

한국헌법의 두 가지 오류와 자유의 헌법주의

민경국 (강원대 경제무역학부)

1. 머리말

2. 한국헌법과 플라톤-헤겔의 국가관

- 2.1. 경제헌법의 개관
- 2.2. 시장경제에 대한 한국헌법의 불신
- 2.3. 한국헌법과 낭만주의 국가관

3. 한국헌법과 지식의 문제

- 3.1. 계획·규제와 지식의 문제
- 3.2. 한국헌법과 자생적 질서
- 3.3. 시장경제에 대한 비판의 허실

4. 한국의 헌법과 헌법적 실패

- 4.1. 한국헌법과 민주주의에 대한 관점
- 4.2. 제한 없는 민주주의
- 4.3. 제한 없는 민주주의와 헌법의 실패

5. 공권력의 억제와 헌법주의

- 5.1. 법의 지배와 헌법주의
- 5.2. 법의 지배와 경제적 성과

6. 헌법개혁이냐 정치개혁이냐?

1. 머리말

규제 만능주의, 개인의 자유의 제한, 국가지출의 증대, 국가부채의 증대 그리고 특히 자유시장경제 체제의 흔들림, 부정부패, 대형 간첩단 사건, 시민단체의 폭력적 시위행동 등, 사회질서의 도덕적 기초의 흔들림, 이것이 오늘날 한국사회의 특징이다. 점차 한국인들의 자유가 줄어들고 있다. 그 대신 다양한 이념적 기반을 가진 국가주의가 팽창하고 있다. 그 근본적인 원인이 어디에 있는가? 그 원인은 헌법의 실패에 있다는 것, 이것이 나의 헌법경제학적 입장이다. 이런 입장을 염두에 두고 이 글을 쓴 것이다. 한국헌법에 어떤 오류가 있기에 이런 현상의 발생이 가능한가?

모두가 자유롭고 평화롭게 번영을 누리면서 공존할 수 있는 사회질서를 어떻게 구성할 수 있는가? 이 문제를 이론적으로나 실천적으로 다룰 때, 인간과 관련된 두 가지 엄연한 사실을 전제해야 한다는 것이다.

(1) 모든 인간들이 가지고 있는 지식은 불완전하고 불확실하다는 것이다. 말하자면, 인간 이성은 제한되어 있다는 사실이다. 모든 것을 완전히 알고 있다고 자부하는 인간이 있다면, 그는 인간이기를 스스로 거부하는 사람이다. 인간에게는 누구나 지식의 문제를 안고 있다(Hayek, 1952). 인간 삶을 지식의 습득과정으로 이해할 정도로 지식의 문제는 인간 삶의 근원적인 문제이다. (Riedl, 1987)

(2) 모든 인간은 천사가 아니라는 사실이다. 천사인체 하는 사람이 있다면, 그는 스스로 인간이기를 거부하는 사람일 것이다. 비록 이타적이라고 하더라도 그 이타심은 매우 선별적이고 제한적이다.(Epstein, 1998, 147 쪽). 보편적 이타심은 결코 가능하지도 않다. 근본적으로 인센티브에 따라 인간은 행동할 수밖에 없다.

이 두 가지 사실은 자명하고도 부정할 수 없는 사실이다. 이것은 바로 인간의 본성을 구성하는 요소이자, 인간 삶의 고칠 수 없는 조건이라고 보아야 한다. 이런 사실을 부정하는 것은 지식의 가장(假裝)이자 도덕적 위선(偽善)일 뿐이다.

한 사회의 '상부구조'로서 국가헌법을 이론적으로나 실천적으로 다룰 경우에도 이 두 가지 사실에서 출발해야 한다. 만약 어느 한 헌법이 정부가 사심을 버리고 오로지 국익을 위해 헌신하는 천사와 같고, 또한 복잡한 사회경제를 소망스러운 방향으로 조종하고 통제할 수 있을 만큼 전지전능하다는 전제 위에 작성된 헌법은 '낭만주

의적' 생각에서 비롯된 헌법(Buchanan, 1998, xi)이고, 이러한 헌법은 치명적인 오류를 내포한 비현실적 헌법이 아닐 수 없다. 그런 헌법은 정부의 지적인 가장과 위선만을 복돋아주고 정당화해줄 뿐이다.

이런 관점에서 한국의 경제헌법을 분석하는 것이 이 글의 목적이다. 이 글의 주제는 다음과 같다.

(1) 경제헌법은 지식의 문제를 고려하고 있지 못하다. 오히려 국가(구체적으로 정부)를 전지전능하다고 전제하고 있다. 그리고 정부를 천사처럼 도덕적이라고 전제하고 있다. 이런 헤겔적 정신이 우리의 경제헌법을 관통하고 있다는 것, 그렇기 때문에 정치의 핵심문제로서 공권력을 제한하는 효과적인 헌법적 장치를 가지고 있지 못하다는 것이 이 글의 첫 번째 입장이다.

(2) 경제헌법의 이런 두 가지 오류 때문에 원칙에 의한 정치(Politics by Principle)가 아니라 '무제한적 민주주의'(Hayek, 1969)의 특징인 이해관계에 의한 정치(Politics by Interest)가 지배하고 있다는 것, 그리고 이것은 헌법의 잘못에 기인한 것, 즉 “헌법실패” 때문이라는 것이 두 번째 입장이다.

(3) 우리에게 시급한 것은 민주정부의 공권력을 효과적으로 제한할 수 있는 헌법개혁이다. 그리고 공권력 행사가 효과적으로 제한된 민주정부 하에서만 자유주의와 민주주의는 양립할 수 있다. “법의 지배” 원칙에 의한 공권력의 제한이 중요하다는 것, 한국경제의 급선무는 법의 지배원칙의 헌법적 명문화라는 것이 우리의 세 번째 주제이다.

이 주제를 설명하기 위해서 우선 한국헌법의 내용을 개관하고자 한다.

2. 한국헌법과 플라톤-헤겔의 국가관

한국 헌법은 법 앞에서의 평등, 직업선택의 자유, 거주이전의 자유, 언론출판의 자유, 통신비밀 보호권, 학문과 예술의 자유, 사생활의 자유, 사적 소유권을 기본권으로서 보장하고 있다. 이러한 모든 자유권은 “인간의 존엄성”이라는 헌법의 최고가치로부터 도출되고 있다. 경제적 자유와 창의를 존중해야 한다는 것도 빼놓지 않고 있다.

이런 가치들은 시장에서 교환을 용이하게 하는 행동규칙들의 기반이다. 국가가 이런 행동규칙들을 제대로만 집행하고, 내부나 외부의 침입으로부터 개

인의 자유와 재산을 제대로 지켜주기만 하면 자유시장경제를 확립하기에 충분하다. 이 행동규칙들은 외부의 간섭이 없이도 “자생적 질서(spontaneous order)”의 형성을 가능하게 하는 고귀한 조건이기 때문이다.

그러나 한국헌법에는 이런 조항으로만 구성되어 있는 것이 아니다. 시장경제의 교환과 관련된 수많은 조항들이 있다. 이들의 공통된 내용은 자생적으로 형성되는 시장과정의 분배(distributive)결과와 배분(allocative) 결과를 “인위적으로” 수정하거나 바꾸려는 목적을 내포하고 있다. 헌법조항에서 사용되는 법 개념이나 경제 개념들이 모두 시장과정의 결과를 지칭하고 있다.

따라서 우리가 주목하는 것은 경제헌법이 인간들을 어떻게 보고 있는가, 시장경제와 국가를 어떻게 보고 있는가의 문제이다. 이 문제를 다루기 위해 헌법조항의 내용을 개관해 보자.

2.1. 경제헌법의 개관

- 경제력 집중 및 남용 방지
- 균형 있는 국민 경제의 성장과 안정을 위한 국가의 개입
- 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통한 국민경제의 발전
- 국토와 자원의 효율적이고 균형 있는 개발과 이용을 위한 토지소유권의 제한
- 중소기업 보호 육성
- 지역 간 균형발전을 위한 지역경제 육성
- 경제민주화의 실현
- 노동의 권리와 국가의 고용증진 노력
- 적정한 소득분배 유지
- 주택개발정책을 통한 쾌적한 주거생활 보장
- 사회보장과 사회복지증진,
- 교육의 평등
- 농어민 보호
- 모든 시민들의 건강에 대한 국가의 보호
- 여자의 권익과 복지향상

시장과정의 결과를 수정하거나 개선하여 국가목적은 달성하려 하기 때문에 이런 목적으로부터 도출된 법이나 정책은 투자의 자유, 재산의 사용과 처분 그리고 교환의 자유 등, 개인의 행동자유를 제한하고 규제하는 것은 필연적이다. 자유경제의 소중한 가치들이 무색하게 될 정도로 국가계획과 규제조항이 너무 많다. 시장경제를 몹시 불신하고 그 대신 정부를 몹시 신뢰하는 증거다. 특히 우리가 주목하는 것은 시장경제에 대한 정부의 계획과 규제의 목적이 대부분 인적, 지역적, 그리고 산업간, 분배의 균등 실현에 치중하고 있다는 점이다.

2.2. 시장경제에 대한 한국헌법의 불신

경제헌법은 자유경제를 어떻게 보고 있는가? 열거한 헌법조항들이 사용하는 개념들과 그리고 달성하고자 하는 입법 정책적 또는 경제 정책적 목표들로부터 이 질문에 대한 답을 도출할 수가 있다. 경제헌법이 자유경제를 보는 눈은 이렇다.:

첫째, 한국헌법은 시장참여자들을 전부 이분법적으로 분류하고 있다는 점이다. 농어민과 도시인, 노동자와 사용자, 지방과 중앙, 중소기업과 대기업, 여자와 남자, 청소년과 기성세대, 빈자와 부자. 등, 요컨대 약자와 강자로 사회를 둘로 나누고 있다.

두 번째로 한국헌법은 시장경제는 수많은 불미스런 현상을 야기한다고 믿고 있다. : 독점 문제, 지역적 그리고 산업 부문간의 불균형 발전과 불균형 성장, 빈익빈-부익부, 소득 불평등, 경기불안과 공황, 환경파괴 등이다.

세 번째로 한국헌법은 시장경제는 무계획적이기 때문에 질서가 없고, 그렇기 때문에 불합리한 결과가 생겨난다고 믿고 있다.

요컨대 인간들의 자유로운 상호작용에서 자생적으로 형성되는 분배결과와 배분결과는 손봐야 할 대상이지 그냥 받아들일 수 없다는 것이다¹⁾.

1) 이런 이론은 마르크스와 케인즈주의의 자본주의 분석과 흡사하다. 우리 헌법은 이런 분석뿐만 아니라 그 밖의 자본주의 비판들의 입장과 매우 흡사하다. 예를 들면 베블렌(Veblen)도 시장과정의 자생성을 부정하고 직접 전문가와 엔지니어들에 의한 직접 통제를 주장했다. 이런 유행을 추종한 많은 사람들이 있었다. 대표적인 인물이 골브레이스(K. E. Galbraith)이다. 그도 역시 베블렌처럼 가격기구를 강자에 의해 조작된 것으로 따라서 매우 부적합한 제도로 여겼다. 이것이 집요하게 영향을 받아 한국 헌법의 기초가 된 것이다.

시장경제에 대한 이런 비판적 입장의 결과를 반영하고 공공정책을 규정한 것이 한국의 경제헌법이다. 경제헌법은 ‘무질서한’ 시장경제를 목적 지향적으로 국가가 정확하게 계획하고 이 계획에 따라 규제해야 할 것을 요구하고 있다.

시장경제에 대한 비판적인 입장은 헌법학자한테서도 찾아 볼 수 있다. 예를 들면:

-朴一慶(1964, 545): “자본주의는 원래가 기업가 개인의 이기심을 토대로 한 무계획적 무정부적 체제이기 때문에 그대로 방치하면 주기적인 공황이 필연적으로 야기되어 이로 말미암아 국가 생산력의 저하, 근로자의 실업 기타의 타격, 국민대중의 경제생활의 불안정 등, 이 역시 막심한 폐단을 나타내게 된다”(강조는 필자).

-文鴻柱(1975; 549) “개인적 이해타산에 의거하는 자본가의 경제활동은 경제적 사회적 입장에서 볼 때 완전히 무계획적이다”(강조는 필자).

-金哲洙(1970, 612, 민경국, 1999, 15): “자본주의 발달과 함께 농민이나 어민의 경제적 지위가 도시민에 비해 상대적으로 저하하여, 그리고 대기업의 집중과 독점으로 인하여 중소기업의 도산이 이루어지기 때문에 ...농민 어민 상인 중소기업들을 특별히 보호하는 경향이 있다”.

-권영성(1995:156) “자본주의 경제가 고도로 발전하면서 갖가지 결함과 모순이 드러났다. (1)자유로운 경제활동이 무제한으로 허용된 결과 기업들이 대형화 독점화하여 시장을 지배하고 근로자들은 노동조합을 결성하여 이에 대항하였다. (2)가격기구는 인위적으로 조작되어 본래의 기능이 마비되고 자원이 합리적으로 배분되지 않게 되었다. (3)빈익빈 부익부 현상으로 소득불균형이 심화되고 이러한 과정이 반복되면서 사회적 계급대립이 첨예화되었다.”

시장경제에 대한 이런 비판은 경제헌법이 지향하는 경제질서를 천명한 헌법재판소의 판결에서 뚜렷하게 나타난다.:

“우리나라 헌법상 경제질서는 자유시장경제를 바탕으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제를 채택하고 있다.”((92헌바47)

경제헌법은 시장경제를 지독하게 불신하면서도 다른 한편 국가에 대해서

는 지독히 신뢰한다. 시장과정의 분배결과와 배분결과를 수정하고 통제하기 위한 광범위한 경제계획 권한과 이에 따른 대폭적인 규제 권한을 부여하고 있는 것이 그 증거다.

2.3. 한국헌법과 낭만주의 국가관

헌법이 정한대로 정부가 성공적으로 시장 결과를 통제하고 조종하기 위해서는 우선 두 가지 조건이 갖추어져 있어야 한다.

(1) 계획과 규제에 필요한 완전한 지식을 가지고 있어야 한다. 우리가 특히 주목하고자 하는 지식은 과학지식만이 아니라 특정의 구체적인 사회경제적 상황과 관련된 지식이다. 특정의 시장결과는 구체적인 시간과 장소와 결부된 상황에 관한 지식이다.

(2) 정부의 계획과 규제가 성공하기 위해서 충족되어야 할 두 번째 조건은 정부는 사심을 버리고 공익을 위해 헌신하는 극히 이타적인 동기를 가지고 있어야 한다는 것이다. 아주 도덕적이어야 한다는 말이다.

요컨대 한국헌법은 지배자로서 정부 사람들은 완전한 지식을 그리고 이타적인 행동동기를 가지고 있다고 전제하고 있다.

한국헌법은 피지배자로서 시민들을 어떻게 보고 있는가? 경제헌법은 인간들을 약자와 강자로 분류하고 약자를 적극적으로 보호해야 한다는 입장이다.²⁾ 강자를 이기적이고 자신의 이재(利財)에 매우 밝은 부도덕한 집단으로, 이에 반하여 약자는 무지몽매하여 제 것도 챙기지 못하는 인간으로 취급하고 있다.

이와 같이 경제헌법은 약자 계급과 강자계급으로 세상을 분류하면서 새로운 계급을 탄생시키고 있다. 국가계획과 규제 권한을 가진 관료와 정치가 그리고 지식인 그룹이 그것이다. "사회기술자(social engineer)"라고 불려도 무방하다. 사회기술자는 전지전능하고 선의를 가진 인간으로 취급되고 있다. 한국헌법은 플라톤-헤겔의 국가관을 전제하고 있다.

노동자는 바보이고 자본가는 부도덕하고 좌파 지식인은 전지전능하고 도덕적이니 자기들이 집권하여 정부를 세우면 그 정부는 도덕적이고 전지전능

2) 정치적으로 필요한 때는 언제나 임의로 모든 부문에서 약자와 강자를 찾아내어 분류할 수 있다. 의사와 환자, 약사와 환자, 임대자와 임차자 등이 그것이다.

한 정부라는 것이 좌파의 사고이다, 일반 대중을 “어리석고 무기력한 환자”라고 본 루소 (Rousseau, 1968: 89), 노동자들은 혁명을 주도할 수 있는 지적 능력이 없으니까 지식인들이 이들을 훈련시켜야 한다는 하버마스, “농민 대중(평민, 필자)은 희망이 없는 낙오자이다. 교육받은 엘리트의 헌신적인 노력에 의해서만 구제될 수 있는 존재”라고 본 미르달 (Myrdal,1972) 등의 사상을 담고 있는 것이 한국헌법이다.

3. 한국헌법과 지식의 문제

정말로 정부가 전지전능한가? 학자가 정말로 전지전능한가? 시장참여자들이 학자 전문가나 관료와 정치가 등보다 정말로 지적으로 열등한가? 정부가 시장보다 현명한가?

인간들이 살아가는데 가장 중요한 문제는 “지식의 문제”이다. 이것은 모든 인간의 근원적인 삶의 문제이다. 지식의 문제는 하이에크가 1940년대 사회주의 계산 논쟁에서 제기한 문제이다. 지식의 문제는 다음 세 가지 차원을 가지고 있다:

1)지식은 한군데로 모여 있는 것이 아니라 현장에서 일하는 개인들 각자의 머릿속에 존재한다. 하이에크는 이를 지식의 분산이라고 말한다.

2)인간들이 자신의 삶의 계획에 성공하기 위해서는 타인들이 각자 가지고 있는 지식을 가지고 있어야 한다. 그러나 사회의 각처에 흩어져 존재하는 모든 지식을 전부 가질 수 있는 것은 불가능하다.

3)인간들이 가지고 있는 지식은 항상 오류 가능하고 불완전하고 부분적이고 선별적이다.

이런 점에서 인간은 구조적으로 무지하다. 이런 무지는 모든 인간들에게 똑같이 해당된다. 우리의 이런 입장이 경제헌법을 평가하고 비판하기 위한 수단이다.

3.1. 계획·규제와 지식의 문제

사회개혁가가 시장과정의 결과를 수정하기 위해서는 무엇보다도 경제와 관련된 모든 구체적인 상황에 관한 완전한 지식을 가지고 있어야 한다. 왜냐하면 분배결과나 배분결과는 구체적인 장소 그리고 시점과 관련된 경제상황

에 의해 결정되기 때문이다. 그러나 사회에 존재하는 모든 “현장 지식”을 전부 습득하는 것은 불가능하다.

불가능한 이유는 이렇다. 즉, 현장지식은 국민경제의 각 현장에서 상이한 일에 종사하는 수백만 수천만의 경제주체들 사이에 흩어져 존재한다. 어느 한 경제주체는 어느 한 상황, 즉 자신과 관련된 상황에 관한 지식을 가지고 있고, 또 어떤 사람들은 그와는 상이한 자신의 고유한 상황에 관한 지식을 가지고 있다(Hayek, 1937).

이런 지식은 계량화할 수 있는 지식으로부터 계량화는 고사하고 말로조차 표현할 수도 없는 암묵적인 지식에 이르기까지 다양하다. 특히 주목하는 것은 이 후자이다. 알고는 있지만 말로 표현할 수 없는, 때로는 의식의 영역 너머에 존재하는 지식이다. 이런 암묵적 지식이 우리의 지식의 대부분을 차지한다(재주와 능력, 순발력, 착상 등이 그것이다.).

정부의 관료나 정치가들이 이런 모든 지식을 전부 수집·가공하는 것은 원천적으로 불가능하다. 지식이 분산되어 있고 그리고 암묵적 성격을 가지고 있기 때문이다. 이런 불가능성 때문에 사회주의 계획경제는 비효율적인 것이 아니라 불가능하다³⁾. 전반적인 경제 계획은 물론이거니와 국지적인 계획과 규제에도 타당하다

이런 관점에서 본다면 정부의 가격규제와 정부의 소유 사이에는 구별의 실익이 없다. 시장의 유용성을 주장하면서도 소위 “시장실패”를 수정하기 위해 사적 기업들이나 사적 병원 또는 그 밖의 인간그룹들에 대한 정부규제가 필요하다는 성급한 이론도 지식의 문제를 간과한 것이다(Epstein, 1995, xii-xiii).

현장에서 일하는 개별 경제주체는 자신과 관련된 현장지식만을 알고 있을 뿐이다. 다른 경제주체들 사이에 분산되어 존재하는 모든 현장지식을 전부 알 수가 없다. 각처에 흩어져 존재하는 모든 지식을 전부 아는 사람이 이 세상에 아무도 없다.

사회 과학자도 마찬가지이다. 인과 관계의 결과로서 국민경제의 구체적인

3) 사회주의가 몰락한 것도 관료나 정치가들의 이기적인 행동 때문에 실패한 이유도 있지만 특히 우리가 이 대목에서 강조하는 것은 경제 계획을 담당한 사회주의 개혁가들에게 필요한 지식의 완벽한 습득이 불가능했기 때문이었다. 일반적으로 말해서, 특정의 결과를 얻기 위한 어떤 규제라도 성공적인 규제란 지식의 문제 때문에 결코 가능하지 않다.

상황을 예측할 수가 없다. 근본적인 이유는 결과에 미치는 수많은 개별적인 요인들을 완전히 알 수 없기 때문이다. 개별 경제주체들의 각자의 머리 속에 흩어져 존재하는 지식을 전부 수집 가공하는 것, 역시 불가능하기 때문이다.

사회과학자가 할 수 있는 유일한 것은 “원리의 설명” 또는 “패턴 예측”의 도출뿐이다.(Hayek: 1967). 도출된 것은 정부의 계획이나 규제에는 전혀 도움이 되지 못한다. 오히려 정부의 계획과 규제는 있어서는 안 된다는 것을 보여줄 뿐이다. 왜냐하면 무엇이 발생할 것인가의 적극적인 예측이 아니라 일어나지 않는 것이 무엇인가의 소극적 예측에 국한된 것이다.

개별경제주체들이 각자 가지고 있는 현장지식을 정부가 수집 가공하기가 불가능하다면, 지식의 문제를 해결하는 것은 간단하다. 각자에게 그런 지식의 이용을 전적으로 맡기는 것이다. 지식을 가진 당사자인 경제주체들 스스로가 자유롭게 이용하도록 내버려두는 것, 이것이 최선이다.

이것이야말로 자유의 존재 이유이다. 될 수 있는 대로 정부의 계획과 규제는 줄여야 한다는 자유주의 원리의 존재 이유도 정부는 각처에 흩어져 존재하는 현장지식을 전부 습득할 수 없다는 사실 때문이다.

3.2. 한국헌법과 자생적 질서

시장경제에 대한 비판으로서 무계획성과 무정부성을 지적하는 것, 이것만큼 오래된 비판도 없다. 시장경제는 정부의 계획과 규제를 통해 손을 봐야 한다는 것이다. 질서는 항상 질서를 잡는 손이 있어야 한다는 것이다.

이것은 질서란 오로지 외적인 힘(전지 전능한 힘)에 의존해서만 창출될 수 있다는 믿음에서 비롯된 것이다. 이런 믿음은 질서는 물리적 현상으로서 자연적 질서와 그리고 인간들이 의도적으로 계획하여 만든 인위적 질서의 이분법적 사고에서 비롯된 것이다. 이런 믿음과 생각이 옳은가?

질서는 매우 중요하다. 질서가 없이는 인간 개개인들이 살아 갈 수가 없다. 무질서 속에서는 타인들의 행동에 대한 기대형성이 전혀 가능하지 않기 때문이다⁴⁾ 질서가 없는 세계에서는 가장 기본적인 욕구마저도 충족될 수

4) 우리가 주목해야 할 것은 개인들이 각자의 계획을 성공적으로 달성하기 위해서는 그들의 계획이 타인들의 계획과 서로 조정되어야 한다는 것이다. 이런 행동이 조정되기 위해서는 그 무엇보다도 필요한 것이 개개인들이 구체적인 상황에서 타인들의 행동에 대한 기대를 형성할 수 있고 이 기대가 적중할 수 있는 가능성이 높아야 한다(Hayek: 1973, 36쪽). 이런 상태가 바로 “질서”이다.

없다(Evans-Pritchard, 1954, 49). 질서 없는 세계는 상상할 수도 인식될 수도 없고 또 의미도 없다. 질서가 있을 때 비로소 추론도 가능하다(Riedl, 1975, 20)

질서를 위해서는 정부의 계획과 규제가 필요하다면, 정부의 규제가 적으면 적을수록(질서의 정도가 그만큼 낮다.) 그런 경제는 그만큼 무질서할 것이고 따라서 먹고사는 것이 그만큼 더 어려워질 것이다. 그러나 현실은 그렇지 않다. 시장경제를 가진 나라들 모두가 예외 없이 번영을 누리고 있다. 한국도 그렇다. 미국도 그렇다 유럽사회도 그렇다. 이를 어떻게 설명할 수 있는가?

제3자가 볼 때는 보이지 않지만 자본주의에는 질서가 있음이 분명하다. 계획하지 않은 질서가 그것이다. 이것이 하이에크의 “자생적 질서(spontaneous order)”이다⁵⁾ 그렇다면 계획하지 않고서도 어떻게 질서가 가능한가? 정부의 계획과 규제에 의해 만들어진 질서에서는 질서 잡는 사람(질서 잡는 힘)이 보이기 때문에 질서가 눈에 보인다.

그러나 자생적 질서는 질서 잡는 힘이 보이지 않는다. 그러니까 정부의 계획과 규제가 없이 저절로 형성되는 질서의 존재를 믿으려하지 않는다. 보이지 않기 때문에 이론적으로 질서의 원리를 찾는 수밖에 없다.

두 가지 메커니즘에서 시장경제의 질서가 자생적으로 형성된다. 그 하나가 수백만 수천만 경제주체들의 복잡한 행동들을 외부의 간섭이 없다고 해도 스스로 조정(self-coordination)하는 메커니즘이다. 다른 하나는 수많은 경제주체들의 행동을 시장 내부에서 스스로 통제(self-control)하는 메커니즘이다(Kasper/Streit, 1998). 이 두 가지 메커니즘을 통하여 수많은 불특정 다수의 행동을 조정하고 동시에 그들의 잘못된 행동을 처벌하고 성공한 행동에는 보상하는 식으로 행동을 통제한다. 이 두 가지 메커니즘 때문에 시장경제에서 질서가 저절로 잡힌다.(Jantsch, 1979).

수많은 시장참여자들의 행동이 외부의 의도적인 노력이 없이도 저절로 조정되는 것은 각처에 흩어져 존재하는, 그 어느 누구도 전부 수집 가공할 수 없는 지식을 전달하는 메커니즘 때문이다. 이 메커니즘은 두 가지이다. 그 하나가 가격기구이고 다른 하나가 행동규칙이다.

5) 이 자생적 질서의 발견은 스코틀랜드 계몽주의자들의 공로이다. 그리고 이 발견을 확장하고 현대적 의미로 해석한 것은 하이에크의 공로이다.

가격기구는 수백만, 수천만 명의 경제주체들이 각자 가지고 있는 경제 상황에 관한 구체적인 지식(현장지식)을 반영한다. 그렇기 때문에 자생적으로 형성된 가격은 인간행동을 안내하는 안내자로서 정부가 규제한 가격 또는 계획된 가격과 비교할 수 없을 만큼 믿음직하다.

수많은 경제주체들이 타인의 행동에 대한 기대를 가능하게 하는 두 번째가 행동규칙이다. 개개인들이 추구하고자 하는 목적과는 아무 관계없이 특정의 행동을 당연 금지하는 내용의 행동규칙이다. 이런 행동규칙은 개개인들이 자유로이 행동할 수 있는 틀을 제공한다. 이런 규칙들 속에는 특정의 행동을 해서는 안 된다는 것을 말해주는 지식을 전달해준다. 따라서 우리가 주목하는 것은 자생적 질서에는 분배정의, 경제 성장 목표, 균형발전 등과 같은 공동의 국가목표란 있을 수 없다는 것이다. 그 대신에 공동으로 지키는 행동규칙이 있을 뿐이다. 자생적 질서를 "사법사회(private law society)"라고 불러도 무방하다.

그런 행동규칙에 속하는 것은 관행, 상관습, 도덕규칙, 전통, 그리고 사법이나 형법규칙이다. 그런 행동규칙들은 개인들의 자율적 영역, 자유 영역을 확립해주는 역할을 한다. 그런데 이런 행동규칙들과 관련하여 우리가 주목하는 것은 그들은 일반적, 추상적 성격을 가지고 있다는 것이다. 특정의 시점과 장소 그리고 인적인 것을 고려하지 않고 이런 것들과 독립적이다. 이런 규칙들은 특정의 목적을 달성하기 위한 규칙과는 전적으로 다르다. 자원배분의 목적을 달성하려는데 취지가 있는 행동규칙이 아니다.

가격과 그리고 행동규칙은 통제메커니즘으로서 작용한다. 오류 가능한 지식의 사용을, 또는 낡은 지식의 사용을 묵인한다면 시장경제는 질서가 유지될 수 없다. 따라서 시장경제에서는 잘못된 지식의 사용을 처벌하고 새로운 지식의 창출과 성공적인 지식의 습득을 위한 메커니즘이 필요하다. 통제메커니즘이 그것이다.

지식의 잘잘못은 시장을 통해 이윤과 손실(인센티브 시스템)의 형태로 알려진다. 손실과 그리고 궁극적인 시장 퇴출의 위험성 때문에 경제주체들은 지식의 오류를 제거하고 지금까지 알려져 있지 않은 지식을 발견하고 이를 테스트하거나 성공적인 지식을 모방하려고 한다.

그리고 행동규칙을 위반하는 사람들은 평판이 나빠지거나 사업파트너로서

배제된다. 국가의 간섭이 없이도 스스로 행동규칙이 지켜지는 메커니즘은 제도경제학의 중요한 인식 대상이다.

3.3. 시장경제에 대한 비판의 허실

이 맥락에서 우리가 주목하는 것은 시장경제에 대한 비판의 허와 실이다. 앞에서 인용한 헌법학자들의 시장경제에 대한 비판 전부를 분석할 수 없다. 그리고 많은 사람들이 그런 비판의 허와 실을 지적했다(김정호, 2004: 126~132). 몇 가지 선별적으로 비판의 허와 실을 생각해보자. 많은 사람들은 시장경제의 불안정과 위기를 비판한다.

금융시장의 불안정에서 보듯이 특정의 시장이 때때로 변덕스러운 변화와 불안정성을 보여주고 있다는 것은 전적으로 부정할 수는 없다. 기술혁신과 문화적 변동은 기존의 경제활동의 패턴을 붕괴시킬 수 있다는 것도 역시 부정할 수 없다. 인간들의 취향과 선호구조, 그들의 지식이 다양하게 변동할 경우 시장경제가 이에 적응하지 못하면 이 경우에도 역시 불안정이 야기된다는 것도 분명하다.

흔히 사람들은 이런 상황을 극복하기 위해서는 정부의 계획과 규제가 필요하다고 주장한다. 그러나 정부의 이런 개입은 또 다른 혼란만을 야기할 수 있다는 것에 유의를 해야 한다. 개입에 필요한 지식의 문제 때문이다. 위기 상황일수록 정부가 경제에 개입하기보다는 경제주체들의 행동을 제약하는 기존의 법적 규제들을 해체하는 일이 더 중요하다. 새로운 행동을 개발하고 실험할 수 있는 자유의 영역을 확대하는 일이 중요하다.

경제헌법은 시장을 균형으로 파악하고 있다. 균형발전, 균형성장 등이 그것이다. 시장과정이 균형상태로 가는 과정은 시장이 동질화되어 가는 과정이다. 균형은 정태적 상황이다. 그러나 우리가 주목해야 할 것은 시장은 매우 이질적이라는 것, 그리고 역동적이라는 것이다. 그 역동성이 변형과 발전의 원동력이다. 역동의 세계에서는 균형이란 존재할 수 없다.

그럼에도 불구하고 이런 균형을 공공정책을 동원하여 창출하려고 노력할 경우 그것은 결코 가능하지 않다. 균형 경로에 사회적 과정을 올려놓는데 필요한 지식을 결코 가질 수 없기 때문이다.

시장과정과 그리고 사회적 과정은 균형 대신에 새로운 지식의 창출과정과

성공적인 지식의 모방과정이다. 이것이 진화과정이다. 따라서 시장은 균형과정이 아니라 진화과정이다.

라마키즘이라는 점에서 시장의 진화과정은 생물학적 진화(다윈주의)와 다르지만 시장은 자연의 유기체와 유사하다. 외부의 환경변화에 적응할 수 있는 능력이 유기체만큼이나 탁월하다. 지식의 문제를 매우 효과적으로 해결해 주기 때문이다.

자연의 유기체에서 외부환경이 변하면 내부에서 자율적으로 이런 변화를 흡수하려는 메커니즘이 작동하는 것과 마찬가지로 시장경제도 마찬가지이다. 내부의 작동메커니즘은 앞에서 언급한 바와 같이 두 가지이다. 가격기구 그리고 자생적인 행동규칙에 의한 자기 조정메커니즘이 그 하나이고, 인센티브 시스템과 발견적 절차에 의한 자기 통제메커니즘이 두 번째이다.

이런 메커니즘의 중요한 기초는 말할 것 없이 행동의 자유이다. 사회가 복잡하면 복잡할수록 또는 분업의 범위가 확장되면 될수록 사회에 존재하고 있는 전체 지식 중에서 우리가 제각기 알고 있는 지식의 상대적인 분량이 점차 감소한다.

정부의 계획과 규제 성공가능성도 영(零)에 가까워진다. 따라서 우리는 점차 자생적 질서의 힘에 의존하는 수밖에 없다.

4. 한국의 헌법과 헌법적 실패

경제헌법의 두 번째 치명적 오류는 정치가와 관료는 사심을 버리고 공공이익을 위해 헌신하는 지극히 이타적인 인간을 전제하는 것, 그리고 이들에게 터무니없이 광범위한 계획과 규제권한을 부여하는 것이다.

중요한 문제는 이런 접근법은 무엇을 정치의 핵심문제로 보는가의 문제이다. 이런 접근법은 정치의 핵심 문제를 두 가지로 보고 있다. 그 하나는 플라톤이 제기한 <누가 지배해야 하느냐> 이고 다른 하나는 포퍼가 제기한 <지배자를 어떻게 교체할 것인가>의 문제이다.

그러나 우리가 주목하는 것은 이런 문제제기는 잘못 제기된 것이라는 점이다. 정치의 핵심문제는 그런 문제가 아니라 될 수 있는 대로 지배자의 권력을 제한하는 방법에 대한 문제라는 것이다.

4.1. 한국헌법과 민주주의에 대한 관점

경제헌법이 민주주의를 어떻게 보고 있는가? 이 문제는 경제헌법이 제기하는 정치의 핵심문제와 관련되어 있다. <누가 지배해야 하는가>가 그것이다. 그 대답이 뻔하다, 누구나 이렇게 답할 것이기 때문이다. 즉 “가장 선량하고 가장 현명한 인물”이라고. 이런 대답은 계획과 규제의 중요성을, 그래서 엘리트의 중요성을 강조한 존 스튜어트 밀(J. S. Mill)의 대답이다.⁶⁾

한국의 경제헌법은 민주주의를 공공이익을 위해 헌신할 수 있는 도덕적 인물, 풍부한 지식을 가진 인물을 선출하는 효과적인 제도라고 이해하고 있다. 이것이 경제헌법이 민주주의를 보는 첫 번째 관점이다. 민주적 방법에 의해서 ‘제대로 된 인물’을 대통령과 국회의원으로 선출하자는 것이다. 헌법에 정한 여러 조항들(선거방법, 계획과 규제를 담당할 국가기관의 구성 방법, 그리고 그밖에도 다수결 표결제도)은 이런 의도와 관련되어 있다.⁷⁾

이와 같이 경제헌법이 “이상적인 엘리트”를 전제하는 이유는 훌륭한 동기와 의도를 가진 사람(도덕적 인간)이 훌륭한 정치를 한다는, 그리고 공권력의 남용과 오용은 정치가의 자질의 탓이라는 믿음 때문이다. 말하자면 동기가 중요하다는 것이다.

경제헌법이 민주주의를 보는 두 번째 관점은 포퍼(Popper, 1956, 144)가 제기한 문제이다. 민주주의를 마음에 들지 않는 지배자를 마음에 드는 지배자로 피를 흘리지 않고 교체하는 것을 민주주의의 역할로 본다. 정부의 민주적 선거와 나란히 민주적 정권교체이다. 이런 교체의 위험성 때문에 지배자는 유권자들의 마음에 드는 정책을 펼치지 않을 수 없다는 것이다. 이런 민주주의 시각은 민주주의는 다수의 지배를 의미하는 것이 아니라, 주로 권력의 통제장치로 이해한다. 민주주의는 유권자에 의해 지배자를 통제하는 장치이다.

그러나 민주주의의 권력 교체론도 사실상 누가 지배해야 하는가의 문제를 완전히 회피할 수 없다⁸⁾. 민주적 정권 교체이론에서 제기하는 정치의 핵심문제는 누구로 교

6) 그밖에도 밀은 다음과 같이 표현하고 있다. 나라에서 “가장 교양 있는 지식인”, “사려 깊은 정신”, “진정으로 탁월한 지식과 성품을 지닌 사람”. Sowell(1987) 47쪽에서 재인용

7) 이런 민주주의 이론이 주권재민 이론과 같은 권력의 원천에 관한 이론이다. 법의 원천에 관한 이론도 이런 종류의 민주주의 이론에 속한다. 이런 모든 유형의 이론이 다수의 지배의 원칙과 관련되어 있는 민주주의 이론이다

8) 포퍼도 이런 문제에 대한 해답으로서 사회기술자(Social Engineer, Sozialtechniker)를 전제하고 있다. 그의 ‘점진적 사회 기술’이란 바로 시장경제에 대한 정부의 계획과 규제의 방법을 말해준다. 그는 자유시장경제의 반대자였다. 복지정책을 위해서 기회균등을 위해서는 정부의 계획과 규제가 필요하다고 역설한 사람이다. 이런 의미에서 포퍼는 열린사회로서의 자유시장경제의 적이다.

체해야 하는가의 문제이다. 언제나 가장 선량한 그리고 현명한 사람이 지배해야 한다는 것이 그 대답이다.

민주주의에 대한 경제헌법의 이런 이해가 적합한가? 경제헌법이 보는 인간세상은 다음과 같이 구성되어 있다고 본다.: 세상에는 약자가 있다. 이들은 무지몽매하고 강자로부터 속임만 당하고 그래서 희생만 당한다. 강자는 부도덕하기 짝이 없다. 무지하지만 제 것 챙기는 데에는 일가견이 있다. 이런 약자와 강자가 유권자다. 그런데 그 세계의 지배자는 도덕적이고 전지전능하다.

무지몽매하거나 이기적인 유권자들이 어떻게 전능하고 도덕적인 지배자를 선택할 수 있단 말인가? 그들이 지배자를 어떻게 통제할 수 있단 말인가? 이것은 논리의 모순이다. 이런 모순이 생겨난 이유는 간단하다. 좌파가 보는 것처럼 경제헌법도 정치를 교환의 문제로 여기지 않고 (과학적) 진리 찾기 게임으로 보고 있기 때문이다 (Buchanan, 1998: 4).

선민사상의 세계에서는 시장경제도 필요 없고 민주주의도 필요 없다. 전능하고 도덕적인 탁월한 재능을 가진 어느 한 인간이 좋은 법, 좋은 도덕 그리고 좋은 공익을 찾아내고 평민은 이를 지키면 된다. 따라서 경제헌법처럼 정부와 시민을 이해한다면 민주정부가 불필요하다.

고전적 자유주의자들이 보는 것처럼 너 나 할 것 없이 우리 모두가 도덕적으로나 지적으로 한계가 있다고 본다면 그리고 이런 한계에서는 모두가 동등하다고 본다면 우리와 별로 차이가 없는 지배자에게 그토록 수많은 정부과제를 맡기는 것은 정말로 미친 짓이다. 더구나 우리를 두렵게 하는 것은 지적이지도 또는 도덕적이지도 못하면서도 지적인 체하고 도덕적인 체하는 정치가나 지식인이다. 지적인 가면과 도덕적 가면을 쓰고 경제헌법이 정한 수많은 정책이나 입법을 강요하기 때문이다.(Epstein, 1998: 149).

4.2. 제한 없는 민주주의

피를 흘리지 않고 권력교체가 이루어지는 것, 이것은 극히 소망스러운 일이다. 유권자의 감시를 통해 정치가의 행동을 통제하고, 그들이 정치권력을 남용하거나 오용하는 것을 막는 장치로서 정권교체를 민주적 통제는 매우 중요하다. 그러나 이런 정권교체의 위협을 통한 통제메커니즘에는 한계가 있다.

(1) 민주적 정권 교체가 항상 좋은가? 피를 흘리지 않고 정권이 교체되기 때문에

지배자에게는 혁명보다는 좋을 것이다. 그러나 지배자의 교체를 통하여 피지배자들이 반드시 이익을 얻는다고 볼 수 없다. 더 나쁜 정치가가 생겨날 수 있기 때문이다. 우리나라에서 지배자를 바꾸어 시민들에게 보탬이 된 것이 무엇인가? 개인의 자유가 늘어났는가? 경제에 대한 정부의 계획과 규제가 줄어들었는가? 지금의 대통령이 전직 대통령보다 도덕적으로나 지적으로 더 훌륭한가?

평화적 정권 교체 그 자체를 반대하는 것은 아니다. 이런 교체는 매우 중요하다. 그러나 이런 교체가 전부가 아니라는 것이다.

(2) 권력을 잃을 위험성 때문에 정권교체 가능성은 정치가들을 더 도덕적이기 보다 더 부도덕하게 만들고 있지 않은가? 장기적인 정책보다는 단기적이고 가시적인 정책을 선호한다. 정치적 경쟁은 지극히 차별적인 정책을 선호한다. 집권하는데 필요한 유권자그룹에게는 집중적인 특혜를 부여한다. 조세보다는 지출정책을 선호하여 적자예산을 선호한다. 성장보다는 분배를 중시한다. 왜냐 하면 성장의 결실은 불특정 다수에게 분산되기 때문에 정부의 성과가 가시적이지 못한 반면에 분배는 받는 사람에게는 매우 가시적이고 따라서 정치가가 생색내기에 좋다.

그리고 정치적 경쟁에서 정치가들은 불분명한 정책들을 공급한다. 왜냐 하면 정책이 분명할수록 이익을 보는 그룹과 그렇지 못한 그룹이 확연히 구분되기 때문에 득표 전략으로서 적합하지 않기 때문이다. 민주주의가 이런 식으로 작동한다는 것은 이론적으로는 물론 경험적으로도 이미 확립된 것이다(민경국, 1993: 140~176쪽), 김정호: 2004).

(3) 유권자들이 정부의 계획과 규제담당자들을 완전히 미세하게 통제할 수도 없다. 이들에게는 유권자들로부터 통제를 받지 않는 독점적 행동반경을 가지고 있다. 이런 독점적 영역이 생겨나는 이유는 여러 가지이다. 제도적 요인과 그리고 정보의 요인이다.

- 중요한 제도적 요인은 다음과 같다(민경국, 1993:119~139). 자유경제에서는 소비자의 소비선택이 개개인들이 서로 다른 시점에서 시시각각으로 이루어진다. 선택의 시간의 분화가 대단히 크다. 민주적 선거(선택)은 4~5년의 간격을 두고 실시된다. 그러나 선거 직후부터 다음 선거직전까지의 기간 중 상당기간은 유권자들의 통제로부터 벗어난다. 정치과정은 선택시간의 미분화를 특징으로 하기 때문에 유권자에 의한 정치가의 통제가 미약하다.

정치과정은 선택대안의 미분화를 특징으로 한다. 그렇기 때문에 대체 가능성이 제

한되어 있다. 그리고 선거 프로그램은 날개로 공급하는 것이 아니라 다발로 공급한다. 그 다발 속에는 싫은 것 좋은 것 모두 포함되어 있다. 총합하여 다수의 지지를 구성하기에 적합한 서로 다른 내용으로 구성되어 있다. 유권자는 마음에 드는 정책 프로그램만을 선택할 수가 없다. 이와 비교한다면 자유경제는 선택대안이 매우 분화되어 있다.

정치과정은 인적으로도 미분화되어 있다. 정치적 과정에서는 정치적으로 공급되는 재화의 질과 수량과 관련하여 개별 유권자들 개개인의 선호를 고려하지 않고 동일한 질과 규모가 공급된다. 이런 면에서도 자유경제는 인적으로 매우 분화되어 있다. -유권자들의 무지이다(민경국, 1993.: 85쪽) 정치가나 관료에 대한 완전 통제를 불가능하게 만드는 것은 유권자들이 이들의 머리 속을 드러다 볼 수 없는 원천적인 불가능 때문이다. 이런 불가능을 도외시한다고 하더라도 완전한 정보의 습득을 방해하는 요인이 있다.

그 요인은 이렇다. 즉, 유권자들은 정치적 공급에 대하여 완전한 정보를 가지고 있다고 해서 항상 이익을 보는 것은 아니라는 것이다. 이런 지식을 얻기 위해서는 금전적 그리고 시간적 심리적 비용을 투입해야 하기 때문이다. 완전정보를 위해서는 감당하기 어려운 비용이 든다.

이런 이유로 정치적 공급에 대한 어느 정도의 무지는 감당해야 한다. “합리적 무지”란 이런 것이다(Downs, 1968)). 유권자에 의한 완전한 정치적 통제의 불가능성은 유권자가 질적으로 무지몽매해서가 아니라 합리적 무지 때문이다.

완전한 지식 습득을 방해하는 또 다른 요인은 선거의 공공재화적 성격이다. 선거 결과로부터 생기는 이익은 사유가 될 수 없는 대신에 선거에 필요한 지식의 습득 비용은 자신이 짊어진다. 지식습득의 인센티브가 없다. 잘못된 지식을 통한 선거의 결과에 대한 책임도 개별 책임이 아니라 공동의 책임이다. 공동의 책임은 책임이 없는 것과 마찬가지로이다. 따라서 정치 시스템에서 유권자들의 지식 사용을 통제하는 메커니즘이 매우 원시적이다.

이런 요인에 의해 형성된 독점적 영역 내에서 계획과 규제 담당자들은 자율적인 영역을 자신의 이익을 위해 이용한다. 부정부패도 이런 자율적 영역의 산물이다.

부정부패, 정책의 단기성·불확실성, 비일관성·차별성, 이런 모든 현상을 정치가들이 무지하고 이성적이지 못하고 부도덕한 탓으로 돌린다. 역사인식이 부족하다고 비판한다. 개혁적이지 못하다고 욕하기도 한다. 선거가 잘못되었으니 선거법 등을

고쳐 도덕적이고 이성적인 인물이 뽑히도록 해야 한다고도 한다. 낙선운동, 당선운동도 열린다.

그러나 욕을 한들 소용이 없다. 정치 개혁이라는 이름으로 선거법이나 정부조직, 의회 구성원, 의사결정방법을 고친들 소용이 없다. 이런 현상이 나타나는 고질적이고도 근본적 이유 때문이다. 이것이 무엇인가?

4.3. 제한 없는 민주주의와 헌법의 실패

그 이유는 간단하다. 민주정부의 공권력을, 민주적 입법과 정책을 제한하는 효과적인 장치가 없기 때문이다. “헌법실패” 때문이다. 민주주의가 제한되어 있지 않기 때문이다⁹⁾. 그런 불미스런 현상은 “무제한적 민주주의”에 고질적인 현상이다. 이런 민주주의에서는 다수의 지지를 받은 정책이나 법은 그 내용이 무엇이든 법으로 인정된다.¹⁰⁾

무제한적 민주주의의 핵심은 원칙(principle)에 의한 입법과 정책이 아니라 이해관계(interest)에 의한 입법과 정책을 허용하는 민주주의이다.(Buchanan, 1998). 정책의 단기성, 차별성, 불확실성, 비밀관성 등, 이런 정책은 모두 원칙의 정책과 원칙의 입법이 아니라 이해관계의 정책과 입법이다. 집권 또는 재집권에 필요한 유권자 층을 만들기 위해 특정 이익단체나 지역 또는 인간그룹의 이익에 좌우되는 정책이다.

따라서 정치의 핵심문제는 ‘훌륭하고 선량한 인물’ 선정 또는 이런 인물로의 정권 교체라는 문제 대신에 어떻게 민주정부의 권력을 제한할 수 있는가의 문제이다. 이것이 200년 이상 자유주의가 해결하고자 노력해온 정치의 핵심문제이다.

5. 공권력의 억제와 헌법주의

정치적 핵심문제가 누가 지배할 것인가의 문제가 아니라면 우리는 도덕적 우월성과 전지전능을 전제하는 정치와 입법을 극복해야 한다. 그 극복을 위해서 무엇보다도 정치의 핵심문제는 정치권력을 어떻게 제한하는가의 문제이다. 이 문제에 대한

9) 민주주의는 집권 또는 재집권을 위해 복수정당이 유권자들의 다수의 지지를 얻기 위해 자유로이 경쟁하는 민주주의다. 무제한적 민주주의는 순전히 ‘절차적 민주주의’라고 불려도 무방하다 공공선택론(신정치경제학)의 중요한 인식은 (이기적인 정치가를 전제하여) 정당들이 자유로이 경쟁할 경우에 어떤 입법이나 정책이 형성되는 가를 규명한다.

10) 법의 내용과 권력의 내용을 묻는 대신에 그 원칙을 중시한다. 따라서 무제한적 민주주의의 간단한 표현이 주권재민사상이 그것이다. 의사결정이 만장일치이든 다수결 원칙이든 다수의 지지를 얻은 권력이나 법률 또는 정책은 그 내용이 무엇이든 법으로 인정되거나 또는 정당한 권력, 정당한 정책으로 간주된다(Hayek: 1979, 33).

해결방법은 정부를 원칙에 묶어놓는 것이다. 어떤 원칙에 의해 정부를 묶어 놓을 수 있는가?

5.1. 법의 지배와 헌법주의

이 원칙이 고전적 자유주의자들이 정치적 이상으로 여겼던 “법의 지배”(The Rule of Law) 이다. 법이 법으로서의 지위를 얻을 수 있기 위해서 갖추어야 할 조건을 말한다. 이것이 자생적 질서의 법적 조건이다. 그리고 이런 조건을 갖춘 법을 집행하는 국가의 강제만이 정당하다. 그 조건은 다음과 같다(Hayek, 1961, 1975, 민경국, 1996, 348~351)

1)차별적인 내용의 법이어서는 안 되고 이런 법을 차별적으로 적용해서도 안 된다. (일반성 원칙).

2)특정의 행동을 당연 금지하는 성격의 법이어야 하고 달성하고자 하는 목표와 동기를 내포해서는 안 된다 (추상성 원칙).

3)법은 확실해야 한다.(확실성의 원칙)

타인들의 자유와 재산권을 침해하는 행동만을 예외 없이 강제로 제한할 수 있다. 그러나 남의 자유와 재산을 침해하지 않는 행동은 국가의 공권력 행사 대상이 될 수가 없다(Gerken, 2000). 시장결과를 수정하기 위한 정부의 모든 계획과 규제, 분배정의와 같은 우대정책은 법의 지배 원칙에 위배된다.

법의 지배 원칙은 자유로운 거래 차별 없는 거래를 보장하는 정책과 입법을 지원하기 위한 원칙이다. 조세정책이나 지출정책과 같은 경제정책도 이런 원칙 (일반성 원칙과 그리고 확실성 원칙)을 철저히 지켜야 한다. 누진세 대신에 비례세, 차별적인 환경규제의 억제, 차별 없는 공공재화의 산출 등이 모두 이런 원칙에 속한다(Buchanan, 1998, 147쪽).

법의 지배 원칙을 헌법에 명문화 할 경우, 비로소 그 헌법은 “자유헌법”이 된다. 이런 헌법의 전통적인 두 가지 역할을 다 한다(Mestmaecker, 1985). 첫째로 그것은 정부에게 법률과 정책을 생산하는 데 필요한 방향을 제시하는 역할을 한다. 법률이 법관들의 판결을 통해 분권적으로 생산하든, 의회에 의해 중앙집권적으로 생산하든 그것은 중요하지 않다. 중요한 것은 의회나 법관들에게 법률생산을 위한 방향을 제시하는 헌법의 역할이다.

둘째로 헌법은 정부의 이런 법률 생산 활동을 구속하는 역할을 한다. 정치가나 관료는 시민들의 봉사자가 되려는 것이 아니라 언제나 주인이 되려는 성향을 가지고 있기 때문이다.

이러한 원칙을 지켰던 서구사회에서는 상업의 발전, 과학기술의 발전 그리고 산업혁명을 통해 생활수준의 비약적인 발전이 이루어 졌고 오늘의 풍요도 그러한 헌법적 원칙의 힘이라고 볼 수 있다. 자유, 평화, 번영을 동시에 가능하게 했다.

그러나 그런 원칙에서 벗어날 때마다 동양사회와 똑 같이 서구사회도 갈등과 위기와 빈곤을 격지 않으면 안 되었던 것도 우리는 잘 알고 있다.

5.2. 법의 지배와 경제적 성과

법의 지배를 헌법의 원칙으로 정할 경우 그 장점은 다음과 같다.

1)법의 지배에 따른 입법이나 정책은 구조적인 지식의 문제를 극복할 수 있다. 입법이나 법 집행에서 비용-편익분석이나 또는 시장과정의 결과에 대한 구체적인 예측을 요구하지 않기 때문이다. “계획하는 이성”이나 또는 “사회기술자”, “사회공학자”는 이제 더 이상 필요가 없다.

2)우대정책(affirmative action)과 같은 차별적인 정책을 금하고 있기 때문에 우대를 받기 위한 경제주체들의 금전적 심리적 노력을 절약할 수 있다. 법의 지배하에서는 이권추구 행동이 불필요하다. 법의 지배하에서 정치가와 관료들이 이기적인 욕구를 추구한다고 해도 “보이지 않는 손”이 효과적으로 작용한다.

3)법의 지배를 헌법에 명문화 할 경우, 이것은 의회의 입법에 중요한 지침이 될 수 있을 뿐만 아니라 보통법 체계의 자생력(또는 스스로 조직하는 힘)에도 도움이 된다 (Leoni,1961/1992, 민경국 2004: 159). 보통 법체계에서는 소송당사자들끼리 소송과 판결을 통하여 법이 분권적으로 형성된다. 이때 이미 잘 알려져 있듯이 선례가 중심 역할을 하는데, 법의 지배 원칙이라는 가이드가 없으면 이런 선례들의 법적 응집력 또는 일관성이 상실된다. 법의 지배를 지킬 경우 이런 일관성과 법의 응집력을 높여주기 때문에 분권적인 법 생산의 자기조직력과 자생력을 높여준다 (Buchanan, 1998, 9쪽).

4)무제한적 민주주의에서는 이익단체들의 특혜요구를 단호히 뿌리치는 '선량한 정치인'이 되고 싶어도, 특혜부여를 통한 지지표 구매를 피하고 선량한

정치인이 되고 싶어도 그는 어쩔 수 없이 '타락된 정치인'이 되고 만다. 차별 없는 정책을 지지하는 정치가는 도태되기 마련이다. 그러나 법의 지배를 헌법에 명문화 할 경우 정치가는 특혜정책을 통하여 유권자를 유인할 인센티브가 없어진다. 또한 유권자그룹이나 이익단체도 자신들에게 유리한 정책을 요구할 인센티브가 없다(민경국, 2003: 262).

5)법의 지배 원칙 아래에서는 법을 집행하고 관리하기가 매우 용이하다. 복잡한 세계에서는 될 수 있는 대로 '단순한 규칙'이 유용하다는 엡스타인(Epstein, 1995)의 명제는 헌법에도 적용될 수 있다. 그 숭한 규제조항을 버리고 그 대신 단순한 규칙, 즉 법의 지배 원칙 한가지로 교체하는 것이 헌법집행과 관리에도 매우 용이하다.

공권력을 법의 지배원칙에 의해 제한하는 것이 중요하다는 것, 이런 제한을 통하여 개인의 자유와 생명 그리고 재산을 보호하는 것이 중요하다는 입장이 자유를 위한 헌법주의(liberal constitutionalism)이다.

6. 헌법개혁이냐 정치개혁이냐?

정치개혁의 이름으로 수많은 개혁안들이 등장했다. 예를 들면 선거구의 조정, 정당 내 민주주의 실현, 의회 의원 수의 조정, 대통령 중임제, 내각 책임제, 비례대표자 수의 조정, 그리고 국회의원 후보자 선정방법 등이다. 설사 이들이 서로 다른 제도이지만 그러나 하나의 공통점이 있다. 이런 제도는 시민들의 이해관계(interest)를 보다 완전하게 대변할 수 있는 정치구조는 무엇인가의 문제에 초점을 맞추고 있는 제도이다.

이 문제도 플라톤-포퍼의 '누가 지배해야 하는가'의 문제와 전적으로 독립되어 있는 문제가 아니다. '가장 선량하고 현명한 인물', "제대로 된 도덕적인 인물"를 지배자로 뽑자는 것이다. 수많은 이해관계를 제대로 절충하고 타협할 수 있는 인물을 뽑자는 것이다. 낙선운동이나 당선운동도 동일한 맥락이다.

그러나 정치개혁의 이름으로 제안하고 있는 그런 절차와 그리고 통치조직에 관한 제도개혁은 "이해관계에 의한 정치"에서나 필요하다. 이런 정치에서는 어떤 제도개혁도 불안정하고, 또 효과적이지도 못하다. 수많은 이해관계

들이 끊임없이 등장하기 때문이다. 그렇기 때문에 원칙에 의한 정치가 중요하다. 원칙에 의한 정치와 입법은 이해관계와 독립적이고 사회적 목표와도 독립적이기 때문이다. 그리고 원칙에 의한 정치와 입법에서는 이런 제도개혁은 부차적이고 극히 제한적인 문제이다.

우리가 이 글에서 대변하고 있는 법의 지배를 통해 정부의 활동을 엄격하게 제한하고 원칙에 의한 정치를 펼친다면, 부정부패도, 선거비용 문제도 해결할 수 있다. 이해관계에 의한 정치가 지속된다면 어떤 정치 개혁도 효과가 없다.

따라서 우리가 당장 해야 할 화급한 일은 정치개혁이 아니라 법의 지배 원칙을 헌법에 명문화하여 사회부문은 물론 경제부문에 확대 적용할 수 있어야 한다. 이런 의미의 헌법개혁이 화급한 일이다. 현재 우리사회에서 많은 정치적 경제적 문제들이 생겨나는 이유는 정부의 활동을 엄격하게 제한하여 경제활동의 자유를 비롯한 행동의 자유를 효과적으로 보호하는 장치가 없기 때문이다. 따라서 헌법개혁이 없는 어떤 방법으로도 우리가 당하고 있는 문제들을 해결할 수가 없다.

민주주의가 위기에 처한 것은 결코 참여가 부족해서 생겨난 것이 아니라 민주주의 자체를 효과적으로 억제하는 헌법이 없기 때문이다. 참여민주주의는 현실을 제대로 파악하지 못하고 있다. 중요한 것은 민주주의에 참여하는 것이 아니라 민주주의를 제한하는 것이다.

참여정부, 참여연대, 참여민주주의는 모두가 빼앗는데 목적을 둔, 좋게 말해서 분배정의 또는 사회권적 기본권을 위한 민주주의, 그래서 무제한적 민주주의 일 뿐이다. 이런 민주주의는 빼앗고 뺏기는 투쟁이 아닌가? 나는 빼앗을 권리를, 너는 나로부터 빼앗을 의무가 있는 괴상한 상황이 지금 우리사회에서 벌어지고 있다.

이런 빼앗기 게임은 시장경제에서는 결코 허용되지 않는다. 내가 가진 권리는 동시에 타인도 가지고 있고, 따라서 나의 권리는 타인의 권리를 존중할 의무(타인에 대한 불간섭 의무)를 내포하고 있다(Boaz, 1997, 59).

이상적 담론 상태(Habermas), 심의민주주의(Held)도 말만 바꾼 것 일뿐 동일한 취지의 민주주의이다. 모두가 정치가 시장보다 현명하고 또 도덕적이라는 취지의 이념이다. 그리고 정치를 인간 자신이 도덕적 존재라는 것을 스

스로 발견하고 확인할 수 있는 개명된 과정이라는 것이다. 그러나 이것은 낭만적인 생각이 아닐 수가 없다. 위장된 이타심을 조장하기에 가장 적합한 이론이 아닐 수 없다. 개인의 자유와 재산을 보호하는 틀 내에서 사람들의 진지한 심의도 가능하다¹¹⁾.

법의 지배 원칙에 의해 국가활동이 억제된다면, 누가 지배해도 문제가 될 것이 없다. 그렇기 때문에 지혜로웠던 고전적 자유주의자들은 정치조직이나 절차와 관련된 제도의 도입은 별로 중요하게 여기지 않았다. 그들에게 중요한 것은 정부가 넘어서서는 안 될 경계선을 만들어 놓는 것이었다. 그들에게는 통치자를 어떻게 선출하든 그것은 관심 밖이었다. 정부를 엄격하게 제한하는 장치가 없으면 삼권 분립마저도 의미가 없다.

하이에크가 그의 3부작 『법, 입법 그리고 자유(Law, Legislation and Liberty)』의 제1권 서문에서 현대사회의 삼권분립은 실패하고야 말았다(Hayek, 1973: 1쪽)고 선언하고 있다. 삼권분립은 개인의 자유를 보호할 목적으로 도입하기는 했지만 이를 효과적으로 보호하지 못했다는 것이다.

이런 선언은 법의 지배를 통해 민주주의를 제한하는 것이 얼마나 중요한가를 말해주고 있다. 뷰캐넌도 현대사회는 “헌법적 혼란(constitutional chaos)”(Buchanan, 1978)에 빠져 있다고 진단하면서 법의 지배 원칙을 헌법에 명문화하는 방향으로 헌법을 개혁할 것을 강력히 주장하고 있다(Buchanan, 1998).

이 석학들이 우리에게 보여주는 교훈이 바로 민주정부를 효과적으로 제한할 수 있는 헌법의 중요성이다. 민중민주의, 포폴리즘을 효과적으로 막을 수 있기 위해서는 헌법이 중요하다.

11) 많은 한국 철학자들은 최근에는 유교적 국가관의 권위주의적 요소를 제거하고 민주주의 요소와 결합하려는 노력이 이루어지고 있을 뿐만 아니라, 유교 속에 잠복되어 있는 민주주의 요소를 강조하여 유교를 재해석하려는 노력이 이루어지고 있다. 그러나 이런 노력도 민주주의를 제한하는 헌법적 장치를 반영하지 않는다면 의미가 없다. 그것은 한국의 헌법이 규정하고 있는 민주정부와 경제헌법의 관계를 유교적으로 해석하는 결과만을 낳을 뿐이다.

참고문헌

- 김정호, 헌법 경제조항과 사회적 기본권에 대한 법경제학적 분석, 한국헌법
학회/한국경제연구원 제 29회 학술대회 논문집: 헌법개정의 과제와
정책 방향 2003, 124쪽
- , 경제헌법 개정의 필요성과 방향, 제7회 자유주의 워크숍: 경제헌법
개정을 ! 자유기업원 1998
- 김철수, 헌법학 지학사 1970
- 김현식 한국헌법에서의 경제질서-헌법재판소의 결정을 중심으로-, 한림대학
교 대학원 법학과 법학석사학위 논문 1998
- 文鴻柱, 한국헌법 해암사1975
- 민경국, 제3공화국의 헌법과 경제질서, 유광호 외 공저, 한국 제3 공화국의
경제정책 1999
- , 자유의 헌법은 자생적 질서로부터! 경제헌법 개정의 필요성과 방향,
제7회 자유주의 워크숍: 경제헌법개정을 ! 자유기업원 1998
- , 진화냐 창조냐: 하이에크의 진화론적 자유주의 사회철학, 자유기업원 1996
- 신정치경제학-정치 관료시스템의 기능 원리, 석정 1993
- 자유주의와 시장경제, 위즈비즈 2003
- 朴一慶, 신헌법, 박영사 1964
- Boaz, D. Libertarianism, New York 1998
- Buchanan, J. M. The Constitutional Contract, Texas 1978
- / R. D. Congleton: Politics by Principle, not Interest,
Cambridge 1998
- , Choice, Contract and Constitutions, Indianapolis 2001
- Downs, A. Oekonomische Theorie der Demokratie, Tuebingen 1968
- Epstein, R.A.: Simple Rule For A Complex World, Cambridge 1995
- , Principles for a Free Society, Massachusetts 1998
- Evans-Pritchard, E.E.: Social Anthropology, London 1954,
- Gerken, L. Die Grenzen der Ordnungspolitik, Ordo Bd. 49
- Hayek, F.A. The Theory of Complex Phenomena, in Hayek, F. A. Studies
in Philosophy, Politics and Economics, Chicago 1967

- The Fatal Conceit, Oxford 1988,
- Law, Legislation, and Liberty, Vol. 3: The Political Order of a Free People, London 1979
- ,Constitution Of Liberty, Chicago 1961.
- , The Sensory Order: Theoretical Foundation of Psychology, Oxford
- Jantsch, E. The Self-organization of Universum, Muenchen 1979.
- Kasper, W./ Streit, M. Institutional Economics, New York 1998
- Leoni, B. Law and Freedom, Chicago 1961/1992
- Mestmaecker, J._E. Regelbildung und Rechtsschutz in der marktwirtschaftlichen Ordnung, Tuebingen 1985
- Myrdal, G. Asian Drama, New York 1972
- Polany, M. The Tacit Dimension New York 1966
- Popper, K. R. Die offene Gesellschaft und Ihre Feinde: Bd 1. Muenchen 1958
- Riedl, R. Die Ordnung des Lebendigen: Systembedingungen der Evolution, Hamburg 1975
- Leben als erkenntnisgewinnender Prozess bei Konrad Lorenz, in Riedl, R./ Bonet, E.M.(Hg) Entwicklung der Evolutionaeren Erkenntnistheorie, Wien 1987
- Rousseau, J.-J. The Social Contract, New York 1968
- Sowell, Th. A Conflict of Visions New York 1987,