

## 第 5 共和國 憲法과 經濟秩序

權 寧 星\*

自由民主的 基本秩序가 政治的 共同體로서의 大韓民國의 基本秩序를 의미한다면, 社會的 市場經濟秩序는 經濟的 共同體로서의 大韓民國의 基本秩序를 의미한다. 政治的 基本秩序에 있어서는 주로 政治的 自由가 문제되는 데 대하여, 經濟的 基本秩序에 있어서는 어떠한 經濟的 自由가 어느 정도로 보장되고 제한되는가가 문제된다.

### Ⅰ. 憲法과 經濟秩序의 關係

개인이나 私團體의 경우와 마찬가지로 國家의 경우에도 經濟는 國家的 秩序를 형성하고 유지하기 위하여 필요한 수단을 의미하기 때문에 國家와 經濟는 不可分의 關係에 있다. 그러나 憲法에 經濟條項을 두느냐 두지 않느냐, 두는 경우에도 어떠한 내용의 經濟條項을 두느냐 하는 것은 각기 國家的 狀況에 따라 그리고 歷史的 段階에 따라 반드시 동일하지 아니하다.

憲法의 차원에서 볼 때, 經濟秩序는 대체로 資本主義的 自由市場經濟秩序에서 修正資本主義的 經濟秩序를 의미하는 社會的 市場經濟秩序로 발전하거나 아니면 社會主義的 計劃經濟秩序로 발전하여 왔다. 프랑스 革命이후의 近代國家의 憲法은 教養과 財産을 가진 市民階級の 憲法들로서 오로지 市民階級の 政治的·經濟的 利益만을 보장하기 위한 것이었다. 여기에서는 國家와 社會의 區別을 전제로 하여 經濟秩序에 관해서도 經濟로부터의 國家의 中立 즉 自由放任主義가 요청되었고 經濟的 自由에 관해서도 私有財産權의 絕對視, 契約의 自由, 自由競爭의 보장 등과 같은 私的 自治와 過失責任의 原則이 중요한 法的 基礎가 되었다. 그 결과 고도로 발달한 資本主義經濟社會에 있어서는 資本의 集中으로 인한 富의 一方的 偏在, 소수의 有產者와 無產者大衆간의 갈등과 대립, 週期的인 經濟恐慌, 失業者의 대량배출, 國際的 次元에 있어서 植民地 획득과 海外市場 개척을 위한 帝國主義戰爭의 발발 등 갖가지 矛盾과 不條理가 심화되었다.

여기에 이러한 社會內在的인 矛盾과 빈번한 國際紛爭을 해결하기 위한 어떤 方途가 모색되지 않을 수 없게 되었다. 그 결과 經濟에 대한 國家의 中立性을 청산하고 社會內在的인 矛盾을 해결하는 방법으로 두가지 중 하나가 선택되었다. 그 하나는 資本主義 經濟秩序 대신에 전혀 새로운 經濟秩序를 도입하기 위하여 既成秩序를 파괴하는 社會革命의 方法이고, 다

\* 서울大學校 法科大學 副教授

른 하나는 既成秩序를 유지하면서 그것을 단지 法治主義的 方式에 따라 점진적으로 改良하는 社會改良의 方法이다. 前者가 소련을 비롯한 共產主義國家에 있어서 프롤레타리아 階級獨裁的 方法(社會主義的 經濟秩序)이라면, 後者는 資本主義國家에 있어서 社會的 法治國家의 方法(社會的 市場經濟秩序)이다.

## II. 憲法에 있어서 經濟秩序의 類型

오늘날에 와서는 어느 國家를 막론하고 憲法에 있어서 經濟的 自由와 經濟的 秩序에 관한 결단이 중요한 의미와 비중을 차지하고 있다. 憲法에 있어서의 이와같은 經濟條項을 經濟憲法(Wirtschaftsverfassung)이라 부르기도 한다.<sup>(1)</sup> 그리고 각국의 憲法에서 볼 수 있는 갖가지 經濟秩序는 무엇을 기준으로 하는가에 따라 여러가지로 類型化할 수 있다. 本稿에서는 國家를 그 성격에 따라 市民的 法治國家, 社會主義國家, 社會的 法治國家로 분류하고 그에 대응하여 각각 資本主義的 自由市場經濟秩序, 社會主義的 計劃經濟秩序, 社會的 市場經濟秩序(混合經濟秩序)로 類型化하고자 한다.

### 1. 市民的 法治國家와 資本主義的 自由市場經濟秩序

國民의 自由와 權利(특히 政治的 自由와 財產權)의 보장을 위하여 基本權保障의 宣言과 더불어 權力分立을 규정한 市民的 法治國家에서는 그 經濟秩序도 개인의 經濟的 自由를 최대한으로 보장해 줄 수 있는 資本主義的 市場經濟秩序, 즉 自由市場經濟(libérale Marktwirtschaft)를 기반으로 하지 않을 수 없었다. 이와 같은 資本主義的 自由市場經濟秩序는 대체로 다음과 같은 것을 그 내용으로 하였다. ① 經濟秩序는 財貨의 生産·交換·分配·消費의 모든 과정이 私的自治에 맡겨지는 개인의 經濟的 自由에 의하여 구성된다. ② 經濟的 過程도 私的自治와 財產權의 보장에서 갈라하는 企業家의 자유로운 處分權에 의하여 규정된다. ③ 經濟에 관한 國家의 관여도 治安의 유지에 국한된다.

### 2. 社會主義國家와 社會主義的 計劃經濟秩序

오늘날 資本主義的 自由市場經濟와 兩極을 이루고 있는 經濟秩序는 소련을 中心으로 한

(1) 「經濟憲法」이라는 것을 이해하는 데에는 여러가지가 있다.

第1說: 政治的 憲法이 C. Schmitt에 따라 「政治的 統一體의 종류와 형태에 관한 全體의 決斷」을 의미한다면, 經濟憲法도 「共同體에 있어서의 經濟的 生活의 秩序에 관한 全體의 決斷」을 의미한다(Böhm, F., *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in: *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, (S. 89).

第2說: 經濟憲法이란 經濟的 共同體의 基本秩序를 의미한다(Ballerstedt, K., *Wirtschaftsverfassungsrecht*, in: *Die Grundrechte* III/1, S. 11).

第3說: 經濟憲法이란 政治的 憲法과 별개의 憲法이 아니라 國家의 經濟秩序가 憲法的 規範에 의하여 규정되고 보장된 경우의 憲法的 規範을 의미한다(Nipperdey, H.C., *Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts*, in: *Recht. Staat. Wirtschaft*, Bd. III, 1951; Huber, E.R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht* Bd. I, 1953, S. 23).

이 중 第3說의 입장에서 經濟憲法이라는 것을 이해하는 것이 타당하다고 본다.

共產主義國家에서 볼 수 있는 社會主義的 計劃經濟(sozialistische Planwirtschaft)이다. 이러한 社會主義的 計劃經濟秩序는 資本主義的 經濟秩序를 전면적으로 否定하는 것으로부터 출발하고 있으며, 그 指導理念은 이른바 人間에 의한 人間의 經濟的 착취의 배제와 全體人民의 福利와 需要를 충족시킨다는 데 있다. 여기에서는 經濟的 착취의 원인이 되는 모든 生産手段의 社會化가 요청되고, 이와같은 社會主義的 經濟秩序는 필연적으로 中央集權的 計劃經濟를 유발한다. 그 결과 生産·分配·消費 등 經濟的 過程에 대한 全面的인 國家的 統制, 經濟秩序의 公法的 規制, 計劃을 실천하기 위한 수단으로서 無制限의 命令과 強制, 個人의 生存이 國家에 절대적으로 의존하는 등의 현상이 나타나게 된다. 그 결과 個人의 自由가 전면적으로 부정되거나 名目的인 것이 되게 된다.

### 3. 社會的 法治國家와 社會的 市場經濟秩序

民主主義諸國에서는 오늘날 社會構造가 市民社會에서 產業社會로 변천함에 따라 國家의 성격도 과거의 市民的 法治國家에서 社會的 法治國家로 변질되고, 經濟秩序도 그에 대응하여 自由市場經濟秩序에서 社會的 市場經濟秩序로 이행하고 있는 것이 일반적인 경향이 되고 있다.

#### (1) 社會的 法治國家의 理念과 性格

社會的 法治國家는 고도로 발달한 產業社會인 自由主義的 國家가 그 불가피한 과제로서 實質的 正義를 구현하기 위하여 社會改良을 실현하려는 國家라 할 수 있다.<sup>(2)</sup> 따라서 市民的 法治國家의 思想이 自由主義的·反全體主義的·反福祉國家的 傾向과 결부되고 있는 것이라면 社會的 法治國家의 이념은 福祉國家와 社會正義를 실현하려는 데 있다.<sup>(3)</sup> 그러나 社會的 法治國家 내지 福祉國家와 社會主義國家는 결코 그 性格이 동일한 것이 아니다. 社會主義는 經濟的·社會的 體制에 수반된 빈곤·억압·착취 등의 배제를 목적으로 하고, 그 수단으로 國家權力을 혁명적으로 장악하고 社會秩序의 革命的 改革을 꾀한다. 이에 대하여 社會的 法治國家는 階級鬭爭이라고 하는 革命的 方式으로 私有的 生産樣式을 폐제하는 것이 아니고 個人의 創意를 바탕으로 하여 私有的 生産樣式의 기능을 계속 유지하면서 私有的 生産樣式의 利己的 危險성과 그 社會的 非能率을 시정하고 私有的 生産樣式을 점진적으로 변형시키려고 할 뿐이다. 이것이 社會的 法治國家 내지 福祉國家의 理念이고 성격인 것이다.<sup>(4)</sup>

#### (2) 社會的 市場經濟秩序의 性格과 內容

##### (가) 社會的 市場經濟秩序의 등장

근년에 이르러 市民的 法治國家에 있어서 資本主義 내지 自由放任主義經濟가 고도화한

(2) Badura, P., *Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat*, DöV. 1968, S. 446.

(3) Zippelius, R., *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., München 1970, S. 133 참조.

(4) 상세한 것은 權寧星, 獨逸憲法論(上), 法文社, 1976, p. 60ff. 참조.

단계에 이르자, 富의 偏在, 勤勞階級の 형성, 市場經濟에 있어서의 그 豫定調和의 機能의 마비, 獨占資本의 거대한 政治的 영향력 등으로 資本主義의 經濟秩序에 있어서 自己否定的인 경향을 노출하게 되었다. 여기에 資本主義의 危機가 나타났으며 그러한 資本主義의 危機는 바로 近代立憲國家의 危機, 나아가서는 自由民主主義 그 자체의 危機를 의미하게 되었다.

憲法에 있어서 종래의 自由市場經濟秩序가 社會的 市場經濟秩序로 轉化하게 된 계기는 위와같은 近代社會의 構造變化와 그로 말미암아 近代憲法을 근본적으로 改革할 필요가 있었기 때문이다. 그것을 상설하면 다음과 같다. ① 憲法の 社會的 妥當性의 보장이다. 近代憲法에 있어서 經濟에 대한 國家의 關與와 더불어 憲法的 規制가 시작된 것은 그 憲法에 의한 受益者의 범위를 市民階級만이 아니라, 勞動者階級인 第4階級으로까지 확대함으로써 革命에 의한 憲法的 破壞를 방지하고 그 憲法的 社會的 妥當性을 보장할 필요가 있었기 때문이다. ② 第1次大戰의 經濟的 危機이다. 第1次大戰 이후의 經濟的 破局은 전체의 生存과 共同體의 유지를 위하여 개개인의 利己의 行爲를 규제하지 않을 수 없게 하였다. ③ 社會正義의 요청이다. 이러한 社會正義의 요청은 「財產이 없는 한 自由도 없다」라는 관념에 의하여 모든 個人에게 生存을 보장해 줌으로써 실질적인 自由와 平等을 누릴 수 있도록 해주지 않으면 안되었다. 이러한 과정을 거쳐 自由市場經濟秩序는 第1次大戰을 계기로 청산되고 말았으며, 그것을 憲法的 차원에서 최초로 수행한 것은 1919년의 바이마르憲法이다. 바이마르憲法에 있어서 經濟에 대한 國家의 태도는 원칙적으로 自由市場經濟였지만, 經濟에 관한 憲法的 規定의 설정과 아울러 經濟에 대한 國家의 關與의 범위를 확대한 社會主義의 색채가 농후한 代表的인 憲法的 하나였다. 바이마르憲法은 「經濟生活의 秩序는 각인에게 人間다운 生存을 보장해 주기 위하여 正義의 原則에 합치해야 한다. 個人의 經濟的 自由는 이 限界內에서 보장된다」(§151①)라고 하였다. 바이마르憲法에는 그 외에도 財產權의 社會化와 社會的 基本權의 보장이 成文化되었고, 중요 산업의 公有化와 共同管理 그리고 중요한 天然資源의 國有化와 國家管理 등 경제에 관한 구체적인 사항이 규정되었다. 바이마르憲法과 같은 예는 第2次大戰이전의 에스토니아 憲法的 經濟條項에서 볼 수 있고, 第2次大戰 이후의 憲法으로는 브라질憲法, 이탈리아憲法, 이집트憲法, 터키憲法 등을 위시한 新生國家들의 憲法에서 찾아 볼 수 있다<sup>(5)</sup>.

#### (나) 社會的 市場經濟秩序의 概念

社會的 市場經濟秩序는 社會的 法治國家의 國家的 性格에 대응하는 經濟秩序이다. 구체적으로 말하면 社會的 市場經濟秩序(混合經濟)는 私有財產制의 보장과 自由競爭을 기본원리로 하는 資本主義의 自由市場經濟秩序를 원칙으로 하며 여기에 社會福祉·社會正義를 실현하기 위하여 社會主義的 計劃經濟를 기미한 經濟秩序를 말한다.

(5) 그에 관한 立法例에 관해서는 權寧星, 比較憲法學, 法文社, 1981 365~374面 참조.

## (다) 社會的 市場經濟秩序의 內容의 特徵

社會的 市場經濟秩序의 內容의 特徵으로는 私有財產制의 保障, 自由競爭을 원칙으로 하는 市場經濟의 유지, 社會的 正義의 지향 등을 들 수 있다.

첫째 私有財產制는 經濟的 自由의 기초일 뿐 아니라 職業選擇의 自由와 함께 自由主義的 經濟秩序의 기본이 된다. 國家에 의한 經濟의 獨占은 自由의 絶滅을 의미하므로 私有財產制야말로 經濟的 自由와 함께 民主主義에 있어서 불가결의 經濟的 原則이다. 둘째 資本主義的 經濟는 私有財產과 동시에 市場經濟를 기본으로 한다. 특히 經濟構造라는 관점에서 볼 때 市場經濟는 資本主義的 經濟와 同義異語를 의미한다. 經濟秩序로서의 市場經濟는 貨幣手段에 의하여 價格이 형성되고 自由競爭에 의하여 生産·雇傭·分配가 결정되는 經濟構造를 의미한다. 市場經濟에 있어서의 自由競爭은 필연적으로 個人的 經濟的 自由를 전제로 한다. 따라서 市場經濟에는 언제나 消費에 있어서 選擇의 自由가, 就業에 있어서 自由로운 職業의 선택이, 生産에 있어서 自由競爭에 의한 價格의 平準化 및 費用의 절감과 같은 經濟的 利點이 있다. 세째 여기서 말하는 社會正義는 새로운 經濟秩序를 위한 價值規準으로서의 社會正義를 말한다. 구체적으로 말하면 그것은 公正한 去來, 獨寡占의 배제, 財貨의 公正한 分配, 社會的 需要에 상응하는 生産, 低所得階層의 이익을 위한 國家의 적극적인 分配政策, 不平等要因의 제거 등을 내용으로 하며 그것은 社會政策的 租稅制度의 실시, 社會保障制의 강화, 完全雇傭의 실시 등에 의하여 실현된다. 그리고 이것은 일반적인 生活水準의 향상을 결과한다.

## (3) 民主主義國家에 있어서 社會的 市場經濟秩序의 限界

民主主義國家에 있어서의 經濟秩序는 人格의 尊嚴이라든가 個人的 自由와 양립되지 아니하는 經濟秩序, 즉 私有財產制를 전면적으로 부정하는 全體主義的·社會主義的 計劃經濟秩序와는 양립되지 아니한다. 그러한 의미에서 民主主義에 있어서의 社會主義的 計劃經濟原理의 도입에는 일정한 한계가 있다.<sup>(6)</sup>

## Ⅲ. 韓國憲法과 經濟秩序

## 1. 우리나라에 있어서 經濟秩序의 變遷過程

1948년의 建國憲法은 20세기 憲法의 전례를 따라 經濟的 弱者에게 광범한 社會的 基本權을 보장함과 동시에 과도한 經濟獨占을 억제하고 균형있는 國民經濟를 확립하기 위하여 國有化와 社會化를 광범하게 규정함으로써 自由市場經濟가 예외적인 것인 듯한 인상을 주는 經

(6) 民主主義와 國家的 計劃經濟가 양립될 수 없다는 주장은 Walter Eucken, Alexander Rüstow, Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Friedrich A. Hayek, Fritz W. Mayer, Günter Schmolders, Jacques Rueff 등 新自由主義學派에 속하는 사람들의 견해이다(韓泰淵, 憲法學, 法文社, 1978 p. 667f. 참조).

濟秩序를 규정하였다. 그것은 우리나라의 經濟發展過程이 先進資本主義諸國과 동일한 경로를 밟아 온 것이 아닐 뿐 아니라, 봉건적인 農耕經濟의 전통이 뿌리깊이 남아있고 市場經濟에 대한 무경험과 빈곤이 平準化되고 있었던 당시에는, 國民生活의 向上과 富의 均등한 分配가 經濟秩序의 기본목표가 되지 않을 수 없었기 때문이다. 그러나 그후 經濟條項을 운영해 본 결과 과도한 統制經濟의 실시는 도리어 企業家의 창의적인 企業意慾을 滅殺시킬 뿐 아니라 外資導入을 곤란케 하여 經濟發展을 저해하므로, 1954년 11월에 실시된 第2次改憲에서 經濟秩序를 自由主義的 經濟體制로 환원하였다. 第2次改憲이후 經濟秩序는 이와같은 價格競爭과 市場機能을 완전히 풀이놓은 自由市場經濟秩序로서 계속 유지되어 왔으나, 1962年憲法(제5차 改憲)에서는 實質的 法治主義의 실현과 福祉國家의 건설을 위하여 社會國家的인 規制와 調整을 가능케 하였다. 經濟에 대한 이와같은 國家的 干涉의 범위는 第7次改憲(1972年憲法)에 의하여 좀 더 확대되었다고 할 수 있다. 그러나 經濟第1主義 또는 官主導型經濟로 불려진 維新憲法下的 經濟秩序는 政府가 직접 經濟에 개입하여 支援·保護·育成 일련도의 經濟施策을 실시하는 등 모든 經濟的인 變數를 政府가 조정하는 것을 그 특징으로 하였었다.

1980年の 第5共和國憲法은 또 다시 經濟條項에 폭넓은 修正을 가하였다. 새憲法에 있어서 經濟條項의 修正·補完은 ① 經濟成長에 수반된 否定的 側面을 배제하고, ② 經濟秩序를 새로운 시대의 經濟的 狀況에 적응시키며, ③ 福祉國家·社會正義를 실현시키려는 데 그 목표를 두고 있다. 70年代에 접어들면서 民族資本으로 성장한 大企業과 獨寡占業體의 側面이 두드러지게 나타났을 뿐 아니라, 급속한 工業化로 公害問題가 제기되는 등 經濟成長에 수반된 갖가지 否定的 側面이 노출되기 시작하였다. 특히 所得의 向上과 함께 그동안 高度成長의 그늘에 묻혀 있던 國民福祉에 대한 요구가 활발해졌으며 經濟規模의 확대로 政府支援이 한계에 부딪혀 어차피 民間主導經濟體制로의 전환이 불가피하게 되었다. 이런 상황 때문에 80년대의 經濟施策은 필연적으로 國民生活의 安定과 지속적인 經濟發展의 촉진, 富의 偏在現象의 시정, 資源의 효율적인 活用, 經濟成長惠澤의 均등한 分配에 역점을 두는 것이 아니면 안되게 되었다. 이런 점을 감안하여 第5共和國憲法은 獨寡占의 規制·調整, 中小企業의 保護·育成, 消費者保護, 農漁民自助組織의 政治的 中立性, 農地의 賃貸借와 委託經營 등과 같은 經濟條項에 대한 폭 넓고 깊이 있는 修正을 가하였다.

## 2. 現行憲法上的 經濟秩序條項

現行憲法은 經濟秩序에 관한 直接·間接의 규정을 여러 곳에 두고 있다. 제9장은 經濟秩序에 관한 직접적인 규정이고, 모든 영역에 있어서 各人의 機會均等과 國民生活의 均등한 향상을 표방한 憲法前文, 財產權一般을 보장한 제22조 제1항과 無體財產權을 보장한 제21조 제2항, 職業選擇의 自由에 관한 제14조, 勤勞의 權利에 관한 제30조 제1항, 勤勞者의 團結權·團體交涉權 및 團體行動權을 규정한 제31조 제1항, 중대한 財政·經濟上的

위기에 있어서 大統領의 非常措置를 규정한 제51조 제1항 등은 經濟秩序에 관한 간접적인 규정이라 할 수 있다. 그밖에 憲法 제9조, 제10조, 제29조~34조 등도 간접적으로 經濟秩序과 관련이 있는 條項이지만 이러한 條項들은 직접적으로 福祉國家의 原理 또는 實質的 法治主義에 관한 규정이기 때문에 여기서는 論外로 한다.

憲法 제120조 제1항에서는 「大韓民國의 經濟秩序는 個人的 經濟上的 自由와 創意를 존중함을 기본으로 한다」라고 하여 自由市場經濟의 원칙을 선언하고 있으면서도 제2항에서는 「國家는 모든 國民에게 生活의 基本的 需要를 충족시키는 社會正義의 實現과 균형있는 國民經濟의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 經濟에 관한 規制와 調整을 한다」라고 하여 經濟에 관한 規制와 調整을 규정하고 있다. 따라서 現行憲法上的 經濟秩序는 전체적으로 볼 때 社會的 市場經濟秩序(混合經濟, 修正資本主義의 經濟)의 categorie에 속하는 것이다.

#### (1) 經濟秩序의 基本性格: 社會的 市場經濟秩序

現行憲法에 있어서도 民主主義諸國의 경우처럼 經濟秩序는 私有財產制를 바탕으로 하고 自由競爭을 존중하는 資本主義의 自由市場經濟秩序를 기본으로 하되 自由市場經濟에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 福祉國家·社會正義를 실현하기 위하여 國家的 規制와 調整을 광범하게 인정하는 이른바 社會的 市場經濟秩序로서의 性格을 띠고 있다. 우리 憲法上的 經濟秩序의 基本性格을 이와같이 社會的 市場經濟秩序로 규정하고 있는 기본원칙으로서 는 私有財產制의 保障, 自由市場經濟의 原則, 社會正義의 지향 등을 들 수 있다<sup>(7)</sup>.

#### (가) 私有財產制의 保障

現行憲法은 제22조 제1항에서 財產權을 보장하고, 제21조 제2항에서는 無體財產權까지 보장하고 있기 때문에 現行憲法에 있어서의 經濟秩序는 전통적인 私有財產制를 바탕으로 하고 있다. 이 私有財產制는 단순히 財產權의 法的 保障을 의미하는 것이 아니라, 우리 憲法의 全體의 性格을 규정하는 價値決斷이기도 하다. 따라서 私有財產制의 폐지는 自由權의 基本權의 폐지와 마찬가지로 憲法 자체의 同一性의 상실을 의미한다. 그러나 제22조 제1항 후단에서는 「財產權의 내용과 한계는 法律로 정한다」라고 하고, 제2항에서는 「財產權의 行使는 公共福利에 적합하여야 한다」라고 하고 있을 뿐 아니라 제123조에서는 「…國土의 효율적이고 균형있는 利用·開發과 保全을 위하여…그에 관한 필요한 제한과 義務를 과할 수 있다」라고 하여 法治主義에 입각한 財產權의 社會的 留保(社會的 拘束性)를 규정하고 나아가 「土地의 公概念」을 시사하고 있다.

#### (나) 自由市場經濟

現行憲法은 前文에서 「…政治·經濟·社會·文化의 모든 영역에 있어서 各인의 機會를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며…」라고 하고 있고, 제120조 제1항에서는 「大韓

(7) 社會的 市場經濟秩序의 基本原則에 관해서는 Armack, Alfred-Müller, *Die Anfänge der sozialen Marktwirtschaft*, in: Die Zweite Republik, 1974, S. 145 참조.

民國의 經濟秩序는 個人的 經濟上의 自由와 創意를 존중함을 원칙으로 한다」라고 하고 있으며, 제14조에서는 職業選擇의 自由를 규정하여 우리 憲法에 있어서의 經濟秩序가 원칙적으로 自由競爭에 입각한 市場經濟임을 명백히 하고 있다. 그러나 제30조에서는 適正賃金의 보장, 勤勞條件의 기준의 人間尊嚴性에의 합치, 女子와 少年의 勤勞의 특별보호 등을 규정하고, 제31조에서는 勞動 3 權을 보장하고, 제33조에서는 企業主의 環境保全義務를 규정함으로써 自由市場秩序에 대한 수정을 가하는 例外規定을 두고 있기도 하다.

#### (다) 社會正義의 지향

現行憲法에 있어서의 經濟秩序는 또한 社會正義의 실현을 기본원칙으로 하고 있다. 憲法 제120조 제2항이 「國家는 모든 國民에게 생활의 기본적인 需要를 충족시키는 社會正義의 실현과 균형있는 國民經濟의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 經濟에 관한 規制와 調整을 한다」라고 하여 社會正義에 입각한 經濟秩序를 지향하고 있음을 규정하고 있다. 여기서 말하는 社會正義라 함은 「모든 國民에게 生活의 基本的 需要를 충족시키는 것」을 말하며, 그 목표는 生産의 合理化와 分配의 公正을 통하여 모든 國民의 脫貧困化와 人格이 존중되는 人間化에 두고 있다.

#### (2) 社會的 市場經濟를 위한 基本政策

##### (가) 自然資源등의 社會化

現行憲法 제121조 제1항은 「鑛物 기타 중요한 地下資源·水產資源·水力과 經濟上 이용할 수 있는 自然力은 法律에 정하는 바에 의하여 일정한 期間 그 採取·開發 또는 利用을 特許할 수 있다」라고 하여 自然資源의 社會化를 전제로 한 特許를 규정하고 있다. 自然資源의 원칙적인 社會化를 규정한 法律로는 鑛業法·水產業法·電氣事業法·公有水面管理法 등이 있다.

여기서 社會化라 함은 公法的 手段에 의하여 個人所有의 財產一般을 國有化 또는 公有化 하거나 所有權의 性質이나 내용에 변경을 가하는 것, 즉 財產權의 社會的 變形을 말한다. 社會化는 財產權의 所有者의 變更을 의미하기 때문에 勤勞者의 共同決定權이나 企業經營參加權은 社會化가 아니다. 社會化는 個人所有의 財產一般을 그 對象으로 하는 것이므로 個人所有의 特定財產을 대상으로 하는 公用徵收와는 구별된다.

社會化의 대상은 부분적인 生産手段에 대해서만 인정되고 모든 生産手段에 대한 全面的인 社會化는 허용되지 아니한다. 그것은 私有財產制의 전면적인 부정을 의미하기 때문이다. 社會化의 대상은 鑛物 기타 중요한 地下資源·水產資源·水力 그밖의 經濟上 이용할 수 있는 自然力이다(\$121). 그밖의 利用할 수 있는 自然力(資源)에는 農地·山地·宅地 등이 있다. 이 중 農地는 1948年 憲法 제86조의 규정에 의한 農地改革法에 의하여 이미 社會化가 끝났지만, 農地改革法 시행후에도 小作制度가 음성화하고 있으므로 이를 양성화할 필요가 있는데 다 產業構造의 變化, 人口의 都市集中으로 인한 農業人口의 감소에 대처하기 위



하여 第5共和國憲法은 「農地의 小作制度는 法律이 정하는 바에 의하여 금지된다. 다만 農業生産性의 提高와 農地의 合理的인 利用을 위한 賃貸借 및 委託經營은 法律이 정하는 바에 의하여 인정된다」라고 함으로써 小作制度禁止의 原則에 대하여 農地賃貸借과 委託經營을 예외적으로 인정할 수 있게 하고 있다.<sup>(8)</sup> 또한 山地도 憲法規定(§123)에 의하여 그 社會化가 예상되고 있다. 全體國土 중에서 社會化의 대상에서 제외되고 있는 것은 宅地뿐이다. 宅地도 農地에 못지 않게 國民經濟上의 가치가 중대할 뿐 아니라 심각한 住宅難을 해소하기 위하여 제123조 제2항에 의해서 社會化가 가능하다고 보는 견해가 있다. 다시 말하면 第5共和國憲法 제123조에서 「國家는 農地와 山地 기타 國土의 효율적이고 균형있는 利用·開發과 保全을 위하여 法律이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 制限과 義務를 과할 수 있다」라고 하는 「기타 國土」중에 宅地를 포함시킬 수 있다고 보는 견해가 그것이다. 다음에 문제되는 것은 私企業이다. 憲法 제127조는 「國防上 또는 國民經濟上 긴절한 필요로 인하여 法律에 정한 경우를 제외하고는 私營企業을 國有 또는 公有로 이질하거나 그 經營을 統制 또는 管理할 수 없다」라고 함으로써 法律에 의한 私營企業의 國有와 公有로의 이질을 가능케 하고 있다.

社會化의 근거와 절차도 憲法에 따라야 한다. 民主國家에 있어서 社會化는 憲法에 그 대상이 규정된 경우 즉 憲法的 근거가 있는 경우에 한한다. 憲法에 근거가 없는 社會化는 私有財產權의 違憲的 侵害가 된다. 憲法에 근거가 있는 경우에도 社會化의 實現節次는 반드시 法律으로써 해야 한다<sup>(9)</sup>.

#### (나) 經濟計劃

民主國家에 있어서 經濟計劃에는 部分的 經濟計劃과 總體的 經濟計劃의 두가지가 있다. 現行憲法에 있어서 部分的 經濟計劃은 제121조 제2항의 「國家는 國土와 資源의 균형있는 개발과 이용을 위한 計劃을 수립한다」라고 하는 것과 제124조 제1항의 「國家는 農民·漁民의 自助을 기반으로 하는 農漁村開發을 위하여 計劃을 수립하며」라고 하는 규정에 의거하여 하는 國土와 資源 및 農漁村開發에 관한 經濟計劃을 말한다. 그에 관한 立法으로는 國土建設綜合計劃法, 國土利用管理法, 農業基本法, 農地의 保全 및 利用에 관한 法律, 農地擴大開發促進法, 農村近代化促進法 등이 있다. 또한 우리憲法에 있어서 總體的 經濟計劃에 관한 憲法的 근거는 「經濟에 관한 規制와 調整을 한다」라고 하는 제120조 제2항이다. 수차례에 걸친 經濟開發 5年計劃은 憲法의 이 規定을 근거로 한 것이다. 民主國家에 있어서 總體的 經濟計劃은 프랑스의 경우에서 볼 수 있듯이 非强制性, 計劃의 修正可能性, 協議性을

(8) 判例: 農地改革法 제6조 제1항 제1호에 의하면 農地는 自耕 또는 自營하는 農家만이 이를 소유할 수 있고 또 한도는 1家當 總면적 3町步 이내임을 요하므로 同法 제19조 제2항에 의하여 農地를 買受하는 자는 自耕 또는 自營하는 農家이고, 또 그 所有者가 세로이 買受하고자 하는 農地를 위하여 總면적 3町步를 초과하지 아니함을 요한다.

(9) 自然資源등의 社會化에 관한 立法例에 관해서는 權寧星, 比較憲法學, 368面이하 참조.

특징으로 하는 것이라야 한다. 아몽든 經濟計劃은 競爭의 自由의 制限을 의미하는 동시에 또한 平等의 原則에 대한 違背(특정 企業에 대한 借款의 支拂保證, 金融支援, 稅制上的 特惠)를 의미하므로 그것은 憲法이 보장하는 個人의 經濟的 自由와 충돌된다고 할 수 있으나 제120조 제2항은 「필요한 범위안에서 經濟에 관한 規制와 調整을 한다」라고 하고 있기 때문에 違憲은 아니다.

#### (나) 企業의 國民化(國民的 企業化)

오늘날에는 民主國家에서도 財產權의 社會的 拘束性과 더불어 企業(人)의 社會的 使命과 責務가 요청되고 있다. 그것은 企業의 유지와 발전이 企業人 個人에 의해서만 가능한 것이 아니고 勤勞者와 그밖의 國民의 희생과 협조에 의존하고 있기 때문이다. 企業私債의 強制的 整理와 財務構造의 健全화 및 그 提高를 위한 1972년 8월 2일의 「經濟의 安定과 成長에 관한 緊急命令」, 企業利潤의 社會的 환원과 經濟的 機能의 合理化를 목표로 마련된 1972년 12월 3일의 企業公開促進法 등이 그와 같은 企業의 國民化를 잘 말해 주고 있다.

#### (라) 獨寡占과 貿易의 規制·調整

第5共和國憲法은 제120조 제3항에서 「獨寡占의 폐단은 적절히 規制·調整한다」라고 하고, 제126조에서는 國家는 對外貿易을 育成하며 「이를 規制·調整할 수 있다」라고 함으로써 獨寡占의 規制·調整條項을 신설하고, 舊憲法에 규정되었던 對外貿易의 規制·調整條項을 그대로 유지하고 있다. 社會的 市場經濟秩序下에서는 市場經濟를 원칙으로 하되 經濟過程에 대한 規制와 調整이 불가피하다. 사실 그 동안의 우리 經濟는 이른바 經濟第1主義라든가 輸出立國이라는 구호에서도 알 수 있듯이 급속한 經濟成長과 輸出증대에만 급급한 나머지 全企業의 5%에 해당하는 獨寡占企業이 全體經濟의 86%를 차지하는 결과를 가져왔고 그에 따른 獨寡占企業의 利己的인 利潤追求, 財務構造의 악화, 다락한 企業倫理등은 國民의 민축의 대상이 되어 왔다. 第5共和國憲法은 經濟成長에 따르는 富의 偏重과 所得分配의 不均衡을 시정하고 資源의 효율적인 配分을 유도하며 企業間의 公正한 경쟁을 촉진하고 競爭을 통한 效率提高를 기하기 위하여 제120조 제3항에 獨寡占의 規制條項을 신설하였다. 이에 관한 一般法으로서 獨寡占規制 및 國民生活安定에 관한 法이 있다.

뿐만 아니라 우리나라는 國內經濟의 後進性에서 오는 國際收支上的 逆調를 회복하고 또 外換管理의 중요성에 비추어 對外貿易을 효과적으로 관리하기 위하여 憲法 제126조에 「國家는 對外貿易을 육성하며 이를 規制·調整할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이에 관한 一般法으로서 貿易法이 있다<sup>(10)</sup>.

#### (마) 中小企業의 保護育成

現行憲法 제124조 제2항은 「國家는 中小企業의 事業活動을 保護·育成하여야 한다」라고

(10) 獨寡占과 貿易의 規制·調整에 관한 立法例는 權寧星, 比較憲法學, 369~371面 참조.

하는 中小企業保護育成條項을 신설하였다. 中小企業은 제조업부문의 雇傭效果라든가 民族資本形成이라는 관점에서 볼 때 우리나라의 產業構造에 있어서 커다란 비중을 차지하고 있을 뿐 아니라 國民의 經濟生活에 미치는 영향이 지대하다고 할 수 있다. 그동안 政府主導에 의한 經濟政策은 大企業爲主의 시책이었고 大企業은 中小企業의 희생위에서 성장하였다. 결과적으로 中産層과 庶民大衆의 고용기회를 창출해 내는 中小企業은 존립의 여지가 없어지고 大企業도 그 기반이 되어 주어야 할 中小企業의 허약으로 產業構造 자체가 약화될 수밖에 없었다. 따라서 이러한 이유로 國家는 經營者의 能力 및 資質의 부족, 技術導入의 낙후와 施設近代化의 지연, 資金壓迫 등 여러가지 문제점을 안고 있는 中小企業에 대하여 그 經營·管理의 合理化, 技術 및 品質의 향상, 施設의 近代化, 生産의 專門化·系列化, 大企業의 中小企業에의 침투방지 등 保護育成措置를 강구함으로써 產業構造의 內實과 國民經濟의 균형있는 발전을 꾀하지 않으면 안된다.

#### (바) 農漁民의 自助組織의 육성과 그 政治的 中立性의 保障

現行憲法 제124조 제3항은 「國家는 農民·漁民과 中小企業의 自助組織을 육성하여야 하며, 그 政治的 中立性을 보장한다」라고 규정하고 있다. 農民·漁民과 中小企業이 건재해야만 國民經濟도 건전할 수 있다. 이들이 건전하기 위해서는 그들의 自助組織으로서의 協同組合등이 육성되어야 한다. 自助組織으로서의 協同組合은 農民·漁民과 中小企業의 自助에 의하여 설립되고 유지되어야 하며 政治的으로는 中立의이어야 한다. 이들 自助組織의 육성에 관한 法律로는 農業協同組合法, 水産業協同組合法, 中小企業協同組合法 등이 있다.

#### (사) 消費者 保護運動의 보장

現行憲法 제125조는 「國家는 건전한 消費行爲를 啓導하고 生産品의 品質向上을 촉구하기 위한 消費者保護運動을 法律이 정하는 바에 의하여 보장한다」라고 하여 消費者保護條項을 신설하였다. 消費者가 人間다운 生活을 영위하기 위해서는 公正한 價格으로 우수한 品質의 商品을 적절한 流通過程을 통해서 신속히 구입할 수 있어야 한다. 이러한 消費者의 權益이 보장되기 위해서는 獨寡占企業의 횡포가 시정되어야 하고, 적정한 價格과 公正한 去來를 위한 諸般措置가 강구되어야 하며, 消費者의 의견이 消費者保護行政에 수시로 반영되어야 한다. 憲法 제125조는 消費者의 權利意識을 고취한 것일 뿐 아니라 消費者의 權利保護에 관한 國家의 意志를 천명한 것이고 또한 나아가 企業家의 企業倫理觀을 확립시키려는 데 그 立法目的이 있는 것 같다. 이에 관한 一般法으로서의 消費者保護法, 不正競爭防止法, 計量法, 工產品品質管理法, 食品衛生法 등이 있다.

#### (아) 國家標準制度의 확립

憲法은 「國家는 國家標準制度를 확립한다」라고 하여 國家標準制度條項을 신설하고 있다. 이 國家標準制度條項은 度量衡·時間 등 각종 計測의 標準을 명확히 하고 이를 汎國民적으로 遵用토록 함으로써 科學의 진흥과 技術의 혁신, 公正去來의 보장, 國際交易의 확대, 工

業의 발전을 피하려고 하는 데 그 立法目的이 있다. 이에 관해서는 地籍法, 建築法, 電波管理法, 藥品管理法 등의 部分的인 法律이 있다. 基本法の 制定이 요청된다<sup>(11)</sup>.

(자) 經濟·科學技術을 위한 諮問機構의 설치

現行憲法은 우리나라의 經濟的 後進性的 극복, 國民經濟의 발전 그리고 이를 위한 科學技術振興에 관련되는 중요한 政策樹立을 위하여 諮問機構를 둘 수 있게 하고 있다. 憲法 제128조 제3항에 따라 「國民經濟의 발전에 노력하고 科學技術을 창달·진흥하기 위하여 大統領은 필요한 諮問機構를 둘 수 있다.」

(3) 經濟에 대한 國家的 介入의 限界

自由民主主義國家에 있어서 社會主義的 經濟原理의 도입에는 일정한 한계가 있다 함은 이미 지적한 바 있다. 우리 憲法의 경우에도 國家가 經濟에 대한 規制와 調整을 함에 있어서는 ① 貨幣經濟·自由競爭·契約의 自由 등 資本主義的 自由市場經濟秩序의 근간을 이루는 私的 自治의 기본은 유지해야 하며, ② 經濟에 관한 規制와 調整은 法治國家의 절차에 따라 행해져야 하고, ③ 개인의 財產權을 침해할 경우에도 社會的 利益과 조화를 이룰 수 있도록 필요한 한도내에서 해야하고 또한 補償을 전제로 해야 한다, 政治的 沒收나 擔稅能力을 무시한 租稅의 부과 등은 인정되지 아니한다. ④ 資本主義의 테두리안에서 規制와 調整을 행하는 經濟計劃은 무방하지만 전면적인 國家管理經濟를 의미하는 計劃經濟는 허용되지 아니한다는 것 등이 그 구체적 限界가 되고 있다.

(11) 國家標準制度에 관한 立法例로서는 칠레憲法 제44조와 스위스憲法 제40조가 있다.