

## 경제규제의 헌법적 원리와 발전적 재조명 - 소프트웨어진흥법상 대기업참여제한제도의 헌법적 소고 -

이 학 수\*

**요약** 경제질서라는 헌법적 문제는 어느 국가와 시대를 막론하고 항상 뜨거운 이슈가 되어 왔다. 한국에서도 국가규제의 정도와 수준에 대하여 끊임없는 논쟁이 지속되고 있다. 헌법 제119조는 시장경제질서를 원칙으로 하고 있으며, 예외적으로 시장에 대한 정부의 개입과 조정을 허용하고 있다. 헌법이 국가에게 규제와 조정의 권한을 부여한 것은 기본권의 보장과 실현이라는 최종적 헌법가치를 실현하기 위해서이다. 따라서 국가는 “시장의 자유와 창의”의 수호자로서 또한 경제민주화라는 목표달성을 위한 공정한 조정자와 중재자로서의 역할이 그 소명을 다하여야 한다. 경제헌법이 어떠한 역사적 변천과정을 겪었는지를 살펴 보고, 학설과 판례를 통해 축적된 헌법 제119조의 원리를 분석함으로써, 현재 우리 사회에서 경제헌법이 갖는 의미를 되짚어 보기로 한다. 그리고 최근 개정된 소프트웨어 산업진흥법상의 대기업참여제한제도를 고찰하여 바람직한 국가정책 방향을 모색해 보기로 한다.

주제어: 경제규제, 행정규제, 대기업참여제한, 헌법 제119조, 소프트웨어산업진흥법

## Constitutional Principle on Economic Regulation and Progressive Prospect:

Focused on Restriction of the Participation of Large-scale Software Business Operators in the Public Informatization Market with respect to the revised Software Industry Promotion Act

Lee Hak Soo

**Abstract** Constitutional issue of economic order has fiercely been disputed around the world and through the ages. In Korea, there also has been endless argument on to what extent the government should intervene in the economy through regulation. Article 119 of the Constitution of the Republic of Korea has its basis on the principle of free market economy, exceptionally allowing the government to intervene and coordinate in certain situations. The Constitution empowers the government with the authority of regulation and coordination to execute the Constitutional value of guaranteeing and securing fundamental human rights. Therefore, the government, as a fair and just mediator, should perform its mission to democratize the economy as well as secure market freedom and creative initiative.

Keywords: economic regulation, administrative regulation, restriction of the participation of large-scale software business operators, article 119 of the constitution, software industry promotion act

2012년 8월 13일 접수, 2012년 8월 14일 심사, 2012년 9월 14일 게재확정

\* 연세대학교 행정법 박사과정(nunobest@naver.com)

## I. 서론

대부분의 국가들은 경제를 헌법적 문제로 다루고 있다. 역사적으로는 근대 자본주의의 병폐를 해소하고, 사회전체의 생존지속과 공동체의 갈등해소를 위해 경제헌법이 등장하게 되었고, 국가는 기본권실현이라는 최종적 목표를 위하여 경제문제에 대한 규제와 조정권한을 갖게 되었다.

우리 헌법은 국가에게 경제에 관한 규제와 조정할 수 있는 권한과 책무를 부여하고 있으며,<sup>1)</sup> 공공복리 등을 위하여 필요한 경우 법률로서 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있다.<sup>2)</sup> 그러나 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하고 있는 우리 헌법의 취지와 더불어 시장경제원리의 본질적 구성요소를 이루는 “시장의 자유”는 반드시 지켜져야 하는 헌법적 가치라고 볼 수 있다.

시장의 자유와 경제민주화라는 양립하는 헌법적 가치는 조화롭게 풀어가야 할 필요가 있으며, 그 과정에서 경제규제의 내용적 측면과 형식적 측면에서도 헌법적 정당성을 갖추려는 노력이 병행되어야 하겠다.

우리나라는 경제규제와 관련하여 어떠한 정책적 수단을 강구할 것인가의 문제를 끊임없이 고민하고 있다. 아울러 규제의 형식(절차적 정당성)과 품질(내용적 정당성) 그리고 나아가 규제의 양과 시간적 한계에 대해서도 점검하려는 시도<sup>3)</sup>를 하고 있으며 각종의 제도과 기구들을 통해 규제의 적정성과 정당성을 보장하기 위해 노력하고 있다. 이러한 노력은 우리 헌법이 지향하는 법치국가 또는 세련된 규제국가로 다가가는 과정의 일환으로 평가할 수 있을 것이다.

그러나 우리나라에서 경제규제의 문제는 정치적·이념적인 논쟁으로 비화되는 경우가 많다. 대선정국을

앞둔 최근의 정치권에서도 “경제민주화”라는 주제에 대하여 정치적·이념적으로 날선 논쟁이 지속되고 있으며, 정치적 입장과 경제주체 간의 이해관계의 차이로 인하여 쉽게 사회적 합의를 이루지 못하고 있는 것이 현실이다.

이렇게 치열한 입장대립 속에서도 국회는 시대적 배경과 사회적 상황을 전제로 정치적 결정을 내려야만 하는 경우가 있으며, 다양한 규제수단을 도입하여, 폭넓은 입법재량권을 행사할 수 있는 권한을 가진다. 그러나 그러한 정치적·정책적 결단에도 헌법적 원리와 한계가 준수되어야 함을 상기할 필요가 있다.

이 연구는 우리 헌법이 지향하는 경제질서의 의미가 어떠한 것인가를 되짚어 보고, 경제규제의 방식과 내용이 헌법적 정당성을 가지기 위해서 어떠한 고민을 할 필요가 있는가를 재조명해 보고자 한다.

## II. 헌법상 경제질서와 규제

### 1. 경제헌법의 역사적 배경

헌법에서 경제의 문제를 다룬 것은 근대 자본주의 하에서 나타난 병폐를 해소하기 위한 목표로 시작되었다. 헌법상의 경제질서에 대한 규정들은 다음과 같은 이유에서 유입되기 시작하였다.

우선, 제1차 세계대전 이후 경제적 위기를 거치면서 경제의 파국이 개인과 개별 경제주체들의 문제에 국한되는 것이 아니라 사회전체의 생존과 사회공동체의 영속에 직결되는 사항이라는 인식에 공동체적 공감대를 이루게 되었고, 경제문제는 정책적 입법사항이 아니라 국가적 기본원리와 직결되어 있는 헌법적 사항으로 상승되었다.<sup>4)</sup>

1) 헌법 제119조 ②국가는 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.

2) 헌법 제37조 ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

3) 그간 규제개혁위원회에서 추진하였던 규제총량제, 규제일몰제, 규제등록제 등을 그 예로 들 수 있다.

4) K. Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Bettermann/Nipperdey/Scheuener, Die Grundrecht, Bd. III/1, 1958, S. 17-18. (이후하, 2006). “헌법상 경제질서와 재산권보장”, 『공법연구 제7권 제3호』, p.25 재인용.

둘째, 계약의 자유와 경쟁의 자유를 무한(無限)하게 허용함으로써 경제질서가 약육강식의 체제로 흐르는데 대한 회의와 자정기능이 작동하지 못하고 시장자체에 교란이 발생하는데 대한 반성이 기반이 되었다(권영설, 1984: 30). 따라서 진정한 의미의 시장의 자유를 위해서는 국가적인 배려내지 간섭이 요구되었고 이러한 요청에 의하여 현대국가들의 헌법은 경제문제를 다루기 시작하였다.

셋째, 근대국가의 헌법은 교양과 재산을 가진 특수 계층에 대해서만 실질적인 헌법적 이익을 향유하도록 하였다. 그 과정에서 노동자들과 소외계층에 대한 경제적 참여와 사회적 생산에 대한 정당한 배분에 대한 요청이 발생하게 되었다. 이러한 요청을 실현하기 위해 헌법은 사회적 타당성의 범위를 확장하여 헌법 스스로의 가치와 권위를 유지할 필요가 있었다.

넷째, 제1차 대전 후 경제대공황을 겪으면서 자유시장에 의한 자동조절 기능이 실패하자, 국가의 조정자로서의 역할이 중요하게 부각되었고, 국가가 경제문제에 적극적으로 관여하고 개입하기 위한 근거로서 헌법에서 경제문제를 수용하여야 했다.

이러한 시대적 역사적 요청들로 인하여 바이마르 헌법은 세계최초로 경제문제를 헌법에 명문으로 수용하기에 이르렀다(한태연, 1985: 1009).<sup>5)</sup> 바이마르 헌법은 자유경쟁질서를 기초로 국가의 관여를 확대한 사회주의적 색채가 가미되어 있었다. 이렇게 바이마르 헌법이 경제문제를 수용한 것을 필두로 하여, 세계 제2차 대전 이후, 각국의 헌법 및 우리나라의 제헌헌법에서도 경제문제를 규정하게 되었다.

## 2. 우리 헌법상 경제질서의 변천사

1948년 우리나라의 제헌헌법은 과도한 경제독점의 억제 및 균형있는 국민경제를 확립하기 위하여 국유화와 사회화를 광범위하게 규정하여 경제적 자유보다는 경제적 평등을 중시하고 국민의 경제적 자유의 한계를 설정하여 균등한 국민생활의 향상을 도모하려는 시도를 하였다(황산덕, 1954: 3; 정승훈, 2001: 230). 그러나 이러한 헌법적 가치를 실현하기에는 시대적·상황적 한계를 드러내기도 하였다. 제헌헌법의 경제조항은 자본주의의 폐해를 시정하고 경제적 약자를 보호하려는 취지를 갖고 있었으나, 봉건적 농경경제의 전통과 시장경제에 대한 무경험과 평준화된 빈곤을 특징으로 하는 당시의 상황과는 상당히 동떨어져 있었다. 오히려 정부의 과도한 규제조치들로 인하여 창의적인 기업활동을 저해하고 외자도입의 곤란만을 초래하는 결과를 낳기도 하였다(이부하, 2006).

이후 우리 헌법은 제9차 개헌에 이르기까지 경제문제와 관련하여 경제적 평등을 강조하기도 하고 경제적 자유를 강조하기도 하는 등 국가의 규제와 조정의 범위를 어떻게 허용할 것인지에 대한 고민을 끊임없이 거듭하여 왔다.<sup>6)</sup>

그 과정에서 헌법적 규범통제시스템이 경제규제 법령들에 대해 전혀 작동하지 않았던 시기를 거치기도 하였고, 헌법재판소가 본격적으로 가동된 1989년 이후에야 비로소 국가의 규제는 헌법적 틀 안에서 이루어지기 시작했다(홍준형, 2011: 34).

현행 헌법은 이러한 진통의 과정을 겪은 이후, 정치민주화와 경제의 민주화 요구에 부응하여 경제질서의 골격을 완성하였다. 1987년 제9차 개헌헌법은 제119조 제1항을 통해 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 하여 자유주의와 시장경제의 대원칙을

5) 바이마르 헌법에서 경제의 헌법화는 그 제헌 당시의 특수한 역사적 상황, 즉 패전국가로서의 전쟁에 의하여 파괴된 경제의 재건, 제헌의회의 중심적 세력으로서의 사회민주당 그리고 정부형태에 있어서 직능적 지배나 의회적 민주정이나 하는 논쟁을 배경으로 하고 있다.

6) 1954년 제2차 개헌에서는 제헌헌법의 경제조항을 자유화하여 전반적으로 경제적 평등보다 경제적 자유를 우월시 하는 자유주의적 시장경제질서로 전환하였다가 1962년 제5차 개헌에서는 실질적 복지주의의 실현과 복지국가의 건설을 위해 사회적 복지국가를 건설하기 위하여 경제에 대한 국가의 규제와 조정을 가능하게 하였다. 경제에 대한 국가의 간섭은 1972년 제7차 개헌에서 정점을 이루었다고 볼 수 있는데 유신헌법하의 경제질서는 경제제일주의, 관주도형경제로 불리워지며, 국가가 직접 경제에 개입하여 지원·보호·육성하는 등 모든 경제적 변수를 국가가 조정하였다.

선언하고 있으며, 제119조 제2항에서는 “국가는 균형 있는 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 규정하고 있다. 우리 헌법은 자유주의적 경제체제가 안고 있는 폐해를 방지하고 경제적 약자를 보호하여 사회적 정의를 실현하도록 하고 있으며, 국가의 경제에 대한 책임과 의무를 선언하고 있다.

이렇게 헌법의 경제원리는 경제적 자유와 평등의 조화라는 이념을 실현하기 위해 규정되어 있다. 우리나라의 경제질서가 자본주의라는 큰 틀 속에 포함된다든 것에는 이론의 여지가 없으나 헌법상의 경제질서를 어떠한 의미로 규정지을 수 있을 것인가의 문제에 대하여 여전히 견해의 대립이 있다. 이러한 견해의 대립은 헌법 제119조 제1항과 제2항 간의 관계를 어떻게 이해할 것인가의 문제와도 밀접하게 관련되어 있다.

### 3. 헌법상 경제원리에 대한 분석

“경제헌법의 헌법”이라 할 수 있는 제119조 제1항은 특정한 이념이나 정치색을 명시적으로 규정하지 않고 원리와 방침만을 천명하고 있다. 따라서 헌법상의 경제질서를 어떻게 이해할 것인가라는 질문은 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계를 어떻게 이해할 것이냐라는 전제를 필요로 한다.

헌법 규정은 고도의 개방성과 추상성을 특징으로 하고 있기 때문에 그 의미를 발견하는 작업은 학설과 판례에 의존할 수밖에 없다.

첫 번째 견해로서 다수학자들은 우리 헌법의 경제질서를 사회적 시장경제질서(社會的 市場經濟秩序)로 이해하고 있다. 우선 사회적 경제질서의 개념에 대해

서 자유와 사회정의라는 두 개의 큰 목적을 동일시하는 견해가 있다(한태연, 1985: 1040). 한편으로는 생산과 분배는 자유경쟁원칙 하에서 행하여지고, 사회적 정의를 위한 국가의 통제가 정당한 권리이자 국가의 의무인 것으로 보기도 하며(김철수, 2007: 230), 자유경쟁과 자율성, 국가간섭의 의무, 가격통제의 허용과 사회정책 등의 수행 등의 요소를 갖춘 경제질서라고 정의(권영설, 1984: 48)하는 등 다양한 방식으로 설명하고 있다.

그러나 대체로 통일된 입장에서 제119조 제1항과 제2항의 관계를 원칙과 예외로 보면서, 경제적 자유와 창의를 최대한 보장하고, 국가의 ‘규제와 조정’을 통하지장경제에 대한 개입과 통제를 허용하고 있는 것으로 경제질서를 이해하고 있다.

두 번째로는 우리 헌법상의 경제질서를 혼합경제질서(混合經濟秩序)로 보는 견해(정승훈, 1990: 208)도 있다. 이는 시장과 계획의 원리가 혼용되는 질서를 의미한다. 헌법이 어떠한 경제질서를 채택하고 있는가는 헌법규정들의 상호의존성 속에서 도출되어야 하고, 단순히 제119조 제1항과 제2항의 문제로만 이해해서는 안 된다고 주장한다. 이러한 관점에서 우리의 헌법질서는 사회적 시장경제라는 표현만으로 수용하기 어려운 계획적·조정적 요소<sup>7)</sup>를 포함하고 있기 때문에 다수학자들의 견해에 대하여 헌법 속의 특별규정들에 대해 고려하지 않고 있음을 지적하고 있다.

세 번째로는 경제헌법의 규정을 목표설정규정으로 이해하는 견해(한수용, 1995: 190)가 있다. 이 견해는 제119조 제1항과 제2항을 분리하여 제1항에서 ‘시장경제질서’를, 제2항에서 ‘사회적’이라는 명제를 이분적으로 도출해낼 수 있는 것이 아니라고 지적한다. 그리고 두 조항을 내적 연관관계에서 파악하고, 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하는 경제

7) 헌법은 제119조 제2항에 의한 일반적 목적을 위한 규제이외에도 다른 특별한 규정들을 통해 규제와 계획에 대하여 규정하고 있다. 즉 제120조 제1항에서 자연자원에 대한 특허를 규정하고 제2항에서는 국토와 자원의 보호와 개발·이용을 위한 계획을 수립하도록 하고 있고, 제121조 제1항은 농지의 소작제도를 금지하고 있으며, 제122조는 국토의 이용·개발에 대한 제한과 의무를 부과할 수 있도록 하고 있고, 제123조 제1항 농·어업을 보호·육성하도록 하며, 제123조 제2항과 제3항에서는 지역경제의 육성하고, 중소기업을 보호·육성하도록 하며, 제125조는 대외무역을 육성·규제·조정하도록 하고, 제126조는 사기업의 경우라도 예외적으로 국·공유화하거나 경영을 통제·관리할 수 있도록 하고 있다.

질서라는 의미로서 경제헌법을 목표설정규정으로 설명한다.

#### 4. 헌법재판소 판례의 분석

우리나라 헌법재판소는 경제헌법의 대표주자격인 제119조 제1항과 제2항의 관계를 “원칙과 예외의 규율형식(Regel-Ausnahme-Formel)”으로 이해하고 있다(이덕연, 2005: 14). 국가는 ‘원칙’ 적으로 기업의 자유를 최대한 보장하여야 하고 ‘예외’ 적으로 필요한 경우에 한하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다. 시장에 대한 정부의 개입과 조정은 시장과 가격메커니즘에 대한 신뢰가 예외적으로 부인되는 것이 충분히 소명되는 경우에만 허용되어야 한다.

수많은 판례를 통해 경제질서에 대한 헌법재판소의 일관된 입장을 확인할 수 있다. 구 국토이용관리법상 토지거래허가제도에 대한 현재결정문은 “우리 헌법 제23조 제1항, 제119조 제1항에서 추구하는 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 최대한도로 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 뿐이다. … 자유민주주의국가에서는 각 개인의 인격을 존중하고 그 자유와 창의를 최대한으로 존중해 주는 것을 그 이상으로 하고 있는 만큼 기본권주체의 활동은 일차적으로 그들의 자결권과 자율성에 입각하여 보장되어야 하고 국가는 예외적으로 꼭 필요한 경우에 한하여 이를 보

충하는 정도로만 개입할 수 있고, 이러한 헌법상의 보충의 원리가 국민의 경제생활영역에도 적용됨은 물론이므로 사적자치의 존중이 자유민주주의국가에서 극히 존중되어야 할 대원칙임은 부인할 수 없다.”<sup>8)</sup> 라고 밝히고 있다.

또한 국민연금법 제75조 등 위헌확인사건에서 “우리헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다고 판시<sup>9)</sup>하고 있다. 이외에도 다수의 판례<sup>10)</sup>를 통해 우리나라 경제질서를 사회적 시장경제질서로 이해하고 제119조 제1항과 제2항의 관계를 원칙과 예외라는 형식으로 밝히고 있다.

이러한 헌법재판소의 태도에 대하여 다른 해석을 내리는 견해(김형성, 2004: 5)도 있다. 헌법재판소는 헌법적 원리만을 밝히고 있을 뿐, 구체적 경제체제에 대한 표현은 극도로 자제하고 있으며, 용어사용에 있어서도 사안에 따라 ‘자유 시장경제’, ‘자본주의적 시장경제’, ‘사회적 시장경제’ 등을 혼용하고 있어 매우 조심스러운 태도를 보이고 있다고 지적하기도 한다. 그러나 이러한 견해도 “유감스럽지만 헌법재판소가 사회적 시장경제질서로 표현하고자 하는 의도를 읽을 수 있다”고 하여 헌법재판소의 해석을 다수학설과 동일하게 이해하고 있다.

사회적 시장경제질서를 표방하는 헌법재판소의 이러한 견해에 기본적으로 동조하면서도, 실제 판결에 있어서는 개인과 기업의 자유보다는 오히려 경제에 대한 국가의 규제나 조정에 대하여 보다 큰 비중을

8) 헌법재판소 1989.12.22, 88헌가13

9) 헌법재판소 2001.2.22, 99헌마365

10) 헌법재판소의 ‘사회적 시장경제질서’에 대한 견해는 다음과 같은 판례에서 찾아볼 수 있다. ①노동조합의 제3차 개입금지조항의 헌법소원결정에서 “헌법이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 …”로 판시하고(헌법재판소 1990.1.15, 89헌가103), ②영화법 제26조의 국산영화의무상영제에 대한 헌법소원심판에서 “헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유라 함은 … 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격을 가지면서도 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다”는 입장을 밝혔다(헌법재판소 1995.7.21, 94헌마125).

두고 있는 것으로 보인다는 의견(김성수, 2005: 145)도 있다. 이 견해에 따르면 헌법재판소는 초기의 결정례부터 시장경제에 대한 “사회적 책임”을 강조하여 왔고, 한국사회에서 국가의 규제와 조정행위가 현실적인 필요에 의하여 존재한다고 동의한다. 그러나 헌법 제119조 제2항으로 인해 규제만능주의가 팽배해 진다는 비판을 가하기도 한다. 또한 이러한 결과로 인해 제119조 제1항과 제2항 간의 선후·비대칭관계의 원칙이 훼손될 수 있다는 우려를 밝히기도 한다.

헌법재판소가 비록 자유시장 경제질서가 원칙임을 천명하고는 있지만 제119조 제2항의 추상적 목표들을 근거로 “사회적”이라는 관용구를 도출해 내고, 이를 시장경제의 원칙과 동등한 수준의 효력을 부여하는 것에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다. 오히려 이러한 해석론으로 “사회적”이라는 관용어가 헌법 제119조 제2항의 추상적인 정책목표와 결합되는 경우에는 국가는 개인과 기업의 경제활동 전반에 대하여 ‘지나친 규제와 간섭’을 정당화할 수 있으며, 한국적 공리주의를 극대화하는 만병통치약으로 남용될 가능성이 크다고 지적(김성수, 2005: 146)한다. 그러므로 헌법재판소는 향후 헌법 제119조를 해석함에 있어서 ‘사회적’이라는 관용구가 가지는 확장성과 위험성을 경계해야 한다고 주장한다.

한편, 헌재판례를 다른 시각에서 보는 견해도 있다. 시장경제는 그 자체로 갖가지 모순을 수반하고 있으며, 이를 극복하고 실질적 자유와 평등을 달성하는 것이 헌법의 이념이며, 제119조 제1항의 자유는 단지 “형식적인 자유”에 불과하다(이병천, 2011: 153)고 본다. 이러한 논지에서 헌법재판소의 판례가 국가적 규제와 조정의 필요성을 강조하는 것에 주목해야 한다고 설명하기도 한다.

이렇듯 경제질서에 대한 이해와 입장차이로 인해 헌재판례에 대해 다른 해석이 내려지기도 한다. 하지만 우리 헌법의 경제질서가 시장의 자유를 원칙으로 하고 국가개입과 규제를 예외적 혹은 보충적으로 허용하고 있다는 점에 대해서 대체적으로 일치된

견해를 보인다고 생각된다.

입법자들도 경제규제를 단행함에 있어, 이러한 우려와 경계의 시각을 귀기울일 필요가 있다.

### Ⅲ. 규제정책의 헌법적 정당성 확보

#### 1. 헌법규율상의 한계

헌법 제119조 제2항은 경제적 자유를 제한하려는 입법자에게는 매우 유용한 소명자료 내지 근거로 활용될 수 있다. 하지만 헌법 자체에서 규제와 개입의 한계에 대한 판단기준을 찾기란 어려운 일이었다. 즉, 헌법 제119조는 해석론을 통해 “사회적”이라는 추상적 목표를 도출하여 국가의 통제와 간섭을 정당화하는 주된 논리로 사용되었을 뿐, 규제와 조정의 방식과 한계에 대한 판단근거로 적극적으로 활용되지 못해 왔다.

이러한 의미에서 헌법의 내재적 한계를 비판하는 견해(이덕연, 2005: 20)도 있다. 헌법 제119에서 “사회적”이라는 명제를 도출하고 이를 강조하는 해석론은 ‘원칙과 예외’를 역전시킨 헌법해석이었다고, 헌법현실과 헌법규범, 기업의 자유를 제한하는 규제자와 그에 대한 합헌성 통제자의 관계에서 균형성과 중립성 및 현실정합성을 견지하지 못한 해석이라는 지적이 가해지기도 한다.

여러 비판에도 불구하고 헌법 자체에 국가 경제에 관한 규제와 조정의 방식과 한계를 설정하기란 쉬운 것은 아니다. 경제정책의 목표를 설정하고 수단을 선택하는 재량권은 입법자에게 부여된 것으로 보아야 한다. 헌법조항을 통해서 구체적인 지침과 한계를 부여하는 것은 입법기술상으로는 매우 어려운 부분이라고 할 수 있다. 혹여 가능하다 하더라도 헌법정책적 관점에서 타당하다고 볼 수 없다. 국민경제목적을 위한 국가의 경제계획과 정책이 바람직한 것인지, 필수적인 것인지 여부와 어떠한 범위 내에서 규제와 조정이 가능한지 여부 등은 본질적으로 법률 조항으로 대위결정될 수 있는 것은 아니기 때문이다.

다시 말하자면, 경제적 자유와 사회적 책임의 균형을 어떠한 방식으로 조절할 것인가, 규제의 대상이 되는 시장지배와 경제력 남용의 한계는 무엇인가에 대한 결정을 헌법재판소나 법원으로 하여금 판단하도록 하는 것은 적절치 못하다.

## 2. 최적화 명령과 소명의무

살펴본 바와 같이 헌법은 그 자체로 경제규제정책의 내용과 범위에 대하여 세부적인 판단기준을 제시할 수 없고, 정책적 결정을 헌법재판소나 법원이 판단하도록 해서도 안된다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 우리 헌법 속에서 정책결정과정에 대한 구체적인 지침을 찾고자 하는 시도(이덕연, 2005: 14-16)있고, 이렇게 찾아낸 헌법적 판단기준을 ‘최적화 명령’과 ‘가중된 소명의무’로 설명하기도 한다.

‘최적화 명령(Optimierungsgebot)’이란 국가권력행사에 대한 제한의 형식으로서 목적과 목적 간의 관계에서 조정의 적정성에 대한 판단기준을 의미한다. 즉 “자유시장경제”라는 목적과 “적정한 소득분배 및 시장지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화”라는 목적이 상충하는 경우, 헌법적 원리나 법익 간의 합리적인 비교衡量, 위험과 불확실성 요소에 대한 충분한 고려 등을 하는 것은 정책결정과정 입법자가 준수하여야할 헌법상의 의무라고 할 수 있다.

그리고 이러한 ‘최적화 명령’은 입법자의 예외결정, 즉 경제에 대한 개입과 조정을 하려는 경우에 그 목적과 이유 및 정책수단의 선택에 대하여 충분히 소명하여야 하는 의무를 입법자에게 부과하고 있다. 이는 ‘가중된 소명의무(Darlegungspflicht)’로서 구속력 있는 헌법적 지침<sup>11)</sup>으로 이해할 수 있다.

예외적으로 경제에 관한 규제와 조정에 나서는 입법자는 ‘국민경제의 균형성장과 안정’, ‘적정한 소득

분배’, ‘시장지배와 경제력 남용의 방지’ 및 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’ 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. 이렇게 충분한 소명(疏明)을 거친 후에야 규제정책은 헌법적 정당성을 가질 수 있다.

## 3. 규제정책의 헌법적 정당성

최적화 명령은 국가권력의 행위규범과 통제규범으로서 ‘과잉금지의 원칙(비례의 원칙)’과 유사하지만, 그 구체적인 내용에서는 구별이 된다. 과잉금지의 원칙이 공공복리실현의 정책목적과 기본권을 제한하는 정책수단 간의 관계에서 목적의 정당성과 수단의 적합성, 필수성, 상당성을 판단기준으로 하는 ‘한계의 한계’ 설정기준인데 반해서, ‘최적화 명령’은 목적과 목적간의 관계에서 조정의 적정성에 대한 판단기준으로 기능한다.

일반적으로 경제현실에 대한 진단·예측이나 경제에 대한 계획, 그리고 경제조치의 필요성과 그 효과 등에 대하여 고도의 정책적인 판단을 내려야하는 영역에서 입법자는 폭넓은 입법형성의 재량권을 갖는다. 그러나 그것이 전적으로 입법자의 자의에 맡겨져 있다거나 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 우선 입법형성의 내재적 한계, 즉 합리적인 입법재량을 거쳤는지 여부를 점검해야 한다. 예컨대 시장의 예측과 전망이 정책적 의사결정과정 속에서 객관적인 합리성을 담보할 수 있을 정도로 충분히 검토되거나 이해관계자의 의견수렴을 거쳤는지 여부를 검증해야 한다. 그리고 이러한 검증은 엄격한 헌법적 통제의

11) 행정규제기본법 제7조는 규제영향분석 및 자체심사를 규정하면서 ‘규제의 신설 또는 강화의 필요성’, ‘규제 목적의 실현가능성’, ‘규제 외의 대체 수단 존재 여부 및 기존규제와의 중복여부’ 등에 대한 규제영향분석을 국가기관으로 하여금 시행하도록 하고 있다. 이는 ‘최적화명령’과 ‘가중된 소명의무’라는 헌법적 지침이 실정법상으로 반영·발현되는 것으로 볼 수 있다.

대상이고 객관적인 헌법적 척도로서 기능하게 된다.

국가는 경제규제를 단행함에 있어, 현실인식에서부터 구체적 처방에 이르기까지 다양한 수단과 방법을 동원할 수 있다. 그러나 이러한 입법형성의 자유에 대해서 일정한 헌법적 한계설정이 가능하다는 점은 설명한 바와 같다. 이러한 요청을 준수하는 경우에만 규제정책의 정당성이 확보된다고 할 수 있다. 다만, 광범위하고 세밀한 경제 간섭이라고 하여도 이러한 사실만으로 바로 위헌이라고 판단하기란 쉽지 않다(김형성, 2004: 29).

규제의 본질과 최종적 목표는 공공복리의 실현과 기본권의 보장이라고 할 수 있고, 규제는 그자체로서 목적이 될 수 없다. 특히나 경제규제와 관련해서는 시장경제질서의 보장이라는 원칙 위에서 합리적 수단이 동원되어야 한다. 결국 경제규제도 시장의 경제적 자유와 사회적 책임을 적정하게 배분하는 기본권형성적 조정작업이기 때문이다(이덕연, 2005: 21).

#### 4. 헌법 제119조에 대한 논쟁

헌법 제119조는 시대의 화두이다. 특히나 대선정국을 앞둔 최근의 시점에서는 가장 뜨거운 헌법적 이슈로 논쟁이 지속되고 있다. 물론 이전에도 헌법 제119조 제2항이 국가의 무분별한 규제권발동의 근거가 된다고 하여, 동 조항에 대한 폐지론이 경제단체를 중심으로 제기되곤 하였다. 이러한 주장을 아무런 여과없이 용인할 수는 없겠지만, 이제까지의 규제개혁이 통계수치상의 성과에도 불구하고 기업들의 자유로운 경영활동에 장애가 되는 규제가 여전히 많다는 지적에도 귀 기울여 볼 필요가 있다. 상당수의 규제들이 1990년대 중반 이전에 도입되었고, 10여년이 넘게 노력을 하고 있음에도 아직까지 부족한 면이 많다고 할 수 있다(신종익, 2003: 661-619).

이제는 헌법 제119조 제2항에 대한 존폐의 문제를 넘어서, 규제의 내용과 품질을 향상시키는데 초점을 맞출 필요가 있다. 이를 위해 국가개입의 형식과 내

용이 과연 어떻게 헌법적으로 정당화되고 사회적 역할을 다할 수 있는가에 대한 논의도 병행되어야 한다. 근대 사회는 이미 다양한 경제체제를 시도하여 왔고, 지속적인 실패와 발전을 거쳐 현재의 반성에 이르게 되었다. 따라서 경제헌법의 문제는 단지 법적인 문제에 그치는 것이 아니라, 경제역사적 변천과정과 시대적 맥락(脈絡)에 따라 고민되어야 한다.

역사적으로는 자본주의의 실패에 대한 반성으로 케인즈 이론에 근거한 수정자본주의가 태동하였고, 국가의 적극적 개입을 통해 소득평준화와 완전고용을 통해 복지국가를 지향하고자 하였다. 그러나 1970년대 이후 세계적인 불황으로 신자유주의가 대두되었고, 이러한 주장은 닉슨 행정부의 경제정책에 반영되어 이른바 레이거 노믹스의 근간이 되었다(네이버 지식백과, 2012). 자유시장과 규제완화 재산권 중시라는 신자유주의 사상은 2007년, 2008년 세계 금융위기를 통해 다시 한번 비판에 직면하게 되었다. 그리고 신자유주의의 혜택을 가장 크게 누렸던 미국에서조차 시장경제에 대한 국가개입의 필요성이 다시 제기되고 있다.

이러한 역사의 반복과 굴곡점에서 우리 헌법 제119조가 우리 사회에 어떠한 역할을 할 수 있는지를 고민하지 않을 수 없다. 이미 자본주의와 신자유주의를 실패와 반성을 통해 시장경제에 국가의 개입을 완전히 배제하는 것을 상정하기란 어려운 일이다. 국가는 시장의 왜곡과 경제력 집중을 해소하기 위해 적절한 수단을 강구할 수 있으며, 때로는 서슬퍼런 규제의 칼날을 뽑아야할 필요도 있다. 그러나 그 규제는 어디까지나 시장의 자유와 창의를 존중하는 기반에 위에 서야하며, 규제를 만드는 과정과 형식에 있어서도 헌법적 정당성을 지녀야 한다. 더 나아가 규제의 품질과 내용에 있어서도 한층 심도있고 정밀하게 고민하고 조율할 필요가 있다.

이렇게 헌법적 정당성과 사회적 당위를 지닌 규제를 통해서만이 국가는 비소로 진정한 의미의 경제조정자로서의 역할을 다할 수 있다.



## 5. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 경제헌법은 제119조를 중심으로 우리나라 경제질서에 대한 원칙과 예외를 규정하고 있다. 헌법은 제119조 제1항을 통해 자유시장 경제질서를 원칙으로 하면서도 자본주의의 폐해를 시정하고 경제적 약자를 보호하려는 취지로 시장경제에 대한 규제와 조정을 통하여 사회적 정의를 달성하라는 목표를 국가에 대하여 부여하고 있다. 헌법재판소도 이러한 취지와 동일한 내용으로 판시하고 있으나, 때로는 사회적 정의를 우선시하고 국가의 간섭과 개입에 광범위하게 정당성을 부여하는 등 편향된 모습을 보이기도 한다. 우리 헌법이 자유방임의 시장경제를 지향하지 않는다는 점은 명백하다고 볼 수 있지만 반대로 국가의 무제한적 통제와 간섭 또한 결코 정당화될 수 있는 것은 아니다.

경제헌법의 문제는 어느 국가이든 어느 시대이든 간에 항상 뜨거운 이슈였다. 최근과 같이 복잡다단(複雜多端)한 정치·경제 문제와 결부된 경우에는 더욱 치열하게 논쟁이 벌어질 수밖에 없다. 이러한 시대적 상황에서 우리 헌법정신이 지향하는 경제원리를 되짚어 보고, 국가작용에 대한 헌법적 정당성을 논의해보았던 것은 의미있는 일이라 하겠다.

## IV. 대기업참여제한제도에 대한 고찰

### 1. 소프트웨어산업에 대한 규제원리

상기에서는 경제헌법의 역사적 변천과정과 시대적 의미를 살펴보았다. 이러한 헌법적 원리들을 배경으로 현행 소프트웨어 산업진흥법상의 대기업참여제한 제도를 살펴보기로 한다.

먼저 소프트웨어산업에 대한 진단과 예측 및 계획은 고도의 정책적인 판단을 내용으로 하는 것으로서

입법자 또는 정책입안자에게 폭넓은 입법재량이 부여된 분야라고 볼 수 있다. 그러나 소프트웨어산업에도 자유시장 경제질서라는 가치는 결코 묵과되거나 후퇴될 수 없는 대원칙임은 자명하다. 소프트웨어 산업영역에서 나타나는 부작용과 폐해는 일차적으로 자유경쟁시장의 자동조절 또는 자기수정의 메커니즘이 발휘할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 국가는 최대한의 경제적 자유와 창의를 공정하게 발휘되도록 산업환경을 조성하고 간접적·보조적 역할만을 수행하여야 한다. 그리고 국가의 조정과 개입은 시장의 실패로 인한 부작용을 최소화하기 위하여 필요한 경우에 한하여 보충적·예외적으로만 허용될 수 있다.

소프트웨어 시장의 자정기능(自淨機能)이 발휘되지 않고, 시장의 신뢰가 부인되는 것이 명백하여 국가의 규제와 개입이 가능하다고 판단하는 경우라도, 정책적 결정권한이 전적으로 입법자나 정책입안자의 자의(恣意)에 맡겨져 있다거나 무제한적인 입법재량이 부여되지는 않는다.

소프트웨어산업에 대한 규제가 헌법적 정당성, 체계정합성을 갖기 위해서는 가장 먼저 '입법형성의 자유의 내재적 한계'를 준수하여야 한다. 특정기업군이 시장지배적 지위를 남용하여 소프트웨어산업의 불균형을 초래하였는가, 현재 소프트웨어산업에 초래된 '명백하고 현존하는 위험'이 구체적으로 어떠한 양상과 결과를 보여주고 있는가, 규제로 인한 효과와 전망은 어떻게 판단하였는가, 규제도입이후 과연 효과적인 조정수단으로서 작용할 것인가 등을 입법과정 속에서 분명하게 밝혀야 한다. 이러한 '가중된 소명의무(Darlegungspflicht)'는 헌법 제119조를 통해 입법자에게 부여된 의무임과 동시에 당해 규제에 대한 헌법적 통제의 판단기준으로 작용<sup>12)</sup>할 수 있을 것이다.

12) 현재 우리나라 정부와 기업 간의 관계를 고려해 보면 특정기업이 불이익한 정부정책에 대하여 소송이나 헌법소원을 제기하는 것 자체가 사실상 어렵다. 따라서 실제로 경제규제의 영역에 헌법적 통제기준이 제대로 작용할 수 있는가에 대해서는 의문이다.

## 2. 대기업참여제한제도의 현황

소프트웨어산업 진흥법 제24조의2는 2003년 7월 25일 신설되어 법률 제6937호로 2004년 1월 26일부터 시행되어왔다. 그리고 그 제정이유(국회의안정보시스템, 2003)에서는 “국가기관 등이 발주하는 소프트웨어사업에 중소기업참여자의 참여기회를 확대하기 위하여 정보통신부장관은 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 사업금액의 하한을 정할 수 있도록 한다”고 밝히고 있다.

그리고 동조항은 2012년 5월 23일자로 개정안이 국회를 통과되었고, 대기업참여제한제도의 방식을 이원화하여 운영하고 있다. 첫 번째 방식은 기존과 유사하게 사업금액기준으로 대기업의 참여를 제한할 수 있도록 되어 있고,<sup>13)</sup> 두 번째 방식은 상호출자제한기업집단에 속하는 회사에 대해서는 사업금액과 관계없이 참여를 제한할 수 있도록 하고 있다.<sup>14)</sup>

개정법 제24조의2는 중소기업의 참여확대라는 입법목적만을 명시할 뿐, 정책형성 과정에 대한 충분한 소명을 다한 것으로 보이지 않는다. 대기업참여제한제도의 입법목적이 비록 중소기업을 보호·육성이라는 헌법적 요청<sup>15)</sup>을 실현하기 위한 정책의 일환이라 하더라도 그 규제의 효과는 수범자의 일부 집단에 대하여 기본권 제한의 결과를 가져오게 되고 따라서 이러한 유형의 규제정책은 보다 정밀한 조율이 필요한

영역이라고 할 수 있다.

그러나 개정법에서 입법자가 선택한 정책수단은 특정기업군의 시장퇴출이라는 가장 원초적인 수단만을 도입한 것으로 보인다.

경제분야의 정책에 대해서는 입법자의 입법재량이 폭넓게 인정된다고 하더라도 오늘날 이른바 ‘제4차 산업’과 IT, BT, NT 등 이른바 ‘지식기반경제’(Knowledge-based Economy)라고 불리는 신산업은 지식과 정보의 창출, 확산, 활용이 모든 경제활동의 핵심이 되는 현실과 하루가 다르게 변하는 산업여건 속에서 국가의 과도한 경제개입이 정당화되기는 쉽지 않아 보인다(이덕연, 2005: 15).

더구나 IT시장에서 위피(Wireless Internet Platform for Interoperability; WIPI)정책에 대한 실패<sup>16)</sup> 등을 경험한 바 있는 우리나라에서는 IT분야의 규제와 조정에 더욱 세심한 조율이 필요하다고 하겠다.

생각건대, 소프트웨어산업진흥법 제24조의2와 관련하여 단편적인 평가만으로 위헌성을 논의하는 것은 어렵다고 보인다. 이는 우리 소프트웨어 산업의 경제와 규모, 시장여건 및 기업구조, 더 나아가 국제규범과 세계시장질서 등을 고려하고 그 속에서 우리 산업의 경쟁력과 대내외적 경제환경을 입체적으로 분석할 필요가 있기 때문이다.

13) 소프트웨어산업 진흥법 제24조의2(중소 소프트웨어사업자의 사업참여 지원) ②지식경제부장관은 국가기관등이 발주하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 제외한 소프트웨어사업에 중소기업인 사업자의 참여를 확대하기 위하여 필요하다고 인정하면 대기업인 소프트웨어사업자가 참여할 수 있는 사업금액(둘 이상의 소프트웨어사업을 일괄 발주하는 경우에는 각 사업의 금액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 하한을 정하여 고시하고, 국가기관등의 장에게 이를 적용하도록 요청하여야 한다.

(1) 대기업인 소프트웨어사업자 자신이 구축한 소프트웨어사업의 유지 및 보수에 관한 사업

(2) 소프트웨어사업자를 선정하지 못하여 다시 발주하는 사업(국가기관등이 「조달사업에 관한 법률」에 따라 조달청에 의뢰하여 발주하는 사업에 한정한다)

(3) 국방·외교·치안·전력(電力), 그 밖에 국가안보 등과 관련된 사업으로서 대기업인 소프트웨어사업자의 참여가 불가피하다고 지식경제부장관이 인정하여 고시하는 사업

14) 동법 제24조의2 ③지식경제부장관은 제2항에도 불구하고 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제14조에 따라 지정된 상호출자제한기업집단에 속하는 회사에 대하여는 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 제외하고는 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업금액에 관계없이 참여를 제한할 수 있다.

15) 헌법 제123조 제3항 국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.

16) 방송통신위원회는 위피정책에 대하여 ①국내 독자기술 확보, ②이동전화사업자간 중복투자 해소, ③무선인터넷 콘텐츠 산업 육성, ④해외진출 및 국제표준화라는 성과를 내었다고 발표(2008.12.10 제42차 방송통신위원회 회의록)하였으나, 시장에서는 호환가능한 콘텐츠는 11%에 불과하고, 해외진출실적도 거의 없으며, 위피의무화로 단말기 제조사들의 수혜도 매우 적은 것에 불과하여 사실상 실패한 정책이라는 평가(서울경제신문, 2008/10/12)가 다수를 이루고 있다.

### 3. 대기업참여제한제도의 헌법적 문제

#### 1) 서설

헌법재판소는 위헌법률심판, 헌법소원 등의 헌법재판을 통해 법률 등의 위헌여부를 심사할 수 있고, 이러한 심사의 과정에서 위헌심사기준은 결정적 의미를 지닌다. 헌법재판소는 완화된 심사기준, 엄격심사기준, 합헌성추정, 위헌여부의 입증책임 등을 결정기준으로 삼고 있다. 일반적으로 엄격심사 기준에 의하는 경우에는 심판대상 법률은 강도 높은 심사를 받게 되며, 헌법상의 다양한 기본권 규정과 비례원칙 내지 과잉금지의 원칙 등을 통해 위헌여부가 결정된다. 한편, 완화된 심사기준의 경우, 합리성심사, 자의성 심사 등을 통해 심사를 받게 되나, 일반적으로 완화된 심사에 대해서는 “합헌성 추정의 원리”가 강하게 적용되고, 실제로 합리성 심사를 통과하지 못하였다는 이유로 심판대상법률에 대해 위헌을 선언하는 경우는 매우 드물다고 볼 수 있다(김문현, 2006: 98).

이러한 위헌심사문제의 저변에는 국회 및 정부와 헌법재판소의 관계, 민주주의와 헌법재판의 상용, 헌법재판의 적정한 기능과 한계, 사법적극주의와 소극주의, 개별 기본권의 헌법적 성격, 삼권분리원칙과 상호권한준중의 원리 등이 기저를 이루고 있기 때문이다.

일반적으로 완화된 심사기준으로서 합리성심사(자의금지심사)를 받는 영역은 시혜적·수익적 법률로서 국민에게 권리를 부여하거나, 의무를 면제하는 경우로서 법정책에 합리적인 이유가 있는 경우에는 합헌으로 결정된다. 한편 엄격심사기준으로서 비례성 심사를 받는 경우로서 침익적·침해적 법률로서 국민에게 의무를 부과하거나, 권리를 제한하고, 기본권의 중대한 침해가 발생하는 때에는 비례원칙 등에 의한 강화된 심사기준이 적용된다.

생각건대 소프트웨어진흥법 제24조2의 중소기업 보호라는 헌법적 요청이 대기업참여제한의 명분을 곧바로 가져오는 것은 아니며, 법률의 규정자체로 기본권에 대한 중대한 침해가 발생하게 되므로 대기업참여제한제도는 엄격심사기준에 따라 살펴볼 필요가 있다.

이하에서는 헌법상의 기본권 규정과 다양한 헌법적 통제기준을 고려하여 소프트웨어 산업진흥법상의 대기업참여제한제도의 합헌성 여부를 살펴보기로 한다.

#### 2) “직업선택의 자유”의 문제

헌법 제15조는 직업선택의 자유를 보장하고 있다. 근대 시민사회에서 시민이 누리는 자유권 중에서도 경제적 자유의 보장은 시민의 자유에 대한 중심적 내용이 되었다(표명환, 2002: 197). 따라서 거주·이전의 자유와 더불어 직업의 자유는 시민사회를 형성하는데 필수적인 기본권으로 인정되게 되었으며, 현대의 민주주의 사회에서도 시장의 자유를 보장하고 사회생활을 영위하기 위해 필수불가결한 요소로서 직업선택의 자유는 헌법적 기본권으로 보장되고 있다.

헌법재판소는 “직업의 자유에 대한 침해”에 대하여 합헌성 심사기준으로서 “단계이론”을 적용하고 있다. 직업의 자유는 “직업선택의 자유”와 “직업행사의 자유”의 단계로 구분되며, 직업행사의 자유에 대해서는 보다 폭넓은 제한이 가능하다<sup>17)</sup>고 본다. “직업행사의 자유제한”과 관련하여 유흥업소의 심야영업제한, 택시운행 10부제 등이 영업의 방식이나 업무수행에 대한 제한 등으로서 합헌적인 기본권 제한으로 인정될 수 있다.

한편, 소프트웨어 산업과 관련하여, 국내 정보화 시장 중 공공시장은 약 6조원 규모로서 경쟁가능 시장의 53%를 차지하며, SW산업의 상당부분을 차지하는 핵심적 시장으로 구성되어 있다(KRG, 2010).

17) 헌법은 제15조에서 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다’고 하여, 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’ 뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하고 있다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다(헌법재판소 2002.12.18. 2000헌마764; 헌법재판소 1998.5.28. 95헌바18; 헌법재판소 1993.5.13. 92헌마80).

이러한 시장상황에 대하여 소프트웨어산업진흥법이 규율하는 대기업참여제한제도는 SW경쟁시장의 ‘영업권 박탈 및 기대이익의 상실’<sup>18)</sup>을 의미한다. 일부 특정 사업영역에 대한 제한은 ‘직업수행의 제한’으로 인정될 수 있으나, 경쟁시장의 상당부분에 대한 참여제한은 ‘직업선택의 제한’의 정도에 이르게 되며, 이는 기본권에 대한 중대한 침해로서 위헌문제가 발생할 소지가 높다고 할 수 있다.

### 3) “평등의 원칙”의 문제

헌법 제11조 제1항에서 정한 법 앞에서의 평등은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등이 아니라, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 안 된다는 것을 뜻한다.<sup>19)</sup> 과거 헌법재판소는 “평등의 원칙”과 관련하여 합리성 심사의 문제로 다루었고, 차별을 두는 입법자의 결정이 합리적 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하였다. 그러나 이후 일부 사건에서 헌법재판소는 차별에 의하여 달성하려는 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고, 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적 관계가 있어야 하며, 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다<sup>20)</sup>고 하여 엄격심사의 문제로 다루려는 시도를 하였다.

이렇게 다양한 심사기준을 적용하다가 헌법재판소는 1999.12.23, 98헌마363 결정 이래로 평등에 대한 “다단계심사기준”을 명시적으로 채택하여 적용하고 있다(김문현, 2006: 102). 그리고 차별적 취급

으로 인하여 관련기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우에는 원칙적으로 비례심사를 하여야 한다는 기준을 명시하였다.<sup>21)</sup>

이러한 헌법재판소의 판례는 기본적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가지지만, 차별적 법률로 인해 기본권의 중대한 침해가 발생하는 경우에는 헌법재판소가 적극적으로 심사를 하여 위헌을 선언할 수 있고, 입법자도 일정한 입법재량권의 한계를 준수하여야 한다는 의미로 이해할 수 있다.

일반적으로 우리나라의 IT시장, SW산업에서 중소기업은 대기업에 비하여 열악한 영업환경과 자본구조, 불리한 계약상의 지위, 협상력의 부재 등의 어려움을 겪고 있으며, 이로 인해 대기업에 비하여 유리한 지위를 인정한다던가, 국가의 정책적 지원을 시행하는 등의 차별적 대우를 할 필요성은 인정될 수 있다. 이를 위해 중소기업의 육성과 우대<sup>22)</sup>라는 기본권 조성적(造成的)·형성적(形成的)인 정책을 우선하고 대기업에 대한 소극적 제한정책이나 중소기업 집단에 대한 적극적 우대를 통해서 입법목적을 충분히 달성할 수 있다.<sup>23)</sup>

그러나 현행 소프트웨어산업진흥법과 같이 대기업을 시장에서 전면적으로 배제시키는 것은 합리적 차별의 수준을 넘어 기본권의 중대한 제한을 초래하므로 엄격한 심사기준인 ‘비례성 심사’의 대상이 되어야 하고 따라서 중소기업 보호·육성이라는 합리적 차별의 목적에 비하여 대기업 특히 상호출자제한기업에 과도한 침해를 유발하는 내용의 법률은 평등권을 침해하였다는 비판을 벗어나기 어렵다.

18) 헌법재판소는 “영리획득의 단순한 기회”나 “기업활동의 사실적 법적 여건”이 기업에게 중요한 의미를 갖더라도 재산권보장의 대상이 아니라고 보고 있으나(헌재결 1996.8.29, 95헌바36), “직업의 자유”라는 측면에서 SW산업의 “공공시장의 영업권의 보장”은 기본권의 중요한 요소를 구성하고 있다.

19) 헌법재판소 1989.5.24, 89헌가37; 헌법재판소 1992.4.28, 90헌바27; 헌법재판소 1994.2.24, 91헌가3; 헌법재판소 1995.9.28, 92헌가11.

20) 헌법재판소 1996.8.29, 93.

21) 헌법재판소 2001.2.22, 2000헌마25.

22) 특정집단을 우대하는 법률은 ‘합리성심사의 대상’이 되며, SW산업분야에서 대기업에 비해 상대적으로 열악한 영업환경, 불리한 계약상의 지위, 협상력 부재 등 합리적인 이유만으로도 중소기업에 우대하는 정책은 대기업에 대한 기본권 침해의 문제를 발생시키지 않으므로 위헌문제가 불거질 소지가 낮다.

23) 헌법재판소 1996.12.26, 96헌가18: “대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업의 지원을 통하여 경쟁에서의 불리함을 조정하고, 가능하면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 해야 할 국가의 과제를 담고 있다.”

#### 4) “과잉금지의 원칙(비례의 원칙)”의 문제

입법자에게 폭넓은 재량권이 인정되는 경우에도 ‘비례의 원칙’은 입법자에 대한 헌법상의 통제기준으로 적용된다(김형성, 1989: 121). 전통적으로 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)은 4단계의 심사구조를 지니고 있으며, 각 단계별로 합헌성 여부를 검토해 보기로 한다.

##### (1) 입법목적의 정당성

SW산업 발전기반의 조성과 산업경쟁력 강화,<sup>24)</sup> SW시장에서 대기업 과점상태<sup>25)</sup>의 해소, 중소기업 보호<sup>26)</sup>라는 헌법적 요청 등으로 입법목적에 대한 정당성은 인정될 수 있다. 실제 헌법재판소의 위헌결정례를 살펴보면, ‘입법목적의 정당성’ 요건을 흠결하였다는 이유로 위헌을 선언한 예를 거의 찾아보기 어렵다. 규제의 세부내용이 어떻든지 불문하고 입법자가 헌법질서에 반하거나 현저히 합리성을 상실한 국가정책목표를 설정하였다고 상정하기 어렵고, 헌법재판소가 입법목적자체를 정면으로 반박하기란 쉽지 않기 때문이다.

##### (2) 방법의 적절성

IT, BT, NT 등 지식기반산업이 기타 다른 산업분야의 핵심과 기저를 이루는 현대의 경제현실을 감안하면 국가의 과도한 규제가 정당화되기 어렵다(이덕연, 2005: 15). 이는 지식기반산업은 가급적 국가의 개입을 배제하고, 시장의 자율에 맡겨야 한다는 취지로 해석할 수 있다. 중소기업의 육성과 촉진을 통해 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있음에도 불구하고

고, 원칙적으로 대기업의 시장참여를 금지하는 것은 적절한 방법이라고 볼 수 없다.<sup>27)</sup> 다만, 실제 헌법재판소의 결정례에서 ‘방법의 적절성’을 흠결하였다는 이유로 위헌결정을 선언한 사례는 매우 찾아보기 어렵다. 이는 입법자가 가진 폭넓은 정책결정권에 대하여 헌법재판소가 이를 존중하고 있다는 의미로 이해할 수 있다.

##### (3) 피해의 최소화

중소기업의 육성 및 보호라는 헌법적 당위를 실현하기 위해서 중소기업 평가 우대, 컨소비중 참여비용 상향, 하도급의 제도 개선, 중소기업 의무발주제 등 “보다 덜 제한적인 수단(less restrictive alternative)”으로 동일한 입법 목적을 달성할 수 있음에도 ‘참여제한’이라는 과도한 규제수단만을 활용하는 것은 기본권침해의 최소화 원칙을 위반하는 것이라고 할 수 있다. 헌법재판소는 중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로, 경쟁질서를 보장하는 범주 내에서 중소기업의 보호가 이루어져야 한다고 판시<sup>28)</sup>하고 있다. 따라서 대기업 특히 상호출자제한기업들을 일방적으로 시장에서 퇴출하도록 하는 현행 법령은 피해의 최소화 원칙을 위반한 것으로 위헌의 소지가 높다고 할 수 있다.<sup>29)</sup>

##### (4) 법익의 균형성

과도한 규제입법에 따른 외국 대기업과의 역차별 내지 역과점 문제, 공공시장 인력의 영향<sup>30)</sup> 등 부작용에 대한 충분한 고려가 이뤄지지 않은 상태에서 중소기업 경쟁력 강화라는 입법목적은 그 실현여부가

24) 소프트웨어산업진흥법 제1조

25) 2009년 수주금액 기준으로 대기업의 비중은 66.4%, 중소기업 33.6%, 2010년도 수주금액 기준 대기업 61.0%, 중소기업 39.0%(지식경제위원회, 2011: 10).

26) 헌법 제123조 제3항 국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.

27) 헌법재판소 1990. 9. 3. 89헌가95 : “기본권을 제한하는 방법은 최소한 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여야 한다.”

28) 헌법재판소 1996.12.26. 96헌가18.

29) 비례원칙을 위반하여 위헌결정이 난 사례로는 “경비업의 겸업금지”(헌법재판소 2001헌마614, 2002.4.25), “주세법상의 구입명령제도”(헌법재판소 1996.12.26. 96헌가18) 등이 있다.

30) 대기업 주요 4개사 공공중사 인력은 SOC, 컨설팅, 지원 조직 등 약 5,000여명에 이르는 것으로 파악되고 있음(2011.10)

분명치 않은 것으로 볼 수 있다. 그러나 규제정책으로 인해 대기업이 부담하는 기본권침해의 강도는 지나치게 크다고 할 수 있으므로, 달성하려는 공익과 기본권침해간의 현저한 불균형으로 법익의 균형성을 잃고 있다.

따라서, 대기업참여제한제도 특히 상호출자제한기업의 시장참여제한조치는 과잉금지의 원칙을 위반한 것으로 위헌이라는 비판을 받을 수 있다.

##### 5) “부당결부금지의 원칙”의 문제

부당결부금지(不當結付禁止)의 원칙이란 일반적으로 행정작용의 선행행위와 후행행위간의 부당한 내적 관련성이 있거나 부당하게 상호결부된 경우에, 법원이 행정행위에 대한 위법선언을 하기 위한 심사기준으로 적용되고 있다. 따라서 지금까지 “부당결부금지의 원칙”은 대법원 판례<sup>31)</sup>를 통해 발전되고 확립된 不文法이며, 헌법재판소를 통해 본격적으로 인용된 경우는 아직까지 없는 것으로 보인다.<sup>32)</sup>

그러나 부당결부금지의 원칙은 헌법상의 법치국가 원리, 행정의 법률적합성의 원리 등으로부터 파생된 원칙으로서 헌법적 지위를 지닌 불문법 내지 일반원칙으로 인정되고 있다. 따라서 비단 행정작용의 위법성 뿐 아니라 모든 국가작용에 대해서 적용되어야 할 헌법적 원리로 이해(박정훈, 2005: 136; 160)할 수 있으며, 위반 시 위헌의 효력이 발생한다는 견해가 힘을 얻고 있다(홍정선, 2011: 49).

생각건대 상호출자제한제도<sup>33)</sup>는 기업의 무분별한 사업확장을 금지하고, 과도한 경제력 집중과 남용을 방지하기 위한 입법목적 지니고 있다. 한편, 대기업참여제한제도<sup>34)</sup>는 중소기업의 보호와 육성을 입법 목적으로 하고 있다. 양 제도 간에는 어떠한 인과관계도 없고, 입법목적간의 관련성도 찾아볼 수 없어,

‘원인적 관련성’, ‘목적적 관련성’ 요건을 흠결하고 있으며, “부당결부금지의 원칙”에 위반될 소지가 있다.

다시 말하면, 기업의 지배구조에 대한 규제와 소프트웨어 산업의 중소기업진흥을 위한 규제는 구분될 필요가 있으며, 상호출자기업집단이라는 이유가 소프트웨어 사업의 참여제한 근거로 활용될 수 없다는 것이다. 중소기업 보호라는 단편적 측면만을 고려해보면, 차라리 규제의 대상을 대기업군 전체로 확장하는 것이 보다 합리적이고 실효성이 있었을 것이다.

## V. 결론

지금까지 경제규제에 대한 헌법적 원리를 살펴보고, 실정법상의 규제에 대한 헌법적 문제점들을 짚어 보았다. 생각건대, 헌법이 국가에게 규제와 조정의 권한을 부여한 것은 기본권의 보장과 실현이라는 최종적 헌법가치를 실현하기 위해 적합한 도구를 쥐어 준 것으로 이해할 수 있다. 이에 국가는 단순히 규제의 시달자(示達者), 하달자(下達者)의 역할에 그쳐서는 안되며, 다양한 기본권 주체간의 조화와 조정을 위해 노력할 의무를 부담하고 있다. 학설과 판례도 끊임없이 경제규제의 내용과 방식 그리고 그 품질에 대해서 지속적인 연구를 진행하고 있으며, 그 과정에서 다양한 헌법적 통제기준과 입법기술, 정책판단기술 등도 발전해 가고 있다. 이러한 노력들은 세련된 규제국가, 법치주의가 살아있는 헌법국가로 다가가는 과정의 일환이라 생각한다.

특히 소프트웨어 산업진흥법과 관련하여 법률의 내용적 측면의 문제를 중심으로 살펴보았다. 그러나 형식의 문제도 지적할만한 부분이 있다. 행정규제기본법 제4조 제2항은 규제법정주의(規制法定主義)를 천명하면서 규제는 반드시 법률로 정하고, 규제의 세

31) 대법원 2009.2.12. 2005다65500: “부당결부금지의 원칙이란 행정주체가 행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다는 원칙을 말한다.”

32) 헌법재판소는 부당결부금지의 원칙을 별도로 원용하지 않고, 비례의 원칙 중 적합성원칙에 따라 판결하고 있다는 견해도 있다(김성수, 2010: 75).

33) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제14조

34) 소프트웨어산업진흥법 제24조의2

부적 내용은 명령·조례·규칙으로 정하도록 하고 있다. 다만, 전문·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 위임이 불가피한 경우에만 고시로 정할 수 있도록 하고 있다.

개정된 소프트웨어산업진흥법 제24조의2는 대기업의 금액하한제와 상호출자제한기업의 원칙적 참여 금지를 밝히면서, 동법 시행령 제17조의3을 통해 대기업의 참여가 가능한 사업을 지식경제부 장관이 정하도록 규정하고 있다.

신고제<sup>35)</sup>인 소프트웨어사업 자체를 사실상 예외적 승인제로 운영하는 것도 문제이지만, 규제의 예외사항을 고시형식으로 정하도록 하는 것도 규제법정주의 원리에 반한다고 할 수 있다. 대기업이 참여할 수 있는 사업유형을 정하는 것이 과연 전문·기술적 사항 내지는 경미한 사항인가, 자유권적 기본권이 강하게 보장되어야 할 신고업에 대해 고시형식으로 개별 사업을 허용하는 것이 과연 법규범의 체계정당성(體系正當性)에 부합하는가라는 의문을 가질 수밖에 없다. 모든 법규범은 헌법, 법률, 명령, 규칙이라는 계층적 질서가 존재하며, 법체계와 법질서의 상호모순과 저축을 방지하기 위해 각 법령이 갖는 고유한 소관사항(所管事項)이 있고, 단계별로 규율할 수 있는 내용과 한계를 갖기 때문이다(박영도, 1997: 32).

또한 이 문제는 헌법 제75조, 제95조상의 명령·규칙제정권의 한계와 헌법상의 범치국가원리, 법률유보의 원리, 위임입법의 한계문제와도 맞닿아 있다고 할 수 있다. 내용적 문제를 차지고고서라도 법형식의 한계를 넘어서는 규제는 형식의 오용(誤用)과 남용(濫用)이라는 비판을 면하기 어렵다.

개정된 소프트웨어산업진흥법은 2012년 11월24일자로 시행될 예정이며, 동법 제24조의2에 의한 대기업참여제한제도는 2013년 1월1일자로 시행될 예정이다. 하지만 산업영역에서 특정기업군을 법률로 배제시키고 고시로 예외를 인정하는 것 자체가 매우 이례

적이며, 법률의 내용에 있어서도 위헌의 소지가 높은 만큼 본격적인 시행이전에 합헌성문제가 재검토되고 합리적인 정책방향으로 전환될 필요가 있다고 본다.

국가는 “시장의 자유와 창의”의 수호자로서 또한 경제민주화라는 목표달성을 위한 공정한 조정자와 중재자로서의 역할과 소명을 다하여야 한다. 또한 입법제정권자와 정책의 실행자, 개별 사경제주체들도 헌법상 경제질서의 본래 의미를 되짚어 볼 필요가 있다. 규제입법은 내용적 측면 뿐 아니라 형식적 측면에서도 헌법적 정당성을 확보하여야 한다.

마지막으로 헌법재판소 판례의 한 구절을 인용하며 이 연구를 마치고자 한다. “중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주 내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다. … 독과점 규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다.”

## ■ 참고문헌

- 국회의안정보시스템 (2003). “소프트웨어산업진흥법 개정법률안 의안번호 162082 : 제안이유 및 주요 내용(2003.02.04).”
- 권영설 (1984). 「헌법상의 경제질서와 기업규제」. 서울: 삼영사.
- 권영설 (1984). 「경제에 대한 헌법의 가치정향 : 법학논문집」. 서울: 중앙대학교 법학연구소.
- 김문현 (2006). “평등에 관한 헌법재판소 판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가.” 「미국헌법학회 미국헌법연구」, 17(2): 97-134.
- 김성수 (2005). “경제질서와 재산권 보장에 관한 현재결정의 평가와 전망.” 「공법연구」, 33(4): 137-177.
- 김성수 (2010). 「일반행정법」. 서울: 법문사.
- 김철수 (2007). 「헌법학개론」. 서울: 박영사.

35) 전통적인 행정법학은 업종허용의 방식을 자유권적 기본권에 대한 구속의 정도에 따라 신고, 등록, 허가, 인가, 특허, 예외적 승인 등으로 구분하고 있으며, 신고제는 구속의 정도가 가장 낮은 영역으로서 즉, 자유권적 기본권이 가장 강하게 보장되는 영역으로 분류할 수 있다.

- 김형성 (2004). “경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계.” 「저스티스」, 37(3): 5-29.
- 김형성 (1989). “비례성원칙과 기본권.” 「대한민국학술원 논문집」, 28: 121-157.
- 네이버 지식백과 (2012) “신자유주의.” <http://terms.naver.com/search.nhn?query=%EC%8B%A0%EC%9E%90%EC%9C%A0%EC%A3%BC%EC%9D%98&where=&x=0&y=0>. (검색일: 2012.07.12).
- 박영도 (1997). 「입법기술의 이론과 실제」. 서울: 한국법제연구원.
- 박정훈 (2005). 「행정법 연구 I : 행정법의 체계와 방법론」. 서울: 박영사.
- 신중익 (2003). “규제개혁의 추진평가 및 향후과제.” 규제개혁위원회(편), 「2003년 규제개혁백서」, 616-619. 서울: 규제개혁위원회.
- 이덕연 (2005). “한국헌법의 경제적 좌표 : 시장(기업)규제의 범위와 한계.” 「공법연구」, 33(2): 1-33.
- 이부하 (2006). “헌법상 경제질서와 재산권보장.” 「공법연구」, 7(3): 23-46.
- 이병천 (2011). “대한민국 헌법의 경제이념과 제119조의 한 해석.” 「동향과 전망」, 83: 144-179.
- 정순훈 (1990). “경제질서의 기본원칙과 우리나라 헌법상의 경제질서.” 「연세법학연구」, 1: 171-214.
- 정순훈 (2001). “경제적 자유를 보장하기 위한 헌법개정 방향.” 「한국경제연구원 정책연구」, 2: 221-277.
- 지식경제위원회 (2011). “소프트웨어산업진흥법 일부개정 법률안 검토보고서.” 서울: 국회(지식경제위원회).
- 표명환 (2002). “직업의 자유의 제한원리와 그 문제점 : 독일의 기본법을 중심으로.” 「공법연구」, 3(2): 197-218.
- 한수웅 (1995). “한국헌법상의 경제질서.” 심천 계획열박사 화갑기념논문집 간행위원회(편), 「공법학의 현대적 지평」, 192-215. 서울: 박영사.
- 한태연 (1985). 「헌법학」. 서울: 법문사.
- 홍정선 (2011). 「행정법특강 제10판」. 서울: 박영사.
- 홍준형 (2011). 「경제발전과 행정법 질서의 대응(법질서의 경제적 함의와 가치확립 방안 2)」. 서울: 한국법제연구원.
- 황산덕 (1954). “헌법과 경제통제.” 「법률과 경제」, 1(2): 6-7.
- KRG (2010). “2010년 국내IT시장전망.” <http://www.krgweb.com>. Knowledge Research Group. (검색일: 2012.07.12).