경제헌법

Ⅰ. 개 요

우리 헌법은 전문에서 국민의 자유로운 경제활동의 기회가 최대한 보장된다는 기본이념을 천명하고 있다. 제119조 제1항에서는 '대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다'고 규정하여 기업의 자유를 명시적으로 보장하면서, 제2항에서는 '국가는 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 규정하여 시장과 기업규제에 대한 일반적인 헌법적 근거를 마련해 놓고 있다. 또한 현행 헌법은 119조 외에 비교법적으로 거의 유례를 찾아보기 어려울 정도로 상세한 개별 경제조항들(제120조-제127조)을 두고 있다.

현행 헌법 제119조의 부분수정과 개별 경제조항들의 추가나 변화는 없지 않았지만, 이러한 구조의 경제헌법의 대강과 기본적인 내용은 제헌헌법 이래 거의 그대로 유지되고 있다. 국내외 정치경제환경의 변화에 따른 국가와 사회의 변화, 특히 최하위권에서 세계 제11위로 도약한 경제규모를 고려할 때 경제헌법불변의 현상을 최고규범으로서 헌법의 경직성만으로 설명하기는 어렵다.

현재 및 미래지향적인 관점에서는 더욱 그러하다. 전 세계가 한 단위의 시장으로 주어진 무한개방경쟁체제 속에서 시장을 조정해 나갈 수 있는 독자적인 영향력은 물론이고, 여과와 적응을 위한 충분한 시간을 요구할 수도 없는 입장에 있는 우리에게 이른바 '신자유주의'의 기치 아래 제시되는 '세계주의적 독트린'(cosmopolitical doctrine)은 선택의 대안으로 주어져 있지 아니하다. 시급하고 절박한 문제상황은 자연스럽게 이제까지의 경제 및 경제법의 정책기조에 대한 반성과 그에 따른 수정과 보완을 위한 선택과 집중의 전략을 요구하고 있다. 그동안 정치 및 경제환경의 변화에 따라 밀도와 방향을 달리하면서 논의되어 온 경제헌법개정의 문제를 이 시점에서 재론하는 것은 바로 이 전략의 효율성과 실천가능성을 담보할 수 있는 토대를 마련하는 의미를 갖는다.

지금 여기에서의 논의가 종래 해석론 중심의 이론적 논란을 그대로 다시 반복하는 의미의 재론이 되어서는 아니 되는 것은 바로 이 때문이다. 우선 핵심쟁점의 검토와 함께 이전의 논의성과와 그것의 법제도와 판례 및 정책을 통한 수용의 현황과 문제점을 정리하여 기본적인 문제인식을 공유하고, 현안으로 주어진 헌법개정의 문제, 즉 그 필요성과 적정범위에 대한 헌법이론 및 헌법정책적 입장의 차이와 일단 현 시점에서의 그 조정 또는 타협의 가능성과 한계를 분명하게 확인할 수 있는 헌법학계 차원의'준거'가 제공되어야 한다. 또한 유의해야 할 것은 기본적으로 이론과 현실의 경계선에 있는 헌법개정의 논제 자체의 속성과 본질에서 연유되는 것이기도 하지만, 경제헌법개정의 문제는 헌법현실, 특히 전 세계가 단일시장으로 통합된 지구촌시대의 무한경쟁체제와 그 속에서의 우리 경제와 기업의 현주소와 우리가 활용할 수 있는 독자적인 대응수단과 그것을 뒷받침해주고 대안선택의 폭을 확대시켜 나갈 수 있는 정치경제 및 사회문화적인 환경조건 등 복합적이고 극도로 가변적인 현황과 변화에 대한 정확한 인식과 예측을 토대로 접근되어야 한다는 점이다.

다음에서는 우선 우리 헌법상 경제헌법의 기본조항인 제119조와 관련된 기존의 해석론상의 이견을 비롯한 기본적인 쟁점과 단서들을 정리하고, 향후 경제헌법개정논의에서 그 필요성과 방향, 범위 등에 대한 논의에서 지침과 준거로 삼아야 할 것을 검토하고, 결론으로 구체적인 개헌안을 제시한다.

Ⅱ. 경제헌법기본조항 – 헌법 제119조

1. 이견과 쟁점

⑴ 개헌론 – 적극설

개헌론은 대체로 제119조를 전면 삭제하거나, 동조 제2항의 전부 또는 일부, 특히 '경제의민주화' 부분을 삭제하자는 의견과, 제2항에 '긴요성원칙'(Erforderlichkeitsprinzip)을 추가하여 국가의 경제개입의 요건을 강화하자는 견해로 구별된다.
개헌론의 핵심 논거를 한마디로 축약하면 경제현실과 헌법규범간의 근본적인 괴리라고 할 수 있다. 이른바'개발독재체제'등 국가주도의 경제발전모델을 수용해 온 현행 경제헌법은 근본적으로 변화된 사회경제구조와 시장 및 기업, 특히 세계화된 무한경쟁구도의 현실에 적응할 수 있는 기본틀로서는 이미 그 효용을 기대할 수 없다는 인식이다. 일차적으로는 이제까지 특히 경제 및 재정정책에 대한 헌법의 규범력이 취약했고, 결과적으로 일방적으로 국가의 경제개입을 거의 무제한 허용하고 경제적 자유를 제한하는 방향으로 운용되어 온 과거의 경험에서 비롯된 것이기는 하지만, 보다 근본적인 이유는 앞으로 입법자를 비롯한 정책결정권자들과 헌법해석자들이 시장과 기업의 자율성을 확대하는 방향으로 전향적으로 헌법을 해석하고 법과 정책의 운용을 선회할 가능성에 대하여 비관적으로 전망하고 있는 점이다. 더욱이 이 가능성에 대하여 긍정적으로 예측하는 경우라도 그것을 단순히 정치과정 또는 정책결정권자의 의지에만 맡겨 놓기에는 변화의 속도와 시점이 문제가 되고 또한 중장기적인 차원에서 시장친화적인 경제정책기조의 안정성과 일관성을 신뢰할 수 없다고 보는 회의적인 인식도 잠재적이기는 하지만 개헌론의 중요한 동기의 하나로 지적될 수 있다.

⑵ 신중론 – 소극설

경제헌법규정 자체에 대한 극단적인 회의론을 비롯하여 헌법 제119조 전부 또는 일부를 삭제하자는 적극적인 개헌론의 입장에서 제시하는 다양한 논거들 중에 헌법정책적인 담론에서 배제될 수 있는 것은 하나도 없다. 개헌논의와는 무관하게 경제헌법규범과 경제현실 및 그 상호 관계에 대한 근본적인 재검토의 필요성은 투자와 자원배분을 국가가 주도하는 경제개발5개년계획이 제6차로 마무리된 1990년대 초반 이후 또는 적어도 국가의 경제관리 능력의 한계가 극명하게 드러난 1997년의 외환위기 이후부터는 늘 현안으로 제기되어 온 것이기도 하다.
또한 세계 최저 수준의 저출산률과 급속한 사회고령화, 양극화와 그에 따른 사회적 갈등의 심화 등 대내적인 문제를 비롯하여 중국경제의 급성장 등 경쟁구도의 개편, 극렬한 시비론 속에서 강행되고 있는 한미 FTA협상, 기타 통일환경의 변화 등 대외적인 변수들은 장기적이고 거시적인 국가발전전략의 수립을 요구하고 있다. 국가와 경제의 관계에 대한 반성과 향후 바람직한 경제질서에 대한 헌법정책적 차원의 담론은 이러한 전략계획수립의 출발점인 동시에 발전의 방향과 선택가능한 전술대안의 범위를 정하는 기본틀을 짜는 핵심작업이다.
하지만 이러한 반성과 담론의 필요성과 긴박성이 바로 경제헌법의 개정의 필수성과 그 방향 및 개정시기를 예단할 수 있는 충분한 근거가 되지는 못한다. 경제헌법, 특히 기본조항인 제119조의 전면 또는 부분개정론에 대해서 신중론을 주장하는 입장에서 대체로 논의의 필요성 자체에 대해서는 동의하면서도 성급한 결정은 피해야 한다는 유보적인 견해를 제시하고 있는 것도 바로 그 때문이다.
중장기적인 관점에서 개헌의 필요성을 긍정하는 입장에서도 그 범위와 시기의 적절성 여부는 또 다른 논제로 고민해야 한다는 조심스러운 견해를 부기하는 것도 같은 맥락에서이다. 현안으로서 개헌문제와 연결하여 보면 이 문제는 차제에 진행될 개헌이 헌법개혁 차원의 전면개정과 소폭의 부분개정 중에 어떤 방향으로 갈 것인지와 연계되어서 최종입장이 정리될 수밖에 없는 문제이기도 하다.
이러한 헌법정책적인 측면에서의 이견과도 연결되는 것이기는 하지만, 적극설 또는 개정론과 신중론

간의 기본적인 입장의 차이는 결정적으로 제119조의 해석론상의 이견, 말하자면 해석을 통해서 살려나갈 수 있는 잠재적인 효용의 크기에 대한 평가와 그 공간의 확장과 활용의 가능성에 대한 기대와 전망이 엇갈리는 데서 비롯된다. 예컨대, 제119조의 제1항과 제2항을 '선후와 비대칭관계'또는 '원칙과 예외의 관계'로 파악하면서도 제2항의 불확정개념으로 인해 헌법규범의 불확실성이 초래되고, 결과적으로 정부의 시장개입에 대한 무제한적인 수권근거로 인정되어 왔다는 점을 지적하고, 이상적으로는 동 조항을 폐지하고 '기본권제한의 한계조항'인 헌법 제37조 제2항으로 대체하는 것이 바람직한 대안이 될 수 있다는 견해가 제시되고 있는 바, 이는 결국 객관적인 '국가목적조항'성격의 제119조 제2항이 '정책규범' 또는'행위규범'으로서는 물론이고, 적어도 경제적 자유와 관련된 개별 기본권의 해석과 심사에서 고유한 규범적 효용을 갖지 못한다고 보는 해석론을 전제로 한다.

2. 제119조 해석론의 공간

⑴ 기본조항 – 경제헌법의 지도원칙'

현행 헌법 제119조의 핵심은 우리 경제질서가 자유방임의 시장경제를 지향하지 아니하는 동시에 계획통제경제도 지양한다는'지도원칙'에 대한 확인이다. 말하자면 우리 헌법은 양극단의 대안을 배격하고, 이른바 중용을 지향하는 혼합경제체제의 '제3의 길'을 제시하고 있다고 할 수 있다.
그 노선을 수정자본주의원리를 바탕으로 하는 이른바 '사회적 시장경제질서'(soziale Marktwirtschaftsordnung)로 보는 점에서는 헌법학자들간에 대체로 의견이 일치되고 있다. 헌법재판소의 입장도 다르지 아니하다.
그런데 헌법 제119조는 그 '제3의 길'의 구체적인 노정에 대해서는 분명한 표지판과 한계선을 제시하지 못한다. 자유와 평등이념의 조화를 요구하는 중용의 지침이 아무런 가치전제나 규범적 결정도 포함되어 있지 아니한 무정향적인 것은 아니지만, 고도의 개방성 때문에 경제정책에 관한 통제규범, 행위규범으로서 구체적인 규준력, 특히 국가의 무분별한 규제와 경제개입을 제한하고 실효성 있는 한계를 설정할 수 있는 규범적 효용에 대한 회의가 문제가 되는 바, 그 가능성과 한계를 검토해 본다.

⑵ 윤곽규정'의 크기와 지형 – 최적화명령'

고도의 개방성과 추상성을 특징으로 하는 제119조는 국가의 경제에 관한 규제와 조정의 한계를 설정하는 규율(Regel)적 성격의'윤곽규정'(Rahmensordnung)으로 보기에는 그 윤곽 자체가 불명확하다. 물론 일정한 정도의 규범의 개방성은 규범목적상 법기술적으로 필요한 양식이다. 근본적으로 유동적인 경제에 대한 규율은 그 전형적인 예라고 할 수 있다.
우리 헌법은 이 경제정책의 윤곽 속에서 이루어지는 구체적인 경제정책결정에 대하여 지침을 주고 있는 바, 이른바 '최적화의 명령'(Optimierungsgebot)이 그것이다. 이 개념은 국가권력행사에 대한 제한의 형식이라는 점에서는'과잉금지의 명령'과 동일하지만 행위규범과 통제규범으로서 구체적인 의미와 기능은 분명히 구별된다. 과잉금지의 원칙이 공공복리실현의 정책목적과 기본권을 제한하는 정책수단 간의 관계에서 목적의 정당성과 수단의 적합성, 필수성 및 상당성을 판단기준으로 하는 이른바'한계의 한계'설정의 기준인데 반해서, '최적화의 명령'은 목적과 목적간의 관계에서 조정의 적정성에 대한 판단기준을 제시한다.

⑶ 최적화명령'과 소명의무' – 현실정합적 해석

제119조 제1항과 제2항은 국가의 경제개입에 대한 '원칙과 예외의 규율형식'(Regel-Ausnahme-Formel)을 취하고 있다. '원칙'적으로 기업의 자유는 보장되고 '예외'적으로 필요한 경

우, 필수적인 범위에 한하여 국가의 경제에 관한 규제와 조정이 허용되지만, 그 결정은 정책결정권자의 자의(恣意)에 맡겨져 있는 것이 아니라 '최적화의 명령'에 부합되어야만 한다는 의미로 해석된다.
'최적화명령'은 입법자의 예외결정, 즉 경제에 대한 개입과 조정의 목적과 이유 및 정책수단의 선택에 대한 가중된 '소명의무'(Darlegungspflicht)를 부담지우는 구속력 있는 헌법적 지침이다. 우리 헌법상 '개인과 기업의 경제상의 자유와 창의의 존중'을 기본으로 하는 경제질서는 자유경쟁시장의 자동조절 또는 자기수정의 메커니즘의 효율성에 대한 기본적인 신뢰와, 역으로는 이른바 '계획합리성'에 대한 불신의 정책적 선판단이 전제되어 있다. 또한 사회국가실현의 필수적인 조건인 성장추동력을 유지· 확대해나갈 수 있는 최선의 방책은 기격신호를 통해서 시장참여자들에게 무엇을 해야 할지를 힘들이지 않고 끊임없이 말해주는 시장의 '자가정책과정'(self-policing process)이라는 점에 대한 확인도 포함되어 있다. 요컨대 시장에 대한 정부의 개입과 조정은 시장과 가격메커니즘에 대한 이러한 신뢰가 예외적으로 부인된다는 것이 충분히 소명되는 경우에만 허용된다.
예외를 엄격하게 제한하는 방향에서 그 소명의 정당한 준거로서 '관점의 목록'을 제시하고 있는 것이 제119조 제2항인데, 그 준거가 예외의 한계를 획정하기에는 고도로 불확정적이고 개방된 개념으로 규정되어 있을 뿐이다. 다만 개방성과 불확정성에 따라 행위규범, 통제규범으로서 미흡한 규준력은 결정의 과정과 절차의 측면에서 보완된다. 예외적으로 경제에 관한 규제와 조정에 나서는 입법자는 '국민경제의 균형성장과 안정', '적정한 소득분배', '시장지배와 경제력남용의 방지' 및 '경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화'의 관점에서 구체적으로 어떤 심각하고 지속적인 문제점, 말하자면 '명백하고 현존하는 위험'이 있는지, 어떤 의도에서 시장과 기업의 자유를 제한하는 규제와 조정의 정책수단을 선택하였는지 또한 그 효과에 대한 전망은 어떻게 판단하였는지 분명하게 밝혀야만 한다.
다만 이 네 가지 경제정책적 국가목표들은 국가의 경제개입과 그에 수반되는 경제적 자유의 제한을 정당화할 수 있는 준거로서 설득력이 적어도 헌법개정 당시에 비해서는 전반적으로 크게 약화되었다. 우리 경제의 규모와 상황, 시장여건 및 기업구조, 특히 역행할 수 없는 세계화흐름과 그 속에서 주어진 국제규범화된 자유경쟁의 규칙 등에 적응할 수밖에 없기 때문이다.
우선 '균형있는 국민경제'의 목표는 오늘날의 이른바 '제4차산업'과 IT, BT, NT등 신 지식산업의 비중이 급격하게 확대되는 이른바 '지식기반경제'(knowledge-based economy)의 상황에서 국가의 경제개입을 정당화하는 준거로서 설득력이 제한될 수밖에 없다.'적정한 소득분배'의 목표도 성장동력을 유지·확대해 나가는 이른바'성장촉진형재분배'나 사회국가원리의 실현방법인 소득재분배정책의 헌법적 근거로서는 몰라도, 우리의 현재 경제규모와 시장여건에 비추어 볼 때 소득분배를 직접적인 목적으로 하는 정책운용과 시장규제를 정당화할 수 있는 근거로 인정될 여지는 크게 좁아졌다.
'시장지배와 경제력남용의 방지'와 '경제민주화'의 경제목표는 상대적으로 시장과 기업경영에 대한 정부규제의 필요성과 정당성을 뒷받침할 수 있는 준거로서 설득력이 크다고 할 수 있다. 물론 이 경우에도 가능한 한 견제와 통제의 역할을 시장의 자정력에 맡겨야 한다는 대전제는 그대로 적용된다. 경제력의 집중 자체가 아니라, 카르텔의 잠재적인 위험성과 함께 집중된 경제력이 오남용되는 것이 문제이기 때문이다. 예컨대, 시장지배와 경제력집중의 문제도 엄정하고 실효성 있는 기업공시제도나 증권거래법제 등 투명성을 확보할 수 있는 제도적 장치와, 내부거래(self-dealing)를 차단하고 견제할 수 있는 회사법제를 통해 기본적으로 자본시장과 합리적인 기업시스템에 의해서 해결되어야 한다. 이 부분은 급속하게 국제규범화되고 있는 이른바 '세계표준'(global standards)들을 수용하는 방향으로 정리될 수밖에 없을 것이다. 다만 예컨대 미국의 경우와 달리 우리나라 특유의 대기업집단들은 거의 대부분이 소유와 경영이 분리되어 있지 아니한 상태에서 대체로 20-33%정도, 심지어는 10%이하의 지분을 가진 지배주주가 경영권을 장악하고 있는 바, 소유가 분산되어 있고 소유와 경영이 분리되어 있어서 경영자통제에 초점을 맞추는 문제상황과는 근본적으로 다르다.
과거 권위주의정권에 하에서의 (대)기업 편향적인 경제개입에 대한 반성의 맥락에서 노사간의 균형관계의 정립과 국가의 중립성을 요구하는 것으로 이해되는 '경제민주화'의 목표도 정부의 중립성과

조정자로서 공정한 역할을 주문하는 것이다. 기업의 대형화와 성장동력 자체를 억제한다든지 또는 기업의 본원적인 경영전략적 판단의 영역에 해당되는 인력정책과 노동시장에 대한 정부의 획일적이고 전면적인 개입을 헌법적으로 정당화할 수 있는 이유와 근거가 될 수는 없다. 다만 최근에 전체 사회적인 차원에서 현안으로 제기되는 비정규직 근로자의 문제와 관련해서는, 특히 헌법 제32조의 근로활동권에 따른 국가의무와 연계되어 국가개입의 당위성을 확인하고 그 범위 및 양식을 설정하는 관점에서 새롭게 주목된다.
요컨대, 제119조가 '원칙과 예외의 형식'으로 제시하고 있는 '최적화명령'에는 현실정합성의 실천지침이 포함되어 있고, 그에 따르면 제2항의 경제목표들을 근거로 하는 시장 및 기업규제를 수인할 수 있는 우리 헌법의 임계점은 전반적으로 크게 낮아졌고, 특히'국민경제의 균형성장과 안정'및'적정한 소득분배'의 경제목표는 국가의 경제계획과 정부규제가 시장의 차별기능과 기업의 경영판단을 대신하는 것을 정당화할 수 있는 준거로서 설득력이 크게 감소되었다.

⑷ 통제규범, 행위규범으로서 효용과 그 한계

'소명의무'와 연계되는 '최적화명령'의 객관적인 지침이 시장규제에 대하여 행위규범 및 통제규범으로 적용될 수 있는 가능성과 필요성은 획일적으로 판단되지 아니한다. 다만 전술한 바와 같이 변화된 경제여건과 시장상황에 비추어 볼 때 제119조 제2항의 경제목표가 시장규제를 정당화할 수 있는 헌법상 준거로서의 지지력과 소명력은 크게 약화되었고, 그에 따라 '최적화명령'을 기준으로 설정되는 허용의 한계선, 즉 '최적점'(Optimierungs- punkt)을 넘어선 것이 명백한 경우에는 그 자체만으로도 위헌결정을 내릴 수 있는 가능성이 없지 아니하다. 다만, 그 가능성의 크기는 구체적인 경제정책의 목표나 그와 관련된 시장 및 기업현실과의 정합성에 따라 차별화된다. 문제는 경제정책 또는 입법의 합헌성에 대한 실질적인 사법심사척도로 적용될 수 있는 통제기준을 제시하는 것이다.
'최적화명령'의 재판통제규범으로서의 한계는 본질적으로 헌법재판의 기능법적 한계, 특히 '정치문제이론'에서와 마찬가지로 고도의 경제정책적인 판단과 법적 판단을 구별하는 입장, 즉 '경제문제'를 내용으로 하는 입법에 대한 헌법재판의 기능적 한계를 제시하는 논리형식에서 제기되는 문제이다. 말하자면 우리 헌법과는 달리 독일 기본법에서와 같이 경제정책에 관한 실질적인 내용의 헌법규정을 두고 있지 않은 경우에 제기되는 이른바 헌법의 '경제정책적 중립성'과 연계된 논제라고 할 수 있다.
그러나 제119조 제2항의 불확정개념과 그에 따른 규범적 불확실성, 특히 헌법재판의 통제규범으로서의 불분명한 효용을 고려하는 경우에도 제119조를 '비대칭관계'를 바탕으로 하는 '원칙과 예외의 형식'과 객관적인'최적화명령'으로 이해하고, 이 명령에 포함되어 있는 입법형성에 대한 객관적인 한계와 지침으로서 '최적점'을 좌표로 하여 특히 헌법재판을 그 실천의 방향과 지침을 정착시켜 나간다면 동 규정의 고유한 규범적 효용을 유지하고 살려 나갈 수 있는 가능성은 열려있다.
또한 국가의 규제와 조정, 특히 시장과 기업에 대한 직접적이고 경쟁제한적인 규제를 수인할 수 있는 우리 헌법의 '임계점'이 전반적으로 크게 낮아진 상황에서 '최적화명령'의 객관적인 지침이 경제정책과 입법에 대한 합헌성통제의 준거로서 규범적 효력을 가질 수 있는 가능성은 재판통제규범으로서의 작용에만 국한되지 아니한다. 법적 구속력이 없는 헌법정책적인 차원의 이른바 '입법방침'으로서의 효력과는 구별되는 행위규범으로서 작용되는 독자적인 기능영역이 주목되는 것도 바로 그 때문이다.
이 행위규범은 단순히 헌법재판을 통해 위헌 또는 합헌여부에 대하여 가부간의 판단을 하는 근거로서 적용되는 통제규범과는 그 작용공간과 적용양식이 다르다. 우선 행위규범은 이미 확정된 정책과 입법에 대한 사후의 헌법재판통제의 단계에서만 적용되는 것이 아니라, 법원의 합헌적 법률해석 및 적용의 단계에서는 물론이고, 정책과정의 전반에 걸쳐서 적용된다는 점에서 작용의 공간이 훨씬 넓고, 그 양식도 다양하게 발전시켜 나갈 수 있다. 또한 위헌성 판단의 근거로 고려될 수 있는 가능성

도 가부간의 결정이 아닌 제3의 중간영역, 즉 경제정책의 최대한의 헌법정향성과 현실정합성을 동시에 수렴해낼 수 있는 공간으로 확대할 수 있다.
요컨대, 행위규범은 경제입법의 타당성에 대한 단순한 헌법정책적 의문이나 권고의 단계는 아니고, 동시에 명백한 위헌의 단계도 아닌 '위헌에 근접한 회색지대'의 공간을 확보하고, 헌법의 정책규범으로서의 기능을 적정한 범위로 조절할 수 있게 하는 유용한 수단이다.

3. 개정제안

규범적 효용의 크기와 그 활용가능성에 대한 긍부정의 평가나 기대와는 무관하게 국가의 경제적 개입을 허용하는 근거규정으로든, 그에 대한 제한 및 한계규정으로든 또는 헌법이론적 담론의 준거로든 그 동안 제119조를 근거로 하여 논의 및 정리된 '규범저장고'로서의 효용 자체는 적어도 전적으로 부인되지 아니한다. 특히 이제까지 소홀하게 취급해 온 제119조의 '정책규범' 또는 '행위규범'으로서의 잠재적인 효용에 대해서도 아직 충분히 숙고되지 못하였다는 점도 인정하지 않을 수 없다.
최고의 정치경제규범인 헌법의 개정은 현실적인 합의가능성과 함께 항상'진보와 보수의 변증법적 통합'의 명제를 지향해야 한다. 특히 경제헌법의 개정은 국민의 폭넓은 공감대형성의 필요조건과 함께 경제현실에 대한 정확한 인식과 대내외의 환경변화에 대한 장기적인 예측과 전망을 바탕으로 논의되어야 한다. 경제헌법이 변화된 경제환경과 여건에 규범력을 발휘하지 못하는 객관적인 한계에 대한 관련 전문가 집단의 확인과 일반 국민에 대한 해명과 설득의 필수성이 강조되는 것도 바로 이 때문이다.
요컨대, 헌법개혁 차원의 전면개정이 아닌 부분개정의 방향으로 진행된다는 전제 하에, 다음과 같은 내용이라면 전혀 안정성을 해치지 않는 범위에서 국민의 공감대형성과 정치권의 합의, 적지 않은 이견에도 불구하고 헌법학자들을 비롯한 관련 전문가들 간의 절충의 가능성을 기대해 볼 만한 개정안으로 논의해 볼 수 있을 것으로 생각된다.

「제119조
제1항 - 현행 규정 유지
제2항 - 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 <필요한 경우에 한하여 법률이 정하는 바에 따라> 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.」

Ⅲ. 개별 경제헌법조항

1. 개요와 쟁점

현행 헌법은 제119조 외에 제120조 이하에서 '국토의 효율적인 개발과 보전'(제122조)·'균형있는 지역경제육성'(제123조 제2항)·'중소기업보호'(제123조 제3항)·'소비자보호'(제124조)·'대외무역의육성'(제125조), 심지어는 농수산물의 가격안정을 통한 농어민이익보호'(제123조 제4항)와 같은 개별경제정책에 이르기까지 다양한'국가목적조항' 형식의 명시적인 계획수권과 입법위임 규정들을 두고 있다. 이러한 개별 경제헌법규정들의 필요성 여부와 헌법정책적 문제점에 관해서는 대체로 부정적인 의견이 부각되는 가운데 논란이 적지 아니하다. 정치 경제 및 사회의 구조와 환경의 변화에 따라 탄력적으로 운용되어야 하는 경제정책의 기능과 특성을 고려할 때 특정한 집단과 부문에 대한 우선보호를 헌법에서 정하는 것에 대한 원론적인 차원의 의문과 중장기적인 차원에서 제기되는 개정론에 대해

서는 이견이 없다.
문제는 그 범위와 적시성이다. 이 문제는 앞에서 제119조의 개정론과 관련하여 제기된 적극적인 개헌론과 신중론 간의 쟁점의 배경과 구조 및 검토결론, 특히 전향적인 해석을 통한 규범적 효용의 유지와 확대의 가능성에 대한 논의와 기본적인 맥락을 같이한다. 요컨대, 현시점에서의 우리의 경제상황과 사회의 구조 및 환경변화에 대한 인식과 발전방향에 대한 예측과 전망 또한 그에 맞는 법정책적 대응방안의 모색에 있어서 충분한 공감대가 형성되었는지 또는 그것이 가능한지 예단하기 어렵다. 우선 소작제도금지와 '경자유전원칙'을 규정하고 있는 제121조 제1항에 대해서는 거의 폐지론으로 의견이 모아지고 있지만, 기타의 개별 경제헌법조항들의 효용에 대해서는 대부분 판단을 회피하거나 유보하고 있다. 결과적으로 다양하지만 조심스럽다는 점은 공통된 이러한 입장들은 획일적인 개헌반대론으로 연결되는 것은 아니다. 다만, 적어도 개별 경제헌법규정들에 대한 일괄폐지론에 대해서는 반대하는 전제하에, 개별 규정들에 대한 차별화된 검토의 필요성을 강조하면서도 충분한 공감대를 형성할 수 있는 더 깊고 넓은 논의를 요청하는 신중론으로 결집한다는 점은 확인할 수 있다.
따라서 여기에서 관심의 대상은 '최적화명령'을 담고 있는 제119조와 이들 개별 경제헌법규정들이 어떤 관계에 있는지, 특히 총론적 규정인 제119조의 행위규범, 통제규범으로서의 적용에 각론적 성격의 개별 국가목적조항들이 어떤 영향을 미치는가 하는 것이다.

2. 해석론

객관적인 '국가목적조항'이 국가의 기본권보호의무의 측면 또는 주관적 공권의 측면에서 기본권적 법익과 상충되는 경우, 예컨대 중소기업의 보호와 대기업의 경영의 자유 또는 소비자보호와 기업의 자유가 상충되는 경우, 적어도 통제규범의 관점에서 보면 정책결정권자에 대하여 '프로그램적 규정' 이상의 어떤 규범적 효력을 가질 수 있는지 의문이다.
'경자유전의 원칙'(제121조)과 같이 특별한 사회경제적 배경이 고려된 경우를 포함해서 이러한 구체적인 경제목표들은 개방된 '최적화의 명령'에 당연히 수렴될 수 있고 또한 그렇게 되었어야 바람직한 것으로 생각된다. 개별적인 경제정책사항들이 헌법상의 '국가목적조항'으로 규정됨으로써 헌법차원에서 경제입법자에 대하여 구속력 있는 경제정책적 지침을 제시한 것이지만, 오히려 헌법현실에서는 그 개방성의 폭은 그대로인 채 시장규제와 기업의 자유를 제한하는 경제정책을 정당화하는 방향에서 일방적으로 '최적화명령'의 규범적 효력만 희석시키고, 결과적으로는 경제에 관한 규제와 조정을 하는 정부와 입법자의 '소명의무'만 감면해주는 근거로 작용되어 왔다.
그러나 전술한 제119조의 해석론과 연결해서 보면, 제120조 이하의 '국가목적조항'을 근거로 하는 경제입법, 계획 등의 경우에도 개별 경제헌법조항에 담겨져 있는 객관적인 지침들이 그 위헌성에 대한 주장과 판단의 독자적인 준거로 적용될 가능성과 필요성은 적어도 전면적으로 부인되지 아니한다. 또한 그 크기는 상당부분 시장개입의 현실정합성과 그에 대한 정부와 입법자의 '소명'의 타당성과 설득력에 달려 있다. 말하자면 각론이 총론에 포섭되는 것이지, 그 반대는 아니 되는 바, 제120조 이하의 헌법규정들을 근거로 하는 경제정책 또는 경제계획의 경우에도 그 입법 및 정책목적의 정당성에 대한'소명의무'는 면제되지만, '경제에 관한 규제와 조정'을 하는 정책수단의 선택과 조합의 적정성에 대한'소명의무'는 상대적으로 감면될 뿐, 기본적으로는 제119조의 '최적화명령'이 그대로 적용된다. 그 내용과 전향적인 헌법해석의 가능성에 대해서는 대체로 제119조와 관련한 논의가 그대로 대입될 수 있을 것이다.

3. 개정제안

제119조와 관련하여 기술한 바와 같은 맥락에서 공감대형성이 가능할 것으로 여겨지는 최소한의 범위에서 개정안을 제시해 보면 다음과 같다.

⑴ 제120조

제1항 - 광물 기타 중요한 지하자원 수산자원 수력과 경제상수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취 개발 또는 이용을 특허할 수 있다.(유지)
제2항 - 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 <법률이 정하는 바에 의하여> 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.

⑵ 제121조

제1항 - 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.(삭제)
제2항 - 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.

⑶ 제122조

- 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용 개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.
국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용 개발과 보전을 위하여 <필요한 경우에 한하여> 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 제한과 의무를 과할 수 있다.

⑷ 제123조

- 각 항의 '국가는...한다.'에 '필요한 경우에 한하여 법률에 정하는 바에 의하여'를 추가

⑸ 제124조

- 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.(유지)

⑹ 제126조

- 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.(유지)

⑺ 제127조

- 제1, 2항의 '국가는...한다'에 '법률이 정하는 바에 의하여'를 추가.