

# 獨逸統一과 基本法の 改正

1995. 12.

研究者 : 朴英道 (首席研究員)

한국법제연구원



# 목 차

I. 머리말 .....	5
II. 統一條約에 따른 基本法改正(제36차 개정법률) .....	15
III. 航空交通行政과 관련한 基本法改正(제37차 개정법률) .....	18
IV. 유럽聯合의 設立에 수반한 基本法改正(제38차 개정법률) .....	22
1. 제23조 .....	23
2. 제24조 .....	29
3. 제28조제1항 .....	32
4. 제45조 .....	34
5. 제50조 .....	35
6. 제52조 .....	35
7. 제88조 .....	36
8. 제115e조 .....	36
V. 亡命權과 관련한 基本法改正(제39차 개정법률) .....	38
VI. 聯邦鐵道の 民營化에 수반한 基本法改正(제40차 개정법률) .....	42
1. 제73조제6호 · 제74조제23호 · 제87조제1항 .....	44
2. 제80조제2항 .....	45
3. 제73조제6a호 .....	46
4. 제87e조 · 제106a조 · 제143a조 .....	46
VII. 聯邦郵便 · 電信電話事業의 民營化에 수반한 基本法改正(제41차 개정법률) .....	48
1. 제73조제7호 .....	52
2. 제80조제2항 .....	52
3. 제87조제1항 .....	53
4. 제87f조 · 제143b조 .....	53

VIII. 共同憲法審議委員會案에 의한 基本法改正(제42차 개정법률)	55
1. 제3조	58
2. 제20a조	60
3. 제28조제2항	63
4. 제29조	64
5. 제72조	65
6. 제74조 · 제75조	67
7. 제76조 · 제77조 · 제80조	68
8. 제87조	70
9. 제93조	70
10. 제118a조 · 제125a조	71

## I. 머리말

1990년 10월 3일의 獨逸統一以後 현안이었던 基本法改正法律이 1994년 11월 3일에 공포되기에 이르렀다. 이 개정은 1990년 8월 31일의 「獨逸統一條約 (Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands)」의 제5조에 의해 聯邦議會에 대해서 「향후 2년 이내」에 基本法의 전면적인 검토작업에 착수할 것을 권장한데 따른 것이며, 이 개정으로 독일통일에 수반한 基本法改正作業이 일단락되었다. 주지하는 바와 같이 獨逸統一條約 제5조에서는 장래의 헌법개정에 관한 네 가지의 검토과제로서 “聯邦과 州의 관계에 관한 문제, 베를린/브란덴부르크지역의 再編成可能性에 관한 문제, 國家目標規定을 기본법에 수용할 것인가의 문제, 基本法 제146조의 적용과 이에 따른 국민투표의 문제” 등이 지적되어 2년 이내의 처리가 勸告되었다.<sup>1)</sup> 이 문제의 처리를 둘러싸고 1990년 12월의 統一聯邦議會 總選舉後 1991년부터 논의가 개시되었으나<sup>2)</sup>, 聯立與黨측과 野黨측의 조정이 이루어지지 않아 최종적으로 반년 이상이 경과한 1991년 11월 28일 聯邦議會的 의결 및 29일의 聯邦參議院의 표결에 의해 「共同憲法審議委員會 (Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat)」가 설치되었다. 聯邦議會議員 32명과 聯邦參議院構成員 32명 등 총 64명으로 구성된 동 위원회<sup>3)</sup>는 통일조약에 의해 설정된 위의 네 가지 검토

1) 자세한 내용은 Matthias Herdegen, 「Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag」, Heidelberg, 1991 참조.

2) 자세한 내용은 Bernd Guggengerber/Tine Stein(Hrsg.), 「Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit -Analysen -Hintergründe -Materialien」, München/Wien 1991 참조.

3) 聯邦議會內部에서의 인원수의 배분은 會派 내지 交涉團體의 세력비율을 기준으로 CDU/CSU 15명, FDP 4명, SPD 11명, PDS/Linke Liste 및 Bündnis 90/Die Grünen 각 1명으로 구성되었다. 그리고 聯邦參議院은 연방의회에서의 위원선출방식과 달리 16개 州政府가 연방참의원에 파견한 소속의원중에서 지명하는 방법을 채용하였으며, 그 위원을 소속정당별로 구분하면 CDU/CSU 11명, FDP 2명, SPD 17명, Bündnis 90/Die Grünen 2명으로 분포되었다. 한편 委員長에는 저명한 공법학자인 베를린선출의 Rupert Scholz 연방의회의원(CDU)과 함부르크주의회의장 겸 제1시장인 Henning Voscherau시장이 취임하였다. 共同憲法審議委員會에 관한 자세한 내용은 許營, 「獨逸統一과 基本法의 改革問題」, 同(編著), 獨逸統一의 法的 照明, 博英社

토과제에 한정하지 않고 獨逸統一과 유럽통합에 대응하기 위한 모든 가능성을 추구하고, 그 이외의 장래적 발전에도 대응할 수 있도록 결과적으로 基本法 全條文의 거의 절반에 가까운 검토를 하였다. 委員會는 1992년 1월 이래 21개월에 걸쳐 수십만건의 請願을 처리하고 26회의 공청회를 개최하였으며, 80건을 넘는 구체적인 基本法改正案을 심의의결의 대상으로 하여 각종 보고서와 심의준비자료를 발간하였다.<sup>4)</sup> 그리하여 委員會는 1993년 10월 28일에 최종권고안을 발표하고 동년 11월 5일 이를 연방의회에 제출하였다.<sup>5)</sup> 이 最終勸告에 포함된 기본법개정초안의 내용에 관한 상세한 것은 다음과 같다.<sup>6)</sup>

공동헌법심의위원회의 기본법개정을 위한 권고  
(Empfehlungen der gemeinsamen Verfassungskommission  
zur Änderung des Grundgesetz)

● 제3조

(2) 남성과 여성은 평등하다. 국가는 남녀평등의 실질적 실현(tatsächliche Durchsetzung)을 촉진하고 현존하는 불이익의 제거(Beseitigung bestehender Nachteile)를 위해 노력한다.

● 제20a조

국가는 장래의 세대에 대한 책임으로서(auch in Verantwortung für die

---

1994, 251~256面 참조.

4) Rupert Scholz, 「Die Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat」, ZG, 1994, S.2f.

5) 본래 基本法 제23조에 따라 舊東獨의 人民議會가 기본법적용영역에의 가입을 의결한다는 수단을 통하여 統一이 실현되었다는 사정에 구속되어 이러한 委員會에서의 검토를 거치는데 불과한 현단계에서의 全面改正에 대한 저항감은 여전히 강하였으며 또한 委員會에 의한 基本法改正勸告는 각 항목마다 3분의 2의 特別多數決로 의결하도록 되어 있었기 때문에 상당한 妥協이 부득이 하였으며 최종적인 권고안의 성안은 매우 현실적인 내용에 한정되었다고 할 수 있다.

6) Pressezentrum des Deutschen Bundestages, 「woche im bundestag, 23. Jahrgung/Nr.20, 4.11.1993」. 국내번역된 것으로는 張明奉, 「獨逸統一後의 憲法改革에 관한 考察」, 公法研究 제23집3호, 1995, 85~91면 참조. 그런데 이 최종권고안에 포함되어있는 조항 가운데 후술하는 바와 같이 약 4할 이상의 부분은 이미 1992년 7월 14일의 제37차 改正法律과 동년 12월 21일의 제38차 改正法律로서 공포·시행되고 있는 조항이다.

künftigen Generationen), 헌법질서의 범위내에 입법을 통하여 또한 법률과 규범에 따른 행정권과 판결을 통하여 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlagen)을 보호한다.

● 제20b조

국가는 인종적, 문화적 및 언어적 소수자의 독자성(Identität)을 존중한다.

● 제23조

(1)독일연방공화국은 통합유럽의 실현을 위해 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원리와 보충성(Subsidiarität)의 원칙에 구속되며, 기본법에 실질적으로 대응하는 기본권의 보호를 보장하는 유럽연합의 발전을 위해 노력한다. 이를 위해 연방은 연방참의원의 동의를 얻은 법률로서 고권(Hoheitrechte)을 이양할 수 있다. 기본법이 그 내용에서(seinem Inhalt nach) 변경 또는 보충되거나 변경 또는 보충될 가능성이 있는 유럽연합의 설립과 그 조약에 따른 근거(ihre vertragliche Grundlage)의 변경이 있으면 제79조제1항과 제3항을 적용한다.

(2)연방의회는 유럽연합의 사항(Angelgenheiten)에 관해 협력하며, 각주도 연방참의원을 통해 이에 협력한다. 연방정부는 연방의회와 연방참의원에 대해 포괄적으로 또한 가능한 한 신속하게 보고(unterrichten)하여야 한다.

(3)연방정부는 유럽연합의 입법행위(Rechtsetzungsakten)에 협력하기에 앞서 연방의회에 대해 그 태도결정(Stellungnahme)의 기회를 부여한다. 연방정부는 교섭시(Verhandlungen)에 연방의회의 태도결정을 고려한다. 상세한 것은 법률로 정한다.

(4)연방참의원은 그에 대응하는 국내적 조치에 협력하여야 하거나 각주가 국내에서 관할권을 가지는 경우에 그 한도내에서 연방의 의사형성에 참가한다.

(5)연방이 전속적 관할권(ausschließliche Zuständigkeiten)을 가지는 영역에서 각주의 이해가 관계하거나 연방이 입법권을 가지는 기타 경우에는 그 한도내에서 연방정부는 연방참의원의 태도결정을 고려한다. 각주의 입법권한, 행정기관의 설치 또는 행정절차가 중요한(im Schwerpunkt) 사항인 경우에는 그 한도내에서 연방의 의사형성에 연방참의원의 의견(Auffassung)이 결정적인 것으로서 고려하여야 한다. 이 경우 연방전체의 국가적 책임(gesamtstaatliche Verantwortung)은 유지되어야 한다. 연방의 세출증대(Ausgabener-

höhungen) 또는 세입감소(Einnahmeminderungen)를 초래하는 사항에 대해서는 연방정부의 동의를 요한다.

(6)각주의 전속적 입법권한(Gesetzgebungsbefugnisse)이 중요한 사항으로 되는 경우 독일연방공화국이 유럽연합의 구성원으로서 유지하는 권리의 주장은 연방으로 부터 연방참의원이 지명하는 각주의 대표자(Vertreter)에게 이양된다. 그 각권리의 주장은 연방정부의 참여와 찬성하에 성립되며, 연방전체의 국가적 책임이 유지되어야 한다.

(7)제4항부터 제6항에 관해 상세한 것은 연방참의원의 동의를 얻은 법률로 정한다.

● 제24조

(1a)각주가 국가적 권능의 행사와 국가적 임무의 수행에 관할권을 가지는 경우 각주는 연방정부의 동의를 얻어 인접한 국가제기관(grenznachbarschaftliche Einrichtungen)에 고권을 이양할 수 있다.

● 제28조

(1)각주의 헌법질서는 기본법의 공화제적, 민주적, 사회적 법치국가적 원리에 합치하여야 한다. 주, 군 및 읍에서 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의해 선출된 대표기관을 가져야 한다. 읍에서는 대표기관에 대치하는 읍회의를 도입할 수 있다. 군 및 읍의 선거에서는 유럽공동체조약의 권리의 규정에 따라 유럽공동체구성국의 국적을 가지는 자도 선거권과 피선거권을 가진다(wahlberechtigt und wählbar).

(2)읍은 법률의 범위내에서 지역공동체의 모든 사항을 자기책임하에서 규율할 권리가 보장되어야 한다. 읍조합도 그 법률상의 임무영역의 범위내에서 법률의 규정에 따라 자치권을 가진다. 자치권은 재정적 자기책임(finanzielle Eigenverantwortung)의 기초하에 보장된다.

● 제29조

(7)주의 영역의 기타 변경은 주소속이 변경되는 영역이 5만명이하의 주민을 가지는 경우 당해 주간의 주간조약 또는 연방참의원의 동의를 얻은 연방법률로서 행할 수 있다. 상세한 것은 연방참의원과 연방의회와 과반수의 찬성을 요하는 연방법률로 정한다. 이 연방법률에는 당해 군과 읍의 관계인의 의견을 청



취하는 규정을 두어야 한다.

(8) 각주는 제2항부터 제7항의 규정에도 불구하고 주간조약(Staatsvertrag)으로 각각 그들이 포괄하는 영역 또는 그 부분영역에 관해 재편성할 수 있다. 이 경우 관계있는 군과 읍은 청문을 한다. 주간조약은 참가하는 각주의 주민투표(Volksentscheide)에 의한 승인을 요한다. 각주의 부분영역변경에 대한 주간조약일 경우 승인은 당해부분영역에서의 주민투표에 한정할 수 있다 ; 제5문후단은 이에 적용하지 아니한다. 주민투표에서는 투표총수가 적어도 연방의회 유권자수의 4분의 1 이상의 참여와 투표수의 과반수로 결정한다 ; 상세한 것은 연방법률로 정한다. 주간조약은 연방의회의 동의를 요한다.

● 제45조

연방의회는 유럽연합분과위원회(Ausschluß für die Angelegenheiten der Europäischen Union)를 설치한다. 연방의회는 제23조에 의한 연방의회의 권리를 연방정부에 대해 주장하는 권한을 당해 위원회에 부여할 수 있다.

● 제50조

각주는 연방참의원을 통하여 연방의 입법과 행정, 그리고 유럽연합의 사무에 협력한다.

● 제52조

(3a) 연방참의원은 유럽연합의 사항에 관해 유럽심의회(Europakammer)를 구성하며, 유럽심의회는 연방참의원의 결정으로서의 효력을 가진다 ; 제51조제2항과 제3항제2문은 준용한다.

● 제72조

(1) 각주는 경합적 입법영역에서 연방이 법률로서 입법관할권을 행사하지 않을 경우 그 한도내에서 입법권을 가진다.

(2) 이 영역에서 연방은 연방영역에서의 동등한 생활관계(gleichwertige Lebensverhältnisse)의 확립 또는 국가전체의 이해에서 법적동일성의 유지를 위해 연방법률로 규율할 필요가 있는 경우에 그 한도내에서 입법권을 가진다.

(3) 연방법률은 제2항의 필요성이 존재하지 아니하는 연방법률상의 규정을 주법(Landesrecht)으로 대체할 수 있음을 규정할 수 있다.

● 제74조

(1)경합적 입법은 다음의 영역에 미친다.

5. <삭 제>

8. <삭 제>

18. 토지거래, 토지법(보상액에 관한 권리를 제외), 농지소작제도, 주택제도, 이주 및 정착제도

25. 국가배상책임

26. 인간의 인공수정(künstliche Befurchtung), 유전자정보(Erbinformationen)의 연구와 그 인공적 변경, 장기와 조직이식(Transplantation)의 규율

(2)제1항제25호에 관한 법률은 연방참의원의 동의를 요한다.

● 제75조

(1)연방은 제72조의 조건하에 다음 사항에 관한 각주의 입법을 위한 대강적 규정(Rahmenvorschriften)을 제정할 권한을 가진다.

1a. 학생의 입학허가(Zulassung zum Studien), 교육과정, 시험, 학위, 교직원과 예술가에 관한 대학제도의 일반원칙

2. 언론의 일반적 법률관계

6. 독일의 문화재(Kulturgut)의 해외유출로 부터의 보호

(2)대강적 규정은 예외적인 경우에 한하여 개별적으로 적용되거나 직접 타당한 규정을 허용한다.

(3)연방이 대강적 규정을 제정하는 경우 각주는 법률로 규정된 적당한 기간내에 필요한 주법(Landesgesetze)을 제정하여야 한다.

● 제76조

(2)연방정부의 법률안은 우선 연방참의원에 송부되어야 한다. 연방참의원은 6주이내에 이 법률안에 대해 태도결정권을 가진다. 연방참의원이 중대한 이유로 인하여, 특히 법률안의 범위를 고려하여(mit Rücksicht auf den Umfang einer Vorlage) 기간의 연장을 요구하는 경우 기간은 9주로 한다. 연방정부는 법률안을 연방참의원에 송부하는 경우 예외적으로 특히 시급을 요한다는 뜻을 표시한 경우에는 3주후에 또는 연방참의원이 제3문에 관한 요구를 제출한 경우에는 6주후에 연방참의원의 태도결정이 연방정부에 도달하지 않더라도

그 법률안을 연방의회에 송부할 수 있다 ; 연방정부는 연방참의원의 태도결정이 도달한 후 지체없이 이를 연방의회에 추가제출하여야 한다. 이 기본법개정안과 제23조 또는 제24조에 관한 주권이양의 제안에 대해서는 태도결정을 위한 기간은 9주로 하며, 제4문은 적용하지 아니한다.

(3)연방참의원의 법률안은 연방정부를 통하여 6주 이내에 연방의회에 송부하여야 한다. 연방정부는 송부에 있어서 자기의 견해를 제시하여야 한다. 연방정부가 중대한 이유로 인하여 특히 법률안의 범위를 고려하여 기간의 연장을 요구하는 경우에는 그 기간은 3주로 하며, 연방정부가 제3문에 관한 요구를 제출한 경우에는 6주로 한다. 이 기본법개정안과 제23조 또는 제24조에 관한 주권이양의 제안에 대해서는 기간을 9주로 하며, 제4문은 적용하지 아니한다. 연방의회는 적당한 기간내에 법률안을 심의하고 의결하여야 한다.

● 제77조

(2a)연방참의원은 법률이 연방참의원의 동의를 요하는 한 제2항제1문에 관한 요구가 제출되지 않거나 양원협의절차가 법률의 의결을 수정하는 제안을 하지 않고 종결된 경우에는 적당한 기간내에 동의를 의결하여야 한다.

● 제80조

(3)연방참의원은 자기의 동의를 요하는 법규명령을 제정할 것을 요구하는 제안을 연방정부에 제출할 수 있다.

(4)연방법률로서 또는 연방법률의 근거로서 주정부주가 법규명령제정권을 가지는 경우 그 한도내에서 각주는 법률로서 규율할 수 있다.

● 제87조

(2)관할구역이 하나의 주영역을 넘는 사회보험자는 연방직속의 공법상 단체로서 운영한다. 그 관할구역이 하나의 주영역을 넘지만 세개의 주이상에 미치지 아니하는 사회보험자는 제1문에도 불구하고 관계각주에 의해 감독주(aufsichtsführendes Land)가 결정되는 경우에는 주직속 공법상 단체로 운영한다.

● 제87d조

(1)항공교통행정은 연방고유의 행정으로 수행한다. 공법상 또는 사법상의 조직형태에 대해서는 연방법률로 정한다.

● 제88조

연방은 연방은행으로서 통화와 발권은행을 설립한다. 그 임무와 권능은 유럽중앙은행(Europäische Zentralbank)에 이양할 수 있다.

● 제93조

(2a)연방참의원, 주정부 또는 주의회의 신청에 의해 법률이 제72조제2항의 조건을 충족하고 있는지의 여부에 관한 의견대립이 있는 경우 ;

● 제115e조

(2)동위원회가 법률로 기본법을 개정하거나 전부 또는 일부를 실효케 하거나 적용을 정지시키는 것은 허용되지 아니한다. 제23조제1항제2문, 제24조제1항 또는 제29조에 관한 법률을 공동위원회는 제정할 수 없다.

● 제118a조

베를린과 브란덴부르크의 양주를 포함하는 영역의 새로운 구성은 제29조의 규정에도 불구하고 양주의 유권자의 참가하에 양주의 합의로서 결정할 수 있다.

● 제125a조

연방법으로서 제정되어 이 기본법의 사후적 변경으로 이미 연방법으로서 제정될 수 없는 법도 계속 연방법으로서 효력을 가진다. 그러한 법은 주법으로 폐기(aufheben) 또는 보충(ergänzen)할 수 있다.

이 共同憲法審議委員會의 권고를 받아 1994년 1월 9일 개정초안에 약간의 수정을 가한 개정안을 연립여당인 CDU/CSU 및 FDP와 SPD의 공동제안으로 聯邦議會에 제안하여 약 80여개의 개정안중 후술하는 男女平等의 실질적 보장과 障礙人의 동등권보장을 위한 제3조의 개정, 國家目標規定으로서의 환경보호규정을 포함한 3개법안만이 동년 6월 30일 本會議에서 압도적 다수(찬성 622, 반대 3, 기권 4)로 가결되었다. 그러나 SPD가 주도권을 장악하고 있는 聯邦參議院은 州의 입법권한의 확대를 강력히 주장하는 한편 나아가 종래의 바이마르 憲法 등에 있었던 「소수민족의 권리(Minderheitsrechte)」에 관한 규정을 포함하여야 할 것이라는 입장에서 8월 26일에 聯邦議會가 가결한 상기개정안을 聯邦參議院을 구성하는 16個州 대표자의 전원일치의 의결로서 부결하고, 兩院協議會(Ver-

mittlungsausschluß)의 개척을 요청하였다.<sup>7)</sup> 그리하여 연방의회와 연방참의원으로 부터 각 16명<sup>8)</sup> 합계 32명으로 구성된 이 協議會가 9월 1일에 소집되어 타협점이 모색된 결과, 다음날인 9월 2일 겨우 州의 권한강화의 일부(특히 제75조의 연방의 大綱的 立法權限의 범위)에 대한 타협이 이루어 졌다. 이 타협안으로 법안은 4개로 나누어 지며 위의 少數民族의 保護 등에 관한 규정을 포함한 3법안도 SPD의 강력한 요청을 받아들여 일단 성립하였으나, 결국은 會派間의 조정이 이루어지지 않았다.<sup>9)</sup> 그래서 위의 타협안은 9월 6일 基本法 제77조제2항의 규정에 따라 다시 연방의회 의결에 회부되어 압도적 다수(찬성 571, 반대 13, 기권1)로 가결되어<sup>10)</sup>, 다시 聯邦參議院에 송부되어 연방참의원도 9월 23일

- 7) 基本法 제77조제2항에 의하면 聯邦參議院은 聯邦議會로 부터 이송된 법률안에 대해 3주 이내에 法律案을 합동으로 심의하기 위하여 聯邦議會와 聯邦參議院의 구성원으로 조직된 協議會를 소집할 것을 요구할 수 있도록 되어 있으며, 이 협의회에 파견되는 연방참의원의 구성원은 통상의 경우와 달리 州政府의 지시에 구속되지 않고 의결하도록 되어있다. 그리고 이 協議會가 법률안의 수정을 제안한 경우에는 聯邦議會는 다시 의결을 행하도록 규정하고 있다. 아울러 基本法 제77조제2항에서는 이 협의회의 소집요구를 할 수 있는 기간을 3주 이내로 하고 있으나 이 규정은 법률이 聯邦參議院의 동의를 요하지 아니하고 聯邦參議院은 단순히 이의를 제기할 수 있는 법률인 「異議法律(Einspruchsgesetz)」의 규정에 관한 규정이며, 基本法改正法律과 같이 聯邦參議院의 동기가 필요조건인 경우인 이른바 「同意法律(Zustimmungsgesetz)」인 경우에는 연방의회와 연방정부도 이 委員會의 소집을 요구할 수 있으며, 이 규정은 적용되지 아니한다. 그 때문에 이번과 같은 경우에는 3주의 기간을 넘은 이후에도 聯邦議會가 의결한 법률에 동의할 것인가의 여부의 선택을 할 수 있도록 되어 있다. 독일의 兩院協議會制度에 관한 상세한 것은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(II) -立法過程의 理論과 實際-」, 1994, 155~157面 참조.
- 8) 이 협의회의 구성원은 독일통일까지 각각 11명이었으나, 현재에는 각각 16명으로 되어 있으며, 연방의회로 부터는 각회파로 부터 의회내의 세력분포에 따라 선정되며, 연방참의원은 각주로 부터 1명씩 선출된다.
- 9) 會派間에 마지막까지 합의되지 못한 것은 제2a조, 제20b조의 삽입과 제75조제1항의 1a의 개정에 관한 부분이었다. ①제2a조는 「각인은 인간적 공존의 정신(Mitmenschlichkeit)과 공동정신(Gemeinsinn)에 호소하여야 한다」라는 문언이다. ②제20b조는 「국가는 인종적, 문화적 및 언어적 소수자의 독자성을 존중한다」라는 것이다. 이와 유사한 규정은 1849년의 프랑크푸르트헌법(제188조)과 이를 모범으로 한 바이마르헌법 제113조에 있었으나 기본법에는 포함되지 않았던 규정이다. ③제75조제1항의 1a에 관한 改正案은 단순히 「대학제도의 일반적 원칙」이라는 현행 문언에 「대학의 조직과 행정을 제외한」이라는 문언을 부가한 것이었다.
- 10) Deutscher Bundestag Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 12/241 vom 6. September 1994, S.21283ff.

개정안에 동의하기에 이르렀다.

兩院을 통과한 기본법개정안은 연방의회의 선거(1994년 10월 16일)와 Roman Herzog대통령의 認證(동년 10월 27일) 등으로 인하여 다소 지연되었으나, 11월3일 공포되었으며(BGBI. 1994 I S.3146), 동법률 제2조의 규정에 의해 1994년 11월 15일부터 시행되기에 이르렀다. 이 改正으로 변경내지 추가된 규정은 남녀평등의 실현에 관한 국가의 책무규정 및 장애자의 차별금지(제3조제2항·제3항), 자연적 생활기반의 보호의무에 관한 규정(제20a조), 州間條約에 관한 규정(제29조제8항), 聯邦과 州의 입법권한에 관한 규정(제72조, 제74조, 제75조 등), 聯邦參議院의 권한에 관한 규정(제76조)의 개정 등 전부 14개조에 걸쳐있다.

그런데 위의 개정은 基本法制定 당초부터 통산하여 제42차의 개정에 해당한다. 그 이유는 이 개정작업과는 별도로 이에 우선하여 基本法은 통일이후 6차(제36차~제41차)의 개정을 단행한 바 있기 때문이다. 그래서 이하에서는 改正의 시간적 순서로 부터 우선 제36차 改正부터 파악하고, 그 후 이번의 제42차 개정을 살펴보기로 한다.

## II. 統一條約에 따른 基本法改正 (제36차 개정법률)

1990년 8월 31일에 東西獨사이 에 체결된 「統一條約」은 동년 9월 23일의 「통일조약에 관한 법률(BGBI.1990 II S.885)」 제1조에 의해 동의를 이루어짐으로써 9월 29일에 효력을 발생, 그에 따라 동년 10월 3일에는 東西獨이 40년간의 분열상태를 극복하여 統一을 성취하였다.<sup>11)</sup> 그래서 이 統一條約 제4조에 의해 기본법이 개정되었는 바, 이것이 통산 제36차 개정이다. 이 1990년의 改正은 통일조약 제4조의 표제에도 있는 바와 같이 舊東獨領域의 獨逸聯邦共和國에의 가입에 한정된(beitrittsbedingt)개정이었기 때문에 통일에 수반한 최소한의 基本法改正에 그쳤다. 이에 따라 前文, 제23조, 제51조2항, 제135a조, 제143조 및 제146조의 전부 6개조의 개정이 행해졌다.<sup>12)</sup> 이 제36차개정법률과 관련한 내용은 國內에서도 이미 상세하게 소개된 바 있기 때문에<sup>13)</sup> 여기서는 이

- 11) 統一條約의 승인절차에 대해 東獨에서는 人民議會가 1990년 8월 23일 基本法 제23조에 따른 加入決定을 한데 이어 동년 9월 20일 법률을 통하여 統一條約을 승인하였다. 한편 西獨에서는 統一條約이 정치적 관계를 규정하는 하나의 國際條約으로서 연방의 立法事項과 관련된 부분이 있으므로 基本法 제59조제2항에 따라 條約法律의 형태로 연방의회와 연방참의원의 승인을 받아야 했다. 또한 統一條約은 기본법을 개정하는 성격의 것이기 때문에 基本法 제79조제2항에 따라 특별다수결인 兩院의 2/3이상의 同意가 필요하였다. 이에 따라 聯立與黨은 통일조약이 체결된 1990년 8월 31일 統一條約 同意法律을 제출하였고, 동년 9월 23일 통일조약에 관한 법률이 성립되었다.
- 12) 기타 統一條約 제6조에 따른 基本法 제131조의 구동독지역에의 適用排除, 同條約 제7조에 따른 財政憲法에 관한 제106조·제107조의 修正適用 등도 이루어 졌다.
- 13) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「獨逸統一에 따른 公法の 統合에 관한 研究」, 통일법제연구(I), 1994, 24~52面 ; 張明奉, 「獨逸統一과 憲法問題」, 法學論叢(국민대) 제5집, 1992, 51~80面 ; 同, 「獨逸統一後의 憲法改革에 관한 考察」, 公法研究 제23집 3호, 1995, 59~93面 ; 同, 「獨逸의 規範的 統一成就와 憲法改革問題」, 현대법의 이론과 실제(今浪 金哲洙教授華甲記念), 1993, 214~241面 ; 許營, 「獨逸統一과 基本法の 改革問題」, 同(編著), 獨逸統一의 法的照明, 博英社 1994, 249~265面 ; 全光錫, 「獨逸統一關係條約과 獨逸憲法の 發展」, 한림법학 FORUM 제1권, 1991, 13~46面 ; 法制處, 「獨逸統一關係法研究(I)(II)」, 1991/1992 ; 이승우, 「독일통일과 헌법개혁논쟁」, 법과 사회 제7호, 1993 상반기, 186~209面 ; 法務部, 「獨逸法律·司法統合概觀」, 法務資料 제165집, 1992 ; 朴秀赫, 「統獨에 있어서의 東西獨 憲法統一」, 法制研究 제2권1호, 1992, 125~144面 등 참조.

를 생략하고 개정된 條項의 全文을 살펴보기로 한다.

● 전 문

신과 인류에 대한 독일국민의 책임을 자각하고, 통합유럽의 동등한 구성원으로서 세계평화에 이바지할 것을 다짐하면서 우리는 헌법제정권력을 행사하여 이 기본법을 제정한다.

바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 베를린, 부란덴부르크, 브레멘, 함부르크, 헤센, 메클렌부르크-포어포메른, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 자르란트, 작센, 작센-안할트, 쉘레스비히-홀슈타인, 투링겐 각주의 독일국민은 자결권을 행사하여 독일의 통일과 자유를 완성하였다. 이로써 독일기본법은 전체 독일 국민에게 적용된다.

● 제23조 〈삭 제〉

● 제51조제2항

(2)주는 최소한 3개의 의결권을 가진다. 인구 200만 이상의 주는 4개, 인구 600만 이상의 주는 5개, 인구 700만 이상의 주는 6개의 의결권을 가진다.

● 제135a조

(1) 생략

(2)제1항은 독일민주공화국 재산이 연방, 주 및 군에서 양도되면서 발생하는 독일민주공화국 또는 그 법인의 책임, 연방 또는 공법상의 법인 및 기타 기관의 책임 및 독일민주공화국과 그 법인이 취한 조치로 인한 책임에 대해 이를 준용한다.

● 제143조

(1)통일조약 제3조에 열거한 영역에서의 법이 상이한 여건으로 인하여 기본법질서를 기준으로 한 완전한 조정이 이루어지지 아니할 경우 늦어도 1992년 12월 31일까지 기본법의 효력을 유예할 수 있다. 그러나 제19조제2항에 반해서는 아니되며 또한 제79조제3항에 명시된 기본원칙과 합치하여야 한다.

(2)제2장, 제8장, 제8a장, 제9장, 제10장과 제11장은 1995년 12월 31일까지 그 효력이 유예된다.



(3) 제1항과 제2항에도 불구하고 통일조약 제3조에 명시된 영역에서의 재산권 침해에 대한 원상회복의 가능성을 배제하는 동조약 제41조와 그 시행규정은 유효하다.

● 제146조

이 기본법은 독일통일과 자유가 달성된 후 전체 독일국민에게 적용하며, 독일국민의 자유로운 결정으로 새로운 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.

### Ⅲ. 航空交通行政과 관련한 基本法改正 (제37차 개정법률)

統一後의 또 한차례의 基本法改正은 1992년 7월 14일의 개정<sup>14)</sup>으로서 제 87d조제1항(항공교통행정)과 관련한 개정이다. 이 조항은 원래 1961년 2월 6일의 제11차 개정법률(航空交通行政에 관한 조항을 기본법에 도입하는 법률, BGBl. 1961 I S.65)에 의해 새로이 삽입된 규정이며, 그 제1항은 단순히 「航空交通行政은 聯邦固有行政으로써 수행한다」라고 규정하였으나, 이번의 개정으로 새로운 문언이 추가되어 그 결과 동조는 전체로서 아래와 같은 규정으로 변경되었다.

제37차 기본법개정의 배경을 검토하면, 종래 舊西獨에 있어서 航空管制의 조직과 작용에 대한 기본은 航空法(Luftverkehrsgesetz)<sup>15)</sup>에서 규정하고 있었다. 특히 航空監督權을 수권하는 항공법 제29조의 규정은 「항공교통의 안전 또는 航行(Luftfahrt)에 따른 공공의 안전 및 질서에 대한 위협방지(항공감독)는 航空行政廳(Luftfahrtbehörde)의 임무이다」라고 하여 航空管制을 포함한 항공감독행정이 特別警察行政으로서의 성격을 가지고 있음을 규정하였다.<sup>16)</sup> 이 제 29조에 따라 航空監督權限을 행사하는 행정조직으로서 연방교통부, 연방항공청(Luftfahrt-Bundesamt)<sup>17)</sup>, 연방항공관제청(Bundesanstalt für Flugsicherung)<sup>18)</sup>이 설치되고 또한 航空管制에 관한 국제조직으로서 EUROCONTROL<sup>19)</sup>이 활동하였다. 이 가운데 航空管制業務는 연방항공관제청<sup>20)</sup>이 담당하면서 항공

14) BGBl. 1992 I S.1254.

15) 航空法은 바이마르 憲法下에서 1922년에 제정되었다(Luftverkehrsgesetz vom 1.8.1922, RGBl. I S.681).

16) 警察法의 일반적 문헌에서도 航空行政은 特別警察로서 제29조의 「항공감독」규정은 경찰법상의 一般條項으로서 위치하고 있다. 자세한 내용은 Volkmar Götz, 「Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht」, 8 Aufl., 1985, S.31f 참조.

17) Gesetz über das Luftfahrt-Bundesamt v.30.11.1954(BGBl. I S.354).

18) Gesetz über die Bundesanstalt für Flugsicherung vom 23.März 1953, BGBl. I S.70.

19) Gesetz zu dem Internationalen Übereinkommen über Zusammenarbeit zur Sicherung der Luftfahrt(eurocontrol - Vertrag) v.13.12.1960, BGBl. II, 1962, S.2273.

관제의 國家獨占體制가 유지되었다. 그러나 이러한 항공관제에 대해 종래부터 교통량의 증가에 대응하지 못하는 등 改革의 필요성이 주장되어 왔으며<sup>21)</sup>, 특히 프랑크푸르트공항 등의 만성적인 離着陸遲延에 따른 손해는 독일의 공항과 항공회사의 국제경쟁력을 약화시키는 것으로서 그 원인인 航空管制에 대해 많은 비판이 제기되었다.<sup>22)</sup>

그리하여 종래의 航空管制의 조직과 작용에 관한 문제점을 해결하기 위하여 연방정부는 관제조직이외에 權力的인 行政權限을 私人에게 위임하는 것을 내용으로 하는 개혁안을 검토하기 시작하였다. 즉 聯邦政府는 항공관제행정조직의 문제점을 해결하기 위하여 有限會社方式, 社團法人方式, 公法上の 營造物法人方式 및 EUROCONTROL의 支部方式 등 네 가지의 개혁방식을 검토하여 1990년 제10차 항공법개정법안에서 이들 네 가지 방식중 航空管制는 장래에 有限會社의 법형식의 항공관제기업이 수행하도록 하였다. 이 조직개혁에 의해 業務에 따른 직원의 보수가 보장되고 航空交通의 요청에 항공관제설비가 적용하게 됨으로써 技術水準에 상응하는 대응이 가능하게 되었다. 그곳에서는 私法形式만이 항공교통의 요청에 부응하는 유연한 航空管制임을 규정하였다.<sup>23)</sup> 또한 개정법은 연방교통부장관이 聯邦參議院의 동의없이 법규명령으로 飛行計劃調整權限을 私法上の 自然人 또는 法人에게 위임하는 권한을 가지도록 하였다(제31b조). 그리고 개정법은 航空스포츠기구의 공간이용과 관련하여 기구의 허가, 교통허가, 항공허가부여, 교육허가부여, 그 취소와 철회, 항공스포츠기구의 운전감독, 航空行政의

20) 聯邦航空管制廳은 연방교통부장관하에 설치된 航空交通誘導를 포함한 항공교통통제, 항공관제상담, 긴급업무, 항공정보전달과 항공보조를 통한 航空交通의 안전확보를 위해 설치된 시설기관(항공관제청법 제1조)이다. 이 航空管制廳은 항공법 제29조에서 규정한 「航空監督」을 실시하는 행정기관이며, 항공감독의 실시에 있어 항공감독청에 처분을 발하는 권한을 가지고 있다.

21) Elmar Giemulla/Thomas Wenzler, 'Zur Verfassungsmäßigkeit der Organisationsform des Flugplankoordinators der Bundesrepublik Deutschland', DÖV, 1989, S.283ff.

22) Gabriele Thyssen, 'Flugsicherung durch Private? -Die geplante Privatisierung unter dem Blickwinkel des Verfassungsrecht-', DÖV, 1989, S. 1073.

23) 구체적으로는 聯邦交通部長官은 오로지 연방이 소유하는 有限會社에 연방군과 주둔군이 수행하지 아니하는 범위내에서 航空管制業務를 聯邦參議院의 동의를 얻지 아니하는 法規命令으로 위임할 수 있는 권한을 가진다(제31b조제1항). 또한 聯邦所有의 有限會社는 개정법 제3조에서 聯邦航空管制廳法을 폐지하고 동청의 권한, 직원, 시설 등을 기본적으로 인계하는 형태로 설립되도록 하였다.

비용명령에 따른 비용징수 등을 연방교통부장관이 聯邦參議院의 동의를 얻지 않고 법규명령으로 私法上의 法人에게 위임할 수 있도록 규정하였다(제31c조). 이와 같은 私人에 대한 행정권한의 위임을 내용으로 하는 改正法案은 1990년 5월 31일 연방의회를 통과하고, 동년 6월 22일에 聯邦參議院을 거쳐 일부는 공포일의 다음날로부터, 일부는 1993년 1월1일부터 시행하도록 하였다.

그러나 行政權限의 私人에의 위임을 내용으로 하는 航空法改正法案에 대해 1991년 1월 22일 大統領이 기본법위반을 이유로 署名을 거부하였다. 즉 이 개정법이 의도하는 조직형태의 私法形式化(Privatisierung)가 기본법 제33조제4항과 제87d조제1항에 저촉된다는 것이었다. 우선 제33조제4항에 위반되는 이유로서, 航空管制에 관한 관제관의 활동은 技術的인 特殊性이 있기는 하나 그 법적 성질은 特別警察的인 것이며 그 핵심은 公權力의 행사이다. 따라서 航空管制의 고권적인 권한은 공무원에 의해 행사되는 것이며, 개정법에서 航空管制業務를 공무원이 아닌 자에게 행사하도록 한 것은 문제가 있다는 점이었다. 둘째로는 기본법 제87d조제1항은 航空交通行政이라는 국가사무를 연방의 고유행정으로서 수행하도록 규정하고 있으며 따라서 組織의 私法形式化를 배제하고 있다는 점이다. 航空交通行政은 헌법에 규정된 조직법상의 基準에 위배될 수 없다는 것이다.

이와 같은 이유로 개정법이 大統領에 의해 거부됨으로써 조직개혁은 좌절되었으나, 그 후 CDU, CSU, SPD, FDP 등 各黨은 문제가 되고 있는 基本法을 개정하기로 합의하여 결국 1992년 7월 14일 基本法이 개정되고, 이어 동년 7월 23일 航空法改正法이 성립하였다.<sup>24)</sup> 이 기본법개정에 따른 改正航空法은 군사적인 항공관제와 민간항공관제의 부분적인 통합을 하였으며, 廣域的인 軍事航空管制도 일부에 대해 獨逸航空管制 有限會社가 담당하도록 한 점을 제외하고는 앞서의 航空管制의 조직개혁에 관한 1990년법안의 규정과 기본적으로 동일하다. 이 규정에 따라 항공관제는 聯邦行政의 전속적 관할사항으로 되었으며, 기본법 제33조제4항(高權行使의 公法人으로의 이양)이 적용되지 아니한다.<sup>25)</sup> 즉 改正된 제87d조에 의하면 연방은 航空交通行政을 스스로의 행정시설을 이용하여 國家行政의 형식으로 실시하여야 하며, 또한 私法上의 會社에 의한 이 사무의 실시는 연방이 이 會社의 持分 전부를 소유하더라도 그것은 연방으로부터 分離된

24) Zehntes Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 23.Juli 1992(BGBI. I S.1370).

25) Siegfried Jutzi, 「Organisationskompetenz des Bundes für Bahnpolizei und Luftverkehrssicherung」, DÖV, 1992, S.641f 참조.

것이다. 또한 聯邦이 스스로의 행정으로서 수행하여야 한다는 것은 航空交通에 대한 감독만에 한정하는 것이 아니다. 航空管制에 의해 처리되는 특별경찰적인 사무, 특히 그 핵심에 있는 사무를 담당하는 航空管制官의 高權的인 行政活動은 항공교통의 안전에 있어서 매우 중요하며 航空交通의 주변적 부분으로서 다른 判斷을 할 수 없다는 것을 의미한다. 그렇다고 하여 行政組織의 개혁을 단념한다는 의미가 아니라, 航空交通行政을 연방의 고유한 행정으로 하면서도 다른 조직 형식을 선택할 가능성을 부여하고 있다.<sup>26)</sup>

● 제87d조

- (1) 항공교통행정은 연방고유의 행정으로 수행한다. 공법상 또는 사법상의 조직형태에 대해서는 연방법률로 정한다.
- (2) 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 의해 항공교통행정의 임무를 위탁 행정으로서 주에 위탁할 수 있다.

---

26) BT-Drucksache 12/2450, S.4. 그러나 이 제37차 基本法改正에서는 전통적인 警察行政의 一分野로서 인식되어 온 高權的인 行政活動을 포함한 항공관제행정이 연방과 그 公務員이 아닌 有限會社의 社員에 의해 수행되는 것에 대해 憲法論的으로 충분한 이유를 제시하지 않고 실제적인 必要性을 근거로 조직개혁만을 행한 것으로 평가할 수 있다. 또한 이번의 基本法改正은 기본법 제33조제4항과 행정조직개혁 또는 그에 수반한 行政權限의 民間 내지 私法上의 法人에로의 위임관계가 문제로 된 최초의 사안이라 할 수 있으나, 제33조제4항 자체는 組織改革 또는 權限委任의 통제규범으로서 기능하고 있음이 확인되고 있다. 따라서 行政機關이 私人に 대한 권한위임을 행하는 경우에는 제33조제4항의 制限을 받으며, 입법자도 제33조제4항의 예외로서 명시적으로 의사결정을 하지 않는 한 여전히 제33조제4항의 制限下에 두고 있다는 점은 매우 중요한 의미가 있는 것으로 평가된다.

## IV. 유럽연합의 設立에 수반한 基本法改正 (제38차 개정법률)

제38차 개정은 유럽연합(Europäische Union)의 설립과 관련한 이른바 마스트리히트조약(Maastricht Vertrag)<sup>27)</sup>에 대한 聯邦議會의 同意에 수반한 개정이다. 독일연방의회는 1992년 12월 2일에 특별회의를 개최하여 기명투표결과 출석의원 568인 중 압도적 다수(찬성 543, 반대 17, 보류 8)의 찬성으로 同條約에 동의하였다.<sup>28)</sup> 이 동의에 수반하여 연방의회는 聯邦參議院의 동의를 얻어 동년 12월 21일 전부 8개항목에 걸친 基本法改正을 가결하였다. 한편 이 條約을 비준하기 위한 法律은 연방의회에서는 가결되었으나 일부의원이 聯邦憲法裁判所에 제소하여<sup>29)</sup> 연방대통령이 서명하지 않은 상태에 있었으나, 基本法改正

27) 마스트리히트조약의 原文 및 기타 附屬書에 관한 것은 「Vertrag über die Europäische Union(Maastricht- Vertrag) mit Protokollen, Schlußakte und Erklärungen, EG-Vertrag」, C.H.Beck Texte, München 1993 참조. 또한 김대순, 「EU의 헌법적 구조개관 -마스트리히트조약을 중심으로-」, 現代社會와 法の 發達(均齊梁承斗教授 華甲紀念論文集), 弘文社 1994, 191~212面 참조.

28) 마스트리히트條約이 연방의회에서 광범한 지지를 얻은 배경에는 獨逸統一後의 혼란에 의해 民族主義的인 政黨과 團體의 활동이 활발하게 전개되고 있는 상황에서 유럽통합의 흐름에 統一後의 독일을 명확히 위치지을 수 있다는 인식이 다수 의원에게 공유되고 있었다는 점이다. 한편 이 條約에 반대한 것은 SPD의원의 일부, 90년연합/녹색당의원의 일부와 PDS로서 이들은 특히 獨逸統一과 마스트리히트조약의 비준절차를 거듭 비난하면서 마스트리히트조약의 批准도 독일통일과 같이 市民의 참가도 國民投票도 없이 시행일만이 결정되었다고 비판하였다. 실제로 90년연합/녹색당과 PDS는 마스트리히트條約에 대한 국민투표를 제안하였다. 또한 일부학자들도 마스트리히트조약에 대한 동의는 「基本法 제79조제3항의 헌법에 의해 만들어진 권력(pouvoir constitue)의 범위내에서 憲法改正」으로서 평가할 수 없으며 국민만이 가지고 있는 「始原的 憲法制定權力의 표출」, 「새로운 헌법형성(Verfassungsschaffung)」이라고 하여 조약에 대한 國民投票를 주장하였다. 자세한 내용은 Hans Heinrich Rupp, 「Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entschieden?」, NJW, 1993, S.38ff 참조.

29) 1992년 12월 獨逸聯邦議會에서 마스트리히트조약이 가결되자 이에 반대하는 세력은 條約批准同意로 국가권력의 상당부분을 유럽공동체집행위원회에 양도했다고 주장하면서 여러 건의 違憲訴訟을 독일연방헌법재판소에 제기하였다. 특히 그들은 이 條約에 의한 주권의 포기는 獨逸基本法 제79조제3항이 명시적으로 금지하는 국가의 영속성침해에 해당한다고 주장하였다. 그러나 獨逸聯邦憲法裁判所는 1993년 10월 12일 마스트리히트조약을 위헌이 아니라고 결정하였다. 자세한 내용은 Volkmar Götz, 「Das

法律 자체는 이미 동년 12월 24일자의 官報에 공포되어(BGBI. 1992 IS. 2086), 동개정법률 제2조의 규정에 의해 이듬해 12월 22일부터 시행되고 있다. 이에 따라 聯邦政府는 마스트리히트조약의 발효에 의해 발생하는 다양한 사무를 집행하고 정책을 책정하는 권한을 수권받게 되었다. 이 조약에 대한 同意에 수반하여 신설 또는 개정된 基本法條項은 다음과 같다.

## 1. 제23조

제38차 改正法律이 당초 의도하였던 것은 제23조의 신규정의 도입이며, 이하의 개별개정도 이와 관련한 각조항의 개정이다. 주지하는 바와 같이 기본법 제정 당초의 제23조는 基本法의 「暫定的」 적용범위에 관한 규정이며 그 문언의 말미에 「독일의 기타 부분에 관해서는 이 기본법은 그 가입후에 효력을 발생한다」라는 것이었다. 이 규정에 의거하여 1990년에 舊東獨地域에서 브란덴부르크를 시작으로 하는 5개 州가 연방공화국에 가입하는 형태로 독일통일이 행해진 것이다. 이 통일에 의해 본조는 불필요하게 되었기 때문에 위의 1990년 8월 31일 조인된 統一條約에 의해 일단 삭제된 채로 있었다. 그래서 이번의 개정으로 다음과 같이 금후 설립되어야 할 「유럽연합」을 위한 제원칙에 관한 매우 상세한 새로운 규정을 두었다.

새로이 규정된 제23조는 유럽연합과 관련한 사항에 대하여 各州의 입장을 반영한 결과 聯邦參議院의 기능을 강화하고 있다. 즉 제23조의 규정은 獨逸의 各州가 마스트리히트조약은 유럽공동체의 권한강화를 의도하는 것으로서 그에 따라 각주의 권한상실이 심각하게 되었다는 인식하에 各州의 권한상실에 대한 대가를 요구하면서, 共同憲法審議委員會에서 많은 논쟁이 제기되어 성립한 것이다. 이를 좀더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.<sup>30)</sup>

첫째, 基本法 제23조제1항에 규정된 유럽연합에 대한 高權移讓의 문제이다. 다음에 살펴보는 바와 같이 유럽공동체(Europäischen Gemeinschaft : EG)

---

Maastricht - Urteil des Bundesverfassungsgericht, JZ, 1993, S.1081f ; Christian Tietje, 「Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Maastricht-Urteil, Solange III?」, JUS, 1994, S.197f. 참조.

30) 자세한 내용은 Rupert Scholz, 「Grundgesetz und europäische Einigung」, NJW 1992, S.2593f ; Ders, 「Europäische Union und deutscher Bundesstaat」, NVwZ 1993, S.817f 참조.

에의 高權移讓은 기본법 제24조제1항을 기초로 행하여 졌다. 이 규정의 문제점으로서는 聯邦參議院의 동의없이 高權移讓이 가능한가라는 점이 지적되었으며, 또한 마스트리히트조약에 따른 유럽연합이 기본법 제24조제1항에서 의미하는 「國家機關」으로 볼 수 있는가의 문제도 제기되었다. 이 논점에 대해 베를린에서 개최된 공청회에서 “기본법 제24조제1항은 제한된 高權(limitierte Hoheitsrechte)을 이양하는 것을 허용하고 있다. 즉, 동조에 의하면 이 규정에 따른 法律에 의해서 그 한계가 규정되어 있는 사항적으로 한정되어 있는 권한만이 이양할 수 있는 것이며, 이 규정은 超國家的組織이 그에 구체적으로 부과된 임무를 적절히 수행하기 위해 필요로 하는 권한분배만을 포함하는 것이다. 유럽공동체는 유럽연합의 형태에서도 여전히 國家共同體(Staatsgemeinschaft)이며 국가가 아니라 할지라도 國家와 고전적 國際機關의 중간형태이며, 이미 연방국가구조에 접근하고 있다는 의미에서 全聯邦的 特徵을 가진다. 특히 통화동맹은 독일정치를 대폭 규정하는 것이며 유럽연합은 그 본질에 있어서 目的團體類似的 구조물을 초월하는 것이다. 따라서 결국 基本法 제24조제1항은 충분한 기초가 될 수 없다……”라는 견해와<sup>31)</sup> “기본법 제24조제1항의 國家機關의 의미에 대해 기본법은 아무런 설명도 없으며 개념 그 자체로 부터는 복수의 국가가 참가하는 主權을 행사하는 기관이라는 의미로 이해할 수 밖에 없으며 따라서 權限領域의 점에서도 고권적 행동의 강도의 점에서도 高權移讓에 적합한 조직형태는 대단히 可變的이다. 기본법의 제정자가 國家機關의 개념을 사항적으로 한정된 범위를 가진 구조물로서 구상한 것은 아니다. ……유럽연합은 종래의 각종 조약을 포함하면서 그것에 通貨同盟을 부가한 또한 다른 영역에서 특별한 형태의 공동작업을 도입하는 것이며, 이 조약에 의한 개정은 기본법 제24조제1항의 범위를 넘는 신종의 도약을 가져오는 것이 아니다. 종래의 유럽연합의 행동은 國家라는 정치적, 사회적, 경제적 행위의 공동작업에서 생긴 것이다.”라는 견해<sup>32)</sup> 등이 제기되었다. 이에 대해 共同憲法審議委員會는 특정적으로 유럽통합에 초점을 둔 독자적인 유럽조항을 기본법 제24조제1항과는 별도로 독립하여 규정하고, 기본법 제24조제1항은 현재의 조문대로 그대로 두고 NATO 등 전통적 의미에서의 國家機關에는

31) Klaus Stern, 「Stellungnahme für die Anhörung zum Thema “Grundgesetz und Europa”」, insbesondere Artikel 24, 28, 32, 88, in der Gemeinsamen Verfassungskommission in Berlin am 22. Mai 1992, S.14ff.

32) Ronald Bieber, Stellungnahme für die Gemeinsame Verfassungskommission zu der Anhörung “Grundgesetz und Europa” am 22. Mai 1992 in Berlin, S.2ff.



종래 통용되는 대로 적용하며, 따라서 마스트리히트조약을 비준하기 위하여 현행 基本法 제24조제1항으로 충분한가의 여부문제는 미해결로 둔다는 합의를 하였다.<sup>33)</sup> 그리하여 기본법 제23조에 유럽연합에 대한 高權移讓만을 대상으로 하는 규정이 삽입되기에 이르렀다. 따라서 아래에서 보는 바와 같이 基本法 제23조제1항에서 유럽연합의 형태에 있어서 유럽통합의 실현에 관한 명문의 수권규정을 두고 있다. 그러한 의미에서 이 조항은 이른바 「統合開放條項(Integrationsöffnungsklausel)」임과 동시에 독일연방공화국은 유럽연합의 발전에 협력한다는 의미에서 「構造保障條項(Struktursicherungsklausel)」이라고 할 수 있다.<sup>34)</sup>

둘째, 高權移讓에 대한 연방참의원의 동의문제와 관련하여 “모든 고권이양에 대해 聯邦參議院의 동의를 필요로 하는 점에는 의문의 여지가 있다. 그 이유는 연방참의원의 동의는 聯邦과 州의 관계에서 권한분배의 전체구상, 聯邦政府의 외교정책적 행동능력과 관계되는 것이기 때문이다. 기본법 제24조가 의미하는 國家機關에는 유럽공동체뿐 아니라 NATO 등도 포함되는 것이며 安全保障政策의 영역에 대한 연방참의원의 관여는 기본법의 권한구조의 대폭적인 修正의 의미한다. 따라서 국내법에 있어서 州의 권한인 高權이 이양되는 경우에만 연방참의원의 동의를 필요하다”라는 제안도 있었다.<sup>35)</sup> 결국 共同憲法審議委員會는 기본법 제23조제1항을 특징적으로 유럽연합에 관한 규정으로 구상함으로써 유럽연합에로의 高權移讓에 관해서는 연방의 권한과 관련한 것이거나 州의 권한에 관련한 것이거나를 불문하고 연방참의원의 동의를 요하는 것으로 결정되었다.

셋째, 基本法 제79조제2항과 제3항의 적용의 문제이다. 아래에서 보는 것처럼 기본법 제23조제1항에는 유럽연합의 창설 및 그와 관련한 高權移讓에 대해 제79조제2항과 제3항이 적용되도록 규정하고 있다. CDU/CSU소속의 연방의회 의원은 이 조항은 SPD의 요망에 의해 도입된 것이라고 하며<sup>36)</sup>, 그 의미에 대해 “聯邦憲法裁判所의 판결에 의하면 (구)기본법 제24조의 효력하에서는 그것이 우리의 헌법질서의 본질적 구조에 대한 침해로 결부되지 않는 한 通常法律로서, 따

33) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 7. Sitzung am 4.6.1992, S.2.

34) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 3. Sitzung am 12.3.1992, S.21f. ; Stephan Rohn/Rüdiger Sannwald, 「Die Ergebnisse der Gemeinsamen Verfassungskommission」, ZRP 1994, S.67.

35) K.Stern, a.a.O., S.18f.

36) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 8. Sitzung am 26.6.1992, S.4.

라서 헌법을 개정하는 3분의 2의 다수없이 고권을 國家機關에 이양할 수 있다. 현재에는 유럽사항에 관한 유럽연합에 대한 고권이양은 항상 3분의 2의 다수에 구속된다. 따라서 高權移讓에 대해서는 헌법개정 정족수가 필요하다”라고 주장하였다.<sup>37)</sup>

넷째, 제23조제5항에 규정된 聯邦의 의사형성에 대한 州의 관여문제이다. 이 문제를 둘러싸고 연방과 州와의 이해가 대립하여 共同憲法審議委員會에서 합의를 도출하기가 매우 어려웠다. 우선 아래에서 보는 것처럼 基本法 제23조제5항은 「연방정부가 聯邦參議院의 태도결정을 고려한다(berücksichtigen)」라는 부분과 「聯邦參議院의 태도결정이 권위있는 것으로서 고려한다(maßgeblich zu berücksichtigen)」라는 부분에서 前者의 고려한다라는 것은 聯邦政府가 최종적 결정권을 장악하는 것을 의미하며, 後者 즉 권위있는 것으로 고려한다라는 것은 聯邦參議院이 최종적인 결정권을 장악한다는 것을 의미한다.<sup>38)</sup> 따라서 EG에 있어서 독일의 입장에 대해 聯邦參議院이 결정하는 부분이 발생하게 되었다. 共同憲法審議委員會에서 가장 쟁점이 되었던 것은 연방참의원의 최종결정권을 지닌 영역을 어느 범위에서 허용할 것인가였다. 이에 대해 “聯邦共和國의 내부적 의사결정에 즈음한 州의 최종결정권을 州의 始原的 權限의 영역, 즉 전속적 입법 권한에 한정하는 것이 정당하다”는 견해와<sup>39)</sup> “州의 專屬的 立法權限에 관련된 경우에만 聯邦參議院의 최종적 결정권을 인정하는 것은 매우 협소하며 연방이 권한을 행사하지 않는 競合的 立法에 대해서도 州의 최종결정권을 용인하는 것이 바람직하다”라는 견해가 있었다.<sup>40)</sup> 이에 대해 결국 聯邦政府가 최종결정권을 가지는 것은 「연방이 전속적 관할권(ausschließliche Zuständigkeiten)을 가지는 영역에서 各州의 이해가 관계하거나 聯邦이 立法權을 가지는 기타 경우」이며, 聯邦參議院이 최종결정권을 가지는 영역은 「각주의 立法權限, 행정기관의 설치 또는 행정절차가 중요한 사항인 경우」로 규정되었다. 그리고 聯邦의 外交權限과 관련하여 연방참의원의 최종결정권은 몇 가지 관점에서 제약이 가해지고 있다.

37) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 8. Sitzung am 26.6.1992, S.4.

38) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 7. Sitzung am 4.6.1992, S.2.

39) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 7. Sitzung am 4.6.1992, S.3.

40) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 7. Sitzung am 4.6.1992, S.8.

즉 ①제23조제5항의 문언에서 보듯이 「그 한도내에서(inside)」라는 문언이 聯邦參議院의 최종결정권의 하나의 제약이 된다. EG의 어떤 조치에 대해 각주의 입법권한, 행정기관의 설치 또는 행정절차가 중요한 사항인 경우 그 限度內에서 연방참의원의 최종결정권이 부여되나 다른 한편 다른 부분에서는 聯邦政府가 최종결정권을 가진다. ②財政的 觀點에서의 제약이 있다. 즉 「연방의 세출증대 또는 세입감소를 초래하는 사항에 대해서는 聯邦政府의 동의를 요한다」. 이는 기본법 제113조에 대응하는 것이다. ③聯邦參議院의 태도결정이 권위있는 것으로 고려되는 경우에도 결정에 있어서 「聯邦全體의 국가적 책임」이 유지되어야 한다. 「연방전체의 국가적 책임」은 특히 聯邦의 권한영역인 외교, 통합, 안전보장행정의 영역에 미친다.

다섯째, 아래에서 보는 바와 같이 기본법 제23조제6항에서는 각주의 대표자가 유럽연합의 구성원으로서의 獨逸聯邦共和國에 유지하는 권리를 행사하는 것을 인정하고 있다. 마스트리히트조약에 의해 개정된 로마조약 제146조는 閣僚次元의 州政府構成員이 각료이사회에서 加盟國을 대표하여 행동하는 것을 인정하였으나 동조는 이에 대응하는 것이다. 기본법 제32조에서 聯邦이 외교를 수행할 권한을 가지고 있음은 말할 것도 없으나, 이 개정으로 各州의 대표자가 독일연방 공화국을 대표하여 행동할 가능성이 인정된 것은 획기적이라 할 수 있다. 州가 EG에서 연방공화국의 권리를 행사하는데 있어서 연방정부는 기본법 제79조제3항에 보호된 聯邦國家原理를 근거로 부정적 태도를 취하였다. 따라서 주에 의한 外交와 기본법 제79조제3항의 저촉이 논의의 대상이 되었다. 특히 共同憲法審議委員會에서 중점적으로 논의된 사항은 EG에서 州의 연방공화국의 권리행사라는 州의 주장에 대해 연방의 외교권과의 관계에서 어느 정도 제약을 가하는 것이 가능한가라는 점이었다. 이에 대해 州側은 연방은 권리행사를 각주의 대표자에게 「移讓하거나(übertragen)」, 권리행사는 각주의 대표자에게 「移讓되어야 한다(übertragen werden müssen)」라는 표현형식의 채용을 주장하였다. 이에 대해 연방은 이양할 것인가의 여부에 대해 聯邦의 정치적 재량의 여지를 남겨두는 표현형식인 「移讓할 수 있다(kann übertragen werden)」라고 주장하였다. 그리하여 聯邦과 州의 타협으로서 「移讓하는 것으로 한다(soll übertragen werden)」라는 문구가 채용되기에 이르렀다.<sup>41)</sup> 이 규정은 권리행사를 각주의 대표자에게 移讓하는 것을 원칙으로 하면서도 다른 한편 聯邦의 外交權限으로부터

41) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht der 7. Sitzung am 4.6.1992, S.3.

발생하는 구체적 사정에 대응한 선택의 여지를 허용한 것이며, 향후 이 例外的 범위를 둘러싼 논의가 예상된다. 또한 各州의 대표자의 권리행사에도 제약을 가하고 있다. 즉 聯邦參議院이 지명하는 각주의 대표자의 외교교섭은 ①聯邦政府의 참여하에, ②연방정부와의 意見調整을 한 후에 성립되며 이 경우 ③聯邦全體의 국가적 책임이 유지되어야 한다라고 규정하고 있다.

이상과 같은 제23조의 내용에 대해서는 한편으로는 각주의 權限喪失을 보전하기 위한 국내적 관여권한의 확대를 요구하는 州의 일관된 태도가 성공을 거두었으며, 새로운 유럽조항은 各州와 聯邦主義의 승리라는 견해<sup>42)</sup>와 기본법 제23조는 聯邦과 州의 상호보충에 이를 가능성이 있는 절차의 복잡성과 민주적 책임의 명확성이 불철저하다고 지적하면서 독일이 EG에서 獨逸代表者의 행동능력을 손상케 하는 유럽의 저지조항(Europa - Behinderungsdartikel)을 초래하였다고 의문을 표명하는 견해<sup>43)</sup>도 있으나, 향후 이 조항에 대해서는 學問的인 評價와 실무적인 운용에서 판가름되게 될 것이다.<sup>44)</sup>

#### ● 제23조

(1)독일연방공화국은 통합유럽의 실현을 위해 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원리와 보충성(Subsidiarität)의 원칙에 구속되며, 기본법에 실질적으로 대응하는 기본권의 보호를 보장하는 유럽연합의 발전을 위해 노력한다. 이를 위해 연방은 연방참의원의 동의를 얻은 법률로서 고권(Hoheitrechte)을 이양할 수 있다. 기본법이 그 내용에서(seinem Inhalt nach) 변경 또는 보충되거나 변경 또는 보충될 가능성이 있는 유럽연합의 설립과 그 조약에 따른 근거(ihre vertragliche Grundlage)의 변경이 있으면 제79조제2항과 제3항을 적용한다.

(2)연방의회는 유럽연합의 사항(Angelgenheiten)에 관해 협력하며, 각주도

42) Paul Wilhelm, 「Europa im Grundgesetz : Der neue Artikel 23」, BayVBl. 1992, S.710.

43) Thomas Opperman/Claus Dieter Classen, 「Die EG vor der Europäischen Union」, NJW 1993, S.12.

44) 이와 같은 聯邦政府와 연방의회 및 연방참의원의 유럽연합에 관한 관계를 규율하기 위하여 「Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der EU vom 12.3.1993, BGBl. I S.313 ; Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschen Bundestag in Angelegenheiten der EU vom 12.3. 1993, BGBl. I S.311」 등이 마련되었다.

연방참의원을 통해 이에 협력한다. 연방정부는 연방의회와 연방참의원에 대해 포괄적으로 또한 가능한 한 신속하게 보고(unterrichten)하여야 한다.

(3) 연방정부는 유럽연합의 입법행위(Rechtsetzungsakten)에 협력하기에 앞서 연방의회에 대해 그 태도결정(Stellungnahme)의 기회를 부여한다. 연방정부는 교섭시(Verhandlungen)에 연방의회의 태도결정을 고려한다. 상세한 것은 법률로 정한다.

(4) 연방참의원은 그에 대응하는 국내적 조치에 협력하여야 하거나 각주가 국내에서 관할권을 가지는 경우에 그 한도내에서 연방의 의사형성에 참가한다.

(5) 연방이 전속적 관할권(ausschließliche Zuständigkeiten)을 가지는 영역에서 각주의 이해가 관계하거나 연방이 입법권을 가지는 기타 경우에는 그 한도내에서 연방정부는 연방참의원의 태도결정을 고려한다. 각주의 입법권한, 행정기관의 설치 또는 행정절차가 중요한(im Schwerpunkt) 사항인 경우에는 그 한도내에서 연방의 의사형성에 연방참의원의 의견(Auffassung)을 권위있는 것으로서 고려하여야 한다. 이 경우 연방전체의 국가적 책임(gesamtstaatliche Verantwortung)은 유지되어야 한다. 연방의 세출증대(Ausgaben-erhöhungen) 또는 세입감소(Einnahmevermindierungen)를 초래하는 사항에 대해서는 연방정부의 동의를 요한다.

(6) 각주의 전속적 입법권한(Gesetzgebungsbefugnisse)이 중요한 사항으로 되는 경우 독일연방공화국이 유럽연합의 구성원으로서 유지하는 권리의 주장은 연방으로 부터 연방참의원이 지명하는 각주의 대표자(Vertreter)에게 이양하는 것으로 한다. 그 각권리의 주장은 연방정부의 참여와 의견조정(Abstimmung)하에 성립되며, 연방전체의 국가적 책임이 유지되어야 한다.

(7) 제4항부터 제6항에 관해 상세한 것은 연방참의원의 동의를 얻은 법률로 정한다.

## 2. 제24조

제24조의 改正은 위의 제23조의 부가이며, 종래의 高權移讓에 관한 제24조의 조항의 부가이다. 聯邦法律에 의한 고권(Hoheitsrechte)의 이양에 관해 정한 본조는 이 개정으로 제1항과 제2항 사이에 다음의 제1a항이 삽입되었다. 종래는 高權의 移讓은 연방만의 권한이었으나 이 규정의 부가로 州도 연방정부의

동의를 얻어 경계를 인접하고 있는 國家諸機關에 고권을 이양하는 권한을 승인 받게 되었다.

그리고 제24조제3항(개정전 제24조제2항)과 관련하여 獨逸聯邦軍의 PKO 파병을 둘러싼 헌법논쟁이 제기되었다. 연방정부와 여당 CDU/CSU는 연방군의 PKO파병은 기본법 제24조제2항으로 합리화되는 것으로서 아드리아해에 海軍을, 보스니아상공감시에 空軍을, 소말리아에 陸軍을 각각 파견하였다. 이에 대해 야당 SPD는 자국방위의 목적이외의 연방군의 출동은 基本法에 명시적인 규정이 있어야 가능하다는 규정(제87a조제2항)을 거론하여 PKO파병에는 명문의 근거 없는 憲法違反이라고 주장하여 연방헌법재판소에 위헌심사를 제기하였다.<sup>45)</sup> 共同憲法審議委員會는 여야당의 이러한 입장에 대응한 기본법개정안이 제출되었다. SPD는 우선 제24조제3항에 한정적인 PKO참가를 규정하는 신조항을 제안하였다. 즉, 「聯邦은 군대구성원을 전투위탁이 없는 平和維持活動을 위해서만 국제연합의 지위하에 들 수 있다. 비무장군대구성원은 國際聯合 또는 관계국가의 요청에 따라 환경파괴를 저지하거나 인도적 구원활동 또는 재해구조활동을 위하여 제공한다」라고 규정할 것을 제안하였다. 또한 제87a조제2항에 평화유지활동을 위한 군대파견의 요건으로서 ①安保理의 결정에 따라 國際聯合事務總長의 요청이 있고, ②紛爭當事國이 파견에 동의하며, ③派遣되는 군대구성원은 임의로 자원한 자에 한하며, 자위를 위한 무기만을 무장하고 ④派遣에 대해 연방정부가 연방의회와 同意를 받을 것 등을 주장하였다. 파견되는 병사에 대한 「임의의 자원」요건은 병역의무는 자국방위를 의무로 하는 것이며 그 이상의 活動의 참가를 강제할 수 없다는 해석을 전제로 한다. 또한 의회관여의 요건은 본질적으로 人權侵害와 관련한 사항은 立法者 = 議會에 의한 정당화가 필요하다는 연방헌법재판소의 本質性理論에 따른 것이며, 군대의 출동은 이 적용례라는 것이다. SPD는 이상과 같은 기본법규정의 보충이 있어야 비로소 연방군의 PKO참가가 헌법상 가능하다고 주장하였다.

한편 CDU/CSU는 헌법상 해석의 명확화를 위해 제24조제2항a를 신설하고 제87a조와 관계없이 聯邦軍이 출동할 수 있는 경우를 규정할 것을 제안하였다. 즉, ①國際聯合安保理의 결정에 따른 또는 國際聯合憲章의 의미에서 지역적 결정의 범위내에서 평화유지활동, ②국제연합안보리의 결정에 따른 국제연합헌장 제7, 8장에 의한 평화회복조치 및 ③동 헌장 제51조에 따른 동맹관계 및 기타 지

45) Bähr, 「Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der vereinten Nationen」, ZRP, 1994, S.97~103.

역적 결정의 범위내에서 타국과 공동으로 하는 집단적 자위권의 행사 등이다. 다만 ①과②에 대해서는 聯邦議會의 과반수, ③에 대해서는 2/3 이상의 동의를 요건으로 하였다. 동당의 견해에 의하면 국연가맹이래 이미 독일은 國際平和維持를 위한 이상의 활동이 의무화되었던 것이나, 동독과의 이중가입, 연합국에 의한 主權制限의 잔존 등의 조건이 독일의 군사적 관여를 억제시켜 왔다. 그러나 이제 통일된 유럽에서 동권적인 일원으로서 世界平和에 이바지하는 시기가 도래하였음을 지적하였다. 이상에 대해 PDS는 聯邦軍의 PKO파병을 전혀 인정하지 아니하는 입장에서 집단안전보장기구에의 참가는 자국방위의 목적이외에는 허용될 수 없다는 규정을 신설할 것을 제안하였다.

共同憲法審議委員會는 「군사적 국제공헌」의 문제외에 나아가 제26조관계(무기 수출제한, ABC병기의 포기), 제4조제3항관계(양심적 병역거부) 등에 대해 심의를 하였다. 그러나 1993년 7월 1일 委員會表決에서는 어떠한 제안도 다수를 획득하지 못하였다.<sup>46)</sup> 그리고 聯邦憲法裁判所는 1994년 7월 12일 연방정부와 CDU/CSU주장을 수용하는 결정을 내렸다.<sup>47)</sup> 즉, “제24조제2항은 集團安全保障機構에의 참가와 그에 따른 주권제한을 인정한 것이며, 동시에 그러한 기구에의 소속과 결부된 과제의 人員數 및 기구의 범위내에서의 발생하는 출동에 聯邦軍을 이용하는 법적 기초를 제공하는 것이다. 제87a조제2항은 제24조제2항의 이러한 의미에서 적용을 방해하는 것이 아니다”고 하였다. 그러나 판결은 聯邦政府가 연방군의 파견에 즈음하여 원칙으로 사전에 창설적인 효과를 가지는 것으로서의 연방의회 同意를 요구할 의무가 있음을 명시하고, 이것이 최저의 요건이며 이를 넘은 의회적인 통제의 형식과 정도를 정하는 것이 입법자에게 맡겨져 있다고 하였다. 이 점은 의회에 대해 PKO派遣法の 제정가능성을 시사한 것으로 받아들여 졌다.<sup>48)</sup> 기타 중요한 논점은 판결은 ①제24조제2항에 말하는 집단적 안전보장제도가 國際聯合型의 것일뿐 아니라 NATO형의 것도 포함한다는 점을 명확히 하였으며, ②집단적 안전보장기구에 참가하는 立法者의 同意(조약의 승인)가 군대를 기구에 편입하는 것과 기구의 군사행동에 獨逸軍이 관여하는데 대한 동의를 포함한다고 설명하였다. 후자의 설명은 독일군의 PKO참가는 임의적이어야 한다고 인식하는 SPD의 해석을 부정하는 것이다.<sup>49)</sup> 聯邦憲法裁判所의

46) BT-Drucksache 12/6000, S.101~106.

47) BVerfGE 90,286.

48) W.Heun, 「Anmerkungen」, JZ, 1994, S.1073f.

49) 자세한 내용은 C.Arndt, 「Verfassungslichte Anforderungen an internationale Bundeswehreinsetze」, NJW, 1994, S.2197f 참조.

판결을 받아 연방의회는 7월 22일 이미 파견된 PKO에 대한 연방정부의 신청에 동의를 하였으며, SPD도 찬성하였다.

● 제24조

(1) 연방은 법률에 의해 고권을 국제기관에 이양할 수 있다.

(1a) 각주가 국가적 권능의 행사와 국가적 임무의 수행에 관할권을 가지는 경우 각주는 연방정부의 동의를 얻어 인접한 국가제기관(grenznachbarschaftliche Einrichtungen)에 고권을 이양할 수 있다.

(2) 연방은 평화를 유지하기 위하여 상호적 집단안전보장제도에 가입할 수 있다. 이 경우 연방은 그 주권을 제한하거나 유럽 및 세계의 각국민간에 평화롭고 영속적인 질서를 가져오며 또한 보장하는데 동의한다.

(3) 생략

### 3. 제28조제1항

제28조제1항은 郡(Kreis) 및 邑(Gemeinde)의 헌법질서가 法治國家的 原則에 적합하여야 할 것을 정한 헌법보장적 규정이나, 이번의 개정에 의해 그 제1항제2문하에 「郡 및 邑의 선거에서는 유럽공동체조약의 권리의 규정에 따라 유럽共同體構成國의 국적을 가지는 자도 選舉權과 被選舉權을 가진다(wahlberechtigt und wählbar)」라는 제3문이 삽입되어 본항은 전체로 아래와 같은 규정이 되었다. 이 규정은 郡 및 邑에서의 선거에 즈음하여 憲法改正이라는 방법으로 外國人의 선거권을 인정하기에 이른 획기적인 규정이다.<sup>50)</sup> 그 이유는 聯邦憲法裁判所는 앞서 슬레스비히=홀슈타인주가 그 선거법개정(1989년 2월21일)에 의해 郡 및 邑에서의 선거에서 외국인 선거권을 인정한(본래 유럽공동체에 속하는 모든 국가가 아니라 덴마크, 아일랜드 등 6개국의 국적을 가지는 외국인에 한정된 것이나)데 대해, 1990년 10월 31일의 판결에서 기본법 제28조1항에 말하는 「國民(Volk)」의 개념은 州, 郡, 邑의 어느 차원에서도 「독일인」만이며 그 때문에 이 개정법은 「基本法 제28조제1항과 상반되는 무효」라는 취지의 전원 일치판결을 하였기 때문이다.<sup>51)</sup> 따라서 이번의 基本法改正은 연방헌법재판소가

50) 獨逸에 있어서 外國人의 참정권문제에 관한 것은 葛奉根, 「獨逸聯邦共和國에 있어서의 外國人의 選舉權」, 法學研究(충남대) 제1집, 1990.12., 1~12면 참조.

51) BVerfGE 83, 37.



역적 결정의 범위내에서 타국과 공동으로 하는 집단적 자위권의 행사 등이다. 다만 ①과②에 대해서는 聯邦議會의 과반수, ③에 대해서는 2/3 이상의 동의를 요건으로 하였다. 동당의 견해에 의하면 국연가맹 이래 이미 독일은 國際平和維持를 위한 이상의 활동이 의무화되었던 것이나, 동독과의 이중가입, 연합국에 의한 主權制限의 잔존 등의 조건이 독일의 군사적 관여를 억제시켜 왔다. 그러나 이제 통일된 유럽에서 동권적인 일원으로서 世界平和에 이바지하는 시기가 도래하였음을 지적하였다. 이상에 대해 PDS는 聯邦軍의 PKO파병을 전혀 인정하지 아니하는 입장에서 집단안전보장기구에의 참가는 자국방위의 목적 이외에는 허용될 수 없다는 규정을 신설할 것을 제안하였다.

共同憲法審議委員會는 「군사적 국제공헌」의 문제외에 나아가 제26조관계(무기 수출제한, ABC병기의 포기), 제4조제3항관계(양심적 병역거부) 등에 대해 심의를 하였다. 그러나 1993년 7월 1일 委員會表決에서는 어떠한 제안도 다수를 획득하지 못하였다.<sup>46)</sup> 그리고 聯邦憲法裁判所는 1994년 7월 12일 연방정부와 CDU/CSU주장을 수용하는 결정을 내렸다.<sup>47)</sup> 즉, “제24조제2항은 集團安全保障機構에의 참가와 그에 따른 주권제한을 인정한 것이며, 동시에 그러한 기구에의 소속과 결부된 과제의 人員數 및 기구의 범위내에서의 발생하는 출동에 聯邦軍을 이용하는 법적 기초를 제공하는 것이다. 제87a조제2항은 제24조제2항의 이러한 의미에서 적용을 방해하는 것이 아니다”고 하였다. 그러나 판결은 聯邦政府가 연방군의 파견에 즈음하여 원칙으로 사전에 창설적인 효과를 가지는 것으로서의 연방의회의 同意를 요구할 의무가 있음을 명시하고, 이것이 최저의 요건이며 이를 넘은 의회적인 통제의 형식과 정도를 정하는 것이 입법자에게 맡겨져 있다고 하였다. 이 점은 의회에 대해 PKO派遣法の 제정가능성을 시사한 것으로 받아들여 졌다.<sup>48)</sup> 기타 중요한 논점은 판결은 ①제24조제2항에 말하는 집단적 안전보장제도가 國際聯合型의 것일뿐 아니라 NATO형의 것도 포함한다는 점을 명확히 하였으며, ②집단적 안전보장기구에 참가하는 立法者의 同意(조약의 승인)가 군대를 기구에 편입하는 것과 기구의 군사행동에 獨逸軍이 관여하는데 대한 동의를 포함한다고 설명하였다. 후자의 설명은 독일군의 PKO참가는 임의적이어야 한다고 인식하는 SPD의 해석을 부정하는 것이다.<sup>49)</sup> 聯邦憲法裁判所의

46) BT-Drucksache 12/6000, S.101~106.

47) BVerfGE 90,286.

48) W.Heun, 「Anmerkungen」, JZ, 1994, S.1073f.

49) 자세한 내용은 C.Arndt, 「Verfassungslichte Anforderungen an internationale Bundeswehreinsetze」, NJW, 1994, S.2197f 참조.

판결을 받아 연방의회는 7월 22일 이미 파견된 PKO에 대한 연방정부의 신청에 동의를 하였으며, SPD도 찬성하였다.

● 제24조

(1) 연방은 법률에 의해 고권을 국제기관에 이양할 수 있다.

(1a) 각주가 국가적 권능의 행사와 국가적 임무의 수행에 관할권을 가지는 경우 각주는 연방정부의 동의를 얻어 인접한 국가제기관(grenznachbarschaftliche Einrichtungen)에 고권을 이양할 수 있다.

(2) 연방은 평화를 유지하기 위하여 상호적 집단안전보장제도에 가입할 수 있다. 이 경우 연방은 그 주권을 제한하거나 유럽 및 세계의 각국민간에 평화롭고 영속적인 질서를 가져오며 또한 보장하는데 동의한다.

(3) 생략

### 3. 제28조제1항

제28조제1항은 郡(Kreis) 및 邑(Gemeinde)의 헌법질서가 法治國家의 原則에 적합하여야 할 것을 정한 헌법보장적 규정이나, 이번의 개정에 의해 그 제1항제2문하에 「郡 및 邑의 선거에서는 유럽공동체조약의 권리의 규정에 따라 유럽共同體構成國의 국적을 가지는 자도 選舉權과 被選舉權을 가진다(wahlberechtigt und wählbar)」라는 제3문이 삽입되어 본항은 전체로 아래와 같은 규정이 되었다. 이 규정은 郡 및 邑에서의 선거에 즈음하여 憲法改正이라는 방법으로 外國人의 선거권을 인정하기에 이른 획기적인 규정이다.<sup>50)</sup> 그 이유는 聯邦憲法裁判所는 앞서 슐레스비히=홀슈타인주가 그 선거법개정(1989년 2월21일)에 의해 郡 및 邑에서의 선거에서 외국인 선거권을 인정한(본래 유럽공동체에 속하는 모든 국가가 아니라 덴마크, 아일랜드 등 6개국의 국적을 가지는 외국인에 한정된 것이나)데 대해, 1990년 10월 31일의 판결에서 기본법 제28조1항에 말하는 「國民(Volk)」의 개념은 州, 郡, 邑의 어느 차원에서도 「독일인」만이며 그 때문에 이 개정법은 「基本法 제28조제1항과 상반되는 무효」라는 취지의 전원 일치판결을 하였기 때문이다.<sup>51)</sup> 따라서 이번의 基本法改正은 연방헌법재판소가

50) 獨逸에 있어서 外國人의 참정권문제에 관한 것은 葛奉根, 「獨逸聯邦共和國에 있어서의 外國人의 選舉權」, 法學研究(충남대) 제1집, 1990.12., 1~12면 참조.

51) BVerfGE 83, 37.

이 판결의 말미에서 “그렇다고 하여 현재 유럽공동체에서 논의되고 있는 外國人의 지방자치체선거권의 도입이 기본법 제79조제3항에 의해 허용되는 憲法改正의 대상이 될 수 없다라고는 할 수 없다”<sup>52)</sup>라고 하여 기본법개정에 의한 길을 시사한 것을 받아들인 것이다. 그러나 이 기본법개정은 위의 슐레스비히=홀슈타인州 選舉法이 단순히 선거권(Wahlberechtigung)만을 인정한데 불과한데 대해 위와 같이 被選舉權(Wählbarkeit)에 관해서도 이를 인정하는 취지인 점에서는 聯邦憲法裁判所의 시사보다도 더욱 앞선 개정이라고 할 수 있다.

그런데 1992년 2월에 조인된 마스트리히트조약은 로마조약을 개정하는 형식으로 「연합시민권」을 도입하였으나, 개정후의 로마조약 제8b조제1항에 의해 「EG가맹국시민」 = 「연합시민」은 자기가 國籍을 가지지 않는 다른 EG가맹국에 居住하는 경우에는 그 국가의 國民과 동일한 조건하에 지방선거의 선거권과 피선거권을 가지도록 하였다. 이 지방선거권은 이른바 「연합시민권의 核心部分」<sup>53)</sup>으로서 위에서 언급한 연방헌법재판소의 판결에 의하면 EG가맹국시민에 대한 選舉權附與는 기본법 제28조제1항에 위반한다. 그래서 연방정부와 CDU/CSU는 마스트리히트조약을 비준하는 전제로서 EG가맹국시민에 대해 選舉權을 부여하기 위한 基本法 제28조제1항의 개정이 현안문제로 대두되었다. 그러나 야당인 SPD는 기본법 제28조제1항의 개정필요성에 대해서는 공감하나, EG가맹국 시민에게만 地方選舉權을 부여하려는 연방정부와 CDU/CSU측의 입장을 반대하면서 모든 外國人에 대해 지방선거권을 부여할 것을 주장하였다. 그리하여 共同憲法審議委員會에서 SPD측에서의 태도변화로 결국 EG가맹국 시민에게만 地方選舉權을 부여한다는 결의권고가 다수의 찬성으로 가결되었다.<sup>54)</sup>

## ● 제28조

(1) 각주의 헌법질서는 기본법의 공화제적, 민주적, 사회적 법치국가적 원리에 합치하여야 한다. 주, 군 및 읍에서 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의해 선출된 대표기관을 가져야 한다. 읍에서는 대표기관에 대치하는 읍회의를 도입할 수 있다. 군 및 읍의 선거에서는 유럽공동체조약의 권리의 규정에 따라 유럽공동체구성국의 국적을 가지는 자도 선거권과 피선거권을 가진다

52) BVerfGE 83, 37, 59.

53) Hans Georg Fischer, 「Die Unionsbürgerschaft」, EuZW 1992, S.586.

54) Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht, 8. Sitzung am 26.6. 1992, S.23.

(wahlberechtigt und wählbar).

(2) 읍은 법률의 범위내에서 지역공동체의 모든 사항을 자기책임하에서 규율할 권리가 보장되어야 한다. 읍조합도 그 법률상의 임무영역의 범위내에서 법률의 규정에 따라 자치권을 가진다. 자치권은 재정적 자기책임(finanzielle Eigenverantwortung)의 기초하에 보장된다.

(3) 생략

#### 4. 제45조

이 조항은 基本法 제3장의 연방의회에 관한 개정으로서 신규정의 도입이다. 본조는 1949년 당초의 규정에서는 聯邦議會가 설치하는 「상임위원회」에 관해 다음과 같이 규정하였다. 즉, 「(1)聯邦議會는 두개의 피선거간사이에 연방정부에 대한 연방의회의 권리를 수권할 常任委員會를 둔다. 상임위원회는 조사위원회의 권리도 가진다. (2)그 이상의 권한, 특히 입법권과 연방수상선출권 및 연방대통령소추권은 상임위원회에 귀속되지 아니한다」. 그러나 이 규정은 후에 1976년 8월 23일의 제33차 개정법률(BGBI. 1976 IS. 2386)에서 일단 그 全文이 삭제되어 현재에 이르렀으나 그곳에 「유럽연합분과위원회」에 관한 다음의 전혀 새로운 규정이 삽입되었다. 이 규정은 유럽연합에서의 意思形成過程의 특이성 및 유럽연합에 관한 사항에 있어서 연방의 意思形成과 결정을 신속히 하기 위하여 설정되었다.<sup>55)</sup>

---

55) 이 규정의 설치로 1994년 12월 15일 聯邦議會는 유럽연합분과위원회의 임무와 권한 등을 정하는 議事規則改正案을 가결하였다. 개정된 議事規則에 의하면 유럽연합분과위원회는 유럽聯合議案을 심사하며 특정의 議案에 대해서는 다른 위원회로 부터의 異議가 없는 한 연방의회의 수권에 의해 기본법 제23조에 따른 聯邦議會의 연방정부에 대한 권리(유럽연합의안에 대한 태도결정 등)를 행사할 수 있다. 또한 독일선출의 유럽의회의원중 所屬政黨의 추천으로 일정수가 이 委員會에 출석, 발언할 수 있도록 하였다. 한편 기타 委員會도 각전문분야에 상응하여 유럽연합의안을 심사할 수 있으며, 유럽연합분과위원회를 포함한 각 委員會는 유럽연합의 理事會와 委員會의 구성원과 유럽의회의원을 초청할 수 있다. 그리고 유럽의회의 위원회에 위원을 파견하거나 소관을 같이하는 유럽의회의 委員會와 공동으로 유럽연합의안의 심사를 할 수 있는 것도 규정되었다. 이 개정된 議事規則에 대해서는 여당인 CDU/CSU와 FDP, 야당인 SPD가 각각 별도의 개정안을 제출하였으나, 여당안대로 성립한 것이다. 野黨案은 유럽연합분과위원회가 聯邦議會의 수권을 받아 그 권한을 대행하므로 그 결정의 투명성을 확보하기

● 제45조

연방의회는 유럽연합분과위원회(Ausschluß für die Angelegenheiten der Europäischen Union)를 설치한다. 연방의회는 제23조에 의한 연방의회의 권리를 연방정부에 대해 주장하는 권한을 당해 위원회에 부여할 수 있다.

## 5. 제50조

이 조항은 基本法 제4장(聯邦參議院)에 관한 것으로서, 동조는 기본법하에 있어서 연방참의원의 權能을 규정한 것이며 개정전에는 「各州는 연방참의원을 통하여 연방의 立法과 行政에 협력한다」라고 규정하였으나, 이번의 개정으로 「유럽연합」에 관한 문언이 추가되어 전체로서 아래와 같이 되었다. 이는 기본법하에 있어서 聯邦參議院의 지위로부터 당연한 것이며 이미 위의 새로운 제23조제2항에도 언급되어 있는 바이나, 본조는 이를 더욱 聯邦參議院에 관한 총칙적 규정에서도 확인한 것이다. 이에 따라 앞으로는 유럽연합에 관한 事務에서도 州는 聯邦參議院을 통하여 협력할 수 있게 되었다.

● 제50조

각주는 연방참의원을 통하여 연방의 입법과 행정, 그리고 유럽연합의 사무에 협력한다.

## 6. 제52조

제52조의 개정사항은 聯邦參議院에 대해서 「유럽심의회(Europakammer)」의 형성에 관한 권한을 수권하기 위한 개정이다. 즉 전체로 4항으로 구성된 제52조

---

위한 심의의 公開를 요구하였으나, 여당은 유럽연합분과위원회도 議會內的 하나의 委員會에 불과함을 강조하여 종전대로 비공개를 주장하였다. 또한 野黨側은 유럽연합의 立法過程에 있어서 연방의회에 사전의 태도결정의 기회가 보장되어 있으며 聯邦議會에 의한 사전개입은 행정권의 침해가 될 수 없고 權力分立의 원리에 반하지 않는다는 등을 이유로 關係資料의 포괄적인 公開를 요구한데 대해 與黨側은 포괄적인 자료의 공개와 교섭과정에 대한 연방의회의 事前介入은 연방정부의 행동을 부당하게 制限하며 權力分立의 原理에 반하는 것이라고 하여 이를 배척하였다.

의 제3항과 제4항과의 사이에 다음의 제3a항을 새로이 삽입하였다. 이 규정은 유럽심의회(UEJ)의 결정이 「聯邦參議院의 결정으로서 효력을 가진다」라고 규정하여 유럽연합이라는 새로운 국제관계에서 聯邦參議院의 역할을 확대·강화한 것이라 할 수 있다.<sup>56)</sup>

● 제52조

(3a)연방참의원은 유럽연합의 사항에 관해 유럽심의회(Europakammer)를 구성하며, 유럽심의회(UEJ)의 결정은 연방참의원의 결정으로서의 효력을 가진다 ; 제51조제2항과 제3항제2문은 준용한다.

## 7. 제88조

제88조의 개정은 基本法 제8장(연방법률의 집행 및 연방행정)에 관한 것으로서, 「聯邦銀行」에 관한 본조는 종래는 단순히 「聯邦은 通貨와 發券銀行을 설립한다」라고 정한데 불과하였으나 그곳에 「유럽중앙은행」에 관한 다음의 제2문이 새로이 추가되었다. 이 개정은 마스트리히트조약 제G조 7과 25에 따른 經濟·社會統合政策의 일환으로서 유럽연합기구로서 유럽중앙은행을 설치할 것을 규정하게 되면서 會員國의 국내중앙은행의 지위변화에 따른 것이다.

● 제88조

연방은 연방은행으로서 통화와 발권은행을 설립한다. 그 임무와 권능은 유럽연합의 범위내에서 유럽중앙은행(Europäische Zentralbank)에 이양할 수 있으며, 유럽중앙은행은 가격안정의 확보라는 우선적 목적에 따라야 한다.

## 8. 제115e조

마스트리히트조약의 동의에 수반한 마지막 改正은 기본법 제10a장(방위상의 긴

---

56) 聯邦參議院은 이미 EEA(Einheitliche Europäische Acte, 28.2.1986)에 관한 법률 제2조에 의거하여 유럽공동체에 관한 사항에 있어서 國內的 意思形成에 참여하는 유럽심의회를 두고 있다.

급사태)에 포함된 제115e조의 개정이다. 本條는 원래 1968년 6월24일의 제17차개정법률(비상사태법제를 위한 개정, BGBl. 1968 I S.709)로 다른 다수의 조항과 함께 보완된 것으로서 동조제2항은 그 때의 改正에서 새로이 제53a조에서 설치된 共同委員會의 권한을 한정하는 내용이었으나, 이번의 改正에서는 그 제2항제2문의 일부가 변경되어 다음과 같이 되었다.

● 제115e조

(2)공동위원회가 법률로 기본법을 개정하거나 전부 또는 일부를 실효케 하거나 적용을 정지시키는 것은 허용되지 아니한다. 제23조제1항제2문, 제24조제1항 또는 제29조에 관한 법률을 공동위원회는 제정할 수 없다.

## V. 亡命權과 관련한 基本法改正 (제39차 개정법률)

독일은 제2차대전에서의 나치에 의한 迫害를 반성하는 의미에서 基本法 제16조제2항에서 「정치적으로 박해받는 자는 亡命權을 가진다」라고 규정하여 개인의 기본권으로서의 亡命의 權利를 인정하였다. 이 기본권에 따라 망명신청을 한 難民은 신청심사기간중에는 獨逸領域內에 滯留할 수 있으며, 또한 신청이 인정되면 원칙적으로 무기한 滯留許可와 勤勞許可가 부여되었다. 그러나 이 규정에 따라 망명을 신청하는 外國人이 급증하면서 經濟的 難民 등 최종적으로는 亡命이 인정되지 않는 자에게도 심사기간중에는 독일에 체류할 수 있고, 아울러 申請者가 증가함에 따라 심사에도 기간이 소요되기 때문에 난민의 수는 계속 증가하기 시작하였다.<sup>57)</sup> 그래서 이에 대처하기 위하여 1987년에는 審査의 신속화를 도모하기 위한 법개정을 단행하였으나, 이 개정에도 불구하고 특히 동구혁명이후 難民의 수는 급증하기 시작하였다. 이러한 상황을 亡命權의 남용(Asylrechtsmissbrauch)으로 간주하여 규제를 요구하는 여론이 높아지자, 연방정부는 1992년 6월 亡命節次迅速化法을 제정하여 신청처리의 신속화를 도모하는 한편 기본법의 亡命權規定을 개정하는 작업을 추진하였다.

연립여당인 CDU/CSU는 난민의 獨逸入國을 억제하기 위하여 보호권에 일정한 제한을 두는데 적극적이었으나, 야당인 SPD는 국내에서의 신나치에 의한 폭력적인 外國人排擊에 미치는 영향을 고려하여 법개정에는 소극적이었다.<sup>58)</sup> 그러나 난민의 급증이 무시할 수 없게 되자 1992년 12월 6일 여야당의 妥協(Asylkompromiß)으로 기본법개정을 위한 합의로서 ①기본법에 亡命權에 관한 독립된 조항을 두며, 이를 제16a조로 한다. ②종래대로 개인의 기본권으로서 政

57) Claus Dieter Classen, 「Sichere Drittstaaten - ein Beitrag zur Bewältigung des Asylproblems?」, DVBl, 1993, S.700f.

58) Stenografisches Protokoll über die 55. Sitzung des Innenausschusses, 71. Sitzung des Rechtsausschusses, 8.Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 11.3. 1993. 이와 관련한 헌법적 문제에 대해서는 Stefan Langer, 「Asylrecht - ein strukturelles Verfassungsproblem der Staatengemeinschaft?」, DÖV, 1993, 273f.



治的으로 박해받는 자에게 망명권을 인정한다. ③EC加盟國과 안전한 제3국으로부터 입국한 자는 亡命權의 적용을 요구할 수 없도록 한다. 안전한 제3국에 대해서는 법률로 정한다. ④정치적 박해 등이 없다고 판단되는 國家를 법률로 정할 수 있도록 한다. 이러한 國家로부터 입국한 외국인은 정치적 박해를 받고 있음을 제시하지 않는 한 정치적으로 박해받는 자로 인정하지 아니한다. ⑤④의 경우 外國人의 滯留를 종료하는 조치는 그 합법성에 중대한 의문이 없는 한 법원이 정지할 수 없다. ⑥亡命申請의 심사권한에 관한 국제조약에 대해 유보를 인정한다 등의 내용이 성립되었다.<sup>59)</sup> 이에 따라 1993년 1월에는 기본법개정안과 3월에는 관련법안(망명절차법, 외국인법 및 국적법의 규정을 개정하는 법률, 망명신청자에 대한 급부신규제법)이 연방의회에 제출되어 심의가 행해졌다. 그러나 UN難民고등판무관 등의 비판, 국내의 反外國人感情 등으로 인하여 법안의 심의에 상당한 진통을 겪다가 결국 기본법개정법률안이 1993년 5월 26일 聯邦議會를 통과하고, 동월 28일에 연방참의원을 통과하여 7월 1일부터 발효되었다.

이 제39차 基本法 改正法律案의 통과로 기본법 제16조제2항의 제2문이 삭제되고 아래와 같이 망명권에 관한 제16a조가 새로이 규정되었으며, 제18조가 부분개정되었다. 이 신규정은 5개항으로 구성되어 있으며, 제1항은 종래의 제16조제2항의 문언을 그대로 수용하였으며, 제2항과 제3항이 개정의 핵심적 규정이다. 제4항은 재판절차에 관한 규정이며 제5항은 亡命에 관한 국제조약의 유보를 인정하는 취지의 규정이다.

이를 구체적으로 살펴본다면 첫째, EC의 加盟國 또는 법률로 정한 일정한 국가로부터 입국한 자는 亡命權을 적용할 수 없다(제16a조제2항). 기본법은 이 국가의 기준으로서 「難民의 법적 지위에 관한 조약, 人權 및 基本的 自由의 보장에 관한 조약이 적용되는 곳」을 지적하고 있다. 법률에 의하면 현재 핀란드, 노르웨이, 오스트리아, 폴란드, 스웨덴, 스위스 및 체코가 여기에 해당하게 되어있다. 따라서 이들 국가를 경유한 자는 당연히 亡命申請을 할 수 없다. 이와 같이 독일국경을 인접하는 국가는 전부 「안전한 제3국(Sichere Drittstaaten)」으로서 陸路를 통해 독일로 입국한 난민은 실제로 亡命申請을 할 기회가 상실된다. 이러한 제약은 이전부터 亡命審査節次法으로 적용되었다. 즉 정치적 박해로부터 이미 제3국에서 보호받고 있는 자는 亡命申請適格을 인정하지 않고 또한 정치적 박해를 받지 않은 제3국에 3개월 이상 체류한 자는 박해로부터 보호받고 있다고

59) Harald Fliegeaub, 「Anmerkungen zum Asylkompromiß」, DÖV, 1993, S. 984f 참조.

推定되었다(동법 제2조 참조). 이번의 개정은 이를 기본법에 규정함으로써 이 문제에 대한 憲法上的 疑問을 해소함과 아울러 구체적으로는 안전한 제3국을 정하여 심사의 負擔輕減을 도모하려는 것이다. 또한 이 규정의 배경에는 EC전체에 亡命申請을 하는 난민중 약 3분의 2가 獨逸에 신청하고 있는 사실에서 독일의 부담을 분산하려는데 있다.<sup>60)</sup>

둘째, 기본법에 의하면 「法的 狀態, 法適用 및 一般的인 政治狀況」<sup>61)</sup>에 따라 정치적 박해 등이 없다고 인정할 수 있는 국가를 법률로 정할 수 있다. 이들 국가의 출신자는 本國에서 정치적으로 박해받고 있다는 사실을 제시하지 않는 한 迫害받고 있지 않다고 추정되어 亡命申請을 할 수 없도록 규정하고 있다(동조 제3항). 法律로서 현재 안전한 국가로 되어 있는 곳은 불가리아, 감비아, 가나, 폴란드, 루마니아, 세네갈, 슬로바키아, 체코 및 헝가리이다(동법 제29조제2항 참조). 이 규정은 이들 일정 국가의 출신자를 정치적으로 박해받지 않고 있다고 推定하는 것으로서 심사절차의 부담을 경감하려는 것이다.

셋째, 위의 첫번째의 경우 國外退去措置를 정지할 수는 없으며 두번째의 경우에도 국외퇴거조치의 합법성에 중대한 의문이 없는 한 措置는 정지되지 아니한다(제4항). 그리고 제16a조 제5항은 유럽국가의 亡命權과의 조화를 도모한다는 관점에서 국제법상의 개방조항(völkerrechtlichen Öffnungsklausel)<sup>62)</sup>을 규정한 것이라 할 수 있다.

#### ● 제16a조

- (1) 정치적으로 박해받는 자는 망명권(Asylrecht)을 가진다.
- (2) 유럽공동체를 구성하는 국가로 부터 입국하는 자 또는 난민(Flüchtlinge)의 법적 지위에 관한 조약과 인권 및 기본적 자유의 보장에 관한 조약이 적용되는 기타 제3국으로 부터 입국하는 자는 제1항이 적용되지 아니한다. 유럽공동체이외의 국가가 제1문의 전제조건에 해당하는 경우 연방참의원의 동의를

60) Friedrich Schoch, 'Das neue Asylrecht gemäß Art. 16a GG', DVBl, 1993, S.1163.

61) 法的 狀態, 法適用 및 일반적인 政治狀況이란 ①人間的 존엄성에 대한 배려, ②民主的 制度의 존중(언론, 자유선거, 정치적 다원주의, 여론의 자유), ③內部的 안정성, ④ 人格權의 보장을 위한 국가영역에 있어서의 국제 기구에 대한 활동가능성 등을 의미한다. 자세한 내용은 F.Schoch, a.a.O., S.1164f 참조.

62) 상세한 것은 Albrecht Weber, 'Die harmonisierung der europäischen Einwanderungs - und Asylpolitik', ZRP, 1993, S.170f 참조.

요하는 법률로 정한다. 제1문의 경우에 체류를 종료하는 조치와 이에 대해 신청하는 법적구제절차와 별도로 이를 수행할 수 있다.

(3)연방참의원의 동의를 요하는 법률로써 각국의 법적 상태, 법 적용 및 일반적인 정치상황(Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politische Verhältnis)으로 부터 정치적 박해를 받지아니하고 잔혹하고 모욕적인 처벌 또는 처우를 행하지 아니하는 국가임을 결정할 수 있다. 그러한 국가로 결정된 외국인은 정치적으로 박해받는 자로 추정되지 아니한다. 단 이 추정에 반해 정치적으로 박해받고 있음을 명확한 사실로 제시하는 때에는 그러하지 아니하다.

(4)제3항의 경우와 명확한 근거없이 또는 명확하게 근거가 없다고 추정되는 기타의 경우에는 체류를 종료하는 조치의 수행은 그 조치의 적법성에 중대한 의문(ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit)이 존재하는 경우에 한하여 법원이 이를 정지한다 ; 심사의 범위는 제한할 수 있으며, 지연제출에 대해서는 이를 고려하지 않을 수 있다. 상세한 것은 법률로 정한다.

(5)제1항 내지 제4항은 유럽공동체의 구성국상호간의 국제법상 조약, 체약국에서 그 적용이 확보되어야 하는 난민의 법적 지위에 관한 조약과 인권 및 기본적 자유의 보장에 관한 조약에 따른 각종 의무를 준수하며, 비호결정의 상호 승인을 포함한 비호청원의 심사에 관한 권한규제를 도모하는 제3국과의 국제법상의 조약체결을 방해하지 아니한다.

## VI. 聯邦鐵道の 民營化에 수반한 基本法改正 (제40차 개정법률)

聯邦議會는 1993년 12월 2일 聯邦鐵道改革法案과 병행하여 그에 필요한 基本法改正을 압도적 다수(찬성 559, 반대 12, 기권 4)로 가결하여 동월 17일에는 聯邦參議院에서도 이를 동의함으로써 동년 12월 22일의 관보로서 공포되었다(BGBl. I S.2089). 이 聯邦鐵道改革(Bahnreform)은 이미 1994년 1월 1일부터 실시되고 있다.

이 聯邦鐵道改革에 수반한 기본법개정의 배경을 살펴보면, 1990년 독일통일 이후 舊東獨의 國有鐵道(Deutsche Reichsbahn : DR)와 獨逸聯邦鐵道(Deutsche Bahn : DB)는 特別資產이라는 법적 성격하에서 상호 병존하게 됨으로써 하나의 국가에 두개의 국유철도가 존재하였다. 兩者가 병존하게 된 요인은 무엇보다도 設備水準, 人員 등 경제·경영조건의 격차가 매우 심각하였기 때문이었다. 물론 통일적인 所有와 經營管理에 대신하는 것으로서 人事交流를 포함한 수송·관리업무 등에서 상호 협력활동의 확대, 1991년 7월의 DR과 DB의 협동으로 獨逸鐵道管理委員會를 설치하는 등 양자의 통합을 위한 노력을 기울여 왔으나 막대한 財政的 負擔으로 인하여 두개의 국유철도의 통합은 여전히 주요한 과제로 남아있었다. 統一以後 동서독간의 물자와 인력의 이동이 활발하였으나, 舊東獨國有鐵道는 통일과정에서의 구동독경제의 혼란과 이에 따른 경제성장의 絶對的 鈍化에 따라 수송수요가 감소하고 施設의 노후화 및 서비스수준의 低下 등으로 인하여 旅客運送量도 대폭 감소하게 되면서 경영압박을 받게 되었다. 그리하여 연방정부는 DR에 대해 投資補助 등 재정적 지원조치를 하였으나, 여전히 損失은 보전되지 않았다. 한편 獨逸聯邦鐵道도 EC시장통합과 통일이 진행되고 있는 과정에서 貨物收入과 연방정부의 補助金의 감소 등으로 인하여 경영상태가 갈수록 악화되어 갔다.

이와 같이 한편으로는 舊東獨의 철도부흥투자의 필요성과 DR의 赤字, 다른 한편으로는 EC의 市場統合과 통일의 영향에 따른 DB의 經營赤字의 확대에 직면하여 1989년에 설립된 '獨逸聯邦鐵道政府委員會'는 1991년 12월 21일 철도 구조개혁을 위한 최종보고서를 제출하였다. 이 보고서에는 ①特別資產으로서의

DR과 DB의 지위를 규정하고 있는 基本法 제87조를 개정하여 DR과 DB를 통합하여 株式會社化하는 獨逸鐵道株式會社를 설립하고, 이 株式會社는 연방정부의 전액출자로 하며 職員의 신분은 公務員法의 적용을 배제하는 自立的 經營을 도모할 것, ②獨逸鐵道株式會社의 자립적 경영을 실현하기 위하여 DR과 DB의 長期債務를 담당하는 채무처리기관(Überleitungsfinanzierungs-institution)의 설립과 獨逸鐵道株式會社에 승계되지 않는 직원·의무를 인수하는 人事處理機關(Personalüberleitungsinstitution)을 설치할 것, ③近距離輸送 등 공공서비스를 獨逸鐵道株式會社로 부터 분리하여, 그 유지를 지방자치단체의 책임으로 하여 交通任務의 地域化를 도모할 것, ④運行과 經營을 회계적·조직적으로 분리할 것, 즉 運行部門은 독일철도주식회사의 경영부문 및 제3자로 부터 같은 조건으로 利用料金を 징수하며 聯邦政府는 운행의 투자자금을 無利子로 대부하고 獨逸鐵道株式會社는 연방정부에 減價償却費를 상한으로 동 자금을 반환할 것, ⑤貨物輸送部門과 旅客輸送部門은 상호 독립채산적이며 또한 선로의 사용을 둘러싸고 경쟁관계에 있으므로 獨逸鐵道株式會社의 경영부문에서 화물수송부문과 여객수송부문을 분할할 것 등을 제안하면서 이들 개혁을 통해서 獨逸鐵道株式會社는 직접 黑字經營을 실현할 것이라고 하였다.

그리하여 이 改革案을 토대로 연방정부는 1992년 7월 15일에 ①運行과 輸送部門의 분리를 단순히 會計的·組織的인 분리에 그치지 아니하고 3단계로 약 10년에 걸쳐, 1994년내에 DB와 DR을 합병하여 株式會社로 하며 이 회사의 내부조직으로서 運行, 貨物輸送, 旅客輸送의 3개부문을 설치한다. 1995년부터 1997년까지 獨逸鐵道株式會社의 3개부문을 독립된 會社로 하고 이를 관리하기 위한 有限會社를 설립한다. 그리고 1998년부터 2002년까지 株式會社를 해산하고 3개의 주식회사는 상호 독립하도록 한다. 또한 이 기간중의 소유자는 聯邦政府로 한다. ②행정기관인 獨逸聯邦鐵道の 승계기관으로서 2개의 정부조직을 설립한다. 하나는 정부의 高權的 任務를 승계하기 위한 연방철도청의 설치이며, 다른 하나는 聯邦鐵道特別資產의 잔여특별자산으로의 개조이다. 이 特別資產은 채무처리와 인사처리, 토지평가·매각 및 운행자금조달·정산에 책임을 지도록 한다. ③道路利用料金制度를 도입하며 그로 부터 얻어진 자금을 債務處理 등에 충당하도록 하는 내용의 개혁안을 확정하였다.<sup>63)</sup> 그 후 이 연방정부가 결정한 鐵

63) 연방철도개혁에 대한 자세한 내용은 Christian Heinze, 「Das Gesetz zur Änderung des Verfassungsrechts der Eisenbahnen vom 20.12.1993」, BayVBl. 1994, S.266ff ; ders., 「Rechts - und Funktionsnachfolge bei der Eisen-

道改革에 대해 몇차례의 논의와 수정을 거쳐 鐵道業務의 능률(Leistungsfähigkeit)을 향상시키고 예상되는 장래의 교통운수의 증가에 대응하는 한편 정부의 재정적 부담의 경감을 도모하기 위하여 聯邦鐵道を 株式會社(Aktiengesellschaft)로 하는 개혁안을 확정하였다.<sup>64)</sup> 다만 民營化라 할지라도 완전한 민영화가 아니라 후술(제87e조 참조)하는 바와 같이 鐵道會社の 株式의 2분의 1을 넘는 지분이 聯邦에 유보되어 있으며, 철도행정권은 여전히 연방이 가지고 있다. 그리고 이 聯邦鐵道の 株式會社化에 있어서는 공무원의 처우에 대해 聯邦鐵道の 공무원신분은 그대로 유지한 채 주식회사에 배치되는 형태로 개혁이 실시되었다. 따라서 聯邦鐵道財産의 공무원으로서 퇴직 또는 휴직(Beurlaubung)하지 않은 자는 연방철도재산의 公務員으로서 남으면서 법률로서 철도개혁에 수반하여 설립된 獨逸鐵道株式會社(Deutsche Bahn Aktiengesellschaft: DBAG)에 배치된다(제143a조). 그리고 公務員이 아닌 고용원(Angestellte), 노무원(Arbeiter)은 권리승계의 방법으로 직접 DBAG의 고용자가 된다. 어떻든 이 제40차 기본법개정으로 변경된 조항은 제73조, 제74조, 제80조, 제87조이며 나아가 전부 3개조가 새로이 삽입되었다. 이하 그 내용을 살펴본다.

## 1. 제73조제6호 · 제74조제23호 · 제87조제1항

우선 적은 부분의 改正에 대해 살펴보면 종래 연방의 專屬的 立法權限에 관한 제73조제6호 및 聯邦固有行政에 관련한 제87조제1항제1문에 규정되었던 「聯邦鐵道」의 문언이 삭제되었다. 또한 聯邦과 州의 競合的 立法權限에 관련한

---

bahnneuordnung], NVwZ, 1994, S.748ff ; Eberhard Schmidt- ABmann/Hans Chr.Röhl, 「Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts(Art.87e GG)」, DÖV, 1994, S.577ff 등 참조.

64) 聯邦鐵道改革은 후술하는 우편개혁만큼 勞組의 저항도 거의 없이 평온한 상태에서 실시되었다. 聯邦鐵道改革을 위해 제정된 鐵道新秩序法 및 基本法改正法에 대한 상세한 논의는 前者에 관한 것은 BT-Drucks. 12/4609(의원제출) ; BT-Drucks. 12/5014(정부제출), 後者에 관한 것은 BT-Drucks. 12/4610(의원제출) ; BT-Drucks. 12/5015(정부제출) 참조. 法令은 鐵道新秩序法이 Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27.12.1993(BGBI. I S.2378), 基本法改正法이 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993(BGBI. I S.2089)으로서 공포되었다.

제74조제23호의 문언중 「聯邦鐵道(Bundesbahnen)」의 문언이 「聯邦의 鐵道(Eisenbahnen des Bundes)」로 변경되었다. 이 중 전자는 '國營(연방)철도'의 의미이며, 後者는 '聯邦內的 철도'의 의미이다.

● 제73조제6호

연방은 다음 사항에 대해 전속적 입법권을 가진다.

6. 항공교통

● 제74조제23호

경합적 입법권은 다음 분야에 미친다.

23. 산악철도를 제외한 연방의 철도이외의 철로

● 제87조제1항

(1)외교사무, 연방재정행정, 연방우편 및 제89조의 기준에 따른 연방수로행정과 선박·항해행정은 연방고유행정으로서 연방의 행정하부조직으로 수행한다. 연방국경경비관청, 경찰정보·통신제도를 위한 중앙관청, 형사경찰을 위한 중앙관청 및 헌법수호를 위한 목적과 연방영역에서 폭력을 행사하거나 폭력행사를 의도하는 준비행위로서 독일연방공화국의 대외적 이익을 위협하는 기도에 대한 보호를 목적으로 필요한 정보를 수집하는 중앙관청은 연방법률로 조직할 수 있다.

## 2. 제80조제2항

聯邦法律에 따라 제정·시행되는 法規命令과 관련한 제80조제2항의 개정도 위에서 보는 것처럼 주로 용어상의 변경이다. 즉 종래 제80조제2항은 「연방철도와 우편·전신전화제도의 시설이용에 관한 원칙 및 요금, 철도의 건설과 경영에 관한 연방정부 또는 연방장관의 법규명령 및 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 따른 법규명령 또는 연방법률에 따라 주가 연방의 위임 또는 고유사무로서 집행하는 법규명령은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 연방참의원의 동의를 요한다」라고 규정하였으나, 聯邦鐵道の 民營化에 수반한 용어의 개정이 필요하게 되어 다음과 같이 변경되었다.

● 제80조제2항

(2)우편·전신전화제도의 시설이용에 관한 원칙 및 요금, 연방의 철도의 시설 이용에 대한 대가의 징수의 원칙, 철도의 건설 및 경영에 관한 연방정부 또는 연방장관의 법규명령 및 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 따른 법규명령 또는 연방법률에 따라 주가 연방의 위임 또는 고유사무로서 집행하는 법규명령은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 연방참의원의 동의를 요한다.

### 3. 제73조제6a호

이 규정은 위의 제73조제6호에서 삭제된 聯邦鐵道에 대신하여 철도개혁후의 「연방의 철도」에 관한 聯邦의 專屬的 立法權限 규정을 새로이 삽입한 것으로서 그 내용은 다음과 같다.

● 제73조제6a호

6a. 전부 또는 과반수가 연방의 소유로 되어있는 철도(연방의 철도)의 교통, 연방의 철도의 철도노선의 건설, 유지 및 경영과 이들 철도노선의 이용에 대한 대가의 징수

### 4. 제87e조·제106a조·제143a조

이번의 제40차 改正法律 중에서 가장 중요한 부분은 제87e조와 제106a조 및 제 143a조의 신설로서 이들 규정은 아래와 같이 매우 상세한 규정이다.

● 제87e조

- (1)연방의 철도에 관한 철도교통행정은 연방고유행정으로 수행한다. 연방교통행정의 임무는 연방법률로 주의 고유사무로서 위탁할 수 있다.
- (2)연방은 연방법률로서 연방에 위탁된 연방의 철도의 범위를 벗어난 철도교통행정을 인수한다.
- (3)연방의 철도는 사법적 형태의 경제적 기업으로 수행한다. 이들 철도는 경



제적 기업의 활동이 철도노선의 건설, 유지 및 경영을 포괄하는 한도에서 연방이 소유한다. 제2문에서 기업에 대한 연방의 지분을 양도하는 것은 법률로 정하나, 이들 기업에 대한 지분의 과반수는 연방이 소유한다. 상세한 것은 연방 법률로 정한다.

(4)연방은 연방의 철도의 노선망을 보강하거나 유지하는 경우와 근거리철도여객수송(Schienenpersonennahverkehr)과 관계없는 한도에서 연방의 철도들이 노선망에 공급하는 경우에는 공공의 복리 특히 교통의 수요를 고려한다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.

(5)제1항 내지 제4항에 의한 법률에는 연방참의원의 동의를 요한다. 연방의 철도기업의 해산, 합병 및 분할, 연방의 철도의 노선의 제3자에 대한 양도와 연방의 철도의 노선의 폐지를 규율하거나 근거리철도여객수송에 영향을 미치는 법률은 연방참의원의 동의를 요한다.

● 제106a조

1996년 1월 1일 이후 공적 여객교통에 대해 연방의 세수총액으로 부터의 일정 가액이 각주에 귀속한다. 상세한 것은 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률로 정한다. 제1문에 따른 가액은 제107조제2항에 의한 재정력의 조정에 즈음하여 고려하지 아니한다.

● 제143a조

(1)연방은 연방고유행정으로서 수행된 연방철도를 경제적 기업으로 변경함으로써 발생하는 모든 사무에 대해 전속적 입법권을 가진다. 제87e조제5항은 이를 준용한다. 연방철도의 공무원은 법률로서 그 법적지위를 유지하면서 고용당국의 책임하에 서비스제공업무(Dienstleistung)를 위해 사법적으로 조직된 연방의 철도에 이를 배치할 수 있다.

(2)제1항에 의한 법률은 연방이 이를 실시한다.

(3)종래의 연방철도의 근거리철도여객운수의 분야에서의 임무수행은 1995년 12월 31일까지 연방의 사무이다. 이는 철도교통행정의 임무에 대해서도 같다. 상세한 것은 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률로 정한다.

## VII. 聯邦郵便·電信電話事業의 民營化에 수반한 基本法改正(제41차 개정법률)

舊西獨의 基本法에서는 우편사업, 전기통신사업 및 우편은행사업은 聯邦政府의 일부문인 연방체신부(Bundesministerium für Post - und Fernmeldewesen)의 관할하에 있으며 연방행정조직인 聯邦郵便(BUNDESPOST)이 이를 담당하였다. 연방우편자체는 통상 행정부처의 일부라기 보다는 행정조직법상 特別財産(Sondervermögen)<sup>65)</sup>으로서 연방자체의 재산과 권리의무관계와는 별도의 취급을 받고 어느 정도 獨立性이 인정된 조직으로 연방우편의 활동이 전개되었다. 이러한 組織形態는 단순히 행정관리적 또는 기업경영론적인 관점에서의 組織原則에 입각한 것이 아니라, 基本法上的의 권한규정의 규율을 받아 조직형태가 결정된 것이다. 즉 基本法 제73조제7호에서는 연방의 전속적 입법권에 속하는 사항으로서 郵便制度和 電氣通信制度를 규정하고 있었으며, 제87조에서는 연방우편사무를 연방의 固有行政으로 수행한다는 것을 규정하고 있었다. 그러나 세계적인 전기통신사업의 自由化和 民營化의 추세속에서 연방우편의 개혁에 대한 논의가 지속적으로 전개되었으며<sup>66)</sup>, 1985년에는 「聯邦政府電氣通信制度委員會」가 발족하여 전기통신사업에 대한 기술혁신을 사업에 반영하기 위한 방안과 국제적인 事業展開를 위한 시장에서의 경쟁의 실현을 도모할 것을 검토하였다. 그리하여 同委員會는 1987년 「전기통신의 신질서(Neuordnung der Telekommunikation)」<sup>67)</sup>라는 보고서를 제출하였는 바, 同勸告를 포함한 전기통신부문을 둘러싼 聯邦郵便의 개혁론을 진행하고 있던 연방정부는 1988년에 「電氣通信市場의 신

65) 特別財産은 고유한 法人格은 없으나 권리의무관계에서는 聯邦 등 通常行政組織과는 분리되며 法的인 去來에서는 법률에 의해 자신의 名義로 행동하며 訴訟의 원고 및 피고가 될 수 있는 특수한 行政組織이다. Michael Ronellenfitsch, 「Wirtschaftliche Betätigung des Staates」, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, Heidelberg 1988, S.1182f.

66) 자세한 내용은 Rhomas Blanke/Dieter Sterzel, 「Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost」, KJ, 1993, S.278ff 참조.

67) Eberhard Witte(Vorsitz.), 「Neuordnung der Telekommunikation : Bericht der Regierungskommission Fernmeldewesen 1987」.

질서에 관한 연방정부구상」<sup>68)</sup>의 개혁안을 확정하고, 1989년에 「독일연방우편의 企業構造에 관한 법률(Gesetz zur Neustrukturierung des Post - und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost : Poststrukturgesetz)」을 제정하고, 「우편제도법(Gesetz über das Postwesen : Postwesengesetz)」과 「통신설비법(Gesetz über Fernmeldeanlagen : Fernmeldeanlagenengesetz)」을 개정하였다. 이 제도개혁을 이른바 「第1次 郵便改革(Postreform I)」이라 한다.

제1차 우편개혁에 결정적인 영향을 준 계기는 1987년 EC의 電氣通信政策의 기본을 제시한 지침으로서,<sup>69)</sup> 그 개요는 ①전기통신행정은 장래에도 回線設備의 부설, 제공과 운영에 관한 배타적 또는 특별한 권리를 유지할 것, ②排他的 또는 特別한 권리에 따른 한정된 基本役務의 제공은 공공사무의 보장에 이바지하는 것일 것, ③기타 모든 역무의 자유로운 제공은 共通商業政策의 전개에 따를 것, ④회선설비와 역무에 관한 통일적인 기준에 따라 역내에서의 電氣通信能力을 확보할 것, ⑤단말기구의 허가를 제외하고 단말기구의 자유로운 提供이 이루어질 것, ⑥전기통신행정의 高權的인 活動은 경영적인 사무로 부터 명확히 구분할 것, ⑦私的 事業者의 시장지배적 지위의 남용은 계속적인 통제로 이를 방지할 것 등이었다. 이러한 지침에 따라 단행된 제1차 우편개혁으로 聯邦遞信部의 명칭이 「Bundesministerium für Post - und Fernmeldewesen」에서 「Bundesministerium für Post - und Telekommunikation」으로 개칭되고, 종래의 연방우편중의 3개 사업부문이 POSTDIENST(우편업무), POSTBANK(우편은행), TELEKOM(전기통신)의 3개 사업체로 분리 독립되었으며, 이들 事業部門은 특별재산인 연방우편중의 部分特別財産(Teilsondervermögen)으로서 취급되었다. 그리고 연방우편자체에 권력적·규제적 사무와 기업적·경영적 사무가 혼재하였던 종래의 상황에서 企業的 業務만을 수행하는 것으로 일원화되었다. 즉, 聯邦遞信部는 정치적 및 고권적 사무를 수행하며 우편제도와 전기통신제도의 분야에서 聯邦權限을 행사한다. 한편 독일연방우편은 그 공공사무의 수행에 있어서 郵便制度和 電氣通信制度의 기업적·경영적 사무를 담당하게 되었다. 이들은 각각 獨逸聯邦郵便(POSTDIENST), 獨逸聯邦郵便銀行(POSTBANK), 獨逸聯邦電氣通信(TELE-KOM)의 명칭을 사용하게 되었다. 또한 연방우편과 이들 3개기업은 법적인 거래에 있어서 스스로의 名義로 행위하며 訴訟의 원고 또는 피고가 될

68) Bundesministerium für das Post - und Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland : Konzeption der Bundesregierung zur Neuordnung des Telekommunikationsmarkets, März 1988.

69) Grünbuch der Kommission 1987, KOM(87) 290 endg. v.30.6.1987.

수 있으며, 獨逸聯邦郵便의 부분특별재산으로서의 3개 기업은 각각 독립된 재산으로서 상호 독립된 權利義務關係에 있으며, 각각의 기업체가 수요와 공급의 원리에 입각한 財政原則하에 사업을 전개하며 市場需要를 고려하여 경제적·기술적 발전에 대응하도록 역무의 제공을 행하도록 하였다.<sup>70)</sup> 이와 같이 연방우편의 사업내용자체가 改革됨과 동시에 연방우편과 고객의 관계에서 성립하는 법관계의 성질도 公法上の 法律關係에서 민간기업과 그 고객과의 관계와 마찬가지로 私法上の 役務提供의 법관계로 전환하게 되었다.<sup>71)</sup>

이러한 제1차 郵便改革에 대해서는 전기통신시장의 자유화 등 종래의 전기통신시장의 확대에는 어느 정도 성과를 거두었으나, 조직적으로는 우편 3개 사업부문의 企業的 獨立性이 약간 진전되었으나 여전히 불충분한 것이었다는 지적이 제기되기도 하였다. 그리하여 앞서 제40차 基本法改正法律을 통한 聯邦鐵道の 민영화의 시점에서 이미 정부여당 및 SPD는 郵便事業 등을 민영화하는데 대해서도 합의한 바 있어서 콜수상산하의 연방정부의 제안에 의해 「基本法改正案」과 「郵便新秩序에 관한 法律案」이 나온 것은 1994년 2월 1일이었다. 동법안의 제안이유에는 國際競爭力을 유지하기 위해서는 지금까지의 行政官僚組織으로는 국제적인 활동에 제약이 많으며 외국기업과의 제휴도 어렵다는 점이다. 그래서 현재의 聯邦特別財産=연방행정조직인 우편3개기업의 조직형식을 株式會社化하여 외국의 사법상의 경쟁기업과의 대등한 기회를 얻을 수 있게 하는 것이다. 또한 財源問題로서 독일통일후의 기반정비를 위한 독일연방우편TELEKOM의 투자계획에 의해 발생하는 債務負擔을 해소하고 자기자본비율을 높이기 위해 주식시장에서의 자본확보가 필요하다는 점을 들고 있다. 아울러 POSTDIENST, POSTBANK에 대해서도 EU시장 및 국내외에서의 競爭力을 확보하기 위해 株式會社化가 필요하다는 점을 지적하고 있다.<sup>72)</sup> 3개사업부문을 株式會社化하는 조직개혁에 수반하여 종래에는 행정서비스로서 제공된 서비스의 성격이 民營化된 구우편 3개 회사와 다른 민간회사로 부터 제공되는 「私的인 活動」으로 되며,

70) 제1차 郵便改革에 대한 상세한 것은 Lutz Michael Büchner, 「Die neuregelung der Deutschen Bundespost - Strukturen und Konsequenzen」, JA, 1990, S.228ff ; 이원우, 「독일의 체신업무 민영화」, 법과 사회 제11호, 1995 상반기, 179 ~184面 참조.

71) 郵便制度法 제7조에서는 「우편제도의 각종설비를 사용함으로써 발생하는 법관계는 사법상의 성질을 가진다」라고 명시적으로 규정하였다. Ludwig Gramlich, 「Ausschluß von der Postbeförderung -ein Problem für die Verwaltungsgerichte?」, NJW, 1994, S.985f.

72) BT-Drucksache. 12/6717. 6718.

국가는 이러한 서비스를 적당하고 충분히(angemessenen und ausreichend) 제공하도록 보장하는데 있다는 것이다.

그리하여 同法案은 여·야당의 공동제안으로서 성립가능성이 매우 높았으나, 제1차 우편개혁전에 郵便3개기업에서 고용된 公務員의 年金請求權을 누가 어떠한 형식으로 부담할 것인가를 둘러싸고 논의가 전개되면서 獨逸郵便勞組의 강력한 반발에 직면하였다.<sup>73)</sup> 그래서 연방의회는 1994년 6월 29일에 聯邦參議院에 의한 수정의견도 가미하면서 基本法改正法律案<sup>74)</sup>과 新秩序法案<sup>75)</sup>을 기본법개정에 필요한 3분의 2의 다수의 찬성으로 가결하고 聯邦參議院도 7월 8일 이에 동의하였다. 이에 따라 1995년 1월 1일 이후에는 「독일연방우편(Deutsche Bundespost)」은 獨逸長距離通信株式會社(Deutsche Telekom AG), 獨逸郵便株式會社(Deutsche Post AG) 및 獨逸郵便銀行株式會社(Deutsche postbank AG)

73) 郵便改革論爭에 관한 것은 이원우, 前掲論文, 184~193面 참조.

74) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v.30 Aug.1994(BGBl. I S.2245)

75) Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz -PTNeuOG) v.14.Sep.1994 (BGBl. I S.2325). 동법은 ①「독일연방우편의 우편 및 전기통신연방공사설치법(Gesetz zur Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost : Bundesanstalt Post-Gesetz)」, ②「구독일연방우편분야에서의 법률상의 사회보험담당조직에 관한 법률(Gesetz über die Träger der gesetzlichen Sozialversicherung im Bereich der früheren Deutschen Bundespost : Postsozialversicherungsorganisationsgesetz)」, ③「독일연방우편의 기업의 주식회사법형식으로의 전환에 관한 법률(Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft : Postumwandlungsgesetz)」, ④「구독일연방우편직원의 권리에 관한 법률(Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost : Postpersonalrechtsgesetz)」, ⑤「전신설비법 및 우편제도법의 개정(Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen und Änderung des Gesetzes über das Postwesen)」, ⑥「전기통신 및 우편제도의 규제에 관한 법률(Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesen)」, ⑦「전기통신회선법의 개정(Änderung des Telegraphenwegegesetzes)」, ⑧「우편제도 및 전기통신의 보장과 확보에 관한 법률(Gesetz zur Sicherung und Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation : Post und Telekommunikations-sicherstellungsgesetz)」 등을 내용으로 하는 것으로서, 이 改革法에 의해 특별재산인 3개사업부문의 株式會社化 그리고 나아가서는 株式으로의 자본획득으로 民營化의 법적 근거가 마련되었다. 동법의 개요에 관한 상세한 것은 Ludwig Gramlich, 「Von der Postreform zur Postneuordnung - Zur erneuten Novelierung des Post- und Telekommunikationswesens -」, NJW, 1994, S.2785ff 참조.

로서 재출발하게 되었으며, 이것이 이른바 「제2차 郵便改革(Postreform II)」으로서 이 개혁은 기본적으로는 組織의 株式會社化, 우편3개업무의 民營化를 지향하는 것이며 전기통신법제의 자유화, 규제완화자체는 주요한 것이 되지 않고 있다. 개혁법안중에는 獨占廢止, 規制緩和에 대해서는 간략하게 언급하는 것으로 그치고 있으며 그 구체적인 개혁은 향후 과제로 남아있다. 그리하여 이 1994년 8월 30일의 제41차개정법률에 의한 개정은 郵便制度 등의 개혁에 수반한 제73조, 제80조, 제87조의 용어수정외에 2개조의 신규정이 삽입되었다.

## 1. 제73조제7호

우선 聯邦의 專屬的 立法權限에 관한 제73조제7호의 「우편·전신전화제도 (das Post- und Fernmeldewesen)」의 문언이 「우편제도 및 장거리통신 (das Postwesen und die Telekommunikation)」으로 변경되었다.

### ● 제73조제7호

연방은 다음사항에 대해 전속적 입법권을 가진다.

#### 7. 우편제도 및 장거리통신

## 2. 제80조제2항

이미 살펴본 바와 같이 제40차 개정으로 개정된 바 있는 제80조제2항이 다시 개정되어 同項은 최종적으로 다음과 같이 되었다.

### ● 제80조제2항

(2)우편제도·장거리통신의 시설이용에 관한 원칙 및 요금, 연방의 철도의 시설이용에 대한 대가의 징수의 원칙, 철도의 건설 및 경영에 관한 연방정부 또는 연방장관의 법규명령 및 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 따른 법규명령 또는 연방법률에 따라 주가 연방의 위임 또는 고유사무로서 집행하는 법규명령은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 연방참의원의 동의를 요한다.

### 3. 제87조제1항

마찬가지로 위의 제40차 改正으로 개정된 제87조제1항의 문언 가운데 「聯邦郵便」의 문언이 삭제된 결과 同項은 최종적으로 다음과 같이 되었다.

#### ● 제87조제1항

(1)외교사무, 연방재정행정 및 제89조의 기준에 따른 연방수로행정과 선박·항해행정은 연방고유행정으로서 연방의 행정하부조직으로 수행한다. 연방국경경비관청, 경찰정보·통신제도를 위한 중앙관청, 형사경찰을 위한 중앙관청 및 헌법수호를 위한 목적과 연방영역에서 폭력을 행사하거나 폭력행사를 의도하는 준비행위로서 독일연방공화국의 대외적 이익을 위협하는 기도에 대한 보호를 목적으로 필요한 정보를 수집하는 중앙관청은 연방법률로 조직할 수 있다.

### 4. 제87f조·제143b조

이 제41차 基本法改正法律중 가장 핵심적인 부분은 앞서의 제40차 基本法改正으로 신설된 바 있는 제87e조 및 제143a조에 이어 追加된 제87f조 및 제143b조의 신설이다.

#### ● 제87f조

(1)연방은 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률의 기준에 따라 우편제도와 장거리통신분야에서 전국토에 보편적으로 제공되는(flächendeckend) 적절하고 충분한 서비스를 보장한다.

(2)제1항의 서비스는 사경제적 활동으로서 특별재산인 독일연방우편(Deutsche Bundespost)에 유래하는 기업(Unternehmen)을 및 기타 사적 제공자를 통하여 수행하며, 우편제도와 장거리통신의 분야에서 고권적 임무는 연방고유의 행정으로 수행한다.

(3)제2항제2문에도 불구하고 연방은 연방직속의 공법상 영조물의 법형식으로 특별재산인 독일연방우편에 유래하는 기업에 관한 임무를 연방법률의 기준에 따라 수행한다.

● 제143b조

(1) 특별재산인 독일연방우편은 연방법률의 기준에 따라 사법형식의 기업으로 변경한다. 연방은 이 기업으로 부터 발생하는 모든 사무에 대해 전속적 입법권을 가진다.

(2) 이 변경이전에 존재한 연방의 전속적 권리는 연방법률로 과도적으로 독일연방우편인 우편사업(POSTDIENST)과 독일연방우편인 장거리통신사업(TELEKOM)에 유래하는 기업에게 부여할 수 있다. 독일연방우편인 우편사업의 승계사업에 있어서 자본의 과반수는 연방이 법률시행 5년후에 이를 포기하는 것을 허용한다. 이것은 연방참의원의 동의를 요하는 연방법률로 정한다.

(3) 독일연방우편에 근무하는 연방공무원은 그 법적지위를 유지하면서 고용당국의 책임하에 사적기업에 근무한다. 그 기업은 고용당국의 권한을 행사한다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.



## VIII. 共同憲法審議委員會案에 의한 基本法改正 (제42차 개정법률)

1992년 1월 16일 共同憲法審議委員會는 제1회 회의를 개시한 이래 26회에 걸친 회의(Sitzung)와 9회의 공청회(öffentliche Anhörung)를 거듭하여 1993년 10월 28일 최종보고서를 승인하여 동년 11월 5일에 「基本法改正을 위한 勸告」를 연방의회에 제출하였다는 점은 이미 살펴보았다. 이 보고서에는 勸告이외에 모든 議事錄(Protokoll), 각위원·교섭단체·州 등이 제출한 95건의 提案(Antrag), 대학교수·의원·연방정부·연방참의원으로 부터 입수한 119건의 準備資料(Arbeitsunterlage) 등도 첨부되어 있으며, 또한 회의 및 공청회 등의 速記錄(stenographischer Bericht)과 각종의견서(Stellungnahme), 80만건에 이르는 請願書(Bürgereingabe) 등도 공개되고 있다. 권고는 기본법의 23개 조에 걸친 개정을 요구하고 있으나, 80건을 넘는 개정논점으로 의견이 일치되지 않았다. 報告書에 따른 기본법개정안<sup>76)</sup>은 연립여당과 SPD사이에 합의된 15개 조항을 대상으로 하는 共同提案으로서 1994년 1월 19일 연방의회에 제출되었으나, 90년동맹/녹색당(Bündnis 90/Die Grünen)은 「憲法改革을 위한 법률안」<sup>77)</sup>, 민주사회주의당/좌익리스트(PDS/LL)는 「基本法 제146조에 의한 신헌법제정에 관한 법률안」<sup>78)</sup>등을 제한하는 한편 SPD도 공동제안과는 별도로 「基本法改正法律案」<sup>79)</sup>을 제안하기도 하였다. 그리하여 동년 2월 4일부터 논의를 거듭하다가 결국 앞서 살펴본 것처럼 14개조에 걸친 改正이 성립하였던 것이다.

基本法の 개정 또는 新憲法の 제정이든 처음부터 논의의 대상이 되었던 것은 남녀동권과 女性의 지위향상, 少數者の 권리, 自己情報決定權의 도입, 언론의 다양성확보, 근로·교육·주거 등의 社會的 基本權導入, 이른바 國家目標規定의 설정여부와 내용, 亡命權의 제한, 통일시 최대의 쟁점이었던 落胎의 자유처리, 外國人의 선거권문제, 주민참가의 확대·直接民主主義의 도입, 州의 권한의 강화·확대, 政黨·交渉團體의 국고보조, 聯邦軍의 NATO에의 해외파병문제, 基本法改正 국민투표제도입 등 매우 다양한 내용이었다. 그리고 이러한 논점과는 별도로

76) BT-Drucksache 12/6633.

77) BT-Drucksache 12/6686.

78) BT-Drucksache 12/6570.

79) BT-Drucksache 12/6323.

로 마스트리히트조약체결에 따른 법제정비, 민영화에 수반한 개정 등도 있었으며, 이들 논점 가운데 일부는 결과적으로 기본법개정에 까지 이르지 못하기도 하였다. 그 이유는 共同憲法審議會에서 논의의 대상이 되고있는 시점에서 즉시 법률상의 처리를 단행하거나(落胎의 자유문제에 관한 1992년 7월 27일의 형법개정<sup>80)</sup>), 聯邦憲法裁判所의 사법적 판단으로 문제가 해결되는(聯邦軍의 NATO해

80) 1992년 7월 27일 제정된 「妊娠 및 家族補助法(Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs : Schwangeren- und Familienhilfegesetz, BGBl. 1992 I, 1397)」에 의해 改正된 刑法 제218a조제1항에서는 妊娠婦가 수태후 12주이내에 법률이 인정하는 相談所에서 상담을 받은 후 임신부의 요구에 의해 적어도 3일후에 醫師가 실시한 妊娠中絶은 위법하지 않다고 규정하여 임신한 女性은 사실상 12주이내에 合法的으로 낙태를 할 수 있게 하였다. 그러나 이 조항에 대해 바이에른州政府和 聯邦議會議員이 효력정지가처분신청을 聯邦憲法裁判所에 제기하여 1992년 8월 4일 연방헌법재판소가 이를 받아들였으며 그후 1993년 5월 28일 연방헌법재판소는 妊娠 및 家族補助法에 대해 일부위헌판결을 내렸다(BVerfGE 88, 203). 이와 관련한 자세한 것은 姜泰壽, 「統獨後 法的同化過程과 問題 -落胎에 대한 憲法上的 論議를 중심으로-, 司法行政 1992.10., 20~26面. ; 許營, 「落胎自由를 위한 刑法改正法律(제218a조)에 대한 獨逸聯邦憲法裁判所의 效力停止假處分決定, 司法行政 1992.9., 81~84面. 이 위헌판결로 인하여 새로운 立法作業이 필요하게 되어 1995년 2월 10일 聯邦議會에서 각 정당이 제안한 형법개정법안에 대해 첫 審議를 하였으며, 동년 6월 30일 연립여당과 사회민주당간의 합의가 도출되어 6월 29일 聯邦議會에서 법안을 가결하고, 이어 7월 14일 연방참의원의 동의를 얻음으로써 마침내 落胎問題에 관한 刑法改正案이 확정되었다. 새로이 성립된 법안의 요점은 ①落胎가 처벌되지 않는 경우(형법 제218a조) : 落胎는 違法이나 妊娠婦가 낙태를 희망하고 있고 수술 3일전에 相談을 받은 사실을 증명하는 증명서를 의사에게 제시하고, 落胎가 의사에 의해 행해지며 妊娠 12주이내인 경우에는 처벌되지 아니한다. ②落胎가 위법이 되지 않는 경우 : 의학적 지표가 해당하는 경우 즉 '妊娠婦의 생명에 위협 또는 신체적·정신적 건강상태를 현저히 훼손할 위험을 회피하기 위하여 妊娠婦의 현재 및 장래의 생활상태를 고려하여 의사의 판단에 의해 지시된 落胎로서 그 위험이 임신부에 대해 요구할 수 있는 기타 방법으로는 회피할 수 없는' 경우에는 낙태는 위법이 아니다. 또한 障礙를 낙태의 이유로 할 수 없음을 명확히 하기 위해 태아의 疾病에 관한 指標는 폐지한다. ③의사의 의무(형법 제218c조) : 落胎를 회피하는 이유를 제시할 기회를 여성에게 부여하지 않고 妊娠婦를 낙태하는 자는 1년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ④상담의 목적(형법 제219조) : 相談은 아직 탄생하지 않은 생명의 보호에 이바지한다. 상담은 임신을 계속하려는 여성을 장려하는 것이어야 한다. 이 경우 女性은 아직 탄생하지 않은 자가 임신의 각단계에서 그 女性에 대해서도 독자의 생명권을 가지는 점 및 落胎는 예외적인 상황에서만 고려될 수 있음을 자각하여야 한다. 相談은 의사에게 받을 수 있다. ⑤비용부담 : 違法的 落胎에 대해서는 자기책임을 원칙으로

외파병문제에 대한 1993년 4월 8일 및 6월 23일의 결정, 특히 1994년 7월 12일의 결정<sup>81)</sup>) 등 별도의 법적처리를 취하였기 때문이다. 또한 政黨國庫補助에 대해서는 共同憲法審議委員會가 1992년 7월 9일의 제9회 회의에서 논의하였으나, 이미 1992년 4월 9일에 聯邦憲法裁判所가 일부위헌판결을 내림으로써<sup>82)</sup> 1993년 11월 12일에 政黨法이 개정되어 일단 마무리되기도 하였다.<sup>83)</sup> 그리고 앞서 살펴본 바와 같이 共同憲法審議委員會의 권고에 포함된 다수의 基本法改正案 -유럽통합 및 마스트리히트조약체결에 따른 개정, 民營化에 수반한 개정, 통일을 계기로 발생한 難民問題에 대처하기 위한 개정 등- 은 이미 제42차 기본법개정법률이전에 개정이 완료되기도 하였다.

하나 월수입 1700DM이하의 여성에 대해서는 州가 그 비용을 부담한다. ⑥近親者の 책임 : 임신부에 대해 扶養義務를 부담하고 있음에도 불구하고 비난되어야 할 방법으로 부양을 행하지 않거나 그를 이유로 落胎를 행하는 자는 5년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 妊産婦에게 낙태를 강요하는 경우에는 원칙으로 특히 중대한 경우로 한다(형법 제240조) 등이다.

81) 자세한 내용은 申玉珠, 「武裝 聯邦防衛軍의 海外派兵은 合憲-독일연방헌법재판소의 최근판례」, 考試研究 1994.10., 214~216면.

82) BVerfGE 85, 264.

83) 1992년 4월의 聯邦憲法裁判所判決 이래 동년 9월 3일 政黨財政의 장래적 규율에 대한 專門家委員會가 설치되어, 同委員會는 1993년 2월 17일 최종보고서를 마련하였으며, 이 제안을 수용한 政黨法改正案이 1993년 11월 12일 聯邦議會에서 의결되었으며 동개정법은 1994년 1월 31일 官報에 공고되었다. 개정된 政黨法의 주요내용은 ①총래의 政黨에 대한 國庫補助類型으로 제시된 선거운동비용보조·기본보조·기획균등화조정금의 3체제를 하나로 統合하였으며, ②國庫補助配分基準은 유럽의회의원선거·연방의회의원선거 및 주의회의원선거에 의한 득표수, 당비수입금, 기부금수입금이며 획득한 有效票 1표당 1.3DM(500만표까지) 또는 1DM(500만표초과)으로 하고 당비·기부 1DM당 0.5DM의 국고보조가 배분된다. ③補助金の 수급요건으로 유럽의회의원선거·연방의회의원선거에서 유효투표총수의 0.5%이상, 州議會議員選舉에서 1%이상을 득표하거나 選舉區에서 유효투표총수의 10%이상 득표한 정당에게 배분하며, ④政黨에 대한 국고보조의 연간총액은 2억300만DM으로 하여 絶對的 上限額을 정하는 한편 부분적 국고보조의 원칙에 의한 국고보조액은 各黨의 자기조달자금의 연간총액을 초과할 수 없도록 하는 相對的 限度額을 두었다. ⑤聯邦大統領이 임명하는 專門家委員會를 두고 위원회는 매년 정당의 주요지출항목에 대해 물가상승율을 조사하여 聯邦議會議長에게 보고하도록 하였으며, ⑥政黨以外의 입후보자·정치단체에 대한 국고보조로서 연방의회의원선거에서 유효투표의 10%이상을 획득한 후보자는 1표당 4DM, 유럽의회의원선거에서 0.5%이상 득표한 政治團體는 1표당 1.3DM(500만표까지) 내지 1DM(500만표초과)의 국고보조를 받도록 규정하였다. ⑦기타 정당·선거인단체에 대한 기부·당비에 관한 세법상의 우대조치를 규정하였다. 개정된 獨逸政黨法의 전문은 中央選舉管理委員會, 「獨逸聯邦選舉法」, 1994, 351~374면 참조.

이와 같이 볼 때 이번의 共同憲法審議委員會案에 의한 제42차개정은 남녀평등 규정신설, 자연적 생활기반을 보호할 국가의 책무신설, 郡의 자치권에 관한 재정 자기책임원칙의 추가, 州間協約에 의한 신영역편성에 대한 주민표결을 포함한 절차조항의 신설, 聯邦과 州의 경합적 입법 등 立法權限에 관한 개정, 聯邦의 입법 절차의 개정 등에 그치고 있다고 할 수 있다.

## 1. 제3조

우선 주목할 것은 法앞에 평등을 정한 제3조에 男女平等을 현실로 실현하여야 할 국가의 책무를 정한 문언을 새로이 제2항제2문에 부가하고, 아울러 障礙者差別의 제거와 관련한 규정을 제3항제2문에 삽입하였다. 前者는 여성에 대한 적극적 우선조치와 관련한 國家目標規定이다. 이들 변경에 의해 동조제2항 및 제3항은 전체로서 아래와 같이 되었다.

共同憲法審議委員會의 심의에서는 SPD와 CDU女性聯合이 동등화를 위한 보다 강력한 조치를 확보하기 위한 제안을 하였다. SPD案에 의하면 「국가는 모든 사회적 영역에서 여성의 평등화를 보장한다. 현존하는 불평등의 조정을 위해 여성을 조성하는 조치를 할 수 있다」라고 규정하였으며, 女性聯合案에서는 「국가의 임무는 모든 사회적 영역에서 여성의 동등한 참가를 위한 조건을 조성한다. 현존하는 불평등의 조정을 위해 여성을 조성하는 조치를 할 수 있다」라고 하였다. 그러나 이에 反對하는 측에서는 엄격한 의미에서 國家가 女性의 平等化를 보장할 수는 없으며 동등한 참가의 조건을 조성한다면 그를 위해 개인(남성)의 자유에 介入하는 弊害를 발생케할 우려가 있다고 주장하였다. 이러한 논의의 배후에서 현실적인 문제로 의식된 것은 이른바 「割當制(Quote)」의 헌법적 시비였다. 男女平等의 근대법발전사에 있어서 제1단계는 남녀의 차별을 공인하나, 제2단계에서는 差別을 금지하고 법은 性에 대해 중립적 입장을 취하며 그러한 의미에서 추상적인 평등을 창설한다. 현재의 논의는 제3단계, 즉 法이 중립적 입장에서 벗어나 적극적인 조치로서 구체적인 事實上의 平等을 조성할 것인가의 문제를 둘러싼 것이며 이 적극적인 조치는 경우에 따라서는 美國의 Affirmative Action의 법리<sup>84)</sup>에 따라 獨逸에서도 1980년대에 들어와서 男女平等을 위한 적극적 차별

84) 이에 관한 상세한 것은 金寧煥, 「積極的 平等實現措置(Affirmative Action)에 관한 研究」, 嶺南大 博士論文, 1991 참조.

의 개념과 구체적인 조치가 거론되었다. 그래서 중심적으로 거론된 것이 「女性을 위한 割當制(Frauenquote)」이다. 그 중 현실적으로 쟁점이 된 것은 公務員採用에 있어서의 할당제이다.<sup>85)</sup> 이 경우의 割當制는 여러 유형이 상정될 수 있다. 단순한 것은 固定割當制(starren Quotenregelung)로서 여성을 위해 일정한 직위수를 할당하는 것이다. 물론 동등화의 실현을 위한 것이므로 원칙으로 同種의 職位의 반수가 여성에게 할당되어야 하는 것이다. 固定割當制의 경우에는 여성과 남성의 경쟁은 처음부터 배제된다. 이와 달리 독일의 몇개 州에서 공무원채용에 있어서 실제로 적용되고 있는 할당제는 동일직무군에서 여성의 過小代表(고위직승진의 경우에는 하위직에서 男女의 비율을 기준으로, 신규채용의 경우에는 同一職務群의 남녀비율을 기준으로 여성의 직위점유가 평등한가의 여부를 본다)가 존재하는 경우에는 후보자의 자격·능력·업적이 동일하다면 男性에 대해서 女性을 우선승진하게 하거나 채용하는 것이다. 共同憲法審議委員會는 새로운 남녀평등권규정에 있어서 이른바 固定的인 割當制의 형식으로 여성의 조성을 할 수 없다는 점에 대해서는 의견의 일치가 있었다.<sup>86)</sup> 그러나 後者 즉 동일자격우선적 할당제에 대해서는 이를 合憲 또는 違憲으로 볼 것인가에 관해 의견이 나누어져 판단을 하지 못하였다. 결국 이 制度가 새로운 기본법 제3조제2항하에서 어떻게 평가될 것인가는 향후 연방헌법재판소의 판단에 따를 것이다.<sup>87)</sup>

아울러 委員會에서는 기본법 제6조의 「혼인·가족의 보호」를 둘러싼 논의도 하였다. SPD는 국가적 보호를 「혼인·가족」과 더불어 「계속적으로 설정된 生活

85) 割當制의 지지자들은 平等權으로 부터 발생하는 客觀的 法的平等取扱의 요청을 시사하여 불평등으로 입은 손해의 보상으로서 公務員法上的 할당규정의 합헌성을 주장하였다. 이에 대해 反對論者들은 여성이라는 집단을 위하여 기본법 제3조제2항을 集團法的인 委託으로서 이해하는 것은 人間尊嚴의 주체인 개인의 지위에 착안한 기본법의 기본권이해와 일치되지 않는다고 주장하였다.

86) BT-Drucksache 12/6000.

87) 1993년 12월에 제정된 헤센州의 同等化法은 동일자격우선적 할당제가 아닌 일정한 자격을 요건으로 하는 일종의 固定割當制를 채용하였다. 이에 의하면 여성이 과소밖에 대표되지 않은 직무영역에서는 보완직위의 반수이상을 職務에 필요한 자격을 가진 女性에 할당하도록 되어있다. 즉, 남성후보자와의 동일자격은 요구하지 않는다. 이 割當制는 「間接差別의 禁止」라고 이해되고 있다. 동일자격을 요건으로 한다면 여성이 자격 획득이나 능력개발에서 사실상 不利益을 받게 되는 전제가 되기 때문이다. U.Battias/A.Eisenhardt, 「Neue Gesetzgebung zur Gleichberechtigung」, ZRP, 1994, S.22. 또한 1994년 6월 제2차남녀평등권법이 제정되어 聯邦公務員에 대해 동등화촉진을 위한 몇 가지 제도가 규정되었으나, 割當制는 채용되지 않았다.

共同體」에도 미치게하여야 할 것을 주장하였다. 여기에는 이른바 「同居(Nichteehe : 비혼인적 생활공동체와 동성생활공동체)」가 포함된다. 同黨은 또한 성적 특성을 이유로 하는 차별의 금지를 제3조제3항에 부가하여 性的指向의 자유를 보장할 것을 주장하였다.<sup>88)</sup> 그러나 이 제안은 委員會의 필요한 다수를 얻지 못하였다. 반대파는 비혼인적 생활공동체의 폭을 과대평가할 수는 없다는 점, 性的指向의 자유는 기본법 제2조의 인격의 자유로운 발전의 권리로서 보장된다고 주장하였다.<sup>89)</sup>

● 제3조

(2)남성과 여성은 평등하다. 국가는 남녀평등의 실질적 실현(tatsächliche Durchsetzung)을 촉진하고 현존하는 불이익의 제거(Beseitigung bestehender Nachteile)를 위해 노력한다.

(3)누구든지 그 성별, 혈통, 인종, 언어, 출신지와 문벌, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해를 이유로 불이익을 받거나 우대받지 아니한다. 누구든지 그 장애(Behinderung)를 이유로 불이익을 받지 아니한다.

## 2. 제20a조

다음에 「環境保護(Umweltschutz)」정책의 일환으로서 自然的 生活基盤(die natürlichen Lebensgrundlagen)을 보호하여야 할 국가의 의무를 정한 제20a조의 신설이다. 環境保護를 국가목표로서 헌법규정에 도입하는 것에 대해 통일이전부터 이미 서독연방의회에서 검토된 바 있었다.<sup>90)</sup> 「國家目標(Staatsziel)」는 국가활동의 일정한 방향과 과제를 제시하는 것으로서 헌법규범으로서 규정하게

88) Josef Isensee, 「Mit blauem Auge davongekommen - das Grundgesetz : Zu Arbeit und Resultaten der Gemeinsamen Verfassungskommission.」, NJW, 1993, S.2585.

89) BT-Drucksache 12/6000, Sabine Berghahn, 「Ehe und Familie in der Verfassungsdiskussion -vom institutionellen zum sozialen Grundrechtsverständnis?」, KJ, 1993, S.397~418.

90) 자세한 내용은 Arnd Uhle, 「Das Staatsziel "Umweltschutz" im System der grundgesetzlichen Ordnung -Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art.20a GG」, DÖV, 1993, S.947f 참조.

되면 법적 구속력을 가지는 것으로 이해되었다.<sup>91)</sup> 共同憲法審議委員會는 환경보호를 국가목표로서 도입하는 것에 대해서는 이견이 없었으나 문제는 규정을 어떻게 定式化할 것인가, 즉 보호하여야 할 환경을 어떻게 정할 것인가 그리고 국가목표를 어느 범위의 국가활동을 구속하는가에 있었다.<sup>92)</sup>

첫번째의 쟁점에 대해 보수파는 보호하여야 할 環境을 「인간의 자연적 생활기반」으로 정식화하였다. 基本法의 입장은 인간존엄의 보장(제1조)이며, 人間과 분리된 자연 그 자체의 보호는 의미가 없다는 취지이다. 이에 대해 SPD를 포함한 野黨은 인간의 이익을 위할뿐 아니라 環境은 그 자신으로서(*um ihrer selbst willen*) 보호되어야 하며, 인간으로 한정하는 것은 環境保護를 위하여 불충분하다고 주장하였다. 두번째의 쟁점에 대해서는 보수파는 국가목표를 입법자에 대한 委託으로서 이해하려 한다. 입법자는 헌법상 제시된 다양한 目標, 課題를 고려하고 균형있는 실현을 도모할 자유를 부여받지 않으면 안되며, 환경보호가 지상의 목적으로서 國家活動을 구속할 수는 없다는 것이었다. 야당은 이를 「環境保護의 目標을 相對化하는 것」이라고 비판하고 환경보호는 입법, 사법, 행정의 모든 國家活動을 구속하는 목표로서 규정되어야 할 것이라고 주장하였다. 위원회의 의장인 Scholz는 여야당의 타협을 도모하기 위해 첫번째의 점에 대해서는 野黨의 입장을, 두번째의 점에 대해서는 여당의 입장을 고려한 안을 마련하여 의결을 요구하였으나, 이 안에 대해 일부 與黨議員이 반대하여 표결결과 부결되고 말았다. 그리하여 여야당의 비공식적인 절충으로 타협이 모색되어 예외적으로 표결을 위한 회의가 다시 열려 표결결과 가까스로 可決되기에 이르렀다.<sup>93)</sup>

위원회의 다수파의 해석에 의하면 이 規定은 객관법적인 目標規定이며, 시민에게 어떠한 國家請求權을 부여하는 것이 아닌 점, 環境保護는 헌법상 다른 제가치와 동순위의 것으로서 취급된다는 점, 立法者는 입법에 있어서 이들 동순위의 가치와의 비교형량을 도모하여야 한다는 점, 行政權과 司法은 법률에 따라야 하며 헌법규정으로 부터 독자적인 판단을 도출할 수는 없다는 점<sup>94)</sup>을 포함하고 있다고 한다. 그러나 야당은 이러한 해석을 인정하고 있지 않는다. 環境保護와 관련하여 좀더 철저하게 「자연적 생활기반」을 보호하는 몇가지 규정이 제안되었으나<sup>95)</sup>,

91) Winfried Brohm, 「Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung」, JZ, 1994, S.215.

92) G.Meyer-Teschendorf, 「Verfassungsmaßiger Schutz der natürlichen Lebensgrundlage」, ZRP, 1994, S.73~79.

93) A.Uhle, a.a.O., S.949~950.

94) Ders., Ebd., S.950.

회의에서 부결되었다. 결국 논쟁의 초점은 自然的 生活基盤의 가치를 어느만큼 절대적인 것으로서 승인할 것인가에 있었다.

한편 통일전의 東獨憲法에서는 사회주의헌법으로서 「勞動의 권리(제24조)」, 「教育의 권리(제25조)」, 「餘暇와 休養의 권리(제34조)」, 「健康과 勞動力의 확보의 권리(제35조)」, 「高齡者와 障礙者의 국가부조를 받을 권리(제36조)」, 「住宅의 권리(제37조)」 등 이른바 사회적 기본권을 광범하게 규정하였다. 이러한 社會的 基本權이 동독에서 실질적으로 어느 정도의 수준으로 보장되었는가는 논의로 하더라도 독일통일후 基本法에 종래 규정되지 않았던 社會的 基本權 내지 사회적 국가목표를 도입할 것이 강력하게 주장되었다. 그러나 보수파는 사회적 성격을 지닌 利益을 기본권으로서 규정하는데 처음부터 반대하였다. 즉, 개인의 국가에 대한 給付請求權으로서 사회적 기본권을 헌법에 규정하는 것은 국가에게 財源 등의 처리가능성에 한계가 있으며 또한 立法者의 재량에 사리에 적합하지 않은 제약을 가한다는 점 나아가 그러한 基本權의 실현은 다른 한편 자유권적 기본권을 침해할 우려가 있다는 점 등으로 부정되었다.<sup>96)</sup> SPD는 기본권으로서의 규정을 피하고 社會的 國家目標를 기본법에 도입할 것을 제안하였다.<sup>97)</sup>

共同憲法審議委員會에서는 사회적 국가목표로서 제시하는 것이 국가의 정책목표로서 중요하다는 점에서 대해서는 이견이 없었다. 문제는 그 政策課題의 실현방법이었다. 도입찬성파는 導入에 대한 국민의 광범한 지지가 있는 점, 社會國家를 추상적 존재가 아니라 구체적으로 제시하는 것은 東西의 統合에 유익하게 작용하며 헌법수호를 강하게 한다는 점, 유럽사회헌장이나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 국내법화로서 國際的으로도 意義가 있다는 점을 강조하였다. 반대론자는 國家目標를 고정하지 않은 것은 議會와 選舉를 통하여 국

95) 브레멘州의 제안에는 基本法 제2조의 인격발전의 권리에 '自然的 生活基盤을 침해하지 않는 한'이라는 제약을 두거나 제14조의 所有權을 제약하는 공공복리의 내용으로서 '自然的 生活基盤'을 명시할 것이 포함되어 있었다. 또한 SPD의 안에서는 '動物保護' 규정의 삽입도 주장되었다.

96) S.Rohn/R.Sannwald, a.a.O., S.72f.

97) SPD의 제안은 제20b조에 「國家는 노동기회의 창출과 유지에 기여한다. 國家는 전 체경제의 균형있는 범위내에서 높은 고용수준을 확보한다」, 제20c조에 「國家는 적절한 주택건설과 유지를 촉진한다. 국가는 임차인의 거주권을 보호한다」, 제20d조에 「國家는 사회보장제도를 보장한다」, 제20e조에 「(1)국가는 교육에 대한 모든 자의 접근을 보호하며 장려한다. 국가는 모든 자에게 경제적 사회적 상황과 정치적 신조에 불구하고 학교, 대학, 직업양성, 재훈련시설을 개방하여야 한다. (2)국가는 시민의 문화적 생활을 보호하고 조성한다」 등이다. BT-Drucksache 12/6000, S.75~83.



가활동이 유연하게 목표설정할 수 있음을 의미한다. 여기에서 議會의 재량이 많아진다는 것은 의회의 권위를 고양하는 것이 된다. 또한 國家目標가 규정되더라도 사태가 해결되거나 개선되고 해결되는 것이 아니며 그렇다면 거꾸로 오히려 政治의 不信이 가중될 우려가 있다. 國際條約에 대한 대응은 헌법이 아닌 法律의 차원에서 충분하며, 전체로서 基本法의 현행규정으로 대응할 수 있다는 점을 지적하였다. 결국 위원회는 社會的 基本權과 社會國家目標規定에 대해 아무런 개정 제안도 제시할 수 없었다.

● 제20a조

국가는 장래의 세대에 대한 책임으로서(auch in Verantwortung für die künftigen Generationen), 헌법질서의 범위내에 입법을 통하여 또한 법률과 규범에 따른 행정권과 판결을 통하여 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlagen)을 보호한다.

### 3. 제28조제2항

읍(Gemeinde)의 자치권과 관련한 제28조제2항에 새로이 제3문이 부가된 결과 동항은 전체로서 아래와 같이 되었다. 주지하는 바와 같이 基本法 제28조제2항은 단체자치의 제도적 보장하에 事務配分의 原則을 규정한 것으로서, 지역자치의 대상사항으로서의 全權能性(Allzuständigkeit)의 원칙을 기초자치단체인 읍에게만 보장하고 있으며, 또한 자치행정의 성격으로서 그 핵심요소라고 할 수 있는 「自己責任性(Eigenverantwortlichkeit)」의 원칙의 보장을 선언한 것이다. 기본법은 읍에게 지역공동체의 모든 사항을 자기책임하에서 규율하면서 「法律의 範圍內」라는 제약원리하에서 배분한 것이다. 그런데 제42차개정으로 새로이 「財政的 自己責任」이라는 문구를 삽입한 것은 통일후 민영화·규제완화의 과정에서 自治團體의 결정과 責任領域의 확대가 경시되고 아울러 통일에 수반한 自治團體의 財政負擔의 전가가 지속되면서 地方自治를 歪曲하는 국가의 자치권의 侵害와 空洞化現象의 시정을 촉구함으로써 지방분권의 중요성을 강조하려는 데서 비롯하였다. 共同憲法審議委員會에서 권고한 내용을 그대로 수용한 제28조제2항의 규정에 대해 邑의 전국조직의 하나인 獨逸都市聯盟(Der Deutsche Städtetag)에서는 財政的 自己責任에 대해 그것이 법률로 위임된 사무와 그 財

源措置사이에 적절한 연관을 제시하여야 할 것이라는 地方自治團體의 절실한 요청을 충족시키지 못하고 있다. 따라서 동규정은 단순한 宣言的 價値를 가지는 권고에 불과하다고 주장하면서 邑의 자치권을 강화하기 위한 새로운 내용으로서 ①邑과 邑組合은 그 이해와 직접 관계되는 법률의 입안행위와 EC공동체의 指令·準則草案의 입안과정에 사전참가를 보장할 것, ②법률로서 사무처리가 의무화되는 경우 規制對象은 기본적인 것에 한하며, 국가의 지시는 당해사무처리에 있어 불가피하게 필요한 것에 한하고, 指示의 종류와 내용은 법률로 정하는 한편 그 사무가 초과부담을 요하는 경우에 필요한 資金을 자유로이 사용할 수 있는 조치를 강구할 것, ③公共福利에 의한 중대한 사유로 정당화되고 헌법상 사무배분의 원칙에 우위하는 경우에만 邑으로 부터 지역적으로 현저하게 관련되는 사무취급이 허용될 것 등을 규정할 것을 주장하였으나, 共同憲法審議委員會의 안대로 제28조제2항에 아래와 같이 3문을 추가하는 것으로 확정되었다.<sup>98)</sup>

#### ● 제28조

(2)읍은 법률의 범위내에서 지역공동체의 모든 사항을 자기책임하에서 규율할 권리가 보장되어야 한다. 읍조합도 그 법률상의 임무영역의 범위내에서 법률의 규정에 따라 자치권을 가진다. 자치권은 재정적 자기책임(finanzielle Eigenverantwortung)의 기초하에 보장된다.

## 4. 제29조

제29조는 聯邦領域의 新編成(Neugliederung des Bundesgebietes)의 절차를 정한 규정으로서 제42차 改正으로 제29조제7항이 종래의 「1만인이상」의 문언에서 「5만인이상」으로 변경되었으며, 아울러 제29조제8항이 새로이 삽입되었다. 이는 統一條約 제5조의 규정에 따라 聯邦과 州의 관계를 새로이 조정하기 위한 논의의 결과 성립한 것으로서, 共同憲法審議委員會는 州의 경계변경에 관한 사항을 명확하게 구체적으로 규정하고 境界變更에 관한 住民投票에서의 의결정

98) 共同憲法審議委員會에서 논의된 聯邦과 州, 邑의 財政的 聯關에 대한 상세한 내용은 Rüdiger Sannwald, 「Die Reform der Finanzverfassung. Stand der Beratungen in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat」, ZRP, 1993, 103f 참조.

족수를 명시적으로 규정할 필요성에서 제29조제7항의 경계변경가능지역의 最低人口數를 5만명으로 높이고 동조제8항의 규정을 신설할 것을 의결하였다.<sup>99)</sup> 그리고 후술하는 바와 같이 베를린과 브란덴부르크지역의 재편성이 기본법 제29조의 절차에 관계없이 兩州의 合意로 하나의 州를 구성할 수 있도록 제29조의 특별규정으로서 제118a조를 신설하였다.

● 제29조

(7)주의 영역의 기타 변경은 주소속이 변경되는 영역이 5만명이하의 주민을 가지는 경우 당해 주간의 주간조약 또는 연방참의원의 동의를 얻은 연방법률로서 행할 수 있다. 상세한 것은 연방참의원과 연방의회의 과반수의 찬성을 요하는 연방법률로 정한다. 이 연방법률에는 당해 군과 읍의 관계인의 의견을 청취하는 규정을 두어야 한다.

(8)각주는 제2항부터 제7항의 규정에도 불구하고 주간조약(Staatsvertrag)으로 각각 그들이 포괄하는 영역 또는 그 부분영역에 관해 재편성할 수 있다. 이 경우 관계있는 군과 읍은 청문을 한다. 주간조약은 참가하는 각주의 주민투표(Volksentscheide)에 의한 승인을 요한다. 각주의 부분영역변경에 대한 주간조약일 경우 승인은 당해부분영역에서의 주민투표에 한정할 수 있다 ; 제5문후단은 이에 적용하지 아니한다. 주민투표에서는 투표총수가 적어도 연방의회 유권자수의 4분의 1이상의 참여와 투표수의 과반수로 결정한다 ; 상세한 것은 연방법률로 정한다. 주간조약은 연방의회의 동의를 요한다.

5. 제72조

獨逸統一以前の 35차에 걸친 舊西獨의 기본법개정중 절반이상이 聯邦制와 관련한 것이었으며 그러한 의미에서 基本法改正의 중심은 연방제문제에 있었다고 할 수 있다. 統一後의 기본법개정논의의 핵심도 역시 聯邦制問題에 있었으며, 재정제도개혁과 州의 권한강화를 포함한 연방제의 강화가 憲法論議의 가장 중요한

99) BT-Drucksache 12/6000, S.43ff. 자세한 내용은 Klaus G.Meyer-Tschendorf, 「Territoriale Neugliederung nicht nur durch Bundesgesetz, sondern auch durch Staatsvertrag -Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission zu Art.29 und 118a GG」, DÖV, 1993, S.889f 참조.

과제로 대두되었다. 이 聯邦制改革論의 배후에는 통일후의 독일이 연방에 의한 舊東獨의 재건정책을 통하여 官僚制化와 統一化, 재정력이 취약한 州의 연방에 의 의존 그리고 州權限의 연방에의 이양 등 「集權國家」로 향하고 있다는 우려에서 비롯하였다. 그리하여 州의 자치와 독일전체의 生活條件의 統一性이라는 두개의 원칙의 긴장관계를 자각하면서 州權限強化(州의 입법권확대, 연방입법에 대한 州의 참가확대)와 財政制度改革(연방에 대한 州의 재정적 독립, 재정조정의 강화)을 통하여 자율성이 보증된 州를 기초로 하는 「獨逸各州의 聯邦」국가를 구축할 것을 주장한 서독 各州政府首相들은 1990년 7월 5일 결의를 통하여 基本法 제72조의 재조정을 촉구하기도 하였다.<sup>100)</sup>

이러한 聯邦과 州의 관계의 재정립에 대한 결의는 共同憲法審議委員會에서 이 문제에 대한 논의의 기준으로 제시되었으며, 委員會는 이를 기준으로 「聯邦主義의 強化」를 지향하면서 종래의 基本法改正이 연방의 강화 = 중앙집권화를 지향한 데 대해 聯邦과 州의 입법권한의 분배에서 州의 권한범위의 확대, 立法節次에 있어서 연방의회에 대한 聯邦參議院의 지위강화라는 취지로 기본법개정을 도모하였다. 그리하여 聯邦과 州의 경합적 입법에 관한 기본법 제72조를 전면적으로 개정하고 후술하는 바와 같이 立法權限을 구체적으로 열거하고 있는 제74조와 제75조 및 연방의 입법절차에 관한 제76조, 제77조, 제80조, 제93조 등을 개정하여 州 또는 聯邦參議院의 권한을 강화함으로써 위의 各州政府首相들의 결의 사항을 전부 수용하였다.

개정된 제72조의 내용을 살펴보면 우선 제1항에서 연방이 競合的 立法領域에서 그 입법관할권을 행사하지 않을 경우에는 各州가 그 한도내에서 입법권을 행사할 수 있도록 규정하였으며, 제2항에서 聯邦과 州의 경합적 입법사항을 연방 입법으로 규율할 수 있기 위한 必要性을 要件을 강화하여 연방의 입법권한을 제한하는 한편 제3항에서 연방법으로서 규율할 필요성이 소멸되었을 경우에는 聯邦法을 州法으로 대체할 수 있도록 하였다.

#### ● 제72조

- (1) 각주는 경합적 입법영역에서 연방이 법률로서 입법관할권을 행사하지 않을 경우 그 한도내에서 입법권을 가진다.
- (2) 이 영역에서 연방은 연방영역에서의 동등한 생활관계(gleichwertige Le-

100) Rupert Scholz, 「Die Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat」, ZG, 1994, S.11.

bensverhältnisse)의 확립 또는 국가전체의 이해에서 법적동일성의 유지를 위해 연방법률로 규율할 필요가 있는 경우에 그 한도내에서 입법권을 가진다.

(3) 연방법률은 제2항의 필요성이 존재하지 아니하는 연방법률상의 규정을 주법(Landesrecht)으로 대체할 수 있음을 규정할 수 있다.

## 6. 제74조 · 제75조

聯邦의 競合的 立法權限을 열거한 제74조는 종래의 제1항중의 제5호 및 제8호가 삭제되었으며 제18호의 문언이 변경되고, 제25호 및 제26호가 추가되고 나아가 새로이 제2항이 추가되었다. 이 중 특히 제25호에 國家責任(Staatshaftung)에 관한 규정이 설치된 점은 「國家責任法(das Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981, BGBl. I S.553)」에 관한 1982년 10월 19일의 연방헌법재판소의 판결<sup>101)</sup>에 의해 同法이 기본법 제70조에 위반하여 무효로 된 이래 연방이 統一的인 國家責任에 관한 입법권한을 가지는가의 여부를 둘러싼 論議에서 비롯하였으며, 이 개정으로 연방의 경합적 입법권한을 정식으로 인정함으로써 의문을 해소하였다. 또한 제26호는 최근의 尖端醫療技術의 발달에 대응하여 이 분야에 대한 聯邦의 통일적인 입법권한을 명문으로 규정한 것이다. 또한 이 개정으로 삭제된 제5호는 그대로의 문언으로 다음의 제75조제1항제6호로 이동하였다.

또한 제75조는 聯邦의 大綱立法의 권한을 제한하는 개정으로서 일정한 사안에 대해서는 그 특성상 全聯邦에 걸쳐 통일적으로 규율할 필요성에서 大綱的 立法(Rahmengesetzgebung)을 제정할 권한이 연방에 부여되어 있으나, 이 경우 聯邦은 해당 사안에 대해 필요한 범위내에서 大綱만을 정할 수 있으며 그 세부적인 것은 州가 규율하도록 규정하고 있다. 이는 종래 聯邦이 大綱만을 정하는데 그치지 않고 세부적인 것까지 규율함으로써 결과적으로 州의 입법권한을 침해한 경우가 많았기 때문이었다.

아울러 이 제75조의 개정에 관해서는 共同憲法審議委員會의 초안에서는 아래의 개정외에 제1a호(종래의 문언은 단순히 대학제도의 일반원칙이었다)를 개정하여 「1a. 학생의 입학허가(Zulassung zum Studien), 교육과정, 시험, 학위, 교직원과 예술가에 관한 대학제도의 일반원칙」으로 하여야 할 것을 권고하였으

101) BVerfGE 61, 149.

나 州의 立法權限의 확대를 주장한 聯邦參議院의 동의를 얻지 못하였다.<sup>102)</sup>

● 제74조

(1)경합적 입법은 다음의 영역에 미친다.

5. 〈삭 제〉

8. 〈삭 제〉

18. 토지거래, 토지법(보상액에 관한 권리를 제외), 농지소작제도, 주택제도, 이주 및 정착제도

25. 국가배상책임

26. 인간의 인공수정(künstliche Befurchtung), 유전자정보(Erbinformationen)의 연구와 그 인공적 변경, 장기와 조직이식(Transplantation)의 규율

(2)제1항제25호에 관한 법률은 연방참의원의 동의를 요한다.

● 제75조

(1)연방은 제72조의 조건하에 다음 사항에 관한 각주의 입법을 위한 대강적 규정(Rahmenvorschriften)을 제정할 권한을 가진다.

2. 언론의 일반적 법률관계

6. 독일의 문화재(Kulturgut)의 해외유출로 부터의 보호

(2)대강적 규정은 예외적인 경우에 한하여 개별적으로 적용되거나 직접 타당한 규정을 허용한다.

(3)방이 대강적 규정을 제정하는 경우 각주는 법률로 규정된 적당한 기간내에 필요한 주법(Landesgesetze)을 제정하여야 한다.

## 7. 제76조 · 제77조 · 제80조

제76조 · 제77조 및 제80조의 개정은 聯邦과 州의 관계재정립의 차원에서 聯邦의 입법절차에 聯邦參議院의 발언권과 참여권을 강화하기 위한 것이다. 우선 法律案의 제출 및 그 審議過程을 규정하는 제76조에 관해서는 聯邦政府가 제안하는 법률안에 관련한 제2항 및 聯邦參議院이 제안하는 법률안과 관련한 제3항

102) Stephan Rohn/Rüdiger Sannwald, a.a.O., S.69.

이 아래와 같이 변경되었다. 또한 입법절차를 규정한 제77조의 규정중 법안심의 공동의회에 관한 제2항 다음에 새로이 제2a항이 삽입되었다. 이 규정은 어떤 의미에서 同意法律(Zustimmungsgesetz)에 대한 聯邦參議院의 권한행사를 제약하는 효과를 지닌 것이다. 法規命令制定權限에 관한 제80조는 종래 2항으로 구성되었으나, 이번 改正으로 새로이 아래와 같은 제3항 및 제4항이 추가되었다.<sup>103)</sup>

● 제76조

(2) 연방정부의 법률안은 우선 연방참의원에 송부되어야 한다. 연방참의원은 6주 이내에 이 법률안에 대해 태도결정권을 가진다. 연방참의원이 중대한 이유로 인하여, 특히 법률안의 범위를 고려하여(mit Rücksicht auf den Umfang einer Vorlage) 기간의 연장을 요구하는 경우 기간은 9주로 한다. 연방정부는 법률안을 연방참의원에 송부하는 경우 예외적으로 특히 시급을 요한다는 뜻을 표시한 경우에는 3주 후에 또는 연방참의원이 제3문에 관한 요구를 제출한 경우에는 6주 후에 연방참의원의 태도결정이 연방정부에 도달하지 않더라도 그 법률안을 연방의회에 송부할 수 있다 ; 연방정부는 연방참의원의 태도결정이 도달한 후 지체없이 이를 연방의회에 추가제출하여야 한다. 이 기본법개정안과 제23조 또는 제24조에 관한 고권이양의 제안에 대해서는 태도결정을 위한 기간은 9주로 하며, 제4문은 적용하지 아니한다.

(3) 연방참의원의 법률안은 연방정부를 통하여 6주 이내에 연방의회에 송부하여야 한다. 연방정부는 송부에 있어서 자기의 견해를 제시하여야 한다. 연방정부가 중대한 이유로 인하여 특히 법률안의 범위를 고려하여 기간의 연장을 요구하는 경우에는 그 기간은 3주로 하며, 연방정부가 제3문에 관한 요구를 제출한 경우에는 6주로 한다. 이 기본법개정안과 제23조 또는 제24조에 관한 고권이양의 제안에 대해서는 기간을 9주로 하며, 제4문은 적용하지 아니한다. 연방의회는 적당한 기간내에 법률안을 심의하고 의결하여야 한다.

● 제77조

(2a) 연방참의원은 법률이 연방참의원의 동의를 요하는 한 제2항제1문에 관한

103) 이 조항과 관련한 자세한 것은 Rüdiger Sannwald, 'Die Reform der Gesetzgebungskompetenzen und des Gesetzgebungsverfahrens nach den Beschlüssen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat', ZG, 1994, 134~145 참조.

요구가 제출되지 않거나 양원협의절차가 법률의 의결을 수정하는 제안을 하지 않고 종결된 경우에는 적당한 기간내에 동의를 의결하여야 한다.

● 제80조

(3)연방참의원은 자기의 동의를 요하는 법규명령을 제정할 것을 요구하는 제안을 연방정부에 제출할 수 있다.

(4)연방법률로서 또는 연방법률의 근거로서 주정부가 법규명령제정권을 가지는 경우 그 한도내에서 각주는 법률로서 규율할 수 있다.

## 8. 제87조

聯邦의 固有行政을 규정한 제87조가 제40차개정 및 제41차개정으로 수정된 것은 이미 살펴 보았으나, 이번의 제42차개정으로 제87조는 다시 그 제2항에 새로운 제2문이 삽입되어 다음과 같이 개정되었다.

● 제87조

(2)관할구역이 하나의 주영역을 넘는 사회보험자는 연방직속의 공법상 단체로서 운영한다. 그 관할구역이 하나의 주영역을 넘지만 세개의 주이상에 미치지 아니하는 사회보험자는 제1문에도 불구하고 관계각주에 의해 감독주(aufsichtsführendes Land)가 결정되는 경우에는 주직속 공법상 단체로 운영한다.

## 9. 제93조

聯邦憲法裁判所의 權限을 열거한 제93조는 이번의 개정으로 제1항제2호 다음에 새로이 제2a호가 삽입되었다. 이는 위의 제72조제2항의 改正과 관련하여 어떤 법이 제72조제2항의 요건을 충족하여 聯邦法律로 제정할 수 있는가의 여부에 대해 의견대립이 있을 경우에 聯邦憲法裁判所가 聯邦參議院, 州政府 또는 州議會의 신청에 의해 재판하도록 한 것이다. 이 규정은 基本法上 최초로 연방헌법재판소의 판결절차에 州議會가 관여할 수 있도록 한 것이며, 基本法 제72조제2항의 요건의 충족여부는 司法審査의 대상이 되지 않는다고 한 聯邦憲法裁判所의 기준



판례를 정정한 것으로서 큰 의미가 있다.104)

● 제93조

(2a)연방참의원, 주정부 또는 주의회의 신청에 의해 법률이 제72조제2항의 조건을 충족하고 있는지의 여부에 관한 의견대립이 있는 경우 ;

## 10. 제118a조 · 제125a조

제118a조와 제125a조의 개정은 基本法 제11장의 경과규정을 포함한 개정과 관련한 것이며, 모두 신설된 규정이다. 제118조는 西南獨逸地域(바덴, 뷔르템베르크=바덴 및 뷔르템베르크=홀슈타인)에 있어서 州의 재편성에 관한 경과규정이며, 이들 3個州는 동조에 의거하여 이미 1951년에 합병되어 현재의 바덴=뷔르템베르크州로 되었기 때문에 사실상 의미없는 규정이나, 이번의 개정에서는 憲法史的 理由에서 이를 존치하면서 이 후에는 새로이 베를린 및 브란덴부르크의 재편성에 관한 특례규정으로서 제118a조가 설치되었다. 또한 제125a조의 신설은 이번의 改正法律로 제72조, 제74조, 제75조가 변경된 데 수반하여 개정된 것이다. 그리고 제2항의 연월일은 이번의 개정법률이 시행된 기일이다.

○ 제118a조

베를린과 브란덴부르크의 양주를 포함하는 영역의 새로운 구성은 제29조의 규정에도 불구하고 양주의 유권자의 참가하에 양주의 합의로서 결정할 수 있다.

○ 제125a조

연방법으로서 제정되어 이 기본법의 사후적 변경으로 이미 연방법으로서 제정될 수 없는 법도 계속 연방법으로서 효력을 가진다. 그러한 법은 주법으로 폐기(aufheben) 또는 보충(ergänzen)할 수 있다.

마지막으로 基本法에서의 直接民主主義制度의 도입은 西獨에서는 시민의 정치 참가의 확대를 통한 정치에 대한 권태감(Politikverdrossenheit)의 제거, 東獨에서는 1989년의 혁명으로 高揚된 시민의 역량을 헌법적으로 성숙시킬 것이 기

104) R.Scholz, a.a.O., S.13.

대되어 委員會에서도 그 실현을 요구하는 다수의 의견이 제출되었다. 理論적으로도 한편으로 권력의 진보성에 대한 미신이 사회주의권력의 좌절에 의해 명확하게 되었으며, 다른 한편 民主主義國家가 시장의 동태성에 굴복할 위험성이 있는 현상하에서 이를 극복하여 사회가 자기통치를 가능케 하기 위해서는 社會가 自己認識의 내부적 차별화를 통해서 존재하는 욕구와 이익의 다양성에 대한 정보를 부여하는 능력을 制度的으로 발전시킬 수 밖에 없다는 의식하에 시민의 직접적 정치참가, 直接民主主義의 확대가 널리 주장되었다.<sup>105)</sup> 이에 대해 SPD는 ① 國民立法制度(국민발안·국민청원·국민표결의 3단계 체계), ② 國民投票制度(기본법개정에 있어서 연방의회의 1/4 이상의 요구가 있으면 국민투표에 회부한다), ③ 請願에 있어서 代表者公廳制度(5만인 이상 유권자의 서명에 의한 청원의 경우 대표자가 의회에서 의견을 진술하는 것)를 제안하였으나 共同憲法審議委員會는 어느것도 채택하지 않았다. SPD의 國民立法制度에 의하면 유권자의 0.5% 이상의 서명으로 國民發案(연방법률의 제정, 폐지 또는 개정)이 성립하며 그로부터 6개월 이내에 국민발안에 대응한 法律案을 의회가 통과시키지 않으면 發案의 대표자에 의해 國民請願이 행해지며, 이에 有權者의 5%가 찬성하면 국민청원이 성립하며 그로부터 6개월 이내에 발안된 法律案이 국민표결에 회부된다. 또한 投票者의 과반수, 유권자의 1/4 이상의 찬성으로 국민표결이 성립한다. 다만 憲法修正에 관한 경우는 투표자의 2/3, 유권자의 과반수의 찬성이 필요하며, 國民發案은 예산 및 조세에 관해서는 허용되지 않도록 하였다. 반면 導入反對論者는 역사적인 경험의<sup>106)</sup>에 현실적인 문제로서 國民立法이 의회입법보다 민주주의적

105) Ulrich K.Preuß, 「Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung」, ZRP, 1993, S.131f ; Thomas Mayer, 「Direkte Demokratie als Chance für die politische Kultur」, ZRP, 1993, S.330f.

106) 直接民主主義의 문제는 統一獨逸의 헌법논의에서 처음으로 부각된 것이 아니며, 이는 제2차 세계대전전에 이미 경험한 문제이기도 하였다. 그리고 戰後 西獨에서는 直接民主主義는 州次元에서 제도화되어 주민에 의해 활용됨과 동시에 다른 한편으로는 聯邦次元에서 그 평가에 대해 의견이 나누어진 바 있다. 그런데 1919년의 바이마르헌법은 直接民主主義에 관해 大統領의 직접선거와 동시에 국민청구 및 국민투표를 제도화하였다. 즉 有權者는 그 1/10 이상으로 법률안을 제출할 수 있으며, 共和國議會가 이를 가결하지 아니하는 경우에는 국민투표에 회부할 수 있다. 또한 공화국의회의 1/3 이상의 議員의 동의로 공포를 연기한 法律에 대해 1/10 이상의 유권자의 신청이 있으면 國民投票에 회부한다. 아울러 共和國議會가 의결한 법률은 1개월 이내에 大統領의 결정이 있으면 國民投票에 회부하도록 하였으며, 共和國議會와 共和國參議院이 법안을 둘러싸고 대립한 경우 大統領은 이를 국민투표에 회부할 수 있도록 규정하였다. 그리하

인 정통성이 높은 것으로 간주되어 議會立法의 形骸化가 발생하며, 국민표결에 있어서 贊反의 결정방식은 이해의 복잡한 조정과정에 부합하지 않는다는 점, 인구가 많은 州의 이해가 직접 반영되게 되며 聯邦參議院의 기능이 무시되어 聯邦制構造를 약화시킨다는 점, 國民立法制度의 운용에서 사회단체나 정당의 힘이 강력해지며 시민개인의 參加가 후퇴할 위험성이 있다는 점 등을 지적하였다.<sup>107)</sup> 贊成論은 직접민주주의는 어디까지나 代議民主主義의 보완인 점, 外國과 獨逸各州에서의 경험에서 이를 매우 적극적으로 평가할 수 있다는 점 그리고 무엇보다도 市民의 民主主義的 責任意識을 높이는 것임을 강조하였으나 결국 委員會에서는 개정제안이 채택되지 않았다.

---

여 바이마르공화국시대에는 실제로 이 制度가 운용되기도 하였다. 한편 나치시기에는 直接民主主義가 국민통합의 수단으로 이용되어 國民投票가 支配의 正當化를 위해 악용되기도 하였다.

107) R.Scholz, a.a.O., S.29~30.



외국법제분석 95-2

獨逸統一과 基本法の改正

---

1995년 12월 10일 印刷

1995년 12월 15일 發行

發行人 白 南 辰  
發行處 **한국법제연구원**  
印刷處 (주) 한국컴퓨터산업

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103  
전 화 : (722)2901~3, 0163~5  
등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

---

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©

값 3,000 원

