

현안분석 2005-

재정법제 4

# 재정헌법의 흠결에 대한 헌법정책적 평가

A Study on the Lack of the Finance-Constitution in  
the Aspect of Constitutional Policy

연구자 : 이덕연(연세대 법학부 교수)  
Lee, Duk-Yeon

2005. 11.



## 국문요약

현행 헌법상 실체 재정헌법은 거의 전무하다. 예산과정상의 권한 및 재정운용에 관한 기술적이고 형식적인 절차규정만을 두고 있을 뿐, 우리 헌법상 재정운용에 대한 실체적인 지침과 한계에 관한 규정은 거의 전무하다. 반면에 정치규범, 정책규범 또는 결정 및 통제체계로서 헌법의 특성과 기능의 관점에서, 특히 통제수요의 현실적인 크기와 규범적 당위성을 기준으로 보면 재정정책과 예산결정 등 나라살림에 대한 법적 규율은 제1의 헌법사항이다.

우리 헌법은 제헌헌법 이래 변함없이 예산결정을 포함하여 재정운영에 직접 적용되는 실체적 규정은 전혀 두고 있지 아니하다. 이에 대한 헌법정책적 평가는 이 법상태가 원천적인 또는 후천적인 ‘재정맹’의 재정헌법 흠결인지 또는 재정을 헌법적 규율과 통제로부터 자유롭게 놓아두려고 한 결정, 말하자면 목적과 의도가 분명한 적극적인 헌법적 결단으로 볼 것인지에 관한 진단을 선결사항으로 한다.

고전적인 3권분립론을 지양한 새로운 패러다임이라고 할 수 있는 기능적 권력통제이론도 ‘재정통제결핍’을 해결할 수 있는 대안이 되지 못한다. 항구적인 증가추세를 보이는 재정통제의 수요의 측면에서는 변수를 기대할 수 없는 상황인데, 반면에 공급측면에서 전통적인 권력분립구도를 전제로 하는 국회의 재정통제권 강화 같은 방안은 물론이고, 지방자치제도나 복수정당제도, 직업공무원제도, 헌법재판제도 등 기능적 권력통제모델들도 부분적인 보완수단은 될 수 있겠지만, 전체적으로 그 수요에 부응하기에는 한계가 있다.

현행 헌법의 틀 내에서 재정통제에 대한 수요와 공급의 불일치, 즉 재정통제의 공급부족의 현상이 해결되기는 어렵다는 전제를 확인하고, 헌법도그마틱을 통한 대체와 보완의 가능성과 한계를 검토한 결과 그 결론은 재정운영의 안정성과 신뢰성 및 유연성의 요청을 동시에 수렴해낼 수

있는 헌법도그마틱과 그것을 통한 헌법보완은 한계가 있다는 것이다. 기본권 도그마틱상의 발상의 전환과 그에 따른 전향적인 이론구성을 통해서도 재정정책과 예산결정을 기본권의 주관적 권리의 측면에서 포착할 수 있는 가능성도 제한된 범위에 국한될 수밖에 없다. 객관적 질서와 행위규범의 측면에서의 기본권의 규범적 효력을 다원화하고 그 효용을 개발하는 것은 정책규범으로서 헌법의 기능활성화, 특히 ‘분리와 선택’이 아니라 ‘연계와 조화’의 대상인 정책결정과 정책통제의 새로운 메커니즘의 개발이라는 헌법정책의 관점에서 기본권 도그마틱의 이론구성에 적극 수용되어야 하고 또한 그럴 것으로 기대되지만, 그것은 상당 부분 정치, 행정 및 법문화 등 재정정책결정의 환경조건에 의해 규정된다.

현행 헌법상 재정헌법의 공백은 ‘헌법적 기대와 처방’에 따른 또는 적어도 그것이 더 이상 유효한 ‘개방된 공간’이 아니라 실패로 판명된 ‘헌법의 흠결’이고, 헌법의 기본원리, 경제성원칙, 헌법 제119조 및 기타 기본권해석론을 단서로 하는 헌법도그마틱을 통해서 그것을 보완하는 것도 근본적으로 한계가 있다. 특히 헌법재판소의 사법적극주의를 전제하는 경우에도, 기본권 도그마틱상의 발상의 전환과 이론구성을 통해서 새로운 입법 및 입법개선의 당위성과 그 방향에 대한 시사점과 지침은 얻을 수 있겠지만, 재정정책결정의 유연성의 요청으로 포장된 정치적 압력을 극복하고 법적 안정성과 신뢰성을 담보할 수 있는 정도로 충분한 규범적 압력을 갖춘 재정통제의 헌법적 준거가 제시되는 것은 기대하기는 어렵다 ‘기본법’의 형식을 포함하여 일반 입법 차원에서의 보완책도 근본적인 한계가 있다.

요컨대, 재정운용에 대한 법적 포착의 과제와 관련하여 헌법개정 이외의 처방으로는 치유되기 어려운 ‘헌법실패’의 최종진단이 그 결론이고, 헌법개정의 적정한 범위와 구체적인 방안을 모색하는 것이 과제로 남는다.

결론적으로 제안하는 다음 네 가지 헌법개정의제는 ‘엄격한 절제’의 요청에 따라 다음 세 가지 공통된 기준에 부합되는 최소한의 범위에서 선별된다. 첫째는 재정운용의 현황과 이제까지 축적된 시행착오의 경험에 비추어 볼 때 장기적인 예측 속에서도 거의 상수로 간주할 수 있는 재정운용의 여건과 그에 부응하지 못하는 재정운용체계의 구조적, 기능적 한

계에 대한 확인이다. 둘째는 정책의 유연성보다는 또는 유연성을 포기해서라도 법적 안정성이 우선되어야 할 필요성이다. 셋째는 정치의 역할과 대의정치의 기능 및 잠재적인 발전가능성에 대한 최대한의 긍정적이고 낙관적인 평가와 전망을 전제하는 경우에도 체제의 자정력을 통한 보완을 기대하기는 어려운 내재적인 흠결성이다.

i) 여건과 결론에 대한 성급한 예단을 자제하면서도 ‘바로 지금’ 진지하게 검토해야만 하는 대안으로 국채발행에 대한 실체법적 지침과 한계를 명시적으로 규정하는 헌법개정을 제안한다. 의회와 헌법재판소 등 결정참여자들에 대한 기본적인 신뢰를 전제로 정치구조와 결정체계의 결합을 보완하는 것이 필수적이다.

ii) 정리를 위한 일정한 유예기간을 두되 ‘원칙과 예외’의 형식으로 엄격한 요건 하에서만 기금형식을 허용하는 내용의 헌법개정은 상대적으로 국채문제 등 다른 사안에 비해서는 역기능과 부작용에 대한 큰 부담 없이 전향적으로 검토해볼 만한 충분한 이유가 있다.

iii) 추가경정예산제도를 규정하고 있는 현행 헌법 제56조는 이른바 ‘원칙과 예외’의 규율형식, 즉 추가경정예산안의 편성은 원칙적으로 금지되지만, 사정변경에 따라 예산변경이 불가피하게 된 예외적인 경우에만 허용될 수 있다는 수권 및 제한규정이다. 헌법의 취지에 따른 엄격한 적용을 위해 구체적인 요건을 헌법에 규정하는 것을 진지하게 검토해 볼 필요가 있다.

iv) 감사원의 국회소속으로의 변경을 포함하여 그 조직과 직무범위에 관한 근본적인 재검토가 필요하다.

**키워드 : 재정헌법, 헌법개정, 국채, 기금, 추가경정예산, 감사원**

## Abstract

The Constitution of Korea has no substantive Finance-Constitution. The constitutional hope that the political process of the decision-making and -controlling including the parliamentary, government and judicial systems will guarantee a effective public finance without the direct constitutional provisions, has not been fulfilled. Nevertheless it's very hard to hear and find the sincere discussions about the necessity for the Revision of the Constitution or the ways and methods to complement that needs through the theoretical approaches.

One of my largest purposes in this reading is to study the function and the role of the Finance-Constitution and finally to find the searching point for the constitutional solution. Perhaps it just seems too bold and unreasonable - considering that to balance the lack of finance-control, we would have had to supply the efficient control system which can cover the financial power of the state without the substantive Finance-Constitution. Before the last decision, we have to assess the utility of the existing budget-control system including judicial process and to analyze the cause of its failure in our social, political and constitutional situation. And by focusing on a series of particular questions about the mechanism of checks and balances in our Finance-Constitution, I do hope to advance understanding of the comprehensive idea about the relationship between the deficiency

of the finance-control system and the fundamental defects of our representative democracy.

Taking everything into consideration, without the Amendment of the Constitution we could hardly find the way to fill the gap between demand and supply of the finance-control. Finally, to supply that lack I suppose the Amendments of the Constitution. That is as follows; the propositions for bringing the issuing national bonds under the substantive constitutional control, the strict regulation of the fund, the enforcement of the deliberate use of the supplementary revised budget bill and the restructuring of the Board of Audit and Inspection in the aspects of the jurisdiction, organization and function.

**Keyword : Finance-Constitution, Amendment of Constitution, national debt, bond, supplementary revised budget, Board of Audit and Inspection**

# 목 차

국문요약 .....	3
Abstract .....	7
I. 머리말 .....	13
II. 재정헌법규범과 재정현실 .....	17
1. 재정의 헌법적 좌표 .....	17
2. 재정운용의 현황 - 재정개혁의 과제 .....	19
(1) 예산과정의 구조적인 문제점 .....	19
(2) 재정관련 제도 및 정책환경의 문제점 .....	21
3. 재정운용체계상 예산과 법률 .....	23
(1) 예산과 행정법 - '법우선원칙'의 한계 .....	23
(2) 예산의 독자적 기준력 .....	25
III. 재정헌법에 대한 헌법정책적 평가 .....	29
1. 현황 및 문제제기 .....	29
2. 헌법의 흠결 - 무결정의 결정? .....	31
3. 현 시점에서의 헌법정책적 평가 .....	32
IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계 .....	35
1. 개 요 .....	35

2. 기능적 권력통제이론의 재정통제체계상 함의 .....	35
3. 재정권력에 대한 기능적 권력통제모델의 효용과 한계 .....	37
(1) 기능적 권력통제모델의 특성 .....	37
(2) 개별 검토 .....	38
4. 소결론 .....	44
V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계 .....	45
1. 개 요 .....	45
2. 재정과 ‘법과 정치’ - 법적 통제와 정치적 통제 .....	45
3. 헌법이론적 접근의 단서 .....	47
(1) 헌법기본원리 - 자유민주주의, 사회국가원리 및 법치국가원리 .....	47
(2) ‘재정조항’으로서 헌법 제119조 .....	55
(3) 기본권도그마틱의 전환 .....	59
(4) 경제성원칙 - 과잉금지원칙 .....	69
4. 소결론 .....	78
VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계 .....	81
1. 개 요 .....	81
2. 법률차원의 보완의 가능성과 한계 .....	82
(1) 선별과 집중의 전략 - ‘기능적합적 규율구조’의 관점 .....	82
(2) ‘기본법’형식의 효용과 그 한계 .....	86
VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위 .....	91

1. 개 요 .....	91
2. 헌법개정의 적정한 범위설정 - ‘엄격한 절제’의 요청 .....	91
3. 헌법개정 제안 .....	94
(1) 개 요 .....	94
(2) 국채발행의 제한 .....	95
(3) 기금형식의 제한 .....	103
(4) 추가경정예산편성의 헌법적 규율 .....	106
(5) 감사원의 지위와 기능의 재설정 .....	108
VIII. 맺는말 .....	111
참고문헌 .....	113

## I. 머리말

우리나라의 2006년 예산규모는 약 9조원 정도로 예상되는 적자국채를 포함하여 2005년 대비 약 8.4% 증액된 145.7조원이다. 기금을 포함한 나라살림의 총 규모는 221.4조원에 이른다. 최근 재정경제부의 발표에 따르면 2004년 말 현재 우리나라의 국가채무(IMF기준)가 200조원을 넘어섰다. 이제까지 국채규모에 관한 논란이 있을 때마다 늘 그래 왔듯이 정부는 다른 나라들에 비해 상대적으로 훨씬 낮은 GDP 대비 국채비율(26.1%)의 수치를 제시하면서 아직은 우려할 만한 수준이 아니라는 해명을 덧붙인다.<sup>1)</sup>

국채의 적정규모에 대한 해묵은 논란은 피하고, 일단 이 해명을 받아들인다고 해도 편안한 마음으로 보기에는 최근 국가채무규모의 증가추세가 지나치게 급격하다.<sup>2)</sup> Pareto의 자원배분의 ‘효율성조건’도 모르고, 국채가 자본형성이나 경제성장에 미치는 영향에 대하여 정확하게 분석하고 판단할 수 있는 재정전문가의 식견이 없는 일반 시민이 운동장에서 뛰어 노는 애들을 바라보면서 하는 걱정이 단순히 아무런 이유도 없는 막연한 우려에 불과한 것인가? 매년 내는 세금은 많아지고, GDP는 증대되는데 왜 나라 빛은 갈수록 급격하게 늘어만 가는지, 그럴 수밖에 없는 것인지, 지출에 비해 수입이 부족했다면 지출을 줄이든지, 아니면 세금부담을 늘려서라도 수지균형을 맞추지 않고 빚만 계속 늘려 왔는지 의문이 아닐 수 없다. ‘작은 정부’를 지향한다고 하면서 공무원 숫자는 왜 수만명이나 늘어나야만 했는가? 수백억원씩의 예산을 투자하여 건설한 일부 지방공항들이 고추 말리는 마당으로 선용(?)되는 모습과 그 너머 산

1) 2004년 현재 기준으로 OECD 회원국 평균은 76.8%이고, 주요 개별 국가들만을 보면 일본은 163.5%, 프랑스는 74.0%, 독일은 67.0%, 미국은 63.5%이다.

2) 중앙정부채무만을 본다면 1990년에 약 24.5조원이었던 것이 1997년에 50조원을 넘어섰고, 2000년에 100조원, 2004년에 거의 200조원에 가까운 196조원으로 증가하여 약 15년 만에 8배가 되었다. 2004년말 현재 국가채무 204조5천억원 가운데 국민의 실질적으로 부담으로 변제되어야 할 ‘적자성채무’(38.3%, 78조3천억원)만을 기준으로 본다면 4천800만 국민 모두가 1인당 약 160만원(전체 국채를 기준으로 하면 약 423만원) 이상의 빚을 지고 있는 것이 된다. 기획예산처, 『2005년도 예산개요참고자료』.

## I. 머리말

불현장에서는 대형소방헬기가 없어서 진화에 어려움을 겪는 광경을 동시에 목격하는 시민의 입장에서 10여년 전 ‘삼풍사고’때 손전등과 절단기, 심지어는 담요까지 보내달라는 TV방송의 기억을 다시 떠올리게 된다. 발암물질이 포함되어 있는 중국산 먹거리에 대한 검역대책도, 결식아동에 대한 급식지원도, 저출산 대책, 미숙아 인큐베이터 치료, 치매병원의 증설도, 희귀난치병 환자에 대한 의료보호도, ‘저상버스’의 도입도, 범죄피해자구조의 문제도 ‘예산부족 때문에 어쩔 수 없고, 조금만 참아 달라’는 식의 변명은 수백조원의 예산을 운용하는 국가의 해명으로서는 답답하고, 웅색하다.

최근의 증가추세를 보면 2007년부터는 GDP 대비 국채비율을 2006년 수준을 초과하지 않도록 관리하겠다는 정부의 전망과 계획<sup>3)</sup>도 선뜻 믿을 수 없다. 굳이 ‘건전재정의 원칙’을 거론하지 않더라도 기본적으로 빛이 없거나, 빛이 적은 살림, 또한 빛이 있더라도 그것이 이자를 보상하고 수익을 남기는 살림을 건전하다고 하는 것은 개인 또는 가정경제의 차원에서만 타당한 것인가? 수입이 줄어서 외식비, 문화비를 줄이고, 심지어는 애들 학원 보내는 것까지도 줄여 본 경험이 있는 주부나 또는 단 몇 만원의 카드빚 연체 때문에 신용불량자로 전락해 본 경험이 있는 사람들의 입장에서 보면 나라살림은 참 ‘편하고 좋은 것’이다. 단 한번의 예외도 없이 수 십년에 걸쳐서 규모를 계속 늘려 왔고, 2005 회계연도 기준(일반회계) 약 131조원인 규모에서 대략 이자율 5%를 기준으로 한다면 연간 이자부담액만 약 10조원에 이르는 막대한 빚을 지고도 건전성은 걱정할 것이 없다고 큰 소리 치는 살림이라면 부럽지 않을 수 없다.<sup>4)</sup>

문제는 ‘적자성국채’만을 기준으로 하여도 국민 1인당 매년 20만원 정도의 이자부담이 추가되는 160만원의 빚이 탕감의 가능성은 전혀 없는 상태에서 앞으로 계속 늘어 날 수밖에 없다는 점이다. 이러한 추세가 적어도 단기간 내에는 반전될 수 없다고 한다면 국민 개개인이 갖는 나라

3) 기획예산처, 『2005년 나라살림 - 예산 및 기금운용계획』(2005.1), 7면. 최근 국회에 제출된 내년도 예산안에 따르면 약 9조 5천억원의 적자국채의 발행이 예정되어 있다.

4) ‘좋은 예산’의 개념과 기준에 관한 설명으로는 배 득중, 『신 재무행정』(2005), 27면 이하 참조.

살림에 대한 관심의 방향은 달라져야 하고 또한 그렇게 될 수밖에 없을 것이다. 말하자면 납세자의 입장에서 주머니에서 나가는 조세부담의 크기나 그 정당성과 형평성에만 민감하게 반응하는 편향성을 지양하고, 낸 돈을 쓰는 세출부문에 대해서도 관심을 기울여야 한다는 것이다. 예산법의 원칙인 이른바 ‘세입-세출 분리의 원칙’(Non-Affektation Prinzip)은 세출예산이 그 법적 근거와 목적 및 기능을 달리 하는 세입부문과는 분리되어 독자적으로 편성되고 운용되어야 한다는 예산과정상의 구조적인 원칙이지, 나라살림에 대한 국민 개개인의 관심배분에 적용되는 것은 아니다.

이 글은 이러한 문제인식의 전환과 관심의 적정배분에 대한 요청의 제 1의 수신자가 바로 헌법학자라는 점에 대한 반성을 전제로 특히 세출부문에 초점을 맞추어서 재정통제의 결핍과 재정헌법의 흠결 및 그 인과관계를 분석 및 평가하고, 이를 바탕으로 헌법정책적인 관점에서 헌법개정을 통한 재정헌법보완의 필요성과 구체적인 개헌안을 제시해 본다.

## II. 재정헌법규범과 재정현실

### 1. 재정의 헌법적 좌표

자유민주적 법치주의가 정착된 현대의 급부-재정-조세국가에서 헌법의 정치규율기능과 권력통제기능, 기본권실현기능은 재정정책의 영역에서 가장 부각된다. 재정규모의 절대적 크기 자체만으로도 그렇거니와, 소득 재분배 및 경기조절 등 오늘날 일반화된 재정의 사회·경제정책적 수단으로서의 기능을 고려할 때 가장 중대한 정치적 결정의 대상은 재정정책이고, 통제의 대상으로서 국가권력도 물리적인 힘보다는 막대한 돈에 대한 처분권을 갖는 재정주체로서 국가가 가지는 힘이 우선 주목된다. 전통적인 사법통제의 대상인 구속력 있는 고권적인 명령은 아니지만 오히려 사실상의 강제력과 통제력은 더 강력한 유도과 조정 등의 행정지도형식을 뒷받침하는 ‘보이지 않는 힘’의 근원도 돈임은 물론이다.

또한 기본권실현의 관점에서든 이른바 ‘가능성유보’, 즉 예산의 배정 또는 크기에 따라 그 구체적인 실현의 수준이 결정되는 사회적 기본권, 특히 사회복지 관련 기본권은 물론이고, 생명권과 신체의 자유를 비롯한 자유권적 기본권의 경우에도 전통적인 기본권도그마틱을 바탕으로 하는 ‘한계의 한계’, 즉 ‘과잉금지’의 관점과 연계되는 논리형식을 넘어서 이른바 ‘과소금지’에 초점이 우선 맞추어지는 국가의 ‘기본권보호의무’나 적극적인 기본권실현의 관점에서 보면 기본권적 법익의 적지 않은 부분이 구체적인 예산조치들에 의해 결정된다. 예컨대, 생명과 신체 및 재산을 보호해주는 치안서비스나 보건위생, 식의약품안전행정 등은 물론이고, 고문을 받지 않을 권리, (국선)변호인의 도움을 받을 권리, 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 등의 기본적인 형사사법절차적 기본권조차도 그 실질적인 실현의 수준은 충분한 인력충원과 시설 및 장비, 기타 교육 등의 환경조건의 확충과 연계되어 있고, 그 조건의 상당 부분은 예산에 의해 결정된다.<sup>5)</sup>

5) 최근에 논의되고 있는 감사신문조서의 증거능력의 제한과 이를 통한 이른바 공판중

## II. 재정헌법규범과 재정현실

이렇게 본다면 결정대상으로서 그 중요성과 영향의 크기를 기준으로 평가할 때 예산결정을 포함하는 재정정책이 단연 1순위를 차지한다. 또한 통제의 대상인 권력의 현실적인 구도에 가장 적나라하게 노출되어 있고, 국가운영의 기초는 물론이고 구체적인 정책의 공과가 가장 분명하게 드러나는 예산결정은 규율과 통제의 필요성의 관점에서도 최우선의 ‘헌법 사항’이다. 역으로 말한다면 중장기적인 재정운용계획은 물론이고, 매 회계년도 예산의 규모를 확정하고, 세입과 세출을 요량하여 균형 또는 적자, 흑자예산계획을 수립하고, 구체적으로 예산을 편성 및 집행하고, 결산을 심사하는 일련의 연속적인 예산과정은 통치권력의 행사에 대한 효과적인 통제기능을 담보할 수 있는 최적의 감시채널이라고 할 수 있다.

우리나라에서 예산은 법률의 형식은 아니다. 그러나 돈은 법률과 함께 국가활동의 가장 중요한 수단인 하나이고, 돈에 대한 처분권의 수권근거인 예산은 헌법과 법률을 중심으로 하는 법원(法源)체계와 함께 통일된 합리적 결정 및 통제체계를 구성한다. 입법 및 법운용의 과정과 연계하여 또는 후술하는 바와 같이 적지 않은 경우 그것과는 유리되어 진행되는 독자적인 재정정책과 예산결정에 대한 통제는 거시적인 차원에서는 물론이고 미시적인 차원에서도 정책결정의 합리성과 권력통제의 효율성을 상당 부분 담보한다. 국가가 돈을 어디에, 얼마나, 어떻게 쓰는지 주목하는 것만으로도 적어도 자의적인 정책결정을 예방하고, 무분별한 권력행사를 제어하는 부정적인 방향에서는 최소한의 안전판이 된다. 예산을 중심으로 한 재정예산을 국가운영과 정책과정에 대한 감시와 검증의 ‘확대경’이라고 하는 것도 예산이 국가운영의 철학과 기본적인 정책구상은 물론이고, 적지 않은 경우 직접 기본권실현의 내용과 수준을 정하는 구체적이고 개별적인 실물정책적 결정이 계량화된 수치로 집약되어 표현된 계획표이기 때문이다.

---

심주의에 충실한 형사사법제도의 개혁도 법관과 검사의 대폭 증원, 형사법정의 확충, 국선번호인 제도와 운영의 개선 등이 필수적으로 요구되는 바, 결국 제도 개혁과 그 운영의 성패의 상당 부분은 충분한 예산조치에 달려 있다고 할 수 있다. 예컨대 형사법관과 공판관여 검사만 해도 현재보다 5-10배는 증원되어야 개혁안의 취지에 부합되는 공판중심주의가 실현될 수 있을 것이라고 한다. 이에 관해서는 유 중원, 공판중심주의실현의 전제조건, 법률신문, 2005년 5월 12일, 15면.

## 2. 재정운용의 현황 - 재정개혁의 과제

### (1) 예산과정의 구조적인 문제점

‘재정을 알고 관독할 수 있는 사람은 국가의 운명을 짐작할 수 있다’는 말에는 재정정책의 중요성과 함께 재정과 예산의 전체 국가운영에 대한 계획과 조정 및 통제수단으로서의 도구적 기능, 말하자면 국정 목표와 방향에 대한 점검과 전망, 거시·미시 차원에서 정책성과의 검증을 위한 계량화된 객관적인 기본자료의 효용을 강조하는 뜻이 담겨져 있다. 말하자면 재정은 관독이 가능해야만 하고 또한 그것을 관독할 수 있는 사람이 국가의 운명을 읽어 낼 수 있는 양식으로 운용되어야 한다는 당연한 명제가 전제되어 있다. 여기에서 재정의 관독이 단순히 정부예산상 수입과 지출의 명세표를 점검하는 것을 뜻하지 않는 것은 물론이다. 그것은 재정환경의 변화를 주목하면서 재정요소들 간의 체계적 관계와 재정수입과 재정지출의 구조 속에서 국정의 목표와 방향을 가늠하고, 더 나아가서는 투자우선순위의 적정성과 부문별 항목별 정책의 타당성에 대한 기본적인 평가자료를 확보하는 계속적이고 입체적인 작업이다. 후술하는 예산완전성 및 예산단일성, 예산의 진정명료성, 공개성 등의 예산원칙들은 이러한 예산관독의 가능성을 담보하는 제도적 장치이기도 하다.

우리의 경우 과연 이러한 의미의 재정관독이 얼마나 가능한가? 재정운영의 투명성이 그 관건이 된다고 볼 때 우선 재정운영구조의 파행성과 국회의 예결산심의과정의 문제점에 대한 지적만으로도 부정적으로 평가될 수밖에 없다. 우선 지적할 수 있는 문제는 예산구조의 복잡성이다. 특히 정부에 의해 운용되는 전체 공공자금 중에 예산 외로 운영되는 자금의 규모가 지나치게 크다. 일반회계와 특별회계를 합친 정부예산과 정부관리기금으로 구성되는 통합재정 외에, 형식적으로는 정부가 관리하지는 아니하지만 실질적으로는 정부가 관할하는 민간관리기금이나 공기업예산, 기타 이른바 ‘조세지출’(tax expenditure)로 불리는 조세감면, 정책금융과 외자도입에 따른 채권 등 재정 외의 공공자금의 규모는 공식적으로

## II. 재정헌법규범과 재정현실

운용되는 통합재정보다 오히려 더 큰 실정이다. 재정규모나 그 구조의 적정성 등을 판단하기 위한 기초자료 조차 정리하기 어려운 상황이다.

둘째로 공식부분에서의 재정운용 자체도 투명성을 확보하지 못하고 있다는 점을 들 수 있다. 국회의 승인절차 없이 주무장관이 관할하는 각종 정부관리기금의 문제점을 도외시하더라도 근본적으로 국회의 예·결산심의 및 승인의 절차가 헌법이 요구하고 있는 예산통제의 기능을 제대로 수행하지 못하는 것이 문제이다. 결산심사 및 승인의 절차는 국정감사나 정책심의회는 물론이고 예산심의회와도 전혀 연계되지 못한 채 이른바 ‘예산시체’(Budgetleiche)를 처리하는 정치적인 요식행위 이상의 의미를 갖지 못하고 있다.

예산심의회도 전혀 헌법이 요구하고 있는 내용과는 거리가 멀다. 이는 부실한 결산심의회에 따른 필연의 결과이기도 하지만 예산심의 자체도 파행적으로 운영되고 있다. 거의 관행화된 추가경정예산의 편성이나, 여당과 야당간의 정쟁으로 인해 법정시한 내에 예산안이 의결되지 못하는 경우, 국회의 예산심의절차를 요식적인 통과의례로 만드는 예산편성과정상의 이른바 ‘당정협의’의 정치적인 관행<sup>6)</sup> 등은 접어 두더라도 예산심의과정에서 전체 예산규모와 편성방향에 나타난 국정운영의 기본목표와 방향에 대한 재검토와 개별 사업에 대한 성과검토와 정책조정이 제대로 이루어지지 못하고 있다. 예산심의회는 계수화된 객관적인 자료를 바탕으로 한 정책심의회이다. 재정규모와 구조 및 개별정책의 타당성과 효율성에 대한 합리적인 분석과 검증이 아니라, 정부와 여당은 예산 총액 대비 삭감규모를 예상하여 예산을 부풀려서 편성하고, 야당은 야당대로 일정한 삭감규모를 사전에 내정하고 관철시키려고 하는 식의 비과학적인 예산심의회는 ‘전면적인 계수조정작업’ 이상의 의미를 갖지 못한다.<sup>7)</sup> 최근 10년간 국회의 일반회계예산 수정비율은 약 0.25%에 그치고 있다.<sup>8)</sup>

6) 이에 관해서 상세한 내용은 이 준원, 『한국 예산편성과정의 역동성에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문(1996년), 198-211면 참조.

7) 현행 예산제도의 문제점과 개선방안에 관해서는 김 동건, 『현대재정학』(1995), 164면 이하; 윤 성식, 『예산론』(2003), 535면 이하 참조.

8) 기획예산처, 『2004년 예산개요참고자료』, 12면.

## (2) 재정관련 제도 및 정책환경의 문제점

이러한 재정운용의 문제점은 우리나라 재정환경의 특수성, 특히 정책과정과 정치의 후진성 때문에 더욱 심각성이 더해진다.

첫째, 지출부문별 불균형과 예산수요와 가용재원의 불일치를 조정하고 해결해 나갈 수 있는 정치적 환경조건이 정비되어 있지 못하고, 이를 선도하고 보완할 수 있는 법제도적 장치가 마련되어 있지 못하다. 재정수요는 적어도 상당한 기간 동안은 계속 급증할 것으로 전망된다. 다른 나라에 비해 상대적으로 과중한 국방예산의 부담으로 인한 예산경직성<sup>9)</sup>의 문제를 떠나서도 앞으로 사회복지의 개선과 교육경쟁력의 확보를 위해 필수불가결한 재정수요만 해도 그 규모를 가늠하기 어렵다. 그밖에 토론만 무성한 연금제도개혁의 문제나 건강보험의 재정적자보전문제, 기타 사회간접자본의 확충이나 환경보전을 위한 비용도 대부분은 예산부담으로 이어질 수밖에 없다.<sup>10)</sup> 결국 예산수요의 측면에서 민자유치나 공무원 인력의 감축이나 재편성 등 재정지출구조의 개선을 위한 부문별 조정이나 완급조절은 가능하겠지만, 전체 재정수요에 대한 높은 팽창압력은 적어도 상당한 기간은 정치 혹은 정책에 의해 변화시킬 수 없는 불변의 상수로 주어져 있다.<sup>11)</sup>

9) 법률에 의해서 구체적인 급부의무가 확정되어 있는 지출과 정치 혹은 정책적 이유로 인해 가변성이 극히 제한되어 있는 사업경비 등을 포함해서 보는 경우 재정정책의 신축성과 연계되는 실질적인 예산경직성은 훨씬 높다. 단기적인 연간 예산계획에서 감축 가능한 부분은 대체로 전체예산의 약 3% 정도에 불과한 것으로 평가되고 있다. 이에 관해서는 박기백/최준욱, 『예산제도의 개혁』(1999), 22면 참조.

10) 예산지출증가의 중장기전망에 관해서는 『OECD 한국경제보고서 1999/2000』, 89면 이하 참조.

11) 기획예산처의 중기재정계획(1998-2002)에 따르면 2003년부터 중앙정부 통합재정기준으로 균형재정이 실현될 것으로 전망하였었는데, 이는 재정수급의 현실과는 거리가 먼 지나치게 낙관적인 예측과 계획이었다. 2008년부터 균형예산을 편성할 수 있을 것이라는 전망도 재정운용의 여건에 비추어 볼 때 선뜻 수긍하기 어렵다. 이와 관련하여 고 영선, 『중기재정계획(1998-2002)의 주요정책과제』(1999), 한국개발연구원; 『2004 -2008 중기재정계획』, 9-11면 참조.

## II. 재정헌법규범과 재정현실

둘째, 20%를 넘어 선 조세부담률은 신규 세원의 개발과 세율인상 등 세수확대를 위한 정치적 결정에 큰 부담이 될 수밖에 없는 이미 높은 수준이고, 특히 형평성의 관점에서 심각한 문제를 안고 있는 조세법제도와 세무행정의 파행성은 곳곳에서 조세저항을 야기하고 있는 실정이다. 예산대비 세수추계의 오차가 3%를 넘어서는 것도 우선은 세수예측의 전문성부족 때문이기도 하지만 근본적으로는 형평성을 기대하기에는 객관성과 합리성이 크게 미흡한 조세운용체계의 구조적인 결함에 따른 불가피한 현상이다. 이러한 조건 하에서 예측가능하고 치밀한 중장기적인 재원조달계획을 수립하고, 그에 따른 조세부담증가의 불가피성과 부담배분의 당위성을 설명하고 설득하는 작업은 적어도 단기 중기적인 차원에서는 난제가 아닐 수 없다. 국채발행을 통한 세수보전이나, 정치적 부담을 덜기 위한 편법으로 동원되는 특별부담금과 기금형식의 확대가 그 해결책이 될 수 없음은 물론이다.

셋째, 예산낭비, 특히 대규모 국책개발사업의 시행착오에 따른 예산낭비를 예방하고 최소화할 수 있는 제도적 장치와 정책환경이 마련되어 있지 못하다. 그 효과와 부작용에 관하여 정부 부처간은 물론이고, 관련 학계의 전문가들 사이에서도 전혀 의견이 엇갈리는 대규모 개발사업을 무리하게 강행하여 결과적으로 천문학적인 예산을 물거품으로 날려보낸 시화호담수화사업의 실패를 비롯하여 무분별한 적자보전보증을 조건으로 한 민자유치사업이나 선거과정에서의 무분별한 공약이 예산낭비로 이어진 국책사업의 사례는 수없이 많다.<sup>12)</sup> 정치권과 관료집단, 정부 부처 상호간에 견제와 균형의 관계를 바탕으로 하는 ‘열린 정책과정’, 정치적·정책적 책임의 소재가 분명하고 책임이 엄정하게 추궁되는 ‘투명한 정책과정’을 담보할 수 있는 예산제도와 정책환경이 정착되지 못한 상황에서 개발의 위험은 여전히 남아 있다.

12) 경실련의 보고(2005.5.30)에 따르면 최근에 시행된 8개의 국도사업만을 보아도 가격입찰제방식이 적용되었다면 정부가 가격 대비로 무려 5,095억원의 예산이 절약되었을 것으로 예상된다고 한다. 자료의 정확성 자체는 별론으로 하더라도 적어도 원청가격과 하청가격간의 큰 차이만을 보아도 정부단가가 잘못된 원가계산기준에 따라 책정되었고, 결과적으로 시장단가보다 두 세배 이상 부풀려져 있다는 지적만큼은 주목을 끌만한 설득력이 있다.

### 3. 재정운용체계상 예산과 법률

#### (1) 예산과 행정법 - ‘범우선원칙’의 한계

예산은 구체적인 예산항목의 목적과 금액 및 집행시기 등을 정하고, 그에 맞는 지출을 승인하는 국가작용의 특별한 형식이다. 예산의 내용은 기본적으로 국가활동의 범위와 내용을 규율하는 행정작용법에 의해 규정된다. 국가활동을 위한 소요경비의 구체적인 사용명세는 원칙적으로 법률에 의해 결정되기 때문이다. 말하자면 전술한 바와 같이 예산은 일반적으로 국가 내부적으로만 구속력을 가지는 이른바 ‘기관법’ 또는 ‘준칙규범’으로써 대외적으로 시민 개인의 권리, 예컨대 국가에 대한 특정한 급부청구권의 법적 근거가 되지 않는다.

의회와 행정부간의 대내적인 관계에서 보면 급부행정법은 예산의 배정과 사용에 대한 수권의 법적 근거인 동시에 대외적으로는 개인의 주관적 공권의 근거인 공적 채무법이고, 다른 한편 예산은 구체적인 재정지원계획으로 이해된다. 따라서 성립절차와 형식을 달리하는 행정작용법과 예산은 목적과 수신인이 다르지만, 그 내용이 상충되지 아니하여야 한다는 요청은 기본적으로 법률에 의해서 예산이 결정되는 방향에서 이해된다.

말하자면 ‘구체화된 헌법’으로써 구체적인 행정활동을 규율하는 행정법은 원칙적으로 예산과는 분리되어서 운용된다. 이는 특정한 목적의 지출과 연계되는 목적세 내지는 이른바 ‘특별부담금’은 예외적으로만 인정되고, 원칙적으로 ‘응능부담의 원칙’에 따라 운용되는 조세법과 법가치의 판단에 따른 필요성과 불편부당성의 기준에 따르는 행정법이 분리되어 있는 것과 마찬가지로이다. 일반적인 행정작용의 범위와 내용은 재정적 동기나 수익성이 아니라 실질적인 과제에 관한 법적 기준에 따라 결정된다. 독일 연방헌법재판소가 밝히고 있는 바와 같이 법치국가는 돈의 척도가 아니라, 우선 법률의 준거에 따라 운용된다.<sup>13)</sup> 요컨대 헌법과 법률에 의해서 당위적인 국가활동의 범위와 그 내용이 정해지면 그에 따라 재원이

13) BVerfGE 33.303(333).

## II. 제정헌법규범과 제정현실

조달되고, 지출 또는 공여되어야 하는 것이다. 원칙적으로 또는 적어도 일반적으로는 예산과정을 규율하는 ‘예산법의 일반원칙’<sup>14)</sup>과 예산회계법을 비롯한 개별 제정법령이 반대 방향에서 실질적인 행정작용영역에 대하여 구속력 있는 수권근거나 지침 및 한계로 적용될 수 있는 창구는 차단되어 있다.

그러나 법적 형식과 성립절차가 다르기 때문에 예산과 법률시행의 비용이 일치되어야 한다는 것은 원칙적인 법적 요청일 뿐이다. 또한 적어도 부분적으로는 사후정합성을 내용으로 한다. 여기에서 제시되는 정합성은 불변의 상수로 주어져 있는 법규범에 일방적으로 현실이 부합되어야 한다는 의미의 요청이 아니다. 그것은 잠정적인 국가의 가용재원의 크기를 최종 결정하는 유동적인 경제현실과 상대적으로 가변성의 폭이 제한되어 있는 법규범을 일정한 가능성의 조건 속에서 조율해 나가는 역동적인 예산과정을 통해서 확보된다.

다만 바람직한 현상은 아니지만 예측이 불가능한 현실적 상황조건이나, 정책기술적인 이유, 기타 부주의 등으로 인하여 예산과 법률이 일치되지 않을 수도 있고 또한 법률과 예산이 분리되어 운용되는 체계에서 예산과 법률이 서로 다른 가치판단을 하고 있기 때문에 사후 조정을 필요로 하는 경우도 없지 아니하다. 전자의 경우에는 예산편성과정이나 법률제정절차에서 최대한 예방하되 불가피하게 나타나는 불일치의 문제는 예비비제도

---

14) 예산의 편성단계에서부터 의회의 예산심의 및 집행과 결산단계에 이르기까지 예산과정을 규율하는 예산법의 기본원칙은 크게 보아서 민주주의원리에 기초한 의회의 예산고권과 효율적인 예산통제를 뒷받침하기 위한 예산운용의 기본준칙에 해당된다. 예산의 정책적 기능이 강조되는 재정국가의 현실에서 재정의 기능에 대한 입장의 차이가 적지 아니하기 때문에 예산법의 기본원칙의 내용에 대해서도 의견이 일치되지 못하고 있지만, 대체적으로 예산에 국가의 모든 수입과 지출 및 수권사항이 빠짐없이 계상되어야 한다는 예산총계주의(예산완전성의 원칙)를 비롯해서 단일성의 원칙, 사전성의 원칙, 1회계연도원칙, 투명성과 진정성의 원칙, 시간적, 사항적 특정성의 원칙, 예산통일의 원칙, 공개성의 원칙 및 독자성의 원칙과 같은 예산편성단계에서의 절차와 형식적인 내용의 원칙을 비롯해서 예산편성상의 수지균형성의 원칙이나 기타 전체 예산과정에 적용되는 경제성과 절약의 원칙 등이 제시되고 있고, ‘예산회계법’에 수용되어 있다. 법적 성격에 대해서는 논란이 계속되고 있지만, 대체로 법규범성은 인정되지만 국가내부에서만 구속력이 인정되는 기관법 또는 준칙규범으로 이해되고 있다. 이에 관한 상세한 내용은 김 성수, 국가의 재정적 책임과 국가의 재정행위에 대한 법적 통제, 『공법연구』, 제22집 제2호(1994), 165-179면 참조.

나 추가경정예산제도 기타 법률의 개정 및 시행일의 연기 또는 유예 등의 조정수단을 통해 법우선의 방향으로 해결될 수밖에 없을 것이다.<sup>15)</sup>

## (2) 예산의 독자적 규준력

예산과 법률이 분리되어 운용된다고 해서 양자간의 상호의존성이 부인되지는 아니한다. 예컨대 장기적으로 국가의 재정능력을 월등히 넘어서는 급부의무가 예선적으로 확정되어 있다면 가능성의 기준에 의해 법률의 실현이 포기 또는 제한될 수밖에 없다. 최소한 정상적으로 운용되는 법치국가에서는 이러한 현상이 있을 수 없음은 물론이다.<sup>16)</sup> 법치국가에서 예산은 원칙적으로 이른바 ‘내부법’(Innen-Recht)으로서의 법적 성격과 기능이 유지되어야만 한다. 이는 예컨대 급부국가적 행정활동을 위한 예산이 구속력 있는 청구권을 보장하는 행정실체법과 합치되는 경우, 역으로 말하자면 실현이 불가능한 급부청구권이 법률을 통해 구체적으로 확정되지 아니하고 또는 기타 재원조달이 불가능한 재정부담이 법적으로 요구되지 않는 경우에만 가능하다.

다만 여기에서 관심의 대상은 정상적으로 운용되는 법치국가·재정국가에서 예산이 국가활동에 대한 독자적인 결정요소로서 규준력을 가지게 되는 경우이다. 예산의 독자적인 결정요소로서의 규준력은 국가활동의 범주에 따라 달리 이해된다. 국가작용의 주된 두 가지 수단인 돈과 법률의 관계에서 보면 국가활동은 크게 세 가지 범주로 구별된다.

첫째는 법률에 의해서 국가활동의 범위와 내용이 최종 결정되고, 그에 소요되는 비용이 예산으로 편성되는 영역이다. 인건비 등의 기초적인 국가운영경상비와 재난구호비용, 손해배상, 공용침해 등에 따른 손실보상비용, 기타 법령에 의하여 주관적 공권으로서 최소한 일정 수준 이상으로 확정된 급부의 구체적인 내용과 수준이 확정되어 있는 급부행정예산이

15) 권 영성, 『헌법학원론』(2004), 889-890면.

16) 의원이 ‘예산상의 조치가 수반하는 법률안 기타 의안’을 발의하는 경우 예산명세서를 아울러 제출하도록 한 국회법 제79조 제2항의 단서규정은 이러한 맥락에서 그 의미와 기능이 이해된다.

## II. 재정헌법규범과 재정현실

나<sup>17)</sup> 또는 구체적인 크기는 확정되어 있지 아니하지만 객관적인 국가목적조항에 의해 특정한 정책목적을 위한 상당한 소요재원의 우선확보가 요구되는 경우<sup>18)</sup> 등이 이에 해당된다.

둘째는 예산에 의해서 국가활동의 범위와 구체적인 지원의 수준과 내용이 정해지는 영역이다. 일차적으로 정책적인 판단에 따라 효율성과 경제성이 우선 고려되는 행정활동의 범주로서 넓은 의미에서 보면 결국 예산에 의해서 법적 가치판단의 구체적인 실현내용이 규정되는 경우이다. 예컨대 사안에 따라서는 정치적으로 결정되거나 또는 행정부 내에서 갈등과 협력의 관계에 있는 실물정책 담당부처와 예산기관 상호간의 정책적인 조정에 의해 결정되는 예산배정의 우선순위나 크기에 따라 국가활동이나 지원의 내용이 정해지는 장학금이나 각종 보조금<sup>19)</sup>, 교육훈련비<sup>20)</sup>를 비롯하여 공공시설사업이나 신규인력채용에 따른 비용, 도로건설, 무기조달비용 기타 각종 개발사업비 등이 여기에 해당된다.

셋째는 예산과 법률의 상호 교차적인 연계체계 속에서 국가활동의 내용이 조정·형성되는 영역이다. 기술한 바와 같이 법치국가는 우선적으로 법에 의해 운영된다는 기본원칙에도 불구하고 법에 의해서 규정되는 국가활동의 범위와 내용은 상당 부분 재정현실에 의존될 수밖에 없다.<sup>21)</sup> 법

17) 예컨대 국민기초생활보장법이나 노인복지법(제9조)을 비롯한 사회보장관계법령이 대표적인 예라고 할 수 있다.

18) 국가의 각별한 관심과 노력의무를 법제화해 놓은 장애인복지법(제14조) 등의 사회보장관련 법령이나 기타 재난구호법(제5조)이나 정보화촉진기본법(제6조 제3항), 과학기술기본법(제21조), 교원지위향상을 위한 특례법(제3조 제1항) 등이 좋은 예이다.

19) 특히 보조금행정의 실무상 예산과 행정규칙 또는 조례가 조합된 새로운 법적 형식에 따라 운용되는 예가 적지 아니하고, 이러한 법형식은 법이론적으로도 법률유보의 원칙에 부합되는 형식으로 인정되고 있는 바, 예산이 1차적인 결정요소로서 독자적인 준거력을 가지고 국가활동의 범위와 내용을 정하는 전형적인 예라고 할 수 있다. 현재결 1997.11.27. 96헌마279, 판례집 9-2, 741면 이하 참조.

20) 현재결 2003.6.26. 2002헌마484, 판례집 15-1, 802면. 예컨대 병역법 제52조 제1항은 “병력동원 훈련소집으로 입영한 사람은 현역에 준하여 복무하며, 예산의 범위 내에서 급식 또는 실비지급 등을 할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 현재는 일반 교육훈련에 소집된 예비군에 대하여 실비변상 등을 해주는 규정을 마련해야 할 입법의무가 입법자인 국회에 있는지 여부는 별론의 문제이되, 다만 집행기관인 피청구인에게는 그와 같은 실비변상 등 보상을 하여야 할 법적인 의무가 존재하지 아니한다고 보았다. 말하자면 배정된 예산에 따라 보상의 구체적인 수준과 내용이 결정된다는 것이다.

21) 앞에서 기술한 첫 번째 범주에 속하는 기초적인 국가운영경비도 적어도 전면적으로

를규정의 밀도나 예산의 규준력에 따라 상대적인 차이가 있기는 하지만 현실적으로 사회복지분야를 포함하여 대부분의 국가활동의 범주가 이 경우에 해당된다고 할 수 있다.

여기에서 관심대상은 예산의 독자적인 규준력이 부각되는 범주인 바, 이러한 영역에서의 법률과 예산의 관계는 합법성에만 초점이 맞추어지는 일방적이고 단선적인 범우선의 원칙에 의해 규정되지 아니한다. 오히려 법의 해석·집행과 경제·재정정책기조에 따르는 예산과정이 기능적으로 밀접하게 연계되어 운용될 수밖에 없다. 법률의 예산규정력이 추상적인 차원에 그치고, 구체적인 국가활동의 수준과 내용을 결정하는 지출예산의 배정은 정책적 재량을 통해서 결정되는데, 이 재량과정에서 추상적인 법령상의 지침보다는 유동적인 정치·경제적 여건 및 그에 따른 재정현실이 우선 고려되는 것이 불가피하다. 예컨대 헌법상 객관적인 국가목적 조항의 형식으로 규정되어 있는 사회보장 및 복지분야나, 행정법상 ‘판단 여지 있는 불확정 개념’ 내지는 재량행위의 형식으로 규정되어 있는 대부분의 급부행정법의 분야가 여기에 해당된다고 할 수 있다.<sup>22)</sup> 최근 주목되는 실증적인 연구에 따르면, 2005년 일반회계 예산의 경우 전체 예산 중 약 24.3%(20조 874억원)가 법률의 근거가 없거나 수권 법률이 명확하지 않은 경우에 해당된다. 주요 사업별로 보면 근거 법률이 전혀 없거나 (23.9%, 420개), 간접적이고 일반적인 수권규정만이 있는 경우(24.2%, 424개), 기타 근거 법률이 추상적이고 포괄적인 경우(26.0%, 456개)가 대부분을 차지하고, 근거 법률이 명확한 경우는 25.9%(455개)에 불과하다.<sup>23)</sup>

그 예외가 될 수는 없다. 예컨대 재난구호활동이나 경찰과제 등 고전적인 국가과제의 경우에도 일차적인 결정기준은 국가의 기본권보호의무나 과소금지의 원칙 등 헌법상의 요청과 그것을 구체화시킨 법률의 취지와 내용이지만, 현실적으로 그 구체적인 실현의 내용과 수준은 상당부분 재정현실에 의존되는 예산에 의해서 결정된다. 예컨대 재난관리법 제5조에 따르면 ‘재난의 예방과 발생한 재난의 신속한 수습·복구를 위하여 필요한 재정상의 조치를 강구할 의무’를 지는데 이에 따라 요구되는 최소한의 조치는 재정현실과 연계될 수밖에 없다.

22) 이에 관해 구체적인 예들은 이 덕연, 법률과 예산 - 사회복지분야에서 국회 역할의 재정립, 『국가재정 관련 법제의 현안과 과제(I)』, 2004, 한국법제연구원, 21면 이하 참조.

23) 임 명현, 법률과 예산의 연계성실태 및 강화방안연구, 『예산현안분석』, 제2권(2004. 12), 22-23면 참조.

## II. 재정헌법규범과 재정현실

요컨대, 법률에 의해서 구체적인 지출예산의 규모가 확정되어 있는 국가활동 이외의 영역에서 예산은 이른바 ‘준칙규범’으로서만 남아 있지 않다. 법률의 제정과 집행에 ‘가능성유보’의 조건으로써 또한 적지 않은 국가활동의 범주에서 실질적인 결정요소로써 독자적인 준거력을 가진다. 주관적 공권의 법적 근거로는 인정되지 아니하지만, 행정청에 대한 행위규범으로서 시민생활에 미치는 실질적인 영향력은 수권법률의 그것을 오히려 능가한다. 주관적인 공권의 침해와 이에 초점을 맞춘 전통적인 사법통제나 정책의 결정-집행-통제의 단선적인 체계의 맥락에서 진행되는 의회의 사후적인 재정통제를 넘어서 재원배분과 투자우선순위의 적정성과 효율성 및 지출의 성과에 초점을 맞추는 객관적인 법통제, 즉 경제성통제의 문제와 적극적으로 사전적인 이른바 ‘참여적 예산통제’의 논제가 주목되는 것도 바로 이 때문이다.

### Ⅲ. 재정헌법에 대한 헌법정책적 평가

#### 1. 현황 및 문제제기

독일 현대재정법학의 태두인 Hettlage의 정의에 따르면 재정헌법은 “국가의 예산, 재산, 채무경제영역 및 조세관련 기본질서영역에서의 재정 과정을 규율하는 헌법규범의 총체”이다.<sup>24)</sup> 이 정의에 따른다면 현행 헌법상 실체재정법은 거의 전무하다. 예산의 심의 확정 및 결산에 관한 권한, 절차규정(헌법 제54조-57조, 제89조, 제97조)을 비롯하여 국채모집(제58조), 조세법정주의(제59조), 재정부담과 연계되는 조약에 대한 국회동의권(제60조) 등 예산과정과 재정운용에 관한 기술적이고 형식적인 절차규정만을 두고 있을 뿐, 우리 헌법상 재정운용에 대한 실체적인 지침과 한계에 관한 규정은 전무하다.<sup>25)</sup>

물론 우리 헌법상의 ‘경제조항’, 즉 ‘개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본’으로 하되, ‘균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’를 위하여 국가가 경제에 관해 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있는 헌법 제119조는 정책의 기능

24) K. M. Hettlage, Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL 14(1956), S. 4.

25) 우리 헌법은 제헌헌법에서 재정헌법을 독립된 장(제90조 - 제95조)으로 하여 예산 과정에 관한 규정을 두었으나, 제5차 헌법개정(1962)이후 재정헌법의 독립된 장이 없어지고 통치기구에 관한 장에 통합되어 규정되고 있다. 예산단일성의 원칙 등 예산편성과 관련된 기술적이고, 형식적 지침들과 균형예산의 원칙 등 예산결정에 대한 기본적인 지침들, 즉 ‘예산법의 일반원칙’은 예산과정에 관한 총칙법이라고 할 수 있는 예산회계법에 규정되어 있고, 기타 국유재산과 물품의 관리, 국가채권관리 등은 국유재산법, 물품관리법, 국가채권관리법, 국채법, 기업예산회계법, 재정용자특별회계법, 정부투자기관관리기본법, 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률, 공공자금관리기본법 등 개별 법률을 통해 규율되고 있다. 최근에 단일한 국가재정법(안)으로 통합하는 방안이 추진되고 있다. 16대 국회에서 발의되었던 법안이 폐기된 후, 17대 국회의 들어와서 정부제출 법안으로 국가재정법(안)과 의원발의 법안으로 국가건전재정법(안)이 국회에 계류 중이다. 이에 관해서는 박 중수, 『국가재정법의 제정방안』(2003.7); 이동식, 재정건전화법제의 발전방향, 『공법연구』, 제33집 제5호(2005.6), 259면 이하 참조.

### III. 재정헌법에 대한 헌법정책적 평가

적 연관성의 관점에서 보면 재정조항이기도 하다. 오늘날 거의 통상적인 경제정책수단으로 활용되는 이른바 ‘기능적 재정’(functional finance) 운용에 대한 포괄적인 수권 및 한계규정이다. 사실상 모든 재정운용이 간접적으로라도 경제현상과 연관되지 않는 경우는 없다는 점을 차치하더라도, 국가의 재정을 통한 의도적이고 직접적인 경제개입, 예컨대 재정수지나 예산집행시기의 조절이나 기타 연기금운용을 포함하여 재정투융자사업의 우선순위의 조정 등의 정책결정권한에 대한 실체법적인 수권 및 제한의 헌법적 근거는 제119조 제2항에서 찾을 수밖에 없다. 다만 제119조 제2항의 재정통제규범으로서의 기능적 한계에 대해서는 후에 상술하겠지만, 동 조항은 국가의 재정정책결정에 대한 사실상 백지위임에 가까운 포괄적인 수권규정으로서 확인되는 규범적 효용에 비해서 상대적으로 재정통제, 특히 헌법재판을 통한 재정통제의 준거로서 적용될 수 있는 가능성은 희박하다. 요컨대, 재정운용에 관한 정치적 정책적 결정을 법적으로 포착하는 과제의 측면에서 보면 우리 헌법은 ‘재정맹’(finanzblind)<sup>26)</sup>의 상태이다.

반면에 정치규범, 정책규범 또는 결정 및 통제체계로서 헌법의 특성과 기능의 관점에서, 특히 통제수요의 현실적인 크기와 규범적 당위성을 기준으로 보면 재정정책과 예산결정 등 나라살림에 대한 법적 규율은 제1의 헌법사항이다. “재정권력도 ‘조직된 권력’(verfasste Gewalt)으로서만 정당화된다”는 P. Kirchhof<sup>27)</sup>의 단언에는 두 가지 중요한 시사점이 담겨져 있다. 재정권력에 대한 헌법적 규율의 부적합성을 예단해 온 기존의 성급한 기피의식과 특히 세출분야의 예산결정에 대한 헌법적 통제를 거의 방기해 온 헌법학과 헌법현실에 대한 반성과 발상전환의 촉구가 그 하나이고, 둘째는 형식과 절차뿐만 아니라 실체법의 측면도 포함해서

26) J. Isensee, *Steuerstaat als Staatstform*. Fs. H.P. Ipsen, S. 412.

27) *Finanzgewalt und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: K. Stern(Hg.), 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 132. 후에 상론하겠지만, 우선 여기에서 유의해야 할 것은 Kirchhof가 사용한 ‘조직된 권력’의 개념에는 권한과 절차 및 형식의 관점에서만이 아니라, 오히려 헌법의 실질적인 가치체계와도 연계되어 창설, 편제되어 있고, 따라서 행위지침과 한계를 제시하는 헌법상의 근본적인 가치목록과 기본원리에 기속되는 권력이고 또한 그 밀도나 수단 등은 다를 수 있지만 적어도 헌법 및 헌법재판통제로부터 원천적으로 자유로울 수는 없는 권력이라는 의미가 강조되어 있다는 점이다.

헌법도그마틱과 헌법정책의 차원에서 재정정책과 예산결정의 정당성과 효율성을 확보하기 위한 적극적인 노력이 필요하다는 점에 대한 지적이다.

## 2. 헌법의 흠결 - 무결정의 결정?

기술적인 차원에서 편제상의 변화는 있었지만 우리 헌법은 제헌헌법 이래 변함없이 예산결정을 포함하여 재정운영에 직접 적용되는 실체적 규정은 전혀 두고 있지 아니다. 이에 대한 헌법정책적 평가는 이 법상태가 원천적인 또는 후천적인 ‘재정맹’의 재정헌법흠결인지 또는 재정을 헌법적 규율과 통제로부터 자유롭게 놓아두려고 한 결정, 말하자면 목적과 의도가 분명한 적극적인 헌법적 결단으로 볼 것인지에 관한 진단을 선결 사항으로 한다.

우선 헌정사적인 관점에서 제헌헌법 당시의 재정의 환경조건, 특히 국가와 사회 및 경제의 관계구도나 독자적인 재정운영의 경험이 전무했던 현실상황과, 또 한편 재정기능과 재정권력의 특수성을 주목하지 못하는 몽테스큐의 3권분립론과 이른바 ‘침해유보설’등을 기초로 한 당시의 재정과 재정법의 관계에 대한 기본적인 인식틀을 고려하면 예산과정상의 권한, 절차 및 형식에 관한 규정만을 두고 재정운영에 관한 실체적인 지침과 한계를 헌법에 규정하지 않은 것은 극히 자연스러운 결정이었다고 할 수 있다. 말하자면 재정권력에 대한 실질적인 헌법통제의 당위성과 필요성이나 그 구체적인 수단과 방법 등에 관한 대안을 놓고 헌법정책적으로, 이론적으로 진지한 고민과 검토를 거쳐서 내려진 선택과 결정은 아니었다.<sup>28)</sup>

형식적 법치주의를 벗어나지 못하였던 당시의 헌법이론적 인식틀 속에서 ‘침해유보설’과 연계된 법률유보의 원칙은 ‘형식적인 법률’과 ‘실질적인 법률’을 구별하는 ‘법률이원론’과 마찬가지로 기본적으로는 행정권의 주

28) 이와 관련해서 국회의 독자적인 예산증액 및 신비목의 설치를 금지하는 현행 헌법 제57조의 규정이 제헌헌법(제91조 제3항)에 포함된 것이 ‘전적으로 당시 헌법 기초 위원이었던 유 진오박사의 개인적인 판단에 의한 것’일 뿐이라는 흥미로운 헌정사적 배경설명은 재정헌법 전체에 해당되는 것으로 보아도 무리가 없을 것으로 생각된다. 옥 동식, 예산법률주의의 의의와 입법과제, 『국가재정관련법제의 현안과 과제(II)』, 55-56면.

### III. 재정헌법에 대한 헌법정책적 평가

체인 군주와 시민의 대표인 의회간의 정치적인 정전협정이 유효하였던 19세기의 시대상황 하에서만 타당한 구시대의 법이론이고 개념이었다.<sup>29)</sup> 이에 따르면 ‘자유와 재산권의 제한’에 해당되지 않는 행정작용의 범주, 이른바 특별권력관계를 비롯하여 재정권의 행사는 이른바 ‘법으로부터 자유로운 국가내부영역’(rechtsfreie Innenraeume der Staatsgewalt)으로서 법률유보 원칙의 적용이 배제되었고, 따라서 예산결정을 포함하여 일체의 재정권의 행사에 대한 형식과 절차에 관한 규정 외에 실제적인 헌법적 통제와 법적 규율의 문제는 원천적으로 고려대상이 아니었다. 말하자면 조세법정주의와 의회의 예산결정권을 비롯하여 헌법에 규정되어 있는 기본적인 권한과 형식 및 절차의 조건 하에서 구체적인 재정운영은 전적으로 의회와 행정부의 정치적, 정책적 판단과 재량에 맡겨져야 하는 것이기 때문에 오히려 헌법 또는 법률의 접근으로부터 보호되어야 할 영역으로 인식되었다.

요컨대, 적어도 법이론의 관점, 특히 (재정)정책과 법의 관계에 대한 기본적인 인식의 측면에서 보면 우리 헌법의 ‘재정맹’상태는 원천적인 ‘헌법의 흠결’은 아니었다. 말하자면 진지한 법정책적 전략에 따른 적극적인 헌법적 결단이었다고 할 수는 없겠지만, 헌법이론 및 헌법정책적 인식의 한계에 따른 자연스러운 ‘무결정의 결정’이었다고 할 수 있다.

### 3. 현 시점에서의 헌법정책적 평가

전술한 바와 같이 제헌헌법의 ‘재정맹’의 상태는 9차에 걸친 헌법개정을 거쳐 현행 헌법에 이르기까지 변함없이 계속되고 있다. 적어도 현 시점에서 헌법규범과 헌법현실의 근본적인 상황변화를 고려하지 아니하고 ‘무결정의 결정’이라는 제헌 당시 또는 그 후 일정 시점까지의 진단결과를 그대로 수용할 수 없음은 물론이다.

제헌 이후 헌법국가정립의 초기단계나 전후 복구에 전념할 수밖에 없었던 1950년대까지는 차치하더라도, 권력통제규범 및 정치규범으로서 헌

29) W. Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, S. 8.

법의 규범력 자체가 극히 미약하였던 군사독재의 상황과 자본축적 및 자원배분을 정부가 거의 주도하였던 이른바 ‘개발독체제’의 헌법현실 하에서 재정에 대한 헌법적 통제의 문제는 원천적으로 헌법개정의 의제로 상정될 수 없었다. 헌법학계에서도 독자적인 논제로 재정통제나 재정헌법개정의 문제가 제대로 논의된 예를 찾아보기 어렵다.

더 이상 진지한 검토와 숙고의 결론이라고는 볼 수 없는 헌 시점에서 우리 헌법학의 ‘재정쟁’의 상태는 - 적어도 더 이상은 현실상황논리로 변명될 수 없다고 한다면 - 학문적 부정직이나 게으름 또는 의도적인 외면과 방치 둘 중의 하나로 설명할 수밖에 없다. 예컨대 현행 재정헌법이 재정민주주의와 재정법치주의의 실현을 위한 절차적, 형식적인 규정만을 두고 있는 것을 의회입법자에게 ‘극히 폭넓은 입법형성의 자유’를 허용하는 것으로 이해하고, 이 자유의 공간을 ‘헌법으로부터 자유로운 영역’이라 기보다는 ‘헌법적 기대와 처방’의 결과로 보는 견해도 결과적으로는 ‘무결정의 결정’을 용인하는 과거답습의 논리를 벗어나지 못한다.<sup>30)</sup> 헌 시점에서 우리에게 요구되는 것은 그 ‘헌법적 기대와 처방’의 현실정합성을 평가하고, 통치질서체계상 함의와 효용을 헌법정책적 전략구도와 연결하여 설명해내고, 만약에 그것이 불가능하거나 미흡하다면 헌법이론 또는 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계를 검토하고, 재정헌법의 개정까지도 포함하여 구체적인 대안을 제시하는 것이다. 재정헌법개정의 필요성과 그 구체적인 대안에 관해서는 다음 장에서 논하고, 여기에서는 발상전환의 필요성과 함께 재정과 재정통제의 문제를 주목하지 못하였던 우리 헌법학의 기본적인 인식과 그에 따른 이론들의 한계와 문제점을 비판적으로 검토한다.

우선 지적될 수 있는 것은 사회국가-급부국가-조세국가의 기능적 연계구조로 표현되는 국가와 사회 및 경제의 관계구도의 변화나 그에 따른 재정규모의 확대와 재정기능의 변화, 행정국가현상 등 재정정책의 환경조건의 변화를 고려하여 헌법의 ‘재정쟁’의 상태가 재진되어야 한다는 점이다. 또는 도대체 접근과 논의 자체가 없었지만, 그것이 법과 정책 또는

30) 홍 준형, 국가재정법 개혁의 방향과 과제, 법제연구원, 『21세기 재정법의 과제와 전망』(2005.6), 22면.

### III. 재정헌법에 대한 헌법정책적 평가

헌법과 재정정책간의 적절한 분계선설정의 관점에서 재정정책의 고도의 전문성과 개방성이나 예산결정의 유연성과 현실적응의 요청 등을 고려하여 재정부운영에 대한 실체헌법적 규율을 계속 포기 또는 자제해 온 암묵적인 헌법정책적 전략의 결과인 것인지, 만약 그렇다면 그러한 상황인식과 전략적 판단의 타당성은 여전히 또는 향후에도 유효한지 검토되어야 한다.

주지하는 바와 같이 침해유보설은 이미 오래 전에 극복되었고 전통적인 법률유보의 원칙은 이미 의회유보의 원칙에 의해 해체되었지만, ‘법률이원론’은 그 주된 논의의 맥락은 달라졌다고 하더라도, 특히 예산의 본질과 관련하여 이른바 ‘내부법-외부법’(Innenrecht-Aussenrecht)의 이원적 구도를 전제로 하여 예산의 범규범성을 부인하는 견해, 즉 예산은 대외적으로 구속력을 갖지 아니하고 국가기관만을 구속하는 의회의 세출승인행위일 뿐이라고 보는 입장의 이론적 토대로 유지되고 있다. 또한 이른바 ‘내부법’ 또는 ‘기관법’(Organrecht)도 범규범으로 인정되어야 한다는 전제 하에 국가재정작용의 준칙규범으로서 예산의 범규범성을 인정하는 견해도 형식적인 법원론(法源論)에 치우친 논의에 그치고 마는 것은 기본적으로는 19세기적 법률이원론의 인식틀이나, 후술하는 바와 같이 이미 상당 부분 극복되고 수정된 민주적 정당성에만 집착하는 구조중심의 권력분립론을 벗어나지 못하고 있기 때문이다.

## IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

### 1. 개 요

헌법규범을 준거로 하는 결정체계, 통제체계 속에서 재정권력행사의 특수성이나, 예산결정을 포함한 국가재정행위의 영향력의 양적·질적 크기, 기타 사회적 법치국가에서 예산의 독자적인 규준력 등을 주목하건대, 헌법차원에서 재정에 대한 실체법적 규율과 통제를 원천적으로 배제하는 전략은 더 이상 설득력이 없다. 따라서 적어도 결론에 대한 성급한 예단이 없는 전제 하에서는 재정개혁 또는 예산제도개혁의 현안도 재정헌법개정의 문제와 연계하여 검토되는 헌법정책적인 차원으로 그 논의의 지평이 확장될 수 있고, 또 그래야 한다.

다만 여기에서 논의는 재정헌법규범과 헌법현실의 틈, 말하자면 재정통제의 수요와 공급간의 불일치에 대한 체계적인 분석을 통해 재정헌법보완의 필요성을 가늠해보고, 헌법개정의 방향과 범위 및 구체적인 대안을 설정하기 위한 헌법이론적 준거를 도출하는데 초점이 맞추어진다. 우선 재정통제의 관점에서 기능적 권력통제모델의 실효성을 평가해보고, 헌법도그마틱과 법률 차원의 접근을 통한 보완의 가능성과 한계를 검토해본다.

### 2. 기능적 권력통제이론의 재정통제체계상 함의

입법, 행정 및 사법의 기능구별과 그에 따른 기능별 조직분리를 바탕으로 한 고전적인 권력분립론의 한계는 기술한 바 있거니와, 실효성 있는 권력통제메커니즘으로서 그 한계와 부실이 극명하게 드러나는 대표적인 분야가 바로 재정부문이다. 특히 예산결정을 비롯한 세출부문의 국가재정행위가 그러하다.

통치조직 자체는 물론이고 구체적인 국가권력행사의 양태와 구조를 결정하는 국가와 사회의 구조나 정치제도 등의 변화에 따라 권력의 분리와 분리된 권력 상호간의 획일적인 대립관계를 통해 '견제와 균형'을 도모하는 3권분립론이 근본적으로 수정될 수밖에 없음은 주지의 사실이다.<sup>31)</sup>

31) Vgl. F. Ossenbuehl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DOeV, 1980, S. 546f.

#### IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

근본적인 시대상황의 변화의 내용은 우선 민주적 평등사회의 실현을 들 수 있고, 기타 환경조건의 변화로는 정당을 통한 권력통합현상, 이른바 '행정국가현상'이나 사법권의 강화 등을 초래한 급부국가가능의 확대, 기타 강력한 압력단체의 출현 등 사회구조의 변화 등이 주목된다.<sup>32)</sup>

권력통제의 실효성의 관점에서 볼 때, 국가작용의 전 부문이 이러한 변화의 영향에 노출되어 있기는 하지만 분야별로 그 양상과 결과가 다르기 때문에 문제상황에 대한 인식과 헌법정책적 평가와 대처에는 다양한 관점과 전략이 모색되어야만 한다. 다만 이 모든 영향들이 그대로 중첩 또는 증폭되어 집중될 수밖에 없는 국가재정행위, 특히 예산결정의 경우에는 결정의 정당성과 함께 합리성 또는 효율성을 담보할 수 있는 통제에 대한 수요는 끝없이 증대되는데, 반면에 유효한 통제의 공급은 기대하기 어려운 심각한 상황에 처해 있다고 할 수 있다. 이 '재정통제결핍의 현상'은 고전적인 권력분립론 속에서는 원천적으로 해결될 수 없는 구조적인 문제이다. 예컨대 헌법상 의회의 예산결정권이나 기타 주요 재정행위에 대한 의회의 동의 또는 승인권을 핵심적인 재정통제수단으로 인식하는 것은 의회와 행정부의 일반적인 대립구도의 전제와 의회의 '지출통제자'(Ausgabenkontrolleur) 또는 '지출억제자'(Ausgabenbremser)<sup>33)</sup>의 역할에 대한 기대와 연계하여서만 이해될 수 있는데 그것은 19세기적 시대상황에서나 타당한 것일 뿐, 오늘날의 헌법현실과는 거리가 멀다.

이러한 시대상황의 변화와 현실상황에 따라 '실질적인 기능통제'의 관점에서 권력의 구조와 양적·질적 크기, 결정권한의 배분과 연계체계, 기타 구체적인 정책결정 및 정책통제메커니즘의 작동방식에 부합되는 새로운 권력통제모델이 모색되고 있는 바, 연방국가제도와 지방자치제도, 직업공무원제도, 복수정당제도, 헌법재판제도 등의 권력통제수단으로서의 헌법적 의의와 기능에 대한 논의가 그것이다.<sup>34)</sup>

다만 여기에서 관심은 법률을 준거로 하는 일반적인 국가작용과는 권력행사의 구조와 양식이 크게 다르고, 그에 따라 통제의 수단과 방법 및

32) 이에 관해서는 허영, 『한국헌법론』(2005), 676-680면 참조.

33) Vgl. H. H. v. Armim, Begrenzung oeffentlicher Ausgaben, DVBl. 1985, S. 1289.

34) 허영(FN. 32), 681-689면.

기준도 크게 다를 수밖에 없는 돈을 축으로 하는 재정운영에 대한 통제이다. 분야나 사안에 따라 상대적인 차이는 있겠지만, 전자의 경우 기본적으로는 법률을 축으로 하는 정책결정과 집행 및 통제의 단선적인 구도 속에서 진행되고, 따라서 ‘법적 안정성’과 ‘과잉금지’의 요청에 초점을 맞춘 합법률성 및 합헌성통제가 여전히 유효하다. 반면에 법률이 아니라 경제상황에 의해 결정의 조건이 규정되고, 정책의 효율성과 합리성, 결정의 신축성과 유연성이 각별하게 요구되는 예산결정을 포함한 국가재정작용은 우선 ‘한계유월’에 초점을 맞추는 선결정-후통제의 법통제의 구도에 편입되기 어렵다. 재정통제와 관련하여 ‘과잉금지’보다는 ‘경제성의 원칙’(Wirtschaftlichkeitsprinzip)과 ‘적정성의 요청’(Optimalitaetsgebot)의 요청이, ‘대립과 분리를 통한 제한’보다는 ‘협력과 연계를 통한 공조’가, ‘결정후 통제’보다는 이른바 ‘참여적 통제’가, ‘결정권의 배분’보다는 ‘정보를 통한 통제’가 강조되는 것도 그 때문이다.<sup>35)</sup>

### 3. 재정권력에 대한 기능적 권력통제모델의 효용과 한계

#### (1) 기능적 권력통제모델의 특성

재정권력은 일반적인 권력행사와는 그 구조와 양식이 근본적으로 다르기 때문에 권력이 작용되는 정치적·정책적 결정과정을 법적으로 포착해야 하는 헌법적 과제의 측면에서도 이른바 패러다임의 전환이 요구된다. 권력분립론상 일종의 패러다임의 전환이라고 할 수 있는 ‘기능적 권력통제론’의 ‘재정통제결핍’을 치유할 수 있는 대안으로서의 적실성, 말하자면 재정권력통제와 관련해서 또 다른 패러다임의 전환이 필요한지 여부가 재검토되어야 하는 것도 바로 이 때문이다. 헌법정책론의 관점에서 기본적인 시사점을 정리하는 차원에서 전술한 기능적 통제모델들의 체계적합성과 현실정합성의 관점에서 주목되는 두 가지 단서만을 검토한다.

35) Vgl. vor allem H. Koller, Die Finanzgewalt im System der staatlichen Funktionenordnung, in: G. Mueller u.a.(Hg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Fs. f. K. Eichenberger zum 60. GT, S. 507; P. H. Huppertz, Gewaltenteilung und antizyklische Finanzpolitik.

#### IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

첫째로 3권분립 자체가 ‘힘에 의한 힘의 통제’의 구상과 연계되는 환경 조건 속에서 권력상호간의 대립과 제한의 구조만으로 ‘견제와 균형’의 효과를 기대하는 고전적인 권력분립론과는 달리, 기능적 권력통제이론과 그에 따른 통제모델들은 권력행사의 동태적인 측면을 주목하는 입장에서 실제로 권력이 현출되는 기능의 배분과 연계를 통해 ‘실질적인 기능통제’의 메커니즘을 모색하는 것이기 때문에 그 효용은 상대적으로 인적 자본이나 정치 행정문화 등 제도외적인 요소들에 의해 크게 좌우된다. 단순한 대립과 제한의 구조는 제도에 의해서 유지될 수 있지만, 협력과 견제의 도관이 병존하는 결정과 통제의 과정은 권력의 절제와 그에 대한 신뢰 및 그것들을 뒷받침 해주는 정치·사회·문화적 환경조건에 의해서 그 성패가 좌우되기 때문이다.

둘째로 고전적인 권력분립론이 관념적이고 추상적인 통합개념으로서 ‘권력’의 개념을 중심으로 하는 ‘구조적인 권력통제론’의 인식틀이라고 한다면, 기능적 권력통제이론은 말 그대로 권력의 객관적 현실을 중시하는 관점에서 현실적이고 구체적인 ‘기능’에 초점을 맞추는 ‘실질적인 기능통제론’이라고 할 수 있다. 기능적 권력통제이론의 접근방법이 입체적이고 다양한 통제전략과 모델을 제공할 수 있는 것은 바로 이 때문이다. 따라서 동태적이고 복합적인 권력행사의 현실을 제대로 설명해낼 수 없는 고전적인 권력분립론의 지나친 단순화의 전략을 극복한 이 새로운 접근방법과 그에 따른 통제모델의 효용은 국가작용의 영역과 사안에 따라 구별되는 권력의 속성과 구조, 정책결정과정 속에서 현출되는 권력행사의 양식, 즉 구체적인 권한과 기능의 특성에 부합되는 적절한 다원화 전략과 전술적 준비에 달려 있다.

#### (2) 개별 검토

이러한 관점에서 전술한 바 있는 우리의 재정운영의 환경조건과 재정결정의 구조와 기능상의 특성을 상기하면서 개별적인 기능적 통제모델의 실효성과 그 한계를 검토해 본다.

### 1) 지방자치제도

연방국가제도와 지방자치제도가 정당을 통한 권력통합현상을 수정할 수 있는 효과적인 권력통제수단이라는 평가는 기본적으로 재정권력의 경우에도 그대로 해당된다. 더욱이 정책결정의 과정이 복잡하고, 그 구조와 기능적 특성상 통합현상이 가장 부각되는 재정과 재정권력의 현실에 비추어 보면 연방과 주 또는 중앙과 지방간에 권력을 배분하는 이른바 ‘수직적 권력분립’은 특히 재정통제와 관련하여 우선 주목된다. 통합의 가능성을 원천적으로 차단시킨 조건 속에서 권력을 배분하여 권력의 크기를 줄이는 구조 자체가 권력남용의 위험성의 크기를 원천적으로 분산시킬 뿐만 아니라, 배분을 통해 축소되고 또한 축소된 만큼 근접된 가시권 내에서 행사되는 권력은 보다 쉽고 유효한 통제를 가능하게 하는 조건이 되기 때문이다.

또한 ‘수직적 권력분립’을 통해 분할된 권력행사의 공간은 여타의 기능적 권력통제수단의 작동에 의해 그 구체적인 지형이 확정되는 것이기는 하지만, ‘수직적 권력분립’은 분립된 권력단위, 말하자면 연방과 주 또는 중앙정부와 지방자치단체 상호간의 협력과 견제의 관계, 특히 상위단위에서의 ‘수평적 권력분립’과의 입체적인 연계를 통해서 보다 강력한 권력통제수단으로서의 실효성이 기대된다. 기본적으로 국가형태의 사항으로서 헌법차원에서 분립의 구도가 정해지고 또한 양원제 등을 통해서 주정부나 의회가 연방정부와 연방의회의 권력을 통제할 수 있는 견제장치가 마련되어 있는 연방국가제도와 우리 헌법에서와 같이 그렇지 못한 지방자치제도가 권력통제수단으로서의 효용의 측면에서 달리 접근되어야 하는 것은 바로 이 때문이다. 최근에 지방분권과 균형을 전략목표로 하는 입법조치가 취해지고 관련 정책들이 동시다발적으로 시행되고 있거니와, 현행 헌법의 권력분립체계상 지방자치제도의 합의와 효용을 재검토하고 제도개선책을 모색함에 있어서 각별하게 유의해야 할 점이다.

다만 주지하는 바와 같이 다른 어떤 분야보다 중앙과 지방간의 분권이 미흡하고, 지방 상호간의 불균형현상이 심한 재정영역의 경우에는 우선

#### IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

‘수직적 권력분립’의 요청이 강조되어야 하는 것은 물론이되, 그것은 항상 분립된 권력단위에서의 권력통제, 즉 ‘수평적 권력분립’의 요청과 연계되어서 고려되어야만 한다. 예컨대, 지방자치단체가 국회와 정부의 재정결정에 대하여 적절한 참여와 견제의 수단을 전혀 갖고 있지 못한 제도적 상황이나 지방자치단체의 방만한 재정운영의 현실, 기타 중앙 정부의 적극적인 조정과 지자체의 협력이 없이는 해결을 기대하기 어려운 지방자치단체 상호간의 심각한 재정불균형현상 등은 ‘수직적 권력분립’만으로는 실효성 있는 권력통제수단을 모색하는데 분명한 한계가 있음을 잘 보여준다.<sup>36)</sup> 또한 중앙과 지방간의 ‘수직적 권력분립’을 통한 권력의 분산과 축소는 일반적인 권력행사에 대해서는 강력한 통제수단이 될 수 있겠지만, 재정분야에서 무분별한 재정지출의 확대경향이나 방만한 재정운영 등을 억제하는 통제수단으로서의 효용은 미흡할 수밖에 없다. 지방자치제도의 축소와 분산의 구조에서 미시적인 예산집행의 효율성이 제고되는 부분적인 효과는 기대할 수 있겠지만, 정당국가적 경향이나 민선자치의 상황만을 고려해도 거시적인 차원에서 재정지출의 규모를 제한하고 예산낭비를 억제하고 재정운영의 합리성을 높이는 순기능의 효과를 크게 기대하기 어렵다.

36) 다만 지방자치체도와 거주이전의 자유 상호간의 기능적인 관계에서 도출되는 ‘비슷한 주거가치’의 요청이나, 독일에서 연방국가체제에서 전체 재정운용에 대한 일반적인 불문의 헌법원칙으로 인정되는 ‘생활환경의 통일성’(Einheitlichkeit der Lebensverhaeltnisse)확보의 요청은 적정한 지방재정조정 프로그램의 설계와 환경조건의 확립에 대한 헌법적 명령이 도출되는 준거가 된다. 지방자치의 본질과 기능에 충실한 헌법도그마틱을 통해서 지방교부세나 국가보조금의 배분 등과 관련하여 국가의 재정 운용에 대하여 구속력 있는 객관적인 지침을 탐색해내는 것이 헌법이론의 과제로 주어져 있다. 이에 지방자치체도와 기본권의 관계에 대해서는 허영, 『헌법이론과 헌법』(2004), 1028면 이하; ‘생활환경의 통일성’확보의 요청과 관련해서는 vgl. F. Kirchhof, Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, in: VVDStRL 52(1993), 82. 반면에 ‘생활환경의 통일성’을 헌법정책적인 지침으로 보는 입장으로는 P. Selmer, a.a.O., in: VVDStRL 52(1993), S. 19ff. 이러한 맥락에서 ‘지방재정의 확충 및 건전성 강화’의 프로그램(제11조)을 포함하는 ‘지방분권특별법’(2004.1.16. 법률 제7060호)과 ‘지역간의 불균형 해소’ 등을 통하여 ‘전국이 개성있게 끌고루 잘 사는 사회의 건설’을 목적으로 제정되고 특별회계까지 설치하면서 다양한 지역개발 및 혁신프로그램을 제도화한 ‘국가균형발전특별법’(2004. 1.16. 법률 제7061호)은 재정운용의 측면에서도 그 헌법정책적 의미와 기능이 주목되는 바, 적절한 운용을 기대한다.

## 2) 여당과 야당의 대립구도

정부형태에 따라 구체적인 양상은 다르겠지만, 정당이 실질적인 권력의 소재지이고, 정당의 선도자 또는 선도자 집단이 대의기관을 장악하여 국정운영을 주도하고, 따라서 특히 의회와 행정부의 정치적인 대립관계가 적어도 일반적으로는 전제되지 아니하는 이른바 ‘정당국가’의 현실에서 여당과 야당간의 정치적 대립구도에서 권력통제의 메커니즘을 주목하는 기능적 권력통제모델은 적어도 일반적인 권력통제수단으로서 그 실효성이 크게 기대된다는 점에는 의문의 여지가 없다. 주지하는 바와 같이 정당상을 통한 권력통합현상과 정당의 정치도관기능이 부각되는 이른바 정당국가경향으로 인해 고전적인 3권분립론은 ‘힘은 힘에 의해서만 견제될 수 있다’는 기본명제에 더 이상 부합될 수 없게 되었기 때문이다.

다만 정부·여당과 야당간의 권력분립이 입법작용이나 법률의 준거와 구체적인 지침에 의해 법적으로 포착되는 일반적인 정치적, 정책적 결정의 영역에서 권력남용의 억제와 책임추궁의 측면에서는 강력한 통제수단이 될 수 있겠지만, 그것이 예산결정을 포함한 재정행위의 범주에서도 실효성이 있는지는 의문이다. 우선 행정부 또는 관료 중심의 예산결정과 재정운영이 불가피한 오늘날 재정국가의 현실과 그에 따른 국회의 재정통제기능의 근본적인 한계나, 파행적이고 부실한 예산심의 및 결산절차 등은 여당과 야당의 권력분립에도 그대로 해당된다. 또한 예결산절차를 통해 예산편성과 집행의 투명성과 책임성을 확보하는 감시자, 제한적으로라도 예산결정의 합리성과 효율성을 높이는 통제자로서의 역할과 기능은 상당 부분 야당의 몫이지만, 재정건전성의 측면에서 문제가 되는 재정지출규모의 항상적인 확대나 무절제한 국채발행 등과 같은 거시적인 재정 현안과 관련해서는 야당이 적절한 해결대안이 되지 못한다. 집권을 목표로 하는 전국정당이라면 모든 지역의 유권자 집단과 각계각층을 포섭대상으로 하는 이른바 ‘국민정당’을 표방할 수밖에 없는 정치구조에서 ‘잠재적인 여당’인 동시에 ‘내일의 정부’를 열망하는 야당이 차세대의 이익을 우선 배려하고, 현재 유권자들의 ‘산타클로스 선물’에 대한 열망이나

#### IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

유리한 압력단체와 이익단체의 주문을 외면하면서 ‘지출억제자’로 자임하고 나서기를 기대기는 어렵기 때문이다.

##### 3) 직업공무원제도 - 행정과 정치의 대립

직업공무원제도의 권력분립적 의미와 기능이 강조되고 있다. 정당을 통한 권력통합현상으로 정부와 의회의 정치적 대립구도가 와해된 정당국가의 현실상황에서 권력통제의 공백지대를 메울 수 있는 유용한 기능적 권력통제모델의 하나로서 직업공무원제도의 헌법적 의미와 기능이 주목되고 있다. 다만 권력통제수단으로서의 그 구체적인 실효성은 분야에 따라 달리 평가되고 또한 전술한 바 있듯이 상당부분 정치구조나 행정문화 등 제도 외적인 여건에 의존되어 있다.

우선 제도론의 측면에서 보면, 예산결정을 포함한 재정작용은 정치적 결단과 전문적인 정책적 결정으로서의 구조와 성격이 중첩되는 분야라는 점에서 정치적 중립성과 신분이 보장되는 직업공무원단에 의한 정치권의 견제와 행정부 또는 행정 각부 내부에서의 ‘수직적 권력분립’을 요소로 하는 권력통제모델과 궁합이 가장 잘 맞는다고 할 수 있다. 특히 예산결정은 조정과 타협을 도출해내는 정치적 상상력과 정책의 타당성을 뒷받침하는 전문적인 직무능력이 동시에 요구되는 복합적인 결정의 전형이기 때문이다.

그러나 이 제도적 적합성 자체가 기능적 통제수단으로서의 실효성을 담보할 수 없다는 점이 문제이다. 직업공무원제도의 권력통제메커니즘은 정치적 결정 과정 속에서 관료조직과 정치권의 ‘건강한 긴장관계’, 즉 권한과 책임의 소재가 불분명해지지 않으면서도 각각의 장점이 순기능의 방향으로 상승효과를 가져올 수 있는 협력과 견제의 관계가 유지될 때만 제대로 작동될 수 있다. 그런데 능력본위의 임용 및 승진제도나 합리적인 상벌제도 등 직업공무원의 정치적 중립성과 신분을 보장하기 위한 제도적 장치는 필요조건일 뿐, 충분조건이 되지 않는 못한다. 대의제도상 민주적 정당성을 준거로 하는 결정의 권한과 책임의 체계상 합법성이 유지되는 범위 내에서의 직업공무원에 대한 정치적 통제는 정당한 것이고 또한 필요

한 것이기도 하지만, 그것이 적정한 범위를 벗어나지 아니하면서 순기능의 방향으로 작용되는 것은 전문성을 갖춘 관료의 철저한 준법의식과 공복(公僕)의 자세와 정치권의 책임정치의식과 절제, 기타 여론과 언론을 통한 감시채널의 상시적인 작동 등 제도외적인 사회문화적 여건에 달려 있다. 또 한편 반대의 방향에서 지적되는 문제점, 즉 관료들이 ‘제1의 가격차별독점자’(first-degree price discriminating monopolist)의 입장에서 추구하는 예산극대화<sup>37)</sup>의 경향이나, ‘대통령의 직접적인 통제권에서조차 벗어나 있다’<sup>37)</sup>고 할 정도로 예산결정이 오히려 지나치게 행정관료, 특히 중앙예산기관의 관료들에 의해 주도되는 ‘역불균형현상’은 ‘건강한 긴장관계’의 관점에서 또 다른 시각과 처방이 요구되는 문제라고 할 수 있다.

요컨대, 직업공무원제도에서 미시적인 예산결정과 정책결정의 합법성과 타당성을 제고할 있는 부분적인 효용을 기대할 수 있겠지만, 그것이 ‘재정통제결핍’을 해소할 수 있는 유효한 대안이 될 수는 없다. 특히 재정지출 규모의 제한이나 예산구조의 개편 등 거시적인 차원의 재정 현안의 경우는 물론이고, 예컨대 고질적인 ‘선심성 선거공약’에 따른 타당성 없는 대규모 국책사업과<sup>38)</sup> 그로 인한 막대한 예산낭비의 문제도 직업공무원제도의 차원에서 접근하는 것은 적어도 단기·중기적으로는 한계가 분명하다.

#### 4) 헌법재판제도

마지막으로 오늘날 가장 강력한 기능적 권력통제수단이라고 할 수 있는 헌법재판제도의 재정통제기능에 대해서는 헌법도그마틱을 통한 재정통제보완의 가능성과 한계에 관한 다음 장에서 별도로 상론한다. 다만 논의의 편의상 먼저 결론을 제시한다면 헌법재판이 실효성 있는 재정통제수단으로 가동될 수 있는 효용은 크게 기대하기는 어렵다는 것이다. 우선은 실제적 재정헌법규정을 전혀 두고 있지 않은 우리의 헌법의 법상태에 기

37) 윤 성식(FN. 7), 534면.

38) 대통령 선거 공약사항이라는 점 때문에 작위적이고 요식적인 타당성조사만을 거쳐 무리하게 진행되어 수천억원대의 예산을 허비하는 결과를 초래한 전남 부안, 경북 울진과 예천, 강원 양양 등 지방공항들의 건설사업이 대표적인 예다.

#### IV. 재정통제의 결핍 - 권력통제체계의 기능적 한계

인하는 것이기는 하지만, 근본적으로는 결정의 유연성과 신축성이 중시되는 재정행위에 대한 헌법적 규율의 기능적인 한계 때문이다. 정치형성의 자유와 정책적 재량판단의 독자성과 전문성이 존중되어야 하는 재정결정의 영역에서 이른바 ‘기능적합적 기관구조’(funktionsgerechte Organstruktur)의 관점에 따른 헌법재판의 ‘기능법적 한계’(funktionell-rechtliche Grenze)가 특히 부각될 수밖에 없다.

#### 4. 소결론

이제까지의 검토에 따른 결론은 고전적인 3권분립론을 지양한 새로운 패러다임이라고 할 수 있는 기능적 권력통제이론도 ‘재정통제결핍’을 해결할 수 있는 대안이 되지 못한다는 것이다. 말하자면 항구적인 증가추세를 보이는 재정통제의 수요의 측면에서는 변수를 기대할 수 없는 상황인데, 반면에 공급측면에서 전통적인 권력분립구도를 전제로 하는 국회의 재정통제권 강화 같은 방안은 물론이고, 지방자치제도나 복수정당제도, 직업공무원제도, 헌법재판제도 등 기능적 권력통제모델들도 부분적인 보완수단은 될 수 있겠지만, 전체적으로 그 수요에 부응하기에는 한계가 있다.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

### 1. 개요

논리적으로 따지고 보면 앞에서의 ‘재정통제결핍’이라는 표현은 예단의 오류이다. ‘결핍’이라는 개념에는 이미 전제된 재정통제에 대한 당위적인 기대수준이 충족되지 못하고 있다는 부정적인 규범적 판단의 뜻이 내재되어 있기 때문이다. ‘재정헌법의 흠결’이라는 표현도 마찬가지이다.

재정헌법의 ‘흠결’과 재정통제의 ‘결핍’을 논증하기 위해서는 우선 재정에 대한 헌법적 규율과 통제에 대한 당위적인 기대치를 확인하는 것이 필요하다. 또한 ‘흠결’과 ‘결핍’이 확인된다면 그에 대한 보완 또는 해결의 방법과 수단을 모색하기 위해서는 그 ‘흠결’과 ‘결핍’간의 인과관계에 대한 검증이 선행되어야 한다. 앞에서 검토된 기능적 권력통제모델의 재정통제수단으로서 효용의 한계는 논의의 단계상 일단 잠정적으로 확인된 ‘재정통제의 공백’일 뿐이기 때문이다. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계를 검토하는 것은 바로 이 확인과 검증의 선행작업에 해당된다.

### 2. 재정과 ‘법과 정치’ - 법적 통제와 정치적 통제

법과 정치, 법적 통제와 정치적 통제, 헌법재판과 입법간의 적정한 관계선을 찾는 일은 정당성과 현실정합성, 안정성과 효율성을 동시에 충족시켜야 하는 현대 헌법학의 핵심과제의 하나이다. 재정운용의 정치적, 정책적 결정과 그에 대한 통제가 기본적으로 후자의 영역, 즉 정치와 정치적 통제 및 입법형성에 속하는 것으로 본다면 일견 재정에 대한 명시적인 실체법 규정이 전무한 현행 헌법상의 ‘무규율의 법상태’나 ‘재정통제의 공백’은 ‘흠결’과 ‘결핍’이라기보다는 헌법이 예정하고 적극적으로 기대하는 범위를 벗어나지 않는 ‘개방된 공간’이나 ‘의도적인 절제의 여백’으로 이해될 것이다.

그러나 헌법제정권자의 의도와 기대가 어떻든 간에 국가의 재정행위도 ‘헌법우위’의 요청에서 벗어나 있을 수는 없고, 재정운용의 정치적, 정책

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

적 결정의 과정도 헌법의 ‘윤곽’ 속에 포착되어야만 한다. 또한 이 ‘윤곽’은 최종적인 헌법해석권한을 가지는 헌법재판소에 의해서 확인 또는 형성되는 바, 원천적으로 헌법재판통제로부터 자유로운 재정행위는 있을 수 없다. 다른 한편 재정이 제1의 권력통제의 대상이 된 국가권력의 객관적인 현실과 재정운영의 효율성과 함께 안정성을 동시에 충족시킬 수 있는 재정통제에 대한 수요가 과거에 비해 크게 증대된 헌법현실에 대해서는 앞에서 충분히 설명되었다.

그렇다면 문제는 ‘기능적합적 규율구조’와 ‘기능적합적 기관구조’의 관점에서 법과 정치의 교차점 또는 경계선에 위치하고 있는 재정정책의 결정 과정을 어떤 차원에서, 어떤 구조와 양식으로 법적으로 포착할 것인가 하는 것이다. 이는 정치규범 또는 정책규범으로서 헌법과 정형화된 방법론적 틀 속에서 주어지는 규범의 척도, 즉 헌법을 구체화하는 정치적 사법기관으로서 헌법재판소의 기능적 한계에 관한 원론적인 문제이고, ‘통제밀도’, ‘입법형성의 자유’ 및 ‘헌법심사척도’ 등은 바로 이 문제에 관한 기본적인 인식과 관점들이 구체적인 헌법재판실무와 연결되어 집중적으로 논의되고 있는 헌법도그마틱의 핵심문제들이다.<sup>39)</sup>

전술한 바와 같이 헌법현실에 대한 진지한 검토와 헌법이론적인 숙고의 결론으로 ‘무규율의 법상태’를 조성했다고는 볼 수 없는 헌법제정권자의 ‘무의도의 의도’에 구속되지 아니하고 또한 객관적인 헌법현실을 외면하지 않는 한, 현행 헌법의 법상태를 실질적인 재정에 대한 헌법의 지휘권이 전면 포기된 ‘무규율의 공백지대’로 파악하는 것은 간명하기는 하지만 성급한 예단일 수밖에 없다. 적어도 헌법상 ‘무규율’과 ‘개방된 공간’의 헌법이론적 함의와 기능<sup>40)</sup>, 특히 ‘소여’(所與)로서 주어지는 헌법심사척

39) 이 문제는 최근 ‘헌법재판의 최근 국제적 동향’이라는 주제로 개최된 한국공법학회의 학술발표회(2005.4.30)에서 폭넓게 논의된 바 있다. 발표논문 중에서 이 문제와 관련된 원론적인 논의로는 M. Brenner, 독일의 헌법재판권과 그 정치적 함의, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 21-36면; 본 논문의 관심대상인 재정과 관련된 내용은 포함되어 있지 않지만 우리 헌법재판소의 판례를 중심으로 한 논의로는 김선택, 국가기능체계상 헌법재판소의 역할과 한계, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 179-205면 참조.

40) Vgl. J. Wieland, Finanzverfassung, Steuerstaat und foederaler Ausgleich, in: Fs. 50 Jahre BVerfGE, P. Badura/H. Dreier(Hg.), Bd. II, S. 776.

도의 유무와 그 확정성의 정도가 크게 다르다는 점을 애써 외면하는 무모함을 피하려면 우선 후자의 경우에 초점을 맞춘 헌법해석의 가능성을 검토하고, 그 공간의 지형을 확인하는 노력이 선행되어야만 한다.

‘무규율’이 국가기능의 배분 또는 권력통제의 체계상 최종적으로 헌법재판소에 의해 관장되는 헌법적 지휘권이 완전히 입법자 또는 정치에 위임된 것을 의미한다면, ‘개방된 공간’은 헌법재판소의 헌법해석을 통해 확인되는 일정한 ‘윤곽’을 전제로 ‘폭넓은 판단여지’와 ‘형성의 자유’가 인정되는 ‘구성된 공간’이다. 전자의 경우에는 이론적으로 논의의 필요성 자체가 없는 문제, 즉 헌법규범과 헌법현실의 유동적인 관계 속에서 이 ‘개방된 공간’의 크기와 그 구체적인 지형을 결정하는 공간구성의 분계선을 설정하여 법과 정치, 법적 통제와 정치적 통제 및 헌법재판소와 정치 또는 입법자 상호간의 협력과 견제의 틀을 마련하는 헌법도그마틱의 난제를 회피할 수 없는 것은 물론이다.

### 3. 헌법이론적 접근의 단서

#### (1) 헌법기본원리 - 자유민주주의, 사회국가원리 및 법치국가원리

##### 1) 개 요

헌법을 정당성의 체계로 이해하는 관점에서 볼 때 자유민주주의, 사회국가 및 법치국가원리로 표현되는 정당성의 정립구도는 헌법의 이념을 구체적인 제도의 형성과 국가운영으로 매개하여 주는 정당한 결정 및 통제체계의 핵심이다. 재정권력의 행사도 이 정당성의 정립구도에서 벗어나 있지 아니함은 물론이다.

다만 이러한 헌법원론적 명제에서 바로 재정에 대한 헌법적 통제의 범위와 수단 및 그 척도가 도출될 수는 없고, 그것은 이들 헌법의 기본원리의 좌표와 의미에 대한 보편적인 인식을 바탕으로 한 정치한 헌법도그마틱의 몫이다. 더욱이 재정에 관하여 절차와 형식적인 규정만을 두고, 명시적인 실제규정은 전혀 두고 있지 아니한 현행 헌법 하에서는 더욱

절제된 인식과 치밀한 이론구성이 요구된다. 여기에서 원천적으로 불가능한 상론은 약하고, 각 원리별로 핵심적인 논점만을 개괄적으로 검토해 본다.

## 2) 자유민주주의

우선 통치형태의 측면에서 모든 국가권력의 창설과 행사의 정당성을 국민의 뜻에 귀착시키는 자유민주주의 원리의 의미에 대해서는 재론할 필요가 없거니와, 여기에서 우선 관심은 ‘자유’라는 부가개념에 담긴 의미이다. 민주적 정당성을 바탕으로 창설된 국가 또는 정부와 입법자가 원천적으로 할 수 있는 일의 범위가 제한되어 있다는 부정적 제한의 뜻이 그것이다. 그 구체적인 한계와 지침이 명시적으로 확인해 놓은 것이 헌법상의 기본권목록이다. 다만 이 ‘자유’의 부가개념에서 후술하는 바와 같은 통치권행사의 ‘과잉금지’와 ‘과소금지’의 한계선에 대한 간접적인 접근의 단서는 찾을 수 있겠지만, ‘과잉’과 ‘과소’의 중간지대에 있는 재정행위에 대한 헌법적 통제의 기준이 도출되기는 어렵다. 오히려 재정통제와 관련해서 주목되는 것은 ‘민주주의의 기능적 한계’<sup>41)</sup>에 대한 인식, 즉 민주적 정당성을 준거로 하는 결정권한배분의 체계가 수정 보완되어야 할 필요성에 대한 인식의 전환이다.

앞에서 상술한 기능적 권력통제이론도 모든 통치권의 창설과 행사가 민주적 정당성에 의해 완전히 포착된 자유민주적 통치질서의 확립을 전제로 민주적 정당성의 양적 질적 크기와는 맥락이 다른 요소, 즉 ‘옳은 결정’을 내릴 수 있는 기능적 가능성을 기준으로 결정 및 통제를 개편하려는 이론적 노력의 성과라고 할 수 있다.<sup>42)</sup> 조직의 구성이나 결정의 절차와 형식 등의 요소를 종합적으로 고려하여 결정의 과정과 절차상의 정당성 까지 포함하는 의미에서 ‘옳은 결정’을 내릴 수 있는 가능성이 가장 큰 결정체계를 모색하는 ‘기능적 정당성’ 또는 ‘기능적합적 기관구조’의 관

41) Vgl. F. Kirchhof(FN. 36), S. 86.

42) 특히 본질성이론과 관련하여 집약된 논의로는 F. Ossenbuehl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hg.), HdBStR III, § 62, S. 339ff.

점이 바로 그것이다. ‘최종결정권의 배분’에 초점을 맞춘 이른바 ‘헌법유보’, ‘의회유보’ 또는 ‘행정유보’의 논제나 ‘헌법재판의 기능법적 한계’의 문제 등은 모두 이 관점에서 논의되는 헌법도그마틱의 핵심문제들이다.

다만 여기에서 관심은 민주적 정당성의 크기와 연계되는 ‘정책결정권’의 위임을 전제로 ‘최종결정권의 소재지’를 탐색하는 논의에 국한되지 아니한다. 오히려 그 논의의 가능성과 한계를 확인하는 것이다. 예컨대 재정에 대한 헌법재판통제기능의 확대나, 일정한 범위의 재정정책에 대한 최종결정권의 회수, 즉 국민투표를 통한 결정의 필요성 또는 감사원의 독자적인 기능과 지위 강화 또는 예산팽창에 대한 헌법적 한계의 설정 등 헌법정책적인 차원에서 진지하게 접근해 볼 만한 충분한 이유가 있는 문제들에 대한 검토 결과 긍정적인 판단이 도출되는 경우에도 자유민주주의원리를 준거로 하는 헌법도그마틱으로는 그 결론을 수용하기 어렵다. 감사원을 국회소속으로 변경하는 것의 헌법개정요부를 둘러싼 논란은 좋은 예이다.

요컨대, 자유민주주의원리는 재정통제문제에 대한 발상의 전환과 그에 따른 새로운 헌법정책적 접근의 필요성에 대한 시사점을 도출하는 근거가 될 수는 있겠지만, 재정헌법의 공백을 메울 수 있는 헌법도그마틱의 준거로서 효용은 기대할 수 없다.

### 3) 사회국가원리

사회국가원리를 준거로 하는 헌법도그마틱이 재정통제에 대한 헌법적 규율망을 구성하는데 참여할 수 있는 가능성과 한계가 두 번째 검토사항이다. 사회국가의 구체적인 내용에 대해서는 아직 정설이 확립되지 못하였지만, 사회국가의 핵심은 ‘자유와 평등이 개인의 자율적인 생활세계에 의해서 실현될 수 있도록 생활여건을 조성해주는 사회구조의 윤곽’을 의미하는 것으로 이해된다.<sup>43)</sup> 또한 사회국가원리의 법적 성격에 관해서도 ‘내용 없는 백지개념’이나 ‘단순한 정치적 선언’에 불과한 것으로 보는 견해는 더 이상 설득력을 갖지 못하고, 적어도 사회국가실현을 지향하는 국

43) 허영(FN. 32), 156면.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

가생활에 대한 헌법적 지침과 수권규범으로서 규범적 구속력을 갖는다는 점에는 의견이 일치되고 있다.<sup>44)</sup> 여기에서 문제는 재정을 수단으로 하는 측면에서 사회국가실현의 구체적인 내용과 그 수단 및 방법, 즉 국가가 ‘어떤 경우에, 언제, 어떻게’ 사회현상에 관여하여 분배하고 조정해야 하는가에 대하여 헌법에 구체적인 지침과 한계의 제시가 없는 경우, 사회국가원리로부터 그것을 대체 또는 보완할 수 있는 헌법적 준거를 도출해 내는 이론구성의 가능성과 타당성을 검토하는 것이다.

주지하는 바와 같이 우리 헌법은 사회국가원리를 명시적으로 규정하지 아니하고 다양한 사회적 기본권을 규정하여 사회정의의 이념을 수용하고 있는 바, 재정통제, 특히 헌법재판통제에 적용할 수 있는 헌법적 심사적도는 개별 사회적 기본권의 해석을 통해서 탐색될 수 있을 뿐이다. 다만 여기에서는 각론은 약하되, 사회적 기본권의 법적 성격은 근본적으로 자유권적 기본권과는 차별화된 접근이 불가피하고 또한 입법자 또는 행정청에게 ‘광범위한 재량권’이 인정될 수밖에 없다는 입론의 근거, 말하자면 사회국가실현의 한계, 특히 재정 및 경제력에 따른 한계를 근거로 하는 이론구성의 한계를 지적하는데 그친다.

전술한 바와 같이 사회국가를 개인의 자율성을 바탕으로 자유와 평등의 조화를 지향하는 사회구조의 윤곽으로 이해한다면, 그것은 국가의 측면에서 본다면 사회, 경제분야에 대하여 국가의 관여와 간섭이 허용되는 공간의 윤곽이기도 하다. 법률의 근거에 따라 구체적이고 직접적인 예산투자가 필요한 사회정책적 결정이나 수권재량 범위 내에서의 구체적인 예산배정을 포함하여 화폐금융정책, 소득재분배 또는 경기조절 등의 목적으로 시행되는 재정정책들은 모두 이 공간의 구체적인 지형을 형성하는 사회국가실현의 수단들이다. 따라서 사회국가실현을 위한 국가과제수행의 방법과 수단 및 그 시기는 제한된 예산의 배분과 우선순위를 정하는 것이

44) 허영(FN. 32), 154면. 우리 현재도 사회국가를 사회정의의 이념을 수용한 국가, 즉 ‘사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가’이며, 궁극적으로는 “국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있도록 그 실질적인 조건을 마련해줄 의무가 있는 국가”라고 보는 바, 사회국가원리의 규범적 구속력을 인정하고 있는 것으로 이해된다. 헌재결 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 909면.

기 때문에 경제여건과 연계되는 거시적인 재정상황이나 다른 과제들과의 우선순위 등을 입체적으로 고려하여 조율되어야 하는 사항이고, 또한 이러한 결정은 실물 정책적인 판단과 함께 항상 직간접적으로 정부의 재정 정책 및 통화신용정책적 판단과도 연계되어 있다. 헌재가 기본적으로 사회국가실현을 위한 구체적인 내용의 국가의무가 헌법에서 도출될 수는 없고, 국가과제수행의 시기와 방법에 관한 결정은 사회국가실현의 ‘일차적인 주체’인 입법부와 행정청의 ‘광범위한 재량’에 맡겨져 있다고 판단하는 것도 바로 법규범으로 개별적인 정책판단의 경제정책적 좌표를 포착하기 어렵고 따라서 사법통제가 자제될 수밖에 없는 이러한 입체적이고 복합적인 결정구조상의 특성 때문이다.<sup>45)</sup>

결국 사회국가실현을 위한 직간접적인 재정결정과 관련하여 입법부와 행정청에게 인정되는 ‘광범위한 재량권’의 크기만큼 사회국가원리나 사회적 기본권에서 국가의 구체적인 재정행위의무와 그에 따른 헌법적 심사척도, 특히 헌법재판의 통제규범이 도출될 수 있는 가능성은 축소된다.

그러나 그렇다고 해서 사회국가원리에서 재정통제의 준거를 도출할 수 있는 헌법도그마틱의 공간이 전무한 것은 아니다. 우선 적극적인 관점에서 예산결정에 대한 헌법적 지침을 제시할 수 있는 가능성은 거의 희박하지만, 이른바 ‘가능성유보’의 범위 내에서 예컨대 인간다운 생활을 할 권리와 같은 사회적 기본권이 구체적인 권리로서 효력이 인정되는 경우에는 예외적으로 구체적인 예산배정이 선결된 것으로 보는 이론구성이 가능하고 타당한 경우도 없지 아니하다.<sup>46)</sup> 사회복지의 사각지대가 여전히 많이 남아 있는 우리 현실을 감안할 때 이러한 이론구성이 가능하고 바람직한 여지가 적지 아니하고, 적어도 사회적 기본권 보호의 ‘과소금지’(Untermassverbot)에 위배되는 것이 명백한 것으로 여겨지는 예산결정이 이른바 ‘가능성유보’의 논리형식으로 포장된 재정여건을 이유로 정당화될 수는 없다는 점을 분명히 확인하고, 그 판단기준을 제시하는 것은 오로지 사회국가원리를 준거로 하는 헌법도그마틱의 몫이다.

45) 헌재결 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 911면.

46) 이 점에 관한 자세한 논의는 이 덕연, ‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격, 『공법연구』, 제27집 제2호(1999), 235-249면.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

또한 소극적인 측면에서 사회국가원리가 과도한 국채발행과 방만한 재정운영을 정당화하는 정치수사적인 논거로 원용될 수 없는 헌법이론적 한계선을 설정하는 것도 마찬가지다. 최근에 사회국가원리에서 이른바 ‘지속가능한 발전’의 명제를 도출하여 사회국가실현의 과중한 부담으로부터 국가를 보호해야 한다는 주장이 제기되고 있는 바, 이에 따르면 오히려 사회국가원리가 무분별한 국채발행과 재정팽창을 억제할 수 있는 유력한 헌법도그마틱의 준거가 될 수도 있을 것으로 기대된다. 다만 이러한 ‘지속가능한 발전’의 관점에 따른 헌법도그마틱에 의해 사회국가원리나 사회적 기본권이 ‘행위규범’이 아니라 ‘통제규범’, 특히 헌법재판을 통한 재정통제규범으로 적용되기를 기대하기는 이르다. 적어도 현시점에서 보면 입법자의 정치적 형성의 자유와 행정청의 정책적 재량을 수축시킬 수 있을 정도의 충분한 헌법규범적 압력을 확보하기에는 그 관점의 확정성과 이론구성의 밀도가 미흡하기 때문이다.

### 4) 법치국가원리

‘법우선의 원칙’을 요소로 하는 법치국가원리와 관련해서는 그 핵심제도인 권력분립제도는 앞에서 기능적 권력통제모델에 대한 논의를 통해 충분히 검토되었고, 재정과 기본권보장의 관계에 대해서는 기본권도그마틱과 경제성원칙 또는 과잉금지원칙에 관한 다음 절에서 따로 논의한다.

주지하는 바와 같이 일반적인 국가작용의 경우에 명확성, 특정성, 예측가능성, 안정성 등의 형식과 절차적 요건이 적시될 수 있다면, 그와 달리 재정부문의 정책결정과 집행의 경우에는 신속성과 유연성 및 효율성이 각별하게 요구된다. 특히 아무런 법률의 수권규정이 없이 독자적으로 결정되고 시행되는 재정투융자사업 등의 순수한 재정정책의 경우에는 통화정책이나 경제안정정책에 대한 급변하는 요구사항을 수렴해야만 하고, 동시에 장래 국민경제의 성장동력과 재정수요의 불가측성으로 인해 이른바 ‘적응유보’(Anpassungsvorbehalt)가 요구되기 때문에 안정성과 계속성, 예측가능성 등의 법치국가적 요청에 부합되는 형식인 법률과 계획수단의 활용이 원천적으로 제한될 수밖에 없다.<sup>47)</sup>

47) P. Kirchhof(FN. 27), S. 119ff.

그러나 이는 일반적이고 상대적인 구별일 뿐이다. 법적으로 포착하기 어려운 경제정책과 입체적으로 다면적으로 연계되어 있기 때문에 재정에 대한 법적 규율이 특히 개방적일 수밖에 없는 것이지, 재정정책의 결정 과정이 ‘헌법의 우위’와 ‘범우선의 원칙’을 핵심으로 하는 법치국가의 틀에서 벗어나 있는 것은 아니다. 이른바 ‘불확정 법개념’을 수단으로 하여 ‘헌법기속’ 또는 ‘법치행정’의 요청이 완화되고, 사법통제가 절제되는 것도 필요한 만큼의 재정정책결정의 신축성과 효율성이 확보될 수 있도록 입법자와 행정청에게 정치형성과 정책재량의 적절한 공간이 인정되는 것일 뿐이다. 예산결정과정상의 기술적인 절차와 형식규정만을 두고 있는 우리 헌법상 이 적절한 공간의 범위를 구체적으로 확정하고, 그 범위를 벗어난 재정작용에 대한 사법통제의 척도를 마련하는 이론적 작업은 신축성과 유연성 및 효율성 등의 요청이 일방적으로 정책 당국자의 편의와 정략적인 자의성을 정당화하는 근거가 될 수 없다는 것을 확인하는 것인 동시에 그 수인의 헌법적 한계를 설정하는 것이고, 그것은 법치국가원리를 준거로 하는 헌법도그마틱의 몫으로 주어져 있다. 여기에서는 법치국가원리의 절차와 형식의 측면에서 돈을 정책수단으로 하는 이른바 ‘공행정의 상업화’(Kommerzialisierung der oeffnetlichen Verwaltung)<sup>48)</sup> 현상에 따른 문제점만을 검토한다.

돈을 수단으로 하는 행정작용의 헌법적 한계와 관련하여 법치국가원리는 부분적으로 매우 유력한 재정통제의 헌법적 준거가 될 수 있다. ‘돈이 아니라, 법이 국가행위를 지배한다’<sup>49)</sup>는 법치국가의 당위명제가 행정현실 속에서 더 이상 국가작용의 일반적인 행동지침으로서 실효성을 갖지 못한다. 전술한 바와 같이 적지 않은 경우 법률에 의해서 구체적인 예산배정이 확정되어 있지 아니한 사회복지행정분야가 그 대표적인 예이지만, 여기에서 관심은 국가가 돈을 수단으로 하여 개인과 사회의 자율적인 생활영역에 개입하여 조정자 또는 후견인 역할을 하는 행정작용, 특

48) P. Kirchhof(FN. 27), Rn 77에서 재인용; H. Krueger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 380, 450(518ff.).

49) P. Kirchhof, Mittel staatlichen Handelns, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), HdBStR III, § 59, Rn. 72.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

히 경제, 환경, 교육문화행정 분야에서 많이 활용되는 이른바 ‘유도적 행정지도’형식의 ‘보조금행정’(Subventionsverwaltung)이다.

보조금을 수단으로 하는 ‘행정지도’나 ‘행정계획’ 등의 행위형식은 오늘날 행정법도그마틱의 관심이 가장 많이 집중되고 있는 현안의 하나인 바, 법률상 근거의 여부나 신뢰보호, 효과적인 권리구제수단, 기타 과잉금지 원칙의 적용 여부 등이 주요 논점들이다. 다만 이들은 법치국가원리를 준거로 하는 헌법도그마틱에 포섭되는 것이기는 하지만 주로 개인의 기본권 보호와 주관적인 권리구제에 초점이 맞추어진 논점들이다. 여기에서 관심은 법치국가원리의 객관적 질서의 측면에서 이른바 ‘공행정의 상업화’의 헌법적 한계를 검토하는 것이다.

우선 결정권한배분의 권력분립문제로 파악되는 법률유보원칙의 객관적 질서의 측면에서 보조금을 수단으로 하는 행정작용형식의 헌법적 한계를 도출할 수 있는 유력한 단서가 찾아진다. 주지하는 바와 같이 오늘날 대부분의 ‘보조금행정’은 법률상의 근거가 없거나 또는 요식적인 수권근거 규정만이 있는 법상태에서 예산과 행정규칙이 연계된 규율형식에 의해 결정되고 집행된다. 예컨대 신속성과 유연성이 각별하게 요구되는 경제행정 등의 분야에서 이러한 규율형식이 법률과 법규명령을 축으로 하는 전통적인 규율체계가 갖는 기능적 한계를 보완할 수 있는 유용한 형식이 될 수 있다는 점에 대해서는 긍정적인 시각이 정설로 자리를 잡아가고 있다. 입법절차와 법률형식상의 민주적 정당성과 ‘옳은 결정’의 담보기능이 예산절차와 예산형식을 통해서 확보될 수 있다면 사용목적과 지출수권총액을 결정해 놓은 예산이 법률유보원칙이 요구하는 법률을 대체하는 것으로 인정하지 못할 이유가 없고, 또한 예산에 의해서 주어진 재량의 범위 내에서 ‘상황유보’의 요청에 부응하는 ‘법률보완적 행정규칙’의 법규성을 예외적으로 인정하는 것도 법치국가원리에 저촉되지 않는다는 인식이다.

그런데 이러한 인식과 이론구성의 가능성과 타당성은 전술한 바와 같은 일정한 조건이 전제되는 바, 그 조건들이 충족되지 못하는 상황에서는 예산과 행정규칙에 의해 규율되는 ‘공행정의 상업화’가 법치국가원리에 위배되는 현상으로 나타날 수도 있는 것이다. 국민전체의 이익을 우선하

여 예산을 편성하고, 심의 및 결정하는 의회입법자와 관료의 철저한 공직윤리나 기타 행정문화적인 여건이 갖추어지지 못한 상황에서는 ‘공행정의 상업화’가 정책의 신속성과 유연성 및 효율성 등 긍정적인 경영학적 의미의 순기능 보다는 오히려 이른바 ‘눈먼 돈 나누어먹기’나 ‘정경유착’으로 표현되는 역기능과 부작용을 초래할 위험이 크기 때문이다. 우리의 현 상황은 연일 보도되는 크고 작은 공직자비리뉴스가 잘 말해주고 있는 바, 이 사건들의 적지 않은 부분이 ‘공행정의 상업화’와 직간접적으로 연결되어 있고 또한 그 대부분이 당해 정책의 성패와는 무관하게 결과적으로는 예산의 낭비와 유용은 물론이고 막대한 외부비용을 야기하고 있는 것이 현실이다.

이러한 측면에서 제기되는 재정통제의 문제는 법치국가원리를 준거로 하는 헌법도그마틱의 분발과 헌법재판소의 보다 적극적인 문제인식과 법운용을 요구하고 있다. 다만 현실적으로 돈을 수단으로 하는 보조금행정의 필요성 자체를 부인할 수 없는 여건에서 그 적정한 범위, 역으로는 정책수단으로 활용할 수 있는 적정한 예산의 크기에 대한 헌법적 기준과 한계를 도출하기 어렵고, 적지 않은 부분이 제도외적인 후진적인 정치 및 행정문화에서 비롯되기 때문에 헌법도그마틱과 사법통제를 통해 접근하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다. 요컨대, 헌법재판을 통한 규범통제와 행정소송을 통한 재량통제보다는 예컨대 국회의 예결절차의 내실화나 감사원의 성과관리에 초점을 맞춘 정책감사기능의 강화 등이 효과적인 대안으로 주목되는 바, 법치국가원리는 주관적인 기본권의 보호와는 다른 측면에서, 말하자면 객관적인 재정통제와 관련하여 적어도 이와 관련된 조직 및 절차법의 개선과 보완의 필요성을 확인하고 그 방향을 제시해주는 헌법도그마틱의 유력한 준거가 된다.

## (2) ‘재정조항’으로서 헌법 제119조

국가의 경제개입과 조정에 대한 수권 및 제한의 ‘윤곽규정’(Rahmenordnung)인 현행 헌법 제119조의 재정조항으로서의 내용과 그 기능적 한계에 대해서는 전술한 바 있거나와, 특히 제한의 측면에서 볼 때 고도

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

로 개방적이고 추상적인 불확정 법개념으로 규정되어 있는 동조 제2항은 국가의 경제에 관한 규제와 조정의 한계를 설정하는 규율(Regel)적 성격의 ‘윤곽규정’으로 보기에 그 윤곽 자체가 불명확하다. 경제에 대한 국가의 직접적인 규제와 조정보다 재정을 정책수단으로 하는 경제개입 또는 경기조절의 경우에 그 ‘윤곽’의 불명확성이 더욱 증대됨은 물론이다. 후술하는 바와 같이 동조의 규정체계를 ‘원칙과 예외의 관계형식’으로 이해하고, 그 내용을 ‘소명 의무의 배분’과 연계되는 ‘최적화명령’(Optimierungsgebot)<sup>50)</sup>으로 해석하는 관점에서 보면, 헌법실무상 이 증대된 불명확성은 ‘원칙과 예외의 관계’를 역전시키고, 그에 따라 ‘소명부담의 전환’까지는 아니더라도 국가의 ‘소명부담’을 크게 감소시키는 결과로 나타나게 된다. 예컨대, 금융기관의 이자율과 지급준비율 등의 조절, 기타 대출 및 투자에 대한 제한 등의 통화신용정책적 수단과 예산집행의 시기나 우선순위의 조절 및 국채발행 등의 재정정책적 수단을 경기조절의 대안 수단으로 검토하여 선택 또는 조합하는 결정은 거의 국가 또는 정치형성 및 정책재량적 판단에 백지위임되어 있는 바, 수권규정으로서 제119조의 ‘윤곽’에 포섭되는 것이기는 하여도 적어도 동조가 구체적인 정책결정의 위헌 여부를 판단하는 ‘통제규범’으로 적용될 수 있는 가능성은 극히 희박하다.<sup>51)</sup> 다만 후술하는 바와 같이 일부 주요 재정정책결정에 대하여 개

50) Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S.75ff.; W. Hoppe, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, S. 853ff.; Th. Wuertenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen fuer das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 57(1999), S. 139ff.; P. Lerche, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: G. Burmeister(Hg.), Verfassungsstaatlichkeit, Fs. f. K. Stern zum 65. GT(1997),S. 197ff.

51) 이에 관해서는 금융통화위원회의 결정권한의 범위를 규정한 ‘한국은행법’ 제28조 참조. 단 여기에서 한국은행의 정치적 중립성과 자율성의 문제는 별론으로 한다. 다만 동법 제3조는 통화신용정책의 수립 및 집행과 관련하여 한국은행의 정치적 중립성과 자율성 및 자주성을 보장하고 있고, 반면에 제4조는 한국은행의 통화신용정책이 시장기능을 중시하여야 한다는 지침(제2항)과 함께 ‘물가안정을 저해하지 아니하는 범위 내에서 정부의 경제정책과의 조화를 이룰 수 있도록 해야 한다’(제1항)고 규정하고 있다. 이는 이제까지 실제 정책결정과정에서 그러하였듯이 거의 일방적으로 정부의 전면적인 간섭과 개입의 법적 근거로 용인되어 왔으며, ‘중앙은행의 독립성’의 문제와 관련된 헌법정책적 논의와는 무관하게 구체적인 통화신용정책결정에 대하여 헌

별적으로 헌법에 ‘원칙과 예외’형식의 명시적인 제한규정을 두거나 또는 요건이 구체화되어 보완하자는 헌법개정의 제안은 헌법 제119조상 재정정책과 관련하여 역전된 ‘원칙과 예외관계’의 재역전과 정책결정권자의 감축된 ‘소명부담’의 복원을 모색하는 헌법정책적 의미를 갖는 바, 일단 여기에서는 헌법 제119조의 재정정책결정에 대한 ‘통제규범’ 및 ‘행위규범’으로서의 규범적 효용과 그 한계를 검토 해본다.

우선 지적할 수 있는 것은 현행 헌법 제119조의 ‘원칙과 예외의 규율형식’<sup>52)</sup>의 ‘최적화명령’은 실질적인 가치판단의 척도를 제공하지는 못한다는 점이다. 결정의 과정과 절차상의 객관적인 지침이다. 주지하는 바와 같이 재정정책결정권자의 경제상황과 재정운용여건에 대한 인식과 예측 및 그에 따른 기능적 재정의 개입 여부와 수단의 선택에 관해서는 폭넓은 판단여지와 재량이 인정된다. 다만 상충하는 헌법상 원리나 법익에 대한 합리적인 비교형량, 위험과 불확실성의 요소에 대한 충분한 고려 등 정책결정과정상의 의무를 부과한다. 이러한 헌법적 명령은 그 기능법적 한계 때문에 이른바 ‘통제밀도’가 낮을 수밖에 없지만, 그렇다고 해서 법적 구속력이 없는 단순한 정책프로그램이나 정치적인 요청에 그치는 것은 아니다.

‘최적화명령’은 국가의 경제개입을 결정한 ‘결정재량’과 정책수단선택의 ‘선택재량’의 합리성에 대한 ‘소명부담’(Darlegungslast)<sup>53)</sup>을 부여하는

---

법 제119조를 ‘통제규범’으로 적용할 수 있는 효용은 거의 기대하기 어렵다는 점은 지적할 수 있다.

52) 이는 우리 헌법재판소에 의해서 확인된 바 있다. “현행 헌법이 제23조 제1항, 제119조 제1항에서 추구하고 있는 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 최대한으로 존중·보장하는 자본주의에 바탕을 둔 시장경제질서이므로, 국가적인 규제와 통제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산제도와 아울러 경제행위에 대한 사적 자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서만 허용될 뿐이다.” 헌재결 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 376면. 이에 대한 이견으로는 김 성수, 경제질서와 재산권보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 144-145면 각주 12.

53) Vgl. BVerfGE 79, 311(344ff.). 독일 연방헌법재판소는 기본법 제115조 제1항에서 ‘국민경제전체의 균형’에 대한 심각하고 지속적인 장애를 제거하기 위한 경우에만 예외적으로 허용되는 ‘투자’(Investition)목적 이외의 초과국채발행의 합헌성에 관한 결정에서 입법자의 ‘소명무의’ 개념을 제시하였다. 이에 관해서는 이 덕연, 국채발행에 대한 헌법적 제한, 『헌법판례연구3』(2001), 514-516면 참조.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

구속력 있는 헌법적 지침이다. 다만 전술한 바와 같이 규제와 조정의 수단에 따라 그 크기는 다를 수밖에 없고, 특히 재정을 수단으로 하는 간접적이고 포괄적인 경제개입의 경우에도 일반적인 경제정책의 경우에 비해서 크게 부담이 줄어들기는 하되, 그 구체적인 부담은 그 목적과 수단에 따라 달리 접근될 수밖에 없다. 여기에서 이에 관한 상론은 약하되, 원론적인 접근단서만을 검토해본다.

재정운용의 여건과 경제상황에 대한 진단과 예측 및 국가개입의 필요성과 그 비용편익 등에 관한 고도의 전문적인 판단을 내용으로 재정정책 결정은 정치형성 및 정책재량의 판단에 맡겨져 있는 전형적인 ‘전망과 예측’(Prognose und Einschätzung)의 결정이다. 이러한 성격의 재정정책결정에 대한 ‘최적화명령’의 통제규범으로서의 한계문제에는 헌법재판의 기능법적 한계, 특히 ‘정치문제’(political-question) 또는 ‘경제문제’(economical-question)를 내용으로 하는 정치와 입법에 대한 헌법과 헌법재판의 기능법적 한계를 제시하는 논리형식이 그대로 적용될 수 있다.<sup>54)</sup> 재정에 대한 헌법통제가 거의 문제로 제기되지 아니하고 외면되고 방치되어 온 우리 헌법현실 속에서 헌법도그마틱 차원에서 ‘재정문제’(financial-question)에 관한 논의와 이론구성의 필요성이 없었을 뿐이지, 재정에 대한 헌법적 통제의 문제가 부각되면 ‘정치문제’ 및 ‘경제문제’와 함께 ‘헌법재판의 기능법적 한계문제’에 관한 핵심논제로 대두될 것이다.<sup>55)</sup>

54) H. Spanner, Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze, DOeV, 1972, S. 217ff.

55) 이와 관련하여 김 성수 교수(FN. 53), 144면, 는 동조 제1항과 제2항을 ‘원칙과 예외의 관계형식’으로 이해하는 경우에 그 관계는 ‘조화’의 관계가 아니라 “선후 또는 비대칭적(asymmetrisch) 관계”로 보아야 하고, 그 구체적인 관계는 ‘경제현상에서 사회적 의미의 부차적인 비중’, ‘가치중립적인 생산 및 소비과정에서 이념과 주의의 탈색’ 및 ‘사회정의실현과제의 사회정책적 과제로서의 인식’ 등을 바탕으로 하여 설정되어야 한다는 견해를 제시하고 있다. 경제현상이 거의 무한정 외연을 확대하고 있는 오늘날의 사회현실과 정책환경의 여건 속에서 구체적인 경제정책에 대한 헌법적 통제와 관련하여 이러한 인식들이 얼마나 유용할 것인지는 의문이고 또한 전술한 바와 같이 재정을 수단으로 하는 국가의 경제개입의 경우를 ‘원칙과 예외의 관계’가 역전된 것으로 이해한다고 할 때 재정정책결정에 대하여 이러한 ‘관계형식’에 따른 준거들을 단순히 역전시켜서 적용하는 것은 성립되지 아니한다는 점에서 확실적인 ‘선후의 관점’은 재검토되어야 할 것으로 생각되지만, 어쨌든 ‘소명부담의 가중배분’과 ‘소명’의 설득력평가를 위한 기본적인 판단준거로서는 시사하는 바가 적지 아니하다.

다만 ‘최적화명령’의 객관적인 지침이 재정정책에 대한 합헌성통제의 준거로서 규범적 효용은 재판통제규범으로서의 작용에만 국한되지 아니한다. 법적 구속력이 없는 헌법정책적인 차원의 이른바 ‘입법방침’으로서의 효력과는 구별되는 행위규범으로서 작용되는 독자적인 기능영역이 있다. 이 행위규범은 단순히 헌법재판을 통해 위헌 또는 합헌여부에 대하여 가부간의 판단을 하는 근거로서 적용되는 통제규범과는 그 작용공간과 적용양식이 다르다. 우선 행위규범은 이미 확정된 정책에 대한 헌법재판통제의 단계에서만 적용되는 것이 아니라, 법원의 합헌적 법률해석 및 적용의 단계에서는 물론이고 정책과정의 전반에 걸쳐서 적용된다는 점에서 작용의 공간이 훨씬 넓다. 또한 위헌성 판단의 근거로 고려될 수 있는 가능성도 가부간의 결정이 아닌 제3의 중간영역, 즉 경제정책의 최대한의 헌법정향성과 현실정합성을 동시에 수렴해낼 수 있는 공간으로 확대할 수 있다.<sup>56)</sup> 우리 헌법 제119조의 재정정책결정에 대한 ‘행위규범’으로서의 효용은 재정정책의 정치적 합리성과 정책적 타당성에 대한 단순한 헌법정책적 의문이나 권고의 단계는 아니고, 동시에 명백한 위헌의 단계도 아닌 ‘위헌에 근접한 회색지대’의 공간을 확보하고, 헌법의 정책규범으로서의 기능을 적정한 범위로 조절할 수 있게 하는 유용한 수단이다.

요컨대, 재정통제의 측면에서 헌법 제119조 제2항의 실질적인 헌법재판통제규점으로서의 기능법적 한계와 가능성을 확인하고, 행위규범으로서의 다양한 기능적 효용공간의 지형을 확대 형성해 나가는 것은 우리 헌법도그마틱의 주요과제로 주어져 있고, 이 한계와 가능성에 대한 헌법이론적 검토의 과정에서 헌법개정문제에 대한 유력한 접근단서도 찾아질 수 있을 것으로 생각된다.

### (3) 기본권도그마틱의 전환

#### 1) 재정과 기본권

앞에서 헌법상의 기본원리를 준거로 하여 재정에 대한 헌법적 심사척도, 특히 헌법재판에서 적용할 수 있는 통제규범을 도출할 수 있는 헌법

56) Vgl. W. Leisner, Verfassungsschranken der Unternehmensbelastungen, NJW 1996, S. 1516.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

도그마틱의 가능성과 그 한계를 검토해보았다. 기본적으로 광범위한 입법형성의 자유와 행정재량이 인정될 수밖에 없다는 전제하에 적극적으로 전향적인 문제인식과 그에 부응하는 헌법도그마틱의 전환이 요구되고 또한 적어도 부분적으로는 상당한 밀도의 규범적 압력을 확보할 수 있는 이론구성이 가능하다는 것이 그 결론이었다.

다만 이러한 이론적 기대와 요청이 재정에 대한 구체적이고 직접적인 사법통제, 특히 헌법재판을 통한 재정통제기능의 확충으로 연결될 수 있는 가능성은 크게 기대하기 어렵다. 헌법상의 기본원리는 객관적인 정당성의 질서로서 국가권력에 대한 그 규범력의 구체적인 내용은 수범자와 영역에 따라 다를 수밖에 없는데, 특히 사회국가원리와 관련하여 전술한 바와 같이 일차적으로 입법부와 행정청에 대한 일반적인 행위규범으로 현출되고, 그것이 소구력과 연계된 구체적이고 직접적인 통제규범으로 적용될 수 있는 가능성은 상당한 제약이 불가피하기 때문이다.<sup>57)</sup> 특히 헌법규범의 개방성이 부각되는 재정영역에서는 더욱 그러한 바, 헌법상의 기본원리를 준거로 하는 헌법도그마틱은 우선 재정정책의 결정과 집행에 대한 행위규범의 측면에서 그 이론적인 가능성과 효용이 주목되고, 상대적으로 재정권력의 행사에 대한 사법통제의 측면에서는 한계가 부각된다. 여기에서 재정통제와 관련하여 기본권도그마틱의 현황과 전환의 필요성을 탐색하려는 것은 바로 가능성이 주목되는 행위규범의 기능영역을 확충하는 동시에 한계가 부각되는 통제규범의 측면을 보완할 수 있는 가능성을 모색하기 위함이다.<sup>58)</sup>

57) 여기에서 헌법규범의 소구력이 실현될 수 있는 창구, 예컨대 추상적 규범통제를 채택하지 않고 있고 또한 재판소원이 인정되지 아니하는 헌법소송제도 등에 따른 제도적 제약은 논외로 한다.

58) 행위규범과 통제규범의 구별은 기본적으로는 헌법재판을 통한 합헌성통제의 기준으로서의 구속력의 구체성과 확정성을 기준으로 한 것이지만, 후술하는 바와 같이 작용의 단계와 양식의 관점에서도 다르다. 우리 현재는 '인간다운 생활을 할 권리'와 관련하여 기준이나 구속력의 구체적인 차이점을 분명하게 제시하지 아니한 채 구별하고 있으나, 대체로 입법부와 행정부에 대한 행위규범으로서 기준은 상대적으로 높게 설정되지만 위헌판단의 준거로 적용될 수 있는 효력은 제한되는 것으로 보고, 통제규범의 경우에는 그 반대로 이해하고 있는 것으로 여겨진다. 현재결 1997.5.29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554면.

## 2) 기본권의 양면성 - 규범적 효용 다원화의 필요성

기본권의 양면성과 ‘기본권의 사실상 침해’, 특히 기본권의 ‘보호영역’(Schutzbereich)과 ‘제한’(Eingriff)의 범주를 설정하는 문제는 오늘날 기본권도그마틱에서 가장 주목되는 현안이라고 할 수 있는데, 재정과 재정통제의 부문은 이 두 가지 문제와 관련된 현실상황과 문제인식이 첨예하게 부각되는 대표적인 영역의 하나이다. 전술한 바와 같이 기본권의 실현과 관련된 현실적인 영향의 크기를 기준으로 한다면 예산결정을 포함하여 국가의 재정정책은 최우선의 헌법적 통제의 대상임이 분명한데, 기본권의 ‘주관적 권리’로서의 일면만을 주목하고 또한 기본권의 ‘제한’의 범주를 엄격하게 제한하는 전통적인 기본권도그마틱의 이론구성으로는 재정에 대한 헌법적 통제망의 구성에 기본권이 인입될 수 있는 창구가 개방될 수 없기 때문이다. 기본권과 헌법의 기본원리 상호간의 밀접한 이념적, 기능적 관계<sup>59)</sup>는 차치하더라도 오늘날 조세국가와 재정국가로 운영되는 사회적 법치국가의 구조와 현실을 고려할 때 적어도 재정 및 재정통제와 기본권간의 연결고리를 탐색하는 작업과 그 전제로서 요구되는 전통적인 기본권 도그마틱의 전환을 모색하는 이론작업은 불가피하다.

기본권을 개인의 ‘주관적 권리’로서의 성격과 ‘객관적 질서’로서의 성격을 동시에 가지는 복합적인 다층구조로 이해하는 ‘기본권의 양면성’이론이 정설로 자리 잡은 것은 이미 오래되었다. 다만 ‘객관적 질서’로서의 내용과 그 구체적인 규범적 효력에 관한 이론구성의 스펙트럼은 매우 광범위하다.<sup>60)</sup> 즉 ‘객관적 질서’의 규범적 기능을 우선 모든 국가권력에 대한 한계의 준거가 되는 ‘근본규범’(Grundnorm), 즉 ‘소극적인 권한규범’으로 이해하는 일반적인 입장이 있고, 특히 제도보장의 관점이나 기본권의 의무성을 강조하는 이론과 법률해석 및 형성의 기준으로서 기능에 초점을 맞추는 견해 등이 그것이다. 다만 여기에서 관심은 기본권의 ‘객관적

59) 이에 관해서는 허 영(FN. 32), 228-231면.

60) 조 제현, 기본권의 법적 성격과 효력에 관한 재구성, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 215-217면.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

질서'로서의 내용이 재정에 대한 행위규범 및 통제규범으로서 적용될 수 있는 가능성이다.

상대적인 비중의 차이는 있지만 모든 기본권의 '객관적 질서'에는 국가 권력을 제한하는 '소극적인 권한규범'과 함께 기본권의 최대한 보호와 실현을 위한 '적극적인 의무 및 수권규범'이 포함되어 있다. 국가권력과의 관계에 국한해서 보면 대체로 고전적인 자유권의 경우에는 소구력이 담보되는 '주관적 권리'의 측면에서 전자의 내용은 거의 포착되고, 예외적으로 입법부작위나 법적으로 요구되는 예산의 불편성 등에 따른 '기본권 보호의무'의 해태가 문제되는 경우에 후자의 부분이 헌법적 심사척도로 활용된다. 이 후자의 경우에도 '객관적 질서'가 구체적이고 직접적인 통제규범으로 적용되는 것은 제한된 범주에 국한된다. 예컨대 치안이나 소방 기타 방재업무 등 국민의 생명과 재산을 보호하는 국가과제의 수행을 위한 예산의 배정이 객관적으로 미흡하다고 하더라도 그것이 헌법소송에서 해당 자유권의 '객관적 질서'를 준거로 해서 국가의 구체적인 기본권보호 의무의 해태로 판단될 수 있는 가능성은 희박하다. 기능법적인 관점에서 보아도 특히 고전적인 자유권의 '객관적 질서'에서 예산배정상 '최소금지'의 한계선을 확정하고, 의회와 행정부의 구체적인 예산편성 또는 특정한 규모 이상의 예산편성의 헌법적 의무를 도출하는 것은 순기능을 기대하기 어렵다. 요컨대 고전적인 자유권의 경우 그 '주관적 권리'의 규범력이 재정에 직접 미치는 경우는 상정되지 아니하고, 다만 제한된 범주에서 '객관적 질서'의 측면이 예산과정상 의회와 행정부에 대한 행위규범으로 적용될 수 있을 뿐이다.

반면에 자유권적 기본권의 경우에도 적어도 부분적으로는 조세나 예산 투자와 밀접하게 연관되는 직업의 자유, 기업의 자유, 재산권 등의 경제 관련 기본권이나 대학의 자유 등의 경우와 기본권의 보호 또는 실현의 내용과 그 수준이 예산배정 등의 재정결정과 직접 연계되어 있는 사회적 기본권의 경우에는 그 양상이 크게 다르다. '주관적 권리'의 측면은 기본권의 '제한성'과 관련하여 별도로 후술하겠지만, 전술한 바 있는 '공행정의 상업화' 현상이 주목되는 자유권의 영역과 대체로 예산배정에 의해 구

체적인 기본권 실현의 내용과 수준이 결정되는 사회적 기본권의 영역에서 기본권의 규범적 효력은 자유권적 기본권에 비해서 ‘주관적 권리’와 ‘객관적 질서’로서의 양면이 간명하게 구별되기 어렵고, 상대적으로 ‘주관적 권리’로서의 측면보다는 ‘객관적 질서’의 측면이 부각된다. 또한 재정에 관한 행위규범과 통제규범으로서 그 기능영역도 스펙트럼이 자유권의 경우보다는 광범위하다. 기본적으로 가용재원의 한계와 연계될 수밖에 사회적 기본권 등이 구속성과 주관성 및 확정성을 갖는 주관적 공권, 즉 행위규범과 규범적 기대치가 거의 일치되고 개인의 소구력이 전면적으로 인정되는 통제규범으로 적용될 수 있는 가능성은 극히 제한된 예외적인 경우에만 상정되기 때문이다.<sup>61)</sup> 다만 유동적인 국민경제상황에 따른 재정의 ‘가능성’은 사회적 기본권의 실현이 유보되어 있는 여건이기는 하지만, 그 자체가 기본권의 최대한 실현이라는 ‘객관적 질서’에 포함되어 있는 경제 및 재정정책적 명령의 대상이기도 하다. 이 정책적 명령은 이른바 ‘입법정책방침’, 즉 규범적 구속력이 없는 프로그램에서부터 소구력은 인정되지 않지만 정책결정권자에 대한 헌법적 규범력은 인정되는 객관적인 행위규범, ‘구체적인 권리’로서는 인정되지 아니하지만 입법부작위에 대한 소구력은 인정되는 이른바 ‘추상적인 권리’에 해당되는 통제규범, 더 나아가서는 ‘구체적 권리’로서의 규범적 효력이 인정되기는 하지만 그 적용상 상당한 절제가 요구되는 ‘불완전한 구체적 권리’ 등 그 법적 성격이 다양하다.

여기에서 권리의 추상성이나 불완전한 구체성 등은 우선 통제규범으로서 그 구체적인 효력의 측면에서 청구인 또는 원고적격이나 헌법재판소나 행정법원과 의회 및 행정청간의 결정권한의 배분 등과 관련된 것이기는 하다. 그러나 기본권도그마틱의 차원에서 도식적으로 구별해 놓은 ‘주관적 권리’와 ‘객관적 질서’의 양면과 행위규범과 통제규범의 기능영역은 실제 정책결정 및 통제과정 속에서는 그 분계선이 간명하게 확정되기 어렵다. 특히 헌법의 개방성이 두드러지고, 결정과정상 법과 정책의 기능영역의 구별이 불분명한 재정분야에서 더욱 그러하다. 우선 통제규범으로

61) 사회적 기본권의 법적 효력의 유형에 관해서는 이 덕연(FN. 47), 241면 이하.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

서 법적 구속력이 없는 헌법정책적인 차원의 이른바 ‘입법방침’으로서의 효력과는 구별되는 행위규범으로서 작용되는 독자적인 기능영역이 주목된다. 이 행위규범은 단순히 헌법재판을 통해 위헌 또는 합헌여부에 대하여 가부간의 판단을 하는 근거로서 적용되는 통제규범과는 그 작용공간과 적용양식이 다르다. 이 행위규범은 이미 확정된 정책에 대한 헌법재판통제의 단계에서만 적용되는 것이 아니라, 법원의 합헌적 법률해석 및 적용의 단계에서는 물론이고 정책의 결정과 집행과정의 전반에 걸쳐서 적용된다는 점에서 작용의 공간이 훨씬 넓다. 또한 위헌성 판단의 근거로 고려될 수 있는 가능성도 가부간의 결정이 아닌 제3의 중간영역, 즉 예산결정의 최대한의 헌법정향성과 현실정합성을 동시에 수렴해낼 수 있는 공간으로 확대할 수 있다.<sup>62)</sup> 이러한 공간에서 행위규범과 통제규범의 구별은 동전의 양면과 같이 시각과 맥락상의 차이에 따른 상대적인 것일 뿐이다. 행위규범은 예산결정의 타당성에 대한 단순한 헌법정책적 의문이나 권고의 단계는 아니고, 동시에 명백한 위헌의 단계도 아닌 ‘위헌에 근접한 회색지대’의 공간을 확보하고, 입법자와 행정부에 대한 구체적이고 직접적인 재판통제 외에도 단순한 정책적 권고와는 구별되는 차별화된 위헌근접성, 즉 위헌결정의 위험성에 대한 경고와 예고 또는 신중한 정책결정에 대한 요청의 헌법적 근거 등으로 유연하게 활용될 수 있기 때문이다.

요컨대, 사회국가실현의 수단인 돈의 사용에 관해 거의 백지위임되어 있는 재정국가에서 ‘객관적 질서’의 측면이 부각되는 사회적 기본권을 비롯하여 같은 맥락에서 주목되는 일부 자유권적 기본권의 다양한 규범적 효력을 유형별로 다원화하여 재정에 대한 행위규범 및 통제규범으로서 적정한 활용공간과 준거를 확보하는 것은 향후 기본권도그마틱에 주어져 있는 가장 중요한 과제 중의 하나이다. F. Kirchhof가 재정권력의 ‘주권성’(Souveraenitaetscharakter)<sup>63)</sup>을 강조하는 바, 그것은 부분적으로라도 기본권의 주체인 국민의 ‘주권자’로서 지위를 회복하는 중요한 의미를 갖는다.

62) Vgl. W. Leisner(FN. 57), S. 1516.

63) F. Kirchhof(FN. 36), S. 79.

## 3) 기본권도그마틱 이론구성의 재검토

기본권의 ‘보호영역’과 ‘제한’ 및 ‘제한의 한계’(Schranken-Schranken)의 논리형식을 중심으로 하는 전통적인 기본권도그마틱의 도식화된 심사틀은 이른바 ‘사실상의 기본권침해’(faktische Beeinträchtigung der Grundrechte)의 개념으로 포섭되는 경고와 계몽 등의 후견국가적인 비공식적인 행정작용은 물론이고, 간접적으로만 기본권과 관련되는 새로운 중간지대의 범영역의 행정작용, 특히 사회국가에서 기본권의 실현에 가장 큰 영향력을 미치는 재정권력의 행사를 제대로 포착해낼 수 없다.<sup>64)</sup> 주지하는 바와 같이 현대의 국가는 고전적인 의미의 경찰행정의 수단보다는 오히려 조세나 예산지원을 수단으로 하여 시민의 자유생활영역에 거의 전방위적으로 더 자주, 더 깊숙하게 개입하는 바, 적어도 기본권의 기능영역과 사회 및 경제영역에 막대한 영향을 미치는 재정권력의 전면적인 단절관계를 전제하는 기본권도그마틱의 이론구성은 지나치게 작위적이고, 재정국가의 현실에 부합되지 아니한다. 세출부문의 예산배정 등의 재정정책의 결정과정에 대한 헌법적 통제와 척도로서 기본권의 효용을 근본적으로 재검토해야만 하는 이유와 그 단서는 국가의 과세권에 대한 헌법적 한계에 관한 이론구성의 변화에서 찾아진다. 주지하는 바와 같이 세법에 대한 기본권심사와 관련된 이론전개는 크게 세 단계로 나누어지는 바, 세법에 대한 재산권 등의 관련 기본권을 준거로 하는 헌법적 통제가 전면 배제되었던 ‘단절의 단계’와 조세입법권이 ‘윤표질서’로서 헌법의 통제권 내에 포함되게 되는 ‘인입의 단계’ 및 기본권이 세법에 대한 구체적인 통제규범으로 적용되는 ‘포착의 단계’가 그것이다.<sup>65)</sup> 다만 후자의 두 단계는 국가의 과세권에 대한 헌법적 통제의 가능성과 필요성 자체에 대해서는 인식을 같이 하되, 절제 또는 적극적인 통제확대의 필요성에 대

64) Vgl. P. Lerche, Schutzbereich, Grundrechtspraegung, Grundrechtseingriff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), HdBStR V, § 21, Rn. 50; J. F. Linder, “Grundrechtseingriff” oder “grundrechtswidriger Effekt”?, DOeV, 2004, S. 765ff.

65) Vgl. K. Vogel, Die Steuergewalt und ihre Grenzen, in: P. Badura/H. Dreier(Hg.), Fs. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 529f.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

한 기본적인 시각의 차이에 따른 상이한 입장인 바, 순차적인 선후의 단계라기보다는 여전히 현안으로 논의되고 있는 접근의 대안일 뿐이다.

요컨대, 현재 기본권도그마틱의 초점은 기능과 유형별로 포착하여 적절한 통제밀도를 설정하기 위한 다원화된 준거를 제시하는데 모아지고 있는 바, 적어도 ‘재산권’(Eigentum)과 ‘재산’(Vermögen)을 구별하는 논리 구성을 통해 국가의 과세권을 재산권의 제한과는 무관한 것으로 보았던 ‘재정유보설’(Fiskalvorbehalt) 또는 ‘조세유보설’(Steuervorbehalt)이나, 헌법과 세법의 관계를 이른바 ‘면역전략’(Immunisierungsstrategie)의 관점에서 이해하였던 전통적인 도그마틱의 입지는 남아 있지 아니다.<sup>66)</sup> 고도로 가변적인 경제상황과 연계될 수밖에 없는 조세정책결정의 유연성과 탄력성의 요청을 고려할 때 세법에 대한 헌법적 통제는 현실적으로 순기능을 기대하기 어렵기 때문에 국가의 과세권과 세법은 전면적으로 입법형성의 자유에 맡겨져야만 하고, 이 영역에 관한 한 헌법과 기본권은 접근이 차단되어야 할 ‘병원’(病源)이라고 보는 인식은 더 이상 설득력을 갖지 못한다. 오늘날의 조세국가, 재정국가, 사회국가의 상황은 조세의 사회국가실현수단으로서의 경제 및 사회정책적 기능이 현실적으로 미미하였거나 또는 그것을 외면하는 작위적인 헌법도그마틱이 유지될 수 있었던 법상황과는 근본적으로 다르고, 특히 기본권과 헌법재판의 통제권에서 벗어나있던 입법형성의 자유의 결과로 초래된 조세부담의 항구적인 증대와 조세법의 난맥상은 헌법과 기본권의 예방 및 처방과 투약이 없이 자정되기를 기대하기는 어려운 실정이다. 독일 연방헌법재판소가 이른바 ‘최저생계비판결’<sup>67)</sup> 이후, 오랜 기간 지속해왔던 소극적인 ‘자제’(Zurueckhaltung)의 입장을 지양하고 인간의 존엄성, 직업의 자유, 일반적 행동의 자유권 등의 기본권을 준거로 하여 세법에 대한 헌법통제의 범위를 적극적으로 확대하는 방향으로 선회한 것도 이러한 상황에 부응한 것이다.<sup>68)</sup>

66) 이에 관해서는 김 성수, 『개별행정법』(2004), 64-66면. ‘면역전략’에 관해서는 K. Vogel(FN. 66), S. 530; G. F. Schuppert, Verfassungsrechtliche Prüfungsmassstaebe bei der verfassungsrechtlichen Ueberprüfung von Steuergesetzen, in: Fs. f. W. Zeidler, Bd. I, S. 691ff.

67) BVerfGE 82,60(85); 99,216(233).

68) Vgl. K. Vogel(FN. 66), S. 529ff.

적정한 통제밀도에 관해서는 논란이 계속되고 있지만 적어도 기본권을 준거로 하는 헌법적 통제권 안으로 인입된 조세입법권에 비해 예산결정권 등 지출부문에서의 재정결정은 여전히 원천적으로 기본권의 통제망에서 벗어나 있는 바, 말하자면 ‘단절의 단계’에 머무르고 있다. 기본적으로 예산의 규모나 구조 등 거시적인 차원의 재정운용은 물론이고, 예산지출의 법적 형식의 선택이나 구체적인 예산의 편성과 지출상의 우선순위 등에 대한 개별적인 예산의사결정과 기본권의 주관적 권리의 측면의 직접적인 관련성을 부인하는 기본권도그마틱의 틀 속에서 국가의 재정지출작용이 기본권의 ‘제한’에 해당되는 것으로 볼 수 있는 이론구성의 가능성은 희박하다. 또한 기본권의 ‘구체적 권리’로서의 법적 성격을 부인 또는 제한하는 견해, 즉 기본권이 국가에 대한 구체적인 급부청구권의 근거가 될 수는 없지만 입법 및 행정상의 부작위에 대한 통제규범으로서 효력은 갖는다고 보는 입장에서는, 아니면 ‘광범위한 재량권’을 인정하는 입장이든 법리상 예산결정의 기본권의 ‘제한성’ 자체를 인정하는 이론구성을 한다고 하여도 실무상 그 ‘통제밀도’는 ‘제한성’을 부인하는 경우와 거의 차이가 없을 것이다.

재정정책과 예산운용의 기초는 급변하는 경제상황과 연계되고, 따라서 고도의 유연성과 탄력성이 요구되기 때문에 정치적 결단과 전문적인 정책적 판단이 조합된 이른바 ‘통치행위’적 성격의 결정사항이고, 구체적인 예산배정 등의 미시적인 예산의사결정도 재원확보의 가능성에 유보된 제한된 예산의 배분과 우선순위를 조정하는 문제라는 점에서 거시 및 미시적인 예산결정에 대하여 개인의 주관적 공권에 대한 침해 여부, 즉 기본권의 주관적 권리를 통제규범으로 하여 그 합헌성을 따지는 것은 근본적으로 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 이러한 정책결정과정상의 기능적 요청과 그에 따른 규율의 어려움은 이미 상당 부분 기본권의 통제망에 의해 포착되고 있는 조세정책의 결정도 마찬가지이다. 또한 사회국가실현의 수단으로 활용폭이 크게 확대되고 있는 조세<sup>69)</sup>와 예산은 법적 형식과 그 경로가 다를 뿐이다. ‘주조(鑄造)된 자유’(gepraegte Freiheit)<sup>70)</sup>

69) Vgl. D. Felix, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaats, DVBl. 2004, S. 1074ff.

70) K. Vogel(FN. 66), S. 527.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

인 돈의 수급의 방향이 반대일 뿐, 기본권의 실현에 대한 실질적 영향의 관점에서는 차이가 없다. 말하자면 그 헌법적 한계는 별론으로 하되, 사회국가실현수단으로 호환이 허용되는 조세법과 사회법 및 예산을 통한 재정지원은 적지 않은 경우 입법형성의 자유에 맡겨져 있는 형식선택의 대안일 뿐이다. 그 형식선택에 따라 기본권의 ‘제한성’ 여부가 결정되고 그에 따라 헌법적 통제의 범위와 통제밀도가 크게 차이가 있게 되는 기본권도그마틱은 ‘형식오용’을 용인하고 조장하는 결과를 초래할 뿐이다.

예컨대, 심각한 저출산현상과 관련하여 경제적 측면에서 출산장려시책을 기획하는 경우에, 우선 세법의 측면에서 피부양자의 인적소득공제를 확대하는 등의 세제상의 지원이나, 출산장려금을 비롯하여 기타 양육, 의료비 등을 직접 지원하는 방식이나 또는 주택이나 의료 및 보육, 교육 등과 관련된 인적 물적 서비스제공을 확대하거나 의료보험이나 연금제도의 개선을 통해 간접적으로 가처분소득을 보전해주는 사회법적 수단 등이 선택 및 조합의 대안들로 생각될 수 있을 것이다. 영역과 사안에 따라 구체적인 양상의 차이는 있겠지만 이러한 도식화된 정책구도는 사회정책분야 뿐만 아니라, 이른바 ‘보조금’(Subvention)이 거의 일반화된 행정수단으로 활용되고 있는 경제, 교육, 문화, 환경 등 거의 모든 행정영역에 해당된다. 이와 같은 정책의 결정과 수단선택과 관련, 정치 및 정책의 관점에서는 우선 정책수단의 정치적 타당성 및 효율성과 그것을 뒷받침해주는 정책결정과정의 탄력성과 유연성의 요청이 부각될 것이다. 그러나 이러한 정책적 요청을 법적 안정성과 정당성의 틀 안에서 수렴해내야 하는 헌법의 관점에서는 정책결정과정상의 탄력성과 유연성이 ‘옳은 결정’을 내리기 위해 필요한 최소한의 대화와 토론을 거치지 않은 성급하고 자의적인 결정으로 나타날 수 있는 잠재적인 위험을 최대한 예방하고 관리하는 것에 초점이 맞추어 진다.

그런데 법률과 돈이라는 국가행위의 두 가지 수단 중에 법률이 중심이 되기 때문에 입법 및 집행의 과정과 헌법재판을 통한 사법통제를 통해 이러한 헌법의 정책통제기능이 확보되어 온 일반적인 정책과정과는 달리, 거의 의회와 행정청에 처분권이 거의 백지위임된 돈이 핵심적인 정책수단이 되는 경우에 그에 대한 헌법적 통제의 망은 적절한 제어기능을 기대

하기에는 그 구조와 밀도가 부적합하고 미흡하다. ‘예산운영의 신뢰성과 가측성의 원칙’(Grundsatz der verlaesslichen und kakulierbaren Haushaltungswirtschaft)<sup>71)</sup>은 이러한 법상태를 방치해 왔던 기존의 헌법도그마틱에 대하여 문제인식의 전환을 요구하고 있다.<sup>72)</sup> 기본권도그마틱이 제1의 수신처임은 물론이다.

#### (4) 경제성원칙 - 과잉금지원칙

##### 1) 개요

전술한 내용이 재정통제의 측면에서 취약점이 노출되는 전통적인 기본권 도그마틱과 그에 따른 헌법재판실무상의 한계를 기본권의 ‘보호영역’과 ‘제한’의 심사단계에 초점을 맞추어서 검토한 것이라면, 과잉금지원칙 또는 경제성원칙의 내용과 효력에 관한 검토는 기본권 제한의 한계, 이른바 ‘한계-한계’의 심사단계와 연관된다. 지출부문의 재정정책과 예산결정을 포착하기 어려운 전통적인 기본권 도그마틱의 한계는 ‘보호영역’과 ‘제한’의 단계에서의 이론구성의 변화만으로 보완 또는 극복되지 아니한다. 주관적 권리의 구제에 초점을 맞추어서 기본권 제한의 한계유월, 즉 제한의 과잉여부를 판단하는 과잉금지원칙은 그 논리형식상객관적인 법통제, 말하자면 예산결정이나 지출관련성이 큰 급부행정작용을 포함하여 모든 국가재정행위의 경제성 또는 효율성통제의 심사척도로서 적용하기에 구조적인 한계를 갖기 때문이다. 헌법상의 명시적인 규정의 유무와 관계없이 공법상의 일반원칙으로 인정되고 있는 경제성원칙<sup>73)</sup>과 과잉금

71) F. Kirchhof(FN. 36), S. 79.

72) Vgl. P. Selmer, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter der Finanzverfassung des Grundgesetzes, in: K. Schmidt(Hg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 221ff.

73) 예컨대 독일기본법은 ‘경제성의 원칙’을 명시적으로 헌법에 규정하고 있다. 제114조 제2항 1절에 따르면 법관과 동일한 독립성이 보장되는 감사위원으로 구성되는 연방감사원의 직무범위에 세입과 세출의 결산심사 뿐만 아니라 전반적인 ‘예산 및 경제운용의 경제성’(Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsfuehrung)심사를 포함시키고 있다. 또한 ‘예산기본법’(Haushaltsgrundsatzgesetz) 제6조 제1항은 예산과정에서 준수되어야 하는 원칙으로 ‘경제성과 절약의 원칙’(Grundsatz)

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

지원칙의 이동점을 비교해 보고, 독자적인 헌법심사척도로서 경제성원칙의 내용과 효력을 별도로 검토하는 것은 ‘제한의 한계’의 심사단계에서 전통적인 기본권 도그마틱의 한계를 지양할 수 있는 이론구성의 가능성과 필요성을 가늠하기 위함이다.

### 2) 경제성 원칙의 내용 - 문제의 제기

재정통제의 기본적인 준칙인 ‘경제성원칙’은 내용상의 고도의 추상성 때문에 통제규범 또는 행위규범으로서의 실제 적용가능성, 즉 그 효력과 적용범위와 관련하여 구체적인 해명을 요한다. 경제성원칙의 내용은 크게 세 가지 요소를 포함한다. 일반적으로 모든 국가작용에 있어서의 목적-수단관계상의 두 가지 요청 즉, ‘최소비용의 원칙’과 ‘최대효과의 원칙’은 이견없이 받아들여지고 있는 반면에, 경제학에서 ‘경제성’의 개념적 요소로 인정되는 ‘편익-비용편차(Differenz-oder Quotientenansatz zwischen Nutzen und Kosten) 극대화의 원칙’을 법적 개념요소로서 인정할 것인지 여부에 대해서는 논란이 없지 아니하다.<sup>74)</sup>

여기에서 비용과 편익의 개념은 개별적인 사안 혹은 정책에 국한된 금전상의 지출비용과 수익에 대한 단순한 계량적 측정과 그에 따른 비교형

---

der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit)을 규정하고 있으며, 동일한 내용이 ‘연방예산법’(Bundeshaushaltsordnung) 제7조 제1항 등 기타 예산관계 일반법령에도 규정되어 있다. ‘경제성’개념의 내용에 관해서는 법률상 규정되어 있지 아니하고, 다만 연방예산법에 대한 임시행정규칙(Vorläufige Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung : Vorl. VV-BHO)에서 다음에서 언급되는 ‘최소비용의 원칙’(Minimalprinzip)과 ‘최대효과의 원칙’(Maximalprinzip)이 그 내용으로 적시되고 있다. ‘경제성원칙’의 규범적 의의와 내용에 관한 연구논문으로 대표적인 것은 H. H. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988.

74) 다만 이 문제는 개념론상의 문제라기보다는 적용가능성 및 범위와 관련된 방법론상의 문제로서 이해되어야 한다. ‘최소비용의 원칙’과 ‘최대효과의 원칙’이 법률을 통해서나 또는 현실여건에 따라 각각 사전에 확정된 성과목표와 가용재원의 크기가 전제되는 경우에만 적용이 가능한 원칙인데, 반면에 ‘편익-비용편차극대화의 원칙’은 정책 목표와 가용예산이 동시에 변수로 주어지는 결정조건과 연계되는 원칙이기 때문에 그 적용대상과 법적 준거로서의 효용이 다른 것일 뿐이다. 개념의 고도의 추상성이나 그에 따른 법적 추론과 평가의 어려움이 법적 수용 자체를 원천적으로 부인하는 이유로 용인될 수는 없다. Vgl. v. Arnim(FN. 74), S. 20ff.; H. Reinermann, Messungsprobleme der Rechnungshofskontrolle, in : Letzelter/ders.(Hrsg.), Wissenschaft, Forschung und Rechnungshof, 1981, S. 230ff.

량이 가능한 좁은 의미에서의 개념이 아니다. 그것은 넓은 의미에서의 목적-수단의 상대적인 관계에서 포괄적인 개념 즉, 예산상의 비용뿐만 아니라 ‘외부효과’, 즉 일정한 정책에 수반되는 모든 유무형의 부정적 효과와 그를 통해 얻어지는 모든 유무형의 긍정적인 공공복리가치를 기준으로 판단된다. 따라서 경제성원칙은 포괄적인 의미에서의 투입과 산출에 대한 계량화된 측정에 입각한 체계적인 정책분석을 전제로 그 적용이 가능하다는 점에서 예외적으로 수치상의 객관적인 평가가 가능한 국고작용 등의 제한된 행정영역을 제외한 대부분의 국가활동에 대하여는 직접 구체적으로 적용하기에는 내용상의 구체성과 엄밀함이 결여되어 있다. 행위규범 및 통제규범으로서 경제성원칙은 비용과 편익평가에 필요한 객관적인 가치기준을 포함하고 있지 못한 ‘형식적인 법원칙’으로서 그 실질적인 내용은 최대한 결정의 합리성을 높일 수 있는 결정과정과 절차의 정당성과 연계되는 요청으로 이해된다.

요컨대, 관건은 경제성원칙의 개념해석에 있지 아니하다. ‘특히 폭넓은 판단여지가 인정되는 불확정 법개념’(unbestimmter Rechtsbegriff mit besonders weitem Beurteilungsspielraum)<sup>75)</sup>으로 이해되는 경제성원칙의 통제규범 및 행위규범으로서의 구체적인 효력과 적용가능성을 규명하는 것이 관심의 대상이다.

### 3) 헌법심사척도로서 경제성원칙의 규범적 독자성 - 과잉금지 원칙과의 비교

헌법통제척도로서 경제성원칙의 구체적인 규범적 효용은 과잉금지원칙과의 비교를 통해서 효과적으로 해명될 수 있다. 경제성원칙과 마찬가지로 국가활동의 공공복리지향성 또는 합리성의 기본관념에 기초하고 있고 또한 고도의 추상성과 개방적인 ‘형식적 원리’라는 점에서 공통점을 갖고 있는 과잉금지원칙과의 비교에서 경제성원칙의 적용영역과 그 구체적인

75) Vgl. A. Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitspruefer, 1981, S. 10ff. ; W. Krebs, Rechtmassigkeit und Wirtschaftlichkeit als Massstaebe des Rechmungshofs, in ; v. Arnim (Hg.), Finanzkontrolle im Wandel, 1988, S. 67ff.

V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

적용가능성을 밝히는 데 결정적인 단서가 찾아지기 때문이다. 이는 과잉금지원칙이 처음에는 행정법 특히 경찰행정법상 기본지침으로 출발하였으나 오늘날에는 입법작용을 포함하는 국가활동의 전 영역에 적용되는 헌법원칙으로 인정되고 있다는 점 외에도, 특히 근래에 과잉금지원칙의 무분별한 적용확대에 대한 회의적인 목소리와 함께 제기되고 있는 통제규범으로서의 기능적 한계에 관한 문제의 맥락에서 더욱 그러하다.<sup>76)</sup>

모든 정치와 정책적 결정은 그에 따른 부담의 측면에서든 수혜의 방향에서든 기본적으로 추구하는 공익과 그 수단으로서의 침익 또는 불이익이 대립되는 구조에 포섭될 수 있다. 그렇기 때문에 적어도 이론적인 차원에서 보면 정치적 갈등과 타협의 산물인 법률과 기타 법률 외적인 모든 재정정책 및 예산의사결정은 과잉금지원칙의 적용이 가능한 법적 문제로 재구성될 수 있다.<sup>77)</sup> 과잉심사의 핵심 요소인 적합성, 필수성 및 좁은 의미에서의 비례의 원칙은 사법통제의 척도이기에 앞서 우선 정치적 형성과 행정재량의 과정에서 입법자와 행정청이 숙고하는 준거이기도 하기 때문이다. 다만 이러한 이론적인 차원에서 법적 포착의 잠재적인 가능성이 헌법심사척도, 특히 사법절차상 통제규범으로서의 적용가능성으로 그대로 연결되는 것은 아니다. 기능법의 관점에서 이 가능성의 연결과 단절 또는 조정을 위한 판단준거를 모색하는 것은 법과 정치, 법적 통제와 정치적 통제, 헌법재판과 입법간의 적정한 분계선의 설정이라는 오늘날 헌법학의 주요과제로 귀착되는 기본권도그마틱의 핵심 현안의 하나이다.

우선 이른바 ‘한계-한계’의 관점에서 기본권제한의 한계를 획정하는 과잉금지원칙의 적용은 기본권의 제한을 수단으로 하여 추구되는 공익과 제한되는 기본권적 법익이라는 최소한 둘 이상의 대립되는 요소 상호간의 관계에 대한 가치판단문제이기 때문에 최소한 비교형량의 대상인 법

76) Vgl. vor allem F. Ossenbuehl, Maßnahmen mit Uebermassverbot, in : P. Badura/R. Scholz(Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Fs. f. P. Lerche, 1993. S. 151ff.; B. Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit, in: P. Badura/H. Dreier(Hg.), Fs. f. 50. Jahre BVerfG, Bd. II, S. 464ff.

77) B. Schlink(FN. 77), S. 465.

익의 크기의 가측성과 비교상관성이 전제된다. 또한 국가권력행사의 정당성여부에 대한 판단기준으로서 과잉금지원칙은 궁극적으로 대립되는 법익간의 비례성평가의 객관성과 명백성을 필요로 한다. 바로 이러한 점에서 본래 국가권력에 의한 개인적 법익의 침해를 제한하는 경찰행정상의 기본지침으로 생성된 과잉금지원칙이 종래의 일반적인 경향과 달리 통제규범으로서 기능적 한계를 가지며, 따라서 무분별하게 확대적용되어서는 아니 된다는 반론의 단서가 찾아진다.

구체적인 과잉심사에 있어서 목적-수단관계의 상대성이나 복잡한 사실 판단과 결과예측의 어려움을 차지하더라도 대립되는 법익간의 비례성심사는 근본적으로 가치판단의 문제이기 때문에 과잉여부에 대한 최종적인 판단권자로서 헌법재판소나 일반 법원이 객관적으로 설득력을 갖추고 통제를 할 수 있는 대상은 일반적으로 ‘명백한 과잉’의 통제에 제한될 수밖에 없다. 특히 예산배분의 적정성이나 급부의 효율성 등 객관적인 법통제의 필요성이 주목되는 영역에서의 과잉금지의 원칙의 적용은 전술한 바와 같이 직접적인 기본권제한을 전제로 하기 때문에 본래의 논리형식을 벗어나지 아니하고는 수용하기 어렵다는 점도 같은 맥락에서 지적될 수 있다. 예컨대 재정정책상 투자우선순위를 결정하는 것은 법리상 직접 비교가능한 양극구도, 즉 공익을 위한 침익의 한계에 대한 상한선을 설정하는 논리형식에 따라 판단되지 아니한다. 이는 적정한 배분의 황금분할선을 긋는 문제로서 직접적으로는 객관적인 공익만이 표출되고, 사법통제와 연계되는 주관적인 침익의 존재는 잠재되어 있기 때문이다.

또한 재정정책 및 예산의사결정은 결정참여자들간의 이익추구의 경쟁이 핵심요소인 이른바 ‘투쟁절차’(Kampfverfahren)를 통해 내려지고, 따라서 결정권한의 획정과 절차상의 관점에서 이해되는 ‘공공복리정의’의 문제<sup>78)</sup>인 바, 근본적으로 상위가치의 소여를 전제로 하고 그 부합여부를

78) 공공복리의 개념을 실질적인 내용의 측면이 아니라 헌법상의 권한획정이나 결정절차의 문제로 보는 입장은 H. H. Rupp. Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen - Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, S. 116ff.; F. Ossenbuehl, Gemeinwohl, in: O. Kimmich u.a.(Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. I, 1986, Sp. 664f.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

판단하는 구조의 법적 결정과 사법통제, 즉 ‘형량절차’(Abwaegungsverfahren) 속에서 합법성의 여부만을 가리는 과잉금지원칙을 적용하기에는 그 본질과 구조가 근본적으로 다르다.<sup>79)</sup>

바로 이러한 통제규범으로서의 과잉금지원칙의 적용상의 한계로부터 경제성원칙의 규범적 효력과 적용영역에 대한 접근의 단서가 주어진다. 합법성여부에 대한 가부간의 판단가능성만이 주어지고 또한 기본적인 논리형식상 그 적용영역이 제한되는 과잉금지원칙만으로는 국가활동의 효율성 혹은 합리성제고를 위한 새로운 통제의 수요가 충족되지 못한다는 점에서 통제기준으로서 경제성원칙의 독자적인 규범적 의의와 기능은 다음과 같이 정리된다.

첫째로, 경제성원칙은 침해되는 개인적 법익과 공공복리의 대립관계를 전제로 하지 아니한다. 따라서 경제성원칙은 원칙적으로 국가활동의 모든 영역에서 적용될 수 있다.

둘째로, 국가권력에 의한 기본권침해의 제한의 논리 즉 이른바 ‘한계의 한계’형식에 기초하고 있는 과잉금지원칙과 달리 경제성원칙은 최대한 국가활동의 결정과정의 합리성을 높이는 측면에서 다양한 결정영역과 단계에 따라 차별화되어 적용될 수 있는 가능성을 갖는다. 바로 이러한 점에서 경제성의 개념을 ‘유일한 옳은 결정’(die einzige richtige Entscheidung)과 연계시켜서 이해한 N. Luhmann의 질문, 즉 “행정작용의 경제성 여부에 대한 판단이 가능한가?”<sup>80)</sup>라는 회의적인 문제제기의 오류성이 드러난다.

셋째로, 이러한 경제성원칙의 차별화된 적용가능성은 감사원의 통제기능과 결합하여 새로운 효율성통제양식에 대한 대안모색의 출발점과 구체적인 단서를 제공해준다. 예컨대 독일의 연방감사원은 감사절차상의 결정권한을 제외하고는 법적으로 아무런 기속력 있는 결정권한을 갖지 못하는 자문기관이기는 하지만, 독립성이 보장되어 있을 뿐 아니라 감사결

79) Vgl. H. H. v. Arnim, Ungleichgewichte in der finanzpolitischen Willensbildung und ihre verfassungs- theoretischen Konsequenzen, in: C. Boehret/H. Siedentopf, Verwaltung und Verwaltungspolitik, S. 113f.

80) Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?, VerwArch 1960, S.97ff.; 이에 대한 반론으로는 v. Arnim(FN. 74), S. 45f.

과에 대한 여론의 관심과 지지를 통해 무시할 수 없는 잠재적인 통제력을 갖고 있고, 또한 국가활동의 미시적인 차원과 거시적인 차원을 동시에 볼 수 있기 때문에 정책과정에 대한 포괄적이고 체계적인 접근이 가능하다는 점에서 정책결정의 합리성과 투명성을 높이는 데 매우 중요한 역할을 담당할 수 있다는 점에서 새로운 통제모델의 정립과 관련해서 주목되고 있다.<sup>81)</sup>

#### 4) 경제성원칙과 합법성 - 적용영역과 통제밀도의 구별

국가와 사회를 단절된 두 영역으로 보는 고전적 이원주의에 그 바탕을 두고 있는 이른바 ‘비투과성이론’이나 외부법-내부법을 구분하는 입장에서는 경제성원칙이나 예산을 국가내부영역에서만 효력을 갖는 ‘내부규정’ 또는 ‘기관법’으로 보아 그 법규범성을 부인하였었다. 그러나 법규범성에 대한 이러한 개념론적 제한은 오늘날 더 이상 주장되지 아니한다.

이에 따르면 경제성원칙과 예산도 법규범에 해당되고, 그에 따른 통제 역시 법통제의 범주에 속하게 되는 바, 통제규범 및 행위규범으로서의 경제성원칙과 합법성과의 관계에 대한 법리적 해명이 필요하게 된다. 과잉금지원칙과의 관계에 대한 설명에서 지적한 바와 같이 경제성원칙은 추상성과 형식성 때문에 행위규범 혹은 통제규범으로서 기타의 일반적인 법규범과 동일한 정도의 규준력을 갖지 못한다. 즉 전통적인 의미에서의 법원리와 경제성원칙은 그 구체적인 적용상의 조건과 방법론에 있어서 판이하게 다른 규범적 특성을 가지고 있다. 법규를 그 내용 혹은 구조적 특성의 기준에 따라 ‘조건형식의 프로그램’과 ‘목적형식의 프로그램’으로 일반적으로 구분하여 보면 전통적인 의미의 합법성은 근본적으로 조건형식의 규범내용에 대한 추론을 통해서 찾아지는 반면에 경제성원칙은 목적형식의 규범에 대하여 ‘가능한한 최대한 실현시키기 위한 결정과정중심의 접근방법’, 즉 ‘최적화’(Optimierung)의 기준으로 적용된다.<sup>82)</sup>

81) Vgl. K. Wittrock, Der Rechnungshof als Berater, DOeV 1989, S. 346 ff.; H. Blasius, Der Rechnungshof : Kontrolleur und Informant, DOeV 1993, S. 642ff.

82) Vgl. W. Hoppe(FN. 51), S. 853ff; Th. Wuertenberger(FN. 51) S. 139

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

따라서 경제성원칙은 그 구체적인 적용에 있어서 주어진 목적달성을 위한 대안의 선택가능성을 필요조건으로 한다. 위에서 지적한 바와 같이 경제성원칙은 결정과정의 합리성, 즉 편익과 비용간의 가능한 최대한의 편차를 확보하기 위한 형식적인 요청으로서 국가활동의 효율성에 대한 객관적인 평가의 어려움에 비추어 볼 때 그 적용가능성이 제한될 뿐만 아니라, 그 자체적으로 아무런 가치기준을 포함하고 있지 아니하기 때문에 그 구체적인 형성력과 적용범위는 항상 법질서에 형성되어 있는 선제하는 가치에 따라 결정되어 질 수밖에 없다. 결국 경제성원칙은 조건형식의 프로그램에 의해 대안의 선택가능성이 배제되어 있지 않은 경우, 즉 입법자든 행정청이든 결정권자에게 재량의 여지가 인정되는 경우에만 적용이 가능한 보충적인 법규범으로서 인정된다. 요컨대 통제규범으로서 경제성과 합법성의 상충관계는 이론적으로 상정되지 아니하며, 경제성통제의 가능성은 당해 결정의 재정지출관련성과 법적 기속성의 정도와 통제양식에 따라 다를 수밖에 없다.<sup>83)</sup>

여기에서는 구체적으로 그 적용영역에 관해서는 행정영역에서보다 헌법상의 한계 내에서 폭넓은 형성권이 인정되는 입법단계에서의 결정영역에서 경제성원칙의 적용가능성이 크다는 점과, 같은 행정영역에서도 침해행정영역보다 상대적으로 법규범에 기속되는 정도가 미약한 예산의 편성과 지출의 결정 및 상대적으로 재정지출관련성이 큰 급부행정영역이나 기타 조직법영역이나 국유재산관리 등 국가 내부영역에서 경제성통제의 실효성이 높다는 점을 지적하는 데 그친다. 다만 특히 주목해야 할 점은 경제성원칙의 적용영역설정의 문제와 ‘경제성통제의 밀도’의 문제는 엄격

---

ff. 다만 이러한 구분은 ‘전형화’(Idealtypisierung)의 일반적인 접근방법론으로서 의미를 가질 뿐이다. 합법성과 합목적성의 기준이 명확하게 구별될 수 있다는 것은 전제되지 아니한다.

83) W. Krebs(FN. 76), S. 70ff.는 “비경제적 행위(unwirtschaftliches Handeln)는 (항상) 위법한가?”라는 회의적인 의문에 대하여 “적법한 행위(rechtswidriges Handeln)가(도) 비경제적일 수 있는가?”라는 반대질문에 대한 긍정의 답변을 통해 명쾌하게 논증하여 경제성원칙의 구체적인 통제규범으로서의 적용, 특히 감사원에 의한 재정통제기준으로서의 적용가능성에 대한 논의를 심화시키고 있다. 이 논점은 전술한 바 있는 예산과 행정법의 기능적 관계, 특히 예산법과 예산통제를 통한 행정활동 조정의 필요성과 가능성과 관련하여 중요한 의미를 갖는다.

하게 구별된다는 점이다. 예를 들면 행정입법영역에서보다 의회의 법률제정영역에서 경제성원칙의 적용가능성이 상대적으로 크다는 것과 실제 가능한 ‘경제성통제의 밀도’ 즉 준거규준으로써 경제성원칙의 실질적인 규준력이 어느 정도 인가의 문제는 다른 것이다.

결국 미결의 핵심논제는 경제성통제에 있어서도 헌법재판소에 의한 규범통제와 행정재량행위에 대한 행정법원의 통제의 가능성과 관련해서 일반적으로 논의되고 있는 이른바 ‘타당성’(Vertretbarkeit) 혹은 분명하고도 명백한 오류의 ‘징표’(Evidenz)의 기준이 그대로 적용되는가의 문제이다. 여기서는 ‘경제성’의 개념을 특히 광범위한 판단여지가 인정되는 전형적인 불확정헌법개념으로 이해하여 경제성통제의 가능성을 극히 소극적으로 보는 입장에 최소한 일반적으로 동의할 수 없다는 점의 지적에 그친다.<sup>84)</sup> 행정재량론의 범주에서 논의되는 이른바 ‘판단여지가 허용되는 불확정법개념’의 문제도 전통적인 입장에서 이해하듯이 ‘유일한 옳은 결정’(nur einzige richtige Entscheidung)을 찾아낼 수 있는 인식가능성의 문제가 아니라, 결국 ‘누가 결정할 것인가?’(Quis iudicabit)의 문제, 즉 ‘최종적인 결정권한의 문제’로 이해되기 때문이다.<sup>85)</sup>

결정권한의 문제는 단순히 최종결정권자를 정하는 것에 국한되지 아니하고, 결정의 과정과 절차에서 ‘옳은 결정’을 내릴 수 있는 조건, 특히 협력을 통한 통제를 통해서 적정성과 효율성을 제고할 수 있는 메카니즘의 탐색작업으로 연결된다. 이러한 점에서 전술한 바 있는 독일 연방헌재의

84) 예컨대 W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, J. Isensee(Hrsg.), Staat, S. 97ff. 같이 경제성과 같은 의미로 이해되는 효율성의 원칙을 ‘소극적인 도구적 원칙’(ein bescheidenes instrumentales Prinzip)으로 보아 기관법 혹은 기관간 권한쟁의 영역에서의 내적인 통제기준으로서만 인정하는 견해는 부분적인 설득력만을 가질 뿐이다. 통제규범 혹은 행위규범으로써 경제성 또는 효율성원칙의 효용에 대한 판단은 전술한 바와 같은 행정법과 예산의 기능적인 관계에 관한 구체적인 분석을 바탕으로 하여서만 가능하다.

85) Vgl. F. Ossenbuehl, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermaechtigung, DOeV, 1972, S. 403ff. ; ders., Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl, 1974, S.309ff. 특히 재정헌법과 관련해서는 ders., Zur Justitiabilitaet der Finanzverfassung, in : B. Boerner u.a.(Hrsg.), Fs. f. C. Carstens zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1984, S. 743ff.

## V. 헌법도그마틱을 통한 보완의 가능성과 한계

이른바 ‘소명의무’(Darlegungspflicht)의 논리형식이 주목된다.<sup>86)</sup> 입법자는 자신의 전망과 계획에 대하여 설득력 있는 소명을 하여야 하고 또한 그 소명이 제도권 내의 기관은 물론이고 경제, 재정학계의 일반적인 인식과 판단과는 동떨어진 자의적인 것이어서는 아니 된다는 헌법적 요청이 제시되었다. 비록 그 구체적인 규범적 의미와 기능이 불분명하기는 하지만 의사결정의 과정과 절차의 측면에서 다원적인 참여와 협력을 통한 새로운 통제메카니즘의 모색에 대한 유용한 단서를 제공한 것으로 생각된다.

### 5) 소 결

결론적으로 현재 기본권 도그마틱상의 논의나 헌법재판 실무상의 인식에 비추어 볼 때 단기간 내에 획기적인 전환은 상정하기 어렵지만, 중장기적인 관점에서, 특히 재정통제의 공급확대의 측면에서 보면 객관적 질서 및 주관적 권리의 양 측면을 갖는 기본권의 규범적 효력을 다원화하고, 기본권의 정책결정과정과 연계된 행위규범 및 통제규범으로서 다양한 활용공간과 구체적인 판단준거를 확보할 수 있는 전향적인 기본권 도그마틱의 이론구성이 요구되고, 그것은 바로 이와 같이 다양한 헌법정책적 시사점과 함께 헌법도그마틱 차원에서 발상전환의 단서를 포함하고 있는 경제성원칙의 기능적 유연성과 결합될 때 그 이론적 정합성과 실무상의 효용이 배가될 수 있을 것으로 기대된다.

## 4. 소 결론

재정운영과 관련하여 기본적인 절차와 형식상의 규정만을 두고 있을 뿐인 우리의 재정헌법이 헌법규범과 헌법현실에 대한 진지한 헌법전략적 숙고의 산물이 아님은 전술한바 있다. 실령 그것이 예산의사와 재정정책의 결정 주체인 의회와 행정청에게 ‘극히 폭넓은 형성의 자유’를 허용하는 것으로 이해하고, 이 자유의 공간을 ‘헌법으로부터 자유로운 영역’이라

86) BVerfGE 79.311(344ff.). Vgl. H.-W. Arndt, Staatshaushalt und Verfassungsrecht, JuS 1990, S. 346f.

기보다는 ‘헌법적 기대와 처방’의 결과로 본다고 하여도 그것이 의도된 범주를 벗어나지 아니한 ‘개방된 공간’으로 유지되고 있는지, 아니면 헌법 개정을 통한 보완이 불가피한 ‘헌법의 흠결’의 상태인지는 재정헌법규범과 재정헌법현실의 틈새에 대한 총체적인 평가를 통해서 재검증되어야 한다.

이제까지 검토는, 우선 현행 헌법의 틀 내에서 재정통제에 대한 수요와 공급의 불일치, 즉 재정통제의 공급부족의 현상이 해결되기는 어렵다는 전제를 확인하고, 헌법도그마틱을 통한 대체와 보완의 가능성과 한계를 따져 본 것이었다. 그 결론은 재정운영의 안정성과 신뢰성 및 유연성의 요청을 동시에 수렴해낼 수 있는 헌법도그마틱의 헌법보완적 기능은 한계가 있다는 것이다. 기본권 도그마틱상의 발상의 전환과 그에 따른 전향적인 이론구성을 통해서도 재정정책과 예산결정을 기본권의 주관적 권리의 측면에서 포착할 수 있는 가능성은 제한된 범위에 국한될 수밖에 없다. 객관적 질서와 행위규범의 측면에서의 기본권의 규범적 효력을 다원화하고 그 효용을 계발하는 것은 정책규범으로서 헌법의 기능활성화, 특히 분리와 선택이 아니라 연계와 조화의 대상인 정책결정과 정책통제의 새로운 메커니즘의 개발이라는 헌법정책의 관점에서 기본권 도그마틱의 이론구성에 적극 수용되어야 하고 또한 그럴 것으로 기대되지만, 그것은 상당 부분 정치 및 법문화 등 재정정책결정의 환경조건에 의해 규정된다.

요컨대, 현행 헌법상 재정헌법의 공백은 ‘헌법적 기대와 처방’에 따른 또는 적어도 그것이 더 이상 유효한 ‘개방된 공간’이 아니라 실패로 판명된 ‘헌법의 흠결’이고, 헌법도그마틱을 통해서 그것을 보완하는 것은 근본적으로 한계가 있다. 특히 헌법재판소의 사법적극주의를 전제하는 경우에도, 기본권 도그마틱상의 발상의 전환과 이론구성을 통해서 새로운 입법 및 입법개선의 당위성과 그 방향에 대한 시사점과 지침은 얻을 수 있겠지만, 재정정책결정의 유연성의 요청으로 포장된 정치적 압력을 극복하고 법적 안정성과 신뢰성을 담보할 수 있는 정도로 충분한 규범적 압력을 갖춘 재정통제의 헌법적 준거가 제시되는 것은 기대하기는 어렵다.

## VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계

### 1. 개 요

현행 헌법상의 재정헌법의 공백이 체제 자체의 자기수정을 통해 보완될 수 없는 ‘헌법의 흠결’로 판단된다면 체제 자체가 보정되어야만 한다. 다만 여기에서 규율의 대상은 일반적인 국가작용과는 구조와 특성이 다른 재정행위라는 점에서 장기적이고 포괄적인 헌법정책적 전략구도 하에 신중하게 접근되어야 한다. 극히 가변적인 경제현실에 신속하고 유연하게 대응해 나가야 하고 또한 거시 및 미시의 차원을 통괄하여 목적과 수단을 조율하고 자원배분의 우선순위를 정하는 예산을 비롯한 재정정책의 결정에서 필수적으로 요구되는 효율성과 적재적시성은 동물적인 현실감각과 고도의 전문적인 정책분석과 판단능력에 의해서만 확보될 수 있다. 또 한편 한정된 재원을 배분하는 예산의사의 결정은 항상 집단과 계층 또는 세대간의 현실적인 이해득실이 상충될 수밖에 없기 때문에 정치적 타당성의 요청이 강조된다. 정치적 타당성은 우선 정치적 책임을 지는 대의 공직자들의 토론과 타협을 통한 공정한 경쟁의 과정 속에서 형성되는 것이지, 상위가치를 전제로 한 법리적 형량을 통해 발견되는 것이 아니다.

예산결정을 포함하여 재정부문에서의 정치적, 정책적 결정과정을 절차와 형식 또는 권한규정을 넘어서 실제적인 헌법규정으로 포착하려는 헌법정책적 전략의 설계에서 관건은 이러한 정치 및 정책적 결정의 순기능을 보장하고 그 역기능을 최소화하는 것이다. 이는 헌법의 최고규범성과 경직성 또는 헌법해석의 정형성이 이 순기능의 공간인 정치형성과 정책적 재량의 자유와 함께 재정운영의 신뢰성과 가측성을 동시에 확보할 수 있는 기능의 영역, 말하자면 헌법의 정치규범 및 정책규범으로서의 입지에 대한 확인을 선결과제로 하는 바, 이 과제는 결국 사안의 성격과 구조상 관련 논점이 가장 극명하게 부각되는 양상으로 오늘날 헌법정책과 헌법도그마틱의 중요한 현안인 헌법과 정치 또는 헌법재판과 입법간의 적정한 분계선과 접점을 설정하는 문제에 귀착된다.

## VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계

요컨대, 재정헌법의 흠결에 대한 최종확인, 말하자면 최후의 보정수단으로서 헌법개정이 필수적으로 요구되는 범위를 확정하기 위해서는 이른바 ‘실질적 의미의 헌법’, 즉 법률 차원에서의 보완의 가능성과 한계가 검토되어야 한다. 헌법제정권자의 의도나 기대와는 무관하게 헌법규범의 구조와 특성상 체제의 자기수정과 보완의 일차적인 책무는 입법자의 몫이기 때문이다. 또한 재정헌법규정이 신설된다고 하여도 대개 광범위한 판단여지를 허용할 수밖에 없는 고도의 불확정개념이 불가피한데 그것이 무익한 헌법논쟁을 양산하는 부작용을 초래하거나 또는 단지 상징적인 의미를 갖는데 그치는 것이 아니라는 점도 검토되어야 한다.

### 2. 법률차원의 보완의 가능성과 한계

#### (1) 선별과 집중의 전략 - ‘기능적합적 규율구조’의 관점

조세법 분야에서 입법에 대한 헌법적 규율과 통제를 전면 배척하는 이른바 ‘면역전략’이 더 이상 타당성이 유지되기 어렵게 되었음은 전술한 바 있거니와, 그 근원은 조세정책과 그것을 규율하는 조세법체계의 심각한 혼란과 입법자에게 그 해결과 극복의 대안을 기대하기 어렵다는 법정 정책적 인식과 전망에서 찾아진다. 조세정책의 결정과정과 조세입법과정에 서헌법이 차단 대상인 ‘병원’(病源)이 아니라 백신이나 치료제로서의 효용을 확인하고, 진단과 처방의 기본적인 지침을 마련하는 것이 헌법정책과 헌법도그마틱의 핵심 과제로 주어져 있다.

구체적인 원인과 접근방식에 있어서는 차이가 있겠지만, 이러한 문제인식은 지출부문의 재정법에도 그대로 해당된다. 말하자면 예산편성상 조세와 예산지출부문을 엄격하게 차단시키는 ‘연계금지의 원칙’(Non-Affektation Prinzip)은 거시적인 차원에서 국가세입과 세출 상호간의 사실상의 또는 간접적인 견연성은 차치하더라도 적어도 재정 및 재정통제의 문제에 대한 헌법정책적 인식과 대응전략의 수립에는 해당되지 아니한다. 실제로 헌법차원에서 재정문제에 대한 발상전환의 계기나 그에 따른 헌법개정, 헌법도그마틱의 이론구성과 헌법재판실무상의 변화의 흐름은

세입 또는 세출의 한 부문에 특유한 개별적인 문제들보다는 헌법의 자체 또는 방치에 따라 거의 정치와 정책적 결정에 맡겨져 왔던 재정운용의 과행성에 대한 지속적인 경험과 그 개선에 대한 회의적인 전망과 맥락을 같이 해왔음은 주지의 사실이다.<sup>87)</sup>

요컨대, 조세법과의 관계와 마찬가지로 재정과 재정법 및 헌법의 관계에 대해서도 ‘연계금지’를 요구하는 획일적인 ‘면역전략’은 더 이상 유효하지 아니하다. 일정한 연계의 필수성을 전제로 결정의 구조와 성격에 따라 사안을 구별하여 정치 또는 정책과 법률 및 헌법간의 적정한 기능과 역할의 분담과 소통의 창구를 마련하는 선별과 집중의 포착전략이 요구된다.

예산지출과 관련된 모든 정치적, 정책적 결정과정을 법적으로 포착하여 예산의 낭비와 유용을 최소화하고 예산지출의 경제성을 높이는 수단은 그 기능영역에 따라 두 가지 부문으로 나누어서 검토될 수 있다. 그 첫째는 예산 및 정책과정상의 절차, 형식 및 권한을 규율하는 내적 제한이고 전체 예산의 규모나 구조 및 국채발행 등 중요한 실질적인 재정정책결정에 대한 외적 제한이다.<sup>88)</sup> 다만 여기에서 주된 관심은 재정통제의 주체 및 통제수단의 범형식의 측면에서 일반 입법자와 법률형식의 기능적 적합성과 그 한계를 검토하는 것이다. 또한 재정정책결정과정에서 내적 제한의 경우에도 재정에 특유한 규율과 재정지출의 영향을 수반하는 일반적인 입법으로 구별되는 바, 전자에 초점이 맞추어진다. 말하자면 법률차원에서의 예산개혁의 가능성과 한계를 가늠하고자 하는 것이다.

정책의 합목적성과 정책결정의 유연성이 특히 부각되는 재정을 법적으로 포착하는 규율체계를 설계하거나 또는 기존 체계의 기능적 적합성을 재검토함에 있어서 우선 주목되어야 하는 것은 ‘기능적합적 규율구조’의 관점이다. 이 관점이 단순히 전통적인 법원론의 범주에서 이른바 외부법, 즉 법규의 체계상 규율의 효력과 현 시점에서의 기능적 효용에만 초점을 맞춘 형식적이고 정태적인 접근들에 국한되는 것이 아님은 물론이다. 특정한 규율형식의 기능적 효용은 규율의 대상과 규율의 제정 및 적용단계에서 결정의 주체와 과정에 대한 실질적이고 통태적인 접근을 통해서만

87) Vgl. K. Vogel(FN. 66), S. 558.

88) Vgl. v. Arnim(FN. 33), S. 1287.

## VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계

판단될 수 있기 때문이다. 이 점에서 ‘기능적합적 규율구조’의 관점은 법률유보론에서 정설로 자리 잡은 이른바 ‘중대사항유보설’ 또는 ‘본질성이론’의 핵심인 ‘기능적합적 기관구조’의 관점과 내재적으로 연관된다. 조직 및 의사결정의 과정과 절차 및 그 형식상의 장단점에 비추어 일정한 사항에 대하여 ‘옳은 결정’을 내릴 수 있는 가능성이 가장 큰 기관에게 결정권을 부여해야 한다는 논리형식이다.

그러나 여기에서 재정에 대한 법적 포착이라는 법정정책적 과제의 차원에서 제시된 ‘기능적합적 규율구조’의 관점은 오히려 권력분립 또는 최종결정권배분의 문제와 연관된 ‘기능적합적 기관구조’의 관점의 기능적 한계를 전제로 하고, 더 나아가서는 ‘기능적합적 기관구조’의 관점에 따른 헌법적 결단이라고 할 수 있는 현행 재정헌법의 기능적 적합성에 대한 회의에서 출발한다. 따라서 이 관점에서는 논의의 대상과 선택의 대안에 헌법이 당연히 포함된다. 또한 구체적인 문제인식의 정향점에 있어서도 최종결정권의 소재지보다는 결정의 과정을 주목하고, 결정의 단계나 주체별로 단절되어 있는 단선적이고 일방적인 선후 또는 상하위의 규율체계보다는 조정과 통합을 지향하는 병렬적이고 협동적인 대화와 토론의 기능을 우선시 한다. 예컨대 예산과 법률, 개별 재정정책 또는 개별법들 상호간의 연계성과 정합성을 확보해야 하는 중요한 법정정책적 과제는 결정주체와 개별적인 규율형식에만 초점을 맞추어서는 제대로 접근될 수 없다.

예산개혁의 관점에서 주목되는 문제의 소재지는 일단 크게 두 가지 부문, 즉 예산의 편성, 의결, 집행 및 결산의 예산과정 자체와, 예산과정과 일반입법과정이 상호 연계성이 확보되지 못하는 정책결정과정으로 구별된다. 다만 이는 관할영역 또는 정책과정의 단계를 기준으로 한 도식적인 구별일 뿐이다. 우리의 경우 이제까지 예산개혁을 둘러싼 논의에서 관심은 주로 행정개혁의 맥락에서 전자에 집중되어 왔다고 할 수 있다.<sup>89)</sup> 2003년 국회예산정책처의 신설<sup>90)</sup> 외에 구체적인 성과는 미미하

89) 실제 예산개혁의 주요 성과로 제시되는 사례도 성과주의예산제도, 복식부기와 발생주의회계제도, 효율성배당 또는 예산성과금제도 등 예산편성과 회계와 관련된 기술적인 제도들이 대부분이다. 그 구체적인 내용과 평가에 대해서는 윤 성식(FN. 7), 515-533면.

지만, 어쨌든 의회개혁의 차원에서도 회계검사기능의 강화나 예산결산위원회 상설화 등 예산심의 및 결산의 절차와 관련된 사항들만이 주로 논의되어 왔다. 그러나 여기에서 관심대상인 예산개혁, 특히 그 적합한 규율형식의 관점에서 보면 이 두 과정상의 문제는 서로 밀접하게 연계되어 있을 뿐만 아니라, 문제의 근원은 오히려 후자에서 찾아진다.

헌법정책적인 관점에서 예산개혁의 주된 규율형식은 법률일 수밖에 없겠지만, 전술한 바와 같이 명시적인 헌법규정을 포함하여 하위 법령이나 행정규칙에 해당되는 지침이나 훈령<sup>91)</sup> 등도 그 대안에서 배제되지 아니한다. 다만 여기에서는 ‘헌법의 흠결’, 즉 헌법개정이 필수적으로 요구되는 부분을 확인하는 맥락에서 법률형식의 기능적 적합성에 초점이 맞추어지는 바, 이러한 관점에서 검토되는 대안에는 헌법과 법률이 단순히 선택의 대안으로만 주어지는 것이 아니라 조합의 대상일 수도 있고 또한 헌법재판을 포함하는 사법통제의 규율수단도 포함된다. 말하자면 법률형식의 규율의 경우에도 이른바 ‘윤곽규정’이나 기본적인 지침을 제시하는 명시적인 헌법규정과 조합하는 양식에서부터, 헌법재판을 통한 규범통제의 가능성과 연계되는 입법위임 또는 현재 우리 헌법현실에서와 같이 사실상 거의 아무런 헌법적 제한이 없는 입법위임 등으로 세분화된다.

규율양식의 기능적 적합성은 우선 예산과정상의 절차와 형식을 규율대상으로 하는 경우와 재정부담을 수반하는 일반 입법에 대한 규율의 경우로 구별하여 검토되어야 하겠지만, 기본적으로 사항영역과 사안의 내용 및 특성에 따라 차별하여 판단될 수밖에 없을 것이다. 여기에서 개별적인 검토는 별론으로 하되, 다만 전술한 세 가지 중 후자의 두 가지 대안의 재정규율 또는 예산개혁의 규율수단으로서의 기능적 한계를 헌법도그마틱과 헌법정책의 측면에서 일반적으로 확인한 것이 전 장까지의 논의의 핵심이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 다음에서는 공제의 방향에서 일반 법률과는 구별되는 새로운 대안의 하나로서 현재 국회에 계류중에

90) 국회법 제22조의2 제1항 참조.

91) 예컨대 재정부담을 수반하는 정부입법안의 경우 기획예산처와의 협의와 재정소요추계서의 작성을 의무화하고, 그 세부적인 내용을 규정하고 있는 ‘법제업무운영규정’(대통령령)과 ‘법제업무운영규정시행규칙’(총리령)을대표적인 예로 들 수 있다.

## VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계

있는 ‘국가재정법’(정부안)이나 ‘국가건전재정법’(한나라당 제안)과 같은 이른바 ‘기본법’형식의 효용과 그 한계를 검토하고, 궁극적으로 일반 입법 차원에서 모색되는 예산개혁작업의 한계가 부각되는 대표적인 사안들을 중심으로 헌법개정의 필요성을 제시한다.

### (2) ‘기본법’형식의 효용과 그 한계

전술한 바와 같이 국가재정법(안)이 국회에 계류중이다. 총 87개 조문으로 구성되어 있는 법안에는 국가재정운용계획수립의 의무화를 포함하여 예산편성상의 성과예산제도, 예산총액배분 및 자율편성제도 등의 도입과 결산의 국회조기제출(차년도 6월 30일까지), 입법과정상 재정부담을 수반하는 법안의 경우 재원조달방안의 첨부 의무화, 기타 추가경정예산편성의 요건강화, 세계잉여금의 채무상환우선충당 의무화, 국가채무관리계획에 대한 의회통제강화, 불법재정지출에 대한 국민감시제도 등 전체 예산과정을 포괄하는 내용들이 망라되어 있다.<sup>92)</sup> 정부는 제안이유에서 “재정운용여건의 급속한 변화에 부응하여 새로운 재정운용의 틀을 마련”하여 재정의 효율성, 건전성 및 투명성을 높이기 위하여 예산회계법 및 기금관리기본법을 발전적으로 통합하여 국가재정운용의 ‘기본법’을 제정하는 것임을 분명히 밝히고 있다.

최근에 ‘기본법’의 명칭으로 제정되는 개별법들이 주로 행정법영역에서 분야를 막론하고 급증하고 있다. 다만 이 개념은 입법실무상의 개념일 뿐이고, 법원론상 일반 법률과 구별되는 독자적인 법형식으로서 그 성립요건이나 효력 등이 정리된 것은 전혀 없다. 규율영역에 따라 차이는 있겠지만, 정책적인 관점에서 볼 때 일반적으로 ‘기본법’의 명칭을 사용하는 법률의 의미와 기능은 크게 세 가지 유형으로 정리해 볼 수 있다. 첫째는 당해 사업 또는 분야에 대하여 국가 또는 정책결정권자가 각별한 관심을 가지고 지속적으로 정책을 추진하고 관리해 나갈 것이라는 분명하고 단호한 정책의지를 표현하는 의미가 내포되어 있고, 둘째는 특정한 중요 사

92) 법안의 구체적인 내용은 이 동식(FN. 26), 259면 이하; 홍 준형(FN. 30), 26면 이하.

업과 관련하여 일정한 정책방향과 목적 및 노정을 제시함으로써 당해 사업과 관련되는 하위 사업들 또는 관련 개별법들과의 관계에서 정책의 일관성과 정합성을 확보하기 위한 수단으로서 기능이 주목된다. 세 번째로는 모든 행정작용 또는 특정한 분야에 일반적으로 적용되는 총론적 성격의 지침과 절차 및 형식 등을 규정하거나 또는 특정한 분야나 사업별로 관계되는 규율사항을 단일 개별법에 통합하여 규정하는 총괄수단으로서 기능을 갖는다. 국세기본법, 행정규제기본법 등이 이에 해당되는 예이다.

예산과정을 규율하는 ‘기본법’의 역할을 해왔다고 할 수 있는 ‘예산회계법’과 ‘기금관리기본법’을 총괄하여 규정하는 동시에 예산통제기능을 강화하고, 새로운 예산제도도입의 근거를 담고 있는 ‘국가재정법’(안)의 경우는 제안이유에서 천명된 바와 같이 재정운영체계의 개선에 대한 강력한 정책의지가 담겨져 있다는 점에서 첫째, 둘째 측면에서의 의미와 기능도 포함되기는 하지만 그 내용을 기준으로 보면 세 번째 유형에 해당된다.<sup>93)</sup> 여기에서 관심은 이러한 ‘기본법’ 형식의 법률이 상징적인 입법을 넘어서 실질적으로 일반 법률과는 차별화되는 규범적 효력과 정책적 기능을 확보할 수 있는 가능성과 그 조건에 모아진다. 법체계상, 특히 전문법 영역에서 ‘기본법’의 기능을 규범의 흠결을 보완해주는 ‘법형성기능’, 개별법률과 ‘기본법’의 정책기조 상호간 정합성을 유지시키는 ‘해석적 통제기능’ 및 산재되어 있는 단행 법률들을 통일된 체계로 연계시키는 ‘체계형성기능’의 세 가지로 나누어서 제시하는 견해<sup>94)</sup>에 따르면, ‘국가재정법’(안)의 경우 ‘해석적 통제기능’이 관건이 된다. 다만 여기에서 정합성의 요청에 따라 통제의 대상에는 재정부담을 수반하는 일반 개별법률뿐만 아니라 예산결정을 포함하는 모든 개별 재정정책들이 포함된다.

‘기본법’의 ‘해석적 통제기능’을 위헌인 개별 법률 또는 법률규정들을 무

93) 규율의 내용은 다르지만 1993년에 제정된 미국의 ‘정부성과관리법’(The Government Performance and Results Act: GPRA)도 같은 유형에 속한다고 할 수 있다. 이 법은 기획예산제도(PPBS), 목표관리제도(MBO), 영점기준예산제도(ZBB) 등 수십 년에 걸쳐 연방정부차원에서 시행되어 왔던 산출측면에 초점이 맞추어진 예산개혁프로그램들이 통합된 기본법 형식의 법률이다. 그 입법배경과 구체적인 내용 관해서는 박 중수, 『재정관련 법령체계의 개편방안에 관한 연구』(2003.7), 한국법제연구원, 108-116면; 윤성식(FN, 7), 397- 398면.

94) 이 상돈, 『법철학』, 232면.

## VI. 일반 법률차원의 보완의 가능성과 한계

효화하는 규범통제의 기능과는 다른 것으로 보는 관점, 즉 유추해석이나 목적론적 해석방법을 통해 개별법들을 ‘기본법’의 규범프로그램에 정합시켜나가는 것으로 보고 또한 그 과정을 ‘기본법’과 개별법 상호간의 계속적인 ‘동조와 저항’의 교차관계를 통한 ‘실제적인 조화’의 과정으로 이해하는 입장<sup>95)</sup>은 법정책론, 특히 법도그마틱과 연계된 법정책론 또는 법학방법론의 관점에서 시사하는 바가 클 뿐만 아니라, 그 자체만으로도 매우 설득력 있는 것으로 생각된다. 그런데 이러한 양식의 통제기능이 재정관련 ‘기본법’의 경우에도 그대로 적용될 수 있는지는 의문이다. 우선 ‘실제적인 조화’의 대상이 기본적인 정책규율프로그램인 ‘기본법’과 개별 법률인 일반적인 경우와 달리, ‘국가재정법’(안)의 경우는 실물 정책적 측면에서의 조율뿐만 아니라, 예산과 일반 개별 법률 및 거의 사법통제로부터 자유로운 개별 재정정책들이 규율의 대상에 포함되기 때문에 단순한 법률의 해석과 적용의 방식을 통한 통제기능은 크게 기대할 수 없다. 또한 예컨대 국채발행이나 추가경정예산편성과 같은 재정행위에 대하여 구속력 있는 한계나 지침 등 실제적 규정을 두는 경우에도 재정정책에 특유한 유연성의 요청 때문에 이른바 ‘원칙-예외’형식이 불가피한데, 어떤 명분과 논거를 제시하든 ‘예외’의 경우에 해당된다는 정치적, 정책적 판단과 그에 따른 정책결정이 ‘기본법’의 ‘저항’에 의해서 통제될 수 있는 가능성은 희박하다.

다만 ‘기본법’의 통제기능을 통제규범이 아닌 행위규범의 측면에서 정책결정의 과정에 초점을 맞추어서 이해하는 경우에 그 유용성은 달리 평가될 수 있다. 법원체계상 개별 법률과 그 효력상 상하위의 서열관계에 있지 않은 ‘기본법’의 개별 법률에 대한 규율력은 원천적으로 규범통제제도가 아니라 정책의 결정 및 집행과정상의 정치적 자정력에 의존된다. 또한 이 정치적 자정력의 대부분은 다원적인 정치구조와 민주적인 선거문화, 전문가들의 건강한 정책담론의 공간, 기타 여론의 관심과 감시 및 그에 따른 정치적 부담에 의해서만 담보될 수 있다. 예산결정과정을 포함하여 일반적인 개별 입법 및 재정정책결정의 과정이 정치적 자정력에

---

95) 이 상돈(FN. 95), 233-235면.

의해 조율되어 나가기를 기대하기 어려운 현실과 그 이유에 대해서는 충분히 기술되었거니와, 다만 ‘기본법’형식의 법률은 그 양식상 총론적 규정으로서 우선 주목되고, 분명한 정책적 의지와 의도와 연계된 통합법적 성격을 갖고 있는 점에서 그 취지에 위반되는 정책결정에 대하여 일반 시민의 관심을 집중시키는 매개체가 될 수 있고 또한 일단 여론의 판단의 유력한 준거가 된다는 점에서 적어도 일반 법률과는 구별되는 독자적인 규범적 효용을 가진다는 점은 분명하다. 그러나 또 한편 ‘기본법’이 ‘상징적인 입법’의 차원을 넘어서기 위해서는 개별법의 차원에서 결정참여자들 상호간의 역할과 기능의 조정, 권한과 의무의 분배가 수용될 수 있는 ‘의미론적 공간’, 즉 적정한 입법형성 또는 재량판단의 공간이 남겨져 있어야 한다는 정확한 지적<sup>96)</sup>은 재정관련 ‘기본법’의 경우에도 해당되는데, ‘법적 형량’이 아니라 ‘정치적 투쟁’이나 ‘결단’으로서 특성이 부각되는 전형적인 정치적 결정과정에서 이 ‘의미론적 공간’이 상호적인 ‘동조와 저항’의 공간으로 활용될 수 있는 가능성은 긍정적으로 평가되지 아니한다.

어쨌든 이 가능성은 제도 외적인 정치, 행정 및 법문화적인 조건에 의존된다. 단기간 내에는 어려울 것으로 생각되지만, 앞으로 법운용 과정에서 제반 환경조건이 성숙되고 그에 따라 긍정적인 효과가 확인된다면 헌법의 안정성과 경직성, 일반 법률의 정치적 의존성과 유연성 등 상대적으로 차별화되는 각각의 단점은 지양하고 장점은 수렴해 나가는 사실상 독자적인 법형식으로 자리를 잡아 나갈 수도 있을 것이다.

---

96) 이 상돈(FN. 95), 236면.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

### 1. 개 요

이제까지 논의의 결론을 축약해보면, 우선 재정현황과 재정운용의 여건에 비추어 볼 때 ‘재정통제흡결’의 현상이 심각하고, 이 문제가 단순히 부분적이고 기술적인 차원의 예산제도의 보완이나 운용체계의 개선만을 통해서 해결될 수 있는 문제가 아니라 근본적으로 국가운영의 틀을 새롭게 짜는 재정개혁의 차원에서 접근되어야 하는 문제라는 점을 정리하였다. 이러한 문제인식 하에 ‘재정통제흡결’의 문제가 ‘헌법의 흡결’에서 비롯된 것인지, 말하자면 현행 헌법을 개정하지 아니하고 재정통제의 흡결을 메울 수 있는 대안을 검토한 결과, 적극적인 헌법도그마틱을 통한 보완을 전제로 하는 경우에도 기능적 권력통제모델이 근본적인 해결대안이 될 수는 없고, 특히 헌법의 기본원리와 기본권을 준거로 한 헌법재판통제도 예산결정을 비롯한 재정정책에 대한 통제수단으로서는 충분하지 못하다는 것과 마지막으로 ‘기본법’의 형식을 포함하여 일반 입법 차원에서의 보완책도 근본적인 한계가 있음을 확인하였다. 요컨대, 재정운용에 대한 법적 포착의 과제와 관련하여 헌법개정 이외의 처방으로는 치유되기 어려운 ‘헌법실패’의 최종진단이 그 결론이고, 헌법개정의 적정한 범위와 구체적인 방안을 모색하는 것이 과제로 남아있다.

### 2. 헌법개정의 적정한 범위설정 - ‘엄격한 절제’의 요청

재정통제의 측면에서 ‘헌법의 흡결’이 확인되었다고 해서 무조건 지금 당장 헌법개정이 추진되어야만 하는 것은 아니다. 그럴 수도 없고, 그래서서는 아니 된다. 구체적인 헌법개정안에 대한 논의에 앞서 헌법개정의 적절한 범위를 설정하기 위한 숙고(熟考)가 선행되어야 하는 바, 다음과 같은 세 가지 관점이 유지되어야 한다.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

첫째, 거시적이고 장기적인 관점에서 접근해야 한다. ‘헌법의 실패’가 예산제도의 부분적인 기능결함이나 재정운용상의 기술적인 정책실패의 결과가 아니라 상호 조건관계 속에서 사회국가-재정국가-조세국가로 연계되어 있는 국가운영체계의 구조적인 부정합성, 특히 대의제도나 관료제도, 선거기제 등의 역기능과 그에 따른 다원적 민주국가의 의사결정체계상의 결함에서 비롯된 것이라는 점에서 재정헌법개정의 문제는 전체 국가운영의 체계와 방식을 근본적으로 재편하는 구도 속에서 검토되어야 한다.

또한 재정정책의 결정은 극단적인 위기상황은 물론이고, 통상적인 예산의 수급에 대한 정확한 예측이 불가능한 조건 속에서 급변하는 경제 및 사회상황에 신속하고 유연하게 대처해 나가야만 하는 이른바 ‘적응유보’(Anpassungsvorbehalt)의 사항이기 때문에 일반적인 국가작용과 동일한 관점과 기준에 따라 법적 안정성, 예측가능성, 신뢰보호 등의 법치국가적 요청에 부응하는 ‘법률유보’ 등의 특정한 규율형식에 유보될 수는 없다. 재정에 대한 헌법의 직접적인 규율, 특히 정책결정에 대한 지침과 한계 등 실제법적인 규율의 경우 더더욱 그 역기능과 부작용에 대한 신중한 검토가 요구되는 것도 그 때문이다. 언제가 될지 모르지만 통일 한국의 상황을 포함하여 상존하는 경제위기의 가능성까지 포함하여 대비하는 장기적인 예측과 전망 속에서 헌법개정의 적절한 범위가 검토되어야 함은 물론이다.

둘째, ‘보충성의 요청’이 각별하게 요구된다. 재정운용에 대한 실제적인 한계의 실정헌법화<sup>97)</sup>를 비롯하여 재정 및 재정통제에 대한 헌법적 포착의 범위를 확대하는 것은 국가에 거의 백지위임되어 있는 재정주권의 일부를 회수하고, 신탁수권자로서 국민이 직접 재정정책의 결정에 개입하고, 견제할 수 있는 통제수단을 확보하는 것을 의미한다. 전술한 바와 같이 이는 재정의 효율성과 건전성의 측면에서 현대 다원적 민주국가의 대

---

97) Buchanan의 재정헌법론에 관해서는 ‘Power to Tax’ 외에 ‘Democracy in Deficit’(1978)와 ‘Liberty, Market and State’(1986) 또한 요론으로는 ‘Constitutional Constraints on Governmental Taxing Power, in : Ordo Bd, 30’(1979), S. 349ff. 참조.

의정치제도와 권력통제의 틀의 효용에 대한 근본적인 회의를 전제로 한다. 말하자면 재정정책결정의 유연성을 고려하여 거의 무규율의 상태라고 할 수 있을 정도로 개방해 놓은 입법형성의 자유와 정책재량의 공간이 헌법의 기대와는 달리 자의적이고 방만한 재정운용의 역기능만을 초래하였고, 앞으로도 그 순기능을 기대하기 어렵다고 보는 비관적인 인식과 전망이다.

그러나 이러한 인식과 전망만으로 곧 바로 정치 또는 정치적 결정의 헌법화가 정당화될 수는 없다. ‘정치의 헌법화’에는 필연적으로 ‘헌법의 정치화’가 수반되고, 이는 궁극적으로 상호 대체될 수 없는 독자적인 역할을 갖는 정치와 헌법의 기능을 동시에 파괴할 위험을 내포한다. 우선 한편으로는 부분적으로라도 주요 재정정책에 대한 구체적인 지침과 한계를 헌법에 명시적으로 규정하는 것은 창조적 상상력을 핵심요소로 하는 정치의 공간을 전체적으로 위축시키고, 이는 결국 재정운용의 유연성과 탄력성을 저하시키는 결과를 초래하게 된다. 또 한편으로는 대부분 불확정 개념으로 구성되는 이른바 ‘원칙-예외’의 형식이나 개방적인 헌법규정이 불가피하고 이에 따른 판단여지와 개방된 공간은 정치형성과 정책재량으로 채워질 수밖에 없는데, 사회적 갈등과 정책판단상의 이견이 정치적 결정과정을 통해서 정리되지 못하는 경우 ‘정치문제’가 무분별하게 ‘헌법문제’로 비화될 위험성이 남게 된다. 정치적 타당성과 정책의 합리성은 국민을 대상으로 하는 공정한 설득경쟁, 즉 토론과 타협의 정치과정을 통해서 형성될 수 있는 것이지, 헌법도그마틱과 헌법재판형량을 통한 탐색의 대상이 아니다. 또한 일정한 재정정책에 대한 결정권의 회수, 즉 국민이 직접 결정하는 것도 순기능에 대한 기대보다는 역기능에 대한 우려가 크다. 원론적인 차원에서의 직접민주제의 부작용과 과도한 비용의 문제는 차치하더라도 국민이 직접 결정한다고 해도 그것은 상정된 의제에 대한 가부간의 결정에 국한되고, 의제의 구체적인 내용과 그 상정여부는 대의정치과정을 통해 선결될 수밖에 없기 때문이다.

요컨대, 대의정치체제의 기능에 대한 불신을 이유로 제시되는 구체적인 재정정책결정의 실정헌법화와 직접민주제적인 결정방법의 성패나 그 효용도 궁극적으로는 체제의 자정력과 그것을 뒷받침해주는 정치의 역할

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

에 따라 결정되는데, 정작 그러한 필요조건이 갖추어져 있지 않은 경우에는 오히려 ‘정치의 헌법화’와 ‘헌법의 정치화’의 역기능과 부작용만이 증폭되는 악순환, 말하자면 재정정책결정의 유연성과 긍정적인 의미에서의 헌법의 규범력 및 헌법재판의 권위가 훼손되는 결과가 초래될 위험이 크기 때문에 헌법개정의 차원에서 제시되는 이러한 대안들은 최소한의 범위에서 최종적인 보충의 수단으로만 모색되어야만 한다.

셋째, ‘의심스러운 경우 보류우선’의 지침에 따라 판단되어야 한다. 전술한 두 가지 관점은 일관성과 안정성 보다는 상대적으로 유연성과 탄력성이 각별하게 요구되는 재정운용을 규율대상으로 하기 때문이다. 문제는 이러한 요청에 부응하는 예측과 판단의 대상이 장기재정계획이 불가능할 정도로 급변하는 경제 및 사회적 환경조건의 변수이고 또한 대안의 가능성과 효용에 대한 검토도 현시점에서 종래의 성과만을 평가하는 것이 아니라 앞으로의 정치발전의 잠재적 가능성과 추세에 대한 전망까지 포함하여 체제의 자정력을 가늠하는 것이기 때문에 대부분 이른바 ‘판단불명’(non liquet)의 상황이 불가피하다는 점이다. 예컨대, 헌법개정의 필요성을 주장하는 측을 원고에 해당되는 식으로 보고 소송법상 ‘입증불명’의 경우에 적용되는 객관적인 입증책임의 기준을 그대로 적용할 수는 없겠지만, 어쨌든 헌법개정, 특히 재정헌법개정의 맥락에서 요구되는 소명 또는 설득의 책임은 적어도 일반적인 보수와 진보간의 토론장에서의 그것보다는 훨씬 더 가중될 수밖에 없다. 말하자면 합리적인 의문이 남아 있는 ‘판단불명’의 경우 일단 개정은 보류되어야 한다.

### 3. 헌법개정 제안

#### (1) 개요

재정헌법개정의 적정한 범위의 설정에서 요구되는 이러한 세 가지 관점은 결국 ‘엄격한 절제’의 요청으로 수렴된다. 이제까지 본 논문에서 ‘헌법의 흠결’에 대한 최종진단을 최대한 늦추고 헌법개정 이외의 대안, 말하자면 ‘기본법’형식을 포함하여 일반 입법차원에서의 대안에서부터 기능

적 권력통제의 틀 속에서 헌법의 ‘행위규범’ 및 ‘통제규범’으로서 다양한 규범적 효용을 포착해내는 헌법도그마틱의 적극적인 이론구성과 그에 따른 헌법적 규율과 통제기능의 확대 및 보완의 가능성, 특히 재정통제수단으로서 헌법재판의 효용을 상세하게 검토한 것도 바로 이 ‘엄격한 절제’의 요청에 따른 것이다.

다음에 제시하는 네 가지 헌법개정요제는 이러한 ‘엄격한 절제’의 요청에 따라 다음 세 가지 공통된 기준에 부합되는 최소한의 범위에서 선별한 것이다. 첫째는 재정운용의 현황과 이제까지 축적된 시행착오의 경험에 비추어 볼 때 장기적인 예측 속에서도 거의 상수로 간주할 수 있는 재정운용의 여건과 그에 부응하지 못하는 재정운용체계의 구조적, 기능적 한계에 대한 확인이다. 둘째는 정책의 유연성보다는 또는 유연성을 포기해서라도 법적 안정성이 우선되어야 할 필요성이다. 셋째는 정치의 역할과 대의정치의 기능 및 잠재적인 발전가능성에 대한 최대한의 긍정적이고 낙관적인 평가와 전망을 전제하는 경우에도 체제의 자정력을 통한 보완을 기대하기는 어려운 내재적인 흠결성이다.

## (2) 국채발행의 제한

재정적자와 국채의 문제는 세계화된 문제이다. 그것은 특정한 몇몇 국가만의 현상이 아니고, 특수한 위기상황에서 비롯된 잠정적인 현상도 아니다. 또한 거의 모든 개별 국가의 차원에서도 특정한 사회집단이나 정치세력의 부분적이고 간헐적인 정치적 압력이나 그에 부응한 특정한 정부의 일시적인 재정운용의 실패에 따른 결과가 아니고 만성화된 경향으로 고착되었다. 전술한 바와 같이 사회국가체제와 다원화된 사회구조 속에서 정당을 축으로 운영되는 대의민주정치체제에서 예산규모의 항구적인 증대와 재정적자의 누적의 추세는 정치권또는 정부의 절제와 결단에 의해 완화 또는 역전되기를 기대하기 어려운 것이 현실이다.<sup>98)</sup>

98) 대의정치의 구조적인 문제에서 국가채무의 발생원인을 찾는 입장으로는 장 선희, 국가부채관리를 위한 법적 과제, 『공법연구』, 제33집 제5호(2005.6), 296면 이하.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

국가부도의 최악의 상황에서부터 이른바 ‘기능적 재정운용’의 잠재력 고갈과 국가경쟁력의 약화 등 과도한 국채부담에 따른 심각한 위협과 부작용을 경고하고 이구동성으로 대책마련을 촉구하는 재정학자들조차도 국채문제의 해결이 더욱 어려워질 것으로 전망하는 것은 단순히 ‘고양이 목에 방울달기’를 기대하기 어려운 정치와 정부의 역할에 대한 회의적인 판단 때문만은 아니다. 보다 근본적인 원인은 재정지출규모의 증대를 불가피하게 만드는 재정운용의 환경조건에서 찾아진다. 예컨대 P. Heller<sup>99)</sup>는 세 가지의 구체적인 이유를 적시하는 바, 인구의 고령화추세, 지구온난화현상 및 급속한 세계화의 추세가 그것이다. 요컨대, 정치적 부담 때문이든 성장률의 둔화 등 경제적 요인 때문이든 조세수입을 늘리는 것은 한계가 분명한데, 반면에 재정지출에 대한 수요는 오히려 큰 폭으로 늘어날 수밖에 없는 딜레마가 불가피하다는 것이다.

생각건대, 전술한 바와 같이 이러한 전망이 우리나라의 경우에도 그대로 적용되는 것은 물론이고, 상세한 데이터를 제시할 것도 없이 이미 이 세 가지 조건이 중첩되어 나타나고 있고, 앞으로도 더욱 심화될 것으로 보는 예측에 이견이 없을 것이다. 특히 우리의 사회복지인프라는 사회복지장 및 복지체제가 이미 상당한 정도로 정비되어 운용되고 있는 선진국가들과는 비교할 수 없을 정도로 열악하기 때문에 우리는 재정의 블랙홀을 이제 막 대면하고 있는 단계에 있을 뿐이다. 언제, 어떤 상황에서 닥치게 될지 모르지만 통일한국의 상황도 우리만의 특유한 부담이다. 국가채무의 계산을 둘러싸고 정치권에서 간헐적으로 벌어지는 정쟁차원의 논란이나 그 와중에서 OECD 국가들과 비교할 때 상대적으로 우리나라의 국가채무의 규모는 아직은 위험한 수준이 아니라는 정부의 항변<sup>100)</sup>은 국채문제의 해결을 정치권에 맡길 수는 없겠다는 현실인식을 공유할 수 있는 기회는 제공할지언정 문제의 실상과는 거리가 멀다.

99) 이 준구(FN. 37), 625-626면에서 재인용.

100) 정부는 GDP 대비 30%의 수준에서 국채를 관리하겠다는 정책목표를 설정하여 공적자금순실분의 국채전환이 완료되는 2006년 수준에서 국채규모를 동결하고, 2008년부터는 균형예산을 편성할 수 있을 것으로 전망하고 있는데 경제성장률의 둔화나 등의 여러 가지 재정운용의 여건에 비추어 볼 때 그 실현가능성은 의문이다.『2004-2008국가재정운용계획』, 9-11면.

우리 정부가 공식통계기준으로 채택하고 있는 IMF의 기준, 즉 ‘정부가 상환의무를 지고 상환금액을 예측할 수 있는 경우’에 한해 국가채무에 포함하도록 하는 기준은 재정운용의 여건이 천차만별인 상황에서 국제적인 비교를 가능하게 하는 하나의 통일된 통계기준이고 또한 재정계획과 운영상 ‘현재 시점에서의 확정된 국가채무’라는 독자적인 의미와 기능을 갖는 유용한 통계자료의 생산을 위한 기준이라는 점에서 그 자체가 문제가 되는 것은 아니다. 문제는 의도나 취지와는 무관하게 정부의 공식통계가 국가채무문제에 대한 착시현상을 야기할 위험이다. ‘현재 시점에서 확정된 국가채무’의 지표상 나타나는 위험은 국가채무문제의 일부분일 뿐이고, 재정운용에 심각한 부담이 될 실질적인 위험의 관리라는 관점에서 보면 빙산의 일각에 지나지 않는다. ‘국가채무’의 개념이나 공식적인 통계기준과는 무관하게 국가보증채무나 연금이나 사회보험과 관련된 채무, 기타 공적 자금의 손실 등 현시점에서 확정되지는 않았지만 상황이 유예된 것일 뿐이지 일정한 오차범위<sup>101)</sup> 내에서 국가의 부담이 확실하게 예측되는 이른바 ‘잠재적 국가채무’ 또는 ‘암묵적 국가채무’는 적어도 국채문제와 연계하여 인식되어야만 한다.<sup>102)</sup> ‘암묵적인 국가채무’와 통상적인 재정운용과정 속에서의 적자채무는 그 발생원인과 정책결정의 절차와 형식이 다르고, 따라서 그것을 제한하고 해결하는 방법과 형식, 특히 법적 통제수단도 다를 수밖에 없기는 하지만, 국채문제의 실상과 그에 대한 대응방안모색의 긴박성은 현 시점에서 예측되는 전체 재정상태의 맥락 속에서만 제대로 인식될 수 있기 때문이다.

101) 다만 예컨대 장래 채무불이행의 위험도를 추정하여 현재가치로 할인된 액수를 기준으로 하는 보증채무의 경우에는 오차범위가 상대적으로 크지 않겠지만, 국민적 합의의 도출과 정치적 결단에 달려 있는 연금제도개혁과 운영개선의 가능성과 시점 등 극히 불확실한 변수를 고려해야 하는 연금부채의 경우에는 정확한 액수를 산정하기 어려운 것이 사실이다. 그러나 현 제도가 지속되는 조건 하에서의 연금부채의 액수는 거의 정확하게 예측될 수 있다.

102) 예컨대 공무원연금과 군인연금은 이미 적자상태이고, 현재의 수급률이 그대로 유지되는 경우에는 국민연금도 2036년부터 적자가 불가피하고 2047년에는 재원이 고갈될 것으로 전망되고 있다. 국민연금발전위원회, 『2003 국민연금재정계산 및 제도 개선방안』, 보다 상세한 내용은 배 득중(FN. 4), 18-19면; 이 준구(FN. 37), 278-284면 참조.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

어쨌든 IMF의 기준에 따른 정부의 공식통계와 우리나라의 국채문제가 아직은 위험한 수준이 아니라는 판단을 그대로 받아들인다고 하더라도 일반적으로 예측되는 재정환경과 재정상태에 비추어 볼 때, 별도의 대책이 없이도 국채문제를 위기 이전의 관리가능한 범위 내에서 포착할 수 있는 여유시간은 거의 남아있지 아니하다. 증언부언을 피하고 헌법정책적인 차원에서 인식되는 문제상황을 요약해 보면, 우선 재정부운용의 정치적, 정책적 여건을 고려 할 때 현 시점에서는 물론이고 중장기적으로도 정치권에서 실효성 있는 해결책이 마련되기를 기대하기는 어렵고, 적극적인 헌법도그마틱의 뒷받침을 전제하는 경우에도 헌법재판을 포함한 사법적 통제를 비롯하여 현행 헌법체제 내에서 가동될 수 있는 기능적 권력통제수단들이 해결대안이 될 수도 없는, 요컨대 체제의 자정력에 의한 문제해결이 회의적인 상황이라고 할 수 있다. 전술한 바와 같이 현재 국회에 제출되어 있는 ‘국가재정법’(안)에는 재정경제부장관이 매년 국채와 차입금의 상환실적과 상환계획, 증감에 대한 전망 등을 포함하는 ‘국가채무관리계획’을 수립하여 10월 31일까지 국회에 제출하는 것을 의무화하는 규정(제77조)이 포함되어 있으나 그 실효성은 의문이다. 이는 한편으로는 이러한 정도의 형식적인 절차규정으로도 충분한 대응방안이 될 수 있을 것이라고 보았다면 문제인식에 문제가 있는 것이고, 또 한편 그렇지 않다면 ‘특단의 대책’을 모색할만한 정치력이 모자라다는 반증 이상의 의미를 갖지 못하는 것으로 생각된다.

결국 최종적으로 남는 대안은 헌법개정의 차원에서 적절한 통제수단을 모색하는 것이다. 그 구체적인 방안은 크게 두 가지 양식으로 구별된다. 우선 전체 예산지출증대의 총량에 대한 외적 제한을 통해서 실질적으로 국민의 부담으로 귀착되는 적자채무의 발생원인을 원천적으로 차단하는 방안이 검토될 수 있다. 예컨대 예산규모의 증대에 대하여 GDP 증가율과 연동되는 상한선을 두는 방안<sup>103)</sup>이나, ‘원칙과 예외’의 형식으로 일정 비율 이상의 지출확대를 금지하되 예산증대가 불가피한 경우에는 국회에서 재적의원 3분의 2이상 등의 특별정족수의 찬성으로 결정하도록 하거

103) Vgl. K. Vogel, Verfassungsgrenzen fuer Steuern und Staatsausgaben, in: H. Spanner(Hg.), Fs. f. Th. Maunz, 1981, S. 415ff.

나<sup>104)</sup> 또는 국민투표를 통해서 국민의 동의를 구하는 방식이다.<sup>105)</sup> 두 번째는 독일 기본법 제115조 제1항과 같이 원칙적으로 신규로 발행하는 국채의 규모가 ‘투자’(Investition) 목적의 지출총액을 넘지 못하도록 하되, 다만 ‘전체 경제의 균형이 흐트러지는 것을 방지하기 위한 경우’에만 예외를 인정하는 방안이다.

우선 정량 또는 정률의 기준으로 지출예산규모의 증대를 제한하는 방안은 일견 가장 간명하고 효과적인 통제수단으로 생각되지만, 실제 예산과정 속에서 실효성이 확보될 수 있을지는 의문이다. 기준이 되는 경제성장률이나 GDP증가율 자체가 경제상황에 따라 가변적일 수밖에 없는 추정치이기 때문에 이를 기준으로 하는 지출총액제한방식의 규제는 원칙적으로 엄격하게 적용될 수 없고, 현실적으로는 사후의 정치적 통제와 연계되는 자율적인 억제수단으로서 효용을 가질 뿐이다. 추가경정예산편성을 통한 우회로를 차단하는 것이 쉽지 않다는 점도 고려되어야 한다. 또한 특별정족수에 따른 결정이나 국민투표의 방식도 재정정책의 유연성에 심각한 장애를 초래하는 역기능에 대한 우려를 떠나서도 예산의 과잉과 과소가 병존하는 예산구조상의 불균형이 문제가 되는 상황에서 획일적으로 전체 예산규모를 제한하는 경우 정치적 영향력이 취약한 예산이 우선 삭감되는 결과가 초래될 것이라는 지적도 주목된다.<sup>106)</sup>

독일 기본법식으로 원칙적으로 ‘투자’목적과 연계된 국채발행만을 허용하는 이른바 ‘원칙과 예외 규정’양식의 헌법적 제한의 경우에도 우선 재정정책결정의 유연성에 대한 장애가 문제가 됨은 물론이다.<sup>107)</sup> 특히 내수기반이 취약하고 대외의존도가 높은 경제구조와 여전히 열악한 사회복지기반 등 여러 가지 경제 및 사회여건에 비추어 볼 때 이른바 정책수단으로서 ‘기능적 재정’의 역할과 기능이 각별하게 요구되는 우리의 재정운

104) 윤 성식(FN. 7), 538면.

105) 보다 구체적인 사례는 이 덕연, 헌법과 재정법, 『헌법의 규범력과 법질서』, 정권허영박사 정년기념논문집(2002), 907-910면 참조.

106) v. Arnim(FN. 33), S. 1288.

107) 예컨대 전 광석 교수, 『한국헌법론』(2005), 454면, 는 국채발행에 대한 실체법적 한계의 정치적 타당성은 인정하면서도 국채와 투자의 세대간 부담균형적 효과가 불명확하고, 국채발행과 투자가 각각 독자적인 정치상황과 연계된 결정이라는 점에서 구속력 있는 헌법적 제한에 대해서는 부정적인 견해를 제시하고 있다.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

용여건상 재정수단으로서 국채의 활용가능성을 현 시점에서 제한하는 것이 적시성의 요청에 부합되는지 의문이 제기될 수 있다. 또한 헌법해석론의 관점에서는 ‘투자’와 예외허용의 요건이 고도의 ‘불확정 법개념’이기 때문에 국채발행에 대한 통제규범으로서 실효성을 기대하기 어렵다는 지적도 제기된다.

주지하는 바와 같이 국채발행을 통한 자본동원과 자원배분의 타당성과 효율성, 특히 장기적인 자본형성과 경제성장에 미치는 영향이나 적자국채의 효용 및 적정한 규모 등에 대해서는 재정학자들 간에는 물론이고, 정치권에서도 논란이 계속되고 있다. 그러나 1997년의 외환위기 이전에는 전무하였던 적자채무가 2005회계연도까지 8년 연속으로 발행되어 2004년 말 현재 약 77조에 이르는 등의 최근 추세는 국채문제가 더 이상 단기적이고 예외적인 재정문제가 아니라 ‘특단의 대책’이 없이는 통제하기 어려운 만성적이고 통상적인 방만한 재정운용의 결과임을 잘 말해준다. 또한 앞으로도 상당 기간 동안은 재정규모의 확대가 불가피한 우리의 재정여건상 어떤 정부가 들어서더라도 경제성장률의 구조적인 둔화의 추세 속에서 조세증대보다는 국채발행을 통한 재원조달을 선호할 것이고, 이제까지와 같이 헌법차원에서의 통제수단이 없이 그대로 정치형성과 정책적 재량결정에 맡긴다면 국채발행의 정치적 타당성과 정책적 합리성을 소명하기 위한 명분과 상황논리는 얼마든지 제시될 수 있을 것으로 전망된다.<sup>108)</sup>

또한 ‘투자’ 목적의 비용과 연계시키는 헌법적 제한의 실효성의 문제도 궁극적으로는 합리적인 결정체계의 문제, 즉 이른바 ‘기능적합적 기관구조’의 관점에서 논의되는 정치와 헌법 또는 정치와 헌법재판소 상호간의 적정한 역할분담의 원론적인 문제가 재정정책결정과 관련하여 부각되는 것일 뿐이다. 독일에서의 예에서 볼 수 있듯이 일차적으로 의회의 정치적 결정에 맡겨져 있는 국채발행의 여부 또는 그 규모를 결정하는 재정

108) 현 정부가 발표 또는 추진 중인 행정수도건설(45조6천억)을 비롯하여 국방개혁(289조), 농업농촌중장기 투융자사업(119조), 국가균형발전5개년계획(115조), 장기 공공임대주택대업(63조) 등 중장기 대형국책사업비용만 해도 700조원이 넘고, 연평균 재정부담은 약 40조원 이상이 될 것으로 추산되고 있다. 조선일보, 2005.9.23, A3면.

문제가 헌법재판소에 헌법문제로 회부되는 것은 여당과 야당간의 이견이 정책결정과정 속에서 해소되지 못하고 여론의 추이도 불분명한 극히 예외적인 상황에서만 가능하다. 헌법정책의 차원에서 보면 이러한 상황을 헌법규범의 개방된 공간 속에 그대로 수용하는 결정체계와 헌법재판소의 주재 하에 헌법을 준거로 하여 헌법해석방법론의 틀 내에서 진행되는 중심성격의 토론기회를 추가적인 보충수단으로 마련해두는 결정체계는 결정대상의 성격과 구조 및 정치적, 정책적 환경조건에 따라 선택 가능한 대안으로 주어져 있는 것일 뿐이다.

생각건대, 국채발행과 관련하여 정치적 결정과정 속에서 타협이 도출되지 못하는 경우 추진하는 입장에서든 반대측에서든 헌법마당에서의 토론을 통해 설득과 반대의 기회를 갖는 것은 합리성과 효율성의 관점에서 상당한 순기능을 기대할 수 있을 것이다. 합리적인 정책결정체계로서 대의제도를 이해하는 관점에서 보면 정치적 결정은 정치적 상상력과 여론 및 전문가들의 식견이 수렴되어 정치적 합리성과 함께 정책적 타당성을 확보해 나가는 순화된 ‘투쟁절차’(Kampfverfahren)이고, 일단 이 ‘투쟁절차’에 맡겨져 있는 정책은 민주적 정당성의 크기에 따라 배분되는 잠정적인 다수의 권위에 의해 결정된다.<sup>109)</sup> 그러나 이 ‘투쟁절차’의 핵심은 국민에 대한 설득이고, 궁극적으로 그 승패를 결정하는 것도 설득력의 크기이다. 정치적 결정과정 자체가 국민을 설득하기 위한 설명과 토론의 수단이라고 한다면, 이 과정에서는 물론이고 합의와 타협에 이르지 못하는 경우에 헌법의 언어는 재정전문가들의 난해한 수식과 전문용어나 정치적인 수사(修辭)보다 훨씬 더 유효한 설득력을 가질 수 있다. 또한 헌법도그마틱과 헌법재판의 ‘형량절차’(Abwaegungsverfahren)는 정책전문가들의 식견이 균형성이 확보되면서 수렴될 수 있는, 말하자면 의사당과 정책토론장과는 기능과 구조가 근본적으로 다른 대체 불가능한 토론마당이기도 하다.<sup>110)</sup>

109) Vgl. P. Kirchhof(FN. 27), S. 119f.

110) 투쟁절차와 형량절차에 관해서는 H. H. v. Arnim(FN. 80), S. 113f.; vgl. P. Kirchhof(FN. 27), S. 120.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

또 한편 이른바 ‘원칙과 예외’형식의 ‘윤곽규정’을 통해 정치적 형성과 정책적 재량판단의 공간을 충분히 넓게 개방해 놓는다면, 국채발행에 대한 헌법의 실체법적 제한 자체가 재정정책의 유연성을 크게 해치지 않으면서 적어도 정책기획의 단계와 정책결정과정에서 절제와 신중을 자연스럽게 유도할 수 있는 ‘과속방지턱’의 효과를 나타내어 국채발행에 대한 상당한 억제력을 가질 수 있을 것으로 생각된다.<sup>111)</sup> 국채발행의 구체적인 상한선을 직접 제시하지 아니하고 그 범위가 극히 불분명한 ‘투자’와 유동적으로 연계하여 제한하는 독일 기본법 식의 헌법규정을 프로그램적 규정으로 평가하는 입장<sup>112)</sup>에 전적으로 동의할 수 없는 것은 바로 이 때문이다. 헌법규정에 기획되어 있는 ‘규범프로그램’의 효용은 개방된 헌법정책의 전략공간에서 헌법과 정치의 다양하고 복합적인 상호작용을 통해 구성되어 나가는 것이라는 점에서 헌법재판의 통제규범의 기능에만 국한해서 평가하는 것은 타당하지 아니하다.

부작용과 역기능에 대한 우려도 충분히 고려되어야 함은 물론이다. 헌법소송의 남발이나, 정치적 책임을 지지 않는 헌법재판소에게 과중한 결정권한과 부담이 집중되는 문제점 등이 적시될 수 있을 것이다. 다만 이러한 우려가 충분한 설득력을 가질 수 있는 정책결정의 환경조건, 즉 토론과 타협의 정치과정을 무시하는 무분별한 야당과 극단적인 사법적극주의로 치달는 헌법재판소, 이들에 대한 견제를 기대하기에는 균형감각이 모자라는 여론과 유치한 수준의 재정학 및 헌법도그마틱 등의 조건이 갖추어져 있는 상황이라면 그 어떤 대안에 대한 논의도 무익할 것이다. 여건과 결론에 대한 성급한 예단을 자제하면서도 ‘바로 지금’ 진지하게 검토해야만 하는 대안으로 국채발행에 대한 실체법적 지침과 한계를 명시적으로 규정하는 헌법개정을 제시하는 것도 의회와 헌법재판소 등 결정

111) 1969년 예산제도개혁의 일환으로 개정된 독일 기본법 제115조 제1항도 부정적인 측면에서 국채발행의 한계를 설정하는 것에만 초점이 맞추어져 있는 것이 아니라 경제정책수단으로서 국채의 활용가능성을 헌법적으로 확보해주는 의미를 갖는 것으로 이해되고 있다. 이 점에 관해서는 이 덕연(FN. 54), 510면.

112) F. Kirchhof, Der notwendige Ausstieg aus der Staatsverschuldung, DVBl. 2002, S. 1573f.; 장 선희(FN. 99), 306면.

참여자들에 대한 기본적인 신뢰를 전제로 정치구조와 결정체계의 결합을 보완하자는 것일 뿐이다.

### (3) 기금형식의 제한

헌법상 아무런 근거도 없이 운용되는 기금의 형식이 헌법이 개방해 놓은 적정한 공간의 범위 내에 있는 것인가의 문제가 주목된다.<sup>113)</sup> 구체적인 기금운용의 현황에 대해서는 전술한 바 있거니와, 최근에는 금연정책의 수단으로 주장되는 대폭적인 가격인상과 엇물려서 담뱃값에 부가되는 특별부담금 형식의 ‘국민건강부담금’과 이 부담금으로 조성되는 ‘국민건강증진기금’의 ‘형식오용’문제<sup>114)</sup>와 함께 경기활성화 목적으로 기금을 적극적으로 활용하겠다는 정부 방침을 둘러싸고 논란이 확대되고 있다.

일반적으로 기금은 특정한 목적사업에의 지출과 연계된 특정한 자금을 자율적으로 유연하게 집행할 필요가 있는 경우에, 대개 예산과는 별도로 운용되는 세출형식이다. 세입과 세출의 측면을 구분해서 보면, 우선 여기에서 관심의 대상은 아닌 금융성기금이나 연기금 등을 제외하면 ‘국민건강증진기금’과 같이 특별부담금을 세입원으로 하는 경우에는 세입의 형식 자체에 특정한 행위의 유도나 금지 또는 이해관계의 조정 등의 정책목적과 연계된, 이른바 ‘목적세’(Zwecksteuer)에 해당되는 특정한 정책기능이 내포되어 있다. 또 한편 세출측면에서 보면 기금은 전체 예산과정에서 벗어난 독자적인 지출단위로 설정되는 자금집합체로서, 특정한 목적사업의 계속적이고 안정적인 집행을 위한 고정재원을 사전에 확보하여 주고, 자율적이고 신속한 집행을 뒷받침해주는 정책수단으로 이해된다.

그러나 이러한 정책적 순기능이 엄격한 요건 하에서만 허용되는 세출형식으로서 기금의 예외성을 부인하는 논거가 되지는 아니한다. 우선 예산 외에서 이른바 ‘칸막이식’으로 운용되는 기금에 대하여 제기되는 가장

113) ‘예산회계법’에 ‘특정한 목적을 위하여 특정한 자금을 운용할 필요가 있을 때에 한하여 법률로써 특별한 기금’을 설치할 수 있고(제7조 제1항), 세입세출예산에 의하지 아니하고 별도로 운용할 수 있다는(제2항) 요식적인 수권근거만이 규정되어 있다.

114) 이 문제에 관해서는 김 성수/이 덕연, 국민건강부담금과 건강기금의 헌법적 문제점, 『공법연구』, 제32집 제5호(2004), 707-735면 참조.

## VII. 재정헌법개정의 필수성과 범위

중대한 헌법적 우려는 의회의 예산결정권의 교두보인 동시에 예산결정의 투명성과 공개성을 보장하는 핵심수단인 ‘예산통일성의 원칙’의 근간을 해칠 수 있다는 점이다. 특히 전체 기금운용의 규모나<sup>115)</sup> 개별 기금의 자산규모가 큰 경우에<sup>116)</sup> 이 헌법적 우려는 단순한 우려에 그치지 아니하고 법치국가원리에 위배되는 이른바 ‘형식오용’의 문제로 부각된다. 기금형식의 남용은 개별 사업의 단위에서는 물론이고, 단일한 예산절차 속에서 전체 예산배정의 우선순위와 완급을 통합하여 조율할 수 없게 만들어서 재정정책기조의 일관성이 유지되기 어렵게 되고, 결과적으로는 자원배분의 효율성을 해치게 되고 예산구조의 균형성과 재정정책의 효율성을 저해하는 역기능을 초래하기 때문이다.

따라서 기금은 ‘원칙과 예외의 관계’에서 재정지출의 대원칙인 ‘단일통합예산’에 대하여 극히 특별한 정당화사유가 인정되는 경우에만 허용되는 예외적인 세출형식이어야 한다.<sup>117)</sup> 일반적으로 기금운용을 헌법적으로 정당화하는 이유로 당해 사업의 계속성과 안정성 및 효율성을 확보하기 위한 자산의 집중과 독립, 전문적이고 탄력적인 자율관리의 필요성 등이 제시되고 있지만, 적어도 이 예외가 법치국가원리에 위배되는 ‘형식오용’<sup>118)</sup>

---

115) 2005년(2004년 12월 31일 국회에서 의결된 2005년도 기금운용계획 기준) 현재 우리나라에서 운용되는 기금(연기금포함)은 총 57개로 전체 운용규모는 약 319조원에 이른다. 기획예산처, 『2005년도 예산개요』, 428-435면.

116) 예컨대 2006년까지는 대부분이 국민건강보험지원(2005년도에는 약 9천억원 지원)에 지출되지만, 그 이후에는 일반적인 국민건강증진사업 등 일반예산사업에 충당되게 될 ‘국민건강증진기금’의 규모만 해도 2001년까지 약 723억원이던 것이 2002년에 5천억을 넘어섰고, 2003년에는 6,645억원에 달하였다. 정부 방침대로 2005년 1월에 부담금이 500원 인상됨에 따라 2005년도 운용규모는 약 1조 4천억으로 증가되었다. 기획예산처, 『2005년도 예산개요 참고자료』, 430면; 기획예산처, 『2005년도 기금운용계획』, 204면.

117) Vgl. F. Kirchhof(FN. 36), S. 104.

118) 기금의 ‘형식오용’문제는 이른바 ‘조세국가’(Steuerstaat)의 원리와 관련하여 세출형식의 ‘명확성’과 ‘구속성’과 함께 기금의 예외성이 강조되면서 재정작용의 분야에서 특히 엄격한 법적 통제가 가능하고 필요한 헌법문제로 주목되고 있다. 김성수/이덕연(FN. 115), 728면 이하. 원래 ‘조세국가원리’는 국가의 영리활동에 대한 헌법적 한계의 근거로 제시되었고, 목적세 성격의 특별부담금이 재정정책수단으로 많이 활용되면서 부담평등의 원칙과 관련하여 논의범위가 확대되었으나, 세입형식에 대한 헌법적 제한의 관점에서는 그 실익이 크지 않다는 인식이 확대되었다. 최근에는 오히려 세출형식의 선택에 대한 헌법적 제한에 초점을 맞추어서 논의가 진행되고 있다. Vgl.

의 비난을 면하고 헌법적으로 정당화되기 위해서는 적어도 헌법도그마틱과 판례를 통해서 제시된 ‘특별부담금’의 헌법적 정당화요건<sup>119)</sup>에 준하는 정도의 ‘가중된 소명부담’<sup>120)</sup>이 요구된다. 이 ‘소명부담’은 내용상으로는 실제적인 정당화요건을 요구하는 것이지만, 헌법실무상으로는 이른바 ‘이론적으로는 엄격한 것이지만, 실제로는 치명적인’(strict in theory, but fatal in fact) 형식 및 절차적 요건으로서 무분별한 기금에 대하여 단일 통합예산으로의 복귀를 명령하는 사법통제의 결정적인 준거가 된다.

최근에 정부는 일부 기금을 통폐합시키는 조치를 취하고 있고, 기금사업에 대한 국회의 심의·의결절차 등 일부는 ‘기금관리기본법’의 개정(2001. 12.31, 법6590호)을 통해 보완되기도 하였다. 다만 이러한 제한된 조치와 운용절차의 개선은 부분적인 보완책일 뿐이고, 일반예산으로의 대폭 전환을 전제로 가능한 한 불요불급한 기금을 과감하게 통폐합하는 것만이 근본적인 해결책이 될 수 있다.

그런데 문제는 현실적으로 정치적 결단에 의해 근본적인 해결책이 마련되기를 기대하기는 어렵고, 반면에 추상적 규범통제제도를 채택하고 있지 아니한 우리의 헌법재판제도상 헌법도그마틱에 의해 제시되는 단일 통합예산으로의 복귀명령이 실효성을 확보할 수 있는 제도적 장치가 없다는 점이다. 말하자면 헌법소원 또는 위헌법률심사제도를 통해 수입의 측면에서 ‘특별부담금’형식에 요구되는 헌법적 정당화요건의 충족 여부는 통제될 수 있지만, 지출의 측면에서 기금형식 자체에 대한 헌법적 통제수단은 결여되어 있기 때문이다.

결국 전술한 바와 같이 ‘특별부담금’의 헌법적 정당화요건과 관련하여 판례를 통해 축적된 헌법도그마틱의 이론들이 ‘기금’의 경우에 그대로 원용될 수 있고 또한 거의 헌법규정에 그대로 담아내도 될 정도로 정리되어 있다고 한다면, 정리를 위한 일정한 유예기간을 두되 ‘원칙과 예외’의 형식으로 엄격한 요건 하에서만 기금형식을 허용하는 내용의 헌법개정은 상

R. Hendler, Umweltabgaben und Steuerstaatsdoktrin, AoeR 1990, S. 595ff. mit Fn. 49. ‘조세국가’에 관한 조세법 측면에서의 개괄적인 논의로는 차 진아, 조세국가의 헌법적 근거와 한계, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 307면 이하.

119) 이에 관해서는 김 성수/이 덕연(FN. 115), 716-719면 참조.

120) 이에 관해서는 이 덕연(FN. 54), 514면 이하 참조.

대적으로 국채문제 등 다른 사안에 비해서는 역기능과 부작용에 대한 큰 부담 없이 전향적으로 검토해볼 만한 충분한 이유가 있다고 생각된다.

#### (4) 추가경정예산편성의 헌법적 규율

‘국가의 모든 세입과 세출의 예산안 계상’을 요구하는 ‘예산완전성의 원칙’과 함께 동 원칙에 ‘예산단일성’의 요청이 추가된 내용의 ‘예산단일성의 원칙’은 이른바 ‘예산원칙’의 핵심이다.<sup>121)</sup> 일견 예산계리상의 기술적인 형식에 관한 지침으로 보이지만, 재정운영의 통일성과 투명성 및 의회의 예산통제권의 실효성을 확보하기 위한 필수불가결한 헌법차원의 예산제도로써 실질적인 기능의 관점에서 보면 ‘주권성’(Souveraenitaetscharakter)을 갖는 재정권력, 즉 ‘재정주권’을 국가에 위임하기 위한 헌법적 전제조건인 동시에 효율적인 재정통제의 필수조건이기도 하다.

이러한 ‘예산단일성의 원칙’의 의미와 기능에 비추어 볼 때 우리 헌법상 이른바 ‘특별예산제도’가 금지되는 것은 물론이고, 단일예산의 효용을 저해할 우려가 있는 예산제도나 계리방식은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 생각되는 바, 굳이 헌법의 통일성을 제시하지 않더라도 추가경정예산제도를 규정하고 있는 현행 헌법 제56조는 이른바 ‘원칙과 예외’의 규율형식, 즉 추가경정예산안의 편성은 원칙적으로 금지되지만, 사정변경에 따라 예산변경이 불가피하게 된 예외적인 경우에만 허용될 수 있다는 수권 및 제한규정으로 이해된다. ‘예산에 변경을 가할 필요가 있을 때’라는 허용요건이 엄격하게 축소해석 되어야 함은 물론이다.

그런데 주지하는 바와 같이 추가경정예산안의 편성이 거의 관행화 되다시피 한 우리 예산운용의 헌법현실은 이러한 의미와 취지의 헌법규범과 거리가 멀다. 최근만을 보아도 외환위기 이후 8년간 연속으로 약 4-5조원 규모의 추경예산이 편성되어 왔다.<sup>122)</sup> 대규모 자연재해발생의 경우를 제외하면 거의 대부분이 취약계층지원이나 경기부양 목적의 추경예산이었다. 과도한 국방예산 등으로 인해 상대적으로 높은 우리나라의 예산

121) ‘예산원칙’에 관해서는 김 성수(FN. 67), 9-23면.

122) 조선일보 2005년 8월 3일, A3면.

경직도를 감안하여도 이러한 추경예산정례화의 관행은 ‘원칙과 예외’를 뒤바꿔 놓은 위헌적인 현상이 아닐 수 없다.<sup>123)</sup> 우리 재정여건의 특수성과 급변하는 경제상황 등을 이유로 제시하지만, 그것들은 불가피한 예측 오류로 설명하기에는 설득력이 떨어진다. 대부분이 이미 일정한 오차범위 내에서 상수로 주어져 있기 때문이다. 이제까지의 추경예산편성이 사정 변화에 따라 불가피하였던 것으로 정당화한다면, 이미 20%대를 넘어선 조세부담률이나 경제성장률의 둔화 등의 경제 및 재정여건을 감안할 때 앞으로 그 정도 수준의 변수가 없는 재정운용의 상황은 거의 기대하기 어렵고, 결국 헌법 제56조는 추경예산편성에 대한 포괄적인 수권규정 외에 제한규정으로 의미는 상실될 수밖에 없다. ‘재정주권’의 교두보로서의 의미를 가지는 ‘예산단일성의 원칙’에 위배되는 결과임은 물론이다.

국회에 계류중에 있는 국가재정법(안)은 헌법 제56조와 예산회계법 제33조 제1항에 추경예산편성의 허용요건으로 규정되어 있는 ‘예산에 변경을 가할 필요가 있을 때’를 보다 구체화하여 ‘대규모 자연재해의 발생’(제1호), ‘경기침체 등 대내외 여건의 중대한 변화의 발생 또는 발생우려’(제2호), ‘국민생활의 안정을 위해 재정지출이 시급하게 필요한 경우’(제3호), ‘법령에 의하여 지출요인이 발생하거나 증가하는 경우’(제4호)로 제한하고 있다. 이러한 방안은 여론의 관심 제고와 그에 따른 정치심리적인 압박의 효과를 가져 올 수 있을지는 몰라도 그 실효성은 회의적이다. 이 규정을 제한적인 열거규정으로 본다고 하여도, 전술한 바와 같이 이 네 가지 경우에 해당되는 경우는 앞으로 극히 통상적인 상황일 뿐만 아니라, 특히 제3호의 일반조항적 성격의 요건은 요건구체화를 통한 제한의 효용을 거의 기대하기 어렵게 만드는 우회로가 될 수 있기 때문이다.<sup>124)</sup>

또한 법원론의 측면에서 볼 때, 일반 법률에 규정해 놓은 이러한 제한요건이 실제 정책결정 및 예산과정에서 어떤 절차를 통해서 어떤 양식으로 통제규범으로서 실효성을 확보할 수 있을 것인지도 의문이다. 예컨대,

123) 여론의 감시를 피하고, 상대적으로 이완된 국회심의를 기대하여 의도적으로 본예산안에 포함시키지 아니하거나 또는 본예산심의 때 삭제된 항목을 되살리는 등 편법적인 악용의 위험성도 문제점으로 지적되고 있다. 윤 성식(FN. 7), 50-51, 239면.

124) 이 동식(FN. 26), 284면.

## VII. 제정헌법개정의 필수성과 범위

추경예산을 편성하려는 정부 여당과 야당 또는 국회 소수당의 정책적 이견이 끝까지 타협점을 찾지 못하는 경우 헌법소송의 창구가 열려있지 않은 경우에 법률차원의 요건제한은 정치프로그램이나 일반적인 입법형성 차원에서의 행위규범 이상의 효력을 가질 수는 없기 때문이다.

결국 위 법안의 취지가 정당하고 타당하다고 한다면, 그 요건을 수정 보완한 내용으로 헌법 제56조를 개정하는 대안이 남는다. 이 대안에 대한 전향적인 검토의 필요성과 단서는 국채문제와 관련하여 전술한 내용이 원용될 수 있을 것으로 생각된다.

### (5) 감사원의 지위와 기능의 재설정

참여정부 출범 초기에 감사원의 회계검사기능을 국회로 이관하는 방안이 주요 개혁안의 하나로 제기되어 직접 당사자인 국회와 감사원을 중심으로 한동안 격론이 벌어지다가 언제인지 모르게 의제가 실종되어 버렸다.<sup>125)</sup> 드문 경우가 아니기 때문에 의제실종의 냄비현상 자체가 새삼스러울 것은 없지만, 그 내용과 성격상 다른 개혁현안들에 비해서는 차별하게 접근될 수 있었고, 국회가 아니라 감사원이 소속되어 있는 대통령 자신에 의해서 제안되었다는 점에서 실현가능성이 큰 상황에서 추진될 수 있었던 매우 유용한 의제가 실종되었다는 점에서 아쉬움이 적지 아니하다.

이러한 맥락을 떠나서도 우리 헌법상 회계검사기관인 감사원을 국회 소속으로 하지 아니하고 예산편성과 집행의 최고결정권자인 동시에 최종 책임자인 대통령 소속하에 둔 것은 원론적인 차원에서도 재검토되어야 할 문제의 하나였다. 다만 새삼스럽게 아쉬운 것은 감사원의 기능과 지위에 관한 논제가 단지 그 소속기관을 대통령과 의회 둘 중 어디로 할 것인가의 문제에 국한되는 것이 아니라 전체적인 재정개혁 또는 권력통제체계의 개편의 차원에서 접근될 문제라는 점이 소속기관에 관한 토론 과정을 통해서 부각될 수 있었는데 그렇게 되지 못하였다는 점이다. 재

125) 송 동수, 감사제도의 독립성에 관한 비교법적 연구, 『공법연구』, 제31집 제4호 (2003.5), 321면 이하.

정통제의 측면에서 나타나는 전통적인, 기능적인 권력분립체계의 기능적 결합과 그에 따라 새로운 재정통제수단의 모색이 불가피하다는 점은 앞에서 상술했거니와, 재론을 피하고 여기에서 상기하고자 하는 것은 특히 구조와 기능상의 내제적인 한계 때문에 의회의 예산통제나 헌법재판을 포함한 사법통제를 통해서 기대하기 어려운 ‘지출통제자’ 또는 ‘경제성 통제자’의 역할을 수행할 적절한 기관으로서 감사원이 새롭게 주목되고 있는 이론적 동향이다.

이러한 흐름에 비추어 보면 감사원 회계검사기능의 국회이관문제를 둘러싸고 벌어졌던 헌법논쟁, 즉 현행 헌법 하에서 국회이관의 가능성 여부와, 그것이 불가능하다면 국회가 독자적으로 회계검사기능을 수행할 수 있는지 여부 등에 관한 헌법해석론 차원의 논제는 헌법개정의 필요성과 가능성을 전제로 하는 헌법정책의 차원으로 그 범위가 확장되어야 할 것으로 생각된다. 이 확장된 지평 속에서 독립된 제4부로 하는 대안도 포함하여 감사원의 기본조직에 관한 다양한 선택과 조합의 대안이 논의되어야 하고, 그와 연계하여 감사원장 및 감사위원의 임명방법이나 감사원의 적절한 직무범위와 권한 등이 근본적으로 재검토되어야 하기 때문이다. 또한 재정개혁의 차원에서 논의되고 실제로 시행되고 있거나 추진되고 있는 다양한 방안들, 예컨대 국회의 재정통제권 강화를 위한 제도 개선방안들은 물론이고, top-down 방식의 도입이나 성과중심의 예산편성제도 등 많은 예산개혁조치들의 성패도 회계검사자와 정보제공자, 자문역의 역할을 동시에 수행하는 감사원의 적절한 선도 및 지원기능과 감사원과의 적절한 연계 및 공조체계의 확립에 달려 있다는 점도 헌법개정의 필요성을 뒷받침해주는 논거인 동시에 구체적인 개정의 방향과 내용을 검토하는 과정에서 고려되어야 하는 단서로 주목된다.

## VIII. 맺는말

오늘날 민주적 법치국가의 틀이 정착된 국가에서 국민으로부터 나오는 모든 권력 중에 물리적 힘과 직접 연계되는 사법적 권력이나, 기타 구속력 있는 고권적인 국가작용들은 기본적으로 헌법이 마련해 놓고 있는 권력통제의 틀과 행동지침에 의해 관리되고 있다. 재정권력 중에서도 세입 측면에서의 과세권은 민감한 여론에 의해서 직접 견제되고 있을 뿐만 아니라, 조세입법과정을 통해서도 물론이고 헌법재판을 포함하는 사법통제의 그물망에 의해 포착되고 있다.

반면에 재정운용에 대한 실체법적 지침과 한계규정이 전무한 현행 헌법상 수 백조원 규모의 돈에 대한 지출처분권, 즉 재정운용권은 거의 국가에 백지위임되어 있고, 그 중에 상당 부분은 국회의 예결산절차나 국정감사 등을 통한 정치적 통제나 입법통제, 헌법재판을 비롯한 사법통제, 감사원의 감사통제 등 권력통제의 그물망에 의해 제대로 포착되지 못하고 있다. 재정통제의 수요에 비해 공급이 턱없이 부족한 재정통제결핍의 현상이 심각하다.

“얼마나 많은 황당한 일들이 오로지 예산부족으로 인해서 저지되었는지 모른다”<sup>126)</sup>는 말을 뒤집어서 ‘얼마나 긴요한 많은 일들이 오로지 예산부족의 이유만으로 방치되고 있는지 모른다’라는 관점에서 되새겨 본다면, 공동체 구성원 모두의 미시적인 삶의 상당부분을 규정하는 재정운용을 정치적 결정과 정책적 재량판단에만 맡겨 놓고 있는 헌법상태의 적실성은 재검토되어야 한다. 적정한 통제망이 작동되지 못하는 조건 하에서 돈에 대한 처분권을 국가에 위임하는 것과 물리적 폭력을 맡기는 경우는 그 위협의 양적 질적 크기가 전혀 다를 것이 없다. 돈은 ‘주조된 자유’(gepraegte Freiheit)이기 때문이다. 성급한 예단은 금물이지만, 재정운용의 현황과 여건에 비추어 볼 때 적어도 헌법개정 의 대안이 배제되지 아니하는 헌법정책적인 차원에서 재정통제의 결핍과 헌법의 흠결성 여부

126) D. Duwendag, Staatsverschuldung-Notwendigkeit und Gefahren, 1983, S. 13.

## VIII. 맺는말

에 대한 진지하고 적극적인 논의가 더 이상 외면되고 지체되어서는 아니 된다.

반론이 결코 적지 않을 것이고 또한 적어도 현 시점에서는 실제 개헌 작업으로 연결될 수 있는 가능성이 별로 크지 않을 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고 입론의 작위성과 실물 ‘재정문제’에 관한 제너럴리스트로서의 식견부족에 대한 비판에 대하여 무대책을 감수하면서까지 구체적인 헌법개정안을 검토의제로 상정하는 만용을 부린 것은 ‘국민에게 있는 주권’과 ‘국민으로부터 나오는 모든 권력’에 재정주권과 재정권력이 포함된다는 당연한 헌법명제를 재확인하고자 하는 생각에서 갖게 된 다음 두 가지 바람 때문이다. 첫째는 ‘재정문제’에 대한 헌법적 관심을 불러일으키기 위함이다. 호출의 대상에는 일차적인 헌법해석자인 재정운용의 주체, 즉 의회와 정부의 대의공직자들을 비롯하여 헌법학자들은 물론이거니와 납세자의 입장에서 갖는 관심과 분노의 반에 반도 표출하지 않는 지출감시자로서의 모든 시민이 포함된다. 둘째는 의원내각제 정부형태나 대통령중임제 등 통치구조부문의 의제만을 중심으로 하여 정치권에서 간헐적으로 개헌문제가 현안으로 논의되고 있는 바, 차제에 공식적으로 논의가 진행되는 단계에서는 재정헌법의 보완문제도 의제에 포함되어야 한다는 메시지를 전하기 위함이다.

## 참고문헌

### - . 국내문헌

- 고영선, 『중기재정계획(1998-2002)의 주요정책과제』(1999).
- 권영성, 『헌법학원론』(2004).
- 기획예산처, 『2004년 예산개요참고자료』.
- \_\_\_\_\_, 『2005년 나라살림』.
- 김동건, 『현대재정학』(1995).
- 김선택, 국가기능체계상 헌법재판소의 역할과 한계, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 179-205면.
- 김성수, 『개별행정법』(2004).
- \_\_\_\_\_, 국가의 재정적 책임과 국가의 재정행위에 대한 법적 통제, 『공법연구』, 제22집 제2호(1994), 43면.
- \_\_\_\_\_, 경제질서와 재산권보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 137-177면.
- 김성수/이덕연, 국민건강부담금과 건강기금의 헌법적 문제점, 『공법연구』, 제32집 제5호(2004), 707-735면.
- 박기백/최준욱, 『예산제도의 개혁』, 1999.
- 박종수, 『재정관련 법령체계의 개편방안에 관한 연구』(2003.7), 한국법제연구원.
- 배득중, 『신 재무행정』, 2005.
- 송동수, 감사제도의 독립성에 관한 비교법적 연구, 『공법연구』, 제31집 제4호(2003), 323-343면.
- 옥동석, 예산법률주의의 의의와 입법과제, 『국가재정관련법제의 현안과 과제(II)』, 45-87면.
- 유중원, 공판중심주의실현의 전제조건, 법률신문, 2005년 5월 12일, 15면.
- 윤성식, 『예산론』, 2003.

참고문헌

- 이덕연, ‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격, 『공법연구』, 제 27집 제2호(1999), 235- 249면.
- \_\_\_\_\_, 국채발행에 대한 헌법적 제한, 『헌법판례연구3』, 2001, 499-518면.
- \_\_\_\_\_, 헌법과 재정법, 『헌법의 규범력과 법질서』, 정천 허 영박사 정년 기념논문집, 2002, 895- 931면.
- \_\_\_\_\_, 법률과 예산 - 사회복지분야에서 국회 역할의 재정립, 『국가재정 관련 법제의 현안과 과제(I)』, 2004, 한국법제연구원, 11-36면.
- 이동식, 재정건전화법제의 발전방향, 『공법연구』, 제33집 제5호 (2005.6), 259-290면.
- 이상돈, 『법철학』, 2003.
- 이준구, 『재정학』, 2004.
- 이준원, 『한국 예산편성과정의 역동성에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1996.
- 임명현, 법률과 예산의 연계성실태 및 강화방안연구, 『예산현안분석』, 제 2권(2004.12), 1-41면.
- 장선희, 국가부채관리를 위한 법적 과제, 『공법연구』, 제33집 제5호 (2005. 6), 293-322면.
- 전광석, 『한국헌법론』, 2005.
- 조제현, 기본권의 법적 성격과 효력에 관한 재구성, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 211-236면.
- 차진아, 조세국가의 헌법적 근거와 한계, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 307-331면.
- 허 영, 『한국헌법론』, 2005.
- \_\_\_\_\_, 『헌법이론과 헌법』, 2004.
- 홍준형, 국가재정법 개혁의 방향과 과제, 법제연구원, 『21세기 재정법의 과제와 전망』(2005.6), 21-50면.
- M. Brenner, 독일의 헌법재판권과 그 정치적 함의, 『공법연구』, 제33집 제4호(2005), 21-36면.

- . 외국문헌

- A. Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitspruefer, 1981, S. 10ff.
- B. Schlink, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, in: P. Badura/ H. Dreier(Hg.), Fs. f. 50. Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 445ff.
- D. Duwendag, Staatsverschuldung-Notwendigkeit und Gefahren, 1983.
- D. Felix, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, DVBl. 2004, S. 1074ff.
- F. Kirchhof, Grundsaeetze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, in: VVDStRL 52(1993). S. 11ff.
- F. Ossenbuehl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DOeV, 1980.
- \_\_\_\_\_, Gemeinwohl, in; O .Kimmich u.a.(Hrsg.), Handwoerterbuch des Umweltrechts, Bd. I, 1986, Sp. 664f.
- \_\_\_\_\_, Maehalten mit Uebermassverbot, in : P. Badura/R. Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Fs. f. P. Lerche, 1993. S. 151ff.
- \_\_\_\_\_, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl. 1974, S.309ff.
- \_\_\_\_\_, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in; J. Isensee / P. Kirchhof(Hg.), HdBStR III, § 62.
- \_\_\_\_\_, Zur Justitiabiltæet der Finanzverfassung, in : B. Boerner u.a. (Hrsg.), Fs. f. C. Carstens zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1984, S. 743ff.
- \_\_\_\_\_, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermaechtigung, DOeV, 1972, S. 403ff.

참고문헌

- H. Blasius, Der Rechnungshof : Kontrolleur und Informant, DOeV, 1993, S. 642ff.
- H. H. Rupp. Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen - Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, S. 116ff.
- H. H. v. Arnim, Begrenzung öffentlicher Ausgaben, DVBl. 1985, S. 1286ff.
- \_\_\_\_\_, Ungleichgewichte in der finanzpolitischen Willensbildung und ihre verfassungstheoretischen Konsequenzen, in: C. Boehret/H. Siedentopf, Verwaltung und Verwaltungspolitik, 1982, S. 113ff.
- \_\_\_\_\_, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988.
- H. Koller, Die Finanzgewalt im System der staatlichen Funktionenordnung, in: G. Mueller u.a.(Hg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Fs. f. K. Eichenberger zum 60. GT, S. 507ff.
- H. Reiner mann, Messungsprobleme der Rechnungshofskontrolle, in : Letzelter/ders.(Hrsg.), Wissenschaft, Forschung und Rechnungshoefe, 1981, S. 230ff.
- H. Spanner, Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze, DOeV, 1972, S. 217-220.
- H.-W. Arndt, Staatshaushalt und Verfassungsrecht, JuS, 1990, S. 346ff.
- J. F. Linder, "Grundrechtseingriff" oder "grundrechtswidriger Effekt?", DOeV, 2004, S. 765ff.
- J. Isensee, Steuerstaat als Staatform. Fs. H.P. Ipsen, S. 409ff.

- J. Wieland, Finanzverfassung, Steuerstaat und foederaler Ausgleich, in: Fs. 50 Jahre BVerfGE, P. Badura/H. Dreier(Hg.), Bd. II, 2001, S. 771ff.
- K. M. Hettlage, Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL 14(1956), S. 2ff.
- K. Vogel, Die Steuergewalt und ihre Grenzen, in: P. Badura/ H. Dreier (Hg.), Fs. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 527ff.
- \_\_\_\_\_, Verfassungsgrenzen fuer Steuern und Staatsausgaben, in: H. Spanner(Hg.), Fs. f. Th. Maunz, 1981, S. 415ff.
- K. Wittrock, Der Rechnungshof als Berater, DOeV, 1989, S. 346ff.
- N. Luhman, Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?, VerwArch. 1960, S. 97ff.
- P. H. Huppertz, Gewaltenteilung und antizyklische Finanzpolitik, 1977.
- P. Kirchhof, Finanzgewalt und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: K. Stern (Hg.), 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 120ff.
- \_\_\_\_\_, Mittel staatlichen Handelns, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hg.), HdBStR III, § 59.
- P. Lerche, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: G. Burmeister(Hg.), Verfassungsstaatlichkeit, Fs. f. K. Stern zum 65. GT(1997), S. 197ff.
- \_\_\_\_\_, Schutzbereich, Grundrechtspraegung, Grundrechtseingriff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), HdBStR V, § 21.
- P. Selmer, Grundsaeetze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, in: VVDStRL 52(1993).
- \_\_\_\_\_, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter der Finanzverfassung des Grundgesetzes, in: K. Schmidt(Hg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 221ff.

참고문헌

- R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986.
- R. Hendler, Umweltabgaben und Steuerstaatsdoktrin, AoER, 1990, S. 595ff.
- Th. Wuertenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen fuer das Verwaltungshandeln?, VVD StRL 57(1999), S. 139ff.
- W. Hoppe, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, S. 853ff.
- W. Krebs, Rechtmassigkeit und Wirtschaftlichkeit als Massstaebe des Rechnungshofs, in ; v. Arnim (Hg.), Finanzkontrolle im Wandel, 1988, S. 65ff.
- W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, in: J. Isense(Hg.), Staat, 1971, S. 53ff.
- , Verfassungsschranken der Unternehmensbelastungen, NJW, 1996, S. 1511ff.
- W. Schmidt, Einfuehrung in die Probleme des Verwaltungsrechts. 1982.