

給付行政의 法律留保에 관한 研究

金容燮*

차 례

I. 처음에

II. 法律留保의 體系的 地位

1. 출발점
2. 一般的 法律留保와 基本權的 法律留保
3. 法律留保와 法律優先
4. 法律留保와 議會留保

III. 經濟補助金의 2 가지 考察尺度

1. 社會形成的 側面
2. 自由侵害的 側面

IV. 分別化된 正當性留保理論을 통한 問題解決

1. 準據點으로서 正當性
2. 判斷基準

V. 結 論

* 法制處 事務官

I. 처음에

법률유보의 문제는 공법학의 기본문제에 속한다. 과연 국가가 어떠한 조치를 할 때 법률의 근거를 요구하는지, 행정은 법률의 근거없이 독자적으로 활동할 수 있는지의 문제가 바로 법률유보의 문제가 된다. 법률유보의 문제는 법이론적인 문제이면서도 실정헌법의 해석문제라고 할 수 있다. 후자의 의미에 있어서는 실정헌법의 체계변화를 반영하기 때문에 유동적인 성질을 갖고 있다. 독일의 영향을 받고 있는 우리의 경우에도 법률유보에 관한 논의가 지속되고 있다.¹⁾ 행정이 시민의 자유영역을 침해할 경우에 법치국가 내지는 민주적정당성의 요청에서 법률유보의 원칙이 당연히 적용되는데 반하여, 시민에게 보다 많은 가능성이 부여되는 급부행정의 영역에 있어서는 그 적용여부를 둘러싸고 논란이 있다. 행정이 경제보조금과 관련하여 개별법률의 규정에 근거하지 아니하고 예산법 내지 예산계획에 기초하여 자금을 지원하거나, 보조금준칙(Subventionsrichtlinie)²⁾을 통하여 경제보조금을 지급하는 것이 가능한지 의문이 제기될 수 있다.

오늘날의 산업국가는 급부국가로 명명되기도 한다.³⁾ 급부국가는 그에게 부과된 과제를 가능한한 보조금의 교부 등 부드러운 수단을 통하여 충족한다. 물론 그렇다고 하여 조세행정 또는 질서행정과 같은 전통적인 침해행정이 중요하지 않다는 이야기가 아니다. 더이상 시민에 대한 명령과 금지라는 수단만으로 국가가 운

1) 대표적인 문헌으로는 김남진, "법치행정에 관한 연구", 박사학위논문, 1975; 서원우, "법률에 의한 행정의 원리", 「월간고시」, 1984. 9, 180면 이하; 김철용, "급부행정과 법률의 유보원칙", 「고시계」, 1986. 6, 20면 이하; 김남진, "법률의 지배의 재조명", 「월간고시」, 1993. 8, 14면 이하; 고영훈, "법률유보원칙의 이론과 실제", 「판례월보」, 271호 내지 273호; 김향기, "법률의 유보이론의 전개와 과제", 「공법학의 제문제」(현재 김영훈박사 회갑기념), 1995, 365면 이하.

2) 그 법적성질을 둘러싸고 재량준칙으로 이해하는 견해와 법률대체적인 규칙으로 이해하는 견해로 나뉘어 진다.

3) Vgl. Karl Heinrich Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat DVBI 1971, S. 674f.; P. Hberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 1971, S. 46.

영될 수 없다는 것을 말할 따름이다. 급부행정에 속하는 경제보조금은 특히 법률유보와 관련하여 의미가 있다.⁴⁾ 경제정책의 수단으로서의 경제보조금은 한편으로는 시장교란적 내지는 경쟁왜곡적인 결과를 낳고 다른 한편으로는 경제촉진적이며 경제적인 어려움을 극복하는 기능을 아울러 수행한다.

본고는 급부행정, 특히 경제보조금의 경우를 중심으로 법률유보의 문제를 논하되 독일의 논의⁵⁾와 관련하여 우리 법률유보론의 방향을 모색하는 데 본래의 뜻이 있다. 증점적으로 제기하는 문제는 급부행정의 경우 법률유보가 필요한가 그렇지 아니한가라는 접근⁶⁾ 보다는 어느 범위에서 어떤 판단기준아래에서 급부행정에 있어서 특히 경제보조금에 있어서 법률적인 근거를 필요로 하는가이다. 이 문제를 독일의 이론과 실재를 참고하면서 비교법적인 관점에서 다루어 나가기로 한다. 이러한 논의의 진행에 앞서 일반론으로서 법률유보의 체계적 지위를 다루고(Ⅱ), 논의의 고찰척도로서 경제보조금의 2가지 측면을 살펴본 연후에(Ⅲ), 법률유보론의 새로운 전개를 위한 하나의 시도로서 필자가 독자적으로 수립한 “분별화된 정당성유보론(Differenzierte Gesetzesvorbehaltstheorie)”을 미약한 대로 소개(Ⅳ)하기로 한다.

4) 독일의 경우 급부행정중 보조금의 경우에 법적 규율이 결여되어 있어 법률유보를 논할 실익이 큰 반면에 사회행정과 같은 다른 급부행정영역에 있어서는 법령이 정비되어 이를 논할 실익은 반감된다. 우리의 경우도 보조금의 예산및관리에 관한 법률이 있지만 보조금에 있어서의 법률유보의 문제는 여전히 중요한 문제로 남아 있다.

5) 대표적인 문헌을 열거하면 H. P. Ipsen, “Verwaltung durch Subventionen”, VVDStRL 25(1967); W-R. Schenke, “Subventionen und Gesetzesvorbehalt”, GewArch 1977, S. 313ff.; A. Bleckmann, *Subventionsrecht*, 1978; W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, 1979; H. Bauer, “Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht”, DÖV, 1983, S. 53ff.; H. D. Jarass, “Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen”, NVwZ 1984, S. 473ff.; M. Oldiges, “Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung”, NJW 1984, S. 1827ff.; A. Dickersbach, “Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1984”, NVwZ 1993, S. 846ff.; R. Stober, “Der Vorbehalt des Gesetzes und Verwaltungsvorschriften im Subventionsrecht”, GewArch 1993 Bd. 4, S. 136ff., 1993 Bd. 5, S. 187ff.

6) 이에 관하여는 김철용 교수의 상기 논문을 참조할 것.

II. 法律留保의 體系的 地位

1. 출발점

어떻게 법률유보를 이해하여야 할 것인지에 관하여 독일에 있어서건 한국에 있어서건 분명하지 않다. 법률유보가 문헌상 2개의 상이한 시각에 따라 본질이 논의되는 것은 일반적으로 인정되고 있다: 첫째는 국가적인 침해를 위한 정당화의 근거이고, 둘째는 행정을 위한 활동근거이다. 이러한 상이한 시각은 급부행정 특히 경제보조금에 있어서 법률유보의 타당문제와 밀접히 관련되어 있다. 처음에 말한 의미에 있어서의 법률유보는 기본권관련성이 있는 특정의 규율은 의회법률에 유보되어 있다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 법률유보는 기본권의 제한을 위한 근거를 의미한다. 즉 기본권의 제한문제와 관련성이 있다. 이 경우에 법률적인 규율은 주로 국가적인 침해를 위한 정당화의 근거로서 작동된다. 왜냐하면 법률유보가 일차적으로 국가적인 침해로부터 시민의 보호를 지향하는 것이고 이와는 반대로 적극적으로 국가적인 복지의 실현에 그 목적이 있는 것은 아니기 때문이다.⁷⁾ 따라서 수권근거 없이 시민의 기본권을 제한하여서는 아니된다.

다른 측면에서 법률유보는 이미 언급한 바와 같이 행정활동을 위한 행위근거로서 파악된다. 다시 말하여 행정은 그의 활동을 집행할 수 있기 위하여는 수권근거를 필요로 한다. 이 견해에 따르면 법률유보는 침해행정을 넘어 모든 행정활동에 동일하게 적용된다는 것이 된다. 다만 예산법 내지 예산계획이 행정활동의 근거로서 인정될 것인가에 대하여 논란이 있다.

비록 독일과 한국에 있어서 헌법학자와 행정법학자들 사이에 법률유보의 개념확정을 위한 여러 시도가 있었음에도 불구하고 하나의 통일적인 개념을 정착시키는데까지는 나아가지 못하였다. “법률유보는 영원한 헌법문제에 속한다”⁸⁾고 말한 F. Ossenbühl 교수의 견해를 거론하지 않더라도 법률유보가 각각의 헌법구

7) Ingo V. Münch, *Staatsrecht* BdI, 1993, S. 142.

8) F. Ossenbühl, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht* Bd. III, S. 320.

조와 밀접한 관련이 있음은 더이상 강조할 필요가 없다. 또한 법률유보는 동일한 헌법질서내라고 하더라도 변천가능한 헌법현실을 반영하기 때문에 상이한 헌법 이해를 보여준다.⁹⁾ 여기에서 법률유보의 개념을 보다 분명히 이해하기 위하여 법률유보와 기본권적 법률유보, 법률 우선 및 의회유보와의 관계를 살펴보기로 한다.

2. 一般的 法律留保와 基本權的 法律留保

법률유보의 개념을 둘러싸고 한국문헌에서 다름이 있다. 대부분의 헌법학자는 법률유보를 기본권의 한계 내지 제한의 문제로 다루고 있다. 물론 더 나아가 기본권제한적 법률유보와 더불어 기본권형성적 법률유보를 다루기도 한다. 이에 반하여 행정법학자의 경우는 법률유보의 개념을 행정이 특정의 사례에 있어서 그것이 법률적인 규정을 통한 수권근거가 있을 때에만 활동할 수 있다는 것을 의미한다. 생각컨대, 법률유보는 일반적 법률유보와 기본권적 법률유보로 구분할 수 있다고 본다. 이러한 구분방법에 의하면 일반적 법률유보는 도그마적인 성격을 갖고 있는 반면 기본권적 법률유보의 경우에는 실정헌법에 규정된 특별한 법률유보로 볼 수 있다. 그러한 의미에서 법률유보는 양자의 개념을 포함하는 상위개념이라고 할 수 있다. 1965년 Würzburg에서 거행된 독일 국법학자대회에서 발표를 한 바 있는 Klaus Vogel에 의하면 일반적 법률유보의 독자성은 어떠한 특별한 의미를 더이상 갖지 않는다고 하였다: “결론으로서 다음과 같이 확정할 수 있다: 이른바 법률의 유보는 행정이 기본권조항에 무조건적으로 기속된다는 사실이 오늘날 여전히 진리를 내포하고 있으며 심지어 헌법은 입법자에게 기본권의 형성과 제한에로의 권한을 마련하고 있는 경우에도 마찬가지이다.”¹⁰⁾ 그러나 그의 논제는 학문적 공감대를 형성하지 못하였다. 다음과 같은 반대논거가 보다 더 큰 설득력을 갖는다. 즉 법률의 유보는 헌법적인 유보영역이 존재하지 아니하는 곳에서 의미가 있다. 정확히 말해서 법률유보는 기본권의 보호영역이 포착하지 아니하는 국가적 침해를 위하여서도 적용된다.¹¹⁾ 나아가 단지 법률의 유보의 개념을 통하

9) 김남진, 「법치행정에 관한 연구」, 1975. 126면 이하.

10) Klaus Vogel, “Gesetzgeber und Verwaltung”, VVDStRL 24 (1965), S. 156.

11) H. P. Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4 Aufl., 1993, S. 110.

여 전체 헌법적인 영역을 설명할 수는 없다.¹²⁾ 이와 관련하여 Walter Krebs는 기본권적 법률유보를 법률유보의 부분적인 구체화 및 수정이라고 보면서 다음과 같이 적절히 설명하고 있다: “기본권의 특별한 법률유보가 완전히 전통적 이론의 의미에 있어서 일반적 법률유보의 특수한 개념형성으로 이해되어지기 때문에 그 범위에서 법률의 유보는 그의 타당범위의 제한을 간취하여야 한다.”¹³⁾

생각컨대 기본권적 법률유보는 국가적 침해의 정당화의 표현으로 간주될 수 있다. 이러한 의미에 있어서 법률유보는 기본권의 제한 및 한계와 관련된다. 어느 범위에서 법률유보와 관련된 법률을 통하여 기본권의 제한이 추구되어질 수 있는지는 각국의 실정헌법의 규율에 달려 있다. 독일의 경우는 우리 헌법 제37조제2항과 같은 일반적 기본권적 법률유보에 관한 규정이 없는 반면 기본법 제2조제2항제3문(생명권, 신체불훼손권 및 인격의 자유), 제8조제2항(집회의 자유) 등과 같이 개별법률을 통하여 제한되어질 수 있는 단순법률유보(einfache Gesetzesvorbehalte)가 있으며, 또한 기본권제한의 허용성이 특정의 요건 또는 특정한 제한목적의 추구와 결부되어 있는 기본법 제11조제2항(거주이전) 및 제13조(주거의 불가침성)와 같은 가중법률유보(qualifizierte Gesetzesvorbehalte)가 있으며, 그리고 기본법 제5조제3항(자유로운 예술, 학문, 연구, 강의의 자유)과 같이 아무런 제한도 두지 않는 법률유보 없는 기본권(Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt)도 있다. 이상의 독일의 경우에 비추어 우리 헌법은 어떠한 구조를 갖고 있는가에 대하여 살펴보기로 한다. 먼저 일반적 기본권적 법률유보에 대하여는 헌법 제37조제2항에서 모든 기본권에 대한 제한의 목적, 수단 및 정도를 명시하고 있다. 이 규정은 기본권 해석에 있어서 매우 중요한 규정이다. 이와 같은 일반적 기본권적 법률유보외에 개별적 기본권적 법률유보에 관한 규정을 두고 있다. 헌법 제12조제2항(신체의 자유의 제한), 헌법 제23조제1항제2문 및 동조제3항(재산권에 관한 제한규정)이 바로 그것이다. 일반적 법률유보는 앞서 말한 바와 같이 도그마적인 성격을 갖고 있기 때문에 우리 행정법학계에서도 이를 수용

12) Vgl. Michael Kloepfer, “Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel”, JZ 1984, S. 687. 그의 견해에 따르면, 일반적 법률유보는 입법자의 권력을 강화하는데 반하여, 기본권적 법률유보는 입법자의 행위자유를 제한한다.

13) W. Krebs, “Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes”, Jura 1979, S. 304.

하고 있지 않나 여겨지며 그 의미가 보다 광범위하게 침해행정영역을 넘어 다른 영역으로 확장되어 진다.

3. 法律留保와 法律優先

법치국가의 핵심으로 간주되어지는 행정의 법률적합성의 원칙은 2가지 원칙을 내포하고 있다: 법률우선(Gesetzesvorrang)의 원칙과 법률유보의 원칙이 바로 그것이다. 법률우선의 원칙은 의회에서 의결된 법률이 모든 다른 하위법적인 규범 또는 개별적인 행정행위에 선행한다는 것을 의미한다. 이 원칙은 행정을 위하여 2가지 의미내용을 반영한다. 적용명령(Anwendungsgebot) 및 회피금지(Abweichungsverbot)이다. 전자는 집행권이 자의적으로 활동하여서는 아니 되며 입법자의 의사를 현실화 시켜야 될 의무를 진다는 의미이다. 이에 반하여 후자는 집행권이 법률에 위반되어서는 안된다는 것을 말하는 바 법률은 행정을 위하여 수권의 근거로서 기능도 하지만 한계로서 기능을 아울러 수행한다. 기본적으로 행정의 모든 활동은 그것이 침해행정이건 급부행정이건 행정의 모든 영역에서 법률우선의 원칙이 적용된다. 요약컨대 법률우선의 원칙은 행정활동의 하나의 제한을 의미하고, 이에 반하여 법률유보는 행정활동의 근거를 말한다.¹⁴⁾

법률우선의 원칙과 관련하여 다음의 문제점이 제기될 수 있다. 첫째로 우리의 경우 법률우선원칙의 체계적 도출에 관한 토론이 거의 없는 실정이다. 독일의 경우는 이 원칙을 기본법 제20조제3항에서 도출해 내는 데 반하여 우리의 경우는 법치국가의 원리에서 이를 도출하고 있다. 그러나 필자는 우리 헌법 제75조와 제95조에서 간접적으로 도출될 수 있다고 본다. 물론 위 헌법규정이 법규명령의 수권과 관련되지만 다른 한편으로는 행정부의 명령이 법률에 위반되어서는 안된다는 점에서는 이는 법률우선의 원칙을 말하는 것이 된다. 둘째로, 법률우선의 원칙이라고 할 때 법률의 의미가 문제될 수 있다. 여기에 있어서는 헌법에 배치되지 않는 형식적인 의회법률을 말한다.¹⁵⁾ 왜냐하면 헌법이 최상의 규범이기 때문에 이것은 기본적인 전제조건이 된다. 이러한 의미에서 예산과 법규명령은 배제된다.

이에 대하여 홍정선교수는 법률의 개념이 형식적 의회법률을 넘어서 헌법, 다

14) Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 1992, S. 91.

15) 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 1990, 78면 이하.

른 법규, 관습법, 불문법원칙을 포함하는 것으로 이해한다.¹⁶⁾ 그와 같은 설명방식은 독일의 경우처럼 기본법 제20조제3항에서 명시적으로 집행권의 “법률과 법”에의 기속을 규정하고 있는 경우에는 그와 같이 설명하여도 무방할지 모르나, 우리 헌법에서는 그와 같은 규정을 두고 있지 아니할 뿐만아니라 관습법 내지 불문법원칙도 법률우선의 개념에 포함시킬 경우에 실정법과 관습법 내지 법의 일반 원칙이 병존하는 경우에 어느 것을 우선할 것인가의 문제에 있어서 적절한 대답을 주지 못하는 문제가 있다. 셋째로 법률우선의 원칙과 헌법우선의 원칙과의 관계에 대하여 언급하고자 한다. 헌법은 최상의 국가 근본규범이기 때문에 법률에 우선한다는 것은 의문의 여지가 없다. 규범서열의 관점에 있어서는 법률의 우선 원칙은 헌법의 우선원칙을 통하여 재조정되어야 한다는 견해¹⁷⁾도 있다. 헌법의 우선은 형식적 법률의 하위성을 의미한다. 오히려 법률우선의 원칙은 행정과 법률과의 관계와 관련되기 때문에 행정이 각각으로 법률을 적용하는 대신 직접적으로 헌법에 근거하여 활동할 수 있는지의 문제가 생긴다. 이를 긍정하게 되면 위에서 홍정선 교수가 말했듯이 법률의 개념에 헌법을 포함시키는 것이 무리없이 받아들여지게 된다. 그러나 행정은 법률적 규정으로부터 원칙적으로 벗어나서는 안 되며, 헌법재판소의 위헌결정이 내려질 때까지는 행정기관은 위헌적인 것으로 보여질 수 있는 법률을 적용할 의무가 있는 것이다. 법률의 규정이 있음에도 이를 무시하고 직접 헌법에 따라 행정권이 발동되는 것은 바람직하지 않다고 본다.

4. 法律留保와 議會留保

법률유보와 관련하여 많은 다양한 견해가 존재한다. 그럼에도 불구하고 이를 2가지의 커다란 카테고리로 묶을 수 있다. 좁은의미 내지는 형식적 의미에 있어서의 법률유보와 넓은 의미 내지 실질적인 의미에 있어서의 법률유보가 바로 여기에 해당된다. 첫번째 유형에 있어서는 그 내용을 불문하고 행정을 위한 법률적 규율의 필요성과 관련된다. 원래 법률유보는 단지 법률적 수권이 존재하는 것만을 요구한다. 이 경우 그 수권의 내용은 불문한다. 이러한 의미에 있어서의 법률유보는 의회가 막연한 일반조항을 통하여 수권근거를 만들어 낼 위험성이 도사리

16) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 1993, 123면.

17) F. Ossenbhl, *a.a.O.*, S. 317.

고 있다. 넓은 의미에 있어서의 법률유보인 두번째 유형은 개별적인 법률에 있어서 규율밀도가 존재하여야만 하는 것과 관련된다. 이러한 개념과약은 중요성설 내지 본질성설과 결부된 의회유보와 관련된다. 의회유보는 두가지 관점을 제시하여 준다. 첫째로 특정한 규율기관 - 즉 입법기관 - 을 요구한다. 둘째로 위에서 말한 법률유보와 밀접하게 결부된 특정한 규율밀도를 전제로 한다. 의회유보는 특정사안에 있어 반드시 의회를 통하여 법제정이 이루어져야 하기 때문에 의회유보는 의회라고 하는 입법자의 규율의무를 근거로 한다. 생각컨대 엄밀히 말해서 법률유보는 의회유보와 개념상 구분되어 진다. 의회유보는 의회적 민주적 결정에 포커스가 놓여져 있고, 법률 속에 법규명령이 포함될 수 있다는 점에서 이른바 법규유보(Rechtssatzvorbehalt)와 관련성이 있다. 다만 법규유보를 포괄하는 법률유보는 주로 법치국가적 요청과 관련되는데 반하여 의회유보는 보다 더 민주적 정당성과 관련된다.¹⁸⁾

독일의 연방헌법재판소의 판례를 통하여 형성된 의회유보론이 우리 나라에 소개된 것은 1980년대 중반경이다.¹⁹⁾ 대체적인 설명은 입법부의 임무영역에 속하는 특정사안을 의회는 스스로 규율하여야 하며 이를 행정부에 내맡겨서는 안되는 것으로 이해하고 있다. 우리나라의 헌법을 보면 제40조에서 입법권이 국회에 있다는 것을 천명하고 있으면서도 헌법 제75조와 제95조에서 특정의 법규명령의 발령의 가능성을 보여주고 있다. 구체적으로 범위를 정하면 위임이 가능한 것으로 되어있다. 의회유보는 한마디로 말하여 위임의 금지라고 할 수 있다.²⁰⁾

그럼에도 불구하고 석종현 교수는 의회유보의 범위가 개별적 및 일반적 기본권적 법률유보와 일치하는 것으로 이해하고 있다. 그렇다면 법률유보와 의회유보가 어떻게 다른지 분명하지 않게 된다.²¹⁾ 어떠한 이유인지는 모르나 석교수의 견해에 따르면 의회유보가 법률유보를 넘어선다고 주장한다. 그러나 그 입장은 우

18) E. Schmidt-Aßmann, "Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff", AöR 116(1991), S. 357.

19) 이강혁, 「의회유보의 원칙」, 「월간고시」 1985, 58면 이하.

20) Vgl. H-U, Erichsen, "Zum staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetzes-und Parlamentsvorbehalt", VerwArch 69 (1978), S. 387; Walter Krebs, "Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes", Jura 1979, S. 312.

21) 석종현, 「일반행정법」, 1993, 60면 이하.

리 헌법상 기본권적 법률유보와 의회유보는 일치하기보다는 그렇지 아니한 경우가 많다는 것을 간과하고 있다. 한국의 공법학계는 의회유보가 독일에서 발전되었다고해서 우리에게 곧바로 의미 있다고 판단하기 전에 그 타당성 여부를 논구하고 이를 도입하여야 하리라고 본다. 필자도 결론에 있어서는 우리의 헌법현실 내지 의회주의 현실에서 법률유보의 개념과 더불어 의회유보의 개념을 조심스럽게 정착시키는 것이 필요하다고 본다. 그 이유는 우리의 경우 많은 위임입법이 존재하는데 대부분의 법률은 골격만을 정하고 많은 경우 하위법령에 위임되어 있다. 그 사항이 기술적인 사항이라서 법률로 정하기 어려운 경우에는 어쩔 수 없으나 국가공동체의 이해와 관련되어 매우 중요한 사항도 이를 법률에서 정하지 아니하고 위임을 하고 있는 경우가 적지 않아 이로 인하여 국민의 법적지위에 현저한 위협이 초래될 수 있게 되기 때문이다. 대표적인 문제사례를 든다면 대학입학 선발의 특례에 관한 사항을 교육법시행령에 위임한 것과 각종 수수료에 관한 규정위임이 이에 해당하는 데 수수료의 징수 근거가 법률에 명시되어야 함은 물론 그 위임은 엄격하여야 할 것인데도 불구하고 대개 그 금액을 심지어 부령 또는 고시로 정할 수 있도록 위임한 경우가 적지 않다. 이는 국민의 입장에서 볼 때 금전의 납부라는 점에서 조세의 납부와 유사한 기능을 갖기 때문에 법률에서 명시하여 주는 것이 필요하다고 본다. 아울러 교육법시행령 제71조의2 제4항에서 규정하고 있는 대학입학의 특례에 관한 사항도 교육의 기회균등이라고 하는 원칙의 예외로서 의회의 결정에 유보되어 있다고 보는 것이 보다 더 적절할 것이다.

Ⅲ. 經濟補助金の 2 가지 考察尺度

1. 社會形成的 側面

국가는 장래를 위하여 하나의 형상 내지 전망(Vision)을 제시하면서 그의 과제를 충족하여 나간다. 여기에 있어서 급부행정은 현대국가가 추구하여야 하는 문제해결을 위한 도구로서 국가의 과제실현에 기여한다. 국가는 경제정책적 목적을 경제보조금이라는 장치를 가지고 추구한다. 다른 급부영역, 예컨대 사회급부, 배려행정과 경제보조금과의 관련성을 고려하여야 한다.²²⁾ 급부행정의 다른 영역

을 효과적으로 지원하기 위하여 국가의 경제적 안정성이 전제된다. 경제적 일상 생활은 매우 변화무상할 뿐만 아니라 불확실하다.²³⁾ 따라서 국가적 행정은 유연하여야 한다. 그렇지 아니하면 경제위기의 극복을 위한 조치가 수행되어 질 수 없기 때문이다. 여기에 경제보조금에 관한 특별한 속성이 놓여 있다. 모든 경제보조금이 개별 법률적인 근거하에서만 운영된다면 상황에 따라 탄력적으로 움직이는 것이 불가능하게 되고 국가가 경제적 위기에 적절히 활동할 수 없게 되기 십상이다.

“경제행정은 갑자기 등장하는 경제위기에 적절히 기능할 수 있어야만 하고 경제적인 조치를 즉각적으로 취할 수 있는 상태에 있어야 한다.”²⁴⁾ 이처럼 경제보조금은 특정의 공익과 관련하여 기업의 시장구조의 정상화와 결부된다. 따라서 국가는 모든 사적인 경제주체에 금전을 지원할 수는 없다. 사회형성은 헌법적으로 사회국가원칙과 결부되어 있다. 사회형성적 역할을 받아들이지 아니하고는 국가는 사회국가에로의 그의 의무를 따를 수 없다. 그럼에도 불구하고 국가가 특정의 척도를 가지고 그의 활동을 수행하는 것은 주의하여야 한다. 비록 일반적으로 경제보조금에 있어서 어떠한 개별법적인 근거가 필요하지 않는다고 할지라도 국가적 활동에 하나의 정당성을 줄 수 있는 수권근거가 필요하다. 왜냐하면 경제보조금에 있어서도 의회주의적인 정당성이 완전히 결여되어서는 안되기 때문이다.²⁵⁾ “법률로부터의 자유는 자의적인 보조금의 교부를 말하는 것은 아니다. 흠결있는 법률적 규율의 범위는 보조금 행정에 어떠한 자의적인 지원을 허용하지 아니한다. 국가는 개개인의 부담평등을 이유로해서 선물을 주어서는 안되기 때문에 그의 보조금은 공익을 지향하는 목적을 통해서 정당화되어야 한다.”²⁶⁾

경제보조금의 특징적 징표는 개별이익보다는 공익을 추구하는데 있다. 그 범

22) J. Schapp, “Zum Verhältnis vom Recht und Staat”, JZ 1993, S. 977. 그는 여기에서 특정의 보조금액의 인상 또는 지급은 국가의 다른 종류의 급부에 대한 지출의 감소를 가져올 수 있다는 점을 지적하였다.

23) G. Roellecke, “Forschungsförderung für die Industrie : zwischen Wirtschaftsfreiheit und Forschungsfreiheit”, BB 1981, S. 1907f.

24) Rolf Stober, “Zur wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips”, AöR 113 (1988), S. 513.

25) Vgl. K. Stern, “Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater”, JZ 1960, S. 521ff.

26) Martin Oldiges, “Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung”, NJW 1984, S. 1979.

위에서 경제보조금은 국가와 시민사이의 협력을 위한 백지수권적 장치가 된다.²⁷⁾ 경제보조금은 명령과 강제를 통하여 수령인에게 의무를 부과하는 것이 아닌 전형적인 영향수단으로서 재정적인 자극을 통하여 유도를 추구한다. 현대적인 사회국가는 경제적인 영역에 유도 및 조정기능을 통하지 않고 보이지 않는 손이 작용하는 힘의 자유로운 유희(freien Spiel der Kräfte)에 맡겨둘 수 있다.²⁸⁾ 경제보조금의 보장이 사회형성적 측면과 결부되어 있는 한 행정은 법적근거 없이 행정규칙의 발령을 통하여 독자적인 목적을 설정할 수 있고, 법률우선의 원칙 내지 법적인 한계내에서 지원을 수행할 수 있다.²⁹⁾ 보조금이 일반적으로 실질적 의미의 법률에 근거하여 지급되지 않기 때문에 경제보조금의 지급이 법적인 수권근거를 결여하였다고 하여 당연히 위법적이라고는 말할 수 없다.³⁰⁾

2. 自由侵害的 側面

앞에서 언급한 바와 같이 보조금은 경제정책을 위한 불가결의 수단이면서도 그것은 동시에 약점을 갖는다. 즉 자유침해의 가능성이 바로 그것이다. 이 문제는 특히 여기에서 4가지 그룹의 예로 설명될 수 있다.

첫번째 그룹은 납세자이다. 국가가 경제보조금을 지급한다는 것은 납세자일반의 세금납부에 기초한다. 그러므로 보조금을 대폭 삭감한다면 일반납세자에게는 이익이 될 수도 있다. 두번째 그룹은 다른 종류의 국가적 급부를 받는 자들이 이에 해당한다. 즉 사회적 빈민 또는 장학금지급대상자, 노인계층 등이 이에 해당될 수 있다. 국가의 한정된 재원을 가지고 경제보조금을 지급하거나 다른 급부지원을 하기 때문에 상호 영향을 미친다. 세번째 그룹은 경제보조금의 수령자가 이에 속하며, 네번째 그룹은 경제보조금의 지급에 의하여 손해를 보는 경쟁관계에 있는 제3자가 이에 해당된다. 여기에서는 마지막 두가지 경우에 대해서만 상세히

27) P. Kirchhof, *Verwalten durchmittelbares Einwirken*, 1977, S. 217f; Meinhard Schröder, "Subventionen als staatliche Handlungsmittel", ZHR 152(1988), S. 396.

28) Vgl. W. Frotscher, "Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht", JuS 1984, S. 692.

29) Vgl. P.-M. Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991, S. 498.

30) H. J. Papier, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1984, S. 171.

다루고자 한다. 보조금 수령자의 생활영역에 있어서 보조금의 지급에 따른 조건과 관련된 침해와 경쟁자에 대한 침해와는 구별하여야 한다.³¹⁾ 수령자에게 있어서는 보조금은 하나의 특정한 행위를 요구한다. 이러한 과정에 있어서 헌법상의 직업의 자유와 재산권보장규정에 기초한 보조금을 지급받는 기업에 대한 자유를 침해할 위험이 존재한다. 이에 대하여 경쟁관계에 있는 자에게는 경쟁 그 자체가 중요하다. 다시 말하여 모든 보조금은 시장관계를 왜곡하여 보조금을 받지 않는 자에게 불이익이 돌아오게 되어 이익을 받는 자와 경쟁관계에 있는 자의 경쟁력을 침해하게 된다.³²⁾ 만약 행정의 경제보조금의 지급과 수령자에게 부담과 조건을 결부한다면 수령자의 자유에 불편을 가져올 수 있다. 이로써 보조금 수령자는 국가적인 통제속으로 들어오고 이로써 국가적인 종속관계에 빠지게 된다.³³⁾ 행정과 보조금 수혜자와의 사이에 보조금 관계를 넘어서 수익자의 침해적 경쟁관계를 이끌게 된다. 독일의 통설과 판례는 경쟁자유의 내용이 유보없이 보장되는 것이 아니라 오히려 그것은 자의적이며 기대할 수 없고 수인 불가능한 침해 앞의 보호에 국한된다는 입장을 취하고 있다.³⁴⁾

IV. 分別化된 正當性留保理論을 통한 問題解決

1. 準據點으로서 正當性

(1) 正當성과 法律留保

정당성의 문제를 이해하기 위하여 우선 2가지 헌법원칙을 언급하는 것이 필요

31) Vgl. Alfred Dickersbach, "Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1984", NVwZ 1993, S. 847.

32) Vgl. Paul Henseler, "Staatliche Verhaltenslenkung durch Subventionen", VerwArch 77 (1986), S. 253.

33) 상세한 내용은 R. Stober, *aa.O.*(Fn. 4), Bd. 4, S. 142.

34) BVerwGE 30. 191(197f.); 60. 154(160); 65. 167(174); H.-J. Papier, "Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung", ZHR 152 (1988), S. 500.

하다: 민주주의 원칙과 법치국가성이다.³⁵⁾ 침해행정의 영역은 물론 자유침해적 급부행정의 영역에 있어서 두가지 원칙이 동열적으로 서로 존재하는 반면 순수한 - 즉 바로 자유침해적인 것이 아닌 급부행정의 영역에 있어서 사회형성적인 작용을 갖는 경제보조금에 있어서 법치국가성은 배후에 들어 간다. 오히려 여기에 있어서는 정당성이 문제가 되는데, 그의 윤곽은 다음에서 설명된다. 경제보조금이 근거하는 행정규칙의 문제를 놓고 보더라도 이것이 상위법질서와 일치되어져야 한다는 것을 염두에 두어야 한다. 법률우선의 원칙으로부터 인식할 수 있는 이러한 전제는 바로 법률유보 및 명확성 원칙과 더불어 법치국가의 명제가 된다.

정당성이 개개의 국가행위의 근거 및 정당화를 의미한다면 이미 위에서 언급한 행정활동의 영역에 있어서 한쪽으로는 의무적 내지 엄격한 법률유보와 다른 한쪽으로는 선택적 내지 완화된 법률유보로 그 개념을 구분하여 설명하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 법치국가요청은 개인주의 및 그의 자유와 관련되며 민주주의의 요청은 공개적·대화적인 면을 강조한다.³⁶⁾ 민주주의원칙은 국가행위가 민주적으로 정당화되어야만 하는 것을 말한다. 따라서 전체적인 국가행위는 국민의 의사로 되돌릴 수 있어야만 한다. 여기에 있어서 책임성의 문제가 제기된다. 국민은 그의 대표를 선출하여 의회로 보내고 입법적 권력에로의 그의 동의를 보여준다. 그 범위에 있어서 다시금 “동이는 불법이 되지 아니한다(Volenti non fit iniuria)”³⁷⁾는 원칙이 적용된다.

행정활동은 법률과 다른 의회의 결정을 통하여도 행하여 질 수 있는 바 정부는 오늘날 의회와 직접적인 근접거리에 놓여 있을 뿐 아니라 하위적 관청에 대하여 법과 일치해야 한다는 지시를 내린다. 정당성의 사고는 따라서 단지 관계된 법영역에 따라 다른 입장을 내포하는 법률유보의 문제를 위하여 통일적인 배경원칙으로 고찰될 수 있다.

35) E. Schmidt-Aßmann, “Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff”, AÖR 116 (1991), S. 329ff.; Josef Isensee, “Grundrechte und Demokratie”, *Der Staat* 1981, S. 161ff.

36) E. Schmidt-Aßmann, ebd., S. 333, 334.

37) 이에 관한 보다 자세한 것은 Kim, Yong-Sup, *Der Gesetzesvorbehalt bei der Leistungsverwaltung in Deutschland und Korea*, 1994, S. 152f.

(2) 正當性의 導出

1) 獨逸

독일에 있어서는 기본법 제20조제3항에 따라 개개의 행정작용은 법률적 근거 하에 이루어짐으로써 정당화된다. 이것은 무엇보다 집행부가 행정행위를 통하여 활동할 때에 논의된다. 게다가 이와 더불어 시민과 법적인 접촉을 할 수 있는 행정계약이 등장할 수 있다. 법률을 통하여 모든 상세한 규정이 만들어져야만 하는 것은 아니다. 왜냐하면 민주주의는 한편으로는 주권자의 선택행위로부터 나아가 중단없는 정당성의 연쇄고리를 요구하고, 다른 한편으로는 구체적인 국가활동에 시민의 광범위한 참여 내지 협력을 요구한다.

그러나 민주적 정당성의 도출은 입법기관에 한정되는 것은 아니다. 왜냐하면 모든 국가권력은 - 집행권력도 - 국민으로부터 나온다.³⁸⁾ 이것은 민주주의에 있어서 모든 국가권력의 행사가 국민에 귀착될 수 있어야만 하는 것에 다름 아니다. 행정은 구체적인 사례에 있어서 주어진 참가와 규율된 절차를 통하여 국가적인 결정에의 다층적인 협력기회를 가능하게 된다는 것이 중요하다. 이것은 행정의 생산성을 보장하고 이를 통하여 행정지체를 막게 된다. 단지 이러한 방법으로 독자적인 국가권력으로서의 집행권을 고려한다면 법률의 우선 속에 그의 표현이 발견되는 국민의 의사에 기속될 수 있을 것이다. 어쨌든 모든 국가적인 결정이 자의적으로 행하여져서는 안되며 구체적인 근거가 있어야만 한다.³⁹⁾

2) 韓國

행정행위와 관련한 이제까지의 헌법적 현실은 독일적 의미에 있어서 정당성에 관하여 논의하고 있지 아니하고 있는 것처럼 보인다. 그들의 전체적인 측면에서 집행권의 행위는 국민의 직접선출로 당선된 대통령의 지위를 통하여 충분히 정당화되었다. 비로소 최근에 한국에 있어서도 국가의 관청의 활동을 위한 정당성의 근거가 헌법 제1조제2항으로부터 도출될 수 있다는 견해가 힘을 얻어가고 있다.⁴⁰⁾

38) Josef Isensee, "Grundrechte und Demokratie", *Der Staat*, 1981, S. 163.

39) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, S. 27ff.

40) 허영, 「한국헌법론」, 1995, 135면 이하.

이것은 국민주권에 고유한 문제이다. “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다.” 이 규정은 국가권력의 정당성이 궁극적으로 국민에게 놓여 있다는 것에까지 해석되어진다. 물론 국민이 직접적으로 이 국가권력을 행사할 수 있다는 것을 말하는 것은 아니라는 것을 간과해서는 안된다. 따라서 여기에서 국가권력행사자와 주권의 담당자와의 사이에 구분할 수 있다. 그럼에도 불구하고 모든 국가적 행정을 위하여 이것이 행정의 다양한 영역을 위하여, 예컨대 급부행정을 위해서도 정당성이 필요하다.

헌법학자의 그룹중에서는 국가적 행정행위의 정당성과 법률유보와의 관계에 관하여 논의하고 있지 않다. 필자는 이와 관련하여 보다 많은 관심이 있어야 한다고 본다. 왜냐하면 통치권력이 정당성이 있다고 해서 행정이 그 자체로부터 정당화될 수는 없다는데 있기 때문이다. 오히려 그 정당성은 민주적 법치국가에 있어서 사건별로 인정되어야 한다.

2. 判斷基準

(1) 差別化의 有用性

위에서 설명한 정당성의 배경하에 다음에서는 법률유보의 개별적인 판단기준에 대하여 언급하기로 한다. 경제보조금의 지급을 위하여 반드시 특별한 법률적 규정이 필요한 것은 아니다. 왜냐하면 경제보조금의 경우에 이를 요구하면 입법자에게 과중한 부담이 되기 때문이다. 그렇다고 하여 독자적이며 결정적인 문제가 완전히 자유로운 행정이 자의적인 처분에 맡기게 되어서도 곤란하다.⁴¹⁾ 경제보조금의 영역에 있어서 법률유보의 적용여부에 관한 다툼있는 문제를 해결하기 위하여 차별적인 고찰방식이 요구된다. 이미 언급한 바와 같이 자유침해적인 특성을 지니는 경제보조금에 있어서는 엄격한 정당성의 요청하에 의무적 법률유보가 논의된다. 민주주의 원칙은 물론 법치국가적 요청에 대한 파악도 구속적이다. 여기에 대하여 사회형성적 관점이 논의되는 사례에 있어서 그 어떠한 종류의 정당성이라도 족한 것으로 된다. 여기에 있어서는 선택적 법률유보가 논의된다.

이러한 구분은 실질적 의미의 법률에 근거하고 있는 수권근거가 주어지지 아

41) P.-M. Huber, *a.a.O.*, S. 500.

니하는 한 개개의 행정행위의 범위반성에 대한 문제를 위하여 의미가 있다. 행정행위는 의무적인 법률유보의 영역에 있어서는 법률적인 근거가 결여되면 위법적이다. 그러나 선택적 법률유보가 적용되면 정당성이 결여된 경우에 있어서도 앞에서 논의된 행정권의 행위가 그 무엇인가 자동적으로 위법적이 되는 것은 아니다. 오히려 행정 그 자체는 국민에 대한 기본적인 책임을 진다.

정당성의 근거로서 실질적 법률에 필요한 - 의무적 법률유보의 적용영역에 있어서 개별적인 사건유형을 열거할 수 있는 반면에 선택적 법률유보의 영역에 있어서 국가행위의 정당성에 대한 문제를 위한 일반적인 척도로 되돌아 갈 수 있다. 특히 다음에서 설정한 의무적 법률유보 상황이 주어지지 아니하는 한 선택적 법률유보의 영역에 있어서 논의된다.

결론적으로 여기에서 오해를 피하기 위하여 우리의 경우 국가적 활동을 위한 정당성의 근거에 대한 문제에 있어서 관점의 획득과정에서의 토론의 상태는 그리 발전되지 않은 것을 전제하여야 한다. 이러한 문제에 대한 논거의 확보를 위해서는 상당부분 독일의 문헌과 판결을 참고할 필요가 있다.

(2) 義務的 法律留保

1) 受領者를 위한 作用

가. 給付와 侵害의 不可分性

각각의 수익적 행정행위는 수익행위에 있어서는 엄격한 법률유보가 적용되지 않기 때문에 법률적 근거가 반드시 필요한 것은 아니다. 그러나 연방행정재판소의 견해⁴²⁾에 의하면 이익의 보장과 부담의 제공사이에 불가분의 교환관계가 있으면 법적인 근거를 요한다고 보았다. 본래적인 법률유보이론의 자유보장적인 의미와 관련하여 급부행정영역에의 확장을 위하여 침해와 급부사이의 어느것으로 구분할 수 없는 혼합상태의 경우에는 수권근거를 필요로 한다.⁴³⁾

42) BVerwGE 6, 282.

43) Roman Herzog, "Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 III GG", Maunz/Dürig(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Rdnr. 20, 66.

나. 補助金の 返還

행정이 수권근거없이 행정행위를 철회 또는 취소할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.⁴⁴⁾ 연방행정재판소가 판시한 바와 같이 행정행위의 취소 또는 철회가 이른바 “양면성 이론(Kehrseitetheorie)”⁴⁵⁾에 기초하고 있는 것이 일반적으로 인정된다. 수익적 결정이 행정행위를 통하여 취소되어 질 수 있다면 수익을 근거로 지급된 것의 반환을 위해서도 동일한 것이 적용된다. 이를 위하여 두가지 청구가 서로 결부되어 있다는데 근거가 놓여진다.

그러나 필자의 생각에 의하면 이러한 반환은 부담적 행정행위를 말한다는 것을 주의하여야 한다. 그렇기 때문에 보조금의 반환에 있어 법률적 근거를 필요로 한다.⁴⁶⁾ 반환청구로서의 반환이 취소로부터 비롯되는 결과를 의미하기 때문에 지급결정이 취소되거나 이로써 반환청구권이 발생할 때에 비로소 허용된다.⁴⁷⁾ 발령된 급부결정이 급부의 수령을 위한 법적근거일 뿐만 아니라 더 나아가 그 존속을 위하여 동일하게 요구되어진다는 사실을 근거로 지급의 반환에 급부결정의 철회가 선행하여야 하거나 동시에 있어야 한다.⁴⁸⁾ 어떻게 철회를 달성하려고 하는가에 대하여는 이미 특별한 법률적 규정이 전제된다.

다. 負擔的 附款

보조금지급에 있어서는 통상 부관이 붙는다. 왜냐하면 보조금의 교부가 공익에 이바지하기 때문이다. 부관이 기본적으로는 침해적 성질을 지닌다는 것을 간과해서는 안된다.⁴⁹⁾ 따라서 법률유보적용의 전체적인 긍정이나 전체적인 부정도

44) Vgl. Hans D. Jarass, “Die Rückforderung zweckwidrig verwendeter Subventionen”, DVBl 1984, S. 855ff.; V. Götz, “Rückforderung von Subventionen”, NVwZ 1984, S. 480ff.

45) BVerwG DVBl 1983, S. 810 (812).

46) Peter Weides, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchverfahren* 3. Aufl. 1983, S. 153f.

47) BVerfG NJW 1977, S. 1983.

48) Vgl. Tobias Busch, “Subventionsrecht in der Rechtsprechung”, JuS 1992, S. 566.

49) 예컨대 Bleckmann, *Subventionsrecht*, 1978, S. 100; 다른 입장으로는 Andreas Maier, *Auflagen im Subventionsrecht*, 1990, S. 39f.

불가능하다. 부관이 붙어 있는 경우 어느 범위에서 법률적 근거가 필요한지는 불분명하다. 그러나 구체적인 부관이 공익의 보조금 목적을 넘고 이로써 자유침해적인 요소를 포함하는 경우에는 특별한 법률적인 근거로만 가능하다. 여기에서 물론 보조금을 통한 자유침해가 보조금수령자의 개인적 자유확보보다 클 수 있다는 것을 고려하여야 한다. 따라서 보조금의 교부와 공익실현의 과제와의 사이에 객관적인 관련성이 존재하고 관계의 적절성이 보장되어진다는 것이 결정적이다.⁵⁰⁾ 다른 측면에서 공익을 통하여 감추어진 범위안에서 보조금 수령자의 제한에도 불구하고 그의 이득확보의 기회가 큰 경우에도 기본권 포기의 법리에 따라 보조금에 있어서 반드시 법률적인 근거를 요구하지 않는다는 것을 인정하여야 할 것이다.

2) 競爭者를 위한 作用

가. 事實的 侵害

사실적 침해는 전통적인 명령의 도움을 가지고 직접적으로 개개인의 권리의 영역에 침해하는 것을 특징으로 한다. 오히려 국가는 다른 주체에 대하여 활동하는데 여기에서 해당조치는 경쟁자에게 간접적인 침해 작용을 보여준다.⁵¹⁾

그러한 종류의 사실적인 침해가 법률유보에 해당하는가의 여부가 문제될 수 있다. 사실상 법률유보가 배타적으로 직접적으로 추구하는 명령을 지향하는 관점에서 순수한 사실적 침해는 법률유보가 필요없다고 하는 널리 퍼져 있는 견해가 있다.

연방행정재판소의 판결⁵²⁾에 의하면 법률유보는 경쟁자의 기본권이 “중대하고 참을 수 없는” 정도가 되는 한 사실상의 침해에 있어서도 법률유보가 논의된다. 지속적이며 중대하고 참을 수 없는 부담의 사례에 있어서 개개의 작동하는 기본권적으로 보장되는 자유는 실제에 있어서 “공허”하게 될 위험성이 있다. M. P.

50) G. Roellecke, “Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen”, DVBl 1968, S. 333, 334.

51) Vgl. dazu Wolfgang Rott, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum*, 1994, S. 7ff.

52) BVerwGE 30, 191(197); BVerwGE 60, 154(160) = NJW 1980, S. 2764(2765); BVerwG NVwZ 1984, S. 306 (307).

Huber가 물론 적절히 지적한 바와 같이 모든 보조금의 지급이 이를 고려하지 않은 경쟁자의 기본권에서 비롯되는 보호이익을 반드시 침해하는 것은 아니다.

나. 基本權關聯性

기본권적 관련성을 지니는 보조금에 있어서 규정이 규칙적 또는 전형적인 방법으로 침해작용을 갖는지 여부와 관련된다. 기본적으로 경제보조금은 경쟁자유와 관련하여 결코 기본권적인 관련성을 보여주지 않는다. 경제자유와 관련된다면, 입법적인 권력을 포함하여 모든 국가적인 활동은 기본권적인 관련성을 지니게 될 것이다.⁵³⁾ 연방헌법재판소의 결정에 따르면 보조금을 통하여 조건지워지는 출판의 자유, 종교의 자유 및 정당의 독립성의 침해가 생각될 수 있다.

여기에서 나아가 정보적인 자기결정에 대한 연방헌법재판소의 가장 중요한 결정이 고려될 수 있다. “정보적 자기결정의 제한과 같은 기본권의 모든 제한은 법률적인 근거를 필요로 한다. 제한의 조건과 범위는 시민을 위하여 인식가능하게 주어지며 이로써 규범의 명료성이라는 법치국가적 요청에 합치한다.”⁵⁴⁾

이제까지 연방헌법재판소는 경제보조금을 통한 침해에 대하여 아직까지 판결을 내리고 있지 않다. 연방헌법재판소의 결정이 그러한 입장을 취하는 것은 우연적인 성질을 갖는 것은 아니다. 그러나 예외없이 기본권관련성을 부인하는 것은 문제가 없지 않다. 기본권관련성에 관한 전부나 전무냐의 원칙에 따라 완전히 전체적으로 판단하는 것은 대변될 수 없는 것처럼 보인다. 오히려 개별사례의 상황을 고려하여 판단하는 것이 자리를 잡아나아가야 한다. “작용의 성공의 농도, 진지성 및 지속성, 관계자의 수 및 기본권의 객관적인 영역에 있어서 규율에서의 공동체관련성이 사전적인 고찰에 있어서보다 더 평가하면 할수록 기본권관련성과 이로 인하여 입법자에 의하여 다루어지는 것이 더 많아진다.”⁵⁵⁾ 기본권관련성의 판단을 위하여 보조금의 액의 다과, 구체적인 보조금이 마주치는 시장의 상황이 현저한 의미를 지닌다.⁵⁶⁾

53) 상세한 내용은 Lübke- Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, S. 215ff.

54) BVerfG NJW 1984, S. 419 (422).

55) Reinhard Hermes, *Der Bereich des Parlamentsgesetzes*, 1988, S. 113.

56) P.-M. Huber, *a.a.O.*, S. 498.

(2) 選擇的 法律留保

1) 豫算法, 節次法 및 慣習法

가. 豫算法

일반적으로 보조금은 예산법을 근거로하여 동의를 요하는 행정행위를 통하여 교부될 수 있다는 것이 일반적으로 인정된다.⁵⁷⁾ 모든 상황에서 사인에 대한 공공적인 자금의 지급을 위한 개별법률적인 근거가 필요한 것은 아니다.

나. 節次法

절차법은 독일에서 국가적인 급부를 위하여 충분한 정당성의 근거로서 적용된다. 그 범위에서 이것은 절차관련적인 규범으로 특징지워지는 한국에서의 보조금의 예산및관리에관한법률에서와 마찬가지로 독일행정절차법 제54조가 적용된다. 이러한 사례에 있어서 그것이 행정계약의 영역안에서 행정과의 합의를 이룰 때 시민은 그의 자유권의 행사의 형태로 활동한다. 따라서 행정의 권한은 이른바 시민의 기본권 포기예 반응을 보이는 것을 통하여 확대되어 질 수 있다.

다. 慣習法

다양하게 형식적인 의미의 법률과 더불어 수익적 행정행위를 통한 자금교부를 위한 관습법적인 수권으로 충분하다는 견해가 있다. 비록 법률유보와 관련하여 관습법의 인정이 통설에 따르면 거절되지만 뮌헨지방법원은 다음과 같은 주문제 2항에서 실감있게 판결하였다. “수익적 행정행위도 형식적 의미의 법률적 또는 관습법적인 수권을 근거로 적법하게 나아갈 수 있다. 따라서 행정행위의 발령을 통한 보조금의 인정은 상응하는 법적 수권을 전제로 한다.”⁵⁸⁾ 이러한 수권에 있어서 헌법이 명령수권에 근거하는 엄격한 요건을 설정한다. 오히려 관습법을 근거로 한 수권은 스스로 행정행위의 발령을 근거지우는 각개의 법률관계의 고권적인 구조를 근거지운다.

57) BVerwG DVBl 1978, S. 212 = NJW 1977, 1838.

58) VG München BayVBl 1973, S. 135ff.

2) 議會의 議決

연방행정재판소와 통설의 견해에 따르면 행정행위를 통한 자금의 교부를 위하여 어떠한 법률유보가 적용되지 않는다: 오히려 의회적 의사표시의 형태로서 예산계획에 있어 해당되는 자금의 확보가 통상적으로 충분한 근거가 되는 것으로 간주된다. 우리 헌법 제58조는 예산외에 공적자금의 교부에 있어서 법률적인 근거가 아니라 오히려 국회의 동의를 요구하고 있다. 이러한 동의는 국회의 표결로서 예산을 통한 정당성과 동일하다.

3) 行政規則

경제보조금에 있어서 행정규칙은 거부할 수 없다. 많은 경우에 보조금이 지급되는 활동영역에 있어서 보조금준칙을 통하여 행하여진다. 여기에서 보조금준칙이 충분한 수권근거가 되어질 수 있는지의 문제가 제기된다. 이 문제는 직접적으로 보조금준칙의 법적성질의 문제와 관련되지 않는다. 왜냐하면 급부근거(Leistungsgrundlage)와 청구근거(Anspruchsgrundlage)는 엄밀히 구분되어지며 보조금준칙의 대외적 효력은 주관적 공권을 위한 기초가 된다.

비록 보조금준칙은 - 통설이 설명하고 있듯이 - 원칙적으로 내부적 효력을 갖고 단지 예외적으로만 기본법 제3조제1항과 결부하여 대외적 효력을 가짐에도 불구하고 행정은 일반적으로 행정규칙을 통하여 보조금을 지급할 수 있다. 경제보조금의 교부가 권리영역에서의 침해를 의미한다면 행정은 행정규칙을 근거로 활동할 수 없다. 이러한 사례에 있어서 행정규칙은 경제보조금을 위한 법적인 근거로서 충분하지 않다. 그러나 행정이 예산계획외에 통상적인 경제보조금에 있어서 행정규칙을 통하여 작동될 수 있는지 여부가 문제시된다. 이것은 긍정될 수 있다. 왜냐하면 예산계획이 한편으로 의회와 행정사이에 내적인 작용을 형성할 수 있기 때문이다. 다른 측면에서 행정은 그의 독자적인 활동과 관련하여 그것이 행정규칙의 적용을 통하여 동등한 행정현실을 근거지울 때 자기구속적이다.⁵⁹⁾

59) H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 1992, Rdnr. 24, 21.

4) 大慘事(Katastrophenfalle)

선택적 법률유보의 광범위한 사례의 군은 자연재해와 같은 대참사에 있어서 자금교부가 이에 해당된다. 대참사라고 하는 것은 수많은 사람들의 법익침해를 야기하는 갑자기 예기치 아니하게 발생하는 피할 수 없는 사건을 의미한다. “어디에, 어떻게 대참사에 있어서 국가적인 보조금의 성급한 보장이 필요한지는 행정의 단지 국가적으로 대참사지원금으로 광범위하게 침해적 유도목적들을 추구하는 것을 거부하는 한 법률적인 근거없이 가능하다. 분배유도적인 보조금은 매우 급박할 수 있다는 것과 의회의 법률이 기대될 수 없다는 것은 상상할 수 없다.”⁶⁰⁾ 대참사로부터 발생하는 특별한 어려움을 극복하기 위하여 공적인 수단의 의도된 자금의 교부를 통하여 기여하려는 집행부의 책임성이 놓여 있다. 여기에 있어서 어떠한 특별한 수권근거가 필요하지 않다. 왜냐하면 대참사가 그 자체로서 행정의 활동을 위하여 충분한 정당성이 되기 때문이다. 여기에서 행정이 신축적인 행위의 가능성을 보장하여야 하는 집행권의 독자적 책임영역과 관련된다.⁶¹⁾

V. 結 論

지금까지 급부행정의 법률유보라고 하는 까다로운(heikel) 테마를 다루어 보았다. 이른바 중성설 내지 본질성설⁶²⁾이라는 독일의 현재의 주류적인 경향을 따르지 아니하고 오히려 독일에서 새롭게 일고 있는 정당성적 사고의 틀을 가지고 접근하려고 시도하였다. 앞서도 밝힌 바와 같이 법률유보는 유동적인 테마이기 때문에 시대상황에 적합한 새로운 시도와 도전이 필요하다고 본다. 우리 법률유보론이 갖고 있는 한계는 독일의 학자들이 수립한 이론적 틀을 벗어나지 못하는

60) P.-M. Huber, *a.a.O.*, S. 501.

61) Vgl. C. Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, S. 287; Starck 교수는 비록 특별한 이유를 제시하지 아니한 채 긴급상황(Notfälle)에 있어서는 법률적인 근거 없이도 잠정적인 보조금을 지급할 수 있다고 설명한다.

62) 본질성설에 관한 비판에 관해서는 필자의 최근의 논문 “법규명령론의 재검토”, 「법제」 통권 제451호, 1995. 7, 101면 이하 참조바람.

데 있다. 독일의 이론적 경향을 추구하다 보니 현재 독일에서 발전된 중요성설 내지 본질성설앞에 일렬종대하고 있다면 너무 지나친 표현일까? 앞서 지적한 바와 같이 공법 특히 헌법의 기본문제이면서도 우리의 경우 헌법학자와 행정법학자의 논의가 서로 호환성이 없는 컴퓨터프로그램처럼 각자의 논의의 방향을 고집하는 듯한 인상을 받았다. 이에 대한 반성적인 토대하에 양자를 통일적으로 연결하면서 새로운 이론적인 발전의 토대를 형성한다는 차원에서 하나의 독자적인 이론적인 틀을 만들어 보려고 시도하였다. 독일학자들의 연구성과를 기초로 하긴 하였으나, 어쨌든 이곳에서 다룬 “분별화된 정당성유보론”이 다소 우리 법률유보론의 발전을 위하여 하나의 시사점을 던질 수 있기를 바라면서, 끝으로 바이마르시대의 깜깜한 밤하늘에 떠 있는 빛나는 4개의 공법학의 거성중의 하나인 Hermann Heller의 말을 인용하면서 부족한 글을 맺기로 한다: “법률유보에 속하는 것은 무엇이고 입법이 포착하는 것은 어떤 대상인지를 논리라든지 이론적인 형식이 결정하는 것이 아니라 전통, 합목적성, 권력의 상태 그리고 국민의 권리의식이 이를 결정한다.”⁶³⁾

63) 이 부분은 간접인용한 것이다. G. Roellecke, *Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz*, 1968, S. 197.