

# 한국이 지향하는 시장경제의 모형



성균관대학교 법대 교수 | 정호열

## 1. 우파 혹은 좌파, 아니면 제3의 경제?

1980년대 말 사회주의 계획경제들이 대거 붕락(崩落)한 이후, 이들 사회주의 국가들이 시장경제로 그 체제를 전환하고 있음은 주지하는 바와 같다. 중국도 헌법 제15조에서 사회주의적 시장경제를 선언하고 있다. 중국의 경제가 혹은 중국의 관료나 기업들의 행태가 우리나라나 기업들의 행태보다 더 자본주의적이라는 담론은 우리나라 여기저기에서도 발견된다. 이처럼 대부분의 국가들이 시장경제를 지향한다고 하더라도 그 모습은 그야말로 천태만상이다.

국가 혹은 공권력이 경제에 개입하는지 또 어느 정도로 개입하는지를 기준으로 각국의 경제를 분류할 때, 순수한 자유시장경제와 완전한 계획경제를 양 극점으로 설정하면, 그 연결선 위에 각국의 현실경제들이 자리매김하게 된다. 우선 사유재산권과 계약법질서 자체가 정착되지 않은 상황에서 사(私)경제 내지 시장 자체가 제대로 형성되지 않는 저개발국이 있을 수 있다. 또한 공권력이 조직적으로 사경제에 간섭하고, 심지어 가격기능까지 통제하는 혼합경제 혹은 ‘무늬만’ 시장경제도 있을 수 있다. 또 시장기능에 국민경제의 대부분이 맡겨져 민간의 자율과 이니셔티브(Initiative)가 주도하는 경우도 있다. 여기에서 같은 시장경제라고 하더라도 우파나 좌파, 혹은 제3의 길을 차별적으로 지향하는 수많은 선택이 나오게 된다.

그렇다면 개인주의와 자유주의에 바탕을 두면서 공권력이 사경제현상에 일체 개입하지 않는 순수한 모형의 자유사시장경제(Free, Private Market Economy)와 국가의 중앙집중적 계획이 시장기능을 전면적으로 대체하는 순수한 계획경제라는 가상적인 두 모형을 잇는 하나의 연결선을 상정할 때, 2008년 6월말 현재 우리나라의 경제는 이 연결선 위 어디에 위치하고 있을까? 그리고 정보화와 글로벌화의 큰 흐름 속에서 국민경제의 대외의존도가 70%를 상회하는 우리나라가 중장기적으로 설정하여야 할 시장경제의 모형은 이 연결선의 어디에서 찾아야 할 것인가?

이 물음은 필자가 개인적으로 오랫동안 가져 온 의문 중 하나다. 규범적으로 볼 때 이는 기본적

으로 시장경제의 헌법적 기초에 관한 물음이다. 그러나 이 문제는 우리나라의 공정거래법 운영을 위한 가장 기본적인 관심사의 하나여야 한다고 믿는다. 공정거래법은 경제헌법으로서, 개방된 시장에서 자유롭고 공정한 경쟁을 창달하는 것을 그 이념으로 하고 있기 때문이다.

## 2. 소위 ‘사회적 시장경제론’의 내용적 허무

우리나라 경제질서의 헌법적 기초로 언급되는 것은 헌법의 경제조항, 그 중에서도 특히 헌법 제 119조가 지목된다. 헌법 제119조 제1항은 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 질서, 즉 시장경제질서를 우리나라가 지향함을 밝히고 있다. 그러나 동조 제2항은 경제의 민주화라는 불확정개념 뿐만 아니라 적정한 소득의 분배, 경제주체 간의 조화, 균형 성장 등의 첩사(贅辭)를 사용하여 시장기능에 대한 공권력의 광범한 간섭과 통제를 가할 수 있는 헌법적 근거를 제공하고 있다. 제119조의 경제조항은 읽는 관점에 따라서는 시장경제의 원칙을 선언하는 제1항이 아니라 시장기능에 대한 공권력의 간섭과 통제에 대한 형식적 적법성을 제공하는 제2항에 실증적 의미가 더 실려 있는 것처럼 보이기도 한다.

대체로 헌법학자들은 우리나라가 자본주의체제 혹은 시장경제를 지향한다는 점에서는 기본적인 인식을 같이 한다. 그러나 헌법이 지향하는 시장경제의 구체적 모형에 관해서는 구체적이고 진지한 담론이 결여되어 있다. 종래 독일의 통설인 사회적 시장경제론을 그대로 원용하면서 이를 답습하는 것이 다수설이었다. 그러나 최근에는 우리나라가 독일보다도 더욱 사회주의적이거나 더욱 통제경제적인 체제를 가졌다고 보는 주장도 있고, 입법자인 국회에 구체적 시장경제의 모형을 설정할 수 있는 권한을 포괄적으로 위임했다는 견해도 등장하고 있다.<sup>1)</sup>

여하튼 종래의 주류적 견해는 우리나라의 경제 질서가 소위 사회적 시장경제(Soziale Marktwirtschaft, Sozialverpflichtete Marktwirtschaft)를 채택하는 것으로 풀이해 왔고, 헌법 재판소도 이를 되풀이하면서 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 관해 개인과 기업의 자유와 창의가 기본이 되고 공권력의 시장 간섭을 보충적인 것으로 보고 있다.<sup>2)</sup>

1) 현재 우리나라 헌법학에서 사회적 시장경제설은 퇴조하는 인상을 준다. 우선 독일의 사회적 시장경제는 자본주의 체제의 성숙을 그 전제로 하는 시장 규제적 개입인데 반해, 우리는 시장 형성적 개입을 규정하고 있다는 주장과 우리 헌법은 사회적 시장경제에서는 수용할 수 없는 계획적·조정적 요소를 포함하며 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계도 반드시 원칙과 예외의 관계만은 아니라는 견해도 있다. 그리고 우리 헌법의 여러 경제조항들은 초기 독일의 사회적 시장경제보다 국가의 계획, 조정, 규제의 여지를 넓게 인정하고 있으며, 특히 제119조 제2항은 질서정책을 넘어 총량적 조정정책까지 포함되어 있으므로 혼합경제의 범위 내에서 장래의 정책에 넓게 개방하는 질서를 의미한다는 주장도 있다.

2) 현재 1998.5.28. 96헌가4; 현재 2001.6.28. 2001헌마132 등

헌재 1989.12.22, 88헌가13

1. 현행 헌법이 제23조 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 어디까지나 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산제도와 아울러 경제행위에 대한 사적자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서만 허용될 뿐이라고 할 것이다.

2. 헌법 제119조 제2항은 헌법이 자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임 있게 시행하는 국가, 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다.

한편, 사회적 시장경제의 내용에 대해서는 '자본주의적 시장경제를 기본으로 하면서 복지와 사회정의원리를 도입한 수정자본주의의 사회적 시장경제질서' 라고 풀이하거나, 사시장경제를 전제로 하되 이로 인한 폐해를 수정하고 복지국가의 이념을 달성하기 위해 국가가 경제에 개입하는 '사회적 시장경제질서' 를 표방하는 것, 즉 자유시장경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하는 것으로 본다.<sup>3)</sup>

그러나 사회적 시장경제질서로 요약되는 이러한 결론은 헌법 조문을 동어반복적으로 되풀이하는 수준으로 보인다. 공권력이 시장기능에 개입하기 위한 헌법적 요건과 그 한계에 대한 규범·논리적 차원의 진술이 결여되어 있을 뿐만 아니라, 보다 중요하게는 한국 시장경제의 현실 내지 가격기능의 구체적 작동에 대한 숙려와 성찰을 외면하고 있다. 주지하다시피 미국의 시장경제질서 모형이 시장경제의 원형에 가깝다면, 독일이나 북구(北歐)의 경제체제는 사회주의 혹은 계획경제에 상대적으로 더 가깝다. 사회적 시장경제론은 우리 헌법이 지향하는 시장경제질서의 구체적 모형이 미국식 모형인지 서구사회주의의 모형인지 혹은 양자의 연결선이나 그 외연에 속하는지에 대해서도 시사하는 바가 없는 것이다.<sup>4)</sup>

즉 '사회적 시장경제질서' 를 운위하는 헌법학의 다수설은 대단히 피상적일 뿐만 아니라 독일 헌

3) 김철수, 판례학설 헌법학, 2008, pp. 307~309; 권영성, 헌법학원론 개정판(2004), p. 170 이하.

4) 1993년 중국 헌법 제15조가 선언하는 '사회주의 시장경제(Socialist Market Economy)' 는 우리나라의 시장경제질서로 통설, 판례가 상정하는 '사회적 시장경제' 와 문언상의 유사성을 가진다. 그러나 우리나라의 현실 시장은 중국의 사회주의적 시장경제는 물론, 서구사회주의의 모델과 이념 및 뿌리, 그리고 실제 작동 모습에 있어서 큰 차이를 보이고 있다.

법학의 논의를 한국의 국민경제나 시장기능의 실체에 대한 깊은 성찰 없이 그대로 차용하는 점에서 근본적 문제가 있다. 기독교문화의 바탕 위에 봉건분권사회를 거쳐 시민혁명, 그리고 고도자본주의의 폐해와 바이마르헌법이 지향하는 혼합경제의 파탄을 경험하고 난 후의 독일의 사회적 시장경제 모형을 우리 헌법 조항의 해석에서 징표적(徵表的) 개념 차원에서 그대로 답습하는 것은, 무비판적이며 비현실적인 담론이라고 생각된다.

### 3. 시장경제의 전거로서 각종 기본권

그러나 시장경제의 헌법적 기초를 헌법 제9장의 경제조항에서만 찾는 것은 적절하지 않다. 헌법 제119조의 실천적 의미는 오히려 동조 제2항, 즉 공권력의 시장 개입 혹은 시장기능의 제약사유를 열거하는데 있다. 시장경제를 채택하는 국가들 중 성문헌법이 없거나 성문헌법에 경제조항이 없는 경우도 있고, 개인주의와 자유주의적 가치관을 배경으로 하는 대의민주제 정치질서와 맞물린 사시장경제질서는 다수의 기본권과 여러모로 연결되는 대한민국이라는 국민국가의 핵심적 원리로 여겨지기 때문이다.

사시장경제질서와 관련되는 기본권 조항들로 거론되는 것은 여러 가지다. 헌법 제10조의 행복추구권에 포함된 일반적 행동자유권, 제23조의 재산권 보장, 제15조의 직업선택의 자유(영업의 자유), 제21조의 결사의 자유, 제14조의 거주이전의 자유 등의 조항이 자본주의 체제 내지 시장경제질서와 직결되는 조항들이다. 따라서 개인주의와 자유주의를 기반으로 하는 시장경제질서는 헌법 전문의 자유민주적 기본 질서의 핵심 구성요소이거나 혹은 이와 직결되어 있는 제도로서, 기본권적 가치와 결부되어 있음은 분명하다. 헌법 경제조항에서 국가권력이 사경제에 개입할 수 있는 사유를 명시적으로 언급하는 그 자체가 자유로운 사시장체제가 헌법이 상정한 경제적 근본 질서임을 반증한다고 할 것이며, 이러한 정신은 사영기업의 국·공유화에 대한 엄격한 통제를 가하는 헌법 제126조에서도 다시 나타난다.<sup>5)</sup>

여기에서 시장기능 자체를 제약하는 결과를 수반하는 입법이나 각종 조치들의 헌법 적합성과 관련해서는 단순히 헌법 제119조 제2항의 기술적·형식적 해석에 그칠 것이 아니라, 기본권 제한의

5) 사경제에 공권력이 개입하는 여러 명분을 다양한 불확정문언으로 제공하는 헌법 제119조 제2항은 개별 경제법규에 대해 거의 무한의 형식적 적법성을 제공할 수 있다. 여기에서 규범적 의미 내용이 정밀한 각종 기본권 조항, 특히 재산권 보장과 직업 선택의 자유에 관한 기본권 조항에 의거하여 우리나라 시장경제질서의 모형을 국회의 입법과 이에 대한 헌법재판소의 판례를 통하여 형성해 나가는 것이 보다 실증적이며 법논리적 정당성을 가질 수 있다. 이런 점에서 헌법의 경제조항들은 장식적인 의미는 별론(別論)으로 하고, 실증적 규범으로서의 가치, 특히 헌법 제119조의 필요성 여부에 대해서는 실증적으로 검토할 필요가 있다.

법리에 따른 심사가 다방면에서 이루어져야 한다. 다시 말해 헌법 제119조 제2항이 각종 경제 통제와 관련해 위해 공권력이 사경제에 개입할 수 있는 헌법적 기초, 즉 형식적 적법성을 제공하지만, 각종 경제 통제와 관련된 국회의 입법이나 기타 행정상의 입법은 비례평등의 원칙이나 과잉금지 원칙, 재산권이나 직업 선택의 자유에 대한 본질적 가치 훼손 금지,<sup>6)</sup> 보충성의 원리<sup>7)</sup> 등 기본권 보장에 관한 헌법적 원리의 통제 하에 놓이는 것을 의미한다.

#### 4. 시장경제의 모형 설정은 이제부터

우리나라는 일본의 군국주의적 경제 운용에서 벗어나면서, 또 북한의 중앙집중적 계획경제와 정치적으로 대립하는 상황 하에서 헌법을 제정했다. 그리고 1960년대 이후의 압축적 산업화는 정부의 시장에 대한 깊숙한 개입을 수반했다. 정부가 주도적으로 자본을 모아 배분하면서 시장과 경쟁 과정에 깊숙이 개입했던 것이다. 수십 년 간 우리나라는 헌법 조문이 수식하는 바와 같은 복지국가 혹은 사회적 법치국가가 아니라 개발국가 혹은 개발독재의 모형을 따랐으며, 이러한 사실은 결코 새삼스러운 이야기가 아니다.

필자가 보기에 우리나라 경제가 근대적 의미의 시장경제의 모습을 갖추게 되는 것은 1980년대로 들어서면서 부터다. 즉 경제 운영을 민간주도형으로 바꾸고 경제의 각 부문에 만연해 있던 규제를 거두어들이면서, 특히 1980년대 말 시장 개방이 본격적으로 이루어지면서부터다. 그리고 오늘날 우리나라 시장경제의 모습을 형성하는 데 결정적으로 작용한 것은 1997년 말의 외환위기이다. 당시 IMF와의 양해각서 하에 금융기관과 재벌의 개혁, 구조조정이나 지배구조 등에 관한 수많은 경제 관련 법규와 제도를 친(親)시장적으로, 경우에 따라서는 미국의 법제보다도 더 민간과 시장의 자율을 강조하는 방향으로 개편했던 것이다.

그리고 보이지 않는 소프트 로(Soft Law)가 광범하게 작동하는 독일이나 일본과는 달리<sup>8)</sup> 한국의 시장경제는 하드 로(Hard Law)에 대한 의존도가 높고, 시장참가자들은 가격이나 기타 거래조건에 매우 민감하고 경쟁지향적이며, 변화에 대한 반응이 매우 빠르다. 그리고 정부주도형 모델에서 민간주도형 모델로 이전했고, 규제 완화와 공공부문의 시장화에 대한 집중적 노력을 기울이고 있으

6) 국회도 헌법이 행한 수권의 범위를 넘는 자의적인 입법을 할 수 없으며, 사유재산권의 본질적 내용을 침해하는 입법을 할 수 없다(헌재 1989.12.22, 88헌가13).

7) 국가적 규제와 통제는 사유재산제도와 사적자치에 대한 보충적 원리로서, 이는 헌법 적합성 통제의 대상이 된다(헌재 1989.12.22, 88헌가13).

8) Eric A. Posner, Soft Law in Domestic and International Settings, I. C & D(東京大學 21世紀 COE Program, 國家と市場の相互關係についてSoft Law 第5回 Symposium, 2005.7.1-2. 자료집).

며, 국민경제의 국제시장에 대한 의존도가 매우 높다. 여기에서 한국형 시장경제는 북구의 제국(諸國)은 물론 독일이나 일본의 시장경제 모형보다 훨씬 더 시장기능이 강조되는 것으로 평가될 소지가 있다.

우리나라 헌법이 소위 '사회적 시장경제질서'에 관한 다수설과 현재의 논의를 그대로 받아들이더라도 그 실제적 구조와 내용은 여전히 공소(空疎)한 것이 사실이다. 헌법재판소 또한 한국의 시장경제 모형을 적극적으로 펼치면서 그 정신에 배치되는 개별 경제통제법규를 적극적으로 통제하고 있지 않다.<sup>9)</sup> 그러나 한국이 지향하는 시장경제의 모형에 관한 논의와 그 내용 부여는 이제부터라고 할 수 있으며, 특히 각종 산업정책에 관한 국회 입법과 헌법재판소의 이들 경제통제법규에 대한 헌법적합성 심사를 통해 한국형 시장경제 모델이 창출되어야 할 것이다.

그리고 이런 모형의 창출은 헌법학자나 헌법재판관의 전유물이 아니며, 경쟁법적 관견(管見)이나 구체적 경쟁정책이 매우 중요하다고 생각된다. 즉 우리나라의 시장경제는 공정거래위원회의 경쟁정책이나 반경쟁행위에 대한 위법성 심사를 통해 그 구체적인 형태를 드러내게 된다. 결국 공정거래위원회가 경제헌법인 공정거래법의 구체적 집행을 통해 획정하는 경쟁질서가 한국형 시장경제에 대한 실증적 모형을 형성하게 되는 셈이다. 여기에서 주위적(主位的) 경쟁당국으로서 공정위는 헌법이 지향하는 시장경제 모형에 대한 인식을 새롭게 정립한 후, 이를 바탕으로 일반적 경쟁정책을 적극적으로 전개해 나갈 필요가 있다고 생각된다.

9) 헌법재판소법이 본격 시행된 1988년 9월 이후 시장경제의 운영 혹은 구체적 모습과 관련된 많은 사안에서 현재는 대부분 합헌판단을 내렸고, 극소수의 사례에서 위헌판단을 행하고 있다. 즉 재무부장관의 국제그룹 해체명령 사건(헌재 1993.7.29, 89헌마31), 또한 주세법의 자도소주(自道燒酒) 구입명령 사건(헌재 1996.12.26, 96헌가18), 의료법상의 의료광고 금지 사건(헌재 2005.10.27, 2003헌가3) 등이 있다.