

재정법제 자료 10-12-15

Hans-Günter Henneke

『Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung』

C.F.Müller

Hans-Günter Henneke

『Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung』

C.F.Müller

총괄 : 성승제(한국법제연구원)

번역 : 문병효(강원대학교)

변무웅(대진대학교)

유주선(강남대학교)

이영종(가톨릭대학교)

Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung

Eine systematische Darstellung

von **Prof. Dr. Hans-Günter Henneke**

2., völlig neubearbeitete Auflage

C.F.Müller Verlag
Heidelberg

CIP - Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Henneke, Hans-Günter:

Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung : eine systematische Darstellung /

von Hans Günter Henneke. - 2., völlig neubearb. Aufl. -

Heidelberg : Müller, 2000

(Jurathek : Praxis)

ISBN 3-8114-9975-0

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier aus 100% Chlorfrei gebleichtem Zellstoff(DIN-ISO 9706).

© 2000 C.F.Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg

Satz: Textservice Zink, Schwarzach

Druck und Bindung: Koninklijke Wöhrmann B.V., NL-Zutphen

ISBN 3-8114-9975-0

목 차

일러두기	9
전정판 서문	11
초판 서문	13
제 1 장 독일 연방공화국에서의 공적 재정	17
제 1 절 공적 재정 운영	17
A. 공적 재정의 개념	17
B. 공적 재정의 특별한 징표들	17
C. 공적 재정 담당자	19
제 2 절 재정국가 및 조세국가로서의 독일연방공화국	21
제 3 절 재정헌법	27
A. 기본법 제10장의 관심사와 구조	27
B. 연방국가 구조의 핵심요소로서의 재정헌법	29
C. 재정헌법의 발전	35
제 2 장 연방국가의 사무분담	55
제 4 절 국가사무의 변천	55
제 5 절 연방국가의 권한배분	60
A. 기본적 전제규범으로서 기본법 제30조	60
B. 입법권한	61
C. 행정권한	67

제 3 장 연방국가의 사무책임	81
제 6 절 공공지출의 변천	81
A. 국가관여율	82
B. 공공지출의 장기적 변천상황	88
C. 기본법의 발효와 공적 지출의 변천	88
제 7 절 연방국가의 부담분배	93
A. 명료한 부담분배규정의 필요성	93
B. 기본법 제104a조 제1항의 부담분배원칙	95
C. 행정지출과 목적지출의 구별, 기본법 제104a조 제5항	98
D. 합법적 행정에 대한 상호 책임, 기본법 제104a조 제5항	99
E. 사무권한과 사무책임의 상위	103
F. 연방에 의한 주들의 사무에 대한 공동의 재정부담	110
G. 기본법 제120조의 특별규정	130
H. 공공근거리 교통에 대한 재정조정, 기본법 제106a조	130
제 4 장 공적수입	137
제 8 절 공공수입의 구조	137
제 9 절 각종 공과금	139
A. 공과금	139
B. 조 세	143
C. 수수료	194
D. 분담금	212
E. 특별분담금	216
제10절 경제적 활동으로부터 나온 수입	232
A. 국가와 지방자치단체의 경제적 활동 - 그 발전과 의미	232
B. 공기업의 조직형태	240

C. 국가와 지방자치단체의 경제적 활동을 법적으로 허용할지 여부	243
제11절 신용으로 얻은 수입(국가채무)	273
A. 공적 신용 인수 즉 기채의 변천사	273
B. 공적 신용의 형태	292
C. 공적 신용의 기능	294
D. 공적 신용의 효과	298
E. 공적인 기채의 법률적 조건과 제한	303
제 5 장 연방국가의 공과금분배	343
제12절 입법권한의 분배	343
A. 조 세	343
B. 그 밖의 공과금	360
제13절 수입권한의 분배	363
A. 조 세	363
B. 기타 공과금	446
제14절 행정권한의 분배	447
A. 연방국가 재무행정의 개념과 의미, 발전	447
B. 재무행정의 유형	449
C. 행정절차, 기본법 제108조 제5항	457
제 6 장 지방자치단체의 재정	459
제15절 지방자치단체의 자치행정권의 보장	460
A. 기본법 제28조 제2항에 있는 지방자치단체 자치행정의 보장	462
B. 지방자치단체 재정고권-적절한 재정조달에 대한 청구권	467
C. 지방자치단체 조세고권-적절한 재정확보의 청구권	471
D. 재정의 고유책임의 근거	473
E. 자치행정보장의 의무자	475

F. 주정부헌법상 자치행정보장	477
제16절 기본법과 주 헌법상 지방자치단체 재정고권과 과세요건	477
A. 지방자치단체의 지출책임	482
B. 지방자치단체의 공과금입법권한	498
C. 지방자치단체의 수익권한	501
D. 지방자치단체 재정조정의 이행에 대한 헌법적인 규정들	507
제17절 지방자치단체 재정조정의 이행	525
A. 재정조정규모	525
B. 교부의 유형	527
C. 케마인테에 대한 핵심교부사항의 배분	530
제18절 크라이스의 재정	541
A. 크라이스의 사무, 지출 그리고 수입유형의 전개	541
B. 크라이스의 할당금	543
제 7 장 연방, 주 그리고 지방자치단체의 사무와 재정에 관한 개혁	579
제19절 개혁의 중점	579
A. 연방국가에서 사무배분	581
B. 부담배분규정	582
C. 조세입법권한과 세금징수확정권한	584
D. 수직적인 조세수입 배분	589
E. 주정부와 지방자치단체에서 수평적인 조세수입배분	592
F. 주들간의 재정조정	593
G. 수직적인 재배분	594
H. 주의 재편을 위한 자극으로서 재정헌법의 개혁	596
용 어 색 인	597

일 러 두 기

이 자료집은 한국법제연구원 재정법제연구사업의 외국 재정법 저명서적 번역사업에 따른 2008년 일본 재정법(日本財政法學會編, 財政法の基本課題(1권), 財政の適正管理と政策実現(2권), 地方財政の変貌と法(3권))의 번역·발간과 2009년 프랑스 재정법(Michel Lascombe, Xavier Vandendriessche, *Les Finances Publiques*, 6^e édition, Dalloz)의 번역·발간에 뒤이은 것으로서, 2010년 재정법제연구사업(VII)의 일환으로 독일 재정법(Hans-Günter Henneke, *Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung*)을 C.F.Müller 출판사와의 계약하에 번역·발간하게 되었다.

이 자료집의 번역·발간은 2009년 3월부터 착수하였는데, Henneke의 독일 재정법은 독일에서 재정법 분야에서 주요한 기본서적으로 활용되고 있는 것이라는 것을 파악하였다. 즉 우선 독일의 대학도서관들이 소장한 재정법 문헌을 검색하고, 독일 대학의 재정법 강의계획서를 수집하여, 그 강의계획서에 있는 기본서 및 참고문헌들을 평가한 결과, 독일에 있어서 이 책만큼 재정법 분야에서 일반적인 기본서로 인정받고 있는 책은 없다는 것을 알 수 있었다. Henneke의 독일 재정법은 초판은 1990년에 간행되었으며, 전정판은 2000년에 간행된 것인데, 이 자료집은 전정판을 번역한 것이다.

이 자료집을 번역함에 있어서 원문을 그대로 따름에 중점을 두었다. 이 자료집의 목차도 원문을 그대로 따랐고, 장·절 등 제목순서 등도 마찬가지로, 책 뒤의 색인 역시 원문과 같이 독일어 어순에 의하여 기재하였다. 본문 번역상 다양한 의미를 가질 수 있는 어휘는 독일어를 병기하여 혼동을 줄일 수 있도록 하였으며, 의역을 하기보다는 혼동을 줄이기 위한 방편으로 원문에 충실하게 직역을 하는데 중점을 두었다. 그리고 역자가 독자들의 이해를 돕기 위하여 필요한 경우에는 역자의 주임을 밝히고 주를 하였으며, 해당 부분의 번역자는 해당 장 첫머리에 해당 장에 대한 단락별 번역자를 표시하였다.

전정판 서문*

법률에 근거한 공적인 급부의무와 독일통일의 결과 추가되는 거대한 재정 부담 그리고 세계 위기극복을 위한 독일의 국제적 기여(Inpflichtnahme)증대로 인해 지출은 지속적으로 증대하고 있는데도 독일의 공공수입은 담보상태인데다 심지어 줄어들고 있다. 이로 인해 과거 10여년 독일의 공공재정제도(Finanzwesen)는 기본법 하에서 지금까지는 유례를 찾아볼 수 없었던 증대한 도전에 직면하고 있다.

연방과 주, 지방자치단체(Kommunen)의 사무에 적합한 수입 분배를 둘러싼 투쟁은 이 시기에 경제활동 및 민영화수익금(Privatisierungserlöse)으로부터의 수입이 더 포함되고 국가채무가 확대되는 것처럼 마찬가지로 증가하였다. 그럼에도 국가의 공공 수입과 지출관계는 여전히 심각한 불균형상황(Schiefelage)에 처해 있다.

발생된 문제의 압박 때문에 거의 강제적으로 법원에서의 수많은 분쟁이 초래되었으며 그 결과 재정헌법적인 문제들을 사법적으로 관철하려는 시도가 90년대를 경과하면서 현저히 증가하였다. 이것은 이 책에 서술한 거의 모든 영역과 관련된다. 이외에도 사법적인 논쟁의 부수효과로서 헌법정책적인 개혁의 필요가 명확해졌다.

재정헌법적인 문제제기가 갖는 헌법적 의미와 정치적 중요성이 명백히 증가하고 있음에도 역설적으로 법학교육에서 재정헌법(Finanzverfassung)의 의미는 상실되는 일이 발생하고 있는데, 이는 국가시험법에서 몇 년 동안 제1차 시험 필수과목의 시험내용과 관련하여 “재정헌법 및 비상조치와 관련된 헌법(Notstandsverfassungsrecht)을 제외한 국가법”으로 하고 있기 때문이다. 이는 재정헌법의 사실상 의미에 대한 경멸(Hohn)일 뿐만 아니라 마찬가지로

- 연방국가 질서의 기본문제들
- 자치단체 자치행정의 보장
- 기본권문제들
- 행정의 법률적합성의 헌법문제들 등의 문제에 대한 법학교육에서의 추천 영역으로서의 적합성(Eignung als Referenzgebiet)에 대한 경멸을 의미하는 것이기도 한다.

* 본 2판 서문과 1판 서문 번역 (문병효).

제1판에서 매우 친근하게 받아들여진 체계적 서술에 대한 전면 개정작업을 하면서 그 기본구조 및 초기 목표설정(이에 대해서는 제1판 서문)은 포기하지 않고 다음과 같이 강조점에 대한 변경을 고려하고 있다.

- 1999년 11월 11일의 연방헌법재판소의 판결을 포함하여 연방헌법재판소와 주 헌법재판소에 의해 다루어진 문제들을 전면 포함시키는 작업
- 경제활동수입 목표와 관련된 실무 및 교육적 문제를 더욱 포함시키며
- 유럽법의 문제를(마스트리히트 기준(Maastricht-Kriterien) 포함시키고
- 지난 몇 해 동안 판례에 특히 중요하게 다루어졌던 지방자치단체 재정의 헌법적 문제영역에 계속 상당한 비중을 유지하며
- 현안으로 닦쳐있는 헌법 개정의 필요성을 부각시켰다.

그러한 작업을 하면서 필자는 오스나브뤽 대학(Uni. Osnabrück)과 슈파이어 행정대학(Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)에서 교과목을 강의한 경험과 자치단체장 최고협회(Spitzenverband)와 헌법재판절차에 참여한데서 얻은 실무경험을 결부시키려고 노력하였다.

울리케 크루스-비드마이어(Ulrike Krus-Widmayer)는 1993년 이래 필자가 쓴 기고문에서 그러했던 것처럼 이 책의 원고작업을 신중하게 수행하였다. 그에 대해 아주 특별한 감사를 드린다.

1999년 11월, 본(Bonn)에서
한스-귄터 헤네케(Hans Günter Henneke)

초판 서문

“많은 국가시험응시자에게 기본법은 제104조에서 중단된다. 그러나 만약 시험관이 분별없이 기본법 제10장 재정헌법의 규정을 질문해야 한다면 그는 80 내지 100가지의 경우에 완전히 모른다는 대답(Nichtwissen) 듣게 된다. 여기서 실무출신 시험관은 기꺼이 이 분야의 문제를 질문하는데 이는 그들이 이러한 헌법적인 문제들이 실천적으로 얼마나 중요한지를 알기 때문이다. 바로 지난달에 사람들은 연방과 주들간에 재원 및 재정조달의무에 관한 분쟁에 관하여 반복적으로 읽었다.” 클라우스 포겔(Klaus Vogel)의 이러한 소견(Befund)은(JA 1980, 577) 그것이 나온 지 10년 후 조금도 그 시의성(Aktualität)을 잃지 않았고 오히려 1990년대 초까지 그 사실적, 정치적, 법학적 중요성은 여전히 증가하였다. 주들 간의 수평적 재정조정(Länderfinanzausgleich)과 특별부담금(Sonderabgaben), 투자지원(Investitionshilfe), 국가채무(Staatsverschuldung) 그리고 지방자치단체의 재정에 관한 다양한 문제들에 대한 연방헌법재판소의 판결들은 최근 등장한, 정치영역에서 매우 다투어졌던, 구동독이 기본법의 효력범위내로 가입한 후의 독일통일비용의 조달문제 및 부가가치세 분배문제와 마찬가지로 인상 깊게 이것을 입증하고 있으며 이를 통해 공공의 재정제도가 광범한 여론의 시야로 들어오게 되었다.

이것은 이 테마의 직업교육상의 중요성(Ausbildungsrelevanz)을 입증한다. 최근에 두드러지게 이러한 소재들에 더 주의를 갖기 시작했음에도 불구하고 법학교과서에서는 재정헌법과 지방자치단체의 재정은 대부분 소홀히 다루어진다. 저명한 재정법 및 예산법 실무가 중의 한 사람인 베르너 파치히(Werner Patzig)는 1988년에 다음과 같은 결론(Fazit)을 내린다(DÖV 1988, 699): “특히 학생들의 필요에 적합하고 가격이 저렴한 공공 재정법 교과서를 쓰는 일은 여전히 그 해답을 기다리고 있다.” 이러한 해답에 기여하기 위한 시도가 여기서 제시된다. 이 책의 서술은 4개의 목표그룹을 대상으로 하고 있다:

- 법학도들에 대하여는 “법률가를 위한 재정학”의 증명서(Schein)를 취득하기 위해서 뿐만 아니라 국가법(Staatsrecht), 기본권, 지방자치법의 인식을 심화하고 시험하기 위하여,
- 경제학도들에 대하여는 단기과정(Aufbaustudium)에서 규범 지향적으로(normorientiert) 공공재정제도에 주의를 기울여야 하는 경우에,

- 행정전문대학(Verwaltungshochschulen)과 학업연구소(Studieninstitute)의 학생들에 대하여는 공공재정제도가 학업내용에 속하는 경우,
- 행정실무가 및 (자치단체의) 정치가들에 대하여는 국가 및 지방자치단체의 차원의 모든 형성적인 결정들(gestalterische Entscheidungen)에 대하여 재정적 가능성 및 한계를 보여주는 법률규정과 도구들 내지 실제 작용의 복잡한 구조에 관하여 개관을 하고자 하는 경우.

다루어진 소재에서, 그리고 목표 그룹의 묘사에서도 이 책의 구조와 서술 방식에 대한 결론이 도출된다. 이 책은 재정헌법이나 국가법, 혹은 행정법적 사전지식을 전제로 하지 않으며 동시에 다루어지는 소재에 대해 심화된 파악을 위해 노력한다.

공공재정제도에에는 연방과 주들, 지방자치단체들이 가지고 있는 전체수입의 범위 내에서 재원을 가짐으로써 사무수행을 위해 필요한 지출을 할 수 있게 하는 과제가 귀속된다. 재정헌법의 규율은 연방과 주들의 국가적 독립성 및 지방자치단체의 자치행정을 확보하고 전개하는데 기여한다. 공공재정제도의 규범규율들은 주의적 국가구조에 대한 기본 인식 없이는 진실로 이해할 수 없다. 수많은 규율들에 대해 “왜(Warum)”라는 물음은 대답이 되지 않은 채 남아있다. 구체적인 직업교육상황(Ausbildungssituation)에서는 학생들이 국가법 내지 행정법과 병행하여 내지 그 전에 공공재정제도/공공재정학에 관심을 가져야 한다. 이것은 국가법과 행정법적 지식이 다음 서술의 기초가 될 수 없었다는 것을 의미한다. 그 대신에 재정제도에 대한 규정을 가지고 있는 연방국가 질서의 핵심내용이 평가된다. 똑같은 것이 지방자치행정에 대해서도 적용된다. 게다가 공과금징수는 침해행정 및 법률유보 적용의 고전적인 형태이다. 따라서 권한질서 및 기본권에서 도출되는 공과금징수의 헌법적인 한계는 공공재정제도의 이해를 위해서 마찬가지로 다루어진다. 이것은 물론 제시된 영역이 아주 상세하게 전개되어 있다는 것을 의미하지 않는다. 오히려 공공재정제도의 규율이 어떤 내용을 갖는지 이런 식으로 서술할 뿐만 아니라 왜 그런 식의 복잡한 규율체계가 선택되었는지를 해명하기 위해서도, 공공제도에 대한 특별한 문제제기에 대한 목표에 맞춰진 관련 및 현실화만이 요청되고 있다.

서술은 법학의 시각에서 불가피한 한 쌍으로서 “재정학(Finanzwissenschaft)”에 관한 현존하는 수많은 경제교과서를 따르고 있다. 분명하게 설명이 필요한 곳에서는 연방재무부의 최근 재정보고와 통계연보에서 추출한 최신 데이터 자료를 채택하였고 부분적으로는 필자 스스로 계산하거나 편집하기도 하

였다. 목차에서 나는 구조를 명료하게 하기 위해 노력하였고 언급되어야 할 모든 문제를 집어넣어서 서로 무관하게 있지 않게 하였다. 각주는 선택된 관련문헌을 통해 무엇이 보충되는지 의식적으로 간결한 내용으로 되어 있다. 그러나 이 교재에는 1990년 6월까지 판례와 문헌, 입법자의 법안이 토대로 되어 있다. 원고는 1990년 3월에 완성되었다. 출판사는 고맙게도 1990년 7월 1일 서독과 동독 간 통화(Währungs-) 및 경제, 사회연합(Sozialiunion)의 창설에 관한 국가조약(Staatsvertrag)의 발효 시까지 전개된 내용과 법률상 개정뿐만 아니라 독일통일의 창출에 관한 국가조약(통일조약(Einigungsvertrag))에서의 재정헌법관련규정이 작업을 통해 내용으로 들어가는 것을 가능하게 하였다. 이것들은 과도적인 성격을 갖기 때문에, 의식적으로 이 서술의 마지막 부분에서 요약되어 있다.

이 책은 킬(Kiel) 대학과 알텐홀츠(Altenholz) 전문행정대학(Verwaltungsfachhochschule)의 강의에서 모을 수 있었던 경험을 바탕으로 하여 쓰인 것이다. 학생들이 해 준 많은 자극과 조언들은 필자가 원고를 쓰면서 기꺼이 받아들여 서술하였다.

제 1 장 독일 연방공화국에서의 공적 재정*

1

A. 공적 재정의 개념

<1>

‘공적 재정’은 국가와 기타 공적공공조직체(oeffentliches Gemeinwesen)의 재정 운영이라고 이해된다. 공적 과제 이행에 필요한 재화 및 서비스에 대한 수요를 충족시키고 이를 위해서 요구되는 재원을 조달하고, 관리하고 투입·사용하는 것이 바로 공적 재정의 과제이다.

<2>

재원 조달(파이낸싱, Finanzierung)이 공적 재원의 관리, 즉 그 조달, 관리 및 사용과 관련된다면, 그것은 짧게는 국가, 최소행정단위 지자체(Gemeinde) 및 기타의 공적 조직체의 수입·지출의 관리 혹은 예산 운영(Haushaltswirtschaft)라고도 표시할 수 있다. 수입 관리로서 ‘공적 부문 재정 운영’은 국가 필요에 상응하는 수입의 마련을 돌보는 것이다. 이는 특히 강제부담금(조세, 비용, 분담금, 특별부담금 및 기타 부담금)의 부과나 영업 운영 수입의 달성에 의해서나(Rdn. 456 ff.) 신용공여를 받음으로써 이루어진다.(Rdn. 527 ff.) 지출 관리로서 그것은 조달되고 관리되는 재원을 국가 과제들의 시행을 위해서 사용하는 것이다. 공적 조직체의 어느 과제에 재원을 사용해야 할지는 헌법으로 확정되어 있는 기관들에 의해서 정치적으로 결정된다.

B. 공적 재정의 특별한 징표들

<3>

공적 재정과 사적 개별경제주체(가계, 기업)의 공통점은 경제주체라는 점, 즉 계획에 따라서 자기의 수단들을 가지고 가능한 최고의 결과에 도달하려고 한다는 점이다. 공적 재정은 이에 있어서 사적 개별경제주체들처럼 국민경제(Volkswirtschaft)의 개별 부문들 간의 다양한 경제적 관계들 사이에 자리 잡고 있다.

* 제1장 번역 (이영중).

< 4 >

기업들과 가게들은 종종 생산경제와 소비경제로 상호 반대되는 것으로 설정되고, 그리고 나서 국가재정(Finanzwirtschaft)은 소비경제와 동렬에 놓인다. 이는 공적 재정이 (기업처럼) 이윤 창출을 지향해 있지 않고 (가게처럼) 수요 충족을 지향해 있기 때문에 이 점에 있어서만은 맞는 말이다. 공적 조직체의 수요 충족은 그럼에도 불구하고 자기가 사용하는 것이 아니라 공적 급부 생산에 기여하는 것이다. 인적 및 물적 자원의 투입 하에서 국가는 시민들에게 통상 무상으로 제공하는 급부를 생산하는 것이다. 예를 들어 경찰, 사법제도 및 군대에 의하여 내부적 및 외부적 안전성을 생산한다. 그러한 한에서 국민경제적 전체 계산상에서 소비 측에 있는 ‘국가소비(Staatsverbrauch)’라는 개념은 오해를 일으킬 수 있는 것이다.

< 5 >

공적 재정의 특별한 속성에 대한 설명을 위해서는 일부는 본질(Wesen)과 관련되고 또 일부는 외적 현상에만 관련되는 다음 징표들을 제시할 수 있다.

< 6 >

사적 개별경제주체들과 달리 공적 재정은 공동의 수요 충족을 요하는 그러한 수요(특별한 공공재)를 충족시킨다. 이러한 재화들이나 서비스들의 특징은 공급을 시민 개인들에게 배분할 수 없다는 점과 제3자가 자기 몫의 비용은 부담하지 않고 그것들에서 이익을 얻을 수 있다는 점이다. 이에 대한 전형적인 예들이 방위, 경찰, 소방이다.

< 7 >

공적 재정은 그것이 필요로 하는 바를 개별경제주체들과는 반대로 강제징수를 통해서 충족시킨다. 조세고권(Abgabenhoeheit)은 국가에게 사적 부문의 금전재산을 강제적으로 국가에 이전시킬 수 있는 힘을 부여한다. 이 조세고권에 힘입어서 공적 재정은 개별 경제주체들로부터 공과금, 무엇보다도 조세를 부과하는 것이다.

< 8 >

공적 재정은 이익을 추구하는 것이 아니라 (재정상 및 전체경제상 부담 가능한 순부채를 포함하여) 수입과 지출의 균형을 지향한다.

< 9 >

공적 재정은 민간 개별경제주체들의 예산관리(Haushaltsfuehrung)와 운영(Wirtschaftsfuehrung)에 영향을 끼침으로써 전체경제상의 기능들을 수행한다. 고전적 자유주의가 이 영향을 가능한 한 적게 유지하고자 했던 반면에 공적 재정은 오늘날 계획적으로 경제 정책적 및 사회 정책적 목표들에 이용되고 있다.

< 10 >

공적 재정은 정책을 위한 경제주체이다. 헌법은 어느 정치제도들이 재정 정책적 결정들을 내리는지를 규정하고 있다.

C. 공적 재정 담당자

< 11 >

공적 재정 담당자로는 우선 지역 사단(Gebietskoerperschaften)들이 있다. 지역 사단과 밀접한 관계에 있는 것으로 공기업(oeffentliche Unternehmen)과 공적 특별재산(oeffentliche Sondervermoegen)이 있는데, 이들은 지방자치단체 재정(Haushalte)에서 분리되어 독자화 된 부분들로 보아야 한다. 그 외에도 국가와 시민 개인들 사이에 있고 공적 재정과 강한 공통점들을 보이는 다수의 공공조직체(Gemeinwesen)들이 더 있다(소위 고유재원을 가지고 공적 과제를 수행하는 재정주체들, 부수재정주체들(Nebenfisci), 매개적 공공조직체(intermediaere Gemeinwesen))와 무엇보다도 사회보험 담당주체(Versicherungstraeger)가 이에 속한다.

< 12 >

독일연방공화국과 같은 연방국가(Bundesstaat)에서 지역사단(Gebietskoerperschaft)에 속하는 것으로는 연방(Bund)¹⁾, 주(Laender)²⁾ 그리고 주 내부의 지방 내지 지역자치단체(lokal bzw. regionale Selbstverwaltungskoerperschaft)로서의 기초자치단체들(Gemeinden), 광역지방자치단체(Landkreise), 기초자치단체연합들(Gemeindeverbaende)이 있다. 재정운영과 재정 정책적 관점에서 중요한 것은 개별 주들 간의 비중 상의 차이들이다(예를 들어 예산 규모를 기준으로 해서). 더 나아가서 주 재정들에 대한 판단을 위해서 의미 있는 것은 16개 주들 중 3개 주(베를린, 브레멘 및 함부르크)가 그 성질 상 도시국가로서 주의 과제도

1) 역자 주: Bund, 전체국가(全體國家, Gesamtstaat)

2) 역자 주: 지방(支邦, Gliedstaaten)

관장하고 있고 지방자치단체의 과제(kommunale Aufgaben)도 관장하고 있다는 점이다. 그 결과 이들 주는 예를 들어 영역이 넓은 (다른) 주들과는 다른 수입 지출구조와 또 명백하게 주들의 평균치를 상회하는 채무수준을 보이고 있다.

< 13 >

공기업들은 다수의 경제 분야에 공법 및 사법상의 조직형식들을 이용하여 다양한 형식으로 존재한다. 공기업의 중점분야는 광업, 에너지 공급, 오물수거, 용수 공급, 교통제도 및 통신제도, 신용제도 및 보험제도이다.

< 14 >

국가 특별재산들(Sondervermoege n der oeffentlichen Hand)은 관련 지역단체 재산에서 분리되어 있고 자체적인 계산(예산계획 내지 운영계획)을 가지고 있지만³⁾, 법적 독자성은 없는 (지역단체 재산의) 부분들이다. 분리되어 있는 부분들은 기업일 수도 있고 아니면 다른 공적 목적들을 추구할 수도 있다. 특별재산으로 운영되는 것으로는 예를 들어 고유한 법인격 없는 공기업이 있다. 이들은 무엇보다 지자체의 고유기업들이다. 연방에 있어서 기업이 아닌 특별재산에 속하는 것으로는 무엇보다도 연방철도재산(Bundesbahnvermoege n), ‘독일 통일(Deutsche Einheit)’ 기금, 상속부담해소기금(Erblastentilgungsfonds), 유럽재건프로그램 특별재산(ERP-Sondervermoege n) 그리고 철 및 석탄 투입 조정 기금이 있다.

< 15 >

고유재원을 가지고 공적 과제를 수행하는 재정주체들(Parafisci)에는 무엇보다도 (1) 사회보험담당자: 블루컬러 근로자 연금보험 및 화이트컬러 근로자 연금보험, 광부조합 연금보험(knappschaftliche Rentenversicherung), 공적 추가급 부금고(Zusatzversorgungskasse), 농업 부문 종사자 양로금고, 법정 건강보험 및 법정 사고보험, 요양보험, 실업보험, 취업지원기구(Arbeitsfoerderung) (2) 종교 공동체들(Religionsgemeinschaften; 교회채무주체, Kirchenfisci), (3) 직업단체들(상업회의소, 수공업회의소 등등)이 포함된다. 고유재원을 가지고 공적 과제를 수행하는 재정주체로서의 형상을 가진 주체들(parafiskalische Giblyden) 모두에 공통되는 것은 이들이 독자적으로 각각의 구성원들을 위해서 공적 과제를 관장하고 있으며 이를 위해서 강제공과금을 부과한다는 점이다. 고유재원을 가지고 공적 과제를 수행하는 재정주체들 중에서 사회보험 담당자들에

3) 역자 주. 원어 표현은, ‘mit eigener Rechnung’임.

게는 이들의 과제들의 의미(생활상의 기초적 위협에 대한 대비: 고령, 실업, 질병, 요양 필요성 및 부양자의 사망), 지출규모 때문에 그리고 지역단체들과(무엇보다 연방과) 재정적으로 밀접하게 서로 얽혀있다는 점 때문에 특별한 의미가 부여된다.

2 가 가

< 16 >

국가 과제들은 국가를 위해 일하는 이들과 물적 자원들(Sachgueter)을 투입함으로써만 실행될 수 있다. 오늘날 현물급부에 대한 단순한 교환으로써는 더 이상 그러한 서비스와 물적 자원들을 획득할 수 없다. 더 정확히 말하자면 근대국가는 자기 과업의 완수를 위해서 재원을 필요로 한다. 구 정치 시스템들이 아직은 널리 국민들에게 요구되었던 현물급부를 통해서 적은 물질적 필요를 충족시킬 수 있었던 반면에 현대국가들은 모두가 재정국가들이다. 이들은 재원을 조달하고, 관리하고 사용한다. 이들은 공공조직체(공동체)에 두 가지 의미에서의 재산을 전달한다. 16세기 근대국가 형성에 이른 것은 오로지 급부능력을 갖춘 재정 시스템을 발전시켜, 구축하고, 유지하는 데 지배자들이 성공했다는 데 기인한다. 상비군조직도 중상주의 경제로의 이행도 공공조직의 재무적 수요의 급증을 낳았다. 근대국가가 대내외적 법의 보호만을 자신의 과제로 보지 않고 개인의 생활 형성에 있어서 촉진과 도움을 주는 것도 그것으로 본 이래로 국가의 재원에 대한 수요는 매우 확대되었다.

< 17 >

재원을 획득하는 자는 그와 함께 자기 행위와 자기실현의 여지를 넓힌다. 그는 다른 이의 의사에 영향을 줄 가능성을 만들어내는 것이다. 재원 보유와 관련된 이러한 가능성들을 현대 재정국가도 이용하는 것이다. 현대 국가는 법에 기한명령과 강제만이 아니라 재원 투입을 통해서도 행위 하는 것이다. 재원을 통해서 타인의 의사에 대하여 영향을 줄 가능성은 그렇기 때문에 국가권력의 도구로서 법적 명령과 어깨를 나란히 하게 된다. 재정국가는 이 도구를 국가라는 장치의 조종을 위해서만이 아니라 경제와 사회에 대한 영향력 행사를 위해서도 이용한다.

< 18 >

국가의 행위단위(행위주체)들에게 있어서 법적 행위를 통해서 행해지는 그들의 성립과 재원 제공은 구별되어야 한다. 재원 구비 없이는 국가 행위단위가 조직될 수도 유지될 수도 없는 것이다. 그러므로 법에 의한 조직화는 재원을 조달함을 통해서 보완되는데, 이에 있어서 어떤 행위주체에게 부여된 힘의 양이 재원 제공과 함께 제공된 재원의 양에 의해서 확정되는 것이다. 재원들을 통하여 경제와 사회에 영향력을 행사하는 것은, 특히 재원의 재분배를 통해서, 국가가 재원들을 다른 주체들에게 주기 위해서 그 중 한 가지 재원을 취함으로써 행해진다.

< 19 >

재원 조달에 관하여 오늘날 국가는 다음 4가지 가능성을 가지고 있다:

- 자체적 영업활동(die eigene erwerbswirtschaftliche Betaetigung)
- 공과금 부과(die Erhebung von Abgaben)
- 차입(die Aufnahme von Krediten)
- 통화창출(Geldschoepfung)

이 경우에 맨 마지막에 든 두 가지 재원조달 형식은 제한적으로만 고려된다.

< 20 >

자체적 영업활동은 사회주의적 경제 형태를 가진 국가들, 즉 중앙관리경제들에서 국가재원 조달의 지주이다. 시장 경제적 경제형식을 가진 국가들은 그와 반대로 널리 공과금들을 통해서 재원을 조달하는데, 각종 세금이 그 중심에 있다. 따라서 그들은 공과금국가(Abgabenstaat) 혹은 조세국가(Steuerstaat)로 이해할 수 있다. 현대국가들은 그렇기 때문에 항상 재정국가로 규정되어야 하지만, 그럼에도 불구하고 반드시 공과금국가 혹은 조세국가로 규정되어야 하는 것은 아니다.

< 21 >

중세와 근세 초기에는 세금은 국가과제 수행을 위한 재원조달에 있어서 아직 중요한 의미를 가지지 못하였다. 봉건국가에서는 오늘날 국가의 과제로 표시되는 과제들은 영주들의 물적 급부와 역무 제공을 통해서 수행되었다. 반대급부로 그들에게는 자신의 부양을 위한 봉토(Lehen)가 맡겨졌다. 관료와 상비군은 아직 존재하지 않았다. 근세 초기의 영토국가들에서는 이제 형성되었

던 상비군의 유지와 관료조직의 성립을 필요로 한 국가 과제들의 증가로 인하여 재정수요가 증대하였다. 이로 인하여 필요하게 된 것이 조세제도(Steuwesen) 구축이었다. 이에 있어서 영토국가(Territorialstaat)는 고권적 공과금을 부과할 권한을 획득하려고 하였다. 그와는 반대로 신분의회에서 의석을 가지고 있던 특권계급들은 과세동의권을 유지하려고 하였다. 그 당시에 세금들은 영토의 주권자가 특권계급들에게서 징취해야 했던, 계약적 합의의 형태로 낸 자발적 공과금이라고 볼 수 있었다. 근세 국가의 재정운영은 그 결과 우선 영주의 재산과 주권(주화주조권, 관세주권)으로부터 발생한 수익들에 의존하였다.

< 22 >

18세기 말 경에야 비로소 무제한의 과세권이 형성되었다. 19세기 중반에는 근대 재정학과 행정학의 창시자인 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)이 세금들은 다른 국가 수입들이 그 옆에서는 거의 무의미하게 보일 정도로 다른 국가 수입들을 능가하였다는 것을 확인할 수 있었다.

< 23 >

공과금국가 혹은 조세국가 내지 생산국가라고 국가의 성격을 규정하는 데서 재원조달 형식만이 아니라 그와 동시에 생산경제에 대한 국가의 관계도 드러난다.

< 24 >

공과금국가 혹은 조세국가에서 국가와 경제는 서로에게서 분리되어 있다. 국가가 선제적으로 부여한 법적 틀 내에서 경제는 널리 스스로 조직화되고 조종된다. 따라서 공과금국가 혹은 조세국가는 시민의 자유와 그들의 경제활동의 자유에 기초하는 국가질서로 간주될 수 있다. 국가는 경제상의 생산으로부터 나오는 수익(수확)에 직접 참여하지 않으며, 사경제활동의 결과로서 얻어진 재원들이 국가에 주어지는 데 의존한다. 따라서 재원의 소유 내지 획득과 결부되어 있는 힘(Macht)은 국가와 경제에 배분되어 있는 것이다.

< 25 >

국가와 경제의 분리는 경제가 그 자체의 고유한 목표들을 추구하는 것을 가능하게 한다. 국가의 행위는 공중의 이익과 정의에 대한 요구를 지향하여야 한다. 그와 대비되게 경제는, 어쨌든 길게 보면, 이익달성을 지향하고 있다. 국가와 경제의 분리를 통해서 경제는 자신을 펼치고 자기 목표들을 실현

할 가능성을 보유하게 된다. 경제적 목표들의 실현이 금전으로 표시할 수 없는 비경제적 이익, 특히 공공이익을 방기하는 데 이르지 않는도록 경제를 통제하고 경우에 따라서는 교정하는 것이 국가에 임무로 부과되어 있는 것이다.

< 26 >

경제의 수익에 대한 참여(공과금을 내는 것) 때문에 공과금국가 혹은 조세국가는 자신의 통제 및 교정을 위한 행위들이 그 자체로서의 경제의 급부능력에 영향을 끼치지 않도록 하는데 관심을 가지게 되어 있다. 왜냐하면 경제가 지속적으로 국가의 과제 수행에 요구되는 도구를 제공하는 경우에만 국가가 자기 고유 과제인 질서부여 과제 및 사전배려 과제들을 수행할 수 있기 때문이다. 이미 로렌즈 폰 슈타인은 과도한 규율 부과나 부과금의 과도한 증대에 의해서 생산성을 불구로 만들고 경제의 급부능력을 저해하는 국가는 공과금국가 혹은 조세국가의 원칙들에 반해서 활동하는 것이라고 강조했던 바 있다.

< 27 >

이와 관련해서 가져다 대야 할 척도들은 그림에도 불구하고 변천을 경험하였다. 독일 최초의 소득세에 있어서 1808년 0.66퍼센트와 20퍼센트 사이에서 세율이 규정되어 있었는데, 이는 주어진 특수상황 속에서 국가 파산 회피를 위해서 필요하다고 간주되었다. 반면에 1891년 프로이센의 소득세는 0.66퍼센트와 4퍼센트 사이의 부담만을 규정했다. 독일연방공화국에서는 소득세의 경우 최고세율이 오랫동안 56퍼센트를 유지하였다가 결국 1990년 1월 1일 이래로 53퍼센트로 내려갔다. 90년대 말에서야 비로소 세율 인하에 관한 논의가 널리 행해졌다.

< 28 >

변천은 판매세율에 있어서도 확인할 수 있다. 판매세는 1916년 제품 가격의 0.1퍼센트였다가 제1차 세계대전 종전 후 독일 제국 최대의 재정위기 시절에는 1.5퍼센트였고, 그 이후 수 년 간은 부정적인 경제적 효과들에 대한 우려에서 2퍼센트 선을 넘게 높이지는 않았다. 오늘날 판매세의 일반세율은 16퍼센트에 달한다. 유럽연합 내의 세법 동화의 흐름 속에서 중기적으로는 판매세의 일반세율이 오를 것을 예상해야 될 것이다.

< 29 >

자체생산을 하는 국가에서 국가와 경제는 어쨌든 생산과 투자에 관한 기본결정이 국가기관들에 의해서 내려지는 단일 시스템을 형성한다. 경제가 가

지는 목표들의 실현과 국가의 목표들 실현에서의 이해갈등은 그렇기 때문에 체계에 내재하는 것이다. 공과금국가 혹은 조세국가와 자체생산국가라는 극단적 형태들 사이에 중간 형태들은 존재한다.

< 30 >

기본법이 특정 경제 질서를 직접적으로 확정하고 보장한다는 내용을 포함하지 않는 것은 사실이지만, 그럼에도 기본법은 공과금국가 내지 조세국가의 존재는 자명한 것으로 전제하고 있다. 공과금국가 내지 조세국가에 대한 결정은 기본법 제10장에 있는 재정헌법에서 간주하고 있는 바이다. 재정헌법이 효력을 가진다면 국가 수입원은 주로 재정헌법이 규율하는 데 있어야 한다. 재정헌법의 기초에 깔려 있는 생각은 국가의 과업을 위한 재원조달은 연방과 지자체를 포함한 주에서 원칙적으로 기본법 제105조 이하에 규율된 수입원들의 수익에서 이루어져야 하고(조세국가 원리), 예외적으로만, 즉 특별한 요건 하에서 재정헌법이 포착한 영역 외에서의 수입들을 포함하는 것이 허용된다(BVerfGE 78, 249, 26; 82, 159, 178; 93, 319, 342).

< 31 >

공과금국가 내지 조세국가를 채택한다고 결정했다는 것은 기본법상의 재정헌법 밖에서도 승인된다. 사적으로 이익이 되는 소유(권) 및 직업 활동의 보장의 결과는 국가가 민간 경제의 수익에 대하여만 지분을 가지고 있다는 것, 그러니까 경제 부문에 대한 국가화를 헌법이 포기했다는 것이다. 기본법 제14조와 제12조에서 보장된 그 기본권적 자유들을, 입법자는 경제 질서 활동의 보장을 존중해야 한다. 헌법의 구조 원리들에 포함된 사회국가에 대한 결정도 사회주의 국가는 사회국가가 아니기 때문에 민간경제(란 존재)를 포함하고 있는 것이다. 마지막으로 기본법 제109조 제2항도 혼합경제적 균형과는 것은 국가와 경제의 분리에서 출발하고 있는 것이다.

< 32 >

그와 대비되는데 생산수단을 공동소유로 할 수 있다는 점과 기업에 대한 연방의 참여를 어떤 경우라도 기본법 발효 시 존재하였던 범위에서 허용할 수 있다는 점은 예외적 규율의 문제가 된다(기본법 제15조, 제110조 제1항, 제135조 제6항). 게다가 그러한 국가의 경제활동은 공적 목적에 의해서 정당화되어야 한다. 배타적으로 영업활동을 지향하거나 영업활동을 위주로 하는 것은 허용되지 않는다. 기본법은 그렇기 때문에 국가의 경제활동을 허용하는 것은 사실이지만 그것이 예외라는 것을 전제로 하고 있는 것이다(Rdn. 476 ff.).

< 33 >

독일연방공화국이 공과금국가라고 규정되는 일이 종종 있는데, 대부분의 경우는 이와 반대로 조세국가라고 규정 된다.⁴⁾ 기본법 자체는 공과금 개념도 조세 개념도 정의하지 않는다. 공과금국가라고 성격을 규정하는 것은 국가란 조세만이 아니라 더 강하게 다른 공과금들을 부과하기에 그런 점에서는 적절하다. 기본법은 조세라는 개념에 제한되지 않고 공과금 개념(제106조 제1항 5호 내지 7호)과 비용 개념(제74조 제22호, 제80조 제2항)도 언급하고 있는 것이다. 다양한 종류의 비조세 공과금들이 배제되지 않는데, 이는 기본법상의 재정헌법이 허용되는 공과금 유형에 대한 완결적 규범을 포함하고 있는 것이 아니기 때문이다. 그럼에도 불구하고 조세 대신에 다양한 종류의 비조세 공과금들을 부과하는 경우 특별한 정도의 정당화를 요한다.⁵⁾

< 34 >

이와 대비되게 조세국가라고 규정하는 것을 지지하는 사실은 기본법이 재정헌법 조항들에서(기본법 제106조 제5호 내지 제7호를 무시하면) 조세만을 다루고 있다는 점이다. 이로부터 유추할 수 있는 바는 기본법이 조세수입이 가장 본질적인 국가 수입원을 형성해야 한다는 것을 출발점으로 삼았다는 것이다. 따라서 다음이 도출 된다:

< 35 >

제 조세(Rdn. 283 ff.)는 구체적인 반대급부 제공 없이 국가가 부과하고, 반면에 기타 공과금들은 국가의 특별한 급부에 의존한다.

< 36 >

제 수수료(Gebuehren)와 제 분담금(Beitraege)(Rdn. 373 ff., 413 ff.)으로 재원을 조달한 국가는 위와는 대비되게 자기의 급부 이행을 수요, 지급의 능력 및 그 준비 여부에 종속시킬 것이다. 이런 방식으로는 국가가 예를 들어 위험에 대한 방지, 사회 보장 혹은 개인을 넘어서서 행해지는 계획과 같은 분야에서의 다양한 과제들을 거의 이행할 수 없을 것이다.

4) 이에 관하여 자세한 것은 다음을 참조할 것: Vogel, HStR I, § 27 Rdn. 69 ff.; Vogel/Waldhof, HStR IV, § 88, Rdn. 269; Vogel/Waldhof, Rdn. 332 ff.

5) BVerfGE 82, 159, 181; 93, 319, 342 ff.; Kirchhof, HStR IV, § 88, Rdn. 269; Vogel/Waldhoff, Rdn. 332 ff.

< 37 >

기본법이 제 조세를 국가 재원 조달의 중심에 둠으로써 재정국가의 독립성이 보장된다. 구체적인 국가 급부와 연계되어 있지 않은 조세가 공과금 채무자와 재무적 수입으로 가능해지는 국가의 행위 여지 사이에 일정한 거리를 만들어내게 되는 것이다. 그러므로 국가 재원을 구체적으로 사용하는 데 있어서 그 원천이 아니라 오로지 수행해야 할 과제들만을 염두에 둘 수 있는 길이 열린 것이다. 이와 같이 기본법은 공과금채무자에게 재정국가적 행위에 대한 영향력을 부여하지 않고 이전의 재무적 급부 국가 행위로부터 독립되게 만인에 대한 국가행위의 실질적 평등을 보장하는 재원조달 형식을 국가 재정수요 충족에서 중심에 놓는 것이다(Rdn. 275 ff.).

3

A. 기본법 제10장의 관심사와 구조

< 38 >

화폐 및 통화 질서에 관한 특별규정들⁶⁾, 연방-주 공동의 과제에 관한 특별규정들⁷⁾, 전후부담에 관한 특별규정들⁸⁾ 그리고 과거에 있었던 제국 재산 및 주 재산에 관한 특별규정들⁹⁾을 무시하고 본다면 기본법은 ‘재정제도(Finanzwesen)’라는 제목을 달고 있는 기본법 제10장이라는 독립된 장에 독일 헌법 사상 처음으로 공적 재정에 관한 규정들을 두었던 것이다. 기본법의 구조에서 이는 특별한 것이다. 제10장이 국가 행위의 특정 분야에 대해서만 바쳐진 장으로는 기본법 전체에서 유일한 장인 것이다. 그 외에는 국가조직 부분에서 기본법의 목차가 기관들(제3장 및 제4장) 아니면 기능들(제7장에서 제9장)과 관련을 가지고 있다. 이처럼 체계를 깬 이유는 헌법제정자가 국가 정책적 의미, 내부적 상호연관성 및 국가의 과제 및 권한들 중에서의 특수성 때문에 재정제도에 대해 독자적이고 체계 면에서 완성된 장을 부여하려고 했기 때문이다.

6) 기본법 제73조 제4호 및 제88조

7) 기본법 제91a조 및 제91b조

8) 기본법 제120조 및 120a조

9) 기본법 제134조 및 135조

< 39 >

헌법 해석론 상으로 그 사이 인정된 것은, 기본법 제10장이 두 개의 규율 영역을 포함하고 있다는 점이다(이에 관해서는 다음을 볼 것: Stern, Staatsrecht II, S. 1047 ff.). 제10장은 104a조에서 108조까지에 포함되어 있는 (협의의) 재정헌법 그리고 또 다른 것으로 제109조에서 115조까지에 포함되어 있는 예산헌법에 의해서 형성되는데, 거기서 기본법 제109조가 두 규율 영역의 교차 지점에 존재한다.

< 40 >

협의의 재정헌법은 다른 공과금(Gebuehren, Beitrage, Sonderabgaben, sonstige Abgaben, Rdn. 271 ff., 426 ff.)은 관장하지 않고 오로지 조세만 관장하고 있으며 서로 섞여서는 안 되는 4 영역을 예리하게 구별한다. 이 영역들은 (1) 지출관할권, 기본법 제104a조 (Rdn. 183 ff.), (2) 조세입법권, 기본법 제105조 (Rdn. 644 ff.), (3) 조세수익관할권, 기본법 제106조 및 제107조 (Rdn. 685 ff.), (4) 조세행정관할권, 기본법 제108조 (Rdn. 802 ff.)이다. 예산헌법은 연방과 주의 예산법(Budgetrecht)의 기본문제를 다루고 있다.

< 41 >

재정헌법이라는 개념은 여러 가지 의미로 쓰인다. 이와 관련하여 광의의 재정헌법과 협의의 재정헌법을 구별할 수 있다 (이에 관해서는 다음을 볼 것: Stern, Staatsrecht II, S. 1060 f.). 기본법 제10장 전체의 제목으로 붙이고자 하는, 광의의 재정헌법 개념은 공적 재정 그러니까 연방국가적 재정고권 분배를 포함한 국가의 재정고권 그리고 전체 경제적 균형과 조세제도 기본질서를 위한 의무 부과를 포함한 국가 예산제도와 관련된 헌법 규범들의 총체라고 정의해야 한다.

< 42 >

이와 반대로 제10장이 다루는 사안의 내적논리에 따른 이분법에 따르는 것은 적절한 것인데, 그렇게 한다면 협의의 재정헌법은 기본법에서 규율되어 있는 바인 조세제도 및 국가의 재정고권, 이 고권에 대한 연방국가적 배분과 지방자치단체에서의 보장에 관한 기본질서라고 정의할 수 있다.

< 43 >

이와 대비되게도 예산헌법은 재산 및 부채의 관리 및 이에 대한 통제 그리고 예산행위를 전체 경제적 균형과 연관 짓는 것을 포함하는, 국가예산과

준국가 예산에 관한 헌법상 규율된 기본질서라고 이해한다.

B. 연방국가 구조의 핵심요소로서의 재정헌법

< 44 >

재정헌법의 실무적 및 정책적 의미는 크다. 그것은 세분화된, 국민경제 전체수익에 대한 지분 면에서 전체국가와 지방간의 균형을 주의 깊게 잡아주는 규율을 뜻하며 연방국가 구조의 핵심요소의 하나이다. 그것은 가장 주의 깊게 다듬어졌고 연속된 헌법 개정들 속에서 자주 수정되었던 연방국가 헌법 구조상의 주춧돌들 중의 하나이다.¹⁰⁾

I. 연방국가로서의 독일연방공화국

< 45 >

기본법 제20조 제1항은 연방국가로서의 독일연방공화국에 대한 헌법 형성적 기본결정을 포함하고 있다. 연방국가란 연방헌법을 기초로 해서 헌법에 의해서(staatsrechtlich) 다수의 지방들을 하나의 전체국가로 결합한 것이다. 이에 따르면 연방국가란 정치적 결정의 중심을 다수 보유하는 것을 그 속성으로 하는, 여러 개의 갈래(Glied)를 가지고 구성된 국가제도이다. 전체국가와 지방 사이에서 연방헌법은 국가 과제들과 이를 관장하도록 규정된 권한들을 분배한다. 과제들과 권한들의 무게중심은 중앙집권주의적 연방국가에서는 전체국가에 있고 연방적 연방국가에서는 그와 반대이다. 지방들은 전체국가와의 통합이라는 점에 있어서 해소할 수 없이 결합되어 있는 것이다.

< 46 >

연방국가의 반대개념들은 국가연합(Staatenbund)과 단일국가(Einheitsstaat)이다. 국가연합과 연방국가 사이에는 국가결합(Staatenverbund)이 자리 잡고 있다.

< 47 >

국가연합이란 국제법상의 조약에 기초하여 설립되고 그 공동의 기관들이 제한된 과제영역을 관장하는 주권국가들 간의 결합이다. 국가 3요소설(Drei-Elementen-Lehre)에서¹¹⁾ 의미하는 국가 지위(국가 자격, Staatsqualitaet)을 이 연

10) 저자 주 => BVerfGE 55, 274, 302; 78, 249, 266; 86, 148, 213; 91, 186, 201.

11) 역자주 => 교재 원본에 괄호를 쳐 둔 부분임 => 국민(Staatsvolk), 국가영역(Staatsgebiet), 국가권력(Staatsgewalt). 이는 국가 3요소설에서 국가의 3요소로 제시하는 것들이다.

합체(Vereinigung)는 보유하고 있지 못하다. 참여국은 조약을 해지하고 국가연합에서 탈퇴할 수 있다. 예를 들어 1648년 베스트팔렌의 평화부터 1806년까지의 (독일) 신성로마제국과 1815년부터 1866년까지 독일 연합이 국가연합이었다.

< 48 >

연방헌법재판소 판결(BVerfGE 89, 155, 156 Ls. 8, 184 f.)에 따르면 유럽연합 조약이 점점 더 밀접해져 가는 - 국가에 의해 조직된 - 유럽 국민들의 국가결합(Staatenverbund)을 설립하는 것이고 반대로 유럽 국민에 의지하는 연방 국가를 설립하는 것은 아니라고 한다. 유럽연합이라는 국가결합에서는 반드시 유럽연합 기관들의 행위를 구성국들의 의회에 연결시킴을 통해서 민주적 정당화가 이루어진다: 그에 부가하여 등장하는 것이 - 유럽 국민들이 함께 성장하는 정도에 비례해서 - 유럽연합의 제도적 틀 내에서 구성국들의 시민들에 의해서 구성된 유럽 의회를 통해 민주적 정당화를 중개하는 것이다. 만약에 유럽 국가결합의 과제와 권한들을 더 중요시한다고 하면 민주주의가 국가 차원에서 지속적으로 약화되어서 구성국들의 의회들이 연맹이 관장하는 고권에 대한 정당화를 더 이상은 충분히 중개할 수 없는 상황이 될 것이다. 그러므로 국민들이 - 현재 유럽연합에서 그러는 바와 같이 - 국가의 의회들을 통해서 민주적 정당화를 중개하면 유럽공동체들의 과제와 권한의 확장에 대해서 민주주의 원리에 의하여 그 한계가 설정되는 셈이 된다. 각국의 국민(공동체)는 그와 관련을 가진 국가 권력에 대하여 출발점이 되는 것이다. 그러므로 실질적으로 큰 비중을 가지는 과제들과 권한들은 국가들에 유보되어야 한다. 유럽연합과 같은 국가결합을 통한 고권 관장은 국가들 간의 영역에서 통상적으로 그 정부들을 통해서 행위하고 이를 통해서 통합을 조종하며 여전히 주권자로 남아 있는 국가들의 수권에 근거하는 것이다.

< 49 >

단일국가에서 국가권력은 유일한 정치적 결정의 중심에 있는 것이다. 단일 국가가 여러 조직단위들로 나뉘어 구성되어 있는 한, 그 권한들이 통일적인 중앙 국가권력에서 나오는 국가 행정지역들이나 아니면 자율관리단체(Selbstverwaltungskoerperschaft)가 문제된다. 국가자격(국가성, Staatsqualitaet)은 국가내부 조직들에는 부여되지 않는다. 불란서, 1952년부터 1990년 10월 3일까지의 동독 그리고 1934년에서 1945년까지의 독일제국은 단일국가이다.

< 50 >

연방 국가의 특징은 그에 대비되게 전체 국가(연방)와 개별 지방들(주들)이 국가자격(Staatsqualitaet)을 보유한다는 점이다. 그 점과 관련하여 문제성이 없는 징표인 각국에 고유한 국가 영역과 국민이라는 징표들 이외에 전체국가와 개별 지방들(주들)은 그 무엇에서 파생된 것이 아닌, 고유의 국가권력을 보유하고 있다. 무엇보다도 주들은 그 국가권력을 연방에서 끌어내지 않고, 연방으로부터 고권을 보유한 독자적인 힘을 보유한 존재임을 인정받는다. 이 경우에 그 국가권력은 전체 국가와 지방(Gliedstaaten)의 기관들, 그러니까 연방의 (국가)기관들과 주의 (국가)기관들이 서로에게서 독립된 국가권력을 그들에게 결정적으로 중요한 권한분배에 따라서 그들에게 귀속되는 각 과제영역에서 행사하는 식으로 과제 영역에 따라 배분되어 있다. 전체국가와 지방들의 과제들은 흠결이 없도록 상호 보완한다. 서로 겹치는 경우에는 충돌 규정들이 적용된다.

< 51 >

이와 반대로 기초자치단체들과 기초자치단체 연합들은 행정단체들이다. 그들은 주들의 구성부분이자 지체(사지, 팔다리, Glied)로 통하며 그들에게 헌법이나 법률에 의해서 부여된 과제들을 관장한다. 기본법에서는 2단계 국가 구조는 지자체의 자치행정보장이 기본법 제2장에 “연방과 주들”이라는 제목 하에 제시되어 있다는 점에 의해서 두드러진다. 그 외에도 기본법 제106조 제9항에는 기초자치단체와 기초자치단체 연합의 제 수입과 제 지출은 주의 그것인 것으로 통한다고 확정해 두고 있다.

II. 재정헌법을 통한 연방과 주들의 주권 독립성 보장

< 52 >

독일연방공화국의 연방국가적 질서는 연방과 주들이 그들의 권한을 근거가 되는 기본법이 재정 분야에서의 권한분배를 보장하는 규정들을 둘 것을 요구한다.

< 53 >

기본법 제104a조에서 제108조까지에 포함되어 있는 재정헌법은 연방국가적 질서를 받치고 있는 초석들이다. 연방국가적 질서는 전체국가와 지방들을 국민경제의 전체수익에 적절하게 참여시키는 재정질서를 보장해야 마땅한

것이다. 연방과 주들은 처분 가능한 총수입의 틀 안에서 그들의 과제 관장을 위해서 필요한 지출들을 제공할 수 있도록 재원을 마련해 있어야 한다. 충분한 재원을 갖춘 것을 기초로 해서만 주들이 그리고 연방이 자기 고유의 국가성을 실현할 수 있는 것이다. 이를 통해서 비로소 연방과 주들의 국가적 독자성이 실현될 수 있으며, 과제 관장과 예산에서의 독자성과 자기책임성(기본법 제109조 제1항)이 실현될 수 있는 것이다. 그 외에 전체 경제적 균형을 위한 요구들을 공동의 의무로 하는 것(기본법 제109조 제2항)이 실현될 수 있게 할 전제조건들을 형성해야 한다. 이와 관련해서 불가결한 것은 연방 헌법이 연방과 그 지체들의 재정적 위상을 확정하고 보장하는 일이다.

III. 연방국가 내에서의 조력제공의무와 협동의무들

< 54 >

연방국가의 한 지방의 극단적 재정위기상황이 발생한 경우에 연방국가 원리가 언급된다. 이로부터 연방공동체의 다른 지방들에 대하여 컨셉상 상호 조율된 조치들으로써 해당 주에 조력할 의무가 파생하는 것이다(BVerfGE 86, 148, 263). 기본법의 재정헌법 규범들은 연방국가 내에 존재하는, 연방과 지방들의 유대공동체(Solidargemeinschaft)의 표현임과 동시에 연방적 질서(기본법 제20조 제1항)의 일부인 동맹적 상호보증(공동책임)의 원리의 표현이기도 하다. 연방국가 공동체의 한 지체가 - 연방이든 지방이든 간에 - 극단적 재정 위기 상황에 빠져서 자기에게 헌법상 부과된 과제들을 실현할 능력이 있는지 의문스럽게 되고 그로부터 자력으로 빠져나올 수 없는 경우 이 연방국가 원리는 - 여기서는 기본법 제109조 제2항에서 요구된 전체 경제적 균형상의 요구들에 대한 관장과 관련하여 - 자기 구체화를 경험하여 재정위기상황이 닥친 지체가 다시 정치적 자치를 유지하고 헌법상 의무를 이행할 능력을 갖추도록 그 지체에게 헌법 연방공동체의 다른 모든 지체들이 재정 안정화라는 목표 하에 컨셉 면에서 상호 조율된 조치들을 기초로 조력을 제공할 의무로 구체화된다(BVerfGE 86, 148, 264 f.).

< 55 >

헌법상의 이 의무는 연방에만 부과되는 것이 아니고 - 연방국가 원리에 따라서 - 연방과 주들에게 부과된다. 이 의무는 해당 주에서와 마찬가지로 연방과 주들 간에 협동의무들을 낳는다. 이 의무는 극단적 재정위기상황과 관련되고 이와 견련되어 있다: 이는 물론 (위기) 전 단계에서 벌써 그러한 위기상황을 사전적으로 막기 위한 조치들이 취해지는 것을 배제하지는 않는다.

< 56 >

이 위무의 행위주체는 우선 연방이다. 주어진 권한 분배에 따르면(Rdn. 218 ff., 227 ff., 698 ff., 776) 연방은 이용 가능한 행동수단들, 무엇보다도 세법, 재정조정법, 예산원칙법의 영역에서 부여된 그리고 기본법 제91a조, 제91b조 및 제104b조 제4항에 따른 광범위한 입법 권한들을 보유하고 있다. 연방의 권한들을 관장하는 데 있어서 연방은 또한 널리 주들의 예산, 수입 및 지출 구조의 틀을 미리 짜게 된다. 그럼에도 불구하고 그로 인하여 변하지 않는 바는 연방과 주들이 동맹적 상호 보증 관계에서 공동 조력 의무를 부담하고 있다는 점이다. 이 의무는 연방입법자의 절차에 영향을 미치고 따라서 이 절차에 참여한 연방 기관들에게도 영향을 주게 된다. 이 의무의 관장으로부터 발생하는 재정적 부담들은 연방과 주들 모두가 져야 한다(BVerfGE 86, 148, 265).

< 57 >

연방국가 원리에 뿌리를 두고 있는 연방국가에서의 조력의무가 재정헌법에 규정되어 있는 권한들 이외에 규율 및 개입에 관한 고유한 권한들의 근거가 되는 것은 물론 아니다. 과제들에서 그러한 권한들을 그렇게 직접 도출해내는 것은 법치국가 헌법에는 낯선 것이다. 하지만 그 의무는 법정 권한들을 관장하는데 있어서 그 근거와 범위를 정할 수 있고, 기존 의무의 내용을 강화시킬 수 있으며, 법이 허용하는 행위들의 종류와 범위에 대한 해석을 위한 해석 관점으로 작용할 수 있는 것이다. 따라서 연방에게는 주들과 협력함에 있어서 기본법에 의해 허용되어 있는, 위기상황 제거 혹은 방어를 위해서 고려되는 행위들에 대하여 심사하고 개별적으로 안정화시키는 조력이 효과를 보게끔 각각의 적합성에 따라서 이 행위들을 실행할 의무가 존재하는 것이다. 재정위기상황이 경제적 구조의 약점과 이를 통해서 발생한 과도한 채무부담의 결합에서 발생하는 경우 고려해야 할 점은 그러한 상황에서는 중장기적으로 유효한 경제력 강화 조치들을 취하는 것이 불가결하기는 할지라도 그것만으로는 어려움을 극복하게 돕기는 어렵고, 오로지 채무 부담 하에서 모습을 드러내는 날카로운 재정위기 상황의 해소만으로도 역시 그렇게 되지 않으며, 다양한 조치들을 밀접한 관련 하에서 연계시켜서 취하는 것만이 위기 극복에 도움이 되는 것이다(BVerfGE 86, 148, 265 f.).

< 58 >

전체적으로는 연방과 - 절차에서의 협력 그리고 그로부터 발생하는 재정적 부담들의 배분에 관한 한 - 주들도 한 주의 극단적 재정위기 상황의 제거를

위해서 기본법에서 부여된 권한들과 전체국가에서 처분할 수 있는 수단에 따라서 도움을 줄 의무를 부담한다는 것이다. 현존하는 재정규모가 그것을 위해서 충분하지 않은 것으로 드러나면, 해결책으로는 물론 더 절약하거나 수입을 늘리는 방법만이 남아 있을 뿐이다. 이와 관련해서 헌법은 전체 경제적 균형의 요구들을 고려해야 한다는 규정만을 포함하고 있을 뿐이다. 마지막으로 무시해선 안 될 것은 연방의 영역이 주들이 규모와 급부능력을 기준으로 그들에게 부과된 과제들을 유효하게 이행할 수 있도록 기본법 제29조에 따라서 새로이 편제될 수 있다는 점이다(BVerfG 86, 148, 270; Henneke, Jura 1993, 129 - 137).

IV. 기본질서 및 절차질서로서의 재정헌법

< 59 >

재정헌법은 부득이한 연방국가적 이유 때문에 연방과 주들에 대한 종국적인 규정이라고 이해되어야 한다. 재정헌법은 완결적인 기본질서이자 절차질서를 형성하며, 형식 명확성으로 특징 지워지며, (특정) 형식에 구속되는 성향이 있다. 이 형식명확성과 형식구속성은 형식적 의미만을 가지고 있는 것이 아니다. 그것은 그 자체로서 정치적으로 예민한 영역에서의 기능 적합적 질서의 일부이며, 따라서 어느 정도는 공익적합성을 실현하는 것이다. 그것은 시민에 대한 보호효도 발현시키는 것이다. 재정헌법은 그 점과 관련해서 연방국가적 기능 외에도 기본권 보장적 기능을 가지고 있는데, 이는 재정헌법이 연방과 주들에게 이들의 일반적 재정수요를 충족시키기 위해서는 조세를 이용하도록 규정하고, 재정헌법 밖에 있는 공과금들은 엄격한 요건 하에서만 허용하기 때문이다.¹²⁾ (실제는 허용되지 않지만) 만약 그와 병렬적으로 연방과 주들이 연방국가의 입법권 및 수익권의 배분(규범)을 회피하여 입법권한 발동을 통하여 자의적으로 제 공과금을 부과할 수 있다면, 기본법상의 재정헌법은 그 의미와 기능을 상실할 것이다.¹³⁾

< 60 >

동시에 재정헌법은 정치적 절차에 대하여 확고한 틀을 사전에 제시함으로써 그것을 촉진시키고 그 부담을 경감시킨다. 재정헌법에 대한 규범적 확정

12) BVerfGE 55, 274, 300 f.; 67, 256, 286 ff.; 82, 159, 179 ff.; 91, 186, 201; 92, 91, 113; 93, 319, 342 f.

13) BVerfGE 91, 186, 201; 92, 91, 113; 93, 319, 342 r.

은 물론 부분적으로 국가-시민 관계에서의 규정들에서 특징적인 정도의 내용적 확정성을 보이지는 못한다. 오히려 판단 및 결정의 여지들을 만드는 불확정 법 개념들이 사용된다. 이러한 여지들은 구속력 있게 정해진 틀의 준수 여부에 대한 헌법재판소의 사후 심사를 받게 된다. 그 해석과 적용에서 이 개념들의 속성과 재정헌법의 특별한 구조가 고려되어야 한다. 이 틀 안에서 정치적 절차는 자유로우며 그 고유한 규정들과 조건들에 따라서 펼쳐질 수 있다. 그렇기 때문에 그 틀 자체는 입법자가 넘어서는 안 되는 한계를 의미한다(BVerfGE 67, 256, 288 f.; 72, 330, 390).

< 61 >

재정헌법이 연방국가 헌법의 안정성에 대해 가지는 중요성이 크기 때문에 연방과 주들 간의 권한 이전은 참여자들이 동의하는 경우에도 허용되지 않는다. 재정헌법의 질서 기능 때문에 그 규정들을 전적으로나 부분적으로 더 작은 통용력을 가진 법으로 간주하는 것을 배제되는 것이다. 그렇게 간주하는 식으로라면 연방 국가는 안정성과 자유를 보장하는 안전을 빼앗기게 될 것이다.

C. 재정헌법의 발전

< 62 >

재정헌법과 국가헌법의 관계에 대해서는 구조 동질성의 원칙이 통용된다. 두 영역은 상호 영향을 준다. 국가헌법을 거울에 비춘 모습(경상, 鏡像, Spiegelbild)으로서의 재정헌법은 연방국가 내의 정치적 힘의 배분까지도 결정적으로 확정한다. 전체국가와 지방간의 재정권의 배분이 특별한 방식으로 연방국가의 공동체 생활에 관련되는 것이다. 이는 독일 헌법사의 전개가 증명한다. 재정 권한들을 둘러싼 대립들에서 연방 국가를 바로 특징짓는, 단일국가적 형성경향들과 연방적 형성 경향들 간의 긴장이 특히 분명하게 표현된다.

I. 비스마르크 제국헌법

< 63 >

1871년 1월 18일의 독일 제국 설립은 이전에 북독일 연맹에서 통일되었던, 프로이센 왕을 대표로 삼았던 영주들과 3개의 한자 도시들이 4개의 남독일

영주들, 즉 바이에른, 뷔템베르크의 왕과 바덴과 헤센의 대공들과 결합한 데에 기초하였다. 연방국가로서의 독일 제국 설립을 가능하게 하기 위해서 개별 지방들에게 대부분의 권한들이 유보되었고 1871년 4월 16일 자의 독일 제국 헌법, 즉 비스마르크 제국헌법에서는 전체국가에 대한 엄청난 영향력들도 부여되었다. 이 헌법은 엄격하게 연방주의적 지향성을 가졌다. 헌법적으로나 특히 재정적으로 연방의 국가(Bundesstaaten)라고 표시되는 주들(Laender)이 매우 강한 지위를 가지고 있었다.

< 64 >

과제 관장에 관해서 이 제국은 몇 안 되는, 반드시 중앙에 의해서 시행되어야 하는 과제들에 대해서만 관장하였다. 예를 들어 외무, 식민지 행정, 군대, 해군 및 우정 및 통신제도가 그에 속하였다.

< 65 >

재정헌법 규정들은 제국헌법 제4조 제2호, 제35조, 제36조, 제38조, 제70조에 있었다. 이 규정들에 기초해서 제국은 헌법에 과제 부과만 규정했었을 경우보다 더 많이 지방들에 정치적으로 종속되었다. 제국은 상당한 정도로 연방의 국가들(주들)에 대하여 하숙자로 남아 있었다. 제국 헌법 제70조에 의하면 “모든 공동체 지출들을 감당하는 데는 우선 있을 수 있는 직전연도들의 초과 수입들 그리고 관세들, 공동체의 소비세들 및 우정 및 통신제도에서 나오는 공동체 수입들이 쓰인다. 이 수입들로 그 지출들이 커버되지 않으며 제국세가 도입되지 않은 한, 주민을 기준으로 하며 예산상의 금액까지만 제국수상에 의해서 요구되는 개별 연방주들의 분담금을 통해서 지출이 커버된다.”

< 66 >

관세와 대부분의 소비세들은 제국헌법 제4조 제2호와 제35호에 따라서 제국의 입법권한 내에 속한다. 이에 따르면 제국이 배타적으로 특히 전체 관세제도, 소금과 담배, 증류주, 맥주 그리고 사탕무나 다른 국내 제품으로부터 생산된 설탕 및 시럽에 대한 과세에 관한 입법을 담당한다. 바이에른, 뷔템베르크 및 바덴 주에서는 제국헌법 제35조 제2항에 의해서 국내의 증류주와 맥주에 대한 과세는 주 입법에 계속 유보되어 있었다.

< 67 >

제국헌법 제36조에 의하면 제국 헌법 제35조에 의한 관세와 소비세 부과 및 관리는, 이제까지 주가 담당해 온 한에서는, 주 영역 내에서 각 주에 맡

겨져 있었다. 제국헌법 제38조 제1항 규정에 따르면 관세 수입과 제국 헌법 제35조에 의해서 제국입법 하에 있던 조세들은 부과와 관리를 위한 비용을 차감한 후 제국 재정에 귀속되었다.

< 68 >

제국헌법은 제70조 제1문에서 제국과 연방주들의 수입의 분리에서 출발하였는데, 이 경우에 제국에는 오로지 제 관세와 언급되었던 제 소비세가 귀속되었다. 그러한 종류의 입법과 수입 귀속 지시는 불가피한 것이었다. 왜냐하면 제국의 중요한 목표의 하나가 통일적인 관세 및 상업지역의 창설이었기 때문이다. 이 목표는 제 관세와 제 소비세가 제국의 입법권 및 수익권 내에 있는 경우에만 달성할 수 있었다.

< 69 >

제국헌법 제70조 제2문은 제국의 수입이 충분하지 않은 경우라면 개별 연방주들의 분담금을 부과할 것을 규정하였다. 제국헌법 제70조 제1문상의 제 수입과 제국의 재정 수요가 일치하지 않을 수 있기 때문에 제국은 단지 보충적으로 규정되었을 뿐인 제 분담금에 널리 의존하여야 했다. 지방들의 제 공과금은 특정한 명부(Schlüssel: Matrikel)에 따라서 제후가 제국 정부에 내던 세금(Matrikularbeiträge)으로서 전제국가에 송출되었다. 이 시스템은 지방들에 대하여 전제국가에 대한 특별하게 강한 지위를 만들어내었다. 제국헌법 제70조 제2문의 명시적인 문구에 따르면 부족액들은 제국세가 도입되지 않는 한 오로지 제후가 제국 정부에 내던 세금에 의해서 커버되어야 했던 것은 물론이다. 제국 헌법 제70조 제2문은 그러니까 제국세 도입이 제국과 지방들 간의 엄격한 재정 운영 분리를 가능하게 할 시점까지 과도기적으로 적용될 규정으로 생각되었던 것이다. 반복되었던 제국의 제국세 시스템 도입 시도는 지방들의 저항에 부딪혀 실패하였다. 제후가 제국에 내던 세금을 제국세로 대체한다는 것은 재정 독립성에 의하여 지방들의 부담 하에서 이루어지는 제국 측으로의 권력 이동을 의미하였을 것이다. 제국헌법 제70조 제2문의 임시조치로부터 탄생한 것이 1904년 “제국세가 도입되지 않은 한”이란 말을 제거하고 이전에 대하여 언급함으로써 더 강화되었던 지속적 해결책이다. 비스마르크부터 시행되었던 자유통상정책 때문에 제 관세와 제 소비세에서 생기는 수입들은 1879년까지 얼마 되지 않았다. 그 결과 제국의 업무들은 널리 제후가 제국에 내던 세금들로부터 자원 조달을 하지 않을 수 없었다.

< 70 >

대부분의 외국이 취했던 보호주의적 정책 때문에 1879년 비스마르크는 보호관세 제도로 전환할 것을 결심하였다. 담배세 부과와 함께 이것이 시행되었다면 제국의 재정력의 본질적인 강화를 낳았을 것이다. 이런 방식으로라면 그 이래로 제국의 모든 지출을 고유 자원들에 의해서 감당할 수도 있었을 것이다. 제후들이 제국 정부에 내던 세금들은 널리 없어도 되는 것이 되었을 것이다. 그와 결부된 제국으로의 힘의 이전은 제국 의회와 지방들에서 강한 반대에 봉착하였다. 관세와 담배세 인상은 관철되었다. 하지만 그와 관련하여 타협으로 중도파 지도자였던 게오르그 아르보가스트 프라이헤어 폰 운트 쥘 프랑켄슈타인의 이름을 딴 프랑켄슈타인 조항을 도입하는데 이르게 되었다. 1879년 7월 15일 자의 관세율에 관한 법률 제8조에서는 매년 1억 3천만 제국 마르크를 초과하는 제국의 관세 및 담배세 수입은 (이후에는 제국 소인공과금(Reichsstempelabgaben) 및 증류주 공과금(Brnadtweinabgaben)도) 제후가 내던 세금의 확정에 통용될 기준에 따라서 개별 연방주들에 송출하여야 했다. 이는 개별 주들의 제국에 대한 세금들에 계상되었고, 그럼에도 불구하고 항상 주들의 제국에 대한 세금액 이하의 수준에 머물러 있었다. 제국 헌법 제70조의 실질적 내용은 - 인공적으로 만들어진 제국의 재정 부족에 의해서 - 왜곡되었다.

< 71 >

20세기 초에는 어느 정도 범위에서 제국세들의 도입이 이루어졌고, 그래서 1906년에 제국상속세와 이익배당세가 도입되었다. 이 수입과 제국 고유의 추가적인 수입들로부터 마련된 재원이 제국 과제를 위가적 인원 조달에 충분하지 않았기 때문에 제국 재정 정책은 점점 더 큰 범위로 제국 과제를 위한 자원 조달을 위하여 국채라는 수단을 이용하였다.

< 72 >

제1차 세계대전에서 엄청난 재정 수요는 모든 전쟁 당사국들에게 완전히 새로운 과제들을 부과하였는데, 독일에서는 대부분 국채와 국고증권(Schatzanweisungen)으로 충족되었다. 이로 인하여 몇 년 안 가서 비정상적으로 많은 국가채무가 발생하였다. 전쟁채권(Kriegsanleihen)은 990억 제국 마르크 어치가 발행되었다. 국고증권은 전쟁 초기에 3억 제국마르크였던 것에 대비되게 1918년 말 기준으로 550억 제국마르크 어치가 제국에 의해서 발행되었다. 조세상의 조치들은 그에 비해서 지체되었고 불충분하였다. 제국 재정 행정의 경상

수입은 전부 합쳐서 1914년에서 1918년까지의 5년 간 약160억 제국마르크에 이르렀는데 이는 그 기간 동안 제국 지출의 일부에 불과했을 뿐이다.

II. 바이마르 제국헌법

< 73 >

1919년 11월 8일 발효한 바이마르 제국헌법 하에서도 공화국으로 전환된 독일 제국은 연방국가를 유지하였다. 바이마르 제국헌법은 제국 와해 이후에 패전이 경제와 재정에 미친 효과들에 (특히 베르사유 평화조약에 의해서 발생한 부담들에) 기해서 제국 내의 정치세력들의 집중이 요구되었다는 점을 출발점으로 삼았다.

< 74 >

그러므로 연방국가 내에서의 권한 배분은 중앙집권주의적 특징들을 강하게 보였다. 입법권과 행정권 모두에 있어서 제국의 과제들은 (과거의) 제국에서라면 주들의 관할에 속하였을 수많은 영역들로 확장되었다. 헌법상의 권한 분배는 넓은 범위에 걸쳐서 제국 입법의 처분 하에 있었다.

< 75 >

재정헌법 규정들은 바이마르 제국헌법 제8조, 제11조, 제14조, 제83조 및 제84조에 있었다. 제8조는 제국에 대해서 공과금에 관하여 폭 넓은 입법권과 수입권을 부여하였다. 제8조에서는 “제국은 ... 공과금들과 기타 수입들에 관하여 전적으로나 부분적으로나 간에 이것들이 이용되는 한 입법을 할 수 있다. 제국이 그전에는 주들의 관할에 속했던 공과금들이나 기타 수입들을 이용하면, 제국은 주들의 생활력의 유지에 배려를 해야 한다”고 규정하였다. 제11조에 의해서는 더 나아가서 개입권들이 주들의 영역에 대한 제국의 개입을 위한 중요한 권한들이 창설되었다. 그에 따르면 예를 들어 제국의 수입에 대한 피해나 이중과세를 배제하기 위해서처럼 필요한 한에서는, 제국은 입법의 방식으로 주의 공과금의 허용성과 종류 결정에 관한 원칙들을 정할 권한이 있다. 제14조는 제국법률들은 사실 주 관청들을 통해서 집행된다는 원칙을 포함하고 있기는 하였지만, 이 또한 제국 법률들이 다른 것을 규정하지 않는다는 유보 하에 그러했었다.

< 76 >

바이마르 제국헌법 제83조 제1항은 제 관세와 제 소비세는 제국 관청들에 의해서 관장된다고 규정하였다. 제83조 제2항에 의하면 제국 관청들에 의한

제국 공과금 행정에 있어서는 물론 주들에게 농업, 상업, 영업 및 산업 영역에서의 그들의 특별 이익을 지키는 것을 가능하게 해야 할 기구들이 규정되어야 했다. 제84조에 의하면 제국 공과금에 관한 법률들의 통일적이고 균형 있는 집행에 필요한 한 제국에 대해서 법률로써 무엇보다도 주들의 공과금 행정의 설치에 관한 규정들을 둘 권한이 부여되었다.

< 77 >

이 규정들을 통해서 (연방) 주들의 부담 하에 재정헌법 상의 권한 이전이 발생하였다. 바이마르 제국헌법(Weimarer Reichsverfassung)이 어느 정도 연방의 재정헌법적 권한을 증대시켰는지는 바로 1919-1920년의 3단계 제국 재정개혁을 통해서 드러났다. 이는 특히 당시의 제국재무장관 마티아스 에르쯔베르거의 추진으로 이루어졌다. 특별히 중요한 것은 제국재무행정의 창설이었다. 바이마르 제국헌법 제83조와 제84조로부터 도출된 것은 사실 관세들과 소비세들을 예외로 하고 주들이 조세행정을 담당해야 한다는 것이었다. 하지만 바이마르 제국 헌법 제14조에 따르면 이 경우에도 다른 규정이 단순한 제국법률을 통해서 만들어질 수 있었다. 재정헌법 규정들은, 그 때 당시에는 아직 기본법과 절차에 관한 완결된 질서로 특징 지워지지 못하였다. 이 방법은 1919년 9월 10일자 제국재무행정에 관한 법률에 의해서 이용되었는데, 이 법률은 이어서 1919년 12월 13일자 제국공과금규칙에서 완성되었다. 동시에 통일적 절차가 제국 조세 관련 사건들에 도입되었고 제국재정재판소(Reichsfinanzhof)가 조세 사건에 있어서의 최고위급의 심급으로 설치되었다.

< 78 >

그 외에 포괄적인 제국 조세 시스템이 갖춰졌다. 1920년 3월 이래로 소득에 대한 과세(소득세, 사단세, 자본수익세)가 제국에 의해서 관장되었다. 판매세, 상속세 및 토지취득세도 제국세가 되었다. 그 결과 주들은 그들의 재정 수요를 스스로 확정한 수입을 통해서 충족시킬 수 없게 되었다. 그럼에도 불구하고 주들에게 충분하게 재정 수단을 마련되도록 확정 비율로 수익이 가장 큰 세들(특히 소득세, 사단세, 판매세, 토지취득세, 이후에는 자동차세)로부터 생기는 수입에 주들이 참여하게 되었다.

< 79 >

연방주의 재정 조정(오늘날의 규율에 관해서는 Rdn.745 ff.)은 헌법상 규율되어 있지 않았다. 그것은 1920년 3월 20일 자의 주조세법(이후에는 재정조정법)을 통하여 단순한 제국 입법의 대상으로 되었다. 주들이 주의 제후가

제국 정부에 내던 세금(Matrikularbeitraege)을 폐지한 상황에서 주들 간에 조세에서의 각각의 몫을 분배하는 일은 널리 지역 조세 수입을 모델로 해서 행해졌다. 재정력의 차이들이 제국 조세들의 할당의 경우에 고려되었다. 개별 주들에로의 제국의 위임과는 분리된, 주들 간에 직접 행해져야 할 재정 자원들의 재배분은 존재하지 않았다.

< 80 >

1919년 10월 9일과 1920년 3월 30일 사이에 제국, 주들 그리고 지자체들 사이의 재정적 관계들에 대한 새로운 규율이 단순한 제국입법에 의해서 실행되었는데, 그것도 재정부업 상의 권한들의 비중이 일의적으로 제국에 있는 식으로 이루어졌다. 주들은 재정적으로 제국에 대해서 매일 밥을 얻어먹기 위해 오는 이가 되었다. 헌법의 어의를 넘어서서 주들의 정치적 비중은 약화되어 버렸다.

III. 국가사회주의 시대의 헌법의 발전

< 81 >

소위 “제3제국”에서 독일 제국의 연방적 질서는 여러 단계에 걸쳐서 해체되었다. 국민과 국가의 위기의 제거를 위한 법률, 1933년 3월 24일 자의 이른바 수권법(授權法)은 원칙적으로 주들을 획일화하는 것을 헌법에 따라 합법적으로 가능하게 했다. 이를 뒤따른 것이 1933년 3월 31일 자와 동년 4월 7일 자의 획일화를 위한 법률들이다. 주들의 획일화는 1934년 1월 30일 자의 새로운 제국 건설을 위한 법률을 통해서 완성되었다. 이 법률에 의해서 주들의 고권들이 제국으로 이양되었고, 따라서 주들은 어떠한 국가 고유의 권한들도 더 이상 보유하지 않게 되었다. 주 정부들은 제국 정부에 하부의 시행청의 형태로 종속되었고, 주 의회들은 해산되었다.

< 82 >

제3제국의 재정 운영도 중앙집권적으로 바뀌었다. 재정고권들을 빼앗긴 주들도 점차 자기 고유의 조세입법권한들과 수익 권한들을 상실하였고 승인 의무를 지는 예산 법률들에 기초하여 자기들에게 남아 있던 과제들에 비례해서 제국의 재정 자원 배분에 의존하였다. (주 9: Dazu ausf.: Hiden, Der bundesstaatliche Finanzausgleich in Deutschland, 1999, S. 319 ff.: Vogel/ Waldhoff, Rdn. 163 ff.)

IV. 기본법 상의 재정헌법의 발전

< 83 >

기본법 상의 재정헌법은 오늘날의 모습을 1969년의 재정 개혁을 통해서 비로소 얻게 되었는데, 이러한 모습은 1993년, 1995년 그리고 1997년에 기본법 제106a조의 추가와 제106조의 확장을 통해서 가볍게 수정되었다. 그 이래로 재정헌법은 - 독일 통일을 넘어서서까지도 - 안정적인 것으로 입증되었다. 연방의회 내의 헌법 개혁 전문연구위원회도 1976년에 제안하였고, 그 때문에 재정헌법 시스템을 유지하였다. 기본법 제10장은 오늘날도 계속 유효하고 제106조와 제106a조를 통해서 단지 보완만을 경험하였는데 그 전에 1969년 재정개혁까지 21회의 기본법 개정들 중에서 단지 7회만 기본법 제10장과 관련되었다. 이러한 사실에서 재정헌법이 연방국가 질서의 핵심과 권력 분배를 건드린다는 점이 승인되는 것임은 물론이다(이에 관해서 가르침을 주는 것으로는: Bauer/Jestaedt, *Das Grundgesetz im Wortlaut*, 1997). 기본법 상의 재정헌법은 주들의 주권처럼 연방의 주권을 보장하기 위해서 황제가 다스리던 이전의 제국(Kaiserreich)의 엄격하게 연방주의적 재정헌법과 바이마르 제국헌법 상의 단일국가적 재정헌법 사이에서 중간의 길을 가는데, 이로써 주들의 획일화도 아울러 용이해졌다.

1. 1969년 재정개혁까지의 발전¹⁴⁾

< 84 >

전문가위원회였던 이른바 헤렌힘제 헌법 모임은 1948년 8월에 제헌회의(ParlamentarischerRat)에서의 자문을 위한 기초로서 헌법 초안을 만들어냈다. 헤렌힘제 초안이라고 불리는 이 안은 바이마르 제국 헌법에 대비되게도 주들 쪽으로 비중을 옮기는 내용을 규정하였다. 연방과 주들은 분리된 재정 운영을 해야 하였고, 이에 있어서 지출 수준은 각각의 과제 영역에 따라야 하였다. 입법 권한들은 연방에 있어야 했다. 수익 권한들은 각각 분리된 수입원들에 대해서 연방과 주들이 얻었다; 특정 조세들은 동적인 수익 덩어리들을 형성해야 하였다. 행정 권한들과 관련해서 대안들이 마련되었다.

14) Dazu ausf.: Hidién, *Der bundesstaatliche Finanzausgleich in Deutschland*, 1999, S. 347 ff.; Vogel/Waldhoff, Rdn. 175 ff.

< 85 >

11개 주 의회가 선출한 65명의 대표들이 소속된 제헌회의는 1948년 1월 9일 후일 연방정부 수상이 된 아데나워의 지휘 하에 구성되었다. 동회는 자문 과정에서 결정을 함에 있어서 완전히 자유롭지는 못하였다. 점령군들은 1948년 런던 결의들에서 제헌회의의 헌법 제정에 대한 지침들을 확정하였다. 그들은 연방이 재정적으로 지나치게 강하지 않게 되도록 하는 노력을 계속하였다. 점령군들은 제헌회의의 자문 과정에서 자주 재정헌법에 대한 개입을 하고 싶어 하였다. 제헌회의는 주들의 권한의 강화 이외에 연방 영역 내에서의 경제영역과 생활관계의 통일성을 마땅히 보장해야 할 경제와 재정의 기본 질서를 위해서도 노력을 기울였다. 특히 군정장관들은 재정헌법의 최종판에 중대한 영향을 이쳤다. 주무위원회(Hauptausschuss)의 3차 독회에서 의회 교섭단체 간의 합의와 군정장관들과의 회합에 의해서 여러 가지 변경이 있었는데, 이것이 없었다면 위협이 되게도 기본법은 연합국의 승인 유보로 인하여 실패할 공산이 컸다. 그러므로 1949년 기본법 재정헌법의 중요 부분들은 제헌회의의 다수파의 자유 의지와 일치하지 않았다. 그럼에도 불구하고 1949년 5월 8일 기본법 초안은 53대 2로 제헌회의에서 채택되었다. 1949년 5월 12일 기본법 초안은 3개국 군 최고 지휘관들에 의해서 승인되었다. 기본법 제144조 제1항에 따라서 바이에른 주 이외의 모든 주들이 기본법에 동의한 후에 기본법은 1949년 5월 23일이 지나면서 발효될 수 있었다.

< 86 >

재정헌법은 난해하고 일목요연하지 않은 타협을 뜻하였는데, 그 타협은 중요 부분들에 있어서는 의식적으로 단지 잠정적인 성격을 가지도록 되어 있었다. 입법권한에 관하여 연방은 이미 당시에 관세와 재정 독점에 관한 배타적 관할권을 얻었고 그 외의 조세에 대해서는 경합적 입법권을 얻었다. 조세 수익권은 원래 제헌회의의 컨셉에 대비되게도 본질적으로 주들에 유리하게 변경되었다. 연방은 무엇보다도 맥주세와 더 나아가서 판매세를 예외로 하고는 관세 수입, 재정 독점들, 소비세들을 얻었다. 소득세와 사단세까지 포함한 기타 세들은 주들에 귀속되었다. 연방은 소득세와 사단세를 물론 연방 상원(연방참사원, Bundesrat)의 동의하에 부분적으로 자기에 귀속되도록 할 수 있었다. 제헌회의의 생각이 이런 규율에서 벗어나 있었기 때문에 취해졌던 수입 배분은 단지 잠정적인 것이라고 표시되었고 1952년 최종적 배분 규율에 의해서 대체되었다. 이 기한은 기본법 변경적 법률들에 의해서 2회에 걸쳐서

연장되어 1955년까지 연장되었다. 바이마르 제국 헌법이 효력을 받던 당시에 통일적 연방 재정 행정을 고수하는 것이 포기되었던 것처럼 제헌회의의 의도도 점령군들의 반대 때문에 마찬가지로 포기되지 않을 수 없었다.

< 87 >

1955년 12월 23일 자의 재정기본법을 통해서 조세수입의 배분에 관한 헌법 규범들로서의 기본법 제106조와 제107조가 장기적으로 기획된 배분 시스템으로 변경되었다. 그에 따르면 대부분의 조세 수입들은 이제까지처럼 연방이나 주 어느 하나에 귀속되어야 했다. 신 규율의 핵심은 그와 반대로 (1955년) 기본법 제106조 제3항에 따라서 이제부터 기본법에서 규율된 수입세와 사단세를 연방과 주에 배분한다는 것이었다. 이에 따르면 연방은 이 조세 수입으로부터 1958년 3월 31일까지는 3분의 1을, 1958년 4월 1일부터는 35%를 취하였고, 주들은 1958년 3월 31일까지는 3분의 2를, 1958년 4월 1일부터는 65%를 취하였다. 조세배분을 재정 필요와 충족 수단의 변경에 적응시키는 것이 가능해지도록 (1955년) 기본법 제106조 제4항에서= 심사 조항이 창설되었다. 이에 의하면 적어도 2년의 시간 간격을 두고 수입세와 사단세의 지분관계가 단순한 연방법에 의해서 변경될 수 있었다. 지분관계들에 대한 심사에 대해서 헌법상 3가지 기준이 확정되었는데, 이 기준들은 그러한 기준을 넘어서 연방과 주들의 재정경제 관계에 대해 일반적 중요성을 가지는 것이었다: (1) 연방과 주들은 각각(별개의 존재로) 그들의 과제의 수행으로부터 발생하는 지출들을 부담하여야 한다. (2) 양자가 똑같이 필요한 지출들을 커버할 것을 요구할 수 있다. (3) 조정이 달성되고 납세자들이 과도한 부담을 지게 되지 않으며 생활관계들의 통일성이 유지되도록 두 필요가 조정되어야 한다.

< 88 >

기본법 제107조 제2항에 의하여 중국적으로 급부능력을 가진 주들과 급부능력이 약한 주들 간의 적합한 재정 조정은 연방 법률에 의해서 의무고 되었고 연방에게 주들에 대한 보충적 급부 권한이 부여되었다.

< 89 >

1958년 12월 24일 자의 기본법 제106조의 개정 및 보완을 위한 법률(소위 크리스마스법)을 통해서 처음으로 지자체들과 지자체 연합들이 재정헌법과 관련을 갖게 되었다. 특히 지자체들에 대해서 물세(대물세, Realsteuern, Rdn. 711, 903 ff.) 수입이 귀속되도록 배정되었다.

< 90 >

1969년 12월 5일 자의 ‘재정개혁을 위한 법률(Finanzreformgesetz)’은 ‘재정 대개혁’이라고 하는데, 이를 통해서 재정헌법은 오늘날의 형태를 얻게 되었고, 이는 그 사이에 기본법 제106조 제3항, 제4항, 제5a항, 제6항 그리고 제106a조에서만 보완되었을 뿐이다. 기본법 제105조 내지 제108조는 다시 한 번 형태를 바꾸어서 기본법 제104a조가 새로 추가되었다. 재정 대개혁의 이유들은 특히 지자체들이 불리해지는 것, 주들에 대한 과도한 요구 그리고 조세들의 경기의존도의 차이이다. 연방 정부 수상과 주지사들에 의해서 1964년 3월에 그 위원장의 이름을 따서 “트뢰거 위원회”라고 불렸던 “재정개혁을 위한 전문가 위원회”가 설치되었다. 이 위원회는 1966년 2월 10일에 “독일연방공화국에서의 재정 개혁에 관한 감정서”를 내놓았다. 기본법과 헌법 현실, 무엇보다도 연방의 기금 운영(Rdn. 227 ff.)과 연방과 주들 간의 혼합재원조달에 대한 분석을 한 후에 포괄적인 기본법 개정이 제안되었다. 대연정 정부(grosse Koalition)는 이 감정서를 ‘재정개혁을 위한 법률(Finanzreformgesetz)’의 기초로 삼았다(BT-Drucks. V/2861). 개별적으로 행해진 개정들은 현행법 상황과의 관련 하에 설명된다.

2. 1990년에서 1994년까지의 과도적 규율들

< 91 >

독일 통일의 진행과정에서 어느 문제복합체도 정치적 및 공적 설명에서 전면에서 있다는 점에서는 그 상대가 되지 못 했던 문제가 통일 비용 문제인데, 그 핵심은 “누가 (연방/주들/지자체/시민 혹은 차후의 세대들) 통일비용을 얼마만큼 부담해야 하는가”라는 문제였다. 이 점에 있어서도 출발점은 재정헌법이 그 보장 기능에 기초해서 연방과 주들에 대해서 연방과 주들 간의 권한 이전을 당사자들의 동의하에서도 허용하지 않는 최종적 규율로서 이해되어야 한다는 점이어야 했다. 그럼에도 불구하고 그것은 재정헌법이 1990년 10월 3일 독일통일과 함께 재정헌법이 과도기적 단계 없이 이제까지 동독이었던 지역에 설치된 주들인 브란덴부르크, 메클렌부르크-포포머른, 작센, 작센-안할트와 튀링엔 그리고 베를린에서 적용되어야 하고 적용될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니었다. (새로) 가입한 부분들에서 기본법이 자동적으로 발효하지는 않았다; 하지만 거기서 발효시켜야 하였다. 이와 관련하여 기본법 영역에서 과도기에 대해서 많이 수정해서 적용하는 것이 허용되었는데, 그것은 그렇게 발효시키는 데 대해서 불가피하고 헌법상 인정해야 할 이유

가 제시될 수 있는 한도 내에서였다. 그런 이유는 개별 재정헌법 하에서 동독에서는 조세국가 내지 공과금국가(Rdn. 20. ff, 500 ff.)도 연방국가(Rdn. 45 ff.)도 문제되지 않았다는 사실의 고려로 발효문의 여지가 없이 주어져 있었다. 비교할 만한, 기능할 수 있는 조세시스템을 가지고 있지 않았던 영역의 조세는 규범적 및 경제적 관계의 동화 이전에는 이제까지 연방공화국 영역에서 조세 수입과 관계 지워지지 않았다. 이로 인하여 다른 기본법 규정들 이외에 개별 재정헌법 규정들은 동독 영역에 형성된 주들의 가입 이후에도 과도기 동안에 아직은 적용해야 하는 것도 아니었고 적용할 수도 없었다.

< 92 >

동독 영역에 형성된 주들의 가입 이전에 이미 독일 통일 재원 조달에 관한 규정들은 존재하였고, 이들이 국가 과제에 대한 재원 조달의 규범적 동화를 가입 이전에 일찍부터 이끌었다. 이들 규정들은 다음 법률에 있다.

- 1990년 5월 18일 자의(BGBl. II S. 137) 독일 연방공화국과 독일 민주주의공화국 간의 통화, 경제 및 사회복지연합의 창설에 관한 조약
- 1990년 5월 18일 자의(BGBl. II S. 137) 독일 연방공화국과 독일 민주주의공화국 간의 통화, 경제 및 사회복지연합의 창설에 관한 조약에 관한 연방 법률(BGBl. II S.518 이에 관해 자세하게: 직전판 Rdn. 846 ff., 850 ff.)

< 93 >

1990년 5월 18일 자의 독일 연방공화국(서독)과 독일 민주주의공화국(동독) 간의 통화, 경제 및 사회복지연합의 창설에 관한 조약에서 독일 민주주의공화국은 그 경제정책과 재정정책의 수단들이 사회적 시장경제와 조화를 이루고 이러한 조치들이 시장경제 질서의 틀 안에서 물가안정, 높은 고용 수준 및 지속적이고 적절한 경제 성장 하의 대외 경제적 균형에 동시에 기여하는 방식으로 취해지도록 할 의무를 부담하였다. 조약 제5장은 제26조에서 제34조에 국가 예산과 재정에 관한 규정들을 포함하고 있었다. 거기에서 동독에서의 공적 예산들은 서독의 예산 구조에 맞추어졌다. 조약 제28조는 독일연방공화국이 독일민주주의공화국 예산조정을 위해서 하는 재정 지원들과 연금보험 및 실업보험 재원 조달에 대한 지원을 다루었다. 조약 제30조와 제31조는 독일민주주의공화국의 관세시스템과 조세시스템의 구조를 다루었다. 독일민주주의공화국은 단계적으로 유럽공동체 관세법을 수용하고 독일연방공화국에 있는 조세들을 도입하고 독일연방공화국의 연방예산 규정 및 예산원칙법 상의 규율들을 수용할 의무를 부담하였다. 이로써 서로 연결하는 것이

가능한 구조들을 형성하는 일이 가입 이전에 이미 진행되게 되었다.

< 94 >

통일 독일의 재정정책 상의 문제들의 극복은 처음부터 계속해서 연방과 기존 주들 사이의 수직적인 권한 및 배분 상의 갈등으로 짜여졌다. 독일 주들의 (상호) 접근 그리고 이후의 통일의 가능성이 보이자마자 연방은 독일 내부 관계, 대외 업무 및 전체 국가적 과제에 관한 규율권한에 의지해서 주도권을 잡았다. 그에 있어서 아주 금방 분명해진 것은 앞에 놓인 국가 통일이 모든 정책 영역들에 대해서, 따라서 주들의 권한에 대해서도 엄청난 영향을 미치리라는 것이었다. 새 연방 주들에서의 국가 구조 및 행정 구조의 재조직은 연방의 지휘를 받았다, 그에 있어서 연방은 새 주들의 영역에서 교육, 학문, 연구, 방송 및 스포츠와 같은 고유한 주 권한들에 대해서 개입하였다. 5 개의 신주들의 가입과 구성 이후에 비로소 기존의 연방 주들의 협력이 문제되었다.

< 95 >

연방과 기존의 주들 간에서 특별히 갈등을 낳는 것으로 드러났던 것은 통일을 위한 재정 부담의 배분이었는데, 이에 있어서 우선 통화, 경제 및 사회복지 연합의 창설을 위한 조약에 근거한, 연방이 이어받은 의무들에 대한 해결책이 찾아져야 하였다. 1990년 5월 이 시점에서는 1990년 10월 3일 가입까지 빠르게 계속 발전할 것이 아직 예견할 수 없었기에 달성된 합의는 1990년에서 1994년까지의, 따라서 국가 통일의 시점을 훨씬 넘어서는 과도기의 재원 조달에 관한 규율에 관련한 결정적인 진로 결정을 포함했다. 연방이 자기에게 유리하게끔 판매세 지분을 높이고 기존의 연방 주들을 장래 동독 예산 적자에 대한 공동지원에서의 담당분을 3분의 1로 하려고 한 반면에, 주들은 세부적으로는 서로 다른 근거점들을 가지고 있지만 공통의 견해를 표명하였는데, 이 견해는 과도기적인 것으로 간주된 통일 비용들이 본질적으로 분단으로 발생한 비용의 제거를 통해서 연방에서 재원 조달을 담당해야 마땅하다는 것이다. 결국 연방은 기존 연방 주들과 타협에 이르러서 통일 비용의 종국적 조달을 위해서 “독일통일” 기금을 창설하고 연방과 주들 간의 판매세 재분배는 1992년까지는 무시하기로 하였다.

< 96 >

“독일 통일” 기금 창설을 위한 규범적 규율은 통화, 경제 및 사회복지 연합의 창설을 위한 조약에 관한 연방법(BGBI. II S. 518) 제31조에 있다. “독일

통일” 기금은 연방 특별재산으로 창설되었고 우선 총1150억 마르크가 이 기금에 귀속되었다. 이 총액을 가지고 독일 통일 재원의 조달이라는 부담을 감당할 수 없다는 것이 점점 더 분명하게 인식할 수 있게 된 후에 “독일 통일” 기금의 총액은 여러 번 확충되어서 1607억 5백만 마르크에 달하게 되었고, 기금 확충은 신용에 대한 수권들의 총액과는 관련되지 않았다. 이 액수는 950억 마르크에 머물렀다. 기금 확충은 그보다는 연방과 주들의 예산에서 나온 지원금들로써(연방의 경우 200억 마르크 대신에 496억 마르크 그리고 주들의 경우 161억 마르크) 행해졌다.

< 97 >

1990년 5월 18일에 조약을 조인하고 1990년 6월 21일/22일에 조약에 관한 법률을 연방하원과 연방 상원에서 반포하면서 독일 민주주의 공화국이 1990년 8월 23일에 벌써 1990년 10월 3일 발효 부로 기본법 효력 영역으로 가입한다고 선언할 것을 아직은 알 수 없었다. 이 점에 관해서는 1990년 8월 31일 통일 조약 조인 시에 전적으로 변경된 기본입장이 존재하였는데, 이는 이른바 “기금 방식”에서 당시까지의 동독 영역에 설치된 5개 주인 브란덴부르크, 메클렌부르크-포폼머른, 작센, 작센-안할트, 튀링겐 지역에서 기본법 상의 재정헌법을 주 가입법을 가지고 경우에 따라서는 수정된 단순 법률에서 즉시 그리고 가능한 한 완전하게 실현시키는 방식으로 다시 넘어가는 것을 원칙적으로 가능하게 하였을 것이다. 그럼에도 불구하고 이 방법은 선택되지 않았고 그 대신에 1990년 5월 18일 조약에 관한 연방법을 통해서 선택된 기금 방식이 통일조약의 기초에 놓이게 되었다. 이는 구동독 지역에 대한 재정헌법 적용에 대해서 통일 조약에서의 다음의 단일화들에 의하여 이루어졌다.

< 98 >

1990년 8월 31일 자의 독일연방공화국과 독일 민주주의 공화국 간의 독일 통일 달성에 관한 조약(통일 조약) 제4조는 새 조항인 제143조를 기본법에 삽입할 것을 규정하였다. 이 규정은 무엇보다도, 기본법 제79조 제3항 상의 이른바 ‘영구성 조항(Ewigkeitsklausel)’을 위반하지 않는다면 구동독 지역의 법이 최장기로는 1995년 12월 31일까지, 기본법 제8a장과 제10장에 위배되어도 된다는 내용을 포함하고 있다.

< 99 >

통일 조약 제7조는 재정헌법을 다루고 재정헌법을 통일 조약에 다른 내용이 규정되어 않은 한 원칙적으로 구동독 지역에 적용시킨다. 기본법 상의 부

담 배분에 관하여(이에 관해서는 Rdn. 183 ff.) 구동독 지역은 1991년 1월 1일부로 그 시행 규정들을 포함하여 제91a조, 제91b조, 제104a조 제3항과 제4항의 규정(들의 적용영역)에 명시적으로 편입되었다(통일조약 제7조 제4항). 이는 연방이 새 연방 주들에서의 연방과 주 공동의 과제들과 공동으로 관장되는 과제들에 대한 재원조달에 참여하고 특히 중요한 투자들에 대해서 재정 지원을 할 수 있었다는 의미이다(이에 관해서는 Rdn. 218 ff., 227 ff.). 연방과 구동독 지역 주들 전체에 대한 조세 수입 배분에 대해서는 기본법 제106조(이에 관해서는 Rdn. 706 ff.)가 물론 본질적이기는 하지만 유일한 제한 이외에는 완전하게 적용되었다. 이 관계에서 판매세의 배분과 재배분에 대해서는 (이에 관해서는 Rdn. 715 ff.) 제106조 제3항 제4문과 제4항에 따라서 1994년 12월 31일까지 그 원칙들이 적용되지 않았다.

< 100 >

최소행정단위 지자체 차원과 관련하여 사실상 강제하는 이유로 기본법 제106조 제5항과 제7항의 적용이 두 가지 점에서 수정되어야 했다. 한편으로는 지자체의 소득세 통계가 아직 존재하지 않았고 다른 한편으로는 통일 조약에 기해서 최소행정단위 지자체의 행위상의 재량영역이 확보를 위해서 최소행정단위 재정 조정에서의 복합체의 최소액이 보장되어야 했기 때문에, 통일조약 제7조 제2항은 제2호와 제3호에서 1996년 12월 31일까지 소득세 수입에서의 지자체의 지분은 (이에 관해서는 Rdn. 713, 901 f.) 기본법 제106조 제5항에 따라서 주민의 소득세 납부에 기초하지 않고 주민 수에 따라서 결정된다고 규정하였다. 게다가 1994년 12월 31일까지는 기본법 제106조 제2항에 위반하게도 (이에 관해서는 Rdn. 914) 지자체(지자체연합)로 연방과 주의 조세 전체 수입에 대한 주들의 지분으로부터 매년 최소 20 퍼센트의 몫 그리고 “독일통일” 기금의 재원으로부터 매년 40 퍼센트의 몫이 흘러가도록 규정되었다.

< 101 >

주간 조세 배분과 관련하여 기본법 제107조 제1항 제1문 내지 제3문이 단순한 법률에 의한 분해법(Zerlegungsgesetz; Rdn. 734 ff.) 수정 하에 무제한적으로 적용되었고, 그 결과 이 조세들로부터 생긴 더 낮은 수준의 조세 수입이 구동독 영역에서 구서독 지역 주들로 직접 영향을 미치지 않는 않았다. 구동독 지역에 대한 기본법 제107조 제1항 제1문 내지 제3문의 적용이 전체적으로 논란의 대상이 되지 않았던 반면에 판매세에 대한 주 전체의 지분을 개

별 주들에 배분하는 일은 전체 통일 조약 규정 중에서 가장 논란이 되었는데, 이는 기본법 제107조 제1항 제4문이 그 점에 있어서는 지역의 수입 대신에 거주자 수에 그리고 마지막 4분의 1에 관해서는 조세 수입이 적은 주들을 위한 보충분에 맞춘다는 것으로부터 규명되었다. 그 당시 동독 지역에서의 주민 당 판매세 수입이 명백하게 구서독 지역의 그것을 하회하였기 때문에 기본법 제107조 제1항 제4문을 무제한적으로 적용하면 모르긴 몰라도 독일에서 주민 1인당 판매세 납부가 구서독 지역에 비해서는 분명하게 저하되었을 것이고, 이 경우에 다른 한편으로 그것은 구동독 지역에서의 그것을 크게 상회하였을 것이다. 구서독 지역 주들의 심각한 수입 상실을 중기적으로 막기 위해서 통일조약에 존속보장 조항이 도입되었는데, 이 조항은 물론 - 차등화 된 주민 평가에 관한 한 - 1991년 초에 동독 주들에 유리하게 다시 폐지되었고, 그 결과 48억 마르크만큼 새 연방주들에 유리하고 구 연방주들에 부담이 되게 재분배가 이루어졌다.¹⁵⁾

< 102 >

그 외에도 통일 조약 제7조 제3항에 전독일 주간 재정조정이 기본법 제107조 제2항에 따라서 1994년 12월 31일까지 행해지지 않고 그 대신에 주간 재정조정이 이 날까지는 각각 별도로 한편으로는 베를린 다른 한편으로는 5개의 새 연방 주들을 예외로 하고 독일연방공화국의 기존의 주들 간에 시행된다는 것이 규정되었다. 베를린 주는 이에 따르면 다른 것은 아니지만 주간 재정조정에는 참여하지 않았다. 기본법 제107조 제2항 제3문에 따른, 납부액이 적은 주들에 대한 연방 보충 지원금과 관련해서는 (이에 관해서는 Rdn. 771 ff.) 1994년 12월 31일까지 수입과 수령주체의 범위와 관련해서 구 연방지역으로의 제한이 이루어졌고, 그 결과 절차, 규모, 수령자 범위 면에서 1994년 말까지는 마치 5개의 신 연방 주들이 가입하지 않은 것처럼 되었다.

< 103 >

그렇게 하지 않았다면 너무 심했을 주들 간의 재배분을 가입한 연방 주들에서 기한을 정하여 적용하지 않음으로써 내지는 기본법 제107조 제1항 제4과 제2항 규정들에 의해서 초래된 수입 저감분이 보충된 것은 통일 조약 제7조 제5항의 구상(컨셉)에 따라서 “독일 통일” 달성 이후에 “독일 통일” 기금의 연급부가 주로 5개의 새 연방 주들과 베를린 주에 일반적 재정 수요의 충족을

15) Dazu naeher Hennek, Jura 1991, 230, 235 ff., ders. Der Gemeindehaushalt 1991, 129 ff., Renzsch, Zparl 1994, 116, 120 f.

위해서 주어졌고 이 주들에 대해서 서베를린의 주민 주들에 대한 고려는 하지 않고 주민 주들에 비례해서 배분됨에 의해서였는데, 이와 관련하여 주들은 자기에게 주어지는 기금 급부의 40퍼센트를 다시 지자체에 급부하였다. 기금의 급부들은 기본구상의 유지를 위해서 여러 번에 걸쳐서 축적되었다.

< 104 >

게다가 통일조약 규정들과 관련하여 이후 수년간 연방은 대규모 후속조치들로써 추가보완조치를 취하였다. 그리하여 1991년과 1992년에 총 240억 마르크 규모로 연방의 투자 지원이 “동부의 도약(Aufschwung Ost)”이라는 연방-주 공동 프로젝트의 틀 안에서 새 연방주에 부여되었다. 1993년에는 새 연방 주들이 연방으로부터 행정 협정에 기초하여 지자체 투자를 위한 패키지지원금으로 150억 마르크를 받았다. 이러한 사후 개선에도 불구하고 새 연방 주들의 재원 조달은 계속 불충분하였다. 이들 주는 그 과제를 수행하고 기존의 구조적 적자를 보충하기 위해서 엄청난 부채를 짊어져야 했다(Rdn. 527 ff., 548).

3. 공동헌법위원회 및 연방 공고화 프로그램

< 105 >

통일조약 제5조에서 두 조약 당사국 정부들은 통일된 독일의 입법기구들에 대해서 2년 이내에 독일 통일과 관련하여 제기된, 기본법 개정 및 보완에 관한 문제들을 다룰 것을 권고하였다. 그 결과로 연방하원과 연방 상원의 구성원들로 공동헌법위원회가 설치되었고, 동 위원회는 1993년 10월 23일에 만장일치로 최종보고서를 공표하였고 그와 함께 위원회의 작업을 형식상으로 종결지었다(BT-Drucksache 12/ 6000). 1994년 12월 31일 자로 통일조약 특별 규정들이 효력을 잃은 후에 새로 연방에 가입한 주들이 기존 구조에 바로 흔적 없이 부드럽게 끼워 넣어질 수 없었음에도 불구하고, 재정헌법에 관하여 공동헌법위원회는 어떠한 개정 제안도 공표하지 않았다. 그럼에도 불구하고 결정할 만한 때에 이르지 않았기 때문에 공동헌법위원회는 한 가지 위탁을 무시하였다.¹⁶⁾

< 106 >

1993년 3월에 있었던, 소위 ‘연방 공고화 프로그램’에 관한 연방과 주들 간의 협상에서 통일로 인한 재정헌법 개정에 대해서 무시하기로 하고 요구되

16) BT-Drucksache 12/6000, S. 114, dazu Hennecke, in: Hennecke/Maurer/Schoch, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 61, 104, 121 f.

던 연방/주 재정관계들에 관한 새로운 규율은 단순한 법률에서, 따라서 헌법 하위의 법 차원에서 규정하기로 합의가 이루어졌다. 마찬가지로의 것이 연방 공화화 프로그램(BGBI. 1993I S. 944)의 시행에 관한 기본법 제3장에서 일어났다(이에 관해서는 Renzsch, ZParl 1994, 116 ff.). 따라서 학계에서 무수하게 제시되었던 재정헌법 개정 제안들은 전체적으로 다루어지지 않았다.

4. 이후의 재정헌법 개정들

< 107 >

이어서 개별적 계기들에 의해서 3회의 소규모 재정헌법 보완이 있었다. 케도를 이용하는 근거리여객운송의 민영화와 지역화에 근거하여 기본법 제 106a조 추가하여 재정헌법 보완하는 것이 1993년 12월 20일 자 법률(BGBI. I S. 2089)에 의해서 결의되었다. 그 결과 1996년 1월 1일부터 주들에 케도를 이용하는 근거리여객운송과 관련하여 연방 조세 수입에서 나온 일정액이 귀속되는데, 이 액수는 기본법 제107조 제2항에 의한 재정력 측정에서 고려되지 않게 된다(이에 관하여 자세하게는: Henneke, ZG 1999, 1,4 ff.).

< 108 >

1995년 11월 3일 자 법률로써 생존 최소한도(수입)와 가정급부조정에 관한 조세 면제를 새로 규정하면서 기본법 제106조 제3항이 부가되었다. 판매세에 대한 연방과 주들의 지분 확정에 1996년 1월 1일부터 소득세법에서의 자녀에 대한 고려에서 주들에 입는 조세 수입 감소(Steuermindereinnahmen)가 추가적으로 참작된다는 것이다. 기본법 제106조 제4항 제1문에서 분명해진 것은 기본법 제106조 제3항에 새로 추가된 문장에 의하면 판매세 지분의 확정에 참작되는 조세수입 감소분이 소위 개정청구(Revisionsanspruch)에서는 고려되지 않는다는 점이다(Henneke, ZG 1999, 1, 10 ff.).

< 109 >

사실 기본법 상의 재정헌법이 특히 독일 통일이라는, 재정의 관점에서 심각한 사건을 개정 없이 버텼지만 그와 대비되게 케도를 이용하는 근거리 여객운송과 가족부담조정에 있어서의 과제의 관할을 재규율함에 있어서의 문제들 중 그와 반대로 부수적이라는 인상을 주는 것들이 기본법 제106조 및 106a조에서의 보완들을 초래하였다는 두 가지 발견으로부터 결과적으로 드러나는 것은 각각의 정치적 결정과정과 법 정립 절차가 지향했던 것이 정치 시스템이 충분히 기능하도록 유지하기 위해서 필요한, 가능한 한 최소한의

변경 비용을 가지고 필요한 적응과정들을 실현하는 것이었다는 점이다. 이와 다른 절차는 어떤 것이더라도 연방국가 내의 기성의 힘의 배분과 연방, 재정상태가 좋은 주들과 나쁜 구 연방주들과 신 연방주들의 상이한 이해관계들을 고려하면 헌법 개정에 필요한 합의 형성을 훨씬 더 어렵게 만들었을 것이었다. 독일 통일 형성의 재정적 결과들의 규율에 있어서 연방과 주 사이의 이해상충과 또한 바로 개별 연방 주들 사이의 이해상충의 양상이 매우 다층적이었기 때문에 단순한 법률에 의한 해법 법률 이제까지 헌법에서 미리 결정해 다층적 방식들을 채택하는 것에서 벗어나 이제까지 헌 그와 대비되게 궤도를 이용하는 근거리여객운송과 가족급부조정이라는 규율영역에서는 연방과 주들의 명확한 입장이 형성되었고 그렇기 때문에 그 입장 법률헌법 규율에 대한 다수의 지지라는 관점에서 더 용이하게 접근할 수 있는 것이었다. 학문적 논의에 반해서 그에 관한 정치적 결정과정은 중대한 문제들에 대한 잔일들로서 그리고 복잡한 정치적 결정 사안들을 분해를 통해서 접근 가능한 것으로 만드는 복잡성 감축의 시도로서의 정체를 드러내었다(이에 관해서 자세하게는 Henneke, Reform der Aufgaben- und Finanzbeziehungen von Bund, Laendern und Kommunen, 1999, S.102 ff.). 따라서 합의 형성 과정은 문제 해결에 필요한, 기존 상태에 대한 가능한 한 최소한의 변경을 목표로 하였다. 더 넓은 범위의 개혁 노력은 어떤 것이더라도 그 대가로 더 높은 수준이고 이루기는 더 어려운 합의 형성의 요구를 초래하고 이로써 가능한 작은 개혁 내용들을 실현하지 못할 위험을 초래하기 쉬웠을 것이다(Rentsch, ZParl 1994, 116, 133 ff.).

< 110 >

결국 기업세법 개혁(1997년 10월 20일 자 법률, BGBl. I S. 2470)을 하면서 판매세에 대한 지자체의 참여와 잔여영업세 보장을 하는 데 이르렀고, 이는 기본법 제 106조 제3항과 제4항 및 제106조 제5항의 a에서의 새로운 규율을 낳았다. 이 개혁을 하면서 그 외에도 최소행정단위의 판매세 참여를 기본법 제106조 제4항 제6문에 의한 군 분담금(Kreisumlage) 측정의 기초로 참작할 것이 규정되었다.

< 111 >

연방, 주들 및 지자체들의 과제와 재정의 관계들이 모든 지역사단들의 자치 강화라는 목표 하에서 개혁을 필요로 한다는 것은 더 이상 무시할 수 없다. 1998년 12월에 주지사들은 연방 수상과 당시 규율 시스템 상의 구조적

문제들을 마침내 해결하고 헌법 개정들에 이르게 되는데 관하여 의사의 일치를 이루어냈다. 그럼에도 불구하고 가장 큰 차이를 보이는 연방과 주들 그리고 주들 상호 간의 이해관계에 관하여 이제까지 아직 어떠한 결론도 낼 수 없었다.¹⁷⁾

17) Dazu ausf.: Hennek, Reform der Aufgaben- und Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen, 1999, mit umfangr. W. Nw.: Morath (Hrsg.), Reform des Foederalismus, 1999, passim.

제 2 장 연방국가의 사무분담*

< 112 >

재정헌법(Finanzverfassung) 그 자체는 연방국가 내에서 수행해야 할 국가의 사무를 규율하지 않는다. 오히려 재정헌법은 **다른 방식으로 이행해야 할 사무분담을 전제로** 하고, 그 다음 단계에서 **재정영역에서** 재정헌법을 통하여 그 전제의 확실하게 실현하고자 한다.

4 가

< 113 >

“공적 과업”(내지 공적 사무, 공공사무 “*öoeffentliche Aufgaben*”), “국가사무”(“*Staatsaufgaben*”), “행정사무”(“*Verwaltungsaufgaben*”) 등은 일상의 관습적 용법에서는 거의 동의어로 본다. 행정학(*Verwaltungslehre*)에서 **공적 사무**라는 개념은 중심적 개념이다. 기본법 제30조에서는 국가사무의 개념을 사용하고 이를 기반으로 공법 영역에서도 통상적으로 국가사무의 개념을 사용하는데, 이때 넓은 의미의 **국가사무(Staatsaufgaben i.w.S.)**에는 지방자치단체의 사무가 포함되지만 좁은 의미의 국가사무는 지방자치단체의 사무와 대치하는 양상을 보이기 마련이다. 그 대신에 **행정사무(Verwaltungsaufgaben)**라는 개념을 사용할 경우에, 행정이야말로 국가가 자신의 사무를 수행하는 본질적 도구라는 의미를 강조하는 데 지나지 않는다. 이하에서는 기본법 제30조에 따라 (넓은 의미의) 국가사무 개념을 사용하는데, 이는 사인이 아니라 국가 또는 국가의 일부가 수행해야 할 사무를 지칭하며, 여기에는 기본단위 지방자치단체와 지방자치단체 조합도 포함된다.

< 114 >

본성상 “**나면서부터**” 국가사무라는 것이 과연 존재하는지, 또는 국가사무의 영역이 그때마다 **정치적 결정**에 따라 확정되는 것인지 등에 관한 문제는 그대로 **국가사무의 정당화**라는 논의에 해당된다. 이 주제는 특히 국가론(*Staatslehre*)과 행정학(*Vewaltungswissenschaft*) 등의 부문에서 200년 이상 되풀이하여 다루어왔다. 이 과정에서 최종적으로 관철된 견해를 살펴보면, 나면서부터 국가사무의 좁은 핵심적 영역이 존재한다는 것은 이미 증명된 바이지만, 국가사무와 비국가사무의 경계선은 개별사안에 관하여 그때마다 정치적

* 제2장 번역 (변무웅).

으로 특히 사회 정책적으로 결정해야 한다는 유보 역시 여전히 붙어있다고 한다. 이 경계선은 헌법적으로도 사회과학적으로도 중개될 수 없는 것이었다. 특히 (국가보다 사적 내지 사회적 세력이 우선적 지위를 차지한다는) 보충성 원리(Subsidiaritätsprinzip)가 유효한지 여부는 오로지 각 국가의 헌법적 형성에 종속되는 것이다. 국가사무와 비국가적으로 수행해야 할 사무의 관계에 대한 문제는 최근 수십 년 동안 이론에서나 실무에서 끈질기게 다루어왔는데, 그 원인을 살펴보면 공공예산으로 충당할 수 없는 공백 때문에 임의로 새로운 사무에 대한 재원을 제공할 수 없었다는 데 있었다. 이때 논의의 핵심을 차지하는 것은, 과연 국가가 이미 과거에 인수한 모든 사무와 자신의 시설을 계속 유지하고 운영해야 하는지, 또는 이를 민영화할 수 있는지 아니면 해야 하는지, 결과적으로 연방·주·지방자치단체 등의 활동을 **경량화** 하는(Verschlangung der Tätigkeit) 것인지 등의 문제이다. 뿐만 아니라 공적 과업을 수행할 때 국가 측에서 획득해야 할 “**개입심도(Fertigungstiefe)**” 등도 집중적인 토론의 대상이 된 바 있다.

< 115 >

모든 국가사무에 관한 체계적 파악 내지 국가사무로 인정된 목록 따위의 성과는 지금까지 획득하지 못했는데, 그 원인 중 하나는 “사무 내지 과업”(“Aufgabe”)의 개념 자체가 워낙 분명치 않다는 데 있었다. 하지만 연방·주·지방자치단체 등의 사무분류 계획이나 예산 계획이 국가사무에 관한 개관에 대한 훌륭한 근거를 제공한다. **침해행정과 급부행정(Eingriffs- und Leistungsverwaltung)** 등과 같은 구호성 차별에서는 체계화하는 데 필요한 첨예한 기준점을 얻을 수 없다. 왜냐하면 단순히 침해행정 또는 급부행정 등의 수단으로 충족시킬 수 있는 국가사무라고는 하나도 없기 때문이다. 경찰 및 질서 행정청 등의 조치는 대부분 침해행정의 영역으로 분류한다. 하지만 이때 장애인에 대한 국가의 보호가 피보호자 측에 대해서는 급부행정의 조치라는 것이 드러난다. 다만 청구권의 요구를 받은 자의 관점에서만 그것이 침해행정에 해당될 뿐이다. 뿐만 아니라 사회보험의 영역에서 부여된 급부는 급부행정상 조치이지만, 그 재원은 고권적으로 부과된 사회보험 분담금으로 충당하는데 이는 거꾸로 침해행정의 방식으로 징수한 것이다.

< 116 >

오늘날의 의미로서 국가사무에 대한 수행은 **근대 초기**에 아직 신분적으로 구성된 국가에서 영주의 행정으로서 시작되었다. 즉 영주 재산 특히 영지(Domäaenen)·산림·수익권(Regalien)·전래의 조세징수권(aeltere Steuern) 등

의 관리 내지 행정이 핵심사항이었다. 봉건제도 역시 근대 초기에는 아직도 그 의미를 잃지 않았다. **상비군을 건설(Aufbau der stehenden Heere)**하면서 국가의 사무는 변화를 겪게 되었다: 군사문제 · 군인확보 · 군사용 말의 충당 · 유지 · 군사장비 · 주둔지 확보 · 군사재원 확보 등이 우선적으로 해결해야 할 문제로 제기되었다. 뿐만 아니라 처음에는 국가방어 목적에 일차적으로 기여할 교통시설 · 인공도로 (군사도로) · 우편시설 등에 관한 행정도 등장하였다. **중상주의(Merkantilismus)** 시대에 들어서면서 영주의 행정은 즉 **우량한 질서(die gute Polizey)**에는 국가의 복리를 지원하는 문제도 점차 그 대상으로 포함시키게 된다. 농업 부문 · 상업 부문(동업조합 내지 수공업식 공장제도 등) · 광산업 부문 등에서 기술이 발전하면서 이를 국가의 신민이 국가의 보조를 얻어 활용할 수 있게 되었다. 이때 사업자 개인의 이익이 아니라 국가의 수입을 강화하고 “공동체의 우량한 질서”를 확보하자는 것이 우월적 지위를 차지하였다. 후자의 목적을 달성하기 위하여 경제거래 영역은 물론 그 범위를 넘어서 (직업의 행사 · 종교의 행사 · 미풍양속 · 계약영역 · 사치에 관한 법적 규제조항 등과 같이) 법적으로 질서를 확립한 공동생활의 영역까지 넓게 제한하였다.

< 117 >

19세기에든 상황은 종전과 유사했다. 종래 국가사무가 너무 지나치다는 비판을 받자, 이를 분명하게 축소하기보다는 오히려 사무 자체에 변화를 가했다고 보아야 할 것이다. 시민적 헌법이론에 따르면 국가는 오로지 한정된 목적에 기여해야 하는데, 실제로 이 이론은 관철되지 못했다. 그렇지만 국가조직의 합리화라는 성과는 거둘 수 있었다. 이로써 특히 사법과 행정을 분리하고 행정각부 · 행정청 · 담당부서 등도 형성하여 저마다 한정된 사항영역의 관할권한을 획득할 수 있게 되었다. 하지만 종래 국가가 수행했던 특정한 사무는 이제 오직 시민 자신이 수행하도록 이전하였다. 반면에 **국가와 교회의 분리**가 점진적으로 구현되면서 오히려 국가가 새로운 사무를 맡게 되었다. 그것은 (병원, 빈민구호원, 학교감독 등과 같이) 종래 교회 영역에서 수행하던 사무였다. 자유주의적 질서국가라는 이론적 모형에 따르면 가능한 한 최대한으로 국가로부터 자유로운 경제적 활동 등을 도모해야 하지만, 19세기의 후반기에 이르러서도 변함없이, **라살(Lassalle)**이 먼저 규정했던 “야경국가(Nachtwächerstaat)” 즉 “모든 기능을 강도와 주거침입 등만을 저지하는 데 한정하였던 국가”는 결국 실현되지 못했다. 당시 **산업화 및 도시화 과정**에 진입하면서 국가의 활동을 확대해야만 비로소 발전을 유지할 수 있었던 것이다. 즉

도로와 수로 그리고 철도 등의 건설에 대한 지원을 제공했고, 국제적 시장이 상업조약을 통해서 확장되었으며 법질서도 통일되었고, 통화·은행·측정단위·중량단위·우편 및 전신 체제 등도 통일되었다. 도시노동자가 지금까지 묶여있던 사회적 기속과 **사용자에 대한 종속성** 등으로부터 풀려나면서 그로부터 새로 발생하게 된 문제를 국가의 사무에 귀속시키게 된 것은 물론, 공장에 기계를 도입하면서 피할 수 없이 감수해야 했던 위협으로 인하여 제기된 **노동자의 보호** 문제도 국가사무에 포함시키게 되었다. **사회행정(Sozialverwaltung)**을 지탱하는 두 개의 기둥으로 첫째 (영업법 내지 상업법-Gewerbe-recht-의 일부로서) 노동자 보호 그리고 둘째 사회보험 즉 질병·노동사고·장애 등의 후속결과를 완화시키는 일차적 국가의 조치 등을 들 수 있다. 도시화 과정의 결과로서 **지방자치단체 차원의 사무도 심각한 증가 추세를** 맞이하게 되었다. 이때 가장 집중적으로 주목을 끈 사항은 (도로건설·부양시설·하수처리 등과 같은) 경제에 관한 기간구조 즉 간접자본의 구조적 건설 사무·위험방지의 일환으로 도시위생 사무·(주거건설지원·병원·양노원 등과 같은) 문화적 및 사회적 사무 등이었다. **제1차 세계대전** 이후에 국가 활동의 수량적 규모는 여전히 확대하는 경향을 띄었다. 국가 활동은 이제 서비스·부양·교육 사무까지 넓게 번져나가는 현상과 떼어낼 수 없게 결합되었다.

< 118 >

제2차 세계대전 이전까지 전개된 국가사무의 변천은 도이치 연방공화국 시대에 이르러서도 여전히 멈추지 않고 동일한 추세를 계속 유지하였지만 부분적으로 격화되고 부분적으로 완화되었다. 그와 병행하는 현상으로서 **새로운 쟁점영역**이 형성되기 시작하였다. 오늘날 대개 공간관련 전체 내지 상세 계획(der raumbezogenen Gesamt- und Fachplanung)·경제행정(Wirtschaftsverwaltung)·건강문제(Gesundheitswesen)·환경보호(Umweltschutz)·사회행정(Sozialverwaltung)·초중등 및 대학 교육영역(Schul- und Hochschulbereich) 등이 가장 큰 비중을 차지한 문제영역이다. 그밖에도 오늘날 수많은 국가사무 특히 지방자치단체의 차원에서 시민의 여가활용을 위한 전제적 여건을 창출해내고 있다.

< 119 >

위에서 논의한 바에 따라 **국가사무에는 일정하게 핵심적 부분(einen gewissen Kernbestand an staatlichen Aufgaben)**이 존재하며, 이 부분을 국가가 필수적으로 수행해야 한다는 사실을 인정해야 한다. 법질서·대내적 평화·시민

의 생명·자유·(개인적) 재산 등의 보호 등의 여건을 마련하고 유지하며, 국가의 대내적으로 그리고 대외적으로 자신의 존재를 주장하는 것이야말로 포기할 수 없는 중차대한 국가의 사무이다. 이와 같은 핵심 부분을 넘어서서 국가사무는 19세기 이래로 계속 증가하였고 전문적 영역으로 분화하였다. 게다가 국가사무를 수행하는 데 충당해야 할 비용도 상당한 규모로 증가하였다. **아돌프 바그너(Adolph Wagner)**가 주장한 “**국가 활동 계속 확대의 법칙(Gesetz der wachsenden Staatstätigkeit)**”은 시기적으로 19세기를 벗어날 즈음에 제기된 것이었다. 국가사무가 증가하고 그에 충당되는 비용이 함께 증가하게 된 원인은 특히 경제·기술·문명 등의 영역에서 일어난 **상황의 변화** 그것이였다. 가족적 연계가 강했던 농업사회가 거의 조직적 행정 없이 유지되었고, 본질적으로 오직 법질서 자체만 필요했으며, 대내적으로 그리고 대외적으로 보호가 요구되었다. 그에 반하여 현대국가에서는 분업이라는 특징을 지닌 산업사회가 발생하여, 분업체계 내에서 국가가 수행해야 할 사무는 줄기차게 늘어났다. 그에 속하는 것이 바로 수많은 종류의 서비스, 즉 역무와 질서 확보 등의 급부(Dienst- und Ordnungsleistung)에 관한 사항이었다.

< 120 >

현대국가(der moderne Staat)는 **배분국가(Umverteilungsstaat)**가 되었다. 시민 개인은 수많은 영역에서 점점 더 심각하게 국가 활동의 수익자로 바뀌었다. 국가가 이와 같은 활동에 충당할 재원을 오로지 국가 자신이 침해적 방식으로 확보하였기 때문에, 시민 개인도 마찬가지로 점점 더 많은 공과금을 부담하게 되는 결과가 나타났다. 특히 **세금(Steuer)**을 징수함으로써 비로소 입법자는 사회급부를 제공할 능력을 갖추었으며 소득분포의 위협적인 변천을 또한 배분적 방식으로 교정할 수 있었다. 이때 입법자는 사회적 갈등상황에 대하여 평가할 경우는 물론 그에 대처하기 위하여 재원을 확보할 경우에도 마찬가지로, 헌법에서 넓게 사회 정책적 결정의 영역을 부여받았다. 연방헌법 재판소가 현재까지 행한 결정례에 (이에 관하여 단락번호 344 이하) 따르면 기본법 제14조 제1항(재산권 보장 조항)은, 원칙적으로 금전급부 의무의 부과로부터 보호하자는 것이 아니라 오히려 최종적 근거로 동원되어 왔다. 그렇지만 이에 관한 한 몇 년 전부터 판례의 경향에 변동이 생겨서 (이에 관하여 단락번호 356 이하) 조세부과 권력에 누구나 느낄 수 있을 정도로 (예컨대 이른바 **절반분할 원칙-sog. Halbteilungsgrundsatz**-와 같은) 한계가 설정되기 시작하였다.

5 가

< 121 >

도대체 국가가 어떤 사무를 수행해야 하는가 하는 질문의 다음 단계는, 연방국가의 경우 전체국가와 지체국가의 권한을 배분하는 문제가 가장 중요한 것으로 제기된다. 기본법은 1871년의 **연방주의적(föderalistisch) 제국헌법(RV von 1871)**과 1919년의 **중앙집권주의적(unitarisch) 바이마르 공화국 헌법(WRV von 1919)** 사이에서 **중용적 태도**를 채택하였다.

< 122 >

연방국가의 권한배분에 관해서는 본질적으로 **3개 모형**으로 나눌 수 있다. 첫째 모형에서는 3개의 **국가기능(Staatsfunktionen)** 즉 입법·행정·사법 등의 기능을 연방 아니면 주에게 배타적으로 부여할 수 있다. 둘째 모형에서는 국가사무를 **사항 영역(Sachgebiet)**에 따라 배분하면서 어떤 실질적 영역을 갖춘 연방 내지 주에게 포괄적으로 맡길 수도 있다. 만약 그렇게 배분한다면 결과적으로는 입법·행정·사법 등의 기능을 각 사항관련 사무에 따라 오로지 연방 또는 주가 수행하게 되었을 것이다. 마지막 셋째 모형에서는 **사항 영역**을 선별하여 그때마다 입법·행정·사법 등의 개별적 **기능 영역에 따라** 연방 또는 주에게 배분할 수 있다. 기본법에서는 마지막 모형을 채택하였다. 그로 인한 결과로서 유의해야 할 바가 있다. 즉 연방이 특정한 실질적 영역에 대하여 입법권한을 갖는다고 해서, 그로부터 연방이 이에 관하여 동시에 행정권한도 갖는다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 기본법에서 권한을 배분한 양상을 살펴보면, 입법의 경우는 연방에게 부여한 비중이 더 큰데, 그에 반하여 행정과 사법의 경우는 대부분 주가 수행해야 한다.

A. 기본적 전제규범으로서 기본법 제30조

< 123 >

연방국가에서는 어떤 개별 사무영역에 관한 것이든 반드시 연방과 주의 권한 배분이 분명해야 한다. 관할이 중복된다든지 관할 자체가 없는 공백상태라든지 하는 것을 허용해서는 안 된다. 기본법에서는 이 목표를 달성하기 위하여, **연방의 관할대상**에 대해서 어떤 기능영역에 속하든 **기본법에 폐쇄적으로 열거하는(abschliessende Aufzählung im GG)** 방식을 취한다. 이에 따라

연방의 권한에 속하지 아니하는 한 기본법 제30조, 제70조, 제83조, 제92조 등에 따라 자동적으로 주의 관할대상에 속한다. 기본법 제30조를 읽어보면: 기본법이 달리 규율하였든지 다른 규율을 허용한 경우가 아닌 한, 국가 권한의 행사와 국가사무의 수행은 각 주에 속하는 사항이다. 이 조항은 입법·행정·사법 등의 기능역역에 대하여 기본법 제70조 이하, 제83조 이하, 제92조 이하 등에서 더 세세하게 규정으로 나타난다. **재정헌법(Finanzverfassung)**은 이에 관한 한 **특별한 지위(Sonderstellung)**를 차지한다. 주에게 유리한 관할추정은 겨우 권한 배분에 관한 조직적 그리고 법기술적 규율에 한정된다는 의미이다. 그에 따라 좁게 획정된 **예외가 이른바 불문의 연방 권한(Ausnahme durch sog. ungeschriebene Bundeskompetenz)**으로 존재를 유지한다.

B. 입법권한

< 124 >

입법권한을 연방과 주에 배분하는 내용의 조항은 기본법 제70조 이하이다. 기본법 제70조 제1항에 따르면, **각 주는 입법에 대하여 관할한다.** 다만 연방에게 입법관할을 기본법이 **명문으로 부여하지 않는 범위에 한정된다.**

I. 연방의 입법권한

< 125 >

연방의 입법권한에 관한 명문조항은 기본법 제71조-제75조 그리고 기본법 제10장 등에서 찾을 수 있다. 기본법 제10장의 해당부분은 다른 곳에서 (단락번호 644 이하) 자세히 다룰 것이다.

1. 배타적 입법

< 126 >

기본법 제73조에 따른 연방의 배타적 입법의 경우, 그 밖의 어떤 요건을 더 충족시키지 않아도 **오로지 연방의 관할사항**이라는 근거가 확보된다. 기본법 제73조의 목록에서 드러나듯이, 배타적 연방입법의 대상에는 실질적 측면에서 보면 오로지 연방 전역에 통일적으로 규율해야 의미를 찾을 수 있는 사항 또는 통일적으로 규율해야 마땅한 사항 등이 소속된다. 기본법 제73조의 목록은 그 자체로 **완결된 것은 아니다.** 기본법의 다른 조항에서 명문으로 “연방에 의한 규율”이라고 규정되어 있는 다른 사안의 경우 역시 배타적인

연방관할에 관한 규범이다.

2. 경합적 입법

< 127 >

기본법 제74조와 제74a조에 따른 경합적 입법의 영역에서는 연방은 물론 주도 입법에 관한 권리(das Recht zur Gesetzgebung)를 갖는다. 그러나 실질적으로 동일한 대상에 대하여 연방과 주가 동시에 법률로써 규율한다는 것은 반드시 배제해야 하기 때문에, 기본법 제72조 제1항에서 각 주가 입법권한(die Befugnis zur Gesetzgebung)을 갖는 경우는, 오로지 연방이 자신의 입법권(das Gesetzgebungsrecht)을 법률의 제·개정으로써 사용하지 않은 기간과 범위 에 한정된다고 규정하였다. 그 의미를 다시 되새겨 보면, 연방이 자신의 권능(Kompetenz)을 법률로써 이미 행사한 경우, 각 주의 입법권능(Die Gesetzgebungskompetenz)은 존재하지 않는다는 것이다.¹⁸⁾ 1994년 11월 15일자로 효력을 발생한 기본법 제72조 제1항에서 “법률에 의한(durch Gesetz)”으로 확장하여, 연방이 입법절차를 개시하는 것이 아니라 오직 연방입법을 완료해야 비로소 저지효과가 발생한다는 점을 분명하게 밝혔다. 이것과 엄격하게 분리해서 다루어야 할 문제 중 하나가 바로, 과연 연방의 입법권한 사용이 허용되었던 것인지(durfte) 여부이다.

< 128 >

이와 같은 연방의 권한 행사는 더 이상 거리낄 것 없이 오직 기본법 제72조 제2항의 요건만 갖추면 허용된다. 1994년까지 연방 전역에 통일적으로 규율해야 할 필요성이 반드시 인정되어야 했는데, 그 원인으로 열거한 바를 살펴보면, (1) 개별 주의 입법으로 인하여 사안 자체가 유효하게 규율될 수 없다거나 (2) 한 개 주의 법률로써 사안을 규율하는 것이 다른 주 또는 전체의 이해관계를 훼손할 가능성이 있거나 (3) 법적 공동체 내지 경제적 공동체는, 특히 한 개 주의 지역을 넘어서는 수준에서 생활상황의 통일성을 유지(die

18) 역주: 원문의 Kompetenz, Recht, Befugnis 등을 괄호 안에 명기해 두었다. 원저자가 이들 단어를 거의 동일한 의미로 그래서 대체적 방식으로 사용할 수 있다는 것을 한 장면에서 과시한 사례라고 보았기 때문이다. 물론 Kompetenz가 적극적 측면에서 능력에 가까운 의미를 Recht가 소극적 측면에서 권리로 근원적이지만 방어적 의미를 Befugnis가 한정적 능력 내지 권한 등으로 원천적 차원에서 행정조직의 활동범위를 규정한 의미를 특히 강조하고 있다는 것은 일반적으로 납득할 수 있다. 하지만 구체적으로 위와 같은 장면에서는 어떤 의미에 더 큰 비중을 부여해야 할 당위가 존재하지 않는다는 점이 드러나 있다.

Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhaeltnisse)해야 하므로 요구되었다. 특히 (3) 항목을 연방헌법재판소는 매우 관대하게 해석해서, 도무지 본래의 의미로서 “요건”이라고 볼 수나 있는지 의심스러울 지경이었다. 연방법률로 규율해야 할 필요성(das Beduerfnis nach bundesgesetzlicher Regelung)에 관한 결정은 **입법자의 재량**(dem gesetzgeberischen Ermessen)에 맡겨버렸다. 그 결과 심사라고 해도 겨우 재량의 하자라는 측면에서 이루어질 뿐이었다. 연방 법률로 규율해야 할 필요성이라는 요건도 통일적 생활상황을 **유지(Wahrung)**하는 것이 아니라 **추구(Herbeifuehrung)**하는 것이기만 해도, 문언 자체의 범위를 넘어서, 충족된 것으로 인정하였다. 이렇게 법질서의 통일성에 유리하게 해석한 결과 연방헌법재판소는 기본법 제72조 제2항의 취지 즉 일종의 제한으로 기여해야 한다는 의도에 제대로 부응하지 못했다. 특히 연방헌법재판소는 이로써 **주의회가 제 기능을 상실**하는(Funktionsverlust der Landesparlamente) 쪽으로 사태를 몰아간 셈이었다. 연방은 그렇게 해서 기본법 제74조와 제74a조에 열거된 실질적 사항을 매우 넓게 규율할 수 있었으며, 실제로 그 가능성을 행사하였고, 그 결과 각 주에게는 거의 규율할 실질적 내용이 남아있지 않은 상황일 정도였다.

< 129 >

공동 헌법 집행위원회(die Gemeinsame Verfassungskommission)는 위에서 논의한 바에 따라 입법권한의 영역에서 연방과 각 주의 관계의 균형을 새로 잡기 위하여, 기본법 제74조와 제75조의 목록에 상당한 규모로 제한을 가하면서, 동시에 각 주의 요구를 더 강력하게 충족시키는 방향으로 - 그러나 법적 통일성의 유지라는 요청을 포기하지는 않으면서 - 기본법 제72조를 개정할 것을 권고하였다. 그렇지만 이 권고는 일단 연방의회에서 과반수의 지지를 얻지 못했다. 다시 중재위원회(Vermittlungsausschuss)를 거쳐 이 권고에 따라 결국 기본법 제72조 제2항은 1994년 11월 15일자로 효력을 발생하는 것으로 개정되었는데 그에 따르면 연방이 입법권을 가지는 영역은, **연방 전역에 동등한 생활상황을 형성**(Herstellung gleichwertiger Lebensverhaeltnisse im Bundesgebiet)하기 위하여 또는 국가 전체적 이익을 구현하는 **법적 또는 경제적 통일체를 유지**(Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit)하기 위하여 연방 법률의 규율이 **필요한** 경우와 범위 내에 한정된다. 경제적 공동체를 유지한다는 목표를 고수한다면 이는 바로 조세 법률에 관한 입법권한의 영역에서, 연방권한의 근거를 부여하기 때문에, 특히 중요한 의미를 지니게 된다. 기본법 제72조 제3항에서 새로 규율한 바에 따르면 연방 법률의 규율은, 기본법

제72조 제2항의 의미로 **필요성이 존재하지 아니하는** 경우, 주법으로 대체할 수 있다. 이와 같이 새로운 규율을 그나마 얼마간 완화한 것은 연방헌법재판소의 관할에 관한 기본법 제93조의 특정성을 확장하는 방식이었다. 그에 따라 어떤 법률이 **기본법 제72조 제2항의 요건**에 부응하는지 여부에 관하여 **의견이 대립될** 경우, 연방참사원 또는 주정부 또는 주의 인민대표 즉 주의회의 신청이 있으면, **연방헌법재판소**는 새로 삽입된 제2a호에 따라 **결정한다**.

3. 기본법률 제정

< 130 >

기본법 제75조에 따라 기본 법률을 제정하는 권한을 행사할 경우 연방은 마찬가지로 기본법 제72조의 요건을 충족시킨 이후에야 비로소 허용된다. 경험적 입법과 다른 점은 연방에게 가능한 **규율 밀도(Regelungsdichte)** 측면에서 나타난다. **이행할 능력이 있으며 이행할 필요가 있는(ausfueuellungsfaehig und ausfaeuelungsbeduerftig)** 규율의 경우에만, 즉 각 주에게 세세한 사항에 관한 규율을 이전하는 경우에만, 연방은 기본법률 제정 방식으로 규율할 수 있다. 이때 각 주에게 개방적으로 부여된 가능성은 실질적 비중의 성격을 지녔다. 그렇다고 하더라도 일부 영역에서 연방은 또한 전면적으로 규율(Vollregelung)할 수 있다.

4. 불문법적인 연방의 입법권한

< 131 >

연방에게 명문으로 부여된 입법권한과 병행하여 통설에 따르면 이른바 연방의 불문법적 입법권한 역시 인정되었다. 그 결과 연방의 권한에 관한 명문의 근거가 부재할지라도 그것만으로 반드시 기본법 제70조 제1항의 추정 규칙(Vermutungsregel)이 주에 유리하게 제한을 가하는 것은 아니다. 그와 같은 불문법적인 연방의 입법권한의 경우에도 종래 사물의 본성에 따른 연방권한, 사물의 관련성에 따른 연방권한 등과 부차적 연계 권한 등을(zwischen Bundeskompetenz kraft Naur der Sache, kraft Sachzusammenhangs und der Annexkompetenz) 구별해 왔다. 하지만 그와 같은 종류의 권한에 대한 근거를 불문법적 법원에서 찾을 수는 없다. 오히려 이 경우 문제된 것은, **기본법에 잠재적으로 내지 함축적으로 포함되어(im GG implizit enthalten)** 있을 수밖에 없는 권한 또는 기본법으로부터 일반적인 해석규칙을 이용하여 도출할 수 있는 권한 등이다. 그러므로 명문 헌법에 대한 관련성을 분명히 의식한다는 점을 강

조하자면, 이를 차라리 묵시적으로 명문에 함께 규정된 연방의 권한이라고 부르는 것이 권고할 만하다. 묵시적으로 함께 규정된 연방의 입법권한에 대하여, **각 주의 권한 영역**은 연방권한의 과도한 점거로부터 **수호하는** 역할을 맡는다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우 각 주의 독자적 국가성이 훼손될 우려가 있기 때문이다.

< 132 >

사물의 본성에 따른 입법권한을 고려해야 한다면, 이는 실질적 대상이 **개념상 필수적으로 오직 연방 법률에 의하여** 비로소 규율될 가능성이 있는 경우에 해당된다. 단순한 합목적적 고려로는 충분하지 않다. 사물의 본성에 따른 연방권한은, 이미 정의에서 분명히 드러나듯이, **배타적인 입법권한**이다.

< 133 >

사물관련성에 의한 입법권한의 특징을 살펴보면, 기본법 제73조 또는 제74조 또는 제74a조의 실정법적 권한 원천(Kompetenztitel 명의 또는 권원)에서 명시적으로 도출되지는 않지만, 기본법의 바로 그 조항에 열거되어 있는 실질적 대상 중 하나와 밀접한 사물관련성을 갖추었다는 사물영역에 연방입법이 진입한다는 것이다. 사물관련성이라는 논거를 동원하여 연방권한을 확장하는 이와 같은 경우에 유일한 목적은, 기본법이 연방에게 할당한 영역에서, 연방의 규율 자체가 지닌 의미를 가능한 한 확보해야 한다는 것이다. 연방에게 기본법이 어떤 특정한 영역에 대하여 법률로써 형성할 것을 기본법 제73조, 제74조, 제74a조 등에서 명문으로 허용했는데도, 정작 연방이 법률로써 규율한 바가 겨우 몸통이나 그려놓고 손발은 간 데 없이 멈추었다는 상황에 빠지지 않게 저지해야 한다는 의미이다. 뿐만 아니라 각 주의 권한을 빼만 남긴 채 살을 발라내는 양상을 저지하기 위하여, 연방에게 권한의 근거를 부여하는 사물관련성을 인정하더라도 오직 이를, 연방이 자신에게 명문으로 할당한 실질적 대상과 함께 규율하지 않고서는, 연방에게 명문으로 할당한 실질적 대상을 납득할 수 있는 수준에서 규율할 수 없는 경우에 한정하여 고려한다는 것이다. 연방의 실질적 대상을 규율하기 위해서는 이와 같이 **과도한 진입을 회피할 수 없는 경우**라야 비로소 허용된다.

< 134 >

사물관련성으로 인한 입법권한의 특징이 실질적으로 다른 종류의 사물영역에 과도하게 진입하는 것이라면, 반면에 **부가적 권한(Annexkompetenz)**은 명시적인 권한원천(Kompetenztitel 명의 또는 권원)에서 획정된 사물영역의 내부를

벗어나지 않는다. 부가적 권한은 그 대신에 **준비 또는 관철 이전의 단계를 편입시켜(Einbeziehung von Stadien der Vorbereitung oder Durchfuehrung)** 확장한다. 사물관련성에 의한 권한의 경우와 달리 여기에서 확장은, (실질적으로 다른 영역으로 나아가는) 넓이 차원의 문제가 아니라, 깊이 차원의 문제이다. 마찬가지로 부가권한의 행사도, **사물관련에 대한 밀접한 관련성으로서 해제할 수 없는 수준일** 경우에 한하여, 허용된다. 기본법 제73조, 제74조, 제74a조 등을 근거로 갖춘 법률에서 **행정조직** 내지 행정절차 등을 규율하는 연방의 권한은 (결국 여기에서는 기본법 제84조 제1항에 따라 **연방참사원의 승인이 필요**하게 되는데) 기본법 제73조 이하의 조항에 대하여 부가권한으로 나타난다. 부가권한은 그밖에도 행정절차와 연계된 **국가의 수입**에 대하여 중요한 의미를 지녔다(이에 관한 세세한 사항은 단락번호 680 이하 참조).

II. 각 주의 잔여 입법권한

< 135 >

연방의 **배타적** 입법 영역에서 각 주에게 자신의 고유한 권한은 **존재하지 않는다**. 기본법 제71조에 따라 각 주의 이익을 위하여 연방이 권한을 부여하는 것도 별로 의미가 없다.

< 136 >

경합적 입법의 영역에서는 연방입법자 자신이 완결적으로 규율하지 아니한 경우라야 비로소 각 주가 입법에 관한 권한을 갖는다. 기본법 제72조 제2항의 요건을 갖추지 못한 경우일지라도, 연방이 규율한 경우라면, 각 주는 기본법 제72조 제1항에 따라 자신의 입법에 장애를 인정해야 한다. 각 주로서는 연방법적 규율을 제거할 의도라면 기본법 제93조 제1항 제2a호에 따라 연방헌법재판소로 가는 수밖에 없다. 1994년 11월 15일 이래로 기본법 제72조 제3항에 따라, 연방 법률로 특정될 수 있다든지, 연방 법률의 규율사항이기는 하지만 새로 확정된 기본법 제72조 제2항의 의미로서 갖추어야 할 **필요성이 더 이상 존재하지 않아, 주법으로 대체될 수 있다**든지 등의 가능성이 존재한다. 그밖에도 **기본법 제125a조**에서 규율한 바를 살펴보면 법이, 일단 연방법으로 제정되었는데, 기본법 제74조 제1항 또는 제75조 제1항의 개정으로 인하여 더 이상 연방법으로 제정할 수 없었을 경우라고 하더라도, 연방법은 계속 효력을 지니고 다만 이를 주법으로 대체할 수 있다고 한다. 이는 예컨대 **도로확장분담금법(Erschliessungsbeitragsrecht)**이 바로 여기에 해당된다. 뿐

만 아니라 이 조항에 의하여, 기본법 제72조 제2항을 근거로 1994년 11월 15일까지 효력을 지니고 있던 판본으로 제정된 법은, 종전과 다름없이 그대로 연방법으로서 효력을 유지한다. 이 법을 주법으로 대체할 수 있다고 연방법률에 규정할 수도 있다. 이 시점 이전에 제정되었지만 기본법 제75조 제2항에 따라 더 이상 제·개정될 수 없는 연방법에 대해서는 이를 준용한다.

< 137 >

기본법 제71조 내지 제75조에서 파악하지 않은 영역에서는 기본법 제70조에 따라 **배타적으로 각 주**가 입법에 대한 관할권을 지닌다. 기본법 제71조 내지 제75조와 비교할 때 기본법 제70조의 비중이 워낙 커서 대개 각 주의 통상적 관할사항보다 오히려 각 주의 **포괄적 관할사항**(Auffangszuständigkeit)이라는 용어를 사용한다.

Ⅲ. 기본법 제31조의 적용영역

< 138 >

연방법은 주법을 부순다. 즉 연방법이 주법보다 우월하다는 기본법 제31조를 지나치게 빨리 적용해서는 안 된다는 경고가 나온 바 있다. 이와 같은 **충돌규율 조항**을 적용해야 한다는 것은, 문체된 **규범**이 모두 **유효**한 경우, 특히 이들이 **권한에 위배되지 않게 제정**되었을 경우이다. 주 입법자의 권한에 (특히 기본법 제72조 제1항의 요건에 관하여) 하자가 있는 경우, 이는 ‘유효한 주법’ 즉 연방법에 대하여 **충돌상황**의 대상으로 등장할 수 있는 주법이 처음부터 성립한 단계에 닿지 못한 것이다. 그러므로 이 경우 기본법 제31조의 충돌규율 조항을 동원하는 것은 고려할 수조차 없다.

C. 행정권한

< 139 >

행정권한의 배분에 관해서는 대부분 기본법 제8장과 제8a장에서 규율한다. 여기에 다시 몇 개 특별규율 조항이 예컨대 기본법 제108조 (단락번호 802 이하) 등이 뒤따른다. 행정영역의 권한배분 역시 기본법상 연방국가 원리를 구성하는 주요한 요소이며 동시에 **기능적 권력분립**(funktionale Gewaltenteilung)에 **관한 추가적 요소**이기도 하다. 이는 정치적 권력을 배분하며 그 행사에 대하여 헌법적 기본사항을 설정하여, 이와 같은 권력의 배분을 올바르게 유

지하며 다양한 세력의 협력은 물론 상호 대립하는 요구의 조정 등의 가능성을 확보해야 한다(연헌재 55, 274, 318 f.). 권한배분은 **체계적 측면에서** 기본법 제70조 이하와 유사하게 규율하였다. 기본법 제83조에서는 기본법 제30조의 관할추정을 구체화하여, 기본법에서 달리 특정하거나 허용하지 않는 한, 행정활동이 각 주에게 부여되어 있다고 규정하였다. 그 의미는, 같은 원칙을 설정하되 단순한 법률에 유보하였던 바이마르 공화국 헌법에 (단락번호 75, 77) 대비하면 드러나듯이, 연방주의적 요소를 강화하였다는 것이다.

< 140 >

행정활동(Verwaltungstätigkeit)은 두 종류로 나눈다. 행정사무는 대부분 연방 법률과 주 법률의 시행, 집행, 실현 등에 해당된다. 이는 **법률 시행적 행정 또는 법률 부수적 행정**이라고 부른다. 그렇지만 연방과 주 등의 행정활동이 법률을 시행하는 데 그치는 것은 아니다. 그밖에도 연방과 주는 수많은 사무를 이행하는데, 이와 같은 국가 행정청의 활동에 대해서는 아예 특정한 법률적 규율 자체가 존재하지 않는다. 여기에 속하는 것으로 대외적 활동·펀드행정·경제지원 조치 등의 넓은 영역의 사무는 물론, 보조금의 승인, 연구지원 등의 사무 그리고 생존배려 및 그 계획 등에 관한 다양한 사무 등을 들 수 있다. 국가의 행정활동이 미치는 이와 같은 무지개와 같이 다양하고 넓은 대역의 양상은 **법률로부터 자유로운 행정 또는 비법률 부수적 행정(gesetzesfreie oder nichtgesetzesakzessorische Verwaltung)**이라고 부른다. 그렇다고 해서 법률에서 자유롭다는 의미가, 특히 법규범에 기속 되는 바 전혀 없다는 것은 아니다. 그 의미는 단지 구체적 사무의 이행에 관하여 **법률에서 사전에 규정한 바 없다는** 정도이다. 행정은 그에 따라 자신의 고유한 결정으로 수행한다. 법률 부수적 행정(die gesetzesakzessorische Verwaltung)은 비-법률 부수적 행정과 마찬가지로 행정의 법률적합성 원칙을 준수해야 하지만 다만 기속성의 척도라는 측면에서 다를 뿐이다. 기본법 제30조에 연계하여 기본법 제8장은 법률 부수적 행정은 물론 비-법률 부수적 행정 등에도 관련되어 있다. 하지만 기본법 제83조에서는 오로지 연방 법률의 “시행”에 관해서만, 그러므로 법률 부수적 행정에 관해서만 규정하였다. 기본법 제30조에서는 그에 반하여 일반적으로 국가의 권한행사에 관하여 규정하였다. 뿐만 아니라 기본법 제83조로부터 도출되는 조항을 보더라도, 기본법에서는 연방의 행정에 관한 - 예컨대 기본법 제87조의 - 영역은 마찬가지로 그에 따라 법률로부터 자유로운 행정이라고 본다는 점이 분명하게 드러나 있다.

I. 기본법 제8장의 권한배분

1. 주 법률의 주 자신의 집행

< 141 >

주 자신의 법률은 **언제나** 주의 행정청이 시행한다. 이는 벌써 기본법 제30조에서 도출된다. 연방이 주 행정에 대하여 미치는 영향력은 어떤 것이든 허용되지 않는다. 주 법률을 연방의 행정청이 시행한다는 것은 마찬가지로 고려할 여지조차 없다.

2. 연방 법률의 주 자신의 집행

< 142 >

기본법 제83조에 따르면 각 주는 연방 법률도 또한 자신이 다루어야 할 사안으로서 시행하는데, 다만 이는 기본법에서 달리 규율하지 않은 범위에 한정된다. 연방 법률을 주 자신이 집행하는 경우 법률의 시행에 관하여 연방정부의 **감독(Aufsicht)**을 받는다. 그러나 이는 기본법 제84조 제3항 제1문에 따라 **순수한 적법성 통제(eine reine Rechtsmäßigkeitsskontrolle)**에 한정된다. 원칙적으로 각 주는 어떤 지시(Weisungen)도 받지 않는다. 예외적으로 기본법 제84조 제5항의 요건을 갖춘 경우에, 연방정부는 특별한 사건에 대하여 개별적 지시를 발할 수 있는 권한을 부여받았다. 이 지시도 원칙적으로 오로지 최고 주행정청만을 상대방으로 발할 수 있다.

< 143 >

마찬가지로 **행정청을 개설**하는 것은 물론 **행정절차를 규율**하는 것도 각 주의 일(Laendersache)에 속한다(기본법 제84조 제1항). 이와 같은 규율을 통하여, 주의 행정조직은 연방의 행정조직에 대하여 독립적으로 대치하고 있다는 것이 분명히 밝혀졌다. 이는 연방에 대한 관계에서 각 주의 독자적 국가성을 분명하게 과시하였다. 그렇지만 유의해야 할 사항이 남아있으니, 즉 기본법 제84조 제1항 제1주문장의 원칙이 제2주문장으로 인하여 **사실상 반대방향으로** 돌아갔다는 점이다. 오늘날 널리 원칙적으로 인정되는 바에 따르면, 연방 법률에서 **부가적 권한**이라는 방식으로 (단락번호 134) 행정청을 설치하고, 사무를 지방자치단체 행정청에 귀속시키며, 행정절차를 규율한다. 물론 관련법률 전체에 대하여 연방참사원에 의한 승인을 요구한다는 것으로 그 대가를 치르기는 한다. 기본법 제84조 제1항은 이와 같은 방식으로 동시에 현

법규범으로서 사실상 연방 법률의 승인 필요성을, 본래 이의법률(Einspruchsgesetze)에 대한 통상적 사건에서 유래한 것이라는 기본법의 기본관념에 반하여, **적용에 관한 통상적 사안(Anwendungsregelfall)**으로 변신을 유도하였다. 기본법 제84조 제1항과 제2항에서 양보한 가능성을 매우 넓게 활용한다는 근거 아래 연방이 행사하는 영향력은 각 주의 행정조직에도 미쳐, 결과적으로는 **연방주의적 행정구조에 중앙집권화 교정**을 가하고, 지방자치단체의 자치행정에 미치는 영향도 상당한 규모로 확장하여, 결국 그 반면에는 연방참사원의 공동결정권을 더욱 강화했다는 결과를 초래하였고, 이로써 다른 무엇보다도 연방국가적 상호관련성과 상호조화성 등의 강도를 더욱 높여서, 오늘날 연방주의적 체계의 특히 주목할 만한 특징을 구현하였다.

< 144 >

기본법 제84조 제1항을 근거로 삼는다는 것이, ‘연방 자신이 지방자치단체와 지방자치단체조합이 사무 처리에 대해 **관할권한을 가졌다고 규정한다**’는 의미라고 보는 한 연방은, 행정청의 설치가 아니라고는 하지만, 실질적으로 **모든 행정의 모든 등급적 차원을 확립**하고 이들로 하여금 법률시행에 대하여 관할권한이 있다고 선언하는 셈이다. 그와 같은 연방법적 대처는, 오로지 헌법규범에서 남겨놓은 예외적 규율 사항을 극단적으로 넓게 이해한 경우에만, 기본법 제84조 제1항에 합치한다. 그러나 이때에도 다음 사항을 조심스럽게 다루어야 한다. 이는 주의 조직권력에 침해하는 경우와 마찬가지로, **연방에게, 지방자치단체의 차원까지 관통적인 침해를 거의 아무 요건도 갖추지 않은 채 허용하는 것은 아니다**. 왜냐하면 기본법 제83조 이하의 체계에서도, 각 주가 지방자치단체에게 법률 집행을 맡긴다고 해도, 이로써 각 주가 연방 법률의 적법한 시행에 대한 행정책임까지 상실하는 것은 아니기 때문이다. 각 주의 행정책임 측면에서, 과연 주 행정청 또는 지방자치단체 행정청이 연방 법률을 시행하는 데 문제가 없는지, 연방이 아니라 우선적으로 각 주가 판단한다. 기본법 제84조 제1항을 확장 해석하여, 연방 법률에 관한 권한의 “준부”에 관한 조항인데도 이를 통해서, 주 법 상 조직권력을 일단 옆으로 밀어놓은 채 연방이 직접 관통하여 침입하는 방식으로 지방자치단체에게 법률의 집행을 맡기는 권한을 인정하였다. 그렇다고 해서 **실질적 요건**, 즉 어떤 요건을 갖추어야 연방이 **예외적으로나마** 지방자치단체에게 사무를 할당 내지 부여할 수 있는지, 그에 관하여 지적인 바는 하나도 없다. 하지만 지방자치단체에게 연방입법자가 **아무 제한 없이 관통하여 침입하는 것을 허용하는 것은 아니다**(연헌재 22, 180, 210). 실질적 대상인 지방자치단체 권한이라는 관점에

서 연방권한 자체가 없다는 측면을 고려하면, 연방 법률의 집행에 지방자치단체를 연방입법자가 동원하는 것을 허용할 경우라도 이는, 연방입법자가 자신의 관할사항에 속하는 실질적 규율에 대하여 **작은 세목 하나에 관한 부가적 규율**에 해당되는 경우, 또는 이와 같은 부가적 규율이 **법률의 실질적 조항을 실효성 있게 집행하는 데 필수적인 경우** 등에 한정될 것이다(연헌재 22, 180, 210; 77, 288, 299).

< 145 >

연방헌법재판소가 도출한 기본법 제84조의 논리 측면에서 볼 때 제84조 제1항의 구조 안에서 연방입법에 대하여 헌법적 요구사항을 제시할 수 있다고 해도 이는, 연방이 특정한 사무를 지방자치행정의 소속되는 사안이라고 선언한 바로 그와 같은 경우에 한정된다. **지방자치단체라는 사단을 사무수행자로서 특정** 한다는 것은 어떤 경우이든, 원칙적으로 부여된 주의 권한 즉 기본법 제84조 제1항에서 요건을 설정한 주의 권한에 대하여, **깊이 침해한다**는 의미이다. 그렇게 지방자치단체를 사무수행자로 특정 하는 일이 벌어지지 않았다면, 기존의 주의 권한 즉 사무의 실행을 지방자치단체 대신에 국가의 행정청에게 맡길 주의 권한은 이로써 제거되고 말았을 것이다. 그밖에도 연방 법률에서 지방자치단체의 행정 차원을 특정하여, 본래의 주 권한 즉 다른 지방자치단체를 사무수행자로 선언할 권한을 박탈하게 될 것이다. 그렇지만 연방 법률의 시행은 원칙적으로 각 주에게 맡겨져 있기 때문에, 과연 행정사무를 주 자신의 행정청과 지방자치단체 중 누가 실현해야 할 것인지 결정할 권한은 원칙적으로 각 주에게 속한 것이다. 각 주가 만약 지방자치단체로 하여금 사무를 수행하라고 결정하였을 경우라면, 이는 지방자치단체가 연방 법률을 ‘지시로부터 자유로운 의무적 사무’와 ‘위임된 효력영역에 속하는 사무’ 중 어떤 것으로 집행해야 하는지 등에 관한 문제는 아닌 것이다. 그에 못지않게 중요한 것은, 어떤 지방자치단체 또는 지방자치단체조합에게 이 사무수행 자격을 부여할 것인지 하는 문제에 대한 결정이다. 또한 이 문제도 그 자체로 원천적 차원에서 주 권한에 속하는 사항이다(Shoch/Wieland, JZ 1995, 982, 986 f.).

< 146 >

과연 연방 사회복지법률(BSHG) 제96조와 연방 청소년부조 법률(KJHG) 제69조 등에서 사무를 할당한 것에 대한 권한을 연방입법자가 보유하는지 여부에 관하여 그에 따라 의심이 일어난다. 이에 관련하여 심판한 바덴-뷔르템베르크 주의 헌법재판소인 국가법원에서는 (VBl. BW 1999, 204, 304) 이와 같은 우려에 가담하지 않고 **연방 사회복지법률(BSHG=Das Bundessozialhilfegesetz)**

setz) 제96조와 연방 청소년부조 법률(KJHG =Das Kinder- und Jugendhilfegesetz) 제69조 등의 합헌성을 인정하였다. 각 주의 조직고권에 대하여 깊은 침해는 그에 관한 한 존재하지 않는다고 판시했다. 이들 조항에는 오로지 작은 세목에서만 부가적 규율사항이 포함되어 있지만, 각 주에게는 여전히 충분한 행위와 형성의 여지를 부여한 셈이어서, 어느 부분에서 그리고 어떤 방식으로 법률을 집행할 것인지 세세히 규율할 수 있다고 한다. 이렇게 해서, 부양사무를 지방자치단체가 자치행정사무로서 또는 지시에 따른 수행으로서 실현할 것인지 등에 관하여, 규율할 것을 각 주에게 유보하였다고 한다.

3. 연방위임행정

< 147 >

연방 법률을 각 주가 자신의 사무로서 시행해야 한다는 원칙에 대하여 기본법 제85조 제1항이라는 예외가 규정되어 있다. 즉 각 주가 연방의 위임으로 연방 법률을 시행한다. 이와 같은 유형의 사무는 대부분 연방위임행정이라고, 그보다 더 나은 표현으로는 **연방의 위임으로 수행하는 주 행정(Landesverwaltungs im Auftrage des Bundes)**이라고 부른다. 기본법에서는, 언제 연방의 위임에 따른 주 행정에 해당되는지, 세세하게 규정하였다. 이 영역에서는 **연방감독**이 법률적합성은 물론 **시행의 합목적성까지도** 포함한다는 점이 중요하다(기본법 제85조 제4항 제1문). 그밖에도 시행을 담당할 주행정청이 관할 권한이 있는 최고 연방행정청의 **지시(Weisungen)**를 받아야 한다는 특징을 지적할 수 있다. 그러나 이때 지시라고는 하지만 원칙적으로 지시의 상대방은 시행을 담당할 주행정청이 아니라 사안을 담당할 **주 최고행정청**이다. 연방 법률을 각 주가 주 자신의 사무로서 집행하는 것과 마찬가지로 연방의 위임에 의한 행정의 경우에도 **행정청의 설치**는 원칙적으로 **각 주의 관할사항**인데, 다만 연방참사원의 승인이 붙어있는 연방 법률에서 달리 규정한 경우는 예외이다. 연방위임행정을 형성할 때 각 주의 조직고권은 그 자신에 고유한 국가성의 요소로서 그와 마찬가지로 존중해야 한다. 연방위임행정은 개별 사안의 경우라면 또한 비-법률 부수적 행정에서도 등장할 수 있다.

4. 연방 자신의 행정

< 148 >

기본법 제30조와 제83조 등의 원칙에 대하여 좁게 한정된 예가 기본법 제86조에 따른 연방 자신의 행정인데, 마찬가지로 이는 또한 비-법률 부수적 행

정활동에 대해서도 특별한 권한배분의 경우 고려대상에 들어간다. 연방에 고유한 행정의 경우 직접적 연방행정과 간접적 연방행정을 구별해야 한다. **직접적 연방행정**(in unmittelbare Bundesverwaltung)은 기본법 제87조 제1항 제1문, 제87b조 제1항, 제87d조 제1항, 제87e조 제1항, 제87f조 제2항 제2문, 제88조 등에 열거한 영역을 말한다. 그 밖의 연방 자신의 행정청은 기본법 제87조 제1항 제2문, 제87b조 등의 척도에 따라 설치할 수 있다. 입법권이 연방에게 부여된 사안에 관해서는 연방이 기본법 제87조 제3항 제1문에 따라 독립적인 **연방상급행정청**(Bundesoberbehoerden)을 설치할 수 있다(자토리우스 Satorius 공법분야 법전의 - 기본법의 문언 마지막에 붙어있는 - 조직도 참조). **연방 자신의 중급행정청과 하급행정청**은 그에 반하여 오직 형식적 측면과 실질적 측면에서 그보다 더욱 엄격한 기본법 제87조 제3항 제2문의 요건을 갖추어야 비로소 설치할 수 있다. **간접적 연방행정**은 기본법 제87조 제2항, 제3항 제1문, 제87f조 제3항 제1문 등에 따라 연방 직속 공법상 사단과 영조물(die bundesunmittelbaren Koerperschaften und Anstalten des oeffentlichen Rechts)이 행한다. 이들은 연방에 대하여 법적으로 독립성을 유지한다.

5. 불문법에 따른 연방의 행정권한

< 149 >

통설에 따르면 불문법에 따라 또는 묵시적으로 함께 규정되었다고 인정해야 할 연방의 권한이 입법의 영역은 물론 행정의 영역에도 존재한다. 그렇지만 기본법 제83조 이하에서 관할에 관하여 세세한 목록을 제시하고 있기 때문에, 개별적 사안에 따라서는 이를 거부해야 한다. 이 목록으로써 완결적 내지 폐쇄적 규율방식을 채택한 것이며, 그로 인하여 연방에 유리하게 확대하는 해석을 동원할 수 없다고 한다. 원칙적으로 현존하는 가능성으로서 불문의 행정권을 존재한다고 전제하고 논의를 전개하자면, 연방에게 유리하게 설정할 수 있는 **극단적인 한계**가 어디인지 묻지 않을 수 없게 된다. 불문의 행정권한을 허용한다는 근거는 기본법 제83조에 “이 기본법에서 다른 것을 ... 허용하지 않는 한”이라고 규정한 문구에서 찾는다. 그러나 여기에서 이와 같은 허용은 기본법 제30조와 제83조의 기본적 원칙에서 벗어난다는 점에 유의해야 한다. 기본법 제83조로써 획정한 헌법적 제한을 불문의 권한으로 완화한다면, 이로써 기본법 제83조 자체의 본래 목적 즉 **각 주의 독자적 국가성을 확보하기 위하여 엄격하게 권한을 배분해야 한다는 취지** 자체를 박탈하는 결과를 야기할 것이다. 기본법 제83조의 표현은, 바이마르 공화국 헌법

제46조에서 단순한 법률의 유보 아래 두는 방식으로 (단락번호 75, 77) 추구했던 바와 같이, 변천하는 상황을 회피해야 한다는 취지일 것이라고 한다. 어떤 연방의 행정활동이든 최대의 한계는 연방의 입법권한에 의하여 설정되며, 통상적으로 연방의 입법권한은 행정권한보다 그 범위가 넓다는 등에 대해서는 거의 이견 없이 일반적으로 인정한다. 불문의 연방 입법권한의 주장을 허용해야 한다고 해서 그로부터 자동적으로 또한 불문의 연방 행정권한이 도출되는 것은 아니다.

< 150 >

불문의 행정권한 형식으로는 입법의 경우와 마찬가지로 사물의 본성, 사물관련성, 부가적 권한 등을 들 수 있다. 좁은 의미로¹⁹⁾ 허용성이라고 하지만, 입법과 행정을 서로 구별해야 한다는 특수성에 유의해야 한다. 행정이라는 수단은 개별사안에 관련된 것이며, 개별사태에 맞추어 직접 그리고 수없이 변용되는 것이다. 그 결과 사안으로부터 거리가 먼 연방 자신의 행정에 대하여 사안에 더 근접한 주행정이 원칙적으로 우위를 차지하게 된다. 이 사상은 원칙적으로 주행정청이 연방 법률을 시행한다는 것에 대한 정당화 논거로서 기본법 제8장 전체의 기반을 이루고 있다. 기본법에서는 사안에 대한 근접성을 확보하기 위하여 행정권한을 주정부에게 부여함으로써 각 주가 독립적으로 규율하는 것을 기꺼이 인정한다. 행정의 법률 기속성으로 인하여 어떤 경우이든 법률 부수적 행정의 영역에서는 법률의 적용에 납득할 수 없는 차이가 발생할 경우 이미 연방 법률의 규율이라는 수단으로 저지할 수 있다. 그밖에도 연방은 통일성이 없는 행정실무를 이유로 불문의 행정 관할권한을 자신에게 유리하게 행사할 수 있는데, 그 이전 단계에서 연방은 또한 기본법 제84조 제2항, 제85조 제2항 제1문에 따라 열린 가능성을 사용하여, 통일성을 갖춘 행정실무를 수행하도록 각 주에게 일반적 행정 규칙(allgemeine Verwaltungsvorschriften)을 발급할 수 있다. 비법률 부수적 행정의 영역에서는 불문의 연방 행정권한은 더 넓게 연계점을 가지게 된다. 그에 따르면 연방 법률의 목적을 각 주의 행정활동으로써는 “개념상 필연적으로(begriffsnotwendig)” 도대체 달성할 수 없는 경우에 비로소 불문의 행정권한을 고려할 수 있다. 그에 반하여, 연방에 의한 행정이 생활상황의 통일성을 유지한다는 관점 등에서

19) (역자주) 원문에는 die Zulaessigkeit i.e. 라고 되어 있다. 그러나 약어표에 i.e. 항목은 들어있지 않아 원어가 무엇인지 알 수 없다. 그렇다고 일반적 용법에 따라 id est = that is의 의미로 새길 수도 없었다. 워낙 그것과 다른 문맥이기 때문이다. 따라서 i.e.S.를 잘못 표기한 것으로 해석한다.

목적에 적합하다는 점만으로는, 연방권한의 근거로 채택될 수 없다. 입법의 영역과는 달리 행정영역에서는 기본법에, 기속력을 갖추고 전면적으로 미치는 명령적 지시 사항(Anweisung) 중 하나로, 생활상황의 통일성을 유지해야 한다는 항목을 설정한 바 없다.

< 151 >

지역을 초월하는 **통일적인 생활상황**을 확보하기 위하여 연방의 행정권한이 그렇게 강한 “필요성”이 있다고 하더라도 이로써 권한의 근거로 삼을 수는 없다. 통일성이라는 측면은 또한 **각 주가 서로 조율하는 방식**으로 상호간 고려할 수 있다. 각 주가 서로 합의하는지 여부와 연방이 관련 사안에 대하여 모든 주 또는 개별 주의 의사에 반하여 스스로 행정을 수행하는 지 여부는 연방국가에서 결정적으로 구별해야 할 차이이다. 만약 기본법에서 규정하면서 그 전제로서 인정한 것이, 행정영역에서 특정한 지역 초월적 사무를 수행하는 것을 허용하거나 반드시 수행할 것을 명령했는데, 그렇게 하지 않으면 수인할 수 없는 불통일성이 발생할 우려 때문에, 이 사무를 중앙의 영향력 아래 해결하는 방법 이외로는 수행 자체가 불가능한 경우라면, 그에 대하여 비로소 불문의 연방 행정권한을 인정해야 할 것이다.

6. 혼합행정의 원칙적 금지

< 152 >

불문의 행정권한을 포함하여 지금까지 다룬 행정유형의 기반을 이루는 기본개념 즉 기본법에서 설정한 기본개념을 살펴보면, 연방과 각 주의 **행정영역(Verwaltungsraeume)**이 **조직적으로 그리고 기능적으로** 서로 독립되어 있으며 서로 분명하게 분리될 수 있다는 것이다. 이들은 저마다 **그 자체로 폐쇄적인 행정조직**으로서 저마다 고유한 관할영역을 구성한다. 그렇지만 개별적인 기본법-조항에서는 연방과 주가 서로 협력하라고 명문으로 규정하거나 허용하였다. 그밖에도 기본법에서 **권한을 배분**한 것 자체에 대해서는, 전혀 그리고 이로써 또한 기본법 제8장에서도 또한, 연방과 각 주가 처분할 수 없다고 규정하였다. 이는 **한 마디로 강행적**이다. 기본법 제83조 이하에서 권한을 배분하였는데 이를 이전하거나 회피해서는 안 된다는 의미이다. 권한의 위임 이전(Zuweisung einer Kompetenz)은, 그 권한을 수행해야 할 의무와 결합되어 있다. 이 의무를 어떤 권한 보유자이든 자신의 권한을 재위임이전함으로써 연방국가의 어떤 다른 등급이든 그에게 미루어서는 안 된다. 기본법에 명문으로 규율하든 허용하든 특정한 사안을 제외하고는 그러므로 **기본법상 연방**

과 주 사이의 혼합행정은 금지된다.

< 153 >

이 문제와 분리해서 다루어야 할 주제가 한편으로는 연방과 각 주의 **협력 위원회(Koordinationsgremien)**의 허용인데, 이는 단지 법적으로 구속력이 없는 협의에 기여할 뿐이다. 각 주도 합의의 방식으로 **공동 행정청** 또는 그와 다른 **공동 행정시설**을 창설할 권한을 상호간 행사할 수 있다. 결국 연방 국가는 독자성을 보전하는 것뿐만 아니라 **상호협력적 활동**을 전개하는 데 역시 기여한다.

II. 공동사무와 공동으로 수행한 사무

1. 기본법 제8a장을 도입한 이유

< 154 >

기본법은 1969년까지 위에서 살펴보았다시피 **연방과 주의 관할영역을 확연하게 분리**한다는 전제를 세우고 있었다. 제8a장을 도입하기까지 연방은 주의 사무에 대하여 **공동작업, 공동계획, 공동재정** 등에 관한 권한에 헌법적 근거를 갖추지 못한 상태이었다.

그렇지만 독일도이치연방공화국을 건립한 이래로 **“헌법현실(Verfassungswirklichkeit)”**라는 명칭이 붙은 국가실무는 사뭇 그와 다르게 변천을 거듭했다. 사회적, 기술적, 경제적 변천에 대한 요구를 대다수의 견해에 따르면 기본법 제 8장과 같이 엄격한 사무배분으로는 도저히 충족시킬 수 없었다. 그래서 연방은 자신의 관점에서 볼 때 오직 국가 전체적 수준이라야 효율적으로 해결할 수 있는 사무를 자신이 나서서 맡으면서, 경제통일체와 생활상황의 통일성 등을 유지한다는 논거를 이론적 기반으로 채택하였다. 특히 비-법률부수적 행정의 영역에서 연방은 일련의 사무를 지원했는데, 그 사무는 명문의 연방관할사항으로 포괄할 수 없는 것이었다. 왜냐하면 연방은 이른바 **“체계상 그보다 상위의 관점(üebergeordnete Gesichtspunkten)”**에서 지원할 가치가 있다고 판단했기 때문이다(BT-Drucks. V/2861, Tz. 39 ff., 78 ff). 그에 따라 중요한 영역에서 그리고 다양한 형식으로 연방과 각 주의 협력작업이 이루어졌지만, 그에 대한 기본법의 규율사항은 존재하지 않았다. 이와 같은 협력의 양상은 단순한 협의에서 시작하였다가 드디어 제도로 확립하는 수준까지 이르렀다.

< 155 >

“트뢰거-전문감정평가서(Tröeeger-Gutachten)”를 기반으로 여·야 대연립정부에서는 1969년 재정개혁을 추진하는 과정에서, **연방국가 원리를 유지**하면서 사실상 필요에 부응하는 범위와 규모 내에서, 연방의 **공동협력, 공동계획, 공동재정 형식의 체계를** 기본법의 구조 중 하나로서 편입할 것을 결정하였다. 특정한 사무에 대하여 **국가 전체적 관점에서 필요하다고 인정되는 연방의 조종(Steuerung)**은 헌법적으로 또한 올바르게 수행될 수 있어야 하며, 이때 그와 동시에 연방에 의한 영향력 행사에 대한 한계를 특정해야 한다. 즉 그때까지 유지된 실무의 계속적 추진으로 인하여 오히려 연방은 저지당할 수 있는데, 그에 대해서는 만약 이를 각 주가 거부할 경우 연방교부금을 상실하는 불이익을 받으리라는 효과를 갖춘 조건과 부담에 협력을 연계시켜야 할 것이다(**이른바 기금경제** sog. Fondswirtschaft).

2. 공동사무

< 156 >

기본법 제91a조 제1항에서 “**공동사무**” 개념에 대한 **법률 자체의 정의**(Legaldefinition)를 볼 수 있다. 그에 따르면 3개의 더 자세하게 적시된 각 주의 사무가 포함되며, 그때에도 다음 요건을 갖추어야 한다: (1) 이 사무는 전체에 관련된 의미를 지닌 것이어야 하며 (2) 생활상황을 개선하기 위하여 연방의 협력이 필요한 경우라야 한다. 연방과 주의 협력 중 다른 형식에 대해서 그러므로 더 이상 공동사무라는 명칭을 사용해서는 안 된다. 이에 대해서는 결과적으로 **기타 공동으로 수행한 사무**라고(sonstige gemeinschaftlich wahrgenommene Aufgaben) 인정해야 한다.

< 157 >

추가적 설명: 기본법에서 “공동사무”라는 표현을 채택했다고 해도, 이 공동사무가 연방과 각 주의 사무에 해당된다고 오해해서는 안 된다. 기본법 제 91a조 제1항 제1주문장에서 분명하게 규정한 바에 따르면, **각 주의 사무**가 그 대상이며, 또한 각 주의 사무로 그대로 유지된다. 그래서 연방은 **단순하게 협력**할 뿐이다.

< 158 >

연방의 협력이 허용되는지 여부에 관련하여 기본법 제91a조 제1항에서는 **중첩적으로 3개 요건**을 명문으로 규정하였다.

(1) 객체로서는 반드시 대학의 건설 또는 신설이어야 하며, 여기에 대학병원 또는 지역적 경제구조의 개선 내지 농업구조 및 해안보호 등의 개선 등도 포함된다.

(2) 사무는 반드시 국가 전체에 연계된(füer die Gesamtheit bedeutsam) 것이어야 한다. 만약 사무의 수행이 공동체 전체와 여러 주의 주민 등의 복리를 위하여 국가 전체적 관점에서 특히 중요하고 시급한 경우라면 이에 해당된다. 오직 지역적 또는 오직 한 개 주에 대해서만 의미가 있는 의도의 것이라면 여기에서 배제된다.

(3) 뿐만 아니라 연방의 협력이 반드시 생활상황을 개선하는 데 필요한 것이어야 한다. 만약 목표로 잡은 개선의 실현이, 각 주 단독으로서는 도저히 수행할 수 없어서, 결국 연방의 개입에 종속되어 있는 경우라면, 이에 해당된다.

< 159 >

그렇지만 두 개의 내용적 요구사항은 워낙 불분명하고 워낙 광범위해서 어떤 한계를 설정하는 데 기여해야 할 요건으로서는 전혀 적합하지 않다. 게다가 이들 요건은 불특정 법률개념(unbestimmte Gesetzesbegriffe)으로서 오직 제한된 범위 내에서만 법원의 심사를 받을 뿐이다(이에 관해서는 연헌재 39, 96, 115). 기본법 제91a조 제1항의 요건을 갖추었을 경우 연방은 협력할 의무가 있다.

< 160 >

협력의 형식은 기본법 제91a조 제2항 내지 제5항에서 나온다. 연방의 협력할 의무는 3개 영역으로 확장된다. 즉 입법, 행정, 재정 등이 그것이다. 기본법 제91a조 제2항에 규정한 바에 따르면, 연방참사원의 승인을 얻은 연방 법률에 의하여 공동사무는 더 세세하게 특정된다. 그 법률에는 공동사무를 수행하기 위한 일반적 원칙도 포함되어야 한다.

< 161 >

3개 공동사무 중 어떤 것이든 저마다 관련 시행법률(Ausführuhrgesetz)이 제정되었다. 1969년 9월 1일자 대학건설지원법(HochschulbauföoerderungsG 연방법률공보 BGBl I 1556쪽), 1969년 10월 6일자 지역경제 구조 개선의 공동사무에 관한 법률(Gesetz üueber Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur), 1969년 9월 3일자 농업구조 및 해안보호 개선의 공동사무에 관한 법률(Gesetz üueber Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der Agrastruktur

und des Küüstenschutzes) 등. 법률에는 오직 일반적 원칙을 포함시키는 것만 허용되기 때문에, 오직 일반적 목표를 기술하는 데 한정될 수밖에 없어서, 개별적이고 세부적인 지시사항도 법률에는 있을 수 없었다. 연방의 협력은 **사무의 조화를 도모하는(Aufgabenkoordinierung)** 것이지 세부적으로 **사무를 수행하는 것이 아니다**. 공동사무의 핵심적 요소는 기본법 제91a조 제3항에 따라 공동으로 행하는 기본계획(gemeinsame Rahmenplanung)이다. 그 절차와 시설에 대해서는 연방입법자가 기본법 제91a조 제3항에 따라 모든 3개 공동사무에 대부분 동일한 내용으로 규율하였다. 어떤 공동사무에 관한 것이든 **계획위원회(Planungsausschuss)**를 두어서 단기 아닌 중기 기본계획을 수립한다. 이 계획위원회의 구성원은 연방의 관련부문에 관할권한을 가진 장관과 각 주의 각 한 명씩 장관이다. 연방의 의결권 숫자는 모든 주의 숫자에 상응한다. 연방의 의결권은 오직 일괄해서만 행사할 수 있다. 계획위원회의 결정에는 총 의결권 수의 3/4에 이르는 다수가 필요하다. 그러므로 연방 이외에도 항상 각 주의 과반수가 동의해야 한다. 기본계획에 어떤 계획을 포함시키기 위해서는 **각 주의 신청(Anmeldung durch die Länder)**이 필요하다. 기본계획에 대하여 결정을 내리기까지 주는 자신의 신청을 철회할 수 있다. 기본법 제91a조 제3항 제2문을 고려하여 주의 동의 없이는 어떤 계획도, 그 주의 관할영토에서 시행해야 할 경우, 기본계획에 편입시킬 수는 없다.

< 162 >

공동사무를 수행할 때 **연방의 협력은 기본계획에 참여하는 것과 다른 곳**에서 (단락번호 218 이하) 다루게 될 **공동재정을 확보하는 것** 등에 한정된다. 기본계획의 **시행(Durchführung)**은 기본법 제83조에 따라 집행된다. (세부계획, 재원할당, 기술적 시행, 최종정산, 통제 등과 같이) 행정에 적절한 **시행(Ausführung)**은 각 주가 담당하며, 이 범위에 관한 한 연방에게 협력권한은 부여되지 않는다.

3. 기본법 제91b조에 따라 공동으로 수행한 사무

< 163 >

기본법 제91b조에 따라 연방과 각 주는 교육계획과 연구지원 등의 영역에서, 본래 이들 영역은 원칙적으로 각 주의 사무에 해당되지만, 합의(Vereinbarung)를 근거로 협력할 수 있다. 이와 같은 협력은 기본법 제91a조와 달리 연방과 주의 **자유재량에(im freien Ermessen)** 맡겨져 있다. 기본법 제91b조에 명문으로 지적한 “합의”라는 형태 역시 상당한 형성의 영역을 부여하는 것이다.

제 3 장 연방국가의 사무책임*

6

< 164 >

공공지출은 국가와 기타 공적 공동체의 사무수행에 기여한다. 공공지출로 인하여 재화와 용역을 매수하게 되고 이를 수단으로 국민경제의 생산성의 일부를 공적 급부의 제조에 충당하자는 요구가 발생한다(**공공 재정경제의 필요충당 기능**). 그밖에도 공공지출은 (경기정책, 구조정책, 성장정책 등) **경제정책적 목표**는 물론 (소득정책 및 재산축적 정책 등) **사회정책적 목표** 등을 추구하는 수단이기도 하다. 이를 공공재정의 경제정책 내지 사회정책 기능이라고 부른다. 공공지출의 상당히 큰 부분이 그러므로 다른 부문 즉 개인 가계, 기업, 외국 부문 등으로 이전분으로 구성되어 있다. **국가 활동의 범위와 규모**의 측면에서 보면 공공지출은 역사적으로 그때마다 받아들인 계기를 다양하게 지니게 되었다.

< 165 >

중상주의(Merkantilismus) 시대의 지배적인 견해에 따르면, 국가의 포괄적 활동은 민간 부문의 경제적 활동을 지원하고 경제성장과 사회적 복지 등의 결과를 도출한다고 했다. **자유주의(Liberalismus)** 시대에서는 국가의 포괄적인 활동은 사회적 복지수준을 저하시키고 경제성장에 장애를 일으킨다는 견해가 지배했다. 시장의 모든 세력은 오직 자유로운 경쟁을 통해서 최적으로 활동을 전개할 터인데, 국가는 이들의 장애 없이 자유로운 활동에 방해된다는 것이다. 국가의 지출은 대부분 비생산적이라는 명제는, 국가의 지출이 대부분 상비군을 부양하는 데 그리고 또한 낭비성 심한 궁정을 유지하는 데 사용된다는 배경을 근거로 하여 깔고, 제기되었다. **로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)**은 최초로 오늘날 여전히 유효한 인식을 추출해 냈으니, 즉 국가 지출에 대하여 **생산성과 채산성(Produktivitaet und Rentabilitäet)**을 엄격하게 구별해야 한다는 것이었다. **채산성**을 인정하려면, 투여한 자본으로 이익을 획득해야 한다. 국가는 자신의 급부를 대부분 대가 없이 또는 비용에 대한 부분적 충당에 해당되는 대가를 받고 제공하기 때문에, 국가는 이미 목표설정 단계에서 채산성에 관계없이 사무를 수행한다. 그러나 바로 그 점으로부터, 국가지출이 또한 **비생산적**이라는 결론을 도출할 수는 없다고 한다. 오히려 국가지출은 사

* 제3장 제6절 번역(단락번호 164-182) (변무웅), 제3장 제7절 번역(단락번호 183-267) (문병효).

경제적 관점에서 보면 채산성이 없다지만, 반면에 국민경제적 측면에서는 생산적이다. 이는 특히 연구 및 교육 부문의 지출을 살펴보면 타당하다.

A. 국가관여율

< 166 >

공공지출의 대규모체제 및 변천에 관하여 평가할 가능성을 확보하기 위하여 자주 **상대 비율**(Verhältniszahlen)을 동원하는데, 이는 관찰대상인 크기를 특정하게 관련된 크기와 연계시켜 산출한다. 공공지출은 국내총생산액(Bruttolandsprodukte=BIP) 내지 사회총생산액(Bruttosozialprodukt=BSP) 대비하여 비율을 산출하는 것이 통상적인데, 이는 한 개 국가의 경제적 급부 전체에 대한 비율이라는 의미를 지녔다. 이와 같은 지분관계를 **국가 관여율**(Staatsquote)이라고 부른다.

< 167 >

구체적으로 국가 관여율을 조사할 때 그 기반이 든든하지 않다는 사실을 인식한다. 공공활동을 파악하는 데 필요한 척도로 도대체 무엇을 채택할 수 있는지 그리고 어떤 연계규모로 동원해야 하는지 등에 관한 확실한 기준이 없다. 그에 따라 통계적 파악작업을 수행하면서 **조사방법**(die Methoden der Ermittlung)을 **변경**해왔다. 이 점은 독일도이치연방공화국은 물론 국제적 비교 등의 경우에도 마찬가지다. 특히 민간 부문과 공공 부문 사이에 설정하기가 어려운 경계선, 공공지출의 정의, 그때마다 관련기간의 선택, 어떤 통계수치를 사용할까 하는 의문 등을 문제 자체로 인정해야 했다. 이들 문제에 관해서는 여기에서 세세하게 깊이 다룰 수 없다. 하지만 다음 사항은 지적해 두기로 한다:

< 168 >

국가 관여율은 국가가 사회생산액에 대하여 지분방식으로 행사하는 청구권과 같은 것이라고 이해해서는 **안 된다**. 오로지 국가의 소비와 국가의 투자 등의 크기에 따라 국가가 국민경제의 생산력에게 국가급부를 제공하는 데 대하여 청구하는 것이다. 기타 공공지출의 경우에는 (특히 사회주체의 지출의 경우) 다른 부문으로 이전하거나, 채무보증 또는 채무변제 등과 같이 순수한 재정확보 과정에 지나지 않는다. 국가 관여율은 **국가 활동 전체의 지표**라는 의미를 대변하는데, 국가 관여율이 오직 지출에 관련된 국가 활동만 포함한다

는 측면에서 결합이 있다. 그렇지만 국가 활동은 일반적으로 그리고 포괄적으로 지출과정에 표현되는 것은 아니다. 법률로 명령하거나 금지하는 방식의 입법 활동만 보더라도 이는 시민에게 어떤 행위를 강제하지만, 명령과 금지의 이행을 위한 비용은 시민 스스로 부담해야 한다. 그에 반하여 입법자가 부분적으로 이와 같은 수단을 포기하고 국가 스스로 사무의 처리를 인수한다면, 여기에 상당한 규모로 공공지출이 발생하고 그에 따라 국가 관여율이 높아지게 압력을 가할 것이다. 국가 관여율은 **현재 가격으로 (명목적 국가 관여율)** 그리고 **항상 가격으로 (실질적 국가 관여율)** 등으로 산출할 수 있다. 공공급부의 가격은 통상 기타 가격보다 더 빨리 상승하기 때문에 명목적 국가 관여율은, 국가가 실질적 사회생산액에 차지하는 지분을 그대로 유지한다는 의도이기만 해도, 상승하기 마련이다.

< 169 >

국가 관여율에 대해서는 **2개의 계산 방식**을 구별해야 한다. **좁은 의미로 국가지출**이라고 하면 연방, 각 주, 지방자치단체와 지방자치단체조합 (지역사단) 등은 물론 부담조정기금(Lastenausgleichsfonds), ERP-특별재산(ERP-Sondervermögen = European Recovery Plan), 독일통일기금(Fonds "Deutsche Einheit"), 연방철도재산(Bundeseisenbahnvermögen), 채무청산기금(Kreditabwicklungsfonds), 보상기금(Entschädigungsfonds), 전래부담변제기금(Erblastentilgungsfonds)과 석탄 "조정기금"(Ausgleichsfonds Steinkohleneinsatz) 등이 포함된다. 이 지출은 또한 **전체 공공예산(öoeffentlicher Gesamthaushalt)**이라고 부른다. 이 지출금액을 국민총생산액(BIP 내지 사회총생산액 BSP)에 비추어 비율을 계산하면 좁은 의미의 국가 관여율이 나온다. **국민경제의 전체회계**에 대하여 한계를 설정한 다음에 지역사회단의 지출과 병행하여 **사회보험주체와 연방노동공사** 등의 지출을 포함하면 **넓은 의미의 국가지출**이 나온다. 이를 국민총생산액(BIP 내지 사회총생산액 BSP)에 비추어 비율을 계산하면 **넓은 의미의 국가 관여율**이 나온다.

하지만 독일연방공화국에서 사회보험은 법적으로 독립되어 있어 지역사회단의 예산과 별개로 분류하고 있다. 그렇지만 여러 가지 이유로 넓은 의미의 국가 관여율을 구성하는 것은 정당화할 수 있다.

- 사회보험 주체와 연방노동공사 역시 강제공과금으로 재원을 확보한다.
- 이들 역시 상당히 큰 규모로 가계부문에 이전하여 지급한다.
- 마지막으로 국제적 비교에서 드러나듯이 다른 국가에서는 부분적으로 사회보험주체와 연방노동공사의 사무를 국가 스스로 수행하고 있다.

< 170 >

국가 관여율의 산출기준으로서 과거에는 대부분 **사회총생산액**(Bruttosozialprodukt - BSP)을 동원하였다. 그런데 얼마 전부터 통상 **국내총생산액**(Bruttoinlandsprodukt -BIP)을 기준으로 채택하고 있다. 사회총생산액은 복합적 형태로써 한 해에 걸쳐 국민경제의 경제적 급부 전체의 형상을 보여준다. 이를 계산하거나 표시할 때 3개 관점을 서로 구별해야 한다.

- 어디에서 생산했는가? (**발생 내지 생산 측면** Entstehungsseite)
- 어디에 소비했는가? (**사용 내지 소비 측면** Verwendungsseite)
- 경제적 급부 전체를 다루면서 발생하는 소득은 어떻게 분배되는가? (**분배측면** Verteilungsseite)

< 171 >

생산측면을 보면 국민경제적 전체계산의 결과는 국내생산액에 관해서, 이 목적을 달성하기 위하여 ‘개별기업의 생산액’(총매출액, 반제품 및 완제품의 재고변동, 자가 설치한 시설)으로부터 ‘계속 존재를 유지하는 사전급부’를 (다른 무엇보다도 원자재 소비분율) 삭감한다. 그 결과 **시장가격으로 국내총생산액**이 나온다. 그에 따르면 이는 **생산지표**인 셈이다.

그 다음에 **근로소득과 재산소득**(Erwerbs- und Vermöogenseinkommen)으로서 ‘기타 세계로 유출된 것’을 삭감해야 하고, 근로소득과 재산소득에 ‘내국인 또는 내국법인 등이 기타 세계로부터 취득하여 거꾸로 추가적으로 유입된 것’을 추가해야 한다(근로소득과 재산소득의 내국인과 기타 세계와 상호공제액 Saldo). 이와 같은 방식으로 **시장가격의 사회총생산액**을 산출한다. 이 생산액을 일차적으로 **소득지표**라고 부른다. 국내생산액과 사회생산액은 “총액(brutto)”으로 또는 (감가상각액 Abschreibungen을 빼고 남은) “순액(netto)”으로 계산하기도 한다. 이 4개의 수치는 (간접세를 포함한) 시장 가격(Marktpreisen)으로 또는 (간접세에서 보조금을 뺀 금액을 공제한) 요소 비용(Faktorkosten)으로 평가할 수도 있다.

< 172 >

감가상각액(Abschreibungen)은 재생산이 가능한 시설재산의 감가상각을 기간 자체의 경과 및 경제적 가치의 자연감소 등에 따라 산정한다. 훼손사건이 발생하여 시설을 예상기간보다 빨리 폐기하는 경우 감가상각의 가치에 비추어 평가한다. 도로, 교량, 수로 및 기타 이용기간을 특정하기 곤란한 국가의 재화

는 국제적 관행에 부응하여 감가상각 조치를 취하지 않는다. 국민경제적 계산 전체 내에서 감가상각액은 다시 증당할 때 들여야 할 가격으로 계산한다.

< 173 >

간접세(indirekte Steuern)는, 이익을 조사할 경우 감액할 수 있는, 모든 조세와 유사 공과금을 말한다. 간접세에는 생산세(Produktionssteuern), 공제능력이 없는 매출세(nicht abzugsfähige Umsatzsteuern), 수입공과금(Einfuhrabgaben) 등이 포함된다. 생산세에 속하는 것은 (수입 자체에 대하여 징수하지 않은 한) 소비세(Verbrauchersteuern), 대물세(Realsteuern), 행정수수료(Verwaltungsgebüehr) 등이다. 수입공과금에 속하는 것은 관세(Zoelle), 소비세(Verbrauchersteuern), 수입재화에 대한 폐기분담금(Abschöepfungsbeträeage auf eingefüehrte Güueter) 등이다.

< 174 >

이상의 논의를 개관하면 다음과 같다:

[표 1] 독일연방공화국 국내총생산액 내지 사회총생산액의 정의와 계산

상품과 용역의 매도 (매출액)

Verkäaeufe (Umsatz) von Waren und Dienstleistungen

- + 자가 설치한 시설
- + 재고의 변경
- = 생산비(Produktionswert)
- 사전급부(Vorleistungen)
- = 총창출가치(Bruttowertschöepfung)
- + 공제능력 없는 부가가치세(매출세 nichtabzugfähige Umsatzsteuer)
- + 수입공과금(Einfuhrabgaben)
- = **국내총생산액(Bruttoinlandsprodukt)**
- + 외국으로부터 수입 (공제결과 순액) Einkommen aus der üuebrigen Welt (Saldo)
- = **사회총생산액(Bruttosozialprodukt)**
- 감가상각 (사용과 노후로 인한 재생산가능한 시설재산의 가치감소)
- = **사회순생산액(Nettosozialprodukt)**
- 간접세 (예컨대 부가가치세와 음료수세)
- + 보조금 (예컨대 이자보조금)
- = **국민소득(Volkseinkommen)**

< 175 >

독일연방공화국의 국내총생산액과 사회총생산액은 1950년 이래로 다음과 같이 변천하였다:

[표 2] 1950년-1997년 국내총생산액과 사회총생산액

년도	국내총생산액 (Bruttoinlandsprodukt)			사회총생산액 (Bruttosozialprodukt)		
	총액	소득활동자	일인당	총액	총액	주민
1991년 기준가치로 환산한 가치	1991년 기준가치로 환산한 가치			1991년 기준가치로 환산한 가치		
단위:	단위:	단위:	단위:	단위:	단위:	단위:
10억(Mrd. DM)	1천마르크(TDM)		10억(Mrd. DM)	1천마르크(TDM)		1천마르크(TDM)
구서독지역						
1950 ¹	97.2	426.7	21.8	98.6	436.9	9.3
1960 ¹	285.6	641.5	38.3	286.0	941.8	18.0
1960	302.7	1000.0	38.4	303.0	1000.0	18.0
1970	675.3	1543.2	58.1	675.7	1545.1	25.5
1971	749.8	1590.4	59.6	750.4	1593.0	26.0
1972	823.1	1658.0	61.9	824.6	1662.0	26.9
1973	917.3	1737.0	64.2	918.8	1740.7	28.1
1974	983.9	1740.4	65.1	983.7	1740.5	28.0
1975	1026.6	1718.6	66.0	1027.7	1721.1	27.8
1976	1120.5	1810.1	69.9	1123.8	1816.1	29.5
1977	1195.3	1861.6	71.8	1195.6	1862.5	30.3
1978	1283.6	1917.4	73.4	1289.4	1926.6	31.4
1979	1388.4	1998.4	75.2	1393.8	2006.5	32.7
1980	1472.0	2018.0	74.8	1477.4	2025.5	32.9
1981	1535.0	2020.0	75.0	1539.6	2026.3	32.9
1982	1588.1	2001.0	75.0	1590.3	2004.1	32.5
1983	1668.5	2036.2	77.6	1675.7	2045.2	33.3
1984	1750.9	2093.5	79.6	1763.3	2108.4	34.5
1985	1823.2	2136.0	80.6	1834.5	2149.3	35.2
1986	1925.3	2186.1	81.4	1936.1	2198.6	36.0

1987	1990.5	2218.4	82.0	3003.0	2232.6	36.6
1988	2096.0	3101.0	84.4	2108.0	2314.3	37.3
1989	2224.4	2384.4	86.2	2249.1	2410.9	38.8
1990	2426.0	2520.4	88.5	2448.6	2543.9	40.2
1991	2647.6	2647.6	90.7	2668.1	2668.1	41.6
통일 후 독일						
1991	2853.6	2853.6	78.2	2882.1	2882.1	36.0
1992	3078.6	2916.4	81.4	3097.6	2934.4	38.4
1993	3163.7	2881.9	81.8	3168.8	2886.6	39.0
1994	3328.2	2960.2	84.6	3320.2	2953.1	40.8
1995	3459.6	3013.8	86.5	3442.7	2998.9	42.2
1996	3541.5	3054.5	88.8	3515.3	3031.7	42.9
1997	3641.8	3121.2	92.0	3612.2	3095.8	44.0

1 (서부) 베를린과 자알란트 주의 수치 없이 산출.

< 176 >

국내총생산액의 변천을 각 주의 단위로 추적하면 다음과 같은 결과가 나온다:

[표 3] 주별 국내총생산액

국가	1970	1980	1990	1991	1995	1997	%
바덴-뷔르템베르크	105.8	234.2	406.0	440.12	193.77	523.14	14.4
바이에른	108.2	241.5	442.0	489.52	578.84	615.42	16.9
베를린				119.00	152.37	156.15	4.3
(서부)	25.9	52.7	9.10	96.88	113.18	116.24	3.2
(동부)				22.11	39.18	39.91	1.1
브란덴부르크				35.78	68.37	74.11	2.0
브레멘	10.7	22.1	32.4	35.18	38.76	40.29	1.1
함부르크	31.9	65.3	102.1	109.2	133.92	142.61	3.9
헤센	62.2	143.2	255.3	286.34	333.46	353.24	9.7
메클렌부르크-포어포메른				24.21	45.95	49.13	1.3
니더작센	66.9	148.7	233.2	360.38	300.84	315.56	8.7
노르트라인-베스트팔렌	194.7	402.7	621.4	666.91	767.74	799.12	21.9

제 3 장 연방국가의 사무책임

라인란트-팔츠	35.9	77.3	123.7	133.52	151.20	156.47	4.3
자알란트	10.0	22.0	35.4	38.12	43.64	45.15	1.2
작센				59.93	115.88	123.35	3.4
작센-안할트				35.20	67.37	70.24	1.9
슐레스비히-홀슈타인	23.1	52.4	83.6	91.42	106.83	112.46	3.1
튀링엔			28.76	60.66	65.36	1.8	
독일	675.3	1472.0	2426.0	2853.60	3459.60	3641.80	100.0
총래 서독지역	675.3	1472.0	2426.0	2647.60	3062.20	3219.70	88.4
총래 동독지역				206.00	397.40	422.10	11.6

1 잠정적 수치 (단위: 10억 마르크)

B. 공공지출의 장기적 변천상황

< 177 >

세기가 바뀌고 난 이래로 공공 지출은 세계의 모든 중요한 국가에서 절대적으로 뿐만 아니라 국민총생산액 내지 사회총생산액 기준의 비율도 마찬가지로 계속 증가해왔다. 특히 두 번에 걸쳐 세계대전의 직전 기간에 그때마다 채택했던 **군비확장 정책**으로 인하여 큰 규모로 증가하기에 이르렀다. **국가 관여율의 상승**에 대해서는 **다양한 결정근거**를 동원해야 하며, 단순하게 한 개의 인과관계적 논증으로는 충족시킬 수는 없다. 국가지출이 위에서 논의한 바와 같이 변천을 겪으면서 확대되고 그에 따라 공적 지출의 증가도 좇아오게 되었다는 것이 표준적 설명이라고 할 것이다.

C. 기본법의 발효와 공적 지출의 변천

< 178 >

1982년까지 좁은 의미와 넓은 의미의 **국가지출은, 국내총생산액(사회총생산액) 기준으로 그 비율이 점점 높아지고 있다**는 특징을 지니고 있었다. 특히 독일연방공화국 건국 이후 10년 단위로 두 번의 시기에 국민총생산액(사회총생산액)의 경우 매년 상당한 성장율을 과시하였다. 이른바 경제 기적이라는 이 기간에 또한 국가지출도 국민총생산액(사회총생산액)보다 더 높은 비율로 증가했다. 이렇게 국가지출이 상승하게 된 것은 대부분 전후 재건설 때문이었다. 반면에 **1983년부터 1989년까지 국가지출은 국민총생산액(사회총**

생산액)보다 상당히 느리게 상승하였다. 다시 1990년 초부터 즉 1990년 10월 3일 완성된 독일 통일의 과업을 수행해야 한다는 것이 제 모습을 드러낸 이후로는, 특히 구 동독지역의 공적 지출 필요성을 충족시킨다는 이유로 새로 국가지출은 비약적으로 상승하게 되었다. 이후 90년대 중반에 이르기까지 국가지출의 상승율은 국민총생산액(사회총생산액) 상승율보다 다시 훨씬 높아지게 되었다. 연방, 각 주, 지방자치단체 등의 정치영역에서는 90년대 중반 이래로, 국가지출의 상승율을 국민총생산액(사회총생산액) 상승율 아래로 억제해야 한다는 목표를 수립하고 추구하였는데 그것은 국가 관여율을 증기적으로 다시 저하시킨다는 의미였다.

< 179 >

공공예산의 지출(die Ausgaben der öoeffentlichen Haushalte)은 (즉 연방, 부담조정기금, ERP-특별재산, EU-지분, 독일통일기금, 채무청산기금, 연방철도 재산, 보상기금, 전래부담변체기금, 석탄 “조정기금”, 각 주, 지방자치단체/지자체조합) 다음과 같이 변천하였다.

[개관 4] 국내총생산액과 공공예산 전체 (단위: 10억 마르크)

년도	국내총생산액		공공예산 전체의 지출		순재정 변동율	국내총생산액 대순재정변동율
	마르크	성장율	마르크	성장율		
1962	360.8	+8.8	106.5	-	-1.8	-0.5
1963	382.4	+6.0	116.3	+9.3	-5.3	-1.4
1964	420.2	+9.9	127.2	+9.3	-5.6	-1.3
1965	459.2	+9.3	139.3	+9.6	-9.4	-2.0
1966	488.2	+6.3	145.0	+4.1	-7.7	-1.6
1967	494.4	+1.3	153.8	+6.0	-12.1	-2.4
1968	533.3	+7.9	158.8	+3.3	-7.4	-1.4
1969	597.0	+11.9	174.5	+9.9	-2.5	+0.4
1970	675.3	+13.1	196.3	+12.5	-8.1	-1.2
1971	749.8	+11.0	226.5	+15.4	-15.6	-2.1
1972	823.1	+9.8	252.1	+11.3	-13.1	-1.6
1973	917.3	+11.4	280.5	+11.2	-8.8	-1.0
1974	983.9	+7.3	318.3	+13.5	-27.3	-2.8
1975	1026.6	+4.3	360.5	+13.3	-63.8	-6.2

제 3 장 연방국가의 사무책임

1976	1120.5	+9.1	376.8	+4.5	-48.0	-4.3
1977	1195.3	+6.7	395.2	+4.9	-31.2	-2.6
1978	1283.6	+7.4	433.4	+9.7	-39.6	-3.1
1979	1388.4	+8.2	469.9	+8.4	-46.6	-3.4
1980	1472.0	+6.0	509.2	+8.4	-57.1	-3.9
1981	1535.0	+4.3	541.8	+6.4	-75.7	-4.9
1982	1588.1	+3.5	561.6	+3.7	-69.9	-4.4
1983	1668.5	+5.1	570.1	+1.5	-55.3	-3.3
1984	1750.9	+4.9	583.6	+2.4	-46.5	-2.7
1985	1823.2	+4.1	604.4	+3.6	-39.3	-2.2
1986	1925.3	+5.6	628.6	+4.0	-42.3	-2.2
1987	1990.5	+3.4	651.3	+3.6	-51.1	-2.6
1988	2096.0	+5.3	571.5	+3.1	-51.8	-2.5
1989	2224.4	+6.1	701.5	+4.5	-27.1	-1.2
1990	2426.0	+9.1	818.5		-94.4	
1991	2853.6		972.3		-122.7	-4.3
1992	3078.6	+7.9	1069.5	+10.0	-115.9	-3.8
1993	3163.7	+2.8	1122.6	+5.0	-137.8	-4.4
1994	3328.2	+5.2	1167.0	+4.0	-116.3	-3.5
1995	3442.8	+3.4	1203.1	+0.31	-109.4	-3.2
1996	3523.5	+2.3	1188.3	-1.2	-120.3	-3.4
1997	3624.0	+2.9	1175.5	-1.1	-94.8	-2.6
1998	3758.1	+3.7	1133.3	+1.8	-56.0	-1.5
1999	3864.0	+3.0	1175.5	+4.0	-64.0	-1.7

< 180 >

독일연방공화국 국가 관여율(Staatsquoten)의 변천에 관해서는 특히 다음과 같은 측면에 유의해야 한다. 즉 1974/75년에 국가관여비율이 비약적으로 상승했는데, 이는 대부분 경기후퇴라는 조건에 따라 결정된 것이었다. 1970년대 초기 이래로 주목을 끌던 상승은 대부분 정치적 결정에 따라 발생하였다. 1969년 이래로 집권했던 사회민주당-자유민주당 연립정부는 국가 활동의 확장 즉 국가 관여율의 제고 등을 요구했고 또한 실현했다. 1969년부터 1982년까지 13년의 사회-자유 연립정부 집권기간 동안에 넓은 의미의 국가 관여율은 4분의 1이나 증가하였으니 종전의 39.0%에서 1982년의 49.8%로 뛰어올랐

다. 사회-자유 연립정부의 말기에 벌써 연방정부는 재정부족이 심각하게 커지면서 예산의 부족분을 축소할 조치를 취하지 않을 수 없는 상태에 돌입하였다. 1982년 10월 1일 이래로 기민당-자민당 연립정부는 처음부터 **일 년 단위 지출확대 비율을 제한하여 예산의 안정**을 도모하였고 이로써 장기적으로 국가 관여율을 저하시킨다는 것이 정치의 핵심부위를 차지하게 되었다. 이와 같이 확실하게 바뀐 추세가 드러난 것은 1983년부터 1989년 사이의 기간이다. 이후 다시 계속해서 국가 관여율은 비약적으로 상승하였는데 그 원인은 구동독지역의 공공지출에서 찾을 수 있다. 그에 반하여 90년대 중반 이래로 조금 줄어들어드는 흐름이 보이는데 그 원인은, 모든 공공예산의 일반적인 안정화 노력에서 찾을 수 있었다.

< 181 >

아래 나오는 개관을 보면 서구 국가의 국가관여율(Staatsquoten)을 국제적으로 비교하여 평가할 수 있다:

[개관 5] 국가 관여율의 국제적 비교

국가	국가의 지출(지역사단, 특별재산, 사회보험)의 국내총생산액에 대한 비율 ¹								
	1971	1975	1980	1985	1989	1990	1995	1998	2000
독일 ²	40.5	49.5	49.0	48.0	45.8	46.1	50.6	48.0	47.0
벨기에	40.3	46.7	58.6	62.2	55.0	53.6	53.8	51.0	49.9
핀란드			38.1	43.8	42.0	45.4	57.9	49.1	46.9
프랑스	38.3	43.5	46.1	52.2	49.1	49.8	54.3	54.3	53.6
영국	38.2	46.96	43.3	44.0	3.5 ³	39.9	43.0	40.2	41.1
이탈리아	36.6	43.2	41.9	50.9	51.3	53.6	52.7	49.1	48.5
일본	20.8	27.3	32.0	31.6	30.9	31.3	35.6	36.9	39.8
캐나다	36.6	40.8	38.8	45.3	43.1	46.7	46.5	42.1	41.5
네델란드	46.6	54.1	55.2	56.5	53.8	54.1	51.4	47.2	47.7
스웨덴	-	48.9	60.1	63.3	58.3	59.1	65.6	60.8	58.5
미국	32.3	35.6	31.8	33.2	32.4	32.8	32.9	32.8	32.2

1 1971, 1975 등의 수치는 부분적으로 총사회생산액(BSP).

2 1991년부터 1990년 10월 3일 이후의 영토 기준.

3 (역주) 원문에 오타인 듯하다. 짐작컨대 43.5이다.

< 182 >

공공지출의 구조(Struktur der öoeffentlichen Ausgaben) 측면에서 다음과 같이 변천 상황을 살펴본다:

[개관 6] 선별한 종류에 따라 지출의 변천

회계 년도	지출 총액		그 중에서					
	인건비 물적	계속적 지출	이자 지원금	연금과 조치	건축 이전	재산 인수	순채무 소모품	
단위: 100만 마르크 (Mill. DM 종전 서독지역)								
1950	28141	6667	8218	624	5042	2131	315	606
1955	51229	13315	11914	1525	6408	4872	1486	1349
1960	64555	16748	15435	1919	5834	7253	2272	605
1970	196330	61484	31713	6864	18663	25797	9837	6302
1975	527240	124716	110873	14832	468785	38034	16698	54237
1980	741627	171491	161381	59597	230894	48685	24254	54096
1985	907128	203606	206070	55999	283718	39420	25148	40560
1988	1020106	227954	233918	60471	322654	44590	25360	55808
1989	1053249	234635	235498	61198	336770	46981	26139	28999
1990	1144607	248816	254141	64773	354538	50171	27665	72600
1991 ¹	1411825	276530	302046	77062	445540	56092	39719	114735
단위: 100만 마르크 (Mill. DM 통일 후 독일)								
1992	1618715	342719	354589	100930	511370	82602	60125	108381
1993	1693850	358747	355031	102390	564083	80117	60033	132623
1994	1778372	379448	374860	114419	591881	78034	54424	90802
1995	1859060	391655	387587	129402	632150	75993	57471	95777
1996 ²	1878401	391279	416085	130116	630303	71012	54351	108028
1997 ²	1876383	390203	418381	132461	639857	67201	49302	94967
주민 일인당; 단위: 1 마르크 (DM - 종전 서독지역)								
1950	590	140	172	13	106	45	7	13
1955	997	259	232	30	125	95	29	26

1960	1162	301	278	35	105	131	41	11
1970	3194	1000	516	112	304	420	160	103
1975	8527	2017	1793	240	2730	615	270	877
1980	12047	2786	2621	480	3751	791	394	879
1985	14867	3337	3377	918	4650	646	412	665
1988	16626	3712	3809	985	5253	726	413	909
1989	16991	3785	3799	987	5433	758	422	468
1990	18102	3935	4019	1024	5607	793	438	1148

주민일인당; 단위: 1 마르크 (DM 통일 후 독일)

1992	20091	4254	4401	1253	6347	1025	746	1345
1993	20863	4419	4373	1261	6948	987	739	1634
1994	21845	4661	4605	1405	7270	959	669	1115
1995	22771	4797	4747	1585	7743	931	704	1173
1996	22941	4779	5082	1589	7698	867	664	1319
1997	22866	4755	5098	1614	7797	819	601	1157

1 전년도와 제한적으로만 비교가능.

2 부분적으로 평가치임.

(연방, 부담조정기금, ERP-특별재산(1962년부터), 독일통일기금(1990년부터), 채무청산기금(1991-1994), 연방철도재산, 전래부담변제기금과 보상기금(1995년부터), 석탄 “조정기금”(1996년부터), 각 주와 지방자치단체/지자체조합(1964년부터 자알란트 주 포함); 1974년부터 사회보험주체 포함, 연방노동공사, 추가부양금고, 지방자치단체의 목적협회, 독일연방공화국의 유럽연합에 대한 재정 지분 그리고 상인적 회계 구조형 병원과 대학의 재정. - 1960년 잔부회계년도(1960년 4월 1일 - 12월 31일).

7 가

A. 명료한 부담분배규정의 필요성

< 183 >

사무분배(Aufgabenverteilung)는 독일기본법에서 처음부터 결함 없이 규율되었다. 이에 대해 연방국가의 재정적 부담분배에는 처음에 그렇게 많은 주의

가 기울여지지 않았다. 오늘날 연방국가에서의 사무 분배와 재정적 부담 분배 그리고 수입 분배((Einnahmeverteilung) 사이에는 밀접한 내적인 연관성이 있어서 지출책임(Ausgabenverantwortung)을 고려하지 않고는 사항에 부한(sachgerecht) 수입 분배가 행해질 수 없다고 알려져 있다. 재정적 부담분배의 규율은 그러므로 한편으로는 사무분배와 다른 한편으로 수입 분배 사이에서 연결해주는 부분(Bindeglied)이다. 사무분배와 재정제도 간의 이러한 확고한 연계(Verknüpfung)는 물론 독일 헌법사에서 늘 명백하게 인식되었던 것은 아니었다.

< 184 >

제국(Reich)은 반드시 중앙에 의해 수행되어야 하는 사무만을 집행해야 하고 그러한 사무들은 주어진 수입과 제후들의 부담금(Matrikularbeiträge)으로 재원이 조달되도록 했던(단락번호 69이하) 비스마르크 제국 헌법(Bismarck'sche Reichsverfassung)은 명시적인 부담분배규정을 필요 없는 것으로 간주하였다.

< 185 >

제국과 주들 간의 비중이 재정적 영역에서도 제국에 유리하게 되었던(단락번호 75 이하) 바이마르 제국 헌법(WRV)도 마찬가지로 부담분배규율을 가지고 있지 않았다. 물론 처음에 주의 세법(Landessteuergesetz)으로 표현되었던 재정조정법(FAG)은 일정한 사무를 수행할 의무가 있는 자가 그 부담도 져야 한다는 원칙에 기초하였다. 그로부터 제국이 그 필요한 재정수단을 동시에 제공할 때에만 주들과 게마인테에게 새로운 사무를 줄 수 있도록 한 재정조정법 제53조의 규율이 설명된다.

< 186 >

기본법도 마찬가지로 기본법 발효 시 부담분배규율을 포함하지 않았다. 물론 (1949년) 기본법 제107조 3문에 다음과 같은 표현으로 즉, “이 경우 각 부분에 특정 조세 또는 조세의 몫에 대한 법률상 청구권(Anspruch)이 그의 사무에 상응하여 부여되어야 한다”는 표현으로 지출 책임(Ausgabenverantwortung)의 연관을 무시한 채 사무와 수입 간의 연계(Verknüpfung)가 규정되었다. **1955년 재정헌법(Finanzverfassungsgesetz)**을 통해 조세분배를 규율하는 기본법 제106조의 테두리 내에서 구체화되었다. (1955년) 기본법 제106조 4항 2문에 의하면 “참여관계(Beteiligungsverhältnisse)를 고려할 때는 다음 원칙에 근거하여야 한다:

1. “연방과 주들은 그 사무 수행을 통해 나오는 지출을 별도로 부담한다.”

이 시대의 경험은 연방국가 원리에 내재하는 목표인, 연방과 주들의 독립성을 보호하려는 목표가 명료한 부담 분배 규율 없이는 고려될 수 없음을 증명한다. 오히려 단독 사무 영역에서 연방에 의한 재정수단의 제공을 통해 주들이 심리적, 정치적인 압박에 빠지게 될 위험이 존재한다. 명료한 부담 분배 규율이 없을 때는, 연방이 재정수단의 제공을 통해 “지불하는 자가 주문한다(Wer zahlt, schafft an)”는 원리에 따라 성문 헌법에서 그에게 부여되어 있지 않은 정치적 영향력을 행사할 가능성이 생길 수 있다. 그러므로 이런 식으로 연방국가 원리에 반하여 점차로 주들의 독립성을 공동화시킬 위험이 존재한다. 1969년 재정개혁 때까지 일반적이고 명료한 부담 분배 규율이 결여되었기 때문에 이런 식으로 비체계적인 사무이전(Wer zahlt, lagerung)과 재정적 책임 분배 혼동(Verwischung)이 쉬워진다. 연방이 재정적 지원과 지원하면서 부가하는 부관인 부담을 통해 주들의 사무이행적 영향을 미침으로써, 사무에 대하여 재정을 전부 부담하지도 않고, 게다가 아직 보충적인 주의 재정수단을 간접적으로 구속할 수도 있었고, 어쨌든 이런 식으로 이미 제한된 주들의 형성 여지를 훨씬 더 좁힐 수 있었다.

< 187 >

1969년 재정 개혁의 과정에서 연방국가 원리는 재정적 부담분배 및 지출 책임이 개별적인 경우와 재량결정에 의존하지 않고 계산할 수 있도록 될 수 있으면 명료한 한계설정을 요구한다는 인식이 관철되었다. 그러한 한계설정은 또한 원칙적으로 지출에 관련된 상황에 대해 지속적으로 유효한 규율을 행하여야 한다. 물론 기본법 제104a조에 규정된 실체적인 규율이 지속적으로 이 목적을 적절히 수행할 수 있을지는 매우 의문이다.

B. 기본법 제104a조 제1항의 부담분배원칙

< 188 >

모든 재원조달과정을 위해 안정적인 재정경제 질서를 확보하고 국가내의 마찰로 인한 손실을 회피하며 명확한 책임을 도출해 내고 경제적 예산 집행을 위한 동기를 부여하는데 기여하기 위하여 1969년 재정 개혁 법률에 의하여 기본법 제104a조가 새로이 제정되었고 기본법 제104a조 제1항에 따라 다음과 같은 원칙이 규정되었다: “기본법에 달리 규정되어 있지 않을 경우, 연

방과 주들은 그 사무수행으로부터 연유하는 지출을 각자 부담한다.”

< 189 >

기본법 제104a조 제1항의 부담분배원칙은 사무권한을 한편으로는 재원 조달책임과, 다른 한편으로는 지출 부담(Ausgabenlast)과 통일시킨다. 따라서 지역법인의 사무존재가 재정 책임(Finanzverantwortung)을 결정할 뿐만 아니라 헌법에 적합한 재정공급(Finanzausstattung)도 또한 결정한다. 이러한 사무 우위(Aufgabenpriorität)는 이미 연방국가헌법의 전체 시스템으로부터 나온다. 견련성(Konnexität)으로 표현되는 이 원칙의 탁월한 의미는 기본법 제10장의 맨 앞에 위치하는 것으로도 강조되고 있다. 견련성의 원리는 **헌법의 일반적인 부담분배**의 의미를 가지며 그래서 1969년에 행해진 규범화를 통해 **명료하게 실정화(Positivierung)** 되었을 뿐이라고 대부분 생각하고 있다. 헌법에 규정된 사무분배는 **사무분리(Aufgabentrennung)의 원칙**에서 출발하여 마찬가지로 지출책임의 분리에서 출발한 견련성의 원칙에 의해 **재원조달 측면(Finanzierungsseite)에서 안정화**되고 보장된다. 지출은 **따로(gesondert)** 부담하여야 한다고 함으로써 **분리시스템(Trennsystem)**이 원칙으로 도입된다. 여기에는 연방과 주들이 다른 지역 법인(Gebietskoerperschaft)에 대해 재정 조달하는 것에 대한 헌법상 원칙적인 금지가 들어 있다. 이러한 금지는 기본법 제104a조에서 계속 확인할 수 있는데, 이는 연방이 다른 지역법인의 사무를 공당조달해도 된다고 예외 사례로서 규정한 기본법 제104a조 제4항의 반대 추론으로부터 나온다.

< 190 >

견련성의 원칙(Konnexitätsprinzip)의 의미에서 “사무(Aufgabe)”가 무엇인가라는 논쟁에서 매우 지배적인 견해에 의하면 입법 권한이 아니라 행정 권한(Verwaltungskompetenz)에 소급하게 된다. 따라서 기본법 제104a조 제1항은 기본법 제83조 이하와 결부되어 있다. 그 발생사 및 체계적인 해석은 그러한 한에서 명료하다. 이 경우 물론 보충이 필요한데, 왜냐하면 행정사무의 수행만이 비용을 일으키는 것이 아니고 그밖에도 입법 및 사법을 통해서도 비용이 야기되기 때문이다. 그러한 한에서 어디에 귀속될 수 없는 사무에 대해서는 **직접 비용을 야기하는 기능(의회 및 사법행정)을 목표로 하여야 한다.** 이를 넘어서서 입법자가 규범 밀도(Normdichte) 및 제3자의 개별 청구권(Individualanspueche)의 부여를 근거로 법률을 집행하는 행정에게 지출과 관련하여 **전혀 여지를 부여하지 않거나 또는 언급할만한 가치가 없는 여지를 부여한 경우 행정권한이 아니라 입법자에 의한 비용유발이 문제되는지 하는 원칙문제**

가 제기된다. 법 정책적으로 바람직한 이러한 결과는 그러나 기본법 제104a 조의 현행 규정으로부터는 도출될 수 없다.

< 191 >

견련성의 원리 배후에 있는 지도사상(Litgedanke)으로서 **책임의 원리(Verantwortungsprinzip)**가 있는데, 이에 의하면 지출의 발생에 관한 결정을 했고 책임이 있는 지역법인이 그 지출에 대하여 부담을 진다. 따라서 지출책임에 대하여 누가 비용을 야기하는 규율을 하였느냐 또는 지출을 야기하였느냐 하는데 원칙적으로 좌우되지 않는다. 기본법 제104a조 제1항은 결정적으로 다음과 같은 기본전제에 기초하고 있는데, 지출 액수를 결정적으로 최종 결정하는 것은 **통상적으로 사무 집행(Aufgabenvollzug)**이라는 것이다. 기본법 제정자는 지출 액수를 결정함에 있어 **행정권한**은 사무를 이행함에 있어 **유도 가능성 또는 조정가능성(Lenkungs- und Steuerungsmoeglichkeit)**을 내용으로 하는데, 그 가능성이 발생한 비용의 정도에 영향을 미친다는 평가로부터 출발하고 있다. 행정은 적정한 결정, 특히 재량결정을 통해 법률에 규정된 비용을 일정한 한계 내에 유지하거나 관대한 결정을 통해 그 비용을 확대할지에 대해서 마음대로 결정할 수 있다. 그러한 한에서 사무수행에는 통상적으로 재원조달의 여지(Finanzierungsspielraum)가 존재할 것이 논리적으로 전제된다. 이런 생각은, 행정이 자신의 결정을 **재량의 방식**으로 행할 때 그로 인해 낭비되는 예산에 대하여 책임을 져야 한다는 **법적인 평가(rechtliche Einschätzung)**로부터 명료하게 도출된다.

< 192 >

게다가 **의회의 통제**는 사무수행 및 그에 필요한 재원의 지출에 대하여 동일하게 책임이 있는 행정에 대해서만 함축적으로 행해질 수 있다.

< 193 >

기본법 제104a조 제1항은 재원조달책임(Finanzierungsverantwortung)을 원칙적으로, 사무책임(Aufgabenverantwortung)의 표현인 행정권한(Verwaltungszuständigkeit)에 구속시키기 때문에 기본법 제83조 이하에 따른 행정권한의 개별 유형에 대해 다음과 같은 모습이 나오게 된다:

- 주 법률에 대한 주 고유의 집행(Landeseigener Vollzug)의 경우 사무책임의 표현으로서의 행정권한은 주에게 있다. 따라서 주들이 지출책임도 져야 한다.

- 연방 법률에 대한 주 고유의 집행의 경우(기본법 제83조, 제84조) 사무책임의 표현으로서의 행정권한은 마찬가지로 주에게 있다. 따라서 여기에서도 주들이 지출책임을 져야 한다. 특별규정은 물론 기본법 제104a조 3항에 따른 이른바 금전급부법(Geldleistungsgesetze)에 대해 적용된다(단락번호 206 이하, 226).
- 연방위임행정(Bundesauftragsverwaltung)에 대해서는 기본법 제104a조 제2항의 특별규정이 있다(단락번호 205).
- 연방의 고유한 행정의(Bundeseigene Verwaltung) 경우 사무책임의 표현으로서 행정권한은 연방에 있다. 따라서 지출책임은 기본법 제104a조 제1항에 따라 그에게 속한다.
- 기본법 제8a장의 사무에 대해서는 기본법 제91a조 4항과 제91b조 2문에 의한 특별 재원조달규정이 적용된다.

< 194 >

불문의 연방 행정 권한이 좁은 한계 내에서 승인되어야 한다면(단락번호 149 이하), 사무책임의 표현으로서 행정권한은 주어져 있다. 지출책임은 여기서도 기본법 제104a조 제1항에 따른다. 그러한 한에서 불문의 재원조달권한으로 소급하는 것은 필요하지 않다는 점이 흔히 간과된다. 성문헌법과 다른 것은 기본법 제83조의 범위 내에서만 인정된다. 기본법 제104a조 제1항에 따른 연방의 재원조달책임은 자동적으로 그와 연결된다. 기본법 제30조, 제70조, 제83조와 달리 기본법 제104a조 1항은 다른 명시적 규정이 없으므로 인해 주들의 원칙적인 권한이라는 점에서 출발하는 것이 아니고 기본법 제8장과의 연계로부터 출발한다. 그 곳에서 성문 또는 불문이든 기본법 제83조의 원칙과 다른 점이 정당하다면 이는 기본법 제104a조 제1항에 따라 직접 재정조달책임으로 나타난다.

C. 행정지출과 목적지출의 구별, 기본법 제104a조 제5항

< 195 >

기본법 제104a조 제5항은 체계적으로 기본법 제104a조 제1항에 속한다. 동조는 행정지출과 목적지출로 구분하고 있다. 행정지출은 인적, 물적 지출로 이해되는데, 이는 행정기구의 활동을 가능하게 한다. 이에 대하여 목적 지출은 개별계획의 사실상의 목적과 행정목적의 수행에 기여한다. 강하게 표현한다면: 행정 지출은 특히 행정기구(Verwaltungsapparat)에 대해 발생하는 반면, 목적 지출은 행정작용(Verwaltungshandeln)에 의해 발생한다.

< 196 >

기본법 제104a조 제5항은 행정지출에 대해서만 적용되고 일반적 부담분배 원칙을 확인하면서 어떤 유형의 행정인지와는 독립하여 연방과 주가 그 행정청에게 각각 발생하는 행정지출을 부담한다고 규율한다. 즉, 바로 다루어져야 할 특별 규정은 거기서 ‘고유의(eigens)’라고 표현되지 않는 경우, 각 목적 지출에만 관련될 뿐 결코 행정지출과 관련되지 않는다. 그런 점에서 기본법 제104a조 제5항은 중국적이다(abschießend). 이 규정은 사무를 수행하는 독립한 모든 행정주체가 최소한 자신의 행정의 경과에 대하여 형성권(Gestaltungsmacht) 및 책임(Verantwortung)을 가지고 있다는 고려에 근거한다. 어쨌든 예외들은 기관차용(Organleihe)²⁰에서 생각할 수 있다.

D. 합법적 행정에 대한 상호 책임, 기본법 제104a조 제5항

< 197 >

이 규율 컨셉에 기본법 제104a조 제5항 1문의 규정도 맞추어 연방과 주들은 서로에 대한 관계에서 합법적인 행정에 대하여 책임진다. 즉, 합법적인 행정에 대한 상호 책임을 근거로 하여 연방과 주들에 발생한 비용도 행정지출에 속한다. 이 밖에 주들이 연방에 대한 그들의 책임의 재정적 결과를 견련성의 원리를 근거로 연방에 전가할 수 있다면 의미에 반할 것이다. 2단계의 국가구조 때문에 기본법 제104a조 제5항의 책임귀속은 연방과 주들 간에만 주어지고 연방과 지방자치단체들(Kommunen) 간에는 직접적으로 주어지지 않는다. 기본법은 지방자치단체를 주들에 귀속시키고 있기 때문에 크라이스(Kreis)나 시(Stadt), 게마인데에 의한 합법적인 연방법률 집행에 대해서도 주들이 연방에 책임진다. 제104a조 제5항 1문에는 지방자치단체에 대한 연방의 직접적인 청구권이 규정되어 있지 않다는 점 때문에 주들이 그 지방자치단체에 상환 청구하는 것을 원칙적으로 배제하지 않는다. 이를 위해서는 특별법상의 수권의 근거가 필요하다(BVerwG, DVBl. 1996, 986, 988).

< 198 >

기본법 제104a조 제5항 1문의 문언에 따르면 연방뿐만 아니라 주들도 책임을 진다. 연방행정청이 주들에 귀속된 맥주세(Biersteuer)에 대해 합법적으

20) 역자 주: 기관차용(Organleihe)으로 번역하기로 한다. 어떤 행정주체에 속하는 행정기관이 일정한 경우 다른 행정주체를 위해 활동하는 행정조직의 한 형태임. 대외적으로는 차용한 행정주체의 기관으로 활동함.

로 관리하는 것과 같은 특별한 경우를 제외한다면, 이 경우 연방 법률의 합법적 집행에 대한 주들의 책임이 실무적으로 중요하다. 주행정청은 기본법 제84조와 제85조를 근거로 행정결정을 하여야 할 의무가 있는데, 이는 기본법 제104a조 2항과 제3항 때문에 광범위한 재정적 결과를 갖는다. 기본법 제104a조 5항 1문의 책임규율은 그러므로 추가적인 연방보호의 기능을 갖는데, 특히 주 행정청에 의한 합법적이지 않은 연방법률 집행의 재정적 결과로부터 연방을 보호한다.

< 199 >

기본법 제104a조 제5항 2문에 따르면 상세한 것은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방 법률이 규정한다. 그러나 그러한 법률은 지금까지 존재하지 있지 않다. 판례에서 지배적인 견해에 의하면 그러한 법률 없이 이미 직접적인 청구권의 기초를 묘사하는 책임규율이 존재한다는 점에서 출발하고 있다. 이 견해는 그렇지 않으면 주들이 연방참사원에서 동의하지 않음으로써 연방에 대한 책임을 저지할 수 있다는 점을 근거로 하고 있다. 주들 측에서는 집행 법률 없이는 책임이 가능하지 않다는 입장이 지금까지 대변되었다. 이 입장은 문헌에서는 부분적으로 기본법 제104a조 제5항 1문을 직접적 청구권의 기초로서 해석하는 것이 최소한 주들에게는 더 상세한 책임 형성에 참사원(Bundesrat)을 통한 규정된 협력이 저지될 위험을 내포하고 있다는 생각으로 논의되었다.

< 200 >

그 사이 확정된 판례에 의하면 기본법 제104a조 5항 1문은 **그의 핵심 영역에서** 연방 법률의 상세한 규정이 없이도 **직접적인 청구권의 기초**이다. 기본법 제104a조는 1969년 5월 12일 재정개혁법률(Finanzregormgesetz, BGBl. I 359)로 기본법에 도입되었다. 동시에 기본법 제108조 제4항 2문(구법, a.F.)의 조세위임행정영역에서 주들의 책임에 관한 종전 규정은 삭제되었다. 집행법률을 제정할 때까지의 책임흡결은 발생해서는 안 되었다. 기본법 제104a조 5항 1문은 유효한 청구권의 기초로서 직접적인 효력을 긍정한다. 책임 규율을 체계적으로 정리한다면 이러한 인상은 강화된다. 이것은 특히 기본법 제104a조 제5항 1문 전단의 행정지출규정과 연계 때문에 그러하데, 그 규정도 마찬가지로 직접 적용할 수 있기 때문이다. 올바르게 해석하면 이미 기본법 제104a조 제1항으로부터 도출되는 행정지출규율은 구성적이 아닌 명료화 기능을 가지며 기본법 제104a조 제2항 내지 제4항이 행정비용부담에 적용되지

않는다는 것을 명백히 하기 위한 목적을 갖는다. 이로부터 헌법제정자가 행정비용부담(Verwaltungskostenlast)과 행정 책임(Verwaltungshaftung)의 연계로 후자에 대하여 동일한 목적을 갖는다는 점에 대해 개별적인 의미가 나온다. 여기에 행정의 결함을 통해 야기된 초과 비용도 행정비용이라는 점이 추가된다.

< 201 >

기본법 제104a조 5항 1문의 책임 규정(Haftungsbestimmung)은 충분히 확정적(bestimmt)이다. 사실 이 규정은 다양한 시각에서 해석을 위한 여지를 허용하고 그러한 여지를 필요로 한다: 구성요건 상 개념의 해석가능성 및 해석필요성은 그럼에도 불구하고 원칙적으로 어떤 규범에 필요한 명확성을 받아들이지 않는다. 헌법제정자가 입법위임으로 기본법 제104a조 5항 2문의 규정을 보충한 것은 청구권의 기초로서 기본법 제104a조 5항 1문의 직접적인 효력 및 작용의 결과와 배치되지 않는다. 그러한 헌법 위임의 집행결여만이, 집행 법률을 통해서 자세한 내용이 규정되어야 하는 헌법 규범의 직접적인 현재의 효력을 청구권의 기초로서 제기하는 데 대한, 충분한 근거를 제공하는 것은 아니다. 한편으로는 기본법 제104a조 5항 1문은 책임문제에서 직접적으로 명확히 하여야 하며, 다른 한편으로는 집행 법률에 요청되어 있는 주들의 협력이 객관적으로 공허하게 되어서는 안 된다. 두 개의 요건은 상이한 해석에 의해서도 고려될 수 있다.

< 202 >

기본법 제104a조 5항 전단과 후단은 현재적 효력이 부여되어(mit gegenwärtiger Wirksamkeit) 헌법에 의해 책임의 핵심 영역의 명령을 포함하고, 그를 넘어서는 그 밖의 가능한 책임 영역에 대하여는 집행 법률의 입법자에 대한 프로그램적 내용을 포함한다. 이로부터 그 규정이 그의 표지(Merkmale)에 따라 책임의 핵심 영역에 귀속될 수 있는 책임에 대해서만 직접적으로 유용한 청구권 기초를 제공하지만, 이것이 적절하지 않는 오히려 더 넓은 범위의 책임 영역에 있는 귀속될 책임에 대해서는 그렇지 않다. 이 경우 책임의 핵심(Haftungskern)은 한편으로는 너무 좁아져 있어서는 안 되며 그 결과 기본적으로 더 이상 책임이라고 언급될 수 없지만 그러나 다른 한편으로 그 한계가 너무 넓어져 있지 않아서 절차 규정만이 본질적으로 집행 법률에 의무 지울 수 있는, 책임 영역을 기술한다. 이는 더 좁은 책임영역의 규정을 위해서는, 책임을 직접적으로 야기하는 행위 방식의 핵심을 좁히고 **직무상 또는 노동법상의 의무를 중대하게 위반한 경우**만, 즉 책임의 핵심 영역에 대한 중

대한 위반의 경우에만 현재의 너무 넓은 범위의 책임 영역을 귀속시키도록 요청되어 있음을 의미한다. 고의에 대해 책임져야 할 필요성은 이 경우 어쨌든 지 좁은 범위의 책임영역에 속한다. 책임필요성(Verschuldenerfordernisse)을 고려하여 핵심영역을 훨씬 더 광범위하게 제한한다면, 직접 적용가능한 청구권의 기초로서 기본법 제104a조 5항을 실제로 거의 무의미하게 만들고 그 때문에 동 조항을 배제시킬 것이다. 이미 행정의 합법성(Ordnungsmäßigkeit)의 개념은, 연방과 주들의 연방국가구조에서 고의로 손해를 끼치는 경우에는 발생한 손해(Schäden)를 전보(Ausgleich)하도록 요구하고 있다. 이것은 입법자가 기본법 제104a조 5항에 따라 입법위임의 집행에서 어떤 책임모델을 선택하는지와는 독립하여 적용된다. 그러한 사례들은, 일반적인 법적 확신(Rechtsüberzeugung)에 따라 원칙적으로 책임을 근거지우는(haftungsbegründend) 것으로서 체계화될 수 있으며 귀책적(schuldhaft) 행위의 구성요건뿐만 아니라 중대한(grob) 객관적 의무위반의 구성요건도 충족한다. 그것들은 전통적 행위책임을 넘어서 법률상 형성된 책임모델의 범위 내에서도 중요하다(BVerwG, DVBl. 1997, 717, 718). 반대로 책임문제를 책임으로부터 독립하여 해결할 가능성을 논의하는 것은 집행법률을 제정하는 입법자(Ausführungsgesetzgeber)의 자유이다.²¹⁾

< 203 >

고의(Vorsatz)를 위해 행해진 고려들이 강제적으로 중대한 과실(grobfahrlässig)로 인한 책임의 사례에 똑같이 적용되지 않는다. 만약 중대한 과실도 기본법 제104a조 제5항 1문의 책임의 핵으로 끌어들이게 되면 행위 책임(Handlungshaftung) 사고에 기인하는 책임 모델의 길로 가게 될 것이다. 판례에서는 중대한 과실행위가 집행 법률에 규범화되어 있지 않더라도 기본법 제104a조 제5항 1문의 책임구성요건에 속할 수 있는지 여부에 대해서 명료하지 않다. 두 개의 판결에서 이 문제는 긍정되어 있는 반면에(BVerwGE 96, 45, 50 ff.; BVerwG 1997, NVwZ 1995, 991) 하나의 판결에서는 부인되어 있다(BVerwG, DVBl. 717, 718 f.). 결국 중대한 과실을 책임의 핵심으로 편입하는데 대한 더 나은 근거들이 언급될 수 있을 것이며, 이는 법원(Rechtssprechung)이 마치 대체입법자로서의 직무를 수행하고 의회입법자의 의무인, 책임을 더 자세히 형성할 과제를 떠맡는 것 같은 외관에 빠지는 위험을 예방하기 위한 것인데, 특히 기본법 제104a조 제5항의 책임의 핵심(Haftungskern)을 중대한 과실의 사례에까지 미치도록 하는 것은 책임규율과 관련된 이해관계의 보호필요성과 관련해서도 필요하지 않기 때문인 바, 이는 기본법 제104a조 제5항은 시

21) BVerwGE 96, 45, 52 ff.; BVerwG, NVwZ 1995, 991, 992; DVBl. 1996, 986, 988.

민들과의 관계에서가 아니라 연방과 주들의 관계에서만 합법적 행정에 대한 책임을 규율하기 때문이다.

E. 사무권한과 사무책임의 상위

< 204 >

행정 지출에 대한 책임이 늘 행정 권한과 합치하는 반면에, 사항적 사무를 종료하는데(Sachaufgabenerledigung) 대한 책임(이른바 목적 책임, Zweckverantwortung)은 일정한 사례들에서는 행정사무의 수행을 위한 권한이 있는 주체로부터 박탈되어 있을 수 있다. 다른 말로 하면, 법률의 집행의 경우에는 사무 권한으로부터 곧 바로 사무 책임(목적책임)이 도출되지 않는 사례들이 있다. 기본법 제104a조 2항 내지 4항은, 기본법 제104a조 제1항에 규정된 초기 입장과 달리 집행하는 자에게 행정책임과 병행하여 동시에 목적 책임, 그러니까 추구하는 관심사항이 일반적으로 다루어지고 효력을 발생하도록 하기 위한 책임을 저야할 의무가 없다는 점을 토대로 한 입장을 규율하고 있다.

I. 연방위임행정

< 205 >

연방위임행정의 경우 연방은 기본법 제104a조 5항과 결합한 제104a조 2항에 따라 그로부터 나오는 목적 지출을 부담한다. 이 규정에서 곧바로 이것이 견련성 원칙(Konnexitätsprinzip)의 파괴 또는 동 원칙의 확인으로 분류되어야 하는지 다루어진다. 지배적인 견해는 주들에 의한 사무수행에도 불구하고 연방의 사무로 남아있는 사무가 문제이라는 점으로부터 출발한다. 그 근거는 여기서 주들이 고유사무로서의(기본법 제83조, 제84조) 연방 법률의 원칙적인 집행과는 반대로 연방 사무를 수행하는 것이지 고유한 어떤 사무를 수행하는 것이 아니라는 것이다. 그에 의하면 일반적인 부담분배원칙(Lastenverteilungsgrundsatz)이 확인된다. 연방의 고유 행정에서와는 달리, 주들이 연방의 대변자로서가 아니라 자신의 이름으로 행위 하는 위임행정에서는 집행 권한이 주들에게 있기 때문에, 다른 견해는 주 사무가 문제라는 점에서 출발한다. 이 견해에 의하면 기본법 제104a조 2항은 일반적 부담분배원칙을 파괴한다. 그럼에도 불구하고 이러한 용어에 있어 고려 및 그룹비교가 결정적인 목표가 될 수 없다. 기준이 되는 것은 오히려 여기서도 사무책임(Aufgabenverantwortung)이란 기준이다. 기본법 제85조 2항 내지 4항에 따른 연방의 포괄적인 감독권한(단

락번호 147)을 고려하면 주들의 재량 및 형성 여지는 현저히 제한되어 있다. 기본법 제85조의 영향을 미칠 권한을 근거로 사무집행에 대한 원래의 사항책임(Sachverantwortung)은 주들에게 있는 것이 아니라 연방에게 있다. 이러한 이유로 기본법 제104a조 제2항은 실질적 의미에서 행정책임과 지출책임을 법적으로 연계함으로써 일반적인 부담분배원칙을 확인하는데, 이는 책임의 주체가 법률을 시행할 때 발생하는 목적지출(Zweckausgaben)을 부담해야 한다는 결과를 가져온다.

기본법 제104a조 제2항에 대한 사례:

장거리 도로 건설(Fernstraßenbau)은 연방의 위임에 의하여 주들이 시행한다. 도로건설의 비용은 목적 지출에 대한 책임자로서 연방이 부담한다. 주들의 도로건설행정의 비용(특히 도로건설을 위해 투입된 인원의 비용인 인건비)은 행정지출로서 기본법 제104a조 제2항, 제5항에 따라 주들이 스스로 부담하여야 한다.

II. 금전급부법률

< 206 >

기본법 제104a조 제3항 1문에 따라 금전급부를 하고 주들에 의해 집행되는 연방 법률은 그 금전급부를 연방이 부담하도록 규정할 수 있다. 그에 따라 연방입법자는 연방이 목적 지출의 전부 또는 일부를 부담할지 여부를 결정할 수 있다. 기본법 제104a조 3항에서 금전급부는 반대급부와는 독립하여, 사적 또는 공적인 수령권한 있는 자에 대한 일회적 또는 계속적인 금전의 교부이다. 특히 장려금(Prämien), 지원(Unterstützung), 지원급여(Förderleistungen)는 이들을 차관(대부, Darlehen)으로 빌려주는 경우라도 그에 속한다.

금전급부에 대한 사례로는 저축 장려금(Sparprämien), 주택보증금(Wohngeld), 주택건설 장려금(Wohnungsbauprämie), 연방 장학법에 근거한 장학금(BAfÖG), 농부들에 대한 경유지원(Gasölbeihilfe) 등이 있다.

< 207 >

법률 자체가, 따라서 금전급부를 주는 법률이 이를 규정해야 한다. 금전급부에 대한 법적 청구권이 존재할 필요는 없다; 법률에 규정된 재량급여(Ermessensleistung)로 충분하다. 그럼에도 불구하고 행정은 자유재량(freies Ermessen)에 의해 결정할 수 있어서는 안 된다. 단지 금전적 가치 있는 급여를 목표로 하는 법률은 기본법 제104a조 제3항의 구성요건에 포함되지 않는다. 금전급

부와 금전적 가치 있는 물건급부(geldwerte Sachleistung)의 구별은 법정책적으로 의문일 수 있으나 현행법은 그러하다.

< 208 >

기본법 제104a조 3항의 구성요건은 순수한 금전급부 법률이 중심이 되는 것을 요구하지 않는다. 금전급부의 제공이 그러므로 관련 법률의 유일한 내용이 될 필요는 없다. 기본법 제104a조 3항은 법률이 비록 금전급부와 함께 다른 급여도 규정하는 경우에도 적용될 수 있다. 물론 헌법규범은 법률상의 금전급여규정만을 고려하고 있다. 또한 생계지원에 관한 규정을 포함하는 연방사회보장법(Bundessozialhilfegesetz)도 기본법 제104a조 제3항의 구성요건에 해당된다. 1998년 이른바 알브레히트 법안(Albrecht-Initiative, 단락번호 250)에 의하면 사회보장 주체에게 발생하는 비용의 절반을 연방이 부담하게 되어 있는데, 그 결과 이 법안도 기본법 제104a조 제3항에 의해 헌법적으로 보호되었다. 그럼에도 연방사회보장법(BSHG)에 따른 금전급부청구권의 재원조달에 대한 헌법적인 가능성은 지금까지 이용되지 않았다.

< 209 >

기본법 제104a조 제1항의 기초가 된 고려인 목적 지출은 사무집행의 측면에서 비로소 발생하고 권한 있는 행정청에 의해 영향을 받을 수 있다는 고려는, 법률이 행정에 대하여 본질적인 결정여지를 더 이상 허용하지 않고 행정작용을 모든 개별적인 것까지 규정하는 경우에는 실패하게 된다. 금전급부 법률이 그러하다. 법률에는 금전급부의 수령자와 요건, 유형과 액수가 이미 규정되어 있다. 그러니까 금전급부법률에서 연방은 입법을 통해 그들이 원하는 일정한 재원조달의 범위 내에서 주들의 행정에 대하여 더 기계적인 용역 제공을 사무의 정도에 관한 형성여지가 없어도 요구한다. 법률의 집행은 규정에 따라 동일하게 프로그램화되어 행해지는 결과, 주의 집행기관에게는 실제로 자기책임에 의한 행정재량을 위한 여지가 더 이상 남아있지 않다. 법률의 집행이 규정된 조치의 문언에 충실한 집행에 제한되어 있다면, 주의 고유 사무의 집행에 대한 전형적인 표지는 그러므로 법률규정에 의해 광범위하게 배제되어 있다. 기본법 제104a조 제1항의 행정책임(Verwaltungsverantwortung)에 관해서는 법률이 완벽하게 규정하고 있기 때문에 행정청의 재량이 없이 언급될 수 없다. 여기서 연방에게만(그리고 사실 연방입법자에게) 목적책임이 귀속된다. 주들이 책임지지 않는 목적 지출에 대한 주들의 비용 부담(Kostentragung)은 원칙적으로 정당화되어 있지 않다. 추가로 그러한 금전급부의 목적 지출은 고액이라는 점이다. 따라서 연방의 금전급부법률에 의한 비용부

답에 대해 주들의 특별한 보호필요성이 존재한다.

< 210 >

물론 기본법 제104a조 제3항의 규정이 재원조달분리 가능성을 통해 목적 지출에 대한 지출책임 전부를 연방에게 강제적으로 할당하는 것이 아니라 연방입법자가 연방과 주들 간에 **목적 지출 할당액(Zweckausgabenquoten)**을 분배 하듯이 연방입법자에게 넘기는 한에서는 기본법 제104a조 제3항에 행해진 규율은 **일관성이 없다**. 개별적 금전급부법률에서 연방과 주들의 재원조달의 몫이 연방입법자에 의해 서로 다르게 산정되어 있고 어떤 시스템이 인식되고 있지 않다. 그러므로 기본법 제104a조 제3항은 보호필요가 있는 것으로 간주된 주들에게 연방의 **(공동)재원조달에 대한 청구권을 부여하지 않는다**. 연방의 비용 참여 몫은 연방입법자의 재량에 의하게 되며 기본법이 연방이 기꺼이 비용부담을 하여야 하는지 여부의 문제에 대한 규범적인 규정을 가지고 있지 않다. 연방이 **일부의 부담을 인수(teilweise Kostenübernahme)**하기로 결정하면 기본법 제104a조 제3항 2문, 3문에 일정한 지침들(bestimmte Direktiven)이 포함되어 있다. 연방이 지출의 절반 또는 그 이상을 부담하는 것으로 법률이 규정하는 경우 그것은 연방의 위임에 의하여(im Auftrag des Bundes) 행해진다. 주들이 지출의 4분의 1 또는 그 이상을 부담하도록 법률이 규정하면 그것은 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 필요로 한다. 이로써 기본법 제104a조 제3항 2문, 3문의 법률효과가 발생하지만, 연방 법률에 **명시적인 비용규정**이 되어 있어야 한다. 연방 법률이 그러한 규율을 포기하면 금전급부법률에 대해서도 기본법 제104a조 1항의 일반적인 부담분배원칙이 적용되며 그 결과 주들이 전체지출비용을 전액 부담해야 하고 연방국가의 총수입에 대한 그들의 분배 몫으로 그 부담을 져야하는데, 이는 사정에 따라서는 기본법 제106조 제4항 1문에 의한 변경 청구권(Revisionsanspruch)을 발생시킬 수 있을 것이다. 이 경우 기본법 제104a조 제3항에서 어떤 동의 요건(Zustimmungserfordernis)이 도출되지 않는다. 이는 연방에 의한 금전급부법률을 통해 비용 부담시키는데 대해 주들을 보호할 필요성이 존재함에도 불구하고 기본법 제104a조 제3항 1문이 어떤 효과적인 법적인 보호를 하지 못한다는 것을 의미한다.

Ⅲ. 기본법 제104a조의 전체 내용

< 211 >

책임의 원리(Verantwortungsprinzip)에 상응하여 기본법 제104a조에 규정된 견련성의 원리(Konnexitätsprinzip)는 사무책임과 재원조달권한이 한 손안에 있

어야 한다고 말하고 있으며, 그 결과 지출의 정도를 규정하는 사무책임이 각각 어디에 있는지 물어야 한다. 원칙적으로 행정사무를 집행하는 법인이 그들의 행정책임과 더불어(기본법 제104a조 제5항) 사항책임 및 목적 책임(Sach- und Zweckverantwortung)도 부담한다는 데서 출발해야 한다. 이 행정책임이 예외적으로 행정사무의 수행권한과 분리되어 다른 주체(연방)에게 있다면, 이는 위임행정의 경우(기본법 제104a조 제2항)이며 타인이 제정한 금전급부법률을 단순히 집행하는 경우(기본법 제104a조 제3항)이고 그러므로 피상적으로 행정권한을 목표로 삼아서는 안 된다. 오히려 행정의 주체도, 따라서 연방도 발생한 목적 지출을 부담해야 한다. 기본법 제104a조 제3항의 일부 규정을 제외한다면, 기본법 제104a조는 그 자체 완결된, 결국은 책임원리를 목표로 하는 시스템을 이루고 있다.

IV. 기본법 제104a조의 법정책적 개혁 필요성

< 212 >

현행 기본법 제104a조 제1항 내지 제3항, 제5항의 규정은 두 가지 약점을 보여주는데, 첫째는 금전급부와 물건급부를 다르게 취급하면서 기본법 제104a조 제3항을 단순한 가능규정(Kann-Bestimmung)으로 한 것. 게다가(둘째) 연방 위임행정의 지정과 금전급부법률의 지정을 통해 행정권한(Verwaltungszuständigkeit)과 사무책임(Aufgabenverantwortlichkeit)이 산산이 부서지는 것을 완전히 파악하지 못한다. 집행(Wahrnehmung)과 책임(Verantwortung)이 분열되는 이 두 가지 사례를 단순히 규범화(Normierung)하는 데에는 그 밖의 경우 각 개별 사례에서 책임행정청 측에서 지출액을 결정하는 재량결정이라는 전제가 기초로 되어 있다. 그러한 상태는 그러나 규범을 적용하는 행정에게 흔히 어떠한 여지도 허용하지 않는 규범밀도를 가진 오늘날의 법률의 내용을 잘못 판단하는 것이다. 흔히 금전급부법률에서만 집행기관의 행정재량이 배제되어 있는 것이 아니다. 말하자면 점점 더 커지는 규율밀도를 가진 “철저히 규범화된(durchnormierte)” 법률은 드물지 않게 시민의 개별청구권과 결부되어 있는, 법률을 집행할 때 행정청의 형성가능성을 영으로 축소시키는 경향이 있다. 그러한 한에서 행정청의 법률 집행에 대한 지시는 가능하지도 필요하지도 않다. 철저히 규범화된 규율프로그램 측면에서 법률 집행을 세밀하고 정확하게 조정한다면 이는 실질적으로 연방위임행정에서 행정의 지시와 기능적으로 동가치(das funktionale Äquivalent)이다. 기본법 제104a조 제2항의 이러한 사

례에서 연방은 법률 집행의 지출을 부담해야 한다. 기본법 제104a조에 포함된 전체 내용의 의미와 목적에 의하면 이 규정은 그 자체로 철저히 규범화된 연방 법률도 파악해야 할 것이다. 이것은 그러나 현행 기본법 제104a조에 의하면 그러한 경우는 아니다. 그럼에도 불구하고 그 사안에서 기본법 제104a조의 전체 내용을 근거로 하여 기본법 제104a조 제1항에 규정된 부담분배규율(Lastenverteilungsregelung)이, 연방이 그의 입법을 통하여 주들과 자치단체 행정에 그가 원하는 재원조달의 범위 내에서 더 기계적인 서비스(eher mechanischen Dienstleistungen)를 요구하는, 그러한 사례에 대해 그 내적 정당성을 상실한다는 의문은 존재하지 않는다. 법률 집행에서 집행의 여지가 없거나 언급할만한 가치 있는 범위 내에 있지 않다면, 사무책임은 그러나 입법자에게 있다. 견련성의 원칙(Konnexitätsprinzip)을 논리일관하게 적용한다면, 그러므로 연방 법률에서 연방이 입법조치를 통해 야기한 목적 지출에 대하여는, 연방이 집행기관에게 사무범위와 사무수행기준(Aufgabenerfüllungsstandards)을 규정하고 그에게 어떠한 재량여지(Ermessensspielräume)도 주지 않는 한, 연방이 책임져야 할 것이다. 반대로 집행여지(Ausführungsspielraum)가 그 비중으로 보아 주들 내지 그 자치단체(Kommunen)에게 남아있다면, 사무책임(Aufgabenverantwortung)과 그와 함께 발생하는 재원조달책임(Finanzierungsverantwortlichkeit)은 연방에게 귀속되어서는 안 될 것이다.

< 213 >

여기서 사항에 적합한 해결을 개발하기 위하여, 수많은 해석 방법들(Interpretationsansätze)이 시도되었다. 첫 번째, 지출 권한이 사무원인 야기(Aufgabenverursachung)와 사무책임(-Verantwortung)에 따르는 방향으로, 기본법 제104a조 1항의 재해석(Uminterpretation)이 고려되어야 하는 바, 그 결과 주들과 자치단체들에게 그 집행에 어떠한 여지도 없는 경우에는, 주들에 의한 연방법률 집행의 목적 지출(Zweckausgaben)을 연방이 부담하는 결과를 가져온다. 두 번째로는 사회보장사무(Sozialhilfeangelegenheiten)의 집행에 있어서는 더 이상 자치행정사무가 아니라 위임사무가 문제되며 그 결과 기본법 제104a조 제2항이 적용되어야 한다는 것을 입증하기 위한 시도가 행해졌다. 세 번째 해석 방법은 사회보장영역에서 금전급부와 물적인 급부(Sachleistungen)의 구별을 극복하려고 하였는바, 그 결과 사회보장의 규범화는 기본법 제104a조 제3항의 금전급부법률로 간주될 수 있게 된다. 이러한 해석의 노력들은 전체적으로 관철될 수 없었다.

< 214 >

더욱 본질적인 것은 **법정책적 고려**의 범위 내에서 기본법 제104a조의 목표에 집중하는 것이다(단락번호 191). 여기서 스케치한 현재의 약점들을 포함하는 그러한 재편은 그럼에도 불구하고 헌법 개정을 필요로 한다. 헌법 개정이 관철된다면, 이는 연방이 입법자를 통해 점점 더 규범밀도를 강화함으로써 주들과 자치단체들에게 사무집행을 압박하는 현재의 메커니즘에 가장 잘 대처할 수 있을 것이다. 연방이 주와 자치단체에게 법률로 사무를 전가하는 경우 그 비용부담의무를 논리일관하게 헌법적으로 규정한다면, 연방에 의한 타율적인 사무결정(Fremddeterminierung von Aufgaben)이 줄어들 수 있을 뿐만 아니라 그럼에도 불구하고 전가된 사무에 대한 재정적 보상(finanzielle Abgeltung)이 행해질 수 있을 것이다. 1996년 이래 늦게야 이러한 상황기술과 마찬가지로 그로부터 도출된 법정책적 목표설정도 옳다는 견해가 정계와 학계에서 광범위하게 관철되었다. 1996년 연방의회의 내무위원회(Innenausschuß)가 개최한 “지방자치단체 자치행정의 재정적 보장을 위한 구조문제”라는 테마의 전문가청문회(Sachverständigenanhörung)에서는 만장일치로 법률에 의해 사무를 이전하는 경우에는 관련성의 원칙(Konnexitätsprinzip)을 고려하도록 하는 요구를 하였다.

< 215 >

제61차 독일법률가대회(Der 61. Deutsche Juristentag)는 마찬가지로 이러한 관심사에 대해 그 정당성을 매우 광범위하게 검증하였고, 기본법은 원칙적으로 지방자치단체 차원에서 연방의 단호한 어떤 조치도 알지 못한다는 인식을 근거로 하여, 마침내 압도적인 다수로, 연방이 예외적으로 지방자치단체(Kommunen)를 사무의 주체로 규정할 수 있다면, 이것은 지방자치단체에 대한 연방의 재원조달책임으로 표현되어야 한다는 결론을 내렸다. 기본법 제104a조 3항은 **독일법률가대회의 결론**에 따라 주들 또는 연방에 의해 예외적으로 직접 규정된 게마인데(게마인데조합)가, 지불(Zahlungen)이나 물적 급여(Sachleistungen) 또는 공공시설의 건설이나 유지를 규정하는, 연방의 조치들(Maßnahmen)을 집행하는 경우 연방이 그 급부들에 대한 지출을 부담하여야 하는 방향으로 개정되어야 한다. 그 급부가 주 또는 지방자치단체(Kommunen)의 재량의 범위 내에 있다면 법률은 달리 규정할 수 있다. 주들이 지방자치단체에 사무를 이전함에 대해서도 제61차 독일법률가대회(DJT)에 의해서 마찬가지로 결론이 내려졌다. 이와 관련한 기본법 제104a조의 개정은 현재 문제되고 있

는 연방과 주, 지방자치단체의 사무관계 및 재정관계의 개혁의 주요 논점이다.

F. 연방에 의한 주들의 사무에 대한 공동의 재정부담

< 216 >

이제부터 다루어지는 기본법 제104a조 제4항의 규정도 기본법 제104a조의 전체 내용에 포함되는지 다루어지고 있다. 이것은 아주 압도적으로 부인되는데, 물론 일부에서는, 외부로부터 제안된 투자지원(Investitionshilfen)은 명백히 그와 관련된 제3의 원인야기자(Drittveranlasser), 그러니까 연방에게, 투자목적 및 그것을 상황에 적합하게 전환(Umsetzung)하는데 대한 책임이 귀속된다는 근거로, 긍정하기도 한다. 목적책임(Zweckverantwortung)에 상응하여 목적 지출에 대한 비용부담도 규정되어 있다고 한다. 기본법 제104a조 제4항을 다룸에 있어서는 그럼에도 불구하고 다른 문제가 전면에 놓여 있다.

< 217 >

입법과 행정에 있어서처럼, 재원조달책임(Finanzierungsverantwortung)에 있어서도 기본법은 원칙적으로 연방과 주들의 권한을 엄격하게 분리하는 데서 출발한다. 지금까지 다루어진 규정들은 이것을 입증한다. 그에 따르면 각각의 차원(역자 주: 연방과 주, 지방자치단체)은 그 고유한 사무에 대해서만 재원을 조달할 수 있다. 기본법이 허용한 예외구성요건이 존재하지 않는다면 연방에 의한 주 사무에 대한 공동재원조달(Mitfinanzierung)은 기본법에 반한다. 그러한 예외구성요건들(Ausnahmetatbestände)로서 다음과 같은 것들이 있다:

- 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)의 재원조달, 기본법 제91a조 제4항
- 공동으로 실현되는 사무(gemeinschaftlich wahrgenommene Aufgaben)의 재원조달, 기본법 제91b조 제2문
- 금전급부법률(Geldleistungsgesetze), 여기서는 연방이 목적 지출의 일부를 부담함, 기본법 제104a조 제3항
- 특히 의미 있는 투자에 대한 재정지원(Finanzhilfen), 기본법 제104a조 제4항
- 전쟁으로 인한 부채(Kriegfolgelasten)의 재원조달, 기본법 제120조 제1항
- 사회보험(Sozialversicherung)의 부담에 대한 보조금(Zuschüsse), 기본법 제120조 제1항 4문
- 불문의(Ungeschriebene) 연방 (공동)재원조달 권한((Mit-)finanzierungskompetenzen)

기본법 제106a조는 근거리 공공교통(ÖPNV)과 관련하여 특별한 지위로 취급하고 있다.

I. 공동사무와 공동으로 실현되는 사무

< 218 >

공동사무의 규범화 범위 내에서 그리고 그와 함께 기본법 제10장 외에 다음과 같은 재원조달규정이 규정되어 있다: 연방은 기본법 제91a조 제1항 1호와 2호의 경우(대학병원을 포함한 대학의 신축 및 증축 내지 지역경제구조의 개선) 각 주의 **지출의 절반**을 부담한다. 기본법 제91a조의 제1항 3호의 경우(농업구조개선 및 해안보호개선) 연방은 **최소한(mindestens) 절반**을 부담한다: 그 부담부분은 모든 주에 대하여 통일적으로 확정되어야 한다. 자세한 것은 각각의 법률에 규정되어야 한다. **연방의 부담부분(Beteiligung)**은 공간계획(Rahmenplänen)에 규정된 조치들을 위한 **투자비용**에 제한되어 있다. 조치의 집행 후에 발생하는 **후속비용(Folgekosten)**은 모두 **주들이** 부담해야 한다. 기본법 제104a조 제5항에 따라 행정비용에 대하여 동일한 내용이 적용된다.

< 219 >

기본법 제91a조 제1항 1호와 2호에서 언급된 공동사무의 경우는 각 50%의 고정된 비용부담부분이 기본법에 확정적으로 규정되어 있는 반면에, 기본법 제91a조 제4항 2문의 수권(Ermächtigung)에 대해 입법자는 농업구조개선의 경우에는 연방이 60%를, 해안(연안)보호(Küstenschutz)의 경우에는 목적 지출의 70%를 연방이 부담하는 방향으로 규정하였다. 기본법 제91a조 제4항 2문은 **모든 주들에 대한 비용부담액이 통일적으로** 규정되어야 한다고 확정했기 때문에 재정이 취약한 주들과 재정이 강한 주들 간에 차별이 행해질 수 없다. 기본법 제91a조와 제107조 제2항 3문(단락번호 771 이하)은 그러한 한에서 서로 엄격하게 분리되어야 한다.

< 220 >

재원의 공급은 연방과 주들의 예산안에 확정하도록 유보되어 있다(기본법 제91a조 제4항 4문). 이러한 방법으로 공무사무의 경우에도 연방의회와 주 의회의 **예산고권(Haushaltshoheit)**이 보장된다.

< 221 >

기본법 제91a조의 공동사무는 정치적, 재정적으로 중대한 비중을 갖는다. **대학병원을 포함한 대학의 신축과 증축**에 대하여 연방은 1999년부터 2003년

까지의 재정계획에서 1999년과 2000년에 각 20억 마르크를, 2001년 내지 2003년에 대하여 각 21억 5천 마르크를 승인했다. 재정계획기간에 규정된 총 104억 5천 마르크의 액수는 대규모시설의 조달을 포함한 대학 및 대학병원의 건설계획에 대한 연방의 공동재원조달을 계속할 수 있게 허용해준다. 교육정책적 관점에서 필요한 재정수요에 대한 한정된 재원 때문에 그 지출은 구동독 주들의 조치와 전문대학건설에 중점을 두어 행해져야 한다.

< 222 >

공동사무인 **지역경제구조의 개선**은 독일의 경제적으로 취약한 주들이 일반적인 경제발전에서 적응하기 쉽도록 하기 위하여 그들을 연방과 주들이 공동으로 목표를 정해 지원하는 유일한 경제 정책적 수단이다. 지역경제구조의 개선을 위하여 우대시스템(Präferenzsystem)에 관한 근본적으로 새로운 규정 내지 지원구성요건(Fördertatbestände)과 지원규율에 대한 개정이 1995년에 발효하였다. 서독의 구조가 취약한 지역에서의 지원조치를 위하여 1998년 총 4억 마르크의 연방재원 및 주의 재원이 마련되어 있다. 그 밖에 구서독 주들에 대해서도 공동사무 내에서 유럽의 지역개발기금(EFRE)으로부터의 재원(Zuflüsse)을 투입할 가능성이 있었다. **구동독 주들에 대해서는** 1998년 관광(Fremdenverkehr)을 포함한 영업투자의 지원과 경제 인프라 구조의 지원을 위하여 58억 5천만 마르크가 마련되었고 이는 연방과 주들이 각각 절반씩 부담하였다. 그 밖에 예상치 약 240억 마르크에 달하는 유럽지역개발기금(EFRE)으로부터의 보조금의 본질적인 부분은 공동사무의 범위 내에서 투입되었다. 1999년 내지 2003년까지의 재정계획에서 재원의 지속적인 감축이 규정되었다. 1999년 예산에 구서독 주들에 대해서는 2억3천5백만 마르크가, 구동독 주들에 대해서는 25억 7천6백 만 마르크가 책정되었다. 따라서 추가되는 주의 재원 및 유럽지역개발기금(EFRE)을 포함하여 1999년도에 구동독 주들에 대해서는 대략 60억 마르크가 구서독 주들에 대해서는 7억 마르크의 승인 범위가 투입되었다.

< 223 >

농업구조개선 및 해안보호의 개선을 위해 1999년 총 28억 1천만 마르크가 지출되었다. 이 가운데 17억 1천만 마르크는 연방과 주들의 부담분배를 근거로 농업구조개선의 경우에는 60%대 40%로, 연안보호의 개선의 경우 70% 대 30%로 연방의 몫이 되었다. 개별적으로 연방재원은 1999년에 농업구조의 개선을 위한 조치에 15억 4천만 마르크가, 연안보호의 개선을 위한 조치에 1억

7천만 마르크가 분배되었다. 구동독 주들에게는 1999년도에 6억1천5백만 마르크가 분배되었다.

< 224 >

기본법 제91b조에 따라 공동으로 실현되는 사무의 경우(교육계획 및 연구 지원) 기본법에 의해 주어지는 **형성여지(Gestaltungsspielraum)**는 **재원조달규정**에서도 계속된다. 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)에서와 달리 기본법은 여기서 헌법적으로 광범위하게 확정된 재원조달기준(Finanzierungsschlüssel)을 포기했다. 비용의 분배는 각각의 협의로 규정된다. 기본법 91b조 2문. 기본법이 비용분배(Kostenaufteilung)를 요구함으로써 연방 내지 주들에 의한 전적인 비용 부담(eine vollständige Kostentragung)이 저지된다. 기본법 제104a조에 상응한 행정책임과 재원조달책임의 일치는 그것으로 가능하다. 5개 동독 주들이 1991년 1월 1일 효력발생으로 가입하게 되었던 협약((Vereinbarungen)에서의 **재원조달 몫(Finanzierungsanteile)**은 연방과 주들의 관계에서 50 대 50으로부터 90 대 10까지의 범위에서 움직인다.

< 225 >

기본법 제104a조는 기본법 제91b조 2문의 범위 내에서도 통용되는 것을 요한다. 비용부담분배는 따라서 목적 지출(Zweckausgaben)에만 관련된다.

II. 연방이 목적 지출의 일부만을 부담하는 금전급부법률, 기본법 제104a조 제3항

< 226 >

기본법 제104a조 제3항은 금전급부법률에서 목적 지출에 대한 지출책임 전부를 연방에게 강제하지 않고(단락번호 195이하), 목적 지출에 대한 몫(Zweckausgabenquoten)을 연방과 주들에 어떻게 분배할지를 입법자에게 맡기고 있다. 비용분배는 기본법 제104a조 제3항 3문에 따르면, 주들이 최소한 목적 지출의 4분의 일을 부담해야 한다면, 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 요한다. 따라서 여러 가지 배당 몫으로 연방과 주들이 혼합하여 비용을 부담(Mischfinanzierung)하게 된다.

예: 경유 가격의 할인(Gasölverbilligung), 주택보조금(Wohngeld), 주택건축 장려금(Wohnungsbauprämien), 결핵지원(Tuberkulosehilfe), 연방 장학법에 근거한 장학금(BAfÖG)

III. 주 및 지방자치단체의 특히, 의미 있는 투자에 대한 재정지원, 기본법 제104a조 제4항

1. 동 재원조달권한의 전개와 의미

< 227 >

기본법 제104a조에 따라 연방은 주 및 게마인테의 특히 의미 있는 투자 (besonders bedeutsame Investitionen) 즉, 경제전체의 균형 장애를 방지하거나 연방지역의 사이한 경제력을 조정하거나 경제성장을 지원하기 위하여 필요한 투자에 대한 재정지원을 주들에게 보장할 수 있다. 기본법 제104a조 제4항은 1969년의 재정개혁의 범위 내에서 재정헌법으로 편입되었다. 이 규정은 앞서 규율되지 않았고 그 때문에 다루어졌던 연방의 실무 - 이른바 기금 관리(Fondswirtschaft) - 를 분리해냈다. 법률에 종속되지 않은 (nichtgesetzakzessorisch) 공공사무의 실행의 범위 내에서 연방은 자신의 지원프로그램과 지원 지침(Förderrichtlinie) 및 주들과의 행정협약(Verwaltungsabkommen)을 근거로 주와 게마인테의 투자에 대한 재정 급여(Finanzleistung)를 조건(Bedingungen) 및 부담(Auflagen)과 결합시켰고 이를 통해 연방은 그가 공동으로 지출하는 사무에 대해 영향력을 발휘하였다. 주들이 법적으로도 그러한 구속(Bindungen)에 복종할 의무가 없었다면, 그러나 그 거부는 연방보조금(Bundeszuschüsse)의 상실을 초래하였다.

< 228 >

재정개혁법률(1969)은 이렇게 불만스럽게 전개된 주들의 사무에 대한 연방의 보조금지급(Bezuschussung)문제를 기본법 제91a조와 제91b조, 제104a조 제4항에서 헌법적으로 제도화했고 법제화 내지 명료한 궤도로 유도하였으며 다양한 관점에서 법적으로 제한하였다. 그 때문에 지난 실무관행으로부터 기본법 제104a조 제4항의 해석을 위한 어떠한 결론도 도출될 수 없었다. 기본법 제104a조 제4항에서 연방과 주들의 협력을 법적으로 형성해낸 것은 동시에 갈등사태에 대한 사법심사가가능성(Justitiabilität)에 대한 토대도 만들어 주었는데, 이는 주들이 연방의 재정지원에 의존하고 있고, 제공된 연방재원을 정치적인 이유로 실제로는 거절할 수 없기 때문에, 기본법의 연방국가 질서와 합치될 수 없는 주들의 정치적 이러한 종속성을 가능한 한 저지하기 위한 것이었다(BVerfGE 39, 96, 110).

< 229 >

재정지원권한(Finanzhilfekompetenz)의 형성 및 해석에 있어서는 **연방국가구조의 핵심부분으로서 재정헌법(Finanzverfassung)의 기능이 특히 중요하다.** 왜냐하면 주의 사무와 관련하여 주들에 대해 연방예산으로부터 재원이 제공되는 것은 곧 바로 **주들이 연방에 종속(Abhängigkeit von Bund)되게 하며** 따라서 주들의 독립성(Eigenständigkeit)을 흔들기 때문이다. 그 때문에 연방국가 질서는 원칙적으로, 주들에 대한 연방예산으로부터의 **재정지원은 예외(Ausnahme)에 머무르며** 그러한 재정지원이 법적으로 규율되어서 주들이 그 의무인 사무를 수행할 때 그들의 결정의 자유에 대해 **영향을 미치지 위한 수단(Mittel der Einflußnahme)**이 되지 않도록 보장해야 한다. 이러한 위험은 무엇보다도, 연방이 재정지원의 여부와 방법을 홀로 결정하고, 주들이 연방의 재원에 의존하고 있으며, 연방의 재정지원의 제공이 주들의 재정적 참여에 의존하기 때문에, 그에 관한 결정이 동시에 **주들에게는 예산재원의 본질적인 부분**을 확정하는 경우에 존재한다. 기본법 제104a조 제4항의 해석은 그에 따라 연방국가 질서의 중심적인 문제와 관련되며(BVerfGE 39, 96, 107), 이는 구동독 주들의 영역에서 현재 적용하는데 그 약점을 지니고 있다.

< 230 >

기본법 제104a조의 해석을 위해 결정적으로 중요한 것은 **재정헌법의 전체 시스템에서 재정지원의 기능(예외적 성격(Ausnahmecharakter), 보충성(Subsidiarität))이다.** 연방과 주들의 독립성(Eigenständigkeit)은 연방뿐만 아니라 주들이 원칙적으로 독립하여 서로 의존하지 않고 예산을 운영하여(기본법 제109조 제1항) **조세수입에 대한 충분한 지분(Anteile)**을 가지고(단락번호 704이하) 따라서 헌법적으로 보장된 독립성을 위태롭게 하는 다른 쪽의 지분에 의존하고 있지 않을 때에만 보장될 수 있다. 주들의 사무배분에 적합한 재정의 제공에 도달하는 것(단락번호 52이하)을 목표로 하는 재정헌법시스템에서, **주들의 사무에 대한 연방의 재정지원(Bundesfinanzhilfen)**은 단지 **예외**일 수 있을 뿐이다. 기본법 제104a조 제4항은, 기본법 제106조 제3항에 따른 **공동세 수입 분배가 적시의 올바른 분배가 되지 않는데 대한 대체물로서** 이용되거나 기본법 제107조 제1항 및 제2항의 **재정조정규율**이 적시의 올바른 규율이 되지 않는데 대한 **대체물(Ersatz)**로서 이용될 수 없다(BVerfGE 39, 96, 108). 일단 독일의 통일이라는 특수한 상황과 이어 성립된 5개의 새로운 주들(구동독 주들)을 도외시한다면, 연방이 재정지원을 상당한 정도로 제공할 가능성은 원

칙적으로 연방에게 유리한, 적절하지 않은 공동세 분배를 위한 근거이다. 기본법 제106조 제3항과 제107조를 토대로 한 수입 분배 내지는 재분배(Umverteilung)는 연방국가성(Bundesstaatlichkeit)을 보장하는 반면에, 장기간의 목적에 구속된 재정지원(Finanzhilfen)은 연방국가성의 척추를 해친다.

< 231 >

그 예외적 성격과 보충성에 주의한다고 하더라도 그럼에도 불구하고 **투자지원(Investitionshilfe)의 불가피성(Notwendigkeit)**이 잘못 인식되어서는 안 된다. 한편으로 연방은 국가전체적인 경기부양정책 및 구조정책을 위한 책임을 지며, 다른 한편으로 경제전체적인 발전은 특히 **공공투자(öffentliche Investitionen)**의 유형과 범위 내지 지역적, 시간적인 조정에 영향을 미친다. 이러한 투자는 주들의 사무에서 5분의 4 이상을 차지하며, 여기서 전체의 3분의 2가 지방자치단체(Kommunen)에 의해서 행해진다. 재정지원에 관한 권한을 가짐으로써 **국가 전체적인 이익**이라는 이유로(aus gesamtstaatlichem Interesse) 연방에게는 다른 수단들과 함께 헌법적인 권한이 부여되는데, 국가전체를 위해 중요한 주들 및 지방자치단체의 투자계획을 지역을 넘어가는 질서 및 목표 관념(Ordnungs- und Zielvorstellungen)의 범위 안으로 편입하고 그래서 국가전체적인 요구에 맞추는 등의 권한이 부여된다. 이런 식으로 단지 제한적으로만 가질 수 있는 투자재원은 가장 효과적(am wirksamsten) 곳에 중점적으로 투입되어야 한다. 서로 경쟁관계에 있는 고권주체들의 국가 전체적으로 중요한 투자 정책적 활동이 무질서하게 병존하는 것은 공공재원의 중복과 모순, 오류를 초래하므로 저지되어야 한다.

< 232 >

재정지원(Finanzhilfen)은 실무에서 중요한 의미를 갖는다. 그러니까 이른바 제1차 오일쇼크 후 1974년과 1975년 **경기부양프로그램**은 기본법 제104a조 제4항 첫 번째 대안(1. Alt.)이, **구조지원(Strukturhilfe, 단락번호 249 이하)**는 기본법 제104a조 제4항 두 번째 대안(2. Alt.)이 근거가 되었다. 현재는 - 기본법 제104a조 제4항의 두 번째와 세 번째 대안을 근거로 하여 - 다음과 같은 분야에 재정지원이 행해진다:

- **동독 재건(Aufbau Ost)에 대한 투자지원**: 신주들(구동독 주들)의 경제력을 증진시키기 위한 의미 있는 조치로서 연방은 이 주들에게 1995년 이래 10년의 기간 동안 목적에 기속된 추가 재원을 매년 66억 마르크 지원했다. 이 액수가운데 7억 마르크가 병원투자를 위해 규정되었다. 나머지 재

원으로는 다른 분야에서 구조를 개선하는 투자들이 촉진될 수 있으며 그 결과 신주들은 그에 의해 예측 가능한 기한 내에 구주들(서독 주들)에 대해 구조적으로 뒤진 부분을 만회할 필요를 없앨 수 있게 될 것이다(단락번호 252 이하).

- **게마인테의 교통 문제 개선:** 1988년부터 1987년 12월 18일의 게마인테의 교통재정법 개정을 위한 법률(GVFG, BGBl. I S. 2798)을 통해 자치단체의 교통계획을 위해 목적에 기속된 석유세(Mineralölsteuer, 이른바 게마인테페니히(Gemeindepfennig)) 초과 수입이 26억 마르크로 확정되었다. 통일조약(Einigungsvertrag)에 의하여 이 액수는 새로이 가입한 지역에 대하여 6억8천만 마르크씩 32억8천만 마르크로 증대되었다. 그 다음 1992년에 15억 마르크, 1993년에 1996년까지 포함하여 30억 마르크로 62억 8천만 마르크까지 재원이 증가(Aufstockung)되었다. 1997년부터 이러한 증가는 없어진다. 그 대신에 주들이 지역화촉진 법률(Regionalisierungsg) 제5조에 따라 철도여객 운송을 위해 받는 액수가 1997년부터 87억 마르크에서 120억 마르크로 증가하였다(단락번호 257 이하). 총액에서 재원의 100분의 20이 몫인 1억 마르크이상이 연방프로그램의 범위 내에서 건축 대 계획(größere Vorhaben des Baus)이나 공공근거리여객운송(ÖPNV)을 위한 철도 확장을 위해 지원되었다. 재원의 80퍼센트는 주들의 고유권한 내에 있는 프로그램(Länderprogramm)의 범위에서 각 필요에 따라 공공근거리여객운송 계획 및 자치단체 도로건설계획에 배분된다.
- **도시정비(Stadtsanierung) 및 도시개발(-Entwicklung):** 구서독 주들에서는 정비조치 및 개발 조치들(Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen)이 지원되고, 신주들의 경우에는 그와 함께 도시건설상 유적 보호(Denkmalerschutz), 도시건설 모델 계획(Modelvorhaben), 주거지역의 개발, 대규모 신도시건설 등의 개발이 지원된다. 신주들의 지방자치단체에서 고도의 새로운 수요와 관련하여 그 때까지 매년 6억 6천 마르크에 달했던 재정 지원이 1990년 이후 현저하게 증가되었다. 1991년부터 1999년까지 주들에게는 전체 71억 4천 만 마르크의 한도의 의무액(Verpflichtungsrahmen)이 제공되었다. 그 가운데 59억 마르크는 신주에 배당되었다. 2000년부터 2003년까지 매년 6억 마르크 한도의 의무액이 계획되었고 이 가운데 5억 2천 마르크는 신주에 배당되었다. 도시건설촉진 분야에서 약속한 의무액과 2000년에 새로 추가된 의무(Verpflichtung)를 충당하기 위하여 1999년 연방예산에 5억9천6백8십만 마르크의 지출액이 규정되었다.

- **사회적 주택 건설(Sozialer Wohnungsbau)**: 새로운 주들(구동독 주들)에서 이 재원은 현대화(Modernisierung) 및 수리(Instandsetzung)의 목적을 위해서도 투입될 수 있다. 1991년부터 1999년까지 주들에게는 총 2백5십억4천만 마르크가 제공되었다; 그 가운데 약 98억 마르크가 신주들에게 배당되었다. 200년부터 2003년까지 총 19억 5천만 마르크의 의무액이 계획되었다; 이 가운데 6천만 마르크가 2000년에 배당되었다. 신주들의 몫은 2000년 2천3백만 마르크, 2001년부터 2003년까지 총 5천2백5십만 마르크에 달한다. 주택건설촉진분야에서 약속한 의무액과 2001년에 새로 추가된 의무(Verpflichtung)를 충당하기 위하여 2000년 연방예산에 20억5천만 마르크의 지출액이 규정되었다.

2. 개별 구성요건표지

< 233 >

재정지원을 재정헌법에 편입한 점 및 재정지원의 예외적 성격을 근거로 그리고, 주들이 그에게 주어진 중요한 사무를 상응하는 노력에도 불구하고 자기 힘으로 수행할 수 없을 때에만 주들의 재정수요를 **보충하도록** 한, 재정지원의 기능을 근거로 일부 매우 불확정하게 파악되는 구성요건표지들은 **제한적으로(restriktiv)** 해석되어야 한다는 결론이 나온다. 이것은 **연방이**, 주들의 사무수행에 연방지역 **경제전체적인 발전을 위한 책임** 때문에 그리고 **지역을 초월하는 조정(Koordination)을 할 의무** 때문에 특별한 이해관계를 갖는, 그러한 사무에 단지 참여해야한다는 점으로부터도 도출될 수 있다.

< 234 >

재정(Finanz) - “지원(Hilfe)”의 개념으로부터 연방은 지원금수령자의 투자지출에 단지 지원을 통해서만(nur unterstützend) 참여하도록 되어있다는 결론이 나온다. 연방이 재원의 전부를 조달하는 것은 고려되지 않는다. 재원조달배분 몫의 분배는 기본법으로부터 나오지 않고 기본법 제104a조 제4항 2문에 따라 개별 법률이나 행정 협약(Verwaltungsvereinbarungen)으로 확정해야 한다. 모든 연방 주들이 원칙적으로 동일한 지위를 갖기 때문에 동등하게 관련된 모든 주들이 동일하게 취급되어야 한다. 지역적인 차별(regionale Differenzierung)은 그것이 지원의 목적(Förderungszyweck)으로부터 도출되는 경우에만 고려된다. 재정지원은 보조금(Zuschüssen)이나 대부(Darlehen)의 형태로 주의 기관 또는 제3자에게 교부될 수 있다.

< 235 >

재정지원은 투자에 대해서만 행해질 수 있다. “투자(Investition)”의 개념은 여기서 국민 경제적(Volkswirtschaftlich)으로 이해되어야 한다. 따라서 지속적이고 장기적인 시설재(Anlagegüter, 물적 투자(Sachinvestitionen)) 혹은 제3자의 물적 투자지원이 생각된다. 기본법 제104a조 제4항에서 고용효과와 성장 및 구조효과가 문제되기 때문에 투자의 개념은 기본법 제115조 제1항 2문(단락 번호 578 이하)에서 보다 더 좁다. 대부(Darlehen)는 기본법 제115조 제1항 2문과 반대로 기본법 제104a조 제4항의 의미에서의 투자가 아니다. 일괄적인 보조금교부(pauschale Zuschußgewährung)은 배제되어 있다. 후속비용(Folgekosten), 즉, 유지비용과 운영비용, 행정비용(Unterhaltungs-, Betriebs- und Verwaltungsaufwand)은 연방에 의하여 공동으로 재원조달(mitfinanziert)될 수 없다.

< 236 >

지방자치단체의 투자를 위해 재정지원(Finanzhilfe)이 행해질 수 있는 경우라도 연방은 주에 대해서만 지원할 수 있고 지방자치단체에 직접 지원할 수 없다. 그렇지 않으면 주들의 조직고권(Organisationshoheit)은 보장될 수 없을 것이다. 주와 지방자치단체가 스스로 투자를 할 필요는 없고 국가적 지원을 위한 사무권한이 주 또는 지방자치단체에 있다면 재정지원을 통해 제3자의 투자도 지원될 수 있다. 연방이 사적 투자를 직접적으로 증진하는 것은 기본법 제104a조 제4항을 근거로 할 수 없다. 이는 연방이 그에 대한 고유의 사무권한을 가질 때만 허용된다.

< 237 >

투자는 “특별히 의미(besonders bedeutsam)”있어야 한다. 다시 말하면 이는 - 개별적인 경우가 아니라 전체적으로 - 통상적인 주 및 자치단체의 계획 범위를 넘고 초지역적인 연관성, 사무의 장기성, 재정수요의 수준에 의해 구별되어야 한다. 국가전체적으로 특별한 의미가 있는 사항영역이 문제된다.

< 238 >

주들에게 주 영역에서 투자를 위해 목적에 기속된 재정지원을 연방재원으로 할 기본법 제104a조 제4항 1문의 권한은 연방의 일반적인 경제-, 통화-, 공간질서 또는 구조정책적인 목표를 주 안에서 관철하기 위한 직간접적인 투자조정수단이 아니다. 기본법 제104a조 제4항 1문의 증진목표 외에도 연방 보조금(Bundeszuschüsse)은 연방정책적인 시각에서 주를 통한 사무수행에 영

향을 미치는 것을 허용하지 않는다(BVerfGE 39, 96 Ls. 2). 기본법 제104a조 제4항은 주의 영역에서의 공적 투자에 대한 연방의 재정참여를 연방보조금이 경제전체적인 균형장애를 방지하기 위하거나 연방지역의 상이한 경제력을 조정하기 위하여 또는 경제성장의 증진을 위하여 필요한 것에 의존하게 만든다. 특히 기본법 제104a조 제4항 1문의 2호와 3호에서 재정지원은 **주와 지방자치단체의 특별한 지출부담(Ausgabenlasten)**에 방향이 맞춰지는데 그의 **지역적 집행**에 공적인 구조조치들 및 기반시설조치와 경제성장 간에 연관성 때문에 **동시에 초지역적 의미**가 귀속되고 주들이 연방의 재정적 참여없이 자신의 재정력으로 국가전체적인 수요에 상응하여 극복할 수 없는 지출이 이에 해당한다. 제1호에 대하여는 원칙적으로 다른 것이 적용되지 않는다. 제1호는 경기정책적으로 일정한 위기상황에서만 그 국가전체적인 관련성이 명백할 때 개입한다(BVerfGE 39, 96, 111 f.).

A) 경기부양정책에 의한 지원목표: 경제전체적인 균형 장애 방지

< 239 >

“경제전체적인 균형(**gesamtwirtschaftlicher Gleichgewicht**)”의 개념은 기본법에서 제104a조 제4항 1문외에도 기본법 제109조 제2항과 제115조 제1항 2문에서도 발견된다. 더 상세한 개념규정은 1967년 6월 8일의 경제안정 및 성장촉진에 관한 법률(G zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) - StWG - 제1조에 있다. 그럼에도 불구하고 **경제안정 및 성장촉진에 관한 법률 제1조**의 경우 단순법률(einfaches Gesetz)에 의한 기본법의 구속적 해석이 문제되는 것은 아니다. 입법자는 “경제전체적인 균형”이란 목표가 경제적으로 측정 가능한 크기로 전환되도록 함으로써 불확정 헌법개념을 현실적으로 실천될 수 있도록 시도했을 뿐이다.

< 240 >

경제안정 및 성장촉진에 관한 법률 제1조에는 경제전체적인 균형이란 목표를 향한 행위의무가 다음과 같이 기술되어 있다: 그 조치들은 시장경제 질서의 테두리 내에서 지속적이고 적정한 경제성장을 할 경우 동시에 **가격수준의 안정과 고용수준의 증대, 경제외적 균형**에 기여하도록 하여야 한다. 그러나 헌법상의 경제전체의 균형이라는 개념이 이러한 목표 목록에서 다 끝나는 것은 아니며, 이는 일정한 사회경제적 조건하에서 추구되어야 할 균형(Ausgleich)을 위한 **분배목표(Verteilungsziele)** 또는 **질적인 가치(qualitative Werte)**도 중요할 수 있기 때문이다.

< 241 >

경기부양정책의 이유로 행해지는 재정지원은 **일반적인 경제활동이 약화되어 균형에 장애(gleichgewichtsstörende Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit)**가 될 정도로 위협받거나 이미 그러한 장애가 발생하고 있을 때 그리고 공공투자를 통해 그 장애를 방지하기 위하여 적합한 대응조치들이 예고되어 있을 때에만 허용된다. 예컨대 건설 분야에서 과잉수요가 있다면 이 분야에서 기본법 제104a조 제4항의 적용은 이미 헌법상 허용되지 않을 것이다. 경기를 회복하기 위해 공공주체의 투자수준을 제고하려고 하는, 제4항 첫 번째(1. Alt., 역자 주: 경제전체의 균형장애방지)의 목표(Ziel) 및 목적(Zweck) 때문에 투자유형 및 투자영역에 있어 어떠한 한계도 설정되어 있지 않다. 연방은 문화영역에서의 투자도 지원할 수 있다. 나아가 제4항 첫 번째의 목적으로부터 투자지원(Investitionshilfe)은 일정한 경기부양 정책적 위기상황에서만 **일시적이고(vorübergehend)** 비교적 **단기간**에 행해질 수 있다는 결론이 도출된다. 그것은 경제전체적으로 취약한 시기를 극복하는데 적합하고 필요하며 장기간의 계획을 위해 이용되어서는 안 된다.

B) 지역정책적인 지원목표: 연방지역의 경제력격차 조정

< 242 >

제4항 두 번째 경우는 지역의 경제력 격차를 줄이는 것을 목표로 한다. 여기서 재정지원은 한정된 지역에서 그 지역의 경제력을 연방의 다른 지역의 경제력에 접근하도록 하는 목표를 가지고 행해져야 한다. 첫 번째와 달리 재정지원이 **시간적으로 제한되어 있지 않다**. 재정지원을 연방의 각 주들에게 **동등하게 분배하는 것은**, 그것이 제4항 두 번째 경우를 근거로 하는 한에서는 **고려되지 않는다**. 오히려 경제력 격차를 조정하는 것은 **연방재원의 차별화된 투입(ein differenzierter Einsatz der Bundesmittel)**을 필요로 한다. **경제력이 연방의 평균 이하에 있는 주들에게만** 그러한 재정지원이 행해질 수 있고 그 투자자가 그 지역의 경제적인 능력(Leistungskraft)을 향상시키고 그와 함께 지역간의 균형에 기여할 수 있는 경우를 위해서만 그러한 재정지원이 고려된다. 연방은 따라서 **지역을 초월하는 균형 및 조정 과제(überregionale Ausgleichs- und Koordinationsaufgabe)**를 수행하며 이는 **사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)**에서 도출되는 **동가치의(gelichwertiger, 통일적이 아님(nicht: einheitlicher)) 생활관계(Lebensverhältnisse)**를 유지하고 **확보하라는 요청**으로부터 나온다. 이것은 1995년 1월 1일 이후 동독재건을 위한 투자촉진법(InvestitionsförderungsgG Aufbau Ost,

단락번호 252 이하)에 특히 인상적으로 표현된다.

< 243 >

이러한 과제를 수행하는데 이 외에도 기본법 제91a조 제1항 2호 “지역 경제력 개선”이라는 공동과제도 이용된다. 기본법 제91a조에 의한 조치는 거기에 규정된 규율에 따라 계획되고 재원이 조달되어야 하기 때문에 동일한 조치가 기본법 제104a조 제4항에 의해서도 지원될 수는 없다. 기본법 제91a조에 의해 파악되는 조치에 대해 제91a조는 기본법 제104a조 제4항 1문의 두 번째 경우(2. Alt.)에 대한 **특별법(lex specialis)**이다. 기본법 제104a조 제4항 1문의 두 번째 경우와 주들 간의 개정력 격차를 줄이는 결과를 가져오는 기본법 제107조 제2항을 근거로 한 **주들간의 재정조정(Länderfinanzausgleich)** 사이에도 **긴장관계(Spannungsverhältnis)**가 존재한다. 그러나 주들간 재정조정에서 행해지는 **단순한 수입의 재분배(Umverteilung von Einnahmen)**만으로는 이러한 격차의 구조적인 원인에 대해 어떠한 작용도 하지 못한다. 재정력의 접근(Finanzkraftangleichung)이 평균이하의 경제력을 가진 지역의 취약한 능력을 지속적으로 제거하는데 작용을 하지 못한다. 그것은 기본법 제104a조 제4항 1문의 두 번째 경우(2. Alt.)를 근거로 오로지 정해진 목표를 가진 재정지원을 통해서만 가능한데, 이것은 지원지역의 **특별한 개발필요 및 개발가능성(spezifische Entwicklungsbedürfnisse und -möglichkeit)**을 목표로 하며 공공의 재화(Güter)와 급부(Leistungen)에 대한 공급의 낙후를 줄이는데 적합하다. 그러므로 재정조정(Finanzausgleich)과 재정지원(Finanzhilfe)은 효과적으로 보완하는(ergänzen) 수단들이며, 하나의 수단이 특별한 영역을 넘어서 다른 수단의 위치로 가지 않아야 할 것이다.

< 244 >

연방의 각 주들에 예산 긴급 상황(Haushaltsnotlage)이 존재하고 이것이 경제적인 구조적 취약성과 결합하고 이것이 공동의 원인이 되어 과도한 채무가 야기되는 경우, 그 제거는 연방국가에서 유출되는 연방 및 그 외의 주들의 지원 및 협력의무(Beistands- und Kooperationspflicht)를 근거로 행해질 수 있는 바, 이 경우 그러한 상황에서 경제력을 강화하기 위한 중장기 조치들의 투입만으로는 도움이 되기 어렵고, 또한 시급한, 채무부담으로 명백한 예산 긴급 상황을 철폐하는 것만으로도 아직 부족하며 **다양한 조치들이 서로 맞물릴 때**에만 도움이 될 수 있다(BVerfGE 86, 148, 266). 이에 해당하는 것으로는 기본법 **제91a조 및 제91a조에 의한 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)**와 기

본법 제104a조 제4항의 투자지원(Investitionshilfe) 외에 기본법에 의해 주어진 그 밖의 행위 가능성(weitere Handlungsmöglichkeit, 이에 대해서는 단락번호 698 이하를 참조)이 있다. 기본법 제104a조 제4항은 이러한 상황에서 두 번째 경우와 함께 충분한 행위수권(Handlungsermächtigung)을 제공한다. 이 경우 연방은 연방적인 동등취급요청(Gleichbehandlungsgebot)에 의해 예산 긴급 상황에 있는 주들에 대해 투자지원을 하고 그것을 제한하는 것을 방해받지 않는다. 국가 전체적으로 정당화되는 위 지원의 근거는 관련된 주들이 빠져있는 예산 긴급 상황의 질(Qualität)에 있다. 이 경우 연방에게는 관련된 주가 투자지원의 안정화작용을 확실히 하고 특히 주가 절약한 재원이 안정화와 무관하게 사용되지 않도록 하기 위하여 안정화 프로그램(Sanierungsprogramm)에 관한 협약(Absprachen)을 하도록 의무지우는 것에 따라 그러한 투자지원을 보장하도록 허용된다. 협력의무(Kooperationspflicht)는 그러므로 연방국가적 지원의 범위 내에서 연방과 마찬가지로 관련된 주가 부담한다. 그와 더불어 공동사무를 활성화하기 위한 조치들은 예산 긴급 상황에 빠진 주의 경제 및 수입구조(Einnahmenstruktur)를 중장기적으로 예견대 지역 경제 구조의 지원영역에서 공공투자를 통해서 또는 학문 연구시설을 위한 입지 결정(Standortentscheidungen)을 통해 지속적으로 개선하는데 적합할 수 있다.

C) 구조정책적인 지원목표: 경제성장의 촉진

< 245 >

기본법 제104a조 제4항 1문의 세 번째(3. Alt.) 문언은 기본법 제104a조 제4항의 한정기능(Begrenzungsfunktion)을 수행하기 위한 제한적 해석(restriktive Interpretation)의 가능성을 제공하지 않는다. 이 경우의 재정지원의 허용은 성장의 장애(Wachstumsstörungen)를 요건으로 하지도 않고 더 세세하게 구체화된 특정한 경제성장목표에 도달할 것을 요구하지도 않는다. 주들과 지방자치단체의 거의 모든 투자가 경제성장을 촉진한다. 투자지원의 예외적 보충적 성격과 문언에 의해 허용되는 확대해석을 하는 경우 그 한계기능을 수행하는 첫 번째 경우(1. Alt.)가 그 독립적인 의미를 상실할 것이라는 사고를 근거로 세 번째 경우(3. Alt.)는 제한적으로(einschränkend) 해석되어야 한다. 첫 번째 경우와 달리 여기서는 직접적이고 추가적인 경제 성장 효과가 문제가 되기 보다는 경제발전을 위한 토대로서 구조적인 효과(strukturelle Wirkung)가 중요하다. 재정지원(Finanzhilfe)은 따라서 경제발전에 대해 간접적인 효과를 가져야 한다. 그것은 인프라구조를 위한 조치를 목표로 하는데 이는 이것이 경제

성장을 위해 요건인 한에서 그러하다. 두 번째 경우(2. Alt.)의 재정지원과 같이 기본법 제104a조 제4항의 세 번째 경우(3. Alt.)의 재정지원도 잠재적인 모든 지역에 대한 투자의 촉진에 기여하지 않는다. 그 대신에 경제의 증진과 밀접한 관련성이 존재해야 한다. 투자가 경제성장에 대해 일반적으로 작용하는 것으로는 충분하지 않다.

D) 필요성

< 246 >

재정지원은 촉진 목표(Förderungsziele)의 달성을 위해 “필요(erforderlich)”하여야 한다. 필요성 요건의 문제에 관하여는 먼저 연방이 연방예산에서 상응하는 지원을 위한 재원을 마련함으로써 연방만이 결정한다. 물론 이러한 결정이 연방의 자유로운 재량에 맡겨져 있는 것은 아니다. 법령화 작업(Verrechtlichung) 및 그와 불가피하게 결합된 기금관리의 한계설정(Begrenzung der Fondswirtschaft)과 함께 기본법 제104a조 제6항에 의해 관련된 국가전체를 위한 투자의 특별한 의미 때문에 연방에게는 재정력의 기준에 따른 재정지원의무(Pflicht zur Finanzhilfe)가 생겨서 성장하게 된다(BVerfGE 39, 96, 113).

3. 집행규정

< 247 >

기본법 제104a조 제4항은 상세한 내용, 특히 지원되어야 할 투자의 유형은 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률로, 연방예산법률에 근거하여 행정협약(Verwaltungsvereinbarung)을 통해서 규율되도록 규정한다. 연방은 그러므로 재정지원을 주들에게 강요할 수 없으며 그 위임(Vergabe)을 위해서는 연방참사원이 동의하는 연방 법률을 필요로 한다. 연방이 행정협약의 방법을 선택하는 경우, 연방은 이 협약을 동등하게 관련된 모든 주들과 체결하여야 한다(이른바, 만장일치의 원칙(Einstimmigkeitsprinzip)). 법률 또는 행정협약 안에는 주들에 대한 모든 본질적인 것들(alle Wesentliche)이 포함되어 있어야 한다(BVerfGE 39, 96 Ls. 3). 그에 속하는 것으로는 촉진되어야 할 투자의 종류(일반적인사용목적) 내지 연방과 주들의 원칙적인 재원 조달 몫의 확정, 각 주들에 대한 재정지원의 분배 등이다.

< 248 >

공동 재원 조달(Mitfinanzierung) 외에 연방은 매우 제한된 협력권(Mitwirkungsrechte)만을 가진다. 개별 프로젝트의 선별에 있어서 연방은 원칙적으로 공동

으로 결정(mitentscheiden)해서는 안 된다. 연방은 주들의 선택(Auswahl)과 우선순위 설정(Prioritätensetzung)에 구속되어 있다. 연방은 개별 프로젝트를 지원으로부터 배제할 수 있는데, 이는 그 프로젝트가 그 유형에 따라 재정지원의 확정적인 목적 구속에 상응하지 않거나 전체적으로 연방보조금(Bundeszuschüssen)을 가지고 추구하는 지원목표의 실현에 기여하는데 부적합한 경우에 그러하다(BVerfGE 39, 96, 118). 주들의 투자계획 및 결정에 연방이 그 이상 객관적인 참여를 하는 것을 기본법 제104a조 제4항은 허용하지 않는다. 주들의 사무영역에서 공동 계획권과 공동행정권, 공동결정권은, 헌법이 연방에게 상응하는 사항 권한(Sachkompetenz)을 이전하지 않는 한 기본법상 혼합행정(Mischverwaltung)의 금지에 반한다(BVerfGE 32, 145, 156). 그로부터 기본법 제91a조와 제91b조에 대한 한계도 도출된다. 그곳에 언급된 주들의 사무를 수행함에 있어서 연방의 협력권이 공동 자원 조달(Mitfinanzierung)을 넘어서는 경우, 그로부터 연방의 권한의 범위에 대해 기본법 제104a조 제4항 1문에 따라 그 어떤 것도 도출될 수 없다(BVerfGE 39, 96, 120). 재정지원을 투입할 때 연방 측의 재정적, 사항적 유형의 조건들(Bedingungen, 합의유보(Einvernehmens-), 동의유보(Zustimmungs-), 허가유보(Genehmigungsvorbehalt), 이의제기권(Einspruchsrechte)과 지원하면서 부가하는 부담(Dotationsauflagen)은 주들의 계획의 자유 및 형성의 자유를 기본법 제104a조 제4항 1문의 한계 밖에서 연방정책적 이익과 의도에 구속시키는 것을 직, 간접적인 목표로 하고 있는바, 이는 1969년 재정개혁 전의 연방기금관리의 실무와 반대로 더 이상 가능하지 않다(BVerfGE 39, 96, Ls. 4).

4. 구조지원에 관한 법률과 투자촉진에 관한 법률에 의한 동독지역재건

< 249 >

1993년 3월 연대조약(Solidarpakt)에 관한 협상의 테두리 내에서 **신 주들(neue Ländern, 구동독지역의 주들)의 과제수행의 자원조달요소**는 기본법 제104a조 제4항에 따른 재정지원(Finanzhilfen)을 의미한다는데 대한 합의(Konsens)가 목표로 되어있다. 그러한 사고 및 이에 따른 법률로 규정한 모습은 따라서 종래의 연방지역에서 주들의 상이한 경제력 격차의 조정을 위한 법률(1988년 12월 20일, BGBl. I S. 2358)로 도입되었다가 1992년 다시 폐지되었던 **구조지원(Strukturhilfe)**에 강력히 맞추어져 있다. 동독재건에 관한 투자촉진법의 특별한 의미는 전에 구조지원에 관해 있었던 논쟁을 잠시만 들여다보면 더욱 명백해질 수 있다.

< 250 >

1987년부터 연방공화국 독일에서 재정지원의 보장은 정치적, 헌법적 논쟁의 중심에 있었다. 1980년대 독일의 각 지역들 및 주들의 **경제력(Wirtschaftskraft)**이 서로 달리 전개되었다. 1970년대 및 1980년대 구조적인 개발을 이유로 축소되어야 했던 경제 분야들이 특히 독일의 북쪽과 서쪽에 특히 강하게 집중되었고 현재도 그렇게 되어 있다. 그 가운데 무엇보다도 **철강과 석탄, 조선(Werften)** 분야가 특히 관련되어 있다. 경제의 구조전환과 함께 이 시기에 주로 지방자치단체에 의해 재원이 조달되어야 하는 **사회보장부담(Sozialhilfela-sten)**이 매우 강하게 증가하였다. 여기서 지역적으로 매우 다른 부담상의 차이가 발생하는데, 이는 경제력이 지역적으로 달리 전개되는 것과 주로 일치하였다. 이를 토대로 하여 당시 니더작센주 지사에 의해 명명된 “**알브레히트 법안(Albrecht-Initiative)**”이 생기게 되었다. 북독일 4개주와 노르트라인-베스트팔렌, 자알란트, 베를린은 연방참사원에서 조세개혁에 대해 동의하면서 기본법 제104a조 제3항 2문의 내용에 의존하게 만들려 하였다. 연방은 사회보장부담(Sozialhilfela-sten)의 50퍼센트를 인수하여야 하며 그렇게 함으로써 특히 지방자치단체(Kommunen)의 부담을 경감시켜야 했다. 연방에 발생하는 지출의 절반은 부가가치세의 새로운 분배를 통해(단락번호 715 이하) 연방에 유리하게 재원이 조달되어야 했다. 연방은 소비세(Verbrauchssteuer)를 높여야 했다. 장소적, 지역적으로 다른 부담 상황 때문에 지방자치단체에 대한 다른 부담경감효과(Entlastungseffekte)가 추구되었다. 지방자치단체들은 자유로워진 재원을 구조적 적응을 위해 필요한 장래의 투자를 하기 위해 특히 높은 사회보장부담을 가진 지역에 곧바로 제고된 투자활동을 위해 투입할 상태에 있게 되었다. 이러한 제안의 현실화는 특히 남독일 지역의 주들의 저항에 부딪혀 좌절되었는데, 이들 주들은 연방에 의한 사회보장부담의 절반의 인수를 통해 부담이 경감되는 것보다 부가가치세의 새로운 배분에 의해 더욱 강하게 부담되게 되었다.

< 251 >

그 대신에 구조 지원 법률(Strukturhilfegesetz)이 제정되는데 이 법률은 부가가치세 분배에 대해 어떤 직접적인 작용을 하지는 않는다. 상이한 경제력을 조정하기 위하여 연방은 바덴-뷔르템베르크주와 헤센주를 제외한 주들에 1989년부터 10년의 계획된 기간 동안 주와 게마인데(게마인데 조합)의 특히 중요한 투자에 대한 재정지원을 매년 24억 5천만 마르크의 액수로 지원했다:

바이에른	1억5천8백만 마르크
베를린	7천2백만 마르크
브레멘	6천3백만 마르크
함부르크	1억1천3백만 마르크
니더작센	6억5천2백만 마르크
노르트라인-베스트팔렌	7억5천6백만 마르크
라인란트-팔츠	2억7천2백만 마르크
자알란트	1억1천2백만 마르크
슐레스비히-홀스타인	2억5천2백만 마르크

매년 지원액은 각주에 대하여 법률에 포함되지 않은, 일정한 분배기준에 근거한 고정된 액수로 분배되었다. 독일통일 후 **5개의 신주들은** 구조적으로 취약하지만 **그러한 분배규율로 편입되지 않았다**. zaehen 정치적인 타협에 의하여 1992년 3월 16일의 법률(BGBI. I S. 674)에 의하여 1991년 12월 31일의 경과와 함께 **구조지원법의 철폐**에 이르게 되는데, 여기서 연방은 1992년 종래의 지원금 수령주들에 대해 1회의 포괄적인 과도기적인 지원금을 지불할 의무가 있었다. 이것은 8억 마르크로 확정되었고 1992년 8월 25일의 법률(BGBI. I S. 1547)로 15억 마르크로 올라갔다. 정치적, 헌법적으로 고도로 다투어졌던 것은 주들에 대한 분배를 위해 선택된 지표들이 연방의 개별지역에서 상이한 경제력을 조정하기 위한 목표를 충분히 고려하였는지(적합성(Geeignetheit), 자의금지(Willkürfreiheit)) 하는 것인데, 특히 11개 주들 가운데 9개 주가 평균이하 경제력을 보여주었다. 그 밖에도 법률상 규정에 의하면 **정해진 목표에 의한 지원**에 관하여 언급될 수 있었는지 또는 허용되지 않는 **“부수적인 재정조정(Nebenfinanzausgleich)”**이 도입되었는지가 다투어졌다. 게다가 특히 대학건물의 재원조달 분야에서 다른 지원시스템과 허용되지 않는 혼합(Vermischung)에 이르게 되었는지 내지는 구조지원법(StrukturhilfeG)와 주들간의 수평적 재정 조정(LFA)의 중복(Kumulation)이 이른바 **균등화금지(Nivelierungsverbot)**에 위반하였는지가 다투어 졌다. 동 법률의 철폐 때문에 연방헌법재판소의 결정에까지는 그러한 한에서 더 이상 이르지 않는 않았다.

< 252 >

이 모델에 이어서 1993년 6월 23일 제정되고(BGBI. I S. 982) 1997년 3월 6일 개정된(BGBI. I S. 434) **동독재건을 위한 투자촉진법(InvestitionsförderungsG Aufbau Ost)**은 상이한 경제력을 조정하고 경제성장을 촉진하기 위하여 연방

은 베를린, 브란덴부르크, 메클렌부르크-포폼머른, 작센, 작센-안할트, 튀링엔에 1995년부터 10년의 기간 동안 주와 게마인데(게마인데 조합)의 특히 중요한 투자에 대한 재정지원을 **매년 총 66억 마르크의 액수**로 지원했다. 연간 재정지원액의 분배는 고정된 액수로 행해진다. 그에 따라 주들은 다음과 같이 지원을 받았다:

베를린	12억5천5백만 마르크
브란덴부르크	9억3천6백만 마르크
메클렌부르크-포폼머른	6억9천7백만 마르크
작센	17억2천5백만 마르크
작센-안할트	10억4천1백만 마르크
튀링엔	9억4천6백만 마르크

5개의 신주들(베를린 제외)에 귀속되는 연간 액수는 동 개정 법률을 근거로 1998년 최초로 매년 각 3천5백만 마르크까지 감축될 수 있었다. 여기서 **사회적 시설에 대한 구 채무(Altschulden für gesellschaftliche Einrichtungen)**를 규율하기 위한 이자급여 및 상환급여(Zins- und Tilgungsleistungen)에 대한 5개 신주들의 참여가 문제되는데, 이 구 채무는 1997년 3월 6일 법률로 상속부담 상환기금(Erblastentilgungsfonds, 단락번호 545, 547)에 의하여 인수되어 있다.

< 253 >

재정지원(Finanzhilfen)을 통하여 모범으로 받아들여진 **상이한 경제력의 조정 및 경제성장촉진을 위한 구조지원법(StrukturhilfeG)**에 근접하여 다음과 같이 구조를 개선하는 투자들(**strukturverbessernde Investition**)이 지원된다:

1. 경제인프라의 개선을 위한 조치들, 특히 다음 영역에서
 - a) 경제발전을 위해 중요한 환경보호조치들(Umweltschutzmaßnahmen);
 - b) 에너지 공급(Energieversorgung);
 - c) 음용수의 공급(Trinwasserversorgung)
 - d) 교통(Verkehr)
 - e) 산업기반 및 영업기반(Industrie- und Gewerbeflächen)의 개발 및 정비
 - f) Fremdenverkehr
2. 주택건설(Wohnunsbau) 촉진을 위한 조치들, 특히 학생기숙사를 포함한 현대화 및 Instdsetzung;
3. 도시건설의 촉진을 위한 조치들, 특히 역사적 도시중심의 유지 및 개선을 포함한 도시 및 마을 개선;

4. 대학 및 전문대학을 포함한 직업분야에서 직업교육 및 평생교육(Aus- und Weiterbildung)을 촉진하기 위한 조치들;
5. 학문, 연구, 개발을 촉진하기 위한 조치들;
6. 경제발전을 위해 의미 있는 지방자치단체의 투자를 촉진을 위한 조치들, 이것은 위의 1-5에 의한 지원조치들에 의해 이미 포괄되지 않는 경우, 특히 사회시설의 건설 및 개선을 위한 투자.

구조 지원 법률에 반하는, **신 주들의 특수한 상황**에 의하여 제약되는 확대는 2호, 4호(전문대학, Fachhochschulen)와 6호에서 발견된다.

< 254 >

기본법 제104a조 제4항, 제91a조, 제91b조에 의한 각자의 몫에 따른 재원조달로서 다른 법률들 및 행정협약(Verwaltungsvereinbarungen)에 의해 연방에 의하여 촉진되는 투자에 대해서는 동독재건(Aufbau Ost)에 관한 투자촉진법(Investitionsförderungsgesetz)에 따른 **재정지원이 동시에 행해질 수 없다**. 연방의 재정 지원은 **공적인 재원 조달의 90%**에 달한다. 주들은 연방의 재원조달 몫이 90% 미만에 달하도록 하는 것과 달리 규정할 수 있는데, 이는 이런 방식으로 주 안에 있는 지원할 가능한 조치들의 더 큰 몫이 고려되도록 확보하기 위해서 그러하다. 그 지원할 필요가 있는 사용목적의 범주가 매우 광범위하기 때문에 구조지원금이 너무 넓게 흩어질 위험이 존재한다(“**무차별 원칙, Gießkannenprinzip**”).

< 255 >

동독재건에 관한 투자촉진법이 구조지원법을 거의 완벽하게 모방했기 때문에 그 법적 성질에 있어서 그와 비교될 수 있다. 그럼에도 불구하고 그 당시의 구조지원법보다 정치적으로 훨씬 덜 다투어지고 있는데, 이는 신 주들의 사무에 적합한 재정을 확보하기 위한 **초석(Baustein)**을 이루기 때문이다. 그와 결합된 헌법적인 문제들, 구조지원법에 대해 바덴-뷔르템베르크와 헤센주가 주장했던 문제들은 또 다시 법원에 의한 결정으로 이어져서는 안 될 것인 데, 이는 그 당시 11개의 주들 중 9개의 주들이 구조적으로 취약한 주로서 재정지원 수령권한이 있는 것으로 간주되었던 데 대해서는 사실 의문을 가져야 할 것이지만 이제는 새로운 규정에 의해 16개 주들 가운데 6개주가 그러한 경우에 해당하기 때문이다.

G. 기본법 제120조의 특별규정

< 256 >

기본법의 경과규정 및 종결규정(Übergangs- und Schlußbestimmungen)에는 기본법 제120조와 함께 객관적으로 재정헌법에 귀속되어야 할 하나의 규정이 있다. 그곳에서는 **전후 비용부담(Kriegsfolgelasten)**의 지불 및 실업보험 및 실업지원(Arbeitslosenhilfe)를 포함한 사회보험부담을 위한 보조금과 관련된 연방과 주들, 게마인데 간의 부담분배가 기본법 제104a조 제4항의 일반적인 부담분배규율과 달리 규정되어 있다. 일정한 방식으로 그 비용들은 연방과 주들, 지방자치단체들(Kommunen) 간에 배분되는데, 그 경우 재원 조달의 주요비중은 연방에 있다. 기본법 제120조는 **목적지출(Zweckausgaben)**과 관련하여 기본법 제104a조의 특별법(lex specialis)이다. 따라서 기본법 제104a조는 이 영역에서 제5항에 따른 행정지출(Verwaltungsausgaben)이 문제될 때에만 적용된다. 기본법 제120조에 포함된 부담분배규율은 누가 전후 부담에 관한 행정 사무에 대해서 목적 책임(Zweckverantwortung)을 부담하는지와 독립하여 적용된다. 기본법 제120조에서는 지속적인 적용을 목표로 하는 특별규정이 중요하며 이 규정은 연방과 주들(지방자치단체를 포함) 간의 관계에서만 적용된다. 제3자의 청구권에 대해서는 기본법 제120조가 근거가 되지 않는다.

H. 공공근거리 교통에 대한 재정조정, 기본법 제106a조

< 257 >

기본법 제106a조는 1993년 12월 20일의 기본법개정(BGBI. I S. 2089)으로 기본법에 도입되었다. 그 후 1996년부터 주들에게는 공공근거리교통을 위하여 연방의 세수로부터 일정액이 지원되었다. 상세한 내용은 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률에 의하여 규율될 수 있다. 기본법 제106조 3문은 주들에게 유입되는 지원액은 기본법 제107조 제2항에 의한 재정력측정에서는 고려되지 않음을 명시적으로 규정하고 있다. 이 규정은 **연방 및 주들의 철도 제도를 새로 규정하기 위한 철도구조개혁(Bahnstrukturreform)** 및 그 민영화(Pri-
vatisierung), 부분적으로 지역화(Regionalisierung)의 일부이다. 이 규정을 통해 과거 연방의 특별 재산(Sondervermögen)의 재조직화(Reorganisation)에 대한 재정 헌법상의 결과가 극복하려고 하였다. 따라서 동 규정은 **근거리 철도 교통(Schiene-personennahverkehr, SPNV)의 지역화와 재정 헌법상의 쌍을 이룬다.**

1996년 이전 근거리철도교통의 교통시설을 공급하면서 발생한 적자를 메우기 위해서 연방은 매년 70-80억 마르크를 지불하였다. 철도구조개혁과 관련하여 근거리철도교통의 과제를 수행하기 위한 연방의 종래의 권한을 폐지하게 되었고 그 결과 기본법 제30조에 의한 주들의 권한이 창설되었다. 연방은 마침내 지금까지 조달된 재원을 주들에게 줄 준비가 되었고 주들은 이런 방법으로 스스로 혹은 게마인데 또는 게마인데 조합을 통해 **근거리 철도 교통**에서 **최소한 종래의 공급수준을 약속하고 지불할 수 있게** 되며 기본법 제143a조 제3항 1문에 따라 그들에게 이전된 국가권한을 사용하여 국가의 사무를 수행할 수 있는 상황으로 바뀌게 된다.

< 258 >

기본법 제104a조에서 그러한 **이전 의무(Transferpflicht)**가 **도출될 수 없으며** 이는 연방이 주들에게 어떤 사무를 지정한 것이 아니고 근거리철도교통에서 종래 그들의 활동으로부터 연방 스스로 물러났기 때문이다. 주들이 근거리철도교통을 떠맡아야 하는지 어떻게 떠맡아야 하는지 하는 문제는 그들이 공공 근거리 교통(ÖPNV)의 지출 및 비용을 스스로 부담해야 한다는 기본법 제104a조로부터 도출되는 결론을 갖는 그들 고유의 사무이다. 주들의 이러한 새로운 부담을 보전하는 것이 기본법 제106a조의 목적이다. 철도운영 및 유지를 위한 인프라 책임은 그에 반해 기본법 제87e조 제4항에 따라 연방의 사무로 남아있다. 기본법 제87e조 제1항 2문은 연방 법률을 통해 철도교통행정사무가 고유사무로서 주들에게 이전되도록 허용한다.

< 259 >

법률의 형태로는 1993년 12월 27일의 지역화 법률(RegionalisierungsG, BGBl. I S. 2378, 2426)로 되어있다. 동 법률 제5조 1항에 의하면 주들은 1996년에 석유세수입으로부터 87억 마르크를, 게마인데 교통지원법(GVFG, 단락번호 232)으로부터 30억 마르크를 받았다. 1997년부터 이 액수는 120억 마르크에 달하며 부가가치세의 증가에 상응하여 1998년부터 올려야 한다. 게마인데 교통지원법에 의한 재원은 1997년부터 30억 마르크 축소된다.

< 260 >

그 재원이 연방의 조세수입으로부터 조달되어야 한다고 해서 그것이 주들에 대한 헌법의 직접적인 조세수익 교부로 되는 것은 아니다. 그 지불을 함에 있어서 연방의 목적교부(Zweckzuweisungen)가 문제되는 것은 아니다. 그 목적교부는 근거리 철도 교통(SPNV)을 위해서 지출될 필요는 없고 주들 및

지방자치단체들의 공공근거리 교통(ÖPNV)에 대한 총비용을 위하여 사용될 수 있다. 주들의 예산에서 연방교부금은 공공근거리 교통(ÖPNV)에 대해 상응하는 부담이 대립되기 때문에 기본법 제106a조 3문에 따라 주들 간 수평적 재정 조정에서 주들의 재정력을 산정함에 있어서는 동 교부금은 고려되지 않는다.²²⁾

< 261 >

기본법 제106a조의 규정은 당연히 주의의 불신으로부터 태어난, 특별한 **헌법정책적인 잘못(Fehlgriff)**으로 표현되어 있다(Hidien, DVBl. 1997, 595, 602). 동 규정은 또한 당연히 용어상으로도 체계상으로도 실패한 시도로서 그리고 기본법 제106조 3항과 4항의 규율메커니즘에 비추어, **정치적인 재정계약(politische Finanzvertrag)**, 재정액에 대한 동의의무가 있는 철도구조개혁)을 **재정헌법의 형태로 만들려는**, 불필요한 시도로서의 특성을 보이고 있다. 동 규정을 체계적으로 편입하려고 시도한다면, 우선 기본법 제106a조에 행해진 규율이 4단계 재정조정시스템의 규율(단락번호 689 이하) 안에서의 그 체계적인 위치에도 불구하고, 종래 재정헌법의 규율구조상의 어디에도 귀속될 수 없다는 점이 확인되어야 한다.

< 262 >

먼저 수직적인 조세수익분배의 규범화(Normierung der vertikalen Steuerertragsverteilung)가 문제는 아니라는 점이다. 기본법 제106조는 일정한 조세수익의 분배와 조세유형에 대하여 분리 시스템(Trennsystem) 내지 결합 시스템(Verbundsystem)을 규정하는데, 이는 참여자에게 일정한 조세수익에 대해 헌법에서 직접 배당 몫(Anteile)을 귀속시키는 것이지, 총세수에 대해 다른 차원(역자 주: 연방이나 주)이 참여하는 것이 아니라는 점이 특징이다. 이것은 바로 기본법 제106a조에서 발생하는데, 그러한 한에서 연방이 어떤 연방수입으로부터 항상 주들에 대해 지불할 의무가 있는지 여기에서 정확히 규범화될 수 있었다. 이밖에 4단계 재정조정 시스템의 분배 및 재분배는 재원이 일반적인 재정수요를 충족하기 위하여 목적에 기속되어 사용될 수 있도록 하는 결과를 가져온다. 이것도 기본법 제106a조에 의하여 연방이 지불하는 경우에는 해당하지 않는다. 게다가 동 규정을 조세수익분배 시스템의 요소로 성격지운다면 연방으로부터 주들로 이전되는 재원이 기본법 제107조에 의한 수평적 재정조정에서 고려되지 않는 점과 대립하는데 - 이는 그의 목적을 단지 수평적 분배가 공공

22) 상세한 것은: Henneke, ZG 1999, 1, 4 ff.

근거리교통(ÖPNV)의 과제 및 지출 지향적으로 행해져야 한다는, 조세수익분배규율에서 체계위반 및 사항위배(Sachwidrig)의 결과를 초래한다. “연방의 세수에서 나오는 액(Betrag)”이란 말은 그에 대해 아무것도 바꾸지 않는데, 이는 그것이 실질적으로 어떤 내용을 가지지 않기 때문이다. 그것은 법적으로 의미 없고 효력이 없는 공식으로 이해되어야 한다. 기본법 제106a조는 주들에게 비용을 기준으로 하는 적자조정청구권(Defizitausgleichsanspruch)을 연방에 대하여 인정하려고 하는데, 연방은 이것을 총액보전의 원리(Gesamtdeckungsprinzip)에 근거하여 기채(Kreditaufnahme)를 포함한 총수입으로부터 조달하여야 한다. 기본법 제106조와 제107조의 조세수익분배 시스템과 기본법 제106a조는 따라서 전혀 상관이 없다. 기본법 제106a조에서 그 규정의 현 위치는 그러므로 단지 부적절한 것으로 표현될 수 있다. 기본법 제106a조는 그 대신에 기본법의 다단계 재정조정시스템의 저 편에서 공공근거리 교통(ÖPNV)을 위해 연방이 가지고 있는 재원을 **정확한 액수로 시의적절하면서 수요에 맞게 각 주들에게 분배될 수 있도록** 확보하는 목표를 추구한다. 기본법 제106a조는 따라서 특수한 어떤 수익의 교부(Ertragszuweisung)에 관해 규정하는 것이 아니라 연방으로부터 주들에게 **사무에 특수하게 수직적으로 재원을 이전하는 것(einen aufgabenspezifischen vertikalen Zahlungstransfer)**을 규정할 뿐이다. 구체적인 사무 관련성이 없는 기본법 제106조, 제107의 다단계 재정조정시스템과 반대로 그것은 목적 지향적이며 목적에 기속된 자원조달이 되고 이는 동 규정을 체계적으로 기본법 제104a조에 근접하게 한다.

< 263 >

이 경우에 동 규정은 기본법 제104a조의 원칙과괴인 바, 기본법 제104a조는 원칙적으로 집행원인주의(Vollzugskausalität)라는 의미에서 재정 책임(Finanzverantwortung)을 규정하며 주들에 대해 목적이 확정된 연방교부금을 원칙적으로 허용하지 않는다. 그러나 이 규정은 최근 빈번히 요구된 법률원인주의(Gesetzeskausalität)를 따르지도 않는데, 이는 연방이 근거리철도교통 분야에서 주들에게 아무런 과제도 부여하지 않은 것이 아니라 단지 스스로 종래의 근거리철도교통(SPNV)에 관한 활동으로부터 물러난 결과 주들이 근거리철도교통의 사무에 참여할지 여부 및 그 방법에 대한 것은 오로지 주들의 사무로 규정될 수 있기 때문이다. 따라서 기본법 제106a조가, 기본법 제104a조 제1항을 무너뜨리고 주들의 정해진 사무에 기속되어 있는, **추정될 수 없는 연방의 자원조달의무(unbezahlbare Finanzierungsverpflichtungdes Bundes)**로 입증된다면, 기본법 제104a조 제4항에 의한 연방의 투자지원(Investitionshilfe)과 밀접한 관

계를 만들어 낼 수 있을 것이다; 그러나 그러한 한에서는 또한 그 규정이 다시 **재정지원(Finanzhilfe)과 명백한 차이**를 보여주기 때문에 주의가 요망된다. 첫째, 기본법 제106a조에 의하면 기본법 제104a조 제4항과 달리 연방의 급부에 대한 주들의 청구권이 존재한다. 그 밖에 기본법 제104a조 제4항과 달리 지원 급여(Unterstützungsleistungen)가 **투자에 제한되어 있지 않는데**, 물론 그것은 주들에 이전된 근거리철도교통(SPNV)에 대한 행정권한에 제한되는 것이 아니라 포괄적인 공공근거리교통(ÖPNV) 사무에만 관련된다.

< 264 >

그러므로 동 규정은 그 사항에 의하면 일종의 제104b조로서 이 규정에서 입법자는 공공근거리교통이라는 하나의 사무(Solitäraufgabe)를 위해 새로운 사무분배원칙을 명시적으로 도입하는 것을 확실히 두려워하였다. 동 규정에는 이 밖에도 연방과 주들의 부가가치세 참여관계(Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnis, 단락번호 715 이하)의 확정 및 개정(Revision)과 병렬적인 메커니즘(parallelen Regelungsmechanismus)을 내용으로 갖는 효력이 귀속된다. 지금까지 기본법 제106조 3항과 4항에만 연방과 주들 간의 수익분배에 대한 “저울추(Tariergewicht)”로서의 기능이 귀속되었고 이는 연방과 주들의 부담구조에서 추이를 사항에 적절하게 고려할 수 있게 하려는 것이었다. 그 규율 메커니즘에서 이러한 배타성(Exklusivität)은 기본법 제106a조의 도입으로 상실되었다. 기본법 제106a조가 또 하나의 동적인 자리를, 이미 그 액수 때문에 중대한 의미가 부여되는, 수직적 수익분배 안으로 도입함으로써 추가적으로, 수직적 재정분배에 대한 기본법의 초기시스템에서 의도되지 않은, **안정성위험(Stabilitätsrisiko)**이 발생한다.

I. 불문의 연방 (공동)재원조달권한

< 265 >

기본법에서 명시적으로 부여된 (공동)재정권한을 넘어서 연방은 1969년의 재정개혁 후에도 수십억 마르크로 사무를 지원하는데, 기본법이 연방에게 명시적으로 상응하는 지출권한을 부여하지는 않았다. 이는 예컨대 코크스용 탄 지원(Kokskohlebeihilfe)과 항공기술의 지원, 조선업에 대한 지원 등에 적용된다. 이런 방법으로 연방의 17개 가장 강력한 재정적 지원(Finanzhilfen)으로부터 통일에 이르기까지 6개 분야가 불문의 지출권한에 의해 뒷받침되었다. 그 밖의 사례들은 정당별 재단(의 교육을 위한 보조금과 학업 및 박사과정의 지

원, 문화, 예술 분야에서 국가 전체적으로 중요한 계획의 지원, 독일 영화 진흥, 스포츠 증진 등이다. 지원 조치들은 대부분의 사례에서 단지 연방을 통한 공동지원(Mitfinanzierung)으로서 입증되며 그 결과, 주의 재원 또는 지방자치단체의 재원이 추가되어야 하며 그 밖의 공동지원구성요건(Mischfinanzierungstatbestände)이 생겨난다. 독일통일 창출과 관련하여서도 불문의 연방 재정권한이 일시적으로 중요한 역할을 했다. 연방과 주 사이에 다투어지는 이 문제 있는 영역에서 명확하지 않은 재정책임이 연방과 주들 간의 타협에 도달하기 위하여 협의위원회(Verhandlungskommission)는 연방과 주들의 공공사무 재원조달에 관한 행정협약초안(Entwurf für eine Verwaltungsvereinbarung über die Finanzierung öffentlicher Aufgaben)을 완성하였다(이른바 **경지정리협약**에 관한 법안(Entwurf des sog. Flurbereinigungsabkommen), 연방재무부(BMF), Die Finanzbeziehungen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, 1982, 75쪽 이하에 게재됨). 이 행정협약은 성립되지 않았는데, 그 이유는 주들이 최종 동의를 하지 않았기 때문이다. 연방정부는 이 법안을 승인하였다. 실무에서는 **비록 성립하지 않았을지라도 그럼에도 불구하고 이 협약이 적용되며** 중대한 실천적인 의미를 갖는다. 개방적인 권한문제들(offene Kompetenzfragen)은 행정협약을 통해서 법적인 효력을 가지고 규율될 수 없고 기본법의 권한분배에 반하여 변경될 수 없다는 데에 의견이 일치되어 있다.

< 266 >

불문의 (공동)재원조달권한의 허용성(Zulässigkeit)은 다투어져 있다. 지금까지 연방헌법재판소에 의한 심사에까지 이르지 않는 것이다. 압도적으로 연방의 (공동)재원조달권한은 사물의 본성상(kraft Natur der Sache) 또는 사항관련성(Sachzusammenhang)에 의하여 승인된다. 이는 주들의 권한에 속하는 사무영역에 적용되는데, 이것은 주들이 공간적으로 그리고 대상에 따라 서로 얽히거나 지역을 초월하는 효력범위 때문에 또는 수직적인 문제관련성 안에 포함되기 때문에 하나의 행정단위에서는 효과적이고 경제적으로 실현될 수 없는 영역들이다. 그렇게 근거 지운 연방의 권한들은 동일한 사무영역에 대한 주들의 권한과 주로 관련될 것이다. 그 구별은 **지역성/국가전체적 의미(Regionalität/gesamtstaatliche Bedeutung)**의 기준에 따라 행해진다. 확실히 연방헌법재판소(E 22, 180)에 의해 그어진 한계(단락번호 229 이하)를 더 이상 지키지 않은 지원조치들을 연방이 취한 것은 허용된다.

< 267 >

압도적인 견해가 지지하고 있는 지원 실무(Förderungspraxis)는 중대한 **헌법상 의문**에 부딪힌다. 1969년 재정개혁 당시 규정된 기본법 제91a조와 제91b조, 제104a조 제4항의 도구들을 통해 연방에게는 국가전체적인 필요를 사무의 재원조달에 있어서 변환하기 위하여 충분한 가능성 그리고 헌법 개정입법자에 의해 종국적인 것으로 간주되는 그러한 가능성이 주어졌다. 그에 의해 파악되지 않는 지역을 초월하는 주 사무에 대한 재원조달은 주들 스스로의 조정(Selbstkoordination)을 통해서도, 그러니까 **공동재원조달(Gemeinschaftsfinanzierung)**을 통해 행해질 수 있다. 연방의 불문의 (공동)재원조달권한을 승인하는 것은 기본법 제91a조, 제91b조, 제104a조 제4항으로 동시에 권한을 부여하고 그것을 구성요건 상으로 제한하려고 의도했던 헌법 개정 입법자의 결정을 넘어서는 것이다. 권한을 부여하는 것(Kompetenzeräumung)은 불문의 재원조달권한을 승인함에 있어서 과도한(überflüssig) 것이며 그것을 한정하는 것(Begrenzung)은 효력이 없을(wirkungslos) 것이다.

불문의 (공동)재원조달권한은 그렇게 등장한 2중 권한(Doppelkompetenzen) 때문에 곧바로 연방국가 재정헌법에 요청된 **법적 안정성(Rechtssicherheit)**과 **법적 명확성(Rechtsklarheit)**에 영향을 미친다. 게다가 그 안에는 **주들의 약화(Schwächung)**도 포함된다. 연방에 의한 불문의 지출권한의 사용은 주들의 사무영역에 대해 작용할 뿐만 아니라 재정상황에도 작용한다. 기본법 제106조 제3항 4문(단락번호 715 이하)에 따라 연방과 주들 전체간의 부가가치세 분배는 결정적으로 어떤 **지출(Ausgaben)**이 그에게 **불가피하게(notwendig)** 발생하는지에 의존한다. 연방이 불문의 (공동)재원조달권한에 호소할 수 있다면 이것은 주들 전체와의 관계에서 그의 필요지출(notwendigen Ausgaben)을 높인다: **불문의 연방 재정 권한의 승인**과 **부가가치세 분배**에서 주들에게는 불리하고 연방에게는 **더 높은 참여비율**이라는 의미에서의 수입 분배 간에 **직접적인 이 연관성**은 불문의 (공동)재원조달권한의 문제에서 결정적으로 함께 고려하여야 한다.

제 4 장 공적수입*

8

< 268 >

독일연방공화국을 그 특성 중 하나에 따라 재정국가 내지 조세국가라고 규정하면서(단락번호 16 이하) 어떤 국가이든 원칙적으로 재정적 금원을 확보하는 데 **4개 가능성**을 보유한다는 점을 위에서 이미 지적하였다. (1) 국가가 직접 영업적 활동을 전개하든지 (2) 대규모로 화폐를 찍어내든지 (3) 대차를 받든지 등의 수단이 차지하는 비중은 역사적으로 점점 줄어들었지만 그에 반하여 (4) 공과금을 징수하든지 특히 공과금의 하나인 세금을 징수하는 것은 최근 100여 년 동안 공공재정의 필요에 충당하는 수단으로서 그 비중을 계속 늘려와 결국 중심권을 차지하게 되었다. 독일의 지역사단 즉 연방, 주, 지방자치단체 등의 금전적 수입(die kassenmässigen Einnahmen)을 살펴보면 **세금**이 수입의 거의 80%를 차지하여 전체 공공예산의 **가장 중요한 재원**에 해당된다는 사실을 알 수 있다. 수수료, 부담금 그리고 기타 대가형 수입(Entgelt) 그리고 경제적 활동에 따른 수입 등이 서열상 조세의 뒤를 따른다. 이와 같은 공공수입의 전모에 대해서는 그보다 더 세세하게 구별할 필요가 있다. 연방, 연방소속 각 주, 지방자치단체 등에 대한 세금의 배분이 독일이 통일을 이룩한 후 이전의 기본적 양상에서 벗어났기 때문이다. 1997년 이래로 연방과 소속 각 주는 조세수입 전체에 대하여 서로 비슷한 지분을 차지했다. 그에 반하여 이전에는 - 비록 점차 줄어드는 추세를 보이긴 했지만 - 연방에게 조세수입의 거의 절반을 그리고 연방소속 각 주에게 3분의 1을 할당했다. 지방자치단체와 지방자치단체연합 등은 조세 중 겨우 8분의 1 내지 7분의 1의 지분을 차지하는 데 그쳤다(단락번호 730 f., 824, 982).

< 269 >

경제적 활동과 수수료 등의 수입의 경우에 지분관계는 조세의 경우와 전혀 다르다. 모든 수수료 수입의 거의 3분의 2가 지방자치단체의 몫으로 들어간다. 경제적 활동의 경우 전체수입 중에서 지방자치단체와 연방은 각각 대개 5분의 2, 그리고 각 주는 약 5분의 1을 목표로 설정하고 있다.

* 제4장 제11절 D.까지 번역(단락번호 268-569) (변무웅), 제4장 제11절 E.부터 번역(단락번호 570-642) (유주선).

< 270 >

연방, 주, 지방자치단체 등에게 조세수입을 균등하게 배분하지 못하는데, 이는 연방, 주, 지방자치단체 등의 각 차원에서 조세수입이라는 종목이 차지하는 비중이 그때마다 다르다는 사실로 인하여 나타난 현상이다. 연방의 경우 오늘날 조세수입은 대개 90%쯤 차지한다. 그밖에도 연방의 경우 경제적 활동으로부터 나오는 수입 그것만 해도 상당히 중요한 재원에 해당된다. 주의 경우 조세수입은 수입 전체 중의 약 70%만 차지할 뿐이다. 주의 경우 그밖에도 연방이 계속해서 지급하는 교부금(Zuweisungen)과 수수료 수입 그리고 경제적 활동에 따른 수입 등이 상당히 중요하다. 지방자치단체의 수입은 전혀 다른 구조를 지니고 있다. 지방자치단체는 3개의 기둥 즉 (1) 조세 (2) 수수료와 부담금 (3) 다른 행정주체의 지급금원 (특히 주가 지급하는 것, 일부는 연방 자체에서도 지급한다) 등의 기반 위에 서있다. 조세수입은 많아야 겨우 30% 정도이고 수수료와 부담금 수입은 대개 지방자치단체 수입의 5분의 1을 차지한다.

[표 8] 공공수입의 구조

		조 세	
		고권적 내지 공권력적 수입	공과금
		부담금	<ul style="list-style-type: none"> - 국가의 급부에 대한 청구권을 행사할 가능성에 대한 단체부담 - 사회보험부담금
		특별분담금	<ul style="list-style-type: none"> - 재정확보 목적의 특별분담금 - 상호조정 공과금 - 유도 또는 추진 기능적 특별분담금
	기타 재정적 목적이 없는 금전적 부담 (예컨대 벌금, 과태료, 강제금 등)		
사법적 이득과 대가		<ul style="list-style-type: none"> - 기업 내지 기업참여로 얻은 이익 - 특허공과금 - 임차료와 용역임대차료(Pachten) - 재화(Gütern)와 용역(Diensten) 등의 매도에 대한 대가 - 재산양도 대가 - 이자수입 	

차입금
연방은행 수익
화폐발행

9

A. 공과금

< 271 >

공과금(Abgaben - 공적 부과에 따른 납입금 öffentliche Abgaben)은 공권력 주체 내지 고권주체가 공법에 따라 부과한 금전급부 의무이며, 이로써 비로소 공동체는 재정력을 갖출 수 있다. 공적 납입금 즉 공과금은 공적 부담(öffentliche Lasten)에 속한다. 공적 부담은 개인에게 공법에 따라 부과하며 납입 수령자는 국가 또는 기타 공권력 주체인 급부이다. 공적 부담은 3개 유형 집단으로 나눌 수 있다: 공과금, 자연부담, 기타 금전급부 부담.

자연부담(Naturlasten)와 나머지 2개 유형과 구별하는 기준은 금전급부 의무에 해당되는지 여부이다. 즉 자연부담은 금전이 아닌 의무를 포괄하는 개념이다. 그에 속하는 것으로는 특히 노동 내지 물건 급부의무 예컨대 지방자치단체의 노무 내지 가축·기구 등 제공의무(Hand- und Spanndienste), 병역의무와 대체병역활동의무 등은 물론 소방의무 등을 들 수 있다.

< 272 >

공과금과 동일하게 금전급부 의무이기는 하지만 구별해야 하는 기타 금전급부(sonstige Geldleistungen)는 그 목적이 국가의 재정확보에 기여하는 것이 아니라는 기준에 따라 규정된 것이다. 특히 벌금형, 과태료, 강제금, 지체가산금, 공법적 보상청구권(öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche) 등이 그에 속한다.

< 273 >

그러나 공적 예산에 편입되는 금전급부 중에서, 공적 부담이라는 법적 성격을 지니지 않았기 때문에, 공과금과 구별해야 하는 것도 존재한다. 무엇보다도 사법(私法)에 따라 공적 주체가 받는 금전급부(사적 이득과 대가 private Erträge und Entgelte)와 구별해야 하는데 그 원천은 영리 추구적 활

동, 특허부여, 재산의 양도 등이다. 공법적 금전급부와 사법적 금전급부를 구별하는 척도는 형식적으로 형성된 법적 관계이다. 공법상 계약에 따르는 경우 금전의 지급이거나 임의로 이행한 지급이라고 해도 공과금 즉 공적 납입금에 해당되지 않는데, 그 이유는 공적 주체가 일방적으로 확정된 급부의무라는 요소가 없다는 데 있다. 다시 말하자면 이들은 “부과된 바” 없다.

< 274 >

공과금의 경우 4개 종류로 구별한다. 고전적인 공과금 삼총사 즉 조세, 수수료, 부담금 이외에도 제4 범주로서 특별부담금(Sonderabgaben)의 목적은 우선적으로 또는 배타적으로 경제 또는 사회 측면에서 유도하거나 지원한다는 역할에 있다(특별부담금의 재정확보 기능성 결여). 특별부담금을 공적 납입금 즉 공과금 중의 하나로 분류하는 데 개별적 경우 의심이 발생할 수 있다. 실질적인 내용은 물론 그에 관한 허용요건 등의 측면에서 4개 공과금에는 서로 상당히 큰 차이가 있다. 따라서 각 공과금의 본질적 요소가 무엇인지 하나씩 밝혀 특히 한계적 기준을 분명하게 설정해야 할 필요가 크다. 그래야 어떤 공과금이 문제되든 이 4개 종류의 공과금 중 어디에 속하는지 분별할 수 있기 때문이다. 이와 같이 분류할 때, 규범제정자가 어떤 공과금에 어떤 명칭을 붙였는지 등의 사항은 중요하지 않고, 오직 실질적 내용에 따라 판단할 뿐이다(BVerfGE 92, 91, 114; 93, 319, 345).

< 275 >

재정헌법에서는 원칙적으로 공동부담은 조세로 재원을 확보한다는 전제가 설정되어 있다(BVerfGE 67, 256, 278; 82, 159, 178; 92, 91, 113). 기본법 제 104a조 이하의 여러 조항으로부터 도출되는 ‘오로지 조세로 재원을 확보한다’는 원칙은 연방국가의 재정헌법상 한계 및 보호 기능을 수행할(단락번호 44, 426 f.) 뿐만 아니라 입법자가 자신에게 부여된 사항 권한(Sachkompetenz)을 행사하여 공과금을 부과할 때 설정해야 할 한계도 또한 그로부터 도출하게 된다. 그에 따르는 한 조세가 아닌 공과금의 징수는 특정한 요건을 충족한 경우에 한하여 허용될 뿐이다(BVerfGE 93, 319, 342 ff.). 독일 기본법의 재정질서에서 당위로서 준수해야 할 사항은, 전체국가와 지체국가 즉 연방과 주가 국민경제 전체수익을 사물의 정의에 따라 배분해야 한다는 것이다; 연방, 주, 지방자치단체는 처분할 수 있는 전체수입의 범위 안에서 필요한 여건 즉 연방, 주, 지방자치단체가 자신의 업무를 수행하기에 필요한 지출을

감당할 만큼 재원을 반드시 갖추어야 한다. 재정헌법의 기반에 깔려있는 사상을 살펴보면, 연방과 주 그리고 지방자치단체와 지방자치단체연합체를 포함하여 국가적 업무에 대한 재원을, 일차적으로는 기본법 제105조에서 규율하는 수입의 원천으로 확보해야 한다는 것이다(**조세국가 원리** das Prinzip des Steuerstaates).²³⁾ 그렇다고 해서 다양한 종류의 비조세 공과금을 전면적으로 배제하자는 것은 아니다. 독일 기본법에 따라 재정헌법에서 허용하는 공과금 유형에 관하여 열거식 목록이라는 존재는 없다.²⁴⁾

< 276 >

비조세류 공과금 징수의 허용 요건은 **재정헌법의 기반을 이루는 3개 원리**에서 도출된다.²⁵⁾ 연방과 주의 사항입법 권한을 근거로 이외에도 임의로 공과금을 징수할 수 있다고 해석한다면, 기본법 제104a조부터 제108조까지 기본법상 재정헌법의 의미와 기능을 무시하는 일이 될 터이고, 이는 조세전반에 관한 입법권한과 취득권한을 연방국가에게 배분했다는 사실을 회피하는 것이 될 터이다(BVerfGE 55, 274, 300 ff.). **비조세 공과금**을 부과하려면 - 수입을 목적으로 한다는 것 이외에 또는 그 대신에 - **특별한 사항 자체에 근거를 둔 정당화**가 필요하다(BVerfGE 78, 249, 276 f.; 93, 319, 342 f.). 그밖에도 반드시 비조세 공과금은 종류에 따라 조세와 - 즉 아무 요건을 갖추지 않아도 부과하여 채무를 과할 수 있다는 것과 - 분명하게 판별할 수 있는 것이어야 한다.

< 277 >

비조세 공과금을 징수할 경우 반드시 공과금 납입의무자의 **부담 평등성**을 고려하여야 한다. 비조세 공과금의 채무자는 일반적으로 그와 동시에 조세 납입의무자이기도 해서 그것만으로도 벌써 공동체가 맡아야 할 부담에 대한 재원확보에 한 몫의 구실을 맡고 있기 때문이다(BVerfGE 55, 274, 302). 이와 같이 조세에 대한 청구권 행사에 대한 고려 이외에도 비조세 공과금에 대해서는 워낙 개인이 추가로 재원을 출연해야 한다는 사실 때문에 **사항 자체에 관한 특별한 정당화 사유**가 필요하다.

< 278 >

만약 입법자가 수입과 지출의 순환경로를 예산 영역의 외부에서 구성한다면, 이는 **예산계획의 전면성**이라는 헌법상 원칙(**예산총계주의**)에 위배된다. 예

23) BVerfGE 78, 249, 266 f.; 82, 159, 178; 93, 319, 342.

24) BVerfGE 82, 159, 181; 93, 319, 342; P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 269.

25) BVerfGE 91, 186, 202 f.; 93, 319, 342.

산계획의 전면성 원칙의 목적은 국가의 재정규모 총액을 의회와 정부의 예산 계획과 결정의 대상으로 설정한다는 것이다. 그렇게 해야 의회가 일정한 기간을 단위로 국가가 처분할 수 있는 재정규모에 대해서도 그리고 또한 국가가 부과한 공과금 부담에 대해서도 총체적으로 개관할 수 있다. 그렇게 해야 비로소 수입과 지출에 대하여 전면적으로 사전에 설정된 계획, 통제, 회계 등의 절차를 밟을 수 있다.²⁶⁾

< 279 >

이와 같이 **재정헌법의 보호 및 한계설정 기능**을 존중해야 한다는 측면에서 보면 비조세 공과금에 대한 헌법재판소의 판례에 대하여 지금까지 확실히 적어도 본질적 부분에 관한 한 왜 승인해 왔는지 해명된다. 연방헌법재판소는 오래 전부터 다양한 형식의 공과금에 대하여, 어떤 요건도 충족할 필요 없이 채무로서 부담해야 하는 조세와 충분할 정도로 분명하게 구별하면서도, 이를 헌법이 허용하는 것이라고 인정했는데, 다만 그때마다 **특별히 사항적 정당화**가 요구된다고 평가했다.

< 280 >

기존의 비조세 공과금, 수수료, 부담금 등에 대해서 원칙적으로 우려하는 수준의 견해는 없었다.²⁷⁾ 이와 같은 **이른바 우선적 지위 내지 이익에 대한 부담(Vorzugslast)**의 징수는 **평등화 조정 기능**으로 정당화할 수 있었다. 다시 말해서 공적 급여를 청구하는 사람은 특별한 이익을 취득하는 것이다. 그러므로 그에 대하여 공적 급여의 비용을 부담한다든지 공적 급여로 획득했던 이익을 전부 또는 일부 포기하는 것 등을 정당화할 수 있다. 공과금의 경우도 근거를 살펴보면, - 예컨대 기본법 제74조 제1항 12호 등처럼 - 벌써 공과금 자체 내에 표시되어 있는, 특정한 사항의 업무에 연계해서 규율한 재정 관련 사항을 의미하는 권한의 명의(Kompetenztitel)를 청구하는 것이므로, 달리 우려할 바는 없다. 입법자로서는, 만약 국가의 일반적 과업에 대한 재원을 확보한다는 목적일 경우, 공과금이라는 방식을 이용할 수 없다(BVerfGE 75, 108, 148; 93, 319, 344). 반면에 **특별부담금(Sonderabgaben)**이 특히 헌법에서 허용되는 것인지 여부 등에 관해서는 엄격한 요구조건을 갖추어야 한다. 왜냐하면 특별부담금은 워낙 조세와 유사하기 때문이다(이에 관해서는 단락 번호 426 ff.).²⁸⁾

26) BVerfGE 82, 159, 179; 91, 186, 202; 93, 319, 343.

27) BVerfGE 82, 159, 181; 92, 91, 113; 93, 319, 343.

28) BVerfGE 55, 274, 300 ff.; 67, 256, 275 ff.; 82, 159, 179 ff.; 93, 319, 344.

< 281 >

그 밖의 다른 공과금도 연방헌법재판소는 헌법에 합치하는 것이라고 평가했다:

중증장애인법률(Schwerbehindertengesetz)에 따른 공과금을 허용하면서 근거를 관련 사업에 대한 추진력 및 중증장애인에 대한 지원적 조정 기능에서 찾았다(BVerfGE 57, 139, 169; 67, 256, 277). 주거 영역에 대한 잘못된 보조금 지원을 감축하기 위한 법률에 따른 공과금 부과(이른바 **오류배분공과금 Fehlbelegungsabgabe**)를²⁹⁾ 허용해야 하는지 여부에 관하여 연방헌법재판소는 근거로서, 보조금 지원은 공적 주체가 부여하는데, 이와 같은 공과금이야말로 잘못된 보조금 지원으로 발생한 이익을 소급해서 환수하는 데 기여할 것이라고 지적한다. 이 공과금은 보조금 지원이라는 이익과 풀어낼 수 없을 정도로 강하게 사항적 연계를 이루고 있으므로, 이를 아무 조건 없이 그 자체로 불이익을 부과하는 것이라는 이유만으로 폐기할 수는 없다(BVerfGE 78, 249, 267 f.).

< 282 >

비조세 공과금에 대하여 헌법적으로 허용되는지 심사할 때 척도는 오직 하나로서, 연방국가의 제정헌법과 기본권 질서 등으로부터 도출되는 요건을 충족시킬 수 있는지 여부이다. 조세의 정당화 문제영역에서 조세를 징수할 것인지 여부 문제와 어떻게 할 것인지 하는 방식의 문제를 분리해야 하는데, 그에 반하여 비조세 공과금의 경우 워낙 밀접하게 관련되어 있으므로 **정당화 문제는 동시에 규모의 문제**에 대하여 한계를 설정하는 결과를 초래한다 (Vogel/Waldhoff, Rdn. 406).

B. 조 세

I. 조세의 헌법적 개념과 법률적 개념

< 283 >

독일 기본법 즉 헌법에서는 제105조 이하의 조항에서 조세라는 개념을 사용하지만 헌법 자체에서 조세에 대하여 정의한 바는 없다. 학계에서도 연방헌법재판소의 판례에 가담하여(최근 것으로는 E 55, 274, 299; 367, 256, 282;

29) 역주: 사회적 주거는 본래 곤궁한 이에게 제공해야 하는데, 시일의 경과에 따라 그렇게 곤궁하지 않은 이에게 제공한 결과를 낳은 경우, 이를 보완하는 공과금.

75, 108, 147 f.; 78, 249, 267 f.; 93, 319, 346) 일반적으로 인정된 견해에 따르면, 기본법은 조세의 개념을 **공과금법의 정의(Definition der AO)**에 연계시켰다는 것이다.

< 284 >

공과금법 제3조 제1항에 따르면: “조세는 금전급부로서, 특별한 급부에 대한 반대급부에 해당되지 아니한 것으로, 공법적 공동체가 자체의 수입을 확보할 목적으로 누구에게나 모두 부과하는 것이다. 요건은 법률에서 급부의무 (Leistungspflicht 즉 공과금)에 연계하여 설정한 것일 뿐이다. 다만 수입 확보라는 목적은 부차적일 수 있다. 관세와 특별관세(Zölle und Abschöpfungen - 역주: 특별 관세는 유럽연합 회원국가가 아닌 국가의 물품에 대해 부과하는 금전급부 의무)는 이 법에서 말하는 조세라고 본다.” 공과금법(AO)에서 이렇게 정의함으로써 바이마르공화국의 연방공과금법(RAO)의 조세개념을 계수한 것이긴 하지만, 다만 한 가지 요소 즉 **국가의 수입을 확보한다는 것이 부차적 목적일 수 있다**는 사항을 **추가하여**, 이를 보완한 것이다. 바이마르공화국 연방공과금법에서 정의했던 조세 개념은 사실 그 이전에 수십 년 동안 독일 전역에서 인정된 조세법의 일부로서 확립된 바로 그 조세 개념이었다. 1949년 헌법제정회의(Parlamentarischer Rat)에서도 1969년 재정개혁에서도 조세 개념은 아예 논란의 대상에서 제외되었을 정도이다.

< 285 >

방법론의 측면에서 살펴볼 때 단순한 법률에서 정의한 조세 개념을 그대로 헌법에 인수한다는 것은 허용될 수 없다. 만약 이를 허용한다면, 그 결과 법률의 합헌법성 원칙이 헌법의 합법률성 원칙으로 뒤집어질 것이기 때문이다(Leisner, JZ 1964, 201). 그러므로 **독일 기본법상 조세의 개념**은, “단순한 법률상 규범의 결정”이라는 수준을 넘어, **헌법 자체로부터** 다시 말해서 헌법에서 조세 개념을 사용할 때 인정되는 헌법의 기능과 목적 등의 맥락으로부터 획득해야 한다. 이로써 공과금법(AO) 제3조 제1항(1977년)에서 즉 법률에 의해 형상을 갖춘 정의는 헌법을 해석할 때 그저 해석의 보조기구에 불과하다는 점이 드러났다. 만약 이를 부정하면 단순한 법률의 정의조항을 개정하여 헌법에 변형을 가할 수 있게 입법자 손에 맡기는 결과를 초래할 것이다. 그렇지만 이를 헌법제정자는, 입법자가 기존의 것으로 알고 있던 정의에 연계시킨 것이다(P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 53 f.). 연방헌법재판소는 이자 조세부과 판결(BVerfGE 84, 239, 269)에서, 조세가 그 자체로 독자적인 중

류의 실체를 갖추었다는 점을 지적하면서, 바이마르공화국 공과금법(RAO)의 그것과 동일한 내용으로 정의한 바 있다. “조세는 일반적 부담으로서 내국인에게는 누구나 해당되는 것이다; 조세는 국가의 일반적인 사무에 대한 재원을 확보한다는 목적으로 징수한다. 국가는 이때 - 개별적으로 반대급부를 제공하지 않으면서 - 개인의 재산을 공취하는데(zugreift), 이때 국가는 개인에게 자신의 재산에서 얼마만큼 납입하라는 의무를 부과하는 방식을 채택한 것이다. 이와 같은 경우 조세의무자의 재산과 권리 영역에 침해하는 일이 발생하는데, 이에 대한 정당화 사유는 부담배분의 평등성 하나에서만 찾을 수도 있고 그를 포함하여 다른 요소에서도 찾기도 한다. 바로 이 점에서 ‘일반적 부담’과 ‘그와 다른 국가의 침해’를 차별하는 것이다.”

< 286 >

어떤 목적을 (즉 재정목적인지 또는 유도목적인지 Fiskal- und Lenkungswecke) 달성하고자 조세징수라는 수단을 동원하는 것이 허용되는지 즉 고권적으로 부과하는 다른 금전급부 의무와 조세가 목적 측면에서 어떻게 구별되는지 하는 질문에 대해서는, 연방국가의 재정헌법이라는 기능적 맥락에서 대답을 찾아야 한다. 이때 **조세**라는 수단이야말로 현대의 산업사회에서 또한 국가가 현실적으로 추구하는 경제, 사회보장, 시민사회 그리고 특히 점점 강화되는 환경 등 영역의 정책을 구현하기 위해서 어쩔 수 없이 **가장 주요한 역할의 유도수단**으로 인정할 수밖에 없다는 사실을 고려해야 하며 그에 해당되는 경우, 국가의 일반적 과업을 수행하기 위한 지출에 충당할 수입을 확보한다는 재정목적은, 유도목적에 비해서 오히려 부차적인 것으로 밀려나는 예가 드물지 않다.³⁰⁾ 그와 같이 기본법 제109조 제2항, 제3항에서는 예산경제 범위 내에서 조세입법을 수행할 때 ‘전체경제에 설정된 목표라는 큰 방향’에 부응해야 할 의무를 부과한다.

< 287 >

수십 년에 걸쳐 되풀이해서 제기해왔던 헌법상 논쟁적 문제 즉 “**조세라는 수단으로 조정하는가?**”³¹⁾ 하는 질문에 대해서 그 사이에 확립된 지배적 학설

30) BVerfGE 55, 274, 299; 67, 256, 282; 75, 108, 147 f.; 78, 249, 267 f.; Stern, Staatsrecht II, S. 1103; Wendt, HStR IV, § 104 Rdn. 18; Fisher-Menshausen, in: von Münch-Kunig, GGK Bd. 3. 1996, Art. 105 Rdn. 6 a sowie 8; Sachs-Siekmann, GG, vor Art. 104 a Rdn. 50; Birk, AK-GG, Art. 105 Rdn. 54.

31) 원문인 Steuern durch Steuern?에서는 소리를 맞보게 문장을 만들었다. (소리: 슈토이언 두루히 슈토이언?) 앞 단어는 동사로서 ‘운전한다, 조종한다, 지배하고 관리한

에 따르면 일정한 수준에서 긍정하게 되었으며, 그에 따라 조세라고 하자면, 최소한 다른 목적과 **동시에라도 국가수입에 대한 관련성을 갖춘 것이어야** 한다는 수준 다시 말해서 객관적으로 재정확보 기능을 지닌 것이어야 한다는 수준에 한정하였다. 만약 국가수입이라는 목표를 부차적으로라도 추구하는 것이 아닌 경우라면, 조세 여부의 판단척도인 ‘재정 분야에 소속되었다는 요소’가 결여되었다고 본다. 기본법 재정분야에 관한 제10장에서 사용하는 조세개념에서는 국가의 재정경제에 내재적 관련성을 갖추지 못한 금전급부는 헌법적 의미의 조세가 될 능력이 없다는 점이 그대로 드러난다. 기본법 제10장에서 권한에 관하여 특별히 규율한 조항에 해당되는 경우, 즉 공과금을 어떤 행위에 대한 명령(Verhaltensgebot)에 연계시켜 부과하는 식으로 규율했으며, 그 목적이 공과금 납부의무를 부담해야 할 구성요건에 해당되는 사항을 제거하는 데 있는 것이라면, 다시 말해서 금지와 같은 효력을 발생하는 (억압적 내지 폐쇄적 강제 효과 Erdrosselungswirkung) 것이라면, 그와 같은 권한의 특별규율은 기본권에 제한을 가하는 것이 아니라고 본다.³²⁾

< 288 >

연방행정법원(BVerwGE 92, 272, 277 f.)에서 연방헌법재판소의 견해를 인용하여 위헌적 형식남용(einen verfassungswidrigen Formenmißbrauch)을 인정하였을 경우, 조세규범에 따르면 그 개념상 내포된 ‘국가수입 확보의 목적’에 정면으로 위배하여 규정된 경우, 즉 조세규범의 취지에 따르면 조세의 구성요건에 따른 이행이 실질적으로 불가능한 경우(“**억압적 내지 폐쇄적 강제 효과**”), 법적 의미로서는 그 개념상 벌써 조세에 해당되지 않게 된다. 헌법에 위배되는 형식남용에 해당되는지 심사한다는 것은 그것 자체로 본래 적법성 심사에 해당된다고 할지라도, 만약 재정확보 기능이 결여되어 있는데도 **재정 기능을 순수한 행정기능으로 전환한 것**이라면, 그것만으로 이미 헌법상 조세 개념의 한계를 유월한 것이 아닌가 하는 의심을 받을 수밖에 없다. 이 범위에 속하는 측면에서 보면, 연방행정법원은 다른 판례(BVerwGE 96, 572, 288)에서 부정확하게 논거를 제시한 셈이다. 즉 연방행정법원은, 만약 세금이 금지성격을 지닌 순수한 행정기능으로 전환된 경우 - 즉 형식이 남용된 경우 - 다시 말해서 사실상 오로지 그에 상응하는 사항적 규율일 뿐 더 이상 국가수입이 목적이 아닌 경우에, 재정헌법적 권한과 **함께(neben)** 사항적 규율 권

다’는 뜻으로 명사로는 ‘운전대’라는 의미도 있다. 뒤 단어는 명사로서 ‘조세’의 복수형이다.

32) Vogel, HStR IV, Bd. 87 Rdn. 51.

한 또한 요구된다고 판시했던 것이다. 이 경우 구조적 상황 자체가 이미 헌법상 조세 개념에 속하지 않기 때문에, 그 범위에 관한 한 조세와 사항 규율 권한(이에 관해 세세한 내용은 단락번호 647 ff., 664 ff. 등 참조) 등에 관하여 중복적으로 권한을 확보하라는 명령의 문제가 아니고, 오직 사항규율 권한(Sachregelungsbefugnis) 자체의 문제인 데 불과하다.

< 289 >

헌법 차원에서 명한 바에 따르면, 국가수입을 주위적 목적으로 내지 단순하게 부차적 목적으로 설정하는 유형을 더 세세하게 구별해야 하는 것은 아니라고 주장하는 견해도 있다. 그때 동원되는 논거를 살펴보면, 어떤 조세부과이든 바로 본질적 내용에 - 국가수입이라는 목표 이외에도 - 또한 행위 영향적 계기도 다수 포함되어 있을 뿐만 아니라, 한 걸음 더 나아가 그 중 어떤 관점이 더 우월적인 것인지 특정할 수 없는 사례가 오히려 흔하다는 것이다. 세밀한 판별기준 자체가 없기 때문에 주위적 목적과 부차적 목적을 분별하는 것이 헌법상 적합하지 않다는 사실이 드러났다. 공과금법률(AO 1977) 입법자는, 바이마르 공화국 연방공과금법(RAO) 제1조에 대하여 이와 같은 범위 내에서 벗어나는 태도를 취하면서, 조세의 정의에 ‘조세목적은 확장하여 이해한다’는 요소를 편입하였다. 그 배경에는 당시 자유주의적 국가 관념의 시대가 이미 극복되어 오늘날 조세문제 전반에 관한 근본적인 변화가 일어났다는 사실이 깔려 있다. 즉 일반적인 재정의 필요에 충당한다는 단순한 체계로부터 경제, 사회보장, 사회, 환경 등의 영역에서 정책적 형성의 역할을 맡아야 할 체계로 바뀐 것이다.

II. 개념의 요소 내지 표지

< 290 >

조세의 기본적 요소를 정리하는 식으로 살펴보면 조세는 다음과 같다.

- 금전급부이다,
- 고권적으로 부과한다,
- 반대급부와 무관하다,
- (또한) - 최종적으로는 - 연방, 주, 또는 지방자치단체 내지 종교공동체의 수입을 확보한다는 목적에 기여한다 등이다.

< 291 >

공과금은 어떤 것이든 조세와 동일한 요소를 가지고 있다. 즉 **고권적으로 부과되는 일회적 또는 지속적 금전급부**라는 것이다. 수수료와 부담금 등과는 달리 조세는 어떤 조건도 설정되지 않은 부담이므로 조세에 대하여 **일대일로 대응시킬 수 있는 직접적 반대급부는 존재하지 않는다**. 조세의 징수가 목적에 기속된다는 것은 조세 개념에도 합치된다. 왜냐하면 조세로부터 직접 그에 대한 반대급부 의무가 도출되는 것은 아니기 때문이다(BVerfGE 7, 244, 254).

< 292 >

조세 채권자라고 하면 연방, 주, 지방자치단체, 지방자치단체연합체 등은 물론 공법상 사단인 종교적 공동체 등까지 포함하여 오직 **공법적 공동체 (öffentlich-rechtliche Gemeinwesen)**만이 가능하다. 바이마르공화국 헌법 제137조 제6항에 연계된 기본법 제140조에 따르면 종교공동체(Religionsgemeinschaft)는, 공법상 사단으로서, 주법의 관련조항에서 규정한 척도에 따라 조세를 징수할 권리를 보유한다. 이것은 국가로부터 도출된 공권력이므로 세속적 영역에서도 효력을 미치는 것이다. 독일 기본법 즉 헌법에 따르면 국가는 세계관에 관한 중립성을 준수해야 할 의무를 지므로, 그에 따라 국가는, 종교적 공동체 자신은 국가측으로부터 부여받은 조세부과 권한을 오로지 자신의 구성원 또는 회원 등에 대해서만 행사할 수 있다고 명하게 된다. 고권적으로 부과한 공과금이 위에서 열거한 조세채권자 이외의 주체에게 유출될 경우 그것은 조세라고 할 수 없다. 이에 해당되는 사례로는 **사회보험 부담금(Beiträge zur Sozialversicherung)**을 포함하여 **법정협회와 동업조합 등과 기타 단체의 강제성 공과금(Kammer-, Innungs- und sonstige korporative Zwangsabgaben)** 등을 들 수 있다.

< 293 >

요구사항: “(또한) - 최종적으로 - 연방, 주, 또는 지방자치단체 내지 종교공동체의 수입을 확보한다는 목적에 기여한다”는 요건에는 여러 내용이 포함되어 있다. 어떤 조세이든 직접 또는 간접적으로 그와 동시에 비재정적 강제 유도 효과를 미치기 때문에, 조세 개념에는 **재정확보 기능**과 나란히 그와 같은 **개입주의적 효과가 주위적이든 부차적이든(solche interventionistischen Haupt- oder Nebenzwecke)** 포함되어 있지만, 여하튼 그와 같은 개입적 효과를 조세 수단으로 달성하는 것 자체가 허용되어야 한다. 금전급부로서, 수입이 되기

는 하지만, 부과 자체에 대하여 ‘재정적 계기로 이루어지는 것’이 허용되지 않으면 (예컨대 **벌금, 과태료, 강제금 등과 같은 이른바 기타 금전급부 부담** Geldstrafen, Geldbußen, Zwangsgelder etc., sog. sonstige Geldleistungslasten) 여기에 포함되지 않는다. 이에 해당되는 경우 행위 유도적 요소가 워낙 전면배치되어 있다. 그 결과 만약 어떤 행위나 행태를 명령하거나 금지하여 이를 준수하게 하는 것으로서 **결코 수입 자체가** 목적이 아닌 경우라면, 바로 이와 같은 금전급부 부담의 **본래 목적이** 가장 최적상태로 달성된 것이다. 그에 반해서 수입이 목적이라면, 그 범위에 해당되는 한, 추구하는 목적을 달성하지 못했다는 측면도 그만큼 방치하는 것이다.

< 294 >

포장세(Verpackungssteuer)에 대해서는, 판례(BVerfG, DVBl. 1998, 705)는 물론 학설도 반대하는 측에 많이 가담했지만, 조세에 속한다고 본다. 이른바 **환경세**(sog. Ökosteuern)에 대해서는 점차적으로 폐색적 강제 효과가 나타난다는 점을 지적하면서 일부에서는 헌법상 허용되는지 여부에 관하여 의심스럽다고 주장한다(F. Kirchhof, DÖV 1992, 233, 236; ders., DVBl. 1994, 1101, 0012 f.). 그러나 이와 같은 사실적 평가가 일반적 현상이라는 수준까지 확인되는 것은 아니다. 만약 환경에 폐해를 끼치는 행위에 대한 금지라면 여기에는, 공과금법이 아니라, 질서법이 올바른 수단으로서 환경 측면에서 요구되는 최소한 수준을 확보할 수 있는 규범일 것이다. 이른바 환경세에는 그런 취지도 없거니와 폐색적 강제 효과 역시 전혀 존재하지 않는다. 환경세는 이념적으로 수입을 축소하는 데 기여하는 것이 아니며 “수입-영”으로 몰고 간다고 해서 그 목적이 달성되는 것도 아니다. 환경세는 과세원천을 소멸시키는 것이 아니라, 단지 감수할 수 있는 그래서 아직 허용할 수 있는 환경 훼손적 행위에 대하여 조세라는 부담을 과하고, 이로써 소비 내지 사용 자체가 금지된 것은 아니지만, 환경법익에 장기적으로 일정하게 부담을 동반시키자는 것이다. 헌법적 조세 개념이라고 해도, 일단 공적 부과가 수입에 관련성이 있다면 그 범위에 속하는 한, 그 밖의 환경적 관점을 지향하는 부담의 계기 자체까지 폐기하라는 의미는 아니다. 이 점은 포장세에 대해서도 또한 타당한 것이다. (이에 관해 세세한 문헌으로는 Henneke, ZG 1998, 275)

< 295 >

후에 환납할 가능성이 보장된 **경기진정 부가금**(Konjunkturzuschlag 1970년)은 조세가 아니다.³³⁾ 왜냐하면 그 목적이 공적 수입을 확보하자는 것이 아니

33) 역주 - 과열경기를 진정시키기 위하여 1970년 8월 1일부터 1971년 6월 30일까지

라, 구매력을 감축시키려는 데 기여하라는 것이기 때문이다(BVerfGE 29, 402, 409).

< 296 >

투자보조 공과금(Investitionshilfeabgabe 1982년)이라는 범주의 개념은 문제가 많은 것으로 나타났다. 주거건설을 진작시킬 목적으로 수입이 더 나은 이로부터 **이자 없이 공과금을 부과**하고 이를 징수한 후 5년이 지나면 납입의 무자에게 동일한 금액을 **반납한다**는 것이었다. 연방헌법재판소의 결정이 나올 때까지(BVerfGE 67, 256, 282 f.) 최종적인 판단은 유보되었다. 공과금으로 형성된 재원이 최종적으로는 재정에 편입되어 공과금 납입의무자에게 반환되지 않는다는 것이 과연 헌법적 조세 개념의 요소에 포함되는지 여부가 문제였다. **사후에 반환할 가능성이 유보된 공과금**의 경우에도, 이는 **금전급부에 해당되는 것이지, 특정한 금액에 대한 이용가능성을 특정한 기간에 한정하여 양여한다**는 따위에 해당되는 것은 아니다. 조세개념의 요소에 해당되는 점에 관한 한 - 경제적으로는 사후에야 비로소 수입으로 획득하게 되는 재정금원에 해당될 반환의무를 제외하면 - 전혀 의심할 바 없기 때문에, 투자보조 공과금을 학설에서는 헌법상 조세의 범주에 분류하는 사례를 흔히 볼 수 있다.

< 297 >

연방헌법재판소에서는 (BVerfGE 67, 256, 283) 이에 대하여 반론을 제기하였다. 반환가능성이 있는 공과금은 (최종적으로는) 수입의 확보라는 목적에 기여하는 것이 아니다. 한편으로는 **국가가 절약할 수 있는 이자에 해당될 재원은 수입이 아니고, 오직 지급하지 아니한 지출에 해당될 뿐이다**. 다른 한편으로는 반환청구권은 금전급부 의무로부터 분리할 수 있는 것이 아니며, 그것도 반환가능성이 붙은 공과금의 문제를 회피한다는 측면에서 그리고 수입의 확보라는 목표를 인정할 수 있는지 그 가능성의 측면에서 살펴보면 더욱 분리할 수 없는 것이다. **금전급부 의무와 반환지급 의무의 통일성**으로 인하여 투자보조 공과금은 헌법상 의미의 조세라고 말할 수 없는 **강제공채(Zwangsanleihe)**에 속한다고 할 수 있다. 강제채무로서 투자보조 공과금은 (임시적) 수입의 확보라는 목표에 기여하지만 결코 **(최종적) 수입**에 어떤 영향을 미치는 것은 아니다. 이렇게 해석해야 할 근거를 하나 더 지적하자면, 이

독일에서 징수했다가 1972년에 환납한 것이 경기부과세이다. 사전납부 세액이 월 300 마르크가 넘거나 월 노동소득세가 100.10 마르크가 넘는 경우에 본래 소득세와 법인세에 10%를 더하여 징수하였다.

와 달리 해석할 경우 조세의 부과는 국가의 채무를 늘린다고 주장해야 한다는 것이다. **조세**로써 국가지출에 필요한 재원의 확보한다는 것과 **국가채무**를 설정한다는 것은 기본법 제115조 제1항 제2호에 따라 **엄격하게 분리해야** 하는데, 이와 달리 해석할 경우, 분리원칙이 무산될 것이다.

Ⅲ. 조세부과의 내용적 형성

1. 조세부과의 합법률성

< 298 >

조세부과의 합법률성 원칙은 **행정의 합법률성 원칙**(Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)에 소속되는 하부원칙이다. 행정의 합법률성 원칙에는 두 가지 하부원칙이 포함되어 있는데, 하나는 법률의 우위 원칙이고 다른 하나는 법률의 유보 원칙이다. **법률의 우위 원칙**(Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes)은 행정이 현행 법률에 기속된다는 의미를 표현한 것이다. 그에 따르면 행정은 현행 법률에 위배되는 조치는 어떤 것이든 취할 수 없다. 우위-원리(Das Vorrang-Prinzip)는 - 기본법 제20조 제3항에³⁴⁾ 확인할 수 있듯이 - 제한 없이 그리고 조건 없이 행정의 모든 영역에 효력을 미친다. 조세법에서 법률의 우위 원칙에서 도출할 수 있는 결론에 따르면, **공과금에 관한 합의**(Abgabenvereinbarung)에 관한 한 가능성조차 존재하지 않는다(공과금법 AO 제85조). **유보-원리**(Das Vorbehalts-Prinzip)는 적용범위의 측면에서 우위-원리를 넘어선다. 우위원리(das Vorrangprinzip)가 단순히 부정적으로 현행 법률의 위배를 금지하는 것인데 반하여, 유보원리는 행정에 대하여 적극적으로 요구하는 것이니, 즉 행정이 **특정한 조치를 취할 때, 분명하게 법률에서 부여한 권한을 근거로 확보해야 한다**는 것이다. 유보원리에 따른 의미로 법률에는 의회가 제정한 (형식적) 법률만 해당된다. 유보원리도 마찬가지로 기본법 제20조 제3항으로부터 도출하는 예를 흔히 볼 수 있다. 그러나 의심스럽다. 유보원리는 여하튼 의회 민주주의라는 국가목표 조항, 법치국가 원리 등은 물론 기본권으로부터 또한 도출되는 것이기 때문이다.

< 299 >

유보원리의 적용범위에 대해서는 찬반의 논란이 심한데, 이는 종래 그 범위를 침해행정(Eingriffsverwaltung)에 한정한다는 주장이 오늘날 시대의 추세

34) 기본법 제20조 (제3항) 입법은 헌법질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다. (헤세, 계획열 역, 통일독일헌법론, 2001, 507쪽에서 전재)

에 뒤떨어지게 되었다는 데 있다. **조세의 징수**는 부담을 주는 조치(belastende Maßnahme)로서 “자유와 재산”에 대한 침해의 결과를 초래하므로 그에 대해서 **언제나 법률의 수권이 필요하다**는 점에 관해서는 논란의 여지조차 없다. 이와 같은 결론은, 전통적으로 침해행정을 대상으로 파악하려는 경향을 지닌 법률유보에서는 물론, 시민의 “자유와 재산”을 포괄적으로 보호하면서 오직 법률에 의하거나 법률에 근거해서 제한을 가할 수 있다는 ‘기본법에서 보장하는 기본권’에서 또한 도출할 수 있다. 만약 구성요건상 특별한 자유권적 기본권이 침해되지 않은 경우라면, 기본법 제2조 제1항을 “**포괄적 기본권**”(Auffangsgrundrecht)으로 적용하여 일반적 행동의 자유를 보장하는 것으로(BVerfGE 6, 32, 32 f.) 본다.

< 300 >

명확성 명령(das Bestimmtheitsgebot)은 법치국가 원리의 현실적 모습을 더 확실하게 규명하는 역할을 맡으면서 유보원리와 밀접하게 연계되어 있다. 행정의 침해권한에 대해서는, 예컨대 조세의 징수도 그에 해당되는데, **그 내용, 대상, 목적, 규모 등에 관하여 법률로써 충분하게 특정해야** 하며 한계를 설정해야 한다. 그래야 비로소 그로 인한 부담이 사전에 예측 가능하고 규모도 측정 가능하다. 법률의 구성요건이 충족되면 그 효과로서 조세납부 의무가 발생하는 식으로 연계되어 있으므로, 구성요건은 반드시 각종 조세에 관하여 부과와 근거와 규모 측정의 기준 등을 가능한 한 정확하게 적시해야 한다. 이때 조세 법률의 명확성에 관해서는 다른 침해법률에 대한 것보다 더 엄격하게 요구사항을 충족시켜야 한다는 요구가 제기된다. 다른 영역의 침해법률에 대해서는 기본권 침해에 관한 권한을 부여한다는 규범을 제정하면서 기본법 제80조 제1항에³⁵⁾ 따라 행정에게 위임할 것을 통상적으로 입법자에게 맡긴다. 조세 법률이 특수한 성격을 지니게 된 이유는 그 과업이, 일반적인 재정의 필요에 충당할 재원을 확보하는 것이요 그에 요구되는 지급의무를 적정하게 배분하는 것이라는 데 있다. 그러므로 개인의 조세부담이라면 어떤 것이든, 아무리 높이 설정되었다라든, 공공재정의 필요에 충당하는 데 할당된 것이라고 하기에 적합하고 국가 수입의 요구를 충족시키기에 필요하며

35) 기본법 제80조 (법규명령의 제정) (제1항) 연방정부, 연방장관 또는 지방정부는 법률에 의하여 법규명령을 제정할 권한을 위임받을 수 있다. 이 경우 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위는 법률에 확정되어야 한다. 법규명령에는 그 법적 근거가 명시되어야 한다. 위임받은 권한을 다시 위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는 위임받은 권한의 위임을 위해 법규명령이 필요하다. (혜세, 계획열 역, 520쪽)

또한 - 폐쇄적 강제에 이르지 않는 한 - 균형이 잡혔다고 본다. 만약 이에 관련된 결정을 조세행정에 맡긴다면, - 기타 입법 작용을 수행하는 행정작용과는 달리 - 과잉금지 원칙에 따라 침해행정법에 유사하다고 할 행정작용에 대한 한계의 설정이 존재하지 않게 된다. 그러므로 조세법 이외의 영역에서 구체적 목적을 실현하는 침해행정에 필수적인 것보다 더 심하게 조세행정은 법률과 그 조항의 문언에 의존하게 되는 것이다. 그에 따라 조세의 구성요건이 명확해야 한다는 원칙에 대하여, 기타 행정법적 침해의 수권사항에 대한 것보다 더 엄격한 요구수준이 제시된다. 그렇지만 **조세부과의 구성요건 타당성**에 관하여 형법에 유사한 것으로 평가하는 태도는 부정확하다. 조세부과의 법률적합성 원칙은 구성요건에만 관련된 것이 아니기 때문이다. 이는 또한 법적 효과 즉 조세의 규모 또한 반드시 바로 법률에서 적확하게 도출할 수 있어야 하기 때문이다. 형법상 양형의 범위에서 사전에 제시하는 것과는 달리, **조세법에서는** 행정이 조세의 규모를 자신의 재량으로 ‘물론 의무에 따라 적정하게 행사하는 재량으로써’ 결정할 수 있는 일정한 범위 즉 **조세부과의 범위**라는 것이 존재하지 않는다.

< 301 >

재정행정 측에서도 마찬가지로, 법률상 확정되어 있는 조세를 징수하기를 원하는지 여부에 관하여 스스로 결정할 여유가 허용되지 않는다. 절차법적으로 **합법성 원리**(Legalitätsprinzip)가 효력을 미치고, 그에 따라 조세는 반드시 법률의 척도에 따라 확정하고 징수해야 하기 때문이다(공과금법 AO 제85조). 이에 대한 예외가 **공평성 사유**를 근거로(aus Billigkeitsgründen) 조세를 면제하는 조치와 경제 정책적 사유 및 기타 조세법상 유도규범에 따른 사유 등에 기하여 조세를 감경하는 조치 등이다. 조세요건은 그러므로 오직 형식적 법률에 의하여 또는 - 각 지역의 소비세와 사용소비세 등의 경우(bei örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern) (이에 관해서는 단락번호 671 ff. 893 ff., 910 f.) - 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 자치규칙에 의하여 확정되는 것일 뿐이지만, 법규명령에 의한 것은 아니다.³⁶⁾ 마찬가지로 관습법 또는 국

36) 역주: 소비세와 사용소비세는 하나로 묶어 소비세로 이해하는 것이 좋을 듯하다. 소비세(Verbrauchssteuern)에는 상품 내지 대체가능한 물품의 소비에 대한 세금으로서 에너지, 담배, 맥주, 커피, 전기, 유류 등에 대한 세금을 예시할 수 있다. 사용소비세(Aufwandsteuern)에 속하는 세금으로는 개세(Hundesteuer), 자동차세(Kraftfahrzeugsteuer), 제2주거세(Zweitwohnungsteuer) 등을 들 수 있는데, 독일연방헌법재판소에서는 “개인적으로 생활의 필요에 충당하기 위하여 소득을 사용하면서 외부로 표현되는 경제적 급부능력에 대하여 부과하는 조세”라고 한다. (BVerfGE 16, 64, 74; 49, 343, 354;

제조약 등에서 조세의무의 근거를 찾을 수는 없다.

< 302 >

연방헌법재판소는 1998년 11월 10일자 결정(41쪽)에서 ‘가족의 생존에 필요한 최소한도의 금원에 대해서는 조세를 부과할 수 없다’고 판시하면서 조세법률 제정자에게 조세 법률을 제정할 때 규범적 명확성과 이해 가능성 등을 확보하라는 의무를 부과했다. 왜냐하면 **조세부담에 관하여 사전예측 가능성과 규모추정 가능성 등을 확보하라는 법치국가적 명령**과 조세부과의 평등성 원칙 등에 따르면, 조세 법률의 규율이 **단순하고 명확해야 한다는** 요구가 제기되기 때문이다. 그래야 조세법을 잘 알지 못하는 의무자도 공과금법(AO) 제370조에 따라 ‘형벌 위협과 함께 부과된 해명의무’를 적절하게 향유할 수 있을 것이다. 이때 조세 요건이 개인에 관련된 자료에 따라 결정되는 범위에 속하는 것인 한, ‘조세에 중요한 관련성을 지녔다’는 요건은, 이 자료를 제출해야 비로소 법률을 적용할 수 있다는 의미라고 정의할 수 있다. 조세의무자는 이로써 자신에게 요구되는 바에 대하여 자신의 지식에 근거하여 해명을 제시할 수 있는 지위를 취득할 수 있을 것이다.

2. 조세 법률의 소급효

< 303 >

법치국가 원리에 따르면 그리고 특히 신뢰보호의 관점에서 입법자는 원칙적으로 소급효가 있는 법규범을 제정해서는 안 된다. 그러나 **절대적 소급효 금지 원칙**은 오직 형법에만 관철되는 것이다. 뿐만 아니라 법률의 소급효에 관한 판례도 바로 형법에 관해서 개발된 것이었다(BVerfGE 13, 261, 271 f.; 13, 274, 278; 13, 279, 283 f.). 소급효 금지는 그에 따르면 원칙적으로 불이익을 주는 규범에 대해서만 미친다. 왜냐하면 시민에게 이익을 주는 규범의 경우 신뢰의 요건을 침해할 수 없기 때문이다. 이와 같은 법률의 규율이 허용되는지 여부에 관한 논의는 종래 판례에 따르면 **진정 소급효와 부진정 소급효**(zwischen echter und unechter Rückwirkung) 구별하는 데 초점이 맞추어져 있었다. 하지만 연방헌법재판소 판례 72, 200, 241 이후로 소급효 이론에 관하여 연방헌법재판소 제2재판부는 새로운 지향점을 설정한 것이다.

65, 325, 346, im Anschluss an G. Schmoelders) K. Tipke, Steuerrecht, 17. Aufl., Koeln, 2002, § 3 Rdn. 32, S. 51 f. 참조.

< 304 >

종래의 판례에 따르면 **불이익을 주는 진정 소급효**는 헌법상 **원칙적으로 허용되지 않는다**. 만약 그 법규범이, 과거에 속한 것이어서 이미 완결된 구성요건을 사후에 변경하는 식으로 침해하는 경우라면, 그에 따라 만약 입법자가 새로운 규율사항이 효력을 발생하기 전에 완결된 구성요건을, 그 구성요건을 완성되었을 시점에 예측 가능한 것보다 더 불이익한 효과에 이제 연계시키는 경우라면, 원칙적으로 위헌이라는 것이다.

< 305 >

법률의 진정 소급효가 **예외**로서 허용되는 것은, 특정한 법적 상황에 대한 신뢰를 보호할 가치가 없을 경우 또는 신뢰의 구성요건이 전혀 구성되지 아니한 경우 등이다. 그와 같은 **예외적 구성요건**으로서 판례는 **5개 집단적 사례의 유형**을 개발하였다:

- 만약 당사자가 소급효를 당시 **반드시 고려해야 할** 상황인 경우³⁷⁾,
- 만약 현재까지 **법적 상황**이 특히 **불명확**해서 혼란을 초래하였으므로 법률로써 이를 소급적으로나마 명확하게 규명하는 경우³⁸⁾,
- **무효인 규범**을 적법한 것으로 대체한 경우³⁹⁾,
- 소급효로 인하여 상당하다고 할 손해가 발생하지 않거나 전혀 손해가 발생하지 아니하는 경우(“**이른바 사소한 경우에 대한 유보**” Bagatellvorbehalt)⁴⁰⁾,
- 공공복리를 위해 필수적 사유 즉 관련 사항이 신뢰보호보다 우월한 것이어서 법적 안정성보다 우월하므로 소급효에 대해 예외적 처리를 요구하는 경우.⁴¹⁾

< 306 >

그에 반하여 **부진정 소급효**는 존재한다고 인정하려면, 부담을 주는 법규범이 ‘현재 그리고 아직 완결되지 아니하여 미래에 관여하는 - 즉 완결된 과거

37) BVerfGE 13, 261, 272; 30, 367, 387; 37, 363, 397 f.; 45, 142, 173 f.; 88, 384, 404; 89, 48, 67.

38) BVerfGE 7, 129, 151 ff.; 11, 64, 72 ff.; 13, 261, 272 ff.; 19, 187, 197; 30, 367, 388; 45, 142, 173 f.; 88, 384, 404.

39) BVerfGE 13, 215, 224 f.; 13, 261, 272; 19, 187, 197; 30, 367, 388; 37, 363, 399 f.

40) BVerfGE 30, 367, 389.

41) BVerfGE 13, 261, 271; 30, 367, 391 f.; 72, 200, 260; 88, 384, 404.

의 것도 아니며 완전히 미정인 미래의 것도 아니면서 - 사실관계 또는 법적 관계'에 소급적 효력을 미치고, 그 결과 그와 동시에 그에 해당되는 법적 지위가 사후적으로 전부 가치를 상실하게 되는 경우에 해당되어야 한다.⁴²⁾ 조세 법률의 경우, 만약 조세요건의 실현이 벌써 개시된 경우라면, 부진정 소급효에 해당된다. 이와 같은 부진정 소급효는 원칙적으로 **허용될** 뿐만 아니라 심지어 회피할 수 없는 사례가 오히려 흔하다고 할 수 있다. 이는 오로지 예외적인 경우에만 허용되지 않는데, 가령 법률에 따른 규율의 구성요건 상 한편에는 개인에 대한 신뢰이익이 있고(= 이미 취득한 점유상황 내지 기본권적으로 보호받는 지위 등을 보호해야 할 가치), 다른 한편에는 일반인의 복리를 위한 입법자의 계기라는 의미가 있을 경우, 현재 존재하는 법적 상황에 대한 신뢰야말로 우월성을 인정받아야 할 경우가 그에 해당된다. 그에 따라 허용되는 사례를 살펴보면, 경기대책이라는 정책적 사유 때문에 조세감경을 축소하는 등의 조치이다.⁴³⁾

< 307 >

진정 소급효와 부진정 소급효를 **구별하는 한계로서 기준일**은 종래 판례에 따르면 연방의회가 그 법률을 의결한 그 날이다.⁴⁴⁾ 그러나 이미 의결한 구성요건과 아직 의결하지 아니한 구성요건의 한계 설정은 구체적 사안의 관점에서 볼 때 구별할 수 있다고는 해도 매우 곤란하고 불명확하기 때문에, 연방헌법재판소의 소급효 판례는 부분적으로 격렬한 **비판**에 직면하기도 한다(예컨대 Pieroth, Jura 1983, 250 ff. 참조). 연방헌법재판소 제1재판부에서는 자신의 판례를 견고하게 유지하고 있는데, 그에 반하여 제2재판부는 1986년 이래로 자신의 종래 소급효 판례를 수정하였다. 그 이래로 제2재판부에서는 규범을 공포하기 전에 이미 발생한 효과의 소급효와 구성요건에 대한 소급적 연계를 구별하였다.⁴⁵⁾ 법적 효과의 소급효(die Rückwirkung von Rechtsfolgen)에 대해서 제2재판부는 대개 진정 소급효에 관한 원칙에 연계시킨다. 그에 반하여 규범에 포함되어 있는 다른 모든 지표는, 일단 그 규범이 공포되기

42) BVerfGE 30, 367, 386; 30, 392, 402; 63, 312, 328.

43) BVerfGE 63, 312, 328; 76, 256, 345; 72, 176, 196; 78, 249, 283; BVerfG, NJW 1998, 1547.

44) BVerfGE 13, 261, 272 f. 이래로 확립된 판례이다. 예컨대 BVerfGE 72, 200, 061 참조.

45) BVerfGE 72, 200, 241 ff.; 76, 256, 345 ff.; 81, 228, 239; 83, 89, 110; BVerfG, NJW 1998, 1547.

전의 기간에 관련된 것인 한(구성요건 측면에서 과거에 관련된 법률: 또한 과거에 이미 근거를 갖추어 “이미 작용하는 상태”에 달한 법적 관계와 생활사태에 연계해서), 그 규범의 물적 적용영역에 해당될 뿐이어서 결국 구성요건의 요소에 속하는 것이 된다. 이와 같은 **구성요건적 소급연계**(tatbestandliche Rückknüpfung)는 무엇보다도 우선적으로 기본권을 척도로 삼아 평가해야 한다.⁴⁶⁾

3. 조세부과의 실질적 한계

< 308 >

입법자가 보유한 조세의 형성 권한에 대하여 실질적 한계를 특정한다는 것은 헌법적 문제에 해당된다. 이 문제에 해당되는 바이마르공화국 헌법 제 134조에 따르면, 모든 국민은 **모든 공적 부담에 대하여 자신이 부담하는 재원의 비율**(im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten)이라는 측면에서 차별 없이 법률의 척도에 따라 기여해야 한다. 그런데 기본법에는 이 조항이 존재하지 않는다. 기본법 제106조 제3항 4문 2호에서는⁴⁷⁾ 별로 눈에 띄지 않는 구석 자리에서 조세의무자에게 과도한 부담을 주는 일을 피해야 한다(이른바 **과잉부담 금지** sog. Überbelastungsverbot)고 규정하였지만, 그에 관한 주관적 권리까지 보장한 것은 아니다. 조세입법자가 보유한 형성의 자유에 대하여 기본법에서 명문으로는 한편에서 **재정헌법**(Finanzverfassung)으로(단락번호 659 f.) 다른 한편에서 개별적 **기본권**으로 그 한계를 설정하였다. 그에 관련된 범위에서는 특히 기본법 제3조 제1항(평등권), 제6조(혼인, 가족, 사생아), 제12조(직업의 자유), 제14조(재산권, 상속권 및 공용수용), 제2조 제

46) 이에 관해 세세한 것으로는 Vogel, JZ 1988, 833, 838 f.; Vogel/Waldhoff, Rdn. 491 ff.에서는 유도적 기능을 갖춘 조세법률(zu lenkenden Steuergesetzen), 주기적 조세(periodischen Steuern), 그리고 경과규정 등에 관해서 다루고 있다.

47) 역주: 기본법 제106조 (조세수입의 분배와 재정전매수익) (제3항) (제1문) 제5항에 따라 소득세의 수입이 지방자치단체에 속하지 않는 한, 소득세, 법인세 및 판매세는 연방과 지방에 공동으로 귀속(공동조세)한다. (제2문) 소득세와 법인세의 수입에 관하여는 연방과 지방이 반분한다. (제3문) 판매세(부가가치세)에 관한 연방과 지방의 몫은 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률로 확정된다. (제4문) 이 몫을 정함에 있어서는 다음의 원칙을 따른다.

1. 연방과 지방은 통상수입의 범위 내에서 각기 필요한 지출을 충당할 동등한 청구권을 가진다. 이때 지출의 범위는 수년에 걸친 재정계획을 참작해서 정한다.
2. 연방과 지방의 충당요구는 공정한 조정이 이루어지고, 납세의무자의 과중한 부담이 회피되고 또 연방영역에서의 생활수준의 균형이 보장되게끔 상호 조정되어야 한다. (해세, 계획열역, 530쪽에서 전제)

1항(일반적 행동의 자유) 그리고 상황에 따라서는 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄과 국가의 존중의무) 등도 동원되고 있다. 기본법 제2조 제1항은 이때 포괄적 기본권으로서 수행하는 기능 이외에도, 권한의 침해로써 객관적 헌법에 위배했다고 비판을 가할 가능성을 열어주는 이른바 “**전환규범(Umschaltnorm)**”의 기능도 수행한다.

< 309 >

과거에는 특히 일반적 평등의 원칙을 조세 영역에 특수하게 구체화하면서 조세부과 권력에 대하여 실질적 한계를 설정하는 것이 중심적 과제이었다. 그에 반하여 1990년대 이래로 새로운 연방헌법재판소 판례에 따라 경제 영역의 자유권적 기본권은 물론 기본법 제6조(혼인, 가족, 사생아 보호) 등이 조세 법률에 대한 실질적 한계를 설정하는 데 과거보다 훨씬 더 큰 중요성을 보이고 있다. 그 원인을 살펴보면, 일반적인 다시 말해서 조세와 재정에 특수한 성향을 감안하지 않은 채 파악하여 구성한 기본권 보장의 관련사항을 특히 조세와 재정 등에 특수하게 구체화한 데에서 찾을 수 있는데 이는, 조세징수를 수단으로 하는 국가의 침해권력이 워낙 잘 알려져 그에 대해서는 경우에 따라 조세라는 사태영역에 특수하게 수정해서 적용해야 한다고 할지라도, 여하튼 기본권을 제한 없이 조세법 영역에서 요구해야 한다는 점을 인식한 것이라고 할 수 있다.

< 310 >

판례의 발전 추세가 아직 완결단계에 도달한 것은 아니기는 하지만 그래도 지금까지 중단 없이 발전을 거듭해왔음을 인정할 수 있다. 조세관련 사건에 관한 **연방헌법재판소 결정**에서 동원된 모든 개별적 심사척도를 일반화하여 평가한다면 **3개 단계**를 판별할 수 있다. **제1단계**는 1957년 판례 즉 배우자 총수입 등분과세 제도(2분 2승제 Ehegattensplitting - BVerfGE 6, 55)⁴⁸⁾ 관한 재판으로 “**단 한 번에**”(mit einem Paukenschlag - Tipke, StuW 1990, 316), 물론 그에 이어 몇 개 재판이 나오기는 했지만, 조세헌법으로 나아갈 길을 활짝 열었다. **중간단계**에서 판례는 변화가 심했는데, **체계적으로 거의 접근할 수 없는 심사강도**에 해당되는 경우 입법자의 형성영역을 강조하는 특징까지 보여⁴⁹⁾, “판례가 조세법률 수준으로 전락했다”(Tipke, StuW 1990, 316)는 평가

48) 역주 - 소득세법(Einkommenssteuergesetz)에 근거를 둔 제도이다. 일단 부부의 수입을 모두 합한 다음, 절반으로 만들고 거기에 과세한 다음 다시 곱하기 2배해서 부과한다. 배우자의 수입이 서로 다를 경우 일반적으로 부부에게 유리하다고 한다.

49) 이에 해당되는 재판에 관해서는 Vogel/Waldhoff, Rdn. 504 Fn. 145.

를 받기도 했다. 제3단계에서는 평등권 관련 척도 이외에도 점차로 자유권 역시 국가의 조세부과 권력에 대하여 실효성 있는 한계로 가동시키게 되어 서, 결국 조세 법률에 대한 헌법적 통제가 새로운 성질과 강도를 갖추었다는 특징을 인정하게 되었다.⁵⁰⁾ 특히 주목할 만한 것으로는 연방헌법재판소 제1 재판부가 생계유지에 필요한 급부(Unterhaltungsleistungen)의 고려에 대한 재판과⁵¹⁾ 가족의 생계하한에 관한 재판(BVerfGE 82, 60) 등은 물론 제2재판부의 이자과세 재판(BVerfGE 84, 239, 268)과 조세법상 (가족의) 생계하한에 관한 재판(BVerfGE 87, 153, BVerfG, DVBl. 1999, 387 및 389)과 일원적 가치 평가(과세표준 일원화 Einheitswerten - BVerfGE 93, 121, 135)⁵²⁾ 등을 들 수 있다.

< 311 >

헌법상 조세 개념으로 인하여 조세 법률을 기본권에 비추어 심사할 때, 국가 수입의 목적인 것인지(부담배분적 기능 Lastenausteilungsfunktion) 어떤 행위의 유도 기능(Lenkungsfunktion)인지, 반드시 이를 구별해야 한다는 조건을 충족시켜야 한다. 그 범위에 관한 한 또한 한편으로는 조세부과의 부담효과(Belastungswirkungen) 다른 한편으로는 조세부과의 형성효과(Gestaltungswirkungen) 등으로 부르기도 한다. 두 개 기능은 반드시 기본권이라는 심사척도에 비추어 정당화할 수 있어야 하므로, 조세규범을 심사할 경우에 기본권 심사를 이중적으로 수행할 수도 있다는 결과를 초래한다. 조세 법률로 부담을 배분하면 대개 “고전적인” 기본권 침해가 발생하기는 하지만 책임의 귀속주체 가능성 측면에서 보면 입법행위이므로 아무 문제도 발생되지 않는다.

< 312 >

그에 반하여 조세 개념의 유도 기능은 다양한 간접적 영향의 조치를 수단으로 동원해서 실현되는 것인데, 이때 개별사안에서 책임의 귀속주체 가능성

50) Vogel/Waldhoff, Rdn. 501 ff.

51) BVerfGE 61, 319, 342 ff.; 66, 214, 222; 89, 346, 352 ff.; 91, 93, 108 ff.

52) 역주 - 여러 가지 세목(예컨대 재산세, 토지세, 영업세, 상속세, 토지취득세 등)에 대하여 동일하게 과세표준(Steuermassstab, Bemessungsgrundlage)을 사용해야 한다는 독일세법상 원칙에 따른 평가를 일원적 가치 평가라고 한다.

이때 과세표준 자체와는 구별해야 한다. 과세표준은 세액산출에 있어서 세율의 피승수이다. 예컨대 소득세나 법인세에서 소득은 과세물건이고 소득금액은 과세표준이다. 즉 과세표준은 과세물건을 금액화·수량화한 것이다. 다시 말하자면 과세물건인 물건·행위 또는 사실로부터 세액을 산출하기 위해서 그 물건·행위 또는 사실을 일정한 가치척도 즉 금액·가액·용량·건수 등으로 나타내야 한다. 바로 이들 금액·가액·용량·건수 등을 과세표준이라고 한다. 임승순, 조세법, 박영사, 2009, 108쪽 참조.

측면에서 보면 입법행위로서 문제가 일어날 수 있다. 조세 법률의 유도효과는 보통 시민의 자유권적 기본권을 훼손하는데 이는 조세에 특유하게 형성하는 방향의 것이 아니기 때문이다. 유도효과의 경우에는 그밖에도 부담배분의 경우와 달리 보통 기본권에 따른 비례성 심사가 가능하며, 입법자는 반드시 자신이 의도한 유도목적이 무엇인지 명백하게 밝혀야 한다. 그래야 비례성 심사에 판단척도로서 목적-수단-관계를 검토할 수 있기 때문이다.

a) 평등조항

< 313 >

기본법 제3조 제1항에 따르면 모든 사람은 법률 앞에서 평등하다. 그러나 기본법 제3조 제1항은 행정부와 사법부 등에 의한 법률 앞에서 평등(이른바 **법적용의 평등** sog. Rechtsanwendungsgleichheit)을 보장하는 데 그치지 않는다. 즉 기본법 제3조 제1항은 기본법 제1조 제3항을 거쳐 입법자 또한 기속(이른바 **법정립의 평등** sog. Rechtsetzungsgleichheit)하는 것이다. 이하에서는 기본법 제3조 제1항이 법제정에 대하여 설정한 요구사항을 중점적으로 논의한다. 기본법 제3조 제1항에 따르면 본질적으로 같은 것을 다르게 다루거나 본질적으로 다른 것을 같게 다루는 것 등은 금지된다. 그에 따르면 **본질적으로 같은 것은 같게 그리고 본질적으로 다른 것은 각기 그 특성에 따라 다르게** 다루어야 한다. 이때 상호 비교해야 할 생활 상태를 규명할 때 오로지 ‘본질적인 것이라고 선별된 요소’를 기준으로 삼아야 한다. 그 밖의 다른 요소는 같은지 다른지 중요하지 않다. 생활사태 내지 생활관계에서 어떤 요소가 평등 내지 불평등 조치의 사유를 구성하는가, 그에 대한 판단의 기초는 법학적 평가이다. 이때 입법자가 그와 같은 법적 효과에 연계시키는 다시 말해서 법적 의미에서 같은 것이라고 보기를 원하는 사태 내지 관계를 선별하는데, 이는 원칙적으로 입법자의 관할사항인 것이다. 그렇다고 할지라도 입법자는 반드시 사태에 적절하게 선별해야 한다(BVerfGE 53, 313, 329). 이때 평등원칙을 적용하면서 합리적으로 또는 비합리적으로 평가했는지 등에 관해서는, 추상적으로 그리고 일반적으로 확인하는 것이 아니라, 그때마다 규율해야 할 구체적 사태영역의 특성을 감안해서 확인해야 한다.⁵³⁾ 따라서 평등기속의 규범적 내용은 그때마다 규율해야 할 사태영역의 특성의 측면에서 세세하게 확정하게 되는 것이다. 평등원칙이 요구하는 바는, 법률에서 차별적으로 처리한다고 규정한 경우 이를 - 사태영역에 관련시켜 - 더 합리적이거나 어떤

53) BVerfGE 17, 122, 130; 75, 108, 157; 90, 145, 195; 93, 319, 348.

방식이로든 더 명확한 사유를 찾아내야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 사람을 소속 집단에 따라 불평등하게 처리할 경우 기본법 제3조 제1항이 침해되었다고 보자면, 해당 각 집단을 불평등하게 처리하는 것을 정당화할 만한 종류의 차이 그리고 중요성의 차이가 전혀 없는데도, 그 중 한 집단을 다른 집단과 다르게 처리했을 경우에 해당되어야 한다.⁵⁵⁾

< 314 >

평등 내지 불평등 처리의 근거를 구성하는 식별요소를 **차별기준**이라고 부른다. 입법자가 법률로 규율하면서 추구하는 목표를 **차별목표**라고 지칭한다. 사실상 불평등한 규율에 대한 헌법상 요구사항은 차별기준, (정당한) 차별목표, **차별기준과 차별목표 사이의 비례관계** 등에 따라 어차피 달라질 수밖에 없다.

< 315 >

차별기준을 선별할 때 입법자는 평등 또는 불평등 처리에 관한 **헌법상 척도**, **헌법상 차별금지사항**, 다른 헌법조항과 헌법상 프로그램 조항 등으로부터 도출될 수 있는 **제한사항**(예컨대 사회국가 원리 등)을 반드시 존중해야 하는데, 이때 기본법에 명문으로 규정되어 있는 차별금지 사항 즉 제3조 제2항(남녀동등권), 제3항(성별·가문·종족·언어·고향과 출신·신앙·종교적 견해 및 정치적 견해·장애 등에 의한 차별금지), 제33조 제1항부터 제3항() 국민으로서의 권리 - 연방소속 주의 차별금지, 공직취임권, 신앙 및 세계관 불문)까지, 제6조 제5항(사생아 보호), 제9조 제3항(노동자의 단결권과 노동쟁의권 보호) 등은 조세법 영역에서 실질적으로 거의 역할의 여지가 없다. 이때 기본법 제20조 제3항(헌법질서-입법-집행·사법)이 따라 법의 존재형식 즉 법원의 위계적 질서라는 관점에서 제1조 제3항(이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속한다)을 이해하면, 입법자로서 차별금지 사항으로 고려하지 않으면 안 될 것이라고는 **헌법 자체에서 도출되는 사항**에 한정된다는 결론이 자연히 도출된다. 단순한 법률은 원칙적으로 미래의 입법자를 기속하지 않는다. 왜냐하면 의회라는 입법자에게는 그만한 처분권한과 변경권한이 허용되어 있기 때문이다(그러나 단락번호 327의 체계정당성 원칙 - Systemgerechtigkeit - 참조).

54) BVerfGE 75, 108, 157; 93, 319, 349.

55) 확립된 판례; 최근 것으로는 BVerfGE 82, 126, 146; 88, 87, 96 f.; 91, 389, 401; 92, 26, 51 f.; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 700.

< 316 >

차별목표 그 자체가 반드시 합법적(legitim)이어야 하며 그와 동시에 또한 합헌적이어야 한다. 그 결과 반드시 개별사안의 규율사항에 관한 것은 모두 심사해야 한다. 무엇인가 사실적으로 불평등 처리한(차별한) 것이 어떤 목적에 기여하는지, 이와 같은 목표가 예컨대 국가목표 조항, 기타 헌법 형성적 기본적 결정사항, 국가조직법상(예컨대 입법권한의 배분에 관한) 조항 내지 기본법 제28조 제2항(기초지방자치단체 자치권)의 지방자치행정의 헌법상 보장으로부터 도출될 수 있는 헌법적 우려에 직면하는 것은 아닌지 등이 그것이다.

< 317 >

최종적으로 입법자는 평등원칙을 충족시키는 차별기준과 차별목표 사이의 관계, 다시 말해서 **추구하는 목표를 실현하기 위한 차별기준의 올바른 선별**에 유의해야 한다. 이 범위에 관한 한 특히 선별한 차별기준은 반드시 추구하는 목표를 달성하는 데 **적합한** 것이어야 한다.

< 318 >

연방헌법재판소에서는 평등원칙을 **자의 금지**라고 달리 표현하면서 입법자에게, 규율에 연계시키고자 원하는 기준을 선별하는 데 관련하여, 넓게 형성의 영역을 인정하였다. 연방헌법재판소의 판례에 따라(BVerfGE 1, 14, 52; 10, 234, 246; 49, 189, 209) 자의에 해당된다고 하자면, 평등 또는 불평등 처리에 관하여 합리적 근거, 사물의 본성에서 흘러나오는 근거, 또는 기타 확연한 근거 따위를 전혀 찾아볼 수 없는 경우이어야 한다. 연방헌법재판소의 판례에서 말하는 “자의”는, 결코 입법자의 **주관적 동기**라는 문제를 의미하는 것이 아니라, 사실적 상황에 대한 관계에서 조치가 **객관적으로 부적절했다**는 의미인데, 이때 그 객관적 적정성을 규범적으로 형성해야 한다는 것이다(BVerfGE 2, 266, 288; 42, 64, 73; 48, 227, 237; 51, 1, 26 f.). 평등원칙을 자의금지로 해석한다고 해서, 입법자가 **어떤 관점 하나에서만** 합리적으로 분명한 사유를 찾을 수 있는 내용의 규율사항을 규정하기만 하면 된다는 의미는 아니다. 오히려 입법자가 제정해야 할 법률은 - 아무리 그 법률이 최종적으로는 헌법상 기능의 분리라는 근거에서 도출되어 오직 자의금지의 극단적 한계에 관련된 측면에서만 판사의 통제권한과 배척권한의 대상이 되는 데 불과한 것이라고 할지라도 - **어떤 관점에서 보든 합리적이고 정당한 것**이어야 한다.

< 319 >

자의 금지에 한정하는 합법성 통제로 말미암아 결국 조세 법률의 심사에 가장 중요한 실질적 제한사유가 최종적으로는 “속이 텅 빈 공식”으로 바뀌게 될 것이다. 즉 입법자에게 조세부과 체계의 형성에 관하여 사실상 매우 넓은 자유영역을 허용하게 될 것이다(Loritz, NJW 1986, 1, 5 ff.; Schoch, DVBl. 1988, 863, 881 f.). 게다가 조세부과로써 행위에 영향을 가한다는 목표설정을 추구할 수 있고(단락번호 286 ff., 293), 그 결과 입법자가 조세 법률을 제정하면서 재정 정책적 목표 이외에도 국민경제, 경제정책, 교통정책, 사회정책, 기타 차별화 조치에 대한 실질적 고려사유 등의 실현을 앞세울 수 있다(BVerfGE 74, 182, 200). 조세부과에 대한 실질적 한계로서 평등원칙에 대하여 실질적 작용을 부여하기 위하여 연방헌법재판소와 학설은 **조세법 영역에서 그에 특수하게 구체화**하려는 노력을 기울였다. 즉 조세법 영역의 사안인 이상 특히 차별기준과 차별목표 사이의 목적-수단-관계를 더 세세하게 규정한다는 목표를 설정하였던 것이다.

< 320 >

조세규범에 대한 행정 간소화와 현실성 강화 등의 사유로 인하여 **유형화 작업(Typisierung)**이 진행 중이다. 본질적으로 유사한 사례라면, 세부적으로 다른 요소 등은 걷어내고, 하나의 유형에 소속시켜 조세부과 측면에서 동등하게 처리하자는 것이며, 이로써 조세징수를 집단적 처리절차로써 달성할 수 있어 행정 간소화의 이익을 거둘 수 있다는 것이다. 그러나 유형화가 허용되는 것은, 조세부담의 유형화에 어쩔 수 없이 따르는 불평등 처리에 대하여 비례적 적정성을 확보할 수 있을 경우에 한한다.⁵⁶⁾ 이와 같은 지적은 일괄적 처리(Pauschalierungen)에도 해당된다. 조세법 제정의 영역에서 유형화 처리와 일괄적 처리는 상당한 규모로 불평등 처리를 정당화하는데, 그 원인은 투명성과 법적 안정성 등의 효과를 높인다는 데서도 찾을 수 있다.⁵⁷⁾ 유형화 처리와 일괄적 처리에 대해서는 연방헌법재판소(BVerfG, NJW 1997, 2101)에서도 또한 지지한 바 있는데, 그렇지 않을 경우 개별화 및 특수화 등이 점점 극화되면서 집행의 결손이 더욱 심각해질 수 있다는 논거를 제시하였다.

56) BVerfGE 21, 12, 26 ff.; 26, 265, 275 f.; 31, 119, 130; 63, 119, 128; 71, 146, 157; 82, 60, 91 ff.; 84, 348, 359 f.; 85, 264, 317; 87, 153, 172.

57) Dreier/Heun, GG, Art. 3 Rdn. 67.

< 321 >

평등원칙을 특수화하는 **조세정의 원칙과 담세능력에 따른 조세부과 원칙** 등에 관련해서도 분류와 적용 등의 문제는 발생한다. 조세법 영역에서는 빈자와 부자에게 동일한 세율을 적용함으로써 형식적으로 평등하게 처리한다면 평등원칙에 모순을 일으킬 것이라는 점은 널리 인정되어 있다. 경제적으로 더 큰 급부능력을 지닌 사람은 경제적으로 약한 사람보다 더 높은 비율로 소득 중 일부를 세금으로 지출하는 것이 비례적 평등 원칙에 부응할 것이다(BVerfGE 8, 51, 68 f.). 그러므로 누구든지 조세부담은, 자신의 소득으로부터 납부할 수 있는 조세급부에 관한 그 자신의 능력에 따라 측정한다. 이때 급부능력의 평가기준은 **사실상 대상으로 설정된 능력**을 의미하는 것이지, **잠재적인 급부능력**을 말하는 것은 아니다.⁵⁸⁾

< 322 >

경제적 급부능력 원리가 기본법 제3조 제1항(모든 인간은 법률 앞에서 평등하다)에서 직접 도출될 수 있는 것인지, 그에 대하여 학설의 논의는 분분하다. 그 근거로, 일반적인 평등원칙은 본질적으로 형식적인 것이므로, 이는 어디까지나 구체화 필요가 있는 법 원리를 의미하며, 법 원리의 해석에서도 자의금지로부터 ‘조세부과에 대한 내용상 척도’는 어떤 것도 도출할 수 없다는 점 등을 지적한다. 조세부과 영역에서 이 점은 경제적 급부능력 원리를 **구체화해야** 한다는 결론으로 즉 **일반적인 평등원칙을 충진해야** 한다는 결론으로 나타난다. 이와 같이 원리로부터 도출한다는 측면에서 보면 많은 세부 사항에 관하여 여전히 논란이 심하다. 연방헌법재판소가 판례 6, 55, 70 f. 이래로 기본법 제3조 제1항(법률 앞에서 평등)에서 - 기본법 제6조(혼인, 가족, 사생아)를 지원역할로 동원해서 - **일차원적으로 결론을 도출한다**는 태도를 유지했는데, 학설에서는 급부능력 원리로부터(예컨대 사회국가 원리, 해석을 통하여 자의금지로 나타난 법치국가원리, 기본법 제106조 - 조세수입의 분배와 재정전매수익 - 등을 통하여) **다차원적으로 결론을 도출한다**는 태도를 지지하는 견해가 우세했다.⁵⁹⁾

< 323 >

세법 문헌에서는 **담세능력 원리**로부터 도출되는 ‘입법자에 대한 요구사항’이라는 측면에 볼 때 일련의 다양한 견해가 나타나고 있는데 거칠게 두 가

58) BVerfGE 45, 104; 61, 319; 67, 290.

59) 이에 관한 세부적 사항은 Vogel/Waldhoff, Rdn. 516 ff.

지 방향으로 정리할 수 있다. 한편에서는 담세능력 원리에 대하여 헌법적 서열을 부여함으로써 조세법 전체에 대하여 체계유지적 원리라는 견해를 주장하고 있다. 이 견해는 많은 학자의 견해 중 하나로서 ‘가능하며 합법적인 차별화 근거’가 그 내용이라고 주장하는 것이다. 기본법 제3조 제1항에 의거하여 조세 법률을 심사한다고 하나 그에 따르면 **자의금지**의 범위 내에서 합리적 차별사유가 존재하는지 여부를 심사한다는 정도로 범위를 축소시키게 된다(Arndt, NVwZ 1988, 787, 791). 다른 견해에 따르면 **담세능력 원리**는 기본법 제3조 제1항으로부터 직접 도출된 것으로 **헌법적 서열**을 지닌다고 한다. 그에 따르면 현행 조세법률 중 상당히 큰 부분이 위헌 판단을 받게 될 것이다(영업세에 관하여: Wendt, Betriebs-Berater 1987, 1257, 1259 f.). 만약 판례와 다수설을 지지하여 경제적 급부능력에 따라 조세를 부과한다는 원칙이 헌법적 서열을 지닌 것이라고 인정할 경우, 인두세 원리와 등가 원리(das Kopfsteuerprinzip und das Äquivalenzprinzip) 등과 같은 현재 관철되고 있는 조세형성 원리(이에 관해서는 최근 Hansjürgens, ZG 1999, 186 참조)를 배제하게 되는 모순에 직면하게 될 것이다.⁶⁰⁾

< 324 >

헌법상 심사척도로서 담세능력 원리는 개별사안에 적용할 때 **상당히 심하다고 할 정도로 구체화해야** 할 필요가 있다는 점이 드러나, 오직 소득 또는 재산 등을 과세대상으로 하는 조세에 대해서만 적용할 수 있다.

< 325 >

입법자는 조세체계의 구성하면서 넓게 **형성의 자유**를 누린다. 조세원천의 확장 즉 조세의 종류를 늘리고 세율을 높이는 식으로 특정 하는(BVerfGE 93, 121, 136) 데 입법자는 기본법 제3조 제1항의 제한을 전혀 받지 않는다. 기본법 제3조 제1항으로부터 그 범위에 관한 한 오직 소극적 의미만 도출될 뿐이어서, 어떤 종류의 조세 형성이 평등원칙에 모순을 일으키는지 확정하는 데 그친다.⁶¹⁾

< 326 >

조세평등 원칙은 오직 **개별조세의 내부에서만** 효력을 미칠 뿐, 조세체계 전체에 대해서는 관련을 갖는 것이 아니다. 체계포괄적인 차원에서 불평등

60) Vogel/Waldhoff, Rdn. 525.

61) 이에 관하여 자세한 것은 v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rdn. 82 ff., 89 ff.; Dreier/Heun, GG, Art. 3 Rdn. 69; Sachs/Osterloh, GG, Art. 3 Rdn. 134 ff.

처리에 대하여 제기되는 요구사항 그 자체는, 상대적으로 규모가 적지만, 여하튼 마찬가지로 합리적인 것이어야 한다(BVerfGE 84, 348, 363 f.). 개별조세 내부에서는 입법자에 대한 기속의 강도가 높다. 입법자는 조세부과의 일반성과 평등성을 확보해야 할 뿐만 아니라 담세능력을 고려한 적정성도 구현해야 하는 것이다.

< 327 >

조세법 영역에서 입법자는 점차 엄격하게 이해하게 된 체계정당성 요청 내지 결과정당성 요청 등을 충족시켜야 할 의무를 부담한다(BVerfGE 84, 239, 274, 283). **체계정당성 원칙(Systemgerechtigkeit)**의 내용은 다음과 같다. 기본법은 입법자에게 넓게 형성의 영역을 허용하였다. 그러나 입법자가 규범적 규율행위를 수행하면서 많은 적든 특정한 체계를 선호한다는 태도를 밝히고 이를 시도하는 방식으로나마 구현했을 경우라면, 반드시 **논리적 일관성(Folgerichtigkeit)**까지 다스려야 한다. 입법자 자신이 한 번 기본규칙(Grundregel)을 설정하였다면 충분하고 합리적인 이유가 없을 경우 이를 위배하거나 변경해서는 안 된다. 이 범위에 관한 한 **입법자는 자신이 스스로 정립한 객관적 법칙성에 기속되며**, 그에 따라 입법자는 한 번 어떤 평가를 수행하였을 경우 그 방향으로 관철해야 하되 자의만 아니라면 자유롭게 고려할 수 있다. 하지만 **체계의 위배나 파괴**가 원천적으로 금지되지는 않으나, 다만 이는 **평등의 위배로서 자의에 해당된다는 지표**로 평가될 것이다(BVerfGE 18, 366, 372 f.; 34, 103, 115; 이에 관해서는 Schoch, DVBl. 1988, 863, 878 f.). 그러므로 이 경우 거기에서 벗어나는 규율을 할 경우 근거확보의 요구가 더 높아지는 것이다.

< 328 >

자유를 훼손하는 효과 다시 말해서 **경제를 유도하는 조세**는 그때마다 문제된 자유권적 기본권 특히 기본법 제12조(직업의 자유), 제14조(재산권, 상속권, 공용수용), 제2조 제1항(일반적 행동의 자유) 등을 척도로 심사해야 한다. 그에 따르면, 조세의 유도 기능에 따라 일어나는 훼손이라고 하더라도, 그보다 우월한 공적 이익으로 정당화되는 한, 이로부터 통상적인 경우 ‘기본법 제3조 제1항의 의미에서 불평등 처리’에 대하여 그에 부응할 충분한 근거도 도출되는 것이다.⁶²⁾

62) BVerfGE 16, 147, 184 ff.; 38, 61, 97; 84, 239, 274.

< 329 >

기본법 제3조 제1항으로부터 그밖에도 사실상 평등한 법률의 집행의 요청도 도출된다. 조세입법자는 자신이 정립한 규범을 통해서 조세징수의 구조적 하자를 제거하고 사실상 조세의무라는 부담의 평등을 보장해야 할 의무를 진다. 이는 조세 평등의 사실상 관철을 - 가령 통제형 통지(Kontrollmitteilung) 등을 수단으로 - 확보하자는 의도인데, 90년대까지 자본수익(Kapitalerträge)에 대한 조세부과 영역에서는 이루어지지 못했던 것이다.⁶³⁾

< 330 >

소득세법(Einkommensteuerrecht)에 대한 수많은 판례가 나오면서 담세능력에 따라 조세를 부과한다는 원칙이 연방헌법재판소에 의하여 정교하게 다듬어졌다. 소득세법의 경우 생계하한 급부(Unterhaltungsleistungen)를 고려해야 한다는 측면에서 연방헌법재판소는 (BVerfGE 61, 319, 342 ff.) 담세능력 원리로부터 ‘입법자가 향유하는 형성의 자유에 설정할 한계’를 도출하였다. 그에 따르면 담세능력에 따른 조세부과 원리로부터 어떤 경우이든 도출할 수 있는 결론으로서, 소득세법상 중요한 의미를 갖는 지출에는, 소득을 목표로 하는 영역의 외부에서 - 그러므로 사적 영역에서 - 발생한 지출로서 조세납부 의무자에게 회피할 수 없는 지출도 포함된다는 것이다. 자녀에 대한 부양의무로 발생하는 경제적 부담은 그에 따르면 부모의 담세능력에 훼손을 가하는 특별한 상황에 해당된다. 이와 같이 회피할 수 없는 특별부담인 경우, 입법자가 고려해도, 조세징의에 위배되지 않으며 허용된다. 부모 중 한 쪽에서 혼자 즉 편부·편모 가정의 경우 투입한 자녀양육 비용을 조세에 관한 규율에서 고려해야 한다는 요청을 인정한다고 입법자가 결정했다면, 그 범위에 속하는 한, 경제적 급부능력에 따라 조세를 부과해야 한다는 요청에 따르면, 편부·편모가 자신의 자녀를 양육하는 데 반드시 출연해야 할 규모의 금원은, 회피할 수 없는 것인 한, 사실상 발생한 크기만큼 조세의 측면에서는 소득의 감축으로 고려해야 한다(BVerfGE 61, 319, 344 ff.). 그 밖의 판례(BVerfGE 66, 214, 222 ff.)에서도 연방헌법재판소는 경제적 급부능력에 따라 조세를 부과한다는 원리로부터 **예측 가능한 결론**을 도출하였다. 부양의무로 인한 경제적 부담은 급부능력에 훼손을 가하는 특별한 상황의 하나로 인정했던 것이다. 회피할 수 없는 특별부담을 입법자가 간과하지 않고 고려한다고 해도 조세징의를 위배하는 것은 아닌데, 그로부터 또 하나의 결론을 도출할 수 있

63) BVerfGE 84, 239, 271 ff., 284; 96, 1, 6 f.

다. 즉 강제되는 부양의무에 관하여 조세 부문에서 고려하는데 그에 대하여 **현실에서 벗어나지 않는 한계**를 설정하는 것은 입법자에게 허용된다는 것이다.

< 331 >

자녀양육비 보조급부와 담세능력의 상호작용에 관한 판례(BVerfGE 82, 60)에서 연방헌법재판소는 처음으로 **(가족의) 최저생계비**(<Familien-> Existenzminimum)에 관하여 상세하게 판시하였는데 원문을 살펴보면 다음과 같다.

“헌법적 판단에서 전제로 인정한 것은, 국가가 납세의무자에게 그의 소득에 대하여 조세를 부과하지 아니하는 하한을 반드시 설정해야 하는데, 그 하한은 인간다운 존재로서 최소한도 여건을 마련하기에 필요한 수준이어야 한다는 원칙이다 아무 재산도 없는 시민에게 이와 같은 최소한도의 여건을 ‘필요한 경우라면 사회적 급부로서 확보해 주어야 할 의무’를 국가가 부담하는 것과 마찬가지로 국가는 국민에게 ‘국민 스스로 획득한 소득으로부터 이에 해당되는 금원’까지 납부하게 해서는 안 될 것이다.”

< 332 >

생존 하한 확보에 관한 헌법상 원칙을 연방헌법재판소 제1재판부에서는 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄과 국가권력의 존중의무)에 연계하여 평등원리로부터 그리고 기본법 제20조 제1항의 사회국가 원리로부터 그리고 추가적으로 기본법 제6조 제1항(혼인과 가족의 보호)으로부터 도출하였다. 1998년 제2재판부는 이 판례의 태도를 받아들였다(BVerfG, DVBl. 1999, 387 및 389). 이들 조항으로부터 추론한 바를 살펴보면, 어떤 가족에 대하여 조세를 부과할 경우 ‘가족구성원 전부의 생존하한에 충족해야 할 금원’은 반드시 과세대상에서 제외되어야 하는데, 이때 조세부과가 세세하게 어떻게 구성되는 것인지 그리고 어떤 가족구성원이 납세의무자로 나타나는지 등의 문제와 상관없다는 것이다. 그밖에도 담세능력 원리로부터 다시 한 번 부양비용을 현실에 비추어 적절하게 고려하여야 한다는 결론을 도출한다. 그에 따르면 국가는 반드시 ‘자녀에 유리하게 내린 부모의 결정’을 존중해야 하며, 세법에서도 부모에게 ‘기타 생존유지비용’을 회피할 수 있는 것과 동일한 방식으로 ‘자녀’ 또한 회피할 수 있는 것으로 처리해서는 안 된다. 그에 따르면 소득의 크기에 따라 국가는 조세적 측면의 급부능력 즉 담세능력을 판단할 때 반드시 납세의무자의 자녀에 대한 부양 지출금액을 조세부과 대상인 소득의 범위에서 제외해야 하는데, 이는 부양 지출금액이 자녀의 생존하한을 보장하는 데 필요한 수준에 한정된다. 이와 같은 결론은, 가족의 생존하한에 관하여 배려

한다는 전제로부터, 그리고 불가피한 부양 지출금액에 대하여 현실에 맞게 조세측면에서 배려해야 한다는 명령으로부터, 도출되는 것이다. 결국 연방헌법재판소 제1재판부에서는 이렇게 해서 **자신의** 최저생계비 수준에 관한 한 조세를 면제해야 한다는 헌법상 명령(*das Verfassungsgebot der Steuerfreiheit des eigenen Existenzminimums*)을 도출하되 평등원칙이 아니라 기본법 제20조 제1항(사회국가 원리)에 연계하여 제1조 제1항(인간의 존엄과 국가권력의 존중 의무)으로부터 도출하였던 것이다. 그에 반하여 납세의무자가 **자녀의** 생존유지 즉 생활부양에 필요적으로 지출해야 할 부분에 대한 조세면제에 대한 근거는 직접 기본법 제3조 제1항(법률 앞의 평등)에서 찾았다.⁶⁴⁾ 연방헌법재판소 제2재판부에서 (가족의) 생존하한에 대한 조세면제라는 결론을 도출한 데 대해서는 (단락번호 356 참조).

< 333 >

연방헌법재판소 제2재판부의 **이자과세 결정**(Zinsbesteuerungsentscheidung)에서⁶⁵⁾ 일반적 평등원칙을 개별영역에 특수하게 구체화하면서 조세법 영역에 대하여 **부담결과 측면에서 평등**(Gleichheit im Belastungserfolg) 즉 사실상 부담이 평등해야 한다는 필요성이 제기된다는 점을 도출하였다. 그에 관한 내용을 결정의 문언 자체로 살펴보면 다음과 같다.

“평등원칙이 조세법에 대하여 요구하는 바를 살펴보면, 조세 법률은 납세의무자에 대하여 법적으로 그리고 사실적으로 평등하게 부담을 과해야 한다는 것이다. 만약 징수절차를 법적으로 형성하면서 **부담결과의 평등성**에 원칙적으로 오류가 발생할 경우라면, 이는 법률상 조세부과의 근거가 헌법에 위배된다는 결과를 초래하여 납세자가 보유한 조세부과 평등에 관한 기본권을 침해하는 것이다. 기본법 제3조 제1항의 평등원칙은 각 영역에 특유하게 적용해야 한다. …… 조세법 영역에서는 헌법상 조세부과 근거조항은 물론이고 그 조항의 적용에 관한 규율에 대해서도 반드시 납세자에 대하여 가능한 한 평등하게 부담을 과해야 한다는 원칙을 특히 조심스럽게 고려해야 한다. ……

모든 납세의무자에게 가능한 한 평등하게 부담을 과해야 한다는 명령으로부터 다음과 같은 결론이 도출된다. 입법자는 과세대상을 선별할 때 그리

64) BVerfGE 82, 60, 86 f.; 89, 346, 353; 이에 관해서는 Sachs/Osterloh, GG, Art. 3 Rdn. 153 ff.

65) BVerfGE 84, 239, 268 ff.

고 세율을 결정할 때 넓게 결정의 폭을 보유한다. 이와 같은 기초적 구성요건을 형성할 때 입법자는 일단 한 번 부담을 과하는 결정을 내렸다면 반드시 그로부터 ‘부담평등이라는 의미에서 타당한 결과’가 생성되도록 현실에 구현해야 한다. …… 평등원칙과 합법성 원칙이 철저하게 관철되는 조세채무관계에서 채무자의 합법적인 조세지급에 관한 의무에 부응하여 채권자의 합법적인 조세징수에 관한 의무도 확립되어야 한다.

조세부과의 평등성에는 그러므로 규범적 조세의무의 평등성은 물론이고 **조세를 징수하면서** 규범적 조세의무를 관철시킬 때의 **평등성** 역시 그 구성요소로서 포함되어 있다. 권력분립적 헌법질서의 구조 안에서 입법자는 동등한 부담의 배분 척도에 관하여 규율하여, 이 법률의 집행을 위임받은 재무행정에게 대해서 조세부과의 취지를 엄격하게 합법성을 준수하면서 … 구현하며 이로써 부담평등성을 보장해야 할 의무를 부과한 것이다. 기본법 제3조 제1항(법률 앞의 평등)에서는 부담결과의 평등성을 원칙적 차원에서 왜곡시키는 방식으로 ‘조세징수에 관하여 규율하는 것’을 금지하였다. 그로부터 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 실질적인 조세 법률은 반드시 일정한 규범적 환경 내에 제 자리를 잡아야 하며, 그 규범적 환경은 부담의 평등성을 사실적 결과라는 측면에서 또한 원칙적으로 보장하는 것이어야 한다. 그에 따라 조세의 부담 평등성이 요구하는 바를 살펴보면, 실질적 조세 법률은 가능한 한 최대한 그 자체로서 통상적인 관철가능성을 확보해야 한다. 따라서 입법자는 조세부과의 요건과 이에 부응하는 징수의 규율사항을 서로 맞추어 조율해야 한다. 징수의 규율사항으로 말미암아 동등한 부담결과가 왜곡되는 경우라면, 실질적 조세규범이라고 해도, 납세자가 동등한 부담배분 척도에 따라 부담을 과하도록 보장할 수 없는 것이다. 그와 같은 징수의 규율사항은 거꾸로 평등에 위배되는 부담배분이라고 판단될 단초에 해당될 것이다.”

< 334 >

이른바 **통일적 과세표준 결정**(sog. Einheitswertebeschluss)에서 연방헌법재판소 제2재판부가 위의 결정에 연계시키면서 추가적으로 판시한 바를 살펴보면, 입법자는 재산취득, 재산보유, 재산사용 등에 대하여 조세를 부과함으로써 (eine Besteuerung des Vermögenserwerbs, des Vermögensbestandes und der Vermögensverwendung), **전체적 부담**(Gesamtbelastung)에 관해서 **부담의 평등척도**(das Belastungsgleichmaß)를 보장하여 과도한 부담을 피할 수 있도록 조율해야 한다. 입법자가 조세의무 있는 재산 전체에 대하여 일괄적으로 세율을 결정한

다고 하더라도, 사안에 따라 그 자체로 평가해야 할 경제적 단위에 대한 과세측정 근거 즉 과세표준(Bemessungsgrundlage)을 확보해야 비로소 이를 구현할 수 있다. 과세표준은 그래서 반드시 경제적 단위의 수익능력(die Ertragsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheiten)에 적절하게 연계시켜야 하며 그 관계에서 가치가 현실에 맞게 형성되어야 한다. 경제적 단위의 특정한 집단에 대한 조세징수 측면의 가치가 현실에서 벗어난 것임이 분명할 경우, 입법자는 그것을 그대로 방치해서는 안 될 것이다(BVerfGE 93, 121, 135).

b) 혼인과 가족의 보호

< 335 >

기본법 제6조 제1항에 따르면 혼인과 가족은 국가적 질서의 특별한 보호 대상에 속한다. 이는 이른바 (사법적) 제도보장, 국가의 제한에 대한 방어권으로서 기본권, 혼인과 가족에 관련되는 모든 법 영역에 대한 가치 결정적 기본규범 등의 의미를 지닌다. 기본법 제6조 제1항은 그러므로 또한 조세 법률을 제정할 때에도 고려해야 할 것인데다가 특히 중요한 것이기도 하다. 그 명령하는 바를 살펴보면 **혼인과 가족에 정당한 처우가 되도록 조세법을 형성하라**(eine ehe- und familiengerechte Ausgestaltung des Steuerrechts)는 것이다(BVerfGE 81, 363, 376). 그에 따르면 조세입법자가 **조세 측면에서 차별적으로 규율하는 것은 허용되지 않는다**. 배우자와 가족구성원은 독신자와 비가족 구성원에 비하여 불이익을 받아서는 안 된다. 그러므로 배우자 소득세의 통합 부과는, 이들의 소득에 대한 세율이 누진적으로 높아지는데도 합산하는 방식이라면, 기본법 제6조 제1항에 위배하는 것이다(BVerfGE 6, 55, 77). 혼인과 가족에 대한 불이익 처우의 금지 이외에도 기본법 제6조 제1항에는 경우에 따라서 **조세상 이익을 부여해야 한다는 명령** 또한 포함되어 있다. 최소한 혼인 또는 가족 등의 여건에 종속되는 비용 내지 지출(Aufwendungen)이 발생했을 경우에는, 즉 그 지출이 직접 개별 가족구성원의 보호와 복리에 기여하는 경우에는 이 금지와 명령이 효력을 미치는 것이다. 현재 소득세법 영역에서 실무상 이미 시행하고 있는 배우자 합산 후 동등배분 기준 조세부과 제도(2분2승제 Ehegattensplitting)⁶⁶⁾ 바로 그와 같은 사례에 해당된다(BVerfGE 61, 319, 346). 부모와 양육 중인 자녀에게 조세상 이익을 부여하는 배우자

66) 역주: 배우자의 소득을 합산한 후, 그 금액에 절반에 대해 조세를 부과하고, 다시 그의 두 배 금액을 배우자에 대한 최종적 조세부과 금액으로 산정하는 방식이다. 누진세를 피하기 때문에 부부에게 유리한 계산방식이라고 한다.

반분기준 조세부과 제도는 특히 가족 지원 명령에 부응하는 것이기는 하지만, 그것만이 헌법상 명령에 부응하는 유일한 대안인 것은 아니다. 반드시 이와 같은 분리제도를 자녀를 양육하는 편부·편모에게도 확대하여 적용해야만 한다는 결론은 기본법 제6조 제1항으로부터 필연적으로 도출된 것은 아니라고 평가해야 할 것이다(BVerfGE 61, 319, 345 ff.; 68, 143, 153).

< 336 >

평등처우의 관점에서 가능한 한 혼인과 가족의 지원에 대해서는, **사회급부에 대비해서 세법을 적정하게 형성하는** 방식으로, **우월한 지위**를 부여해야 한다. 왜냐하면 조세의 수단으로 박탈한 다음에 배분하기보다는 아예 조세 수단 자체를 포기하는 것이 자유주의적 법질서에 부응할 것이기 때문이다. 국가는 그러므로 시민에게 사회급부를 부여할 목적 아래 조세법을 수단으로 시민을 궁핍 상태로 몰아가서는 안 된다. 조세체계는 특히 가족에게 주는 부담의 관점에서 반드시 담세능력 원리를 고려해야 하는데, 간접세(indirekte Steuern)의 경우 가족의 특별한 재정적 부담에 관해서 전혀 배려하지 않는다는 점에 유의해야 한다.

< 337 >

기본법 제3조 제1항과 관계를 살펴볼 때 **기본법 제6조 제1항은 특별규범(Spezialnorm)** 즉 특별법이라는 점을 증명하려면, 조세관련 규율사항이 혼인 또는 가족 등에 직접 관련된 것이라는 요건을 충족시켜야 한다(BVerfGE 28, 324, 346). 혼인과 가족에 대하여 다른 생활공동체와 양육공동체 등보다 더 불리한 지위를 부여해서는 안 된다고 기본법 제6조 제1항이 특별한 평등원리의 구현으로서 금지하는 것이다. 혼인과 가족에 대하여 조세상 불리하게 처우하는 것은 오직 특수한 정당화사유가 있을 경우에만 허용된다. 따라서 혼인한 이들이 전형적으로 특정한 비용을 더 지출하지 않을 수 없는 궁지에 빠지지 않게 조세입법자는 조세특권의 영역에서 배려해야 한다. 이와 같은 **불이익금지 명령(Benachteiligungsverbot)**은 어떤 부담을 주는 차별이든, 그것이 혼인의 존재(기본법 제6조 제1항) 또는 혼인으로 인한 양육공동체에서 친권의 행사(기본법 제6조 제1항, 제2항) 등에 연계되는 한, 거부해야 한다는 것이다(BVerfG, DVBl. 1999, 387). 불이익이 발생했다는 것은, 배우자 일방 또는 부모가 혼인 또는 가족 자체 또는 그 형성으로 인하여 조세면제로부터 배제되었을 경우를 말한다. 조세평등 명령의 요구에 따르면, 적어도 직접세(die direkten Steuern)에 관한 한 재산상 급부능력 즉 담세능력에 따라 부담

을 과해야 한다(BVerfGE 61, 319, 343; 66, 214, 222; 82, 60, 86; 89, 246, 352; BVerfG, DVBl. 1999, 387, 388). 가족의 **최저생계비**(Existenzminimum)을 유지하기 위해서는 어차피 지출해야 할 것이므로 달리 처분할 수 없는 소득이라면, 이를 조세부과 대상에서 배제해야 한다는 조세입법자의 의무가, 바로 담세능력에 따른 소득세 부과에 관한 헌법상 원리를 분명하게 구현한 것이다. 다시 말해서 국가는 반드시 납세의무자의 소득에 대해서 인간다운 존재의 최소한도 요건에 - 즉 “최저생계비”(BVerfGE 82, 60, 85; 82, 198, 207)에 - 해당하는 한 조세를 면제해야 한다는 것이다. 가족에 대하여 조세를 부과할 때 이 하한은 기본법 제6조 제1항(혼인과 가족의 보호)을 추가적으로 고려하여 모든 가족구성원의 최저생계비에 대해 배려해야 한다는 의미로 확대된다(BVerfGE 82, 60, 85; 87, 153, 169; BVerfG, DVBl. 1999, 387, 388 f.).

< 338 >

조세 측면의 급부능력 즉 담세능력에 관하여 판단할 때 국가는 그에 따라 반드시 납세의무자의 자녀에 대한 부양비용을 조세부과 대상인 소득의 범위에서 제외시켜야 하는데, 그 부양비용은 자녀의 생존하한을 보장하기 위해 필요한 것을 의미한다. 이와 같은 생존하한은 사실상 지급한 금액이 아니라 필요 자체를 기준으로 산출한다.⁶⁷⁾ 자녀를 부양하는 것을 사적인 필요사항을 충족시키는 것과 법적으로 동등하게 처리해서는 안 된다. 그러므로 조세입법자는, 자녀의 수발과 양육에 불가피한 재원에 대해서는, 임의의 필요사항을 충족시키는 데 들이는 재원과 같은 방식으로 파악해서는 안 된다(BVerfGE 82, 60, 87; 84, 348, 349 f.; 87, 1, 38; 87, 153, 170; BVerfG, DVBl. 1999, 387, 399). 이와 같은 논의로부터 연방헌법재판소는 1998.11.10. 결정에서 다음과 같은 문언으로 결론을 도출하여 판시하였다.

“부모의 급부능력은 그에 따르면, 자녀에게 현실적으로 필요한 물품의 구입과 소득여건에 따라 달라질 수밖에 없는 부양의 필요 등의 범위를 넘어서, 일반적으로 부양의 필요(Betreuungsbedarf)에 따라 축소된다. 이와 같은 **부양의 필요는 자녀로 인한 최저생계비의 구성부분**으로서 조세 측면에서 감면해야 한다. 자녀가 있는 납세의무자는 이와 같은 부양의무로 인하여 자신의 노동력 또는 지급능력 등에 대한 청구를 충족시켜야 하므로, 자녀 없는 납세의무자와 비교할 때 조세상 급부능력이 더 적은 것이다. 만약 자녀 있는 납세의무자의 경우 소득세를 산정할 때 ‘자녀를 양육하고 부양해

67) BVerfGE 82, 60, 91; 87, 153, 170; BVerfG, DVBl. 1999, 387, 389.

야 할 부모의 의무를 이행하는 데 필요재원'을 고려하지 않는다면, 그 부모는 자녀 없는 납세의무자와 비교할 때, 부모의 의무를 이행하여 지급해야 할 몫만큼 불리한 대우를 받는 결과가 될 것이다. 이로써 수평적 평등 명령에 위배될 것이다. 부양의 필요는 그러므로 반드시 가족의 생존하한에 필수적인 구성요소로서 소득세법상 과세대상에서 제외해야 하며, 뿐만 아니라 그때 이와 같은 필요를 충족시킨 방식이 어떤 것인지에 따라 결과를 달리 도출하지 않고 동일하게 인정한다.”⁶⁸⁾

< 339 >

최저생계비를 산정한다(Bemessung des Existenzminimums)는 것에 관하여 연방헌법재판소는 같은 날 내놓은 결정에서 다음과 같이 추가적으로 판시하였다.

“그동안 확립된 연방헌법재판소의 판례에 따르면 기본법에서는, 생존에 필수적인 지출을 적절한 그리고 현실에 합당한 수준에서 소득세로부터 면제해야 한다고 요구한다. **사회부조법(das Sozialhilferecht)**에서는 생존의 하한을 **수량적으로 보여주는 비교기준**을 제공한다. 즉 소득세에서 감안해야 할 생존하한은, 빈곤한 이에게 국가가 보장해야 할 국가적 차원의 부양에 해당되는 금액의 수준보다 어떤 경우이든 못 미쳐서는 안 된다. ... 생존에 필수적인 필요는 헌법상 소득세로 인한 재산상 공취에 대한 하한을 의미한다. 기본법 제6조 제1항은 거기에서 그치지 않고 또한 가족에 대하여 조세를 부과할 때 가족구성원 전원의 최저생계비에 대하여 반드시 조세를 면제해야 한다고 명령한다(BVerfGE 82, 198, 207). ... 헌법상 고려해야 할 생존의 확보에 필요한 지출금액은 반드시 사실상 필요에 - 즉 현실에 타당한 수준에 - 따라 측정해야 한다(BVerfGE 66, 214, 223; 68, 143, 153; 82, 60, 88). 그 하한을 구체화한 것이 사회국가에서 인정된바 즉 생존 하한으로 보장해야 할 사회부조 급부이며, 소비 자체의 측면에서 조사해야 하고, 또한 생활관계의 변화에 따라 정기적으로 조정해야 할 것이다. 입법자가 빈곤한 이들에게 이들의 생존에 필수적인 필요사항을 충족시키기 위해서 공적 재원으로 지원하는 그것이 최소한도의 것으로서 반드시 입법자는 취득금액 중에서 그만큼은 소득보유자에게 맡겨야 할 것이다(BVerfGE 87, 153, 171; 91, 93, 111). ... 수평적 평등 원칙이 명하는 바는, 모든 납세의무자의 자녀에 대한 생존에 필수적인 최소한도 필요사항을 조세 측면에서 전면적으로 고려해야 한다는 것으로서, 개인적인 한계세율에 상관없이 동일하다.”⁶⁹⁾

68) BVerfG, DVBl. 1999, 387, 389.

69) BVerfG, DVBl. 1999, 387, 390 f.

c) 경제적 기본권

< 340 >

조세 법률은 또한 경제적 자유를 보장하는 기본권 즉 기본법 제14조 제1항(재산권과 상속권), 제2항(재산권 행사의 공공복리 봉사 의무), 제12조 제1항(직업 선택·행사의 자유), 제2조 제1항(일반적 행동의 자유) 등의 기준에 비추어 평가해야 한다. 특히 기본법 제1조 제3항(기본권의 직접적 효력)에 근거를 둔 이와 같은 심사로 말미암아 비로소 헌법제정 이전의 자유주의적·법치국가적 이해 즉 조세는 위와 같은 기본권을 특히 사유재산 보장을 훼손하는 것이 아니라는 이해로부터 벗어나게 된다. 한편에서는 경제적 자유에 관한 기본권이 그리고 다른 한편에서는 조세부과에 관한 국가의 권한이 서로 조건적으로 엮여 있다. 조세 내지 공과금 국가(단락번호 30 이하 참조)로서 독일연방공화국은 헌법인 기본법에서 사경제적 질서를 전제로 인정하여 개인의 경제활동을 보장한다. 사회국가 원리 및 법치국가 원리라는 헌법에 따른 업무를 (즉 보호 및 보장 기능을) 수행하기 위하여 연방과 주는 그 재원을 확보하기 위하여, 기본권으로 보호받는 사경제 영역의 급부와 수익 등에 대하여 ‘조세부과 방식으로 관여하는 수단’에 의지하지 않을 수 없다. 원칙적으로 **조세납부 의무**는 이로써 **사인에게 유익한 소유 및 경제 질서의 필수적인 내용**이며 또한 외부적 표지이기도 하다. 바로 **국가의 조세부과 권력**으로 말미암아, 한편으로 국가는 개인에게 **직업 및 영업 등의 자유**를 보장할 수 있으며, 다른 한편으로 개인의 공법적 기여 의무는 물론 대규모의 독자적 경제 형식의 사업 활동으로서 (단락번호 456 이하 참조) 경제영역 전체에 대한 법적 독점을 유발하는 것을 금지할 수 있다(Papier, DVBl. 1980, 787, 788; Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 45 ff., 86 ff.). **경제적 자유, 법치국가성, 사회국가성, 조세국가성** 등은 그러므로 서로 분리할 수 없을 정도로 연계되어 있다.

< 341 >

그렇다고 해서 경제적 자유에 관한 기본권이 조세부과에 대하여 **실질적·법적 한계**를 전혀 설정한 바 없다는 의미는 아니다. **입헌주의(Konstitutionalismus)**와 **자유주의(Liberalismus)** 시대에 ‘국가의 조세부과에 의한 재산에 대한 공취’는 오늘날과 비교할 때 오히려 희소한 정도였고 ‘개인의 자율적인 자유의 행사에 대한 제한’은 그다지 심각하지 않았다. 게다가 조세부과라는 수단 하나만으로도 국가업무의 재원을 확보한다는 목적을 실현하였다. 당시 의회의 예산승인권만으로도 (형식적 법률유보) 충분히 보호를 제공하였다. 그 이후로

오늘날 **산업사회의 급부국가에 이르기까지 점차 비중이 커져왔던 변화**의 결과로 국가의 조세권력은 전혀 다른 차원의 것으로 변질되었다. 국가의 업무와 목적이 계속 확대되어 오면서 (단락번호 113 이하) **국가의 재원확보 필요영역도 확장**되어 왔다. 조세부담이 비약적으로 늘어난 것은 결국 국가 업무와 지출이 변화에 따라 어쩔거나 많은 적든 불가피하게 나타난 결과인 것이었다. 조세부과의 중립성 요청이라는 과업이 인정된 이래로 조세 징수의 목적은, 더 이상 배타적으로 재정 목적에 한정되지 않았고, 점차 빈도나 강도 모두 높아지는 경제, 사회, 사회보장, 환경정책, 기타 **형성 및 유도 등의 목적(Gestaltungs- und Lenkungszwecke)**을 포함하게 되었다(단락번호 286 이하, 293). 조세에 관한 헌법상 개념은 물론 단순한 법률상 개념에서도, 주위적 목적이든 부차적 목적이든 상관없이 **여하튼 국가수입을 목표로 추구하는 것**이라는 요소가 판단기준인 것이다. 국가 필요재원의 규모는, 조세징수에 연계되어 있는 재정 외부의 목표설정과 마찬가지로, 조세로 인한 재산권에 대한 공취가 그 자체로서는 **잠재적으로는 무제한인 것처럼** 나타난다. 국가의 재정상 필요재원에 한계가 있다는 것만을 근거로 해서는, 경제적 활동을 보장하는 자유권적 기본권을 실효성 있게 보호할 수 있다는 결론을 도출할 수 없다.⁷⁰⁾

< 342 >

의회유보 원칙 역시 그것만으로는 급부국가에서 자유권적 기본권을 확실하게 보호하는 조세부과를 획득할 수 없다. 인민대표의 원래 목적이 시민의 공과금 부담에 한계를 설정한다는 것이었지만, 그에 반하여 제국시대(Kaiserreich)에 벌써 정치적 논란은 국가 예산의 지출항목에 관한 것으로 이행되었고, 그 내용을 살펴보면 의회의 의원이 선거전에 승리하려고 선거공약으로서, 조세법률의 제정을 통한 조세감축 효과보다는, 오히려 자신의 선거구를 위한 국가지출(Staatsausgaben)의 획득을 점차 더 선호하게 되었던 것이다. 바이마르 공화국에서 의회체계를 도입하면서 “재원을 사용하는 행정부”와 “절약에 고민하는 입법부” 사이의 대결상태가 결국 그 자체로 폐기되었다. 의회가 과도한 공과금 부담에 대한 보호기관으로부터, 의회주의적 헌법국가의 법제정기관, 급부기관, 조성기관 등으로 변신하였던 것이다(Vogel/Waldhoff, Rdn. 472 ff.). 바로 의회라는 **입법자야말로 조세부담을 확대하고** 점점 더 큰 규모로 지출을 강요하며 조세부과를 수단으로 다양한 목표를 추구하는 그 주체이다. 하지만 오해하지 말아야 할 사항이 있으니, 조세부과의 한계는 기본법

70) Friauf, DÖV 1980, 480, 482; Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 45 ff., 86 ff.; Vogel/Waldhoff, Rdn. 541 ff.

상 헌법질서에 의하여 구성된 의회민주주의에 따라 원칙적으로 입법자가 특정해야 할 것이며, 이때 입법자는 반드시 사회국가 원리에 따라 올바른 사회 질서를 위한 각종 조치를 수행해야 한다(BVerfGE 93, 121, 163 ff. 소수의견 Böckenförde; Dreier/Wieland, GG, Art. 14 Rdn. 48). 그러므로 조세부담의 크기는 직접 선거에 의하여 정당성을 획득한 인민대표의 정치적 결정에 종속되는 것이 표준적이다. 그렇지만 이로부터 다음과 같은 결론이 도출되는 것은 아니다. 기본권은 오로지 모든 납세의무자의 담세능력에 따른 조세부과의 평등성만을 반드시 보장해야 하며, 조세부과 권력의 측면에서 자유권은 어떤 한계를 설정할 능력도 없으며, 결과적으로 특히 “재산권보장의 요구리가 비었다”는 상태가 현존한다(Hesse, Rdn. 447)는 따위가 그것이다. 정작 체계적 이론에 따라 해결해야 할 문제를 키르히호프(Krichhof, HStR IV, § 88 Rdn. 86)는 입체적으로 다음과 같이 지적하였다.

“국가권력에 대한 기본권이라는 보호막이 조세공취로 인하여 오존보호대의 구멍과 같이 깨지고 터져서, 과세대상과 조세채무자는 조세부담이라는 불꽃에 아무 보호 없이 노출되고 그로 인하여 파괴 위협에 직면해 있다.”

< 343 >

이와 같은 변화로 말미암아 최근 20여 년 동안 그에 대한 대책 마련에 계속 노력을 기울이지 않을 수 없었는데, 이를 살펴보면, 조세국가의 확대에 대하여 법치국가적 자유보장을 대치시켜서, 조세부과의 종류와 규모를 기본권 행사의 능력과 동원 가능성 등을 제거하는 수준은 넘지 않게 조정하는 것이었다. 다시 말해서 이는 조세부과를 부정하는 것이 아니라 오직 **적절한 수준으로 제한하자**는 것이었다. 결국 모두 동의하는 바에 따르면, 바로 이와 같은 근본적 고찰로부터 **조세부과의 규모**라는 측면에서 그 척도와 구체적으로 특정할 수 있는 한계 등을 도출할 수 있는 것은 아니며, 그렇다고 하더라도 시민의 자유로운 활동에 재정적 측면에서 관여하는 조세국가로서는 조세부과의 근거를 확보하며 또한 존중해야 한다.

d) 재산권보장

< 344 >

조세에 관한 논의에서 아무리 늦게 잡아도 1980년 이래로 기본법 제14조의 소유권 보장은 중심부위를 차지하기 시작했다. 그 이전에 다툼이 없었던 사항은 오직 하나였으니, 즉 지나치게 과도한 조세부담은 소유권 보장과 일

치하지 않는다는 것이었다. 금전급부 의무가 의무자에게 과도한 부담을 주고 재산 상태를 원천적으로 훼손하는 것이라면, 즉 몰수(Konfiskation)를 의미하는 것이라면, 또는 **목을 조르는 것과 같은 억압적 효과(erdrosselnde Wirkung)**를 야기하는 것이라면, 어떤 경우이든 이는 소유권 보장에 위배된다.⁷¹⁾ 목 조르기 즉 질식의 본질에 관하여 적시한 연방헌법재판소에 따르면, 그것은 공과금의 규모가 **재산권의 행사를 일반적 관점에서 볼 때 경제적으로 불가능하게** 만들 경우를 의미한다. 그러나 이와 같은 요건을 독일연방공화국에서는 지금까지 어떤 조세도 충족시킨 바 없다.

< 345 >

조세를 징수하는데, 그 조세부과가 목 조르는 효과에 해당되지 않는다고 평가될 경우라고 해도, 판례와 학설은 과거부터 현재까지 늘, 과연 그것을 소유권 보장이라는 기준에 의거하여 평가해야 하는지 여부에 관하여 다투어 왔다. 그에 대한 판단은 **재산권 보장의 의미와 보호영역**을 어떻게 인식하는가에 따라 달라진다. 연방헌법재판소의 확립된 판례이면서 학설에 의하여 널리 인정된 판례에⁷²⁾ 따르면 기본권의 전체적 구조 내에서 재산권에 부여된 과업은, 그때마다 재산권 주체에게 **재산권 영역의 자유**를 보장해야 한다는 것이요, 이로써 그에게 **생존 자체를 자신의 책임으로 형성할 가능성**을 부여한다는 것이다. 그 범위에 속하는 한 재산권 보장은 인격적 자유의 보장과 내적 결합관계를 이루고 있다. 이때 재산권 보장은 사회적 법치국가의 관점에 비추어 볼 때 바로 사회적 약자에 대하여 특별한 기능을 수행하게 되는데, 이들에게 그 자유를 보호하기 위하여 무엇보다도 우선해서 필요한 것이기 때문이다. 그렇지만 재산권 보장은 생존과 자유를 보장하는 기능을 확보하는 데 그치지 아니한다. 재산권 보장은 그 범위를 넘어서 반드시 개인이 자율적으로 그리고 개인적인 이익이라는 목적을 추구하면서 법과 사회 질서를 건설하고 형성하는 데 참여할 가능성을 보장해야 하는 것이다. 재산권 질서는 이로써, 사적 자치에 따른 행위와 경제활동에 관한 다른 기본권과 마찬가지로, **재산권 영역의 사적 자치에 관한 특수한 보장규범**이라는 것이 드러난다.

< 346 >

판례와 상당히 넓게 상호 인정한 학설에 따르면 기본법 제14조 제1항의 재산권 보장에는 (1) **물적 소유권**, (2) 모든 **사법상 재산적 가치 있는 권리**,

71) BVerfGE 14, 221, 241; 23, 288, 315; 30, 250, 272; 38, 61, 102.

72) BVerfGE 24, 367, 389; 50, 290, 239 f. und 348.

(3) **공법상 재산적 가치 있는 법적 지위** 중에서 그 원인행위가 **자신의 급부** 인 것(생존을 보전하기 위하여 청구권자 자신이 이행한 노동 또는 급부 예컨대 자본투입 등과 같은 것에 상당한 것을 말한다. 그에 반하여 국가의 일방적인 보장⁷³⁾ 및 (4) 상당한 **재산적 가치가 있는 사물의 특성** 등이 포함된다. 그에 반하여 **재산 그 자체**는 통설에 따르면 소유권 보장으로 보호되는 것이 아니다(기본법 제14조의 체계적 해석에 관해서는 Henneke, Landwirtschaft und Naturschutz, 1986, S. 110-153 참조).

< 347 >

소유권 보장의 보호영역에 관한 것으로서 **조세부과**의 의미를 살펴보면, 납세의무자에게 **자신의 재산으로부터 가치의 희생**을 제공하라고 요구하는 것이다. 그에 반해서 종래의 판례에 따르면 조세는 **구체적으로 재산적 가치 있는 객체**에 대해 부과하는 것이 아닐 뿐만 아니라 그만한 범위의 것이라고 해서 그와 같이 구체적인 객체를 대상으로 잡은 양도의무를 규정하는 것도 아니다. 조세가 요구하는 것은 그 대신 **가치 해당금액에 대한 의무**이다. **어떤 방식으로** 납세의무자가 그 목표를 달성하는지 다시 말해서 국가에게 변제의 수단으로 특정한 가치를 **이전하는 것** 자체는 납세의무자에게 자유롭게 맡긴다. 자신의 재산 중 어떤 부분으로 청구를 충족시키기를 원하는가 하는 측면에서 납세의무자에게 선택권이 부여되어 있다. 그래서 현금을 인도하든지 은행예금을 이체하든지 신용을 이용하든지(Kredit auszuschöpfen) 자신이 선별한 재물을 양도하든지 어떤 방안을 선택하든 납세의무자의 자유에 맡겼다. 그러나 조세부과는 개인에게 “어떻게”라는 측면에서만 여지를 준 것일 뿐이지 “여부”라는 측면에서는 여지를 준 바 없다.

< 348 >

조세부과의 효과로부터 여러 가지 결론을 도출한다. 연방헌법재판소가 (B-VerfGE, 4, 7, 17 이래로) 확립된 판례에서 그 전제로 인정한 바를 살펴보면, 고권적으로 부과한 금전급부 의무는 소유권 보장을 원칙적으로 건드리지 않는다고 하면서, 그에 대하여 기본법 제14조(소유권, 상속권, 공용수용)는 재산 그 자체를 보호하는 것이 아니며 조세는 소유권에 대하여 직접 제한을 가하는 것은 아니라는 등의 논거를 동원한다. 연방헌법재판소 제1재판부의 결정에서는 오늘날까지 이 전제를 견고하게 유지하고 있는데, 반면에 제2재판부에서는 밑에서 (단락번호 356 이하) 더 세세하게 다룰 결정 즉 최저생계비

73) BVerfGE 53, 257, 289 ff.; 69, 272, 298 ff.; 72, 9, 18 ff.; 72, 175, 193 ff.

결정과 일원적 과세표준 가격 결정 등에서 학설과 넓게 일치되는 견해를 채택하면서 다른 심사근거를 선택하였고, 그 결과 국가의 조세부과 권력은 기본법 제14조에 따라 평가해야 한다고 판시하였다.

< 349 >

연방헌법재판소의 종래 판례에 대해서는 **이론적 측면에서 일련의 비판**이 가해지고 있는데 필자도 이 비판이 타당하다고 본다. 여기에서는 **세 가지 측면**만 지적한다. 한편에서 조세징수를 원칙적으로 소유권 보장의 **보호 영역**로부터 도출한다는 것과 다른 한편에서 조세부과의 강도라는 근거를 동원하여 **물수 내지 목 조르기 식 효과**가 발생하는 조세의 경우 소유권 보장을 침해했다고 인정한다는 것은 상호 융합될 수 없는 **모순**을 일으킨다. 어떤 기본권의 보호영역이 훼손되지 않았다면, 그 제한의 **강도**에 상관없이 이 기본권은 원칙적으로 침해될 가능성조차 없는 것이기 때문이다(v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer, GG, Art. 14 Rdn. 167). 재산권 보장의 척도에 비추어 조세부과를 심사하는 것은 - 위에서 이미 주장한 바와 같이 - **법적 효과**라는 측면을 고려하면 거부할 수 없다. 그러므로 법적 효과라는 이름으로 사리에 어긋나는 결론을, 조세의 부과가 경우에 따라 오직 허용되는 공용수용에 대한 보상으로서만 나타난다는 따위로, 도출해서는 안 될 것이다. 오히려 **재산권 보장의 침해는 조세 법률의 위헌**이라는 결과를 초래한다. 연방헌법재판소가 노력을 기울여 추출한 ‘기본법 제14조의 재산권 보장이 지닌 기능적 의미’라는 측면에서 볼 때, 연방헌법재판소의 판시사항 즉 기본법 제14조가 급전급부 의무의 부과에 대하여 보호하지 않는다는 것은, 논리적으로 타당하지 않다. **공법적 급전급부 의무**는 바로 직접 재산법적 영역에서 개인이 향유하는 **자유영역**을 감축한다. 급전급부 의무로 말미암아 그리고 부과된 규모만큼 의무자는 자유롭게 그리고 자율적으로 자신의 소득과 재산을 자신의 개인적 선호에 따라 처분할 가능성을 박탈당하는 것이다.⁷⁴⁾ **재산권 보장과 조세부과의 관계**에 대한 종래 판례에 따르면 조세부과에 대한 “**재산권 보장의 면역성 예방주사 내지 면제**”라는 결과가 흘러나온다. 기본법상 소유권을 보장하는 것과 조세로써 소유권을 박탈하는 것 사이에 건널 수 없는 강을 두고 서로 대치하고 있다고 인정한다면, 결과적으로 소유권의 조세납부 의무와 사적 수익성이 상호관련성을 지녔다고 지적했던 바는 물론 경제적 질서에 비추어 볼 때 적절하지 않다는 사실이 드러나고, 그로 인하여 조세는 종래의 판례에 따르면 소

74) 이에 관해 세세한 논의로는 Papier, DVBl. 1980, 787, 789 f.; Sachs/Wendt, GG, Art. 14 Rdn. 38 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer, GG Art. 14 Rdn. 173.

유권을 박탈하는 것이 아니라 짐작컨대 ‘내용적으로 속을 값아내는 것’을 허용한다는 의미가 될 것이다.

< 350 >

이와 같은 인식은 먼저 학설에서⁷⁵⁾ 그리고 다음으로는 최소한 연방헌법재판소 제2재판부의 판례에서⁷⁶⁾ 다음과 같은 성과를 거두었다. 즉 조세부과에 대한 부담의 한계와 형성의 척도를 도출하기 위하여 그 자체로 완결된 **새로운 특수한 재산권 보장에 관한 해석학상 체계적 이론**을 개발했다는 것이다. 그 해석학상 이론적 체계의 원리를 다음과 같이 거칠게 그려볼 수 있다. **소유권 보장의 자유권적 기능**으로부터

- 조세부과의 기본지침과 한계를 도출하고 개발하여,
- 이로써 조세입법자의 결정영역을 확보하면서,
- 이와 같은 헌법상 기속의 내용이 단순한 자의금지 수준으로 떨어지지 않게 하여,
- 재산권 보장의 보호영역을 확대하되 ‘일반적인 행동의 자유’ 수준으로 저하되어 보호강도가 완화되는 것을 저지할 수 있게 하며,
- 기본법 제14조의 보호영역을 제12조 제1항(직업 선택·행사의 자유)과 제2조 제1항(일반적 행동의 자유)의 **보호영역에 대한 한계**를 새로 설정해야 한다.

결론적으로 소유권 보장의 재정 내지 조세 영역에 특수한 내용에 **조세부과 권력에 대한 헌법상 의도**가 표출되어 있다고 본다. 즉

- 최저생계비에 대한 조세면제
- 개별적인 직접세 및
- 개인의 조세부담 전체에 대한 부담상한

< 351 >

종래 판례에서 조세개념에 맡겨진 재산을 기본법으로 보호된 소유권 사이에 엄격하게 한계를 설정하고 그에 따라 조세권력을 기본법 제14조의 보호영역으로부터 구성요건 단계에서 벌써 제외시키려고 노력을 기울여왔으며, 그러다가 특히 80년 초기로부터 **기본법 제14조에 의하여 재산권을 보호한다**

75) 특히 P. Kirchhof, Besteuerung und Eigentum, passim; ders., HStR IV, § 88 Rdn. 81 ff.; Vogel/Waldhoff, Rdn. 543.

76) BVerfGE 87, 153, 163; 93, 121.

는 오래 묵은 **논쟁적 문제가 새로 제기되었다**. 그에 따르면 조세는 전체재산에 대하여 공취하는 것이 아니고, 기본법 제14조에 의하여 보호받는 구체적인 재산적 법익이라는 수익 또는 실체 등에 참여를 규율하는 것으로서, 반드시 재산권 자유의 활동이 **개인에게 이익을 준다는 성격**의 측면에서 **조세부과를 시행한 후에도 역시 적절한 규모로 보전**되어야 한다. 이로써 국가의 조세부과와 개인의 사적 활용가능성 사이의 추정적 대치상태는 극복되는 것이다. 즉 조세가 소유권을 활용하여 의식적으로 취득한 수익에 국가가 일부 참여할 수 있게 중간역할을 맡는다는 것이다. 이와 같은 수익은 한편으로 재산권의 자유가 특히 기본법 제14조 제2항 제2문의⁷⁷⁾ 의미로서 재산권의 사용으로서 청구하는 바이지만 사회적 기속을 준수하며 그에 따라 조세가 부과될 수 있는 것이며, 다른 한편으로 기본법 제14조 제2항의 한계 내에서 또한 국가의 공취로부터 보호되는 것이기도 하다. 조세부과가 대치상태가 아니라 사적 수익을 허용하는 소유권 질서의 핵심적 내용이라는 바로 그 사실 **때문에**, 사적 소유권이라는 법적 제도를 조세법이라는 법적 제도와 기본법 제14조의 기본권을 통해서 헌법적으로 연계하는 것은, 결과적으로 두 개 법적 제도의 내용과 발전이 기본법 제14조의 재산권 보장으로 인하여 개시된 것이라는 데 이르게 된다. 이와 같은 방식으로 사적 소유권은 핵심영역에 관한 보장받을 뿐만 아니라 원칙적으로 조세를 부과할 수 있는 소유권은 기본법 제14조 제2항에 따라 정의가 내려져 있으며, 조세의 공취로 인한 부담 가능성도 기본법 제14조 제3항의 수용의 한계에 한정되는 것이다. 이로써 조세부과 권력에 한계를 설정한다는 문제에서도 또한, 기본법 제14조가 제2조 제1항(일반적 행동의 자유)에 대하여 보호영역의 한계를 어떻게 설정하는가 하고 묻기보다는, 어떤 방식으로 **재산권 보장으로부터 조세부과의 한계와 지침**을 도출해야 하는가 하고 묻게 되는 것이고 이와 같은 태도가 또한 타당하다.

< 352 >

재정과 조세 부문에 특수하게 기본법 제14조를 구체화하면서 기본법 제14조 제1항과 제2항에서는 조세부과에 관련하여 재산권의 단계화한 사회적 의무성 원칙이 도출되었는데, 이때 재산권 보장은 재산권의 사회적 의무 기속성으로 (제14조 제2항 제1문) 그리고 재산권 행사의 사회기속성 정도의 엄격화로 (제14조 제2항 제2문) 그리고 사적 소유권 활용의 결과에 참여하는 것으로서 조세부과로 (제14조 제2항 제2문) 또는 일반인이 기대하는 소유권 존

77) 역주: 기본법 제14조 (제2항) (제1문) 재산권은 의무를 수반한다. (제2문) 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다. (해세, 계획열 역, 505쪽)

속의 활용 등에 참여하는 것으로서 조세부과로 (기본법 제14조 제1항, 제2항 제1문) 허용되는 것이다. 만약 조세가 이로써 사인의 소유권 활용에 대한 사회적 의무성에서 정당화 사유를 찾는다면, 경제적 급부능력에 따른 조세부과 원리로부터는 (이에 대해서는 단락번호 321 이하) 물론 기본법 아래에서 인두세(Kopfsteuern)와 원칙적으로 그와 유사한 일원적 등가세(Äquivalenzsteuern) 등은 허용되지 않는다는 결론을 도출할 수 있다.

< 353 >

종래 판례의 것과는 달리, 기본법 제14조에서 의미하는 **소유권**은 그에 따르면, 실체 다시 말해서 구체적인 객체와 권리의 총체가 아니라, 행위의 영역 다시 말해서 **소유권자에게 배정된 재산권으로부터 유출되는 것으로 그에게 부여된 행위영역**이라고 파악한다. 소유권 행사의 격상된 사회적 의무로 (직업의 행사에 대한 것도 그와 같거니와 그에 대해서는 단락번호 364 이하 참조) 인하여 **조세개념**에 대해서도 **노동, 자본 활용, - 간접세의 경우 - 교환과정 등에서 얻는 경제적 성과**가 기준으로 동원된다. 조세는 원칙적으로 **개인의 금전재산 증가분을 공취대상**으로 삼는 것이고, 이때 증가분은 소유권의 자유와 일반인에 대한 소유권 행 등의 결과로서 개인의 영리취득 가능성과 시장의 상황 등을 이용하여 획득하게 되는 것이다. 이때 **조세로써 부담을 과하는 대상은 개인이 취득하여 개인에게 이미 귀속된 사적 재산**이다. 새로 취득하여 여기에 귀속되는 소유(즉 소득)와 교환을 통해서 자유롭게 새로 평가되어 획득한 소유(즉 매출) 등의 경우 그에 대한 조세의 부과대상 역시, 생성 중인 소유권이 아니라, 개인적으로 귀속되었다고 법적으로 확정된 경제적 이익이다. 소유권에 대해서는 그러므로 급부의 교환이 법적으로 완결된 경우에 비로소 조세가 부과된다. 조세부과 대상은 그러므로 언제나 사회적 의무 있는 소유권이며, 이때 기본법 제12조는 영리취득 과정에 보완적 형식으로 추가해서 등장할 수 있다(P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 96 f.).

< 354 >

상대적으로 더 높은 사회적 의무성 때문에 **조세부과 가능성이** 다른 경우보다 **우선적이라면** 그 대상은 **소유권과 재산의 사용**인 것이지, 재산의 상태인 것은 아니다.⁷⁸⁾ 그러므로 기본법 제14조의 보호강도는 기본법 제14조 제2항 제2문에 따른 소유권 행사의 경우보다 기본법 제14조 제2항 제1문에 따른 존속보호로 인하여 소유권을 단순하게 보유하는 경우에 더 강력하다.⁷⁹⁾

78) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 48; Vogel/Waldhoff, Rdn. 543 ff.

79) P. Kirchhof, Besteuerung und Eigentum, S. 242 ff.; ders., HStR IV, § 88 Rdn. 96 ff.;

< 355 >

실질적 측면에서 기본법 제14조는 소유권의 존속과 사용에 대하여 **조세를 부과할 때**, 계속 보전해야 할 사적 이익에서 도출되는 **한계**를, 다시 말해서 오직 조건부로서만 적용할 수 있는 비례원칙의 (이에 관해서는 단락번호 300) 수준을 분명하게 넘어서는 그 한계를 설정하는 것이다.

- 조세의무자의 **최저생계비**는 반드시 어떤 조세이든 보존해야 한다.
- 그밖에도 소유권 행사가 결과적으로 일반적 기여의 성격(Allgemeindienlichkeit)을 지닌 경우에도 마찬가지로 ‘소유권 행사의 사적 용익성’을 보호해야 한다는 이 원칙에 따르면 **개별적인 직접세의 경우 부담에 상한을 설정해야 한다**는 요구가 제기되고, 그 내용은 납세의무자에게 용익의 성과에 대한 향유가능성을 부여해야 하며 특히 자신의 생활유지와 영리 추구 등에 필요한 재원의 확보를 허용해야 한다. 그러므로 이와 같은 한계 설정의 대상에는 우선 과세표준의 형성(Ausgestaltung der Steuerbemessungsgrundlage) 그리고 다음 단계에는 세율(Steuersatz) 특정 등이 포함된다.
- 한편으로는 최저생계비 다른 한편으로는 부담상한 그 두 개 사이에 어디엔가 **급부능력**이 노정되었다고 본다. 소득이 직접적인 개인적 영역을 확보하는 데 필요한 정도가 긴박할수록 그만큼 더 입법자에게 공취의 가능성이 저지된다(Sachs/Wendt, GG, Art. 14 Rdn. 144). 이와 같이 해석하면 노동으로 획득한 소득에 대해서는 최소한 자본소득에 대한 것과 동일하게 기본법 제14조에 따른 보호를 제공해야 한다. 그에 관한 한 기본법 제14조 이외에도 기본법 제12조에 따른 보호도 추가적으로 제공해야 한다.
- 마지막으로 오해해서는 안 될 사항이 있으니, 조세부과로 인하여 자유에 위협을 가하는 효과가 발생하는 경우 대개 개별적인 세목보다는 모든 세목의 총액으로서 **전체조세 부담(Gesamtsteuerlast)**이 원인이기 마련이다. 연방헌법재판소는 이때 학설이 발전시킨 이론적 단서를 동원한 바 있다. 즉 기본법 제14조의 경우 그 자체로 추가적 심사를 수행하지 않을 수 없다는 것이다. 과연 - 그 자체로만 보면 합헌적이라고 할 - 개별 조세가 원인이 되어 발생한 부담을 추가하여 전체조세 부담을 구성하는데, 이 전체조세 부담이 사회적 의무 수준을 초과하는지 여부가 그것이다(이른바 ‘**절반의 분배 원칙**’ sog. ‘Halbteilungsgrundsatz’).

Maunz/Dürig/Papier, GG, Art. 14 Rdn. 171; Leisner, HStR VI, § 149 Rdn. 129; Vogel/Waldhoff, Rdn. 545.

< 356 >

이와 같이 학설로⁸⁰⁾ 발전된 체계적 이론을 연방헌법재판소 제2재판부가 다음과 같이 동원하였다. 즉 **조세 측면의 생존 하한에** 관한 결정에서⁸¹⁾ 조세가 자유에 제한을 가하는 효과가 자신의 일반적인 행동의 자유에 대한 기본권 제한을 의미한다고 인정하면서 재정 분야에 특유하게 구체화하기 위하여 기본법 제14조와 제12조 제1항의 특수한 자유권을 원용하였다. 종래 판례에서 발전된 주체의 원칙 즉 조세의 목 조르는 효과 금지는 엄격히 유지하면서 거기에 추가하여 판시한 바에 따르면, 직업적 활동이 전면적으로 그리고 일반적으로 불가능하게 되었을 때 또는 소유권적 지위를 광범위하게 박탈하였을 때 비로소 목 조르는 효과를 인정해야 할 것이 아니라, 그 범위를 넘어서 소유권의 실질적 영역이 조세를 부과하더라도 전혀 온전하게 남아있어야 한다는 것이다. 연방헌법재판소 제2재판부에서는 이로써, 일반적인 평등 원칙과 담세능력 원리 등으로부터 발전시켜온 제1재판부의 가족 생존하한에 대한 판례(이에 관해서는 단락번호 331 이하)를 계속 발전시키지 않기로 하고, 자신의 고유한 그러니까 자유권적 기본권에 우월한 지위를 인정하여 지향하면서 조세 측면의 기본면세 금액에 대한 개인적 생존하한을 결정하는 쪽으로 판례의 기초를 바꾸었다. 그 내용을 문언 자체로 살펴본다.

“조세 법률은 자유에 제한을 가하는 효과로 말미암아 언제나 기본법 제2조 제1항에 의거하여 평가해야 한다. 그렇지만 평가하는 때에도, 조세 법률이 **재산권 영역과 직업 영역에서 (기본법 제14조 제1항, 제12조 제1항) 인격의 발현으로서 구현되는 일반적 행동의 자유**에 대하여 제한을 가한다는 점을 고려해야 한다. 그 의미를 살펴보면 조세 법률이 목 조르는 효과를 발해서는 안 된다는 것이다. 보호대상인 자유권에 대하여 제한을 가할 때에도, 기본권주체가 (즉 납세의무자가) 경제영역에서 자신의 활동으로 거둔 성과의 핵심부분이, 취득한 것에 관한 원칙적인 사적 용익의 가능성의 형태로 그리고 기왕에 획득한 재산 가치에 관련된 법적 지위에 관한 원칙적인 처분권한의 형태로 보존되어야 한다는 것이다. 이로부터 도출되는 결론을 살펴보면, 소득세 납부의무가 부과된 납세의무자의 경우 자신의 소득세 채무를 이행한 후라고 하더라도 자신이 취득한 것 중에서 상당한 부분이 반드시 남아야 하며, 그래서 남는 부분이 자신의 생존에 필수적인 생활

80) P. Kirchhof, Besteuerung und Eigentum, passim; ders., HStR IV, § 88 Rdn. 81 ff.

81) BVerfGE 87, 153, 169.

부양비와 - 기본법 제6조 제1항을 고려하여 - 자신의 가족에 대한 그것에
충당할 수준에 닿아야 한다는 것이다(“최저생계비” “Existenzminimum”).”

< 357 >

이 판례에 연방헌법재판소가 1995년 7월 일자 ‘재산세의 경우 과세표준 일
원화 가치에 따른 조세부과’에 관한 결정을 연계시키면서 추가적으로 판시한
바는 다음과 같다.⁸²⁾

“재산 취득, 재산 보유, 재산 사용 등에 대한 조세부과로 인한 전체부담
을⁸³⁾ 입법자는 서로 조율해서, 그 결과가 부담의 평등성 척도에 부응케 하
고 이로써 과도한 부담을 회피해야 한다. 이때 또한 유의해야 할 사항이
있으니, 조세법률 입법자 역시 임의로 사적 재산에 공취해서는 안 되며,
권리보유자는 오히려 헌법을 근거로 청구권을 보유하되, 이때 청구권의 대
상이라고 하면, 자신이 취득한 것의 사적 유익성은 물론 자신이 창출한 재
산적 가치에 관련된 법적 지위를 처분할 권한 등을 어떤 경우이든 핵심부
분은 보전할 수 있어야 한다는 것이다(BVerfGE 87, 153, 169 참조).

소득세와 재산세 등을 통한 재산에 대한 조세 부과는 헌법적 제한인데 이
에 대해서도 재산의 이익획득 능력에 대한 조세의 공취라는 수준에 한계
가 설정되어 있다. 재산에 대한 전체부담의 한계에 대해서는 평등권에서
요구하는 차별화에 따라야 할 것이다. ... 재산세의 공취대상을 살펴보면,
재산에 대한 처분 권력과 용익권한 등의 목적을 구현한다는 의미로 일반
적인 행동의 자유(기본법 제2조 제1항)가 바로 재산권 영역(기본법 제14조)
에서 인격의 발현으로서 구현된 바로 그것이다. 그 의미를 살펴보면, 헌법
상 보호대상인 자유권의 경우 제한이 허용된다고 해도 그것은, 납세의무자
가 자신이 경제적 영역에서 활동하여 얻은 성과의 핵심적 부분은 자신이
취득한 것의 사적 유익성은 물론 자신이 창출한 재산적 가치에 관련된 법
적 지위를 처분할 권한 등의 표현으로서 어떤 경우이든 반드시 보전해 주
어야 한다는 것이다(BVerfGE 87, 153, 169). 재산적 가치 있는 법적 지위를

82) BVerfGE 93, 121; 이에 관해서는 Arndt, Betriebs-Berater 1996, Beilage 7 zu Heft
14, 1; Arndt/Schumacher, NJW 1995, 2603; Bareis, DB 1996, 1153; Bull, NJW 1996,
281; Leisner, NJW 1995, 2591; Vogel, JZ 1996, 43; ders., NJW 1996, 1257; Sachs/
Wendt, GG, Art. 14 Rdn. 38 ff. sowie 144 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer,
GG, Art. 14 Rdn. 169 ff., 388 f.

83) 이로써 키르히호프(P. Kirchhof)가 개발한 체계적 이론에 직접 가담한다는 뜻을
분명하게 밝혀둔 것이다.

소유권자에게 귀속시킨다든지 소유권의 실질적 부분이라든지 모두 반드시 보전해야 한다(BVerfGE 42, 263, 295; 50, 290. 341 참조).

재산세는 오직 다음과 같은 평가만 허용될 뿐이니, 즉 재산세가 기타 조세 부담과 연계하고 합산하여 재산의 실체를 즉 재산의 존속을 훼손시켜서는 안 되며, 통상 그로부터 기대하는 그리고 가능한 수익(당위적 수익 Soll-Erträgen)을 지급할 수 있어야 한다는 것이다. 그렇지 않다면 결과적으로 재산세 부과는 그 자체로 단계적 몰수에 해당될 것이니, 즉 납세의무자가 재산세로 말미암아 과도한 부담을 받고 결국 자신의 재산관계가 근본적으로 훼손당하게 될 것이다(BVerfGE 14, 221, 241; 82, 159, 190).”

< 358 >

위와 같은 이유로 학설이 개발한 기본법 제14조의 단계적 보호강도 이론이 제 자리를 틀어잡기 시작했다. 즉 연방헌법재판소는 **재산의 존속(Vermögensbestand)**과 **재산의 수익(Vermögensertrag)**을 구별하였던 것이다.⁸⁴⁾

“재산의 원래가치에 대한 존속 보호는 말할 것도 없이 재산의 수익 자체 역시 재산적 가치에 관한 법적 지위를 개인의 자유에 관한 기초로서 보호하는 데 한 몫을 차지한다. 기본법 제14조 제2항에 따르면 **소유권 행사(Eigentumsgebrauch)** 동시에 사적 수익과 일반인의 복리에 기여한다. 그러므로 재산의 수익도 한편으로는 한편으로 조세 측면에서 공동부담이라는 접근이 일어나고 다른 한편으로는 권리자에게 반드시 수익을 향유할 수 있게 남겨두어야 한다. 재산세는 그러므로 수익에 대한 그 밖의 조세에 대하여 추가적으로만 부과하는 것이 허용되며, 그것도 **조세 전체의 부담**이 추정수입(Soll-Ertrag)에 대하여 정형화한 평가에 따르면 ... 사적 주체와 공적 주체 사이에 **절반으로 배분하는 데 가까운 수준**을 유지해야 한다는 한계가 있으며, 이때 전체적으로 보아 또한 부담의 결과가, 평등원칙에서 명하는 바 즉 재정에 관한 급부능력 즉 담세능력이라는 척도에 따라 부담을 배분해야 한다는 기준에 위배되지 않도록 유의해야 ...”

< 359 >

이와 같은 판례 특히 이른바 **절반배분 원칙(Halbteilungsgrundsatz)**의 경우 학설에서 분명히 승인을 얻기도 했지만 그만큼 강력한 비판도 제기되었다. 새로운 판례가 그 자체로 완결된 체계적 이론에 따른 기본개념을 인정하고 추종한다는 사실을 잊어서는 안 된다. 새로운 판례가 기본법 제14조의 적용

84) BVerfGE 93, 121, 135 ff.

에 대하여 분명한 태도를 밝히지 않은 채 기본법 제14조와 기본법 제12조 제1항에 관련하여 기본법 제2조 제1항을 지향한다는 사실에 대해서는 그 원인을 더 깊이 살펴보면 헌법소송법에 닿는 것이라고 추정하는 바이다(이에 관해서는 Dreier/Wieland, GG, Art. 14 Rdn. 46; Vogel/Waldhoff, Rdn. 538, 570 f.). 연방헌법재판소가 조세 측면에서 생존하한과 일원적 가치에 대한 조세부과 등에 대한 재판에서 **일반적인 자유권과 특별한 자유권을 병행하여 동원**하는데 그 원인을 살펴보면, 기능적 측면으로 접근하는 소유권 개념 즉 “재산법적 영역의 자유공간”이라는 견해 그리고 그에 따라 헌법적 통제라는 측면에서 조세법률이 기본법 제14조의 보호영역을 훼손한다고 보아야 한다는 주장을 연방헌법재판소-판례의 그 결정에서 매우 제한적으로만 간신히 관철시킬 수 있었다는 것이다(Dreier, GG, Art. 2 Rdn. 24). 이 범위에 속하는 한 이는 얼마간 강화한 것이라고 보아야 하는데, 사실 이와 같은 유형의 재판이 과거에 이미 법원의 견고한 태도로 인정되었더라면 없어도 될 것이었다.⁸⁵⁾

< 360 >

이른바 “**절반배분 원칙**”을 구성하면서 연방헌법재판소는 세법에 대한 **기본권적 평가의 수준**을 어떻게 결정할 것인가 하는 문제에 직면하게 되었다. 이와 유사한 상황의 문제가 다른 법적 과제에서 즉 선거법에서 또는 정당재정 영역에서 하한설정 조항 과제는 물론이고 **지방자치단체에게 업무에 적절한 자원 확보의 보장**이라는 과제(단락번호 842)에서도 제기된 적이 있으므로, 결국 해당영역에 특수하게 그 수준을 결정하는 것이 연방헌법재판소의 합헌적 업무영역에 귀속한다고 볼 수 있다. 이 점은 세법에 대해서도 마찬가지인데, 왜냐하면 조세는 종래 반드시 수량적으로 특정되어야 했기 때문이며, 그 결과 조세부과에 대한 헌법적 척도도 - 만약 실효성을 확보하기를 원한다면 - 어차피 수량적으로 결정될 수 있는 것이어야 했다. 이때 찾아내야 할 수량적 확정치는 반드시 높은 수준의 설득력 내지 자명성을 지녀야 하는데, 이른바 절반배분 원칙의 경우 그에 반하는 수량적 척도 자체가 존재하지 않기 때문에 이에 해당된다고 인정할 수 있다.

e) 상속권

< 361 >

상속권에 대한 헌법적 보호에 관해서는 기본법 제14조 제1항 제2문에서 상속권의 내용과 제한에 관해 규정할 것을 입법자에게 맡겼다. 이 규율권한

85) Maunz/Dürig/Papier, Art. 14 Rdn. 174; Vogel/Waldhoff, Rdn. 570.

에 따라 또한 상속세 입법자도 사적 상속권을 보장한다는 범위 안에서는 **넓게 형성권한을 부여받은 것이다**. 소유권과 상속권의 보장이 서로 연계되어 있지만, 그렇다고 해서 상속권 보장이 무조건인 권리를 즉 기존의 소유권 존속상태를 사망을 원인으로 감축 없이 그대로 제삼자에게 양도해야 할 권리까지 보장하는 것은 아니다. 입법자가 상속권에 제한을 가할 가능성은 - 상속권이 재산의 이전에 연계되기 때문에 - 소유권에 대한 제한의 경우보다 크다.⁸⁶⁾ **절반배분 원칙은 상속세의 경우** 그러므로 그대로 유지되는 것이 **아니다**.

< 362 >

상속세에 대한 단계별 분류표를 작성할 때 **기본법 제6조 제1항의 객관적-법질서로서 평가**를 고려해야 하는데, 이는 친·인척의 친소관계에 따른 단계화 내지 친·인척 범위 외의 단계화 등에서 분명하게 드러난다.

< 363 >

연방헌법재판소에서는 (BVerfGE 93, 165, 175 f.) 조세법률 제정자·개정자 즉 조세입법자에게 중간 규모의 기업이 과도한 부담을 지지 않게 보호하는 예방적 조치를 취할 의무를 부과하였다. 그에 따르면 상속세 부담을 측정할 때 사업장의 계속운영이 조세로 인하여 위협받지 않아야 한다는 기준을 준수해야 한다. 그에 따르면 상속세법에서는, 상속인이 그 사업장을 계속 운영하고 다시 말해서 사업장을 양도하지도 않고 포기하지 않았고 오히려 종래의 사회적 기속을 그대로 감수하고 유지하는데, 상속으로 인해 사업장의 재산과 수익력 등이 증진된 것도 아닌 경우에, 반드시 상속인에 대하여 급부능력이 축소되었다는 점을 고려해 주어야 한다.

f) 직업의 자유

< 364 >

조세 법률은 또한 기본법 제12조 제1항에서 규율하는 직업의 자유에 의거하여 심사해야 하는데, 종래의 관행적으로 사용하던 단순한 공식에 따르면 기본법 제14조 1항과는 대조적으로 **취득한 성과가 아니라 취득하는 과정**을 보호하는 것이다. 기본법 제14조에 대한 판시내용에서 드러나듯이 (단락번호 353 이하) 그 내용을 취득 과정에 그대로 유지할 수는 없다. 만약 노동으로 소득을 얻고자 원하는 경우라면 이 소득은 ‘직업의 행사’와 가치상 동등한 것에 속하므로, 기본법 제14조는 물론 제12조 제1항의 보호대상에 포함되고

86) BVerfGE 93, 165, 172 ff.; Maunz/Dürig/Papier, GG, Art. 14 Rdn. 291.

그에 따라 개인은 자유롭게 직업을 선택하고 행사할 권리를 보장받는 것이다. 이와 같은 헌법상 문언에 반해서 직업의 수행은 물론 직업의 선택 역시 법률에서 규율한다. **직업의 수행에 대한 규율은, 공공복리 측면에서 규율해야 할 합리적 이유가 있으면, 그것만으로 벌써 허용된다. 직업의 선택에 관한 규율은, 특히 객관적 또는 주관적 허용요건을 설정하는 규율은, 특별히 중요한 공동체의 법익을 보호하기 위해서 그와 같은 요건의 설정을 회피할 수 없을 경우에 한하여 허용된다(삼단계 이론, BVerfGE 7, 377, 403 ff.).**

< 365 >

바로 기본법 제12조 제1항에서 **기본권 보장의 이중적 기능이**, 조세법 영역에서 **부담배분 효과(부담효과)와 조성 효과(형성효과, 단락번호 311 이하)**를 구별해야 한다는 명령으로, 매우 분명하게 제 모습을 드러낸다.

< 366 >

조세의 **부담배분 기능**을 동원할 경우 조세 법률이 **직접** 직업의 선택 또는 직업의 수행을 규율하는 것은 아니다. 바로 직업의 자유가 지닌 매우 중요한 의미 때문에 연방헌법재판소는 견고한 태도를 유지하면서(BVerfGE 13, 181, 185 f. 이래로 확립된 판례로서) **관시한 바를 살펴보면, 어떤 경우이든 이 기본권은 “목표를 이미 설정한” 제한에 대하여 척도규범일 뿐만 아니라 직업적 활동에 바로 관련된 것은 아닌 조항 즉 직업적 활동을 직접적 규율대상으로 파악하지 아니한 조항 등에 대해서도 또한 척도규범인 것이다.** 연방헌법재판소의 이와 같은 견해에 학설은 원칙적으로 가담하면서 부차적으로 몇 개 사항을 지적하였다. 즉 점점 촘촘하게 그리고 강하게 규율을 가하는 국가로서는, 직업의 자유에 대하여, 간접적으로 개입할 가능성의 다양성과 실효성 등의 측면에서 볼 때 이 기본권으로 보호해야 할 특수한 자유영역을 또한 법조항을 동원하여 제한할 수 있어야 하는데, 그에 따르면 이때 (오로지) 법조항의 **사실상 외부적 효과**로 인하여 직업의 자유를 훼손하기에 오히려 적합한 것이다. 이 범위에 속하는 한, 기본권이 넓게 자신의 **보호 효과**를 특정한 제한가능성에 종속되지 않게 해야 하며, 보호해야 할 자유영역이라면 이를 **국가의 제한이 어떤 성질을 가졌든 상관없이** 그로부터 보호해야 한다는 등의 인식을 관철시킨 것이다. 만약 그렇지 않다면 활동의 양식을 교환하는 방식으로 기본권 보호를 잠식할 수 있게 될 것이다. 그렇지 않아도 **간접적 영향력**이 점점 더 강하게 증가되는데 정작 기본권에 대한 중요성은 인정되지 않은 채 방치되어 있는데도, 만약 직업적 활동을 직접 대상으로 규정한 그와

같은 조항만 기본법 제12조 제1항에 따라 평가된다고 인정한다면, 개인의 보호는 불완전하게 보장되는 데 그칠 것이다.

< 367 >

재정수입의 목적 이외에도 동시에 **경제유도 목적**도 지닌 조세를 징수할 경우 그 범위에 속하는 한, 의심할 바 없이 기본법 제12조 제1항에 의거하여 심사해야 한다는 국가의 명령이나 금지 대신에, 이와 같은 지적이 타당한 종류의 조세(**유도기능 조세 Steuern mit Lenkungsfunktion**)라고 할 것이다. 이는 특정한 직업의 수행 내지 선택에 대하여 부담을 가할 수 있다(**모범사례: 연방철도를 보호할 목적 아래 원거리화물운송에 대해 특별세 부과, BVerfGE 68, 61, 78 und 85 ff.**). 조세 법률로 옷을 입힌 경제적 유도조치는 원칙적으로 허용되지 않는다. 그와 같은 조치에 대해서는, 직업의 수행 내지 선택에 관련되는 한, 여하튼 이른바 삼 단계 이론을 적용해야 할 것이다. 그렇지만 연방헌법재판소는 지금까지 한 번도 조세 법률이 기본법 제12조 제1항에 위배했다는 이유로 폐기한 점이 없는데, 그 원인은, 대개 조세 법률에 따른 조치를 직업수행에 대한 규율이라고 법적 성질을 규명하여 간접적으로만 직업 활동에 영향을 미치는 것으로 본다는 데 있다.

< 368 >

이와 같은 연방헌법재판소에 대한 비판으로는, **직업의 선택에 대한 조세의 제한이 존재한다면 그 요건의 수준을 너무 엄격하게 책정**했다는 점을 지적할 수 있는데, 결국 그 엄격한 수준으로 인하여 기본법 제12조 제1항의 척도를 사용한 실효성 있는 심사가 저지되었던 것이다. 이 점은 재판실무에서⁸⁷⁾ 매우 분명하게 드러난다. 만약 직업수행을 불가능하게 만든다는 이유로, 유도효과가 있는 조세가 직업선택의 기본권에 제한을 가한다고 인정하면, 그 전제로부터 도출된 최종적인 결론은, 기본권이 오직 “목 조르는 효과”의 조세의 경우에만 보호를 향유한다는 데 이른다. 이로써 - 기본법 제14조에 대한 종래의 판례와 병행적으로 - 통상적인 것이 아니라고 하지 못할 조세를 제12조 1항에 의거하여 심사하는 것은 널리 배제된다. 공장제품의 원거리 직송(BVerfGE 16, 147, 163)과 화물 자가운송(BVerfGE 38, 61, 85 ff.)(den Werkfern- und den Straßengüterverkehr) 등에 대한 특별세⁸⁸⁾ 합헌 여부에 관한 재판

87) BVerfGE 14, 76, 100 f.; 16, 147, 163; 38, 61, 85 ff.

88) 역주: 산업과 통상 영역에서 공장운송 또는 자가운송(Werkverkehr oder auch Eigenverkehr von Industrie und Handel)이라고 하면 자신의 목적에 기여하게 자신에게

에서, 해당 조세 법률로 인하여 해당 기업의 집단이 모두 재산성 상실의 저주에 휘말리게 되는 결과가 나타나는데, 이 조세 법률을 원칙적으로 합헌이라고 인정하고 단지 조세평등의 척도에 따라 수평적 조세정당성을 헌법적으로 심사하는 것만 가능하게 허용했다.⁸⁹⁾

< 369 >

일반적인 조세 법률은 유도기능이 없으며 이에 대하여 연방헌법재판소에서는, **객관적으로 직업을 규율하는 성향 자체가 없다**는 이유로, 기본법 제12조 제1항의 심사척도에 따라 평가하지 않는다. 일반적 조세 법률은 수범자 범위에 특수성이 없어, 어떤 특별한 직업에 대한 직접적 관련성도 없고, 오직 이익, 수익, 매출, 재산 등과 같은 일반적 지표에 연계되어 있을 뿐이다 (BVerfGE 47, 1, 21). 그에 반하여 학계에서는, 조세 법률을 직업의 자유라는 기본권에 의거하여 심사할 때, 객관적으로 직업을 규율하는 성향이라는 기준을 포기해야 한다고 주장하면서, 조세에 관련된 규율은 어차피 어떤 방식으로든 직업적 활동에 관련될 수밖에 없다고 지적한다.

< 370 >

연방헌법재판소 제2재판부의 새로운 판결에서 (단락번호 353, 356 이하) 조세 법률을 자유권적 기본권에 의거하여 심사하면서 그때마다 해당영역에서 결정되는 일반적인 행동의 자유 즉 직업 영역의 자유를 동원하였지만, 지금까지는 그로부터 기본법 제12조 제1항에 관한 구체적인 결론을 도출한 바 없고, 단지 앞으로 계속 발전을 이루면서, 기본법 제12조 제1항을 조세영역에 특수하게 구체화한 헌법적 척도를 개발하는데, 그리고 이로써 종래 판례에서 심사척도로서 오로지 유도하거나 적어도 객관적으로 직업을 규율하는 성향을 지닌 조항이라는 범위로 협소화했던 태도로부터 벗어나는 데 원용하자는 것이다. 어쨌거나 직업적 활동으로부터 지속적으로 발생하는 수입(Ertrag)에 대하여 조세를 부과하는데 그 조세가 변동하는 폭은, 기본권의 형성이 허용된 범위를 벗어날 수 없으며, 그것도 조세를 부과하여도 수입을 유지할 가능성이 의미가 있다고 할 만한 규모로 유지된다는 한도 내로 한정되는데, 그 원인을 살펴보면, 수입으로 경제적 활동을 전개할 ‘헌법적으로 보호되는 가

소속하는 운전자로 하여금 전체 3.5톤이 넘는 화물자동차를 운영하는 것을 허용하는 것이다. 이와 같은 화물운송은 통상 그 기업의 보조활동으로 인정된다. 따라서 공장운송에는 허가가 불필요하다. 그러나 관할행정청에 신고는 해야 한다. 화물손해 책임배상 보험(eine Güterschadenhaftpflichtversicherung)에 가입할 의무가 없다.

89) Vogel/Waldhoff, Rdn. 562 ff.

능성'은 기본법 제12조 제1항에 의하여 특정한 규모로 한정하여 보장되는 것은 아니라는 데 있다.

g) 일반적 행동의 자유

< 371 >

기본법 제2조 제1항이 일반적 행동의 자유라는 기본권으로 제 모습을 갖추어 보장한다는 것은 이 조항이 이른바 “**전환규범**”으로서 국가의 위법한 제한으로부터 기본권의 보호를 보장한다는 의미이다. 이는 위법한 공과금을 부과하는 경우에도 마찬가지다. 그에 해당되는 한, **형식적으로 그리고 실질적으로 헌법에 합치되어** 헌법적 질서에 속하는, 그와 같은 **법조항(Rechtsvorschriften)**을 근거로 해서만 조세를 납입하게 할 수 있다는 시민의 기본권 또한 행동의 자유에 속하는 것이다.⁹⁰⁾ 뿐만 아니라 기본법 제2조 제1항은 독자적인 또는 보완적인 자유권적 기본권의 척도로서 조세규범의 형성과 한계설정 등에 관하여 심사할 때 고려할 수 있다. 그렇지만 연방헌법재판소의 판례에서는, 기본법 제2조 제1항을 비례원칙 심사라는 범위로 축소하여, 공과금 징수의 경우에, 이 원칙만을 기본법 제2조 1항에 대하여 유일하게 유효한 실질적인 제한의 한계로서 한정된 의미만 인정하여 왔기 때문에(단락번호 300), 기본법 제2조 제1항은 조세부과 권력에 한계를 설정하는 데 과거에 매우 미미한 역할을 하는 데 그쳤다.

< 372 >

조세 측면에서 최저생계비(Existenzminimum)에 관한 재판이 나온 이래로 (B-VerfGE 87, 153, 169; 이에 대해 자세한 문헌으로는 Starck, JZ 1993, 311) 자유권적 심사척도로서(als freiheitsrechtlicher Prüfungsmaßstab) 재산법과 직업 등의 (기본법 제14조 제1항, 제12조 제1항) 영역에서 인격의 발현으로 집적된 내용의 의미로 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유가 동원되었다(이에 대해서는 또한 BVerfGE 93, 121, 137). 그에 따라 일반적 행동의 자유라는 (포괄적) 기본권은 물론 특별한 자유권적 기본권과 함께 조세 법률에 대한 심사척도로 동원된 것이다(이에 관해 자세한 사항은 Scholz, AöR Bd. 100 (1975), 80, 117 ff.; Vogel/Waldhoff Rdn. 570 f.). 이와 같은 범위로 논의를 한정하면서 그 전제를 살펴보면, - 조세적 조치가 기본법 제14조에 해당하는지 그에 관한 판례의 변천이라는 관점에서 (단락번호 353 이하) 보면 일종의 중간 경

90) BVerfGE 19, 206, 215 f.; 21, 1, 3; 25, 223; 26, 1, 7 ff.; 27, 375, 384 f.; 28, 66, 76; 31, 145, 173; 92, 91, 113; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 699.

과적 현상이라고 할 것이다. 연방헌법재판소가 조세 측면의 최저생계비와 각종 과세표준의 일원화 가액에 따라 조세부과(Einheitswertbesteuerung) 등에 관한 재판에서 일반적 자유권과 특수한 자유권을 병행적으로 동원하는 것은, 그 이유를 찾아 거슬러 올라가면, 연방헌법재판소가 최초로 “재산권 영역의 자유공간”으로서 소유권을 인정하고 그에 따라 헌법적 통제를 위해 조세 법률이 기본법 제14조 제1항(재산권 보호)의 보호영역에 해당된다고 평가하면서, 이를 위의 재판이 나오기 전까지는 오직 조세의 목 조르는 효과라는 수준에서만 관철했다는 데 닿는다고 할 것이다. 만약 종래 판례가 그대로 확립되었다면 기본법 제2조 제1항을 근거로 동원할 것이다. 그러나 기본법 제14조와 제12조 제1항 등의 의미를 종래보다 더 높이 인정함으로써, 과거와 달리 미래에는 기본법 제2조 제1항의 직접적 적용영역이, 워낙 이 기본권이 포괄적 성격과 기능을 지녔기 때문에, 조세부과 권력에 대한 한계로서 맡은 역할이 적어지게 될 것이다.

C. 수수료

I. 수수료의 개념

< 373 >

법률적으로 구성된 정의로서, 현행법에 조항을 둔 수수료의 모든 출현 형태를 포괄하면서 그것으로부터 수수료 척도, 수수료 비율, 수수료 수준 등의 함헌성에 관한 직접적 기준을 도출할 수 있는 정의 따위는 **존재하지 않는다**. 그와 같은 정의는 기본법에도 연방의 법률에도 주의 법률에도 포함되어 있지 않다. 그렇지만 판례와 학설에서는 - 말하자면 가장 적은 범위에서 공통인 명칭 - 즉 우회적 설명을 적출해냈고, 이 지적은 거의 일반적이라고 할 정도로 인정되었지만, 그렇다고 해서 그것 자체로 수수료 개념에 대한 완결된 형태의 헌법적 정의라고 주장할 만큼 청구권을 행사하는 것도 아니다.

< 374 >

수수료는 공법적 금전급부로서, 개인에게 귀속시킬 수 있는 공적 급부를 계기로 삼아 수수료 채무자에게 공법적 규범 또는 기타 고권적 조치에 의하여 부과하는 것으로, 이와 같은 급부에 연계시켜 그 비용을 일부 또는 전부 충당하기로 특정된 것이다.⁹¹⁾ 수수료의 경우 특별한 목적의 확정이라는 요

91) BVerfGE 50, 217, 226; 91, 217, 224; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701에서는 Wilke, Gebührenrecht und GG, 1973, 82 ff.의 견해를 지지하고 있다.

소, 즉 개인에게 귀속시킬 수 있는 공적 급부의 비용을 전부 또는 일부 충당하기 위하여 수입을 목적으로 설정했다는 점에서, 조세와 구별된다(BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701).

이와 같은 정의를 다시 살펴보면, 수수료가 공적 주체의 급부를 특별히 청구하기 위한 **반대급부(Gegenleistung)**라고 보는 종래의 평가를 부정하는 것은 물론이고, **우선적 지위 또는 이익 등에 대한 부담**이라는(Vorzugslast bzw. des Vorteils) 개념도 부정하는 것이기도 하다. 이와 같은 방식으로, **공적 급부로 인하여 채무자에게 무엇인가 훼손을 가하였다면, 그것을 개인에게 개별적으로 관련시킬 수 있는 한, 어떤 것이든 모두 파악하게 된다.** 채무자의 범주에는 - “**특별한 청구**”의 개념(der Begriff der “besonderen Inanspruchnahme”)에서 자명하게 알 수 있듯이 - 계기를 일으킨 자(Veranlasser)에 한정하지 않고 또한 **이익의 향유자(Nutznieser)** 즉 급부의 계기를 가지지 않았으나 급부를 청구한 자도 포함시킨다.

사례 : 소포송달 수수료(Paketzustellgebühr)는, 소포 수령자가 지급해야 할 것으로, 물론 수령자가 소포를 내달라고 할 경우에 해당될 뿐이다(B-VerwG, DÖV 1986, 654, 655, 여기에는 에프 키르히호프-F. Kirchhof의 평석이 붙어있다.);

자동차전화 수수료(Autotelefonegebühr)는 걸려온 전화를 사용한 데 대한 것이다(BGH, DVBl. 1986, 1055, 1055 f.).

< 375 >

수수료는 그러므로 개인에게 귀속시킬 수 있는 급부 또는 개인적으로 책임져야 할 비용의 원인 등을 전제로 인정하는데, 그래야 수수료가 지급해야 할 반대급부가 되기 때문이다. **공적 출연에 대하여 개인이 재정을 충당해야 할 책임이 발생하는 경우란,**

- 채무자가 **개인에게 귀속시킬 수 있는 비용의 발생에 계기를 제공한 경우,**
- 채무자가 어떤 출연으로 인하여 **개인에게 귀속시킬 수 있는 우월한 지위를 얻은 경우,**
- 채무자가 **행정의 유도대상인 행위 또는 공적 출연에 영향을 미치는 행위** 등의 구성요건을 충족시키거나 장차 충족시킬 것으로 기대되는 경우 등을 말한다.⁹²⁾

92) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 194.

< 376 >

수수료 채무자가 개인적으로 재정충당의 책임을 진다는 것은, 아무리 문제된 급부가 일반인에게도 또한 유익하다고 해도, 그대로 유지된다. 다만 이 경우 반드시 갖추어야 할 요소라면, **수수료 채무자가 급부로부터 얻는 이익을 일반인보다 더 근접하여** 인식할 지위에 있어야 한다는 것이다.⁹³⁾

사례 : 만약 항구가 없으면 선박소유자는 자신의 선박으로부터 실효성 있게 수익을 얻을 수 없다. 항구가 필요한 것은 바로 선박이라는 사실이 전면으로 떠오른다. 선박업자와 선박소유자(Reeder und Schiffseigner)는 그에 따라 항구수수료의 부담을 지고, 이는 아무리 항구가 모든 시민에게 이익을 주는 것이라고 할지라도 마찬가지인데, 그 근거를 살펴보면 선박업자와 선박소유자가 항구를 거쳐 운영되는 상품의 유통으로부터 많은 적든 대규모로 이익을 향유한다는 것이다. 항구를 건설해서 이용시설을 갖추어 처분 가능한 상태로 제공함으로써 선박의 소유자에게 특별한 이익을 부여하는데, 이 특별한 이익이 특별한 객관적 이익에 부합한다는 것으로, 그 근거를 살펴보면, 선박소유자로서는 오직 이러한 방식으로만 자신의 선박을 규정에 맞게 사용할 수 있다는 것이다(BVerfGE 91, 217, 224).

< 377 >

이른바 “**물 사용료 결정(Wasserpfennigbeschuß)**”에서 연방헌법재판소는 (BVerfGE 93, 319, 345), 수수료 개념을 위와 같이 우회적으로 묘사하면서 재판대상이었던 행정 및 사용 수수료의 사안에 맞춰 재단하였을 뿐이지 완결적으로 헌법적 정의를 내렸던 것은 아니라고 이해해야 한다는 점을 강조하여 판시하였다. 그러나 현행 법률에 근거하여 체계화해서 목록을 작성해야 한다는 문제는 결코 헌법의 문제가 아니다(BVerfGE 93, 319, 345). 그와 동시에 연방헌법재판소는 지하수든 지표수든 물을 끌어 쓴 데 대한 대가(수자원이용대가 Wasserentnahmeentgelte)를 수수료 개념 아래 편입하면서 (이에 관해서는 단락 번호 392) **광의의 헌법상 수수료 개념**을 근거로 동원했고 이 개념을 구체적인 행정 측 출연의 수준을 넘어서 **특별이익의 상쇄(Abschöpfung von Sonder Vorteilen)**라는 데까지 확대하였다. 수수료 개념에 대해 재정헌법의 이론적 체계에 따라 엄격하게 설정했던 한계를 이 사안에서는 회피하면서도, 물 사용

93) BVerfGE 91, 217, 223 f.; 95, 188, 203; Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, S. 30.

에 대가를 지불해야 한다는 것은 조세 아닌 공과금에 관한 재정헌법상 요건을 충족시켰다고 오히려 분명하게 강조하였던 것이다(BVerfGE 93, 319, 345).

< 378 >

그렇지만 수수료는 **대개 개인적으로 이익을 얻는 급부에** 대해 징수하는 것이다. 물론 언제나 그렇다는 의미는 아니다. 즉 수수료는 또한 경제적으로 중립적이거나 불이익한 급부에 대해서도 요구할 수 있으니, 그에 관한 사례로는, 수익적 행정행위를 (허가) 거부한 경우의 수수료로서, 고권적 주체의 비용에 대해 개인적으로 책임을 부과하여 일부 또는 전부 그 비용을 보전하는 경우를 들 수 있다.

< 379 >

개별 법률에서 특히 지방자치단체의 공과금법률에서 수수료에 관하여 **좁게 설정한 정의가 헌법적으로도 그대로 인정된 것은 아니다.** 그에 따라 이와 같은 협의의 수수료 개념은 해당 규범의 적용영역에만 효력을 미칠 뿐이어서, 다른 (예컨대 경제행정 또는 우편 등을 비롯한 민영화 내지 상업화) 영역의 규범제정자까지 기속하는 것은 아니다. 이들은 거기에서 벗어나 나름대로 수수료의 정의를 규정할 수 있는데, 다만 헌법의 취지라는 울타리 안에서 변화를 구성해야 한다. 헌법상 조세 개념이 내용의 측면에서는 공과금법 AO (1977) 제3조 제1항에서 구성된 문언에 대개 일치하지만, 방법론적 측면에서는 단순한 법률에서 정의를 내린 공과금 개념을 헌법에 그대로 인수한다는 것은 허용되지 않는다는 점을 감안해야 한다. 그에 비하면 결과적으로 수수료 개념은 방법론 측면에서 허용되지 않는다는 것은 물론 내용 측면에서도 어긋나는 셈이다.

< 380 >

헌법이 명하는 바는, **수수료 부과권력에 대한 한계**는 무엇보다도 조세에 대해 설정해야 한다는 것이다. 재무행정 영역에서 중요하게 거론되는 **조세국가에 대한 헌법적 기본원칙 재판**(단락번호 30 이하)에 따르면, 위낙 조세국가가 특별한 반대급부를 이행하지 않고서 “아무 조건 없이” 징수하는 것이기 때문에, 재정국가가 공과금 채무에 대하여 비중속성 내지 독립성과 편견 내지 편파적 견해에서 벗어난 초월성 등의 효과를 거두게 되며, 이에 따라 수수료를 징수하는 방식으로 이 원칙을 회피해서는 안 된다는 결론이 도출되는 것이다. 뿐만 아니라 수수료라는 재정수단을 사용할 때 특히 ‘**재무행정의 연방국가적 의미**’를 회피하거나 면탈해서는 안 된다. 그밖에도 헌법 즉

기본법에서 내린 결정사항(기본권, 사회국가원리 등)에 따르면, 기본권 또는 사회국가적 의미를 지닌 공적 급부의 경우, 수수료 징수의 수단으로 ‘이와 같은 공적 급부를 감히 청구할 수 없도록’ 억압하는 조치는 금지되는 것이다.

< 381 >

기본법에서 수수료 징수에 관한 규정을 살펴보면 다음과 같다. 기본법에는 독자적인 수수료 개념에 관한 법적 정의가 포함되어 있지 않고, 직접 수수료 결정기준, 비율, 고저 등에 관하여 위헌 여부를 결정할 심사척도도 그로부터 도출할 수 없다. 기본법 제74조 제22호, 제80조 제2항 등에서⁹⁴⁾ 그저 단순하게 수수료에 관하여 단편적으로 언급하는데 그것도 이용수수료(Benutzungsgebühren)라고 좁게 한정된 종류의 것이든, 그리고 헌법상 조세개념에 대하여 설정된 한계이든, 어디에서나 이와 같은 종류의 공과금에 관한 실질적 표지를 일반적으로 추론해 내는 것이 허용되지 않는다.

< 382 >

권한 법에서 명하는 바에 따르면 조세와 수수료를 엄격하게 분리해야 하는데 이는 순수하게 형식적인 기준에 의거해야 가능하다. 조세가 반대급부도 없고 어떤 요건도 없는데, 그와 달리 수수료의 경우 국가의 급부에 어떻게 하든 종류를 설정하여 발생한 관련성을 전제로 인정해야 하며 이는 반드시 수수료 채무자에게 개인적으로 귀속시킬 수 있는 것이어야 한다. 이때 공적 급부에 대한 사실상 청구권의 행사가 있는지 여부가 결정적이 기준이다(BVerfGE 92, 91, 115; 93, 319, 346).

< 383 >

특별히 개인적으로 귀속시켜야 할 공적 급부에 대한 비용을 전부 또는 일부 충당하기 위한 수입을 확보한다는 특별한 목적 조항이 있더라도, 그로부

94) “기본법 제74조 (경합적 입법사항) ① 경합적 입법은 다음 분야를 그 대상으로 한다. 1. ... 22. 도로교통, 자동차제도, 장거리 교통을 위한 지방도로의 건설과 유지, 자동차에 의한 공로(公路) 이용료의 징수와 배분 ... 26. ...” (계희열, 518쪽에서 전제) - 연방과 주가 경합적으로 입법할 수 있는 사항에 관한 규정이다.
기본법 제80조 제2항 (법규명령 [法規命令] 의 제정) ① ... ② 우편 및 전신시설의 이용에 관한 원칙과 요금, 연방철도시설이용료의 부과원칙 그리고 철도의 건설과 운영에 관한 연방정부 또는 연방장관의 법규명령, 그리고 연방참사원의 동의를 필요로 하거나 또는 연방의 위임에 의하여 또는 고유사무(固有社務)로서 지방(支邦)에 의해 수행되는, 연방법률을 근거로 하는 법규명령은 연방법규의 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 연방참사원의 동의(同意)를 필요로 한다. (계희열, 520쪽에서 전제)

터 헌법상 도출할 수 있는 결론 중에, 수수료의 고저를 공적 주체가 제공하는 급부의 비용에 의하여, 일반적으로 또는 수수료가 이 비용을 초과해서는 안 된다거나 미달해서는 안 된다는 방식으로, 한계를 설정해야 한다는 원칙은 포함되지 않는다. 기본법 제3조 제1항의 평등 원리에,⁹⁵⁾ 수수료가 비용을 초과하는 것이든 미달하는 것이든, 원천적으로 배치되는 것은 아니다.⁹⁶⁾ 그렇지만 국가의 급부에 대한 수수료는, 수수료를 부과해야 할 의무가 있는 국가급부의 사실상 비용과는 전혀 상관없이 확정하는 것은 허용되지 않는다. 비용과 수수료의 연계는 반드시 사안에 적절한 것이어야 한다.⁹⁷⁾

< 384 >

수수료의 범주에 속하는 사례의 하나로서 **이익 환수적 공과금**(Vorteilsabschöpfungsabgaben)의 경우 수수료는 반대급부의 가치를 초과해서 부과해서는 안 된다. 그렇지 않을 경우 공과금은 그 범위 내에서 - 마치 조세처럼 - 전체적 조건 없이 징수하는 것이 될 것이다. 결과적으로 그와 같은 공과금은 공과금 채무자에게 부여된 이익을 환수한다는 데 기여하지 못할 것이고, 오히려 그와 동시에 공동부담에 대한 재원을 확보한다는 관점에서 일반적인 급부능력을 징수대상으로 파악하게 될 것인데, 이는 오로지 조세부과 방식만 허용되는 것이다(BVerfGE 93, 319, 347).

< 385 >

반드시 반대급부를 제공해야 한다는 관계에 있다고 해서 헌법적으로 동시에, 수수료에 관한 규율사항이 전면적으로 또는 부분적으로 비용에 충당한다는 목적 아래 수입을 확보한다는 목적 이외에 또한 **(행위를 유도해야 한다는) 목적**을 추구해서는 안 된다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 이른바 **유도 수수료**(sog. Lenkungsgebühren)가 원천적으로 헌법에 위배되는 것은 아니다.⁹⁸⁾ 하지만 수수료 그 자체가 아니라 오직 수수료의 산정에 관한 형성만 유도목적으로써 정당화할 수 있을 뿐이다.⁹⁹⁾ 반대견해에 따르면, 수수료가 순수하게 대가적 성격을 지녔고 그 근거를 단순한 법률(KAG - Kommunalabgabengesetz 지방자치단체 공과금 법률)은 물론 헌법에서도 찾을 수 있다고 하나, 학설의

95) 기본법 제3조 (법률 앞에서의 평등) ① 모든 인간은 법률 앞에서 평등하다. ...

96) BVerfGE 50, 217, 226; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701.

97) BVerfGE 50, 217, 226; 85, 337, 346; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701.

98) Kloepfer, AöR, Bd. 97 (1972), 232; Wendt, Die Gebühr als Lenkungsmittel, passim; Sachs/Siekman, GG, vor Art. 104a Rdn. 76 ff.; P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 189 ff.

99) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 189 ff., 207; Vogel/Waldhoff, Rdn. 419.

지지를 얻지 못하고 만 형편이다.

사례 : 대량거래 할인(Mengenrabatte)과 특정시간 내지 기간 내 염가판매(Mondscheintarife) 등은 국가의 급부를 청구할 때 과거에도 현재에도 의무자의 결정을 유도하는 효과를 가졌다: 지체수수료, 또는 정당화하지 못하거나 무모하게 청구권을 행사할 경우의 국가기관에 의한 남용수수료 등.

< 386 >

유도수수료(Lenkungsgebühr)은 유도목적에 따라 비용충당의 수준을 초과하는 것이 허용되는데, 예컨대 포기 가능한 국가급부에 대한 수요를 조세부과 수단으로 격하시켜야 한다든지, 이용의 시간에 한계를 설정해야 한다든지, 공적 시설의 이용을 특정한 시간대에 집중시켜야 한다든지 등의 경우가 이에 해당된다.¹⁰⁰⁾ 그러나 유도수수료의 경우에도 또한 특정한 행위를 유발하기 위하여 수수료 부담을 면제할 수 있다. **유도형 수수료의 평등척도**는, 부담의 평등이 아니고, 기대하거나 금지해야 할 행위가 무엇인지에 따라 그때마다 달라질 재정적 유인이 평등한지 여부에 있다. 유도형 수수료는 **사항규범의 규율목적(Regelungszweck der Sachnorm)**을 회피하는 것이어서는 안 된다. 유도형 수수료는 실체를 형성하기 위한 도구로서 오로지 제한적으로만 적합하다. 왜냐하면 오히려 수수료 요건이, 지급하기를 기대하는 자에게, 유도 요건에서 전하는 행위명령을 회피하는 것을 허용하기 때문이다. 그러므로 만약 법치국가에서 또한 유도계획의 실패 역시 인정할 여지가 남아있을 경우, 행위명령이 그냥 유도형 수수료로 대체될 수 있다. 유도수수료라는 행위수단을 선택할 때 그밖에도 유의할 사항이 있으니, 즉 유도 수수료를 수익권자의 보유자가 이로써 획득하는 수입이라는 측면에서만 인식하는 데 익숙하게 될 우려이다.

< 387 >

그때마다 설정된 규율권한의 범위 내에서 수수료 입법자는 기본법의 관점에서 볼 때 넓게 결정 및 형성 영역을 보유한다. 가령 개인적으로 귀속시킬 수 있는 공적 급부 중 어떤 것을 수수료 의무의 대상에 포함시킬 것인지, 그에 대하여 수수료 부과 여부를 판단하는 척도 및 수수료 요율 등을 어떻게 설정할 것인지, 그리고 비용에 충당한다는 수준을 넘어가는 어떤 목적을, 즉

100) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 198.

특정한 활동영역에서 행위조정의 한계를 설정하는 등과 같이, 어떤 방식의 수수료 규율로 추구할 것인지 등이 그 대상이다.¹⁰¹⁾

< 388 >

입법자는 수수료 징수에 관한 권한을 지방자치단체에게 위임할 수 있다. 그러나 기본법 제80조 제1항 제2문에서 법규명령 제정의 권한을 법률로써 부여하는 경우에 대하여 설정된 척도를, **지방자치단체의 자치규칙을 제정할 권한을 부여할 경우에** 그대로 이전해서 적용할 수는 없다. 명령 방식으로 전래 권으로서 법을 제정하는 경우와 달리 일반적인 법치국가 원리와 민주주의 원리가 명하는 바이므로, 공법적 단체가 그가 자신의 자치의 범위 내에서 제정하는 규범의 내용, 목적, 규모 등에 관한 권한을 그것과 같이 특정한 방식으로 부여한 것은 아니다(BVerfGE, DVBl. 1998, 699, 700). 하지만 입법자는 법제정 권한을 전면적으로 양도해서는 안 되고, 반드시 - 특히 기본권에 제한을 가할 수 있다는 관점에서 - 지방자치기관의 **자치규칙 제정권력에 대해서도 마찬가지로 합리적인 한계를 설정해야** 할 것이다. 만약 법률의 규율사항을, 즉 어떤 요건을 갖춰야 공과금을 부과할 수 있는지, 누가 공과금 채무자인지, 그리고 - 일반적인 수수료 원칙에 연계해서 - 또한 어느 수준까지 징수할 수 있는지 그리고 경우에 따라 회피할 수 있게 어떤 단계를 설정해도 되는지 등에 관하여, 충분할 정도로 분명하게 인식할 수 있으면, 그것으로 충분히 요건을 충족시킨 것이다(BVerfG, DVBl. 1998, 699, 700).

< 389 >

수수료 수입의 사용은 수익권한을 가진 단체의 임의에 맡겨져 있다. 그 단체는 오직 수수료 의무가 부과된 급부의 재원을 확보하는 데 한정하여 사용해야 하는 것은 아니다. **예산법상 무영향 원리**(nach dem haushaltrechtlichen Nonaffektationsprinzip)에 따르면 원칙적으로 모든 수입은 모든 지출에 대한 충당재원으로 기여한다. 수수료 징수는 그에 따르면, 수수료 의무가 부과된 국가 급부 또는 이용 가능한 시설 등이 이미 일반적인 예산재정에서 (사전에) 재원을 동원하였을 경우, 더 문제될 바 없이 가능하다. 유료로 이용할 수 있는 시설에 들어가는 비용을 공적 보조금으로 충당하는 한 그 범위 내에서는 수수료의 징수가 허용된다. 특히 연방과 주에서 보조금을 지급받는 지방자치단체의 시설인 경우 이 점은 특히 그 의미가 크다.¹⁰²⁾

101) BVerfGE 50, 217, 226 f.; BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701.

102) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 209; Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem GG, S. 28 u. 31.

II. 헌법상 수수료의 종류

< 390 >

수수료의 대가에 해당되는 국가의 급부에 따라 일반적으로 수수료 법률에서는 종래 행정수수료와 이용수수료로 구분하였다. **행정수수료(Verwaltungsgebühren)**는 개인적으로 제공하는 공적 작용 또는 기타 행정청의 활동 등에 대하여 징수하는 것인데, 예컨대 여권발급에 대한 수수료 또는 건축승인 발급에 대한 수수료 등이 이에 해당된다. **이용수수료(Benutzungsgebühren)**는 공적 영조물 또는 시설 등에 대한 청구권을 행사하면서 지급하는 수수료를 말한다. 그에 속하는 것으로는 대개 수도, 전기, 가스 및 하수, 쓰레기 처리 등에 대한 수수료는 물론이고 비록 지방자치 영역에 속하는 것은 아니지만 방송 수신료 등도 들 수 있다. 지방자치단체 수영장의 입장 수수료 역시, 수영장이 사법상 조직체 대신 공법상 조직체에 의하여 운영되는 한, 이에 속한다. 행정수수료와 이용수수료는 종래 인정되어온 수수료의 종목으로서 좁은 의미의 수수료를 구성한다.

< 391 >

반면에 헌법에서는 **수수료 종목의 수를 제한한다는 조항을 두지 않았다** (keinen numerus clausus der Gebührenarten). 비교적 최근에 들어 - 특히 이른바 환경-공과금(sog. Öko-Abgaben)에 관한 논쟁에 관련하여 - 새로운 수수료 유형에 관하여 법학과 경제학 측면에서 집중적으로 토론이 이루어졌는데, 그 과정에서 특히 권한부여 수수료(Verleihungsgebühr)¹⁰³⁾ 자원이용 수수료(Ressourcennutzungsgebühr)¹⁰⁴⁾ 등과 같은 주제어 아래 각자 주장을 제시하였는데, 넓은 의미로 이와 같은 종류의 수수료에 어떤 한계를 설정해야 하는지 아직 결정적으로 해명된 바는 없다.

< 392 >

연방헌법재판소(BVerfGE 93, 319, 345 ff.)에서는 학설이 자원이용 수수료라고 명명한 바 있는 **공법상 이용규율의 범위 내에서 이익환수 공과금(Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung)** 수

103) F. Kirchhof, NVwZ 1987, 1031; ders., DVBl. 1987, 554; Pietzcker, DVBl. 1987, 774; Hender, NuR 1989, 22; v. Mutius/Lünebürger, DVBl. 1995, 1205; 반대하는 견해로는 P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 187.

104) Murswiek, NuR 1994, 170; ders., NVwZ 1996, 417; Kluth, NuR 1997, 105.

수료에 속하는 사례의 하나라고 법적 성격을 확정하였다.¹⁰⁵⁾ 이에 대한 객관적 정당화 근거는, 부족한 자연자원은 - 물 즉 수자원과 같이 - 일반인의 재산이라는 데에서 찾는다. 개인이 그와 같은 경제영역에 편입된 자원을 이용하는 것이 허용될 경우, 이는 일반인이 법익에 참여할 수 있게 지위를 창설한다는 의미이다. 그 개인은, 해당되는 법익을 그보다 열등하게 이용하거나 전혀 이용하지 못하는 다른 모든 사람과 비교할 때, 특별한 이익을 보유하는 것이다. 그러므로 이와 같은 이익을 전부 또는 일부 환수하는 것은 객관적으로 정당하다는 인상을 준다. 이와 같은 조정사상이 종래 수수료의 정당화 논거에 비결을 이루고 있다(BVerfGE 93, 319, 346). **물사용대가(Wasserentnahmeentgelte)**는 반대급부에 종속되어 있으며 개인적으로 귀속시킬 수 있는 공적 급부에 대하여 즉 물을 이용할 가능성을 부여하였으므로 그 대가로 징수하는 것이다. 이용가능성의 개방으로 얻게 된 이익은 법적인 것이 아니라 사실상 규모에 따라 환수한다. 물 이용 대가의 경우 반대급부 관련성은 공과금 부과요건에 분명하게 나타나 있다. 자원이용 수수료를 환경에 관련된 모든 법익에 전면적으로 확대할 수 있다는 가능성까지 연방헌법재판소의 “물사용료-결정”(“Wasserpfenig-Beschluß”)에서 도출할 수는 없다. 왜냐하면 결정이라고 해도 - 지하수 사용의 경우 기존의 - 공법적 이용규율의 범위 내로 한정되기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 이와 같은 조치가 기본권에 비추어 허용되는 경우에만 **자유사용의 상업화(eine Kommerzialisierung des Freiheitsgebrauchs)** 역시 고려할 수 있다. **공적 법익을 공동으로 사용하는 경우(für den Gemeingebrauch an öffentlichen Gütern)** 수수료를 수단으로 이익을 환수한다는 것 자체가 배제되는 것이다.

< 393 >

수수료의 그 밖의 유형은 특별 법률에서 규율하는 사항으로 존재하는데 정작 명칭은 그렇지 않지만, 학설에서는 여기에서 대개 **권리부여 수수료(Verleihungsgebühr)**를 추출했다. 이는 어떤 주관적 공권을, 즉 경제적 이익의 법적 근거가 되는 그 권리를, 허용한 대가로서 징수하는 것이다. 행정급부는 그것 자체로 벌써 **권리의 창설(Rechtsverschaffung)**이다. 권리보유자가 활용하는지 여부에 따라 수수료 요건의 충족 문제가 달라지는 것은 아니다. 권리부여 수

105) Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, qualifiziert die Vorteilsabschöpfungsabgabe unter Einbeziehung der Fehlbelegungsabgabe dagegen als dritte Untergruppe der Vorzugslasten neben den Gebühren und Beiträgen, S. 33 ff.

106) Vogel/Waldhoff, Rdn. 423; Kluth, NuR 1997, 105, 110 ff.

수료의 경우에도 또한 국가의 권리부여 또는 승인 비용이라도 전혀 수수료 징수를 정당화할 수는 없다. 그러므로 이 맥락에서는 허가로 인하여 창출된 경제적 가치를 기준으로 사용해야 한다. 왜냐하면 경제적 가치만이 이익환수로 접근할 수 있기 때문이다. 이와 같은 유형의 수수료를 정당화하는 데, 결과적으로 행정에 대한 비용충당은 기여하지 못하고, 오직 헌법적으로 요구하는 부담 평등의 회복은 기여한다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 이와 같은 유형의 수수료에 속하는 것이 연방광산법(BBergG) 제30조에 따라 지하자원 탐사에 대한 허가 수수료, 도박장 개장 허가(Spielbankkonzession) 수수료, 복권사업(Wettunternehmen) 허가 수수료, 도로법상 특별사용권 제공에 대한 수수료 등을 들 수 있다.

III. 수수료 산정의 척도

< 394 >

기본법 제3조 제1항에서 수수료에 관하여 도출할 수 있는 원칙을 살펴보면, 수수료 의무가 붙은 국가급부의 비용에 수수료가 전혀 상관없이 확정해서는 안 된다는 원칙이 하나요, 국가급부의 **비용**과 국가급부에 대하여 부과된 **수수료**를 **연계**시킬 때, - 전면적 또는 부분적 비용에 충당한다는 목적에 관련해서 - 어떤 이성적인 관점에서 보나 타당하다고 인정할 수 없을 정도이어서는 안 된다는 원칙이 다른 하나다. 평등원리가 명하는 바는 거기에서 그치지 않는다. 즉 유사하게 창출한 급부라면, 그것은 계산상 그리고 재정상 급부단위로 파악할 수 있는데, 수수료 산정척도(와 효율)을 현실적 실현가능성 즉 실무처리 가능성과 경제성 등의 한계 내에서 선택하고 구분하여, 제공하는 급부의 다양한 규모를 고려할 수 있어야 하는데, 이는 수수료 채무자에게 비례적 평등을 부여하려는 취지의 것이다(BVerfGE 50, 217, 227).

< 395 >

공적 급부를 분명하게 산정할 수 있으면, 그만큼 산정척도의 선택에서도 문제가 발생하지 않는다. 만약 공적 급부를 정확하게 산정하거나, 계수화하거나, 여하튼 분명하게 확인할 수 있다면, 수수료를 실제로 제공한 급부의 척도와 가치에 따라 산정할 수 있을 것인데, 이와 같은 경우에 이를 이른바 **현실성 척도(Wirklichkeitsmaßstab)**에 기반을 두었다고 한다. 오직 현실성 척도에 의거해야 비로소 ‘어떤 이용자에게든 급부단위를 기준으로 동등한 대가를 지급해야 할 의무를 부담시켜야 한다’는 원칙을 확실하게 구현할 수 있다.

107) Vogel/Waldhoff, Rdn. 423; Kluth, NuR 1997, 105, 109.

사례 : 물시계(Wasseruhren)에 의하여 제1차 수자원의 사용량(Frischwasserverbrauch)을 측정한다.

< 396 >

사실상 행사한 청구권의 내용을 측정하는 것이 기술상 불가능하거나 비례에 위배해서야 비로소 즉 경제적으로 설득력이 없는 비용을 들여야 측정할 수 있을 경우에만, 현실성 척도를 **개연성 척도(Wahrscheinlichkeitsmaßstab)**로 대체할 수 있다. 그 의미를 살펴보면, 정확하게 급부를 조사하는 것을 포기하고, 급부의 척도와 가치 사이에 특정한 종속적 관계가 있다는 전제 아래 개발한 수수료 산정의 척도를 사용한다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 규범제정자는 그러므로 수수료 척도를 형성할 때, 어떤 급부이든 그에 대한 유사사례의 경우에도 인정할 수 있다고 할 수 있게, 반드시 그에 적합한 개연성 척도를 찾아야 한다.

사례 : 하수처리(Abwasserbeseitigung)의 경우 지방자치단체는 통상적으로 제1차 수자원 사용량이라는 개연성 척도에 연계시킨다.

< 397 >

수수료 정의라는(Gebührengerechtigkeit) 관점에 비추어 볼 때 **현실에 가장 가까운 개연성 척도(der wirklichkeitsnächste Wahrscheinlichkeitsmaßstab)**를 선별해야 한다. 이때 **유형화 분류와 포괄적 처리(Typisierung und Pauschalisierung)** 등이 허용된다. 개연성 척도 역시 어떤 예외적 사례이든 모두 고려해야 할 필요는 없으며 비전형적 구조의 사례는 제외시킬 수 있다. 그렇다고 할지라도 예측 가능한 특별사례에 대해서는, 경험상 그와 같은 특별사례의 출현빈도가 높을 경우, 적어도 특별규칙(Sonderregelung)을 수립해야 할 것이다.

사례 : 하수처리에 대한 제1차 수자원 사용량이라는 척도는 원칙적으로 적합하지만, 재배 목적으로 사용하는 토지와 물 자체를 처리하는 사업장 등에 대해서는 특별규칙을 제정해야 한다는 요청이 제기된다.

IV. 수수료 액수 - 수수료원리

< 398 >

수수료 개념이, ‘개인적으로 귀속시킬 수 있는 반대급부’라는 형식적으로 결정해야 할 기본적 내용을 넘어 헌법상 어떤 **실질적 요소**를 포함하고 있는

108) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 187.

지 여부에 대해서는 논의가 분분하다. 한 동안 인정했던 바에 따르면, 지방자치단체 공과금 법률(KAG)에서는 명문으로 나타난 **수수료 원리** (즉 비용충당 원리와 등가 원리) 등은 수수료 개념의 **본질상 내재적인** 것이며 헌법 차원에서도 근거를 갖춘 것이라고 한다. 연방헌법재판소에서는(BVerfGE 50, 217, 225; DVBl. 1998, 699, 700) 비용충당 원리와 등가 원리 등에 대하여 그 자체로 헌법적 서열을 부여하지 않았지만, 특히 기본법 제3조 제1항의 **평등 원칙**과 협의의 **비례원칙** 등으로부터 실제법적 한계를 도출하였다.¹⁰⁹⁾ 그에 따르면 수수료에 대해 규율을 가하여 획득하려는 목적과 시민에게 부과하는 수수료의 관계가 비례 수준을 벗어나지 않아야 한다. 이때 수수료 규율을 수단으로 추구하는 헌법적으로 허용된 목적은 (그러므로 상황에 따라서는 행위에 영향을 미치는 요소이기도 한데) 모두 비례성 심사에서 **형량의 요소**에 편입해야 한다.

< 399 >

물사용료-결정에서 연방헌법재판소는(BVerfGE 93, 319, 347) 처음으로 **수수료에 대한 한계**를 설정하여 **수수료 정당화 사유와 연계**시키면서 이익환수 수수료에 관련된 맥락에서 판시한 바에 따르면, 오직 수수료의 규모가 공적 급부의 가치를 넘지 않는 경우에만, 수수료의 반대급부에 대한 종속성을 유지할 수 있다는 것이다. 하지만 과연 이와 같이 사건에 특별한 지적사항이 모든 종류의 수수료에 대하여 일반화할 능력을 갖추었는지 여부는 의심스러운 단계다.¹¹⁰⁾ 여하튼 입법자가 자신의 평가영역에 대한 한계를 유월하는 지점은, 수수료가 이익을 초과하는 수준, 또는 비용귀속 자체가 부적절하다는 점이 인식되는 수준 등이다.¹¹¹⁾

< 400 >

수수료에 대한 비용충당 원리와 등가 원리가 본질상 내재된 것이 아니라 할지라도, 적어도 두 개 원리 중 하나는 거의 모든 수수료에 대하여 **단순한 법률의 수준에서나마(einfachgesetzlich)** 명문으로 규정되어 있다.

109) 이에 대하여 비판적인 견해로는 Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, S. 32.

110) 긍정하는 견해로는 P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 198; Wendt, Die Gebühr als Lenkungsmittel, 71 ff.; Vogel/Waldhoff, Rdn. 417 ff.

111) Vogel/Waldhoff, Rdn. 418.

1. 비용충당 원리

< 401 >

비용충당 원리는 내용 측면에서 두 가지 형태로 출현한다. 이 원리가 한편으로는 **비용초과 금지(Kostenüberschreitungsverbot)**로 나타나는데, 각 사안마다 그 행정영역에서 **수수료의 전체수입**이 국가급부의 **전체비용**을 초과해서는 안 된다는 의미이다. 다른 한편으로 이 원리가 **비용충당 명령(Kostendeckungsgebot)**으로 나타나는데, 비용이 귀속되는 시설의 재원을 확보하기에 필요한 금액을 수수료로써 **전부** 충당해야 한다는 의미이다. **비용충당 원리**는 - 특히 관례에서 말하는 것은 - 결코 개별사안에 따라 단위화한 효과가 아니고, **일반화한 효과**의 차원에서 논의된다. 비용충당 원리에서는 해당되는 수수료 전체의 수입이 판단의 기준이지, 개별적인 수수료 산정이나 **개인적으로** 수수료 채무자에게 구체적 사안에서 부여하는 급부 등이 판단의 기준인 것은 아니다. 특정한 종류의 급부에 대한 (예상) 수수료 전체수입을 그 급부로 인하여 발생할 비용과 대치시킨다. **개인적으로** 수수료 채무자는 비용충당 원리로 인하여, 자신에게 할당되는 비용보다 더 많은 금액의 수수료를 지급하지 않는 수준의 보호를 받는다.

< 402 >

그 기반에는 경영학상 비용 개념이 자리 잡고 있다. 비용은 그에 따르면 재화와 역무를 통상적으로 소비하면서, 사업상 그에 부응하는 급부를 계속 유지하기 위하여, 지급해야 할 대가이다. 여기에 속하는 것으로는 (예컨대 노무직 임금, 사무직 임금, 사회급부 부담비용 등) **인사 관련 비용(Personalaufwand)**은 물론 (공간, 운영자금, 조직비용 등) **물건 관련 비용(Sachaufwand)** 등을 들 수 있다. 이때 고려해야 할 사항으로는 비용을 산정할 때 단서로 사용하는 가치 즉 급부생산에 소모되는 재화의 가치를 들 수 있다(이에 관해 자세한 문헌으로는 Theim, Der Landkreis 1999, 366 ff.).

< 403 >

일반화한 비용충당 원리에 따르면 통상적으로 모든 비용을 전체 수수료 수입과 비교해야 하며, 그로 인하여 이때 장래 비용은 물론 수입 등에 대하여 **예측(Prognose)**이 필요하게 된다. 왜냐하면 수수료 규범을 제정할 시점에 도 일반적으로 어떤 경우이든 비용의 일부는 이미 알려져 있는 사실로 확정되어 있기 때문이다. 비용충당 원리는 그러므로 **사정준칙(Veranschlagungsma-**

xime)이라고 부를 수 있다. 왜냐하면 비용충당 원리는 공적 행정에 대하여 ‘수수료 징수라는 수단을 동원해서 **초과수입의 영리적 성과**라는 목표를 추구하는 것’을 허용하지 않기 때문이다. 그와 같은 종류의 이익추구라는 취지라면, 결과적으로는 조세의 한계를 회피하여, 자의적으로 개인을 일반적인 국가사무에 대한 재원확보에 동원할 것이기 때문이다. 게다가 **사실상** 이익 또는 초과수입 등을 목표로 수립하게 된다는 점도 배제할 수 없는데다가, 어차피 사전예측이 다양한 불확실성을 자연스레 동반하게 마련이기 때문이다. 예측에 수반하는 상당한 하자는 그러므로 인정해야 하며, 따라서 그것을 수수료 사정의 위법성을 판단하는 근거로 동원할 수는 없다.

< 404 >

만약 매 사안마다 **구체적인 행정영역**(den konkreten Verwaltungszweig) 내지 **구체적인 행정시설**(die konkrete Einrichtung) 등만을 기준으로 판단하면, 결국 서로 다른 비용귀책 기관 사이의 **내부적 조정**(ein interner Ausgleich) 자체가 실현되지 못한다. 즉 개별급부에 대하여 관련성 있다고 평가할 행정영역에 한계를 설정할 경우에 문제가 발생할 수 있다. 종전에 연방우편의 경우가 이에 해당된다. 과연 각 급부영역을 분리해서, 즉 전화서비스에서만, 비용충당을 실현해야 하는지 여부 또는 서로 다른 영역 사이에 즉 이른바 “전통적 우편배달” 영역의 결손을 전화서비스 영역의 초과수입으로 충당하여 비용을 조정하는 등 공동으로 재원을 충당할 수 있는지 여부 등의 문제가 제기되었다(BGH, DVBl. 1986, 1055, 1056; BVerfG, NJW 1984, 1871, 1872 a.E.).

2. 등가 원리

< 405 >

수많은 수수료 법률에서 일반적인 비례원칙을 분명하게 구현한 **등가원리**가 명하는 바에 따르면, **개별화한 공적 급부와 수수료 채무자가** 그에 대하여 **개별사안에서 지급해야 할 수수료**를 대치시켜야 한다. 비용충당 원리에 관한 영역에서는 전체비용을 고려해야 한다는 취지로 비교의 짝을 설정하였는데, 등가 원리의 경우는 비교의 짝이 그와 달리 선정되었다. 긍정적 측면에서 보면 등가 원리의 의미는, **수수료와 개별화한 공적 급부**가 반드시 서로 **적절한 비례관계**를 이루어야 한다는 것이다. 부정적 측면에서 보면 등가 원리의 의미는 - 다른 측면에서 보면 **법원의 통제척도**를 말하는데 - 수수료와 공적 급부 사이의 **관계가 비례에서 벗어나서는 안 된다**(kein Mißverhältnis)는 것이다. 개별화한 공적 급부의 **가치를 산정**할 때 기준으로 삼아야 할 것은, 급부가

의무자에 대하여 지닌 의미와 이익, 또는 공적 급부가 관련되어 있는 객체의 가치, 또는 청구권 행사로써 지출하게 된 특별비용 등이다. 수수료가 너무 높아 공적 급부의 신청 내지 청구 자체가 저지하기에 합당할 정도이어서는 안 된다.

< 406 >

비용충당 원리를 준수하는 경우, 대부분 등가 원리에도 위배될 바 없게 된다. 그렇지만 위배사태가 일어날 수도 있는데 그 사례로는, 비용초과 금지명령은 준수하였지만 수수료 부담을 수수료 채무자에게 왜곡해서 배분하여 개별적 수수료 의무자에게 극단적으로 과대한 수수료를 부과한 경우를 들 수 있다. 뿐만 아니라 비용충당 원리는 물론 등가 원리를 모두 준수한 경우에도 수수료 채무자에 대한 수수료 부담의 배분이 기본법 제3조 제1항에 위배할 수 있다. 개별 수수료 채무자가 그와 비교 가능한 급부수령자보다 객관적 사유 없이 더 높거나 더 낮은 수수료를 납부해야 할 경우가 그에 해당된다.

3. 수수료 등급목록

< 407 >

위의 끝 부분에서 설명한 두 개의 특수한 적용사례의 구조가 바로 이른바 **수수료 등급목록** 중 하나에, 즉 수수료의 고저가 **급부수령자 수입의 고저를 기준으로** 결정하는 집단에, 해당될 수 있다. 순수하게 기술적 측면에서 보면 수수료 등급목록은 두 가지 방식으로 작성할 수 있다. 그 방식 중 하나는 비용충당 원리와 등가 원리에 의거하여 보통수수료를 설정하여 재정 측면에서 재원이 부족한 주체에게는 그만큼 금액을 줄여 부과하는 하향비례식으로 작성하는 것이다. 그와 같은 감면 (**수수료 면제 Gebührenverzicht**) 등으로 발생하는 **결손**은 결국 **일반 조세수입**에서 충당하지 않을 수 없다. 그렇게 하면 비용충당 원리를 고려하지 않은 것이 된다. 다른 하나는 **비용전체의 충당(Gesamtkostendeckung)**이라는 목표를 추구할 수 있다는 것이다. 그에 따르면 반드시 수수료의 고저는 일관되게 경제적 급부능력을 기준으로 결정해야 하며 경제적 약자에 대한 감면과 병행하여 급부능력자에게 **누진적 등급목록(eine progressive Staffelung)**과 특별부담 등을 규정하여 수수료 감면으로 발생한 수입의 결손분을 보완하고 조정한다. 이로써 일반 조세수입에서 보전하는 조치가 필요하지 않게 된다. 이와 같은 두 가지 방식이 허용되는지 여부에 관해서는 논란이 있다. 왜냐하면 수수료 채무자의 소득 그 자체는 수수료 금액의 크기를 산정하는 데 어떤 연계적 요소에도 해당되지 않기 때문이다. 즉 그

소득은 국가급부에 대한 청구권의 종류와 규모에 대하여 어떤 관련성도 없으며, 수수료 채무자의 불평등한 부담을 극복할 목적으로 급부능력의 관점을 채택한다고 해도 원칙적으로 그 소득이 수수료의 산정에 영향을 미치게 해서는 안 될 것이다.¹¹²⁾

< 408 >

수수료의 본질로부터 사회국가적 계기에 따른 수수료의 등급목록의 설정을 금지한다는 결론까지 도출하는 것은 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 사회적 급부국가라는 것과, 행정급부으로써 이 급부를 청구하는 수수료 채무자에게 또한 재산적 이익을 부여한다는 것은 원칙적으로 관련성이 없다. 이와 같은 조치는 국가나 지방자치단체 등의 활동영역 가령 유치원, 학교, 직업교육, 일반교육 등은 물론 사회관련 업무(Sozialdienst) 및 보건 안전·예방 조치(Gesundheitsvorsorge) 등의 영역에서 널리 나타난다. 수수료 등급목록을 정당화할 수 있는 사유로서 또한 소득관계의 차이가 고려대상에 편입될 수 있다. 사회적 관점에 의거한 수수료 등급목록을 수단으로 소득을 기준으로 수수료 채무자를 불평등하게 처우한다고 해도, 수수료법에 관한 일반적 헌법상 원칙 차원에서 별써 배제되는 것은 아니다. 뿐만 아니라 공과금 정의 원칙에 위배되는 것도 아니다(BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701).

< 409 >

수수료 등급목록은 그에 따르면, 아무리 최고수수료가 시설의 계산상 비용을 지분방식으로 분할한 금액을 초과하지 않았고, 급부는 국가가 사회국가 원칙은 물론 중요한 기본권적 보호명령 등을 고려하여 결정된 것이며, 헌법상 이유로 누구나 즉 그 급부에 의존하는 이는 누구나 접근 가능하게 결정된 것이라고 하더라도, 언제나 심사의 대상이 될 수 있다. 그와 같은 경우에, 무엇보다도 먼저 모든 사람에게 동등한 수수료를 요구하고 그에 이어 급부가 필요한 이용자에게 재정적 보조를 제공해야 하는 등의 수준이나 범위로, 국가에 대한 제한이 설정되어 있는 것은 아니다. 오히려 대가를 산정할 때, 물론 헌법상 다른 사유가 이에 모순을 일으키지 않는 범위 내에서, 사회적 관점에 따라 고려해야 하며 급부능력에 따라 수수료 부담을 단계화해야 한다는 것 자체는 원칙적으로 정당하다(BVerfG, DVBl. 1998, 699).

112) P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 199 u. 203; Vogel/Waldhoff, Rdn. 420; Sachs/Siekmann, GG, vor Art. 104 a Rdn. 73.

< 410 >

예외적으로 수수료의 감면을 헌법 자체에서 명령할 수도 있다. 수수료 의무에 대한 가격이 통상적인 것이며 개인의 생활에 필수적인 급부인데도 전면적으로 배제할 수밖에 없을 수준인 경우가 이에 해당된다. 사회적 이유로 수수료 등급목록을 설정한다고 해도 사회국가 원리로부터 직접 그 근거를 확보하지 않을 가능성도 남아 있다. 오히려 차별화할 기준과 체계를 도출할 수 있는 특별한 개별 법률에 따른 명령이 필요하다.

< 411 >

입법자가 수수료 감면으로 인하여 발생하는 재원의 결손을 어떻게 보전해야 하는지, 그에 대해 단순한 법률 제정자 즉 입법자에게 형성 영역이 전혀 허용되지 않는다. 등가 원리가 비록 그 근거를 단순한 법률에 갖추었다고 해도, 소득이 상대적으로 높은 수수료 의무자에게 더 중한 부담을 가해야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 만약 등가 원리를 단순한 법률에 규범화하지 못했을 경우라면, 비용충당 원리는 개인을 통상적으로 비용 전체를 충당의 범위 내에서 누진적 부담으로부터 보호하지 않는다. 재력 있는 사람에 대한 특별부담은 반면에, 일반적 평등원리에 포함되어 있는 자의금지(Willkürverbot) 원칙에 합치될 수 없다. 재력 있는 사람에게 특별한 부담을 과한다는 조치의 유일한 목적은, 수수료 감면으로 발생한 수수료 예산상 중당의 결손에 해당되는 부분을 보전한다는 것일 뿐이며, 그에 따라 재력 있는 사람은 최종적으로 국가의 수입확보를 보조하는 것이 아니라 재력이 약한 사람을 보조한다는 결과에 이른다. 사회국가 원리는 그와 같은 종류의 제한에 전혀 법적 근거를 제공하지 않는다. 수수료 의무자의 집단은 개별적으로 귀속시킬 수 있는 국가급부에 연계한다는 단계를 거쳐 시민 중 일반인이라는 영역에서 분리되어 있기 때문에, 누진적 수수료는 언제나 재력 있는 시민 중 우연히 설정된 일부만이, 다시 말해서 수수료 의무가 있는 행위를 우연히 청구한 그 사람들만 상대방으로 파악하는 것이다. 누진적 수수료는 그러므로 언제나 수수료 의무자 대 비의무자 사이의 관계에 자의적인 불평등 처우의 상황으로 몰고 간다. 더 높은 부담을 지는 수수료 채무자, 즉 더 낮은 부담을 지는 수수료 채무자라는 집단에 대하여 특별한 의무를 부담하는 그와 같은 수수료 채무자를 하나의 집단으로 설정해야 할 객관적 이유는 존재하지 않는다. 즉 재력이 강한 사람이든 재력이 약한 사람이든 두 개 집단이 모두 행정급부가 필요했고 모두 그 행정급부를 청구했다는 우연한 사실로부터 이와 같

은 연계상황이 발생한 것이다. 그러므로 수수료를 포기하여 발생하는 결손은, 반드시 일반적 조세수입으로 보전해야지, 부담을 그 밖의 급부수령자에게 이전시켜서는 안 된다. 따라서 두 번째 방식은 헌법상 허용되지 않는다.¹¹³⁾ 그러므로 등가 원리를 단순한 법률에 명문으로 규정했는지 여부에 따라 그 결과가 달라질 바 없다.

< 412 >

그에 부응하여 연방헌법재판소에서 (BVerfG, DVBl. 1998, 699, 701) 판시한 바도 살펴보면 유치원 수수료의 경우, 최고 수수료로도 유치원의 사실상 비용을 충당하지 못하며 그 비용을 지급하는 행정급부와 적절한 비율관계를 유지할 경우에 해당되는 한, **소득에 연계된 수수료 등급목록은 어떤 경우이든 우려할 바 없다.** 이와 같은 조건을 갖추면 모든 이용자에게 결과적으로 재산적 가치 있는 이익을 부여한다. 전액 수수료를 납입하는 이용자 역시, 일반적 부담을 위한 재원확보의 목적에 그리고 무엇보다도 특히 사회적 약자인 이용자의 부담을 감경하자는 목적에, 추가적으로 그리고 아무 조건도 없이 동원되는 것은 아니다.

D. 분담금

I. 분담금의 개념

< 413 >

분담금은 수수료와 매우 가까운 개념이다. 헌법에서 미리 명문으로 설정된 분담금 개념의 존재는 찾을 수 없다. 기본법에서는 심지어 분담금이라는 개념을 한 번이라도 규정한 적조차 없다. 단순한 법률의 규율사항, 특히 각 주의 지방자치단체 공과금 법률에서 비로소 분담금법은 제 모습을 드러낸다. 원칙적으로 이때 **분담금을 형식적으로 이해한다**는 태도가 그 배경에 깔려있다. 분담금이라고 하면 **공법상 금전급부**라고 이해하고, 이는 **공법적 주체의 급부를 수령하는 것이 아니라 우선적으로 제공받았다는 데 대한 대가**를 말한다. 수수료와는 달리 분담금은 반드시 공과금 의무자가 국가급부를 **사실상 청구**한다는 것을 필수적 요소로 전제하지 **않고**, 오히려 청구의 가능성만을 목적으로 하는 것이 표준적이다(BVerfGE 92, 91, 115; 93, 319, 346).

113) Kempfen, NVwZ 1995, 1165; Vogel/Waldhoff, Rdn. 420.

< 414 >

분담금과 수수료를 구별할 때 구성요건 상 엄격성이라는 측면에서 차이를 두어서는 안 된다. 입법자가 수수료와 분담금 중 어떤 것을 선택했는지, 이는 주변 여건 및 사정 내지 징수 기술상 고려사항에 따라 달라질 뿐이다. 그래서 만약 개인적으로 급부수령자가 구성요건에서 확정되어 있지 않지만, 잠재적으로 급부수요자 집단은 확정되어 있는 경우라면, 수수료 대신에 분담금을 선택할 수 있다. 분담금은, 공익의 영역에 속하는 시설의 설립과 유지 등에 들어가는 비용을 충당할 목적으로, 그 시설로부터 특별한 이익을 얻을 가능성이 있는 사람의 집단으로부터 징수하는 것이다. 분담금 징수는 그러므로, 오직 처음부터 수익자 집단을 확정하는 것 자체에 신뢰성을 갖추었다고 할 만한 경우에 한하여, 고려할 수 있다.

< 415 >

공과금 요건이 그에 반하여 개별화하지 아니한 경우 내지 공과금의 금액을 다양한 이익이라는 척도에 따라 등급 목록화 할 수 없는 경우, 그에 대한 재원의 확보에는 일반적 조세수입만 동원할 수 있을 뿐이다. 재원에 대한 개인적 책임을 일반화 추정이나 일반적 유형화 등의 수단으로 회피하는 규모가 크면 클수록 분담금은 조세에 더 가깝게 접근한다. 조세에 대한 한계설정의 표지는 '반대급부'(Gegenleistung)가 존재하는지 여부이다. 이익과 부담을 상쇄하여 조정한다는 근거가 분담금을 정당화한다(BVerfGE 9, 291, 297). 분담금의 경우 그러므로 공과금의 금액을 정당화하는 근거는 공적 지출에서 찾는다. 이른바 목적세(Zwecksteuer)는 마찬가지로 그 수입을 사용할 때 예산법상 기속을 가한다는 것으로 특정한 국가 급부에 대한 관계가 존재하는데, 목적세를 분담금과 구별하는 기준은, 목적세를 통해서 동원한 재원으로 수행하는 공적 과업이 조세의무자에 대한 반대급부를 의미하는 것은 아니라는 것이다. 분담금의 경우와 달리 목적세의 경우 공과금의무자의 범위는 그에 따라, 공적 과업의 수행으로부터 이익을 얻을 가능성이 있는 그와 같은 집단에 한정되는 것이 아니다. 수익자와 비수익자 모두 국가급부의 재원확보에 동원되는 경우, 그것은 언제나 조세일 뿐이지 분담금은 아니다.

< 416 >

분담금과 특별분담금(Sonderabgaben)은, 공과금 채무자 집단이 공적 과업의 재원에 대하여 책임진다는 점에서 유사하다. 분담금은 정당화할 수 없는 이

익을 제공했다는 데에서 내지 비용에 대하여 책임져야 한다는 데에서 나오는 재원확보 책임의 결과이지만, 특별분담금의 경우 재원을 확보해야 할 과업 자체로부터 재원확보의 책임이 도출된다. 분담금으로는 국가의 과업을 수행하는 데, 그리고 특별분담금으로는 어떤 집단의 과업을 수행하는 데 대한 재원을 확보한다. 특별분담금으로부터 분담금을 구별하는 기준은 그에 따르면, 분담금이 일반적인 국가예산에 유보되어 있던, 즉 어떤 집단에 유익하게 사용하라고 유보되어 있던 것이 아닌, 특별자금을 동원한다는 데에서 찾는다.

II. 분담금의 종류

< 417 >

분담금의 핵심적인 적용영역은, 분담금 채무자 자신이 이익을 얻게 될 **공공시설의 비용**에 자신이 참여하는 부문이다.

사례 : 건축법(BauGB) 제127조 이하의 규정에 따른 확장분담금과 지방자치단체 공과금 법률(KAG)에 따른 건축분담금 등의 경우 도로변 거주자가 자신의 토지의 근린상황으로 인하여 공적 도로의 확장 내지 건설비용에 참여하는 것인데, 그 이유는 도로가 도로변에 붙어있는 토지의 **이용가능성(Nutzbarkeit)**을 개선하여 토지가치를 상승시킨다는 데 있다. 그러나 분담금 채무자가 **사실상** 그 도로를 이용하려는 의도가 있는지 여부는 **중요하지 않다. 도로이용의 가능성**으로 말미암아 토지의 객관적 **가치가 상승**했다는 것만이 판단기준이다.

< 418 >

뿐만 아니라 분담금은 **협회의 부담(Verbandslasten)**으로 다시 말해서 공법적 협회(öffentlich-rechtliche Verbände) 즉 법정협회에서 협회의 업무에 대한 재원을 확보할 목적으로 구성원에게 부과하는 공과금 의무에 연계되기도 한다. 공법적으로 가입을 강제하는 협회(Öffentlich-rechtliche Zwangsverbände)는 자신의 활동으로 구성원이 그 **지위(Status)**를 누리게 하는 이익을 부여한다. 공법상 법정협회는 직업신분적 또는 경제적 자치행정의 측면에서 ‘사태영역에 친근하고 전문적 지식까지 갖추었다는 이유로 자치권을 보유한 단위조직’으로서 구성원의 직업적 활동을 규율하고 감독한다. 한편으로 강제협회는 그러나 또한 공적 과업을 공동으로 수행하기 위한 부담의 공동체로서 기여한다(역사상 상업수로협회의 처분에 속한 사례 z.D. Deichverbände). 법정협회의 부담은

일반적인 예산에 편입되지 않는다. 또한 강제가입의 대상이지만 관할 공법상 강제협회의 급부제공을 청구하지 않은 구성원 역시 분담금 지급의 의무를 진다. **구성원 분담금의 헌법상 문제**는 무엇보다도 먼저 그와 같은 강제협회 자체의 정당화 측면에서 그리고 그 다음에야 비로소 협회의 분담금을 심사한다는 측면에서 제기된다(이에 관하여 세세한 사항은 BVerwG, DVBl. 1999, 1041, 1042 ff.). 헌법상 특히 기본권에 비추어 구성원의 강제가입을 정당화했다고 해서 그것만으로 벌써 협회의 분담금 징수까지 정당화할 수 있는 것은 아니다. 법정협회의 자치(die Autonomie des Verbandes)는 자기재원 확보라는 수단으로 더욱 강화된다. 구성원의 분담금은 추가적으로 공과금 징수에 대해 구성요건 측면에서 해당되는 기본권에 의거하여 사정해야 한다.

< 419 >

그밖에도 **휴양지세금(Kurtaxe)**으로서 휴양지 손님이 휴양시설을 우선적으로 이용할 수 있게 하고 그에 대한 대가로서 징수하는 것, 그리고 **관광거래 공과금(Fremdenverkehrsabgabe)** 등을 지적해야 하는데, 이는 지방자치단체의 주민을 이와 같은 관광객 이용시설에 대한 재원의 확보에 동원하는 것이다(BVerfGE 42, 223, 228).

< 420 >

전형적 사례에서 벗어나는 비전형적 사례로서 **사회보험 분담금(Sozialversicherungsbeiträge)**을 들 수 있다. 이에 관해서는 **비스마르크** 수상 시대에 형성된 독일 사회보험법의 전통에서 그 연원을 찾을 수 있다. 사회보험 분담금 제도의 기반은 **연대 보완·조정 사상(Gedanken des Solidarausgleichs)**이었다. 특히 사용자의 노동자를 위한 사회보험 분담금은 이익의 보완·조정 사상이 아니라 연대의 보완·조정의 사상이 근원이라는 점을 드러냈다. 사회보험 주체의 급부는 사용자와 노동자가 기여한 급부에 언제나 그대로 부응하는 것만은 아니다. 그밖에도 사용자는 연금보험에 대한 분담금으로부터 그 자신이 개인적으로 전혀 이익을 얻는 바 없다.

< 421 >

연방헌법재판소(BVerfGE 75, 108)에서는 **예술인 사회공과금(Künstlersozialabgabe)**의 성격 역시 비전형적인 사회보험 분담금이라고 규정하고 그 경우, 사회보험에 대한 사용자의 분담금의 경우와 마찬가지로, 예외적으로 이익과 부담의 보완·조정을 방치하였다(단락번호 455 참조).

Ⅲ. 분담금 액수

< 422 >

청구권 행사의 사실상 가능성에 대한 **반대급부의 사상** 다시 말해서 이익과 부담의 보완·조정 사상이 분담금 의무자의 범위에 관한 법적 형성, 한계의 설정, 사정척도 등을 규정한다. 이용가능성의 가치를 정확하게 규정하기는 거의 불가능하기 때문에 **현실성 척도(Wirklichkeitsmaßstab)**는 고려대상에 들여놓을 수 없다. 그 대신에 여기에 적절한 **개연성 척도(Wahrscheinlichkeitsmaßstab)**를 적용해야 한다.

분담금 사정이라는 관점에 볼 때 핵심에는 수수료 사정에 관한 것과 다를바 없다. 전체적으로 설정된 분담금 수입이 행정주체에게 발생한 비용의 총액을 초과해서는 안 된다(**비용충당 원리 Kostendeckungsprinzip**). 뿐만 아니라 분담금 의무자가 납부한 보담금은, 이용가능성을 보전해 준 것으로 얻게 된 **개인적인 이익의 가치**를 초과해서는 안 된다. 분담금의 징수를 통하여 **이익을 획득하려는 시도**는 수수료에 대한 헌법상 우려(단락번호 403 참조)와 유사한 상황에 직면하지 않을 수 없다.

E. 특별분담금

I. 발전, 의미, 헌법상 문제

< 423 >

3개 종류의 전통적인 공과금(즉 조세, 수수료, 분담금) 이외에도 재정정책 측면에서 그리고 재정헌법 측면에서 극단적인 논란에 휘말려있는 일련의 특별한 공과금이 존재하는데, 이들은 지난 25년 사이에 점차 중요성을 획득해 온 것이다. 특별분담금은 경제행정법과 환경법 등의 영역에 우선적으로 투입되었다. 바로 환경법 영역에서 이른바 **환경-공과금(sog. Öko-Abgaben)**을 도입하는 영역의 예가 늘어나 끊임없이 토론의 대상으로 떠올랐지만, 다른 한편으로는 현존하는 내지 위협적인 **공과금법이 창궐한다(Wildwuchs des Abgabenrechts)**고 비판하기도 한다.¹¹⁴⁾ 아래에서 구체적으로 공과금 사례를 들어본다.

114) 이에 관해 자세한 문헌으로는 F. Kirchhof, in: Rengling, EUDUR I, § 38; Vogel/Waldhoff, Rdn. 467 ff. m.w.N.

- 투자보조공과금(Investitionshilfeabgabe BVerfGE 4, 7, 13 ff.)
- 가격조정공과금(Preisausgleichsabgabe BVerfGE 8, 274, 317)
- 소방공과금(Feuerwehrrabgabe BVerfGE 9, 291, 295 ff.; 13, 167, 170; 92, 91, 117 ff.)
- 우유 및 유지방 법률에 따른 조정공과금(Ausgleichsabgabe nach dem Milch- und Fettgesetz BVerfGE 18, 315, 329)
- 도박장 공과금(Spielbankabgabe BVerfGE 28, 119, 150 f.)
- 경기과잉 억제 유보금(Konjunkturzuschlag BVerfGE 29, 402, 409)
- 포도주경제 공과금(Weinwirtschaftsabgabe BVerfGE 37, 1, 16 f.)
- 직업교육 기회지원 공과금(Ausbildungsplatzförderungsabgabe BVerfGE 55, 274, 298 ff.)
- 중증장애인 조정공과금(Schwerbeschädigtenausgleichsabgabe BVerfGE 57, 139, 165 ff.)
- 1982년 투자보조 공과금(Investitionshilfeabgabe 1982 - 강제국채 “Zwangsanleihe” BVerfGE 67, 256, 285)
- 사회주택 오류보완 공과금(Fehlbelegungsabgabe BVerfGE 78, 249, 267 ff.)
- 매출기금 법률에 따른 농업과 식량 경제 공과금(Abgabe der Land- und Ernährungswirtschaft nach Absatzfondsgesetz BVerfGE 82, 156, 178 ff.)
- 석탄소액지원금(Kohlepfennig BVerfGE 91, 186, 201 ff.)

< 424 >

연방법에 따른 특별분담금으로 발생한 수입이 1992년 124억 마르크, 1993년 131억 마르크, 1994년 162억 마르크, 1995년 150억 마르크, 1996년 98억 마르크 등에 달했다. 1996년 이래로 줄어들게 된 것은 석탄소액지원금에 대한 위헌성 판단 때문이었는데 그 수입은 매년 5억 마르크에서 6억 마르크 사이에서 변동하였다. 오늘날 석탄지원금이 폐기된 후 재정의 측면에서 가장 중요한 ‘연방법에 따른 특별분담금’으로는 파산 시 노동대가 일괄처리 공과금(die Konkursausfallgeldpauschale)¹¹⁵⁾, 중증장애인 공과금(die Schwerbehindertenabgabe), 건축부문 월동대비 공과금(die Winterbauumlage), 직업조합 조정공과금(die berufsgenossenschaftliche Ausgleichsabgabe), 파산금고 공과금(Insolvenzkasennabgabe) 등을 들 수 있고, 파산 시 노동대가 일괄처리 공과금의 경우 수입이 약 25억 마르크에 이르며 그 밖의 공과금은 각각 약 10억 마르크 정도에 이른다.

115) 역주: 종래 Konkursausfallgeld 현재 Insolvenzzgeld - 파산 내지 청산시 사용자는 노동자에게 그때까지 지급하지 못한 노동의 대가를 보원할 목적으로 지급하는 금액.

< 425 >

특별분담금이 그렇게 다양한 만큼 각 공과금으로 추구하는 **단일한 목적 내지 한 단위로 묶인 여러 개 목적도** 그렇게 다양하다. 특히 특별분담금은 **경제적 내지 환경 정책적 행위를 유도하는 데 또는 특정한 경제적 요구 또는 환경적 요구를 배분하거나 지원하는 데** 기여한다. 공과금 징수라는 수단을 선택하게 된 이유를 살펴보면, 국가 차원에서 행위를 유도하는 (특히 명령과 금지 등과 같은) 다른 수단과 비교할 때 많은 영역에서 공과금 징수가 부드럽다는 것이며, 이로써 환경문제 내지 경제의 유도 등을 부분적으로는 더 잘 해결할 수 있다는 것이다. 공과금은 오직 **특정한 (경제적) 집단**만을 대상으로 파악하면서, 공공 예산에는 전혀 부담을 주지 않으며, 특별한 재원으로 설정되거나 지속적 예산단위로 편성된다. 공과금은 **경제의 자기부조적 조치(Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft)** 효과를 지녀 한편으로는 경제에 다른 한편으로는 환경에 이익을 가져온다. 공과금의 기초는 반면에 자발적 협력이 아니라 경제적 과정에 대한 국가의 제한적 개입이지만, 그 경우에도 국가는 특정한 종류의 공과금을 도입하고 그 징수를 명령하며 그로 발생한 수입의 사용에 관하여 규정하여 업무의 수행에 관하여 감독하는 수준에서 만족한다. 그와 같은 공과금을 법률에 명문으로 규정하면서 **원인자 책임원리(das Verursacherprinzip)**를 원용하는 예를 자주 본다. 조세납입자 즉 납세자의 일반성은 그와 같은 부담의 재원을 확보한다는 관점에서 보면 광범위하게 또는 전면적으로 배제되고, 오직 특정한 개별적 집단에 의해서만 부담이 발생한다든지 그 수입으로는 오직 개별적 집단에게만 이익을 부여한다든지 하는 결과로 나타난다.

< 426 >

특별분담금은 어떤 것이든 반드시 헌법상 포괄적으로 규율한 조세라는 제도와 **경합관계**를 이룬다. 왜냐하면 조세와 특별분담금은 당사자가 **“아무 요건도 없이”** - 다시 말해서 그에 부응하여 공적 주체가 반대급부를 제공하지 않고 - 그대로 금전급부 의무가 부과된다는 범위에서 공통적이기 때문이다 (BVerfGE 67, 256, 274 f.; 78, 249, 266 ff.). 이와 같이 유사한데도 조세와 특별분담금은 법적 성격의 측면에서 서로 본질적으로 다르다. 즉 이념과 기능의 관점에서 볼 때 근본적으로 다르다(BVerfGE 55, 274, 298; 67, 256, 275). **특별분담금이 조세와 경합하는 양상은**

- 공적 과업에 대한 재원을 확보하고
- 시민에게 부담을 준다는 등의 측면으로 나타난다.

특별분담금은 연방국가 차원의 **재정헌법상** 규범과 취지는 물론이고 국민의 **평등부담** 원칙 등도 **위협하는** 것이다.

< 427 >

기본법 제104a조 내지 제108조의 재정헌법은 전체국가와 분지국가가 국민경제의 전체수익에 대하여 차지하는 지분에 따라 균형을 잡게 할 목적으로 헌법 자체에서 구별하여 규율하는데, 이는 연방국가 질서의 기본적 초석이다(단락번호 44 이하). 연방과 주의 실제적 입법권한을 고려하여 부차적으로 그러나 임의로 공과금을 설정해서 실질적으로 재정의 연방국가적 배분 원칙을 회피하면서 징수할 경우, 재정헌법의 의미와 기능은 형해화 할 것이다(BVerfGE 78, 249, 266 ff.). 기본법에 따른 재정헌법이 전제하는 사항에 따르면 **공동부담은 조세로** 그 재원을 확보해야 한다. 그래서 재정헌법이 규율하는 것은, 전체국가와 분지국가가 국민경제의 전체수익에 합리적으로 참여하는 재정질서를 확보해야 한다는¹¹⁶⁾ 목적을 위한 것이며, 입법권한, 수입권한, 행정권한 등도 본질적으로 - 관세와 재정독점도 포함되지만 그밖에도 - 오직 조세만을 재정수단으로 동원하기 위한 것이다. 그래서 입법자가 실질적 권한을 행사한다는 청구권한을 행사하여, 공적 공동체의 일반적인 필요재원을 위한 수입을 확보할 목적으로 특별분담금을 징수해서 그와 같은 공과금의 수입을 일반적인 국가과업에 대한 재원으로 사용하는 것 자체야말로 재정헌법에서 입법자에게 바로 금지한 바이다.

< 428 >

조세수입은 기본법 제110조 제1항에 따라 예외 없이 모두 예산의 수입항목에 편입시켜야 한다. **예산의 전면성 확보라는 헌법상 기본원칙**은 한편으로, 재정 경제적 기능에 대해서 중요할 뿐만 아니라, 예산승인권인 의원내각제 정부의 본질적인 통제수단 중 하나라는 점에서 또한 중요하다. 다른 한편으로 이 원칙은 시민에게 공적 부담을 부과할 때 평등이라는 근본적 원칙을 구현하는 것이기도 하다. 이 원칙의 목적은, 국가의 전체적 재정규모가 의회나 정부가 예산을 계획하고 결정할 때 그 전제조건 중 하나로 드러나 있어야 한다는 데 있다. 그렇게 해야만 의회가 정기적은 국가가 처분할 수 있는 재정규모에 관하여 전면적으로 개관할 수 있으며 그래야 시민에게 부과된 공과금 부담에 대하여, 즉 의회의 책임 아래에 속한 것인 한 그 전모에 관하여, 또한 개관을 갖출 수 있다. 그렇게 해야 비로소 수입과 지출을 **전면적으**

116) BVerfGE 55, 274, 300; 67, 256, 278; 78, 249, 266 f.; 91, 186, 201.

로 그에 대하여 규정한 계획, 통제, 회계 등의 절차를 밟게 할 수 있다. 그러므로 만약 입법자가 수입과 지출의 순환단계를 예산의 범위 밖에 조직할 경우, 이는 **예산의 전면성 원칙**을 깨뜨리는 것이 된다(BVerfGE 82, 159, 178 f.; 91, 186, 201 f.).

< 429 >

입법자가 공적 과업에 대한 재정수단으로서 특별분담금을 채택하였을 경우, 입법자로서는 재정헌법상 **3개의 기초적 원리**에서 벗어난 것이다.

- 입법자는 공과금을 부과하기 위하여 **재정헌법 이외의 영역에서 입법권**을 청구한 것이고 이로써 기본법상 연방국가 질서의 주요한 기둥 하나를 흔들여 버린 것이다(BVerfGE 55, 274, 300 f.; 91, 186, 202).
- 입법자는 특별분담금이라는 예산 회피적 수입을 수단으로 **의회의 예산권**에 **위협**을 가한 것이요, 이로써 또한 국가예산에 연계된 규율사항 즉 재정조정 제도, 경제안정화 정책, 국채의 한계, 회계 제출과 회계 감사 등에 관한 원칙도 범하는 것이다.
- 마지막으로 공과금 의무자가 져야 할 부담은 입법자가, 공동의 부담 대상이었던 것을, 실질적 과업(Sachaufgabe)에 대하여 특별하게 재정상 책임을 져야 하는 다시 말해서 **평등부담 원칙**에 비추어 의심을 가질 수밖에 없는 특정한 시민의 부담으로 전가한 것이다.

< 430 >

하지만 위에서 지적한 3개 원리에서 벗어난다고 하여 공과금이 예외 없이 모두 위헌에 이르게 되는 것은 아니다. 그렇다고 하더라도 연방국가적 재정헌법은 물론 의회의 예산고권 등을 장애로부터 보호하기 위하여 그리고 평등부담의 측면에서 조세의무자를 개인으로서 보호해야 한다는 요구를 충족시키기 위하여, 특별분담금에 대해서는 반드시 엄격한 한계를 설정해야 한다. 언제나 특별분담금은 매우 드문 예외로 남아야 할 뿐이다(BVerfGE 55, 274, 298, 303 ff.; 67, 256, 275; 91, 186, 202 f.).

II. 헌법적 요구사항

< 431 >

연방헌법재판소는 오늘날 확립된 판례에서¹¹⁷⁾ 특별분담금만 부과하는 것이 허용되는 데 대한 한계를 설정하였다. 이때 연방헌법재판소는 **좁은 의미로 특**

117) BVerfGE 55, 274, 298 ff.; 67, 256, 275 ff.; 82, 159, 179 ff.; 91, 186, 203.

별분담금(재정적 특별분담금 Finanzierungssonderabgaben)과 넓은 의미로 특별분담금(이에 대해서는 BVerfGE 92, 91, 120)을 구별하였다.

1. 허용되는 특별분담금의 개념요소

< 432 >

연방헌법재판소에서는 (BVerfGE 78, 249, 266 f.) 특별분담금의 개념을 정의하기를 포기하면서 다만 특별분담금의 가장 본질적인 요소가, 금전급부 의무의 근거를 제공하고 그에 대한 공적 주체의 반대급부 의무는 존재하지 않는다는 데 있다는 점만 분명하게 강조하여 지적하였다. 그 대신에 연방헌법재판소는 개념과 허용요건을 연계시키면서 언제 특별분담금이 허용되는지 우회적으로 설명하였다. 즉 원칙적으로 모든 특별분담금에 대하여 효력을 미치는 헌법적 기준을 설정하였던 것이다. 하지만 연방헌법재판소에서는 적용영역 측면에서는 오히려 제한해야 한다는 계기를 제시하였다. 연방헌법재판소가 그 범위 안에서만 특별분담금이 허용된다고 한계를 설정하였으며, 그 한계에 포함되어 있는 복수의 기준을 살펴보면, **연방국가적 재정헌법 체제를 장애요소로부터 보호한다**는 목적 그리고 공과금 의무자에 대한 개인적 보호의 요구를 충족시킨다는 목적 등에 기여하는 것이다.

< 433 >

어떤 공과금의 법적 성격을 특별분담금이라고 규명하는 데 결정적으로 중요한 기준은 그 공과금의 **실질적 내용**이다. 이는 권한영역의 한계를 설정하는 문제이기도 하므로, 공과금법률 자체가 그 공과금의 법적 성격을 규정하는 바에 따라 달라질 것은 아니다. 입법자가 법률에 공과금에 관하여 **구체적으로 예산이 요구하는 바에 따라 규정했는지 여부**는, 헌법상 그 공과금이 특별분담금인지 조세인지 규명하는 데 구성적 의미까지 갖는 것은 아니다. 이를 부정할 경우 단순한 입법자 즉 법률제정자가 구체적 사안에 관하여 그 수입을 예산이 요구하는 바에 따라 규정한다는 방식으로 공과금의 개념 내용에 영향력을 행사해서 자신의 권한을 확대할 우려가 발생한다.

< 434 >

입법자가 특별분담금이라는 재원확보 수단을 동원하는 것은 오직 어떤 **실질적 목적을 실현**하기 위해서만 즉 단순한 재원확보라는 목적을 넘어서는 경우에만 허용된다. 법률에서는 공과금과 그 수입의 사용 등으로 인하여 부담을 가한다는 점 이외에도 또한 규율대상인 실질적 영역에 대하여 형성적 영

향력을 행사한다는 점을 명문으로 밝혀야 한다. 따라서 경제 영역의 법에 관련되는 법률의 경우라면, 반드시 그 법률 자체가 경제형성적 내용을 갖추어야 한다. 오로지 유도하거나, 시장의 태도를 조정하거나 국가의 개입을 상쇄·보완하는 등의 공과금법률은 기본법 제74조 제11호의 권한영역에 포함될 수 있다.¹¹⁸⁾ 기본법 제74조 제17호에 따른 권한의 행사에 대해서도 이와 같은 논의는 준용될 것이다(BVerfGE 82, 159, 179 f.).

< 435 >

주체어로 요약해서 특별분담금 부과가 허용되려면 갖추어야 할 요건을 다음과 같이 열거할 수 있다.

특별한 과업에 대한 재원을 확보하기 위하여 특별분담금을 징수하는 것이 허용되려면 (1) 물론 의무자 영역은 **동질성을 갖춘 집단**이어야 하고 (2) 그리고 공과금 의무자와 그 공과금으로 추구하는 목적 사이에 **실질적 관계**가 있어야 하며, (3) 그 관계로부터 그 목적의 실현에 대한 **집단적 책임성**을 도출되어야 한다는 등의 요건을 갖추어야 한다. 통상적으로 공과금 수입은 반드시 (4) 어떤 **특정한 집단에게 유익하게** 사용해야 한다. 예외적인 수단으로서 특별분담금은 (5) **지속적으로 정당성을 확보**해야 한다. 특별분담금은 조세와 비교하면 **최소한 예외**에 해당될 수준을 유지해야 한다. 그로부터 도출되는 결론은 이와 같은 허용기준은 엄격하게 해석해서 적용해야 한다는 것이다.

< 436 >

어떤 실질적 영역을 형성하는 특별분담금에 대해서는 오로지 **사전에 결정된 동질적 집단**만이 재정상 책임을 인수할 수 있다. 반드시 **사전에 인정된 이해관계** 또는 특수한 공통적 사항 등의 요소로 인하여 이 집단과 일반인 그리고 이 집단과 다른 집단을 구별하는 한계를 설정할 수 있어야 한다. 입법자 즉 법률제정자가 자신의 의도를 구현할 목적으로 공과금을 징수하기 위하여, 임의로 어떤 집단을 구성하여, 그 기준이 법질서 또는 사회질서 내부에 실질적으로 존재하는 것이 아닌 관점에 속한다고 평가받을 경우, 입법자에게도 이는 허용되지 않는다.¹¹⁹⁾

118) 기본법 제74조 (경합적 입법사항) ① 경합적 입법은 다음 분야를 그 대상으로 한다. 제1호 ... 제11호 경제(광업, 공업, 동력산업, 수공업, 영업, 은행 및 주식제도, 사법상의 보험제도)에 관한 법, ... 제17호 농·임업생산의 진흥, 식량의 확보, 농·임산물의 수출입, 원양어업과 연안어업 및 연안보호 ... 제26호 ... ② 전항(前項) 제25호에 따른 법률은 연방참사원의 동의를 요한다. (계획열, 518쪽 전제)

119) BVerfGE 55, 274, 305 f.; 67, 256, 276; 82, 159, 180.

< 437 >

이 때 집단의 동질성이 특별분담금을 정당화한다고 하지만 그것은 오직 그 동질성의 원천이, **재원을 확보해야 할 과업**에 대하여 **공과금 의무자가 특별히 실질적으로 밀접한 관계**에 있을 경우로 한정되는 것이다. 공과금의 부담을 지는 집단은 다른 어떤 집단보다도 또는 조세 납입자와 같은 일반인보다도, 반드시 공과금 징수를 수단으로 추구하는 목적과 명백하게 더 밀접한 관계에 있어야 한다. 징수목적과 공과금 의무자 사이의 이와 같은 실질적 근접성으로부터, 조세 이외의 공과금으로 그 재원을 확보해야 할 과업을 수행해야 한다는 데 대한 특수한 집단적 책임성이 도출된다. 그렇게 부담을 지는 집단의 특별한 책임에 맡긴 것이 아닌 과업이라면 대개 공적인 사안으로서 그 부담은 오직 일반인에게 부과해야 할 것이고 그에 따라 일반인이 납입하는 재원 즉 본질적으로 조세수단으로 필요재원을 충당해야 한다.¹²⁰⁾

< 438 >

어떤 집단의 구성원에게 비조세적 부담을 부과하려면, 특별분담금으로 인하여 받는 부담과 그것을 재원으로 발생하는 수익 사이에 **사항합리적인 연계**(eine sachgerechte Verknüpfung) 존재해야 한다는 요건을 충족시켜야 한다. **공과금 수입이 공과금 의무자 집단의 이익을 위하여 즉 집단 수혜적으로 사용되었을** 경우에 비로소 이와 같은 연계가 이루어진다. 자신이 아닌 “타인에게 유익한(Fremdnützige)” 특별분담금은 - 기본권 측면에서 우려가 발생할 가능성을 무시하더라도 - 그것 자체로 허용되지 않는다. 다만 사물의 본성상 타인을 수익자로 하여 공과금 의무자에게 재정적 청구권을 행사할 수밖에 없다는 점에 대하여, 납득할 만한 이유로 분명하게 정당화하는 경우는, 예외적으로 허용한다. 공과금을 특정집단에게 이익을 부여하게 사용해야 한다고 하지만, 공과금 수입이 공과금 의무자인 **각 개인의 특수한 이익**을 위하여 사용해야 한다는 의미는 아니다. 대체로 전체집단의 이익을 도모하는 방향으로 사용했다면 그것으로 충분할 뿐이다.¹²¹⁾

< 439 >

특별분담금은, 오직 자원을 확보해야 할 과업이 부담을 지는 집단의 실질적 책임과 일치하는 경우에만 그리고 그 범위 내에서만, 허용될 뿐이다. 그

120) BVerfGE 55, 274, 305 f.; 67, 256, 276.

121) BVerfGE 55, 274, 307 f.; 67, 256, 276 f.; 82, 159, 180 f.

러므로 공과금은 원칙적으로 임시적 성격을 지녔다. 그와 같은 과업에 대하여 상대적으로 장기에 걸쳐 특별분담금으로 재원을 확보해야 한다면, **입법자**는 적절한 기간을 단위로, 과연 “특별분담금”이라는 입법적 수단을 투입하기로 한 입법자의 원천적인 결정을 그대로 **유지할** 것인지 여부 또는 특별분담금을 이제 주변여건 특히 **재원확보 목적 자체의 소멸 내지 목표의 달성** 등의 사유로 변경하거나 폐기해야 하는지 여부 등에 관하여, **심사해야 할 의무**를 진다. 조세와는 전혀 다르게 특별분담금은 예외적인 수단이므로 충분한 정당화 사유를 제시하여 지속적으로 정당화할 필요가 있는 것이다.¹²²⁾

< 440 >

이와 같이 특별분담금 도입을 정당화하는 데 필요한 사유는 총체적으로 보면, 특별분담금이 **입법자의 특수한 수단**으로서 조세에 비하여 **매우 희귀한 예외**로 평가해야 한다는 전제로부터 도출된다. 특별분담금의 이와 같은 예외적 성격 때문에 그에 대한 **허용기준도 엄격하게 해석하고 적용해야** 한다는 결론이 나온다. 이와 같은 허용기준은 모든 종류의 특별분담금에 대하여 즉 그 목적이 재정확보에 있는 한 - 주위적 목적이든 부차적 목적이든 상관없이 - 적용한다(BVerfGE 82, 159, 181).

< 441 >

사례 : 자동차 주차장소를 자신의 토지에 마련할 것을 건축주에게 의무로서 부과하였다. 건축해야 할 토지로는 이 의무를 이행할 수 없는 경우, 필요한 주차자리 하나마다 7500마르크 조정금액(Ausgleichsbetrag)을 지급해야 한다(BVerwG, NJW 1986, 600, 600 f.). 이 경우가 바로 허용되는 특별분담금에 해당된다. 조정금액으로 달성하려는 “**특정한 물적 과업**”(“Sachaufgabe”)은 이 경우 정지 중인 교통차량으로 인한 도로의 부담을 경감시키자는 것이다. 주차자리 확보의무라는 취지에 따르면 그에 따르면 건축계획으로 말미암아 발생한 자가용-교통의 부담을 적절한 자리에 배정하자는 것이다. 이로써 만약 주차자리가 없으면 발생하게 될 특정한 위험상태를 저지한다고 한다. 건축주는 그에 따라 스스로 주차자리를 확보하든지 동일한 목적에 기여할 금액을 지급해서 그 의무를 면제받든지 할 의무를 부담한다. 이렇게 해서 그 범위에 속하는 한 **동일한 성격을 갖춘 사회적 집단**을 구성하게 된다. 왜냐하면 그 범위에 속하는 한 공동의 이해관계 즉 법질서 내에서 동시에 사회적 현실 내에서 공통적인 이해관계를 지녀 일반인으로부터 그리고 다른 집단으로부터

122) BVerfGE 72, 330, 423; 73, 40, 94; 82, 159, 181.

터 분리할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 **물적 기준에 대한 근접성과 집단적 책임** 등의 식별요소 역시 갖추었다. 건축주는 자신의 계획에 전형적으로 결부된 사항 즉 추가적으로 자동차-교통을 증가시키는 것으로 말미암아 새로 주차자리를 마련해야 할 원인을 제공하였기 때문에, 건축주는 질서법적 관점에서 또한, 그 필요를 충당하여 장차 위협적으로 발생할 훼손상태를 저지해야 하는 데 대한 책임을 진다. 이와 같은 책임이 본래 주차자리 확보의무인데 그의 대체물로서 조정공과금이 등장한다. 공과금 징수는 그러므로 건축주의 특별한 책임에 연계되어 있다. 공과금의 목적은 주차자리 확보의무라는 목적과 직접적으로 물적 관련성을 지닌 것이다. 이로부터 동시에 도출할 수 있는 결론은, 공과금 수입을 공과금 의무자 집단의 이익을 도모하는 데 즉 **“그 집단의 이익에 기여하게(gruppennützig)”** 사용한다고 볼 수 있으려면, 정지 중인 교통차량이 도심의 문제 지역에 주는 부담을 경감하면서 최종적으로는, 조정금액 납입의무자 토지의 부근이 아니라, 주차자리 마련의 의무가 있는 그 토지 자체에 대하여 이익을 주어야 한다.

< 442 >

특별분담금이 **예외적 구성요건(Ausnahmetatbestand)**이라고 해도, 그로 인하여 조세, 비용에 종속적으로 연계되는 수수료와 분담금 등 이외에는 어떤 공과금도 무조건 허용되지 않는다고 해야 할 **배척적 구성요건인 것은 아니다** (kein Ausschlussatbestand). **특별한 요건**을 갖추면 조세, 수수료, 분담금 등은 물론 특별분담금 이외에도 **또한 다른 공과금의**¹²³⁾ 부과도 헌법상 가능하다(BVerfGE 82, 159, 181). 연방헌법재판소에서는 판례를 체계화하는 근거를 확보한 이래로 개별적으로 채택한 공과금에 관하여 다음과 같은 결론을 획득하였다.

< 443 >

중증장애인-조정공과금(die Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabe)은 그의 실질적 내용에 따라 판단하면 특별분담금이다. 왜냐하면 그 수입은 목적에 기속되어 관리할 뿐이지, 다른 공법적 공동체에게는 배분하지 않기 때문이다. 이 공과금으로 인하여 동질적인 집단 즉 사용자가 이와 같은 공통적인 이해관계로써 연계되어 있는데다가 일반인과 그 밖의 다른 집단과 신뢰할 수 있을 정도로 구별할 수 있는데 바로 이들 사용자가 부담을 지는 것이다. 이는 중증장애인을 고용해야 할 사용자에게 부과하는 조정공과금인 것이다(**유인기능**

123) BVerfGE 75, 108 - 예술가의 사회보험(Künstlersozialversicherung); 78, 249 - (Fehlbelegungsabgabe); 81, 156 - § 128 AFG

Antriebfunktion). 뿐만 아니라 이와 같은 의무를 충족시키는 사용자와 이행하지 않는 사용자 사이에 부담을 조정해야 한다(조정기능 Ausgleichsfunktion, BVerfGE 57, 139, 165 ff.).

< 444 >

이른바 석탄 소액지원 공과금(der sog. Kohlenpfennig)은 판례에서 의미하는 특별분담금으로서 정당화할 수 없다. 전기소비자라는 일반인이 전기 생산에 석탄투입을 지원해야 할 과업에 대하여 재원을 확보해야 할 특별한 책임이라면 전혀 부담하지 않는다. 공과금 주체에 어떤 공통요소가 있다면 오직 전기의 소비라는 것밖에 없다. 동일한 경제적 재화에 대한 수요가 있다고 해서 그것만으로 소비자가 하나 집단을 이루어 특정한 과업에 대한 자원 확보의 책임을 질 수는 없다고 한다. 특정한 구조, 노동시장, 에너지정책 등의 담보를 위하여 그 수요가 의무를 부담해야 할 경우, 동일한 재화에 대한 수요만으로는 그에 따르면 특별한 자원확보에 대한 책임의 근거가 될 수 없다. 전기소비자의 범위는 거의 특징이 없어 납세자라는 일반인의 범주에 육박한다. 특별분담금에서 요구하는 재정확보 책임의 요건인 동질적 집단 즉 석탄으로 전기를 생산한다는 사안에 특별한 근접성이 나타날 만큼 공통된 이해관계를 갖춘 동질적 집단은 존재하지 않는다. 전기 생산의 종류는 전기소비자에게 중요하지 않다. 독일의 석탄광산을 유지하고 독일 석탄으로 전기를 생산하여 달성하려는 에너지 확보대책 등의 계기는, 우선 석탄지역과 그 지역에서 취업 중인 기업과 노동자에 관련되고, 그 다음에는 국내에서 전기를 소비하는 모든 사람 즉 일반인에 관련된다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 (BVerfGE 91, 186, 203, 205 f.) 오늘날 전기 확보에 관한 이해관계는 마치 매일 먹는 빵에 관한 이해관계와 같이 일반적이다. 그와 이해관계를 충족시키는 것은 그에 따르면 의회의 공공복리 과업이며, 그에 관한 자원확보의 수단은 조세와 같은 공동부담이라고 한다.

< 445 >

합법적인 특별분담금에 관한 판단기준은 또한 주범으로 규율하는 특별분담금 즉 소방공과금(Feuerwehrrabgaben) 등에 대해서도 효력을 미친다. 반면에 바이에른 주와 바덴-뷔르템베르크 주의 소방분담금(Feuerwehrbeiträge)은 집단적 동질성과 특별한 자원확보 책임 등의 요소가 결여되어 있다는 이유로 또한 특별분담금으로 인정되지 않는다. 소방의무 있는 납자로서 지방자치단체 주민의 집단은 소방 영역에 대하여 사안에 관한 특별한 근접성을 (즉 재정확

보의 책임을) 지닌 것이 없다. 연방헌법재판소의 견해에 (BVerfGE 92, 91, 120) 따르면, 소방근무를 의무로 부담하는 남자야말로 화재보호에 관한 특별한 이익이라고는 전혀 없다는 사실을 명백하게 드러낸다.

< 446 >

결정적인 질문 즉 도대체 특별분담금을 독자적인 재정확보의 형식으로서 허용해도 되는지 여부에 관해 질문을 더 이상 제기하지 않는다고 **학설**은 일부에서 **비판받고** 있다. 오히려 학설은 단지 허용 요건을 세세하게 따지는 방식으로, 정작 기본법에서는 이에 대한 직접적 근거를 찾을 수 없는데도, 방만한 번식을 극복하려고 시도할 뿐이다(Sachs/Siekmann, GG, vor Art. 104a, Rdn. 120 f.). 연방헌법재판소가 어떻게든 한계를 설정하려고 노력을 기울였는데 너무 늦은데다가 너무 건성으로 마음에 없는 일 하는 것 같이 처리했다고 한다. 뿐만 아니라 연방헌법재판소의 판례에 대한 비판을 살펴보면, 그 밖의 다른 종류의 공과금에 관련하여 특별분담금에 만족할 만한 정도로 한계를 설정한다는 것이 성공하려면, 오직 **한편으로는 정의(Definition)** 그리고 **다른 한편으로는 특별분담금 허용의 특정성** 등이 **본질적으로 서로 다른** 단계의 것으로서 서로 구별해야 한다는 것이다. 특별분담금의 통일적인 정의는 존재하지 않는다. 오히려 **특별분담금의 유형학**을 개발해야 한다고 지적한다. 유형학은 그 자체로 보면 유형에 특유한 허용요건을 사안에 적절하게 차별화하여 확정하기 위한 전제조건이라고 한다.

< 447 >

그밖에도 이 견해는 특별분담금의 특별부담 효과와 특별수입 효과(Sonderlasten- und Sondereinnahmewirkung)를 구별한다. 특별부담은 재정헌법에 위협을 가하지 아니하지만 의무를 부담하게 되는 기본권 주체의 자유와 평등에 대한 청구권에는 위협을 가한다. 특별부담은 반드시 그 자체로 **기본권에 대하여(vor den Grundrechten)** 정당화해야 한다. **특별수입**은 그에 반하여 반대급부에 종속되지 않으면서도 조세가 아닌 공과금이라고 하는데, 그 수입은 조세수입 권한을 가진 지역사단의 수입에 편입되며 국가적 과업의 재원으로 사용될 수 있다고 한다. 특별수입은 오직 **재정헌법에 비추어** 평가해야 한다고 주장한다. 연방헌법재판소의 위협에 관한 예측은 반드시 차별화해야 한다는 것이다. 공과금 의무자의 기본권적 지위와 재정헌법은 특별 공과금으로 인하여 동일하게 훼손되는 것은 아니라고 한다. 하지만 반대급부에 종속되지 아니하는 조세 이외의 공과금을 징수하면 통상적으로 특별부담과 특별수입

이라는 효과가 동시에 발생한다. 그러나 특별수입 없는 특별부담 즉 기본권에 위협을 가하는 공과금 의무로서 권한에 위협을 가할 수입이라는 효과를 초래하지 않는 경우도 역시 존재할 수 있다(예컨대 Henseler, NJW 1987, 3103, 3105 ff. 참조).

2. 효력범위 - 특별분담금의 종류¹²⁴⁾

< 448 >

연방헌법재판소는 문헌에서 제시된 차별화를 받아들이지 않았지만, 이미 개발한 허용기준을 해석할 때 적용할 엄격한 척도를 더 개발하였고, 결과적으로 특별분담금의 구성요건 기준과 허용 기준이 혼합현상을 일으키는 경계선을 상대화하였다. 수수료와 분담금 등의 경우와 마찬가지로 특별분담금의 경우도 헌법상 독자적인 유형의 공과금으로서 **헌법적 정당화**와 그로부터 도출되는 **헌법상 한계**가 직접 연계된다.¹²⁵⁾ 그렇다고 해서 특별분담금이 이로써 헌법상 허용되는 재정체계의 마지막 구성요소라는 자리를 차지한다는 것은 아니며, 다른 구성요건을 충족시킬 수 없는 공과금에 적용할 포괄적 범주인 것도 아니고, 단지 **경고 기능**을 갖추었을 뿐만 아니라 **정당화 사유**도 갖춘 **구성요건**으로 개발되었던 것이다. 이렇게 좁게 범위가 설정된 공과금 유형의 범위에서 벗어나면 그 밖의 공과금이라는 일반적인 포괄형 구성요건으로 나머지 공과금의 현실적 유형이 등장한다(P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 222, 269 ff.).

< 449 >

특별분담금은 이로써 “헌법상 위기에 빠진 구성요건”이라는 점이 드러났다(P. Kirchhof, HStR IV, § 88 Rdn. 257.). 즉 집단이익을 추구하는 특별부담은 예산의 범주를 벗어나는 수입으로서 헌법에 위협을 가하고, 연방헌법재판소는 이와 같은 위험상태를 극복하기 위한 조치를 취해서 특별분담금에 대하여 특별한 정당화 사유가 필요하다는 점을 인정하여, 그로부터 좁게 설정된 정당화 구성요건을 개발하였다. 조세가 아닌 공과금의 위기적 증상은 특별분

124) 이에 관하여 자세한 것으로 Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem GG, S. 21 ff., 40 ff. - 야라스는 좁은 의미로 독자적 유형의 조정공과금(Ausgleichsabgaben)으로서 특별분담금(대체공과금 Ersatzabgaben), 수입이 없는 유도공과금(Lenkungsabgaben), 유도특별분담금(Lenkungssonderabgaben) 등으로 차별화 하고, 각 경우마다 적극적 요소를 제시하면서 다른 특별분담금에 대하여 한계를 설정할 뿐만 아니라 재정헌법상 특별한 요구조건도 조사하였다.

125) Vogel/Waldhoff, Rdn. 405 ff., 414, 449.

담금의 경우 정당화 구성요건으로 나타나고, 결과적으로는 예외적으로만 허용된다는 상황으로 이끌어간다. 반면에 “그 밖의 공과금(sonstige Abgabe)”에서는 출연적 구성요건(Aufwandtatbestand)으로 나타나고, 결과적으로는 특별한 헌법상 채무명의(Verfassungstiteln)를 갖추었을 경우에만 위헌성의 판단을 회피할 수 있다. 조세가 아닌 공과금은 이로써 특별분담금의 요건에서 좁지만 확실한 정당화 근거를 찾을 수 있다. 반면에 공과금은 이로써, 그 밖의 공과금이라는 포괄적 요건의 경우, 헌법상 우려할 상황에 빠지는 영역에 진입하는 것이다.

< 450 >

하지만 연방헌법재판소(BVerfGE 67, 256, 277)는 이와 같은 기준이 원칙적으로 모든 특별분담금에 효력을 미친다는 점을 강조하여 지적하면서도, 특별분담금이 연방국가적 재정헌법에 위협을 가하는지 내지 재정헌법의 배분적 규율이라는 성과를 회피하는지 등의 가능성에 따라, 즉 **엄격성 내지 강도의 측면에서 단계화**를 인정하였다. 바로 여기에서 특별분담금의 허용성과 정당성 등에 관하여 헌법의 요구사항이 가진 의미가, 재정헌법을 잠식하는 것을 저지해야 한다는 목표로 구현되어 있다는 점이 드러나는데, 이것이야말로 특별분담금에 관한 정당한 사상적 근거라고 할 것이다. 넓은 의미에서 특별분담금이 개별적으로 헌법상 취지를 준수하여 위협을 부정할 수 있는 범위 내에서는 헌법적 요구사항을 그만큼 완화할 수 있다.

- 재정헌법을 적용하지 않거나
- 예산의 규율을 회피하거나
- 특별부담을 과하거나

3개의 **위기적 증상(Krisensymptome)** 중 하나라도 드러나면 그 공과금에 대해서 그만큼 축소하거나 그것에 한정하여 **헌법적 정당화의 필요**가 존재한다는 것이다.

< 451 >

특별분담금은 **재정확보의 목적**을 주위적 또는 부차적 목적으로 추구하므로, 위에서 지적한 **기준은 전면적으로** 그 효력을 미친다. 거기에 행위유인의 목적이 추가되어도, 그것이 지배적 요소이든 부가적 요소이든 상관없이, 사정이 달라질 바 없다. 왜냐하면 재정목적을 추구하는 특별분담금이면 어떤 것이든 결정적으로 중요한 기준은, 그와 같은 특별분담금으로 연방국가적 재

정헌법을 확보한다는 목표를 추구하며, 조세로부터 발생하는 수입과 조세수입을 배분하는 척도 등에 따라 재원을 확보하는 공동적 부담에 대하여 분명하게 한계를 설정해야 한다는 것 등이기 때문이다. 연방헌법재판소가 재정확보 목적의 공과금으로서 특별분담금의 합헌성에 관해 판단기준을 개발하였지만, 이는 재정확보의 목적을 지닌 특별분담금이라는 특정한 종류의 것을 허용하는 - 즉 특정한 집단에 관련되었다든지 특정한 집단에게 유리하다든지 등과 같은 - 인식요소만 추출하는 데 기여하지 못했고, 그밖에도 다른 종류의 공과금이 여전히 존재할 가능성에 대해서도 결과적으로는 방치하였다. 연방헌법재판소는 **도대체** 어떤 공과금이 조세와 한계를 유지하면서 헌법적으로 허용되는지 등에 관한 일반적 요건만 지적한 것이다. 그렇게 해야만 연방국가적 재정헌법이 **특별분담금으로 공동화**하는 현상을 저지할 수 있고 공과금 의무자에 대한 **개인적 보호**라는 요구 특히 부담의 평등 원칙을 구현할 수 있다(BVerfGE 67, 256, 278).

< 452 >

재정목적을 가진 특별분담금으로서 중요한 집단유형의 하나가 이른바 **조정-재정공과금**(die sog. Ausgleichs-Finanzierungsabgaben)이다. 이 경우 공과금으로 획득한 재원은 - 개별적으로 공과금을 차별화하여 형성하였다는 점을 무시하고 - 특정한 영리추구 또는 경제 활동영역의 내부에서 부담 또는 이익 등을 조정해야 한다. 예컨대 **가격조정 공과금**(Preisausgleichsabgaben)은 현지에 유리하게 그리고 현지에 유리하지 않게 설정되어 있는 일정한 지역(산지에서 멀리 떨어져 있거나 운송하기에 불리한 지역)에서 동일한 종류의 재화에 대한 가격을 현지가격에 접근시킨다거나, 다른 종류이기는 하지만 사용할 때 비슷한 재화의 가격을 서로 비슷한 수준으로 수렴시킨다(BVerfGE 8, 274, 316 f.). **산과공과금**(Hebammenabgabe)은 산과의 서로 다른 수입을 조정하는 데 기여했는데, 이는 도시와 농촌 어디에서나 주민이 산과의 보조를 동등하게 활용할 수 있게 담보한다(BVerfGE 17, 287, 292); **환지이익 공과금**(Mehrwertabgabe)은 환지로 인한 이익(Umlegungsvorteile)을 삭감한다(BVerfGE 18, 274, 284); **우유조정 공과금**(Milchausgleichsabgabe)은 시장질서에 편입되어 시장질서에 따라 특별한 방식으로 경제적으로 결합된 기업의 내부에서 수입을 서로 유사하게 조정한다(BVerfGE 18, 315, 328).

< 453 >

이와 같은 조정-재정공과금과 나란히, 비록 한계가 좁게 설정되어 있지만, **재정확보의 목적을 추구하지 않는 독자적인 종류의 조정공과금**이 등장하였

다. 그에 속하는 사례로는 대개 **중증장애인 법률(Schwerbehindertengesetz)**에 따른 조정공과금을 드는데, 이는 행위를 유도하려는 목적 아래 **추동 및 제재 기능(Antriebs- und Sanktionsfunktion)**을 갖춘 것으로서, 사용자에게 규정된 숫자만큼 중증장애인을 고용하지 않을 경우 조정 목적의 공과금을 부과한다는 것이다(BVerfGE 57, 139, 153). 재정확보 목적 없이 1970년에도 또한 경기진정 부가금(Konjunkturzuschlag)을 징수했는데 이는 공적 예산의 수입항목을 위한 것이 아니라 그 자체의 규율내용으로부터 직접 도출된 ‘개인의 소비를 진정시킬 목적’에 기여하는 것이었다(BVerfGE 29, 402, 409). 이와 같은 종류의 공과금의 경우, 특별한 과업에 대한 재원확보가 그 공과금을 도입한 계기가 된 것이 아니므로, 사안의 근접성, 집단적 책임, 집단에 유익하게 사용 등의 요구사항에 관한 한, 위에서 지적한 척도가 아무 제한 없이 효력을 미치는 것은 아니다(BVerfGE 57, 139, 167; 67, 256, 278).

< 454 >

추동 및 조정 기능을 갖춘 유도성 공과금이라는 명칭을 지니기도 한 공과금은, 아무리 그 공과금이 수입을 목적으로 설정했다고 하더라도, **재정헌법에 전혀 위협을 가한 바 없다**. 이들 공과금은 잠재적으로 공과금 의무자를 특정한 행위를 취하도록 유인하려는 의도의 것이므로, 공과금으로 말미암아 이들은 특정한 행위명령을 준수하든지 아니면 공과금을 납부하든지 둘 중 하나를 선택하라는 상황에 처한 것이다. 이 범주에 속하는 공과금의 경우, 규범에 적합한 행위를 채택한 결과로 **공과금수입이 축소될수록 그 규율목적은 그만큼 더 달성된다**. 회피가능성 때문에 의무자에 대한 조세와 특별분담금의 중복적 부담이라는 문제도 이 경우 훨씬 완화되어 제기된다.

< 455 >

연방헌법재판소가 특별분담금을 제4의 분명한 개념요소를 지닌 공과금으로 파악할 뿐 포괄적 구성요건으로 파악하지 않는다는 점은 (농업, 삼림업, 식품업 등에 대한 **매출액 지원기금 법률(Absatzfondsgesetz)**에 대한 판례 (BVerfGE 82, 159, 181) 이외에도 그에 이어 나온 두 개의 판례에서 증명되었다. **예술인 사회 공과금(Künstlersozialabgabe)**의 위헌성에 관하여 연방헌법재판소는 (BVerfGE 75, 108, 147 f.) 사회보험 분담금(Sozialversicherungsbeiträge)은 판례에서 말하는 특별분담금이 아니라고 판시하였다. 특별분담금의 징수할 때 전형적으로 위협적으로 나타나는 재정헌법의 규율사항과 같등은 이 경우 아예 발생할 여지조차 없다. 사회보험 분담금은 처음부터 국가의 일반

적인 재원 확보라는 데 기여하는 것이 아니고, 오직 사회보험의 재원 확보라는 그 근거와 한계를 갖추고 있다. 일반적인 국가과업에 대한 재원을 확보한다는 목적을 위한 것이라면, 입법자로서는 사회보험에 대한 규율권한을 이용하지 않을 수도 있다고 한다. 사회보험이라는 재정단위는 사실상 그리고 법적으로 일반적인 국가재정에서 분리되어 있다. 오류지원 공과금(공공임대주택에 대한 분담금 - 세입자가 경제여건이 좋아지면 납입해야 한다, BVerfGE 78, 249, 267 ff.)의 위헌성에 대한 판례에서, 환수공과금(Abschöpfungsabgabe)은 국가가 지급한 보조금이라는 이익을 청산한다는 목적에 기여하는데, 이는 판례에서 말하는 특별분담금이 아니라고 판시하였다. 오류지원 공과금은 보조금을 규율하는 수단 중의 하나일 뿐이라고 한다. 그로 인하여 연방국가의 재정헌법에 어떤 위협도 발생하지 않을 뿐만 아니라 그에 따른 배분규칙을 회피하는 현상도 발견할 수 없다고 한다.

10

A. 국가와 지방자치단체의 경제적 활동 - 그 발전과 의미

< 456 >

공적 수입의 측면에서 그 비중이 공과금에 기운다고 해도, 여하튼 국가의 경제적 활동으로 얻는 수입도 또한 상당히 큰 관심을 끌어들이고 있다. 국가의 경제적 활동은 20세기 이래로 경제체계에 비추어 보면 전혀 특수하다고 볼 수 없는 현상이며 오히려 전통이라고 할 정도이다(단락번호 16 이하). 독일연방공화국에서 이에 대해서는 다른 국가와는 대조적으로 어떤 사회 정책적-이데올로기적 총체개념에 근거를 찾지 않고, **시대에 따라 단계마다 달라지는 경제 정책적 추세**의 흐름과 **개별적으로 내린 판례** 등에서 그 근거를 찾는다. 국가가 경제적 활동으로 얻은 수입이라고 하면 이는, 국가가 공과금과 같이 자신의 재정고권이 아니라, 다음과 같은 경제적 과정에 스스로 참여하여 그로부터 취득하려는 그와 같은 수입을 말한다.

- (1) 자신의 경제적 기업(직영기업)을 운영하여
- (2) 경제기업에 참여하여
- (3) 행정 자체, 영조물, 공공시설 등의 사업부서가 나서서 **제3자를 위해 재화와 용역 등을 생산**하여
- (4) 일반적인 토지 내지 자본 재산을 이용하여 수입을 얻는다는 것이다.

< 457 >

다음과 같이 경제적 수입은 종류에 따라 구별해야 한다.

- (1) 기업과 참여 등으로부터 얻은 이익(배당이익, 수익의 지분, 기타 초과분 수령);
- (2) 특허공과금(Konzessionsabgaben)은 특별한 특허계약(besondere Konzessionsverträge)을 근거로 납입해야 하는 것이며, 그 대상은 특히 어떤 기업에게 부여한 배타적 권리이고, 그에 관한 사례로는 지방자치단체의 도로, 길, 사거리 등의 교통공간에 궤도, 케이블, 도관, 수도관 등 기타 내구력 있는 시설을 특정한 배려 내지 부양 등의 목적으로 설치하는 것을 들 수 있다. 그밖에도 광산에 대한 특허(Bergbaukonzession)도 포함된다. 일반사용(Gemeingebrauch)의 수준을 넘는 우월적 지위를 부여하고 그에 대한 반대급부로서 지속적으로 특허공과금을 납입하게 하는데 이는 그 명칭과 달리 “결코 공과금이 아니”고, 사법에 따른 대가 내지 사적 대가(ein privatisches Entgelt)에 지나지 않는다(이 주제를 포괄적으로 다룬 문헌으로는 Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991);
- (3) 사용임대차(Miete)와 용임대차(Pachten)로서 토지, 건물, 주거, 수렵권, 어업권 등의 이용에 관한 것;
- (4) 재화와 용역의 매도로 얻은 대가(Erlöse aus dem Verkauf von Gütern und Diensten)로서 예컨대 농업 내지 임업 등의 사업장 또는 영조물 내의 공장형 사업장 등의 경제적 사업으로 얻은 수익;
- (5) 재산양도대가(Vermögensveräußerungserlöse) - 끝으로 사법적 수입에 속하는 것으로 재산적 객체를 양도한 대가를 들 수 있다. 이는 연방(연방 예산법 BHO 제63조), 주 내지 지방자치단체 등을 기속하는 각개 예산법 조항에 의해서만 양도할 수 있는데, 이들 사단이 자신의 과업을 수행하는 데 그 재산이 전혀 필요하지 않거나 예측 가능한 기간 내에는 필요하지 아니한 경우에 한하여 가능하다. 보통 재산적 객체는 오직 경제적 가치를 전면적으로 실현하는 가격으로 양도하는 것만이 허용된다. 양도 대가는, 보통 반복되는 지출에 충당하는 재원이 아니라, 재산에 영향을 미치는 다른 조치의 목적으로 (예컨대 투자, 시설재산의 확보, 시설자본의 강화, 뿐만 아니라 추가적으로 채무변제 등) 사용한다.
- (6) 이자수입(Zinseinnahmen)은 예산체계상 경제적 활동으로 얻은 수입이 아니라 독자적인 종류의 수입유형에 속한다.

< 458 >

국가의 경제적 활동은 역사적으로 평가할 때 먼저 자신의 기업과 사업장에서 직접 활동하는 형태로 이루어졌는데, 이때 추구하는 목표는, 기업적 활동으로 수입을 확보하는 것이었다. **영방국가(Territorialstaat** - 역주: 봉건주의 시대에 황제의 중앙권력-der kaiserliche Zentralgewalt-에 복속하지 않는 국가 즉 제후국가-Fürstentum-, Duden에서)와 **중세시대의 도시** 등의 공적 예산에 관한 재원확보의 표준적인 원천이었다. 앞에서 (단락번호 21) 간략하게 설명한 바와 같이 **상비군(stehende Heere)**와 공무원 제도의 확립을 통하여 현대 주권국가가 발현하면서 추가적으로 그리고 상당한 규모로 재원의 확보가 필요하게 되었고, 국가는 공과금을 부과하여 뿐만 아니라 또한 국가 자신의 경제적 활동으로 이 필요를 충족시켰다. 국가의 지출이 나날이 확장되면서 19 세기에 이르기까지 국가의 경제활동도 계속해서 확장되었다. **중상주의(Merkantilismus)** 시대에 국가가 가장 규모가 큰 기업인 사례는 자주 볼 수 있었다. 국가 부문과 영업으로 얻는 수입 이외에도 왕권과 독점 등으로 얻는 수입 (solche aus Regalien und Monopolen)이 등장하였다. 왕권과 독점 등으로 인한 수입의 경우 국가는 특정한 경제영역에서 활동 자체를 유보하고 이를 오직 대가를 납입한 개인에게만 허용하였다(gestattet). 그 범위에 속하는 것으로는 화폐주조에 관한 왕의 전임권한(Münzeregal), 광산, 염전 내지 암염광산, 수렵과 어업, 도로사용세 징수 등을 들 수 있다. 사기업의 경우 생존능력에 결함이 생기면 **재정확보라는 목표(die fiskalische Zielsetzung)** 이외에 **그 밖의 국가적 목표(weitere staatliche Ziele)**라는 것이 흔히 나타나는데, 그 결과로 국가는 이 사업장을 폐쇄하지 않고 대신에 인수하였다. 특히 광산업과 철광제련업 (Bergwerks- und Hüttenindustrie) 등의 영역에서 이와 같은 현상이 나타났다. 여기에 점차로 새로운 기술과 절차를 도입하면서 그리고 생산을 합리화하고 개선하면서 거기에 그치지 않고 시장 자체를 확장하면서 **선발주도자 기능(Pionierfunktion)**이 가담하게 되었다. 이 범위에 속하는 것으로는 철강산업과 섬유 산업, 견직산업,¹²⁶⁾ 도자기산업 등은 물론 해당 분야나 지역의 발전에 동반되는 은행업, 보험업 등을 들 수 있다. 일부이기는 하지만 (예컨대 곡물창고업 -Getreidemagazinen-을 창설하는 것과 같이) 또한 **군사적 목적**이 전면에 부상되기도 한다. 그에 이어 등장한 **자유주의(Liberalismus)** 시대에는 여러 가지 이유로 국가의 경제적 활동의 경우 그에 대하여 넓게 한계가 설정되거나 아예

126) 역주: 견사繭絲 - 누에고치와 실 = 명주실; 명주실明紬 - 누에고치에서 뽑은 섬유, 비단실; 견직물絹織物 - 명주실로 짠 피륙, 비단.

그 자체가 해체되기에 이른다. **1871년 독일제국 창설** 이래로 국가의 경제적 활동이 다시 늘어나면서 다양한 목적을 설정하게 되었다. 특히 **경제적, 사회 정책적, 구조적, 가격 정책적 목적** 등을 앞세웠던 것이다. 그에 반하여 재정 확보라는 측면은 비중이 눈에 띄게 감소하였다. **광업** 부문의 채굴량(Ausbeutung der Bergwerke)이 크게 늘어나면서 국가가 가격형성에 영향력을 행사하게 되었다. **철도부문(Eisenbahnwesen)**을 국유화하면서 그리고 **지방자치단체의 교통사업 및 공급사업(kommunale Verkehrs- und Versorgungsbetrieben)** 점차 발전하면서 경제적, 구조적, 사회 정책적 등의 사유가 판단의 척도라는 지위를 점하게 되었다.

< 459 >

제1차 세계대전 당시 여러 가지로 나타나는 애로로 말미암아 국가는 자신의 경제적 활동을 상당한 규모로 확장하기에 이른다. 세계경제공황(Weltwirtschaftskrise) 역시 공경제 부문을 크게 확장하는 쪽으로 몰았다. 왜냐하면 - 본래 임시로 위기를 넘기겠다는 방식으로 채무를 설정하긴 하였지만 - 하여튼 국가가 기업에 참여해야 비로소 일자리를 지킬 수 있었기 때문이다. 그와 동시에 공적 주체(die öffentliche Hand)는 이로써 상당히 심각한 리스크 즉 위험을 감수하게 되었다. 특히 수많은 지방자치단체의 경우에도 위험에 직면했는데 여차피 그 지역의 기업에 대한 채무를 보증해야만 했기 때문이다. **국가사회주의 즉 나치** 시대에는 아예 연방이 직접 나서서 수많은 산업부문의 기업을 창설하였는데 그 중에서 잘 알려진 것으로는 폴크스바겐-주식회사와 잘츠기터-주식회사 정도를 적시할 수 있다.

< 460 >

독일연방공화국 시대에 들어와 오랫동안 사영화·상업화 내지 민영화에 관하여 논의가 계속되더니 초기에는 부분적으로 국가가 경제적 활동에서 밀려 나오게 되었다. 반면에 비교적 최근에 이르러서는 오히려 공기업(öffentliche Unternehmen)이 유럽공동체법에서 지원받는 실질적 사영화라는 일반적 경향을 기반으로 다시 힘을 그러모으기 시작했다.

< 461 >

국가의 경제적 활동에 대하여 **오늘날** 수입을 확보하려는 재정적 목적과 나란히 무엇보다도 **경제 정책적** (구조정책, 고용정책, 경쟁정책 등의) 목적은 물론 **사회 정책적** 목적이 중요하게 제기된다. 재정적 측면에서 경제적 활동으로부터 나오는 수입은 그만큼 납세자에 대한 부담의 감소라는 결과를 획

득하는데, 이는 물론 초과이득을 경제적으로 달성했을 경우에 한한다. 그러나 공적 기업은 대부분 이에 해당되지 아니한다. 사경제 측에서 수행할 수 없거나 최적으로 수행할 가능성이 없는 **특별한 국가의 과업을 수행**하는 경우 국가의 경제적 활동이라는 현상으로 귀결되는 예를 흔히 볼 수 있다. 그 이유를 살펴보면:

- **분리가능성에 결함**이 있는 경우, 예컨대 필요에 충족하는 것 자체가 통일적으로 그리고 공동으로 수행해야 할 경우가 이에 해당된다.
- **시장에 의한 수행에 결함**이 있는 경우, 예컨대 필요 자체에 관하여 개인은 너무 가볍게 평가하기 마련이어서, 국가가 이에 해당되는 급부를 비용가격보다 낮게 제공해야 하는 경우가 이에 해당된다(예컨대 스포츠와 건강 부문의 시설 등).
- **자연적 독점상태**. 기술적 그리고 경제적 이유로 말미암아 오직 한 개의 제공사업자가 공급해야 할 경우가 이에 해당된다(여하튼 지금까지는 예컨대 가스, 수도, 전기 공급 등).
- 투자로서, **위험의 수준이 너무 높아** 사경제적으로는 실현될 수 없는 경우, 국가 자신이 감행하는 경우가 이에 해당된다(예컨대 기초과학연구-Grundlagenforschung, 원자재 확보와 에너지 획득을 위한 대규모 기획 등).
- **경쟁 자체가 제 기능을 수행할 수 있게** 대비하거나 부적절한 이득에 제한을 가하는 등의 목적으로 국가가 때에 따라 추가적으로 공급자로서 등장한다.
- 부분적으로 국가의 경제적 활동이 **행정 자체의 지원**에 기여한다(예컨대 연방인쇄소).
- **구조정책 내지 사회정책 측면의 사유**로 (특히 현존하는 일자리를 유지하거나 일자리를 새로 창출할 수 있는 여건을 확실하게 확보하기 위하여) 국가가 경제적 활동에 나서게 되는 결과로 이어진다.
- 국가의 경제적 활동이 그 규모를 늘리면, 국가는 이와 같은 방식으로 또한 장기이든 단기이든 가리지 않고 전체적으로 **경제적 순환과정**에 (가령 연방철도와 연방우편이 경기후퇴의 시기에 추가적 투자용으로 지출을 늘려) **영향을 미칠** 수 있다.

< 462 >

60년대에 안출되었던 **세계적 조정의 그 조정 수단**으로서 국가가 경제적 활동을 전개한다는 사상은 결국 성공적으로 구현되지 못했다.

< 463 >

국가는 경제적으로 활동을 전개하는 **영역**을 살펴보면 극단적으로 다양하다. 연방, 연방소속 각 주, 지방자치단체 등은 이들이 맡은 서로 다른 과업을 수행해야 하므로 그에 맞추어 그 활동의 비중이 **다양한 부문에 따라 그때마다** 달라진다. 연방은 상당한 숫자에 달하는 기업에 직접 또는 간접적으로 참여하였지만, 지난 10여 년 동안 광범위한 사영화 조치를 감행한 바 있다. 또한 연방에는 자신의 법인격이 없는 사업장(Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit)이 몇 개 소속되어 있다(예컨대 연방인쇄소 Bundesdruckerei). 이와 같은 사업장은 **연방의 산업부문 기업**, 특히 기초자재 산업의 영역에 (예컨대 석탄, 갈탄, 석유, 철광석, 선철¹²⁷), 알루미늄 등) 더 큰 비중을 차지하고 있다. 그밖에도 **은행부문, 교통, 우편, 통신 등의 부문, 주택경제** 등은 물론 **연구정책 내지 개발정책 회사**(forschungs- und entwicklungspolitische Gesellschaften) 등도 들 수 있다. **연방소속 각 주의 경제적 활동**은 특히 은행 영역(주립은행, 주택건설-신용공사 등), 리징, 보험, 에너지 생산 및 공급 기업, 교통기업, 주택건설 기업과 집단거주지건설 기업 및 농촌개발 회사 -Gesellschaft für Landesentwicklung - 등까지 확장하였다. 13개 광역국가(Flächenland)¹²⁸는 농업과 임업 지역에 대규모의 **토지점유**에 대한 처분권한을 가졌다. 몇 개 연방소속 주에서는 박람회운영회사(Messegesellschaft), 도박장과 복권 회사(Spielbanken und Lotterien) 등을 운영한다. 또한 **몇 개 연방소속 주는 공동으로** 교통기업과 공급 기업은 물론 경우에 따라서는 복권기업 등을 국가부문에 유보하고 있다. **연방과 연방소속 각 주가 공동으로 설립한 공동기업**(Gemeinschaftsunternehmen)도 있다.

< 464 >

지방자치단체와 지방자치단체조합(Gemeinde und Kreise)의 경제적 활동에 독특한 요소는 다음과 같다. **공급사업**(Versorgungsbetriebe 수도, 가스, 전기, 난

127) 역주: 선철 銑鐵(Roheisen)은 무쇠라고도 부른다. 주물 만드는 데 쓰는 1.7~7%의 탄소가 들어 있는 철합금으로서 다른 이름으로는 생철, 선철, 수철, 주철, 주물용철(cast iron) 등을 들 수 있다. 이와 구별해야 할 것으로는 시우쇠 - 무쇠를 녹여서 만든 쇠붙이의 일종으로서 숙철(熟鐵), 정철(正鐵), 유철(柔鐵) 등으로도 부른다.

128) 역주: 반대개념은 도시국가(Stadtstaat)이다. 함부르크, 브레멘, 베를린 등과 같이 도시 자체가 연방소속 주로서 인정받는 경우를 도시국가라고 한다. 그에 반하여 기타 도시와 농촌으로 구성되어 넓은 지역을 기반으로 한 연방소속 각 주를 광역국가(Flächenland)라고 부른다.

방, 쓰레기처리 등), **교통사업**(Verkehrsbetriebe 전차, 버스 등), 저축금고(Sparkasse) 등. 그밖에도 지방자치단체(Kommunen)가 경제적 활동을 전개하는 부문(Sektoren)은 수없이 많다(주택건설기업, 교통시설, 도살장, 박람회장, 양조장, 유리제조장 등). 또한 이 영역에서도 한편으로는 상당한 사영화 경향이 진행 중임을 알 수 있다. 반대로 지방자치 영역에서 몇 년 전부터 **이른바 새로운 사업영역**으로 확장하는 경향도 또한 존재한다.¹²⁹⁾ 지방자치단체가 **통신과 멀티미디어 시장**을 개별 지방자치단체의 영역을 넘는 수준으로 확장하는 것이다. 지방자치 영역의 에너지 공급 기업이 관련기계 정비·수리 작업과 유지 작업 등을 수행하면서 그리고 전기와 가스를 공급하면서 이들 역시 더 이상 개별 지방자치단체의 영역에 한정되지 않는다. 도시공사(Stadtwerke)는 서비스 공급부문에서 패킷 해결방식을 제공하여 중앙 서비스 공급주체로서 지위를 확립하고 구동독 소속 주에서는 지방자치단체 기업에 참여하기도 한다. 지방자치 영역의 교통사업자는 자동차 수리·정비 그리고 기타 공장업무 등을 제삼자에게 공급하는 것은 물론 자동차 견인업무와 여행서비스 등도 제공한다. 지방자치 영역의 정원 건설사업자는 사인의 정원과 잔디 지원 영역에서 전문적인 정원사의 급부를 제공하고, 지방자치단체의 인쇄소에서는 사인을 위한 인쇄업무도 수행한다. 컨설팅과 기획 활동으로서 지방자치단체의 영역을 넘어가는 것은 물론 소프트웨어-급부와 초등학교의 수업지원 교육 등도 마찬가지로 제공한다. 그러나 과거에 지방자치단체는 보통 부양경제와 폐기물경제 등과 같은 고전적 영역으로 활동영역을 제한하였던 것이다.

< 465 >

지방자치단체의 활동영역을 위에서 열거한 영역으로 확장하는 **주요한 계기**로서 **지방자치 영역이 재정상 곤란을 겪고 있다**는 사실을 들 수 있다. 새로운 활동으로서 위에 열거한 것이 하나같이 갖춘 공통적인 요소라고 하면, 다른 무엇보다도 관심을 끄는 요소 즉 ‘주민의 필요에 충당하는 데 기여한다’는 요소가 아니라, 오히려 ‘지방자치 영역의 예산상 수입을 확보한다는 데 기여한다’는 요소라고 할 수 있다. 지방자치 영역의 정치가 희망하는 대로 부분적으로는 지방자치 영역의 예산경제가 이들의 기업가적 활동으로 개선될 수 있다(**이익귀속 주체로서 지방자치단체(Kommune als Profit Center)**). 많은 지방자치단체가 창조적인 재정정책이라는 전략을 개발하였는데, 이는 지출을 감축하고, 자체의 행정을 경영비법을 도입하여 내부에서 현대화하며, 새로운

129) 이에 관하여 자세한 사항은 Henneke, NdsVBl. 1998, 273 ff.

수입의 원천을 확장하는 등을 결합하는 것이다. **지방자치단체의 경제를 확대한다는 이와 유사한 개발의** 양상은 1920년대에 벌써 드러났다. 제1차 세계대전 이전의 지방자치 영역의 경제는 지방자치단체 주민에 대한 생존 필요급부 제공(Daseinsvorsorge)이라는 목표를 확고하게 세우고 있었는데도, 여하튼 상당한 수익을 지방자치단체의 예산에 기여했는데, 그에 반하여 바이마르 공화국 시대에 지방자치단체의 경제활동은 또한 순수한 영리취득 경제의 영역으로 확장되어 갔다. 바로 이와 같은 현상을 오늘날 다시 직면한 것이다.

많은 지방자치단체가 새로운 경영기법을 도입하고 더 강력한 경영학적 사상을 활용하면서 매우 주목할 만한 합리화 성과를 기록할 수밖에 없었다. 뿐만 아니라 법이 변화를 겪으면서 인원의 여분이 상당히 크게 드러났는데, 이들에게 지방자치단체는 해고조치를 취하지 않았다. 왜냐하면 지방자치단체는 근대화 내지 구조조정 절차를 개시하면서 그때마다 사업 자체에 조건부로 붙어있는 해고조치(betriebsbedingte Kündigung)를 포기하는 것이 통상적 상황이었기 때문이다. 하지만 그 결과 재직 중이면서 임의로 동원할 수 있는 인원이 주는 부담에서 벗어나기 위하여, 지금까지 배타적으로 **내부에만 공급하던 서비스 급부**를 이제 **시장에** 제공하겠다고 나설 수밖에 없게 된 것이다.

< 466 >

지금까지 국가와 지방자치단체가 독점하던 것을 폐기하는 일이 늘어나면서 지방자치단체의 상황은 더 어려워졌다. 경쟁을 강조하는 유럽공동체법(EG-Recht)과 이를 각국의 법으로 전환하자 지방자치단체의 경제법에 점점 더 깊이 스며들었고, 그 결과 점진적으로 역사적으로 성장한 그 줄거리를 이룬 지방자치단체 과업의 영역이 처분대상에 편입되었는데, 지금까지 그것은 지방자치단체가 저 혼자서 처리하라고 맡겼던 것을 경쟁대상으로 개방한 것이었다. 지방자치단체는 자신을 적어도 그와 같은 범위에 속하는 한 전면적으로 변경된 다시 말해서 자신의 활동에 대한 경제적 기본여건을 악화시키는 경쟁상황과 새로운 틀의 질서 등에 직면하게 된 것으로 평가했다. 그래서 지방자치단체는 또한 어떻게 하면 자신이 지금까지 독점적으로 누렸던 활동영역 예컨대 에너지공급 또는 영업적 쓰레기 처리 등의 영역에서 역동적인 변화 과정을 겪어나가고 있는지 그리고 어떻게 하면 자신의 존재를 지켜나갈 수 있는지 등에 관하여 전략을 개발하였다. 이렇게 해서 1998년 초기에 **에너지 경제법에 대하여 새로 규율하여 폐쇄적인 공급영역에 대한 보호를 제거**하였고, 그 결과 특허계약(Konzessionsverträge)상 배제합의 조항은 허용되지 않으며

외국의 에너지공급기업 (대규모) 고객을 지금까지 도시공사(Stadtwerk)의 고객 범위에 속한다고 보았으나 이를 제명할 수 있고, 결국 도시공사의 수익상황에 심각한 영향을 미치게 되었다.

< 467 >

새로 나타나는 많은 지방자치단체의 경제적 활동을 유형화하려고 시도하면서 대개 두 개 사례유형으로 나눈다. 하나는 전혀 새로운 사업영역으로서 통신부문과 같이 확장하여 수행하는 것으로 지방자치단체가 지금까지 (자신의 필요에 충당하고자) 내부적 목적으로나 (외부의 필요에 충당하고자) 외부적 목적으로나 전혀 수행한 바 없는데다가 이 급부를 제삼자에게 공급하는 경우이다. 이때 통상적으로는 반드시 새로운 자원을 축적해야 한다. 예외적으로만 기존의 자원을 용도를 바꾸어 제공할 수 있을지 모른다. 다른 하나는 지금까지 배타적으로 내부의 목적에만 기여하던 활동을 이제 처음으로 시장의 제삼자에게 제공하는 활동인데, 대부분 이미 확보한 자원을, 더 이상 필요하지 않은 자원, 또는 지금까지 유지했던 규모로는 더 이상 필요하지 않은 자원을 공급하는 것이다.

B. 공기업의 조직형태

< 468 >

연방, 주, 지방자치단체 등의 경제적 활동은 수행하는 것은 공기업이다. 공기업의 개념에 대해서는 1980년 6월 25일자 유럽공동체-조약 제90조 제1항에 붙은 지침 (투명성지침 Transparenzrichtlinie, 80/723 ABIEG L 195/35) 제2조에서 정의를 내렸다. 공기업(Öffentliche Unternehmen)은 그에 따르면 사기업과 대조적으로, 공적 주체가 소유권, 재정적 참가, 기업의 활동을 규율하는 자치 법규 또는 기타 조항 등을 근거로 삼아 직접 또는 간접적으로 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 기업을 말한다.

< 469 >

조직형태로서 공법상 공영기업은 물론 사법상 공영기업도 고려할 수 있다. 이와 같은 분류방식과 나란히 기업의 독립성 정도에 따라(즉 공행정의 일부로, 경제적으로 독립된 부분으로, 법인으로) 나누어 구별할 수 있다. 다음과 같은 조직형태로 분류한다:

- 공법에 따라(öffentlich-rechtlich) - 사법에 따라(privat-rechtlich)
 - 직영기업(Regiebetriebe) • 주식회사(AG)
 - 자가기업과 특별재산 • 유한회사(GmbH)
 - (Eigenbetriebe und Sondervermögen)
 - 공법상 영조물(öffentlich-rechtliche Anstalten)

< 470 >

직영기업은 법적으로 그리고 조직적으로 운영주체-사단(Trägerkörperschaft)에 소속되어 독립성도 없고 독자적인 예산도 없어 그 일부에 해당될 뿐이다. 수입과 지출은 총액으로(brutto) 운영주체사단의 예산에 명시해야(ausgewiesen werden) 한다. 재산 역시 별도로 분리해서 파악하지 않는다. 직영기업은 기동성 자체가 매우 적다는 성격을 지녔고, 이 기동성 부족이 중요한 사안에 관하여 기업적으로 결정할 때 불리한 영향을 미치는 사례가 흔히 나타난다. 비탄력적 성격으로 인하여 무엇보다도 상대적으로 큰 규모의 경제적 사업에 대해서는 직영기업 형태를 채택하는 사례가 점점 더 적어지고 있다.

사례 : 도살장, 건축자재 야적장(Bauhöfe), 도로청소, 수영장(Bäder), 쓰레기처리장(Abfallwirtschaft), 행정보조사업장(Hilfsbetriebe der Verwaltung)

< 471 >

자가기업(Eigenbetriebe)은 예산으로나 조직으로나 독립성을 획득한 지방자치단체라는 행정주체의 특별재산이지만 자신의 고유한 법인격은 보유하지 아니한다. 자가기업의 경우 수입과 지출은 예산에 드러나지 않는다. 이들은 자신의 고유한 경제계획을 수립해야 한다. 해당 지역사단(Gebietskörperschaft - 역주: 그 지역에 사는 주민이 구성원인 사단 즉 지방자치단체)의 예산안(Haushaltsplan)에는 오직 공제 후 금액 즉 순액(Nettobeträge)만 (예컨대 수익이체 Gewinnabführung, 특허공과금 Konzessionsabgaben, 보조금 Zuschüsse, 신용보증제공 Darlehensgewährung 등) 포함되어 있다. 자가기업의 재산은 특별재산으로 관리해야 한다. 자가기업의 조직적 측면에서 독립성은 (공장운영위원-Werkleitung, 공장위원회-Werkausschuß) 특별한 급부기관으로 제 모습을 드러낸다. 자가기업은 예나 지금이나 공법적 조직형태 중 가장 중요한 자리를 차지하고 있다.

사례 : 지방자치단체의 교통기업과 공급기업(Verkehrs- und Versorgungsunternehmen)

연방철도와 연방우편(Bundesbahn und Bundespost)은, 사영화하기 이전에는 마찬가지로 위와 같은 특별재산으로서 법인격이 없었는데, 실제로는 전형적인 자가기업보다 훨씬 큰 독립성을 갖추고 있었다.

< 472 >

공법상 권리능력 있는 영조물(rechtsfähige Anstalten)은 예산과 조직 측면에서 마찬가지로 관할 행정주체로부터 분리되어 있다. 자가기업과 특별재산 등과 대조적으로 공법상 권리능력 있는 영조물은 자신의 고유한 **법인격**을 갖추었다. 관할 행정주체(Verwaltungsträger)로서는 **행정평의회(Verwaltungsrat)**를 통해서 또는 **감독조치(Aufsichtsmaßnahmen)**라는 방식으로 영향력을 행사한다.

공법상 권리능력 있는 영조물의 사례로는 특히 공법적으로 조직을 갖춘 연방, 주, 지방자치단체의 **신용기관(Kreditinstitute)**을 들 수 있다(예컨대 재건축신용공사 Kreditanstalten für Wiederaufbau, 주은행 Landesbanken, 지로본부 Girozentralen, 공건축저축금고 öffentliche Bausparkassen, 지방저축금고 kommunale Sparkassen).

< 473 >

사법상 조직형태로는, 연방, 주, 지방자치단체 등의 다양한 법률의 조항으로 규율한 명령적 내용 즉 **국가의 책임과 납입의무 등에 관한 한계** 때문에, 오직 자본회사 내지 물적 회사(Kapitalgesellschaften)만 (즉 주식회사와 유한회사만) 고려대상에 포함된다. 만약 회사(Gesellschaft)가 배타적으로 공적 주체(öffentliche Hand)에게 속한 경우라면 이를 대개 **자가회사(Eigengesellschaft)**라고 부른다. 만약 회사가 부분적으로만 공적 주체에게 속해서 그와 함께 사기업과 개인(Privatunternehmen und Einzelpersonen) 등이 참여한 경우라면 이를 대개 **혼합-경제 기업(gemischt-wirtschaftliche Unternehmen)**이라고 부른다. 이들은 사법적 조직형태를 가질 수밖에 없다. 이와 같은 조직형태는 특히 전기경제 영역에서 많이 나타난다(예컨대 RWE, VEW, HEW 등).

< 474 >

행위형식의 선택에 관한 자유라는 측면에서 볼 때 연방소속 각 주의 **지방자치단체헌법(Kommunalverfassungen)**에서¹³⁰⁾ 뚜렷한 차이가 나타나 있다. 그에 따르면 일부에서는 사법적 조직형태의 보충성을 명문으로 확정하였다.

130) 지방자치단체 자체 및 개혁에 관한 일반법률을 의미한다. 지방자치단체와 지방자치단체조합 등에 관한 법률(Gemeinde- und Kreisordnungen)에 대한 총칭이기도 하다.

< 475 >

지금까지 공법적 조직 형태이었던 것을 사법적 조직형태로 변경하는 경우, 이와 같은 사례는 과거 몇 년 간 매우 흔히 볼 수 있기는 했지만, 과업의 실질적 사영화에 대해서는 한계를 설정하면서 **조직 사영화 또는 형식적 사영화** 등(Organisationsprivatisierung oder formelle Privatisierung)의 용어로 표현하였다.¹³¹⁾ 이와 같이 변경하게 되는 가장 중요한 계기로는 과업수행의 효율성과 탄력성을 더 높여야 한다는 점을 지적하는 것이 보통이다. 왜냐하면 사법적 조직형태의 경우 특히 공무담당자용역법과 예산법은 물론 조달관계법(des öffentlichen Dienst- und Haushaltsrechts sowie des Vergaberechts) 등의 조항을 반드시 존중해야 하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 공기업(öffentliche Unternehmen)의 형식적 사영화는 **재산의 사영화(Vermögensprivatisierung)** 다시 말해서 공적 소유권을 사인에게 양도하는 것의 전단계일 가능성도 남아있다.

사례 : 텔레콤 주식회사(Telekom AG) 주식의 상장.

C. 국가와 지방자치단체의 경제적 활동을 법적으로 허용할지 여부

I. 헌법적 규율내용

< 476 >

국가의 경제적 활동이 갖추어야 할 요건과 지켜야 할 한계 등에 관한 헌법과 단순한-법률 등의 포괄적 조항은 존재하지 않는다. 기본법과 주헌법은 여러 조항에서 국가의 경제적 활동을 허용한다는 전제를 인정하고 있다. 그렇지만 이와 같은 개별조항으로부터 일반화한 결론을 도출해서는 안 될 것이다.

1. 기본법상 공기업에 대하여 언급한 규율사항

< 477 >

기본법 제134조와 제135조에서는 단순히 연방재산과 이전의 연방소속 각 주와 사단 등의 재산에 대한 **법적 승계(Rechtsnachfolge)**에 관하여 규율한 것 뿐이다. 이들 조항에 의하여 경제적 활동으로서 1949년 기본법이 효력을 발생

131) 이에 관하여 자세한 것으로는 Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992; ders., DÖV 1993, 373; ders., DVBl. 1994, 1; ders., DVBl. 1994, 962.

하면서 그와 같은 종류와 규모의 것으로 **종래 존재하였던 것(vorgefunden)**은 정당성을 획득하였지만, 그렇다고 해서 규모라는 측면에서 지금까지 존속했던 바와 같이 보장한다는 것은 아니었다. 확장 자체가 기본법 제134조와 제135조를 근거로 동원할 수 없었다. 기본법 제105조 제1항, 제106조 제1항, 제108조 제1항 등에서는 **재정독점 내지 전매(Finanzmonopole)**에 관하여 규정하였다(단락번호 654 ff., 707 f., 808 f.). 이에 대해서도 마찬가지로 헌법의 규율 내용은 입법권한, 수익권한, 행정권한 등 **현재 존재하는** 독점사항만을 부여한다는 것에 국한하였는데(당시 그밖에도 한 가지 더 있었으니 증류주-Branntwein-독점이 그것이다), 그로부터 공기업(öffentliche Unternehmen)을 헌법상 승인했다는 측면에서 모종의 결론을 도출해서는 안 될 것이다.

< 478 >

기본법 제110조 제1항에서는 연방사업장(Bundesbetriebe)과 특별재산에 대하여 연방에 대하여 더 유동성 있는 경제운용을, 즉 모든 수입과 지출을 예산서에 편입해야 한다는 의무를 면제하여, 가능하게 길을 열어주었다. 이에 대해서도 마찬가지로 공기업(öffentliche Unternehmen)으로서, 그 요건과 한계에 관하여 어떤 결론도 도출하지 않은 채, 장래 존속할 수 있다는 것을 인정하였다. 기본법 제115조 제2항도 마찬가지다.

2. 경제헌법과 보충성 원리

< 479 >

기본법에 포함되어 있는 경제헌법을 동원하면 결과적으로는 경제적인 국가활동에 한계를 설정하는 데 결정적인 수준에 나아갈 수 없다. 1950년대에 종종 주장되었다가 그 후에 다시 제기된 명제에 따르면, 기본법은 사회적 시장경제라는 제도보장을 포함하고, 그 경우 공기업(öffentliche Unternehmen)은 사회적 시장경제에서는 외래적 요소일 수밖에 없다고 하는데, 현재 이와 같이 주장하는 이는 없다. 연방헌법재판소가 (BVerfGE 50, 290, 336 ff.) 이른바 **공동결정판결(Mitbestimmungsurteil)**에서 판시한 바와 같이, 기본법은 특정한 경제 질서를 사전에 결정한 바 없고 특히 기본법 제9조, 제12조, 제14조 등을 통해 거칠게 질서의 기본적 사항을 확정해 두었을 뿐이다. 뿐만 아니라 기본법에서는 경제 정책적 중립성 원칙을 전제로 인정하고 있는데, 이는 헌법제정자가 명문으로 특정한 경제체제를 결정한 것은 아니라는 의미이다. 바이마르공화국 헌법 WRV 제151조 이하 조항과 달리 기본법에는 경제생활 형성의 원칙에 관한 조항은 하나도 없다. 이로 말미암아 입법자는 자신이 합리

적이라고 보는 경제정책을 추구할 가능성을 확보하게 된다. 기본법에는 경제생활의 변천가능성을 용인할 수 있게 그리고 헌법의 규범적 효력을 경제생활의 변천으로 인하여 상실하는 일이 없게 경제헌법에 관한 개방성이 포함되어 있다. 그러나 그때 언제나 **기본법의 가치결단(Wertentscheidung)**을 존중해야 한다. 그러므로 경제 및 사회 질서는 무엇보다도 기본법 제1조, 제2조, 제3조, 제9조, 제12조, 제14조, 제15조¹³²⁾ 등은 물론 그밖에도 또한 법치국가와 사회국가 원리 등을 목표와 기준으로 지향해야 한다. 경제 질서에 대하여 기본적 요소에 해당되는 부분적 측면에서 제기된 이와 같은 제한의 범위 안에서 다수의 질서체계를 고려대상에 편입할 수 있다. 기본법에서는 **극단적인 경제형태(extreme Wirtschaftsformen)에 반대**한다고 결정한 바 있다. 즉 기본법은 순수하게 자유주의적인 자본주의적인 경제체계는 물론 전면적으로 사회화한 계획경제 역시 배제하였다(BVerfGE 4, 7, 17 f.; 50, 290, 336 ff.). 국가의 경제적 활동의 측면에서 이와 같은 내용으로부터 도출할 수 있는 결론은 오직 하나, 즉 **사경제에 대한 국가의 영향력 행사**는 헌법적으로 **예외**에 속한다는 것이지만, 그렇다고 해서 그것 자체로 처음부터 위헌성이라는 흠을 내포하는 것은 아니다.

< 480 >

또한 **보충성 원리(Subsidiaritätsprinzip)**도 기본법에 실정법의 한 조항으로서 자리를 얻은 것은 아니다. 보통 이해하는 바에 따르면 보충성 원리는, 최소한도 단위에 대한 일차적 관할사항(die primäre Zuständigkeit der kleinsten Einheit)으로서, 그 과업을 합리적으로 수행하기에 그보다 하부의 단위가 지닌 급부능력이 충분하지 아니할 경우에, 그보다 더 큰 규모의 단위 또는 조직상 그보다 상위를 차지한 단위에서 그를 대체할 수 있는 보조방안을 수단으로(durch den lediglich ersatzweisen Beistand) 그저 보완하는 역할을 맡는 것을 말한다. **카톨릭 사회이론**(교황교서 1931년 5월 15일자 **“40주년을 맞아”** Enzyklika “Quadragesimo anno” vom 15. Mai 1931)에 따르면 보충성 원리는 심지어 사회적 세력의 자체적 역동화에 대하여 그것이 어떤 것이든 **국가가 주체로 나서 과업을 수행하는 것은 서열상 후위의 것**이라는 의미를 지닌다. 경제영역에 관련시켜 보면 보충성 원리는 **국가관련 기업에 대해 사기업이 우위를 지닌다**는 의미라고 할 수 있다. 사경제에 국가가 침입하는 것은 오로지 특별

132) 역주: 기본법 제1조(인간존엄의 보호), 제2조(일반적 인격권), 제3조(법률 앞에서 평등), 제9조(결사의 자유), 제12조(직업의 자유), 제14조(재산권, 상속권 및 공용수용), 제15조(사회화) - 해세, 계획열, 502쪽 이하에서 전제.

히 중요한 공공복리라는 이해관계를 시장의 단순한 자기규제로서는 충족시킬 수 없을 경우에 한하여 정당성을 획득한다. 보충성 원리는 경제 영역에서 **사회적 시장경제성 원리**(dem Prinzip der Sozialen Marktwirtschaft)와 부딪치게 된다. 보충성 원리가 **헌법적 서열**(Verfassungsrang)을 갖춘 것인지 여부에 대하여 논의는 분분하지만 대부분 **부정**한다. 어떤 경우이든 국가의 경제적 활동에 대하여 보충성 원리로서 더 정밀하게 한계를 설정할 수는 없다.

< 481 >

경제부문의 국가 활동에 관하여 심사할 때 헌법의 **개별적** 규율사항에 의거하는 방식만 가능한 것으로 남았고, 이때 지방자치단체의 자치행정 보장의 영향 아래 **권한질서**라는 척도는 물론이고 **기본권** 척도 그리고 이미 밝혀진 **공과금 내지 조세 국가 원리**의 척도 등에 의거하는 것이다. 뿐만 아니라 연방과 주의 예산법은 물론 지방자치단체 경제법 등과 같은 단순한-법률의 규율사항에서도 경제적 국가 활동의 요건과 한계를 더 세세하게 규정하고 있다.

3. 경제적 자유에 관한 기본권

< 482 >

여기에서 규명해야 할 문제복합체는 기본권 일반이론의 수많은 문제와 연계되어 있다(특히 사법상 법인 그리고 공법상 법인의 경우 누가 기본권 주체인가?, 특히 국가가 공적 과업을 수행하기 위하여 사법적 행위를 행하는 경우, 이른바 재정적 보조행위의 경우와 순수하게 재정적인 활동의 경우 도대체 누가 기본권 수범자인가? 기본권은 도대체 어떤 기능을 수행하는가?). 국가의 경제적 활동에 대하여 **기본권으로부터** 어떤 **제한**이 도출되는지 여부에 관한 문제에 대해서는 통일적으로 답을 찾을 수 없다.

< 483 >

많이 인용되는 연방행정법원의 판시 문언(BVerwGE 39, 329, 336 f.)에 연계해서, 기본법 제12조 제1항은 **경쟁에 대하여 보호하는 것은 아니며**, 공적 주체의 경쟁에 대해서도 보호하지 않는다는 논거를 분석한다. 기본법은 사경제에 관한 기본권질서로서 경제적 작용의 배타성을 보장하는 것은 아니다. 그밖에도 공적 주체(die öffentliche Hand)라고 해서 어떤 사적 경쟁이든 불가능하게 조치할 수는 없다. 국가의 경제적 활동은 단지 다른 기업의 영리 취득 가능성을 감축시킬 뿐이다. 이로써 경쟁의 자유도 기회의 균등도 침해되는 것은 아니다. 기본법 제14조 역시 새로운 경쟁자의 등장으로부터 보호해

주는 것은 아니라고 한다. 국가의 경제적 활동으로 인하여 사인의 직업의 수행은 물론 소유권 취득 등이 금지되는 것도 아니고 제한되는 것도 아니다. 오늘날 극복되기는 하였지만 종래 전통적 견해에 따라 기본권의 기능을 단순하게 공권력의 제한으로부터 방어한다는 목적으로 좁히면, 그와 같은 기본권으로서의 국가의 경제적 활동에 대하여 어떤 한계도 설정할 수 없게 된다.

< 484 >

국가의 경제적 활동은 여하튼 **기본권**에 대하여 상당히 큰 사실상 **훼손**을 가한다(zu erheblichen faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung 중대한 사실상 기본권 침해). 바로 직업의 자유에 대하여 그동안 해명된 바에 따르면 기본법 제12조는 또한 사실적 제한에 대해서도(vor faktischen Eingriffen) 보호한다(단락번호 366 이하 그리고 *Henneke, Landwirtschaft und Naturschutz*, 1986, S. 154 ff.). 그에 따라 기본권은 국가로 인한 경쟁에 난관을 설정한다. 사인인 경쟁자의 기본권을 보호한다는 근거를 특히 기본법 제12조 제1항과 제14조 조1항에서 찾는 것은 무엇보다도 먼저 구조적 효과를 미치게 되는데, 그 내용은 직업 행사와 소유권에 대한 처분 등은 원칙적으로 자유권자에게 유보되어 있으며 국가는 이와 같은 자유를 존중해야 할 의무를 진다는 것이다. 국가가 이 기본권 영역에 끼어들어가는 것이 허용된다면, 이는 국가에게 권리 명의(Rechtstitel)를 그에 상응하는 권한으로 부여되었을 경우에 한한다(이에 관해서는 단락번호 487 이하). 그로 인하여 사기업은 그와 같은 훼손으로부터 보호되지만, 다만 **(긴급한) 공적 목적으로** 정당화되는 경우는 그렇지 않다. **국가의 경제적 활동**에는 그러므로 **특별한 정당화 사유**가 필요한데 그 요건은 몇 가지 단계로 나눌 수 있다. 국가의 경제적 활동으로 말미암아 **국가독점**이라는 사태가 발생한다면, 이는 **사인**의 활동에 대한 **객관적 장애**가 발생한 셈이다. 그와 같은 독점은, 어떻게 해서 발생한 경우라고 해도, 오직 **매우 중요한 공동체적 법익**이라는 근거로만 정당화할 수 있을 뿐이다(BVerwGE 39, 329, 334, 337). 만약 독점적 지위를 점진적으로 확립해 나가는 경우라면, 또는 공적 주체가 파멸적 경쟁(Vernichtungswettbewerb)을 감행하는 경우로서 그 효과가 독점화에 맞먹을 수준이라고 보아야 할 경우라면, 마찬가지로 해야 할 것이다. 직업집단 전체에 대하여 국가가 축출적 경쟁을 전개하는 경우에는 공권력에 의한 직업금지의 입법화와 같은 수준의 정당화 사유가 필요하다. **정작 목표가 아닌데도 우연히 훼손당한 사인 경쟁자**에 대해서는 **공공복리에 관한 합리적 근거**로 공적 주체에 의한 경제적 활동의 정당화 사유로 충분하다. 이와 같은 결론은 직업의 자유에 대한 제한에 관하여 연방헌법재판소가 확

립한 이른바 **3단계 이론**(die sog. Drei-Stufen-Theorie)에 연계하여 도출한 것이다.

< 485 >

기본법 제14조를 근거로 동원하더라도 그보다 더 크게 경제적 국가 활동에 제한을 가하는 결과가 도출되는 것은 아니다. 그렇지만 **소유권 보장**의 보호영역에는 또한 **설립하여 운영하는 영업**(eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)도, 물론 거기에는 **고정고객**(Kundenstamm)까지 포함되어, 편입된다. 그러나 **영리취득 가능성, 수익전망, 기회와 희망** 등처럼 아직 **재산의 일부로 결정되지 못한** 것은 이때 거기에 편입되지 못한다.

< 486 >

기본법 제2조 제1항에서 보호하는 **일반적인 행동의 자유**(allgemeine Handlungsfreiheit)의 보호영역에 경제적 활동도 포함된다. 그러나 이와 같은 **포괄적 기본권**(Auffanggrundrecht)은 오로지 기본권에 관련된 행위가 소유권보장에도 그리고 직업의 자유에도 그 보호영역에 해당되지 아니하는 경우에만 고려대상으로 떠오르는 것이다. 그밖에도 **합헌적 질서**라는 넓게 잡힌 **제한**(이에 관해서는 BVerfGE 6, 32)을 근거로 입법자는 기본권 제한에 관하여 넓게 형성의 영역(Gestaltungsspielraum 형성 여지)을 확보하는 것이 가능하게 된다. 그러나 바로 기본법 제2조 제1항이야말로 경제적인 국가의 활동에 대하여 정당화 사유를 확보하라고 강제하는 것이며 이로써 그의 예외적 성격을 확인한 것이다.

4. 연방국가의 권한배분, 기본법 제30조, 제83조 이하, 제28조 제2항

< 487 >

국가의 경제적 활동은 연방, 주, 지방자치단체 등이 집행한다(단락번호 463 이하). 몇 개 기업은 다양한 관할 공적 주체(öffentliche Träger)에 속한다. 연방, 주, 지방자치단체의 경제적 활동의 경우 **연방국가의 권한배분 원칙**과 함께 지방자치단체가 지역 현지의 공동체에 관련사항을 처리한다는 데 그 한계가 설정된다는 원칙 등이 **이 영역에서도 엄격하게 동원되는 것인지** 여부에 대해서는 **논의가 분분하다**. 공적 주체(öffentliche Hand)의 경제적 활동에 대해서는 연방국가의 권한에 대한 기본적 구조가 기본법 제30조, 제83조 이하, 제28조 제2항 등에 따라 **구속력을 미치지 않으며**, 이들 규범은 오직 행정활동을 대체하는 역할을 맡은 기업(verwaltungsersetzende Unternehmen)에 대해서만, 즉 공적 주체의 경제적 활동이 직접 행정을 수행하는 활동으로 이행하는 경우에만 적용될 뿐이지, 행정을 보완하는 기업(verwaltungsergänzende Un-

ternehmen)에는 적용되지 아니한다. 이와 같은 견해에 기반을 이루는 명제는, 그 범위에 관한 한 기본법 제30조에 의하여 파악되지 않는 특별영역은 존재하지 않는다는 것이다.

< 488 >

지방자치단체와 자신의 지역을 넘어가는 경제적 활동으로서 주로 그 목적이 부담역량과 수익추구 등을 키우자는 것인 경우, 이 명제가 비록 변신을 감행한 형태이지만 새로 살아나고 있는 중이다.¹³³⁾ 국가의 행정 활동은 지역의 배타성 원리를 전제로 수행되는 것인데, 그에 반하여 경제적 활동은 경쟁과 경합 등을 지향한다는 것이다. 지방자치단체에게 입법자가 원칙적으로 경쟁으로 들어가는 문을 개방하였다면, 이를 특정한 지역에 국한시킬 수는 없다고 한다. 기본법 제28조 제2항에서 경제적 활동으로 나가는 길을 열었다면, 행정의 영역을 벗어나 경제의 영역으로 들어간 것이라고 한다. 어떤 한 지방자치단체의 경제적 활동은 - 제한의 개념을 넓게 이해한다고 해도 - 다른 지역사단인 지방자치단체의 자치 행정권에 제한을 가하는 것이 아니며, 그에 따라 공급 내지 청약 등을 자기 지방자치단체의 지역에 한계를 설정하는 것도 아니라고 한다. 오직 공권력에 의한 작용만이 권한을 전제로 하는 경우에만, 반드시 다양한 공권력주체의 행위권한 상호간에 한계를 설정해야 한다는 것이다. 경제적 작용은 그에 따르면 이론적으로 제한이 없는 숫자의 기업이 서로 경쟁하는 상황에서 수행되는 것이며, 그에 따라 그 범위에 관한 기본법 제28조 제2항에 의해서도 제한을 가할 수 없다고 한다. 영리추구 활동의 범위에서는 언제나 지방자치단체에게도 지역적 영향권을 벗어나 그 활동이 허용된다는 것이다. 이와 같은 견해를 기반으로 하여 단순한 법률로써 지방자치단체법의 조항을 새로 개정하여, 지방경제가 더 이상 지역적 공동체의 관련 사안을 처리하는 데 기속되지 않게 해야 한다는 요구를 제기하는 것이다.

< 489 >

이와 같은 헌법해석은 격렬한 **반론**에 직면하게 되었는데 필자도 이에 가담하고 있다. 뿐만 아니라 **국가적 과업영역** 내지 국가에 귀속시켜야 할 과업영역으로서 **기본법에 의한 정당화가 필요하지 않는 것은 있을 수 없다.** 국가

133) 이에 관해서는 Henneke, in: ders. (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, S. 265, 280 f.; ders., DVBl. 1997, 1270, 1275; ders., DVBl. 1998, 685, 690, 695; Wieland, in: Henneke (Hrsg.), Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, 1998, S. 193 ff.

내지 지방자치단체의 관할사항을 처리하고 권한을 행사할 가능성이 기본법 영역의 외부에 존재할 수 없다고 한다면, 관할권한을 날카롭게 분리한 한계선에 따라 기본법에서 규율하는 사항에 지방자치단체를 포함하여 그리고 또한 공적 주체에 의한 경제적 활동 등에 관한 행정권한의 배분에 관하여 적용해야 하는데, 이는 아무리 경제생활에 참여가 확장하는 경향으로 인하여 경계선을 넘어가는 결과를 내재적으로 포함되어 있고 그에 관한 사례를 연방, 주, 지방자치단체 등 어디에서나 찾아볼 수 있다고 해도 마찬가지다. 경제적 거래에 참여하는 것을 포함하여 국가와 지방자치단체의 영향력을 전체적으로 보아도 그에 대하여, **국가권력의 주체(die Träger von Staatsgewalt)**가 물론 지방자치단체의 법적 주체도 포함하여 **오로지 자신의 영향력 범위 내에서만 활동하는 것(nur innerhalb ihres Wirkungskreises tätig werden)**이 허용된다는 원칙이 적용된다. 왜냐하면 기본법의 외부영역에 있는 예비영역에 대해서는 어떤 국가의 영향력도 미칠 수 없기 때문이다. 이는 아무리 연방, 주, 지방자치단체가 그때 사법상 조직형태(einer Organisationsform des privaten Rechts)를 동원한다고 해도 마찬가지다. 공적 행정이 경제활동을 벌일지라도 여전히 공행정으로 남는 것이다. 결국 공적 기업은 단순히 법 기술적으로 도출된 국가권력의 형태를 나타내는 것이 불과하다. 연방, 주, 지방자치단체는 따라서 아무 한계 없이 경제적으로 경쟁하는 것이 허용되지 않으며, 반드시 그때마다 자신의 영향력 범주를 존중해야 하며 법률에서 허용한 협력의 형태를 감수해야 한다.

< 490 >

지방자치단체의 경제적 활동에 대해서는 그 의미가 다음과 같다. 경제적 활동을 포함하여 지방자치단체의 과업은, 서로 경쟁적으로 수행하지 않고, 원칙적으로 **병행적으로 서로 한계가 설정된 자신의 관할영역에서** 수행하는 것이다. 지방자치단체와 그의 기업은 이미 기본법 제28조 제2항에서 도출되는 헌법상 효력으로 인하여, 동시에 헌법에서는 사단권한(Verbandskompetenz)을 허용하는 것이기도 한데, 이를 공간과 사항 측면에서 제한을 가하여 그 자신의 지역에서 전개하는 활동에 한정하였지만, 다만 다른 법적 주체와 지방자치단체 상호간의 협력 작업이라는 법적 형태로 과업을 수행하기를 원할 가능성이 있다. 권한에 대한 근거를 확보하는 것과 병행하여 기본법 제28조에는 또한 그와 동시에 권한을 부정하는 권한유월 금지 원칙(ne-ultra-vires-Regel)으로서 지역적 과업을 처리하는 범위로 제한하는 것이다. 그러므로 - 당시 때에 따라 가끔 선언적으로 인정되었던 - 경제적 활동의 지역관련성을 완화하

는 것이 단순한 법률제정자의 규율권한에 맡겨져 있었던 것이 아니었으며, 한 걸음 더 나아가 어떤 한 지방자치단체에게 유리하게 권한을 확장하면 언제나 그만큼 다른 지방자치단체에게 부담으로 나타난다. 이와 같이 다른 지방자치단체의 지역고권에 가하는 제한에는 그러나 헌법적 정당화가 필요할 것이며, 그 근거로 능력에 대한 부담을 감소시킨다든지 더 높은 수익을 거둘 수 있다든지 제시하지만 불충분하고, 그에 따라 거기에 그 지역의 주민에 대한 직접적인 부양급부를 제공한다는 등으로 보완해야 한다.

5. 지방자치단체의 자치행정 보장

< 491 >

지방자치단체의 경제적 활동이 원칙적으로 지방자치 제도보장에 포함되어 있다는 것은 아예 질문의 목록에도 오르지 않는다. 반면에 극단적인 논의의 대상이 되는 것은, 도대체 이것이 구체적으로 어떤 의미를 갖느냐 하는 질문이다. 문헌에서는 비교적 최근에 새로운 견해가 개발되었는데, 그에 따르면 지방자치단체의 순수하게 영리 추구적 경제활동은 **헌법적으로 보호받는 지방자치단체의 재정고권의 일부**라고 한다. 내부의 모든 합리화 가능성을 남김없이 가동시켰는데도 지방자치단체의 모든 의무 과업을 확실하게 수행하는데, 국가의 조세수입에 참여하는 것만으로는 충분하지 않을 경우, 그에 따르면 자치행정 보장은 그 밖의 비고권적인 수입의 원천으로 확장할 가능성을 금지하지 않을 뿐만 아니라, 오히려 이를 분명하게 보장해야 한다는 것이다. 지방자치제도 보장의 핵심영역을 보전하기 위하여 다시 말해서 모든 의무과업과 최소한도의 임의과업 등을 수행하는 데 필수적인 재원을 확보하기 위하여 추가적으로 비고권적인 수입의 원천으로 확장하는 것은, 지출의무에 관한 법률 위반과 비교해 볼 때 오히려 완화된 수단이라고 할 수 있다. 단순한 법률의 제정자가 지방자치단체에 대하여 충분하게 재정수단을 갖추게 할 수 없는 경우라면, 입법자는 이들에게 지방자치단체의 경제법을 수단으로 그 자체로 존재하는 잠재적인 수입의 원천을 동원하는 조치를 거부하지는 않을 것이라고 본다. 지방자치단체의 예산에 대한 수입을 목적으로 설정함으로써 공공복리라는 과업을 간접적으로 지원하는 것은 허용될 뿐만 아니라 헌법상 오히려 명령에 해당되는 것이라고 한다.

< 492 >

이 범위에 관한 한 다음과 같은 전제는 이미 타당하지 않다. 연방소속 주의 급부능력 유보는 오로지 지방자치단체의 임의사무에만 관련된 것이지 의무

사무와는 무관하다.¹³⁴⁾ 최소한도 재정의 확보는 지방자치행정 제도의 건드릴 수 없는 핵심영역에 속한다. 이 핵심영역에는 소속 주의 급부능력에 종속되지 않은 채 모든 의무과업과 최소한도의 임의과업 등의 이행에 필요한 재원이 포함된다. 그에 반하여 자치행정 보장의 주변영역에 속하는 것으로는 임의과업을 이행하는 데 과업에 적절한 재정을 갖추어 달라는 청구권을 들 수 있다. **지방자치단체의 재정고권은 국가가 그 상대방이고 바로 그와 같은 사실 때문에 지방자치단체의 영리경제활동을 헌법적으로 보장하는 것으로 보는 회피적 해석의 방식으로 이해할 수는 없는 것이다.** 그 결과 지방자치단체의 경제적 활동에 대하여 법률로써 가한 제한을, 지방자치단체에게 재정적 수단 확보를 개선할 가능성을 위하여, 퇴출시킨다는 것은 허용되지 않는다. 일차적으로 수익을 추구할 목적으로 설정한 **지방자치단체의 경제적 활동**은 그에 따라 기본법 제28조 제2항에서 보호하는 **지방자치단체의 재정고권**을 근거로 동원할 수 없다.

< 493 >

그 대신에 지방자치단체의 경제적 활동은 헌법상 지방자치행정 보장에 참여한다. 이 보장의 물적 보호대상에 부응하여 지방자치행정 보장은 지방자치단체의 경제활동을, 오직 **객체와 공간** 등의 측면에서 **지역공동체의 관할사안**에 해당되는 범위에서, 그리고 순수하게 이익을 추구하는 것일 수만은 없는 그에 대한 **근거가 될 공익** 등을 통해서 공적 행정에 귀속시킬 수 있는 범위에서, 파악하고 보장하는 것이다. 이때 연방헌법재판소가 (BVerGE 79, 127, 141 ff.) 개발한 기본법 제28조 제2항의 체계적 이론을 전제로 인정해야 한다. 지방자치단체의 자치행정 보장은 이미 펼치고 있는 지방자치단체의 경제적 활동을 기존의 것으로 인정하고 이를 원칙적으로 발전을 위해 개방된 지방자치단체의 과업영역 보장대상 중의 하나로 편입시켰다. **지방자치단체의 경제**는 오래 전부터 **지방자치단체 자치행정의 본질**에 해당되는 것으로 확정되었고 경제는 **행정의 유형을 결정**하는 중요한 요소가 되었다.

그로부터 **도출할 수 있는 결론**으로서 **지방자치단체의 경제적 활동의 보호 영역과 한계설정 가능성** 등에 대해서는 논의가 분분하다. 많은 사람이 여전히 인정하는 바로는, 지방자치단체의 경제는 역사적으로 성장해온 지방자치단체의 자치행정이라는 “강철 같은 존속”의 요소에 속하며 그에 따라 핵심영역의 소속시켜야 한다는 것이다. 최근에는 기본법상 자치행정 보장을 통해서,

134) BayVerfGH, BayVBl. 1997, 303, 304 f.; NdsStGH, NdsVBl. 1998, 43, 44; Henneke, DÖV 1998, 330, 332 f.

뿐만 아니라 또한 포괄적인 지역 용역기업으로서 사실상 역사적으로 성장해 온 현재 과업의 일부로 형성된 것이 지방자치단체라고 하기도 한다. 지방자치단체의 기업은 그러므로 사경제에 대하여 그와 동등한 가치를 지닌 부양의 주체로서 인정한다는 것이다. 기본법 제28조 제2항으로 인하여 헌법에는 지방자치단체의 경제활동을 금지한 바 없을 뿐만 아니라 오히려 특별한 헌법의 보호를 제공한다고 주장한다. 그렇지만 기본법 제28조 제2항에서는 지방자치단체에게 특정한 경제활동에 관하여 독점권(Monopolrecht)을 부여한 것은 아니지만, 자발적 권한(ein Spontaneitätsrecht)을 확실하게 보장한 것이라고 한다. 법률로 규율할 경우에도 지방자치단체의 경제고권을 반드시 존중해야 할 것이며 지방자치단체 경제의 실체에 대한 심각하고 상당한 규모의 제한은 반드시 포기해야 할 것이다.

< 494 >

이와 같은 견해는 라스테데-결정(Rastede-Beschluß)의 중심적인 판시사항을 무시한 것이다. 그에 따르면 지방자치단체 자치행정의 **본질적 내용**에는 **객체로서 특정**되었거나 확정적인 표지로서 특정할 수 있는 **과업특성**이 포함된 것은 **아니고**, 지역적 공동체의 모든 사안을, 법률에서 이미 다른 공행정 주체에게 부여한 것이 아닌 한, 특별한 권한명의(Kompetenztitel) 없어도 인수하는 것이다(지방자치단체의 영향력 범주의“보편성” Universalität). 그러나 이와 같이 극히 좁은 영역 이외의 영에서도 또한 기본법 제28조 제2항 제1문의 보장은 법적 효과를 지니는데, 이는 지방자치단체가 원칙적으로 지역적 공동체에 관련된 모든 사안을 포괄하는 과업영역을 확보해야 한다는 규범의 취지로부터 도출되는 것이다. 그러므로 연방헌법재판소는 (BVerfGE 79, 127, 150) 요청한 바에 따르면, 기본법 제28조 제2항 제1문에는 이 보장의 핵심영역 이외의 영역에서도 지역적 공동체의 관련사안의 측면에서 헌법적으로 과업배분 원리를 지방자치단체에게 유리하게 운용해야 한다는 내용이 포함되어 있다. 기본법 제28조 제2항 제1문에 명문으로 나타나 있는 과업배분 원리가 지닌 이중적 보장기능으로부터 (한편으로는 일반적 정치에 관한 관할영역에 대하여 한계를 설정하면서; 다른 한편으로는 기본법에서 의도한 시민의 공행정 참여라는 활동영역에 귀속시키는 것과 같이) 연방헌법재판소에서 “지역적 공동체의 사안”(“Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft”)이라는 개념의 정의를 도출하였다. 이에 따르면 이와 같은 필요와 이익은 지역적 공동체에 뿌리를 뻗고 있거나 특별한 관련성을 지니고 있다. 즉 지방자치단체의 주민에게 그 자체로 공통적인 사항을 가졌다는 즉 그것이 (정치적) 지방자치단체의 사

람이 생활과 주거를 함께 한다는 의미이다. 연방헌법재판소에서는 (BVerfGE 79, 127, 152) 여기에 추가하여, 지역적 공동체의 사안을 특정할 때 이에 대한 지방자치단체의 행정력(Verwaltungskraft)에 따라 달라지는 것은 아니라고 판시하였다. 한 걸음 더 나아가, 이와 같은 사안이 한 번 정하면 언제나 유지되는 과업영역을 구성하는 것은 **아니라**는 점은 너무나 명백하다고 분명하게 지적하였다. 그만큼 분명하게 또한 이 과업의 범주가 모든 지방자치단체에 대하여 주민의 수, 관할지역에 따라 확장하거나 구조화하는 등에 상관없이 동일한 것도 아니라는 점을 확인하였다.

< 495 >

그에 따라 지방자치단체의 경제적 활동이 기본법 제28조 제2항의 건드릴 수조차 없는 핵심영역의 보호를 누린다는 점을 전혀 언급하지 않아도 무관할 수 있다. 오히려 거꾸로 분명하게 인식할 수 있는 사항이 바로, 기본법 제28조 제2항 제1문의 보호형역이 배타적으로 지역적 공동체의 관할 사항에 국한된다는 점이다. 지방자치단체는 그러므로 국가의 활동을 정당화할 수 있는 공적 목적을 추구할 수 있지만, 다만 그에 해당되는 **활동이 원칙적으로 지역적 영향력 범주에 관련된 경우**에 한정된다. 이렇게 지적하여 기본법 제28조 제2항이 지방자치단체를 보호하는 보장규범일 뿐만 아니라 동시에 지방자치단체의 한정된 사단권한을 지역과 객체 측면에서 그 내용을 달리 표현하였다는 점을 확인한 것이다. 어떤 과업이 지역적 공동체의 사안이라고 평가할 수 있는 그 범위에 관한 한, 지방자치단체의 경우 이를 다른 권한명의(Kompetenztitel 권원) 없이 자신의 것으로 인수할 권한이 미치는 것이다. 만약 예컨대 어떤 지방자치단체의 규율이 배타적으로 그 지방자치단체의 주민만을 대상으로 파악하는데, 그 원인이 이와 같은 방식으로 권한법적 귀속기준으로부터 어떤 한계 설정 효과이든 모두 박탈하려는 데 있을 경우라면, 연방헌법재판소가 요구하는 **특별한 지역관련성(spezifische Ortsbezogenheit)**은 원칙적으로 존재하지 않는 것이다. 필수적 요소라고 한다면, 오히려 특별한 즉 순수한 물적 관련성을 넘어가는 지역관련성이, 그 과업이 지역적 공동체에 뿌리박고 있다는 전제요건을 갖추어야 한다는 점을 들 수 있다. 기본법 제28조 제2항에는 이로써 과업영역의 수직적 한계는 물론 수평적 한계도 포함되어 있고, 이를 연방헌법재판소에서는 지금까지 단순하게 수직적 한계설정으로 파악해왔던 것이라고 할 수 있다. **수평적 관할사항의 한계설정(die horizontale Zuständigkeitsabgrenzung)**, 즉 개별 지방자치단체 상호간에 관할영역의 분리에 대해서는, 지방자치단체의 계획고권에 관하여 연방행정법원이(BVerwGE 40, 323,

329) 설정한 이른바 ‘자치행정 보장이 지방자치단체 사이의 관계에 미치는 효과’(interkommunale Geltung der Selbstverwaltungsgarantie)와 함께 그로부터 도출한 ‘지방자치단체 상호간 배려 명령’(interkommunales Rücksichtnahmegebot) 등도 지방자치단체의 경제적 활동에 대해서도 마찬가지로 효력을 미친다. 지방자치단체의 경계를 넘어가는 지방자치단체의 경제적 활동은 그러므로 오직 지방자치단체 상호간 협의와 합의를 기반으로 비로소 허용되는 것이다.

< 496 >

반면에 지지할 수 없는 견해로는, 지역을 넘어가는 것 자체를 공적 목적으로 벌써 정당화한다고 주장하든지 심지어 공적 목적으로 인하여 지역을 넘어가는 것을 요구해야 한다고 주장하는 따위를 들 수 있는데, 그에 따르면 경쟁적 구조를 지닌 시장에서 어떤 경우이든 경제적 기업의 주위적 목적을 이용하여 주민에게 유익한 과업의 실현을 추구하는 범위 내에서 그리고 그 기간 내에서, 타인을 부양하는 것은 허용될 뿐만 아니라 무조건적으로 감수할 수밖에 없다는 것이며, 다만 이는 그와 같은 수단으로 현재 존재하는 자신의 시설의 **부담이 개선되거나** 자신의 기업의 **채산성을 확보** 내지 지원하는 등의 결과가 나타날 경우에 한정한다는 것이다. 그와 같이 논의를 완화하면 과업수행에 관한 어떤 특별한 직접적 지역관련성도 희생될 것이며, 순수하게 영리추구 경제적 계기로 지역성 원칙에서 벗어난 시장지향적 성향에 온통 사방에 길을 열어주고 맡게 될 것이다.

< 497 >

위에서 정의한 바에 따라 지역에 뿌리박은 과업이 존재한다고 확인할 수 있을 경우, 이것은 기본법 제28조 제2항 제1문의 헌법적 보호의 대상에 포함된다. 그리하여 다음 단계로 과연 가능한지 여부의 문제와 가능하다면 과연 어떤 요건을 갖추어야 하는지 문제 등이 제기되는데, 즉 입법자가 그와 같은 종류의 지금까지 지방자치단체의 경제적 활동의 방식으로 수행했던 과업을 법률의 규율로써 사경제로 넘길 수 있는지 특히 이른바 **독점해체 조치**(sog. Entmonopolisierungen)를 취할 수 있는지 묻는 것이다. 그러므로 과연 **지방자치단체의 자치행정에 대한 기본법의 보장이 지방자치단체를 사영화 취지에 대해서도** 보호하는지 여부, 그러므로 지방자치단체의 과업을 사경제에게 유리하게 즉 경쟁을 통한 조성에 유리하게 기본법 제28조 제2항 제1문의 보호영역에서 삭제하기 위하여 법률로써 제한을 가할 수 있는지 여부 등의 문제를 해명해야 한다. 만약 법률제정자가 지금까지 지방자치단체의 경제활동으

로 수행하여왔던 과업을 다른 국가의 차원으로 상향 조정하지 않고, 사경제에게 유리하게 경쟁에 내맡기는 경우, 과연 입법자가 이를 기본법 제28조 제2항 제1문에 대하여 반드시 정당화해야 하는지 여부의 문제이다. 연방헌법재판소의 라스테데-재판은 (BVerfGE 79, 127) 그 범위에 관한 한 직접 동원할 수 없다.

< 498 >

비교적 최근에 다시 한 번 이와 같은 견해를 주장하는 이들이 나타났다. 즉 자치행정 보장으로 인하여, 외부로 지향하여 사경제적 부문에 대한 관계에 해당되는 지방자치단체 활동을 보호하라고 국가의 법률제정자에게 요구가 제기된다는 것이다. 특정한 활동을 순수하게 사경제적으로 처리하도록 법률제정자가 탈국가화하는 것은 지역적 공동체의 사안을 자신의 책임으로 실현하려는 지방자치단체는 물론 국가과업으로 상향 조정하는 것 등을 저지한다. 그러나 어떤 지역적 공동체의 사안을 지방자치단체가 어떤 방식으로 실현하기를 원하는가에 대한 결정권한 역시 지방자치단체의 자치행정에 의하여 행사되는 것이다. 그러므로 지금까지 **지방자치단체의 과업이었던 것을 입법자가 사영화**하는 경우, 반드시 그에 대해서는 이를 국가과업을 상향 조정하는 것과 **마찬가지로 엄격한 정당화 사유**를 갖추어야 할 것이다. 여기에서도 또한 지방자치단체의 과업영역에 관한 문제, 즉 지역적 공동체의 특정한 이익과 필요를 충족시키려는 지방자치단체의 권한에 관한 문제가 제기되는 것이다. 지방자치단체의 관점에서 볼 때 상위의 국가부서에게 이전하는 것이나 사경제에 유리하게 유보하는 등의 조치는 과업 자체를 박탈하는 효과를 가진다는 점에 동일하다. 지방자치단체의 지역적 공동체의 모든 관련사항을 전면적으로 관할한다는 원리에 따르면, 지역에 뿌리박은 생존부양 사항(Daseinsvorsorge 생존배려)에 지방자치단체가 관여하는 데 대한 결정은 원칙적으로 지방자치단체에게 맡겨야 하며, 국가의 법률제정자는 오직 구체적이고 상당히 중요한 이익인 공공복리를 추구하기 위해서만, 다시 말해서 그렇게 하지 않으면 법에 적합한 과업수행 자체가 확보되지 아니할 경우에만, 여기에 일정한 제한을 가하는 것이 허용된 것이다. 법률제정자가 사경제 부문에 유리하게 단순하게 과업을 박탈하면서 그 근거로 단순한 행정의 효율성이나 행정의 경제성 등을 제시한다면, 그에 따를 경우 허용되지 않는다고 한다. 지방자치단체의 관점에서 볼 때 법률에 의한 사영화 의도로 말미암아 자신의 과업영역을 잘라내고 그에 따라 발생할 자치 행정권에 대한 위협은 과업

을 상향 조정하여 지방자치단체의 영향력 범위를 축소시키는 것과 마찬가지로 커다란 위협이라고 한다. 오로지 지방자치단체를 보호할 필요성을 기준으로 강화하는 수단으로써 비로소 지방자치단체의 자치행정 기능을 또한 오늘날의 상황적 여건 아래에서도 보장할 수 있다고 한다. 법률제정자가 사영화 명령을 내려 새로운 종류의 위협에 지방자치단체의 자치행정이 직면하게 될 경우, 지방자치단체의 자치행정을 공제도로서 보장(institutionelle Garantie 제도적 보장)하는 것의 강점이 드러나는데, 그것은 바로 이와 같은 보장의 내용은 그와 같은 위협에 대한 보호에도 연계시켜 준다는 점이라고 한다. 그런데도 만약 지방자치단체의 경제적 활동에 법률제정자의 수권을 받아야 한다고 요구한다면, 이는 헌법적으로 규정한 것이 아닌 **전부유보설적 견해(Totalvorbehalt)**로 치닫는 결과를 초래할 것이라고 한다.

< 499 >

논거를 처음 훑어보면 매우 분명한 것 같은 인상을 주는데 - 실제로는 그만큼 타당하지 않다고 할 수 있다. 기본권질서는 물론 그와 동시에 다루어야 할 공과금 국가 또는 조세 국가 원리 등이 증명하는 바에 따르면, 기본법 제 28조 제2항은 국가조직 측면의 원리를 뜻하는 것이어서 국가에 대한 관계에서 지방자치단체의 권한을 확실하게 보전하자는 것이며 특히 과업의 상향 조정으로부터 보호하자는 것이다. **사 부문에 대한 관계에서 과업의 한계를 설정하는 데 관하여 기본법 제28조 제2항에는 반면에 어떤 척도도 포함되어 있지 않다.**

자치행정의 보장은 개인의 과업 유지에 대하여 제한을 가할 어떤 권한도 중개하지 아니하고, 바로 그와 같은 사실 때문에 원칙적으로 법률제정자가 과업을 사영화하는 방향으로 탈지방자치단체화하는 것을 저지하지 아니한다. 기본법 제28조 제2항은 국가를 상대로 권한에 관하여 규정한 규범(Kompetenznorm)이지 시민에 대한 권한규범(Befugnisnorm)이 아니다. 그 조항과 그 조항으로 파악되는 전면적 관할 원칙은 그러므로, 개인이나 사경제에 대한 관계에서 그의 효력의 범주가 어디까지 미치는지 등에 관한 권한 없이, 국가의 구조와 국가의 조직 및 질서 등에 대한 대리권한의 한계에 해당되는 것이다. 기본권으로 보호하고 사경제적으로 실현하는 과업에 대한 관계에서 국가의 업무와 한계를 설정하는 것은 법률제정자의 권한에 속한다. 기본법 제28조 제2항의 과업에 관한 전면적 관할의 추정은 그러므로 법률제정자가 명문으로 가치평가에 관한 결정을 내렸을 경우 그에 **모순을 일으키는 것은 아니다.**

6. 공과금 내지 조세 국가 원리

< 500 >

기본법에 특정한 경제 질서를 직접 확정하고 보장한 조항은 포함되어 없으나, **공과금 내지 조세 국가의 존재**를 자명한 것으로 전제하였다. 공과금 내지 조세 국가를 채택한 결정 (단락번호 20 이하) 재정헌법에 관한 기본법 제10장의 조항에 드러나는 것이다. 재정헌법이 그 실효성을 전개하려면, 반드시 국가와 지방자치단체의 수입이 재정헌법에 의하여 규율되는 그 안에서 대부분 확보해야 한다. 헌법제정자도 마찬가지로 연방, 주, 지방자치단체가 공과금 징수에 의존한다는 전제를 인정하였는데, 그 이유는 그렇지 않을 경우 이들이 수입을 확보할 마땅한 가능성 자체를 확보하지 못할 것이라는 데 있다. 공과금 특권으로 인하여 연방, 주, 지방자치단체는 과업에 대한 재원을 확보한다는 근거로써 경제적 경쟁상황에 참여하는 것을 면제받은 것이다. 만약 공적 주체가 공과금 징수를 방기한 채 수입을 목표로 설정할 가능성이 있다고 하여 경제적 활동에 몰두한다면 또는 그것이 허용된다면, 이는 위와 같은 면제사상(Freistellungsgedanken)에 모순을 일으킬 것이다. 재정헌법을 구성하고 기본권질서를 명문으로 규범화하면서 헌법제정자는, 공적 주체는 소유권을 스스로 경제적으로 활용한다거나 영업을 운영하는 것이 아니라 무엇보다도 먼저 공과금으로 특히 조세로 재원을 확보한다는 전제를 설정한 것이다.

< 501 >

연방헌법재판소에서¹³⁵⁾ 여러 번에 걸쳐 판시한 바에 따르면, 지방자치단체를 포함해서 연방, 주 등이 **국가과업에 대한 재원을 확보**하는 것은 **일차적으로 조세에 유보**해야 한다. 만약 조세 이외에 임으로 다른 공과금을 징수할 수 있다면, 기본법에서 재원을 배분하는 것은 의미도 기능도 상실하고 말 것이다. 그러나 그 밖의 공과금을 징수하는 데 헌법 차원에서 한계를 설정하였다면, 배타적으로 영리 추구적 경제적 계기에 따라 순수하게 이익을 추구하는 데 기여하는 국가는 물론 지방자치단체의 경제적 활동으로 수입을 목표로 설정하는 방식에 대해서는 반드시 모종의 빚장을 질러야 할 것이다. 하지만 만약 예산에 필입된 수익이 합법적인 국가와 지방자치단체의 과업을 이행하는 데 사용되는 경우라면, 이는 수입을 목표로 설정했다고 하더라도 간

135) BVerfGE 78, 249, 266 f.; 82, 159, 178; 93, 319, 342.

접적으로 공익에 관련된 것이다. 그렇다고 하더라도 **단순하게 간접적으로 공공복리에 기여한다고 하면 특별한 수준에서 정당화할 필요가** 있다. 순수하게 영리 추구적 경제활동이 수익을 목적으로 설정하고 있는데도 그것만으로 벌써 공공 복리적 연계성을 인정한다면, 기본법상 재정헌법은 언제든지 회피할 가능성을 드러내는 것일 뿐만 아니라, 지방자치단체를 포함하여 국가의 활동에 대하여 더 이상 전혀 한계를 설정할 수 없게 될 것이고, 그 결과 국가 활동의 필요성에 대하여 정당화 사유도 더 이상 요구하지 않을 것이다. 공과금 내지 조세 국가 원리로부터 순수하게 영리 추구적 경제활동을 금지한다는 결론을 도출하려는 주장은 거꾸로 보면, **순수하게 수익이 병행적으로 발생**하는 경우에 대해서는 **부정하지 않는다**는 뜻인데, 다만 그로 인하여 공적 목적의 수행이 훼손되지 않는 범위에 - 단순한 법률 차원에서는 지방자치단체 관련법에서 경제활동에 관한 기본원칙에 이 내용이 벌써 규정되어 있듯이 - 한정된다. 이로써 기본법은 국가와 지방자치단체의 경제적 활동을 허용하지만, 다만 이 활동이 예외로 남아있어야 한다는 전제를 충족시켜야 한다.

< 502 >

공과금 및 조세 국가 원리의 기반을 이루는 논거는 **공적 주체가 한계 없는 재정적 위험에 빠지는 사태를 회피하면서 개인의 경제적 활동에 우월적 지위를 부여**한다는 것이다. 공과금 징수에는 사전에 예상했던 수입의 규모를 실현하는 데 벌써 국가가 감수해야 할 리스크 즉 위험부담이 존재한다. 만약 국가가 스스로 경제적 활동을 전개하면 거기에다가 손실의 위험부담도 추가되는 것이다. 일단 손실이 발생하면 과업 자체를 포기하거나 공과금을 인상하여 조정할 수밖에 없는데, 그렇게 되면 다른 무엇보다도 경쟁자인 사인이 그렇지 않아도 부담해야 할 공과금에 보태 추가적으로 납입해야 한다는 결과를 초래할 것이다.

II. 예산법상 규율사항

< 503 >

국가의 경제적 활동에 대하여 기본법으로부터 도출할 수 있는 요구사항으로는,

- 기본법 제30조, 제83조 이하 등에서 할당한 **권한영역(Kompetenzbereich)** 내부에서 활동

- 기본법 제12조 제1항, 제14조, 제2조 제1항 등은 물론 공과금 내지 조세 국가원리 등을 척도로 평가한 특별한 **정당화** 사유가 연방과 주의 예산법 상 규율사항은 물론 지방자치법 등에서 구체화하여 나타난다.

< 504 >

연방 예산법 BHO 제65조에 따라 (이에 부응되는 내용으로 또한 연방소속 각 주의 예산법에서 규율하였다.) 만약 (1) 연방의 **중요한 이익**이 존재하고 연방이 추구하는 목적을 **다른 방식으로**는 더 우수하게 더 경제적으로 달성할 수 **없고**, (2) 연방의 **지급의무**가 특정한 금액에 **한정되어** 있으며, (3) 연방이 특히 감사평의회(Aufsichtsrat) 내에서 또는 그에 준하는 감독기관 등에 **적절한 영향력**을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 (4) 일 년 단위의 결산보고서와 상황평가 보고서 등을, 그 밖의 다른 법률의 조항이 미치지 않거나 다른 법률의 조항에 위배하지 않은 범위 내에서, 대규모 자본회사에 대한 상법전 HGB 제3편의 조항을 준용하여 작성하고 심사받는 경우라면, 연방은 사법의 법적 형태로 기업을 설립하는데 또는 그와 같은 법적 형태의 현존하는 기업에 오직 참여할 뿐이다. 제정하여(auf Veranlassung) 선출되거나 파견된 기업의 감사기관 구성원이 기업의 활동에 대하여 **연방의 특별한 이익에 배려하도록** 영향력을 관할권한 있는 연방의 행정각부가 행사한다. 연방 예산법 BHO 제92조에 따르면 연방회계원(Bundesrechnungshof)이 사법상 법적 형태를 가진 기업에서, 여기에 연방이 직접 또는 간접적으로 참여한 경우, 연방의 활동에 대하여 상인에 관한 기본원칙을 존중하면서 심사한다.

Ⅲ. 지방자치 관련법의 규율사항

< 505 >

지방자치 관련법의 규율사항도 이와 유사하다. 오늘날 지방자치단체 조직법의 각 조항으로서 지방자치단체의 경제적 활동에 관하여 규율한 것은 기본구조 측면에서 보면 1935년 독일 지방자치법(der Deutschen Gemeindeordnung -DGO von 1935) 제67조를 모범으로 삼은 것인데, 그렇다고 하더라도 부분적으로 적지 않게 일부는 완화하고 일부는 강화하여 서로 다르다는 점이 드러나기는 한다. 지방자치법 중 다수가 경제적 활동을 허용하는데, 일정한 요건을 갖추어야 한다. 즉,

- **공적 목적**으로 기업을 정당화할 수 있어야 하며
- 기업이 종류나 규모로 보아 **지방자치단체의 급부능력과 적절한 관계**에 있으며 예상되는 수요를 충당할 수 있어야 하며

- 그 목적을 다른 방식으로는 더 우수하게 더 경제적으로 수행할 수 없어야 한다.

< 506 >

몇 개 주 법률에서 규율한 바를 살펴보면 위에서 지적한 바에서 몇 개 개별적 요소가 벗어나는데 바로 지난해에 그에 반대되는 목적으로 개정한 것이었다. 이와 같은 일탈은 공적 목적의 필요라는 구체적 표현은 물론 보충성 조항 등에도 해당된다. 통상적으로는 제한의 삼총사(Schrankentrias)는 오로지 일정한 계기를 인정한다는 의미로서 경제적 활동을 새로 편입하는 데 관련될 뿐인데, 일부에서는 제한의 삼총사를 확립된 과업의 비판이라는 의미로서 경제적 활동에 원천적으로 관련시키고, 이로써 지속적 심사를 위임한 것과 동일하게 본다. 바로 지난 몇 년 동안 각 주에서 서로 상당한 거리가 있는 규범화가 이루어졌다는 측면에서 볼 때 독일지방자치법 제67조에 가담하여 각 주를 초월해서 일반적인 허용 요건을 규범의 효력 차원에서 구성한다는 일은 더 이상 이를 수 없었던 것이다.

< 507 >

이른바 제한의 삼총사는 통상적으로는 오로지 경제적 기업에만 관련된 것이며, 그와 같이 법적으로 정의한 사례는 브란덴부르크 주와 노르트라인-베스트팔렌 주의 지방자치단체법에서만 나타난다. 튜링겐 주는 예외이지만 여하튼 그에 반해서 그 밖의 모든 연방소속 주에서는 그에 관한 단 하나의 조항을 두었는데, 그에 따르면 지방자치단체의 시설을 경제적 기업으로 보아서 안 된다고 하는데, 그 결과 제한의 삼총사는 여기에 관련되지 않는다는 것이다. 세세하게 보면 이들 조항 역시 다양하게 구성되어 있기는 한데, 통상적으로는 - 비록 모든 주에서 그렇지 않다고 할지라도 - 다음과 같은 기준에 따르고 있다.

< 508 >

그 운영이 법률에 의하여 지방자치단체의 의무인 기업, 교육, 양육, 직업교육, 문화재관리, 체육지원시설, 병원, 보건시설, 복지 부양 시설 및 이와 유사한 종류의 공적 시설 등은 이에 따르면 비경제적 기업(nichtwirtschaftliche Unternehmen)에 속한다. 가끔 폐기물처리 및 폐수처리 등의 시설도 명문으로 제외하기도 한다. 마지막으로 - 여기에 대해서는 아직 더 깊이 논의해야 할 필요가 있기는 하지만 - 몇 개 주에서는 보조기업도 들고 있는데, 배타적으로 지방자치단체의 자체적 필요에 충족하는 경우를 말한다.

1. 보충성

< 509 >

독일지방자치법 DGO 제67조에서 가장 다양한 형태로 이탈한 측면을 찾자면 그것은 이른바 보충성 원리임을 확인할 수 있는데, 최근에 메클렌부르크-포어포메른 주에서는 완화했는데 반면에 라인란트-팔츠 주에서는 강화했다. 많은 주에서는 아예 보충성 조항을 명문으로 규범화하지도 않았다. 여기에서는 이 조항을 목적의 필요성 기준을 거쳐 지방자치 관련기본법에 편입하여 해석하는 시도를 감행한다. 아무리 이와 같은 형태로는 허용되지 않는다고 할지라도, 이들 주에서는 보충성 조항을 제거하였다고 해서 무슨 커다란 변화가 있는 것은 아니라는 점은 확인할 수 있다. 사인이 과업을 더 효율성 있게 더 경제적으로 이행할 수 있다면, 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 필요성은 존재하지 않고, 그에 따라 공적 목적이 탈락될 수밖에 없다. 보충성 조항이 특히 분명하게 제 모습을 드러낸 것은 오래 전부터 **바이에른** 주였고 거기에 이어 **튜링겐** 주를 들 수 있다. **라인란트-팔츠** 주에서도 “현행” 보충성 조항이 지방자치단체에게 불리하게 개정되었는데, 그에 따르면 지방자치단체의 경제적 기업은 이미 허용되지 않고, 그 요건으로 목적을 타 주체로 하여금 그만큼 우수하게 그리고 경제적으로 이행될 수 있으면 족하다고 한다. 이와 같이 법률에서 엄격하게 규율하면서, **메클렌부르크-포어포메른** 주에서는 이전에 다시 폐기했다가, 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 전제조건으로 그의 활동으로 제삼자보다 더 우수하게 그리고 더 경제적으로 공적 과업을 이행할 수 있다는 것을 설정하였다. 그와 같은 조항은 부분적으로 절차에 관한 사항으로 지원해야 하는데, 즉 **시장조사 절차**(Markterkundungsverfahren)를 사전에 밟으라고 규정되어 있는 예가 그것이다.

부분적으로 그와 같은 제한은 기본법 제28조 제2항에 위배된다는 이유로 **위헌**이라고 평가된다. 그 견해를 **지지할 수 없다**. 존재 보충성 조항에 대하여, 그로 말미암아 지방자치단체의 경제가 축소하게 되어 과도하게 사경제에게 유리한 상황이 이루어지는 것은 결코 아니라는 점에 관해선 논의의 여지조차 없었는데, 그 이유를 살펴보면, 사경제가 더 경제적으로 활동한다는 점에 따라 평가가 달라지는 것이 아니고 오히려 공적 목적을 그만큼 또는 그보다 더 우수하게 수행할 수 있느냐가 기준이라는 것이다. 지방자치단체에 대한 감독의 경우에도 지방자치단체를 그렇게 비교해서 평가하여 심사한다는 것이 워낙 어려운 일이다. 게다가 지방자치단체의 대표단체(Vertretungskör-

perschaft) 즉 의회에게 이 경우에 마치 그 밖의 가치충전이 필요한 개념요소 (wertausfüllungsbedürftige Merkmale)와 같이 평가의 특권이 부여된다. 새로운 종류의 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 필요성에 관하여 종래 활동보다 더 엄격한 요구사항을 제기한다고 해도, 지방자치단체의 감독기관은 이를 종래의 보충성 조항이 효력이 미칠 경우, 바로 하나의 사실 즉 사인의 경쟁자가 존재한다는 것 때문에, 이를 그대로 금지할 수는 없다. 그러나 더 우수해야 한다는 원리의 의미로 엄격화한 보충성 조항 역시 지방자치단체에게 상당한 규모로 형성의 영역을 넘길 수밖에 없는데, 그 이유를 살펴보면, 보충성 원리가 단순하게 비용 또는 채산성 등을 비교하는 것을 판단기준으로 삼는 것이 아니고, 더-우수해야-한다는 원리를 명문으로 규정한 경우에도 지방자치단체의 평가 특권을 유효한 것으로 청구하는 데 있다. 기본법 제28조 제2항을 침해한다는 것은 그러므로 보충성 조항을 엄격화해도 성립되지 아니한다. 마찬가지로 위헌도 아닌데다가, 오히려 보충성 조항을 더 명확하게 규정할 가능성을 주는 것이 절차 관련규율 사항인데, 그에 관한 사례로는 연방예산법 BHO 제7조 제2항에서 **이해관계 보고절차(Interessenbekundungsverfahren)**에 연계하여 실시하는 **시장조사절차(Markterkundungsverfahren)** 등을 들 수 있다. 왜냐하면 이들 절차가 투명성을 높이는 데 기여하며, 지방자치단체의 대표단체 즉 의회가 납득할 수 있고 책임질 수 있는 결정을 내리게 도와주기 때문이다.

2. 급부능력과 필요

< 510 >

지방자치단체의 급부능력과 그의 필요 등에 관한 문제는 재정적 급부여력에 관련된 것은 물론 **적절한 인적 자원**의 문제에도 관련된 것이다. 또한 그 범위에 관한 한 지방자치단체 대표사단 즉 의회의 평가특권이 존재하는데, 그 반면에 지방자치단체가 시장에 진입하면서 결합되는 리스크 즉 위험부담의 관점에서 지방자치단체의 경제적 활동의 채무를 부담할 필요 자체를 - 대개 위에서 이미 지적인 시장분석의 형식으로 - 조심스럽게 조사해야 하며, 필수적으로 형량의 분석과정을 거쳐야 한다는 따위의 사항에 대하여 주의를 기울여야 한다는 것은 결국 지방자치단체의 감독기관에게 맡긴 임무이다. 바로 그 급부능력과 필요기준 등과 같은 판단요소야말로, 지방자치단체의 대표사단 즉 의회의 **결과책임(Folgenverantwortung)**을 특별히 표현한 것으로서, 급부능력은 여기 그리고 오늘은 물론 미래에 대해서도 확실하게 유지해야

할 것이라는 주장은 그대로 유효하다. 급부능력과 필요기준 등과 같은 명령은 그에 따라, 현재에 관련된 고찰을 바탕으로 판단할 뿐만 아니라 어떤 구조를 지방자치단체가 **장기적으로도 또한** 유지할 수 있는지 묻지 않을 수 없게 강제한다.

3. 공적 목적

< 511 >

이렇게 해서 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 본래 표준적인 한계로서 공적 목적이 **허용심사의 중심**을 차지하게 된다. 공적 목적 설정의 필요성을 - 모든 국가작용에 효력을 미치는 - 매개로 하여 지방자치단체의 경제는 - 완결적으로 기술할 수는 없지만 - 공공복리라는 요구에 확정적으로 연계되는 것이다. **지방자치단체는 주민의 공통적인 복리를 지원해야 한다는 의무**에 의하여 정당화할 수 있는 그와 같은 목적을 설정하고 추구해야 한다. 지방자치단체의 기업이 객관적으로 그리고 공간적으로 원칙적으로 지방자치단체의 영향권 내에서 재화를 공급하고 용역을 제공하며, 이로써 지방자치단체 주민의 필요를 충족시키는 데 기여한다면, 그야말로 그 요건에 해당되는 것이다. 이와 같이 사회정책, 환경정책, 경쟁정책 등의 종류에 속하는 다양한 공적 목적은 물론 나아가 경제지원적 활동 내지 일자리를 유지하는 활동 등까지 상상할 수 있다. 나아가 **지방자치단체의 기업이 성과가 아니라 존재 자체만으로도 영향력이 있는(fleet in being)** 경우 즉 그 존재를 통해서 경쟁을 규제하는 효과를 발하며 그밖에도 상황과 필요에 따라 다양한 경제 정책적 요구 사항에 기여하는 방식으로 존재할 수 있는데, 이것 역시 허용된다.

< 512 >

지방자치단체의 자치행정을 보호하기 위하여 대표 단체(Vertretungskörperschaft) 즉 의회에게 이와 같이 가치충전이 필요한 즉 시대에 따라 달라지는 변경사항을 개방성 법 개념에 대한 견해의 채택으로 판단할 때 지방자치단체의 경제는 물론 관례가 존중해야 할 것으로 **평가특권(Einschätzungsprärogative)**을 부여하였는데, 그것은 지방자치단체 자체(die Kommune)를 법 해석론(de lege lata)¹³⁶⁾ 차원에서 불가피한 필요의 범위로 제한하고, 이를 충족시키

136) 역주: 그대로 번역하면 성립된 법에 따라(nach gelegtem Recht), 의미에 따라 번역하면 현행법에 따라(nach geltendem Recht) 즉 법해석학에 따르면 이라는 말이다. 반대개념은 “de lege ferenda”로서 그 의미는 장차 제정할 법에 따르면(nach zu schaffendem Recht)으로서 입법론을 가리킨다.

는 것도 급부행정법상 과업으로 체계적 위치를 설정하는 등과 같은 견해에 동의하지 않는다는 것이다. 지방자치단체(die Gemeinde)가¹³⁷⁾ 주민에게 공동적 복리를 지원하는 것이라고 보는 영역이 무엇인가, 그에 대해서는 학설이 널리 인정한 연방행정법원의 판례에 (BVerwGE 39, 329, 334) 따르면 우선적으로는 지방자치단체의 척도를 설정하는 기관의 견해와 결정에 맡기는 것이며 그 다음에 이 견해와 결정을 좌우할 요소로는 지방자치단체의 지역적 관계, 재정적 가능성, 주민 전체의 필요사항 등을 들고 있어, 결국 최종적으로는 객관적인 다시 말해서 **합목적적 고려가 상당히 강한 척도로 작용하는 지방자치단체의 정책**(in starkem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen geprägter Kommunalpolitik)의 문제라고 할 수 있는데, 그렇다고 해서 법적으로 기속되지 않는 지방자치단체의 합목적성에 전면적으로 맡겨서 넘겨버린다는 것은 아니다.

< 513 >

공적 목적 설정의 개념을 적극적으로 정의한다는 것이 이렇게 해서 매우 어려운 일이라는 것이 증명되고 나면, **소극적 한계의** - 헌법적 논의의 성과와 일치하는 - **설정(negative Ausgrenzung)**이 훨씬 용이하게 된다. 이로써 한편으로 주민의 복리를 직접적 판단기준으로 인정해야 하므로 지역관련성(Ortsbezug)에, 그리고 다른 한편으로는 순수한 이익추구라는 목적은 배제해야 된다는 등의 결론을 도출하게 된다. 독일지방자치법 제67조에 대한 공식 입법이유서(Amtl. Begr.)을 찾아보면, 지방자치단체의 경우, 그 유일한 목적이 수익의 취득일 경우라면, 경제적 활동은 전혀 허용되지 않는다는 점을 인식할 수 있다. 입법 역사적 측면에서 이렇게 분명할 뿐만 아니라, 주 법률의 관련조항을 살펴보면 한편에 공적 목적 설정 그리고 다른 한편에 경제적 기본원칙을 대치시켜 놓았는데 그에 따르면, 기업은 수익을 지방자치단체의 예산을 위하여 편입시켜야 하며 그 범위도 이로써 공적 목적의 수행이 훼손되지 않는 범위로 한정되어 있다는 점을 또한 고려할 때, 결국 순수한 영리추

137) 역주: 같은 논리적 맥락에서 Kommune와 Gemeinde 용어를 바꾸어 가며 사용하고 있다. 번역은 혼란을 막고자 지방자치단체라는 말로 통일하여 채택하였다. 지방자치단체와 지방자치단체조합 등을 합해서 Kommune라는 용어를 사용하는 사례도 있는데 그것도 번역할 때는 지방자치단체라는 말을 사용하였다. 문맥에서 충분히 파악할 수 있다고 보았기 때문이다. 특히 Kommunalverfassungsrecht라는 용어는 지방자치 관련법이라고 번역했다. 여기에는 현행 실정법 중 하나인 Gemeindeordnung(지방자치단체법)과 Kreisordnung(지방자치단체조합법) 등을 모두 포함되어 있어 일종의 일반적 법영역의 명칭이기 때문이다.

구 경제는 지방자치단체의 활동영역에서 배제해야 한다는 결론을 인정하게 된다. 뿐만 아니라 여기에 가담하는 또 하나의 논거가 있는데, 만약 순수하게 이익을 추구하는 활동까지 포함시킨다면, 지방자치단체에게 공적 목적을 추구하라고 한정한 것 자체가 무의미하게 바뀔 수 있다는 것이다. 에너지경제법을 새로 제정하는 것과 같이 주변의 기본적 여건이 변경된다고 해도 그에 따라 지방자치법의 관련조항이 효력을 상실할 수는 없다는 점은 너무나 자명한 사실이다.

4. 수익참여와 일자리 확보

< 514 >

이렇게 해서 지방자치단체의 경제적 활동이 순수하게 이익을 추구하는 의도의 것인 경우 헌법도 지방자치단체의 경제법도 정당화하지 못한다고 인정하고 나면, 그 다음 단계에서는, 도대체 정당한 공적 목적의 추구하고 수익 추구의 긴장관계는 물론 지방자치단체 역력의 부담 등을 어떻게 구성해야 하는지 하는 문제에 직면하게 된다. 이익을 지향하더라도 부차적 활동이면 상당한 규모인 경우 허용하는 것이 사례의 거의 대부분을 차지한다. 다만 그 범위 안이라고 해도 놀라운 사실은, 처음에 지적했던 지방자치단체 경제의 새로운 사업영역을 살펴보았을 때 현실적으로 체계화하는 작업 자체가 결여되어 있다는 것이다. 이와 같은 **체계화(Systematisierung)**를 시도할 경우 다음과 같이 추상적으로 **여섯 개 체계적 구조의 견해가 대치(sechs Konstellationen)**를 한다는 점에 유의해야 한다.

- **공적 목적에 기반을 둔 경제적 활동으로 수익을 목표로 한다.**
- 공적 목적에 기반을 둔 경제적 활동이 주위적이며, 이에 대하여 부차적 활동으로써 **기존의** 것인데 그렇지 않으면 쓸모없이 방치되었을 것이지만 여하튼 장래 필요하게 될 것인 **역력에 부담을 주어 수익을 추구한다.**
- 공적 목적에 기반을 두고 경제적 활동이 주위적이며 여기에 대한 부차적 활동으로 **더 이상 필요하지 않은 역력을 유지**하거나 새로운 역력을 건립하면서 **수익을 추구한다.**
- 배타적으로 지방자치단체 자신의 필요만 충족하는 데 기여하는 보조사업장(Hilfsbetriebe)에서 수익의 추구에 실패했는데 그 원인이 시장에 접근하지 못하였다는 데 있다; **비경제적 기업의 수익추구 의도가 비용충당 원리(Kostendeckungsprinzip)**로 인하여 실패한 것이다.

- 보조사업장의 부차적 활동으로 기존의 것으로서 그렇지 않으면 쓸모없이 방치되었을 것이지만 여하튼 장래 필요하게 될 것인 여력에 부담을 주되 시장에 진입함으로써 수익을 추구한다든지 또는 비경제적 기업에 하위급의 부차적 활동이 붙어온다(예컨대 병원에 간이물품판매점).
- (비경제적 기업인) 보조사업장에서 보완하는 것이 아니거나, 비독립적이거나, 하위급의 부차적 활동으로써 - 때에 따라서는 더 이상 필요하지 않은 여력을 유지하거나 새로운 여력을 건립하면서 - 수익을 추구한다.

< 515 >

제1구조 유형은 법적으로 전혀 문제될 여지가 없다. 공적 목적을 추구한다는 관점에서 배타적인 수익추구의 금지는 다른 종류의 공적 목적이 존재하면서 수익을 함께 얻는 것은 배제하지 않는다. 유럽공동체조약 EGV 제86조(구-제90조)에서 본질적으로 심지어 요구하기까지 하는 그리고 헌법적으로 이론을 제기할 바 없는 지방자치단체의 경제원칙에 따르면 지방자치단체의 경제적 기업과 시설은 예산에 수익을 편입시켜야 한다. 그러나 이때 결정적으로 중요한 요소는, 수익의 목표가 허용되기는 하나, 오로지 그로 인하여 경제적 활동으로 추구하는 공적 목적의 이행이 훼손되지 않는 범위 내로 한정된다. 다시 말해서 공적 목적의 설정이 한편에 그리고 영리경제적 수익추구가 다른 한편에 대치하고 있지만, 같은 차원의 것이 아니라, 수익의 동시적 취득은 단지 제2선에서만 허용된다는 것이다.

< 516 >

제4구조 유형은 (추구하였던) 수익의 목표를 달성하는 데 이르는 것이 아니다. 왜냐하면 보조사업장은 배타적으로 자신의 필요를 충족할 목적의 것이므로 시장에 진입하지 않을 뿐이며, 비경제적 기업은 수수료법에 다른 비용충당 원리에 의하여 수익추구라는 의도 자체가 거부되는데, 그렇다고 개별사안에서 초과수익이 발생하는 것 자체를 배제하는 것은 아니다.

< 517 >

제2구조 유형과 제5구조 유형 역시 법적으로 기본적 단서의 측면에서 보면 문제될 바 없는데, 특히 경제원칙(Wirtschaftsgrundsätze)의 구현을 연방소속 각 주에서 형성된 주법에 따라 보조사업장을 포함하여 비경제적 기업에 대해서도 마찬가지로 청구할 수 있으며, 한 걸음 더 나아가 요구하기도 하는데, 경제원칙으로 말미암아 한계설정이라는 심각한 문제가 제기되었다. 중요하지만 하위급에 속하는 부차적 사업이 문제되는 한, 이 종류의 사업은 기존의 처분

가능한 여력을 잠정적으로 다시 말해서 필요에 충당하도록 변용시킬 수 없는 범위 안에서 이용하는 데 기여할 뿐이므로, 이와 같은 경우 **주위적 활동의 공적 목적**에 해당되는 제2구조 유형으로 분류되는데, 이때 그 활동이 주위적 활동과 밀접한 관계를 갖춘 것이어야 한다. 이는 또한 계속 필요한 생산예비력을 - 신 투자에 일정하게 한계를 설정하는 조치를 취하더라도 여전히 - 전면적으로 가동시키고 상당한 규모로 이용해야 한다는 목적을 실현하자는 것인데, 그 대상은 본래 과업을 실현해야 할 기회가 오면 동원해야 할 활동인 것으로서, 그렇지 아닐 경우 방치해 버리고 말 사업장의 잠재여력을 활용하고 주위적 사업장 이로써 말하자면 보전조치를 취하자는 것이다. 개별사안에서는 이와 같은 형태의 이용이 그렇지 않으면 방치해 버릴 경제적 잠재여력을 활용할 계기를 마련하는 것인데, 그 내용을 보면, 주위적 활동에 필요하지 않은 자원에까지 대상을 확장하는 것인데, 그 사례로는 지방자치단체 내부에서 또는 지방자치단체를 위해서 개발된 것인 광고게시판면을 다시 임대하거나 소프트웨어 인허를 다시 매도한다는 경우를 들 수 있다.

< 518 >

제5구조 유형은 제2구조 유형과 **보조사업장의 활동영역을 결코 제한삼총사에 의거하여 평가해서는 안 된다**는 점에서 구별해야 한다. 위에서 지적한 의미로 부차적 활동은 그러므로 보조사업장에 소속되는 것이기도 하다. 그와 같은 부가적 사업의 의도적으로 광고하는 것은 부차적 활동이라는 측면에 전혀 일치하는 것이 아닐 수 있다. 장기적으로 활용한 바 없는 잠재여력도 마찬가지로, 그와 같은 부가적 활동을 가능하게 지원하기 위해서, 그대로 유지한다는 것을 허용해서는 안 될 것이다. 특히 심각한 문제를 야기하는 것은 현재 존재하는 잠재여력을 이와 같은 구조유형을 위해 확장하는 것이다. 이는 대부분 허용되지 않는다고 인정하는데, 반면에 몇 개 허용된다는 견해가 있지만, 여기에는 주위적 활동을 수행한다는 측면의 손실을 보정하거나 축소할 모조의 조치가 적절하다고 인정할 수 있다는 요건을 충족시켜야 한다는 단서가 붙어있다. 그렇지만 어떤 경우에도 직접 공공복리에 기여하는 활동이 부차적 활동으로 인하여 서열에서 밀리거나 영리 추구적 경제활동에 대한 변명거리 역할로 남용되어서는 안 된다. 뿐만 아니라 영리를 추구하는 부차적 활동이 지방자치단체 경제의 공적 목적 설정에 훼손을 가하는 경우라면, 이것 또한 허용되지 않는다. 그 범위에 관한 한 상당히 중요한 한계설정의 문제가 발생할 수 있다.

< 519 >

제3구조 유형과 제6구조 유형의 특징을 살펴보면, 공적 목적으로 정당화한 주위적 활동에 **추가적으로** 내지 보조사업장에 **추가적으로**, **아직 여유가 있는 잠재여력**을 수익추구의 목적으로 **유지**하거나 **새로운 잠재여력**을 개발하지만, 이로 인하여 **주위적 활동**이 축소되거나 왜곡되지 않으므로, 결과적으로 그저 보완하는 것이며 비독립적인 것이며 하위급의 것인 부차적 활동이라고 부를 수는 없다. 그에 관한 논리는 매우 분명하다. 위에서 거칠게 지적한 부차적 활동은 반드시 그 자체로 전면적으로 그때마다 주법에 규정된 지방자치단체의 경제적 활동에 관한 허용규율 사항에 따라 정당화해야 할 뿐이며, 달리 주위적 활동의 공적 목적이라든지 보조사업장의 허용성이라든지 하는 데에서 정당화 근거를 찾을 수는 없다. 대개 그로부터 도출되는 결론은, 수익추구라는 일차적 의도로 인하여 공적 목적의 존재를 정면으로 증명하거나 주장할 수는 없고, 그에 따라 그 활동은 허용되지 않는다는 것이다. 제2구조 유형과 제5구조 유형에 대한 한계를 설정할 때 가장 결정적으로 중요한 기준은, 장차 수행할 활동이 목표를 추구하는 것인지 때에 따라 심지어 새로운 구조와/나 잠재여력을 개발하면서 전개되는지 여부이다.

< 520 >

이와 같이 **추상적으로 체계화**하는 것이야말로 구체적인 구조유형에 합리적으로 분류할 가능성을 확보하자면 **필수적인 전제조건**이라고 할 것이다. 그렇지만 한계를 설정하면서 실무상 직면하는 상당한 큰 어려움은 무시할 수 없는데다가, 구체적으로 지방자치단체 경제활동의 공적 목적 기속과 가능한 예산확보를 위하여 수익을 추구하라는 명령 등이 제1구조 유형, 제2구조 유형, 제5구조 유형 등이 서로 반대방향으로 작용력을 가한다는 점을 쉽게 증명하는 일이라고는 드물다고 할 수밖에 없다.

5. 사법심사가능성과 조정개입강도

< 521 >

지방자치단체의 경제적 활동 허용성에 관한 조항에서 4개의 서로 다른 목표를 추구한다는 내용이 분명한 표현으로 나타난다. **재정정책** 측면에서 지방자치단체는 경제적 리스크 즉 위험부담과 그 결과로 제기되는 재정적 손실로부터 보호해야 한다. 왜냐하면 이 손실이 예산에 부담을 주고, 그에 따라 본래 지방자치단체의 과업을 수행할 수 있는지 여부에 대하여 의문의 그림자를 드리울 것이기 때문이다. **자치행정** 정책 측면에서 지방자치단체는 자신

의 행정력을 주민을 위하여 본래 자치과업과 자신에게 부과된 과업을 실현하는 데 집중해야 한다. **재정헌법** 측면에서 일차적으로 지방자치단체는, 공과금 수입과 재정조정 등으로 재원을 확보해야 하지, 지방자치단체의 소유를 스스로 경제화하거나 영업 등을 통하여 재원을 확보해야 하는 것은 아니다. 마지막으로 **경제정책** 측면에서 지방자치단체는 사경제부문을 고려할 때 지방자치단체가 경제활동을 무제한으로 전개하는 것은 피해야 한다.

< 522 >

이때 경제활동으로 인한 경제적 위험으로부터 지방자치단체를 보호하는 것이야말로 문제의 핵심이라는 데 대해서는 이론의 여지조차 없을 지경이다. 문헌에서 대부분 지지하는 연방행정법원과¹³⁸⁾ 기타 행정 재판관에서¹³⁹⁾ 나온 판례에 따르면 이들 **조항은 그러므로 사인의 경쟁을 보호하는 것이 아니며** 그에 따라 사인경쟁자를 위한 보호규범의 기능을 수행하는 것이 아니다. 그로부터 도출되는 결론은 사인 경쟁자는 자신의 주관적 공권을 침해했다는 요건이 결여되어 경제적 활동의 “여부”에 대해서 행정법원에 소송을 성공적으로 제기할 수조차 없다. 그 다음으로 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 한계설정 문제 측면에 관하여 행정법원에서 다루는 것은 그에 따라 오로지 지방자치단체 감독에 따른 이의제기에 대한 지방자치단체 소송으로(*nur aus kommunalen Klagen gegen kommunalaufsichtliche Beanstandungen*) 다룰 수 있다. 심지어 이 견해를 상당한 논거를 들면서 반대하여, 공적 목적의 필요성은 물론 - 주법에서 규정한 범위 내에서 - 보충성 조항 등에 대하여 제삼자보호의 성격을 인정한다고 하더라도, 이로써 사인 경쟁자에 대하여 오직 일정한 경제영역에서만 무엇인가 이득을 챙길 수 있을 것이다. 왜냐하면 행정 재판관은 지방자치단체 감독권과 마찬가지로 불특정 법 개념을 충전시키기 위한 지방자치단체의 평가특권을 무시해서는 안 되기 때문이다.

< 523 >

지방자치단체의 경제적 활동의 사경제에 대한 관계를 대상으로 **독일지방자치법 제67조의 후계자 조항(Nachfolgebestimmung des § 67 DGO)**이 미치는 **조정**의 강도는 이렇게 보면 **극도로 작은 것** 같은 인상을 주는데, 그로 인하여 수익참여와 일자리마련 등의 문제를 기준으로 한계를 설정할 가능성은 더 어려워진다. 그에 대한 결정적으로 중요한 원인을 찾아 거슬러 올라가면, - 각 주가 주법으로 어떻게 형성했는지 그것과 상관없이 - 이른바 제한의 삼

138) BVerwGE 39, 329, 336; BVerwG, BayVBl. 1978, 375, 376.

139) BayVGH, BayVBl. 1959, 90, 91; JZ 1976, 641, 641 f.

총사가 하나같이 모두 불특정 법 개념으로 구성되어 있어서, 가치충전의 능력이나 필요가 있으며, 그로 인하여 거의 강제적으로 지방자치단체의 평가특권에 연계되어 있다는 논거에 직면하게 된다. 지방자치단체 감독을 수단으로 통제하는 것은 이로 말미암아 거의 효력이 없다. 만약 거의 한계가 없는 형성의 자유를 누리는 지방자치단체에 대하여 **규범적 조정능력을 강화**해야 한다면, 반드시 **공적 목적을 더 명확하게 확정하고 조정능력을 갖추게 섬세하게 구성**해야 한다. 그렇게 해야만 경제적 참여 등에 대한 지방자치단체의 결정을 대상으로 규범주도적인 행위조정과 결과통제가 가능하다. 경제활동의 대상을 그대로 열거한다고 해서 목적을 설정한 것은 되지 않는다. 지방자치단체가 경제적으로 추구할 수 있는 목적을 세세하게 규정한 것이 결여되어 있는 한, 결국 - 허용성 측면은 물론 심지어 공적 목적을 추구하면서 수익도 얻으라는 명령성 측면에서도 - 지방자치단체의 경제적 활동이 현실적으로 공공복리를 지향하는 목적을 수행하기보다는 오히려 수익 자체를 추구하는 데 경도되어 있는 사례를 더 자주 발견할 수 있으며 이때 공적 목적은 점차로 사라지고 말 것이라는 사실을 인식하게 될 것이다. 실효성 있게 지방자치단체법에서 규율한 내용은, 지방자치단체 경제활동의 허용성과 한계 등에 대하여 실무에서 파악할 수 있는 규범을 마련한다는 것인데, 이에 관해서는 논의를 계속할 수 없을 지경이다. 실무적으로 지방자치단체 관련법의 규율사항이 본래 이미 존재하고 있던 그렇지만 단순한 법률 수준에서 세세하게 규율하는 것이 필요하기는 하지만 그렇다고 헌법 자체에서 의도한 바의 범위를 넘어가는 것까지는 아니다. 그렇지만 이는 지방자치단체의 경제적 활동으로부터 사인의 경제적 활동을 구별하는 한계의 측면에서 지방자치 관련법과 행정 재판권을 포기하는 결과로 끌려가게 된다. 현행 지방자치법이 지방자치단체의 경제적 기업을 설립하고 운영하는 데 대하여 더 자세한 요구를 규정하지 않는 한, 지방자치단체의 경제적 활동에 대한 근거와 규모는 법적 측면으로 조성된다기보다는 오히려 **지방자치단체의 정책적 적 의도와 재정 정책적 가동능력 등에 따라 결정되는 것**이라고 할 수 있다. 결국 이것은 거의 강제적으로 경쟁법상 경쟁자 보호라는 측면으로 눈을 돌리지 않을 수 없게 한다.

IV. 경쟁법

< 524 >

경쟁법은 시장행위를 규율하는 것이지만 시장접근에 관하여 규율하는 것은 아니다. 공적 주체의 기본적 결정으로서, 과연 경쟁에 참여할 것인지 여부에

관한 것은, 공법의 문제이다. 경제적 활동 “여부” 측면에서 부정경쟁금지법(UWG)은 결코 사기업을 원칙적으로 공적 주체에 의한 경쟁으로부터 보호하지 않는다. **부정경쟁금지법**에게 공적 주체는 반면에서 자신의 기업적 활동으로 인하여 적용대상으로 바뀌는데, 그 내용은 **공적 주체가 경쟁에서는 제삼자로 등장**하며 자신의 청약 및 승낙 행위에 관하여 더 이상 규범적으로 기속당하지 않는다는 것이다. 이렇게 해서 이와 같은 한계선 굵기가 추상적 문구에 따르면 분명한 것 같은 인상을 주지만, 그만큼 이는 실무에서 헛바퀴만 돌리기 마련이다.

< 525 >

공법적 법률위반이 하나같이 모두 자동적으로 **부정경쟁금지법 제1조의 의미로 미풍양속에 위배**의 결과를 초래하는 것은 아니라는 점은 경쟁법상 인정되어 있다. 그러므로 그 범위에 속하는 한, 공적 주체가 허용되는 사경제적 활동의 한계를 유월했다고 판단하는 데, 이것이 결정적인 기준이라고 볼 수 없다. 경쟁법의 과업은 공법상 기속사항을 모두 준수하라고 제재를 가하는 것이 아니다. 미풍양속에 위배된다고 확인할 때 오히려 표준적인 기준은, 공적 주체가 법률에 위배하여 법률에 충실한 경쟁자에 대하여 부당한 우위를 차지하려고 기도하였다는 사실이다. 지방자치단체가 우위를 차지할 수 있다는 사실을 지적함으로써, 만약 위배된 규범에서 수범자로서 모든 경쟁자를 파악하는 경우라면, 부분적으로 부정경쟁방지법 제1조의 위배를 부정할 것이다. 물론 오로지 - 지방자치단체의 경제법에 대한 제한조항과 같이 - 공법상 단체에 대한 권한의 한계를 규정한 경우라면, 그에 해당되는 사안이 아니라고 할 것이다. 그에 대조적으로 판례에서는 문헌의 지지를 얻어 한 걸음 더 나아가 **두 개 사례유형에 해당될 때 지방자치단체의 경제적 활동이 부정경쟁금지법 제1조를 위배한 것**이라고 보았다. 즉 첫째 유형은, 공법에 따라 원칙적으로 허용되지만 그렇다고 강제적으로 명령된 것은 아닌 경제적 활동의 경우, 공적 주체의 경쟁이 **이미 인정된 직업신분의 존재 자체를 위협**하고 그로 인하여 경쟁의 존속에 대한 심각한 위험이 발생할 것이 우려되는 경우를 말한다. 둘째 유형은 만약 위배될 대상인 **조항이 중요한 공동체 법익**을 보호하자는 것이어서 그와 같은 의미로는 가치 관련적 규범에 해당되고, 결과적으로 그 법률의 위배가 경쟁법상 판단에 영향을 미치는 경우를 말한다. 지배적인 견해에 따르면 제한의 삼총사가 지방자치단체의 경제법 영역에서 오로지 지방자치단체를 리스크 즉 위험부담으로부터 보호하자는 것이 목적이지만 경쟁의 보호를 위한 것이 목적은 아니라고 하는데, 그렇다고 할지라도 연방

최고보통법원(BGH)에서는 (Betriebs-Berater 1965, 391) 이 경우 부정경쟁금지법 제1조에 위배했다는 결론을 도출하였다. 법원에서는 특별한 공적 목적으로 정당화하지 아니한 지방자치단체의 경제적 활동에 대해서 사경제를 보호한다는 것을 중요한 공동체이익이라고 명백하게 지적하였던 것이다. 이와 같은 보호목적은 존중하지 않은 것은 경쟁상 미풍양속에 위배된다고 판시하였다. 부정경쟁금지법 제1조의 금지규범의 경우, 구성요건은 구체적인 경쟁관계를 대상으로 잡는데, 그 다음 단계에서는 지방자치 관련법의 객관적·법적 보호규범을 지방자치단체에 대한 경쟁자의 주관적 공권을 수단으로 보완함으로써 결과적으로는 지방자치단체의 경제적 측면에 대한 제한의 삼층사를 위배한 것과 부정경쟁방지법 제1조의 의미에서 미풍양속 위반을 동등하게 평가하게 되는 것이다. - 이때 그 기반을 이루고 있는 이른바 “블록카이스-II-사건”(“Blockeis-II-Fall”)에서는, 지방자치단체 측에서 지방자치단체 감독기관 측의 이익제기를 존중하지 않았다는 점이 그 특징으로 드러나 있었다.

< 526 >

비교적 최근에 몇 개 주 고등법원(OLG)의 결정이 격렬한 토론의 대상으로 등장하였는데, 이들은 부정경쟁방지법 제1조에 따른 미풍양속 위배에 대한 근거로써 지방자치단체 경제법에 위배한 경우를 분명하게 그 기준이라고 지적하였던 것이다.

11

(가)

A. 공적 신용 인수 즉 기채의 변천사

< 527 >

공과금과 직영경제적 활동(eigenwirtschaftliche Betätigung) 등으로 얻은 수입과 함께 국가는 공적 과업의 수행을 위한 재원을 마련하기 위하여 충당재원을 **일정한 기간 동안(auf Zeit)** 신용을 인수(국가채무)할 수 있다. 독일연방공화국에서는 지난 30년 동안 특히 독일이 통일을 이룬 1990년 이후 크게 활용하고 있다.

< 528 >

공적 신용의 인수는, 국가에게 최종적으로 귀속하게 될 공과금과 경제적 활동으로부터 나온 지속적인 수입과 같이, 공적 과업에 대한 재정을 확보하기 위하여 원칙적으로 그만큼 정당화한 재원을 말한다. 그렇지만 **신용으로 얻은**

수입은 여러 측면에서 기타 수입의 종류에 대하여 특별한 지위를 가진다. 기타 수입의 경우 경제적 인식에 근거를 둔 법률적 (특히 공동체법, 헌법, 예산법, 지방자치단체 경제법 등의) 규율사항으로 표현을 갖추었기 때문이다.

< 529 >

국가채무에 대한 평가는 두 가지 극단적인 태도를 오가는데, 그 대표선수로 는 이미 아담 스미스(Adam Smith)와 데이빗 리카르도(David Ricardo)가 한편에서 그리고 로렌즈 폰 슈타인(Lorenz von Stein)이 다른 한편에서 등록한 바 있다. 1789년에 벌써 아담 스미스는 모든 대규모 국가에서 채무라는 압력에 시달린다고 보면서 예측하기를 장차 채무가 늘어나면서 장기적으로는 폐허가 될 것이라고 추정하였다. 1820년 데이빗 리카르도는 국가 채무에 대하여 한 나라를 덮친 역병 중에서 가장 공포스러운 재앙의 하나라고 그 특성을 지적하였다. 그에 반하여 로렌즈 폰 슈타인은 1871년 다음과 같이 확인한 바 있다: 어떤 국가이든 채무가 없다면, 그것은 자신의 현재에 대하여 지나치게 많은 것을 요구한다는 의미이고 미래에 대해서는 너무 적은 것을 제공한다 는 의미이다. 오늘날 역시 재정학에서 국가채무에 관하여 통일적인 평가가 나온 바 없다. 국가채무에 대한 법적 규율사항의 해석은 오로지 재정학적 문제제기와 평가 특히 국가채무의 효과 등을 파악한 후라야 비로소 가능한 것이다. 그러므로 법적 규율사항을 해석하면서 일반적으로 접근하기에 상당히 높은 장애를 확인하게 될 것이다.

< 530 >

국가채무라고 하면 특히 국가가 자신의 재정필요를 충당할 목적으로 금융내지 자본시장에서 인수한 금액의 합계를 말한다. 국가채무의 기초에는 신용인수로부터 나온 수입이 자리 잡고 있는데, 이에 대해서는 이자와 원금을 지급해야 한다. 공적 신용의 인수는 채무에 대한 계약의 근거를 제공하고, 그에 따라 공적 예산에게 특정한 시간 동안 예산상 과업에 대한 재정에 충당할 재원을 제공한다.

< 531 >

채무현황(Schuldenstand)으로서 구속력 내지 채무(Verbindlichkeit)의 총액을 표시하는데, 이는 국가가 (전체 공적 예산 주체 내지 연방, 주, 지방자치단체 등) 특정한 시점에 부담하는 것을 말한다.

< 532 >

새로운 채무 내지 신용인수(die Neuschuldung bzw. Kreditaufnahme)는 그에 반하여 특정한 구속력 내지 채무를 말하는데 즉 국가가 (전체 공적 예산 주체 내지 연방, 주, 지방자치단체 등) 특정한 기간 동안에 인수한 것을 말한다. 이때 대개 **예산년도(Haushaltsjahre)** 일 년을 기준으로 삼는다. 새로 채무를 설정하는 경우(신용인수) 총액신용인수(Bruttokreditaufnahme)와 순액신용인수(Nettokreditaufnahme)를 구별해야 한다. **총액신용인수**는 일 년 동안 인수한 모든 신용의 총액을 말한다. 그러므로 총액신용인수에는 이전에 인수한 신용의 원금을 상환하는(Tilgung) 데 사용한 금액도 포함된다. **순수신용인수**는 그에 반하여 특정한 기간 동안 채무상황이 어느 정도 달라졌는지 표시하는 것이다. 총액신용인수와 달리 순수신용인수는 이전에 인수한 신용의 원금을 상환하는 데 들인 금액은 편입하지 않는다. 따라서 다음과 같이 말할 수 있다:

총액신용인수 = 순수신용인수에 추가적으로 같은 기간 동안 지급한 원금상환액(Tilgung) 합계한 것

순수신용인수는 공적 예산상 **재정적자(Finanzierungsefiziten - 예산년도에 수입을 넘어가는 지출의 초과금액)**와 밀접한 관계를 가지지만, 적어도 그 부분에 관한 한 동일성이 있다고 할 수는 없는데, 이는 서로 다른 여러 계좌항목(Position)으로부터 나온 것을 합한 재정총계(Finanzierungssaldo)이기 때문이다.

< 533 >

공적 신용인수는 독일에서 다른 나라에서도 그렇듯이 오랜 전통에 속한다. 이미 **중세시대에** 왕의 수익권(Regalien), 조세 수입(Steuereinnahmen), 영토(Länderei) 등에 질권(Verpfändung) 또는 용익 임대권(Verpächting) 등을 설정하였던 것이다. 심지어 일정한 금원을 제공하면 공직을 양도받았다(Ämterübertragung). **독일 황제(die deutschen Kaiser)**는 상당한 규모로 채무를 부담하면서 재원을 마련한 일도 드물지 않았다. 심지어 독일의 각 주에서 가끔 국가은행이 파산 사태를 맞는 사례도 찾아볼 수 있었다.

< 534 >

2차에 걸친 세계대전의 여파로 **2차에 걸쳐 인플레이션**을 겪으면서 독일에서 1923/24년과 1948년 두 번에 걸쳐 통화개혁(Währungsumstellung)을 단행함으로써 그때마다 국가채무는 거의 남김없이 제거되었다. 산업국가 중 과반수에 이르는 다른 국가의 대세와 달리 독일에서는 국가채무의 변천이 **20세기**

에 두 번 극단적인 변곡점을 지나간 것이다. 두 번에 걸쳐 채무현황을 영의 수준으로 축소하고 새로 시작하였다는 역사적 사실은 또한 국제적으로 비교치를 조사할 때 독일연방공화국의 국가채무 비율이 상대적으로 적은데에 대한 기본적인 논거를 이룬다. **제1차 세계대전**을 개시하기 직전 독일의 지역사단(즉 연방, 주, 지방자치단체 등의) 채무현황은 330억 라이히마르크에 달했다. 그 중에서 약 85퍼센트가 주와 지방자치단체의 부담분이었다. 전쟁기간 동안 연방지출에 대한 재정확보는 대부분 국채(Kredit) 특히 개인 투자자(private Zeichner)로부터 대부(Anleihe)받는 방식을 채택하였다. 그렇게 해서 몇 년 사이에 평상을 벗어난 극단적 수준으로 높은 국가채무가 발생하였다. 전쟁국채(Kriegsanleihe)는 약 990억 라이히마르크를 기록하였다. 채무부지급증서(Schatzanweisungen)가 연방의 경우 전후 시점인 1918년 기준으로 550억 라이히 마르크이었는데 전전 시점에는 3억 라이히 마르크였다. 전후 연방은 직접 연방은행에서 채무를 지기 시작했는데 점점 그 금액이 커졌고, 그로 인하여 통화량이 - 통화가치에 대한 신뢰가 점차 사라지면서 - 통화유통속도도 매우 빠르게 높아졌다. 1923년 말 1 미국 달러에 대하여 4조2천억 라이히 마르크를 치러야 했다. **1923년 말부터 1924년 초까지 통화개혁**을 단행하여 렌텐마르크로 바꾸었고 그 결과 국가채무는 실질적으로 모두 제거되었다. 국가채무에 대한 채권자에 대하여 한정된 배상을 실시한 방식은 1925년 국채소멸법(Anleiheablösungsgesetz)이었다. 1938년 말까지 지역사단의 채무현황은 다시 300억 라이히마르크를 기어 올라갔다. 이 중에서 특히 노동창출조치와 군비확충 등의 결과로 약 3분의 2를 연방이 부담해야 했다. 1939년부터 1945년까지 **전쟁재정** 확보 때문에 공적 행정 부문은 폐허가 되었다. 하지만 제1차 세계대전 당시보다 훨씬 눈에 띄지 않게 집행되었다. 제2차 세계대전이 터지면서 전경제 부문이 우선적으로 군비조달의 청구에 직면하게 되었다. **1936년부터 가격과 임금 동결(Preis- und Lohnstopp)**을 실시하였기 때문에 사부문 재화를 축소하게 공급하면서 인플레이션이 누구나 알게 일어나지는 않았다. 연방은행과 상업은행에서 강제적으로 재원을 이전시켰기 때문에 급격하게 상승하는 연방의 지출에 대한 국채재정 상황을 눈에 띄지 않게 진행할 수 있었다. 5년간 연방지출은 1939년 520억 라이히마르크에서 1944년 1710억 라이히마르크로 늘어났다. 전쟁기간 동안 연방지출 중 평균 절반이 국채로 재정을 확보하였다. 독일연방(Das Deutsche Reich)은 **국가은행의 파산(Staatsbankrott)**으로 마감했다. 연방의 대내적 채무 총액은 약 8000억 라이마르크에 달했다. 여기에 상당한 규모의 대외적 채무를 보태야 한다. 전쟁 종료 후 구매력초과 유

동 화폐량(Kaufkraftüberhang)을 **1948년** 통화 개혁(Währungsreform)으로 제거하였다. 이로써 8000억 라이히마르크에 달하던 국가채무가 대부분 소멸하였다. 국가채무증서(Staasschuldtiteln)를 보유한 사람에게는 **통화개혁**의 과정에서 그리고 그에 이어 집행한 전쟁여과 제거(zur Beseitigung der Kriegsfolgen)에 관한 법률에 따른 조치로써 매우 적은 배상만 실시하였다. 화폐를 변경하고 그 후에 배상조치를 실시하면서 이른바 연방과 주의 **구 채무**(sog. Altschulden) 문제가 발생하였다. 통화개혁의 결과 1949년 공적 예산 부문 전체에서 매우 낮은 수준의 채무현황을 보여주고 있는데, 그 금액을 보면 171억 도이치 마르크이고, 그 중에서 162억 도이치 마르크가 구 채무(조정채무에서 나온 의무 Verpflichtungen aus Ausgleichsforderungen)에 해당된 것이었다.

< 535 >

1959년 말까지 공적 예산 전체의 채무현황은 491억 마르크로 오르고 그 중 구 채무는 328억 마르크였다. 1950년대에 채무가 늘어난 것은 대부분 이른바 1953년의 **런던 채무조약**(das sog. Londoner Schuldenabkommen von 1953 - 이전의 독일연방의 대외채무와 마셜플랜-원조에서 나온 의무 등을 인수하였다)에 그 원인이 있었다. 그밖에도 공적 예산 부문에서 채무를 인수하는데 매우 조심스러운 태도를 유지하였다. 국가와 지방자치단체의 지출이 주로 지속적인 수입에서 그 재원을 확보하였는데, 심지어 지출이 투자로 사용되는 경우에도 마찬가지였다. **1960년대**에 들어와 이와 같은 추세는 1964년까지 유지되었다. 그때까지 모든 지역사단의 채무현황은 731억 도이치마르크로서 그 중 346억 도이치 마르크를 구 채무가 차지하였다. 채무가 늘어난 데 특히 연방과 주가 그 주체이었다. 1965년부터 1973년까지 신용인수 즉 공적 채무를 늘리면서 (1969년을 제외하고) 채무현황이 급격히 나빠졌다. 모든 지역사단이 매년 순수신용인수 금액을 살펴보면 이 기간 동안 80억에서 157억 도이치마르크에 이르고, 그 결과 채무현황은 1964년말 731억 도이치마르크에서 1973년말 1678억 도이치마르크로 악화하면서 그 비율이 거의 두 배에 이르게 되었다. **1966/67년**에 독일연방공화국은 처음으로 상당한 규모의 **경기후퇴**(wirtschaftliche Rezession)를 겪게 되었는데 이를 금융정책을 완화한다는 수단으로 극복할 수 있었다.

< 536 >

1966년에 제출된 이른바 트뢰거-평가보고서(sog. Troeger-Gutachten)와 그와 함께 완료한 기본법 제109조의 개정 등을 기반으로 하여 1966/67년에 처음으로

로 경기순환에 대응하는 재정정책(antizyklische Fiskalpolitik)을 실시하였는데, 가장 큰 비중은 연방과 주가 국채로 재정을 확보한 지출계획을 관철한다는 것에 두었다. 지출확장 계획과 그 후에 집행해야 할 채무상환 등을 위한 것이 당시 신용인수의 내용이었는데 이는 경기순환 대응적 재정정책의 모범사례를 추종한 것이었고, 그 결과 1960년대 말기단계에서는 독일연방공화국 역사상 - 아마도 유일하게 - 성공한 경기순환 대응정책이었음이 증명되었다. 1969년 가을에 이전의 대연립정부로부터 **사회·자유 정당연립 정부**로 변경되면서 오로지 경기순환 대응적 조정의 필요성에 비추어 설정한 대책노선을 벗어나게 되었는데, 정작 경기 자체는 크게 성장하는 추세를 유지했지만 새로 채무를 인수하는 것은 그치지 않았다. 오히려 채무는 누적적으로 늘어났고 새로운 사회적 급부에 대한 재정을 확보하고자 이와 같은 방식으로 **국가의 일반적인 활동**은 더욱 **확장**되었다. 경기 정책적 목표는 국가관여 부문 (Staatskorridor)을 건설한다는 목표로 이행되었고, 그에 따라 국가 활동의 성장과 함께 나타나는 **조세부담 비율의 심화**(Erhöhung der Steuerlastquote)는 실현되지 않도록 대처하였다. 이렇게 발생한 재정의 결여분은 오로지 계속해서 국가채무를 늘려나가는 방법으로만 충전시킬 수 있었다. 큰 고비를 1974년에 넘어야 했다. 1973년 가을 이른바 석유위기로 인해서 터져 나왔을 뿐만 아니라 다른 각종 원인도 넓게 스펙트럼처럼 함께 작용해서 독일연방공화국에 - 다른 국가도 마찬가지이기는 하지만 - **새로운 경기후퇴**에 직면하였고, 그로 말미암아 매우 심각한 신용인수를 시행해야 했으며 그로 인하여 국가채무도 급격하게 늘어나는 결과를 초래하였다. 당시 필요하다고 평가된 경기 순환 대처적 경기진작 계획은 오로지 **연방과 주에서 신용인수를 극단적으로 확장하는 수단을 동원**해야 비로소 구현할 수 있는 것이었다. 그때까지 선도적으로 국가 활동을 확장하였기 때문에 이미 심각한 채무상황에 봉착해 있었는데 그 위에 다시 채무를 인수해야 할 형편이었다. 1970년대 초기와 마찬가지로, 그에 이어 70년대 제2분기가 지나가면서 경기가 회복되는 단계가 도래했으며, 1983년 이후와 마찬가지로, 연방과 주는 국가의 신용인수를 경기가 떠오르는 단계에 경기 순환에 역행하여 조정하는 데 성공하지 못했다. 경기진작 단계에서 신용인수를 확대하는 것이 그렇게 쉽게 이루어지듯이, 이제 다시 경기정책이 요구하는 대로 축소해야 하는데 그만큼 역비례로 성공율이 낮았던 것이다. 경기 후퇴시기에 늘렸던 규모만큼 신용인수를 효율적으로 원금까지 상환해야 하는데 한 번도 성공한 적이 없었으니, 결과적으로는 국가의 재정정책이 장기적으로 보면 **경기정책적 비대칭 상황**(konjunkturpolitische

Asymmetrie)으로 추락한 것이라고 할 수 있다. 1967년 기본법 제109조를 개정하여 명문으로 규정하였던 실질적 규율사항과 절차적 경기안정화 대책 등은 효용이 별로 없었다는 것이 드러났다. 바로 안정화 법률에 연계하여 **재정 헌법과 예산법 등을 개혁함으로써 국가채무의 폭발이 시작되기 기점**을 표시한 바 있는데, 국가채무 폭발 자체는 당시에 전혀 상상할 수도 없었거니와 오늘날 개혁으로 본래 보호하려는 취지의 대상이었던 것 즉 **전체 경제의 균형을 유지**한다는 것 자체가 위협을 받고 있는 것이다.

< 537 >

1973년부터 1989년까지 독일연방공화국의 모든 지역사단이 지고 있는 채무현황은 거의 6배로 늘었고 **조 단위한계(die Billionengrenze)**에 이르렀다. 반면에 **구채무가** 차지하는 비중은 그 사이에 점차 축소되어, 1989년 말에 대개 152억 도이치마르크 정도에 멈추었다. 특히 심각했던 사태로는 **1973년과 1977년 사이에** 채무현황이 **두 배**로 늘어났던 것(1975년 순수신용인수 640억 도이치마르크), 1981년에 채무현황이 매우 급격하게 늘어났던 것(순수신용인수 770억 도이치마르크), 1982년 (순수신용인수 692억 도이치마르크) 등을 들 수 있다. 1983년부터 점차로 재정건전화 노력(Konsolidierungsbemühungen)이 자리 잡기 시작했다. 그때부터 순수신용인수는 축소되었고 그에 따라 국가채무의 확장속도도 점차 떨어지는 것을 확인할 수 있었는데, 독일통일을 이룬 후 다시 급속하게 상승방향을 타기 시작하였다.

< 538 >

국가채무와 순수신용인수 등의 문제는 1960년대 이후 **정치적 논란**의 장에서 중심적인 역할을 맡아왔다. 국가채무 내지 순수신용인수의 상황에 격렬한 변화가 일어났을 시기에 **정부 내지 수상이 바뀌었다**는 연계상황은 그러므로 전혀 우연이 아니다. 그에 해당되는 사례로는 **에르하르트** 정부의 실패와 1966년 대연립정부의 구성, 그리고 사회-자유 연립정부의 실패로 인한 1982년 방향전환, 그리고 1974년에 **브란트/슈미트** 수상의 변경 등을 들 수 있다. 공적 예산 부문의 채무가 매우 급격하게 늘어나면서 국가채무를 평가해야 한다는 문제에 또한 법적 관점이 동원되는 형편에 봉착하게 되었다.¹⁴⁰⁾

140) 기본적인 판례로는 BVerfGE 79, 311; 여기에 연계된 것으로는: NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227; 또한 Höfling, Staatsschuldenrecht, 1993, passim; Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, passim. 참조.

제 4 장 공적수입

< 539 >

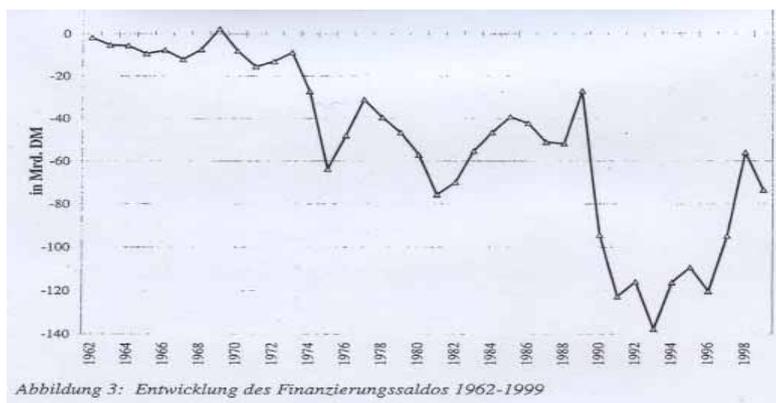
년도	공적 예산		연방		주		지방자치단체	
	12월31일자		12월31일자		12월31일자		12월31일자	
	채무상황		채무상황		채무상황		채무상황	
	순수기채		순수기채	순수기채	순수기채			
1949	17.1	0.9		0.1		0.5	0.0	
1950	20.6	3.5	7.3	1.2	12.8	0.1	0.5	0.4
1951	22.4	1.7	8.2	0.9	13.3	0.5	0.9	0.4
1952	24.0	1.7	8.9	0.7	13.7	0.4	1.4	0.6
1953	33.9	9.9	16.7	7.8	14.6	0.8	2.3	0.9
1954	38.7	4.8	17.9	1.2	15.0	0.5	3.6	1.3
1955	40.9	2.2	17.9	0.0	15.5	0.5	4.7	1.1
1956	41.9	0.9	17.6	-0.3	15.7	0.2	5.6	0.9
1957	43.6	1.7	19.7	2.1	14.0	-1.8	7.0	1.4
1958	46.1	2.5	20.1	0.4	14.7	0.7	8.4	1.4
1959	49.1	3.0	21.0	0.9	14.9	0.2	9.6	1.3
1960	52.2	3.1	22.6	1.6	14.7	-0.2	11.2	1.5
1961	56.5	4.4	25.9	3.4	14.9	-0.8	12.8	1.6
1962	60.0	3.4	27.2	1.3	13.4	-0.5	15.1	2.3
1963	66.7	6.8	30.1	2.9	13.3	-0.1	17.7	2.6
1964	73.1	6.4	31.3	1.2	14.3	1.0	21.3	3.6
1965	83.7	10.6	33.0	1.7	17.4	3.1	25.8	4.6
1966	93.0	9.3	36.3	3.3	20.3	2.9	29.5	3.7
1967	108.2	15.2	44.5	8.2	24.2	3.9	32.0	2.5
1968	117.1	8.9	48.4	3.9	26.3	2.2	34.2	2.2
1969	117.9	1.1	47.1	-1.1	25.8	-0.4	36.7	2.5
1970	125.9	8.0	49.7	2.6	27.8	2.0	40.3	3.6
1971	140.4	14.5	51.5	1.8	33.0	5.2	47.9	7.6
1972	156.1	15.7	55.3	3.8	37.0	4.0	56.0	8.1
1973	167.8	14.8	61.4	6.1	39.5	2.5	59.9	7.0
1974	192.4	24.6	72.1	10.8	47.3	7.9	66.4	6.5
1975	256.4	64.0	108.5	36.4	67.0	19.7	74.4	8.0
1976	296.7	40.3	128.4	19.9	81.8	14.8	79.8	5.4
1977	328.5	31.8	150.2	21.8	89.6	7.8	83.3	3.5

제11절 신용으로 얻은 수입(국가채무)

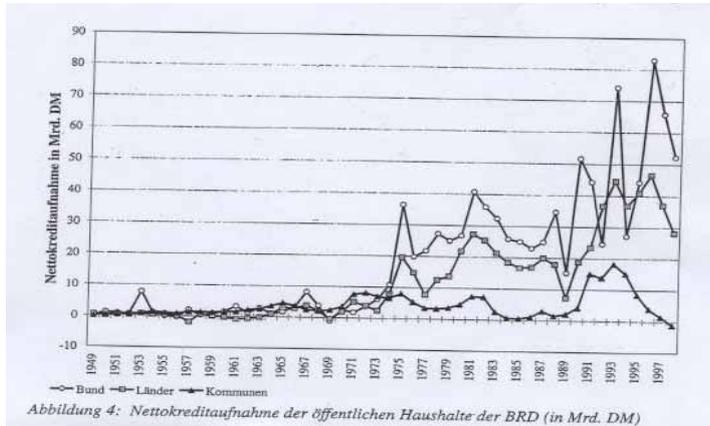
1978	370.8	42.3	177.5	27.3	102.1	12.6	86.7	3.4
1979	413.9	43.1	202.6	25.1	115.9	13.8	90.4	3.7
1980	468.6	54.7	232.3	26.8	137.8	21.9	95.2	4.8
1981	545.6	77.0	273.1	40.8	165.2	27.3	102.6	7.4
1982	614.8	69.2	309.1	36.0	190.6	25.4	109.9	7.3
1983	671.7	56.9	341.4	32.4	212.0	21.4	112.5	2.6
1984	717.5	45.8	367.3	25.9	230.6	18.5	113.1	0.7
1985	760.2	42.7	392.4	25.1	247.4	16.8	113.7	0.6
1986	801.0	40.8	415.4	23.0	264.4	17.0	114.8	1.1
1987	848.8	47.8	440.5	25.1	284.6	20.0	117.8	3.0
1988	903.0	54.2	475.2	34.7	302.6	18.0	119.3	1.5
1989	928.8	25.8	490.5	15.3	309.9	7.3	121.4	2.1
1990	1053.5	124.7	542.2	51.7	328.8	18.9	125.6	4.2
1991	1173.9	120.4	586.5	44.3	352.3	23.5	140.7	15.1
1992	1345.2	171.3	611.1	24.6	389.1	36.8	154.6	13.9
1993	1509.2	164.0	685.3	74.2	433.8	44.7	172.9	18.3
1994	1662.2	153.9	712.5	27.2	470.7	36.9	188.1	15.2
1995	1996.0	333.8	756.8	44.3	500.7	41.0	196.6	8.5
1996	2129.3	133.4	839.9	83.3	558.3	46.7	200.6	4.0
1997	2219.2	89.8	905.7	65.8	595.5	37.1	202.1	1.5
1998	2282.5	63.3	958.0	52.3	623.8	28.3	201.0	-1.1

[표 9] 독일연방공화국의 공적 예산 부문의 채무의 변천상 (단위 10억 도이치마르크)

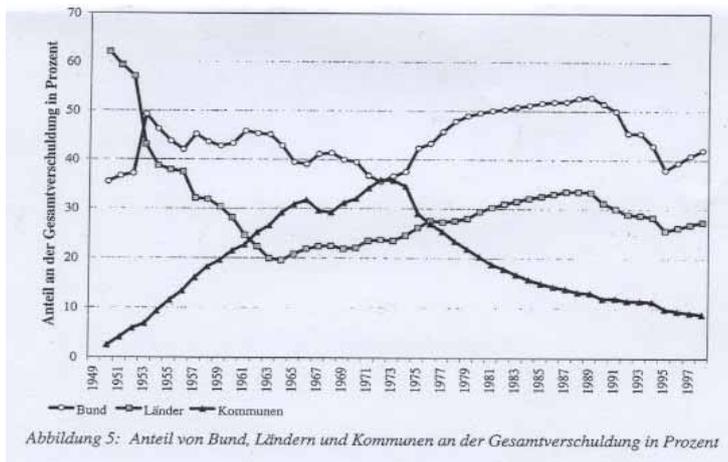
[그림 1] 재정결산 수준의 변천상 1962년-1999년 (단위 10억 도이치마르크)



[그림 2] 독일연방공화국의 공적 예산 부문의 순수신용인수 변천상 (단위 10억 도이치마르크)



[그림 3] 전체채무 중 연방, 주, 지방자치단체가 차지하는 비중 (단위: 퍼센트)



< 540 >

독일의 통일과정에서 그러니까 1990년부터 국가채무와 매해 순액신용인수 즉 기채순액이 완전히 새로운 차원으로 들어섰고, 그 결과 국가채무는 1990년과 1996년 사이에 - 아무리 특별한 상황이었다고 하더라도 - 6년도 넘지 않았는데 그 사이에 1조에서 2조 도이치마르크로 두 배로 뛰었다. 그에 관련해서는 수많은 원인이 함께 작용하였다. 그 원인으로서는 구동독의 구채무(Alt-schulden aus der DDR)를 인수하였다는 것, 구서독 지역에 맞먹을 만큼 공적

간접자본 구조를 가장 짧은 시간 안에 창출하기 위하여 구동독 지역에서 적어도 지금까지는 조세수입이 매우 낮은데도 상당히 큰 규모로 **구동독 지역에 재정이전을 실현하자는 것, 높은 수준의 공적 과업 이행을 유지하면서 부분적으로는 확장해야** 하는데 필수적으로 이전해야 할 요소가 무엇인지 충분히 인식하면서도 이를 구동독 주에게 이전하자는 것, 경기흐름의 중단 때문에 **조세수입이 축소할 것, 뿐만 아니라 (재정 측면에서 또한) 통일독일이 국제적으로 더 높은 수준의 의무를 인수해야** 한다는 것 등을 들 수 있다. 이와 같이 상황이 크게 변경되었는데도 그를 기반으로 구조적 변경을 전면적으로 시행해야 하는지 등에 관한 정치적 논쟁이 1990년대 하반기에 비로소 터져 나오기 시작했다. 그 이전에는 통일 후 경기가 붐을 이루면서 계속 근거를 갖추었다고 주장하던 평가가 지배적이었다. 즉 통일로 인한 구조적 변경은 공적 과업의 존속은 물론 공과금 부담의 크기에 대해서는 전혀 필수적 요소가 아니라는 것이며 독일통일을 달성한 결과는 시간적으로 한정되고 한정될 수 있는 국채를 발행함으로써 극복할 수 있다는 것이었다. 이와 같은 평가의 인상 깊은 사례로서 특히 **“독일 통일” 기금**¹⁴¹⁾ (단락번호 95 이하, 103) 들 수 있다. 1998년 말까지 독일의 공적 예산에서는 거의 2조 3000억 도이치 마르크의 채무를 기록하였다.

< 541 >

국가채무는 물론 매해 순수신용인수가 절대적으로 악화하면서 특히 **국내총생산액에 대한 국가채무의 비율**이 설득력을 얻기 시작하였다. 이로부터 도출할 수 있는 사실은 국가의 채무상황이 국내총생산액에 대한 비율(이른바 **국가채무 비율** sog. Staatsschuldenquote)이 1970년대에는 1973년 말까지 경기의 흐름에 따라 20퍼센트를 오르락내리락 하였고, 1974년 이래로 급상승하여 10년이 지나자 (1983년) 국내총생산액의 40%를 넘는 수치에 달했다. 그래서 결국 두 배가 된 것이다. 1983년부터 1989년까지 국가채무비율은 조금 더 기어 오르는 수준에 멈추었다. 반면에 독일통일 이후에는 다시 필쩍 뛰어올라 60%를 넘는 것이 확인되었는데, 이것은 1990년 이래로 무엇보다도 채무상황이 커지는 비율이 두 자리 숫자에 해당되어 어느 해나 국내총생산액의 성장치를 크게 넘어섰기 때문이었다.

141) Fonds “Deutsche Einheit”에 대해 세세한 문헌으로는 Henneke, Jura 1991, 230-241; ders., Die Gemeindekasse 1991, 129-137.

< 542 >

국제적 비교를 통해 고찰하면 채무현황은 독일연방공화국과 크게 다를 바 없을 정도로 유사하게 늘어나고 있다. 특히 심각하게 높은 수준의 국가채무 비율을 가진 국가로는 벨기에, 그리스, 이탈리아 등과 함께 최근에는 일본, 캐나다 등도 이름을 올리고 있는데, 이들의 경우 국가채무 비율이 국내총생산액을 넘어서거나 그에 이르거나 하는 수준이다. 최근에 들어 특히 급격하게 상승한 나라로는 특히 핀란드, 그리스, 일본, 캐나다 등을 꼽을 수 있다. 그에 반하여 영국은 이른바 **대처리즘**(sog. Thatcherismus - 특히 과업의 삭감)으로 국가채무 비율을 80년대에 눈에 띄게 저하시켰다. 독일연방공화국은 국가채무 비율의 변천에 관해서는 위에서 지적한 바와 같이 3배로 뛰어 올랐지만 국제적 비교의 관점에서 보면 아직 최저 수준을 유지하고 있는 셈이다.

년도	독일연방공화국내 모든 공적 예산의 채무현황		국내총생산액 (명목)		국가채무비율	
	단위10억마르크 변동치	증가율%	단위10억마르크	증가율%		%
1962	60.0	+ 6.2	360.8	+ 8.8	16.6	
1963	66.7	+11.2	382.4	+ 6.0	17.4	+0.8
1964	73.1	+ 9.6	420.2	+ 9.9	17.4	0
1965	83.7	+14.5	459.2	+ 9.3	18.2	+0.8
1966	93.0	+11.1	488.2	+ 6.3	19.0	+0.8
1967	108.2	+16.3	494.4	+ 1.3	21.9	+2.9
1968	117.1	+ 8.2	533.3	+ 7.9	22.0	+0.1
1969	117.9	+ 0.7	597.0	+11.9	19.7	-2.3
1970	125.9	+ 6.8	675.3	+13.1	18.6	-1.1
1971	140.4	+11.5	749.8	+11.0	18.7	+0.1
1972	156.1	+11.1	823.1	+ 9.8	19.0	+0.3
1973	167.8	+ 7.5	917.3	+11.4	18.3	-0.7
1974	192.4	+14.7	983.9	+ 7.3	19.6	+1.3
1975	256.4	+33.3	1026.6	+ 4.3	25.0	+5.4
1976	296.7	+15.7	1120.5	+ 9.1	26.5	+1.5

제11절 신용으로 얻은 수입(국가채무)

1977	328.5	+10.7	1195.3	+ 6.7	27.5	+1.0
1978	370.8	+12.9	1283.6	+ 7.4	28.9	+1.4
1979	413.9	+11.6	1388.4	+ 8.2	29.8	+0.9
1980	468.6	+13.2	1472.0	+ 6.0	31.8	+2.0
1981	545.6	+16.4	1535.0	+ 4.3	35.5	+3.7
1982	614.8	+12.7	1588.1	+ 3.5	38.7	+3.2
1983	671.7	+ 9.3	1668.5	+ 5.1	40.3	+1.6
1984	717.5	+ 6.8	1750.9	+ 4.9	41.0	+0.7
1985	760.2	+ 6.0	1823.2	+ 4.1	41.7	+0.7
1986	801.0	+ 5.4	1925.3	+ 5.6	41.6	-0.1
1987	848.8	+ 6.0	1990.5	+ 3.4	42.6	+0.1
1988	903.0	+ 6.4	2096.0	+ 5.3	43.1	+0.5
1989	928.8	+ 2.9	2224.4	+ 6.1	41.8	-1.3
1990	1053.5	+13.4	2426.0	+ 9.0	43.4	+1.6
1991	1173.9	+11.4	2853.6		41.1	-2.3
1992	1345.2	+14.6	3078.6	+ 7.9	43.7	+2.6
1993	1509.2	+12.3	3163.7	+ 2.8	47.7	+4.0
1994	1662.2	+10.1	3328.2	+ 5.2	50.0	+2.3
1995	1996.0	+20.1	3442.8	+ 3.4	58.8	+8.0
1996	2129.3	+ 6.7	3523.5	+ 2.3	60.4	+2.4
1997	2219.2	+ 4.2	3624.0	+ 2.9	61.2	+0.8
1998	2282.5	+ 2.9	3761.5	+ 3.8	60.7	-0.5

[표 10] 1962년 이래로 국가채무비율

국가	국가의 총채무액의 국내총생산액에 대한 비율							
	1980	1985	1989	1990	1995	1998	1999	2000
독일	31.5	41.5	41.6	43.2	58.3	60.1	60.5	60.0
벨기에	78.2	120.2	125.7	125.7	130.8	115.9	113.2	109.9
덴마크	44.7	74.9	65.0	65.8	69.4	55.5	51.7	48.0
핀란드	14.1	16.3	14.7	14.4	56.9	49.1	46.5	44.7
프랑스	30.9	38.6	40.6	40.2	52.5	58.2	59.2	59.4
그리스	22.9	47.8	66.6	90.1	110.1	106.3	105.6	103.5

제 4 장 공적수입

영국과 북아일랜드	54.0	59.4	43.2	39.1	52.2	48.7	47.4	46.2
아일랜드	72.7	104.6	104.0	97.2	78.9	52.1	45.9	40.1
이탈리아	58.1	83.0	96.5	105.4	125.3	118.7	117.3	115.6
일본	51.2	64.2	62.6	61.4	76.0	97.3	107.2	117.6
캐나다	44.0	63.1	68.6	71.5	96.7	89.8	85.9	81.6
룩셈부르크	12.5	13.0	7.2	4.7	5.9	7.0	7.6	8.1
네델란드	46.9	71.5	79.1	78.8	78.6	67.4	66.7	66.1
노르웨이	47.6	34.6	35.4	32.4	41.1	33.4	35.4	35.4
오스트리아	37.3	39.8	58.7	57.9	69.4	63.1	63.3	62.9
포르투갈	32.8	57.0	63.3	65.3	65.9	57.7	56.8	56.0
스웨덴	44.3	66.7	48.4	44.3	78.0	75.4	67.4	61.6
스페인	18.3	50.8	48.5	50.6	66.6	67.4	66.8	65.3
미국	37.0	49.4	54.0	55.3	62.2	56.7	54.2	51.7

[표 11] 국가채무비율의 국제적 비교

국가	국가채무의 국내총산액에 대한 비율의 변동율 (%)							
	1980	1985	1989	1990	1995	1998	1999	2000
독일	- 2.9	- 2.9	+ 0.1	- 2.1	- 3.3	-2.0	-2.0	-1.5
벨기에	- 8.8	- 9.1	- 6.1	- 5.4	- 3.9	-1.3	-1.0	-0.8
덴마크	-	-	+ 0.3	- 1.0	- 2.3	+1.0	+2.4	-1.9
핀란드	+ 2.8	+ 3.8	+ 6.1	+ 5.4	- 4.4	+1.5	+2.3	+2.7
프랑스	0	- 2.9	-1.2	- 1.6	- 4.9	-2.9	-2.5	-2.0
그리스	- 2.6	-11.5	-14.4	-16.1	-10.6	-2.4	-2.2	-2.1
영국과 북아일랜드	- 3.4	- 2.9	+ 0.9	- 1.5	- 5.8	+0.4	-0.2	-0.4
아일랜드	-12.3	-10.9	- 1.8	- 2.3	- 2.1	+2.4	+2.3	+2.1
이탈리아	- 8.6	-12.4	- 9.9	-11.2	- 7.7	-2.7	-2.7	-2.1
일본	- 4.4	- 0.8	+ 2.5	+ 2.9	- 3.6	-6.0	-8.7	-9.0
캐나다	- 2.8	- 7.3	- 3.3	- 4.5	- 4.5	+1.3	+1.6	+1.7
룩셈부르크	+0.8	+ 7.5	-	+ 5.5	+ 2.2	+2.1	+1.5	+1.4
네델란드	- 4.2	- 3.6	- 4.7	- 5.1	- 3.7	-0.7	-1.4	-1.7
노르웨이	+ 5.2	+ 9.9	+ 1.8	+ 2.6	+ 3.5	+3.9	+3.0	+3.9
오스트리아	- 1.7	- 2.6	- 3.1	- 2.4	- 5.1	-2.1	-2.2	-2.1

포르투갈	+ 5.6	- 7.3	- 2.4	- 5.1	- 5.7	-2.3	-2.0	-1.8
스웨덴	- 4.0	- 3.8	+ 5.4	+ 4.2	- 7.0	+1.9	+0.7	+2.0
스페인	- 2.0	- 5.8	- 3.7	- 4.3	- 7.3	-1.8	-1.8	-1.4
미국	- 1.4	- 3.2	- 1.7	- 2.7	- 1.9	+1.7	1.9	+1.8

[표 12] 공적 예산의 결손분/초과분의 국제비교

< 543 >

유로화 지역의 회원국가에 대한 결손과 초과 그리고 채무현황에 대하여 재정통계가 아니라 이른바 마스트리히트-기준(단락번호 615 이하)에 따라 조사하였다. 그에 따르면 1990년부터 1998년까지 다음과 같은 수치가 나온다.

회원국가	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
벨기에	-5.5	-6.3	-6.9	-7.1	-4.9	-3.9	-3.2	-2.0	-1.3
독일	-2.1	-3.1	-2.6	-3.2	-2.4	-3.3	-3.4	-2.7	-2.1
핀란드	-5.4	-1.5	-5.9	-8.0	-6.4	-4.7	-3.5	-1.1	+1.0
프랑스	-1.6	-2.1	-3.9	-5.8	-5.8	-4.9	-4.1	-3.0	-2.9
아일랜드	-2.3	-2.3	-2.5	-2.4	-1.7	-2.2	-0.4	-0.92	+2.3
이탈리아	-11.1	-10.1	-9.6	-9.5	-9.2	-7.7	-6.7	-2.7	-2.7
룩셈부르크	+5.0	+1.9	+0.8	+1.7	+2.8	+1.9	+2.9	+3.0	+2.1
네델란드	-5.1	-2.9	-3.9	-3.2	-3.8	-4.0	-2.0	-0.9	-0.9
오스트리아	-2.4	-3.0	-2.0	-4.2	-5.0	-5.1	-3.7	-1.9	-2.1
포르투갈	-5.1	-6.0	-3.0	-6.1	-6.0	-5.7	-3.3	-2.5	-2.3
스페인	-4.3	-4.5	-4.1	-7.0	-6.3	-7.3	-4.7	-2.6	-1.8

[표 13] 1990년-1998년 유로-통화지역 회원국가의 결손/초과(국내총생산액에 대한 %)

회원국가	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
벨기에	125.7	127.5	129.0	135.2	133.2	131.0	126.8	121.9	117.3
독일	43.8	41.5	44.1	48.0	50.2	48.3	60.8	51.5	61.0
핀란드	14.5	23.0	41.5	58.0	59.6	48.1	57.8	150.1	49.6
프랑스	35.5	35.8	39.8	45.3	48.5	52.7	55.7	58.1	58.5
아일랜드	96.0	95.3	92.3	96.3	88.2	80.9	71.4	63.4	52.1
이탈리아	98.0	101.5	108.7	119.1	124.9	124.2	124.0	121.6	118.7
룩셈부르크	4.7	4.2	5.1	6.1	5.7	5.9	6.6	6.7	6.7
네델란드	79.1	78.9	79.9	81.1	77.9	79.2	77.1	71.4	67.7

오스트리아	57.9	58.1	58.0	62.7	65.4	69.2	69.6	64.3	63.1
포르투갈	65.3	67.3	60.1	63.1	63.8	65.9	64.9	61.5	57.8
스페인	44.8	45.5	48.0	16.0	62.2	65.6	70.2	68.9	65.6

[표 14] 1990년-1998년 유로-통화지역 회원국가의 명목상 총채무
(국내총생산액에 대한 %)

< 544 >

독일연방공화국의 연방, 주, 지방자치단체 등의 채무가 변천을 살펴보면 여러 가지 유형의 양상이 나타나는 것을 알 수 있다. 연방의 변천양상은 넓은 의미에서 공적 예산 전체의 변천에 그대로 부합하는 것으로 나타난다. 1949년부터 1965년까지 채무가 늘어나는 비율은 매우 낮은 것이 드러났다. 1953년에 순수신용인수가 높았는데 그것은 결정적으로 대외채무에 관한 런던 채무조약의 영향으로 인한 것이었다. 1966년부터 1973년까지 (다만 1969년은 예외이다) 채무현황이 눈에 띄게 분명하게 상승되었는데, 그래도 아직은 상당히 완화된 수준이라고 할 수 있다. 1974년부터 특히 연방에서 상당히 급격하게 순수신용인수가 늘어났는데 이는 공적 예산 전체에 하나의 경향이 라고 인정될 만큼 강력한 추세를 이루었다. 독일 통일을 성취하면서 그에 따라 더 늘어난 국제적 의무를 수행하면서 지출은 더욱 늘어나고 이는 대부분 연방이 부담해야 몫으로 인정되었다.

< 545 >

게다가 특히 연방차원에서 수많은 그 밖의 다수의 이른바 병행예산(sog. Nebenhaushalte)이 부가되는데 특히 특별재산(Sondervermögen)으로 구성된 것이 대표적 사례에 해당된다. 이들은 대부분 “독일통일” 펀즈와 같이 독일의 통일 이후에 비로소 발생하였다. 1989년 그해에 연방, 주, 지방자치단체의 채무는 공적 전체 예산의 채무의 99.25%에 달했는데, 그와 나란히 오직 유럽재건 프로그램-특별재산(das ERP-Sondervermögen)¹⁴²⁾ 하나만 전체채무 중 0.75%를 기록하였을 뿐이었는데, 이와 같은 비율관계가 꼭 10년이 지나고 나자 유럽재건프로그램-특별재산에다가, 다른 무엇보다도 추가적으로

- 독일통일기금(Fonds “Deutsche Einheit”)
- 상속부담상환(Erblastentilgungsfonds)¹⁴³⁾

142) 역주: ERP = European Recovery Programm 유럽재건프로그램

143) 역주: 연방의 특별재산이다. 신탁공사(Treuanstalt), 채무청산기금(Kreditabwicklungsfonds), 지방자치단체의 주거경제 공사의 구채무 중 일부(Teile der alten Schulden der

- 연방철도재산(Bundeseinbahnvermögen)
- 석탄조정기금(Ausgleichsfonds Steinkohleneinsatz)

등이 등장하면서 크게 이전되어 21.9%까지 뛰어올랐는데, 반면에 연방, 주, 지방자치단체 등이 공적 채무 전체에 차지하는 비중은 그저 78.1%에 그치는 것으로 상황이 변경되었다.

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
공적예산	1053.5	1173.9	1345.2	1509.2	1662.2	1996.0	2129.3	2219.2	2282.5
연방	542.2	586.5	611.1	685.3	712.5	756.8	839.9	905.7	958.0
구서독주	328.8	347.4	366.6	393.6	415.1	442.5	477.4	505.3	525.6
구동독주	-	4.9	22.5	40.3	55.7	69.2	81.0	90.2	98.2
구서독 지자체	125.6	132.1	140.1	149.2	155.7	159.6	161.4	163.1	161.0
구동독 지자체	-	8.6	14.5	23.6	32.5	37.0	39.2	39.0	40.0
연방철도 재산	-	-	-	-	71.2	78.4	77.8	77.3	77.2
독일통일 기금	19.8	50.5	74.4	87.7	89.2	87.1	83.5	79.7	79.3
채무청산 종래부담 상환기금	27.6	27.5	91.7	101.2	102.4	328.9	331.9	322.0	305.0
유럽재건 특별재산	9.5	16.4	24.3	28.3	28.0	34.2	34.1	33.7	34.2
석탄투입 조정기금	-	-	-	-	-	2.2	3.1	3.3	4.1

[표 15] 1990년 이래로 통일독일의 공적 예산상 채무의 유형

kommunalen Wohnungswirtschaft) 등을 모두 합해서 상속부담상환기금을 설립하였다. 1995년 1월 1일 최초 채무상황은 3360억 도이체 마르크(환산하여 1717억9천만 유로)이었다. 관련법률 즉 상속부담상환기금 설립 법률(Gesetz über die Errichtung eines Erb-lastentilgungsfonds) 제6조에 따르면 연방은행의 수입으로서 35억 유로 기준으로 그 초과분은 직접 이 기금으로 이전되어 상환에 사용되고, UMTS-배정대가도 또한 여기에 사용되었다. 연계재정(das Prinzip der Anschlussfinanzierung) 문제가 제기된 바 있다. 즉 기금에는 상환이 이루어지지만 그만큼 연방예산에 부담을 주게 되는 결과가 되기 때문이다. 따라서 기금의 상환 여부를 주장하여 전체 예산의 건전성을 주장해서는 안 된다는 것이다. (참고: Bundeskanzlerin Angela Merkel am 14. Januar 2009 in ihrer Regierungserklärung vor dem Deutschen Bundestag)

< 546 >

이와 같은 예산분류 방식은 예산헌법의 실질적 효력에 위협을 가하는 것인데, 특히 의회의 예산승인에 관한 조항, 사후의 재정통제, 경제 정책적 측면에서 예산에 의무를 부과, 연방의 신용인수 등에 관한 조항이 취약하다. 뿐만 아니라 예산분류 방식은 특히 수직적 재정조정에 대한 평가기준의 신뢰성을, 물론 수평적 재정조정에 대한 평가기준도 포함되는데, 훼손시킨다.¹⁴⁴⁾

< 547 >

1999년 6월 21일자 상속부담상환기금, 연방철도재산, 석탄 사용 확보 조정 기금 등의 채무를 연방채무로 공동인수하기 위한 법률(채무공동인수법)(G zur Mit übernahme der Schulden des Erblastentilgungsfonds, des Bundeseisenbahnvermögens sowie des Ausgleichsfonds zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in die Bundesschuld - SchuldMitüG - vom 21.6.1999, BGBl. I 1384)은 1999년 7월 1일자로 효력을 발생하였는데, 이 법률로 인하여 이 3개 특별재산의 이미 상당한 규모로 늘어나 버린 채무를 연방은 공동채무자로서 인수하며 내부관계에서는 유일한 채무자로서 역할을 맡았는데, 70억 도이치마르크를 넘어서는 연방철도의 수익으로부터 나오는 수입과 사회적 시설의 구 채무(Altschulden gesellschaftlicher Einrichtungen)로부터 발생한 청구권에 대하여 구동독주가 지급한 금액 등을 배제하게 된다. 특별재산 자체가 신용 인수한 사례는 그 이후에 찾아볼 수 없었다. 그래도 특별기금은 여하튼 계속 존속하면서 특별기금에게 법률이 부과한 과업을 계속 이행한다. 3870억 도이치마르크가 넘는(상속부담상환기금 약 3050억 도이치마르크, 연방철도재산 약 775억 도이치마르크, 석탄사용 확보 조정기금 약 46억 도이치마르크) 재정채무를 공동 인수함으로써 이들 특별재산의 채무는 동시에 연방채무(Bundesschuld)로 편입되었고, 그 결과 연방채무는 1999년 말 시점에 약1조4000억 도이치마르크로 뛰어올랐다. 채무공동인수법률이 지닌 가장 중요한 의미는, 이 특별재산의 채무이행에 충당할 재원에 대하여 사실상 그리고 법적으로 이전에 벌써 존재했던 연방의 책임을 연방예산에서 분명하게 밝혔다는 점이다. 연방, 주, 지방자치단체가 공적 예산의 채무에 대하여 부담하는 비중이 이로써 다시 한 번 올라 - 계속 상승하는 추세이기는 하지만 - 95%에 이르게 되었다.

144) 이에 관하여 세세한 사항은 Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, passim.

< 548 >

이와 거의 유사한 방식으로 **연방소속 각 주**에서도 변천이 일어났다. 1950년과 1964년 사이에 채무현황은 거의 그대로 유지할 수 있었다. 특별히 언급할 만한 순수신용인수 건 자체가 없었다. 몇 년 동안 심지어 **채무감소(Schuld-
enabbau)**를 추구할 수 있었다. 1965년부터(그러므로 연방보다 더 이전에) 1973년까지 채무상황이 **훨씬 더 분명한 상승비율**을 가졌다는 사실을 확인할 수 있다. 1975년부터, 다시 한 번 뛰어오르기 시작한 것이 1980년이지만, **극단적으로 상승하게** 되었고, 1990년에는 구동독주가 가담하면서 그리고 구서독주의 수입이 감소하면서 더 상승하게 되었다. 연방소속 각 주를 비교하더라도 일관된 양상을 발견할 수 없다. 채무상황은 구서독 주에서 주민 1인당 약 3000 도이치마르크에서 25000 도이치마르크 사이를 오가고, 구동독 주에서는 마찬가지로 상당한 폭이 있긴 하지만 대개 4200 도이치마르크에서 8800 도이치마르크 사이를 오간다(1998년 말 기준).

주	단위: 10억 도이치마르크		주민1인당 도이치마르크				
	지자체	총액	주	지자체	총액		
바덴-뷔르템베르크		52.6	15.7	68.3	5057	1513	6570
바이에른		34.7	24.2	58.9	2881	2004	4885
베를린		53.0	-	53.0	15390	-	15390
브란덴부르크		21.2	3.5	24.7	8278	1360	9638
브레멘		17.0	-	17.0	25068	-	25068
함부르크		28.6	-	28.6	16763	-	16763
헤센		40.4	17.3	57.7	6700	2869	9569
메클렌부르크-포오포멘		11.6	3.7	15.4	6412	2046	8459
니더작센		62.4	17.7	80.1	7963	2261	10224
노르트라인-베스트팔렌		136.7	51.0	187.7	7613	2838	10451
라인란트-팔츠		31.8	8.3	40.1	7938	2059	9998
자아란트		12.9	2.2	15.2	11946	2049	13995
작센		18.1	10.6	28.7	4003	2325	6329
작센-안할트		21.0	2.7	23.7	7745	2097	9842
슐레스비히-홀슈타인		27.9	4.0	32.8	10149	1521	11670
튀링엔		16.1	5.6	21.9	6486	2314	8801
각주총액		586.2	169.7	756.0	7144	2227	9212

[표 16] 1997년 12월 31일 기준 연방소속 각 주와 지방자치단체의 채무현황

< 549 >

지방자치단체의 채무현황 변천은 그에 반하여 다른 양상을 보여준다. 1950년대부터 1964년까지 채무현황의 상승폭은 상대적으로 지방자치단체에서 가장 심각했다. 1964년과 1970년 사이에 두 배로 상승했는데 이는 일반적 추세라고 할 정도이었다. 그렇지만 1970년대에 다시 한 번 지방자치단체의 채무는 두 배로 뛰었다. 그러나 그 상승의 폭은 연방(4배)이나 주(마찬가지로 4배) 등에 비하면 훨씬 적은 것이었다. 1980년대 초에 지방자치단체의 채무현황 역시 눈에 띄게 뛰어올랐다. 그러나 1983년 이래로 강한 안정세가 찾아들었다. 지방자치단체는 1990년까지 실질적으로 일반적인 채무현황의 변천에서 분리되어 있었다. 반면에 1991년 이래로 지방자치단체는 의무가 아닌 영역에서 과업이 상당히 감소되었는데도 안정화할 모든 가능성이 소진되면서 일반적인 채무의 소용돌이에 휘말려 들어가고 말았다. 그 원인은 특히 연방과 주에서 상당한 과업을 지방자치단체에게 이전하면서 (전면적) 비용부담을 거부했다는 것은 물론이고 거기에다가 재정조정 급부가 축소되고 영업세 변동의 폭이 매우 컸다는 사정까지 가세했다는 데 있다. 그렇다고 할지라도 채무비중이 이전되었다는 상황이 특히 그대로 반영되었다고 볼 수 있는 것은, 지방자치단체가 1972년에 연방보다 채무가 더 많았고, 1975년까지 주보다 채무가 더 많아졌다는 사실이다. 그에 반해서 1988년에 연방은 지방자치단체보다 4배, 각 주는 그보다 2배반 더 많은 채무를 부담하게 된다. 1999년 말에 이르러 연방은 이미 지방자치단체보다 7배 더 무거운 채무를 부담하며, 주도 3배 더 무거운 채무에 시달리고 있다.

B. 공적 신용의 형태

< 550 >

공적 신용인수에 관하여 특정한 종류의 채무가 개발되었는데, 특히 법적 형성 측면에서 한편에 신용부여자를 두고 다른 한편에는 여기에서 더 자세히 다룰 수 없는 채무형성의 기술을 두어 상호 구별하였다는 것이다. 가장 많이 활용하는 통상적인 기간으로 신용의 종류를 들어보면 다음과 같다: 공채(Anleihe), 연방채권(Bundessobligation), 연방재무부 채권(Bundesschatzbriefe), 채무증서부 대차(Schuldscheindarlehen), 중기 공채(Kassenobligationen),¹⁴⁵⁾ 무이자

145) 역주: Kassenobligation = 중기공채(public medium term bond) - 국가나 금융기관에서 발급하는 만기가 6년까지인 변동이율부 또는 확정이율부 증서(Vom Staat oder

재무부 지급증서(unverzinsliche Schatzanweisungen), 재무부 어음(Schatzwecksel), 계좌통장 신용(Buchkredite) 등. 위에 열거한 종류의 채권은 만기(Laufzeit)를 기준으로 두 개 유형으로 나눈다. 유동적 채권(schwebende Schulden)은 임시적 필요에 충당하는 데 기여한다. 이 경우 만기가 대개 2년을 넘지 않는다. 그에 반하여 **확정적 채권**(확정공채 Fundierte Schuld)은 **중장기적 관점에서** 신용인수를 통해서 예산지출에 충당할 목적으로 발생하는 것이다.

< 551 >

예산법에서는 사용목적에 따라 채무변제용과 금고강화용 신용으로 분류한다. **채무변제용** 신용(Deckungskredite)은 예산지출에 대한 재정을 확보하는 데 기여하며 예산상 수입으로 처리한다. **금고강화용** 신용(Kassenverstärkungskredite)은 금고현황의 잠정적 변동을 조정하는 데 기여하는 것으로, 지출은 정기적으로 지급되는데 반면에 수입은 조세납입 시기가 부정기적일 수 있기 때문에 발생하는 것이다. 채무변제용이든 금고강화용이든 신용인수에는 언제나 **예산법률에 따른 수권**이라는 요건을 갖추어야 한다.

< 552 >

유가증권법(das Wertpapierrecht)에서는 **증서채무**(Briefschuld)와 **계좌채무**(Buchschuld)를 구별한다. 특별히 채무증서(Schuldurkunde = Brief “채권”)을 작성하는지 아니면 채무계좌(ein Schuldbuch)에 등록하는 것으로 족한지 하는 것이 구별의 기준이다.

< 553 >

신용공급자(Kreditgeber) 측면에서 먼저 **국내신용**과 **외국신용**(Inlands- und Auslandskredite)으로 구별할 수 있다. 국내신용과 달리 외국신용의 경우 내국인에게 처분할 수 있는 자원의 규모가 커지지만, 다만 신용인수 과정에 그에 부응하는 실제적 이전이 이루어진 범위에 한정된다. 그에 이은 다음 해에 그 동안 지속적으로 수행한 채무서비스 급부에 따라 국내 자원에 대한 처분권이 외국으로 이전되는 것이다. 국내의 채권의 경우 은행(중앙은행은 물론 금융기관)과 비은행(사회보험은 물론 기타 금전제공자 특히 사인인 가계, 보험, 건설저축금고 등)은 구별해야 한다.

Instituten ausgegebene fest oder variabel verzinsliche Papiere mit einer Laufzeit bis zu sechs Jahren.)

< 554 >

채권자 구조의 특징으로는 **신용기관(Kreditinstitute)**이 차지하는 비중이 워낙 크다는 점을 들 수 있다. 독일연방공화국에서는 국가채무가 주로 신용기관의 직접 대부(Direktausleihungen)로 구성된다는 점이 바로 여기에서 분명하게 드러난다. 채권자 구조 특히 신용기관과 사인가계 그리고 기업 등이 차지하는 비중 등에 대하여 가장 기본적으로 중요한 요소는 국가채무의 영향력이 **경제적 활동**에 미친다는 점이다. 채권자 구조에 대해서 공적 주체는, 신용의 **만기**라는 수단에 의하여, 그리고 특정한 **채무형태**는 특정한 채권자집단에게 한정된다는 수단에 의하여, 영향력을 미칠 뿐이다.

C. 공적 신용의 기능

< 555 >

공적 신용을 인수하는 데에는 다양한 계기가 그 기반으로 작용한다. 국가 경제라는 측면에서 볼 때 처음부터 공과금 재정확보가 신용인수를 수단으로 한 재정확보보다 우월하다는 원칙이 처음부터 확립된 것은 아니었다. 오히려 판단기준으로 작용한 것은, 과연 어떤 수단을 채택해야 국가가 그때마다 주어질 상황에서 자신의 정당한 청구권을, 경제전체의 급부잠재력에 대하여 경쟁하는 사인의 수요에 대처하면서 경제나 재정 등의 안정성에 위협을 가하지 않으면서 적절한 경제성장을 실현하면서, 관철시킬 수 있느냐 하는 요소이었다. **채무정책(Schuldenpolitik)**을 동원하여 공적 예산이 추구하는 목적은 집합적 성격을 지녔다: 가능한 한 낮은 비용으로 **과업에 대한 재정의 확보**, **국민경제적 생산력**을 최적으로 투입, 수입·재산·부담 등을 **정의롭게 배분**, **경기변동과 가격상승을 완화** 등. 그러므로 공적 예산의 채무정책의 부문에 개별 경제적 재정의 원칙을 그대로 이전하여 적용할 가능성은 거의 없다.

< 556 >

공적 주체의 신용인수는 일차적으로 예산조정이라는 목표에 대한 **충당재원을 창출**하는 데 기여한다. 채무를 설정하는 계기는 임기응변으로 대처해야 할 예산조정(금고강화용 신용인수로서 더 자세한 사항은 여기에서 다루지 않는다.)은 물론 지속적으로 그리고 장기에 걸쳐 계획을 세운 채무인수이기도 한데, 이는 지출을 감소시켜도(과업축소) 공과금 또는 경제적 활동 등으로부터 지속적으로 나오는 수입을 확대한다고 해도 심지어 비축금을 포기해도 조정할 수 없거나 조정해서는 안 되는 경우(정치적 형성의 영역)와 같이, 예

산에서 재정상 부족이 존재하기 때문에 설정한 것이다. **정치적 저항**은 공과금을 인상할 때와 비교하여 신용인수 할 때 통상적으로 더 적고, 국가가 신용의 수급자로서 상대적으로 이율에 대하여 비탄력적이기 때문에, 공적 신용의 원칙이 구성되며, 이로써 과도한 신용인수 재정확보를 저지해야 하며 공적 신용인수에 관한 법적 요건의 기초를 구성해야 하는 것이다(단락번호 570 이하).

< 557 >

공적 신용의 재정적 기능에 대한 주로 **3개 논거**가 제시되었다. 서울의 **급격한 변동을 피해야**, 기간 단위로 여러 개 사이에 **납세자에게 비슷한 부담**을 과해야, **세대 간에 정의롭게 부담을 배분**해야 한다는 등의 논거가 그것이다. 이들 논거는 어떤 경우이든 다음과 같은 구조의 논의에 타당하다. 오로지 잠정적인 것이지만 예측가능하지 않는 지출증가의 필요 또는 수입의 누락 등에 해당되는 경우, 변동논거는 타당성을 인정해야 하는데, 왜냐하면 공적 신용인수에 의한 예산조정으로 급격한 임시용변적 서울의 변경을 회피할 수 있기 때문이다. 신용인수로써 공적 투자의 재원을 마련하였을 경우, 이로써 설립한 시설을 이용하면서 점차로 이자를 지급하고 원금을 상환한다면, 공과금 의무자가 개인적으로 그리고 시간적으로 그렇지 않으면 감수했어야 할 부담이 이와 같은 자본투자를 이용하면서 배분되는 데(**pay-as-you-use** **당신이 쓰는 만큼 내면 됩니다**) 부합하여 구성될 것이다. 즉 **설립기간** 내의 조세 수입에서 나오는 투자비용 대신에 이 경우 신용인수의 수단을 통하여 **장기적으로** 이용자의 수수료 또는 분담금으로써 재원을 확보할 수 있기 때문이다(이자 지급과 원금 상환 급부 등을 수수료 내지 분담금의 규모를 결정하는 데 편입시킨다).

< 558 >

공적 신용의 기능은 그렇지만, 결손재정에 대한 단순한 재원을 예산총액에서 산출된 잔존규모의 것이라고 표현하는 식으로 축소하게 방치해서는 안 된다. 채무인수는 오히려 경기, 배분, 성장 등의 정책적 목표를 추구하기 위해 동원해야 할 **경제적 수단**으로 처분목록에 올라있는 것이다. 바로 그 신용인수는 표준적인 수단으로서, 이를 이용하여 공적 예산에서 자신의 과업 즉 수입과 지출의 규모와 구조를 **전략적으로 변경**하여 **경기진작**에 기여한다는 과업을 수행할 수 있다. 국가채무를 인수하고 상환한다는 등의 수단을 동원함으로써 그리고 신용인수로 확보한 수입을 사용함으로써 공적 예산에서는

통화량을 박탈했다가 공급했다 하는 효과를 미칠 수 있다. 다양한 재원의 원천과 사용 등의 종류를 수단으로 공적 예산은 **경제 전부분의 공급, 전부분의 수요, 취업율, 물가지수** 등에 차별적으로 영향력을 미칠 수 있다. 공적 예산은 그와 같이, 채무정책을 수단으로 **전체 경제적 목표**를 지향하면 **탄력성 있는 시장의 행위**를 수단으로 (채무상황의 수준, 신용의 만기과 이율, 채권자 구조에 대한 영향 등에 변동은 가하여) 경제와 경기순환 측면의 요구에 적응하는 등의 가능성을 확보하는 것이다. 1967년 6월 8일 기본법에 도입하고 기본법 제109조 제2항 그리고 그에 부응하는 **규범적 의무**를 연방과 연방소속 각 주에게 부과하는 내용을 규정한 **안정화법률(das Stabilitätsgesetz)** 등에서는, 이들이 예산활동을 전개할 경우 전체 경제적 균형에 요구되는 사항을 고려해야 한다고 명문으로 규정하였다. 공적 채무정책은 이로써 **경기안정화 수요 규율**이라는 기여사항을 의식해야 하는데, 이는 전체 경제적 균형에 모종의 장애기 등장하는 즉시, 그리고 신용 정책적 수단으로 제거할 수 있는 것인 한이라는 범위에 한정된다. 공적 신용의 경제적 기능을 단순화하면 다음과 같이 말할 수 있다. 노동력과 잠재여력의 본래 수준보다 **낮은 취업상태인** 경우 (추가적으로) 공적 신용은 **지금까지 계획되어 있던 지출**에 대하여 재정을 확실하게 동원할 수 있다. 즉 신용이 경기에 따라 달라질 수밖에 없어 발생한 조세의 결여 부분을 보전할 뿐만 아니라 **추가적으로** 경기를 진작시킬 **지출** 부분에 대한 **재정도 확보**해 주어, 사인의 수용 결여부분을 충전시키는 것이다. 반면에서 높은 취업상태인 경우 신용인수는 지금까지 계획했던 규모에서 실현할 수 없다고 한다. 경기에 따라 조세의 초과수입이 발생하여 **신용의 필요를 축소**시키는 결과를 초래하고, **지출을 억제**적으로 형성하여 처분의 여유가 생긴 재원이 마찬가지로 신용인수에 제한을 가하는 데 기여하며, 필요한 경우 **세율을 인상**할 수 있고 **예비금을 축적**할 수도 있다. 그런데 실업율도 높는데 동시에 상당한 물가상승이 일어나는 경우 (이른바 스태그플레이션) (추가적으로) **신용인수**를 고려하는 것이라면, 이는 사부분의 신용수요가 후퇴하면서 **저축행위**의 강도가 높아지는 사태를 **중립화**한다든지 또는 이와 같은 불균형이 더 이상 심화하는 것을 저지하기 위기 위하여 신용인수를 **회피**할 수 **없다**든지 등의 경우에 해당된다. 그때마다 전체 경제의 상황에 따라 공적 신용인수가, 다른 수입으로서 충당할 재원을 확보할 수 없는 경우에 **국가과업의 재정 확보**, 그리고 **경기의 안정화** 등에 기여할 것이다. 이 두 가지 기능은 서로 반대성향을 가진 것일 수 있지만, 중복해서 서로 얽혀있기도 한데, 왜냐하면 공적 신용인수가 재정확보가 필요하다는 근거가 있어야 하고 공

적 신용인수에는 **균형을 지향하는 채무성립**이 또한 등장해야 하기 때문이다.

< 559 >

국가채무의 경제적 기능은 지난 20여 년 동안 **현실적으로 구현**되면서 다양한 **어려움**에 부딪혔고, 그 결과 1967년 경제후퇴 시기에 초기 성공의 실적을 올렸지만, 그 후에 특히 1970년대 중반기에 이르면 보통 기대했던 성과를 거두지 못하고 말았다. 그 원인을 살펴보면 대개 다음과 같다.

- 경기의 흐름에 관한 **진단**과 **예측**의 문제
- **목표의 목록**(마술 같은 4각형)은 물론 신용정책의 **수단** 등이 지닌 **다차원성**
- 국가의 재화수요에 관하여 국가가 수행하는 과업영역을 **그 쪽 측면에서 강조하여 집중**
- 경기 순환적 실업이 아니라 구조적 실업에 대한 **세계적인 수요의 팽창**이라는 목적을 달성할 수 없는 수단
- 마지막으로 바로 경기상황이 좋을 때 한 번 의결을 거친 국가의 과업과 지출 수준의 정치적으로 그리고 법적으로 (**한 번 허용한 법률 차원의 급부청구권의 폐기**) 매우 어려운 축소

< 560 >

위에서 설명한 바와 같이 독일(단락번호 536 이하) 그리고 수많은 다른 나라에서(단락번호 542 이하) 강행했던 채무정책을 통해서 얻은 실무적 경험을 반성하면서 **케인즈(Keynes)**의 기본개념에 관하여 그 동안 상당히 크게 의심하게 되었는데, 이에 대하여 프리아오프(Friauf)가 (HStR IV, § 91 Rdn. 10) 한 눈에 알아볼 수 있게 다음과 같이 설명하였다.

“다른 약품이 그렇듯이, 경제순환 정책적으로 투입한 국가신용의 경우도 마찬가지로인데, 투약량이 과도하게 많으면 환자를 치유할 수 없는 예가 흔하며, 오히려 더 심각한 건강상 훼손을 준다. 반드시 이와 같은 위험은, 민주주의 국가에서는 그 활동주체가 넓게 일반인의 승인의 의존해야 하므로, 특히 심각하게 검토해야 한다. 국가의 지출계획이 약속한 바는, 바로 신용으로 그 재원을 확보하고 그로 말미암아 납세자가 그 순간 부담을 전혀 느낄 수 없는 경우, 즉각 효과가 있는 정치적 우월성 내지 이익인 것인데, 반면에 과도하게 신용인수를 늘려서 생기는 부정적 효과는 나중에야 나타나며 나타난다고 해도 정작 그 원인의 연계로 인하여 대부분 분명하게

그 원인을 밝힐 수 없다. 국가신용의 매혹적 힘은 그렇게 해서 민주주의 체계의 아킬레스 근으로 바뀔 수 있는 것이다.”

D. 공적 신용의 효과

< 561 >

공적 신용인수의 법적 요건과 한계를 특정하자면 이 주제를 더 세세하게 살펴보아야 한다.

- 공적 채무는 **미래의 세대에게 부담을 준다.**
- 공적 채무는 **사회적 목적에 배치되게 즉 부유층에게 유리하게 소득을 배분한다.**

만약 제1 명제가 타당하다면, 이 명제는 법적 규율에 대한 제한적으로 해석하게 뿐만 아니라 공적 신용인수를 정당화하게 만들 것이다. 제한적 처리로부터 당연히 도출되는 결론을 살펴보자면, 만약 **현재 소비**라는 부담이 미래의 세대에게 부과된다고 인정할 경우, 미래세대도 이로 인하여 얻는 **수익이 없다고** 인정해야 할 것이다. 공적 신용인수를 정당화할 수 있는 범위가 그에 따라 한정되는데, 즉 **신용으로 재정을 확보한 투자가** 미래 세대에게 유익하다고 평가할 정도가 그것이다.

I. 시점 간 부담 이전

< 562 >

기본명제(Ausgangsthese)에 따르면 **공적 부채는 미래 세대에게 부담을 준다**고 하는데, 이에 대하여 재정학의 인식상황은 최근 200년 동안 부분적으로 변천을 겪었고, 부분적으로 섬세하게 이론을 다듬었다. 본질적으로 **4개** 아래에서 더 세세하게 그러나 대강 다룰 단서를 구별해야 한다. **고전적 견해**(die klassische Auffassung), **신 고전추수적 견해**(die “Neue Orthodoxie”), **실용주의적 이론**(der “Utility Approach”), **총량형 투자 이론**(“der Aggregate Investment Approach”) 등.

< 563 >

1789년 국가채무에 대한 **아담 스미스**의 평가(단락번호 529) 이래로 20세기에 이르기까지 국가의 신용인수는 **미래에 대한 부담**이라고 인정되었다. 만약 공과금을 징수한다면, 국가의 지출에 대한 재원은 현재 공과금 의무자에게

재정상 부담을 과할 것이지만, 반면에 신용을 인수한다는 수단을 동원하면 이들에게 부담을 면제하게 될 것이다. 그래서 미래의 공과금 의무자에게 그 신용에 대한 이자와 원금 부담에 충당할 재정에 필요한 지출은 결국 공과금 부담으로 과할 것이다. **고전적 견해**에 따르면 **국가채무**는 언제나 **시간대**의 한 시점에서 다른 시점으로 **부담을 이전**하는 행위와 결부되어 있고, 그 이전으로 말미암아 **이자와 원금 상환의 크기만큼** 부담이 미래 시점에 발생한다. 이와 같은 기본개념을 기반으로 **신용을 수단으로 재정 확보를 정당**하다고 평가하려면, 오로지 그것이 동시에 **미래의 세대에게도 이익**이 될 것이라고 인정되는 지출이어야 한다. 신용으로 국가의 투자에 대한 재원을 확보할 경우 **현재와 미래 사이에 이익과 불이익을 배분하는 데 정의로워야** 한다는 요구를 충족시켜야 할 것인데, 왜냐하면 공적 투자는 미래에도 또한 수익을 발생할 기초를 마련하는 것이기 때문이다. 결국 그에 대해서 미래에 상당한 부담을 감수해야 할 것인데, 그 사실이야말로 신용인수로써 부담을 미래에 이전하는 것을 가능하게 했던 근거이며, 최종적으로는 **시간대에 걸친 수익-부담-균형**을 창출해야 한다는 것이다. 이와 같은 논거를 기반으로 국가투자의 활동과 관련하여 처음에 인용했던 **로렌즈 폰 슈타인**의 명제를 설명할 수 있다. 즉 국가로서 국가채무가 없다면, 미래에 대하여 너무 적게 기여하는 것이든지 현재로부터 너무 많은 것을 요구하는 셈이 된다.

< 564 >

고전적 견해의 이론적 기초에 대하여 비판을 가하는 것은 제2차 세계대전 이후의 이른바 **신 고전주의 주의자**(die sog. "Neue Orthodoxie")이다. 이들이 다루는 대상은 공적 **신용인수를 수단으로** 동원해서는 결코 **부담을 미래에 이전**하는 결과를 획득할 수 있다는 것 그 자체이다. 잠재생산력을 전적으로 활용할 경우 이 견해가 전제로 인정해야 할 사항은, 그렇게 폐쇄적으로 완결된 국민경제에서 국민경제적 **자원을 오로지 한 번 청구**할 수 있다는 것이다. 필요한 재화와 용역은 그와 다른 현재 사용에 전용되었을 거라고 보는 것이다. 재정의 **형태**가 (공과금 징수 또는 신용인수 등) 그 범위에 해당되는 한 **중요하지 않다**는 것이다. 그리하여 시간대에 걸쳐 부담을 이전하는 가능성 자체가 누락된다. 외국채무를 제외한다면 미래의 **이자지급과 원금상환** 등 역시 **미래의 부담일 수 없다**. 왜냐하면 그 범위에 관한 한 미래에 필요한 금원은 사회의 같은 구성원에 의하여 (즉 **조세납부자**로서) 납입될 것이기 때문이라고 하며, 그 금원을 이들이 (**신용채권자**로서) 다시 받게 되는 것이라고 한다. 그러므로 이것은 **시점 사이가 아니라** - 조세납부자와 신용채권자의 전면

적 동일성이 결여되었으므로 - 오직 인적 집단 사이의 배분효과만 나타날 뿐이라고 한다. 그 명제는 다음과 같다. 우리가 우리 자신에게 갚는다(We pay it to ourselves.). 채권자와 채무자 지위가 상쇄되고 그 결과 재산 측면에서 또한 국가의 채무는 미래의 부를 박탈하는 것은 아니다. 우리가 우리 자신에게 빚진 것이다(We owe it to ourselves.).

< 565 >

이 견해는 1950년대에 널리 관철되었는데, 특히 1958년 부캐넌(Buchanan)이 격렬한 비판을 가하였고, 새로 변천된 평가를 받게 되었다. 부캐넌은 금전지급의 임의성과 개인적 수익의 감수 등의 관점을 자신의 중심적 논거로 제시하였다(“실용주의적 접근” “Utility Approach”). 오직 개인적으로 수익의 손실을 기준으로 현재과 미래의 부담을 평가해야 한다는 것이다. 만약 국가가 공과금 징수 대신에 신용 인수를 수단으로 재정을 확보했다면, 현재 부담은 없을 것이다. 임의로 신용채원을 국가에게 일정한 대가를 받고 부여한 것은 금원제공자에 대해서는 수익의 손실도 아니고 그러므로 부담의 발생도 아닌 것이라고 한다. 그렇지만 부담은 미래에 이자지급과 원금상환 등으로 나타나는데, 이는 고권적으로 부과된 공과금을 수단으로 충당될 것이고, 당사자로부터 이로써 구매력을 박탈하고 이들에게 소비 및 수익 등의 상실을 과하는 것이라고 한다. 사후에 공과금으로 재정을 확보해야 한다는 강제적 성격을 지녔고 그로 인하여 당사자인 시민이 수익을 상실할 수밖에 없다는 사실과 연계된다는 것이 바로 부담의 미래로 이전의 내용이다. 부캐넌의 이론적 단서에 많은 지지가 있었지만, 비판 또한 적지 않았는데, 대개 “상식적-견지” 즉 비경제학자로서 특히 법률가로서 밝힌 견해라는 평가를 받았다.

< 566 >

부캐넌의 견해에서 벗어난 다른 이론적 단서를 개발한 것이 이른바 “총량형 투자 이론”이었다. 이에 따르면 공과금 또는 신용인수 등에 의한 재정확보가 경제성장에 어떤 영향을 미칠 것인지 하는 논점이 가장 중요한 판단기준이라고 한다. 일단 완전고용(Vollbeschäftigung) 상태인 경우라면 국가는 자신의 지출에 대하여, 사인의 소비 또는 사인의 경제 등에 부담을 주어야만 비로소 그 재원을 확보할 수 있다는 전제를 인정한 다음에는, 위에서 제시한 이론적 단서가 초래하는 결론을 살펴보면, 공과금 재정확보는 그 자체의 경향성으로 말미암아 사인의 소비를 상대적으로 강하게 억제하는 결과를 초래하는데, 반면에 공적 신용인수는 사인의 축적된 자본을 요구하고 그에 따라

그 자체의 경향성으로 말미암아 **사인의 투자**에 해당된다는 것이다. 표현을 바꾸어 보면 공적 신용의 목적인 수입은 그렇지 않을 경우 대부분 사인의 투자에, 공과금의 목적인 수입은 그렇지 않을 경우 주로 사인의 소비에 사용되었을 것이라고 한다. 공적 예산에서 **공과금 재정확보 대신에 신용인수**를 선택하였다고 할 경우, **사인의 투자 총액은 축소**된다는 것이다(**총량투자**). 이렇게 배제하는 방식은 **금리를 인상**하는 것이라고 한다. 공적 신용인수는 **상대적으로 더 높은 현재소비**로 말미암아 **성장에 부정적**인 영향을 미치는 경향을 지녔다고 한다. 공적 신용인수로 인하여 사적 잠재생산력은 더 적게 구성되며, 이로써 미래에 대하여 더 적은 자본스톡을 상속해 주게 된다고 한다. 상대적으로 더 높은 현재소비로 말미암아 잠재생산력의 성장이 감소한 결과 **미래의 실제소득이 감소**하고 이로써 **미래에 대하여 소비를 감소**시켜야 한다는 부담을 과한다고 한다. 바로 여기에서 국가채무가 원인으로 발생한 현재와 미래 시점 간 부담의 이전이 일어난다고 한다. 이와 같은 이론적 단서의 근거를 찾아보면 이른바 “**국가채무의 환상(Staatsschuldillusion)**”이라는 관점이 드러난다. 그러나 국가의 신용인수는 물론 이자를 포함하여 후에 반드시 공과금으로 지급해야 한다는 사실을 시민은 알고 있음에 틀림없다. 그러나 시민으로서 **미래의 부담을 너무 낮게 평가**하는 경향에 기울어지기 마련이다. 공과금 재정확보에 대하여 신용인수가 시민에게는 자신의 수입 중 상당한 부분을 현재 허용하는 것이다. 나머지 금액은 그러나 미래에 관한 배려로 저축하지 아니하고 이로써 미래의 성장에 기여하지 않고, 오히려 소비해 버리고 만다. **그렇게 한 만큼 공적 신용인수는 사인의 투자와 경제적 성장 등을 비용으로 삼아 현재 사인의 소비를 확대**하는 것이다. 이와 같은 견해 역시 긍정적 지지와 함께 부정적 비판을 받게 되었다(Heun, Die Verwaltung 1985, S. 1, 10 f. m.w.N. 참조). 특히 이 견해에 유보된 사항이라고 하면, 금리형성과 국가채무에 판단기준이 될 관점이 지닌 다차원성을 전면적으로 파악하지는 못했다는 것이다. 그렇다고 하더라도 총량투자 이론이 오늘날 시점 간 부담 이전에 대하여 가장 실효성이 높으며 가장 타당한 분석이라는 점은 용인해야 할 것이다.

< 567 >

재정학의 논의상황을 개관한 결과 그 **결론**으로서 앞으로 논의에서 다음 사항은 그대로 인정해야 한다. **공적 신용인수는 부분적으로 미래에 대하여 시점 간 부담의 이전**의 결과를 초래한다. 공적 신용인수는 조세 재정확보와 비교할 때 **그 경향 자체로서 축출효과(Verdrängungseffekte)**를 지닌다. 물론 그

규모가 어느 정도인지 정확하게 측정할 수는 없다. 이는 국가채무의 크기와 동일하게 평가해서는 안 된다. 완전고용 상태로는 이론적 단서가 전제로 설정되어 있기 때문에, 배제의 설득력은 **경기가 호황일** 경우에는 제한 없이 타당하다고 인정할 수 있다. 그러나 **경기후퇴** 시기에는 신용의 잠재력이 모두 소진되는 것이 아니다. 경기후퇴 단계에서 국가의 신용인수는 그러므로 시점 간 부담의 이전이 실제적으로 거의 또는 전혀 일어나지 않는다. 만약 어떤 시기이든 납세자가 당시 시점에서 수익을 내치는 과거의 투자로 인한 재정 부담으로부터 면제되었을 경우, 그렇다고 해서 시점 간 정의 원리로부터 나오는 명령이, 모든 미래의 수익을 위하여 새로 가동한 투자에 대하여 신용인수 수단으로 재정을 확보해야 한다는 것은 아니다. 지속적으로 공적 예산의 투자가 이루어지려면 시점 간 부담 배분을 정의롭게 해야 한다는 관점에서 신용인수에 의한 재원확보를 요구하는 것은 아니다. 그러나 거꾸로 보면, 신용인수로써 재정을 확보하는 것이 이 관점에서 보아 허용되지 않는 것도 아니다.

II. 인적 집단 간 배분효과

< 568 >

1960년대 말까지 공적 신용인수는 거의 하나같이 **인적 집단 간 비사회적 배분효과**를 냈다고 평가되었는데, 왜냐하면 이는 상대적으로 더 높은 소득계층에게 유리하게 소득을 분배하였기 때문이라고 한다. 공적 신용인수의 채권자 즉 이자수령자는 주로 상대적으로 더 높은 소득계층이라고 하며, 채무지급에 필요한 공과금은 그에 반하여 전체 주민이 납부한 것이었다고 한다. 이 자지급이 이전급부(Transferleistung)로서 소득의 배분 효과 즉 이자의 재원을 납부하는 공과금 의무자로부터 소득이 높은 이자수령자로 이전하는 효과를 지녔다고 한다.

< 569 >

이 명제는 이미 오류라고 증명된 것으로 볼 수 있다. 신용채권자의 **이자수입은 국가채무로 인하여 발생하는 것이 아니다**. 신용채권자는 신용공급에 대하여 이자지급을 받을 뿐이며, 국가나 사인 중 누가 채무자이든 그에 따라 달라질 바 없다. 만약 국가가 신용인수를 포기한다고 해도 그때 역시 신용채권자는 자신의 자본을 투자할 것이며 사인인 채무자의 이자지급으로 그와 거의 동일한 수입을 획득할 수 있을 것이다. 그렇다고 할지라도 완전고용 상태에서 국가가 공과금 재정확보 대신에 신용인수를 택할 경우 **금리가 인상**

되는 효과를 야기할 가능성이 있다. 금리 인상으로 인한 **이자수입의 확대**는 다시 추가적으로 간접적이지만 소득을 배분하는 효과를 가져 온다. 게다가 전제로 인정한 명제에서 간과한 사실이 있다. 즉 수입이 더 높은 계층과 집단이 조세수입에 대하여 누진적 비율로 기여할 뿐만 아니라, 이자수입이 이들의 명목가치로서 전면적으로 조세대상에 편입되므로, 결과적으로 여하튼 그때마다 일어날 배분효과는 거의 측정할 수 없는 수준에서 이루어지는 것 뿐이다.

E. 공적인 기채의 법률적 조건과 제한

< 570 >

예산년도에서 기채의 제한과 지역단체의 채무상태 범위의 제한은 구분해야 한다. 지금까지 독일에서는 공적 예산에 대한 **채무상태의 제한**과 관련하여 법률의 규정이 존재하지 않았다. 반면에 **예산년도에서 기채**는 규정되어 있었다. 이것과 관련된 규정은 기본법, 주 헌법 그리고 기본단위 지방자치단체 규정과 지방자치단체조합 규정에서 볼 수 있다. **유럽공동체조약 제104조, 제121조(개정 전 제104c조, 제109j조)**에 따르면, 독일 연방공화국은 **유로 통화지역의** 구성원으로서 과도한 공적인 부족분을 예방하기 위한 의무를 부담하고 있었다. 예산원칙에 대한 준수여부의 판단은 예정되었거나 실질적인 공적 부족분의 관계뿐만 아니라 각각의 국내총생산에 대한 공적 채무상태의 관계에 따라 달라진다. 지금까지 독일에서는 이러한 의무에 대하여 국가 내부로 전환 한 바 없었다(단락번호 628 이하).

I. 기본법 제109조 제2항, 제115조 제1항 제2문의 헌법 규정

< 571 >

연방과 주 정부들은 기본법 제109조 제1항에 따라 그들 각각의 고유한 국가성의 결과로서 독자적이면서 상호 종속되지 않다는 점에서, 그들의 예산경제에서 전체예산에 대한 균형의 요구사항을 고려해야만 한다(기본법 제109조 제2항). 기채로부터 발생하는 수입은 예산계획에 평가된 투자에 대한 지출의 합계를 초과하지는 못한다; 단지 전체경제의 균형에 대한 장애를 예방하기 위하여 예외가 허용된다(기본법 제115조 제1항 제2문). 기채의 수용은 기본법 제115조 제1항 제1문에 따라 정해진 사항이나 정해질 수 있는 권한에 따른 범위를 준수해야 한다(보증, 보장 또는 미래의 결산년도에 지출을 야기할 수

있는 그 밖의 급부보장). 기본법 제115조 제1항 제1문에 따른 이러한 특별한 **법률유보는 민주주의의 정당성을 확실히 하였고, 입법부를 통한 행정부의 집행**을 보장한다. 또한 법률유보는 예산 제정권자에게 의회의 동의권을 보장한다. 그것은 의회유보의 민주주의적인 기능의 표현이다. 그러므로 이러한 방법으로 동시에 중요한 정치위임이면서 정치안정적인 날짜를 정할 수 있는 **의회에 채무수준 정치의 형성특권이 부여되어 있다**. 기본법 제115조 제1항 제1문에 있는 법률유보의 법치주의적인 기능은, 국가채무를 제한하고 그것을 산정가능하면서 투명하게 하며 공공성을 경고하며 통제를 가능하게 하는 데 있다.

세부사항이 연방법에 의하여 정해진다는 점은 기본법 제115조 제1항 제3문에 규정하였다. 이러한 사항은 1990년에야 공포되었다. 그러므로 **헌법의 투자개념을 구체화하기 위하여** 연방헌법재판소(E 79, 311, 354)에 의하여 경고 받은 위임을 연방은, 현재 연방예산규정(BHO) 제13조 제3항 제2호, 예산기본법(HGrG) 제10조 제3항 제2호에 있는 행정규정을 근거로 하여 행사되고 있는 국가실무를 법률로 끌어올리는 것을 통하여 이행하였다(단락번호 578 이하).

< 572 >

예산개혁이 있기 전까지(1969년) 다음의 예산이 적용되고 있었다; 1871년 **비스마르크 제국헌법** 제73조는 규정하고 있었다: 특수한 필요성이 발생한 경우에 제국입법의 방법에서 차관의 도입과 보장의 인수는 제국의 부담으로 하였다. 비스마르크 제국헌법 제87조 제1문 규정에 따르면서 신용의 방법에서 금전재원은 단지 특수한 필요성을 요구하고, 일반적으로 획득된 목적의 지출에 대하여만 단지 제공된다. 기본법 제115조가 원칙적으로 그것에 상응한다. 이러한 헌법규정에 따라, 공적인 기채는 단지 예외적인 상황에서만 허용되었다. 그것을 통하여 도달된 수입은, 일상적인 예산 이외에 발생하는 특수하게 분리되어 조정되는 예산(**이른바 객관성에 기속된 보상원칙**)의 영역에서 특정 이자의 개별적인 업무(획득된 목적)에 대한 보상에 기여한다. 이러한 헌법적인 상황은, 국가지출은 원칙적으로 조세수입을 통하여 재정이 발생하여야 한다고 하는 원칙을 근거로 하고 있다. 소득을 가져오는 대상의 재원을 마련하는 경우에만 하나의 예외가 고려된다. 그러므로 그것은 객관적이어야만 한다는 것이다. 특수예산의 분리뿐만 아니라 신용재원의 특정 지출에 대한 엄격한 기속은 - 1967년 기본법 제109조 제2항의 도입 이후이기 때문에 - 더 이상 타당한 것으로 인정되지 않는다. 필요성과 획득된 목적에 대한 특수

성이라는 특징을 갖는 기채의 일방적인 이행을 가지고, 현재의 경기상태에 역행하는(**antizyklische**) 재정정책을 수행할 수 없다. 기본법 제109조 제2항으로 1967년 도입된 연방과 주정부에서 전체경제의 균형에 대한 예산제정권자의 의무는 독일 헌법사에서 한 번의 실례도 찾을 수 없다.

< 573 >

기본법 제115조 제1항 제2문의 새로운 조항(1969)으로 인하여 국가의 기채에 대하여 전체경제적인 요구사항을 고려하게 되었다. 신용의 관련범위로서 각각의 업무 대신에, **신용의 상한으로서 원칙적으로 예산계획에 산정된 투자지출의 전체금액**이 기본법 제115조 제1항 제2문에 발생되었다. 이러한 제한은, 만약 그것이 **전체경제의 균형을 교란하는 것을 예방하기 위하여** 제공되는 경우에, 기본법 제115조 제1항 제2문에 따라 **상대화된다**. 대상에 기속된 보상원칙은, 기본법 제115조 제1항 제2문에서 예나 지금이나 핵심적인 사고를 표현하고 있다.

- 투자의 신용제정의 원칙적인 허용은 국민경제적인 생산성을 상승시키는 국가의 업무,
- 신용으로부터 발생하는 계속되는 지출의 재정에 대하여 원칙적으로 허용하지 않는 것.

그것은 **상황에 연관된(경기변동과 관련된) 고려사항을 통하여 수정된 총투자**와 관련된 보상원칙으로 된다. 기본법 제115조 제1항 제2문에서는 채무를 예산법적으로 추구되고 있는 특수한 필요성과 획득된 목적에의 기속으로부터 면하게 한다. 예산법적인 조치 대신에 기본법 제109조 제2항의 의미에서 **경기변동 정책적인 과제**가 발생한다. 그러한 기속은 기채에 역시 확장된다. 왜냐하면 그것은 예산경제의 구성부분이기 때문이다. 그에 상응하여 기본법 제115조 제1항 제2문은 **전체경제의 정상적인 상황과 전체경제의 균형에 대한 장애**를 구분한다.

< 574 >

정상적인 상황에서 기채는 배제되지 않는다. 오히려 기채가 허용된다. 그러나 전체경제의 균형의 요구사항에 대한 보장에서 제공된 것 같이 보이는 조치에 따라 그것은 제한된다. 이러한 요구사항들에 대하여 고려해야 한다. 그것에 따르면, 만약 전체경제의 균형유지를 지향하는 중장기형의 경제정책과 관련하여 그러한 예산이 필요한 것으로 보이는 경우에, 기채는 작게 유지

되어야 하거나, 전체경제적인 이익에서 발생하는 현저한 채무는 축소될 수 있어야 한다. 그 이외의 것에 대하여 헌법은 예산의 전통적인 필요성 기능에 대한 여지와 필요보상에 기여하는 지출에 집중적인 정책적 목적의 다양성에 대한 여지를 준다. 동시에 기본법 제115조 제1항 제2문에서 예전의 보상규정의 근본원칙에 기속되어 있다. 미래의 수입에 대한 예산경제의 침해는, 신용이 **미래에 유리한 특징을 갖는 지출범위**에서만 청구권 행사가 가능하다는 점을 통하여 제한되어야 한다(BVerfGE 79, 313, 334).

< 575 >

전체경제의 균형에 **장애가 발생하는 상황**에서는 기본법 제115조 제1항 제2문이 기채에 대한 **제한의 예외**를 허용한다. 전체경제에 대한 균형의 요구사항과 장애상황 즉 경기변동의 하강 시 충분하게 될 수 있고, 기본법 제115조 제1항 제2문이 기본법 제109조 제2항과 대립되지 않도록 하기 위하여 동 규정이 필요한 것이다. 동 규정은 기본법 제109조 제2항과 기본법 제115조 제1항 제2문의 시스템적인 결합 내에 존재하고, 규칙에 대한 예외를 - 제한의 요건에 종속하여 - 제시하고 있다. **전체경제적인 균형**은 동시에 **두 가지 의미**를 가지고 있다. 한편으로 그것의 장애는, 동 규정 전단의 신용한계에 대하여 발생할 수 있는 남용에 대한 **구성요건의 전제조건**이다. 그리고 또 다른 한편으로 그것의 회복은 **예외규정의 청구에 대한 목적과 목표**이다: 신용상한의 남용은 단지 장애를 예방하기 위해서만 허용된다. 그러므로 전체경제적인 균형은 고려해야 하는 관련범위일 뿐만 아니라 행위의 목적과 목표이기도 하다(BVerfGE 79, 311, 335). 기본법 제109조 제2항, 제115조 제1항 제2문의 규정개념에, 수요에 연계되어 있는 경제적인 경기변동의 영향은 국가의 예산정책을 통하여 가능하고 제공되는 것으로 보는 사고에 기반을 두고 있다.

< 576 >

이러한 개념은 국가채무가 현저한 증가를 개시한 이래로, 특히 예산정책적인 제도에서 관찰되는 기능의 취약점 측면에서 전에 발생된 채무의 축소에 있어, 격렬한 비판의 목소리가 더욱 높아지게 되었다.¹⁴⁶⁾ 헌법을 개정하고자 하는 입법자는, 비록 그가 마야스트리트 수렴기준(단락번호 615 이하)에 대한 규정작업을 통하여 새로운 동기를 얻었다 할지라도, 아직까지 이러한 비판에 가담하지 않았다.

146) 이에 대하여는 Heun, Die Verwaltung 1985, 1 ff.; Henseler, AöR 108 (1983), 489 ff.; v. Arnim/Weinberg, Staatsverschuldung in der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 35 ff., 57 ff.; Sachs/Siekman, GG, Art. 115 Rdn. 7; Göke, NdsVBl. 1996, 1 ff.

1. 기본법 제115조 제1항 제2문 전단의 이른바 정상적인 상황
(규범적인 규칙사례)

a) 신용으로부터 발생하는 수입

< 577 >

정상적인 상황에서 헌법적으로 허용되는 공적인 기채의 범위에 대한 구체적인 언급은, “신용으로부터 발생하는 수입”, “투자” 및 “산정되는 지출”의 개념에 어떠한 의미가 발생하는가에 따라 달라진다. 기본법 제115조 제1항 제2문 전단에 있는 “신용으로부터 발생하는 수입” 개념은, 순수하게 새로운 채무(Nettoneuverschuldung)만을 의미하고 있다. 발생한 채무를 상환하기 위한 기채는 논의의 출발점을 벗어난 것이다. 예산경제상 차환(Umschuldung)을 통하여 부담은 증가하지 않는다. 전체경제상 신용시장에 단지 새로운 채무의 범위에서 재원이 기피하게 된다. 현금을 강화하는 신용(Kassenverstärkungskredite) (단락번호 551)은 고려되지 않는다. 왜냐하면 그것은 예산법적인 의미에서 수입이라고 논하지 못하기 때문이다.

b) 투 자

< 578 >

“투자”라는 개념을 헌법에서는 정하지 않았다. 특정하지 않은 헌법적인 규정을 구체화하고자 하는 법률을 허용하기 위하여 기본법 제115조 제1항 제3문에서 투자 개념의 세부적으로 정하고자 하는 것과 관련하여, 지금까지의 행정규정을 근거로 하여 행사되는 국가실무를 연방예산규정(BHO) 제13조 제3항 제2호, 예산기본법(HGrG) 제10조 제3항 제2호에서 고유하게 창출하는 형성없이 입법하는 방법을 통하여 이러한 투자 개념은 입법자에게 위임이 이루어졌다. 그러므로 투자개념은 연방헌법재판소의 의도를 계속해서 배제하였다. 이것은 입법자의 결정특권에 대한 보장 하에 통과되는 법률에 대하여 다음과 같은 헌법적인 필수조건을 구체화하였다.

< 579 >

기본법 제115조 제1항 제2문 전단의 투자 개념은, 연방예산규칙(BHO) 제13조 제3항 제2호에 따른 집단화계획 7호와 8호에 의한 “건축조치”와 “투자와 투자조치에 대한 그 밖의 지출”을 투자라고 보는 현재의 국가실무 외에 더 이상 이해될 수 있는 부분은 없다(BVerfGE 79, 311, Ls. 2). 그것의 범위에 -

교육(인적 자원)에 대한 지출이나 **집중적인 국방지출**과 관련하여 - 대하여는, 발생사적인 측면뿐만 아니라 동 규정의 의미와 목적도 근거가 나타나지 않는다. 그 확대는 국가채무를 제한하고자 하는 동 규정의 규범적인 의도와 역행하게 될 것이다. 입법자는 투자 개념을 가능한 한, 미래에 매우 심각하게 부담될 수 있는 연방예산과 긴급한 문제를 해결하기 위하여 비용에 관한 미래의 예산제정권자의 필요한 결정여지를 재단하여 국가채무를 예방하고, 그 기능이 타당성을 가질 수 있도록 명확히 확정해야 한다(BVerfGE 79, 311, 354 f.). 입법자는 이러한 과제를 현재의 국가실무에 대한 논거를 동원하여 (Rückgriff) 배제할 수 없다. 입법자는 국가실무에서 현재 사용되는 투자개념이 - 지금까지 얻은 경험과 관련하여 - 기본법 제109조 제2항과 제115조 제1항 제2문의 규범적인 의도에 비추어 어느 정도 적정한 것인가에 대하여 결정해야만 한다(BVerfGE 79, 311, 355). 또한 기본법 제115조 제1항 제3문으로부터 발생하는 규정위임을 근거로 하여, 기본법 제115조 제1항 제2문의 영역에서 그것의 고려와 관련하여 기본법 제109조 제2항의 세부적인 입법적인 구체화가, 그러한 구체화를 이러한 방법에서 이행할 수 있도록 하기 위하여 어느 정도 제공된 것인가를 검토하는 것은 입법자의 업무에 해당한다. 기본법 제109조 제2항으로부터 국가의 기채에 대하여는 전체경제의 균형에 대한 장애를 예방하기 전이나 후에 조절기능이 논의의 전제로서 인정해야 한다. 특히 **조절기능으로써 지속적으로 증가하고 있는 국가채무에 대하여** - 개별적으로 기본법 제115조 제1항 제2문 전단의 상한 하에서 -, 이러한 채무가 현재와 미래의 문제에 대하여 반응하여 국가예산의 능력에 의심을 야기하는 것을 예방해야만 한다. 이러한 조절기능은 비중이 크면 클수록, 전체경제의 장애 밖에서 국가기채의 상한을 증명하는 기본법 제115조 제1항 제2문의 투자개념이 더 넓게 이해될 수 있게 한다. 그 조절기능은, 전체경제의 균형성의 관점하에 전체경제의 정상적인 상황에서 국가기채가 고려하지 않는 것으로 간주될 수 있는가의 문제와 어느 범위까지 가능한가, 특별한 정당성을 필요로 하는가 혹은 배제되어야 하는가에 대하여 사용가능한 방향을 밝혀주는 규정이 존재하지 않는 한, 실질적으로 전개될 수 없다. 여기에 **연방은행잉여금의 사용**이 지출재정에 대하여 - 이자사용과 상환의무 없이 비상은행에서 기채의 효력에 있어서 견줄만한 것으로써 - 고려되어야 한다(BVerfGE 79, 311, 356).

< 580 >

연방입법자는 현재의 국가실무에 상응하는 투자개념을 집단화계획(Gruppierungsplan)에 따라 연방과 주 정부의 예산에 대하여 입법적으로 규정하고 예산

기본법(HGrG) 제10조, 연방예산규정(BHO) 제13조 제3항 제2호 제2문은 다음과 같이 기술하고 있다:

“투자에 대한 지출은

- a) 그것이 국방에 관한 설치물과 연계되지 않는 한 건축조치에 관한 지출이다.
- b) 그것이 본질적인 행정지출로서 산정되지 않거나 국방의 급부에 대한 지출과 관련되는 한 동산의 획득에 관한 지출이다.
- c) 부동산의 획득에 관한 지출이다.
- d) 출자와 그 밖의 자본재산, 기업으로부터 발생하는 청구권과 지분권의 획득, 기업으로부터 발생하는 자본의 증가나 유가증권의 획득에 대한 지출이다.
- e) 소비대차에 대한 지출이다.
- f) 보증으로부터 발생하는 청구권에 대한 지출이다.
- g) 알파벳 a)에서 f)까지 언급된 목적에 대한 지출의 재정화를 위한 교부금(Zuweisung)과 보조금에 대한 지출이다.”

< 581 >

효과적인 제한으로써 산정된 투자범위의 유용성은, 투자의 주요한 구성요건은 정확함에 대한 충분한 척도를 가지고 구분되고 양적으로 정해질 수 있다는 점에 따라 달라진다. 반면에 불분명하고 불합리한 투자개념의 열거적인 상세함은 한정된 범위에서 개념을 정의할 여지에 대해 개방하였다. 덧붙여 받아들인 투자개념은 오래전부터 알려진 하자과 연결되어 있다.¹⁴⁷⁾ 소비대차가 항상 투자에 해당한다는 것은, 결코 “인적 자본”이 투자로서 효력이 없고 외국에서의 지출이 독일에서 투자로써 효력을 줄 수 없다는 등의 기준에 비추어 보면, 불합리에 해당한다. 예를 들면 교육에 대한 사항이거나 보조에 대하여 보장된 사항이 여기에 속한다. 다른 측면에서 왜 건축조치가 국방의 목적을 위하여 투자에 산정되지 아니하고, 반면에 정치적인 목적에 대하여는 언제나 투자에 산정되는가에 대한 물음이 있다. 규정의 효과를 결정하는 하자는, 새로운 제공과 대체제공 즉 유지시설 운영조치(Instandhaltungsmaßnahmen)가 구분되지 아니하고, 또 어느 범위와 어느 시간까지 매래의 이용이 기대되는지 고려될 수 없다는 점 등에서 찾을 수 있다. 투자개념을 법률적으로 좀더 세부적으로 구체화하고자 연방헌법재판소의 연방입법자에게 대한 위임은

147) 학문적인 평가에 대하여는 이 연방재무부에서 Schriftenreihe des BMF, Heft 29.

연방예산규정(BHO) 제1조에 관한 **예산기본법(HGrG) 제10조 제3항 제2호 제2문**이 **주 정부들이 이러한 기본원칙에 따라 그들의 예산법을 정할 의무가 있다**는 점을 야기하고 있다는 관련규정을 가지고, 단지 일단 배제해 둔 것으로 보인다. 연방입법자는 실용가능할 뿐만 아니라 가능한 한 국가채무의 상세한 한계를 규정해야 한다는 것이야 말로 연방헌법재판소가 의도하고 있었던 것이다.

c) 산정된 지출

< 582 >

“신용으로부터 발생한 수입”과 “투자” 개념에 관한 계속적인 명확성 문제가 제기된 경우에, 연방과 주 정부에서 연방회계원(Bundesrechnungshof)¹⁴⁸⁾의 충들에 대한 여러 번에 걸쳐 주어진 동기에 의하여 지난 몇 해 전부터 기본법 제115조 제1항 제2문이 **예산의 산정단계**나 예산집행에 관련여부에 대한 헌법적인 질문이 집중적으로 제기되었다.¹⁴⁹⁾ 니더작센 국가법원(DÖV 1997, 549, 549 f.)과 함께 처음으로 주정부 헌법재판소는 이러한 질문에 대하여 입장을 밝혔다. 1997년 7월 사회민주당 연방의회 소속위원들을 통한 탄원 이후 그 다음 해의 연방헌법재판소 결정은 연결되었다. 니더작센 국가법원은 기본법 제115조 제1항 제2문에 대하여 니더작센의 평행적인 원 뜻과 발생사에 대한 관련성 하에 아주 짧게 언급하고, 신용을 공여하기 전에 의회에게 동일한 범위에서 투자로부터 발생하는 것에 관하여 위임하는 주 정부의 의무를 받아들이지는 않았다. 이러한 채무를 실질적으로 제한하고자 하는 이러한 해석은 동 규정의 합리적 해석에 타당하지 않는다.

< 583 >

연방회계원(BRH)는 전년도에서부터 각 년도 초에 양도된 기본법 제115조 제1항 제2문에 대한 회계 신용권한의 배경에 대하여 **1994년, 1995년 그리고 1997년 등의 언급**에서 여러 번에 걸쳐, 신용상한의 예외적인 남용에 대한 권한은 연방헌법재판소의 확인 후에, 행정부에게 넘기는 것이 아니라, 예산입

148) Bemerkung des BRH 1994, BT-Drucks. 12/8490, Tz. 3.1. sowie 3.1.2; Bemerkungen des BRH 1995. BT-Drucks. 13/2600, Tz 2.2.2. sowie Bemerkungen des BRH 1997, BR-Drucks. 700/97, Tz. 2.5.1.2.1. sowie 2.5.1.2.2.

149) Müller, DÖV 1992, 1005 ff.; ders., DÖV 1996, 490 ff.; Kriszeleit/Meuthen, DÖV 1995, 461 ff.; Tiemann, DÖV 1995, 632 ff.; Isensee, DVBl 1996, 173 ff.; ders., in: Müller (Hrsg.), Haushaltsreform und Finanzkontrolle, 1997, S. 111 ff.; Starzacher, ebenda, S. 139 ff.; Henneke, Landesfinanzpolitik und Verfassungsrecht, 1998, S. 63 ff.

법권자에게 양도된다는 점을 언급하였다. 그러므로 연방정부는 연방회계원의 입장에 따라 헌법적인 관점 하에 예산법을 집행함에 있어, 투자에 대하여 지출되는 것보다 더 여러 번에 걸쳐 신용을 인수하는 것에 제어를 받게 된다. 예외적인 사례에 대해서는 예산제정권자의 권한은 필수적이다. 왜냐하면 예산을 집행함에 있어 재정정책적인 평가 여지에 대하여 헌법에 담겨 있는 한계가 고려되어야 하기 때문이다. 연방헌법재판소에 의하여 언급된 보상규정(단락번호 589 이하)이, 예산계획에 산정된 수입과 지출의 경제성에 효력이 미치는 것이 아니라, 단지 산정에 대하여 적용하는 경우에 행정부는 입법자에게 주어지는 것보다 행정부에게 더 광범위한 재정정책적인 평가 여지를 제공하였다(BT-Drucks. 12/840, Tz. 3.1.2). 연방회계원은 연방정부에 대하여 연방예산계획을 실행함에 있어 기채범위에 관한 의회의 결정과 그에 결합된 모든 전체경제적인 관점을 구속적인 것(verbindlich)으로 보았다. 소비적인 지출의 신용재정화에 관하여 구별되는 결정이 의회의 협력 없이 적용될 수 있는 경우에, 기본법 제115조 제1항 제2문의 예외규정의 청구권에 대한 권한은 공서약속 위반의 방법으로 정부에 확대되게 될 것이다(BT-Drucks. 13/2600, Tz. 2.2.2 sowie BR-Drucks. 700/97, Tz. 2.5.1.2.2). 연방회계원은 연방정부가 입법자의 필수적인 권한을 개입하거나 나중에 의회의 면책절차에서 고유한 예산경제적인 결정에 대한 보고해야 할 의무를 갖는다. 연방예산법원의 견해에 따르면, 예산을 집행함에 있어 기본법 제115조 제1항 제2문에 따른 신용상한은 입법자의 협력 없이 남용되는 경우에, 그 설명에 대한 부담은 원칙적으로 면책절차에서 연방재무부(BMF)가 진다고 하였다. 그러는 한 연방정부에 대하여 원칙적으로 연방예산권자 그 자신에 대한 사항과 달리 적용되어야 하는 것은 명백히 이유가 되지 않는다(BR-Drucks. 700/97, Tz. 2.5.1.2.2). 신용상한의 남용에 대하여 법률적인 전제조건이 모든 주정부에게 동일하기 때문에, 모든 주 정부에서는 각 주의 회계원에 연결되는 연방예산법원의 견해에 따라, **신용상한은 예산수립(Haushaltsaufstellung)** 뿐만 아니라 **예산집행**에 있어서도 주의해야 한다. 그러므로 예산집행에서 우려되는 신용최대상한의 남용은 **의회**의 특별한 의사행위를 통하여 추인되어야 한다. 니더작센 국가법원은 니더작센 헌법의 문언(Wortlaut)과 발생사의 순수한 원용 하에 그것과 결합된 문제영역을 충분히 조명하지 않은 채, 연방전체에 의미를 갖는가의 문제를 결정하였다. 입법자적인 파악의 의미는, 의심할 여지없이 기채에 대하여 배타적인 결정권한과 **신용정책적인 면을 의회가 이끌고 나가도록** 위임하는 데 있다. 그러므로 기채에는 민주주적인 정당성이 마련되어야 한다. 그 외에도

법률의 형태는 공시를 제공하고, 공적인 세심함을 보장해주며 경고신호를 설정하여 통제를 가능하게 한다. 이러한 방법으로 법률유보의 법치국가적인 기능은, 국가채무를 제한하고 그것을 산정가능하고 명백하게 만드는 데 일조하게 된다.

< 584 >

동 규정의 의미와 목적은, 투자적인 지출의 존재가 기채에 대한 한계를 정한다는 사항을 긍정하게 한다. 왜냐하면 제한의 성공이나 실패에 관하여, 산정과 함께 결정되는 것이 아니라, 예산이행을 가지고 결정되는 것이기 때문이다. 즉 신용의 경제적인 효력은 입법적인 권한으로부터 출발하는 것은 아니다. 만약 다투어지는 심리적인 선 효력으로부터 나타나는 것이 아니라, 행정부를 통한 이행으로부터 나오는 것이다. 마침내 **실질적인 기채는 전체경제의 균형성에 영향을 미치게 된다.** 만약 헌법상의 신용-투자-부가 예산집행에는 영향을 미치지 아니하고 단지 예산입법에만 영향을 미치게 된다면, 집중적인 업무와 지출을 통한 보상이 예산경제의 현실성에서 보다도 단지 예산법에서 발생하는 기채를 행정부는 수용할 수 있을 것이다. 이것이 지난 1990-1999년에 **연방정부에 의하여 사라져 버린 것이 아니라는 기채권한의 상태를** 보여주고 있다.

< 585 >

[표 17] 연방정부에 의하여 1990-1999년에 사용되지 않았던 기채권한의 상태

1990	15.4 Mrd.(154억) DM
1991	21.3 Mrd.(213억) DM
1992	45.3 Mrd.(453억) DM
1993	27.2 Mrd.(272억) DM
1994	28.6 Mrd.(286억) DM
1995	47.6 Mrd.(476억) DM
1996	21.5 Mrd.(215억) DM
1997	3.1 Mrd.(31억) DM
1998	10.2 Mrd.(102억) DM
1999	10.2 Mrd.(102억) DM

< 586 >

예산계획의 산정은 기채에 대하여, 행정부가 **실질적인 투자범위를 가지고 의도적으로 예산평가 뒤에 남아 있는 경우에만** 걱정한 것이라 할 것이다. 또

한 예산권자는 행정부의 투자에 대하여 진실로 의도되지 않은 산정을 통하여 임의적인 크기의 신용범위를 허용할 것이고, 그 결과 규정한계로서 헌법한계의 기능은 완전히 공허하게 될 것이다. 이러한 경우에 거기에 제한된 전제조건을 가지고 있는 기본법 제115조 제1항 제2문의 예외규정을 동원하는 것(Rückgriff)을 더 이상 필요하지 않다. 기본법 제115조 제1항 제2문에 있는 등급화된 규정의 타당성에 관한 사고와 의미는 완전히 공허하게 된다. 기채의 제한에 대한 헌법적인 예방은 개념적으로 “**물에 일격(Schlag ins Wasser)**”을 가하는 것으로 볼 수 있다(Isensee). 기본법 제115조 제1항 제2문은 그러한 개념으로부터 단지 정상적인 상황과 장애상황의 양 사태를 규정하고 있다. 그러는 한 행정부는 이러한 양자의 법적으로 결정되는 규칙과 예외의 영역 사이에 산정된 통화의 팽창을 통하여 이른바 **제3의 길로** 인정되는 **정부자치적인 여지**를 제공하지 못한다.

< 587 >

신용권한을 행사하고 산정된 투자적인 지출을 이행하기 위하여 행정부가 의무를 부담하고 있지 않기 때문에, 모든 상황에서 입법자와 달리 또 다른 사정여지가 개방될 것이다. 이는 규정의 원뜻을 뛰어넘어 규정의 목적과 의미에 따른 기본법 제115조 제1항 제2문을 **예산집행에 확장하고자 하는 것**을 인정한다. 그러므로 “산정”은 필수적인 조건을 기술하기는 하지만, 정식기채의 충분한 조건을 기술하지 못한다는 사항을 가지고 문언에 대한 이의를 제기하게 된다. 그 결과 문언에 대한 주장은, 기채와 투자의 관계가 실지로 이행되는 투자를 위하여 산정된 지출에 대하여 관련시키는 것을 저지하지 못한다. 행정부의 부에 대한 기속은, 그 조건이 수입비율과 지출비율을 모두 사용해야 할 의무가 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그러한 재량은 영향을 받지 않는다. 그리고 그러한 기속이 기채권한을 행사하는가에 대하여는 자유로운 것이다. 그러한 기속이 신용을 받아들이는 경우에, **명목적인 투자가 실제의 국가채무를 대립하지 않도록 하기 위하여**, 그것은 상응하는 범위에서 집중적인 지출을 이행해야 한다. Isensee(DVBl. 1996, 173, 175 f.), Friauf (HStR IV, § 91 Rdn. 43)의 논의에 동의하면서: **법률적인 한계는 유동적이다**. 그러나 그것이 한계다! 이러한 방법으로 의회의 예산권은 예산집행을 통하여 무너지지도 않고 매몰되지도 않는다는 점이 보장된다. 또한 예산을 집행함에 있어 신용상한에 대하여 이의도 제기하지 않고 헌법에서 금지한다고 해도 아무 성과도 거두지 못한 채 좌절될 수 있다는 점이 확실하다.

< 588 >

이러한 해석을 지원하는 것이 바로 **예산진실의 헌법원칙**이다. 이러한 사실은 예산권자에게, 아마도 가능한 한 정확성을 가진 급부되는 지출을 산정하거나 평가하는 것을 요구하고 있다. 이러한 해석은 금액과 사실관계를 속이는 것을 금지한다. 반면에 오늘날 진단되는 “**국가채무로의 도피**”에서는, 이러한 방법으로 신용여지를 획득하기 위하여, 헌법과 예산법적인 조건에 대하여 정부측면에서 하나의 여지를 제공하고자 투자준비를 가장하려는 항구적인 시도가 발생하게 된다.

2. 기본법 제115조 제1항 제2문 후단에 따른 이른바 “장애상황”
(규범적인 예외사례)

< 589 >

이외에도 효력을 발생하는 장애물 없이 규칙한계의 제한효력이 규범적인 예외사례로 인하여 상쇄되는 위험이 발생한다. 기본법 제115조 제1항 제2문 후단에 있는 권한의 청구와 기본법 제115조 제1항 제2문 전단의 **규칙제한의 남용**은 단지, **전체경제적인 균형이 진실하고도 지속적으로 방해**를 받고 있거나 그러한 장애가 직접적으로 우려되는 경우에만 - 언제나 불안전하지만 - 정당화된다.

a) 실질적인 기준

< 590 >

기본법 제104a조 제4항과 제109조 제4항에서 사용되고 있는 전체경제의 균형성이라는 **개념**은 헌법에서 자세하게 규정하고 있지 않다. 그것은 특정되지 않은 헌법개념에 관한 사항이다. 확실하게 차이를 보이는 새로운 인식의 부족으로 인하여 그것에 대한 구체화는 1967년 6월 8일의 경제성정과 안정을 증진하기 위한 법률 제1항 제2문에 있는 네 가지 경제정책적인 부분목적에 환원될 수 있다(**가격수준의 안정, 높은 고용상태, 지속적인 경제성장과 적절한 경제성장에 있어서 외국교역과의 균형**).

< 591 >

전체경제의 균형에 대한 **장애를 예방하기 위하여 증가된 기채는 범위와 사용측면에서** 걱정해야 한다. 전체경제의 균형에 장애를 통하여 기채증가가 유발되거나, 그 외에도 기채가 이러한 장애를 막기 위하여 방어적이라는 관련

성로 충분한 것은 아니다. 이에 대하여 **장애의 원인**이 함께 고찰되어야 한다. 예산권자는 그에게 주어진 구체적인 조건들로부터 출발해야 하고 그것에 따라 그의 행위를 조정해야 한다(BVerfGE 79, 311, 339). 기본법 제115조 제1항 제2문 후단에 의하여 요청된 장애예방에 대한 적합성은 동시에 증가된 기채와 함께 재정화된 목적과 **전체적으로** 관련이 있는 것이지, 다양한 예산의 개별적인 항목에 관련된 것은 아니다. 전체경제의 균형에 대한 장애가 존재하는지 또는 직접적으로 우려할 만한 것인지를 판단함에 있어서 그리고 예방을 위하여 증가된 기채가 적정한가를 판단함에 있어서, **평가여지와 판단여지**는 항상 **예산권자**에게 부여하게 된다.

b) 입법자의 설명부담

< 592 >

기본법 제115조 제1항 제2문 후단의 권한을 입법자가 행사하는 경우에, 입법절차상 이러한 규정의 요건을 충족시키기 위하여 **설명해야 할 부담**이 그에게 있다. 다툼이 벌어지는 경우에, 입법자의 평가와 판단이 설득력이 있는지 그리고 이행할 수 있는지 등에 대한 검토 권한은 연방헌법재판소에 있다. 입법자의 **평가여지와 판단여지**는 “장애”와 전체경제의 균형“ 개념에 대한 불특정과, 장애예방을 위하여 증가된 기채의 적정성을 위한 실질적인 전제조건에 관하여 발생할 수 있는 불확실성으로부터 나온다. **중요한 것은 예산제정권자를 통한 고유한 판단과 평가** 그 자체이다. 그는 전체경제적인 상황의 고유한 판단을 받아들여야 하고, 장애예방을 위하여 증가된 기채의 적합성을 평가해야 한다; 그는 그의 행위의 근거로써 이것을 귀속시켜야 한다(BVerfGE 79, 311, 343 f.; NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227, 229). 평가와 판단은 단지 임의적인 것이 되어서는 아니 된다; 존재하는 경제의 정보를 근거로 하여, 그리고 경제학과 재정학에서 재정정책과 경제정책의 사고형성과 입장형성 그리고 견해에 대한 법률적으로 연결된 기관의 언명에 대한 배경 앞에서 설득력이 있고 이행할 수 있는 것이어야 한다(BVerfGE 79, 311, 343 f.; NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227, 229). 만약에 그것을 종결하고자 한다면, 입법자적인 행위의 헌법적인 재검토 가능성은, 국가채무의 측정가능한 실질적인 제한은 입법자 결정의 임의사항에 속하게 될 것이라는 결과와 함께 공허하게 될 것이다. 이러한 근거를 기반으로 하여 연방헌법재판소(BVerfGE 79, 311, 344 이하)와 동 기관에 결합한 니더작센 국가법원(NdsVBl. 1997, 227, 230)은 예산권자에게, 헌법상 재검토의 유지가 도달될 수 있는 **형식적인 설명부담**을 부과하였

다. 그것에 따르면, 예산권자에 대하여 형식적인 관점에서 **평가여지와 판단 여지에 대해서**, 어떠한 근거에서 또한 어떤 방법으로 그가 기본법 제115조 제1항 제2문의 권한을 사용하게 되는가에 대하여, **입법절차에서 설명에 대한 부담**이 따르게 된다. 이러한 책무는, 기본법 제115조 제1항 제2문 후단의 - 명백한 실체법적인 규정의 부존재에도 불구하고 - 권한으로부터 발생하는 **증가된 기채의 예외권한**의 청구를 예외적인 사례에 제한하는 것과 그것의 **예외적인 특성을 보장**하는 것에 기여하게 된다. 그러므로 실질적 조치에 대한 불특정성은, **형식적인 절차에 합당한 요구사항**에서 한 부분이나마 보상받게 한다.¹⁵⁰⁾

< 593 >

입법절차에서는 경제 전체의 균형이 심각하면서도 지속적으로 방해 받는다는 진단과 기채의 증가로 이러한 장애를 방어할 의도 및 기채의 증가에 의하여 이러한 목표가 도달될 수 있으며 어떻게 도달될 수 있는지의 근거 있는 진단, 즉 그것들이 경제전체의 균형 장애를 방지하기 위하여 적합한 것으로 보인다는 점을 제시하여야 한다. 이 경우 경우에 따라서는 입법자의 지원조치들과 장기간의 정책과 예산 계획의 조정이 제시될 수 있을 것이다. 그 밖에 입법자는 이미 언급한 법률상 근거를 가진 재정 및 경제 정책적인 의사형성 및 의지형성 기관의 판단과 일치하는지 또는 어떤 근거로 그와 다른지 인식하게 하여야 한다. 이러한 설명을 위하여 사실 헌법에는 어떤 일정한 형식도 규정되어 있지 않지만 예산법률의 의결로 기채 증가의 근거에 대해서도 의회의 다수가 책임을 떠맡는다는 인식을 가능하게 하여야 한다(BVerfGE 79, 311, 344 이하; NdsStGH, NdsVBl. 1997, 227, 230).

< 594 >

연방헌법재판소와 그에 이어 니더작센국가법원(NdsStGH)에 의해 이러한 설명 책임(Darlegungslasten)이 도출되자 문헌에서는 그에 대해 철저히 비판하였다. 원칙적으로 설명책임의 이유(Begründung)에 대한 비판은 분명하였다. 바로 얼마 되지 않아 관청에 의한 이유제시가 증가하는데 이를 통해 - 특히 헌법을 개정하는 - 입법자는 장래의 규범해석을 예단하려고 시도한다. 법률에는 형식을 갖춘 이유 제시(förmliche Begründung)를 요하지 않는다. 관청에 의한 이유 제시는 법률의 의결 대상이 아니고 따라서 법률의 효력에 참여하지 않는다. 입법자의 동기(Motive)는 객관적인 해석을 통해서 사후에(ex post)

150) BVerfGE 33, 303, 341; 41, 251, 265; 49, 168, 181 ff.; 61, 210, 252; 79, 311, 343 f.; Birk, DVBl. 1984, 745, 748; Janssen, DVBl. 1989, 618, 618 f.

추론된다. 그러나 예산 법률(Haushaltsgesetz)의 경우, 특수성이 존재한다. 장애가 있는 경우 기채의 수권(Kreditemächtigung)은, 일반-추상적인 효력(generell-abstrakte Geltung)을 목표로 하는 일반적인 법률이 아니고, 법률형식의 조치(또는 법률형식의 처분, gesetzesförmige Maßnahme)이다. 그것은 상황에 구속되어 있고 시간에 제약되며 단 하나의 목적을 위해 의무를 부담한다. 그러나 이러한 조치는 이유 제시가 가능하고 또 필요하다. 그것은 동일성(Identität)과 가능한 정당성(Rechtfertigung)을 불가피하게 이유 제시(Begründung)에서 얻는다. 예산안의 기채항목(Kreditansätze)은 그 자체로서 아직 헌법재판에 의한 통제가 가능하지 않으나 입법자가 밝힌 동기(Motive)의 맥락에서 비로소 가능한바, 여기에서 그 설명(Darlegung)은 불확실성의 조건에서 진단하고 예측하며 결정하는 예산 입법자의 전망으로부터 사전적으로(ex ante) 이루어져야 한다. 이러한 사전적인 고찰(ex ante-Betrachtung)을 통해 입법자는 그의 평가 여지 및 판단 여지를 행사하며 그 결과 그가 그 이유를 스스로 보고하고 그에 대해 책임이 명백하게 나타나게 된다.

c) 그 밖의 제한 요건

< 595 >

이미 서술한, 연방헌법재판소에 의해 확립된 기본법 제115조 1항 2문으로부터의 구속과 나란히 내지는 그 대신에 문헌에서는 재정경제적 과잉금지라는 의미의 비례원칙과 예산긴급사태(Haushaltsnotlage), 예외유보(Ausnahmevorbehalt)의 최소화, 장애에 대한 사전확정을 금지하는 민주주의 원리 등을 근거로 하여 그 밖의 제한적 요건들이 대변된다. 연방헌법재판소는 그 밖의 제한적 요건들을 주어진 것으로 보지 않는다. 연방헌법재판소는 다음과 같이 논증한다(BVerfGE 79, 311, 341).

< 596 >

기본법 제115조 1항 2문 전단으로부터, 단지 투자지출만을 위해 기채에 의한 재정조달을 하라는 기본결단(Grundentscheidung)이 도출될 수 없으며, 그 결과 경제전체의 균형에 장애가 있는 경우에도 먼저 (계속적인) 투자지출만이 기채를 통해서 조달될 수 있으며 소비지출(konsumtive Ausgaben)의 재정조달은, 사전에 헌법적으로 가능한 다른 모든 수단 즉, 조세증가, 지출축소, 투자를 위한 지출증대, 기본법 제115조 1항 2문 전단의 한계를 밀어내는(그러므로 Henseler, AöR 108 [1983], 489, 537) 등의 수단을 다 사용하였을 경우에만 최후수단으로 고려될 것이다. 기본법 제115조 1항 2문의 문언과 전단 및 후단

양자의 논리적인 관계에 의하면 기채의 상한 초과, 그러므로 투자총액을 넘어서고 따라서 배타적으로 소비 목적에만 기여하는 기채의 예외는 곧바로 허용된다. 그 의미에 의하면 기본법 제115조 1항 2문 후단은 경기후퇴의 결과인 수입 감소와 지출 증대를, 기채를 통해서가 아니라, 그 밖의 지출 축소나 조세 증가를 통해서 조정해야 할 의무를 국가에게 부과하려는 것은 아니다(병행적인 정책(Parallelpolitik) 대신에 경기억제적인 재정정책(antizyklische Finanzpolitik)).

< 597 >

기본법 제115조 1항 2문으로부터는 또한 소비지출의 기채에 의한 재정조달이 비례원칙(과잉금지)에 구속되는 한에서만 허용된다고 하는 결론을 끌어낼 수 없다(그러나 Birk, DVBl. 1984, 745, 747 이하). 그에 대해서는 상응하는 대립되는 입장이 결여되어 있다. 투자지출총액에 기채를 제한하는 것과 경제전체적인 균형의 장애방지는 중요한 두 공익이며 공공복리의 도달이라는 의미에서 구속적인 지향점이다. 장애방지를 위해 적합한 다양한 수단 가운데 어떤 수단을 입법자가 사용하는지는 비례원칙의 적용에 따라 축소되어서는 안 되는 예산입법자의 정치적 과제라는 의미에서 형량의 문제(Abwägungsfrage)이다. 헌법은 여기서처럼 권리 혹은 자유영역의 침해가 문제되는 경우 정치적 행위에 대한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 입법자에게 부여하며 입법자에게 단지 영역(Rahmen)을 설정할 뿐이다(BVerfGE 72, 330, 388 이하). 이러한 테두리 내에서 입법자는 정치적인 결정을 할 권한이 있다.

< 598 >

민주주의 원리로부터도 투자지출의 기채에 의한 조달이 소비지출의 기채 조달에 우선한다는 논리가 도출될 수 없다. 사실 민주주의에 부응하는 것은 상당한 기간에 걸치는 지배(Herrschaft auf Zeit)라는 사고 및 장래세대에게 결정의 자유를 존중해 준다는 점이다. 그러나 임기를 넘어서 내다보고 공동체 이익의 지속적인 충족을 위해 배려하며 따라서 후임자들의 결정의 기초도 내용상 미리 결정하는 것 또한 마찬가지로 민주적 입법자의 과제에 속한다. 이 경우 어느 정도 - 장래 세대의 이익을 위해 - 한계가 설정되는지는 기본법이 제115조 1항 2문과 3문에서 스스로 확정했고 따라서 그 한도에서 민주주의 원리를 헌법에 의하여 구체화하였다(BVerfGE 79, 311, 343).

3. 리스에 의한 재정조달을 통한 회피가능성

< 599 >

헌법적으로 지금까지 아직 결정되지 않은 문제가 기본법 제115조 1항 2문의 기채한계 규정 및 동렬에 있는 주 헌법의 규정들이 이른바 부동산 리스(Immobilien-Leasing)에 의해 그 의미내용을 상실하지 않는지 하는 것이다. 모든 국가적인 차원에서 협소한 예산재정수단으로 인하여 최근 몇 년간 국가적인 계획의 재정조달을 위한 새로운 가능성을 찾게 되고 시도되는 결과를 가져왔으며 여기서 리스에 의한 재정조달(Leasingfinanzierung)과 기타 재정조달 모델들이 예산운영상 결정에서 실천적으로 큰 의미를 얻게 되었다. 연방 및 주의 영역에서 고층건물의 건설에 민간 투자자에 의해서 재원이 조달되어야 하는지 여부는 예산권자에게 유보되어 있다. 이 결정과 결합된 예산법상의 수권은 직접 예산 법률에서 또는 예산안에 의무수권(Verpflichtungsermächtigung)으로서 끌어낼 수 있다. 부동산 리스(Immobilien-Leasing)의 경우 국가건설계획이 일단 민간투자자(리스제공자, Leasinggeber)에 의해 재정이 조달되고 또 자주 집행되기도 하며 그 다음에는 리스 받는자(Leasingnehmer)인 국가 행정이 일정한 기한(기본임대기간, Grundmietzeit) 리스수수료를 지불하는 것을 대가로 민간투자자에게 넘어간다. 리스 받는 자에게는 원칙적으로, 리스 대상을 취득할지 아니면 임대기간을 연장할지 선택권이 주어져 있다. 리스수수료(Leasingrat)는 통상적인 경우 리스 객체의 감가상각(Abschreibung)과 시장의 통상적인 자본이자율, 내지 재정조달비용, 행정비용, 조세, 리스제공자의 이익 추가분(Gewinnzuschläge)과 위험처리추가분(Risikozuschläge)을 포함하여 계산한다. 기본임대기간은 대부분 최소 20년 이상이다.

< 600 >

따라서 부동산 리스에 관한 협약은 그의 경제적 내용을 근거로, 국가의 기채(Kreditaufnahme)와 같이 예산법에 의거해야 하는지의 문제가 제기된다. 리스의무(Leasingverpflichtungen)는 신용의무(Kreditverpflichtungen)와 같이 다년도 예산의 부담이 되며 원칙적으로 특별한 근거가 있을 때만 해지할 수 있다. 리스의무는 공공건설에 필요한 예산 수단을 리스 제공자에게 국가가 조달할 것을 요구한다. 건설 계획의 재원 조달을 위한 수단은 연방예산과 주 예산의 밖에서 리스 제공자에 의해 제공되지만 결국은 리스 수수료 지불을 통하여 예산에서 지불된다. 입법자의 수권이 없으면, 비록 리스의무가 직접적인 국가채무부담과 비슷하게 장래에 대하여 예산정책적인 행위여지를 좁힌다고 할

지라도, 리스의무는 의회에 의해 주어진 신용범위(Kreditrahmen) 밖에서 청산될 것이다. 연방과 주들의 “예산법 및 예산체계(Haushaltssystematik)” 위원회(Ausschuß)는 리스절차가 경제적인 고찰방식에 의할 때 완전한 타인자본 조달(Fremdfinanzierung)이며 채무부담을 제3자에게 이전함으로써 예산에서 기채(Kreditaufnahme)가 인위적으로 줄어든다. 그러므로 리스 절차의 방법에 의한 은닉된(회색의) 채무가 문제된다는 견해에 도달하였다.

< 601 >

리스 법률행위로부터 발생하는 의무이행에 대한 교부금이, 그러한 교부금을 통하여 일반신용 상한을 넘는 결과를 가지고, 기본법 제115조 제1항 제2문의 의미의 투자교부금에 해당하는가에 대한 물음이 제기된다. 연방재정부 장관(Bundesminister der Finanzen)의 입장에서 본다면, 리스 지출금을 투자 성격을 갖는 교부금으로 평가하려는 논의가 있었다. 왜냐하면 후에 리스 대상에 대한 획득을 의도하고 있기 때문이다. 만약 나중에 결정 가능성이 있는 경우에 부동산의 획득에 지향된다고 하는 법률행위에 관한 사항이다. 예산체계의 설명에 대하여, 어느 시점에 경제적 귀속이나 조세상 귀속이 제3자에 의하여 공공의 손으로 양도하는가에 따라 달라지지 않는다고 한다. 예산기본법(Haushaltsgrundsatzgesetz) 제10조 제3항 제2호 또는 연방예산규정(Bundeshaushaltsordnung) 제13조 제3항 제2호 제2문의 투자 개념에 대한 법적 정의에 따르면, 이러한 견해에 따르기 어렵다. 하지만 리스의 급부는 연방이나 주 정부의 건축에 대한 표준을 정하는 것에 직접적으로 이행되지 않는다. 또한 리스에 대한 급부는 부동산의 획득에 기여하지도 않는다. 그러므로 그러한 규정의 요건은 충족되는 것이 아니고, 그 결과 연방과 주 정부의 예산 계획에서 리스는 집중적인 지출로서 산정되지 않는다. 중요한 것은, 예산기본법(HGrG)과 연방예산규정(BHO)에서 단순 법적인 규정에서(in den einfachgesetzlichen Bestimmungen) 현재의 행정실무로부터 받아들인 투자개념은 매우 광범위하게 이행된다는 것이다. 왜냐하면 명확하지는 않지만 투자특징이 될 수 있는 지출을 포함하고 있기 때문이다. 이 개념의 또 달리 확장한다고 해도 국가 기채의 헌법적인 제한의 의미와 한계에 대하여 합의하고 있다는 의미는 아니다.

< 602 >

그러므로 예산 계획에서, 부동산 획득에 대하여 규정하고 있는 투자로써, 그러한 지출에 해당하게 된다. 일반적으로 리스 법률행위를 근거로 한 투자는 리스 제공자의 경제적인 영역에 귀속하게 된다. 리스이용자에 대하여, 대

지 임대기간에 대한 경과 후에 투자는 매매 선택을 행사하기 전까지 단지 수익권을 근거한다. 그러므로 리스 비율에 대하여 요구되는 국가의 지출은 투자적인 지출이 아니라 소비적인 지출로서 간주된다. 이러한 결과에 대하여 조세의 행위가 리스 법률행위에 대하여 언급하게 된다. 일반적으로 리스 제공자에게 리스 법률행위가 국가의 행정을 통하여 리스행위를 형성하는 것에 결정적인 이익을 가지게 되므로, 리스목적물에 대한 경제적인 소유권이 그것과 결합된 조세상의 이익(이른바 공제가능성)으로 인하여 그에게 귀속된다. 재정에 의하여 주어진 요건이 충족되는 한, 리스목적물의 획득에 기여하는 지출은 사적인 영역에서 리스 제공자의 투자로서 인정되지만, 공적인 영역에서 리스 이용자의 투자로서는 인정되지 않는다. 결국 매매 선택의 이전행사의 경우에, 마치 리스 제공자의 재정비용과 행정비용에 대한 지분처럼, 미래에 유리한 특징으로서 파악될 수 없는 지출지분은 리스 비율에 포함되어 있다.

< 603 >

결론적으로 말하면, 개별적인 사례에서 부동산 리스행위는 전적으로 비용의 이익을 갖는다고 말할 수 있다. 이것은 포괄적인 경제 감사의 과정에서 조사대상에 올려야 한다. 반면에 헌법적인 투자개념과 일반기채 상한에 대한 영향은 리스목적물을 이행하기 위하여 결정하는 것은 아니다.

II. 주 헌법들

< 604 >

5개의 주 정부에서 기채는 예나 지금이나 본질적으로 바이마르 헌법 제87조와 같은 개정 전 기본법 제115조에 규정되어 있었고, 그에 따르면 기채의 방법에서 자금력을 창출하는 것은 단지 특별히 필요한 경우나, 일반적으로 단지 홍보의 목적에서만 이행된다. 이에 상응하는 규정은 바이에른 헌법 제82조 제1문, 베를린 헌법 제75조 제2항 제2문, 브레멘 헌법 제131조 제2항 제1문, 함부르크 헌법 제72조 제1항 및 헤센 헌법 제141조 제1문에서 발견된다. 그 외에도 기본법 제109조 제2항은 주 정부에 대하여 직접적으로 효력을 갖게 된다. 그것에 따라 예산경제에 있어서 전체경제의 요구사항을 고려하게 되는 것이다.

< 605 >

반면에 11개 주 정부에서 새롭게, 기본법 제115조를 근거로 하여 기채에 대한 상응하는 한계가 규정되었다. 즉 바덴 뷚템베르크(주헌법 제84조 제2

문), 브란덴부르크(주헌법 제103조 제1항 제2문), 메클렌부르크-포어포먼(주헌법 제65조 제2항), 니더작센(주헌법 제71조 제2문, 제3문), 노르트라인-베스트팔렌(주헌법 제83조 제2문), 라인란트-팔츠(주헌법 제117조 제2문), 자아란트(주헌법 제108조 제2항), 작센(주헌법 제95조 제2문), 작센-안할트(투자개념에서 자연생활근거의 보호와 재건을 위한 비용의 개입 하에 주헌법 제99조 제2항), 쉴레스비히-홀슈타인(주헌법 제53조 제2문) 및 튀링엔(주헌법 제98조 제2항 제2문, 제3문). 그러므로 기본적으로 기본법 제115조에 대한 자세한 사항들이 준하여 적용된다.

< 606 >

하지만 매우 어려운 것은, 연방의 입법자가 장애 사례를 명확하게 제시하는 것 없이, 이러한 주 정부들의 증가된 기채가 전체경제의 비중에 대한 연방 전체의 장애에 대한 예방과 각 주 정부에 대하여 관련되는 경제 발전과 고용 발전에 대한 장애를 극복하기 위하여 허용되는 것인가에 대하여 대답해야 하는 사항이다.

< 607 >

쉴레스비히-홀슈타인 주 헌법 제53조에는, 전체경제의 균형에 대한 장애를 예방하거나 주 정부의 경제 발전이나 고용 전개에 대한 심각한 장애를 극복하기 위하여 예외가 허용된다는 점을 규정하고 있다. 그에 상응하는 규정이 메클렌부르크-포어포먼 주 헌법 제65조 제2항 제2문에서도 발견된다. 전체경제의 균형에 대한 진지하고 계속되는 장애에 대한 예방 외에도, 주 정부의 경제 발전과 고용 전개에 대한 심각한 장애나 직접적인 우려에 대한 극복을 지향하고 있다. 그러한 규정을 수용한 것은 양 주 헌법에서 필수불가결한 것으로 보고 있다는 의미이다. 왜냐하면 연방 수준에서 전체 경제의 균형이 정해지고 지역적인 경제 장애가 전체 경제의 균형에 대한 장애 그 자체로 발생하여서는 아니 되기 때문이다. 만약 그러한 규정이 없다면, 쉴레스비히-홀슈타인 주와 메클렌부르크-포어포먼 주 헌법제정자의 견해에 따르면 증가된 기채는 지역적인 장애를 예방하기 위하여 허용되지 않게 될 것이다. 이러한 주 헌법상의 규정들은 매우 격렬한 비판을 받았던 것이다. 그 밖의 주 정부들은 지역적 경제장애를 예방하기 위하여 증가되는 기채에 대한 권한을 도입하였던 사례에 대하여 제한적으로 해석했다고 한다. 만약 그러한 장애가 다른 주에서도 동시에 발생하게 되는 경우에, 만약 다양한 주 정부를 통한 상응하는 권한의 동시적인 사용이 전체경제의 균형에 대한 요구사항에 이의

를 제기하는 경우에, 세부적으로 다툼이 있었던 친연방적 행위원칙의 관점 하에서 증가되는 기체에 대한 제한이 제기될 수 있다.

< 608 >

반면에 니더작센 주 국가법원(NdsVBl. 1997, 227, 229)은 니더작센에 명확한 규정을 두지 않고, 지체 없이 전체경제의 균형에 대한 주 정부차원의 장애가 충분하다는 점에서 출발하고 있다. 이러한 방책은 결정되는 질문의 설정에 대한 본질에 타당하지 않게 된다. 적어도 다음의 관점이 고려되어야 한다.

기본법 제115a조에 따른 국방의 사례를 명확히 하는 것과는 달리, 전체 경제의 균형에 대한 계속적인 장애에 대하여는 특정한 지위를 통하여 합법적으로 명확히 하는 것이 어디에도 규정되어 있지 않다. 연방 수준에서도 1995년도 니더작센 국가법원에 의하여 결정된 판결에서 어떠한 동기(Anlaß)도 발생하지 않고 있다. 왜냐하면 연방은 이번 회계연도에 연방에게 효력을 미치는 기본법 제115조 제1항 제2문의 일반기채상한을 넘지 않고자 하기 때문이다. 경제적 상황을 판단하기 위하여 법적으로 설치된 위원회(예산기초법(HGrG) 제51조에 따른 재정계획위원회, 경제성장과 안정을 위한 법(StWG) 제18조에 따른 경기부양위원회)나 이러한 목적을 위하여 요구된 보고서(전체경제발전을 위한 전문가위원회의 결성에 관한 법에 따른 보고서, 경제성장과 안정을 위한 법(StWG) 제2조에 따른 연말경제보고서, 연방예산규정 제31조에 따른 재정정보보고서)에게 그러한 합법적으로 정하는 것은 하지 않는다. 다른 측면에서 외부경제적인 부분목표는, 아무튼 경제성장과 안정을 위한 법(StWG)은, 전적으로 지역적인 차이를 고려하는 전 연방차원에서 장애받은 경제의 균형으로부터 출발하고 있다는 점을 보여주고 있기는 하지만, 외부경제의 균형에 대한 부분목표는 단지 전체국가에 대하여 적용 가능할 뿐이다. 더욱이 기본법 제109조는, 높은 국가지분으로 인하여 그 개념은 전체경제의 발전에 중요하게 영향을 미치고 있기 때문에, 연방·주 정부와 지방자치단체가 헌법으로 인하여 전체 경제의 균형에 대하여 고려해야만 하고, 모든 단위에 대하여 구속력을 미치는 규정을 통하여 효력을 갖도록 연방입법자에게 권한을 수여하는 하나의 개념을 근거로 하고 있다. 우리가 주 정부에게 지역적인 특별사항의 고려하에 전체국가의 경제정책에서 장애상황의 지역특성에 대하여 규정해야 하는 권한을 양도하는 경우에, 국가 전체적으로 효력이 있고 충격이 있는 재정정책과 경제정책에 대한 영향은 예상보다 훨씬 더 어려울 수 있다. 주 정부 헌법적으로 합당한 주 정부들이 차이를 갖는 경제정책의 유보 하에 재정계획위원회에서 의결된 업무증가의 유지를 제기하게 된다. 때때로 각 주 정부

의 예산비상에 관하여 발생하는 극단적인 사례를 근거로 하여 야기되는 채무상태는, 연방헌법재판소의 제2차 재정보상결정(E86, 148)에 따라 상호간의 연방보증의 의미에서 연방국가의 연대성의 원조의무와 협조의무를 야기하게 될 것이다.

< 609 >

단지 주 정부와 관련된 전체경제의 균형에 대한 장애상태와 결합된 연방국가에서 연방 국가를 근거로 한 재정정책적인 고려사항의 관점 하에 연방국가의 공적인 전체 예산에 대한 위협이 11개 주 정부 헌법상 규정들의 제한적인 해석을 하지 않으면 안 되는가에 대한 물음에 대하여, 니더작센 국가법원은 착수하지 않았다. 공적인 전체 예산에서 지나치게 많은 공적인 부족분을 피하기 위하여 마스트리히트 조약을 근거로 한 독일 연방공화국의 의무를 통하여 이러한 질문에 대한 관련성은 한층 강화되었다.

< 610 >

기본법 제115조 제1항 제2문의 조세 적합성과 주 헌법상 그에 상응하는 규정에 대하여 물음을 제기하는 경우에, 결손을 제한하는 것에 대한 기본법 제115조 제1항 제2문과 주 정부 헌법의 평행규정에 존재하는 현재의 헌법상 규정은, 헌법재판소의 통제능력을 현저하게 제한하는, 다양한 불특정의 법적 개념을 보여주고 있다는 판단은 나타나지 않고 있다. 이러한 근거 앞에, 입법자의 또 다른 판단 여지와 결정 여지를 인정하고 보상을 위하여 형식적인 설명 부담을 창출하고자 하는 헌법재판소의 판결은 기본적으로 설득력이 있다. 그런 한 법정정책적인 행위의 필요성이 발생한다. 왜냐하면 경제억제책인 국가의 예산행위에 대한 개념적인 단초가 호경기의 시기에 대하여 좌초되는 것으로 평가되어야 하기 때문이다. 주 정부에서는 연방의 경기정책적인 본질적 권능 측면에서 과실한계에 대한 전체경제적인 균형의 장애에 대한 결합은, 경제적인 면을 벗어나는 균형의 부분목적을 이유로 하여 의심스러운 점이 보인다.

< 611 >

주 정부 예산 규정은 주 정부 헌법보다도 훨씬 광범위한 범위에서 기본법 제115조 제1항 제2문, 연방 예산 규정 제18조와 합치되는 것을 보여주고 있다. 이것에 따르면, 기본법 제115조 제1항 제2문에 헌법규정을 담고 있지 않은 5개의 주정부에서 한편으로 헌법규정의 불일치로 인하여 약간의 충돌을 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 한편으로 주 정부예산규정에서 해당되는

규정을 제기할 수도 있게 된다.

Ⅲ. 유럽공동체조약 제104조, 제121조의 의무와 독일에서의 규정필요성

< 612 >

1999년 1월 1일에 11개의 참가국과 함께 유럽 경제와 통화의 통합에 대한 제3단계가 효력을 발생하고 있다. 기본법과 주 헌법에 있는 예산계획에 산정된 지출금의 총액에 지향되어 있는 순채무액의 제한이 연방과 주 정부의 국가채무의 제한을 위하여 보장하지 못한다고 할지라도, 독일에서는 아직도 유럽 안정성협정 외에도 국가의 안정성 협정이 발생하지 않고 있다.

1. 유럽공동체조약 제104조, 제121조에 의한 수렴기준

< 613 >

1999년 5월 1일 효력을 발생하였던 암스테르담조약을 통하여 수정된, 1992년 2월 7일 유럽공동체조약(이른바 마스트리트 조약)이 유럽공동체조약 제121조 제1항(예전 109조)에서 경제통합과 통화통합을 만들기 위하여 수렴기준이 입법화되었다. 도달된 수렴강도에 대한 판단척도로서 가중된 수렴기준인 가격안정성, 예산원칙(지속적으로 수행가능한 공적주체의 재정 상황, 지나치게 부족함이 없이 공적인 예산 상황으로부터 명백하게)에 장기간의 저렴한 이자와 환시세안정이 기여하게 된다. 이외에도 1999년 1월 1일 시작된 제3차 등급인 마스트리트 조약의 효력 발생 후에 시간적으로 등급화 된 절차가 규정되었다. 늦어도 2002년 1월 1일에 새로운 은행권 지폐와 화폐가 유통되어야 한다. 그리고 유로가 늦어도 2007년 7월 1일에는 단일 지급수단으로서 되어야 한다.

< 614 >

마스트리트 조약을 가지고 독일 연방공화국은 국가 내적인 재정 헌법의 보충으로서 작용하게 되는 등급화 된 권리의무가 개입된다. 그 회원국은 공적으로 과도하게 부족한 부분을 예방하여야 한다. 마스트리트 조약의 효력 발생 시, 유럽공동체조약 제116조 제3항에 따라 1998년 말에 시작된 제2차와 1999년 1월 1일에 효력이 발생하고 있는 제3차 등급을 구별해야 한다. 1994년 1월 1일부터 제2차 등급에서 유럽공동체조약 제104조는 유럽공동체조약 제1항, 제9항, 제11항 그리고 14항 및 기본법 제116조 제4항의 예외와 함께

효력을 발생하였다. 제2차 등급에서 회원국은 과도하게 공적으로 부족한 부분을 피하기 위하여 노력하였다. 이러한 일반적인 요구사항은 유럽공동체조약 제104조 제2항을 통하여 구체화된다. 동 규정에 따르면 “위원회는 예산전개와, 아주 심각한 하자의 확인과 관련하여 회원국에서 공적인 채무상태의 범위를 감독한다.” 특히 위원회는 다음의 두 가지 기준에서 예산원칙의 준수 여부를 심사한다.

- a) 국내총생산에 대한 예정되었거나 혹은 실질적인 공적 부족분의 관계가 특정한 참조지표(Referenzwert)를 초과하였는지 여부, 그러나
 - 그 관계가 현저하면서도 지속적으로 후퇴하고, 참조지표의 가까이에서 지표를 도달하거나
 - 참조지표가 단지 예외적이면서 잠정적으로 넘어가고 그 관계가 참조지표의 가까이에 머물러 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- b) 국내총생산에 대한 공적인 채무상태의 관계가 특정한 참조지표를 넘는가의 여부, 그러나 그 관계가 충분히 후퇴하고 아주 충분히 참조지표에 근접하는 경우는 그러하지 아니하다. 이러한 계약에 첨부된 절차에 관한 원안에서 참조지표는 지나치게 부족한 부분에서는 개별적으로 규정되어 있다.

< 615 >

언급된 원안(Protokoll)에서 제1조에 담겨 있는 바, 참조지표는 다음과 같이 규정되어 있다.

- 예정되었거나 실질적인 공적 부족분의 시장가격으로 환산한 국내총생산에 대한 관계로서의 3%
- 공적 채무상태의 시장가격으로 환산한 국내총생산에 대한 관계로서의 60%.

독일에 대하여 3조 7615억 독일 마르크의 범위에서 1998년의 국내총생산에 적절하게 이러한 가치는, 거의 113억 마르크의 공적인 총예산의 부족분이, 2조 2569억 마르크의 공적인 채무상태와 마찬가지로 허용된다는 점을 의미한다.

< 616 >

그 외에도 원안(Protokoll)에는 “공적인”, “투자” 그리고 “채무상태”라는 용어가 정의되어 있다. 그것에 따르면,

- 국가, 즉 중앙국가에 대한 “공적이란” 지역(Region)이나 지역보다 작은 영역 혹은 사회보장제도에 속하는 것을 말한다. 그리고 국민경제의 전체 결산의 유럽시스템 의미에서 상업상 거래의 예외를 갖는 것을 의미한다.
- “결핍”이란 국민 경제의 연방 결산(연방회계)의 유럽 시스템의 의미에서 순재정 잔고(Nettofinanzierungssaldo)의 결핍을 의미한다.
- “투자”란 국민경제의 연방예산의 유럽시스템의 의미에서 순-설비투자를 의미한다.
- “채무상태”란 첫 번째 횡선(Gedankenstrich)의 의미에서 국가의 개별적 영역 내부와 영역 사이에서 국채정리에 따라 매년 말에 명목가치로 환산한 순-전체채무를 의미한다.

< 617 >

지나치게 부족한 경우에 절차의 효력을 보장하기 위하여 회원국의 정부는 이러한 절차의 영역에서 국가분야의 부족분에 대하여 책임을 진다. 회원국은, 예산범위에서 국가 내적인 절차가 이러한 계약으로부터 발생하는 그들의 의무를 이러한 영역에서 이행하는 상황에 존재하도록 보장한다. 회원국은 예정된 실질적인 부족분과 그들의 채무상태의 범위를 위원회에게 지체 없이 규칙적으로 고지해야 한다. 이러한 사항은 원안 제3조에 규정되어 있다. 엄격한 예산원칙의 유지를 감독하기 위하여 유럽공동체조약 제104조에는 특별한 다단계의 절차가 마련되어 있고,¹⁵¹⁾ 그것을 통하여 자유로운 정치적 평가여지가 결정되기는 하지만, 유로의 안정성에서 신뢰측면 하에 심각한 비판을 야기하는 판단자유여지가 남아 있게 된다.

< 618 >

그러나 참조지표 자체는 판단여지를 배제하지 않는다. 이미 “참조지표”라고 하는 단어는 유럽공동체조약 제104조 제2항에서 예외규정을 가지고 강화된 상대화 가능성을 의미하게 된다. 참조지표를 정함에 있어, 순기채와 국가채무의 경향보다도 더 낮은 기준의 엄격한 이행이 중요한 것이라는 점이 강조된다. 유럽공동체조약 제104조 제6항에 따라 참조지표의 실제적인 이행이 중요한 것이 아니라, 제6차 단계의 근거 하에 형식적인 협의체(Rat)결의가 지속적으로 이행가능한 공적인 측면의 재정상황에 대한 기준이, 지나치게 많은 공적인 부족분 없이 예산상황으로부터 명백하게, 감사의 시점에서 협의체(Rat)

151) 이에 대한 자세한 사항은 Henneke, Landesfinanzpolitik und Verfassungsrecht, 1998, S. 81 ff.

결정이 발생하지 않는다는 것을 통하여 구체화하게 된다. 그것에 따르면 관련된 회원국에서 과도하게 공적으로 부족한 부분이 발생하게 된다. 국가와 정부지도자의 협의체는 수렴기준의 이행에 대한 부분적인 내용을 가지고 다양한 조언과 보고서의 근거 하에 1998년 5월 1일부터 3일까지 경제통합과 통화통합에 참가자들에 관하여 결정하였다. 그 결과 지표기준에도 불구하고 현저한 정치적인 평가여지가 발생하였다. 부족부분/초과부분과 순국내총생산의 범위에서 유로 통화지역 11개의 회원국의 명목상의 순채무액(Bruttoverschuldungen)은 표 13과 14에서 다시 주어진다(단락번호 543).

< 619 >

마침내 국가와 정부의 지도자로 구성된 위원회는 수렴기준의 이행에 대한 부분적인 내용을 가진 다양한 권고와 보고서를 근거로 하여, 1998년 5월 1일~3일의 경제통합과 금융통합의 참가자를 결정하였다. 그러므로 추천기준에도 불구하고 현저한 정치적 평가의 활동여지(Bewertungsspielräume)가 발생되었다. 국내총생산(Bruttoinlandsprodukt)의 범위에서 유로 통화지역의 11개 지방정부에 대한 부족분/잉여분 및 명목상 총 채무액(Bruttoverschuldungen)은 개요 13과 14번에서 다시 제시된다(단락번호 543).

< 620 >

1999년 1월 1일부터 제3차 경제통합과 통화통합 단계와 함께, 제2차 단계의 재정정책적인 목적설정으로부터 나오는 참가회원국에 대하여는 강행적으로 제재가 보장된 제공이 주어진다. 그리고 지나치게 공적으로 부족한 부분을 예방하기 위한 노력의무는 엄격한 예방의무로 높아지게 되었다. 참조지표를 이행하지 않는 경우에, 참가회원국은 이행지체에 있게 되고 등급화 된 제재 목록에

- 사채 발행에서 기재의 요구
- 유럽 투자은행에 그들의 용자의 제한을 위하여 관련회원국에게 의뢰
- 유럽공동체에서 적절한 범위의 이자 없는 출자 요구
- 적절한 범위에서 과태료 부과

따라야 한다.

하지만 그 제재들은 직접적으로 효력이 있는 것은 아니다. 왜냐하면 그것의 확정은 고정된 경과도해(Ablaufschema)에 구속되기 때문이다. 지나치게 부족한 부분의 경우에 효과적으로 제재가 이루어질 수 있고, 그와 동시에 많은

시간이 경과하게 된다. 그 외에도 정치적인 표결절차가 이행된다.

2. 기타 연방정부의 구속

< 621 >

1992년 2월 7일 동의법(Zustimmungsgesetz) 제2조에는, 유럽공동체조약 제104조에 따른 유럽공동체 법적 행위로부터 독일 연방공화국의 의무는 독일 기본법 제109조 제1항과 제109조 제2항에 따라 연방과 주 정부의 예산에서, 그들이 복종해야만 한 전체경제의 균형의 요구사항의 고려사항을 연방과 주 정부 사이의 투표를 근거로 하여 이행하여야 한다.

< 622 >

1992년 12월 2일 결정에서 독일 연방의회는 경제통합과 통화통합의 제3차 단계를 이행하는 과정에서 있어 안정성 기준은 좁고 엄격하게 해석되어야 함을 제시하였다. 제3차 단계의 이행과정은 단지 안정성, 경제적 기초자료 및 참가하는 회원국의 지속적인 예산과 재정정책적인 안정성을 근거로 하여 결정된다. 그러한 결정은 기회의 관점을 지향하는 것이 아니라, 실제적으로 주어진 경제적 상황을 지향하고 있는 것이다. 마스트리히트조약에서 합의된 안정성 기준을 완화하고자 함으로써 독일 연방의회는 비난을 받아야만 했다고 한다. 독일 연방의회는 경제통합과 통화통합의 제3차 단계에 대한 전개과정이 이러한 기준에 엄격하게 지향하고 있다는 사실을 잊지 않으면 안 되는 것이다. 경제통합과 통화통합의 제3차 단계에 대한 전개과정은 독일 연방의회를 통한 평가를 요구하고 있다는 것이다. 그러므로 연방정부는 유럽공동체조약 제121조 제3항, 제4항에 따른 협의체가 결의를 하는 경우에 그들의 투표행위에 대하여 독일 연방의회가 동의하는 표결을 필요로 한다. 그러는 한 1992년 12월 18일 연방참사원(Bundesrat)은 그에 상응하는 의결을 한다.

< 623 >

마스트리히트 조약에 있는 수렴기준이 정치적으로 희석될 수 없음을 연방헌법재판소(E89, 155, 200 이하)가 제시하였다. 유럽공동체조약 제121조 제1항에 언급되고 있는 기준은, 그것 자체로서 협의체의 임의대로 발생될 수 없다는 것이다. 왜냐하면 통화통합의 기초적인 개념은 안정성공동체(Stabilitätsgemeinschaft)로서 실현가능하지 않기 때문이다. 협의체에 의한 조언을 근거로 한 판단사항은 단순한 다수결정을 통하여 좌절될 수는 없다는 것이다. 그에 게 발생하는 사정여지, 평가여지 그리고 예측여지를 손상하지 않으면서, 계

약내용은 계약적으로 정해지고 수렴기준에 관한 원안에서 아주 밀접하게 정의된 수렴기준을 해결하는 것을 협의체에게 허용하지 않는다는 것이다. 그런 결과 독일의 동의 없이는 - 독일 연방의회의 중요한 작용이 동반되지 않고서는 - 수렴기준이 완화되지 않는다는 점이 아주 충분히 밝혀져 있다는 것이다. 그러한 사항에 대하여 연방대법원(E 89, 155, 157 Ls. 9 c, 203 이하)이 설명하고 있다:

독일 연방공화국은 통합계약의 인준을 가지고 자체 흐름에서 통화통합에 대하여 더 이상 조절이 불가능한 자동현상을 중단시킬 수 없다는 것이다; 그 계약은, 또 다른 각 단계에서 의회를 통하여 현재 예정되어 있는 전제조건에 따라 달라지고 있다. 또 다른 의회적으로 영향을 받게 되는 연방정부의 동의에 따라 달라지는, 유럽의 법적공동체의 단계적 통합에 대한 길을 열었다는 것이다. 통합계약은 안정성의 지속을 이행해야만 하는, 특히 통화가치 안정성을 보장하는 공동체로서 통화통합을 규정하고 있다는 것이다. 그 계약은 통화통합의 조치를 위한 안정성목표를 달성하기 위한 장기적인 계획을 설정하고 있고, 제도적인 예방을 통하여 통합통화가 이러한 목표를 실현해 줄 것이며, - 마지막 방법으로써 - 안정성공동체가 좌절되는 경우에는 공동체로부터 통합통화가 하나의 해결에 대립하지 않을 것이라고 한다.

3. 안정성협정과 성장협정에 관한 유럽위원회의 암스테르담 결정

< 624 >

1997년 6월 17일 안정성협정과 성장협정에 관한 유럽위원회의 암스테르담 결정과 1997년 7월 7일 예산정책의 감독강화와 경제정책의 감독과 협조 및 과도한 부족의 경우 절차의 촉진과 명확성을 위한 유럽위원회의 두 가지 명령은, 마스트리히트 조약의 규정을 구체화하고 그곳에 규정된 절차를 바짝 죄려고 하는 시도¹⁵²⁾로써 마침내 결론에 도달하게 된 것이다. 동시에 이것은 복선의 방책으로 규정되어 있다. 한편으로는 진단(Feststellung)과 교정(Korrektur)의 조기경보시스템이, 부족분이 3퍼센트를 넘기 전에 개입하게 되는 예산 목표와 다른 사항에 의하여 예방적으로 세워졌다. 그리고 다른 한편으로는 위협에 대하여 회원국은 지나친 부족분을 예방하거나 재빠른 지원조치를 개입하지 않으면 안 되는 규칙이 정해져 있다. 규정의 마지막 단계를 포함하여 과도하게 부족한 경우의 절차적용은 처벌규정에 의하여 보다 명확히 제정되었고, 그 결과 실질적인 징계기능이 절차에 발생하게 된다. 세부적인 사항에

152) 이에 대한 자세한 사항은 Hennecke, ZG 1996, 299 ff.; ders., NdsVBl. 1997, 25 ff.

서 그 규정은 세 가지 복합체인, 개념의 명확성·과도하게 부족한 경우 절차의 촉진·제재규정을 가지고 있다.

< 625 >

개념규정과 관련하여, 언제 참고지표(Referenzwert)가 기본법 제104조 제2a항의 의미에서 “예외적이면서 일시적으로 위반한 것”으로 인정되는가에 대하여 명확하게 표현된다. 위반이 관련 회원국의 통제를 벗어나고, 국가의 재정 상황을 현저하게 침해하는 예상 외의 사건이나 혹은 심각한 경제 후퇴의 원인이 되는 경우가 여기에 해당한다. 만약 한 해의 국내총생산(Bruttoinlandsprodukt)이 2% 줄어드는 경우라면 이것을 받아들여지게 된다.

< 626 >

제재와 관련하여, 위원회는 유럽공동체조약 제104조 제11항에 따라 회원국에 대한 제재를 결의하는 사례에 대하여 일반적으로 무이자(unverzinsliche Einlage)가 요구된다는 것을 규정하고 있다. 과도한 부족이 유럽공동체조약 제104조 제2a항에 따른 국내총생산에 대한 공적인 부족과 관련하여 기준을 지키지 않는 경우, 3%-부족-기준이 하자가 있는 경우에, 국내총생산액의 0,2%의 범위에서 확고한 구성요소와 전년도 국내총생산액에 대한 백분율로 나타난 부족분과 국내총생산액의 3% 범위의 기준지표(Referenzwert) 간 차이에서 10분지 1의 범위에서 변동되는 구성요소로부터 발생하는 첫 번째 출자금액이 결합한다. 그 다음해에 과도한 부족분이 남은 것에 관하여 의결을 종료할 때까지 위원회는, 당해 참여하는 회원국이 위원회를 통한 지체(Inverzugssetzung)를 근거로 하여 효과적인 조치를 취했는가의 여부를 판단한다. 이러한 경우에 위원회는 추가적인 출자를 통하여 제재를 강화할 수 있다. 동시에 세부적인 출자는 국내총생산액 0,5%의 상한선을 넘을 수 없다. 그러므로 국내총생산액 6퍼센트가 넘는 부족분은 비율적으로 더 높은 제재의 결과를 갖지 못한다. 이러한 반박(Deckelung)으로써, 우려할만한 제재가 믿을 만한 가치가 있으면서 반생산적으로 작용하게 된다.

독일에서 1998년 3조 7615억 마르크의 국내총생산액에서 이러한 가치들은, 국내총생산액의 0,2%의 범위에서 고정된 구성요소는 75억 2천만 마르크를 의미할 것이고, 반면에 국내총생산액의 0,5% 상한경계가 188억 마르크에 해당하게 될 것이다.

< 627 >

만약 참가하는 회원국에 대하여 출자(Einlage)를 요구하는 결의 후 2년이 지났음에도 불구하고 과도한 부족이 수정되지 아니하면, 본래의 강제출자(Zwang-

seinlage)가 위원회에 의하여 일반적으로 과태료로 변형된다. 출자는 이사회에서 맡겨야 한다. 그러한 출자에 대한 이자와 과태료는 과도하게 위임받지 않은 회원국 하에 고려되는 회원국의 전체 국민총생산에 대한 지분의 비례에 따라 배분된다. 과도한 부족을 수정하는 경우에 어떻게 관련 참가 회원국이 진행해 나가는가에 대하여는, 위에 언급된 제재가 위원회에 의하여 제거된다. 만약 과도한 부족이 존재한다는 것에 대한 결의가 제거된 경우에, 그러한 제재는 위원회에 의하여 제거된다. 만약 지금까지 과태료가 부과되었다면, 그에 상응하는 금액은 참가 회원국에게 상환하지 않는다. 받아들여진 구체화에도 불구하고, 뒤집을 수 없는 과태료는 예나 지금이나 외부로 드러나는 또 다른 방법이다.

4. 국가의 규정필요성

< 628 >

회원국이 예산범위에서 국가 내적인 절차가 마스트리트 계약으로부터 발생하는 의무를 이행하기 위한 상황에 있도록 하는 것을 보장하기 때문에, - 제재부과의 아주 높지 않은 개연성에도 불구하고 - 연방국가로서 독일 연방공화국에 대하여 주어진 한계에서의 공공의 전체예산 - 주정부, 지방자치단체 그리고 사회보험담당주체 - 신용을 유지하기 위한 상응하는 절차와 기구를 필요로 한다. 유럽공동체조약은 단지 연방에게만 의무를 부담하는 것이지, 독일 연방공화국의 부분으로서 주정부에 대해서는 그러하지 아니하다. 그러므로 연방이 그의 의무를 단지 이행하고, 유럽공동체조약에 정해져 있는 목적의 달성은, 주정부와 지방자치단체가 여기에 기속되는 경우에만 단지 보장될 수 있다. 그러는 한 1992년 12월 18일 유럽연합에 관한 조약을 위한 동의법(Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die EU) 제2조는 국가내적에서 마스트리트 기준의 유지를 보장하는 핵심적인 의미가 발생하게 된다. 동 규정은 연방과 주정부가 그들의 예산경제에 있어서 독립되어 있다는 점을 고려한다. 동의법에 따르면, 주정부는 주정부 예산에서 예산원칙을 위한 요구사항을 이행해야 하는 의무를 부담하고 있다. 동의법을 통하여, 기본법 제109조 제1항에 규정된 연방과 주정부의 예산에 대한 독자성과 독립성의 원칙이 제한된다. 그 외에 주정부가 반대하고 있는 기본법 제109조 개정이 필요한 것인가에 대하여는 현재 다툼이 있다. 결과적으로 볼 때, 모든 논의를 고려함에 있어 기본법 제109조 제2항, 제3항의 보충이 제공된 것으로 보인다.¹⁵³⁾

153) 이에 대하여 자세히는 Hennecke, Landesfinanzpolitik und Verfassungsrecht, S. 89 ff.;

< 629 >

견적(Veranschlagung) 뿐만 아니라 예산실행에 대한 과도한 공적인 부족분을 예방하기 위한 한계가치(Grenzwerten)의 국가 내부적인 전환은, 한 회기 내에 다양한 요구사항을 고려하면서 국가의 새로운 채무가 전체적으로 얼마나 높은가에 대하여 명확히 해야 한다. 이외에도 어떠한 규정에 의하여 각 조직과 그 조직에서 전체에 대하여 규정된 상한(Obergrenzen)의 영역에서 개별적인 영역단체가 부담해야 하는가를 결정해야만 한다. 끝으로 위반사례에 대하여, 규정된 절차의 유지에 따라 누구에게 어떠한 제재가 적용되는 가를 정해야 한다. 정해져 있는 규정은, 지난 해 브레멘과 자아란트에서 직면했던 것과 마찬가지로, 연방국가에서 단체의 조직에게 발생하는 예산에 대한 긴급상황의 대처가 이루어져야 한다. 왜냐하면 독일 연방공화국의 전체 공적인 예산에 대하여 허용되는 기준을 초과하는 것이 이행되어서는 아니 되기 때문이다. 그 이외에도 정상적인 경제상황에서 채무가 3% 지표선(Marke) 밑으로 남아 있어야만 하는 ‘현재의 경기상태에 역행하는 재정정책에 대한 활동여지’가 마련되어야 한다.

< 630 >

개별적인 지역단체와 기구에 대하여 정해진 채무상한을 배분함에 있어, 경제적으로 합리적인 기준에 따라 절차를 진행하여야 한다. 그 결과 그들 사이의 갈등이 가능한 한 제거된다. 개별적인 규정에 따라, 당시 주어진 상황에 대하여 개별적인 조직의 재정자치에 대한 제한에 불가피하게 구속된다. 국가체계를 두 단계로 설정하는 것은, 한편으로 연방과 지방자치단체를 포함하여 연방전체 사이에서 우선적인 분배가 따르는 것을 조건으로 하고 있다. 그런 연후에 주정부 사이에 배분이 이루어져야 한다. 끝으로 각 주 정부와 지방자치단체 사이의 배분을 받아들여야 한다. 독일 연방공화국에서 지역단체의 채무에 대한 현재 전개과정은, 상호 독립적인 예산경제의 접근기준에 대한 국가 내적인 필수적인 조절은 타당한 절차에 규정되기는 하지만, 실제적으로 지속되지 않는 표결의 방법에서 이행되는 것을 기대하지는 못한다. 최근 전

ebenso Wiss. Beirat beim BMF, Gutachten, Schriftenreihe des BMF, Heft 54, 1994, S. 45 ff.; Stern, in Festschrift Everling, Bd. II, 1995, S. 1469, 1485 ff.; Höfling, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1995, S. 421, 438 ff.; Littwin, ZRP 1997, 325, 327 f.; Glauben, ZG 1997, 233, 235 ff.; Mehde, DÖV 1997, 616, 619 ff.; 반면에 Häde는, JZ 1997, 269, 175에서 기본법의 개정이 반드시 요구되는 것은 아닌 것으로 생각하고 있다.

개과정에서 이러한 불신이 그것의 주인을 발견하게 된다. 그러므로 새로운 채무의 가능성을 명확히 하고 연방, 주 정부 그리고 지방자치단체에 대한 잠재적인 채무에 대한 지분을 명확하고 투명하게 배분하는 것은 회피할 도리가 없다. 그렇게 규정함으로써, 공동체가 개별적으로 채무범위를 위반하는 것은 더 이상 국가의 다른 조직에 대하여 영향을 미치지 않고 연방국가 단체 다른 조직들의 원조와 협조의무를 통하여 혜택을 더 이상 받을 수 없다. 반대로 정해져 있는 채무권한을 단체가 개별적으로 위반한 사항에 대해서는 원칙적으로 제재한다는 조치를 정해야 한다. 연방과 주 정부 사이, 또는 주 정부사이에 있는 극복될 수 없는 이해관계 차이와 관련하여, 많은 논의를 거쳤음에도 불구하고 독일에서는 아직까지 규정으로 이어진 것은 없다. 제시된 모든 제안들은 아직까지도 합의할 수 있거나 다수결로 결정할 수 있는 것으로 판명되지 않고 있다.

< 631 >

매우 높은 용자를 받아야 하는 주 정부를 통하여 장애상태를 받아들이는 것에 대하여 니더작센 국가법원이 판시한 사실관계는, 이미 주어진 시간 이래로 긴급한 규정의 필요성이 발생한다는 것을 보여주지는 못한다. 그러나 연방은 장애상태와 공적인 전체예산의 채무에 대하여 그것으로부터 발생하는 결과에 대하여 주 정부의 정책적인 결정을 의지할 데 없이 결코 제공하지 못한다. 그렇게 연방입법자는 비록 예산에 대한 긴급한 상황을 결정함에 있어 연방헌법재판소(E 86, 148, 266 이하)가 그것을 명백히 기억하고 있었다고 할지라도, 연방헌법재판소 결정에 대한 지침을 제공하지 않았다(E 79, 311, 355 이하). 연방헌법재판소는 다음과 같이 기술하고 있다.

“기본법 제115조 제1항 제3문에 따른 규정위임(Regelungsauftrag)과 관련하여, 어떻게 기본법 제109조 제2항 규정에 대한 좀 더 세밀하게 법적으로 구체화하는 작업이 기본법 제115조 제1항 제2문의 영역에서 그것을 고려함에 있어 제공된 것인가에 대하여 검토되어야 한다. 전체경제의 동일한 비중에 장애를 가져오는 것을 예방하기 전과 후의 국가신용에 대하여 하나의 조절 기능(Regulierungsfunktion)이 기본법 제109조 제2항으로부터 나오게 된다. 그러한 기능은, 현재와 미래의 문제에 대하여 행동을 취하기 위한 국가예산의 능력이 의문시되는 끊임없이 증가하는 채무기반이 형성되는 것을 예방하여야 한다. 전체경제의 장애상태 외에서 국가의 신용에 대한 최대한의 경계점을 입증하는 기본법 제115조 제1항 제2문의 투자개념이 수

용되면 될수록, 조절기능의 비중은 크게 늘어난다. 그럼에도 불구하고 그러한 조절기능은, 전체경제의 동일한 비중의 관점 하의 전체경제의 일반적인 상황에서 국가의 신용이 아무런 문제가 없는 것으로 간주될 수 있는가, 특별한 법적 정당성이 필요한 가 또는 배제되어야만 하는가의 여부와 가능한 범위 속에서, 집행하게 되는 방향을 규정하는 규정이 존재하지 않는 한, 실질적으로 전개되지 않는다.

그러한 법적 규정은 전체경제의 동일한 비중에 대한 불특정성과 역동적인 구성요건, 특정한 범위에서 세계경제에 연루된 국가경제의 경제상황에 대한 제한된 예측가능성의 관점에서 근거의무를 포함하여 절차에 타당한 예방을 뛰어넘을 수 없게 될 것이다. 그러나 그것은 국가채무를 제한하는 것에 대한 수단과 방법으로서 효과가 없는 것은 아니다. 그것은 예산을 정하는 자에게 그 자체에 대한 해명뿐만 아니라 공식적인 견해형성과 의사형성과 관련하여 해명이 가능하다.”

< 632 >

연방입법자가 계속해서 이어받은 투자개념을 법률적으로 규정하고, 여기에 언급된 관점에서 구체화를 받아들이지 않았기 때문에, 연방헌법재판소(E 86, 148, 266 이하)는 브레멘과 자아란트의 예산비상상황에 대한 결정에서 이러한 관점을 검토하였고 우선적으로 고려하게 되었다. 계속해서 브레멘과 자아란트 그리고 새로운 주 정부를 추가하여 지나치게 재정의 정도에서 사용된 세부적으로 제시된 기구에 대하여, 연방헌법재판소는 사전에 명확히 하기 위하여 “또 다른 행위가능성”으로서 표시하였다:

“우선적으로 필요하고 특별히 긴급한 사항은, 예산비상사태의 발생에 대처하고 발생한 예산비상사태를 해결하기 위하여 적절하게 연방과 주 정부에게 공동의 의무와 절차규정을 명확히 하는 것이다. 여기에 대하여 기본법 제109조 제3항이 연방 입법권자에게 규정을 정할 수 있는 권한을 제공하였다. 그들의 예산경제와 예산정책의 형성을 통하여 전체경제의 동일한 비중의 필수불가결성을 고려한다는 점에서, 여기에 언급된 종류의 예산비상사태를 통한 당혹스러운 사항은 예방된다. 그러한 사항은 경기에 합당한 예산상황과 경기를 조정하는 행위에 대한 능력을 상실하게 한다. 반면에 규범적인 예방책은 - 예산원칙법(Haushaltsgrundsätze-gesetz)의 영역에서 - 기본법 제109조 제2항을 통하여 가까이 있을 뿐만 아니라 제공된 것이다. 예를 들어 규정대상은 예산계획에서 - 부차적인 예산을 고려하면서 - 연방과

주 정부의 책무에 대한 기본원칙이 될 수 있다. 신용재정이나 채무토대에서 재정정책적인 대수의 지표(Kennziffer)를 통하여 표시된 경계를 고려하기 위해서는, 예산경제가 정상적인 상황으로 되돌아가는 국가재건프로그램을 제시하는 경계가 위반되어야 한다. 이러한 종류 또한 이와 유사한 종류의 규정들은 기본법 제109조 제2항에 따른 행위능력의 유지나 재획득에 대하여 의미가 있는 것에 그치지 않는다. 그러한 규정은 동시에 지원으로서 투입하게 되는 재정에 효과적인 제도가 안정적인 효력을 야기하는 데 근거를 제공하게 된다.”

연방헌법재판소의 경고에도 불구하고, 적절한 규정내용에 관한 합의의 결핍으로 인하여 지금까지 규정화하는 작업에 이르지 못하고 있다.

IV. 지방자치단체조합법적인 규정

< 633 >

지방자치단체조합 명령이 일반적으로 위임하는 기본단위 지방자치단체 명령에서 주 정부법적인 규정을 근거로 하여 지방자치단체는, 다른 재정작업이 가능하지 않거나 경제적으로 목적에 타당하지 않는 경우에, 단지 재정예산의 범위에서, 단지 국가채무, 투자, 투자증진조치에 대하여, 그리고 채무전환을 받아들이기 위하여 기채를 허용한다. 연방과 주 정부에 반하여, 지방자치단체는 용자를 가지고 단지 투자적인 지출에 대하여 재정을 마련할 수 있지만 소비적인 지출을 가지고는 그러하지 아니하다. 그리고 원칙적으로 보충성의 원칙이 적용된다. 즉 재정예산의 다른 모든 보상가능성이 이용될 수 없다고 판단되는 경우에만, 용자를 받아들이는 것이 허용된다. 특별히 이것은 수수료(Gebühren), 분담금(Beiträge)의 순으로 지방자치단체에게 법적으로 위임된 지출의 우선적인 사용, 그런 연후에 조세(Steuer), 적립금의 청구, 국가의 투자보조금(Investitionszuschüssen), 제3자의 기여금과 유사한 보상에 대한 지방자치단체의 의무를 의미한다. 그러나 예산경제적인 측면뿐만 아니라 전체경제적인 측면과 관련된 제정되어 있는 경제적 목적타당성으로 인하여, 보충성의 원칙은 엄격성을 상실하게 되었다. 만약 낮은 이자의 용자를 받아들일 수 있었는데도 높은 이자의 적립금을 청구하는 것은 예산 경제적으로 합당하다고 할 수 없을 것이다. 조세비율의 인상을 통한 투자에 필요한 재원을 마련하는 것은, 그것이 기업의 지불능력을 침해하거나 - 소비자의 불행이 고려되는 경우에 - 그들의 구매능력을 감지할 수 있을 정도로 약화시키는 경우, 전체 경

제적으로 보아 타당하지 않을 것이다. 수수료인상(Gebührenanhebung)과 분담금인상(Beitragsanhebung)은 그러한 업무를 수행함에 있어서 이행할 수 없는 부족분을 야기하지 않는다. 그것의 이행은 사회국가적인 입장에서 피할 수 없는 명령인 것이다.

< 634 >

재정예산에 규정되어 있는 용자의 전체금액은 지방자치단체 감독청의 허가, 이른바 전체허가(Gesamtgenehmigung)를 필요로 한다. 허가 의무를 통하여, 지방자치단체는 지속적인 급부능력에 일치하고 있다는 점이 보장되어야 한다. 지속적인 급부능력은, 지방자치단체가 반복되는 수입으로부터 반드시 지출하게 되는 사항을 보상할 뿐 아니라, 그것의 재산을 유지하는 경우에만 보장된 것으로 받아들인다. 지방자치단체는 적어도 법률의 범위에서 지방자치단체 주민들의 기초배려를 계속적으로 보장하기 위한 업무를 이행해야 할 의무를 부담하게 된다. 그러므로 용자에 앞서서 용자의 후속적인 부담을 계산한 후, 지방자치단체에 의하여 반드시 이행해야 할 의무 및 임의적인 의무를 이행하기 위하여, 예상되는 지출과 비교하여 예상되는 수입이 충분한가 여부를 계산해 보아야 한다. 연방 및 주 정부와 달리, 부담능력의 기준으로부터 도출되는 채무한계(Verschuldensgrenz)가 지방자치단체에게 존재하게 된다.

< 635 >

지방자치단체 채무는, 채무이행으로부터 도출되는 부가적인 의무는 지방자치단체에 대하여 법적으로 규정된 의무적인 업무의 이행을 위협하는 곳에서, 재정경제적인 한계와 마찬가지로, 지방자치단체법상 한계를 발견하게 된다. 지속적인 급부능력은, 행정예산의 재정예산에 대한 유입이 의무이행이라는 목적(용자마련비용과 일반적인 채무상환)을 도달하지 못하는 경우에 위협이 있는 것으로 자리매김하게 된다. 지방자치단체는 예산계획과 재정계획의 범위에서, 지출의무의 이행 외에도 반복되는 수입으로부터 지방자치단체가 그들의 재정을 유지할 수 있다는 점을 증명하여야 한다. 지속적인 급부능력을 판단하기 위해서는, 채무상각을 위하여 필요한 각 재원은 계속되는 예산연도에 효과적으로 이행될 수 있다는 원칙으로부터 출발한다. 동시에 그 이듬해에 지방자치단체에 대하여 발생하는 유지비와 그 외의 투자비용이 반드시 고려되어야 한다. 그러나 확고하게 정해진 채무한계는 존재하지 않는다. 만약 채무한계가 정해진다면, 지방자치단체 감독적인 허가절차의 필수적인 탄

력성을 침해할 것이기 때문이다. 채무이행부담과 개별적으로 받아들이는 용자가 경제적으로 얼마나 이행가능한가에 대한 물음은 개별적인 용자조건, 이자, 자본창출비용, 지출지수(Auszahlungskurs)와 그것으로부터 도출되는 효과적인 용자비용에 달려 있다. 더 나아가 경과시간, 이자적용약관 및 해지조건 등이 의미를 부여한다.

< 636 >

지방자치단체 감독청을 통한 세부적인 허가는 단지 두 가지 상황, 예를 들면 “경제성장과 안정 증진에 관한 법(Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft)” 제19조에 의한 용자제한 및 주 정부가 용자시장에서 긴급하게 위협이 발생하는 경우에 법규를 통하여 개별적인 허가를 규정하고 있는 경우에 대하여 요구된다.

V. 국가채무에 대한 경제적, 심리적 그리고 정치적인 한계

< 637 >

특히 독일 연방공화국은 지난 25년에 걸쳐, 현재 공적 신용에 대하여 표준이 되는 한계는 단지, 신용을 가지고 추구된 한계기능(Limitierungsfunktion)을 도달하기 위해서만 적절하다는 것을 보여주고 있다. 국가채무의 한계에 대한 경제적, 심리적 그리고 정치적인 물음은, 그러한 한계가 명백히 정해지지 않았던 경우에 의미를 갖게 된다. 국가채무의 경제적 한계에 대하여 물음을 제기하는 경우에, 공적 예산에 의하여 어떠한 채무부담이 극복될 수 있는가에 대하여 고찰해야 한다. 법적 기구가 산출하는 연마다 순신용수용의 범위는 그 중심점에 있지는 않다. 그럼에도 불구하고 채무상태를 근거로 하여 조달하는 채무영역(Schuldendienst)에 달려 있다. 이러한 이자-지출-비율(전체지출 가운데 이자지출의 몫)은 이자 지출 후에 국가에 남아 있는 재정적인 행위여지를 표시한다.

< 638 >

전체 지출로서 이자 지출이 증가하게 되더라도, 그것의 비율은 참을 수 있는 것으로 판명되어야 한다. 이자 지출이 전체 지출보다 더 심각하게 증가하는 경우에, 이는 매우 우려할 만한 것으로 인식된다. 왜냐하면 다른 지출상황이 이자지출의 증가를 통하여 비례배분으로 증가하여 제한되기 때문이다. 공적 예산의 지출에 대한 본질적인 부분이 법률적으로 정해져 있기 때문에,

전제지출증가분과 비교하여 심각해진 이자지출증가분은 매우 빠르게, 예산 제정권자가 전체적인 행위여지를 상실하도록 만든다. 이러한 경험이 독일에서 현재 특히 연방을 만들고 있다. 그러므로 증가하는 이자-지출-비율은 국가채무의 경제적인 제한으로 인정된다.

< 639 >

이자-지출-비율은 통일 독일에서 1990년부터 다음과 같이 전개되었다.

[표 18] 통일 독일에서 이자-지출 비율(1990-1999) (%)

1. 부담조정기금, ERP 특별기금, 독일통일기금, 채무청산기금(Kreditabwicklungsfonds), 보상기금, 전래부담변제기금(Erblastentilgungsfonds), 연방철도기금, 석탄투입의 보장을 위한 조정기금
2. 전래부담변제기금(Erblastentilgungsfonds)을 관련시키는 채무공동인수법(SchuldenmitübernahmeG)을 근거로 한 독일 철도기금과 석탄투입의 보장을 위한 조정기금(이에 대하여는 단락번호 547)

	공적 전체 예산	연방	주정부 (서독)	주정부 (동독)	지방 자치단체 (서독)	지방 자치단체 (동독)	특별회 계
1990	7.9	9.0	7.3	-	3.7	-	1.5
1991	7.9	9.9	7.4	0.2	3.7	0.4	8.7
1992	9.4	10.3	7.4	0.5	3.7	0.8	30.9
1993	9.1	10.0	7.4	1.8	3.8	1.5	26.9
1994	9.7	11.3	7.4	2.7	3.7	1.9	22.4
1995	10.7	10.7	7.6	3.4	3.6	2.2	51.9
1996	11.0	11.2	7.6	4.3	4.1	3.0	50.8
1997	11.8	12.1	8.0	5.1	4.1	3.2	49.6
1998	12.0	12.3	8.0	5.5	4.0	3.5	44.9
1999	12.0	17.0 ²	8.5	6.0	4.0	3.5	19.5 ²

< 640 >

[표 19] 지방자치단체를 포함한 주정부의 이자-지출, 이자-조세재정비율과 기채재정비율(1997)

주정부	이자-지출 비율	이자-조세 비율	기채재정비율
바덴-뷔템베르크	5.5	8.4	3.8
바이에른	3.8	6.0	4.7
베를린	8.0	14.1	13.0
브린덴부르크	5.8	10.2	7.8
브레멘	14.3	25.7	22.5
함부르크	10.4	16.6	9.2
헤센	7.3	12.3	5.0
메클렌부르크-포어포먼	5.0	9.1	10.1
니더작센	9.2	14.1	5.5
노르트라인-베스트팔렌	8.2	13.2	7.6
라인란트-팔츠	8.5	13.1	7.7
자아란트	12.9	20.7	12.8
작센	4.4	7.3	5.7
작센-인란트	5.6	10.2	13.7
슬레스비치-홀스타인	9.7	15.3	6.9
튀링겐	5.6	9.8	9.5
주정부 통합	7.1	11.3	7.4

< 641 >

예산 제정권자는 지출 축소 외에, 국가비율(Staatsquote)의 증액을 - 지난 30년 전에 발생했던 것과 마찬가지로 - 야기하는 것에 상응하여, 그는 전체지출의 확대를 통하여 위기를 모면하고자 할 수 있다. 그러한 국가할당의 증가는 일반적으로 그것에 평행하여 상승하는 공과금 부담과 결부하여 발생하게 된다. 상승하는 공과금 부담에 대하여 경제가 적응 반응을 하면서 행동을 취하게 된다. 그것의 결과는 공과금 풍요(Abgabeergiebigkeit)에 대한 제한이다. 그러나 내려가는 공과금 풍요를 가지고 국가의 자본서비스능력은 축소하게 된다. 다른 말로 표현하자면, 국가 채무의 한계에 대한 질문은 조세자의 부

담가능성과 과세의 실질적인 한계에 대한 물음으로 넘어가게 된다. 지난 해 독일에서의 전개가 이것을 극명하게 보여주고 있다. 그러므로 국가채무의 또 다른 경제적인 한계가 제시된 것이다. 그러한 한계는 경제의 측면에서 조절 반응으로 인하여 역시 심리적인 한계로서 표시될 수 있다.

< 642 >

지속적으로 상승하는 국가채무를 근거로 하여 국가에서 시민의 신뢰와 정상적인 자금운영이 상실되는 경우에는, 또 다른 심리적인 한계는 규명되어야 한다. 순수 신용은 다른 수입을 가지고 지역단체의 예산을 조절하고, 예산을 통하여 정치적인 프로그램이 각 정부주체와 정부를 이끌어 나가는 의회의 다수에게 재정을 마련하게 하는 전제조건을 창출한다. 이러한 다수결을 변경하는 상황에 있지만 발생하게 하는 사실적 의무와 마찬가지로 법률적인 의무가 여기에 예상된다. 그러므로 국가의 기채(Kreditaufnahme)는 예산의 계획 기능과 결합되어 있는 개별적 국회의 다수의석과 정부의 권력유지에 기여하게 된다. 그 결과 국가의 기채는 정부정책의 양질에 대한 시금석이 될 것이다. 기채에 대한 임의성을 근거로 하여 예산제정권자는, 고권으로 부과된 교부금을 증가시키거나 정책적으로 의도된 업무프로그램을 제한하는 경우, 특히 법률적이거나 사실적인 채무의 제한을 통하여 이러한 여지에 대하여 창출하기 위하여 순채무액(Nettokreditaufnahme)의 범위에서 필요불가분성을 제거하였다. 앞의 세 가지 재원의 사용은 강행적으로 개인적이거나 조직적인 이해관계와 관련을 가지고 있고, 국회의 다수의석과 그 다수의석에 의하여 미래의 선거에서 승리할 정부의 가능성을 침해한다. 반면에 증가하고 있는 국가 채무는 유권자가 자유롭게 처리할 수 있는 소득의 지위와 직접적인 관련은 존재하지 않는다. 달리 표현하자면, 교부금 재정에 있어서 이것이 가능할 것이라고 하는 경우보다 더 높은 국가비중을 수행하기 위하여, 그것은 다수의원에 의하여 정책적으로 기채재정(Kreditfinanzierung)을 가능하게 한다. 국가비중의 확대를 근거로 하여 후에 교부금 증가와 또는 급부제한이 더 이상 축소되지 않을 경우에, 이는 거의 강행적으로 선거행위에 대하여 작용하게 된다. 그러는 사이에 정부가 변경되는 경우에는, 유권자의 반응에 대한 작용은 다른 국회의 다수의석에 의한 정부의 등장을 볼 수 있다.

제 5 장 연방국가의 공과금분배*

< 643 >

공과금 권한의 분배에 관한 명시적인 규정은 재정헌법(단락번호 38 이하)에 있으나 정작 재정헌법은 조세에 관한 권한만을 다룰 뿐, 그 밖의 공과금 유형에 대해서는 다루지 않고 있다. 재정헌법 규정에서 조세입법권한의 분배(기본법 제105조), 조세수익권한의 분배(기본법 제106조와 제107조) 내지 조세행정권한의 분배(기본법 제108조)는 엄격히 구별해야 한다. 그 밖의 공과금 유형에 대해서도 입법, 행정, 수익 권한의 분배는 구별해야 한다.

12

A. 조 세

I. 기본법 제70조 내지 제75조의 특별규정으로로서 기본법 제105조

< 644 >

기본법 제105조에 의하여 연방은 관세 및 재정독점(Finanzmonopole)에 관한 배타적인 입법권을 가지며 기타 조세에 관하여는 그 조세수입이 연방에 전부 또는 일부 귀속되거나 기본법 제72조 2항의 요건이 존재하는 경우 연방이 경합적 입법권(die konkurrierende Gesetzgebung)을 가진다. 주들(Länder)은 지역 소비세(die örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuer)가 연방 법률에 규정된 조세와 동일한 종류가 아닌 한 그에 관한 입법권을 가진다. 그 세수의 전부 또는 일부가 주들이나 기본단위 지방자치단체마인데(Gemeinde) 또는 기본단위 지방자치단체마인데 조합(Gemeindeverbände)에게 유입되는 조세에 관한 연방 법률은 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 필요로 한다. 이 규정과 함께 기본법 제105조는 기본법 제70조 이하에 규정된 입법권한에 우선하는 종국적인 특별규정(abschließende Spezialregelung)이다.

< 645 >

연방과 주들 간의 경계를 규정하는 규율테크닉과 다른 그 밖의 특수성으로서 기본법 제105조 제2a항이 주들의 (배타적) 입법권한에 대하여 명시적인 헌법배분규정을 통해 근거를 두고 있다는 점을 들 수 있다. 이에 따라 기본법 제30조와 제70조에 포함되어 있는 주들을 위한 일반조항(Generalklausel)은

* 제5장 번역(단락번호 643-823) (문병효).

조세입법영역에 개입하지 않는다. 일반적인 입법영역에서 州의 권한은 기본법 제73조 내지 제75조에 열거된 권한 목록에 따라 연방에게 어떠한 입법권 한도 주어지지 않는 데서 도출된다(기본법 제83조에 따른 법률의 집행에 대해서도 마찬가지다).

이러한 일반적인 규율체계와 다른 기본법 제105조 제2a항의 권한배분의 의미는 이 조항의 해석에서 밝혀져야 한다.

< 646 >

첫 눈에도 기본법 제105조는 연방에게는 매우 광범위한 조세입법권한을 부여한 반면에 주들에게는 좁은 입법권한만을 부여하고 있음을 알 수 있다. 이로써 연방지역에서 세법의 통일 및 경제적 통일이라는 관점과 지역적으로 다른 조세규정을 통한 다른 경쟁조건을 방지한다는 관점이 함께 고려된다. 달리 말하면 기본법은 연방차원에서 조세부담구조의 통일성을 보장한다. 게다가 통일적인 권한배분으로 경제적, 사회적, 환경적, 사회 정책적 유도수단으로서 조세정책을 투입하기 위한 조건이 만들어진다. 한편 그러한 권한배분으로 말미암아 주들과 지방자치단체의 연방 조세입법에 대한 예산 의존성이 매우 강화되는데, 그에 따라 주들과 지방자치단체의 조세수입에 영향이 있는 경우 기본법 제105조 3항에 따라 연방참사원(Bundesrat)의 동의가 필요한데 이것은 물론 주입법자에 의한 결정여지의 결여까지 보완할 수는 없다.

< 647 >

조세로 재정수입의 목적 외에 질서 정책적 목적이나, 경제유도, 환경 및 사회형성적 목적도 추구될 수 있다(단락번호 286 이하). 조세입법자가 그러한 유인의 목적을 추구하는 경우, 기본법 제70조 내지 제75조에 의한 권한규정의 지배를 받는 사항영역(Sachbereich)에 실질적으로 작용한다. 그렇다면 그 입법권한은 기본법 제105조 2항, 2a항에서만 도출될 수 있는지, 아니면 그 사항에 대한 권한도 마찬가지로 주어져 있어야 하는지 하는 문제가 제기된다. 어떤 견해에 의하면 세법의 외양만으로는 기초가 되는 사항에 대한 어떠한 권한도 창설하지 않기 때문에 두 가지 권한이 모두 있어야 한다고 한다. 따라서 세법상의 권한뿐만 아니라 그 대상에 대한 권한도 필요하다.

< 648 >

지배적인 견해에 의하면 기본법 제105조 2항은 원칙적으로 권한규범(Kompetenznorm)으로서 충분하다고 한다. 헌법상의 조세개념이 재정의적 목적을 함께 추구하는 내용을 갖기 때문에 조세권한은 원칙적으로 유인목표(Lenkungs-)

및 형성목표(Gestaltungsziele)를 위한 권한도 포괄함에 틀림없다(이에 대해 상세한 것은 Henneke, ZG 1998, 275, 289 ff.). 따라서 기본법 제105조 2항, 2a항의 헌법상 권한규정은 원칙적으로 일반적인 입법사항규정에 대한 특별조항이다. 이는 연방조세입법자와 마찬가지로 州 입법자도 각각의 조세입법을 행사함에 있어서 개입을 통하여 각 권한주체의 입법사항에서 벗어나 있는 영역에 실질적으로 작용하는 결과를 가져올 수 있다. 사항을 규율하는 권한이 중심에 있는 세법상 규율을 할 때 조세입법권한(Steuer-)과 사항입법권한(Sachgesetzgebungskompetenz)이 일치하지 않으면 무엇이 적용되어야 하는지의 문제는 지금까지 명백히 대답되어 있지 않다. 연방행정법원(BVerwG)은, 기본법 제105조 2a항에 관하여 조세를 징수하는 주된 목적이, 사항이 추구하는 목적에 맞추어져 있을 경우라도 추가적인 사항입법권한을 필요로 하지 않는다고 결정하였다(BVerwGE(연방행정법원판결집) 제96권, 272쪽, 287쪽 이하). 연방헌법재판소(BVerfG)는 기본적인 생각에서 사실 연방행정법원을 따랐고 사항입법권한의 부가를 요구하지 않았지만 **모순없는 법질서의 요구(Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)**를 유인적 조세에 대한 입법권한의 한계로서 설정하였다(DÖV 1998, 642, 이에 관해 상세한 것은 Henneke, ZG 1998, 275 이하). 조세외적인 권한영역에서 유인작용을 펼치는 세법 규정은 그에 따르면 조세입법권한에 부가된 사항권한(Sachkompetenz)을 전제로 요구하지 않는다. 기본법은 **각각의 고유한 규율영역**으로서 **조세입법권한과 사항입법권한**을 분리하고 유도적 조세를 그 재정목적이 남아있다는 이유로 그리고 세법효과의 배타적인 구속성을 이유로 조세입법자의 권한이라는 것을 지적하고 있다. 그 때문에 조세입법자는 유도적 조세에 관해 규정할 권한이 있으며 유인(또는 유도)이 주위적 목적 또는 부수적 목적일 수 있다(BVerfG, DÖV 1998, 642, 643).

< 649 >

다른 관점에서 규정된 사항영역에서 유인을 목적으로 하는 조세입법권한의 행사는 그에 의해 **법질서가 모순을 일으키지 않는(nicht widersprüchlich)** 경우에만 허용된다. 그 사항에 대해 세법규정이 개입하는 경우에도 조세입법자는 그 사항에 대하여 권한을 가진 입법자에 의해 행해진 규정과 모순을 일으키게 규정하여서는 안 된다. **연방국가 권한의 한계를 준수할 의무 및 상호간 연방국가적 고려아래 권한을 행사할 의무**는 법치국가원리를 통하여 내용이 명확해지고 그 적용영역이 확대된다(BVerfGE 81, 310, 339). **법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)**는 연방과 주의 모든 법 정립 기관에게 법질서에 모순되

는 규정이 수범자에게 도달되지 않도록 각자 서로 맞추어야 할 의무를 지게 한다. 모순된 규정 가운데 어떤 규정이 회피되어야 하는지는 원칙적으로 상위법(Rang), 신법(Zeitenfolge), 특별법(Spezialität)우선의 원칙에 따라 결정된다. 기본법의 사항권한(Sachkompetenz)과 조세권한(Steuerkompetenz)은 원칙적으로 **사항입법자가 행위의무(Verhaltenspflichten)를, 조세입법자가 지불의무(Zahlungspflicht)를** 규율하는 방식으로 서로에게 맞추어져 있다. 그러한 한에서 이러한 권한들의 병존 및 그의 실현이 특히 객관적인 모순을 초래하지는 않는다. 조세입법자(Steuergesetzgeber)가 수범자로 하여금 조세부담구성요건의 회피를 야기하도록 되어 있는, 지불의무를 규정하면, 권한을 가진 사항입법자(Sachgesetzgeber)에 의해 제정된 규정과 모순되는 작용을 할 수 있다. 그 때문에 입법자는 조세권한을 근거로 그 유인행위가 객관적인 규율의 전체구상과도 모순되지 않고 구체적인 개별규정과도 모순되지 않는 한에서만 조세입법자의 권한영역에 유도적으로(lenkend) 그리고 간접 형성적(mittelbar gestaltend)으로 개입할 수 있다. 이러한 **법치국가적 규정들(rechtstaatliche Vorgaben)**은 동시에 연방국가 입법권한질서의 범위 내에서 권한행사의 한계를 설정한다. 조세입법자는, 그 행위를 결정하는 작용이 사항입법자의 규율의도와는 모순되는, 유도규정(Lenkungsregelungen)을 통해 사항입법자에 의해 행해진 결정을 변질시켜서는 안 된다. 사항입법자가 어떤 대상사항에 대하여 규율을 하는 즉시, 입법자는 조세에 의한 유도에 있어서 이를 존중하여야 한다(DÖV 1998, 642, 643).

II. 조세입법권한의 연혁

< 650 >

비스마르크 제국헌법(RV)와 바이마르 공화국헌법(WRV)의 조세입법권한 규정에 관해서는 앞에서 설명한 바 있다(단락번호 66, 69, 75 ff.). 비스마르크 제국헌법에서 제국은 州들의 하숙인(Kostgänger)이 되었고 바이마르공화국 헌법에서는 주들이 제국(역자 주: 공화국이지만 아직 제국으로 칭하였음)의 하숙인으로서의 성격을 가지고 있었다(단락번호 65, 80, 그 역사적인 전개에 관해서는 Stern, Staatsrecht II, S. 1111 ff.).

< 651 >

1949년 기본법(GG)에서 제105조 1항과 3항은 이미 오늘날에도 여전히 적용되는 형태로 포함되어 있었다. 기본법 제105조 2항은 연방의 경합적 입법에 관해 명시적으로 규정되어 있었던 기본법 제30조, 제70조, 제80조의 규율

시스템으로부터 연유했다. 이 규정에 의하면: 연방은 다음의 경우에 경합적 입법(die konkurrierende Gesetzgebung)을 한다. (1) 소비세(Verbrauchssteuer) 및 거래세(Verkehrssteuer). 단, 지역적 효력범위를 가진 조세, 특히 토지취득세(Grunderwerbsteuer), 가치증대세(Wertzuwachssteuer), 소방세(Feuerschutzsteuer)는 제외, (2) 소득세, 재산세, 상속세, 증여세. (3) 대물세(Realsteuer). 단, 연방이 연방지출의 전부 또는 일부를 충당하기 위하여 동 조세를 요구하거나 제72조 2항의 요건이 존재하는 경우 세율(Hebesätze)의 확정은 제외.

< 652 >

1969년 재정개혁을 준비하는 “트뢰거 위원회(Troeger-Kommission)”(단락번호 90)의 의견은 기본법 제105조 2항, 특히 제1호를 개념상 구별의 필요 때문에 객관적으로 잘못된 것으로 간주하였다. 통합된 하나의 경제구역에서 세법은 가능한 한 통일적이어야 한다. 따라서 세법에 대한 권한은 전 국가(Gesamtstaat)에게 귀속되어야 한다. 그에 반해 전래의 소규모 기본단위 지방자치단체게마 인데세(Gemeindesteuern)는 州들에게 귀속되어야 하는데, 이는 그들 조세에 있어서는 기본법 제72조 2항의 요건이 주어지지 않기 때문이라고 한다(Troeger-Gutachten, Tz. 303, 305). 이러한 고려는 헌법 개정 입법자에 의해 (BT-Drucks. V/2861, Tz. 127-133) 1969년 재정개혁법으로 받아들여진다(BGBI. I 359).

III. 연방의 입법권한

< 653 >

기본법 개정은 연방의 일반적인 조세입법권한을 필요로 하지 않는다. 오히려 연방의 조세입법권한에 있어서는 여전히 기본법 제105조 1항에 따른 배타적인 권한과 제105조 2항에 따른 경합적 입법권한이 구별되어야 한다.

1. 배타적 입법, 기본법 제105조 1항

< 654 >

연방의 배타적 입법에서는 기타의 요건을 추가할 필요 없이 연방의 권한만이 주어진다(단락번호 126). 연방입법자가 관세 및 재정독점(Finanzmonopole)에 관한 입법권한을 기본법 제71조¹⁵⁴⁾에 따라 양도할 수 있는지 그리고 이것이 기본법 제106조에 의한 수익권한에 대해 논리적으로 이론의 여지가 없는

154) 역자 주: 기본법 제71조는 “연방의 배타적 입법영역에서는 그에 관하여 연방법률에서 명시적으로 수권할 경우에만 주들이 입법권을 가진다.”고 규정하고 있다.

지 여부는 다투어진다. 이는 부인되어야 한다. 뒤의 견해는 기본법 제106조의 규정내용 내지 재정헌법상 입법권한과 수익권한의 분리와 합치될 수 없다. 재정헌법상 강행적으로 규정된 수익권한을 유지함에 있어서 입법권한을 주들에게 양도하는 것이 실천적으로 결코 중요하지 않을 수 있다는 점은 별론 하더라도, 체계적인 고려를 한다면 기본법 제71조를 끌어들이지 않아야 한다. 기본법 제105조는 조세입법에 대하여 기본법 제70조 내지 제75조를 배제하는 특별규정이며 이것은 기본법 제71조에 대하여도 작용한다. 이에 반해 기본법 제72조에 소급하는 것은 기본법 제105조 2항에 의해 명시적으로 허용되어 있다.

< 655 >

기본법 제105조 1항에 따른 연방의 배타적 입법권한은 단지 부차적인 의미만을 가진 것으로 입증되는데, 이는 그러한 권한이 관세(Zölle)와 재정독점(전매, Finanzmonopol)에만 미치기 때문이다. 관세의 경우 반대급부의 성격이 없이 단지 1회 강제적으로 부과되는 조세의 문제인데, 이것은 그에 대해 적용되는 세율에 따라 상품의 국경이동에 대해 징수된다(BVerfGE 8, 260, 269 f.). 기본법 제105조 2항의 문헌(“그 밖의(sonstige)” 조세(Steuer))과 제106조 1항 1호가 벌써 관세는 헌법적 조세개념에 해당한다는 것을 보여준다. 조세기본법(AO)¹⁵⁵ 제3조 1항 2호는 마찬가지로 법률상 조세개념에 관세를 포함하고 있다. 유럽통합의 진전과 함께 관세 및 그와 관련된 연방의 입법권한은 점차 그 의미를 상실하고 있다. 1997년 10월 2일의 유럽공동체 창설에 관한 조약(EGV) 제23조, 제25조에 규정된 관세동맹 때문에 회원국들 간의 관세는 폐지되었다. 그 결과 관세는 유럽공동체의 외부에 대해서만 아직 고려될 뿐이다. 관세동맹의 창설을 근거로 관세율에 대한 권한(Tarifhoheit)은 유럽공동체조약에 의하여 공동체로 넘어갔다. 공동체는 1968년 제3국에 대하여 공동의 세율을 도입하였다. 세율외의 관세권(Zollrecht)의 경우 유럽공동체에 의해 포괄적으로 규율되지 않는데, 유럽공동체법 외에 국내의 관세법이 계속 적용된다.

< 656 >

수입을 획득할 목적으로 제3자를 배제하고 일정한 경제재를 제조하거나 획득 또는 매매하기 위한 국가의 권리는 재정독점(전매, Finanzmonopol)으로서

155) 역자 주: 독일의 Abgabenordnung(AO)을 조세기본법으로 번역한다. 우리의 국세기본법과 유사한 내용을 가지고 있기 때문이다.

표현된다. 기본법 발효당시에는 증류주 또는 화주 전매(Branntweinmonopol, 1922년 4월 8일의 법, RGBL. I S. 335, 405)와 1982년 8월 27일 법률(BGBL. I S. 1241)로 1983년 1월 16일 부로 폐지된 발화용품 전매(Zündwarenmonopol, 1930년 1월 29일의 법, RGBL. I S. 11)¹⁵⁶⁾가 있었다. 기본법의 전매는 기본법 제105조 1항, 제106조, 제108조 1항에 언급되어 있었기 때문에 기본법 발효당시부터 존재했던 위 두 개의 전매는 기본법 제12조 1항에 보장된 직업선택의 자유에 대한 헌법이 직접적으로 가한 **부문별 제한(verfassungsunmittelbare sektorale Beschränkung)**이다. 기본법 제105조 1항은 사실 새로운 전매의 도입을 방해하지는 않지만 그의 도입은 기본법 제12조 1항에 의해 좌절된다. 전매는 기본법 제12조에 관한 연방헌법재판소의 3단계이론(E 7, 377, 407 f.)에서 객관적인 직업허용제한(Berufszulassungssperre)을 의미하는데, 이를 위하여 수입획득의 목적만으로는 정당화요소로서 충분치 않으며 특히 연방이 다른 수입획득의 가능성을 가지고 있기 때문이다. 그러한 한에서 증류주 또는 화주 전매(Branntweinmonopol)에 어떤 다른 전매가 추가될 수 없다.

2. 경합적 입법, 기본법 제105조 2항

< 657 >

배타적인 입법과 달리 경합적인, 잠재적으로(potentiell) 연방과 주들에게 규율하도록 수권하는 입법이라고 해도 무조건적인(voraussetzungslos) 것은 아니다. 기본법에 명시적으로 언급된 사항입법은 (여기서 세법외의 입법에 대하여 기본법 제74조, 제74a조의 목록을 원용하여야 한다) 연방에 대하여 기본법 제72조 2항에 따라 연방 법률에 의한 규율필요성이 존재하여야 한다(단락 번호 127 이하). 기본법 제105조 2항의 경우 사항영역의 관점에서 뿐만 아니라 경합적 입법을 이용하기 위한 실질적 요건과 관련해서도 특수성이 존재한다.

< 658 >

기본법 제74조 및 제74a조 내지 제105조 2항(구법)과 달리 기본법 제105조 2항은 목록형식으로 나열하지 않는다. 개별적인 조세나 조세의 종류를 언급하지 않고 오히려 일반조항 형식으로 “그 밖의(sondtige)” 조세로 파악한다. 반대추론에 의하면 기본법 제105조 2a항과 바이마르공화국 헌법(WRV) 제137조 6항과 결부된 기본법 제140조에서 지역소비세(die örtliche Verbrauch- und

156) RGBL. I은 당시의 바이마르공화국의 제국법률공보 제1부를 의미함.

Aufwandsteuer) 내지 교회세(Kirchensteuer)만이 기본법 제105조 2항의 “그 밖의” 조세에 포함되지 않는다는 결론이 나온다. “그 밖의” 조세의 개념을 적극적으로(positiv) 기술해야 하는지는 일부 다투어진다. 그 밖의 조세 개념은 전래의 조세들과 기본법 제106조가 수익배분을 열거적으로 규정한 조세 유형, 그의 구성요건적 형태를 파악하고 있다는 점에 대해서는 의문이 없다. 그에 반해 기본법 제105조 2항이 그 밖의 조세개념으로 존재하는 조세뿐만 아니라, 독일 조세체계가 알지 못하거나 이러한 형태로 알지 못하는, 장래 도입될 조세도 파악하는 일반적인 조세 발굴권(ein allgemeines Steuerfindungsrecht)을 규정하고 있는지는 다투어진다. 예컨대 시민세(Bürgersteuer), 기계세(Maschinensteuer), 가치창출세(Wertschöpfungsteuer), 다양한 환경세생태세(Öko-steuer) 등도 논쟁 중에 있다.

< 659 >

한 견해에 따르면(Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig, GGK, Art. 105 단락번호 16 f.) 이는 명료한 문언 내지는 규정의 의도를 고려하여 긍정된다. 기본법 제105조 2항은 이 규범이 입법자의 형성의 자유 제한을 확정하는 것이라는, 이는 강력한 조세개혁을 차단하는 것이라는 점을 암시하지 않는다. 지배적인 견해에 의하면, 기본법 제105조 2항을 근거로 한 조세 발굴권 및 조세 변경권은 연방과 주들, 지방자치단체에 대한 조세수익배분을 규율하는 기본법 제106조의 목록에 열거된 조세들과 조세유형들에 제한된다. 지배적인 견해(h.M.)에 동의한다. 기본법 제106조는 상세하고도 종국적인 조세수익배분 규정을 포함한다(단락번호 705). 기본법 제106조에 열거된 조세 및 조세유형 가운데 어떤 것에도 속할 수 없는 조세가 발굴될 수 있다면 그 자체로 완결된 수익배분체계가 위태로워질 것이다. 개별적으로 귀속될 가능성이 없는 조세에 대한 포괄적 구성요건규정(Auffangstatbestand)을 기본법 제106조는 포함하고 있지 않다. 기본법 제106조의 밖에서도 제106조에 포섭될 수 없는 새로운 유형의 조세에 대해 수익권한을 정당화하는 데 성공할 수 없다. 기본법 제106조는 종국적인(abschließende) 특별규정이기 때문에 기본법 제30조157)에 소급하는 것 및 주들에게 수익을 배분하는 것이 고려되지 않는다. 다른 경우에는 주들이 기본법 제106조의 수익배분을 자신을 위하여 변경할 수 있을 것이다. 기본법 제105조, 제106조의 규율체계는 기본법이 조세입법 및 조

157) 역자 주: 기본법 제30조는 “국가권한의 행사 및 국가사무의 수행은 이 기본법이 달리 규정하거나 허용하지 않는 한 주의 관할사항(Sache der Länder)이다”라고 규정하고 있다.

세수익에 대한 각각 고유한 권한배분을 규정하고 있음을 지적한다. 그러나 이것은 거꾸로, 무제한의 조세 발굴권으로부터 새로이 발굴된 조세의 고유한 수익권한 또는 수익배분에 관한 법률상 규율권한이 추론될 수 없다는 것을 의미한다. 이런 식으로 종국적인 것으로 생각된 기본법 제106조의 규정이 연방입법자의 처분에 맡겨져 있다.

< 660 >

결론으로서 다음과 같이 확정할 수 있다: “그 밖의 조세(übrige Steuern)” 개념은 새로운 유형의 조세나 더 이상 징수되지 않는 조세의 재도입을 허용하는데, 이들 조세로부터 얻을 수익의 분배에 관한 규율이 기본법 제106조에서 추론될 수 있는 경우에 그러하다(또한 연방헌법재판소의 판례를 볼 것. BVerfGE 67, 256, 286). 기본법 제106조에 일부 사용된 일반조항 형태의 개념(특히, 소비세 및 거래세)은 조세입법자에게 중대한 형성여지를 부여하는데, 그 결과 이의 해석에서도, 먼저 언급된 견해가 우려하는 바와 같은 강력한 조세개혁을 차단하는 효과는 나타나지 않는다.

< 661 >

그 밖의 조세에 관한 경합적 입법은, 만약 연방에게 그 조세수입이 기본법 제106조에 따라 전부 또는 일부 귀속되거나 기본법 제72조 2항의 요건이 존재하는 경우 연방이 이용할 수 있다. 연방이 최소한 부분적으로라도 어떤 조세에 관한 수입권한을 가지고 있으면, 기본법 제72조 2항의 경합적 입법에 관한 일반적 규율과 달리, 국가전체의 이익을 위하여 연방 법률에 의한 규율이 필요한지 여부는 중요하지 않다. 따라서 이들 조세에 대한 경합적 입법은 사실 연방의 조건 없는 배타적인 입법권한에 접근해 있으며 그 자체 법적으로 표현될 수 없다. 그에 반해 그 수입이 주들에게만 또는 기본단위 지방자치단체체인데에만 유입되는 조세에 대해서는 1994년 11월 15일 발효로 연방권한에 약간 불리하게 수정된 기본법 제72조 2항의 요건이 존재할 때에만 연방의 입법권한이 존재한다. 일반적으로 연방헌법재판소가 종래의 요건을 넓게 해석하기 때문에 그리고 특히 과세를 함에 있어서 적용되는 동등한 조세부담의 원칙(Prinzip der Gleichmäßigkeit der Steuerbelastung) 때문에 신법(Neufassung)에 의하더라도 국가전체의 이익을 위하여 - 특히 이는 법의 통일성 유지와 함께 여전히 경제적 통일성도 포괄한다 - 연방 법률에 의한 규율 필요성(Erforderlichkeit einer bundesgesetzlicher Regelung)은 언제나 부인될 수 없을 것이며 그에 의해서 연방은 결국 주들과 기본단위 지방자치단체체인

데(기본단위 지방자치단체계마인데 연합)에게 그 수입이 유입되는 조세에 대해서도 거의 포괄적인 입법권한을 획득하게 된다.

단지 하나의 제한만이 행해질 수 있다: 지역 소비세(die örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuer)의 정의에서 이미 지역적 방사(Radizierung)때문에 연방의 법적 통일성과 경제적 통일성은 관련이 없다는 결론이 나온다. 그러므로 연방 법률에 의한 규율필요성은 그러한 한에서 존재하지 않는다. 이것은 예컨대 지방자치단체의 포장세(Verpackungsteuer)에 대한 입법권한을 둘러싼 논쟁에 대해서도 관련된다.

< 662 >

경합적 입법에 있어서 연방입법자는 그의 권한을 광범위하게 다 이용할 의무가 없다. 오히려 그는 고유한 규율의 일부영역에서 자제할 수 있으며 경합적 입법을 이용하지 않음으로써 주들에게 그들 조세에 대한 입법 가능성을 남겨 주거나 다시 부여할 수 있다. 연방입법자는 그럼에도 불구하고 이러한 자제(또는 유보, Zurückhaltung)를 하지 않았고 현재 존재하는 조세들 가운데 주들과 기본단위 지방자치단체계마인데에게 유입되는 것들도 거의 완전히 연방법의 지배하에 두었다. 1969년 기본법 제105조 2a항(구법)의 개정 후에는 전에 연방입법과 가깝지 않은 소방세(Feuerschutzsteuer)(1979년 12월 21일의 법률, BGBl. I S. 2353)와 토지취득세(Grunderwerbsteuer)(1982년 12월 17일의 법률, BGBl. I S. 1777)도 연방 법률로 제정되었으며 그에 따라 주의 입법이 박탈되었다.

< 663 >

조세 입법에 있어서 연방의 우월적 지배(Vorherrschaft)는 부분적으로 보완되는데, 기본법 제105조 3항에 따라 주들과 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)에게 수입의 전부 또는 일부가 유입되는 조세에 관한 연방 법률은 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 필요로 한다. 이런 방식으로 조세입법에 있어서 주들의 이해관계는 어쨌든 수익권한에 있어서 고려된다. 주들과 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)의 수익권한에 있어 법률상 공동화(Aushöhlung)는 따라서 연방의회(Bundestag)에 의해서만 저지된다.

< 664 >

연방입법자가 과세를 통해 유도의 목적도 추구한다면 법질서에 모순이 없어야 한다는 명령(Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)을 존중하

여야 한다. 따라서 연방입법자는 유도목적에 가진 유인적 조세를 통해 주입법자에 의해 규율되는 사항에 형성적으로 작용하는 데 실패한다. 그러므로 연방입법자가 주입법자의 규율의 기본적 관념 또는 개별적인 메시지와 모순되는 행위방식을 야기하게 된다면 연방입법자는 자신의 조세권한을 넘어가게 된다(BVerfG, DÖV 1998, 642, 643; 이에 관하여 Henneke, ZG 1998, 275).

IV. 주들의 입법권한

< 665 >

주들의 입법권한에서는 기본법 제105조 2항에 따른 경합적 입법과 제105조 2a항에 의한 배타적 입법을 구별하여야 한다. 여기에 추가되는 것이 바이마르 헌법 제137조 6항과 결합된 기본법 제140조에 의한 교회세에 관한 주들의 배타적 입법이다. 기본법 제105조 2항과 제105조 2a항에 의한 주들의 두 가지 입법권한에 대해서도 - 앞에서 연방에 대해 설명한 것과 마찬가지로 - 유도목적에 추구함에 있어서는 법질서에 모순이 없어야 한다는 명령이 적용된다. 따라서 만약 연방입법자가 조세로 추구되는 유도목적에 배제했거나 반대방향의 유도작용 또는 행위수단을 규정했다면, 주입법자는 유도적 조세를 통하여 연방입법자의 규율영역에 작용하여서는 안 된다(BVerfG, DÖV 1998, 642, 643).

사례 : 포장세(Verpackungsteuer)는 유도적 조세(Lenkungsteuer)로서 그의 모습에 있어서 연방법상의 폐기물법(Abfallrecht)의 규정에 위반한다. 그런 한에서 기본법 제105조 2a항의 조세입법권한을 그의 유도적 작용이 연방법률의 법적으로 구속력 있는 규정과 모순되는 방식으로 행사해서는 안 된다. 포장세는 재정목적과 함께 특히 유도적 목적을 추구한다: 그것은 소비자들에 대하여 일회용 포장의 사용을 비싸게 하며 재활용가능용기(Mehrwegbehältnisse)로 상품을 수요하게 한다. 1회용 재료의 최종소비자는 재활용품의 공급자와 경쟁에서 세법을 통하여 재활용 체계로 전환하도록 하며 1회용 재료를 줄이고 공법상의 쓰레기 수거영역의 외부에서 쓰레기를 재활용하도록 할 것이다. 이러한 조세유도는 사실 기본법 제105조 2a항의 권한에 의해 원칙적으로 포괄되지만, 그것이 폐기물관리법상 연방입법자의 기본구상과 모순되기 때문에 그의 폐기물법에 대한 영향에 있어서 그 권한을 넘어선다(BVerfG, DÖV 1998, 642, 645).

1. 경합적 입법, 기본법 제105조 2항

< 666 >

경합적 입법권한에 의해 파악되는 “그 밖의 조세(übrigen Steuern)”의 사항 영역에 대해서는 단락번호 542 ff.에서 지적되었다. 주들의 경쟁적 입법의 요건은 기본법 제72조 1항이 규정하고 있다(단락번호 136). 그에 의하면 주들은 연방이 자신의 입법권을 법률에 의하여 사용하지 않는 한(solange und soweit) 입법권을 갖는다. 연방이 그에게 귀속된 권한을 일차적으로 사용하지 않으면 주들은 입법할 권한이 있다. 연방입법자가 - 소방세나 토지취득세의 경우와 같이 - 고유한 입법권을 행사하면 주들의 입법권은 없어지는데, 이는 기본법 제72조 1항의 요건(“solange”)¹⁵⁸⁾이 더 이상 존재하지 않기 때문이다.

< 667 >

연방입법자가 언제 주들에 대한 차단효(Sperrwirkung)를 가진 조세입법권한을 사용하느냐 하는 문제는 수많은 현행 조세 법률을 볼 때 기본법 제74조, 제74a조의 규율대상과 관련된 “사용(Gebrauchmachen)”의 일반적 정의로 돌아가서 대답할 수 없다. 오히려 조세에 특수한 대답을 찾아야 한다. 중요한 것은 특히 두 가지 문제영역인데, 즉, 이른바 연방의 권한차단(Kompetenzsperre)과 이른바 동종의 조세 금지(Gleichartigkeitsverbot)가 그것이다. 연방입법자가 그에 의해 형성된 조세의 테두리 내에서 경제적, 사회 정책적 또는 유사한 근거로 일정한 구성요건을 과세로부터 제외하면 연방은 이러한 구성요건과 관련하여 자신의 입법권을 사용했다. 그에 따라 주입법자에 대하여 이러한 비과세적인 구성요건을 과세에 복종하도록 하는 것을 저지하는 기본법 제72조 1항의 차단효가 나타난다(BVerfGE 7, 224, 258 f.).

사례 : 연방이 소득세법에서 소득 유형인 “로또상금(Lottogewinn)”에 대해 과세하지 않으면 그와 관련된 주법상의 소득과세는 기본법 제72조 1항에 따라 허용되지 않는데, 이는 연방이 소득세법에서 자연인의 소득과세를 종국적으로 규정했기 때문이다.

< 668 >

연방입법자가 경합적 입법의 범위에서 과세에 대한 규율을 하지 않은 경우에도 연방입법자는 주들에 대해 구속적인 권한차단(Kompetenzsperre)을

158) 역자 주: 독일기본법 제72조 제1항은 “경합적 입법의 영역에서 주들은 연방이 그의 입법권한을 법률을 통해 행사하지 않는 한에서(solange und soweit) 입법권을 갖는다.”고 규정한다.

설정하고 그에 따라 자신의 경합적 입법권을 소극적 의미에서 행사할 권한이 있다. 이는 명시적이고 명백한 규정을 통해 발생한다. 지금까지 연방법에 의해 규율된 조세를 재정 정책적으로 또는 행정 기술적으로 바람직하지 않다고 하여 폐지하는 것만으로는 아직 주들에 대하여 어떤 권한 장애도 창설하지 않는다. 연방입법자의 일정한 목표관념 및 가치 관념이 단지 존재하는 것만으로는 주(州)입법자들을 구속하지 않는다. 주들의 동질성 의무의 결여 때문에 주입법자들은 경합적 입법에 있어서, 연방법상의 명령(Anordnung)과 대립하지 않는 한, 연방입법자의 재정 및 경제 정책적 관념과 모순되는 목표도 추구할 수 있다(BVerfGE 49, 343, 359).

< 669 >

연방헌법재판소는(BVerfGE 7, 244, 258 f.) “사용(Gebrauchmachen)”의 개념을 경합적 입법에 대하여 이른바 동종의 조세금지(Gleichartigkeitsverbot)로 구체화하였다. 위 사건은 1923년 6월 23일의 재정조정법(Finanzausgleichsgesetz, RGBL. I S 494) 제2조 1항과 관련되어 있다. 바이마르공화국 시대에 연방국가의 권한관계를 규정한 이 규정에 의하면 제국¹⁵⁹⁾의 조세(Reichssteuern)와 동일한 종류인 조세를 징수하는 것이 주들에게 금지되어 있다. 연방헌법재판소는 기본법 제72조 1항 “사용(Gebrauchmachen)”의 개념을 세법에 특수하게 해석하여, 연방은 검사대상인 주의 조세가 연방의 조세와 동일한 종류인(gleichartig) 경우에는 언제나 그리고 그러한 한에서 그의 입법권한을 사용한다고 해석하였다. 이에 따라 연방과 주의 경합적 입법의 구별이 사용(Gebrauchmachen)개념으로부터 동종성(Gleichartigkeit)의 개념으로 넘어가게 되었고 이는 뒤에 언급된 개념의 정의 문제를 제기한다.

< 670 >

동종의 조세금지(Gleichartigkeitsverbot)로 두 가지 목적이 추구된다. 첫째, 조세 입법권자에게 귀속된 세원이 다른 조세권한자에 의해 마찬가지로 다 사용되는 것을 방지해야 한다. 둘째, 국민이 다중의 부담과 조정되지 않은 과도한 과세로부터 보호하여야 하며 동시에 다수의 과세권자에 의한 불평등한 과세로부터 보호하여야 한다. 이러한 목적규정에 기초하여 조세들이 그 본질적인 표지에서 일치하면 주의 조세는 연방의 조세와 동종류(gleichartig)이다. 그러한 표지에 속하는 것들이 조세의 근거를 주는 구성요건과 그와 관련된 과세대상, 과세의 세대, 경제적인 효과 등이며, 여기서 특히 경제적 담세

159) 역자 주: 바이마르공화국이지만 여전히 제국으로 불렸다.

능력의 동등한 원천(Quelle)이 다 사용되는지 검토되어야 한다.¹⁶⁰⁾ 주의 조세가 연방에 의해 규율된 소재(Materie)의 한 단면만을 규율하거나 그것이 단지 공간적으로 제한된 효력만을 갖는다면 이것만으로는 동종성이 아니라는 결론이 도출되지 않는다. 따라서 주입법자는 연방세에 의해 이용되는 규율대상(Regelungsgegenstand) 또는 사실관계(Sachverhalt)로부터 더 좁은 범위를 잘라내는 것이 금지된다.

이 판례는 문헌에서 압도적으로 지지되고 있으며 일부에서만 비판받고 있다. 연방입법자가 경제적 담세능력의 대부분의 원천(Quelln)을 스스로 과세했기 때문에 기본법 제105조 2항의 경합적 입법의 영역에서 주입법자에게는 단지 좁은 권한만이 남아있게 된다.

이에 대한 사례는 주류소매면허세(Schankerlaubnissteuer)와 그 사이에 폐지된, 과거 SH 지방자치단체공과금법(SH Kommunalabgabengesetz) 제9조에 규정된, 기본단위 지방자치단체게마인데 관계의 개정을 이유로 한 공과금(Abgabewegen Änderung der Gemeindeverhältnisse) 등이다. 후자는 연방헌법재판소(E 49, 343, 354)가 기본법 제105조 2항을 기초로 하여 징수되고 주법에 의해 규율된 조세로서 분류한 바 있다.

2. 배타적 입법, 기본법 제105조 2a항

< 671 >

1969년의 재정개혁과 관련하여 단지 명료하게 할 목적으로만 도입된 기본법 제105조 2a항은 그 표현에서부터 별로 성공적이지 못한 규범이었고 그 이래로 해석상의 어려움이 나타나고 있었다. 이 규정은 주들의 배타적 입법 권한이 명시적으로 배분됨으로써 그 근거가 마련된 유일한 기본법 규정이다(단락번호 124, 137). 이 규정으로 한편으로는 아마도 국민의 다중부담을 초래할 수 있는 주들의 광범한 조세 발굴권(Steuererfindungsrecht)이 저지될 수 있을 것이다. 다른 한편으로는 연방이 연방차원의 소비세(Verbrauch- und Aufwandsteuern)를 도입하여 그로부터 지역적(örtliche) 성격을 박탈함으로써 주의 조세를 허용하지 않으려고 하는 시도를 저지 하여야 할 것이다. 전래의 소비세의 존재는 전래의 범위에서 보호해야 할 것이다(BVerfGE 96, 272, 285). 그의 의미에 상응하여 기본법 제105조 2a항은 다음과 같이 읽어야 한다: 주들은 전래의(1969년 재정개혁까지 징수된) 지역적 소비세(Verbrauch- und Aufwandsteuern)에 관한 배타적 입법권을 갖는다: 그 밖의(1970년 1월 1일 이후 도입

160) BVerfGE 7, 244, 258 ff.; 13, 181, 193; 16, 64, 75; 49, 343, 355.

된) 지역 소비세는 그것이 연방법에 규율된 조세와 동일한 종류가 아닌 한에서만 적용된다.

< 672 >

어떤 조세가 지역적인 여건(lokalе Gegebenheiten), 특히 물건의 소재 또는 과세권이 있는 기본단위 지방자치단체게마인데 지역에서 발생(Vorgang) 등과 관련되고 조세부담효과가 본질적으로 이러한 경계 지을 수 있는 지역적 영역에 제한되며, 따라서 연방지역의 경제적 통일성에 영향을 미치는 어떠한 조세의 경향(Steuergefälle)도 가지지 않은 경우, 지역적인(örtlich) 것으로 간주될 수 있다(BVerfGE 16, 306, 329; BVerfG, DVBl. 1984, 216, 218).

< 673 >

소비세(Verbrauch- und Aufwandstuern)는 공동의 전체 카테고리(Gesamtkategorie)를 형성한다. 과세대상(Steuergegenstand)은 개인적인 수요를 위한 일정한 유형의 소득사용(Einkommensverwendung)이다. 그 가운데 표현된 경제적 급부능력담세능력(leistungsfähigkeit)에 과세해야 한다. 소비세(Verbrauchssteuer)가 사실상의 과정에 대한 일회 또는 지속적인 사건과 관련되는 반면에 사치세(또는 특별소비세, Aufwandsteuer)는 조세의 근거를 이루는 구성요건(steuerbegründende Tatbestand)의 사실상 상태 또는 법적인 상태이다.

이러한 조세에 속하는 것으로는 전통적으로 개세(Hundesteuer), 사냥세(Jagd-), 어업세(Fischerei-), 아이스크림세(Speiseeis-), 음료세(Getränke-), 유흥세(Vergnügungsteuer), 제2주택세(Zweitwohnungsteuer) 등이다.

< 674 >

배타적인 입법 권한은 조건 없이 사용될 수 있다. 그에 반해 기본법 제105조 2a항에 따르면 배타적인 입법권한이 동종조세금지의 유보(Vorbehalt des Gleichartigkeitsverbot)하에 설정된다. 기본법 제105조 2a항에 명시적으로 포함된 동종금지에 대하여 판례가 동종금지로서 해석한 기본법 제72조 1항과 결합된 제105조 2항의 범위에 속하는 “사용(Gebrauchmachen)”에 대해서와 같은 의미를 두고 이것이 지역소비세 전체(sämtliche örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuer)에 미치게 한다면, 연방은 지역소비세와 동종인, 그러니까 주들의 배타적 입법을 공허하게 만들기 위하여 경제적 담세능력의 동일한 원천을 다 사용해버리는, 특정지역에 국한되지 않은(überörtlich) 조세만을 발견할 필요가 있을 것이다. 순수한 문언해석을 한다면 동종금지(Gleichartigkeitsverbot)의 결과 지역적 소비세가 매출액(부가가치, Umsatz)에 결부되어 있는 유흥세

또는 음료세와 같이 연방법에 규율된 부가가치세(Umsatzsteuer, Mehrwertsteuer)와 과세표준(Bemessungsgrundlage)의 동종성 때문에 헌법상 허용되지 않을 것이며 그를 위해 일반적으로 새로운 연방세(Bundessteuer)를 도입할 필요는 없을 것이다. 기본법 제105조 제2a항의 문언 해석으로부터 추론되는 결론은 배타적인 입법권한의 본질과 합치할 수 없다. 그러한 종류의 유보 아래 특징적으로 경합적 입법이 있다.

< 675 >

서두에서 설명한 헌법개정입법자의 의도는 기본법 제105조 제2a항의 문언에 반하여 제시된 의문들을 뒷받침한다. 헌법제정자의 의도를 존중함에 있어서는, 기본법 제105조 제2a항 주들의 조세입법권한을, 기본법 제106조 제6항 1문의 기본단위 지방자치단체게마인데에 대한 수익배분을 아직 진지하게 받아들여야 할 기능을 수행하고 있는 것으로 해석하는, 조화로운 헌법해석의 요청에 상응한다. 동종조세의 금지는 기본법 제105조 제2a항의 범위 내에서 1969년 이후에 발견된 새로운 유형의 지역적 소비세에만 적용될 수 있다고 제한적으로 해석해야 하지만 1969년 재정개혁 당시 이미 존재한, 역사적으로 성장한 소비세는 건드리지 않고 내버려 둔다(Henneke, Jura 1986, 568, 576 f.; Wieland, JuS 1986, 942, 945).

< 676 >

연방헌법재판소는 지금까지 기본법 제105조 제2a항의 동종성 개념을 정의하지 않고 있지만 기본법 제105조 2a항의 동종금지(Gleichartigkeitsverbot)는 기본법 제105조 2항의 동종성(Gleichartigkeit)의 개념과 같지 않다고 판시했다.¹⁶¹⁾ 그것은 그렇지 않다면 주들의 지역 소비세에 대한 배타적 입법권이 공허하게 되기 때문에 오히려 더 좁다고 한다. 기본법 제105조 2a항의 범위에서 동종성의 개념을 정의되지 않은 채 내버려두는 이러한 해석은 설득력이 없다는 단점이 있다. 기본법 제105조 2항 및 제105조 2a항의 동종성 개념이 서로 동일 종류에 속한지 않는다는 점이 문제되는 것이 아니라 기본법 제105조 2a항의 동종조세금지의 범위가 적절하게 기술되도록 하는 것만이 중요하다. 이러한 의도에 따르면 전래의(herkömmlich) 소비세는 동종조세금지에 속하지 않는다. 이에 반해 새로운(neue) 소비세는 동종조세금지에 따라 평가하여야 하는데, 이 경우 이것은 기본법 제105조 2항의 범위와 마찬가지로 목적을 추구하고 또한 똑같이 정의하여야 한다. 그런데 동 사건에서 연방헌법

161) BVerfGE 40, 52, 55; 40, 56, 61 ff.; 65, 325, 351; s.a. BVerwGE 96, 272, 285 f.

재판소는 달리 하지 않았다. 연방헌법재판소가 (E 40, 52, 55; 40, 56, 63 f.) 유흥세 및 음료세에 관한 결정에서, 새로운 지역 소비세를 심사할 때 비로소 동종성의 개념이 상세히 확정되어야 한다고 판시했다면, 그것이 비록 지역 소비세에 관한 것이었다고 할지라도, 헌법재판소는 제2주택세(Zweitwohnungssteuer)에 관한 판결(E 65, 325, 351)에서 기대되는 정의를 새로이 열어놓았을 것이다. 그 대신에 헌법재판소는 -여기서 제시했듯이- 제2주택세를 기본법 제105조 2항의 동종성 개념에 따라 심사한다. 이 사안에서 제2주택세는 그의 표지를 충족하지 않았다는 결론에 도달하였다. 이를 근거로 헌법재판소는 기본법 제105조 2a항에서 사용된 동종성 개념의 정의를 아직 미해결로 남겨둘 수 있으리라 생각하였다. 여기에 어쨌든 전래의 동종성 개념보다 더 엄격한 요건이 설정될 수는 없다고 하였다. 제2주택세의 결정은 지방자치단체의 도박기구 등 조세와 마찬가지로 기본법 제105조 2a항의 동종성 개념을 받아들일 때에도 새로운 지역적 소비세의 창출이 배제되지 않으며 입법자에게 광범위한 여지가 존재하는 것은 아니라는 점을 입증한다. 따라서 더 좁은 제2의 동종성 개념은 필요하지 않다. 최근 결정에서 연방헌법재판소는 (DVBl. 1997, 1053, 1054) 동종성 개념을 둘러싼 논의를 다시 다루지 않았다. 그 대신에 연방헌법재판소는, 전래의 소비세가 연방세와 동일한 경제적 담세능력의 원천을 다 이용할지라도, 기본법 제105조 2a항의 동종조세금지가 전래의 소비세(Verbrauch- und Aufwandsteuer)를 파악하지 않음을 분명히 지적하였는데, 이는 그렇지 않다면 주들이 경합적 입법의 범위 내에서 그러한 조세규율에 방해받을 것이기 때문이다. 그러므로 여기서 옹호하는 견해가 전범위에서 옳은 것으로 확인된다.

< 677 >

주들은 각 지방자치단체의 조세법률(Kommunalabgabengesetzen)에서 기본단위 지방자치단체계마인테와 기본단위 지방자치단체계마인테 조합에 의한 지역적 소비세의 징수에 대한 수권의 기초(Ermächtigungsgrundlage)를 마련함으로써 지역적 소비세에 관한 입법권한을 사용하였다. 비록 지방자치단체의 조세법률에서 수권의 기초가 기본법 제105조 2a항에 포함된 새로운 지역 소비세에 대해 적용되는 동종금지를 명시적으로 포함하지 않을지라도, 주들이 지방자치단체에게 더 이상 법 정립 권한을 위임할 수 없기 때문에, 그럼에도 불구하고 헌법의 우위 때문에, 기본법 자체에 의해 지방자치단체에게 부여된 것으로 간주된다.

< 678 >

많은 주들이 지난 몇 년 사이 일반적인 조세정책적인 근거로 지방자치단체의 조세법률에서 지역적 소비세의 징수를 폐지하는 방향으로 나아갔다. 지역적 소비세를 유지함에 있어서도 기본단위 지방자치단체가운데 및 기본단위 지방자치단체가운데 연합에 의한 새로운 조세의 도입은 보통 각 내무부장관에 의한 허가요건에 따르게 된다.

3. 교회세에 관한 배타적 입법, 바이마르공화국 헌법 제137조와 기본법 제140조

< 679 >

기본법 제10장외에도 주들에게는 바이마르공화국 헌법(WRV) 제137조와 결합한 기본법 제140조에 교회세를 규율할 수 있는 배타적 조세입법권한이 주어져 있다. 이것은 동종조세금지에 지배되지 않는다. 그 결과 주들은 교회세법을 제정할 수 있으며 그에 근거하여 개신교뿐만 아니라 카톨릭 교회도 일정한 조세 즉, 소득세에 대한 부가금(Zuschläge)으로서 교회내의 법원(Rechtsquellen)의 기준에 따라 교회세를 징수한다. 납세의무는 각 교회의 교인들에 대해서만 적용된다.

B. 그 밖의 공과금

< 680 >

1994년 11월 15일 효력발생으로 (Recht der Erschließungsbeiträge)이 종전의 법과 달리 경합적 입법권한에서 명시적으로 배제된 기본법 제74조 18호를 제외하고 기본법은 누구에게 어떤 권한규범을 근거로 수수료(Gebühren) 및 분담금(Beiträge)에 대한 입법권한이 귀속되는지 하는 문제에 관하여 침묵하고 있다. 원칙적으로 기본법 제70조에 따라 주들의 포괄적 권한(Auffangkompetenz)이 적용된다(단락번호 124, 137). 어쨌든 여기서 부분적으로는 예외가 인정되어야 한다는 점은 결론에서 확인된다: 그렇지 않다면 연방에 의해 제공된 서비스에 대하여 수수료를 징수하는 것이 연방입법자에게는 금지될 것이다. 단지 그 근거만이 다투어진다.

수수료 징수의 권한(Gebührenkompetenz)은 원칙적으로 부속권한(Annexkompetenz)이라는 점이 부분적으로 받아들여진다. 수수료에 대한 권한은 수수료요구와 결부된 물건의 급부에 대한 입법권한 및 행정권한으로부터 나온다. 때

때로 수수료는 직접적으로 기본법 제73조 및 제74조에 언급된 사항권한들(Sachkompetenzen)에 의해 뒷받침될 수 있는 것으로 받아들여진다. 각 사항영역을 관리하는 국가조직은 단지 피상적으로만 수수료의 목표대상이다. 각 수수료에 있어서는 행정청에 의해 다루어지는 사항영역을 촉진하고 규율할 목적만이 그 뒤에 있다. 수수료는 따라서 기본법 제73조 이하의 사항영역에서 직접 작용한다.

< 681 >

근거 제시의 방법(Begründungsweg)과 무관하게 다음과 같은 결론이 도출된다: 연방의 배타적인 입법권한 및 경합적 입법권한의 범위에서 연방은 수수료 입법에 대한 권한이 있다. 연방이 - 사항규율(Sachregelung)에도 불구하고 - 수수료입법의 범위에서 경합적 입법을 사용하지 않을 경우, 경합적 입법의 영역에서와 같이 주입법자에게는 주의 입법에 속하는 사항의 범위 내에서 수수료 징수에 관한 권한이 주어진다. 분담금(Beiträge)에 대하여 같은 설명이 적용된다.

< 682 >

마찬가지로 특별부담금(Sonderabgaben)은 고유한 공과금 권한(Abgabekompetenz)으로 징수하는 것이 아니라 그의 성질상 공과금징수와 관련이 없이 기본법 제73조 이하에 따라 일정한 사항을 규율할 권한을 사용할 때 징수한다. 그 때문에 특별부담금의 경우, 과세권한에 관한 기본법의 상세한 규정들 및 연방국가의 재정헌법(Finanzverfassung)을 훼손으로부터 보호하기 위하여 권한법적 근거에서 실질적인 한계가 요구된다(BVerfGE 55, 274, 297 ff.; 75, 108, 147; 단락번호 423 ff.). 그러한 훼손위험은 특별부담금이 사항입법권한(Sachgesetzgebungskompetenzen)에 의거하여 연방과 주들에 의해 확대되고 조세 대신에 등장할 수 있도록 이루어지는 경우에 특히 존재한다. 이러한 경합(Konkurrenz)때문에 공공의 일반적인 수요를 위한 수입을 얻기 위하여 특별부담금을 징수하고 그러한 유형의 공과금수입을 일반적인 국가재정지출을 위해 사용하는 것을 기본법은 입법자에게 권한법적으로 거부한다. 입법자는 단순한 재정창출(Mittelbeschaffung)을 넘어서는 사항 목적(Sachzweck)을 추구하는 범위 내에서만 특별부담금을 이용할 수 있다. 법률에서는 특별부담금의 부담 및 그 수입의 사용 외에 (기본법 제74조 11호, 경제에 대한) 형성적 영향(gestaltende Einfluß)도 표현되어야 한다. 입법자가 특별부담금을 통하여 각 권한영역에서 형성적으로 작용할 때만 그는 기본법 제70조 이하를 원용할 수 있으며 개별

적인 경우 기본법 제104a조에 규범화된 규율에 대하여 연방국가에 근거한 배타성 청구(Ausschließlichkeitsanspruch)를 무시할 수 있다(BVerfGE 55, 274, 304; 67, 256, 275).

< 683 >

입법자가 공적 과세의 재원을 그의 선택에 따라 조세부과의 방법 또는 특별부담금의 징수를 통해 마련하는 것은 헌법적으로 거부되어 있다. 입법자의 그러한 선택권(Wahlrecht)은 질서기능(Ordnungsfunktion)을 가지는 재정헌법을 단순 입법자의 처분에 맡기게 될 것이다.

재정헌법에는 연방과 주, 지방자치단체조합크라이스(Kreisen), 기본단위 지방자치단체게마인테에서 국가적 사무의 자원마련은 원칙적으로 기본법 제105조 이하에 규율된 수입원의 수익으로 행하고 예외적으로만, 즉 특별한 요건 하에서 재정헌법 영역 밖의 수입을 허용할 수 있다는 관념이 기초가 되어 있다.

< 684 >

게다가 특별부담금으로 유도의 목적(Lenkungszwecke)도 추구한다면, 주 폐기물부담금(Landesabfallabgabe) 사례에서 연방헌법재판소에 의해 확립된(DVBl. 1998, 602) 입법권한의 한계로서 법질서의 모순금지 요청(Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)이 적용된다. 법치국가의 원리 및 연방국가의 권한질서는 모든 법 정립 기관들에게 서로 반대의 규정들이 규범 수범자(Normenadressaten)에 도달되지 않도록, 그러니까 법질서가 서로 다른 명령들(Anordnungen)을 근거로 모순되지 않도록 서로 맞추어야 할 의무를 지운다. 경합적 입법권한은 연방이 그 입법 권한을 사용하지 않는 한에서만 주입법자가 원칙적으로 입법권한이 있다는 식으로 서로 맞추어진다. 주의 법률규정이 경합적 입법권한의 영역에서 연방의 규율과 모순된다면 그것은 주입법자에게 허용된 권한영역을 넘어선다. 어떤 권한이 연방법률에 대해서뿐만 아니라 주의 법률에 대해서도 존재한다면 그럼에도 불구하고, 한편으로 연방입법자가 사항규율(Sachregelung)을 행하고 다른 한편으로 주입법자가 공과금을 징수한다면, 모순이 생길 수 있다. 그러한 충돌(Kollision)은 특히 공과금법을 통하여 권한을 가진 사항입법자(Sachgesetzgeber)가 규율에 위배되는 유도적 작용을 목표로 할 경우 나타날 수 있다. 그러한 사례에서 공과금입법자(Abgabengesetzgeber)는 사항입법자에 의해 제정된 규율에서 권한행사의 한계에 부딪히게 된다. 기본법의 권한질서 및 법치국가의 원리에 따라 공과금입법자는 그 유도(Lenkung)가 사항규율의 전체적인 구상(Gesamtkonzeption)뿐만 아니라 구체

적인 개별규정들에도 위배되지 않는 한에서만 공과금 권한을 근거로 사항입법자의 권한 영역에 유도적으로 개입할 수 있다(BVerfG DVBl. 1998, 702, 703; 이에 대하여는 Henneke, ZG 1998, 275).

13

A. 조 세

I. 개론: 연방국가의 재정조정(개념과 기능)

< 685 >

연방국가에서 연방과 주의 권한배분의 효과(Effektivität)는 특히 재정수입(Finanzaufkommen)의 분배에 달려 있다. 앞에서 서술한(단락번호 44 이하) 연방국가 질서의 핵심부분으로서 재정헌법의 의미는 특히 수익권한배분에 대하여 적용된다. 연방국가에서 재정수입분배의 목표는 연방과 주가 그들에게 헌법상 부과된 사무를 재정적으로 실현할 수 있도록 하는 것이다. 이에 의해 비로소 연방과 주의 국가적 독립성은 현실화될 수 있다; **사무수행의 독립성(Eigenständigkeit)과 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)**이 전개될 수 있다.¹⁶²⁾ 연방과 주의 국가적 독립성은 사무의 배분 및 그에 상응하는 재정에 의해 뒷받침되며 그것이 국가 전체적으로 가능한 범위 내에서 사항에 적합한(sachgerecht) 과제수행을 허용하는 것이다(BVerfGE 72, 330, 383; 86, 148, 213). 이러한 사무배분과 결합된, 기본법 제104a조 제1항 내지 3항과 5항(단락번호 188 이하)에 규정된 지출부담(Ausgabenbelastung)과 관련하여, 연방과 주의 현존하는 재정액(Finanzmasse)의 범위 내에서, 가능하다면, 적절한 재정이 조달되도록 하여야 한다(BVerfGE 72, 330, 383). 연방과 주들은 헌법에 적합한 권한과 사무의 범위 내에서 독립적인 정책에 대한 법적으로 확보된 충분한 행위여지(Handlungsspielraum)를 얻게 되며 자기책임적인 예산관리를 가능하게 하는데, 그러나 동시에 그의 예산집행에서 서로를 고려하고 국민경제의 한정된 급부능력담세능력을 고려하여야 할 의무가 부과된다.

< 686 >

연방국가에서 전체국가(Gesamtstaat, 즉 연방)와 부분국가들(Gliedstaaten, 즉 주)은 시원적이고 고유한 국가권력(Staatsgewalt)을 갖기 때문에 수익권한의 분

162) BVerfGE 32, 333, 338; 55, 274, 300; 72, 330, 383, 388; 86, 148, 213.

배는 헌법 자체에서 도출되어야 하며 규정 없이 전체국가(연방)의 단순 입법자에게 넘길 수 없다. 수익권한의 분배를 통하여 전체국가와 부분국가들 내지 부분국가들 상호간에 균형 잡힌 상태(Gleichgewichtszustand)가 만들어지며 또한 시간의 흐름에 따라 변화하는 사무 상태나 수입상황이 지속적으로 확보되어 있게 된다. 이는 두 가지를 의미한다: 첫째, 수익권한의 분배는 고도의 연속성(Stetigkeit)과 예견가능성(Berechenbarkeit)을 제시해야 한다. 둘째, 수익권한의 분배는 그 기초가 되는 경제 및 사회적 사실관계, 특히 한편으로는 사무 및 그와 결합된 지출의 전개양상, 다른 한편으로는 변화된 수입상황을 수용할 만큼 탄력적이어서 수익분배의 전체구조가 그의 지탱하는 기둥들 안에서 안정적으로 유지될 수 있어야 한다. 그에 반해 수요이동을 내적으로 수용하지 않는 경직된 수익권한분배는 초기조건이 변화하면 현재의 분배시스템의 변화를 요구할 것이다. 변화된 출발조건에 대한 여러 가지 가능한 변화에 대하여 연속성(Stetigkeit)의 요구는 헌법의 수익권한분배의 주요 기둥들이 종국적으로(abschließend) 규율되고 상세한 규정들이 개별 입법자에게 위임되도록 유연한 요소들을 포함한 규정들을 둠으로써 가장 잘 고려할 수 있다. 그러한 분배시스템이 기본법에 규정되어 있는데 여기서 헌법제정자는 - 통일조약의 경과규정들(Übergangsregelungen)을 제외하고는 - 지금까지 독일통일 후에도 구조적 변화를 위한 어떤 필요성도 고려하지 않았다. 이는 한편으로 연방과 주 내지 주들 상호간의 다양한 이익 상황으로 돌아가야 하지만, 다른 한편으로는 완전히 변화된 초기조건에 대한 헌법하위의 유연한 대응가능성에 있어서 재정헌법의 지주들은 안정적이며(stabil) 지탱할 수 있는(belastbar) 것으로 입증되었다는 점에도 그 원인이 있다.

< 687 >

공공수입의 수익을 각 단체(Körperschaften)에 분배하는 것을 지배적인 견해는 재정조정(Finanzausgleich)으로 표현한다. 부분적으로 재정조정 개념은 더 넓게 파악되고 사무(Aufgaben)의 배분 및 그로부터 나오는 지출(Ausgaben)의 배분까지도 이 개념이 파악하는 것으로 주장되기도 하는데 이는 소극적 재정조정(passiver Finanzausgleich)이라고도 표현된다. 그러한 광의의 개념을 따를 수는 없지만 재정조정은 필수적으로 사무 배분을 전제로 한다. 사무 배분(Aufgabenverteilung)은 재정조정의 대상은 아니고 규정의 크기(Bestimmungsgröße)로서 사전에 규정되어 있게 된다. 그러므로 그 본질상 재정조정은 사무 귀속(Aufgabenzuordnung)의 필요에 따른 수입 분배(Einnahmenverteilung)이다.

< 688 >

공공수입의 수입 분배는 두 가지 점에서 의미가 있다: 동등한 공적인 공동체 상호간의 관계(이른바 수평적 재정조정, *horizontaler Finanzausgleich*) 내지는 상하 공동체간의 관계(이른바 수직적 재정조정, *vertikaler Finanzausgleich*). 수평적 재정조정 뿐만 아니라 수직적 재정조정의 경우에도 2단계로 구별된다. 우선 헌법에 의하여 또는 헌법을 근거로 어떤 지역사단(*Gebietskörperschaften*)에 어떤 수입이 유입되는지 규정된다(이른바 제1차적 또는 수익분배적 재정조정, *primärer oder ertragszuweisender Finanzausgleich*). 이에 이어 시간적, 사항적으로 수입재분배(*Ertragsumverteilung*)가 연결되는데, 이는 그런 식으로 분배된 수익이 다시 한 번 재분배되는 것이다(이른바 제2차적 또는 교정적 재정조정, *sekundäre oder berichtigender Finanzausgleich*). 때로는 좁게, 이러한 제1차적 재정조정에 이어서 행해지는 보충적이고 한정적인 제2차 수입재분배만을 재정조정이라고 표현한다. 이와 같은 구분은 각각 독립하여 존재하는 것이 아니고 서로 결합되어 있다. 그러므로 네 가지 기본 형태로 구분할 수 있고 이는 기본분상 연방과 주간의 수입권한의 배분에서 각각 규정되었다:

- 제1차적 수직적 재정조정, 즉, 연방과 주들 전체간의 조세수익의 분배(기본단위 지방자치단체계마인데 및 기본단위 지방자치단체계마인데 조합을 포함), 기본법 제106조에 규정됨.
- 제2차적 수직적 재정조정, 즉, 원래 연방에게 배분된 수익을 주들 전체 내지 각 주들에게 재분배, 기본법 제107조 2항 3, 제106조 4항 2, 제106조 3항에 규정됨. 때로는 기본법 제91a조 4항, 제91b조 2문 그리고 제104a조 4항도 이 범주에 들어간다.
- 제1차적 수평적 재정조정, 즉, 주들 전체에 분배된 조세를 각 주들에게 배분, 기본법 제107조 1항에 규정.
- 제2차적 수평적 재정조정, 즉, 주들 간의 조세수익의 재분배, 이른바 주들 간의 재정조정(*Länderfinanzausgleich*), 기본법 제107조 2항 1문, 2문.

1. 완결된 4단계 재정조정체계

< 689 >

이러한 재정조정의 4가지 기본 형태는 기본법 제106조와 제107조에 확정된 완결된 4단계 재정조정체계의 요소들을 형성하는데 이러한 체계는 연방과 주들 전체의 관계에서 뿐만 아니라 주들 상호간의 관계에서도 목적에 구

속되지 않는 재정급여에 대한 종국적인 규율을 포함한다. 서로 토대를 삼고 서로 관련되어 있는 각각의 단계들에는 일정한 분배목표와 조정목표들이 귀속되어 있으며 마지막 단계에 이르기까지 본래의 조정목표가 달성되어 있다. 규정된 단계들의 결과는 따라서 구속적이다. 개별 단계들은 기능상 임의로 교체하거나 뛰어넘을 수 없다.

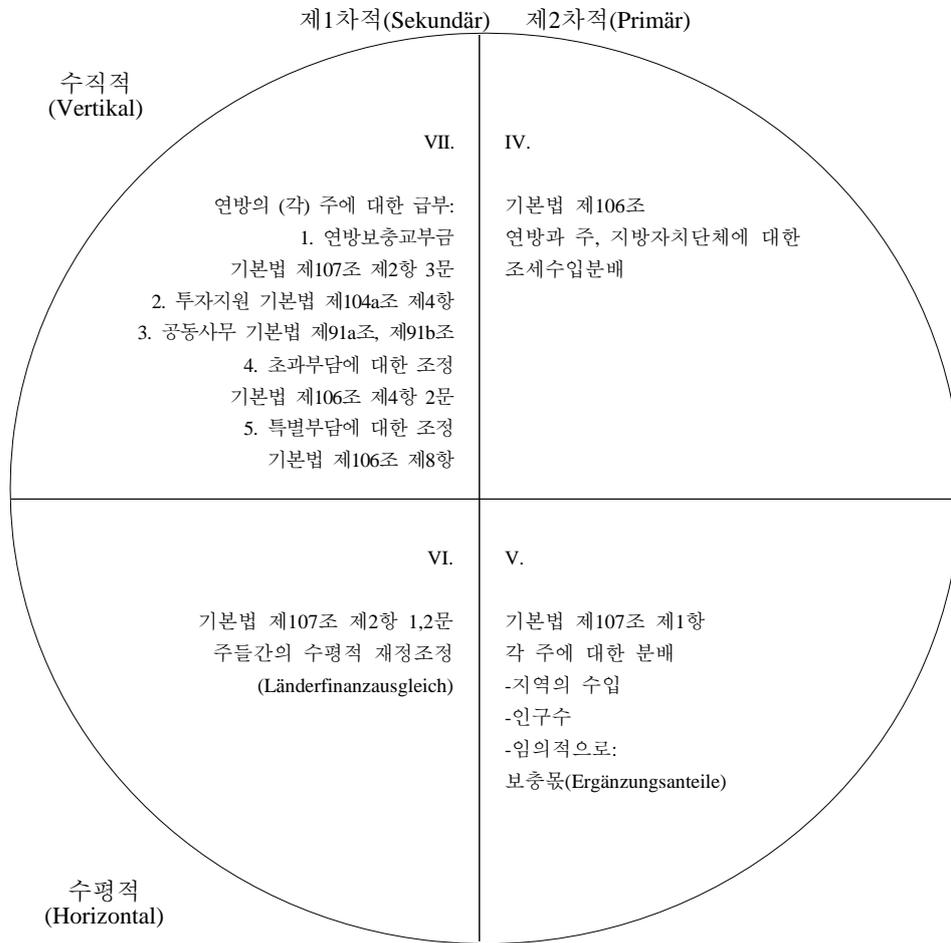
< 690 >

개별적으로 각 단계의 결과(Stufenfolge)는 다음과 같다: 기본법은 먼저 제 106조에서 수직적 조세수입분배를 규정하는데, 이는 연방과 주들 전체간의 관계와 관련된다(단락번호 704 이하). 기본법은 일정한 조세의 수입을 연방(기본법 제106조 1항) 또는 주들에게(기본법 제106조 2항) 분배한다. 여기에 기본법 제106조 6항의 기본단위 지방자치단체계마인데 및 기본단위 지방자치단체계마인데 조합에 대한 수익분배가 추가된다. 수익으로 볼 때 가장 중요한 조세들 - 소득세, 법인세, 부가가치세 - 은 공동세(Gemeinschaftssteuern)로서 구성되며 이 경우 연방과 주들은 소득세(기본단위 지방자치단체계마인데에 유입되는 부분을 제외하고) 및 법인세 수입의 절반까지 참여하는 반면에 부가가치세에 대한 배분몫(Anteil)은 유동적이며(variabel) 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률에 의해 확정된다(기본법 제106조 3항). 주들 전체와 관련된 수직적 조세분배는 이미 지출 및 수요에 따르는 성격(ausgaben- und bedarfsorientierten Charakter)을 갖는다.

< 691 >

연방과 주들 전체 간의 이러한 조세수입분배에 기초하여 기본법 제107조 1항은 주들 전체의 배분몫이 어떻게 각 주들에게 분배되는지를 규정한다(단락번호 732 이하). 척도가 되는 기준(Kriterium)은 원칙적으로 지역의 수입(örtliche Vereinnahmung)이며 그 결과는 물론 기본법 제107조 1항 2문의 분할원칙(Zerlegungsgebot)에 의하여 실제 조세력(Steuerkraft)에 따라 교정된다. 이러한 분배의 관점은 주들의 재정수요(Finanzbedarf)와 연결된 것이 아니라 각 지역에서 조세수입의 획득(Erwirtschaften)과 연결된다. 그에 반해 주들의 부가가치세에 대한 배분은 인구수 기준에 의하여 분배된다. 이것으로 추상적인 수요기준(Bedarfmaßstab, 인구를 기준으로 하는 두당 공급(Pro-Kopf-Versorgung)과 같다)이 분배에 도입된다.

[그림 4] 연방국가의 재정조정



< 692 >

이 단계에서 기본법은 지역적 수입에 의한 조세분배에서 나오는 결과 각 주들의 평균이하의 수익일 경우 그것을 조정할 수 있는 가능성을 열어두는 임의의 중간단계(fakultative Zwischenschritt)를 허용한다(단락번호 742 이하). 부가가치세에 대한 주들이 차지하는 배당 몫의 4분의 1까지는 지역적 수입에 따른 조세분배에서 인구 1인당 주들 전체의 평균수입 아래에 있는(기본법

제107조 1항 4문) 주들에 대한 보충 몫(또는 보충 지분, *Ergänzungsanteil*)으로서 연방법률(연방참사원의 동의를 요함)에 따라 배정된다. 기본법 제107조 1항은 전체적으로 무엇이 각 주들에게 자신의 재정수단으로서 귀속되는지 규정한다. 이는 기본법 제107조 1항 4문 후단(2. Hs.)이 역류의 원칙(*Gegenstromprinzip*)이라는 의미에서 수평적으로 조정하는 요소를 포함한다는 점과 대립하지 않는다. 입법자가 기본법 제107조 1항 4문의 수권을 사용하기로 결정하고 부가가치세 수입에 대한 주들의 분배 몫 일부에 대하여 보충 분배 몫을 조세가 취약한 주들에게 주기로 결정한다면 각 주들의 고유한 재원은 보충 몫의 분배 후에 비로소 확정된다(BVerfGE 72, 330, 384 f.).

< 693 >

처음 두 단계의 조정 및 분배목표를 고찰하면 다음과 같은 결론이 나온다: 기본법이 주들에게 원시적으로 귀속되는 재정수입으로서 주들 전체에게 배분하는, 조세수입의 일차적 분배는 지역수령의 원칙(*Prinzip der örtlichen Vereinnahmung*)에 의해서 - 분할(*Zerlegung*)에 의해 수정된 - 뿐만 아니라 수요의 관점(*Bedarfsgesichtspunkten*)에 의해서도 - 인구수에 따라 추상적으로 측정된 - 영향을 받는다. 물론 비중은 명백히 지역수입의 원칙에 기울어져 있다; 수요의 관점은 일정한 범위에서만 반영된다. 이것은 기본법 제107조 제2항이 규정한 제2차적 수평적 재정조정의 이해를 위해서도 기본법이 수입이 가장 많은 조세들을 공동세로서 규정한 사실과 마찬가지로 의미가 있다. 기본법은 특정한 조세의 수익을 주들에게 배분하지 않고 그 지역에서 획득된 자신의 이런 조세에서 나오는 지역적 수입으로 재정을 꾸려나가도록 그들에게 맡기지만 연방과 주들 간의 수직적 조세분배에서 뿐만 아니라(기본법 제106조 제3항 4문) 주들 전체의 각 주들에 대한 조세수익의 분배에서도(기본법 제107조 제1항 4문) 수요의 관점(*Bedarfsgesichtspunkte*)을 도입한다. 그 안에서 재정경제적 영역에서도 존재하는 주들의 고유한 국가성(*Eigenstaatlichkeit*)과 연방국가 원리에서 도출되는 공동체 간 헌법에 의해 발견된 타협이 전체국가의 재정적 급부능력(*Leistungsfähigkeit*)에 대한 참여에서도 표현된다(BVerfGE 72, 330, 385 f.).

< 694 >

제3단계에서 기본법 제107조 2항의 제2차 수평적 재정조정은 연방 주들 간에 제1차적 조세분배의 결과가 주들의 고유한 국가성을 고려하더라도 연대공동체(*Solidargemeinschaft*)라는 연방국가적 사고에서 볼 때(단락번호 745 이

하) 적절하지 않은 경우 그 결과를 한 번 더 수정한다. 이러한 조정의 경우 주들은 스스로 자신의 재정자금(Finanzausstattung)으로 조정규율에 편입되며 경우에 따라서는 연방적 조정급부(Ausgleichsleistungen)가 부과된다; 그것은 강한 능력을 가진 주들이 자신의 것으로 부담하는 공과금이다. 헌법에 의해 원칙적으로 의도된 수익분배의 교정 및 그에 의해 야기된 주들의 재정상태의 교정으로서(als Korrektur) 제2차 수평적 재정조정은 보충적(subsidiär)이다. 기본법은 주들의 상이한 재정력(Finanzkraft)을 적절하게 조정하려 하며 조정권(ausgleichsberechtigten)이 있는 주들에게 “청구권(Ansprüche)”을 부여하고 조정 의무 있는(ausgleichspflichtigen) 주들에게는 “의무(Verbindlichkeit)”를 부과한다. 따라서 자신의 재정에 의해 시도되는 주들의 자치(Autonomie)는 연방공화국에서 생활관계(Lebensverhältnisse)의 전개에 대한 그 의미 때문에 연방국가 내의 재정력 차이가 더 이상 적절한 것으로 간주될 수 없는 곳에서 그 한계를 긋는다. 이러한 사례들에서 기본법은 적절한 조정의 “보장(Sicherstellung)”을 요구한다. 여기서 지원을 하는 주들(Geberländer)의 급부 의무는 지원받는 주들(Empfängerländer)의 급부 청구권과 마찬가지로 포괄적인 재정력개념에 의해 결정되어야 하는데, 그 근거는 단지 일반적인 재정취약(Finanzschwäche)일 수 있을 뿐, 다른 수입들(Einkünfte)에 의해 - 주의 자치적인 결정에 기인하건 아니건 - 보충되는 불충분한 조세수입이 아니다(BVerfGE 72, 330, 386; 86, 148, 214). 이 규정에서 그러니까 상호책임의 동맹원칙(ein bündnisches Prinzip des Einstehens füreinander)이 실현되며 이는 연방과 주들의 관계에서 뿐만 아니라 주들 상호간의 관계에서도 적용된다. 이 원칙에 따라 각 주는 그 고유한 국가성(Eigenstaatlichkeit) 및 재정적 독립성에도 불구하고 재정적으로 약한 다른 주에게 일정하게 지원할 의무를 진다. 지원을 정당화하는 근거에는 동시에 지원의무의 한계도 들어있다(BVerfGE 72, 330, 384; 86, 148, 214). 주들간의 재정조정은 따라서 기본법 제107조 1항에 규정된 제1차적 조세분배의 결과를, 주들의 재정적 평등사고(Gedanken der finanziellen Gleichheit)에 의해서만 영향을 받고 그들의 고유한 국가성과 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)은 더 이상 고려하지 않는 새로운 시스템으로 대체하는 수단이 아니다. 그의 목표는 오히려 조세수입의 일차적 분배를 통해 제거되지 않고 비로소 나타나는데, 그럼에도 불구하고 연방국가적 연대공동체(Soldargemeinschaft)의 관점에서 적절하지 않은 것으로 간주해야 하는 주들간의 재정력격차(Unterschiede in der Finanzkraft)를 비록 충분하지는 않더라도 일정한 범위에서 조정해야 하는 것이다(BVerfGE 72, 330, 386 f.). 기본법 제107조 2항의 조정의

무(Ausgleichspflicht)는 재정적으로 주들의 동등한 지위를 요구하는 것이 아니라 그의 사무에 상응하여 그 재정력에 충분히 접근할 것을 요구한다(BVerfG 86, 148, 215).

< 695 >

마지막 단계인 네 번째 단계는 제2차적 수직적 재정조정 현상 형태에 의해 형성된다(단락번호 770 ff.). 기본법 제107조 3항은 재정조정입법자에게 연방이 그의 재정으로 재정력이 취약한 주들에게 연방교부금을 마련해 주도록 수권하는데, 이로써 약한 주들은 일반적 재정수요를 보충적으로 충족할 수 있게 된다. 이 규정에서 다시 상호책임의 동맹원칙이 적용되는데, 이번에는 물론 연방과 주들 간의 관계에서 적용된다. 전체 주들(Ländergesamtheit) 안에서 조세분배와 재분배가 재정공급이라는 결과를 가져오고 그것이 그러한 관점에서 교정이 필요한 곳에서 연방에게는 하나 또는 다수 연방구성원들의 지위가 개선되도록 하는 길이 열리게 된다.

< 696 >

지방자치단체의 재정(die kommunalen Finanzen)은 두 군데에서 명시적으로 4단계의 연방국가 재정분배시스템 안으로 편입된다: 기본법 제106조 5항 내지 7항, 9항은 기본단위 지방자치단체계마인데가 수직적 조세분배에 어떻게 편입되어야 하는지 규율한다. 기본법 제107조 2항 1문, 후단(2 Hs.)은 주들 간의 수평적 재정조정의 단계에서 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 포함)¹⁶³의 재정력(Finanzkraft)과 재정수요(Finanzbedarf)가 고려되어야 한다고 규정하고 있다. 이들 규정은 기본법이 규정한 국가조직 규정과 재정헌법의 연관성으로부터 그 의미를 획득한다. 기본법의 연방국가에서 한편으로는 연방과 주들이, 다른 한편으로는 주들 상호간에 대립하고 있다. 지방자치단체는 국가조직상 주들에 편입되어 있다. 그에 상응하여 재정헌법을 위해 토대가 되는 기본법 제104a조 1항의 부담분배(Lastenverteilung)가 규정되어 있다. 동 규정은 지출부담 및 사무책임과의 연계성(Konnexität)에 대하여 연방과 주들만을 상호 대립시키고 지방자치단체는 - 그에게 헌법상 보장된 자치에도 불구하고 - 관련된 주의 구성원(Glieder)으로 다룬다. 그의 사무(Aufgaben)와 지출(Ausgaben)은 주의 사무와 지출로 분류된다. 이로부터 재정헌법의 연방국가적 관련점(Bezugpunkt)을 형성하는 연방과 주들 간에 사무

163) 역자 주: 계마인데는 지방자치단체의 기본단위이므로 지방자치단체(지방자치단체 포함)으로 표현해도 된다.

에 적합한 재정수입분배가 지방자치단체도 - 사실 주의 일부로서 - 포함하게 된다는 결과가 나온다. 이러한 생각이 기본법 제106조 5항 내지 7항의 지방자치단체의 자치행정에 대한 특별한 재정적 보장에도 불구하고 기본법 제106조에 따른 연방과 전체 주들간의 조세분배의 토대를 이루고 있다. 그것은 마찬가지로 기본법 제107조 2항 1문에 따른 주들 상호간의 상이한 재정력조정에도 적용된다. 연방헌법재판소가 1999년 11월 11일의 판결에서 강조한 바에 따르면, 기본법은 제28조 2항 3문의 지방자치단체의 재정적 자기책임을 명시적으로 승인하고 기본단위 지방자치단체계마인테에게 소득세와 부가가치세 수입에 대한 고유한 몫을 보장하며 그 외에도 지방자치단체의 이러한 강화된 독립성(Verselbständigkeit) 및 재정 경제적 독립성이 종래의 재정헌법의 2단계성(Zweistufigkeit)을 수정한다고 강조하는데 이는 올바른 지적이다.

< 697 >

완결된 재정 조정 체계 하에 헌법상 허용된 목적에 기속된 교부금(Zuweisungen)과 일정한 사무의 혼합재정은 들어가지 않는다. 기본법 제91a조에 따른 공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)에서 뿐만 아니라 제104a조 4항에 의한 재정지원(Finanzhilfen)에서도 기본법은 주들의 지출 부담을 줄이고 사무의 수행을 수월하기 위한 다른 도구들을 규정한다. 공동사무의 혼합재정과 재정지원은 중요하지 않은 재정 조정 작용을 내용으로 하지 않는다: 각 주들의 재정상태와 관련한 분배효과(Verteilungswirkung), 지원받은 계획의 지역적 위치(Belegenheit)에 따라 너무 적게 지원받거나 전혀 지원받지 않는 주들의 관계를 고려한 수평적 조정효과(horizontale Ausgleichswirkung). 그것은 따라서 주들과 기본단위 지방자치단체계마인테의 부담을 줄이거나 주들 간의 재정조정(Länderfinanzausgleich)이 고려하지 않는 수요를 보상하는데 적합하다.

2. 법률상 기준설정에 대한 위임

< 697a >

1999년 11월 11일 연방헌법재판소는 재정헌법이 헌법상 불확정 개념으로만 확정된 4단계의 조세분배 및 조정체계를 구체화하고 보완하라는 의무를 입법자에게 부과하고 있다고 결정했다. 이것은 특히 다음의 경우에 대해 적용된다.

- 연방과 주들 전체 간에 수직적 부가가치세 분배에 있어서 기준들(Maßstäbe)(단락번호 729 a-c)

- 부가가치세 보충부분의 교부에 대한 기준 (단락번호 742)
- 주들간 수평적 재정조정(LFA)에서 조정청구권과 조정의무에 대한 요건 내지 그 액수(Höhe)에 대한 기준
- 연방보충교부금의 열거(Benneung) 및 근거제시(Begründung)에 대한 기준 (단락번호 772-775)

< 697b >

연방헌법재판소가 강조한 바에 따르면, 재정헌법에는 직접적으로 집행할 수 있는 기준이 있는 것이 아니라 헌법상 불확정 개념으로만 확정된 조세분배 및 조정체계를 현존하는 재정경제관계 및 재정학의 인식에 따라 적용가능하며, 일반적이고 입법자를 스스로 구속하는 기준을 법률상 구체화하고 보완할 의무를 연방입법자가 진다고 하였다. 조정필요성(Ausgleichsbedürfnisse)의 변화 및 구체적인 분배총액과 조정총액의 변화로부터 독립하여 입법자에게는 장기간 적용 가능한 기준을 결정하여야 할 의무가 있으며 그 기준으로부터 구체적이고 숫자로 파악된 분배 및 조정결과가 도출될 수 있어야 한다.

1999년 11월 11일의 연방헌법재판소 판결에 의하여 재정조정을 규율할 때 입법자에게는 두 가지 사항이 위임된다: 우선 입법자는 4단계 재정조정 시스템의 헌법 원칙을 내용상 명확히 밝혀야 하며 헌법을 구체화하는 분배 및 조정 기준을 구성요건에 언급해야 한다. 다음으로 입법자는 이러한 기준으로부터 구체적인 재정법상 결론을 도출해야 한다. 가변적인 4단계 조세분배 및 조정시스템은 그러므로 그의 구체성(Konkretheit) 및 시간적 효력(Zeitwirkung)에서도 서로를 기반으로 하여 세워진 3개의 법인식원(drei aufeinander aufbauende Rechtserkenntnisquellen)이 지탱하고 있다: 기본법(GG)은 헌법의 연속성(Stetigkeit)¹⁶⁴⁾ 안에서 법률상 조세분배 및 법률상 재정조정에 대한 일반원칙들을 규정한다. 입법자는 그로부터 지속적인 계획의 범위 안에서 새로이 책정한, 장기간의 기준을 도출하여야 한다. 입법자를 스스로 구속하는 기준을 부여하는 법률(기준법, Maßstäbengesetz)의 적용에서 재정조정법(FAG)은 정기적으로 심사되는 단기간의 분배 및 조정결과들을 규정한다. 연방헌법재판소는 입법자로 하여금 장기간 효력을 가진, 계속 수정 가능한 기준형성(fortschreibungsfähigen Maßstabbildung)을 보장하도록 강요하는 이러한 구상을 통해 연방과 주들이 헌법상 규정된 최초의 구성요건을 동일한 방법으로 해석하고, 공동으로 동일한 지표(Indikatoren)를 기초로 하며, 재정 경제적 토대에 대한 예견가

164) 역자 주: 독일어의 'Stetigkeit'는 중단되지 않고 계속된다는 의미를 가지기 때문에 연속성 또는 항구성으로 번역하기로 한다.

능성 및 예산관리상 계획가능성을 보장하고, 재원을 투명하게 분배하려는 등의 목적을 가지고 있다.

< 697c >

장기간의 법률상 기준을 만들고 그것을 구체적인 재정결과들에 현재에 근접하게 적용하라는 헌법위임(Verfassungsauftrag)에는 시간적 효력(Zeitenfolge)이 기초가 되어 있는데 이는 총액(Geldsumme)에 대하여 순전히 이익만을 위해 결정하는 타협(Verständigung)을 배제하거나 곤란하게 한다. 재정헌법(Finanzverfassung)은 미래를 예측하여 미리 법률로 규정하라는 법치국가적 위임을 그의 사후적 결과가 구체적으로 알려지기 전에 조세분배 및 재정조정의 기준이 미리 마련되어 있도록 하는 방식으로 법률상 기준을 마련하라고(eine gesetzliche Maßstabbildung) 요구한다. 일반적이며(allgemein), 미래를 사전 예측하여 규정하는 규율(in die Zukunft vorausgreifende Regel)에 대한 이러한 개방성(Offenheit)은 매년 바뀌는 수입 및 자원조달필요에 대한 연방의 재정적 이해관계 및 주들의 이해관계가 입법자에게 알려지기 전에 그가 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)을 의결할 때 유지된다. 그 때문에 이 기준을 부여하는 법률은 재정조정법률(FAG)이 구체적으로 적용되기 전에 시간적 간격을 두고 의결되어야 하며 그 기준과 지표들이 현실의 재정적 이해관계와 소유상태, 특권(Privilegien)으로부터 차단되는 계속성 의무(Kontinuitätsverpflichtungen)에 계속되어 있어야 한다. 연방헌법재판소는 재정조정기준법의 사전성(Vorherigkeit)을 제도적인 헌법 정향성(Verfassungsorientierung)을 보장할 기대와 결합시키는데, 이 헌법정향성이 구체적인 적용사례를 미리 예견할 수 없도록 하는 기준(Maßstäbe)을 전개한다. 기본법은 조세수입과 재정조정에 관하여 상호간에 신중히 동의한 규율들을, 단계적으로 서로 관련된 4단계 규율체계의 마지막에 관련 단체의 처분에 맡기는 것이 아니라, 오히려 연방국가 헌법 원리를 계속 형성하도록 하는 재정헌법상의 규정을 만들어서 재정헌법이 시의적절한 기준에 의해 명백해지고 분배 및 재정조정결과가 각각 현재에 적합하도록 측정되며 정기적으로 심사될 수 있도록 입법자에게 위임한다.

< 697d >

재정조정기준법(Maßstäbengesetz)으로 의회 입법자는 헌법상 분배 및 조정의무를 구체화하고 보완할 의무를 이행한다. 연방의회(Bundestag)는 기준제정에 대하여 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 얻어 기본법에 의해 위임된 헌법구체화에 대한 책임을 실현하고 스스로 분배 및 조정기준에 구속된다. 재정조정

기준 입법은 구체적인 재정결과에 대한 추상적인 기준들을 설정하며 이 기준에서 입법자는 스스로를 변호하고 여론에 보고하며 자원배분의 법치국가적 투명성을 확보하고 예산 관리상의 투명성 및 연방과 각 주의 재정 경제적 자치토대(Autonomiegrundlage)의 예견가능성(Voraussehbarkeit)을 보장한다. 연방헌법재판소의 1999년 11월 11일의 판결에 의하면 재정헌법은 재정조정기준법과 그에 기초한 재정조정법(FAG)을 재정분배 4단계에서 특히 각 단계별로 추구되는 목표에 구속시킨다. 개별적인 요건들(Anforderungen)은 각 단계별 상세설명에서 언급된다.

< 697e >

결론적으로 4단계의 재정조정을 형성하도록 하는 입법위임에 따르면 분배 및 조정 결과에 관한 규율에 제한되지 않고 헌법구체화(Verfassungskonkretisierung) 및 헌법보충(Verfassungsergänzung)에 대한 근거를 인식할 수 있게 하는 분배 및 조정기준을 열거하는 법률만이 그러한 위임을 충족한다. 기본법의 최초해석자로서 입법자가 현행 재정조정법의 규율을 심사대상으로 세우고 그 다음에 어떤 기준이 새로운 재정조정법에 기초가 되어있는지 결정할 것을 연방헌법재판소는 기대하고 있다. 이러한 추상적이고 장기간 효력이 있는 기준들은 헌법 원리를 명료하게 하고 각 분배결과를 정당화하며 따라서 자기구속의 기준(Maßstäbe der Selbstbindung) 및 통제의 기준도 충족하게 한다.

< 697f >

입법자에게는 상응하는 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)을 2002년 말까지 제정하도록 위임되어 있다. 이것이 2003년 1월 1일까지 효력이 발생하지 않을 경우, 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결로, 재정조정법(FAG)이 헌법위반이고 무효라고 결정하였다. 재정조정기준법의 제정 후 입법자는 이를 기초로 하여 2004년 12월 31일까지 재정조정법을 새로 규율하여야 한다. 그러한 새로운 규율이 2005년 1월 1일 효력이 발생하지 않는 경우, 연방헌법재판소 판결은, 재정조정법이 같은 날 헌법위반이며 무효로 된다고 명령한다.

3. 극단적인 예산긴급사태에서의 재정조정 시스템

< 698 >

각 주에 극단적인 예산긴급사태가 발생한 경우에 각 단계가 통상적인 기능의 범위 내에서 유지되지 않을지라도 4단계 재정조정시스템에 따라 대응해야 한다. 어떤 주에게 극단적인 예산긴급사태를 방지하기 위하여 기본법에

의해 열려있는 행위가능성으로서 특히 다음과 같은 것들을 고려하여야 한다.

< 699 >

우선 필요하면서도 특히 긴급한 것은 연방과 주들이 예산 긴급사태의 발생을 저지하고, 발생한 예산 긴급사태를 철폐하는 데 기여할 수 있는 적합한 절차규율과 공동으로 행할 의무를 확정하는 것이다. 기본법 제109조 3항에 따르면 이에 관하여 입법자의 규율권한이 존재한다. 예산 긴급사태와 관련된 주들은 예산관리 및 예산정책 형성을 통하여 경제 전체적인 균형의 필요성을 고려하는 데 방해받을 수밖에 없다. 그들은 경기에 적합한 예산행동 및 경기를 조정하는 작용을 할 능력을 상실한다. 이에 대한 규범적 대응조치들은 따라서 기본법 제109조 2항에 의해서 요청되어 있으며 이 규범적 대응조치들은 동시에 보조로서 투입되는 재정적 수단들이 안정화 효과(stabilisierende Wirkung)를 가져올 기초를 제공할 것이다(BVerfGE 86, 148, 266 f.).

< 700 >

그 밖의 행위가능성들을 여는 것은 공동과제(Gemeinschaftsaufgaben)와 기본법 제104a조 제4항에 의한 투자지원(Investitionshilfen), 기본법 제106조 제8항에 의한 급부(Leistungen) 내지 연방이 그에 대해 권한이 있거나 또는 그에 함께 참여하는 소재지결정(입지결정, Standortentscheidungen) 등이다. 공동과제를 활성화하기 위한 조치들은 한 주의 경제 및 수입구조를 중장기적으로 지속적으로 개선하기에 적합할 수 있다.

기본법 제104a조 제4항에 따른 주들과 기본단위 지방자치단체계마인테의 특히 의미 있는 투자에 대한 연방의 투자지원(이에 대해서는 단락번호 227 이하)은 극단적인 예산긴급사태에 빠진 주들을 목표로 해서도 투입될 수 있다. 그러한 예산긴급사태가 경제구조의 취약성과 과도한 채무가 특징인 경우 상이한 경제력(Wirtschaftskraft)을 조정하기 위한 지원목적이 충분한 행위수권(Handlungsermächtigung)을 제공한다. 이 경우 연방은 연방적인 동등취급의 요청에 의하여 예산 긴급사태에 있는 바로 그러한 주들에게 투자지원을 하고 투자지원을 그러한 주들에 국한하는 데 방해받지 않는다. 그러한 지원을 국가 전체적으로 정당화하는 근거는 바로 관련 주들에게만 있는 예산 긴급사태의 질에 있다. 연방은 물론 지원받을 투자지역을 결정하는 데 제한되어 있다. 법률이나 행정협정(Verwaltungsvereinbarung)을 통한 투자지원이 보장되면 관련주로 하여금 재정건전화프로그램(Sanierungsprogramm)에 관한 협약(Absprachen)을 하도록 의무를 부과할 것인지 여부는 연방의 재량이다. 그리하여

투자지원의 안정화 효과(Stabilisierungswirkung)를 확보할 수 있으며 절약된 재원을 안정화와 관련 없이 사용하는 것을 배제할 수 있다. 이것은 연방국가적 지원의 범위 내에서 관련 주와 마찬가지로 연방도 행하는 협력의무와 상응한다(BVerfGE 86, 148, 267 f.). 기본법 제106조 제8항에 의한 급부(Leistungen)가 얼마나 고려되는지는(이에 관해서는 단락번호 795 이하) 구체적으로 주어져 있는 상황에 따라 판단되어야 한다. 마지막으로 연방이 그에 대한 권한이 있거나 그에 함께 참여하는 소재지 결정(Standortentscheidungen)도 한 주의 경제적 구조의 취약성을 조금이라도 극복하기 위한 적합한 수단이다.

< 701 >

지금까지 예산 긴급사태를 극복하기 위한 행위가능성으로서 언급된, 헌법상 허용된 목적에 기속된 교부금(Zuweisungen)과 일정한 사무의 혼합재정(Mischfinanzierung)은 그 자체로 완결된 4단계의 재정조정 시스템에 속하지는 않지만 여기서 투입 가능한 수단들과 결합될 수 있다.

< 702 >

극단적인 예산 긴급사태를 극복하기 위한 연방국가적 지원의무의 실현과 관련하여 재정조정 시스템 내에서 네 번째 단계, 즉 기본법 제107조 제2항 3문에 따른 연방보충교부금(Bundesergänzungszuweisungen)은 재정조정 시스템 내의 기능을 넘어서는 의미를 얻는다. 헌법규정은 그 문언에 따르면, 어떤 주가 자신의 힘으로는 더 이상 자유로워질 수 없는 예산 긴급사태에서 연방국가적 지원의무를 실현하기 위하여 적용되는 것을 배제하지 않는다. 그러한 예외적인 경우에는, 헌법에 근거를 가진 연방국가적 지원의무에 의해 규범적으로 지배되어 그 의미와 목적이 확대된다. 그렇다면 연방보충교부금의 범위는 통상 허용되는 정도(Ausmaß)를 넘어설 수 있다. 연방국가적 지원의 원칙 안에 의도되어 있고 기본법 제109조 2항에 명시적으로 표현된, 연방과 주들의 협력 의무(Kooperationspflicht)와 관련하여, 연방보충교부금의 교부를 관련된 주가 재정건전화 프로그램을 설정하고 실시해야 할 의무를 부담하도록 하는 데에 구속시킬 수 있다. 이것과 일반적인 재정수요를 충족하기 위하여 연방보충교부금이 교부되는 기본법 제107조 제2항 3문의 확정은 대립하지 않는다. 재정건전화 프로그램에 대한 주의 의무는 연방보충교부금에 대해, 연방이 지정한 목적구속이 아니라, 기본법 제109조 제2항과 제3항에 규정된 극단적인 예산 긴급사태를 통해 구체적인 행위의무로 압축된 행위표준(Handlungsrichtmaß)을 받아들인다(BVerfGE 86, 148, 269). 주의 예산 긴급사태를 구

제하기 위한 연방보충교부금의 포괄적이고 지속적인 투입을 허용한다고 해서 연방입법자가 이에 대해 헌법적으로 의무가 있다고 말하는 것은 아니다. 주어진 여러 행위가능성 가운데 어떤 것이 그러한 긴급사태에서 투입되어야 하는지, 어느 범위에서 개별 수단들이 투입되어야 하는지 등은 입법자의 결정에 달려있다. 이 경우 평가여지 및 결정여지(Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum)가 존재한다. 그럼에도 불구하고 연방국가적 지원의무는 단순한 심사(Prüfung) 이상의 의무를 지우기 때문에, 극단적인 예산 긴급사태의 성질 및 그 원인에 따라 입법자의 결정 여지는 일정한 재원을 구제를 위하여 투입할 수 있을 뿐만 아니라(können), 반드시 투입해야 하는(müssen) 식으로 좁아질 수 있다.

< 703 >

물론 연방은 가질 수 있는 행위가능성에 대한 적용을 결정함에 있어서 - 자신의 부담과 다른 주들의 부담을 고려하여 - 기본법 제109조 제2항을 준수하여야 한다. 연방과 다른 주들이 그들에게 헌법상 배분된 사무를 이행할 능력도 문제 삼아서는 안 된다. 연대의무(solidaritätspflicht)에 의하여 공동으로 제거해야 할 긴급 상황(Not)은 모든 측면에서 노력의 집중(Anstrengung)과 제한(Beschränkung)을 요구한다. 재정적 원조의무는 그에 의해서 제한될 수 있다(B-VerfGE 86, 148, 269 f.).

II. 연방과 주들에 대한 조세수익의 분배(제1차적 수직적 재정조정)

< 704 >

개별 조세 또는 조세유형들의 수익을 국가전체 또는 지방 국가들 영역에 분배하는 것은 다양한 방법으로 행하여 질 수 있다. **분리시스템(Trennsystem)**에 의하면 수익이 **개별적인 조세들 내지 조세유형**에 따라 분배된다. 각 조세 또는 조세유형은 하나의 영역(Ebene)에 귀속된다. **결합시스템(Verbundsystem)**에 의하면 여러 영역에 대해 **배당 몫(배당비율)에 의한(quotenmäßig) 조세분배**가 행해진다. 이는 조세수입에 일정한 배당 몫을 가지고 참여하게 되며 이 경우 모든 조세 및 조세유형에 대한 배당률(Anteilssätze)은 동일하지만 달리 형성될 수도 있다. 혼합시스템(Mischsystem)에 의하면 일정한 조세들은 상이한 영역에 귀속되는 반면에 다른 조세에 대해서는 배당 몫에 의한 분배를 가진 조세결합(Steuerverbund)이 이루어진다. 각 시스템은 장단점을 보여준다. 분리시스템은 전체 국가(Gesamtstaat)와 지방 국가들(Gliedstaaten)의 예산관리상의

독립성을 고려하며 연방세와 주세, 지방자치단체세에 따라 조세를 명료하게 분할(Zerlegung)하는 결과를 가져온다. 한편 엄격한 분리시스템의 경우 보통 각 조세유형이 매우 상이하게 전개되기 때문에 각 영역의 재정격차가 서로 벌어질 위험(Gefahr des Auseinanderklaffens)이 존재한다. 사무수행에 있어 정당화되지 않는 차이는 조세귀속(Steuerzuordnung)에 대한 교정의 결과이면서 또한 그 필요성이기도 하다. 체계내재적인 탄력성(systemimmanenter Elasmazität)에 있어서 분배시스템의 충분한 안정성(Stabilität)의 필요는 고려될 수 없다. 추가적으로, 수입이 가장 많은 조세를 분리시스템에 의하여 있어 한 영역에 분배하는 것은 경우에 따라 다른 조세를 다른 영역에 분배함으로써 적절하게 균형이 맞추어 질 수 없다. 결합시스템에서 조세수입의 변동은 참가하는 영역에 유리하게 또는 불리하게 작용하게 되며 그 결과 참가자들은 그들의 조세 배당 몫에 상응하여 각각 전체 재정경제 상황의 전개에 참여하게 된다. 그것은 참여하는 영역들과의 관계에서 안정(Stabilisierung)에 기여하지만 또한 충분한 가변성(Variabilität)과 탄력성도 보여 준다. 결합시스템에서 단점은 각 영역의 조세결합에 대한 배당 몫의 확정(Festlegung der Anteile)문제를 둘러싸고 보통 정치적으로 극도로 다투어진다는 점이다.

< 705 >

그리하여 기본법은 일단은 분리시스템에 의해서 각인되어 있는(단락번호 86 f.) 제106조에서 두 시스템의 단점을 피하고 장점을 최대화하기 위하여 혼합시스템(Mischsystem)으로 결정하였다. 1969년 재정개혁(Finanzreform) 이래로 기본법은 분리시스템(Trennsystem)에서 출발하고 있지만, 수입이 가장 많은 세개의 조세(소득세, 법인세, 부가가치세)에 대하여는 결합시스템(Verbundsystem)을 토대로 하고 있으며 여기서는 단지 부가가치세에 대한 참여관계만 헌법적으로 직접 규범화하지 않았을 뿐이고 따라서 그 확정만이 연방과 주들 간의 정치적 분쟁의 원인을 제공한다. 기본법 제106조에 포함된 혼합시스템은 각 조세 및 조세유형들을 분리시스템에 따라 또는 결합시스템에 따라 홈결 없이 귀속시키는 데서 출발한다. 기본법 제106조는 완결된 조세 및 - 일반조항 형식으로 널리 파악된 - 조세유형의 목록을 포함하고 있다. 지금까지 징수되지 않거나 더 이상 징수되지 않는 또는 그렇게 징수되지 않는 조세는 따라서 열거된 조세 및 조세유형에 포섭될 수 있을 때만 도입될 수 있다. 그렇지 않으면 헌법상 종국적인 수익분배구조는 깨질 것이다.

1. 분리시스템

< 706 >

분리시스템에서 기본법은 일정한 조세 및 조세유형의 수익을 연방에게만 그리고 주들에게만 분배한다. 1956년 12월 24일의 기본법 개정 이래 기본단위 지방자치단체게마인데(기본단위 지방자치단체게마인데 조합)의 직접적인 수익권한이 헌법상 확보되어 있는데, 이는 기본법 제106조 9항이 확인하듯이(단락번호 51) 2단계 국가구조에서도 변함이 없다.

< 707 >

전매(재정독점, Finanzmonopole)와 다음과 같은 조세의 수입은 기본법 제 106조 1항에 따라 연방에 귀속된다:

1. 관세(Zölle)
2. 소비세(Verbrauchssteuer), 제2항에 의해 주들에게 귀속되지 않는 경우 또는 제3항에 의하여 연방과 주들에게 공동으로 귀속되지 않는 경우, 제6항에 의하여 기본단위 지방자치단체게마인데에게 귀속되지 않는 경우.
3. 도로화물운송세(Straßengüterverkehrssteuer)
4. 자본거래세(Kapitalverkehrssteuer), 보험세(Versicherungssteuer), 어음세(Wechselsteuer)
5. 일회적 재산공과금(die einmaligen Vermögensabgaben)과 부담을 조정하기 위해(Lastenausgleich) 징수하는 조정공과금(Ausgleichsabgaben)
6. 소득세 및 법인세에 대한 보충공과금(Ergänzungsabgaben)
7. 유럽공동체 내에서의 공과금(Abgaben)

< 708 >

열거된 모든 조세는 연방의 사무와 특히 밀접한 연관을 보여주고 그 부담 효과 및 수입과 관련하여 연방지역의 일부공간에만 관련될 수 없다는 공통점을 가지고 있다.

전매의 경우 1983년 이래 증류주 또는 화주전매(Branntweinmonopol)가 아직 존재한다. 1930년 6월 1일 국가적인 발화제품의 전매(Zündwarenmonopol)가 1983년 1월 16일 폐지됨으로써 자유로운 성냥시장이 형성되었다.

관세수입은 1975년 1월 1일 이래로 내지 1988년 이래로(EGKS-Zölle) 전액 유럽공동체로 유입된다.

연방에 속한 소비세(Verbrauchssteuer)로는 특히 석유세(Mineralölsteuer), 담배세(Tabaksteuer), 증류주 또는 화주세(Branntweinsteuer), 커피세, 샴페인세(Schaumweinsteuer) 등이 해당한다. 소금세(Salzsteuer)와 차세(Tee-), 설탕세(Zucker-)는 유럽 역내 시장을 고려하여 경쟁 왜곡을 피하기 위해 부가가치세법 및 기타 법규정들을 1992년 8월 25일 유럽공동체 역내시장에 적용시키기 위한 법률(BGBI. I S. 1548, 1561) 제5조, 제7조에 의하여 1993년 1월 1일 폐지되었다.

도로화물운송세(Straßengüterverkehrssteuer, 1968년 12월 28일의 법률, BGBI. I S. 1461)는 유도적 목적(Lenkungszweck)을 가진 조세로서 광범위한 정치적, 법적 논쟁을 가져왔는데, 1972년 이래 더 이상 징수하지 않는다. 동 조세로 대량 화물운송의 일부를 도로에서 철도로 전환하는 것이 목적이었다(이른바, “분노의 세금(Leberpfennig)”).

자본거래세도 마찬가지로 더 이상 존재하지 않는다. 증권부가가치세(Börseumsatzsteuer)는 독일 금융시장의 경쟁상 불이익을 제거하기 위하여 1990년 2월 22일의 금융시장지원법(Finanmarktförderungsgesetz, BGBI. I S. 266)에 의해 1991년 1월 1일 폐지되었다. 회사세(Gesellschaftsteuer)와 어음세(Wechselsteuer)도 마찬가지로 1990년 2월 22일의 금융시장지원법에 의하여 1992년 1월 1일의 발효로 비로소 폐지되었다.

거래세(Verkehrssteuer)에 속하는 보험세(Versicherungssteuer)는 그에 반해 과거에 몇 배로 증세되었다. 게다가 유럽공동체(EG)에서 조화(Harmonisierung)가 필요하다; 이와 관련한 시점은 그럼에도 아직 알 수 없다.

재산공과금(Vermögensabgabe)는 담보이익공과금(Hypothekengewinnabgabe)과 신용이익공과금(Kreditgewinnabgabe)을 아직 규정한 이른바, 부담조정>Lastenausgleich)의 범위에서 가장 중요한 공과금으로 입증된다. 재산공과금은 마지막으로 1979년 2월 10일에 납부했다. 마찬가지로 담보이익공과금(Hypothekengewinnabgabe)도 1979년에 폐지되었다. 이러한 목표에 도달하기 위하여 1972년 7월 1일부터 1979년 12월 31일까지 이른바, 할인할증금(Abkürzungszuschläge)이 원래 1979년 12월 31일 이후에 비로소 만기인 급부에 대하여 징수되었다. 신용이익공과금(Kreditgewinnabgabe)은 1974년 1월 10일에 이미 폐지되었다.

소득세 및 법인세에 대한 보충공과금(Ergänzungsabgabe)은 당시 연방예산에서 예견 가능한 결손액(Deckungslücke)을 보충하기 위한 목적이었던 1967년 12월 21일의 보충공과금법을 근거로 1968년 1월 1일에 처음으로 징수하였다. 이것은 재정정책적인 조정수단이지 경기 정책적 조정수단이 아니다. 그 세율은 원칙적으로 소득세 및 법인세의 100분의 3에 달하였다. 소득세에 대한 보

충공과금은 1974년 8월 5일 제정되고 1975년 1월 1일부터 발효된 소득세개혁법에 의해 삭제되었고, 법인세에 대한 보충공과금은 법인세 개혁의 발효로 1977년 1월 1일부터 삭제되었다.

독일통일의 완성을 위한 재정조달을 위하여 1991년 7월 1일부터 1992년 6월 30일까지 근로소득세(Lohnsteuer)와 소득세, 법인세에 대한 할증금(Zuschlag)을 우선 상하반기로(auf zwei Halbjahre) 기한을 두어 모든 납세의무자로부터 징수하였다. 그의 일시적인 폐지 후 연대가산금(Solidaritätszuschlag)이 1993년 6월 23일 제정되고 1995년 1월 1일부터 발효된 연방건설화프로그램을 전환하기 위한 법률에 의해 도입되었다. 연대가산금은 보충공과금으로서 징수된다. 징수시한은 기한이 없다. 연대가산금은 근로소득세, 소득세, 법인세의 100분의 7.5에 달했고 현재는 100분의 5.5에 달하는데, 중기적으로는 인하를 목표로 중국적으로는 폐지를 검토하여야 한다.

유럽공동체의 범위에 있는 공과금의 경우 형식적으로만 연방에게 유입되는 재원(durchlaufende Mittel)이 문제된다.

< 709 >

다음 조세의 수입은 기본법 제106조 2항에 따라 주들에게 귀속된다:

1. 재산세(Vermögensteuer)
2. 상속세(Erbchaftsteuer)
3. 자동차세(Kraftfahrzeugsteuer)
4. 거래세(Verkehrssteuern), 제1항에 따라 연방에게 귀속되는 것이 아니거나 제3항에 따라 연방과 주들에게 공동으로 귀속되는 것이 아닌 경우
5. 맥주세
6. 카지노세(Abgabe von Spielbanken)

< 710 >

특히 각 주의 경제와 관련된 조세와 경기반응성(Konjunkturagibilität)이 적은 조세들은 주들에게 배분된다.

1995년에 연방헌법재판소(E 93, 121, 135 ff.)는 재산세법(Vermögenssteuergesetz)을, 토지가격이 1964/74년 이래 가격변화가 더 이상 적응되어 있지 않은 표준가격(Einheitswert)에 기속된 토지(Grundbesitz)와 현재가치(Gegenwartswerten)로 파악된 재산을 동일 세율로 부과하는 한, 기본법 제3조 1항과 합치할 수 없는 것으로 선언하였다. 연방헌법재판소는 무효선언을 하지 않고 그 대신 입법자에게 늦어도 1996년 12월 31일까지 새로운 입법을 하도록 의무를 부

과하였다. 연방입법자는 이를 하지 않았고 그 이래 재산세는 더 이상 징수되지 않고 있다.

연방헌법재판소(E 92, 165, 172 ff.)는 상속세 및 증여세에 관하여 똑같은 결정을 내렸다. 동 조세는 마찬가지로 동일한 세율을 적용할 때 토지에 대한 과세표준으로서 1964/74년 이래 가격변화가 더 이상 적용되어 있지 않은 표준가격을 기초로 하고 재산에 대해서는 현재가치를 기초로 하는 한 기본법 제3조 1항과 합치할 수 없었다. 이 경우에는 연방 법률에 의한 새로운 입법이 행해져 있다.

[표 20] 1970년부터 독일통일에 이르기까지 연방과 주, 기본단위 지방자치단체계마인테의 조세수입

년 도	1970	1973	1976	1979	1982	1985	1988	1989
공동세(Gemeinschaftliche Steuern)								
1. 근로소득세(Lohnsteuer)	35 086	61 255	71 191	97 067	123 407	147 630	167 176	181 832
2. 세액사정후 소득세 (Veranlagte ESt.)	16 001	26 452	28 001	37 551	30 602	26 569	30 695	36 799
3. 세액사정 전 수익세 (Nicht veranlagte St. vom Ertrag)	2 021	2 024	2 246	3 809	4 703	6 206	7 880	12 648
4. 법인세 (Körperschaftst.)	8 717	10 887	10 054	22 912	21 458	31 836	27 302	34 181
5. 부가가치세 (Umsatzst. (Mwst))	26 791	34 922	35 721	50 996	53 732	51 428	67 384	67 996
6. 수입부가가치세 (Einfuhrumsatzst.)	11 334	14 563	18 361	33 210	43 985	58 397	51 411	63 484
연방세(Bundessteuern)								
7. 보충공과금 (Ergänzungsabg.)	948	1 853	694	64	39	9	7	-
8. 도로화물운송세 (Straßengüterverkehrsteuer)	439	3	1	0,1	1,4	-	-	-
9. 관세(Zölle)	2 871	3 172	3 253	4 111	4 727	5 412	6 325	6 795
10. 담배세 (Tabaksteuer)	6 537	8 872	8 886	10 701	12 208	14 452	14 555	15 509
11. 커피세 (Kaffeesteuer)	1 057	1 231	1 266	1 465	1 539	1 567	1 752	1 793
12. 설탕세 (Zuckersteuer)	125	135	135	141	144	143	147	143
13. 화주세 (Branntweinabg.)	2 228	3 175	3 122	4 012	4 281	4 153	3 999	3 920
14. 석유세 (Mineralölsteuer)	11 512	16 589	17 121	21 140	22 835	24 521	27 032	32 965
15. 자본거래세 (Kapitalverkehrst.)	374	403	360	351	509	986	961	1 394
16. 보험세 (Versicherungst.)	617	1 054	1 146	1 636	2 038	2 476	2 904	4 190

제13절 수입권한의 분배

년 도	1970	1973	1976	1979	1982	1985	1988	1989
17. 어음세 (Wechselsteuer)	233	219	237	292	386	400	293	304
18. 기타 (Sonst. Bundesst.)	456	568	567	761	862	917	1 084	1 119
주세(Ländersteuern)								
19. 재산세 (Vermögensteuer)	2 877	3 234	3 339	4 482	4 982	4 287	5 554	5 775
20. 자동차세 (Kraftfahrzeugst.)	3 830	4 989	5 303	7 576	6 689	7 350	8 169	9 167
21. 맥주세(Biersteuer)	1 175	1 269	1 275	1 252	1 292	1 254	1 254	1 260
22. 기타 (Sonst. Länderst.)	1 650	1 993	2 227	3 293	4 039	5 585	7 693	8 007
게마인데 세(Gemeindesteuern)								
23. 영업세 (Gewerbesteuer (inkl. -umlage))	10 728	17 777	17 898	25 060	26 103	30 759	34 465	36 706
24. 근로총액세 (Lohnsummenst.)	1 389	2 535	2 998	3 324	-	-	-	-
25. 토지세 (Grundsteuer) A	446	402	405	414	419	440	452	453
26. 토지세 (Grundsteuer) B	2 237	2 807	3 745	5 291	5 888	6 926	7 786	8 037
27. 기타 (Sonst. Gem.st.)	879	1 122	1 276	1 648	1 835	1 497	953	1 050
부담조정공과금 (Lastenausgleichsabg.)	1 582	1 297	1 241	264	1	2	1	-
총조세수입 (Steuereinn. insges.)	154 137	224 803	242 068	342 823	378 702	437 201	488 097	535 526

[표 21] 통일독일의 연방과 주들, 기본단위 지방자치단체게마인데의 조세수입

	1990	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999 (Schät- zung)	2000 (Schät- zung)
공동세 (Gemeinschaftliche Steuern)									
1. 근로소득세 (Lohnsteuer)	181 073	214 175	266 522	282 700,5	251 277,6	248 671,7	258 276	263 900	270 000
2. 세액사정 후 소득세 (Veranlagte ESt)	36 519	41 533	25 510	13 997,2	11 615,8	5 763,4	11 116	17 300	19 750
3. 세액사정 전의 수익세 (Nicht veranlagte Steuern vom Ertrag)	10 839	11 381	17 746	16 914,4	13 345,3	14 694,1	22 748	17 850	18 700
4. 이자할인 (Zinsabschlag)	-	-	13 708	12 806,7	12 110,5	11 397,6	11 891	12 255	14 460
5. 법인세 (Körperschaftsteuer)	30 090	31 716	19 569	18 135,8	29 457,9	33 267,3	36 200	48 100	45 600

제 5 장 연방국가의 공과금분배

	1990	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999 (Schät- zung)	2000 (Schät- zung)
6. 부가가치세 (Umsatzsteuer)	84 639	98 798	195 266	198 496,3	200 381,5	199 934,0	203 684	218 600	228 100
7. 수입부가가치세 (Einfuhrumsatzsteuer)	69 949	80 874	40 433	36 126,0	36 826,7	40 966,5	46 530	47 300	48 900
연방세(Bundessteuern)									
8. 석유세 (Mineralölsteuer)	36 638	47 266	63 847	64 887,8	68 251,4	66 008,2	66 677	72 100	75 800
8a. 전기세(Stromsteuer)								3 200	4 500
9. 담배세(Tabaksteuer)	18 287	19 591	20 264	20 594,7	20 697,9	21 154,8	21 652	21 800	24 850
10. 화주세 (Branntweinsteuer)	4 515	5 648	4 889	4 836,7	5 084,7	4 662,2	4 426	4 300	4 200
11. 커피세 (Kaffeesteuer)	1 967	2 151	2 270	2 186,3	2 245,7	2 243,7	2 103	2 100	2 100
12. 샴페인세 (Schaumweinsteuer)	975	1 051	1 150	1 083,3	1 063,6	1 094,8	1 096	1 060	1 060
13. 보험세 (Versicherungsteuer)	4 484	5 862	11 400	14 103,9	14 348,0	14 127,5	13 951	13 800	13 800
14. 보충공과금 (Ergänzungsabgabe)		1							
연대가산금 (Solidaritätszuschlag)		- 10 488	1 580	26 267,6	26 090,6	25 891,1	20 558	22 039	22 824
15. 기타 (Sonstige Bundessteuern)	2 369	1 621	86	105,9	93,6	82,1	50	19	18
주세(Ländersteuern)									
16. 재산세 (Vermögensteuer)	6 333	6 729	6 627	7 855,4	9 035,4	1 756,7	1 062	700	200
17. 자동차세 (Kraftfahrzeugsteuer)	8 422	11 011	14 169	13 805,5	13 743,3	14 417,6	15 171	13 000	11 925
18. 맥주세(Biersteuer)	1 413	1 647	1 795	1 778,9	1 718,5	1 698,5	1 662	1 650	1 650
19. 기타 (Sonstige Ländersteuern)	9 423	9 726	13 961	13 161,7	14 042,8	16 809,1	19 405	20 675	21 260
계마인테세 (Gemeindesteuern)									
20. 영업세 (Gewerbsteuer (inkl. Gewerbsteuer umlage))	38 796	41 297	44 086	42 151,8	45 858,8	48 601,4	50 509	50 200	52 200
21. 토지세 (Grundsteuer) A	441	547	606	613,6	625,2	642,8	639	645	650

	1990	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999 (Schätzung)	2000 (Schätzung)
22. 토지세 (Grundsteuer) B	8 283	9 374	12 058	13 130,5	14 071,2	14 860,12	15 589	16 150	16 750
23. 기타 (Sonstige Gemeindesteuern)	1 121	1 181	1 446	1 426,3	1 458,5	1 508,7	1 532	1 545	1 560
관세(Zölle)	7 178	8 306	7 172	7 117,5	6 592,3	6 899,3	6 486	6 500	6 000
총조세수입 (Steuereinnahmen insgesamt)	567 036	661 919	786 159	814 284,2	800 026,5	797 153,1	833 013	876 788	904 357

< 711 >

기본법 제106조 6항에 따라 토지세(Grundsteuer)와 영업세(Gewerbesteuer)는 기본단위 지방자치단체계마인데에 귀속되고, 지역 소비세(örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuer)는 기본단위 지방자치단체계마인데 또는 주 법률의 기준에 따라 기본단위 지방자치단체계마인데 조합(Gemeindeverbände)에 귀속된다. 어떤 주에 기본단위 지방자치단체계마인데가 존재하지 않으면 그 조세의 수입은 주에게 귀속된다.

2. 결합시스템: 공동세, 기본법 제106조 3항

< 712 >

결합시스템은 수입으로 볼 때 가장 중요한 세 가지 조세(소득세, 법인세, 부가가치세)로 이루어지는데, 이들은 전체 세수의 4분의 3을 차지한다. 소득세와 법인세는 그 지역의 경제력과 밀접하게 관련되어 있기 때문에 이런 식으로 지역 경제의 증진에 대한 주들의 재정적 이해관계가 유지된다. 소득세와 법인세가 경기반응성(Konjunkturreagibilität)이 강하기 때문에 경기정책의 주체로서 연방이 자신의 예산에서 그 정책의 재정적 결과에 직면하게 하는 것이 한편으로는 의미가 있다. 이들 조세의 경기반응성 때문에 동등한 정도로 유입되고 위기에 고정적이며, 마찬가지로 수입이 많은 부가가치세를 결합시스템으로 편입한 것은 장점이 있는 것 같은데, 이는 1969년 재정개혁으로 생겨났다.

< 713 >

법인세의 수입 및 세액을 사정하기 전의 수익세에 대하여 연방과 주들은 기본법 제106조 제3항 2문에 따라 절반씩 참여한다. 기본법 제106조 3항 2문

에 따라 연방과 주들에 분배하기 전에 기본법 제106조 5항 1문과 결합한 제 3항 1문에 따라 전체수입 가운데 기본단위 지방자치단체게마인데 배당 몫은 빼고 계산한다. 이 기본단위 지방자치단체게마인데 배당 몫은 기본법 제106조 5항 2문에 따라 연방입법자가 연방참사원의 동의를 얻어 결정한다. 1969년 9월 8일의 기본단위 지방자치단체게마인데 재정개혁법(BGBI. I, S. 1587) 제1조에서 이 배당 몫은 일단 100분의 14로 정해졌다. 1980년 1월 1일 이래 그것은 근로소득세 및 세액사정 후 소득세의 100분의 15에 달한다(1979년 1월 19일의 법률, BGBI. I, S. 97; 이에 관하여는 Henneke, Jura 1986, 568, 574). 1995년 2월 6일의 새로운 기본단위 지방자치단체게마인데 재정질서를 위한 법률(BGBI. I, S. 190) 제1조에서 이체는 근로소득세와 세액사정 후 소득세의 100분의 15와 소득세에 대한 기본단위 지방자치단체게마인데 배당 몫으로서 이자할인(Zinsabschlag) 수입의 100분의 12를 기본단위 지방자치단체게마인데 가 얻도록 규정되었다. 남은 수입으로부터 연방과 주들이 기본법 제106조 3항 2문에 따라 각 절반씩 받게 되므로 근로소득세와 세액사정 후 소득세 수입에 대하여 각 100분의 42.5를 이자할인액(Zinsabschlag)으로부터 각 100분의 44를 받게 된다.

외국에서 수입하는 재화에 대한 부가가치세(Einfuhrumsatzsteuer)를 포함한 부가가치세의 경우 연방과 주들의 참여관계는 기본법에 확정되어 있지 않다. 1998년 1월 1일 이래로 기본법 제106조 5a항에 따라 기본단위 지방자치단체게마인데는 지역 및 경제 관련 기준(orts- und wirtschaftsbezogener Schlüssel)을 토대로 부가가치세 수입에 참여하게 되었다. 법률상으로는 재정조정법(FinanzausgleichsG, BGBI. 1997 I S. 2590, 개정 3125) 제1조 1항 1문에 참여 몫이 100분의 2.2로 확정되게 되었다. 지방자치단체에 의해 오랫동안 요구되었던 지방자치단체의 부가가치세 참여는 1998년 1월 1일부로 영업자본세(Gewerbesteuer)가 폐지된 데 대한 재정적 보상이었다. 지방자치단체의 부가가치세 참여는 전체 부가가치세수입에서 사전에 공제된다. 연방과 주들의 참여 몫은 따라서 1998년 1월 1일 이래로 부가가치세의 “나머지 수입(Rest-Aufkommen)”과 관련된다.

< 714 >

연방과 주들, 기본단위 지방자치단체게마인데의 각 금고에 따른 수입에 관한 개관으로부터 분리시스템 내지 결합시스템에 따라 개별적으로 분류된 조세 및 조세유형들의 수입의 중요성(Aufkommenrelevanz), 수입의 전개(Aufkommenentwicklung), 경기반응성(Konjunkturreaktivität)이 도출될 수 있다.

3. 부가가치세 수입에 대한 참여관계

< 715 >

기본법은 부가가치세에 대한 참여관계를 의식적으로 개방해 두었고 수직적 조세분배체계에서 유연한 요소를 만들어 냈는데 이에 의해 조세분배의 탄력성(Elastizität)의 필요에 상응하게 된다(이른바 “무게추(Tariergewicht)” 또는 “움직이는 완충장치(bewegliche Puffer)”). 그 밖의 모든 조세를 직접 헌법에 의하여 연방과 주들에 분배하는 제1차적 수직적 재정조정에서 부가가치세의 수입은 유일하게 연방 법률에 의해 변경될 수 있는 유동적인 위치를 형성하고 있는데 이는 연방과 주들의 예산에서 다른 수입들에 의해 충족되지 않는 재정조달의 부족(Finanzierungslücke)을 매우거나 똑같이 줄이게 된다. 정치적 전개과정이나 경제발전이 지출부담(Ausgabenbelastung)의 관계에서 그리고 국가 영역들 간의 재정필요성 관계에서 이동(Verschiebung)을 가져올 수 있기 때문에 수입의 적절한 적응(Anpassung)을 통해 그를 고려하여야 한다. 부가가치세 참여관계를 확정함으로써 연방과 주들 전체의 효과적인 재정확보(effektive Finanzausstattung)에 관하여 그리고 연방과 전체 주들이 새로운 채무를 부담하지 않고 집행 가능한 사무의 범위에 관하여 결정된다. 그것은 본질적으로 연방과 전체 주들의 정치적인 형성 여지(Gestaltungsspielraum)를 규정하며 광범한 정치적 의미가 있는 결정으로 그리고 동시에 수직적 재정조정의 핵심(Kernstück)으로 간주될 수 있다. 부가가치세는 1969년 재정개혁에서 1970년 1월 1일 발효로 제1차적, 수직적 재정조정의 유동적 요소(bewegliches Element)로서 소득세와 법인세의 자리를 차지하였다.

< 716 >

기본단위 지방자치단체계마인데 및 기본단위 지방자치단체계마인데 연합의 수입과 지출은 기본법 제106조 9항에 따른 참여관계를 조사함에 있어서 주들의 수입과 지출로 간주된다. 1998년 이래 기본단위 지방자치단체계마인데에게는 사전공제(Vorwegabzug)로서 부가가치세 수입으로부터 부가가치세수입의 100분의 2.2의 몫이 귀속된다. 그 외에 그 이후로 연금보험에 대한 연방의 추가지원금(Bundeszuschuß)에 대한 사전공제가 96억 마르크(1998년), 156억 마르크(1999)의 백분율로 행해지는데, 이는 2000년부터 연동된다(dynamisiert). 그러면 남아있는 수입은 지금까지의 절차에 따라 연방과 주들에게 분배된다. 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결로 특별수요를 이유로 한 사전조정(Vorabausgleich)와 관련하여 기본법 제106조 3항 4문에 의해 기준이 되는

보전의 필요(Deckungsbedürfnisse)가 구체적 수요의 고려를 허용하는지 하는 문제를 제기했다.

< 717 >

부가가치세에 참여관계의 확정을 위하여 연방 법률이 필요하고 연방 법률은 연방참사원(Bundesrat)의 동의가 필요하므로 주들의 (최소한 다수의) 이해관계가 입법절차에서도 고려되어야 한다. 원래의 입법절차는 그럼에도 연방과 주들 정부의 수장 차원에서 오랫동안 매우 논란이 많은 정치적 협상에 의하여 도출되는 정치적 타협에 따라 단순한 의견일치로 의결된 부속물(Annex)로 나타난다. 1993년 3월의 연대조약협상(Solidarpaktverhandlungen)은 최근의 사례에 해당한다. 연방과 주들 간의 참여관계에 관한 타협에 선행하는 핵심쟁점은, 조세수입의 전개가 아니라, 상이한 주체들의 공적과제에서 행해져야 할 긴급성의 비중((Dringlichkeitsgewichtung), 사무의 수직적 서열(vertikale Aufgabenrangordnung))이다. 결국 연방국가에 대하여 의미 있는 문제, 즉 어느 정도 연방의 사무가 주들과 지방자치단체의 사무와의 관계에서 처분 가능한 수입을 마련함으로써 실현될 수 있는지 하는 문제가 중요하다. 연방국가에는 그 안에서 실현되는 공적인 사무 전체를 위한 선호체계(Präferenzsystem)를 확정하기 위하여 어떠한 합법화된 최고 결정기관이 없다. 이것이 없기 때문에 공적인 사무의 서열(Rangordnung)은 참여하는 연방과 주들의 국가기관들에 의해 합의를 지향하는 결정절차에서만 이루어질 수 있다. 여기서 지금까지 공공의 총예산을 위한 어떠한 공동 재정계획(Finanzplanung)도 없다는 점은 부정적으로 작용한다.

< 717a >

1999년 11월 11일의 판결로 연방헌법재판소는 부가가치세 참여관계를 확정하는 종래의 실무를 비판했고 기본법 제106조 3항 4문의 헌법적 위임이 지금까지 실현되지 않았음을 확인했다. 게다가 연방헌법재판소는 이른바 재정조정기준법(Maßstäbesgesetz)에 대한 상세한 원칙을 제시했다. 이에 대해서 더 자세한 것은 단락번호 729a를 참조.

< 718 >

1995년 1월 1일부터의 부가가치세 참여관계의 새로운 규율에 이르기까지 늘 1년에서 3년까지의 한정된 법률 규정들만이 제정되어 왔다. 1995년 1월 1일부터 적용되는 규율은 그에 반해 그의 기한이 개방되어 있다. 이것은 물론 1995년 11월 13일의 법률로 이미 수정되었다. 1995년에 비해 1996년 1997년

연방과 주들에 대하여 각 100분의 5.5 만큼의 배당 몫의 증감은 가족 급여 조정(Familienleistungsausgleich)에 관한 새로운 규율로부터 오는 상이한 부담을 조정하기 위하여 주들에게 유리한 재편(Umschichtungen)만을 위한 몫이 된다. 이 몫은 1998년부터 법률규정에 의하여 급여의 전개양상에 맞추어야 하는데 이것은 100분의 74는 연방이 100분의 26은 주들이 각각 부담하게 된다. 이러한 적응(Anpassung)은 지금까지 행해지지 않았다.

[표 22] 부가가치세에 대한 참여관계

년도(Zeitraum)	연방(Bund) (백분율)	주(Länder) (백분율)
1970/1971	70	30
1972/1973	65	35
1974	63	37
1975	68.25	31.75
1976/1977	69	31
1978-1982	67.5	32.5
1983	66.5	33.5
1984/1985	65.6	34.5
1986-1992	65	35
1993-1994	63	37
1995	56	44
1996년 이후	50.5	49.5

< 719 >

1981년 주들이 연방에 지불한 조정액(Ausgleichszahlung)은 10억 마르크에 달했다. 따라서 1975/77년의 새로운 확정을 제외하고 꾸준히 주들에 유리한 추이만이 있어 왔다. 정치적 차원에서 연방과 주들의 재정에 관한 논쟁을 객관화하고(Versachlichung) 법으로 제정하기(Verrechtlichung) 위하여 헌법제정자는 기본법 제106조 3항 4문에서 부가가치세 분배에 대한 원칙을 규범화하였는데, 이는 모든 영역에서(auf allen Ebenen) 사무수행의 동가치성의 원칙(Prinzip der Gleichwertigkeit der Aufgabenerfüllung)을 고려한다. 기본법 제106조 3항 4문에 의하면 참여관계를 확정함에 있어서 다음의 원칙에서 출발하여야 한다: (1) 통상수입(laufende Einnahmen)의 범위에서 연방과 주들은 필요 지출 비용(notwendige Ausgaben)의 충족을 위한 청구권(Anspruch auf Deckung)을 동등하게 갖는다. 이 경우 지출의 범위는 다년간의 재정계획(Finanzplanung)을 고려하여 조사되어야 한다.

(2) 연방과 주들의 지출충당의 필요(Deckungsbedürfnisse)는 공평 조정(biliger Ausgleich)을 목표로 하고 납세의무자의 과도한 부담을 회피하며, 연방 전 지역에서 생활관계의 통일성을 유지하도록 서로 맞추어야 한다. 기본법 제 106조 4항 1문에 의하면 연방과 주들의 부가가치세에 대한 분배 몫(Anteile)은 연방과 주들의 수입 및 지출 간의 관계가 본질적으로 달리(wesentlich anders) 전개되면 새로이 확정되어야 한다(이른바 개정청구권(Revisionsanspruch)).

< 720 >

1995년 11월 3일 기본법 개정에 관한 법률로(BGBl. I S. 1492) 기본법 제 106조 3항 5문에 1996년부터 소득세법상 자녀의 고려로 인해 주들에게 발생하는 추가적인 세수감소를 연방과 주들의 부가가치세에 대한 배분 몫을 확정함에 있어서 편입하는 내용이 추가되었다. 그 밖에 기본법 제106조 4항 1문의 개정청구권(Revisionsanspruch)에는, 이러한 조세수입 감소가 연방과 주들의 부가가치세에 대한 분배 몫을 새로이 확정하기 위해서도 고려되지 않고 있다는(이른바, 가족급여조정의 새로운 규율, 이에 관해서 상세한 것은: Henneke, ZG 1999, 1, 10 ff.) 해명이 추가되어 있다. 1999년 11월 11일의 판결로 연방헌법재판소는 그러한 수입 감소(Mindereinnahmen)도 원칙적으로 충당의 필요(Deckungsbedürfnisse)라는 구성요건에 받아들여 평가하고 분석하여야 하며 그 결과 그것이 기본법에 어떤 특별규정을 필요로 하지 않는다는 점을 확인하였다.

< 721 >

동 원칙에서는 거의 전적으로, 재정조정 입법자에게 광범위한 판단여지를 허용하는, 불확정 법 개념들(unbestimmte Rechtsbegriffe)이 문제되기 때문에 그의 규범적 효력(Wirksamkeit)이나 사법 심사 가능성(Justitiabilität)은 매우 제한적이다. 사용된 불확정 법 개념들은 종래 구체화할 수 없는 것으로 입증되었으므로 연방과 주들이 동일한 개념해석에는 이르러도 동일한 결과에 도달하는 포섭(Subsumtion)에 이르지 못하는 못한다. 그럼에도 불구하고 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소에 의해 확정된 재정조정기준법의 요건을 볼 때 장래에 특별한 의미가 귀속되는 해석 지침(Auslegungshinweise)으로 인정할 수 있다.

< 722 >

“지출충당에 대한 동등한 청구권(gleichmäßige Anspruch auf Deckung)”은 통상 - 신용에 연유하지 않는 - 수입(laufende Einnahmen)의 지출에 대한 관계가

한편으로 연방에 있어서 그리고 다른 한편으로는 주들 전체에 있어서 지속적으로 동등한 높이여야 한다는 것(gleich hoch)을 의미한다. 현행수입의 지출에 대한 관계(이른바, Deckungsquote(충당률))가 연방국가의 연방과 주들이 서로 달리 전개되면 연방과 주들 전체의 충당률이 서로 다시 접근하도록 하는 목표를 가지고 부가가치세에 대한 참여관계를 변경하여야 한다. 충당률의 계산(Deckungsquotenberechnungen)은 공동의 사무계획(gemeinsame Aufgabenplanung)이 결여되어 있으므로 연방과 주들에 대하여 분리하여 행한다. 연방과 주들 양자는 상이한 예산영역에서 현재의 재정상황과 통상수입의 예견 가능한 장래 전개에 관한 계산을 지출과의 관계에서 행한다.

< 723 >

각 “필요지출(notwendige Ausgaben)”의 정도를 정의하는 것은 어려운 일이다. 종래 이것은 특히 기본법 제106조 3항에서 출발하는 연방과 주들의 통합적 재정 계획(Finanzplanung)이 행해지지 않았기 때문에 만족스러운 성공을 거두지 못했다. 그래도 필요지출이 최소한 필요사무(notwendige Aufgaben)의 수행에서만 발생할 수 있다는 점은 명확하다. 필요사무에 대한 필요지출의 범위에 관한 관념은 연방과 주들 간에 특히 그들의 상이한 사무설정과 그에 따라 개별적인 공적 사무의 의미 및 서열에 관한 상이한 견해를 근거로 하여 상호간에 아주 달리하고 있다. 객관화 가능성(Objektivierbarkeit)의 결여 때문에 연방과 주들은 그럼에도 불구하고 각 다른 측의 사무형성에 관한 정치적 결정을 결과로서 감수할 필요는 없으며 그로부터 증가하는 지출은 필요한(notwendig) 것으로 인정될 수 있을 것이다. 그렇다면 다른 측의 부주의한 지출행위도 부가가치세분배에 고려함으로써 재원이 조달되어야 하는 반면에, 긴급한 것으로 평가된 자신의 사무는 제한되거나 포기되어야 할 것이다. 한편 어떤 지출을 “필요한 것으로(notwendig)” 평가하기 위해서는 그 사무의 수행이 헌법적으로 요청되거나 허용될 뿐이어서 연방국가의 각 영역들이 정치적 형성권한이 있고 그 사무수행에 있어서 단순히 헌법집행 내지 법률 집행(Gesetzesvollzug)에 제한되지 않는지 하는 여부는 문제되지 않는다. 필요사무 및 필요지출의 구별, 즉 지방자치단체를 포함한 연방과 주들에 의해 실현되는 공적인 사무 및 그를 위해 필요한 수단의 상대적 의미와 절박성(Dringlichkeit)의 비교, 평가는 지금까지 재정조정입법자의 정치적 결정에 맡겨져 있다. 이러한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)가 명백히 남용되는 경우에만 헌법적으로 중요한 정치적 형성 여지를 일탈(Überschreitung)했다고 인정될 수 있다. 이것은 대략 불합리한 목표의 추구(unvernünftige Ziele), 목표들 또는 공

적인 사무들의 명백히 부적절한 비중확정, 사무절박성에 대한 현저한 오판(Fehleinschätzung), 경제성(Wirtschaftlichkeit) 및 예산절감(Sparsamkeit) 등 예산법상 원칙의 무시 등의 사례이다.

< 724 >

연방과 주들의 고유한 국가성(Eigenstaatlichkeit) 및 사무수행으로부터 나오는 지출을 별도로 부담해야 한다는 원칙(견련성의 원칙(Konnexitätsprinzip), 기본법 제104a조)을 위한 헌법상 근본결단으로부터 출발하여 연방지출의 “불가피성(Notwendigkeit)”의 관점에서 주들의 사무에 대한 혼합재정 증가는 헌법상 규정된 기본법 제104a조 2항 내지 4항의 구성요건을 넘어서 그에 포섭하려는 것은 문제가 있다. 왜냐하면 그러한 지출을 “불가피한(notwendig)”것으로 보게 되면 주들의 재정수요가 감소할 때 연방의 재정수요가 증가하게 되고 그 결과 부가가치세의 분배관계가 주들에게 불리하게 전위될 것이기 때문이다. 그에 대해서는 혼합재정(Mischfinanzierung)과 관련된 사례에서 기본법이 당사자의 한쪽에게 재정지원을 받도록 권한을 부여할 뿐만 아니라 의무도 부과할 때만 그 지출이 “불가피한” 것으로 간주되도록 함으로써 대처할 수 있다.

< 725 >

“통상수입(laufende Einnahmen)”은 경제활동, 수수료, 부담금(Beiträge), 특별부담금(Sonderabgaben)으로부터 나오는 수입을 포함하여 통상 반복적으로 들어오는 모든 수입(Einkünfte)이다. 일시적인 재정지원이나 불규칙하게 들어오는 수입, 단순한 재산의 재판, 신용대출(기채, Kreditaufnahmen) 등은 고려되지 않는다.

< 726 >

기본법 제106조 4항 1문의 개정조항(Revisionsklausel)은 통상적으로 반복되는 연방과 주들의 충당률(Deckungsquoten) 심사를 제도화한다. 이러한 충당률이 참여관계의 확정시 출발상황과 비교하여 본질적으로 달리 전개되면 불리한 당사자에게 참여관계의 새로운 확정(Neufestsetzung)을 요구할 청구권이 존재한다. 주들의 개정청구권(변경청구권, Revisionsanspruch)에 대하여 연방은 기본법 제91a조 또는 제104a조 4항에 의하여 주들의 사무에 재정적 지원을 한 것을 가지고 대응할 수 없다. 기본법 제106조 4항 1문으로부터 그 확정(Festsetzung)이 시간적으로 무제한 규율되어야 하고 개정조항에 근거하여 새로운, 마찬가지로 무제한 적용되는 규율에 의해 비로소 교체된다는 결론이 나오는

것은 아니다. 1970년에서 1994년까지의 실무가 그랬던 것처럼, 각각 시간적으로 - 주로 2년마다 - 한정된 확정만을 행하는 것도 허용된다.

그러한 절차에서는 기본법 제106조 4항 1문의 취지인, 초기분배(Ausgangsverteilung)의 기준에 따라 총당률의 전개에 관한 정기적인 심사라는 점을 고려한다. 시간적으로 그것은 물론 참여관계(Beteiligungsverhältnisse)의 흠 없는 규율로 이르러야 한다. 앞서 행하는 법적 규율과 뒤따르는 합의(약정, Vereinbarung)가 이음새 없이 연결되어야 한다. 기한이 있는 법률상 분배규율이 만료될 때까지 새로운 규율이 아직 있지 않게 되면 소급효를 가진 연속규율에 의해 대체될 때까지, 종전의 총당률이 기간 만료 후에도 변함없이 계속 적용된다.

< 727 >

참여 관계의 개정 대신에 기본법 제106조 4항 2문에 따르면, 초과부담(Mehrbelastung)이 단기간에 한정되어 있으면 일정한 요건 하에 연방의 기한부 재정교부(befristete Finanzausweisungen)을 통한 이른바 초과부담조정(Mehrbelastungsausgleich)이 행해질 수 있다. 초과부담조정에서는 개정청구권과 달리 재분배에 의한 2차적 수직적 재정조정(sekundärer vertikaler Finanzausgleich)의 현상형태가 문제된다(단락번호 679 ff.). 초과부담조정은, 지속적 효력(Dauerwirkung)을 가진 수입항목 내지 지출항목에 그 원인을 가진 총당률의 변경에 대한 조정이 문제될 경우라면, 개정청구권을 대신하여 행해질 수 없다.

< 728 >

통일조약(Einigungsvertrag) 제7조에 포함된 기한부 예외규정은, 연방 내지 주들과 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)에 대한 조세수입의 분배에 대해 기본법 제106조 3항 4문, 4항 1문이 동독지역(Beitrittsgebiet)에 대하여 전혀 적용하지 않는데, 1994년 12월 31일까지 “독일통일기금”(Fonds “Deutsche Einheit”)으로부터의 재정지원을 병행하면서 만료되었다. 따라서 1995년 1월 1일부터는 기본법 제106조 3항 4문, 4항 1문이 전 연방지역에 적용된다.

< 729 >

기본법 제106조는 수많은 불확정 법 개념의 사용 때문에 연방과 주들 간에 수입을 적절하게 분배할 수 있는 적합한 규정인지, 법정책적으로 지금까지 매우 다투어졌다. 그리하여 학술고문단(Wissenschaftliche Beirat)이 연방과 주들 간의 수입 분배에 관한 의견서를 연방재무부에 제출하였다. 의견서에서

학술고문단은 기본법 제106조는 사실 연방과 주들 간에 재정적 불균형이 발생했을 때 전체 공공 재정을 양자에게 어떻게 분배해야 하는지, 어떤 절차에 의해야 하는지 등 일반적인 규정을 포함해야 한다는 결론에 이르렀다. 그러나 바로 부가가치세에 대한 배당 몫을 확정하는 규정은 해석가능 내지 해석이 필요하며 따라서 객관적인 분배기준을 전개하기에 적합하지 않다. 그러므로 끝없이 다투어지고 결국은 정치적 해결(politische Lösungen)만이 존재하게 되는 것은 놀라운 일이 아니다. 이러한 모순적 상황은 최근에 무엇보다도 통일재정에서 가시화되었다. 한탄할만한 일은 바로 여기 지지분한 분쟁이다. 그러나 일시적인 결과도 만족스럽지는 않다. 특히 연방 및 주들의 상대적 지출 필요성(Notwendigkeit)을 결정하는데 지금까지 성공하지 못했다. 사실 지출 항목(Ausgabenansätze)이 주어진 목적에 적합한지, 개연성 있는 가치(die wahrscheinlichen Werte)를 진단하는지 심사될 수 있다. 그러나 공적인 활동의 중점이 어떻게 설정되는지는 정치적인 과정에서만 결정될 수 있는 문제이다. 연방과 주들이 예산에서 자치적이며(autonom) 그러므로 기본법 제109조에 따라 스스로 결정할 수 있다고 규정하는 헌법이 어떤 지출을 필요한(불가피한, *notwendig*) 것으로 간주하는지 달리 말하지 않는다. 이러한 근거로부터 학술고문단은 헌법에 의해 규정된 부가가치세 분배는 달리 극복할 수 없는 불균형(Ungleichgewicht)에 대한 최후의 수단(ultima Ratio)으로서만 그 임무를 수행해야 한다는 해결책을 제시하였다. 그에 반해 이러한 한계(Schwelle) 아래에 있는 불균형은 장애에 연방과 주들에 의해 자기책임으로 제거되어야 할 것이다. 학술고문단이 이로써 기본법 제106조 3항 4문, 4항 1문의 적용오류에, 말하자면 손가락으로 가리켰을지라도 그가 제시한 제안들에 실현의 기회가 주어질 수 없었다(개혁의 필요에 관해서는 단락번호 1048 이하ff., 1062 이하ff.).

< 729a >

부가가치세 참여관계의 확정에 있어서 결정과정의 합리성을 높이기 위하여 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일 판결에서 늦어도 2002년 말까지 연방과 주들 전체 간의 수직적 부가가치세 분배기준을 포함하는 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)을 제정하도록 입법자에게 위임하였다(이에 관해서는 단락번호 697a 이하ff.). 입법자에 대한 규율위임(Regelungsauftrag)을 연방헌법재판소는 기본법 제106조 3항 4문, 또한 제106조 4항 1문에서 도출하였다. 기본법 제106조 4항 1문은(이에 관해서는 단락번호 726) 연방과 주들의 수입 및 지출 규정에 대해 법률로 확정된 기준을 전제하며 이러한 기준에 의하여 연방과 주들 전체의 부가가치세 분배가 계산되어야 한다. 연방헌법재판소의 설

명에 의하면, 그렇게 장기간 구상에 따르는 법률상 기준이 없으면 연방과 주들의 수입 및 지출간의 관계가 본질적으로 달리 전개되었는지 확인할 길이 없다. 30년간의 부가가치세분배 실무를 보고 연방헌법재판소는 입법자가 기본법 제106조 3항 1문 1호 및 2호의 헌법상 원칙을 내용상 명확히 규명하고 특히 “통상수입(laufende Einnahmen)”과 “필요지출(notwendige Ausgaben)”의 구성요건을 명확하고 계산 가능하도록 함으로써 그로부터 분배의 기준(Verteilungsschlüssel)이 도출될 수 있게 한 다음에야 비로소 부가가치세분배에 관한 헌법위임이 집행될 수 있다는 판단에 이른다. 다년간의 재정계획 고려의 요청은 재정학적 합리성(Rationalität)과 계획된 계속성(Kontinuität)에 대한 의무를 지적하는 것이다. 재정조정기준법의 입법자는 기본법 제106조 3항 4문에 따라 필요한(notwendigen) 지출과 예산에 어림잡아 놓은(veranschlagten) 지출을 구별할 의무를 지는데, 그러니까 - 30년간의 실무와 달리 - 지출구조의 필요성 평가(Erforderlichkeits-) 및 긴급성 평가(Dringlichkeitsbewertung)에서 연방과 주들의 예산관리에 재원조달 가능한 한계를 제시할 의무가 있다. 연방헌법재판소는 연방과 주들이 기본법 제109조 1항에 의해 사실, 그들의 재정관리(Finanzwirtschaft)에서가 아니라, 예산관리(Haushaltswirtschaft)에서 독립적이며 서로 의존하지 않음을 강조한다. 각자의 예산에 어림잡아 놓은 수입과 지출에 의해서만 측정되고 있는 충당률(Deckungsquotenverfahren)은 이러한 요건을 충족하지 못한다. 기본법 제106조 3항 4문 1호, 후단(2. Hs.)에 의하면 필요지출(notwendige Ausgaben)의 범위는 연방과 주들이 필요지출과 통상수입을 조사할 때 다음과 같은 내용을 보장하는, 계획 토대 위에 있다:

- 각각 동일한 지표들(Indikatoren)을 기초로 한다,
- 재정 경제적 합리성 안에서 그 변천을 다년간 관찰하고 서로 조화시키며 계속 기록한다,
- 이러한 기초위에서 연방과 주들의 각 예산입법자에게 그의 계획을 위한 지속적인 기초를 제공한다,
- 계속적으로 기록해야 할 필요성(Notwendigkeit) 기준에서 동시에 낭비적인 지출정책이 부가가치세 분배에서 재분배될 수 없도록 하고, 반면에 지출 절감정책이 부가가치세 배분 몫의 감소를 가져오지 않도록 보장한다.

< 729b >

연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결에서, 기본법 제106조 3항 4문 2호에 따라 필요지출의 충당 청구권(Anspruch auf Deckung)은 사실상의 수요

(tatsächlicher Bedarf)를 충족시키는 것이 아니고 연방과 주들의 충당필요성의 조화(Abstimmung der Deckungsbedürfnisse)를 요구하며 각 충당필요성에 대하여 신중하게 형량하고 분석해야한다는(Wägen und Gewichten) 위임을 포함하고 있다는 점을 강조하였다. 이밖에 연방헌법재판소는 부가가치세가 - 헌법에 규정한 바와 같이 - 다년간의 재정계획(Finanzplanung)에 기초하여 분배되고 있지 않다는 점을 명시적으로 확인하였다. 게다가 “통상” 수입과 그 밖의 수입을 구별하고 사정한 내용의 범위 내에서 구성요건 상 “필요” 지출비용(notwendige Ausgaben)을 결정하는 아무런 법률구성요건이 전개되어 있지 않다. 그러므로 공평 조정(billiger Ausgleich)에 봉사하는 연방과 주들의 충당필요성을 조화시키라고 하는 헌법적 위임에는 법률상의 구체화(Konkretisierung)와 보충(Ergänzung)이 결여되어 있다.

[표 23] 1970년부터 독일통일까지 조세수입의 분배

조세유형(Steuerart)	1970	1973	1976	1979	1982	1985	1988	1989
1. 연방세(Bundessteuern)	27 396,0	35 111,7	35 647,2	40 655,6	44 940,1	49 684,1	52 733,3	61 338
2. 공동세와 영업세분담금에 대한 연방의 몫(Bundesanteil an Gemeinschaftsteuern u. Gewerbesteuerumlage)	56 200,6	79 846,2	96 136,4	126 757,8	139 631,8	158 245,6	172 967,0	189 950
3. 보충교부금(Ergänzungszuweisungen)	-	-	-876,9	-1 263,1	-1 465,8	-1 647,4	-2 465,7	-2 680
연방 조세수입 (Steuereinnahmen Bund)	83 596,6	114 957,9	130 906,7	166 150,3	183 106,1	206 282,3	220 206,1	247 106
4. 주의 조세(Ländersteuern)	9 530,9	11 485,3	13 788,7	16 603,2	17 001,9	18 475,4	22 669,3	24 209
5. 공동세와 영업세분담금에 대한 주들의 몫(Länderanteil an Gemeinschaftsteuern u. Gewerbesteuerumlage)	40 950,7	65 000,5	76 790,0	103 411,8	113 390,0	134 040,9	150 295,5	165 006
주들의 조세수입 (Steuereinnahmen Länder (inkl. Ergänzungszuweisungen ohne Gemeindesteuern der Stadtstaaten))	50 481,6	76 485,8	91 455,6	121 278,2	131 857,6	154 163,6	175 430,5	191 894
6. 게마인테세 (Gemeindesteuern)	11 324,8	17 620,7	22 299,7	26 139,4	28 050,3	35 130,4	38 688,6	40 935
7. 근로소득세와 사정 후 소득세에 대한 기본단위 지방자치단체게마인테의 몫(Gemeindeanteil Lohnsteuer/veranlagte Einkommensteuer)	7 152,2	12 278,9	15 605,7	18 846,5	23 101,4	26 429,8	30 104,0	32 795

제13절 수입권한의 분배

조세유형(Steuerart)	1970	1973	1976	1979	1982	1985	1988	1989
기본단위 지방자치단체마인테의 조세수입(Steuereinnahmen Gemeinden)	18 477,0	29 899,7	37 905,4	44 985,9	51 151,7	61 560,2	68 792,6	73 730
총 조세수입(Steuereinnahmen insgesamt)	154 136,7	224 803,4	268 076,3	342 823,1	378 701,7	437 201,1	488 097,0	535 526

[표 24] 독일통일이후 조세수입 분배

조세유형(Steuerart)	1990	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999 (Schätzung)	2000 (Schätzung)
1. 연방세(Bundessteuern)	65 878,8	93 623,8	105 486,0	134 066,1	137 865,5	135 264,3	130 513	140 418	146 152
2. 공동세와 영업세할당액에 대한 연방의 몫(Bundesanteil an Gemeinschaftsteuern u. Gewerbesteuerumlage)	196 001,3	231 665,3	291 157,5	264 854,7	245 368,0	247 364,6	266 943	288 031	296 552
3. 보충교부금(Ergänzungszuweisungen)	-3 001,7	-3 531,0	-7 245,4	-24 735,7	-25 285,5	-25 262,4	-25 637	-25 433	-25 231
4. 공공근거리 여객운송재원(ÖPNV-Mittel) 기본법 제106a조	-	-	-	-	-8 700,0	-12 000,0	-12 368	-12 481	-13 002
연방의 조세수입(Steuereinnahmen Bund)	276 198,4	317 802,7	378 899,4	366 071,7	338 404,7	330 981,8	341 485	372 436	384 074
5. 주의 조세(Ländersteuern)	25 368,4	29 113,6	36 550,9	36 601,5	38 540,0	34 681,9	37 300	36 025	35 035
6. 공동세와 영업세분담금에 대한 주들의 몫(Länderanteil an Gemeinschaftsteuer u. Gewerbesteuerumlage, 1999년부터 기본법 제106a조에 의한 공공근거리 여객운송재원(ÖPNV-Mittel)을 포함)	165 888,6	195 208,0	225 396,3	251 918,8	264 391,8	268 088,8	281 195	294 469	302 875
주들의 조세수입(Steuereinnahmen Länder) (inkl. Ergänzungszuweisungen ohne Gemeindesteuern der Stadtstaaten)	194 268,7	227 852,5	269 193,2	331 255,9	328 217,3	328 033,2	344 132	355 927	364 382
7. 기본단위 지방자치단체마인테 조세(Gemeindesteuern)	9 844,5	11 101,9	14 109,3	15 170,4	16 154,9	17 011,6	17 760	18 340	18 960
8. 근로소득세와 사정후의 소득세, 이자할인에 대한 기본단위 지방자치단체마인테 몫(Gemeindeanteil Lohnsteuer/veranlagte ESt/Zinsabschlag)	32 116,5	38 356,1	45 449,7	46 041,5	40 887,3	39 533,0	41 836	43 651	45 272
9. 영업세(Gewerbesteuer) 영업세분담금(Gewerbesteuerumlage) 제외	33 223,8	35 311,3	37 815,2	33 739,5	36 913,6	39 869,5	40 225	39 915	41 618
10. 부가가치세에 대한 기본단위 지방자치단체마인테 몫(Gemeindeanteil Umsatzsteuer)	-	-	-	-	-	-	5 304	5 520	5 751

제 5 장 연방국가의 공과금분배

조세유형(Steuerart)	1990	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999 (Schätz- ung)	2000 (Schätz- zung)
기본단위 지방자치단체게마인데 조세 수입(Steuereinnahmen Gemeinden)	75 184,8	84 769,3	97 374,2	94 951,4	93 955,7	96 414,0	105 125	107 425	111 601
유럽연합 자체재원(EU-Eigenmittel)	21 383,6	31 494,4	40 692,0	40 005,2	39 448,9	41 724,1	42 271	41 000	44 300
총 조세수입(Steuereinnahmen insgesamt)	567 085,5	661 919,0	786 158,0	814 284,2	800 026,5	797 153,1	833 012	876 788	904 435

< 729c >

연방헌법재판소는 그러므로 헌법적 위임에 부응하여 연방국가적 평등의 관점에서 연방과 주들에 동등하게 적용되는 기준을 척도로 부여하는 법률을 제정하고 확정해야 할 의무를 부과하였다. 입법자는 그에 따라 - 투명성(Durchschaubarkeit) 및 균형성(Ausgewogenheit)의 요청에 따라 - 확정된 기준 및 절차규율의 한계 내에서 정치적 타협이 발견되는 데 기여하는 구체화를 이루어내야 할 과제를 스스로 설정하여야 할 것이다. 따라서 입법자는 특히 어떤 지출이 - 헌법을 통해 연방과 주들에게 의무 지워진 것을 넘어서 - 장래에 “필요한(notwendig)” 것으로서 충당률 산정절차에 들어갈 수 있는지 결정하여야 할 것이다. 부가가치세 분배의 기초가 되는, 기본법 제106조 3항 4문에 의해 규정된 원칙들을 법률로 구체화하고(Konkretisierung) 보충(Vervollständigung)하지 않고, 기본법 제106조 3항 4문 2호에 규정된 헌법위임의 수행은 보장될 수도 없고 통제될 수도 없다. 이것은 개방적으로 설정되고(offen ausgewiesener), 연방과 주들에 통일적으로 적용되며, 기본법 제106조 3항 4문 1호의 요건을 충족하는, 충당률 계산을 위한 법률규정을 토대로 해서만 가능하다.

4. 재정개혁이래 연방과 주들, 기본단위 지방자치단체 게마인데에 대한 조세수입 분배

< 730 >

1969년 재정개혁 이래 연방과 주들, 본단위 지방자치단체게마인데(본단위 지방자치단체게마인데 조합)에 대한 조세수입 분배는 [표 23]과 [표 24]에 액수로 나타나 있다.

< 731 >

백분율로는 나타난 분배는 [표 25]와 [표 26]과 같다.

[표 25] 1970년부터 독일통일까지 조세수입에 대한 연방, 부담조정기금(LAF), 주, 본단위 지방자치단체게마인데(본단위 지방자치단체게마인데 조합), 유럽공동체의 몫

년도(Jahr)	연방(Bund) ¹	부담조정기금 (Lastenausgleichsfonds)	주(Länder) ^{1/2}	기본단위 지방자치단체 게마인데 (Gemeinden) ² (기본단위 지방자치단체 게마인데 조합)	유럽 공동체 (EG)
1970	53,0	1,0	32,8	12,0	1,2
1971	52,8	0,8	32,8	12,3	1,2
1972	51,1	0,7	34,0	12,9	1,3
1973	50,2	0,6	34,0	13,3	1,9
1974	48,9	0,5	35,1	13,7	1,8
1975	49,2	0,5	34,0	13,8	2,5
1976	48,8	0,5	34,1	14,1	2,4
1977	48,1	0,5	34,8	14,1	2,6
1978	48,3	0,3	35,0	13,7	2,8
1979	48,5	0,1	35,4	13,1	3,0
1980	48,3	0,0	34,8	14,0	2,9
1981	48,7	0,0	34,5	13,5	3,3
1982	48,4	0,0	34,8	13,5	3,3
1983	48,0	0,0	35,0	13,6	3,5
1984	47,6	0,0	35,1	13,8	3,6
1985	47,2	0,0	35,3	14,1	3,5
1986	46,2	0,0	35,8	14,1	4,0
1987	46,3	0,0	35,9	13,9	3,9
1988	45,1	0,0	35,9	14,1	4,8
1989	46,0	0,0	35,8	13,7	4,6
1990	48,7	0,0	34,3	13,4	3,8

[표 26] 통일독일에서 조세수입에 대한 연방과 주, 기본단위 지방자치단체 게마인데(지방자치단체게마인데 조합), 유럽공동체(EG)의 몫

년도(Jahr)	연방(Bund) ¹	주(Länder) ¹	게마인데 (게마인데 조합)	유럽연합 자체재원 (EU-Eigenmittel)
1991	48,0	34,4	12,8	4,8
1992	48,2	34,4	12,8	4,7
1993	47,5	34,8	12,8	4,9
1994	48,2	34,2	12,4	5,2

년도(Jahr)	연방(Bund) ¹	주(Länder) ¹	게마인데 (게마인데 조합)	유럽연합 자체재원 (EU-Eigenmittel)
1995	45,0	38,5	11,7	4,9
1996	42,3	41,0	11,8	4,9
1997	41,5	41,2	12,1	5,2
1998	41,0	41,3	12,6	5,1
1999	42,5	40,6	12,3	5,1
2000	42,5	40,3	12,3	4,9

III. 주들 간의 조세분배(제1차적 수평적 재정조정)

< 732 >

주들 전체에 유입되는 조세들(주세(Ländersteuern)와 공동세(Gemeinschaftsteuer)에 대한 주들의 몫)을 연방의 각 주들에 분배함에 있어서는 원칙적으로 두 가지 분배절차가 고려된다. 첫째, 그 지역에서 거둬들인 수익(Erträge)이 그 주에 분배될 수 있다. 그러나 어떤 조세 및 조세유형은 수입 장소와 독립하여 파악될 수도 있고 인구수(Einwohnerzahl)와 같은 일정한 기준에 따라 각 주들에게 분배될 수 있다. 첫 번째 분배방법에서는 지역마다 다른 조세수입액 때문에 (자연적인 상황이나 지리적인 상태, 경제구조 등의 차이) 각 주들 간 인구별로 광범하게 분산되는(breiten Streuung) 결과에 이르게 될 것이다. 그에 반해 두 번째 분배방법에서는 지역적 수입(örtliche Aufkommen)을 무시함으로써 각 주들 간에 경제구조나 서로 다른 조건들과는 독립하여 인구 당 조세수입의 균등화(Nivellierung)를 초래할 것이다. 따라서 분배방법의 선택에 의하여 각 주들 간에 인구와 관련된 수입격차(Einnahmegefälle)가 있는지, 없는지 여부가 결정된다. 기본법은 제107조 1항 1문 내지 4문, 전단(1 Hs.)에서도 주세와 소득세 및 법인세 가운데 주들의 몫(Länderanteil)은 지역적 수입(örtliche Aufkommen)에 의하고 부가가치세에 대한 주들의 몫은 인구수(Einwohnerzahl)에 의하는 혼합시스템(Mischsystem)으로 결정하였다.

1. 지역적 수입

< 733 >

기본법 제107조 1항 1문에 의하면 주세(Landessteuern)의 수입과 소득세 및 법인세수입에 대한 주들의 몫(Länderanteil)은 그 조세가 그 지역의 조세관청(재무행정청, Finanzbehörden)에 수입이 되는 한에서(지역적 수입(örtliche Auf-

kommen)) 각 주들에게 귀속된다. 이들 조세들은 지역적으로 산재하여 귀속될 수 있는(örtlich radizierbar) 것으로 간주된다. 이들은 경제적으로 한 주에 귀속되어야 한다. 이것은 각 조세 구성요건이 충족된 곳에서 조세채무가 발생하기 때문에 원칙적으로 적합하다. 이런 방법으로 그 주는 그의 지역에서 획득된 수익 내지 그의 주민에 의해 획득된 수익에 참여할 수 있고 따라서 그의 경제정책 및 구조정책의 과실을 스스로도 수확할 수 있다. 이런 전통적인 분배원칙으로 주들의 지역고권(Gebietshoheit)뿐만 아니라 재정자치(Finanzautonomie)도 고려된다. 조세관청(Finanzbehörden)의 지역적 권한은 조세기본법(AO) 제18조 이하에서 생겨난다.

2. 분할의 원칙

< 734 >

기본법 제107조 1항 2문, 3문에 의하면 법인세 및 근로소득세(Lohnsteuer)에 대하여는 그 경계설정(Abgrenzung) 내지 지역적 수입의 유형과 범위에 관한 상세한 규정들이 연방 법률로 갖추어져야 한다. 이 법률은 다른 조세들의 지역적 수입의 경계설정 및 분할(Zerlegung)에 관한 규정들도 행할 수 있다. 이를 기초로 연방의회는 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 얻어 이른바 분할에 관한 법률(ZerlegungsG)을 제정했다. 분할의 원칙(Zerlegungsgebot)은 따라서 법인세 내지 근로소득세에서 그리고 이자할인(Zinsabschlag)에서 지역적 수입의 원리가 징수테크닉에 따라 달라지는, 교정이 필요한 왜곡(Verzerrungen)을 초래하는 것을 교정한다. 그러므로 분할에 관한 법률에 의하여 교정(Korrektur)이 행해져야 한다. 독일에서 국고에 따른 조세수입은 [표 27]에서와 같이 각 주에 분배된다.

[표 27] 1997년 조세수입

주(Land)	총조세 수입	공동세 (Gemein-Schaft-steuern)	연방세 (Bundes-steuern)	주세 (Landes-steuern)	관세 (Zölle)	기본단위 지방자치 단체계마 인테세 (Gemeinde-steuern)	주의 조세수입	분단위 지방자치 단체계마 인테세의 조세수입
독일	853 055	610 597	135 264	34 682	6 899	65 613	328 033	96 531
Baden-Württemberg	112 081	85 942	11 513	4 891	432	9 303	36 885	13 698
Bayern	127 807	98 166	13 222	5 842	636	9 942	43 866	15 226
Brandenburg	12 883	7 902	3 237	867	23	854	12 600	1 353

제 5 장 연방국가의 공과금분배

주(Land)	총조세 수입	공동세 (Gemeinschaftsteuern)	연방세 (Bundessteuern)	주세 (Landesteuern)	관세 (Zölle)	기본단위 지방자치단체가 부담하는 인테세 (Gemeindesteuern)	주의 조세수입	본단위 지방자치단체가 부담하는 인테세의 조세수입
Hessen	73 827	58 432	5 964	2 743	445	6 244	21 619	9 176
Mecklenburg-Vorpommern	6 639	4 437	1 122	551	3	526	9 064	821
Niedersachsen	63 172	44 483	9 324	3 041	192	6 132	28 494	8 800
Nordrhein-Westfalen	235 963	164 136	45 231	7 839	1 442	17 316	64 080	25 083
Rheinland-Pfalz	48 560	38 484	3 001	1 334	2 614	3 127	14 789	4 537
Saarland	8 178	6 616	415	386	12	749	5 826	1 085
Sachsen	17 213	12 248	1 780	1 557	15	1 613	21 855	2 327
Sachsen-Anhalt	10 387	6 386	2 358	758	4	882	13 426	1 280
Schleswig-Holstein	21 506	16 826	1 380	1 180	130	1 991	10 239	3 119
Thüringen	8 154	6 042	732	703	8	670	12 229	1 030
Berlin	32 180	21 582	6 415	1 596	12	2 575	19 880	4 045
Bremen	10 617	6 759	2 406	374	288	791	5 184	1 067
Hamburg	63 889	32 157	27 165	1 022	647	2 898	7 988	3 884
종래 연방지역 (Bisheriges Bundesgeb.)		567 797		29 859		60 615	251 368	88 833
새로 가입한 지역 (Beitrittsgebiet)		42 800		4 823		4 998	76 655	7 697

< 735 >

법인세는 독일 조세기본법(AO) 제20조에 따라 법인세 납부의무가 있는 기업의 주된 영업(Geschäftsleitung)이 있는 지역의 세무서(Finanzamt)에 납부하여야 한다. 그 결과 여러 주들에 영업장소들(사업장, Betriebsstätten)을 가진 대기업(Großunternehmen)도 그 본부(Zentralverwaltung)의 소재지(Sitz)가 속하는 주의 지역세무소(das örtliche Finanzamt)에만 법인세를 납부한다. 조세기본법의 이러한 징수기술상 절차규정을 근거로 그 주의 외부에서 벌어들인 액수도 그와 관련된 주의 지역수입으로 유입된다. 이러한 왜곡(Verzerrung)은 기본법 제107조 1항 2문에 기인한 분할에 관한 법률(ZerlegungsG) 제2조 내지 제4조에 의해 제거된다. 이에 의하면, 조세를 징수하는 주들은 주의 경계 밖에서 외부 영업장소(Betriebsstätten)에서 벌어들인 법인세 수익을 그가 사실상 일해서 벌어들였던 곳으로 지불(반출)하여야 할 의무가 있다.

< 736 >

이자 할인(Zinsabschlag)의 경우에는 그 조세에서 실행된 원천 공제 절차(Quellenabzugsverfahren)의 익명성(Anonymität) 때문에, 각 주에 대한 만족스런 조세 수입 분배는 통계적인 근접 가치에 의해서만 행해질 수 있게 되는 상황으로부터 분할의 필요가 생겨난다.

< 737 >

근로소득세(Lohnsteuer)는 임금(Lohn)에 의존하는 노동자가 부담하지만 그의 주거지의 관할 세무서에 지불하는 것이 아니라 그의 사용자(Arbeitgeber)가 보유하고 이에 대한 관할 세무서에 지불된다(독일 소득세법(ESStG) 제38조). 그에 반해 자영업자들(경제적 독립자, die wirtschaftlich Selbständigen)은 조세 기본법(AO) 제19조에 따라 납세의무자의 주거지(Wohnsitz) 관할 세무서에 의해 징수된다. 따라서 그에 대한 주들의 몫은 주거지가 속한 주(Wohnsitzland)에 귀속된다. 분할의 문제는 근로소득세에 있어서와 달리 존재하지 않는다. 어떤 유형, 어떤 범위로 근로소득세의 지역적 수입이 분할되어야 하는지는 기본법 제107조 1항 2문에 표현되어 있지 않다. 분할의 원칙(Zerlegungsgebot)은 입법자가 징수기술상 합목적성 규정들(Zweckmäßige Regelungen)에 따라 거둔 조세를 실제의 조세력(Steuerkraft)의 가능성에 따라 즉, 각 주의 경제 및 시민들의 조세납부실적(Steuerleistung)에 상응하는 방식으로 주들에게 분배하는 것을 목적으로 한다. 지역의 가치창출 분담금(Wertschöpfungsbeitrag), 개인적인 조세납부실적(persönliche Steuerleistung), 지역의 조세수입(Steueraufkommen)은 그와 관련하여 분업경제구조에서 다양한 얽힘(Verflechtungen)과 집중과정(Konzentrationsprozess)을 통하여 즉, 기업의 소재지와 영업장소의 상위(Auseinanderfallen) 내지는 중앙 급여사무소(zentrale Lohnbüro)의 설립 등에 의해서 방해받는다. 여기에 - 특히 도시국가(Stadtstaat)¹⁶⁵에서 - 주 경계들이 경제공간들을 교차하고 주거지나 작업소재지가 여러 주에 있는 데에 기인하는, 집과 직장사이를 왕복하는 사람(시외통근자)의 문제(Pendler-Problematik)가 발생한다.

< 738 >

어떤 기준들에 의하여 각 조세들의 수익이 한 주의 실제 조세력(Steuerkraft)에 속하는지 기본법은 규정하지 않고 있다. 실제 조세력에 의한 조세분배는

165) 역사 주: 함부르크, 브레멘, 베를린 등을 지칭함.

사실 정의와 관련된 지도이념(*gerechtigkeitsbezogene Leitidee*)으로서 수평적 조세분배에 토대가 되어 있지만 기본법에 더 자세히 규정되어 있거나 정의되어 있지 않다. 실제 조세력은 세금을 납부하는 시민들이 사는 곳에서 조세력(*Steuerkraft*)이 발생한다는 의미에서 이해될 수 있다. 그것은 그러나 경제적인 가치창출(*Wertschöpfung*)의 장소가 그에 대한 기준이라는 방향으로 이해될 수도 있다. 주 고유의 실제 조세력은 벌어들이는 장소(*Erarbeitungsort*)에 따라서만 또는 거주지원칙(*Wohnsitzprinzip*)에 따라서만 결정될 수 없다; 하나 또는 다른 연결점의 비중에 관하여 기본법은 사전에 결정하지 않았다. 두 가지 연결점들(*Anknüpfungspunkte*)은 객관적인 관련성을 가진다: 고도의 분업사회에서는 영업장소에서 경제적 가치창출과 그곳에서 활동하는 근로소득세 납부의무자들의 경제적인 급부능력담세능력(*Leistungsfähigkeit*)이 상호 제약한다. 게다가 국가공동체는 “지역사단법인(*Gebietskörperschaft*)”과 “인적 결함(*Personenverband*)”으로서 일반적으로 승인된 이중성격(*Doppelcharakter*)을 가지고 있다. 국가가 일차적으로 지역법인으로서 간주되면, 그의 지역에서 획득된 소득은 어떤 사람에 의해 생겼는지를 고려하지 않고 자신의 조세수익으로 본다. 이에 반해 국가가 인적 결함으로 간주되면 자기 시민(*Bürger*)에 의해 획득된 소득은 그것이 자신의 고권지역이나 고권지역 밖에서 발생한 것과 독립하여 자신의 조세수익으로 본다. 입법자가 - 다른 쪽을 전혀 소홀히 하지 않고 - 양쪽의 관점 가운데 하나에 더 큰 비중을 둔다면 따라서 그는 자기의 행위 여지의 범위 내에서 움직이게 된다.

< 739 >

기본법 제107조 1항 2문의 내용은 다음과 같다: 입법자는 실제 조세력(*wirkliche Steuerkraft*)에 따른 조세수입의 분배를 저지하는, 수입으로 인한 왜곡(*vereinnahmungsbedingte Verzerrungen*)이 제거되도록 근로소득세와 법인세를 분할해야 한다. 기본법 제107조 1항 2문은 각 조세에서 분할의 유형 및 범위를 규정하도록 입법자에게 맡김으로써, 입법자가 모든 왜곡의 충분한 제거를 규정하는 것이 아니라, 분할의 정도(*Ausmaß*) 및 기준(*Maßstäbe*)과 관련한 고유한 형성의 여지를 입법자에게 부여한다. 이러한 형성의 여지는 입법자에 의해 선택된 규율이 그 왜곡을 한정적으로(*marginal*) 뿐만 아니라 중대하게 줄이는 목표와 효력을 갖도록 함으로써 제한된다. 입법자에 의해 선택된 분할의 기준들 및 분할의 범위가 이러한 요건에 부응하면 기본법 제107조 1항 2문은 충족되어 있다. 이 규정은 기본법의 다른 규정들과 같이 입법자에게 단지 규범적인 테두리만을 제시하며 그 안에서 입법자는 다양한 모습을 선택

할 수 있다(BVerfGE 72, 330, 390-395).

< 740 >

분할에 관한 법률(ZerlegungsG) 제5조 1항은 근로소득세를 세액 산정된(veranlagten) 소득세와 같이 설정하고 있는데, 이는 근로소득세는 소득세와 징수 절차에 의해서 구별되지만 그 밖에는 객관적으로 소득세와 일치하기 때문이다. 그 때문에 근로소득세의 수입도 조세채무자의 거주지(Wohnsitz) 기준에 따라 분배되고 사업장(Betriebsstätte)에 따라 분배되지 않는다. 각 주들은 따라서 분할절차의 종결 후 그의 주민(Einwohner)의 임금에 상응하는 근로소득세 배분 몫을 받게 된다. 소위 시외통근자(Pendler)의 근로소득세는 따라서 거주하는 주(Heimatländer)에 전달되어야 한다. 이러한 법률 규정은 기본법 제107조 1항 2문과 합치할 수 있다(BVerfGE 72, 330, 406 f.). 기본법 제107조 1항 3문에 따라 다른 주의 조세수입도 분할될 수 있다. 이는 예컨대 소방세법(FeuerschutzsteuerG, 1979년 12월 21일, BGBl. I S. 2355)에서 발생할 수 있다.

3. 주민의 수

< 741 >

기본법 제107조 1항 4문 전단(1 Hs.)에 의하면 부가가치세에 대한 주의 배분 몫은 주민수의 기준에 따라 각 주에 귀속된다. 통일조약 제7조 3항에 규정된, 구동독 주들(neue Länder)에서의 단계화된 주민평가(Einwohnerwertung)는 처음부터 준수되지 않았고 1991년 6월 24일의 법률로 이미 각 주의 주민 수 관계에서 서독의 몫과 동독의 몫으로의 분배가 행해질 수 있도록 개정되었다(이에 대해 상세한 것은: Henneke, Die Gemeindekasse 1991, 129-137). 징수기술 때문에 부가가치세는 부가가치세가 경제적으로 (최종소비자에 의하여) 획득된 곳에서 거두어들이지 못한다. 그러므로 동시에 추상적인 수요기준(ein abstrakter Bedarfmaßstab)이 분배기준에 도입된다(연방지역 주민의 두당 동등한 정도의 공공급부의 제공(gleichmäßige Pro-Kopf-Versorgung)). 주민과 관련된 분배는 조세 취약주들에 유리하며 주들에 유입된 그 외 조세들의 지역적 수입에 따른 분배를 할 때 작동하는 연방과 주들 간의 분포효과(Streuungseffekte)는 아직 강화되지 않는 결과를 가져온다. 그럼에도 주민변수에 따라 부가가치세에 대한 주들 배분 몫은 4분의 3만이 분배된다(단락번호 742 이하ff.).

IV. 평균 이하의 조세수입을 가진 주들에 대한 보충 몫

< 742 >

더욱 강한 수요지향적(bedarfsorientiert) 조세분배에 도달하기 위하여 그리고 지역적 수입에 따른 조세분배로 생겨난 재정 취약주들의 평균 이하 수익상황을 개선하기 위하여, 기본법은 기본법상의 4단계 시스템 내에서 제1차적 수평적 재정조정 차원에 임의의 중간단계(Zwischenschritt)를 연방입법자에게 수권하고 있다. 기본법 제107조 1항 4문 후단에 의하여 부가가치세 수입에 대한 주들의 배분 몫의 일부 그러나 기껏해야 4분의 1에 대해서 인구 1인당 주의 조세에 대한 수입과 소득세 및 법인세에 대한 수입이 주들의 평균 아래에 있는 주들에 대한 보충 몫(Ergänzungsanteile)이 규정될 수 있다. 연방헌법재판소의 1999년 11월 11일의 판결로 요구되었던 재정조정기준법(MSG, 이에 관해 상세한 것은: 단락번호 697a 이하)에서 입법자는 2002년 말까지 부가가치세 보충 몫의 보장을 위한 기준을 규정하여야 하고 여기서 특히 수입이 평균 이하라는 점을 계산 가능하도록 정의해야 하며 보충 몫의 전체액수를 더 상세히 규정해야 한다.

[표 28] 1997년도 부가가치세 보충 몫의 영향¹⁶⁶⁾

Baden-Württemberg	-2,054 Mrd. DM
Bayern	-2,382 Mrd. DM
Berlin	-0,681 Mrd. DM
Brandenburg	+2,150 Mrd. DM
Bremen	-0,134 Mrd. DM
Hamburg	-0,337 Mrd. DM
Hessen	-1,192 Mrd. DM
Mecklenburg-Vorpommern	+1,736 Mrd. DM
Niedersachsen	-1,548 Mrd. DM
Nordrhein-Westfalen	-3,549 Mrd. DM
Rheinland-Pfalz	-0,792 Mrd. DM
Saarland	-0,050 Mrd. DM

166) 1 Mrd. DM은 10억 마르크임.

Sachsen	+4,087 Mrd. DM
Sachsen-Anhalt	+2,770 Mrd. DM
Schleswig-Holstein	-0,543 Mrd. DM
Thüringen	+2,519 Mrd. DM
총액	13,262 Mrd. DM

< 743 >

입법자는 지금까지 원칙적으로 100분의 25 전액으로 줄곧 이러한 가능성을 사용했다(이에 관한 사전 상황에 관해서는 단락번호 632). 구동독(DDR)의 가입 후 이 규정의 적용은 보충 몫이 전액 새로운 주들에게 흘러들어갈 것이라는 결과를 의미한다. 이러한 이유로 통일조약(Einigungsvertrag)에서 새로 가입한 지역에 대한 기본법 제107조 1항 4문의 적용이 종전에 그것을 수령한 주들(Empfängerländer)을 보호하기 위하여 1994년 12월 31일까지 중단되었다. 그 대신에 부가가치세에 대한 주들 몫은 1994년 12월 31일까지 서독지역 몫(Westanteil)과 동독지역 몫(Ostanteil)으로 분할되었으며 여기서 부가가치세에 대한 주들의 몫에 대한 서독지역 몫과 동독지역 몫이 주들의 주민 수(Einwohnerzahl)와의 관계에서 100분의 75로, 지역적 수입에 따라 배분된 조세에서 평균이하 조세력(Steuerkraft)이란 관점에서 100분의 25로 각각 별도로 분배되었다. 1995년 1월 1일 이후 부가가치세에 대한 주들 몫을 서독지역 몫과 동독지역 몫으로 나누는 일은, 보충 몫의 분배는 더 이상 서독지역과 동독지역에서 더 이상 조사되지 않는 결과 없어졌다. 이런 식으로 부가가치세 분배에서 새로운 주들에 유리하게 중대한 재편이 이루어졌다. 소득세, 법인세, 영업세분담금(Gewerbesteuerumlage)의 수입과 재정조정법(FinanzausgleichG) 제7조 1항에 따라 조사된 州의 조세로부터의 수입이 인구 1인당(je Einwohner) 주 평균 100분의 92이하인 주들은 재정조정법(FAG) 제2조 2항에 의하여 부가가치세의 주들 몫으로부터 주들 평균 100분의 92가 안 되는 액수만큼을 받는다. 부가가치세에 대한 주들의 나머지 몫은 주민수의 관계에 따라 분배된다. 이렇게 조사된 보충 몫이 전체적으로 부가가치세에 대한 전체 몫의 4분의1 이상에 달한다고 하면 보충 몫은 그에 상응하여 내려갈 수 있다. 통일적인 분배지역의 도입은 130억 마르크(13 Mrd. DM) 이상으로 새로운 주들에게 유리한 재편을 가져왔다. 그러한 한에서 보충몫은 주들 간의 중대한 균형 작용을 하는데 그에 의해 각 주들의 조세수입 접근이 목적으로 추구하고 또

한 그러한 작용을 하게 되기 때문이다. 재정력이 약한 서독지역 주들의 손실을 줄이기 위하여 부가가치세에 대한 주들의 전체 몫이 1995년 1월1일부터 100분의 37에서 100분의 44로 증가되었다.

< 744 >

개별적으로 1997년에 대하여 그림이 도출되는데 이는 [표 28]에 묘사되어 있다.

V. 주들 간의 재분배: 주들 간의 재정조정(제2차적 수평적 재정조정)

1. 서 론

< 745 >

조세분배는 압도적으로 지역적 수입(örtliches Aufkommen)에 따라 행해지기 때문에 단락번호 742 이하에 기술된 절차에도 불구하고 각 주의 상이한 경제력 때문에 각 주별로 다른 재정상황을 가지게 되고 따라서 이른바 “더 부유한(reichere)”주와 “더 가난한”주(ärmere Länder)라는 단계가 생기게 된다. 이것은 특히 독일통일의 성립과 1995년 1월 1일로 행해진 새로운 주들의 재정조정 시스템으로 편입한 이래로 그러하다. 주들 간의 재정조정(Länderfinanzausgleich, LFA)에서 주들 전체의 평균 이하에 있는 연방 주들은 평균 이상에 놓여있는 더 부유한 주들의 조정기여금(Ausgleichsbeiträge)으로부터 조정교부금(Ausgleichzuweisungen)을 받는다. 주들 간 재정조정 의무(Verpflichtung zum LFA)는 상호책임이라는 동맹의 원리(das bündische Prinzip des Einstehens füreinander)에서 나온다. 동맹의 원리(das bündische Prinzip)는 그의 본질상 권리뿐만 아니라 의무의 근거도 된다. 이러한 의무 가운데 하나가 기본법에 의하면, 재정력이 강한 주들이 재정력이 취약한 주들을 일정한 한계에서 도와야 한다는 것이다. 이 의무 관련성(Pflichtbeziehung)이 불가피하게 주들의 재정적 독립성에 일정한 제한을 초래하게 된다. 그럼에도 불구하고 만약 주들간 재정조정(LFA)이 재정을 이전하는 주들의 급부능력(Leistungsfähigkeit)을 결정적으로 취약하게 하거나 주들의 재정에 균등화(Nivellierung)를 초래하는 경우 그것은 연방국가의 원리에 반할 것이다(BVerfGE 1, 117, 131). 주들 간 재정조정(LFA)은 연방국가에 내재되어 있는 긴장상태(Spannungslage), 즉 한편으로는 주들의 독립성(Selbständigkeit), 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit), 개성(Individualität)의 유지와 다른 한편으로는 연방구성원들의 고유한 국가성(Eigenstaatlichkeit) 및 생존을 위한 연대공동체적인 공동책임(solidargemeinschaftliche Mit-

verantwortung) 사이에서 올바른 중도(richtige Mitte)를 발견하도록 하는 긴장 상태를 공유한다(BVerfGE 72, 330, 397 이하f.).

< 746 >

이는 다음과 같이 표현될 수 있다: 자율적 다양성(antonomie Verschiedenheit)과 연대공동체적인 접근(Annäherung) 사이의 갈등에서, 똑같이 만드는 균등화(gleichmacherische Nivellierung)의 금지를 유지하면서도 조화시키라는 요청(Gebot der Harmonisierung)이 적용된다. 자치의 원리(Autonomieprinzip)에서 출발하여 조정 과정(Ausgleichprozeß)이 동화(Angleichung)의 방향으로 움직여야 하지만 재정적인 여지가 완전히 균등화되지 않아야 한다. 이러한 방법으로 주들간 재정조정(LFA)은 재정이 취약한 주들에게 그들의 고유한 국가성(Eigenstaatlichkeit)을 위한 요건이 보장되도록 하며 재정이 강한 주들 또는 연방에 대한 의존관계에 빠지는 것을 방지한다. 주들의 고유한 국가성 및 그와 결합된 원칙적인 재정적 자기책임성 때문에 모든 주들에게는 자조(Selbsthilfe)의지가 약해지지 않고 자발적인 주도능력(Fähigkeit zu Initiative)과 급부증대(Leistungssteigerung) 가능성은 영향 받지 않는, 그러한 급부는 해도 된다는 의식(Bewußtsein)이 유지되어야 한다(BVerfGE 1, 117, 131 이하f.). 이것은 존재하는 재정력 격차가 단지 서로 접근할 뿐이고 완전히 균등화(egalisiert)되지 않음을 통해서만 달성될 수 있다. 접근하면서도 똑같아지지 않는 재정조정은 주들간 재정조정(LFA)이 16개 - 조정의무가 있는 조정권한이 있는 간에 - 주들간의 격차를 줄이기는 하지만 그 격차를 제거하거나 반대로 역전시켜서는 안 된다는 결론을 갖는다.

< 747 >

연방국가적 관점에 사회국가적 관점들(sozialstaatliche Gesichtspunkte)이 추가된다. 사회적 연방국가(sozialer Bundesstaat)는 그의 시민에게 모든 지역에서 어느 정도 동가치의 생활 관계(wertgleiche Lebensverhältnisse)를 제공해 주지만 공적인 행정서비스의 범위와 질이 각 주의 재정상황에 따라, 사항자체에서 이유가 없는, 차이를 보여주는 것을 허용할 수 없다. 주들간 재정조정(LFA)은 연방의 모든 지역에서 공공서비스가 다원적인 행정(administrativer Pluralismus) 및 공적 과제수행의 지역적 다양성(Mannigfaltigkeit)을 유지하면서 동등에 가까운 공급수준(ein annähernd gleiches Versorgungsniveau)에 도달할 수 있는 요건을 창출하여야 한다. 주들간 재정조정(LFA)은 주들간의 급부 격차(Leistungsgefälle)의 원인들을 교정(korrigieren)할 수 없으며 단지 그 증상만

을 치료(kurieren)할 수 있을 뿐이다. 따라서 그것은 지역의 구조정책 및 공간 질서정책(Raumordnungspolitik)의 적절한 개발조치로 보완해야 한다.

< 748 >

주들의 상이한 재정상황에 대한 두 그룹의 원인은 한편으로는 현존하는 원인과 다른 한편으로는 자치적으로 책임져야 하는 원인으로 구별될 수 있다. 이것은 주들의 수입상황에 대해서뿐만 아니라 지출부담(Ausgablasten)에 대해서도 적용된다. 주들의 상이한 재정상황에 대한 한 원인은 그들이 사회적, 경제적, 지리적으로 다름에 있다. 그러한 한에서 경제적으로 불리한 한계 상황(Grenzlagen), 조세력을 별로 뒷받침하지 못하는 인구구조 등과 같은 영향을 미칠 수 없는 여건이 존재한다. 상이한 지출부담은 지리적, 구조적, 사회-경제적 특성으로부터 연유할 수 있으며 특별한 비용을 유발할 수 있다. 그와 함께 자기책임하의 결정을 통해서 과제수행에 적합한 다양함(Verschiedenheit)에 대한 원인을 그의 재정상황에 두게 되는데, 대개는 특별한 지출 친화(Ausgabefreudigkeit) 내지 절약(Sparsamleit)을 통해 또는 시민들이 평균이상의 조세부담(Steuerbelastung)을 부담하거나 조세부담을 줄이도록 함(Steuerverschonung)으로써 그러하다. 그러므로 첫째는 사실상의 차이가 존재하게 되며, 둘째는 자율적인 결정을 통해 더 많은 차이를 야기한다. 현존하는 구조적인 차이의 결과는 연방지역 내에서 연대공동체의 구성원으로서 모든 주들이 받게 된다. 그것은 조정이 필요하며 주들간 재정조정(LFA)의 대상이 된다. 자치적인 결정의 결과는 그에 반해 오로지 결정책임이 있는 자들에게만 남아야 한다. 정치적으로 잘못된 결정 및 그의 재정적 태도는(공과금 감면<Abgabenverschonung> - 즐겨 지출하는 것<Ausgabefreudigkeit>) 각 주가 스스로 책임져야 한다.

< 749 >

연방헌법재판소 판결(BVerfGE 72, 330, 398(“그것들은 주의 자치적인 결정에 기인하거나 기인하지 않는다”))에까지 주들 간 재정조정을 시행함에 있어서는 가능한 통일적인 기준에 근거하며 그 때문에 주별로 비교 가능한 수입들만이 고려된다는 데 대한 의견일치(Konsens)가 존재했다. 그 뒤에는, 결정 권한의 범위 내에서 비교적 높은 액수의 공과금을 부과하기로 결정한 주가 그로부터 얻은 수입을 그러한 방법을 취하지 않았지만 어쨌든 그러한 방법을 취할 수도 있었던 다른 주에게 줄 수밖에 없도록 함으로써 처벌을 받아서는 안 된다는, 생각이 있다. 주들 간 재정조정(LFA)에 대해서 그러므로 도

달 가능한(얻을 수 있는) 재정수입(das erreichbare Finanzaufkommen)이 기준이다. 모든 주들이 도달 가능한 것을 다 이용하지 않는 데 기인하는 수입격차(Aufkommengefälle)는 그에 반해 조정이 가능하지 않다. 주들 간 재정조정(LFA)은 그의 정당성(Legitimation)을 수입원들로부터의 상이한 수익력(Ertragskraft), 그러니까 가능한 다 이용하는 점(Ausschöpfung)에서 끌어오는 것이지 사실상(de facto) 다른 수익(또는 이익, Nutzung)으로부터 끌어오지 않는다. 두 번째 재정조정에 관한 결정에서 연방헌법재판소(E 86, 148, 217)는 “그것들은 주의 자치적인 결정에 기인하거나 기인하지 않는다(beruhen sie auf landesautonomen Entscheidungen oder nicht)”는 표현의 의미내용을 엄격히 하였다. 그에 따르면 주들과 지방자치단체가 자기책임 하에 그 이용에 관하여 결정할 수 있는 원천으로부터의 수입(Einnahmen aus Quellen)은 근본적으로 재정력(Finanzkraft)으로부터 배제될 수 없다. 연방과 주들이 그들에게 헌법상 귀속되는 과제를 수행할 수 있도록 한다는, 연방국가의 재정수입 분배목표에 상응하여 재정력 개념(Finanzkraftbegriff)도 이러한 과제를 수행할 (재정적) 능력을 목표로 한다. 이러한 의미에서 재정력 개념은 우선 사실상 존재하는 재정수입(Finanzaufkommen)을 포괄한다. 그러나 구조적인 여건을 고려할 때 추론된 수입원으로부터 어떤 재정수입을 얻을 수 있는지 수정하여 고찰할 수도 있다(Mußgnung, JuS 1986, 872, 879). 왜냐하면 재정력은 전체적으로 재정적 급부능력(finanzielle Leistungsfähigkeit)을 의미하고 이를 위해 숫자로 표현된 수입은 단지 지표들(Indikatoren)일 뿐이기 때문이다. 이러한 급부능력에 있어서 그 자신의 고유한 규율권한이 박탈되어 있는 공과금으로부터의 수입의 경우에는 물론 사실상 수입(das tatsächliche Aufkommen)이 특징이기 때문이다. 반면에 자치적인(autonom) 결정에 기인하는 수입의 경우에는 법적으로 도달 가능한(erreichbar) 수입의 개념을 뜻하게 되는 어떤 여지(Spielraum)가 존재한다. 그러므로 재정력 개념(Finanzkraftbegriff)은 수입의 주체가 자기책임으로 그 이용을 결정하는 원천(Quelle)으로부터의 수입을 당위적 수입(Soll-Aufkommen)에 따라 산정하는 것에 대해 개방적이다. 재정력을 더 상세히 규정하기 위하여 그러한 규율을 하는 것은 입법자의 - 제한된 - 한계 설정 및 형성 권한(Abgrenzungs- und Gestaltungsbefugnis)에 의하여 입법자에게 귀속된다. 입법자는 수인 가능한 연방국가의 상호책임 의무를 고려하여 재정조정에 참여하는 다른 주들이 어떤 주 또는 그의 지방자치단체가 어떤 수입원의 이용액에 관하여 재정 자치에 따라 결정한 결과를 어느 정도 같이 부담해야 하는가를 결정할 수 있다. 이 경우에 물론 주들과 지방자치단체의 결정 자치(Entscheidungsautonomie)의 행

사는 지역에 특수한 여건 즉, 경제 지리적 상황이나 점진적으로만 변화 가능한 경제구조, 또는 다른 주들이나 지방자치단체의 결정에 대한 의존성에 의해서 제한적이라는 점을 유의하여야 한다. 수입원의 이용에서 자기책임성이 재정력을 조사하기 위한 특별규정을 통해 어느 정도 고려될 수 있고 또는 고려되어야 하는지 여부는 따라서 일반적으로 결정될 수 없다; 그것은 오히려 각 수입유형의 특수성과 법적인 자치결정의 주어진 기본적 조건(Rahmenbedingung)에 의존한다(BVerfGE 86, 148, 217 이하f.).

2. 주들 간 재정조정을 시행하기 위한 절차

< 750 >

연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 72, 330, 395 이하ff.)이 있기까지 연방입법자는 주들이 얻으려고 목표한 주들 간의 재정조정(LFA)에 관한 타협의 결과(Verhandlungsergebnis)를 정치적으로 가능한 것으로서 그리고 합의가 가능한 것으로서 규정된 법률형태로 문서화하며 현행법으로 끌어올리되 그 규율에 실질적으로 영향을 끼치지 않는 것이 관행이었다. 연방헌법재판소는 (E 72, 330, 395 이하ff.) 그에 반해 적절하게도 다음을 확인하였다: 기본법 제107조 2항 1, 2문을 통하여 주들 간의 재정조정(LFA)은 주들 상호간의 자유로운 협정에서 벗어나게 되며 반해 전체로서 주들과 대립되면서 주들에 대하여 연방충실(Bundestreue)의 의무를 지고 있는 연방입법자의 책임에 맡겨진다. 다른 한편으로 주들 간 재정조정은 기본법 제107조 2항과 그와 연관된 규율의 맥락(Regelungszusammenhang)에서 나오는 규범적인 규정들에 지배된다. 제1문에서 조정의 구성요건과 대상, 즉 주들의 재정력이 향상되며 입법자에 의한 규율의 목표가 확정된다: 상이한 재정력의 적정한 조정은 제2문에서 이에 관한 규율위임(Regelungsaufträgen) 및 수권(Ermächtigungen)과 결합한다. 이러한 규정과 구속이 모든 참가자들 간의 정치적 타협을 배제하지 않는다. 연방은 여기에서 “성실한 중개인(ehrlicher Markler)”으로서 활동한다. 결국 연방입법자는 물론 기본법의 규범적인 요건을 충족하는 법률을 규정하도록 기본법에 의한 의무를 진다. 그는 다수 주들의 정치적인 결정을 그 내용은 고려하지 않은 채 문서화하는 것으로 만족해서는 안 된다(BVerfGE 72, 330, 395 f.). 또한 **분리지배의 원칙(Grundsatz divide et impera)**에 따라 행위 하는 것, 즉, 주들의 균열을 목표로 하는 것은 연방에게 금지되어 있다. 연방 친화적 행위의 원칙(Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens)은, 모든 주들이 관련되어 있는 협의(Verhandlungen)에서 주 정부를 각 정당정치적인 노선에 따라 다르게 취급하

는 것, 특히 정치적으로 결정하는 논의(조언, Beratungen)를 위하여 정당정치적으로 연방에 가까운 주정부의 대표만을 끌어들이고 야당에 가까운 주정부를 그로부터 배제하는 것을 연방에게 금지한다(BVerfGE 86, 148, 211 이하f.).

< 751 >

그것을 훨씬 넘어서 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결로 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)에 대하여 그에 의해 확정된 요건을 주들 간 재정조정(LFA)의 시행절차에까지 미치도록 하였으며 주들 간 재정조정은 입법자에게 구체적인 청구권(Anspüche)과 의무(Verbindlichkeiten)가 도출될 수 있는 기준제시를 먼저 요구한다고 상설하였다. 기본법 제107조 2항 2문에 의하면 재정조정법(FAG)은 조정청구권과 조정의무를 규율하기에 충분하지 않으며 오히려 조정청구권 및 조정의무에 대한 요건들 내지 조정을 위한 급여액에 대한 기준들이 2002년 말까지 제정되는 법률에서 규정되어야 한다. 연방헌법재판소는 입법자에게 이 시점까지 기준의 확실성(Maßstabsgewißheit)을 만들어내도록 위임하였고 그에 따라 헌법을 구체화하고 헌법을 보충하는 기준들로부터, 각각의 조정청구권과 조정의무를 구체적이고 계획할 수 있으며 통제할 수 있게 된다.

3. 기본법 제107조 2항에 따른 연방 법률에 대한 헌법적 규정

< 752 >

기본법 제107조 2항은 정치적 타협에 대한 실체법적인 규정을 두고 있다. 기본법 제107조 2항 1문은 주들의 상이한 재정력(Finanzkraft)을 적절하게 조정하며 여기서 기본단위 지방자치단체마인데(기본단위 지방자치단체마인데 조합)의 재정력과 재정수요(Finanzbedarf)를 고려하라고 요구한다.

< 753 >

재정력(Finanzkraft) 개념은 포괄적으로 이해해야 하고 조세력(Steuerkraft)으로만 축소해서는 안 된다. 주들의 조세수입만이 기초로 되면서 주들 간 재정조정(LFA)의 기준이 되고 그 밖의 수입은 배제된다면 그와 결부된 조정의무를 가진 주들의 독립성 침해는 상호책임의 동맹 원리로 더 이상 정당화될 수 없을 것이다. 주들이 그들 자신의 재정으로 연대에 입각한 재정지원(Solidarleistungen)을 하는 근거는 단지 다른 주들의 일반적인 재정취약(allgemeine Finanzschwäche)일 뿐이고 불충분한 조세수입이 아니며 이는 다른 수입들에 의해 증가된다(BVerfGE 72, 330, 397 이하f.; 86, 148, 214). 기본법은 재정력

(Finanzkraft)이란 불확정 법개념을 정의하지 않았는데, 이는 연방입법자로 하여금 헌법규정의 범위 내에서 그것을 규정해야할 의무를 부과한 것이다. 연방헌법재판소의 1999년 11월 11일의 판결에 의하면 “재정력(Finanzkraft)”의 개념을 상세히 규정하고 그를 위해서 주들의 수입을 비교가능하게 실천적이며 경제적으로 합리적인 지표들(Indikatoren)을 발견하는 것은 연방입법자의 과제이다. 기본법은 입법자에게 재정력을 결정하기 위하여 주들의 모든 (잠재적) 수입을 합산하라는 의무를 부과하지 않는다. 입법자는 그 지표들이 신뢰할 만 하고 따라서 재정력의 규모(Volumen)도 충실히 파악한다면 그 지표들에 의거하여 재정력을 결정할 수 있다. 조세력이 각 주들의 재정력을 반영한다면 재정조정 입법자 조세력을 재정력을 위한 지표로서 끌어들이 수 있으나 이 경우 원칙적으로 모든 조세를 포함하여야 한다. 그 조세들에 규모로 보아 의미가 있으며 똑같이 발생하지 않는 그 밖의 공과금이 추가된다면 이들도 마찬가지로 주들의 재정력 계산에 포함될 수 있다. 그러므로 조세력(Steuerkraft)이란 지표는 이들 새로운 공과금에 의하여 그 신뢰성(Verlässlichkeit)을 상실한다. 기본법은 재정조정 입법자로 하여금 그의 규율을 주들 수입의 조정에 관련된 중요성(Ausgleichsrelevanz der Ländereinnahmen)에 맞추라는 의무를 부과한다. 그에 따라 재정조정 입법자는 재정력을 조사함에 있어서 어떤 수입이 그 규모로 보아 조정에 중요하지 않고 모든 주들에 비교적 동일하게 발생하거나 조정대상수입의 조사를 위한 비용이 가능한 조정효과와 비례관계에 있지 않을 경우에는 그러한 수입을 고려하지 않고 내버려둘 수 있다(BVerfGE 72, 330, 399 이하f.).

< 754 >

문제되는 것은 각 주들의 재정력 조사가 수입측면(Einnahmeseite)에서만 판단될 수 있는지 또는 거기서 지출필요(Ausgabenbedarfe)도 고려해야 하는지 하는 것이다. 재정력이 수용충당(Bedarfsdeckung)과 기능적으로 관련되어 방향이 정해져야 한다는 훌륭한 근거를 가진 견해와는 반대로 연방헌법재판소는 (E 72, 330, 400 이하ff.; 86, 148, 219 이하ff.) 원칙적으로 수입측면만을 기준으로 삼았다. 입법자는 그 후 연방헌법재판소를 따랐다. 기본법 제107조 2항 1문의 의미에서의 재정력을 조사할 때 각 주들의 특별수요(Sonderbedarfe)는 고려하지 말아야 한다고 하였다. 재정력은 그에 따라 1차적으로 재정수입(Finanzaufkommen)으로 이해되어야 하며 수입(Aufkommen)과 특별한 지출부담(besondere Ausgabenlasten)의 관계로 이해될 수 없다. 재정력 비교의 기초는 물론 주들의 절대적인 수익(Erträge)일 수 없다. 왜냐하면 규모가 더 큰 주들은 단

지 그들의 예산규모 때문에 그들의 급부력(Leistungskraft)을 고려하지 않고 조정의무가 있을 것이기 때문이다. 그 때문에 절대적인 수익(absolute Erträge)은 주들의 각 인구수(Einwohnerzahl)로 환산된다. 이 안에는 사실 추상적인 즉, 주들의 재정수요에 대해 인구수와 관련된 기준이 고려된다. 이들 기준에는 그러나 각각의 특별한, 특수한 상황 내지 주들의 고유한 선호의 결정(Prioritäts-) 및 긴급성의 결정(Dringlichkeitsentscheidungen)으로부터 야기되는 지출 부담이 있다. - 도시국가(Stadtstaat)와 같이 - 주들의 주어진 구조적 특성으로 보아 적절한 비교가능성이 처음부터 없는 곳에서만, 이러한 연관점(Bezugspunkt)을 - 객관적인 지표에 따라 - 수정하는 것이 종래의 견해에 의하면 정당화되었다. 한자도시인 브레멘(Bremen)과 함부르크(Hamburg)에서 발생한 항구(Seehäfen) 유지비용만을 바이마르공화국 이래 전통적으로 주들 간 재정조정(LFA)에 받아들였다. 이 두 특별규정에 대하여 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결에서 중대한 의문을 제기하였고 항구의 유지 및 개선을 위해 증가하는 특별부담의 고려는 정당성(Rechtfertigung)을 필요로 하는 바, 이것을 재정조정법(FAG)은 승인하지 않는다고 강조하였다. 이러한 규정을 통해 지리적인 상황을 이유로 해안을 낀 주들(Küstenländer)만이 부담하는 추상적인 초과 수요(Mehbedarf)를 고려할 수 있어야 한다면, 입법자에게는 마찬가지로 고려해야 할 유사한 초과수요가 존재하는지 심사하도록 위임된다.

도시국가(Stadtstaaten)의 전래의 인구 가중치(Einwohnerveredelung)도 연방헌법재판소는 심사가 필요하다고 선언하였고 제정된 재정조정기준법(Maßstabgesetz, 이에 관하여 상세한 것은: 단락번호 697a 이하 참조)은 모든 주의 동등취급을 확보해야 한다는 점을 강조했다. 초과수요(Mehrbedarf)의 범위와 액수 내지 고려유형은 입법자가 자유롭게 파악해서는 안 된다. 종래 연방헌법재판소의 판결에 의하여 아직은 고려되지 않은, 주들 간 재정조정(LFA)에 구동독 주들을 편입하는 문제는 도시국가들(Stadtstaaten)의 재정력을 인구밀도가 낮은 광역국가(Flächenstaaten)의 재정력과 대비하고 어떤 주의 인구밀집 또는 평균 이하의 인구수가 인구 1인당(pro Einwohner) 초과수요를 정당화할 수 있는지 여부를 심사하는 것을 불가피하게 만든다. 이른바 “도시국가 특권(Stadtstaaten-Privileg)”은 따라서 항만 부담(Hafenlasten)과 마찬가지로 장래 없어질 수 있다. 그 대신에 산정의 기초인 재정력은 정치적 수요결정 및 긴급성 결정과 독립한, 객관적인 재정지출(Finanzausgaben)과만 관련될 수 있다. 이것은 필요한 지출액(Ausgabenvolumen)이 추상적인 수요기준(=주민수, Einwohnerzahl)에 의해서(만) 정의될 때만 가능하다.

< 755 >

기본법 제107조 2항 1문 후단에 포함된 요청에 따르면, 조정할 때에는 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)의 재정력과 재정수요를 함께 고려해야 하는데, 이 요청은 주들의 재정력에 대한 적정한 조정이라는 목표에 부속되면서 종속되어 있다. 재정력의 개념을 후단(2. Hs.)에서 전단(1. Hs.)과 달리 규정해서는 안 된다. 그것은 포괄적으로 이해해야 하며 조세력(Steuerkraft)으로만 축소해서는 안 된다. 원칙적으로 조세가 아닌 공과금과, 전단(1. Hs.)에 관한 상세한 설명에 상응하여 지표들에 관한 규정이 허용되는, 경제적 활동 및 다른 수익행위로부터 나오는 모든 수입들도 재정력에 포괄된다. 그 이용에 관하여 주들과 지방자치단체이 자기책임으로 결정하는 원천으로부터의 수입은 근본적으로 재정력에서 배제될 수 없다. 연방과 주들이 그에게 헌법상 귀속된 과제를 수행할 수 있는, ‘연방국가에서의 재정수입분배 목표’에 부응하여 이 규정의 재정력 개념도 이러한 과제를 수행할 재정적 능력(finanzielle Fähigkeit)을 목표로 설정한다. 이러한 의미에서 그것은 우선 사실상 존재하는 재정수입을 포함한다. 그러나 구조적인 여건을 고려할 때 추론된 수입원으로부터 어떤 재정수입이 얻어질 수 있는지 수정하여 고찰될 수도 있다. 왜냐하면 재정력은 전체적으로 재정적 급부능력(finanzielle Leistungsfähigkeit)을 의미하고 이를 위해 숫자로 표현된 수입은 단지 지표일 뿐이기 때문이다. 이러한 급부능력에 있어서 자신의 고유한 규율권한이 박탈되어 있는 공과금으로부터 수입의 경우에는 물론 사실상 수입(das tatsächliche Aufkommen)이 특징이기 때문이다. 반면에 자치적인(autonom) 결정에 기인하는 수입의 경우에는 법적으로 도달 가능한(erreichbar) 수입의 개념을 뜻하게 되는 어떤 여지(Spielraum)가 존재한다. 그러므로 재정력 개념은 수입의 주체가 자기책임으로 그 이용을 결정하는 원천(Quelle)으로부터의 수입을 당위적 수입(Soll-Aufkommen)에 따라 산정하는 것에 대해 개방적이다.

< 756 >

기본법 제107조 2항 1문 후단의 고려명령(Berücksichtigungsgebot)은 기본단위 지방자치단체계마인데의 관계로부터 연유하는 특별한 근거들이 그와 대립하지 않는 경우 기본단위 지방자치단체계마인데의 재정력을 포함시켜야 한다는 의무를 입법자에게 부과한다. 기본법 제107조 2항 1문의 범위에서 지방자치단체의 재정력을 고려하는 것은 원칙적으로 관련주의 재정력에 (계산항목으로서, als Rechenposten) 편입하는 것을 목표로 하는데 이는 주들의 상이

한 재정력에 대한 적절한 조정을 보장하려는 이 규정의 규율대상 및 규율목표와 일치한다. 주들은 예전부터 스스로 그들의 지방자치단체들이 과세에 적합한 재정을 가지도록 보살펴야 할 의무가 있는 것으로 보았다. 그 때문에 그의 고유한 재정력은 그들 기본단위 지방자치단체게마인테의 재정상황에 따라 부담이 늘기도 하고 부담이 줄기도 한다. 고유한 재정력이 적은 지방자치단체를 가진 주는 큰 재정력을 보유하고 있는 지방자치단체를 가진 주보다 지방자치단체의 재정을 개선하기 위하여 그의 재정력을 더욱 강하게 투입하여야 한다(BVerfGE 86, 148, 219). 따라서 지방자치단체의 재정력 고려를 위한 기본법 제107조 2항 1문 후단으로부터 경감요청(Reduzierungsgebot)은 끌어낼 수 없다; 오히려 동 규정은 지방자치단체의 재정력은 특별한 근거들이 그에 대립되지 않는다면 원칙적으로 완전히 포함시켜야 한다고 지적하고 있다. 규범 목적(Normzweck)에 따르면 지방자치단체의 일정한 수입들을 처음부터 주들 간 재정조정(LFA)에 포함시키지 않는 것은 균등화금지(Nivellierungsverbot)도 정당화하지 못한다. 기본단위 지방자치단체게마인테의 포함시켜야 할 재정력을 포함한 주들의 재정력 격차가 얼마나 큰지 확인된 후에야 비로소 이러한 차이를 적절하게 조정함에 있어서 균등화 금지가 적용된다. 한편 기본법은 지방자치단체의 재정력을 편입함에 있어서 기본단위 지방자치단체게마인테의 특수한 관계들을 고려해 주기 바란다는 의도를 가지고 있다. 이것은 지방자치단체의 수입이 유형에 따라 지역공동체의 사정과 특수한 관련성을 보여주는 수입을 주의 재정력에 완전히 포함시키지 않는 것을 정당화한다(BVerfGE 86, 148, 220).

그에 반해 기본단위 지방자치단체게마인테 조합(Gemeindeverbände)의 수입은, 현재 주어진 상황 하에서 기본법 제107조 2항 1문 후단에 따라 고려해야 하는 지방자치단체의 재정력에 대한 지표로서 다룰 수 없다. 왜냐하면 특히 크라이스들(Kreise)이 속하는 기본단위 지방자치단체게마인테 조합은 조정에 중요한(ausgleichsrelevant) 수입을 가지고 있지 않기 때문이다. 그들이 주의 교부금(Zuweisungen)을 통하여 또는 크라이스 분담금(Kreisumlage)으로부터 재원을 조달한다면 이러한 수입들은 이미 그 주 또는 기본단위 지방자치단체게마인테의 수입으로 파악되기 때문이다. 많은 주에서 크라이스에게 교부되어 있는 토지취득세(Gründerwerbsteuer)로부터의 수입도 이미 그 주의 조세수입으로 파악된다. 크라이스에게 주로 교부되고 있는 다른 조세수입들은 사냥세(Jagdsteuer), 어업세(Fischereisteuer), 주류소매면허세(Schankerlaubnissteuer)와 같이, 양으로 보아 조정에 중요한 정도는 아니다(BVerfGE 86, 148, 229).

< 757 >

수인 가능한(zumutbar) 연방국가적 상호책임의 의무를 고려하여 재정조정에 참여하는 다른 주들이 수입원의 이용의 액수에 관한 어떤 주 또는 지방자치단체의 재정자치적 결정의 결과를 어느 정도로 같이 부담해야 하는지 결정하는 것은 입법자의 형성권한(Gestaltungsbefugnis)에 속한다. 기본법 제107조 2항 1문 후단에서 행해진 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)의 재정수요를 고려하라는 명령은 전단(1. Hs.)에서 규율한 맥락에 부응한다. 그것은 특별수요와 관련되는 것이 아니라 일정한 기본단위 지방자치단체계마인데의 특별한 관계를 고려하지 않고 일반적으로 기본단위 지방자치단체계마인데에 귀속된 과제를 수행할 때 생기는 추상적인 재정수요(Finanzbedarf)와 관련된다. 지방자치단체의 재정수요가 결정되는 표지(Merkmale)는 따라서 지방자치단체의 고유한 선호결정(Prioritätsentscheidungen)과는 독립하여 주어져 있어야 한다: 그러한 표지는 지방자치단체에게는 일반적(generell), 즉 지방자치단체(Kommunen)로서 그의 특성에 비추어 일반적이어야 하며, 모든 주의 지방자치단체의 경우에는 양적으로 상이한 특성을 지녔을지라도 공통적(gemeinsam)이어야 한다. 이것이 그 표지들을, 고려될 가능성이 없는(nichtberücksichtigungsfähige) 특별수요(Sonderbedarfe)와 구별한다(B-VerfGE 86, 148, 222 이하ff.).

< 758 >

이러한 관점이 지방자치단체의 인구평가(Einwohnerwertung)에서 중요한 역할을 수행한다. 그에 관해 연방헌법재판소는 (E 86, 148, 233 이하ff.) 중심적인 내용을 서술했다:

기본단위 지방자치단체계마인데의 크기와 주거 밀도에 맞춰진 상이한 지표들의 토대는 그 유지가능성(Tragfähigkeit)과 사항적정성(Sachangemessenheit) 측면에서 의문스럽다. 연방헌법재판소는 따라서 입법자에게 기본단위 지방자치단체계마인데의 크기와 주거 밀도가 현재의 조건하에서 아직 수요의 증대를 초래하는가, 그리고 그 대신 또는 추가적으로 다른 구조적 표지들을 수요의 표지들로서 고려해야 하는지 여부를 심사하라는 의무를 부과했다. 경우에 따라서 입법자는 새로 규율하여야 한다(BVerfGE 86, 148, 233).

연방입법자가 1950년 주들 간 재정조정을 최초로 규정한 이래로 주거 밀도의 증가는 인구1인당 공공비용(Pro-Kopf-Quote des öffentlichen Aufwandes)의 초과 비례적 증대를 가져오며(이른바 브레히트/포피츠 법칙, Brecht/Popitzsches

Gesetz) 따라서 기본단위 지방자치단체게마인테에게 주어진 과제를 이행하기 위한 구조적인 초과수요의 이유가 된다. 비교적 좁은 공간에 인구밀도가 높아지면 더 강력한 행정조직이 필요하고 생활유지비용의 수준이 상승하며(임금, 물건의 소비, 사회급여 등) 매우 일반적으로 공공의 안녕과 질서, 교육제도, 복지, 교통, 공급시설 등에 대한 더욱 높은 집단적인 욕구(kollektive Bedürfnisse)가 발생한다. 이러한 주거 밀도(Siedlungsdichte) 표지는 기본단위 지방자치단체게마인테 크기의 등급에 따른 인구분류(Bevölkerungsgliederung)에서 대표적으로 표현된다. 그에 상응하여 기본단위 지방자치단체게마인테의 재정수요를 산정하기 위해서 기본단위 지방자치단체게마인테의 크기에 따른 인구비중(Einwohnergewichtung)이 기초로 되었다(BVerfGE 86, 148, 234).

입법자가 토대로 하고 있는, 인구집중에 의한 과제수행 비용의 초과비례적인 증대라는 이른바 브레히트/포핏츠 법칙의 적용은, 연방헌법재판소가 분석하듯이(E 86, 148, 235), 오늘날 점점 더 의문의 대상이 되고 있다. 주거 밀도가 증가할 때 재정수요의 초과비례적인 증가는 경험적으로 입증될 수 없다; 사실 더 높은 지출은 바로 더 나은 재정상황의 결과일 수 있다. 또한 그러한 가정(Annahme)은 도시(Stadt)와 주(Land) 간의 수요에 있어서 차이를 전제한다. 이것은 첫째, 더 이상 적절하지 않고 둘째는, 모든 시민이 국가급부에 대한 동등한 청구권을 가져야 한다는 헌법의 이상(Leitbild)과 모순된다. 더욱이 집적의 불리함을 조정하는 것(Ausgleich von Agglomerationsnachteilen)은 공간질서 정책상 바람직하지 않은 바, 그러한 조정은 공간의 불균형을 초래하는 집중(Konzentration)을 강화하기 때문이다. 이에 따라 중요한 근거들은 이러한 기준의 유지가능성이 동요하고 있다는 것을 말하고 있다. 또한 기본단위 지방자치단체게마인테의 크기는 단계적인 인구평가(gestaffelte Einwohnerwertung)와 각각 결부되어 있는데, 이것이 주거 밀도에 대한 적절한 표지일 수 있는지도 의문스럽다. 주거 밀도와 기본단위 지방자치단체게마인테 크기의 관계는 1970년대 연방공화국의 서독지역의 주들(도시국가가 아닌 광역국가인 주들, Flächenländer)에서 행해진 기본단위 지방자치단체게마인테 지역개편을 통해 변했다. 지역개편전의 기본단위 지방자치단체게마인테는 주로 인구수를 주거 밀도에 귀납적으로 추론하는 것을(Rückschluss)을 정당화하는 폐쇄된 주거(geschlossene Siedlung)를 형성했다면 공간적으로 분리되고 일부 서로 상당히 떨어져 있는 다수의 주거중심을 보여주는 큰 기본단위 지방자치단체게마인테를 만들었으므로 그러한 귀납적 추론은 널리 그 토대가 박탈되었다. 게다가 기본단위 지방자치단체게마인테 크기에 따른 분류(Gemeindegrößenklassen)는 다수

의 기본단위 지방자치단체계마인데로 이루어지는 과밀 공간(Ballungsräume)을 파악하지 못한다.

< 759 >

앞에 설명한 사정은 재정학이나 지방 자치학에서 어떠한 수요기준이 도대체 경험적으로 입증될 수 있고 신뢰할 만하게 종전의 기준을 대신하여 등장하여야 하는지에 관한 확실한 인식이 지금 없을지라도 입법자로 하여금 행동을 하라는(zum Handeln) 의무를 부과한다(BVerfGE 86, 148, 236). 그러나 입법자가 수요고려(Bedarfsberücksichtigung)라는 다양한 표지들을 적용하기로 결정했다면 그는 포괄적으로 심사해야 할 의무가 있다. 이 심사는 첫째, 그의 기초가 되어 있는 기준들이 오늘날의 관계에 직면하여 아직 얼마나 지탱할 수 있는지 또는 수정이나 지속적인 발전이 필요한지까지 미쳐야 하고, 둘째는 분산의 불리함(Deglomerationsnachteile), 실업자의 수, 노인과 아이들의 비중, 사회보장급여 수령자의 비중과 같은 다른 구조적인 표지들이 과제를 수행함에 있어서 추상적인 초과수요(Mehrbedarf)를 초래하는 데 적합한지 여부 그리고 어느 정도 적합한지에까지 미쳐야 한다(BVerfGE 86, 148, 236). 입법자는 지금까지 이러한 원칙들을 고려하지 않았다. 입법자가 연방헌법재판소에 의해 그에게 행한 심사위임(Prüfaufträge)을 아직 충족하지 않았다는 것을 연방헌법재판소는 1999년 11월 11일의 판결에서 명시적으로 확인하였고 - 인구기준이 장래에도 수정되어야 하는 경우 - 다음과 같은 경우 이 심사위임은 더욱 더 절박하다는 점을 강조하였다:

- 새로운 주들인 브란덴부르크(Brandenburg), 메클렌부르크-포폼머른(Mecklenburg-Vorpommern), 튀링엔(Türingen)의 수요가 현재의 인구평가를 통해 더 적은 비중을 얻을 경우,
- 인구밀도가 낮은 지역의 많은 공공급부의 비용이 도시보다 명백히 더 높은 수준일 수 있을 때,
- 공동비용(Gemeinkosten)이 더 적은 인구수에 전가되어야 하는 경우.

< 760 >

주들의 재정력을 적절하게 조정하는 목표를 제시함으로써 기본법 제107조 2항 1문은 조정청구권 및 조정의무의 요건 및 그 액수와 관련하여 정치적인 합의 및 타협의 여지를 남기는 형성의 여지를 입법자에게 허용하는 구속적인 입법위임(verbindlicher Gesetzgebungsauftrag)을 규정한다. 실체법적으로 “적정한 조정(angemessener Ausgleich)”이라는 헌법개념에서 연방국가 원리 내지

사회국가 원리에서 도출되는 양면적인 요건을 통해 만들어지는 긴장상태(Spannungslage)가 표현된다(단락번호 745 이하ff.). 기본법 제107조 2항 2문에 따라 조정권한이 있는 주들의 조정청구권 및 조정의무를 부담하는 주들의 조정의무 그리고 조정급여(Ausgleichsleistung)의 액에 대한 기준에 관한 요건들이 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)에서 규정되어야 한다. 이는 입법자가 조정급여에 대한 요건들과 그의 산정(Bemessung)을 위한 기준들을 규범화함으로써 청구권과 의무가 직접 법률로부터 액수별로 계산할 수 있고(berechenbar) 사법심사가 가능하도록(justitiabel) 하여야 한다는 것을 의미한다. 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 입법자가 조정청구권과 조정의무에 대한 요건을 규정함에 있어서 헌법을 구체화하는 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)에서 통일적인 기준에 의거하여 원칙적으로 조정의 적정성(Angemessenheit)을 체계내재적으로(systemimmanent) 확보하는 조정의 기본구상(Ausgleichskonzeption)을 전개하도록 요구받고 있다는 점을 정확히 부가하였다. 기준을 변경하려면 특별한 근거가 필요하며 스스로 설정한 기준과 조정단계와 모순되는 결과를 초래해서는 안 된다. 이 원칙은 16개의 모든 주들 간에 재정력서열(Finanzkraftreihenfolge)을 유지해야 한다는 요구의 관점에서도 존중하여야 한다. 기본법 제107조 2항은 주들 간 재정조정(LFA)을 충분히 규율하고 있다. 그와 병행하여 주들 간의 계약상 합의(Abreden)는 허용되지 않는다.

4. 재정조정법에서의 주들 간 재정조정의 규정

< 761 >

연대협약에 관한 협상(Solidarpaktverhandlungen)의 결과 1995년 1월 1일부터 주들 간 재정조정의 시행은 포괄적으로 새로이 규율되었다(1993년 6월 23일의 연방 견고화프로그램(Konsolidierungsprogramm) 전환법률: 연방과 주들 간 재정조정에 관한 법, BGBl. 1993, 944, 977). 통일조약(Einigungsvertrag)에서 1994년 12월 31일까지 연방독일의 종래 주들과 새로운 주들 간에 독일 전체의 주들간 재정조정(LFA)이 행해지지 않는 것으로 규정되었다(이에 대해서는 단락번호 102). 그 대신에 주들 간 재정조정은 베를린을 예외로 한 10개의 구 서독지역 주들 간에 종래의 규율에 따라 시행되었다. 연방가입지역(Beitrittsgebiet) 5개의 새로운 주들 간에는 베를린을 고려하지 않은 채 종래의 연방지역에서와 마찬가지로 동일한 규율에 따라 시행되었다. 독일통일기금(Fonds Deutsche Einheit)(단락번호 84)은 1994년 말까지 과도기에 대해 그러한 한에서 다른 적용이 제외된 분배단계에서와 마찬가지로 대신한다. 1970년부터 1994년

까지 행해진 주들 간 재정조정(LFA)은 다음과 같이 개괄될 수 있다:

a) 1970년부터 1994년까지

< 762 >

주들간 재정조정은 1969년 재정개혁 이래로 원칙적으로 동일한 방법에 따라 행해졌다. 주들간 재정조정(의 범위는 그러나 1970년 이래 연 12억 마르크 (1.2 Mrd. DM)에서 1990년부터 40억 마르크까지 증가하였고 그리고 나서는 1994년까지 다시 30억 마르크로 줄어들었다. 1970년 조정급여(Ausgleichsleistungen)는 노르트라인-베스트팔렌, 바덴-뷔르템베르크, 헤센, 함부르크 주들로부터 각 4분의 1까지 조달되었다. 이러한 조달측면의 구조는 그 이래, 특히 80년대 초 이래 근본적으로 변화되었다. 노르트라인-베스트팔렌주의 조세수입 감소의 결과 주요 조정급여 지불주(Hauptzahlerland)에서 1985년 이래 여러 해 동안 심지어 조정 급여 수령주(Empfängerland)로 되었다. 지불주로서 함부르크의 역할도 - 1970년 이래로 주들의 조정청구권과 조정의무가 도출되는 액수(Volumen)에 관한 다음 구성과 같이 - 점차 의미가 줄어들었다. 그에 반해 바덴-뷔르템베르크와 헤센주는 재정이 강한 주들에게 부과되는 조정의무의 주요 부담을 점점 더 심하게 부담해야 했다. 게다가 1989년 이래로 바이에른주는 조정의무를 가진 주들의 범위로 성장하게 되었다. 각 년도에 노르트라인-베스트팔렌과 바이에른, 함부르크주가 했던 상대적으로 적은 지불의무를 제외한다면 1987년부터 1993년까지 지불의무만을 부담해야 했던 것은 바덴-뷔르템베르크와 헤센주였다. 1994년에 처음으로 바이에른과 헤센주가 두 번째로 많은 지불의무를 부담했다.

[표 29] 1979년부터 1994년까지 주들 간의 재정조정(LFA)에서 조정의무를 가진 주들

년도	노르트라인-베스트팔렌 (Nordrhein-Westfalen)	바이에른 (Bayern)	바덴-뷔르템베르크 (Baden-Württemberg)	헤센 (Hessen)	함부르크 (Hamburg)	합계
1970	316,9	-	314,4	290,0	294,0	1 215,3
1971	368,1	-	380,4	195,8	345,0	1 278,3
1972	343,8	-	592,4	309,6	309,9	1 555,7
1973	341,2	-	590,3	363,1	331,2	1 625,8

년도	노르트라인-베스트팔렌 (Nordrhein-Westfalen)	바이에른 (Bayern)	바덴-뷔템베르크 (Baden-Württemberg)	헤센 (Hessen)	함부르크 (Hamburg)	합계
1974	572,2	-	508,4	321,4	508,0	1 910,0
1975	433,5	-	660,5	206,1	544,2	1 844,3
1976	504,6	-	719,3	192,0	541,5	1 957,4
1977	357,8	-	1 057,9	258,4	618,2	2 292,3
1978	122,2	-	1 087,4	471,2	584,6	2 265,4
1979	-	-	1 135,6	517,7	832,5	2 485,8
1980	76,3	-	1 504,1	297,7	313,2	2 191,3
1981	-	-	1 638,3	357,7	426,7	2 422,7
1982	-	-	1 788,7	279,9	430,9	2 499,5
1983	-	-	1 428,5	331,7	386,0	2 146,1
1984	-	-	1 461,0	574,8	294,4	2 330,3
1985	-	-	1 444,1	724,6	406,7	2 575,4
1986	-	-	1 742,8	783,2	198,1	2 724,0
1987	-	-	1 912,7	1 228,1	58,2	3 199,0
1988	-	-	1 920,0	1 439,9	-	3 359,9
1989	98,9	64,7	1 412,6	1 926,5	12,4	3 515,1
1990	62,9	35,9	2 471,6	1 445,6	7,9	4 023,8
1991	7,8	4,4	2 506,8	1 332,9	66,0	3 918,0
1992	3,3	-	1 506,9	1 842,4	-	3 352,5
1993	-	12,4	1 012,8	2 139,3	-	3 164,5
1994	-	668,9	409,9	1 827,2	-	2 906,0

[표 30] 1979년부터 1994년까지 주들 간의 재정조정(LFA)에서 조정권한을 가진 주들

년도	노르트라인-베스트팔렌 (Nordrhein-Westfalen)	바이에른 (Bayern)	니더작센 (Niedersachsen)	라인란트-팔츠 (Rheinland-Pfalz)	슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	자알란트 (Saarland)	함부르크 (Hamburg)	브레멘 (Bremen)	합계
1970	-	148,2	407,3	228,4	199,1	142,8	-	89,5	1 215,3
1971	-	198,9	450,5	238,7	207,9	143,0	-	50,3	1 289,3
1972	-	178,3	610,7	291,5	246,9	155,6	-	72,7	1 557,7
1973	-	167,0	679,3	247,7	276,7	184,6	-	70,5	1 625,8

제 5 장 연방국가의 공과금분배

년도	노르트라인-베스트팔렌 (Nordrhein-Westfalen)	바이에른 (Bayern)	니더작센 (Niedersachsen)	라인란트-팔츠 (Rheinland-Pfalz)	슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	자알란트 (Saarland)	함부르크 (Hamburg)	브레멘 (Bremen)	합계
1974	-	346,4	742,8	298,6	272,6	194,8	-	54,8	1 910,0
1975	-	368,6	717,6	294,3	239,4	178,9	-	45,5	1 844,3
1976	-	332,1	768,3	340,7	269,3	195,5	-	51,5	1 957,4
1977	-	399,3	929,1	286,6	321,8	210,8	-	144,7	2 292,3
1978	-	299,0	885,7	355,5	354,4	216,0	-	154,8	2 265,4
1979	-	327,9	1 002,2	291,1	401,6	228,0	-	235,0	2 485,8
1980	-	402,6	753,5	246,7	323,0	287,3	-	178,2	2 191,3
1981	-	268,3	1 007,0	303,0	423,0	260,8	-	160,6	2 422,7
1982	-	162,6	1 128,6	278,3	428,1	262,7	-	239,2	2 499,5
1983	-	134,5	704,2	255,5	486,1	304,6	-	261,3	2 146,1
1984	-	41,3	835,8	284,1	524,6	333,0	-	311,5	2 330,3
1985	90,7	27,5	826,8	374,3	564,1	359,2	-	332,7	2 575,4
1986	-	48,8	854,5	378,9	614,4	381,7	-	445,7	2 724,0
1987	165,9	-	1 115,5	477,9	598,9	337,1	-	503,8	3 199,0
1988	28,4	-	1 577,8	311,9	595,8	333,4	-	512,7	3 359,9
1989	-	-	1 673,8	303,6	578,7	328,8	-	630,3	3 515,1
1990	-	-	1 926,6	489,9	601,6	366,2	-	639,6	4 023,8
1991	-	-	1 757,0	588,9	603,0	380,8	-	588,4	3 918,0
1992	-	54,5	1 293,3	661,4	403,6	428,1	-	511,5	3 352,5
1993	31,1	-	998,4	777,9	185,9	421,1	113,7	636,3	3 164,5
1994	155,8	-	958,4	657,0	71,9	434,1	60,5	568,3	2 906,0

< 763 >

대개 6개, 예외적으로 노르트라인-베스트팔렌과 함부르크를 포함하여 7개의 조정권을 가진 주들에게 가장 많은 액수가 인구가 많은 주인 니더작센에게 떨어졌다; 그러나 라인란트-팔츠, 슐레스비히-홀스타인, 자알란트, 브레멘도 여전히 상당한 정도로 주들 간 재정조정(LFA)에 참여하였다. 바이에른이 1992년은 제외하고 1987년부터 조정 수령주의 범주에서 제외되었던 반면에 노르트라인-베스트팔렌 1985년 이래로 그리고 함부르크는 1993년 이래로 조정권이 있는 주의 범주에 편입되었다. 베를린은 그의 특수한 상황 때문에 결코 주들 간 재정조정에 참여하지 않았고 그 대신 연방으로부터 연방교부금(Bundeszuweisungen)을 받았다.

< 764 >

주들 간 재정조정(LFA)은 종래의 연방지역에서 두 번 연방헌법재판소에 의한 절차의 대상이었다(E 72, 330 내지 86, 148, 이에 관해서는 단락번호 652, 654-660).

< 765 >

1991년-1994년에 재정조정도 5개의 새로운 주들간에 행해졌다. 그 재편은 물론 새로운 주들의 비교적 적은 조세수입과 광범위하게 유사한 재정력상황 때문에 의미가 없었고 매년 7000만부터 1억6천만마르크(70 내지 160 Mio. DM) 사이에 유지하였다. 새로운 주들 간의 조정액은 1994년 대략 1억 5천 7백만 마르크에 달했다. 지불주(Zahlerland)는 유일하게 작센이었다. 조정급여 수령주들(Empfängerländer)은 튀링겐 약 7천백만 마르크, 작센-안할트 약 4천2백만 마르크, 메클렌부르크-포폼머른은 약 4천만 마르크였다.

b) 1995년 이래

< 766 >

1995년부터 주들 간 재정조정은 액수로 볼 때 새로운 주들의 편입으로 상당히 확대되었다. 독일전체의 주들 간 재정조정의 액수는 1995년 112억 마르크(11,2 Mrd. DM), 1996년 123억 마르크, 1997년 119억 마르크에 달하였다. 현재 5개에서 6개의 조정의무가 있는 주들과 10개, 11개의 조정권한이 있는 주들이 있다. 조정의무 있는 주들 가운데 헤센, 바이에른, 노르트라인-베스트팔렌, 바덴-뷔르템베르크 주가 조정액의 거의 98%를 지불하고 있다. 조정권한이 있는 주들의 경우 베를린에만 급여의 약 37%, 새로운 주들 전체에 조정급여액의 50%가 그 몫으로 떨어진다.

1995년 전의 결과를 지금의 주들 간 재정조정(LFA)와 비교하면 서독지역의 주들에서 종래 여러 해 동안 조정의무가 있었던 주들이 다른 해에는 조정권한이 있던 주들인 노르트라인-베스트팔렌과 바이에른, 함부르크가 명백한 조정급여 지불주들(Geberländer)로 되었다는 것을 확인할 수 있다. 쉘레스비히-홀스타인은 최초로 조정급여 수령주에서 지불주로 되었다. 조정급여 수령주(Empfängerländer)로 머물러 있는 주들인 니더작센과 라인란트-팔츠, 자알란트에 대한 조정급여는 지속적으로 줄어들었다. 법률규정의 기본구조가 - 자세히 보면 수많은 수정에도 불구하고 - 새로운 주들과 베를린의 편입 후에도 유지되어 있기 때문에 곧바로 각 주들에 대한 재정적 영향에 있어서는

중대한 변화를 가져왔다. 연방은 구동독 주들에게, 이러한 급여의 조달과 조정권한을 가진 주들로부터 조정의무를 부담하는 주들로 몇몇 주들이 전환되는 것을, 부가가치세에 대한 주들의 배당몫을 7% 올림으로써, 그리고 체감적으로 10년 기한의 과도기 연방보충교부금을 보장함으로써(단락번호 788), 상당한 짐을 덜어주었다.

< 767 >

주들 간 재정조정을 시행하기 위하여 종래처럼 조정의무 있는 주들의 부담액(Beiträge, Ausgleichsbeiträge, 조정분담금)으로부터 조정권한을 가진 주들에 대한 교부금(Zuschüsse, Ausgleichszuweisungen, 조정교부금)이 주어진다(재정조정법(FAG) 제4조). 조정급여(Ausgleichsleistungen)는 최초 액수(Ausgangsgröße)의 비교를 통하여 계산에 의해 조사된다:

재정력측정지수(재정력지수, Finanzkraftmeßzahl)와 조정측정지수(조정지수, Ausgleichsmeßzahl). 재정력지수가 조정지수를 상회하는 주는 조정의무가 있다. 재정력지수가 조정지수에 미달하는 주는 조정권한이 있다(재정조정법(FAG) 제5조). 어떤 주의 재정력지수는 조세수입과 광업법상의 지원공과금(Förderabgabe) 수입의 총합이며 브레멘과 함부르크, 메클렌부르크-포퓰머른, 니더작센 주들에게 항구의 유지 및 개선을 위해 증가하는 특별부담(Sonderbelastungen)을 보상하기 위해 법률상 규정된 일정한 부담액만큼 줄어든다. 게다가 - 가상의 토대에서 조사된 - 각 주들에게 속한 기본단위 지방자치단체게마인테의 조세수입이 추가된다.

< 768 >

조정지수는 각 주와 관련된 모든 주들의 평균재정력이다. 조세수입을 조정하기 위한 지수를 조사할 때는 도시국가(Stadtstaat)의 인구수가 기초로 되며 기본단위 지방자치단체게마인테의 조세수입조정을 위한 지수를 조사할 때는 주에 속한 시들(Städte)과 기본단위 지방자치단체게마인테(Gemeinde)의 인구수도 현재의 가치(Ist-Wert)가 아니라 단계화된 승수(Multiplikator)로 가중된다(이른바 가중치<Veredelung>). 거기에는 인구수 증가와 인프라지출의 부담, 중심지역 특별부담으로 재정수요가 초과비례적으로 증가한다는, 논쟁의 여지가 있는 고려가 기초로 되어 있다. 연방헌법재판소는 (E 86, 148, 222 이하ff., 단락번호 758) 입법자로 하여금 기본단위 지방자치단체게마인테의 크기, 인구밀도가 오늘날의 조건하에서 아직도 수요의 증가를 초래하는지 여부 그리고 그 대신 또는 추가적으로 다른 구조적 표지들을 수요지표로서 고려해야 하

는지 심사해야 할 의무를 부과하였다. 현재 도시국가인 베를린, 브레멘, 함부르크는 100분의 135, 그 밖의 주들은 100분의 100으로 표현된다. 주에 소속된 도시들과 기본단위 지방자치단체마인데에게 기본단위 지방자치단체마인데의 최초 5000명에 대한 평가는 100분의 100에 달하고 인구 50만 명부터 각 인구 당 100분의 125, 100만 인구가 넘는 도시의 경우 100분의 130으로 올라간다. 50만 명 이상의 주민을 가진 기본단위 지방자치단체마인데에 대해서는 게다가 평방킬로미터 당 인구밀도에 대해 추가적인 책정금액(Zusatzansatz)이 있다. 라인란트-팔츠의 연합 기본단위 지방자치단체마인데(Verbandsgemeinde)와 니더작센의 통합 기본단위 지방자치단체마인데(Samtgemeinde)도 이러한 의미에서 기본단위 지방자치단체마인데로서 간주된다.

1999년 11월 11일 연방헌법재판소의 판결에 의하면(이에 대해 상세한 것은 단락번호 754, 759) 주민가중치(Einwohnerveredelung)는 헌법재판소가 요구한 새로운 규정에서는 더 이상 적용될 수 없다. 이른바 인구밀도 조항(Dichteklausel)과 관련하여 연방헌법재판소는 이 조항이 경험적으로 입증 가능한 수요지표(Bedarfindiz)를 파악하는지 또는 파악할 수 있는지 등에 대한 인식을 가능하게 하지는 않는다는 점을 부가하였다. 기본단위 지방자치단체마인데 지역의 평방미터당 주민 수에만 의존하는 주민의 평가는 자유로이 파악된 크기(frei gegriffene Größen)에 의해 주민이란 척도(Einwohnermaßstab)를 수정하며 연방헌법재판소가 새로이 강조한 바대로 - 그 때문에라도 심사가 필요하다.

< 769 >

1995년 1월 1일 이래 시행된 조정변수(Ausgleichsmodus)는 종래에 비하여(이에 대해서는 단락번호 659) 수정되어 있다. 조정권한을 가진 주들(Ausgleichsberechtigte Länder)의 조정교부금(Ausgleichszuweisungen)은 재정력지수(Finanzkraftmeßzahl)가 그 조정지수(Ausgleichsmeßzahl)의 뒤에 머무르도록 하기 위하여 종래와 같이 분담금의 단계적 백분율(gestaffelte Hundertsätze)로 계산된다. 종전처럼 조정지수의 100분의 92가 안 되는 액수는 완전히 조정된다. 조정지수의 100분의 92부터 100분의 100까지에서 부족한 액수는 8분의 3까지 조정되며 그 결과 종전처럼 각 주가 최소한 조정지수의 100분의 95에 이르도록 한다(재정조정법(FAG) 제10조 1항). 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 이러한 2단계 조정메커니즘을 헌법에 합치하는 것으로 선언하였다. 이러한 메커니즘은 수평적 재정조정에 대해 주의 자치(Landesautonomie)와 연방국가의 연대공동체 사이에서 합리적인 균형을 창출한다. 이 메커니즘은 재정력에 접근하는 것이고 균등화하는 것이 아니며 재정력 서열을 유지하고

원칙적으로 과도한 지불(Abschöpfungen)을 피하는 것이다.

조정 의무 있는 주들의 조정액수를 계산할 때 종전의 법과 달리 평균재정력의 100분의 100과 100분의 102 사이에 있는 유희 지역(tote Zone)은 폐지되어 있으며 조정 의무가 있는 잉여분(Überschüsse)을 지불할 때의 누진(Progression)은 완화되어 있다. 지불해야 할 주들이 그들의 세원을 다 이용하기(Ausschöpfung) 위해 지불하는 주들의 잉여를 너무 광범위하게 끌어들이었을 때의 부정적인 유인효과(Anreizeffekte)는 이를 통해 줄어든다. 1995년 이래 조정 의무 있는 잉여를 조사할 때 조정지수의 100분의 100과 100분의 101 사이에 있는 재정력은 100분의 15로, 100분의 101과 100분의 110 사이에 있는 재정력은 100분의 66으로, 100분의 110 이상의 경우에는 100분의 80으로 평가된다(angesetzt). 그렇게 계산된 조정 의무의 부담액은 필요한 조정교부률 하기 위하여 백분율로 계산되고 이를 통해 조정부담액 총액은 조정 교부액(Ausgleichszuweisungen)의 총액과 일치한다. 조정교부액과 조정 의무 부담액의 계산 후 행해야 하는 주들의 조세수입(기본단위 지방자치단체계마인데 조세 제외)의 비교에 맞추어 하는 교정은 연방헌법재판소에 의해 요구된(E 86, 148, 250 이하 ff.) 개정과 함께 원칙적으로 유지되었다. 이 특별규정들은 주들간 재정조정(LFA)이 있기 전에 존재하는 재정력 서열이 분배가 줄어드는 경우(bei verminderter Streuung) 조정 후에도 유지되어 있을 것을 명백히 하고 있다. 왜냐하면 재정력 서열이 역전되는 것은, 주들의 상이한 재정력이 적절하면서도 균등화되지 않고서만 조정되어야 한다는 요청과 모순되기 때문이다. 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 이러한 관점에서 주들의 조세보장에 관한 이 규정(Regelung der Ländersteuergarantie)은 구체적인 모습에 있어서 스스로 설정한 기준과 모순되며 기본법 제107조 2항 2문의 요건, 즉 재정조정 청구권과 조정 의무에 대한 요건을 법률에 규정하고 그것을 예견할 수 있도록 하며 심사할 수 있도록 만들라는 요구를 충족하지 않는다고 강조한 바 있다.

[표 31] 1995년부터 1998년까지 주들 간의 수평적 재정조정(LFA)

(단위 백만 마르크)

	1995	1996	1997	1998
I. 조정 의무 있는 주들(Ausgleichspflichtige Länder) (-)				
노르트라인-베스트팔렌 (Nordrhein-Westfalen)	3 449	3 125	3 059	3 095

	1995	1996	1997	1998
바이에른(Bayern)	2 532	2 862	3 102	2 901
바덴-뷔템베르크 (Baden-Württemberg)	2 803	2 521	2 410	3 473
헤센(Hessen)	2 153	3 240	3 148	3 435
함부르크(Hamburg)	117	482	273	613
슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	141	-	5	0,1
II. 조정권한 있는 주들(Ausgleichsberechtigte Länder) (+)				
니더작센(Niedersachsen)	452	553	672	787
라인란트-팔츠(Rheinland-Pfalz)	229	231	296	431
슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	-	16	-	-
자알란트(Saarland)	180	234	204	228
브레멘(Bremen)	562	635	350	912
베를린(Berlin)	4 222	4 336	4 432	4 888
작센(Sachsen)	1 773	1 965	1 918	1 990
작센-안할트(Sachsen-Anhalt)	1 123	1 241	1 175	1 205
튀링엔(Thüringen)	1 019	1 127	1 123	1 160
브란덴부르크(Brandenburg)	864	1 035	986	1 041
메클렌부르크-포퓰머른 (Mecklenburg-Vorpommern)	771	856	843	876
III. 전체	±11 195	±12 229	±11 998	±13 518

VI. 연방과 주들 간의 재분배(제2차 수직적 재정조정)

< 770 >

연방과 주들 간의 재정조정을 하는 데는 3가지 형태가 있다:

- (1) 연방보충교부금(Bundesergänzungszuweisungen), 기본법 제107조 2항 3문과
- (2) 초과부담의 조정(Mehrbelastungsausgleich), 기본법 제106조 4항 2문,

(3) 특별부담의 조정(Sonderlastenausgleich), 기본법 제106조 8항.

이러한 현상 형태들로 명백히 서로 다른 목표를 추구한다. 그들은 따라서 엄격히 구별해야 한다. 그 가운데 기본법상 연방국가 재정조정 4단계 시스템에는 기본요소로서 연방보충교부금만이 속하게 된다.

1. 연방보충교부금, 기본법 제107조 2항 3문

< 771 >

기본법 제107조 2항 3문은 연방국가 재정조정 시스템의 마지막 단계이다. 벌써 그 규정의 문언으로부터 보충교부금(Ergänzungszuweisungen)이 주들 간의 재정조정(LFA)에 대하여 단지 보충적인 성격만을 갖는다는 결론이 나오는데, 여기에는 각 주의 수요상태의 변화를 반영할 수 있는 균형추의 역할이 주어지게 된다. 보충교부금의 경우 원래 재정 경제적으로 주들에게 귀속되어야 할 연방재원이 문제이다. 부가가치세에 대한 참여관계의 확정에서는 그러므로 주들의 배당 몫은 주들 전체에 남아있는 액수인데, 이는 보충교부금액 만큼 미리 축소되었다. 따라서 연방과 주들, 기본단위 지방자치단체계마인데에 대한 조세수입의 분배에 관한 표에서(단락번호 730f.) 보충교부금은 연방 조세수입에서는 공제되었고 주들의 조세수입에서는 추가되었다. 기본법 제107조 2항 3문은 주들 전체가 수직적 세수분배, 특히 기본법 제106조 3항 4문에 의한 부가가치세분배에서 처분 가능한 재원에 대한 배당 몫을 얻고 그 결과 주들이 그들의 과제를 전체적으로 충분히 수행할 수 있다는 점에 근거하고 있다. 이것이 가능하지 않게 되면 연방충실의무(Bundestreue)로부터 기본법 제106조 4항 1문에 따라 부가가치세 배당 몫에 관한 새로운 협의를 해야 할 의무가 있다.

< 772 >

기본법은 연방보충교부금에 대하여 어떤 수량적인 한계를 포함하고 있지 않다. 기본법 제107조 2항 3문의 목적으로부터 특히 여기서 다투어지는 각 주들의 특별부담에 대한 가능한 고려 때문에 연방보충교부금을 수평적 재정조정과의 관계에서 단지 소액이 아닌 액수로 제공할 것을 바로 요구할 수 있다. 입법자가 주들의 특별부담을 고려하기로 결의한 경우, 연방헌법재판소의 판례(E 72, 330, 420 이하f.)에 의하면, 연방보충교부금은 수평적 재정조정(LFA)과의 관계에서 볼 때 전체적으로 적지 않은 액수에 도달하도록 요청되어 있을 것이다. 비록 기본법 제107조 2항 3문이 재정조정법(FAG)이 연방보

충교부금을 보장할 수 있다고 언급하고 있다고 해도 그러한 한에서 연방입법자가 무제한의 재량을 가지고 있지는 않다. 연방입법자의 결정 여지는 본질적으로 수평적 재정조정(LFA)에서 재정이 취약한 주들의 재정상황이 주 평균에 어느 정도 근접하느냐에 달려 있다. 여기서 그 근접의 한계가 낮으면 낮을수록 연방보충교부금의 교부를 통해 일반 재정수요를 보충적으로 충족해야할 의무는 실질적으로 더욱 더 많이 주어진다(BVerfGE 72, 330, 403.). 이는 1995년 1월1일부터 시행된 재정조정법 제11조의 새 규정(BGBl. 1993 I, S. 944, 977)으로 연방보충교부금에는 그 보충적 성격에도 불구하고 다목적 무기의 기능이 귀속되고, 그의 투입은 동시에 다섯 가지의 방법으로 규정되어 있고 그 후 지금까지 매년 250억 마르크(25 Mrd. DM) 이상의 재정이 교부되는 결과를 초래했다. 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 서 연방헌법액은 135억 2천만 마르크(13,52 Mrd. DM)이고 연방보충교부금 액수는 256억 5천만 마르크(25,65 Mrd. DM)임을 확인했다. 구동독 주들의 특별부담을 고려하여 연방헌법재판소는 이러한 상황을 통일을 이유로 한 조정규율로서 임시적이며 정당한 것으로 간주했지만, 연방보충교부금(BEZ)의 명백한 보충기능을 근거로 하여 그러한 전개는 장기적으로 구동독 주들을 고려해서도 시정을 필요로 한다고 강조했다.

a) 교부금수령자로서 재정취약주

< 773 >

1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 기준을 제시할 연방입법자에게 연방보충교부금과 관련하여 장래에 납득할 수 있고 모순이 없는 규율을 정하도록 위임하였다. 특히 입법자는 어떻게 재정능력취약(Leistungsschwäche)이란 구성요건표지가 더 상세히 규정될 수 있으며, 어떻게 연방보충교부금의 기능이 최종적이고 수직적(vertikal)이면서 수평적 재정조정 이후에 행해지는 조정요소로서 고려될 수 있는지 심사해야 한다.

어떤 주에 연방보충교부금을 교부하기 위한 요건은 그의 재정능력 취약(Leistungsschwäche)이다. 기본법 제107조 2항 3문의 의미에서 볼 때 재정능력 취약은 다툼이 있긴 하지만 그 주의 재정수입과 일반적 및 특수한 지출부담의 관계로부터 도출된다. 연방헌법재판소는 그 자신의 구상에 따르면 이 점에서 주들 간의 수평적 재정조정(LFA)에 비해 일정한 차이점을 본다. 재정능력취약은 그 주가 수평적 재정조정(LFA)의 결과 후에 평균이하의 재정상황을 보여주는지에 따라 결정될 수 있다. 기본법은 연방보충교부금이 어떻게

재정능력이 취약한 주들에 분배되어야 하는지를 연방에게 개별적으로 규정하지 않는다. 재정능력이 취약한 주들의 재정력(Finanzkraft)을 향상시키는 것이나 주들의 특별부담(Sonderlasten)을 고려하는 것, 또는 양자를 서로 결부시킬 것인지 하는 문제는 입법자의 자유에 맡겨져 있다.

< 774 >

입법자가 연방보충교부금의 도움으로 재정능력이 취약한 주의 재정력을 일반적으로 향상시키기로 결정했다면, 입법자는 물론 교부금을 수령하는 개별 주들의 재정력이 주들의 평균재정력을 상회하도록만 교부금을 산정할 수 있다. 그러한 주들만이 주들 간의 수평적 재정조정 결과 후에 주들의 평균 이하에 머물러 있는 교부금 수령주들이 될 수 있으며 보충교부금은 주들의 평균을 초과해서 교부금 수령주들의 재정력을 높여서는 안 된다. 연방보충교부금 교부 시 입법자에게 주어지는 행위여지의 이러한 한계는 상호책임의 연대의 원리와 더불어 연방국가의 원리(Bundesstaatsprinzip)에는 동시에 균등화금지(Nivellierungsverbot)의 특성이 있다는 점으로부터 도출된다. 연방은 연방보충교부금을 재정능력이 취약한 주들이 평균이상의 재정력을 갖도록 하는데 이용해서는 안 된다. 재정능력이 취약한 주들의 재정력을 일반적으로 상승시킬 목표를 갖는 연방보충교부금의 교부를 함에 있어서는 그 이상으로 연방입법자는 주들을 평등취급(Gleichbehandlung)해야 할 의무가 있다. 그러한 한에서 연방국가의 원리와 일반적 평등의 원칙으로부터 주들과의 관계에서 연방에 대한 평등취급의 요청(ein föderatives Gleichbehandlungsgebot)이 나온다(BVerfGE 72, 330, 404).

재정능력이 취약한 주들의 일반적인 그러한 재정력 향상은 현재 통일독일에서 새로운 주들(동독 주들)의 재정력이, 구서독 주들의 재정능력이 결정적으로 약화되지 않으면서 그들의 재원으로부터는 적절한 평균에 도달할 수 없을 정도로, 재정력 평균으로부터 동떨어져 있는 경우에 특히 고려된다(BVerfG, Urteil vom 11.11.1999).

< 775 >

그에 반해 입법자가 연방보충교부금을 교부함에 있어서 각 주들의 특별부담(Sonderlasten)을 고려한다면, 상황 의존적이고 그러한 한에서 시간적으로 한정된 교부를, 주들 간 수평적 재정조정(LFA)을 한 뒤 그들의 재정력이 평균에 도달하거나 평균을 초과하는 주들에게도 하는 것이 배제되어 있는 것은 아니다. 따라서 바로 특별한 수요를 고려하는데 기여하는 연방보충교부금은

시간상 재정력순위의 변경을 초래할 수 있다; 균등화 금지는 그러한 한에서 문제되지 않는다(BVerfG, Urteil vom 11.11.1999). 물론 평균적인 주들의 재정력 도달 또는 초과는 특별부담 자체의 고려를 위해서 뿐만 아니라, 예외적인 성격임을 입증하는 특별한 근거제시의무를 지게 되는, 비상 상황의 파악을 위해서도 존재해야 하는 명백한 지표이다. 보통의 경우 연방보충교부금의 교부는 특별부담을 고려하는 경우에도 교부금을 받는 주의 재정력이 주들 간 수평적 재정조정 후 주들의 평균을 상회하는 결과를 초래해서는 안 된다. 연방보충교부금이, 어떤 주가 그들의 과제를 수행하는데 있어 스스로 행한, 정치적인 결정의 직접적이면서 예견 가능한 결과가 만들어내는 재정적 악화를 지원하는데 까지 기여하지는 않는다. 독립성 및 정치적 자치(Autonomie)는 재정조정의 이 단계에서도 주들이 그러한 결정의 예산 정책적 결과에 대해 책임져야 한다는 결과를 가져온다.

1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 각 주들의 특별부담을 고려할 때 연방보충교부금의 교부에 관한 요건을 명확히 하였고 입법자로 하여금 특별부담을 열거하고 근거를 제시하도록 의무 지웠다. 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)에 특별부담의 구성요건상의 입증을 통하여(이에 관해 상세한 것은 단락번호 697이하를 참조) 다음과 같은 내용이 확정되어야 한다. 즉,

- 열거되어 입증된 특별부담은 부담과 관련되는 모든 주들에서 고려될 것,
- 고려된 특별부담은 적절한 간격으로 그의 계속 존속(Fortbestand)에 대하여 심사될 것,
- 법원 및 여론을 통한 통제가 명료하게 접근 가능한 실마리를 제공할 것.

따라서 연방보충교부금에 대한 규정들은 명백하면서도 통제될 수 있도록 구체화한 법률규정들을 충족할 때만 계속 지속된다.

< 776 >

그럼에도 불구하고 어떤 주의 예산긴급사태에서는, 다른 방법으로 지원이 가능하지 않는 경우, 이러한 긴급 상황에 의해 제약되어 있는 부담(Lasten)도 고려 가능한 특별수요(Sonderbedarf)로서 고려될 수 있다(BVerfGE 72, 330, 440f.; 86,148, 260 이하f.). 입법자가 연방보충교부금의 범위에서 예산긴급사태로 인한 특별부담을 고려한다면 이는 재정조정의 범주에서 최종 단계의 재정조정으로서 연방보충교부금의 기능에 일치하는 범위 내에서만 행해질 수 있다. 그 지원은 연방보충교부금의 방법으로 행해질 수 있어야 하며 이 경우 연방의 평등취급요청이 준수되어야 한다. 4단계 재정조정시스템에서 연

방보충교부금의 기능 때문에(단락번호 695, 702), 예산긴급사태를 이유로 한 특별부담은 그를 위해 교부되는 연방보충교부금이 사안 및 범위에 의해 관련된 주의 자조(Selbsthilfe)를 위한 (임시의) 지원인 한에서 고려가능하다. 이에 반해 자력으로서는 더 이상 능력이 안 되는 주 대신에 연방이 예산을 건전화하는 것과 같은 지원은 연방보충교부금의 그러한 기능과 더 이상 일치하지 않는다. 그러한 지원이 필요한 것으로 입증된다면 연방보통교부금의 기능이란 의미에서 교부되는 물론 임시적인 지원은 그의 정당성을 박탈하지 못한다. 그것은 가교기능을 하는 원조로서 효과가 있을 수 있지만 이는 예산상황의 계속적인 악화를 가져오는데 기여하게 된다(BVerfGE 86, 148, 261 이하f.).

자알란트(Saarland)와 브레멘(Bremen)의 예산긴급사태와 관련하여, 연방헌법 재판소는 재정조정에 참여하는 그 밖의 주들과 비교하여 이것은 극단적인 정도를 갖는다고 확인하였다. 따라서 보통의(통상적인, normalen) 기능 범위에서 유지되는 연방보충교부금으로는 그들을 효과적으로 도와줄 수 없다(BVerfGE 86, 148, 262).

< 777 >

기본법 제107조 2항 3문은 현재의 프로젝트 파이낸싱(Projektfinanzierung)이나 단기간의 재정긴급사태의 제거를 목적으로 하지 않는데, 이에 의하면 더구나 단지 단기간의 특별부담은 연방보충교부금의 교부 시 고려되어서는 안 된다. 그에 따르면 고려될만한 것으로는 예컨대, 정치적 수행비용(Kosten politischer Führung)을 들 수 있는데 이는 적은 인구를 둔 주들에게는 평균이상으로 높을 수 있다(BVerfGE 72, 330, 405). 입법자가 특별부담을 고려한다면 그는 연방의 평등요청에 의하여 이를 열거하고 근거를 제시할 의무를 진다. 이에 따라 입법자가 주들의 평등취급의무를 특별부담의 고려에서도 준수하도록 하는 것이 확보되어 있다. 평등취급의 의무는 이러한 상황 하에서 입증되고 열거된 특별부담은 그것이 존재하는 모든 주들에게 있어서 고려되어야 한다는 결과를 가져온다. 게다가 연방입법자는 고려된 특별부담을 적절한 간격으로 그의 향후 존속에 대해 심사할 의무가 있다. 그 밖의 경우 원래는 주들에 대한 평등취급이 구성요건상의 여건 변화의 결과 시간이 흐르면서 헌법위반의 불평등취급으로 전환될 수 있다(BVerfGE 72, 330, 405 이하f.). 극단적인 예산긴급사태에서 재정조정시스템의 기능서술에서 전개했듯이 연방보충교부금은 극단적인 예산긴급사태를 극복하기 위한 연방국가의 지원의무실현과 관련하여 우선적으로 주어진 기능을 넘어가는 의미를 얻는다. 그러한 예외 사례에서 그의 의미와 목적은 확대되며 그 결과 그 범위는 그렇지 않

았다면 허용되는 정도를 일시적으로 넘어설 수 있다(BVerfGE 86, 148, 262).

b) 현재까지 재정조정법에서의 연방보충교부금의 투입

< 778 >

재정개혁 당시(1969) 연방은 일단 재정능력이 취약한 주들의 개선된 재정의 결과 주들 간 수평적 재정조정(LFA)을 강화함으로써 보충교부금이 미리 필요하지 않을 것이라는 점에서 출발하였다. 그러나 연방입법자는 연방참사원(Bundesrat)의 압력에 의하여 주들 간의 조세력 격차(Steuerkraftunterschiede)를 더 줄이는데 기여하도록 1970년에 이미 1970년과 1971년의 기간 동안에 연간 1억 마르크(100 Mio. DM)를 교부하기로 선언하였다. 다음 연도들에 보충교부금은 크게 증가하였다. 재정개혁 후의 제1차 부가가치세배분규율을 근거로 연방보충교부금은 1972년과 1973년 연간 5억5천만 마르크(550 Mio. DM)로 증가했다. 1974년부터 보충교부금은 역동적이 되었고 매년 부가가치세 수입의 100분의 1.5로 고정되었다. 이 산정기초에 의하면 1974년부터 1986년까지의 연방보충교부금은 다음과 같다:

1974 750 Mio. DM

1975 802 Mio. DM

< 779 >

[표 32] 1970-1985년 연방보충교부금의 배분(백분율, in v.H.)

주(Land)	1970/71	1972-82	1983	1984/85
바이에른(Bayern)	18	21,8	21,2	20,8
니더작센(Niedersachsen)	38	36,9	35,8	34,3
라인란트-팔츠(Rheinland-Pfalz)	22	20,6	20,0	19,7
자알란트(Saarland)	6	5,8	8,5	9,7
슐레스비히-홀스타인(Schleswig-Holstein)	16	14,9	14,5	15,5

< 780 >

당시 주들 간 수평적 재정조정(LFA) 후에 도출된 재정능력이 취약한 주들의 재정 상태를 주 평균에 더욱 근접하게 하기 위하여 분배기준이 설정되었

다. 법률로 규범화하면서 연방입법자는 항상 보충교부금의 분배쿼터에 대한 주들의 생각들을 고려했다. 그리하여 1972년부터 1982년까지 11년간 변하지 않은 보충교부금 분배기준은 1972년과 1973년의 5억5천만 마르크(550 Mio. DM)로 주지사들 간에 합의한 데에 연유한 것이었다. 이 분배는 보충교부금의 역동성(Dynamisierung)에도 불구하고 유지되었고 1983년부터 약간 수정되었을 뿐이다. 이러한 분배는 특히 보충교부금의 역동성에 의하여, 주들 간 수평적 재정조정(LFA)과 연방보충교부금을 합치면 재정이 취약한 개별 주들이 재정력에서 재정이 강한 주들에 도달하는 결과를 초래했다.

< 781 >

연방헌법재판소는(E 72, 330, 419) 연방보충교부금의 액수를 부가가치세 수입의 100의 1.5로 한 것을 기본법에 합치한다고 선언하였다. 이것은 액수 자체에 대해서뿐만 아니라 그 역동성, 주들 간 재정조정(LFA)에 대한 교부액의 관계에 대해서까지 적용된다. 이에 반해 당시의 분배규정에 대해서 연방헌법재판소는 당연히 헌법위반으로 선언하였다(E 72, 330, 420f.). 연방입법자는 주들의 특별수요(Sonderbedarfe)를 전혀 명명하지 않고 그의 적정성을 규칙적으로 심사하지도 않은 채 개괄적으로 받아들이는데 만족했다. 그러한 절차는 연방보충교부금수령자로서 법률에 언급된 주들을 거기에 언급되지 않은 주들에 비하여 부당하게 유리하게 하였다. 주들의 보충교부금에 대한 백분율에 따른 몫이 그들의 특별부담(Sonderlasten)의 변동을 고려하지 않고 시대를 초월하여 똑같은 뿐만 아니라 그 배당 몫(Anteile)도 부가가치세 수입에 대해 구속됨으로써 연동화 되었으며 그리하여 꾸준히 그리고 상당한 정도로 증가하게 되었다는 점 때문에, 그와 같은 기본법 제107조 2항 3문에 대한 위반이 추가적으로 비중을 얻는다. 이런 방법으로 교부수령 권한이 있는 주들인 바이에른(Bayern)과 자알란트(Saarland)의 재정력이 1984년에는 심지어 평균재정력의 100분의 100까지 상승했다(BVerfGE 72, 330, 340).

< 782 >

1988년 1월 28일의 개정된 재정조정법(FAG, BGBl. I S. 94)에서 입법자는 1988년 12월 20일 주들 간 상이한 경제력(Wirtschaftskraft)을 조정하기 위한 법률을 통해 이미 수정된 새로운 규율을 규정하였다. 연방은 연방재정으로 재정능력이 취약한 주들에게 그들의 일반적인 재정수요를 보충적으로 충당하는 교부금(보충교부금)을 1987년에 17억7천5백만 마르크(1,775 Mrd. DM)를, 1988년에는 1994년까지 매년 부가가치세 수입의 100분의 2만큼 교부하였다.

통일조약(Einigungsvertrag)의 결과 개정된 법률에서 연방보충교부금은 1994년 말까지 당시까지의 연방지역에만 해당하며 당시까지의 연방독일지역에서의 부가가치세수입 가운데 매년 원칙적으로 100분의 2를 포함한다고 규정되었다. 연방보충교부금은 1989년부터 1991년까지 매년 5천억 마르크(브레멘 예산지원), 그리고 1992년과 1993년에는 1억 천 9백만 마르크(브레멘과 노르트라인-베스트팔렌의 손실조정(Nachteilausgleich) 증가했고 1994년에는 6억 마르크 감소했다(특히 과도한 균등화 회피(Vermeidung von Übernivellierung)). 1994년에는 1992년 5월 27일 연방헌법재판소의 판결(E 86, 148)에 대한 반응으로 브레멘(18억 마르크)과 자알란트(16억 마르크)의 예산건전화를 위하여 전체 34억 마르크(3,4 Mrd DM)의 특별연방보충교부금(SonderBEZ)이 추가적으로 교부되었다. 1986년에서 1994년까지 연방보충교부금 총액의 전개와 교부금 수령주들에 대한 분배는 다음과 같다:

[표 33] 1986년부터 1994년까지 교부금 수령주들에 대한 연방보충교부금 분배

(단위: 백만 마르크)

Land	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
바이에른 (Bayern)	29,3	30	-	-	-	-	-	-	-
브레멘 (Bremen)	86,1	223	258,7	229,5	256,4	288,6	696,1	711,5	2 095,1
니더작센 (Niedersachsen)	558,0	558	913,7	1 081,5	1 299,0	1 559,2	1 474,7	1 618,9	1 762,2
노르트라인- 베스트팔렌 (Nordrhein- Westfalen)	-	124	70,6	56,5	2,8	-	15,5	15,5	-
라인란트-팔츠 (Rheinland- Pfalz)	321,7	302	477,7	518,1	561,7	677,6	720,6	844,6	921,3
자알란트 (Saarland)	160,8	263	307,2	332,7	365,3	403,2	465,0	483,6	1 952,4
슐레스비히- 홀스타인 (Schleswig- Holstein)	254,6	275	380,6	438,2	513,3	603,4	573,0	621,5	515,6
총액 (Gesamtbetrag)	1 674,2	1 775	2 408,5	2 656,5	2 998,5	3 531,9	3 944,9	4 295,5	7 246,7

c) 1995년 1월 1일 이후 새로운 기준

< 783 >

1995년 1월 1일 연방보충교부금의 투입에 관한 재정조정법 제11조(BGBI. 1993 I S. 944, 977)에 의하여 완전히 내용상 새로운 기준이 만들어지는데 이는 입법자의 형성여지의 표시란 의미에서 연방헌법재판소에 의해 부각된 헌법지침들을 전면적으로 다 구현하는 구상이었다. 그 이래로 보충교부금은 다섯 가지 현상 형태로 교부된다, 즉

- 결손액 연방보충교부금(Fehlbetrags-BEZ)
- 평균이상의 높은 정치적 수행비용에 대한 특별수요 연방보충교부금(Sonderbedarfs-BEZ)
- 분할조건의 특별 부담을 철폐하기 위한 특별수요 연방보충교부금(Sonderbedarfs-BEZ)
- 과도한 부담을 조정하기 위한 과도적 연방보충교부금(Übergangs- BEZ)
- 예산건전화 목적의 특별 연방보충교부금(Sonder-BEZ)

그러므로 그러한 한에서 헌법적으로 가능한 연방보충교부금 형태들이라는 의미이기도 하다. 1999년 11월 11일 판결에서 연방헌법재판소는 장래에 대하여 제한적으로 적용할 것을 촉구했다.

< 784 >

일반적인 재정수요를 보충적으로 충족하기 위하여 재정능력이 취약한 주들은 주들 간 재정조정 이후 남게 되는, 재정 조정 측정지수(Ausgleichsmeßzahlen) 대비 재정력 측정지수(Finanzkraftmeßzahlen)의 부족액의 90퍼센트까지 결손액 연방보충교부금을 받는다. 이 형태의 경우 고전적인 연방보충교부금이 문제되는데 이것으로 재정취약주의 재정수요가 재정조정 측정지수의 100분의 99.5까지 상승된다(100분의 95는 주들 간의 재정조정에 의하여 그리고 그 차액의 100분의 90은 결손액 연방보충교부금에 의하여). 이 형태의 연방보충교부금은 1995년 이래 매년 약 50억 마르크로 이목을 끌었다.

[표 34] 1995년부터 1998년까지 연방보충교부금(BEZ)

a) 1995년부터 1998년까지

결손액 연방보충교부금(Fehlbetrag BEZ)에 따른 액수 및 연방보충교부금

Land	특별보충 교부금 (Sonder- BEZ f. Kosten pol. Füh- rung)	특별보충 교부금 (Sonder- BEZ z. Abbau- teilungs- bed. Son- derlasten	초과부담조정을 위한 과도기 보충교부금 (Übergangs-BEZ)				예산건전화 목적의 특별보충 교부금 (Sonder-BE Z z. Zwecke d. Haushalts- sanierung)	총액 (Gesamtbetrag)			
			1995	1996	1997	1998		1995	1996	1997	1998
베를린(Berlin)	219	2 662	-	-	-	-	-	2 881	2 881	2 881	2 881
브란덴부르크 (Brandenburg)	164	1 985	-	-	-	-	-	2 149	2 149	2 149	2 149
브레멘(Bremen)	126	-	80	72	64	56	1 800	2 006	1 998	1 990	1 982
메클레부르크-포퐁머른 (Mecklenburg-Vorpommern)	164	1 479	-	-	-	-	-	1 643	1 643	1 643	1 643
니더작센 (Niedersachsen)	-	-	507	456	406	355	-	507	456	406	355
라인란트-팔츠 (Rheinland-Pfalz)	219	-	451	406	361	316	-	670	625	580	535
자알란트(Saarland)	153	-	80	72	64	56	1 600	1 833	1 833	1 833	1 833
작센(Sachsen)	-	3 658	-	-	-	-	-	3 688	3 688	3 688	3 688
작센-안할트 (Sachsen-Anhalt)	164	2 208	-	-	-	-	-	2 372	2 372	2 372	2 372
슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	164	-	227	207	182	159	-	391	368	346	323
튀링겐(Thüringen)	164	2 208	-	-	-	-	-	2 172	2 172	2 172	2 172
총액(Gesamtbetrag)	1 537	14 000	1 345	1 211	1 076	942	3 400	20 282	20 148	20 013	19 886

1999년 11월 11일 판결에서 연방헌법재판소는 재정조정법(FAG)이 결손액 연방보충교부금에 대하여 단지 기본법 제107조 2항 3문의 문언을 반복했을 뿐이라고 지적했다. 그에 따라 한편으로 주들 간 수평적 재정조정에 대한 기

준과 다른 한편 연방보충교부금에 대한 기준들이 구성요건 상 서로 충분히 구별되지도 않게 되었고 명명되거나(benannt) 근거가 제시되지도 않았다. 장래의 형태에 대해서는 후순위 도구인 연방보충교부금이 주들 간 수평적 재정조정(LFA)을 대체하는 것으로서가 아니라 단지 보충하는 것으로서만 투입 되도록 재정조정기준법(MSG)에 의해 확정하도록 입법자에게 위임된다.

< 785 >

[표 34] 1995년부터 1998년까지 연방보충교부금(BEZ)

b) 1995년부터 1998년까지 결손액 연방보충교부금(Fehlbetrag BEZ)

(단위: 백만 마르크)

주(Land)	1995	1996	1997	1998
베를린(Berlin)	849	858	846	882
브란덴부르크(Brandenburg))	464	471	476	498
브레멘(Bremen)	121	120	130	143
메클렌부르크_포퓰머른 Mecklenburg-Vorpommern)	335	337	333	348
니더작센(Niedersachsen)	789	830	1 008	1 181
라인란트-팔츠 (Rheinland-Pfalz)	343	347	444	647
자알란트(Saarland)	199	201	200	209
작센(Sachsen)	839	846	835	873
작센-안할트(Sachsen-Anhalt)	504	506	499	520
슐레스비히-홀스타인 (Schleswig-Holstein)	-	24	-	-
튀링겐(Thüringen)	459	462	456	477
총액(Gesamt)	4 789	5 003	5 221	5 777

< 786 >

연방헌법재판소가 (E 72, 330, 405) 적은 수의 인구를 가진 주들에 대한 정치적 수행비용을 위한 특별수요를 고려 가능한 특별수요로 승인한 후에 입법자는 이 항목을 재정조정법으로 받아들였고 - 특별수요(Sonderbedarf) 개념 자체와 일치하지는 않는다 - 1995년 이래 연방 주들 다수와 관련되었다. 평균적으로 높은 정치적 수행비용과 중앙행정비용 때문에 베를린(Berlin)과 라인란트-팔츠(Rheinland-Pfalz)는 매년 2억 1천9백만 마르크(219 Mio. DM)의 특

별수요 보충교부금을 받았고 브란덴부르크와 메클렌부르크-포퓰머른, 작센-안할트, 쉴레스비히-홀스타인, 튀링엔 주는 1억 6천4백만 마르크(164 Mio. DM)을 받았으며, 자알란트는 1억 5천3백만 마르크(153 Mio. DM)을, 브레멘은 이런 식으로 1억 2천6백만 마르크(126 Mio. DM)을 받았는데, 매년 총액이 15억 3천7백만 마르크(1,537 Mio. DM)에 달하는 결과를 가져왔다. 1999년 11월 11일 판결에서 연방헌법재판소는 만약 입법자가 정치적 수행의 높은 비용을 조정하기 위한 연방보충교부금을 교부하려고 한다면 근거제시 및 명명의 요청(Begründungs- und Benennungsgebot)을 충족해야 함을 강조했다. 어떤 경우에서나 제정될 재정조정기준법(MSG, 단락번호 697a 이하 참조)은 연방의 공동재정조달(Bundesmitfinanzierung)이 단지 보충적인 교정(ergänzende Korrekturen)만을 가져오며 정당성근거를 연방국가에 적합하게 정의하도록 보장하여야 할 것이다. 또한 현재의 교부금 산정도 납득하기 어렵다. 법률에서 충분히 더 명확한 기준이 도출될 수 있다.

< 787 >

분배조건적인 특별부담을 폐지하기 위하여 내지는 균형 이하의 자치단체 재정력을 조정하기 위하여 5개의 신 주들(구동 독주들)과 베를린은 1995년부터 2004년까지의 10년간 추가적인 특별수요-연방보충교부금(Sonderbedarfs-BEZ)을 다음과 같이 받는다: Berlin 26억 6천2백만 마르크, 브란덴부르크 19억 8천5백만 마르크, 메클렌부르크-포퓰머른 14억 7천9백만 마르크, 작센 36억 5천8백만 마르크, 작센-안할트 22억 8백만 마르크, 튀링엔 20억 8백만 마르크, 이는 매년 총액 140억 마르크에 달한다. 1999년 11월 11일의 판결에서 연방헌법재판소는 이 교부금은 신주들의 특별수요를 고려한 통일조건부 조정규율로서 임시적으로 정당화되는 것으로 보았으나 연방보충교부금의 보충기능 때문에 이 교부금도 장기적으로는 수정할 필요가 있다는 점을 지적하였다.

< 788 >

주들 간 재정조정(LFA)에 신주들이 편입됨으로써 종래 재정력이 취약한 구 주들은 특별히 부담을 갖게 된다. 이에 따라 균형 이상의 부담을 조정하기 위하여 5개의 구서독 주들은 1995년 과도기-연방보충교부금(Übergangs-BEZ)으로 총 13억 4천5백만 마르크를 받는다(브레멘 8천만 마르크, 니더작센 5억 7백만 마르크, 라인란트-팔츠 4억 5천백만 마르크, 자알란트 8천만 마르크, 쉴레스비히-홀스타인 2억 2천7백만 마르크). 이 과도기 연방보충교부금도 마찬가지로 10년의 기간을 가지며 매년 1억 3천4백5십만 마르크 씩, 그러니까

연간 교부액의 10퍼센트씩 감축된다.

< 789 >

1992년 연방헌법재판소는(E 86, 148, 258 이하ff.) 연방국가 공동체의 구성원이 극단적인 예산긴급사태에 있게 되는 경우 연방국가 원리는 관련된 구성원에게 예산경제적인 안정화(Stabilisierung)의 목표를 가지고 서로 간에 구상에 동의하는 조치를 기초로 하여 지원하거나 연방지역을 새로이 편성할, 연방국가 공동체의 모든 구성원들의 의무로 구체화된다고 결정했다. 재정건전화(Sanierung) 또는 연방 지역 재편(Neugliederung) 이라는 대안 가운데 연방 지역 재편에 관한 정치적 논의는 이루어지지 않았고 그 대신에 -이미 기술하였듯이- 16개의 주들 가운데 9개의 주들이 인구수가 적어서 평균이상으로 높은 정치적 수행비용을 갖는다는 점과 이것이 이제는 전체적으로 보상된다는 점을 부수적 효과로서 허용했다. 연방헌법재판소는 긴급사태를 제거 또는 방지하기 위한 다양한 행위가능성을 제시하였다. 연방입법자는 브레멘과 자알란트의 예산건전화를 목적으로 1994년부터 1998년까지 매년 추가적으로 16억 내지 18억 마르크의 특별 연방보충교부금(Sonder-BEZ)을 교부하기로 결정하였고 여기서 이 교부금은 채무상환(Schuldentilgung)을 위해서 직접 사용하고 채무상환을 통해 생긴 재정 여지는 각 예산년도에 주의 경제력 또는 재정력을 강화하는 투자를 위해 사용되거나 순 부채(Netto-Kreditaufnahme)의 감축을 위해 사용된다. 마지막으로 연방재무부와 다른 주들의 고등재무관(die obersten Finanzbehörden)에게 특별 연방보충교부금의 사용과 그에 의해 발생한 재정적 여지의 이용 내지 예산 경제적 안정화(Stabilisierung)에 있어서 목표에 따른 진전(Fortschritte)이 있었는지 등에 관하여 매년 다음해 4월 말까지 보고하여야 한다.

< 790 >

수입의 전개가 원래 받아들인 것과 같이 되지 않아서 건전화 성과(Sanierungserfolge)가 원래 기대한 것보다 훨씬 못 미쳤기 때문에 1999년 6월 17일의 제3차 개정 재정조정법(FAG)로 브레멘과 자알란트 주는 1999년부터 2004년까지도 예산건전화 목적으로 특별 연방보충교부금을 받는다. 다음과 같은 액수로:

[표 35] 1999년부터 2000년까지 브레멘과 자알란트에 대한 특별
보충교부금(Sonder-BEZ)

(단위: 백만 마르크)

년도(Jahr)	브레멘(Bremen)	자알란트(Saarland)	총액(Gesamt)
1999	1 800	1 200	3 000
2000	1 600	1 050	2 650
2001	1 400	900	2 300
2002	1 200	750	1 950
2003	1 000	600	1 600
2007	700	500	1 200
합계(Zusammen)	7 700	5 000	12 700

1999년 11월 11일 판결에서 연방헌법재판소는 특별 연방보충교부금(Sonder-BEZ)은 예산건전화를 목적으로 단지 자조를 위한 임시적인 지원으로서만 허용된다고 하였다. 특별교부금은 1999년부터 2004년까지 계속 줄어들었기 때문에 감소적체감적 산정(die degressive Bemessung)은 이러한 교부금이 늦어도 2004년에 만료되도록 확보한다. 이에 따라 교부금을 받는 두 주가 이러한 교부금 만료에 대비하게 되고 다른 주들도 이 과도적 교부금의 만료를 토대로 할 수 있다. 이러한 요건 하에 연방헌법재판소는 이 특별교부금을 다투지 않았다.

2. 초과부담에 대한 조정, 기본법 제106조 제4항 2문, 3문

< 791 >

부가가치세에 대한 참여관계를 새로이 확정하는 대신에 기본법 제106조 4항 2문은 다음과 같이 규정한다: 주들이 연방 법률에 의해 추가적인 지출을 받거나 수입이 박탈되면 초과부담은 그것이 단기간으로 제한된다면, 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률에 의하여 연방교부금으로도 조정될 수 있다. 기본법 제106조 4항 3문에 의하면 이러한 재정교부금의 산정에 대한 원칙과 주들에 대한 분배의 원칙이 그 법률에 규정되어야 한다. 초과부담조정은 제2차 수직적 재정조정의 현상 형태이며 이는 4단계의 재정조정시스템의 외부에 있고 그 적용영역에 대해 제1차 수직적 재정조정에 속하는(단락번호 719 이하ff.) 부가가치세에 대한 참여관계를 2회 변경한 것과 관련된 연방입법자의 대안이다.

< 792 >

초과부담조정 방식의 연방의 재정교부금 교부는 재정조정시스템이 위태로워지는 것을 회피하고 연방과 주들의 관계에서 의존성을 저지하기 위하여 다음 요건 하에서만 허용된다. 부가가치세에 참여를 위해 기준이 되는 연방과 주들 전체의 수입-지출-상황(Einnahme-Ausgaben- Situation)을 토대로 하여 연방입법자는 주들에게 추가적인 지출 부담을 지우거나 수입을 박탈하여야 한다. 연방에 의해 야기된 주들의 초과지출이나 과소수입은 부가가치세에 대한 참여관계의 변경도 정당화될 정도에 도달하여야 한다. 초과부담은 그러므로 기본법 제106조 제4항 1문의 의미에서 연방과 주들 전체의 수입과 지출간의 관계가 본질적으로 달리 전개되는(단락번호 719, 726) 결과를 초래해야 한다. 기본법 제106조 제4항 2문의 요건과 더불어 본질적으로 다른 전개(ein wesentlich andere Entwicklung)가 존재해야 한다는 것은 이미 기본법 제106조 제4항 2문의 문언(“또한(auch)”)에서 나오지만 부가가치세분배에 관한 대안을 제공한다는 의미에서도 도출된다.

< 793 >

연방 법률에 의해 야기된 주들의 초과부담은 단기간에 한정되어야 한다. 즉, 그의 소멸이 예상 가능한 시간에 확실히 기대되어야 한다. 그렇지 않다면 장기간의 중대한 부담이전이 존재하므로 이것은 부가가치세 참여관계를 새로 확정함으로써만 고려될 수 있다. 특히 주들에 의해서 집행되어야 하는 통계 및 회계에 관한 연방 법률들(Bundesgesetzen über Statistiken und Zählungen)의 경우 단기간의 중대한 초과부담으로부터 출발하여야 한다. 여기서 기본법 제106조 제4항 2문은, 연방참사원의 동의를 요하는 법률의 집행이 중대한 초과지출로 인하여 주들에게 부담을 줄 경우, 그러한 법률에 대하여 연방 입법자가 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 쉽게 함으로써, 단지 의결된 법률의 한시적인 후속비용 때문에 우회적인 노력을 할 필요가 없도록 하기 위한 요건을 만들어 준다.

< 794 >

초과부담조정을 해달라는 청구권(Anspruch)을 주들이 가지고 있지는 않다. 연방이 기본법 제106조 제4항 2문의 요건이 존재할 때 그럼에도 불구하고 재정지원(Finanzhilfen)을 이용하지 않는다면 주들은 동의를 요하는 연방 법률에 대해 동의를 거부할 수 있다. 게다가 기본법 제106조 제4항 1문에 따라 부가가치세에 대한참여관계를 새로이 확정할 것을 요구할 수 있는 기회가 열려

있다. 재정교부금(Finanzzuweisungen)의 교부시 산정원칙과 주들에 대한 분배 원칙은 연방 법률에 의해 야기된 부담에만 관련된다. 재정교부금의 제도는 연방의 주들에 대한 관계에서만 존재한다. -기본법에 규정되지 않은- 전도(Umkehrung)는 주들이 연방에게 특별한 초과부담을 지울 가능성을 갖지 않는다는 점 때문에 벌써 실패한다.

3. 특별부담조정, 기본법 제106조 제8항

< 795 >

연방이 각 주나 기본단위 지방자치단체게마인데(기본단위 지방자치단체게마인데 조합)에게 직접 초과 지출(Mehrausgaben) 또는 과소수입(특별한 부담)을 야기하는 특별한 시설을 그 주나 기본단위 지방자치단체게마인데(기본단위 지방자치단체게마인데 조합)에 설치하게 한다면 연방은 특별한 부담을 지우는 것이 그 주나 기본단위 지방자치단체게마인데(기본단위 지방자치단체게마인데 조합)이 수인할 수 없을 경우 그 필요한 조정을 교부하여야 한다. 기본법 제106조 제8항 1문. 이 경우 증가한 재정적인 이익(Vorteile)은 기본법 제106조 8항 2문에 의해 이익조정(Vorteilausgleichung)의 방법으로 계산된다. 기본법 제106조 제8항은 연방국가 재정조정 및 자치단체 재정조정의 4단계 시스템에 이미 그 구조로부터 결정되지 않은 채 남겨져 있는 흠결을 메운다. 예외적인 성격을 가진 이 규정은 따라서 재정조정 시스템에 대하여 불가피한 보충을 한다. 기본법 제106조 8항은 연방이 야기하여 단지 개별 자치단체가 관련된(또는 주들과도 관련된) 비전형적인 부담(untypische Lasten)을, 일반적인 재정조정시스템이 할 수 없는 한에서, 조정하는 기능을 수행한다. 자치단체들(Kommunen)에게는 이외에도 기본법 제106조 8항에 규정된 특별부담이 자치단체의 재정조정을 통해서나 주들의 목적교부금 또는 자신의 조세수입으로 조정될 수 없다는 것도 문제된다.

< 796 >

뒤에 열거된 요건이 존재할 때 연방의 조정 의무(Ausgleichsverpflichtung)는 관련된 지역법인들의 특별부담 조정에 대한 청구권(Anspruch)과 대립한다. 부담을 유발하는 “특별한 시설들(besondere Einrichtungen)”의 경우에는 주로 주들과 지방자치단체의 영역에서 공공주체들의 시설이 문제되지만 연방시설도 문제될 수 있다. 그렇지 않다면 가장 중요한 특별부담의 하나 즉, 토지세 과소수입(Grundsteuermindereinnahmen)이 연방시설이 건설되는 결과 파악되지 않을 수 있을 것이다. 특히 개별 지역 법인(Gebietskörperschaften)을 다른 지역법

인과의 관계에서 불평등하게 하는 연방방위군이나 연방행정관청, 연방의 연구시설의 재정(Kasernen)도 열거되어야 한다.

< 797 >

연방의 원인야기(Veranlassung)을 받아들이기 위해서는 조건설(conditio sine qua non)의 의미에서 단순한 원인 제공(Verursachung)으로는 충분치 않고 오히려 연방이 그 시설에 대하여 결정적인 동기 부여(Anstoß)를 하였어야 한다.

< 798 >

특히 어떤 초과 지출(Mehrausgaben) 또는 과소수입(Mindereinnahmen)이 조정 가능한가 하는 점이 다투어진다. 특별 부담이 연방에게 귀속될 수 있고 연방국가적인 재정조정이나 지방의(kommunal) 재정조정을 통한 보상이 행해질 수 없을지라도 지역법인으로 하여금 그 특별부담을 홀로 부담하게 하는 것이 개별적인 경우 부적절한 것처럼 보이는 바로 그곳에서 연방의 조정의무를 규정하는, 기본법 제106조 제8항의 의미와 목적으로부터 초과비용의 두 가지 유형 즉, 주들과 지방자치단체의 제2차 시설(Sekundäreinrichtungen)의 비용과 경상초과비용(laufende Mehrkosten)을 구별해서는 안 된다는 결론이 도출된다. 그러한 한에서 어떤 제한은 직접적인 원인 야기 또는 수인가능성(Zumutbarkeit)이라는 두 가지 요건을 통해서만 행해진다. 직접적인 원인 야기(unmittelbare Verursachung)는 지역법인이 의무에 적합한 재량 행사를 할 때(bei pflichtgemäßem Ermessen) 특별부담을 수인하려고 하는지 아닌지 여부에 관하여 더 이상 어떤 선택의 여지가 없을 경우에 승인될 수 있다. 마지막으로 연방은 그에 의해 야기된 특별부담에 대하여 그 부담이 특히 그 액수 때문에 관련 지역 법인에 대하여 수인 가능하지 않을 때만 책임져야 한다(eintrten).

B. 기타 공과금

< 799 >

기본법 제106조, 제107조는 연방과 주들 간의 관계 내지 주들 상호간의 관계에서 조세 및 재정독점에 대한 수익권한(Ertragskompetenzen)의 한계만을 규정한다. 기타 공과금은 입법권한분배에서 고려되지 않은 채로 있다. 어쨌든 그로부터 기본법 제30조가 원용되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 오히려 수익권한의 영역에서도 연방의 불문의 권한이 승인되어야 한다. 정의에 따라 일정한 공적인 사무수행 또는 활동과 직접적인 연관성이 존재하는 수입에 대하여는 법률상 명시적인 수익권한의 한계가 - 국가의 반대급부 없

이 징수되는 조세와 달리 - 불가피한 것으로 입증된다. 그 수익권한은 오히려 공과금을 징수하는 사항적 과제를 위한 행정권한으로부터 도출된다. 이러한 진술은 기본법 제30조, 제104a조 1항, 5항에 의해 뒷받침될 수 있다.

< 800 >

수수료(Gebühren)와 분담금(Beiträge)는 특별한 공적인 급부와 관련하여 징수된다(단락번호 373 이하ff., 413 이하ff.). 수수료 및 분담금에 대한 수익권한은 따라서 -수수료의 경우- 특별한 공적 급부를 제공하거나 내지는 -분담금의 경우- 특별한 공적급부의 특혜적 제공을 하는 그러한 차원 내지는 지역법인에 있다.

< 801 >

특별부담금(Sonderabgaben)은 특별한 사항적 목적을 추구하는 것과 결합되어 있다(단락번호 425 이하). 여기서도 그러니까 그 징수와 사용 간에 특별한 관계가 존재하기는 하지만 이는 수수료 및 분담금과 달리 반대급부로서 성격지을 수 없다. 특별부담금은 따라서 특별부담금의 징수로 재원을 조달하려는 사항적 과제에 대한 행정권한이 있는 차원 또는 지역법인에게 귀속되어야 한다.

14

A. 연방국가 재무행정의 개념과 의미, 발전

< 802 >

문언으로부터 재무행정의 개념은 조세와 관세, 재정독점에 관한 행정에 제한되는 것이 아니라 기타 수입유형들도 파악한다. 재정헌법의 그 밖의 규정들처럼 기본법 제108조도 연방과 주들에 대한 조세와 관세, 재정독점(전매)에 관한 행정권한의 분배에 대해서만 규정하고 있다. 사실 기본법 제108조는 행정관청(Verwaltungsbehörde)을 연방재무행정청과 주재무행정청으로 두루 표현한다. 그것으로 그러나 기본법 제108조에 규정되지 않은 그 밖의 수입유형에 까지 미친다고 규정된 것은 아니다. 수수료와 분담금, 특별부담금의 경우 그것들이 징수되는 사항 과제(Sachaufgabe)에 대한 행정 권한을 갖는 차원(Ebene) 내지 법인(Körperschaft)에게 -불문의- 행정권한이 존재한다.

< 803 >

연방국가에서 조세행정권한의 헌법적 분배는 통상적으로 전체 국가(Gesamtstaat)와 지방 국가(Gliedstaat)간의 국가내적인 권력분배를 반영한다. 조세행정권한의 헌법적 분배로부터 연방국가가 강한 중앙집권적인(unitarische) 성격인지 연방적 성격(föderative Züge)인지 알 수 있다. 이것은 모든 연방국가에 적용되지만 특히 1871년 이래 독일헌법사에서 헌법 규정들에 의거하여 명백히 설명될 수 있다.

< 804 >

프로이센 제국(Kaiserreich)에서 조세를 관할하기 위한 고유한 제국재무행정 은 설치되지 않았다. 제국헌법(RV, 1871) 제26조는 조세행정을 주들에게 맡겼고 제국 공무원들에 의해 법률절차를 유지하는지에 관한 감독만을 도입했다. 그에 대해 바이마르공화국에서 조세행정은 바이마르공화국헌법(WRV) 제 8조 및 제14조를 토대로 하여 에르츠베르거의 재정개혁(Erzbergersche Finanzreform)을 통해 제국재무행정의 구조를 가진 강력한 중앙집권적 성격을 받아들였다. 주들에 있는 재무행정청은 제국으로 넘어갔는데, 이것은 가장 강력한 중앙집권주의(Unitarismus)의 단계중의 하나를 의미하였고 이는 일반 행정영역에서도 제국행정의 구조로 가는 결과를 초래하였다. 평의회(Parlamentarischer Rat, 1948-1949년 의회적 성격을 가진 평의회(역자 주))에서는 곧바로 재무행정을 건설하는데 있어서 연방독일의 중앙집권적 방향과 주의적 방향간의 방향논쟁이 명백해졌으며 가진 다수결에 의하여 근소하게 통일적인 연방재무행정(Bundesfinanzverwaltung)으로 결론이 났다. 처음에(단락번호 83) 언급한 군정(Militärgouverneure)의 개입은 특히 이러한 경향에 반대하였다. 군정은 결국 연방과 주들 사이에 혼합행정의 성격을 가진 2분된(zweigeteilten) 행정을 요구하여 관철시킨다. 1969년 재정개혁(Finanzreform)의 과정에서 기본법 제108조에 규범화된 조세행정은 현재의 모습을 갖게 된다. 새로운 수익권한(Ertragskompetenz) 규정에 따라 동일한 조세 또는 서로 관련된 조세에 대하여 연방행정청과 주 행정청간에 존재하는 일부 병렬적인 권한(Parallelkompetenz)은 제거되었다.

< 805 >

권한분배의 관점으로 보면 행정권한의 헌법적 귀속에 있어서 연방국가에서는 입법의 중점이 국가 전체(Gesamtstaat)에 있다는 것이 중요하다. 조세입법에 대하여는 이것이 기본법 제105조에 의하여 특히 연방에 대해 적용된다.

이에 대하여 지방 국가(Gliedstaaten)의 중점은 법률의 집행에 있다. 기본법 제 83조에 규정된 이 원칙은 조세행정에서도 기본법 제108조에 의하여 고려된다. 조세행정권한을 사항에 적합하게 헌법적으로 분배함에 있어서는 그러나 연방국가와 지방 국가 간의 권한분배균형이라는 관점과 함께 기본법 제108조에 도입된 그 밖의 관점들도 고려되어야 한다. 본질적인 조세입법권한을 연방국가로 귀속시킴으로써만 연방국가에서 법질서 및 경제 질서의 통일을 위해 필요한 실질적으로 동등한 조세부담의 분배 및 연방차원에서 세원의 지속적인 이용이 아직 확보되는 것은 아니다. 그것은 상당한 정도로 조세입법의 동등한 적용, 즉 행정실무(Verwaltungspraxis), 특히 법률 규정의 해석과 행정청의 재량행사 그리고 합법적인(förmlichen) 행정절차에 의존한다. 조세입법의 통일성뿐만 아니라 조세징수의 통일성도 과세의 동등성(Gleichmäßigkeit)의 원칙과 사회적 정의, 연방지역 생활관계의 동가치성의 유지를 위한 중요한 요건이다. 주들의 조세수입에 발을 딛고 있는 재정조정시스템도 조세입법을 동등하게 적용할 때만 적절하면서도 모든 주들에게 받아들여질 수 있는 결과를 가져올 수 있다. 기본법 제108조의 형태가 입증하듯이 이러한 요구가 철저한 연방재무행정이라는 결론을 필연적으로 가져올 필요는 없다. 그러한 요구는 그러나 지방분권적 행정시스템에서 통일적인 국가재정관리라는 관점의 고려 및 일반 행정과 비교하여 더 강한 연방의 위험상태 야기(Ingerenz)를 전제한다. 이로부터 기본법 제83조 이하에 대하여 제108조에 규정된 차이점들이 설명된다.

B. 재무행정의 유형

< 806 >

기본법 제108조에서는 그 구조상 기본법 제30조, 제83조 이하의 모델규정과 상응하는 기본법 제8장에 대한 특별규정이 문제된다. 조세, 관세, 전매와 관련하여 행정권한의 분배는 기본법 제108조에서 규정된다. 교회세(Kirchensteuer)에 대한 행정에 대해서만 바이마르 헌법(WRV) 제137조 6항과 8항과 결합된 기본법 제140조에 따라 특별규정이 적용된다.

< 807 >

연방의 행정권한은 기본법 제108조 1항에 열거된다. 열거하여 연방에게 귀속되지 않은 조세에 대한 행정권한은 총괄적인 귀속(Pauschalzuweisung)을 근거로 기본법 제108조 2항에서 “그 밖의 조세(die übrigen Steuer)”로서 주들에

있으며 이들이 연방법 또는 주법을 근거로 징수되는지에 좌우되지 않는다. 기본법 제108조 2항과 3항, 5항에 따라 주재무행정청은 그의 권한범위에서 연방의 상이한 개입권한에 노출되어 있다. 기본법 제105조 2항에서 “그 밖의 조세”와 관련하여 언급된 조세 발굴권 문제는 입법권한 및 수익권한의 특별한 문제제기이다. 행정권한은 여전히 현재의 조세 및 조세유형과만 결부될 수 있다. 기본법 제108조 특별히 다른 규정을 하지 않는 한, 행정의 유형들에 대하여 배무행정에 대해서도 제8장의 일반규정들이 적용된다.

I. 연방고유의 행정

< 808 >

기본법 제108조에 의하여 관세와 전매, 수입부가가치세(Einfuhrumsatzsteuer)를 포함하여 연방법에 의해 규율된 소비세 그리고 유럽공동체의 범주 안에 있는 공과금들은 연방재무관청에 의하여 관리된다. 이 경우에는 기본법 제87조 1항 1문의 분류에 상응한 고유한 행정 구조를 가진 연방고유의 직접적 행정이 문제된다.

< 809 >

관리된 공과금과 관련하여 다음의 특수성이 지적되어야 한다: 전매의 경우 아직은 증류주 또는 화주 전매(火酒전매, Branntweinmonopol)만이 존재한다. 연방법으로 규율되는 소비세(Verbrauchssteuer)에 속하는 것으로는 그 수익이 기본법 제106조 1항 2호에 따라 연방에 유입되는 기타 조세와 함께, 기본법 제106조 2항 5호에 따라 주들이 그에 대한 수익고권을 가지고 있을지라도, 맥주세(Biersteuer)도 그에 속한다. 부가가치세(Umsatzsteuer)는 사실 체계상으로는 소비세에 속하지만, 기본법 제106조 1항 2호에 연계된, 기본법 제108조 1항의 소비세 개념에 의해 파악되지 않는데, 이는 부가가치세가 기본법 제106조 제3항과 결합된 동조 제1항 2호에 의해 명시적으로 배제되고 공동체로서 표시되기 때문이다.

연방행정에 귀속되는 것은 전매와 연방법에 의해 규율되는 소비세에서 오랜 전통을 가지며 관세 및 수입 부가가치세(Einfuhrumsatzsteuer), 유럽공동체 범주 내에 있는 공과금의 경우 연방행정과 특히 사항별로 가까운 거리에 있다는 점과 상응한다. 게다가 징수기술상의 이유도 연방행정에의 귀속을 옹호하는데, 왜냐하면 연방행정에 있어서 하부 행정단위에서는 절차상 본질적인 특수성이 존재하기 때문이다.

II. 연방위임에 의한 주행정, 기본법 제108조 제2항 1문, 제3항

< 810 >

기본법 제108조 2항 1문에 의하여 주재무관청의 행정에 속하는 그 밖의 조세는, 그 수익권한이 전부 또는 일부 연방에게 있다면 기본법 제108조 3항에 따라 연방의 위임에 의하여 주 재무관청에 의하여 관리된다. 이에 속하는 것이 기본법 제106조 3항에 의한 공동세(소득세, 부가가치세, 법인세, 그러나 연방재무관청에 의해 관리되는 수입부가가치세는 제외)와 기본법 제106조 1항 4호에 의한 보험세(Versicherungsteuer), 기본법 제106조 1항 6호에 의한 연대가산금(Solidaritätszuschlag)이다.

< 811 >

기본법 제108조 3항의 경우 기본법 제85조에 규율된 연방위임행정 또는 연방위임에 의한 주행정의 특별규정이 문제된다(단락번호 147). 이러한 행정유형의 경우 기본법 제85조에 따라 연방에게 부여된 작용 권한(Einwirkungsrechte) 내지 기본법 제85조 3항에 의한 지시권한(Weisungsbefugnis) 그리고 기본법 제85조 4항에 의해 집행의 합목적성에까지 미치는 감독권한(Aufsichtsbefugnis)은 기본법 제85조와 달리 기본법 제108조 3항 2문에 의하여 연방정부의 평의원회(Kollegium)에 귀속되는 것이 아니라 연방재무부에 속한다. 수입으로 볼 때 가장 중요한 조세들이 공동세이기 때문에 조세행정의 중심영역에서 연방은 주들에게 중대한 작용권을 가지며 이는 재량행사에서도 세법의 동등한 적용을 가능하게 하고 모든 주들에서 통일적인 행정실무를 가능하게 한다.

III. 주의 고유한 행정, 기본법 제108조 제2항

< 812 >

기본법 제108조 2항에 의한 기타 조세에 대한 주 고유 행정은 기본법 제108조 3항에서 말한 특별규정 때문에 단지 다음과 같은 조세들 즉, 수익권한이 기본법 제106조 2항에 따라 주들에게 있고 기본법 제106조 6항에 의하여 기본단위 지방자치단체가운데(기본단위 지방자치단체가운데 조합)에게 있는 그러한 조세들에만 관련된다. 이 조세들은 재산세, 상속세, 자동차세, 토지취득세, 경마세, 스포츠 경주세, 복권세(Lotteriesteuer), 소방세(Feuerschutzsteuer), 도박장세(Spielbankabgabe)에 까지 미치나 연방재무관청에 의해 관리되고 수익권한이 주들에게 있는 맥주세(Biersteuer)에는 미치지 않는다. 이들은 기본

법 제108조 2항에 의해 기본단위 지방자치단체계마인데와 기본단위 지방자치단체계마인데 조합에게 유입되는 조세들에게도 미치는데, 이는 기본법 제108조 4항 2문에 따라 행정권한이 기본단위 지방자치단체계마인데와 기본단위 지방자치단체계마인데 조합에게 이전되지 않는 경우에 그러하다. 마지막으로 주들의 행정권한은 주법에 의하여 규율된 조세들도 포괄하는데 그러한 조세들이 존재하는 경우에 그러하다.

< 813 >

주 고유의 조세행정에 대해서도 기본법 제83f조의 일반원칙들이(단락번호 141 이하) 적용된다. 행정청의 설치 및 행정절차의 마련은 주들이 스스로 규율할 수 없는 바, 이는 연방입법자가 연방참사원의 동의를 얻은 연방 법률로 재무행정법률(FVG, 단락번호 820)과 조세기본법(AO, 단락번호 823)으로 규율하기 위하여 기본법 제108조 2항 2문과 3문, 제5항 2문과 결합한 기본법 제84조 1항 후단(1. Hs.)의 수권(Ermächtigung)을 사용했기 때문이다.

IV. 주 법률상 권한이양을 근거로 하는 지방자치단체에 의한 행정, 기본법 제108조 제4항 2문

< 814 >

시원적인 조세행정권(Steuerverwaltungszuständigkeit)은 기본단위 지방자치단체계마인데 및 기본단위 지방자치단체계마인데 조합이 가지고 있지 않다. 기본법 제28조 2항 1문에 보장된 기본단위 지방자치단체계마인데의 권리인, 지역공동체의 모든 사무를 법률의 범위 내에서 고유책임으로 규율하는 권리는 기본법 제108조에 의해 제한된다. 기본법 제108조 4항 2문은 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)에만 유입되는 조세에 대하여 주재무행정청들에 속하는 행정이 주들에 의해 전부 또는 일부 기본단위 지방자치단체계마인데(기본단위 지방자치단체계마인데 조합)에 이양될 수 있다고 규정한다. 이러한 권한배분에 따라 기본단위 지방자치단체계마인데와 기본단위 지방자치단체계마인데 조합은 단지 파생적인(derivative), 주로부터 도출되는 조세행정권한을 가질 수 있다.

< 815 >

주들은 그 수익이 기본단위 지방자치단체계마인데 및 기본단위 지방자치단체계마인데 조합에게만 유입되는 조세들에 관해서만 조세행정권한을 기본단위 지방자치단체계마인데 등에게 이양할 수 있다. 이는 기본법 제106조 6항

1문에 따라 연방법에 의해 규율된 실체세(Realsteuer), 토지세(Grundsteuer) 및 영업세(Gewerbsteuer)와 주법에 의해 규율된 지역 소비세(Verbrauch- und Aufwandsteuern)가 그러한 경우에 해당한다. 단독적인 수익권한(Ertragskompetenz)의 필요성은 기본단위 지방자치단체가마인테와 기본단위 지방자치단체가마인테 조합에게 전체 조세수입이 최종적으로 유입되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 이것은 영업세에 대해서 중요하다: 비록 기본법 제106조 6항 4문에 따라 연방과 주들이 영업세수입의 할당액(Umlage)을 통하여 참가할 수 있으며 1969년 9월 8일의 기본단위 지방자치단체가마인테 재정개혁법이 영업세 할당액에 관한 령에 의하여 그러한 참여를 규정했는지라도 기본법 제108조 4항 2문의 법률 텍스트로부터 영업세에 대한 행정권한의 이양에 관한 관할이 이제는 연방에게 있고 주들에게 있는 것이 아니라는 결론이 나오지는 않는다. 기본법 제108조 4항 2문에서 이양권한을 위한 관할에 관한 규율은 명백히 조세에 대한 수익고권(Ertragshoheit)에 연계된다. 그에 반해 “할당액(Umlage)”의 개념으로부터 기본단위 지방자치단체가마인테 재정개혁법(GFRG)가 영업세에 대한 수익고권을 연방에게 일부 이양한 것이 아니라 그 수익고권은 기본단위 지방자치단체가마인테에게 남아 있고 연방과 주들은 단지 기본단위 지방자치단체가마인테에 대한 청구권만을 얻었다는 결론이 나온다(BVerwG, DVBl. 1983, 137).

< 816 >

주에 의한 이양필요성에 대해서는 만하임 행정법원(VGH Mannheim)의 결정까지는(DÖV 1981, 636, 636 이하f.) 어떤 주의도 기울여지지 않았다. 1936년 이래 먼저 제국법률을 근거로 나중에는 연방 법률을 근거로 하여 진수한 토지세(Grundsteuer)가 처음부터 기본단위 지방자치단체가마인테에 의해 관리되었기 때문에 기본법 하에서 각 주들은 기본법 제108조 4항 2문의 필요성을 고려하는 것을 소홀히 하였다. 이는 주들에서 주입법자의 측의 위임에 의해 기본단위 지방자치단체가마인테가 수권을 받지 않은 채, 30년 이상 넘게 토지세가 기본단위 지방자치단체가마인테에 의해 징수되고 관리되는 결과를 초래하였다. 이에 반해 마찬가지로 1936년에 제국법에 의하여 도입된 영업세(Gewerbsteuer)는 전쟁 후 초기에 주로 주법에 의하여, 그러나 일부는 명령(Verordnung)에 의하여 기본단위 지방자치단체가마인테에 이양되어 있었다. 토지세의 경우와 달리 영업세의 경우에는 1936년부터 기본단위 지방자치단체가마인테에 있었던 행정권한이 1943년에 명령(1943년 3월 31일의 영업세행정 명령(GewSrVV) 제1조, RGBL. I, S. 237)에 의해 기본단위 지방자치단체가마인

데에게서 박탈되어 재무관청에 이양되었기 때문에 그러한 일이 일어났다. 그로부터 이미 영업세의 경우 2차 대전 후 행정권한을 기본단위 지방자치단체 게마인데에 이양하기 위하여 주법의 규정을 필요로 하였는데 반하여 토지세의 경우에는 사실상 이러한 것이 필요하지 않았다(Henneke, Jura 1986, 568, 577 이하ff.). 지역소비세(Verbrauch- und Aufwandsteuer)의 경우에는 주법에 의하여 지방자치단체에 대한 행정권한의 위임이 늘 있었는데 이는 이 경우에 행정권한이 주들의 지방자치단체공과금법(Kommunalabgabengesetz)에 늘 함께 규율되었기 때문이다.

< 817 >

연방행정법원(BVerwG)은 토지세(NVwZ 1983, 222, 222f.)와 영업세(DVBl. 1983, 137, 137 이하ff.)에 관한 행정권한에 관하여 적절하게 판시했다: 실체세(Realsteuer)의 행정은 기본법 제108조 2항 1문에 의하여 주 재무행정청에 귀속된다. 이 권한은 기본법 제정 이후(nachkonstitutionelle) 주의 형식적인 법률에 의해서만 기본단위 지방자치단체게마인데에게 이양될 수 있다. 이러한 필요성은 법률에 의해 창조된 법질서의 변경이 법률을 전제한다는 사고에서 나온다. 기본법 제정 전의 법률(vorkonstitutionelle Gesetze) 또는 관습법(Gewohnheitsrecht)이 실체세에 대한 기본단위 지방자치단체게마인데의 행정권한의 근거가 될 수 없다. 기본법 제108조 제4항 2문에 객관적으로 상응하는 1949년 기본법 제108조 제3항 4문의 선구적 규정(Vorläuferregelung)은 주의 재무행정청에게 부여된 권한을 기본단위 지방자치단체게마인데에게 이양하는 것을 기본법 이후의 법률을 통해서만 허용한다. 왜냐하면 위임(Delegation)은 통상적으로 시간상 그것을 허용하는 법률이 제정된 후에만 행해질 수 있기 때문이다. 주의 입법자가 이러한 문제를 인식한 후에 기본단위 지방자치단체게마인데에게 위임하는 규정을 하고 소급효를 갖는 그러한 위임을 규정한 것은 법치국가 원리에 반하지 않는다.

V. 기본법 제108조 제4항 1문에 의한 연방법 규정

< 818 >

연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방 법률에 의해 조세에 관한 행정에서 연방재무관청 및 주재무관청의 협력 내지 기본법 제108조 1항의 적용을 받는 조세에 대해서는 주 재무관청을 통한 행정, 기타 조세에 대하여는 연방 재무관청에 의한 행정이 규정될 수 있는데 이 경우는 이를 통해 세법의 집

행이 중대하게 개선되거나 쉬워지는 경우에 그러하다. 기본법 제108조 4항 1문. 연방입법자에 대한 이러한 권한을 통해 기본법은 유연한 규정들과 비전형적인 특수성들(atypische Besonderheiten)을 고려할 수 있게 한다.

VI. 요약

< 819 >

[표 36] 재무행정의 유형

기본법 제108조에 따라

기본법 제108조 제1항에 의한 연방재무행정청		기본법 제108조 제2항과 제3항에 의한 주재무행정청		기본법 제108조 제4항 2문에 의한 기본단위 지방자치단체(기본단위 지방자치단체가마인테조합)	
		기본법 제108조 3항에 따른 연방의 위임 (Auftrag)에 의한 경우	기본법 제108조 2항에 따른 고유사무(eigene Angelegenheit)		
I. 관세 및 화주전매 (Brantweinmonopol)	I. 연방세	I. 주세(Ländersteuern)	기본단위 지방자치단체가마인테세(Gemeindesteuern), 추가 기본단위 지방자치단체가마인테에게 행정을 이양하지 않은 경우		
II. 연방법률로 규정하는 소비세(Verbrauchssteuern), schlag	1. 보험세(Versicherungsteuer)	(연방에 의해 관리되는 맥주세 제외)			
수입부가가치세(Einfuhrumsatzsteuer) 포함	2. 연대가산금(Solidaritatzuschlag)	II. 기본단위 지방자치단체가마인테에게 행정을 이양한 경우			
III. 유럽공동체 범주의 공과금	3. 어음세(Wechselsteuer)	조 제4항 2문에 따라 기본단위 지방자치단체가마인테에게 행정을 이양하지 않은 경우			
	II. 공동세				
	연방재무관청에 의해 관리되는 수입 부가가치세(Einfuhrumsatzsteuer)는 제외				

< 820 >

연방재무관청에 대해서는 기본법 제108조 1항 2문에 따라, 주 재무관청에 대해서는 기본법 제108조 2항 2문에 따라 연방입법자가 연방참사원의 동의 를 얻어 이 관청들의 구조를 규율하도록 권한을 부여받는다. 게다가 기본법 제108조는 연방재무행정의 중간행정관청의 장은 주정부의 협조 하에(in Benehmen), 주재무행정의 중간행정관청의 장은 연방정부의 협의 하에(in Einvernehmen) 임명하도록 규정하고 있다. 기본법 제108조 1항 3문, 제2항 3문. 마지막에 언급된 규정들로부터 행정청(Behörden)이 국가 직접행정의 구성요소이어야 하며 그 위임에 의하여 다단계로 구성되어야 한다는 결론이 도출된다.

< 821 >

연방입법자는 기본법의 규정들과 함께 1971년 8월 30일의 재무행정법(Finanzverwaltungsgesetz)을 따른다. 재무행정법(FVG)는 연방과 주들의 조세행정 조직을 통일했고 재무관청의 사무, 구성, 체계, 협력을 규정하였다. 재무행정법 제1조는 연방재무행정청의 다음 구조를 규정한다. 최상급 관청(Oberste Behörde)은 연방재무부장관이다. 연방 상급행정관청으로서 연방국채행정(Bundeschuldenverwaltung)과 증류주 또는 화주(화주, Branntwein) 전매행정, 연방재무국(Bundesamt für Finanzen), 금융기관에 대한 연방감독관청(Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen), 연방보험감독관청이 있다. 중급행정청(Mittelbehörde)으로는 고등재정국(Oberfinanzdirektion)이 있다. 지방행정관청(Örtliche Behörde)으로는 사무소(세관, 국경세관검사소, 세관서)를 포함한 주요세관(Hauptzollämter)과 세관검사국(Zollfahndungsämter), 연방재산국(Bundesvermögensämter), 연방산림청(Bundesforstämter) 등이 있다. 주재무행정청의 구조는 재무행정법(FVG) 제2조에 다음과 같이 규정되어 있다: 상급행정청은 주재무행정에 대해 관할이 있는 주의 최상급 행정청이다(재무부장관 내지 재무협의회, Finanzsenator). 중급행정청은 고등재정국이다. 지방행정관청은 세무서(Finanzamt)이다.

< 822 >

복선적인(zweigleisig) 재무행정청 구조에서의 현저한 특수성은 고등 재정국(Oberfinanzdirektion)이 연방 및 주의 중급행정청이라는 이중기능을 한다는데 있다. 재무행정법(FVG) 제8조 2항. 재무행정법 제9조 1항에 의하면 고등재무국장(Oberfinanzpräsidenten)이 2중기능을 가진 고등재정국의 장의 의무를 진다. 따라서 재무행정법 제9조 2항 1문은 그가 연방의 공무원일 뿐만 아니라 주의 공무원이며 조세행정의 통일 및 법률집행의 통일성을 구현한다고 규정한다. 재무행정법 제9조 2항 2문은 기본법 제108조 1항 3문의 주들의 지위를 넘어서 - 고등재정국장의 임명이 상호 협의(Einvernehmen)하에 행해짐을 규정하고 있다. 협의(Einvernehmen)는 동의(Zustimmung)을 필요로 하고 그러므로 공동의 결정을 전제하는 반면에 협조(Benehmen)는 단지 조언적인 청취(Anhörung)와 고유의 결정권한이 남아있을 경우에 입장(Stellungnahme)을 존중하는 것을 의미한다. 연방의 조직법적 권한포기는 헌법적으로 자체 허용되지 않는 것으로서 이는 기본법 제108조 6항 1문에 언급된 수권에 의하여 그러하다. 고등재무국 내에서 관세 및 소비세부와 연방재산부로 분할되는 연방 사무는 연방공무원에 의하여 집행되며, 재산세(Besitzsteuer) 및 교통세부(Verkehrsteuer)

rabteilung) 내지 주의 재산 및 건설부로 나누어지는 주의 사무는 주 공무원에 의하여 집행된다. 공무원법상의 이중지위(Doppelstellung)는 그러므로 고등재무국장에게만 제한되어 있다.

C. 행정절차, 기본법 제108조 제5항

< 823 >

기본법 제108조 5항의 규정에 의하면: 연방재무행정관청에 의하여 적용되어야 할 절차는 연방 법률로 규율한다. 주재무행정청에 의하여 적용되고 기본법 제108조 4항 2문의 경우에 기본단위 지방자치단체게마인데에 의하여 적용되어야 할 절차는 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률로 규율할 수 있다. 연방입법자는 조세기본법(AO, 1977)을 가지고 기본법 제108조 5항 1문의 규율의무와 제108조 5항 2문의 규율의무를 사용하였다. 조세기본법은 연방법이나 유럽공동체법에 의하여 규율되는 조세감면을 포함한 모든 조세들에 적용되는데 이는 그 조세들이 연방재무관청이나 주 재무관청에 의하여 관리되는 경우에 그러하다. 조세기본법(AO) 제1조 1항. 게다가 조세기본법은 제1조 2항에 따라 기본단위 지방자치단체게마인데(Gemeinde)에게도 적용될 수 있는데 이 경우는 실체세(Realsteuer)가 기본법 제108조 4항 2문에 따른 주 법률상 위임에 근거하는 경우에 그러하다.

제 6 장 지방자치단체의 재정*

< 824 >

이질적이면서도 때로 주 정부 특유의 문제를 제기하는 지방자치단체 재정 상황의 전개 및 현재의 상황에 관하여 개관하는 것은 우리의 설명의 범위를 벗어나게 될 것이다. 그러므로 특히 “Der Städtetag”와 “Der Landkreis”라는 잡지의 매년 3월호에 출판되는 게마인테의 재정과 크라이스 재정에 대한 보고서가 독서를 위하여 추천된다.¹⁶⁷⁾

[표 37] 게마인테의 재원(Gemeindefinanzierungsverfahren)

비고권적 수입	사법상 소득(Erträge)과 댓가(Entgelte)	기업과 출자로부터 발생하는 이익(잉여)		↑ 본래적 소득원천 ↓	
		재산소득(Vermögenserträge)			
		면허교부금(Konzessionsabgabe)			
		재산양도소득(V-Veräußerungserträge)			
		신용(Kredite)			
고권적 수입	공과금 (Abgaben)	조세 (Steuern)	토지세와 영업세(Grund- und Gewerbesteuer)	↓ 교부금 ↑	
			소득세 지분(Einkommensteueranteil)		
			부가가치세 지분(Umsatzsteueranteil)		
			지역사용세와 특별소비세(örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuer)		
		수수료 (Gebühren)	행정수수료(Verwaltungsgebühr)		
			사용료(Benutzungsgebühr)		
	부담금(Beiträge)				

	양도된 사무에 대한 부담조정(Belastungsausgleich)				
	재정 교부금 (Finanz zuweisun gen)	주요교부금(Schlüsselzuweisungen)			
		목적교부금(Zweckzuweisungen)			
수요교부금(Bedarfszuweisungen)					

* 제6장 제15-18절 번역(단락번호 824-1035) (유주선).

167) Henneke, Der Landkreis 1997, 103-149; ders., Landkreis 1998, 105-110 sowie 126-193; ders., Der Landkreis 1999, 109-112 sowie 130-240; Karrenberg/Münstermann, Der Städtetag 1997, 129-195; dies., Der Städtetag 1998, 143-214; dies, Der Städtetag 1999, 151-224; Wohltmann, Der Landkries 1998, 112-124; ders., Der Landkries 1999, 112-128.

15

< 825 >

기본법 제28조 제2항, 모든 광역국가인 주들(도시국가가 아닌 Flächenländer)의 주 헌법들과 자유 한자 도시 브레멘의 헌법은 게마인데와 게마인데연합 지방자치의 자치행정에 대한 권리를 보장한다. 그에 따르면, 법률의 범위에서 모든 지역 공동체의 사무를 자기 책임으로 규정할 권리가 그 게마인데에게 보장되어야 한다(독일 기본법 제28조 제2항 1문). 게마인데연합(Gemeindeverbände=Kreise)은 그들의 법률적인 사무범위의 영역에서 법률의 기준에 따라 자치행정에 대한 권리를 갖는다(독일 기본법 제28조 제2항 제2문). 새로 삽입된 3문에는, 보충적으로: 자치행정의 보장은 역시 재정적인 자기책임의 근거를 포함 한다; 징수권(Hebesatzrecht)을 가지고 있는 게마인데에 속하는 경제력과 관련된 세원은 이러한 기초에 속한다.

< 826 >

헌법의 이러한 보장에도 불구하고 지방자치단체(Kommunen)는 연방국가에서 제3의 단계를 형성하지 않는다. 게마인데와 게마인데 연합은 행정단체(Verwaltungskörperschaften)이다. 연방국가의 2단계 원칙(Grundsatz der Zweistufigkeit des Bundesstaates)에 따르면, 게마인데와 지방자치단체조합(Kreise)은 주 정부의 구성요소일 뿐만 아니라 구성원으로서 간주되며, 헌법이나 법률을 통하여 그들에게 부여된 사무들을 이행한다. 3단계 내지 4단계 행정구조에서 기본법의 2단계 국가구조는 특히, 기본법의 제2장에 있는 지방자치단체의 자치행정의 보장은 “연방과 주”라는 제목 하에 제시되고, 기본법 제106조 제9항에서 이행된다는 점과 게마인데(게마인데 연합)의 수입과 지출은 주의 수입과 지출로 간주된다는 점을 통하여 두드러지게 나타난다.

< 827 >

독일 연방공화국 국가구조에서 지방자치단체의 자치 행정에 특수한 기능이 귀속된다는 점은 다툼이 없으며, 연방헌법재판소(BVerfG)에 의하여 “헌법 제정자는 게마인데의 자치행정 제도를 전래의 형태로만 파악한 것이 아니라, 기본법적인 질서에 따라 정치적 공동체의 구조 안으로 고유한 과제를 가진 자치행정을 삽입하였다”고 함으로써, “입법자가 고려해야만 하는 특수한 기능

을 게마인테에게 부여하였다”는 방향으로 표현되게 되었다(BVerfGE 79, 127). 독일 기본법 제28조 제2항 제1문은 지역공동체의 업무영역에서 업무를 행함에 있어 자기 고유의 책임에 대한 권한을 보장하고 있다. 그러므로 기본법은 주 정부 안에서도 역시 행정수준에 따라 분류되고, 자치행정사단(Selbstverwaltungskörperschaften)을 토대로 하는 국가구조로 결정하였다. 기본법 제28조 제2항 제1문의 “원칙-예외-관계(Regel-Ausnahme-Verhältnisse)”의 확정도 동시에 탈 중앙의 과제 이전이라는 실체적으로 이해되는 원칙의 표현이다. 탈 중앙집중적인 행정수준의 강화와 함께, 헌법제정자는, 아래에서부터 위로 민주주의 체계의 의미에서 지방자치를 신뢰하여 서로 대립하는 중앙집권적인 경향에 대처하고자 하였다. 연방수준에서 직접적이고 민주적인 요소를 허용함에 있어서 기본법의 입법자가 주저했던 것은, 지역에 관련된 게마인테(Gemeinden)의 단위에서 실질적인 책임을 가지고 마련된 자치행정의 기관을 통하여 보충되는데, 이를 통하여 주민으로 하여금 공동체의 사무에 효과적인 참여를 가능하게 한다(BVerfGE 79, 127, 148-150).

< 828 >

독일 기본법 제28조 제2항으로, 헌법은 합리적이고 정당하며 중앙집권적으로 조직된 행정의 경제적 고려 대신에, 공적인 과제의 해결에 지역주민들의 참여에 대한 정치적-민주적 관점을 대비시켜 이에 우선권을 주었던 것이다. 독일 기본법 제28조 제2항과 결합하여 제28조 제1항 제2문과 제3문은, 지방자치는 헌법상의 규정에 의하여 정치적 형성의 여지를 가져야 함을 명확히 하고 있다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우, 기본법 제28조 제1항 제2문과 3문에 따른 독자적이면서 직접 선택된 정당성체계(Legitimationssystem)를 이행해야 할 의무의 의미가 없게 될 것이기 때문이다. 게마인테와 크라이스(Kreise), 이러한 지방자치단체는 기본법에 따라 연방과 주 정부 외에 하나의 특별한 민주적인 결정주체이고 따라서 연방공화국의 헌법적인 구조의 차원으로 이해되어야 하며 국가체계의 2 단계성에 저촉되지 않는다. 헌법적으로 허용된 과제구성 부분과 관련하여, 그들은 특별하기는 하지만 동일한 가치를 갖는 민주주의적 정당성(Legitimation)을 갖는다(BVerfGE 79, 127, 151; 여기에 대하여는 Henneke, ZG 1994, 212, 238 이하).

A. 기본법 제28조 제2항에 있는 지방자치단체 자치행정의 보장

I. 게마인데의 자치행정보장의 보호범위

< 829 >

기본법 제28조 제2항 제1문과 그에 상응하는 주 헌법상의 규정들은 게마인데에게 법률의 영역에서 지역공동체의 모든 사무를 규율할 권리를 보장하고 있다. 그곳에 놓여 있는 게마인데의 자치행정의 설치에 대한 보장은, 게마인데 행위의 대상이 되는 업무범위의 측면에서 뿐만 아니라 업무처리의 자기책임의 측면에서도, 법률에 의한 형성과 구성을 요구한다. 그렇지만 법률의 범위에서 유보(Vorbehalt)는 입법자에게 이러한 형성과 구성을 임의적으로 양도하는 것이 아니다. 한편으로 자치행정보장의 핵심 범위가 입법자에게 한계를 설정한다; 여기에 따르면 게마인데의 자치행정의 본질적 내용은 훼손되어서는 안 된다. 그러나 역시 핵심범위가 아닌 사항에 대하여도 역시 입법자는 자유롭지 못하다. 왜냐하면 헌법제정권자가, 입법자가 고려해야 할 특별한 기능을 지방자치단체의 자치행정제도에 부여했기 때문이다(BVerfGE 79, 127, 143).

< 830 >

대상으로 정해지거나 혹은 확립된 표지(Merkmale)에 따라 정해질 수 있는 어떤 과제목록은 게마인데 자치행정의 본질적인 내용에 해당되지 않는다. 그러나 법률을 통하여 공법상 행정의 다른 주체에게 양도되어 있지 않은 지역공동체의 모든 업무를 특별한 권한명의(Kompetentitel) 없이 받아들일 수 있는 권한은 게마인데 자치행정의 본질적인 내용에 해당한다(게마인데 활동범위의 대학). 장소적 게마인데의 업무영역에 관한 사무접근권(Aufgabenzugriffsrecht)의 의미에서 게마인데가 전권한성(Allzuständigkeit)을 가지는 것은 지방분권적 사무이전의 실체적으로 이해되는 원칙의 표현이다(BVerfGE 79, 127, 149). 역시 가장 좁은 이러한 영역 외에서도 기본법 제28조 제2항 제1항의 보장은, 게마인데에게 지역공동체의 모든 업무영역을 포괄하는 사무범위를 확실히 하기 위한, 그들의 규범적인 목적설정으로부터 도출되는 법적 효력을 전개하게 된다.

< 831 >

지역공동체의 업무영역은, 지역공동체에 근거를 두고 있거나 혹은 케마인테 거주자에게 그것으로써 공통의 특별한 관계를 가지는 필요성과 이해관계이다. 그러한 필요성과 이해관계는 정치적인 케마인테에서 인간의 공동생활과 공동거주와 관련이 있기 때문이다. 연방헌법재판소의 새로운 견해에 의하면, 지역공동체의 업무영역을 정함에 있어 행정력은 중요한 것은 아니다. 이러한 업무범위는 단연코 확립되는 사무영역을 형성하지 못한다. 그 외에도 사무범위는 케마인테의 거주자 수·면적범위·구조에도 불구하고, 모든 케마인테에 대하여 동일할 수는 없다. 의심스러운 사무가 지역공동체의 업무영역에 속하는 것인지 아닌지, 혹은 어느 범위까지인가에 대한 검토는, 관련되는 케마인테의 크기에 따라 달리 받아들여야 한다. 그 검토는 전문기준에 의하여 타당한 사무를 수행하기 위하여 요구사항의 지향 아래에 이행되어야 한다.

< 832 >

사무의 장소적 관련성과 그것의 중요성을 판단함에 있어, 케마인테의 자치행정을 형성하고 구축했던 입법자에게 ‘평가여지(Einschätzungsspielraum)¹⁶⁸⁾’가 발생한다. 하나의 사무가 부분적 측면과 관련하여, 그리고 모든 케마인테에 대하여 지역공동체의 업무영역으로서 동일하게 기술되지 않는다는 점과, 오히려 단지 부분적으로 혹은 단지 특정한 -즉 더 큰- 케마인테에 대하여 장소적으로 간주될 수는 있지만, 그 밖에 장소를 초월하는 것으로 간주된다는 것을 간과해서는 아니 된다(BVerfGE 79, 127, 153 이하). 그러는 한 입법자는, 그가 각각의 케마인테를 필요로 하지 않는다는 것을 정형화하는 것이 허용되고, 케마인테의 중요하지 않다고 간주되는 그룹들에게 조치를 취할 필요는 없다. 다툼이 있는 경우에, 사무의 장소적 관련성의 경중에 대한 입법자의 평가가 정해지지 않은 헌법적 개념인 “장소적 케마인샤프트의 업무영역”의 측면에서 이행될 수 있는 것인가에 대한 여부는 사법적으로 검토되어야 한다. 동시에 입법자의 ‘평가여지(Einschätzungsspielraum)’가 좁으면 좁을수록, 그리고 사법적 통제가 강하면 강할수록, 입법적 규제의 효과로서 케마인테의 자치행정은 본질적으로 상실된다. 사무에 있어서 전혀 혹은 관련된 장소적 특징을 보유하고 있지 않은 그러한 사항과 관련되어 있는 경우에는, 그것은 기본법 제28조 제2항 제1문의 보장 범위에서 사라지고, 그 결과 입법자는 그

168) 행정법상 확립된 용어를 선택해야 할 것으로 보임. 판단의 여지, 결정재량 혹은 선택재량(변무웅 교수님).

기속에서 자유롭게 된다.

< 833 >

기본법 제28조 제2항의 자치 행정권은, 사무범위의 보장 외에 자기 고유의 책임을 가지고 사무를 이행해야 하는 보증을 포함한다(BVerfGE 91, 228, 236). 그러므로 사무 수행하는 진행 과정의 모든 단계로부터 나오는 각각의 행정 행위와 관련하여 목표계획, 목적타당성 그리고 형태를 평가함에 있어 국가, 제3자의 영향력으로부터 벗어나게 되는 행위여지와 진술의 자유(Entfaltungsspielraum)가 보장된다. 그러므로 자기 고유책임은 근본적으로 지방자치단체 자치행정의 가장 중요한 특징으로서 알려져 있다(이에 관해 더 자세히는 Henneke, ZG 1994, 212 이하). 그러는 한 기본법 제28조 제2항에서 자치적 단체 (autonome Körperschaften)에 대한 공공행정의 수직적인 탈중앙화 원칙과 조직상 기능분리의 중요한 요소를 규정하게 되는 것이다.

< 834 >

기본법 제28조 제2항 제1항은 자기책임의 사무실현에 대한 권리를 게마인테에게 단지 법률의 영역에서 자유롭게 보장한다. 일반적인 법률유보는 지역 사무의 이행에 대한 게마인테의 관할 및 그 이행의 종류와 방법을 포함한다(BVerfGE 79, 127, 143; 83, 363, 382). 그러나 입법자는 효과적인 자기책임으로 형성되는 자치행정의 헌법적인 보장은 고려해야 한다. 그는 시민에게 공동체의 사무영역에 효과적인 참여를 가능하게 하여만 하고, 게마인테가 그들의 과제를 실현하도록 하여야 한다. 게마인테의 핵심사항(Kernbestand)과 본질적인 내용(Wesengehalt)은 침해되어서는 아니 된다. 헌법을 통하여 각각의 법률적인 축소(Schmälerung)를 예방하기 위하여 보장된 핵심사항의 영역은, 무엇보다도 역사적 발전과 다양한 역사적, 종교적 자치행정의 현상 형태를 고려하면서 정해야만 한다. 또한 핵심영역의 전면에서, 지방자치단체의 사무의 탈중앙화와 자기책임적 실현의 원칙적인 우위를 확보하고자 하는 기본법 제 28조 제2항 제1문의 보장은, 입법자에게 한계를 설정한다.

< 835 >

게마인테의 사무수행을 위한 헌법적인 사무분배원칙은 지방자치단체에 대한 크라이스(역자주: 군 단위)에 속하는 게마인테의 관계에서 유효하다(BVerfGE 79, 127, 150; 83, 363, 382 이하). 적절한 지역 특징을 가진 사무를 입법자는 단지 상호이익의 압도적인 이유로 인하여, 특히 달리 합당한 사무수행이 확실히 보장되지 않는 경우에 크라이스를 위하여 게마인테로부터 박탈할 수 있

다. 지역행정의 행정단순화, 권한의 집중, 경제성과 절약성은 사무박탈을 정당화하지 못한다. 지역공동체의 사무와 관련하여, 게마인데의 헌법적인 권한 우위는 크라이스를 통한 이러한 사무의 실현을 전적으로 배제하지 않는다. 기본법 제28조 제2항 제2문은 법률적인 과제범위의 영역에서 게마인데로서 크라이스에게, 법률의 조치에 따라 자치행정의 동일한 권리를 보장한다(BVerfGE 83, 363, 383). 지역단체의 사무가 게마인데에게 입헌적으로 지정되어졌기 때문에, 그것은 특히 크라이스를 위한 사무보장의 대상이 동시에 될 수 없는 것이다.

II. 크라이스의 자치행정보장의 보호범위

< 836 >

기본법 제28조 제2항 제2문에 따르면, 어쨌든 크라이스가 속하는 게마인데 연합(Gemeindeverbände)은, 법률적인 업무범위의 영역에서 법률의 조치에 따라 게마인데와 같이 자치행정의 동일한 권리를 갖는다. 역시 이 규정은 더 상위의 지방자치단체인 크라이스와 관련하여, 지방자치단체 자치행정의 설치에 대한 보장을 설명해준다. 게마인데를 위한 기본법 제28조 제2항 제1문과 달리, 게마인데 연합을 위한 동 규정은 헌법직접적인 사무의 보장을 담고 있지는 않다. 이러한 사무영역의 지정은 오히려 입법자에게 종속되어 있다(BVerfGE 79, 127, 150 이하; 83, 37, 54; 83, 363, 383). 비록 크라이스가 법률적인 사무제공에 대하여 지시가 있다고 할지라도, 그 자체에게 양도된 효력영역에 대한 국가의 업무에 관한 것이 되어서는 아니 된다. 오히려 입법자는, 자치행정의 사무 즉 고유의 효력범위의 크라이스 지방자치단체 과제로서 크라이스에게 특정한 사무를 지정해야만 한다. 포괄적이고 자기책임에 따른 결정권한에 대한 하자는, 크라이스 수준에서 효과적인 지방자치단체의 자치행정에 대한 기본적인 전제조건을 벗어나게 한다. 왜냐하면 직접 민주주의적으로 정당화된 교부주체(Mandatsträger)는, 그의 교부를 이행할 수 있기 위하여 사무를 필요로 하기 때문이다.

< 837 >

권한적인 최소마련의 기본법적인 요구에, 크라이스의 주법에 규정되어 있는 사무권한이 충분히 고려된다. 자치행정사무를 규정하는 것은 입법자의 자의에 맡겨져 있지 않다. 그 한도에서 재산권 도그마틱(Eigentumsdogmatik)과 유사한 것이 도출될 수 있다: 기본법 제14조 제1항을 통하여 보장되는 재산

권은 입법자에 의한 내용규정을 필요로 한다. 그럼에도 불구하고 그것을 입법자의 완전한 임의에 맡겨져 있지 않다. 기본법 제28조 제2항 제2문과 유사한 것(Parallele)은, ‘자치행정’과 같이 ‘재산권’으로 다를 수 있을 정도로 그 보호범위가 선명하지 않는 한 유지된다. 그러므로 제한으로서 파악될 수 없는 형태를 입법자를 통하여 요구하게 되는 것이다. 이러한 생각은, 입법적 형성이 필요하지만 그렇다고 전면적으로 입법자의 임의에 맡겨져 있는 것이 아닌 크라이스 형태의 과제에 대하여 헌법적인 보호의 방향에 있음을 의미한다(Ipsen, ZG 1994, 194, 204). 비록 사무가 전혀 특징을 가지고 있지 않거나 혹은 적절한 지역특징을 가지고 있지 않은 경우에 입법자는 그의 기속에서 자유로운 것이라고 연방헌법재판소(E 79, 127, 152)가 기술하고 있지만, 이것은 단지 게마인테의 자치행정과 관련하여 효력이 있는 것이다. 어쨌든 게마인테에 귀속되지 않는 사무는, 만약 그것이 크라이스 차원과 관련성이 있고, 여기에서 다 소진된다면(sich erschöpfen) 입법자의 처분에 맡겨져 있는 것이 아니다(Hennecke, 크라이스에 속하는 공간에서 사무 권한, 1992, 29 페이지 이하). 만약 헌법제정자가 게마인테 연합에게 자치행정의 권리를 보장한 경우라면, 그들의 과제는 역시 임의적 입법적 규정에 속하는 것은 아니다(Ipsen, ZG 1994, 194, 204). 그 외에 우리가 기본법적으로 근거한 지역법인이면서 게마인테 연합으로서 크라이스의 이중적 성격을 고려하고, 역사적으로 전래된 크라이스 조직의 모습을 함께 고려한다면, 헌법상 게마인테에게 보장되는, 게마인테를 넘어서고 또한 보충적이면서도 균형을 이루는 크라이스 사무의(Rdn. 988 ff.) 사무 3각형(Aufgabentrias)으로부터 원칙적으로 크라이스의 어떠한 것이 헌법적으로 보장되어 있는지 그 결론이 도출된다. 이 경우 이러한 사무형태의 내용 및 정도와 관련하여 기본법으로부터 또 다른 내용이 도출될 수 없다.

< 838 >

만약 그렇게 하지 않는다면, 다음과 같은 것을 확실히 하는 것이 남게 된다. 즉 연방헌법재판소(E 79, 127, 152)는, 도시와 시골의 갈등을 줄이거나 조정하기 위하여 크라이스를 벗어나는 도시의 지역에서 지역적인 것으로서 인정되는, 명백하게 크라이스에게 장소를 초월하는 과제를 해결하는 것을 양도하는 권리를 주 입법자에게 인정하였다. 그 결과 크라이스의 보충적 기능과 균형기능이 헌법적으로 인정된 것이다. 크라이스가 보충적이거나 균형적으로 이행이 허락되는지 또는 그 기능이 역시 사무로 명백하게 나타나는지의 여부와 어떠한 형태와 범위에서 가능한가에 대한 물음에 관하여는, 주 입법자에게 놓여있게 된다. 지역 공동체의 사무는, 만약 크라이스가 보충적으로 뛰

어플거나 혹은 균형적으로 게마인데를 돕는 경우에, 역시 그러한 사무이고 그러한 사무로 남는다. 크라이스의 사무는 단지 보충, 특히 균형(Ausgleich) 그 자체인 것이다.

게마인데의 이행능력이 없는 경우에 지역적 그리고 게마인데의 사무와 관련하여 크라이스는, 그 권한의 행사함에 있어 주로 주 정부 입법자에게 속하게 하는 예비지위에 있게 된다. 이러한 사항은 특별규정과 유형화를 통하거나 혹은 일반약관을 통하여 이행될 수 있다. 자발적인 자치행정의 사무는 장소적이거나 동시에 장소를 넘어서는 방식으로 열려져 있어(지역적-지역을 초월한 본질혼합), 크라이스 역시 이러한 과제를 받아들일 수 있는 것이다(이에 대한 자세한 사항은 Hennecke, Landkreis 1999, 206, 211).

< 839 >

크라이스의 입헌적인 자치행정에 대한 보장은, 그 구조에서 게마인데의 자치행정의 보장을 일치시킨다. 크라이스와 게마인데에 대한 민주주의적인 정당성은 기본법 제28조 제1항 제2문과 제3문에 따라 동일한 것이다. 게마인데와 크라이스의 자치행정의 보장에 있어서 차이점은, 지역단체의 과제에 대한 존속과 관련하여, 일반적으로 단지 구조상의 동일성에 있는 것이다. 자기책임의 요소와 관련하여, 기본법 제28조 제2항 제2문에 따른 자기책임적인 사무해결의 권한으로서 자치행정의 권리에 대하여, 기본적으로 기본법 제28조 제2항 제1문에 따른 게마인데에 대하여 다른 사항은 효력이 없는 것이다(Hennecke, ZG 1994, 212, 232 f., 238 f.).

B. 지방자치단체 재정고권-적절한 재정조달에 대한 청구권

< 840 >

사무에 합당하는 재정확보에 대한 게마인데와 게마인데 연합의 명시적인 청구권을 기본법 제28조 제2항이 지금까지 규정하고 있지 않다. 특히 주 헌법재판소의 관례¹⁶⁹⁾와 문헌에서 연방헌법재판소¹⁷⁰⁾를 통한 그 문제의 보류에

169) VerfGH NW OVG 38, 301, 303; 312, 314; DVBl. 1989, 151, 152; DÖV 1993, 1003, 1003 f.; DVBl. 1998, 1280; DVBl 1999, 391; VerfGH RhPf, DÖV 1978, 763, 764; DVBl. 1992, 981 sowie 986; DÖV 1998, 505; NdsStGH, DVBl. 1995, 1175; DVBl. 1998, 185; BayVerfGH, BayVBl. 1996, 462 u. 496; BayVBl. 1997, 303 u. 336; BayVBl. 1998, 207 u. 237; StGH BW 1998, 295, 304; VBi. BW 1999, 294, 300 f.; LVerfG LSA, NVwZ-RR 1999, 464; BVerwG, DVBl. 1998, 776, 779; OVG RhPf, DVBl. 1993, 894, 896.

170) BVerfGE 26, 172, 181; 71, 25, 36; 83, 363, 386.

있어서, 재정적인 최소규모의 확보에 대한 청구권은 자치행정의 보장에 대한 헌법적으로 보호되는 핵심에 속한다는 점에 대하여 일치가 존재한다. 그에 따르면, 기본법 제28조 제2항에 보장된 지방자치단체의 자치 행정권은 특히 자기책임구성요소로 인하여 필연적으로 여기에 요구되는 재정의 마련과 재정만을 포함한다. 사무에 적절한 재정마련에 대한 권리는 자치 행정권으로부터 이해되는 재정고권에 해당된다. 왜냐하면 지방자치단체의 자치행정은 단지 게마인데와 게마인데 연합이 충분한 재정적인 수단을 가지는 경우에 한하여만, 단지 효과적으로 발휘할 수 있기 때문이다.

< 841 >

재정에 대한 최소마련에 대하여 일반적으로 인정된 지방자치단체의 청구권은 두 가지 관점을 고려해야 한다. 우선 재정마련은 사무설정으로부터 증가하는 지출이 부담될 수 있도록 하여야 한다는 점이다. 그 다음에, 인적 - 행정업무- 그리고 사물비용 등 재정적으로 중요한 조건 및 결과에 관하여 존재하는 지방자치단체 대표의 결정 권한이 고려되어야 한다는 점이다. 이는 구체적으로, 지방자치단체가 의무적으로 이행하는 자치행정 - 혹은 지시 업무 외에 임의적인 자치행정사무를 이행할 수 있도록 전체적으로 재정상 갖추어져야 한다는 것을 의미한다. 모든 의무적인 자치행정사무 및 지시 내지 교부사무의 이행을 위한 지출을 충당한 후에, 지방자치단체에게는 아직 자유로운 자치행정사무의 인수 및 형성에 대한 여지가 남아 있을 때에 비로소 적절한 재정마련에 관하여 언급이 될 수 있다. 그렇지 않으면 자치행정은 내부적으로부터 공동화될 수 있다. 즉 지방자치단체 자치행정의 본질은 행정조직적인 기능 외에도 이른바 ‘정치 민주적인 기능을 통하여 표현되고, 결코 국가적인 사무의 순수한 행정적인 집행으로 파악될 수 없다. 적절한 재정준비를 할당함에 있어 이러한 관점을 만족시켜야 한다. 재정책임이 책임질 만한 결정의 재량을 요구하기 때문에, 수입과 지출의 관점에서 주요한 결정형성을 위한 기회가 의사를 형성하는 지방자치단체 기관을 존재하게 하는 것이다. 그러므로 재정마련은 이행되어야 하고, 그 결과 지방자치단체-민주적으로 정당성을 갖는 결정위원회(Beschlußgremien)는 지방자치단체를 위하여 재정적인 관점에서 실체적인 것을 결의할 수 있는 상황에 놓여 있는 것이다.

< 842 >

그럼에도 불구하고 헌법적인 보장으로부터, 게마인데나 게마인데 연합에게 그들의 사무를 이행하기 위한 재정수단에 일정하면서 동등한 존재가 보장된

다는 결론이 나오지는 않는다. 오히려 지방자치단체의 재정마련의 적절성에 관한 문제는 연방, 주 정부 그리고 지방자치단체 사무의 동순위성으로 인하여 단지 재정동맹(Finanzverbund)에서 나머지 결합된 단체와 그의 과제 그리고 이해관계의 동일한 고려 하에 대답이 되어야 한다. 그리고 연방이나 주 정부와 달리, 지방자치단체가 ‘해야 하는지의 여부’와 ‘어떻게 해야 하는지’에 따라 달리 정해진 사무를 이행해야 하고, 그것으로부터 나오는 필수적인 지출을 거절할 수 없다는 점을 간과하지 말아야 한다. 동시에 서로 다른 상황을 고려해야만 한다. 기본법 제115c조 제3항에 의하면, 재정적인 관점에서 기본 단위 지방자치단체와 기본 단위 지방자치단체 연합의 생활능력은 국방의 경우에 있어서도 역시 보장받아야 한다. 극단적인 상황에서 안정은 지방자치단체의 적절한 재정확보와 동일하게 놓여 있지 못한 것이다. 재정적인 생활능력은 국방 사례의 아주 예외적인 상황에서 고려되어야만 하는 최후의 한계를 설정하고 있는 것이다. 기본법 제115c조 제3항은, 게마인테와 게마인테 연합이 방위의 사례에서 재정적인 최소규모 확보를 마련하지 못함으로써 더 이상 그들의 사무를 이행할 수 없는 경우를 예방하고자 한다. 그러한 사례에서 지속성을 유지하려는 지방자치단체의 권리가 국가전체에 대한 걱정할 만한 상황에서 공허하게 되는 것에 대한 우려가 있게 된다. 그러나 지방자치단체의 재정확보와 관련하여 역시 기본법 제28조 제2항이 최소한의 수준을 넘어서는 보호를 보장하게 된다. 동 규정은 재정적인 억압의 상태가 지방자치단체에 의하여 도달되는 경우에만 다치지 않게 된다; 오히려 지방자치단체의 자치행정의 보장이 강력한 자치행정을 보장하고 그 결과 지방자치단체의 순수한 생존이상의 것을 보장하는 것이다. 그러는 한 과세의 한계(단락번호 360)와 같이 마침내 헌법적인 과세의 양적인 측면을 필요로 한다. 그러는 한 조심스러운 가정이, 만약 적어도 5~10 퍼센트 전체적으로 처리될 수 있는 재정도구가 구애받지 않은 자치행정과제에 대하여 사용되어질 수 없는 경우에, 지방자치단체의 재정확보가 기본법 제28조 제2항의 요구사항을 충분하게 하지 않는다는 결과를 가져온다.¹⁷¹⁾ 본질적인 의미에서 자치행정에 대하여 임의적으로 처리할 수 있는 재정확보의 최저수준에 미달한다면, 기본법에 의하여 의도된 의미에서 지방자치단체의 자치행정은 게마인테와 크라이스

171) Schoch/Wieland, Finanzierungverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 180; Hufen, DÖV 1998, 276, 278; Schoch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 153 f.; Wendt, in: Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 603, 625.

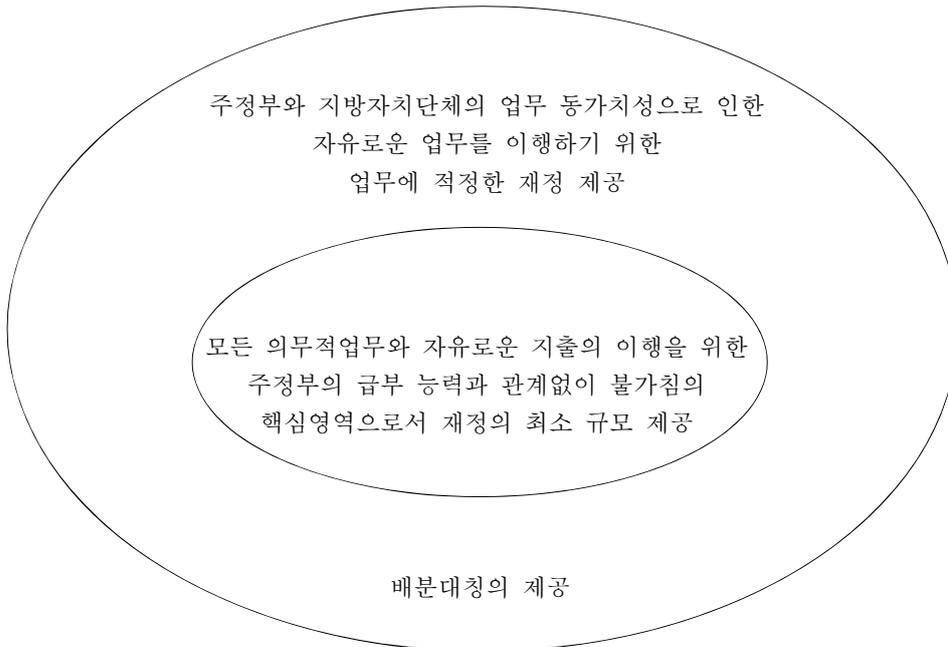
를 통하여 더 이상 가능하지 않다. 문헌에서 현저한 지지를 획득한 지위는, 특정한 백분율의 지분에 확립되지 않는 방법에서, 최근 주정부 헌법재판소에 의하여 기본적인 사고에서 존중을 받게 되었다.¹⁷²⁾

< 843 >

그것에 따르면, 재정적인 최소한의 마련, 즉 모든 의무적인 사무와 임의적인 사무에 최소한의 한도를 충족시키기 위하여 요구되는 재정수단을 지방자치단체가 확보하는 것은, 주정부의 급부능력이 부족한 것을 통하여 침해되어서 안 되는 불가침의 핵심영역이다. 경우에 따라서는 주정부 입법자는 의무적인 사무를 돌려보내야 한다. 헌법적인 보장의 가장자리에, 주정부의 재정적인 급부능력이 이른바 “분배균형(Verteilungssymmetrie)의 요청(Nds-StGH, DVbl. 1998, 185, 187 이하)”에 따라 고려해야 하는 범위에서, 사무에 적절한 재정 마련이 지방자치단체에게 발생하는 것이다.

< 844 >

[그림 5]



172) Insb. bayVerfGH, BayVBl. 1997, 303 u. 336; NdsStGH, DVBl. 1998, 185, 187 ff.; BVerwG, DVBl. 1998, 776, 779; StGH BW 1999, 294, 300 f.

어떠한 종류와 방법에서 적절한 재정 확보에 대한 지방자치단체의 청구권을 고려해야 하는가에 대하여는 기본법 제28조 제2항이 유보하고 있다. 재정 확보는 원칙적으로 자치재정을 위한, 특히 자기결정의 과제와 다른 재능을 제고하기 위하여, 그것에 대하여 단지 입법권한이 주정부가 발생하는 한, 재정 확보는 주법의 권한을 통하여 원칙적으로 이행될 수 있고(이에 대하여는 단락번호 671 이하, 893 이하), 또한 연방법으로 규정된 조세 수입과 주 정부를 통한 재정 원조의 보장을 통하여도 이행될 수 있는 것이다. 재정할당의 보장과 주 정부세원에 참여가 유일한 지방자치단체 수입의 재원이 될 수 없다고 할지라도, 지방자치단체 수입체계의 특정한 형성에 대한 청구권은 기본법 제28조 제2항으로부터 나오지 않는다.

C. 지방자치단체 조세고권-적정한 재정확보의 청구권

< 845 >

적절한 재정확보에 대한 청구권은 질적인 요소뿐만 아니라 양적인 요소를 담고 있기 때문에, 기본법 제28조 제2항의 의미내용을 사라지게 하지 못한다. 그러므로 오히려 이른바 “조세고권과 납세고권”은 자치행정권의 본질적인 내용에 속한다. 자기책임의 사무수행에 관하여는, 단지 지방자치단체가 고유한 권리로부터 업무를 이행하거나 또는 고유한 권리로부터 그들의 주민을 사무수행을 통하여 부담을 발생하게 하는 경우에만 언급하게 된다. 역사적으로 이어온 것을 보면, 양 권리는 풀리지 않는 상호작용 속에 놓여 있다. 주정부의 측면에서 지방자치단체에게 할당하는 국가의 재원을 확대하는 경우에 집중적인 비용이 따르는 사무수행 관할의 이전과 자기책임으로 다 하는(erschöpfen) 조세의 원천에서 이행된 연방법이나 주법의 제한을 통한 지난 10여 년 간 대폭 증가하고 있는 지방자치단체의 연방에 대한 재정적인 종속은, 마치 이것이 지방자치단체의 재정적인 기초를 삭감하는 사례와 같이, 헌법적으로 보장된 자치행정권의 제한을 야기하였다. 그러나 지방자치단체의 모든 재정수단은 조세고권과 납세고권에 기인해야 한다는 추론을 도출할 수는 없다. 오히려 지방자치단체에게 전적으로 자기책임으로 창출해내는 재정원천이 임의대로 처리되어야 하는 것으로 충분하다. 그러므로 재정원천은 고유한 권리로부터 지방자치단체 수입의 본질적인 부분을 이끌어낼 수 있게 된다.

< 846 >

지방자치단체의 자치행정과 재정화의 과제를 인식함에 있어, 역시 국가권력의 행사에 관련되어 있다. 국가권력(단락번호 298 이하)의 헌법적인 조건은 지방자치단체 과제를 고양시키는 데에 효력이 있다. 특히 법률의 유보가 효력이 있다. 납세의 제고는 단지 충분하게 특정화되고, 특별 규정의 권한근거에 의하여 이행될 수 있다. 기본법 제28조 제2항과 주 정부 헌법에 있는 지방자치단체 자치행정의 보장과 게마인데 규정과 크라이스 규정을 통하여 수여받은 일반적인 자치법규권한은, 구체성이 충분하지 않다는 근거 아래 그것에 대하여 충분한 것이 아니다. 지방자치단체의 납세는 연방이나 주 정부의 납세와 마찬가지로, 법률이 형식적인 의미에서 명백하게 권한을 부여한 경우에 한하여, 제고될 수 있는 것이다. 형식적인 의미에서 입법권한의 부재로 말미암아, 지방자치단체는 그 자체로 납세를 위한 권한근거를 창출할 상황에 있지 않다. 지방자치단체는 각각의 주 정부를 통하여, 경우에 따라서는 연방을 통하여 이미 기술된 입법권한의 분배(단락번호 657 이하)에 상응하게 임의대로 처리되어야 한다.

< 847 >

조세입법에 관한 권한의 분배 규정은 확정적이다. 그리고 본래적인 조세를 새로 만들 권한과 관련하여서는, 규정의 수취인에게 있어 그것과 결합된 기본권을 침해할 수 있다는 법치국가적인 근거로 인하여 창설적인 조세제정권은 규정되어 있지 않다. 계속하여 효력을 갖는 규정들은 헌법의 통일원칙을 근거로 하여, 유래하는 일반적인 지방자치단체 조세제정권의 지방자치단체의 자치행정의 보장을 통하여 확대하게 할 수는 없다. 그러한 지지자들로부터 지방자치단체 조세제정권은, 자치행정권의 내용에 자치법규, 즉 정관의 방법에서 고유한 업무를 규정하는 권한이 속한다는 입장이 제시된다. 동시에 이미 기술한 근거 외에도, 그러한 권능은 조세고권과 납세고권을 면제하는 권능까지는 확장되지 않는다는 점이 간과된 것이다. 왜냐하면 행동 형태와 각각의 행동 내용이 자유롭게 취급되지는 않기 때문이다. 그러는 한 서로 상이한 헌법규정들은 발생하지 않는다. 그 밖에도 공과금(Abgabe), 특히 비용과 기부금에 대하여 지방자치단체는 직접적인 확정권한을 갖지는 못한다. 왜냐하면 그러는 한 법률유보는 지방자치단체에게 징수 권한(Erhebungskompetenz)을 부여할 수 있는 형식적인 연방법이나 주법을 요구하기 때문이다.

D. 재정의 고유책임의 근거

< 848 >

1994년 11월 15일에 ‘공동헌법위원회의 권고’를 담고 있는 기본법 제28조 제2항 제2문, 즉 자치행정의 보장에는 재정적인 자기책임의 근거를 포함한다는 문장을 포함시키게 되었다. 입법자의 관점에서 보면, 과거에 다양한 국가의 사무와 의무를 수행함에 있어서 게마인테와 크라이스의 부담이 현저하게 증가하였다는 소견은 매우 중요한 것이었다. 입법자의 견해에 따르면, 지방자치단체 자치행정은 유럽연합, 연방 그리고 주의 법률적인 사무에 증가하여 연관되어 있다는 것이다. 여기에 지방자치단체 세금의 삭감과 국가 할당을 통한 보상을 통하여, 국가는 지방자치단체에 영향력을 집중시키고 있다. 그러므로 지방자치단체 사무의 소지자에 대하여, 고유한 과제영역, 자치행정업무에서 그들의 의무를 수행하는 것이 점점 더 어려워지고 있다. 그러므로 헌법을 다룸에 있어, 연방국가 수준에서 지방자치단체의 자치행정 강화와 지방자치단체 행위능력 획득을 명확히 표시하는 업무가 이행되어야 한다. 공동헌법위원회의 생각에 환원하는 입법자의 목적설정을 도출해내는 것이 중요하다. 적용되는 규정을 가지고, 내용적인 확대는 아직 포함되는 요소들의 지방자치단체 자치행정의 보장에서 결합되어 있지는 않다.¹⁷³⁾

1991년 11월 11일 연방헌법재판소는, 기본법 제28조 제2항을 통하여 강화된 지방자치단체 재정경제적인 독립성과 독자성은 재정헌법의 두 계층으로 되어 있음을 새로이 판단하였다. 기본법 제106조에 세 계층으로 재정헌법이 되어 있는 것은 바람직한 것이다; 하지만 이미 1956년 이후부터 나타난 사례가 그것이다.

< 849 >

단지 다음의 논의는 보충적인 것이다: 적절한 재정확보에 대한 청구권의 기초는 연방, 주 그리고 지방자치단체 업무가 동일한 가치를 갖는다는 원칙이고, 그것에 대한 비용부담과 재정수요에 충당할 정당한 보상이 마련되어야 한다는 것이다. 기본법 제28조 제2항 제1문과 제2문의 자치행정보장에 포함되어 있는 적절한 재정확보에 대한 지방자치단체의 헌법적인 청구권은, 게마

173) Dazu ausf. Hennecke in: Hennecke/Maurer/Schon, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 61, 98 ff., s.a. Schoch/Wieland, Finanzierungsverwaltung für gesetzgeberische veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 181 ff.

인데와 게마인데 연합의 청구권의 우선순위의 측면에서 연방과 주정부의 청구권에 앞서지는 못한다. 반대로 게마인데와 게마인데 연합에게 적절한 재정 확보의 제공은, 연방과 주정부들이 그들의 재정요구 때문에, 이양된 과제를 수행하기 위하여 요구된 재정수단을 이들에게 처리하도록 하는 것 없이, 그들이 국가의 과제를 지방자치단체에게 할당함을 통하여 면제되는 것은 배제한다. 기본법 제28조 제2항 제3문의 확대를 가지고, 지방자치단체 재정적인 자기책임은 충분한 재정마련 없이는 생각할 수 없다는 점을 명확히 지적하는 데 있다는 것이다. 자기의 과제를 수행하기 위하여 필요한 재정수단을 처리하는 자는, 자기 책임적으로 그의 재정적인 결정을 해야 한다. 충분한 재정제공이 없다면, 지방자치단체에게 재정적으로 책임을 부담하는 행위에 대한 실질적인 기초는 존재한다고 볼 수 없다. 헌법원문에 지방자치단체이 주 정부에 적절한 재정을 마련해 달라는 청구권을 받아들이지 않는 것이 기본법 제28조 제2항 제3문의 확대에 대한 관심사였다고 할지라도, 어쨌든 그러한 보충은 지방자치단체 자치행정 강화를 위한 명확한 표시와 지방자치단체의 행위능력 수여에 대한 명확한 표시를 나타내고 있다. 지방자치단체 자치행정의 재정적인 기초를 헌법의 보충을 가지고, 헌법에서 고유한 지위 가치가 인정되는 것이다.

< 850 >

기업과세를 개혁하는 과정 중 1997년 가을에 기본법 제28조 제2항 제3문에, 징수권을 가진 게마인데에게 발생하는 경제력과 관계있는 세입원천은 이러한 근거에 속한다는 일부를 보충하였다. 영업이익세의 상태를 위하여, 또는 각각 게마인데의 경제력에 다른 참가자들을 결합된 다른 조세를 통하여 지방자치단체의 재정자치를 보장하기 위하여 보충이 요구되었다고 하여 도입된 것이다. 이러한 새로운 사항은 여러 가지 관점에서 만족하지 못하게 한다. 한편으로 -기본법 제28조 제2항에 있는 것과 달리- 지방자치단체 조합을 언급하지 않음을 통하여 게마인데와 크라이스 사이에 재정적 자기책임의 근거에 대한 내용의 관점에서 차이점이 있다. 그 외에 경제력에 관련된 세금원천이 무엇이라고 이해할 수 있는가에 대하여는 유보하고 있다. 왜냐하면 기본법 제106조에서 연결되는 수익귀속에 따르면, 단지 이미 언급된 세금, 특히 세금원천의 형태에서만 단순법률적인 형성이 이행되기 때문이라는 것이다. 토지세와 영업세(단락번호 903 이하)에 대한 대물세의 축약한 새로운 규정을 근거로 한 기본법 제106조 제6항 제1문을 가지고, 현재 단순법률적인 것과 달리 기본법 제106조의 개정 없이, 다른 실제에 연결하는 것은 고려되

지 않는다. 영업이익세 폐지의 경우에 새롭게 개정된 기본법 제28조 제2항의 규정이 나타날 수 있는가에 대하여는, 게마인데가 징수권을 가진 소득세참가에 할당되는가에 대하여는 의문이 있다(더 자세한 사항은 Hennecke, Der Landkreis 1997, 472).

E. 자치행정보장의 의무자

< 851 >

“권리는 보장되어야 한다”고 하면서 기본법 제28조 제2항은 자치행정보장의 담당자를 명백하게 규정하지 않았다. 하지만 기본법 제28조 제3항에서 연방은 현존하는 기본원칙의 준수를 보장해야만 한다고 규정하고 있는 바와 같이, 이러한 보장의 의무담당자는 우선적으로 연방의 주 정부이다. 기본법 제30조, 제70조 이하, 제73조의 조직법적인 체계와, 지방자치단체법의 영역에 대한 입법적 권한은 연방에 있다는 사실은 이에 대하여 긍정하고 있다. 그러나 기본법 제105조에 따른 세법, 제83조 이하에서 특정하게 거론되고 있는 전문분야에 대한 입법권한의 영역과 기본법 제84조, 제85조(이에 대하여는 단락번호 143 이하)에 따른 그의 행정권한의 영역에서, 지방자치단체 자치행정권의 침해 역시 연방 그 자체를 통하여 발생할 수 있음을 생각할 수 있다. 연방 역시 규정을 유지해야 하고, 주정부를 통한 그러한 유지가 연방에 의하여 헌법적으로 보장되기 때문에, 기본법 제28조를 통한 연방국가의 권력 역시 직접적으로 의무를 부담하고 있는 것이다.

< 852 >

적절한 재정확보에 대한 지방자치단체 청구권과 관련하여, 이와 관련한 의무담당자에 대한 문제에 대하여 연방헌법재판소의 보류가 있었다. 연방헌법재판소(E 26, 172, 181)는 다음과 같이 설명하였다: 재정적인 최소규모의 확보가 지방자치단체 자치행정의 핵심영역에 해당되는가에 대한 물음에서, 침해의 경우에 연방법을 통하여 언급될 필요가 없다고 하였다. 왜냐하면 지방자치단체가 연방에 대하여 발생하는 것이 아니라, 단지 주정부에 대하여 발생하기 때문이라는 것이다. 지방자치단체 재정에 대한 걱정은 원칙적으로 배타적인 주정부의 관할에 속한다. 기본법 제28조 제2항, 제3항으로부터 연방에 대한 재정적인 최소마련에 대한 지방자치단체 청구권은 제기되지 않는다는 것이다.

< 853 >

보장 기능을 근거로 하여, 기본법의 연방국가적 질서를 통하여 연방에게 지방자치단체에 대하여 각각의 직접적인 투시가 거부된다. 그러므로 연방은 주정부의 개입 없이 지방자치단체 재정적인 관계를 직접적으로 질서화 하는 권한도 없고 의무 또한 없는 것이다. 또한 지방자치단체 전체수입에 고유수입지분이 얼마가 되는가에 대한 질문에 대하여도 마찬가지라는 것이다. 만약에 지방자치단체에게 연방에 대하여 자기수입의 특정한 최소지분에 대한 헌법의, 효력을 갖는 청구권이 발생하게 된다면, 필요한 지분의 조치는 전적으로 자기고유의 수입과 타인수입 사이의 전체관계만이 될 것이다. 이러한 근거를 통하여 연방헌법재판소는 나중에 인용을 하게 된다(E 71, 25, 36; 83, 363, 386). 지방자치단체 재정책보와 관련하여, 기본법 제28조 제3항에 의하여 연방에게는 단지 보장되는 지위만 발생하고, 재정적인 최소규모 마련에 대하여 헌법적으로 지방자치단체에게 보장된 청구권은 연방에게 직접적으로 발생하는 것이 아니라, 배타적으로 주정부 자체 그리고 직접적으로 그에게 발생한다는 것을 판례가 인정하게 된다.

< 854 >

연방의 보장지위는, 지방자치단체가 주정부에 의한 자치행정권의 위협에 직면하기 위하여 연방에게 법적 행위를 강요함을 통하여, 주정부에 의하여 보장된 재정적인 최소규모 마련을 할 수 없음으로 말미암아 그들의 행정을 '자치행정의 원칙'에 의하여 이끌 수 없는 경우에만 의미를 갖게 된다. 동시에 사무축소, 특히 연방법을 통한 사무수행 수준의 축소뿐만 아니라, 연방법을 통하여 게마인데에게 귀속된 세입수익의 증액 등이 고려된다. 이러한 물음이 현재 매우 최신의 논의이다. 그래서 연방은 소득세의 공동의 지분을 증액함을 통한 최저생계비에 대한 세금면제(Steuerfreiheit des Existenzminimums)와 가족급부에 대한 보상(Familienleistungsausgleich)의 규정을 근거로 하여 공동의 소득세수입의 탈락되는 부분(Einkommensteuereinnahmeausfälle)을 보충하는 것을 고려하였다. 다투는 것은, 그러한 한에서 연방에 대하여 법적인 청구권이 지방자치단체에게 연계될 수 있는가에 있다. 압도적인 의견이 이것을 반대하고 있다(zur Frage des Adressaten des Anspruchs auf eine angemessene Finanzausstattung: Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 185).

F. 주정부헌법상 자치행정보장

< 855 >

지방자치단체의 자치행정에 대한 권리는 역시 각각의 주정부헌법에 의하여 보장된다(개요 38을 보시오. 단락번호 857). 기본법 제28조 제2항에 대한 이러한 헌법규정의 관계에 대하여, 기본법 제31조의 기본원칙도, 제142조의 예외규정도 효력이 발생하지 않는다. 기본법 제28조 제2항은 주정부에 대하여, 기본법상 정해진 영역에서 지방자치단체 자치행정의 보장을 요구하고 있다. 주정부헌법은 반복해서 추인하고 있으며, 기본법의 자치행정 보장을 배제하지 않고 있다. 게마인데와 크라이스의 자치행정권은 기본법 제28조 제2항에 전제되어 있고, 단지 기본법이 최소한의 기본적 보장을 규정하고 있는 한도 내에서 보장된다. 기본법 제28조 제2항은 각각의 주 정부헌법에 근거를 둔 보다 더 한정된, 그리고 연방에서 인정되고 보장된 자치행정의 권리를 지시하고 있다. 그러므로 주 정부헌법적인 보장은, 그것이 기본법 제28조와 제2항과 일치하는 한, 완전한 효력을 전개하게 된다. 그러한 보장이 부족하면, 그러한 보장은 기본법 제28조 제2항을 통하여 보충된다: 만약 그러한 보장이 연방법적인 보장을 뛰어넘는다면, 그것과 기본법 제28조 제2항은 대립하지 않는다. 계속적으로 잠재적인 보호효력을 가진 지방자치단체 자치행정권은 주 헌법적인 보장의 관할성은, 각각의 주 정부의 권력은 하나의 의무담당자로서, 주 헌법재판소에서 절차적으로 이행되어질 수 있는 부가적인 결합물에 종속되는 한 의미가 있다.

16

< 856 >

게마인데 부분적으로 게마인데 연합도 역시 기본법의 개정을 통하여 1969년 재정개혁 때까지 다른 방법을 통하여 연방국가적인 재정헌법의 체계 안에 편입되었다. 그것은 다음의 헌법규정에서 발견된다: 기본법 제104a조, 제105조 제3항, 제106조 제5항~9항, 제107조 제2항, 제198조 제4항 제2문, 제5항 제2문, 7항과 제109조 제4항 제1항. 지방자치단체의 재정조달과 관련된 재정헌법의 규정은, 기본법 제28조 제2항과의 체계적인 관련성으로 인하여 자

치행정보장의 실질적인 구현으로 간주될 수 있고 기본법 제28조 제2항의 척도에 따라 해석할 수 있다.

지방자치단체와 관련하여, 동 규정은 기본법 제10장과 같이 동일한 목적을 전체적으로 이행한다(여기에 대해서는 단락번호 44 이하): 업무에 기본법적인 우선순위에서, 그러한 규정들은 재정적인 영역에서 권한배분을 보장한다. 왜냐하면 지방자치단체 영역에서 단지 충분한 재정조달을 근거로 하여 업무 이행의 독자성과 자기책임성이 전개될 수 있기 때문이다.

< 857 >

모든 주 정부에서 주 헌법상 규정들은, 지방자치단체 자치행정의 보장을 위하여 일반적으로 다음 네 가지 규정내용을 가지고 있다.

- (1) 지방자치단체에 업무의 이양
- (2) 관련된 비용제공 규정(단락번호 867 이하)
- (3) 세금 창출에 대한 지방자치단체법(단락번호 893 이하)
- (4) 지방자치단체의 재정조정의 보장(단락번호 916 이하)

이러한 네 가지 규정대상은, [표 38]에서 보여주는 바와 같이, 규정관련성에서 지방자치단체자치행정의 보장과 함께 나타난다.

< 858 >

모든 주에서, 특정한 급부, 국가의 업무나 혹은 법률을 통한 주의 업무에 대한 인수와 이행하기 위하여 게마인테와 게마인테 연합의 의무에 관한 규정들이 발견된다. 이러한 공식은 세부사항에서 지방자치단체 사무의 구조에 달려 있다. 그러므로 예외 없이 업무이양의 사례에 대하여, 비용제공 규정 특히 과대부담 보상 규정들이 관련된다. 개별적으로 다수의 연방국가에서 적용되는 세 개의 규정목록이 구별된다.

메클렌부르크-포어퍼메른, 니더작센 그리고 노르트라인-베스트팔렌 주에서는, 만약 동시에 비용보상에 대한 규정이 적용되는 경우에, 주 정부가 특정한 공적 과제의 인수와 이행을 위한 법률을 통하여 게마인테와 게마인테 연합에게 부담시킬 수 있다.

[표 38] 주정부 헌법상 보장급부사항

자치행정보장의 주정부 헌법에서 규정	업무 양도	비용관련 규정	조세원천 의 개척	재정조정 보장
바덴-뷔템베르크 71 I, II	71 III 1	71 III 2, 3	73 II	73 I 3
바이에른 10 I, II 11 II, 83 I	10 III, 11 III	83 III	83 III 2, V 1	-
브란덴부르크 97 I 1, II	97 III 1	97 III 1	99S 2	99S 2, 3
헤센 137 I, II, III 1	137 IV	137 VI	137 V 2	137 V 1
메클렌부르크- 포어모른 72 I, II	72 III	72 III	73 I	73 II
니더작센 57 I, II	57 IV	57 IV	58	58
노르트라인- 베스트팔렌 78 I, II	78 III	78 III	79S 1	79S 2
라인란트-팔츠 49 I, II, III 1	49 IV	49 V 1	49 V 2	49 V 1
자아란트 117, 118	120 I 1, II	120 I 2, 3	119 I 2	119 II
작센 82 II, 84 I	85 I	85 II	87 II	88 I, II
작센-안할트 2 III, 87 I, II	87 III 1	87 III 2	88 III	88 I, II
쉴레시비히- 홀스타인 46 I, II	46 IV	49 II	48	49 I
튀링겐 91 I, II	91 III	93 I 2	93 II	93 I 1, III

바덴-뷔템베르크, 브란덴부르크, 작센, 작센-안할트, 쉴레시비히-홀스타인, 튀링겐과 자아란트에서, 이러한 규정들은 아무튼 존재한다. 연역적으로, 만약 업무이양이 과대부담을 야기하는 경우에, 하나의 상응하는 혹은 적정한 재정적 보상이 창출된다는 것을 의미하게 된다. 보충성사고의 형성에서, 작센에서는, 만약 업무이양이 이들에 의하여 확실하고 목적에 합당하게 이행될 수 있는 경우에, 법률을 통하여 지방자치단체 자치행정의 소지자들에게 특정한 업무의 규정이 이양되어야 한다는 것이 부가적으로 존재한다.

헤센, 라인란트-팔츠 그리고 게마인데와 관련하여 바이에른에서는, 국가가 게마인데와 게마인데 연합에게 양도된 과세의 이행을 위하여 요구되는 자금을 재정조정 방법에서 보장되어야 한다는 문장이 존재한다. 헤센과 라인란트-팔츠에서는 원뜻에 의한 동일한 규정이 고유한 업무에 관련되는 반면에, 바이에른에서는 단지 양도된 업무에만 관련된다.

< 859 >

모든 주 헌법에서는, 법률에 따라 세금과 그 밖의 공과금을 징수하기 위하여, 게마인데와 게마인데 연합의 권리에 근거를 두고 있다. 단지 브란덴부르크와 노르트라인-베스트팔렌에서만 이러한 권리들이 게마인데에 한정하고 있다.

< 860 >

바이에른을 제외하고, 주 헌법은 다섯 개의 다양한 규율기준(Regelungsansätze)에서 지방자치단체의 재정조정에 대한 보장을 담고 있다. 바덴-뷔템베르크, 브란덴부르크, 작센, 작센-안할트 그리고 튀링겐에서는, 지방자치단체와 지방자치단체 연합이 그들의 업무를 이행할 수 있고, 주 업무의 고려 아래 재정조정의 영역에서 그들의 과세에 적절하게 참가하게 되는 것을 주가 고려하고 있다는 점이 발견된다. 작센-안할트는 급부가 약한 지방자치단체에 주 정부의 특별한 교부의 경우나 특별한 지원재원을 마련하는 경우에 자치행정권이 보장되어야 특별사항을 부가하고 있다. 헤센과 라인란트-팔츠에서는, 국가가 지방자치단체와 지방자치단체 연합에게 그들의 고유한 업무와 양도된 업무의 이행을 위하여 요구되어진 도구를 부담보상(Belastungsausgleich)과 재정조정(Finanzausgleich)의 방법으로 보상해야 함이 발견된다(이른바 일원적 재정보장). 부담보상과 재정조정 사이에 이러한 양자의 주들에서는 차이가 존재하지 않는다. 메클렌부르크-포어포메른과 쉴레시비히-홀스타인 주에 있는 규정들은, 재정조정의 방법으로 세월에 취약한 게마인데와 크라이스의 이행능력을 보장하고, 지출과 함께 상이한 부담을 보상하기 위하여 주정부가 자유롭게 할 수 있음을 부가적으로 담고 있다. 니더작센과 노르트라인-베스트팔렌에서는, 주정부가 그의 재정적인 이행능력의 영역에서 주정부가 게마인데를 초월하는 재정조정을 보장해야 한다는 것을 규정하고 있다. 거기에는 니더작센의 관련범위가 그의 과제를 이행하기 위하여 요구되어진 재원을 명백하게 형성한다는 것을 담고 있다. 끝으로 자아란트는, 주정부가 게마인데와 게마인데 연합에게 그의 입법을 통하여, 그들에게 적절한 업무이행을 가능하게 하는 재정제공을 보장한다는 것과, 이러한 목적에 지방자치단체의 재정조정이 기여한다는 규정이 적용된다.

바이에른에서는 자치행정보장으로부터, 국가는 그의 재정적인 급부이행의 영역에서 국가내적인 재정조정을 형성해야 하는 의무를 부담하게 되고, 그 결과 지방자치단체는 그들에게 발생하는 업무를 자기책임으로 이행할 수 있고, 그의 재정적인 생활능력을 갖고 유지하게 된다는 것이 나타난다. 이러한 사항을 최근에 바이에른 주 헌법재판소가 여러 번에 걸쳐서 결정한 바 있다.

< 861 >

이러한 주 헌법에 있는 규정에 어쨌든 지방자치단체 자치행정에 대한 보호기능이 발생하게 된다. 그러므로 재정조정 의무(Finanzausgleichsverpflichtung)는 자치행정보장과 관련하여 보아야 한다. 재정조정 의무는 소득원천 중의 하나를 확보하게 하고, 그로부터 지방자치단체 재정수요가 충족될 수 있다. 그러한 재정조정 의무는 이미 자치행정보장으로부터 뒤따르게 되는 적절한 재정공급에 대한 권리를 구체화하고, 이를 보장하게 된다. 그러므로 재정조정 의무는, 지방자치단체 자치행정에게 재정적인 근거를 보장하는 주정부에 대하여, 지방자치단체가 청구권을 행사하도록 한다. 각각의 지방자치단체의 상이한 지출필요성과 고유한 수입을 통한 이러한 필요성을 보충하기 위한 상이한 가능성에 상응하여, 재정조정은 지방자치단체의 재정원천을 보충하게 된다. 동시에 보충적인 재정조정은 지방자치단체의 전체수입을 축적하고, 그 결과 고유책임, 자유로운 자치행정행위에 대한 재정적인 가능성이 주어지게 된다(VerfGH NW, DVBl 1985, 1306; DVBl. 1989, 151, 152; Hennecke, DÖV 1994, 1, 3).

< 862 >

사무이양시 비용상환 의무(Kostenausstattungsverpflichtung)는, 지방자치단체 자치행정의 재정적인 보장에 기여한다. 주 헌법상 이러한 규정의 의미는, 지방자치단체의 지역단체에게 충분한 자기고유책임의 자치행정에 대한 재정적인 근거를 갖는다는 것에 있다. 동 규정은, 케마인데와 케마인데 연합이 의무적인 사무를 가진 과대부담에 의하여 그의 전통적인 사무를 등한시해야 하는 것을 예방하고자 한다. 지방자치단체에 대한 사무의 양도가 부가적인 비용을 제공하지 않고 강행적으로 자치행정업무를 이행하는 데에 있어 부담을 야기한다는 점에서 이러한 양도가 재정적인 재원을 감소하기 때문에, 양도에 의하여 자치행정의 재정적인 토대에 공백이 나타날 수 있다. 특별한 재정보장(Finanzgarantie)은, 국가가 임의적으로 지방자치단체의 부담을 야기하는 업무를 재정확보에 대하여 배려를 하지 않고 양도할 수 없다는 점에서 볼 수 있다. 업무를 이양하는 각각의 경우에 입법자는, 지방자치단체가 재정적으로 부담한다는 점을 의식하여야 한다. 그러므로 입법자가 비용보상에 대한 규정을 해야 하는 경우, 그는 그것을 인식할 수 있으면서도 납득할 수 있게 행하여야 한다. 입법자가 지방자치단체에게 과제를 이양하는 형식을 이용하는 경우에, 그것은 입법자에 대하여, 헌법으로 인하여 지방자치단체의 재정조정에 관한 일반규정에서 흡수되지 않는 재정법적인 결과를 초래하게 된다(Nds StGH,

DVBl. 1985, 1175, 1176; 단락번호 878 이하, 883 이하).

A. 지방자치단체의 지출책임

I. 관련성원칙, 기본법 제104a조

< 863 >

지방자치단체에 대한 기본법 제104a조의 적용가능성은, 3단계 내지 4단계 행정체계 즉 연방-주-크라이스(Kreisen)-게마인데(Gemeinden)에서 2단계 국가체계의 문제를 건드린다. 지방자치단체 사무권한의 근거체시가 기본법적인 이상적인 경우에 상응하여 각각의 주 정부를 통하여 행해지는 경우에, 주 헌법에서 대담되는 주와 지방자치단체 관계에서의 상응하는 부담배분에 대한 문제가 제기된다. 어려운 점은, 재정의 문제가 연방이 지방자치단체 수준에 대하여 직접적으로 개입하는 경우에 발생한다. 기본법 제106조 제9항의 가설(Fiktion)은, 만약 연방이 지방자치단체에게 직접적인 업무를 할당하고, 그 결과 그것이 그에 대해 권한있는 주를 우회하는 경우에는, 그 근거를 상실하게 된다. 이를 통하여 지방자치단체는 주 헌법적인 관련영역에서 분리되고, 연방으로부터 독립적인 행정주체로 언급된다.

예를 들면: 연방사회부조법(BSHG) 제96조, 유아 및 청소년지원법(KJHG) 제69조에서, 연방은 크라이스와 크라이스에서 독립한 도시들을 원칙적으로 사회부조 특히 청소년부조의 지역적 주체(örtlichen Trägern)로 규정하고 있다.

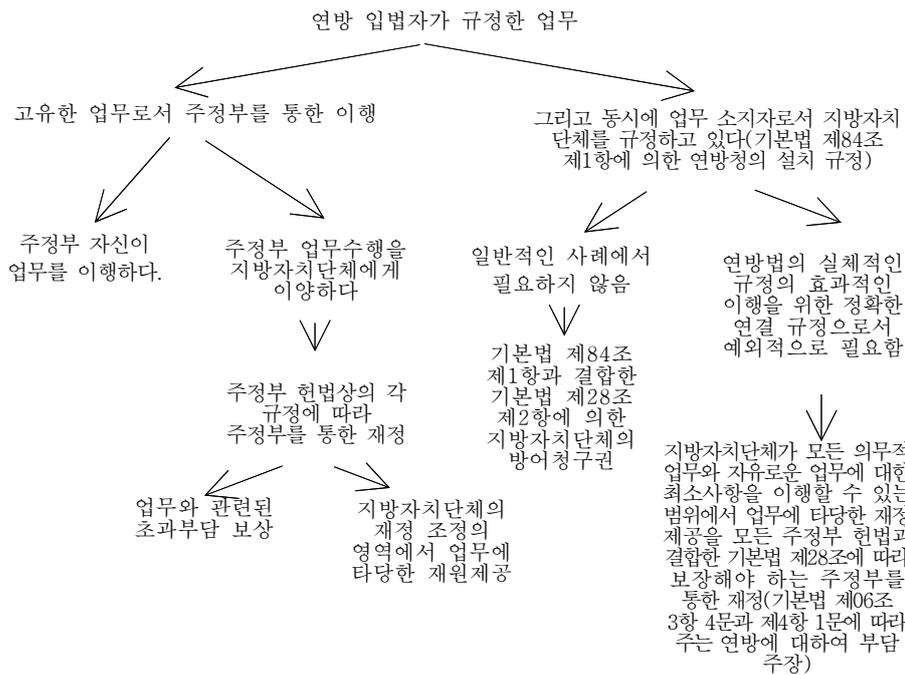
< 864 >

여기에서 사무담당자로서 지방자치단체의 규정에 대한 연방의 권한문제뿐만 아니라, 재정책임과 기본법 제104a조의 적용가능성에 대한 문제가 제기된다. 사무배분(Aufgabenzuweisung)은 기본법 제83조 이하의 헌법적인 명령을 충족시켜야만 하고(단락번호 143 이하), 항목별 연결규정(Annexregelung)으로서 법률의 실제법적 규정의 효과적인 집행을 위하여 필수적이어야 한다(BVerfGE 22, 180, 210: 77, 288, 299). 바덴-뷔템베르크 주 헌법재판소(StGH BW)는 연방사회부조법(BSHG) 제96조, 유아 및 청소년지원법(KJHG) 제69조에 대한 이러한 전제조건이 존재한다는 것을 인정하였다. 기본법 제83조와 제84조의 의미에서, “고유한 주들의 업무영역”은 지방자치단체의 법률집행사무이다. 왜냐하면 연방국가적인 관점으로부터 나오는 이러한 사항들은 배타적으로 주들의 헌법영역에 귀속되기 때문이다. 그 결과 기본법 제104a조는 전체국가의 2 단계성으로부터 출발하고, 지출 부담과 업무책임과 더불어 지출부담에 대한

관계에 대하여는 단지 연방과 주정부들에게 대립하게 하고, 관련되는 주의 구성원으로서 지방자치단체 - 그들에게 헌법적으로 보장된 자치성을 침해하지 않고 - 를 다루게 된다. 지방자치단체의 업무와 지출은 주의 업무와 지출에 귀속된다(BVerfGE 86, 148, 215; StGH BW, DVBl. 1994, 206, 207). 그러므로 기본법 제104a조의 시각으로부터, 기본법 제83조 이하의 의미에서 행정사무가 그의 고유한 관청을 가진 주정부 혹은 주정부의 지방자치단체가 이행하게 되는가 여부는 중요하지 않다. 그로부터, 연방은 지방자치단체에 대하여도 그의 사무 자체를 재원조달 해야 한다는 결론이 나온다. 다른 측면에서 연방은 지방자치단체의 업무에 대한 직접적인 공동재정 확보하는 것을 방해받으며, 그 결과 예를 들면 기본법 제104a조 제3항의 의미에서 금전급부법(Geldleistungsgesetz)은 단지 연방과 주정부 사이에 비용배분만을 규정하도록 되어 있고, 하지만 지방자치단체에 대한 관계에서 주 내적인 비용부담에 대한 규정을 방해한다.

연방입법자가 사무를 규정한다(그림을 참조하자. 334면).

[그림 6] 연방과 주정부의 현재 업무 관계와 재정 관계



< 865 >

기본법 제104a조의 원뜻, 발생역사, 전체체계와 연방국가의 기능으로부터, 동 규정은 연방국가의 재정경제 2단계성을 엄격하게 준수하게 하고, 기본법 제104a조의 영역에서 연방과 지방자치단체 사이의 직접적인 재정관계를 거부하고 있다는 점에는 의심의 여지가 없다. 연방이 직접 지방자치단체에게 재정교부를 발생하게 하는 것이 재정헌법을 허용하는 유일한 사안은, 연방이 지방자치단체에 있는 특별한 기구를 통하여 야기하는 초과지출 혹은 과소수입의 보상에 대한 특별한 사례에 해당한다(기본법 제106조 제8항; 단락번호 795 이하). 그러므로 기본법 제104a조에서 헌법적으로 확정된 견련성원칙(Konnexitätsprinzip)은 연방법적인 수준에서 사무권한과 지출권한의 관계를 규정하고 있다. 기본법의 이러한 규정은 주에 대한 연방의 관계를 관련시키고, 이러한 양자 사이의 비용배분을 규정하고 있으며 주와 그의 자치단체 사이의 비용배분의 규정을 주법에 이양하고 있다. 기본법 제104a조는, 지방자치단체에게 연방법의 근거에 대하여 이양되는 업무의 비용보상에 대한 규정을 담고 있지 않다(StGH BW, DVBl. 1994, 206, 207).

< 866 >

연방이 재정적인 작용에 대하여 책임을 지지 않고 법률로 사무를 규정하고, 그 이행을 지방자치단체에게 허락하는 등, 이러한 것들을 점점 더 강력하게 이용한다는 사실 때문에, 기본법 제104a조는 비용보상 없이 입법자에 의해 근거가 마련된 사무를 밀어붙이는(Aufgabewegdrückung) 현상을 적절하게 고려할 수 없다는 평가가 법학 문헌¹⁷⁴⁾에서 나타나고 있다. 제61회 독일 법률가대회가 그의 결의를 가지고 이러한 인식을 고려하였다. 헌법개정입법자는 다양한 주 헌법에서와는 달리, 연방의 수준에서 아직 이를 고려하지 않았다.

II. 주 헌법상 규정

< 867 >

모든 주 헌법에서는, 법률을 통하여 특정한 공공의 특히 국가의 또는 주정부 업무의 인수와 이행에 대한 게마인테와 게마인테 연합의 의무에 관한 명시적인 규정이 발견된다. 각각의 사항에서 이러한 형태는 지방자치단체 업무의 구조에 달려있다(단락번호 868 이하). 지방자치단체에게 업무양도의 경우

174) Dazu ausf. m.w.N. Henneke, Reform der Aufgaben- und Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen, 1999, S. 22 ff., 58 ff., 81 ff., 129 ff.

에, 재정적인 보상에 대한 주정부들의 주 헌법상의 의무들과 관련하여, 상이하게 규정된 주 헌법상의 보장으로 인하여 지방자치단체 업무의 구조의 관점과 재정규정의 관점이라는 이중적 차이(eine doppelte Differenzierung)가 받아들여진다.

1. 지방자치단체 과제의 구조

< 868 >

우리가 각각의 주들에 의하여 근거가 확보된 게마인데의 업무구조를 체계화하고자 시도하는 경우에, 출발점에서 두 가지 상이한 모델, 이른바 이원적인 업무구조와 일원적 업무구조가 제기된다. 이러한 분리선은, 헌법상 자치행정 보장의 주된 개념과 일치하기는 하지만, 완전하게 그것과 일치하지 않는 개별적인 업무종류 사이에 분리선을 제시하고 있다.

< 869 >

이원적 모델은 그것의 본질에 따라 공적 업무의 양도하는 분배를 따르고, 그것에 따라 국가업무로부터 자치행정업무를 분리한다. 게마인데에 대하여, 자치행정업무는 고유한 효력영역을 형성한다. 반면에 자치행정업무는 단지 법률적인 양도의 방법에서 원칙적으로 교부업무로서 국가업무를 수행해야만 한다(양도의 영역범위).

< 870 >

게마인데의 고유한 효력범위에 대하여, 만약 그러한 것들이 헌법의 과제에 상응하여 법률에 의하여 다른 소지자에게 양도되지 않는 한, 지역단체의 모든 업무가 해당된다. 자치행정 업무의 이러한 업무구성요건은, 이미 기본법 제28조 제2항 제문을 통하여 규정되었다. 그러나 법률적인 교부를 통하여 확대될 수 있다. 단순한 법률을 통하여, 그러한 것이 지역단체에 명확하지 않거나, 혹은 지역적이면서 동시에 지역을 초월하는 본질혼용이 존재하는 그러한 업무가 게마인데에게 교부되는 경우가 바로 여기에 해당하는 사례다. 이러한 전체 업무범위는, 오직 법률에 의해서만 변경될 수 있는 게마인데의 확고한 고유범위를 형성하게 된다. 국가와 게마인데는, 절차보장에 관한 법률유보의 전형적인 보호도구가 게마인데의 법원보호에 이르기까지 도움이 되는 외부법적인 관계에서 대립하여 서 있다. 이러한 영역범위에서 합목적성을 근거로 하는 감독법적인 지시에 대한 권한은 국가에게 존재하지 않는다. 이러한 영역의 내부에서, 일반적으로 게마인데 명령은, 게마인데가 이러한 과

제를 전적으로 착수하고, 어떠한 방법으로 이행할 것인가를 그가 전적으로 결정할 수 있는 이른바 “자유로운 자치행정 과제(freien Selbstverwaltungsaufgaben)”와 업무이행이 법적으로 규정되어 있는가를 따지는 의무적인 자치행정과제(pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben)를 구별하고 있다.

< 871 >

이양된 활동범위는 교부업무를 일부 구성하게 된다. 거기에는 업무본질이 국가적으로 남아 있다. 법률은 국가에게 단지 이행을 양도하게 된다. 그것과 원칙적으로 무제한으로 인정될 수 있는 것으로 간주되고, 합목적성 고려사항(Zweckmäßigkeitserwägungen)을 위법(Rechtmäßigkeit)을 관련시키는 국가의 지시권한만이 결합되어 있다.

< 872 >

일원적 업무모델은 1948년 바인하임의 주 내무부와 지방자치단체의 연합에 의하여 수행된 독일 연방공화국의 주정부에 대한 게마인테법의 초안에 환원하기 때문에 “바인하임의 초안”이라고 표시된다. 국가와 게마인테 고유의 업무를 분리하는 대신에, 그것은 공적인 업무의 단일한 개념으로부터 출발한다. 법률이 다른 사항을 규정하고 있는 한, 이러한 업무이행은 원칙적으로 게마인테 영역에 종속되어야 하고, 게마인테의 고유한 책임에 종속해야만 한다. 그럼에도 불구하고 이것은 이원적인 모델과 같은 국가의 영향력행사가 주어질 수 없는 것을 의미하는 것은 아니다. 예나 지금이나 그것의 구별을 필요로 한다. 동시에 일원적인 모델은, 법적으로 규정된 국가의 지시권에 따라 자유로운 업무, 의무업무 그리고 지시 업무(지시에 의하여 이행을 해야 하는 의무적인 업무) 등의 세 종류로 구별하게 된다. 지시권은 개별적인 업무영역에 대한 법률실무상 부분적으로 제한되거나 또는 부분적으로 무제한적인 것으로 인정된다. 아무튼 지시에 의한 이행을 대한 의무업무는 게마인테의 관청에 합당한 업무이고, 하부적인 행정관청으로서 그의 행위이다. 이원적인 모델의 의미에서 자치행정업무로서 자유로운 업무와 의무업무의 규정이 다투어지는 반면에, 지시 업무의 규정은 무엇보다도 비용동반의무의 문제에서 특별히 관련되어 있는 현저한 어려움을 던져 준다.

< 873 >

그러는 한 세 가지 다른 의견이 대립하게 된다(이에 대한 자세한 사항은 von Mutius/Henneke, DVBl. 1985, 689 이하). 부분적으로 그것이 자치행정업무로서 간주되는 반면에, 다른 견해에 따르면 그것은, 타인행정이라는 상위개념 하

에 교부업무를 가지고 축약될 수 있는 다른 이름이 붙여진 교부업무(umetikettierte Auftragsangelegenheiten)로 표시된다. 끝으로 지배적인 견해에 따르면, 업무성격의 규정은 개별적으로 주요한 각각의 측면에 지향되어 있는 적절한 방법으로 중간적 성격의 것(Zwischendung)으로 표시된다. 만약 교부업무와는 반대로, 지시에 따라 이행을 해야 하는 의무업무의 경우에, 전체가 아니라 지방자치단체 자치행정의 보장을 고려하면서, 과잉금지에 종속되는 주정부의 지시권이 관례적인 성격으로 발생하게 된다면, 이러한 업무종류에서 주 정부가, 역시 합목적의 관점까지 확대하게 되어 위법성을 넘어서는 지시권을 갖는다고 하는 것은, 핵심사항에서 업무책임을 제기하는 견련성원칙(Konnexitätsprinzip)과 관련하여 매우 중요하다. 그러나 만약 지시에 따라 이행을 하는 의무업무의 업무형태와, 지방자치단체 자치행정의 성격을 갖게 되는 업무종결의 고유책임의 특징은 점진적으로 제한하는 국가의 지시권 및 주정부에서 최후책임을 두고 있는 국가의 지시권이 결합되어 있다면, 그러한 관례적인 교부업무에 대한 단지 점진적이기는 하지만 본질적이지 않은 차이점이 발생하게 된다. 타인행정업무나 혹은 지시에 결합되어 있는 게마인테의 업무로서 지시에 따른 이행을 위한 의무업무의 자격과 관계없이 여기에서는 업무책임의 기준이 아니라, 연방교부행정(단락번호 147)의 평행적 상황(Parallelkonstellation)에서 다투어지는 업무의 형식적 귀속에 맞추어져 있다. 그러므로 책임원칙과 관련하여, 지시와 결합되어 있는 지방자치단체의 업무는 통일적으로 관례적인 교부행정의 의미에서 판단된다. 그러는 한 현저한 구별기준에 따라 하나의 귀속이 받아들여진다. 지시권은 자치행정업무에 조화가 되지 못한다. 지시권의 한계는 다시 교부업무로서 명확한 하나의 단계와 대립하여 있다.

< 874 >

게마인테 수준에 대한 국가행정의 특별형태는, 국가업무를 가지고 지방자치단체 본래의 담당성에 재결합 없이 개별적인 게마인테 기관을 선임하는 법률을 형성하게 된다. 기관차용의 사례에서, 관련된 기관은 국가행정에 편입되고, 상급법원에서 이송의 감독법으로서 지배된다. 게마인테의 기관에서는, 그러한 사례는 거의 없고, 적용할 수 있는 크라이스의 수준에서 발견된다.

< 875 >

이러한 세부적인 사항은 게마인테와 크라이스의 업무에 대하여 동일하게 적용된다. 면제되는 크라이스 업무에서는, 그 밖에 기본법 제28조 제2항 제1문(단락번호 829 이하)의 헌법상의 업무를 근거로 하여 게마인테에 대한 구분을 이행해야 할 필요성이 존재한다. 이러한 질문의 제기는, 주정부 차원의 양

도된 업무의 재정관계 속에서가 아니라 단지 크라이스 상황의 조사에 대하여 기능하는 것이기 때문에, 주 정부 차원의 영역의 특수한 과제구조는 단락 번호 990 이하에서 다루어진다.

2. 주 헌법의 재정보장에 대한 구조

< 876 >

주 헌법의 재정보장과 관련하여, 규정의 단서 사이에 구분되어야 할 일원적인 모델과 이원적인 모델이 있다.

a) 헤센과 라인란트-팔츠에서 일원적 재정보장

< 877 >

일원적인 재정모델은 라인란트-팔츠와 헤센에서, 국가가 케마인데와 케마인데 연합에게 부담보상과 재정조정의 방법에서, ‘고유한 업무와 이양되는 업무의 이행을 위하여 요구되는 재원을 보장하여야 한다’고 하는 동일한 표현이 발견된다. 이러한 방법으로 지방자치단체를 통한 업무이행을 위하여 충분한 재정공급의 보장이(aufgabenakzessorisch) 이행된다. 지방자치단체의 재정공급에 대한 보장의 양적인 단서가 업무의 특별성을 갖추지 않으면서 추구된다. 헤센과 라인란트-팔츠에서 주 헌법상 보장은, 정해진 업무와 그 업무로부터 나타나는 상응하는 각각의 비용보상의 결과를 가진 지출을 양산하는 것에 관련되는 것이 아니다. 오히려 전체계산의 의미에서 업무의 특수성을 갖지 않는 양적인 단서에 관한 것이다. 그 외에 지방자치단체에 대한 업무확정에 있어서 비용보상에 대한 분리된 주정부의 헌법상 의무는 존재하지 않는다. 라인란트-팔츠에서는 업무이중성에서 일원적인 재정모델이 존재한다. 지방자치단체 헌법이 일원적인 업무구조로부터 발생하는 헤센에서는, 헌법상황에 따라 자유로운 자치행정과 의무적 자치행정 외에 자유로이 인수된 타인업무 및 양도된 업무가 지시권을 가진 것과 없는 것을 이루게 된다. 그것에 대하여 일원적인 재정모델이 규정되어 있다. 라인란트-팔츠 헌법재판소가 이를 여러 번에 걸쳐서 수행하였다(DÖV 1978, 763; DVBl. 1992, 981).

b) 나머지 주들에서 이원적 재정보장

< 878 >

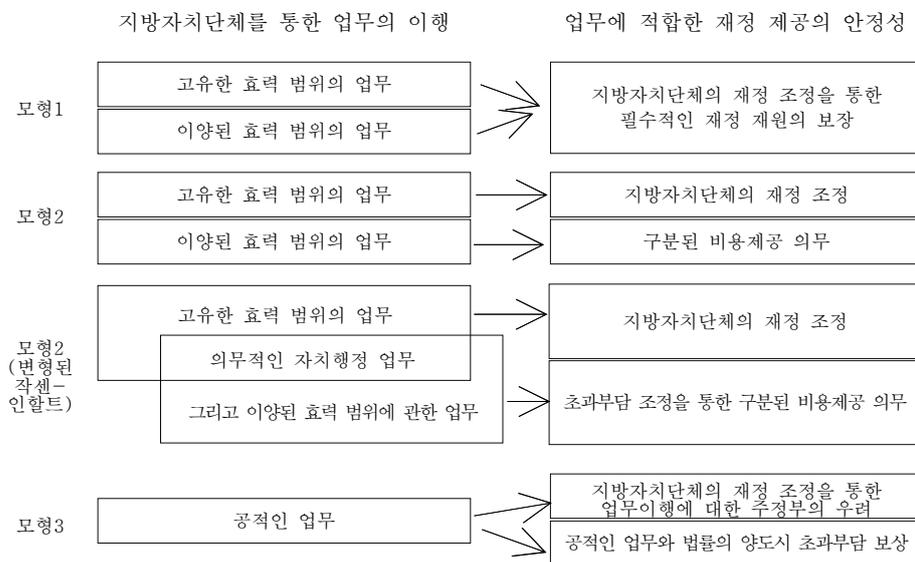
모든 다른 주정부들은 선택된 지방자치단체의 업무구조와 관계없이, 그들의 주 헌법에서 지방자치단체에 대한 이원적인 재정보장을 명시하였다, 거기에서 지탱하고 있는 지주는 양극 구조를 가지고 있는 양적인 국고의 개념이

다: 조세에 의존적, 특히 부과금에 의존적인 국가의 재정교부에 더해서 지방자치단체의 지출고권을 설명한다(라인란트와 팔츠에서: *kommunale Abgabehoheit plus steuer- bzw. umlagekraftabhängige staatliche Finanzausweisungen*). 그리고 지탱하는 다른 기둥은 국가의 업무양도 시 견련성원칙에 토대를 둔 비용보상이다(*der andere Pfeiler die auf dem Konnexitätsprinzip fußende Kostendeckungsregelung bei staatlicher Aufgabenübertragung ist*). 우리가 이원적인 재정모델의 형성에 대한 또 다른 구별에 앞서 상이한 업무개념과 재정개념을 서로 연결하게 된다면, 다음 세 가지 기본적인 형태가 나타난다.

- 일원적인 재정모델을 가진 업무이원성(단지 라인란트-팔츠와 헤센)
- 이중적인 재정보장을 가진 업무이원성(바이에른, 니더작센, 브란덴부르크, 맥클렌부르크-포어포메른, 자아란트, 튀링엔)
- 이중적 재정보장을 가진 업무일원성(바덴-뷔템베르크, 노르트라인-베스트팔렌, 작센, 슬레스비히-홀스타인).

작센-안할트에서는 이원적인 재정보장을 가진 업무이원성이 존재한다. 그러나 업무의 양도 시 지시에 따라 이행을 위한 국가업무의 양도에 대한 것뿐만 아니라, 고유한 책임에서 이행을 위한 의무업무의 법적인 교부에 대하여 확장하게 된다. [그림 7]이 이것을 설명해준다.

[그림 7]



< 879 >

니더작센 국가재판소(DVBl. 1995, 1175, 1176)은 이러한 차이점을 검토하였다. 그리고 타당하게 한편으로는 라인란트-팔츠에서는 다른 법적 상황의 근거 하에 판례를 원용하고 있고, 또 다른 측면으로 노르트라인-베스트팔렌과 바덴-뷔템베르크에서 원용하고 있다. 브란덴부르크 헌법재판소¹⁷⁵⁾, 작센 주 헌법재판소(LVerfG SA)¹⁷⁶⁾ 그리고 바덴-뷔템베르크 국가법원(StGH BW)¹⁷⁷⁾는 그것을 연결하고 있다. 반면에 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소¹⁷⁸⁾는 사전에 이러한 양 주들에서 이원적인 재정보장의 해석에 대하여, 주 헌법의 규범적인 형성을 매개하기 위한 일원적인 업무구조에서, 이원적인 업무구조에서 일원적인 재정모델에 대한 라인란트-팔츠의 판례에 관련되어 있다. 이것은 타당하게 심한 비판에 직면하게 되었다.¹⁷⁹⁾ 그럼에도 불구하고 노르트라인-베스트팔렌 주 헌법재판소(VerfGH NW)¹⁸⁰⁾는 이러한 노선을 유지하였다. 이원적인 재정 보장의 해석에 대하여, 상이한 업무구조에 관련되어 있지 않다. 관련 대상에서 이러한 차이점을 고려하여야 한다. 반면에 비용 상환 규정의 구체적인 형성과 관련하여, [그림 8]에서 설명하는 바와 같이 또 다른 차이점을 보여준다.

[그림 8] 견련성 원칙의 형식

	국가 업무의 이양	공적인 업무의 양도
비용 조정의 관점에서 규정 의무	맥클렌부르크-포어폰먼, 니더작센	노르트라인-베스트팔렌
초과부담에서 조정: 적절한 특히	튀링엔	작센-인할트
상응하는		부르덴부르크 바덴-뷔템베르크 자아란트 작센 쉴레스비히-홀스타인

175) VfG Bbg, DÖV 1998, 336.

176) LVerfG LSA, DVBl. 1998, 1288; NVwZ-RR 1999, 393; NVwZ-RR 1999, 464.

177) StGH BW, DVBl. 1994, 206, 207.

178) VerfGH NW, DVBl. 1985, 685, 686.

179) Schoch/ Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 168 ff.; Wieland, in: Hennecke (Hrsg.), Steuerung der kommunalen Aufgabenerfüllung durch Finanz- und Haushaltsrecht, 1996, S. 43, 50 f.

180) VerfGH NW, DVBl. 1998, 1280; DVBl. 1999, 391.

< 880 >

엄격한 견련성원칙은, 주법의 업무양도의 경우에 바덴-뷔템베르크, 브란덴부르크, 자아란트, 작센, 작센-안할트, 쉴레스비히-홀스타인과 튀링엔 주의 헌법에서 볼 수 있다. 게마인데와 게마인데 연합에게 법률을 통하여 정해진 장소적 업무의 종료가 양도될 수 있다는 것을 의미하게 된다. 동시에 비용보상에 관한 규정들이 적용될 수 있다. 이러한 업무가 게마인데와 게마인데 연합의 과대부담을 야기하는 경우에, 상응하는 즉 적절한 재정적인 보상이 창출될 수 있다. 튀링엔에서 이러한 규정은, 이원적 업무모델을 따라 구성요건상 국가과세의 양도에 제한된다. 이러한 7개의 주들은 비용보상의 종류와 방법과 관련하여 재량이 발생하게 된다. 이것은 업무가 양도되는 법률에서 그 자체가 이행되는 것이 아니라, 지방자치단체 재정조정에서 이행될 수 있다. 재정적인 보상범위와 관련하여, 그것은 입법적으로 야기한 과대부담에 대한 완전한 재정적인 보상을 갖는다. 국가의 재정사용, 새로운 지출원천의 개발 또는 지방자치단체의 급부义务的 감소 등이, 각각의 지방자치단체의 재정적인 급부능력에 대한 고려 없이 이행될 수 있다. 주 헌법적으로 “상응하는” 재정적인 보상을 규정하고 있는 경우에 적어도 이것이 적용된다. 완전한 재정적인 조정의 관련범위는 현물비용뿐만 아니라 행정비용이다.

< 881 >

메클렌부르크-포어포메른, 니더작센 그리고 노르트라인-베스트팔렌에서 주 헌법은, 이미 언급된 6개의 주 헌법에 있는 규정들과 같이, 비용보상과 관련하여 업무의 양도 시에 입법자의 취급의무(Befassungspflicht)와 규정의무(Regelungspflicht)를 담고 있다(이른바 상대적 견련성원칙). 하나의 상응하는 규정이 1999년 4월까지 브란덴부르크 주에 있었다. 업무양도와 비용보상규정 사이의 분리가 받아들여지면, 비용보상을 규정하는 입법자는 새롭게 양도하는 업무의 재정문제를 알려서 편입시켜야 한다. 이미 언급된 6개 주와는 달리, 취급의무와 규정의무 외에 실질적인 비용보상의무가 발생하는가의 문제와 발생한다면 어느 범위까지 해당되는가에 대한 다툼문제를 야기하는 (완전한) 비용보상에 대한 명백한 명령이 존재하지 않는다. 니더작센 국가법원¹⁸¹⁾과 그것을 이어서 브란덴부르크 헌법재판소¹⁸²⁾ 그리고 작센 주 헌법재판소(LVerfG SA)¹⁸³⁾는 적절하게 그것을 언급하고 있다. 니더작센, 메클렌부르크-포어포메

181) NdsStGH, DVBl. 1995, 1175, 1176 f.; DVBl. 1998, 185, 185 ff.

182) VfG Bbg, DÖV 1998, 336.

183) LVerfG LSA, DVBl. 1998, 1288; NVwZ-RR 1999, 393; NVwZ-RR 1999, 464.

른 그리고 지금까지 브란덴부르크에서 역시 법적상황은 동일하고, 비용제공 의무를 양도하는 활동범위의 업무에 확장하였다. 반면에 노르트라인-베스트팔렌에서는, 비용보상의무에 대하여 일원적인 업무구조의 결과로서 입증되는 공적 과제의 법률적인 양도에 달려 있다. 니더작센, 브란덴부르크, 노르트라인-베스트팔렌 및 작센-안할트에서 규정들의 지금까지 계속되는 평행선에 입각하여, 한편으로는 니더작센 국가법원, 브란덴부르크 헌법재판소 그리고 LVerfG SA가, 또 한편으로는 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소가 이미 언급된 중심적인 문제, 특히 이러한 주에서 주 법상 재정보장의 구조에 대하여 상이한 어떤 해석결과에 도달하게 되는가에 대한 사항이 매우 놀라게 한다.

< 882 >

반면에 바이에른 주 헌법에서는, 단지 요구되는 자금의 준비, 보장 그리고 창출에 대한 주의 일반적인 재정법상의 보장이 나타난다.¹⁸⁴⁾ 바이에른에서 법적 상황에 대하여 계승하여 헌법상 고려사항은 어떠한 관점에서나 직접적으로 양도될 수 있는 것이 아니다. 그러므로 바이에른에서는 현재의 헌법상황을 개정하려는 시도가 있었고, 지금도 존재한다.

c) 주 헌법재판소 판결의 해석결과

< 883 >

거명된 10개의 주에서, 상이한 보호강도를 가지고 있는 이중적 재정보장이 발생한다. 핵심영역과 주변영역과 관련하여, 지방자치단체 재정조정의 보장은 상이한 재정조정을 갖고 있다. 그러는 한 지방자치단체는 핵심영역 외부에서, 필수적이고 급부할 수 있는 금전을 참조해야만 한다. 왜냐하면 다른 경우에 주 정부는 급부능력을 넘어서 그들에 의하여 부담이 되기 때문이다 (단락번호 925 이하). 상이한 업무모델에서는, 비용제공규정에 대하여는 달리 효력을 발생하게 된다. 그러는 한 지방자치단체는 업무설정의 측면에서 뿐만 아니라 지출형성의 측면에서도 결정권한을 갖고 있지 않다. 업무를 양도하고자 하는 입법자에게 이러한 업무영역에서 발생하는 비용의 보상을 규정해야 하는 의무를 부담하게 하는 것은 국가 규정의 기속에 상응한다. 원칙적으로

184) BayVerfGH, BayVBl. 1996, 462, 464 f.; BayVBl. 1997, 303 und 336, 338 f.; Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlasste kommunale Aufgaben, 1995, S. 174 f. sowie ausf. Schoh, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 170 ff.; ders., SKZ 1997, 243, 249 ff.; ders., Bay. GT-Zeitung 1997, 278.

지방자치단체는 단지 형식적 법(förmliches Gesetz)을 통하여만, 주 정부에 의하여 양도된 업무를 이행해야 할 의무를 부담하게 된다. 그러나 주 헌법규정들은 명령의 방법에서 업무양도를 통하여 좌초될 수는 없다. 세부적인 사례에서 명령을 통하여 업무가 양도되는 경우에 아무튼 동시에, 주 헌법상 규정들이 업무의 양도를 의존하게 하고 있는 비용상환 규정의 필요성은 효력을 가져야만 한다. 비용보상에 대하여 명확히 하고자 하는 주의 의무는, 그 양도 자체가 변하지 않는 한, 업무형태와 관계없이 효력이 발생하게 된다. 브란덴부르크, 맥클렌부르크-포어포메른, 니더작센과 튀링엔에 있어서는, 이러한 세부사항들이 국가업무의 양도와 관련을 맺게 된다. 반면에 바덴-뷔템베르크, 노르트라인-베스트팔렌, 자아란트, 작센 및 작센-안할트에서 이러한 사항은, 한편으로는 자유로운 자치행정업무와 또 한편으로는 의무업무 사이의 분리가 전개되는 방식으로 효력이 필요하게 된다. 작센-안할트에서는 국가업무가 지시에 따라 이행이 발생하게 된다.

< 884 >

비용보상 규정의 동시성을 갖추어야 할 필요성은, 업무양도가 포함하는 그 법안에 비용규정이 담겨 있어야 한다는 의미에서 부대(附帶)를 포함하고 있지 않다. 그 단어를 통하여 업무인수 의무와 한편으로는 업무수행 및 또 한편으로는 비용규정 사이의 시간적 관련성은, 일반적으로 비용규정이 업무양도에 따라오는 재정조정법에 발생하는 경우에만 보장된다. 이러한 사항은, 새로 언급된 모든 주 헌법에서 효력을 발생하게 된다. 동시에 비용보상은 업무양도와 종결되는 일회적으로 발생하는 일이 아니다. 헌법규정의 의미에 따르면, 비용보상에 대한 의무를 배타적으로 양도행위에 연결시키고자 하는 것이 짧게 담겨져 있다. 양도된 업무는 양도행위를 가지고 결코 종결시키는 것이 아니라, 지속적인 비용을 끌어내게 하는 것은 고려되지 않는다. 비용부담의 중심점은 지속적인 업무의 성취에 있다. 헌법규정의 보호목적에 상응하여, 이와 같이 지속적으로 발생하는 비용을 위하여 보상에 관하여 명확히 정하는 것이 이루어져야 한다.

<예시> 주거비용업무가 여러 해 이래로 게마인테와 게마인테 연합에 의하여 이행되는 것은, 비용보상에 관한 사항을 동시에 명확히 규정해야 한다는 의무는 결코 진부한 것이 아니다(브란덴부르크 헌법재판소, DÖV 1998, 336, 336 f.).

< 885 >

비용보상규정은 일괄적으로 다루어질 수 있다. 개별적으로 양도된 업무에 대한 분리된 계산과 보상은 요구되지 않는다. 오히려 비용보상은 일괄적인 축약에서 허락된다. 업무를 축약하여 고찰한 경우에, 업무발생과 각각의 업무의 비용이행에 대한 관점에서 발생하는 불안정은 저지되어지고, 업무이행의 경우에 발생하는 시너지효과가 고려될 수 있다. 동시에 비용보상규정은 행정행위의 모든 비용에 관련되고, 인적 비용과 물적 비용과 같이 목적비용을 관련시키게 된다.

< 886 >

이원적인 재정보장을 가지고 있는 10개의 주 헌법에 대하여, 그들 헌법은 비용제공에 대하여 분리된 재정력과 관계없는 단서를 요구하고 있다는 것이 효력을 갖게 된다. 헌법상 규정의 원뜻과 체계로부터, 입법자는 재정력에 종속적인 문제해결의 교부(재정조정) 외에 재정력에 독립적인 교부(비용보상)을 규정하는 것을 의도하고 있다는 점이 나타난다. 주 헌법의 규정들이 양도 요건으로서 비용보상규정을 규정함으로써, 동 규정들은 재정조정법의 형성에 대한 이러한 하부구조에 독자적인 규범상 의미를 할당하였다. 그 헌법은 법률통일성으로서 가능한 전체 재정조정에 대하여 배분기준과 관련하여, 비용보상규정에서 완성되는 지방자치단체 자치행정의 자치권을 강화하는 비용보상취지(Kostendeckungsgedanken)와, 게마인테를 넘어서는 재정조정의 개념에서 특히 나타나는 지방자치단체 간의 연대성에 대한 취지(Gedanken interkommunaler Solidarität)에 하나의 긴장관계를 창출한다. 양도된 국가의/공적인 업무에 대한 비용보상은, 지방자치단체에 대하여 비용보상율을 계산하고 그것의 적절성을 검토할 수 있도록 하기 위하여 종류와 범위에 따라 명확하게 인식되어야 한다. 업무양도와 비용보상규정이 하나의 법률에 축약되는 것이 아니라, 비용보상이 일반적인 재정조정법에서 연장되는 경우에, 양도되는 업무비용에 대한 특별한 단초는 헌법에 의하여 제공된다. 업무양도를 통한 재정적인 요구에 대한 지방자치단체의 헌법상 보장되는 보호는, 비록 함께 생각은 하지만, 비독립적이면서 범위에 따라 정해질 수 없는 지위에 대한 지방자치단체의 재정조정의 영역에서, 연대성취지에 의하여 지배되고 그러므로 재정력에 종속적인 주된 단초의 내부에서 주 헌법으로 요구된 비용보상규정이 되는 것을 통하여 잠식될 수는 없는 것이다. 오히려 입법자는, 법률적으로 양도되는 국가의/공적인 업무의 비용보상에 대하여 특별히 인식할 수 있는

단초를 예정하는 의무를 부담하고 있다. 입법자가 비용보상에 대한 규정들을 인식가능하게 하고, 지방자치단체에 대하여 확인할 수 있도록 해야 하기 때문에, 특정한 배분기제의 검토되지 않은 인수는, 예전의 재정조정법(FAG)로 인하여 이러한 요구사항에 충분하지 못하다. 그러는 한 필수적인 업무분석과 비용분석이 부족하게 되는데, 그 이유는 그러한 조사 후 헌법상 제공된 비용 규정이 적용되는데 있다. 입법자에 의하여 받아들여진 지방자치단체의 이익률이, 그것이 비율적 구성으로든 또는 총액의 구성으로든 아무튼, 명백하게 법에 정해져야 한다(니더작센 국가법원, DVBl. 1998, 185, 187 f.). 그 외에도 입법자는 지출과 관련된 변경의 경우에, 특히 이미 양도된 업무의 영역에서 중요한 의미를 갖는 비용확대의 경우에 표시하는 대규모 법체계(Größenordnung)를 갖출 수 있으며, 때때로 상응하여 전체교부를 증액할 수 있게 된다(브란덴부르크 헌법재판소, DÖV 1998, 336, 337 이하).

< 887 >

단초의 재원은 재정력에 종속되어 분배되어서는 아니 된다. 특별히 재정력이 있는 지방자치단체는 비용의 지분보상에 의하여 배제되어서는 아니 된다. 재원의 배분은 수행해야 할 업무의 고유한 종류에 따라 결정되어야 하고, 그 외에도 지방자치단체의 특수한 구조특징 -예를 들면 업무를 행하게 되는 지역단체의 면들을 고려해야 한다.

< 888 >

상대적인 견련성원칙에서 비용제공에 대한 실질적인 요구사항은, 주 헌법 재판소법에 명확하게 결정되어 있고, 절차법적인 보장을 통하여 보완되어 있다. 이러한 방법으로 “주가 주문한다. 지방자치단체는 지불해야 한다”라는 모토에 따라 비용감소기제에 효과적 대처가 마련된다.

< 889 >

엄격한 연결 원칙을 가지고 있는 7개의 주 헌법(바덴-뷔르템베르크, 브란덴부르크, 자아란트, 작센, 작센-안할트, 쉴레스비히-홀스타인, 튀링엔)에서는 완전보상제공이 발생하는 것에는 의심의 여지가 없다. 각각의 법률적인 업무양도는 비용보상 보장을 야기한다. 튀링엔에서 업무양도는 국가업무의 양도에 제한된다. 완전한 보상을 포기하는 입법자의 결정판단은 발생하지 않는다. 그러므로 입법자에게는 실무상 어려움에 대한 지침과 같은 마지막 탈출구는 차단된다. 업무양도의 경우에, 업무양도를 통하여 발생하는 비용이 보상되는지 여부, 그리고 보상된다면 어떠한 방법으로 가능한지 명확해야 한다. 보상은,

마지막 페니히까지 계산되어야 하는 것 없이, 물적 비용과 행정비용의 완전한 범위에 상응해야 한다. 만약 과대부담범위와 관련하여 입법자에게 예견의 불찰이 발생하는 경우에, 보충의무가 제기된다. 업무양도를 근거로 하는 재정적인 부담을 가지고 발생하는 이익과 절약은 당연히 상계된다. 비용범위와 달리, 비용보상의 종류와 범위에서는 재량이 입법자에게 발생한다. 그는 조세원천과 지출원칙을 이용할 수도 있고, 또한 달리 근거를 갖춘 급부의무를 제할 수도 있다. 그러는 한 부담의 전이는 발생하지는 않을 것이고, 헌법적인 의미에서 과대부담으로 빠지는 일은 없을 것이다. 그러나 그러한 사항이 전체 아니면 부분적으로 발생하는 경우에, 이미 언급된 7개 주 헌법의 규정에 따라 청산되는 범위에서 상응하는 보상을 필요로 한다. 반면에 지방자치단체의 재정조정에서 재정력에 의존적인 교부를 증가함으로써, 입법자는 과대부담보상에 대한 의무로부터 면제되지 않는다. 왜냐하면 그는 이러한 경우에 각각의 지방자치단체에게 발생하는 보상의무가 발생될 수 있기 때문이다.

< 890 >

상대적 견련성원칙을 포함하고 있는 3개의 주(메클렌부르크-포어포메른, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌)에서는, 비록 비용보상의무에 대하여 많은 사항들이 언급된다 하더라도, 제공된 보상비율에 대한 다툼이 벌어지고 있다. 재판권이 완전보상 의무에 대하여 아직까지 결정을 내릴 수 없었다. 반면에 입법자에게 명백하게 창출되는 헌법규정의 목표설정 측면에서, 비록 지방자치단체 자치행정의 보장이 재정화되는 비용의 마지막 한계를 보장하고, 비용보상의 책정이 비용보상 규정의 박탈로 야기되지 않는 것이라는 상황이 단지 주어진다 할지라도, 커다란 형성여지를 인정하였다. 비용보상율이 높으면 높을수록, 양도된 효력범위의 비용에 대하여 준비되는 금전의 비율이, 약간의 자금이 재정력에 종속되는 조치에 따라 배분될 수 있다는 결과를 가지고 높아지게 된다는 관례에서 제기된 고려사항은, 정해진 결합율(Verbundquote)에서 타당하기는 하지만, 순환논법의 위험을 노출시키게 된다; 주정부가 또 다른 업무를 지방자치단체에게 양도하는 경우에, 업무수행과 관련하여 지방자치단체의 보상비율은 현저하게 감소하게 된다는 결과를 야기하게 된다. 이것은 순위의 동일성원칙을 근거로 하여 연방, 주, 크라이스 그리고 게마인데의 업무를 받아들일 수 없다. 오히려 지방자치단체에게 인정된 적절한 재정제공에 대한 청구권은 업무접합에서 이전하는 경우에, 변화되지 않는 조건 하에서 결합율(Verbundquote)의 증액에 대한 청구권을 야기하게 된다. 이러한 결과를 이끌어내지 못한다고 한다면, 주 헌법재판소로부터 여러 번에 걸

쳐서 기술된 지방자치단체의 부담을 야기하는 임의적인 업무이전의 위험을 제어할 수는 없을 것이다. 오히려 재정을 우려하는 제공이 발생한다. 이는 규정의 의미와 목적에 따라, 현재의 보상율에의 보장에 대하여 업무보충적인 부가적인 재정수단을 통하여만 발생할 수 있을 것이고, 재정력에 종속적인 보상액의 감축과 결부될 수는 없다. 왜냐하면 지방자치단체의 부담을 가지고 국가업무를 양도하는 경우에는 언제나 국가의 면제가 발생하기 때문이다. 주 헌법재판소의 판결 -지출액에서 전개되는 업무의 경우에 관찰의무와 보충의무에 대한 세세한 사항을 가지고- 이 이러한 고려사항을 따르고 있고, 비용제공의 경우에 보상율과 일반적인 재정조정 사이에 이의를 제기하지 않는 결합점을 창출하고 있다. 비용보상의 영역에서 지방자치단체 지분은 필수적인 방법에서, 지방자치단체 재정조정 영역의 국고적인 관점에서 지방자치단체의 보상필요성에 영향을 가지고 있다(니더작센 국가법원, DVBl. 1998, 185, 187).

< 891 >

주 헌법의 비용제공규정은 단지 업무양도의 경우에만 주 정부를 통하여 적용가능하고, 반면에 직접적인 업무양도의 경우에는 연방을 통하여 적용이 가능하지 않다. 이것은, 주가 고유한 업무를 양도하는 경우에, 만약 실정법에 따라 이것을 재정적의무가 관련시키는 것이 아니라면, 지방자치단체에게 결코 연방에 대하여 지시할 수 없다는 것을 의미한다. 연방이 그의 측면에서, 또 다시 지방자치단체에게 양도해야만 하는 업무를 주에게 양도하는 경우에, 주들은 연방에게 지방자치단체를 지시할 수 없다. 업무양도에 대한 비용에 참여해야 하는 연방의 의무가 발생하는 경우에, 이것은 개별적인 주에 대하여만 발생하게 된다. 주들은, 주 헌법적인 규정들의 의미에서 비용규정에 대한 지방자치단체에 대한 고유한 의무를 무시하는 그러한 의무와 연방을 통하여 비용제공에 대하여 지방자치단체에게 지시하는 그러한 의무들에 대하여 권한을 가지고 있지 않다. 그러므로 비용참가에 대하여 연방의 의무를 실행하는 것이 주의 일이라고 한다면, 주가 희망하고 있는 연방참가는 지방자치단체에 대하여 비용제공의 감소를 결코 정당화시키지 못한다.

< 892 >

주 헌법의 비용제공 규정의 적용을 가지고, 목적교부의 확장의 경우에 특별사항에 대한 교부의 자치행정에 적대적인 감소에 그 단어는 결코 언급되지 못한다. 업무와 관련되고 비용보장적이면서 목적기속적인 부담보상이 필

수적이다. 그곳에서 평균적으로 요구되는 지출의 측면에서 전형화가 허용된다. 그러므로 비용제공 특히 부담보상은, 업무종결에 대한 교부에 관하여 영향력이 받아들여지고, 자치행정영역이 협소해지는 목적교부에 반대에 해당한다. 반면에 비용제공은 형성의 재량을 동반하지 않고 업무양도의 결과이다. 그러한 제공과 함께 나머지 지방자치단체 업무이행에 대하여 지방자치단체의 형성재량여지가 획득되고 보장된다. 짧게 말하면, 국가의/공적인 업무의 양도와 함께 지방자치단체의 형성재량여지의 제한에 대한 인정 여부방식의 관점에서 이행되는 경우에, 그러므로 적어도 비용제공이 발생해야만 하고, 나머지 지방자치단체의 업무이행은 그 밖의 다른 결합으로 인하여 구성원의 성질에서 지금까지 자유롭게 처리할 수 있는 재정적 재원에 따라 아직 달라지고 있다(단락번호 954 이하).

B. 지방자치단체의 공과금입법권한

< 893 >

조세입법권한의 배분과 관련하여, 기본법은 단지 연방과 주들 사이의 배분에 대하여만 명확히 규정하고 있다. 동 규정은 확정적이고, 규범수취인에서 기본권침해로 인하여 법치국가를 근거로 하여 좌초되어야 하는 지방자치단체 조세 창출권을 규정하고 있지 않다(단락번호 847). 그 밖의 조세, 특히 사용료와 기부금에 대하여 지방자치단체는 본래적인 제정권한을 가지고 있지 않다. 왜냐하면 그러한 한 법률유보가, 지방자치단체에게 조사권한이 수여할 수 있는 형식적인 주법 혹은 연방법을 요구하기 때문이다.

< 894 >

모든 주 헌법에서 게마인데와 게마인데 연합의 권리가 법률에 따라서 조세와 지출을 조사할 근거를 부여한다. 단지 브란덴부르크와 노르트라인-베스트팔렌이 이러한 권리를 게마인데에 제한을 두고 있다. 그와 같이 헌법적으로 근거를 두고 있는 권리는 지방자치단체에게 본래적인 조세입법권한을 인정할 수 있는 것이 아니라, 주 헌법의 규정을 통하여 이러한 의무를 이행하고, 개척자로서 지방자치단체에게 과생하는 조세원천을 교부하도록 주 헌법에만 부과할 수 있는 것이다.

< 895 >

일반적인 조세정책적인 이유로 인하여 지방자치단체의 조세법에서 지역의 사용세와 특별소비세의 조세원을 전부 혹은 부분적으로 폐지하고자 하는 사

항이 몇 개의 연방 주에서 이행되었다. 그것을 폐지하는 경우에, 지역적 소비세와 특별소비세가 결과를 야기하는 것과 관련되어 있다는 것이 완전히 고려되지 않고 남아 있다. 그 결과 이러한 장소적 세금은 지방자치단체의 수입원천을 설명할 뿐만 아니라, 비용 특히 지방자치단체에서 그 밖의 생활과정에 대한 조세조사에 관하여 영향을 주는 제도 역시 기술하게 된다. 그러므로 이러한 세금의 폐지와 함께, 지방자치단체는 장소적 영향범위에서 생활조건과 경제조건의 형성에 대한 일부 영향력을 상실하게 된다. 상대적으로 작은 양적인 납부액에도 불구하고, 재정상의 하자의 시기에 주목할 만한 의미가 그것의 범위에 발생하게 된다. 과세의 대상, 기준과 범위와 관련하여 게마인데가 가장 큰 형성의 여지를 갖는 조세의 종류와 질적으로 관련된다. 이는 1969년 재정법을 개혁함에 있어서, 게마인데와 게마인데 연합)의 재정법적인 독자성의 강화와 부가적인 헌법상 보장에 도달하기 위하여, 기본법 제105조 제2a항 특별규정의 지방자치단체의 사용세와 특별소비세를 중속시키기 위한 가장 의미 있는 중요한 이유이다. 이러한 것을 고려하면서, 지역적 소비세와 특별소비세의 주법의 폐지경향은 기본법 제105조 제2a항, 제106조 제6항 제1문의 의미내용에 상응하지 말아야 한다. 이러한 규정이 지방자치단체에게 형성의 자유와 고유한 수익을 보장하고자 하고, 이미 기술된 근거로부터 본래적인 지방자치단체의 조세 창출권이 존재하지 않기 때문에 기본법 제105조 제2항 a와 제106조 제6항 제1문은, 조세입법권한 특히 지방자치단체의 단체의 자기책임적인 형성여지의 강화를 위한 수익권한을 지방자치단체의 친화적으로 형성하고 완수하는 부담을 주 헌법 입법권자가 진다. 동시에 지방자치단체에게 수확을 줄 뿐만 아니라, 관례적인 특히 새로이 지역적 소비세와 특별소비세의 유지, 도입 그리고 형성에 관하여 정관에 합치적인 결정권한을 가진 헌법적인 규정의 영역에서 아주 현저한 방법으로 주법의 권한을 통하여 그것을 형성하고자 하는 의무를 부담하게 된다.

< 896 >

주 법상 권한에 대한 헌법상의 요구사항과 관련하여 다음과 같은 사항이 효력을 갖게 된다. 주 정부들은 기본법 제105조 제2항 a에 표시된 조세에 대하여 그들의 배타적인 주의 관할성으로부터 일반적으로, 그들이 지방자치단체 조세법을 통하여 지역적 소비세와 특별소비세의 자치법규에 합치한 규정에 대하여 게마인데에게 권한을 부여하는 방법을 통하여 사용하게 된다. 이러한 권리설정은 기본법 제28조 제2항에 따라 자치법규의 형태에서 발생하게 된다. 기본법에 의한 주들에게 교부된 과세권한의 지방자치단체 자치법규

범위에 교부하는 데, 직업적 신분에 따라(berufstaendisch) 부여한 자치법규에 대한 규정의 요구사항이 필요하지 않다. 왜냐하면 게마인데의 규정에서 직업적 신분의 자치법규에 대하여 일반적인 이익과 그룹이익 사이에 발생하는 전형적인 대립이 발생하기 때문이다. 그러나 과세권한의 게마인데에 교부를 할 경우 기본법 영역에서 침해에 대하여 전제되어지고 있는 충분하게 정해진 입법근거가 필요하다. 의회의 입법자는, 만약 그가 그것을 규정하지 않고 지방자치단체 자치법규에 양도한 경우라 할지라도, 그의 관할에 의지하고 있는 조세의 침해를 내용적으로 중요하게 형성해야 한다. 주들의 게마인데 조세법이 게마인데에게 관례적인 사용세와 특별소비세의 규정에 대한 권한을 교부한 경우에, 조세대상과 조세의무, 과세근거의 형성 및 세율의 선발에 대한 조치가 발생한다(BVefGE 65, 325, 345 ff.). 그 권한은, 재래의 조세에 대한 전통과 소액조세의 전통에서 장소적으로 제한된 효력범위에 결합되어 남아 있다. 그러므로 동시에 기본권침해의 종류와 강도가 제한받게 된다. 주정부들의 지방자치단체 조세법을 통한 과세권한의 계속적인 양도는, 헌법에 의한 이의제기를 당하지 않는다(BVerfG, DVBl. 1997, 1053, 1054). 그러므로 지역적으로 제한된 효력정도와 제한된 과세강도를 가진 관례적인 지방자치단체의 조세에 대한 지방자치단체 과세권한의 제한은, 지방자치단체의 자치법규입법자가 그의 범위 안에서 과세의 형성을 변경하고 계속 발전시킨다는 것을 배제하지는 않는다. 이러한 핸디캡에 따라, 정관제공자는 특히 조세의 조종목적(단락번호 286 이하) 우선적으로 명확하게 하고, 재정목적은 뒤로 물러나게 한다(BVerfG, DVBl. 1997, 1053, 1054).

< 897 >

지방자치단체 형성여지에 대한 현저한 증가분은 연방행정법원의 결정을 통하여 포장세에 대하여 나타나게 된다. 왜냐하면 법원은 타당하게, 만약 사항목적(여기서는 쓰레기예방)에 세금인상의 주된 목적이 지향되는 경우에, 주법상의 권한근거 외에 사용세율에 대한 명령에 대하여 부가적인 사항입법권한을 필요로 하지 않는다는 것을 강조한다. 연방헌법재판소(DÖV 1998, 642)는 법질서의 이의면제 원칙(Statuierung des Gebots der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)이라는 규정을 가지고(단락번호 647 이하, 664 이하) 하나의 제한에 도달하게 되었고, 조세입법자가 사항입법자의 영역을 방해하지 않는 한, 사항입법자에게 법적 소재의 개념적인 형성의 영장류가 남는다는 것과 조세입법자에게 조세인상이 발생하게 되는 것을 고려하게 된다. 이것은, 경쟁적인 현물관할성의 영역에 대하여 기본법 제72조 제1항의 규정개념에 상

응하게 된다. 법질서를 이율배반적으로 하는 반대방향의 규정이 구체적인 사례에서 존재하는 때에는, 단순하게 결정되어질 수 없다. 그럼에도 불구하고 연방헌법소의 판결은, “아이는 목욕탕을 가지고 배당하는 것이 아니며”, 대신에 수입도달의 원초적인 목적으로부터 지방자치단체에게 당연히 인정되는 지방자치단체의 조세 창출권을 안정화시키고 강화하면서, 사항규정에서 가치 위반을 가능하게 하지 않으면서 타당한 길을 제시하였다(자세히는 Henneke, ZG 1998, 270).

C. 지방자치단체의 수익권한

I. 소득세에 대한 게마인테의 지분, 기본법 제106조 제5항

< 898 >

기본법 제106조 제1문에 따라, 게마인테는 1969년 이래 소득세에 대한 지분을 획득한다. 그러므로 게마인테는, 지방자치단체 재정구조를 왜곡하는, 그리고 1969년 재정개혁을 할 때까지 게마인테 조세수입의 85퍼센트를 차지했던 지방자치단체 사이의 조세호의를 야기하는 경기친화적인 영업세의 초과보다도, 커다란 지속성과 지방자치단체 사이의 균형성을 야기했던 전체경제적인 발전의 연방의 관계 속에 편입된다. 그러므로 최대수확의 재정원천에 대한 소득세의 게마인테 지분은 그의 조세수입의 범위 안에서 전개되었다. 소득세에 대한 크라이스의 참가는 규정되지 않았고, 이는 헌법에 위반한 것이다.

< 899 >

소득세에 대한 게마인테 지분의 범위에 관하여 기본법 제106조 제5항 제2문에 따른 연방규정은, 주의 게마인테 하에서 수평적인 배분을 게마인테 개혁법이 담고 있다. 그것에 따르면 게마인테는 1980년 1월 1일 이래로 근로소득세에 전체세수와 과세된 소득세의 15퍼센트 및 1993년 1월 1일 이래로 이자할인으로부터 나오는 세수의 12퍼센트를 담고 있다(BGBI. 1992 I S. 1862). 이러한 법률은, 고유한 권한에 의하여 그의 소득세지분에 대한 세율을 명백히 하는 것을 게마인테에게 권한을 수여하는 기본법 제106조 제5항 제3문에 의하여 인정된 가능성을 활용하지 못한다. 세금의무가 있는 시민에 대한 소득세의 게마인테 지분과 관련하여, 게마인테는 백분율의 가산금과 할인을 제기하고, 그러므로 장소적 효력범위에 대하여 전체적으로 소득세를 올리거나

감소할 수 있게 되는 결과를 초래한다. 이는 조세고권의 범위에서 지방자치단체의 형성여지의 현저한 강화를 야기하게 될 것이다. 소득세에 대한 게마인데 지분이 재정교부가 아니라, 헌법에 직접적으로 근거되어지는, 게마인데 거주자의 소득세 급부에 대한 근거와 장소적 세수력을 측정해야 하는, 법적으로 단지 형성된 배당의 세수획득참가(quotale Steuerertragsbeteiligung)을 기술한다.

< 900 >

소득세에 대한 게마인데 지분은 게마인데 재정개혁법 제3조에 따라 게마인데에 대한 비율(Schlüssel)에 따라 배분된다. 각각의 게마인데에 대하여, 기준의 숫자가 정해진다. 그것은, 주의 게마인데에 속하는 임금세, 소득세 그리고 이자할인으로부터 발생하는, 세액 소수점에서 형성된 게마인데의 지분이다. 그 기준 수는 1994년 이래로, 연방통계청을 통한 과세된 소득세와 임금세에 관한 매개된 소득세액의 총액에 대한 게마인데의 지분으로부터 나온다. 지금까지 연방지역에서 매년 40 000마르크까지 조절되는 소득세액과 새로운 5개의 주에서 매년 25000마르크에 속하게 된다. 그러한 균형한계(Kappungsgrenzen)는 수평적인 관점에서 게마인데 사이에서 보상효과를 야기한다.

II. 부가가치세에 대한 게마인데 지분, 기본법 제106조 5a항

< 901 >

기본법 제106조 제5a항 에 의하여, 1998년 이래로 게마인데는 단순법상 2.2 퍼센트에 규정되어 있는 부가가치세의 조세액의 지분을 가지고 있다. 부가가치세에 대한 주정부들의 지분이 주민 수에 따라 4/3, 조세약세에 따라 4/1에 대하여 이행되는 반면에, 2.2퍼센트의 게마인데의 부가가치세지분이 다른 기준에 따라 분배된다. 게마인데의 부가가치세 참가는, 현재의 연방영역에서 영업자본세의 폐지에 대한 게마인데의 보상과 1998년 1월 1일에 가입분야에서 계속적인 미조사(조사를 하지 않는 것)를 기술하는 것에 환원하는 것을 의미하게 된다. 개별적인 게마인데에 대한 분배에 있어서는, 가능한 이것이 현재의 영업자본세액에 상응하는 조세를 수령하는 것이 충분해져야 한다. 그러므로 기본법 제106조 제5a항 2문에, 부가가치세수액에 대한 게마인데의 지분은 지역과 경제에 관련되는 기준설정(Schlüssel)에 대한 주정부에 의하여 게마인데에게 계속하여 이행하게 됨을 규정하고 있다. 세부적인 사항은 기본단위 지방자치단체개혁법(GFRG) 제5a ff가 규정하고 있다.

< 902 >

그것에 따르면, 2.2퍼센트를 가지고 있는 부가가치세수액에 게마인데가 참가하고 있다. 1998년에는 이것이 약 5,5억 마르크에 해당하였다. 개별적인 게마인데에서 부가가치세에 대한 게마인데 지분의 배분은, 후에 검토되지 않았던 경과 조치적 배분기준(Übergangungsverteilungsschlüssel)에 따라 1998년과 1999년에 이행되었다. 우선 그것에 따르면, 주정부에 대한 게마인데의 부가가치세 지분은 현재의 연방영역에서 베를린(서쪽)과 새로운 주인 베를린(동쪽)를 포함하여 85:15의 비율로 배분된다. 주정부의 게마인데에 속하는 지분은, 연방법에 의하여 규정된 연방영역의 개별적인 게마인데에 대한 배분기준에 따라 개별적인 게마인데에 의하여 배분된다. 구서독의 주들에서 있어서 개별적인 게마인데는, 분배기준은 1990~1996년 현재의 영업세액의 70%에 해당하는 사항 및 1990년 6월 30일부터 1995년에 사회보험의무를 부담하는 종사자들(공적인 업무에 종사하는 자를 제외하고)의 평균적인 수로부터 30%에 해당하게 된다. 기준 배분기그렇게 선택되기 때문에, 상응하는 게마인데 가치의 총액에 관련되는 게마인데에서 그 지분을 반영하게 된다. 반대로 새로운 주정부에서는, 개별적인 게마인데에서 배타적으로 1992년부터 1996년에 이르는 현재의 영업세액의 배분이 규정되어 있다. (예전 주정부) 1990년부터 1992년, 특히 1992년부터 1996년 기준 현재의 영업세수액은, 대물세보상의 연말결산에 추측된다. 기준숫자(Schlüsselszahl)를 명확히 하는 것은 한번 만으로 이행된다. 1999년 경과 조치적 배분기준이 2000년부터 조절(Apassung)의 목적과 함께 검토되어졌다. 2003년부터 기준 요소를 가지고 계속적으로 쓰게 되는 장소 및 경제적으로 관계되는 기준에 대하여 사회보험의무를 가지고 있는 종사자들의 숫자가 현물출자, 예비품 및 임금과 급료에 치환된다. 이는 특징의 관계는 서로 법률을 통하여 규정하게 된다(G v. 23. 6. 1998 BGBl. I S. 1496). 1998년부터 2002년 동안 경과규정에 따르면, 게마인데의 부가가치세지분의 20퍼센트에 이르기까지 주정부에 의하여 주법의 규정들의 기준에 따라 개정을 통하여 특별히 이루어진 개별적인 게마인데에 어려운 사례에 대한 보상(Härtefallausgleich)에 대하여 배분된다. 그것에 대하여 단지 바이에른과 헤센만이 이용하고 있다.

Ⅲ. 토지세보장과 영업세보장, 기본법 제106조 제6항

< 903 >

1997년 10월 20일 새로운 규정(BGBl. I S. 2470)을 가지고, 기본법 제106조 제6항에 있는 현재의 대물세 개념 대신에 토지세와 영업세의 개념이 발생하

게 되었다. 왜냐하면 영업자본세의 폐지 대신에, 존치하고 있는 영업소득세가 아직도 대물세를 기술하고 있는가는 아직도 의문의 여지가 있기 때문이다. 그러는 한 헌법을 개정하는 입법자는 하나의 수축을 의미하는 명백성을 적용하고 있기 때문이다. 단순한 입법자의 다른 대물세에 결합하고자 하는 것은, 현재의 헌법상황에 반하여 새로운 규정을 근거로 하여 지금은 더 이상 가능하지 않다.

< 904 >

지금까지 다툼이 있는 것은, 토지세와 영업세의 보장이 어떠한 의미를 갖고 있는가이다. 지배적인 견해는, 존재하고 있는 법률에 따라 조세가 도달되는 한, 기본법 제106조 제6항 제1문은 단지 소득고권의 탈취에 반하는 문제게마인테의 안정을 단지 보장한다는 것이다. 그러한 견해는 토지세와 영업세를 보장하는 것이 아니라, 단지 토지세와 영업세가 계속 발생한다고 하는 사례에 대하여 소득고권을 인정하다는 것이다. 그렇게 해석하는 것은, 자치행정보장의 강화와 안정을 위하여 기본법에 담겨 있는 규정은 결코 타당하지 않다. 기본법에 있는 게마인테의 소득고권의 언급이 이러한 목적을 도달해야 한다면, 그것은 입법자가 동 규정의 실효성상실(Leerlaufenlassung)을 통하여 게마인테의 소득고권을 완전히 공동화하는 상황에 방치되지 않도록 해석되어질 수 있다. 그러는 한 기본법 제28조 제2항 제3문 후문은, 만약 세금징수권을 가진 게마인테에게 발생하는 경제력과 관련 있는 세금원천이 속하게 되는 재정적인 자기책임의 근거가 자치행정의 보장에 속하게 된다는 것을 의미하는 경우에, 명백성을 갖게 된다. 그것은 무조건적 영업소득세가 되어서는 아니 된다. 그러나 보상 없이 폐지되어서도 아니 된다. 여기서 지지하고 있는 입장에 따르면, 기본법 제28조 제2항 제3문에 있는 새로운 규정에서, 단지 현재의 법적 상황의 명확한 규정에 관련되어 있다(자세히는 Hennecke, Der Landkreis 1997, 472).

< 905 >

기본법 제28조 제2항 제1문, 제106조 제6항 제1문에 있는 새로운 규정 이래로, 전적으로 대물세, 즉 토지세와 영업세가 있어야만 하고, 게마인테를 배제하고 그들의 세액을 유입해야 하는 것은 의심할 여지없이 효력이 있다. 토지세법과 영업세법을 허락했던 연방입법자가 입법권한으로부터 물러서야 한다면, 그는 그의 권한을 더 이상 사용하지 못하게 될 것이다. 경제력과 관련 될 뿐만 아니라, 징수권을 제공받은 세금의 허용에 대한 게마인테의 청구권

은 이러한 경우에 개별적인 주정부입법자에 대하여 반하게 될 것이다. 기본법 제106조 제6항 제1문으로부터, 입법적으로 규정된 징수는 그의 지역관련성으로 인하여, 고찰의 의미를 담고 있어야 하고, 나머지 소득원천에 대한 약간의 관계속에서, 무엇보다도 부가가치세와 마찬가지로, 그의 세금에서 게마인데에 의하여 침해되지 않는 게마인데의 소득세에 대한 지분에 있지 않아야 한다.

< 906 >

소득세와 달리, 대물세에서는 법률의 영역에서 그 자체로 징수권을 명확히 하고자 하는 게마인데의 권리는, 기본법 제106조 제6항 제2문에서 헌법적으로 이미 강행적으로 규정되어 있다. 게마인데에게, 그의 행위여지(Handlungsspielraum)와 자유로이 의사를 표현할 여지(Entfaltungsspielraum)를 양적으로 현저하게 강해하는 재정적인 자기형성의 가능성이 매개된다.

< 907 >

기본법 제106조(1956)에 있는 포괄적인 대물세 보장에 대하여, 1969년 재정개혁 이래로 그것의 보장은 영업세와 관련하여 제한되었다. 기본법 제106조 제6항 제4문과 제5문에 따르면, 동의를 요구하는 연방법은 연방과 주정부에게 과세(Umlage)를 통하여 영업세의 징수에 참가할 수 있게 된다.

‘과세’라고 하는 단어는, 연방과 주정부의 소득고권에 대한 진정한 참가와 관련되어 있지 않다는 것을 명확히 밝혀준다. 오히려 영업세는, 1969년의 재정개혁에 따라, 게마인데의 고권에서 완전한 범위에 남아 있게 된다. 과세를 통하여, 영업세로부터 게마인데의 강력한 의존성과 그것과 결합된 게마인데 사이의 큰 조세력의 차이가 약화되어지고, 소득세에 대한 게마인데 지분의 새로운 도입을 통하여 연방과 주정부에서 발생하는 보상하자(Deckungslücke)가 연결되어진다.

< 908 >

영업세에 대한 연방과 주정부의 참가는, 게마인데 재정개혁법을 통하여 규정되어 있다. 동시에 과거의 참가법에서는 서로 상이하게 규정되어 있었다. 1998년 1월 1일 이래로 규정되어 있는 게마인데 재정개혁법 제5조에는, 게마인데는 그에게 관할되어 있는 재정관청에 영업세징수에 따른 과세를 하도록 규정되어 있다. 연방복제성과 주복제성의 관계에 상응하여, 과세는 연방과 주에 대하여 분배되어야만 한다. 과세는, 조사하는 해(Jahr)의 영업소득과 영업자본에 따라, 이 해의 게마인데에 의하여 규정된 조세에 대한 징수를 통하여

소득세의 징수가 공지되고, 복제성을 가지고 증가하게 된다. 복제성은 동시에 각각의 주정부에 대하여 연방복제성과 주복제성의 총체라고 할 수 있다.

< 909 >

끝으로 기본법 제106조 제6항 제6문은, 주정부입법자에게 토지세와 영업세 그리고 적절한 근거로써 소득세와 부가가치세의 게마인데 지분을 또 다른 과세를 위한 근거로 제시하는 것을 허용하고 있다. 이러한 헌법적인 근거에서, 특히 크라이스의 과세가 제기된다(단락번호 984 이하).

IV. 지역적 소비세와 특별소비세, 기본권 제106조 제6항 제1문

< 910 >

기본법 제106조 제6항 제1문은, 게마인데에게 혹은 주법에 의하여 게마인데 연합에게 지역적 소비세와 특별소비세(185)에 관한 징수고권을 인정하고 있다. 이와 관련하여 세법적인 형성은 기본법 제105조 제2항 a에 따라 주정부들에게 종속되어 있다(단락번호 671 이하). 개별적인 사용세와 특별소비세와 관련하여, 토지세와 영업세에서 존속보장(Bestandsgarantie)이나 소득총액보장(Ertragssummegarantie)은 존재하지 않을 수 있다. 기본법 제106조 제6항 제1문에 있는 규정의 의미가, 지방자치단체에게 고유한 소득을 보장하기 위하여 주 헌법의 상응하는 규정과 같이 존재하고, 지방자치단체의 본래적인 조세 창출권이 법률유보의 유력으로 인하여 존재하지 못하게 되기 때문에, 동 규정은 관할권이 있는 주입법자에게 지방자치단체 단체의 자기책임적인 형성 재량여지를 강화하기 위하여 조세획득권한을 지방자치단체 친화적으로 형성하고 성취하게 하는 의무를 부담하게 된다. 동시에 지방자치단체에게 획득을 준비하게 하거나, 또는 조심스러운 방법으로 지역적 소비세와 특별소비세에 관한 규범적인 결정권한을 가진 주법의 권한을 통하여 공급하게 한다.

< 911 >

이러한 영역에서 지방자치단체의 징수는 물적 조건에 따라(sachbedingt) 장소적인 업무에 종속되어 있고, 지방자치단체 재정력의 차이를 야기하게 된다. 이러한 차이는 -지방자치단체 사적 자치가 책임을 지기 때문에- 지방자치단체 재정조정의 영역에서 다시 균등하게 할 수 없게 된다.

185) 역자 주: 사치세(Luxussteuer)와 동일하지 않음.

V. 그 밖의 공과금

< 912 >

보수와 분담금에 관한 소득권한과 관련하여, 지방자치단체 영역에 대하여 특별한 것이 제기되는 것 없이, 단락번호 799 이하에 대한 것이 그대로 적용된다. 특별부담금(Sonderabgaben)은 지방자치단체 영역에서 기능을 하지 못한다.

D. 지방자치단체 재정조정의 이행에 대한 헌법적인 규정들

< 913 >

기본법과 주 헌법에 있는 이미 언급된 규정들을 통하여, 지방자치단체는 특히 30년 전에 비약적으로 확대된 지방자치단체의 업무다양성을 이행하기 위하여 양적인 측면에 의하여 충분하지 않은, 단지 본래적이고 자치적으로 규정된 재정력으로 공급된다. 그러므로 세금, 특히 사법상의 소득과 보수 및 신용을 통한 지방자치단체의 고유한 소득은, 도달된 국가의 재정교부를 통하여 보충된다. 이와 같이 다루어지는 재정조정은, 본래적인 수입원천(Einnahmenquellen), 특히 조세수입분배(Steuerertragsverteilung)에 대한 필수적인 보완 시스템으로 간주되고, 지방자치단체에게 전체를 완전히 처리할 수 있는 재정력을 축적해야 할 뿐만 아니라, 지방자치단체 소득관할의 이용으로부터 제기되는 지방자치단체 사이에 부적절한 재정력의 차이를 없애야 한다.

I. 기본법 제106조 제7항

< 914 >

게마인데와 지방자치단체 조합이 주정부의 구성부분과 구성원으로서 간주된다는 점에서, 기본법이 2단계의 국가체계를 근거로 하고 있기 때문에, 주 정부는 지방자치단체 조합의 재정공급에 대한 주된 책임을 지게 된다. 비록 기본법은 기본법 제106조 제5항, 제5a항 그리고 제6항에서 지방자치단체에게 특정한 수입을 보장하고 있지만, 주 정부는, 주 정부에 대한 지방자치단체 국가조직상의 관할의 결정이 되는 지방자치단체에 관한 재정공급에 대한 책임으로부터 그것을 면제하지 못한다. 기본법 제106조는 제6항에서 주에게 본질적인 규율권한을 맡길 뿐만 아니라, 제7항에서, 주입법자는 공동세(Gemeinschaftssteuer)에 대한 주정부의 지분에 대한 배분과 주와 지방자치단체 사이에 있는 주정부세금으로부터 발생하는 징수의 배분을 규정해야 한다는 점을

담고 있다. 주정부에 대한 지방자치단체에 대한 재정경제적인 기본적인 관할은, 수평적인 재정조정 단계에 대하여 기본법 제106조 제9항에 상응하는 규정의 하자를 통하여 의문시 되는 것은 아니다. 비록 기본법 제106조 제9항의 규정이, 기본법 제106조에 따라 수직적인 조세수입배분에 제한되기는 하지만, 동 규정은, 주정부의 부분으로서 지방자치단체에게 재정법의 규정에 편입시키고자 하는 원칙을 일반적으로 없애버리고자 하는 것이 아니라, 오히려 기본법 제106조 규정의 관련성에 대하여 그것을 강화하게 된다. 기본법 제106조 제7항은 기본법 제107조 제2항 제1문에서 상응하는 규정을 발견하게 된다. 기본법 제107조 제2항 제1문의 영역에서 지방자치단체의 재정력에 대한 고려사항이 도달한 것은, 주정부의 상이한 재정력의 적절한 조절을 완전히 하기 위한 동 규정의 대상과 목적에 상응하게 된다. 오래전부터 주정부는, 지방자치단체의 업무에 정당한 재정제공을 애쓰도록 하는 의무가 지워진 것으로 보였다. 그러므로 그의 고유한 재정력은 게마인테의 재정적인 상황에 따라 부담이 되기도 하고, 부담으로부터 벗어나기도 하였다. 조그마한 고유의 조세력을 보유한 지방자치단체를 가진 주는, 큰 재정력을 보유한 지방자치단체를 가진 주정부보다도, 그의 재정 지원을 위하여 재정력을 더 강하게 투입해야 한다(BVerfGE 86, 148, 219).

< 915 >

기본법 제106조 제7항에 따라, 지방자치단체의 재정조정은, 배타적으로 주정부의 입법권한에 속하게 된다. 그러나 주정부들은, 소득세지분과 부가가치세지분의 우선공제(Vorwegabzug)에 따라 기본법 제106조 제3항의 의미에서 공공세의 전제징수액에 대한 주정부지분의 퍼센트 지분을 게마인테와 지방자치단체에게 기본법 제106조 제5항, 제5a항에 따라 자유롭게 처리해야 하는 의무를 부담하고 있다. 그 이외에도 기본법 제106조 제7항은, 지방자치단체 재정조정의 형성과 관련하여 또 다른 기속을 규정하고 있지는 않다. 특히 기본법 제107조 제2항에 따라 주정부 사이에서 배분에 대하여 효력을 요구하는 그 척도(Maßstäbe)는 직접적으로 적용되지 않는다. 공공세에 있어서 대한 주정부지분에 대한 지방자치단체 지분이 어떠한 방법으로 개별적인 지방자치단체에게 배분되는가에 대한 질문에 있어서, 기본법 제106조 제7항 제1문은 아무것도 추론하게 하지 않는다. 기본법 제106조 제7항 제2문은, 그 밖에 주정부 입법이, 주정부세의 징수가 게마인테(게마인테 연합)에게 유입되는 하는 여부, 유입된다면 얼마나 유입되는가의 문제를 규정하고 있다는 것을 선언적으로 제시하고 있다. 권한의 관점으로부터, 기본법 제106조 제7항은, 주정부

와 지방자치단체 사이의 재정관계를 규정하는 것을 의도하고 있지는 않다. 그 결과 주정부입법자에게 지방자치단체의 재정조정의 범위 밖에서 지방자치단체의 단체에게 재정수단을 보장하는 것에 자유롭게 남아 있다.

II. 주 헌법들

< 916 >

바이에른의 예외와 함께, 연방에 있는 주정부들의 헌법 -용어상 서로서로 차이를 보이기는 하지만-은 규정을 가지고 있는데, 그 규정에 따르면, 게마인테와 게마인테 연합에게 고유하고 양도된 업무의 이행을 위하여 요구된 금전수단을 보장하기 위하여, 각각의 주정부들은 재정적인 급부능력의 영역에서 게마인테를 넘어서는 재정을 보장해야 할 의무를 부담하게 된다(단락번호 857, 860). 이러한 규정은, 이것이 숫자를 추정할 수 있는 최저범위에 관련되는 것 없이, 지방자치단체 단체에게 일반적 사법상인 적절한 재정에 대한 청구권이 인정되어지는 것은 공통적이다. 지방자치단체의 자치행정의 보장 및 기본법 제106조 제7항과 결합하여, 주정부들은 재정자치와 지방자치단체 자치행정에 대한 지방자치단체법에게 하나의 사실적인 근거를 보장하는 재정경제적인 급부를 이행해야 할 의무를 부담하게 된다. 주 헌법에서의 고정을 통하여, 헌법상의 순위에 대한 지방자치단체 재정의 개념과 기능이 도달하게 된다. 기본법 제28조 제2항과 주 헌법에 있는 자치행정보장과의 관계에서, 재정의무는 이미 자치행정보장으로부터 유래하는 적절한 재정제공에 대한 권리를 구체화하고, 이것을 보장하게 된다.

1. 지방자치단체 재정조정의 기능과 분류

< 917 >

개별적인 업무 부담에 대한 재정적인 급부능력의 조정을 통하여 재정조정과 가능한 한 또 다른 재정력의 동의를 탈중앙적인 행정조직의 수준에서 이끌어내는 재정체계의 집중적인 업무를 고려하게 위하여, 지방자치단체 재정은 역사적으로 서로 다른 다양한 기능들을 추구하고 있다. 그러한 기능들은 국고상의 기능, 재분배의 기능, 정책적인 기능 그리고 전체경제적인 기능들로 표시된다.

< 918 >

지방자치단체 재정은 지방자치단체 재정원천을 보충해야만 하고, 지방자치단체 전체의 재정규모(Finanzmasse)를 보충적으로 축적해야만 한다. 그 결과 자치 책임적으로 타당한, 자유로운 행정행위에 대한 재정적인 가능성이 주어지

게 된다. 지방자치단체 재정규모의 축적과 지방자치단체 전체에 대한 이러한 업무가 지방자치단체 재정의 국고기능으로서 표시된다.

< 919 >

필수적인 보완적인 체계로서 재정의 두 번째 집중적인 업무는, 지방자치단체 세금체계의 불충분성으로부터 제기되는 지방자치단체 사이의 복지경향이 점차적으로 감소되고, 게다가 개별적으로 특히 지방자치단체 조합에게 개별적으로 적절한 교부의 분배를 이행해야 하는 결과, 모든 지방자치단체에서는 가능한 한 지출필요성과 수입가능성 사이에 동화된 관계가 주어지게 된다. 이것은, 지방자치단체 재정의 분배적인 기능으로서 표시되는, 지방자치단체 사이에서 발생하는 소득측면에서 체계조건적인 재정제공에 차이를 완화하는 것을 약정하고 있다. 주정부의 재정(단락번호 745 이하)에서와 마찬가지로, 재정제공에서 소득과 관련된 사실적인 차이는 주 정부에 의하여 조직된 지방자치단체 재정을 통하여, 필수적인 보완체계로써 균형을 이루게 된다. 반면에 자치적인 재정결정의 결과는, 그 결정에 대하여 책임 있는 개별적인 지방자치단체로부터 배타적으로 따라야 한다. 지방자치단체 자치행정의 보장요소로서 자치책임성의 기본원칙은, 그것을 통하여 발생하는 보상하자(deckungslücke)의 책임전가(Überwälzung)를 금지한다. 재정적으로 적절한 결정의 결과는, 잘못된 결정을 통하여 부담이 되는 것과 마찬가지로, 행위 하는 지방자치단체를 유리하게 한다. 자치 행정권은 선전효과가 크도록 형성되는데, 자기비용으로 잘못을 범하게 되는 지방자치단체법을 포함하게 된다.

< 920 >

프로이센의 FAG으로부터 유래하는 이들 양자의 기능들 외에, 지방자치단체의 재정조정은 국가와 지방자치단체의 정책의 연류 속에서 업무에 대한 주정부의 계획으로 확정된 목적을 이행하기 위하여 지방자치단체의 조치를 증진을 가지고 있다(공간이용계획정책적인 기능). 기본법 제109조 제2항의 새로운 규정에 연결하여, 네 번째 목적설정으로서 지방자치단체 재정조정의 전체경제적인 기능이, 지방자치단체 예산의 축진의 의미에서 경기와 안정을 위하여 인정되어야 한다.

2. 지방자치단체 재정조정의 재정조정의 체계로의 편입

< 921 >

국고상의 기능을 추구함으로써, 개별적인 주정부와 주정부에 속하는 지방자치단체 사이에 2차적인 수직적인 재정조정으로서 지방자치단체 재정조정

이 분류된다. 지방자치단체 재정조정은, 특정한 업무와 직접적으로 결합되어 있는 일반적인 재정교부와 국가보조를 통하여 지방자치단체의 개별적인 업무 부담에 대한 재정력에 균형을 맞추는 목적을 추구한다. 하지만 2차적인 수직적 재정조정으로서 지방자치단체 재정조정의 분류는 불완전하다. 재분배적인 기능에서, 지방자치단체 재정조정의 수평적인 구성요소는 지방자치단체 사이에 직접적으로 재분배하는 것 없이 표현된다. 그러므로 선택된 절차로부터, 지방자치단체 재정조정은 주정부 재정조정과 동일시 할 수는 없다. 지방자치단체 재정조정은 하나의 행위로 수평적인 조정효과에서 수직적인 재분배를 실현하게 된다. 주정부의 교부에 의한 게마인데는 개별적으로 차이가 있는 범위(수평적인 구성요소)를 통하여, 지방자치단체 사이에서 본래적인 수입을 근거로 하여 재정력차이는 감소하게 된다.

3. 조정범위와 조정강도에 대한 헌법적인 요구사항

< 922 >

기본법 제106조 제7항 제1문의 고려 하에 우선적으로 권한 있는 주 입법자들의 입법적인 재량행위에, 어떠한 근거에 의하여 어느 정도의 전체범위가 지방자치단체의 전체성으로부터 도구가 자유롭게 처리되는 것(보상범위/수직적 구성요소)과 어떠한 강도까지 수평적인 재정조정이 개별적인 지방자치단체 사이에 받아들여야 하는 가를 결정하는 것이 종속된다. 그러나 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소가 그의 판결을 확장했던, 지방자치단체 자치행정의 헌법적인 보장으로부터 입법자의 형성의 자유의 헌법적인 자유가 발생한다. 반면 최근에 바이에른 헌법재판소(단락번호 925)와 니더작센 국가법원(단락번호 925 이하)는, 지방자치단체 자치행정의 보호를 위하여 타당한 진술을 하였다. 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소는 1998년 여름 다른 주 헌법재판소의 판례를 인식하면서 새롭게 추인된 핵심적인 진술을 하였다:

< 923 >

게마인데를 넘어서는 재정조정은 단지 주정부의 재정적인 급부능력의 영역에서만 보장된다. 동시에 이러한 영역은, 자치행정에 따라 적절한 재정제공의 보장에 대한 청구권으로부터 나오는 권리를 제한하게 된다. 게마인데에게 발생하는 교부에 관하여 게마인데가 주정부와 연방과 더불어 일반적인 조세연합을 결성하였고, 주정부가 고유한 업무를 이행하기 위하여 그의 연합으로부터 그 자금(Mittel)에 지정되어 있기 때문에, 자치행정보장의 높은 자리값에도 불구하고 게마인데의 재정제공의 범위는 재정적인 필요성과 주정부

의 예산상황의 적절한 고려 하에 정해져야만 한다(VerfGH NW, DÖV 1989, 310, 311; DVBl. 1998, 1280, 1281; DVBl. 1999, 391, 392).

그 범위에 대하여는, 법률적으로 가능한 고유한 세입과 주정부의 재정적인 급부능력의 영역에서 업무조건적인 지출의 포괄적인 가치를 근거로 하여 핵심적인 교부사항을 정하게 된다. 이러한 평가의 복잡성과 일반적으로 효력이 미치는 기준의 부재를 이유로 하여, 게마인데의 다양성에 대한 범위를 자유롭게 처리할 수 있는 핵심교부사항으로 객관적인 관점에 따라 정확하게 재계산할 수 있도록 매개하는 것은 배제된다. 규범적인 가치는 입법자를 따라야 한다. 입법자에게 교부된 규정을 고유한 평가를 통하여 대치할 수 있는 권한이 헌법재판소에 보장된다(노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소, DÖV 1993, 1003, 1004).

< 924 >

거의 무제한적인 입법적인 형성여지행위와 축소된 판결의 통제강도와 연결하여, 주정부가 포괄적인 급부능력유보를 창출하는 설명은, 업무교부와 재정도구를 배열하고 있는 입법자에 대하여 거의 완전하게 헌법적으로 주어진 지방자치단체 자치행정의 보호를 수여한다. 그 외에도 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소는 주 입법자에게 지방자치단체에게 재정조정급부를 주정부의 급부능력의 유보 하에 제기할 뿐만 아니라 그의 예산상황에 제기하기도 한다. 주정부의 예산 상황에서, 언제나 수요에 상응해야만 하는 것 없이, 단지 주정부의 지출행위가 제시된다. 주정부의 가계상황의 적절한 고려의 기준을 가지고 주정부의 재정적인 필요성 외에, 지방자치단체 자치행정권의 엄청난 고려사항이 가능하게 된다. 이러한 방법으로 주정부들은 그들 형성의 자유의 법적인 한계를 상기하게 되는 것이 아니라, 만약 확장된 그리고 주정부에서 순신용권한의 규칙한계에 도달하는 주정부의 지출행위가 행하여지는 경우에, 주정부의 보유고로써 지방자치단체 재정조정을 강화하기 위하여 헌법적인 판례를 통하여 정당화된다. 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소의 판례에 대하여 예나 지금이나, 지방자치단체이 주정부의 평가를 효과적인 법률적인 보호를 제기하는 것이 없이 양도된다. 이러한 공개적인 측면이 단혀져 있지 않는 한, 헌법적으로 보장된 지방자치단체의 적절한 재정제공에 대한 모든 세부사항은 주정부의 정치적인 결정의 유보 하에 놓여 있는 말뿐인 고백으로 인정하게 된다.

< 925 >

반면에 1997년 바이에른 헌법재판소(BayVBl. 1997, 303 und 336)과 니더작센 국가법원(DVBl. 1998, 185)는, 다툼이 발생하는 헌법적인 업무에 적절한 재정제공에 대한 청구권을 의미하는 적절한 새로운 해석을 제시하였다:

헌법재판소와 주 헌법재판소의 확고한 판결에 따르면, 지방자치단체의 재정고권은 자치행정권에 속한다. 그것에 대한 근거는, 게마인테의 재정적인 근거제공을 규정하고 있는 기본법이다. 어떻게 주정부가 적절한 재정제공과 적어도 지방자치단체의 재정적인 최저제공에 따라 주 헌법상 발생하는 의무를 따르게 되는가에 대한 물음과 관련하여 다음의 사항이 유효하다:

입법자는, 재정적인 최저제공에 대한 청구권을 침해하고, 그것을 통하여 자치행정의 권리를 파괴하는 방법으로 지방자치단체의 재정제공을 침해하지 말아야 한다. 그것에 따라 제공된 최저제공은, 자유로운 자치행정업무의 인식이 불충분한 재정제공에 의하여 불가능하게 되는 경우에만, 미달한 것이 된다. 자유로운 자치행정을 위하여 지속되어지고 있는 재정재원의 고갈 하에 지방자치단체 지역단체를 통하여 새롭게 부담해야 하는 업무는, 자치행정 업무의 인식을 유보하고 있는 재정재원은 법률적으로 규정된 업무의 인식을 통하여 상실하게 되는 상황으로 발전하게 된다. 이행되어야만 하는 업무와 자금교부의 공공적인 불균형에서는, 지방자치단체 자치행정의 핵심영역이 허락되지 않는 방법으로 침해되는 것이다.

< 926 >

주 헌법은 입법자에 대하여, 업무이행을 위하여 필수적인 재정재원을 지방자치단체에게 자유롭게 처리하는 언어적으로 상이하게 표현된 명령을 규정하고 있고, 업무에 타당한 재정조정을 요구하고 있다. 입법자는, 단지 그가 필수적인 재정재원의 범위를 인식하는 경우에만 이러한 의무를 따를 수 있게 된다. 그래서 고유한 효력범위의 의무위반 영역에서 중요한 지출의 지분증가는, 재정조정의 할당의 영역에서 고려되지 않으면서 남아 있는 것은 아니다. 그러한 지출증가는, 제3자의 청구권을 고양시키는 법률개정의 결과만이 아니다. 그러한 사항은, 청구권자의 숫자는 사실적인 근거를 이유로 하여 고양된다는 것이 나타나는 것이다(NdsStGH, DVBl. 1998, 185, 187).

< 927 >

지방자치단체의 청구권은, 주정부의 재정적인 급부능력의 제한적인 특징이 보여주는 것과 같이, 주 헌법상 유보되지 않은 채로 보장되는 것은 아니다.

이러한 유보는 주정부에게 약간의 융통성을 보장하고, 지방자치단체의 재정적인 이익과 주정부의 이익 사이의 보상을 제공해야만 한다. 지방자치단체의 재정적인 청구권의 이행의 상관관계로서 헌법이 주정부를 통하여 다른 동일한 가치를 갖는 품질의 재정효과적인 보호를 보장한다는 의미에서, 헌법은 여기서 주정부업무와 지방자치단체 업무의 동가치성을 명시하고 있다. 주 헌법은, 한편으로는 업무이행을 위하여 필수적인 도구와 또 한편으로는 주정부의 재정적인 급부능력 사이에 존재하는 규범적인 긴장관계에 대한 충돌규정을 가지고 있다. 그것으로부터 발생하는 부담의 타당하면서도 균형이 잡힌 분배의 언명이 따르게 된다. 주정부업무와 지방자치단체 업무의 원칙적인 동가성의 근거 앞에, 주정부와 지방자치단체에게 개별적으로 처리할 수 있는 재정재원을 동일하게 업무에 타당하게 발생하게 하도록 하는 분배대칭을 필요로 한다.

이러한 업무에 상응하는 지방자치단체 재정조정 의 형성과 양도된 효력범위의 업무에 대한 분리된 단초의 형성은, 업무상황을 변경하는 경우에 결합률(Verbundquote)이 검토되어야 하고, 필요한 경우에 범위에서 수정이 이루어져야 한다(NdsStGH, DVBl. 1998, 185, 187).

< 928 >

헌법상 주어진 지방자치단체 재정조정 의 영역에(단락번호 843 이하), 그러는 한 입법자에게 침해가 완전히 거부되는 결과를 가지고 지방자치단체 자치행정의 절대불가침의 핵심영역이 고려되는 사항과 입법자에게 형성재량여지가 과도금지의 고려 하에 발생하게 되는 부수된 범위 사이를 구분해야 한다. 만약, 부수된 범위에서 입법자가 형성할 수 있는 지방자치단체의 업무에 적절한 재정조정에 대한 청구권과 핵심영역의 표현으로서 입법자에 의하여 미달될 수 없는 재정적인 최저제공에 대한 청구권 사이를 구분하게 되는 경우에 용어적으로 고찰해야 하는 사항을 완화시켜준다:

- 불가침의 핵심영역으로서 재정적인 최저제공: 모든 의무적 업무의 이행을 위한 주정부의 급부능력과 자유로운 업무에 대한 최저기준에 대하여 독립적으로
- 자유로운 업무의 이행을 위하여 업무에 타당한 재정제공: 주정부와 지방자치단체의 분배체계의 언명으로 인하여 업무의 동가치성으로 인하여

< 929 >

입법자의 형성 여지는, 그가 재정적인 최저제공에 대한 청구권 하부의 범위에 놓여 있는 재정적인 최저제공을 위반하고, 그것을 통하여 자치 행정권

을 파괴하는 곳에서 종결한다. 동시에 아무튼 지방자치단체의 최저제공은, 만약 자유로운 자치행정업무의 인식이 불충분한 재정제공으로 인하여 불가능하게 되는 경우에, 미달하게 된다. 여기에 업무관계에 지향된 절대적인 지방자치단체 재정조정의 최후한계에 관련된다. 그 결과 그것의 확장은 강행적으로 핵심영역의 위반을 야기하게 된다. 그러므로 입법자는, 업무전개와 지출전개를 고려하지 않으면서 결합율을 명시하는 것에 제한받지 말아야 한다. 오히려 그는, 중요한 지출지분의 증가를 의무적인 자치정업무의 영역에서 재정조정의 양을 할당함에 있어 무제한적으로 처리해서는 아니 된다. 이러한 사항은, 의무적 업무의 새로운 교부뿐만 아니라, 청구권자의 증가하는 숫자를 근거로 하여 순수한 비용증가를 관련시키게 된다.

< 930 >

그럼에도 불구하고 입법자는 지방자치단체 자치행정의 핵심범위의 우려할 만한 위반과 관련하여 탄력이 있는 잠재성을 가지고 있다. 헌법상 요구된 업무상황여건(Aufgabebestand)와 재정확보규모(Finanzausstattung) 사이의 균형을 보장하기 위하여, 원칙적으로 지방자치단체 재정제공의 증액하는 것이 고려될 뿐만 아니라, 지방자치단체에 의하여 법률적으로 부과되어진 업무의 축소, 법률적으로 주어진 비용을 동반하는 표준의 인하가 고려되는 것이다. 지방자치단체의 재정적 부담은 국가적인 측면에서 업무포기, 업무축소 그리고 비용을 동반하는 표준의 감소를 통하여 행하여야 한다. 만약 주정부가 어떠한 정치적인 이유로 하여 이러한 방법을 선택하지 않는다면, 그러한 방법은 지방자치단체 재정을 임의적으로 축소하게 하지 못한다. 재정제공의 축소방법은 지방자치단체의 부담을 야기하는 표준과 업무를 증가시키는 경우에, 그 안에 지방자치단체 자치행정의 핵심영역에 위반이 있기 때문에, 그를 헌법상 그릇되게 만들 수 있다. 이러한 절대적인 개입한계의 본질에 있는 것이, 국가적인 예산상황(Haushaltssituation)을 통해서도 상대화되지 않는다는 점이다. 정당성에 대한 물음은 이제 더 이상 제기되지 않는다. 왜냐하면 핵심영역에서 그러한 개입은 비례성의 기준에 따라 정당화될 수 없기 때문이다. 지방자치단체 재정확보규모를 개선하기 위하여 계속적으로 국가재정의 필요성이 늘어나는 경우에, 입법자는 헌법상 규정되지 않은 표준을 축소하고자 하는 대안만을 가지고 있다.

< 931 >

그러나 지방자치단체에게는, 지방자치단체 자치행정의 핵심영역에 속하는 재정적인 최저제공에 대한 청구권이 발생할 뿐만 아니라, 주정부와 지방자치

단체에게, 재정적인 새로운 상황에 대하여 뿐만 아니라 일반적 상황, 그리고 지속적으로 발전하고 있는 단계에 대하여 업무에 타당하게, 업무존속을 수정하는 경우에 결함들을 검토해야만 하고, 필요한 경우 범위에 수정해야만 하는 결과를 가지고 개별적으로 처리할 수 있는 재정재원이 나타나도록 하기 위하여, 배분체계의 의미에서 부수된 영역에서 업무에 타당한 재정확보규모에 대한 청구권 또한 발생하게 된다. 그러므로 적절한 재정규모 확보에 대한 지방자치단체의 청구권은, 모든 의무적 업무를 이행할 수 있고 자유로운 업무에 대한 최저존속을 이행할 수 있도록 재원이 충분해야 하는 경우에 절대적 최저상황여건을 가지고 있어야 될 뿐만 아니라, 주정부의 수입상황에 의존하고 있는 자유로이 이행되어야 하는 업무의 기준과 관련하여 역동적인 구성요소를 담고 있다. 업무에 적절한 지방자치단체의 재정조정은, 목적에 기속되지 않는 핵심사항 교부를 통하여 보장되어야 한다. 이것과 함께 업무에 타당한 재정조정이 전체적으로 규모에 의하여 영향을 미치는 경우에, 핵심사항 교부의 부분을 넘어서는 목적기속은 투자를 위하여 고려될 수 있게 된다. 이러한 지방자치단체 재정제공의 단계별 보호개념을 가지고,

- 만약 자유로운 자치행정업무에 대한 최저존속의 이행이 재정적으로 불가능하게 되는 경우에, 절대불가침의 핵심영역(= 제공된 재정적인 최저제공)이 위반된다. 그 이외에
- 지방자치단체 업무와 주정부업무의 동가치성으로 인한 배분대칭의 명령을 통하여 재정제공에 대한 업무균형성(적정성)의 구체화

전해지고, 연방헌법재판소(E 79, 127)에 의하여 발전된 지방자치단체 자치행정에 대한 보장의 보호개념은 재정적인 영역에서 양도된다.

< 932 >

보상강도의 헌법적인 한계와 관련하여, “재정조정”이라는 개념으로부터 출발하게 된다. 그것에 따르면, 보상되어야만 하는 다양한 시작할 때의 재정상황여건이 받아들여진다(노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소, DÖV 1985, 916, 917). 입법자는 재정조정을 통하여 지방자치단체와 지방자치단체 사이에 발생하는 재정력의 차이를 지체 없이 균형을 맞출 수는 없다. 재정조정을 통하여 불균형이 고르게 되는 것이 아니라 완화되는 것이다. 사회국가와 생활관계로부터 동가치성의 기본법적인 선도(Leitbilder)는 지방자치단체에서 상호동일한 요양수준을 요구하게 된다. 개별적인 지방자치단체의 행정급부의 수준에서의 본질적인 차이나, 시민을 돌보는 경제적인 면과 사회적 측면에서

현저한 수준차이는 예방되어야 한다. 그러는 한 주정부의 의무가 발생하게 된다. 반면에 그것을 통하여 계속적으로 영향을 받은 지역단체의 생활관계에 대한 조화성은, 지방자치단체 자치행정과 합치되는 것이 아니다. 지방자치단체 재정을 평균화하고자 하는 것은, 지방자치단체 자치행정에 내제되어 있는 지방자치단체의 다원성과 개별성의 원칙과 합치되지 않는다. 그것은 자치행정기관의 자기책임성을 황폐화시키게 될 것이다(VerfGH NW, DÖV 1985, 916, 917). 그러므로 한편으로 조화제공(Harmonisierung)이라는 측면이 발생하기도 하고, 또 한편으로는 각각의 입법자들이 지방자치단체 재정조정의 규정에서 이미 위반한 바 있는(이에 대한 자세한 사항은 von Mutius/Henneke, Kommunale Finanzausstattung und Verfassungsrecht, 1985, S. 93 ff.; dies. AfK 1985, 261, 269 ff.) 평균화금지 또는 과도한 평균화금지(Verbot der Nivellierung oder der Übernivellierung)가 발생하기도 한다(Nds StGH, DVBl. 1985, 1175, 1178).

< 933 >

단지 재정확보규모에 유사성, 근접성 그리고 차이점의 완화가 발생하게 하는 것이지, 실질적인 재정력순서의 전환이나 완전한 축소를 발생하게 하는 것은 아니다. 다른 경우에 급부가 약한 지방자치단체는, 고유한 재정력을 완전히 고갈시키는 그 의무로부터 면책될 것이고, 풍부한 지방자치단체는 그의 경제력과 급부능력을 최대한으로 펼치기 위한 유인책을 받아들여야만 한다. 지방자치단체 자치행정의 황폐화 외에, 그 안에는 임의금지의 위반이, ‘본질적인 불균형은 임의적으로 동일하게 다루어진다’라는 방법으로 존재하게 될 것이다.

4. 절차적 요구사항

< 934 >

헌법상 규정에 대하여 반하는 지방자치단체 재정조정의 형성에 대한 위반으로 인하여 현재 헌법재판소의 절차는, 적시성의 관점에 결정적인 의미가 발생한다고 하는 점을 보여주고 있다. 왜냐하면 소모된 금전이 차후에 재분배될 수 없는 것이기 때문이다. 그러므로 바덴-뷔템베르크 국가법원(VBl. BW 1999, 294, 301)은 적절한 방법으로, 지방자치단체의 재정적인 최저규모 확보의 보호에 그것을 양도하기 위한 목적으로, 기본권보호에 대한 확고하게 인정된 판례를 절차를 통하여 이용하였다. 동시에 바덴-뷔템베르크 국가법원은, 공법상 방송의 업무에 적절한 재정화를 파악하고 있는, 특히 헌법재판소의 제 8과 방송판결(E 90, 60)과 균형을 이루고 있다. 세부적인 내용에서 헌법재판소

는 다음과 같이 설명하고 있다.

< 935 >

바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합하여 제71조 제1항 제1문의 재정보장의 보호는, 재정조정에 관하여 발생하는 입법자의 결정에 야기하는 소송의 보장을 전제하고 있다. 하자나 무시는, 헌법보장을 가진 재정조정에 대한 불합치성을 야기할 수 있다. 국가예산의 확정과 함께 적절한 지방자치단체 재정조정에 관한 입법자의 결정에 있어서, 자유로운 결정은 아니지만, 게마인데나 게마인데 연합에게 의무적 업무와 자유로운 업무의 이행을 위하여 요구되어지는 재정도구를 처리해야만 하는 기속된 결정에 관련된 것이다. 이러한 실질적인 기준은, 필수적인 재정제공이 핵심사항 교부의 형태에서 부가적으로 핵심숫자나 그 금액에 따라 그 나머지 재정원천에 대하여 그것으로부터 이끌어 나올 수 있는 한 구체화하지 못하게 된다. 정확한 기준은 발전하기 어렵다; 역시 이것은 재정이학이나 지방자치단체 학문에 성공하지 못하게 된다. 그 딜레마는 구조적으로 정해진 것이다. 헌법재판소의 통제는 그의 기능한계를 도달하고, 그것이 실질적으로 헌법상의 정치적인 평가의 결과에 대한 검토를 관련시키는 한, 지방자치단체 재정고권의 이행에 효과적으로 기여할 수 없게 된다.

추후의 헌법재판소의 입법절차, 즉 국가예산으로 밀접하게 실현된 지방자치단체 재정조정에 대한 결과통제는, 개별적인 게마인데나 게마인데 연합에게 제도적으로 보장된 자치행정권의 재정황폐화에 대한 효과적인 법적 보호를 보장하는 것은 적정하지 않다. 이러한 결과는 사후적인 헌법재판소의 통제를 근거로 하여 실무상 소급하여 제거되어질 수 없고, 그 결과 비록 지방자치단체의 재정조정의 내용적인 규정들이 헌법과 일치되어 있어야 하는 것이 아니라 할지라도, 사후적인 헌법재판소의 통제는 지방자치단체 재정조정의 소급적인 개정을 야기할 수 없게 된다. 왜냐하면 이는 실무상 주정부의 전체 재정경제의 소급적인 개정을 야기할 수 있어야 하기 때문이다. 이것은 고유한 예산계획과 그것을 이행을 설립하는 모두 참가한 게마인데와 게마인데 연합이 신뢰할 수 있어야 하는 수평적인 재정조정에 대하여 효력이 있다. 이러한 체계로부터, 지방자치단체 자치보장권의 효과적인 보호는 지방자치단체 재정확보규모의 사후적인 헌법재판소의 통제를 통하여 보장될 수 없는 결과가 나오게 된다.

바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합하여 제71조 제1항 제1문은, 국가에 의하여 보장된 게마인데와 게마인데 연합의 재정확보규모의 결과통제

가 생각할 수 있는, 정밀도가 있는 실체적인 표준을 줄 수 없다. 이는, 게마인테와 게마인테 연합을 위한 재정조정에 대한 주 헌법의 규정에 상응하여, 헌법재판소와 주정부에 속하는 국가법원의 광범위한 관례를 확보하고 있다.¹⁸⁶⁾

< 936 >

바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항 결합한 제71조제1항 제1문의 재정보장의 헌법적인 보호는, 만약 국가법원이 지방자치단체 재정조정의 실체적인 결과통제를 받아들이게 되는 경우에는, 공동화되어야 한다. 이미 기술한 바와 같이 차후에 헌법재판소의 통제의 조직적인 결핍으로 인하여 예산년도에 대하여 한 번 결정된 지방자치단체 재정조정의 돌이킬 수 없는 결과로 인하여, 게마인테와 게마인테 연합의 헌법적인 최저 확보 규모의 규정에 대한 실체적인 헌법상의 표준의 결핍으로 인하여, 효과적인 헌법재판소의 결과통제가 불가능하게 된다. 재정조정의 보호는, 국가의 결정절차의 합리화의 의미에서, 지방자치단체 재정조정의 개별적인 개정에 대한 늦어도 입법절차에서 결정발견의 단계에서 상응하는 통제가 있는 경우에만 이행가능하게 된다. 이러한 자치행정보장의 절차상의 보호는 바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합하여 제71조 제1항 제1문의 보장으로부터 제기된다.

기본권에서 기본권보호의 확대는 확고한 헌법상 관례에서 절차를 통하여 인정되었다.¹⁸⁷⁾ 그것에 따르면, 통제가 발생되어질 수 있는 그곳에 기본권침해가 더 이상 수정될 수 없는 경우, 그리고 기본권이 정해진 기본권과 관련된 국가적인 조치에 대한 실체적인 표준을 제공해 주지 못하고, 그 결과 결과통제가 기본권의 표준에 벗어나는 그러한 시점에서 절차적인 기본권보호가 제공된다. 보장된 사적 자치에서 외부적인 통제를 통하여 개입되어야만 하는 경우에도 동일한 사항이 효력을 갖게 된다. 바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합한 제71조 제1항 제1문에 있는 지방자치단체 자치행정권의 보호에 게마인테와 게마인테 연합의 기본권의 보호가 관련되는 것이 아니라 지방자치단체의 자치행정의 제도적인 보장에 관련된 것이다. 하지만, 그 경우에도 헌법에 의하여 절차상의 보장이 사전에 되어 있어야만 한다. 왜냐하면 재정보장에 대한 사후적인 헌법재판소에 의한 보호의 구조적인 이유로 인하여 효과적으로 보장될 수 없기 때문이다. 그러므로 게마인테와 게마인테 연합의 재정고권에 대한 헌법상의 보호는 결정발견의 과정에서 선행되어야

186) Der StGH belegt diese Ausführungen indes nicht. Zu der angesprochenen Rspr. ausf.; Hennecke, Der Landkreis 1999, 147, 159 ff.

187) BVerFE 53, 30, 67; 63, 131, 143; 65, 1, 44; 84, 34, 46; 90, 60, 95.

하고, 차후에 결정결과에 대하여 관련되어서는 안된다.

어떻게 재정조정외 이러한 보호가 절차를 통하여 형성되는가에 대하여는, 입법자에게 넘어간다. 입법자는 그러한 절차를 재정조정법이나 혹은 이것이 연방수준에서 예산기본원칙법(HGrG) 제51조에 재정계획위원을 투입하는 예산기본원칙법(HGrG)를 가지고 시도되는 것과 같이 특별한 법률에 규정하게 된다. 입법자는 그러한 절차에 합당한 자기기속의 법률적인 제도화 없이, 그가 지방자치단체 재정조정에 대하여 발생하는 결정전에 하나의 절차가 선택되어 행사되고, 또한 재정결합에 참여하는 모든 자에 대하여 설득력 있게 주 정부와 지방자치단체의 업무의 동위성을 존중하면서 주 정부와 지방자치단체의 재정 강화와 업무 부담이 분석되고, 평가되며 양보되어야 한다는 측면에서 재정보장의 절차적인 보호를 실현할 수 있었다. 이와 같이 법률적으로 규정되어 있거나 혹은 입법자에 의하여 이행된 절차는, 업무에 타당한 지방자치단체의 재정조정에 대한 근거가 설득력 있게(nachvollziehbar) 탐구되어야 하고, 그에게 주 정부와 지방자치단체에서 재정발전이 설득력 있는 비교척도(Vergleichsmaßstäbe)와 평가시기(Referenzzeiträume)에 의하여 근거를 확보하여야 한다.

< 937 >

방송비용확정에 대하여 형성된 독립적인 위원회, 이른바 “방송의 재정수요에 대한 감사와 조사에 대한 독립위원회(KEF)에 결합하여 바덴-뷔템베르크 국가법원이 다음과 같이 설명하고 있다:

“입법자가 전문지식이 있는 위원회, 연방에 있는 재정계획위원회(Finanzplanungsrat)의 개입을 통하여 결정해야 한다면, 그러한 구성은 객관화할 수 있는 목적과 게마인데와 게마인데 연합의 자치적인 특정한 자치행정을 충분히 고려해야 한다. 전문지식이 있는 구성원으로서, 회계감사원의 대리인, 게마인데 감사기관 그리고 법원기관으로서 정부위원회가 고려될 수 있다; 게마인데와 게마인데 연합은 순수한 수동적인 역할에 제한되지 않는다. 그러한 위원회는, 바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합한 제71조 제1항 제1문에 따라 재정보장을 확실히 하기 위한 그의 업무가, 만약 입법자를 위하여 결정원조로서 그의 추천에 상응하는 비중이 실질적으로 발생하도록 하는 경우에만 단지 충분히 정당화 되어야 한다.

만약 입법자가 재정결합에 참가한 자들과 함께 공개된 대화를 제한하고자 한다면, 그는 바덴-뷔템베르크 주 헌법 제71조 제4항에 따른 순수한 청문회를 뛰어넘어야 한다. 주 정부는 헌법상 주어지는 명료성과 공시의 제공에 상응하여 지방자치단체 재정조정에 대하여 발생하는 결정에 앞서 즉시 주 정부

와 지방자치단체에게 업무 부담과 지출부담의 전개에 대한 포괄적인 분석 및 조세율, 세율 그리고 부가가치세를 통하여 이것을 수정하고자 하는 기대되는 세입과 가능성의 분석을 제출해야만 한다. 그리고 참가자들과 함께 설득력 있게 이것들을 평가하고, 양보하며 보상해야 한다. 단지 관찰의무, 분석의무, 서면의무, 기술의무와 근거의무의 이행은, 결정과정의 객관화시키는 작업, 합리화를 위하여 효과적으로 기여하지 못한다. 그 결과 바덴-뷔템베르크 제73조 제1항과 결합한 제71조 제1항 제1문에 따른 재정보장은 헌법상 충분히 효과적으로 보장되어지게 된다.

그러한 절차상의 재정보장에 대한 보호의 부재는, 만약 재정조정을 가지고 이행되는 게마인데와 게마인데 연합의 헌법상 최저제공에 대한 범위가 도달되는 경우와 게마인데와 게마인데 연합에게 단지 약간의 재정규모 확보가 처리되도록 하는 경우에, 아무튼 바덴-뷔템베르크 주 헌법 제73조 제1항과 결합한 제71조 제1항 제1문과 함께 재정조정법의 부조화성을 야기하게 된다. 그 결과 그러한 업무의 적절하고 효과 있는 이행은 위험스러운 것처럼 보인다; 즉, 만약 게마인데와 게마인데 연합의 재정력이 약해진 결과 자치행정권이 황폐화될 우려가 있는 경우에 해당하는 것이다.

5. 사무에 적절한 자치단체 재정조정의 실체적인 보호와 절차상 보호에 대한 결론

< 938 >

어떠한 방법으로 자치행정 적정성이 업무에 타당한 지방자치단체 재정규모 확보의 보장을 이행할 수 있는가에 대한 질문에 대하여, 우리는 실체적인 요소와 절차상의 요소의 결합에 도달하게 된다. 실체적인 관점에서, 다음 양자의 구성요소를 가지고 이원적인 재정보장의 목적이,

- 모든 의무업무의 재정적인 이행가능성과 자유로운 업무에 대한 최저기준과
- 업무양도를 하는 경우에 주정부 차원에서 가능한 한 포괄가능하면서도 사법상의 기준을 가지고 재정적인 보호를 증대하는 것이 효력을 갖게 되는 것이다.

< 939 >

견련성원칙-바덴-뷔템베르크와 작센, 최근 쉴레스비히-홀스타인, 브란덴부르크에서와 같이-이 법적 효과로서 ‘하나의 재정조정’을 요구하는 한, 단지 업무에 지향된, 재정력에 독립적이면서 일반화가 가능한, 우선 예측결정의 방

법에서 확정할 수 있는 범위와 관련해서가 아니라, 부담조항의 종류와 방법의 관점에서 입법자에게 여지를 인정하는 완전비용 보상제공이 의도되어 있다는 점이 명확해진다. 그러므로 주정부 입법자에게 조사의무와 설명의무를 부과하는 업무분석과 비용분석이 전제하게 된다. 이러한 형성은 절차상 발생하는 보호가 반드시 필요한 것은 아니다.

법적 효과로서 견련성원칙이 단지 비용규정의무, 특히 ‘적절한 재정적인 보상’을 전제하고 있는 한, 아무튼 업무분석과 비용분석을 필요로 한다. 그리고 그 다음에 주정부와 지방자치단체 사이에 검토가능하고 인식 가능한 비용분배를 명확히 하는 것이 필요하다. 분리되어 조사되어지는 업무에 타당한 지방자치단체의 재정제공에서 남아 있는 지방자치단체의 고유지분이 반드시 증액을 필요로 하고, 그에 의하여 재정조정체계에 대하여 고려되어지는 수평적인 분배문제가 고려되어지기 때문에, 재정적인 최저제공의 조사를 위하여 제공된 절차상의 보호를 주 법상 양도된 업무에 대하여 비용보상에 확장하는 것이 보인다. 그러한 고유한 지분은, 완전비용보상의무가 존재하지 않는 경우에 단지 업무에 타당한 재정제공에 대한 메달의 또 다른 측면이다.

< 940 >

기본법 제28조 제2항과 그에 상응하는 주 헌법의 규정으로부터 나오는 헌법상 업무에 적절한 직접적인 재정제공보장과 관련하여, 주 헌법의 규정들이 -견련성원칙과 달리- 그것의 단어에서 구별이 되지만, 실질적인 본질에서 있어서는 차이가 없다. 최저제공을 명확히 하는 경우에, 입법자의 기속되는 결정에 관련된다. 이러한 헌법상 재정적인 최저제공의 보장에 대한 언명은, 실제법상 불기속성으로 해결되지는 않는다. 만약 업무관계에 지향하고 있는 경우에 실질적인 접근가능성이 주어지게 된다는 점에서 출발했던 바덴-뷔르템베르크 국가법원을 니더작센 국가법원은 명백히 이행하였다.

< 941 >

실체적인 관점에서, 업무에 적정한 재정제공, 특히 최저제공의 범위가 지방자치단체 업무준속과 경제적인 업무이행의 언명에 의하여 정해지게 된다. 업무범위와 관련하여 가치여지는 단지 자유로운 업무이행의 기준에 의하여만 발생하게 된다. 즉: 의무업무의 업무분석과 비용분석으로부터, 경제적인 업무이행의 경우에 지방자치단체에게 보장되어야만 하는 재정의 필요성이 제기된다. 업무에 적절한 재정규모 확보의 표준은, 단지 업무지향(Aufgabenorientierung)으로부터 나타나지만, 반면에 수입지향(Einnahmeorientierung)으로부

터 나타나는 것은 아니다. 그러므로 지방자치단체 재정조정(Bemessung) 과 업무에 타당한 지방자치단체 재정제공의 헌법상 선행과제의 이행에 대하여는, 절차에 대해서는 독립되고 사법상의 공정에 대한 표준이 존재한다.

< 942 >

발생하는 절차상의 보호는, 더 이상 그러나 가능한 한 고도의 정도에서 사정(Festsetzung)의 공정성에 대한 개연성고양의 의미에서 그들에게 정당하게 하고, 표준에 의하여 자유로운 재량여지를 고양하기 위한 도구로서 적지 않은 것이다. 그러므로 법익보호의 절차성은 실체상 조치의 이행에 대하여 이상한 것이 아니고, 자치행정보장의 효율성과 이행가능성을 개선하기 위하여 점증적으로 발생하게 된다.

객관화와 합리화를 위하여 주어진 업무분석과 지출분석은, 실체상의 표준 없이는 가능하지 않다. 이러한 실상(Befund)의 토대를 마련하기 위하여, 방송자유의 재정적인 보장과 지방자치단체 자치행정 사이의 평행선 외에, 지방자치단체 자치행정의 재정적인 보장의 영역에서 보다 명확한 실체상의 표준에 지향되어야 하는 것이 다름이 있는 차이점이 제시된다.

방송비용설정은 업무이행을 위하여 필수적인 것으로 간주되는 재정의 필요성을 조사하는 것과 신고하는 것이 방송기관의 의무이다. 지방자치단체는 그로부터 재정의 필요성과 함께 업무결정권이 발생하게 된다. 하지만 단지 업무에 타당한 재정제공을 할당함에 있어서 단지 “나머지 범위(RestgröÙ)”로서 자유로운 업무영역이 발생할 뿐이다.

하나의 표준상대화(MaÙstabsrelativierung)가 주 정부의 재정적인 급부능력의 유보를 통하여 이행된다고 하는 것은 이미 설명하였다. 그 밖의 경우에 지방자치단체는 주정부에 의하여 재정가능성의 부재로 인하여 적당하지 않는 자치행정업무로부터 회피가능성 없이 지향하는 것에 비추어 잘못일 수 있다. 그것은 헌법적으로 보호되고 있는 업무상황여건과 보장된 자기책임성 주정부 차원에서 재정화의 박탈을 통하여 억압될 수 있도록 개입하게 된다. 그 외에 존재한 재정적인 보장의 업무지향적인 표준은 임의성의 표준화를 통하여, 그것이 주정부라 할지라도, 업무재이행, 소득율의 종결 혹은 업무준속에 대한 보상과 재정화가능성을 마련해야 하도록 주어져 있다.

< 943 >

업무 창조권과 그것으로부터 나오는 재정의 필요성과 관련하여 이러한 실체상의 차이가 절차상 보호의 종류와 방법에서 발생하여야 한다. 방송의 자유

와 자치행정 사이에 비교할만한 사항은 입법자에게 적시에 고양된 기속효력을 가진 제안을 제시하는 전문지식을 통하여 표시되는 위원회가 지향하는 필요불가결성이다. 거기에서 업무와 결합이 입법적인 규정을 통하여 형성되어져야 한다. 입법자를 위한 결정원조의 상승하여 주어진 비중은, 지방자치단체자치행정의 영역에서, 업무방향의 표준이 급부능력의 유보 -단지 정치적으로 이행되어져야 하는-를 통한 상대화되지 않는 경우에만 보장할 수 있게 된다.

< 944 >

방송비용확정에서와 달리, 지방자치단체 재정규모 확보의 경우에는 필요성의 신청이 지방자치단체 그 자신에 의하여 나타나지 않는다. 그것으로부터 게마인테와 게마인테 연합은 전문가로 이루어진 위원회에서 수동적인 역할에 제한되지 않는다고 하는 분기점은 여기에서 아주 다른 절차상의 의미를 얻게 된다. 지방자치단체는 위원회에서 수동적으로 참여하지 말아야 할 뿐만 아니라, 순수한 청문회를 넘어서 적극적인 협력방식으로 참가하게 된다. 동일한 사항이 주정부 예산을 통하여 책임을 지게 되는 주정부에 대하여 적용된다. 남아있는 전문지식이 있는 구성원에 대한 바덴-뷔템베르크 국가법원의 상세한 사항이 구분된다: 이것은 법규감독 관청으로서 정부위원회에 대하여 효력이 미치게 된다. 주정부를 정돈하는 관청에 관련되는 것이 앞의 사항에 대립되어 있는 것은 아니다. 이것은 개입하는 위원회에서 정치적인 결정을 하는 것에 관련되는 것이 아니라, 전문지식을 갖춘 위원회를 통하여 재고품 조사를 이행하고 동시에 주차원에서 이전행위에 반하는 행위를 금지에 대한 행위를 배제하는 것이다. 이러한 사고는 크라이스에 속하는 게마인테에 관한 지방자치단체 감독청으로서 크라이스에 대하여 풍성함을 갖게 한다. 그 외에 재정법과 지방자치단체법 그리고 재정학의 영역으로부터 독립적인 전문가들이 편입되어야만 한다.

입법자들의 정치적인 결정에 상당히 높은 비중의 결정지원을 목적으로 준비하는 전문가 구성원으로 갖춘 위원회로써 절차적 보장을, 전문가 위원회에서 주 의회 의원들의 편입은 금지해야 된다. 왜냐하면 위원회보고의 근거 아래 정치적인 결정을 하고, 특히 궁극적인 상이성을 근거지우며 그 결과 대답을 하는 것이 주 의회의 업무이기 때문이다. 그것으로부터 전문적으로 표시된 업무분석과 지출 분석과 정치적인 결정과의 혼합이, 위원회구성원과 주의 회소속감 사이의 비양립성을 통하여 저지되는 것과 마찬가지로 저지되어야 한다.

< 945 >

바덴-뷔템베르크 국가법원의 판결이 직접적으로 규정된 기속력을 단지 바덴-뷔템베르크에서 펼쳤다. 국가법원에 의한 절차적인 보호를 위하여 제기된 고려사항은 모든 연방의 주들에 효력을 미치게 된다. 그러므로 절차적인 보호는, 다른 주정부에서 발견된 오류전개(Fehlentwicklung)를 미래에 방지하기 위하여, 다른 연방의 주정부¹⁸⁸⁾에서도 이행되어야 한다.

17

< 946 >

지방자치단체 재정조정 의 이행은 개별적인 연방의 주에서 서로서로 구별된다. 다른 측면에서, 헌법상 규정을 통하여 제정된, 공동의 일반적인 기본구조가 있다. 동시에

- 재정조정규모나 혹은 결합규모
- 교부의 종류 및
- 개별적인 지방자치단체에 대한 각각의 분배 등에 대한 요구사항과 관련되어 있다.

이러한 사항들은 각각 고려되어야 하는 헌법상의 규정들과 관련되어 세부적으로 밝혀지게 된다.

A. 재정조정규모

< 947 >

기본법 제106조 제7항 제1문에 강행적으로 주어진, 그리고 제2문에 따라 임의적으로 확대 가능한 세금결합(Steuerverbund)은 각각의 재정체계의 핵심이다. 각각의 연방에 있는 주정부는, 어떠한 결합근거에 의하여 지방자치단체에게 하나의 지분을 처리해야 할 것인가를 결정해야만 한다. 그러한 결합근거는 주정부와 주정부 사이에 서로 비교할 수 있는 것이 아니다. 많은 주정부들은, 지방자치단체의 재정에 대하여 단지 그들의 공공세 지분으로부터 출발하는 것에 제한되어 있다. 다른 주정부들은 전체적인 또는 개별적인 주정부세, 또한 주정부의 재정조정으로부터 보상액을 포함시킨다.

188) Dazu ausf.: Hennencke, Der Landkreis 1999, 172.

< 948 >

이러한 결합근거의 전제징수에 의하여, 지방자치단체에게 특정 100%세(Vom-Hundert-Satz)가 처리된다. 이것은 결합률(Verbundquote)이나 결합세(Verbundsatz)로 표시된다. 결합률의 범위는 모든 주정부에서 서로 상이하게, 그리고 각각의 주정부에서 때때로 해마다 변동이 발생하게 된다. 결합근거에 대한 결합수량(Verbundquote)으로부터 제기되는 금액은, 재정규모로 표시된다. 재정조정규모는 지방자치단체 재정조정을 통하여 주정부 차원에서 완전하게 다양한 교부종류와 분배절차를 통한 지방자치단체에게 분배된다. 더 나아가 특정한 전제조건 하에서 재정조정규모 외에, 이른바 목적설정교부(Zweckzuweisungen: 단락번호 954 이하)는 주정부에 의하여 분배된다.

< 949 >

결합수량의 범위로부터 세 가지 근거로 하여, 지방자치단체 재정제공의 적정성과 개별적인 연방의 주들의 지방자치단체 친화성과 관련하여 어떠한 언급도 나타나지 않고 있다(Hennecke, Der Landkreis 1999, 188, 189 ff.). 결합수량은 종류와 범위에 따라 상이한 조세액에 관련 된다; 그것은, 재정조정규모의 외부에서 주정부의 또 다른 재정교부를 고려하지 않는다. 지방자치단체 재정조정의 영역에서 급부는, 지방자치단체 수준의 이행되는 업무와의 관계에서 이행되어야 한다. 주정부와 지방자치단체 사이에서 발생하는 업무배분은 개별적인 주 정부에서 매우 상이하게 규정되어 있다. 특히 공공의 업무에 대한 지방자치단체화의 강도는, 연방의 주정부 사이에서 갈라지게 된다. 재정조정규모의 범위에 대한 적절성은, 모든 급부가 한편으로는 지방자치단체 재정조정의 영역에서, 그리고 또 한편으로는 업무배분이 고찰함에 있어서 편입되는 경우에만 언급된다.

< 950 >

결합수량은, 한편으로는 주정부와 한편으로는 지방자치단체 사이에 있는 부담관계가 의무의 범위와 새로운 소득원천의 배분 또는 회피에서 변경을 통하여 본질적으로 달라지는 경우에 증가하거나 감소되어야 한다. 부분적으로 이러한 사항은 주법으로 명백하게 규정되어 있다. 그러한 규정들은, 한편으로는 주정부/지방자치단체 사이에서 지방자치단체 재정교부의 범위에 대한 기능들의 비교가능성을, 또 다른 한편으로는 연방/주정부 사이에서 부가가치세에 대한 참가관계의 확정을 가지고 추인하고 있다(Hennecke, Jura 1987, 393, 398). 단지 이에 대신하여, 지방자치단체의 전체성(Gesamtheit der Kommunen)

에 하나의 최저제공을 처리할 수 있도록 하기 위하여, 주정부입법자가 재정 조정의 국고상의 기능에 대한 입법적인 요구사항에 충분히 행하여지는가에 대한 검토의 연결점이 제공된다. 이것이 그러한 사항에 해당되지 않는다면, 결합률은 증가될 수도 없고 결합근거가 감소될 수도 없게 된다. 양자가 재정 조정규모의 확대를 야기하게 될 것이다.

< 951 >

전체적인 교부종류와 모든 지방자치단체에 대하여 임의적으로 처리되는 재정조정 규모는 주입법자에 의하여 정해진 금액, 특히 개별적인 교부종류와 개별적인 지방자치단체 수준에 대한 비율에서 규칙적으로 분배가 이루어진다. 개별적인 지방자치단체 수준과 관련하여, 입법자는 통일적이면서 본질적으로 대신할 수 있는 기준에 따라 교부를 분배해야 한다. 여러 단체 중의 하나의 단체에 대한 교부범위는, 다른 단체 안에서 본질적으로 부당한 이익이나 불이익을 야기하게 하지 못한다. 분배를 함에 있어서, 지방자치단체 조합에서 벗어나는 영역과 반대로 크라이스에 속하는 영역에서 행정기관은, 특별한 비용을 약정하고 있는 두 가지 독자적인 수준을 포함하고 있다는 점을 고려해야 한다. 더욱이 크라이스(Kreisen)에서는, 크라이스에서 벗어나는(Kreisfreien) 영역에 속하지 않는 부가적인 업무가 이행된다. 끝으로 크라이스에서 크라이스에서 벗어나는 도시에 대하여 상이한 공간관계를 근거로 하여 동일한 종류의 업무에서, 특히 주민이 작은 경우 일반적으로 지역이 큰 주에서는 높은 비용이 제기된다.¹⁸⁹⁾

B. 교부의 유형

< 952 >

일반적인 재정교부는, 일반적인 재정의 필요성을 보상하기 위하여 보충적인 소득으로서 목적 없이 지방자치단체에게 수여하게 된다. 이러한 지방자치단체 친화적인 교부는 역시 세율로써 특징이 나타나고, 일반적인 조정범위를 강화하고 지방자치단체 사이의 조세력의 차이를 감소하기 위한 도구이다. 교부기술의 종류에 의하면, 중요한 조정기술(단락번호 957 이하)로서 교부방법에 의하여 가까이 고려되어지는 핵심교부사항과 필요교부(Bedarfzuweisung) 사이에 구분되어야 한다. 필요교부는 고유자금과 재정조정에 규정된 일반적

189) VerFGH NW DÖV 1993, 1003, 1004 f.; BayVerfGH, BayVBl. 1997, 303 u. 336; dazu Hennecke, DÖV 1994, 1, 7; ders., NdsVBl. 1994, 49, 53.

인 재정교부, 특히 목적교부가 개별적인 지방자치단체 예산조정을 위하여 충분하지 않는 한, 피할 수 없는 착오금액(unvermeidbare Fehlbeträgen)에 대한 보상이 보장되어야 한다.

< 953 >

피할 수 없는 예산착오 금액을 명확히 하는 경우에, 대물세율(Realsteuerhebsätze)이 기대할만큼(zumutbar) 증가되고 다른 모든 소득원천이 고갈되어질 경우라면, 엄격한 표준을 제시하는 경우 조건 없이는 필수적으로 인정될 수 없는 것으로 인정될 수 없거나, 지출을 통하여 발생하였거나, 혹은 고유한 소득을 통하여 보상될 수 있는 단초없이(außer Ansatz bleiben) 남아 있기 때문에, 필요교부는 지방자치단체의 전체이익에서 청약을 제기하는 지방자치단체에 대하여 자치행정 친화적인 것으로 인정된다. 재정조정의 특별한 형태로서, 만약 지출에 반하는 게마인데가 이러한 방법으로 우선시되는 경우에, 이미 기술된 헌법상의 규정이 위반되어질 것이기 때문에, 필요교부의 보장은 제한적인 표준을 적용을 강제하게 된다.

< 954 >

일반적인 재정교부의 경우에 특정한 업무와 구체적인 필요성과의 직접적인 결합점이 발생하는 반면에, 목적교부의 경우에서 이러한 결합이 전면에 나타나게 된다. 동시에 추상적인 교부가 두 가지 사용목적에 대하여 구분되고, 반면에 양도된 업무에 대한 부담보상이 귀속될 수 있다(단락번호 892). 우선 재정조정법에 대한 목적교부는 구체적으로 다른 말로 바꾸어 쓴 목적으로 보장된다. 더욱이 많은 주법은, 목적교부는 지금까지 언급된 목적의 밖에서 세 가지 누적적인 전제조건들 하에서 이행될 수 있음을 규정하고 있다. 즉 만약 주정부의 규정에 따라, (1) 하나의 업무의 의미가 주정부의 참가를 필수적 혹은 목적에 기여하고, 관련되는 행정담당자가 남아 있는 부담과 재정력을 고려하여 비용을 부담하는 상황에 있지 않는 경우에, (2) 편입을 위하여 그의 배분이나 목적규정에 따라 공급이 일반적인 재정조정에 적절하지 않거나 (3) 경제적인 행정의 기본원칙에 따라 대행가능한 관계에 의한 범위나 목적규정에 따른 공급이 경영과 결합되어 있는 사용에 대하여 발생하는 경우에 가능한 것이다. 만약 규정되어 있는 목적과 달리 그 재원이 사용되어 지거나 혹은 그 사용이 경제적이고 목적에 합당한 행정과 합치되지 않는 경우에는, 전체적인 목적교부 종류는 중지되거나 단축되고 또는 반환이 청구될 수 있다. 전문 소관 장관은 경제적이고 목적에 합당한 목적교부의 사용에 관

한 지침을 명령할 수 있다. 핵심교부사항에 대하여는 배제된다.

< 955 >

기본적으로 목적교부는 국가의 영향력가능성으로 인하여 잠재적으로 높은 정도로 반(反)자치행정인 것으로 인식된다. 때때로 일반적인 재정력에 관련된 교부의 현저한 축소, 특히 지방자치단체의 자유로운 처리와 자기책임적인 행정의 권한에 도달하게 되고, 이러한 권한은 업무와 관련된 목적교부를 위하여 수여받은 핵심교부사항의 자기책임적인 행정에 도달하게 된다. 하나의 그러한 재개조(Umstrukturierung)는 동일한 재정교부규모에서 한편으로는 지방자치단체 사이에 현저한 재분배효과를 야기하게 하고, 또 한편으로는 지방자치단체 전체에서 지방자치단체 행위여지와 의사여지의 현저한 적합성을 야기하게 된다. 핵심교부사항과 목적교부사항에서 결합양의 분배와 관련하여, 판례는 입법자에게 폭 넓은 재량을 인정하였고, 한편으로는 이러한 방법으로 지방자치단체 재정조정에서 현저한 재분배효과가 주어질 수 있게 되었고, 또 한편으로는 개별적인 지방자치단체에서는 일반적인 교부의 단축이 보상되지 않는 행정예산을 야기하게 되었다(노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소, DÖV 1985, 620, 622; 이에 대하여는 Hennecke, DÖV 1994, 1, 5).

< 956 >

목적교부는 국가의 조정도구로서, 지방자치단체의 필요상황에 따른 것이 아니라 교부제공에 따라, 투자에 대한 지방자치단체를 유발하기 위하여 연결되어 있다. 이러한 “금광의 구속”은, 지방자치단체 행위의 조정을 통하여 주정부정책적인 목적설정(Zielvorstellung)을 야기하였다. 지방자치단체 업무의 실현에 대한 이러한 순서에 따라, 자유로운 업무이행의 영역에서 목적교부를 통하여 현저한 정도로 영향을 받게 된다. 더 나아가 지방자치단체의 목적교부의 요청은, 일반적으로 또 다른 예산도구가 기속하고 있는 재정적인 자기참가의 조건에 결합되어 있다. 목적교부를 가지고 요청된 투자를 통하여, 단지 지방자치단체에 의하여 이행되고 지방자치단체의 장래 재정적인 행위재량여지를 부가적으로 적합하게 하는 결과비용(Folgekosten)을 현저한 범위에서 야기한다. 형식적으로 지방자치단체는 목적교부를 받아들이기 위하여 주정부에 의하여 강요를 받지 아니한다. 목적교부를 확대하는 경우에 또 다른 면으로서 일반적으로 받아들인 해당하는 주정부를 통하여 일반적인 교부의 축소를 근거로 하여 지방자치단체의 재정상황은 강화된다. 그 결과 인수에 대한 강력한 사실상의 강요는, 지방자치단체가 대부분의 투자를 단지 고유한

자금으로 인하여 인수될 수 없게 될 것이라고 하는 사실에 의하여 발생하게 된다, 목적교부의 법적 판단에 대하여, 지방자치단체 형성여지를 그럴듯하게 구체적인 증진조치가 아니라, 전체적인 고찰이 중요한 것이다. 자치행정영역에서 자기책임적인 업무이행은, 단지 목적 없이 처리가능한 자금의 영역에서 발생할 수 있다. 만약 지방자치단체가 단지 충분하지 않게 형성하게 된다면, 그것은 목적교부의 요청을 야기하게 되고 그러한 한 국가적인 종속을 가져 오게 한다.

C. 게마인테에 대한 핵심교부사항의 배분

< 957 >

게마인테의 전체를 흐르는 핵심교부사항이 규정되고, 그 결과 게마인테의 전체가 재정적인 최소규모의 제공이 보장된다면, 어떠한 시스템에 따라 핵심교부사항이 개별적인 게마인테에 대하여 배분되어야만 하는가, 그리고 이러한 시스템이 지방자치단체 재정조정의 분배적인 기능에 헌법적인 요구사항을 고려하는 가에 대한 물음이 입법자에게 제기된다. 재정제공의 적절한 보상에 대하여 게마인테의 수준 안에서 업무에 종속되어 필요사항과 본래적인 지방자치단체의 재정도구의 보상관계는 관련범위를 형성하게 된다. 그러한 형성을 함에 있어서, 연방의 주들은 언제나 본질적인 원칙에서뿐만 아니라, 이것을 형성하는 분배형식에서도 압도적으로 요하네스 포피츠 라이히(Johannes Popitz Reich) “제국, 주정부 그리고 게마인테 사이에서 미래의 재정조정(Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Länder und Gemeinden)” 1932년 제시된 평가서를 따르고 있다.

< 958 >

개별적인 게마인테의 핵심교부사항을 계산하는 경우에, 연방주에 실제로 행하는 업무에 관련되는 재정적인 게마인테의 필요성에 대한 보상체계, 즉 한편으로는 규정된 평균적인 지출부담과 또 다른 한편으로는 관련되는 게마인테의 조세력이 지향하고 있다. 규정된 평균적인 지출부담은, 조세력지수를 통한 조세력에 환원된 고유한 재정력 지출지수나 필요지수를 통하여 표현된다. 게마인테의 재정필요성을 나타내는 지출지수가 조세력을 반영하는 조세력지수보다 크다고 한다면, 핵심사항교부를 도구로 하여 핵심범위 사이에 하나의 부분적인, 주법적인 범위에서 차이를 형성하는 조정이 따르게 된다.

< 959 >

그러므로 보상체계는 세 가지 조심스러운 구성요소, 즉 재정필요성에 대한 규정, 게마인데의 조세력의 계산 및 그것들에 근거된 보상규정의 확정 등이다. 여기에서는 개별적인 구성요소가 분리되어 고찰되어질 수 없는 전체체계에 관련된 것이다. 동시에 특별히 문제가 되는 것은 - 부가가치세에 대한 참여관계의 확정에서 뿐만 아니라 주정부 재정조정에서 그 사례에 해당한다(단락번호 715 이하), 양자의 출구범위에서 객관화와 양적인 면이 제시된다. 지향하고 있는 재정필요성 뿐만 아니라 고려되어지는 조세력은 원칙적으로 가능한 한 완전히 그리고 정확하게 이해되어야만 한다. 그 결과 적절하게 필요로 하는 게마인데의 재정제공에 대한 보상규정의 강도를 관련시키는 배분의 문제는 가능한 한 포괄적으로 보상규정의 형성을 통하여 그 자체가 해결되는 것이지, 재정필요성의 계산종류와 조세력을 통하여 의도된 재분배효과가 도달되어지는 방법을 통하여 해결되어지는 것이 아니다.

< 960 >

이러한 사항들은 재정책적인 목적뿐만 아니라, 헌법적인 제공임을, 노르트라인-페스트팔렌 헌법재판소(DÖV, 1993, 1003, 1006) 처음으로, 구체적인 효력에서 재정조정은, 만약 게마인데의 필요성뿐만 아니라 그의 고유한 재정력 실무상의 근거로부터 발생하는 피할 수 없는 전형적 영역에서 가능한 정당하게 이행하게 되는 경우에, 헌법규정에 의하여 추구된 목적들을 뒤에 따르게 된다는 점을 강조했다. 비록 재정교부가 재정권한에 대하여 지방자치단체의 재정자치를 가능하게 하기 때문에, 동시에 불법으로 유치하게 되는 사항들에 대하여 재정적인 결정재량여지를 상응하는 교부를 감소하기 때문에, 확정적인 교부(교부)규모에서 하나의 지방자치단체의 재정규모 확보는 필수적으로 다른 지방자치단체의 부담으로 작용하게 된다. 그 결과 지방자치단체 재정자치의 보장은 허락되는 차이의 재량여지를 제한하게 된다. 이것은 동일성원칙과도 조화되지 못하며, 시스템 타당성의 제공과도 조화되지 못할 것이다. 그리고 더 나아가 재정조정규정의 투명성 제공을 위반하게 될 것이다.

I. 초기측정지수의 조사

< 961 >

재정필요성의 조사에 대하여 의제범위(eine fiktive Größe), 즉 거주자수(Einwohnerzahl)와 기본금액(Grundbetrag)으로부터 생산은 결합점을 형성한다. 그

안에서는, 재정조사에 대한 사실적인 지출이 타당한 결합점을 형성하는 인식이 반영된다. “현존 지출(Ist-Ausgabe)”은 재정법적인 필수성에 따라 지출되어야만 하는 것을 규정하는 것이 아니라(필요), 단지 계마인데가 지출해야만 하는 것, 그러므로 지출하고자 하는 성향(Ausgabewilligkeit)을 표시하게 된다. 사실적인 지출에 따른 단지 필요성의 측정은, 지출과 재정에 취약한 계마인데는 약간의 지출로 인하여 소규모의 필요성단성을 귀속해야만 하는 이치에 어긋나는 결과를 가졌을 것이다. 그러므로 적절한 재정제공은 자격있는 계마인데의 지출성향에 달려있지 않고, 단지 필수적인 지출에 달려 있는 것이다. 그러므로 이러한 법적 근거는, 경제적인 업무이행에서 지방자치단체 자치행정에 대하여 포기할 수 없는 것으로 인식되는 필요성만이 요구되는 방법으로 해석된다. 규범적인 필요성을 규정하기 위한 방법과 관련하여, 주정부 입법자는 특히 거주자수의 조사에서 서로 다른 방법을 선택하게 된다.

< 962 >

거주자 수 외에 또 다른 필요성지표가 고려되는 경우, 체계정당성 제공을 근거로 하여 논리적 일치, 모든 부가적인 재정의 필요성이 지출관련에 관하여 야기된 지표를 고려하는 방법을 통하여 지배되어진다. 다양한 조언에도 불구하고, 재정학은 지금까지 지방자치단체의 재정필요성을 명확하게 확정하게 이행되는 업무에 근거하여 자유로운 자치행정업무와 개별적으로 결합된 필수적인 비용의 확실히 상태의 편입 하에 효과적인 업무이행의 경우에 조사하는 것이 성공하지 못하였다. 측정가능성에 대하여, 이러한 사항이 고려되는 지표(Warenkorb- Argument) 간접적인 원칙의 특징으로 인하여 지방자치단체 자기책임적인 형성의 허락할 수 없는 제한을 야기한다고 하는 것이, 원칙적으로 이의가 제기될 수 있는지 여부에 대하여 매우 의심이 있다고 할지라도, 아무튼 지방자치단체 재정필요성의 객관적인 특징의 방법에 대하여 진실의 지표를 통하여 환원될 수 없다는 것이 명확히 확정된다.

< 963 >

그러므로 재정필요성의 측정에 대한 출발점은 모든 연방의 주정부에서 영역단체의 거주자 수이다. 다시 말하면 더 많은 거주자 수는 더 많은 업무와 더 많은 재정사용에 있게 된다. 그 외에도 대부분의 주정부에서는, 계산요소 “1”를 개별적인 거주자가 개입되는 것이 아니라, 오히려 대부분의 주정부는 많으면 많을수록, 각각의 계마인데의 거주자의 수가 많게 된다는 요인 “1”를 고려하게 된다. 포피츠의 평가서에 환원하여 수정된 거주자수의 원칙은, 비례에 합당한 행정사용은 주민수의 범위와 함께 급진적으로 성장한다고 하는

경험원칙을 지배하게 된다. 그 외에도 수정된 거주자수로부터 발생하는 이른바 “주요 변수 단계별 등급표(Hauptansatzstaffel)” 외에, 이러한 주정부에서는 특정한 특별수요(이에 대한 자세한 사항은 Henneke, Der Landkreis 1999, 188, 196 ff.)가 또 다른 증가요인, 이른바 부차적인 변수(Nebenansätze)를 통하여 고려되어진다.

< 964 >

반면에 다른 연방주들은 지난 10여 년 전에 포피츠의 테제의 타당성을 작금의 시기에 의혹을 던졌고, 관련범위로서 수정된 거주자수를 없애버렸으며 “사실적인” 거주자를 통하여 대치하였다. 하지만 이것은 이러한 주정부에서 더 커다란 장소가 급진적으로 상승하는 핵심교부사항에 관하여 처리할 수 없음을 의미하지는 않는다. 그것에 대하여 새롭게 창출된 핵심교부사항이 게마인데를 초월하는 중앙지역에의 업무에 대하여 준비된다. 게마인데 핵심교부사항의 영역에서, 모든 시민의 청구에서 그의 정당성은 동일한 가치를 발견해야 하는 필요성의 야기자로서 이러한 시스템에서 모든 시민들은 대등하게 한다.

< 965 >

수정된 거주자숫자를 겨냥하는 것뿐만 아니라 실질적인 거주자숫자에 대한 제거는, 세부적으로 동등성의 원칙과 시스템정당성의 제공과 관련하여 자치행정정보장으로 인하여, 다양한 헌법적인 관련성은 문제점을 제기한다. 중요한 것은 앞으로 현재의 정당성에서 포피츠의 테제를 경험적으로 조사하는 것이다. 그래서 포피츠는, 예를 들면 시골지역의 도로공사에 대하여 도시에 연결된 거주자의 높은 청구수준을 기술하였다. 그 결과 시골지역의 거주자에 대하여 보호되는 방법의 필요성이 발생하지 않는다. 왜냐하면 그러한 방법은, 보호에 대한 청구권과 가치의 불공정에 반하는 청구권을 제기하지 않고, 전 주민을 그의 일자리로 유도하는 것에 기여한다. 반면에 그 거리는 도시인구의 생활에서 동일하지 않은 다른 기능을 하게 된다. 그 거리에, 거주지와 일자리 사이에서 유리됨을 극복하게 하는, 주민에게 가능한 편안한 형태에서 허락되는 청구권이 제시된다. 그 결과 역시 좋지 않는 날씨에서 시간적인 중지와 불이익이 발생하지 않을 것이다. 한편으로 경작지에서 야기되는 시골길에서, 다른 한편으로 포장된, 계획적으로 배수되고 청결하며 도시거리로 된다고 한다.

우리가 이러한 사례 하에서 바이마르 공화국에서 구체적인 삶의 상황과 지방자치단체 업무이행수준에 관한 발생하는 핵심적인 고려사항을 해결하는 경우에, 다음의 기초가 남는다: 이주강도의 증가는, 공적인 사용의 일인당 할당량(Pro-Kopf-Quote)의 균형을 주월한 상승을 야기하고, 게마인테를 지배하는 업무의 종료에 대한 구조적인 수요과잉을 근거가 확보된다고 한다. 비례상 조그만 공간에서 강력한 인간의 집단은 하나의 강력한 공적인 조직을 요구하게 하고, 생활예산비용(임금, 물품사용, 사회급부 등)을 상승하게 하며, 공공 안녕과 질서, 교육제도, 복지, 교통, 부양기관에서 아주 일반적으로 높은 집단적인 필요성을 야기하게 된다. 그 안에 표현되는 대부분의 핵심고려사항은, 다툼 없이 반박되는 것, 즉 헌법상 이의제기의 상태에 있는 간주될 수 있다. 규모가 큰 게마인테에서 주민의 더 높은 필요성에 대한 고려사항은 헌법에 위반한 것이 된다. 기여금과 조세율의 착수를 재정화하는 비용에 관하여 이러한 사항이 발생하는 한, 이것을 만족시키는 것은 지방자치단체 자치의 결정에 종속한다. 일반성에 대한 제거는 이미 기술된 헌법에서 설정한 선행과업과 충돌하게 된다.

< 966 >

재정필요성의 균형을 초과한 상승이 동등한 필요성만족에 대하여 더 높은 이주강도에서 경험적으로 입증여부에 대하여 다툼이 벌어진다. 실질적으로 높은 비용은, 광범위한 수용에 따르면, 더 나은 재정제공의 결과이다. 그러므로 상승하는 수입의 필요성을 야기하는 기능은, 필요불가결한 필요성이 아니라 단지 지출 의향성(Ausgabewilligkeit)을 차지하게 된다. 보상은 밀집공간의 보조금을 야기한다. 더욱이 밀접불이익의 보상은 공간질서정책상(raumordnungspolitisch) 원하지 않는다고 한다. 왜냐하면 그러한 보상은 공간의 동등하지 않는 비중을 야기하는 집중을 강화하기 때문이라고 한다. 그 밖에 지방자치단체에 의한 행사된 중앙지역의 기능은 거주주민의 숫자에 종속되지 않는다. 이것은 지방자치단체의 지역개혁의 이행에 따라서 단지 커가는 구조의 표현이 아니라, 정치적인 결정이다. 인구밀도와 게마인테의 범위의 관계는, 게마인테 지역개혁을 통하여 변경된다. 게마인테가 그의 지역개혁에 앞서 주민숫자를 논거로 동원하면서 인구밀도에서 정당화하는 폐쇄적인 주거를 형성하게 된다면, 더 많은 장소적으로 분리된, 부분적으로 현저하게 서로 유리된 주거의 집중을 제시하는, 규모가 큰 게마인테의 형성을 통하여 그것의 귀납적 근거를 박탈하게 된다(BVerfGE 86, 148, 235).

< 967 >

대부분의 포피츠 고려사항의 또 다른 효력이 오늘의 시기에 반박되는 것으로 인정될 수 있다고 할지라도, 거주민 숫자는 지방자치단체 재정조정에서 대부분의 주정부에서 유지하게 되었다. 아주 상이한 보정체계라고 해도, 가장 강력하게 차별화한다고 해도 100점과 186점 사이의 범위로 확대하게 된다. 모든 필요성숫자의 개별적인 전체시스템의 고찰 없이, 양도 가능한 추론이 발생하지 않는다. 유지에 대한 해도, 야기한 결과에 관련하여 지금까지 높은 정책적인 수렁이 발생하였다는 점에서 보인다. 더욱이 포피츠적인 정당성 고려사항은 새로 양결과를 지지하는 고려사항을 통하여 계산되고 대치되며 그 결과 그의 입장에서 수정된다. 주민비중의 유지를 위하여 증가하는 게마인테 범위에서 양 지방자치단체의 상이한 업무설정이 그것으로부터 다른 특별필요성과 함께 발생하게 된다는 점이 효력을 발생하게 된다. 이 발생은 지방자치단체가 정치적으로 자치적인 지방자치단체의 결정으로부터 나오는 것이 아니라, 지방자치단체 그 자체가 영향력을 발휘할 수 없었던 주정부 정치적이고 연방정치적인 기존의 결정과 경제적인 과정의 결과이다. 도시의 특별부담은, 고유한 거주주민과 그 주변에 대한 일자리 중점과 후생집중으로서 자유롭지 않고 주정부 정책적으로 선정된 도시의 기능으로부터 따르게 된다.

< 968 >

오래전부터 다투어지는 특징을 지닌 토론에서, 연방대법원(E 86, 148, 233 ff.)은, 주 정부재정조정에 대한 그의 두 번째 결정을 통하여 움직였고 적어도 움직임을 요구하였다(단락번호 758). 자세한 사항이 직접적으로 지방자치단체에서 그의 업무를 이행하는 경우에 일반적으로 발생하게 되는 재정필요성과 수평적인 배분의 타당성의 조사에 대한 물음에 관련되기 때문에, 그것은 상응하는 지방자치단체 재정조정에서 상응하는 조사에 대하여 모든 그 밖의 차이에도 불구하고 주정부의 재정조정에 대하여 직접 이끌어내야만 한다. 1999년 11월 11일의 판결에서 그의 세부사항을 가지고 연방헌법재판소는 그것에 직접적으로 결합하였다(단락번호 754, 759). 그것에 따라 주민 보정은 앞으로 견지할 필요성은 없어지게 된다.

< 969 >

주민숫자의 보정에 대하여 증가하는 게마인테의 범위를 가지고 부가적인 거주민의 증가가, 거주민 숫자로부터 특정하게 파악될 수 없는 주민그룹(정집된 사람들, 의무징집병들, 휴양소에서 머무는 사람, 대학교에 등록된 학생

들은 해당되지 않는다)에 대하여 받아들여지지 않는 경우에, 거주자수를 통하여 특정아래 파악된 거주자 수는 특별한 집단소속감(예를 들면 아이들, 학생들, 실업자들)을 통하여 특별히 부가적인 이해와 비중을 고려하거나 특별한 부차적인 단서가 형성되어야 한다. 그것에 대하여 서독의 주정부의 재정조정법에서 다양한 사례들(평균을 상회하는 사회부조사용, 특정한 시간동안 주민의 증가, 실업시기에 따른 실업자, 학교형태에 따른 학생)이 주어지고 있다. 그것에 따르면, 부가적인 의미가 있는 필수적인 지방자치단체의 지출에 대한 객관적인 고찰에서 이러한 선택된 필요지수가 의미하는가의 여부와 어느 범위까지 의미하는지와 이러한 사항들이 다른 고려할만한, 그러나 이 사례가 고려되지 않은 지수에 해당되는지에 관한 것뿐만 아니라, 어느 범위까지 거주지 증가에 대한 근거가, 특히 보충되어지는 단서가 지금까지 거주지수정의 정당성에 대하여 증가되는 게마인데 범위에서 기여되는가에 대하여 고찰되어야 한다. 왜냐하면 이중적 이익(Doppelbegünstigung)이 지방자치단체 사이의 동등하게 다루어야 하는 것을 제공해야 한다는 것에 반박이 주어지고, 이익이 없는 자의 자치행정보장을 위반하기 때문이다(이에 대한 자세한 사항은 Hennecke, NdsVBl. 1994, 49, 56 f.).

< 970 >

우리가 고려대상은 서독의 주정부에 대한 필요성지수를 비교하여 고찰하게 되면, 모든 주정부에서 지방자치단체의 지출필요성 -즉 사람, 주정부들, 중심지적인 기능들(거주지수정에 관한 직접적이든 혹은 간접적이든) 및 타인에 의하여 결정되는 업무와 지출(형성여지없는, 특히 사회부조) 교부업무 및 의무적인 자치행정업무 등) -에 대한 지금까지 연결된 네 가지 결합점이 있다는 것을 구분되는 개념에서 명확히 해야 한다. 이러한 결합점은, 크라이스 수준에서 주 정부고려사항에 특별한 의미가 발생하는, 지방자치단체의 재정조정에서 타당하게 형성되고 사정하는 것이 유효하다(그것에 대한 자세한 사항은 Hennecke, der Landkreis 1999, 188, 194 ff.).

< 971 >

사실적인 특히 수정된 주민숫자(때때로 부수적인 단서를 포함하여)는, 핵심 교부사항에 대하여 임의적으로 처리되는 재정조정에 대한 관계를 이끌어내기 위하여, 모든 주정부의 규정에 따라 통일적인 요소, 기본금액과 함께 두 번째 단계에서, 곱절이 된다. 동시에 그 기본금액은 선택되어야만 하고, 그 결과 임의적으로 처리할 수 있는 게마인데 핵심교부 사항을 이행하게 된다.

그 금액은 그러한 변경은 재정조정(주민숫자, 때때로 수정요인, 조세력 지수(Steuerkraftmeßzahl), 처리하는 기본단위 핵심교부사항)의 근거에서 작용을 한다는 점에서 하나의 요소이다. 그러므로 그 금액은 매년 새롭게 조사해야 하고 명확히 확정해야만 하며, 법률의 변경 없이는 단지 재정조정의 근거에서 변경률의 변경 수정하게 된다. 그리고 동시에 매년 특정한 회일에 정해야 한다. 동시에 기본금액의 개별적인 변경률을 가지고 지출지수의 변경과 규정된 수요가 나오게 된다. 개별적인 필요성(수요)에서 각각의 지방자치단체의 변형에 대한 언명은, 그것으로부터 유래되지 못한다. 이러한 사항은 단지 단초를 제공하는 수요지수(Bedarfsindikatoren)로부터 발생하게 된다. 그러므로 그 기본금액은, 순수하게 시스템에 조건화된 회계범위(Rechengröß)로서 제시된다.

II. 조세력 지수의 조사

< 972 >

일반적으로 조세력 지수는, 토지세, 영업세 그리고 공공세, 소득세 및 부가가치세에 대한 조세력셈은 함께 계산됨으로서 조사된다. 토지세와 영업세에서 조세력셈으로써 허위적인 세율이 단초되어지고, 소득세와 부가가치세에 대한 공공세에서는 그해의 조세납부액(Ist-Aufkommen)이 단초되어진다.

< 973 >

조세력 지수를 조사하는 경우에 토지세와 영업세가 부분적으로 통일적인, 부분적으로 계마인데 범위단계에 따라 등급화된 허위의 가치를 가지고 단초가 주어지는 한, 주 정부들 사이에서 차이점이 발생한다. 더욱이 부분적으로 조세납부액은 소득세와 부가가치세에 완전하게, 그리고 부분적으로 단지 확정된 백분율에 확정되어진다(이에 대한 자세한 조망은 43, 단락번호 1018).

< 974 >

세부적으로 이러한 특별한 사항을 배제하면, 조세력지수를 조사함에 있어서 다음의 관점이 눈길을 끈다. 필요성에 대하여 실제적인 지출이 근거되지 않는 것과 마찬가지로, 실제의 소득이 조사에서 겨냥되는 것은 아니다. 단지 조세수입(Steuereinnahmen)에 대해서만 지향되는 것이다. 지역의 사용세와 특별소비세는 고려되지 않고 남아 있다. 토지세와 영업세에 있어서(통일적이든 아니면 등급으로 분류된 것이든), 의제적인 조세가 견지된다. 소득세지분과 부가가치세지분만이 조세징수액(Ist- Aufkommen)(혹은 특정한 백분율)과 함께 고려된다.

< 975 >

이러한 제한은 계속해서 헌법적으로 제공된다: 신용을 통하는 것과 마찬가지로 교부를 통한 게마인데 업무의 타인 재정화는, 지방자치단체의 고유 급부력을 규정하지 않는다. 그러므로 재정력을 조사하는 경우에 편입될 수 없다. 지방자치단체 소득에 현저한 지분을 이루고 있는 비용과 기여금은, 수수료법(Gebührensrecht)과 분담법(Beitragsrecht)의 원칙에 따라, 이른바 등가성원칙과 비용보상원칙을 지향해야 한다(단락번호 398 이하. 422). 그러므로 지방자치단체 재정력의 확대를 야기하는 것이 아니라, 경향의 많고 적음에 따라 지방자치단체에 의하여 이행된 급부를 중립화해야 한다. 지역의 사용세와 특별소비세의 불편입과 의제적 세율을 가진 대물세의 편입은, 지방자치단체 자기책임의 주요한 요소로서 지방자치단체 조세고권이 고려된다. 사용세와 특별소비세에서 게마인데는 자치적으로, 게마인데가 이것을 징수해야 하는지, 한다면 어느 범위까지 징수해야 하는가에 대하여 결정해야 한다. 각각의 게마인데에 의한 시민의 책임부담은, 만약 이것이 자치적인 핵심사항 교부의 감소를 가지고 조세력 지수의 고양을 통하여 성원칙지 않는 경우에만 단지 게마인데 주민에게 이익이 된다. 토지세와 부가가치세의 경우에 세율법이 자기책임보장의 주요한 요소로서 제시된다(단락번호 906). 만약 높은 게마인데의 세율이 관련되는 지방자치단체의 조세력 지수를 증액하고, 그 결과 핵심교부사항을 축소하고자 하는 경우에, 반면에 낮은 세율이 더 작은 비용과 되는 조세지수로 이하하여 핵심교부사항을 높이는 경우에, 게마인데의 세율법은 재정조정 체계를 통하여 방해받게 되고, 그 의지는 본래적인 소득의 상승을 야기하게 된다. 의제적 세율의 실무상 단서를 통하여 더 높은 실제의 세율을 근거로 하여 소득이 완전한 범위에서 게마인데에게 이익을 주고, 다른 측면으로 더 낮은 것을 통한 상실은 의제적으로 형성된 세율로서 핵심교부사항을 통하여 조정되지 않는다. 반면에 게마인데의 소득세지분과 부가가치세지분은, 완전히 혹은 계속해서 그들의 조세징수액을 가지고 조세력 지수에 흘러들어가게 된다. 왜냐하면 게마인데에게 형성 여지는 인정되지 않기 때문이다.

< 976 >

세부적인 사항에서 주범으로 관련된 규정은 조세력 지수의 조사를 위하여 이미 다양한 헌법상 결정들을 야기하였다(이에 대하여 자세히는 Hennecke, DÖV 1994, 1, 8 ff.). 그렇게 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소는 특히 세 가

지 관점 -의제적 세율을 가지고 대물세의 조정(노르트라인-베스트팔렌 헌법 재판소, DÖV 1985, 916, 918; DÖV 1989, 310, 312), 의제적 세율의 증액(DÖV 1989, 310, 312) 그리고 주민수에 따른 의제적 대물세율의 단계(DÖV 1989, 310, 313; DÖV 1993, 1003, 1006)을 가지고 분석하였다.

< 977 >

이것에 갈음하여 단지 조세력 지수의 계산변경에 있어 효력 메커니즘이 기술되어질 수 있다. 의제적 세율이 주정부입법자에 의하여 통일적으로 증액되어지면, 개별적인 게마인테의 조세력지수와 게마인테 전체의 조세력 지수는 사실적인 소득발전과 관계없이 증가하게 된다. 그 밖의 수정되지 않은 조건에서 이러한 사항은 기본금액의 증액을 야기하게 되고, 같은 방법으로 지출지수의 증액을 야기하게 된다. 핵심교부사항의 전체성과 마찬가지로 개별적인 게마인테의 핵심교부사항은, 변화되지 않은 채 남아있게 된다. 통일적으로 의제되어 있는 세율과 등급의 도입에 역행(Abkehr)하여 등급에 의하여 관련되는 게마인테에서 조세력 지수의 상이하게 높은 상승에 도달하게 된다. 그러므로 모든 게마인테의 조세력셈의 합은 어찌든 상승하게 되고, 기본금액과 지출지수에 상응하는 증액을 야기하게 된다. 개별적인 게마인테에서 지출지수와 조세력 지수의 차이가 지출지수와 조세력 지수의 상이한 상승으로 인하여 변경되기 때문에, 조그마한 게마인테에게는 유리하고 큰 게마인테에게는 불리하게 하는 현저한 재분배효력이 나타나게 된다.

그러한 단계에서, 실질적으로 게마인테가 증가하는 주민수를 가지고 일반적으로 세율을 더 강력하게 죄는 것이 고려된다. 반면에 조세력 지수의 형성을 통일적으로 낮은 세율에 대한 근거를 제시하는 경우에, 대도시가 명백하게 우선시된다. 의제적 세율이 높은 수준에서 통일적 기준으로 채택하는 경우에, 조그마한 게마인테는 그것을 사실적으로 설립할 수 없고, 그럼에도 불구하고 그 손실을 완전히 그 자신이 떠맡아야 한다. 그러므로 오래전부터 지지를 받아온 견해에 따르면, 의제적인 대물세율에 개별적인 게마인테의 실질의 수익가능성에 등급을 하는 것이 헌법적으로 제공된 것으로 보인다(Paul Kirchhof, DVBl. 1980, 711, 718). 반면에 입법자가 상이한 긴장의 가능성에도 불구하고 통일적으로 의제적 세율을 근거하는 경우에, 그는 이미 고유한 보상규정 앞에서, 조세력 지수의 계산에 대한 개입을 통하여 규모가 큰 게마인테의 이익을 위하고, 조그마한 게마인테의 부담으로 이끄는 현저하게 일방적인 비중의 전환(Umgewichtung)을 받아들여지게 된다.

Ⅲ. 조정변수

< 978 >

주정부와 주정부 사이에서 보상형태는 상이하게 형성되었다. 역시 주정부 안에서 종종 변경이 발생한다. 지출지수와 조세력 지수 사이의 절반의 차이 금액(halber Differenzbetrag)을 충족시키는 것은 관례적이다. 그러나 부분적으로 완전한 차이금액(voller Differenzbetrag)이 핵심교부사항을 통하여 보상된다. 그러한 극단적인 해결책(Extremlösung) 사이에 다양한 중간해결책(Zwischenlösung)이 존재한다. 게마인테가 핵심교부 사항으로서 적어도, 조세력지수와 핵심교부사항은 법률상 정해진 지출지수의 백분율을 가지고 도달하게 되는 무엇보다도 토대보장의 도입이 있다.

< 979 >

보상의 형태에서 기술된 헌법상의 조화명령(Harmonisierungsgebot)의 요구사항은 발생하는 평등화 금지(Verbot der Nivellierung)나 혹은 초과평등화(Übernivellierung: 단락번호 932)를 엄격하게 고려해야만 한다. 보상규정은 지방자치단체 실질의 재정규모 확보에 대한 평등화를 야기하지 못하는 것과 같이 계속해서 허용된다. 그 결과 토대보장은, 그것들에 따라 의제적이기는 하지만, 실질의 재정규모 확보에 맞추어져 있지 않는 한, 이의를 제기 받을 수 없다(노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소, DÖV 1985, 916, 918; Hennecke, DÖV 1994, 1, 10 이하). 동등성원칙과 결합하여 자치행정보장과 일치가 되지 않는 것은, 만약 보상형태를 통하여 파악된 게마인테가 헌법적으로 정당한 근거 없이 다른 게마인테보다 더 좋게 설정되고, 특정한 게마인테의 조세약세(Steuerschwäche)가 조세력 지수에서 유입되는 조세력의 관점에서 뿐만 아니라, 실질적인 재정력의 관점에서 과대보상 된다는 점이다.

< 980 >

절반의 보상뿐만 아니라 완전한 보상의 이행은 헌법상의 규정을 가지고 조화가 이루어질 수 있다. 왜냐하면 이러한 보상체계는 점차적일 뿐만 아니라 결과에서도, 상이한 게마인테 재정규모 확보의 토대보장에 관하여 넘어서는 평등화하는 효력을 갖지 않아야 하기 때문이다. 핵심사항의 규모(Schlüsselmasse)가 규정되고 이행되어야만 하기 때문에, 지출지수는 장소적인 특별성에 종속되는 전제단초 외에, 회계요인으로서 재정규모(Masse)의 완전한 배분을 보장하는, 기본금액을 통하여 중요하게 규정하게 된다. 이러한 기본금

액은 핵심교부 사항이 보장되는 순간까지, 지출양의 백분율에 대한 반대로 비율적인 관계에 있게 된다(토대보장). 그러나 완전한 보상과 토대보장에서, 이미 언급된 세부적인 사항은, 의제적인 대물세가 적어도 주정부 평균의 징수된 세율에 관하여 있지 않다는 근거에서 나오고 있다는 것을 오인해서는 아니 된다. 이러한 수렁이 발생되지 않으면, 백퍼센트의 보상규정을 통하여 세부적인 지방자치단체의 실제 재정제공에 대한 관점에서, 헌법에 위반적인 초과보상효과에 도달하게 된다(이에 대한 자세한 사항은 Hennecke, Der Gemeindehaushalt 1993, 83 이하).

18

A. 크라이스의 사무, 지출 그리고 수입유형의 전개

< 981 >

고권행정에서 생존 배려에 대한 전통적인 국가행위의 공적 업무의 변화는, 무엇보다도 크라이스 수준에서 명백하게 되었다. 단지 병원운영주체(Krankenhausträgerschaft), 구급서비스, 학교, 쓰레기 제거와 그 밖의 환경보호에 관한 업무 및 사회급부의 영역에서 언급되었다. 양도된 효력범위뿐만 아니라 고유한 효력범위에서, 크라이스에게 특히 지난 30여 년간 매우 강할 정도로 부가적인 업무가 양도되었다. 크라이스를 통하여 처리되는 게마인데를 초월한 업무가 지속적으로 증가하게 되었다. 공적인 업무의 증가되는 부분은 단지, 크라이스의 수준에서 극복하게 된다. 왜냐하면 단지 여기에 필요한 행정력이 존재하기 때문이다. 기능측면에서 게마인데 단위(Gemeindeebene)는 다양한 업무영역에서 급부능력이 너무 작은 것으로 기술된다. 지속적으로 상승하는 업무이양은 크라이스에서 특히 연방법과 주법에서 이행되기 때문에, 이러한 전개는 크라이스 관련법(Kreisordnungen)를 읽어낸다는 것은 어렵다. 크라이스에서 업무교부는 강도의 정도를 가진 업무의 종류에 따라 업무증가는 더 많거나 적은 지출증가를 발생한다.

< 982 >

기본 단위 지방자치단체와 마찬가지로, 그렇게 크라이스는 그의 지출을 본래적이면서 파생적인 수입을 통하여 재정을 마련하게 된다(이에 대하여 자세히는 개요 37를 참조할 것). 게마인데와 같이, 조세, 비용 그리고 분담금, 사법적 소득과 허가교부를 통한 보상과 신용공여는, 본래적인 수입종류에 해당

하게 된다. 게마인데에서와 달리, 크라이스의 파생적인 수입은 재정교부에서 뿐만 아니라, 크라이스의 할당금으로부터 발생하게 된다. -크라이스 할당금과 관계없이- 크라이스와 게마인데 사이에 수입의 종류가 일치하게 되면, 이것은 개별적인 수입구조에 대하여 전적으로 명확하게 해 주지 못한다.¹⁹⁰⁾ 특별히 크라이스의 본래적인 수입은 이러한 단위의 업무증가와 지출증가와 함께 보조를 잃지 않고 있다. 거기에서 지분관계는 시간적으로 강력한 동요에 지배당하게 된다. 다음의 요강이 정해지게 된다:

이러한 단위 전체소득에 대한 크라이스의 본래적 수입에 대한 지분은, 신용공여를 포함하여 5분의 1보다 낮게 된다. 특히 지방자치단체의 소득에 대한 조세지분의 전개에 대하여, 크라이스 수입의 심각한 구조변경이 명확해진 다: 1913/14 크라이스의 고유한 조세소득이 13,2 퍼센트에 해당하고, 1927/28 크라이스예산의 44,7 퍼센트에 해당하게 된다면, 1982년 소득의 2,6 퍼센트에 달하게 된다. 1987년 이래로 그들은 지방자치단체 수입에 단지 0,5 퍼센트의 지분을 가지고 있다. 반면에 크라이스 수입에 크라이스 할당금의 지분은 현재 45 퍼센트에 달하고, 국가 재정교부의 지분은 35 퍼센트에 달하게 된다.

< 983 >

1969년 재정개혁에서, 크라이스의 구조가 지난 10여 년 전에 변형되었고, 이것이 현저한 범위에서, 지방자치단체에 속하는 게마인데에 의하여 발생하였던 것이 아닌, 게마인데를 벗어나는 업무를 받아들였던 것이 승인되기는 하였지만, 이러한 규정에 대하여는, 크라이스의 단체성격이 명확하게 나타나고, 그 결과 적정하고 충분한 크라이스의 재정제공이 게마인데의 할당금과 재정교부를 통하여 보장되게 될 것이라고 하는 주장이 연결되었다. 그러므로 지역단체로서 크라이스의 법적 성격과 크라이스 업무의 적정한 평가는, 기본법 제106조 제6항의 개정의미에서 추론은 오늘날까지 헌법상 직접적으로 교부된 조세권한을 통하여 크라이스에 들어가는 것 없이, 오인되어졌다(이에 대하여 자세히는 Hennecke, Der Gemeindehaushalt 1994, 107 ff.). 학설에서도 제기된 바와 같이 크라이스의 지방자치단체의 측면에서 오래전부터 연방과 지방에 있는 입법자 그리고 단순한 입법자에 의하여 지향된 청구권을 가지고 크라이스의 조세토대에 대한 확대 증진을 준비하는 것에 따라, 이러한 발전에 대립되어 있다. 특히 주 법상 규정 가능한 완전한 토지세 획득의 양도와 기본법상 보장된 소득세와 부가가치세에 대한 참가가 요구된다. 헌법적이

190) Zur aktuellen Einnahmestruktur ausf.: Wohltmann, Der Landkreis 1999, 112-128.

면서 헌법정책적인 청구권은, 내재적인 재정고권과 조세고권은 특히 자치행정보장에 의하여 토대를 갖게 된다.¹⁹¹⁾

B. 크라이스의 할당금

< 984 >

할당금은, 재정의 필요성을 완전히 혹은 부분적으로 보상하는 공법상의 단체가 공동의 관계에 서 있는 다른 단체에게 조세법에 근거하여 이행하게 되는 지불을 의미한다. 크라이스 할당금은, 크라이스의 헌법상 자치행정의 보장과 기본법 제106조 제6항 제6문의 의하여 보호되고, 게마인테의 재정규모에 의하여 나오게 되는 크라이스 하나의 수입 원천이다. 그리고 단지 책임이 있는 결정의 조사는 크라이스에 종속되어 있다. 크라이스의 할당금을 가지고, 크라이스에 속하는 게마인테는 원칙적으로 재정력의 척도, 조세력 그리고 그들에게 흘러가게 하는 핵심교부사항에 속하게 된다. 그러므로 시스템내 재적인 게마인테의 소득이 약해지게 된다. 비록 지방자치단체 재정조정시스템에 따라 크라이스에 속하는 게마인테의 소득이 조세와 핵심교부사항으로부터 크라이스 할당금을 가지고 유보된다고 할지라도, 또한 그것의 범위가 실현되어지는 크라이스 할당금조사의 유보 하에 있다고 할지라도, 게마인테는 “고유한 사항의 교부”로서 크라이스 할당금 지급에 대한 의무를 부담하게 된다. 그리고 동일한 심리적인 상황에서 조세의무자와 같이 직접세 조사의 경우에 발생하게 된다. 라인란트-팔츠 헌법재판소(DÖV 1998, 505, 507)는, 주 헌법입법자가 어떠한 종류와 어떠한 방법에서 크라이스에게 수입을 보장하는가는, 그의 정치적인 재량에 속한다는 점을 명확히 하였다. 입법자는 크라이스에게 핵심교부 사항에 따라 재정재원으로써 크라이스 할당금을 처리할 수 있게 하였다고 한다. 크라이스가 조그마한 핵심교부 사항을 받게 된다면, 그는 그의 재정력을 점증적으로 더 상승하는 크라이스 할당금을 통하여 규제해야만 한다는 것이다.

< 985 >

자유로운 업무축소 외에, 크라이스에서 규모에 의하여 지배되고, 생활관계의 형성의 의미에서 크라이스 정책을 위하여 각각의 크라이스에서 예외적으로 중요한 역할을 하게 되는 점증하는 지출의 경우에 고유하고 양도된 효력 범위의 의무업무영역에서 주 정부 크라이스에게 그들에게 주어진 수입구조

191) Dazu ausf.: Hennecke, Der Landkreis 1999, 178-182.

는 크라이스 할당금 증가의 방법만이 남아 있다. 지난 10년의 발전, 특히 예전의 발전에는 아주 주목할 만한 방법을, 크라이스 할당금의 범위가 점점 강한 정도에서 크라이스 업무와 지출의 전개에 의무적인, 그러나 다른 수입가능성을 통하는 것으로 보상되는 것이 아닌 영역에 종속되어 있다는 것을 포함하고 있다. 그러므로 크라이스는 지금 효력을 미치는 재정시스템을 근거로 하여 주 정부입법자와 마찬가지로 연방입법자의 결정으로부터 발생하게 되는 게마인테의 영역에서 크라이스 할당율의 증가에 관한 보상하자를 전가하지 않으면 안 되었다. 비록 크라이스 할당금조세가 지난 10년 동안 2배 이상으로 증가하였다 할지라도, 크라이스 재정의 체계결핍이 특히 명백하게 보여주는 바와 같이, 크라이스 의회의 형성여지가 비교 가능한 시간에서 현저하게 감소하게 되었다.

< 986 >

크라이스 지출로부터 발생하는 크라이스 할당금은, 일찍이 크라이스의 고유한 조세수입이 크라이스 예산의 44,7 퍼센트에 달한 이후에, 1931년 회계연도 이래로 크라이스의 재원을 설명하게 된다. 재정조정법에 대한 프로이센의 상세법에 따라, 제국세양도(Rechtssteuerüberweisung)와 그 외에 주 정부 크라이스의 수입이 그의 필요성을 보상하지 못하는 한, 크라이스 할당금이 조사될 수 있다. 이러한 한정과 목적규정을 가지고 크라이스 할당금이 수령되고 독일의 모든 주정부에서 더욱 더 증가되는 의미를 갖는 고유한 주 정부 크라이스의 수입원천을 형성하게 된다, -비록 주 정부 크라이스의 기능과 업무가 매우 크게 변경되고 확대된다고 할지라도-. 라인란트-팔츠 헌법재판소(DÖV 1998, 505, 507)는 최근 명확하게, 크라이스 할당금은 전 연방에서 최대필요성에 대한 보충적인 여분의 재정재원이 아니라, 매우 의미가 있으면서, 독자적인 이용에 지금도 주 정부 크라이스의 수입원천이라는 것을 명확히 개척하였다.

< 987 >

지방자치단체 조직법상의 규정과 재정조정법, 특히 게마인테 재정법은 크라이스 할당금의 조사를 위한 규정에서, 그들 업무의 이행을 위하여 필요로 하는 재정필요성의 조정을 위하여, 그것에 대하여 그 밖의 소득이 충분하지 않는 한, 크라이스에게 권한을 부여하였다.

크라이스 할당금의 실질적인 의미에 상응하여, 주 법상 규정의 의미에서 예나 지금이나 프로이센의 크라이스 할당금에 대한 개념은, 최대필요성에 대

한 보충적인 여분의 재정재원으로서 표현된다. 왜냐하면 선택되어 형성된 사항을 근거로 하여 크라이스 할당금으로부터 나오는 소득은, 크라이스에 의하여 관할되어 이행되는 업무의 전체에 대하여 목적에 기속되면서 전체보상원칙에 근거하여 사용될 수 있는 그리고 사용되어야만 하기 때문이다. 이러한 방법에서, 조세, 양도된 업무에 대한 비용제공 재정조정 재원을 가지고 크라이스의 충분하지 않는 재정규모 확보의 경우에, 조절하는 장치에 대한 크라이스 할당금의 더 높은 노력은, 그것을 통하여 크라이스 업무와 적절한 소득원천 사이에 불균형이 결핍되어 극복되게 한다. 크라이스 할당금의 근원적인 최대보상기능은 완전히 사라진다. 크라이스 할당금을 통하여 이행되는 업무종료에 대한 재정기능은 크라이스에 대하여 세 가지 관점에서 야기되고 비길 바 없는 의미를 갖게 되는데, 이른바

- 개별적인 업무종료에 대하여 일반적으로 처리가능하고 사용가능한 재정재원으로서
- 양적으로 의미가 있는 수입원천으로서
- 자기 책임적으로 형성된 재정재원으로서

I. 크라이스 할당조세액을 가지고 재정 가능한 크라이스 사무

< 988 >

연방헌법재판소의 Rastede 결정에 대하여, 게마인테와 업무교부의 입법자 사이의 관계에 대하여, 특히 장소적 단체의 업무에 대하여 관련되는 게마인테를 위하여 실질적으로 이해되는 업무배분원칙에서 그의 표현을 발견하게 되는, 최종적인 설명의 다양한 질문을 제기하게 되는 기여가 발생하게 된다. 그에 따르면, 입법자는 게마인테에게 적절할 지역적 특징을 가지고 단지 공동의 이익을 근거로 하여 무엇보다도, 합당한 업무이행이 확실하게 되지 않는 경우에, 그리고 기본법 제28조 제2항 제1문에 있는 헌법상의 업무배분원칙에 대한 업무를 박탈하는 근거가 있는 경우에 업무를 박탈하게 된다.

이러한 결정의 설명에서, 크라이스가 발생하는 급부능력에 의하여 크라이스에 속하는 공간에서 전적으로 어느 정도 권한이 있는가의 여부, 그리고 있다면 어떠한 전제조건 하에서 자유롭게, 즉 크라이스 정책적인 결정, 이른바 충분하고 보충적인 업무를 이행하고, 크라이스에 속하는 게마인테에 의하여 이행되는 크라이스 할당금을 확보하는가에 대한 질문이 제기되어졌다.¹⁹²⁾ 한

192) So insb. Beckmann, DVBl. 1990, 1193, 1196 f.; Schoh, VerwArch 1990, 18, 31, 37,

편으로는 조정업무와 보충 업무에 대한 결정의 극단 사이와, 다른 측면에서 기본법상 지역단체와 기본 단위 지방자치단체로서 크라이스의 이중적 성격으로부터 발생하여 게마인데를 초월하는, 크라이스의 충분하고 보충적으로 보장되는 업무 사이에 그 논의가 이루어지게 된다.

< 989 >

판례¹⁹³⁾에서와 마찬가지로, 학설에서 제기되는 잘못된 결론에 대하여 무엇보다도 1996년부터 1999년 동안에 재판권을 통하여 종지부를 내렸다. 튀링엔 고등행정법원(ThürOVG) (ThürVBl. 1999, 40, 41 ff.)은 다시 한 번 이러한 논의를 끌어내고 결과로서 명확히 하였다:

“기본법 제28조 제2항에서는 주 정부 크라이스의 보충 업무와 보상업무와 관련하여 유보하여 두었다. 헌법상 이것은 명령된 것도 아니고 금지된 것도 아니다. 그러한 업무교부를 받아들이거나 혹은 그것을 배제하는 것은 주 정부입법자의 소관이다. 주 정부 크라이스에 대한 보충 업무와 보상업무의 주법상 교부는, 구체적인 업무의 교부로서 형성되는 것은 아니다; 한 종류의 일반조항의 권한으로 충분하다.

1. 게마인데를 초월하는 사무

< 990 >

게마인데를 초월하는 크라이스 영역에 한정된 사무들의 주체성(Trägerschaft)은 모든 크라이스법(Kreisordnungen)에서 상이한 법률상 규정의 유보하에 크라이스에 귀속된다. 이는 불가피하게 크라이스의 행정영역과 관련되고 크라이스 주민의 공통수요와 전체적으로 관련되는 사무이다. 이 사무는 세분화하면 한편으로는 존속사무(Existenzaufgaben)와 다른 한편으로는 크라이스통합적인(kreisintegral) 사무로 구성된다. 란트크라이스(Landkreis)의 존속사무는 크라이스의 존속 및 기능을 보장하는 사무이다. 이는 그 성질상 각 크라이스의 존속과 관련되어 있고 널리 다른 사무에 기여하고 그 실현을 비로소 보장하는 기능을 갖는다(조직행정 및 인사행정, 대민홍보활동, 문서기록제도, 재산관리, 통계, ADV 등; ThürOVG, ThürVBl. 1999, 40, 41). 크라이스에 속하는 게마인데의 사무와의 갈등국면은, 이 영역에서 존재하지 않는다. 크라이스 통

47 f.; Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 973, 981 f.; w.N. bei Hennecke, Aufgabenzuständigkeit im kreisangehörigen Raum, 1992, Fn. A. 12.

193) BayVG, DVBl. 1993, 893; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1993, 894 m. Anm. Hennecke, VG Weimar, ThürVBl. 1997, 142 f.

합적인 사무는 통일적인 전체로서 크라이스에서, 특히 그의 지역에서 발생하는 사무이다. 이는 게마인데의 그것보다는 더 넓은 공간에서 발생하고 따라서 일반적으로 크라이스에 속하는 각 게마인데에 의하여 이론적으로 실현될 수 없고 모든 게마인데 또는 크라이스에 속하는 각 게마인데의 행정력 또는 재정력의 고찰이 문제되는 것이 아니다. 이러한 사무의 양식은 전형적으로 더 큰 크라이스의 지역단면과 관련되어 있다. 크라이스 통합사무에서는 크라이스와 게마인데 간의 이동과정이 발생할 수 있는데, 이는 지역이 지역개혁과 관련하여 중대하게 변경되었거나 사무의 성격이 변해서 새로운 공간적 연관성이 발견될 수밖에 없는 경우에 발생하는데 이는 변화된 환경기준을 이유로 한 지역이탈과정에 대해 적용된다. 크라이스 통합사무의 경우 크라이스는 크라이스에 속하는 게마인데와의 관계에서 여전히 배타적으로 권한이 있다. 게마인데를 초월하는 일정한 사무는 그와 더불어 각 게마인데와 관련하여 또는 크라이스슈타트(Kreisstadt)와 관련하여 지역적 뿌리(Radizierung)를 보여주는데 이것이 크라이스의 사무 실현권한을 당연히 배제하는 것은 아니다 (ThürOVG, ThürVBl. 1999, 40, 44 f.).

< 991 >

크라이스 통합적인 업무로서 업무의 분류는 연방 전역에서 일반적-추상적으로 이행되는 것이 아니라, 구체적으로 크라이스면서 게마인데의 구조를 바라보아야 한다. 게마인데 지역개혁의 경우에 개별적인 주정부에서 상이한 개념적인 기준들이 뒤따랐고, 그 결과 비록 크라이스, 특히 독일에서 행정단위가 동질성이기는 하지만, 게마인데의 영역에서 커다란 차이점이 발생하게 된다. 노르트라인-베스트팔렌, 헤센에서와 같은 많은 주정부에서는 우선적으로 규모가 큰 게마인데가 형성되는 반면에, 쉴레스비히-홀스타인, 바이에른과 새로운 주정부와 같은 다른 주에서는 규모가 작은 게마인데의 구조를 형성하게 된다. 이것은 업무규정에 대하여 효력없이 남아 있을 수는 없다. 규모가 작은 게마인데의 소득은 현저한 정도에서 주민들보다 우선적으로 기여하는 지방자치단체 자치행정의 실현을 보장하고, 아주 특별하게 지방자치단체 자치행정의 정책-민주주의적인 기능을 실현하게 된다. 주정부입법자가 명백하게 규모가 작은 게마인데의 획득에 우호적이고, 규모가 큰 게마인데의 창출에 대하여 비우호적인 것으로 결정하는 경우에, 독일의 통일 이후 독일 연방 주정부들의 많은 수가 해당되는 바와 같이, 업무의 귀속의 지방자치단체 구조에 대한 이러한 결정들은, 재정시스템의 형성과 마찬가지로 근거되고 있는

것이다. 게마인데 구조와 업무귀속에 대한 이러한 관련성은, 그러는 사이에 크라이스 할당금에 대한 행정판례에서 인정되었다.¹⁹⁴⁾ 이러한 지역개혁개념의 현저한 상이성은, 예를 들면 란트 크라이스를 통하여 조정되고 보충되는 업무이행의 필수성에 대한 것과 같이, 노르트라인-베스트팔렌에 대한 브란덴부르크에서 예전에 개입되었던 업무에 대한 초지역성에 대하여 결과 없이는 당연히 남아 있지는 않다. 게마인데의 구조가 작으면 작을수록, 업무는 장소적으로 더 이상 이행될 수 없다(ThürOVG, ThürVBl. 1999, 40, 44). -우리가 한번 개별적으로 특별히 급부능력있는 게마인데를 분리하게 되면. OVG Bbg. (LKV 1998, 23, 26)는 그것에 대하여 다음과 같이 기술하였다. “규모가 작거나 혹은 가장 작은 게마인데의 다양한 배경 앞에서 오히려 그러한 업무의 효과적인 이행은, 오직 크라이스의 지원과 도움이 있어야만 가능한 것이라고 보아야 한다(이에 대하여 자세히는 Der Landkreis 1999, 206, 209).

2. 보충적이면서 보상적인 사무

< 992 >

유지업무와 크라이스에 통합적인 사무보다 더 어려운 것은, 헌법에 의하여 “지역적 단체의 모든 사무”로서 정의되면서, 동시에 크라이스에 속하는 공간에서 급부능력경향을 고려하는 것 없이, 게마인데 업무에 대한 남아 있는 크라이스 업무의 구분이다. 다투지 않는 자치행정에 대한 지방자치단체 사이의 효력으로 인하여, 업무교부를 하는 입법자는, 헌법의 기존 규정사항을 고려해야 한다. 다른 측면에서, 왜 입법자가 지방자치단체의 영역에서 업무이행 금지를 피해야만 하는가에 대한 질문에 부딪치게 된다. 끝으로 크라이스에게 모든 업무의 이행을 배제하는 것은, 법률적인 규정의 목적이 될 수 없다. 그 업무는, 급부능력이 강력한 크라이스에 속하는 게마인데에 의하여 이행될 수 있기는 하지만, 더 낮은 급부능력을 갖춘 게마인데의 숫자가 많다고 해서 이행될 수 있는 것은 아니다. 여기에 각각의 주입법자에 의하여 선택되었던 세 가지 해결의 출발점이 구분된다.

< 993 >

바덴-뷔템베르크, 브란덴부르크, 헤센, 메클렌부르크-포퍼먼, 니더작센, 라인란트-팔츠, 작센-안할트 그리고 슐레스비히-홀스타인에서 입법자는, 업무교부

194) OVG Schleswig, DVBl. 1995, 469, 473; OVG Bbg., LKV 1998, 23, 25 f.; ThürOVG, ThürVBl. 1999, 40, 41 ff.

규정을 가지고 크라이스에 속하는 공간에서 급부능력경향과 부담의 차이를 고려하는 것을 시도하였다. 그러는 한(부분적으로 선택적이든 혹은 중첩적이든) 네 가지 개념이 여기서 발견된다: 원조(Unterstützung) 특히 지원(Förderung) (선택적인 것), 보충(Ergänzung)과 조정(Ausgleich)이 그것이다. 관례상 우리는 조정기능과 보충기능 그리고 이를 이행함에 있어서 조정되고 보충되는 업무에 관하여 언급하게 된다. 바덴-뷔템베르크, 맥클렌부르크-포퍼만, 라인란트-팔츠 그리고 자알란트는, 크라이스가 그의 업무를 이행함에 있어 크라이스에 속하는 게마인테를 지원하는 형태를 선택하였다. 브란덴부르크, 헤센, 니더작센, 작센-안할트 그리고 쉴레스비히-홀스타인에서는, 크라이스의 자치행정은 크라이스에 속하는 게마인테의 자치행정을 보충하고 증진하는 것을 의미한다. 맥클렌부르크-포퍼만에서는, 비록 단지 크라이스 지역의 경제적, 생태학적, 사회적, 문화적 발전과 관련하여 주민의 복지를 위하여 언급된다고 할지라도, 지원방향 뿐만 아니라 증진이 발견된다. 자알란트는, 크라이스에 속하는 게마인테에 대하여 지금까지 이행된 자치행정업무를 위하여 크라이스 한 종류의 상태보호로부터 출발하게 된다.

타당한 보상을 위한 크라이스가 그것에 속하는 게마인테의 부담에 기여하는 것은, 바덴-뷔템베르크, 브란덴부르크, 맥클렌부르크 포퍼만, 니더작센, 라인란트-팔츠, 작센 그리고 작센-안할트에서 규정되었다. 세 주정부에서는, 크라이스에 속하는 공간에서 업무구분에 대한 또 다른 규정의 기준이 선택되어진다. 작센-안할트와 쉴레스비히-홀스타인에서는, 크라이스와 게마인테의 상호협력이 명백히 규정되었다. 거기에서 크라이스와 게마인테는, 서로 협력하여, 지역적 자치행정의 모든 업무를 이행해야 한다. 동시에 크라이스는 게마인테에 대하여, 주민에게 균일하게 공급하고 돌봐주기 위하여, 그것의 이행이 크라이스를 통하여 요구되는 그러한 업무에 제한되어야 한다. 마지막 규정은 헤센에서도 발견되는데, 그 밖의 상호협력과 방법은, 크라이스가 크라이스에 속하는 게마인테와 함께 크라이스의 업무에서 공조하는 방법으로 기술된다.

< 994 >

판례는 이러한 일반조항 종류의 업무교부 규정의 헌법 합치성을 주정부 크라이스 규정에서, 특히 기본법 제28조에서 지지되고 있는 게마인테의 자치행정보장과 합의를 인정하였다. 주정부 입법자는, 게마인테의 자치행정에 대한 헌법적인 보장을 통하여, 크라이스에 속하는 게마인테의 급부능력 부족에 연결되는 일반조항을 통하여, 관례상 “보충 업무와 보상업무” 개념을 가지고

기술되는, 크라이스에게 업무를 교부하는 것에 방해받지 않았다. 연방헌법재판소(E 79, 127, 143 ff.)가 Rastede 결정에서 구체화하였던 기본법 제28조 제2항 제1문의 헌법적인 규정은, 게마인데의 업무영역과 특정한 실체사항(Sachmaterie)에 관련 없이 보충 업무와 조정업무를 교부하는 규정을 통하여 위반되지 않게 된다.¹⁹⁵⁾

< 995 >

이른바 크라이스의 보충 업무와 조정업무 하에서, 비록 기본법 제28조 제2항 제1문에서 게마인데에게 지역적 단체의 교부된 업무를 관련시키기는 하지만, 동시에 크라이스에 의하여 크라이스 영역에서 거주자를 동등하게 배려하고 돌봐주어야 하는 목적을 위하여 이행된 업무로 이해된다. 이러한 업무의 인수에 대한 전제조건은, 게마인데의 급부능력에 대한 결핍에 있다(BVerwGE 101, 99, 103 f.). 크라이스의 보충 업무와 조정기능의 근거와 연방헌법재판소의 Rastede 판례의 의미에서 법률적인 업무박탈이 결합되어 있지는 않다. 왜냐하면 보충 업무와 조정업무가 크라이스에게 완전한 권한이 아니라, 게마인데의 급부능력에 따라 단지 보충적인 권한을 개방하였고, 규정되는 업무를 원칙적으로 게마인데의 관할성에서 붙여넣고 싶었기 때문이다. 이러한 업무의 교부를 통하여, 게마인데의 헌법상 관할성 우위는 지역적 단체의 업무에 무시되는 것이 아니라, 반대로 그의 원칙적인 효력에서 인정되는 것이다. 그것으로부터 관할을 분배하는 입법자에게, 게마인데의 상이한 급부력의 결과를 크라이스의 보충 업무와 보상업무의 근거를 통하여 대립하는 것은 금지될 수 있을 것이라는 결론이 도출되지는 않을 것이다(BVerwGE 101, 99, 106).

< 996 >

오히려 기본법의 효력 하에, 주정부입법의 정당한 관심사는, 크라이스에 속하는 게마인데의 급부능력의 부족으로 인하여 종결되지 않은 채 남아 있는 업무이다. 그것들은 지속적으로 경작되지 않는 것이 아니라, 크라이스에 있는 주민 및 도시와 주 정부의 관계 속에 있는 주민들이 본질적으로 동일한 가치를 갖는 생활관계속에 놓여 있다는 것을 고려해야 한다. 그러므로 부담하게 되는 동시에 전통적인 크라이스에 지향된 주법상의 업무교부 규정은, 이러한 목적에 원칙적으로 이의를 제기당하지 않는다. 보충업무와 조정업무의 기능은, 연방행정법원(E 101, 99, 106)에 의하여 인상 깊게 “게마인데의 급

195) BVerwGE 101, 99, 102 ff.; BVerwG, NVwZ 1998, 63, 64; ThürOVG, ThürVBl. 1999, 40, 40 f., Ls 2 u. 3, VfG Bbg, DVBl. 1998, 1290, 1291; OVG RhPf, DVBl. 1999, 846.

부능력의 부족으로 인하여 종결되지 않는 업무의 이행”으로서 종결되었다.

< 997 >

역사적으로 발전한 크라이스와 지방자치단체에 속하는 게마인데 사이에 존재하는 업무배분으로 인하여, 크라이스는 전개과정에서 크라이스에 속하는 게마인데의 힘을 뛰어넘는 증가하는 업무를 받아들였다; 그러므로 크라이스는 확고하게 접목되고, 크라이스에 속하는 게마인데를 결합하는 자치행정단체를 발전시켰다.¹⁹⁶⁾ 연방행정법원(NVwZ 1998, 63, 64)은 명백하게, 기본법 제28조 제2항 제2문에 있는 기본법은 양도받은 크라이스 행위의 범위와 크라이스 기능에 크라이스에 속하는 게마인데로서 결합하는 지역을 초월하는 자치행정단체에게 명백하게 연결시키고 있다는 점을 제시하였다. 헌법상의 규정을 가지고, 크라이스는 주법에 의하여, 만능관할성(Allzuständigkeit)에 접근하는 다양한 관할성을 내재하고 있다는 점을 고려하고 있다(BVerfGE 79, 127, 151). 연방행정법원이 계속해서 언급하고 있다.

< 998 >

“그러므로 개별적인 주법상 규정의 헌법상 허용은 단지, 게마인데의 관할 우위가 장소적 단체의 업무에서 충분히 고려되고 있다는 것 -모든 연방의 주정부의 규정들에 그 사례가 해당하는데-에 달려 있다.

< 999 >

역시 기본법 제28조 제2항 제1문에 있는 게마인데의 자치행정정보장은, 크라이스에 있는 업무교부가 일반조항(Generalklausel)의 형태에서 이루어진다고 하는 것을 통하여 위반되는 것은 아니다. 그러한 업무교부에 대한 법률유보는, 개별적인 보충 업무와 조정업무에 대한 특수한 유보가 아니다. 이것은 적절한 규정에 대하여 필수적으로 주어지는 일반적인 특징으로 나타나는 것이다.¹⁹⁷⁾ 보충 업무와 조정업무가 지역적 단체의 모든 업무에서, 즉 상이한 실체사항(Sachmaterie)에 관련될 수 있기 때문에, 개별적인 업무를 위하여 특수하게 분리된 권한은 이러한 업무의 인정에 대립될 것이다. 보충 업무와 조정업무의 본질에서, 이러한 권한은 크라이스에게 권한을 단지 상이한 크라이스에 속하는 게마인데의 상이한 급부능력에 상응하여 매개하고 있는 것이다. 게마인데의 급부능력은, 크라이스와 크라이스 사이에서 뿐만 아니라 동일한

196) BVerfGE 23, 353, 366; BVerwGE 101, 99, 107.

197) BVerfGE 79, 127, 154; 91, 228, 240.

크라이스 안에서도, 면적의 확장, 주민수와 구조 그 외에 그들 업무의 게마인데 규정에 대한 결정사항 그리고 우선적 처리사항을 통하여 영향을 받게 되어 각각의 발생하는 지역적 관계에 따라 현저하게 차이를 보이게 된다. 그 결과 크라이스의 관할성을 게마인데의 상이한 급부능력에 대한 관련성을 통하는 것보다 더 정밀하게 규정하는 것은, 입법자에게 전혀 가능하지 않다. 크라이스 주민의 동등한 배려와 돌봄을 위하여 크라이스가 보충적으로 지원하고 조정하는 행위를 해야 하는지의 여부와 한다면 어느 정도 해야 하는가에 대한 결정은, 오히려 각각의 업무수행자에 의하여 크라이스와 고유한 급부능력의 관계에 따라 이루어지게 된다.¹⁹⁸⁾ 이것은 크라이스의 포괄적이면서 보충적인 업무 관할성을 전제하고 있다. 보충적인 업무와 조정적인 업무의 교부에서 급부능력의 부족으로 인하여 활용되지 않는 업무와 관련되기 때문에, 일반화(Generalisierung)와 전형화(Typisierung)에 의지하는 입법자에 대하여 대안으로서, 크라이스의 이익을 위하여 크라이스에 속하는 모든 게마인데로부터 혹은 그 중에서 규모가 작은 게마인데로부터 특정화된 업무를 박탈하는 관할성 규정만이 고려된다. 그러나 법률적 업무탈취를 통하여, 게마인데의 헌법상 관할성 우위는 보충적 업무와 조정업무를 가진 크라이스의 제공을 통한 것보다 훨씬 강하게 접촉되어 있다. 일반조항은 크라이스에게 목적에 타당하면서, 크라이스 영역에서 구체적인 필요성에 지향되어 있는 업무이행에 대한 필수적인 능력을 보장하고 있고, 입법자를 통한 업무박탈보다도 더 탄력적이다.

< 1000 >

“크라이스”에 대한 게마인데의 관할성이 법적인, 그러나 실질적인 관점에서 그의 상황을 각인하는 것이 덧붙여진다. 영역, 즉 게마인데가 어디에서 조절하는가의 재정적인 영역은, 크라이스 사이에서 각각의 특별한 방법에서 표시되어진다. 이는 결정적으로 크라이스와 게마인데인데 사이에 상이한 지방자치단체 통합적인 업무배분과 결합되어 있다(라인란트-팔츠 헌법재판소, DÖV 1998, 505, 507 f.).

< 1001 >

반면에 바이에른, 노르트라인-베스트팔렌과 튀링엔은 잠재적으로 구분되는 업무교부의 명백한 규정을 받아들이고 있지 않다. 앞의 세 주정부에서는, 입법자가 명백하게 크라이스에게 초지역적인 업무를 규정하였고, 각 구체적인

198) BVerwGE 101, 99, 107; BVerwG, NVwZ 1998, 63, 65.

관계에 따라 초지역적인 것뿐만 아니라 지역적인 것에서 뿌리를 구할 수 있는¹⁹⁹⁾ 장소적-초지역적 실체를 가진 업무가 해당할 수 있다. 다투어지는 것은, 이러한 주정부에서 크라이스에게 보충 업무와 조정업무가 발생할 수 있는가 여부이다. 왜냐하면 “초지역성”의 개념 하에, 단지 지역적 관련성만을 갖는 것이 아니라, 이를 확장하는 모든 각각의 업무가 이해되기 때문이다. 실지로 이것은 보충 업무와 조정업무에 관련되고, 크라이스에 속하는 게마인테의 원조가 단지 초지역적인 행정담당주체에 의하여 이행될 수 있기 때문이다.

a) 보충적 사무

< 1002 >

연방행정법원은 보충적인 업무뿐만 아니라 조정적인 업무를 정의하였다.²⁰⁰⁾ 개별적인 혹은 모든 크라이스에 속하는 게마인테가 그들에게 종속하게 하는 지역적 단체의 특정한 업무를 이행할 수 없는 경우 또는 이행할 수 없는 한, 그들의 행정력과 재정력이 그것에 대하여 충분하지 않기 때문에, 크라이스가 그것에 갈음하여 통일적인 급부수준의 보장을 위하여 크라이스에서 업무이행으로 발생하게 된다. 보충적인 크라이스 업무 하에서, 우리는 급부능력의 부족(재정력과/혹은 행정력)으로 인하여 크라이스에 속하는 게마인테가 이러한 것에 의하여 혹은 그들 사이에 전적으로 할 수 없거나 단지 비합리적으로 이행할 수 있는 그러한 업무를 이해하게 된다. 이러한 범주에서는, 업무의 성질로부터 일찍이 강행적인 것은 아니지만 크라이스의 배타적인 관할성이 따르게 된다. 크라이스에 속하는 게마인테와 크라이스 사이의 개별적인 게마인테에 대한 급부능력과 이를 통하여 합리적인 업무종결의 가능성에 대한 구분을 위하여 설정되기 때문에, 이러한 고찰을 가지고 기본적으로 개별적인 게마인테의 업무는, 그것이 개별적인 게마인테의 급부능력을 초과하는 한, 보충적인 지방자치단체업무로 된다. 다른 측면에서 크라이스의 모든 크라이스에 속하는 게마인테의 가장 좋은 재정력과 행정력의 받아들이는 가운데 이들을 위하여 보충적인 업무는 전혀 존재하지 않는다. 동시에 크라이스에서 전체의 권한은 필수적으로 따르는 것이 아니라, 제한된 도움에 권한으

199) VG Würzburg, BayVBl. 1994, 412, 413 f.; Hennecke, Der Landkreis 1994, 506, 509 f.; Schmidt-Abmann, Kommunalrecht, in: ders.(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, Rdn. 16, 35.

200) BVerwGE 101, 99, 104; BVerwG, NVwZ 1998, 63, 64.

로 충분하다. 또한 보충권한은 언제나 전체의 크라이스에 확장되어야 하는 것은 아니고, 오히려 보충은 특정한 급부능력이 다소 약한 게마인테를 위하여 충분할 수 있다. 그러므로 언급하고 있는 업무는 크라이스의 보충적인 업무뿐만 아니라, 그들 사이의 각각이 크라이스에 속하는 게마인테의 업무가 될 수도 있다. 보충적인 업무는, 이미 설명한 바와 같이, 크라이스에 속하는 게마인테와 크라이스 사이의 관할에 관한 한계가 긴밀한 것이 아니라, 개별적인 크라이스에 주어진 관계의 다양함과 관련하여, 하나의 추상적이고 명백한 규범적 종류의 한계가 가능하지 않다는 것이다.

< 1003 >

보충적인 업무의 관례상 개념규정은, 게마인테의 만능관할성추정은 크라이스 정책의 일반적인 유보 하에 제기되었다는 것을 야기하지는 못하였다. 크라이스에 속하는 게마인테가 합리적인 업무이행을 위한 능력을 포함하여 충분한 급부능력을 소유하고 있는 한, 업무는 배타적으로 게마인테의 하나의 업무이다. 반면에 급부능력이 없는 경우에 크라이스는 보충적으로 행위 하게 되는데, 그 결과 크라이스에 속하는 게마인테에게 부가적인 재정력의 공급 없이 단지 크라이스에 행정집중화의 조직적인 재원을 통하여 도달하게 되는, 그의 행위에 자동적으로 부담을 배분하고 조정하는 작용이 내제된다. Rastede 결의에 대한 연방헌법재판소의 판결 후에 연방행정법원의 판례는, 게마인테의 행정력과 재정력의 부족은 이행불가능한 업무를 탈지방화하고, 입법자의 임의성을 제기하려는 결과를 갖지 못하게 한다. 하지만 하고, 고려사항은 보충 업무와 조정업무의 크라이스에 대한 법률적 교부에 이의를 제기력과 재정게 한다. 보충 업무와 조정업무는 게마인테의 고유한 업무이행을 방임의지는 못한다. 그들은 대상에 대한 게마인테의 지원을 가지고 있다. 크라이스의 보충관할성은, 게마인테의 급부능력에 대한 결핍에 결합되어 있다. 그러한 보충관할성은, 게마인테가 업무를 스스로 이행할 수 있는 한, 이러한 전제조건 하에서 발생하기도 하고 떨어져 나가기도 한다.²⁰¹⁾ 반면에 법률적인 업무박탈은 게마인테 권한의 포괄적인 배제를 야기하게 된다. 연방행정법원의 견해(E 101, 99, 106 이하)에 따르면, 보충 업무의 이행을 위하여 크라이스를 통하여, 법률적인 업무박탈과 관련하여 연방헌법재판소에 의하여 요구된 현저한 행정결핍의 확정이나 지나치게 균형을 잃은 비용 상승은, 헌법적으로 제공된 게마인테의 관할성 우위가 다른 방법에서 소송상의 보호조치를 통하여 보장되는 경우에 반드시 필요한 것은 아니다.

201) BVerwGE 101, 99, 105; BVerwG, NVerwG 1998, 63, 64.

b) 조정적인 사무

< 1004 >

조정사무 하에서 각각의 부가적인 업무가 이해가 되는데, 그것을 가지고 크라이스는 크라이스에서 통일적인 급부수준의 보장을 위하여, 명백하게 보상의 부담을 배분하는 효과를 야기하는 것과 인구에 대한 균형이 잡힌 배려의 보장에 목적되어 작용하게 된다. 이러한 목적을 위하여 주법상의 근거에서 크라이스는 행정력과 재정력의 차이를 조화롭게 하기 위하여, 크라이스에 속하는 계마인테를 행정적이거나 혹은 재정적인 원조를 보장이 허락된다.²⁰²⁾ 여기에서 전제조건은, 계마인테의 급부능력에 대한 결핍이다. 크라이스의 절반이 조정의무의 영역에서 관련되어 있는 각각의 기본업무의 이행은, 당연히 개별적인 계마인테의 권한에 남아 있다. 그러므로 법률적 업무박탈은 그것과 결합되어 있지 않다. 조정업무에 대하여, 그것은 단지 대상에 대하여 계마인테의 원조를 가지고 있고, 계마인테의 고유한 업무이행은 문제를 제기하는 것이 아니라, 전제하고 있고 그것에 이익이 되는 것으로부터 따르게 된다.²⁰³⁾

< 1005 >

연방헌법재판소의 Rastede-결정에 대한 판결 후, 오래전 이래로 인정되어 온 행정에 합당한 원조 외에 크라이스의 재정적인 원조가 조정업무가 속하는지, 그리고 속한다면 어떠한 방법으로 속하게 되는가에 대한 물음이 다투어졌다. 역시 이러한 질문은 그러는 사이에 확고한 것으로 간주되는 행정판례를 근거로 하여 명확한 것으로 받아들여질 수는 없다. 우선 크라이스의 사적이 제3자에 대한 보조금과 크라이스에 속하는 계마인테에 대한 그것과 구분되어야 한다. 계마인테의 효력범위 안에서 크라이스가 사적인 제3자에 대한 보조금을 보장하는 한, 이러한 효력범위에서 그 밖의 보충적인 행위에서와 같이 크라이스가 기본법 제28조 제2항 제1문을 통하여 결코 방해받을 수 없는, 보충 업무의 이행에 대한 특별한 형태에 관련된다. 왜냐하면 크라이스는, 만약 보충적인 업무를 이행하기 위하여 충분한 것으로 그들에게 보는 경우에 -우선적으로 관할이 있는 계마인테에서와 같이-, 증진재원의 납입에 제한되어지고, 그것과 함께 공공의 이익에서 사적인 주도권은 벗어나고, 개별적으로 추구되어진 행정목적에 도달하기 위하여 기여를 하게 된다. 그러므로

202) BVerwGE 101, 99, 104; BVerwG, NVerwG 1998, 63, 64.

203) BVerwGE 101, 99, 105; BVerwG, NVerwG 1998, 63, 64; Vfg Bbg, DVBl. 1998, 1290, 1291.

사적인 제3자의 보충적인 보조금은, 다른 재원들과 함께 보충 업무의 이행을 설명하게 된다.²⁰⁴⁾

< 1006 >

사적인 제3자의 보충적인 보조금과는 달리, 크라이스는 크라이스에 속하는 게마인테에 대한 보조금의 보장의 경우에 그의 조정업무의 영역에서 행하게 된다. 크라이스의 크라이스에 속하는 게마인테에 대한 보장된 재정원조의 종류에서 원조의 세 가지 형태가,

- 일반적인 조정재원
- 목적에서 벗어난 투자덩어리
- 세부적인 사례에 관련되어 목적에 기속되어 있는 교부 등에서 차이를 제시하고 있다.

그 밖에 재정원조는, 그것이 모두 혹은 단지 체계에 취약한, 특히 급부에 취약한 크라이스에 속하는 게마인테에게 보장되는가에 대하여 결정될 수 있다. 결과적으로 오직 개별적인 사례에 관련되어 목적에 기속되어 있는 교부가 허용된다.²⁰⁵⁾

3. 이양된 효력범위에서 사무

< 1007 >

재정제도의 크라이스 할당금에 대한 실질적인 법적 문제는, 자유로운 크라이스 업무에 대한 투입에 있는 것이 아니라, 의무적 업무의 주된 재정재원으로 시스템에 위반적인 보충적인 최상필요성 조정재원인 크라이스 할당금의 투입에 있다. 헌법적으로 매우 의심스러운 점은, 양도된 효력범위에서 업무이행으로부터 지출의 재정화를 위한 크라이스 할당금의 투입이다. 비용충당의 헌법적인 제공을 가지고 업무양도²⁰⁶⁾(단락번호 867 이하)의 경우에, 대부분의 주 헌법은 주정부에 의하여 이행되는 명백한 규정들을 만나게 된다.

< 1008 >

기본 단위 지방자치단체와 마찬가지로 크라이스의 헌법상 청구권은 업무에 타당한 재정규모 확보에서 포함하고 있다는 점과, 자유로운 업무에 대한

204) BVerfGE 83, 363, 384 f.; BVerWGE 101, 99, 108; OVG RhPf, DVBl. 1999, 846.

205) Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 1999, 206, 212 ff.

206) Dazu insb. NdsStGH, DVBl. 1995, 1175 m. Anm. Henneke.

최소한의 사항이 이행되어질 수 있다는 점²⁰⁷⁾이 부가된다. 이는 고유하게 규정 가능한 수입원천을 포함한다.²⁰⁸⁾ 그것으로부터 크라이스 할당금의 경우에 그들의 사용필수불가결의 측면에서, 대부분의 주정부에서 도달되어지는 할당금의 비율과 확정된 것에서 제공되는 크라이스에 속하는 게마인데²⁰⁹⁾의 재정상황에 대한 고려는 의무적 업무에 대하여 현재 더 이상 언급될 수 없다. 크라이스 할당금은, 상승되었고, 지나치게 자극되었으며, 그럼에도 불구하고 그것은 크라이스에게 자유로운 업무와 크라이스 정책상의 형성을 위한 이행에 대한 전혀 가능하게 하지 않고 있다. 도달된 할당율과 크라이스에 속하는 게마인데의 부담과 관련하여 크라이스의 할당금이 실제로 더 이상 증가할 수 없는 것처럼 보이는 곳에서, 특히 자알란트, 니더작센 그리고 헤센 등이 그러한 사례에 해당하게 되는데, 그러한 곳에서는 크라이스가 독자적으로 규정 가능한 반대급부 없는 수입원천에 관하여 임의적으로 처리하지 못한다. 그 결과 재정적인 “고유” 책임성과 크라이스의 재정 “고권”에 관하여 더 이상 언급될 수 없다. 이러한 근거로부터 크라이스 재정의 체계는 적어도 앞에서 언급한 주정부들에서, 양도하는 업무에 대한 주정부의 비용제공과 지방자치단체 재정조정 교부가 증가되어야만 한다고 하는 결과와 헌법에 위반하는 것이 될 수 있는 것이다.

4. 크라이스 의회의 형성여지

< 1009 >

크라이스가 의무적인 업무 외에 자유로운 초자연적이면서 보충적인 그리고 조정적인 업무가 헌법적인 영역에서 이행되는가(될 수 있는가)의 여부와 어떠한 강도에서 그러한가에 대한 결정에 대하여는, 입법자가 그것을 언급하고 있지 않다. 그러므로 입법자는 헌법적으로 보장된 크라이스 자치행정업무 종결의 자기책임성을 존중한다. 크라이스 업무의 이행, 특히 우선적으로 관심이 있는 자유로운 업무의 사항들은 다양한 방법과 상이한 시기에서 이행될 수 있기 때문에, 크라이스에게 우선순위를 명확히 하는 것뿐만 아니라 업무의 이행에 적어도 다양한 가능성들이 처리된다. 그러므로 개별적인 크라이

207) So NdsStGH, NdsVBl. 1998, 43, 44 sowie BVerwG, DVBl. 1998, 776, 779; Schloch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 139 ff. sowie Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben, 1995, S. 189 f.

208) NdsStGH, NdsVBl. 1998, 43, 46; VfG Bbg, DVBl. 1998, 1290, 1290.

209) Dazu ausf. OVG Schleswig, DVBl. 1995, 469, 472; Schoch, Die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Kreisumlage, 1995, S. 91 f.

스의 업무범위는, 크라이스 보조금이 단지 급부능력이 없는 게마인테를 보장해야만 하는, 개별적인 크라이스 회원의 지방자치단체 정책의 목적설정에 달려있는 것이다. 주어진 증진의 양을 크라이스가 정하게 된다. 크라이스가 법률적으로 업무이행에 대한 의무를 부담하지 않는 한, 기본법 제28조 제2항 제2문에 따라 발생하게 되는 자치행정권의 근거에 따라 자기책임의 방법에서, 크라이스는 그에 의하여 이행된 업무범위와 업무이행의 강도를 정하게 된다. 자유로운 업무범위에서, 이러한 업무를 형성하기 위한 최초의 결정은, 재정상황이 비교 가능한 긴장을 제시하는 시기에 속하는 한, 종종 조건이 발생한다는 것을 고려해야 한다. 크라이스가 과거에 행하여진 현저한 사용과 창출된 제도에 대한 고려를 가지고 업무를 계속하는 경우에, 크라이스에 속하는 재량고려사항의 영역에 속하게 된다.

< 1010 >

그의 자기책임적인 업무규정들을 크라이스에 속하는 게마인테가 원칙상 합당한 것으로 받아들여야만 한다.²¹⁰⁾ 헌법상 규정의 영역에서, 만약 크라이스에 속하는 게마인테 하에서 경제적인 조정을 하게 하고, 개별적인 게마인테와 전체의 크라이스에서 공공복리의 증진을 위하여 목적에 기여하는 것으로 보이는 한, 크라이스는 절대적으로 도움을 필요로 하는 게마인테의 지원을 초월하는 조치를 취할 권리를 가지고 있다. 지방의회의 결정자유에서 그들의 업무와 관련하여, 이미 언급된 형성재량여지의 고려 하에 크라이스의 업무가 될 수 없는, 한계가 발견되어지기 때문에, 크라이스법상 주어진 형성재량 여지를 인정하는 경우에 게마인테의 업무이행은 크라이스 정책의 유보 아래에서 결코 발생하지 않는다. 왜냐하면 조정적이면서 보충적인 그 업무의 이행은 크라이스를 통하여 구체적인 사례에서, 그것으로부터 교훈을 끌어내는 개별적인 게마인테와 관련하여, 그 의사에 반하여 행동하지 않기 때문이다. 그러나 크라이스는 업무를 정함에 있어 게마인테의 재정에 대한 고려를 해야 한다.

II. “그 밖의 소득이 충분하지 않는 한”

< 1011 >

허용되는 업무이행의 요구사항 외에 크라이스 할당금 조사를 위하여 크라이스 규정, 특히 제정조정법에서 규칙적으로 정해 놓은 전제조건, 즉 그 외

210) BVerwG, NVwZ 1998, 63, 65; NVwZ 1998, 66, 66 = Der Landkreis 1997, 278; VerfGH RhPf, DÖV 1998, 505, 508.

의 소득이 충분하지 않는 한, 단지 조사가 허용된다고 하는 전제조건은 어쨌든 판례의 안내에 지침을 준다: 모든 주정부에서 법률적으로 규정된 수입창출의 순위는, 크라이스가 자격이 있는 방법으로 크라이스 할당금을 증액하기 전까지, 크라이스가 그의 업무종결을 위하여 우선순위의 조정재원을 가능성의 한계까지 이용했어야만 한다는 것을 요구하지는 않는다. 법률적으로 주어진 우선순위를, 크라이스에 의하여 자기책임적으로 규정할 수 있는 수입원천을 크라이스 할당금의 부담으로 하는 하자있게 마비시키게 하는 방법을 통하여 무력하게 만들도록, 오직 크라이스에게 보장되어 있는 것이다.²¹¹⁾

< 1012 >

크라이스 할당금을 증액하는 대신에 더 높은 신용을 요청할 가능성이 크라이스에 주어지는가에 대한 물음은 거부된다. 우선 지방자치단체 예산의 재정은 부채를 통하여, 지방자치단체 헌법상 마지막 순위의 가능성으로서 다루어진다. 다른 재정이 가능하지 않거나 혹은 경제적으로 목적에 합당하지 않는 경우에만, 크라이스가 부채를 받아들일 수 있는 것이다. 그러한 사항으로부터, 신용은 차후의 재정재원이고, 크라이스에서 재정화 순위의 최후 재원이며 크라이스 할당금에 있다는 점이 제시된다. 여기에다가 크라이스 할당금은 직접적으로 행정예산의 보상만을 위하여 기여한다는 점이 부가되는 반면에, 부채는 재산예산에 귀속되는 것이다. 투자, 투자증진조치 그리고 전환조치에 대한 신용의 한계는, 부채가 행정예산의 현재의 지출에 대한 보상을 대하여 고려되는 것은 아니라는 것을 의미한다. 그것으로부터 부채는 크라이스 할당금과 비교하여 크라이스의 수입도달에 대한 기능적인 조정으로써 배제된다.

< 1013 >

크라이스 할당금을 증액하기 전에 자유로운 크라이스 업무영역에서 엄격한 포기를 행사하는 것은, 역시 재판상이거나 감독의 방법에서 수행되는 크라이스의 법적 의무는 없다. 이것을 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소(NWVBf. 1996, 426, 428)가 노르트라인-베스트팔렌 크라이스법 제56조 제3항의 다양한 원뜻에 의하여 명백하게 제시하였다. 감독기관과 재판관할을 존중해야만 하는 크라이스의 정치적인 형성재량 여지에 대하여 판결에서 다음과 같이 언급하였다. 크라이스의 예산조정을 위한 다른 모든 가능성이 고갈되었는가에 대한 물음에 관하여, 크라이스는 지방자치단체 정책적인 판단재량 여지를 가지고 결정할 수 있다. 역시 법률적으로 요구된 업무원칙과 업무비판은 크라

211) OVG Schleswig, DVBl. 1995, 469, 475; Ehleres, DVBl. 1997, 225, 230.

이스의 본질로 남아 있게 된다. 지출이 절약되고 업무가 더 이상, 나중에 혹은 지금과 달리 이행되어야만 하는 곳에서, 자치행정의 기본적인 기능에 따라 “장소 앞에서” 그것에 대하여 민주적으로 선택된 게마인데 연합의 기관에 의하여, 또한 주민이 그의 업무에 대한 영향력에 정해지게 된다. 그것을 위하여 선발된 크라이스 의회앞에서” 그것에 대하여 속하는 게마인데의 재정상황의 관점에서 업무의 필요불가분성을 평가해야 의회. 이렇게 평가하는 경우에, 역시 그것이 -자유롭게 인수되어졌기 때문에- 사라지게 되었거나 달리한 될 수 있었던 경우에, 업무나 혹은 결정의 종류는 포기될 수 없는 것으로 혹은 그것과 결합된 지출은 필수적인 것으로 지시될 수 있다. 의무업무와 교부업무의 경우에는, 그가 어떠한 인적인 사용을 가지고 이러한 업무를 종결할 것인가에 대한 조직고권과 인사고권의 영역에서 결정해야 하는 자치행정권에 속하게 된다. 크라이스 의도적으로 도로의 철거를 연기하는 것, 학교 건물의 계획된 신축을 포기하거나 또는 자유로이 설치된 크라이스 음악학교를 폐쇄하는 것²¹²⁾은, 감독기관의 본질이 아니다. 그러한 결정을 함에 있어서 크라이스 예산을 조정하는 가능성에 관련되는가에 대한 물음은, 국가의 관점에서 나오는 것이 아니라 지방자치단체 정책적인 평가에 근거하여 결정해야 하는 것이다. 그러는 한 예산법의 정해지지 않은 법적 개념과 달리, 그것은 “절약”과 “경제성”과 관련이 없다.

< 1014 >

재판상 단지 제한되어 검토할 수 있는 형성 여지는 크라이스의 자치행정권으로부터 발생하고, 크라이스가 법률적인 구속에서 발생하는 것이 아닌 한, 정치적이고 계획적으로 확정된 크라이스 구성원의 결정으로서 예산의 출발에 반영되어 있다. 마침내 크라이스 할당금 책정의 근거로 필요성에 해당하는 업무이행에 대한 비용은, 결정에 있어서 단지 허용되는 방법으로 극복되는 크라이스 업무의 수와 종류가 아니라, 통일적으로 재판 가능한 규범적인 규정을 정하는 업무이행의 강도에 달려 있는 것이다. 크라이스 재정의 필요성에 대한 주 법상 규정은, 감독청과 재판상 검토 가능한 법적인 영역에서 자치행정의 표현으로서 세 가지 관점에서 크라이스에게 구체화 여지(Konkretisierungsspielraum)를 매개하게 된다. 각 크라이스는 독자적으로,

- 자유로운(허용되는) 크라이스 업무의 이행(결정재량: Entschließungsermessen)
- 업무이행에 대한 특정한 자기책임적인 양과 질(선택재량과 형성재량)

212) VerfGH NW, NWVBl. 1996, 426, 428.

- 크라이스의 행위를 통하여 야기된 재정적인 필요성이 크라이스 할당금을 통하여 조정되는지의 여부, 조정된다면 어느 정도 인가에 대한 물음(재정재량)에 관하여 결정하게 된다(재정재량).

< 1015 >

연방, 주, 크라이스 그리고 게마인데의 업무에 대한 동가치성과 동위성의 원칙은 본질적인 크라이스 업무의 본질적인 게마인데의 업무에 대한 관계에서 적용된다. 게마인데 영역의 우선은, 게마인데에 대한 특별법상 박탈되지 않는 장소적 단체의 업무에 대하여 배타적으로 발생하게 된다.

Ⅲ. 크라이스 할당금의 할당근거

< 1016 >

크라이스 할당금의 증가와 함께, -크라이스 할당금이 그것의 요소로서 간주되어지는 지방자치단체 재정조정과 함께- 원칙적으로 두 가지 기능, 크라이스 업무에 대한 국고상(재정상의) 기능과 할당금의무가 있는 게마인데의 관계에서 재분배(보상)기능이 이행되어진다. 이러한 관점 하에서 크라이스에 속하는 게마인데 사이의 재정력 차이를 완화시키는 것이 크라이스 할당금 증액의 목적이다. 동시에 크라이스 할당금의 충분한 효력은, 조정에 대하여 특별히 지향되어 있는 각 크라이스의 의사행위를 필요하지 아니하고, 이미 그것 자체로서 증액을 근거로 하여 발생해야만 한다. 이것이 연방의 주 정부에서 발생하고, 다른 새로운 다섯 주정부에서 상이한 규정에 따라, 재정이 강한 게마인데가 절대적으로, 재정이 약한 게마인데보다도 그의 재정력의 높은 부분을 크라이스 할당금 지출에 사용되어져야만 한다. 동시에 크라이스 할당금의 징수는, 각 크라이스의 측에서 확정되는 할당율에 따라 주 정부와 주 정부 사이에 상이하게 규정되어 있는 할당금의 근거를 곱셈으로부터 발생하게 된다. 그것 자체로서 크라이스의 할당률은, 할당금 기본에 대한 동시의 고찰 없이 각 연방의 주정부에서 표현력을 갖게 된다. 주정부 사이의 비교에서 그 밖에 이것이 문제가 되기 때문에 전적으로 충분한 추론을 이끌어 내기 위하여 기본 할당금을 기준으로 삼아야 한다.

< 1017 >

동시에 많은 주정부에서 크라이스 할당금의 계산에 대한 근거는, 게마인데 재정력의 지수로서 두 가지 구성요건에 지지하고 있다: A와 B 토지세의 조세력 규모, 영업세(영업세 할당금을 공제하고)와 소득세와 부가가치세에 대한

게마인테의 조세력 규모 및 게마인테에 흘러들어가는 핵심교부 사항이 그것이다. 단지 튀링엔과 니더작센에서는, 공과금(Spielbankabgabe)의 징수부분이 부가된다. 모든 주정부에서는, 크라이스 할당금의 할당근거에서 게마인테의 부가가치세의 법률적인 편입 앞에서 발생하게 된다. 이미 대부분의 주정부에서는 통과되었고, 몇몇의 주정부에서는 규정작업이 임박해 있다.

< 1018 >

기본 단위 지방자치단체의 조세력 규모로써, 할당년도(보상년도)에 대한 게마인테의 핵심교부 사항의 계산에 대한 출발범위로서 조세력 지수의 매개에 근거되는 동일한 숫자가 사용된다(단락번호 973). 이것은, 크라이스 할당금의 할당근거에서 의제적인 조세률에 따라 토지세와 영업세의 조세력셈이 출발하게 되고, 반면에 소득세와 부가가치세에 대한 게마인테의 지분은 현재의 징수액(Ist-Aufkommen)에 따라 출발하게 된다. 동일한 사항이, 1996년 1월 1일부터 가족급부보상의 새로운 규정을 근거로 한 부담으로부터 게마인테에 대한 보상급부에 대한 효력이 발생하게 된다. 토지세와 영업세에 대한 의제적인 조세율의 확정과 관련하여, 두 가지 시스템이 수행된다. 대부분의 주정부는 법률에 의제적인 조세율을 규정하고 있는 반면에, 다른 주정부에서는 예전의 예산년도에서 토지세와 영업세율의 주정부평균에 지향되어 있다.²¹³⁾

IV. 크라이스 할당금율의 범위

< 1019 >

크라이스 할당금율의 범위는 주정부의 크라이스 사이에서, 특히 주정부에 따라 상이한 업무교부에서 크라이스 및 게마인테와 크라이스 단위 사이에서 주정부마다 재정조정양의 상이한 배분에 소급하는 것과 마찬가지로, 주정부에서 상이한 할당금 근거의 비중에서, 그것의 원인을 가지고 있는 주정부와 주정부 사이에서 서로 구분되어 있다. 후자부분에 대해서는 다음과 같은 단순한 원칙에 따르게 된다: 재정조정규모에 대한 크라이스의 지분이 증가하면, 크라이스 할당금이 축소하게 된다. 거기에서 크라이스에 속하는 게마인테의 낮은 지분은 크라이스 할당금에 대한 할당금 근거의 감소를 가지고 발생하고, 동일한 지분관계가 아닌 재정조정규모에 대한 크라이스의 지분증가는 *ceteris paribus* 크라이스 할당금의 감소를 야기할 수 있다. 비중의 또 다른 차이의 특징으로서, 게마인테에서 현저하게 차이를 보이는 조세력은 예전의

213) Dazu ausf.: Heneneke, Der Landkreis 1999, 206.

주정부와 새로운 주정부에서 발생하게 된다. 새로운 주정부들은 지난날에, 크라이스 할당금을 전적으로 게마인테 조세력에 확장하는 것을 간과하였다. 그럼에도 불구하고 새로운 주정부에서는 현재 독일 연방국의 크라이스에서와 달리 게마인테의 핵심교부 사항들이 크라이스 할당금의 할당근거를 지배하고 있다.

< 1020 >

상이한 측정근거, 상이한 업무 부담과 핵심교부 사항의 징수에 대한 크라이스의 구분되는 참가에 대한 일견은, 크라이스 할당율의 허용에 대한 절대적인 한계가 주어질 수 없다는 것을 차지하게 된다. 할당율에 대한 헌법상 주어진 한계는, 한편으로 개별적으로 이행되는 크라이스의 업무 상태와 또 다른 한편으로 게마인테의 고찰과 상관없이, 인정되어질 수 없다는 것이 최근의 판례²¹⁴⁾에서 한 번 더 강조되었다. 그러므로 헌법상 이행할 수 있는 할당지분은 개별적인 크라이스에 대하여 서로간의 이해상황의 고려를 통하여 발견될 수 있다. 그것의 기둥(Eckpfeiler)은, 크라이스의 업무 부담과 재정상황에 대한 적절한 기여를 급부해야 하는, 게마인테의 합리적 독자적으로 재정보화된 자유영역의 교부와 그러한 것의 의무이다. 이러한 영역에서 크라이스 할당율은, 만약 그것이 합리적이면서 이행할 수 있는 척도를 상회하고, 그것과 함께 크라이스가 임의적이면서 무분별하게 크라이스에 속하는 게마인테의 부담이 되게 크라이스 정책적인 이해를 추구하고 있으며, 크라이스 할당율이 강력한 자기책임적인 행위를 위한 가능성을 상실하는²¹⁵⁾ 형태로 게마인테 재정력의 추측할 수 없는 부담으로 작용하기 위하여, 크라이스 할당금을 객관적으로 적절한 경우에는 더 이상 헌법적으로 받아들이기 어렵다.

< 1021 >

크라이스 할당금의 범위와 관련하여 결코 구조적 분절선(Frakturlinie)이 존재하지 않는다고 하는 것은, 연방 행정 법원에게 언급할 필요조차 없다. 그러는 사이에 지방자치단체의 형성재량 여지가 강조되었다. 증가하는 지출을 야기하는 개별적인 크라이스의 권한에 합당한 행위는, 재정의 필요성과 -이것이 다른 방법으로 보상되지 않는 한- 크라이스 할당금을 증가시켰다. 크라

214) OVG Schleswig, DVBl. 1995, 469, 471; OVG RhPf, DVBl. 1999, 846, 850; HessVGh, DVBl. 1999, 842.

215) OVG Schleswig, DVBl. 1995, 469, 472 f.; BVerfGE 79, 127, 155; OVG RhPf, DVBl. 1999, 846; Henneke, Aufgabenzulässigkeit im kreisangehörigen Raum, 1992, S. 71.

이스가 법률상 업무이행에 대하여 의무를 부담해야 되는 것이 아닌 한, 그에 게 연방행정재판소는 기본법 제28조 제2항 제2문으로 발생하는, 그에게 이행 되는 업무의 범위와 업무이행의 강도를 자기의 책임으로 정할 수 있는 권한을 허용한 것이다. 그 결과 크라이스 교부금의 범위는 이러한 자기책임적인 게마인테와 크라이스에 속하는 게마인테에, 법에 합당하게 받아들이는 크라이스의 업무규정으로서 원칙적으로 의존하고 있다.

V. 교부금 확정에 대한 규범적인 규정

1. 크라이스 교부금의 조정기능

< 1022 >

크라이스에 의하여 받아들여진 교부율의 확정에 대하여 주 법은, 크라이스의 모든 게마인테에 대한 교부금율은, 크라이스의 행위로부터 수익을 끌어내야만 하는지 여부, 한다면 어느 정도인가에 관계없이, 크라이스의 모든 게마인테는 크라이스에 대한 재정력의 동일한 지분을 공급해야만 한다고 규정하였다. 권한의 의미에서 이러한 원칙의 예외, 동등성의 관점 하에 개별적인 게마인테의 의무, 과대부담이나 과소부담을 명확히 하기 위한 것은, 단지 몇 개의 주정부에서 발생한다(이 점에 대해서는 단락번호 1026 이하).

< 1023 >

크라이스 의회에 의하여 단지 모든 동일한 범위에서 영향을 받게 되는, 모든 게마인테에 대하여 동일한 교부율의 원칙으로부터 출발하여, 지난 10여년 동안 게마인테의 실질적인 재정력에 달하는 모든 게마인테의 조정재원에 적절하게, 점증적으로 소극적인 조정효과가 나타난다. 그 결과 증서(도구: Instrument)인 크라이스 교부금을 가지고 추구된 조정목적은 종종 결핍되었다. 이것은, 만약 교부금 근거에서 의제적으로 출발되어진 조세수입이 핵심교부사항의 고려사항에 적절하게 과소평가되어졌다. 주 정부입법자는, 작년에 측정된 평균적인 세율의 설정과 마찬가지로, 의제적인 세율의 시사적인 적용을 가지고 평균적으로 증가된 실질적인 세율을 만날 수 있다. 그러는 한 크라이스 의회에 재량형성 여지가 발생하지 않는다.

< 1024 >

바이언, 니더작센, 라인란트-팔츠와 작센-안할트에서는 주법이 크라이스 의회에, 교부금 근거에 따라 상이한 크라이스 교부세율을 규정할 권한을 인

정하였다. 이러한 주정부에서 크라이스 교부세율은 모든 주정부에 대하여 교부근거를 동일한 범위에서 규정되어야 하지만, 크라이스 의회의 재량형성 여지는, 크라이스 교부세율이 특정한 영역(바이에른, 라인란트-팔츠 그리고 작센-안할트에서 3분의 1이상이 되지 않고, 니더작센에서는 단지 예외적인 사례에서 절반 이상)안에서 개별적인 할당근거에 대한 상이한 확정을 이행할 수 있다는 점을 통하여 현저하게 확대되어진다. 이러한 방법으로 이미 언급된 네 개의 주정부에 있는 크라이스 의회에게, 조정되는 재정에 대한 할당율의 차이에 관하여 크라이스 안에서 기여하는 가능성이 열리게 된다. 그것으로부터 아주 현저하게 사용된다. 라인란트-팔츠에서 입법자는, 크라이스 의회에게 또 다른 형성재량 여지를 개방하였다. 그 결과 란트 크라이스는 적절하지 않는 분배결과를 구별가능성을 통하여 고려할 수 있게 된다: 발전적인 크라이스 교부금. 그것에 따르면 교부율은, 크라이스에 속하는 게마인테의 평균성에 관하여 있는 조세력 지수를 위하여 발전적으로 규정될 수 있다(이에 대하여 자세히는 라인란트-팔츠 헌법재판소, DÖV 1998, 505, 509).

제 6 장 지방자치단체의 재정

< 1025 >

작 선		제26조	X										>23 퍼센트
작성-안할트	제67조 제2항	제16조 내지 제18조		≤ 1/3									
쉴레스비히- 홀스타인		제28조			빈도수에서 부가적인 지방자치단체 관할의 부과세								
튀링엔	제97조 제2항	제28조 내지 제31조	X							초등학교와 일반 학교에 대한 지 방자치단체조합 에서 상이한 학 교 담당자	>15퍼센트		D34/31/ 28퍼센트

개관 44 : 지방자치단체조합의 부과세 설정에 대한 법적 과제 § 404-405

주 정부	법적 근거 (§§.Art)		부과세			개별적인 지방자치전체의 초과 부담과 최소 부담			지방 자치	추인의무		
	주정부 지방자 치단체 조합 규정 (LkrO)	재정 보상법 (FAG) 지방자 치단체 재정법 (GFG)	지방자치 단체의 부과세 근거에 대한 동일성	부과세 근거에 대한 차이의 허용	특별 규정	특별이익/ 불이익에서	거라관계 로부터 발생하는 부담에서 임의성	지방자 치단체 유소년 관청에 대한 강행적인 비용제공		단체의 청문을 위한 의무	일반전 면시행	증대의 경우
바덴- 뷔템베 르크	제49조 제2항	제35조	X									
바이 에른	제56조 제2항 제2호	제18조 내지 제20조		≤ 1/3 및 sz ≤ 낮은 부과세		특별 기관의 추인과 함께 설치						부과세 당위 ≥ 20퍼 센트
브란덴 부르크	제64조 와 경합한 제65조	제26조	X			기관, 급부						

제 6 장 지방자치단체의 재정

주 정 부	법적 근거 (§§.Art)		부과세			개별적인 지방자치전체의 초과 부담과 최소 부담			지방 자치	추인의무			
	주정부 지방자 치단체 조합 규정 (LkrO)	재정 보상법 (FAG) 지방자 치단체 재정법 (GFG)	지방자치 단체의 부과세 근거에 대한 동일성	부과세 근거에 대한 차이의 허용	특별 규정	특별이익/ 불이익에서		거래관계 로부터 발생하는 부담에서 임의성	지방자 치단체 유소년 관청에 대한 강행적인 비용제공	단체의 청문을 위한 의무	일반전 면시행	증대의 경우	한계치 에서
헤센	제53조 제2항	제37조	X		지방 자치 단체에 대한 보충세				학교 담당자 8%; 지방자 치단체 조합에 속하는 지방자 치단체 > 50000E				≥36퍼 센트
백클렌 부르크 -포어 포먼	제120조 제2항 제3호	제11조	X										

주 정 부	법적 근거 (§§.Art)		부과세			개별적인 지방자치전체의 초과 부담과 최소 부담			지방 자치	추인의무				
	주정부 지방자 치단체 조합 규정 (LkrO)	재정 보상법 (FAG) 지방자 치단체 재정법 (GFG)	지방자치 단체의 부과세 근거에 대한 동일성	부과세 근거에 대한 차이의 허용	특별 규정	특별이익/ 불이익에서	강행성	임의성	거래관계 로부터 발생하는 부담에서 임의성	지방자 치단체 유소년 관청에 대한 강행적인 비용제공	단체의 청문을 위한 의무	일반전 면시행	증대의 경우	한계치 에서
니더 직센	제5조	제18조		기본적 으론 ≤ 1/2				협의를 근거로 하여 일반 적인 업무 분배						
노르트 라인- 베스트 팔렌	제55조, 제56조	제35조	X			기관 에서			유소년 지원을 야기 하는 비용					

제 6 장 지방자치단체의 재정

주 정 부	법적 근거 (§§.Art)		부과세			개별적인 지방자치전체의 초과 부담과 최소 부담				지방 자치	추인의무		
	주정부 지방자 치단체 조합 규정 (LkrO)	재정 보상법 (FAG) 지방자 치단체 재정법 (GFG)	지방자치 단체의 부과세 근거에 대한 동일성	부과세 근거에 대한 차이의 허용	특별 규정	특별이익/ 불이익에서		거래관계 로부터 발생하는 부담에서 임의성	지방자 치단체 유소년 관청에 대한 강행적인 비용제공	단체의 청문을 위한 의무	일반전 면시행	증대의 경우	한계치 에서
강행성	임의성												
라인 렌츠- 팔츠	제58조 제2항	22		≤ 1/3	진보, 조세력 중에 관하여 허용					45 마르크			
자알 란트	제146조 제1항	18-20								비용의 75%		≥ 0.5 퍼센트	> 30 퍼센트

2. 개별적인 계마인테의 과대부담 혹은 과소부담

< 1026 >

매우 좁게 펼쳐진 예외적인 사례에서 많은 주 정부는 크라이스 교부금증가의 영역에서, 개별적인 계마인테에 대하여 동등한 비용귀속을 규정하였다. 동시에 두 가지의 형태가 차이를 보이게 된다: 한편으로 과대부담 혹은 과소부담, 그리고 또 한편으로 업무에 따라 구별되는 크라이스 교부금이 그것이다. 후자에서 언급된 변형에 대한 또 다른 측면으로서, 다른 주정부에서는 계마인테의 업무이행에 대한 강행적인 제공이 규정되었다(이에 대하여 자세히는 Hennecke, Der Landkreis 1999, 206, 222).

a) 과대부담 혹은 과소부담

< 1027 >

과대부담 혹은 과소부담의 방법에서 특정한 계마인테에 대한 교부율의 차이는, 대부분의 주 정부에서는 임의적인 것으로 규정되어 있었다. 그러나 다시 거의 대부분 폐지되었다. 그러한 제도의 의도는, 배타적으로 특별히 큰 범위나 혹은 작은 범위에서 크라이스의 개별적인 부분들을 제공하는, 설치의 경우(바이에른, 브란덴부르크 그리고 노르트라인-베스트팔렌) 혹은 크라이스의 급부 경우(단지 브란덴부르크), 하나의 배타적인 부담이나 혹은 범위에 따라 세부적으로 규정되는 크라이스 부분의 과대부담이나 혹은 과소부담을 크라이스 의회를 통하여 결정(바이언, 브란덴부르크)할 수 있거나, 특히 결정해야만 하는(노르트라인-베스트팔렌) 점에서 발생하게 된다. 과대부담은 단지 계마인테의 동의를 가지고서만 크라이스의 설치로부터 직접적으로 유입되는 이익이 제기되어지게 된다. 이익을 끌어내는 것과 재정적인 참가는 상호적인 관계에 놓여 있다. 교부금의 이러한 형태는 예외로 분리되어 있다. 이득에 비율적으로 유보되어 있지 않은 비용지분은, 예외적인 규정에 따라서가 아니라 일반적인 규정에 따라 재정화되어야 한다. 국고적인 기능 외에 크라이스 교부금이 보상기능을 통하여 표시되기 때문에, 그리고 그것 때문에 재정이 좋은 계마인테가 재정이 좋지 않는 계마인테보다도 더 큰 범위에서 크라이스 재정에 기여하기 때문에, 이러한 세금과 유사한 체계에서는 특별이익에 결합되어 있는 과대부담이 지체없이 접합되는 것은 아니다. 그것은 뮌스터 고등행정법원(NVwZ-RR 1989, 661, 662)에 의하여 이물이나 혹은 방해요인으로서 크라이스 교부체계에서 표시되었다. 과대부담이, 특히 재정적으로 약한 계마

인데 -일반적으로 특정한 크라이스 설치에 있고, 그 자체가 재정화 할 수 없는 -가 그것으로부터 나타나는 이익과 관련하여 재정력조정의 개념을 규정하고 있는 것보다 더 강하게 부담된다는 점을 작용할 수 있게 된다. 그것은 과대부담의 원칙을 그것 자체로 물음을 제기하는 것은 아니지만, 크라이스 교부금에 대한 조정기능의 위반을 예방하기 위하여 제한적인 사용을 요구한다. 만약 이와 달리 수익자가 크라이스 설치기구와/혹은 크라이스 급부에 의하여 비용조정을 위하여 관련되는 경우에, 게마인데의 급부능력에 원칙적으로 결합하는 재정시스템의 이행은 손실을 당하게 된다는 것은 오인될 수는 없다. 일반-예외 원칙을 헛되이 하지 않도록 하기 위하여, 게마인데의 직접적인 이익과 합치되지 않은 모든 비용은, 개별적인 구성원의 급부능력에 따른 크라이스에 상응하여, 일반적인 원칙에 유지된다고 하는 점을 고려해야 한다. 그러므로 바이에른에서는, 과대부담이나 과소부담의 사례에 대하여 추인의무가 규정되어 있다.

< 1028 >

주 법상 과대부담이나 과소부담을 규정하는 크라이스 의회의 권리가 발생하는 한, 이러한 것은 -“강행”규정에서- 자동적으로 의무에 농축해진다. 기본법 제3조 제1항의 일반적인 동일성의 원칙이나 기본법 제20조 제1항과 결합한 기본법 제28조 제2항은 기본적으로, 크라이스에 속하는 게마인데가, 그에 의하여 이행된 크라이스 교부금과, 게마인데와 그의 주민에 대하여 이익이 없는 행정행위를 함께 재정화 한 사항을 배제하지 않는다. 왜냐하면 게마인데는 그 자체가 이러한 행정행위를 급부해야만 하고 이행하기 때문이다(BVerwG, NVwZ 1998, 66). 크라이스 교부금과 같이 공적인 업무담당자 사이의 재정조정의 재원으로서 교부금을 가지고, 이것이 특수한 업무책임과 지출책임 혹은 업무경감에 상응해야만 하는 것 없이, 언제나 역시 일반적인 재정조정효과에 도달하게 된다.²¹⁶⁾ 과소부담이나 과대부담에 관한 결정은, 1994년 이래 노르트라인-베스트팔렌에서와 같이 그것이 법률상 강행적으로 규정되어 있지 않는 한, 크라이스의 입법적인 재량에 맡겨져 있다(OVG Bbg., LKV 1998, 23, 27). 개별적인 게마인데는, 그가 그의 영역에서 제공하는 개별적인 설립(그리고 급부)에 대한 그의 지출은, 그의 이익을 위하여 크라이스의 교부금을 측정함에 있어서 고려되어야만 한다는 것을 요구하지는 않는다. 왜냐하면 상응하는 설치와 급부가 나머지 크라이스의 크라이스 영역에서 재정이 마련되기 때문이다. 과소부담은 크라이스에 속하는 게마인데가 특정한 설치물을 유지하고, 그러므로 그들의 주민들이 동일한 크라이스의 설치를 전혀 이용할 수

216) BVerfGE 83, 363, 393; BVerwG, NVwZ 1998, 66 = Der Landkreis 1997, 278.

없는 경우에는 제공되지 않는다.

< 1029 >

과대부담과 과소부담의 임의적인 권한에 있어서, 크라이스 행위로부터 이익을 얻는가에 대한 사항과 관계없이 크라이스 예산의 조정을 위하여 크라이스에 속하는 계마인데가 어느 정도까지 이끌어지는 것에서 발생하는, 이른바 크라이스 교부금의 조정기능의 중단에 관련된다. 크라이스 교부금의 확정이 균형성의 원칙을 지향하기 때문에, 그것은 계마인데가 크라이스의 행위로부터 도달하게 되는 이용에 원칙적으로 독립되어 있고, 크라이스 조정기능의 표현이다. 크라이스에게 주 법상 인정된 과대부담과 과소부담을 결의하는 가능성을 가지고, 크라이스 교부금의 조정효과에 대한 예상치 못한 상승을 예방하기 위한 “원칙(Institut)”이 손에 제도적 수단을 주어야 한다. 반면에 만약 크라이스에 대하여, 과대부담이나 과소부담의 주 법상 가능성으로 인하여 교부금 차이에 대한 전제조건을 조사하고, 관청에 의한 것과 동일하게 개별적으로 크라이스에 속하는 계마인데와 관련하여 재량적인 결정을 하는 것을 요구하는 경우에, 크라이스의 의무를 강렬하게 펼치게 될 것이다. 개별적인 사례에서 명백한 관계를 근거로 하여 (또 다른) 차이의 문제가 제기되는 경우에 단지 약간의 다른 것이 효력을 발생할 수 있게 된다(OVG Bbg., LKV 1998, 23, 27 ff.).

< 1030 >

고집(Trotz)에 대한 원칙적인 이의에 대하여 노르트라인-베스트팔렌 입법자는, 1994년 이래로 효력을 발생하고 있는 크라이스 규정에서 과대부담이나 과소부담을 구속적으로 규정하였다. 입법자는 크라이스 교부금을 가지고 명백하게 조정에 지향되어 있는 개념을 추구하지 않았다; 그러므로 크라이스의 업무규정에서 조정업무와 보충업무는, 대부분의 다른 주정부와 달리, 명백하게 규정하고 있지 않다는 점이 일치하고 있다. 그러는 사이에 과대부담이나 과소부담이라는 제도적 수단은, 그 결과 노르트라인-베스트팔렌 크라이스의 절반이상에서 적용되고 있다.

b) 업무에 따라 구분되는 크라이스 교부금

< 1031 >

업무에 따라 구분되는 크라이스 교부금은, 교부금 근거에 따른 교부율의 구분과는 엄격하게 분리된다. 법률에 의하여 업무에 따라 구분되는 크라이스

교부금은, 특정의, 명백하게 법률에 거론된 업무이행에 대한 비용은 분리하여 조사되어야 하고, 이러한 업무를 그 자신이 이행할 수 없는, 단지 크라이스에 속하는 게마인테에 대하여 전환되어야 함을 야기한다. 1981년 이래로, 이것은 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소(DVBl. 1983, 714, 714 f.)에 의하여, 노르트라인-베스트팔렌에서 헌법합치적으로 행위가 이루어진 기구로서 이루어지고, 그러는 사이에 노르트라인-베스트팔렌 크라이스규정에서 받아들여졌다. 크라이스가 청소년지원 업무를 이행하게 되면, 그는 노르트라인-베스트팔렌에서 크라이스에 속하는 게마인테에 대한 크라이스 교부금에서 고유한 유스호스텔 없이, 유스호스텔의 업무를 통하여 그에게 야기된 비용의 통일적으로 배타적인 부담을 규정해야만 한다. 이것은 역시, 이러한 게마인테에 대하여 청소년지원의 설치를 통하여 크라이스에게 발생하는 비용에 효력이 발생하게 된다. 그 규정을 가지고 주정부입법자는, 유스호스텔법 제69조 제1항 제2문에 있는 연방법의 규정에 반하여 기능개혁을 촉진하기 위하여, 게마인테 고유의 유스호스텔의 설치를 청구하는 게마인테에 대한 재정적인 자극효력을 행사하고자 한다. 상응하는 규정들은, 헤센과 튀링엔에 있는 크라이스에 속하는 게마인테에서 상이한 학교담당의 경우에 대하여 발견된다.

< 1032 >

이러한 규정을 가지고 게마인테의 상이한 지출부담은 중요한 범위에 의하여 업무에 관련된 사항이 고려되고, 입법자에 의하여 본질적으로 동등하지 않는 생각에 대하여 강행적으로 역시 동등하지 않게 다루어진다. 기본법 제3조 제1항에서 이러한 평가가 고립된 업무관련성에서 지체 없이 이행된다고 할지라도, 이행되는 업무의 큰 논쟁에 대하여 개별적인 게마인테에 대하여 결합된 이익은 업무와 업무사이에 매우 상이하게 효력을 미치게 된다는 점을 간과하지 말아야 한다. 그러므로 주 정부 입법자는, 업무에 따른 강행적인 크라이스 분담금의 차이(Kreisumlagedifferzierung)를 가지고 주정부 크라이스의 재정자치성에서 강하게 개입하게 된다. 임의적인 과대부담이나 과소부담에서와 달리, 크라이스 의회는 크라이스 교부금에 관하여 더 이상 자치적인 것으로 인정할 수 없다. 유스호스텔의 업무를 통하여 (노르트라인-베스트팔렌에서), 특히 학교제도 (헤센과 튀링엔에서)에서 야기된 비용의 범위에서, 그는 크라이스에 속하는 게마인테의 부담으로 고유한 유스호스텔, 특히 고유한 학교제도 없이 통일적이고 배타적인 부담을 규정해야만 한다. 이러한 범위에서, 재정의 법적인 형성에 대하여 여지가 남아 있지 않다. 그것에 덧붙여서 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소(DVBl. 1983, 714, 714 f.)는, 차이를

보이는 크라이스 교부금에 있어서 노르트라인-베스트팔렌에서 그의 시기에 강행규정(Sollvorschrift)으로 형성된 과대부담과 과소부담에 관한 규정의 계속적 전개에 관련된 것이라는 견해가 나타난다. 이러한 견해는 크라이스의 특징적인 외관형태에 영향을 미치지 않고 남아 있게 된다. 왜냐하면 그것은, 부분적 영역에 대한 예전 크라이스 규정의 제한에 대한 계속적인 전개를 의미하고, 또 다른 광범위한 영역에서 재정자치성을 가지고 남아 있기 때문이다. 크라이스의 형성과 관련하여, 강행적으로 차이를 보이는 크라이스 교부금에서 임의적인 과대부담이나 과소부담과 비교하여, 하나의 계속적인 발전에 의한 것 대신에, 합의대상과 다른 것에 의하여 언급되어야만 한다.

VI. 크라이스 교부금의 허가의무

< 1033 >

주정부의 많은 수에서, 만약 크라이스 교부금이 하나의 특정의, 법률적으로 규정된 최소한의 한계치를 넘어가거나, 그것의 상승이 전년도에 비하여 특정의 추인이 면제되는 증액여지보다도 큰 경우에는, 그 할당금의 확정 추인을 필요로 한다. 일반적인 추인 요구사항은 단지 니더작센에서 발견된다. 추인 요구사항이 그 자체로서 이미 크라이스의 자치행정권의 제한을 의미한다는 사실은 오인될 수 없다. 추인의 형태에서 요구된 국가의 순수한 권리통제에 대한 작용은 제한여부, 또는 그 외에 고유한 국가의 행정목적 추구하는가 그리고 합목적 고려사항을 이행하는가에 대한 여부문제가 제기된다. 이러한 문제에 대하여, 노르트라인-베스트팔렌, 작센 그리고 튀링엔에 있는 규정들이 유인책을 제공한다. 모든 규정들에 대하여 다음에서 지적하는 사항이 해당된다: 국가는 크라이스 교부율의 추인에 대하여 교부하거나 추인하는 경우에, 순수한 적법성 통제에 한정된다. 왜냐하면 크라이스 교부율은 크라이스의 자치행정업무이기 때문이다. 그러므로 그에게 결정의 자기책임성에 대한 존중이 헌법상 보장된다. 국가의 공동통치의 협력권을 받아들이는 경우에 크라이스 교부율의 추인 시, 마침내 헌법상 보장해야 할 크라이스의 형성권한은 국가의 감독기관의 고유한 재량결정을 통하여 대치되어진다. 그러나 지방자치단체 영역에서 형성적으로 개입하고, 지방자치단체의 입장 대신에 그의 견해를 그곳에 규정되어 있는 업무를 설정하려고 하는 것이 국가에게 보장된다. 크라이스의 재정고권의 표현으로서 크라이스의 확정이 속하게 되는 고유한 효력범위에서, 감독기관은, 자치행정담당에 의하여 편입된 방법이 보다 높은 순위의 권리를 합의할 수 있는가의 여부에 대하여 제한되

어 있다; 그것은 고유한 합목적 고려사항을 포함하고 있는 것이다.

< 1034 >

동시에 크라이스 교부금의 확정이, 크라이스의 자기책임적인 형성범위를 능가하는 이익을 접촉하고 있다는 점이 인식되어야 한다. 왜냐하면 그것은 크라이스에 속하는 게마인데 재정상황에 영향을 미치고 그의 재정행정권에도 작용할 수 있기 때문이다. 그러므로 감독의 영역에서 주정부의 본질적인 발언권을 정당화할 수 있는 이익이 관련되지는 않는다. 감독기관에 발언권을 인정하게 되는 경우에, 지방자치단체의 감독은, 자기책임의 이행에 대한 법질서에 의하여 크라이스에게 발생하는 자치행정업무에게 개별적으로 관련된 크라이스에 대하여 어떠한 범위에서 그리고 어떠한 강도를 가지고 종결이 허용되는가에 관하여 규정 권한을 갖게 된다. 이러한 경우에 주 정부는 수입의 형성과 업무의 지출과 관련하여 균형 있게 자기책임결정에 개입하게 된다. 이러한 국가 영향력의 범위에서, 크라이스는 자치행정단체보다 더 실체적으로 장기가 되지 못하고, 본질적으로(in der Sach) 차후에 정렬되는(nachgeordnet) 낮은 국가의 관청으로서 자격을 갖게 될 것이다. 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소(NWVBl. 1996, 426, 428)는, 크라이스의 교부금을 허용함에 있어서 순수한 법규 감독에 관련되고, 감독기관에게 고유한 재량에 의하여 허용에 대하여 결정할 수 있는 권리가, 교부금의 확정은 크라이스의 효력범위를 뛰어넘고 국가의 이익을 접촉할 것이라고 하는 고려사항과 인정되어질 수 없다는 사항이 근거된다는 것을 제시하였다.

< 1035 >

이러한 해석의 근거로부터, 노르트라인-베스트팔렌과 헤센에서 규정되어 있는 허용교부금을 가지고 조건과 부담 하에 구체적으로 무엇이 도달될 수 있는가에 대한 물음이 설명되는 것이 남게 된다. 조건과 부담에서 전형적인 전문감독의 기구가 주정부의 협력권을 근거해야 한다는 결과를 가지고, 결코 그러한 기구에 관련된 것이 아니다. 우리는, 크라이스의 교부금율의 허용이 구속하는 행정행위를 설명한다는 사실을 상상해내야 한다. 이러한 사항에 대하여, VwVfG 제36조로부터 부담과 조건의 허용에 대한 법적인 근거가 제기된다. 그것에 따르면, 부차적 규정을 가진 행정행위는, 만약 그러한 규정이 법률규정을 통하여 허용되거나 혹은 행정행위의 법률적인 전제조건이 이행되는 것을 그러한 규정이 보장해야 하는 경우에, 간과될 수 있다. 이것은, 크라이스 교부금의 허용에 대하여, 크라이스의 교부금율의 허용에 대한 동기로부터

터 감독기관이 부담과 조건을 단지 크라이스 예산경제의 법합치적인 형성에 대하여 처리를 할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 방법으로 현재의 부분적인 크라이스의 위법적인 업무이행의 경우에, 시간적으로 등급화되어 있는 크라이스로부터 후퇴는 발생하지 않는 업무를 도달하게 한다. 그것을 가지고 동시에 주민의 이익에서 기능을 할 수 있는 지방자치단체의 시설을 수포로 돌아가게 하는 것이 예방될 수 있다. 그러는 한 노르트라인-베스트팔렌 헌법 재판소(NWVBl. 1996, 426, 429)는 명백한 하나의 사실에 도달하게 되었다.

“부담과 조건은 역시 법률적으로 기속되어 있는 추인에서 받아들여진다. 그것들은, 추인전제조건을 개입을 보장하고 법률적인 추인방해요인을 배제하는 목적을 가지고 있다. 동 규정은, 크라이스의 자치행정업무에서 재량에 따라 감독기관이 그것에 통치하는 것을 가능하지 않게 한다. 그러나 동 규정은, 비록 크라이스가 역시, 크라이스의 업무는 아니지만, 그것을 즉시 포기될 수 있는 것이 아닌 업무를 이행한다고 할지라도, 예를 들면 추인을 교부하는 것을 가능하게 한다. 그 추인은, 이러한 업무를 앞으로 교부하고 그것을 통하여 교부금율의 환원을 도달하기 위한 부담을 가지고 교부될 수 있다.

제 7 장 연방, 주 그리고 지방자치단체의 사무와 재정에 관한 개혁*

19

< 1036 >

연방, 주 그리고 지방자치단체의 사무와 재정관계의 시스템은 30년 동안 이미 기술된 형태로 이행되었다. 비록 본질적인 사항에서 그것들이 보장한다 할지라도, 언제나 명확하게 발생하는 약점까지 오인되어서는 아니 된다. 이러한 사항들은 헌법개혁을 통하여 제거되어야 한다. 연방, 주 그리고 지방자치단체의 업무관련성과 재정 관련성의 이행되는 개혁에 대하여는,

- 효과적인 사무이행
- 국가비중(Staatsquote)의 복귀(Rückführung)에서 국가의 축소
- 연방국가에서 자치성강화
- 업무관련성과 재정 관련성의 부분적인 분할
- 국가채무의 경감
- 연방과 주 사이에서 양도된 기능분리원칙의 일반적인 교부 없음
- 상호의 연방적 구성요소

의 목적을 가지고 단지 수입배분, 특히 수입재분배에 대하여 인식하기 위하여 아주 간단히 설명해보고자 한다.

< 1037 >

강화된 경쟁연방주의의 목적을 기술하였던 모든 제안이라고 해도, 기본적인 사무배분체계와 지출배분체계와 일치해야만 한다. 조세수입에서 주정부들의 경쟁에, 만약 사무와 그 사무가야기하는 지출에서 하나의 경쟁이 발생하지 않는 경우에는 언급이 될 수 없다. 조세수입에 관한 경쟁이, 재정범위의 밖에서 공동의 연루와 강력한 중앙집권에 대하여 있는 연방국가적인 사무배분과 지출배분에 동일하게 지지되지 않는다.

< 1038 >

협상에서(von Verhandlung zu Verhandlung) 주정부의 재정조정이 점증적으로 높아지는 보상강도에 도달하는 것은, 무엇보다도 그들의 사무와 지출의

* 제7장 제19절 번역(단락번호 1036-1076) (유주선).

규정에서 점점 더 상승한 주정부의 비독립성 및 수평적인 비교에 경제적인 전개에서 증가하는 거부에 환원하게 된다. 언제나 초과수를 가지고 있는 재정이 약한 주정부들은, 그것의 측면에서 소득의 측면에 대하여, 체계상 그것의 상황을 현실적으로 개선하는 것 없이 점점 더 점증하는 보호를 발견하였다. 연방이 주정부와 지방자치단체의 다른 사무결정요인과 지출결정요인 및 그들의 조세소득의 완전한 규정을 가지고, 단지 약간의 소득의 형성에 있어서 여지와 그들의 지출의 환원에 대하여 가지는 주정부의 재정정책에 대한 중요한 과제를 부여하기 때문에 -채무에서 이탈을 도외시하는 경우에, 주정부의 재정조정의 고립된 개혁을 확장하거나 축소할 수 있는 유인효과는 미리 외부적으로 제한되어 있다.

< 1039 >

변하지 않는 사무배분과 부담배분에 있어서, 그것이 사무에 적절한 재정제공의 창출을 주정부의 책임과 경쟁에 양도할 수 없기 때문에, 시스템에 합당한 보충으로서, 조세배분에 따라 남겨져 있는 불일치를 보상하는 주들간의 재정조정은 재정헌법에 속하게 된다. 본래적인 소득배분이 주정부와 코무넨하에서 동일하지 않고 사무에 합당하지 않기 때문에, 주정부와 지방자치단체에서 그의 사무를 적정하게 그리고 기본법적인 과제에 상하게 이행할 수 있는 상황에서 만들 수 있기 위하여, 재정조정의 어떠한 방법도 나타나지 않는다. 사무배분과 부담배분의 측면에 개입하는 것 없이, 부가가치세배분에서 보충지분을 폐지하는 것과 주들간의 재정조정에서 보상강도를 축소하는 것, 연방보충교부사항으로 환원, 특히 완전히 사라지게 하는 것 및 단체사무와 혼합재정을 포기하는 것이 여러 번에 걸쳐 제안되는 경우에, 이것은 그 자체를 위하여, 누적에 있어서 소득측면에, 만약 의무적인 사무의 이행이 그들(주정부와 코무넨)에 의하여 더욱 더 기대되는 경우에, 많은 주정부와 지방자치단체에 의하여 극복될 수 없는 현저한 경향을 야기하게 된다. 이것을 다음을 보여 준다; 연방, 주정부 그리고 코무넨 사이에서 사무배분과 부담배분에서 출발하지 않는 개혁은, 시스템의 현실적인 개선을 약속하지 못한다. 단지 증상의 단순한 치료만을 약속하는 것이다. 연방입법자가 사무완전성을 주정부와 지방자치단체에서 포괄적으로 결정하는 한, 통일적인 사무이행은 다양한 지역단체들을 통하여 제공되고, 거의 동일한 주정부와 지방자치단체의 재정제공은 필수불가결하다.

< 1040 >

현재의, 단지 주정부에서 확립된 논의에서, 독일 연방국가의 근본적인 구조문제는 두 종류의 가치를 갖는 연방 국가(zweiggliedriger Bundesstaat)에서 세 단계의 행정구축을 규정하고 동시에 지출책임을 행정귀속성에 연결하는 것에 있다는 것이 고려되지 않고 남아 있다. 그러므로 주정부는 하나의 블록(monolithischer Block)으로서 간주되어지는 것이 아니라, 주정부 사이와 기본법 제28조 제2항에 따른 기본법적인 자치행정보장을 향유하는 지방자치단체 사이에서 구분되어야 한다.

< 1041 >

현재의 논의에서 헌법적으로 보장된 지방자치단체 자치행정의 자기책임성은, 기본법 제28조 제2항 제3문에 따라 헌법적으로 보장된 지방자치단체 조세형성 자치를 포함하여 고려되지 않을 뿐 아니라 충분히 고려되지 아니하고, 대신에 마치 연방과 주정부의 재정 관련사항에 대한 개혁이 지방자치단체의 사무제공과 재정제공의 문제로부터 분리되어 설명되는 것처럼 행해지게 된다. 이것은 당연히 그 사례에 해당하는 것이 아니다.

< 1042 >

세부적인 사항에서 사무배분과 재정배분에 대한 연방국가 체계의 7개의 장에 대하여 다음에서 계속 진행된다.

A. 연방국가에서 사무배분

< 1043 >

고찰의 출발점을 입법권한에 대한 배분과 그것의 행위가 연방입법자 -기본적인 사무비판과 관련하여- 를 통하여 형성해야만 한다. 그러나 이러한 주제 범위에 대한 공동 헌법위원회의 집중적인 조언은, 기본법 제74조의 간벌(Durchforstung)은 연방의 입법논의를 실지로 닦을 올리도록 하는 것도 아니고, 앞으로 증가하는 행위를 연방입법자를 통하여 예상될 수 없다는 것을 보여 준다;²¹⁷⁾ 왜냐하면, 그것에 대하여 다른 메커니즘이 연방입법자에게 동기 부여를 야기하지 않는 한, 연방입법자는 미래에 지체 없이 그 입법자에 의하

217) Henneke, in: Henneke/Mauer/Schoch, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 61 ff.; Henneke/Schlebusch, in: Henneke (Hrsg), Stärkung der kommunalen Handlungs- und Entfaltungsspielräume, 1996, S. 51, 54 ff.

여 이미 규정된 범위로부터 다시 물러나게 되는 것에 대하여 침묵하고 있기 때문이다(geschweige denn). 그러므로 연방, 주정부 그리고 지방자치단체의 사무관련성과 재정 관련성의 개혁에 대하여, 중앙의 핵심기능이 부담부분 규정들에게 발생하게 된다. 그러한 것과 독립적으로: 기본법 제74a조는 폐지되어야 한다.

B. 부담배분규정

< 1044 >

연방법의 규정권한에 대한 연속적인 왕복운송(Rückführung)에 관련되지 않는 한, 국가비율의 왕복운송, 단위의 자치 강화 그리고 주정부와 지방자치단체 사이에 더 많은 경쟁력 창출에 대한 모든 제안들이 실현에 있어서, 견련성원칙이 기본법 제104a조에서 개정을 제공하게 되는가에 대하여 놓여있게 되고 속하게 된다(단락번호 183 이하, 212 이하). 왜냐하면 사무측면과 지출측면에서 주정부와 지방자치단체의 여지확대는, 단지 주정부와 지방자치단체의 사무 부담에 대한 중립화를 통하여 연방법적으로 확립된, 일반적으로 수평적인 관점에서 매우 상이하게 흩어진 사무 부담에서, 특히 이러한 도구의 제거를 통하여 결합된 사무에서 도달되기 때문이다. 또 다른 주 정부헌법과 마찬가지로, 기본법에 있는 견련성원칙의 도입을 이행하게 된다면, 이것은 입법자를 통한 점점 집중적인 규정화(Durchnormierung)를 우연히 만나는 것과 마찬가지로, 주정부와 지방자치단체에서 현재의 연방과 지방자치단체에서 주정부의 사무박탈 메커니즘을 아주 효과적으로 만나게 될 것이다. 입법상 사무교부에서, 철저한 헌법의 일괄적인 비용제공청구권의 확립을 가지고, 이양 사무에 대하여 재정적인 조정뿐만 아니라, 입법자를 통한 사무의 외부적인 결정 요인(Fremddeterminierung)의 감소(Rückgang)가 도달된다.

< 1045 >

연방이 주정부와 코무넨 부담으로 하는 입법을 결의하게 되는 상황에 더 이상 있지 않게 된다면, 만약 사주자로서 연방에게 재정의무가 부담되어질 것이기 때문에, 이는 다음의 두 가지,

- 연방은 경쟁적인 입법권한을 창출함에 있어서 더욱 더 주저할 것이라고 하는 점과
- 입법제량 여지를 유보하고 있는 주정부가, 상이한 정치적인 긴급함과 사무이행 수준의 가치를 이유로 하여 국가비율이 계속적으로 주저할 것이

라고 하는 이중의 결과를 가지게 될 것이다.

< 1046 >

그것에 대한 결과를 보면서 이행가능성의 관점이, 아무튼 급부이행과 비교할 수 있는 급부에서 불가피한 개혁필요성을 효과적으로 고려할 수 있도록 하기 위하여, 가능한 현재의 규정체계에 결합하는 한, 받아들여지게 된다. 이것은, 또 다른 체계변환을 예방하기 위하여 Ferdinand Kirshhof 평가자의 제안을 연결시키는 것이 아니라 필자의 개정제안을 연결시키고, 기본법 제104a조 제1항의 원칙적인 유지함에 있어, 연방의 조치의 상세한 사항에 대한 기본법 제104a조 제3항에서, 지급·현물급부 혹은 공적 시설물의 창출이나 유지를 규정하고 있는 주정부나 지방자치단체를 통하여 하나의 -그리고 더욱이 완전한 일괄적인- 연방의 부담의무를 요청하기 위한, 제61회 독일 법률가대회의 헌법분야에서 중요하게 비중을 두었던 핵심고려사항이었다. 이것과 관련한 기본법 제104a조 제3항의 개정은 기한이 지난 것이다. -추측의- 문제들의 구조적인 영역, 즉 금전급부와 그것과 유사한 급부를 타당하게 하기 위한 그러한 개정의 취약점은, 실지로 실제적인 관점에서 뿐만 아니라 이행가능성과 관련하여 그것의 강함이다. 그러나 -언제나 양자가 미래에 형성하게 되는- 효력이 있는 재정헌법의 체계에 충분히 특수한 예외규정과 사무에 타당한 조세배분과 재정조정 우선순위를 확립한다. 기본법 제106조, 제107조의 지급까지의(bisherige) 견적기능(Tarierfunktion)은, 그것이 현재의(gegenwärtig) 특히 기본법 제106조 제3항 제4문, 제4항 제1문에 관련된 것과 같이(단락번호 715 이하) 원칙적으로 유지하게 될 것이다. 거기에서 기본법 제104a조 제3항에 따라 연방에 의하여 주 정부와 지방자치단체에게 지급하게 되는 재정액은 원시적인 수직적 조세배분에서 우선적으로 연방에게 부과하게 될 것이다.

< 1047 >

기본법 제104a조 제3항의 상응하는 개정에 도달하게 되는 경우에, 동시에 사무교부와 요구되어지는 재원의 준비설정 사이의 부대(附帶)가 만들어질 것이라고 하는 것이 보장되어야만 한다. 만약 연방이 사무교부의 경우에 예외적으로 직접적으로 게마인테와 크라이스에 대하여 개입하거나 개입이 허용되는 경우에, 이것은 그의 재정책임에서 직접적으로 지방자치단체에 대하여 완화해야 한다. 만약 연방이, 이행하는 관청이 주정부를 통한 규정에 교부를 한, 금전급부법률이나 현물급부법률을 규정하는 경우에는 달리 관련을 맺게 된다. 이러한 경우에 연방의 과대부담보상의무가 주정부에게 발생하게

된다. 이러한 사항이 사무담당자에 대한 주법에 의하여 지방자치단체에게 규정하고 있는 경우에, 그것은 자기이행 대신에 지방자치단체 과대부담에 대한 책임을, 사무이행의무가 여전 집중되는지의 여부에 관계없이, 지방자치단체가 이러한 경우에 그의 보상청구권을 사무를 교부하는 주정부에 대하여 지향해야만 하는 결과를 가지고 관련되는 그것이다. Abb. 8에서 설명된 연방과 주정부의 사무관련성과 재정 관련성의 측면에서, Abb. 11에서 기술된 변형이 제안된다.

C. 조세입법권한과 세금징수확정권한

< 1048 >

관련성원칙의 상응하는 개정에 도달되는 경우와 도달되는 한, 그것을 통하여 발생하는 주정부와 지방자치단체의 불가피한 지출부담의 중립에 근거하여, 주정부와 지방자치단체의 자치성 강화에 대한 조세입법권에서 자유롭다. 왜냐하면 지역적으로 다양한 조세부담이 지역적으로 통일적인 제공에서는 정치적인 경쟁에서 아무런 관련을 맺고 있지 않기 때문이다.

I. 목 표

< 1049 >

주정부와 지방자치단체의 확실한 자치성강화의 목적에 관하여 또 다른 통일성이 표시된다. 그러나 그러한 구조적인 변경에 대하여는 적어도 7개의 중요한 근거들이 현재의 체계와 관련해서 언급된다. 우선 이것은 주민에게서 느낄 수 있는 관점이다. 특히 주정부정책이 오늘날 배타적으로 지출형성정책과 채무형성정책으로서, 그러나 소득형성정책으로서 인식되는 것이 아닌 경우에, 확실한 조세자치에서 주정부는 고유한 책임을, 어떠한 범위에서 그가 국가적 급부를 이행하고 그것에 대하여 조세 지불자를 부담시키도록 해야 하는가를 확정해야 한다. 이러한 사항이 책임원칙과 민주주의 원칙을 강화한다.

< 1050 >

1960년 재정개혁에서 연방 국가를 모순되게 하는 조세입법권한의 일련의 핵심고려사항은, 경제조세에 대한 조세취합(Indienststellung der Besteuerung für die Konjunktursteuerung)에 대한 측면과, 지난 20여 년 동안 사실적으로 현저하게 의미를 상실하고 유럽공동체의 조세조화의 과정에서, 민족국가적이면서 점증적으로 질의를 던지게 되는 정책의 기능상실에 편성하여 그 비중을 상

왜하게 되는 관점이었다.

< 1051 >

마스트리히트 기준의 국가내적인 변환은, 제재가 보장된 과실한정의 확정을 가지고 유일하게 자치적으로 형성 가능한 소득원천의 도달, 이른바 순부채인수(Nettokreditaufnahme)의 범위의 주정부에게, 명백하게 제한된다는 것을 통하여 근거를 갖추지 못한, 몇 년 전에 심하게 다툼이 발생하였던 연방과 주정부 그리고 지방자치단체의 과실한정의 구속적인 확정의 신속한 국가안정협약(Nationalen Stabilitätspaktes: 단락번호 628 이하)의 체결을 제공하게 된다. 주정부는 탈출구를 바라봄에 있어, 이러한 방법으로 그것으로부터 출발하는 제한된 효력을 가능한 광범위하게 연기하기 위한 목적으로, 연방과의 관계에서 과도하게 높이 보이는 과책율을 요구하는 것에서 보고 있다. 반면에 자치적인 조세형성가능성은, 지방자치단체 재정조정의 축소를 통한 단지 신용의 방법과 형성할 수 있는 지출을 창출할 수 있도록, 연방국가 독일에서 전체적으로 속하게 되는 과실잠재성의 국가내부적인 배분에 대한 연방과 주정부 사이의 해결책을 명백하게 강화할 수 있을 것이고, 동시에 주정부의 딜레마를 완화시킬 수 있을 것이다.

< 1052 >

동일한 사고, 즉 배타적으로 연방이 주민의 고도의 조세부담을 조정하기 위하여 부가적으로 발생하는 재정의 필요성을 조정하기 위한 가능성을 지속적으로 갖게 되는, 연방과 주정부 사이에서 조세를 확정함에 있어서 형성가능성에서 출입조절기능의 창출과 비대칭의 제거는, 이러한 방법으로 연방과 주정부에서 부가가치세 참여관계를 확정함에 있어서 지출의 확대에 관한 경쟁을 야기하는 조정을 절차를 제거하기 위한, 주정부의 조세형성가능성을 요구한다(단락번호 715 ff.). 주민의 조세부담의 불이익을 작용하게 하는 현재 과정의 비대칭은, 연방과 주정부의 증가하는 국가지출에서 조세를 통한 개별적인 보상율이 감소하고 있다는 점에 있다. 그것은 지난 주정부가 부가가치세 참여관계에 관한 협상에서, 부가가치세수입에 대한 지분이 상승되고 연방의 지분이, 연방은 조세입법권한에 관하여 처리가능하고, 연방참사원의 동의가 있든지 없든지 상관없이(sei es mit Zustimmung des Bundesrates, sei es ohne diese), 천연 유훈세를 올리거나 혹은 연대부과의 도입에서와 같이, 주민에게 다시 재정화 할 수 있다는 고려사항을 가지고 이용하게 된다. 주정부의 조세형성 권한의 인정을 위하여 조정을 절차가 배제된다면, 수직적인 조세배분에

관한 해결책은 현저하게 상승하게 된다. 연대방침협상 전에 아주 명백하게 고려하기 위한 진행 중인 시스템내재적인 지출상승경쟁은, 조세원천의 이용을 위한 가능성에 대한 각각의 또 다른 측면이 요구되기 때문에 배제된다고 한다.

< 1053 >

행위가능성의 부족으로 인하여 고유한 행위무능력을 이끌어야 하는 것 대신에 자신의 형성가능성과 자신의 노력에 대하여 환원하는 고려사항은, 주들 간의 재정조정과 부족부분-연방보충교부사항(BEZ)에서 매우 높은 보상수준에 대한 대안으로서 주정부의 부분적인 조세형성가능성에 대하여 지지하게 된다. 이러한 사항은 시스템 내부적으로, 형성가능하지는 않지만 매우 강하게 납입되는 고유소득에서 기속된 지출의 높은 등급과 관련하여, 존재하는 보상강도의 대안은 발생하지 않는다고 하는 것에서 기인하고 있다. 이러한 구조적인 하자전개는, 견련성원칙의 도입을 통한 지출측면으로부터 뿐만 아니라, 주정부의 형성재량여지 확대를 통한 소득측면을 파헤치는 것이 효력을 갖게 된다.

< 1054 >

브레멘·자알란트와 관련하여, 원조를 필요로 하는 주정부 브레멘과 자알란트의 협조의무에서 연방의 상호원조의 원칙으로부터 세무서를 도울 의무의 해소와 함께 연방헌법재판소의 예산긴급 상황결정(E 86, 148)은 단지 개입이 가능할 것이다. 왜냐하면 관련된 두 정부에게 조세징수에서 자기원조에 대한 가능성이 아직까지도 발생하지 않았기 때문이다. 만약 주정부의 조세형성재량여지를 도입하게 된다면, 이것은 예산부족상황의 발생과 그것과 결합된 원조의무를 가능한 피하게 되게는 하겠지만, 원조급부의 보장은 위 두 주정부에서 주민의 인지할 수 있는 조세양성의 전체조건에 결합할 수 있을 것이다. 지금까지 이미 5년 이래로 경과하고 있는 구조 개선행위(Sanierungsaktion)의 거대한 급부행위에도 불구하고 희망하는 성공을 보여주지 못했다. 왜냐하면 해당 주정부 브레멘과 자알란트가 지출측면에서 국가재건부담(Sanierungsauflagen)을 이행하기는 하였지만, 기대와 함께 수입의 전개는 앞으로 나아가지 못했기 때문이다. 협조의무 뿐만 아니라, 고유 주민의 강력한 조세부담에 대한 의무가 발생하게 된다면, 이는 현재의 규정보다도 책임원칙과 민주주의 원칙을 더 명확히 고려하게 될 것이다. 역시 해당 주정부와 그들의 주민성격으로부터 주정부의 새로운 구성원의 대안은 가능한 오늘날 해당하

는 사례와 달리 판단될 것이다.

< 1055 >

마침내 1999년 1월 1일 유로의 도입은, 유로국가의 개별적인 지역 사이에서 발생하는 기업정착에 관한 경쟁이 더욱 강화되도록 하였다. 그러므로 청약지향성인 “현장기준 정책전략”의 비중²¹⁸⁾이 높아지게 되었다. 그 결과 앞으로 주정부 정책뿐만 아니라 지방자치단체 정책이 현저하게 의미를 갖게 될 것이다. 효과적이 되도록 하기 위하여, 주정부는, 경제와 관련된 조세형성의 요서에 대한 경제 진흥의 제도를 확대하기 위한 제도적인 재량여지 뿐만 아니라 재정적인 재량여지를 필요로 한다.

< 1056 >

주정부의 명확한 조세형성자치의 인정을 받아들이기 위한 모든 논의는, 그 외에 도시, 게마인테와 크라이스에 모순되지 않게끔 양도되었다. 거기에서 게마인테 단위는 토지세와 영업세에서 조세권을 처리하고 있는 반면에, 크라이스는 지금까지 한 번도 직접적으로 조세수입에 참여한 적이 없다. 지방자치단체의 재정시스템과 조세시스템의 필수적인 검토를 함에 있어, 지방자치단체의 형성여지에 대한 확대요소에 매우 높은 의미가 발생하게 된다. 이러한 사항은, 1969년 이래로 기본법 제106조 제5항 제3문에서 규정되어 있는, 게마인테의 소득조세지분에 대한 조세 확정율을 마침내 도입하고, 역시 크라이스에 조세형성가능성을 규정하는 것에 동의하고 있는 것이다.

II. 방 법

< 1057 >

시작되는 정책적인 논의과정과 결정과정에 대하여, 만약 조세입법 권한의 배분에서 주정부와 지방자치단체의 자치성 강화의 추구되는 목적에 관하여 가능한 한 조기에 포괄적인 합의가 도달되는 경우에, 그것에 따르면 현재 아직도 진척되고 있지 않는 본질적으로 급부되는 세부적인 일이 시작되는 것인데, 왜냐하면 목적에 대한 논의나 방법에 대한 논의가 지금까지 상호간에 섞여 있었기 때문이다. 구체적으로 발견되고, 고려되는 관점을 고려하는 해결책이 아직 발견되고 있는 것 같지는 않다.

218) 이에 대하여 자세히는 Henneke, Der Landkreis 1999, 3 ff.

< 1058 >

조세입법 관할의 귀속에 대한 문제는 수입고권의 배분의 문제와 분리하여 다루어질 수 없다는 점이 명확해진다. 원칙적으로 지금까지의 수직적인 소득 배분에서 남아있게 된다면, 주정부의 조세입법권한은 기본법 제106조 제2항, 제6항에 따른 그 소득이 주정부와 지방자치단체에 속한다고 하는 그러한 조세에 확장될 수 있게 된다. 그러는 한, 기본법 제105 제2a항에 따라 주정부의 조세입법권한을, 그러한 것들이 고유한 이익을 위한 것뿐만 아니라 지방자치단체의 이익을 위하여 사용된다고 하는 기대 속에서 대상으로 확대하는 것이 고려될 수 있다. 기본법 제105 제2항에 따른 경쟁적인 입법권한으로부터, 연방의 주정부와 지방자치단체에서 배타적인 소득관할에서 주저한다고 한다면, 동일한 효과가 도달될 수 있다. 그러므로 헌법적인 규정은 강행적으로 주어지는 것이 아니라 -지난 30여 년 동안 경쟁적인 입법권한에 진출하여 이용함이 보여주었던 것과 같이-, 오히려 합목적적인 것이다.

< 1059 >

반면에 공공세, 특히 소득세에 있어서, 부가세 특히 주정부에 대한 조세권이 헌법적으로 가능하게 된다. 동시에 지방자치단체를 이해하는 것이 유효하다. 왜냐하면 동일한 조세에 있어서 조세권과 부가세권을 주정부뿐만이 아니고 지방자치단체에게도 인정하게 하는 것은 거의 의미가 없을 뿐만 아니라 비현실적인 것으로 보인다. 지역적으로 비교적 동일하게 효과가 있는 도시와 계마인테에 대한, 크라이스 할당금의 과다부담을 피하기 위하여 크라이스에 대한 이러한 조세에서 고유한 조세권을 인정함에 있어 가치창출세의 도입에 대한 제안은, 도시 조세에서 주정부의 부가세권과 조세권에 대하여 여지를 허락하고, 이러한 관련성에서 큰 공헌과 집중적인 논의에 기여하게 된다.

< 1060 >

결합시스템의 환원과 분리시스템의 강화에 대한 수입배분에서 있어서, 임금세와 소득세의 수입의 귀속을 통하여 나타나야만 한다면 -결과에서 그럴싸하지 않은 것인- 그러한 규정은 주정부에게 어쨌든 잠재적으로 유보된 것이라 할 것이다.

< 1061 >

하지만 구체적으로 개입되는 방법과 관련하여 대략적인 목표가 제공된다. 현재의 조세입법권한의 배분시스템의 하자가 예방되어야 할 뿐만 아니라,

1955/1956과 1969년 재정개혁을 가지고 현재의 시스템을 제거를 야기하였던 그 시스템이 가지고 시스템 하자 또한 예방되어야 한다. 수평적인 55에서 주 정부와 지방자치단체 사이에 조세근거가 이전부터 동등하게 배분되지 않다면, 조세에 관한 경쟁에서 기회 동등성은 발생하지 않게 된다. 자동적으로 이것은, 조세단체에 대한 요청, 특히 수평적인 재분배에서 높은 보상급부에 대한 요청을 야기한다. 주정부와 지방자치단체의 조세형성권한의 가능성에서, 동일한 제공과 각각의 영역단체의 충분한 조세자치성 사이에서 단지 올바른 중간다리(중도, 중용)를 개혁하는 것에 있다. 그것에 대하여, 지역적인 사무비례성을 가지고 움직이면서 포괄적으로 연결된 조세원천을 조세권을 가지고 시는 통일적인 사정근거에서 제공하는 것으로 충분하다. 임금세와 소득세 특히 공공세가 전적으로 적절한 것인가의 여부, 혹은 그것이 이전부터 조세근거를 동등하지 않게 충분한 사무비례성을 지칭하지 않는지 여부는, 현재중간틈이 있고, 좀 더 세부적으로 밝히는 것을 필요로 한다. 그 나머지 부분에 대하여는, 주 정부세로부터 자동차세뿐만 아니라 맥주세 그리고 도박세 교부를 지시할 수 있다.

D. 수직적인 조세수입 배분

< 1062 >

미래에 수직적인 조세수확배분에 있어서, 분리시스템과 결합시스템의 요소로부터 발생하는 혼합시스템의 기본적인 해체는 거의 현실적이지 않다. 그것이 실제로 추구될 수 있는지의 여부, 혹은 그것이 야기한 불이익이 기대되는 이익을 초과하지 못하는가에 대한 사항들이 의문이다. 기본법 제106조의 현재 규정에서 명백하게 약점을 제시하고 있다.

- 연방과 주정부에 부가가치세를 배분함에 있어 조정을 절차에서
- 헌법적으로 보장함에 있어, 재정헌법이 계속헌법으로서 그것의 기능이 정당화되지 않는 크라이스의 완전하게 하자있는 조세수확참여에서
- 충분히 각인되어 있지 않은 지방자치단체 조세제공과
- 지방자치단체 조세수확관할과 단순 연방입법자의 임의적인 권한에 놓여 있는 영업조세 할당금의 “공개 측면”에서(단락번호 908 이하).

< 1063 >

그 외에 헌법정책상 완전히 불행한 것으로 표시되어지는 기본법 제106조 제3항 제5문과 제6문, 제4항 제1문, 제2문 앞부분과 기본법 제106a조에 있는

여객 운송에 대한 주정부지분의 가족급부보상에 대한 헌법상 새 규정이 유효하는 폐지를 귀속해야만 하는 것은 명백한 것이라 하겠다.²¹⁹⁾

< 1064 >

여기에 대하여, 기본법 제105조 제3항에 따라 수확이 배타적으로 연방에 유입되는 조세에 관한 모든 연방법이 연방참사원의 동의를 요구하게 된다고 하는, 해결되는 것이 쉽지 않은 문제가 발생하게 된다. 동의 요구사항의 축소, 실지로 강한 분리시스템을 가지고 주정부의 조세입법권한의 강화에 있어서 그들과 지방자치단체를 위하여 유입하는 조세를 고려해야 한다. 기본법에 따라 공공세의 해체에 도달하고자 한다면; 간접세는 연방에게, 직접세는 주정부에게, 동시에 일정기간 그들의 관계를 봉합하게 된다. 유럽연합 역내 시장에서 조세율의 조화와 관련하여 조세 체계상 직접세와 간접세가 야기하지 않은 관계에 대한 논의는, 긴급함 없이 연방국가에서 단위수준의 사무에 타당한 재정제공의 물음을 가지고 고찰될 것이다. 다른 단위에 귀속되는 조세종류에 대한 지분의 복잡한 개입권능은, 이러한 질문제기의 해결을 위하여 규정되어야 할 것이다.

< 1065 >

그러한 해체를 규정하고 하였던 제안들은, 제시된 견련성원칙의 새로운 규정에서 원초적인 수직적 조세배분에서 연방을 위하여 양적인 현저한 전환이, 주정부와 지방자치단체에게 그의 의무를 부담보상에 대하여 이행할 수 있도록 하기 위하여, 받아들여야 한다는 점을 간과하고 있다. 현재상태의 비교에서(im status quo Vergleich) 조세수입이 연방과 주정부를 위하여 해체를 함에 있어서 우연히 적당하다는 사실은, 변경되는 견련성원칙에 있어서 새로운 규정에 대하여 개별적인 언급이 없다. 덧붙여서 연방에 부가가치세 수확의 완전한 귀속의 제안에서, 1997년 노력하여 획득되고 기본법 제106 제5a항에 헌법상 보장된 게마인테의 부가가치세 참가는 폐지된 영업자본세에 대한 대치로서 이미 제거되어졌고, 새로운 지방자치단체의 조세참가에 따라 발견되어져야 한다는 점을 간과하였다.

< 1066 >

현재의 명백하게 표시되는 공공세에서, 부가가치세 참가를 변형된 견련성원칙의 재정적인 효력을 가족급부보상과 주정부 지분을 위한 특별규정을 폐

219) Dazu ausf.: Henneke, ZG 1999, 1.

지함에 있어, 만약 이것들이 연방과 주정부에 상이한 효력이 제공되는 경우에, 직접세와 간접세의 지분관계의 변경에 근거하여, 공적 여객운송(ÖPNV)에 대하여 적절하게 하는 것과 미래의 변경이 단지 받아들여질 수 있는 것을 비율로 확정해야 하는 것이 인정되는 것으로 보인다. 연방의 측면에서 주정부와 지방자치단체의 새로운 사무에 대한 확정을 통한 부담전가(Belastungsverschiebung)은, 원칙적으로 변형된 견련성원칙에 관하여 연방에 의하여 받아들여진다(aufgefangen werden); 각각의 고유한 단위에 사무확대의 공간을 연방과 주정부는 각각 고유한 조세가능성의 이용을 통하여 보상해야만 할 것이고, 그의 주민과 선거에 앞서 정당화해야 한다.

< 1067 >

크라이스 단위와 관련하여, 마침내 재정헌법의 기능을 근거로 하여 헌법정책상 계속헌법으로서 받아들일 수 없는 오해사항에 대하여, 높은 정도로 헌법상 보장되어 있는 본래적 자치행정사무에도 불구하고, 모든 다른 단위와 달리, 크라이스에게 본래적인 조세소득은 발생한다. 헌법적으로 보장된 지방자치단체의 청구권에도 불구하고 지방자치단체의 재정조정에 관하여 사무에 적절한 재정규모 확보를 거부한 단지 주정부에서만 작용하게 된다.

< 1068 >

지방자치단체의 조세제공과 관련하여, 기본법 제106조 제6항의 변형과 결합된 지방자치단체의 재정개혁의 지속에 대한 고려사항을 가지고 종결되어져야 하며, 거기에서 양적인 지방자치단체 조세제공의 개선과 질적인 개선이 지방자치단체의 재정조정에 대한 교부중속을 감소함에 있어 추구되어야 한다.

< 1069 >

단위의 자치성강화와 해체에 대한 현저한 기여는, 기본법 제106조 제6항 제4문과 제5문(단락번호 908 이하)에 따른 영업세 할당금의 폐지를 통하여 이행되어지고, 그것을 통하여 -부가가치세에서와는 달리- 헌법에 의하여 이끌어지는 원칙에서 할당금의 범위에 대하여 발생하지 않는 영업세는 실지로 네 번째 공공세가 된다. 왜냐하면 기본법은 연방입법자에게, 연방참사원의 동의를 받음에 있어 연방과 주정부에게 교부금을 통하여 영업세의 조세에 참가하는 권한을 부여하기 때문이다. 1969년 재정개혁에서, 당시 영업세에서 발생하는 커다란 분산을 방지하고, 임금세와 소득세에 대한 게마인테의 지분에 대한 도입을 함에 있어서 영업세로부터 게마인테의 독립성을 축소하기 의미

있는 배경이 있었던 규정을 가지고, 과거에 일방적으로 연방과 주정부에 의하여 종종 그들의 이익을 위하여 사용되었다. 연방, 주정부 그리고 게마인테의 재정 관련성에 대한 새로운 규정의 영역에서, 타당성을 갖는 수직적인 소득배분에 대한 문제가 논의의 장으로 나오게 된다면, 영업세 할당금에 대하여 연방과 주정부를 위하여 보상 없이 포기되어야 한다. 그것을 통하여 발생하는 연방의 재정적인 탈락분은, 새롭게 받아들여지는 부가가치세 참가관계의 배분에서 고려될 수 있다. 주정부의 탈락분은, 필연적으로 게마인테의 재정조정에서 공공세를 형성함에 있어서 고려가 될 수 있을 것이다. 지방자치단체의 소득 자치는, 지방자치단체에 소득수확의 새로운 교부가 발생함 없이, 이러한 방법으로 현저하게 증가하게 될 것이다. 지방자치단체에게 단지 고유한 것으로부터 수확이 그대로 두게 할 것이다(belassen). 발생하는 커뮤니티 사이의 분산효과가 너무 크다는 사실을 받아들이는 견해가 지지되는 경우에는, 지방자치단체에 근접한 해결책으로서 영업세 할당금을 발생하게 하기는 하지만, 크라이스에 속하는 공간에서 그의 조세를, 크라이스에 속하는 공간에서 현저한 보상효과에 기여할 것이며, 크라이스를 고유화하는 보상기능과 보충기능에 타당한 고려가 되는, 크라이스에게 교부하는 것이 제공된다.

< 1070 >

끝으로 지방자치단체 조세 수입력의 강화를 위하여, 토지세의 징수를 완전히 크라이스와 크라이스에서 독립한 도시들(Kreisfreien Städten)에게 교부하고, 그 결과 가까운 몇 년 전에 대부분의 서독의 연방주정부에서 실무적으로 이행되었던 집행(handhabung)을 헌법적으로 보장하는 것이 효력을 갖게 된다. 그것을 통하여 발생하는 응축여지의 수평적인 유리함은, 지방자치단체의 재정조정에서 그것으로부터 불이익을 당하게 되는 주단위의 영역에 유리하게 확대하여 보상될 수 있을 것이 계속적으로 보상되어야만 할 것이다.

E. 주정부와 지방자치단체에서 수평적인 조세수입배분

< 1071 >

주정부와 지방자치단체에서 수평적인 조세수확을 배분하는 경우에, 특히 부가가치세(단락번호 742 이하)에 있어서 보충지분의 헌법적인 가능성은 법정책적으로 외부적으로 다툼이 있다. 그 밖에 요구된 소득세와 임금세의 배분은 영업지에 따르는 것이 아니고 -공공세에서와 같이-, 조세채무의 거주지

에 따라 이행된다고 하는 점은 도시국가(Stadtstaat)에 의하여 비판을 받았다. 임금세와 소득세의 수평적인 배분은, 전체배분체계의 부분요소로서 타당한 것으로 보인다. 왜냐하면 영업지의 원칙에 따른 영업세와 마찬가지로 주정부에게 유입되는 공공세의 지분의 배분이 이행되기 때문이다. 그러는 한 다양한 조세에 있어서 다양한 구성요소들이 범위에서 벗어나가 된다. 단순입법적인 개정의 필요성과 마찬가지로 헌법적인 개정의 필요성은 그러는 한 발생하지 않는다. 전체적인 수입배분시스템에 대하여 헌법재판소가 원래의 수평적인 재정제공의 단위에서 적절하게 임의적인 중간층으로서 표시하였던, 기본법 제107조 제1항 4문, 2문 전단에 따른 보충 지분(Ergänzungsanteile)의 질문이 구조적으로 커다란 비중이 있게 된다. 재정 관련성의 개혁에 대한 최근의 제안을 고려해 본다면, 보충지분의 가능성에, 종종 부가가치세 우선조정으로서 신용이 떨어지게 되고 혹평을 받게 된다, 비록 보충지분이 현재 연방국가 독일의 재정조정시스템에서 25%(Viertelhundert)를 넘어 확고하고 취소되지 않는 장소를 가지고 있다고 할지라도, 또 그 보충지분이 연대성협상의 영역에서 새로운 주정부의 주들 간의 재정조정능력을 다투지 않고 전적으로 가능하게 한다고 할지라도. 한편으로 보충지분에 대한 이의가 있는 경우에, 만약 그 보충지분을 통하여 장소적 징수에 상응한 조세력이 변형되기 때문에, 다른 측면에서 계속 뒤따르게 되는 수평적인 주들 간의 재정조정이 현저하게 부담을 덜게 된다는 점을 오인되어서는 아니 된다. 그러는 한 이러한 제도의 유지에 대한 중요한 논의는, 서쪽-동쪽 관계에서 주 정부 조세력에서 현저한 불일치가 발생하는 바와 같이, 재정이 약한 주 정부의 재정력의 강화를 야기하게 된다. 이것을 결과적으로, 이해되어지는 범위와 관련하여 주기적으로 반복하여 비판적으로 단순입법적인 형성을 시험대에 올려놓아, 이러한 임의적인 교부단계의 헌법상 가능성을 확정하는 것을 인정하게 한다.

F. 주들간의 재정조정

< 1072 >

기본법 제107조 제2항 제1문과 제2문에서 주들 간의 재정조정의 헌법적인 규정에 대하여, 원칙적으로 기억해야 하는 것은 없다. 상이한 재정력의 적절한 보상에 대한 개념은, 포괄적인 해석에 도달될 수 있다. 제안된 견련성 원칙(Konnexitätsprinzip)과 그것과 더불어 발생하는 주정부에 대한 연방법상 결정되어 있는 과업 및 주정부의 제한된 조세 형성 자치에 이르게 되어야 한다면, 재정헌법 기능의 관점에서 계속헌법(Folgeverfassung)으로서 해석(Interpre-

tation)이 나타나는, 그러한 해석은 적절한 보상 하에서 이해될 수 있고, 다른 관점에서는 현재의 것으로 이행된다. 그 결과 보상강도는 단순법적으로 환원될 수 있게 된다. 연방과 주정부의 지출권한과 소득권한의 제안된 새로운 규정에 이르게 된다면, 주정부와 게마인데의 과도한 조세근거의 보상에 대한 주들 간의 재정조정은 과도하기는 하지만, 그것의 범위에 있어서는 구체적으로 받아들여 진행된 단계의 형성에 따라 점증적으로 환원될 수 있다. 세부적인 고려사항이, 만약 이미 언급된 연방, 주정부 그리고 지방자치단체의 다섯 단계의 사무 관련성과 재정 관련성의 형성에 대한 명확성이 도달되는 경우에, 제시될 수 있다. 양도된 불합리성이 단순한 재정조정의 형성에서, 반쪽의 게마인데의 조세력, 항역부담의 고려와 도시국가의 주민개량의 고려와 같이, 폐지의 목적과 함께 외부적으로 비판적인 검토를 요구한다.

G. 수직적인 재배분

< 1073 >

기본법 제107조 제2항 제3문에 따라 연방보충교부를 위하여 평행적인 조사 결과(Befund)가 제시된다. 본질적인 문제는, 헌법적인 가능성에 있는 것이 아니라 단순법적인 형성에 놓여 있다(단락번호 783 이하). 이미 언급된 헛간(Rumpelkammer)은, 좋지 않은 위원회(Gruselkammer)로 말하지 않기 위하여, 만약 다섯 가지 종류의 연방보충교부금을, 현재 그것이 발생하고 있는 것과 마찬가지로 - 바라보는 경우에, 깨끗이 치워져야 한다. 주정부보상에 대하여 이행해야만 했던 부족한 금액-연방보충교부사항(BEZ)에 대하여 효력이 있다: 헛간은 변형된 견련성 원칙을 도입하는 경우와 연방의 측면에서 발생하는 부분적인 사무규정 및 보상의 범위에서 주정부의 강화된 조세형성권한을 도입하는 경우에 명백하게 환원될 수 있고, 각각 주들 간의 재정조정의 형성에 따라 가능한 전부가 누락될 수 있다. 반대의 것이 효력을 갖는다: 주들 간의 재정조정에서 보상수준이 낮으면 낮을수록, 이미 1986년 연방헌법재판소가 제시한 바와 같이, 그 결과는, 계속헌법으로서 재정헌법의 기능을 정당하게 하는 사무에 타당한 모든 주정부의 재정제공을 확실히 하기 위하여, 보충적이고 점증적인 부족한 금액-연방보충교부사항(BEZ)에 따라 나타나게 된다.

< 1074 >

현재 새로운 16개 수령 자격이 있는 주정부에서 정책적인 운영의 비용에 대한 특별필요성이 명확하게 잘못된 신호를 기술하게 되는 것은, 일반적인

인식상태에 속하게 된다. 부분적으로 조건화된 특별 부담에 대한 특별필요성-연방보충교부사항은, 1995년부터 2004년까지 10년이라고 하는 정해진 기한을 놓여 있다. 낮은 수준에 대한 지속적인 필요성에 관하여, 남아 있는 구조적인 재정헌법의 지속적인 전개를 인식하지 않고서, 오늘날 예측은 주어지지 않고 있다. 고도하게 높은 부담에 대한 경과-연방보충교부사항(BEZ)는, 감소하면서 형성되어 있고, 2004년이 지나면서 끝이 난다. 예산개량의 목적에 대한 특별보충교부는 지체 없이 합의가 될 수 없다. 그것의 투입은, 주정부의 조세형성권한을 창출함에 있어서, 만약 그것이 과대채무를 가진 주정부의 주민에 대하여 강화된 조세의 동원(Heranziehung)과 연결되어지는 경우에, 더 효과적인 된다.

< 1075 >

전체적으로 1997/1998 해 변경에 예측된 발견물(Befund)에 주들간의 재정조정 질문과 연방보충교부가 명확히 되어야 한다: 주정부보상과 연방보충교부의 타당한 형성은, 나의 견해에 따르면, 헌법적인 변경필요성을 야기하는 것이 아니라, 기본법 제107조에 놓여 있는 가능성에 대한 타당한 단순법적인 형성에 종속되어 있다. 재정조정의 제3의 소금으로서 재정이 약한 주정부(주들간의 재정조정과 연방보충교부) 뿐만 아니라 예산과 재분배의 기능을 가진 주된 기능으로서 지방자치단체의 전체의 반책임적이고, 불투명한 결과를 점증적으로 야기하는 재정조정은, 만약 예산적인 기능이 강한 정도에서 지급과 마찬가지로 높은 고유한 분배소득과 양도된 의무사무에 대한 비용제공이 이행되고, 매우 높은 과중으로부터 소득배분뿐만 아니라 지출부담(특히 이질적으로 규정된 특별부담)에서 발생하는 현재 외부적으로 발생하는 높은 보상의 필요성은, 조그마한 배분효과와 특수한 특별부담보상을 가진 조세를 통하여 축소될 수 있을 것이다. 재정시스템의 현재 요소에 대한 비중의 전환은, 연방국가에서 책임강화의 관점과 투명성에 대한 증가분 외에도, 재정조정에서와 달리 다양하게 보이는 형태에서 비교적 확정된 법적 규정들을 종속될 수 있게 하는 장점을 갖게 될 것이다. 그러한 규정은 공적인 전체예산의 이해관계에서 연방, 주정부 그리고 계마인테에 대한 확고한 과실한정의 결합되는 확정을 이행할 수 있는 것으로 보이게 할 뿐만 아니라, 논리적인 것으로 보이게 한다.

H. 주의 재편을 위한 자극으로서 재정헌법의 개혁

< 1076 >

새로운 회원으로서 주정부의 재정 관련성에 관한 개혁의 연관성에 대한 질문에, 1986년과 1992년(개량원조)의 연방헌법의 단순 법적 형성은, 연방주의에서 “건강한” 것으로 표시될 수 있는 것보다 더 강렬하게 “매다는 침대 정신”(Hängematten-Mentalität)을 야기하였다. 비록 이것이 주어진다고 할지라도, 재정조정에서 고문도구(Daumenschrauben)에 관한 개별적인 효력 메커니즘을 가지고 주정부의 새로운 회원을 강요하기 위한 다양하게 제시된 제안들은, 성공을 약속하는 방법이 아니다. 반면에 기본법 제29조는 헌법적으로 재정헌법의 기능과 마찬가지로 계속헌법으로서 존재하게 된다. 그래서 작은 주정부들의 하자있는 재정적인 생활능력은, 배타적으로 국가기관의 변경에 관한 주제에 해당하게 된다. 반면에 재정헌법은 연방의 구축을 받아들여야 하고, 이것이 발생하는 한, 모든 주정부들의 국가성을 보장해야만 한다. 하지만 만약에 주정부들이 보다 넓은 관점에서 연방국가의 재정 관련성의 예산적인 해체를 가지고 이러한 방법에서 아직 알려지지 않았던 경쟁에서 벗어나야 한다면, 주정부의 재편을 통하여 호위 속에서, 경제적-재정적인 자기능력과 역동성에 따라 모든 주정부들이 그들의 기능을 전체국가에서 현실적으로 자치적인 하부 시스템으로서 설득력 있게 채울 수 있다는 점이 보장되는지에 대한 여부가 검토될 것이다. 여기에서 제시된 제안들은, 그 제안들이 급부능력이 있는 지방자치단체 자치행정을 강화하는 것과 마찬가지로, 이러한 목적에 대한 방법을 제시하고 있는 것이다.

용어 색인*

Abgaben 공과금 271 ff.

Abgabenstaat s. Steuerstaat 공과금국가라고 번역되지만 보통 조세국가라고 함

Äquivalenzprinzip 등가의 원리(로 번역함) 323, 398 f., 405 f., 411,

Aggregate Investment Approach 총투자접근법 562, 566 f.

“Albrecht-Initiative” 알브레히트 법안 250

Allgemeine Handlungsfreiheit, 일반적 행위자유 340, 371 f., 479, 486, 503

Annexkompetenz 부속권한 134, 143, 680

Annexregelung, punktuelle 항목별 부속규정 144, 864, 1047

Aufgabenabgrenzung Gemeinden/Kreise 게마인데/크라이스 사무구별 988 ff.

Aufgabenverantwortung s. Zweckverantwortung 업무책임(사무책임). 목적책임을
볼 것.

Ausgangsmeßzahl 초기측정지수 957, 961 ff., 977 f.

Ausgleichsfonds Steinkohleneinsatz 석탄 조정기금 545, 547

Ausschließliche Gesetzgebung 배타적 입법 126, 135, 137, 644 f., 654 ff., 671
ff., 679, 681

Bedarfsmeßzahl s. Ausgangsmeßzahl 수요측정지수. 초기측정지수를 볼 것

Bedarfszuweisungen 수요에 따른 교부금 952 f.

Beistandspflichten 지원의무 54 ff., 703

Beiträge 분담금 36, 268 ff., 274, 280, 413 ff., 633, 681, 800, 802, 893, 975, 982

- Arten 종류 417 ff.

- Begriff 개념 413 ff.

* 색인 번역 (문병효).

용어 색인

- Ertragskompetenz 수익권한 800, 912
 - Höhe 액수 422
 - Kostendeckungsprinzip 비용충족의 원리 422, 975
 - Prinzipien 422
 - Verwaltungskompetenz 행정권한 802
- Beitritt der bisherigen DDR 구동독의 가입 91 ff.
- Berufsfreiheit 직업의 자유 31, 340, 364 ff., 479, 483 f., 503,656
- Bestimmtheitsgebot 명확성의 원칙 300, 896
- Beteiligungsverhältnis an der Umsatzsteuer 부가가치세의 배분관계 230, 250, 267, 713, 715 ff., 724, 791 ff.
- und Finanzhilfen -과 재정지원 230, 724
- Bismarck'sche Reichsverfassung 비스마르크 제국헌법 63 ff., 184, 572, 650, 804
- Brecht/Popitzsches Gesetz 브레히트-포핏츠 법칙 758, 966 ff.
- Bruttoinlandsprodukt 국내총생산 170 ff., 178, 541, 614 ff., 626
- Bruttokreditaufnahme 기채총액 531
- Bruttosozialprodukt 사회총생산 170 ff., 178
- Bundesauftragsverwaltung 연방위임행정 147, 193, 205, 211, 810 f., 819
- Bundesbankgewinn 연방은행수입 579
- Bundeseisenbahnvermögen 연방철도재산 545 ff.
- Bundesergänzungszuweisungen 연방보충교부금 102, 697 a, 702, 770 ff., 1039, 1053
- Ausgestaltung im FAG 재정조정법에서의 모습 778 ff.
 - Fehlbetrags-BEZ 결손액 보충교부금 783 ff., 1053, 1073
 - Sonder-BEZ 특별 보충교부금 783 f., 789, 1074
 - Sonderbedarfs-BEZ 특별수요에 대한 보충교부금 783 f., 786 f., 1074
 - Übergangs-BEZ 과도적인 보충교부금 783 f., 788, 1074 f.
- Bundesfinanzbehörden 연방재무국 820 ff.

- Bundesrecht bricht Landesrecht 연방법이 주법에 우선한다 138
- Bundesstaat 연방국가 12,45 f., 50 f., 52 ff., 62 ff.,
73ff., 83 ff., 91, 121 ff., 164ff.,643ff., 685 ff., 693, 745, 774, 805, 826
- Abgabenverteilung 사무배분 643 ff.
 - Kompetenzverteilung 권한배분 121 ff., 123 ff., 138 ff., 487 ff., 503, 685, 802 ff., 1043
 - Lastenverteilung 부담의 분배 183 ff.
- Bundesstaatsprinzip 연방국가원리 57
- Darlegungslasten des Gesetzgebers 입법자의 설명부담 592 ff.
- Deckungskredite 담보신용 551
- Deutsche Vereinigung 독일통일 91 ff.
- Differenzierte Kreisumlage 차별화된 크라이스 분담금 1026, 1031 f.
- Durchgriff des Bundes auf Kommunen 연방의 자치단체에 대한 개입조치 144 ff., 864, 1047
- Ehe und Familie 혼인과 가족 309,335 ff.
- Eigenbetriebe 자가 경영(직영 기업) 471
- Eigentumsgarantie 재산권 보장 31,340 ff., 344 ff., 364, 479,483 f., 485, 503
- Einheitlichkeit bzw. Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse 생활관계의 통일성 내지 동가치성 85,128,151, 242 ff., 719, 747, 805
- Einheitsstaat 통일국가 49
- Einheitswertebeschluß 단위당 가격결정 (과세표준가격결정) 34, 357
- Einigungsvertrag 통일조약 98 ff.
- Einkommensteuer s. Gemeinschaftssteuern 소득세. 공동세를 볼 것
- Einwohnerveredelung 인구가중치 758 f., 768,965 ff., 1072

용어 색인

- Erblastentilgungsfonds 상속채무상환기금 545, 547
- Erbrecht 상속권 361 f.
- ERP-Sondervermögen 유럽재건프로그램-특별재산 14,169,179
- Erwerbswirtschaftliche Betätigung s. wirtschaftliche Tätigkeit des Staates 국가의 영리활동. 국가의 경제활동을 볼 것
- Erzberger'sche Finanzreform 에르츠베르거의 재정개혁 77 ff., 804
- Europäische Wirtschafts- und Währungsunion 유럽 경제통화연합 612 ff., 624 ff.
- Existenzminimum 최저생계비 108,331,338 f., 350, 355 f.
- Familienleistungsausgleich 가족급여조정 108 f., 720, 1063
- Fehlbelegungsabgabe 공공임대주택에 대한 부담금(세입자가 경제적 여건이 좋아지면 납부해야 하는) 281, 455
- Feuerwehrrabgaben 소방부담금 445
- Finanzausgleich 재정조정 687 ff.
- Begriff 개념 687
- Horizontaler - 수평적 688
- Primärer horizontaler - 제1차적 수평적 재정조정 688, 693, 732 ff.
- Primärer vertikaler - 제1차적 수직적 재정조정 99,262,688,693, 704 ff., 1062
- Sekundärer horizontaler - (Länderfinanzausgleich) 제2차적 수평적 재정조정(주들간의 재정조정) 293,694,744 ff., 772 ff.
- Sekundärer vertikaler - 제2차적 수직적 재정조정 688,695, 727, 770 ff.
 - Vertikaler - 수직적 688
 - Vier-Stufen-System 4단계 체계 689,701,742,791, 795,805
- Finanzausgleich für den ÖPNV 공공 근거리여객운송을 위한 재정조정(재정지원) 257 ff., 1063

- Finanzausgleichsgesetz 재정조정법 761 ff., 778 ff.
- Finanzausgleichsmasse 재정조정규모 946, 947 ff.
- Finanzbedarf der Gemeinden 계마인테의 재정수요 755 ff.
- Finanzhilfen 재정지원 216 f., 227, 697, 700
- Begriff 233 f.
 - Förderungsziele 지원목적 239 ff.
- Investitionsbegriff 투자개념 235
- und horizontaler Finanzausgleich 수평적 재정조정 230
 - und Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnis 부가가치세 참여관계(또는 배분관계) 230, 724
- Finanzkraft der Gemeinden 계마인테의 재정력 755 f.
- Finanzmonopole 재정독점 477,654 ff., 707 f., 799, 802, 806, 808 f.
- Finanzplanung, mehrjährige 다년도 재정계획 629 b
- Finanzreform (1969) 재정개혁(1969년) 83,90, 155, 186 ff., 227 f., 652, 671, 705, 712, 715, 730 f., 762, 778, 898, 907
- Finanzstaat 재정국가 16 ff., 268
- Finanzverfassung 재정헌법 30,38 ff., 123,275 ff., 308,427 ff., 643, 682 f.
- Begriff 개념 40 ff.
- Bismarck'sche Reichsverfassung 비스마르크 제국헌법. 항목을 찾아보세요.
- Entwicklung 발전 62, 73 ff., 81 f., 83 ff.
- Funktion 기능 275 ff.
- Kernstück der bundesstaatlichen Struktur 연방국가구조의 핵심부분 44 ff., 52 f., 229 f., 427 ff., 685
- Nach Beitritt der bisherigen DDR 구동독의 가입 후 91 ff.
- Rahmen- und Verfahrensordnung 범위 및 절차에 관차에법 59 ff.

용어 색인

- Steuerertragskompetenzen 수익권한. 항목을 찾아보세요.
- Steuergesetzgebungskompetenzen s. dort 조세입법권한. 항목을 찾아보세요.
- Steuerverwaltungszuständigkeit s. Finanzverwaltung 조세행정권한. 재무행정을 볼 것
- Weimarer Reichsverfassung s. dort 바이마르 제국헌법(공화국 헌법이지만 제국헌법이라 칭함). 항목을 참조하세요.

Finanzverwaltung 재무행정 802 ff.

- Abgeleitete Verwaltungskompetenzen der Kommunen 자치단체의 전래된(또는 유래된) 행정권한 814 ff., 819
- Begriff 개념 802
- Behördenaufbau 행정청의 구조 813,820 ff.

Bundesauftragsverwaltung 연방위임행정 810 f., 819

- Bundeseigene Verwaltung 연방고유의 행정 808 f., 819
- Landeseigene Verwaltung 주고유의 행정 812 f., 819

Finanzverwaltungsgesetz 재무행정법 821 f.

“Flurbereinigungsabkommen” 경지정리협정 265

Föderales Konsolidierungsprogramm 연방 건전화프로그램 106

Fonds “Deutsche Einheit” 독일통일기금 95 ff., 100, 103, 545 ff., 728

Fondswirtschaft 기금관리 90, 154 f., 227

Formelle Privatisierung 형식적 민영화 475

Franckenstein'sche Klausel 프랑켄슈타인 조항 70

Garantie kommunaler Selbstverwaltung 지방자치단체의 자치행정의 보장 825 ff.

- Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft 지역 공동의 사무 831.

Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung 사무에 적합한 재정공급 청구권 360,840 ff., 852, 916, 925, 928 ff., 934 ff., 938 ff. 41

- Eigenverantwortlichkeit 자기책임성 833, 919, 10
- Finanzielle Mindestausstattung 최소재정공급 925, 928ff~8ff
- Garantenstellung des Bundes 연방의 보증적 지위 854

Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung 재정적 자기책임의 기초 848 ff.

- Kernbereich 핵심영역 494 f., 829 f., 834, 840, 925,928 ff.
- Landesverfassungsrechtliche Finanzgarantien 주헌법상의 재정보장 876 ff.
- Landesverfassungsrechtliche Gewährleistung 주헌법상의 보장 855
- Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes 주의 급부능력유보 923 ff.
- Prozeduraler Schutz 절차적 보호(소송에 의한 보호) 934 ff., 938 ff.
- Schutzbereich der gemeindlichen Garantie 게마인데 보장의 보호범위 829 ff.
- Schutzbereich der kreislichen Garantie 크라이스 보장의 보호범위 836 ff.
- Verpflichtungsadressaten 의무의 수범자(의무자) 851 ff.
- Wesensgehalt 본질내용 494 f., 829 f., 834

Gebühren 사용료(수수료) 36,268 ff., 274, 280, 373 ff., 633, 680 f., 800, 892, 975, 982

- Arten 종류 390 ff.
- Begriff 개념 373 ff.
- Benutzungsgebühr 이용료 390
- Ertragskompetenz 수익권 800
- Gebührenmaßstabe - 기준 394 ff.
- Gebührenprinzipien - 원리 398 ff., 975
- Gesetzgebungskompetenz 입법권한 680 f., 893
- Staffelung 등급 407 ff.
- Verleihungsgebühr 설권료 393
- Verwaltungsgebühr 행정수수료 390
- Verwaltungskompetenz 행정권한 802
- Wahrscheinlichkeitsmaßstab 개연성기준 396 f.
- Wirklichkeitsmaßstab 실현기준(현실기준) 395 f.

Gebührenstaffelung 수수료 등급 407 ff.

Geldleistungsgesetze 금전급부법 193, 206 ff., 211 ff., 217, 226, 250

Gemeindeanteil an der Einkommensteuer 소득세에 대한 게마인데의 몫(지분) 100, 898 ff., 972, 974 f.

Gemeindefinanzreformgesetz 게마인데재정개혁법 899 ff., 908

용어 색인

- Gemeinsame Verfassungskommission 공동헌법위원회 105
- Gemeinschaftlich wahrgenommene Aufgaben 공동실현과제 163, 217, 224 f., 267
Gemeinschaftsaufgaben 공동사무 156 ff., 217 ff., 267, 697, 700
- Gemeinschaftsteuern 공동세 100 230 690 705 712, 730 ~, 809 ff., 819, 915, 1059
'Gemeinschaftswerk "Aufschwung Ost"' 동독지역 부흥을 위한 공동작업 104
- Gemischtwirtschaftliche Unternehmen 혼합경제 기업 473
- Gesamtwirtschaftliche Normallage 경제전체의 통상적인 상황 573 1 577 ff.
- Gesamtwirtschaftliche Störungslage 경제전체의 장애상태 573 575,589 ff.
- Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht 경제전체의 균형 3 239 ff., 573, 589 ff.,
606 ff.
- Gesetzgebungskompetenzen der Länder 주들의 입법권한 135 ff., 644 ff., 665 ff.,
1043
- Gesetzgebungskompetenzen des Bundes 연방의 입법권한 125 ff., 644, 646, 653 ff.,
1043
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 행정의 법률적합성 298 ff.
- Gewerbesteuern s. Realsteuern 영업세. 대물세를 볼 것
- Gewerbsteuerumlage 영업세 분담금 907, 1062, 1069
- Gleichartigkeitsverbot 동종의 조세 금지 667, 669 ff., 674 ff 679
- Gleichbehandlung der Länder 주들의 동등취급 774, 777
- Gleichheitssatz 평등원칙 308 f., 313 ff., 394 ff., 39~406, 411, 479
- Gleichwertigkeit der Aufgaben von Bund, Landern und Kommunen 연방과 주 및
지방자치단체의 사무의 동가치성 849, 927, 101
- Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse s. Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse 생
활관계의 동가치성, 생활관계의 동일성을 보시오.

- “Goldener Zügel” 황금고삐 956
- Grundbetrag 기본액수 961, 971, 977
- Grunderwerbsteuer 토지취득세 1070
- Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung 재정적 자기책임의 기초 848 ff.
- Grundsteuern s. Realsteuern 토지세. 대물세를 볼 것.
- Haftung für ordnungsmäßige Verwaltung 합법적인 행정을 수행할 책임 197 ff.
- Halbteilungsgrundsatz 절반의 분배원칙 358 ff.
- Harmonisierungsgebot 조화의 요청 746, 932, 979
- Haushaltsnotlage 예산긴급상황 54 ff., 698 ff., 776, 784, 789, 1054
- Haushaltsplan, Vollständigkeit des - 총계예산주의 278, 428
- Haushaltsverfassung 예산헌법 40,43, 278, 428
- Hebesatzrecht 징세율 권한 850, 906, 976, 980, 1056
- Interpersonelle Verteilungswirkung 사람간의 배분효과 568 f.
- Intertemporale Lastverschiebung 시점간 부담이전 562 ff.
- Investition 투자
- Begriff 235, 577 ff., 580 f., 603
- Investitionshilfen s. Finanzhilfen 투자지원, 재정지원 항목을 볼 것.
- Kassen(-verstärkungs-)kredite 당좌대부 551, 554, 570
- Kirchensteuer 교회세 658, 665, 679, 806
- Kohlepfennig 석탄부담금 444
- Kommunale Aufgaben 자치단체 사무 868 ff., 878
- Dualistische Aufgabenstruktur 이원적인 사무구조 868 ff., 878
 - Monistische Aufgabenstruktur 일원적인 사무구조 868, 872 ff., 878

Kommunale Ertragskompetenzen 자치단체 수익권한

- Gemeindeanteil an der Einkommensteuer 소득세에 대한 계마인테지분 898 ff.
- Gemeindeanteil an der Umsatzsteuer 부가가치세에 대한 계마인테지분 901 f.
- Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern 지역의 소비세 및 특별소비세 910 f.
- Realsteuergarantie 대물세 보장 903 ff.

Kommunale Finanzhoheit 자치단체 재정고권 491 f., 840 ff., 856 ff., 982 f.

Kommunale Selbstverwaltung 자치단체 자치행정 491 ff., 825 ff.

Kommunale Steuer- und Abgabehoheit 자치단체 조세고권과 공과금고권 845 ff., 857, 859, 893 ff., 975, 982 f.

Kommunaler Finanzausgleich 자치단체 재정조정 860 f., 913 ff., 934 ff., 946

Allgemeine Finanzausweisungen 일반적인 재정교부금 952 f., 957 ff.

- Auftragskosten 위임비용 857 ff., 862
- Ausgleichsintensität 조정강도 932 f.
- Ausgleichsvolumen 조정액수(규모) 922 ff.
- Bedarfszuweisungen 수요에 따른 교부 952 f.
- Durchführung 실행 946 ff.
- Finanzausgleichsmasse 재정조정액 946 ff.
- Funktionen 기능 917 ff.
- Fiskalische Funktion 재정적 기능 917 f.
- Redistributive Funktion 재분배 기능 917, 919
- Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes 주의 급부능력유보 923 ff.
- Prozedurale Anforderungen 소송요건(절차요건) 934 ff., 938 ff.
- Schlüsselzuweisungen 기준에 따른 분배(분배기준) 952 f., 957 ff.
- Verbundquote 결합의 비중(결합율) 948 ff.
- Verfassungsrechtliche Vorgaben 헌법 규정들(헌법상 설정되어 있는 전제사항) 913 ff.
- Zweckzuweisungen 목적교부금 948, 954 ff.

Kommunalwirtschaft 자치단체 경제 491 ff.

- Arbeitsplatzsicherung 일자리확보 514 ff.
- Gewinnmitnahme 514 ff.

- Leistungsfähigkeit 505,510
 - Öffentlicher Zweck 공적 목적 505, 511 ff.
 - Subsidiarität 보충성 505, 509
- Konkurrierende Gesetzgebung 경합적 입법 127 ff., 136, 644 f., 657 ff., 666 ff., 681
- Konnexitätsprinzip 견련성(牽聯性)의 원칙 99, 183 ff., 188 ff., 195 f., 204 ff., 212 ff., 258 ff., 263, 724, 863 ff., 880 ff., 1044 ff.
- Reformbedarf 개혁필요 212 ff., 1044 ff.
 - Relatives- 상대적- 881
 - Striktes- 엄격한- 880
- Konvergenzkriterien 수렴기준 613 ff.
- Konzessionsabgaben 설권료(특허료?) 457, 982
- Kooperationspflichten 협력의무 55 f., 700
- Körperschaftsteuer s. Gemeinschaftssteuer 법인세. 공동세를 볼 것.
- Kosten politischer Führung 정치적 집행비용 783 f., 786, 1074, 1076
- Kostendeckungsprinzip 비용충족의 원리 398, 400 ff., 406, 411, 975
- Kostendeckungsregelung 비용충족 규정 857 ff., 862
- Kostenerstattung s. Mehrbelastungsausgleich 비용상환. 초과부담에 대한 조정을 볼 것.
- Krediteinnahmen s. Staatsverschuldung 기채. 국가채무를 볼 것.
- Kreisaufgaben 836 ff., 988 ff. 크라이스 사무(지방사무)
- Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis 전래의 활동범위에 속하는 사무 1007 f.
 - Ausgleichsaufgaben 조정사무(조정과제) 988, 992 ff., 1004 ff.
 - Ausgleichsfunktion 조정기능 938
 - Ergänzungsaufgaben 보충사무 988, 992 ff., 1002 f.
 - Ergänzungsfunktion 보충기능 838
 - Örtlich-überörtliches Substanzengemisch 지역적-초지역적 실체혼합 838

용어 색인

- Übergemeindliche Aufgaben 게마인데를 벗어나는 사무 990 ff.

Zuschüsse an kreisangehörige Gemeinden 크라이스에 속한 게마인데에 대한 보조금 1004 ff.

Kreiseinnahmen 크라이스 수입 981 ff.

Kreisumlage 크라이스 분담금 909,984 ff.

- Aufsichtsbehördliche Genehmigung 감독행정청의 허가 1033 ff.

- Ausgleichsfunktion 조정기능 1022 ff.

Differenzierung der Umlagesätze nach Aufgaben (differenzierte Kreisumlage) 1026, 1031 ff. 사무에 따라 분담금비율의 차별화(차별화된 크라이스 분담금)

Differenzierung der Umlagesätze nach Umlagegrundlagen 분담금 근거에 따른 분담금율의 차별화 1024 f.

Funktionen 기능 87 ff., 1016, 1022 ff., 1026 ff.

- Gestaltungsspielraum des Kreistags 크라이스 의회의 형성여지 1009 f.

- Mehr- oder Minderbelastung 초과부담 또는 과소부담 1022, 1026 ff.

- Progressive Kreisumlage 누진적 크라이스 분담금 1025

- Umlagegrundlagen 분담금기초 1016 ff.

- Umlagesatz 분담금율 1016, 1019 ff.

Kriegsfolgelasten 전후 비용부담 217 256

Künstlersozialabgabe 예술가의 (강제보험가입을 가능하게 하기 위한) 사회부담금 421, 455

Länderfinanzausgleich s. sekundärer horizontaler Finanzausgleich 주들간의 재정조정. 제2차적 수평적 재정조정을 볼 것.

Länderneugliederung 주들의 구역개편 58, 1076

Landesfinanzbehörden 주재무행정청 820 ff.

Landesverfassungsrechtliche Finanzgarantien 주헌법상의 재정보장 876 ff.

Lasten der Sozialversicherung 사회보험의 부담 217, 256

- Lastenausgleichsfonds 부담조정기금 14, 169, 179, 731
- Lastenverteilungsgrundsatz s. Konnexitätsprinzip 부담의 분배원칙. 견련성(연계성)의 원칙을 볼 것.
- Leasingfinanzierung 리스에 의한 재원조달 599
- Leistungsfähigkeitsprinzip 응능과세의 원칙(다만 이 책에서는 주의 급부능력의 원칙으로 사용될 수 있으므로 주의) 324 f.
- Maßstäbengesetz 재정조정기준법 697 a ff., 729 a ff., 775
- Matrikularbeiträge 제후의 분담금(제후가 제국정부에 내던 세금) 69
- Mehrbelastungsausgleich 초과부담에 대한 조정 727, 770, 791 ff., 857 f., 862, 880 ff., 883 ff.
- Mischfinanzierung von Bund und Ländern 연방과 주들간의 혼합재정 90, 216 ff., 265 ff., 724
- Monistische Finanzgarantie 일원적 재정보장 860
- Nationaler Stabilitätspakt 국가안정조약 658 ff., 1051
- Nettokreditaufnahme 순채무액 532, 538, 544, 570 ff.
- Neugliederung des Bundesgebiets 연방지역의 재편 58, 1076
- “Neue Orthodoxie” 새로운 교의 562, 564
- Neuverschuldung 신채무 532
- Nichtwirtschaftliche Untemehmen 비경제적 기업 508
- Nivellierungsverbot 균등화 금지 745 f., 774 f., 932, 979
- “Notwendige” Ausgaben 필요 지출(필요비) 267,719,723 ff., 729 c
- Oberfinanzdirektion 고등재무부 820 ff.
- Öffentliche Aufgaben 공공사무 113 ff.

용어 색인

- Öffentliche Ausgaben 공공지출 164 ff., 177 ff.
- Öffentliche Finanzwirtschaft 공공 재정경제 1 ff.
- Öffentliche Investitionen 공공투자 231
- Öffentliche Unternehmen 공기업 13, 468 ff.
- Öffentlicher Gesamthaushalt 공공총예산 169, 179, 531 f., 717
- Organisationsprivatisierung 조직민영화 475
- Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern 지역 소비세 및 특별소비세 652, 658, 661, 671 ff., 816, 895, 910 f., 974f.
- parafisci 고유재원을 가지고 공적 과제를 수행하는 법인들(국가나 사회보험 등, Parafiscus의 복수) 준국고주체 11, 15
- parlamentarischer Rat 의회(헌법제정회의) 85, 804
- Parlamentsvorbehalt 의회유보 342
- Popitz'sches Gutachten (Popitz'sche) 포핏츠의 의견서 957, 963 ff.
- Primärer horizontaler Finanzausgleich 제1차적 수평적 재정조정 693
- Länderanteil an der Umsatzsteuer 부가가치세에 대한 주들의 몫 732, 741 ff.
 - Örtliches Aufkommen 지역적 수입 691, 693, 7~
 - Zerlegungsgebot 분할의 원칙(분할명령) 691, 693, 734 ff.
- Primärer vertikaler Finanzausgleich 제1차적 수직적 재정조정 9~262, 688, 693, 704 ff., 1062 ff.
- Beteiligungsverhältnis an der Umsatzsteuer 부가가치세에 대한 참여관계(배분관계) 230, 250, 267, 697 a, 713, 715 729 a ff., 791 ff., 950, 1062
 - Mischsystem 혼합시스템 704 f.
 - Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses 부가가치세 참여관계(배분관계)의 개정 108 f., 264, 714, 726 f.
- Trennsystem 분리시스템(체계) 704 f., 706 ff.
- Verbundsystem 결합시스템(체계) 704 f., 712 ff.

- Privatrechtliche Erträge und Entgelte 사법상의 수익과 댓가 2i 456 ff., 824, 913, 982
- Rahmengesetzgebung 원칙법, 기본범주를 정하는 법 130
- Realsteuern 대물세 89, 110, 815 ff., 903 ff., 101
- Hebesatzrecht 세율 결정권(세율을 결정할 권한) 906, 974 f., 1018
- Realsteuergarantie 대물세보장 903 ff.
- Steuerkraftzahlen 조세력지수 972 ff., 1018
- Verwaltungskompetenz 행정권한 815 ff., 819
- Verwaltungsverfahren 행정절차 823
- Rechtsfähige Anstalten 권리능력있는 영조물 472
- Regiebetriebe 국영(또는 관영) 470
- Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses 부가가치세 배분관계의 개정 108 f., 264, 714, 726 ff.
- Rückbewirkung von Rechtsfolgen 법률효과의 소급효 307
- Rückwirkung von Steuergesetzen 세법의 소급효 303 ff.
- Schienenpersonennahverkehr 근거리 철도여객운송 107, 109, 257 ff., 1063 Schlüsselzuweisungen 주요교부금(기초 교부금) 952 f., 957 ff.
 - Ausgangsmeßzahl 최초측정지수 957, 961 ff., 977 f.
 - Grundbetrag 기본액수 961, 971, 977
 - Sockelgarantie 기본적 보장 978
 - Steuerkraftmeßzahl 조세력측정지수 957 f., 971 ff., 1018
- Schuldenstand 채무상황 531, 539, 542 f., 548 f., 570, 614 ff., 637
- Schuldmitübernahmegesetz 채무공동인수법 547
- Schwerbehindertenabgabe 중증장애인을 위한 공과금 281, 443

용어 색인

- Sekundärer horizontaler Finanzausgleich (Länderfinanzausgleich) 주들간의 제2차적 재정조정 102, 243, 694, 697 a, 745 ff., 772 ff., 1039, 1053, 1072
- Ausgestaltung im FAG 재정조정법상의 형성 761 ff.
- Ausgleichsberechtigte Länder 조정권이 있는 주들 762 ff. 766 ff. '
- Ausgleichspflichtige Länder 조정의무를 부담하는 주들 762 ff. 766 ff. '
- Bundesstaatsprinzip 연방국가원리 745 ff.
- Finanzbedarf der Gemeinden 게마인테의 재정수요 755 ff.
- Finanzkraft der Gemeinden 게마인테의 재정력 755 f.
- Finanzkraft der Länder 주들의 재정력 750, 752 ff.
- Harmonisierungsgebot 조화의 요청 746
- Ländersteuergarantie 주의 조세보장 769
- Neue Länder 1991-1994 1991년부터 1994년까지 새로 가입한 주들(구동독 지역의 신주들) 765
- Nivellierungsverbot 균등화금지 745 f., 774
- Sekundärer vertikaler Finanzausgleich 제2차적 수직적 재정조정 688, 695, 727, 770 ff., 921
- Bundesergänzungszuweisungen 연방보충교부금 102, 697 a, 702, 770 ff., 1039, 1053
- Mehrbelastungsausgleich 초과부담조정 727, 770, 791 ff.
- Sonderlastenausgleich 특별부담조정 700, 770, 795 ff.
- Sockelgarantie 기본적 보장(공통 기본분 보장) 978
- Sonderabgaben 특별부담금 274, 280 f., 423 ff., 801 f.
- Arten 종류 448 ff.
- Ausgleichs-Finanzierungsabgaben 조정-재원조달 공과금 452
- Ertragskompetenz 수익권한 80 1, 912
- Finanzierungssonderabgaben 재원조달을 위한 특별공과금 431 ff.
- Gesetzgebungskompetenz 입법권한 685

- Lenkungsabgaben mit Antriebs- und Ausgleichsfunktion 추진 및 조정기능을 가진 유도적 공과금 452, 454
 - mit Finanzierungszweck 재정목적을 가진 451
 - ohne Finanzierungszweck 재정목적 없는 453 f.
 - Verfassungsrechtliche Anforderungen 헌법상 요건 280, 431 ff.
 - Verwaltungskompetenz 행정권한 802
- Sonderlastenausgleich 특별부담의 조정 700, 770, 795
- Sondervermögen 특별재산 14, 96, 471, 545
- Sozialstaat 사회국가 31
- Sozialversicherungsbeiträge 사회보험기여금 420
- Sozialversicherungsträger 사회보험주체 15, 169 f., 179
- Staatenbund 국가연합 47
- Staatenverbund 국가결합 48
- Staatsaufgaben 국가사무 113 ff.
- Staatsquote 국가의 비중(몫) 166 ff., 180 f.
- Staatsschulden 국가채무 530, 541
- Staatsschuldenquote 국가부채비중 541 f.
- Staatsverschuldung 국가부채 268, 527 ff., 913, 982
- Darlegungslasten des Gesetzgebers 입법자의 설명책임 592 ff.
 - Entwicklung 전개 527, 533
 - Fonds “Deutsche Einheit” 독일통일기금 96 f., 100, 103
- Formen des Kredits 신용의 형태(유형) 550 ff.
- Funktionen 기능 555 ff.
- Gläubigerstruktur 채권자구조 553 f.
- Kommunalrechtliche Regelungen 자치단체법상의 규정들 633 ff.
- Ökonomische Grenzen 경제적 한계 638 ff.

용어 색인

Politische Grenzen 정치적 한계 642

Psychologische Grenzen 심리적 한계 642

Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen 헌법적 요건과 한계 571 ff.

= Gesamtwirtschaftliche Normallage 전체경제의 정상상황 573 f., 577 ff.

= Gesamtwirtschaftliche Störungslage 전체경제의 장애상황 573, 575, 589 ff.,
606

Landesverfassungen 주헌법 604 ff.

- Wirkungen des öffentlichen Kredits 공채의 효력 561 ff.

Staatsvertrag über Herstellung der Einheit Deutschlands 독일통일 창출에 관한 국
가조약 96 ff.

Staatsvertrag über Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion 통화·경제·사회연
합에 관한 국가조약 92 ff.

Stabilitäts- und Wachstumspakt 경제성장 및 안정조약 624 ff.

Steuererfindungsrecht 조세발굴권 658 ff., 671, 847, 893 f., 897

Steuerertragskompetenzen 조세수익권 643, 659, 663, 685 ff., 730 f.

der Gemeinden 게마인데의 711, 713 ff., 730 f.

der Länder 주의 709, 713 ff., 730 f.

des Bundes 연방의 707 f., 713 ff., 730 f.

Mischsystem 혼합시스템 704 f.

Trennsystem 분리시스템 704 ff.

Verbundsystem 결합시스템 704 f., 712 ff.

Steuergesetzgebungskompetenzen 조세입법권 643 ff., 846, 1058 ff.

- der Länder 665 ff., 846

- des Bundes 653 ff., 846

Gleichartigkeitsverbot 동종과세금지 667 ff., 674 ff., 679

- Kompetenzsperre des Bundes 연방의 권한 장벽 667 ff.
- Steuerkraftmeßzahl 조세력측정지수 957 f., 971 ff., 976, 1018
- Steuern 조세 35, 268 ff., 274, 283 ff., 633, 802, 982
- Begriff 283 ff., 290 ff., 311, 655, 664
 - Gesetzmäßigkeit der Besteuerung 과세의 적법성 298 ff., 846
 - Grundrechtliche Grenzen der Besteuerung 조세부과의 기본권에 의한 한계 380 ff., 846
 - Lastenausteilungsfunktion 부담분배기능 311, 365 f.
 - Leistungsfähigkeitsprinzip 담세능력에 따른 과세의 원칙(응능과세의 원칙) 321 ff.
 - Lenkungsfunktion 유도적 기능 311 f., 328, 365, 367, 647 f., 896
 - Rückwirkung von Steuergesetzen 세법의 소급효 303 ff.
 - Steuergerechtigkeit 조세정의 321
- Steuerstaat 조세국가 20 ff., 91, 268, 275, 340, 481, 500 ff.
- Strukturhilfe(-gesetz) 구조지원(법) 232, 249 ff.
- Subsidiaritätsprinzip 보충성의 원리 114, 480, 633
- Systemgerechtigkeit 체계정당성 327
- “Troeger-Kommission” 트뢰거위원회 90, 155
- Überbelastungsverbot 과잉부담금지 308
- Übermäßige öffentliche Defizite 과도한 공공적자 614 ff.
- Übernivellierung 과도한 균등화 932
- Umsatzsteuer s. Gemeinschaftssteuern 부가가치세. 공동세를 볼 것.
- Beteiligung der Kommunen 자치단체의 참여(배분) 110
 - Beteiligungsverhältnis von Bund und Ländern 연방과 주의 분배관계 230, 250, 267, 697 a, 713, 715 ff., 729 a ff., 791 ff., 950, 1062
 - Bundesergänzungszuweisungen 연방보충교부금 778 f., 782
 - Ergänzungsanteil 보충 692, 697 a, 742 ff., 1039, 1071

용어 색인

- Länderanteile 주들의 분배 몫 691, 732, 791
- Revisionsanspruch (재정조정) 변경청구권 108 f., 264, 719, 726 f.

Umsatzsteuerverteilung s. Beteiligungsverhältnisse an der Umsatzsteuer 부가가치세 배분. 부가가치세에 대한 참여관계(배분관계)

Ungeschriebene Bundeskompetenzen 불문의 연방권한 123, 131 ff., 149 ff., 194, 217, 265 ff., 799 ff.

- Annexkompetenz 부속권한 134, 143
- Gesetzgebungskompetenz kraft Natur der Sache 사물의 본성에 따른 입법권한 132
- Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs 사항연관성에 따른 입법권한 133
- Ungeschriebene Ertragskompetenzen 불문의 수익권한 799 ff.
- Ungeschriebene Finanzierungskompetenzen 불문의 재정확보(조달) 권한 194, 217, 265 ff.
- Ungeschriebene Verwaltungskompetenzen 불문의 행정권한 149 ff., 194

Unlauterer Wettbewerb 불공정 경쟁 524 ff.

Unternehmensteuerreform 기업조세개혁 110, 850

“Utility Approach” 효용 접근법 562, 565

Veranschlagte Ausgaben 추정된 지출(지출평가액) 582 ff.

Verbundmasse s. Finanzausgleichsmasse 결합액. 재정조정액을 볼 것

Verbundquote 결합비중(몫) 890, 948 ff.

Vereinigung Deutschlands 독일의 통일 91 ff.

Verfassungskonvent von Herrenchiemsee 헤렌힘제 헌법제정회의 84

Verfassungsreform 헌법개혁 111, 212 ff., 1036 ff.

Verteilungssymmetrie 분배대칭(대칭적 배분) 927 f., 931

Verwaltungsaufgaben 행정사무 113 ff.

- Haftung zwischen Bund und Länder 연방과 주간의 책임 197 ff.

Verwaltungsausgaben 행정지출 195 f.

Verwaltungskompetenzen 행정권한 139 ff., 487 ; 503

- Bundesauftragsverwaltung 연방위임행정 147, 193 205, 211, 810 f., 819
- Bundeseigene Verwaltung 연방고유의 행정 148, 193, 808 f., 819
- Finanzverwaltung 재무행정 802 ff.
- Gemeinschaftlich wahrgenommene Aufgaben 공동실현사무 163, 217, 224 f.
- Gemeinschaftsaufgaben 공동사무 56 ff., 2171 267
- Landeseigener Vollzug von Bundesgesetzen 주 자신의 연방법률집행 142 f., 193, 206 ff., 226, 812 f. 819
- Landeseigener Vollzug von Landesgesetzen 주 자신의 주법률집행 141, 193, 812, 819
- Ungeschriebene Verwaltungskompetenzen des Bundes 불문의 연방행정권한 149 ff., 194
- Verbot der Mischverwaltung 혼합행정의 금지 152 f., 248

Vollständigkeit des Haushaltsplans 예산안의 완전성(총계예산주의) 278

Vorbehalt des Gesetzes 법률의 유보 298 ff., 342

Vorrang des Gesetzes 법률의 우위 298

Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion 통화 · 경제 · 사회연합 92 ff.

Weimarer Reichsverfassung 바이마르공화국헌법 73 ff., 185, 572, 650, 804

Wettbewerbsföderalismus 경쟁적 연방주의 1037

Wettbewerbsrecht 경쟁법 524 ff.

Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 법질서의 모순금지 647 ff., 664 f., 897

Willkürverbot 자의금지 318 f., 323, 411, 933

Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates 국가의 경제활동 20, 32, 268, 270, 340, 456 ff., 491 ff.

- Haushaltsrechtliche Regelungen 예산법상 규정 503 f.
- Kommunalrechtliche Regelungen 지방자치단체법상의 규율 491 ff., 505 ff.

용어 색인

- Verfassungsrechtliche Zulässigkeit 헌법상 허용성 476 ff.

Wirtschaftsverfassung 경제헌법 79 ff.

Zerlegungsgebot (연방과 주간의 소득세 및 법인세) 수입의 분할의 원칙 691, 693, 734 ff.

Zins-Ausgaben-Quote 이자지출비중 637 ff.

Zinsbesteuerung 이자과세 333

Zweckausgaben 목적지출 195 f., 206 ff., 216, 219, 224, 226, 256

Zweckverantwortung 목적책임 204 ff., 209 ff., 256

Zweckzuweisungen 목적교부금 892, 948, 954 ff.

Zweistufigkeit des Bundesstaates 연방국가의 이단계성 864 f.

Zweitwohnungsteuer 제2주택에 대한 세금(다주택세) 676