

현안분석 2008 -

# 2006년 개정 독일기본법의 주요내용 연구

A Study on the Revision of the German  
Constitution in 2006

연구자 : 윤석진(부연구위원)

Yoon, Seok-Jin

이준서(부연구위원)

Lee, Jun-Seo

2008. 10. 31.

## 국문 요약

독일의 연방주의 구조의 비판으로부터 독일 연방주의의 개혁은 시작하였고, 이는 2006년 독일 기본법 개정을 통하여 체계화되었다. 독일의 연방주의 개혁의 핵심적 내용은 연방과 주의 복합적 결합구조가 이완되고 중앙집권적 성격이 약화되는데 있었다. 그 결과 개정 독일 기본법에서는 동의법률로 대표되는 연방참사원의 협력권의 경량화, 연방과 주의 입법권한의 재편 및 재정권한의 정서를 핵심적 목표로 하고 있다. 또한 구 독일 기본법 제75조에서 규정하고 있던 대강입법을 폐지함과 동시에 그 내용을 연방의 전속적 입법사항과 경합적 입법사항으로 이관시켰다. 이에 따라 주의 입법권한은 기본법 개정 이전 보다 상당한 정도로 강화되었다. 이러한 경향은 특히 경합적 입법사항에 대한 정서에 의하여 분명해지는데, 구 기본법과는 달리 2006년 개정 기본법에서는 제72조의 경합적 입법사항을 연방우위형, 필수요건형, 완전경쟁형 입법사항으로 준별하고 있는데서 나타나고 있다. 아울러 주의 이탈입법의 신설은 필요성 조항과는 대등한 관계에 놓여져 주의 입법권한을 한층 강화시키는 축매로 작용한다. 반면 이러한 경향은 기본법에서 규정하고 있는 연방참사원의 법률에 대한 동의권을 어느 정도 경량화 하는데 이바지 하였다. 하지만, 주의 입법권한 강화가 연방의 입법권한의 약화로 귀결되었던 것은 아니다. 다만, 2006년 개정 독일 기본법에서는 구 기본법상 불명료한 입법상태로 말미암아 연방에게 포괄적 입법권한을 부여하고 있던 것에서 벗어나 경합적 입법사항에 연방의 권한을 명확히 한정함으로써 주의 입법권한이 강화되었음을 상기할 필요가 있다.

연방국가체제인 독일에서는 원칙적으로는 엄격한 임무배분과 마찬가지로 각 행정주체는 스스로 사무수행에 필요한 지출을 각자 부담하도록 하는 지출부담의 원칙(연관성의 원칙)을 연방국가의 주요 요소로

하고 있다. 이러한 원칙에 따르면, 연방과 주간의 혼합행정 내지는 협력 및 연방의 주 등에 대한 지원은 금지된다.

그러나 2006년 기본법 개정에 따른 이러한 혼합행정의 예외로서 주가 연방법에 의하여 국가임무를 수행하는 경우에는 위탁자인 연방이 위탁행정으로서 그 비용을 부담할 수 있다. 아울러 기존에 기본법제정 이전에 국가실무로서 존재하였던 연방과 주의 협력은 연방과 주의 공동임무로 기본법상 편입된 이후로는 연방이 주가 시행하는 연방법에 따른 자금지원을 하기도 하고 특별한 경제적인 이유에 따른 주의 투자를 및 주요사업에 대해서는 연방이 프로그램베이스로 투자자금을 지원을 하고 있다.

이러한 재정지원의 근본적인 이유는 국가사무의 대부분을 주가 담당하고 있기 때문이기도 하지만, 주는 그 재정적인 취약성으로 말미암아 연방의 재정지원을 필요로 하고 있기 때문이기도 하다.

한편 재정조정의 차원에서 본다면, 우선적으로 연방과 주는 조세를 중심으로 하는 국가수입을 배분하게 되는데, 우선적으로는 국가수입을 서로 배분하는 수직적 재정조정을 하게 된다. 이와 더불어 주와 주간의 관계에서 재정격차를 조정하기 위한 수평적인 재정조정제도를 통하여, 연방과 주 그리고 지방자치단체 사이에 수직적·수평적인 관계를 도모하는 것이 2006년 재정제도 개정의 핵심이다.

※ 키워드 : 독일연방주의개혁, 전속적 입법, 경합적 입법, 대강입법, 이탈입법, 재정지원제도, 재정조정제도, 재정헌법, 공동사무

## Abstract

The fundamental criticism aimed at the state of German federalism is combined with the demand for the “Commission for the Modernization of the Federal Order” to restart its work. This called “German Federalism Reform in 2006”. Currently the Commission of Federalism is being called on by some to lead the way out of the current crises by developing a clear-cut distribution of powers between the Federation, Lander and communities by fundamentally reforming German federalism. Current criticism focuses on the Bundesrat and its rights of participation as the incarnation of the dislike system of “Verbundföderalismus”. Critics have largely focused on reducing the Bundesrat's supposedly excessive amount of participatory rights that are susceptible to abuse, namely using those rights to marshal blockade attempts. This reduction is emphatically demanded for the numerous rights of approval (Zustimmungsrechte) which were often established as compensation for the loss of original powers of the Lander. The criticism regarding the kind and the amount of participatory rights of the Bundesrat also draws on a second argument: European integration and globalization also lead to competition among political system; therefore speedy decision-making processes and a high level of organizational flexibility are needed to maintain the ability to compete with other jurisdictions.

Besides a debatable reform suggestion to completely reorder the catalogues of Art. 73 and 74, it has been suggested that a new form power be introduced: the Lander shall receive the right to decree laws in certain areas which so far form part of the concurrent legislation or the federal framework legislation and are currently regulated by federal law. These laws of the lander supplement or substitute federal law and claim primary va-

lidity(deviation legislation). In addition it would break with the existing legislation practice to have an area regulated as exhaustively and completely as possible by one competent legislator be it the Federation or Lander.

The federalism in Germany, each public body defrays costs related to its own duties. According to the principle of expenditure distribution, federal government is not allowed to support or cooperate with states.

However, the amendment of the Grundgesetz in 2006, if a state fulfilled a country task based on the Grundgesetz, the federal government may defray the cost as a bailor. The cooperation between federal government and states existed before the establishment of the Grundgesetz was also legislated. In addition, the federal government provides financial support if the states' investment is likely to benefit the whole economy.

The main reason for these rules is because states take most duties of the Federal Republic of Germany. The weak financial structures of states also require the financial support from the federal government. Local government is regarded as belonging to states.

A financial gap is witnessed among states in Germany. To resolve this problem, Financial adjustment (Finance balance) is conducted in both vertical relationship between federal government and state, and horizontal relationship between state and local government.

※ Key Words : German Federalism Reform, transference Legislation, concurrent Legislation, framework Legislation, deviation legislation, financial constitution, Financial adjustment, Financial assistance of the federation, Partnership task between federal state and state

# 목 차

국문요약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	9
I. 연구의 목적 .....	9
II. 연구의 범위 및 방법 .....	11
제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경 .....	15
I. 유럽헌법조약안의 영향 .....	15
1. 유럽통합의 동인 .....	16
2. 유럽헌법조약안의 효력 .....	19
3. 유럽헌법조약안상 연합과 회원국간의 관계 .....	24
4. 유럽헌법조약안의 독일적 수용 .....	36
II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인 .....	38
1. 독일의 유럽화 .....	38
2. 독일연방주의의 현대화에 따른 개혁요구 .....	38
3. 2006년 독일 기본법의 개정경과 .....	46
4. 2006년 독일 기본법의 개정목록 .....	47
제 3 장 2006년 개정 독일 기본법의 주요 내용 .....	73
I. 연방과 주(州)의 입법권한의 배분과 조정 .....	73
1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 권한배분 .....	73

2. 2006 개정 독일 기본법상 입법권한의 재편 .....	79
II. 공동사무에 관한 개정 .....	96
1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 공동사무 .....	96
2. 2006년 개정 독일 기본법상 공동사무의 개편 .....	98
3. 2006년 개정 독일 기본법상 교육과 학문연구의 개편 .....	108
III. 재정제도에 관한 개정 .....	116
1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 재정분담 .....	116
2. 2006년 개정 독일 기본법상 지출권한과 재정조달권한의 개편 ...	123
3. 2006 개정 독일 기본법상 투자금전급부의 개편 .....	134
 제 4 장 결 론 - 우리에게 주는 시사점 .....	 151
 참 고 문 헌 .....	 157

## 제 1 장 서 론

### I. 연구의 목적

독일은 2006년 다년간의 내적 논쟁 끝에 독일연방개혁을 단행하였다. 독일연방개혁의 주도적인 방향성은 연방과 주(州)의 복합적 결합구조가 이완되고 중앙집권적 성격이 약화되는 데 놓여 있다고 할 수 있다. 하지만 독일연방개혁은 상이한 이해관계 간의 타협의 산물로서 주(州)의 자율성이 강화된 동시에 연방의 권한이 유지 또는 강화된 이중적이고 복합적인 성격을 보여준다. 독일은 오래전부터 연방구조개혁의 요구에 당면하여 왔으며 다년간의 갈등과 협의과정을 통하여 2006년 제1차 연방개혁을 수행하였다.

독일은 다른 연방국가들 중에서도 사회국가적 전통과 독특한 중앙과 지방의 복합적 결합구조에 기반하고 있는 비교적 강한 중앙집권적 성격을 특징으로 한다. 이러한 독일연방의 중앙집권적 성격은 세계화와 유럽화 그리고 독일통일 등 다양한 내적·외적 요인에 상응한 구조적 변동의 요구에 당면하여 왔으며, 2006년 독일 기본법 개정을 통하여 독일연방의 일차적인 구조변동이 이루어졌다. 이러한 구조변동은 연방 내의 상이한 집단적 이해 간의 역동적인 조정메커니즘을 통하여 이루어졌다.

2006년 개정된 독일 기본법은 한마디로 독일 연방주의 개혁이라고 말할 수 있다. 이는 기본법의 개정에 의하여 연방구조의 이완과 유지라는 두 가지 추진목표를 가지고 있다. 이를 통하여 독일은 연방의 복합적 결합구조가 이완되어 한편으로는 지방의 자율성 강화를, 다른 한편으로는 정치적 역학관계의 타협적 산물로서 연방정부의 영향력을 강화 또는 유지를 구체적 실천목표로 하고 있다.<sup>1)</sup>

1) 유진숙, 연방주의 부활과 내적 동력: 2006년 독일 기본법 개정과 연방구조의 이완,



2006년 개정 독일 기본법은 첫째, 연방참사원의 협력권에 대한 개혁, 둘째, 입법권한의 개혁, 셋째, 재정책임의 명확한 정서를 내용으로 하고 있다.<sup>2)</sup> 이를 위하여 총 25개 조항에 걸쳐 기본법이 개정되었는 바, 금번 기본법 개정은 독일 역사상 가장 많은 조문에 걸쳐 이루어졌다. 독일은 개정 조문의 수에서도 말해주듯 기존의 연방주의체제에 대한 개혁요구의 질과 양을 짐작할 수 있을 것이다. 하지만 독일 내에서도 비판이 없는 것은 아니다. 특히 연방의 권한을 중시하는 입장에서는 다수의 입법권한을 주(州)에 이관한 결과 소극적 권력분립 경향에 그치고 있으며, 재정과 관련된 권한의 분배에 있어서는 오히려 재정이 풍부한 주(州)에게만 유리하게 작용하여 주(州) 상호간의 경쟁이 심화될 우려가 있다는 의견이 제시되고 있다. 반면에 주(州)의 권한을 중시하는 입장에서는 주(州)에 대한 입법권한의 이양이 불충분하다는 의견이 표명되고 있다.

상술한바와 같이 독일의 연방주의 개혁은 연방참사원의 협력권에 대한 개혁, 입법권한의 개혁, 재정책임의 명확한 정서 등을 추진 목표로 하였다. 이러한 목표는 독일 개정 기본법에서 크게 연방과 주(州) 간의 입법권한의 배분과 재정헌법의 문제를 둘러싼 관련 조항의 개정으로 나타났다. 비록 독일의 수도를 명문화하는 신설 조항이 추가되기는 하였지만, 2006년 개정 독일 기본법의 핵심은 입법권한과 재정헌법에 두고 있다.

독일 기본법이 개정 된지 2년 남짓 경과하였다. 그래서 현행 독일 기본법상 연방주의의 성과에 대하여 단정적 평가는 무리일 수 있다. 하지만 독일 기본법은 여전히 우리에게 헌법해석과 입법방향의 지침이 되고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 개정 독일 기본법의 배경과 주요 내용을 체계적으로 고찰하는 것은 대한민국 헌법의 나아갈 방향

---

한국정치학회보 제42집 제2호, 한국정치학회, 2006, 301-302면.

2) [http://www.bmi.bund.de/nn\\_164954/Internet/Content/Themen/Verfassungs\\_Verwalt...](http://www.bmi.bund.de/nn_164954/Internet/Content/Themen/Verfassungs_Verwalt...)

을 모색함에 있어 의미 있는 연구가 될 것이다. 더욱이 최근 약 2년 전부터 우리나라에서도 헌법개정논의가 정치권을 필두로 진행되고 있음을 상기해본다면, 가장 최근 기본법을 개정한 독일의 사례를 고찰하는 본 연구는 우리나라의 헌법개혁논의에 많은 시사점을 줄 것으로 사료된다. 비록 독일은 연방주의체제에 지배되고 있어 단일국가체제인 우리나라와는 많은 차이를 보이는 것이 사실이다. 독일 기본법 개정의 핵심을 이루고 있는 연방주의개혁과 이에 상응하는 기본법의 개정 내용이 우리와는 상당히 이질적일 수도 있다. 그럼에도 불구하고 독일 기본법의 개정사항이 연방과 주(州)간의 권한 배분에 있다는 점에서 지방자치제도를 헌법상 기본체제로 채택하고 우리에게 여전히 실효성 있는 모델이 될 것이라고 사료되는 바, 연구의 필요성이 있다 할 것이다.

## II. 연구의 범위 및 방법

본 연구는 2006년 개정된 독일 기본법을 연구대상으로 한다. 금번 기본법 개정에서는 25개 조항에 걸쳐 개정되었다. 이들을 개관해 보면 다음과 같다.

- 제22조 제1항 (연방수도조항 신설)
- 제23조 제6항 (일부개정)
- 제33조 제5항 (일부개정)
- 제52조 제3a항 (일부개정)
- 제72조 제2항, 제3항 (경합적 입법사항에 대한 개편)
- 제73조 제1항 제3호, 제5a호, 제9a호, 제12호, 제13호, 제14호 및 제2항 (연방의 전속적 입법사항에 대한 재편/신설)
- 제74조 제1항 제1호, 제4a호, 제7호, 제10호, 제11호, 제11a호, 제17호, 제18호, 제19호, 제20호, 제22호, 제24호, 제26호, 제27호, 제

제1장 서론

28호, 제29호, 제30호, 제31호, 제32호, 제33호(경합적 입법사항에 대한 추가/신설)

- 제74a조 (공직근무에 있어서 급여 및 급양에 관한 규정 삭제)
- 제75조 (연방의 대강입법 삭제)
- 제84조 제1항 (주의 고유행정-연방감독에 관한 사항 증보)
- 제85조 제1항 (주 등로의 위임사항 축소)
- 제87c조 (부분개정)
- 제91a조 제2항 (연방의 협력권 부분개정)
- 제91b조 제1항의 제1호, 제2호, 제3호 및 제2항, 제3항 (교육계획과 촉진에 관한 사항의 신설)
- 제93조 제2항 (연방헌법재판소의 관할에 관한 사항 추가신설)
- 제98조 제3항 (법관의 지위에 관한 부분개정)
- 제104a조 제4항, 제6항 (연방과 주의 비용분담-연방의 재정지원에 관한 사항 신설)
- 제104b조 제2항 (연방의 재정지원에 관한 사항 추가증보)
- 제105조 제2a항 (세법상 관할분배에 관한 부분개정)
- 제107조 제1항 (세입배분에 관한 일부개정)
- 제109조 제5항 (연방과 주의 예산운용에 관한 조항 신설)
- 제125a조 제1항 제2항 (입법권한 재편에 따른 구 연방법률의 지속효 조항 신설)
- 제125b조 제1항, 제2항 (입법권한 재편에 따른 대강법률의 지속효 조항 신설)
- 제125c조 제1항, 제2항 (입법권한 재편에 따른 공동업무범위에 포함되는 법률의 지속효 조항 신설)
- 제143c조 제1항, 제2항, 제3항 (연방과 주의 공동업무폐지에 따른 보상액 기준 조항 신설)

이상의 개정 조항을 살펴보면 우선 14개 조항 및 조문이 신설되었고, 3개 조항이 삭제되었으며, 8개 조항이 부분적으로 개정되었다. 이번 개정에 특징이라고 할 수 있는 것은 우선 삭제된 3개 조항이 모두 다른 조항으로 이관되어 신설조항을 증가시켰고 부분개정 조항역시도 삭제된 3개 조항의 내용이 새로이 추가되었다는 점이다. 순수한 증설분으로는 제22조 제1항, 제84조 제1항, 제91b조 제1항 각호·제2항·제3항, 제93조 제3항, 제104a조 제4항·제6항, 제109조 제5항, 제125a조 제3항, 제125b조, 제1항·제2항·제3항, 제125c조 제1항·제2항, 제143c조 제1항·제2항·제3항·제4항이 여기에 해당한다. 하지만 2006년 독일 기본법 개정의 핵심이 연방주의 개혁에 따른 연방과 주(州)의 권한배분과 재정분담에 있었기에 크게 분류해보면 기본법상 연방과 주의 권한에 관한 규정과 재정분담에 관한 규정이 주요 개정 조항에 해당한다. 그밖에도 순수 증설분으로서 연방수도조항 등은 독일 기본법에 최초로 명문화된 규정에 해당한다.

따라서 본 연구에서의 연구범위는 2006년 개정된 독일 기본법의 내용 중, 첫째, 연방과 주(州)의 입법권한을 규율하고 있던 제72조(경합적 입법), 제73조(연방의 전속적 입법), 제74조(경합적 입법영역), 제74a조(공직근무에 있어서 급여 및 급양), 제75조(연방의 대강입법), 제84조(주의 고유행정-연방감독)를 주요 대상으로 한다. 둘째, 연방과 주(州)의 재정분담 및 공동사무에 관한 사항을 규율하고 있던 제91a조(연방의 협력권), 제91b조(교육계획과 촉진), 제93조(연방헌법재판소의 관할), 제98조(법관의 지위), 제104a조(비용분담-연방의 재정지원), 제104b조(연방의 재정지원), 제105조(세법상 관할분배), 제107조(세입배분), 제109조(연방과 주의 예산운용)를 주요 연구테마로 다룰 것이다. 독일 기본법이 2006년에 개정되어 오늘에 이르는 동안 국내에서는 개정 독일 기본법에 대한 체계적 논의와 연구성과가 미진한 상태이다. 그나

마 법학과 정치학 분야에서 극소수의 관련자료가 있을 뿐이다.<sup>3)</sup> 이에 따라 본 연구는 2006년 기본법 개정과정에서 독일연방의회 및 연방참사원에서 기록된 입법제안서(BT-Drucksache)를 제1차 참고자료로 활용하였다. 그리고 소수의 국내문헌과 2006년 기본법 개정 직후 발간된 독일의 학술잡지 등에서 개정 독일 기본법을 소개하고 있는 학술논문과 2007년 이후 발간된 헌법주석집(Kommentar)을 제2차 참고자료로 활용하였다. 이에 따라 본 연구는 문헌중심의 연구와 입법제안서 등을 참고로 한 사료 중심의 연구를 기반으로 하여 2006년 개정 독일 기본법의 주요 내용, 즉 연방주의 개편에 따른 핵심조항의 소개와 개정이유와 목적 등을 축도적으로 서술하였다.

---

3) 박영도, 독일 연방제개혁과 연방·주의 입법권한의 재편, 법제연구 제33호, 한국법제연구원, 2008; 유진숙, 연방주의 부활과 내적 동력: 2006년 독일 기본법 개정과 연방구조의 이완, 한국정치학회보 제42집 제2호, 한국정치학회, 2006.

## 제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경

### I. 유럽헌법조약안<sup>4)</sup>의 영향

4) 지난 50년을 거치면서 경제블록화에 성공한 유럽연합은 헌법제정을 통해 정치적 연맹체으로 한걸음 다가서려고 하였다. 유럽헌법초안은 유럽연합이 15개 회원국에서 25개 회원국으로 확대되는 것을 맞이하여 기존의 조약들을 헌법 속으로 간단명료하게 통합·개편하고, 유럽연합에 법인격을 부여하기 위함이 그 기본목적이었다. 이를 위해 유럽연합정상이사회는 2001년 12월 “유럽연합의 장래를 위한 라켄 선언”에서 유럽연합헌법초안준비위원회를 소집하여 유럽연합의 기본적 법질서를 마련하도록 임무를 부여하게 된다. 헌법조약의 초안은 2003년 여름에 제출되었으나, 일부 회원국들의 이견으로 인해 2004년 여름까지 수정작업을 거쳐 2004년 10월 29일에서야 로마에서 성대히 조인되었다. 원래 이 헌법조약은 2006년 11월에 발효될 예정이었으나, 2005년 5월 29일과 6월 1일에 프랑스와 네덜란드에서 헌법안을 거부함으로써 유럽헌법의 발표에 커다란 차질을 빚게 되었다(Neuss, *Der Europäische Verfassungsproß nach den gescheitern Referenden in Frankreich und den Niederlanden*, DVBI 2006, S. 129ff; Schwarz, *Der Europäische Verfassungsvertrag*, JZ 2005, S. 1134; Shaw, *Europe's Constitutional Future*, Public Law 2005, p. 132 참조). 그리하여 같은 해 6월 16일부터 17일까지 브뤼셀에서 개최된 유럽이사회에서는 공식적으로 ‘유럽헌법 비준 무기한 연기’에 관한 모라토리엄 선언을 하기에 이르렀다. 하지만, 이러한 유럽헌법의 교착상태를 해소하고자 적극적인 태도를 취한 것이 2007년 1월부터 6월 까지 유럽이사회 의장국을 맡은 독일의 메르켈 총리였다. 그리고 메르켈 총리는 독일이 의장국을 맡는 동안 유럽헌법을 다시 논의하겠다고 공식선언하고 이른바 헌법 개혁조약(Reform Treaty)을 제정하여 새로운 유럽헌법이 2009년 6월에 행하여질 유럽의회 의원 선거 이전에 발효되도록 하겠다는 견해를 피력하였다. 그리하여 2007년 12월 13일 유럽연합의 정상들은 ‘EU조약 및 EU설립조약을 개정하는 리스본조약’이라 불리우는 개혁조약을 채택함으로써 역내 통합을 가속화하였다. 이 개혁조약은 원칙적으로 2009년 1월 1일부터 발효될 예정이지만 만일 비준절차가 지연되는 경우, 모든 회원국의 비준절차가 경로 되는 다음달 1일에 발효되도록 하였다. 의회의 동의만으로 유럽헌법초안을 비준할 수 있는 시스템을 갖춘 독일은 2005년 5월 12일과 27일에 각각 연방하원과 연방참사원에서 유럽헌법안을 통과시켰다. 그리고 헌법 제23조의 유럽연합과 독일의 협력의무에 관한 사항이 규범화됨으로써 이미 독일은 2005년부터 기본법차원에서 유럽연합의 회원국으로서의 지위와 의무를 명문화하였다. 그러나 이후 유럽헌법조약이 유효하게 발효되지 못하였기 때문에 독일에서는 유럽헌법조약에 대한 규범성이 논의되었다. 본고에서는 이러한 독일의 특수한 사정으로 말미암아 2006년 독일 기본법 개정에 영향을 미친 유럽헌법조약으로 2005년에 독일의회를 통과한 유럽헌법조약을 대상으로 하고 아울러 이를 이하에서는 “유럽헌법조약안”으로 통칭한다. 그 밖의 유럽헌법개혁조약에 관한 자세한 내용은 CIG 4/07, Brussels, 24 July 2007(26.07), p. 2 이하; [http://europa.eu/agencies/community\\_agencies/frontex/index\\_en.htm](http://europa.eu/agencies/community_agencies/frontex/index_en.htm); <http://eurojust.europa.eu/>; <http://eur-lex.europa.eu/>

## 1. 유럽통합의 동인

유럽연합의 출발은 1952년 6개국에 의하여 출발한 유럽석탄철강공동체(ECSC)로부터 기인한다. 프랑스, 독일, 이태리, 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크의 5개국으로 구성된 유럽석탄철강공동체는 비록 하나의 공동생활의 장로서의 유럽통합을 목적으로 시작된 것은 아니지만, 초기의 구성국간의 경제적 협력체에 머무르지 않고, 40여년이 흐르는 동안 갈등의 조정과 협력의 과정을 거치면서 정치적 통합을 이루어냈다. 특히 1993년 마스트리히트 조약이 발효함에 따라 공식적으로 출범한 유럽연합은 유럽연합의 경제적 영역에서의 통합을 넘어서 정치적·사회적 영역으로의 완전한 통합을 알리는 계기가 되었다. 이 조약을 통해 유럽 공동체는 유럽연합으로 개칭하고, 개별 국가를 넘어서는 유럽이라는 지역적·초국가적 행위자로서의 지향점을 분명히 하였다. 초국가적 행위자라는 새로운 형태의 사회적 삶의 틀인 유럽연합을 탄생시킨 마스트리히트 조약은 새로운 논의들을 통해 더욱 보

---

JOhtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML; [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm)  
참조; 이와 동시에 유럽헌법조약·개혁조약·리스본조약의 체결과정에서 채택된 주요 문서와 그에 대한 분석은 <http://www.statewatch.org/euconstitution.htm> 참조; 이에 관한 국내문헌으로는 채형복, EU 리스본조약의 주요 법적 쟁점, 한국프랑스학논집 제62집, 한국프랑스학회, 2008, 275면 이하 참조.

- 5) 유럽석탄철강공동체의 결성은 통합이라기보다는 분리와 대결의 이유에서 출발하였다. 세계대전이 끝남과 동시에 시작된 냉전은 미국을 중심으로 한 서방진영으로 하여금 전범인 독일의 경제적·군사적 재무장을 필요로 하게 만들었다. 아울러 소련의 서유럽으로의 팽창을 저지하기 위해 미국은 서유럽 국가들과의 군사적 동맹의 결성과 함께 서유럽의 경제를 하루 빨리 부흥시켜야 했다. 마셜플랜으로 지칭되는 이 유럽의 경제부흥계획의 효과적 수행을 위해서는 무엇보다도 서유럽 국가들의 단결이 필요하였던 것이다. 이에 대해 독일에 의한 파시즘적 침략을 경험한 주변 국가들은 독일의 재무장을 엄격히 유럽 각국의 통제와 감시 하에 두기를 원했고, 그 결과가 군사적으로 중요한 석탄과 철강 자원에 대해 공동으로 관리하는 공동체 결성이었다. 특히 프랑스는 이를 통해 독일에 대한 통제와 함께 유럽에서 프랑스가 지도력을 확보할 수 있는 기회로 활용하고자 하였다(김영일, 유럽통합에 나타난 연방주의 이념, 한국정치학회보, 한국정치학회 제39집 제2호, 88면; 이종광, 연방주의적 유럽통합 과정과 제도적 발전, 국제학논총 제11집, 계명대학교, 2006, 15-17면.).

완되고 정교한 틀로 구성되어져야 했다. 이를 위한 노력이 1997년 암스테르담 조약을 통해 계속 전개되었다. 이 조약은 회원국들의 경찰 수사에 유럽경찰이 참여할 수 있도록 허용하고, 유럽 이사회가 사전에 공동전략으로 결정한 문제에 있어서는 가중다수결 방식에 따라 공동외교안보 정책을 수립할 수 있게 하는 등과 같이 내무·치안과 외교·안보 문제에 있어서도 한층 더 초국가적 공동체의 성격으로 나아가고 있었다. 또한 유럽 의회의 기능을 보다 강화함으로써, 유럽연합의 구성원으로서의 유럽시민의 통합적 위상을 보다 더 강조하고 있다.<sup>6)</sup> 2003년 6월 13일 유럽연합은 새로운 사회적 조직체로 나아가기 위한 또 하나의 발걸음을 내딛었다. 2002년부터 유럽연합의 헌법안<sup>7)</sup>

6) M. Fritzier/G. Unser, *Die Europäische Union*, (Bonn; 1998), S. 35-38ff.

7) 지난 50여 년간 유럽연합의 조약들은 사실상 헌법과도 같은 기능을 수행해왔다. 따라서 혹자들은 유럽통합의 발전과정을 조약들의 헌정화로 묘사하기도 한다(김미경, 좌절된 유럽연합헌법제정에 대한 하나의 해석, 한국정치학회보 제42집 제1호, 한국정치학회, 2007, 121면; 특히 유럽헌법조약안을 헌법이라 명명할 수 있는지에 대한 연혁적 Dogma를 논구한 자료로서 L. Diez-Picazo, "Treaty or constitution? The Status of the Constitution for Europe", in Weiler and Eisgruber, eds., *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Mnet Working Paper, 2004. 05 참조). 유럽헌법조약안은 "Vertrag über eine Verfassung für Europa" 또는 "Treaty Establishing a Constitution for Europe"으로 표기하는 바, 사전적 의미로 양 용어를 평가한다면 조약으로 볼 수 있다. 독일의 D. Grimm은 무릇 헌법이라함은 헌법의 개념과 특징과도 관련되고 헌법과 국가의 본질론과도 연결되는 상당히 광범하고 포괄적인 문제라고 하면서 전통적 헌법개념론에 기초하여 유럽헌법조약안의 헌법성을 부정한다. 즉, 유럽연합은 국가가 아니며, 유럽공동체에서 유럽국민의 개념은 인정되지 않는다. 비록 회원국이 조약체결의 주체로서 유럽헌법조약안을 체결했고, 일부 국가의 국민 투표도 실제로는 회원국 헌법에서 규정한 절차로서, 유럽시민으로서가 아니라 회원국 국민으로서 권리행사일 뿐이다. 따라서 국민들의 자기결정을 통한 주권행사가 없어, 유럽헌법조약안에 대한 민주적 정당성은 여전히 문제가 있다. 그렇기 때문에 유럽헌법조약안에 "헌법"이란 단어를 들어 있지만, 실제 그 본질은 헌법이 아니라 국제법상 조약일 뿐이라고 한다(D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung*, JZ 1995, S. 582f.; ders, *Der Vertrag*, FAZ v. 11.05. 2005, S. 6f.). 하지만 일각에서는 루소의 사회계약사상에 근거하여 계약이 지배하는 일정영역을 국가라고 하고, 영역 내 결속력 강화를 이루어주는 사회계약을 헌법이라고 한다면, 유럽연합의 국가성과 유럽헌법조약안의 헌법성을 부인할 수는 없다고 주장하거나(S. Jörn, *Die Staatswendung Europas - kaum eine Spur von Stern und Stunde*, *Der Staat* 2005, S. 68ff.), 헌법이 반드시 국가에 근거하지 않을 경우, 유럽헌법의 헌법성을 부인할 수 없는 것으로 보



마련을 위해 설립된 ‘유럽의 미래에 관한 모임’이 마침내 유럽헌법조약안 최종안에 합의하였다.<sup>8)</sup> 유럽헌법조약안은 유럽연합이 앞으로 개별국가들을 넘어 하나의 지역적, 초국가적 통일 조직체로 나아가야 함을 천명한 것으로 이해된다. 이 초안은 2003년 여름에 제출되었으나, 일부 회원국들의 이견으로 인해 2004년 여름까지 수정작업을 거치고 2004년 10월 29일 이탈리아의 로마에서 유럽연합의 정상들에 의해 서명됨으로써 그 실체적 성격을 더욱 분명히 하였다. 하지만 이 조약 초안은 2006년 11월에 발효된 예정이었으나 프랑스와 네덜란드의 비준안 거부로 인해 완벽한 효력을 발생하지 못하였다.<sup>9)</sup>

---

고, 유럽연합의 민주적 정당성 측면에서 국민들 자기결정을 통한 주권행사를 하지 못하는 문제에 대해서도, 유럽헌법의 민주적 정당성 결핍은 유럽헌법 자체의 문제라기보다, 유럽 내 통일된 인적집단이 없고, 헌법의 전제로서 건국신화 같은 헌법의 상징성이 부족하다는 점에서 찾고 있기도 하다(Vgl., N. Peterson, ZaöRV 2004, S. 438ff.). 이와 같은 유럽헌법조약안의 명칭을 둘러싼 논쟁에 대해서는 I. Pernice, VVDStRL 60 2001, S. 176ff. 참조.

8) [http://europa.eu.int/futureum/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/futureum/index_en.htm); <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/index.htm>

9) 이에 따라 2007년 6월 유럽이사회 의장국을 맡은 독일의 메르켈 총리에 의하여 유럽헌법조약안 개혁작업이 시도되었다(브뤼셀 유럽이사회). 유럽헌법조약안 개정을 둘러싼 주요 쟁점을 보면 첫째, 유럽헌법조약안안에 대한 다수 회원국들의 거부감을 갖게 했던 ‘EU의 초국가적 지위’와 관련된 사항(EU 국기와 국가, 모토), 둘째, 유럽기본권헌장의 수정, 셋째, EU의 조약체결권, 넷째, 회원국 수의 50%, 회원국 전체 인구의 60% 이상 찬성이 있어야 안건이 채택되는 의사결정방식인 이중다수결제도 등에 관한 개정여부 이었다. 이에 대하여 브뤼셀 유럽이사회는 조약의 개정을 위한 원칙적인 일정을 수립하고, 그 작업을 정부간회의(Intergovernmental Conference; IGC)에 위임하였는데, 그 세부적인 내용은 다음과 같다. 첫째, 유럽이사회가 IGC에 위임한 조약 개정의 법적 근거는 유럽연합조약 제48조이다. 동조는 “모든 회원국의 정부 혹은 위원회는 유럽연합의 기초를 두고 있는 제 조약의 개정을 위한 제안을 이사회에 제출할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 그 개정된 내용은 “각 회원국의 헌법적 규칙에 부합하여 모든 회원국에 의해 비준된 후 발효하게 된다” 둘째, IGC의 개정조약의 작업 일정에 관한 사항이다. 유럽이사회는 IGC로 하여금 법적 필요조건이 충족되는 즉시 7개월 내로 개정작업을 개시할 것을 요청했다. IGC는 의장국 결론에 첨부된 부록 I ‘IGC 위임안’에 따라 이사회가 위임한 작업을 수행하여야 한다. 셋째, 위에서 검토한 바와 같이, 브뤼셀 유럽이사회는 의장국 결론에서 부록 I ‘IGC 위임안’을 통하여 기본적 작업 내용을 위임했다. 이에 따라 IGC는 크게 네 가지 부분, 즉 ① EU 조약의 수정, ② EC 조약의 수정 ③ 의정서와 Euratom 조약 ④ 선언으로 나누어 작업을 진행하게 된다(이에 관한 자세한

## 2. 유럽헌법조약안의 효력

유럽헌법조약안은 가입국가의 헌법과 관련하여 양자 간의 효력문제가 선결과제로 남아있다. 그 중에서도 핵심적 지위를 차지하고 있는 것이 유럽헌법조약안이 가입국에 어떠한 효력을 발생할 것인지의 문제이고, 이는 유럽헌법조약안의 효력우위론에 관한 문제가 될 것이다. 이와 관련하여 유럽헌법조약안과 회원국 헌법과의 상호관계는 ① 유럽헌법조약안과 회원국 헌법과의 상호관계는 어떠한가? ② 연방국가에 있어 연방헌법이 구성주의 최고법원을 구성하는 것처럼 유럽연합에 있어서도 유럽헌법조약안이 회원국 국내법질서의 일부를 형성할 것인가? 환언하면 유럽헌법조약안이 회원국의 법질서에 직접 적용되는 것인가? ③ 직접적용성과는 달리 공동체설립조약의 모든 규정은 직접효력을 갖지 못하나, 유럽헌법조약안에 있어서는 어떠한가? ④ 유럽헌법조약안과 국내헌법의 규정 간에 법적 충돌이 야기되는 경우, 이를 해결하기 위한 제도적 장치는 무엇인가? ⑤ 유럽연합헌법체제하에서 향후 국내법에 대한 유럽헌법조약안의 우위의 원칙은 어떻게 전개되어 나갈 것인가라는 기본적인 의문에서 출발한다.

본래 EC법 체제하에서는 EC법과 회원국법의 충돌은 EC법이 회원국법에 우선하는 것을 인정한 ‘EC법 우위의 원칙’에 의해서 해결되었다. EC법의 회원국법에 대한 우위란 EC법이 그것이 발효한 시점에서 존재하는 모순된 내용을 가진 회원국의 적용을 자동적으로 배제할 뿐만 아니라, 그 후에 EC법과 모순되는 회원국법이 유효하게 제정되는

---

내용은 <http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?id=668&lang=en>; C. Schwarze, a.a.O., S. 1134; 채형복, 유럽개혁조약을 둘러싼 법적 쟁점, 유럽연구 제25권 제3호, 한국유럽학회, 2007, 302면 이하; 同人, 유럽헌법의 제정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토-실무단의 보고서를 중심으로, 영남법학 제9권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2003, 117-147면; 同人, 유럽헌법의 제정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토-유럽헌법초안을 중심으로-, 영남법학 제10권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2004, 195-227면 참조).

것도 불가능하게 하는 것을 의미한다. 이 때문에, 회원국 재판소는 EC법과 모순되는 내용을 가진 국내법을 그 제정 시기를 불문하고 적용할 수가 없었다. 또한 회원국법의 국내법상의 지위는 EC법의 우위에 영향을 미치지 않으며, EC법은 회원국 헌법에도 우위하는 것으로 인정되었다. 이처럼 EC법의 우위는 EC의 목적을 달성하기 위해 불가결한 원칙이며, EC법의 회원국에 있어서 집행을 보증하여 공동체의 영역전체로 통일적인 법질서를 성립시키기 위한 필요조건이었다. 그러나 EC조약 자체는 이 원칙을 명확하게 규정하고 있지 않았다. 그리하여 유럽사법재판소는 1964년 *Costa v. ENEL* 사건<sup>10)</sup>에서 조약의 정신·목적에 비추어 해석을 하는 것에 의해 이 원칙을 도출하였다. 이로써 EC 법규정은 직접효력을 가지며, EC법이 국내법에 저촉하는 경우에는 국내법규정은 자동적으로 적용불능으로 되며, 또한 EC법에 반하는 한 국내입법조치를 채택할 수 없었다.

이처럼 불문법원으로 인정되었던 EC법 우위의 원칙은 유럽헌법조약 안에서 성문화를 통하여 명확히 하였다. 유럽헌법조약안은 연합과 구성국의 법적관계에 대하여 EC법 체제하의 틈을 명문화 하였는바, 우선 연합과 구성국의 입법권배분<sup>11)</sup>에 대해서는 연합의 정책결정·입법

---

10) EuGHE, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251(1269f)

11) 유럽헌법조약안의 제정과정에서 가장 핵심적인 사안 중의 하나가 입법행위의 단순화와 관련된 문제였다. 이 문제는 단순히 유럽법규범의 위계질서를 확립하기 위한 것만이 아니라, 그동안 논의되어 온 유럽연합과 회원국 간의 권한의 배분 및 기관 상호간의 역할의 배분과 균형잡힌 발전과도 밀접한 관련을 갖는다. 또한 행위의 단순화는 보다 투명하고 이해 가능한 법적 행위와 의사결정제도를 통하여 유럽지배체제의 적법성을 확보하는 역할을 한다. 따라서 입법행위와 그 의사결정절차의 단순화의 문제는 곧바로 회원국과 유럽연합의 권한 행사의 문제와 직결된다(채형복, 유럽헌법과 연합 기관의 법적 지위와 역할: 그 제도적 틈을 중심으로, 세계헌법연구 제11권 제2호, 세계헌법학회, 2005, 19-38면). 이러한 논의의 결과로써 유럽헌법조약안은 유럽법, 유럽규칙법, 유럽규칙, 유럽결정, 권고 및 견해 등 여섯 가지 유형의 법적 행위를 도입하였는바, 이를 분설하면 다음과 같다. 첫째, 유럽법(European Law)은 일반적 적용성을 가지는 입법행위로서 모든 회원국에서 완전한 구속력을 가지고, 또 직접적으로 적용된다. 이는 현행 규칙의 법적 성격과 효력을 대체한 것이다. 현행 규칙과 마찬가지로 유럽법은 일반적 범위를 가지며, 그 모든 요소에 있

권한의 대부분을 배타적·공유적, 지원·조정·보완적 권한으로 분류하였다. 또한 판례에 의하여 인정되어져온 EC법 우위의 원칙을 유럽헌법조약안에 직접 명문화하였는 바, 유럽헌법조약안 제 I-6조에서는 “본 헌법과 연합에 이양된 권한을 행사하여 연합기관들이 제정한 법은 회원국 법에 우선한다”고 규정하였다.<sup>12)</sup> 이를 토대로 연합은 회원국 간의 평등을 존중해야 하면 지방자치와 지역자치와 관련된 것을 포함하는 정치적 및 헌법적 기본구조에 내재되어 있는 회원국의 국가적 정체성을 존중하도록 하고 있다. 또한 연합은 회원국의 영토보전의 보장, 공공질서의 유지 및 국가안보의 수호를 포함한 회원국들의

---

어서 의무적인 동시에 모든 회원국에 대해 직접 적용되게 된다. 둘째, 유럽골격법(European Framework Law)은 달성해야 할 결과에 대하여 해당 회원국을 구속하는 입법행위이다. 하지만 그 형태와 방식은 해당 회원국의 국내기관이 선택한다. 셋째, 유럽규칙(European Regulation)은 입법행위 및 헌법의 어느 특수 규정의 이행을 위하여 일반적 적용성을 가지는 비 입법행위이다. 유럽규칙은 유럽법과 유럽골격법의 두 가지 성격을 아울러 가지고 있다. 따라서 동 규칙은 모든 회원국에서 완전한 구속력을 가지고, 또 직접적으로 적용될 수도 있고, 혹은 달성해야 할 결과에 대하여 해당 회원국을 구속하지만 그 형태와 방식은 해당 회원국의 국내기관이 선택하게 된다. 넷째, 유럽결정(European Decision)은 완전한 구속력을 갖는 비 입법행위이다. 유럽결정은 특정 수범자를 대상으로 하는 때에는 이 수범자에 대해서만 구속력을 가진다. 다섯째, 권고 및 견해(Recommendation and opinion)는 해당 기관에 의하여 채택되면 유효하게 효력을 발생하지만, 아무런 법적 구속력을 가지지 않는다(채형복, 유럽헌법상 입법행위의 단순화에 대한 법적 검토: 유럽헌법 제 I-33조를 중심으로, 유럽연구 제22호, 한국유럽학회, 2005, 144-145면).

- 12) 그 동안 유럽재판소의 적극적인 판례와 각 회원국 법원의 소극적인 인정을 통해 확립되어 온 국내법에 대한 유럽법 적용우위의 원칙은 비록 유럽헌법조약안에 의하여 연합과 회원국 간의 권한충돌의 문제에 대한 해결을 도모하고 있지만 다음과 같은 문제점을 노정하고 있다. 첫째, 이 원칙은 기존의 적용우위만 인정되는 것인지, 아니면 효력까지도 우위가 인정되어 회원국의 국내법률 등을 무효화할 수 있는 것인지 해결되어야 한다. 둘째, 그러한 회원국 법률의 무효선언을 유럽재판소와 국내법원 중 누가 할 것인가 하는 문제다. 이 부분도 아직 불분명하며, 계속해서 구체적인 실체와 판례의 발전을 기대할 수밖에 없다. 또한 이와 관련되어 유럽법 우위의 원칙은 유럽법 자체에서 오는 것인지, 아니면 국내헌법의 규정에 의해 인정되는 것인지에 대해서도 논란이 있다(EuGHE, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1, 23ff; EuGHE, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269ff; BVerfGE 37, 271ff; BVerfGE 73, 339ff; BVerfGE 89, 155ff; H.H.Rupp, Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag, JZ 2005, S. 741ff 참조).

국가의 본질적 기능을 존중하여야 한다.<sup>13)</sup> 유럽연합은 충실한 협력원칙에 따라 연합과 회원국은 상호존중 하에 유럽헌법조약안상 임무의 수행을 지원하여야 한다. 회원국은 연합의 임무의 성취를 도와야 하고, 또 유럽헌법조약안에 규정된 제 목적의 달성을 무력화시킬 수 있는 어떠한 조치도 삼가야 한다.<sup>14)</sup> 또한 유럽헌법조약안상 유럽법에서 헌법과 그 권한의 실행이 부여된 연합의 기관이 채택한 권리는 회원국에 우선한다.<sup>15)</sup>

이상에서 논한 것을 종합해보면 유럽헌법조약안은 연합과 회원국과의 권한문제에 대하여 다음과 같은 특징적 입법을 하였다고 볼 수 있다.

### (1) 권한의 명확화

유럽헌법조약안은 연합과 그 회원국 간의 권한 배분을 명확히 하고 있다. 이것은 다양한 권력단계에서의 책임을 강화할 수 있다는 점에서 유럽의 민주화에 결정적인 요소로 평가된다. 유럽헌법조약안은 연합의 권한에 대하여 명확하게 개념규정을 두고 있는바, 회원국가와 연합의 권한배분을 정하는 다음의 원칙을 두고 있다.

첫째, 연합의 권한은 회원국들이 유럽헌법조약안 내에서 그에게 배분한 것을 원칙으로 한다. 즉, 회원국들이 연합에 배정하지 아니한 모든 권한은 회원국들에 속한 것으로, 이는 보통법의 원칙에 의한 것이라 볼 수 있다. 둘째, 연합은 회원국들이 그들의 권한을 공동으로 행하고자 결정한 사항에 대하여 보다 효율적이기 위하여, 필요한 범위 내에서만 행위를 할 수 있다.

유럽헌법조약안은 또한 연합의 권한을 다음과 같이 분류함으로써 연합권한의 명확화를 구현하고 있다. 첫째, 동일 화폐단위 유로를 사

---

13) 유럽헌법조약안 제1편 제5조 제1항

14) 유럽헌법조약안 제1편 제5조 제2항

15) 유럽헌법조약안 제1편 제6조

용하는 회원국의 통화정책, 공통 상업정책과 연합관세 등과 같이 연합이 단독으로 입법하는 영역에 대하여 연합은 배타적 권한을 가진다. 다만, 배타적 권한을 행사하는 입법사항은 열거적인 것에 한한다. 둘째, 유럽연합에서의 안전과 사법 등과 같이 연합과 회원국이 입법권을 공유하는 영역에서 연합은 공유적 권한을 가진다. 셋째, 대학간 교류와 유럽권 언어교육 등 회원국의 권한에 속하지만 유럽차원에서 교육을 지속화하기 위한 정책 등과 같은 특정 정책에 대하여는 연합이 지원·조정·보충적 행위를 할 수 있다.

## (2) 권한 배분의 원칙

유럽헌법조약안은 EC조약과는 달리 보다 직접적이고 명확하게 연합의 권한의 권원에 대해 규정하고 있다. EC조약에서는 조약에서 부여하고 있는 권한과 조약에서 위임하고 있는 목표의 범위 내에서 활동한다고 규정했던 것과는 달리, 유럽헌법조약안에서는 연합의 권한과 한계는 권한 부여 원칙에 의해 규율되고 있는데 그 내용을 다음과 같다.

첫째, 연합은 회원국이 헌법전에서 그에게 부여하고 있는 권한을 행사한다. 그 이외의 모든 권한은 계속해서 회원국에게 속한다. 이러한 배분원칙에 따라 연합은 회원국의 합의없이 회원국의 권한을 침해하면서 그의 권한을 확대할 수 없다는 것을 의미한다. 둘째, 연합은 회원국이 그들의 권한을 공통으로 행사하고자 결정한 사항에 대하여 보다 효율적이기 위하여 행위를 한다(보충성 원칙). 셋째, 연합은 결정된 목표에 도달하기 위하여 필요한 조치만을 취할 수 있다(비례원칙).

상기 세 가지 원칙 중 어느 하나라도 준수되지 아니한 채 결정된 연합의 행위는 불법적인 것이 된다. 또한 이러한 행위에 대해서는 회원국과 시민들에 의해 유럽사법재판소에 제소될 수 있다. 불법이 확인되면 연합에 의하여 행해진 조치에 대하여 유럽사법재판소는 취소할 수 있다. 보충성의 원칙을 위반한 경우, 회원국 의회는 그 개별국가를

통하여 유럽사법재판소에 제소할 수 있다.

### 3. 유럽헌법조약안상 연합과 회원국간의 관계

#### (1) 유럽연합과 회원국 간의 권한배분

유럽헌법조약안에 있어 연합의 권한의 문제는 EU의 법인격과 직접적인 관련을 가진다. 현행 EU법체계에 의하면, EC와는 달리 EU는 법인격을 가지지 못하고 있다. 즉, 현 EC 조약 제281조는 명시적으로 “공동체는 법인격을 가진다”고 규정하고 있는 반면, EU는 EC, ECSC, Euratom 등 기존의 공동체에 기초하여 설립된 일종의 정치적 실체의 성격을 가지고 있을 뿐이다. 하지만 EU의 법적 지위와 관련한 보다 근본적인 문제는 조약 체결권 및 가입권과 밀접한 관련을 맺고 있다. EC의 경우, 단독으로 타 국제법 주체와 조약을 체결하거나 가입할 수도 있으나 명확한 법인격을 가지지 못한 EU는 그 권한을 행사할 수 없거나 혹은 제한적으로만 행사할 수 있을 뿐이다. 이는 종종 제3국 및 회원국 상호간의 관계에 있어 혼동을 야기하고 한다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위해, 유럽헌법은 제1편 제1조에서 “공동의 미래건설을 위한 유럽 시민들과 국가들의 의지를 반영하여 이 헌법은 회원국들이 공동으로 가지고 있는 목적을 획득하기 위한 권한을 부여한 유럽연합을 설립한다”고 규정하고, 제7조에서는 “연합은 법인격을 가진다”는 점을 선언하고 있다. 그리하여 EU는 대내외적인 권한의 주체가 되게 되었고, 이로써 EU는 국제법의 일 주체가 됨으로써 연합은 유럽을 대표하고, 조약에 서명하며, 법원에 소송을 제기 혹은 출석하며, 또한 국제조직의 회원이 될 수 있다. 더욱이 제3국과의 관계 유지가 보다 명확해지고, 그 유효성과 법적 확실성이 강화되며, 보다 효과적인 행동이 가능하게 되었다.

이처럼 유럽헌법조약안은 제 I-11조부터 제 I-18조에 이르기까지 유럽연합의 권한에 대해 체계적인 분할을 이루고자 노력한 흔적을 역력히 볼 수 있다. 사실 헌법상 조직구성에 있어서는 누가 어떤 권한을 갖고, 어떻게 행사하면 책임을 질 것인가 하는 권한분배와 책임이 중요한 관건이다. 2000년 니스조약에서는 유럽이 맞이하게 될 여러 가지 상황에 유연하고 효율적으로 대처하기 위해 이러한 권한분배와 책임의 소재를 분명히 하고 그 분할을 시도했었다. 이런 노력의 결실이 유럽헌법조약안의 내용에 가장 많이 반영되었다고 볼 수 있다.<sup>16)</sup>

### 1) 유럽헌법조약안상 권한분배의 내용

유럽헌법조약안은 연합이 행사할 수 있는 권한에 대한 기본원칙을 두고 있다. 특히 유럽헌법조약안은 EC조약과는 달리 보다 직접적이고 명확하게 연합의 권한과 그 권원에 대해 규정하고 있다. 그 예로써 EC조약 제5조에서는 “공동체는 본 조약에서 부여하고 있는 권한과 조약에서 위임하고 있는 목표의 범위 내에서 활동한다”고만 규정하고 있었던데 반해, 유럽헌법조약안 제1편 제11조에서는 “연합의 권한의 한계는 권한 부여 원칙에 의해 규율된다”고 규정하고 있다. 즉, 유럽연합의 권한은 유럽헌법조약안에 의거하여 행사될 수 있고, 그 한계는 권한 부여의 원칙(the principle of conferral)에 의해서만 규율될 수 있다는 것이다. 물론 이러한 규정만으로는 유럽헌법조약안에서 규정한

16) 이러한 노력은 유럽헌법제정을 준비하는 소위 유럽헌법협의회(Der europäische Verfassungskonvent)의 구성을 보더라도 잘 나타나고 있다. 협의회는 구성원 중 2/3를 각 회원국의 의회의원들로, 나머지 1/3은 각 회원국 정부의 대표들로 구성함으로써 가능한 각 회원국 의회의 의견을 반영하고자 하였다. 하지만 어떤 권한을 어느 정도 연합과 회원국에 분할하여 분배할 것인가는 기본적으로 정치적 결정 혹은 통합의 문제지만 운영을 통해서도 결과적으로 나타나는 현실의 문제이다. 그 동안 유럽 통합과정에서 회원국의 의회들은 이렇다 할 영향을 행사하지 못한 것이 사실이다. 회원국의 입법권한은 점차 유럽연합으로 넘어가게 된 것이 현실이며, 이에 대한 불만이 큰 것도 사실이다. 왜냐하면 그러한 입법권의 상실은 실제로는 국민의 주권을 사실상 행사하는 회원국 의회의 주권상실을 의미하기 때문이다(정문식, 전제논문, 140면).



권한 부여의 원칙을 직접적으로 파악하기 어렵다. 따라서 다음에서 살펴보는 연합의 권한의 제 유형에 대한 개념과 그 해석을 통해 규명할 수 있다. 그리고 유럽헌법조약안이 제1편 제11조 후단에서 유럽연합의 권한 행사를 규율하기 위한 장치로써 보충성의 원칙과 비례의 원칙을 선언함으로써 연합의 권한의 한계와 이에 따르는 회원국관의 권한배분관계가 설명되어질 수 있을 것이다.<sup>17)</sup> 또한 유럽연합과 회원국 간의 관할권 획정과 관련해서는 유럽헌법조약안 제12조 이하에서 체계적으로 규정하고 있는바, 다음과 같이 규율되고 있다.

#### 제 I - 제12조 (권한의 종류)

- ① 헌법이 유럽연합에 전속관할권을 부여한 특정 영역에 대해서는 유럽연합만이 입법권을 지니고 법령을 발할 수 있다. 이러한 분야에는 회원국들은 유럽연합이 이에 대한 수권을 한 경우에만, 또는 유럽연합에 의해 마련된 법령을 시행하기 위한 경우에만 활동할 수 있다.
- ② 헌법이 일정한 영역과 관련하여 유럽연합과 회원국에 공동관할권을 부여한 경우에는 유럽연합과 회원국은 이러한 분야에 대해 입법권을 가지고 구속력 있는 법령을 발할 수 있다. 회원국은 유럽연합이 그의 권한을 행사하지 않고 있거나, 또는 더 이상 하지 않겠다고 결정한 범위 내에서만 활동한다.
- ③ 회원국은 연합이 그 결정을 관할하는 규칙의 범위 내에서 제3편에 의거하여 회원국의 경제 및 고용정책을 조정한다.
- ④ 연합은 공동방위정책의 점진적인 틀을 포함한 공동의교안보정책을 정의하고 이행할 권한을 가진다.
- ⑤ 헌법상 규정된 특정 영역 및 제 조건에 있어 연합은 그 영역에서 회원국의 권한을 대체함이 없이 그들의 행동을 지지하고, 조정하거나 이를 이행하기 위한 조치를 취할 권한을 가진다.
- ⑥ 연합의 권한을 행사할 수 있는 범위와 방식은 제3편의 개별 영역의 규정에 의해 정해진다.

17) 채형복, 유럽헌법에 있어 ‘유럽연합(EU)의 권한’의 개념, 유럽연구 제19권, 한국유럽학회, 2004, 231-232면.

제 I -13조 (배타적 권한)

- ① 연합은 역내 시장의 기능을 위해 필요한 경쟁규칙을 설립하기 위하여 다음과 같은 분야에서 배타적 권한을 갖는다.
  - (a) 관세동맹
  - (b) 역내시장이 기능하기 위하여 필요한 경쟁규칙의 결정
  - (c) 유로를 채택한 회원국을 위한 통화정책
  - (d) 공동어업정책의 범위 내에서 해양생물자원의 보존
  - (e) 공동통상정책
- ② 연합은 국제협정의 체결이 연합의 입법행위에 규정되어 있거나 그 내부적 권한을 행사할 필요가 있을 때, 또는 공동규칙을 침해할 우려가 있거나 그 효력이 미치는 범위를 변경할 가능성이 있을 때는 국제협정을 체결할 배타적 권한을 가진다.

제 I - 14조 (공유권한)

- ① 연합은 헌법이 제 I -13조 내지 제 I -17조에 언급된 분야와 관련되어 있지 않은 권한을 그에게 부여하고 있는 경우에는 회원국과 그 권한을 공유한다.
- ② 공유권한은 다음과 같은 주요 분야에 적용된다.
  - (a) 역내시장
  - (b) 제3편에 열거된 제 측면에 관한 사회정책
  - (c) 경제적, 사회적 및 영토적 결속
  - (d) 해양생물자원의 보존을 제외한 농·어업
  - (e) 환경
  - (f) 소비자보호
  - (g) 운송
  - (h) 유럽횡단네트워크
  - (i) 에너지
  - (j) 자유, 안전 및 사법지대
  - (k) 제3편에 열거된 측면에 관한 공중위생 분야에서의 공통안전관심사항
- ③ 연구, 기술개발 및 우주 분야에 있어, 연합은 특히 프로그램을 정의하고 이행하기 위하여 행동을 수행할 권한을 가진다. 하지만 그 권한의

행사는 회원국이 자신의 권한을 행사하는 것을 방해해서는 안된다.

④ 개발협력 및 인도적 지원영역에 있어, 연합은 행동을 취하고 공동 정책을 수립할 권한을 가진다. 그러나 그 권한의 행사는 회원국이 자신의 권한을 행사하는 것을 방해해서는 않된다.

제 I -15조 (경제 및 고용정책의 조정)

① 회원국은 연합 내에서 그 경제정책을 조정한다. 이 목적을 위하여 각료이사회는 조치, 특히 경제정책을 위한 광범위한 지침요강을 채택한다.

② 연합은 특히 고용정책을 위한 지침요강을 채택함으로써 회원국의 정책의 조정을 보장하기 위한 조치를 강구한다.

③ 연합은 회원국의 사회정책의 조정을 보장하기 위한 주도적 조치를 채택할 수 있다.

제 I -16조 (공동외교안보정책)

① 공동외교안보정책문제에 있어 연합의 권한은 공동안보에 이르게 될 공동안보정책의 점진적 틀을 포함한 모든 외교분야 및 연합의 안보와 관련 모든 문제에 적용된다.

② 회원국은 성실과 상호연대의 정신으로 적극적이고도 제한 없이 연합의 공동외교안보정책을 지지하고, 이 영역에서의 연합의 행동을 존중한다. 회원국은 연합의 이익에 배치되거나 또는 그 유효성을 해칠 수 있는 행동을 삼가야 한다.

제 I -17조 (지원, 조정 또는 보충적 행동 영역)

연합은 지원, 조정 또는 보충적 행동을 취할 수 있는 권한이 있다. 이와 같은 행동은 유럽 차원에서 다음과 같은 분야에서 채택된다.

- (a) 사람의 건강의 보호 및 증진
- (b) 산업
- (c) 문화
- (d) 관광
- (e) 교육, 청소년, 스포츠 및 직업훈련

- (f) 시민보호
- (g) 행정협력

제 I -18조 (유연성 조항)

- ① 만일 헌법에 의해 규정된 제 목표의 하나를 달성하기 위하여 제3편에서 정의된 정책분야의 범위 내에서 연합의 행동이 필요하다고 판단되고, 또 헌법이 그 필요한 권한에 대해 규정하고 있지 않다면, 위원회의 제안과 유럽의회의 동의 후에 전원일치로 행동하는 각료이사회는 적절한 조치를 취한다.
- ② 제 I -11조 제3항에 규정된 보충성의 원칙을 감시하기 위한 절차를 사용하여, 본 조에 의거한 제안에 대해 위원회는 회원국의 국내의회에 대해 주의를 촉구한다.
- ③ 본 조에 의거하여 채택된 제 조치는 헌법이 조화를 배제하고 있는 경우에 회원국의 법률 또는 규정의 조화는 포함할 수 없다.

2) 유럽연합과 회원국 간의 권한배분의 유형

① 배타적 권한

배타적 권한이란 개념은 유럽사법재판소(European Court of Justice; ECJ)의 판례를 통하여 처음으로 사용되었는데, 이 권한이 적용되는 분야에 대해서는 오직 연합만이 법적으로 구속력 있는 입법행위를 할 수 있다. 다만, 연합차원에서 배타적 권한의 행사를 해태할 경우 회원국은 유럽위원회와 협의하여 적절한 조치를 취할 수 있다. 또한 연합의 배타적 권한사항은 모두 연합차원에서 회원국에게 위임하는 경우에는 회원국은 연합의 배타적 권한영역에 대한 각종의 입법 및 집행행위를 할 수 있다. 그 결과, 회원국은 연합에 의해 권한이 부여된 경우이거나 연합에 의해 채택된 사항에 대해서만 입법권한이 있다. 이와 같은 배타적 권한이 적용되는 분야로는 관세동맹<sup>18)</sup>, 역내시장이 기능하기 위하여 필요한

18) 1967년 7월 1일부터 유럽역내관세가 폐지되고 제3국에 대한 대외 공동관세정책이 실시되게 되었다. 그리하여 공동체 당국만이 관세정책에 관한 배타적권한을 행

경쟁규칙의 결정<sup>19)</sup>, 유로를 채택한 회원국을 위한 통화정책<sup>20)</sup>, 공동어업 정책의 범위 내에서 해양생물자원의 보존<sup>21)</sup>, 공동통상정책<sup>22)</sup>이 있다.

## ② 공유권한

유럽헌법조약안에 규정된 공유권한은 연합이 회원국과 함께 그 권한을 공유하게 된다. 따라서 연합과 회원국은 법적으로 구속력 있는 행위에 대한 입법을 하고 회원국은 연합이 그 권한을 행사하지 않거나 혹은 행사를 중지한 범위에 까지 그들의 권한을 행사하게 된다. 이러한 공유권한에는 역내시장영역뿐만 아니라 제3편에 정의된 사회정책<sup>23)</sup>

---

사할 수 있게 되었다(채형복, 유럽헌법론, 높이깊이, 2006, 73-74면).

- 19) EEC의 설립 이래 역내시장에서의 공정한 거래질서를 확보하기 위한 경쟁규칙이 마련되었으며, 유럽헌법도 제3편 제3부 제1장 역내시장(Internal Market)에서 사람과 서비스, 물품의 자유이동, 자본과 결제 및 경쟁규칙 등을 두고 있다. 이는 역내 단일시장을 구성하고 운영하기 위한 기본적 내용에 해당하는 것이므로 유럽당국의 배타적 권한 하에 두게 된 것이다(채형복, 전게서, 74면).
- 20) 1999년 1월 1일부터 통화정책을 수립하고 실시할 권한은 유럽중앙은행이 배타적으로 행사할 수 있다(채형복, 전게서, 74면).
- 21) 1978년 이후부터 공동어업정책의 차원에서 해양생물자원의 보전정책은 회원국으로부터 공동체 당국으로 전적으로 귀속되게 되었다(채형복, 전게서, 74면).
- 22) 공동체의 일반적 통상이익을 방어하기 위한 목적으로 채택한 공동통상정책에 있어서는 자국의 이익을 보호하기 위하여 회원국들은 일방적 및 독자적으로 조치를 취할 권한을 행사할 수 없고, 오직 공동체 당국만이 배타적 권한을 행사할 수 있다(채형복, 전게서, 74면).
- 23) 유럽헌법조약안 제3편 제209조에서는 “연합과 회원국은 1961년 10월 18일 토리노에서 조인된 유럽사회헌장과 1989년의 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장에 규정된 사회적 기본권을 염두에 두면서, 높은 고용수준을 지속적으로 유지하고 노동시장의 배제현상을 극복하기 위하여 고용촉진, 생활 및 노동조건을 지속적으로 개선하면서도 연합과 회원국의 상호 조화의 도모, 적절한 사회보호, 노사 간의 대화, 인적 자원의 개발 등을 목표로 삼도록 하고 있다. 이어 제210조에서는 제209조의 목표를 달성하기 위하여 ① 노동자의 건강 및 안전을 보호하기 위한 작업환경의 개선, ② 노동조건, ③ 노동자의 사회보장 및 사회적 보호, ④ 고용계약의 종료시의 노동자의 보호, ⑤ 노동자의 정보 및 상담서비스, ⑥ 공동결정을 포함한 노동자 및 사용자 이익의 대표 및 집단적 행사, ⑦ 합법적으로 연합의 영역에 체류하고 있는 제3국민의 고용조건, ⑧ 회원국의 직업훈련과 관련된 사항에 대한 연합의 지원정책을 침해하지 않는 범위 내에서의 노동시장으로부터 배제된 자의 직업적 편입, ⑨ 노동시장에서의 남녀의 기회균등 및 직업에서의 평등대우, ⑩ 사회적 배제의 극복, ⑪ 사회적 보호제도의 근대화 분야에서 연합은 회원국을 지원하도록 하고 있다.

과 공중보건과 관련된 공동안전 등의 분야<sup>24)</sup>, 경제적·사회적·지역적 통합, 해양생물자원의 보전을 제외한 농어업, 자유, 환경, 소비자보호, 운송, 유럽횡단운송네트워크, 에너지, 안전 및 사법지대 분야에 적용되게 된다.

### ③ 조정권한

연합은 경제 및 고용 분야에 있어서 국내정책을 조정할 수 있는 권한을 보유한다. 이 권한에 의거하여 유럽당국은 회원국간 협력을 도모하고, 필요한 경우에는 회원국들의 행동을 보충하고 지원하게 된다. 따라서 이 권한의 행사의 범위 내에서는 유럽당국은 어떠한 경우라 할지라도 회원국들이 가진 고유의 권한을 박탈할 수 없다. 하지만 이는 회원국들이 전적으로 자유로이 이 분야에서 고권을 행사할 수 있음을 의미하지는 않는다. 예컨대, 회원국들은 여하한 경우에도 유럽헌법조약안상 보장된 국적에 의거한 차별의 금지 및 상품, 사람, 서비스 및 자본의 자유이동에 관한 원칙 등 유럽헌법조약안에 보장된 기본원칙은 준수해야 하며, 연합은 경제 및 고용정책을 위한 가이드라인을 채택함으로써 상기정책에 있어 회원국들의 조정을 보장한다.

### ④ 공동외교안보정책

연합은 회원국들의 연대에 의거하여 공동방위정책(common defense policy)의 점진적인 틀을 포함한 공동외교안보정책(common foreign and security policy; CFSP)을 정의하고 이행할 권한을 가진다. 이에 근거하여 CFSP에 대한 유럽당국의 권한의 행사의 여지가 보다 확대되었다

24) 유럽헌법조약안 제3편 제278조에서는 “회원국의 정책을 보완하는 연합의 조치는 공중보건의 개선, 인간의 질병예방, 인간의 건강에 대한 위험 원천의 예방 등에 목표를 두어야 하며, 여기에는 ① 주요 보건재해의 원인, 전파경로 및 예방책에 대한 연구, 보건 정보 및 교육 등을 촉진함으로써 이들 질병에 대한 방지 의무, ② 국경을 넘는 중대한 건강피해 위험의 감시, 조기 통보 및 대항뿐만 아니라 연합은 정보 및 예방활동을 포함하여 마약과 관련한 건강 피해를 줄이기 위한 회원국의 조치에 대한 지원 및 보안을 규정하고 있다.

고 볼 수 있다. 그러나 CFSP에 관한 유럽헌법조약안의 관련규정을 살펴보면, 여전히 회원국의 정권이 강하게 작용하고 있는바, 유럽당국의 이에 대한 권한은 한정적으로만 행사될 수밖에 없는 것이다. 이는 유럽헌법조약안 제3편 제300조에서 “제2장(chapter II CFSP)에서 언급된 유럽결정들은 전원일치로 행동하는 각료이사회<sup>25)</sup>에 의해 채택되어야 한다”고 규정하면서, 아울러 “이사회는 어떠한 회원국도 원칙적으로 공식적인 기권을 할 수 없지만, 예외적으로 기권을 표명한 이사회 위원이 회원국의 3분의 1이상을 대표하고, 동시에 당해 모든 회원국이 연합 인구의 3분의 1에 해당할 때에는 당해 유럽결정은 제정될 수 없다”고 하고 있다는 점에서 잘 나타나 있다.

#### ⑤ 지원·조정·보충적 행동영역

지원행동이란 연합이 회원국의 권한을 대체함이 없이 회원국의 행동을 지지하고 조정하거나, 이행하기 위한 조치를 취할 권한의 의미로 해석된다.<sup>26)</sup> 지원행동은 연합 및 회원국이 공동의 이해를 가지는 분

---

25) 유럽연합은 각료이사회, 유럽의회, 집행위원회가 입법권에 대하여 삼각적 공유관계를 가지고 있다. 이들 중, 각료이사회는 각 회원국들의 개별적 이해를 대변하면서도 그러한 이해들을 조정하는 역할을 수행한다. 회원국은 각료이사회의 의장직을 6개월 동안 순환적으로 맡게 된다. 각료이사회는 의사일정에 올라 있는 사안별로 회원국의 각료들로 구성된다. 특히 각료이사회는 유럽의회와 공유하고 있는 공동결정절차에 따라 입법권을 행사하며 아울러 유럽의회와 함께 예산에 관한 권한을 갖는다. 각료이사회에서 취해진 결정은 사안에 따라 단수다수결이나 가중다수결 또는 만장일치에 의한 것이며, 새로운 국가의 가입이나 새로운 공동 정책의 수립과 같은 중요한 문제에 대하여 각료이사회는 만장일치로 결정하여야 한다. 그 이외 대부분의 경우에는 가중다수결로 결정한다. 결국 유럽연합 차원에서 새로운 정책을 입안하거나 기존 정책을 수정해야 할 경우 각료이사회의 승인을 받아야 이를 행할 수 있다. 이는 곧 유럽연합의 모든 법령과 기타 주요 정책에 대한 최종적인 결정권을 각료이사회가 가지고 있음을 뜻한다. 이러한 점에서 각료이사회는 유럽연합의 기구 중 가장 강력한 권한을 지닌다고 할 수 있는데, 이는 유럽연합이 유럽수준의 연방국가적 성격을 일정하게 지니면서도 주요하게는 유럽국민국가들 간의 국가연합체에서 벗어나지 못하도록 하는 핵심적 장치라고 할 수 있다(정종길, 유럽헌법안에서 집행부간 권한행사의 범위, 공법학연구 제6권 제3호, 한국비교공법학회, 2005, 58면).

26) 채형복, 전게서, 79면.

야, 이를테면, 사람의 건강의 보호 및 증진, 산업, 문화, 관광, 교육·청소년·스포츠 및 직업훈련, 시민보호, 행정협력의 분야에서에서 행하여진다. 그리고 유연성 조항에 따라 연합에 의해 채택된 법적으로 구속력 있는 행동은 회원국의 국내법률 혹은 규정의 조화를 시도할 수 없다. 따라서 지원행동에 관한 국내법률은 연합법에 의하여 대체되지 않는다.

#### ⑥ 유연성 조항

유연성 조항은 권한의 분류를 보충하는 역할을 한다. 연합의 권한을 행사할 수 있는 범위와 방식은 제3편의 개별분야의 특수 규정에 의하여 정해지게 된다. 만일 연합에 의한 행동이 헌법에 의해 규정된 제 목적의 하나를 달성하기 위하여 제3편에서 정의된 제 정책의 틀 내에서 필요하다라는 점이 드러나거나, 또 헌법조약이 그 필요한 권한을 규정하고 있지 않다면, 위원회로부터의 제안과 유럽의회의 동의 후에 전원일치로 행동하는 각료이사는 적절한 조치를 취해야 한다. 또한 제11조에 규정되어 있는 보충성 원칙을 감시하기 위한 절차를 사용하여, 유연성 조항에 의거한 제안에 대해 위원회는 회원국의 국내의회로 하여금 주의를 환기시켜야 한다. 지원행동에 대해 적용되는 것과 마찬가지로 유연성 조항에 의거하여 채택된 제 규정은 유럽헌법조약안이 조화를 배제하고 있는 경우에는 회원국의 법률 혹은 규정과의 조화를 시도할 수 없다.

#### (2) 유럽연합의 권한분배의 원리로서 보충성의 원칙

유럽헌법조약안 제11조에서는 “연합의 권한의 범위는 권한배분의 원칙에 의해 규율되며, 그 행사는 보충성 및 비례의 원칙에 의해 규율된다”고 규정하고 있다. 그리하여 “연합은 보충성의 원칙에 따라, 그 배타적 권한에 포함되지 않은 영역에 대하여 제안된 행동의 목표



가 회원국에 의해서는 중앙, 지역 및 지방의 어떤 차원에서든 충분히 달성될 수 없고, 오히려 그 제안된 행동의 범위 또는 효과 면에서 연합 차원에서 보다 양호하게 달성될 수 있는 경우”에 한하여 행동하도록 하고 있다.

이러한 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)은 연합의 공유권한에 관계된 제 원칙으로서 회원국과 유럽연합간의 권한이 상호 공유될 수 있는 분야에 있어서 가장 적절한 조치를 취할 수 있도록 보장하기 위한 원리이다.<sup>27)</sup> 이 원칙은 조약상 제안된 행동목표를 회원국들이 충분히 달성할 수 없고, 또한 그 제안된 행동의 규모나 효과로 인하여 유럽연합이 더 잘 달성할 수 있는 경우에 유럽연합이 자신의 배타적 권한의 범위에 속하지 아니하는 영역에서 그 부여받은 권한과 할당받은 목표의 범위 내에서 회원국의 국내적·지역적 차원의 문제를 해결하기 위해 적용된다. 즉, 동 원칙에 관한 규정은 만일 회원국이 개별적으로 조치를 취하는 것보다 유럽연합 차원의 조치가 현실적으로 보다 효과적인 경우에 한하여 적용될 수 있다.

또한 연합의 기관들은 헌법조약에 부속된 ‘보충성 및 비례의 원칙의 적용에 관한 의정서’에 규정된 바에 따라 보충성의 원칙을 적용해야 한다. 이에 따라 보충성 원칙은 다음의 3가지를 지표를 제공하고 있다. 첫째, 보충성 원칙은 공동체의 권한배분원칙이 아니라 고유권한의 실행방식에 관한 것이다. 따라서 이 원칙은 회원국들과 연합의 권한 사이의 엄격한 경계를 긋는 것이 아니라 각각의 공유권한의 분야에서 그 목표가 추구하는 상황과 필요성이 수반하는 부담을 구성할 수 있게 한다. 둘째, 연합은 회원국을 대신하여 개입하는 것이 정당하다고 하는 증거를 제시하여야 한다. 셋째, 공동체는 자신의 개입의 필요성을 양적 기준과 질적 평가기준을 통해 입증해야 한다.<sup>28)</sup> 이러한

27) 박재창, 유럽연합의 공동체권한과 회원국가권한의 배분에 관한 연구, 국제정치논총, 한국국제정치학회, 1997, 137-142면 참조.

28) 전훈, 유럽헌법상의 보충성의 원칙, 유럽헌법연구 1, 영남대학교 출판부, 2006.

내용은 회원국 국내의회의 경우에도 동일한 바, 국내의회는 동 의정서에 규정된 절차에 부합하도록 보충성의 원칙을 적용해야 한다.

하지만 연합과 회원국 간에 권한 행사가 보충성의 원칙을 통해 구현되고 있는 지에 대한 판단은 연합차원에서 제정한 각종의 입법사항들이 실제로 집행되어 지고, 이후 연합과 회원국 간의 권한쟁의가 발생하였을 경우에만 통제가능하다는 문제가 있었다.<sup>29)</sup> 이러한 문제를 해결하고자 2002년 9월 22일 브뤼셀 회의에서는 다음과 같은 대안을 채택하였다. 첫째, 유럽위원회는 보충성 원칙에 관한 입법제안서를 각료이사회와 유럽의회에 제출할 의무가 있다. 또한 실무단은 특히 이 제안서에 대한 회원국 국내의회의 조기경보제도를 두고서 유럽위원회의 입법제안서가 보충성 원칙에 부합하지 않는다고 판단되는 경우, 절차의 개시 단계에서 회원국의 국내의회가 그들의 견해를 제시할 수 있다. 둘째, 이러한 입법과정을 통하여 채택된 입법 행위에 대한 사법적 감시는 유럽사법재판소에 의해 행해진다. 통상적으로는 일반적 소송절차에 의거하여 행해지지만, 향후 채택된 법률이 보충성원칙을 위반하고 있다고 판단하는 경우 회원국 국내의회도 사법재판소에 소송을 제기할 수 있다. 이상에서와 같이 유럽헌법조약안은 각 회원국의 의회와 주(州) 혹은 지방까지도 유럽연합체제 내로 포용하며, 전체적으로 유럽연합과 각 회원국의 의회나 주(州), 지방 등이 상호 권한을 분할하고 책임을 분배하는 헌법연합적 성격을 나타내게 되었다.<sup>30)</sup>

176-177면; 박인수 유럽헌법의 규범체계, 제1차 EU법제연구분과 워크숍 자료집, 한국법제연구원, 2007, 28-29면.

29) 보충성의 원칙은 연합과 회원국간 권한이 상호 공유될 수 있는 분야에 있어서 가장 적절한 조치를 취할 수 있도록 보장하기 위하여 마스트리히트조약에 의하여 개정된 EC조약에서 처음으로 도입되었다. 현재 이 원칙의 적절한 적용여부에 대한 법적 감시는 유럽사법재판소(ECJ)에 의해서만 행해질 수 있다. 더욱이 입법행위의 채택 이후에 행해짐으로써 그 적용과정에서 나타나는 문제점에 대해서는 효과적인 대응이 용이하지 않다는 비판이 있다(김대순, EU법론, 삼영사, 1995, 210-234면).

30) 정문식, 전개논문, 141면.

#### 4. 유럽헌법조약안의 독일적 수용

독일은 유럽헌법조약안의 비준 이전인 마스트리히트 조약을 체결하면서 유럽화된 독일을 기본법상에 선언하고 있었다. 특히 마스트리히트조약 개정과 관련해서 독일은 1992년 12월 기본법을 개정하여 제23조에 보충성 원칙의 준수 등 향후 유럽연합법 발전에 협력할 것을 선언하였던 것이다. 따라서 독일은 마스트리히트 조약의 비준이후 유럽헌법조약안의 비준에 이르기까지 유럽헌법조약안의 효력범주 내에 포섭되어 있는 회원국으로서의 지위를 부담하고 있었다.

이를 근거지우고 있는 독일 기본법 제23조를 보면 유럽연합과의 헌법적 조응을 규정하고 있다. 동조에서는 독일연방공화국의 유럽연합에의 협력 및 참여의무<sup>31)</sup>, 연방과 주(州)의 전속적 권한과 유럽연합의 권한과의 관계 및 조정<sup>32)</sup> 등에 관하여 규정하고 있다. 이러한 기본법상의 외관에는 깊은 의미가 담겨져 있다. 즉 독일통일 후 국제정치적 상황이 재통일에 긍정적으로 작용한 유럽의 통합은 계속 발전되었고 강화되었는데, 바로 여기에 기본법 제23조가 헌법적 기초를 제공하고 있는 것이다. 기본법 제23조 제1항은 연방공화국이 협력하고 있는 유럽연합이 준수해야할 헌법적 원칙을 선언하고 있으며, 이 목적을 위해 독일의 고권을 이양하는 법률에 대하여 연방참사원의 동의를 요구한다. 그때까지 유럽통합에 유효했던 국가간 기구의 고권이양에 관한 일반적 규정(기본법 제24조 제1항)도 이를 예측하지는 못했다. 그러나

---

31) 이러한 독일 기본법의 태도는 제23조 제1항에서 “통일된 유럽을 실현하기 위하여 독일연방공화국은 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원칙들과 보충성의 원칙에 구속되며 이 기본법과 본질적으로 유사한 기본권보호를 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 연방은 이를 위하여 연방참사원의 동의를 받아 법률로써 고권을 이양할 수 있다”고 하고 있으며, 제2항에서는 “유럽연합의 사무에 연방의회는 참여할 수 있고, 주(州)의회가는 연방참사원을 통해서 참여할 수 있다”고 규정하고 있는 점에서 찾아볼 수 있다.

32) 이에 관해서는 독일 기본법 제23조 제5항과 제6항에서 규율하고 있다.

유럽공동체에 고권을 이양하는 것 역시 주(州)의 권한과 직접 연관되기 때문에 연방참사원의 동의권은 필연적인 것이다. 유럽연합과 관련된 일에 있어서 연방참사원의 협력은 기본법 제23조 제2항과 제50조에 언급되어 있고 기본법 제23조 제4항부터 제7항까지 자세하게 규정되어 있다. 기본법 제23조 제6항에 따르면 연방참사원의 협력은 유럽연합의 회원국으로서 연방이 가지는 권리들은 주(州)의 배타적 입법권에 해당되면 주(州)의 대표가 행사하게 된다. 연방권리의 차지는 기본법 제6항 제2문에 따라 연방정부의 동의와 참여 하에 이루어진다.

유럽연합은 공동의 독자적 기관을 지휘하는 유럽공동체로 구성되고 공동의 대외 및 안전보장정책, 경찰 및 사법적 형사공조 그리고 회원국 상호간에 의도적으로 강화된 협력을 통해서 보완된다. 무엇보다도 유럽공동체를 통한 입법은 독일에서 통용되는 법을 유럽공동체 기관의 결정과 명령으로 바꾸기도 하고, 명령과 행정법규가 충분하지 못하면 연방과 주(州)의 입법을 통하여 유럽공동체 기관들의 노선을 전환할 것을 요구하기도 한다.<sup>33)</sup> 유럽공동체로의 고권이전은 준칙이 허용하는 범위 내에서 독일의 입법은 점차 초국가적 목표설정에 맞춰지고 거기에 수단과 형식을 정하는 것에 제한되는 효과를 나타낸다.<sup>34)</sup>

유럽연합에 의해서 행사된 공권력의 민주적 정당성은 오늘날 회원국 의회를 통해 근거되고 있다. 아울러 유럽공동체의 정책과 입법에 많은 영향력을 행사해야 하는 유럽의회가 추가적으로 민주적 정당성을 보장하고 있다. 이처럼 통합된 유럽을 실현하기 위한 유럽연합의 발전을 독일에서는 기본법 제23조 제1항에 반영하고 있으며, 아울러

33) R. Breuer, NVwZ 1994, S. 426f; Bericht des BTag-EU-Aschussess v. 12.2.1998, BTag-Drucks. 13/9913, S. 28ff.

34) D.C. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz, 1 Bd., (Heidelberg: C.F.Müller Verlag), 2002, SS. 1388-1391f; R. Scholz, NVwZ 1993, S. 818f; W. Simson/J. Schwarz, Europäische Integration und Grundgesetz, in: Benda/Meihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrecht, §4 Rdnr. 3

이는 동 조항의 목표이기도 하다.<sup>35)</sup>

## II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

### 1. 독일의 유럽화

오늘날 유럽이 유럽연합으로 단일화 되고, 이를 바탕으로 강한 연방 국가적 결합을 의도하는 유럽헌법조약안에 독일이 조인함으로써 독일의 내적 연방개혁을 부추겼다. 앞서 본 바와 같이 1980년대 중반 이후 점점 더 많은 입법 권한이 국가적 차원에서 초국가적 차원으로 이양되었다. 같은 맥락에서 독일연방제 내에서도 입법 권한을 주(州) 정부로 좀 더 분배를 하는 것이 독일 연방주의의 ‘유럽적 역량’을 강화시키는 것이라는 주장이 종종 제기되었다. 주(州) 정부는 다른 유럽지역과의 경쟁에서 살아남기 위해 보다 강화된 자치권을 획득함으로써 이득을 얻고, 연방정부는 매번 주(州) 정부의 의견을 구하지 않고서도 유럽연합 회원국으로서 좀 더 효과적으로 자국의 이해관계를 풀어 갈 수 있다는 것이다. 따라서 기능적으로 많은 부분이 중첩되어 있는 당시 독일의 연방체계로는 독일통일과 유럽단일화가 만들어낸 규범적·기능적 필요를 더 이상 충족시키지 못하게 되었다.

### 2. 독일연방주의의 현대화에 따른 개혁요구

#### (1) 구 독일 기본법상 연방주의의 특색

독일은 강한 일원적 국가철학에 기반한 이른바 “행정연방주의(Exekutivföderalismus)”로 규정되어 왔으며 입법과 행정, 연방과 주(州)간의

---

35) C. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert, JZ 1999, S. 473ff; Bericht GVK v. 28. 10. 1993, BTag-Drucks. 12/6000=BRat-Drucks. 800/93, S. 30.

복합적 결합을 특징으로 한다. 독일은 연방과 주(州)로 이루어져 있으며 주의 관할 하에 Gemeinde와 Kreis로 구성된 지방자치단체(Kommune)이 속해 있다. 연방의 기본적인 성격은 중앙과 지방의 권력분립이며 권력의 기본단위가 지리적으로 규정되는 공간적·영토적 권력분립이라고 규정된다. 또 다른 관점에서 연방제는 권력의 기능적 탈중앙화로도 묘사된다. 즉, 연방은 권력분립이 지역적 차원에서 수행된다는 점과 권력의 기능적 탈 중앙집권화라는 두 가지 특징을 갖는다. 이러한 특징은 일반적으로 지방의 이해를 대변하기 위한 강한 연방의회를 포함한 양원제, 성문헌법성, 권력분립의 원칙을 수호하기 위한 헌법재판제도 등의 제도적 요소들을 통하여 작동한다.

### 1) 연방과 주(州)의 결합구조의 복잡화

독일의 연방과 주(州)간의 고도로 복합적인 결합구조는 특히 연방과 주(州)에 협상을 강제하는 제도적 기제로 작동하고 있다. 독일은 다른 연방제 국가들과는 달리 독일의 주(州)는 연방참의원을 통하여 연방의 입법과 행정에 참여하고 있다. 이 과정에서 중요한 연방법은 연방참의원의 승인을 요구하며 전반적으로 주(州) 정부의 행정을 통해 실행된다. 이처럼 독일의 연방구조는 연방과 주(州)의 쌍방의 상호의존관계를 창출한다. 즉 연방기능은 실질적으로 주(州) 정부에 의존하고 있으나 동시에 주(州)의 자율성 역시 상당히 제한적인 것이다. 이러한 모습은 주의 독자적인 입법영역이 협소하며 특히 주 재정 문제에 있어서 주(州)는 연방의 세제법에 전적으로 의존하고 있다는 점에서 잘 나타나고 있다. 이러한 구조는 연방과 주(州) 사이의 입법과 행정 과정에 있어서 양자의 조율과 협력의 다양한 형태를 낳았다.

### 2) 결합형 연방주의

독일은 앞서 제시한 바와 같이 연방과 주(州)의 업무가 다른 연방국가에서처럼 기능적으로 분리되어 있기 보다는 모든 차원이 복합적으

로 결합되어 있는 “결합형 연방주의(Verflechtungsföderalismus)”로 표현된다. 결합형 연방은 크게 두 가지의 핵심적 요소를 내용으로 하는바, 첫째는 연방법은 연방관청을 통해서가 아니라 주(州)에 의해, 그리고 주(州)의 재정으로 시행된다는 점이다. 두 번째로는 모든 세금은 연방법 차원에서 결정된다는 것이다. 따라서 주(州)는 기여자로서, 연방은 수여자로서 거의 절대적 권한을 행사한다고 볼 수 있다. 따라서 재정과 관련하여 주(州)는 연방에 의존해 있으며, 연방의 결정은 주(州)에 압도적인 재정적 영향력을 행사한다.<sup>36)</sup> 하지만 독일은 이러한 구조적 특징에 기하여 완전히 중앙집권화되어 있는 연방주의라고 볼 수 없다. 왜냐하면 독일은 연대연방주의(Verbundsföderalismus)라고 하는 또 다른 원리에 의하여 지배되고 있기 때문이다. 독일은 다른 연방국가들과는 다르게 기본법에 의하여 주(州)가 연방차원의 참여권을 보장받고 있다. 기본법 제50조는 “주(州)는 연방참사원을 통하여 연방의 입법 및 행정과 유럽연합의 사무에 참여한다”고 규정하여 주(州)로 하여금 연방에 재정적으로 전적인 의존을 하기보다는 연방에 재정적 균형조치를 요구할 수 있는 정치적 가능성을 갖는다. 즉, 입법권과 주요한 결정권은 연방 차원에 놓여 있다는 점에서 중앙집권적이지만 그 입법의 실행과 행정은 근본적으로 주차원에 있다.

---

36) 1990년 동독과 서독의 통일은 전후 역사의 종결을 뜻할 뿐 아니라 두 가지 면에서 협력적 연방주의 체제의 분수령으로 볼 수 있다. 첫째, 구 동독영토에 다섯 개 주(州) 정부가 새로 추가되면서 사회경제적 간극은 상당히 커졌고 주(州) 정부마다 제도적 이해관계는 더욱 복잡해졌다. 상대적으로 가난한 주(州) 정부는 평균화된 생활수준과 통합적 정책결정을 기반으로 하는 현 제도를 그대로 유지함으로써 득을 보았으나 좀 더 부유한 주(州) 정부는 입법 및 재정 결정권에 있어서의 재량권을 더 많이 갖고 싶어 했다. 둘째, 동독 공산당(SED)의 후신이자 구 동독 지역에서 확고한 유권자 기반을 가진 민주적 사회주의당(PDS)의 출현은 독일 정당 시스템의 지역적 불협화음을 증가시켰다. 중앙집권적 성향을 가진 민주적 사회주의당의 출현으로 지역주의자의 지방분권에 대한 요구가 거세지지는 않았지만 연방참사원에서의 연방정책 결정에 어려움을 주었다.

### 3) 연방주의와 사회국가질서의 결합

독일은 사회국가적 전통을 배경으로 일원적 국가통일 철학을 강하게 유지하고 있다. 제2차 대전 직후 서독 기본법의 제정과정에서 공공부조와 관련하여 각 정당 간에 연방과 주(州)의 관할권을 둘러싼 논쟁이 있었지만 연방국가가 모든 다양성과 차별성 및 경쟁성에도 불구하고 연방국가로서 기능하고 복지국가의 성격을 갖기 위해서는 통일성의 기본적 토대를 갖추어야 한다는 것으로 결론지워 졌다.<sup>37)</sup> 그리하여 구 독일 기본법은 제72조 제2항에서 “연방은 …연방영역에 있어서의 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적 통일 또는 경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우에 한하여 입법권을 가진다”고 규정하여 주(州)와의 경합적 입법사항에 대해서도 연방이 주(州)의 권한영역에 개입할 수 있는 가능성을 열었다. 이러한 사회국가적 성격과 일원적 국가철학은 실질적인 정책실현과정과 입법과정에서의 중앙집권주의의 관철을 가능하게 하였다. 예를 들어 입법권의 복합적 결합구조는 주(州)의 참여를 전제로 하고 있으나 2006년 기본법 개정 이전까지 주(州)들은 문화, 경찰, Gemeinde와 주(州) 조직 관련법 외에는 실질적으로 독립적 입법권을

37) 구 서독 기본법 제정당시 공공부조와 관련하여 제기된 가장 중요한 논쟁점은 연방이 큰 윤곽만 제시하고 주에서 구체적인 내용에 대한 독자적 결정권을 갖도록 할 것인가, 아니면 공공부조에 관한 입법권을 전반적으로 연방차원에 허용할 것인가라는 문제였다. 그리고 이 논쟁과정에서 일원화 논리가 강하게 제기되었다. 특히 사민당(SPD)은 전후 상황의 사회정책적 요구에 의거하여 취약한 연방권력은 허용될 수 없다는 입장을 표명했으며 기민당(CDU) 내에서도 주(州)의 행정권과 연방의 입법과정 참여를 전제로 한 광범위한 동의가 존재하였다. 따라서 독일 국가건설의 경제적 목표에 있어서 전 국가차원에서의 ‘삶의 조건의 통일성’은 ‘성장’ 또는 ‘안정’ 보다 우선적인 가치로 받아들여졌다. 따라서 ‘삶의 조건의 통일성’을 헌법적 기본원칙이라고 주장하는 입장에서 일정 수준의 전국적으로 평등한 공공인프라와 세금부담구조를 갖추는 것이 당연하다는 입장을 표명하였다(U. Munch, Sozialpolitik und Föderalismus, Zur Dynamik der Aufgabenverteilung im Sozialen Bundesstaat, Opladen: Leske Budrich, 1997, S. 83, 149).



갖고 있지 않았다. 단, 독일연방은 중앙과 지방의 강한 상호의존과 결합의 성격을 띠고 있으며 따라서 이러한 독일연방의 일원화 경향성 역시 연방주의로부터의 이탈이라기보다는 연방주의의 수정 또는 주(州) 정부의 동의를 전제로 진행된 과정으로 해석된다.<sup>38)</sup>

## (2) 연방과 주(州)의 권한배분문제에 따른 연방주의개혁 논의

### 1) 독일 기본법상 입법과정의 특색

독일의 입법과정은 연방정부(Bundesregierung), 연방의회(Bundestag), 연방참사원(Bundesrat)의 상호 협력 하에 이루어지는 매우 독특한 방식을 취하고 있다. 연방의회는 연방의 중심기관이며, 기본법에 규정된 각종의 권한에 의해서 연방 각 기관에 다양한 영향력을 행사하고 있다. 한편 연방참사원은 주(州)가 연방의 입법이나 행정에 협력하기 위한 기관이다. 연방참사원은 주(州) 정부의 구성원으로 구성되며 주(州) 정부가 임명한다. 연방참사원의 권한으로는 법률의 발안권, 연방의회가 의결한 법률에 대한 동의권 및 이의제출권, 연방대통령이 입법의 비상사태를 선포하는 경우의 동의권과 법률을 성립시키는 권한 등이 있다.<sup>39)</sup>

독일의 연방의회와 연방참사원은 각각 독립된 연방의 최고기관이다. 다만, 연방의 입법과정에 있어서 연방참사원의 협력을 필요로 한다. 즉, 독일에서 연방의 법률은 연방의회에서 의결되나 법률이 최종적으로 성립하기 위해서는 연방참사원의 협력을 얻어야 한다. 또한 연방 정부는 연방의회에 법률안을 제출하기 전에 그 법안을 연방참사원에 송부하여 그 의견을 요구하도록 규정하고 있다.<sup>40)</sup> 특히, 독일에서는

38) U. Munch, a. a. O., S. 145; 유진숙, 전제논문, 306-307면 참조.

39) 연방참사원은 “각 지방은 최소한 3표, 200만 이상의 인구를 가진 지방은 4표, 600 백만 이상의 인구를 가진 지방은 5표, 700만 이상의 인구를 가진 지방은 6표”의 표결권을 갖는다(독일 기본법 제51조 제2항).

40) 이에 따라 연방참사원은 이송된 날로부터 6주 내에 이 안에 대하여 입장을 표명하여야 하며, 중대한 사유로 기간 내에 입장표명이 불가능한 경우에는 기간을 연장

연방과 주(州)의 관계나 주(州)의 행정 및 재정에 영향을 미치는 법률은 그 성립에 주(州)의 이익을 대표하는 연방참사원의 동의를 요하도록 하는 동의법률(Zustimmungsgesetz)<sup>41)</sup>이 전체의 5~6할을 차지한다. 그것은 연방참의원이 연방의회에 대하여 번복할 수 있는 이의를 신청하는데 불과한 이의법률과 다르며, 연방법률의 성립에 대해 연방참사원이 이른바 적대적 거부권을 가진다. 이러한 연방참사원의 역할은 연방의 입법에 대한 주(州)의 발언권을 유지하고 높이는데 이바지하여 왔다.<sup>42)</sup>

## 2) 연방과 주(州) 권한의 명확화를 위한 연방주의재편의 요구

독일은 강한 앞서 본 바와 같이 일원적 국가철학에 기반한 이른바 행정연방주의(Exekutivföderalismus)로 규정되어 왔으며 입법과 행정 및 연방과 주(州) 간의 복합적 결합을 특징으로 하고 있다. 이러한 독일 연방체계의 구조는 독일의 균등한 지역발전과 사회국가적 분배에 기여하여 왔으나, 다른 한편으로는 연방과 주(州) 차원에서의 독자성 및 효율성과 개혁의지를 방해하는 주요 요소로 지적되어 왔다. 그리고 특히 1990년 이후 독일 통일과 유럽통합의 심화라는 구조적 조건의 변화 하에서 시급한 개혁대상으로 논의되어 왔다. 독일의 연방개혁은 무엇보다도 독일지방정책의 공동체지향적인 조직체계 및 행동체계를 위협하는 유럽연합의 자유화정책을 통하여 촉발되었다.

독일 연방과 주(州) 권력의 유럽연합으로의 이양은 국가주의적 철학에 근거하여 세 차원이 복합적으로 결합되어 있는 독일연방의 복합적

---

하여 9주 이내에 이루어져야 한다. 그리고 연방참의원의 법률안은 연방정부를 통하여 다시 연방의회에 송부 된다(독일 기본법 제76조 제2항 참조).

41) 동의법률의 경우 연방의회가 가결한 법률안에 연방참의원이 동의한 때에 법률은 성립한다. 하지만 연방참의원이 동의하지 않는 경우에는 연방참의원, 연방의회, 연방정부는 의결된 법률을 접수한 날부터 3주 이내에 양원협의회의 소집을 요구할 수 있다. 이후 양원협의회에서 발의한 수정안을 송부 받은 연방참의원이 이에 동의하지 않을 경우에는 법률안은 부결된다(독일 기본법 제77조 제2항, 제78조 참조). 따라서 동의법률은 연방참의원이 절대적 거부권을 가진다고 할 수 있다.

42) 박영도, 전계논문, 2007, 202-203면.

결합구조를 이완해야 한다는 개혁요구를 촉발시켰다. 무엇보다도 유럽연합의 형성은 주(州)와 유럽연합을 직접적으로 연계하는 유연하고 효율적인 정책결정과정<sup>43)</sup>에 대한 요구를 강화시켰다. 동시에 민주주의적 기제가 결여된 유럽연합으로의 권력이양은 주(州)의 정책결정과정 참여의 가능성을 원천적으로 봉쇄하는 역기능으로 작용했다.<sup>43)</sup> 예컨대, 마스트리히트 조약에 근거하여 유럽연합은 일차적으로 주(州)에 관련되어 있는 교육, 연구, 문화 영역에서의 새로운 정치적 권한을 보유하게 되었으며, 이는 주(州)의 강력한 저항과 비판을 야기하였다. 또한 유럽연합의 자유화정책에 근거하여 많은 공공영역이 사적 영역으로 이전함으로써 주(州) 행정의 무력화가 초래되었으며 주(州)의 재정 위기로 인해 보다 많은 사회적 영역에서의 재정지원은 축소되고 있다. 따라서 주(州)는 이에 적응하고자 주(州)의 독립적 권한을 강화하고 행정능력의 효율성을 높이고자 하였다.<sup>44)</sup>

본래 앞서 본바와 같이 독일에서는 주(州) 대표로 구성되어 있는 연방참의원이 입법과정에서 의안법률 중 약 50%정도를 동의법률의 형태로 승인하여 줌으로써 지방의 이해의 관철에 있어서 비교적 유리한 법적 조건을 갖고 있다. 하지만 이러한 독일연방의 구조는 독일의 균등한 지역발전과 사회국가적 분배에 기여하여 왔으나, 다른 한 편으로는 연방과 주(州)차원에서의 독자성 및 효율성과 개혁의지를 방해하는 주요 장애요소가 되었다. 특히 국가활동의 모든 분야에서 연방의 비중이 눈에 띄게 커지고 있다는 사실을 간과할 수 없다. 입법작용의 분야에서 연방의 입법주도권이 커지고 있는 것은 물론 행정·사법작용의 분

---

43) 유럽연합이 독일의 지방 권한에 해당하는 영역에 대해서 결정을 내리는 정도만큼 연방과의 중첩적 경우에 있어서와 마찬가지로 일단의 독자적 형성가능성이 상실될 것인데, 이것은 우선 지방의회와 또한 지방정부에게도 해당되며, 지방의 독자적 국가성의 본질을 더욱 감소시키는 손실이라고 할 것이다(K. Hesse/계획열 역, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001, 148면).

44) 유진숙, 전제논문, 303-304면.

야에 이르기까지 연방의 기능적 비중은 크게 증대되고 있다.<sup>45)</sup>

하지만 주(州)에 독자적인 형성의 가능성이 남아 있는 영역에서 마저 연방과 주(州)간의 광범위한 자율적 조정, 특히 주(州) 간의 법적 상태를 실질적으로 균등화하며 동일한 형식의 행정운용을 가능하게 하는 효과를 가져오는 지방 상호간의 자율적 조정이 행하여지고 있다. 주(州)들 간의 공동의 제도 및 연방과 주(州)의 공동의 제도에 있어서도, 강한 협동 경향을 볼 수 있다. 이러한 현상은 다음의 두 가지에서 원인을 찾을 수 있다. 첫째, 전통적인 의미에서 연방국가적 구조의 전제가 되어 온 지역적인 차이가 오늘날에 와서는 거의 무의미한 정도로 축소되었다는 점이다. 또 통합적인 업무수행의 필요성이 하나의 시대적인 요청으로 등장했기 때문에 당초 기능분배의 원칙에 따라 주(州)에 속했던 많은 국가적 업무가 연방에 의해서 통합 조정되는 대신에 주(州) 등의 지방에게는 그 대가로 연방의 정치적 의사형성에 참여할 수 있는 권리가 증대되었다는 점이다. 그러나 연방국가의 구조적 변천을 무제한하게 허용할 수 있는 것은 아니다. 그리하여 독일에서는 1990년 이후 독일통일과 유럽통합의 심화라는 구조적 조건의 변화 하에서 연방주의시스템을 시급한 개혁대상으로 논의되었고, 2000년대에 들어서면서 연방구조개혁의 핵심적인 두 가지 의제, 즉 연방의회와 주 의회간의 입법권 배분문제와 제정문제를 둘러싸고 연방개혁논쟁이 본격화되었다.

45) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2007, 342면; 특히 개정 전의 기본법 제84조 제1항은 연방법률이 주(州)에 의하여 주(州)의 고유사무로서 집행되는 경우에 그를 위한 행정관청이나 행정절차에 관한 규정을 연방법률로 정하는 때에는 연방참의원의 동의가 필요하다고 규정하였는바, 이것이 연방의 기능적 확대를 야기하는 규정으로 역할을 담당하였으며 뿐만 아니라 연방의 권한을 확대하는 데 원인을 제공하고 있었던 동의법률의 수를 증가하는 최대의 요인이었다.

### 3. 2006년 독일 기본법의 개정경과

2006년 9월 1일부터 시행된 독일의 개정 기본법은 입법권한의 배분과 관련된 문제를 포함하여 독일의 연방제를 둘러싼 중요과제에 일정한 해결책을 제시한 것이라 할 수 있다. 이러한 연방제개혁을 둘러싸고 2003년 10월 연방의회·연방참사원 공동으로 “연방국가적 질서의 현대화에 관한 공동위원회(gemeinsame Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung : Föderalismuskommission)”가 설치되어 기본법 개정을 포함한 개혁의 가능성을 심의하였다. 그러나 교육에 관한 권한배분을 둘러싸고 연방과 주(州)의 의견대립으로 인하여 2004년 12월 협의가 결렬되었다. 하지만 협의노력은 지속되어 2005년 9월 11일 연방의회의원 총선거 후에 성립한 CDU/CSU와 SPD의 메르켈 연립정권의 기초가 된 연립협정에서 연방제개혁의 내용으로서 ① 효과적인 의사결정과 행동을 위한 능력의 향상(법률의 성립에 다수의 다른 입장의 자가 참가하고 주(州) 정부의 대표로 구성된 연방참사원과 연방의회의 지배정당이 다른 것에 기인하는 방해의 위험성을 개선), ② 정부의 책임분배의 명확화, ③ 행정부의 유효성과 편의성의 개선 등을 결정하였다. 나아가 동년 12월 14일 연방수상과 각주 수상의 결의에서도 같은 개혁의 목표가 명시되었다.<sup>46)</sup>

그 후 2006년 3월 7일 연방의회의 연립여당인 CDU/CSU와 SPD는 연방제개혁을 위한 기본법개정안과 관련 법률의 개정안(BT-Drucksache 16/813,

---

46) 박영도, 전계논문, 203-205면 참조; Föderalismuskommission의 활동사항에 관해서는 R. Hebek/A. Eppler, Die unvollendete Föderalismus-Reform, Eine Zwischenbilanz nach Scheitern der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Dezember 2004, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, Occasional Paper Nr. 31 참조; 독일 정당간의 논쟁과정과 결과에 대해서는 BT-Drucks. 16/813, S. 7; H. W. Rengeling, Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen, DVBL Heft 24, 2006, S. 1537f 참조.

16/814)을 마련하여 연방의회에 제출하였다. 한편 Nordrhein-Westfalen, Bayern, Berlin, Bremen 등 4개 주(州)는 동일내용의 기본법 및 관련 법률개정안(BT-Drucksache 178/06 179/06)을 연방참사원에 제출하였다. 이들 개정안은 앞서 언급한 연립협정 등의 합의내용을 법안화한 것으로서, 여기에는 ① 연방입법에 대한 연방참의원의 관여 축소, ② 연방과 주(州)의 입법권한배분의 재편, ③ 재정권한의 명확화, ④ 베를린을 연방수도로 하는 규정의 신설, ⑤ 유럽연합에 있어서 독일연방공화국의 권리주장을 연방으로부터 주(州)의 대표자에게 이양하는 규정의 개정 등이 포함되어 있다. 이러한 개정안에 대하여 동년 5월 15일부터 6월 2일까지 연방의회에서 공청회가 개최되었고, 이후 2006년 6월 30일 연방의회는 연방제개혁을 위한 기본법개정안을 통과시켜 연방대통령에 의해 공포되었다.<sup>47)</sup>

#### 4. 2006년 독일 기본법의 개정목록

2006년 9월 1일부터 시행되고 있는 현행 독일 기본법은 무려 25개 조문들을 대상으로 개정이 이루어졌다. 이는 독일 기본법제정 이래 최대 규모로 단행된 개정이었다. 특히 연방과 주(州)의 입법과 관련한 권한배분과 재정분배를 주요내용으로 하는 독일 연방주의시스템의 개혁이 가장 많은 부분을 차지하고 있으며, 이 외에도 국가수도의 지정, 유럽연합회원국 시민의 권리보호 및 연방헌법재판소의 관할 등과 관련된 사항이 부분적으로 개정되었다. 이를 도표화하면 다음과 같다.

---

47) BGBl I Nr. 41. vom 31. August 2006, S. 2034; P. Selmer, Die föderalismusreform. Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, JuS 2006, S. 1052f; U. Häder, Zur Föderalismusreform in Deutschland, JZ 2006, S. 742f; 개정경과에 관한 국내소개문헌으로 박영도, 전개논문, 205-206면 참조.

<신구대조표>

구 조항	신 조항
<p>제22조(연방국기)</p> <p>연방국기는 흑·적·황색이다.</p>	<p>제22조(연방수도-연방국기)</p> <p>(1) <u>독일연방공화국의 수도는 베를린이다. 수도에서의 국가전체를 대표하는 것은 연방의 임무로 한다. 이에 관한 자세한 사항은 연방법률로 규정한다.</u></p> <p>(2) 변경없음.</p>
<p>제23조(유럽연합-기본권-보충성 원칙)</p> <p>(1) 통일된 유럽을 실현하기 위하여 독일연방공화국은 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원칙들과 보충성원칙에 구속되며 이 기본법과 본질적으로 유사한 기본권보호를 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 연방은 이를 위하여 법률에 의하여 연방참사원의 동의 하에 고권을 이양할 수 있다. 유럽연합의 설립과 이 기본법이 내용상 개정 또는 보완되거나 그러한 개정들이나 보완들이 가능해지는 조약상의 기초 및 유사한 규정들의 개정에 대하여는 제79조 제2항과 제3항이 적용된다.</p> <p>(2) 유럽연합의 사무에는 연방의회가 그리고 지방은 연방참사원을 통해서 참여한다. 연방정부는 연방의회와 연방참사원에 포괄적이고 가능한 한 조속히 보고해야 한다.</p> <p>(3) 연방정부는 유럽연합의 법제정 행위에 대한 자신의 참여에 앞서 연방의회에 입장을 표명할 수 있는 기회를 부여한다. 연방정부는 협의시</p>	<p>제23조(유럽연합-기본권-보충성 원칙)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p>

구 조항	신 조항
<p>에 연방의회의 입장표명을 고려한다. 이에 관한 상세한 사항은 법률로 정한다.</p> <p>(4) 연방참사원은 상응하는 국내적 조치에 참여해야 하는 한 또는 지방이 국내적으로 권한이 있는 한에서 연방의 의사형성에 참여할 수 있다.</p> <p>(5) 연방의 전속적 권한의 범위 내에서 지방의 이익이 관계되는 한 또는 그 밖에 연방이 입법권을 가지는 한에서 연방정부는 연방참사원의 입장표명을 고려한다. 지방의 입법권한, 그 관청의 시설이나 그 책임절차들이 중점적으로 관계되는 경우에 연방의 의사형성에 있어서 그러한 연방참사원의 견해가 결정적으로 고려되어야 한다. 이 경우에 연방의 국가전체적인 책임은 견지되어야 한다. 지출의 인상이나 또는 연방에 대한 수입의 감소를 초래할 수 있는 사항에 있어서는 연방정부의 동의가 필요하다.</p> <p>(6) 주들의 전속적 입법권한이 중점적으로 관계되는 경우에 유럽연합의 회원국으로서의 독일연방공화국에 속한 권한의 행사는 연방으로부터 연방참사원에 의하여 지명된 주의 대표에게 이양되어야 한다. 동 권한의 행사는 연방정부의 참여와 표결 하에서 이루어진다. 이 경우에 연방의 국가전체적인 책임은 그대로 존속한다.</p> <p>(7) 제4항부터 제6항에 대한 상세한 것은 연방참사원의 동의를 요하는 법률로 정한다.</p>	<p>(4) 변경없음</p> <p>(5) 변경없음</p> <p>(6) <u>학교교육, 문화 또는 방송영역에</u> 대한 주들의 전속적 입법권한이 중점적으로 관계되는 경우에 . . . . .</p> <p>(7) 변경없음</p>



구 조항	신 조항
<p>제33조(국민의 평등-공직제도)</p> <p>(1) 독일인은 누구나 어느 주에서나 국민으로서 동등한 권리와 의무를 가진다.</p> <p>(2) 독일인은 누구나 그의 적성, 능력 및 전문적 업적에 따라 모든 공직에 취임할 평등한 권리를 가진다.</p> <p>(3) 시민적·국민적 권리의 향유, 공직취임의 허용 및 공직근무에서 취득할 권리는 어떠한 종교적 표명에도 종속되지 않는다. 누구도 어떤 신앙이나 세계관을 가지거나 갖지 않는다고 하여 불이익을 받지 않는다.</p> <p>(4) 고권적 권한의 행사는 공법상 근무관계와 충성관계에 있는 공직종사자에게 계속적 과제로 위임된다.</p> <p>(5) 공직근무법은 직업공무원제도의 전통적인 제 원칙을 고려하여 규정되어야 한다.</p>	<p>제33조(국민의 평등-공직제도)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(4) 변경없음</p> <p>(5) 공직근무에 관한 법은 . . . . . 규정되어야 하며 <u>지속적으로 발전시켜야 한다.</u></p>
<p>제52조(의장-의결 의사규칙)</p> <p>(1) 연방참사원은 매년 그 의장을 선출한다.</p> <p>(2) 의장은 연방참사원을 소집한다. 최소한 2개 주의 대표자 또는 연방정부의 요구가 있으면 의장은 연방참사원을 소집해야 한다.</p> <p>(3) 연방참사원은 최소한 투표의 과반수로 의결한다. 연방참사원은 의사규칙을 제정한다. 그 심의는 공개된다. 다만, 공개는 배제될 수 있다.</p> <p>(3a) 유럽연합의 사무를 위하여 연방참사원은 유럽심의회를 설치할 수 있으며, 여기에서의 결정은 연방참사</p>	<p>제52조(의장-의결 의사규칙)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(3a) 유럽연합의 사무를 . . . . . . . . . . 결정으로 간주된다. <u>각주들이 균등하게 제출한</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>원의 결정으로 간주된다. 제51조 제2항과 제3항 제2문이 준용된다.</p> <p>(4) 주 정부의 다른 구성원이나 수임자는 연방참사원의 위원회에 소속할 수 있다.</p>	<p><u>표의 총수는 제51조 제2항에 따라 결정된다.</u></p> <p>(4) 변경없음</p>
<p>제72조(경합적 입법)</p> <p>(1) 경합적 입법에 있어서는 연방이 법률에 의하여 그 입법권한을 행사하고 있지 않은 경우에 한하여 주가 입법권을 가진다.</p> <p>(2) 연방은 이러한 영역에서 연방영역에 있어서의 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적·경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우에 한하여 입법권을 가진다.</p>	<p>제72조(경합적 입법)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) <u>제74조 제1항의 제4호, 제7호, 제11호, 제13호, 제15호, 제19의 a호, 제20호, 제22호, 제25호, 제26호에 대하여 연방은 . . . . .</u> <u>. . . . . 입법권을 가진다.</u></p> <p>(3) <u>연방은 그의 입법권한을 행사하며 주들은 연방의 입법관할에서 제외되는 다음의 사항을 법률로써 규정할 수 있다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>수렵(수렵면허에 관한 법은 제외함)</u></li> <li>2. <u>자연보호와 경관보호에 관한 사항(자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호 혹은 해양보호에 관한 법은 제외함)</u></li> <li>3. <u>토지분배</u></li> <li>4. <u>국토개발계획</u></li> <li>5. <u>물의 관리(수질 혹은 수자원 시설에 관련된 규정제외)</u></li> <li>6. <u>대학의 입학 및 수료</u></li> </ol> <p><u>이러한 영역에서의 연방법률은 연방참사원이 달리 정하지 않는 한, 공포일로부터 6개월이 경과하여야 효</u></p>

구 조항	신 조항
<p>(3) 전항의 필요성이 더 이상 존재하지 않는 연방법률규정은 주 법에 의하여 대체될 수 있음을 연방법률로 규정할 수 있다.</p>	<p><u>력을 발생한다.</u> (4) <u>변경없음</u></p>
<p>제73조(연방의 전속적 입법사항) (1) 연방은 다음 사항에 대하여 전속적 입법권을 가진다. 1. 외교문제와 민간인 보호를 포함한 국방 2. 연방에서의 국적 3. 이전의 자유, 여권제도, 국내외로의 이민 및 범인인도 4. 통화, 화폐 및 주화제도, 표준도량형과 표준시간 5. 과세구역과 통상구역의 통일, 통상조약과 항해조약, 상품교역의 자유, 관세와 국경보호를 포함한 외국과의 상품교역과 지불거래 6. 항공교통 6a. 전체 또는 과반수가 연방의 재산에 속하는 철도교통(연방철도), 연방철도의 궤도의 건설·유지 및 운영, 연방철도궤도에 대한 사용료 부과 7. 우편과 전신제도 8. 연방과 연방직속 공법상 단체에 근무하는 자의 법적 관계 9. 영업상의 권리보호, 저작권 및 출판권</p>	<p>제73조(연방의 전속적 입법사항) (1) <u>변경없음.</u>  3. 이전의 자유···, <u>신고 및 신분증명제도··· 및 범인인도</u>  5a. <u>독일 문화재의 외국으로의 유출 방지를 위한 보호</u>  9a. <u>국제테러리즘의 위협에 대한 방</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>10. 다음 사항에 있어서의 연방과 주는 상호 협력한다.</p> <p>a) 형사경찰</p> <p>b) 자유민주적 기본질서, 연방 또는 주의 존립과 안전의 보호(헌법보호)</p> <p>c) 폭력의 사용이나 그것을 목적으로 하는 준비행위로써 독일연방공화국의 대외적 이익을 위태롭게 하는 연방영역 내에서의 기도의 방지와 연방형사경찰관서의 설치와 국제적인 범죄예방</p>	<p><u>위는 각주에 파급적 위험이 존재하는 경우, 주 경찰청의 권한이 인정되지 않는 경우나 또는 최상급의 주 관청이 방위의 인계를 요청하는 경우에 연방사법경찰관 리에게 있다.</u></p> <p>12. <u>무기와 폭발물에 관한 법</u></p> <p>13. <u>전상자와 전몰유가족에 대한 부조 및 과거의 전쟁포로를 위한 구호</u></p> <p>14. <u>평화목적의 핵에너지의 생산과 이용, 핵에너지의 방출 또는 전리 방사선에 의하여 발생하는 위험으로 부터의 보호와 방사성물질의 제거, 이러한 목적에 따른 공공시설의 설립 및 운영</u></p> <p>(2) <u>제1항 제9호에 의한 법률은 연방참사원의 동의를 필요로 한다.</u></p>
<p>제74조(연방의 경합적 입법사항)</p> <p>(1) 경합적 입법에는 다음의 사항이 포함된다.</p>	<p>제74조(연방의 경합적 입법사항)</p> <p>(1) 변경없음</p>

제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경

구 조항	신 조항
1. 민법, 형법 및 행형, 법원조직, 재판절차, 변호사, 공증인제도, 법률상담 2. 호적제도 3. 결사 및 집회의 권리 4. 외국인의 체류 및 거주권 4a. 총포 및 화약류에 관한 법 5. (삭제) 6. 난민 및 추방된 자에 관한 사무 7. 공적부조사업 8. (삭제) 9. 전쟁피해 및 복구 10. 전상자 및 전사자 유족의 원호, 전쟁포로였던 자에 대한 부조 10a. 전몰자표지, 전쟁에 의한 희생자 및 폭력적 지배의 희생자 묘지 11. 경제법(광업, 공업, 동력산업, 수공업, 여업, 상업, 은행 및 주식제도, 사법상 보험제도) 11a. 평화화적의 핵에너지의 생산과 이용, 핵에너지의 방출 또는 전리방사선에 의하여 발생하는 위험으로 부터의 보호와 방사성물질의 제거, 이러한 목적에 따른 공공시설의 설립 및 운영 12. 경영참가제도, 근로보호 및 직업소개를 포함한 노동법, 사회보험제도(실업보험 포함) 13. 직업훈련보조와 학술연구 조성 14. 제73조 제74조의 영역에서 문제되는 공용수용에 관한 법 15. 토지, 천연자원 및 생산수단의	1. 민법, 형법 · · 재판절차( <u>미결구급의 집행에 관한 법 제외</u> ) · · · 법률상담 2. 변경없음 3. 변경없음 4. 변경없음 4a. <u>삭제</u> 6. 변경없음 7. 공적부조( <u>사회복지시설법제외</u> ) 9. 변경없음 10. <u>삭제</u> 10a. 변경없음 11. <u>폐점, 음식점, 도박장, 연기장, 견본시, 어음증서의 발행 및 시장설치에 관한 법을 제외한 경제(· ·)관한 법</u> 11a. <u>삭제</u> 12. 변경없음 13. 변경없음 14. 변경없음 15. 변경없음

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>공유재산 또는 그 밖의 공동관리 경제형태로의 전환</p> <p>16. 경제력의 남용방지</p> <p>17. 농임업생산의 촉진, 식량확보, 농 임산물의 수출입, 원양어업과 연 안어업 및 연안보전</p> <p>18. 토지거래, 토지법(개발부담금법 제외) 및 농업상소작제도, 주거제 도, 이주정착제도</p> <p>19. 공공의 위험이 있거나 전염성이 있는 가축의 질병에 대한 조치, 의료업 및 그 밖의 치료업의 허 가, 약품과 약제 및 마취제와 독 극물의 거래</p> <p>19a. 병원의 경제적 안정과 병원치 료수가의 규제</p> <p>20. 식량, 기호품, 생활필수품, 사료, 농임업용 종자 및 묘목의 거래보 호, 식물의 병해로부터의 보호와 동물보호</p> <p>21. 원양과 근해항행 및 항로표지, 내수항행, 기상업무, 해수항로 및 일반운수에 이용되는 내수항로</p> <p>22. 도로교통, 자동차제도, 장거리교 통을 위한 지방도로의 건설과 유 지, 차량에 의한 공도이용료의 징 수와 배분</p> <p>23. 산악철도를 제외한 연방철도가 아닌 궤도</p> <p>24. 오물제거, 대기정화 및 소음방지</p> <p>25. 국가배상책임</p>	<p>16. 변경없음</p> <p>17. 농임업생산의 <u>촉진(경지정리법 제외)</u> . . . . . 과 연안 어업 및 연안보전</p> <p>18. <u>도시계획상의</u> 토지거래, 토지법 ( . . . )과 <u>주택수당법, 구채무보 조법, 주택건설비과세공제법, 광산 노동자주택건설법 및 광원주택법</u></p> <p>19. 공공의 . . . . . 의료업 및 의 료의 <u>허가와 약국, 의약품, 치료 재, 마취 및 독극물에 관한</u> . . .</p> <p>19a. 변경없음</p> <p>20. <u>식료품을 포함한 그 생산에 이 용되는 동물에 관한 법, 기호품,</u> . . .</p> <p>21. 변경없음</p> <p>22. 도로교통, . . . . .공도의 이 용에 <u>대한 요금</u>의 징수 . . .</p> <p>23. 변경없음</p> <p>24. <u>폐기물경제, . . . 소음방지(생 활소음으로부터의 보호 제외)</u></p> <p>25. 변경없음</p>

구 조항	신 조항
<p>26. 인간의 인공수정, 유전자 정보의 연구 및 인공적 변경과 장기 및 조직 이식에 관한 규율</p> <p>(2) 전항 제25호에 의한 법률은 연방참사원의 동의를 필요로 한다.</p>	<p>26. <u>인간의 생명을 위한 의학적 촉진제의 생산</u>, . . . . . 조지 및 <u>세포이식에 관한 규율</u></p> <p>27. <u>주·자치단체 기타 공법상 단체의 공무원과 주 법관의 지위부여, 급여 및 연금을 제외한 신분</u>에 관한 권리와 의무</p> <p>28. <u>수렵</u></p> <p>29. <u>자연보호와 경관보호</u></p> <p>30. <u>토지분할</u></p> <p>31. <u>국토개발계획</u></p> <p>32. <u>수자원관리</u></p> <p>33. <u>대학의 입학 및 수료</u></p> <p>(2) 전항 제25호 및 <u>제27호</u> . . .</p>
<p>제74a조(공직에 있어서 급료와 급양)</p> <p>(1) 경합적 입법은 공법상의 근무 및 충성관계에 있는 공무원의 급료와 급양에 대하여 제73조 제8호에 따라 연방이 전속적 입법권을 갖지 않는 한, 경합적 입법이 거기에 미친다.</p> <p>(2) 제1항에 의한 연방법률은 연방참사원의 동의를 필요로 한다.</p> <p>(3) 제73조 제8호에 의한 연방법률도, 그것이 직위의 평가를 포함하여 그 급여 및 급양의 구조 또는 사정에 관해, 제1항에 의한 연방법률과 다른 기준이나 다른 최저 또는 최고액을 규정하고 있는 이상, 연방참사원의 동의를 필요로 한다.</p> <p>(4) 제1항과 제2항은 지방법관의 급여와 급양에 준용된다. 제98조 제1항에 의한 법률에는 제3항이 준용된다.</p>	<p>제74a조 <u>삭제</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>제75조(대강법률)</p> <p>(1) 연방은 제72조의 전제하에 다음 사항에 관하여 대강규정을 제정할 권한을 가진다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제72a조가 달리 규정하고 있지 않은 경우에 주·지방자치단체 및 기타 공법상 단체에서 공무에 종사하고 있는 자들의 법률관계</li> <li>2. 대학제도의 일반원칙</li> <li>3. 신문의 일반적 법률관계</li> <li>4. 수렵제도, 자연보호 및 경관조성</li> <li>5. 토지분배, 광역계획 및 수자원관리</li> <li>6. 신고제도 및 신분증명제도</li> <li>7. 독일문화재의 외국반출에 대한 보호</li> </ol> <p>제72조 제3항이 준용된다.</p> <p>(2) 대강규정은 예외적인 경우에만 세부적이거나 직접 효력을 가지는 규정을 포함할 수 있다.</p> <p>(3) 연방이 대강규정을 제정하는 경우에 주는 법률에 의하여 규정된 적정한 기간 내에 필요한 주 법률을 제정할 의무가 있다.</p>	<p>제75조 <u>삭제</u></p>
<p>제84조(주의 자치행정과 연방감독)</p> <p>(1) 주가 연방법률을 고유사무로서 집행하는 경우, 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률에 달리 규정하지 않는한 주는 관청의 설치와 행정절차에 관한 사항을 규정할 수 있다.</p>	<p>제84조(주의 자치행정과 연방감독)</p> <p>(1) 주가 연방법률을 . . . . 사항을 규정할 수 있다. <u>주(州)에서 제2문에 따라 다른 규율을 하는 경우에는 연방참사원의 동의로 달리 규정하지 않는 한, 해당 주에서는 이와 관련된 연방의 행정관청의 설치 및 행정절차에 관한 최근의 법률 규정은 공포 후 6개월이 경과한 후에 발효된다.</u> 제72조 제3항 제3문은 이를 준용된</p>



구 조항	신 조항
<p>(2) 연방정부는 연방참사원의 동의를 얻어 일반행정규칙을 제정할 수 있다.</p> <p>(3) 연방정부는 지방이 연방법률을 현행법에 맞게 집행하는가를 감독한다. 연방정부는 이 목적을 위하여 주 최고관청에 수임자를 파견할 수 있다. 그리고 주 최고관청의 동의를 얻거나, 이 동의를 거절되면 연방참사원의 동의를 얻어, 주의 하급관청에도 수임자를 파견할 수 있다.</p> <p>(4) 주에서 연방법률의 집행에 관하여 연방정부가 확인한 결함이 제거되지 않을 때에는 연방참사원은 연방정부 또는 주의 제의로 주가 법을 침해하였는가의 여부를 결정한다. 연방참사원의 결정에 대하여는 연방헌법재판소에 제소할 수 있다.</p> <p>(5) 연방법률을 집행하기 위해 특별한 경우 개별적 지시를 할 권한을 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 연방정부에게 부여할 수 있다. 그 지시는 연방정부가 긴급한 경우라고 인정하는 때를 제외하고 주 최고관청에 대하여 행해져야 한다.</p>	<p><u>다. 예외적으로 연방은 연방통일적 규율이 필요하다는 이유로 다른 규율을 행할 가능성을 주(州)에 인정하지 않는 행정절차를 규정할 수 있다. 이 법률은 연방참사원의 동의를 있어야 한다. 연방법률로서 지방자치단체 및 지방자치단체연합에게 이러한 업무를 위임할 수 없다.</u></p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(4) 변경없음</p> <p>(5) 변경없음</p>

구 조항	신 조항
<p>제85조(위임행정)</p> <p>(1) 주가 연방의 위임에 따라 연방법률을 집행할 때에는, 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률에 다른 규정이 없는 한 관청의 설치는 주의 소관사항이다.</p> <p>(2) 연방정부는 연방참사원의 동의를 얻어 일반행정규칙을 재정할 수 있다. 연방정부는 공무원과 사무직원의 일괄적인 연수에 관하여 규정할 수 있다. 중급관청의 장은 연방정부의 동의를 얻어 임명된다.</p> <p>(3) 주 관청은 관할 연방최고관청의 지시에 따른다. 그 지시는 연방정부가 긴급한 경우라고 인정하는 경우를 제외하고 주 최고관청에 대해 행해져야 한다. 지시의 집행은 주 최고관청에 의해 확보되어야 한다.</p> <p>(4) 연방감독은 집행의 합법성과 합목적성에까지 이루어진다. 연방정부는 이 목적을 위하여 보고와 서류의 제출을 요구할 수 있고 모든 관청에 수입자를 파견할 수 있다.</p>	<p>제85조(위임행정)</p> <p>(1) 주가 연방의 위임에 따라 . . . . 주의 소관사항이다. <u>연방법률에 의하여 지방자치단체 및 지방자치단체연합이 그의 업무를 위임하는 것은 허용되지 않는다.</u></p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(4) 변경없음</p>
<p>제87c조(핵에너지의 생산과 이용)</p> <p>제74조 제11a호에 근거하여 제정되는 법률은 연방참사원의 동의를 얻어 그 법률이 연방의 위임에 따라 주에 의하여 수행된다는 것을 규정할 수 있다.</p>	<p>제87c조(핵에너지의 생산과 이용)</p> <p>제73조 제1항 제14호에 근거하여 제정되는 법률은 . . . . .</p>
<p>제91a조(연방의 비용분담에의 협력)</p> <p>(1) 주의 업무가 전체를 위하여 중요하고 연방의 협력이 생활관계의 개선을 위해 필요한 경우, 연방은 다음의 영역에서 주의 업무수행에</p>	<p>제91a조(연방의 비용분담에의 협력)</p> <p>(1) 변경없음</p>

제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경

구 조항	신 조항
<p>협력한다(공동사무).</p> <p>1. 대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축</p> <p>2. 지역경제구조의 개선</p> <p>3. 농업구조와 연안보호의 개선</p> <p>(2) 공동사무에 관한 자세한 사항은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 규정한다. 동 법률에는 공동사무의 수행에 관한 일반원칙이 포함되어야 한다.</p> <p>(3) 동 법률은 공동의 대강계획을 위한 절차와 시설에 관하여 규정한다. 대강계획에 사업계획이 포함될 때에는 그 사업계획이 실행될 지방의 동의를 필요로 한다.</p> <p>(4) 연방은 제1항 제1호와 제2호의 경우, 모든 지방에서 비용의 절반을 부담한다. 제1항 제3호의 경우 연방은 최소한 반액을 부담한다. 비용담당비율등 모든 주에 대한 상세한 것은 법률로 정한다. 자금준비는 연방과 각 주의 예산안의 확정에 유보된다.</p> <p>(5) 연방정부와 연방참사원은 자신의 요구로 공동사무의 수행에 관한 보고를 받을 수 있다.</p>	<p>1. 삭제</p> <p>1. 변경없음</p> <p>2. 변경없음</p> <p>(2) 공동사무와 <u>개별적 협력</u>에 관한 자세한 사항은 . . . .</p> <p>(3) 폐지</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(5) 폐지</p>
<p>제91b조(교육사업과 연구의 증진)</p> <p>연방과 주는 협정에 근거하여 교육계획과 연구시설 및 국가적으로 중요한 학술연구 계획의 증진에 협력할 수 있다. 비용부담에 관해서는 관련 협정에서 정한다.</p>	<p>제91b조(교육사업과 연구의 증진)</p> <p>(1) <u>연방과 주는 다음과 같은 사항의 증진이 국가적 중요성이 있는 경우 상호 협력할 것을 합의할 수 있다.</u></p> <p>1. <u>고등교육기관 이외의 연구시설과 연구계획</u></p> <p>2. <u>고등교육기관의 과학 프로젝트</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
	<p><u>및 연구</u></p> <p>3. <u>대규모 과학시설을 포함한 고등 교육기관의 시설</u></p> <p><u>제1항 제2호에 의한 협정은 모든 주의 동의를 요한다.</u></p> <p><u>(2) 연방과 주는 국제적 비교와 관련 보고서 및 권고 초안에 대한 교육체계 이행의 평가를 위해 상호 협력할 것을 합의할 수 있다.</u></p> <p><u>(3) 비용부담은 관련 협정에서 정한다.</u></p>
<p>제93조(연방헌법재판소의 관할)</p> <p>(1) 연방헌법재판소는 다음 사항을 결정한다.</p> <p>1. 연방최고기관의 권리와 의무의 범위 또는 기본법이나 연방최고기관의 절차규칙에 의해서 고유의 권리를 갖는 그 밖의 당사자의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 하는 기본법의 해석</p> <p>2. 연방정부, 주정부 또는 연방의회 재적의원 3분의 1의 신청에 따라 기본법과 연방법률, 주법과의 형식적·실질적 정합성 또는 그 밖의 연방법률과 주법의 양립성에 관한 의견차이나 의문</p> <p>2a. 연방상원의원, 주정부 또는 주 의회의 요청에 의해서 법률이 제 72조 제2항의 요건을 충족하고 있는지의 여부에 관한 의견대립</p> <p>3. 연방과 주의 권리와 의무에 관한 불일치, 특히 주에 의한 연방법률의 집행과 연방감독의 행사에 관한 사항</p>	<p>제93조(연방헌법재판소의 관할)</p> <p>(1) 변경없음</p>

구 조항	신 조항
<p>4. 다른 쟁송수단이 없는 경우, 연방과 주 사이의, 주 상호간의 또는 주 내부에서의 다른 공법상의 분쟁</p> <p>4a. 공권력에 의해서 개인의 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리가 침해된 것에 대한 헌법소원</p> <p>4b. 주 헌법재판소에 소원이 제기될 수 없는 경우로서 제28조의 자치행정권이 법률에 의해 침해되었거나 주법에 의해 침해되었음을 이유로 지방자치단체와 지방자치단체조합이 제기하는 헌법소원</p> <p>5. 기타 기본법이 규정한 경우</p>	<p>(2) <u>연방상원의원, 주 정부 또는 주의회의의 요청에 따라 연방헌법재판소는 또한 제72조 제4항의 요건을 충족하는 사안 중 연방법률에 의한 규제의 필요성이 더 이상 존재하지 않거나 제125a조 제2항 1호에서 언급된 사안 중 연방법률이 더 이상 규정되지 않는 사항에 대해서도 재판한다. 폐지할 필요가 있거나 더 이상 규정될 수 없는 연방헌법재판소의 결정은 제72조의 제4항이나 제125a조의 제2항의 2호에 따라서 연방법률에 <u>같음한다</u>. 제1문의 요구는 제72조 제4항 또는 제125a조 제2항 제2문하에서 독일 연방의원에 의하여 거부되었거나 1년 이내 결정되지 않았거나 연방의회에 의해 거절되었을 경우에만 용인될 수 있다.</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
(2) 연방헌법재판소는 또한 그밖에 연방법률에 의해 배정된 사건에 대해서도 재판한다.	(3) 변경없음
<p>제98조(법관의 지위)</p> <p>(1) 연방법관의 법적 지위는 연방 특별법으로 정해야 한다.</p> <p>(2) 연방법관이 직무상 또는 직무 외로 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서를 위반한 때에는 연방의회의 신청에 따라 연방헌법재판소는 3분의 2의 찬성으로 그 법관의 전직이나 퇴직을 명할 수 있다. 그 위반이 고의적인 경우에는 파면시킬 수 있다.</p> <p>(3) 주법관의 법적 지위는 주 특별법으로 정해야 한다. 제74a조 제4항이 달리 규정하지 않는 한 연방은 대강의 규정을 정할 수 있다.</p> <p>(4) 주는 주법무장관이 법관선출위원회와 공동으로 주법관의 임명을 결정하도록 규정할 수 있다.</p> <p>(5) 주는 주법관에 관하여 동조 제2항에 준하는 규정을 둘 수 있으나, 현행 주 헌법에는 영향을 미치지 않는다. 법관탄핵에 관한 결정권은 연방헌법재판소의 소관이다.</p>	<p>제98조(법관의 지위)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 제74조 제1항 27호가 달리 규정하지 않는 한, 주 법관의 법적지위는 주 특별법으로 정해야한다.</p> <p>(4) 변경없음</p> <p>(5) 변경없음</p>
<p>제104a조(비용분담-연방의 재정지원)</p> <p>(1) 연방과 주는 본 기본법에 다른 규정이 없는 한 그 각자의 업무수행에 따른 비용을 각각 부담한다.</p> <p>(2) 주가 연방의 위임을 받아 행동할 경우 그 비용은 연방이 부담한다.</p> <p>(3) 주에 의해서 집행되는 금전의 급부에 관한 연방법률은 그 급부의 전부 또는 일부를 연방이 부담하도</p>	<p>제104a조(비용분담-연방의 재정지원)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 주에 의해서 집행되는 금전의 급부에 관한 연방법률은 그 급부의 전부 또는 일부를 연방이 부담하도</p>

구 조항	신 조항
<p>록 규정할 수 있다. 그러한 연방법률 중 어떤 법률이 비용의 절반 또는 그 이상을 연방이 부담한다고 규정할 때에 이는 연방의 위임을 받은 주에 의해 집행된다. 어떤 법률이 비용의 4분의 1 또는 그 이상을 주가 부담하도록 규정할 때에 이는 연방참사원의 동의를 요하게 된다.</p> <p>(4) 연방은 경제전체의 균형의 교란을 방지하기 위해 또는 연방영역에서의 상이한 경제력의 조정을 위해 또는 경제성장의 증진을 위하여 투자가 필요한 경우라면, 주 또는 지방자치단체(지방자치단체연합)에 의한 특히 중요한 투자를 위해서 각 주에 재정지원을 해줄 수 있다. 상세한 내용 특히 촉진될 투자의 종류는 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률이나 연방예산법에 근거한 행정협정으로 정한다.</p> <p>(5) 연방과 주는 그 관청에 소요되는 행정비용을 부담하고 그 상호간의 관계에 있어서 질서있는 행정을 보증한다. 상세한 내용은 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률로 한다.</p>	<p>록 규정할 수 있다. 그러한 연방법률 중 어떤 법률이 비용의 절반 또는 그 이상을 연방이 부담한다고 규정할 때에 이는 연방의 위임을 받은 주에 의해 집행된다. . . . .</p> <p>. . . . .</p> <p>(4) <u>주에게 금전의 급부, 제3자에 대한 이익이나 그에 상응하는 재화를 제공해야 할 의무를 규정한 법률과 주의 고유한 권한에 의하거나 연방의 위임을 받아 제3항 제2문에 따라 집행하도록 한 법률은 그 지출이 주에 의해서 발생한 경우 연방참사원의 동의를 요하게 된다.</u></p> <p>(4) 제104b조로 이관</p> <p>(5) 변경없음</p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
	<p>(6) <u>권한과 책임의 내부적 배분에 따라서, 연방과 주는 국제법상으로 주어지는 독일의 의무에 대한 위반으로 발생한 비용을 부담하여야 한다. 유럽연합에 의한 재정상의 변경이 어느 특정 주를 넘어선 효력이 있는 경우, 연방과 해당 주는 그러한 비용을 15대 85의 비율로 부담한다. 이 경우, 주는 일반적 관행에 따라서 전체가 연대하여 총 35의 책임을 진다. 책임의 50은 재정적 수단의 총 규모를 조정하여, 채무를 야기한 해당 주가 지게 된다. 세부사항은 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률에 의해서 규정한다.</u></p>
	<p>제104b조(연방의 재정지원)</p> <p>(1) <u>이 기본법이 그 입법권을 부여하는 한도 내에서, 연방은 주 또는 지방자치단체(지방자치단체연합)에 의한 특히 중요한 투자에 대하여 주에게 다음 사항에 필요한 재정적 지원을 할 수 있다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>전체적인 경제적 불균형을 피하는 경우</u></li> <li>2. <u>연방 내 경제적 능력의 차이를 없애기 위하는 경우</u></li> <li>3. <u>경제성장을 촉진하기 위하는 경우</u></li> </ol> <p>(2) <u>상세한 내용 특히 촉진될 투자의 종류는 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률이나 연방예산법에 근거한 행정협정으로 정한다. 급부기간은 한정적이며, 해당 급부는 그것이 사용된 방법에 따라서 정기적으</u></p>





II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>원의 동의를 필요로 하는 연방법률에 의해서 주세와 소득세 및 법인세로부터의 그 주민 1인당 수입이 주의 평균수입이하인 주에 대하여는 추가 몫으로 규정 될 수 있다.</p> <p>(2) 이들 법률에 의해서 각 주의 상이한 재정력의 적절한 조정이 확보되어야 한다. 이 경우 지방자치단체(지방자치단체연합체)의 재정력과 재정수요를 고려하여야 한다. 조정을 요구할 수 있는 州의 조정청구권과 조정에 응해야 할 州의 조정의무에 관한 요건과 조정급부액의 기준은 법률에서 정한다. 동법률은 연방은 급부능력이 약한 주에 대하여는 일반적인 재정수요를 충당시켜주기 위해 연방의 재원으로부터 교부금을 지급한다는 것(보조금 할당)도 규정할 수 있다.</p>	<p>(2) 변경없음</p>
<p>제109조(연방과 주의 예산운용)</p> <p>(1) 연방과 주는 각자의 예산운용에 있어 상호 자주적이고 독립적이다.</p> <p>(2) 연방과 주는 그 예산운용에 있어 경제전체의 균형의 요청을 고려해야 한다.</p> <p>(3) 예산법과 경기에 상응한 예산비용 및 여러 해에 걸친 재정운용 그리고 여러 해에 걸친 재정계획에 관하여 연방과 주에 공동으로 적용되는 원칙은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 제시할 수 있다.</p> <p>(4) 경제 전체의 균형의 교란을 방지하기 위해 연방참사원의 동의를</p>	<p>제109조(연방과 주의 예산운용)</p> <p>(1) 변경없음</p> <p>(2) 변경없음</p> <p>(3) 변경없음</p> <p>(4) 변경없음</p>

제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경

구 조항	신 조항
<p>필요로 하는 연방법률에는 다음의 사항이 해당한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 영역단체와 목적단체에 의한 신용대금의 최고액, 조건 및 기한</li> <li>2. 독일연방은행에서의 무이자예금을 유지할 연방과 주의 의무(경기조정준비예치금)에 관한 규정</li> </ol> <p>법규명령을 제정할 권한은 연방정부에게만 위임될 수 있다. 법규명령은 연방참사원의 동의를 필요로 한다. 연방의회의 요구가 있으면 그 법규명령은 폐지되어야 한다. 상세한 내용은 연방법률로 정한다.</p>	<p>(5) <u>예산상의 운용의 유지를 위하여 유럽공동체설립조약 제104조에 준하여 유럽공동체의 법률행위로 인해 발생한 독일연방공화국의 의무는 연방과 주에 의해서 공동으로 이행되어야 한다. 상세한 내용은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 정한다.</u></p>
<p>제125조(구 연방법률의 지속효)</p> <p>(1) 연방법률로 제정되었으나 제74조 제1항이나 제75조 제1항의 개정으로 더 이상 연방법률로 제정될 수 없는 법이라도 계속 연방법률로서의 효력을 갖는다. 이러한 법은 주법으로 대체될 수 있다.</p> <p>(2) 1994년 11월 15일까지 존속하였던 제72조 제2항에 의하여 제정된 법은 연방법률의 효력을 지속하게</p>	<p>제125조(구 연방법률의 지속효)</p> <p>(1) 연방법률로 제정되었으나 제74조 제1항, <u>제84조 제1항 제7문의 삽입, 제85조 제1항 제2문이나 제105조 제2a항 제2문의 수정의 효력에 의하여, 또는 제74a조, 제75조 또는 제98조 제3항의 제2문으로 폐지되어 더 이상 연방법으로 규정되지 않는 법이라도 연방법으로서의 효력이 있다. 이는 주법에 의하여 대체될 수 있다.</u></p> <p>(2) 제72조 제2항에 의하여 제정되었던 1994년 11월 15일까지 존속하였으나, <u>제72조 제2항의 수정에 의해 더</u></p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
<p>된다. 연방법률은 이 법이 주법에 의하여 대체될 수 있다고 규정할 수 있다. 제75조 제2항으로 인하여 법 제정의 만료일 이전에 제정된 연방법률 또한 그러하다.</p>	<p>이상 연방법으로 규정될 수 없는 법은 연방법으로서의 효력을 유지한다. 연방법은 이 법률이 주법에 의해서 대체될 수 있음을 규정할 수 있다.</p> <p>(3) 주법으로 제정되었으나 제73조의 수정으로 인하여 더 이상 주법으로 규정되지 않는 법은 주법으로서의 효력을 유지한다. 이는 연방법에 의해서 대체될 수 있다.</p>
	<p>제125b조(대강법률의 지속효)</p> <p>(1) 제75조에 준하여 제정되어 2006년 12월 1일까지 존속하였고, 이 시점 이후에도 연방법으로 제정될 수 있었던 법은 연방법으로서의 효력을 유지한다. 이로 인하여 입법에 대한 주의 권리와 의무는 영향을 받지 않는다. 제72조 제3항의 제1호에 따른 사항에서, 주는 이 법에서 벗어난 규정을 제정할 수 있으나, 제72조 제3항의 제1호 2, 5, 6에 의해 규정되는 사항에서 주는 연방이 그 입법권을 행사한 때만 그리고 그러한 범위에 한하여 그렇게 할 수 있다.</p> <p>(2) 주는 제84조 제1항에 의하여 제정되어 2006년 12월 1일까지 존속한 연방규정에서 벗어난 규정을 2008년 12월 31일까지 제정할 수 있다. 그러나 이러한 규정들은 2006년 12월 1일 이후 관련된 연방법 내 행정절차에 관한 규정이 수정되어온 경우에만 행정절차에 관한 규정에서 벗어날 수 있다.</p>

제 2 장 2006년 독일 기본법 개정의 주요 배경

구 조항	신 조항
	<p>제125c조(공동업무 범위에 포함되는 법의 지속효)</p> <p>(1) 제91a조 제2항의 효력에 의하여 제정된 법으로 제1항의 제1호에 부합하여 2006년 12월 1일까지 존속하는 법은 2006년 12월 31일까지 효력이 유지된다.</p> <p>(2) 제104a조 제4항에 의한 지방교통 재정 및 공공주택의 증진에 관하여 규정되었고 2006년 12월 1일까지 존속한 규정들은 2006년 12월 31일까지 효력을 유지한다. 지방교통재정법 제6조 제1항에 의한 특별 조치들을 위한 지방교통재정에 관한 규정들뿐 아니라 제104a조 제4항에 의하여 제정되어 2006년 12월 1일까지 존속한 다른 규정들은 2019년 12월 31일까지 효력을 유지한다. 단 이보다 앞서 폐지되었거나 결정된 것은 그렇지 아니하다.</p>
	<p>제143c조(연방법률의 지속효)</p> <p>(1) 2007년 1월부터 2019년 12월 31일까지, 주는 공동 업무 확대의 폐지와 대학병원과 교육계획을 포함한 고등교육기관의 설치뿐 아니라 지방교통 기반시설과 공공주택의 증진을 위한 재정적 지원의 손실의 결과로 인한 연방 예산에서 연방 기금 분담의 손실에 대한 보상으로 매년 지불을 받을 권한을 얻게 된다. 2013년 12월 31일까지, 총액은 2000년부터 2008년까지 연방 재정 할당의 평균에 의하여 결정될 것이다.</p>

II. 2006년 독일 기본법 개정의 내적 동인

구 조항	신 조항
	<p>(2) <u>2013년 12월 31일까지, 제1항에 따른 지출은 다음과 같은 형태로 주에 배분된다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <u>2000년부터 2003년 동안 각 주의 평균할당에 따라 결정된 양을 매년 정기적으로 지급</u></li> <li>2. <u>이전 공동재정의 기능적 영역을 위하여 특별 지급</u></li> </ol> <p>(3) <u>2013년 말까지, 연방 및 주는 제1항에 의하여 주민 개인에게 할당된 재정이 적합한지의 여부와 그들의 업무를 종료할 필요가 있는지에 대하여 심사할 수 있다. 2014년 1월 1일을 시작으로 제1항 하에서 할당된 재정수단 제2항의 제2호에 따른 특별금을 중지해야 한다. 투자의 목적에 따른 특별금의 양은 변경되지 않는다. 연대협정 II로 인한 합의는 영향을 받지 않는다.</u></p> <p>(4) <u>세부사항은 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률에 의하여 규율된다.</u></p>

## 제 3 장 2006년 개정 독일 기본법의 주요 내용

### I. 연방과 주(州)의 입법권한의 배분과 조정

#### 1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 권한배분

##### (1) 입법권한의 분배

구 기본법상 입법권한의 유형은 크게 전속적 입법(die ausschließliche Gesetzgebung), 경합적 입법(die konkurrierende Gesetzgebung), 대강입법(Rahmengesetz)으로 구별되었다. 그리고 연방과 주(州) 간의 입법권 배분에 관해서는 연방의 권한을 한정하고 잔여권한은 각 주(州)에 소속시키는 방법을 취하고 있었다. 그리하여 원칙적으로는 연방과 주(州)는 그 소관영역에서 각각 자주적으로 그 권한을 행사한다. 기본법 하에서는 연방의 입법부와 주(州)의 입법부사이에 권한의 배분을 행하고 몇 가지 사항은 오로지 연방의 입법부에, 기타 사항은 연방 및 주(州)의 경합적 입법권으로 하며, 잔여의 권한은 주(州)에 맞기고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 기본법은 제70조 이하에서 입법관할 사항을 규정하고 있다. 먼저 제70조 제2항에서는 “연방과 주(州) 간의 관할의 획정은 전속적 입법과 경합적 입법에 관한 기본법 조항에 따라 정해진다”고 규정한 후, 제71조와 제73조에서는 연방의 입법사항으로 연방의 전속적 입법사항, 제72조에서는 연방과 주의 경합적 입법사항 그리고 제74조에서는 연방의 대강적 입법사항으로 준별하여 규정하고 있었다.

##### (2) 연방과 주(州)의 입법관할의 내용

###### 1) 전속적 입법사항

전속적 입법사항은 국가의 통일적 처리가 당연히 요구되는 것을 대상으로 하는바, 이러한 영역에 대해서는 우선 연방이 배타적으로 입

법권한을 행사하고, 주(州)는 연방법률이 명시적으로 수권한 사항만 입법권능을 가진다(제71조). 이러한 연방의 전속적 입법사항에 관해서는 기본법 제73조에서 다음과 같이 규정하고 있었다.

- 외교문제와 민간인 보호를 포함한 국방
- 연방에서의 국적
- 이전의 자유, 여권제도, 국내·외로의 이민 및 범인인도
- 통화, 화폐 및 주화제도, 표준도량형과 표준시간
- 관세구역과 통상구역의 통일, 통상조약과 항해조약, 상품교역의 자유, 관세와 국경보호를 포함한 외국과의 상품교역 및 지불거래
- 항공교통
- 전체 또는 과반수가 연방의 재산에 속하는 철도교통(연방철도), 연방철도의 궤도의 건설·유지 및 운영, 연방철도궤도에 대한 사용료 부과
- 우편과 전신제도
- 연방과 연방직속의 공법상 단체에 근무하는 자의 법적 관계
- 영업상 권리보호, 저작권 및 출판권
- 연방과 주(州)의 협력사항
  - 형사경찰
  - 자유민주적 기본질서, 연방 또는 주(州)의 존립과 안전의 보호
- 헌법수호
  - 폭력의 사용이나 그것을 목적으로 하는 준비행위로서 독일연방 공화국의 대외적 이익을 위태롭게 하는 연방영역 내에서의 기도의 방지와 연방형사경찰관서의 설치와 국제적인 범죄예방

## 2) 경합적 입법사항

경합적 입법사항은 연방과 주(州)가 공동으로 가지는 입법사항이다. 구 독일기본법에서는 경합적 입법사항에 대하여 제72조와 제74조에서 규정하고 있었다. 먼저 제72조에서는 연방과 주(州)의 경합적 입법에



대한 관할의 원칙을 규정하고 있는바, 이에 대하여 살펴보면 동조 제 1항에서는 “경합적 입법에 있어서는 연방이 법률에 의하여 그 입법권한을 행사하고 있는 않은 경우에 한하여 주(州)가 입법권을 가진다”고 규정하고 있다. 또한 제2항에서는 “연방은 이러한 영역에서 연방영역에 있어서의 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적 통일 또는 경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우에 한하여 입법권을 가진다”고 규정하고 있다.

따라서 주(州)는 비록 경합적 입법사항일지라도 원칙적으로 연방이 그의 입법권한을 행사하지 않는 범위 내에서만 입법권을 행사할 수 있는 것이다. 그렇다면 경합적 입법사항에 관한 주(州)의 입법권한은 마치 연방이 규율하지 아니한 범위 내에서 전권을 가지는 것을 의미할 수 있다. 하지만 동조 제3항에서는 “연방법률에 의하여 전항의 의미에서 필요성이 더 이상 존재하지 않는 연방법률규정은 주(州)법에 의하여 대체될 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 연방법률이 공포된 경우, 새로운 연방법률에 저촉하는 주(州)의 법률은 무효가 되며, 또한 장래를 향해서 주(州)는 연방법률을 보완할 수 있는데 불과함을 의미한다.<sup>48)</sup>

다음으로 구체적인 경합적 입법사항에 대해서는 제74조에 열거되어 있는 바, 다음과 같이 규정하고 있다.

- 민법, 형법 및 행형, 법원조직, 재판절차, 변호사, 공증인제도 및 법률상담
- 호적제도
- 결사 및 집회의 권리
- 외국인의 체류 및 거주권
- 총포 및 화약류에 관한 법
- 난민 및 추방된 자에 관한 사무

48) 박영도/김수진, 독일의 법령체계와 입법심사기준, 법제처/한국법제연구원, 2005, 41면.

- 공적부조사업
- 전쟁으로 인한 피해와 복구
- 전상자 및 전사자의 유족에 대한 원호, 전쟁포로였던 자의 부조
- 전몰자묘지, 전쟁희생자 및 폭력적 지배의 희생자 묘지
- 경제법(광업, 공법, 에너지경제, 수공업, 상업, 영업, 은행, 증권거래소, 사법상의 보험제도)
- 평화적 목적을 위한 핵에너지생산, 이용 및 그와 관련된 시설의 건설·운영, 핵에너지방출시 또는 전리방사선에 의하여 야기되는 위험에 대한 보호, 방사성 물질의 제거
- 경영참가제도, 근로보호 및 직업소개를 포함한 노동법, 사회보험(실업보험 포함)
- 직업훈련보조와 학술연구조성
- 연방의 전속적 입법권 및 경합적 입법권에 관계되는 공용수용
- 토지, 천연자원 및 생산수단의 공유 또는 다른 공공관리 형태로의 이관
- 경제상의 권력적 지위의 남용방지
- 농임업생산의 촉진, 식량확보, 농임산물의 수출입, 원양어업과 연안어업 및 연안보호
- 토지거래, 토지법(개발부담금법의 제외)과 농업소작제도, 주택문제, 토지개발제도, 이주정착제도
- 인간과 동물에게 공공의 위험성을 가지는 전염병대책, 의료업 허가, 약제·치료제·마취제 및 독극물의 거래
- 병원의 경제적 안정과 병원치료수가의 규제
- 식료품, 기호품, 생활필수품, 사료와 농임업의 종자 및 묘목의 거래보호, 식물의 병충해대책, 동물보호
- 원양·연안항해, 항로표지, 내수항해, 기상통보, 해양항로, 일반운수에 이용되는 내륙수로

- 도로교통, 자동차제도, 장거리교통을 위한 육로의 건설·유지, 자동차의 공동이용에 대한 요금징수
- 산악철도를 제외한 연방철도 이외의 궤도
- 오물제거, 대기정화, 소음방지
- 국가배상책임(연방참사원의 동의 필요)
- 인간의 인공수정, 유전자정보의 연구 및 인공적 변경과 장기이식에 관한 규정
- 연방의 전속적 입법권의 영역에 해당하지 아니하는 공법상 근무

아울러 제74a조에서는 “공법상의 근무 및 충성관계에 있는 공무원의 급료와 급양(제1항)”, “주(州) 법관의 급여와 급양에 관한 사항(제4항)”에 대해서도 경합적 입법사항임을 선언하고 있다. 다만, 이 경우에는 연방참사원의 동의를 요구하고 있다.

이처럼 기본법 제74조가 열거하고 있는 사항이 바로 경합적 입법사항인바, 원칙적으로 이에 대하여 연방이 입법권한을 행사하는 한, 주의 입법권한은 배제된다. 또한 위 조항에서 열거하고 있다시피 구 독일기본법상 경합적 입법사항은 매우 광범위하여 연방의 입법권행사의 대상이 될 수 없는 영역은 거의 없다고 볼 수 있다. 그리고 나아가 주의 권능을 수호하려는 제도가 유효하지 않으면 실제로 연방의 권한은 무제한으로 확대되어 단일제적인 경향을 띠게 된다.

### 3) 대강입법사항

대강입법이란 연방이 법률로서 주(州)의 권한에 속하는 영역에 관하여 일반적이며 대강적인 윤곽규정을 제정할 수 있는 것을 말한다.<sup>49)</sup>

---

49) 대강입법의 효시는 1871년 독일 비스마르크 헌법 제4조 제4호에서 “은행제도에 관한 일반 규정의 공포는 제국의 이법에 복종한다”고 규정한 것에서 비롯한다. 이에 따라 제국은 은행제도에 있어서의 권한행사는 입법의 일반적 권한과 감독에 대해서만 제한적으로 권한을 행사해야만 했었다. 특히, 제국은 자신에 의한 직접적 행정은 허용되지 않았다. 그 후 1919년의 비스마르크 헌법은 제10조와 제11조에서

연방은 이 영역에서는 경합적 입법 영역의 경우와 동일하게 연방법률에 의한 규율을 필요로 하는 사항에 한하여 입법권을 가진다.<sup>50)</sup> 또한 연방이 아직 입법을 하지 않은 동안 및 입법을 하지 않은 사항에 관하여 각 주(州)가 무제한으로 입법 권능을 가지는 것도 경합적 입법의 경우와 같다. 이 경우 주(州)의 입법권은 소멸되는 것은 아니다. 그 이유는 대강적인 규정을 정하는 것은 연방의 입법권에 속하나, 그에 따른 상세한 규율은 여전히 주(州)의 입법권에 전속하기 때문이다. 그러나 연방이 주도적으로 주(州)의 전속사항을 결정할 수 있다는 점에서 여전히 연방의 입법권한이 주(州)를 주도하는바, 주(州)의 입법권한은 대강입법에 관한 연방입법권 범위 내에 종속되어 있음을 알 수 있다.

구 독일 기본법에서는 이러한 대강입법사항에 대하여 제75조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

- 제74a조가 달리 규정하고 있지 않은 경우에 주(州)·지방자치단체 및 기타 공법상 단체에서 공무에 종사하고 있는 자들의 법률관계

---

“라이히는 특정 분야에 있어서 입법의 방법으로 원칙을 정한다”고 규정하였다. 당시의 학자들은 이 규정이 개별 주들에 있어서 실행과 계획수립에 필요한 “일반적인 법원칙 내지 지침을 제시하는 것”이라고 이해되었다. 이 경우 논쟁이 되었던 부분은 제국이 이 규정에 대하여 단지 주의 입법을 위한 지침만을 공포하는가 아니면 직접이고 기속적인 법원칙을 공포하는 것이 가능한지의 문제였다(박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 2006-03, 한국법제연구원, 2006, 304면).

- 50) 대강입법과 유사한 것으로 원칙입법(Grundsatzgesetzgebung)이라는 것이 있다. 양자는 대강입법이 주(州)를 대상으로 하는 반면에 원칙입법은 연방과 주(州) 모두를 대상으로 한다는데 차이가 있다. 따라서 연방의 영역에 관련되는 경우 연방은 당해 연방법에 의거하여 그에 관련한 세목을 정하여야 한다. 그 구체적인 사례는 기본법 제109조 제3항에서 “연방은 연방 내의 경제전체의 균형의 관점에서 재정법과 경기에 상응한 예산운용 및 다년도에 걸친 재정계획에 관하여 연방과 주(州)에 공동으로 적용되는 제원칙을 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률로 정할 수 있다”고 규정한 것에서 찾을 수 있다. 그밖에도 기본법 제91a조에서 “주의 과제가 전체를 위하여 중대한 것이고 생활관계의 개선을 위하여 연방의 협력이 필요한 경우에는 연방은 대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축, 지역경제구조의 개선, 농업구조와 연안보호의 개선의 분야에서 주(州)의 과제수행에 협력한다”(제1항)고 규정하는 한편, 제2항에서 이들 공동과제는 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률로 상세히 정하되, 동 법률에는 공동과제의 수행에 관한 일반원칙이 포함되어야 한다고 규정하고 있는 데서도 찾을 수 있다(박영도, 전거서, 305-306면 참조).

- 대학제도의 일반원칙
- 신문의 일반적 법률관계
- 수렵제도, 자연보호 및 경관조성
- 토지분배, 광역계획 및 수자원관리
- 신고제도 및 신분증명제도
- 독일문화재의 외국반출에 대한 보호

## 2. 2006 개정 독일 기본법상 입법권한의 재편

### (1) 서 설

구 독일 기본법에서는 연방의 입법권한은 제73조와 제74조에 열거된 사항에 관해서만 존재할 수 있는 것이었다. 그 결과 기본법 제74조의 항목은 매우 다양한 분야에 걸쳐 있을 뿐만 아니라 거의 모든 사항이 연방의 입법권한에 포함되어 있다고 할 수 있다. 이처럼 구 독일 기본법에서는 연방의 입법권에 속하지 않으면서 오로지 주(州)의 입법권한에 속하는 사항은 명시적으로 열거되어 있지 않았으며, 단순히 기본법상 연방의 입법사항으로서 열거되어 있지 아니한 사항에 대해서만 주(州)에 유보되는 것으로 해석하는 소극적 입법태도를 보이고 있었다. 이에 따라 주(州)의 입법권에 유보되어 있는 사항으로는 교육, 신문 및 지방자치 정도에 불과하였다. 그러나 이들 사항에 관해서도 모든 것을 주(州)가 전적으로 입법권한을 갖는 것은 아니었다. 특히 대강입법의 경우에도 본래 대강입법이라는 것은 주요한 틀만을 규정하는데 그치고 실제 시행에 있어서는 주(州)법에서 이를 구체적으로 정하는 것이지만, 대강입법에서 매우 상세한 규정을 두어 주(州)의 입법자에게 부여된 재량의 범위는 극히 미약하였다.<sup>51)</sup> 바로 이러한 점

51) 지금까지 독일에서는 연방이 경합적 입법, 대강적 입법의 영역에서 적극적으로 그 입법권한을 행사하고 있기 때문에 연방의 입법비중이 현저히 증대하고 있으며,

이 구 기본법 하에서 연방주의의 개혁을 요구하는 근거로 작용하였는 바, 이하에서는 개정 기본법의 개혁사항에 관하여 살펴보도록 한다.

## (2) 연방의 전속적 입법권한의 확대 및 명확화

2006년 개정 기본법에서는 연방의 전속적 입법사항에 대한 명확화와 권한의 확대를 목적으로 하고 있다. 이에 따라 기본법 제72조 제2항과 제3항(신설), 제73조 제1항과 제2항(신설)이 많은 부분 개정되었다. 특히 개정 조항은 구 기본법 조항에 비하여 연방의 전속적 입법사항이 상당한 정도로 증가하였다. 이러한 원인은 첫째, 구 기본법상 연방의 전속적 입법사항의 범위에 대한 명확화, 둘째, 대강입법이 폐지됨으로써 그 대상사항의 일부가 연방의 전속적 입법으로 이관되었다는 점, 셋째, 이전에는 경합적 입법의 대상사항이었던 항목의 일부가 연방 전속적 입법으로 이관된 점에 있다.

### 1) 연방과 주(州)의 입법권한의 명확화

제72조 제2항에 대하여 살펴보면 구 기본법에서는 “연방은 이러한 영역에서 연방영역에 있어서의 균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적·경제적 통일성의 유지를 위하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우에 한하여 입법권을 가진다”고 규정하고 있었다. 이러한 입법태도는 이른바, 외형적으로 필요성 조항의 형식을 가지고 있는 바, 연방참사원의 동의법률에 대한 권한을 고려한다면 전속적 입법권한을 무제한 적으로 행사하는 것을 제한하는 것처럼 보인

---

주(州)가 중심이 되어 입법권한을 행사하고 있는 것은 교육, 문화, 경찰, 지방자치 등에 한정되고 있다. 다른 한편, 연방의 입법에 있어서는 주(州) 정부의 대표로 구성된 연방참사원의 입법과정의 관여비중이 높아지고 있다. 이것은 특히, 연방참사원의 동의를 요하는 법률의 비율 증대로 나타나고 있으나 이러한 주(州)의 입법영역에 연방의 개입증대와 거꾸로 연방의 입법에 연방참사원의 개입증대는 연방참사원의 정당색의 증대와 함께 국가의 의사결정의 효율성과 책임의 명확성을 저해하고 있기도 하다(박영도/김수진, 전거서, 40면; J.J. Hesse/T. Ellwein, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 9 Aufl., 2004, S. 227).

다. 그러나 동 조항은 비록 기본법이라는 특수성을 고려하더라도 “연방법률로 규정할 필요가 있는 경우”가 “균등한 생활여건의 조성이나 전체 국가적 이익을 위한 법적·경제적 통일성의 유지”를 위한 경우로 규정되어 있어 상당히 포괄적·추상적으로 규정되어 있었다.<sup>52)</sup>

이러한 구 기본법의 태도는 역설적으로 연방과 주(州)의 입법권한의 범위에 대한 모호성으로 귀결된다. 이 따라 개정 기본법 제72에서는 제2항의 전단에 “제74조 제1항 제4호, 제7호, 11호, 13호, 15호, 19a호, 20호, 22호, 25호 및 26호의 영역에 대하여 연방은 균등한 생활여건 … 입법권을 가진다”라고 하여 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우를 명확하게 한정하였다. 따라서 그간 모호성 논쟁으로 점철되어 왔던 연방의 전속적 입법권한의 범위의 문제는 그 범위의 한정을 통하여 명확화를 도모했다고 평가할 수 있다.<sup>53)</sup>

입법권한의 명확화는 개정 기본법 제72조 제1항뿐만 아니라, 제72조 제3항의 신설에서도 나타나고 있다. 동 조항에서는 “연방은 입법권한을 행사하며, 주(州)들은 연방의 입법관할에서 제외되는 다음의 사항을 법률로써 규정할 수 있다”고 하면서 제1호부터 제6호에 이르기 까지 “수렵제도(수렵면허에 관한 법은 제외), 자연보호와 경관보호(자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호, 해양보호에 관한 법은 제외), 토지분배, 국토개발계획, 수자원관리(수질 혹은 수자원관련 시설에 관한 법은 제외), 대학의 입학 및 수료” 등의 주(州)가 관할할 수 있는 입법사항을 명확히 규정하여 연방과 주(州)의 입법권한을 명확히 배분하고 있다.

## 2) 연방의 전속적 입법권한에 대한 조정

연방의 전속적 입법사항은 기본법 제73조에서 규정되었다. 특히 개정 기본법에서는 앞서 논한 연방과 주(州)의 입법권한 배분의 명확화

52) O. Klein/K. Schneider, Art. 72GG n.F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform, DVBL 2006, S. 1550; BT-Drucks. 16/813, S. 7

53) U. Häder, a.a.O., S. 931f.

에 따른 경합적 입법사항의 재편과 대강입법의 폐지로 인하여 구 기본법상 양 입법사항에 포함되어 있던 많은 내용이 연방의 전속적 입법사항과 제72조 제3항의 주(州)의 입법사항으로 조정되었다. 하지만, 이러한 개정으로 인하여 연방의 전속적 입법권한이 제한된 것은 아니며, 아래의 표에서 보는 바와 같이 일정부분 연방의 입법권한이 강화된 측면도 있다. 하지만 연방의 전속적 입법이라는 것은 연방법률에 의해서만 규율할 수 있는 사항에 관한 입법이고, 주(州) 법률에 의한 규율은 일절 배제되며 그 대상에 관하여 연방법률의 제정에 주(州)의 영향이 전혀 미치지 못한다는 것은 아니라는 것을 주의할 필요가 있다.

주(州)가 연방참사원의 구성원을 통하여 연방법률의 제정과정에서 관여할 수 있는 점에서는 다른 입법유형과 변동이 없고, 특히 동의 법률에 관해서는 연방참사원이 거부권을 가지고 있으므로 주(州)가 큰 영향력을 행사할 수 있기 때문이다.

연방의 전속적 입법의 대상사항에 대한 입법에 있어서도 제73조 제1항 제9a호와 같이 연방참사원의 동의가 필요하다고 명시하고 있는 사항에 한하지 않고, 제84조 제1항의 요건에 합치한다면 동의법률로서 제정될 필요가 발생한다. 그러한 경우에는 연방법률이 연방 전속적 입법의 대상사항이라 하더라도 각 주(州) 정부의 각료에 의하여 구성되는 연방참사원의 의향에 강한 영향을 받게 된다.<sup>54)</sup> 이렇게 보건데 개정 기본법상 입법권한의 재편은 연방과 주(州)의 입법권한 배분의 명확화에 중점을 두고 있다고 볼 수 있다.

<연방의 전속적 입법사항에 대한 재편현황>

구 조항	신 조항	내용	비고
-	제73조 제1항 제9a호	국제테러리즘의 위협에 대한 방위는 각주에 파급적 위험이 존재하는 경우, 주 경찰청의 권한이 인정되지 않는 경	신설

54) 박영도, 전계논문, 209-210면



I. 연방과 주(州)의 입법권한의 배분과 조정

구 조항	신 조항	내용	비고
		우, 최상급의 주 관청이 방위의 인계를 요청하는 경우에 연방형사경찰관리에 게 있다.	
제75조 제 1 항 제 5 호	제73조 제 1 항 제 3 호	주민등록 및 신고제도	대강입법폐지 에 따른 이관
제75조 제 1 항 제 6 호	제73조 제1 항 제5a호	독일문화재의 국외유출에 대한 보호	
제74조 제 1 항 제4a호	제73조 제 1 항 제12호	무기와 폭발물에 관한 법	경합적 입법 사항으로 부 터의 이관
제74조 제 1 항 10호	제73조 제 1 항 제13호	전상자와 전쟁유족의 원호와 과거의 포로의 생활보호	
제74조 제 1 항 11a호	제73조 제 1 항 제 4 호	평화목적의 핵에너지의 생산과 이용, 핵에너지의 방출의 경우 혹은 전리방사 선에 의하여 발생하는 위험으로 부터의 보호와 방사성 물질의 제거, 이러한 목적에 따른 공공시설의 설립 및 운영	

(3) 경합적 입법사항에 대한 재편

1) 재편내용

개정 기본법에서는 연방과 주(州)의 경합적 입법사항에 대해서도 많은 부분 개정을 단행했는바, 구 기본법 제74조 제1항에서는 총 28개의 각호에 걸쳐 경합적 입법사항을 규정하고 있었다. 하지만 개정 기본법에서는 구 기본법에서 열거하고 있던 경합적 입법사항에 대하여 연방과 주(州)의 전속적 입법사항으로 이관시키거나 대강법률의 폐지로 말미암아 새로이 추가된 사항들이 주류를 이루고 있다. 이들에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

① 연방의 전속적 입법사항으로 이관

구 기본법상 제74조 제1항 제4a호의 “무기와 폭발물에 관한 법”, 제10호의 “전상자와 전사자 유족의 원호, 과거 전쟁포로였던 자에 대한 부조”는 각각 제73조 제1항 제12호와 제13호로 이관되어 연방의 전속적 입법관할이 되었다. 또한 “평화목적의 핵에너지의 생산과 이용, 핵에너지의 방출의 경우 혹은 전리방사선에 의하여 발생하는 위험으로부터의 보호와 방사성 물질의 제거, 이러한 목적에 따른 공공시설의 설립 및 운영”을 규정하고 있던 동조 제11a호 역시도 제73조 제1항 제14호로 이관되어 연방의 전속적 입법관할이 되었다.

② 경합적 입법사항의 축소

먼저 개정 기본법에서는 “...을 제외하고”라는 예외조항을 많이 삽입하였다. 이에 따라 구 기본법 제74조 제1항에서 열거하고 있던 경합적 입법사항이 개정 기본법에서는 상당히 축소된 경향을 보이고 있는바, 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 제1호에서는 구 조항에서 민법, 형법, 법원조직법, 재판절차, 변호사, 공증인 및 법률상담에 관한 사항을 경합적 입법사항으로 규정하고 있었으나, 개정 기본법에서는 재판절차 중 “미결구금집행법은 제외”라는 문구를 새로이 삽입하여 재판절차에 관한 경합적 입법사항을 축소시키고 있다. 둘째, 제7호에서는 구 조항에서 공공부조에 관한 사항을 모두 경합적 입법사항으로 규율하고 있었으나, 개정 조항에서는 공공부조 중 “사회복지시설법”에 관련 된 사항을 제외시킴으로써 역시 공공부조와 관련된 경합적 입법사항을 축소시키고 있다. 셋째, 제11호에서는 구 조항에서 “경제(광업, 공업, 동력산업, 수공업, 영업, 상업, 은행 및 주식제도, 사법상의 보험제도)에 관한 법”을 경합적 입법사항으로 열거하고 있었으나 개정 조항에서는 전단에 “폐점, 음식

점, 도박장, 어음증서 발행 및 시장에 관한 법을 제외한다”이라는 문구를 삽입하여 역시 경제에 관한 경합적 입법사항을 축소시켰다. 넷째, 제17호에서는 경합적 입법사항 중 농임업생산의 진흥을 위한 사항 중 “경지정리에 관한 법”을 제외시켰다. 다섯째, 제24호에서는 구 조항에서 경합적 입법사항으로 열거하고 있던 소음방지에 관한 사항에서 “단순반응과 관련된 소음방지”분야를 제외하였다.

### ③ 신설 사항

먼저 개정 기본법 제72조에서는 제3항이 신설되었다. 동 조항에서는 “연방은 그의 입법권한을 행사하며 주(州)는 연방의 입법관할에서 제외되는 다음의 사항을 법률로서 규정할 수 있다”고 규정하면서 제1호에서 제6호까지 그 대상사항을 규율하고 있다. 여기에는 “수렵(수렵면허에 관한 법은 제외), 자연보호와 경관보호(자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호 혹은 해양보호에 관한 법은 제외), 토지분배, 국토개발계획, 수자원관리(수질 혹은 수자원관련 시설에 관한 규정제외), 대학의 입학 및 수료” 등에 관한 사항을 열거하고 있다. 이 조항은 제75조의 대강입법조항이 폐지되면서 여기에 규율되어 있던 사항들의 일부가 동 조항으로 이관된 것이다.

동 조항은 수렵, 자연보호, 경관보호, 토지분배, 국토개발계획, 수자원관리의 영역에 대하여 연방이 입법권한을 행사하지 않는 경우, 주(州)가 이에 대하여 전속권한을 갖는 것으로 해석할 수 있다. 다만, 자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호 또는 해양의 보호, 수질 혹은 수자원관련 시설에 관한 사항은 연방의 입법권한에 속한다.<sup>55)</sup>

이와 더불어 개정 기본법 제74조 제1항에서는 제27호부터 제33호까지 새로이 신설되었다. 이들 신설조항에 대하여 살펴보면 먼저 제27호는 구 기본법 제74a조가 폐지되고 그 내용의 일부가 개정 기본법에

55) BR-Drucks. 178/06 S. 25.

이관된 항목에 해당한다. 그리고 제18호와 제19호, 제20호에서는 구 기본법에서 열거하고 있지 아니 한 사항을 추가로 신설하였는바, 경합적 입법사항의 증대를 가져왔다.

먼저, 구 기본법 제74a조는 공직근무에 있어 급여와 급양에 관한 경합적 입법사항을 규정하고 있었다. 하지만 개정 기본법에서는 구 기본법 제74a조에서 규정하고 있던 공무원, 주(州) 법관에 대한 급여, 급양에 관한 사항을 제74조 제1항 제27호로 이관하였다. 그리하여 동 항목에서는 “주(州), 자치단체 기타 공법상 단체의 공무원과 주(州)의 법관의 지위부여, 급여 및 연금을 제외한 신분에 관한 권리와 의무에 관한 사항”이라고 규정하고 있다. 아울러 제28호부터 제33호까지 규정된 “수렵, 자연보호와 경관보존, 토지분할, 국토개발계획, 수자원관리, 대학입학 및 수료”에 관한 사항도 개정 기본법에 신설되어 경합적 입법사항을 확대시키는 작용을 하고 있다. 다음으로 제18호는 구 기본법에서 “토지거래, 토지법 및 농업상 임차제도, 주거제도, 이주정착제도”만을 경합적 입법사항으로 규정하고 있었던 것에 반해, 개정 기본법에서는 “주거수당법, 구채무보조법, 주택건설비과세공제법, 광산근로자주택건설법 및 광원주택법”을 추가하여 경합적 입법권한 사항을 확대하였다. 다만, 개정 기본법에서는 구 기본법 제18호에 규정되어 있던 경합적 입법사항으로서 “토지거래”를 “도시계획상의 토지거래”로 개정하였는바, 이는 토지거래에 관한 경합적 입법사항을 명확히 한정하여 축소하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

또한 제19호에서는 구 기본법에서는 규정하고 있지 않았던 “약국, 의약품, 치료재 및 마취와 독극물에 관한 법”을 추가하여 경합적 입법사항을 확대하였다. 아울러 제20호에서도 구 기본법에서 경합적 입법사항으로 포함하고 있던 “농임업용 종자 및 묘목의 거래, 식물의 병해에 대한 보호 및 동물의 보호”와 관련된 사항 외에도 새로이 “식료품을 포함한 그의 생산에 이용되는 동물에 관한 법, 기호품·생필품·

가축사료에 관한 법”을 추가함으로써 역시 경합적 입법사항을 확대하고 있다.

## 2) 경합적 입법사항의 재편의 특징

구 기본법에서는 연방법률에 의한 규율이 필수적인 경우 및 그 한도에서 연방은 입법권한을 가지고, 연방이 그 입법권한을 행사하여 법률을 제정하지 않는 경우 및 그 한도에서 각 주(州)가 입법권한을 가지는 단일 유형의 경합적 입법방식을 예정하고 있었다. 하지만 개정 기본법에서는 경합적 입법사항의 성질을 기준으로 연방우위형, 필수요건형, 완전경쟁형이라는 세 가지의 경합적 입법유형을 규율하고 있다.<sup>56)</sup>

### ① 연방우위형 입법사항

연방우위형 입법사항이란 기본법 개정 이전에는 모든 경합적 입법에 부과된 필요성 요건의 적용범위가 제72조 제2항에 규정된 사항에 한정되었으나, 이에 제한을 받지 않는 경합적 입법의 새로운 영역이 발생함에 따라 생겨난 유형을 의미한다. 그 대상은 상당히 광범위한 영역에 걸쳐 있으며, 열거된 사항에 관하여는 연방이 연방법률의 제정으로 그 입법권한을 행사한 경우로서 그 규율이 미치는 한도 내에서 각 주(州)는 전혀 입법권을 가지지 않는다. 이 입법유형의 성격은 오로지 제72조 제1항이 규정하고 있으며, 동조 제2항이 정하는 연방법률의 필요성 요건은 여기에 미치지 않는다. 이에 따라 연방이 이 영역 관한 입법권한을 행사하는 경우에는 제한을 받지 않으며, 주(州)역시도 이러한 영역에서는 입법을 할 수 없다.

56) 이하의 개정 기본법의 새로운 경합적 입법유형에 관한 사항은 박영도, 전계논문, 214-224면 참조하여 서술함.

<연방우위형 입법사항>

조 항	입 법 사 항
제74조 제1항	제 1 호 민법, 형법, 형집행, 법원조직, 재판절차(미결구금의 집행에 관한 법 제외), 변호사제도, 공증인제도, 법률상담
	제 2 호 호적제도
	제 3 호 단체법 및 집회법
	제 6 호 난민 및 인양자에 관한 사항
	제 9 호 전쟁피해 및 보상
	제10호 진몰자묘지, 전쟁에 의한 희생자 및 폭력적 지배의 희생자 묘지
	제12호 사업소조직, 노동보호 및 직업소개를 포함한 노동법과 실업보험을 포함한 사회보험
	제14호 제73조 및 제74조의 사항영역에 포함되는 한에서의 공적 수용법
	제16호 경제적 지위의 남용방지
	제17호 농임업생산의 촉진(경지정리법 제외), 식량확보, 농임업생산물의 수출입, 원양어업, 연안어업 및 연안보전
	제18호 도시계획상 토지거래, 토지법(개척에 공헌에 관한 법을 제외) 및 주택수당법, 구채무보조법, 주택건설비과세공제법, 광산노동자주택건설법 및 광원주택법
	제19호 공공의 위험이 있거나 전염성 가축의 질병에 대한 조치, 의사 기타 의료직 및 의료의 허가와 약국, 의약품, 치료제, 마취 및 독극물에 관한 법
	제21호 원양항해 및 연안항해와 항로표지, 내수항해, 기상통보, 해양항로 및 일반운수에 제공하는 내육수로
	제23호 산악철도를 제외한 연방철도 이외의 궤도
	제24호 폐기물경제, 대기오염방지 및 소음방지(생활소음으로부터의 보호를 제외)
	제27호 주(州), 자치단체 기타 공법상 단체의 공무원과 주(州) 법관의 지위부여, 급여 및 연금을 제외한 신분제에 관한 권리와 의무
제28호 수렵	
제29호 자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호 또는 해양보호에 관한 법	
제32호 수질 및 수자원시설과 관련한 수자원관리에 관한 규율	

② 필수요건형 입법사항

필수요건형 경합적 입법은 1994년 제42차 기본법개정에 의하여 성립된 구조가 그대로 계수된 것이다. 다만, 2006년의 개정으로 종전과 유일하게 큰 차이는 그 적용범위가 한정되었다는 것이다. 경합적 입법의 하위구분의 하나인 이 유형은 기본법 제72조 제2항(필요성 조항)에 근거한다. 따라서 필수요건형 경합적 입법의 대상은 제72조 제2항이 열거하는 제74조 제1항 제4호, 제7호, 제11호, 제13호, 제15호, 제19a호, 제20호, 제22호, 제25호, 제26호의 사항에 한정된다.

이 입법유형에서는 연방이 연방입법을 제정하여 규율한다면 그 기간 및 한도에 내에서 주(州)는 입법권을 가지지 않는다. 그렇다고 해서 연방이 이러한 영역에서 입법권을 전적으로 행사할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면, 연방이 입법권을 갖는 것은 연방 영역 내에서 동등한 가치가 있는 생활관계를 형성하는 것, 국가전체의 이익을 위하여 법의 통일성을 확보하는 것, 국가전체의 이익을 위하여 경제의 통일성을 확보하기 위한 범주 내에서만 필수적으로 연방 입법이 가능하기 때문이다.<sup>57)</sup>

아울러 개정 기본법 제72조 제4항에서는 “필요성이 더 이상 존재하지 아니한 연방법률규정은 주(州)에 의하여 대체될 수 있음을 연방법률로 규정할 수 있다”고 규정하고 있는바, 연방법률에 의한 규율의 필요성이 존재하지 않는 사항에 대해서는 연방법률에서 정하는 범위 내에서 주(州) 법률로써 대체할 수 있는 가능성을 남겨두었다.<sup>58)</sup>

57) U. Häder, a.a.O., S. 931-932; Deutscher Bundestag, Referat Öffentlichkeitsarbeit, Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Zur Sache 5/93, S. 66.

58) Föderalismus Begleitgesetz BGBl I, 2006, S. 2098.

<필수요건형 입법사항>

조 항	입 법 사 항	
제74조 제 1 항	제 4 호	외국인의 체제 및 거주권
	제 7 호	공적부조(사회복지시설법제외)
	제11호	폐점, 음식점, 도박장, 연기장, 견본시, 어음증서의 발행 및 시장의 설치에 관한 법을 제외한 경제관련 법(광업, 공업, 에너지경제, 수공업, 영업, 상업, 은행, 증권거래소제도, 사법상의 보험제도)
	제13호	교육보조의 규율 및 학술연구의 조성
	제15호	토지, 천연자원 및 생산수단을 공유 기타 공공경제의 형태로 이관하는 것
	제19a호	병원의 경제적 안정 및 병원치료수가에 관한 규율
	제20호	식료품을 포함한 그 생산에 이용되는 동물에 관한 법, 기호품·생필품·가축사료에 관한 법, 농임업용 종자 및 묘목의 거래보호, 식물의 병해에 대한 보호 및 동물보호
	제22호	도로교통, 자동차제도, 장거리수송에 제공되는 지방도로의 건설 및 유지와 차량에 의한 공도의 이용에 대한 요금징수 및 분배
	제25호	국가배상책임
	제26호	인간의 생명을 위한 의학적 촉진제의 생산, 유전정보의 연구 및 인위적 변경과 장기, 조직 및 세포의 이식에 관한 규율

③ 완전경쟁형 입법사항

개정 기본법 제72조에 신설된 제3항의 내용은 ‘완전경쟁형 경합적 입법’으로서 종래에 없었던 전혀 새로운 입법유형에 해당한다. 여기에 해당하는 대상은 연방법률을 제정하더라도 주(州)는 그와 별도로 다른 내용의 법률을 제정할 수 있다. 이를 이탈입법(Abweichungsgesetzgebung)이라고 하며 연방우위형 및 필수요건형 경합적 입법사항과는 달리 연방의 입법권한의 행사가 주(州)의 입법활동에 시간적·내용적인 면에서



저지효과를 가지지 않는다. 따라서 완전경쟁형 입법사항에서 만큼은 연방과 주(州)의 권한이 거의 대등하다. 이 영역에서 주(州)는 주(州) 입법을 통하여 연방과는 다른 독자적인 견해를 법정화할 수 있으며, 이로써 주(州)의 특수한 사정에 부응하는 입법이 가능하게 되었다.<sup>59)</sup>

만일 이 영역과 관련된 동일한 내용의 법률이 연방과 주(州)에 모두 존재하여 충돌한다면 제72조 제3항 제3문에서 규정하고 있는바에 따라 후법이 전법에 우선한다.<sup>60)</sup> 또한 연방법률이 개정되어도 주(州)는 연방과는 별도의 내용의 주(州) 법률을 제정할 수 있다. 하지만 주(州)가 연방법률과 다른 규율할 수 있는 사항에 관해서도 일정한 부분에 관해서는 주(州)에 의한 다른 규율이 허용되지 않는 사항이 존재하며, 여기에는 제72조 제3항 제1문의 각호에 예외로서 명시되어 있다.

<완전경쟁형 입법사항>

조 항		입 법 사 항
제72조 제3항	제 1 호	수렵(수렵면허에 관한 법은 제외)
	제 2 호	자연보호와 경관보호에 관한 사항(자연보호의 일반원칙, 생물 종의 보호 혹은 해양보호에 관한 법은 제외)
	제 3 호	토지분배
	제 4 호	국토개발계획
	제 5 호	수자원관리(수질 혹은 수자원 시설에 관한 규율은 제외)
	제 6 호	대학의 입학 및 수료

59) 이탈입법과 관련된 상세한 사항은 O. Klein/K. Schneider, a.a.O., S. 1551-1553; Jarss/Pieroth, GG, 9Auffl., (München; C.H.Beck), 2007, S. 851f; H. Dreier, GG, 2. Aufl., (Tübingen; Mohr Siebeck), 2008, SS. 58-62; BT-Drucks. 16/813, S. 8-10 참조

60) 이 경우 연방법률이 제정된 후에 그와 다른 주(州)법률이 제정된 경우라도 그 연방법률이 당해 주에서 무효가 되는 것이 아니라, 주(州)법률이 단지 우선 적용되는데 불과하다. 그 때문에 연방법률과 주(州) 법률이 병존하는 경우에 후법인 주(州) 법률이 폐지된다면 자동적으로 연방법률의 적용이 재개되며, 후법인 연방법률이 폐지되면 이미 있던 주(州) 법률이 다시 적용된다.

#### (4) 대강입법의 폐지

대강입법은 각 주(州)의 입법을 위한 대강적 윤곽규정을 정하는 권한을 연방에 부여하여 그 범위 내에서 각 주(州)가 규범구체화를 할 수 있는 입법유형이라고 할 수 있다. 아울러 대강입법사항은 연방과 주(州)가 각각의 입법권한을 상호 보완적으로 행사함으로써 양자가 협동하여 입법을 행한다는 취지로 해석된다. 구 기본법에서는 제75조에서 구체적인 대강입법사항을 규정하고 있었던 바, 여기에는 “주·자치단체 등의 공무원의 법률관계, 대학제도의 일반원칙, 언론의 일반적 법률관계, 신고제도·신분증명제도, 독일문화재의 국외유출로부터의 보호, 수렵, 자연보호·경관보호, 토지분배·광역계획·수자원관리 등이 해당되었다.

그러나 이러한 입법방식에 대해서는 대상사항에 관한 입법의 책임 소재를 불명확하게 하고, 입법의 권한과 범위를 둘러싼 연방과 주(州)의 분쟁을 격화시킨다는 비판을 받아왔다. 또한 대강입법의 상당부분을 차지하고 있었던 환경법분야가 대강입법과 경합적 입법사항에 산재되어 있어 당해 영역에 관하여 통일적인 규율을 방해하는 요인으로 작용하였다.<sup>61)</sup> 이러한 이유로 독일의 2006년 기본법 개정에서는 대강입법을 폐지하고, 구 기본법상의 대강입법사항은 연방의 전속적 입법사항과 경합적 입법사항으로 이관시켜 입법주체의 명확화를 도모하였음을 알 수 있다.

#### (5) 주(州)의 전속적 입법권한 확대

구 기본법체제 하에서 연방의 입법권한에 비하여 주(州)는 상대적으로 적은 범위의 입법권한만 가지고 있었다. 하지만 개정 기본법에서

---

61) BT-Drucks, 16/813, S. 8-11.

는 구 기본법에 비하여 주(州)에 전속하는 입법사항들이 추가됨으로써 구 기본법체제 하에서 보다는 입법권한이 확대되었다. 이러한 이유는 기본법 개정과정에서 경합적 입법권의 재편, 대강입법의 폐지에 따른 결과라고 할 수 있다. 그리하여 대학입학 및 수료에 관한 사항을 제외한 대학제도에 관한 규율, 언론에 관한 사항, 형의 집행, 집회에 관한 법, 폐점 등에 관한 입법사항이 주(州)의 전속적 입법사항에 해당하게 되었다. 아울러 주, 자치단체 및 기타 공법상 단체의 공무원의 신분관계에 관한 사항에 관하여 이를 경합적 입법으로서 규정하고 있던 제74a조와 그 제1항 제1호에서 이를 대강입법으로 규정하고 있던 제75조가 폐지된 결과라고 할 수 있다. 이에 따라 각 주(州)는 주, 자치단체 및 기타 공법상의 단체에 근무하는 공무원과 주(州)의 법관의 신분보장과 관련된 권리의무관계에 대해서도 종래보다 광범위한 입법권한을 가지게 되었다. 이러한 개정 기본법의 태도는 제98조 제3항에도 반영되었는데, 동조항에서는 “제74조 제1항 제27호가 달리 규정하지 않는 한, 주(州) 법관의 법적지위는 주(州) 특별법으로 정한다”라고 개정하였다.

#### (6) 동의법률(Zustimmungsgesetz)의 경량화

앞서 본바와 같이 구 기본법 하에서는 연방참사원의 동의를 전제로 시행되어야 하는 주(州)의 법률이 거의 50% 이상에 달하였다. 이는 주(州)의 입법권한을 현저하게 축소시키는 요인으로 지적되고 있었으며, 개정 기본법에서는 이를 35~40% 까지 축소하려는 목적을 가지고 있었는 바,<sup>62)</sup> 이를 위하여 기본법 제84조 제1항에 대한 개정이 이루어졌다. 구 기본법 제84조 제1항에서는 “주(州)가 연방법률을 고유사무로서 집행하는 경우, 관청설치와 행정절차를 규율할 수 있다. 다만, 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률이 달리 규정하고 있는 경

62) BR-Drucks. 178/06 S. 34.

우, 주(州)는 이에 의해 다른 규정을 둘 수 있다”고 규정하고 있었다. 동 조항은 주(州)가 고유사무로서 연방법률을 집행하는 경우, 행정관청의 설치와 행정절차에 관한 규율에 관하여 주(州)가 이를 수행하는 것을 목적으로 규정된 것이었다. 하지만 주(州)가 이러한 권한을 행사하기 위한 전제조건으로 “연방참사원의 동의를 얻은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외한” 사항을 규율하고 있었다. 즉 연방은 주(州)의 고유사무로서 연방법률의 집행에 관한 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 연방참사원의 동의를 얻는 것을 조건으로 예외적으로만 연방법률로 이를 규율할 수 있었던 것이다. 실제로 연방은 연방법률이 각 주(州)에 적절하게 집행되도록 그 실시에 즈음한 행정관청의 설치와 집행시에 의거하는 행정절차에 관해서도 아울러 연방법률로 규율하여 왔으며, 이는 동의법률의 수를 증대시킨 원인이었다.

구 기본법 제84조 제1항은 모든 연방법률에 의한 실체법적 규율에 관하여 광범위한 관련성을 지닌 것이어서 이 규정을 통하여 연방참사원은 연방법률 제정과정의 폭 넓은 영역에 걸쳐 커다란 영향력을 가지게 되었던 것이다. 그리하여 2006년 개정 기본법에서는 다음과 같이 수정되었다. 먼저 동 조항은 구 기본법상의 범문에 수정을 가하지 않았지만, 제3문을 추가하여 기존의 문제점에 대한 해결을 도모하였다. 이에 따라 개정 기본법 제84조 제1항에서는 제3문을 신설하였는 바, 그 내용을 보면 다음과 같다.

“주(州)가 제2문에 의하여 다른 규율을 한 때, 그에 관련하여 그 후에 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 행하는 연방법률에 의한 규율은 연방참사원의 동의를 얻은 후에 별도의 규정이 없는 한 당해 주(州)에서 공포 후 6월을 경과한 후에 발효된다. 제72조 제3항 제3문은 이를 준용한다. 예외적으로 연방은 연방통일적 규율이 특히 필요한 사항에 대해서 다른 규율을 행할 가능성을 주(州)에 인정하지 않는 행정절차를 규율할 수 있다. 이 법률은 연방참사원의 동의를 요한다. 연

방법률을 통하여 자치단체 및 자치단체조합에 임무를 이양할 수 없다”

상술한 신설조문을 보면 주(州)가 고유사무로서 연방법률을 집행하는 경우에 주(州)로 하여금 행정관청의 설치 및 행정절차를 규율할 수 있는 권한을 행사하도록 규정하고 있으나, 구 기본법에서처럼 연방참사원의 동의유보규정이 없다는 것을 알 수 있다. 그 대신 연방이 연방법률로 주(州)의 규율과 다른 규율을 행할 가능성을 남겨두었다. 나아가 연방법률로 주(州)의 규율과 다른 규율이 행해진 경우에 주(州)는 이러한 연방법률과 다른 주(州)법률을 제정할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 행정관청과 행정절차에 관하여 주(州)가 연방과 다른 법률을 제정한 경우, 만일 이 주(州)의 법률이 연방법률의 발효시점 이전에 제정된 것이라면, 당연히 연방법률이 우선적 효력을 갖지만, 주(州) 법률이 연방법률이 발효된 이후에 제정 및 개정 되는 경우에는 주(州)법률은 연방법률보다 우선적 효력을 부여받게 된다.

이상에서와 같이 주(州)가 연방법률을 고유사무로서 집행하는 경우, 행정관청의 설치 및 행정절차에 관한 사항은 주(州)에게 연방과는 다른 입법권을 행사할 수 있는 가능성을 열어두었다. 다만, 연방은 연방참사원의 동의없이 그러한 사항에 관하여 연방법률로 규율하는 권한을 부여받았다. 따라서 개정 기본법 제84조 제1항에서는 “연방법률을 고유사무로 처리하는 경우”와 “행정관청과 행정절차에 관한 사항”이라는 두 가지 제한 조건이 있지만 주(州)에게 구 기본법보다 많은 입법권한을 부여하였고, 이는 동의법률의 대상을 축소함으로써 가능해졌다. 하지만, 이에 대하여 연방도 여전히 “연방참사원의 동의없이 그러한 사항에 관하여 연방법률로 규율할 수 있는 권한”을 부여받았는 바, 연방국가의 특색이라고 할 수 있는 수직적 권력분립의 원칙이 고려된 것으로 보인다.

하지만 동 조항의 개정으로 인하여 그간 가장 많은 동의법률을 낳게 하였던 이 규정에 관하여 연방참사원의 동의를 요하지 않는 연방

법률의 제정이 가능하게 되었다는 데에 그 의의가 있다.<sup>63)</sup>

## II. 공동사무에 관한 개정

### 1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 공동사무

독일에서는 연방이나 주(州)의 행정 및 입법에 대해서는 원칙적으로 각자가 자신의 재정조달에 대한 책임을 지고 있다. 이를 ‘지출부담의 원칙’이라고 하는데, 이는 독일과 같은 연방국가 하에서는 연방과 주(州)의 관할권의 엄격한 분리가 존재하기 때문에 발생한 이론이다. 이에 따르면 원칙적으로 연방이나 주(州)는 자신에게 권한을 부여한 규범에 따라 각자 자신의 임무에 대한 재정을 조달하여야 하는 책임을 지고 있다. 그런데 일반적으로 주(州)의 재정이 연방보다는 취약한 편이고, 비록 각 주(州)가 독립적인 지위에 있다고는 하나 연방이라는 지위는 독일연방공화국의 16개 주(州)를 총괄한다는 측면도 있어, 연방에서 제정한 연방법을 주(州)에서 집행하는 경우에는 그 경비부담의 차원에서 연방이 재정을 지원하거나<sup>64)</sup> 때에 따라서는 공동재정조달을 하기도 한다.

공동재정조달은 연방이 주(州)와 공동으로 재정조달하거나 주(州)에 재정을 지원하는 형태이기 때문에 기본법상 재정제도에 관한 제10편에 포함시켜야 할 것이나, 이를 공동사무의 다른 형태로 규범화하고 있는데 그 예가 바로 제91a조, 제91b조이다.

독일에서는 “연방이 주와 공동으로 공동체 전체를 위하여 필요한 경우에는 서로 협력하여 재정을 조달”할 수 있도록 하고 있는바, 이를

63) H. Dreier, a.a.O., SS.67-68; P. Selmer, a.a.O., S. 1052f; BT-Drucks., 16/813, S. 15; BR-Drucks., 178/06, SS. 34-35.

64) 이는 임무배분이라는 측면에서 국가임무에서 정책기능은 연방이, 집행기능은 주가 분담한다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 연방의 주에 대한 재정지원은 원칙적으로 『기본법』에 대한 위반이므로, 동법에 의하여 예외적으로 허용된 상황에 만 이러한 지원이 허용되고 있다.

‘공동사무(Gemeinschaftsaufgaben)’ 또는 ‘공관사무’라고 하는데,<sup>65)</sup> 이러한 공동사무는 본 기본법 이전에는 원래 주와 연방 사이의 공동사업을 의미하였으나, 기본법 제정초기의 연방국가원리에 따라서 연방과 주(州) 사이의 ‘혼합행정의 금지(Verbot der Mischverwaltung)’가 대두됨에 따라서 그 범위가 제한되기 시작하였고, 마침내 연방과 주(州)의 임무수행에 대한 명백한 분리가 요구되었다.<sup>66)</sup>

그러나 이러한 금지가 요청된다고 해서 연방과 주(州) 사이의 모든 협력이 금지될 수는 없는 노릇이다. 따라서 기본법제정 이전에는 단지 연방과 주(州) 사이에, 그리고 주 상호 간에 실무적으로 정보협력, 회의, 비공식적 협약, 행정협정(국가조약), 재정지원, 기금 등에 의한 다양한 행정협력이 행하여졌다.<sup>67)</sup> 특히 해당 주(州)의 권한에 속하는 사무에 대하여 기금이나 다양한 재정지원이 이루어졌으며, 이러한 연방의 재정지원은 관행적으로만 존재하였다.

이와 같이 연방과 주(州) 사이의 실무적 협력은 이미 1966년의 트뢰거 위원회에서부터 준비되었다가, 1969년의 재정개혁에 따라 개정된 기본법의 공동사무에 관한 규정으로 편입되었다.<sup>68)</sup> 그러던 중 1976년 헌법개정문제를 위한 앙케이트 위원회(Enquete Kommission für Fragen der Verfassungsreform)가 작성한 결과보고서에서는 공동사무에 관한 규정인 기본법 제91a조와 제91b조의 폐지가 논의되었다.<sup>69)</sup> 그러나 이러한 폐지논의에도 불구하고, 연방과 주(州)의 공동사무조항은 삭제되지 않은

65) Seewald, Kommunalrecht, in: Steiner(Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 115; Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 38.

66) K. Stern, Staatsrecht II, S. 832.

67) H. Siekmann, Art. 91a, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2007, Rn. 1.

68) 독일의 공동사무의 역사적 발전과정에 관한 헌법사적인 고찰로는 김준규외, 독일의 지역균형발전을 위한 법체계에 관한 연구, 한국토지공법학회, 2001.12, 6면이하.

69) Schlussbericht, BT-Drucks 7/5924, S. 7, 148 ff.; G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 293 ff.; P.M. Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, 65. DJT, Bd. I, 2004, S. D 86; ders., Klare Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, Beil. NJW 2004, S. 25.

채 오히려 기본법 제28a조와 제104b조가 신설되었고, 공동사무조항들은 단지 간소화되었을 뿐이다.<sup>70)</sup> 이는 입법자들 또한 각각의 주(州)들 사이의 현저한 구조적인 차이를 조정하기 위해서는 지속적인 공동사무조항이 필요하다는 것을 확인하였기 때문이라고 하겠다.<sup>71)</sup> 특히 기본법 제91a조 상의 지역경제구조의 개선과 농업구조의 개선 및 연안보호의 개선은 유럽공동체 보조금정책과 구조정책에서도 국가의 중요한 협조기능으로 자리 잡고 있다.<sup>72)</sup>

한편 2003년 10월에 연방의회와 연방참사원에 설치된 공동위원회에서는 연방과 주(州) 사이의 지속적인 재정지원, 특히 기본법 제91a조상의 대학건축과 제91b조상의 교육계획의 공동사무에 대한 논의를 하였다. 이 논의는 연방주의를 개혁하고자 하는 첫 단계로 그 내용은 교육계획과 대학건축은 주(州)의 유일한 권한에 해당된다는 것이었다. 이러한 합의를 담은 공동사무조항의 개정을 포함한 기본법의 개정이 2006년에 이루어졌다.<sup>73)</sup> 따라서 공동사무에 관한 규정들은 많은 비판과 규범적인 내용의 불확실성에도 불구하고 독일의 연방제도의 중요한 구성요소로 남아 있다.<sup>74)</sup>

## 2. 2006년 개정 독일 기본법상 공동사무의 개편

### (1) 의 의

연방과 주(州)의 공동사무를 광의의 개념으로 이해할 경우, 공동사무란 모든 연방과 주(州)의 공동사무로서 연방이 재정을 지원한다는

---

70) 이러한 평가로는 H. Siekmann, a.a.O., Rn. 9.

71) BT-Drucks. 16/813, S. 10.

72) BR-Drucks. 178/06, S. 21.

73) 2006. 8. 28일자, BGBl. I, 2034.

74) T. Muanz, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern, BayVBl. 1968, S. 162 ff.; Klaus Stern, Staatsrecht II, S. 834; W. Blümel, § 101, in; Kirchhof/Isensee, HStR IV, 1990, Rn. 125.



규정, 즉 기본법 제104a조까지를 포함하게 되지만, 대개는 공동사무를 협의의 개념으로 파악하여, 기본법 제91a조와 제91b조에서 규정하고 있는 공동사무로 한정하는 것이 보통이다. 나아가 기본법 제91a조만을 공동사무로 보는 최협의의 견해도 있는데,<sup>75)</sup> 이 견해는 2006년 개정으로 기본법 제91b조의 제목이 ‘합의에 의한 연방과 주의 공동협력’으로 변경되었기 때문에 공동사무에서 기본법 제91b조를 제외해야 한다고 주장한다. 그러나 동조가 여전히 기본법 제8a장의 공동사무편에 포함되어 있다는 점에서 이는 여전히 공동사무로 볼 수 있을 것이다. 따라서 공동사무라는 것은 사무수행에 있어서 단순히 연방과 주(州)가 공동으로 사무를 수행한다는 것만이 아니라 재정조달에 있어서도 공동의 방식을 형성하게 된다는 것을 의미한다.<sup>76)</sup>

## (2) 내 용

제91a조는 1969년에 제정되어, 1970년과 2006년 두 차례 개정되었다. 이 조항은 주(州)의 사무수행에 연방이 협력할 것과 양자의 권한을 분배할 것에 대하여 규정하고 있다. 따라서 제91a조는 주(州)의 사무수행에 대한 연방의 협력의무를 포함하는 것이지만,<sup>77)</sup> 이러한 임무를 수행하기 위하여 입법에 관한 헌법상의 의무를 주장하는 헌법위임(Verfassungsauftrag)은 아니다.<sup>78)</sup> 아울러 제91a조에서는 연방과 주(州) 사이의 행정권한과 지출부담의 분리에 관한 내용을 부분적으로 폐지했기 때문에, 연방과 주(州)의 권한배분을 정한 기본법 제30조, 제83조 이하, 제104a조 제1항 등에 대한 특별법(*lex specialis*)의 지위에 있다.<sup>79)</sup>

75) W. Blümel, a.a.O., Rn. 144.

76) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 2.

77) Majer, Art. 91a, in: Denninger (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK), 3. Aufl., 2002, Rn. 22.

78) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 28; Schlegel, Art. 91a, in: Umbach/Clemes (Hrsg.), Grundgesetz, 2002, Rn. 12 f.

79) W. Blümel, a.a.O., S. 942 ff.; H. Siekmann, Art. 91a, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz

구 기본법 제91a조에서는 연방과 주(州)의 공동사무를 (i) 대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축, (ii) 지역경제구조의 개선, (iii) 농업구조와 연안보호의 개선으로 규정하였다.<sup>80)</sup> 그러나 2006년 개정으로 제91a조 제1호에 있었던 ‘대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축’에 관한 규정이 삭제되었다. 그리고 대학에 관한 부분은 연구축진을 중심으로 하여 종래의 기본법 제91b조로 통합되었다.

제91a조 (공동사무)

(1) 연방은 다음의 분야에서 이러한 임무가 전체를 위하여 중요하고 그리고 연방의 협력이 생활관계의 개선을 위하여 필요한 경우에는 주의 임무 실행에 협력할 수 있다(공동사무).

1. 지역경제구조의 개선
2. 농업구조와 연안보호의 개선

(2) 연방참사원의 승인이 필요한 법률에 의하여 공동사무와 협력의 개별사항은 자세한 결정된다.

(3) 연방은 제 1 항 제 1 호의 사례에서 각 주의 지출의 절반을 부담한다. 제 1 항 제 2 호의 사례에서 연방은 적어도 절반을 부담하는데, 참여는 모든 주에 대하여 동일적으로 확정되어야만 한다. 자세한 것은 법률이 규율한다. 자금의 준비는 연방과 주의 예산안의 확정에 유보되어 있다.

이러한 축진지역의 헌법상 규정은 헌법에서 단지 특정한 전문분야만 공동사무로 본다는 열거주의(Enumerationsprinzip)에 근거하고 있기 때문에<sup>81)</sup> 앞서 살펴 본 기본법 개정에 따른 분야의 축소가 중요하다고 볼 수 있다.

한편 기본법 제91a조는 법체계적으로 제30조, 제83조, 제84조, 제104a조에 대한 특별규정의 지위를 갖는다. 따라서 기본법 제104a조 제2항

Kommentar, 4. Aufl., 2007, Rn. 19.

80) 길준규외, 전게서, 11면.

81) Hans-Günter Henneke, Art. 91a, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, Rn. 7.

의 연관성의 원칙은 부분적으로 폐지된다.<sup>82)</sup>

물론 기본법 제104b조를 ‘부진정한 공동사무(unechte Gemeinschaftsaufgaben)’로 볼 경우의 양자의 특별관계가 문제되지만, 기본법 제91a조에 의한 연방의 투자는 제104a조에 따라 연방과 주(州)에 의하여 공동으로 재정이 조달될 수는 없기 때문에 이를 확정할 수 없다.<sup>83)</sup> 기본법 제91a조 제2항은 연방의 전적인 입법관할권에 속하고, 연방참사원의 승인을 필요로 하는 하나 또는 다수의 법률에 의하여 시행되는 규정위탁(Regleungsauftrag)을 포함하고 있다. 한편 2006년에 공동사무의 수행에 대한 일반원칙에 대한 연방입법권의 제한을 폐지함으로써 시행입법을 위한 규율영역(Regelungsspielraum)이 확대되었다.<sup>84)</sup>

한편 기본법 개정으로 협조의 개별사항, 기본계획의 폐지, 연방정부와 연방참사원의 보고청구권의 폐지 등으로 인하여 공동사무조항은 탈권위주의화(Entbürokratisierung)되었고, 아울러 연방과 주(州) 간의 협력력이 완화되었다.<sup>85)</sup> 이러한 기본법 제91a조에 따른 공동사무를 위한 조치들은 주(州)의 경제구조와 수입구조를 중장기적으로 지속적으로 개선하는 데에 적합할 수 있다.<sup>86)</sup>

### (3) 지원요건

기본법 제91a조에서 규정하고 있는 연방과 주(州)의 공동사무의 요건은 1) 주(州)의 권한에 속하는 임무일 것, 2) 전체에 중요한 임무일 것을 전제로 한다.<sup>87)</sup>

82) W. Blümel, a.a.O., Rn. 128; B. Pieroth, Art. 91a, in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Rn. 1; W. Heun, Art 91a, in : Dreier (Hrsg.), GG III, 2. Aufl., 2004, Rn. 40; Volkman, in: von Mangolt/Klein/Starck, GG III, Art. 91a, Rn. 8; H. Siekmann, Art. 91a, in: Sachs (Hrsg.), a.a.O., Rn. 19.

83) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 19.

84) BT-Drucks. 16/813, S. 15.

85) BT-Drucks. 16/813, S. 16.

86) BVerfGE 86, 148 (267).

87) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 21. 이러한 입장에 따르면, 공동사무의 전제조건으로서는

### 1) 주의 임무

우선 기본법 제91a조에서 규정하고 있는 공동사무는 ‘주의 행정관할권에 속하는 임무’이어야 한다.<sup>88)</sup> 왜냐하면, 연방은 단지 공동의 기본계획과 재정조달에만 협력할 뿐이기 때문이고, 연방 스스로 공동사무에 속하는 국가임무를 스스로 설정할 수 없기 때문이다. 이러한 논리로 연방의 임무는 처음부터 배제된다.

아울러 이는 연방이 지원한다는 점에서 ‘지역경제촉진’과도 유사하지만, 연방에 의한 지역경제촉진은 연방의 권한에 속한다는 점에서 처음부터 주(州)의 임무에 속하는 공동사무와는 구별된다.

한편 공동사무는 연방과 주(州)의 협력이 문제되는 것이므로, 재정문제에서는 주(州)에 속하는 것으로 보는 지방자치단체와 연방과의 관계를 직접 규율하는 것은 아니다.

### 2) 전체에게 중요한 임무

아울러 공동사무의 대상이 되는 주(州)의 임무는 ‘전체에게 중요한 임무’, 즉 국민 전체에 대하여 중요하고, 국민의 생활관계 개선을 위하여 연방의 협력이 필요한 임무여야 한다.

‘전체에게 중요하다’는 것은 국가 전체의 시각에서 공공복리와 각 주(州)의 주민에게 중요하고 긴급하여야 한다는 것이다.<sup>89)</sup> 따라서 이는 해당 주(州)에만 한정되는 것이 아니라 이를 초월한 ‘초지역적인 사무’라는 것을 의미한다. 물론 어디까지가 국민 전체에 중요한 임무인가에 대하여는 입법자의 판단여지에 속한다.<sup>90)</sup>

---

1) 『기본법』 제91a조 제1호와 제2호에서 거명된 지역에서의 임무의 수행, 2) 전체에 대한 임무의 중요성, 3) 생활관계의 개선을 위한 연방의 협력필요성을 들고 있다.

88) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 2.

89) BT-Drucks. V/2861, Nr. 262.

90) BVerfGE 39, 96 (115).

### 3) 연방의 지원필요성

아울러 ‘연방의 도움이 필요하다’는 것(erforderlich)은 이러한 생활관계의 개선이 연방의 협조에 좌우되는 경우를 말하고, 따라서 주(州) 단독의 재정적인 노력만으로는 극복할 수 없는 경우에 필요하다고 본다.<sup>91)</sup>

이러한 두 가지의 특징에 대해서는 어떠한 판단의 여지도 인정되지 않는다. 왜냐하면 불확정 법개념의 사용만으로 판단여지를 허용한다는 역추론을 정당화시킬 수 없기 때문이다.<sup>92)</sup>

#### (4) 지역경제구조의 개선

기본법 제91a조 제1호에서 규정하고 있는 공동사무의 촉진목적은 ‘지역경제구조의 개선(Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur)’이다. 여기서 ‘지역적’이라는 의미는 전체 독일도 아니고, 그렇다고 특정 주에 해당되는 것도 아니며, ‘촉진지역(Förderungsgebiete)’내의 생활관계의 일반적인 개선조치도 해당하지 않는다.

한편 ‘구조의 개선(Verbesserung der Struktur)’이란 말은 원칙적으로 ‘경제력을 지속적으로 끌어올리기 위한 비개별기업적인 조치’를 의미한다.<sup>93)</sup> 아울러 이러한 규정은 어떠한 침해에 대한 수권근거도 포함하지 않는다<sup>94)</sup> 단순한 지원조항이다.

#### (5) 농업구조와 연안보호의 개선

##### 1) 농업구조의 개선

기본법 제91a조 제2호에서는 ‘농업구조와 연안보호의 개선(Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes)’에 대하여 규정하고 있

---

91) K. Stern, a.a.O., S. 837.

92) BVerfGE 103, 142 (157).

93) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 4.

94) Majer, a.a.O., Rn. 35.

다. 우선 농업구조의 개선과 관련해서 이 개념은 최광의로 이해하여야 하는데, 이에는 ‘농업적인 생산조건, 노동조건, 매상조건의 개선을 위한 모든 조치’가 포함된다. 아울러 농업경제뿐만 아니라 이것은 ‘임업경제’나 ‘어촌(업)경제’도 물론 포함된다. 농업경제와 연안보호에 대하여 기본법 제74조 제1항 제14호에서 규정하고 있으나, 이는 연방의 전적인 관할권이 아닌, 연방의 경합적 입법권에 속하므로 공동사무의 대상이 된다.<sup>95)</sup>

한편 농업구조의 개선에는 ‘자연보호’나 ‘경관보호’, ‘일반환경보호’, ‘주의 생활관계의 개선’은 여기에 해당되지 않는다. 아울러 공동사무의 목적은 농업의 지속적 구조개선을 목적으로 해야 하므로, 기존의 농업구조의 유지나 일반적인 농업촉진, 주(州)의 일반적인 생활관계의 개선을 위한 조치, 마을재정비(Dorferneuerung) 수입보조금, 일반적인 금융비용의 개선 등은 속하지 않는다.<sup>96)</sup> 나아가 이러한 촉진목적은 개별대상에 대한 보호를 목표로 하는 것이 아니다.<sup>97)</sup>

## 2) 연안보호의 개선

연안보호의 개선은 ‘독일 북부와 동부해안의 연안보호를 위한 모든 조치와 해일을 막기 위한 조수간만지역에 있는 모든 지상의 수자원에 대한 모든 조치’를 말한다. 이러한 연안보호는 인간, 동물, 재산권을 포함한 연안의 배후지도 대양의 위험으로부터 보호하는 것은 대상이 된다. 연안보호시설에 대해서는 그 신설과 확장만 공동사무에 속한다. 그러나 개별적인 대상을 목적으로 하는 보호나 항구지역의 산업시설 같은 것은 공동사무의 대상이 아니다.<sup>98)</sup>

---

95) 길준규외, 전게서, 18면.

96) Majer, a.a.O., Rn. 45.

97) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 19.

98) 길준규외, 전게서, 20면.

(6) 공동사무의 집행과 연방의 지원

기본법 제91a조에 속하는 대상에 대해서 공동기본계획을 작성하고, 그 계획의 집행하는 것은 주(州)의 임무이지만, 연방은 이를 감독할 수 있는 이른바 ‘교시권’을 가지고 있었다.<sup>99)</sup> 그러나 이는 2006년 기본법 개정으로 폐지되었다.

공동사무규정에 따른 주(州)에 대한 연방의 재정지원비율은 기본법 제91a조 제3항에서 촉진목표에 따라 제1문과 제2문에서 상이하게 규정하고 있다. 우선 기본법 제91a조에서는 제1항 제1호의 지역경제구조의 개선을 위한 경우에는 모든 주(州) 지출의 절반을 부담한다.

한편 기본법 제91a조 제1항 제2호의 농업구조와 연안보호의 개선을 위한 경우에는 위와는 달리 최소한 절반 이상을 부담하고, 지원은 모든 주(州)에 대하여 통일적으로 확정된다.<sup>100)</sup> 모든 주(州)에 대하여 통일적인 금액으로 참가한다는 것은 재정이 취약한 주(州)와 재정이 충분한 주(州) 사이의 차별 없이 지원한다는 의미이다.<sup>101)</sup> 물론 자세한 사항은 법률로서 정한다.

세부적으로 보면, 기본법 제91a조 제1호와 제2호의 공동사무에는 연방이 절반이라는 확정된 비용을 부담하지만, 기본법 제91a조 제4항 제2호의 경우에는 동 조항의 수권에 의하여 법률에서 개별적으로 정한다. 따라서 이러한 수권근거에 따라서 연방은 농업구조의 개선을 위한 경우에는 60%를, 연안보호의 개선을 위한 경우에는 70%를 목적임무에서 부담한다.<sup>102)</sup>

99) 길준규외, 전계서, 21면.

100) Hans-Günter Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Rn. 218.

101) 이러한 점에서 공동사무를 규정하는 『기본법』 제91a조와 제107조 제2항 제3호는 엄격하게 서로 구분된다.

102) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 219.

물론 이때의 연방의 지원은 기본계획에서 규정한 조치를 위한 투자액에 제한된다. 이러한 기본계획의 실행을 위한 후속비용(Folgekosten)은 전 범위에서 주에 의하여 부담된다. 이것은 기본법 제104a조에 근거하여 행정비용에도 마찬가지로 적용된다.

2003년에는 공동사무인 지역경제구조의 개선을 위하여 17조 5백만 유로가, 공동사무인 농업구조와 연안보호의 개선을 위하여 12조 4백만 유로가, 2006년에 폐지된 공동사무인 대학건축을 위하여 23조 6백만 유로가 투입되었다. 특히 대학건축의 공동사무의 종료까지 「연방임무와 재정지원의 해체를 위한 법률(Gesetz zur Entflechtung von Gemeinschaftsaufgaben und Finanzhilfen, Entflechtungsgesetz - EntflechtG, 이하 ‘해체법’이라 한다)」 제2조 제1항에 따라 2007년 1월 1일부터 2013년 12월 31일까지 6조9530만 유로가 지원될 것이다.

<2003년 공동사무 지원액>

단위 : 백만 유로

공동사무명	연방의 지원액
지역경제구조의 개선	1,705
농업구조와 연안보호의 개선	1,204
대학건축	2,306

\* 출처 : Helmut Siekmann, Art. 91a, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2007, Rn. 12.

한편 이러한 연방의 지원은 당연히 연방과 주(州)의 예산안에서 확정될 때까지 유보되어 있다. 이러한 측면에서는 연방과 주(州)의 공동사무는 연방의회와 주(州)의회의 예산고권(Haushaltshoheit)에 의하여 유지되는 것이다.



## (7) 집행법률

기본법 제91a조 제2항에 따르면, 공동사무는 연방참사원의 승인이 필요한 형식적인 연방법률에 의하여 구체적으로 결정된다. 따라서 이는 연방의 전적인 입법관할권에 속하지만, 그와 동시에 이에 대한 지시규정(Regelungsauftrag)이 확립되어 있다.<sup>103)</sup> 아울러 이러한 공동사무의 수행에 관하여는 자세하게 법률에서 정하고 있으므로, 이와 관련하여 연방은 기본법 제91a조 제2항에 따라 분야별로 3개의 법률이 1969년에 제정하였다.

예컨대, 공동사무인 지역경제구조개선을 위해서 1969년에 제정된 「공동사무 지역경제구조개선에 관한 법률(Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, GRW)」이 있으며,<sup>104)</sup> 농업구조와 연안보호의 개선을 위해서는 1969년에 제정되어 1997년에 개정된 「공동사무 농업구조와 연안보호의 개선에 관한 법(Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes, GAK-Gesetz, GAKG)」이 있다.<sup>105)</sup> 한편 2006년 개정으로 삭제된 대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축과 관련해서는 1969년에 제정된 「대학의 확장과 신설에 관한 법률(Gesetz über die Gemein-

103) Hans-Werner Regeling, § 100, in: Kirchhof/Isensee, HStR IV, 1990, Rn. 285; B. Pieroth, Art. 91a, in: Jarass/Pieroth, a.a.O., Rn. 6; W. Heun, Art 91a, in : Dreier (Hrsg.), GG III, 2. Aufl., 2004, Rn. 22; U. Mager, Art. 91a, in: von Münch/Kunig, Rn. 38, 40; Volkman, Art. 91a, in: von Mangolt/Klein/Starck, GG III, Rn. 20; H. Siekmann, a.a.O., Rn. 30.

104) 이 법률에 대한 개관은 한국법제발전연구소, □□지역균형발전-그 실천적 방안과 법·제도□□, 2003.2. 305면.

105) 이 법률은 1988년 7월 21일에 제정되어(BGBI. I S. 1055), 최종적으로는 2002년 5월 2일자의 「공동의 농업정책구조하에서의 직접지불과 공동사무법개정을 위한 법률」(Gesetz zur Modulation von Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik und zur Änderung des GAK-Gesetzes)에 의하여 개정되었다(BGBI. I S. 1527). 약자로는 ‘GAGR’, ‘AgrStruktG’ 등으로 쓰기도 한다. 간략한 소개로는 길준규, “독일의 지역균형발전법제”, □□법과 정책연구□□ 제2집 제2호, 2002.12, 16면.

schaftsaufgabe “Ausbau und Neubau von Hochschlue”, HBFG)』<sup>106)</sup>이 있었다.<sup>107)</sup> 이 법은 공동사무에서 대학의 확장이 삭제되면서, 2006년 12월까지만 효력을 유지하였다.

최근에는 독일통일이후로 공동사무에 대한 재정지원이 문제되면서, 2006년 연방국가개혁의 일환으로 공동사무의 일부에 대한 연방의 지원이 제한되었다. 이에 대하여는 기본법 개정 외에도 앞서 설명하였던 해체법에서 규정하고 있다.<sup>108)</sup>

### 3. 2006년 개정 독일 기본법상 교육과 학문연구의 개편

#### (1) 배경

연혁적으로 독일 기본법상 교육과 학문연구에 대해서는 별다른 규정이 없었으며, 학문연구에 대한 연방과 주의 협력은 주로 실무적인 차원에서 발전하였다. 예컨대, 1950년대에는 학문위원회(Wissenschaftsrat)와 교육협력을 위한 공동위원회가 설립되면서부터 이미 실무적으로 연방과 주의 협력이 공존하게 되었으며, 1964년에는 독일연구협회(Dutsche Forschungsgemeinschaft, DFG)와 막스플랑크협회와의 협력적 관계를 구축하였다. 그런데 이러한 국가실무는 기본법에 제91b조가 명문화되면서부터 본격적인 계획을 수립하게 된 것이다.<sup>109)</sup>

#### (2) 개정사항

종래에 제91a조 제1항 제1호에 규정되었던 ‘대학병원을 포함한 대학의 확장과 신축’에 관한 규정이 2006년 개정으로 내용상 유사한 제91b

106) 약칭으로는 『대학건축촉진법』(Hochschulebauförderungsgesetz)로 불린다.

107) 이 법률에 따른 연방의 지원에 대한 개관은 길준규, 전계논문, 15면.

108) BGBl. I 2008, Nr. 26, S. 1073-1104, ausgegeben am 30.06.2008.

109) 길준규, 지방재정건전성확보를 위한 지방의 영리경제적 활동의 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2006, 22면.

조에 편입되었다. 아울러 제91a조의 제목도 ‘공동사무’에서 ‘연방과 주의 협력’으로 변경되었다. 그러나 그럼에도 불구하고 제91b조는 제91a조와 마찬가지로 여전히 기본법 제8a장의 공동사무에서 함께 규정하고 있으므로 크게는 여전히 공동사무에 분류된다고 볼 수 있다.

### (3) 내 용

독일은 교육과 연구가 전체 사회의 발전과 산업국가에서의 국제경쟁력강화라는 차원에서 매우 중요한 것이라고 생각하였고, 이에 따라서 연방차원에서 교육정책을 시행하였다. 물론 독일에서의 교육은 주(州)에 의하여 시행되므로 대부분의 대학을 비롯한 학교는 주(州)에 의하여 운영된다.

제91b조에서 규정하고 있는 연방과 주(州)의 협력은 ‘초지역적 중요성’을 지닌 학문적인 연구의 촉진을 말한다. 특히 이것은 2006년 개정에 의하여 촉진대상과 수범자가 구체화되었다. 이로써 제91a조에서 규정하였던 대학건물의 신축 등이라는 공동사무를 지역을 초월한 구성요소에 의하여 보완하였다.<sup>110)</sup>

#### 제91b조 (합의에 의한 연방과 주의 공동협력)

(1) 연방과 주는 다음의 사항을 촉진하는 경우에는 초지역적인 중요성을 가지는 사례에서 합의에 근거하여 공동으로 협력할 수 있다.

1. 대학 외의 학문적인 연구의 설치와 계획
2. 대학 내의 학문과 연구의 계획
3. 대형 교육시설을 포함한 대학 내 연구시설

제1항 제2호에 따른 합의에는 모든 주의 승인이 필요하다.

(2) 연방과 주는 합의에 근거하여 국제적인 비교 하에 교육제도의 이행능력의 확정을 위하여 그리고 이것과 관련하여 보고서와 권고안의 작성에 공동으로 협력할 수 있다.

(3) 비용부담은 합의에 의하여 규율된다.

<sup>110)</sup> Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 5.

이는 대학 외의 학문적인 연구를 위한 시설이나 계획, 대학 내에서의 학문과 연구의 의도, 대형 교육시설을 포함한 학교의 연구용건축물 등이 초지역적인 중요성을 갖는 경우에 연방과 주(州)가 합의에 근거하여 공동으로 협력한다는 의미이다.

#### (4) 법적 지위와 지원대상

##### 1) 법적 지위

제91b조는 연방과 주(州)의 권한을 규정하고 있는 제30조, 제83조 이하, 제104a조 제1항과의 관계에서는 특별법의 지위에 있다.<sup>111)</sup> 다만, 동조의 특징은 (i) 연방에게 협력의무를 부여하는 것이 아니라 주(州)가 임무를 수행하는데 연방이 협력하는 방식이며, (ii) 이러한 협력은 법률이 아닌 합의에 의한 것이며, (iii) 재정조달을 포함한 협력의 방식이 확정되어있지 않다는 것이다. 물론 그럼에도 불구하고 이러한 연방의 협력구조는 중장기적으로는 주(州)의 경제구조와 수입구조를 지속적으로 개선할 수 있다고 보고 있다.<sup>112)</sup>

##### 2) 지원대상

###### ① 초지역적 중요성이 있는 경우

제91b조 제1항에 의한 지원대상은 ‘초지역적인 중요성이 있는 경우’로 제한된다. ‘초지역적 중요성’이란 개별 주에 한정되지 않는 방사효(과급효)가 있는 것을 말한다.<sup>113)</sup> 한편 ‘증진’한다는 것은 필요한 계획의 촉진과 그 실행을 포함한 재정적인 촉진을 의미한다.<sup>114)</sup>

---

111) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 1.

112) BVerfG 86, 148 (267).

113) BT-Drucks. 16/813, S. 17.

114) W. Blümel, a.a.O., Rn. 128; Majer, a.a.O., Rn. 17; Volkman, a.a.O., Rn. 11.

## ② 학문적 연구

제91b조에 따른 ‘학문적인 연구(wissenschaftlichen Forschung)’는 원칙적으로 대학 외에서(제1호), 그리고 대학 내에서(제2호) 촉진된다. 그러나 제도적인 촉진, 즉 제91b조 제1항 제1호상의 시설(Einrichtung)은 대학외부의 연구로 제한되는 반면, 프로젝트의 지원은 포괄적으로 허용된다.

제91b조 제1항 제1호에서 ‘대학 외의 연구(Außeruniversitäre Forschung)’란 독일에서의 중요한 의미를 갖는 대학 외의 학문적 연구로 제한된다.<sup>115)</sup> 따라서 ‘학문적 연구시설’은 1차적으로 스스로 연구하는 시설을, 2차적으로 DFG와 같이 연구축진을 임무로 하여 구성된 시설을 의미한다고 볼 수 있다.<sup>116)</sup> 한편 학문적 연구시설과 구분하여 제91b조 제1항 제2호에 규정된 ‘학문적인 연구의 의도’는 프로젝트와 같은 과제로 지원하는 것을 말한다.

‘대학(Hochschule)’의 개념에는 원래는 구 기본법 제91a조 제1항에서는 단지 ‘학문적 대학(wissenschaftliche Hochschule)’만을 의미했으나, 1970년의 개정으로 ‘모든 대학’이 포함되었다.<sup>117)</sup> 따라서 제91b조 제1항 제2호의 대학에는 순수한 목적의 학문적 대학 이외에도 예술대학(Kunsthochschule), 체육대학(Sporthochschule), 병합대학(Gesamthochschule), 전문대학(Fachhochschule) 등이 포함된다.<sup>118)</sup> 그러나 여기에서 사립대학교 교회대학, 실험실대학(Laborschule)과 상급단계입학준비과정(Oberstufenkollegs)은 제외된다고 본다.<sup>119)</sup>

한편, 제1항 제1호와는 달리 제2호에서는 시설을 고려하는 것이 아니라 단지 연구의 의도만을 고려하기 때문에, 종전의 구 기본법 제91a조

115) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 9.

116) BT-Drucks. 16/813, S. 17.

117) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 23.

118) Volkman, a.a.O., Rn. 16; Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 11.

119) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 17.

상의 대학의 확장과 신축은 더 이상 고려되지 않는다.

### ③ 연구시설

대부분의 대학시설물은 연구임무(Forschungsaufgaben)에 기여하기 때문에 제91b조 제1항 제3호의 ‘연구시설(Forschungsbauten)’을 명확히 정의하기에는 약간의 어려움이 있다. 행정시설, 학교식당, 기숙사 등과 같은 부속시설(Nebenanlagen)은 연구시설에 해당되지 않는다고 보는 것이 일반적이지만,<sup>120)</sup> 도서관이나 세미나시설 같은 경우에는 이에 포함되는지 논란의 여지가 있다. 따라서 대학의 건축계획과 대형기기의 축진은 단지 연구목적에 기여하는 경우에만 허용된다고 보아야 한다.<sup>121)</sup>

### ④ 교육제도의 이행능력

제91b조 제2항에서는 국제적인 비교를 통하여 교육제도의 이행능력을 평가하기 위한 공동의 협력을 다루고 있다.<sup>122)</sup> 이러한 조치의 승인은 교육제도에 대한 일반관할권에 따라 정해지므로,<sup>123)</sup> 원칙적으로 이는 주의 관할이다. 다만 학교 외의 직접교육, 재교육, 대학입학허가, 대학졸업은 주의 관할이 아니므로 관할에서 배제되며,<sup>124)</sup> 최근 문제되는 연방에 의한 종일학교(Ganztagsschule)도 제외된다.<sup>125)</sup>

## (5) 협력과 재정분담

### 1) 연방의 협력

제91b조에서는 제91a조와 달리 어떠한 절차나 특정한 재정분담율에 대해서 규정하지 않고 있다. 따라서 연방과 주(州)는 제91b조 제3항에

---

120) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 14.

121) BT-Drucks. 16/813, S. 17.

122) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 5.

123) BT-Drucks. 16/813, S. 17.

124) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 25, 42, 72 f.

125) U. Häde, a.a.O., S. 936.

따라 연방과 주의 비용부담을 합의에 의하여 정하여야 한다. 물론 이때의 연방과 주의 협력(Zusammenwirken)은 서면에 따른 합의에 의해야 한다. 여기서 ‘합의(Vereinbarung)’의 개념은 넓게 해석된다.<sup>126)</sup> 따라서 연방과 주 사이의 ‘행정협정(Verwaltungsabkommen)’이나 ‘국가조약(Staatsvertrag)’뿐만 아니라 단순히 정치적으로 효력이 있는 합의도 포함된다 고 보는 것이 일반적이다.<sup>127)</sup> 합의된 사항은 연방과 주 각자의 행정권이 미치는 한도 내에서 연방과 주(州)가 각각 분리해서 실행한다.<sup>128)</sup>

합의에 관해서는 단지 계약당사자간에 권리와 의무만 입증하는 간단한 협의도 가능하다.<sup>129)</sup> 이러한 협의는 공동사무를 제도적으로 고착화시키기 때문에, 그에 상응하는 위원회(Gremien)도 단순한 자문적인 기능뿐만 아니라 제한된 범위 내에서 특정 사항에 대한 결정을 할 수 있는 권한도 가질 수 있다.<sup>130)</sup> 정부 대표자에 의한 위원회의 구성과 위원회의 결정은 헌법적으로 구속력 있는 것으로 간주된다.<sup>131)</sup> 물론 여기에 적용되는 만장일치의 원칙(Einstimmigkeitsprinzip)은 정부가 승인한 경우에만 적용된다.

## 2) 재정부담

공동사무의 수행에 따른 비용부담(Kostentragung)은 연방과 주(州)의 합의에 의하여 규정되어야 하기 때문에 임의적일 수 있다. 그러나 연방과 주(州) 사이의 재정부담비율을 헌법차원에서는 명확하게 규정하지 않았음에도 불구하고 실무적으로는 1975년에 제정된 『연구축진을 위한 기본협정』에 따라 다음 표와 같이 분담율을 정하고, 그 외에는

126) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 23.

127) B. Pieroth, a.a.O., Rn. 2.

128) Majer, a.a.O., Rn. 20.

129) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 10.

130) Majer, a.a.O., Rn. 9; Volkmann, a.a.O., Rn. 11.

131) Majer, a.a.O., Rn. 18, 27; H. Siekmann, a.a.O., Rn. 31 f.; Volkmann, a.a.O., Rn. 12.

일반적으로 연방과 주가 각각 90:10에서 50:50까지로 규정하고 있다.

<연방과 주간의 재정분담율>

사업 및 단체명	연방과 주간의 분담율 (연방 : 주)
대규모 연구시설 및 프라운호퍼협회 (Fraunhofer-Gesellschaft)	90 : 10
특별연구분야 (Sonderforschungsbereiche)	75 : 25
독일연구협회(DFG), 막스플랑크협회 (Max-Planck-Gesellschaft), 기타	50 : 50

\* 출처 : 길준규 외, “독일의 지역균형발전을 위한 법체계에 관한 연구”, 토지공법연구, 한국토지공법학회, 2001.12, 25면.

제91b조에 따른 연방과 주(州) 사이의 연구축진을 위한 시행합의로서는 독일연구협회와 특별연구분야, 막스플랑크협회, 프라운호퍼협회, 독일과학자협회에 의하여 시행되는 연구프로그램 등이 있다. 그리고 이러한 시행합의는 Blaue Liste 부록에 실려 있다.<sup>132)</sup>

2006년 개정에 따라서 연방이나 주(州) 어느 한쪽에 의해서 비용이 전부 부담되는 것도 허용된다.<sup>133)</sup> 행정비용의 부담은 기본법 제104a조 제5항에 의하여 정해진다. 물론 의회의 예산고권은 관련이 없다. 연방에 의한 재정지원은 제91a조에서 삭제된 대학건축의 공동사무의 종료에 따라서 제정된 『해체법』 제2조 제1항에 근거하여 2007년 1월 1일부터 2013년 12월 31일까지 6조 9530만 유로가 지원될 예정이다.

그리고 기본법 제91b조에 근거하여서 연방은 2007년 1월 1일부터 2013년 12월 31일까지 매년 2조 9800만 유로를 대학분야의 초지역적인 촉진조치를 위하여 지원된다.<sup>134)</sup> 이러한 자금은 입법시행에 따른 경과 기인 2007, 2008년 연말까지 사용되지 않을 경우에는 다음 회계연도로

132) BLK Information, 2004, S. 65; Helfrich, WissR 1990, S. 244.

133) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 33.

134) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 10.



이월된다. 다음 연도에 사용하지 못한 자금은 그 다음 해로 또 다시 이월될 수 있다. 한편 『해체법』 제4조 제1항에 근거하여 지원금은 1000 유로 당 다음의 배분율에 의하여 각 주에게 배분된다.

<지원금의 주(州)별 배분율>

주	배분율	주	배분율
Baden-Württemberg	14.684002	Niedersachsen	6.934112
Bayern	17.256483	Nordrhein-Westfalen	15.395490
Berlin	4.917843	Rheinland-Pfalz	3.654778
Brandenburg	3.223713	Saarland	1.476280
Bremen	1.847088	Sachsen	8.201812
Hamburg	2.683724	Sachsen-Anhalt	5.172773
Hessen	4,319915	Schleswig-Holstein	2.553941
Mecklenburg-Vorpommern	3.460103	Thüringen	4.217943

\* 출처 : Hans-Günter Henneke, Art. 91a, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, Rn. 10.

아울러 2014년 1월 1일부터 2019년 12월 31일까지의 5년간의 기본법 제91b조의 공동사무를 수행하기 위하여 적절하고 필요한 자금의 상한에 대하여는 2013년 말까지 연방과 주는 『해체법』 제6조에 근거하여 심사하여야 한다.<sup>135)</sup> 물론 동법 제5조 제1항에 따라서 이러한 자금은 주에 의하여 대학병원을 포함한 대학의 확충과 신축을 위한 재정조달에도 투입할 수 있다. 다만 주는 연방에게 매년 지원된 자금의 사용에 관하여 보고연도의 6월말까지 보고하여야 한다.

135) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 10.

### Ⅲ. 재정제도에 관한 개정

#### 1. 구 독일 기본법상 연방과 주(州)의 재정분담

##### (1) 연 혁

1871년의 제국헌법 하에서 국가는 지정된 수입이 있는 임무만이 수행되었고, 바이마르 헌법에서도 재정분야는 제국을 우선시하였기 때문에 부담분배규정이 명문상 존재하지는 않았다.<sup>136)</sup> 다만 주의 세법이라고 할 수 있는 『재정조정법(Finanzausgleichgesetz, FAG)』에서는 “특정한 임무를 수행할 의무가 부여된 자는 그 부담도 부담하여야만 한다”는 원칙을 제시하고 있다. 특히 동법 제54조에서는 “제국(연방)은 주와 지방자치단체에게 필요한 자금을 제공할 수 있는 경우에만 새로운 임무를 지정할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>137)</sup>

본 기본법(Bonn Grundgesetz)의 제정이후에도 부담분배에 대한 규정이 존재하지 않았고, 1955년의 소위 『재정헌법법률(Finanzverfassungsgesetz)』에 의해서야 비로소 기본법 제106조 제1항 제2문에 “참여관계를 고려하는 경우에는 ... 연방과 주(州)는 자신의 임무수행에서 발생하는 지출은 각자 부담한다”는 규정이 신설되었다.<sup>138)</sup> 이 규정은 당시의 시대적인 경험에 의한 것으로, 연방국가원칙에 내재한 목표에 따라서 명백한 부담분배규정을 고려하지 않고 대신에 연방과 주(州) 사이의 고유성을 보호하고자 하였던 것이다.<sup>139)</sup> 더욱이 당시는 독일연방

---

136) Hans-Günter Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Rn. 69 ff., 75 ff.; ders., a.a.O., Rn. 2.

137) Hans-Günter Henneke, Der Landkreis 2006, S. 258; ders., a.a.O., Rn. 2.

138) 종전의 『기본법』 제106조 제1항 제2문 제1호의 규정은 현재는 『기본법』 제104a조에 규정되면서 연방과 주간의 부담분배의 일반원칙이 되고 있다.

139) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 3.

공화국의 건국초기라서 연방의 재정지원은 주(州)에 대한 심리적·정치적 압력으로 작용할 위험성, 즉 “지불하는 자가 명령한다(Wer zahlt, schafft an)”라는 원칙에 따라서 연방이 재정지원을 이유로 정치적인 영향력을 행사할 가능성이 있었기 때문이다.<sup>140)</sup> 이에 대한 판단으로 말미암아 주(州)는 차츰 공동화되기 시작하였고 이에 따라 연방국가원칙이 점차 쇠퇴하게 되었다.

이러한 문제는 재정책임을 완화하고자 재정지원 없이 부과하던 임무이양의 비체계성을 보완한 1969년의 ‘재정개혁(Finanzreform)’을 통해 해결의 실마리를 풀어가게 되었다. 이 재정개혁으로 인하여 연방국가의 원리는 재정적 부담의 배분과 임무책임의 명확한 구별을 요한다는 인식이 이루어졌다. 더욱이 1990년에 들어서는 연방이 적절한 임무재정조달을 고려하지 않고서는 임무와 재정조달부담을 주(州)와 지방자치단체에게 이양할 수 없다고 생각하기 시작하였다.<sup>141)</sup>

## (2) 연방주의 개혁논의의 발단

그동안 독일은 연방에 대한 권한의 집중화가 여전하였고, 많은 정책들이 연방참사원의 다수당에 의해 제재를 받는 등 이른바 협력적 연방주의<sup>142)</sup>에 대한 문제점이 강하게 제기되면서, 2003년 연방주의 개혁위원회(Föderalismus-Kommision)가 만들어져 활발한 활동이 이루어졌다. 위원회는 주(州)에게 보다 많은 권한을 부여하고 주(州)들의 독립성과 자기책임을 강조하였다는 점에서 기존 협력적 연방주의에 대비되는 경쟁적 연방주의에 힘을 기울였다고 볼 수 있다.

140) 길준규·강주영, 지방재정지원제도에 관한 법제연구(III), 한국법제연구원, 2008, 29면.

141) 길준규·강주영, 전게서, 30면.

142) 이른 1930년대 말 미국의 루스벨트 대통령에 의해 추진된 뉴딜정책 하에서 논의되었던 ‘co-operative federalism’에서 연유한 것으로 1960년대와 1970년대에 들어서 독일에 도입되었다. W. Luthardt, Abschied vom deutschen Konsensmodell? Zur Reform des Föderalismus, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13/99, 26. März 1999, S. 20.

비록 결과적으로 위원회에 의한 연방주의 개혁은 성사되지 못하였으나, 2005년 이후 형성된 독일의 사회민주당(SPD)과 기독교민주당(CDU)·기독교사회당(CSU)의 대연정으로 인하여, 의회의 다수를 차지하게 된 이들에 의하여 연방주의의 개혁은 다시 한 번 현실화되기에 이르렀다. 그 이전부터 논의되었던 재정조정에 관한 연방주의의 개혁은 연방과 주(州), 그리고 주(州) 상호 간의 갈등으로 인하여 이미 촉발되었다는 배경을 갖고 있다. 특히 독일 남부의 부유한 주(州)들이 제기한 재정조정에 관한 위헌법률심판에서 독일연방헌법재판소가 시한을 정하여 재정조정기준법(Maßstäbengesetz)을 제정하도록 하고, 이를 기준으로 다시 재정조정법률(Finanzausgleichsgesetz)을 개정하도록 판시한 것이 결정적 계기가 되었다. 이에 따라서 연방과 주(州)들은 해당 법률을 제정할 수밖에 없었고, 이러한 논의과정을 통하여 독일연방체계의 개혁논의가 본격적으로 이루어지기 시작하였다.

그 중 재정헌법에 대한 개혁은 독일연방의 재정적 위기와 맞물린 측면이 있는데, 특히 기본법 제105조의 조세입법권의 지방이양에 관한 문제, 제106조와 제107조의 조세수익의 분배 및 재정조정에 관한 문제, 제104a조 및 제91a조, 제91b조와 관련된 비용부담의 문제 등이 개혁대상으로 대두되었다.

### (3) 재정헌법의 개정논의

#### 1) 조세입법권의 문제

독일기본법 제105조 제1항에 의하면, 연방은 관세 및 전매권에 관하여 배타적 입법권을 가지며, 제2항에 의하면 연방에게 조세수입의 전부 또는 일부가 귀속되거나 기본법 제72조 제2항의 요건이 존재하는 경우 연방은 경합적 입법권을 가지게 되어 있다. 그러나 점차 입법권은 연방에 집중되었고 연방은 경합적 입법권의 모든 영역을 차지하기

시작하였다. 게다가 연방참사원의 동의를 필요로 하는 법률은 기본법이 제정된 이래 두 배로 늘어났다.<sup>143)</sup> 기본법에 의한 입법고권의 이전으로 주 의회(Landesparlament)는 권력을 상실해갔기 때문에, 그 정치적 중요성은 줄어들었고, 조세입법권의 불평등한 분배는 조세입법분야에서 연방이 지배적인 위치를 확보하는 결과를 초래하였다.

이러한 결과로 주(州)의 조세입법권을 강화하자는 방향의 논의가 상대적으로 많이 등장하게 되었는데, 예컨대 프랑크푸르트연구소는 연방의 경합적 입법권의 범위를 제한 할 것과 더불어 결합시스템(Steuerverbund)을 포기하고 분리시스템(Trennsystem)으로 넘어가는 것이 주(州)의 자치 강화와 정책의 논리적 일관성에 있어서도 타당하다고 밝힌 바 있다.<sup>144)</sup>

## 2) 국가사무의 비용부담분배

국가사무의 비용부담의 문제는 기본법 제104a조와 더불어 앞서 살펴보았던 제91a조, 제91b조와 관련되어있다. 독일의 재정헌법상 행정지출(Verwaltungsausgaben)과 목적지출(Zweckausgaben)은 서로 구별되는 개념이다. 즉 직접적, 인적, 사항적 행정지출에 대해서는 기본법 제104a조 제5항이 적용되었고(이는 2006년 개정사항에 해당되지 않는다), 기본규율인 목적지출에 대해서는 제104a조 제1항이 적용된다. 제104a조 제1항에 의하면 기본법에서 다르게 규정하지 않는 한 연방과 주(州)들은 자신의 과제를 수행함에 따라 발생하는 지출을 각자가 부담한다. 따라서 재정권한은 행정권한(Verwaltungszuständigkeit)을 따르게 된다(이른바 집행원인주의).<sup>145)</sup>

143) C. Gramm, *Gewaltenverschiebungen im Bundesstaat*, AöR 1999, S. 216 f.

144) 분리시스템에 따르면 부가가치세에 대한 입법고권과 수익고권은 연방이 갖고 소득세에 대한 입법고권과 수익고권은 주(州)가 갖게 된다. Frankfurter Institut-Stiftung Marktwirtschaft und Politik, *Die föderative Ordnung in Not, Zur Reform des Finanz ausgleichs*, Schriftenreihe: Bd. 36, 2000, S. 75.

145) 기본법이 규정하는 이러한 집행원인주의의 예외는 기본법 제104a조 제2항의 연

비용부담분배에 대해 논의되었던 부분들은 (i) 기본법 제104a조 제1항은 1969년 재정개혁에 의하여 의도되었던 원래의 역할을 제대로 하고 있지 못하여, 국가 등이 지출부담의 경감을 위하여 재정부담의 일부를 하위에 있는 주(州)들에게 전가하는 것을 막지 못한다는 점,<sup>146)</sup> (ii) 기본법 제104a조 제4항과 관련해서는 연방이 주(州)와 그 하위의 Gemeinde의 투자에 대한 재정지원을 할 수 있음을 기화로 하여 이 규정을 주(州) 등에 자신의 정책을 추진하기 위한 도구로 활용한다는 점이 문제시 되어왔고, (iii) 기본법 제91a조(대학 및 대학병원의 신축 내지 확장)과 지역경제구조의 개선, 농업구조 및 해안지역보호의 개선)와 제91b조(교육계획과 연구지원)의 공동과제(Gemeinschaftsaufgaben)와 관련한 문제, 즉 전자에 의한 공동과제의 경우 연방과 주(州)의 비용부담을 확정적으로 규정하고 있는 반면, 후자의 경우 비용분배를 연방의 재량에 맡긴 채 주(州)와의 협의대상으로 삼고 있다는 점 등에서 보완이 요구되어 왔다.<sup>147)</sup>

#### (4) 재정헌법의 개정

독일기본법 제10편에서는 이른바 ‘재정헌법(Finanzverfassung)’이라고 일컬어지는 재정제도(Finanzwesen)에 대해서 규율하고 있다. 독일의 재정제도는 이론적으로 보면, “직접적인 국가행정이 여러 특별성을 입증하는 국가의 자금수단에 대한 수입, 관리, 분배에 관한 포괄적인 법규정”이다.<sup>148)</sup> 이러한 재정제도는 규범적으로는 각 행정주체의 재정관련

---

방위임행정과 제104a조 제3항의 금전급여법률, 제104a조 제4항의 재정지원, 제91a조와 제91b조에 의한 공동사무, 제120조 제1항 제4문에 의한 사회보험에 대한 보조금지원 등을 들 수 있다.

146) Vgl. R. Grote, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen? JZ 1996, S. 832.

147) 이에 대한 상세한 내용은 문병효, 독일에서의 경쟁적 연방주의의 대두와 재정헌법의 개혁논의, 중앙법학 제8집 제1호, 중앙법학회, 2006, 120-123면 참조.

148) M. Heinezen, Vor Art. 104 - 115, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003,

성과 예산제도를 중심으로 형성되어 있다. 그리고 이러한 연방국가내에서의 재정관련성은 헌법적인 구조에서 다루어지므로, 이에 대한 헌법적인 함의를 재정헌법이라고 보고 있다. 이에 따라서 실정헌법상의 재정헌법규정을 분석해보면, 제104a조에서 제109조까지를 협의의 재정헌법이라고 보고,<sup>149)</sup> 제110조에서 제115조까지를 예산헌법(Haushaltsverfassungsrecht)라고 하여,<sup>150)</sup> 재정제도의 두 개의 큰 규율범주로 보고 있다.<sup>151)</sup> 그런데 기본법 제109조가 재정헌법의 측면과 예산헌법의 측면을 다 가지고 있으므로 일부에서는 양자를 포괄하는 의미로서 재정헌법과 예산헌법이라고 주장하기도 한다.<sup>152)</sup> 이러한 재정헌법과 예산헌법의 측면을 포괄하여 국가의 재정경제를 규율하는 헌법문언의 총합개념을 광의의 재정헌법이라고 볼 수 있다.<sup>153)</sup>

기본법에 나타나 있는 연방과 주(州)에 대한 재정관계를 고찰하기 위하여 우선적으로 검토해야 할 사항은 독일 내에서 이들 사이에서의 ‘임무배분(Aufgabenverteilung)’과 ‘지출책임(Ausgabenverantwortung)’의 문제이다. 연방국가인 독일에서 연방과 주(州), 그리고 지방자치단체 간에 국가임무를 어떠한 방식으로 배분할 것인가의 문제는<sup>154)</sup> 이후 어떠한

S. 816; 길준규, 전게서, 29면.

149) 이들 조문은 국가의 수입배분에 관한 것으로 ‘국가의 공과금을 부과하고 관리하는 것’과 ‘연방국가의 여러 차원으로 배분하는 것’이 해당된다. 견해에 따라서는 『기본법』 제108조까지로 한정하여 보기도 한다. 『기본법』 제108조까지로 한정하는 견해로는 Hans-Günter Henneke, a.a.O., S. 2156.

150) 역시 이것도 『기본법』 제109조부터 보는 견해도 있다(Hans-Günter Henneke, a.a.O., S. 2156).

151) Hans-Günter Henneke, a.a.O., S. 2156.

152) K. Stern, Staatsrecht II, S. 1050, 1061.

153) Vogel/Waldhoff, vor Art. 104a, BK, 1997, Rn. 1.

154) 최근에 독일에서의 연방국가의 개혁문제로 인한 연방주의(Föderalismus)의 개선책으로서 2006년에 기본법에서의 재정헌법 조항이 대폭 개정되었다. 이러한 연방주의 개혁에 대한 소개로는 문병효, 전게논문, 103면이하; P. Selmer, a.a.O., S. 1052 ff.; ders., Zu Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung - Fragestellung nach Föderalismusreform und Berlin-Urteil des BVerfG, NVwZ 2007, S. 872 ff.; Felix Ekardt/Daniel Buscher, Föderalismus II - Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern

국가임무를 수행하기 위하여 이들 중 “누가 어떠한 방식으로 재정을 조달할 것인가”에 대한 재정관련성의 문제보다 선결되어야 하는 것이기 때문이다.<sup>155)</sup> 연방국가에서 임무배분에 대하여는 기본법 제30조에서 일반적 권한배분을, 제70조·제83조·제92조에서 특별 권한배분을 비교적 상세하게 규정하고 있다.

따라서 국가의 임무배분을 헌법유보로서 규정하고 있고 있다면, 그에 따른 지출배분(Ausgabenverteilung)의 문제도 역시 헌법에 의하여 지정되어야만 한다. 왜냐하면 어떠한 국가기관에 국가임무가 배분되어 지정된다면, 그러한 국가임무를 수행하기 위해서는 당연히 그에 따른 예산배정도 필요하기 때문이다.

아울러 오늘날 연방국가내에서의 행정주체간의 임무배분과 재정적인 부담배분(Lastenverteilung) 그리고 수입배분(Einnahmeverteilung)간에는 밀접한 내적 결합성이 있다고 인정되고 있기 때문이다. 따라서 재정적인 부담배분에 대한 규정은 한편으로는 임무배분과 다른 한편으로는 수입배분과 결합되어 있다.<sup>156)</sup> 이러한 임무배분과 재정제도와와의 결합은 연방국가적인 구조에서는 필연적인 결과이기도 하다.

2006년 개정에 포함된 재정관련 사항은 제104a조, 제105조, 제107조, 제109조의 총 4개 조문이다. 제104a조에서는 지출부담의 원칙을, 제105조에서는 조세입법권의 지방이양에 관한 문제를, 제107조에서는 재정조정과 보조금제도를, 제109조에서는 연방과 주(州)의 예산운용을 각각 다루는 등 재정조정 및 재정지원에 관한 기본적인 문제를 규정하고 있다.

---

und Kommunen, DÖV 2007, S. 89 ff.  
155) 길준규, 전게서, 29면.  
156) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn.. 183.



## 2. 2006년 개정 독일 기본법상 지출권한과 재정조달 권한의 개편

### (1) 금전급부의 개념

제104a조 제3항에서는 “연방법률의 집행을 주의 사무로 하고, 이러한 주의 연방법의 집행에 대하여 연방이 자금의 전부 또는 일부를 지원하도록 연방법률에서 규정할 수 있다”고 명시하였는바, 이를 ‘금전급부법(Geldleistungsgesetze)’이라고 한다. 이는 연방이 어떠한 정책을 결정하고 이에 대한 법률을 통하여 주(州)의 정책집행에 따른 금전급부(비용의 부담)에 관한 내용을 제시하는 형태이다.

지출배분의 근본규정은 기본법 제104a조 제1항에서 규정하고 있는 지출부담의 원칙(Ausgabenverteilung)이다.<sup>157)</sup> 연방과 주(州)는 기본법이 다르게 정하지 않은 한, 각기에 자신의 임무의 수행에서 주어지는 지출은 각자가 부담한다고 하는 원칙을 규정하고 있다. 아울러 이러한 원칙은 연방과 주(州)와의 관계만이 아니라 연방과 지방자치단체와의 관계에도 적용된다.<sup>158)</sup> 기본법 제104a조에서 개정된 항목은 제3항과 제4항, 제6항이다.

제104a조 (연방과 주의 지출권한배분과 재정조달권한배분)

(3) 금전급부를 제공하고 주에 의하여 실행되어지는 연방법률은 금전급부의 전체 또는 부분적으로 연방에 의하여 부담된다는 것을 규정할 수 있다. 법률에서 연방이 지출의 절반 또는 그 이상을 부담하는 것으로 규정한다면, 이는 연방의 위탁으로 수행되어야 한다.

157) U. Häde, Finanzausgleich - die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union, 1996, S. 48.

158) BVerfGE 86, 148 (215); BVerwGE 44, 351 (364); 98, 18 (21); 100, 56 (59). 다른 견해로는 Schneider, Art. 104a, in: Denninger (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2002, Rn. 6; J. Hellermann, Art. 104a, in: v. Mangolt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Rn. 56.

그러나 기본법에서는 어떠한 강제적인 비용부담(Kostentragung)에 관한 규정도 두고 있지 않기 때문에, 비용배분에 대하여는 입법자에 맡겨져 있다.<sup>159)</sup> 따라서 입법자는 연방이 목적지출의 전부 또는 일부를 부담할 것인지 또는 제104a조 제1항의 원칙에 따라서 완전히 주(州)의 부담으로 정할 것인지에 대하여 결정할 수 있다. 다시 말해서, 제104a조 제3항에서는 연방에게 목적지출비율에 대한 모든 지출책임을 연방에게 부과하는 것이 아니라 연방과 주(州)간의 목적지출비율(Zweckausgabenquoten)을 어떻게 배분할 것인가는 입법자에게 맡겨져 있다는 것이다.

다만, 제104a조 제3항 3문에 따라서는 비용분배인 경우에, 즉 주(州)가 최소 목적지출의 1/4이상을 부담하여야만 하는 경우에는 연방참사원의 승인을 얻도록 하고 있다. 이러한 점에서 본다면, 재정적인 연방의 관여가 가능하다고 볼 수 있다.

## (2) 임무집행과 주(州)정부의 재량권

이러한 금전급부법률에서는 제공될 지원의 수령자, 전제조건, 방법, 금액 등이 이미 규정되어 있다. 이러한 점에서 금전급부법률과 같이 법이 행정청에 중요한 재량권을 부여하지 않고 행정작용에 대한 개별적인 사항까지 스스로 규정하려고 한다면, 결국 주(州)가 사무수행과정에서 행정재량을 갖는 것이 아니라 연방이 입법을 통하여 금전급부에 대한 결정을 하는 것이기 때문에 사무집행의 영역에서 발생한 목적지출이 관할 행정청에 의해서 결정적인 영향을 받게 된다는 논리는 수용될 수 없을 것이다.<sup>160)</sup> 아울러 법률에서 금전급부를 통한 사무의 수행방법에 대하여 프로그램방식으로 자세하게 규정하고 있으므로 주(州) 행정청은 자기책임적인 재량은 부여받지 않게 된다.

159) H. H. von Armin, § 103 Finanzzuständigkeit, in: Kirchhof/Isensee, HStR IV, 1990, Rn. 33.

160) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 22.

따라서 법률을 시행함으로써 나타는 일반적인 사무수행의 특징은 여기에서는 존재하지 않는다. 단지 주(州) 행정청만이 목적책임을 지기 되는데, 그렇기 때문에 자신이 책임지지 않는 목적지출에 대한 주(州)의 비용부담은 정당화될 수 없다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 금전급부법률에서 목적지출의 비율은 비교적 재정규모가 높은 편이다. 그렇기 때문에 연방의 금전급부법률에 의한 비용부담에 대하여 주(州)의 특별한 보호필요성이 생기는 것이다.

### (3) 내 용

#### 1) 금전급부

제104a조 제3항에서 규정하고 있는 ‘금전급부(Geldleistung)’의 개념은 “반대급부와 독립되어 있고 사인 또는 공적인 수령권자에 대한 일회적이거나 지속적인 금전적인 기부”이다.<sup>161)</sup> 따라서 이것은 주로 연방의 정책결정에 따른 정책집행에 대한 금전급부라고 할 수 있다. 이러한 자금에 해당되는 것은 정책집행을 지원하기 위한 장려금(Prämien), 원조(Untersützung), 촉진지원(Förderleistungen) 등은 물론, 설사 대여금(Darlehen)으로 제공되었을 지라도 이러한 금전급부에 해당될 수 있다.<sup>162)</sup>

#### 2) 법률규정과 재량

금전급부법률에서 수령자에 대한 요건과 지원금의 상한에 대한 내용들을 특정하지 않고 있는 것은 동법을 실제로 적용하는 데 있어서 논란의 여지가 될 수도 있다.<sup>163)</sup> 사실 금전급부법률은 명령규정이므로 자체적으로 이러한 금전급부에 관한 사항을 지시하여야만 하지만,<sup>164)</sup>

161) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 23.

162) 저축장려금(Sparprämien), 주거지원비(Wohngeld), 건축장려금(Wohnungsbauprämien), 연방장학금(Bafög), 유류보조비(Gasölbeihilfe) 등이 포함된다.

163) H. H. von Armin, a.a.O., Rn. 35.

164) H. Siekmann, a.a.O., Rn. 31.

실제로 그렇지 못하기 때문에 행정청은 재량으로 이러한 사항들을 결정할 수 없다. 따라서 금전급부에 대한 엄격한 청구권은 주(州)에게 허용되지 않으며,<sup>165)</sup> 설사 보호할 필요가 있는 주(州)에게도 어떠한 연방에 의한 공동재정조달에 대한 청구권을 부여하는 것은 아니라고 보아야 한다. 다만 주(州)의 지위는 2006년 9월 1일자로 연방주의개혁에 따른 기본법 제104a조 제4항에 의하여 좀 더 강화되었을 뿐이다.<sup>166)</sup>

### 3) 물적 지원과의 구분

금전급부에서 단지 금전적으로 가치 있는 물적 지원 또는 비교할만한 용역제공을 목표로 하는 법률은 제104a조 제3항의 구성요건에 해당되지 않는다. 이러한 금전지원과 금전적 가치 있는 물적 지원과의 구분은 이 기본법조항이 이미 1969년에 제정된 이후로 그 근거에 대하여 법정책적으로 의문이 존재하였지만, 여전히 현행법으로서 유효하다.

따라서 ‘연방국가질서의 현대화를 위한 위원회’의 보고서에서와 같이 다소 논란은 있었지만, 여전히 물적 지원에 관한 법률과 금전지원에 관한 법률은 완전히 다르게 취급되고 있다. 그러므로 금전지원을 위해 존재하는 연방의 재정조달권한은 물적 지원까지 확대될 수 없다. 왜냐하면 그러한 경우에는 연방의 재정부담이 늘어나므로 재정체계에 대한 결정이 문제되고, 주(州)에 대한 연방의 영향력강화가 문제되기 때문이다.

## (4) 금전급부법률

### 1) 지원법률의 형식

그렇다면, 과연 금전급부법률이라는 것은 기본법 제104a조 제3항의 구성요건에서 ‘순수한 금전급부법(reines Geldleistungsgesetz)’을 요구하는

165) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 24.

166) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 27.

것인가의 문제가 있다. 그러나 금전급부는 해당 법률의 유일한 내용일 필요는 없다고 본다.<sup>167)</sup> 따라서 해당법률에서 금전급부 외에 다른 급부를 규정하고 있어도 기본법 제104a조 제3항이 적용된다. 따라서 헌법규정이 요구하는 단지 법률상의 지원규정이다. 예를 들면 사회법전 제2편(SGB II)과 사회법전 제12편(SGB XII)에서 생계지원, 저소득자에 대한 지원 등을 규정하고 있더라도, 같은 법내에서 난방지원 등을 규정하고 있으면, 기본법상의 금전급부에 해당된다.

## 2) 지원법률의 종류

금전급부법제에 속하는 법률에는 「연방양육비법(Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit(Bundeserziehungsgeldgesetz, BErzGG)」<sup>168)</sup>에 따른 양육비(Erziehungsgeld),<sup>169)</sup> 「연방교육촉진법(Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung, Bundesausbildungsförderungsgesetz, BAföG)」<sup>170)</sup>

167) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 26.

168) 이 법률은 1985년 12월 6일자로 제정되었고(BGBl. I, 2154), 2000년 12월 1일자의 형식이며(BGBl. I, 1645)이며, 최종적으로는 2004년 12월 27일(BGBl. I, 3852)에 개정되었다. 한편 이법을 「연방자녀양육급여법」(Bundeserziehungsgeldgesetz, federal child-rearing benefit law)이라고도 번역한다. 한국여성정책연구원, “국제리뷰04-07”.

한편 “2007년 1월부터 독일에서 새로운 부모수당 및 부모휴가제도가 실시된다. 2006년까지 부와 모는 자녀가 출생한 후 ‘연방자녀양육급여법(federal child-rearing benefit law)’에 따라 부모휴가기간 중 자녀양육급여를 지급하였다. 그러나 2007년부터는 「연방부모수당 및 자녀양육시간법」(Bundeselterngeld- und Erziehungszeitgesetz, federal parents benefit and child-rearing time law)’에 따라 부모수당을 지급하게 된다”. 「연방양육비법」으로 번역하는 견해는 이진숙, 독일의 가족정책과 행정진달체계 분석, 새로운 가족유형확산에 따른 국가적 대응전략(제14차 여성정책포럼), 한국여성개발원, 2003.4.24, 30면.

169) 이는 “2001년 이후부터 양육비는 자녀를 직접 양육하고 1주일에 30시간 미만으로 취업을 하고 있는 부모에게 소득에 따라 차등적으로 지급된다. 부모는 양육비를 지급받을 때 자녀가 2세에 이를 때까지 매달 최고 307 유로(연간 최대 7368유로)를 받는 정규급여와 자녀가 1세가 될 때까지 매달 최고 460 유로(연간 최대 5520유로)를 받을 수 있는 대안(budget) 중 선택이 가능하다. 일반적으로 양육비는 연간 총소득이 부부의 경우엔 51,130유로, 한 명의 부모에게는 38,350 유로이하이면 자녀의 생후 6개월까지 지급된다”고 한다. 이진숙, 전개논문, 33면.

170) 이 법은 1971년 8월 26일자로 제정되었으며(BGBl. I, 1409), 최종적으로는 2007년 12월 23일자로 개정되었다(BGBl. I S. 3254). 이는 ‘연방교육장려법’이라고도 번역

에 의한 교육촉진대여금,<sup>171)</sup> 『피해자보상법(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, Opferentschädigungsgesetz, OEG)』에 의한 지원금,<sup>172)</sup> 『저축장려금법(Sparprämienengesetz)』<sup>173)</sup>에 의한 저축장려금(Sparprämien), 『주거지원금법(Wohngeldgesetz)』에 의한 주거지원금(Wohngeld),<sup>174)</sup> 『주택건축장려금법(Wohnungsbau-Prämienengesetz, WoPG)』<sup>175)</sup>상의 주택건축장려금(Wohnungsbau-Prämien), 『양육비선급지원법(Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter durch Unterhaltsvorschüsse odenausfalleistungen, Unterhaltsvorschussgesetz, UhVorschG)』<sup>176)</sup>상의 양육비선급금(Unterhaltsvorschuss)<sup>177)</sup> 등이 있다. 단 이들 중 양육비선급금은 2007년에 『부모급여 및 부모시간에 관한 법률(Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit, Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz-BEEG)』에 의하여 부모급여(Elterngeld)로 개정되었고,<sup>178)</sup> 저축장려금은 1999년

---

역한다([http://salzz.com/salzbbs/zboard.php?id=writings\\_articles&page=1&sn1=&divpage1&category=3&sn=off&ss=on&sc=on&select\\_arrange=headnum&desc=asc&no=13](http://salzz.com/salzbbs/zboard.php?id= writings_articles&page=1&sn1=&divpage1&category=3&sn=off&ss=on&sc=on&select_arrange=headnum&desc=asc&no=13)).

171) 이는 부모의 재산상황과 상관없이 자신의 학업을 끝낼 수 있도록 학업기간동안 연방에 의하여 지원되는 대여금이다. 이러한 ‘교육촉진대여금’에 대하여는 연방교육연구부에서 별도의 홈페이지를 운영하고 있다(<http://www.bafoeg.bmbf.de/>). 경우에 따라서는 이를 ‘대학생용자금’이라고 번역하기도 한다([http://www.koreabn.de/cgi-bin/ikoreabn/read.cgi?board=b04&y\\_number=861&nnew=1](http://www.koreabn.de/cgi-bin/ikoreabn/read.cgi?board=b04&y_number=861&nnew=1)).

172) 이 법은 1976년 5월 11일자로 제정되었으며(BGBl. I 1181), 2007년 12월 13일자로 최종 개정되었다(BGBl. I 2904). 宮澤浩一/장규원 옮김, 수사연구 1998년 4호 게재, <http://www.prochang.com/viktimologie/vorlesung01/victim15.htm>.

173) 이 법률은 1959년 5월 5일자로 제정되었으며(BGBl. I 241), 1999년 12월 22일자로 폐지되었다(BGBl. I 2601).

174) 이는 자신의 수입보다 높은 월세를 살고 있는 사람에게 해당 주택의 월세에서 일정부분을 지원해 주는 제도로 ‘주거보조금법’, ‘월세보조금’, ‘주거보조금’ 등으로 의역하기도 한다. 오준근, 독일의 공공주택관련 법제개혁, 한국법제연구원, 2003.4. 12, 26, 60면.

175) 이 법률은 1952년 3월 17일자로 제정되어(BGBl. I 319), 2008년 7월 29일자로 최종 개정되었다.

176) 이 법률은 1979년 7월 23일자로 제정되어(BGBl. I 1184)로 제정되어, 2004년 7월 30일자로 최종 개정되었다(BGBl. I 1950). 동 법률 제1조는 2002년 12월 18일자의 헌법재판소결정으로 무효가 되었다. BVerfGE 106, 310 (351).

177) ‘생계보조금법’으로 번역하기도 한다. 오준근, 전제논문, 71면.

178) 이는 『아동급여법』(Bundeskindergeldgesetz)에 의한 아동급여(Kindergeld)와는 다른

에 폐지되었다.

<금전급부법률에 따른 연방의 지원금>

지 원 항 목	지 원 금 액
주거지원금(Wohngeld)	1,084,500,000유로
구직자의 숙소 및 난방 서비스에 대한 참가(사회법전 II)	3,532,800,000유로
구 동독지역의 C형간염희생자에 대한 손해배상(Hepatitis-C-Opfer)	1,800,000유로
폭력범죄의 희생자에 대한 손해배상	31,800,000유로
양육비선급금	268,300,000유로
연방교육촉진법상 대여금(Bafög)	976,100,000유로
구동독여당(SED)-불법의 청산	14,900,000유로
총 계	5,910,000,000유로

\* 출처 : Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, S. 2177 내용을 도표화하였음.

(5) 부담비율

이러한 연방의 금전급부로서 연방과 주(州) 사이의 공동재정조달은 상이한 비율로 이행되는데,<sup>179)</sup> 이러한 예로는 주거지원금, 주택건설촉진비, 교육촉진대여금 등이 있다. 2005년을 기준으로 하면, 연방이 금전급부법률에 따라 지원한 금액은 59억 1천만 유로(약 8조 8865억원)이다. 다만, 연방의 주(州)에 대한 금전급부가 법률에 의하여 비용의 절반이상을 부담하는 경우에는 연방의 위탁으로 처리되어야 한다.

것이다. 물론 이를 ‘아동수당법’ 및 ‘아동수당’으로 번역하기도 한다. 이진숙, 전제 논문, 32면. 그러나 ‘실업수당’(Arbeitslosengeld)을 ‘실업급여’로도 번역한다는 점에서는 ‘아동급여’라고 번역하였다.

179) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 226.

### (6) 행정지출책임제도

제104a조 제5항 제1문에서는 연방과 주(州)는 질서에 합치된 행정(ordnungsmäßige Verwaltung)을 위하여 서로 비례적인 책임을 지도록 하고 있다. 즉 연방과 주(州)에게 질서에 맞는 행정을 위한 상호적인 책임에 근거하여 생기는 비용은 이러한 규정이 제104a조 제5항 제1문의 전체 문맥에 잘 맞게 삽입된 것처럼 행정지출로서 지급하여야 한다. 만약 주(州)가 연방에 대한 책임의 재정적인 결과를 제104a조 제1항 상의 지출부담원칙의 예외로서 연방에게 스스로 부담시킨다면, 이것은 옳지 않다.

#### 제104a조

(5) 연방과 주는 자신의 행정청에게 생기는 행정지출을 부담하고 질서에 맞는 행정을 위하여 서로 비례적으로 책임을 진다. 자세한 것은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 규정한다.

아울러 이러한 국가구조의 이원성으로 생기는 책임질서는 단지 연방과 주(州) 사이에서만 적용된다. 그렇다면 여기에서는 연방과 지방자치단체와의 관계가 문제될 수 있다. 그러나 이러한 행정지출에 대한 책임은 직접적으로 연방과 지방자치단체 사이에는 적용되지 않는 것으로 본다. 왜냐하면 이것은 기본법이 “지방자치단체는 주로 귀속된다”고 보기 때문이다. 이러한 책임질서에 따라서 주(州)가 연방에 대하여 시, Kreis, Gemeinde에 의한 연방법의 질서에 맞는 시행에 대하여도 역시 책임을 지게 되는 것이다. 한편 주(州)가 지방자치단체의 행정지출을 부담한다면, 지방자치단체에 대한 구상권의 행사문제가 논의될 수 있다. 제104a조 제5항 제1문에서는 지방자치단체에 대한 연방의 직접적인 청구권을 규정하고 있지 않기 때문에 주(州)가 지



방자치단체에게 구상한다는 것도 원칙적으로는 배제되어 있지 않다고 볼 수 있다.<sup>180)</sup> 그러나 그렇다고 바로 주(州)가 지방자치단체에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것은 아니고, 이러한 경우에는 주(州)의 구상권 행사에 대하여는 특별법적인 수권근거가 요구된다고 보고 있다.<sup>181)</sup>

물론 제104a조 제5항 제1문의 문맥상으로는 연방도 주(州)도 책임을 지는 것으로 규정되어 있다. 그러나 실무적으로는 주(州)의 책임은 연방법의 질서에 맞는 시행을 위한 것이고, 따라서 연방행정청에 의한 주(州)에서 속하는 맥주세의 질서에 맞지 않는 행정과 같은 특별사례는 배제하고 있다. 주(州) 행정청에게는 기본법 제84조와 제85조에 근거하여 연방에 대하여 제104a조 제2항과 제3항을 이유로 광범위한 재정적인 일관성을 가지는 행정결정이 부과된다. 따라서 제104a조 제5항 제1문의 책임규정은 연방의 추가적인 확보기능을 가지고 주(州) 행정청에 의한 연방법률의 질서에 맞지 않는 시행에 따른 재정적인 결과로부터 보호한다.

제104a조 제5항 제2문에 따르면 이러한 행정지출에 대한 자세한 것은 연방참사원의 승인을 필요로 하는 연방법으로 규정한다. 그러나 그러한 법률은 지금까지 존재하지 않았다. 그렇기 때문에 이미 그러한 법률 없이 직접적인 청구권근거가 되는 책임규정이 문제되는 것이다.<sup>182)</sup> 이러한 견해에 따르면, 특히 주(州)는 연방에 대한 책임을 연방참사원의 불승인으로 방해할 수도 있다고 주장하고 있다. 한편 주(州)의 입장에서는 지금까지의 시점에서는 책임은 시행법 없이는 가능하지 않다고 주장하고 있다. 이러한 입장은 문헌에서 부분적으로 논의

180) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 42.

181) BVerwG, DÖV 1996, 326 (328) = DVBl. 1996, 986 (988).

182) BVerwGE 96, 45; BVerwG, NVwZ 1995, 991; DVBl. 1996, 986; DVBl. 1997, 717; R. Rudisile, Die Haftung für ordnungsmäßige Verwaltung zwischen Bund und Ländern (Art 104a Abs 5 GG), DÖV 1985, 916; U. Häde, a.a.O., S. 56 ff.

되고 있는데, 최소한 주(州)에게 규정된 연방참사원에 의한 협력을 통하여 책임을 기피할 수 있다는 위험이 주장되고 있다.<sup>183)</sup>

그 사이에 확정된 판결에 따르면, 제104a조 제5항 제1문은 연방법에 의한 자세한 형성 없이도 그 핵심분야에서 직접적으로 적용할 수 있는 청구권의 근거를 설명하고 있다고 본다. 제104a조는 1969년의 재정개혁법으로서 기본법에 삽입되었다. 동시에 지금까지의 조세위탁분야에서의 주(州)의 책임에 관한 규정, 즉 구 기본법 제108조 제4항 제2문은 삭제되었다. 시행법제정까지의 책임에서의 흠결은 발생하지 않았다. 제104a조 제5항 제1문의 문맥은 효력있는 청구권으로서 직접적인 형성과 일치한다. 책임규정의 체계적인 정비는 이러한 것을 강화시키고 있다. 이것은 특히 제104a조 제5항 제1문상의 행정지출규정과 적합하게 적용되기 때문에, 이것은 마찬가지로 직접적으로 적용될 수 있다. 이러한 해석에 따라 동 규정에서 주어진 행정지출규정은 구성적인 기능이 아니라 정리하는 기능을 가지고, 제104a조 제2항에서 제4항까지는 행정비용부담에 대하여 적용되지 않는다는 분명히 하고 있다.

## (7) 국제적 의무위반에 대한 비용부담

### 1) 배경

제104a조 제6항은 2006년의 기본법 개정으로 삽입된 내용으로, 직접적으로 적용될 수 있는 유럽공동체법의 집행에서 발생하는 의무침해에 대하여 어떤 지역단체가 책임을 질 것인가에 대한 그간의 헌법적으로 논란<sup>184)</sup>을 입법적으로 해결한 것이라 할 수 있다.

---

183) F. Kirchhof, Die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 1994, S. 105.

184) BVerfGE 109, 1 (7); BVerwGE 116, 234 (241 f.); M. Heintzen, Art. 104a, in: Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band. 3, 5. Aufl., 2003, Rn. 72; J. Hellermann, a.a.O., Rn. 204.

제104a조

(6) 연방과 주는 국내적인 관할권배분과 임무배분에 따라 초국가적 또는 국제법상 독일의 의무의 침해에 대한 부담을 부담한다. 유럽공동체에 의한 주를 넘는 재정조정의 경우에 연방과 주는 이러한 부담을 15대 85의 비율로 부담한다. 주 전체는 이러한 경우에 상호 연대하여 전체 부담의 35퍼센트를 일반기준으로 부담하고, 전체부담의 50퍼센트를 부담에 원인이 있는 주가 보유한 자금액에 상응하여 부담한다. 자세한 것은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 규정한다.

다른 한편에서는 이 규정은 단지 유럽공동체법뿐만 아니라 독일에 의한 초국가적인 의무 또는 국제법상의 의무위반에 대한 부담규정이 라고도 보고 있다.<sup>185)</sup>

2) 규정내용

제104a조 제6항 제1문에서는 유럽법의 집행과정에서 발생하는 의무 위반에 대하여 이른바 ‘원인자원칙(Verursacherprinzip)’을 규정하고 있다.<sup>186)</sup> 이는 의무위반에 대해서는 그 관할범위와 임무범위에서 의무침해를 행하고 있는 지역단체가 책임을 져야 한다는 것을 말한다. 이때의 책임은 채무와는 독립적인 것이다.<sup>187)</sup> 아울러 이러한 원인자원칙은 유럽공동체법 및 국제법과 관련하여 발생하는 모든 의무와 관련된 입법적·사법적·집행적인 위반행위에 대한 모든 사례에 대하여 수직적이고 수평적으로 적용된다.<sup>188)</sup> 지출부담은 제104a조 제6항 제2문과 제3문에서 규정된 연방과 주(州) 사이의 부담률에 의하여 배분된다.<sup>189)</sup>

185) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 59.

186) P. Kirchhof, DVBl. 2004, 984.

187) BVerfG, IN 17. 10. 2006 - 2BvG 2-04, Rn. 150 ff.

188) BT-Drucks. 16/813, 19.

189) BT-Drucks. 16/813, 19.

한편 제104a조 제6항 제2문에서는 유럽연합에 의한 초국가적인 재정교정을 위한 예외를 규정하고 있다. 재정교정(Finanzkorrekturen)은 유럽공동체 집행위원회에 의하여 동일한 행정시스템과 통제시스템에 하자가 있는 경우에 그에 상응하는 유럽법과 관련되는 모든 국가에 대하여 규정하고 있다. 제104a조 제6항 제4문에서는 전적인 연방의 입법권과 연방참사원에 의한 결함필요성을 규범화하고 있다. 이러한 규정위탁을 근거로 하여 「부담법(Lastentragungsgesetz)」이 「연방주의-시행법」(Föderalismus-Begleitgesetz)의 제15조로서 2005년에 제정되었다.<sup>190)</sup>

### 3. 2006 개정 독일 기본법상 투자금전급부의 개편

#### (1) 배경

투자금전급부법제를 최초로 헌법차원에서 규정하였던 것은 2006년의 기본법 제104b조로 개정되기 이전의 구 기본법 제104a조 제4항으로, 이 조항은 1969년의 재정개혁(Finanzreform)의 틀에서 재정헌법에 삽입된 것이다. 이러한 지원제도는 이전에는 입법적으로 규정된 적은 없었지만, 소위 ‘기금경제’ 내지 ‘기금관리(Fondwirtschaft)’라는 명목으로 연방에서 ‘불문의 실무’로 행하던 것을 ‘투자자금법’이라는 헌법규정으로 대체하게 되었다.

투자금전급부제도가 헌법에 규정되기 이전에는 주(州)의 특정한 프로그램에 대한 연방의 재정지원은 이를 지원하기 위한 ‘촉진프로그램(Förderungsprogramme)’과 ‘촉진준칙(Förderungsrichtlinie)’에 근거하여 공공으로 재정조달 되는 임무의 실현에 영향을 준다는 조건(부담)을 부과하고 부담을 붙인 주(州)와의 행정협정을 체결하여야만 하였다.

그러나 주(州)가 이러한 연방이 지원하는 것에 따른 구속에 종속되는 의무를 부담하지 않겠다고 한다면, 그러한 주(州)의 의무거부에 따

---

190) BGBl. I 2089.

라 연방의 지원금은 손실이 되었다. 이러한 이유에서 1969년의 재정 개혁법(Finanzreformgesetz)은 이러한 연방에 의한 주(州)의 임무에 대한 보조금의 불만족스러운 실태를 개선하고자, 앞서 언급한 공동사무에 관한 제91a조와 제91b조 외에도 제104a조 제4항을 헌법적으로 제도화 한 것이다.

따라서 이미 행해졌던 연방의 실무적 지원은 새롭게 제정된 104a조 제4항의 해석에 어떠한 영향도 미칠 수 없다. 구 기본법 제104a조 제4항(현행 제104b조)에서 연방과 주(州)의 협력에 대한 법적 형성은, 주(州)가 연방의 재정지원에 의존하게 되고 제공된 연방자금을 정치적인 이유에서 실무적으로 거부할 수 없기 때문에 기본법상의 연방국가적 질서와 합치하지 않는 주(州)의 정치적인 종속성을 가능하면 회피하기 위하여 분쟁사례에서 사법적용가능성에 대한 근거를 제공하게 되었다.<sup>191)</sup>

## (2) 투자금전급부의 개념

독일에서의 투자금전급부법제는 연방이 주(州)와 지방자치단체(지방자치단체조합)의 특히 중요한 투자를 위하여 주(州)에게 재정지원을 할 수 있는 제도이다. 이것은 일종의 주(州)등이 시행하는 프로그램에 대하여 연방이 재정적으로 개별지원하는 형태로 볼 수 있다. 따라서 위의 정책집행에 대한 일반적인 금전급부인 금전급부법제와 달리 투자금전급부는 프로그램베이스로서 개별 투자에 대한 지원이라고 볼 수 있다.

이러한 투자금전급부법제에 관하여는 재정헌법적인 근거로 규정되어서, 종전에는 제104a조 제4항에서 규정하고 있었으나, 2006년 기본법 개정에 의하여 제104b조로 옮겨 오면서, 그 내용을 구체화시키고 있다. 이러한 제104b조상의 재정지원권한(Finanzhilfekompetenz)은 연방국가구조의 핵심요소로서 재정헌법의 기능상 매우 중요하다. 이는 연방

191) BVerfGE 39, 96 (110).

예산의 자금을 직접 주(州)의 임무수행을 위하여 주(州)에게 지원하기 때문이다.<sup>192)</sup> 물론 이러한 재정지원은 재정헌법시스템 전체에서는 보충성과 예외적 성격을 가지고 있다.

이 투자금전급부법제는 한편으로는 주(州)와 지방자치단체의 임무영역에 속하는 투자프로그램에 재정조달하는 것에 대한 연방의 참여를 가능하게 하며, 다른 한편으로는 연방의 재정지원 수단을 고유한 목적에 대하여 연방자금을 사용하여 구체적인 주(州) 등의 재정적인 문제상황을 유연하게 해결하기 위하여 투입할 수 있도록 하는 것이다.<sup>193)</sup> 따라서 여기서는 앞서 언급한 연방의 위탁행정이나 금전급부법에 부가하여 연관성의 원칙에 대한 예외가 되고 있다.

물론 이러한 투자금전급부법제에 의한 지원의 특색은 전체경제적인 균형에 대한 장애를 방지하기 위하여 또는 연방에서의 상이한 경제력의 조정하기 위하여 경제적인 성장을 촉진하는 특히 중요한 투자에 대한 것이다.

제104b조 (연방의 재정지원권한)

(1) 연방은 기본법에서 연방에게 입법권능을 부여한 한도 내에서 특히 중요한 투자를 위해 주와 지방자치단체에게 다음과 같은 재정지원을 할 수 있다.

1. 전체경제적인 균형에 대한 장애를 방지하기 위하여
2. 연방지역 내의 상이한 경제력 조정을 위하여
3. 경제적 성장을 촉진하기 위하여

(2) 세부사항, 특히 촉진투자의 종류에 대하여는 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률에 의하거나 또는 행정협정에 의한 연방예산법률의 근거에 의하여 규정된다. 수단은 기간제한을 두고 제공되어야만 하며, 정기적인 시간간격을 두고 그 사용은 심사되어야 한다. 재정지원은 다음 연간금액의 시간경과에 따라 형성되어야 한다.

(3) 연방의회, 연방정부, 연방참사원은 조치의 실행에 관한 요구와 달성된 개선결과를 교시하여야만 한다.

192) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 3.

193) BT-Drucks 16/813, 19.

## (3) 연방국가적 문제

제104b조를 형성하고 해석하는 경우에 재정헌법의 기능은 연방국가적인 구조의 핵심으로서 특별한 의미를 갖는다. 왜냐하면 연방의 지원자금이 연방예산으로부터 주(州)에게 주(州)의 임무를 위하여 제공되기 때문에 주(州)는 연방으로부터 실질적인 종속성을 가지게 되므로 주(州)의 독립성을 제약하기 때문이다.

그렇기 때문에 연방국가적인 질서에서는 연방예산에 의한 연방의 주(州)에 대한 재정지원은 연방국가와 일반지출부담의 원칙에 대한 예외가 되고, 그 보장은 주(州)에게 부여된 임무 실행에서 주(州)가 가진 결정의 자유에 대한 영향력을 행사하는 수단으로 형성되어서는 안 된다는 것을 원칙적으로 확보해야만 한다.

이러한 위험은 특히 연방이 그 재정지원의 여부와 방법을 결정하는 경우에 주(州)가 연방의 자금에 의존하는가와 그에 대한 결정이 동시에 주(州)의 예산자금의 중요한 부분으로 확정되느냐는 것에 직면한다. 왜냐하면 연방의 주(州)에 대한 재정적인 지원의 보장이 연방의 주(州)에 대한 재정적인 영향과 연관되기 때문이다. 따라서 이러한 문제점에 따라서 제104b조 해석은 연방국가적인 질서의 중심적인 문제이고,<sup>194)</sup> 현재에도 새로이 독일에 편입한 5개 주(州)에서는 적용의 어려움을 가지고 있다.

재정헌법의 전체시스템에서의 재정지원의 기능(예외성, 보충성)이 이러한 문제를 가진 제104b조의 해석에 결정적인 의미를 가진다고 할 수 있다. 연방과 주(州)의 고유국가성은 전체국가(Gesamtstaat)도 구성국가(Gliedstaaten)도 원칙적으로 독립적이고 서로 종속되지 않는 예산경제(제109조 제1항)에서 조세수입의 충분한 지분을 갖고 따라서 다른 차원의 국가의 금전급부에 종속되지 않은 경우에만 유효하고, 헌법적

---

194) BVerfGE 39, 96 (107).

으로 보장된 고유한 독립성이 위협받지 않기 때문이다.

따라서 주(州)가 임무배분에 적합하게 된 재정충당에 도달할 것을 목표로 하는 재정헌법 시스템에서는 주(州)에 대한 연방의 재정지원은 단지 예외적이어야 할 것이다. 제104b조는 106조 제3항에 근거한 공동세 수입의 올바른 배분이나 제107조 제1항과 제2항에 따른 재정조정의 올바른 규정에 대한 대체로서 되돌아갈 수는 없다.<sup>195)</sup>

이러한 연방의 재정지원의 예외성과 보충성을 고려한다면, 투자지원의 필요성은 오해될 것이 없다. 한편으로는 연방은 전체국가적인 경기정책과 구조정책에 대한 책임을 져야 하는 것이고, 다른 한편으로는 전체경제적인 발전은 특히 공공투자의 방법, 범위, 시기와 지역에 대한 조정에 의하여 영향을 받기 때문이다. 이러한 투자는 주(州)의 임무분야에서에서 4/5보다 많고, 지방에서는 2/3보다 많게 된다.

따라서 연방의 재정지원은 헌법상의 다른 제도 외에도 전체국가적인 이익에서 부여되는 것이고, 전체국가를 위하여 주(州)와 지방자치단체의 중요한 투자에 초지역적인 질서관념과 목표관념에 따라 지원되고, 전체국가적인 필요성을 지향하는 것이다. 이러한 방식으로 단지 제한된 자금만이 투자를 위하여 가장 효과적인 부분에 투입되는 것이다. 오히려 투자정책인 관점에서는 서로 경쟁하는 행정주체가 공적자금(öffentliche Mittel)의 중복, 모순, 오용 등을 막을 수 있을 것이다.

#### (4) 구성요건적 특징과 촉진목표

연방의 주(州)에 대한 재정지원제도는 주(州)가 자신에 지정된 중요한 임무를 상응하는 충분한 스스로의 재정이 부족할 경우에, 예외적인 성격으로서 단지 주(州)의 재정수요를 보완해 준다는 것이다. 따라서 이것은 종래의 재정헌법시스템에 재정지원이라는 예외적인 성격을 삽입된 것이다. 따라서 이러한 연방의 재정지원제도는 매우 불확정하

---

195) BVerfGE 39, 96 (108).



게 규정된 구성요건적인 특징을 매우 제한적으로 해석하여야 한다. 그러므로 연방은 주(州)의 임무집행에서 전체경제적인 발전에 대한 책임과 초지역적인 협조를 위한 연방의 의무에 특별한 이익을 갖는 그러한 주(州)의 임무에만 재정적으로 관여할 수 있다는 것을 도출해낼 수 있다.

이러한 재정지원을 포함한 제104b조가 재정헌법에 포함되면서, 재정헌법시스템에서는 종래의 제104a조 제1항에서 정한 불확정 개념으로 작성된 구성요건적인 특징을 제한적으로 해석하게 되었다. 따라서 연방은 주(州)가 수행하는 임무에 재정적으로 참여하기 위하여서는 전체 국가적인 발전에 대한 책임과 초지역적인 협조를 위한 의무라는 특별한 이익을 가진 경우에만 관여할 수 있게 되었다.<sup>196)</sup>

#### 1) 재정지원

연방의 재정지원제도를 개념적으로 분석해보면, 다음과 같다. 우선 ‘재정지원(Finanz-Hilfe)’라는 개념에서 ‘지원’의 의미는 연방이 지원금 수령자의 투자지출에 의존적으로 관여할 수 있다는 것이 나온다. 따라서 연방에 의한 전액재정조달은 생각할 수 없다. 재정지원은 주(州)의 기관이나 제3자에 대한 보조금(Zuschüsse)나 차관(Darlehen)의 형식으로 지급된다.<sup>197)</sup>

재정조달의 지분적인 배분은 『기본법』에게는 주어지지 않는다. 이것은 104b조 제2항 제1문에 따른 개별법률 또는 행정협정에서 확정되는 것이기 때문이다. 이러한 연방의 재정지원에서는 모든 주(州)가 동일한 지위를 갖기 때문에 연방은 동일한 정도로 관련된 모든 주(州)에 대하여 지원하여야 한다. 또한 모든 동일하게 관련되는 주(州)는 연방의 재정에서 동등하게 대우받아야 한다. 물론 지역적인 차이는 동등

196) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 62.

197) D. Carl, Förderung von Investitionen Privater durch Finanzhilfen nach Art 104a IV GG, DVBl. 1989, S. 589.

대우의 원칙에도 불구하고 촉진목적으로부터 주어지는 경우에만 고려될 수 있다.

## 2) 특히 중요한 투자

재정지원은 단지 ‘투자(Investition)’를 위한 경우에만 지원된다. 여기서 투자는 국민경제적인 의미로 이해되어야만 한다.<sup>198)</sup> 따라서 지속적이고 장기간의 시설물(Sachinvestitionen) 또는 제3자의 물적 투자의 촉진만을 의미하는 것이다.

제104b조 제1항에서는 고용효과와 지속적인 성장효과와 구조개선효과가 문제되기 때문에 투자개념(Investitionsbegriff)은 제115조 제1항 제2문의 개념보다 더 좁게 해석되어야 한다. 차관은 제115조 제1항 제2문과 반대로 제104b조 제1항의 의미에서는 투자가 아니다. 포괄적인 보조금지원은 여기서 제외된다. 후속비용(유지비용, 운영경비, 행정경비)도 마찬가지로 연방이 지원할 수 없다.<sup>199)</sup> 연방은 지방의 투자에 대하여 재정지원에서는 단지 주(州)에게만 지원할 수 있고, 지방자치단체에게는 직접적으로 지원할 수 없다. 그렇지 않으면, 주(州)의 조직고권을 유지할 수 없기 때문이다. 그밖에는 주(州)의 조직고권으로 정한다.

한편 주(州)와 지방자치단체는 투자를 스스로 시행할 수 없고, 국가적인 촉진을 위한 임무권한이 주(州)와 지방자치단체에게 부여된 경우에는 제3자의 투자에도 재정지원으로 촉진할 수 있다. 연방에 의한 사인의 투자에 대한 직접적인 촉진은 제104a조에 의하여 지원될 수 없다. 연방이 이러한 사적투자에 대하여 고유한 임무권한을 갖는다면, 이러한 경우에만 허용될 수 있을 뿐이다.<sup>200)</sup>

198) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 235.

199) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 8.

200) D. Carl, a.a.O., S. 589.

지원대상인 투자는 특별히 중요하여야만 한다. 즉, 투자는 개별사례가 아니라 총계로서 주(州)와 지방자치단체의 정상적인 계획의 틀을 넘어서서는 결코 안 되며, 초지역성과 지속성, 높은 재정수요 등이 강조된다. 여기서는 특히 전체국가적인 의미를 가지는 전문분야가 문제된다.<sup>201)</sup>

### 3) 투자목표

제104b조 제1항에서 나오는 연방자금에서 목적기속적인 재정지원을 주(州)의 영역에 투자하도록 하는 권능은 주(州)에 대한 연방의 일반적인 경제적, 통화적, 공간적, 구조정책적인 목표를 관철하기 위하여 직접 또는 간접적인 투자조정 수단이어서는 안 된다. 제104b조 제1항의 촉진목표 외에도 이러한 연방보조금은 연방정책적인 관점에서 주(州)에 의한 임무집행에 영향을 미쳐서도 안 된다.<sup>202)</sup>

제104b조 제1항은 관여 주(州)의 영역에서의 공공투자에 대한 연방의 재정적인 관여를 연방보조금이 전체경제적인 균형에 대한 위험을 방지하거나 연방지역 내에서 상이한 경제력을 조정하기 위하여, 경제적인 성장의 촉진에 필요하다는 것과 연관시키고 있다.

특히 제104b조 제1항 제2호와 제3호는 그 집행이 공적인 구조조치와 사회기반시설조치간의 결합 때문에 그리고 동시에 경제성장에서 초지역적인 의미를 갖고 주(州)는 연방의 재정적인 관여가 없이는 자신의 재정력으로는 전체국가적인 수요에 상응하여 극복할 수 없다는 주(州)와 지방자치단체의 특별한 임무부담에 대한 재정지원을 지향하고 있다.

제104b조 제1항 제1호에 대하여는 원칙적으로 아무 것도 적용되지 않는다. 이것은 단지 그 전체국가적인 관련성이 명백한 특정한 구조

201) BVerfGE 39, 96 (114 f.).

202) BVerfGE 39, 96 LS. 2.

정책적인 위기상황만을 고려하고 있기 때문이다.<sup>203)</sup>

① 전체국가적인 균형

제104b조 제1항에서는 특별히 중요한 경우 외에 일정한 투자목표를 예시하고 있다. 즉 첫 번째로는 제104b조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 구조정책적인 촉진목표로서 ‘전체경제적인 균형에 대한 장애방지’이다. 여기서는 우선 ‘전체경제적인 균형(gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht)’이 문제되는데, 이것은 제104b조 제1항 제1호외에도 제109조 제2항과 제115조 제1항 제2문에서도 규정하고 있고, 심사를 위한 ‘연방주의개혁II(Föderalismusreform II)’의 구조에서도 규정하고 있다.

그러나 기본법상 다수의 규정에도 불구하고 그 정의는 존재하지 않는다. 이러한 전체적경제적인 균형이라는 개념과 비교적 유사한 개념은 1967년에 제정된 『경제의 안정성과 성장을 촉진하기 위한 법률(Gesetz zur Förderung der Stabilität und das Wachstums der Wirtschaft, StWG)』<sup>204)</sup> 제1조에서 발견된다. 그렇지만 동법에서는 단행법에 의한 기본법의 구속적인 해석이 문제되지 않는다. 따라서 이러한 단행법의 입법자는 단지 불확정한 헌법개념을 “전체경제적인 균형”이라는 목표를 경제적으로 측정할 수 있는 규모 변경함으로써 시기에 맞게 실무적으로 유용하게 하고자 시도하였던 것이다.<sup>205)</sup>

『경제의 안정성과 성장을 촉진하기 위한 법률』 제1조에서는 전체경제적인 균형의 목표에 향해진 행위의무에 관하여, “조치는 시장경제적인 질서의 틀에서 동시에 가격수준의 안정성을 위하여, 높은 고용상황을 위하여 그리고 대외경제적인 균형을 위하여 지속적이고 적절한 경제성장에 기여하는 것에 적절하여야 한다”고 규정하고 있다. 이러한 목표의 나열은 전체경제적인 균형이라는 헌법적인 개념을 정의하지

203) BVerfGE 39, 96 (101 f.).

204) BGBl. I, S. 582.

205) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 239.

못하였는데, 이것은 특정한 사회경제적인조건하에서 얻고자 하는 균형의 질적인 가치 또는 분배목표도 중요할 수 있기 때문이다.

구조정책적으로 중요한 재정지원은 균형을 방해하는 장애가 일반경제행위를 위협하거나 이미 등장한 경우 그리고 장애방지에 적합한 반대조치가 공적인 투자에 의하여 나타는 경우에만 허용되는 것이다. 그러나 건축분야의 과잉수요의 경우에 기본법 제104b조 제1항 제1호를 적용하는 것은 헌법적으로 이미 허용되지 않는다. 이러한 대안의 목표와 목적 때문에 구조적이 활성화를 위하여 공공주체의 투자수준을 올리는 것은 투자의 종류와 투자분야에 어떠한 한계를 설정할 수 없다.<sup>206)</sup> 제104b조 제1항 제1호의 목적에서는 나아가 투자지원은 일시적이고 단지 비교적 짧은 기간에만 단지 특정된 구조정책적인 위기상황에 대하여만 지원될 수 있다는 것이다.

따라서 이러한 지원은 비례의 원칙에 따라서 전체경제적인 위기를 극복하기 위하여 적합하고 필요하여야만 하고, 결코 지속적인 제도로 되어서는 안 된다는 것이다. 이것은 이미 기본법 제104a조 제4항이 적용되고, 정치적인 실무에서는 제104b조 제2항에서 명백하게 헌법상에서 설명되지 않는다는 것이다.

## ② 상이한 경제력의 조정

### 가. 개념

두 번째 촉진목적은 지역정책적인 촉진목적으로서의 ‘연방지역 내에서의 상이한 경제력을 조정’하는 것이다. 이것은 기본법 제104b조 제1항 제2호에서 규정하고 있다.

즉 이 조항은 독일연방공화국이라는 지역적인 공간 내에서 경제력의 격차를 완화시키는 것을 목표로 하고 있다. 즉 전체 독일 지역 내에서의 주(州)간의 경제력 차이를 완화시키고자 하는 것이다. 여기서

206) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 14.

의 재정지원은 다른 연방지역의 우월한 경제력에 접근하도록 하는 목표를 가지고 제한된 지역에 대한 재정지원을 하는 것이다.<sup>207)</sup>

나. 다른 촉진목표와의 구분

제104b조 제1항 제1호의 촉진목표와는 달리 상이한 경제력의 조정이라는 촉진목표는 실제로 시기적으로 제한되어 있지 않다. 아울러 개별 주(州)에 대하여 재정지원을 동등하게 분배하라는 요구는 이러한 재정지원이 제104b조 제1항 제2호에 근거하는 한 고려될 수 없다. 왜냐하면 잘사는 주(州)는 지원하지 않고, 못사는 주(州)를 지원하는 프로그램이기 때문이다. 아울러 지원내역에서도 상이한 경제력의 조정이라는 것은 연방자금을 차별적으로 투입할 것을 요구하고 있다.

물론 지원받는 주(州)의 선택에서는 당연히 주(州)의 경제력이 연방 평균을 밑도는 주(州)에게만 연방의 재정지원이 제공되고 그러한 지역의 이행능력의 증가를 실현시키기 위하여 그리고 지역간의 균형에 도달하는데 기여할 수 있도록 하는 투자에만 지원되는 것이다.

따라서 연방은 이러한 촉진목표를 통하여 사회국가원칙에 도출되는 ‘동등한 가치의 생활상태의 유지와 보장’<sup>208)</sup>이라는 요구에서 주어지는 초지역적인 조정임무와 협조임무를 행사하는 것이다.

다. 공동사무제도 및 주간재정조정제도와의 관계

이외에도 이러한 상이한 경제력의 조정이라는 임무를 실현시키는 경우에는 제91a조 제1항 제1호<sup>209)</sup>에서 규정하고 있는 “지역경제구조의 개선”이라는 공동사무에도 기여한다. 따라서 제91a조에 근거하여 작성된 조치가 이러한 공동사무규정에 의하여 계획되고 재정지원되어야만

207) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 15.

208) 물론 이것은 독일내의 모든 지역에서의 통일적인 생활환경을 조성하려는 것은 아니다. 이 점은 사회국가원리에 대한 몰이해 내지 무식에서 종종 나온다.

209) 2006년 『기본법』 개정 이전에는 『기본법』 제91a조 제1항 제2호에 규정되어 있었다.

하기 때문에, 동일한 조치가 제104b조 제1항 제2호상의 ‘상이한 경제력의 조정’이라는 규정에 의하여서도 촉진될 수는 없다는 것이다. 따라서 ‘지역경제구조의 개선’이라는 공동사무규정과 ‘상이한 경제력의 조정’이라는 투자지원법간의 관계가 문제되는 것이다.

이에 대하여 제91a조와 이에 근거하여 작성된 조치(공동사무)는 제104b조 제1항 제2호(투자지원법)에 대하여 ‘특별법(*lex specialis*)’이라고 볼 수 있다.<sup>210)</sup>

아울러 이러한 긴장관계는 역시 투자지원법과 기본법 제107조 제2항에 근거하고 있는 ‘주(州)간재정지원제도(Länderfinanzausgleich)’와 관계에도 존재한다. 왜냐하면, 주(州)간재정지원제도도 역시 주(州)간의 재정력격차를 완화시키기 위한 제도이기 때문이다.

물론 주(州)간재정지원제도를 통해서 행해지는 수입의 단순한 재분배는 이러한 주(州)간 격차의 구조적인 원인에 대하여 어떠한 영향을 미치는 것은 아니다. 왜냐하면 재정력균형을 위한 조치만으로는 연방지역 내에서 평균이하의 경제력을 가진 이행능력이 약한 주(州)를 지속적으로 상향시키도록 할 수는 없기 때문이다. 이러한 ‘경제력의 상향’은 단지 제104b조 제1항 제2호에 근거한 ‘상이한 경제력의 조정’이라는 목표된 재정지원에 의해서만 가능할 수 있기 때문이다.

아울러 이러한 조치만이 촉진지역 내에서의 특별한 개발의 필요와 개발가능성을 고려할 수 있고, 그에 적합할 수 있기 때문에 공적인 물자와 서비스의 제공에서의 후퇴를 완화시킬 수 있는 것이다. 따라서 재정조정제도와 투자금전급부법제라는 재정지원제도는 한 제도가 자신의 특별한 분야를 넘어서 다른 제도의 지위에 침범하지만 않는다면, 서로 효과적으로 보완 내지 보충해 줄 수 있는 제도들이다.<sup>211)</sup>

210) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 243; ders., Art. 104b, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauß, GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, Rn. 16.

211) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 16.

라. 개별 주(州)의 예산비상사태

경제력이 취약한 개별 주(州)에서는 ‘예산비상사태(Haushaltsnotlage)’가 발생할 수 있고, 이것이 해당 주(州)의 경제적인 구조적 취약성과의 결합하여 생겨나고, 이것에 의하여 다시 과도한 채무가 생겨난다면, 연방과 그 밖의 주(州)들은 연방국가원리에서 연원하는 ‘조력의무 및 협력의무(Beistands und Kooperationspflicht)’에 근거하여 이러한 위기를 지원하여야 한다. 왜냐하면 이러한 상황은 해당 주(州)가 혼자 스스로 극복하기에는 너무 어렵고, 더욱이 중장기적으로는 과도한 채무부담으로 인하여 비상예산이 생겨나는 것이므로 이것은 연방과 다른 주(州)가 서로 상이한 조치에 의하여 지원되어야 한다.<sup>212)</sup>

이러한 지원조치에 속하는 것은 (i) 제91a조에 따른 공동사무와 (ii) 제91b조에 따른 공동으로 수행되는 임무와 (iii) 제104b조에 따른 투자지원 외에도 (iv) 기본법에 허용된 계속적인 행위가능성 등이 포함된다.<sup>213)</sup> 제104b조 제1항 제2호는 이러한 상황에서 위의 지원수단 외에도 하나의 충분한 행위수권을 제공한다. 이러한 경우에 연방은 투자촉진을 그러한 위기상황에 빠진 주(州)에게 직접적으로 이행하여야 하고, 예산위기상태에 제한되어야 한다는 연방적인 ‘동등대우명령(Gleichbehandlungsgebot)’에 의하여 방해받지 않는다.

이러한 투자지원의 전체 국가적으로 정당화될 수 있는 근거는 예산비상사태가 단지 해당되는 주(州)에서만 존재한다는 직접적으로 예산비상사태라는 질에 놓여 있다. 이러한 경우에 관련된 주(州)가 투자지원의 안정화효력을 확보하고 특히 주(州)에 의하여 절약하여 모은 자금이 안정화와 관련없이 사용되는 것을 배제하기 위하여 ‘재건프로그램(Sanierungsprogramm)’에 관한 협약’에 규정된 것과 상관없이 연방이 그러한 투

212) BVerfGE 86, 148 (266).

213) 이에 대하여 자세히는 Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 698 ff.



자치원의 제공하는 것이 허용된다.

또한 협력의무는 연방국가적인 지원급부의 틀에서 해당된 주(州)가 연방과 마찬가지로 부담한다. 그 외에도 공동사무를 실현시키기 위한 조치도 예산비상사태에 처해있는 주(州)의 경제구조와 수입구조를 중장기적으로 지역경제구조의 축진의 범위에서 또는 학문적인 연구시설의 입지결정에 의하여 지속적으로 개선하기 위한 것에도 적합하다.<sup>214)</sup>

#### 마. 베를린 판결

한편 예산비상상태에 대한 투자지원에 대하여 제한적인 입장을 취하는 해석도 있다. 2006년 10월 10일자의 이른바 ‘베를린판결(Berlin-Entscheidung)’<sup>215)</sup>에서 연방헌법재판소는 기본법 제104a조에도 속하는 기본법에서 명문으로 공개된 행위가능성은 재건목적으로 보충적 지정의 제공에 대하여 우위를 갖는다고 판시하였다. 더욱이 프로그램지향성과 구조정책 및 경기정책적인 이행은 직접적으로 예산재건을 위한 극단적인 사태에 전혀 적합하지 않다는 것이다.

그 이유는 연방국가원칙과 결합한 재건지정의 최후수단(Ultima-Ratio) 기능의 관점에서 물론 주(州)에게 임무에 적합한 재정충당을 지원할 모든 다른 가능성이 우위를 가지고, 이것이 우선적으로 완전히 고갈되어 있다는 것을 확보하여야 한다는 것이다.

#### 4) 경제적 성장의 촉진

2006년 기본법 개정이전에는 촉진목표인 경제적 성장에 관한 조항은 기본법 제104a조 제4항에 규정되어 있었다. 그러나 이러한 경제적 성장의 촉진이 촉진목표인 것에 대하여 논란이 많았음에도 2006년의 기본법개정으로 이 조항은 제104b조 제1항 제3호로 그대로 규정되

214) BVerfGE 86, 148 (267).

215) BVerfGE 116, 327 (388).

었다.<sup>216)</sup> 제104b조 제1항 제3호의 문맥에서는 제104b조 제1항의 제한 기능을 뒤따르기 위한 어떠한 제한적인 해석의 가능성도 존재하지 않는다. 이러한 대안에 대한 재정적인 지원의 허용성은 성장장애를 전제로 하지도 않고 특정된 좀 더 구체화된 성장목표에 도달할 것도 요구하지 않았다.<sup>217)</sup>

제104b조 제1항 제1호와는 달리, 제104b조 제1항 제3호에서의 경제적인 성장의 촉진은 직접적인 추가적인 성장효과가 아니라 경제발전을 위한 기반으로 구조적인 효력(*strukturelle Wirkung*)에 달려 있다. 이러한 재정지원은 단지 경제발전에 대한 간접적인 효력만을 가져야 하기 때문이다. 재정지원은 이러한 전제조건이 경제성장을 위하는 한 기반시설조치를 목표로 한다. 제104b조 제1항 제2호에 따른 재정지원과 마찬가지로 제104b조 제1항 제3호에 따른 재정지원도 잠재적으로 모든 지역의 투자의 촉진에 기여해야 하는 것은 아니다. 대신에 경제촉진과는 밀접한 관련 하에서 존재해야만 한다. 투자가 단지 ‘전체적으로’ 경제성장에 영향을 미친다면, 이러한 지원의 요건은 충분하지 않다.

#### (5) 필요성

재정지원은 촉진목표에 도달하기 위하여 필요하여야만 한다. 이러한 투자지원의 필요성의 문제에 관하여 우선적으로 연방은 연방예산에서 상응하는 촉진자금을 제공함으로써 스스로 결정하여야 한다.<sup>218)</sup> 물론 이러한 결정은 연방의 자유재량으로 행해지는 것은 아니다. 기금경제의 법화와 그에 따른 필연적으로 결합되는 제한으로 연방에게는 전체

---

216) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 19.

217) 그러나 거의 모든 주(州)와 지방자치단체의 투자가 경제적인 성장을 촉진하고 있기 때문에 문제가 되는 것이다. 투자지원의 예외적 성격과 보충적 성격과 동 규정의 문맥에서 발견되는 광의의 해석의 경우에는 그 제한적인 기능을 충족하기 어렵다는 고려에 근거하여 제104b조 제1항은 반드시 제한적으로 해석되어야 한다.

218) Hans-Günter Henneke, a.a.O., Rn. 20.

국가를 위한 기본법 제104b조 제1항에서 행해지는 투자라는 특별한 의미 때문에 연방의 재정력의 기준에 따른 재정지원이라는 의무가 생긴다.<sup>219)</sup> 따라서 연방은 투자지원에서 의무에 합당한 재량권을 행사하여야 한다.

---

219) BVerfGE 39, 96 (113).

## 제 4 장 결 론 - 우리에게 주는 시사점

마스트리히트 조약의 비준으로부터 시작한 유럽화 된 독일은 2005년 유럽헌법조약안에 대한 비준과 2007년 유럽연합이사회의 의장국으로 선출됨으로써 유럽연합의 주도적 회원국으로 등장하였다. 비록 일부 국가의 거부로 인하여 아직까지 유럽헌법조약안이 유럽연합의 헌법으로 승인되지 못하였지만, 독일은 유럽연합 회원국으로서의 지위와 임무를 기본법 차원에서 규율하기에 이르렀다. 이러한 시점에서 독일에서는 독특한 태양을 지니고 있던 연방주의 개혁의 요구가 더 해져 갔고, 이러한 움직임은 2006년 독일 기본법의 개정으로 현실화 되었다.

연방주의 개혁을 목적으로 한 2006년 개정 독일 기본법은 연방참사원의 동의를 요구하는 입법영역의 축소, 주의 입법권한의 확대, 연방과 주의 재정책임의 명확한 정서를 주요 내용으로 하고 있다. 특기할 것은 연방과 주의 경합적 입법사항에 대한 개정내용이다. 구 기본법상 경합적 입법사항은 원칙적으로 연방이 법률로서 규율하지 아니한 사항에 대하여 주에게 입법권한이 부여되도록 하는 것이었으나, 연방의 포괄적 입법권(제72조 제2항), 필요성 조항(제72조 제3항)에 의하여 연방의 입법권한을 강화하는 근거가 되었다. 이러한 문제는 연방주의 개혁하기 위한 필수적인 개정대상이 되었다. 그리하여 개정 기본법에서는 구 기본법상의 경합적 입법을 연방우위형, 필수요건형, 완정경쟁형 입법으로 구분하고 각각 연방과 주에게 그 권한을 부여하고 있다. 아울러 이른바 이탈입법의 허용은 결국 경합적 입법사항의 축소와 주의 전속적 권한의 확대, 연방참사원의 동의법률에 대한 경량화를 이루었다고 할 수 있다.

2006년 개정 독일 기본법의 특징은 입법권한의 재편에 머무르지 않고 연방과 주의 재정분담과 공동사무에 관한 재편으로 이어진다. 독일에서는 연방이 주와 공동으로 공동체 전체를 위하여 필요한 경우에

는 서로 협력하여 재정조달하는 것을 공동임무라고 한다. 이러한 공동임무는 광의로 볼 경우, 연방이 재정을 지원하는 기본법 제104a조까지 포함하는 모든 연방과 주의 공동임무로 본다. 그러나 일반적으로는 공동임무를 협의의 개념으로 해석하여 기본법 제91a조와 제91b조에서 규정하고 있는 공동임무로 한정하여 본다. 하지만 공동임무는 임무의 수행에서 연방과 주간에 공동으로 수행한다는 것만이 아니라 재정조달에서도 역시 혼합형식으로 형성한다는 점에서 2006년 개정 독일 기본법은 독일의 재정시스템의 재편으로 특징지을 수 있다.

2006년 기본법 개정으로 협조의 개별사항, 기본계획의 폐지, 연방정부와 연방참사원의 보고청구권의 폐지 등으로 인하여 공동사무조항은 탈권위주의화되었고, 아울러 연방과 주간의 협력이 완화되었다. 아울러 공동임무의 수행에 대한 일반원칙에 대한 연방입법권의 제한을 폐지함으로써 시행입법을 위한 규정여지가 확대되었다. 또한 제91b조의 개정에 따라 공동임무의 수행에 따른 비용부담은 연방과 주의 합의에 의하여 규정되어야 하는바, 비용분담은 임의성을 가지게 되었다. 다만, 2006년 기본법 개정이전과는 반대로 연방이나 주에 의한 어느 한쪽의 완전한 비용부담도 허용되도록 하였다. 그리하여 개정 기본법 제91a조와 제91b조는 공동사무를 위한 조치에 관하여 주의 경제구조와 수입구조를 중장기적으로 지속적으로 개선하는 데에 적합하도록 재편되었다고 할 수 있다.

연방과 주의 사무관할에 따른 지출배분의 문제는 기본법 제104a조 제1항에서 규정하고 있는 지출부담의 원칙(Ausgabenverteilung)에 따른다. 그리하여 입법자는 연방이 목적지출의 전부 또는 일부를 부담할 것인지 또는 제104a조 제1항의 원칙에 따라서 완전히 주의 부담으로 정할 것인지에 대하여 결정할 수 있다. 다만 2006년에 개정된 제104a조의 제3항 제4항 제6항에 따라 우선 비용분배인 경우에, 즉 주가 최소 목적지출의 1/4이상을 부담하여야만 하는 경우에는 연방참사원의 승인

을 얻도록 하였는바, 재정적인 측면에서 주에 대한 연방의 관여가 가능하도록 되었다. 특히 새로이 신설된 제104a조 제6항에서는 유럽법의 집행과정에서 발생하는 의무위반에 대하여 이른바 원인자원칙을 규정하였고, 이 원칙에 의하여 유럽공동체법 및 국제법과 관련하여 발생하는 모든 의무와 관련된 입법적·사법적·집행적인 위반행위에 대한 모든 사례에 대하여 수직적이고 수평적으로 적용된다. 그리고 이에 따른 지출부담은 제104a조 제6항 제2문과 제3문에서 규정된 연방과 주 사이의 부담률에 의하여 배분된다.

또한 구 기본법 제104a조 제4항에서 규정하고 있던 투자금전급부법제를 2006년 기본법 개정으로 제104b조로 이관되었다. 제104b조를 형성하고 해석하는 경우에 재정헌법의 기능은 연방국가적인 구조의 핵심으로서 특별한 의미를 갖는다. 왜냐하면 연방은 재정조정권한을 기반으로 연방예산자금을 직접 주의 임무수행을 위하여 주에게 지원하기 때문이다. 물론 이러한 재정지원은 재정헌법시스템 전체에서는 보충성과 예외적 성격을 가지고 있다. 그리하여 개정 기본법 제104b조 제1항은 관여 주의 영역에서의 공공투자에 대한 연방의 재정적인 관여를 연방보조금이 전체경제적인 균형에 대한 위험을 방지하거나 연방지역 내에서 상이한 경제력을 조정하기 위하여, 경제적인 성장의 촉진에 필요하다는 것과 연관시키고 있다. 특히 제104b조 제1항 제2호와 제3호는 그 집행이 공적인 구조조치와 사회기반시설조치간의 결합 때문에 그리고 동시에 경제성장에서 초지역적인 의미를 갖고 주는 연방의 재정적인 관여가 없이는 자신의 재정력으로는 전체국가적인 수요에 상응하여 극복할 수 없다는 주와 지방자치단체의 특별한 임무부담에 대한 재정지원을 지향하고 있다.

이상에서와 같이 2006년 개정 독일 기본법은 연방주의 개혁을 목표로 기본법에서 규정하고 있는 연방과 주간의 권한을 둘러싼 여러 가지 관할권의 재편으로 귀결되었다. 연방국가체제를 국가의 기본적 구

조로 하고 있는 독일의 헌법개정은 단일국가인 우리나라에게도 여러 가지 시사하는 바가 크다. 우리나라의 지방자치제도는 헌법이 보장하는 핵심제도이다. 하지만 국가입법 및 정책결정과정에서 중앙집권적 타성이 지배하고 있는 우리나라의 지방자치시스템은 제도적 의의에 부합하기에 미흡하다.

특히 2006년 기본법 개정으로 단행된 독일에서의 재정시스템의 개혁은 우리에게도 일정한 정도 시사점을 제공해 주는 측면이 있다. 물론 독일의 경우에는 연방주의를 전제로 한 것이기 때문에 재정자립의 측면에서 주는 우리의 지방자치단체와는 비교할 수 없는 권한을 가지고 있음은 부인할 수 없다. 특히 주들간의 수평적 재정조정제도는 재정력이 강한 주와 그렇지 못한 주들간의 갈등을 야기하기도 하지만 주간의 편차를 좁히고 각 지역간 생활수준을 보장하려고 하는 노력은 도·농간, 자치구간의 재정적 격차가 큰 우리에게도 시사하는 바가 적지 않을 것이다. 특히 독일의 재정헌법의 개혁과 관련하여 조세입법고권 내지 수익고권의 지방분권화 논의 및 비용부담의 분배와 관련한 독일의 논의는 시스템 전반의 문제로서 재정문제를 풀어가는 계기가 된다는 점에서 중요하다.

조세입법권과 수익고권의 지방자치단체에 대한 부여의 문제와 관련하여서는 연방국가가 아닌 우리가 독일의 개정 내용을 그대로 수용하기에 무리일 것이다. 하지만 지방세수의 상당부분이 수도권을 비롯한 6개 광역도시에 편중되어 있는 세수의 불균형을 보이고 있는 현실에서는 조세입법권을 각 지방에 이양하는 문제에 관한 독일의 논의가 어느 정도 시사점을 줄 수 있을 것이다. 또한 독일 기본법에서는 업무분배와 비용부담에 관하여 ‘견련성의 원칙’을 명문화하고 있다. 비록 우리나라의 헌법에는 이러한 규정이 없지만 여전히 고려할 가치가 충분하다. 이와 관련하여 독일에서의 법률원인주의와 집행원인주의에 대한 논의도 심도있게 검토해 볼 필요가 있다. 즉, 국가가 지방자치단

체에게 법률로 또는 법률에 근거하여 의무를 부과하는 경우에는 국가가 경비를 부담하도록 하고 지방자치단체에게 재량의 여지가 있는 임의적 자치사무에 대해서는 자치단체 스스로 경비를 부담하도록 한다면 국가의 지방자치단체에 대한 일방적인 비용전가는 방지될 것이다. 이상에서와 같이 연방과 주의 입법권한의 배분, 재정시스템의 개혁에 관한 독일의 논의는 지방분권과 재정분권의 과제를 노정하고 있는 우리에게도 일정한 시사점을 주리라고 사료된다.



## 참고문헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

김대순, EU법론, 삼영사, 1995

K. Hesse/계희열 역, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001

박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 2006-03, 한국법제연구원,  
2006

채형복, 유럽헌법론, 높이깊이, 2006

허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2007

#### 2. 논문

길준규, 지방재정건진성확보를 위한 지방의 영리경제적 활동의 개선  
방안 연구, 한국법제연구원, 2006

김미경, 좌절된 유럽연합헌법제정에 대한 하나의 해석, 한국정치학  
회보 제42집 제1호, 한국정치학회, 2007

유진숙, 연방주의 부활과 내적 동력: 2006년 독일 기본법 개정과 연  
방구조의 이완, 한국정치학회보 제42집 제2호, 한국정치학회,  
2006

이종광, 연방주의적 유럽통합 과정과 제도적 발전, 국제학논총 제11  
집, 계명대학교, 2006

참고문헌

- 박영도, 독일 연방제개혁과 연방·주의 입법권한의 재편, 법제연구 제33호, 한국법제연구원, 2008
- 박영도/김수진, 독일의 법령체계와 입법심사기준, 법제처/한국법제연구원, 2005
- 박재창, 유럽연합의 공동체권한과 회원국가권한의 배분에 관한 연구, 국제정치논총, 한국국제정치학회, 1997
- 박인수 유럽헌법의 규범체계, 제1차 EU법제연구분과 워크숍 자료집, 한국법제연구원, 2007
- 진 훈, 유럽헌법상의 보충성의 원칙, 유럽헌법연구 1, 영남대학교 출판부, 2006
- 정종길, 유럽헌법안에서 집행부간 권한행사의 범위, 공법학연구 제6권 제3호, 한국비교공법학회, 2005
- 채형복, 유럽개혁조약을 둘러싼 법적 쟁점, 유럽연구 제25권 제3호, 한국유럽학회, 2007
- 채형복, 유럽헌법의 제정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토-실무단의 보고서를 중심으로, 영남법학 제9권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2003
- 채형복, 유럽헌법의 제정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토-유럽헌법초안을 중심으로-, 영남법학 제10권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2004
- 채형복, 유럽헌법과 연합 기관의 법적 지위와 역할: 그 제도적 틀을 중심으로, 세계헌법연구 제11권 제2호, 세계헌법학회, 2005
- 채형복, 유럽헌법상 입법행위의 단순화에 대한 법적 검토: 유럽헌법 제 I -33조를 중심으로, 유럽연구 제22호, 한국유럽학회, 2005

## II. 외국문헌

- C. Gramm, Gewaltenschiebungen im Bundesstaat, AöR 1999
- C. Schwarz, Der Europäische Verfassungsvertrag, JZ 2005
- C. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig jahren: bewährt und herausgefordert, JZ 1999
- D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung, JZ 1995, S. 582f.; ders, Der Vertrag, FAZ v. 11.05. 2005
- D.C. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz, 1 Bd., (Heidelberg: C.F.Müller Verlag), 2002
- Deutscher Bundestag, Referat Öffentlichkeitsarbeit, Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Zur Sache 5/93
- Felix Ekardt/Daniel Buscher, Föderalismus II - Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen, DÖV 2007
- F. Kirchhof, Die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 1994
- Frankfurter Institut-Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Die föderative Ordnung in Not, Zur Reform des Finanzausgleichs, Schriftenreihe: Bd. 36, 2000
- H.H.Rupp, Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag, JZ 2005
- H. W. Rengeling, Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen, DVBL Heft 24, 2006
- H. Dreier, GG, 2 Aufl., (Tübingen; Mohr Siebeck), 2008

참 고 문 헌

- Hans-Günter Henneke, Art. 91a, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008
- H. Siekmann, Art. 91a, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2007
- H. H. von Armin, § 103 Finanzzuständigkeit, in: Kirchhof/Isensee, HStR IV, 1990
- J.J. Hesse/T. Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 9 Aufl., 2004
- Jarss/Pieroth, GG, 9Aufl., (München; C.H.Beck), 2007
- J. Hellermann, Art. 104a, in: in: v. Mangolt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl., 2005
- L. Diez-Picazo, "Treaty or constitution? The Status of the Constitution for Europe", in Weiler and Eisgruber, eds., Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, Jean Mnet Working Paper, 2004. 05
- M. Heinezen, Vor Art. 104 - 115, in: Münch/Kunig, GGK, Bd. 3., 5. Aufl., 2003
- M. Fritzer / G. Unser, Die Europäische Union, Bonn, 1998
- Majer, Art. 91a, in: Denninger (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK), 3. Aufl., 2002
- M. Heintzen, Art. 104a, in: Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band. 3, 5. Aufl., 2003
- Neuss, Der Europäische Vefassungsprozb nach den gescheitern Refernden in Frankreich und den Niederlanden, DVBI 2006

- N. Peterson, *ZaöRV* 2004
- O. Klein/K. Schneider, Art. 72GG n.F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform, *DVBL* 2006
- P. Selmer, Die föderalismusreform. Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *JuS* 2006
- P. Selmer, Zu Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung - Fragestellung nach Föderalismusreform und Berlin-Urteil des BVerfG, *NVwZ* 2007
- P. M. Huber, Klare Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, *Beil. NJW* 2004
- R. Grote, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen? *JZ* 1996
- R. Breuer, *NVwZ* 1994
- R. Scholz, *NVwZ* 1993
- R. Hebek / A. Eppler, Die unvollendete Föderalismus-Reform, Eine Zwischenbilanz nach Scheitern der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Dezember 2004, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, Occasional Paper Nr. 31
- R. Rudisile, Die Haftung für ordnungsmäßige Verwaltung zwischen Bund und Ländern (Art 104a Abs 5 GG), *DÖV* 1985
- Shaw, *Europe's Constitutional Future*, Public Law 2005

참 고 문 헌

- S. Jörn, Die Staatswendung Europas - kaum eine Spur von Stern und Stunde, Der Staat 2005
- T. Muanz, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern, BayVBl. 1968
- U. Häder, Zur Föderalismusreform in Deutschland, JZ 2006
- U. Häde, Finanzausgleich - die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union, 1996
- U. Munch, Sozialpolitik und Föderalismus, Zur Dynamik der Aufgabenverteilung im Sozialen Bundesstaat, Opladen: Leske Budrich, 1997
- W. Blümel, § 101, in; Kirchhof/Isensee, HStR IV, 1990
- W. Heun, Art 91a, in : Dreier (Hrsg.), GG III, 2. Aufl., 2004
- W. Luthardt, Abschied vom deutschen Konsensmodell? Zur Reform des Föderalismus, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13/99, 26. März 1999

III. 기 타

CIG 4/07, Brussels, 24 July 2007(26.07)

Bericht des BTag-EU-Ausschusses v. 12.2.1998, BTag-Drucks. 13/9913

Bericht GVK v. 28. 10. 1993, BTag-Drucks. 12/6000=BRat-Drucks. 800/93

BT-Drucks. 16/813

BT-Drucks. 7/5924

BR-Drucks. 178/06

BGBI 1 Nr. 41. vom 31. August 2006

BGBI. I 2008, Nr. 26

[http://europa.eu.int/futureum/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/futureum/index_en.htm)

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/en/index.htm>

[http://www.bmi.bund.de/nn\\_164954/Internet/Content/Themen/Verfassungs\\_Verwalt...](http://www.bmi.bund.de/nn_164954/Internet/Content/Themen/Verfassungs_Verwalt...)

[http://europa.eu/agencies/community\\_agencies/frontex/index\\_en.htm](http://europa.eu/agencies/community_agencies/frontex/index_en.htm)

<http://eurojust.europa.eu/>

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML>

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm)

<http://www.statewatch.org/euconstitution.htm>

<http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?id=668&lang=en>

<http://www.bafoeg.bmbf.de/>