Grundrechte, S. 41.

69) 허영, 전게서, 2007, 474면, 287면; 계획열, 전게서, 2002, 128면 이하; 성낙인, 전게서, 2008, 343면; 홍성방, 전게서, 2006, 327면, 330면 이하 참조. 헌재도 헌재 1993.7.29. 92헌바20(“재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성된다. 물론 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다.”)을 통해 기본권형성적 법률유보를 인정했다. 그러나 이런 기본권형성이 실제로는 기본권의 내재적 한계를 의미하게 된다.

되는 구성요건이다. 내용적으로 보아, 넓은 기본권구성요건에서 비례원칙을 적용하지 않고 기본권구성요건에서 배제하는 기본권구성요건이론은 모두 좁은 기본권구성요건이론에 해당하지만⁷⁰⁾, 비례원칙을 적용하여 기본권구성요건에서 배제하는 기본권구성요건이론이라면, 넓은 기본권구성요건이론에서 비례원칙에 따라 기본권을 제한한 결과와 동일하기 때문에, 넓은 기본권구성요건이론에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 넓은 구성요건이론은 기본권구성요건에 속하는 행위들을 제한되지 않을 때까지 원칙적으로 혹은 잠정적으로 기본권으로 이해한다.

좁은 기본권구성요건이론에서는 위에서 언급한 기본권의 내재적 한계에 속하는 내용들을 기본권구성요건에서 배제함으로써 기본권구성요건을 좁게 이해한다. 그리고 좁은 기본권구성요건이론의 하나의 유형으로는 비례원칙이나 이익형량 등의 절차를 거치지 않고 일반적 법률에 속하는 내용이면 모두 기본권구성요건에서 제외시키는 유형이 있는데, R. Smend의 형식적 일반성을 가진 일반적 법률이론⁷¹⁾의 경우와 W. Ruffner의 일반적 법률이론⁷²⁾의 경우가 여기에 해당한다고 할 수 있다. 즉 뤼프너는 이런 보호영역을 비례원칙을 적용하지 않고 직관 등의 방법에 의해 비이성적으로 인식하기 때문에, 그의 일반적 법률이론은 좁은 기본권구성요건이론에 속하게 된다고 할 수 있다.

70) 특히 뮐러가 그의 수많은 저작(예컨대 Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, 1966; ders., Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1968; Die Positivität der Grundrechte, Fragen einer praktischen Grundrechts, 1969; ders., Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969; ders., Juristische Methodik, 2. neu bearb. und stark erw. Aufl., 1976; ders., Rechtsstaatliche Methodik und Problem der politische Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 8, 1977, S. 73 ff.; ders., Juristische Methodik, 2. neu bearb. und stark erw. Aufl., 1976; Einheit der Verfassung, Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin, 1979; ders., Rechtslehre, Berlin, 1984; ders., Strukturierte Rechtslehre, 2. Aufl., 1994 등)을 통해서 열정적으로 자신의 규범영역 이론을 주장한다고 하더라도, 그 규범영역 자체가 기본권구성요건을 좁게 이해할 뿐만 아니라, 또 다시 규범프로그램(Normprogramm)에 의해서 축소되어, 기본권이 처음부터 내재적 한계를 안고 있는 것으로 이해되기 때문에, 헌법이론 및 기본권보장의 측면에서 문제를 야기한다는 가장 핵심적인 내용만은, 다른 계속적인 저작들을 통해서 수정을 거듭한다고 하더라도, 한계가 있을 것이다.

71) R. Smend는 일반적법률을 우선 일반성을 가진 법률로 정의한 다음, 그 일반성(Allgemeinheit)에는 내용적인(material) 일반성과 형식적인(sachlich) 일반성의 두 가지가 있다고 보았는데, 형식적 일반성을 가진 일반적 법률의 경우에는 비례원칙이나 이익형량의 절차를 거치지 아니하고 기본권구성요건에서 배제하는 결과에 이르게 되므로, 좁은 기본권구성요건이론에 해당된다고 할 수 있다(R. Alexy, ebd.). 이에 대해 더 자세한 것은 vgl. dens., Das Recht der freien Meinungsäußerung, S. 96 ff. 또 이 두 일반성의 구별에 관해서는 vgl. E. Schwark, Der Begriff der “Allgemeinen Gesetze” in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1970.

72) Vgl. W. Ruffner, Grundrechtskonflikte, S. 458, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Chr. Starck, Bd. II (Verfassungsauslegung), Tübingen, 1976, 453 - 479

좁은 기본권구성요건이론은 비례원칙을 적용하여 기본권구성요건에서 최소한의 기본권을 제한하지 않고 비이성적인 직관이나 느낌 등에 의해 기본권에 속하지 않는다고 생각되는 내용들을 기본권구성요건에서부터 배제하기 때문에, 기본권을 최적으로 보장할 수 없는 단점을 안고 있다.

그런데 앞에서 언급한 바와 같이, 비이성적인 기준에 의해 기본권구성요건을 축소한 후에, 예컨대 헌법 제23조 제1항 제1문의 재산권을 좁게 이해한 후에 제1항 제2문의 법률로 다시 재산권을 한정하였을 경우, 이 재산권의 한정이 헌법적으로 의심되는 경우를 개별적으로 비례원칙을 적용하여 심사한다고 하여도 제1항 제1문의 재산권의 구성요건이 넓은 기본권구성요건을 취한 결과에 이르게 되지 않는다고 해야 한다. 그럼에도 P. Häberle는 이익형량원칙(비례원칙)을 적용할 때에 그렇게 기본권의 무한계성을 전제하지 않고 우선 의심(생각)되는 법익들만⁷³⁾ 개별적으로 두 법익을 형량해서 공익보다 가벼운 경우 기본권에서 배제해 나가면 된다고 한다. 그러나 헤벌레의 이러한 좁은 기본권구성요건이론 아래서의 개별적으로 의심되는 경우에만 이익형량(비례)원칙을 적용하기 위해 구성요건에 포함시켜 구성요건을 넓히는 방법은 그러한 이익형량을 해볼 필요도 없이 비이성적인 직관이나 감정, 느낌 등으로는 당연히, 자명하게 기본권적 보호를 받을 수 없다고 생각되는 경우를 기본권구성요건에서 비이성적으로 배제하기 때문에 넓은 기본권구성요건과는 다르다. 이렇게 좁은 구성요건이론은 직관적으로 보아 기본권에 속하지 않는 것이 자명한, 예컨대 일부가 화염병 등 무기를 소지한 집회의 경우를 구성요건에서 배제하기 쉽지만, 이 경우에도 비례원칙을 적용하면 무기를 소지한 자들만 집회에서 배제하든지, 무기를 경찰이 유치하든지, 경찰이 공익을 보호하기 위해 집회를 수행하는 방법 등을 통해 집회의 자유를 보장할 수 있기 때문에⁷⁴⁾, 비이성적으로 기본권을 구성요건에서 배제하는 좁은 구성요건이론은 기본권을 최적으로 보장할 수 없다.

(3) 原則理論(Prinzipientheorie)

연혁적으로 원칙에 관한 논의는 서양의 자연철학 시대부터 논의되어 왔다. 그리고 C. Schmitt에 의해서 기본권은 한계를 가지지 않는 것으로 전제된다는, 즉 원칙이라는 이론이 정립되었음은 앞에서 언급한 바와 같다. 그리고 최근에 이르러서 또다시 R. Dworkin과 R. Alexy에 의하여 법학적으로 적용 가능한 이론으로, 특히 알렉시에 의해서 기본권은 원칙이라는 이론이 제시되었다.⁷⁵⁾ 그러나 드워킨이나 알렉시의 이론들은 원칙으로서

⁷³⁾ P. Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 31 ff. ("zunächst gedachter Verfassungsrechtsgüter").

⁷⁴⁾ Vgl. R. Alexy, ebd.; 줄고, 기본권구성요건개념.

⁷⁵⁾

의 기본권과 기본권이 아닌 원칙이 충돌할 경우에 중량(Gewicht)을 형량하여, 기본권이 가벼울 경우에 가벼운 기본권을 원칙적으로 보상 없이 버려야 한다고 주장한다. 그러나 이는 기본권의 희생을 의미하기 때문에 옳지 않다고 할 수 있다. 또한 이렇게 그것이 기본권인 원칙이든 혹은 기본권 아닌 원칙이든 이를 상관하지 아니하고 원칙끼리 상충할 경우에 무조건 중량을 형량하는 드워킨과 알렉시의 이론은 - 기본권이 아닌 경우에는 한계가 있으므로 원칙으로 이해할 수 없을 뿐만 아니라 - 기본권이 아닌 헌법규정이 비록 일반성의 정도가 높다고 하더라도 원칙으로서의 기본권과 상충할 경우에는 기본권을 가능한 최대로 보장하기위해 섬기는 관계에 있고, 대등한 입장에서 그냥 형량만 할 수 있는 관계에 있지 않다는 의미에서 비판을 받을 수 있다.

이러한 원칙으로서의 기본권은 기본권이 없는 헌법이라고 하더라도 그 헌법규정들에 속에 내재해 있어서 각각 헌법규정들이 이 원칙으로서의 기본권을 섬기고 있다고 할 수 있다. 이는 헌법규정이 내재해있는 초실정법적 원칙으로서의 기본권을 가능최대한 보장하기 위하여 섬기고 있는 것을 의미한다. 따라서 어떤 헌법규정이 기본권의 한계를 설정하고 있다고 하더라도 그 기본권을 한계가 없는 원칙으로 보아야 하기 때문에, 이 헌법규정은 한계설정이라는 명백한 문언에도 불구하고 결국 기본권의 한정이 아닌 제한으로 해석되게 된다. 법률은 물론 어떤 헌법규정이 기본권을 축소하는 다른 어떤 규정을 했다고 하더라도, 우선 그 기본권이 무한계적 원칙으로 이해되어야 하기 때문에, 그러한 규정들은 한계 사유가 되지 못하고 모두 제한사유로 해석되지 않으면 안 된다. 다시 강조하지만, 이 결과는 실정 헌법이 초실정법적 원칙으로서의 기본권(무한계적 기본권)을 섬기고 있는 것을 의미한다.

이러한 원칙이론을 헌법 제23조의 재산권의 제한에 적용하면, 우선 먼저, 제1항 제1문의 재산권은 무한계적 원칙이기 때문에, 넓은 기본권구성요건을 취하지 않으면 안 된다.

원칙이론에 대해서는 R. Dworkin, Taking Rights Seriously, 2. Aufl., 1978 (dt. Ausg. Bürgerrechte ernstgenommen, 1984); R. Alexy, Theorie der Grundrechte; ders., Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie Beiheft. 1, 1979; ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 2, 1981, S. 19 ff.; H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Festschrift f. W. Jellinek, hrsg. v. O. Bachof / O. Gönnerwein / E. Walz, 1955; J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl., 1974; D. C. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969; G. Hughes, Rules, Policy and Decision making, in: The Yale Journal 77, 1968; J. Raz, Legal Principles and the Limits of Law, in: The Yale Law Journal, 81, 1972; 정태호, 원리(Prinzip)로서의 사회적 기본권 : R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodell)을 중심으로 / 법과 인간의 존엄 : 淸庵 鄭京植 博士 화갑기념논문집 (97.11) 1997; 줄고, 기본권의 도출과 원칙이론, 성균관법학 제19권 제3호, 2007.12. 참조할 것.

그리고 이러한 원칙론을 제23조 제1항 제2문에 적용하면, 헌법문언으로 보아 아무리 법률이 재산권에 한계를 설정할 수 있다고 규정하고 있는 것으로 보이더라도, 이 헌법 제23조 제1항 제1문의 재산권이 넓은 구성요건을 취하고 있기 때문에, 재산권의 한정이 아니라 제한으로 해석되지 않으면 안 된다.

이러한 놀라운 능력을 가지고 있는 원칙이론도 왜 공익을 파괴·감소시키는 재산권이 보상 없이 제한되어야 하는지를 잘 설명하지 못한다. 또한 마지막으로, 원칙이론은 기본권이 제한되었을 때에는 보상되어야 한다는 것은 잘 설명할 수 있으나, 공익의 증대를 통한 기본권의 증대를 적극적 국가작용으로 설명해주지 못하는 약점을 가지고 있다고 해야 한다.

3) 學說 및 憲裁判例

학설과 헌재판례는 일반적으로, 첫째, 헌법 제23조 제1항 제1문의 재산권을 좁은 기본권구성요건적 시각에서 이해하고 있으며, 둘째, 헌법 제23조 제1항 제2문의 법률이 재산권을 한정하는 것으로 이해하고 있고⁷⁶⁾, 셋째, 공익의 증대를 통한 기본권의 신장에 대한 명확한 설명은 찾아보기 어렵다. 그 외에 제3항의 재산권 제한에 대한 보상을 지급하는 근거로서의 특별희생이론은 국민대다수에 대한 재산권의 제한도 보상없이 가능하다는 논리가 성립하기 때문에 적절하지 못하다고 할 것이다. 그 대신 공익을 (감소시키는 재산권에 대한 제한이 아니라) 증가시키기 위해 재산권이 제한(적극적 제한)될 경우에는 제3항에 따라 완전보상이 지급되어야 하며, 공익을 감소시키는 재산권에 대한 제한(소극적 제한)에 대해서는 제1항 제2문에 따라 보상을 지급하지 않고 제한할 수 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 재산권의 사회적기속성과 공용제한을 구별하는 기준은 공익을 감소시키는 재산권에 대한 소극적인 공익목적에 의한 제한이나, 아니면 공익을 감소시키지 않는 재산권에 대한 공익을 증가시키기 위한 적극적인 공익목적에 의한 제한이나에 있다고 해야 할 것이다.

이런 기준에서 볼 때, 모두에서 언급한 경제상의 자유(재산권)에 대한 여러 제한들은 경우에 따라서는 재고될 필요가 있어 보인다. 매우 많은 예산을 필요로 하겠지만, 군복무에 대한 완전한 급여를 받지 못하거나 군복무로 인하여 초래된 재산권 제한도 적극적 공

76) 우리나라의 헌재판례도 헌법 제23조 제1항 제2문을 일반적·추상적 법률에 의한 재산권의 한정으로 이해하지만, 이러한 대표적인 판례로는 BVerfGE 58, 300(NaBauskiesung)을 들 수 있을 것이다. 그러나 이 결정도 우리나라의 학설과 판례에 대한 비판과 동일한 비판을 받을 수 있다. 그 뿐만 아니라 이 결정에서 국가가 상수원보호시설을 다른 장소에 설치할 수 있었음에도 불구하고 재갈채취장소 인근에 설치하였을 경우에는 공익인 수질오염의 위험을 초래한 것은 국가이기 때문에, 과연 자갈채취라는 경제상의 자유를 보상 없이 제한할 수 있을지는 의문이라고 해야 한다.

공목적에 의한 재산권의 제한이기 때문에 헌법이론적으로는 완전보상이 지급되어야 한다고 해야 할 것이다. 그러면 군필자 가산점문제 등 관련 문제들도 해결될 수 있을 것이다. 또한 예컨대 더 많은 공익을 창출하기 위하여 체결되는 FTA로 인해 제한되는 농민들의 재산권도 헌법이론적으로는 완전보상 되어야 한다고 할 것이다. 적극적 공익목적에 의해 제한되는 그린벨트 내의 재산권에 대해서도 마찬가지로 완전보상이 지급되어야 한다고 생각된다. 이러한 보상은 창출되는 공익으로부터 지불될 수 있어야 함은 물론이다. 그리고 남는 공익도 기본권을 증대시킬 수 있도록 합리적으로 재분배 되어야 함도 이미 언급한 바와 같다.

IV. 結語

헌법 제23조 제1항 제2문의 소극적 공익목적에 의한 재산권 제한의 경우와 제3항의 적극적 공익목적에 의한 재산권 제한의 경우에 각각 비례원칙에 따라 가능최소한 제한되어야 하며, 특히 적극적 공익목적에 의한 재산권제한의 경우에는 공익이 가능최대한 발생되도록 비례원칙이 적용되어야 한다.⁷⁷⁾ 그리고 헌법 제119조 제1항의 경제질서는 헌법 제23조의 재산권 제한에도 적용되며, 그 결과 공익을 소극적으로 감소시키지 않도록 하기 위하여 재산권을 보상 없이 제한할 때에는 가능최소한 제한되어야 하며(제1항 제2문), 또한 공익을 가능최대한 증가시키기 위하여 재산권을 제한할 때에도 가능최소한 제한하되 완전보상을 지급하여야 하며, 이로 인해 창출된 공익을 기본권의 가능최대한의 증대를 위해 합리적으로 배분되어야 한다.

결론적으로, 헌법 제119조 제1항의 경제질서는 공익과 기본권을 동시에 가능최대한 증대시키는 질서이어야 하며, 이러한 질서는 경제적 기본권 뿐만 아니라 다른 모든 기본권에도 - 가능최대 보장을 위해 - 적용될 수 있는 헌법적 질서로서의 성격을 가지고 있다고 할 수 있을 것이다. 따라서 비경제적 기본권이 공익을 위하여 제한될 경우에도 이러한 원리가 적용되어야 하며, 그 경우에도 적극적 공익목적에 의하여 제한될 경우에는 - 헌법에 규정이 없더라도 - 완전한 보상이 지급되어야 한다고 해야 할 것이다.

77) 이에 대해서는 이준일, '원칙'으로서의 기본권과 비례성 '명령', 공법연구 제28집 제1호, 1999.10. 참조.

법률의 개정과 재산권의 변동

김대웅*

1. 들어가는 말

법률은 살아있는 생물체와 비슷하다. 탄생(제정)과 성장(개정) 및 사망(폐지)의 단계를 거치고 그 사이에 다양한 변화를 겪는다. 법률에 따라서는 변화(개정)의 빈도가 높아 주의를 기울이지 않으면 변화를 간과하기 쉽다.

법률의 개정은 필연적으로 국민의 재산권에 대한 변동을 초래한다. 법치주의를 근간으로 하는 자유민주주의 사회에서 법률에 의하지 아니한 재산권의 변동은 허용되지 아니한다.

법률의 개정이 재산권에 미치는 영향은 두 가지 면에서 살펴볼 수 있다. 첫째는 법률이 개정된 경우 개정 전·후의 법률조항 중 어느 것이 적용되는가의 측면이고, 둘째는 개정 전 법률조항의 적용에 의하여 발생한 효력이 개정 후에도 존속하는지의 측면이다.

① 첫째 측면

법률이 개정되어 개정 후 법률조항이 효력을 발하는 때부터는 개정 전의 법률조항은 효력을 상실한다.¹⁾ 이에 따라 개정 후 법률조항이 시행된 후로는 개정 후 법률조항이 적용된다.²⁾ 이는 법률조항 자체의 효력에 관한 것으로서 개정 전·후 법률조항의 시적 적용범위에 관한 것이다.

* 사법연수원 교수, 부장판사

1) 법률의 개정으로 개정 전 법률조항이 효력을 잃게 된다고 하여 개정 전 법률조항이 더 이상 적용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 예를 들어 개정된 법률조항이 시행되기 전의 행위에 대하여는 법률의 개정 후에도 개정 전 법률조항이 계속 적용될 수가 있다. 개정법률에서 개정법률의 시행 후에도 개정 전 법률조항에 의해 발생한 법률관계에 대하여는 개정 전 법률조항을 적용하기로 하는 경과규정을 둔 경우는 물론이고, 위법행위가 발생한 후 이에 대한 제재적 처분이 있기 전에 법률이 개정된 경우에도 위 위법행위에 대하여는 개정 전 법률조항이 적용된다(대법원 1982. 12. 28. 선고 82누1 판결, 1983. 12. 13. 선고 83누383 판결, 1987. 1. 20. 선고 86누63 판결 참조).

2) 물론 경과규정을 두어 개정 전·후 법률조항의 시적 적용범위(예컨대 개정 후 법률조항의 소급적용)에 관하여 특별히 규율할 수 있고, 이때에는 개정 전·후 법률조항 각각의 시적 적용범위가 개정 후 법률조항의 시행시를 기준으로 나누어지지 아니할 수도 있다.

② 둘째 측면

개정 전 법률조항을 근거로 재산권에 대하여 행해진 처분, 개정 전 법률조항을 근거로 이루어진 재산권에 관한 법률행위 등(이하 ‘처분등’이라 한다.)이 법률의 개정 후 어떠한 효력을 갖느냐의 문제가 생긴다. 법률의 개정으로 개정 전 법률조항은 효력을 상실하여 더는 적용될 수 없지만 개정 전 법률조항에 의하여 재산권에 대하여 행하여진 처분등의 효력 또는 법률관계는 법률이 개정된 후에도 존속할 수 있기 때문이다.

통상적으로 개정 전 법률의 시행 당시 발생한 재산권에 관한 법률관계는 법률이 개정 되어 시행된 후에도 존속하게 되는데, 법률의 개정 전·후를 비교하면 기존의 법률관계가 변동 없이 존속하는 경우는 드물고 대부분 개정 후 법률조항의 영향을 받아 변동을 겪는다. 법률의 개정에 따른 재산권의 효력 내지 법률관계의 변동은 그 변동내용에 따라 헌법상 소급입법에 의한 재산권 박탈, 신뢰보호 등의 문제를 야기할 수 있다. 이러한 헌법적 문제는 개정 전 법률조항 아래에서 발생한 재산권의 법률관계에 법률의 개정이 미치는 영향의 유무 및 정도에 따라 달라진다.

이 글에서는 먼저 법률의 개정이 무엇을 의미하는지를 검토한 후 이를 바탕으로 법률의 개정이 재산권에 미치는 영향 등에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 법률의 개정

가. 법률개정의 형태

법률의 개정에는 전부개정과 일부개정의 두 가지 형태가 있다. 일부개정은 법률조항 중 일부를 삭제 또는 변경하거나 새로운 조항을 신설하는 방식에 의하고, 전부개정은 법률 전부를 개정하는 방식에 의한다. 그러나 전부개정이 법률 전부를 개정하는 방법에 의한다고 하여 실제로 항상 법률의 내용 전부가 변경되는 것은 아니다. 일반적으로 변경되는 조문의 수가 전체 조문의 2/3 이상이면 전부개정의 형태를 취하고, 그렇지 않은 경우에는 일부개정의 형태를 취하기³⁾ 때문에 전부개정이 법률내용 전부의 변경을 의미하지는 않는다.⁴⁾

전부개정이든 일부개정이든 그 개정은 당해 법률을 개정하는 법률(개정법률)에 의거

3) 법제처의 담당자에게 확인한 내용이다.

4) 전부개정의 경우 기존의 법률조항 중 변경되지 아니하는 조항은 조문 위치의 변동 없이 종전 조문 위치에 그대로 존속하기도 하고 내용은 변동이 없음에도 조문의 위치만 이동하기도 한다.

나 당해 법률을 개정하는 내용을 담은 다른 법률⁵⁾에 의하여 이루어진다. 법률개정의 예는 아래와 같다.

[당해 법률의 개정법률에 의한 일부개정]

● 법률 제8835호

지방세법 일부개정법률

지방세법 일부를 다음과 같이 개정한다.⁶⁾

제1조의2를 다음과 같이 신설한다.

제1조의2 (해석의 기준 등) ① 이 법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 한다.

②, ③ 생략

제22조 각 호 외의 부분 본문 중 “各號의 1”을 “각 호의 어느 하나”로 하고, 같은 조 제2호 각 목 외의 부분 중 “100分の 51 이상인”을 “100분의 50을 초과하는”으로, “各目的 1”을 “각 목의 어느 하나”로 하며, 같은 호 가목 중 “100分の 51 이상의”를 “100분의 50을 초과하는”으로 한다.

(이하 생략)

[당해 법률의 개정법률에 의한 전부개정]

● 법률 제8887호

학교폭력에 방및대책에관한법률 전부개정법률

학교폭력에 방및대책에관한법률 전부를 다음과 같이 개정한다.

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률

제1조(목적) (이하 생략)

[다른 법률에 의한 일부개정]

● 법률 제8435호

가족관계의 등록 등에 관한 법률

(본문 생략)

부칙

제1조 (시행일) 이 법은 2008년 1월 1일부터 시행한다. (단서 생략)

5) 주로 법률의 본문이 아닌 부칙에서 다른 법률을 개정하는 내용을 규정한다.

6) 밑줄은 필자가 임의로 그은 것이다. 이하 마찬가지다.

제2조부터 제7조까지 생략

제8조 (다른 법률의 개정) <1>부터 <25>까지 생략

<26> 지적법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제24조 제4항 단서 중 "호적·제적"을 "가족관계기록사항에 관한 증명서"로 한다.

<27>부터 <39>까지 생략

제9조 생략

나. 법률개정의 의미

위와 같이 법률의 개정은 전부개정이든 일부개정이든 기존 법률의 내용을 변경하는 새로운 법률을 제정·공포하는 절차를 거쳐 이루어진다. 개정법률도 엄연히 하나의 독립된 법률이다. 법률이 개정된다고 하여 기존 법률이 개정법률에 의하여 새로이 공포되는 것이 아니고 개정법률에 의하여 기존 법률이 폐지되는 것도 아니다. 따라서 법률이 개정되면 그때부터 기존의 법률과 개정법률이 서로 독립적으로 존재하게 된다. 다만, 기존 법률 중 개정의 대상이 된 부분, 즉 개정된 부분은 개정된 새로운 내용에 그 자리를 양보하게 된다.

법률이 개정된 경우 개정법률에 의해 법률 전체가 개정된 것으로 보는 견해(‘갑을병정’이라는 내용의 A법률이 개정법률에 의해 ‘갑을병무’로 변경된 경우 ‘정’부분만 ‘무’로 변경된 것으로 파악하지 아니하고 ‘갑을병정’이라는 A법률 자체가 ‘갑을병무’로 개정된 것으로 파악하는 입장)가 있을 수 있다. 그러나 위에서 보았듯이 법률이 개정된다고 하여 기존의 법률이 개정법률에 의하여 새로이 공포되는 것도 아니고 개정법률에 의하여 기존 법률이 폐지되는 것도 아닌 점, 특히 일부개정의 경우에 개정법률의 내용을 보면 ‘000법(률) 일부를 다음과 같이 개정한다.’라고 되어 있는 점 등을 종합해 보면 법률이 개정된 경우 개정법률에 의하여 기존의 법률 자체가 변경된 것으로 볼 수는 없다.

한편, 법률을 전부개정하는 개정법률이 법률 전부를 개정한다는 표현을 사용하므로 전부개정의 경우에는 실제로 법률 전부가 변경되었는지를 따지지 않고 언제나 법률 전부 또는 법률 자체가 개정된 것으로 보는 견해도 있을 수 있다. 그러나 전부개정과 일부개정은 개정되는 내용의 양(법률조항의 양)에 의한 구분에 불과하여 둘 사이에 질적인 차이가 있는 것이 아니다. 개정되는 조항이 많은 경우에 편의상 전부개정이란 명칭을 사용하는 것에 불과하므로 전부개정법률이 법률 전부를 개정한다는 표현을 사용하더라도 일부개정과 마찬가지로 개정의 대상이 된 조항의 개정에 그치고, 법률 자체의 개정까지 이르는 것은 아니라고 보아야 한다.

다. 개정에 따른 개정 전·후 법률의 관계

개정 전의 법률과 이를 개정하는 법률은 독립된 별개의 법률이므로 법률 중 개정되지 아니한 부분은 개정법률이 시행되었다고 하여 어떠한 영향을 받는 것이 아니다. 따라서 개정되지 아니한 부분에 대하여는 엄밀히 말하면 개정 전·후의 법률 또는 신·구법의 개념이 있을 수 없다. 개정되지 아니한 부분은 개정법률의 시행과 상관없이 기존의 법률에 의해 정해진 대로 그대로 존속할 뿐이다.

예를 들어 ‘갑’이라는 재산권을 규정한 A법률이 abc라는 내용으로 제정된 후 2회에 걸쳐 아래 표와 같이 개정되었다고 가정하자(개정되지 아니한 부분이 개정 후에도 효력을 갖는 것을 전제로 한다).

최초 제정된 법률의 내용	1차개정 법률	2차개정 법률	2차개정된 후의 내용
a			a
b	b'		b'
c		c'	c'

위 표에서 법률이 2차 개정된 후에는 최초 제정된 A법률과 2개의 개정법률이 존재한다. 1차 개정 때에는 abc라는 내용의 재산권 갑의 내용 중 a와 c는 개정되지 아니하였고, 2차 개정 때에는 a와 b'는 개정되지 아니하였다. 2회에 걸친 개정이 있었으나 개정대상이 아니었던 재산권의 내용은 변동된 바 없다. 따라서 2차 개정 후의 A법률의 전체내용은 위 3개 법률의 집합체(a + b' + c' = 최초 a + 1차 개정된 b' + 2차 개정된 c')가 된다. a는 두 차례의 개정에도 불구하고 아무런 변동이 없이 최초 제정된 법률에 계속 존속하고 있으므로 a에 대하여는 개정 전·후 법률 또는 신법, 구법을 따질 이유가 없다.

우리가 접하는 법전을 보면, 최초에 제정된 A법률의 내용과 1, 2회의 각 개정법률에 의해 개정된 내용(ab'c')이 합쳐져 A법률이라는 명칭 아래 한꺼번에 수록되어 있으나, 이것은 독자들이 위 3개 법률의 내용을 한눈에 알아볼 수 있도록 그렇게 한 것일 뿐이다. 마지막 개정법률의 시행 이후에는 마지막으로 개정된 후의 내용으로 된 1개의 법률만이 존재하는 것이 아니다.

3. 법률의 개정에 따른 기존 법률관계의 효력

개정 전의 법률조항에 근거하여 재산권에 대하여 행하여진 처분등의 효력 또는 법률관계는 법률의 개정에 의해 어떠한 영향을 받는가. 경과규정이 없는 경우와 있는 경우로 나누어 본다.

가. 경과규정이 없는 경우

법률을 개정하면서 경과규정을 두지 아니한 때에는 결국 법률의 해석으로 구법⁷⁾에 의한 처분등의 효력 내지 법률관계의 존속 여부를 결정할 수밖에 없다. 유형별로 살펴본다.

(1) 형식적 사항의 변경

개정된 내용이 기존 제도의 명칭 변경, 행정청의 명칭 변경, 주무관청의 변경 등 형식적 사항의 변경에 불과한 경우에는 구법에 의한 처분등의 효력이 그대로 유지된다. 신·구법의 실제적 내용에 사실상 변동이 없기 때문이다.

(2) 실제적 사항의 변경

개정된 내용이 인·허가요건과 같은 실제적 사항의 변동을 초래한 경우에는 어떠한가.

㉠ 신·구법에 걸쳐 법률관계가 연결되지 않는 경우

조세나 과징금의 부과, 인·허가의 취소, 자격의 취소나 정지와 같이 처분이 있는 후 그에 기한 효과가 곧바로 발생하여 완료되어 버리는 경우에는 구법에 의한 처분의 효과는 특별한 사정이 없는 한 신법 시행 후에도 그 효력을 유지한다.

그런데 이 경우 신법이 시행되었다 하여 구법에 기해 이미 발생한 처분등의 효과가 영향을 받는 것도 아니고, 그 처분등으로 발생한 효과와 연결되어 이루어지는 후속절차가 신법 시행 이후에 존재한다고 할 수도 없기 때문에 구법과 신법 사이에 상호 연결성이 있는 법률관계가 계속된다고 볼 수 없다. 이는 신법이 처분의 상대방에게 불리하게 변경된 경우는 물론 유리하게 변경된 경우에도 마찬가지다.

따라서 신법이 구법상의 조세부과 요건이나 인·허가의 취소요건을 강화함으로써 구법에 의하여 조세부과 또는 인·허가 취소의 대상이 되었던 것이 신법을 기준으로 하면 그

7) 개정의 대상이 되지 아니한 법률조항에 관하여는 신·구법의 개념이 있을 수 없으나, 이하에서는 개정 전의 법률과 개정 후의 법률을 지칭하는 의미로 편의상 구법과 신법이라는 용어를 사용하기로 한다.

대상에서 제외된다 하더라도 구법에 의해 종결된 조세부과나 취소처분의 효력이 신법의 등장으로 인하여 상실된다고 할 수는 없다. 구법에 의한 처분등의 효력이 지속될 뿐 신법과 구법 사이에 상호 연결되는 법률관계의 계속성을 인정할 수는 없으므로 구법에 의해 종결된 법률관계에 대하여 신법을 기준으로 그 효력을 변경시킬 이유가 없는 것이다. 만약 그 효력을 변경시키고자 한다면 경과규정을 두어 규율하면 될 것이다.⁸⁾

한편, 과징금부과나 인·허가의 취소와 같은 제재처분시 그 근거법률은 처분시가 아닌 행위시의 법률이므로 신법 시행 이후에 구법을 근거로 처분을 하는 경우가 생기게 되나, 이는 처분의 근거법률이 무엇인지의 문제(법적용의 문제)로서 구법에 의해 발생한 처분등의 효과가 신법의 시행 후에 어떠한 효력을 갖느냐의 문제와는 구별된다.

㉡ 신·구법에 걸쳐 법률관계가 연결되는 경우

인·허가 처분, 자연공원지정 처분, 개발제한구역지정 처분 등과 같이 일단 어떠한 처분이 있으면 그에 기초하여 일정한 법률관계가 형성되어 계속되는 경우를 말한다.

① 개정된 내용이 처분의 상대방에게 유리한 경우

인·허가와 같은 수익적 처분의 요건이 구법에 비하여 신법에서 완화된 경우에 구법에 의해 발생한 인·허가의 효력은 신법 시행 이후에도 그대로 유지된다.

반면에 금전의 납부의무를 부과하는 처분을 제외하고⁹⁾ 계속적으로 일정한 부담을 수 인하여야 하는 개발제한구역의 지정과 같은 부담적 처분에 있어서 그 요건이 강화되어, 구법에 의해 부담적 처분을 받은 자가 신법을 기준으로 하면 그 처분사유에 해당하지 않게 된 경우에는 어떻게? 구법에 의해 발생한 처분은 신법 시행 이후에는 효력을 상실한다고 보아야 한다. 이미 이루어진 처분을 그 요건을 강화한 신법이 시행되었다 하여 곧바로 효력을 상실시키는 것은 부당하므로 취소사유 정도로 보아야 한다거나 그 효력이 그대로 유지된다고 보는 견해가 있을 수 있다. 그러나 입법자가 아무런 경과규정 없이 개발제한구역 지정과 같은 부담적 처분의 요건을 강화하는 법률개정을 하였다면 이는 구법에 의한 처분 중 신법의 요건에 미달하는 것은 더는 효력을 유지시키지 않겠다는 의사를 표시한 것이라고 보아야 한다. 다시 말하면, 입법자가 구법에 기한 효력을 상실시키는 명시적 규정을 두지 않았을 뿐 법률의 개정(입법)을 통하여 구법에 기한 처분의 효력 중 신법의 요건을 충족하지 못하는 것의 효력을 상실시킨 것으로 보아야 한다.

8) 이 경우에 신법의 내용과 경과규정의 내용에 따라 소급입법금지원칙, 신뢰보호원칙 등에 의해 제한을 받는 것은 별개 문제이다.

9) 앞서 본 바와 같이 금전의 납부의무를 부과하는 처분은 신·구법 사이에 법률관계가 연결되는 경우에 해당하지 아니한다.

물론 이러한 경우에 신법에 경과규정을 두어 구법에 의해 발생한 처분의 효력을 신법 시행 후에도 그대로 유지시키는 것은 가능하며, 실제로 대부분의 경우 그러한 경과규정을 두어 입법적으로 해결하고 있는 것으로 보인다.

② 개정된 내용이 처분의 상대방에게 불리한 경우

수익적 처분에서 그 요건이 강화됨에 따라 구법에 의해 인·허가와 같은 수익적 처분을 받은 자가 이제는 신법에 의한 요건을 충족하지 못하게 된 경우에 구법에 의한 처분은 일단 그 효력을 유지한다고 보아야 한다. 위 ①항에서 본, 부담적 처분의 요건을 강화하는 쪽으로 법률을 개정한 경우의 논리를 원용하여 법률의 개정을 통하여 신법상의 요건을 충족하지 못하는 구법상의 처분의 효력을 상실시킨 것으로 보아야 한다고 주장할 수도 있으나, 이 경우에는 법적 안정성의 측면을 고려하여야 하는 점에서 그와 다르다. 이미 인·허가를 받은 자의 처지에서 볼 때, 법률의 개정으로 그 요건이 강화되었다 하여 구법에 의해 적법하게 받은 인·허가의 효력을 곧바로 상실시켜 무인거나 무허가 상태에 이르게 하는 것은 국민의 법적 안정성을 심하게 해한다. 통상적으로 무인가·무허가 영업에 대하여는 형사처벌 등 일정한 제재가 따르는 점에 비추어 보아도 그러하다.

다만, 이 경우에 구법에 의한 인·허가의 효력이 계속 유지되는지에 관하여는 계속 유지된다는 견해와 신법에 의한 허가기준 등에 미달하게 되었으므로 신법에 의한 허가취소 등의 대상이 될 수 있다는 견해가 있을 수 있는데, 후자의 견해가 타당하다.

개발제한구역의 지정과 같은 부담적 처분에 있어서 신법이 구법에 비하여 그 처분요건이 완화된 경우에는 구법에 의해 이루어진 부담적 처분의 효력은 신법 시행 후에도 그대로 유지된다.

나. 경과규정이 있는 경우

경과규정은 일반적으로 법률이 새로 제정 또는 폐지되거나 개정되는 경우에 종전의 제도와 새로운 제도와 관계를 명확히 규정하기 위하여 두는 규정을 말한다. 경과규정은 주로 법률의 부칙에 규정하게 되는데, 종래의 법질서에서 새로운 법질서로 넘어가는 과정에서 법률의 적용 내지 해석을 명확하게 하여 법률의 변동으로 인한 사회적 혼란을 방지하려는 데 그 목적이 있다.

형벌에 관한 법률의 경우에는 신·구법 사이의 적용관계를 규율하는 규정이 형법 제1조에 규정되어 있고 이를 배제하는 특별한 규정이 없는 한 다른 법률에도 위 규정이 적용되므로(형법 제8조 참조), 개별 법률에서 경과규정을 두지 아니하여도 형법 제1조에 의해 규율되어 별다른 혼란이 생기지 않으나, 그 밖의 법률의 경우에는 이에 적용될 일반

규정이 존재하지 않기 때문에 명문의 경과규정을 두지 않으면 혼란의 여지가 많아진다. 이에 따라 법률의 개정 때 혼란을 방지하기 위하여 재산권에 관한 법률에서는 통상적으로 경과규정을 두게 되는데, 대표적인 예로는 구법에 기한 처분등을 신법에 의한 처분등으로 보는 규정, 구법에 기하여 발생한 효력에 영향을 미치지 않는다는 규정을 들 수 있다.

(1) 구법에 의한 처분등을 신법에 의한 처분등으로 보는 경과규정을 둔 경우

이는 주로 행정법률에서 사용된다. 이러한 경과규정이 존재하는 경우에 원칙적으로 구법에 기하여 이루어진 처분등의 효력은 소멸하지 않고 신법 시행 후에도 존속한다. 다만, 이때 위와 같은 경과규정이 의미하는 바가 무엇인지에 관하여는 다음과 같은 예상 가능한 주장이 있을 수 있다.

(가) 신법에 의하여 구법에 기한 처분등에 상응하는 새로운 처분등이 있는 것으로 의제하는 견해(신처분설¹⁰⁾)¹¹⁾

이는 행정관청이 신법을 근거로 새로운 처분등을 한 것으로 의제하는 견해로서 이에 의하면 구법에 근거하여 발생한 처분등의 근거조문은 신법 시행 이후로는 개정된 신법 조항이 된다.

(나) 구법에 근거한 처분등을 개정된 신법과 연결되는 한도 내에서 신법상의 그에 상응하는 처분등에 해당하는 것으로 해석하는 견해(연결설)

이는 구법에 근거한 처분등이 신법에 의한 처분등으로 의제되는 정도에 이르는 것은 아니라고 하면서, 다만 구법에 의한 처분등은 신법 시행 후에 신법에 따른 요건을 갖춘 관련절차의 진행이 이루어질 수 있도록 하는 등 신법과 연결되는 한도 내에서 효력을 갖는 것으로 보는 견해이다.

이에 의하면 구법에 기한 처분등은 신법에 의한 처분으로 의제되는 정도에 이르지 못하므로 구법에 기한 처분등의 효력이 신법의 내용과 충돌하는 때에는 신법 시행 후로는 그 효력을 상실하게 된다.

[사례]

법률을 개정하면서 구법에 의한 처분등을 신법에 의한 처분등으로 보는 경과규정을 두

10) 각 설의 명칭은 필자가 편의상 붙인 것이다.

11) 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 99헌바110등 결정의 권성 재판관님 견해

었는데 구법에 의한 처분의 효과 내지 법률관계가 신법의 내용과 양립할 수 없게 된 경우, 예컨대 구법에서는 수익적 처분의 수급권자가 A이었으나 그 수급요건이 개정되어 신법에서는 수급권자가 B로 바뀐 경우 수급권자를 A로 지정한 구법에 기한 처분은 위 경과규정에 의하여 신법 시행 후에도 효력을 유지하게 되는가.

신처분설을 기계적으로 적용한다면 신법의 시행과 동시에 경과규정에 의해 A는 수익적 처분을 받은 것으로 의제되므로 신법하에서 B 외에 A 역시 수급권자가 된다는 결론에 이르게 될 것이다.¹²⁾ 반면 연결설에 의하면 A는 B를 수급권자로 규정한 신법 시행 후로는 수급권자가 되지 못한다.

한편, 경과규정의 내용이 단순히 '중전의 규정에 의한 처분등을 신법에 의해 행하여진 것으로 본다.'로 되어 있지 않고 "... 중전의 도시계획법에 의한 처분, 절차, 기타의 행위는 이 법에 저촉되지 아니하는 한 이 법에 의하여 행하여진 것으로 본다."(2000. 1. 28. 제정된 '개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법'의 부칙 제4조 제1항)와 같이 구법에 의한 처분등의 효력이 신법의 내용에 저촉되지 않을 것을 명시한 경우에는 위의 어느 견해에 의하더라도 신법에 저촉되는 구법의 내용은 효력을 상실하게 되므로 위의 사례의 경우 B만이 수급권자가 된다고 보아야 한다.

대법원 판례로는, 구 국가유공자예우등에 관한 법률(1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것; 위 개정으로 명칭이 '국가유공자등예우및지원에 관한 법률'로 변경됨) 제5조가 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위에 '부모'를 포함하면서 '모'의 경우 적모와 생모가 따로 있는 때에는 국가유공자를 주로 양육하거나 부양한 자 1인을 '모'로 본다고 규정하고, 부칙 제4조 및 제5조에 의하면, 구 군사원호보상법(1984. 8. 2. 폐지됨)에 의하여 원호대상자로 등록된 자는 위 국가유공자예우등에 관한 법률에 의한 국가유공자 등으로 등록된 것으로 보고, 구 군사원호보상법에 의하여 이미 지급사유가 발생한 연금 및 제수당 등은 중전의 규정에 따라 지급하도록 규정하고 있는 사안에서, 이들 부칙 규정은 구 군사원호보상법이 폐지되고 구 국가유공자예우등에 관한 법률이 제정되는 과정에서 신법에 기한 별도의 처분이 없더라도 구법에 의하여 등록되고 연금 등을 지급받아 온 원호대상자가 중전의 지위를 상실하지 아니한 채 신법에 의하여도 동일한 보호를 받도록 하기 위한 경과규정에 지나지 아니하는 것이므로, 구법 시행 당시 전몰군경의 적모가 원호대상자로 등록되어 연금 및 수당 등을 수령하여 왔다 하더라도 전몰군경을 주로 양육하거나

12) 이처럼 A, B 모두가 수급권자가 된다고 보면, 이러한 결과는 신법이 달성하고자 하는 입법목적(B만을 수급권자로 하려는 것)에 어긋나므로, 신처분설에서도 이러한 경우에는 신법의 입법목적 등에 비추어 B만이 수급권자가 된다고 해석할 수 있다. 그러나 이와 같은 해석방법을 택하지 아니하고, 신처분설을 기계적으로 적용한다면 A, B 모두 수급권자가 된다고 보아야 하므로 이 점에서 연결설과 구별된다.

부양한 생모가 신법에 의하여 국가유공자 등록신청을 하는 경우에는 그 생모를 국가유공자의 모로 등록하여 향후로는 중전 적모에게 지급하여 온 연금 및 수당 등을 생모에게 지급하여야 할 것이라고 판시한 것이 있다(2002. 9. 24. 선고 2002두196 판결).

위 판례는 위 사안에서 연결설의 견해를 취한 것으로 볼 수 있다.

(2) 구법에 의해 발생한 효력에 영향을 미치지 아니한다는 경과규정을 둔 경우

2007. 12. 21. 공포된 민법 일부개정법률(법률 제8720호)의 부칙 제2조가 "이 법은 중전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다."라는 경과규정을 두고 있는 것이 그 예이다. 이때는 구법에 의해 이미 발생한 효력이 신법 시행 후에도 그대로 효력을 유지하게 되므로 신법 시행 후에도 이미 발생한 구법에 의한 효력은 상실되지 않는다. 따라서 신법에 구법과는 다른 내용의 규정이 생겼고 그것이 구법의 내용과 배치되는 때라도 구법에 의해 이미 발생한 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

4. 신법 시행 후 신법 적용의 문제

구법에 의한 처분등의 효력이 신법 시행 후에 유지된다고 하여도 이것은 어디까지나 구법에 의해 이루어진 처분등의 효력 유지에 관한 것이므로, 구법에 의한 처분등의 효력이 유지된다는 것이 신법 적용의 배제를 의미하는 것은 아니다. 따라서 구법에 의한 처분등에 기하여 형성된 법률관계 중 신법 시행 후에도 계속되는 것에 대하여는 신법 시행 후로는 신법이 적용된다. 예를 들어 구법에 의해 개발제한구역 지정 처분을 받은 후 법률이 개정되어, 개발제한구역 제도는 그대로 존속하면서(즉, 개발제한구역 지정 처분에 관한 근거조항은 그대로 존속하면서) 새로운 보상규정의 신설 등으로 그 제도의 내용은 변경된 경우에, 구법에 의한 처분의 효력이 신법 시행 이후에 존속한다고 하여도 신법 시행 이후에는 그 처분에 대하여도 변경된 내용의 신법이 적용된다.¹³⁾ 위 3의 나항에서 본 경과규정 중 어느 형태의 것을 두어도 마찬가지다. 위 경과규정은 구법에 의한 처분의 효력 문제에 관한 것인데 비하여 이는 법률의 적용에 관한 문제이기 때문이다.

13) 개정된 신법의 내용이 구법보다 처분의 상대방에게 유리한 경우는 물론 불리한 경우에도 마찬가지다(물론 신뢰보호 원칙 등의 문제가 발생할 수 있다). 이는 과거에 이미 완성된 사실관계나 법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급입법에 해당하는 것이 아니라, 과거에 시작하였으나(즉, 처분은 구법에 기하여 받았으나) 신법 시행 후에도 아직 진행과정에 있는 사실관계나 법률관계를 규율 대상으로 하는 부진정소급입법에 해당하기 때문이다.

5. 헌법소원에서 구법이 재판의 전제성을 충족하는지 여부

가. 보상조치가 수반되지 아니한 재산권제한 근거 규정의 위헌성을 다투는 경우
재산권제한의 근거 규정 자체의 위헌 여부를 다룰 때는 그 근거 규정이 심판의 대상이 되어 재판의 전제성 요건을 충족하게 됨에는 별다른 이론이 없다.

나아가 과도한 재산권제한의 위헌성을 문제 삼으며 제기한 금전보상(손실보상 또는 손해배상) 청구사건에서 정당한 보상조치가 수반되지 아니한 재산권제한 규정이 재판의 전제성을 갖느냐에 관하여 헌법재판소는 재판의 전제성이 있음을 인정하고 있다(헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정¹⁴⁾).

나. 재산권제한의 근거 규정 자체는 변동이 없으나 법률의 개정으로 보상조치가 신설된 경우

그런데 재산권을 제한하는 제도를 규정한 법률에 근거하여 행정청의 처분(예; 개발제한구역지정 처분)이 있는 후 그 법률이 개정되어 그러한 제도 자체는 변동 없이 존속하지만 종전에는 없던 새로운 보상조치(예; 매수청구권)가 신설되었을 경우에, 재산권제한 처분을 받은 자가 과도한 재산권제한의 위헌성을 문제 삼으며 제기한 금전보상 청구사건에서 법률개정으로 변경된 바 없는 구법의 재산권제한 규정(처분의 근거조항)의 위헌 여부를 다투었을 때(이하 '이 사건 사안'이라 한다.) 그 구법의 재산권제한 처분의 근거조항이 재판의 전제성을 갖는지가 문제된다.

이 사건 사안의 경우 법률이 개정되었지만 구법의 재산권제한 근거조항은 개정의 대상이 아니었으므로 그 근거조항은 신법 시행 후에도 종전대로 존속하는 한편, 구법에 기한 처분에 의하여 일정한 법률관계가 형성되어 신법 시행 후에도 계속되는 경우에 해당하므로 신법이 시행된 후로는 구법에 의해 처분을 받은 자에게도 개정된 신법의 조항(보상조치)이 적용된다.

이때 법률개정 전의 구법의 재산권제한 근거조항과 법률개정 후 신법의 재산권제한 근거조항(그 근거조항 자체는 개정된 바 없으므로 법률의 개정 전·후로 그 근거조항의 내용은 동일하다.) 중 어느 쪽이 재판의 전제성을 갖는가.

(1) 만약 구법에 의한 처분등을 신법에 의한 처분등으로 보는 경과규정이 있는 경우에 앞서 본 신처분설에 따르면 신법에 의해 새로이 처분이 있는 것으로 의제되므로 구법의 처분근거 조항은 신법의 그것에 처분의 근거라는 지위를 양보할 수밖에 없다. 따라서 구

14) 이른바 그린벨트 사건, 그 밖에 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌마26 결정 참조

법의 처분근거 조항은 재판의 전제성이 없다고 보아야 한다.¹⁵⁾

반면, 위와 같은 경과규정이 없는 경우와 위와 같은 경과규정이 있는 때에도 연결설에 의하는 경우에는 견해가 나누어질 수 있다.

(2) 각 견해¹⁶⁾

● 구법의 처분근거 조항의 재판의 전제성을 인정하는 견해(긍정설)

보상조치 없는 재산권제한 처분으로 말미암아 손실 또는 손해를 입었다면 이는 "보상 규정을 결여하여 위헌인" 구법의 처분근거 조항에 근거했기 때문이며, 새로이 보상조치가 규정된 신법에 대한 헌법적 평가와 아무런 보상규정이 없는 구법에 대한 헌법적 평가는 다르다고 할 수 있으므로, 보상조치가 포함된 신법이 위헌인지 여부와는 관계없이 이 사건 사안에서 구법의 위헌확인을 구하는 헌법소원의 심판의 이익을 인정할 수 있다.¹⁷⁾ 이는 처분의 근거법률은 어디까지나 구법이라는 점을 강조하는 입장이라고 할 수 있다.

● 구법의 처분근거 조항의 재판의 전제성을 부정하는 견해(부정설)

법률이 개정되어 매수청구권 등 보상적 조치에 관한 규정이 신설된 신법이 시행됨으로써 구법은 더 이상 적용되지 않게 되었고, 나아가, 이 사건 사안에서는 처분의 근거규정인 구법 조항 자체의 위헌 여부가 아니라 그러한 처분에 대한 금전보상 등 보상적 조치에 관한 규정을 두지 아니한 일종의 입법부작위를 다투는 것이므로 법 개정으로 마련된 보상조치를 고려하지 아니한 채 처분 당시의 구법 조항만을 가지고 위헌 여부를 따질 수는 없다. 보상조치가 없는 처분이 재산권에 대한 지나친 제한이라고 판단되어 국회에서 신법상의 보상조치 외에 금전보상과 같은 추가적인 보상조치를 입법한다고 하더라도 이는 개정되기 전의 법률인 구법의 개정을 통해서가 아니라 개정된 신법의 개정을 통해서 이루어질 수밖에 없는 것이니 이 또한 구법 조항의 재판의 전제성을 인정할 근거가 되지 아니하며, 구법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 한다고 하더라도 이미 개정되어 더 이상 적용되지 않는 법률을 다시 개정할 수는 없는 것이니 개선입법을 할 방법도 없다.¹⁸⁾ 이는 당해사건에 적용되는 법률이 재산권제한 처분을 받은 자에게 유리하게 개정된 신법임을 강조하는 입장이라 할 수 있다.

15) 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 이 신처분설은 타당하지 않다.

16) 각 견해의 논거는 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 99헌바110등 사건의 결정에 나타난 의견을 기초로 한 것이다.

17) 한대현, 김영일, 송인준, 주선희 재판관님의 견해

18) 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일 재판관님의 견해

● 절충설 1

신법의 시행으로 구법은 더 이상 적용할 수 없고, 과거에 이미 효력이 발생하여 지금도 현존하는 법률관계가 신법에 의하여 발생한 것도 아니며, 그렇다고 하여 현존하는 법률관계를 법률의 개정을 이유로 법률상 근거 없는 존재라고 하는 것도 타당하지 아니하므로 이러한 경우 통상적으로 경과규정으로 구법에 의한 처분은 신법에 의한 처분으로 본다고 하는 의제의 방법이 사용되는데, 이러한 경과규정은, 구법에 의한 처분을 신법에 의한 처분으로 의제하여 법률의 개정 전·후에 걸쳐 법률관계의 동일성을 유지하면서 근거법률이 폐지된 과거의 처분에 대하여 신법을 그 근거법률로 만들어주는 것이다. 따라서 이 사건 사안에서 처분의 근거법률은 신법 조항이라고 보아야 한다. 다만, 헌법소원의 계속 중에 법률이 개정되었고 그 개정의 전·후를 비교할 때 조문의 내용이 동일하여 신, 구의 조문 간에 동일성이 인정되는 때에는, 규범통제의 기능도 함께 수행하는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원재판의 본질에 부합하고 당사자의 의사에도 합치되며 소송경제의 원칙에도 합당하다는 점에서 당사자의 명시한 반대의사가 없는 한 심판대상조문은 당연히 신법 조항으로 변경되는 것이라고 보아야 한다.¹⁹⁾ 이는 구법조항의 재판의 전제성은 인정하지 않지만 이를 이유로 곧바로 각하할 것은 아니고 당사자의 명시한 의사에 반하지 않는 한 구법 조항에 상응하는 신법 조항을 심판대상으로 보아 본안판단을 해야 한다는 견해라 할 수 있다.

● 절충설 2

신법이 적용되는 전제조건으로 구법의 위헌성이 문제된다면 구법이 재판의 전제성을 충족하여 위헌심사의 대상이 된다고 본다. 다만 구법이 심사대상이 되더라도 신·구법간의 관계상 구법은 더 이상 적용되지 않고 신법만이 적용되게 되므로 구법은 이 사건 사안에 있어 당해사건에 적용될 법률이 아니기 때문에 결정주문에서 따로 위헌 여부를 선고할 필요는 없고, 처분근거 조항이 신·구법에 걸쳐 동일성을 유지하며 계속 존속하고 있으므로 직권으로 신법 조항을 심판대상으로 삼아 신법 조항에 대한 위헌 여부만을 주문에서 선고하면 된다. 이는 구법 조항의 재판의 전제성을 인정하여 그에 대한 본안판단을 허용하면서도 최종적으로 당해사건에 적용될 법령은 신법 조항임을 이유로 직권으로 신법 조항도 심판대상으로 삼아 주문에서는 신법 조항의 위헌 여부만을 선언하자는 견해이다.

(3) 검토

19) 권성 재판관님의 견해

(가) 위에서 본 각 견해는 근본적으로 출발점이 잘못되었다고 할 수 있다. 이 사건 사안의 경우 재산권제한 처분의 근거조항은 개정의 대상이 아니어서 법률의 개정으로 변경된 바 없이 개정 전·후에 걸쳐 종전대로 존속하고 있다. 개정되지 아니하여 개정법률의 시행과 상관없이 기존의 법률에 의해 정해진 대로 그대로 존속할 뿐인 법률조항에 대하여는 앞서 본 바와 같이 신·구법의 개념을 적용할 수 없고 따라서 그 조항에 대하여 재판의 전제성을 논하면서 구법상의 조항이나 신법상의 조항이나를 따지는 것은 타당하지 않다. 재산권제한의 근거조항이 보상조치에 관한 조항이 없을 때와 있을 때 각각의 경우에 그 제한의 상대방에게 주는 의미는 다를 수 있지만, 개정된 바도 없는 재산권제한의 근거조항을 구법 조항과 신법 조항으로 구분할 수는 없다. 신·구법의 개념 구분은 없이, 재산권제한의 근거조항이 최초 규정된 법률의 그 근거조항이 법률의 개정 전·후 모두의 경우에 재판의 전제성을 갖게 될 뿐이다.

(나) 만일 이와 달리 법률이 개정되면 법률 자체가 개정되는 것으로 보아 개정의 대상이 아닌 법률조항에도 신·구법의 개념이 생긴다고 하는 경우에는 다음과 같은 이유로 구법의 처분근거 조항이 재판의 전제성 요건을 충족한다고 보아야 한다.

① 규정의 적용이란 점에서만 본다면 당해사건에 신법이 적용되는 이 사건 사안에서 구법은 더 이상 의미가 없다고 할 수도 있다. 그러나 ‘신법의 적용’이 가능하기 위해서는 그 전제로서 ‘구법에 의한 처분의 존재’라는 사정이 반드시 필요하다는 점에서 보면, 구법에 의한 처분이 없었다면 신법의 적용은 불가능하다. 다시 말하면, 구법상의 처분근거 조항이 보상조치의 결여를 이유로 위헌 판단을 받아 효력을 상실한다면 그 순간부터는 구법에 의한 처분이 신법 시행 후에도 유효함을 전제로 하였던 신법의 적용문제는 발생할 여지가 없게 된다. 결국, 구법상의 처분근거 조항이 효력을 상실하게 되면 그에 따라 신법이 당해사건에 적용될 수 없다는 점에서, 구법은 당해사건에 직접 적용되는 법률은 아니지만 신법이 적용되기 위한 전제조건으로서 간접적으로 적용되어 당해사건의 재판의 결론에 영향을 미치는 것이므로 재판의 전제성이 인정된다고 본다.²⁰⁾

20) 다만, 구법 조항의 재판의 전제성을 긍정한다고 하여도, 구법 조항의 본안판단에 있어서 재산권제한 처분을 받은 자에게 유리하게 개정된 신법의 내용을 고려하지 않아야 함을 의미하는 것은 아니다. 즉, 재판의 전제성 문제와 본안판단의 문제는 분리하는 것이 타당하다. 예를 들어 이 사건 사안과 같이 법률의 개정으로 보상규정이 신설되어 보상규정이 없던 구법에 기한 처분으로 발생한 법률관계에도 적용되는 경우에 개정으로 신설된 보상조항이 합헌적이라고 한다면, 비록 처분 자체는 위와 같은 합헌적인 보상조치 없는 구법 조항에 의하여 이루어진 것이라 하더라도, 신법에 의해 합헌적인 보상을 받을 수 있게 된 이상 구법 조항을 그러한 보상조치가 없다는 이유로 위헌으로 판단할 이유는 없다.

② 이러한 법리는 헌법재판소가 사회보호법의 필요적 보호감호 사건(1989. 7. 14. 선고 88헌가5등 결정)의 다수의견에서 이미 밝힌 바 있다.

결정의 사안 : 피감호청구인에 대한 필요적 보호감호청구 사건을 심리하던 법원이 직권으로 필요적 보호감호처분을 규정하고 있던 구 사회보호법 제5조에 대한 위헌 여부를 심판을 제청하여 헌법재판소에서 심리하던 중, 동법이 개정되어 필요적 보호감호 제도가 폐지되고 재범의 위험성이 있는 때에 한하여 보호감호 처분을 할 수 있도록 변경되고 신법의 부칙조항이 신법시행 당시 재판이 계속 중인 감호사건에 대하여도 신법이 소급적용되도록 규정한 사건

다수의견의 요지 : “비록 신법이 그 부칙 제4조에서 신법 시행 당시 이미 재판이 계속 중인 감호사건에 대하여는 신법을 적용하여 처리하도록 규정하고 있지만, 이와 같이 신법이 구법 당시 재판이 계속 중이던 사건에까지 소급하여 적용될 수 있는 것은 실제적인 규정에 관한 한 오로지 구법이 합헌적이어서 유효하였다는 것을 전제로 하고 다시 그 위에 신법이 보다 더 피감호청구인에게 유리하게 변경되었을 경우에 한하는 것이다. … 이러한 경우에 구법에 대한 위헌 여부를 묻는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제문제가기도 하거니와 …”라고 판시하여 구법조항의 재판의 전제성을 인정하였다.

한편, 구법 조항의 재판의 전제성을 부정한 ‘국적법 사건’ 결정(헌법재판소 2000. 8. 31. 선고 97헌가12 결정)이 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

결정의 사안 : 제청신청인은 1955. 9. 3. 출생할 당시의 국적취득을 구 국적법 제2조 제1항 제1호에서 부계혈통주의로 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청을 하였고, 제청법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌심판을 제청하였는데, 이 심판사건 계속 중 그 구법조항은 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법의 전부개정시 부모양계혈통주의로 개정되었고, 부칙 제7조 제1항에서 신법 시행 이전 10년 동안에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자에 대하여 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 하는 경과규정을 두었다. 그런데 제청신청인은 개정된 신법의 부칙조항의 요건에 해당하지 못하여 신법의 부칙조항에 의하여도 국적을 취득할 수 없었던 사안

결정요지 : “법원이 이 사건 위헌여부심판을 제청할 당시, 구법조항이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로(제청신청인은 서울고등법원의 1996. 4. 13.자 강제퇴거명령처분 효력정지 결정에 의하여 같은

달 15. 보호해제 되었다), 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 1997. 12. 13. 개정된 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정하였고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적용하여야 한다(부칙 제1조). 따라서 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하므로 주문 1항과 같이 각하결정을 하기로 한다.”라고 판시하여 신법이 적용됨을 이유로 구법조항의 재판의 전제성을 부정하였다.

위 두 결정을 살펴보면 구법 조항의 재판의 전제성을 인정한 전자와 부정한 후자는 일응 서로 상반되는 결정처럼 보이지만, 구체적 사안을 검토해 보면 위 두 결정은 서로 상반되는 것이 아님을 알 수 있다.

양자 모두 심판 도중 법률이 개정되어 구법 조항은 더 이상 당해사건에 적용되지 않고 신법만이 적용되게 되었다는 점에서는 그 구조를 같이하지만 구체적인 사안은 다르다. 보호감호사건에서는 이미 구법 조항에 의하여 피감호청구인에게 일정한 행위(필요적 보호청구, 이 사건 사안에 있어서 재산권제한 처분에 해당함)가 가해진 후에 법이 개정되었고 그 구법에 의한 행위에 기초하여 신법이 적용된 것이기 때문에, 구법 조항은 신법 조항의 적용의 전제로서의 의미를 갖지만(즉, 구법 조항이 위헌 무효로 되면 신법 조항을 적용할 여지가 없어진다.), 국적법 사건의 경우에는 구법에 의하든 신법에 의하든 제청신청인의 입장에서는 국적을 취득하지 못하였다는 점에서 아무런 차이가 없고, 구법의 위헌 여부가 신법 부칙적용의 전제조건이 되는 것도 아니다(구법 조항이 위헌무효로 된다고 하여 신법 부칙을 적용할 수 없게 되는 것이 아니다). 따라서 국적법 사건에서는 구법 조항에 대해 재판의 전제성을 인정할 실익이 없어 당연히 그 재판의 전제성을 부정하게 된 것이다.

결국, 국적법 사건에서 구법 조항의 재판의 전제성을 부정한 헌법재판소의 결정은 이 사건 사안에서 구법 조항(재산권제한 처분의 근거조항)의 재판의 전제성을 부정하는데 선례가 되지 못한다.

③ 부정설에서는, 신법이 이미 시행되었기 때문에 구법의 위헌성이 인정되어 국회에서 신법상의 보상조치 외에 금전보상과 같은 추가적인 보상조치를 입법한다고 하더라도 이는 개정되기 전의 법률인 구법의 개정을 통해서가 아니라 개정된 신법의 개정을 통해서 이루어질 수밖에 없는 것이니 이 또한 개정 전의 법률인 구법의 조항의 전제성을 인정할 근거가 되지 아니하며, 구법조항에 대하여 헌법불합치결정을 한다고 하더라도 이미 개정되어 더 이상 적용되지 않는 법률을 다시 개정할 수는 없는 것이니 개선입법을 할 방법

도 없다고 하나, 신법이 존재하기 때문에 구법의 위헌성을 제거하는 법률의 개정이 구법이 아닌 신법을 통하여 이루어질 수밖에 없다고 하더라도 이것은 법률개정의 절차나 방식에 관한 문제일 뿐, 구법 조항의 재판의 전제성 인정 여부와는 직접 관련이 없다.

④ 구법에 의한 처분등을 신법에 의한 처분등으로 보는 경과규정을 두는 것은 신·구법에 걸쳐 계속되는 법률관계를 규율함에 있어 신·구법의 적용을 둘러싼 혼란을 방지하기 위하여 신법 시행 이후에는 구법에 의해 이루어진 처분등에도 신법이 적용됨을 명백히 하려는 목적이 있다. 따라서 그와 같은 경과규정은 구법에 근거하여 이루어진 처분등의 근거법률을 구법 조항에서 신법 조항으로 변경시키는 적극적인 의미를 갖는다고 볼 수는 없다. 구법에 의한 처분등의 효력 또는 법률관계가 신법 시행 후에도 계속되므로 이에 대하여 신법에 의한 규율이나 관련절차의 진행이 가능하도록 신법을 적용하기 위한 한도 내에서 구법에 의한 처분등의 효력을 신법 시행 이후에도 상실시키지 않는다는 소극적 의미를 갖는 것으로 보아야 한다(이러한 점에서 위 경과규정의 의미에 관한 신처분설의 견해는 타당하지 않다). 또한 법률의 개정으로 구법이 효력을 상실하여도 이것은 어디까지나 구법 자체의 효력 상실을 의미할 뿐이지, 구법이 과거에 유효하게 존재하였고 그 유효한 시절에 그에 기한 처분등이 있었다는 사실까지 부인하는 것은 아니다. 따라서 구법에 의한 처분등이 법률의 개정에도 불구하고 해석이나 경과규정에 의하여 신법 시행 후에도 그 효력을 유지한다면 그 처분등의 근거법률은 구법 조항이라고 보아야 한다. 앞서 본 바와 같이 대법원 2002두196 판결에서 경과규정인 부칙규정에 대하여 “... 부칙규정은 구 군사원호보상법이 폐지되고 구 국가유공자예우등에관한법률이 제정되는 과정에서 신법에 기한 별도의 처분이 없더라도 구법에 의하여 등록되고 연금 등을 지급 받아 온 원호대상자가 종전의 지위를 상실하지 아니한 채 신법에 의하여도 동일한 보호를 받도록 하기 위한 경과규정에 지나지 아니하는 것이므로 ...”라고 판시한 것도 바로 이러한 취지를 밝힌 것으로 보인다. 따라서 절충설 1은 타당하지 않다.

⑤ 절충설 2의 경우에는, 구법 조항의 재판의 전제성을 부인하는 부정설의 단점을 보완한 면은 있으나, 구법 조항의 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하였음에도 당해 사건에 적용되지 못한다는 이유로 주문에서 구법 조항에 대한 위헌 여부를 선언하지 못한다는 논리는 설득력이 없다.

6. 맺는 말

법률의 개정은 재산권을 비롯한 모든 법률관계에 변동을 초래하여 다양한 헌법적 문제를 만들어낸다. 따라서 재산권을 둘러싼 헌법적 분쟁을 해결하기 위해서는 그 전제로서 법률의 개정이 재산권에 미치는 실제법적, 소송법적 영향이 무엇인지가 반드시 규명되어야 한다.

이 글에서는 간략하게나마 이 점에 관한 몇 가지 쟁점에 대하여 살펴보았는데, 심도 있는 검토에 이르지 못하였다는 점에서 아쉬움이 남는다. 다만, 이 글을 계기로 그동안 별다른 논의가 없었던 법률의 개정의 의미와 신·구법의 개념 정립 등에 관하여 앞으로 논의가 활성화되기를 기대해 본다.

경제선진화와 (경제)헌법의 효용

李 惠 衍*

I. 머리말

어떤 사람들은 백이 흑으로 되면 ‘본질적으로 똑같다’고 말하는데, 또 다른 어떤 사람들은 색깔이 조금 더 어두워지면 ‘완전히 변했다’라고 말한다.¹⁾

새 정부가 출범하였다. 취임일을 기준으로 하면 두 달 정도 지났지만, 월권 논란이 있을 정도로 적극적이고 부산했던 인수위원회의 활동기간을 포함해서 보면 이미 1/4분기 국정운영의 공과에 대한 책임은 이 명박 정부의 몫이다. 다만, 출범 초기인 현재시점에서 관심의 초점은 단기적인 성과보다는 향후 5년간 이어질 국정운영의 기초와 그것을 규정하는 철학과 정치경제학적 기본인식의 바탕에 모아진다.

조금씩 다르기는 하지만, 언론매체들이 “선진화의 길, 다 함께 열어갑시다”라는 제목의 대통령 취임사의 표제어로 ‘경제활성화’와 ‘실용’을 가장 많이 선별하였듯이 새 정부의 최대 현안은 경제문제이고, 중장기적인 차원에서든 관심과 동력은 ‘경제선진화’에 집중될 것으로 전망된다.

우파와 좌파 또는 진보와 보수의 단선적이고 도식적인 구분이 불가능하고 또 불필요하기도 하지만, ‘딱지붙이기’의 흐름에 편승하여 본다면 일단 새 정권은 보수우파로 분류될 수 있을 것이다. 조금 유보하여 표현한다면, 적어도 좌파정권은 아닐 것이다. 이 대통령 자신과 주요 보좌진들이 얼마나 의식하고 있는지 모르겠지만, 취임사와 그간의 행태들을 보면 지난 10년간의 ‘국민의 정부’ 및 ‘참여정부’를 진보좌파로 단정하고 또 그 성과를 포괄적으로 폄하하는 전제 하에 전 정부와의 계속성보다는 단절과 차별화에 지나치게 집착하는 것은 아닌가 하는 우려가 없지 아니하다. 노무현 전 대통령이 밀양행 KTX 열차 안에서 참여정부와의 차별화보다는 계속성에도 관심을 가질 것을 당부하였다는 보도도 있었지만, 전임 대통령에 대한 예우와는 무관하게 단절과 차별화 자체가 자기목적이 될 수 없음은 물론이거니와, 전통적으로 우파는 급격한 제도변화와 친하지 아니하다는 지적은 혁명의 맥락에서 대립되는 극좌파와 극우가 아닌 한 전 정권이 좌파정권인 경우에도 해

* 연세대 법대 교수.

1) L. Wittgenstein, MS 125 58v, 이영철(역), 문화와 가치, 책세상, 2006, 100면.

당된다.

선진화의 가치 아래 실용, 경쟁, 'business friendly' 등의 표제어가 난무하는 모습이 효율성(efficiency)만이 주목되고 정작 효과성(efficacy)은 외면되는 것은 아닌지, 쓸데없이 부산하기만 하고, 결국은 정당한 지향점과 기준에 대한 관심은 실종되어 몰가치적이고 반가치적인 퇴보의 길로 들어서는 것은 아닌지 우려하게 만든다. 실용주의가 이념이나 당위적 가치론과 무관한 것이 아니거나, P. Drucker는 그의 논문선집 "Classic Drucker"²⁾에서 기업경영자들에게 효율성을 덜 걱정하고 목표달성에 더 많은 관심을 가질 것을 주문하면서, 지식근로자들에게 "나의 강점은 무엇이고, 어떻게 일을 해야 하는가?"라는 질문과 함께 "나의 가치관은 무엇인가?"라는 근본적인 화두를 제시하고 있다.

여러 가지로 심상치 않은 대내외 여건과 어려운 경제상황에 대하여 인식을 달리 하는 것도 아니고, 새로 출범한 정부의 의욕에 찬물을 끼얹을 생각은 더더욱 없다. 다만, 좋은 차가 그렇듯이 빨리 그리고 멀리 가기 위해서는 우선 천천히 발진해야 하고 또 무게중심을 낮게 유지하면서 가속도를 높여나가야 한다. 부산하고 급격한 구호의 선창은 도움이 되지 못한다. 냉정하게 진단하고, 문제인식의 공감대를 확대해나가면서 차분하게 유용한 설득의 수단들을 찾아나가는 것이 필요하다.

그 자체가 타협의 산물인 동시에, 타협을 위한 가치적 단서와 함께 그 방법까지 제시하면서 타협을 명령하는 헌법은 숙고의 수단 및 설득의 수사학(rhetoric)으로서 매우 효과적이고 효과적이다.³⁾ 실용의 명제가 이념과의 결별이 아닌 것과 마찬가지로 '경제선진화'도 결코 가치중립적인 과제가 아니다. 가치적 정치경제규범인 헌법의 공통어로 최소한 필요한 만큼 숨을 가다듬으면서 우리 사회와 경제의 기준점과 지향점을 검토하고, 그 도정(道程)을 짚어본다.

II. 문제의 제기

1. 자유시장경제론자들의 개헌포교(布敎)

'작은 정부', '민영화', '기업규제완화', '시장개방' 등등 적어도 일련의 주요 정책과제의 목록만을 보아도 이른바 '신자유주의'의 흐름에 순행하는 신정부의 출범을 전후해서,

2) P. Drucker, 이 재규(역), 클래식 드러커, 한국경제신문, 2007, 27-38면.

3) M. Lewis, "The Age Demanded: The Rhetoric of Karl Polanyi", *Journal of Economic Issues*, Vol. XXV No. 2(1991.6), 478-9면.

대기업의 대변인 역할을 자임하는 일부 연구기관에서 헌법개정을 강력하게 주장하고 나섰다.⁴⁾ 그 내용은 한마디로 우리 헌법상의 경제기본조항인 제119조를 비롯한 경제헌법의 전면폐지이다. 주장의 양식도 포럼의 제목에서도 알 수 있듯이 '개헌이 아니면 미래도 없다'는 식으로 지나치게 과격하다.

이들은 기본적으로 현행 헌법상의 경제헌법을 '대중의 권력남용을 막지 못한 분위기의 산물'이라고 보는 전제 하에⁵⁾, 그간의 우리나라 헌법학자들의 논의는 "인간과 사회질서에 대한 근원적 의문의 관점에서 헌법조항들의 정당성을 판단하는 것이 아니라, 묵시적으로 현행 헌법의 정당성을 인정한 상태에서 헌법의 해석에 치중해 왔다"고 비판한다.⁶⁾ 헌법학자들은 "현재의 헌법이 국민들간의 합의에 의해 만들어진 민주적인 헌법이기 때문에 그 정당성에 대해서는 의심할 여지가 없으며, 다만 구체적 조항들 간의 충돌이나 애매한 조항들을 명료화하는 것을 자신의 일인 것으로 여기고 있는 것이 아닌가라는 생각"에 이어 "헌법도 얼마든지 비판의 대상이 될 수 있다"는 당연한 명제까지 사족으로 덧붙인다.⁷⁾

단선적이고 구분이 불가능하고 또 이론과 실제상 모두 불필요하다는 점은 전술하였지만,⁸⁾ 돌이켜 보건대 1987년 제9차 헌법개정 이후 지난 20년 중에 전반 10년은 보수우파, 다음 10년은 진보좌파라고 한다면, 전반 10년 동안은 개헌과 관련하여 별 말이 없다가 후반 10년에 접어들면서 집요하게 헌법개정의 주장을 제기하여 왔고, 최근에 들어서 거의 정점에 이른듯해 보이는 이들 개헌론의 목소리가 더욱 거세지고 있고, 이 추세는 당분간 계속될 것으로 예상된다. 급하고 격한 주장의 경우 대개는 그 배후에 보이지 않는 이유가 없지 않듯이, 정경유착에 따른 메리트를 더 이상 기대할 수 없고, 따라서 그 대가로서 간섭을 더 이상 수용할 이유가 없게 되었고 또 이미 더 이상 보호와 육성을 필요로 하지 않을 정도로 큰 대기업의 입장에서 그들의 기득권보장에 가장 유리한 경제체제, 즉, 영미식의 자유시장체제로의 전환을 요구하는 것이라는 현실적인 동기 외에는 지나치게 성급한 예단과 과격한 제안의 이유를 파악하기 어렵다.

미래의 운명을 개헌에 건 이들 주장의 핵심을 한마디로 표현한다면, 현재 우리 경제의 어려움의 근원도 헌법에 있고, 경제살리기를 위해 필요한 거의 모든 유효한 정책과 제도

4) 민경국, 『자유시장경제를 위한 헌법발전의 방향 - 시장경제와 헌법의 개정방향』, 헌법을 바꿔야 미래가 산다: 자유민주주의와 시장경제확립을 위한 헌법개정방향, 2007년 11월 26일, 발제문집, 93-139면.

5) 김정호, 『경제헌법개정의 필요성과 방향』, 자유기업센터, 경제헌법 개정음!, 제7회 자유주의 워크숍, 1998, 54면.

6) 김정호, 위의 글, 11면.

7) 위의 글.

8) 장하준, 개혁의 덫, 부키, 2004, 247-52면 참조.

를 가로막고 있는 것도 헌법이라는 것이다. 말하자면 저성장, 투자위축, 실업, 세금과다, 정부지출증가, 부동산정책 실패, 양극화심화 등 거의 모든 문제들이 근본적으로는 '정부의 실패'(governmental failure)가 아니라 '헌법의 실패'(constitutional failure)에서 비롯된 것이고, 적절한 문제해결의 대안을 강구하지 못하고 있는 것도 헌법의 장애 때문이라는 것이다.⁹⁾ 이러한 주장의 바탕에는 '자율시장의 신화'(myth of self-regulating market)에 대한 교조적인 믿음이 자리 잡고 있는 바, 이들은 한국헌법의 근본적인 결함과 그 원인을 다음과 같은 세 가지의 '치명적인 자만'(fatal conceit)으로 정리한다. '시장경제에 대한 극단적인 불신', '정치가와 관료의 능력과 도덕성에 대한 무한신뢰' 및 '제한규칙(limiting rules)에 대한 무관심' 등이 그것이다.¹⁰⁾ 궁극적으로 '헌법의 실패'를 수정하여 '자본주의체제', 말하자면 '시장체제'(market system)¹¹⁾로 전환하는 것이 미래에 우리의 유일한 살 길이고, 경제살리기의 최선의 방책이라는 것이다.

국민적 합의의 산물인 헌법도 비판의 대상이 될 수 있다는 점과 이들이 '의견이 분명한 체제옹호자들'이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 그러나 이들의 주장은 전략과 전술의 차원에서 공히 명민함과는 거리가 멀다. 게다가 원천적으로 반증과 비판을 허용하지 않는 '신화와 교조'를 내세운다는 점을 차치하더라도, 그 주장의 과격함은 건강한 열기를 더해 토론의 생산성을 높이는 순기능적 효용에 대한 기대보다는 오히려 공론장의 독점을 우려할 정도를 넘어선다.¹²⁾ 다만, 이들 주장이 전혀 효용이 없지는 아니하다. 적어도 왜 우리에게 차분한 숙고와 설득이 절실하게 요구되는지 또 어떻게 숙고하고 설득해야 하는가에 대한 반면교사로서 유용하기 때문이다.¹³⁾

9) 민경국, 앞의 글, 93-5면.

10) 위의 글, 106-113면.

11) 갈브레이스의 예리한 분석에 따르면, 이들 논객들도 '명민하고 의견이 분명한 체제옹호자들'임이 분명하다. "명민하고 의견이 분명한 체제옹호론자들은 변장된 권력의 소재지를 드러내고 불쾌한 역사의 기억을 불러일으키는 '자본주의'(capitalism)라는 용어를 더 이상 쓰지 않고 보다 '온화한 대안'으로 '시장체제'라고 명명하여 전파하여 왔고, 이 개명작업은 어느 정도 성공을 거두었다" J. K. Galbraith, *The Economics of Innocent Fraud*, 이해준(역), 갈브레이스에게 듣는 경제의 진실, 지식의날개, 2007, 21-9면.

12) 이러한 점에서 이상론에 빠진 경제학자가 아니라면 대부분 그러하지만, 우리나라 경제원론 교과서시장을 거의 석권한 맨큐도 시장경제론의 기초 속에서도 '시장의 실패'에 대한 지적을 빼놓고 있지 않은 것이 다행스럽다. N. G. Mankiw, *Principles of Economics*, 4e, Thomson, 2007, p.11.

13) 2006년 말에 헌법학회는 헌법개정에 관한 학회차원의 집단연구를 진행하여 보고서를 낸 바 있다. 그 결론이 대체로 신중하고 절제된 내용이었던 것이 헌법을 비판의 대상으로 보지 않는 것에 기인하는 것이 아님은 물론이다. 필자가 집필을 주관하였지만 5명의 위원이 토론을 거쳐 정리하였던 경제헌법의 부분도 마찬가지였다. 해석론에 치우쳐 온 점에 대한 비판은 충분히 남득이 되지만, 헌법의 정당성을 인정하는 것과 헌법정책론 차원에서 헌법규정의 내용을 비판하는 것은 별개의 문제이다. 한국헌법학회, 2006헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006. 11, 97-111면. 공법학회에서도 비슷한 시기에 개헌론을 다룬 바 있다. 김성수, 『헌법상 경제조항에 대한 개정론』, 공법연구, 제34집 제4호 제2권(2006.6), 183-207면.

2. 경제헌법 전면폐지론 - '무지의 소신' 아니면 '전략적 선택'?

'자율시장의 신화'와 자유방임주의에 터잡은 진단과 처방은 전술적 수단의 선택으로서 매우 적합한 것이라고 평가할 수 있다. 원천적으로 자유방임주의와 시장불패의 신화를 토대로 하는 이상적인 시장경제질서의 절대적인 정당성을 전제하면서, 그것을 수용할 수 없는 헌법에 대하여 실패를 선언하는 동시에 그에 따른 부수적인 결과로 '정부실패'는 필연이었다는 식의 순환론 속에서 경제헌법조항의 완전삭제를 주장하는 것은 논리적으로 자연스럽고 또한 가장 효율적인 전술적 수단이라고 평가할 수 있다.

하지만 그들 스스로 자신들의 주장이 그대로 관철될 수 있기를 기대하지는 않겠지만, 그 전략적 차원의 효과는 기대하기 어렵다. 말하자면 그들의 처방대로 경제헌법을 전면 삭제하는 헌법개정이 이루어진다고 하더라도 적어도 그들이 원하는 수준과 내용의 자유방임적 경제질서가 현행 헌법에 수용될 수는 없기 때문이다. '역사'와 '진리'까지 내세우면서¹⁴⁾ 주장하는 자유시장경제에서 상정된 시장이 설마 '이해를 신선하게 해주는 좋은 비유'의 예로 더 할 나위 없이 좋은 Coase¹⁵⁾의 비유, 즉 "두 사람이 숲 가장자리에서 호두와 딸기를 교환하는 시장"이라면 모르겠으나, 적어도 사회국가 또는 복지국가원리를 수용한 우리 헌법에서 '작은 정부와 큰 시장'의 상대적인 구도가 아니라 거의 무정부주의에 가까운 자유방임적 시장체제를 도입할 수 있는 수단은 혁명 외에는 없다.

경제의 무차별적인 외연확대의 현상과 그에 따른 전방위적인 연관성을 거론하지 않더라도 시장에 직접 영향을 미치는 경제제도와 정책은 물론이고, 예컨대, 노동시장에서의 청소년보호나, 소비자보호, 환경기준, 장애인보호 등 간접적으로 경제과정에 영향을 미치는 국가의 거의 모든 사회정책적 개입과 그와 연관되는 법제도의 정당성을 부인하는 식의 주장은 우리 사회의 '권리/의무구조'¹⁶⁾에 대한 기본적인 합의의 대전제인 동시에 그 결과이기도 한 헌법의 정의사회이념과 함께 오로지 이 이념의 실현수단으로서만 정당성이 유지되는 국가와 정부 자체를 부정하는 것과 전혀 다를 것이 없다.

'시장체제'가 우수한 경제조직형태의 하나임은 분명하지만, 자본주의를 포함하여 모든 경제체제에서 시장은 가치를 정하고 사회구조를 유지하면서 인간관계를 형성하는 여러

14) 민경국, 앞의 글, 136면.

15) R. H. Coase, "The institutional structure of production", *American Economic Review*, Vol. 82, No. 4(1992) p. 718. Coase는 "이런 시장과 그 속에서의 교환과정에 대한 세밀한 분석이 특정한 관점에서 평가를 규명해주는 하지만, 그것이 완전하다고 믿는 시대는 이미 지났다."고 단언한다.

16) 장하준, 이종태/황 해선(역), 국가의 역할, 부키, 2006, 117-21면; 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, 544면 이하.

가지 수단 중의 하나일 뿐이다. '사랑에 빠지면 눈이 먼다'고 하지만, Kuttner가 칭찬 "주기적인 laissez-faire와의 로맨스"¹⁷⁾도 유토피아에서나 가능한 '순수한 시장'(pure market)을 전제하는 경우에는 맹목적이고 위험한 불륜일 수밖에 없다. 더욱이 미국발 신자유주의 로맨스의 유행은 우리가 원조보다 더 심한 듯하다. "정치학, 경제학은 물론이고 법학에서도 시장개념을 내세우는 경제학자들이 공공정책전문가로서, 민영화, 탈규제, 시장개방 등 일련의 경제정책세트를 일방적으로 강요하는 지적 챔피언으로 독보적인 자리를 굳히고 '시장이 더 낫다'(Market is better)라는 하나의 간명한 교조를 설파"¹⁸⁾하고 있는 현상은 바로 그대로 지금 우리의 모습이다.

영미식 자유시장의 역사만이 기정사실로 주어지고 있는 경제사왜곡에 대한 비판이 나¹⁹⁾, 미국이 근대 '보호주의의 아버지'였고 보호무역주의적 산업정책의 가장 큰 수혜자였다는 '사라진 경제발전의 역사'²⁰⁾를 새삼 들추어내지 않더라도, 가장 자유로운 시장의 유산을 갖고 있는 영미식 자본주의체제가 변함없이 가장 확실한 번영을 누리고 있는 것은 아니다. 가장 살만한 매력적인 사회를 구현하고 있는 것은 더더욱 아니다.²¹⁾ 생산과 소비 및 투자결과 그에 따른 자원배분의 효율성을 기준으로 승패가 가려지는 게임이 무한정 진행된다면 아마도 최종 승리는 냉정하고 정확하면서 동시에 부지런함에서 타의 추종을 불허하는 시장의 몫이 될 것이다. 그러나 '시장우위의 가정'(market primacy assumption)²²⁾을 전제로 하는 '순수한 시장', 말하자면 '국가보다 더 나은 시장'과 시장을 대위하는 '제1의 차별자'로서 '시장보다 더 못한 국가'를 모델로 제시하여 양자택일을 강요하는 것은 동어반복식의 말장난일 뿐이다. 대안별로 장단점을 극명하게 부각시키는 정책론적 유용성을 인정한다 하더라도 그것은 승패가 사전에 결정된 프로그램으로 설계된 가상의 시뮬레이션에 지나지 않는다.

또한 경제와 시장의 거의 무한정 외연확대에도 불구하고 사회가 단순히 생산자부문과 소비자부문으로 파편화될 수는 없다. 삶의 모든 영역과 가치가 계량적인 효율성만으로 판정이 내려지는 게임에 포섭되지는 아니한다. 경제발전의 과정과 제도적 환경에 따라 다르겠지만, 자정력과 절제의 덕목이 결여된 실제 시장에서의 차별화는 일정 수준 이상의 외부비용이 유발될 수밖에 없고 또 중간탈락자가 있을 수밖에 없다. 게임의 과정에서 또 게임의 성패가 가려지는 바로 그 지점에서 우리는 공존과 상생의 '좋은 삶의 질

17) R. Kuttner, *Everything for Sale: The Virtues and Limits of Markets*, A Century Foundation Book, 1996, 4면.

18) 위의 책, 5면.

19) 장하준, *사다리 건너가기*, 형성백(역), 부키, 2004, 29면

20) 상세한 실증적인 사례는 장하준, *국가의 역할*, 특히 22-31, 56-68, 115-20면.

21) Kuttner, 앞의 책, 4면.

22) H.-J. Chang, 앞의 글, 546면.

서'를 위한 '안전망'을 쳐야만 한다.²³⁾ 헌법은 바로 이 '안전망'을 '왜, 그리고 어느 지점에, 어떤 높이와 밀도로 쳐야 하는가'에 관한 담론에 대하여 최소한의 울타리와 '안전망'을 제공한다.

결국 관건은 자원배분의 효율성과 함께 '좋은 삶의 질서'를 형성하기 위한 가치실현과 배분의 정당성을 동시에 수렴할 수 있는 '혼합경제'(mixed economy)의 규범적 틀을 마련하는 것이고, 어느 단계에서 어떤 양식으로 국가가 시민사회와 연합하여 개입하고 조정할 것인가 하는 적당한 '조합'의 구조와 형식을 찾는 것이 그 핵심과제이다.

III. 경제체제에 관한 담론과 (경제)헌법

1. 헌법학자를 위한 변명과 자성

전면적인 '상업화'(commercialization)와 시장화(marketization)의 주장이 득세하고 있는 상황에서 경제체제에 관한 담론의 출발점은 참여자들이 지나친 단순화나 과장 또는 그 내용 자체가 잘못된 주장에 의한 일방적인 협박에서 벗어날 있도록 안내하는 것이다.²⁴⁾ 마치 시장이 이데올로기적인 선판단과 무관한, 이론을 통해 검증된 보편적이고 객관적인 과학적 원리이고 또 역사와 현실 속에서 최종 확인된 절대적인 진리인 양 일방적인 주장을 하는 것은 진실을 왜곡하는 신화의 조작이고, 그것을 통한 정치적 선동에 지나지 않는다. 역사가 Hobsbawm²⁵⁾의 말대로, "선동적 역사와 스스로 정당화하는 신화가 되는 경향의 이데올로기적 역사에 의해서 채워지는 위험한 눈가리개를 없애려고 노력하는 것 또는 적어도 그것을 조금이라도 들어 올리거나 이따금이라도 들어 올리는 것"이 역사가의 책무라고 한다면, 이는 경제체제에 관한 담론에서 헌법학자들에게도 그대로 해당된다.

23) K. Polanyi의 논문들을 번역하면서 첨부한 홍 기빈의 해제, 특히 '노동시장의 탄력성'이라는 것이 개개인의 삶에 "매우 고통스러운 존재론적 불안정성"을 안겨줄 수도 있다는 지적은 소박하지만 또는 소박하기 때문에 더욱 통렬한 비판으로 다가온다. "(많은 주류 - 필자 부기) 경제학자들은 노동시장의 인간을 기본적으로 동질적인 일손, 즉 공급으로 생각하여, 수요와의 균형 그리고 가장 효율적인 임금을 위해 이리저리 움직이는 부평초로 생각하는 경향이 있다. 고통정보만 확실하게 주어지면 오늘 해고당한 구미공장의 텔레비전 조립공이 내일 여의도 빌딩의 수위가 되고, 내일 또 해고당하면 모래는 가락동 수산시장의 지게꾼이 된다는 식이다...설령 그대로 된다고 해도 그렇게 되려면 얼마나 시간이 걸리는가? 1년 혹은 2년? 경기순환의 장기그래프에서 1,2년은 대단한 시간이 아닐 수도 있다. 하지만 개인의 인생에서 그 시간은 중대한 의미를 지닐 수 있다. 그 사이에 이혼을 당할 수도 있고 남편에게 영원히 경제적으로 종속될 수도 있다. 또 노숙자가 되어 건강을 해칠 수도 있다." 전세계적 자본주의인가 지역적 계획경제인가, 책세상, 2002, 178-80면.

24) Kuttner, 앞의 책, 10면.

25) E. Hobsbawm, *강성호(역), 역사론*, 민음사, 1997, 70면.

적정한 규율범위와 통제밀도는 별론의 대상이되, 헌법이 경제현상을 외면할 수는 없다. 자유민주적 헌정질서가 정착된 국가에서 정치생활의 핵심문제는 경제문제이다. 정치권력 집단의 헌법에 대한 의도적인 외면과 무시가 용인되던 개발독재체제를 벗어난 우리 현실에서도 거의 무한정 그 외면이 확장된 경제현상은 단순한 관찰과 이론적 분석, 즉 '정치와 사회 및 그 어떤 비수학적 측면'26)도 배제하는 신고전학파의 '실증경제학'의 연구 대상이나 또는 '규범경제학'적인 경제정책론의 대상으로만 국한되지 아니한다. 헌법은 그 자신이 중요한 경제 주체이기도 한 국가와 시장, 개인 또는 기업 상호간에 적정한 역할 분담의 기준을 설정하고, 핵심 소재가 바로 경제인 정치현상을 규율하는 정치경제규범이기 때문이다.27)

또 한편 의도적인 설계의 대상으로 삼기에는 변화무쌍한 시장경제의 현상과 그에 대한 규제 가능성과 한계에 대하여 경직된 헌법규범의 잣대로 재단하고 판단하는 것은 과거에 작성된 헌법텍스트와 그 헌법텍스트를 출발점과 종착점으로 해야만 하는 헌법해석의 가능성과 한계를 시험대에 올려놓는 것이 아닐 수 없다. 그러나 헌법 또는 헌법재판실증주의의 시대에 '헌법이 말하는 것'이 무엇인지를 말해 주어야만 한다는 기대와 요구를 회피할 수 없다면, 그것을 말하기 전에 우선 헌법해석과 헌법해석자의 한계를 전제하고 확인하는 것이 선결과제로 주어진다. 한계의 극복은 한계의 인정에서부터 시작될 수 있다.

그러나 이러한 한계를 인정하는 전제하에 남는 헌법의 공간은 무분별하고 무제한적인 이데올로기적 갈등과 정견의 대립을 순화시켜서 생산적인 토론의 기회를 제공한다.28) 헌법해석은 단순한 정책분석도 아니고, 헌법텍스트에 담겨져 있는 고착된 의미를 언어분석적인 방법으로 탐색해내는 기술적인 작업도 아니다. 공식적으로 확정된 준거로 주어지는 헌법텍스트는 경제정책을 둘러싼 이념대립과 정치논쟁으로부터 일정한 거리가 유지되고, 언어폭력을 포함하여 모든 적나라한 폭력의 행사가 허용되지 않는 개방된 언어의 공간으로 주어진다.

또 한편 추상성에 의해 주어지는 개방된 공간을 채우는 헌법텍스트작업은 궁극적으로 해석자의 주관적인 선판단에 따른 결과일 수밖에 없다. 헌법해석자의 '제너럴리스트의 제도적 한계'(institutional limits of generalist)²⁹⁾도 부인할 수 없다. 그러나 이 한계들 역시

그것을 인정하고, 절제의 요청으로 수용할 때는 오히려 헌법해석자의 조정자 또는 설득자로서의 효용을 뒷받침 해주는 토대가 된다. 헌법해석자가 K. Mannheim이 말하는 이른바 '자유부동적 지식인'(freischwebende Intelligenz)³⁰⁾일수는 없겠지만, 제너럴리스트로서 '제도적 한계'를 갖고 있고, 바로 그렇기 때문에 정책논쟁으로부터 일정한 거리를 유지한다는 점에서 독립적이고 공정한 토론주체자로서는 적격이다.

또한 헌법텍스트에 담겨져 있는 '관점들'(Topik)은 헌법해석자의 '법적 추론'(legal reasoning)을 통해서 수렴되고, 이 과정 속에서 해석자의 주관성이 여과되고 수정 보완되면서 객관성을 확보하게 된다. 정책결정과정의 관점에서 보면, 이러한 공식적인 '관점의 목록'과 정서된 방법론을 토대로 하는 '법적 추론'은 필요한 최소한의 정책의 정당성과 결정과정의 합리성을 담보하는 효율적인 검증장치이다. 관건은 체계정합성과 현실정합성을 동시에 수렴해 낼 수 있는 정치한 헌법해석론을 정립하는 것이다.³¹⁾ 요컨대, 선판단의 한계에 따른 '제도적 한계'를 인정하고, 그에 대한 비판적 성찰을 계속한다면 헌법해석자는 정치적, 정책적 담론만을 통해서는 장악하기 어렵거나 또는 관점의 불균형이 초래될 수도 있는 현실을 포착하여 조율해 나가는데 장점이 적지 않은 담론설계자 및 조정자로서의 역할을 수행할 수 있을 것이다.

2. 경제체제담론의 헌법규범적 좌표

원론적으로 보면 복잡사회에서 사회가 어떤 특정한 종류의 문제에 대한 결정을 정부 또는 법제도에 할당해야 하는 것인지 여부 또 어떤 경우에 그래야 하는 것인지는 질적, 양적으로 큰 몫을 차지하기는 하지만 시장도 그 한 부분으로 포함되는 전체 사회구조와 정치체제의 차원에서 정해지는 문제이다.³²⁾ '순수한 시장'이 아닌 한 국가의 개입은 불가피하다. 문제는 허용 또는 금지의 범위와 조건 및 그 형식인 바, 이는 사회 전체의 정치적 타협을 통해서 정해진다. 또 한편 경우에 따라서는 경제에 대한 국가의 규제와 조정이 이미 선제하는 시장의 자유와 자율성을 제한하는 개입이 아니라, 시장의 자유의 내용과 내재적인 한계를 형성하는 것으로 간주되어 시장참여자들과 관찰자들에게 완벽하게 수용될 수도 있다.³³⁾ 이는 궁극적으로 법제도에 의해 결정되는 특정한 권리와 의무, 공

26) E. Hobsbawm, 『신자유주의의 죽음』, 흙스봄 외, 노대명(역), 제3의 길은 없다, 당대, 1999, 28면.

27) 정치헌법과 경제헌법의 관계에 대한 논의로는 특히 김형성, 『경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계』, 헌법과 경제정책 심포지엄(2004.6.15), 3-5면 참조.

28) 이에 관해서는 후에 상술한다.

29) C. R. Sunstein/A. Vermeule, "Interpretation and Institutions", 101 Mich. L. Rev. 886(2003).

30) K. Mannheim, 이데올로기와 유토피아, 임석진(역), 청아, 2000, 218면.

31) 법도그마틱과 법해석의 정책관련성과 정책수단으로서의 법의 기능적 과제에 관한 법이론적 고찰에 관해서는 이상돈, 법철학, 2003, 29-32, 138-143면 참조.

32) F. Schauer, "Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law", T. Campbell/J. Goldworthy, Judicial Power, Democracy and Legal Positivism, Ashgate, 2000, 222면.

33) 장하준, 국가의 역할, 120면. 장 교수는 "자유시장이 그러한 것과 마찬가지로 그 개념쌍인 '국가개입'에 대한 정의조차 허약하기 짝이 없다"고 비판하면서, 경제발전의 수준과 사회적 환경에 따

식적 또는 비공식적으로 설정된 사회적 책임의 정당성에 대한 사회구성원들의 합의에 따라 결정된다.

경제체제³⁴⁾가 이 사회적 합의의 내용 중에 가장 크고 핵심적인 부분이라고 본다면, 경제체제의 모델을 선택하고, 그 기본적인 운용체제를 설계하는 것은 정치적 타협의 산물인 헌법에 그 대강이 규정되고, 헌법의 마당에서 논의되고 헌법의 형식으로 정리되어야 하는 전형적인 '헌법문제'이다. 현상유지가 아니라 퇴보만을 바로 뒤에 두고 선진사회진입의 기로에 서있는 우리가 당면하고 있는 가장 중대한 정치경제학적 현안이 바로 '정치적 민주화와 경제적 자유화의 결합'이기도 하지만, 바로 이 '헌법문제'는 경제헌법조항뿐만 아니라, 인간의 존엄과 가치는 물론이고, 직업의 자유 또는 기업의 자유나 재산권 등의 경제적 기본권과 노동권, 인간다운 생활을 할 권리 등의 사회적 기본권을 망라한 일단의 '규범복합체'(Normkomplex)와 전방위적으로 연관되는 문제이다. 물론 이 '규범복합체'에는 사상의 자유, 학문의 자유, 언론의 자유 등 정신적, 정치적 생활영역의 기본권들도 포함된다. 경제체제에 관한 담론이 건강하고 생산적인 토론으로 진행되기 위한 최소한의 필요조건인 '열린 마당'과 '공정한 규칙'은 바로 이들 기본권이 보장되지 않고서는 갖출 수 없기 때문이다.

요컨대, 헌법의 공간에서 진행되는 경제체제담론에서 경제질서는 칸막이가 쳐진 폐쇄체제로 파악되지 아니한다. 경제질서를 형성하는 작업은 전체 헌법질서와의 연관 속에서 경제질서를 이해하되, 그렇다고 해서 경제질서의 부분이 전체 헌법질서 속에 함몰시키지 아니하고 독자성이 유지되도록 하면서 그 부분질서와 전체질서가 상승(相乘)효과를 발휘할 수 있게 만들어나가는 역동적인 '구조화작업'으로 진행된다.

3. 우리 경제헌법의 충분한 용량과 탄력도

1) 개요

다음 장에서 상술하는 바와 같이, 우리 헌법상 경제헌법의 핵심조항인 제119조는 이른바 '원칙-예외 형식'의 윤곽규정이요, 동 규정에 담겨져 있는 재판규범 또는 행위규범의

라 국가의 시장개입으로 간주되기도 하고, 그렇지 않기도 한 예로 아동노동의 금지와 제한, 자동차 매연배출기준 같은 환경규제, 최저임금제도를 비롯한 근로기준 등을 제시한다. 같은 책, 118-121면.

34) 경제체제와 경제질서 또는 경제구조 등의 용어는 혼용되기도 하지만, 경제질서가 경제과정을 위한 골조인 동시에 그것을 관리하는 soft ware라고 한다면, 경제체제는 경제질서와 그 속에서 형성되는 경제과정을 포괄하는 system의 개념으로서 제도적인 측면을 강조하는 용어라고 할 수 있다. 이에 관해서는 배진영, 『경제질서, 경제체제, 경제헌법의 개념적 비교』, 제도와 경제, 창간호(2007.8), 35-43면.

내용은

우선 '최적화명령'과 연계되는 가중된 '소명부담'(Darstellungslast)³⁵⁾의 배분기준으로 파악된다. 원칙적으로 시장에 맡겨져 있는 경제에 대하여 국가가 예외적으로 규제와 조정에 나서는 경우 국가는 제2항에 규정된 네 가지 국민경제목적 - '국민경제의 균형성장과 안정', '적정한 소득분배', '시장지배와 경제력남용의 방지' 및 '경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화' - 의 관점에서 그 이유와 목표에 대하여 명확한 소명을 해야 한다. 시장의 자정력에 맡겨 놓을 수 없는 어떤 심각한 '시장의 실패'가 있는지, 얼마나 큰 외부비용의 유발이 예견되는지 또한 구체적인 정책목표와 특정한 정책수단을 선택한 이유와 그 효과에 대한 전망 등이 '최적화명령'에 부합됨을 충분히 설명하고 설득해야만 한다. 이 '소명부담'의 통제규범 또는 행위규범으로서의 구체적인 내용 등 헌법 제119조에 대한 상세한 해석론은 후술하되, 여기에서는 경제체제에 관한 개방된 담론의 맥락에서 우리 헌법학계에서 유력한 다수설³⁶⁾에 의해 제시된 '사회적 시장경제질서'(soziale Marktwirtschaftsordnung)의 모델의 의미와 효용을 검토한다.

2) 우리 경제체제담론의 현황과 문제점

경제체제라는 큰 주제에 관심을 갖는 것을 이상하게 볼 이유는 없다고 생각되는 우리나라의 대표적인 기업부설 연구소의 하나라고 할 수 있는 삼성경제연구소가 '1987년체제 이후 한국경제 20년에 대한 재검토'와 '향후 20년에 대한 방향제시 및 구체적인 정책대안의 제시'라는 큰 구도를 갖고 연구서를 펴낸 바 있다.³⁷⁾ 제1장 제1편<1987년, 한국경제구조 변화의 시작>은 '정치적 민주화와 경제적 자유화의 결합'이라는 숙제를 갖고 있

35) Vgl. BVerfGE 79, 311(344ff.). 독일 연방헌법재판소는 기본법 제115조 제1항에서 '국민경제전체의 균형'에 대한 심각한 지속적 장애를 제거하기 위한 경우에만 예외적으로 허용되는 '투자'(Investition)목적 이외의 초과국채발행의 합헌성에 관한 결정에서 입법자의 '소명의무'의 개념을 제시하였다. 이에 관해서는 이 덕연, 『국채발행에 대한 헌법적 제한』, 헌법판례연구3, 2001, 514-516면 참조.

36) 예컨대 허영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 158면, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 167-168면. 일부 학자들은 독일에 특유한 '사회적 시장경제'의 개념과 구별하는 의미에서 '사회조화적 시장경제'라는 개념을 사용하고 있는데 내용상 차이는 없는 것으로 생각된다. 황적인/권오승, 경제법, 1996, 41면 이하. 동 개념의 적확성을 부인하는 입장은 권영설, 『국가와 경제-경제질서의 헌법적 기초』, 공법연구 제16집(1988), 10면; 정순훈, 『우리 헌법상 경제질서와 경제규제의 한계』, 공법연구, 제16집(1988), 173면; 경제헌법, 법문사, 1993, 230면; 김형성, 앞의 글, 7-9면. 또한 헌법 제119조 제1항과 제2항을 '내적 연관관계'에서 파악하는 입장, 즉 '개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의 실현하라는 내용의 경제헌법상의 근본적인 목표설정규정'으로 보는 견해도 '시장 대 정부'의 대립구도에 초점을 맞추는 행위규범 및 통제규범으로서 경제조항의 의미와 법적 효력과 관련해서는 차별성이 부각되지 못한다. 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 974면; 한수웅, 『한국헌법상의 경제질서』, 공법학의 현대적 지평, 심천 계획열박사 화갑기념논문집, 1995, 173면 이하.

37) 홍 순영, 장 재철 외, 한국경제20년의 재조명, 삼성경제연구소, 2006.