

시장경제 원칙을 확고하게 천명하는 자유화헌법을 기대한다

최준선
성균관대 법학전문대학원 교수

I. 서 언

현재는 강남 부인의 국정농단 사건으로 그동안 정치권에서 시시때때로 부르짖던 개헌 문제가 곧 폭발할 것으로 보인다. 정치권이 주장하는 대부분의 논의는 권력구조에 관한 것이다. 국민의 권리나 시장경제의 창달과 같은 논의는 아예 없고 권력쟁탈을 위한 rule 을 자신들에게만 유리하게 재단하는 데만 정신이 팔려 있다. 현재 문제가 없는 국가권력구조 문제에만 집중하고 있고 국가권력의 제한에 대하여는 외면하고 있다.

II. 몇 가지 쟁점에 대한 사건

1. 대통령제 유지 여부

가장 뜨거운 이슈는 대통령제의 유지 여부이다. 이번 국정농단 사건을 계기로 대통령에게 집중된 권력이 각종의 폐단을 낳는 것을 보았다. 이제 대통령제의 수명이 다했다는 주장이 많다. 그러므로 내각책임제 또는 이원집정제를 도입하

자는 논의가 세력을 얻고 있다. 내각책임제는 실질적인 행정권을 담당하는 내각이 의회 다수당의 신임에 따라 존속하는 의회중심주의의 권력융합형태이다. ‘의원내각제’라고도 하는 이 시스템 하에서는 입법부와 행정부의 연대가 이루어짐으로써 다수당의 당수가 내각의 수반이 되며 내각이 의회에 대하여 책임을 짐으로써 책임정치를 실현할 수 있다는 장점이 있다. 내각은 의회를 해산할 수 있고 의회는 내각을 불신임할 수도 있다. 보통 내각책임제는 행정부에 민의 반영이 잘 이루어지는 것은 장점이라고들 말하지만, 내각과 의회가 서로 불신임할 수 있어서 정국이 불안정할 우려가 있다. 내각책임제 하에서 빈번한 총선거와 내각교체가 문제이다. 그 과정에서 과도한 populism 정책을 남발할 수밖에 없다. 그리스, 이탈리아, 포르투갈, 스페인 등이 그러한 예이다. 유럽연합(EU)의 쇠퇴는 내각책임제 때문이라는 주장이 힘을 받고 있다. 일본은 1991년부터 2012년까지 21년 간 19번 총리 재신임 또는 경질이 있었다. 물론 고이즈미 총리는 3연임을 했고 하시모토 총리와 모리요시 총리는 재신임을 거쳐 2년임을 했다. 하타 쓰토무 총리는 겨우 64일 근무하고 그만두었다. 빈번한 내각교체로 정치 불안정과 국정이 표류하였다. 스캔들이라도 터지면 무릎 꿇고 절하고 간단히 물러났다. 반면에 한 정당의 장기 집권이 가능하기도 하여 국민의 피로도가 더 커질 수 있다. 현재 2012년에 집권한 아베정권은 2021년까지도 집권가능한 것으로 알려져 있고, 12년의 임기를 보장받고 집권당과 의회와 행정부를 완전히 장악하고 철권을 휘둘렀던 영국의 Margaret Thatcher 수상도 그 예이다.

한국 정당정치와 국회의원 수준을 보면 보스가 국회의원과 시도지사 후보자의 공천권까지 장악하고 있으므로 여기다 내각제책임제까지 더하면 총리와 장관이 같은 계파에서 나올 수밖에 없어서 계파간의 은밀하게 이루어지는 끼리끼리 문화와 계파정치, 낙하산 인사와 정치헌금, 한 자리 하려는 자들의 혈투는 장관을 이룰 것이다. 권력은 소수가 돌아가면서 독점하며 정경유착은 고착되고 부정부패와 권력형 비리와 이권개입과 인사청탁은 통제불능이 된다.

내각책임제는 권력이 분산되기 때문에 권력 나눠먹기가 가능하다는 것인데, 국회의원들로서는 군침이 돌만하다. 한국 국회의원은 민의를 대변하는 집단이 아

나라 자신들의 권력과 영달을 극대화하기 위해 투쟁하는 집단이다(권혁철, 대한민국 최고 특권층 ... 1년 6억 '혈세 먹는 국회의원' 특권 200 가지). 국회의원, 부의장, 상임위원장, 총리와 장관 등 그 많은 요직을 국회의원들이 독차지하겠다는 것이다. 대통령제 하에서는 제왕적 대통령이 된다고 한다. 그러나 내각책임제 하에서는 수십 명의 제왕을 국민이 섬겨야 할 판이다. 기업은 1류, 학계는 2류, 정치권은 3류라면, 3류들이 나라를 말아먹을 가능성이 크다. 줄을 잘 서 장관이나 해 먹고 무능하게 월급이나 받다가 사건이 터지면 물러나는 일이 반복되면서 국정은 동력이 떨어지고 일관성이 없으며, 그 자신은 한번 반열에 오른 후에는 국민의 고크로 바친 수많은 이권은 종신토록 누린다. 정치권이 서둘러 야합하려는 것은 자신들의 권력과 이익을 확대할 수 있는 수단이기 때문이다.

대통령은 외교와 국방과 통일 업무만 전담하고, 국회에서 선출된 총리가 국정 운영을 전담하면 된다는 이원집정제도도 전쟁위협이 상존하는 한국의 현실에서는 한가한 소리다. 대통령과 총리의 의견대립으로 식물정부가 될 가능성도 있다. 순수내각책임제 헌법은 대통령을 국회에서 간선(間選)하고, 수상(首相)이 국정전반을 책임지는 구조이다. 국민에게 대통령 선출권을 박탈하는 것에 동의할 국민이 있을지도 의문이다.

국가의 권력은 강력하게 제한하여야 한다. 국민에게 더 많은 자유를 보장하여야 한다. 그러려면 무소불위의 국회권력을 억제하여야 한다. 국회의 입법권의 독점으로 인한 폐해를 막아야 한다. 현재 국회는 국회의 국무총리 임명동의권, 장관에 대한 불신임 결의안, 국정감사, 대정부 질의, 인사청문회, 예산안 심의 등 무소불위의 권력으로 행정부의 발목을 잡고 있다. 반면 대통령이 국회를 견제할 수단은 거의 없으므로 국회해산권을 부여하여야 한다. 이번 대통령은 거의 식물대통령이었다. 대통령이 민생법안을 통과시켜 달라고 애원했지만 그 법안들은 대부분 통과되지 못하였고, 원샷법이 아닌 반의 반샷법이라 할 흐리멍텅한 '기업활력제고법'만이 통과되었는데 어느덧 임기 말이 가까워 왔다. 내각책임제하에서는 이 권력이 더욱 기승을 부릴 것이 틀림없다. 외적과의 싸움

에서는 등신이고 내부적 싸움에는 귀신들인 한국의 정치풍토에서는 내각책임제나 원집정제는 나라를 망치는 실험이 될 것이다.

권력구조타령은 그만해야 한다. 주어진 권력을 남용하지 않는 것이 중요하다. 세상에서 좋다는 법률은 다 끌어 모은 지금의 한국 법체계가 아무런 효력이 없음에도 매년 국회에서는 수만 건의 법률안이 쌓인다. 법률이 없어서 사회가 혼탁한 것이 아니라 지킬 능력이 없거나 지킬 의지가 없기 때문이다. 청탁금지법만 하더라도 이미 뇌물죄나 직권남용죄 등으로 충분히 처벌할 수 있다. 그럼에도 또다시 이상한 법률을 위헌인 줄 알면서도 고의로 만들어서 “친절과 선의는 무조건 의심하라.”는 법률, “서로 적극적으로 의심하라”는 법률 따위나 만드는 국회의원이 정상적인 인간일 리 없다. 실현가능하지도 않은 청렴도 향상을 위하여 ‘감사의 정’이나 ‘은혜에 보답’과 같은 이 사회를 지탱할 무한대의 가치를 말살시키는 것을 감수해도 좋다는 어처구니없는 이 법률도 국회가 만들었다.

현재 한국의 정치상황은 대통령제 그 자체의 문제가 아니라 대통령의 개성과 통치 스타일의 문제이다. 검증되지 않은 인물이 대통령직에 오르면서 인기 위주의 한탕주의 정책을 남발하는 것이다. 그동안 한탕주의는 일일이 열거하기도 어려울 지경이다. OECD 졸속 가입이나 IFRS의 도입 잦은 인사,¹⁾ 지역감정 조장 등은 대통령제의 폐해이다. 기존의 국정기조를 계승 발전시키기보다는 과거와의 단절과 갈등과 정치적 보복, 연속성 없는 거창하고 야심찬 프로젝트, 정치보복과 독선적 측근 중심의 국정운영, 무능한 내 사람 심기와 낙하산 인사 등 人治가 문제였다. 그럼에도 내각제는 찬성하기 어렵다. 권력구조가 문제, 즉 대통령제가 아니라 권력 그 자체가 문제이기 때문이다.

2. 임 기

대통령의 임기를 4년으로 하고, 연임이 가능하도록 하자는 논의가 있다. 이것은 미국도 그렇게 하고 있기 때문에 상당히 근거가 있는 것처럼 들린다. 그러

1) 김영삼 정부는 5년간 6명의 국무총리, 6명의 통일부총리, 7명의 경제부총리, 102명의 각료를 생산했다.

나 필자가 생각하기에는 위험천만한 논의이다. 한국은 미국이 아니다. 한국은 시스템의 국가가 아니고 감성과 감정의 국가이다. 한국인들이 충격을 먹었다는 트럼프 미국대통령 당선인의 경우만 해도 그렇다. 미국의 대외정치가 변동이 있겠지만 급격한 변동이 있으리라고 보는 전문가는 많지 않다. 한국과 같은 나라라면 세상이 뒤집혀진다. 자본주의에서 거의 사회주의로 갈 정도의 충격이 온다. 그러나 미국의 시스템은 그를 수 없다. 그러므로 미국은 포퓰리즘도 없다. Obama 대통령이 임기말에 무슨 포퓰리즘 정책을 실행한 기사는 보지 못했다.

한국도 과거 대통령의 임기는 4년이었으며, 연임이 가능하였다. 그 결과 어떻게 되었나. 집권 3년차부터는 재집권을 위한 온갖 populism 이 난무하였다. 그리고 재선되어 임기 5년차부터 4년 내내 레임덕에 빠진다. 지금 한국은 복지 populism 에 빠져 허우적댄다. 이러한 현상은 매우 심각하게 확대 재생산될 것이다. 이러한 사태를 막고 대통령이 재선의 미련을 버리고 소신껏 국가를 위해 행동하라는 의미로 5년 단임의 임기를 정하였다. 물론 집권 4년차부터는 거의 예외 없이 레임덕에 시달렸다. 그러나 재선을 위해 국고를 탕진하고 부채를 과감하게 인수하며 집권 후반부에는 4년 내내 레임덕에 빠질 위험이 있는 이런 제도는 절대로 도입해서는 안 된다.

3. 경제조항

반드시 고쳐야 할 부분은 헌법 제 119 조 제 2 항이다. 한국사회가 사회주의 국가로 가기로 원한다면 이것을 국민의 총투표를 통하여 분명하게 선택해야 한다. 그 대신 철저히 세금이 징수되어야 한다. 북유럽은 평균적으로 소득의 1/3 이 세금으로 지출된다. 한국 근로소득세율은 10%대이지만 독일은 34%대이다. 한국은 부가가치세가 10%이지만 독일은 19%이다.

독일국민은 소득의 63%를 세금으로 납부하여야 하므로 1월 1일부터 7월 14일까지, 1년의 반 이상을 세금납부를 위해 일하고 그 후에야 비로소 세금에서 해방된다.²⁾ 한국은 3월 20일에 세금에서 해방된다. 독일은 세금을 많이 내는

대신 실업과 노후를 국가로부터 보장받는 사회임을 염두에 두어야 한다.

주지하는 바와 같이 2012~2013년 “경제민주화”의 광풍이 불었다. 2016년 6월, 여소야대의 국회권력이 그 악몽을 재연하려고 한다. “경제민주화”라는 용어는 2차대전 후 연합군 점령하의 일본의 5대개혁지령 중의 하나이기도 했다.³⁾ 제5공화국(전두환 대통령) 시절인 1987년에 개정된 현행 헌법 제119조는 다음과 같다.

제1항 “대한민국 경제질서는 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”

제2항 “국가는 균형 있는 국민경제 성장과 적절한 소득 분배, 시장지배와 경제력 남용 방지, 경제 주체 간의 조화를 통한 경제민주화를 위해 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”

여기서 제2항은 시장을 규제의 대상으로 보는 것이다. 시장이 정책목표가 되면서 시장을 균형이론에 따라 사회적 목적을 달성하기 위한 수단으로 파악하는 것이다. 이 점에서 제119조 제2항은 입법부와 행정부의 넘치는 규제의 합법적 근거가 되는 독소조항이다. 그러므로,

제119조 제1항과 제2항의 관계는 원칙과 예외임을 명시하여야 한다.

2) Hanno Beck & Aloys Prinz, Zahlungsbefehl, 2016. (이지윤 역, 재승출판).

3) 5대지령은 ① 여성의 해방, ② 근로자의 단결권 보장, ③ 교육의 민주화, ④ 비밀경찰의 폐지, ⑤ 경제의 민주화이다. 連合國軍占領下の日本/政治[編集]/民主的傾向の復活/占領を早く終わらせるために、満州事变以降政界から引退していた幣原喜重郎を総理大臣に擁立し、幣原内閣(1945年(昭和20年)10月9日 - 1946年(昭和21年)5月22日)を発足させる。ポツダム宣言の「民主主義的傾向の復活を強化し、これを妨げるあらゆる障碍は排除されるべきこと。言論、宗教及び思想の自由並びに基本的人権の尊重は確立されること。」の条項に従い、占領軍の指示を待たずに大正デモクラシー時代の幣原の盟友達を集めた。新任挨拶のために総司令部を訪れた幣原首相に、マッカーサーの会談記録および会談の中でマッカーサーが口頭で五大改革指令を伝えた。(1) 女性の解放 (2) 労働者の団結権の保障 (3) 教育の民主化 (4) 秘密警察の廃止 (5) 経済の民主化である。婦人参政権、労働組合法、農地改革などの改革はデモクラシー時代の政界の懸案でもあり、いくつかは法案化が済み、またすでに閣議決定していた事柄でもあったため、憲法改正案が成立するより早い時期に明治憲法下で法制化され、実行に移された。 최영홍, “중소기업적합업증제도의 법리적 정합성 검토”, 국유통법학회 2016년 추계학술대회 자료집, 2016. 11. 4., 73면 각주 1).

헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 관하여 일부 학자들은 헌법의 경제질서의 원칙은 시장과 자유이며, 국가의 조정과 개입행위는 시장의 실패로 인한 부작용을 최소화하기 위하여 필요한 경우에 한하여 보충적·예외적인 것으로 이해한다.⁴⁾ 이러한 해석이 한국헌법재판소의 해석이다.⁵⁾ 따라서 경제적 자유를 해하지 않는 전제조건 하에서의 경제민주화가 이루어져야 한다고 해석한다.

그러나 다른 일부 학자들과 정치인들은 제1항과 제2항이 원칙과 예외가 아닌, 대등한 병존관계라고 본다. 즉, 제1항과 제2항을 원칙과 예외로 보지 않고, 양자가 상호 밀접한 연관 속에서 각기 고유한 기능을 수행하는 것으로 이해하는 견해이다(독자적 기능론). 특히 정치권은 헌법 제119조 제2항이 정부의 적극적인 정책기능을 강조하고 있다고 해석하여 각 경제주체의 경제활동에 관한 국가의 개입이 당연한 것이고 오히려 더욱 요청되고 있다는 주장을 펴고 있다.

한국 헌법은 자유시장경제체제를 지향함을 천명하여야 한다

비록 제3공화국 헌법에서 자유시장경제를 전면에 내세웠고, 그 전통이 오늘까지 이어져 오고 있고, 한국이 자유민주주의 국가이므로 한국 헌법상 시장경제질서도 자유시장경제질서를 지향하는 것으로 대부분의 국민이 착각하고 있다. 그러나 1987년에 개정된 현행 헌법 제119조에 따르면 한국경제의 기본질서는 자유시장경제질서가 아니다. 학자들의 평가에 따르면 제119조 제1항에는 “대한민국 경제질서는 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하고, 같은 조문 제2항은 “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 정하고 있어서 전체적으로 보면 반드시 자유시장경제체제를 지향하고 있지는 않다는 것이다. 한국 헌법상 경제질서의 성격에 대하여

4) 김성수, “헌법상 경제조항에 대한 개정론,” 국회미래한국헌법연구회, 국민과 함께 하는 개헌이야기 2권, 국회미래한국헌법연구회, 827, 833.

5) 한국 헌법재판소도 “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”고 판시한 바 있다. 헌재 1996.4.24, 92헌바47, 판례집 8-1, 380.

자유시장경제질서로 보는 사람은 아무도 없고, (1) 사회적 시장경제질서로 보는 견해와, (2) 혼합경제질서로 보는 견해로 나뉜다.

(1) 다수의 헌법학자들이 지지하는 학설(권영성 전 서울대 교수, 「헌법학원론」, 김철수 전 서울대 교수, 「학설.판례 헌법학(상)」, 성낙인 현 서울대 총장, 「헌법학」, 장영수 현 고려대 교수, 「헌법학개론」, 허영, 전 연세대 교수 「한국 헌법론」 등)은 사회적 시장경제질서로 보는 견해이다. 사회적 시장경제란 경제재의 생산과 분배가 자유경쟁원칙에 따라 행하여지되(시장과 자유), 경제에 대한 국가의 통제(국가의 조정과 개입)를 강조하는 체제를 말한다.

(2) 한편 혼합경제질서로 보는 견해(김문현, 사회·경제질서와 재산권; 양건, 헌법강의; 전광석, 헌법주석서 IV 등)는 사회적 시장경제질서가 예정하는 산업구조조정의 범위 및 강도가 한국 헌법에서 도출된다고 보기 어렵고, 경제 및 사회정책적 결정에 있어서 어떠한 요소들을 어느 정도로 선택할 것인가는 입법적 결정에 유보되어 있다는 점에 주목하여 한국 헌법상의 경제질서는 혼합경제질서에 속한다고 주장한다. 한국 헌법상의 경제질서는 그때그때의 경제상황이나 사회현실, 그리고 정부의 정책방향과 관련하여 경제정책의 선택을 자유방임주의나 중앙계획경제 또는 시장사회주의가 아닌 혼합경제의 범위 내에서 장래의 정책에 넓게 개방하는 질서를 의미한다는 것이다.

(3) 이와 같이 한국은 자유시장경제질서를 지향하지 않는다. 이번 헌법 개정에서 제119조를 개정하여 한국은 자유시장경제체제를 지향한다는 점을 闡明하여야 한다. 제1항이 원칙이고 제2항은 최소한의 범위에 한정되는 예외임을 분명하게 밝혀야 한다.